HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	成年年齢の準拠法 : 国際養子縁組を題材として
Author(s)	嶋, 拓哉
Citation	北大法学論集, 67(3), 372[21]-350[43]
Issue Date	2016-09-30
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/62952
Type	departmental bulletin paper
File Information	lawreview_vol67no3_04.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

論　　説

成年年齢の準拠法

―― 国際養子縁組を題材として ――

嶋　　拓哉

1．はじめに

家族法においては、認知、養子縁組あるいは親族間の扶養をはじめとして、対象者が成年年齢に達しているか否かにより、要件が加重されることがある。例えば、日本法では、認知に関して、「成年の子は、その承諾がなければ、これを認知することができない」（民法782条）とし、認知対象者が成年者である場合には、その承諾を付加的要件として課している。また、養子縁組に関しては、「配偶者のある者が未成年者を養子とするには、配偶者とともにしなければならない」（同795条本文）、「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」（同798条本文）とそれぞれ規定し、養子となる者が未成年である場合に、養子縁組の成立要件を加重している[1]。

[1] ドイツでは、未成年養子に限り、一定期間の試験的養育（ドイツ民法［以下、条項番号前は「BGB」という］1744条）、および法定代理人もしくは実父母の同意（同1746、1747条）が要求されるほか、夫婦共同縁組が原則とされる（同1747条）。その他にも、オーストリアでは、未成年養子に実父母の同意が求められるほか、実父母の同意に代替する形で裁判所の同意補充が必要とされる場合もある（オーストリア民法181条）。他方で、成年養子の場合に養子の配偶者の同意を成立要件として加重するなど、成年養子を制限的に認める国もある（例えばスイス）。なお、原則として成年養子を認めない国が比較的多い（英国、フランス、ロシア等）。

こうした付加的要件を課すための前提となる「成年年齢」という基準は、現行の日本法では言うまでもなく20歳である（民法４条）[2]。しかしながら、成年年齢は各国一様ではない[3]。純粋な内国事案を想定すれば、日本民法を前提として成年年齢を考えても差支えはないが、渉外事案を想定すれば、果たして対象者が「成年であるか否か」を判断するに当たっていずれの国の法を基準とすべきか、が問題となり得る。このような成年年齢の準拠法の選択肢になり得るのは、次の二つであろうと想定される。

Ａ説：法の適用に関する通則法（以下「通則法」という）４条に拠り定まる行為能力の準拠法

Ｂ説：各身分行為に関する抵触規則に拠り定まる準拠法（例えば、認知であれば通則法29条２項に拠り定まる準拠法、養子縁組であれば同法31条１項に拠り定まる準拠法、親族間の扶養であれば扶養義務の準拠法に関する法律に拠り定まる準拠法）

もっとも、わが国においては、後述の如く、親族間の扶養に関する裁判例を巡って、扶養権利者が成年であるか否かを判断するに当り準拠法に関する議論が多少はなされたものの、それ以外の局面では、かかる問題を明示的に取り上げる形で議論が展開されてはこなかったように思われる。本稿では、主として国際養子縁組の事案を念頭に置いた上で、ドイツにおける議論状況も参照しつつ、この問題について若干の考察を加えることとしたい。

---

[2] 平成27年６月の公職選挙法改正により、選挙権付与年齢が従前の20歳から18歳に引き下げられ、同28年６月から施行されている（公職選挙法９条１項）。また、民法の一部を改正する法律案（第189回国会提出）では成年年齢の引下げに触れていないものの、政府内では別途、上記の選挙権付与年齢と平仄を合わせ、成年年齢を18歳に引き下げる方向で検討を進めている。

[3] 欧州および北米では成年年齢を18歳とする国が比較的多く、世界的に見ても、中国や豪州等も含めて成年年齢を18歳と定める国が多数を占める。他方で、アフリカ諸国やラテンアメリカでは成年年齢を21歳と定める国が多い。20歳を成年年齢とするのは日本のほか、台湾、タイ、ニュージーランド等である。それ以外にも、16歳（ネパール等）、17歳（北朝鮮）、19歳（韓国等）を成年年齢とする国がある。

２．具体的な検討事項

イ．養子縁組の準拠法を適用するに当たっての問題

検討事項を具体的に説明するために、次の二つの国際養子縁組の事案を想定する。なお、これら事案に関する限り、反致の成立は想定しない。

［事案１］

養親となるべき者Ｘは日本人であり、その配偶者Ｙおよび養子となるべき者Ｚはともに甲国人である。なお、Ｚは20歳であり、甲国法上の成年年齢は21歳である。甲国法では、通則法31条１項後段に掲げる要件を課していない。

［事案２］

養親となるべき者Ｘは日本人であり、その配偶者Ｙおよび養子となるべき者Ｚはともに甲国人である。なお、Ｚは19歳であり、甲国法上の成年年齢は18歳である。甲国法では、通則法31条１項後段に掲げる要件を課していない。

養子縁組を巡る法の適用関係については、通則法31条１項に拠る。養子縁組の準拠法は、同項前段に基づき、「縁組の当時における養親となるべき者の本国法」である。しかしながら、同項後段にはセーフガード条項が設けられ、「養子となるべき者の本国法によればその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」旨規定する。以上の規定に基づき、事案１および２のいずれにおいても、ＸＺ間の養子縁組の準拠法は通則法31条１項前段に基づき日本法、同項後段のセーフガード条項に基づき適用されるのは甲国法ということになる。

事案１において、養子縁組準拠法（日本法）のうち民法795条、798条が適用されるか否かは、養子となるべき者Ｚが成年年齢に達しているか否かに拠る。通則法４条に基づき行為能力準拠法（甲国法）に拠れば、Ｚは「未成年」と評価されるが、他方において、養子縁組準拠法（日本法）に拠ればＺは「成年」と評価される。また事案２においては、通則法４条に基づき行為能力準拠法（甲国法）に拠れば、Ｚは「成年」と評価され

るが、他方において、養子縁組準拠法（日本法）に拠ればＺは「未成年」と評価される。これら事案設定に拠る限りは、養子となるべき者の本国法（甲国法）は通則法31条１項後段に掲げる要件を課していないことから、ＸＺ間の養子縁組の成否を決するのは専ら同項前段に基づく養子縁組準拠法（日本法）ということになる。そこで、日本民法795条、798条の適用の有無を判断するに当たって、Ｚが成年であるか否かの判断基準を果たしていずれの法規範に委ねるべきであろうか。これが本稿における第一の検討事項である。

ロ．養子となるべき者の本国法を適用するに当たっての問題

上記（イ.）と類似する問題は、セーフガード条項に基づき養子となるべき者の本国法を適用するに当たっても生じ得る。次の事案に沿って、具体的に問題の所在を説明する。

［事案３］

養親となるべき者Ｘは日本人であり、その配偶者Ｙおよび養子となるべき者Ｚはともに甲国人である。なお、Ｚは20歳であり、甲国法上の成年年齢は21歳である。甲国法では、養子となるべき者が未成年の場合には、その三親等内の親族すべての同意を要する旨の規定がある。また、甲国の国際私法によれば、行為能力の準拠法はその者の常居所地法とされており、Ｚは日本に居住している。

事案３でも、通則法31条１項前段に基づきＸＺ間の養子縁組の準拠法は日本法であり、同項後段のセーフガード条項に基づき適用されるのは甲国法である。上記（イ.）で指摘したとおり、養子縁組準拠法（日本法）の適用に当たって、養子となるべき者Ｚが未成年として評価されるか否かが問題になるが、その結論に関わりなくＺの三親等内の親族すべての同意を要求する甲国法規定の適用が議論されなければならない。Ｚが未成年であることがこの甲国法規定の適用要件であるが、やはりこの場合にも、Ｚが成年であるか否かを判断するための基準をいずれの国の法規範に求めるべきかが問題となるであろう。考えられる選択肢は、通則法４条に拠り定まる行為能力準拠法、もしくは通則法31条１項後段が指し示す養子となるべき者Ｚの本国法であろう。事案３に沿って具体的に論

じると、このうち前者の見解を採用すると、成年年齢の準拠法は通則法41条の反致が成立する結果として日本法になることから、Ｚは「成年」と判断される。これに対して、後者の見解に拠れば、成年年齢の準拠法は甲国法であるからＺは「未成年」と判断される[4]。即ち、成年年齢を巡る抵触規則を如何に考えるかに拠り、Ｚの三親等内の親族すべての同意を要求する甲国法規定の適用を巡り異なる帰結をもたらすことになるのである。

３．わが国における従前の議論

イ．養子縁組の準拠法を適用するに当たっての問題

（１）裁判例

殊養子縁組の事案に限れば、この点を論じた裁判例は存在しない。また養子縁組の事案という枠を離れ一般的に言っても、各国毎に成年年齢が異なるにせよ、成年年齢を18歳から21歳までの間に設定している国が殆どであり、偏差が大きいわけではない。このため、事例１乃至３のように、法体系毎に成年か否かの判断が区々異なりこの点が実質的な争点になる事例は然程生じ得ないであろう[5]。そうした中にあって、親族間の扶養に関連して扶養権利者が成年であるか否かが争点とされた裁判例（東京高決平成18年10月30日判時1965号70頁、以下「平成18年東京高決」という）が存在する。これは、原告Ｘ（中国籍、日本在住）が被告Ｙ（中国籍、日本在住）に対して中国法の成年年齢（18歳）に達した日以降の扶養料の支払いを求めた事案であるが、東京高裁は、扶養義務の準拠法

[4] 通則法31条１項後段（セーフガード条項）に基づく養子となるべき者の本国法に関しては、反致の成立を否定するのが立法担当者の見解である（南敏文『改正法例の解説』（法曹会、1992年）207頁以下）。また、現在の多数説を占める（櫻田嘉章『国際私法〔第６版〕』（有斐閣、2012年）119頁、澤木敬郎＝道垣内正人『国際私法入門〔第７版〕』（有斐閣、2012年）46頁、櫻田嘉章＝道垣内正人編『注釈国際私法〔第２巻〕』（有斐閣、2011年）325 ～ 326頁［北澤安紀］、神前禎ほか『国際私法〔第３版〕』（有斐閣、2012年）67 ～ 68頁［元永和彦］等）。

[5] 松岡博［高杉直補訂］『国際関係私法講義〔改題補訂版〕』（法律文化社、2015年）81頁。

に関する法律に基づき、ＸＹ間の扶養義務の準拠法を日本法とした上で、「日本の法律においては、原則として扶養権利者が成年に達するかどうかで扶養の内容や程度が異なる（生活保持義務か、生活扶助義務か）ものと解されるところ、Ｘは、18歳からの扶養料の先払いを求めているため、扶養義務の程度及び内容の決定のための先決問題として、Ｘがいつ成年に達したかが問題となる。一般的には、先決問題の準拠法については当該問題の準拠法によるものと解されているところ（最高裁判所平成12年１月27日第一小法廷判決・民集54巻１号１頁参照）、扶養義務については、その先決問題について主問題である扶養義務の準拠法国の法律によるべきであるとの見解もある。しかし、扶養義務のみに関し、一般とは異なった取扱をすべき明文の規定も特段の事情もないから（なお、扶養義務の準拠法に関する条約２条１項は、先決問題の取扱いを締約国の判断に委ねていると解される。）、Ｘがいつ成年に達したかの点については、法例３条（通則法４条に相当）が指定する準拠法によることとする」（執筆者により若干の補記を行っている）との判旨を展開した。この裁判例は飽くまで親族間の扶養について判示したものではあるが、その判旨を読む限り、裁判実務では、渉外的身分関係の成立が争われる中で当事者が成年であるか否かが問題となる場合には、これを先決問題として捉え通則法４条に拠り準拠法を決するのが一般的であると捉えているように思われる。

（２）学説

養子縁組準拠法のうち一部規定の適用要件として、養子となるべき者が未成年であることが想定されているような場合（具体的な事案は２．イ．を参照）に、成年か否かに関する判断基準をいずれの法に求めるかを明示的に取扱った従前の議論は然程存在しない。

その中にあって、長田真里先生は、養子となるべき者が成年であるか否かという問題を先決問題として捉え、その判断基準を、通則法４条に基づきその者の本国法に求める立場（１．のＡ説）に依拠しているようである。具体的には、平成25年司法試験（国際関係法［私法系］）第１問の解答例の中で、「（通則）法31条１項によれば、養子縁組は縁組の当時における養親となるべき者の本国法による、とされる。従って、本問においては、Ｈ（＝養親となるべき者）は自らの本国法である日本法の求

める要件を満たさなければならない。日本民法795条によれば、配偶者のある者が未成年者を養子とする際には配偶者とともにしなければならないとされる。それでは本問においてＣ（＝養子となるべき者）は未成年者であるか。未成年者であるか否かについては（通則）法４条により当事者の本国法にしたがって決定する。ここでＣの本国法は題意により甲国法であり、甲国法①によれば、年齢18歳をもって成年とされることから８歳未満であると考えられるＣは未成年者である」[6]（括弧内は執筆者による補記である）との記述を展開している。

また、平成18年東京高決を支持する学説も多い[7]。これらの見解は、扶養義務の程度を判断するための前提として扶養権利者が成年であるか否かを決定する必要があることから、後者を先決問題として捉えて通則法４条に基づき扶養権利者の本国法をその準拠法とする立場を採用している。これら見解は飽くまでも親族間の扶養問題に関連して議論を展開しているが、その基本的な考えは養子縁組等その他の渉外的身分関係にも妥当するように思われる。例えば、早川眞一郎先生は、平成18年東京高決の評釈の中で「扶養義務については、親族関係等の存否が前提として問題となることがあるが、これについて、先決問題一般の処理とは異なり、扶養義務準拠法によるべきであるとする見解がある。その見解によれば、成年年齢についても扶養義務準拠法によることになろうが、本決定は、これを否定した。扶養義務についてだけ特別扱いする理由はないという本決定の判断は、現在の学説の大勢でもあり、妥当であろう」[8]との評価を示しているが、これなどは、扶養以外の身分関係一般についても、抵触法上平成18年東京高決と同様の法律構成で処理を行うのが一般的であること、および成年年齢もこれら身分関係の先決問題として通則

[6] 法学セミナー編集部編『別冊法学セミナー・司法試験の問題と解説2013』（日本評論社、2013年）379頁［長田真里］。

[7] 櫻田嘉章＝道垣内正人編『国際私法判例百選〔第２版〕』（有斐閣、2012年）43頁［中林啓一］、155頁［早川眞一郎］、北坂尚洋「判批」平成19年度重判解［ジュリスト1354号］321 ～ 322頁（2008年）、道垣内正人「判批」判例評論591号38頁［判例時報1996号200頁］。

[8] 櫻田＝道垣内編・前掲注（７）155頁［早川］。なお、同43頁［中林］もこれとほぼ同旨。

法４条に基づき準拠法を決すべきであることを、正面から肯定する論旨として位置付けられるであろう。

これに対して、各身分行為の準拠法に成年年齢の問題を拠らしめる見解（１．のＢ説）も提唱されている。奥田安弘先生は、この論点を明示的に取上げ、「通則法４条１項は、年齢による行為能力の制限を本人の本国法によらせるが、養親の本国法により要件とされる裁判所の許可が未成年者だけを対象とする場合には、未成年者であるか否かは、養親の本国法によるべきである。たとえば、養子縁組の準拠法が日本法である場合、わが国の民法は、未成年者の普通養子について、原則として家庭裁判所の許可を要件とするが(民法798条)、そこでいう「未成年者」とは、わが国民法にいう未成年者、すなわち20歳未満の者をいう。これは、養子縁組の代諾を要する年齢を15歳未満としていることに鑑みて（民法797条１項)、家庭裁判所の許可を要する年齢を20歳未満と規定する代わりに、未成年と規定したにすぎないと考えられるからである。(中略) 同様に、養親の本国法である外国法が未成年養子をのみを認めている場合、成年年齢も養親の本国法によるべきである」と論じる[9]。また櫻田嘉章先生は、平成18年東京高決に関連して、「日本法上、扶養の内容・範囲はたしかに要扶養者の年齢により異なるが、行為能力を有する場合には独立生計が可能なので、成年年齢が一応の基準とされるが、行為能力＝成年年齢と完全に結びついているものではなく、日本法によっても、原則は成年に達するまでであるが、それは絶対ではなく、要扶養状態(ママ)＝行為能力、成年年齢ではない。従って、むしろ行為能力を有するか否かは絶対的な先決問題であるとはいえず、むしろ扶養の程度・内容を決める一つの要素であり、従って、扶養義務の準拠法によらしめても差し支えないのではないであろうか」[10]との考えを表明している。勿論のこと、かかる櫻田先生の見解は親族間の扶養の問題に関連して示されたものであり、養子縁組や認知にも直ちにその射程が及ぶわけではないが、その基本的な骨子は養子縁組等の事案においても共有され得るものと考えられる。

---

[9] 奥田安弘『国際家族法』(明石書店、2015年) 245 ～ 246頁。

[10] 櫻田嘉章「判批」私法判例リマークス37 [2008年下] 号151頁 (2008年)。

ロ．養子となるべき者の本国法を適用するに当たっての問題

平成元年法例改正前は、旧法例19条１項が養子縁組の各当事者について本国法の配分適用を規定していた。しかしながら、平成元年法例改正において、これを改め、法例20条１項前段で養親の本国法を養子縁組準拠法とする旨規定したうえで、同項後段にセーフガード条項を盛り込んだ。これにより、養親の本国法を養子縁組準拠法としつつも、養子の本国法に基づく保護要件の充足も併せて要求されることとなり、この基本的な枠組みが現行の通則法31条１項にも承継されている。既に事案３（２．ロ．を参照）で示唆したが、養子となるべき者の成年年齢の判断基準を行為能力準拠法に求めるか、それともセーフガード条項が規定する養子となるべき者の本国法に求めるかでは、具体的な結論が異なる可能性がある。それは主として、前者については反致の適用があるのに対して、後者の場合には反致の適用を否定するのが一般的であることに起因する[11]。もっとも、養子となるべき者の本国法を適用するに当たって、その者が成年であるか否かの判断をいずれの国の法に委ねるべきかという問題を明示的に取扱った従前の議論は、わが国には存在しない。

４．ドイツにおける議論状況

イ．養子縁組に関する抵触規則

ドイツ国際私法（以下、条項番号前は「EGBGB」という）22条１項は、「養子縁組は養親の本国法に拠る。夫婦の一方もしくは双方が養子縁組を行う場合には、14条１項に基づき決せられる婚姻の一般的効力の準拠法に拠る」と規定したうえで、同23条では、「認知、命名または養子縁組に対する、子およびそれと家族法上の関係にある者による同意の要否

[11] 勿論、仮にセーフガード条項（通則法31条１項後段）について反致（同41条）の適用を肯定する立場に依拠したとしても、成年年齢の準拠法を行為能力の準拠法に求めた場合との間で、具体的な結論が一致するとは限らない。それは養子の本国国際私法の規定如何によって、行為能力準拠法、セーフガード条項が規定する養子となるべき者の本国法のいずれか一方についてのみ反致が成立する場合を想定し得るからである。

および付与は、追加的に子の本国法に拠る。前段の規定にかかわらず、子の福祉に必要な限りにおいてドイツ法が適用され得る」と規定する。養子縁組に関するドイツ国際私法の枠組みは、①原則として、養子縁組の準拠法を養親の本国法に求めていること、および②セーフガード条項を設け、養子の保護要件については累積的にその本国法が適用されること、という二点において、わが国の通則法と共通する。ドイツ国際私法は、①夫婦による養子縁組の準拠法について特別の抵触規則を設けていること、②子の保護要件に関して特別の公序規定を設けて、ドイツ法適用の余地を留保していること等の点においてわが国通則法との相違が認められるものの、大局的に見れば、わが国通則法と同じ基本構造を備えていると評価し得る。こうした認識の下で、ここではドイツ国際私法における議論状況を参照する。

ロ．養子縁組の準拠法を適用するに当たっての問題

（１）裁判例

ドイツでは、養子縁組の準拠法を適用するに当たって、養子となるべき者が成年であるか否かが問題になる場合には、これを先決問題として捉え行為能力の準拠法に基づき判断すべきとの立場（１．のＡ説）を採る下級審裁判例（1999年11月15日付カールスルーエ高等裁判所決定）[12]が存在する。

この事案は、アフガニスタン国籍の兄弟が1990年代に相次いで政治難民としてドイツに入国し、その後兄（Ｘ）はドイツ国籍の女性（Ｚ）と婚姻し、実弟（Ｙ）との夫婦共同養子縁組を申請したものの、半年後にはＸＺの婚姻が破綻しＺが自身の養子縁組の申立てを取り下げたことから、最終的にＸがＹとの単独養子縁組を求めたものである。Ｘは当初未成年養子縁組を申立てたが、簡易裁判所および地方裁判所はこれを認めなかった。これに対して、カールスルーエ高等裁判所は、Ｘに成年養子縁組の申立ての機会を与えＸもこれに応じたため、Ｘの申立てを認容し

[12] OLG Karlsruhe, Beschluss v. 15. 11. 1999, FamRZ 2000, 768. なお、同様の立場に拠るものとして、LG Stade, Beschuluss v. 27. 8. 1975, FamRZ 1976, 232; OLG Bremen Beschluss v. 15. 3. 2006, FamRZ 2007, 930等がある。

た。その決定理由の中で次のとおり判示した。

「これまでの事実認定によれば、ＸによるＹとの養子縁組にはドイツ法が適用される。従前簡易裁判所と地方裁判所に対して、Ｘからは未成年養子縁組を求める申立てがなされていた。しがしながら、養子となるべき者が未成年か成年かという先決問題の準拠法はEGBGB７条に基づきアフガニスタン法であり、同国法によれば、Ｙは1998年12月26日付で満18歳を迎え成人となっている。原審が的確に論じているとおり、未成年養子縁組の申立てが認められるのは、裁判所による後見的判断がなされる時点において養子となるべき者が未成年である場合に限られる。従って、未成年養子縁組に関する本件申立ては認められない。」

（２）学説

学説では、上記の裁判実務を支持して、養子が成年であるか否かという問題を先決問題として位置付け、EGBGB７条により行為能力準拠法に沿ってこれを判断する見解[13]と、EGBGB22条１項が定める養子縁組準拠法に基づき判断すべきとの見解が拮抗している[14]。このうち後者が通説的立場にあると考えられているようである。前者の見解は理由を付さず裁判実務と同じ結論を記すのみであるが、後者の見解の中には自説の論拠を示しているものもある。例えば、Lüderitz 教授は、「養子縁組の準拠法では、争点となっている養子縁組が一般的に成立し得るのか、それとも成年養子縁組として成立し得るのかという問題は、子が未成年であるか否かによって左右される。従って、これは独立連結を試みる

[13] Erman BGB, 12. Aufl. (Dr. Otto Schmidt, 2008), EGBGB Art.22 Rdn. 14 [G. Hohloch]; Palandt BGB, 72 Aufl. (C.H.Beck, 2013), EGBGB Art. 22 Rdn. 1 [K. Thorn]; E. Brödermann/J. Rosengarten, Internationales Privat- und Zivilverfahrensrecht (Franz Vahlen, 2015), Rdn. 511. [K. Klingel].

[14] Münchener Kommentar BGB, Band 10 [Internationales Privatrecht], 5. Aufl. (C. H. Beck, 2010), EGBGB Art. 22 Rdn. 20 [H. Klinkhardt]; Staudinger BGB, Art 7, 9-12, 47, 48 EGBGB (de Gruyter, 2013), EGBGB Art. 7 Rdn. 66 [R. Hausmann]; M. Andrae, Internationales Familienrecht, 3. Aufl (Nomos, 2014), §７ Rdn. 35; A. Lüderitz, Internationales Privatrecht, 2. Aufl. (Alfred Metzner, 1992), Rdn. 390.

EGBGB７条の目的を促すような性質を有する問題ではない。外国法上の養子縁組制度を適用するに当たって、年齢境界の問題を当該外国法に委ねないとすれば、その外国法上の制度を歪なものにしてしまう。年齢境界の問題はその外国法制に沿って判断されるべきである」[15]とし、養子が成年であるか否かという問題を先決問題として捉えるのではなく、部分問題（die Teilfrage）あるいは本問題の一部と位置付け、養子縁組の準拠実質法上の一要件として処理すべしとの立場に依拠している[16]。

ハ．養子となるべき者の本国法を適用するに当たっての問題

既述（４．イ．を参照）のとおり、EGBGB23条は、認知、命名または養子縁組に対する、子およびそれと家族法上の関係にある者による同意の要否および付与について、各身分行為の準拠法（養子縁組の場合はEGBGB22条１項により定まる準拠法）とともに、子の本国法を累積的に適用する趣旨である[17]。従って、EGBGB23条の規定は、後者の法が前者の法よりもより厳格な同意要件を設けている場合に実際的な意義を有することになるが、これは、子の本国法を追加的に適用することにより、子の本国法の適用がなされないことで子の地位に本質的な変更が生じる事態を回避することを目的としている[18]。すなわち、同条は、わが国通則法31条１項後段と同様に、核心的領域における子の利益保護を図るためのセーフガード条項として位置付けることが可能である[19]。

（１）裁判例

---

[15] A. Lüderitz, a.a.O. (Fn. 14), Rdn. 390.

[16] Münchener Kommentar BGB, a.a.O. (Fn. 14), EGBGB Art. 22 Rdn. 20 [H. Klinkhardt] もほぼ同旨。

[17] Staudinger BGB, a.a.O. (Fn. 14), EGBGB Art. 7 Rdn. 67 [R. Hausmann]; Münchener Kommentar BGB, a.a.O. (Fn. 14), EGBGB Art. 23 Rdn. 5 [H. Klinkhardt]; Palandt BGB, a.a.O. (Fn. 13), EGBGB Art. 23 Rdn. 1 [K. Thorn]; Bamberger/Roth BGB, 3. Aufl (C. H. Beck, 2012), EGBGB Art. 23 Rdn.6 [B. Heiderhoff]; T. Rauscher, Internationales Privatrecht, 4. Aufl. (C. F. Müller, 2012), Rdn. 1014.

[18] Bamberger/Roth BGB, a.a.O. (Fn. 17), EGBGB Art. 23 Rdn.1 [B. Heiderhoff].

[19] Palandt BGB, a.a.O. (Fn. 13), EGBGB Art. 23 Rdn. 1 [K. Thorn].

EGBGB23条により指定された養子となるべき者の本国法の適用に当たり、その者が成年であるか否かが問題になる場合に、これに関する抵触規則を何処に求めるべきかという問題を正面から取扱った裁判例は、ドイツにも存在しない。

もっとも、トルコ国籍の父親がイタリア国籍の子に対して行った認知の有効性を判断するに当たり、EGBGB23条に基づき子の本国法（イタリア法）を参照したところ母親による同意要件が課されていたことから、その要件の充足が実質的な争点とされた下級審裁判例（1989年11月15日付ステュットガルト地方裁判所決定[20]）がある。この事案では、母親がドイツの戸籍管掌者にこの同意を表明したことにより方式が充足されたか否かが問題とされたが、裁判所は、この方式の準拠法をEGBGB23条に基づきイタリア法ではなく、同11条１項に基づき行為地法であるドイツ法に求めた。この判旨を踏まえて、学説の中には、子の年齢も同意の方式も子の本国法上の同意要件の前提問題という点では同位であることから、後者について独立連結に拠る以上は、前者も同様に独立連結を用いてEGBGB７条で処理するとの帰結に至るのではないか、と解する向きも見受けられる[21]。

（２）学説

学説では、この問題に関して争いがある。まず、EGBGB23条が子の本国法上の規準を明示的に選択し、それに子の保護を委ねている以上、その趣旨を踏まえて、子が成年であるか否かという問題も同条が規定する養子となるべき者の本国法に拠るべきとの見解がある[22]。他方で、子が成年であるか否かという問題を先決問題として捉え、EGBGB７条に基づき養子となるべき者の本国法に判断を委ねるべきとする見解も存在する[23]。ドイツでは、EGBGB23条における指定が総括指定

[20] OLG Stuttgart, Beschluss v. 15. 11. 1989, FamRZ 1990, 559, 560.

[21] Erman BGB, a.a.O. (Fn. 13) , EGBGB Art. 23 Rdn. 10 [G. Hohloch].

[22] Bamberger/Roth BGB, a.a.O. (Fn. 17), EGBGB Art. 23 Rdn. 9 [B. Heiderhoff]; Münchener Kommentar BGB, a.a.O. (Fn. 14), EGBGB Art. 23 Rdn. 9 [H. Klinkhardt]; Staudinger BGB, Art 19-24 EGBGB; ErwSÜ (de Gruyter, 2014), EGBGB Art. 23 Rdn.16 [D. Henrich].

[23] Palandt BGB, a.a.O. (Fn. 13), EGBGB Art. 23 Rdn. 3 [K. Thorn]; Erman BGB,

(Gesamtverweisung) であることを否定し、同条への反致の適用を認めないとする下級審裁判例 (1988年２月17日付バイエルン高等裁判所決定)[24]が存在しており、かかる裁判実務を支持する学説も少なくない[25]。EGBGB23条について反致の成立を否定する立場に依拠すれば、上記のいずれの見解を採るかによって、成年年齢の準拠法に関する具体的な結論が異なる可能性は高くなる[26]。

５．私見

イ．小括

以上のとおり、日本およびドイツにおける議論状況を概観したが、養子の成年年齢に関する準拠法を巡って、統一した見解は存在しない。

このうち、養子縁組準拠法の適用局面に関しては、日本およびドイツいずれにおいても、子が成年であるか否かの判断を養子縁組準拠法に拠らしめる見解と行為能力準拠法に拠らしめる見解が見受けられる。日本ではかかる論点が明示的に取上げられてきたとは言い難いが、少なくと

---

a.a.O. (Fn. 13), EGBGB Art.23 Rdn. 5 und 10 [G. Hohloch]

[24] BayObLG, Beschluss v. 17. 2. 1988, IPRax 1989, 172. なお、同様の立場に拠るものとして、LG Bielefeld, Beschluss v. 3. 5. 1989, FamRZ 1989, 1338。

[25] Palandt BGB, a.a.O. (Fn. 13), EGBGB Art. 23 Rdn. 2 [K. Thorn]; J. Kropholler, Internationales Privatrecht, 6. Aufl. (Mohr Siebeck, 2006), 423. これに対して、EGBGB23条を総括指定と位置付け反致の適用を肯定する見解も根強く提唱されている (Staudinger BGB, a.a.O. (Fn. 22), EGBGB Art. 23 Rdn. 6 [D. Henrich]; Erman BGB, a.a.O. (Fn. 13), EGBGB Art.23 Rdn. 4 [G. Hohloch]; Soergel BGB, Band 10, 12. Aufl. (Kohlhammer, 1996), EGBGB Art. 23 Rdn. 24 [A. Lüderitz])。

[26] もっとも、仮に EGBGB23条を総括指定と位置付け反致の適用を肯定する見解に依拠したとしても、EGBGB７条に拠るか、EGBGB23条に拠るかで、成年年齢の準拠法に関する具体的な結論が一致するとは限らない。それは養子の本国国際私法の規定如何によって、EGBGB７条か同23条のいずれか一方についてのみ反致が成立する場合を想定し得るほか、ドイツでは単純反致のみならず転致も認められていることから、仮令双方につき反致が成立したとしても、本国の国際私法の規定如何によっては反致に基づく具体的な法指定が異なる場合が存在し得るからである。

も学説のレベルでは、両説による対立図式を看取し得る。他方ドイツでは、裁判実務（下級審裁判例）が後者の見解に依拠するが、学説では、かかる裁判実務を支持する立場とこれに反対する立場とに分かれ、両説の対立構造が比較的明確な態様で顕現化している。

また、セーフガード条項に基づく養子となるべき者の本国法の適用局面に関連して、日本ではこの論点を明示的に取扱った議論はいまだ展開されていない。他方ドイツでは、かかる論点を直接取扱った裁判例は存在しないものの、学説では、EGBGB23条に基づき養子となるべき者の本国法に拠らしめる見解と、EGBGB７条に基づき行為能力準拠法に拠らしめる見解が対立している。

ロ．基本見解

既に述べた（１．を参照）ように、日本民法では、養子となるべき者が成年であるか否かにより養子縁組の要件が異なるが、こうしたことは日本に限られるものではなく、比較法的にも見受けられる事象である。ここでは、養子縁組の準拠法または養子となるべき者の本国法（以下、これらを纏めて「養子縁組準拠法等」ということがある）上、養子となるべき者が成年であるか否かによって具体的に適用される実質法規定が異なることを前提として、成年年齢の準拠法を何処に求めるべきかが問題とされているわけであるが、まずは抵触法上、回答が求められている実体事象が如何なるものであるのか（すなわち、具体的な実体事象の性質決定）を検討する必要があるだろう。養子縁組の前提として「養子となるべき者が成年であるか否か」という議論がなされる場合に、これを抵触法上「養子が完全な財産的行為能力を有しているか否か」という問題として捉えるとすれば、通則法４条（EGBGB７条）に沿って行為能力準拠法に送致されるべき、との帰結に至るであろう。これに対して、抵触法上、行為能力の問題との直接的な関連を否定し、「財産的行為能力の問題とは関係なく、単に養子縁組の実質的成立要件として一定の年齢要件を充足しているか否か」が問われている[27]と考えるならば、養子縁

[27] 本問題の一部をなす事項として「部分問題（die Teilfrage）」と呼ばれることがある（B. von Hoffmann/K. Thorn, Internationales Privatrecht, 9. Aufl. (C. H.

組準拠法等に送致されるべき、との結論が得られるであろう。

また、視点を変えれば、成年年齢の問題を切欠として、養子となるべき者の保護という実体的目的に照らして、その者の保護をどの程度一体的に養子縁組準拠法等に委ねるのが最適かという観点に立脚して、より一般的な形で検証を加えることも可能であると思われる。養子縁組の成立に当たり如何なる実質法上の要件が課されるかは、養子となるべき者の年齢に止まらず、その他様々な前提に応じて変わり得る。例えば、養親が婚姻しているか否か、養親の実子が存在するか否か、養子に配偶者が居るか否か、養親と養子の間に親族関係が存在するか否かなどの前提条件に応じて、実質法上の成立要件が異なる可能性がある。わが国国際私法の通説的理解として先決問題は法廷地国際私法に基づき指定される当該問題の準拠法に拠るとされる[28]が、他方、各国の実質法では、様々な前提条件の組み合わせに応じて区々、付加的な要件を設定し、総体として養子縁組に関する体系的枠組みを構築している。特に、養子縁組関係の実体的本拠がわが国でありかつその準拠法が日本法とされる場合に、わが国国際私法の立場から、養子縁組の前提条件の一部を切り取り、その判断を他国の実質法に委ねるとすれば、養子縁組準拠法所属国であるわが国の実質法が体系的に提供する子の利益保護に支障が生じる惧れも否定し得ない。

（１）通則法４条の単位法律関係との関係

通則法４条の単位法律関係は「人の行為能力」と規定されるが、これが財産的な行為能力を指すという点では異論を見ない[29]。身分的な行為

Beck, 2007), 235f.）。

[28] 最判平成12年１月27日民集54巻１号１頁。櫻田・前掲注（４）146頁、澤木＝道垣内・前掲注（４）23頁、神前ほか・前掲注（４）33頁［元永］、中西康ほか『LegalQuest 国際私法』（有斐閣、2014年）123頁等。なお、学説の中には、先決問題を、具体的問題に応じて法廷地国際私法と本問題準拠法所属国国際私法のいずれかに拠らしめる見解（折衷説）を採用するものもある（山田鐐一『国際私法〔第３版〕』（有斐閣、2004年）163頁、木棚照一ほか『国際私法概論〔第５版〕』（有斐閣、2007年）82頁［木棚］）。

[29] 櫻田・前掲注（４）162頁、澤木＝道垣内・前掲注（４）162頁、櫻田嘉章＝道垣内正人編『注釈国際私法〔第１巻〕』（有斐閣、2011年）108頁［早川吉尚］、中

能力は各行為の準拠法に委ねるべき問題と考えられており、通則法４条の単位法律関係には含まれない[30]。すなわち、通則法４条は、単に「成年に達する年齢」一般ではなく、「完全な財産的行為能力を取得する時点という意味での成年年齢」、即ち「年齢による財産的行為能力の制限」を規律していると考えるべきである[31]。

養子縁組において子の成年年齢が問題とされる場合に、これを通則法４条により行為能力準拠法に拠らしめるべきか否かは、結局のところ、この問題を財産的行為能力の問題として性質決定しても良いか否かということと同義である。わが国やドイツのように、子が成年であるか否かによって養子縁組の要件に差違を設けている実質法制を採用する国があるが、その趣旨は総じて言えば、「適切な監護による子の福祉の確保」に求められ、一般に未成年を養子とする場合には、その福祉に資するべく追加的な要件が課されている場合が多い[32]。従って、養子縁組の局面で子が成年年齢に達しているか否かが問題とされる多くの場合には、そこで問われている実体問題は子の要監護性であって、財産的行為能力の有無とは間接的には兎も角、少なくとも直接的には関係を有しない、と考えるべきであろう。

また、通則法31条１項の単位法律関係には縁組能力が含まれるとする見解が一般的である[33]が、養子をする能力が「養親としての縁組能力」

西ほか・前掲注（28）201頁、松岡博編『国際関係私法入門〔第３版〕』（有斐閣、2012年）78 ～ 79頁［田中美穂］、木棚照一編著『国際私法』（成文堂、2016年）161頁［木棚］、櫻田＝道垣内編・前掲注（７）43頁［中林］。

[30] 櫻田・前掲注（４）162頁、澤木＝道垣内・前掲注（４）162頁、櫻田＝道垣内編・前掲注（29）108頁［早川］、中西ほか・前掲注（28）201頁、松岡博編・前掲注（29）78 ～ 79頁［田中］、木棚編著・前掲注（29）160 ～ 161頁［木棚］、櫻田＝道垣内編・前掲注（７）43頁［中林］。

[31] この点はドイツも同様であり、EGBGB７条の規律対象は通常、“Volljahrigkeit im Sinne voller Geschäftsfähigkeit”と捉えられている（Staudinger BGB, a.a.O. (Fn. 14), EGBGB Art. 7 Rdn. 41 [R. Hausmann]）。

[32] 例えば、わが国民法における未成年養子縁組の特則の立法趣旨に関しては、二宮周平『家族法〔第３版〕』（新世社、2009年）189 ～ 191頁を参照。

[33] 櫻田・前掲注（４）162頁、317頁、澤木＝道垣内・前掲注（４）161 ～ 162頁、櫻田＝道垣内編・前掲注（４）119頁［植松真生］、中西ほか・前掲注（28）337頁、

であるとすれば、養子縁組の客体たり得るかは「養子としての縁組能力」の問題として捉えることも可能であろう。ここでまず、通則法31条１項前段に基づく養子縁組準拠法上、日本民法792条の如く、成年年齢に達した者に養子をする能力（養親としての縁組能力）を認めている場合を想定してみたい。当事者が成年であるか否かの判断一般を通則法４条に拠らしめる見解に従えば、この場合、養親が成年であるか否かという問題についても通則法４条に拠り決することになるが、これでは、通則法４条の適用範囲を財産的行為能力に限定し、身分的行為能力の問題を各行為の準拠法に委ねたにも拘わらず、結局のところ、養親としての縁組能力を通則法４条に拠らしめるという帰結を許容するに等しくなってしまう。通則法31条１項前段に基づく養子縁組準拠法が、養親としての縁組能力の要件として、「完全な財産的行為能力を取得する時点という意味で成年年齢に到達していること」を要求しているのであれば兎も角、単に養親としての縁組能力の要件として「成年年齢として規定される一定年齢への到達」を要求するに止まるのであれば、こうした帰結は妥当ではない。そうであれば、養子としての縁組能力についても、養子縁組準拠法において財産的行為能力の問題と切り離し、付加的要件を課すための基準として単に一定年齢としての成年年齢が用いられている場合には、養親としての縁組能力と同様に、通則法31条１項前段により定まる養子縁組準拠法に拠らしめるのが適当であると思われる。なお、このことはセーフガード条項に基づく養子となるべき者の本国法についても同様に当てはまる。

（２）準拠法による一体的な子の保護という要請

各国の実質法では、様々な前提条件の組み合わせの下で、総体として養子縁組に関する体系的枠組みを構築しているが、国際私法は、養子縁組の問題をその準拠法に委ねる一方で、前提条件の一部を切り取り、各々対応する抵触規則に基づいて、その判断を他国の実質法に委ねることがある。各国実質法における均整の採れた体系を極力維持したいのであれば、養子縁組という本問題のみならず、その先決問題一切を単一の実質

木棚編著・前掲注（29）160 ～ 161頁［木棚］。

法に委ねて判断を行うという選択肢もあり得るように思われる[34]。特に養子縁組等では、子の福祉や利益保護の実効性を確保するという観点から、可能な限り単一の法的枠組みの下で一体的な保護が提供されることが望ましいのも事実である[35]。しかしながら、現行わが国の国際私法が単位法律関係毎に分断し各々につき準拠法を定め、それらを再結合させるというモザイク型の処理方法を採用する以上は、先決問題も含めた一切の処理を本問題の準拠法に委ねるという処理を受入れる余地は実際には殆どないし、既述のとおり、わが国の裁判実務もそうした処理を支持していない[36]。

もっとも、欧州の多くの国では未成年養子を原則としているほか、わが国やドイツ等では未成年養子に限り付加的要件の充足を要求していること等を踏まえると、養子縁組に関する実質法体系において、養子となるべき者が成年であるか否かという問題はとりわけ重要な意義を有している。先決問題一切を本問題の準拠実質法に委ねるという極端な見解は採り得ないが、少なくとも養子縁組において養子となるべき者が成年であるか否かという年齢境界の問題は、養子縁組準拠法を適用するに当たっての重要な前提条件を提供するものであることに鑑みると、養子縁組準拠法による一体的な子の利益保護という要請をも織込んで、同準拠

[34] 例えば、前掲注（28）・最高裁平成12年判決の第一審（大阪地判平成６年３月16日民集54巻１号53頁）および控訴審（大阪高判平成７年２月７日民集54巻１号65頁）は、本問題のみならず先決問題も含めて一切を本問題準拠法に拠らしめたものとして捉えられている（櫻田＝道垣内編・前掲注（７）７頁［道垣内］）が、こうした見解はまさに、本問題の処理過程で生じる総ての法的問題を単一の準拠法に基づき体系的に処理するという問題意識に立脚している。

[35] このことは、準拠法選択上の事案の分断を懸念する石黒一憲先生の問題意識とも通ずる部分がある（石黒先生の問題意識については、同『国際私法〔第２版〕』（新世社、2007年）211頁以下を参照）。例えば、わが国で養子縁組の許可等が問題となる事案では、当事者総てが日本に在住しており、養子縁組関係の実体的本拠が日本であると評価し得るものが圧倒的に多い。こうした事案において養子縁組準拠法が日本法である場合には、徒に事案を分断するのではなく、その実体的本拠社会である日本の法体系に沿って、極力統一的に処理する要請は相対的に強いのではないか、と考える。

[36] 櫻田＝道垣内編・前掲注（７）７頁［道垣内］。

法上の成年年齢に照らして決するのが望ましい、と考えられる。

こうした要請は、セーフガード条項に基づき養子となるべき者の本国法を適用する場合に特に強く意識されるだろう。セーフガード条項は養子となるべき者の本国法という特定の法体系を指定して、そこで規定されている付加的要件の充足を求める趣旨である。それ故に反致の適用を否定する解釈論が多数を占めているが、同様に、こうしたセーフガード条項の立法趣旨を踏まえると、養子となるべき者の本国法上、その者が成年であるか否かが問われ、それに応じて同意･許可要件の有無や同意･許可権者の範囲等が異なる場合には、年齢境界の問題をも養子となるべき者の本国法に委ね、その国の法が提供する枠組みに基づいて養子となるべき者に一体的な保護を及ぼすべしとの要請は一層強いと評価し得るのではないか、と考えられる[37]。

ハ．関連する類似問題

成年年齢にかかる抵触法上の処理は、養子縁組のみならず、認知、扶養、親権等でも同じく問題となり得るが、これらの各場合についても、その処理は「財産的行為能力の問題」として性質決定できるか否かという基準に尽きる、と考える。すなわち、各身分行為の準拠実質法が財産的行為能力と全く関係なく成年年齢の到達に言及しているのであれば、成年か否かという問題は、本問題の部分問題（die Teilfrage）として各身分行為の準拠法に委ねられる一方、成年年齢が完全な財産的行為能力の取得時点であることを理由として、成年であるか否かを問題としているのであれば、それは先決問題（die Vorfrage）として、通則法４条の単位法律関係に含めて考えるべきである[38]。日本法が各身分行為の準拠

[37] さらに言えば、セーフガード条項が養子となるべき者の本国法という特定の法体系に従い子の保護要件を満たすことを強く要請していることを踏まえると、年齢境界の問題に限らず、本問題の前提となるその他の事項についても須く、先決問題として第三国の法体系への送致を行うことは避け、一律に養子となるべき者の本国法に判断を委ねるという選択肢も十分に成り立ち得るであろう。「準拠法選択上の事案の分断」という事態を回避するという問題意識からすれば、セーフガード条項は最もそれを体現するに相応しい局面の一つである。

[38] Bamberger/Roth BGB, a.a.O. (Fn. 17), EGBGB Art. 7 Rdn.23 [G. Mäsch] も同

法とされる場合を想定すれば、親権の場合には、子の財産的行為能力の補充としての法定代理という側面が強く、子の不完全な財産的行為能力と親による監護・後見とは密接不可分な関係にあることから、子が成年であるか否かという問題を財産的行為能力の問題として性質決定し通則法４条に拠らしめるのが適当であろう[39]。他方で、認知の場合には、養子縁組と同様に、子の要保護性を判断するための考慮要素として子が成年であるか否かが問題とされているわけで、通則法29条２項前段に基づく認知準拠法に委ねられるべきであろう。なお、扶養の場合には、先決問題として通則法４条に委ねるとした平成18年東京高決を巡り、学説の中で争いがあることは既述のとおりである（３．イ．（２）を参照）。扶養については、やはり二通りの考え方が成り立ち得るだろう[40]。子が成

旨。

[39] 櫻田・前掲注（４）325頁、澤木＝道垣内・前掲注（４）130頁、奥田・前掲注（９）260頁、山田・前掲注（28）524頁等も同旨。なお、ドイツでもこの結論に異論をみない（BayObLG, Beschluss v. 17. 5. 1963, IPRspr 1962-1963, Nr. 107; OLG Saarbrücken, Beschluss v. 14. 7. 1965, FamRZ 1966, 42; Bamberger/Roth BGB, a.a.O. (Fn. 17), EGBGB Art. 7 Rdn.23 [G. Mäsch]; Münchener Kommentar BGB, a.a.O. (Fn. 14), EGBGB Art. 21 Rdn. 12 [H. Klinkhardt]; Staudinger BGB, a.a.O. (Fn. 22), EGBGB Art. 21 Rdn. 30 und 84 [D. Henrich]; Soergel BGB, a.a.O. (Fn. 25), EGBGB Art. 19 Rdn. 81 [G. Kegel]）。

[40] ドイツでも扶養における成年年齢の抵触法的処理を巡り議論は分かれる。財産的行為能力の問題としてEGBGB７条に拠るとの見解（Bamberger/Roth BGB, a.a.O. (Fn. 17), EGBGB Art. 7 Rdn.23 [G. Mäsch]; Staudinger BGB, a.a.O. (Fn. 14), EGBGB Art. 7 Rdn. 42 [R. Hausmann]）が提唱される一方、扶養準拠法に拠るべきとした下級審裁判例がある（OLG Hamm, Urteil v. 11. 11. 1998, FamRZ 1999, 888）。この裁判例では、19歳のモロッコ国籍の子の扶養が争われたが、その中で、子がどの年齢になるまで扶養権を有するかという問題をEGBGB７条により本国法（モロッコ法）に委ねるのか、扶養準拠法である子の常居所地法（ドイツ法）に委ねるのかが問題となった。判決では、成年年齢がモロッコ法では21歳、ドイツ法では18歳であることを踏まえて、「子がどの年齢になるまで扶養権を有するかという扶養の部分問題を外国法に委ねるとすれば、外国人である子を優遇することになるが、それはEGBGB18条（当時）が目的としていることではない。（中略）EGBGB18条の規定の意義・目的は扶養権利者の常居所地法を適用することにより弱者を援助することにあり、結果

年年齢に到達した時点で、親権が消滅し自己財産に対する子の完全な処分権が生じることに伴い、子の扶養権に制限が生じると考えれば、通則法４条の問題として捉える余地がある。他方、扶養権利者である子の要保護性を判断する中で、子の財産的行為能力の程度や年齢のみならず修学状況、資力、生活水準、および扶養義務者側の要素（例えば扶養能力）等が総合的に考慮されていることを踏まえ、子が成年であるか否かという問題が扶養の要否やその程度に直結しないという点を強調すれば、扶養の部分問題と捉えることも可能である。この点、成年擬制者についても扶養の問題が生じ得るほか、子が成年年齢に達していても少なくとも教育扶養や生活扶助の問題が生じ得る[41]こと等を考慮すると、扶養の前提条件として成年であるか否かが問題となる場合には、財産的行為能力の問題とは切り離して考え、扶養の部分問題としてその準拠法に依拠するのが適当ではないか、と考えられる。

６．結び

そもそも本稿の問題意識は、養子縁組の事案を想定すると、養子縁組準拠法等を適用するための前提として、子が成年であるか否かが問題となる場合があるが、この成年年齢の抵触法上の処理を如何に行うべきか、ということであった。結論としては、この問題を先決問題として捉えて通則法４条に拠り行為能力準拠法に委ねるのではなく、養子縁組という本問題の一部として養子縁組準拠法等に委ねるのが適当と考えられる。従って、冒頭に記載した事案（２．イ．およびロ．を参照）に立ち戻っ

として、同一の地に居住する権利者が同等に取扱われるような状況を創出することにある」（括弧内は執筆者による補記である）と判示している。学説の中にはこの下級審裁判例を支持するものもある（Palandt BGB, 66. Aufl. (C. H. Beck, 2007), EGBGB Art. 18 Rdn. 16 [A. Heldrich]）。

[41] 例えば、ドイツでは21歳未満の成年子の教育扶養につき BGB1603条に明文の規定を置く。また、わが国でも、成年に対する扶養義務を認める裁判例は少なからず存在する（東京高決昭和35年９月15日家月13巻９号53頁、福岡家小倉支審昭和47年３月31日家月25巻４号64頁、大阪高決平成２年８月７日家月43巻１号119頁、東京高決平成12年12月５日家月53巻５号187頁等）。

て議論すれば、ＸＺの養子縁組は、事案１では養子縁組準拠法（日本法）に基づき子Ｚが成年であると判断されるため成年養子縁組として、事案２では養子縁組準拠法（日本法）に基づきＺが未成年とされるため未成年養子縁組として、それぞれ取扱われる。また事案３では、ＸＺの養子縁組準拠法（日本法）上Ｚは成年であるが、セーフガード条項に基づきＺの本国法（甲国法）が適用されることになる。甲国法には、養子となるべき者が未成年の場合にはその三親等内の親族すべての同意を要する旨の規定が設けられているが、Ｚが成年か否かはセーフガード条項がＺの本国法（甲国法）に子の保護を委ねている以上、同法の規定内容に基づき判断されるべきである。なお、事案３では、Ｚが成年か否かという問題を財産的行為能力として性質決定し通則法４条に委ねた場合には、通則法41条により反致が成立し日本法が適用される事案ではあるが、こうした処理が適切でないことは、既述（５．ロ．を参照）のとおりである。

（追記）本稿は JSPS 科研費（25380056，15H01927）および KDDI 財団・2016年度調査研究助成による成果の一部である。