

論 説

国際養子縁組における養子決定と日本の裁判所： 形成裁判の構造と国際私法

根本 洋一

〔目次〕

第1章 はじめに

- 第1節 本稿の課題
- 第2節 養子縁組成立に関する裁判所の関与
- 第3節 本稿の検討対象と本稿の構成

第2章 判例の概観

- 第1節 はじめに
- 第2節 法例改正前の判例
- 第3節 法例改正後の判例
- 第4節 外国法上の養子決定に関する日本の裁判所の対応

第3章 学説

- 第1節 特別養子縁組制度導入前の学説
- 第2節 特別養子縁組制度導入後の学説
- 第3節 まとめ

第4章 外国法上の養子決定と日本の裁判所

- 第1節 形成裁判の構造と国際私法
- 第2節 従来の学説の評価
- 第3節 補論

おわりに

第 1 章 はじめに

第 1 節 本稿の課題

諸国の実質法上、養子縁組の成立の方法¹⁾に法律行為(契約)と裁判(裁判所の養子決定)があることは周知のとおりである。前者のタイプの養子縁組は契約型養子縁組と呼ばれ、後者のタイプ養子縁組は決定型養子縁組と呼ばれる^{2) 3)}。

1) 国際私法学でいう「方法」とは人の行為に基づいて権利変動が生ずる場合、その行為を指すものといつてよいであろう。例えば、日本法上は、普通養子縁組は法律行為により成立し、また、特別養子縁組は特別養子縁組成立の審判(裁判所の裁判)により成立するから、法律行為と裁判所の裁判はいずれも養子縁組の方法である。養子縁組の方法(いかなる方法により養子縁組が成立するか)は養子縁組の実質的成立要件であるから法適用通則法 31 条 1 項前段の定める法域の法による。

なお、法律行為の方式(法適用通則法 34 条)とは文字通り法律行為の方式であり、養子縁組等を法律行為とする場合の形式的成立要件を指す(それゆえ、権利変動の実質的成立要件の準拠法が法律行為という方法を許容する場合において、当事者が法律行為という方法を選択したときに限り、方式が問題になる)。養子縁組が裁判所の裁判により成立する場合は方式を問題とする余地はない。

以上のように、国際私法学では「権利変動の方法」と「法律行為の方式」は厳密に区別されている。ところが、養子縁組成立裁判(養子決定)を以て——あたかもそれが法律行為であるがごとく——「方式」である、と解する見解があることは本稿で後に見るとおりである。後出第 4 章第 2 節第 3 目「分解理論」参照。

2) 従来は、「契約型」、「(養子)決定型」という言葉が使われているが、本稿では、これと並んで、「法律行為型」、「裁判型」という用語も使う。

さらに、本稿では、日本民法 817 条の 2 による裁判を「養子決定」と呼ぶこともある。

3) 本稿では、外国法が行政機関の行為(例えば、市町村長による行為)により養親子関係が成立する旨を定めている場合の「行政機関の行為」を「日本の裁判所」がなし得るかという問題は扱わない。後出注 45 参照。従って、本稿で「養子決定」という語は養子縁組を成立させる裁判を指し、養子縁組を成立させる行政機関の行為を含まないこととする。なお、元永〔1998 (H 10)〕149 頁は中華人民共和国の「[生父母を探し出すことのできない遺棄嬰兒および児童……と縁組するときは、民政部门に登録することを要す]と

日本民法上の養子縁組制度は、明治民法（明治 31(1898)-7-16 施行）以来、法律行為型だった⁴⁾。このために、養子縁組の準拠法が養子決定型である場合に日本の裁判所は養子決定をすることができるかという問題は、戦後間もない時期から判例・学説の重要問題だった。しかし、1980（S55）年代の末期に大きな変化が生じた。すなわち、第 1 に、特別養子縁組制度（昭和 63(1988)-1-1 施行）——特別養子縁組とは日本の家庭裁判所の審判により養子縁組を成立させる制度である——が導入された。第 2 に、法例改正（1990(H2)-1-1 施行）に伴って発せられた基本通達は日本の家庭裁判所が外国法に従って養子縁組を成立させる審判をすることができることを前提としている⁵⁾。日本の裁判所は外国法上の養子決定をすることができるかという問題はこの 2 点により解決されたかのように見えるが、決してそうではない。すなわち、日本の裁判所が外国法上の養子決定をすることの理論的根拠は現在に至るも十分には明らかにされていないと思われる。本稿は、日本の裁判所による外国法上の養子決定の理論的根拠を、裁判所による養子決定が形成裁判であるという観点から、検討する。

いう取養法 15 条 1 項の規定について [……] 本件では、中国法による養子縁組はいわゆる決定型の縁組と解すべきところ」という。

4) 新版注釈民法（養子）[1994（H 6）] 104 頁（山島正男）。

5) 基本通達（「法例の一部を改正する法律の施行に伴う戸籍事務の取扱いについて」（平成 1（1989）-10-2 民 2 第 3900 号民事局長通達）は次のように定める。

「第 5 養子縁組

2 報告的届出

(1) 我が国における養子縁組の成立

ア 養親の本国法が普通養子縁組について裁判所の決定等により縁組を成立させる法制を採用している場合において、家庭裁判所の養子縁組を成立させる旨の審判書謄本を添付して養子縁組の届出があったときは、その届出は、戸籍法第六十八条の二により受理する。[……].」

第 2 節 養子縁組成立に関する裁判所の関与

諸国の立法上、養子縁組成立の方法には、上述のように、2 種類ある。養子縁組を以て法律行為とする立法主義（法律行為に基づいて養親子関係が成立する、とする立法主義）と、養子縁組を以て裁判とする立法主義（裁判に基づいて養親子関係が成立する、とする立法主義）である。日本法上の普通養子縁組は前者であり、日本法上の特別養子縁組は後者である。養子縁組成立方法の違いに応じて裁判所の関与にも 2 種類ある。

まず、法律行為を以て養子縁組方法とする立法主義は、当事者が法律行為としての養子縁組をするためには——必ず、または、一定の場合に——裁判所の許可が必要である旨を定めることがある。

そこで、日本法上の養子縁組許可審判の特色は次のとおりである。

許可審判は、後見人が被後見人を養子とする養子縁組および未成年者を養子とする養子縁組（民法 798 条ただし書きの定める場合を除く）の成立要件であり、従って、許可審判は養子縁組成立要件（のひとつ）を創設する形成裁判である⁶⁾。

裁判所の許可を必要とする養子縁組について、許可審判書の謄本を添付して（戸籍法 38 条 2 項）養子縁組届をしようとしても、戸籍事務管掌者は、他の成立要件を欠く場合は受理を拒否することができる。しかし、養子縁組届が受理されれば養子縁組が成立する。しかし、受理の後に養子縁組成立を裁判で争うことはできる⁷⁾。

6) 新版注釈民法（養子）[1994 (H6)] 237 頁（中川良延）は次のようにいう。

「許可を得ることは、戸籍事務管掌者に対する届出によって形式的に成立する養子縁組を有効ならしめる実質的成立要件の一つであるにすぎない。もっとも、その意味では、許可の審判は、この実質的成立要件を形成する性質を有する、ということ是可以する [……].」

7) 新版注釈民法（養子）[1994 (H6)] 237 頁（中川良延）は次のようにいう。

「許可は裁判の一種たる審判の形式でなされるが、それは当該縁組の有効性を確定する

次に、裁判を以て養子縁組方法とする立法主義にあっては、養子縁組成立のためには必ず裁判所の裁判が必要になる。日本法上の特別養子縁組成立審判の特色は次のとおりである。

特別養子縁組成立の審判が確定すると、審判の形成力により、養親子関係が創設される⁸⁾。市町村長への養子縁組届(戸籍法 68 条の 2)は報告的届出である。

特別養子縁組成立の審判が確定すれば、その後は、縁組要件の欠缺を主張して特別養子縁組の成立を争うことはできない⁹⁾。

意味をもつものではないから、戸籍事務管掌者が縁組届を受理する際に、形式的審査の結果、他の成立要件を欠くため不適法であるときは、受理を拒否することができる(800)。また、許可の審判は既判力を有しないので、後に訴訟で許可された縁組の無効・取消しを主張することを妨げるものではない。」

なお、新版注釈民法(養子)[1994(H6)]238-239頁(中川良延)は「[民法798]条の立法趣旨からみて、家庭裁判所は、当該縁組が未成年者の福祉に合致するかどうかを判断すべきことは明らかであるが、その他になお、当該縁組が他の実質的成立要件を具備しているかどうかをも判断すべきかは、審理の範囲として問題とされる。」と述べて、積極説と消極説を論評する。

なお、家事審判法9条1項の甲類事件(その7号は養子縁組許可であり、8号の2は特別養子縁組成立等である。)および乙類事件に関しては審判は既判力を認めることはできない、と解されていた。山木戸[1958(S33)]56-58頁、斎藤・菊池[1992(H4)]626-628頁(飯島悟)。また、家事事件手続法別表第1事件(その61号は養子縁組許可であり、63号は特別養子縁組成立である。)および別表第2事件に関する審判に関しても、既判力を認めることはできない、と解されている。梶村・徳田[2016(H28)]236-239頁(大橋眞弓)。

8) 新版注釈民法(養子)[1994(H6)]598頁(大森政輔)。

9) 新版注釈民法(養子)[1994(H6)]598頁(大森政輔)は次のようにいう。

「確定した成立審判がその要件を欠く場合でも、養親となる者または養子となる者が審判当時に死亡していた等特別の事情のない限り、原則として審判の内容どおりの形成力を生じ、養子縁組は有効に成立するものと解される(鈴木忠一・非訟事件の裁判の既判力[昭41]72・81, 中島弘道・非訟事件手続法論[昭4]304, 最高裁家庭局・前掲論文63)。したがって、夫婦共同を要する場合(817の3)の単独縁組, 養親適齢(817の4)に達しない養親による縁組, 養子適齢(817の5)を超えた子の縁組のみならず、父母の

本稿では、養子縁組に関する外国法上の形成裁判（許可裁判，養子決定）につき，個々の国ごとに，立ち入る余裕はない。そこで，本稿では，養子縁組に関する，上述した特色を持つ制度を持つ外国法を前提として検討する。このように，外国法の内容が日本法と同じであるという仮定の上によって国際私法上の問題を検討する方法は，国際私法の研究方法として十分ではないが，必要な研究方法ではあろう（そのような仮定の下で成り立たない国際私法理論は採るに値しないから）。

第 3 節 本稿の検討対象と本稿の構成

本稿で検討する課題は，養子縁組の成立につき準拠外国法上養子決定を必要とする場合に日本の裁判所は養子決定をすることができるか，という問題である。すなわち，本稿では，養子縁組の方法（法律行為，養子決定）以外の要件がすべて満たされた場合において，その養子縁組を成立させるために準拠外国法が養子決定を必要としているときは日本の裁判所は養子決定をすることができるか，という問題のみを扱う。例えば，養親子間で，断絶型の養子縁組制度と非断絶型養子縁組制度を組み合わせることができるかという問題があり，この問題の解決の如何によっては養子決定の必要性が左右されることがある。すなわち，外国人夫婦が，その本国法により，別の外国の国民を日本で断絶型養子とする場合において，養子の本国法に断絶型養子決定型養子縁組制度と非断絶型契約型養子縁組制度があるとき，養子の本国法上の断絶型養子決定型養子縁組成立のための保護要件に関する規定を累積的に適用すべきである，と解する説¹⁰⁾がある。それゆえ，この説によれば，養親の本国法上，養子縁組が断

同意を要する場合（817 の 6）において有効な同意を欠いていることを看過して行われた縁組も，原則として有効である。また，縁組を成立させるべき特別事情ないし子の利益適合（817 の 7）に関する判断の誤りについても，それのみでは審判の効力に影響を及ぼさない。」

なお，特別養子縁組成立審判の既判力については，前出注 7 参照。

- 10) 南は、改正法例 20 条につき、養子とその実方との親族関係の終了に関して次のようにいう。

「実質法上、親子関係の断絶まで及ぶ場合は、養子縁組の成立につきそれなりの要件が課されていることから、この関係については、養子縁組の成立の準拠法と同じ準拠法によらしめるのが相当であるということができ、ただ、養親の本国法のみによらしめることとした場合、実親の利益に欠けるのではないかとも考えられたが、特別養子も養子であって、子の本国法上の保護要件も満たす必要があることから、これによって実親の利益が担保されているものと考えることができ、実親の本国法の重複の適用は不要とされたのである〔……〕。なお、子の本国法上、特別養子の制度があるときは、当然に特別養子についての保護要件を適用すべきこととなる。これらの点を考慮した結果、本条二項で実親子関係の断絶に関する準拠法の指定についての明文の規定を設けたのである。」(南〔1992 (H4)〕140 頁)

この引用文中の「子の本国法上、特別養子の制度があるときは、当然に特別養子についての保護要件を適用すべきこととなる。」とは、養親の本国法が断絶型であり養子の本国法に断絶型と非断絶型の 2 種類の養子縁組制度がある場合は、養子の本国法中の断絶型の養子縁組成立のための保護要件（養子等の承諾・同意・処分）の規定を累積的に適用すべきである、という趣旨であろう。【判例 25】横浜家横須賀支審平成 7(1995)-10-11 は同旨であろう。

なお、以上に挙げた場合と異なり、養親の本国法が断絶型であり養子の本国法に非断絶型の養子縁組制度しかない場合は、養子の保護要件としては養子の本国法上の非断絶型の養子縁組成立のための保護要件に関する規定を適用すべきこととなる。この点は次の学説が認める。

「日本人の夫婦は、その本国法である日本法に依ると、普通養子も特別養子も可能である。〔……〕。養子の本国に普通養子があっても特別養子の制度が無いときは、本国の普通養子の際の保護要件を類推し、その要件を満たすならば特別養子をすることが許されると解される。」(舩場〔1990 (H2)〕256 頁)

この引用文が「類推」という言葉を使うことについては、道垣内〔2014 (H26)〕ポイント各論第 2 版 99-100 頁参照。

「日本人夫婦が普通養子制度しか有しない国の子を特別養子とするときは、本条第一項前段により日本民法の特別養子に関する要件を満たす必要があることはもちろん、特別養子も養子の一類型であるので、同項後段により、養子の本国法上の養子縁組のため必要とされる同意・許可等の要件を満たす必要のあることはいうまでもない。」(南〔1992 (H4)〕147 頁)

絶効を持つことが、養子の本国法上の(断絶型養子縁組成立のための)養子決定を日本の裁判所がすべきか否かを左右することがあろう¹¹⁾。しかし、この問題は、日本の裁判所は外国法上の養子決定をすることができるかという問題の前段階の問題であるので、本稿では検討対象としない。

以下では、「判例の概観」(第2章)、「学説」(第3章)、および、「外国法上の養子決定と日本の裁判所」(第4章)の順序で論ずる。

第2章 判例の概観¹²⁾

第1節 はじめに

第1款 はじめに

本章では、日本の裁判所は外国法上の養子決定をすることができるか、とい

11) しかし、それは、法適用通則法31条1項後段の「公的機関の許可その他の処分」は養子決定を含む、という解釈をした場合に限られる。本稿では、養子の本国法が養子決定型である場合は、法適用通則法31条1項後段の「公的機関の許可その他の処分」に該当するものとして、日本の裁判所は養子縁組成立審判(許可審判ではない)をする必要がある、と解する。後出第4章第3節第1款参照。

12) (養子決定に関する判例) 養子縁組成立の準拠法が養子決定を以て養子縁組成立原因とする事案に関する従来の判例を、準拠法所属法域を基準にして分類すると次のようになる。なお、準拠法が養子決定型であるか否かについては原則として判旨の認定に従った。(凡例については本稿末尾に掲げた判例一覧の冒頭の凡例を参照されたい。)

1. 英国(グレート・ブリテン及び北アイルランド連合王国)

(1) 英国本土

【判例14】東京家審昭和38(1963)-4-24(夫婦共同申立、夫婦共同縁組許可審判、英国人夫A、英国人妻B、米国ワシントン州人養子C(米国人女Dの出産した子、1歳未満))

【判例7】京都家審昭和63(1988)-6-28(夫婦共同申立、特別養子縁組成立審判、英国人夫A、日本人妻B、日本人養子C(日本人女Dの婚外子、3歳以下)、英国法が養子決定型であることを審判理由は判示せず、審判理由に添付された参考資料から窺い知れるに過ぎない。)

【判例 8】東京家審平成 1(1989)-10-24 (夫婦共同申立, 特別養子縁組成立審判, 日本人夫 A, 英国人妻 B, 日本人養子 C (日本人女 D の婚外子, 1 歳))

(2) 香港

【判例 19】神戸家審昭和 53(1978)-2-21 (夫の単独申立, 単独縁組許可審判, 日本人夫 A, [中国人妻 B], 英国人養子 C (妻 B が A と婚姻する前に出産した婚外子, 香港で出生, 11 歳))

2. オーストラリア

【判例 5】東京家審昭和 42(1967)-10-31 (夫婦共同申立, 夫婦共同縁組許可審判, フランス人夫 A, フランス人妻 B, オーストラリア人養子 C (オーストラリア人女 D の出産した子, 1 歳未満))

3. オランダ

【判例 16】東京家審昭和 44(1969)-9-22 (夫婦共同申立, 夫婦共同縁組許可審判, オランダ人夫 A, オランダ人妻 B, 日本人養子 C (日本で生まれ父母の知れない子, 3 歳))

4. カナダ

(1) ブリティッシュ・コロンビア州

【判例 15】宮崎家審昭和 42(1967)-4-4 (夫婦共同申立, 夫婦共同縁組許可審判, カナダ国ブリティッシュ・コロンビア州人夫 A, カナダ国ブリティッシュ・コロンビア州人妻 B, 日本人養子 C (日本人女 D の婚外子, 3 歳))

【判例 18】東京家審昭和 62(1987)-12-17 (夫婦共同申立, 夫婦共同縁組許可審判, カナダ国ブリティッシュ・コロンビア州人夫 A, カナダ国ブリティッシュ・コロンビア州人妻 B, 日本人養子 C (日本人夫婦の間に生まれた子, 3 ~ 10 歳))

【判例 23】千葉家市川出審平成 1(1989)-6-23 (夫婦共同申立, 夫婦共同縁組許可審判, カナダ国ブリティッシュ・コロンビア州人夫 A, 日本人妻 B, 日本人養子 C (日本人女 D の婚外子, 1 歳))

【判例 24】高松家審平成 6(1994)-1-13 (夫婦共同申立, 特別養子縁組成立審判, カナダ国ブリティッシュ・コロンビア州人夫 A, カナダ国ブリティッシュ・コロンビア州人妻 B, 日本人養子 C (日本で生まれ父母の知れない子, 2 歳))

5. コロンビア

【判例 21】横浜家審平成 1(1989)-3-23 (夫の単独申立, 単独縁組許可審判, 日本人夫 A, [コロンビア人妻 B], コロンビア人養子 C (妻 B の前婚の子, 20 歳前後))

6. ドイツ連邦共和国

【判例 13】東京家審昭和 59(1984)-3-27 (養親 A と養子 C の共同申立 (養親 A の配偶者の有無は不明), 単独縁組許可審判, ドイツ人養親 A, 日本人養子 C (A からドイツ語を学んだ, 26 歳以上))

7. 日本

【判例 6】 京都家審昭和 63(1988)-6-9 (夫婦共同申立, 特別養子縁組成立審判, フランス人夫 A, 日本人妻 B, 日本人養子 C (日本人女 D の婚外子, 1 歳))

【判例 7】 京都家審昭和 63(1988)-6-28 (夫婦共同申立, 特別養子縁組成立審判, 英国人夫 A, 日本人妻 B, 日本人養子 C (日本人女 D の婚外子, 3 歳以下))

【判例 8】 東京家審平成 1(1989)-10-24 (夫婦共同申立, 特別養子縁組成立審判, 日本人夫 A, 英国人妻 B, 日本人養子 C (日本人女 D の婚外子, 1 歳))

【判例 9】 山口家徳山支審平成 1(1989)-10-26 (夫婦共同申立, 特別養子縁組成立審判, 米国イリノイ州人夫 A, 日本人妻 B, 日本人養子 C (日本人女 D の婚外子, 3 歳))

【判例 26】 福島家会津若松支審平成 4(1992)-9-14 (夫婦共同申立, 特別養子縁組成立審判, 日本人夫 A, 日本人妻 B, 韓国人養子 C (韓国人女 D の婚外子, 4 歳))

【判例 24】 高松家審平成 6(1994)-1-13 (夫婦共同申立, 特別養子縁組成立審判, カナダ国ブリティッシュ・コロンビア州人夫 A, カナダ国ブリティッシュ・コロンビア州人妻 B, 日本人養子 C (日本で生まれ父母の知れない子, 2 歳))

【判例 25】 横浜家横須賀支審平成 7(1995)-10-11 (夫婦共同申立, 夫婦共同縁組成立審判, 米国ワシントン州人夫 A, 米国ワシントン州人妻 B, 日本人養子 C (日本人夫婦の子, 2 歳), 判旨は米国ワシントン州法上の養子縁組の方法が養子決定であるか否か判示していない。)

8. ニュー・ジーランド

【判例 29】 東京家審令和 3(2021)-1-27 (夫婦共同申立, 夫婦共同縁組許可, ニュー・ジーランド人夫 A, 日本人妻 B, 日本人養子 C (B が A と婚姻する前に出産した婚外子, 3 ~ 4 歳))

9. フィリピン

【判例 20】 大津家審昭和 60(1985)-9-26 (夫の単独申立, 単独縁組許可審判, 日本人夫 A, [フィリピン人妻 B], フィリピン人養子 C (妻 B が A と婚姻する前に出産した婚外子, 11 歳))

【判例 30】 盛岡家審平成 3(1991)-12-16 (夫婦共同申立, 夫婦共同縁組許可審判, 日本人夫 A, フィリピン人妻 B, フィリピン人養子 C (妻 B の妹, 11 歳))

【判例 28】 山形家長井出審判平成 5(1993)-6-8 (夫の単独申立, 単独縁組許可審判, 日本人夫 A, [フィリピン人妻 B], フィリピン人養子 C (妻 B の前婚の子, 8 歳))

【判例 31】 山形家審平成 7(1995)-3-2 (夫婦共同申立, 夫婦共同縁組許可審判, 日本人夫 A, フィリピン人妻 B, フィリピン人養子 C (妻 B が A と婚姻する前に出産した婚外子, 6 歳))

【判例 32】水戸家土浦支審平成 11(1999)-2-15 (夫婦共同申立, 夫婦共同縁組許可審判, 日本人夫 A, フィリピン人妻 B, フィリピン人養子 C (妻 B が A と婚姻する前に出産した婚外子, 12~13 歳))

【判例 33】名古屋家豊橋支審平成 26(2014)-7-17 (夫婦共同申立, 夫婦共同縁組許可審判, 日本人夫 A, フィリピン人妻 B, フィリピン人養子 C (妻 B が A と婚姻する前に出産した婚外子, 15 歳))

【判例 34】東京家審令和 2(2020)-4-17 (夫婦共同申立, 夫婦共同縁組許可, 日本人夫 A, フィリピン人妻 B, フィリピン人養子 C (B が A と婚姻する前に出産した婚外子, 約 15 歳))

10. フランス

【判例 5】東京家審昭和 42(1967)-10-31 (夫婦共同申立, 夫婦共同縁組許可審判, フランス人夫 A, フランス人妻 B, オーストラリア人養子 C (オーストラリア人女 D の出産した子, 1 歳未満))

【判例 17】東京家審昭和 62(1987)-6-1 (夫婦共同申立, 夫婦共同縁組許可審判, フランス人夫 A, フランス人妻 B, 日本人養子 C (日本人女 D の婚外子, 1 歳未満))

【判例 6】京都家審昭和 63(1988)-6-9 (夫婦共同申立, 特別養子縁組成立審判, フランス人夫 A, 日本人妻 B, 日本人養子 C (日本人女 D の婚外子, 1 歳), フランス法が養子決定型であることを審判理由は判示せず, 審判理由に添付された参考資料から窺い知れるに過ぎない。)

11. 米国 (アメリカ合衆国)

(1) イリノイ州

【判例 4】長崎家佐世保支審昭和 41(1966)-7-4 (夫婦共同申立, 夫婦共同縁組許可審判, 米国オハイオ州人夫 A, 米国オハイオ州人妻 B, 米国イリノイ州人養子 C (米国人女 D の婚外子, 1 歳未満))

【判例 9】山口家徳山支審平成 1(1989)-10-26 (夫婦共同申立, 特別養子縁組成立審判, 米国イリノイ州人夫 A, 日本人妻 B, 日本人養子 C (日本人女 D の婚外子, 3 歳))

【判例 27】盛岡家審平成 2(1990)-8-6 (夫の単独申立, 単独縁組許可審判, 日本人夫 A, [米国人妻 B], 米国イリノイ州人養子 C (妻 B の前婚の子, 11 歳))

(2) オクラホマ州

【判例 12】山形家酒田支審昭和 37(1962)-2-26 (夫の単独申立, 単独縁組許可審判, 米国オクラホマ州人夫 A, [日本人妻 B], 日本人 C (B が A と婚姻する前に出産した婚外子, 未成年))

(3) オハイオ州

う問題に関する判例を概観する。

養子決定型の外国法が準拠法になった場合に関する従来の判例を評価するためには、個々の審判が主文で何を宣言したのか、許可審判理由中で外国法上の養子決定を代行する旨述べたに過ぎないのか、それとも、許可審判後に養子縁

【判例4】長崎家佐世保支審昭和41(1966)-7-4(夫婦共同申立, 夫婦共同縁組許可審判, 米国オハイオ州人夫A, 米国オハイオ州人妻B, 米国イリノイ州人養子C(米国人女Dの婚外子, 1歳未満))

【判例3】札幌家審昭和47(1972)-10-5(夫の単独申立, 単独縁組許可審判, 米国オハイオ州人夫A, [日本人妻B], 米国オハイオ州人養子C, D(妻Bの前婚の子2人, 3歳以上))

(4) カリフォルニア州

【判例22】名古屋家豊橋支審昭和42(1967)-12-7(夫婦共同申立, 夫婦共同縁組許可審判, 米国カリフォルニア州人夫A, 日本人妻B, 日本人養子C(日本人夫婦の間に生まれた子, 1歳未満))

【判例2】札幌家審昭和46(1971)-2-22(夫の単独申立, 単独縁組許可審判, 米国カリフォルニア州人夫A, [米国人妻B], 米国カリフォルニア州人養子C(妻Bの前婚の子, 2歳以上))

(5) ニュー・ヨーク州

【判例1】神戸家審昭和39(1964)-6-8(夫の単独申立, 単独縁組許可審判, 米国ニュー・ヨーク州人夫A, [米国人妻B], 米国テキサス州人養子C, D(妻Bの連れ子2人, 年齢不明))

(6) ペンシルベニア州

【判例10】大阪家審昭和32(1957)-2-27(夫の単独申立, 単独縁組許可審判, 米国ペンシルベニア州人夫A, [日本人妻B], 日本人C(BがAと婚姻する前に出産した婚外子, 未成年者))

(7) ミシガン州

【判例11】東京家審昭和32(1957)-12-12(単独申立, 単独縁組許可審判, 米国ミシガン州人夫A, [日本人妻B], 日本人養子C(妻Bの連れ子, 未成年者))

(8) ワシントン州

【判例25】横浜家横須賀支審平成7(1995)-10-1(夫婦共同申立, 夫婦共同縁組成立審判, 米国ワシントン州人夫A, 米国ワシントン州人妻B, 日本人養子C(日本人夫婦の子, 2歳), 判旨は米国ワシントン州法上の養子縁組の方法が養子決定であるか否か判示していない。)

組届をする必要がある旨を判示したのか、といった情報が不可欠である。このような理由により、本章では従来の判例の主文と審判理由を詳細に見ることとする。

養子縁組の成立に関しては法例旧 19 条 1 項が配分的適用主義に立っていたが、改正法例 20 条 1 項（法適用通則法 31 条 1 項）は配分的適用主義を放棄したため、養子縁組成立に関する法例改正前の判例を見る必要性が減少したことは否定できない。しかし、日本の裁判所が外国法上の養子決定をすることができるかという問題に関する現在の判例学説の議論の中核は法例改正前の判例学説により確立したといっても過言ではない。そこで、以下では、法例改正前の判例（第 1 節）と法例改正後の判例（第 2 節）に分けて概観する。

なお、本章では、日本の裁判所は準拠法上の養子決定をすることができるかに関する判例のみを見る。日本の裁判所は準拠法上の許可裁判をすることができるかという問題に関する判例は必要に応じて第 4 章で検討する¹³⁾。

13) (養子縁組の許可に関する判例) 養子縁組成立の準拠法が法律行為による養子縁組に対する許可を要件とする事案に関する従来の判例を、準拠法所属法域に従って、分類すれば以下のとおりになる。準拠法が法律行為型であるか否かについては原則として判旨の認定に従った。

1. 中華民国

【許可：判例 1】東京家審昭和 62(1987)-3-12 (夫の単独申立, 単独縁組許可審判, 日本人夫 A, [中華民国人妻 B], 中華民国人養子 C (妻 B の前婚の子, 26 歳))

【許可：判例 2】水戸家土浦支審平成 4(1992)-9-22 (単独申立 (申立人の配偶者の有無は不明), 単独縁組許可審判, 日本人養親 A, 中華民国人養子 C (成年者))

2. ドイツ連邦共和国

【許可：判例 3】東京家審昭和 36(1961)-2-10 (夫婦共同申立, 夫婦共同縁組許可審判, 米国ペンシルベニア州人夫 A, ドイツ人妻 B, 日本人養子 C (日本で生まれ, 父母がともに知れない子, 未成年))

【許可：判例 4】長崎家佐世保支審昭和 42(1967)-2-20 (夫の単独申立, 単独縁組許可審判, 日本人夫 A, [ドイツ人妻 B], ドイツ人養子 C (妻 B の連れ子, 6 歳前後))

3. 日本

【許可：判例 5】札幌家審平成 4(1992)-6-3 (夫の単独申立, 妻と共同で養子縁組をする

第2款 判例の事案の分類

従来の判例を見る場合、審判の年月日の順に配列しただけでは判例を十分に理解することはできない

法例改正前は、養子縁組成立要件に関して、法例旧19条1項は配分的適用主義を採用していた。法例改正後は、養子縁組の成立に関しては養親の本国法を準拠法としつつ(法適用通則法31条1項前段)、養子の本国法上の「養子〔……〕若しくは第三者の承諾若しくは同意又は公的機関の許可その他の処分」をも備えるべき旨を定める(同条同項後段)。従って、法例改正の前後を通じて、養親の本国法と養子の本国法のいずれについても、養子決定型か法律行為型かは法適用関係を左右する重要な基準である。次に、夫婦共同縁組については、法例改正の前後を通じて、各配偶者に関して養子縁組の成否を考えなければならない¹⁴⁾。そこで、夫婦の本国法についても、いずれも養子決定型か、いずれも法律行為型か、一方の本国法が法律行為型であり他方の本国法が養子決定

ことを許可する審判、日本人夫A、〔韓国人妻B〕、韓国人養子C(妻Bの弟夫婦の子、3歳))

【許可：判例6】神戸家審平成7(1995)-5-10(夫婦共同申立、夫婦共同縁組許可審判、日本人夫A、中華人民共和国人妻B、日本人養子C、D(妻の兄夫婦の子2人、8歳、4歳))

4. ベトナム

(1) ベトナム共和国(南ベトナム)

【許可：判例7】東京家審昭和42(1967)-5-24(夫婦共同申立、夫婦共同縁組許可審判、日本人夫A(来日留学生の世話を職業とする。)、日本人妻B、ベトナム共和国人養子C(日本の大学の入学許可を得た者、25歳))

(2) ベトナム社会主義共和国

【許可：判例8】盛岡家審昭和52(1977)-5-4(夫婦共同申立、夫婦共同縁組許可審判、日本人夫A、日本人妻B、ベトナム社会主義共和国人養子C(養親夫婦の子Dの婚約者、25歳)、裁判所は「家庭裁判所の許可をもってベトナム国の単位行政委員会の承認に代えることができる」と判示した。)

14) 法例改正前に関して、折茂〔1972(S47)〕366頁、山田(鑛)〔1987(S62)〕412頁。法例改正後に関して、山田(鑛)〔2004(H16)〕505頁。

型か、は法適用関係を左右する。さらに、法例改正前の判例と法例改正後の判例を比較するためには、それぞれの判例で前提となる事案が同種であることが望ましい。この結果、事案のパターンを次のように分ける。

第1は、養親の本国法も養子の本国法も養子決定型である場合である。

第2は、養親の本国法が養子決定型であり、養子の本国法が法律行為型である場合である。

第3は、養親の本国法が法律行為型であり、養子の本国法が養子決定型である場合である。

以上の3種類については、単独縁組の場合と夫婦共同縁組の場合に分けることができる。

第4は、夫婦共同縁組で夫婦の一方の本国法が法律行為型であり他方の本国法が養子決定型であり養子の本国法が法律行為型である場合である。

第5は、夫婦共同縁組で夫婦の一方の本国法が法律行為型であり他方の本国法が養子決定型であり養子の本国法が養子決定型である場合である。

判例における事案をこの5種類に分けることは次の観点から有益であろう。

まず、法例改正前の配分的適用主義においては、裁判所の養子決定は双方要件と解されていた¹⁵⁾。従って、養親と養子の一方の本国法が法律行為型であり他方の本国法が養子決定型である場合は養子縁組の成立には養子決定を必要とする¹⁶⁾。同様に、養子縁組の成立に法律行為が必要であるかという問題も

15) 折茂〔1972 (S47)〕371-372頁は次のようにいう。

「養子縁組〔……〕の成立には、裁判所その他の公的機関の決定ないし許可を必要とするか否か、〔……〕は、いずれも養親と養子とにつき、それぞれその本国法によって答えらるべきであり、したがって、そのいずれかの定めるところに反するとき養子縁組は、成立しえないものと解すべきである。」

16) これは累積的適用ではない。配分的適用にあつては、「養親（A）が養子縁組をするための養子縁組の方法は何か。」という問題がAの本国法に送致され（その結果、Aの本国法が養子決定型である場合はAの本国法は「Aが養子縁組をするためには養子決定が必

双方要件と解すべきであろう¹⁷⁾。従って、養親と養子の一方の本国法が法律行為型であり他方の本国法が養子決定型である場合は、この養子縁組の成立には法律行為を必要とすることとなろう。また、夫婦共同縁組で養親夫婦の一方の本国法が法律行為型であり他方の本国法が養子決定型である場合も、この夫婦共同縁組の成立には法律行為と養子決定を必要とすることとなろう。

次に、法例改正後は、まず、養親の本国法が養子決定型であり養子の本国法が法律行為型である場合は、養子縁組の成立には、法適用通則法 31 条 1 項前段により、養子決定を必要とする。次に、養親の本国法が法律行為型であり養

要である。」と回答する。), 「養子 (C) が養子縁組をするための養子縁組の方法は何か。」という問題が C の本国法に送致される (その結果, C の本国法が法律行為型である場合は C の本国法は「C が養子縁組をするためには法律行為が必要である。」と回答する。)。この結果, A と C の養子縁組の成立には養子決定と法律行為を必要とする。

これに対して、累積的適用にあっては、「養親 (A) と養子 (C) が養子縁組をするための養子縁組の方法は何か。」という問題が A の本国法と C の本国法に重ねて送致される。この結果, A の本国法が養子決定型である場合は A の本国法は「A と C が養子縁組をするためには養子決定が必要である。」と回答し, C の本国法が法律行為型である場合は C の本国法は「A と C が養子縁組をするためには法律行為が必要である。」と回答する。

配分的適用下では養親の年齢は次のように判断される。まず、「養親 (A) が養子縁組をするためには A は何歳以上でなければならないか。」という問題が A の本国法に送致され (その結果, A の本国法は、「A が養子縁組をするためには A は成年に達していなければならない。」と回答する), 次に、「養子 (C) が養親 (A) と養子縁組をするためには養親 (A) は何歳以上でなければならないか。」という問題が C の本国法に送致される (その結果, C の本国法は、「A の年齢は C が A の養子になるための要件ではない。」と回答する。)。このように、養子決定・法律行為・養親の年齢が誰に対する縁組要件・縁組障害であるかは準拠実質法が決める。

配分的適用については、根本〔2001 (H13)〕参照。

17) 養子縁組の成立に法律行為を必要とするかという問題が一方要件か双方要件かについて、従来の学説は論じていない。久保〔1955 (S30)〕603-605 頁、折茂〔1972 (S47)〕371-372 頁、山田 (録)〔1987 (S62)〕413-414 頁参照。しかし、養子縁組が法法律行為により成立するか、あるいは、養子決定に成立するかは、いずれも養子縁組成立方法の問題であるから、双方要件と解すべきであろう。

子の本国法が養子決定型である場合は、この養子縁組の成立には、法適用通則法 31 条 1 項前段により法律行為が必要であり、同条同項後段により養子決定が必要となろう¹⁸⁾。また、夫婦共同縁組で養親夫婦の一方の本国法が法律行為型であり他方の本国法が養子決定型である場合も、この夫婦共同養子縁組の成立には法律行為と養子決定を必要とすることとなろう。

判例における事案を上記の 5 種類に分けることは、このような理由により、法例改正の前後いずれに関しても準拠法適用を考える際に有益であり、また、法例改正の前後の（同種の事案に関する）判例を比較する場合にも有益であろう。

第 2 節 法例改正前の判例

本節では、外国法上の養子決定に関する法例改正前の判例を、上述した 5 種類のパターンに分類して、その判旨を見る。

第 1 款 養親と養子のいずれの本国法も養子決定型である場合

法例改正前の判例で、養親の本国法も養子の本国法も裁判型である場合に関する判例は次のとおりである。

第 1 目 単独縁組

(1) 【判例 1】神戸家審昭和 39(1964)-6-8 (家月 17 卷 1 号 129 頁)

(夫の単独申立，単独縁組許可審判，米国ニュー・ヨーク州人夫 A，〔米国人妻 B〕，米国テキサス州人養子 C，D (妻 B の連れ子 2 人，年齢不明)．判旨はテキサス州法上の養子縁組の方法について判示していないが，便宜上，ここに挙げる。)

18) 本稿では、養子の本国法が養子決定型である場合は、法適用通則法 31 条 1 項後段により、養子決定（許可裁判ではない）を必要とする、と解する。後出第 4 章第 3 節第 1 款参照。

〔判旨〕主文「申立人 A が未成年者 C 及び D を養子とすることを許可する。」
理由「ニューヨーク州法によれば、養子縁組については、ニューヨークの検認裁判所、家庭裁判所、養親又は養子の居住郡の検認裁判所が管轄を持つものとされている。しかし、申立人が日本において養子縁組をしようとし、現に関係者がわが国に上記のような生活関係を有するときは、養子縁組事件の性質及び裁判所関与の目的からみて、わが国の裁判所もこれについて、国際非訟管轄権をもつものであり、かつ、本国法上の要件を満たすための裁判所の決定は、わが国の家庭裁判所の許可をもつて代えうるものとする。そして、家事審判法所定の民法上の養子縁組に対する家庭裁判所の許可は、このような場合の許可をも含むものと解してよいから、当裁判所は本件について管轄権があるものと認める。

〔……〕。

よつて申立人の申立を許可することとし、主文のとおり審判する。」

(2) 【判例 2】札幌家審昭和 46(1971)-2-22 (家月 23 卷 7 号 78 頁)

(夫の単独申立、単独縁組許可審判、米国カリフォルニア州人夫 A, [米国人妻 B], 米国カリフォルニア州人養子 C (妻 B の前婚の子, 2 歳以上))

〔判旨〕主文「申立人が事件本人を養子とすることを許可する。」

理由「準拠法については法例第十九条第一項により本国法であるアメリカ合衆国カリフォルニア州法を適用すべきものとする。〔……〕。

しかして、カリフォルニア州養子縁組法 (一九五八年補遺された一九四九年民法) によれば、成年者は養子より一〇歳以上年長なるときは未成年者を養子とすることができ、申立をうけた第一審裁判所 (SUPERIOR COURT) は、その縁組の適法性を判断していわゆる養子決定の裁判をすることになっている。従つて配偶者の子を養子とする場合でも裁判を要するものというべく、また我国の家庭裁判所の許可をもつて上記養子決定に代えることができるか、両裁判の性質・効果が異なることから問題ではあるけれども、この両裁判の縁組の成立に関与する目的 (子の福祉を中心とする実質的成立要件の審査) は同一である

から実質的側面からみてこれを積極的に解すべきものとする。

以上によれば、本件養子縁組はカリフォルニア州法に適合し、かつ事件本人の福祉に合致しているものといわねばならない。よつて本件養子縁組の申立は理由があるからこれを認容すべきものとし、主文のとおり審判する。」

(3) 【判例 3】 札幌家審昭和 47(1972)-10-5 (家月 25 卷 3 号 116 頁)

(夫の単独申立、単独縁組許可審判、米国オハイオ州人夫 A (仮名：ジョン・ハーバート・モーガン)、[日本人妻 B]、米国オハイオ州人養子 C、D (妻 B の前婚の子 2 人、3 歳以上、C の姓名は、仮名で、ロバート・アール・ウォーレス))

〔判旨〕主文「1 申立人が各事件本人を養子とすることを許可する。

2 本件各養子縁組成立により、事件本人らがそれぞれその名のうち「ウォーレス」を「モーガン」と変更することを許可する。」

理由「準拠法を定める日本国の法例一九条、二七条三項によつて本件養子縁組許可の実質的要件については、各当事者の本国法であるオハイオ州養子法を適用し判断すべきことになる。

[……].

オハイオ州養子法に基づく養子決定はそれ自体に身分関係を創設する効力があるものと解される。しかしこのような養子決定も日本国の家庭裁判所が行なう養子縁組許可の審判と実質的目的を同じくするものであり、かつ裁判所の審理の権限、範囲についても実質的な差異はない。したがつて日本国の家庭裁判所のこのような実際の機能および国際私法交通の円滑化を図る国際私法に照らして、当家庭裁判所はオハイオ州養子法に定める養子決定に代る実質を持つ本件縁組許可の審判をなす権限を有するものとする。

[……].

[……], 本件養子縁組およびこれを前提とする名の変更について許可を求めらる本件申立はいずれも適法かつ十分な理由があるものと認められる。

よつて参与員 [……] の意見を聴いたうえ、当裁判所は主文のとおり審判す

る.]」

第 2 目 夫婦共同縁組

第 1 項 特別養子縁組制度導入前の判例

(1) 【判例 4】長崎家佐世保支審昭和 41(1966)-7-4 (家月 19 巻 2 号 130 頁)

(夫婦共同申立, 夫婦共同縁組許可審判, 米国オハイオ州人夫 A, 米国オハイオ州人妻 B, 米国イリノイ州人養子 C (米国人女 D の婚外子, 1 歳未満))

〔判旨〕主文「申立人兩名が未成年者 C を養子とすることを許可する。」

理由:「二, [……] 養親となるべき申立人兩名の所属州法たるオハイオ州法によると, 養子縁組については検認裁判所の許可を, 養子となるべき未成年者の所属州法たるイリノイ州法によると郡の巡回裁判所または郡裁判所の許可を要し, これによつて縁組が成立すると解されるので, わが国の家庭裁判所の許可とはやや趣を異にするが, 縁組に際しての具体的事実を米国州法に照してみて, 縁組の実質的要件を阻害するところがないと認められる場合は, 米国州法上の養子決定は, わが国の家庭裁判所の許可をもつて代えうるものというべきである。

三, [……] 申立人兩名が未成年者を養子とすることは未成年者にとつてむしろ利益であり, 前記各州法に規定する縁組の実質的要件を阻害する点も見当たらないので, 縁組許可を求める申立人兩名の本件申立は理由があるものと認め, 主文のとおり審判する。」

(2) 【判例 5】東京家審昭和 42(1967)-10-31 (家月 20 巻 4 号 54 頁)

(夫婦共同申立, 夫婦共同縁組許可審判, フランス人夫 A (仮名: ジャン・ポール・ルナン), フランス人妻 B, オーストラリア人養子 C (オーストラリア人女 D の出産した子, 1 歳未満))

〔判旨〕主文「申立人らが事件本人を養子とすることを許可する。

事件本人は, 本件養子縁組により申立人ジャン・ポール・ルナンの氏ルナン (Renan) を称する。」

理由「四、〔……〕法例第十九条第一項によれば、養子縁組の要件については、各当事者につきその本国法によるべきものであるから、本件養子縁組は、養親となるべき申立人らについてはフランス法が、養子となるべき事件本人についてはオーストラリア法が、それぞれ適用されることになる。

〔……〕。

(二)〔……〕未成年者養子縁組の成立には、フランス民法（第三五三条ないし第三五四条）も、オーストラリア未成年者養子縁組法（第四条ないし第一条）も、ともに裁判所の養子決定を要するのであるが、この養子縁組のため裁判所の養子決定を要するかどうかの問題は、養親たるべき者の側、養子たるべき者の側双方に関する成立要件であるから、上記の如く、養親たるべき者がフランス人、養子たるべき者がオーストラリア人である本件養子縁組については、フランス民法とオーストラリア未成年者養子縁組法によつて裁判所の養子決定が必要であると解される。そしてフランス民法およびオーストラリア未成年者養子縁組法の要求する裁判所の養子決定と、日本国民法の要求する家庭裁判所の許可審判とは、法制上異なる面をもつことは否定できないが、養子縁組が未成年者の福祉に合致するものであるか否か、および、実体法の要求する各要件を充足するものであるかどうかを審査する機能を営む点においては大差がないのであるから、フランス民法およびオーストラリア未成年者養子縁組法の要求する裁判所の養子決定は、日本国においては、家庭裁判所の許可審判をもつて代用しうるものと解され、したがつて当裁判所は本件養子縁組については、家事審判法第九条甲類第七号によつて有する未成年者養子縁組に対する許可の審判権限の類推適用によつて、許可、不許可を決することができるものと解する。〔……〕。

五、以上、フランス民法およびオーストラリア未成年者養子縁組法によつて審査するに、申立人らが事件本人を養子とすることに妨げとなるべき事情はなく、しかも本件養子縁組の成立は、前記二において認定した事実を徴し、〔……〕事件本人の福祉に合致するものと認められ、本件申立は理由があるので、これ

を許可することとし、主文のとおり審判する次第である。」

第 2 項 特別養子縁組制度導入後の判例

(1) 【判例 6】 京都家審昭和 63(1988)-6-9 (家月 40 巻 12 号 39 頁)

(夫婦共同申立, 特別養子縁組成立審判, フランス人夫 A, 日本人妻 B, 日本人養子 C (日本人女 D の婚外子, 1 歳))

この審判はフランス法が養子決定型であることを審判理由で判示していないが, 審判理由に添付された参考資料から, フランス法が養子決定型であることが窺い知れるので, この審判をここに掲げる.

[判旨] 主文「事件本人 C を申立人 A と同 B の特別養子とする。」

理由「1 申立人らは, 主文同旨の審判を求めるところ本件記録によると, 次の事実が認められる.

(1) 養父母となるべき者の要件事実等

〈1〉 申立人 A [……] は, フランス国籍を有する者であるから, 法例 19 条 1 項によってその本国法であるフランス法が適用されることになる. [……].

〈2〉 申立人 B は日本国籍を有する者であるから, 法例 19 条 1 項によって, その本国法である日本国民法が適用される.

[……].

(2) C は, 日本国籍を有する者であるから, 法例 19 条 1 項によって, その本国法である日本国民法が適用される.

[……].

2 以上認定の事実によると, 本件特別養子縁組の成立は, C の健全な育成と福祉の増進のため有益であることが確実であると判断されるので, 本件申立を相当と思料し, これを認容することとし, 民法 817 条の 2 により, 主文のとおり審判する。」

(2) 【判例 7】 京都家審昭和 63(1988)-6-28 (家月 40 巻 12 号 44 頁)

(夫婦共同申立, 特別養子縁組成立審判, 英国人夫 A, 日本人妻 B, 日本人養

子 C（日本人女 D の婚外子，3 歳以下）

この審判は英国が養子決定型であることを審判理由で判示していないが，審判理由に添付された参考資料から，英国法が養子決定型であることが窺い知れるので，この審判をここに掲げる。

〔判旨〕主文「事件本人 C を申立人 A と同 B の特別養子とする。」

理由「2 本件は涉外事件であるから，なお手続要件について検討する。

〔……〕。

(2) 準拠法とその適用

法例 19 条 1 項によれば，養子縁組の要件は各当事者の本国法に従うこととなるから，申立人 A については英国法が，同 B 及び未成年者については我が国の民法が適用されるところで，英国養子縁組法によれば養子縁組の効果として実親及び実方との関係は断絶するものと定められているので，特別養子，完全養子縁組の許容性を縁組成立の双方要件とする立場にあっても，本件特別養子縁組を成立させることが可能である。〔……〕。

3 以上のとおり，本件は成立手続について申立人らが未成年者を養子とすることに妨げとなるべき事情はなく，上記認定事実に照らせば，未成年者のためには本件特別養子縁組を成立させることがその健全な育成と福祉の増進のために特に必要と認めることができる。

よって本件申立を認容し，主文のとおり審判する。」

(3) 【判例 8】東京家審平成 1(1989)-10-24（家月 42 卷 7 号 47 頁）

（夫婦共同申立，特別養子縁組成立審判，日本人夫 A，英国人妻 B，日本人養子 C（日本人女 D の婚外子，1 歳））

〔判旨〕主文「事件本人 C を申立人 A 及び同 B の特別養子とする。」

理由「3〔……〕涉外養子縁組の実質的要件については，養親となるべき申立人と養子となるべき事件本人のそれぞれにつきその本国法に準拠して判断されることになるから（法例 19 条 1 項），本件の B と C との関係においては，養親については連合王国法が，養子については日本法がそれぞれ適用されること

になる。そして、英国養子法によると、養子縁組は養子をとる者の申請により権限ある裁判所のする養子縁組決定により成立し (12 条)、養子縁組決定は、児童 (養子となる者) が、少なくとも出生後 12 か月を経過した者で、決定に先立つ 12 か月の間継続して申請者ら又はそのいずれかと同居していたものでなければ、これを行うことはできず、また、裁判所は、児童が申請者らと家庭環境のなかで共にいることを十分に観察する機会が当該家庭の存在する地域を管轄する地方当局に与えられていたと認める場合を除いては、養子縁組決定をすることができない (13 条 (2), (3)) ものとされているところ、上記養子縁組決定の性質及び地方当局による観察が要求される目的に照らすと、上記養子縁組決定は、我国の家庭裁判所がする特別養子成立の審判をもって、地方当局の観察は、我国の家庭裁判所がする民法 817 条の 8 に基づく特別養子縁組審判前の監護 (期間は上記英国養子法の規定により 12 か月となろう。) の状況の考慮をもって、それぞれ代えることができるものと解される。

そこで、上記認定の事実関係に基づき検討するに、[……。]。したがって、本件特別養子縁組は、C の利益のため特に必要があると認めることができるから、これを成立させるのが相当である。

4 よって、主文のとおり審判する。」

(4) 【判例 9】 山口家徳山支審平成 1(1989)-10-26 (家月 42 巻 7 号 52 頁)

(夫婦共同申立、特別養子縁組成立審判、米国イリノイ州人夫 A、日本人妻 B、日本人養子 C (日本人女 D の婚外子、3 歳))

[判旨] 主文「事件本人 C を申立人 A と同 B の特別養子とする。」

理由「2 [……。]。

[……。]、本件に関する準拠法は、法例 19 条 1 項により各当事者の本国法によることになるから、申立人 A についてはアメリカ合衆国イリノイ州法が、申立人 B 及び事件本人 C については我が国の民法が適用され、各法の定める要件を具備することを要するものであるが、養親側養子側双方の要件と解される特別養子縁組の許容性については、イリノイ州養子縁組及び廃止法律の指定

に関する法律（以下「イリノイ州養子縁組法」という。）によれば、養子縁組判決の効果として、実親との関係を断絶するものと定められているので、本件特別養子縁組を成立させることが可能である。

〔……〕。

3 以上のとおり、本件は、特別養子縁組を成立させるについて必要な要件に欠けるところはなく、上記認定事実によれば、実母によるCの監護養育は今後とも著しく困難であることが明らかであって、本件特別養子縁組を成立させることが事件本人Cの健全な育成と福祉の増進のために特に必要であることが認められる。

よって、本件申立を相当と認め、主文のとおり審判する。」

第2款 養親の本国法が養子決定型であり、養子の本国法が法律行為型である場合

第1目 単独縁組

(1) 【判例10】大阪家審昭和32(1957)-2-27（家月9巻2号54頁）

（夫の単独申立、単独縁組許可審判、米国ペンシルベニア州人夫A、〔日本人妻B〕、日本人C（BがAと婚姻する前に出産した婚外子、未成年者））

〔判旨〕主文「申立人が事件本人Cを養子とすることを許可する。」

理由「わが法例第一九条によると養子縁組の要件は、各当事者につきその本国法によつてこれを定むべきところ、養子となるべき事件本人の本国法である日本民法第七九八条但書によれば、事件本人は申立人の妻であるBの子であるので、申立人と事件本人の養子縁組については当裁判所の許可を要しないが、養親となるべき申立人の本国法であるペンシルバニア州法には、わが民法のような例外規定はなく、成年者は誰でも未成年者を養子とすることができるがその場合には裁判所の審判を要する旨規定されているので、わが法例第一九条及び申立人の本国法に則り、本件申立を相当と認め、主文のとおり審判する。」

(2) 【判例11】東京家審昭和32(1957)-12-12（家月10巻1号55頁）

(単独申立, 単独縁組許可審判, 米国ミシガン州人夫 A, [日本人妻 B], 日本人養子 C (妻 B の連れ子, 未成年者))

[判旨] 主文「申立人が未成年者を養子とすることを許可する。」

理由「本件養親は米国人であり, 養子は日本人であるから, 我が法例第十九条第一項第二項により日米両国の法令を適用して審理審判すべき処, 本件申立は民法第七百九十八条第二項但書により裁判所の許可を得ずして, その縁組が有効に成立する要件を具備する場合であるがミシガン州法によれば, 養子縁組に対する裁判所の裁決は養子縁組成立要件であるので, 家事審判法九条甲類七号の養子縁組許可審判とは若干の相違がある.

[……], 家事審判法九条甲類七号は養子縁組に対する判断手続を規定したものであり, その許可効力についてはミシガン州法の裁判所の許可と差違があつても, その形式においてミシガン州法に類似するから本条を類推適用して処理審判すべきものとする.

仍て主文の通り審判する。」

(3) 【判例 12】山形家酒田支審昭和 37(1962)-2-26 (家月 14 巻 6 号 130 頁)

(夫の単独申立, 単独縁組許可審判, 米国オクラホマ州人夫 A, [日本人妻 B], 日本人 C (B が A と婚姻する前に出産した婚外子, 未成年))

[判旨] 主文「申立人が, 未成年者 C を養子とすることを許可する。」

理由「わが国の法例第十九条によれば, 養子縁組の要件は, 各当事者について, その本国法によつて定めるべきことになつているところ, 養子となるべき未成年者実の本国法であるわが民法第七九八条但し書によれば, 未成年者 C は, 申立人の妻 B の子であるから, 本件養子縁組については, 裁判所の許可を必要としないわけであるが, 養親となるべき申立人の本国法であるアメリカ合衆国オクラホマ州法によれば, 本件養子縁組についても, 裁判所の養子縁組の審判を必要とすることになつているので, 本件養子縁組許可申立について, 審判をするのが相当であると考えられる.

すすんで, 本件養子縁組許可の当否について検討するに, [……].

よつて、申立人の本件申立は、その理由があるから、これを許可することにし、主文のとおり、審判する。」

(4) 【判例 13】 東京家審昭和 59(1984)-3-27 (家月 37 卷 1 号 153 頁)

(養親 A と養子 C の共同申立 (養親 A の配偶者の有無は不明), 単独縁組許可審判, ドイツ人養親 A, 日本人養子 C (26 歳以上))

〔判旨〕主文「申立人両名が養子縁組することを許可する。」

理由「2 管轄

〔……〕.

(2) 法例一九条一項によれば、縁組の要件は各当事者について各本国法によつて定むべきこととされているから、申立人 A についてはドイツ連邦共和国法、申立人 C については日本法を各適用すべきことになる。日本国民法では成年者を養子とする場合は縁組する旨の合意と届出をすることで成立するが、ドイツ連邦共和国民法では養親となる者と養子となる者との申立に基づき後見裁判所 (後見事件等を取扱う区裁判所) が宣告することによつて成立する旨定められている (同法一七六八条)。ところで、わが国にはドイツ連邦共和国における後見裁判所に直接該当する裁判所は存在しないが、上記後見裁判所で取り扱われる事務はわが国では主として家庭裁判所が担当していること及び養子縁組の当否は家庭に関する事件を取り扱う家庭裁判所において判断するのが相当な事項と解することができるから、結局本件については当事者の住所地を管轄する当裁判所が管轄権を有する。

〔……〕.

4 当裁判所の判断

(1) 前記のように申立人 C については日本法を適用すべきところ、日本国民法によれば成年者を養子とする場合には縁組する旨の合意と届出によつて成立し、家庭裁判所の許可は要しないものとされている。

(2) 申立人 A についてはドイツ法を適用すべきところ、ドイツ連邦共和国民法によれば、成年者を養子とする場合は養親となる者と養子となる者との申立

に基づき後見裁判所が宣告する (同法一七六八条), 養子縁組は養子となる者の福祉に役立ち, かつ, 養親となる者と養子となる者との間に親子関係の発生することが期待されるべき場合に, 許される (一七六七条二項, 一七四一条一項), 婚姻をしていない者は単独で養子をすることができる (一七六七条二項, 一七四一条三項), 単独で養子をしようとする者は二五歳に達していなければならない (一七六七条二項, 一七四三条二項), 養親は完全な行為能力者でなければならない (一七六七条二項, 一七四三条四項), 成年者は倫理的に正当とされるときは, 養子となることができる, 養親となる者と養子となる者との間に既に親子関係が存在しているときは特に倫理的に正当とされるべきものとする (一七六七条一項) とされているが, 上記認定の事実によれば, 本件縁組は倫理的に正当と認められるばかりでなく, 上記法条に照らし記録上申立人兩名について縁組の成立について障害となる事由をみいだすことはできない。

(3) よつて当裁判所は, 申立人兩名に対する養子縁組の宣告に代え, 申立人兩名の本件申立を許可することとして, 主文のとおり審判する。」

第 2 目 夫婦共同縁組

(1) 【判例 14】東京家審昭和 38(1963)-4-24 (家月 15 巻 7 号 130 頁)

(夫婦共同申立, 夫婦共同縁組許可審判, 英国人夫 A, 英国人妻 B, 米国ワシントン州人養子 C (米国人女 D の出産した子, 1 歳未満))

[判旨] 主文「申立人らが事件本人を養子とすることを許可する。」

理由「本件は法例第一九条第一項第二七条第三項により申立人らについては英国法により事件本人についてはアメリカ合衆国ワシントン州の法律によるべきところ, いずれも養子縁組は裁判所の裁決によつて成立するものとされているが, その養子縁組に関与する機関, 関与する仕方, その性質において日本国における家庭裁判所の許可と著しい相違は認められない。

しかしてまたアメリカ合衆国ワシントン州法においては管轄権ある裁判所の所在地法によることとされているので, 事件本人については日本国民法による

こととなる。

よつて英国法（Adoption Act）及び日本国民法によつて調査するにいずれも申立人らが事件本人を養子とすることに妨げとなるべき事情はなく、養子縁組の成立は上記認定の事実を以て事件本人の福祉を増進する所以でもあると認められるので当裁判所は本件申立を許可すべきものとし、主文のとおり審判する。」

(2) 【判例 15】 宮崎家審昭和 42(1967)-4-4 (家月 19 卷 11 号 122 頁)

(夫婦共同申立, 夫婦共同縁組許可審判, カナダ国ブリティッシュ・コロンビア州人夫 A, カナダ国ブリティッシュ・コロンビア州人妻 B, 日本人養子 C (日本人女 D の婚外子, 3 歳))

〔判旨〕 主文「申立人らが未成年者を養子とすることを許可する。」

理由「本件養子縁組の準拠法について考察するに、まず、日本国法例一九条一項によれば、養子縁組の要件は、各当事者につきその本国法によつて定めることになっているから、本件では、養親たるべき申立人兩名については、その本国法たるブリティッシュ・コロンビア州法を適用し、養子たるべき未成年者については、その本国法たる日本法を適用すべきことになる訳である。

ところで、日本国法例二九条は、当事者の本国法によるべき場合に、その国の国際私法上、日本法が準拠法として指定されているならば、日本法を適用する旨を規定しているから、本件においても、この反致の成否を検討する必要がある。〔……〕。本件につき反致を認めることはできない。

要するに、本件養子縁組については、養親側の要件につき B・C 州の養子法 (Adoption Act) を適用し、養子側の要件につき日本民法を適用すべきことになる。

ところで、わが民法によれば、未成年者を養子とするには、家庭裁判所の許可を得なければならないが (同法七九八条)、B・C 州の養子法においても、養子縁組には裁判所 (Supreme Court) の養子決定 (adoption order) が必要であると解され (同法五条 (1) 項・九条 (1) 項)、しかも、この許可や養子

決定は、養親と養子双方の側の要件であると解される。そこで、わが家庭裁判所の許可審判をもつてかの養子決定手続を代行しうるかどうかが、問題になる訳であるが、本来、B・C 州の養子決定は、養子縁組を成立させる方式の部分と養子縁組の実質的要件を審査する部分とに分けて考えるものというべく、そうとすれば、前者の方式については、日本国法例八条二項により行為地たる日本法の方式・すなわち戸籍管掌者に対する養子縁組の届出によつて代えうべきものであり、後者の要件審査については、これと類似の機能を有するわが国の許可審判手続によつて代行しうるものと解するのが相当である。

[……].

以上の次第であるから、本件申立を相当であると認め、主文のように審判する。」

(3) 【判例 16】東京家審昭和 44(1969)-9-22 (家月 22 巻 6 号 100 頁)

(夫婦共同申立、夫婦共同縁組許可審判、オランダ人夫 A (C の生後 3 か月に A は C の後見人に選任された)、オランダ人妻 B、日本人養子 C (日本で生まれ父母の知れない子、3 歳))

[判旨] 主文「申立人らが未成年者 C を養子とすることを許可する。

申立人 A が、被後見人である上記未成年者を養子とすることを許可する。」

理由「四、本件養子縁組の準拠法についてみるに、法例第十九条第一項によれば、涉外養子縁組の要件は各当事者につきその本国法によるとされているので、養親については申立人らの本国法であるオランダ法 [……] が、養子については未成年者の本国法たる日本法がそれぞれ適用されることになる。

そこで、本件養子縁組の要件をオランダ法および日本法によつて審査する。

(一) まず、オランダ法は民法第三四四 J 節以下で養子縁組を認め、日本法も民法第七九二条以下でこれを認めているので、本件養子縁組を成立させることが可能である。

(二) もつとも、日本民法では、養子縁組は養親となる者と養子となる者との間の縁組の合意によつて成立し、ただ、本件のように、養親となる者が養子と

なる者の後見人であるが、養子となる者が未成年者である場合にのみ、養子縁組を成立させるにつき裁判所の許可審判を必要としている（第七九四条、第七九八条）のに対し、オランダ民法では、養子縁組は養親となる者の申請にもとづき、裁判所の養子決定により成立するというもので、裁判所の養子決定が養子縁組の実質的成立要件となつている（第三四四J節（一））点が根本的に異なる。そして、日本民法の定める被後見人や未成年者を養子とする場合の家庭裁判所の許可審判もオランダ民法における裁判所の養子決定もいずれも養親たるべき者の側および養子たるべき者の側の双方に関する成立要件と解されるので、日本の家庭裁判所の許可審判をもつてオランダ民法の養子決定にかえうるかが問題となる。しかし、オランダ民法の養子決定と日本民法の許可審判とは、いずれも養子縁組が未成年者の福祉に合致するか否かおよび実体法の要求する縁組の要件を充足するものであるかどうかを審査する機能を営む点において実質的にはその手続において類似性をもつということが出来るから、オランダ民法の要求する養子決定は、日本の家庭裁判所の家事審判法第九条第一項甲類七号の許可審判をもつて代用しうるものと解される。

〔……〕。

（七）以上、オランダ民法および日本民法によつて審査するに、申立人らが未成年者を養子とすることに妨げとなるべき事情はなく、かつ本件養子縁組の成立には前記認定の事実を徴し〔……〕、未成年者の福祉に合致すると認められるから、本件申立をいずれも許可することとして主文のとおり審判する。」

（4）【判例 17】東京家審昭和 62(1987)-6-1（家月 40 巻 10 号 43 頁）

（夫婦共同申立、夫婦共同縁組許可審判、フランス人夫 A、フランス人妻 B、日本人養子 C（日本人女 D の婚外子、1 歳未満）

〔判旨〕主文「申立人兩名が事件本人を養子とすることを許可する。」

理由「申立人兩名はフランス国籍を、事件本人は日本国籍を有するので、本件養子縁組は法例 19 条 1 項の適用を受け、養親及び養子のそれぞれにつきその本国法の定める要件を具備することを要するので検討する。

[……]. ところで、フランス民法上、養子縁組には完全養子縁組と単純養子縁組の 2 類型があり、前者においては、15 歳未満の子の縁組については、養親の家庭に少なくとも 6 か月間養子が収養されたことが要件として定められており (345 条 1 項)、後者においては、この要件の規定がない (361 条)。本件においては、前記認定のとおり、申立人両名が事件本人の養育開始後未だ 6 か月に満たないので、完全縁組の要件を具備しているとはいえないけれども、単純縁組の要件は具備しているものと認められる。さらに、フランス民法上、養子縁組の成立につき、裁判所の養子決定を要するが、この決定は、法所定の縁組の要件の存否、縁組が子の福祉に合致するか否かの審査を目的とする点で、我が国の家庭裁判所による未成年者の養子縁組の許可と類似の機能をもつので、我が国の家庭裁判所の許可をもつて代えうるものと解される。そして、前記認定事実及び家庭裁判所調査官の調査報告書によれば、本件養子縁組は事件本人の福祉に合致するものと認められるので、申立人が事件本人を養子とすることを許可するのが相当である。

よつて、主文のとおり審判する。」

(5) 【判例 18】東京家審昭和 62(1987)-12-17 (家月 40 巻 10 号 59 頁)

(夫婦共同申立、夫婦共同縁組許可審判、カナダ国ブリティッシュ・コロンビア州人夫 A、カナダ国ブリティッシュ・コロンビア州人妻 B、日本人養子 C (日本人夫婦の子、3～10 歳))

[判旨] 主文「申立人らが未成年者 C を養子とすることを許可する。」

理由「養子縁組の準拠法は、法例 19 条 1 項により、申立人らについてはカナダ国ブリティッシュ・コロンビア法、未成年者については我が国の民法である。なお、法例 29 条による反致の成否が問われるが、[……] 本件について反致は認められない。

そこで、前記各準拠法による養子縁組の要件充足の有無をみる。未成年者については民法所定の実質的要件 (民法 798 条を除く。) を具備していることが認められ、申立人らについてはブリティッシュ・コロンビア法の要件を具備し

ているものと認められる。なお、同法によれば、養子縁組は裁判所の養子縁組命令によつて成立するものであるが（9条1項）、裁判所のこの権限は法定の養子縁組の要件の存否、縁組が子の福祉に合致するか否かの審査を目的とする点で、我が国の家庭裁判所による未成年者の養子縁組の許可と同性質の機能を持つので、本件では、前記の養子縁組命令は、家庭裁判所の許可をもつて代えうるものと解される。そして、前記認定事実及び家庭裁判所調査官の調査報告書によれば、本件養子縁組は未成年者の福祉に合致するものと認められるので、申立人らが未成年者を養子とすることを許可するのが相当である。

よつて、主文のとおり審判する。」

第3款 養親の本国法が法律行為型であり、養子の本国法が養子決定型である場合

第1目 単独縁組

第1項 特別養子縁組制度導入前の判例

(1) 【判例19】神戸家審昭和53(1978)-2-21（家月31巻12号97頁）
（夫の単独申立、単独縁組許可審判、日本人夫A、〔中国人妻B〕、英国人養子C（妻BがAと婚姻する前に出産した婚外子、香港で出生、11歳）
〔判旨〕主文「申立人が事件本人を養子とすることを許可する。」

理由「4 法例一九条一項によれば、養子縁組の要件は、養親たるべき申立人については日本法が、養子たるべき事件本人については英国法が、それぞれ適用されること、日本法においては、事件本人は、上記認定のとおり、申立人の妻の実子であるから、本件養子縁組について家庭裁判所の許可は必要でない。しかしながら、英国法では、未成年者の養子縁組は、裁判所の養子決定によつて成立するものとされているので、本件についても養子決定を要するところ、この決定は、わが国の家庭裁判所の許可（審判）をもつて、これに充てること相当である。

5 そこで、日本民法および英国法に照らして考えるに、前記2で認定したと

ころによれば、申立人が事件本人を養子とすることに妨げとなるべき事情はなく、しかも、本件養子縁組は、事件本人の福祉に合致するものと認められるので、本件申立は理由がある。よつて、本件申立を認容することとし、主文のとおり審判する。」

(2) 【判例 20】 大津家審昭和 60(1985)-9-26 (家月 38 巻 7 号 84 頁)

(夫の単独申立, 単独縁組許可審判, 日本人夫 A, [フィリピン人妻 B], フィリピン人養子 C (妻 B が A と婚姻する前に出産した婚外子, 11 歳))

[判旨] 主文「申立人が事件本人を養子とすることを許可する。」

理由「2 以上の事実に基づき考えてみると

(1) [……].

(2) そこで、法例第 19 条第 1 項に従い、養親となるべき申立人につき日本民法を、養子となるべき事件本人につきフィリピン民法を配分的に適用して養子縁組の実質的要件を判断するべきところ、フィリピンでは、未成年者の養子縁組については、[……] フィリピン民法第 15 条の規定があり身分法について本国法主義をとるため、結局事件本人につきフィリピン民法を適用することとなる。

(3) ところが更に、フィリピンでは、現在「児童および少年福祉法典」(大統領宣言 603 号, 以下大統領宣言という。)が施行され、同民法の養子縁組に関する規定は、すべて大統領宣言第 27 条以下の養子縁組の規定にとつて代られているので、結局のところ本件では、大統領宣言中上記養子縁組規定に則り判断すべきこととなる。

(4) そこで、本件養子縁組の実質的成立要件をそれぞれ逐一検討すると
[……].

ウ 申立人と事件本人双方については

[……].

次に、大統領宣言第 36 条によれば、養子縁組については裁判所の命令が必要とされ、日本の家庭裁判所の許可の審判とは性質を異にするものであるが、

いずれにしても養子となるべき子の福祉を目的として審査する以上実質的差異はないものというべく、当裁判所において命令の代行が許されるものと解するのが相当である。加えて大統領宣言第35条によれば、養子縁組命令前において、裁判所が養子をとる親に対し、少くとも6ヶ月間の監督付試験監護を行うものとするが、この期間は、裁判所の職権判断により児童の利益に沿う限り削減ないし免除することができるものとされている。この職権判断についても、前同様の理由により、当裁判所にその代行が許されるものと解し、前認定のとおり申立人、事件本人らの現在までの生活状況に照らし、上記期間は、この際、これを免除するのが相当と考える。

3 以上の次第で、本件については、申立人が養親として事件本人の扶養、保護及び教育に適格であり、かつ、事件本人の最善の利益が本件養子縁組により促進されるものと判断し、主文のとおり審判する。」

第2項 特別養子縁組制度導入後の判例

(1) 【判例21】 横浜家審平成1(1989)-3-23 (家月41巻10号139頁)

(夫の単独申立、単独縁組許可審判、日本人夫A、〔コロンビア人妻B〕、コロンビア人養子C(妻Bの前婚の子、20歳前後))

〔判旨〕 主文「申立人が事件本人を養子とすることを許可する。」

理由「二 そこで、以上の認定の各事実に基づいて本件につき検討すると以下のとおりである。

1 〔……〕。

2 次に、本件の養子縁組の準拠法につき検討するに、日本の法例19条1項は、「養子縁組の要件は、各当事者につき、その本国法によってこれを定める。」と規定しているから、申立人については日本法が、事件本人についてはコロンビア共和国法が適用されることとなる。そして、申立人の準拠法である日本の民法によれば、本件のような成人間の養子縁組については、家庭裁判所の許可を要せず、実体的要件が備わっているのであればその届出だけで養子縁組が成立

するものとされており、本件についてはその実体的要件に欠ける点はみあたらない。

3 他方、事件本人の準拠法であるコロンビア共和国法につき検討するに、同国においては、民法 269 条乃至 286 条をもって養子縁組を認めているので本件養子縁組を成立させることは可能である。次に、同国の民法 275 条は、「養子縁組は、裁判所の決定を要する。」と規定しているが、同条の要求する裁判所の決定は、日本国においては家庭裁判所の許可審判をもって代用することができるものと解され、したがって当裁判所は、家事審判法 9 条甲類 7 号を類推適用して本件につき許可不許可の審判をすることができるものと解する。

4 そこで、同国の民法に照らして本件を検討すると、[……。]。その他同法の諸規定に照らして本件をみても、本件養子縁組を成立させることについて妨げとなる事情はみあたらない。そうすると、本件養子縁組を成立させることとするのが相当である。

よって、主文のとおり審判する。」

第 2 目 夫婦共同縁組

夫婦共同縁組に関する判例は見当たらない。

第 4 款 夫婦共同縁組で、養親夫婦の一方の本国法が法律行為型であり、他方の本国法が養子決定型であり、養子の本国法が法律行為型である場合

第 1 目 特別養子縁組制度導入前の判例

(1) 【判例 22】名古屋家豊橋支審昭和 42(1967)-12-7 (家月 20 巻 8 号 104 頁)
(夫婦共同申立、夫婦共同縁組許可審判、米国カリフォルニア州人夫 A、日本人妻 B、日本人養子 C (日本人夫婦の間に生まれた子、1 歳未満))

〔判旨〕主文「申立人両名が未成年者を養子とすることを許可する。」

理由「本件養子縁組の準拠法について考えると、日本国国際私法の一般法規たる「法例」一九条一項により、養子縁組の要件は各当事者につきその本国法に

よるべきものであるから、申立人 A については、法例二七条三項をも適用して、その所属州と認められるアメリカ合衆国カリフォルニア州法が準拠法であり、申立人 B 及び未成年者についてはいずれも日本法が準拠法である。

ところでカリフォルニア州法によれば、養子縁組については県上級裁判所の養子決定を要し、これによつて縁組が成立するものとされているが、日本法によつて縁組に必要とされる家庭裁判所の許可もその実質において大差がないので、これをもつて右養子決定に代えることができると解する。その他本件事案につき上記各準拠法上縁組の障害となるべき点は存しないし、冒頭認定の事実にかんがみ、本件縁組は未成年者の福祉のため望ましいものであることが認められるので、申立人両名の本件申立を認容することとして主文のとおり審判する。」

第 2 目 特別養子縁組制度導入後の判例

(1) 【判例 23】 千葉家市川出審平成 1(1989)-6-23 (家月 41 卷 11 号 102 頁)

(夫婦共同申立、夫婦共同縁組許可審判、カナダ国ブリティッシュ・コロンビア州人夫 A、日本人妻 B、日本人養子 C (日本人女 D の婚外子、1 歳))

〔判旨〕 主文「申立人らが未成年者 C を養子とすることを許可する。」

理由「3 本件は、いわゆる涉外養子縁組事件に属するので、その適用法令について判断する。

(1) [……].

(2) [……] 法例 19 条 1 項により、A の養親としての要件はカナダ国ブリティッシュ・コロンビア州の法令が、B 及び C については日本国民法がそれぞれ準拠法として適用されることになる。

4 そこで、養子縁組の要件充足の有無を判断する。

(1) まず、B 及び C について、日本国民法における養子縁組許可の要件をいずれも満たしていることは、[……] 明らかである。

(2) 次に、A について検討するに、カナダ国ブリティッシュ・コロンビア州

で効力を有する養子法 (Adoption act Consolidated October 20, 1987) によれば, [……]「子を養育し, 子の教育と財産を維持することについての申立人の能力及び養子縁組の適合性について満足であるとの判断をしたときは, 裁判所は, 子の福祉と子の実親の利益を考慮した上で, 第 5 条, 第 6 条, 第 7 条及び第 8 条の規定に従い, 子を申立人の養子とする養子縁組命令を発することができる。」(第 10 条 1 項前段) と規定している。
[……].

5 以上認定のところ及び本件記録に現れた一切の事情を考慮すると, 当裁判所は, C を養育し, C の教育と財産を維持することについての A の能力及び本件養子縁組の適合性の要件が十分に満足されていると判断するので, C の福祉と C の実親の利益を考慮した上で, A については, 前記養子法 10 条に定める養子縁組命令に代わるものとして養子縁組の許可をし, B については, 日本国民法 798 条の養子縁組の許可をすることとする。

よつて, 主文のとおり審判する。」¹⁹⁾

第 5 款 夫婦共同縁組で, 養親夫婦の一方の本国法が法律行為型であり, 他方の本国法が養子決定型であり, 養子の本国法が養子決定型である場合
このタイプの事案に関する判例は見当たらない。

19) 本件判旨が養母 B と養子 C の養子縁組に必要な許可裁判について判断したのは本件判旨の特色であろう。この点については, 田村 [1991 (H3)] 163 頁参照。

本件事案では, 配分的適用により, 養父 A と養子 C の養子縁組の成立には養父の本国法上の養子決定と養子の本国法上の法律行為が必要であり (そして, 法律行為をするためには養子の本国法上の許可裁判が必要である), 養母 B と養子 C の養子縁組は法律行為により成立し, これについても日本法 (B の本国法, C の本国法) 上の許可裁判が必要である。

なお, 本件事案に類似する事案に関する【判例 22】名古屋家豊橋支審昭和 42(1967)-12-7 は養母と養子の養子縁組に対する許可裁判に触れていない。

第3節 法例改正後の判例

第1款 養親と養子のいずれの本国法も養子決定型である場合

第1目 単独縁組

このタイプの単独縁組に関する判例は見当たらない。

第2目 夫婦共同縁組

(1) 【判例 24】 高松家審平成6(1994)-1-13 (家月47巻12号47頁)

(夫婦共同申立, 特別養子縁組成立審判, カナダ国ブリティッシュ・コロンビア州人夫 A, カナダ国ブリティッシュ・コロンビア州人妻 B, 日本人養子 C (日本で生まれ父母の知れない子, 2歳))

〔判旨〕 主文「事件本人 C を申立人らの特別養子とする。」

理由「3 [……] 本件においては, 法例第20条第1項により, 養親たるべき申立人らの本国法であるカナダ国ブリティッシュ・コロンビア州法が適用されるべきものとする。

4 そこで, 本件養子縁組がカナダ国ブリティッシュ・コロンビア州法における養子縁組の要件を充足しているか否かについて判断する。

(1) カナダ国ブリティッシュ・コロンビア州の養子法によれば, 「成年に達した未婚の者又は成年に達した夫婦は共同して, 養子縁組を申請することができる。」(第3条第1項), 「養子縁組をしようとする者は, 当該子と同居を始めてから14日以内に, 監督官 (superintendent) に対し, 通知に示された住所において子と同居を始めたことを通知しなければならない。」(第6条第1項), 「申立人は, 申立ての少なくとも6か月前にその意思を監督官に対し書面で通知しなければならない。」(同条第2項), 「監督官は, 前項の通知を受け取ったとき (a) 申立人の環境及び性格 (b) その養子縁組によって養親となるについての申立人の適格性 (c) 申立人の養子となることについての子の適格性 (d) 子が養子になろうとするに至った生活環境 (e) 第7項及び第8項に示されている事項並びに監督官が第6項で要求される勧告をなすのに必要であると考え

る事項、又は裁判所が第8条若しくは第10条の命令をなすについて参考となる事項を調査しなければならない。」（同条第3項）、「第8項の場合を除き、監督官の報告書が提出され、この報告書によれば、審問期日の少なくとも6か月前から子が申立人と同居してその監護の下にあったこと、並びにその期間中の申立人の子に対する振る舞い及び子の生活環境が養子縁組命令をなすことを正当化するものであることが明らかでない限り、養子縁組命令をなすことができない。」（同条第7項前段）、「監督官への通知期間及び申立人と子の同居期間に関する第2項及び第7項の規定を遵守することが、全当事者の利益保護にとって不必要であるという理由が監督官の報告書によって明らかに認められる場合、裁判所はこれらの規定の遵守を免除することができる。」（同条第8項）、「子の福祉及び子の実親の利益に照らし、申立人が子を養育し扶養し正しく教育する能力を有すること及びその子を養子とすることが相当であると明らかに認められるときは、裁判所は第5条ないし第8条の規定に従い、子を申立人の養子とする縁組命令をなすことができる。」（第10条第1項前段）。

(2) しかるところ、日本国においてはカナダ国ブリティッシュ・コロンビア州の養子法にいう監督官なる制度が存在しないが、同法における監督官の職務内容及び権限の大半が日本国の家庭裁判所調査官の職務内容及び権限と共通しており、不足する部分は同調査官による調査の過程において囑託される児童相談所及び乳児院等からの回答等によってこれを補うことができること、並びに本来監督官による調査手続に関する規定は手続規定であり、同養子法において監督官が調査すべきものとされている子の要保護状態及び養親となるべき者の適格性等の実質要件のみが厳密な意味における法例第20条1項の養子縁組の要件に該当すると解されることなどに鑑みると、日本国の家庭裁判所調査官による調査及びその調査結果報告書をもって同養子法における監督官による調査及びその報告書に代えることが許されると思料する。

当家庭裁判所調査官〔……〕作成の調査報告書等によれば、同養子法第6条第2項に定める監督官への通知期間及び同法第6条第7項前段に定める同居期

間の点を除き、同法に定める養子縁組の要件は充たされていることが認められ、また、前記のように申立人らは平成5年2月22日香川県知事から里親登録を受け、同年4月24日事件本人を引き取って監護養育を開始し、同年5月10日本件申立てをなし、今日に至るまで同居を継続しているのであるから、この点も併せ考えると、同法第6条第8項を適用して監督官への通知期間を定める同法第6条第2項及び同居期間を定める同法第6条第7項前段の規定の遵守を免除するのが相当である。

5 そうすると、事件本人は実親からの手厚い監護養育を受けうる望みは皆無に等しく、十分な保護が期待できない境遇にあり、申立人らは事件本人の養親として十分な適格性を有しており、かつ、双方の間に血縁の親子に劣らぬ愛情の絆が結ばれつつあってその間の適合性にも問題はないと認められるから、事件本人の健全な成長と福祉の増進のためには、双方の間に特別養子縁組を成立させるのが相当であると思料する。

よって、主文のとおり審判する。」

(2) 【判例 25】 横浜家横須賀支審平成 7(1995)-10-11 (家月 48 卷 12 号 66 頁)
(夫婦共同申立、夫婦共同縁組成立審判、米国ワシントン州人夫A、米国ワシントン州人妻B、日本人養子C (日本人夫婦の子、2歳))

〔判旨〕 主文「未成年者を申立人らの養子とする。」

理由「準拠法としては、養親となる申立人らのアメリカ合衆国の国内法的居住地であるアメリカ合衆国ワシントン州法が適用されると解すべきところ (法例 20 条 1 項前段)、同州法によれば、18 歳以上の者は養子を迎えることができること、養子縁組には子が 14 歳以上の場合は子の承諾書のあること、子が 18 歳以下の場合はその両親の承諾書のあることなどが必要とされているところ、上記事実によれば、これらの要件を充足していることが認められる。また、養子の本国法において養子その他の第三者等の承諾を要する場合はその要件も備えることが必要であると解すべきところ (法例 20 条 1 項後段)、養子の本国法である日本国民法によれば、その法的効果に鑑み、特別養子の要件を充足する必

要があると解されるところ，以上の事実によれば，両親には養育意思が全く欠如しており，要保護要件も含め，その要件を充足しているものと認められる。なお，同州法によれば，養子は養親の実子とされ，実父母との関係はなくなることから，主文としては，日本国における特別養子の主文と同じにするのが相当である。」

第 2 款 養親の本国法が養子決定型であり養子の本国法が法律行為型である場合

第 1 目 単独縁組

このタイプの単独縁組に関する判例は見当たらない。

第 2 目 夫婦共同縁組

(1) 【判例 26】福島家会津若松支審平成 4(1992)-9-14 (家月 45 卷 10 号 71 頁) (夫婦共同申立，特別養子縁組成立審判，日本人夫 A，日本人妻 B，韓国人養子 C (韓国人女 D の婚外子，4 歳))

〔判旨〕主文「事件本人を申立人らの特別養子とする。」

理由「2 以上の事実に基づいて考えて見る。

(1) 以上によれば，夫婦共同縁組，養親，養子の年齢の要件は問題がなく，また母 D による事件本人の監護が著しく困難又は不適當であることも明白である。そして，現在事件本人が申立人らのもとで経済的にも精神的にも安定した生活を送っており，その期間が 2 年以上になっていることからすれば，本件の特別養子縁組を成立させることは，事件本人の利益のために特に必要があるものと考えられる。

(2) 次に，民法 817 条の 6 の「父母の同意」の要件を考えると，事件本人の父は，法的には存在しないし，また母 D は，現在審判の時点では，所在が不明であるから，母がその意思を表示することができない場合にあたる。〔……〕。

{……}.

(3) 母 D の国籍は韓国である。ところで、大韓国民法（平成元年 1 月 13 日法律第 4199 号による改正後のもの）870 条によれば、養子縁組については父母の同意が必要であり、父母が同意することができない場合には直系尊属（最近尊属が先順位）の同意が必要とされている。しかして、本件では、前記のとおり母 D は行方不明で同意をえることができないが、平成 4 年 7 月 27 日付けで祖母 E の書面による同意をえた。これによって、大韓国民法の要件も充足することができた。

3 よって、本件の特別養子縁組を成立させることは事件本人のために特に必要があると認められ、かつ法定の要件も充足しているので、本件申立てを認容することとして、主文のとおり審判する。」

(コメント) 本件審判は国際私法規定の条文番号を全く示していない。

本件審判は韓国法を養子 C の母 D の本国法としての資格で適用したようであるが、韓国法は、改正法例 20 条 1 項後段により、養子 C の本国法としての資格で適用すべきものである²⁰⁾。

第 3 款 養親の本国法が法律行為型であり養子の本国法が養子決定型である場合

第 1 目 単独縁組

(1) 【判例 27】盛岡家審平成 2(1990)-8-6 (家月 43 卷 3 号 98 頁)

(夫の単独申立, 単独縁組許可審判, 日本人夫 A, [米国人妻 B], 米国イリノイ州人養子 C (妻 B の前婚の子, 11 歳))

[判旨] 主文「申立人が事件本人 C を養子とすることを許可する。」

理由「事件本人の国籍はアメリカ合衆国 (イリノイ州) であるが、法例 20 条 1 項本文によれば養子縁組は養親の本国法によると定められているので、まず

20) 長田 [1998 (H10)] 142 頁.

養親の本国法たる日本法に鑑みて本件をみるに、右認定事実を徴すると、申立人と事件本人との養子縁組には、要件的になんら欠けるところが存せず、かえって家庭裁判所による許可をも要しないところである。他方、法例 20 条 1 項但書によると養子の本国法が養子縁組の成立につき第三者の同意、公の機関の処分等を要件とするときはその要件の充足も必要である旨定めているところ、養子の本国法たるイリノイ州法では、本件のような養子縁組の成立には、実親が裁判所において同意をし、裁判所が子の幸福等を考慮して決定することを必要としているので、この点を案ずるに、[……。]。また、イリノイ州法において裁判所の決定を要するとしている趣旨と日本法において未成年者の養子縁組に家庭裁判所の許可を要している趣旨とは実質的に同一と解されるから、イリノイ州法による裁判所の決定に代わるものとして日本の家庭裁判所による右許可審判があれば、イリノイ州法による右要件が満たされるものと解すべきである。そこで右の意味で、本件につき当裁判所が養子縁組の許否を判断するに、前記認定の各事実を徴すると、申立人が事件本人を養子とすることは、事件本人の福祉によく合致するところと認められるから、右養子縁組はこれを許可するのが相当である。

よって、主文のとおり審判する。」

(2) 【判例 28】 山形家長井出審判平成 5(1993)-6-8 (家月 46 巻 8 号 124 頁)

(夫の単独申立、単独縁組許可審判、日本人夫 A, [フィリピン人妻 B], フィリピン人養子 C (妻 B の前婚の子, 8 歳))

[判旨] 主文「申立人が事件本人を養子とすることを許可する。」

理由「二 当裁判所の判断

1 [……。] 法例 20 条 1 項により、養親となる申立人については日本民法が、養子となる事件本人の保護要件についてはフィリピン民法がそれぞれ適用されることになる。

2 申立人は、前記のとおり、住所地に居住する成年者であり、事件本人を養子として B と共に生活することを希望していること、B も、申立人が事件本

人の養親となることを同意し、かつ希望していることは、一件記録及びBに対する審問結果から明らかに認められる。

3 次に、事件本人の保護要件について検討する。

(1) フィリピン民法 184 条によれば、外国人がフィリピン国籍を有する未成年者を養子としようとするときは、同民法のほか「児童少年福祉法典」(大統領命令第 603 号 The Child and Youth Welfare Code, Presidential Decree 603)の規定に従うことになる。

[……].

(3) 次に、児童少年福祉法典 25 条、36 条は、養子縁組は、最低 6 ヶ月間の試験監護期間を経た後、これによって子の最善の利益が促進されると判断される場合に裁判所によって決定される旨規定している。これは、同法典 32 条が規定するように、実親の性急な意思決定を防止し、子の利益と福祉を確保する趣旨と解され、わが国の家庭裁判所による審判と同一の性格を有するものと考えられるから、この決定は、法例 22 条により、わが国の家庭裁判所がフィリピン共和国の管轄裁判所に代行して行うことができるものと解される。

なお、同法典 35 条第 2 文には、裁判所が子の利益に最も合致すると認めるときは、職権又は申立てにより、試験監護期間の短縮・免除を認めることができる旨規定されており、この判断も家庭裁判所において行うことができると解されるが、本件については、事件本人の年齢、養親となる申立人の家庭や近隣との適合性を考え、相当期間経過を観察することが相当と考えられる。

[……].

三 結論

以上の事実によれば、本件申立てを許可することが事件本人の最善の利益を促進するものと認めるのが相当である。よって、主文のとおり審判する。」

第 2 目 夫婦共同縁組

このタイプの夫婦共同縁組に関する判例は見当たらない。

第 4 款 夫婦共同縁組で養親夫婦の一方の本国法が法律行為型であり他方の本国法が養子決定型であり養子の本国法が法律行為型である場合

(1) 【判例 29】 東京家審令和 3(2021)-1-27 (判時 2511 号 101 頁, 判タ 1494 号 253 頁)

(夫婦共同申立, 夫婦共同縁組許可審判, ニュー・ジーランド人夫 A, 日本人妻 B, 日本人養子 C (B が A と婚姻する前に出産した婚外子, 3 ~ 4 歳))

[判旨] 主文「申立人らが未成年者を養子とすることを許可する。」

理由「ニュージーランド法によると, 養子縁組は裁判所のする養子縁組命令により成立するとされており, (ニュージーランド養子縁組法 16 条 2 項), この命令は, 日本の家庭裁判所のする養子縁組許可の審判をもって代えることができると解される。

[……].

以上のとおりであるから, 主文のとおり審判する。」

第 5 款 夫婦共同縁組で養親夫婦の一方の本国法が法律行為型であり他方の本国法が養子決定型であり養子の本国法が養子決定型である場合

(1) 【判例 30】 盛岡家審平成 3(1991)-12-16 (家月 44 巻 9 号 89 頁)

(夫婦共同申立, 夫婦共同縁組許可審判, 日本人夫 A, フィリピン人妻 B, フィリピン人養子 C (妻 B の妹, 11 歳))

[判旨] 主文「申立人らが事件本人 C を養子とすることを許可する。」

理由「(1) 法例 20 条 1 項前段によると, 養子縁組は縁組の当時の養親の本国法によるものと定められているから, 申立人 A と事件本人の養子縁組については, A の本国法である日本法が, 同 B と事件本人の養子縁組については, B の本国法であるフィリピン法がそれぞれ適用されることになる。

(2) そこで, はじめに, 申立人 A と事件本人の養子縁組につき検討するに, 上記認定事実を照らすと, A と事件本人との養子縁組については, 事件本人の福祉上これを認めるのが相当というべきであり, 日本法上要件的には何ら欠

けるところがない。一方、法例 20 条 1 項後段によると、養子の本国法が養子縁組の成立につき第三者の承諾・同意又は公の機関の許可処分等を要するときはその要件をも充足することが必要である旨定めているところ、フィリピン法によると、養子縁組については実親の同意書（フィリピン家族法 188 条）及び裁判所の養子縁組決定（児童福祉法典「大統領宣言 603 号」36 条）が必要であり、また、同大統領宣言 35 条によると、養子縁組決定前において、裁判所が養子をとる親に対し、少なくとも 6 か月間の監督付き試験監護を行うものとされているので（ただし、この期間は、裁判所の職権により児童の利益に合致するときは短縮・免除することができる。）、これらの点につき検討する。まず、事件本人の唯一の実親である父 D が本件養子縁組に同意していることは前記認定のとおりである。また、フィリピン法により裁判所の決定を要するという趣旨は、日本法の家庭裁判所の許可の審判とは性質を異にするものではあるが、当該養子縁組が養子となるべき子の福祉に適うか否かの審査を裁判所に委ねた点では実質的には差異がないというべきであるから、日本の家庭裁判所の許可の審判をもってフィリピン法の裁判所の決定に代わることができるものと解すべきである。また、6 か月間の監督付き試験監護についても、前同様の理由により日本の家庭裁判所において職権でその免除ができる性格のものと解すべきものであり、前記認定のような申立人らと事件本人の生活状況に照らせば、上記試験監護期間はこれを免除するのが相当である。

以上によると、申立人 A が事件本人を養育、監護することは事件本人の福祉に適合するものであるから、申立人 A と事件本人との養子縁組はこれを許可するのが相当である。

(3) 次いで、申立人 B と事件本人の養子縁組につき検討する。

[……]、申立人 B の本国法であるフィリピン法によると、前記のとおり、養子縁組については実親の同意書が必要であり、また、養子縁組決定前における 6 か月間の監督付き試験監護を経たうえで裁判所による養子縁組決定を要するものとされているほか、養子が未成年者であること及び養親が養子より 16

歳以上年長であること (フィリピン家族法 183 条), 配偶者のある者が縁組するには, その配偶者とともに縁組をすること (同法 185 条) が要件とされているので, これらの点につき検討する。

上記のうち, 養子縁組につき事件本人の実父が同意書を提出していることは前記認定のとおりである。また, 養子縁組決定前における 6 か月間の監督付き試験監護を経たうえで裁判所による養子縁組決定を要するものとされている点についても, 前記のとおり日本の家庭裁判所の許可の審判をもってフィリピン法の裁判所の決定に代わることができるものと解すべきであり, また, 6 か月間の監督付き試験監護に日本の家庭裁判所において職権でその免除をすることが相当であると解すべきものである。さらに, 前記認定の事実によれば, 事件本人が未成年者であること及び申立人 B が事件本人より 21 歳年長であり, フィリピン家族法 183 条の要求する各要件を充たしていることが認められる。

ところで, フィリピン法においては前記のとおり配偶者のある者が縁組するには, その配偶者とともに縁組をすることが要件とされているところ, フィリピン法と日本法では養子縁組の形式的成立要件を異にするから申立人ら夫婦が双方同時に養子縁組をするための方式を充たすことが困難であり, 結局夫婦が共同で養子縁組をすることは認められないのではないかとの疑問があるが, 法例 22 条但書によれば, 養親となるべき夫婦が同一場所に居住している場合には, 養子縁組をする場所における縁組の形式的成立要件を満たすことにより, 縁組を成立させることができるものとされており, 本件においては, 申立人 B と事件本人との養子縁組についても養子縁組をする場所である日本の方式すなわち戸籍管掌者である市町村長に対する届出によって養子縁組が形式的に成立するものと解することにより, 夫婦共同養子縁組の要件を満たすものと解して妨げないというべきである。

また, 他に申立人 B と事件本人の養子縁組がフィリピン法上の要件に抵触する点は認められず, 結局, 申立人 B が事件本人を養育, 監護することは事件本人の福祉に適合するものであるから, 申立人 B と事件本人との養子縁組

は家庭裁判所においてこれを許可するのが相当である。

よって、本件申立は理由があるのでこれを認容し、主文のとおり審判する。」

(2) 【判例 31】 山形家審平成 7(1995)-3-2 (家月 48 卷 3 号 66 頁)

(夫婦共同申立、夫婦共同縁組許可審判、日本人夫 A、フィリピン人妻 B、フィリピン人養子 C (妻 B が A と婚姻する前に出産した婚外子、6 歳))

〔判旨〕 主文「申立人らが事件本人を養子とすることを許可する。」

理由「本件は法例 20 条 1 項前段により養親の本国法に準拠することになるので、申立人 A についてはわが国の民法が、申立人 B についてはフィリピン家族法が適用されることになる。そして、両準拠法を検討しても、いずれも特に本件のような養子縁組を妨げるような規定はない。

ただ、法例 20 条 1 項後段によれば、養子の本国法が養子縁組の成立につき養子もしくは第三者の承諾や同意あるいは公の機関の許可その他の処分を要件とするときは、その要件をも備えることを要すると定めている。従って、本件養子縁組の成立には、フィリピン家族法 188 条 (2) により養子の実親の同意及び同国の児童少年福祉法典 (The Child and Youth Welfare Code) 36 条により裁判所の養子縁組決定を要することになる (なお、わが民法との関係では 798 条但書により家庭裁判所の許可を要しない)。このうち前者の実親の同意については、事件本人の父親は知れず、母親は本件共同申立人 B であるから、既に同意が得られているといえるが、後者のフィリピン共和国の裁判所の決定はない。この児童少年福祉法典でいう裁判所を外国の裁判所をも含むと解することはできず、また、このような裁判所の決定ということを法律行為の方式と解して、これに法例 22 条により行為地法を適用することも相当ではない。更に、裁判権の行使は国家主権にかかわるものであるから、外国の裁判所の権限を当然にわが国の裁判所が代行して行使すると解することもできない。しかし、同児童福祉法典が養子縁組の成立を裁判所の決定にかからしめている趣旨は、同法典 32 条の文言から明らかのように、実親が緊張や心配のため、性急な意思決定をして子を養子に出すことを防止し、かつ、養子と養親とが家族の結びつ

きを強めることなどの手段として、つまり養子の福祉のために公の機関である裁判所が適当と認めるときに限り養子縁組を成立させるということであって、これはちょうどわが民法 798 条が未成年者の養子縁組を家庭裁判所の許可にかからしめているのと同趣旨に出たものと解される。このように、両国法の前記条項の趣旨が同じものであるならば、申立人らにフィリピン共和国の裁判所に養子縁組決定を求めることが不可能ではないにしろ、これに多くの困難を伴う特別の事情があるような場合は、例外的にわが国家家庭裁判所の養子縁組許可の審判をもって、法例 20 条 1 項後段、前記児童少年福祉法典 36 条の要件を充たすものと解するのが相当である。なお、このことは、あくまでもフィリピン共和国裁判所の決定をわが国家家庭裁判所が代行するのではなく、わが国家家庭裁判所の審判があればフィリピン共和国裁判所の決定がなくても、わが国法上養子縁組の届出が受理されるべき法的効果が生じ、戸籍官署において届出を拒むことができないことになると解すべきである。

そこで、本件につき前記のような特別事情があるか否かについて事実関係をみるに、[……。]。従って、本件にはフィリピン共和国裁判所に養子縁組の決定を求めることの困難な特別の事情があるというべきである。

そして、本件養子縁組を成立させることの相当性について検討するに、[……。]。

よって、民法 798 条本文を準用して、本件養子縁組を許可することとし、主文のとおり審判する。」

(3) 【判例 32】水戸家土浦支審平成 11(1999)-2-15 (家月 51 巻 7 号 93 頁)

(夫婦共同申立、夫婦共同縁組許可審判、日本人夫 A、フィリピン人妻 B、フィリピン人養子 C (妻 B が A と婚姻する前に出産した婚外子、12～13 歳))

〔判旨〕主文「申立人らが事件本人を養子とすることを許可する。」

理由「3 裁判管轄及び準拠法

[……。]

次に、涉外養子縁組の実質的要件については、縁組当時の養親の本国法によ

るべきものとされている（法例 20 条 1 項前段）から、申立人 A と事件本人との関係においては、養親の本国法である日本法が準拠法として適用されることになるが、養子の保護のための同意、許可要件については、事件本人の本国法であるフィリピン法が併せ考慮されることになり（同項後段）、また、申立人 B と事件本人との関係においては、専らフィリピン法が適用される。

ところで、フィリピン家族法 188 条は、養子縁組について一定の範囲の者の同意書の提出を要件としており、前記 2 認定の各事実によれば、本件では養子の実親（2 号）及び養親の嫡出子で 10 歳以上の者（3 号）の同意が必要とされる。また、同国の児童少年福祉法典 36 条は養子縁組は裁判所の養子縁組決定を要するものとしている。これらはいずれも、法例 20 条 1 項後段の「養子ノ本国法ガ養子縁組ノ成立ニ付キ養子若クハ第三者ノ承諾若クハ同意又ハ公ノ機関ノ許可其他ノ処分アルコトヲ要件トスルトキ」に該当するものと言うべきであり、本件養子縁組許可の要件となるものである。

4 保護要件の検討

(1) 養親の実親の同意書

[……].

(2) 養親の嫡出子で 10 歳以上の者の同意書

[……].

(3) 裁判所の養子縁組決定

前記のとおりフィリピン法によれば、養子縁組は裁判所のする養子決定により成立するものとされているが、この裁判所の養子決定は、わが国の家庭裁判所のする養子縁組許可の審判をもって代えることができるものと解される。

(4) [……].

5 よって、主文のとおり決定する。」

(4) 【判例 33】名古屋家豊橋支審平成 26(2014)-7-17（家庭の法と裁判 6 号 97 頁，判タ 1420 号 396 頁）

（夫婦共同申立，夫婦共同縁組許可審判，日本人夫 A，フィリピン人妻 B，フィ

リピン人養子 C (妻 B が A と婚姻する前に出産した婚外子, 15 歳)

[判旨] 主文「未成年者を申立人兩名の養子とすることを許可する。」

理由「2 当裁判所の判断

(1) [……].

(2) [……] 涉外養子縁組の実質的要件については、法の適用に関する通則法(以下「通則法」という) 31 条 1 項により、養親の本国法によるとされており、また、養子となる者の本国法に保護要件が定められているときはその要件を備えなければならないから、申立人 A と未成年者との関係においては、準拠法としては日本法が適用され、併せて保護要件についてはフィリピン法が適用される。一方の申立人 B と未成年者との関係においては、専らフィリピン法が適用される。

(3) そして、前記 1 で認定した事実に照らせば、本件において、日本国民法 792 条以下に規定される日本法上の実質的要件に欠けるところはなく、また、前フィリピン法 [引用者注:「1998 年フィリピン国内養子縁組法」を指す。] 7 条 (a) 並びに 8 条 (a) 及び (c) の実質的要件を充足するものと認められる。

(4) 次に、フィリピン法における養子となる者の保護要件について検討する。
ア [……].

イ フィリピン法 11 条及び 12 条によれば、所定の公的機関によるケース・スタディ及び 6 か月以上の試験監護の実施が要求されているが、本件では、前記 1 で認定したとおり、未成年者は申立人らの監護下で既に 6 か月以上にわたり生活しているのであるから、このような事情の下において、現在の生活状況を当庁調査官が観察し、その結果を報告することで上記要件に代えることができるものと解するのが相当である。なお、フィリピン法 13 条によれば、養子縁組は裁判所のする養子決定により成立するものとされており、通則法 31 条 1 項後段の規定の趣旨に照らせば、当該決定が本件の養子縁組にも必要と解されるところ、上記養子決定は、日本の家庭裁判所のする養子縁組許可の審判をもって代えることができると解するのが相当である。

ウ 以上によれば、フィリピン法上の保護要件を充足するものと認められる。

(5) [……].

3 よって、主文のとおり審判する。」

(5) 【判例 34】 東京家審令和 2(2020)-4-17 (判時 2492 号 67 頁, 判タ 1492 号 251 頁)

(夫婦共同申立, 夫婦共同縁組許可審判, 日本人夫 A, フィリピン人妻 B, フィリピン人養子 C (B が A と婚姻する前に出産した婚外子, 約 15 歳))

〔判旨〕 主文「申立人らが未成年者を養子とすることを許可する。」

理由「フィリピン法上の保護要件について

[……].

[……], 裁判所による養子縁組決定については, 我が国の民法において, 養子縁組において家庭裁判所の許可が要件とされているのと同趣旨と解されるから, 我が国の家庭裁判所の審判で代行することが可能であると解される。

[……].

したがって, 本件については, 申立人らが未成年者を養子とすることを許可するのが相当であるから, 主文のとおり審判する。」

第 4 節 外国法上の養子決定に関する日本の裁判所の対応

ここで, 準拠法 (日本法, 外国法) が養子決定型である場合の判例の対応をまとめる。

第 1 款 準拠法が養子決定を要件とする場合に養子決定をした判例

これまでの判例で, 日本の裁判所が養子決定 (養子縁組成立裁判) をした判例を見る。

第 1 目 法例改正前

法例改正前に国際養子縁組に関して養子決定 (養子縁組成立裁判) をした判

例は 4 件ある。

まず、【判例 8】東京家審平成 1(1989)-10-24 と【判例 9】山口家徳山支審平成 1(1989)-10-26 は、いずれも、日本人と外国人の夫婦が別の日本人女の婚外子を養子とする事案に関して特別養子縁組成立審判をした。いずれにおいても、日本人養親と日本人養子の間の養子縁組の成立には日本法が養子決定（特別養子縁組成立審判）を必要とし、外国法が養子決定を必要としたわけではない。次に、外国人養親と日本人養子の間の養子縁組の成立には外国人養親の本国法と日本人養子の本国法いずれも養子決定を要件とする。従って、この 2 件の判例は、確かに、外国人養親と日本人養子の養子縁組に関して外国法が養子決定型である場合に養子決定（養子縁組成立裁判）をした判例ではあるということではできるが、しかし、その実体は、外国法と日本法がともに養子決定を必要とする養子縁組であり、外国法のみが養子決定を必要とする養子縁組に関して養子決定（養子縁組成立裁判）をしたわけではない。

次に、【判例 6】京都家審昭和 63(1988)-6-9 と【判例 7】京都家審昭和 63(1988)-6-28 も、日本人と外国人の夫婦が別の日本人女の婚外子を養子とする事案に関する判例である（この点で、以上の 4 件の判例における事案は互いに類似する）。この 2 件の判例では、外国人養親の本国法が養子決定を要件とするか否かを審判理由では判示していない（ただし、審判理由に添付した参考資料から、養親の本国法が養子決定を要件とすることを窺い知ることができる）。それゆえ、外国法が養子決定を必要とする場合に養子決定（養子縁組成立裁判）をした判例であると解することは困難であるが、仮にそのような判例であると解するとしても、上記の 2 件の判例（【判例 8】と【判例 9】）と同じ趣旨の判例と解すべきであろう。

以上のように、法例改正前の判例で準拠外国法が養子決定型である場合に養子決定をした判例は少なくとも 2 件（多めに数えれば 4 件）あるが、いずれも、日本法が（日本法のみが、または、日本法と外国法が）養子決定を必要とする養子縁組に関して養子決定（養子縁組成立裁判）をしたものと解せられる。こ

の意味で、法例改正前は、外国法のみが養子決定を必要とする養子縁組に関して養子決定（養子縁組成立裁判）をした判例は見当たらない。

第2目 法例改正後

法例改正後に国際養子縁組に関して養子決定（養子縁組成立裁判）をした判例は3件ある。

まず、【判例24】高松家審平成6(1994)-1-13は外国人養親夫婦の本国法（養子縁組の方法の準拠法）が養子決定を要件とし、かつ、日本人養子の本国法（養子の保護要件の準拠法）も養子決定を要件とする場合につき養子決定をした。それゆえ、この判例は、外国法と日本法のいずれも養子決定を必要とする養子縁組に関して養子決定をした判例であり、外国法のみが養子決定を必要とする養子縁組に関して養子決定をした判例ではない。

次に、【判例25】横浜家横須賀支審平成7(1995)-10-11は外国人養親夫婦の本国法（養子縁組の方法の準拠法）が養子決定を要件とするか否かを判示せず、日本法（養子の保護要件の準拠法）が養子決定を要件とする事案につき養子決定をした。それゆえ、この判例は、日本法が養子決定を必要とする養子縁組に関して養子決定をした判例と見るべきであり、外国法が養子決定を必要とする養子縁組に関して養子決定をした判例であるとはいえない。

最後に、【判例26】福島家会津若松支審平成4(1992)-9-14は日本人養親夫婦の本国法（養子縁組の方法の準拠法）が養子決定を必要とし、かつ、養子の本国法（養子の保護要件の準拠法）が養子決定を要件としない場合につき養子決定をした。それゆえ、この判例も、日本法が養子決定を必要とする養子縁組に関して養子決定をした判例であり、外国法が養子決定を必要とする養子縁組に関して養子決定をした判例ではない。

以上をまとめると、法例改正後も、外国法が養子決定を必要とする養子縁組に関して養子決定をした判例は1件【判例24】のみであり、それは、外国法と日本法のいずれも養子決定を必要とする養子縁組に関して養子決定をした判

例である。他の 2 件 (【判例 25】、【判例 26】) は外国法が養子決定を必要とする養子縁組に関して養子決定をした判例ではない。それゆえ、法例改正後も、外国法のみが養子決定を必要とする養子縁組に関して養子決定をした判例はまだ現れていない。

第 2 款 準拠外国法が養子決定を要件とする場合に許可審判をした判例

第 1 目 はじめに

これまでは、日本の裁判所は、外国法が養子決定を要件とする場合に、通常は、養子縁組許可審判をした。それはふたつのグループに分けることができる。ひとつは、日本の家庭裁判所の許可審判により外国法上の養子決定を代行する (判例によっては「代える」などの用語を使う場合もある)、と判示しつつも、許可審判後に市町村長に養子縁組届をする必要があるか否かについて判示しない判例である。もうひとつは、日本の家庭裁判所による許可審判の後に市町村長への養子縁組届が必要である旨を判示する判例である²¹⁾。前者のグループ

21) 従来の学説がこの 2 種類の判例を区別していたか否かを見る。

1. 次の学説はこの両グループを区別する。

(1) 溜池 [1971 (S46)] 154-155 頁注 11 は【判例 11】東京家審昭和 32(1957)-12-12、【判例 14】東京家審昭和 38(1963)-4-24、【判例 1】神戸家審昭和 39(1964)-6-8、【判例 4】長崎家佐世保支審昭和 41(1966)-7-4、【判例 22】名古屋家豊橋支審昭和 42(1967)-12-7 を引用し、溜池・同 156 頁注 16 は【判例 15】宮崎家審昭和 42(1967)-4-4 を引用するから、両グループを区別する。なお、後出注 26 参照。

(2) 折茂 [1972 (S47)] も両グループを区別する。後出注 30 参照。

(3) 海老沢 [1978 (S53)] 798 頁は、次のように、両グループを区別する。

「準拠法が養子縁組の成立につき契約的構成をとらず、裁判所の決定自体により成立するとしているときには、わが国の家庭裁判所がこれをよくしうるかどうか、学説が分れてくる [……]。審判例は、そのような場合にもかまわず代行をめ許可審判をするのが普通だが [引用者注：ここで海老沢は【判例 3】札幌家審昭和 47(1972)-10-5 および【判例 16】東京家審昭和 44(1969)-9-22 を挙げる] [……]、これらの審判が創設的に縁組を成立させる養子決定そのものをなしたとみるべきか否かは明白でない。学説の

中には、国家行為型の養子決定をわが国の手続に適應させるには、縁組の実質的要件の審査に関する部分と縁組を創設する方式に関する部分に分解し、前者を家庭裁判所の許可審判、後者を行為地たる日本の縁組方式＝届出により実現すべしと説くものがある〔……〕。そして審判例の中にもこの立場を明示的に採用したものが存在している（宮崎家審昭 42・4・4 家月 19-11-122.〔……〕.）」

2. 次の学説はこの両グループを区別しないようである。

(1) 川上〔1970 (S45)〕は【判例 15】宮崎家審昭 42(1967)-4-4, 【判例 22】名古屋家豊橋支審昭 42(1967)-12-7, 【判例 14】東京家審昭 38(1963)-4-24 を区別しない。後出第 3 章第 1 節第 2 款 2 目参照。

(2) 舩場〔1990 (H2)〕 252 頁は次のようにいう。

「全ての縁組に裁判所を関与させ、養親子関係の創設・形成を裁判所の決定または命令に依らしめるものが、外国には少なくない。これらの外国法が準拠法となるとき、我が国の家庭裁判所は如何に対応すべきか。日本民法が特別養子の制度を知らなかった一九八八年一月一日までは、我が国家庭裁判所に養親子関係を創設・形成する権限が無いとされていた。そのため、準拠外国法上の養子決定手続を分割あるいは分解し、縁組意思の確認・その他の要件具備、縁組の必要性または相当性これらを実質的に審査する部分と、身分関係を創設・成立させる国家機関の形成作用の部分とに分け、前者を家庭裁判所の許可手続に、後者は戸籍官庁の届出の受理手続に、それぞれの機能を分担・権限を分掌させることで解決を計ってきた。「分解理論」などと呼ばれ、実務の大勢が従っている（加藤令造・家事審判法講座四巻九〇頁、同・ジュリ 三九六号一二八頁、宮崎家審昭和四二年四月四日家月一九卷一一号一二二頁など.）」

(3) 南〔1992 (H4)〕 140-141 頁は次のようにいう。

「養親の本国法がいわゆる決定型の立法であって、裁判所の決定により養子縁組が成立することとなる場合における我が国での準拠法の適用については、我が国の家庭裁判所が特別養子以外の養子について養子を成立せしめる決定をする権限を有するものと解するかどうかにより異なってくる〔……〕。この点に関する昭和六二年の特別養子制度の新設前の考え方としては、①家庭裁判所の管轄権の問題としては、裁判所法三一条の三第二項で「他の法律において特に定める権限を有する」こととなっているが、法例により指定された準拠法をここにいう「他の法律」に含ませ、家庭裁判所は、外国法の決定型の養子縁組を成立させるため、その決定を代行することができるとする説と、②養子決定そのものは根拠・権限がないためできないが、養子決定の裁判を養子縁組の実質的成立要件部分として公的機関の関与を必要とする部分と養子縁組を創設させる方式の部分に分解し、その前者については、家庭裁判所の許可という形で代行させ、後者に

の判例には、家庭裁判所の許可審判が準拠外国法上の養子決定に相当する（それゆえ、家庭裁判所の許可審判により養親子関係が成立する）、という意味合いがあるのに対して、後者のグループの判例は、家庭裁判所の許可審判とその後の養子縁組届により養親子関係が成立する旨を明言するから、両者を区別する必要がある。その意味で、本稿では、前者のグループの判例を「許可審判により養子決定を代行する判例」と呼び、後者の判例を「許可審判と養子縁組届により養子決定を代行する判例」²²⁾と呼ぶことがある。

両グループを比較すると、前者のグループの判例は時期的に早く現れ、数の上でも多数を占めるので、前者のグループの判例を先に見て、その後、後者のグループの判例を見る。

第 2 目 許可審判により外国法上の養子決定を代行する判例

このグループの判例は次のとおりである²³⁾。

については、方式に関する法例の規定を適用して行為地法である我が国の方式（戸籍管掌者である市区町村長に対する届出）によって行うとする説（いわゆる「分解理論」）があり、戸籍・裁判実務では、後者の考え方により、事件を処理していた。」

3. 櫻田〔1991（H3）〕409頁は、「外国法上要求される国家機関による養子決定についても、いわゆる分解理論等によってその代行を認めるのが実務の取扱いであった」というように「分解理論等」という言葉を使い、【判例 15】宮崎家審昭和 42(1967)-4-4、【判例 16】東京家審昭和 44(1969)-9-22、【判例 2】札幌家審昭和 46(1971)-2-22、【判例 19】神戸家審昭和 53(1978)-2-21、【判例 13】東京家審昭和 59(1984)-3-27、【判例 20】大津家審昭和 60(1985)-9-26 を挙げる。

22) 加藤〔1965（S40）〕26頁は次のようにいう。

「本来養子決定は、縁組の実質的成立要件の審査の部分と、縁組を創設する方式の部分とに分解し得るものと解すべく、かく分解すれば縁組の実質的成立要件の審査に該当する部分は日本の縁組の許可審判に、縁組の創設に関する方式に該当する部分は縁組地の方式である戸籍管掌者である市町村長に対する届出によって、それぞれ代わり得るものというべく」

従って、後者の判例を「許可審判と養子縁組届により養子決定を代行する判例」と呼ぶことができる。

- 23) 準拠外国法が養子決定型である場合に許可審判をして、許可審判後に養子縁組届をする必要があるか否かを判示しない判例は、初期の判例を除き、「代行」、「代用」、「代える」、「代わる」、「充てる」といった言葉を使う。それぞれの言葉の使用状況は次のとおりである。簡単にいえば学説の多用する「代行」という語よりも「代える」という語の使用頻度が高い。
1. 初期の判例には次のものがある
 - (1) 【判例 10】大阪家審昭和 32(1957)-2-27 は米国ペンシルベニア州法上の「裁判所の審判」の法的性質を理解していたかどうか明らかではない。
 - (3) 【判例 12】山形家酒田支審昭和 37(1962)-2-26 も米国オクラホマ州法上の「裁判所の養子縁組の審判」の法的性質を理解していたかどうか明らかではない。
 2. 「代行」、「代える」等の用語を使わない判例
 - (1) 【判例 11】東京家審昭和 32(1957)-12-12 は「家事審判法 9 条甲類 7 号〔……〕を類推適用して処理審判すべきものとする」と判示した。
 - (2) 【判例 14】東京家審昭和 38(1963)-4-24
 3. 「代行」という言葉を使う判例
 - (1) 【判例 20】大津家審昭和 60(1985)-9-26
 - (2) 【判例 28】山形家長井出審判平成 5(1993)-6-8
 - (3) 【判例 34】東京家審令和 2(2020)-4-17
 4. 「代用」という言葉を使う判例
 - (1) 【判例 5】東京家審昭和 42(1967)-10-31
 - (2) 【判例 16】東京家審昭和 44(1969)-9-22
 - (3) 【判例 21】横浜家審平成 1(1989)-3-23
 5. 「代える」という言葉を使う判例
 - (1) 【判例 1】神戸家審昭和 39(1964)-6-8
 - (2) 【判例 4】長崎家佐世保支審昭和 41(1966)-7-4
 - (3) 【判例 22】名古屋家豊橋支審昭和 42(1967)-12-7
 - (4) 【判例 2】札幌家審昭和 46(1971)-2-22
 - (5) 【判例 13】東京家審昭和 59(1984)-3-27
 - (6) 【判例 17】東京家審昭和 62(1987)-6-1
 - (7) 【判例 18】東京家審昭和 62(1987)-12-17
 - (8) 【判例 32】水戸家土浦支審平成 11(1999)-2-15
 - (9) 【判例 33】名古屋家豊橋支審平成 26(2014)-7-17
 - (10) 【判例 29】東京家審令和 3(2021)-1-27
 6. 「代わる」という言葉を使う判例

(1) 【判例 11】 東京家審昭和 32(1957)-12-12 (単独申立, 単独縁組許可審判, 米国ミシガン州人夫 A, [日本人妻 B], 日本人養子 C (妻 B の連れ子, 未成年者))

〔判旨〕 主文「申立人が未成年者を養子とすることを許可する。」

理由「家事審判法第九条甲類七号は養子縁組に対する判断手続を規定したものであり, その許可効力についてはミシガン州法の裁判所の許可と差違があつても, その形式においてミシガン州法に類似するから本条を類推適用して処理審判すべきものとする。」

(2) 【判例 14】 東京家審昭和 38(1963)-4-24 (夫婦共同申立, 夫婦共同縁組許可審判, 英国人夫 A, 英国人妻 B, 米国ワシントン州人養子 C (米国人女 D の出産した子, 1 歳未満))

〔判旨〕 主文「申立人らが事件本人を養子とすることを許可する。」

理由「本件は法例第一九条第一項第二七条第三項により申立人らについては英国法により事件本人についてはアメリカ合衆国ワシントン州の法律によるべきところ, いずれも養子縁組は裁判所の裁決によつて成立するものとされておるが, その養子縁組に関与する機関, 関与する仕方, その性質において日本国における家庭裁判所の許可と著しい相違は認められない。」

しかしてまたアメリカ合衆国ワシントン州法においては管轄権ある裁判所の所在地法によることとされているので, 事件本人については日本国民法によることとなる。」

(3) 【判例 1】 神戸家審昭和 39(1964)-6-8 (夫の単独申立, 単独縁組許可, 米国ニュー・ヨーク州人夫 A, [米国人妻 B], 米国テキサス州人養子 C, D (妻

(1) 【判例 3】 札幌家審昭和 47(1972)-10-5

(2) 【判例 23】 千葉家市川出審平成 1 (1989)-6-23

(3) 【判例 27】 盛岡家審平成 2(1990)-8-6

7. 「充てる」という言葉を使う判例

(1) 【判例 19】 神戸家審昭和 53(1978)-2-21

Bの連れ子、年齢不明))

〔判旨〕 主文「申立人 A が未成年者 C 及び D を養子とすることを許可する。」

理由「本国法上の要件を満たすための裁判所の決定は、わが国の家庭裁判所の許可をもつて代えうるものと考える。」

(4) 【判例 4】 長崎家佐世保支審昭和 41(1966)-7-4 (夫婦共同申立、夫婦共同縁組許可審判、米国オハイオ州人夫 A、米国オハイオ州人妻 B、米国イリノイ州人養子 C (米国人女 D の婚外子、1 歳未満))

〔判旨〕 主文「申立人兩名が未成年者 C を養子とすることを許可する。」

理由「米国州法上の養子決定は、わが国の家庭裁判所の許可をもつて代えうるものというべきである。」

(5) 【判例 5】 東京家審昭和 42(1967)-10-31 (夫婦共同申立、夫婦共同縁組許可審判、フランス人夫 A (仮名：ジャン・ポール・ルナン)、フランス人妻 B、オーストラリア人養子 C (オーストラリア人女 D の出産した子、1 歳未満))

〔判旨〕 主文「申立人らが事件本人を養子とすることを許可する。〔以下省略〕。」

理由「フランス民法およびオーストラリア未成年者養子縁組法の要求する裁判所の養子決定と、日本国民法の要求する家庭裁判所の許可審判とは、法制上異なる面をもつことは否定できないが、養子縁組が未成年者の福祉に合致するものであるか否か、および、実体法の要求する各要件を充足するものであるかどうかを審査する機能を営む点においては大きな差がないのであるから、フランス民法およびオーストラリア未成年者養子縁組法の要求する裁判所の養子決定は、日本国においては、家庭裁判所の許可審判をもつて代用しうるものと解され、したがって当裁判所は本件養子縁組については、家事審判法第九条甲類第七号によつて有する未成年者養子縁組に対する許可の審判権限の類推適用によつて、許可、不許可を決することができるものと解する。」

(6) 【判例 22】 名古屋家豊橋支審昭和 42(1967)-12-7 (夫婦共同申立、夫婦共同縁組許可審判、米国カリフォルニア州人夫 A、日本人妻 B、日本人養子 C (日本人夫婦の間に生まれた子、1 歳未満))

〔判旨〕主文「申立人兩名が未成年者を養子とすることを許可する。」

理由「カリフォルニア州法によれば、養子縁組については県上級裁判所の養子決定を要し、これによつて縁組が成立するものとされているが、日本法によつて縁組に必要とされる家庭裁判所の許可もその実質において大差がないので、これをもつて右養子決定に代えることができると解する。」

(7) 【判例 16】東京家審昭和 44(1969)-9-22 (夫婦共同申立, 夫婦共同縁組許可審判, オランダ人夫 A (C の生後 3 か月に A は C の後見人に選任された), オランダ人妻 B, 日本人養子 C (日本で生まれ父母の知れない子, 3 歳))

〔判旨〕主文「申立人らが未成年者 C を養子とすることを許可する。」

申立人 A が、被後見人である上記未成年者を養子とすることを許可する。」

理由「オランダ民法の養子決定と日本民法の許可審判とは、いずれも養子縁組が未成年者の福祉に合致するか否かおよび実体法の要求する縁組の要件を充足するものであるかどうかを審査する機能を営む点において実質的にはその手続において類似性をもつということが出来るから、オランダ民法の要求する養子決定は、日本の家庭裁判所の家事審判法第九条第一項甲類七号の許可審判をもつて代用しうるものと解される。」

(8) 【判例 2】札幌家審昭和 46(1971)-2-22 (夫の単独申立, 単独縁組許可審判, 米国カリフォルニア州人夫 A, [米国人妻 B], 米国カリフォルニア州人養子 C (妻 B の前婚の子, 2 歳以上))

〔判旨〕主文「申立人が事件本人を養子とすることを許可する。」

理由「我国の家庭裁判所の許可をもつて上記養子決定に代えることができるか、両裁判の性質・効果が異なることから問題ではあるけれども、この両裁判の縁組の成立に関与する目的 (子の福祉を中心とする実質的成立要件の審査) は同一であるから実質的側面からみてこれを積極的に解すべきものとする。」

(9) 【判例 3】札幌家審昭和 47(1972)-10-5 (夫の単独申立, 単独縁組許可審判, 米国オハイオ州人夫 A (仮名: ジョン・ハーバート・モーガン), [日本人妻 B], 米国オハイオ州人養子 C, D (妻 B の前婚の子 2 人, 3 歳以上, C の姓名は,

仮名で、ロバート・アール・ウォーレス))

〔判旨〕主文「1 申立人が各事件本人を養子とすることを許可する。〔以下省略〕。」

理由「このような養子決定も日本国の家庭裁判所が行なう養子縁組許可の審判と実質的目的を同じくするものであり、かつ裁判所の審理の権限、範囲についても実質的な差異はない。したがって日本国の家庭裁判所のこのような実際の機能および国際私法交通の円滑化を図る国際私法に精神に照らして、当家庭裁判所はオハイオ州養子法に定める養子決定に代る実質を持つ本件縁組許可の審判をなす権限を有するものと考え。」

(10) 【判例 19】神戸家審昭和 53(1978)-2-21 (夫の単独申立、単独縁組許可審判、日本人夫 A、〔中国人妻 B〕、英国人養子 C (妻 B が A と婚姻する前)に出産した婚外子、香港で出生、11 歳))

〔判旨〕主文「申立人が事件本人を養子とすることを許可する。」

理由「英国法では、未成年者の養子縁組は、裁判所の養子決定によつて成立するものとされているので、本件についても養子決定を要するところ、この決定は、わが国の家庭裁判所の許可 (審判) をもつて、これに充てるのが相当である。」

(11) 【判例 13】東京家審昭和 59(1984)-3-27 (養親 A と養子 C の共同申立 (養親 A の配偶者の有無は不明)、単独縁組許可審判、ドイツ人養親 A、日本人養子 C (26 歳以上))

〔判旨〕主文「申立人両名が養子縁組することを許可する。」

理由「ドイツ連邦共和国民法によれば、成年者を養子とする場合は養親となる者と養子となる者との申立に基づき後見裁判所が宣告する (同法一七六八条)〔……〕とされている〔……〕。

〔……〕当裁判所は、申立人両名に対する養子縁組の宣告に代え、申立人両名の本件申立を許可することとして、主文のとおり審判する。」

(12) 【判例 20】大津家審昭和 60(1985)-9-26 (夫の単独申立、単独縁組許可審

判, 日本人夫 A, [フィリピン人妻 B], フィリピン人養子 C (妻 B が A と婚姻する前に出産した婚外子, 11 歳))

[判旨] 主文「申立人が事件本人を養子とすることを許可する。」

理由「〔フィリピンの〕大統領宣言第 36 条によれば, 養子縁組については裁判所の命令が必要とされ, 日本の家庭裁判所の許可の審判とは性質を異にするものであるが, いずれにしても養子となるべき子の福祉を目的として審査する以上実質的差異はないものというべく, 当裁判所において命令の代行が許されるものと解するのが相当である。」

(13) 【判例 17】東京家審昭和 62(1987)-6-1 (夫婦共同申立, 夫婦共同縁組許可審判, フランス人夫 A, フランス人妻 B, 日本人養子 C (日本人女 D の婚外子, 1 歳未満))

[判旨] 主文「申立人兩名が事件本人を養子とすることを許可する。」

理由「フランス民法上, 養子縁組の成立につき, 裁判所の養子決定を要するが, この決定は, 法所定の縁組の要件の存否, 縁組が子の福祉に合致するか否かの審査を目的とする点で, 我国の家庭裁判所による未成年者の養子縁組の許可と類似の機能をもつので, 我国の家庭裁判所の許可をもつて代えうるものと解される。」

(14) 【判例 18】東京家審昭和 62(1987)-12-17 (夫婦共同申立, 夫婦共同縁組許可審判, カナダ国ブリティッシュ・コロンビア州人夫 A, カナダ国ブリティッシュ・コロンビア州人妻 B, 日本人養子 C (日本人夫婦の子, 3~10 歳))

[判旨] 主文「申立人らが未成年者 C を養子とすることを許可する。」

理由「ブリティッシュ・コロンビア法 [……] によれば, 養子縁組は裁判所の養子縁組命令によつて成立するものであるが (9 条 1 項), 裁判所のこの権限は法所定の養子縁組の要件の存否, 縁組が子の福祉に合致するか否かの審査を目的とする点で, 我が国の家庭裁判所による未成年者の養子縁組の許可と同性質の機能を持つので, 本件では, 前記の養子縁組命令は, 家庭裁判所の許可を

もつて代えうるものと解される。」

(15)【判例 21】 横浜家審平成 1(1989)-3-23 (夫の単独申立, 単独縁組許可審判, 日本人夫 A, [コロンビア人妻 B], コロンビア人養子 C (妻 B の前婚の子, 20 歳前後))

〔判旨〕 主文「申立人が事件本人を養子とすることを許可する。」

理由「コロンビア共和国 [……] の民法 275 条は, 「養子縁組は, 裁判所の決定を要する。」と規定しているが, 同条の要求する裁判所の決定は, 日本国においては家庭裁判所の許可審判をもって代用することができるものと解され, したがって当裁判所は, 家事審判法 9 条甲類 7 号を類推適用して本件につき許可不許可の審判をすることができるものと解する。」

(16)【判例 23】 千葉家市川出審平成 1(1989)-6-23

(夫婦共同申立, 夫婦共同縁組許可審判, カナダ国ブリティッシュ・コロンビア州人夫 A, 日本人妻 B, 日本人養子 C (日本人女 D の婚外子, 1 歳))

〔判旨〕 主文「申立人らが未成年者 C を養子とすることを許可する。」

理由「カナダ国ブリティッシュ・コロンビア州で効力を有する養子法(Adoption act Consolidated October 20, 1987)によれば, [……]「子を養育し, 子の教育と財産を維持することについての申立人の能力及び養子縁組の適合性について満足であるとの判断をしたときは, 裁判所は, 子の福祉と子の実親の利益を考慮した上で, 第 5 条, 第 6 条, 第 7 条及び第 8 条の規定に従い, 子を申立人の養子とする養子縁組命令を発することができる。」(第 10 条 1 項前段)と規定している。

[……]. A については, 前記養子法 10 条に定める養子縁組命令に代わるものとして養子縁組の許可をし, B については, 日本国民法 798 条の養子縁組の許可をすることとする。」

(17)【判例 27】 盛岡家審平成 2(1990)-8-6 (夫の単独申立, 単独縁組許可審判, 日本人夫 A, [米国人妻 B], 米国イリノイ州人養子 C (妻 B の前婚の子, 11 歳))

〔判旨〕主文「申立人が事件本人 C を養子とすることを許可する。」

理由「イリノイ州法において裁判所の決定を要するとしている趣旨と日本法において未成年者の養子縁組に家庭裁判所の許可を要している趣旨とは実質的に同一と解されるから、イリノイ州法による裁判所の決定に代わるものとして日本の家庭裁判所による右許可審判があれば、イリノイ州法による右要件が満たされるものと解すべきである。そこで右の意味で、本件につき当裁判所が養子縁組の許否を判断するに、前記認定の各事実に徴すると、申立人が事件本人を養子とすることは、事件本人の福祉によく合致するところと認められるから、右養子縁組はこれを許可するのが相当である。」

(18) 【判例 28】山形家長井出審判平成 5(1993)-6-8 (夫の単独申立、単独縁組許可審判、日本人夫 A, [フィリピン人妻 B], フィリピン人養子 C (妻 B の前婚の子, 8 歳))

〔判旨〕主文「申立人が事件本人を養子とすることを許可する。」

理由「〔フィリピンの〕児童少年福祉法典 25 条, 36 条は、養子縁組は、最低 6 ヶ月間の試験監護期間を経た後、これによって子の最善の利益が促進されると判断される場合に裁判所によって決定される旨規定している。これは、同法典 32 条が規定するように、実親の性急な意思決定を防止し、子の利益と福祉を確保する趣旨と解され、わが国の家庭裁判所による審判と同一の性格を有するものと考えられるから、この決定は、法例 22 条により、わが国の家庭裁判所がフィリピン共和国の管轄裁判所に代行して行うことができるものと解される。

〔……〕。よって、主文のとおり審判する。」

(19) 【判例 32】水戸家土浦支審平成 11(1999)-2-15 (夫婦共同申立、夫婦共同縁組許可審判、日本人夫 A, フィリピン人妻 B, フィリピン人養子 C (妻 B が A と婚姻する前に出産した婚外子, 12 ~ 13 歳))

〔判旨〕主文「申立人が事件本人を養子とすることを許可する。」

理由「フィリピン法によれば、養子縁組は裁判所のする養子決定により成立するものとされているが、この裁判所の養子決定は、わが国の家庭裁判所のする

養子縁組許可の審判をもって代えることができるものと解される。」

(20) 【判例 33】 名古屋家豊橋支審平成 26(2014)-7-17 (夫婦共同申立, 夫婦共同縁組許可審判, 日本人夫 A, フィリピン人妻 B, フィリピン人養子 C (妻 B が A と婚姻する前に出産した婚外子, 15 歳))

〔判旨〕 主文「未成年者を申立人両名の養子とすることを許可する。」

理由「1998 年フィリピン国内養子縁組法〔……〕13 条によれば, 養子縁組は裁判所のする養子決定により成立するものとされており, 通則法 31 条 1 項後段の規定の趣旨に照らせば, 当該決定が本件の養子縁組にも必要と解されるところ, 上記養子決定は, 日本の家庭裁判所のする養子縁組許可の審判をもって代えることができると解するのが相当である。

〔……〕。

〔……〕 によって, 主文のとおり審判する。」

(21) 【判例 34】 東京家審令和 2(2020)-4-17

(夫婦共同申立, 夫婦共同縁組許可, 日本人夫 A, フィリピン人妻 B, フィリピン人養子 C (B が A と婚姻する前に出産した婚外子, 約 15 歳))

〔判旨〕 主文「申立人らが未成年者を養子とすることを許可する。」

理由「裁判所による養子縁組決定については, 我が国の民法において, 養子縁組において家庭裁判所の許可が要件とされているのと同趣旨と解されるから, 我が国の家庭裁判所の審判で代行することが可能であると解される。

〔……〕。

したがって, 本件については, 申立人らが未成年者を養子とすることを許可するのが相当であるから, 主文のとおり審判する。」

(22) 【判例 29】 東京家審令和 3(2021)-1-27

(夫婦共同申立, 夫婦共同縁組許可, ニュー・ジーランド人夫 A, 日本人妻 B, 日本人養子 C (B が A と婚姻する前に出産した婚外子, 3 ~ 4 歳))

〔判旨〕 主文「申立人らが未成年者を養子とすることを許可する。」

理由「ニュージーランド法によると, 養子縁組は裁判所のする養子縁組命令に

より成立するとされており, (ニュージーランド養子縁組法 16 条 2 項), この命令は, 日本の家庭裁判所のする養子縁組許可の審判をもって代えることができる」と解される。

[……].

以上のとおりであるから, 主文のとおり審判する.]

第 3 目 許可審判と養子縁組届により養子決定に代えることができる, と解する判例
準拠外国法が養子決定を要件とする場合に, 養子縁組許可審判をするとともに, 許可審判後に当事者が市町村長に養子縁組届をすることが必要である (養子縁組届をしなければ養親子関係が成立しない) 旨を明言する判例は以下のとおりである。

(1) 【判例 15】 宮崎家審昭和 42(1967)-4-4 (夫婦共同申立, 夫婦共同縁組許可審判, カナダ国ブリティッシュ・コロンビア州人夫 A, カナダ国ブリティッシュ・コロンビア州人妻 B, 日本人養子 C (日本人女 D の婚外子, 3 歳))

[判旨] 主文「申立人らが未成年者を養子とすることを許可する。」

理由「わが家庭裁判所の許可審判をもつてかの養子決定手続を代行しうるかどうかが問題になる訳であるが, 本来, B・C 州の養子決定は, 養子縁組を成立させる方式の部分と養子縁組の実質的要件を審査する部分とに分けて考えるものというべく, そうとすれば, 前者の方式については, 日本国法例八条二項により行為地法たる日本法の方式・すなわち戸籍管掌者に対する養子縁組の届出によつて代えうべきものであり, 後者の要件審査については, これと類似の機能を有するわが国の許可審判手続によつて代行しうるものと解するのが相当である。」

(2) 【判例 30】 盛岡家審平成 3(1991)-12-16 (夫婦共同申立, 夫婦共同縁組許可審判, 日本人夫 A, フィリピン人妻 B, フィリピン人養子 C (妻 B の妹, 11 歳))

[判旨] 主文「申立人らが事件本人 C を養子とすることを許可する。」

理由「フィリピン法により裁判所の決定を要するという趣旨は、日本法の家庭裁判所の許可の審判とは性質を異にするものではあるが、当該養子縁組が養子となるべき子の福祉に適うか否かの審査を裁判所に委ねた点では実質的には差異がないというべきであるから、日本の家庭裁判所の許可の審判をもってフィリピン法の裁判所の決定に代わることができるものと解すべきである。〔……〕。

〔……〕。

ところで、フィリピン法においては前記のとおり配偶者のある者が縁組するには、その配偶者ととも縁組をすることが要件とされているところ、フィリピン法と日本法では養子縁組の形式的成立要件を異にするから申立人ら夫婦が双方同時に養子縁組をするための方式を充たすことが困難であり、結局夫婦が共同で養子縁組をすることは認められないのではないかとの疑問があるが、法例22条但書によれば、養親となるべき夫婦が同一場所に居住している場合には、養子縁組をする場所における縁組の形式的成立要件を満たすことにより、縁組を成立させることができるものとされており、本件においては、申立人Bと事件本人との養子縁組についても養子縁組をする場所である日本の方式すなわち戸籍管掌者である市町村長に対する届出によって養子縁組が形式的に成立するものと解することにより、夫婦共同養子縁組の要件を満たすものと解して妨げないというべきである。

〔……〕。

よって、本件申立は理由があるのでこれを認容し、主文のとおり審判する。」

(3) 【判例31】山形家審平成7(1995)-3-2(夫婦共同申立、夫婦共同縁組許可審判、日本人夫A、フィリピン人妻B、フィリピン人養子C(妻BがAと婚姻する前に出産した婚外子、6歳))

〔判旨〕主文「申立人らが事件本人を養子とすることを許可する。」

理由「両国〔フィリピンと日本〕法の前記条項の趣旨が同じものであるならば、申立人らにフィリピン共和国の裁判所に養子縁組決定を求めることが不可能で

はないにしろ、これに多くの困難を伴う特別の事情があるような場合は、例外的にわが国家家庭裁判所の養子縁組許可の審判をもって、法例 20 条 1 項後段、前記児童少年福祉法典 36 条の要件を充たすものと解するのが相当である。なお、このことは、あくまでもフィリピン共和国裁判所の決定をわが国家家庭裁判所が代行するのではなく、わが国家家庭裁判所の審判があればフィリピン共和国裁判所の決定がなくても、わが国法上養子縁組の届出が受理されるべき法的効果が生じ、戸籍官署において届出を拒むことができないことになる」と解すべきである。」

第 4 目 外国法上の養子決定を許可審判により代行することの意味

上に見たように、準拠外国法が養子決定型である場合に許可審判をした判例はふたつのグループに分けることができる。このうちの多数は、許可審判により外国法上の養子決定を代行する旨を説くのみであり、許可審判後に養子縁組届をする必要があるか否かを判示しない（前出第 2 目参照）。このため、このような許可審判により養子縁組が成立したのかが問題になる。

これらの判例の理解としては、まず、一方の極として、《養子縁組許可審判により外国法上の養子決定を代行する。》という言葉そのまま受け止めれば、これらの審判（の確定）により養親子関係が成立したものと理解することができる。その場合、これらの判例が審判主文で使っている「(養子縁組を) 許可する。」という文言は《養子縁組を成立させる。》という意味であると理解すべきことになろう²⁴⁾。

24) 溜池は特別養子縁組制度（昭和 63(1988)-1-1 施行）導入前に次のようにいった。

「わが家庭裁判所において養子決定をなす場合、手続上、これを「許可の審判」としてなすべきか、「養子決定」としてなすべきかという形式的な問題がある。理論的には養子決定の審判とするのが妥当であるが（小野寺・前掲ジュリ四七五号一八五頁）、実務上抵抗が感じられるとすれば養子決定に相当する許可の審判としてもよいであろう。」（溜池〔1971 (S46)〕157 頁注 26。溜池〔1985 (S60)〕429 頁注 26 も同じ。）

これに対して、他方の極として、これらの判例が審判主文で使う「(養子縁組を)許可する。」という言葉そのまま受け止めれば、これらの審判により養親子関係が成立するのではない(許可審判後に当事者が市町村長に養子縁組届をすればそれによりはじめて養親子関係が成立する)、と理解することができる。

学説はこれらの判例をどう理解しているか。許可審判により養子決定を代行する判例により養子縁組が成立する、と理解する学説は見当たらない²⁵⁾。そうすると、許可審判により養子決定を代行する旨を判示する多数の判例は、許

これは、審判主文で「許可」という言葉を使って外国法上の養子決定をすることができる、という趣旨であろう。そうであれば、前出第2目で挙げた多数の審判の確定により養子縁組が成立したものと解することもできる。

25) 許可審判により養子決定を代行する判例をどう理解すべきかに関する学説は次のとおりである。

(1) 山田(鐙) [1959 (S34)] 81頁は【判例10】大阪家審昭和32(1957)-2-27について次のようにいう。

「本審判は、[……]日本法と米国法とを適用し、日本法上は妻の子を養子とするには家庭裁判所の許可は要らないが、米国法上は養子縁組にはすべて裁判所の決定を要するので、わが家庭裁判所で縁組の許可をなしたものである(但し、この場合においても、縁組が右の許可そのものによって成立するものではない。米国法上縁組が裁判所の決定によって成立するとしても、わが国ではかかる決定をする裁判上の制度がないから、わが国の裁判所で米国法に従って縁組をすることはできないからである。詳細は池原・前掲8-9頁、前掲拙稿・11頁)。」

(2) 溜池 [1971 (S46)] 154-155頁注11は前出注21(1.(1))に挙げた5件の判例などについて次のようにいう。

「これらの審判例が、果して本国法上の裁判所の関与行為の意味、すなわち、養子決定の本質を理解したうえで、本国法を適用して許可の審判をなしたかは疑わしい[……].」

(3) 海老沢 [1978 (S53)] は「これらの審判が創設的に縁組を成立させる養子決定そのものをなしたとみるべきか否かは明白でない。」という。この引用文中の「これらの審判」については前出注21(1.(3))参照。

可審判と養子縁組届により養子決定を代行する少数の判例と同じだということになる²⁶⁾。

許可審判による養子決定の代行,あるいは,許可審判と養子縁組届による養子決定の代行に関する検討はここで一応終えて,次に,学説を見る。

第3章 学説

本章では,日本の裁判所は外国法上の養子決定をすることができるか,という問題に関する主要な学説を,原則として,その発表された時期の順に,見る。

従来の学説は,養子決定否定説(池原〔1954(S29)〕など),許可審判による養子決定代行説(西沢〔1960(S35)〕など),分解理論(田村〔1963(S38)〕など),および,準拠法適用説(小野寺〔1971(S46)〕など)の4説に分類することができる。従来の学説の説くところは以下のとおりである。

26) 許可審判により養子決定を代行する旨を判示するのみの判例(多数の判例)によっては養子縁組は成立しない,と解するのであれば,それは,結局において,許可審判と養子縁組届により養子縁組が成立する旨を判示する少数の判例と同じである。溜池が【判例15】宮崎家審昭和42(1967)-4-4について次のようにいうのもこの趣旨であろう。

「なお,注11に掲げたような審判例も,実は本審判例が認める範囲の代行業をのみなしたものと解せられる。加藤教授も本審判例の研究において「従来も日本の縁組の許可審判と戸籍の届出とによって英米法系の養子決定に代わる実際上の効用を果たしている」といわれている。加藤・前掲ジュリ128頁。」(溜池〔1971(S46)〕156頁注16)

この引用文中,「注11に掲げたような審判例」については前出注21(1.(1))参照。この引用文中の「本審判例」とは【判例15】を指す。

学説の中には,許可審判により養子決定を代行する判例と許可審判と養子縁組届により養子決定を代行する判例を区別しないものがある(前出注21参照)のは,このような理由に基づくのであろう。しかし,許可審判により養子決定を代行する,という思考と,許可審判と養子縁組届により養子決定を代行する,という思考は区別する必要がある。後出第4章第2節参照。

第1節 特別養子縁組制度導入前の学説

第1款 日本の裁判所は外国法上の養子決定をすることができない、と解する説

第1目 池原季雄〔1954 (S29)〕²⁷⁾

日本の裁判所は外国法上の養子決定をすることができるか、という問題を最

27) この論文の発表当時、外国法上の養子決定等に関しては次の判例が公表されていた。

(1) 仙台家審昭和28(1953)-10-21 (国私例集854頁)

(夫の単独申立、単独縁組許可審判、米国カリフォルニア州人夫A、〔日本人妻B〕、日本人養子C(妻Bの連れ子、年齢不明))

〔判旨〕主文「右申立人が右未成年者Cを養子とすることを許可する。」

理由「本件申立は、民法第七百九十八条但書、即ち自己若しくは配偶者の子を養子と為す場合に該当するをもつて裁判所の許可を要せず事件本人の本籍地役場に対する申出のみによつて縁組は有効に成立するが、右カリフォルニア州の法規によれば成年者は何人と雖も養子よりも十歳以上年長なるときは如何なる未成年者をも養子とすることができる。但しその場合は必ず青少年裁判所の承諾を要し右の如き例外規定はないので法例第十九条及び申立人の本国人の本国法に則り主文の通り審判した。」

(2) 仙台家審昭和29(1954)-1-18 (家月6巻8号75頁)

(夫の単独申立、単独縁組許可審判、米国ニュー・ヨーク州人夫A、〔日本人妻B〕、日本人養子C(妻Bの連れ子、年齢不明))

〔判旨〕主文「右申立人が右未成年者Cを養子とすることを許可する。」

理由「本件申立は所謂妻の連子の場合であり民法第七百九十八条第二項により当裁判所の許可を得ずして、その縁組の有効に成立する要件を具備しているものであるがニュー・ヨーク州には右の如き例外規定はなく養子とするには裁判所に於て裁決を受けなければならない旨定めてあり又申立人の本国法によれば養子縁組の要件を具備し申立は適法であることが窺い得るので法例第十九条に則り申立理由を相当と認め主文の通り審判した。」

(3) 仙台家審昭和29(1954)-4-21 (国私例集866頁)

(夫の単独申立、単独縁組許可審判、米国インディアナ州人夫A、〔日本人妻B〕、日本人養子C(妻Bの連れ子、年齢不明))

〔判旨〕主文「申立人と右事件本人Cとの養子縁組を許可する。」

理由「本件申立の養子は〔……〕配偶者の直系卑族(所謂連れ子の場合である)から民法第七百九十八条但書の規定により当裁判所の許可を要せず市町村長への届出のみによ

初に論じたのは池原 [1954 (S29)] であると思われる。池原は次のようにいう。

「各国法のうちには、特別の場合に、あるいは一般に、縁組のために裁判所による確認、許可、認許〔以下、8 頁〕等を得ることを要求するものから、更には、養子縁組は私人間の合意によってではなく、裁判所の決定によって成立するものとする立法がある。このような、確認、許可、認許、決定等の要否およびその内容如何は、縁組の実質的要件に属するものと解すべきで、従つて、たとえばが国で縁組をする場合にも、反致しない限り、実質の準拠法たる本国法によるべきものであろう。そこで、わが国の非訟事件手続に関する法との関係で、果して、本国法の要求する斯様な要件を、わが国の裁判所で充すことが出来るか否かが問題になる。民法 794 条、798 条によれば、夫々、後見人が被後見人を養子とする場合および養子が未成年で、且つ養親が養子の直系尊属でも、またその配偶者でもない場合にも、家庭裁判所の許可が必要とされている。今もし、家事審判規則に所謂「養子をするについての許可」が、法廷地の実質法たる日本民法の予定している許可にのみ限られるものと解するならば、わが法例によって準拠法として指定された本国法が、更に広く、或いは一般的に、縁組について裁判所の許可を必要としている場合には——当該国の駐日大、公使または領事によって要件が充たされ得る場合を除き——日本における縁組は不可能となるであろう。しかし、「許可」を、このように狭く限ることは、規定の上からも、また実際の考慮の上からも当を得たものでないのみならず、円滑な国際的私法交通の保障という法例の目的のためにも沿わないことになる。即ち、法例は縁組について本国法の適用を命じており、わが国において外国法に準拠して行われる縁組を予定しているのであり、しかも、その様な涉外

つてその縁組は有効に成立し得る要件を具備しているものであるが申立人の本国法によれば右の如き例外規定はなく常に裁判所の許可を必要とするものであり且つその本国法においても本件申立は有効になし得ること並に〔……〕ので申立を相当とし法例第十九条に則り主文の通り審判した。」

的な縁組についての特別の機関や手続は定められていない。従って、養子縁組に対する、わが家庭裁判所の作用すべき範囲は、そのような場合にも及ぶと考えるのが合理的であり、家事審判規則にもそれを否定する規定はない。のみならず、それを予定しているものと解すべきである。なお、家庭裁判所は、許可の審判に当つて、当然、法律に定められた養子縁組の要件一般に対する審査にも及ぶものと考えられる故、わが法上の許可という手続は、国際私法、国際非訟事件手続法の観点からも、わが家事審判規則ないし非訟事件手続法の見地からも、原則〔以下、9頁〕として、確認、認許等 (Bestätigung, Ermächtigung, homologation) をカバーし得るものと考えられよう。そうだとすれば、旧ドイツ法の要求する形式的な Bestätigung 或いはフランス法、スイス法、現行ドイツ法等の定める実質的な homologation, Ermächtigung, Bestätigung 等のような手続も、〔……〕、本国法の要求する所に従つて、わが国の裁判所において履むことが出来ることにならう。しかしながら、準拠法たる本国法によれば、養子縁組は裁判所の決定 (decree, order) によって成立するものとされている場合はどうであろうか。この場合、当該外国法の解釈として、一般的には、それ自ら養親子関係を成立せしめる養子決定は、縁組は私人間の合意によって成立することを前提とする日本法上の許可の審判によっては、代え得ないものと解すべきであろう。また、わが家事審判規則ないし非訟事件手続法の上からも、「許可の審判」とは法的性質を異にする、「養子決定」という手続の類型を認めることは難かしいであろう。従つて、この場合は、わが国の裁判所で、本国法に従つて縁組をすることは不可能とならう。」(池原〔1954 (S29)〕7-9頁)

日本の裁判所は外国法上の養子決定をなし得るか、という問題を以て「当該外国法の解釈」の問題として位置づけて、日本の裁判所の許可審判により養子決定に《代え得るか》という形の問題を立てた池原〔1954 (S29)〕の思想は、その後の学説の発展の軸になった。

第 2 目 山田鐮一〔1956 (S31)〕

山田 (鐮) は次のようにいう。

「アメリカにおいては、既に述べたごとく、およそ養子縁組は裁判所の養子決定によりなされることは、各州の等しく認めているところである。従って、未成年者の養子も、それが妻の連子であるか否かを問わず、決してこの例に洩れるものではないから、広い意味では、つねに裁判所の許可が要するということができる。しかし、他方、一部の州においては、養子決定の申立を裁判所になすに際し、養子縁組の condition precedent として、特定の裁判所の許可を要求される場合がある。例えば、カルフォルニア州における青少年裁判所 (Juvenile Court) の許可のごときがそれである。従って、アメリカ法上における裁判所の許可には、右のように、それ自体縁組を成立せしめる意味における裁判所の許可と、縁組要件の充足のための condition precedent としての裁判所の許可との二種の類型を認めることができる。本件における仙台家庭裁判所の審判の中、昭和 28 年 (家) 第 2391 号事件〔引用者注：仙台家審昭和 29(1954)-1-18 を指す〕は、前者に関するものであり、昭和 28 年 (家) 第 1988〔以下、11 頁〕号事件〔引用者注：仙台家審昭和 28(1953)-10-21 を指す〕は、後者を問題としたものであるといえよう。

先ず、condition precedent としての、例えば青少年裁判所の許可のごときは、わが家庭裁判所がこれを代行しうるか否か。即ち、家事審判規則にいわゆる「養子をするについての許可」をもつて、アメリカ法上の右の許可を代行しうるか否か。この点について、池原助教授は、「養子をするについての許可」は、法廷地の実質法たる日本民法の予定している許可にのみ限られるものと解すべきではないとされ、“法例は縁組について本国法の適用を命じており、わが国において外国法に準拠して行われる縁組を予定しているのであり、しかも、その様な渉外的な縁組についての特別の機関や手続は定められていない。従って、養子縁組に対する、わが家庭裁判所の作用すべき範囲は、そのような場合にも及ぶと考えるのが合理的であり、家事審判規則にもそれを否定する規定はない。

のみならず、それを予定しているものと解すべきである”と説かれる。極めて正当な見解というべきである。従つて、各当事者につき、その他一切の本国法上の要件を充足しており、且つ当事者の将来のため有益であると思料されれば、わが家庭裁判所は「許可の審判」を下すべきであろう。

次に、それ自体養子縁組を成立せしめる養子決定は、日本法上の「許可の審判」により代行されるか否か。この点につき、池原助教授は、否定的に解し“わが家事審判規則ないし非訟事件手続法の上からも、「許可の審判」とは法的性質を異にする、「養子決定」という手続の類型を認めることは難かしいであろう”と主張される。私も大体においてこの見解に賛成である。しかし、「許可の審判」を広く解し、アメリカ法上の決定（decree, order）をも包括しうるものと解することが全然できないといいきることもできない。要は、国際社会の発達の程度が、かかる国際間の手続法上の協力をなしうるまでに至っているか否かということに帰着する。しかし、現在の段階においては、やはり否定的に解すべきが妥当であろう。若干の疑問はあるが、結論としては、池原助教授の見解に同調し〔以下、12頁〕たい。

これを要するに、アメリカ法上の condition precedent としての縁組の許可は、わが家庭裁判所の審判手続にのせうるけれども、いわゆるそれ自ら養親子関係を成立せしめるアメリカ法上の養子決定は、日本法上の「許可の審判」によつては代え得ないものというべきである。」（山田（鏝）〔1956（S31）〕10-12頁）

山田（鏝）は上記引用文中の「やはり否定的に解すべきが妥当であろう」という部分に後注を付し、次のようにいう。

「わが家庭裁判所の審判により、アメリカ法上の decree（order）を代行しうると仮定した場合、養子縁組それ自体が、かかる審判により、必ずしも成立するとは限らない。申立人がそれ自ら養親子関係を成立せしめる adoption decree をわが家庭裁判所に求めた場合には、その審判と同時に縁組は成立する（縁組の方式は、縁組の効力を定める養親の本国、即ちアメリカ法に依つたものとして）。しかるに、申立人が単なる養子縁組のひとつの要件としての裁

判所の許可を求めた場合には、たとい事実上、アメリカ法の adoption decree がなされたとしても、その審判のみにより縁組自体は成立しないというべきである(何となれば、いまだその段階では縁組の意思が存しないから.)」(山田(鎌) [1956 (S31)] 15頁注25)

外国法上の養子決定を日本の裁判所がなし得るかという問題を「代行」という言葉で表現したのは山田(鎌) [1956 (S31)] に始まる。その後60年以上に渡り、現在に至るも、この用語が日本の国際私法学界の共有財産になっていることは周知のとおりである。

第3目 江川英文 [1957 (S32)]²⁸⁾

江川は次のようにいう。

「諸国の実質法のうちには養子縁組のために、一定の場合に或は一般的に裁判所による確認、許可、認許等を要するとするものが少なくない。或はさらに、縁組が裁判所の決定によって成立するとする立法例〔以下、283頁〕もある。これらの縁組に関する要件はもとより方式ではなく、実質的要件と解すべきものである。わが家事審判規則は民法上(794条、798条)家庭裁判所の許可を要するとしている場合の許可に関する規定を設けている。本国法上右の許可その他が要求されている場合、右の家庭裁判所の許可によりうべきものと解するのが妥当である。ただ、本国法上縁組が裁判所の決定による場合、わが国ではかかる決定をする裁判上の制度がないから、わが国の裁判所で本国法に従つて縁組をすることは不可能となる。」(江川 [1957 (S32)] 282-283頁)

28) 江川 [1939 (S14)] 257-258頁および江川 [1950 (S25)] 297-299頁は養子縁組を論じているが、養子縁組に関する裁判所の関与(外国法上の許可および養子決定)を論じてはいない。

第4目 折茂豊〔1959 (S34)〕

折茂は、日本の裁判所が外国法上の養子決定をすることができるかという問題について態度決定をしていない。そのため、この問題に関する折茂説は従来あまり注目されていなかったように思われる²⁹⁾。しかし、折茂は、養子縁組許可あるいは養子決定といった個別問題の解決を離れて、日本の家庭裁判所が外国法上の（養子縁組に関する）形成裁判を代行し得るための基準を示しており、この点で極めて重要な学説といえる。折茂は次のようにいう。

「なお、すでに一言したごとく、養子縁組の成立につき裁判所その他の公けの機関による裁決、認可などを必要とするかいなかという問題は、単なる縁組の方式に関するものではなく、むしろその実質に関するものとして、もっぱら各当事者の本国法によって判断せらるべきものと解せられる。特定の国の国民が、日本において養子縁組をなそうとするときに、その本国法によれば右のごとき公けの機関による干与行為を必要とするときは、さような行為は日本の機関によってなさるべきかいなか。これは、問題となる当事者の本国法によって定められた公けの機関の種類、性格、その干与行為の性質などの如何により、かならずしも一概には答えられないであろう。ただ、特定の当事者の本国法によって、たとえば裁判所の認可が必要とせられる場合、さような裁判所による認可の行為が、わが家庭裁判所のなすいわゆる許可の行為と、その性質からみてしかく著しい相違をもたないものとみられるときは、わが家庭裁判所による許可をもって、それに代えうるものと解すべきであろう。なお、この点については、池原・前掲七頁以下、ならびにそこにかかげられる諸文献参照。」〔折茂〔1959 (S34)〕299頁注5〕³⁰⁾

29) 例えば、山田（鏝）〔1987 (S62)〕413-414頁、山田（鏝）〔2004 (H16)〕507-508頁には折茂説は引用されていない。

30) この記述は折茂 [1972 (S47)] では次のように改められた。折茂 [1972 (S47)] 373-374 頁注 5。

「なお、すでに一言したごとく、養子縁組の成立につき裁判所その他の公的機関による決定ないし許可を必要とするか否かという問題は、単なる縁組の方式に関するものではなく、むしろその実質に関するものとして、もっぱら各当事者の本国法によって判断せらるべきものと解せられる。特定の国の国民が、日本において養子縁組をしようとするときに、その本国法によれば右のごとき公的機関による関与行為を必要とする場合、さような行為は日本の機関によってなされるべきか否か。これは、問題となる当事者の本国法によって定められた公的機関の種類、その関与行為の性質などの如何により、かならずしも一概には答えられないであろう。ただ、特定の当事者の本国法によって、たとえば裁判所の或る関与行為が必要とせられる場合、さような裁判所の行為が、わが家庭裁判所のなす許可と、その性質からみてしかく著しい相違をもたないとみられるときは、わが家庭裁判所による許可をもって、それに代えうるものと解すべきであろう。実際に多く問題とせられたのは、日本においてアメリカ合衆国人が養子縁組をしようとするときに、[……] その本国法上必要とせられる裁〔以下、374 頁〕判所の養子決定 (adoption decree, order) をわが家庭裁判所における縁組許可によって代えうるものか否かという点である。判例はこの点を肯定的に解しているものとみてよい。とくに、東京家審昭和三二年一月二日 (家月一〇卷一号五五頁) は、日本に居住するアメリカ合衆国 (ミシガン州) 人たる夫が日本人たる妻の実子を養子とする事案に関し、「ミシガン州法によれば、養子縁組に対する裁判所の裁決は養子縁組成立要件であるので、家事審判法九条甲類七号の養子縁組許可審判とは若干の相違がある」としながら、後者の規定は、「その形式においてミシガン州法に類似するから」、それを類推適用すべしとして許可の審判をする。同旨、神戸家審昭和三年六月八日 (家月一七卷一号一二九頁)。なお、宮崎家審昭和四二年四月四日 (家月一九卷一十一号一二二頁 ジュリ 三九六号一六頁加藤評釈) は、カナダ夫婦と日本人たる未成年者との養子縁組に関するものであるが、「いわゆる養子決定は本来養子縁組の実質的成立要件の審査部分と養子縁組を成立せしめる方式の部分とに分けて考え得る」ものであり、前の部分は「これと類似する機能を有する日本の家庭裁判所の許可審判をもって」、後の部分は「法例八条二項による行為地法たる日本法の方式、すなわち、戸籍の管掌者に対する養子縁組の届出によって、それぞれ代わり得るもの」とする。学説はかならずしも一致していないが、結論としてこれらの判例の肯定的態度を支持するものが多いとみてよい。西沢・大系 IV 二五〇頁、沢木・ジュリ二一三号七九頁、田村・ジュリ二八三号九九頁等参照。ただし、池原・家月六卷抜刷九頁、山田 (鑛)・研究二七五頁は否定的に解せられる。」

第2款 日本の裁判所の許可審判により外国法上の養子決定を代行することができる、と解する説

第1目 西沢修〔1960 (S35)〕³¹⁾

西沢は次のようにいう。

「各国の実質私法のうちには、特別の場合にあるいは一般的に、縁組のため裁判所の確認・許可・認許等を要するとするものがあり、更に、縁組は裁判所の決定によって成立するとするものもある。わが民法も後見人が被後見人を養子とする場合や未成年者を養子とする場合に家庭裁判所の許可を要するものとし（七九四条・七九八条）、家事審判規則は「養子をするについての許可」について規定している（家審規六三条）。縁組に関するこれらの要件は、通常縁組の実質的要件と解せられるが、準拠外国実質法上右の許可その他が必要とせられる場合、わが家庭裁判所の許可をもってこれに代えうるや否やが問題となる。この点は、外国法上必要とせられる許可その他とわが民法または家事審判規則の規定する家庭裁判所の許可がその本質を同じくするや否やによって決すべきであるが、国際的私法交通を円滑ならしめるため家事審判規則の「養子をするについての許可」を規定形式通り広く解釈し、外国法上の許可その他が民法の規定する縁組のための家庭裁判所の許可と本質を同じくする場合のみならずこれと本質を異にする場合をも含みうるものと解し、原則として積極的に解せんとするものである。しかし、米国人との養子縁組の場合のごとく、準拠外国法が縁組は裁判所の決定によって成立するものとする場合に、わが家庭裁判所の許可をもってこれに代えわが国において縁組を有効に成立せしめうるやについては多少の疑問がある。わが国ではこれによって縁組を成立せしめる決定をなす裁判上の制度は認められていないから、わが国の手続により本国法に従って米国人を養子とすることは不可能であると解すべきようにも思われる

31) この論文の発表当時に既に公表されていた、外国法上の養子決定に関する判例としては、【判例10】大阪家審昭和32(1957)-2-27、【判例11】東京家審昭和32(1957)-12-12がある。

が、米国養子法上の裁判所の決定の本質について具体的に考察する必要がある。米国の養子縁組には二つの方式がある³²⁾。捺印証書または契約による方式と裁判所の手続による方式である。後者は養親の申請によって開始せられ裁判所の縁組決定によって完成する一連の手続によるものであり、この意味においては裁判所の決定は縁組の方式の一部である³³⁾。また、裁判所は縁組決定に際しては、まず制定法の定むる縁組の要件を具備するや否やを審査し、更に当該縁組が子の福祉を増進しうるや否やの自由裁量により縁組の許否を決すべきものである。この意味〔以下、250 頁〕においては裁判所の決定は縁組の実質的要件である。わが民法上の縁組に対する家庭裁判所の許可は、もっぱら養子の利益保護を目的とした後見的機能を家庭裁判所に認めたものであり、縁組が有効に成立しうるや否やを審理せしめる副次的目的を有しないことは、成年者を養子とする場合や自己または配偶者の直系卑属を養子とする場合にこの手続その他家庭裁判所の関与を必要としないことによって明かである。以上の考察よ

32) (引用者注) 西沢はここに後注を入れ、「Am.Jur.には縁組を成立せしめるための二つの方法 two methods という表現が用いられている。」という。西沢・252 頁注 6。

養子縁組が法律行為により成立するか、それとも、裁判により成立するかは、日本の国際私法では養子縁組の「方法」の問題であり、法律行為の「方式」の問題ではない。前出注 1 参照。しかし、養子決定を求める当事者（養親と養子）は対立する関係に立っていないし、それだけでなく、当事者には養親子関係の成立を求める効果意思があるといつてよい（後出第 4 章第 2 節第 1 款第 3 目参照）。このような養子決定の特色に注目して養子決定をあたかも法律行為のごとく見なして養子決定を実質面と方式面に分ける思考は西沢〔1960 (S35)〕に始まったものといえよう。

33) (引用者注) 西沢はここに後注を入れ、次のようにいう。

「米国養子法においても当事者間に養親子の身分を成立せしめる縁組の実体をなすものは当事者の意思表示である。このことは縁組が裁判所の手続によってなされる場合にも当てはまる。養親の申請には養親の縁組の意思表示が含まれ、養子の側の同意は養子またはこれに代るべき者の縁組の意思表示である。養親の申請や養子の側の同意が管轄に関する事項と解せられ従ってこれを欠くときは縁組が無効とせられるのも、当事者の意思表示が縁組の実体をなすことを示すものである。」(西沢〔1960 (S35)〕252 頁注 7)

り論を進めるならば、米国養子法上の裁判所の決定は、(a) 縁組を成立せしめる方式たる意味においては、わが国の方式により縁組をなす限り必要ではない。また、(b) 縁組の実質的要件として、養子の利益保護を目的とする点においては、米国の裁判所の決定もわが民法上の縁組に対する家庭裁判所の許可もともに養子の側の要件であるから、日本人が養子となる場合には米国の裁判所の決定は問題とはならない。日本人が米国人を養子とする場合（かかる事例は殆どない）に必要な米国養子法上の裁判所の決定は、これと本質を同じくするわが民法上の縁組に対する家庭裁判所の許可をもって代えうることはいうまでもない。ただ、米国養子法上の裁判所の決定が縁組要件具備の審査を含む点においては、かかる内容を含まないわが民法上の縁組に対する家庭裁判所の許可によりこの要件をみたしうるものではないが、家事審判規則の「養子をするについての許可」はより広い外延を有し、かかる内容をも有する許可を含みうる。即ち、わが国の手続により本国法の実質的要件に従って米国人を養子とすることは可能である。」（西沢〔1960（S35）〕249-250頁）

第2目 川上太郎〔1970（S45）〕

川上は次のようにいう。

「日本民法によれば、養子縁組の成立のためには一般的に裁判所の介入の必要はないが、後見人が被後見人を養子とする場合および養子が未成年の場合には家庭裁判所の許可が必要とされる（民七九四条七九八条）。これと異なり、イギリス法上は（これと法系を同じくするカナダ法、合衆国諸州法も大体において同一方向をとるものと解されるので、以下には英米法とい〔以下、622頁〕う）、養子縁組の成立のためには、裁判所が養子縁組が子の福祉となるかどうかを見究めたうえでなす「養子決定」なる国家行為が必要である。ところが英米法上の養子決定なる国家行為は本来英米の裁判所が英米法の規定にしたがってなすべきものである。そこでこれと日本法の養子縁組の許可のような私人間の縁組契約を前提としたうえで一定の見地からこれが許否を決定するというよ

うな行為との間には相当大きな法的性質上の差異があるとみなしなければならぬ。そこでイギリス人 (カナダ国人あるいは米国人) が日本で未成年者と養子縁組をしようとして日本国裁判所に縁組の許可を求めてきた場合、わが国裁判所は養子縁組の養親側における要件の準拠法としてのイギリス法 (カナダ法あるいはアメリカ合衆国の諸州法) にしたがって、イギリス法の定める養子決定をなし得るかどうか問題となる余地がある。ただし、日本国裁判所のなし得るところは家事審判規則 (六三条) にいわゆる「養子をするについての許可」およびこれに相当すると解せられる外国法上の養子縁組の許可、認許あるいは確認 (homologation, Ermächtigung, Bestätigung) に限られると解するのが合理的である。それでこれと法的性質を異にするイギリス法上の養子決定にこれを代行させることはイギリス法上だけでなく、日本法上も許されるところではないと解すべき余地があるからである。学説上は、日本法における許可審判と英米法上の養子決定との間には大きな法的性質の差異あることを理由として、代行を否定する見解のほうが有力である。ところが審判例のほうは、学説とは対照的であって、すべての審判例で代行の可能を肯定する見地がとられているのが注目される。[8], [10], [13] の事例がそれである。日本法における許可審判と英米法上の養子決定との間に性質上大きなちがいはないからというのが大抵の審判例の理由とするとところなのである。

わたくしとしては代行を肯定すべきではないかと考える。それというのも、わが国家庭裁判所は許可の審判にあたっては、許可がなされた場合、それが養子となるべき者の福祉になるであろうことを審査し、確認しなければならぬ。それゆえ、それとは異なっている、法的性質のうえでそれほど大きなちがいのないイギリス法上の養子決定をなすこと〔以下、623 頁〕に、日本法上の支障はないと解するほうが合理的だと考えられるからである。さらにこのように解するほうが、実際生活の必要に応じるゆえんであることも併せ考えるべきものであろう。」(川上 [1970 (S45)] 621-623 頁)

上記引用文中の [8], [10], [13] は、それぞれ、【判例 15】宮崎家審昭和 42

(1967)-4-4, 【判例 22】名古屋家豊橋支審昭和 42(1967)-12-7, 【判例 14】東京家審昭和 38(1963)-4-24 である。

第 3 款 分解理論^{34) 35)}

分解理論は田村〔1963 (S38)〕が提唱し、加藤が、1965 (S40) 年以降、精力的に推し進めた。

34) 許可審判と養子縁組届により外国法上の養子決定に代わり得る旨を判示した最初の判例は【判例 15】宮崎家審昭和 42(1967)-4-4 であると思われる。

分解理論が主張され始めた時期である 1960 (S35) 年代前半の時点では、外国法上の養子決定に関してそれまでに公表された判例は、許可審判と養子縁組届により外国法上の養子決定に代わり得る旨を判示していない。すなわち、次の判例である。

- (1) 【判例 10】大阪家審昭和 32(1957)-2-27
- (2) 【判例 11】東京家審昭和 32(1957)-12-12 (養子決定と許可審判は効力に差異はあるが「形式において〔……〕類似する」)
- (3) 【判例 12】山形家酒田支審昭和 37(1962)-2-26
- (4) 【判例 14】東京家審昭和 38(1963)-4-24 (養子決定と許可審判の間に「著しい相違は認められない」)
- (5) 【判例 1】神戸家審昭和 39(1964)-6-8 (許可審判を以て養子決定に「代えうる」)
- (6) 【判例 4】長崎家佐世保支審昭和 41(1966)-7-4 (許可審判を以て養子決定に「代えうる」)

なお、日本の裁判所が養子に対する相続権付与の宣言をなし得るかが問題となった判例がある。

福岡家審昭和 29(1954)-12-22 (国私例集 876 頁)

(夫婦共同申立、夫婦共同縁組許可審判、米国人ミシシッピ州人夫 A、米国ミシシッピ州人妻 B、日本人養子 C (日本人女 D の子、未成年))

〔事実〕A と B は「申立人等が未成年者 C を養子とすることを許可する。右養子縁組により C は申立人の氏を称し、同人等の嫡出子としての平等の相続権を取得する。」という審判を申し立て、その理由として「ミシシッピ州法によれば、申立人は養子に与ふべき贈物遺産等を申出ることになつて居り、養子の養親に対する相続権は養親が養子縁組の際これを与える事を申し立てなければ発生しないことになつて居るので、申立人等が養子に申立人等の相続権を与えることが申立人等の本国法により、養子縁組の効果として認められるよう、申立趣旨記載の如き御審判を仰ぎたく、本申立に及ぶ次第である。」

第 1 目 田村精一〔1963 (S38)〕

田村は【判例 12】山形家酒田支審昭和 37(1962)-2-26 の評釈で次のようにいう。

「本件では養子の本国法上許可を要しない場合に当たるから（民法七九八条但書）、裁判所は、専ら養親の本国法たるオクラホマ州法上の要件に従い審判しなければならない。ところが当州法上、アメリカ各州一般にみられるように、縁組が裁判所の養子決定によって成立するとされるとき、わが国の家庭裁判所が、かかる手続を代行出来るか否か、が問題となる。本件判示は多くの審判例と同様、代行出来ると解しているようである。学説は、わが家庭裁判所のなす縁組許可と米国法上の養子決定とは、法的性質、裁判上の制度を異にするから代行出来ず、従って審判出来ない、と解する見解が有力であるが（池原・前掲九頁、山田・前掲論文一一頁）、なお実質を同じくするから審判が可能と解す

と述べた。

〔判旨〕主文「申立人等が未成年者 C を養子とすることを許可する。本縁組に依り未成年者の新氏名を「チャールス・ウエイン・ワード」と称するものとする。」

理由「右申立人の養子縁組許可申立事件につき、当裁判所は審問を終え、申立を相当と認め、且養親たるべき申立人等の本国法に依る縁組の要件をも具備することを確認した上、左のよう審判をする。」

この判例については、後出注 46 参照。

35) 「分解理論」という用語はいつ現れたのか。

まず、田村〔1963 (S38)〕は「分解」の語を使っていない。

次に、加藤〔1965 (S40)〕26 頁、加藤〔1967 (S42)〕121 頁はいずれも「分解」という語を 2 回使う。加藤〔1968 (S43)〕128 頁は「分解」という語を使わない。加藤〔1975 (S50)〕90-91 頁は「分解」の語を 1 回使う。

法務省民事局内法務研究会〔1989 (H1)〕292 頁には「いわゆる「分解理論」という語が見える。

塚場〔1990 (H2)〕252 頁は「「分解理論」と呼ばれ、実務の大勢が従っている」という。

以上から判断すると、「分解理論」という語が現れたのは 1989 (S64) 年以前であると思われる。

るもの（西沢・外国人との養子縁組，家族法大系四卷二五〇頁）もある。この問題は，制度を異にする外国の法を適用するとき，わが家庭裁判所にどの範囲まで事物管轄権が与えられるべきか，の問題であり（詳細は沢木・渉外判例研究本誌二一三号七八頁），わが法制上，家庭裁判所が渉外的縁組申立事件を扱う以上，同裁判所のなす縁組許可が，必ずしも民法に予定される許可に限られるべきではなく，類型を同じくするものについては手続代行が許されるものと解される（詳細は池原・前掲八頁，ドイツ民法上の認許につき，西・評釈・本誌二六九号一〇四頁，参照，Rabel, Conflict of Laws, vol.1, p.686）。本件の場合，養子決定手続が，わが家裁の作用としてなしうる縁組許可手続と法的性質，手続制度上決定的な相違があると指摘される点は，米国法上の養子決定が，それ自体で縁組を成立せしめる裁判所の創設行為である点であり，この意味では，形成力をもたないわが国の縁組許可による代行は許されないと解する外はない。然し，このように解しても，本国法上養子決定が要件とされるときは全て，反致が認められぬ限り縁組は不可能とまで解する必要はないと思う。米国法上の養子決定は，単に縁組の実質的要件とのみ解されるだけでなく，方式を含むものと解されるのであり（西沢・前掲外国人との養子縁組二四九頁）従って，法例の解釈としても縁組創設行為としての養子決定自体は，方式の問題に他ならぬ，と解する余地がある。この見解をとると，創設行為としての部分は，縁組の方式の準拠法，即ち法律行為の方式に関する通則法例八条により行為地法たるわが法令上の届出（創設的届出）によることが出来，養子決定手続の実質的な部分が，法例にいう縁組要件として，わが国の許可審判手続で代行出来れば，本国法上の要件を充足出来るから，縁組は有効完全に成立するものと解される。後の部分の手続代行については，前述の通り，わが家庭裁判所の作用として予定される許可手続が，わが民法の予定するような，専ら子の福祉を考慮した縁組の当否の実質審査に限られるべきものではなく，縁組要件具備の審査をなす許可をも含む，と解するのが合理的であるから（同旨池原・前掲八頁，西沢・前掲二五〇頁），否定すべき理由はない。

従つて、本審判及び多数先例のように、養親の本国法たるアメリカの州法に従つて許可審判をした場合も、本国法上の要件審査を含む限り〔……〕、届出がなされることにより完全有効な縁組として成立するものと解される。」(田村〔1963 (S38)〕 99 頁)

第 2 目 加藤令造〔1965 (S40)〕

加藤〔1965 (S40)〕 26 頁は次のようにいう。

「縁組の当事者の一方の本国法では縁組の成立するには養子決定を必要とする。かかる場合はいかに手続上対処すべきか、本来養子決定は、縁組の実質的成立要件の審査の部分と、縁組を創設する方式の部分とに分解し得るものと解すべく、かく分解すれば縁組の実質的成立要件の審査に該当する部分は日本の縁組の許可審判に、縁組の創設に関する方式に該当する部分は縁組地の方式である戸籍管掌者である市町村長に対する届出によって、それぞれ代わり得るものというべく、日本の縁組の許可審判は、従来久しく一般に認められてきた認許・確認など (Bestätigung, Ermächtigung, homologation) に代わり得るのみならず、養子決定 (Adoption order, decree) の実質的成立要件の審査部分にも代わり得るものと解すべきである。このことがとりもおさず国内実質法に対応する縁組の許可審判の手続を定めたに止まり、他方涉外養子縁組に関しては法例第一九条によって外国法の適用を命ずる日本の法制に調和する解釈運用というべきである。」³⁶⁾

36) 加藤は、分解理論を、その後も随所で発表した。

(1) 加藤〔1967 (S42)〕 121 頁は【許可：判例 3】東京家審昭和 36(1961)-2-10 の解説で次のようにいう (加藤〔1976 (S51)〕 121 頁も同じ)。

「家庭裁判所の許可審判が認許、確認 (Bestätigung, Ermächtigung, homologation) などに代わりうること、〔……〕つとにわが学界において是認せられているところであるが、実務上審判書においてこの点に論及したのは、たぶんこの審判が最初であろう。

〔……〕。縁組の当事者の少なくとも一方の本国法では、縁組の成立するためには養子

決定が必要である場合には、本来養子決定は縁組の実質的成立要件の審査部分と、縁組を創設する方式部分とに分解しうるものと解する。かく養子決定を分解すれば、縁組の実質的成立要件の審査部分に該当する部分は日本の家庭裁判所の縁組許可審判によって、縁組の創設に関する方式に該当する部分は縁組地の方式である戸籍の管掌者である市町村長に対する縁組の届出によって、それぞれ代わりうるものと解する。このことはとりもなおさず、国内実質法に即応する養子縁組の許可審判の手続を定めたにとどまり、他方涉外養子縁組の成立に関しては、法例第十九条第一項の規定によって外国法の適用を命じているところの日本の法制に最も調和する解釈であるというべきであろう。」

(2) 加藤 [1968 (S43)] 127-128 頁は【判例 15】宮崎家審昭和 42(1967)-4-4 (家月 19 卷 11 号 122 頁) の評釈で次のようにいう。

「家庭裁判所の許可のない養子縁組の届出といえども、戸籍の管掌者である市町村長においてあやまつて受理すれば縁組は成立し、単に取消の事由となるに過ぎないもので(日本民法 800 条・807 条)、養子決定とはその性質は非常に異なるものといわなければならない。そこで従来日本民法にいわゆる縁組の許可審判は、これと類似する外国法による縁組の認許・確認など(Bestätigung, Ermächtigung, homologation)には代わりうるが、養子決定(adoption order)それ自体には代わり得ないものと解せられていたし、かく解すべきのものであろう。[……]。[以下、128 頁]家庭裁判所はとくに法律でその管轄に属せしめた事項またはそれに類似する涉外事件の処理はなし得ても、法律が予定しない事項について法廷地の法律の定めを越えて単純に法例が外国法の適用を命じているとの一事をもつて外国法にのつとつた審判をすることはできないものといわなければならない。しかのみならず、本件縁組の審判のように養親および養子双方の異なる準拠法の要請をも充足し、しかも法廷地法の定める手続規定にも妥当する事件処理の方法としては、まことに判示で明示するように、養子決定のうち縁組の実質的成立要件の審査部分は日本法の定める許可審判をもつて、縁組の創設に関する方式に該当する部分は、戸籍管掌者である市町村長に対する縁組の戸籍届出行為によつて、それぞれ充足し代わりうるものと解するのが、法例ならびに法廷地法の実質法および手続法の要請を容れる最も妥当な解釈ということができよう。従来も日本の縁組の許可審判と戸籍の届出とによつて英米法系の養子決定に代わる実際上の効用を果たしている。しかるに本件の場合のように養親側には養子決定が、養子側には縁組の許可にて足り縁組を成立せしめる養子決定などは予定されておらず、縁組を成立せしめるには縁組契約に基づく戸籍の縁組の届出を、それぞれ必要とするのである。従来事件処理方法で外国準拠法の要請を充足しているとされているのに、理論上万事すつきりするのなら格別、従来の実務処理の方法によらず、国内法上種々の問題をおこす養子決定の審判形式をしいて用いねばならな

第 4 款 準拠外国法に従って養子決定をすべきであるとする説

第 1 目 小野寺規夫〔1971 (S46)〕

小野寺は【判例 16】東京家審昭和 44(1969)-9-22 の評釈で次のようにいう。

「国際的な養子縁組の成立に関して、従来の学説および審判例は、家庭裁判所の許可審判は、これと類似する外国法による縁組の認許・確認 (Bestätigung, Ermächtigung, homologation) などには代わりうるが、養子決定 (adoption

い必要性を認め得ないものというべきである。要するに判示の見解は家庭局の見解でもあり、本研究会においても賛同される方々も多いようでもあつたが、家庭局の一部や本研究会においても、養親の本国法の要請にこたえて養子決定の審判をし、縁組のこの場合の届出は報告的届出となすべきものであるとの有力の反対説があるが、家庭裁判所の創立の経緯に照らし裁判所法その他の法律の規定からも養子決定はなし得ないものと解すべく、また縁組成立の時点も創設的戸籍の届出として届書が戸籍管掌者に到達または口頭の届出がなされたときと解すべきである (戸籍法二七条・六六条) ので養子決定説には賛同し難い。」

(3) 加藤〔1975 (S50)〕90 頁は次のようにいう。

「本来養子決定には、縁組の実質的成立要件の審査に関する部分と、縁組を創設する方式に関する部分とがあるものと解し得べく、養子決定をかく縁組の実質的成立要件の審査と縁組を創設する方式に関する部分に分解すれば、縁組の実質的成立要件に関する審査は、〔……〕養子の福祉を尊重考慮すべき近代養子制度の要請であるから、養親子双方の側の成立要件と解するので、養子決定の縁組の実質的成立要件の審査の要請は、養親子双方の側の要件とみざるを得ない。されば、縁組の実質的成立要件の審査に関する部分は日本の縁組の許可審判を以て、縁組の創設に関する方式に該当する部分は日本の縁組の方式であるところの戸籍の管掌者である市町村長に対する縁組の届出を以て、それぞれ代え得るものと解すべきである。日本の縁組の許可審判は、従来久しく一般に外国の法制の認許とか確認など (Bestätigung, Ermächtigung, homologation) に代わり得ることを認められたに過ぎなかったけれども、養子決定の実質的成立要件の審査に関する部分にも代わり得るものと解すべきである。このことは、とりもなおさず、日本の法律は、一方では国内実質法に即応する縁組の許可審判の手続を定め、他の一方では涉外養子縁組に関しては法例一九条一項によって縁組の当事者の本国法の適用を命じているところの日本の法制に、調和する解釈であるばかりではなく、国際的私法生活の便宜と安全を確保すべき国際私法の目的にも合致するものというべきである。」

order) それ自体には代わり得ないものと解せられていた(池原季雄・養子縁組に関する国際私法上の二、三の問題, 加藤令造「渉外養子縁組事件の処理について」家裁月報一七巻七号二六頁, 同・ジュリ三九六号一二八頁)。そして本件審判は、日本民法における被後見人や未成年者を養子とする場合の家庭裁判所の許可審判とオランダ民法における裁判所の養子決定を検討したうえで、日本の家庭裁判所の許可審判をもつてオランダ民法の養子決定に代えるかとの問題提起の後に、オランダ民法の養子決定と日本民法の許可審判とは、いずれも、(1) 養子縁組が未成年者の福祉に合致するか否か、および(2) 実体法の要求する縁組の要件を充足するものであるかどうかを審査する機能を営む点で、実質的には両者はその手続において類似性をもつとして、オランダ民法の要求する養子決定は、日本の家庭裁判所の許可審判をもつて代用しようと解している。しかし、前述の学説からすれば、オランダ民法では、養子決定〔……〕を必要としていることからすると、果たしてオランダ民法に規定する養子決定は、審判に述べるような、日本の家庭裁判所の許可審判で代えるものといえるかどうかは疑問となってくる。本件審判が、オランダ民法における養子決定の機能的な面に着眼したうえで、日本民法に定める家庭裁判所の許可審判との類似性を認めて、本件申立を認容しているけれども、私としてはこの点疑問があると思う。私としては、理論的にはむしろ積極的に、養子縁組の成立に関する家庭裁判所の許可審判のもつ機能的な面を認めることから、わが国の家庭裁判所は、外国の裁判所の養子決定それ自体をもその権限の中に有すると解してもよいものと考えたい。すなわち、わが国の家庭裁判所がオランダ民法に規定する養子決定そのものをなす権限を有すると解するのである。この点について、わが国の家庭裁判所の権限は、家庭裁判所の設立の経過に照らし、裁判所法および家事審判法で定め〔以下、185頁〕る事項に限定されると解すべきであるとして、家庭裁判所は、とくに法律でその管轄に属せしめた事項またはそれに類似する渉外事件の処理はなしえても、法律が予定しない事項について法廷地の法律の定めを越えて単純に法例が外国法の適用を命じているその一事をもつ

て外国法にのつとつた審判をすることはできないものといわなければならないとの見解 (加藤・前掲ジュリ三九六号) があるが、家庭裁判所の権限について、国内法の解釈から右のように限定して解しなければならない理由はないといえないであろうか。

円滑な国際私法交通の保障という法例の目的から、また国際的養子縁組は子の福祉を目的として養子縁組を認めている現在のすう勢からも、家庭裁判所の権限を、養子縁組許可の審判と類似する制度についてのみ限定して考えるべきではないというべきではなかろうか。むしろ、右の権限を更に進めてわが国の家庭裁判所には、オランダ民法に定める養子決定をなしうる権限をも有し、それに従った養子決定をすることができることと解すべきであり、それが国際的な私法交通の安全保障に寄与するものであろう [……].」(小野寺 [1971 (S46) 184-185 頁])

第 2 目 溜池良夫 [1971 (S46)]

溜池は次のようにいう。

「一 [……]. わが家庭裁判所の許可の審判は、外国法の規定するあらゆる裁判所の関与行為にも及ぶか。この点、わが家庭裁判所の養子縁組許可の審判の制度は、養子縁組は当事者間の合意により成立するものであるが、養子となるべき者の福祉を図るため必要な場合、裁判所が縁組の当否に審査を加え、その承認を成立の要件とせしめるものであるから、まず本質的にこれに類するような外国法上の制度には当然及ぶと解される。したがって、たとえば、ドイツ [以下、150 頁] 法 (独民一七四一) における養子縁組に関する裁判所の確認 (Bestätigung 認許とも訳される) のごときは、わが家庭裁判所の許可の審判をもって代行しうるものと解される。これを認めた審判例もあり、学説も異論なくこれを認める。ドイツ法上の裁判所の確認も日本法上の家庭裁判所の許可も、結局ともに養子となるべき者の縁組意思の確認ないし福祉を図ることを目的とするものであり、かついずれもその裁判によって養親子関係を成立せ

しめるものではなく、養子縁組の成立のためには別に縁組契約を必要とする点においても異ならず、両者はその本質を同じくするというのがその理由である。同じ理由で、旧フランス法（一九五八年改正前）における裁判所の許可（homologation 認可とも訳される）や南ベトナム法における裁判所の許可（ratification 認許とも訳される）なども、わが家庭裁判所の許可の審判をもって代行しうると解すべきであり、後者についてこれを認めた審判例もある。

二 それでは、本国法が、養子縁組の成立につき契約的構成をとらず、養子縁組は、養親となるべき者の申請に基づいて裁判所が決定をなし、その決定自体により成立するとしている場合はいかがであろうか。〔……〕。この点、審判例には、そのような場合についても、わが家庭裁判所の許可の審判をもって代行しうるとするものが多く、これを支持する学説もある。わが国における養子縁組の許可の審判と英米法上の養子決定とは、法的性質のうえでそれほど大きな差はないというのがその理由である。しかし、それ自体により当事者間に養親子関係を発生せしめる養子決定は、日本法の全く知らない制度であり、養子縁組は私人間の合意により成立することを前提とするわが家庭裁判所の許可の審判とは性質を異にするものである。したがって、わが国の家庭裁判所の許可の審判をもっては代行せしめることはできないと解される。そして、これがわが国学説の多数説である。

それでは、そのような国に属する者については、わが国において有効に養子縁組を成立せしめることはできないで〔以下、151頁〕であろうか。〔……〕。英米法上の養子決定は、これを養子縁組の実質的成立要件の審査の部分と養子縁組を創設する方式の部分とに分解し、前者に該当する部分は、これと類似の機能を有するわが国の養子縁組の許可の審判によって、後者に該当する部分は、方式に関する国際私法の一般原則に従い（法例八II）、縁組地である日本の方、すなわち、戸籍管掌者である市町村長に対する届出によって、それぞれ代りうるものと解することにより、わが国において有効に養子縁組をなしうるとする見解があり、これに従った審判例もある。たしかに、これは、一方、国内実質

法に対応する養子縁組の許可の審判手続のみを定め、他方、養子縁組の成立に関し外国法の適用を命じるわが国の法制に、養子決定の制度を調和せしめようとする巧みな解釈であるといえる。しかしながら、果して、そのように養子決定を二つの部分に分解することが可能または妥当であるか疑わしい。養子決定はそれ自体、養子縁組の一種の方法である。そして、養子縁組の方法の問題は、国際私法上実質的成立要件の問題として当事者の本国法によるべきものとされる。しかも、この場合、その届出は報告的届出でなく、創設的届出であるとするのであるから、養子縁組は許可の審判によって成立するのではなく、届出によって成立することになる。しかし、それでは養子決定自体により養子縁組が成立するとする本国法を適用したことにはならないとおもわれる。

三 かくて、結局、本国法が養子決定の制度を採用している場合、わが国においては、本国法に従い養子決定の裁判をする以外養子縁組を成立せしめる方法はないことになるが、果して、わが国において、養子決定をなすことは不可能であろうか。この点、わが家事審判規則ないし非訟事件手続法の上からも、許可の審判とは法的性質を異にする養子決定という手続類型を認めることは難しいとする主張がある。また、家庭裁判所はいわゆる民事事件については、家事審判法その他の法律により特に定められた権限しか有しない（裁三一の三）。したがって、家庭裁判所はとくに法〔以下、152 頁〕律でその管轄に属せしめられた事項またはそれに類似する事項については処理の権限を有するがそれ以外の事項については、たとえそれが国際私法により適用を命じられた外国法に規定されていても、それを根拠として、処理の権限を認めることは許されないと主張される。

〔……〕。

かくて、問題は、わが家庭裁判所の組織および機能上養子決定をなすことは可能か否かということになる。この点、先にものべたように、わが国にそのような手続類型がないから不可能との見解もある。もちろん、わが国にはそ〔以下、153 頁〕のような手続類型はないから、本国法の規定するような養子決定

の手續にそのまま従ってこれをなすことは不可能であろう。しかし、審理の範囲・程度を工夫するなど、本国法上の養子決定の制度の趣旨にそうよう家事審判法上の手續を適應せしめてこれを行なうことは必ずしも不可能ではないであろう。現に、すでにみたように、外国法上の養子決定は、わが家庭裁判所の許可の審判により、全面的にまたは少なくとも実質的な部分について代行しうるとする見解が、判例・学説の大勢であり、さらには、わが家庭裁判所において養子決定自体をなしうるとする有力な見解もあり、家庭局の一部の支持をえているともいわれる。したがって、わが家庭裁判所において養子決定をなすことは不可能とは考えられず、これをなすべきものとおもわれる。

いったい、わが国において外国法を適用し、外国法による法律関係の成立を認めるといふ立場をとる以上は、そのような法律関係の成立に必要とされる裁判所の関与行為も、それがわが裁判所にとって不可能でない限りは、最大限に広く認めることが必要であり、それによつてはじめて国際的私法交通の円滑と安全を図るといふ国際私法の目的が達成されるのである。外国法の適用にあたり、手續は法廷地法によるとの原則を考慮する場合には、右のような立場が基本となるべきことに注意しなければならない。」(溜池〔1971 (S46)〕149-153頁)

溜池は上記引用文中の「わが家庭裁判所において養子決定自体をなしうるとする有力な見解もあり」に後注を付し、次のように記載する。

「沢木・前掲 ジュリ 二一三号七九頁、小野寺・前掲 ジュリ 四七五号一八四頁以下。なお、加藤・前掲 ジュリ〔引用者注：加藤〔1968 (S43)〕を指す〕一二八頁参照。」(溜池〔1971 (S46)〕157頁注24)

第3目 山田鐮一〔1973 (S48)〕

山田（鐮）は次のようにいう。

「問題となるのは、本国法上右の許可が要求されている場合、日本においてこれを代行しうるか否かである。わが家事審判法（九条一項甲類七号）および

家事審判規則(六三条)は、民法の規定(七九四条・七九八条)による縁組の要件としての「養子をするについての許可」を、家庭裁判所の審判によりなすことを定めている。右の「養子をするについての許可」は、わが民法の予想する許可にかぎると解すべきではない。法例により、本国法に準拠して行なわれる縁組を予定している以上、その本国法上の許可、たとえば、ドイツ法上の裁判所の確認(Bestätigung)、南ベトナム法における裁判所の許可(ratification)のごときは、わが家庭裁判所の右の審判により代行しうると解するのが妥当である。これを認めた家庭裁判所の審判例がかなりある。右と異なり、養子縁組の成立につき契約的構成をとらず、縁組が養親となるべき者の申請に基づき裁判所のなす養子決定(adoption decree, adoption order)それ自体によって成〔以下、139頁〕立することを認める立法例がある(英国、米国等)。かかる養子決定は、さきに述べた許可の審判とは性質を異にするものであり、かかる決定をなす手続類型がわが国には存しないから、わが国の裁判所ではこれを代行して縁組の成立を認めることはできないとする見解が有力である(池原・江川・田村・加藤)。かつては、わたしもそのように解していた。しかし、養子決定も家裁の許可の審判も、その目的は子を保護して養子縁組を慎重にするという点では実質的に同じであり、かつ、裁判所の審理の権限、範囲の点でも実質的な差異はない。立法的措置のなされることが望ましいが、現在でも、本国法上の養子決定の制度の趣旨にそうよう、わが家事審判法の手続を適応せしめて、わが家庭裁判所において養子決定をなすことは不可能ではないであろう(溜池・沢木・小野寺)。しかし多くの場合、反致が成立し、わが家庭裁判所で養子決定をなすことは実際あまり起こらないと思われるが、反致の成立を認めずアメリカ法に準拠して養子決定を認めたさいきんの審判例もある(札幌家審判昭和四七年一〇月五日家裁月報二五巻三号一一六頁)。(山田(籙)〔1973(S48)〕138-139頁)³⁷⁾

37) この後の山田（鐙）説は以下のとおりである。

(1) 山田（鐙）〔1987（S62）〕413-414頁は次のようにいう。

「問題となるのは、本国法上、〔裁判所〕の許可が要求されている場合（例えば、ドイツ法上の後見裁判所の確認〔Genehmigung〕）、日本においてこれを代行しうるか否かである（溜池良夫「涉外人事訴訟および家事審判の諸問題」実務民事訴訟講座6一四九 - 一五〇頁）。わが家事審判法（九条一項甲類七号）および家事審判規則（六三条）は、民法の規定（七九四条・七九八条）による「養子をするについての許可」を、家庭裁判所の審判によりなしうることを定めている。右の「養子をするについての許可」は、わが民法の予想する許可に限ると解すべきではない。法例により、本国法に準拠して行なわれる縁組を予定している以上、その本国法上の右の許可のごときは、わが家庭裁判所の審判により代行しうるものと解するのが妥当である。右〔以下、414頁〕と異なり、縁組が裁判所のなす養子決定それ自体によって成立することを認める立法例がある（英米法上の養子決定 adoption order, adoption decree）。かような養子決定は、さきに述べた許可とは性質を異にするものであり、かような決定をなす手続類型がわが国には存しないから、わが国の裁判所ではこれを代行して縁組の成立を認めることはできないとする見解が有力である（池原季雄「養子縁組の成立に関する国際私法上の二、三の問題」家裁月報六巻七号九頁、江川・全書二八三頁、涉外判研（田村）ジュリ二八三号九九頁、涉外判研（加藤）ジュリ三九六号一二七頁）。かつては、私もそのように解していたが（山田鐙一「渉外的養子縁組に関する三つの審判例をめぐって」家裁月報八巻七号一一 - 一二頁（同・研究所収））、これを改めたい。養子決定もわが家庭裁判所の許可の審判も、その目的は子を保護して養子縁組を慎重にするという点では実質的に同じであり、かつ裁判所の審理の権限、範囲の点でも実質的な差異はない。立法的措置のなされることが望ましいが（試案12は、本文のような立法措置を示している）、現在でも、本国法上の養子決定の制度の趣旨にそうよう、わが家事審判法の手続を適応せしめて、わが家庭裁判所において養子決定をなすことができるものと解してよいであろう（溜池・前掲論文153頁、沢木・入門130頁、涉外判研（沢木）ジュリ213号79頁、涉外判研（小野寺）ジュリ475号183頁、山田鐙＝沢木編・演習（山田鐙）139頁。）」

(2) 山田（鐙）〔2004（H16）〕507-508頁は次のようにいう。

「諸国の法制では、養子縁組のために、一定の場合にあるいは一般的に裁判所の許可を要するとするものが少なくない。〔……〕。問題となるのは、本国法上、右の許可が要求されている場合、日本においてこれを代行しうるか否かである（溜池良夫「涉外人事訴訟および家事審判の諸問題」実務民事訴訟6一四九―一五〇頁〔同・研究三九三頁〕）。わが家事審判法（九条一項甲類七号）および家事審判規則（六三条）は、民法の規定（七九四条・七九八条）による「養子をするについての許可」を、家庭裁判所の審判によりなし

うことを定めている。右の「養子をするについての許可」は、わが民法の予想する許可に限ると解すべきではない。法例により、本国法に準拠して行なわれる縁組を予定している以上、その本国法上の右の許可のごときは、わが家庭裁判所の審判により代行しうると解するのが妥当である。右と異なり、縁組が裁判所のなす養子決定それ自体によって成立することを認める立法例がある(英米法上の養子決定 adoption order, adoption decree)。かような養子決定は、さきに述べた許可とは性質を異にするものであり、かような決定をなす手続類型がわが国には存しないから、わが国の裁判所ではこれを代行して縁組の成立を認めることはできないとする見解が有力である(池原季雄「養子縁組の成立をめぐる二、三の問題」家月六巻七号九頁、江川・全書二八三頁、涉外判研(田村)ジュリ二八三号九九頁、涉外判研(加藤)ジュリ三九六号一二七頁、溜池・講義四七九頁)。しかし、この点については、養子決定もわが家庭裁判所の許可の審判も、その目的は子を保護して養子縁組を慎重にするという点では実質的に同じであり、かつ裁判所の審理の権限、範囲の点でも実質的な差異はないとの理由から、本国法上の養子決定の制度の趣旨に沿うよう、わが家事審判法の手続を適応せしめ、わが家庭裁判所において許可の審判をもって養子決定を代行してなすことができるものとする学説があり、これを認めた判例も少なくない(澤木・入門一三七一一三八頁、涉外判研(澤木)ジュリ二一三号七九頁、涉外判研(小野寺)ジュリ四七五号八四頁、山田録＝澤木編・演習(山田録)一三九頁)。

これに対して、戸籍実務および裁判実務では、右のように養子決定を家庭裁判所の許可の審判により代行させるの〔以下、508頁〕ではなく、本国法上の養子決定を養子縁組の実質的成立要件としての公的機関の関与の部分と養子縁組を創設する方式の部分とに分解し、前者については家庭裁判所の許可の審判で代行し、後者については縁組地法である日本法の方式により届出によって縁組を成立させる、いわゆる分解理論が採用されている(平成元年基本通達第五の二(一)ア、南・解説一四一一一四三頁)。しかし、この理論はあくまでもわが国の実務に適合させるために便宜上考案されたものであって、裁判所の決定により養子縁組を成立させる養子決定の趣旨に合致したものとはいえない(溜池・講義四七九頁、櫻田・二八四頁)。

ところで、昭和六三年(一九八八年)、民法に特別養子制度が導入され、家事審判法(九条一項甲類八の二)により家庭裁判所に特別養子の審判をする権限が与えられることになった。これによれば、右のごとき代行説や分解理論によるまでもなく、特別養子の審判手続によって外国法上の決定型の養子縁組を成立させることも十分に可能になったといえる(溜池・講義四八〇頁、澤木＝道垣内・入門一二二頁、山田録＝早田編・演習新版(多喜)二二二頁、争点〔新版〕(海老沢)一八四頁、基本法コメン(矢沢)一二二頁)。

第2節 特別養子縁組制度導入後の学説

第1款 畑場準一〔1990 (H2)〕

畑場は次のようにいう。

「全ての縁組に裁判所を関与させ、養親子関係の創設・形成を裁判所の決定または命令に依らしめるものが、外国には少なくない。これらの外国法が準拠法となるとき、我が国の家庭裁判所は如何に対応すべきか。日本民法が特別養子の制度を知らなかった一九八八年一月一日までは、我が国家庭裁判所に養親子関係を創設・形成する権限が無いとされていた。そのため、準拠外国法上の養子決定手続を分割あるいは分解し、縁組意思の確認・その他の要件具備、縁組の必要性または相当性これらを実質的に審査する部分と、身分関係を創設・成立させる国家機関の形成作用の部分とに分け、前者を家庭裁判所の許可手続に、後者は戸籍官庁の届出の受理手続に、それぞれの機能を分担・権限を分掌させることで解決を計ってきた。「分解理論」などと呼ばれ、実務の大勢が従っている（加藤令造・家事審判法講座四巻九〇頁、同・ジュリ 三九六号一二八頁、宮崎家審昭和四二年四月四日家月一九卷一―号一二二頁など）。

〔以下、253頁〕現在は、民法八一七条の二に明らかな通り、家庭裁判所にも養親子関係を形成させる権限が一般的に付与されており、その行使の限界は準拠法となる実体規定に依って定められる。日本法が準拠法となるときは、民法八一七条の三ないし同八一七条の七であり、外国法が準拠法となるときは、その準拠外国法が我が国家庭裁判所の権限の行使範囲の限界を劃定する。養子決定を要するとする外国法が準拠法となるときは、それが我が民法に定める要件・効果とは異なる要件・効果を規定している場合においても、我が国の家庭裁判所は、それに相当する成立審判を為すことができる（参照 家事審判法九条一項甲類八の二、裁判所法三一条の三）。第一六六回東京戸籍事務連絡協議会の結論も同説であり、基本通達第五2(1)はこれを前提としている（「法例の一部を改正する法律の施行に伴う戸籍事務の取扱いについて」民事局長通達・平成元年一〇月二日・民二・三九〇〇〔民事月報号外・前掲四二九頁〕）。

けれども従来の分解説に基づく実務が無用となった訳ではない。それを活用すべき余地は依然として残されている。この点は、次の項で説明する。」(煖場〔1990 (H2)〕 252-253 頁)

第 2 款 南敏文〔1992 (H4)〕

南は次のようにいう。

「養親の本国法がいわゆる決定型の立法であって、裁判所の決定により養子縁組が成立することとなる場合における我が国での準拠法の適用については、我が国の家庭裁判所が特別養子以外の養子について養子を成立せしめる決定をする権限を有するものと解するかどうかにより異なってくる。この点に関する昭和六二年の特別養子制度の新設前の考え方としては、①家庭裁判所の管轄権の問題としては、裁判所法三一条の三第二項で「他の法律において特に定める権限を有する」こととなっているが、法例により指定された準拠法をここにいう「他の法律」に含〔以下、141 頁〕ましめ、家庭裁判所は、外国法の決定型の養子縁組を成立させるため、その決定を代行することができるとする説と、②養子決定そのものは根拠・権限がないためできないが、養子決定の裁判を養子縁組の実質的成立要件部分として公的機関の関与を必要とする部分と養子縁組を創設させる方式の部分に分解し、その前者については、家庭裁判所の許可という形で代行させ、後者については、方式に関する法例の規定を適用して行為地法である我が国の方式(戸籍管掌者である市区町村長に対する届出)によって行うとする説(いわゆる「分解理論」)があり、戸籍・裁判実務では、後者の考え方により、事件を処理していた。そして、我が国の家庭裁判所が本国官憲の職務を代行することができることの根拠としては、法例が抵触法として涉外的養子縁組(決定型の養子縁組も含む。)の成立を認めていることから、我が国の手続上も、本国法上の養子決定の制度の趣旨に沿うよう我が国法上の手続を適応させるべきであること、このためには、本国法制におけるものと類似の機関・手続により、本国の官憲の職務を代行するのが適当と考えられるとこ

ろ、家庭裁判所は、民法七九八条、家事審判法九条一項甲類七号の規定に基づき「養子をするについての許可」をすることができ、この許可審判は、養子の福祉・保護の観点から国家が後見的役割に基づき養子とするのが相当かどうかを判断して許可を決定するものであって、養子決定の裁判等と実質的に同じであることなどが挙げられ、これを根拠として、家庭裁判所が実質的成立要件部分を代行することとしていたのである。

ところで、昭和六二年の民法改正により、特別養子制度が新設され、我が国の家庭裁判所が特別養子縁組を成立させる決定型の審判をすることができるようになったことから（家事審判法九条一項甲類八号の二）、家庭裁判所において、特別養子縁組以外の普通養子縁組についても、外国裁判所のする養子決定を代行することができることとなったかどうかの問題となる。これについては、特別養子制度は、普通養子制度と制度、目的、要件、効果が異なり、普通養子制度に代替するものではなく、併存する別の制度であること、家庭裁判所が成立型の審判をすることができ〔以下、142頁〕きるのは、特別養子縁組という類型に限るものであり、家庭裁判所の権限は裁判所法上限定列挙されていて、安易に拡張又は類推解釈すべきではないこと等の理由により、消極的な考え方もあり得る。しかしながら、特別養子制度の新設により家庭裁判所は養子縁組の成立権限を有し、これに対応する手続規定として家事審判法・同規則が整備されたうえ、特別養子は、普通養子と全く別の制度ではなく、養子の一類型であり、しかも普通養子よりも厳格で効果が強い養子を成立させる権限を有した以上、普通養子も成立せしめる管轄権を有するに到った（いわば、大は小を兼ねるである。）と解すれば、準拠実質法が決定型の場合は家庭裁判所もその国の官憲に代行させてもその権限を逸脱するものではなく、これに代行して養子決定することができるものというべきである。基本通達第五の二（1）アは、家庭裁判所が普通養子も成立せしめる管轄権を有することを前提に、養子決定があった場合における報告的届出の手続を定めており、準拠実質法が決定型の場合は家庭裁判所もその国の官憲に代行して養子決定することができることを明

らかにしている。

この場合、次の問題は、家庭裁判所の養子決定を法例上実質的要件と見るのか、方式的に見るのかである。すなわち、離婚の場合は、裁判離婚は実質と見ており、準拠法が裁判離婚のみを認めるときは、我が国では裁判離婚しかすることができないものとしているが、これと同じ意味で養子決定を考えるのである。若し、そのように考えれば、準拠実質法が決定型の場合は、我が国においても、裁判所の決定がないかぎり、養子縁組は成立しないものとなるであろう。しかしながら、この解釈は、特に、国籍を異にする夫婦が共同縁組する場合に不適当と言うべきである。例えば、日本人と本国法が決定型の外国人の夫婦は、共同縁組をすることができなくなってしまう。やはり、この場合は、これまでの解釈どおり、この養子決定の中身を養子縁組の実質的成立要件として公的機関の関与を必要とする部分と養子縁組を創設する方式の部分とに一応分解し、前者に該当する部分は勿論のこと、後者に該〔以下、143 頁〕当する部分についても我が国の家庭裁判所が代行することができるようになったものと解すべきであろう。このように養子決定と離婚の場合を区別して考える根拠は、養子決定の制度の趣旨によるところが大きい。この養子決定の裁判は、判決と異なり、養子の福祉・保護の観点からされるもので、事件そのものに争訟性が乏しく、裁判所の関与は後見的役割であるうえ、新たな身分関係を成立させるという意味でも婚姻と同一レベルにあり、身分関係を終了させる離婚・離縁とはおのずから別物であるということが出来る。このようにして、方式に関する部分は、これまでと同じように方式に関する改正法例二二条を適用して行為地法である日本の方式すなわち戸籍管掌者である市区町村長に対する届出によることのほか、行為の成立の準拠法としての養親の本国法に基づく養子縁組を創設する方式にもよることが出来ることとなったものと解すべきである。そこで、例えば、日本人と本国法が決定型の外国人の夫婦が共同縁組をしようとするには、外国人養親の本国法上の養子決定の中身を養子縁組の実質的成立要件として公的機関の関与を必要とする部分と養子縁組を創設する方式の部分と

に分解し、前者に該当する部分は、我が国の家庭裁判所の「養子をなすについての許可の審判」により代行させ、後者に該当する部分は、方式に関する改正法例二二条を適用して行為地法である日本の方式すなわち戸籍管掌者である市区町村長に対する届出によることとして、夫婦が同時に市区町村長に届け出れば、共同縁組をすることができることとなる。

なお、養親の本国法上、養子縁組の成立につきいわゆる契約型の類型であるが、本国官憲の許可を要するとしているときは、従前どおり、家庭裁判所は、家事審判法九条一項甲類七号の規定による「養子をするについての許可」、いわゆる許可審判により、本国官憲の許可に代行することができることは、当然のことである。」(南〔1992 (H4)〕140-143頁)

第3款 櫻田嘉章〔2020 (R2)〕

櫻田は次のようにいう。

「準拠法が決定型の養子縁組制度を有している場合には、これまでわが国では、縁組は基本的には当事者間の合意により成立し、家庭裁判所の許可は、未成年者の福祉を確認し慎重を期するために必要とされるにすぎない契約型の制度をとっていたので、わが国における縁組が可能か否かが問題とされた。実務上は、必要とされる養子決定を実質的成立要件の部分としての公的機関の関与と形式的成立要件たる方式の部分に分解し、前者はわが国の家庭裁判所の許可審判により代行させ、後者の部分は、方式に関する行為地〔以下、312頁〕法である日本の戸籍管掌者への届出によって充足させ、有効な縁組ができるもの(分解理論)としていた。しかし、家庭裁判所の許可審判は、契約型縁組を前提とした関与にすぎず、決定型をとる準拠法を適用したとはいえない。やはり、家庭裁判所による養子決定の代行が必要となる。準拠法が契約型養子縁組制度をとる場合には、必要とされる公的機関の関与について、わが国の家庭裁判所による代行を広く認めるべきである。

昭和63年に、家庭裁判所の審判により実方血族との親族関係が終了し、養

親子関係が成立する決定型の特別養子縁組制度がわが国でも創設されたので、わが国にはない準拠法上の普通養子に関する養子決定を、家事審判法9条1項甲類8号の2（家事事件手続法別表第1第63項）によって家庭裁判所が代行できるとする見解も、戸籍実務に関する基本通達（平成元年10月2日法務省民二第3900号民事局長通達第5の2の（1））によって前提とされており、わが国の裁判所においては、わが国の特別養子縁組の手続によって、外国法上の養子決定がなされうる（高松家審平6・1・13、横浜家横須賀支審平7・10・11参照。）」（櫻田〔2020（R2）〕311-312頁）

第3節 まとめ

以上が、日本の裁判所は外国法上の養子決定をすることができるかという問題に関する主要な学説である。

従来の学説は、以上のように、養子決定否定説（池原〔1954（S29）〕など）、許可審判による養子決定代行説（西沢〔1960（S35）〕など）、分解理論（田村〔1963（S38）〕など）、および、準拠法適用説（小野寺〔1971（S46）〕など）の4説に分類することができる。しかし、各学説がどの点で互いに見解を異にするのか、あるいは、どの点で互いに見解を同じくするのか、は分かりにくい面がある。何よりも、従来の学説は、国際私法の基本的な原理に立ち返った検討をしていない。そこで、次に、形成裁判の構造を考えて、この問題（日本の裁判所は外国法上の養子決定をすることができるかという問題）を検討したい。

第4章 外国法上の養子決定と日本の裁判所

第1節 形成裁判の構造と国際私法

第1款 形成裁判の二面性

実体法³⁸⁾は、どんな事実（法律要件）に基づきどんな権利変動が生ずるかを定める。裁判所は、裁判外で発生した具体的事実を認定して、その具体的事

実が実体法の法律要件に該当するか否かを判断して、その結果、裁判所は《権利変動が生じた、または、生じなかった。》という結論を得る。裁判所が給付の訴え・確認の訴えを審理する場合は、この判断を積み重ねて、特定の時点に権利が存在する（または、存在しない）という結論を得る。この結論には、裁判所による法的判断であるという意味で、既判力が付与される。これについては次の2点が重要である。すなわち、第1に、給付判決・確認判決は、特定の時点に権利が存在する、または、存在しない、という判断に関して既判力が生ずるが、既判力の実質的根拠は、私人でも行政機関でもなく、裁判所が権利の存否に関して法を基準として判断した、という点にある³⁹⁾。第2に、具体的事実に基づいてどんな権利変動が生ずるかについて裁判所が法を基準として判断する際に国際私法が介入する。

では、形成裁判ではどうか。実体法（例えば、民法770条、817条の2）は、どんな事実（形成要件）⁴⁰⁾が発生すれば誰がどんな形成の訴えを提起することができるかを定める。従って、形成裁判により権利変動が生ずるための要件は、第1に、形成要件——例えば、民法770条1項1号にいう「配偶者に不貞

38) 国際私法上の用語である実質法とは、権利に関する実質法（実体法）と手続に関する実質法（手続法）の総称である（Neuhaus [1976 (S51)] S.97-98はドイツ語の *materiell* という語が、方式に対する「実質」、手続に対する「実体」、および、抵触法に対する「実質」法というように3つの意味を持つ旨を説く。）。以下の叙述では実体法と手続法の関係に言及する必要上、「実体法」という用語を使う。

39) もちろん、既判力の実質的根拠は、訴訟当事者が主張と立証を尽くした（主張と立証の機会を与えられた）という点などにあろう。しかし、既判力の根拠の中心（ないしは、既判力の重要な必要条件）は、私人からも他の国家機関からも独立して事実認定と法解釈をする国家機関（＝裁判所）が法的判断をした、という点にあろう。

既判力を正当化する根拠については、新堂〔2019 (H31)〕687頁以下参照。

40) 形成判決の基礎となる事実（例えば、民法770条1項各号に列挙する事実）は「形成原因」と呼ばれ（新堂〔2019 (H31)〕213-214頁参照）、「形成要件」の意味はやや異なるようである（後出注41参照）。本稿では、形成判決の基礎となる事実を「形成要件」と呼ぶ。

な行為があった」, 民法 817 条の 3 第 1 項にいう「配偶者のある者」—— (に該当する具体的事実) の存在であり, 第 2 に, 形成裁判 (形成判決等) —— 権利変動が生ずべき旨の裁判所の宣言——である。それゆえ, 形成裁判における要件該当性の判断とは, 《具体的事実と (裁判所がまさに言い渡そうとしている) 形成判決に基づき権利変動が生ずるか。》という問題について実体法を基準として判断するところにある。そして, この問題につき肯定の回答を得た場合に裁判所は形成判決をする。それゆえ, 形成判決が給付判決・確認判決と異なるのは, 形成判決にあつては, 権利変動原因の創出 (形成判決をすること) と, その権利変動原因に基づいて権利変動が生ずる旨の裁判所による法的判断 (要件該当性の判断) が同時に行われる点にある。前者は形成判決の形成力の源泉であり, 後者は形成判決の既判力の源泉である⁴¹⁾。このように, 形成裁判 (形成判決等) には, 形成判決は権利変動原因であるという面と, 形成判決は裁判所による法的判断であるという面がある。後者の面 (形成判決は裁判所による法的判断であるという面) で国際私法が必要になることはいうまでもない。

第 2 款 形成裁判をする裁判所の国際代替性の根拠：法的判断としての形成裁判

上述したように, 形成裁判 (形成判決等) には, ふたつの側面——権利変動

41) 新堂 [2019 (H31)] 214 頁は次のようにいう。

「形成判決に既判力は不要であるとする説 (三ヶ月・48 頁, 50-52 頁) は, 形成された結果たる法律関係が以後の紛争解決の規準として通用力をもつという取扱いを形成力のなかに含ませているといえる。しかし, 法律関係が判決によって新たに形成されたことのみから, その法律関係が当然に強制通用力をもつと考えるとすれば, それは実体法説的発想と非難されよう。形成判決による形成も, やはり, 裁判所が法適用作用の一つとして基準時における形成要件 (形成権) の存在を確認してなされたものであるから, 形成の結果の通用力も, たんに形成の内容として説明するよりは, 基準時における形成権存在の判断に与えられる通用力に由来するとみるほうが形成判決による形成の特質をとらえた説明と評価しうる。」

の要件（形成判決）を創出する面と、《その権利変動要件に基づいて、実体法により、権利変動が生ずる。》旨の判断をする面——があり、そのうちの2番目の側面の点では、形成の訴えは、給付の訴え・確認の訴えと同じであり、この側面で国際私法が介入する。これに対して、形成裁判の最初の側面（権利変動の要件（形成判決）を創出する面）は、裁判所自身が権利変動要件を創出するという点で形成裁判に特有である（給付の訴え・確認の訴えにおいては、裁判所は裁判外の事実に基づいて生じた権利変動を確認するから）。そこで、次に、形成裁判のこの側面に注目しよう。

或る国の法が国家機関（行政機関，裁判所）の行為を以て権利変動の要件とする場合、その国家機関とはその国の国家機関を意味することは当然である（例えば、日本民法739条にいう「届け出る」とは日本の市町村長に届け出ることを意味するし、日本民法770条の「離婚の訴えを提起する」とは日本の裁判所に離婚の訴えを提起することを意味する。）。ところが、婚姻の方式の準拠法が外国法である場合は日本の市町村長は婚姻の方式への関与をすることができないのに対して、日本の裁判所に離婚の訴えが提起された場合、離婚準拠法が外国法であっても日本の裁判所が離婚判決をしていることは周知の事実である。行政機関と裁判所の間にあるこの違いはどこから生ずるのか。

裁判所は法律問題（或る事実に基づいて権利変動が生じたか否かの問題）を判断する場合に法を基準として判断するから、裁判所は法的判断の主体であり、法律問題は法的判断の客体であり、法は法的判断の基準である。それゆえ、法と裁判所は互いに対置されるべき存在（相互に別個の存在）であり、一方が他方の構成要素であるという関係にはない。ところで、現在の国際社会では法も裁判所も基本的には国家単位で整備されているから、どの国の法を基準として法的判断をすべきかという問題（この解決の基準が国際私法である。）と、どの国の裁判所が法的判断をなし得るかという問題（この解決の基準が国際裁判管轄規定である。）が生ずるところ、法と裁判所は相互に別個の存在であるから、前者の問題の解決の基準と後者の問題の解決の基準は相互に独立している⁴²⁾。

そして、両者の基準が互いに異なる結果、裁判所が外国法を適用する必要性が生まれる。

ここで、行政機関の行為(市町村長による婚姻届受理など)を考える。法が行政機関の行為を以て権利変動の要件とする場合には、その行政機関がその関与行為をする際には、第1に、具体的事実(当事者の年齢など)を認定して、第2に、その前提の下で当該行政機関が関与行為(婚姻届の受理など)をすれば権利変動が生ずるか否かを法(国際私法、実質法)を基準として判断している。この点で行政機関による法的判断は裁判所が形成裁判をする際の法的判断と同じである。しかし、行政機関の行為に基づき権利変動が生じたか否かは裁判所による事後審査に服するから、この点で行政機関の行為は通常的事実(意思表示、占有、物の付合、時間の経過など)と同じである。すなわち、行政機関の行為は法律要件の構成要素であり、従って、法の構成要素であるから、行政機関と法は互いに対置されるべき存在ではない。それゆえ、準拠外国法が権利変動の要件とする行政機関の行為とはその国の行政機関の行為に限られる。日本の市町村長が準拠外国法上の市町村長の行為(婚姻届の受理など)をすることのできない根拠はここにある^{43) 44) 45)}。

42) どの国の法が準拠法になるべきかの基準と、どの国の裁判所が裁判をなし得るかの基準が互いに別個、独立であることについては、池原〔1982(S57)〕5-8頁参照。

43) 婚姻届の受理に関して、根本〔2021(R3)〕10-21頁参照。

44) 既に述べたとおり、形成裁判(形成判決等)には、形成判決に基づいて権利変動が生ずるという面と、形成判決に基づく権利変動が適法である旨を裁判所は判断しているという面があるから、前者の面を重視して国際私法理論を構築することも不可能ではない。すなわち、裁判所と市町村長を国際私法上同じに扱う理論である。形成裁判をする裁判所を市町村長と同じく扱うのであれば、日本の裁判所は外国法上の形成裁判をなし得ないこととなる。ドイツにおける並行理論がこれである。根本〔2021(R3)〕16-19頁注19参照。

45) 本文で述べたように、準拠外国法が行政機関の行為を以て権利変動の要件とする場合、「日本の行政機関」はその行為をなし得ない。

では、形成裁判（形成判決等）をする裁判所はどのように扱うべきか。

諸国の法制度上、行政機関の行為（市町村長による婚姻届受理など）は、裁判外の通常的事実（意思表示、物の占有など）と同じく、それに基づいて権利変動が生じたか否かについて裁判所が実体法を基準として判断する（行政機関の行為は裁判所の事後審査に服する。）。これに対して、諸国の法制度上、確定した形成裁判（形成判決等）に基づいて権利変動が生じたか否かを（形成裁判確定後に別の）裁判所が実体法を基準として判断することは禁止されており、形成裁判（形成判決等）は、裁判所による公権的な法的判断として、給付判決・確認判決と同じ扱いを受ける。すなわち、形成裁判（形成判決等）はふたつの側面（形成裁判は権利変動要件である、という面と、形成裁判は法的判断である、という面）を持つところ、諸国の法制度上、形成裁判は、権利変動要件として行政機関の行為と同じ扱いを受けるのではなく、法的判断として、給付判決・確認判決と同じ扱いを受ける。形成裁判（形成判決等）の受ける国内法上のこのような扱いは国際私法に反映させるべきであろう。

或る国の法が裁判外の事実（意思表示などの私人の行為、および、行政機関

これとは異なり、準拠外国法上の権利変動要件たる行政機関の行為を「日本の裁判所」はなし得るかという問題もある。例えば、外国法が「行政機関」の行為を以て養子縁組成立要件とする場合、日本の「裁判所」がその行為をすることができるか、という問題である。

早田 [1988 (S63)] 9 頁は次のようにいう。

「いかなる機関が養子縁組に関与する権能を有するかは、その性質上、縁組地の法律によるべきものであるから、例えば、日本において外国人夫婦が同国人たる子を特別養子縁組の手続によって養子としようとする場合、当事者の本国法が養子縁組の成立につき行政機関の決定を要求しているときでも、養子縁組の申立ては家庭裁判所になされなければならないことはいうまでもない。」

また、前出注 13 に掲げた【許可：判例 8】盛岡家審昭和 52(1977)-5-4 は「家庭裁判所の許可をもってベトナム国の単位行政委員会の承認に代えることができる」と判示した。

しかし、本稿ではこの問題に立ち入る余裕はない。

の行為)を以て権利変動の要件とする場合、日本の裁判所はその国の法を基準として法的判断をすることができる(すなわち、意思表示に基づいて権利変動が生じたか否か、その国の行政機関の行為に基づいて権利変動が生じたか否かを、日本の裁判所はその国の法を基準として判断することができる.)。それゆえ、或る国の法が形成裁判(形成判決等)を以て権利変動要件とする場合も、日本の裁判所は、法的判断者として、その国の法を基準として形成裁判(=法的判断)をすることができる、と解する必要がある。日本の裁判所が外国法を準拠法として形成裁判をすることのできる根拠はここにある。従って、日本の裁判所は準拠外国法上の養子決定をすることができる(そして、この点は、特別養子縁組制度(昭和 63(1988)-1-1 施行)導入の前後を問わない.)、と解すべきである^{46) 47)}。

46) 特別養子縁組制度導入前に発表された学説のうち、日本の裁判所は外国法上の養子決定をすることができる、と解していた学説は次のとおりである。

(1) 小野寺〔1971 (S46)〕については前出第 3 章第 1 節第 4 款参照。

(2) 溜池〔1971 (S46)〕については前出第 3 章第 1 節第 4 款参照。

ただし、溜池〔1971 (S46)〕は外国法上の許可裁判に関しては日本の裁判所の審判により代行するものと考えている。後出注 55 参照。この点で、溜池説においては相異なるふたつの思想が混在しているといえる。

(3) 澤木〔1972 (S47)〕130 頁および澤木〔1984 (S59)〕128 頁はいずれも「日本の家庭裁判所は〔……〕養子決定をもなしようとする見解を支持する。」という。

なお、それ以前に、澤木〔1960 (S35)〕79 頁は福岡家審昭和 29(1954)-12-22 (前出注 34 参照)の評釈で次のようにいった。

「本件養子縁組の養親の本国法では養子に相続権を認めず、これを縁組許可の際の宣言事項としている。かかる養子制度はわが民法の知らないところであり、そのような養子縁組の許可審判は家庭裁判所ではできないということもできよう。しかし〔……〕、それはあまりにも狭い考え方である。養子という制度の大綱と司法手続によって成立するという根本において一致する以上、家事審判法の規定を拡張してかかる事件をも受理しようと解すべきであろう。

〔……〕家事審判法に列挙された家庭裁判所の権限は養子縁組の許可までである。従って形式的にはかかる申立に答える権限を有しないことになるがこの結果には反対すべきであろう。それは、涉外事件を取扱うという限りにおいて、家庭裁判所の手続は外国の実体法と調和すべくその手続を適応せしむべきものだからである。このようにみてくれ

ば、一応家庭裁判所の審判事項に含まれていないとはいえ、本件の如き相続権附与の宣言の如きはこれをなすべきものであったと考えたい。」

このように、澤木は、準拠外国法が「相続権附与の宣言」を以て「縁組許可の際の宣言事項」とする場合には日本の家庭裁判所は相続権附与の宣言をなし得る、と解していた。

(4) 山田（鏝）は次のようにいう。

「養子決定もわが家庭裁判所の許可の審判も、その目的は子を保護して養子縁組を慎重にするという点では実質的に同じであり、かつ裁判所の審理の権限、範囲の点でも実質的な差異はない。立法的措置のなされることが望ましいが〔……〕、現在でも、本国法上の養子決定の制度の趣旨にそうよう、わが家事審判法の手続を適応せしめて、わが家庭裁判所において養子決定をなすことができるものと解してよいであろう〔……〕。」（山田（鏝）〔1987（S62）〕414頁、山田（鏝）〔1973（S48）〕139頁は、上記引用文中の「養子決定をなすことができるものと解してよいであろう」が「養子決定をなすことは不可能ではないであろう」になっているほかは、わずかな字句の違いがあるのみ。）

この引用文の後半は日本の裁判所が外国法上の養子決定をなし得る旨を説く。しかし、この引用文の前半は外国法上の養子決定と日本法上の許可審判の類似性を説くものであり、これは代行の思想である（後出第2節第1款第2目参照）。従って、山田（鏝）説においてはふたつの相異なる思想が混在しているといえる。

47) 特別養子縁組制度導入後に発表された学説のうち、日本の裁判所は外国法上の養子決定をすることができる、と解する学説として、次の説がある。

(1) 畑場〔1990（H2）〕253頁は次のようにいう。

「現在は、民法八一七条の二に明らかな通り、家庭裁判所にも養親子関係を形成させる権限が一般的に付与されており、その行使の限界は準拠法となる実体規定によって定められる。日本法が準拠法となるときは、民法八一七条の三ないし同八一七条の七であり、外国法が準拠法となるときは、その準拠外国法が我が家庭裁判所の権限の行使範囲の限界を劃定する。養子決定を要するとする外国法が準拠法となるときは、それが我が民法に定める要件・効果とは異なる要件・効果を規定している場合においても、我が国の家庭裁判所は、それに相当する成立審判を為すことができる（参照家事審判法九条一項甲類八の二、裁判所法三一条の三）。」

ただし、畑場は夫婦共同縁組につき分解理論によるべき場合がある旨を説く。後出注77参照。分解理論は代行の思想に立脚する。後出第2節参照。それゆえ、畑場説においては相異なるふたつの思想が混在しているといえる。

(2) 出口〔1997（H9）〕280頁は【判例31】山形家審平成7（1995）-3-2に関して次のようにいう。

「厳密にいうと、「代行」の意味には不明確な点が少なくない。〔……〕。フィリピン法上の養子縁組制度が契約型であれ決定型であれ、家庭裁判所の審判による代行ではなく、フィリピン法上の「養子縁組決定」自体をわが国においてなすべきであろう。」

第 3 款 いくつかの帰結

以上に述べたことから次の帰結を得ることができる。

第 1 目 形成裁判による権利変動の要件：形成要件と形成裁判

形成裁判による権利変動の要件は形成要件（例えば、民法 770 条 1 項 1 号にいう「配偶者に不貞な行為があった」、民法 817 条の 3 第 1 項にいう「配偶者のある者」）と形成裁判（形成判決等）である。ここからふたつの法律問題が生ずる。第 1 は《権利変動には形成裁判が必要であるか。》という法律問題であり、第 2 は《権利変動に形成裁判が必要であれば、何が形成要件であるか。》という法律問題である。国際私法がこの両者を同一の実質法に送致することができることは当然である（離婚に関する法適用通則法 27 条はその例である）。しかし、両者が相異なる問題である以上は国際私法はこの両者を相異なる実質法に送致することができると思われる（後出第 3 節第 1 款参照）。

第 2 目 形成裁判の主文

形成裁判による権利変動の要件は形成要件と形成裁判（形成判決等）である。ところで、権利変動の要件が何であるかは準拠法が決める。それゆえ、日本の裁判所が形成裁判（養子決定等）の主文で何を宣言すべきか（誰と誰の間でどんな権利変動が生ずべき旨を宣言すべきか）は基本的には準拠法により決まると考えるべきであろう⁴⁸⁾。

第 3 目 形成裁判（形成判決等）に至る手続

形成裁判（形成判決等）それ自体は権利変動の要件ではあるが、形成裁判（形成判決等）に至る手続は権利変動の要件ではない。

48) 養子縁組成立審判をした判例（前出第 2 章第 4 節第 1 款参照）の中には、審判主文で「特別養子」という語を使うものがある。しかし、本稿ではこの問題に立ち入る余裕はない。

まず、裁判所がした形成裁判（形成判決等）が権利変動の要件である以上は、裁判所としての実体・判決としての実体は必要であろう。すなわち、他の国家機関などから独立して事実認定と法解釈をする国家機関（＝裁判所）がした法的判断であり、その国で最終的な法的判断として拘束力を持つもの（＝判決）といった定義をすることができようか。

しかし、形成裁判（形成判決等）がこのような実体を持つのであれば、終局判決に至るまでの具体的な手続は権利変動の要件ではないといえよう⁴⁹⁾。

49) 手続に関しては次の問題がある。

第1に、国によっては、養子決定の要件のひとつとして、裁判所その他の国家機関の関与するケーススタディあるいは試験監護を定めることがある。そこで、日本の裁判所が養親の本国法に従って養子決定をする際に養親の本国法の定めるケーススタディあるいは試験監護をしなければならないのか、という問題がある。また、ケーススタディあるいは試験監護は法適用通則法31条1項後段の「養子〔……〕若しくは第三者の承諾若しくは同意又は公的機関の許可その他の処分」に該当するのか、という問題もある（該当するのであれば、日本の裁判所は養子の本国法に従って養子決定をする際に養子の本国法の定めるケーススタディあるいは試験監護をしなければならないことになる。後出第4章第3節第1款参照）。

例えば、フィリピンの国内養子縁組法は次のように定める。

「第11条（ケーススタディ）①省の免許を交付されたソーシャルワーカー、地方政府のソーシャルサービス局、児童監護措置機関、又は児童保護機関が養子、その実親、及び養親のケーススタディを行い、報告と問題に関する勧告を裁判所に提出しない限り、養子縁組申請は審理されないものとする。

〔2項～4項省略〕

12条（試験監護）①養親が裁判所によって与えられた六月以上の試験監護期間により当事者がお互いに心理的かつ理性的に対応し、緊密な結びつきを確立するまで、養子縁組の申請は最終的に認められないものとする。この間、暫定的親権は養親に帰属するものとする。

〔2項、3項省略〕

フィリピン児童少年福祉法典33条と35条もそれぞれ、養子縁組要件として、ケーススタディおよび試験監護を規定する（以上につき、戸籍実務六法令和4（2022）年版〔2021（R3）、日本加除出版〕による。）。

第2節 従来の学説の評価

第1款 各学説の論拠と評価

第1目 池原説

第1項 池原説の内容：養子決定と準拠法の解釈（要件該当性の判断）

池原は外国法上の養子縁組許可裁判について次のように。

フィリピン法に関する従来の判例はどうか。

(1) 養親の本国法上のケーススタディあるいは試験監護について。

【判例34】東京家審令和2(2020)-4-17は、養親の本国法として、フィリピン国内養子縁組法11条と12条を判断基準とする。

(2) 養子の本国法上のケーススタディあるいは試験監護について。

(ア)【判例28】山形家長井出審判平成5(1993)-6-8は、養子の本国法として、フィリピン児童福祉法典35条を判断基準とする。

(イ)【判例33】名古屋家審支審平成26(2014)-7-17は、養子の本国法として、フィリピン国内養子縁組法11条と12条を判断基準とする。

(3)【判例30】盛岡家審平成3(1991)-12-16はフィリピン児童福祉法典35条を判断基準とする。すなわち、日本人養父とフィリピン人養子の縁組に関しては養子の本国法上の規定として判断基準とし、また、フィリピン人養母とフィリピン人養子の縁組に関してはおそらく養母の本国法上の規定として判断基準とする。

この他、次の判例がある。

【判例24】高松家審平成6(1994)-1-13は養親夫婦の本国法たるカナダ国ブリティッシュ・コロンビア州法上の「監督官による調査及びその報告書」に関する規定を判断基準とする。

【判例29】東京家審令和3(2021)-1-27は「〔養父の本国法たる〕ニュージーランド法では、養子縁組命令を発するのにソーシャルワーカー（児童福祉司）の報告書の提出を要する旨が規定されているが（ニュージーランド養子縁組法13条3項(a), 4項(c)）、同規定は手続規定であるから、本件において、適用を要しないものと解される。」と判示した。

しかし、本稿ではケーススタディあるいは試験監護に関する問題に立ち入る余裕はない。

第2は、国際私法の適用の結果、養子縁組の成立に法律行為と養子決定をともに必要とする場合、法律行為による成立と養子決定による成立を同時に行う方法である。これについては後に検討する。後出第4章第3節第2款参照。

「今もし、家事審判規則に所謂「養子をするについての許可」が、法廷地の実質法たる日本民法の予定している許可にのみ限られるものと解するならば、わが法例によって準拠法として指定された本国法が、更に広く、或いは一般的に、縁組について裁判所の許可を必要としている場合には——当該国の駐日大、公使または領事によって要件が充たされ得る場合を除き——日本における縁組は不可能となるであろう⁵⁰⁾。しかし、「許可」を、このように狭く限ることは、規定の上からも、また実際の考慮の上からも当を得たものでないのみならず、円滑な国際的私法交通の保障という法例の目的のためにも沿わないことになろう。即ち、法例は縁組について本国法の適用を命じており、わが国において外国法に準拠して行われる縁組を予定しているのであり、しかも、その様な渉外的な縁組についての特別の機関や手続は定められていない。従って、養子縁組に対する、わが家庭裁判所の作用すべき範囲は、そのような場合にも及ぶと考えるのが合理的であり、家事審判規則にもそれを否定する規定はない。のみならず、それを予定しているものと解すべきである。」(池原 [1954 (S29)] 8頁)

この引用文は、日本の裁判所が外国法上の許可裁判をなし得るか否かの問題

50) (引用者注) この部分は、外国法が「後見人が被後見人を養子とする場合および養子が未成年で、且つ養親が養子の直系尊属でも、またその配偶者でもない場合」(池原 [1954 (S29)] 8頁) につき養子縁組許可裁判を必要とする場合には日本の裁判所がその許可裁判をすることができることを当然の前提としている。

なお、この点は池原説に特有であるというわけではない。例えば、溜池 [1971 (S46)] 149頁の「立法者は「養子をするについての許可に関する審判」とは、右の民法の規定する場合のみを対象とするものと考えていたとも解される。しかし、それでは当事者の本国法が、養子縁組の成立要件として、わが民法の立場よりも広く裁判所の関与行為を必要としている場合には、わが国において有効に養子縁組をなしえないことになる。」という言葉も、準拠外国法が未成年者を養子とする縁組につき許可裁判を要件とする場合には日本の裁判所は外国法上の許可裁判をなし得る、ということを当然の前提としているように読める。

を以て日本法の決めるべき問題として捉えているように読める。

ところが、池原は外国法上の養子決定に関しては次のようにいう。

「準拠法たる本国法によれば、養子縁組は裁判所の決定 (decree, order) によって成立するものとされている場合はどうであろうか。この場合、当該外国法の解釈として、一般的には、それ自ら養親子関係を成立せしめる養子決定は、縁組は私人間の合意によって成立することを前提とする日本法上の許可の審判によっては、代え得ないものと解すべきであろう。」(池原 [1954 (S29)] 9 頁)

この引用文が、日本の裁判所が外国法上の養子決定をなし得るかの問題を以て準拠外国法の解釈の問題として捉えていることは明らかであろう。

そうすると、池原説においては、日本の裁判所が外国法上の許可裁判をなし得るか否かの問題は日本法の決めるべき問題であるのに対して、日本の裁判所が外国法上の養子決定をなし得るか否かの問題はその外国法の解釈の問題ということになり、いわば、ふたつの相異なる思想が混在しているといえる。

次に、池原説においては、日本の裁判所が外国法上の許可裁判をする場合は、許可要件が満たされているか否かに関しては準拠外国法を基準として判断する⁵¹⁾。

次に、池原説におけるように、日本の裁判所が外国法上の養子決定をなし得るか否かの問題を以て準拠外国法の解釈問題であると解するのであれば、日本の裁判所のどんな裁判が準拠外国法上の養子決定に該当するかの判断が必要になり、これは、裁判外の事実 (意思表示, 占有, 不法行為など) が実質法の実要件に該当するか否かの判断 (要件該当性の判断) と同じことになる⁵²⁾。

51) 池原 [1954 (S29)] 8 頁の「家庭裁判所は、許可の審判に当つて、当然、法律に定められた養子縁組の要件一般に対する審査にも及ぶものと考えられる故」という言葉は、日本の裁判所には、準拠法上の許可要件の充足を審査するために事実認定と法解釈をすることができる、という趣旨であると思われる。

52) 池原 [1954 (S29)] 9 頁の「当該外国法の解釈として、[……] 養子決定は、[……] 日本法上の許可の審判によっては、代え得ない」という言葉は、日本の裁判所の裁判 (判

しかし、既に述べたように（前出第1節参照）、或る国の法が国家機関（行政機関、裁判所）の行為を以て権利変動要件とする場合は、その国家機関とはその国の国家機関に限られ、日本の裁判所の裁判（判決等）はいかなる意味においても外国の裁判所の裁判（判決等）には該当しないというほかはない。

以上をまとめれば、池原説にあつては、第1点として、日本の裁判所は、許可要件（日本に「養子決定」という手続の類型）があれば、養子決定の要件の存否に関して、具体的事実に基づいて準拠法を基準として判断するとともに、第2点として、日本の裁判所の養子決定は準拠法上の養子決定に該当するか、というように、要件該当性（準拠法の解釈）の問題として解決する、といえよう。第2点が国際私法理論として成り立たないことは別として、第1点と第2

法等）が外国法上の裁判に該当するか否か（要件該当性）を問題にするものと思われる。

道垣内は、日本の裁判所は外国法上の養子決定をすることができるか、という問題をめぐっては、「準拠外国法の解釈として、その法律で定める機関の役割を日本の家庭裁判所が「代行」することができるという発想」が見られる旨を指摘する。道垣内〔2014（H26）〕109-110頁は次のようにいう。

「溜池『国際私法講義（第3版）』241頁では、「わが国の養子縁組に関する手続を実体の準拠法である養子縁組の成立に関する本国法の養子決定の制度に適應せしめ」、養子決定をすべきであるとされている（同509頁も参照。詳しくは同『国際家族法の研究』425頁（1985）参照）。山田『国際私法（第3版）』507頁も結論は同じであるが、そこでは、「家庭裁判所の許可の審判も、その目的は子を保護して養子縁組を慎重にするという点では実質的に同じであり、かつ裁判所の審理の権限、範囲の点でも実質的な差異はない」ことが指摘されている。この両者を比べると、溜池教授が日本で家庭裁判所の手続によることは「手続問題」であるから当然であるという前提から、問題は実体法の要求にどこまで「適應」できるかであるとされ、現在では日本法の特別養子決定を家庭裁判所がしている以上、「適應」させることができるというも〔以下、110頁〕のであるのに対し、後者の山田教授の理由付けは、準拠外国法の解釈として、その法律で定める機関の役割を日本の家庭裁判所が「代行」することができるという発想であるように思われる。」

養子決定問題を検討する際の用語として「代行」の言葉を導入したのは山田（鎌）〔1956（S31）〕である。後出第2項参照。しかし、養子決定問題に関して代行（要件該当性）の思想を最初に提唱したのは池原〔1954（S29）〕であると思われる。

点により多くの形成裁判（離婚判決、親権者指定審判など）を説明することができることは明らかである。例えば、準拠外国法が離婚判決を以て離婚の方法とする場合は、日本の裁判所は準拠法上の離婚原因（配偶者の不貞行為など）が満たされたか否かの問題について準拠法を基準として判断して、この問題について肯定の回答を得たときは日本の裁判所は離婚判決をし、この離婚判決が準拠法上の離婚判決に該当する、という判断をすることになる。池原説が問題に突き当たるのは、準拠外国法上の形成裁判に対応する（または、それと同種の・類似する）形成裁判が日本にない場合である。そこで問題になるのは、池原説の「わが家事審判規則ないし非訟事件手続法の上からも、「許可の審判」とは法的性質を異にする、「養子決定」という手続の類型を認めることは難しいであろう。」(池原 [1954 (S29)] 9 頁) という言葉であり、池原説が、なぜ、日本の裁判所は日本法の認める形成裁判しかなし得ない（これを池原説の構成要素の第 3 点ということが出来る。）、と考えたのかという点である。この理由については池原自身は述べていないので推測の域を出ないが、それは、おそらく、或る国の法が国家機関の行為を以て権利変動要件とする場合は、その国家機関とはその国の国家機関を意味する（前出第 1 節参照）、という論理の下で、養子決定をする裁判所を以て行政機関と同視したところにあるのかもしれない⁵³⁾。しかし、その理由はともかく、この第 3 点（日本の裁判所は日本法上

53) 養子決定を以て行政機関の行為と同視する思想は次の見解に見ることができる。すなわち、法務省民事局内法務研究会編 [1989 (H1)] 296 頁は分解理論を放棄しない旨を明言するが、その理由として、次のように、「養子決定の裁判は [……] 行政作用に近い」という。

「我が国では、裁判離婚・裁判離縁については、裁判だけで成立し、準拠法が裁判離婚のみを認めるときは、我が国では裁判離婚しかすることができない。一方、養子決定は裁判離婚と同様には考えない。準拠実質法が決定型の場合、我が国においても、裁判所の決定がないかぎり、養子縁組は成立しないものとするのではなく、養子決定という裁判による成立も当然あるが、分解理論を採り、我が国の戸籍役場への届出によってもできるとするのである。この考え方は、国際私法そのものの問題というより、養子決定の裁判の法的性質によるところが大きい。この養子決定の裁判は、判決とは全く異なり、

の形成裁判しかなし得ない、ということ）が池原説の抱える問題の根源であろう（第3点を認めるからこそ第2点（日本の裁判所の養子決定は外国法上の養子決定に該当するか、という思考）が必要になるから.）.

第2項 池原説の継承：代行説の完成

第1 山田鎌一〔1956 (S31)〕

山田（鎌）〔1956 (S31)〕は、日本の裁判所は外国法上の許可裁判をすることができること、および、日本の裁判所は外国法上の養子決定をすることができないことの2点を池原説より引き継いだ。しかし、山田（鎌）説において変化が生じたように思われる。

まず、山田（鎌）〔1956 (S31)〕は、外国法上の許可裁判についても養子決定についても、日本の裁判所はこれを「代行」することができるか、という形の問題を立てた（前出第3章第1節第1款第2目参照）。これは用語の問題ではあるが、その後は、養子決定・養子縁組許可の問題を検討する際にはこの用語が広く用いられるようになった。

学説の内容面についてはどうか。山田（鎌）〔1956 (S31)〕は一方では「いわゆるそれ自ら養親子関係を成立せしめるアメリカ法上の養子決定は、日本法上の「許可の審判」によっては代え得ないものというべきである。」（12頁）と述べるとともに、他方では「許可の審判」を広く解し、アメリカ法上の決

養子の福祉・保護の観点から決定され、非訟事件としての特徴を充分備えている。すなわち、事件そのものに争訟性が乏しく、裁判所の関与は国家の後見的役割そのものであり、その意味で、行政作用に近い。また、その国の法秩序と密接に関連するため、要件・効果・手続等がその国により区々に分かれている。新たな身分関係を成立させるという意味でも、婚姻と同レベルにあり、身分関係を終了させる離婚・離縁とは、別物であるということがいえるであろう。

このことは、分解理論を放棄しないことを意味する。〔……〕.

池原説が日本の裁判所は日本法上の形成裁判しかすることができない、と考えたのも、養子縁組に関する裁判所の行為を以て行政機関の行為と同視したことによるのかもしれない。

定（decree, order）をも包括しうるものと解することが全然できないといいきることもできない。」（11頁）という。この点で、山田（鑠）〔1956（S31）〕においては、池原説に見られた思考——日本の裁判所による養子決定の可否の問題は外国法の解釈問題である、という思考——が明確な形で継承されているわけではないといえよう。

第2 折茂豊〔1959（S34）〕

折茂〔1959（S34）〕は、養子組許可裁判や養子決定といった個別問題を離れて、日本の裁判所が養子縁組に関する外国法上の裁判を代行し得る条件を一般的な形で示した。すなわち、折茂は「特定の当事者の本国法によって、たとえば裁判所の認可が必要とせられる場合、さような裁判所による認可の行為が、わが家庭裁判所のなすいわゆる許可の行為と、その性質からみてしかく著しい相違をもたないものとみられるときは、わが家庭裁判所による許可をもって、それに代えうるものと解すべきであろう。」（折茂〔1959（S34）〕299頁注5）という。ここで、両国の制度が「その性質からみてしかく著しい相違をもたない」ことを以て「わが家庭裁判所による許可をもって、それに代えうる」ための要件とするのはこの問題が準拠外国法の解釈問題だからであろう。しかし、折茂説も、この問題が外国法の解釈問題である旨を明確に述べているわけではない。

第3 代行説の特色

代行説（代行の思想、要件該当性の思想）は、以上のようにして、池原〔1954（S29）〕により提唱され、山田（鑠）〔1956（S31）〕の手を経て、折茂〔1959（S34）〕により完成したといえよう。

池原〔1954（S29）〕により提唱された代行説（ただし、上述したように、「代行」という用語を導入したのは山田（鑠）〔1956（S31）〕であるが）は、既に述べたように（前出第1項参照）、次の内容を持つといえよう。

第1に、養子縁組許可要件（日本に養子決定制度が存在すれば、養子決定要件も）の具備に関しては日本の裁判所は準拠法を基準として判断する。

第2に、仮に日本に養子決定制度があれば、日本の裁判所のした養子決定が

準拠法上の養子決定に該当するか否かは裁判外の事実と同じく要件該当性の問題であり、換言すれば、準拠外国法の解釈問題である。

第3に、日本の裁判所は日本法上存在する形成裁判しかすることができない。

以上が代行説の構成要素であり、1960（S35）年以後、多くの学説が従うところとなる。

第2目 代行説

1960（S35）年以後の多くの学説が取り組んだ課題は、養子縁組成立に関する裁判所の関与行為に関して、個々の関与行為（許可裁判、養子決定）ごとに、日本の裁判所のどの関与行為が外国法上の裁判所のどの関与行為に該当するか（日本の裁判所は代行できるか）を判断することと、および、そのための一般的な基準を示すことであった。

第1項 代行説の展開

まず、個々の関与行為ごとの代行可能性に関しては次のようにまとめることができる。

第1に、日本の家庭裁判所の「許可審判」により外国法上の「裁判所の許可」を代行し得る、と解する判例⁵⁴⁾・学説^{55) 56)}がある⁵⁷⁾。

54) 前出注13に掲げた判例のうち、「外国」法上の「裁判所」の許可をした判例は次の5件であり、すべて、「代行」またはそれに類する語を使う。

【許可：判例1】東京家審昭和62(1987)-3-12（夫の単独申立、単独縁組許可審判、日本人夫A、〔中華民国人妻B〕、中華民国人養子C（妻Bの前婚の子、26歳）：「代えることができる」

【許可：判例2】水戸家土浦支審平成4(1992)-9-22（単独申立（申立人の配偶者の有無は不明）、単独縁組許可審判、日本人養親A、中華民国人養子C（成年者）：「代えることができる」

【許可：判例3】東京家審昭和36(1961)-2-10（夫婦共同申立、夫婦共同縁組許可審判、米国ペンシルベニア州人夫A、ドイツ人妻B、日本人C（日本で生まれ、父母がともに

知れない子, 未成年):「代え得る」

【許可:判例 4】長崎家佐世保支審昭和 42(1967)-2-20 (夫の単独申立, 単独縁組許可審判, 日本人夫 A, [ドイツ人妻 B], ドイツ人養子 C (妻 B の連れ子, 6 歳前後)):「代えて」

【許可:判例 7】東京家審昭和 42(1967)-5-24 (夫婦共同申立, 夫婦共同縁組許可審判, 日本人夫 A (来日留学生の世話を職業とする.), 日本人妻 B, ベトナム共和国人養子 C (日本の大学の入学許可を得た者, 25 歳)):「代用し得る」

55) 次の学説は, 日本の裁判所の「許可審判」により外国法上の「許可裁判」を代行することができる旨を述べる.

(1) 田村 [1963] 99 頁は次のようにいう.

「わが法制上, 家庭裁判所が渉外的縁組申立事件を扱う以上, 同裁判所のなす縁組許可が, 必ずしも民法に予定される許可に限られるべきではなく, 類型を同じくするものについては手続代行が許されるものと解される [……].」

(2) 加藤 [1968 (S43)] 127 頁は次のようにいう.

「日本民法にいわゆる縁組の許可審判は, これと類似する外国法による縁組の認許・確認など (Bestätigung, Ermächtigung, homologation) には代わりうるが, 養子決定 (adoption order) それ自体には代わり得ないものと解せられていたし, かく解すべきものであろう。」

(3) 溜池 [1971 (S46)] 149-150 頁は次のようにいう.

「わが家庭裁判所の養子縁組許可の審判の制度は, 養子縁組は当事者間の合意により成立するものであるが, 養子となるべき者の福祉を図るため必要な場合, 裁判所が縁組の当否に審査を加え, その承認を成立の要件とせしめるものであるから, まず本質的にこれに類するような外国法上の制度には当然及ぶと解される. したがって, たとえば, ドイツ [以下, 150 頁] 法 (独民一七四一) における養子縁組に関する裁判所の確認 (Bestätigung 認許とも訳される) のごときは, わが家庭裁判所の許可の審判をもって代行しうるものと解される. [……], 旧フランス法 (一九五八年改正前) における裁判所の許可 (homologation 認可とも訳される) や南ベトナム法における裁判所の許可 (ratification 認許とも訳される) なども, わが家庭裁判所の許可の審判をもって代行しうるかと解すべきであり [……].」

なお, 溜池 [2005 (H17)] 507-508 頁では「代行」という言葉は次の文 (溜池 [2005 (H17)] 507 頁) に 1 回だけ使われている. 「旧ドイツ法における縁組に対する裁判所の確認 (Bestätigung) などは, わが家裁の許可の審判をもって代行しうるかと考えられた.」

(4) 南 [1992 (H4)] 143 頁は次のようにいう.

「養親の本国法上、養子縁組の成立につきいわゆる契約型の類型であるが、本国官憲の許可を要するとしているときは、従前どおり、家庭裁判所は、家事審判法九条一項甲類七号の規定による「養子をするについての許可」、いわゆる許可審判により、本国官憲の許可に代行することができることは、当然のことである。」

(5) 山田（鐔）〔2004（H16）〕507頁は次のようにいう。

「諸国の法制では、養子縁組のために、一定の場合にあるいは一般的に裁判所の許可を要するとするものが少なくない。〔……〕。問題となるのは、本国法上、右の許可が要求されている場合、日本においてこれを代行しうるか否かである〔……〕。本国法上の右の許可のごときは、わが家庭裁判所の審判により代行しうるものと解するのが妥当である。」

56) 契約型養子縁組の成立に関する裁判所の関与一般に関して「代行」という言葉を使う学説は次のとおりである。

(1) 櫻田〔2020（R2）〕312頁は次のようにいう。

「準拠法が契約型養子縁組制度をとる場合には、必要とされる公的機関の関与について、わが国の家庭裁判所による代行を広く認めるべきである。」

(2) 櫻田・道垣内〔2011（H23）〕第2巻〕121頁（植松真生）は次のようにいう。

「準拠外国法が契約型の養子縁組を規定している場合には、国家機関の関与の成立要件を充足するために、日本の裁判所および戸籍官庁が関与することとなる。

日本の裁判所は、日本法の認める権限に応じて、準拠外国法が規定する公的機関の関与の要件を代行することとなる。日本法においては、契約型養子縁組の成立が子の福祉に反しないか否かを含めた、実質的成立要件の審査の権限が裁判所に認められていると考えられる。準拠外国法が契約型養子縁組について規定する、日本法が規定する裁判所の権限に基づく要件充足性のための国家機関の関与を、裁判所が代行すべきこととなる。すなわち、準拠外国法が規定する公的機関による許可、確認、決定、命令、判決などの手続を、日本の裁判所における手続によって代行することとなる。日本法に基づく手続としては、家事審判法9条1項甲類7号（家事事件手続法161条）の規定に基づく、許可の審判手続によって代行することとなろう。」

57) 準拠外国法が養子縁組許可を要件とする場合の日本の家庭裁判所の許可審判を「代行」と呼ばない説もある。

奥田〔2020（R2）〕282頁は次のようにいう。

「外国法上の養子縁組が契約型であり、裁判所の許可を要件とする場合は、家庭裁判所の許可審判によるべきである。たとえば、中華民国法上は、成年養子を含むすべての養子縁組について、裁判所の許可が要件とされているから（中華国民法1079条以下）、

第2に、日本の家庭裁判所の「許可審判」により外国法上の「裁判所の養子決定」を代行し得る、と解する判例⁵⁸⁾・学説⁵⁹⁾がある。

第3に、日本の家庭裁判所の「特別養子縁組成立審判」により外国法上の「裁判所の養子決定」を代行し得る、と解する判例⁶⁰⁾・学説⁶¹⁾⁶²⁾がある。

成年者を養子とする場合も、家庭裁判所は、養子縁組の許可審判をすべきである。」

58) 前出注23(を付した本文)に示した判例は、準拠外国法が養子決定を必要とする養子縁組につき許可審判をしつつも、許可審判後に市町村長による養子縁組届受理が必要である旨を判示しない判例である。そのうち、【判例1】神戸家審昭和39(1964)-6-8以後の判例は、すべて、「代行」あるいはそれに類する語を使う。

59) 前出第3章第1節第2款に挙げた学説である。

また、山下〔1988(S63)〕97頁は【判例20】大津家審昭和60(1985)-9-26に関して次のようにいう。

「フィリピン法に定めるような、それ自体で養子縁組を成立させる養子決定をわが家庭裁判所の養子縁組の許可審判で代行しうるかについては、見解が分れているが、フィリピン法上の養子決定もわが家庭裁判所の許可審判も、その目的は子の保護のため養子縁組を慎重にするという点では実質的に同じであり、かつ裁判所の審理の権限、範囲の点でも差異はないから、養子決定をわが家庭裁判所の許可審判で代行しうるとする見解が妥当である〔……〕。」

特別養子縁組制度導入後に関して、木棚〔2017(H29)〕331-332頁は次のようにいう。

「養親の本国法が決定型の完全養子を規定する場合には、わが国の家庭裁判所の特別養子の審判によって行うことができるとみることができであろう。しかし、単純養子の〔以下、332頁〕成立を特別養子の審判で認めることは、家庭裁判所の権限を明文の規定によらず拡張するだけでなく、手続法上の混乱を生じさせるので、妥当でないように思われる。むしろ、単純養子を養親の本国法上要求される養子決定で認める場合には、養子の利益を保護するために手続を慎重にしようとする点で目的の共通性を有する家庭裁判所の未成年養子の許可の審判で代行させる方がよいように思われる。」(木棚・松岡・渡辺〔2007(H19)〕235-236頁(木棚照一)も同旨である。)

60) これまでに公表された判例の中で、審判理由中で準拠外国法が養子決定型である旨を判示して審判主文で養子縁組成立審判をした判例は3件ある(3件いずれも、準拠外国法と準拠日本法がいずれも養子決定を必要とする養子縁組に関してである。)

そのうち、【判例8】東京家審平成1(1989)-10-24は特別養子縁組成立審判をもって外

国法上の養子決定に「代えることができる」と判示した。

これに対して、【判例9】山口家徳山支審平成1(1989)-10-26と【判例24】高松家審平成6(1994)-1-13は特別養子縁組成立審判をもって外国法上の養子決定に「代えることができる」といったことを述べないで特別養子縁組成立審判をした。

- 61) 特別養子縁組成立審判により外国法上の養子決定を「代行する」という思想に立つ学説は以下のとおりである。

(1) 早田〔1988(S63)〕9-10頁は次のようにいう。

「わが国の家庭裁判所が、この種の養子縁組の成立につき、準拠法たる外国法の要求する国家機関の関与行為を、わが家事審判法の手続に適応させ、養子縁組の成立に関する審判(家審法9条1項甲類8号の2)をもって代行しうるとすることは、養子縁組の許可に関する審判をもってする場合よりも、一層容易にこれを肯定することができよう。」

(2) 櫻田〔1991(H3)〕410頁は、【判例8】東京家審平成1(1989)-10-24(家月42巻7号47頁)に関する「分析」で、次のように、「代行」という語を使いつつ、日本の裁判所が外国法上の養子決定をなし得るか否かはその外国法の解釈問題である、と解する。代行説の本旨を説くものといえよう。

「特別養子縁組制度の創設後は、分解理論によらなくとも養子決定型による公的機関の関与について我が家庭裁判所の権限が肯定されると考えられ、戸籍実務もこれを認め〔……〕、既にこれを認めた裁判例も存在する(京都家審昭和63年6月9日家月40巻12号39頁、前掲京都家審昭和63年6月28日)。本件審判もそれに従っている〔……〕。もっとも機能の類似性から我が国の家庭裁判所により代行させるといふ日本法上の権限は肯定されとしても、本国法の我が国における適用としては、そもそも本国実質法上その要件とされる裁判所の関与が日本の家庭裁判所の関与により充足されるのかという問題は残る。代用を認めることがかえって跛行的法律関係を生み出すのであれば、その趣旨に反することになるからである。これは本国法の解釈の問題であり、理論上はともかく実際上は我が国の養子縁組の裁判が本国で承認されるのか(準拠法要件は別として)という問題となり、結局英国で本件審判が承認されないと英法の要件を満たすとはいえない可能性がある。」

また、特別養子縁組制度導入前に、山内〔1986(S61)〕145頁は、日本の裁判所による養子決定の代行に関して「およそ外国法の解釈は、当該国法上適正なものでなければならぬ。」と述べた(山内〔1995(H7)〕151頁も同旨)。

(3) 南〔1992(H4)〕141-142頁は次のようにいう。

「家庭裁判所において、特別養子縁組以外の普通養子縁組についても、外国裁判所のする養子決定を代行することができることとなったかどうかの問題となる。〔以下、142

代行の思想（要件該当性の思想）は、日本の裁判所のした形成裁判が外国法

頁] 準拠実質法が決定型の場合は家庭裁判所もその国の官憲に代行させてもその権限を逸脱するものではなく、これに代行して養子決定することができるものというべきである [……].」

(4) 櫻田・佐野・神前〔2016 (H28)〕172頁（北澤安紀）は次のようにいう。

「特別養子縁組の成立審判で代行しうる今日においても [……].」

62) 「特別養子縁組成立審判」により「外国法上の養子決定」を「代行する」という表現以外にも次の表現が使われることがある。

1. 「特別養子縁組成立審判の手続」により「外国法上の養子決定をする」と表現されることがある。

(1) 溜池〔2005 (H17)〕509-510頁は次のようにいう。

「たしかに、特別養子制度は、家裁の審判それ自体により縁組の成立を認めるものであり、欧米の決定型養子縁組と性質が共通する。したがって、〔以下、510頁〕その手続に従って、本国法上の養子決定をするのが望ましく、それは可能と考えられる。〔……〕、わが国の特別養子の成立の審判手続に従って本国法による「養子決定」の審判をすることも可能であろう。」

(2) 櫻田〔2020 (R2)〕312頁は次のようにいう。

「わが国の裁判所においては、わが国の特別養子縁組の手続によって、外国法上の養子決定がなされうる [……].」

2. 「特別養子縁組成立審判」により外国法上の養子縁組を成立させる、と表現されることもある。

(1) 櫻田・佐野・神前〔2016 (H28)〕172頁（北澤）は次のようにいう。

「わが国で特別養子縁組制度が導入されてからは、準拠外国法上の決定型の養子縁組を特別養子縁組の成立審判によって成立させることができるようになってきている。」

(2) 中西・北澤・横溝・林〔2022 (R4)〕346頁は次のようにいう。

「準拠外国法が決定型の養子縁組法制の場合、特別養子縁組の成立審判により、これを成立させることができる。」

3. 以上のうち、《特別養子縁組成立審判の手続》に従って外国法上の養子決定をする、というのはそれ自体としては誤りではない。しかし、例えば、離婚判決に関しては、《外国法を準拠法として、人事訴訟法により、離婚判決をする。》というような、手続法を明示する表現はしない。そうすると、上に挙げた表現の背後には、《養子決定にあっては養子決定に至る裁判手続もまた権利変動要件である。》という思想の残滓があるのかもしれない。

上の要件たる形成裁判に該当するか、という問題を立てるから、代行の思想により日本の裁判所が形成裁判をするためには外国法上の形成裁判制度と日本法上の形成裁判制度が同じであることが必要になる。両者が同じであるか否かの判断基準は、基本的には、両国の形成裁判により生じる権利変動が同じであること（離婚、養子縁組許可など）であるが、これに加えて、両国における形成要件——「審査の範囲」と呼ばれることが多い——が類似していることを求める説もある⁶³⁾。

63) これについては以下の見解がある。

(1) 舩場 [1968 (S43)] 136 頁は、次のように、両国間で審査の範囲が類似することを代行可能性の要件とするようである。

「独逸の法制上の原則を、次のように把えることが許されよう。認許裁判所の第一次的・主要任務は法定要件の存否・縁組意思の確認である。許可裁判所の第一次的・主要任務は子の利益・福祉の考慮である。〔……〕。これに比較して、我國民法上の家庭裁判所の許可は、左記のごときものと論じられる。つまり、法定要件、少なくとも縁組意思の存否の確認と、子の利益・福祉に合致するか否かの審査、こうした二種類の職務・権限・機能をもつのが、家庭裁判所の許可である〔……〕。もし、この理解に従えば、我が家庭裁判所の許可は、独逸の後見裁判所の許可および認許裁判所の認許機能の一つたる、縁組意思の確認、この二つの機能・権限を合せ行なう、ということになる。結局、我が家庭裁判所は、独逸法上の後見裁判所の許可および認許裁判所の認許、ともにその機能を代行しうる。」

(2) 山田（鐸）[2004 (H16)] 507 頁は、次のように、両国間で審査の範囲（許可要件）が類似することを代行の要件とはしないようである。

「諸国の法制では、養子縁組のために、一定の場合にあるいは一般的に裁判所の許可を要するとするものが少なくない。〔……〕。問題となるのは、本国法上、右の許可が要求されている場合、日本においてこれを代行しうるか否かである〔……〕。法例により、本国法に準拠して行なわれる縁組を予定している以上、その本国法上の右の許可のごときは、わが家庭裁判所の審判により代行しうるものと解するのが妥当である。」

(3) 日本の家庭裁判所の「許可審判」により外国法上の「養子決定」を代行する多数の判例（前出注 23 を付した本文参照）が、準拠外国法上の養子決定の審査の範囲と日本法上の許可審判の審査の範囲が類似していることを理由とすることは周知のとおりである。

第2項 代行説の評価

以上に挙げた3種類の代行に関する思想のうち、第1の代行(家庭裁判所の「許可審判」による外国法上の「許可裁判」の代行)と、第3の代行(家庭裁判所の「特別養子縁組成立審判」による外国法上の「養子決定」の代行)にあつては、外国法上の制度と日本法上の制度の間では、形成裁判により生ずる権利変動は互いに同じである。形成裁判により生ずる権利変動が両国間で同じであれば、日本の裁判所が外国法上の形成裁判をした場合、それは日本法上の形成裁判により外国法上の形成裁判を「代行」したのか、それとも、日本の裁判所は外国法を「準拠法として適用して」形成裁判をしたのかの問題に議論の実益はない。第1の代行と第3の代行を主張する学説判例が少なくないのはこのためである。

これに対して、第2の代行(家庭裁判所の「許可審判」による外国法上の「養子決定」の代行)にあつては、両国間では、形成裁判により生ずる権利変動は互いに異なる。多数の学説が第2の代行を批判するのはこの観点から理解できる⁶⁴⁾。

64) 日本の裁判所の許可審判により外国法上の養子決定を代行することができる、とする説に対しては、様々な立場に立つ学説から批判がある(許可審判により養子決定を代行し得るとする説が様々な立場に立つ学説から批判されていることは、山田(録)[2004(H16)]507頁に示されている。)

(1) 池原[1954(S29)]9頁は次のようにいう。

「当該外国法の解釈として、一般的には、それ自ら養親子関係を成立せしめる養子決定は、縁組は私人間の合意によって成立することを前提とする日本法上の許可の審判によっては、代え得ないものと解すべきであろう。」

(2) 山田(録)[1956(S31)]15頁注25の叙述については、前出第3章第1節第1款第2目参照。

(3) 田村[1963(S38)]99頁は次のようにいう。

「本件の場合、養子決定手続が、わが家裁の作用としてなしうる縁組許可手続と法的性質、手続制度上決定的な相違があると指摘される点は、米国法上の養子決定が、それ自体で縁組を成立せしめる裁判所の創設行為である点であり、この意味では、形成力を

しかし、代行説はいずれも採ることはできない。それは、代行説の論理構成は、《準拠外国法が形成裁判を以て権利変動原因とする場合、日本の裁判所が準拠法上の形成要件が満たされているか否かについて準拠法を基準として判断して形成裁判をすれば、その形成裁判は準拠法上の形成裁判に該当する。》という点にあり、この点で、代行説は、形成裁判の構造を国際私法理論に反映させていないからである。

第3目 分解理論

分解理論の代表として加藤説を見る。加藤説は、第1に、日本の家庭裁判所は外国法上の養子決定をなし得ない旨を説き、第2に、外国法上の養子決定を

もたないわが国の縁組許可による代行は許されないと解する外はない。」

(4) 加藤〔1968 (S43)〕127頁は次のようにいう。

「家庭裁判所の許可のない養子縁組の届出といえども、戸籍の管掌者である市町村長においてあやまつて受理すれば縁組は成立し、単に取消の事由となるに過ぎないもので(日本民法800条・807条)、養子決定とはその性質は非常に異なるものといわなければならない。そこで従来日本民法にいわゆる縁組の許可審判は、これと類似する外国法による縁組の認許・確認など(Bestätigung, Ermächtigung, homologation)には代わりうるが、養子決定(adoption order)それ自体には代わり得ないものと解せられていたし、かく解すべきものであろう。」

(5) 溜池〔1971 (S46)〕150頁は次のようにいう。

「本国法が、養子縁組の成立につき契約的構成をとらず、養子縁組は、養親となるべき者の申請に基づいて裁判所が決定をなし、その決定自体により成立するとしている場合はいかがであろうか。〔……〕。この点、審判例には、そのような場合についても、わが家庭裁判所の許可の審判をもって代行しうとするものが多く、これを支持する学説もある。わが国における養子縁組の許可の審判と英米法上の養子決定とは、法的性質のうえでそれほど大きな差はないというのがその理由である。しかし、それ自体により当事者間に養親子関係を発生せしめる養子決定は、日本法の全く知らない制度であり、養子縁組は私人間の合意により成立することを前提とするわが家庭裁判所の許可の審判とは性質を異にするものである。したがって、わが国の家庭裁判所の許可の裏判をもっては代行せしめることはできないと解される。」

以て実質的成立要件の審査の部分と養子縁組を成立させる部分に分ける。

第 1 点を見よう。加藤〔1968 (S43)〕128 頁は次のようにいう。

「家庭裁判所はとくに法律でその管轄に属せしめた事項またはそれに類似する涉外事件の処理はなし得ても、法律が予定しない事項について法廷地の法律の定めを越えて単純に法例が外国法の適用を命じているとの一事をもつて外国法にのつとつた審判をすることはできないものといわなければならない。」

この論旨は、養子決定をする裁判所を以て行政機関と同視している可能性がある（前出第 1 目第 1 項参照）。

第 2 点を見よう。加藤〔1965 (S40)〕26 頁は次のようにいう。

「本来養子決定は、縁組の実質的成立要件の審査の部分と、縁組を創設する方式の部分とに分解し得るものと解すべく、かく分解すれば縁組の実質的成立要件の審査に該当する部分は日本の縁組の許可審判に、縁組の創設に関する方式に該当する部分は縁組地の方式である戸籍管掌者である市町村長に対する届出によって、それぞれ代わり得るものというべく、日本の縁組の許可審判は、従来久しく一般に認められてきた認許・確認など (Bestätigung, Ermächtigung, homologation) に代わり得るのみならず、養子決定 (Adoption order, decree) の実質的成立要件の審査部分にも代わり得るものと解すべきである。」

加藤説の説くとおおり、裁判所の養子決定により養子縁組が成立する制度と裁判所による許可審判とその後の養子縁組届受理により養子縁組が成立する制度の間には多くの類似点がある。この点を見てみよう。

まず、裁判所の養子決定により養子縁組が成立する場合、裁判所は、客観的要件（養親の年齢など）、主観的要件（養子の父母の同意など）および政策的要件（当該養子縁組が子の利益・子の福祉に反しないこと）が満たされたか否かについて具体的事実に基づき法を基準として判断して、それらの要件が満たされた旨の結論に達した場合は養子決定をする。

次に、養子縁組許可の場合は、裁判所は、客観的要件（養親の年齢など）、

主観的要件（養子の父母の同意など）および政策的要件（当該養子縁組が子の利益・子の福祉に反しないこと）が満たされたか否かについて具体的事実に基づき法を基準として判断して、それらの要件が満たされた旨の結論に達した場合は養子縁組を許可し、その後、当事者は市町村長に養子縁組届をする。

後者（許可裁判とその後の法律行為により養子縁組が成立する制度）にあっては法律行為をするためには縁組意思（効果意思）の表示を方式の実行を通じてする必要がある。前者（養子決定により養子縁組が成立する制度）にあっては、養子決定の裁判手続内で養親と養子が縁組意思を持つか否かが審査されるから、養子決定は方式であるといえなくはない。

分解理論は、このように考えて、日本の裁判所の許可審判とその後の市町村長による養子縁組届受理を合わせれば準拠外国法上の養子決定に該当する、と考えるから、その思考方法は要件該当性の思想である（この点で、上述した代行説（前出第2目）を狭義の代行説と呼ぶことができ、狭義の代行説と分解理論を合わせて広義の代行説と呼ぶことができる。）⁶⁵⁾

しかし、養子決定をするために当事者の縁組意思（効果意思）が必要だということから、法が養子決定を以て養子縁組成立原因とする場合は私人間の法律行為により養子縁組を成立させることができる、という帰結を引き出すことはできない。

まず、養子決定は裁判所の裁判としての効力を持つものに対して、養子縁組許可審判をした場合は、その後の養子縁組届が受理されない可能性があり、また、受理されたとしても、受理の後、縁組意思の存否などを理由として養子縁組の成否を裁判所で争うことができる（前出第1章第2節参照）。また、準拠外国

65) 南〔1992（H4）〕は、日本の裁判所が特別養子縁組制度導入後に外国法上の養子決定をするのは「代行」である、と考える（前出注61(3)参照）とともに、一定の場合には分解理論によるべき旨を主張する（後出注77(2)参照）。従って、南説は一貫して代行の思想（要件該当性の思想）に立っているといえる。

法が日本民法 817 条の 7 のように養子決定の必要性を要件とする場合に日本の裁判所が「養子決定」の必要性を認めて「許可審判」をしたときは、その後、養親が翻意したために養子縁組届をすることができないこともあり、これは養子の保護の観点から問題であろう。要するに、分解理論は、準拠法の定めるもの（裁判としての効力を伴う養子縁組を無条件で直ちに成立させること）を裁判所が当事者に与えないという点で、法解釈として成り立たない⁶⁶⁾。

さらに、分解理論が形成裁判の構造を国際私法理論に反映させていないことは代行説と同じである。

第 4 目 準拠外国法適用説

次に、小野寺説 [1971 (S46)], 溜池説 [1971 (S46)] を見る。

この両説は、形成裁判の構造そのものには立ち入った検討をしているわけではない。そこで、この両説が池原説を構成する 3 要素のどれを引き継いでいるかを考える。まず、両説いずれも、特別養子縁組制度導入前に、日本の裁判所は外国法上の養子決定をすることができる、と説いていたから、準拠外国法上の形成裁判制度（と同じ形成裁判制度）が日本にあるか否かを問題としない（池原説の第 3 の要素の欠落）。また、両説いずれも、日本の裁判所の養子決定により外国法上の養子決定を「代行する」という説明もしていない（池原説の第 2 の要素の欠落）。両説とも、何らの前提条件なく、日本の裁判所は外国法上の養子決定をすることができる、と述べるに過ぎない。従って、両説いずれも、形成裁判の構造（前出第 1 節参照）を国際私法理論に反映させている⁶⁷⁾と思われる。

66) 外国法上の養子決定に関する判例の中では、日本の裁判所の許可審判をした後に市町村長が養子縁組届をすることにより養子縁組が成立する旨を判示する判例が極めて少ない（前出第 2 章第 4 節第 2 款第 3 目に挙げた 3 件のみである）のは、分解理論が法解釈として成り立たないと考えられたためであろう。

第2款 学説の展開の過程

第1目 学説の展開の過程

まず、池原〔1954 (S29)〕により提唱された代行説は山田(鎌)〔1956 (S31)〕、および、江川〔1957 (S32)〕を経て折茂〔1959 (S34)〕により完成した。池原説・山田(鎌)旧説・江川説の共通項は、日本の裁判所は許可審判により、第1に、外国法上の許可審判を(代行)することができること、第2に、外国法上の養子決定を代行することができないことである。

前者の面(日本の裁判所は許可審判により外国法上の許可審判を代行し得ること)は多くの学説が引き継いだ。すなわち、西沢〔1960 (S35)〕249頁は「代えうるや否や」という言葉で、田村〔1963 (S38)〕99頁は「代行」という言葉で、加藤〔1965 (S40)〕26頁は「代わり得る」という言葉で、川上〔1970 (S45)〕622頁は「代行」などの言葉を使わず、溜池〔1971 (S46)〕149-150頁は「代行」という言葉で、山田(鎌)〔1973 (S48)〕138頁、山田(鎌)〔1987 (S62)〕413頁、山田(鎌)〔2004 (H16)〕507頁はいずれも「代行」という言葉で、前者の面を引き継いだ。

後者の面については、多くの学説が、日本の裁判所は許可審判により外国法上の養子決定を代行することはできない、と解した。すなわち、田村〔1963 (S38)〕99頁、加藤〔1968 (S43)〕127頁、溜池〔1971 (S46)〕150頁である⁶⁸⁾。

67) 澤木〔1972 (S47)〕も形成裁判の構造を国際私法理論に反映させていると思われる。

なお、溜池〔1971 (S46)〕、山田(鎌)〔1987 (S62)〕、舛場〔1990 (H2)〕はいずれも、日本の裁判所が外国法上の養子決定をなし得る旨を説くが、しかし、いずれの説にも、相異なるふたつの思想が混在している。前出注46、注47参照。

68) 櫻田説もこの流れにある。櫻田〔2017 (H29)〕145頁は【判例33】名古屋家豊橋支審平成26(2014)-7-17について次のようにいう。

「フィリピン法上の養子決定は、養子縁組成立の方法でもあり(三一条二項による断絶効を含めたフィリピン法上の養子縁組という)、縁組許可では代行できないものであろう〔……〕。したがって、養子決定を代行するのであれば、家庭裁判所においても養子決定をすべきであろう〔……〕。その意味で、「許可する」の主文は相当ではない〔……〕。」

しかし、これとは反対に、日本の裁判所は許可審判により外国法上の養子決定を代行することができる、と解する少数説も現れた。すなわち、西沢〔1960 (S35)〕は「代えうる」という言葉で、川上〔1970 (S45)〕622-623 頁は「代行」という言葉で、代行を認める。

そこで、多数説の課題は、準拠外国法が養子決定型である場合には日本でどんな方法で養子縁組をすることができるか、という点になる。

ひとつの方向は、代行説を押し進める方向であり、分解理論である。準拠外国法が養子決定型である場合に日本の裁判所が許可審判をしてその後に市町村長が養子縁組届を受理すれば、田村〔1963 (S38)〕99 頁は「本国法上の要件を充足出来る」という言葉で、加藤〔1965 (S40)〕26 頁は「〔養子決定に〕代わり得る」という言葉で、分解理論を主張した。

もうひとつの方向は、代行説の前提である《日本の裁判所は日本法上存在しない形成裁判をすることができない。》という思想そのものを否定する方向であり、日本の裁判所は、たとえ日本法上存在しないタイプの形成裁判であっても、外国法上の形成裁判をすることができる、と解する説である。すなわち、小野寺〔1971 (S46)〕、溜池〔1971 (S46)〕である。この説には澤木〔1972 (S47)〕が賛意を表明し、山田(録)〔1973 (S48)〕が改説して合流し、この結果、養子決定をめぐる難問は解決したかに見えた。池原説〔1954 (S29)〕の登場以来 17 年間という短い期間で多種多様な学説が現れて議論の決着を見たことに注目したい。

次の段階は、特別養子縁組制度導入後の代行説の復活である。

小野寺説・溜池説・澤木説・山田(録)説により 1970 (S45) 年代前半に決着を見たか見える養子決定に関する議論は、しかし、その後、大きな変化を迎えることとなる。特別養子縁組制度(昭和 63(1988)-1-1 施行)の導入である。日本の裁判所による外国法上の養子決定は、同制度導入の結果、代行説により説明することが可能になった。すなわち、《日本の裁判所が外国法上の養子縁組成立要件を審査して養子縁組成立裁判をすれば、その裁判は外国法上の養子

決定に該当する。』という説明である。例えば、櫻田〔1991（H3）〕410頁は「機能の類似性から我が国の家庭裁判所により代行させるという日本法上の権限は肯定されるところとしても、本国法の我が国における適用としては、そもそも本国実質法上その要件とされる裁判所の関与が日本の家庭裁判所の関与により充足されるのかという問題は残る。代用を認めることがかえって跛行的法律関係を生み出すのであれば、その趣旨に反することになるからである。これは本国法の解釈の問題であり」⁶⁹⁾という。日本の裁判所が外国法上の養子決定をすることができるかという問題を「代行」、「代用」という言葉により表現して「本国法の解釈の問題」として捉える学説は、「当該外国法の解釈として〔……〕養子決定は〔……〕日本法上の許可の審判によっては、代え得ないものと解すべきであろう。」（池原〔1954（S29）〕9頁）と述べた池原説が特別養子縁組制度導入を契機として復活したものと見ることもできるし、あるいは、養子決定をめぐる議論が1954（S29）年当時の状況に戻ったものと見ることもできる。

第2目 日本の学説の系譜

池原〔1954（S29）〕は、準拠外国法が養子決定を必要とする場合において日本に養子決定制度があれば、日本の裁判所が準拠法上の養子決定要件（形成要件）を審査した上で養子決定（形成裁判）をすれば、その養子決定は準拠外国法上の養子決定に該当する、と考えた。池原説においては、前者の点（形成要件）では裁判所は外国法を基準として法的判断をしている。しかし、池原説は後者の点（形成裁判）では日本の裁判所の行為を以て日本で発生する裁判外の事実と同視している。

これに対して、小野寺〔1971（S46）〕・溜池〔1971（S46）〕は、形成要件と形成裁判の双方を以て形成裁判における権利変動要件であると考えて、双方に関して準拠法を基準として判断すべき旨を説いていると思われる。

69) 前出注61(2)参照。

この点から見れば、日本の裁判所が外国法上の養子決定をすることができるかという問題に関する 17 年間の論争は、外国法を適用して形成裁判をするとはどんな行為であるか、に関する論争であり、国際私法の本質にかかわる論争である。

池原 [1954 (S29)] の持つ両面のうち、後者の面 (日本の国家機関の行為を以て日本で発生した裁判外の事実と同じく扱う面) を引き継いだのは (狭義の) 代行説と分解理論である (両者を合わせて「広義の代行説」と呼ぶことができる.)。前者の面 (裁判所が外国法を基準として法的判断をする面) を引き継いだのは小野寺 [1971 (S46)]・溜池 [1971 (S46)]・澤木 [1972 (S47)]・山田 (鏝) [1973 (S48)] である。この意味で、池原 [1954 (S29)] は、日本の裁判所による養子決定の可否の問題に関する日本の学説の源流であるといえよう。

第 3 節 補論

本節では、外国法上の養子決定に関連する問題を検討する。第 1 は、養子決定は法適用通則法 31 条 1 項後段の「公的機関の許可その他の処分」に該当するかという問題であり、第 2 は、養子縁組の成立に法律行為と養子決定をともに必要とする場合の養子縁組成立方法である。

第 1 款 養子決定は養子の保護要件であるか

法適用通則法 31 条 1 項後段は、「養子となるべき者 [……] 若しくは第三者の承諾若しくは同意又は公的機関の許可その他の処分」(養子の保護要件⁷⁰⁾) に関しては養子の本国法を累積的適用すべき旨を定める。そこで、養子決定が養子の保護要件に含まれるか否かという問題がある。これについては、第 1 に、養子の本国法が養子決定型である場合は日本の裁判所は法適用通則法 31 条 1 項後段により養子決定をすべきである、と解する説⁷¹⁾ があり、第 2 に、養子

70) 南 [1992 (H4)] 137 頁, 148 頁, 山田 (鏝) [2004 (H16)] 504 頁。

の本国法が養子決定型である場合は日本の裁判所は養子縁組許可をすべきである（許可審判をすれば足りる）、と解する説などがある^{72) 73)}。

71) 山田（鎌）〔2004（H16）〕510頁注8は次のようにいう。

「一般に養子決定はその法秩序の予定するすべての実質的成立要件の充足性の審査が前提とされていることを根拠として、ここにいう「公ノ機関ノ許可其他ノ処分」は同意に関するものに限定すべきであるとの説（植松真生「法例における“セーフガード条項”について」一論一一六巻一号一九七頁）がある。しかし、子の保護の観点からは、むしろ公的機関の関与を認めることはセーフガード条項の趣旨に合致するものであり（南・解説一四九頁、塚場・前掲実務家審法5二五五頁）、また法文上も右のような限定解釈には疑問がある。」

この引用文は、養子の本国法が養子決定型である場合には日本の裁判所は養子決定をすべきである、という趣旨に読める。

72) 1. 養子の本国法が養子決定型である場合には日本の裁判所は許可審判をすべきである・許可審判をすれば足りる、と解する説は次のとおりである。

(1) 塚場〔1990（H2）〕255-256頁は次のようにいう。

「ここでの問題は、同じく公的機関の関与でも、養親子関係の創設・形成の作用に係わる部分には関しない。養子縁組をすること自体についての事前の一般的な社会的承認という実質を持つ部分のみに関連する。我が国法の家庭裁判所の許可の類のものである。外国では、台湾の法律にある法院の許可（台湾民法一〇七九条四・五項）、一九七六年法による改正以前の西独養子法にあった後見裁判所の許可（同国民法旧規定一七五一条）などがこれに該当する。当時の同国区裁判所の認許（同旧規定一七五四条）は縁組の効力発生要件であり、今ここで問題にしている公的機関の許可等の処分にはあたらない。ここで問題にしているような裁判所などの関与の要否・趣旨・目的、等については養親の本国法に依るほか、さらに養子の本国法が重疊的に適用される。関与すべき機関・関与の方法の如何等は「方式」の問題であるから、養子の本国法の他、我が国の方法によることも出来る。最後の点を除き、結局は、養親および養子の双方の本国法に規定された要件を共に満たしていないかぎり、縁組は有効に成立しない。

養子の本国法で普通養子に際しても必要とされる養子決定などに関しては、これを「分解」し、縁組の必要性・相当性の実質的審査の部分は、養子が未成年のときは我が家庭裁判所の許可で代替できる。養親の本国法の如何に〔以下、256頁〕依っては、両者を統合して成立審判を為すことも可能である。〔……〕。」

(2) 南〔1992（H4）〕149頁は次のようにいう。

「養子の本国法上、養子縁組の成立の要件として裁判所の決定を要するいわゆる決定

型の養子制度を採っている場合、その裁判所の決定・命令や権限ある当局の宣言などがここにいう保護要件となるかどうかの問題となるが、これらは、前述のとおり、方式としての形式的成立要件の部分があるほか、我が国の家庭裁判所の許可と共通する実質的成立要件の部分もあるので、この部分については、保護要件となり、これを満たす必要があるというべきである。そして、養子の本国の裁判所の決定等が得られれば、この要件を満たしているということができるとは、養子とその本国を離れていて、本国官憲の許可を要することが容易でない場合は、前述のとおり、養親又は養子の住所地を管轄する家庭裁判所が本国官憲に代行して許可審判をすればよく、我が国の家庭裁判所の審判をもって養子の本国官憲の許可に代えることも可能である。」

(3) 道垣内〔2014 (H26)〕111-113 頁は【判例 28】山形家長井出審判平成 5(1993)-6-8 (家月 46 巻 8 号 124 頁) に関して次のようにいう。

「通則法 31 条 1 項後段は、「養子となるべき者の本国法によればその者若しく〔以下、112 頁〕は第三者の承諾若しくは同意又は公的機関の許可その他の処分があることが養子縁組の成立の要件であるときは、その要件をも備えなければならない」と定めているだけであって、それ以上に養子の本国法のルールを適用することは予定されていない。つまり、養子縁組が私人間の法律行為として公的機関の関与なしにできるのか否かが送致されるべき問題であって、養子の本国法がこの点について公的機関の関与を要求していれば、そうしなければならないというだけである。その関与の仕方は、決定型か契約型の中での許可かを問わない。そして、フィリピンで養子縁組をするのであれば、フィリピン法に定める通りの公的機関の関与がなされるであろうが、外国で養子縁組をするときの公的機関の関与は、既述の通り、その国の公法的な問題であるので、たとえば日本では家庭裁判所の管轄となる。それ以上に、養子の本国法の定める養子縁組の実質的成立要件（ただし、養子・第三者の承諾・同意要件を除く）を適用することはセーフガード条項ではなく全面的累積適用になってしまう。たとえ、養子の本国法が公的機関に対してチェックすべき事項を課していたとしても、要件全部について累積的適用を定めているわけではないので、それらの事項を日本の家庭裁判所がチェックすることは 31 条 1 項後段の趣旨を逸脱するものである。

〔以下、113 頁〕

したがって、上記の事件では、家庭裁判所は養親の本国法である日本法の要件とフィリピン法上の養子等の同意要件の具備をチェックして許可審判をすればそれでよかつたと思われる。」

2. 養子決定は法適用通則法 31 条 1 項後段の「公的機関の許可その他の処分」に該当しない、と解する説がある。植松〔1996(H8)〕197 頁は改正法例 20 条 1 項後段に関して次

既に述べたように、準拠法が養子決定型である場合に日本の裁判所が許可審判をすることは法解釈として成り立たない（前出第2節第1款第3目参照）。従って、養子の本国法が養子決定型である場合の法適用通則法31条1項後段の解釈として成り立ち得るのは、日本の裁判所は養子決定をしなければならない、という解釈か、または、日本の裁判所は養子決定をする必要はない、という解釈のいずれかである。

のようにいう。

「公的機関ノ許可其他ノ処分」は「養子若クハ第三者ノ承諾若クハ同意」にかかわるものに限定される。養子縁組の成立自体の当否を判断する公的機関の関与は「許可其他ノ処分」にあたらぬ。例えば、いわゆる養子決定や日本民法七九八条の規定の家庭裁判所の許可はこの規定の事項的適用範囲に入らない。」

73) 判例はどうか。

【判例24】高松家審平成6(1994)-1-13は、外国人養親の本国法が養子決定を必要とし（法適用通則法31条1項前段）、日本人養子の本国法も養子決定を必要とする（同条同項後段）養子縁組に関して養子縁組成立裁判をしたから、いずれか一方を根拠として養子縁組成立裁判をしたものと解することはできない。

これに対して、【判例25】横浜家横須賀支審平成7(1995)-10-11は、外国人養親の本国法が養子決定型であるか否かについて判断せず、日本人養子の本国法が養子決定を必要とすることを理由に養子縁組成立裁判をしたから、養子の本国法が養子決定型である場合に法適用通則法31条1項後段により養子縁組成立裁判をした判例ということができる（ただし、仮に養親の本国法が法律行為型であれば、法適用通則法31条1項後段により裁判により養子縁組を成立させる場合であっても養親と養子の縁組意思が必要であり、これらの要件を審査したのか否か疑問が残る。）。

【判例27】盛岡家審平成2(1990)-8-6、【判例28】山形家長井出審平成5(1993)-6-8、【判例30】盛岡家審平成3(1991)-12-16、【判例32】水戸家土浦支審平成11(1999)-2-15、【判例33】名古屋家豊橋支審平成26(2014)-7-17、【判例34】東京家審令和2(2020)-4-17は、養子の本国法上の養子決定は日本の裁判所の許可審判を以て代えることができる旨を判示して審判主文で養子縁組を許可した。

【判例31】山形家審平成7(1995)-3-2は養子の本国法が養子決定を必要とする場合は日本の裁判所の許可審判とその後の市町村長による養子縁組届により養子縁組が成立する旨を判示して審判主文で養子縁組を許可した。

そこで、以下では、累積的適用の意味、保護要件の意味、および、養子の本国法に送致される問題の範囲の3点を検討する。

まず、累積的適用に関して検討する。法適用通則法31条1項後段は養子の本国法の累積的適用を定める。累積的適用が法律関係の成立範囲を縮減する作用を持つことは周知のとおりである。ところで、養親の本国法が法律行為型であり養子の本国法が養子決定型である場合に日本の裁判所が養子の本国法により養子決定をすれば養子縁組が直ちに成立するから、これは累積的適用とはいえない、という疑問が生じる。しかし、この点については次のように考えるべきであろう。すなわち、養親の本国法が法律行為型であり養子の本国法が養子決定型である場合に当事者が養子決定を経ないで市町村長に養子縁組届をしたところ、受理されたと仮定する。その後、養子縁組無効訴訟が起こされた場合、裁判所が、養子決定説（日本の裁判所は養子決定型の養子の本国法に従い養子決定をすべきである、と解する説）に立てば、この養子縁組を不成立と判断するであろう。これは、養子の本国法が養子決定型である場合は養子縁組の成立には養子決定を要する、という判断であり、従って、養子の本国法が累積的に適用されているといえる。

次に、養子決定が養子を保護する制度であるか否かを検討する。ここでは、養子決定による養子縁組成立の場合のふたつの養子縁組成立要件（第1に、形成要件、すなわち、養親の年齢などの客観的要件、養子の父母の同意などの主観的要件、養子縁組が子の利益・子の福祉に反しないことなどの政策的要件であり、第2に形成裁判、すなわち、養子決定である。）のうち養子決定——養子縁組成立方法としての養子決定——のみを取り上げる。いま、仮に、当事者が養子決定を経ないでした養子縁組届を市町村長が受理し、その後に養子縁組無効または取消しの訴えが提起されたと仮定する。この場合、裁判所は、養子縁組の要件が届出受理時に充足されていたか否かについて準拠法を基準として判断する。この観点から見れば、裁判所による審査に関しては、養子決定により養子縁組を成立させた場合であろうと、あるいは、法律行為により養子縁

組が成立した後に裁判所が事後的判断をした場合であろうと、裁判所の判断結果には違いはない。しかし、裁判所による事前審査と事後審査の間に大きな違いがあることは明らかである。すなわち、法律行為により成立した養子縁組について事後的に裁判所が不成立あるいは無効と判断し、または、これを取り消した場合、ひとたび開始した養親子関係が（遡及効を以て、または、将来効を以て）解消するからである。市町村長が養子縁組届を受理しない場合にこれを裁判により争うときも同様であり、裁判所の判断結果によっては、養親子として過ごすことができたはずの時間が失われることを意味する。それゆえ、養子決定制度は、不成立または無効もしくは取り消し得べき法律行為により養親子生活を開始することを防止するとともに、成立すべき養子縁組を成立させる制度であり、この点で、養親と養子とともに保護する制度である。

最後に、養子の本国法に送致されるのはどの問題であるかを検討する。日本の裁判所が法適用通則法 31 条 1 項後段により養子の本国法に従い養子決定をする場合は縁組の実質的成立要件全部に関して養子の本国法を累積的に適用すべきことになるのかという問題がある⁷⁴⁾。この点については次のように考え

74) この点については、道垣内〔2014(H26)〕111-113頁（前出注72）参照。

以下の学説はこの問題を指摘する。

(1) 植松〔2000(H12)〕309頁は【判例32】水戸家土浦支審平成11(1999)-2-15に関して次のようにいう。

「ここでは次のことを指摘するにとどめたい。本審判の処理が養子の本国法を全面的に累積適用する結果となり得ることである。一般にいわゆる養子決定は養子縁組を成立させる公的機関の処分であり、当該法秩序の予定するすべての実質的成立要件の充足性の審査がその前提とされているからである。」

(2) 櫻田・佐野・神前〔2016(H28)〕174頁（北澤）は次のようにいう。

「養子の本国法が養子縁組の成立要件として裁判所の養子決定や命令を必要とする決定型の養子縁組制度を採用している場合には当該裁判所の決定や命令もまた保護要件に該当するとの立場がある。〔……〕。しかし、このような処理を行うと、養子決定の前提として養子の本国法の定めるすべての成立要件を充足しているか否かの審査がまず行われなければならないため、養親の本国法に重ねて養子の本国法を全面的に累積適用する

るべきであろう。養子決定型においては形成要件（客観的要件、主観的要件、政策的要件）と養子決定（養子縁組成立裁判）が養子縁組成立要件であるから、形成要件と養子決定を別個の実質法に送致することができる（前出第 1 節第 3 款第 1 目参照）。それゆえ、養子の本国法が養子決定を必要とする場合は日本の裁判所は法適用通則法 31 条 1 項後段により養子決定をする必要があるが、その場合に、養子決定をするための要件（形成要件）が何であるかの問題は同条同項前段により養親の本国法による（ただし、養子の本国法が養子等の承諾・同意を要件とする場合はそれをも備えなければならない。）、と解すべきであろう。

以上の理由により、養子の本国法が養子決定型である場合は日本の裁判所は法適用通則法 31 条 1 項後段により養子決定をすべきである、と解すべきであろう。

第 2 款 養子縁組の成立に法律行為と養子決定をともに必要とする場合

養子縁組の成立に法律行為と養子決定をともに必要とする場合がある。法例改正後に関しては、まず、養親の本国法が法律行為型であり養子の本国法が

結果となりかねない。」

(3) 櫻田〔2017 (H29)〕145 頁は【判例 33】名古屋家豊橋支審平成 26(2014)-7-17 に関して次のようにいう。

「2 保護要件

(ア) 承諾・同意要件

〔……〕。

(イ) 許可・処分要件 所定のケース・スタディ及び試験監護がこれにあたるか。養子決定の手續上要件とされているので、養子決定自体が保護要件としてのこれに該当するという立場からは、これらの充足も必要とされる。」

(4) 木棚〔2017 (H29)〕334 頁は次のようにいう。

「養子決定も子の保護条項の適用範囲に入るとすれば、養子決定の前提要件の全てを満たさなければならなくなり、實際上養子の本国法と養親の本国法の累積適用と同じ結果となり、養子縁組の成立を困難にするおそれが生じる。」

養子決定型である場合⁷⁵⁾は、この養子縁組の成立には法律行為（法適用通則法31条1項前段により）と養子決定（同条同項後段により、前出第1款参照）が必要になる。次に、夫婦の一方の本国法が法律行為型であり、他方の本国法が養子決定型である場合⁷⁶⁾は、養子の本国法が法律行為型であるか養子決定型であるかを問わず、夫婦共同縁組をする場合は法律行為と養子決定が必要になる（同条同項前段）。

これらの場合については、第1に、養子縁組許可審判とその後の市町村長による養子縁組届受理により養子縁組が成立する、と解する説⁷⁷⁾があり、第2に、

75) 【判例27】盛岡家審平成2(1990)-8-6、【判例28】山形家長井出審判平成5(1993)-6-8がこの例である。前出第2章第3節第2款参照。

76) この場合につき、養子の本国法が法律行為型である事案の例は【判例29】東京家審令和3(2021)-1-27である。前出第2章第3節第4款参照。

この場合につき、養子の本国法が養子決定型である事案の例は次のとおりである。【判例30】盛岡家審平成3(1991)-12-16、【判例31】山形家審平成7(1995)-3-2、【判例32】水戸家土浦支審平成11(1999)-2-15、【判例33】名古屋家豊橋支審平成26(2014)-7-17、【判例34】東京家審令和2(2020)-4-17。前出第2章第3節第5款参照。

77) 以下の各説である。

(1) 舩場〔1990(H2)〕253-254頁は次のようにいう。

「国際結婚をした日本人が、配偶者と共に例えば12歳の子を養子にしようとする場合を考えてみる。若し配偶者の本国法が夫婦共同縁組を強制し更に養子決定を要するとしているときは、困難が予想される。この場合、日本人の本国法に依れば、家庭裁判所の許可を得て普通養子を為すことは可能であるが特別養子は出来ないからである。〔……〕。右の例のような養子の道を閉ざすことは問題であろう。許可審判を援用して縁組が出来れば一応の目的を達成できる。外国人である配偶者の本国法で要請されている裁判所の関与〔以下、254頁〕は、実質的に保障されるからである。そのためには、この点つまり成立審判にすべきか許可審判で足りるか、この問題を必ずしも外国の法律の専決事項としなければ良い。しかも、外国法による成立審判の可能性をも残しておかねばならない。このような諸要請を充たす一つの方策は、この問題を国際私法上で「方式」とすることである。つまり、裁判所などの公的機関の関与の要否は「実質」の問題として専ら養親の本国法に依るが、養親子関係の創設・形成の方法は「方式」であるから養

親の本国法または行為地（縁組申立地）の法律、要するに日本法、その何れにも依ることが出来る、こう考えるのである〔……〕。これは、準拠法を相互に調整し、準拠外国法を我が国の手続に適應させた解決方法である。内国の手続に適應させるため準拠外国法を国内化したものであり、我が国の法律や手続を準拠外国法に適合するように国際化したとは言い得ない。ここを問題とする立場もあり得よう。

要するに、準拠外国法が養子決定を必要としていても、必ずしも常に、成立審判に依らねばならないということではない。このような場合の処理としては二通りあり、事案に応じて許可審判あるいは成立審判その何れかを選択することになる。」

杯場〔1990 (H2)〕255-256 頁は次のようにいう。

「養子の本国法で普通養子に際しても必要とされる養子決定などに関しては、これを「分解」し、縁組の必要性・相当性の実質的審査の部分は、養子が未成年のときは我が国が家庭裁判所の許可で代替できる。養親の本国法の如何に〔以下、256 頁〕依っては、両者を統合して成立審判を為すことも可能である。」

(2) 南〔1992 (H4)〕142-143 頁は次のようにいう。

「離婚の場合は、裁判離婚は実質と見ており、準拠法が裁判離婚のみを認めるときは、我が国では裁判離婚しかすることができないものとしているが、これと同じ意味で養子決定を考えるのかである。若し、そのように考えれば、準拠実質法が決定型の場合は、我が国においても、裁判所の決定がないかぎり、養子縁組は成立しないものとなるであろう。しかしながら、この解釈は、特に、国籍を異にする夫婦が共同縁組する場合に不適当と言うべきである。例えば、日本人と本国法が決定型の外国人の夫婦は、共同縁組をすることができなくなってしまう。〔以下、143 頁〕、日本人と本国法が決定型の外国人の夫婦が共同縁組をしようとするには、外国人養親の本国法上の養子決定の中身を養子縁組の実質的成立要件として公的機関の関与を必要とする部分と養子縁組を創設する方式の部分とに分解し、前者に該当する部分は、我が国の家庭裁判所の「養子をなすについての許可の審判」により代行させ、後者に該当する部分は、方式に関する改正法例二二条を適用して行為地法である日本の方式すなわち戸籍管掌者である市区町村長に対する届出によることとして、夫婦が同時に市区町村長に届け出れば、共同縁組をすることができることとなる。」

(3) 奥田〔2020 (R2)〕283 頁は次のようにいう。

「日本人（夫婦）が養親となり、普通養子縁組を成立させる場合において、養子の本国法が決定型の養子縁組を採用しているとき、または日本人と外国人の夫婦が養親となる場合において、外国人配偶者の本国法が決定型の養子縁組を採用するが、日本法上の特別養子縁組の要件を満たさないときは、裁判所の関与については、許可審判により、

養子決定をすべきである、と解する説⁷⁸⁾がある。

当事者の本国法が養子決定型であるにもかかわらず、養子縁組許可審判とその後の養子縁組届により養子縁組が成立する、と解釈することは、養子決定型である準拠外国法を適用した解釈とはいえない（前出第2節第1款第3目参照）。従って、単独縁組の成立につき法律行為と養子決定を必要とする場合も、夫婦共同縁組の成立につき法律行為と養子決定を必要とする場合も、養子決定をすべきであろう。

なお、そのための手続が問題になるが、養子決定の手続で当事者の縁組意思を確認して養子決定をすれば、法律行為による養子縁組成立と養子決定による養子縁組成立が同時に行われたことになると思われる⁷⁹⁾。日本の手続法には、

また養子縁組の成立については、行為地法上の方式として（通則法34条2項）、わが国の戸籍法上の届出による（盛岡家審平成3年12月16日）、これを一般に分解理論という。〔……〕、上記のような事案において養子縁組を成立させるには、分解理論によるしかない。また、日本人夫婦が外国人の成年を養子とするにあたり、その本国法が決定型の養子縁組を採用し、未成年養子しか認めない場合も、裁判所の関与を保護要件とし、家庭裁判所の許可審判および戸籍法上の届出によるべきである。」

78) 佐藤・道垣内〔2007（H19）〕は、「改正提案」として「本国法が決定型の養子縁組制度のみを有する外国人と日本人との夫婦が、共同で未成年者を普通養子縁組しようとする場合には、日本人養親についても外国人養親についても、家庭裁判所の審判により縁組は成立する。」（128頁（佐藤やよひ））といい、その理由として次のようにいう。

「日本の法制度に合わせて外国法上の養子決定を再構成する分解理論は、日本に養子決定制度がない時代に生まれたものであり、その時代には一定の役割を果たしてきたことを否定するものではないが、もはやその役割を終えているのではないか。いまや日本においても特別養子縁組の導入とともに家庭裁判所による養子決定ができるようになって以上、より厳格な手続によるべきであり、その外国法が養子決定を必要としているのであれば、これをそのとおりに行うべきである。すなわち、日本人養親についても外国人養親についても、家庭裁判所の成立の審判をすべきである。」（129頁（佐藤やよひ））

79) 中野〔1993（H5）〕958頁は【判例30】盛岡家審平成3(1991)-12-16に関して次のようにいう。

「本件事案のごとく夫婦共同縁組が要求されており、夫婦の本国法の一方が契約型、

裁判所が手続内で当事者の意思ないしは合意を確認する制度があるので (例えば, 調停離婚, 合意に相当する審判)⁸⁰⁾, 法律行為による養子縁組成立と養子決定による養子縁組成立を同時に実現することは可能であると思われる。

おわりに

本稿では, 日本の裁判所は外国法上の養子決定をすることができるか, という問題を検討した。

特別養子縁組制度が導入された現在, 準拠外国法が養子決定型である場合に, 日本の裁判所は, 特別養子縁組成立審判により外国法上の養子決定を代行するのか, それとも, 外国法を準拠法として適用して養子決定をするのか, という問題は, 説明の仕方の違いであるに過ぎず, もはや解釈上の実益を失った, と

他方が決定型をとる場合には問題がある。例えば夫婦の一方が日本人である場合の普通養子の申立てにつき, 双方一括して成立審判をなすべきものとする, 普通養子につき創設的届出を定める日本法の趣旨と合致しないことになり, [……].」

しかし, 裁判手続で当事者の縁組意思を確認して養子縁組成立審判をすることは, 法律行為を以て養子縁組成立方法とする法の定め反しないものと解したい。

80) 斎藤・菊池 [1992 (H4)] (上村多平) は家事審判法 21 条について調停の法的性質 (723-726 頁) および調停の効力 (736-746 頁) を論ずる。斎藤・菊池 [1992 (H4)] 784-787 頁 (窪田もとむ) は, 家事審判法 23 条 (合意に相当する審判) について合意の内容と合意の性質を論ずる。

金子 [2013 (H25)] 804-805 は家事事件手続法 268 条について合意の成立と調停調書の効力を論じ, 838-839 頁は家事事件手続法 277 条 (合意に相当する審判) について合意の内容を論ずる。

梶村・徳田 [2016 (H28)] 81-82 頁 (梶村太市) は家事事件手続法 268 条について調停の法的性質を論じ, 83-85 頁 (梶村太市) は調停の効力を論じ, 92 頁 (梶村太市) は家事事件手続法 277 条 (合意に相当する審判) について合意の法的性質を論ずる。

秋武・片岡 [2021 (R3)] 1098-1102 頁 (關隆太郎) は家事事件手続法 268 条について調停の法的性質と効力を論じ, 1145-1146 頁 (山城司) は家事事件手続法 277 条 (合意に相当する審判) について合意の内容を論ずる。

いう面があろう。しかし、日本の裁判所が外国法上の養子決定をすることができるかという問題は、外国法を適用して形成裁判をするとはどんな行為であるかという問題であり、国際私法の本質にかかわる問題である。

かつて、澤木は、「渉外的法律関係の法規制を行なうという場合、いかなる方法を採用するか、その理論的根拠を何に求めるのかについては、きわめて多様な見解の対立がある。」といった⁸¹⁾。このことは、池原〔1954 (S29)〕が提起して小野寺〔1971 (S46)〕および溜池〔1971 (S46)〕が解決した養子決定問題をめぐるわずか17年間の論争⁸²⁾についても妥当するであろう。

【判例一覧】

〔凡例〕

- (1) 本稿で引用した判例を裁判年月日順に掲げる。
- (2) 【判例1】などは、準拠法が養子決定を要件とする事案にかかる判例であり、本稿第2章に挙げた判例の番号である。

81) 澤木〔1990 (H2)〕6頁は次のようにいう。

「国際社会の中に複数の法秩序が並存していることを前提として渉外的法律関係の法規制を行なうという場合、いかなる方法を採用するか、その理論的根拠を何に求めるのかについては、きわめて多様な見解の対立がある。今日われわれが国際私法と呼んでいるものは、わずか140年前にサヴィニーによって基礎づけられたものであるが、なお国際私法の意義および性質については、基本的な見解の対立が存在しており、現在でもそれは超克されていない。国際私法が学説法であるといわれるのは、従来成文法が不備であったということにもよるが、右のような事情も無視できないのである。このような意味で、国際私法の歴史、とくにその理論史の研究は、国際私法の理解およびその現代的課題の認識のための不可欠の前提なのである。」

82) 早田〔1988 (S63)〕10頁注2には「池原季雄・前掲論文9頁(後に改説)、山田鑠一「渉外的養子縁組に関する三つの審判例をめぐって」家月8巻7号(1956年)11-12頁(後に改説)」という記述がある。この記述中の「池原季雄・前掲論文」とは池原〔1954 (S29)〕を指す。早田・同7頁③注1参照。しかし、池原説の改説(どのように改説したのか、など)について池原自身が発表した論考に接することはできなかった。

- (3) 【許可：判例 1】などは、準拠法が許可を要件とする事案にかかる判例であり、本稿注 13 に挙げた判例の番号である。
- (4) 判例ごとに、() 内に、申立人、審判主文、当事者の国籍、養親と養子の関係、養子の審判時の年齢を示す。
- (5) [フィリピン人妻] のように、[] 内に記載した当事者はその者が申立人ではないことを示す。
- (6) 「グレート・ブリテン及び北アイルランド連合王国」は「英国」と表記し、「アメリカ合衆国」は「米国」と表記する。
- (7) 「米国イリノイ州人」、「ニュー・ジーランド人」などは、「米国イリノイ州法を本国法とする者」、「ニュー・ジーランド法を本国法とする者」などの意味で使う。

【注 27】 仙台家審昭和 28(1953)-10-21 (国私例集 854 頁)

(夫の単独申立、単独縁組許可審判、米国カリフォルニア州人夫 A、[日本人妻 B]、日本人養子 C (妻 B の連れ子、年齢不明))

【注 27】 仙台家審昭和 29(1954)-1-18 (家月 6 巻 8 号 75 頁)

(夫の単独申立、単独縁組許可審判、米国ニュー・ヨーク州人夫 A、[日本人妻 B]、日本人養子 C (妻 B の連れ子、年齢不明))

【注 27】 仙台家審昭和 29(1954)-4-21 (国私例集 866 頁)

(夫の単独申立、単独縁組許可審判、米国インディアナ州人夫 A、[日本人妻 B]、日本人養子 C (妻 B の連れ子、年齢不明))

【注 34】 福岡家審昭和 29(1954)-12-22 (国私例集 876 頁)

(夫婦共同申立、夫婦共同縁組許可審判、米国ミシシッピ州人夫 A、米国ミシシッピ州人妻 B、日本人養子 C (日本人女 D の子、未成年))

【判例 10】 大阪家審昭和 32(1957)-2-27 (家月 9 巻 2 号 54 頁)

(夫の単独申立、単独縁組許可審判、米国ペンシルベニア州人夫 A、[日本人妻 B]、日本人 C (B が A と婚姻する前に出産した婚外子、未成年者))

【判例 11】 東京家審昭和 32(1957)-12-12 (家月 10 巻 1 号 55 頁)

(単独申立，単独縁組許可審判，米国ミシガン州人夫 A，〔日本人妻 B〕，日本人養子 C (妻 B の連れ子，未成年者))

【許可：判例 3】 東京家審昭和 36(1961)-2-10 (家月 13 巻 6 号 168 頁)

(夫婦共同申立，夫婦共同縁組許可審判，米国ペンシルベニア州人夫 A，ドイツ人妻 B，日本人養子 C (日本で生まれ，父母がともに知れない子，未成年))

【判例 12】 山形家酒田支審昭和 37(1962)-2-26 (家月 14 巻 6 号 130 頁)

(夫の単独申立，単独縁組許可審判，米国オクラホマ州人夫 A，〔日本人妻 B〕，日本人 C (B が A と婚姻する前に出産した婚外子，未成年))

【判例 14】 東京家審昭和 38(1963)-4-24 (家月 15 巻 7 号 130 頁)

(夫婦共同申立，夫婦共同縁組許可審判，英国人夫 A，英国人妻 B，米国ワシントン州人養子 C (米国人女 D の出産した子，1 歳未満))

【判例 1】 神戸家審昭和 39(1964)-6-8 (家月 17 巻 1 号 129 頁)

(夫の単独申立，単独縁組許可審判，米国ニュー・ヨーク州人夫 A，〔米国人妻 B〕，米国テキサス州人養子 C，D (妻 B の連れ子 2 人，年齢不明)．判旨はテキサス州法上の養子縁組の方法について判示していない。)

【判例 4】 長崎家佐世保支審昭和 41(1966)-7-4 (家月 19 巻 2 号 130 頁)

(夫婦共同申立，夫婦共同縁組許可審判，米国オハイオ州人夫 A，米国オハイオ州人妻 B，米国イリノイ州人養子 C (米国人女 D の婚外子，1 歳未満))

【許可：判例 4】 長崎家佐世保支審昭和 42(1967)-2-20 (家月 19 巻 9 号 92 頁)

(夫の単独申立，単独縁組許可審判，日本人夫 A，〔ドイツ人妻 B〕，ドイツ人養子 C (妻 B の連れ子，6 歳前後))

【判例 15】 宮崎家審昭和 42(1967)-4-4 (家月 19 巻 11 号 122 頁)

(夫婦共同申立，夫婦共同縁組許可審判，カナダ国ブリティッシュ・コロンビア州人夫 A，カナダ国ブリティッシュ・コロンビア州人妻 B，日本人養子 C (日本人女 D の婚外子，3 歳))

【許可：判例 7】 東京家審昭和 42(1967)-5-24 (家月 19 巻 12 号 67 頁)

(夫婦共同申立，夫婦共同縁組許可審判，日本人夫 A (来日留学生の世話を職

業とする.), 日本人妻 B, ベトナム共和国人養子 C (日本の大学の入学許可を得た者, 25 歳))

【判例 5】 東京家審昭和 42(1967)-10-31 (家月 20 巻 4 号 54 頁)

(夫婦共同申立, 夫婦共同縁組許可審判, フランス人夫 A (仮名: ジャン・ポール・ルナン), フランス人妻 B, オーストラリア人養子 C (オーストラリア人女 D の出産した子, 1 歳未満))

【判例 22】 名古屋家豊橋支審昭和 42(1967)-12-7 (家月 20 巻 8 号 104 頁)

(夫婦共同申立, 夫婦共同縁組許可審判, 米国カリフォルニア州人夫 A, 日本人妻 B, 日本人養子 C (日本人夫婦の間に生まれた子, 1 歳未満))

【判例 16】 東京家審昭和 44(1969)-9-22 (家月 22 巻 6 号 100 頁)

(夫婦共同申立, 夫婦共同縁組許可審判, オランダ人夫 A (C の生後 3 か月に A は C の後見人に選任された), オランダ人妻 B, 日本人養子 C (日本で生まれ父母の知らない子, 3 歳))

【判例 2】 札幌家審昭和 46(1971)-2-22 (家月 23 巻 7 号 78 頁)

(夫の単独申立, 単独縁組許可審判, 米国カリフォルニア州人夫 A, [米国人妻 B], 米国カリフォルニア州人養子 C (妻 B の前婚の子, 2 歳以上))

【判例 3】 札幌家審昭和 47(1972)-10-5 (家月 25 巻 3 号 116 頁)

(夫の単独申立, 単独縁組許可審判, 米国オハイオ州人夫 A (仮名: ジョン・ハーバート・モーガン), [日本人妻 B], 米国オハイオ州人養子 C, D (妻 B の前婚の子 2 人, 3 歳以上))

【許可: 判例 8】 盛岡家審昭和 52(1977)-5-4 (家月 29 巻 11 号 105 頁)

(夫婦共同申立, 夫婦共同縁組許可審判, 日本人夫 A, 日本人妻 B, ベトナム社会主義共和国人養子 C (養親夫婦の子 D の婚約者, 25 歳), 裁判所は「家庭裁判所の許可をもってベトナム国の単位行政委員会の承認に代えることができる」と判示した。)

【判例 19】 神戸家審昭和 53(1978)-2-21 (家月 31 巻 12 号 97 頁)

(夫の単独申立, 単独縁組許可審判, 日本人夫 A, [中国人妻 B], 英国人養子

C (妻 B が A と婚姻する前に出産した婚外子, 香港で出生, 11 歳))

【判例 13】東京家審昭和 59(1984)-3-27 (家月 37 卷 1 号 153 頁)

(養親 A と養子 C の共同申立 (養親 A の配偶者の有無は不明), 単独縁組許可審判, ドイツ人養親 A, 日本人養子 C (26 歳以上))

【判例 20】大津家審昭和 60(1985)-9-26 (家月 38 卷 7 号 84 頁)

(夫の単独申立, 単独縁組許可審判, 日本人夫 A, [フィリピン人妻 B], フィリピン人養子 C (妻 B が A と婚姻する前に出産した婚外子, 11 歳))

【許可：判例 1】東京家審昭和 62(1987)-3-12 (家月 40 卷 8 号 92 頁)

(夫の単独申立, 単独縁組許可審判, 日本人夫 A, [中華民国人妻 B], 中華民国人養子 C (妻 B の前婚の子, 26 歳))

【判例 17】東京家審昭和 62(1987)-6-1 (家月 40 卷 10 号 43 頁)

(夫婦共同申立, 夫婦共同縁組許可審判, フランス人夫 A, フランス人妻 B, 日本人養子 C (日本人女 D の婚外子, 1 歳未満))

【判例 18】東京家審昭和 62(1987)-12-17 (家月 40 卷 10 号 59 頁)

(夫婦共同申立, 夫婦共同縁組許可審判, カナダ国ブリティッシュ・コロンビア州人夫 A, カナダ国ブリティッシュ・コロンビア州人妻 B, 日本人養子 C (日本人夫婦の子, 3 ~ 10 歳))

【判例 6】京都家審昭和 63(1988)-6-9 (家月 40 卷 12 号 39 頁)

(夫婦共同申立, 特別養子縁組成立審判, フランス人夫 A, 日本人妻 B, 日本人養子 C (日本人女 D の婚外子, 1 歳))

【判例 7】京都家審昭和 63(1988)-6-28 (家月 40 卷 12 号 44 頁)

(夫婦共同申立, 特別養子縁組成立審判, 英国人夫 A, 日本人妻 B, 日本人養子 C (日本人女 D の婚外子, 3 歳以下))

【判例 21】横浜家審平成 1(1989)-3-23 (家月 41 卷 10 号 139 頁)

(夫の単独申立, 単独縁組許可審判, 日本人夫 A, [コロンビア人妻 B], コロンビア人養子 C (妻 B の前婚の子, 20 歳前後))

【判例 23】千葉家市川出審平成 1(1989)-6-23 (家月 41 卷 11 号 102 頁)

(夫婦共同申立, 夫婦共同縁組許可審判, カナダ国ブリティッシュ・コロンビア州人夫 A, 日本人妻 B, 日本人養子 C (日本人女 D の婚外子, 1 歳))

【判例 8】 東京家審平成 1(1989)-10-24 (家月 42 巻 7 号 47 頁)

(夫婦共同申立, 特別養子縁組成立審判, 日本人夫 A, 英国人妻 B, 日本人養子 C (日本人女 D の婚外子, 1 歳))

【判例 9】 山口家徳山支審平成 1(1989)-10-26 (家月 42 巻 7 号 52 頁)

(夫婦共同申立, 特別養子縁組成立審判, 米国イリノイ州人夫 A, 日本人妻 B, 日本人養子 C (日本人女 D の婚外子, 3 歳))

【判例 27】 盛岡家審平成 2(1990)-8-6 (家月 43 巻 3 号 98 頁)

(夫の単独申立, 単独縁組許可審判, 日本人夫 A, [米国人妻 B], 米国イリノイ州人養子 C (妻 B の前婚の子, 11 歳))

【判例 30】 盛岡家審平成 3(1991)-12-16 (家月 44 巻 9 号 89 頁)

(夫婦共同申立, 夫婦共同縁組許可審判, 日本人夫 A, フィリピン人妻 B, フィリピン人養子 C (妻 B の妹, 11 歳))

【許可：判例 5】 札幌家審平成 4(1992)-6-3 (家月 44 巻 12 号 91 頁)

(夫の単独申立, 妻と共同で養子縁組をすることを許可する審判, 日本人夫 A, [韓国人妻 B], 韓国人養子 C (妻 B の弟夫婦の子, 3 歳))

【判例 26】 福島家会津若松支審平成 4(1992)-9-14 (家月 45 巻 10 号 71 頁)

(夫婦共同申立, 特別養子縁組成立審判, 日本人夫 A, 日本人妻 B, 韓国人養子 C (韓国人女 D の婚外子, 4 歳))

【許可：判例 2】 水戸家土浦支審平成 4(1992)-9-22 (家月 45 巻 10 号 75 頁)

(単独申立 (申立人の配偶者の有無は不明), 単独縁組許可審判, 日本人養親 A, 中華民国人養子 C (成年者))

【判例 28】 山形家長井出審判平成 5(1993)-6-8 (家月 46 巻 8 号 124 頁)

(夫の単独申立, 単独縁組許可審判, 日本人夫 A, [フィリピン人妻 B], フィリピン人養子 C (妻 B の前婚の子, 8 歳))

【判例 24】 高松家審平成 6(1994)-1-13 (家月 47 巻 12 号 47 頁)

(夫婦共同申立，特別養子縁組成立審判，カナダ国ブリティッシュ・コロンビア州人夫 A，カナダ国ブリティッシュ・コロンビア州人妻 B，日本人養子 C（日本で生まれ父母の知れない子，2歳）

【判例 31】山形家審平成 7(1995)-3-2（家月 48 巻 3 号 66 頁）

(夫婦共同申立，夫婦共同縁組許可審判，日本人夫 A，フィリピン人妻 B，フィリピン人養子 C（妻 B が A と婚姻する前に出産した婚外子，6歳）

【許可：判例 6】神戸家審平成 7(1995)-5-10（家月 47 巻 12 号 58 頁）

(夫婦共同申立，夫婦共同縁組許可審判，日本人夫 A，中華人民共和国人妻 B，日本人養子 C，D（妻の兄夫婦の子 2 人，8歳，4歳）

【判例 25】横浜家横須賀支審平成 7(1995)-10-11（家月 48 巻 12 号 66 頁）

(夫婦共同申立，夫婦共同縁組成立審判，米国ワシントン州人夫 A，米国ワシントン州人妻 B，日本人養子 C（日本人夫婦の子，2歳）

【判例 32】水戸家土浦支審平成 11(1999)-2-15（家月 51 巻 7 号 93 頁）

(夫婦共同申立，夫婦共同縁組許可審判，日本人夫 A，フィリピン人妻 B，フィリピン人養子 C（妻 B が A と婚姻する前に出産した婚外子，12～13歳）

【判例 33】名古屋家豊橋支審平成 26(2014)-7-17（家庭の法と裁判 6 号 97 頁，判タ 1420 号 396 頁）

(夫婦共同申立，夫婦共同縁組許可審判，日本人夫 A，フィリピン人妻 B，フィリピン人養子 C（妻 B が A と婚姻する前に出産した婚外子，15歳）

【判例 34】東京家審令和 2(2020)-4-17（判時 2492 号 67 頁，判タ 1492 号 251 頁）

(夫婦共同申立，夫婦共同縁組許可審判，日本人夫 A，フィリピン人妻 B，フィリピン人養子 C（妻 B が A と婚姻する前に出産した婚外子，約 15歳）

【判例 29】東京家審令和 3(2021)-1-27（判時 2511 号 101 頁，判タ 1494 号 253 頁）

(夫婦共同申立，夫婦共同縁組許可審判，ニュー・ジーランド人夫 A，日本人妻 B，日本人養子 C（妻 B が A と婚姻する前に出産した婚外子，3～4歳）

【文献目録】

- 秋武憲一・片岡武編著『コンメンタール家事事件手続法 I, II』〔2021 (R3), 青林書院〕
- 畑場準一「〔判批〕長崎家佐世保支審昭和 42(1967)-2-20」ジュリスト 403 号 133 頁〔1968 (S43)〕
- 畑場準一「〔判批〕神戸家審昭和 53(1978)-2-21」ジュリスト 773 号 140 頁〔1982 (S57)〕
- 畑場準一「養子縁組・離縁の準拠法及び国際的管轄」岡垣學・野田愛子編『講座・実務家事審判法 5 (涉外事件関係)』247 頁〔1990 (H2), 日本評論社〕
- 池原季雄「養子縁組の成立に関する国際私法上の二, 三の問題」家庭裁判月報 6 卷 7 号 1 頁〔1954(S29)-7〕
- 池原季雄「国際的裁判管轄権」鈴木忠一・三ヶ月章監修『新・実務民事訴訟講座 7 (国際民事訴訟法・会社訴訟)』3 頁〔1982 (S57), 日本評論社〕
- 植松真生「法例における”セーフ・ガード”条項について——国際養子縁組の成立要件——」一橋論叢 116 卷 1 号 179 頁〔1996 (H8)〕
- 植松真生「〔判批〕水戸家土浦支審平成 11(1999)-2-15」ジュリスト 1179 号 (平成 11 (1999) 年度重要判例解説) 308 頁〔2000 (H12)〕
- 植松真生「〔判批〕高松家審平成 6(1994)-1-13」櫻田嘉章・道垣内正人編『国際私法判例百選』128 頁〔2004 (H16)〕
- 植松真生「〔判批〕高松家審平成 6(1994)-1-13」櫻田嘉章・道垣内正人編『国際私法判例百選 (新法対応補正版)』132 頁〔2007 (H19)〕
- 江川英文「国際私法 (5・完) 末弘巖太郎編輯代表『新法学全集 (第 36 回配本)』〔1939 (S14), 日本評論社〕
- 江川英文『国際私法』〔初版 1950 (S25), 改訂版 1957 (S32), 増補版 1970 (S45), 有斐閣〕
- 海老沢美広「養子縁組および離縁」島津一郎編『判例コンメンタール 7 民法 V (相続, 涉外家族法)』795 頁〔1978 (S53), 三省堂〕

- 海老沢美広「異国籍夫婦による縁組」澤木敬郎・畑場準一編『国際私法の争点』
〔新版1996 (H8), 有斐閣〕
- 奥田安弘『国際家族法』〔第2版2020 (R2), 明石書店〕
- 織田有基子「〔判批〕名古屋家豊橋支審平成26(2014)-7-17」民商法雑誌153
巻1号166頁〔2017 (H29)〕
- 小野寺規夫「〔判批〕東京家審昭和44(1969)-9-22」ジュリスト475号182頁〔1971
(S46)-4-1〕
- 折茂豊『国際私法各論』〔初版1959 (S34), 新版1972 (S47), 有斐閣〕
- 梶村太市・徳田和幸『家事事件手続法』〔第3版2016 (H28), 有斐閣〕
- 加藤令造「涉外養子縁組事件の処理について」家庭裁判月報17巻7号1頁〔1965
(S40)〕
- 加藤令造「〔判批〕東京家審昭和36(1961)-2-10」池原季雄編『涉外判例百選』
120頁〔1967 (S42)〕
- 加藤令造「〔判批〕宮崎家審昭和42(1967)-4-4」ジュリスト396号126頁〔1968
(S43)〕
- 加藤令造「涉外審判調停」加藤令造編『家事審判法講座第4巻(涉外・履行確
保)』1頁〔1975 (S50), 判例タイムズ社〕
- 加藤令造「〔判批〕東京家審昭和36(1961)-2-10」池原季雄編『涉外判例百選(増
補版)』120頁〔1976 (S51)〕
- 金子修『逐条解説家事事件手続法』〔2013 (H25), 商事法務〕
- 川上太郎「養子縁組の国際的裁判管轄と準拠法問題」民商法雑誌62巻4号
570頁〔1970 (S45)〕
- 北澤安紀「〔判批〕盛岡家審平成3(1991)-12-16」ジュリスト1037号256頁〔1994
(H6)〕
- 木棚照一・松岡博・渡邊惺之『国際私法概論』〔第5版2007 (H19), 有斐閣〕
- 木棚照一『逐条解説国際家族法』〔2017(H29)-6, 日本加除出版〕
- 久保岩太郎「親子」国際法学会編『国際私法講座第2巻』588頁〔1955 (S30),

有斐閣]

熊谷久世「〔判批〕札幌家審平成 4(1992)-6-3」池原季雄・早田芳郎編『涉外判例百選 (第 3 版)』148 頁〔1995 (H7)〕

駒田泰土「〔判批〕水戸家土浦支審平成 11(1999)-2-15」ジュリスト 1175 号 97 頁〔2000 (H12)〕

斎藤彰「〔判批〕水戸家土浦支審平成 11(1999)-2-15」櫻田嘉章・道垣内正人編『国際私法判例百選』130 頁〔2004 (H16)〕

斎藤彰「〔判批〕水戸家土浦支審平成 11(1999)-2-15」櫻田嘉章・道垣内正人編『国際私法判例百選 (新法対応補正版)』134 頁〔2007 (H19)〕

斎藤彰「〔判批〕水戸家土浦支審平成 11(1999)-2-15」櫻田嘉章・道垣内正人編『国際私法判例百選 (第 2 版)』146 頁〔2012 (H24)〕

斎藤彰「〔判批〕水戸家土浦支審平成 11(1999)-2-15」道垣内正人・中西康編『国際私法判例百選 (第 3 版)』122 頁〔2021 (R3)〕

斎藤秀夫・菊池信男『注解家事審判法』〔改訂版 1992 (H4), 青林書院〕

櫻田嘉章「〔判批〕東京家審平成 1(1989)-10-24」民商法雑誌 104 巻 3 号 404-411 頁〔1991 (H3)〕

櫻田嘉章「〔判批〕山口家徳山支審平成 1(1989)-10-26」民商法雑誌 104 巻 3 号 412-416 頁〔1991 (H3)〕

櫻田嘉章・道垣内正人編『注釈国際私法 (第 2 巻)』〔2011 (H23), 有斐閣〕

櫻田嘉章・佐野寛・神前禎編『演習国際私法 Case30』〔2016 (H28), 有斐閣〕

櫻田嘉章「〔判批〕名古屋家豊橋支審平成 26(2014)-7-17」私法判例リマークス 2017 (H29) (上) 142 頁〔2017(H29)-2〕

櫻田嘉章『国際私法』〔第 7 版 2020 (R2), 有斐閣〕

佐藤やよひ・道垣内正人『涉外戸籍法リステイトメント』〔2007 (H19), 日本加除出版〕

澤木敬郎「〔判批〕福岡家審昭和 29(1954)-12-22」ジュリスト 213 号 77 頁〔1960 (S35)〕

- 澤木敬郎『国際私法入門』〔初版 1972 (S47), 新版 1984 (S59), 第 3 版 1990 (H2), 有斐閣〕
- 新堂幸司『新民事訴訟法』〔第 6 版 2019 (R1), 弘文堂〕
- 『新版注釈民法 (24) 親族 (4) 親子 (2) 養子』〔中川善之助・山島正男編集, 1994 (H6), 有斐閣〕
- 田村精一「〔判批〕山形家審昭和 37(1962)-2-26」ジュリスト 283 号 97 頁〔1963 (S38)〕
- 田村精一「〔判批〕千葉家市川出審平成 1(1989)-6-23」私法判例リマークス 1991 (H3) (上) 160 頁
- 田村精一「〔判批〕神戸家審平成 7(1995)-5-10」私法判例リマークス 1997 (H9) (上) 151 頁〔1997 (H9)〕
- 溜池良夫「渉外人事訴訟および家事審判の諸問題」鈴木忠一・三ヶ月章監修『実務民事訴訟講座 6 (渉外訴訟・人事訴訟)』123 頁〔1971(S46)-4-30, 日本評論社〕(溜池〔1985 (S60)〕393 頁所収)
- 溜池良夫『国際家族法研究』〔1985 (S60), 有斐閣〕
- 溜池良夫『国際私法講義』〔第 3 版 2005 (H17), 有斐閣〕
- 出口耕自「〔判批〕山形家審平成 7(1995)-3-2」ジュリスト 1113 号(平成 8 (1996) 年度重要判例解説) 278 頁〔1997 (H9)〕
- 出口耕自『基本論点国際私法』〔初版 1996 (H8), 第 2 版 2001 (H13), 法学書院〕
- 出口耕自『論点講義国際私法』〔2015 (H27), 法学書院〕
- 道垣内正人『ポイント国際私法』〔第 2 版 2014 (H26), 有斐閣〕
- 長田真理「〔判批〕福島家会津若松支審平成 4(1992)-9-14」ジュリスト 1127 号 141 頁〔1998 (H10)〕
- 中西康・北澤安紀・横溝大・林貴美『国際私法』〔第 3 版 2022 (R4), 有斐閣〕
- 中野俊一郎「〔判批〕盛岡家審平成 3(1991)-12-16」民商法雑誌 108 巻 6 号 955 頁〔1993 (H5)〕
- 中野俊一郎「〔判批〕山形家審平成 7(1995)-3-2」民商法雑誌 116 巻 1 号 144

頁 [1997 (H9)]

西賢「〔判批〕東京家審昭和 36(1961)-2-10」ジュリスト 269 号 101 頁 [1963 (S38)]

西沢修「外国人との養子縁組」『家族法大系 (中川善之助教授還暦記念) IV (親子)』247 頁 [1960 (S35), 有斐閣]

根本洋一「婚姻の実質的成立要件の準拠法——配分的適用の意味——」エコノミア 52 巻 2 号 21 頁 [2001 (H13)]

根本洋一「婚姻届等の国際郵送と方式の準拠法——法律行為の構造と国際私法——」横浜法学 30 巻 2 号 1 頁 [2021 (R3)]

早田芳郎「国際私法における特別養子縁組」家庭裁判月報 40 巻 4 号 1 頁 [1988 (S63)]

榎爪誠「〔判批〕名古屋家豊橋支審平成 26(2014)-7-17」道垣内正人・中西康編『国際私法判例百選 (第 3 版)』118 頁 [2021 (R3)]

不破茂「〔判批〕千葉家市川出審平成 1(1989)-6-23」池原季雄・早田芳郎編『涉外判例百選 (第 3 版)』216 頁 [1995 (H7)]

法務省民事局内法務研究会編『改正法例下における涉外戸籍の理論と実務』 [1989 (H1), テイハン]

本浪章市「〔判批〕盛岡家審平成 3(1991)-12-16」池原季雄・早田芳郎編『涉外判例百選 (第 3 版)』146 頁 [1995 (H7)]

南敏文『改正法例の解説』 [1992 (H4), 法曹会]

南敏文「〔判批〕盛岡家審平成 3(1991)-12-16」櫻田嘉章・道垣内正人編『国際私法判例百選 (第 2 版)』142 頁 [2012 (H24)]

元永和彦「〔判批〕神戸家審平成 7 (1995)-5-10」ジュリスト 1137 号 148 頁 [1998 (H10)]

森田博志「〔判批〕盛岡家審平成 3(1991)-12-16」櫻田嘉章・道垣内正人編『国際私法判例百選』126 頁 [2004 (H16)]

森田博志「〔判批〕盛岡家審平成 3(1991)-12-16」櫻田嘉章・道垣内正人編『国

- 際私法判例百選（新法対応補正版）』130頁〔2007（H19）〕
- 山内惟介「〔判批〕東京家審昭和36(1961)-2-10」池原季雄・早田芳郎編『涉外判例百選（第2版）』144頁〔1986（S61）〕
- 山内惟介「〔判批〕盛岡家審平成2(1990)-8-6」池原季雄・早田芳郎編『涉外判例百選（第3版）』150頁〔1995（H7）〕
- 山木戸克己『家事審判法』〔1958（S33）, 有斐閣〕
- 山下次郎「〔判批〕大津家審昭和60(1985)-9-26」ジュリスト907号95頁〔1988（S63）〕
- 山田鎌一「渉外的養子縁組に関する三つの審判例をめぐって」家庭裁判月報8巻7号1頁〔1956（S31）〕（山田（鎌）〔1969（S44）〕264頁所収）
- 山田鎌一「〔判批〕大阪家審昭和32(1957)-2-27」ジュリスト175号80頁〔1959（S34）〕
- 山田鎌一『国際私法の研究』〔1969（S44）, 有斐閣〕
- 山田鎌一「養子」山田鎌一・澤木敬郎編『国際私法演習』135頁〔1973（S48）, 有斐閣〕
- 山田鎌一『国際私法』〔第1版第5刷1987（S62）, 筑摩書房〕
- 山田鎌一『国際私法』〔第3版2004（H16）, 有斐閣〕
- 横山潤「〔判批〕東京家審昭和62(1987)-6-1」ジュリスト948号228頁〔1990（H2）〕
- Neuhaus, Paul Heinrich: Die Grundbegriffe des Internationales Privatrechts, 2. Aufl.〔1976（S51）〕