

虚偽の嫡出子出生届と養子縁組の成否

小野 幸 二

もくじ

- 一 はじめに
- 二 判例の推移
- 三 学説の動向
- 四 私見
- 一 はじめに

数年前マスコミを賑わした、いわゆる菊田事件でも問題となったように、わが国には古くから、他人の子を養子にするつもりで貰い受け、これをいきなり自分たち夫婦の嫡出子として届け出る慣行がある。そもそも出生届には、原則として医師や助産婦の交付する出生証明書を添付する必要がある(戸籍法四九条三項)。したがってこのような虚偽の出生届をするには実母が養母となる者の氏名を称するなどして医師などを偽るかまたはこれらの者の隠れた協力がなければできないことである。しかし医師が偽りの出生証明書を書けば、刑法上処罰されることになるので(刑法一五七条。ただし可罰的違法性

があるか否かは別として)、菊田医師のように正々堂々と新聞広告までして養親を募集し、その養親のために虚偽の出生証明書を作成するという例はあまりない。だが世間にはまだ養子を実子として育てたいという養親の切実な願いから、偽の出生証明書を使って嫡出子の出生届をするばあいがあるようにおもわれる。

実親子関係は戸籍の記載に關係なく出生たる事実によって発生するから、フランス民法のような身分占有の制度(三二〇条以下)をもたないわが民法では、このような虚偽の嫡出子出生届がなされたとしても嫡出親子關係が創設されるわけではなく、それどころかこのような戸籍は真実の親子關係にもとづいて訂正されることになり(戸籍法一一三条以下)、また訴訟によつていつでも親子關係の不存在を主張できることにもなる。そしてこの原則論からすれば、いままでながいあいだ親子としてつづいてきた社会的關係は一夜にして覆滅され、實際上の養子たる子は扶養や相続などの物質的な面ばかりでなく、精神的にも多くの不利益をうけることになる。ここにおいて子の不利益を救済する法的構成として、虚偽の嫡出子出生届に養子縁組の効力を認めることができるか否かが問題となるのである。しかし虚偽の嫡出子出生届に養子縁組としての効力を認めるためには養子縁組の要式性や戸籍法との關係で相当に困難な問題に逢着する。はたしてこの難問は克服できるであろうか、養子縁組としての効力を認めたほうがほんとうに子の利益になるのだろうか、法と實際のギャップを調整する合理的な法理がほかにないものだろうか、これらの問題を検討するのが本稿の課題である。^注

注 虚偽の嫡出子出生届がなされるばあいとして、第一に、婚外子たる身分を隠すために他人の戸籍を借りて虚偽の嫡出子出生届をするばあいがある。このばあい一時的に戸籍を借用し、あらためて第三者と養子縁組をする例もある。第二に、自分の婚外子を夫婦の嫡出子として届けるばあいがある。第三に、養親となる者と実親がお互いに縁組の意思をもって、いきなり養親となる者の嫡出子として出生届をするばあいがある。本稿は主として第三のばあいを考察するものである。

二 判例の推移

民事慣例類集によれば、わが国では古くから、出生後まもない私生子などを貰い受け、これを自分の嫡出子として届ける、いわゆる「藁の上からの養子」の慣習があったことであり、判例も民法施行前の事案については、この慣習を適法と認め結果的に養子縁組の成立を肯定していた。大審院は、出生後まもない私生子を貰うけて嫡出子の出生届をした事案において大正八年二月八日、「明治初年ニ於テ平民間ニ在リテハ婦女カ父母ノ婚姻ヲ承諾セサル以前ニ他人ト私通シテ分娩シタル子ハ往々之ヲ其生母ノ属スル戸籍ニ子トシテ編入セス他家ニ遣ハシ之ヲ貰受ケタル者ハ自己ノ子トシテ届出テ其家ニ入籍セシムルコトノ慣行カ一般ニ行ハレタルモノニシテ……其慣行ハ当時ノ法制上適法ノモノナリトス……如上ノ慣行ハ純然タル養子縁組ニ非サルモ養子制度ニ準拠スルモノ」と判示し、養子縁組の効力を認めた。⁽²⁾

しかし民法施行後なされた虚偽の嫡出子出生届については、東京控訴院はいかに縁組合意で嫡出子出生届をしても民法などの定める養子縁組の届出がなされないかぎり養子縁組の成立は認められないと判示し、大審院もまた同じ見解をとった。東京控訴院は、出生後まもない私生子を養子に貰うけ嫡出子として届けた事案で、明治四二年四月七日、「凡そ人の身分に関する法律行為は公の秩序善良の風俗に関するものなるを以て親族編又は相続編の規定によるに非ざれば絶対に基成立を許さざるものなり而して我民法上認められたる養子縁組なるものは法律の定むる届出の方式に従い養子縁組の意思表示を為すによりて始めて其の効力を生ずるものなれば本件の如く法定の形式を履まずして……嫡出子なりとして届出づるも民法上養子縁組たる効力を生ぜず」と判示し、また類以の事案で昭和四年四月一日、「仮リニ古来我国ニ控訴人主張ノ如キ慣習アリトスルモ……届出ヲ為シタルハ民法施行後ナル……コト明白ナルカ故ニ控訴人〔養子〕ト道記及ゐい〔養父母〕トノ身分関係ハ民法ノ規定ニ依リ定メラルヘク民法ニ定ムル養子縁組ハ戸籍吏ニ対スル届出ニヨリ効力ヲ生ス

ル要式行為ナルヲ以テ仮リニ道記カ控訴人ト養子縁組ヲ為ス意思アリテ嫡出子出生ノ届出ヲ為シタルトスルモ民法並ニ戸籍法所定ノ養子縁組ノ届出ナキ限り前示嫡出子出生ノ届出ニ依リテハ養子縁組成立シタリト云フヘカラス」と判示し、⁽⁴⁾他の養子からの出生届「養子縁組」無効確認の請求を認めた。これによって嫡出子出生届によつた養子の外観的地位は、残された養母や戸籍上の他の兄弟あるいは実親などから親子関係不存在確認の訴によつてたやすくくつがえされることになり、非常に不安定なものとなった。大審院はすでに大正七年七月五日、他人夫婦の嫡出子として届けられその夫婦の代諾によつて縁組がなされた事案ではあるが、養親の母からの縁組無効確認請求について「民法第八百五十一条に無効とあるは絶対的無効の謂なるを以て何人も其無効を主張することを得」といい、また「縁組の承諾なき為め養子縁組が無効なるときは更に有効なる養子縁組を為さざる限り単に十五歳未満の養子が満十五年以上に達し縁組の無効を主張せざりし故を以て其養子縁組が有効となるものにあらず何んとなれば無効行為は追認に因つて之を有効と為すことを得ざればなり」と判示して無効な縁組の追認も認めない。⁽⁵⁾右の事案とほぼ同じだが、やはり大審院は昭和三年六月二六日、甲男乙女の間を生れたAを丙男丁女間に生れた子として届け出て丙男丁女がAと同一家籍内にある父母として戸籍簿に登録されても、これによつて法律上丙夫妻とAとの間に親子関係が生ずるものではなく、丙夫妻はAに対して民法八四二条のその家にある父母とはならないから、丙夫妻がAに代つてAの養子縁組について承諾をなしても、その縁組は有効なものではない、との理由で養父死亡後養母から提起された縁組無効確認の請求を認めた。⁽⁶⁾嫡出子出生届を養子縁組届と解することができなにかどうかについて、傍論的ではあるが、最初にふれた大審院判例に、昭和十一年一月四日の判決がある。⁽⁷⁾事案は、A B夫婦の三男として生れたはYは、生後直ちにC X夫婦の養子に貰われ、C X夫婦の嫡出長男として届け出られた。ところがYが五歳のとき養父Cが死亡しXは生活に困るようになったので、Yを実家に返し結局Yはそこで育てられた。そしてYが二八歳になったときYはD女の入夫になろうとしたが、自分が戸籍上家Cの戸主となつていたので、この障害を

取りのぞくべくXを相手に出生届無効〔親子関係不存在〕確認訴訟を提起し勝訴した。そこで今度はXが縁組予約不履行を理由にYに対し慰藉料を請求したものである。一審敗訴、二審勝訴そこでY上告。判旨はつぎのとおりである。「上告人(Y)ハ被上告人(X)夫婦ノ長男トシテ出生ノ届出ヲ為サレタルモノナルガ故ニ、被上告人夫婦トAB夫婦トノ間ニハ上告人ヲ被上告人夫婦ノ養子トナス縁組ヲ戸籍吏ニ届出ヅル意思ナカリシモノト認ムベク、而モ縁組ハ其ノ届出ヲ為スニ因リテ効力が生ズルモノナルガ故ニ、右両夫婦ノ間ニハ法律上上告人ヲ被上告人夫婦ノ養子ト為ス意思ナカリシモノト云ハザルベカラズ。仮ニ後日右縁組ノ届出ヲ為サントスル意思絶無ニ非ザリシモノトスルモ、前記出生届ハ虚偽ノ届出ニシテ上告人ト被上告人夫婦トノ間ニハ法律上親子関係存在セザルモノナルガ故ニ、上告人ガ前記ノ訴ヲ提起シ勝訴ノ判決ヲ得タルハ何等ノ不法アルコトナ(シ)」。この判決の結論には批判が多い。判決は、YはCXの嫡出子として届け出されたものであるから、双方の夫婦間には縁組の届出意思も、また縁組意思もないといい、結局縁組予約不履行における慰藉料請求を認めていない。しかし多くの評釈は縁組の予約を否定した判決を不当としている。だが嫡出子出生届を縁組届と同視できないかという点は疑問を残しながらも一応判例の結論を支持している。戒能・評釈は、X・Y間に養親子関係がないという判例の前提は正当であり、実際上も真に養親子関係が生ずるとすれば、たとえば離縁の必要を生じた場合など困難な手続上の問題を起すのであるから、むしろその点だけよりみても養親子関係は発生しないとみるのが妥当であるといっている。⁽⁸⁾中川(善)・評釈は、「虚偽の出生届ながら立派に自己の子たることを主張する意思が表示され、しかも事実に於いて親子の生活が営まれたとしたら、それはむしろ単なる事実によるというより、一種の戸籍届による身分行為の擬制に近いものがあるともいえないではない」との理由で養子縁組成立の可能性を示唆されている。⁽⁹⁾評釈では右の擬制説提唱とともに、さらに、「単純に縁組は届出によって成立するものだから、縁組届なき限り縁組あることなしという論理は少しく粗雑に過ぎはしまいか」との疑問を提起されているが、すでにこの時点で無効行為転換論への志向がよみとれる。

ついで昭和一三年七月二七日の大審院判決も縁組の方式を重んじ同様の判断を示している。事案は、私生子Y(上告人)はA夫婦の嫡出子として届け出られ、A夫婦の代諾によってBと養子縁組をした。ところがBとその後婚姻したX女は、たんに父母として戸籍簿に記載されている者のなした代諾は不適法であるとして養子縁組無効確認の訴を提起した。これに對してYは、YがA夫婦の二男として出生届が出されたのは、A夫婦とYの実母との間にYをA夫婦の養子とする意思があったので、このような出生届はA夫婦とY間の養子縁組として有効と解すべきであるからA夫婦の代諾の下になされた本件養子縁組が無効である理由はないと抗弁したが、一審二審ともXが勝訴したのでYは上告した。大審院は、原審がA夫婦とYとの間に養親子関係はないと認定したのは正当であるとして上告を棄却し、A夫婦のように「単ニ戸籍簿上父母トシテ登載セラレアルニ過ギズシテ真実家ニ在ル父母ニ非ザル者ノ代諾ニ依リ為サレタル十五年未滿ノ者ノ養子縁組ハ、民法第四百四十三条ニ所謂其ノ家ニ在ル父母ノ代諾アリタルモノト謂フベカラズシテ当然無効ナルコトハ当院判例ノ夙ニ示ストコロナルヲ以テ(昭和四年(ネ)第八十七号同年七月四日判決参照)、原判決ニハ何等所論ノ如キ違法ナク、原審ハ更ニ仮ニ上告人ノ生父母ナリト称スル者ニ於テ本件養子縁組ヲ承諾セル事実アリトスルモ彼等ハ本件養子縁組ノ届出当事者ニ非ザルヲ以テ本件養子縁組ハ無効ナル旨判示シタルモノ」と判示している。⁽¹⁰⁾他人の子を養子とする意思で自分の嫡出子として出生届をしても養子縁組は成立しないし、またかりに真実の父母すなわち真実の代諾権者が縁組の同意をしても、縁組の届出当事者となっていないかぎり養子縁組は無効だといっているのである。

このように判例は、きわめて硬直な要式行為論をとっているのであるが、同じ要式行為である認知についてはやや弾力的な見解を示している。妾腹の子(B)を自分(A)と妻の間の嫡出子として届け出た事案で、大審院大正一五年一〇月一日判決は、⁽¹¹⁾「右届出が旧戸籍法第二一五条ニ該当スル違法行為ナルコト詢ニ所論ノ如シト雖モ、之ガタメニ直チニ該当届出ガ全然何等ノ効力ヲ生ゼザルモノト速断スベカラズ。該届出中ニハ自ラAニ於テ被上告人(B)ガ自己ノ子ナルコ

トヲ認ムル意思表示ヲ包含スルヲ以テ、父タルAガ所轄戸籍吏ニ対シテ右ノ如キ出生届ヲナシ、該出生子ガ事実ハ妾腹ノ子ナル本件ノ如キ場合ニ於テハ、之ニヨリ私生子認知ノ効力ヲ生スルモノト解スルヲ相当トス。」と判示した。認知の意思は虚偽の嫡出子出生届に包含され、方式もそれのみたされているといふのであるが、学者はこれを判例が無効行為の轉換を認めたものとうけとっている。⁽¹²⁾判例はなぜ無効行為の轉換を認知については認めながら、縁組については否定するのだろうか。この問いに対して昭和四年七月四日の大審院判決は、妾腹の子を一旦他人の嫡出子として届け出てその父母の代諾で縁組をした事案で、つぎのように答えている。「養子縁組ト私生子ノ認知トハ其ノ発生ヲ目的トスル私権ノ内容ヲ異ニスル各別箇ノ性質ヲ有スル行為ニシテ民法上其ノ方式及ビ要件モ亦固ヨリ同一ニ非ザルガ故ニ、一ヲ以テ他ニ代リテ彼ヲ為スコトヲ得ザルモノナルコトハ、言ヲ俟タザルトコロナリ。……蓋シ養子縁組ヲ為サントセバ民法上規定セラレタル縁組ノ行為ニ依ルベク、私生子ノ認知ヲ為サントセバ同ジク民法上明示セラレタル認知ノ手續ニ従フベキモノニシテ、一方ニ於テ養子縁組ガ無効ニシテ、他方ニ於テ認知ノ手續ナキ場合ニ於テ、養親ノ内心ニ潜在スル認知ノ希望ヲ以テ直チニ認知ノ効力ヲ生ズルモノト做スベカルザルヲ以テナリ。」縁組と認知はその性質を異にするとの見地から、新たに親子関係を発生させる行為である養子縁組と実親子関係のあることを認める私生子認知とは、ともに親子関係を確立する行為である点においてきわめて酷似するもので、両者まったくその精神を異にする制度ではない、という上告理由をしりぞけたものであるが、学者はこのような判例の態度を嫡出子の届出に認知の効力を認めた前記大審院大正一五年一〇月一日判決と一貫しないと非難している。⁽¹³⁾

さて、右のような大審院の見解は最高裁判所に至っても維持されることになった。昭和二五年一月二八日判決の事案はこうである。A女とB男との間の婚外子Yは、生後まもなく、Yの将来を心配したA女の兄Cに養子として養育されることになり、Cとその妻Xの間の嫡出二女として届け出された。養父Cの死後養母Xから戸籍上の二女Yを相手に親子関係

不存在確認の訴訟が提起され、一審・二審ともにXが勝訴した。Yは、この地方では、嬰兒を養子に貰うときいきなり嫡出子として届け出る慣習があるから養子縁組が成立している、などの理由で上告したが、最高裁は、(一)子でない者が戸籍上嫡出子として記載されている場合に、その記載が親の虚偽の嫡出子出生届にもとづくものであるからといって、その親の親子関係不存在の主張が禁止されることはない、(二)養子とする意図で他人の子を嫡出子として届けても、それによって養子縁組が成立することはない、(三)父母の一方の死亡後は、生存者単独で嫡出親子関係不存在確認の訴訟を提起することができる、(四)嫡出親子関係不存在確認の請求には、子の承認(または同意)を要しない旨判示した。判例は(二)の点についてつぎのようにのべている。「養子縁組は本件嫡出子出生届出当時施行の民法第八四七条第七七五条(現行民法第七九九条第七三九条)及び戸籍法にしたがい、その所定の届出により法律上効力を有するいわゆる要式行為であり、かつ右は強行法規と解すべきであるから、その所定条件を具備しない本件嫡出子の出生届をもって所論養子縁組の届出のあったものとなすこと(殊に本件に養子縁組がなされるがためには、上告人は一旦その実父母の双方又は一方において認知した上でなければならぬものである)はできないのである。」前記明治四二年四月七日の東京控訴院判決は縁組の合意があっても縁組届出がない以上縁組の成立はないとの立場をとったのであるが、前記昭和十一年一月四日の大審院判例は縁組届出がないから縁組の届出意思も縁組意思もないと判示したのであった。本判例は縁組意思は否定していないが、やはり従来の立場を堅持し、縁組届の必要を強調している。それだけにこの判例もまた学者の批判をうけることとなった。谷口評釈は、「嫡出親子関係は一つの社会関係であってそれを嫡出親子として法律上認めるや否やは国家の立場から子や親や更に社会全般の利害、幸不幸を考慮して判定されてよいのではなからうか。」との見地から、本件のような確認請求はこれを制限し身分秩序の安定ひいては社会秩序の維持をはかるべきだと主張されている。⁽¹⁵⁾我妻・尾高評釈はもっと端的に、親族法上の要式行為である認知について無効行為の転換を認めるなら、嫡出子出生届に養子縁組の効果を認めてもよいとされる。⁽¹⁶⁾もっとも加藤評

積は、認知と養子縁組は本質的にちがうこと、嫡出子届を縁組届とみなせば離縁の際に技術的な困難が生ずることを理由に、無効行為の轉換は否定されるが、原告Xの訴を制限する事由として信義則違反や権利濫用が考慮されてしかるべきであったとされる⁽¹⁷⁾。

このような学説の強い批判に影響されてか、最高裁はついに昭和二七年一〇月三日、他人の子を実子として届け出た者の代諾によってなされた養子縁組について追認を認め、つぎのように判示した⁽¹⁸⁾。「民法が養子縁組を要式行為としていることは明瞭であるけれども、民法は一面において取消し得べき養子縁組について、追認によって、その縁組の効力を確定せしめることを認めていることは、明文上明らか(旧民法八五三、八五五、新民法八〇四、八〇六、八〇七条)であって、しかも民法、戸籍法を通じてこの追認に関してその方式を規定したものは見当たらないのであるから、この追認は、口頭によると、明示たると、黙示たるとを問わないものと解するの外ないのであって、わが民法上、養子縁組が要式行為であるからといって、追認が、これと全く相容れないものの如く解することはあやまりである。」すでに前記大正大正七年七月五日でみたように判例は古くから無効行為(代諾縁組の無効)の追認を認めなかったのであるが、これは満一五歳以上の本人による明示または黙示による縁組の遡及的効力を認めたもので、一般に、身分行為につき無方式の追認を認める解釈理論への緒をつくるものとして歓迎された⁽¹⁹⁾。しかしこの判決の理論から、虚偽の嫡出子出生届に縁組の効力を認めるという推論は当然には生じないが、少なくとも前記最高裁昭和二五年一二月二八日判決を反省させる契機を含んでいることは否定できない。けだし、「いわゆる藁の上から貰って育てようとする場合に、一度他人の籍を借りてその嫡出子として届け出て、しかる上でその戸籍上の父母の代諾で縁組をしたときと、いきなり養親となるべき者の嫡出子として届け出たときとで、まるで違った取扱をうけるということは、何としても妥当なものとはいえない⁽²⁰⁾。」からである。だからこそこのばあい我妻論文は強く無効行為の轉換を主張されるのである。ともかくも本判決を機縁として学説は積極説へと自信を高め、判例も下

級審ではあるがこの結論を認めるものがでてきた。東京高裁昭和四三年二月二七日判決がこれである。⁽²¹⁾ 韓国人A夫婦は親交のあったB夫婦から双子子の一人Y男(被控訴人被告)を出生後一週間目に貰い受け自分たちA夫婦の実子として出生届を出した。YはA夫婦から実子同様可愛がられ、大学まで通わせてもらい、Aが死亡するまでA夫婦を本当の両親と思っていた。ところがA死亡後その婚外子 $X_1 \cdot X_2 \cdot X_3$ について認知の裁判が確定し、Yとの間で相続争いが起った。Yは一審で敗訴したので、Aの養子として相続した旨主張して控訴した。二審はYの主張をいれ、「身分法上の行為について届出が要求されるのは、意思表示のされたことを確実にするためと行為のされたことを公示するためと解されるが、他人の子をもらって自分の実子として養育していくために、嫡出子出生届をする場合は、当事者間に養親子関係以上の結びつきを形成しようとする合意、従って、少なくとも養親子関係を形成しようとする合意のされたことが、養親のうちの一かからの届出によるとはいえ、明確にされているとすることができし、また、実子と養子とは身分上の地位について大差があるわけではなく、養子が実子として戸籍に登録されても、一応公示の目的は達成されたということもできるから、当事者間に実質上の養親子関係を形成する旨の合意があり、その合意を実現する目的で養子を嫡出子として届出た場合は、届出者夫婦と養子との間に法律上の養親子関係が成立したものと解するのが相当である」と判示した。従来判例は大審院・最高裁を通じ一貫して、他人の子を養子とする意図でした虚偽の嫡出子出生届に養子縁組の成立を否定していたのであるが、本判決は多くの学説と同様に養子縁組の成立を肯定したもので学者の賛成をえた。山本評釈は、虚偽の嫡出子出生届に、非嫡出親子関係を発生せしめる認知届の効力を認めるよりも、嫡出親子関係を発生せしめる縁組届の効力を認める方がむしろ容易であるとし、⁽²²⁾ 本判決の判旨、結論に賛成され、糟谷評釈は、本判決が依拠する「転換理論」には難問が控えているが、それは越え難いものではなく、「転換」理論の否認が「罪」のない「養子」の法的地位の否認につながる重大性を考えれば、その峠はなんとしても越えていかねばならないとのべておられる。⁽²³⁾ しかしこのような多数学説のなかにあって、

依然として縁組の要式性を強調する説も根強いものがある。松本評釈は、「出生届に縁組の効力を認めることは、現実の親子的共同生活という事実関係を捨象して公簿上だけで養親子関係を決定するという、縁組の要式性の機能（子のための、実質的要件の確保）を否定ないし無視することとなり、賛成できない。」⁽²⁴⁾「現行法の下では、出生届したいに縁組の効力を認める法的構成は無理である。」といわれ、前田評釈は、縁組という形式を欠くだけでなく、さらに縁組意思までも欠くと解されるところで、なお轉換を認めてよいものかどうか、問題であるとされる。⁽²⁵⁾

この判例は、縁組の要式性を緩和した前記最高裁昭和二七年判決の一つの発展として考えられ、積極説によっては、あるいは最高裁判例の変更がありうるのではないかと期待されたのであるが、⁽²⁶⁾最高裁は本判決の上告審において、「養子縁組をする意思で他人の子を嫡出子として届け出た虚偽の出生届に養子縁組の効力を認め縁組の効力を肯定することは、たとえ戸籍上の親と子との間に出生届以後親子的共同生活が継続したという要件を具備した場合に限るとしても、まず縁組届出の有無により養親子関係の成否を決するたてまえをとっている朝鮮民事令一条二項の解釈としては許されない」と判示し、⁽²⁷⁾依然消極説に立つことを確認した。つづいて昭和五〇年四月八日判決で、⁽²⁸⁾裁判官全員一致の意見をもち、「嫡出子出生届をもって養子縁組届とみなすことは許されない」と判示するに至り、これによって最高裁の立場は消極説に確定した。事案はつぎのとおりである。Xとその夫Aは、大正十一年一月ごろB夫婦間に出生したYを同年三月一三日貰い受け、同年九月二二日A・X間の嫡出子として出生届をした。YはA・X夫婦の一人子として養育され、ずっと同居していたがAが昭和三六年一月二五日死亡するや、YはXに暴行脅迫を加え、XはYから追い出されるようにして家を出て知人宅に身を寄せるに至った。その間XとY夫婦との不仲やAがYを相手に親子関係不存在確認の調停を申し立て、これを取下げなどのいきさつもあった。そこでXはYを被告に親子関係不存在確認の訴を提起し、昭和四三年勝訴の確定判決を得、さらに本訴で相続によってなされたX・Y名義の所有権移転登記をXのためのみにすることの更正登記手続と建

物の明渡、土地の引渡を請求した。一審二審ともにX勝訴、Y上告。上告審もXの主張をいれ、つぎのように判示した。

「所論は、右の場合には嫡出子出生届は養子縁組届として有効と解すべきであるというが、右届出当時施行の民法八四七条、七七五条によれば、養子縁組届は法定の届出によって効力を生ずるものであり、嫡出子出生届をもって養子縁組届とみなすことは許されないと解すべきである」本判決は、無効な嫡出子出生届を轉換して養親子関係の発生を認めようとする多数の学説からは、当然非難されることである。泉評釈は、最高裁の態度は依然としてきわめてかたくなであり、臆病でさえあると断じられ、⁽²⁹⁾中川(淳)評釈は、養子縁組への轉換を認める立場から、本判例の姿勢には疑問があり同調することができないといわれる。⁽³⁰⁾中川(高)評釈は、縁組届への轉換こそ否定されるが、条理に適合しない判決と評されている。⁽³¹⁾しかし島津論文のように、判決理由に不満を抱きながらも結論に賛成されるものもある。⁽³²⁾

注(1) 風早八十二解題「全国民事慣例類集」二八頁以下、石井良助「続江戸時代漫筆」八九頁以下。

(2) 大正大正八年二月八日民録二五輯一八九頁。

民法施行以前の届出でも、縁組の合意がなければ縁組の効力は認められない。大審院は、「法燈ゆらぐ金光教」として世間の注目を浴びた事件で、「明治初年に於て他人の子を貰受けたる者が自己の子として届出で其の家に入籍せしむる慣行あり此の慣行が当時の法制上適法のものなりしことは当院の判例とする所なり(大正七年(オ) 第千八十八号大正八年二月八日言渡判決参照)

然れども自己の子と為す意思なくして単に戸籍吏に届出でたる場合に於ても亦法律上親子関係を生ずるものと為すが如きは事実上の縁組を以て養親子関係の成立を認めたる旧慣に反し到底是認するを得ざる」(大判昭和十三年七月二六日新聞四三二二号一七頁)と判示した。事案は、戸籍上嫡出長男で現在戸主の地位にある妾腹の子に対して、戸籍上実弟と記載されている真正の嫡出子から相続回復を請求されたものであった。

(3) 東京控判明治四二年四月七日新聞五六七号一三頁。

(4) 東京控判昭和四年四月一日新聞二九九九号一二頁。なお同旨のものに、東京控判昭和十〇年二月一五日新聞三八三号一四

頁、京都地判昭和一〇年七月一七日新報四〇九号一四頁。

(5) 大判大正七年七月五日新聞一四七四号一八頁。なお、大判大正四年一〇月一八日民録二一輯一六五七頁参照。

(6) 大判昭和三年六月二六日新聞二八九〇号一五頁。その他大判明治四〇年五月八日民抄録三二卷六九一二頁、大判昭和十三年一月二六日新聞四三五五号一頁参照。

(7) 大判昭和十一年一月四日民集一五卷二二号一九四六頁。

(8) 戒能通孝「養親子―養親の嫡出名義の出生届と其の効力」判例民事法一一年度五〇三頁。

(9) 中川善之助「養親の嫡出名義の出生届と養子縁組」親族相続判例総評三卷一七八頁、民商五卷五号一三七頁。福島四郎・法と経済七卷四号六三七頁は養親子関係成立の承認意思を認めることによって、養子縁組そのものの成立を認められる。縁組意思の存在、すなわち縁組の成立と解するのはあまりにも短絡的であるが、本判決のように嫡出子出生届をしたのだから縁組意思はないというもの、またあまりにも形式的である。この点では縁組の合意を認めながら、要式性を強調する前記昭和四年四月一日の東京控訴院判決がよほど筋がとっている。

(10) 大判昭和十三年七月二七日民集一七卷一七号一五二八頁。評釈は来栖三郎「養子縁組―養親の嫡出名義の出生届の効力―戸籍簿上父母として記載されている者の代諾による養子縁組の効力」判例民事法昭和一三年度三七二頁以下。

(11) 大判大正一五年一〇月一日民集五卷七〇三頁。そのほか認知の効力を認めたものとして大判昭和九年一〇月四日新聞三七五七号一〇頁、大判昭和九年一月一〇日日体系15b一〇九頁など。なお、母がした私生子出生届に認知の効力を認めたものに、大判大正一二年三月九日民集二卷一四三頁、大阪控判大正一四年四月一八日新聞二四二二号一九頁。

(12) 我妻栄「無効な縁組届出の追認と転換」法学協会雑誌七一巻一号二〇頁。評釈は平野・判例民事法大正一五年度九三事件参照。

(13) 穂積・判例民事法昭和四年六四事件、我妻・前掲法協七一巻論文二二頁、二三頁。

(14) 最判昭和二五年一二月二八日民集四卷一三号七〇一頁。

(15) 谷口知平「虚偽の嫡出子出生届と親子関係不在確認の訴」民商法雑誌二八卷二号三三頁以下。

(16) 我妻栄Ⅱ尾高都茂子・判例民事法昭和二五年五六事件。

(17) 加藤永一「虚偽の嫡出子出生届と養子縁組の成否、嫡出親子関係不存在確認訴訟の提起方法」法学一七卷四号一二二頁以下。

虚偽の嫡出子出生届と養子縁組の成否

- (18) 最高裁判昭和二七年一〇月三日最高民集六卷九号七五三頁。
- (19) 谷口知平「他人の子を実子として届け出た者の代諾による養子縁組の追認の許否」民商法雑誌三六卷六号一五八頁。
- (20) 我妻・前掲論文二六頁。
- (21) 東京高裁判昭和四三年二月二七日判例時報五二〇号五四頁、家裁月報二一巻三号五七頁。ほかに転換を認めたものに、大阪地判昭和四五年六月一五日家裁月報二三巻八号六〇頁。転換を認めなかったものに、福岡地飯塚支判昭和三四年一〇月三〇日民集一〇巻二二九二頁、大阪地判昭和四二年一月二二日判例時報五一五号七〇頁、大阪高判昭和四五年九月二八日判例時報六二二号八〇頁、大阪地判昭和四四年八月二九日判例時報五八〇号七〇頁（しかし実質的には肯定）。
- (22) 山本正憲「出生届に養子縁組の効力を認めた事例」判例評論一一七号三一頁。
- (23) 糟谷忠男「虚偽の出生届に養子縁組の効力を認めた事例」判タ二二四号七一六頁。
- (24) 松本暉男「虚偽の嫡出子出生届と養子縁組の成否」法律時法四〇巻一三号一二〇頁、一二一頁。
- (25) 前田正昭「虚偽の嫡出子出生届に養子縁組の効力を認めた事例」同志社法学一〇八号四一頁。
- (26) 石川利夫「虚偽の嫡出子出生届の効力」法学セミナー一九七四年七月号一〇八頁。前田・前掲評論三〇頁。
- (27) 最判昭和四九年一月二三日判例時報七六六号四三頁。
- (28) 最判昭和五〇年四月八日判例時報七七三号一七頁。
- (29) 泉久雄「実子として届け出た縁組と養親子関係の成否」ジュリスト五九一号一〇〇頁。
- (30) 中川淳「虚偽の嫡出子出生届と養子縁組の成否」法律時報四七巻一三号一二九頁。
- (31) 中川高男「他人の子を養子とする意図でした虚偽の嫡出子出生届と養子縁組の成否」判例時報七八三号一五一頁。
- (32) 島津一郎・受験新報昭和五〇年一〇月号三四頁。

三 学説の動向

虚偽の嫡出子出生届に養子縁組の効力を認めることができるか、については、すでにみたように判例は終始一貫して消

極説をとるのであるが、学説は積極説、消極説に大きく分かれている。昭和二七年の最高裁判決以来積極説が多数説となつてゐるが消極説もお強力に主張され、ことに最高裁昭和五〇年判決を機縁に最近増加の傾向にある。

積極説の理論的基礎となつたのは、いうまでもなく中川(善)論文における無効な行為の追認論⁽¹⁾であり、身分行為の擬制論⁽²⁾であつた。論文は、身分行為は意思(心素)、生活事実(体素)および方式(形式)から成つてゐるから、形式だけあつて心素または体素が欠けていけば無効であるが、のちに心素と体素を補完することによつて有効になると説く。さらにこの法理をふまえて精緻な轉換論を展開されたのが我妻論文であつた。⁽³⁾すなわち、他人の子を養子とする目的で貰ひうけて、いきなり自分の嫡出子として届け出るばあいは、心素と体素があつて形式がそれに符合しない場合であるから、これは無効な形式の轉換の問題であるとされる。そして、「民法がいかに縁組を要式行為としてゐるにしても、縁組の本体は、親子関係を設定しようとする意思と、親子関係に適わしい生活事実であつて、届出は、あくまでも、その公示として要求される従たる要件に過ぎない」⁽⁴⁾し、「縁組の意思表示に要求される要式は、嫡出実親子関係を示すものすなわち嫡出子としての届出でも十分」⁽⁵⁾であるとの考えから、結局「養親子関係よりもさらに大きい嫡出実親子関係を示す形式(嫡出子としての届出)が存在すれば、その成立の過程を不問にして、養親子関係の成立を認めることもできるのではあるまいか」⁽⁶⁾と結論されている。すなわち、大は小を兼ねるの論理で無効な形式の轉換を認められるのである。

このように無効な出生届の縁組への轉換が養子縁組の方式を無視してまで執拗に説かれるのはなぜだろうか。それは第一に、違法だとわかつてゐても、なお虚偽の出生届がなされる社会的背景への配慮である。ある戸籍事務担当者は、多くの養子を持つ親たちは、あらゆる手段を尽して違法な届出をあえて行ない、これにはどのように罰則規定を強化しても無力であるといつてゐる。⁽⁷⁾「子供に養子ということを知られては、私たち夫婦を実の親と思ひ込んでゐる子供がかわいそうだから、この子の養子という文字を削つて実の親子のように戸籍を訂正する方法はないか」という戸籍相談からもわかる

ように、⁽⁸⁾「血は水よりも濃い」ということもさることながら、養子を「養子」以上の「実子」として社会的に処遇してほしいという養親の願いは切実なのである。⁽⁹⁾そこにはまた、養親子であることがあとでわかったときの親子関係維持に対する不安から、できるだけ養親子であることを隠蔽しようとする配慮があることも否定できない。だから親子不存確認訴訟によって真実が暴露されることは親または子あるいは親子にとって堪え難いものがある。第二は子の保護である。けだしながい間親子としてつづいてきた社会的関係は、ただ出生届が虚偽であったという一事だけで一挙にくつがえされ、子は物的（扶養・相続など）、精神的（親子の情愛など）に多くの不利益をうけるからである。⁽¹⁰⁾まして違法な届出は、子にとってなんら責任はないのであるから、それによって子が不利益をうけるのは、また堪え難いというのである。だから、養子縁組の要式性を修正して縁組の成立を認める方が個人の尊厳と児童の福祉を守る現代親子法の解釈に沿うものとされる。⁽¹¹⁾

この積極説については、つぎのような批判がなされている。まず無効行為の転換論について、出生届出はあくまで出生事実の報告届出であって縁組届出のような親子形成の創設届出ではないから、出生届出行為のなかに親子関係の承認意思を認めることはできず、したがって転換は認められない。⁽¹²⁾つぎに転換論は、養親子関係の成立をねらいとしながら、みずから養子縁組の手續を回避することになる。つまり縁組の要式性のもつ機能を無視することになるというのである。第一に、代諾縁組において養親一方の縁組意思と実親双方の代諾意思が戸籍に表示されず、⁽¹³⁾したがってまた縁組意思と代諾意思の存在もはっきりしない。第二に、未成年者養子における家庭裁判所の許可（民法七九八条）を潜脱することになる。⁽¹⁴⁾第三に、配偶者ある者の縁組は夫婦共同でしなければならぬが（民法七九五条）、これに違反することになる。⁽¹⁵⁾第四に、戸籍手續が技術的に非常に困難である、⁽¹⁶⁾などがこれである。

これらの点については積極説から、つぎのように反論されている。まず転換の前提となる縁組意思について我妻論文は、

縁組に必要な心素たる縁組の意思は縁組届出の意思と解すべきではなく、嫡出親子関係を設定する意思と解すべきである。そう解しないと、身分関係の本質に反するばかりでなく、嫡出子出生の届出のなかに認知の意思を認定した判例理論とも一致しないと説かれる。⁽¹⁷⁾ 要式性の第一の問題について糟谷評釈は、養子の法的保護という高い次元にたてば、届出行為の欠缺を裁判による届出意思の確認という便法での代用を認めることも許されないことではないとの前提で、縁組意思と代諾意思は「例えば、当事者の親子同様の関係を創設しようとする真摯な意思があり、かつその意思が対社会的に公然と表示され、しかも相当の期間親子同様の愛情のある生活状態が継続して、実質的な縁組および代諾意思が客観的に動しがた⁽¹⁸⁾いものと看取される程度に達し」たとき認定されると解される。前記東京高判昭和四三年二月二七日は、嫡出子出生届をするばあいは当事者に養親子関係以上の結びつきを形成しようとする合意のされたことが明確にされているし、また養子が実子として戸籍に登録されても一応公示の目的は達成されているとべている。第二については、嫡出子出生届を縁組届に訂正する前後のいずれかの時期に家庭裁判所の許可を追完させればよいし、⁽¹⁹⁾ 第三については、夫が嫡出子出生届をした際には、妻は多くは同意しているものとおもわれるから、このばあいは夫婦との養子縁組の成立を認めることができ、妻が周知しなかったばあいは、夫のみとの縁組の成立を認めればよいとの反論がなされている。⁽²⁰⁾ 第四については、たしかに難問ではあるが、たとえば離縁の問題について、嫡出子出生届を養子縁組届に訂正したうえで離縁による戸籍訂正をすればよい、⁽²¹⁾ と解されるようにならずしも乗り越えられない問題ではないとされる。

注 (1) 中川善之助・身分法の総則的課題二〇六頁以下。

(2) 中川善之助「養親の嫡出名義の出生届と養子縁組」親族相続判例総評三卷昭和一一一三年度一七八頁、民商五卷五号一二七頁。なお、石川・前掲法学セミナーには、学説・判例が要領よく紹介されている。

(3) 我妻栄「無効な縁組届出の追認と転換」法学協会雑誌七一巻一号一九頁以下。

(4) 我妻・前掲論文二五頁。

- (5) 我妻・前掲論文二七頁。
- (6) 我妻・前掲論文二八頁。
- (7) 中川淳「子の福祉と養子制度」法学セミナー二一〇号七三頁。
- (8) 中川(淳)前掲論文七二頁。
- (9) 糟谷忠男「虚偽の出生届に養子縁組の効力を認めた事例」判例タイムズ二二四号七四頁。
- (10) 山島正男・注釈民法二二卷Ⅱ六一六頁。この点については、すでに谷口評釈において指摘されたところであった。「親子の現実的共同愛育生活が永続して行われて来ており、それに適合した戸籍上の記載関係があつて、世人がその親子関係を疑わない様な社会的道徳的關係がひとたび成立してしまつた後において、これを当然無制限に、眞実血縁ある親子関係へ戸籍上も實際生活上も引直しうとする法的取扱い、ないしは、その様な結果を生ずる親子法の解釈の当否については相当疑問が抱かれるのである。……民法はいわゆる嫡出子の推定を受ける子につき父による否認の訴の制度を置き、又非嫡出子については、認知制度を以て、法上の身分秩序安定のために、血縁主義を貫徹せず時の経過や、当事者の意思に従つて眞実に合わない親子關係の確定(例、否認権行使期間の徒過或は出生子の嫡出承認などによる)や、合眞実の親子關係の形成を制限しているのであり(例、死後三年を経た認知請求の否定、成年者はその承認がなくば認知されぬことなど)眞実の親子關係と法上の親子關係とが異なることを制度上認めているのであるが、これと対比して虚偽届による眞実の嫡出親子關係については徹底的に眞実に引直しうるものとする事、即ち嫡出親子關係存否確認を無制限に認めることは、矛盾不統一の感を免れないのではなからうか。」
- (11) 糟谷・前掲評釈七四頁、中川(淳)「虚偽の嫡出子出生届と養子縁組の成否」法律時報四七卷一三三〇頁、泉久雄「実子として届け出た縁組と養親子關係の成否」ジュリスト五九一〇〇頁。
- (12) 福島四郎「虚偽の嫡出子出生届と養子縁組届の效果」法学論集一八卷五号二四頁。本稿は積極説への批判にくわしい。
- (13) 前記・大判昭和一年一月四日はこのことをつとに強調する。
- (14) 青山道夫・改訂家族法論Ⅰ一八二頁注3、来栖三郎「他人の子を実子として届け出た者の代諾による養子縁組の追認の許否」判例民事法昭和二七年度二三八頁。前掲大阪高判四五年九月二八日は縁組の効力を否定する根拠の一つにしている。
- (15) 前田正昭「虚偽の嫡出子出生届に養子縁組の効力を認めた事例」同志社法学一〇八号四一頁。福島・前掲論文二二頁。
- (16) 来栖・前掲評釈二二九頁。しかし来栖評釈は結論的には積極説である。なお、中川(善)・前掲評釈一七八頁、戒能・前掲評

積五〇三頁参照。

(17) 我妻・前掲論文二六頁。

(18) 糟谷・前掲評釈七五頁。

(19) 糟谷・前掲評釈七六頁。

(20) 山本正憲「出生届に養子縁組の効力を認めた事例」判例時報五二八号一三〇頁。

(21) 我妻・前掲論文二九頁、山島正男・総合判例研究一五三頁、久留都茂子「虚偽の出生届と養子縁組」家族法大系IV二二五頁。
前掲東京高判昭和四三年二月二七日もこの見解をとる。

四 私 見

養子縁組をする意図で他人の子を嫡出子として届け出ても、その虚偽の出生届に養子縁組届出としての効力を認めることはできないと考える。その理由は、第一に、縁組のきわめて厳格な要式性とその強行法的性格からである。積極説の強く主張する子の保護は、法律上充分考慮しなければならぬが、それは要式性の緩和によってではなく、親子関係不存在の確認の請求を制限するなど他の方法によってなさなければならぬ。民法七九九条（七三九条の準用）は、縁組は戸籍法の定めるところによりこれを届け出ることによって効力を生ずると規定する。この規定は、一つは、身分関係を戸籍に公示することによってその法的効果を明瞭にしようとする目的をもつ。すなわち、縁組届はたしかに縁組意思の合致と養親子関係を公示する働きをもつのである。ところが嫡出子出生届には当然ではあるが、戸籍上の母や代諾権者の表示がなされていない。だから、右の公示の目的が達せられないばかりか、あとで相続開始などを契機に縁組の無効が主張され、縁組意思の存否が争われたばあいにもその認定が困難だという問題に逢着する。かりに縁組意思の存在が認定され、戸籍上嫡出子出生届が縁組届に訂正されても、それ以前になされた近親婚などの弊害は防止のしようがないであろう。また縁組意思

の認定または縁組の効力発生は積極説の多くが実質的親子関係の成立を要件としているが、それでは縁組成立の時期が不安定になって、法の画一的な処理の要請にそわないことになる。同じ嫡出子出生届のもとで、同一人が婚姻、扶養、相続などの私法上または公法上、ある時点では、まったくの他人、ある時点では親子とされるような取り扱いはさけなければならぬ。そうでなければ、身分関係は混乱を招き、ひいては身分関係を公証する公簿たる戸籍の信用性をも失なわせる結果となるからである。だから民法はこのようなことがないよう厳格な要式主義をもつてのぞんでいたのであって、個々の事件の解決に応じた便宜的な解釈はつしまなければならぬ。二つは、身分行為の実質的要件を審査する目的をもつ。民法七九八条によれば、未成年者を養子とするには、家庭裁判所の許可をえなければならぬが、積極説では縁組が嫡出子出生届の形をとるので、この許可をくぐることになる。子の保護をうたって、かえって子の不利益をきたす結果となるのである。積極説は家庭裁判所の許可の欠缺はたんなる縁組取消の事由にすぎないというが、その取消権者（民法八〇七条）をみてもわかるように、この規定が子供の利益のためになるとはかならずしもいえない。

第二に、無効な嫡出子出生届を縁組届に転換させる理論に疑問をもつ。無効行為の転換論は、無効なAの方式にBの方式としての効力を認めるのであるが、Bの方式が厳格でしかも強行法規であるばあい、Aの方式をもってこれに替えるものであろうか。福島論文が⁽¹⁾と主張されるように、出生届出のような非法律行為と縁組届出のような法律行為との間では転換は認めにくいのではあるまいか。⁽¹⁾積極説からは、よく無効な嫡出子出生届に認知の効力を認めた判例（大判大正一五年一〇月二一日）がひきあいにだされるが、しかし認知は確認的な要素の濃い身分行為であるのに対して、縁組は創設的な要素の強い身分行為であるから、無効な嫡出子出生届の転換が前者について認められたからといって、後者についても認められるとはいえない。両者は本質的に異なるのである。⁽²⁾

第三に、違法な嫡出子出生届がなされる社会的背景は縁組の効力を認めるうえでさほど考慮する必要はないということ

である。⁽³⁾ 縁組の効力を認めることによって虚偽の嫡出子出生届が続出するようになっては戸籍の信憑性が著しく阻害されるからである。法政策上このような事態になることはなんとしても抑止しなければならない。縁組の成立を否定することが虚偽の届出の防止になるか疑問との見解もあるが、⁽⁴⁾ 少なくとも助長することにはならないであろう。虚偽届出の防止は制裁の強化をもつてのぞむべきだとの見解もあるが、⁽⁵⁾ 一方で制裁を強化して他方でその効果を有効と解することは、法の統一的解釈からいって好ましくない。さらに、将来の不安から、養親子であることを隠そうという親心もここでは後退しなればならない。⁽⁶⁾ けだし真実の親子の情愛は真実のうえにつちかわれなければならないからである。⁽⁷⁾ むしろ正確には、縁組への転換とこの問題は関係がないとさえいえる。家庭が平和であればこのことはなんら問題とならず、逆にひとたび争いになれば真実は容易に告白され、たとえ転換論によって縁組の効力を認めたとしてもはや元には戻らないからである。このような観点から、転換による弊害は、たとえば事実上の養子の出生上の恥辱を隠蔽し、事実上の養父母と事実上の養子間の愛情の破たんを防止するなど、便法のもたらす利点を凌駕する、という前記大阪高判昭和四五年九月二八日の見解は正当である。

最後に、子に対する法的保護の必要性は認めるが、だからといって以上に述べてきた縁組の要式性の要請を無視してまで縁組の効力を認める必要はないということである。子の保護を考えるばあい注意しなければならないのは、親子関係の存否が争われた時期である。争いがおとなになって起きたばあいは、子の福祉ということとはとくに問題とならない。なぜならこのばあいの争いの中心はおとな同士の利害の衝突だからである。したがってこのばあい未成年養子の許可審判がなからという理由で縁組の効力を否定することはできない。⁽⁸⁾ 前記最高裁四九年判決も同五〇年判決も事案は親族間の相続争いであり、子はそれぞれ二四歳と四四歳になっていた。四九年判決は家庭裁判所の許可の必要を説くが右の点を認識しないことで説得力に乏しいといわねばならない。島津論文は、「子の利益とおとなの利益との区別を忘れているのではな

いか」とさえいっておられる。⁽⁹⁾ そもそも一般論としては、家裁の許可は子が成年にたった後六か月を経過するかまたは追認によって治癒される(民法八〇七条)ものである。⁽¹⁰⁾ いずれにせよ、この場合子の財産的利益(または精神的利益)は保護されねばならない。しかしその保護は積極説のように縁組の効力を認めることによってではなく、具体的事情のもとで親子関係不存在確認の請求を否定することによってである。⁽¹¹⁾ しかるとき戸籍上の父または母もしくは実父母などがみずから縁組の合意をし虚偽の出生届をしておいて、扶養や相続などの思惑からその無効を主張するのは権利の濫用になると解する。⁽¹²⁾ またこれらの者が親子関係の維持を望んでいるのに、他の者から提起される親子不存在確認の請求も拒否されるべきである。事実上の養親からの請求が権利の濫用になるかどうかは離縁原因の存否が一応の基準となるであろう。確認請求が許されるばあいはその実質は事実上の縁組の離縁である。したがって親子不存在確認の請求が認められるばあい財産分与の請求が認められるかはひとつの問題であるが、通説は離縁のばあいこれを認めないので、⁽¹³⁾ このばあいも否定されることになろう。しかし事実上の養子縁組の離縁あるいは死亡解消のばあいにも寄与分の控除を認めるべきであるとする注目すべき見解もある。⁽¹⁴⁾ もっとも事実上の離縁について責任のある者に対しては、精神的・財産的損害の賠償を請求することができよう。これに対して争いが未成年のとき起きたばあいは子の福祉が重視されなければならない。したがってこのばあいもまた権利濫用禁止の法理が有用となる。けだし、このばあいは多く実親からの子の引渡請求が問題となるからである。子が非嫡出子のばあい、子を養子に出して養親夫妻に育てさせた方がよいか、それとも未婚の母がみずから育てた方がよいか。そのいずれが子の成長発達とその社会的適応においてよい結果をもたらすか。最近の研究によれば答は前者だとされること⁽¹⁵⁾ から考えても、実親が養子にやる意思で子を手放したときなどは、子の利益に反する権利の濫用として親子関係不存在の確認請求を否定すべきであろう。⁽¹⁶⁾ 縁組への転換を認める積極説からは理論的には実親からの子の引渡請求は一切認められず、また養親との親子関係の解消は離縁によってしか認められないことになるのであるが、⁽¹⁷⁾ すでにみたよう

にそれでは子の福祉のため認められた家庭裁判所の許可を潜脱することになるので、縁組の取消を認めようとする説がある。⁽¹⁸⁾しかし縁組の取消を認めればかえって子の福祉に反するばあいも生じうるが、このばあいはまた取消の効果を否定しようとする。しかしこのような複雑な理論構成をとるよりは消極説のほうがよりすっきりしているといえよう。のみならず、嫡出子出生届に縁組の効力を認めることがはたして子の利益になるだろうか。すでに詳論したように、戸籍上実親の縁組意思の確認がなされていないので、この点について争いが生じ易いし、また何人も法律上親子関係について秘密保持の責任を負わないので真実が容易に露見されうる。したがって、養親子の関係はきわめて不安定なもので、縁組への転換を認める方法ではとうてい特別養子の目的を達成することはできない。⁽¹⁹⁾

以上の検討されたところをふまえて結論すれば、結局現行法では他人の子を養子とする意図をもってなされた虚偽の嫡出子出生届に養子縁組の効力を認めることはできず、養子や養親の保護は他の一般論で保護するしか方法がないようにおもわれる。だから将来は特別養子制度をふくめて、なんらかの法改正が検討されなければならないだろう。

注(1) 福島四郎「虚偽の嫡出子出生届と養子縁組届の効果」法学論集一八巻五号一七頁。

(2) 加藤永一「虚偽の嫡出子出生届と養子縁組の成否、嫡出親子関係不存在確認訴訟の提起方法」法学一七巻四号一二三頁。

(3) この問題は子にとって親とはなにか親にとって子とはなにかという親子間の本質にかかわる問題であり、その意味でケース研究第一五〇号記念増大号に組まれた「親とはなにか」という座談会は有益な資料となっている(同じような座談会にジュリスト五四〇号がある)。また、親子の問題は、最近の世界的関心事でもある。たとえばスペイン(一九七〇年)、やスイス(一九七三年)ではすでに養子法の改正がなされたし、西ドイツやイギリスでは改正作業が進行しつつある。昨年(一九七五年)の四月西ベルリンのコンGRES・ホールで一週間にわたり第一回国際家族法学会が開催され、日本からは谷口知平教授と島津一郎教授が報告をされたわけであるが、そのときの統一テーマも「子どもと法律」であった。

(4) 泉久雄「実子として届け出た縁組と養親子関係の成否」ジュリスト五九一号一〇〇頁。

(5) 久留都茂子「虚偽の出生届と養子縁組」家族法大系IV親子二二九頁。

(6) 前掲座談会における田中(加)発言は、養子であることをなるべく早い時期に、しかもさりげなく上手に告げる必要があると
のべられているが、まったくそのとおりで、子どもが養子であることを隠す必要はないのである。佐藤発言によれば東京在住の
ある英国人家庭で、養女を貰ってきたときから、毎晩毎晩「お父さんとお母さんが遠い所まで赤ちゃんを探しに行ったのよ」と
いう話をしてやったところ、自然にその子どもは、「それは私なのよ」といって喜んで話をしめくくるようになり、やがてとて
も素直なお嬢さんになったというところが報告されているが、このような指導はソーシャルワーカーがするのださうである(詳し
くは「ケース研究」一二二号参照)。もっともわが国では、血の繋がりを重んじる日本の風土、したがってまた養子を蔑視しがち
な国民性、そしてこれに基因するところの他人の子への詮索好きなどが改まらないかぎり養子であることを隠そうとする慣行は
なくならないだろうし、また虚偽の嫡出子出生届けもなくならないであろう。したがってこの問題はすぐれて日本的問題である
ということができる。欧米では子どもは神から授かったものという意識が強い。だから一見して養子とわかるような、たとえ
ベトナム難民の子のような黄色人種を白人が平気で養子にするばあいが多くみられる。ここでは虚偽の嫡出子出生届けをする必
要がまったくないのである。子は親の所有物であるという観念は古くはローマ法から存在するのであるが(パウンド著・筆者訳
「家族間における個人の諸権利」日本法学三九卷三号参照)、わが国にはこんにちでもまだこのような認識があるのであり、それ
が子捨て、子殺しの遠因にもなっている。親の子に対する認識のちがいがこの問題に大きく影響してくるのであるが、現代の親
子法は子家を家の後継者とか親の愛玩用として捉らえることなく、あくまでも子どもの利益を中心に考えていかなければなら
ない。

(7) 虚偽の嫡出子出生届けをした方が一般の養子に比べて親子関係が安定しているといえるのだろうか。これを虚偽実子の親子関
係が崩壊した実例からみると、崩壊の原因は戸籍上の記載からではなく、心理的親子関係、とくに親の養育態度に問題があつた
と推測される例が少なくないということである(新田慶「虚偽実子における親子関係の崩壊」ケース研究一五〇号一〇七頁)。
このように養親子関係は心理学的、社会学的方面から多角的かつ積極的に考察しなければならぬのであるが、わが国ではまだ
この研究が少ない。世界の家族法はいまや有機的家族法へと進んでいるのである。前掲の国際家族法学会には各国から約三〇〇
名の学者が集まったのであるが、法律家のみならず社会学者、心理学者、児童精神医学者などが多数参加していた。わが国では
島津一郎教授などによって、法学者・精神科医・家庭裁判所調査官などをメンバーとする「精神分析学と法学」なる研究会が毎
月行なわれ、またこのような問題意識をもって編まれた中川淳教授の著書「家族関係を学ぶ人のために」などが出版されつつあ

るが、貴重な傾向である。この辺に今後わが国の家族法の進むべき途もあるようにおもわれる。

- (8) 島津一郎「養子(一)」受驗新報昭和五〇月一〇月号三四頁、なお代諾縁組のばあいについてであるが、前掲大阪地裁判昭和四五・六・一五(家裁月報二三卷八号七四頁参照)。

- (9) 島津・前掲受驗新報三四頁。

- (10) 中川淳「虚偽の嫡出子出生届と養子縁組の成否」法律時報四七卷一三号一三一頁。

- (11) 本文のように解される見解に、中川高男「他人の子を養子とする意図でした虚偽の嫡出子出生届と養子縁組の成否」判例評論一九九号二二頁(判例時報七八三号一五二頁)がある。しかしわたしは前掲最高裁判昭和五〇・四・八のケースにおける養子関係不存在確認の請求は権利の濫用にならないと考える。

- (12) 山島正男教授は消極説に対してつぎのような批判をされている。「論者は、虚偽の嫡出子出生届に養子縁組の効力を認めるようなことになれば、この種の届出が公認されたにひとしく、戦前のすくなからぬこの種の事案が裁判上に登場するのみならず、戦後はすくないはずのこの種の届出の増加をみることに危惧をいだいているのであろう。しかし真に救済に値する事案であれば、訴訟の増加を回避すべきものではないし、また法の適用を緩和すれば違法現象が増加するようになってしまうのも、離婚についての立法または司法を厳格にすれば離婚という社会現象(つまり夫婦の破綻)が減少するというのと同断であって、明確な根拠にもとづくものではない。そしてなによりも理解しえないのは、「虚偽」という一事によって、「子の制益」をかえりみず、あたかも婚外子の冷遇をとおして婚姻の尊重をはかると同じく、いやそれ以上に不合理にも、親の違法行為によって親は利益をうけ、子は不利益をうけねばならない結果を生ずるといふ事実である。」(「虚偽の嫡出子出生届と養子縁組の成否」ケース研究一五〇号一三頁)。しかし本文のように解することによって、このような批判はまぬがれることになる。

- (13) 我妻栄・親族法(法律学全集)三〇九頁。山本正憲「事実上の養子と里子」家族法大系IV親子二三九頁。

- (14) 島津・前掲書三五頁

- (15) 島津一郎「『未婚の母事件』最終判決の構造」判例評論一九九号一〇頁(判例時報七八三号一四〇頁)。

- (16) 島津・前掲書三五頁。

- (17) 谷口知平「他人の子を養子として届け出た者の代諾による養子縁組の追認の許否」民商法雑誌三六卷六号一六一頁。

- (18) 久留・前掲論文二二五頁。

(19) この点を強調されるものに、島津・前掲書三五頁。

附記 本稿は日本法政学会第四三回研究会(昭和五〇年十一月二三日)において発表したものである。