
大東文化大学法学研究所報

第8号 平成元年3月

目 次

特別養子の運用について……………吉岡 進………… 1
大学の自治と思想・学問の自由……………楠 正純………… 7
——滝川事件回顧——
スペインを一人旅して……………渡辺栄太郎…………17
雑 報……………24

特別養子の運用について

吉 岡 進

民法の一部改正法律によって、特別養子縁組の制度が新設され、昭和63年1月から施行されて、丁度1年を経過した。この1年間の運用状況について関心を持ったので、その状況について、若干の審判例をたよりに報告することとしたい。

まず順序として、ここに「特別養子制度」とはどのようなものか、を明らかにしなければならないが、この点については、法学研究所報6号（昭和63年3月発行）に本学小野幸二教授と明治学院大学中川高男教授の対談「新設される特別養子制度の問題点を語る」が掲載されていて、制度の内容について詳細に触れているので、それを参照されることを希望する。民法の定める従来の養子縁組に関する規定は、養子に対する一般の考え方の、家名の継承とか、家の財産を継がせるためとか、家業を継続するためとかというような「家のため」の養子や実子のない夫婦が淋みしいから子を育ててみたいという親的本能の満足のためとか老後世話になりたいとかというような「親のため」の養子の要求にも応えうようにできていて、真に親のない子に親を与えるという子の福祉を考えた「子のため」の養子ということに徹底し切れていないのに対して、今回の特別養子は従来のいわゆる普通養子とは別にこれとならんで、専ら、養子となるべき「子のため」の養子縁組として、父母による監護が著し

く困難又は不適當であることその他特別の事情がある子に限って、その子の利益のために成立させるものとして設けられたものである（法817の7）。

そのため、法は養親となるべきものの年齢を成年者とするのが旧法であるのに対し原則として25歳以上とし（法817の4）従来法では単身者でもよいとしているのに対し夫婦揃っていることを要求し（法817の3）他方養子となるべきものの年齢を旧法が、尊属又は年長者でなければよいとしているのに対し原則として、6歳未満に制限し（法817の5）家庭裁判所が、6ヵ月以上という試験養育期間の監護状況を見て審判によって成立させるものとし（法817の2, 8）（旧法では縁組という契約形式になっている）、成立した上は、子と実方との親族関係が旧法ではそのまゝの関係が続くこととされているのに対しこれを終了させ（法817の9）また協議離縁を認めず、離縁は例外的に審判によって限られた場合にのみこれを許し（法817の10）そして戸籍上も、養子であることを一見しては、わからないよう配慮していることなどが、この特別養子縁組制度の特色である。

かつて「菊田医師事件」という「赤ちゃんあっせん」で知られた事件があった。菊田医師は、宮城県石巻市において産科医院を開設していたが、妊娠中絶の手術を希望するが時期を逸した女性に対し、勧めて出産をさせ、その嬰兒を、他の子供を欲しがっている婦人が出産したことにする虚偽の出生証明書を発行することにより、戸籍上も右婦女の実子として登載させるといういわゆる「実子あっせん行為」を200回以上もくり返し、医師法違反、公正証書原本不実記載、同行使の罪により罰金20万円に処せられ、また優生保護法上の指定医師の指定取消を受けたという事件である。確かに、希望しないのに妊娠した女性が、中絶ができずに出産した場合、その子を捨て、あるいは捨て子としないまでもこれを養育する意思もなく、しかもその出産を秘密にしたいと考えるものがあること、またそのような子を引取って養育する親も、養子であることを隠したいと考える場合があることは否定できないが、今回の特別養子制度は、真実を偽ることはしないという最低限度の線を守りつつ、しかし子と実親との関係や養子であることをできるだけ明らさまにはしないように配慮するなどして、このような子の利益を最大限度図ろうとした立法ということがいえよう。生ぬるいといえばそれまでであるが、他方戸籍の信用性を維持し、また養子に出生の真実を探す道をも開いている苦心の作といえるのではなからうか。

特別養子の制度が設けられてから、既に1年を経過したが、この程最高裁判所から、昭和63年1月から6月までの同事件に関する集計結果の概数が公表された（裁判所時報990号）。

これによると、右の期間に終局した事件の総数は610件であるが、うち認容151件、却下48件、取下げ411件で、取下げが圧倒的に多く、認容件数は全体のわずか25パーセント足らずに過ぎないことが目をひく。取下げもおそらく、審理中要件を満たさないことが明らかとな

って、請求を断念したものが大部分と推測される。

次に養親となる者の養子となる者に対する関係では、伯叔父母、兄姉、いところの合計56件の請求に対し認容はわずか1件というのが注目される。これに対し里親（すなわち保護者のない児童を養育することを希望する者であって都道府県知事に適当と認められた者）は請求82件に対し65件認容と率が高い。

さて現在までに、「家庭裁判月報」に紹介されている特別養子縁組成立申立事件の審判は6件に上るが（家裁月報40巻7号，同8号）その半数の3件が認容例，残りの3件が却下例である。認容例はいずれも申立人は里親であり，却下例は民法817条の5の養子の年齢制限にかかるもの1件，同法817条の7の要保護性の要件を欠くもの2件である。

却下例

① 広島家審昭和63年3月12日（7号192頁）においては，養子となる者の年齢は申立時（昭和63年2月12日）において既に8歳3ヶ月であった。申立人ら（養親となる者）は，事件本人と既に普通養子縁組をしこれを養育している者であって，かねて特別養子縁組制度が実現すれば，改めてこれに移行したいと考えていたというのであるが，裁判所は，法が養子となる者の年齢を原則として6歳未満とし，特に例外的に8歳未満までを認めている趣旨からして，更にそれ以上の例外を認めるわけにはいかないとして，申立を却下した（因みに前述の集計結果をみても8歳以上の子についての認容例は1件も存しない）。

② 奈良家裁宇陀支審昭和63年3月25日（7号188頁）

申立人ら（養父母となるもの）は子供がなかったので，養母となるべき申立人の妹夫婦の子（養子となるもの）を生後1週間目に引き取り，手元で養育し普通養子縁組をして4年間実子同様に監護養育してきた。今回特別養子制度制定を機会に特別養子とすることを希望し，実父母もこれに同意している。

この事案では，実父母は，その父母及び子2人との6人暮らしで家庭円満，実父は月収40万円ある自営業者であり不動産を所有しているものであり，養子となるべき本件事件本人の監護養育を申立人らにゆだねたのは，実父母においてこの子に対する愛情に欠けるところがあったのではなく，実父母間には他に2人の子供があったのに対し，実母の姉夫婦である申立人ら間に子供ができないため，その苦衷を慮ったためと認定され，この事実からすると，実父母には事件本人を監護する能力が十分に備わっており，またこれに対する愛情に欠けるところはなく，また父母との関係を終らせることが専ら子の健全な育成を図るうえで利益になるような事情もないから，民法817条の7所定の「父母による養子となる者の監護が著しく困難又は不適當であることその他特別の事情」の存在は認められないとして，結局申立却下の審判がなされた。

③ 名古屋家審昭和63年4月15日（8号97頁）

事件本人（養子となる者）は申立人（養父となる者）の妻の連れ子（前夫との間の嫡出子）である。事件本人が2歳のときその実父母は協議離婚をし、実母を親権者と定め、実父から実母へ事件本人の養育費が支払われていたが、実母は申立人と知り合い事件本人を連れて同棲、ついで結婚をしたので、実父からの養育費の送金を断った。そして申立人は事件本人と普通養子縁組をし、事件本人は申立人によくなついている。申立人は会社勤務で月収手取り18万円、実母は家事、育児に従事しており、特別養子縁組に同意し、事件本人の実父もこれに同意している。裁判所はこのような事実認定の下に、申立人の妻すなわち事件本人の実母は、申立人の収入を経済的基礎として、引続き事件本人を監護すべきこととなるから、民法817条の7に定める「父母による養子となる者の監護が著しく困難又は不相当である」場合にはあたらずまた同条の「特別の事情」があることも認められないとして、却下の審判をしたものである。

妻の連れ子については、特別養子になる可能性は残されているものの（817条の3第2項但し書）、本来は引き続き実母が養育するものであるから、この制度に乗りにくいということとは、かねて指摘されていたところである。

認容例3件

④ 札幌家審昭和63年3月18日（7号185頁）

申立人ら（養親となる者）には子供がないので、養子縁組を前提にして里子を育てようと考え、児童相談所に里親登録をした。事件本人（養子となる者）は、病院で出生したものであるが、2日後に母親は無断で出奔して行方不明となり、父親が誰かもわからない。そこで事件本人は棄て児として乳児院に入所していたが、生後6ヶ月になって児童相談所が紹介して、申立人らに引き取られ、爾来1年3か月にわたって申立人らは事件本人を監護養育してきたが、特別養子とするのが望ましいと考え、新制度の施行を待望していたものである。申立人（夫）は警察官で安定した生活を送り、事件本人を引き取ってから、同人を中心として一家仲睦まじく暮らしており、児童相談所の観察結果も、申立人らに養親としての適格性、適合性が十分認められ、他に適当な保護者のない事件本人については申立人らとの間に特別養子縁組を成立させるのが最適との判断に到達している。裁判所は以上の事情から、本件申立を認容する審判をした。

⑥ 横浜家審昭和63年3月11日（7号181頁）

申立人ら（養親となるもの）は婚姻後子供に恵まれなかったところから養子を迎えることを考え、昭和49年児童相談所に里親登録をし、昭和54年当時3歳の女兒K子を里子として引取り養育し、家庭裁判所の許可を得たうえで養子縁組をした。そして右女兒のためにも、も

う1人養子を迎えることが望ましいと考え、児童相談所にあっせん方を申し入れていたところ、事件本人（養子となる者）のあっせんを受けたので、昭和57年これを引取り、家庭裁判所の許可を得たうえ、養子縁組をした。

事件本人は昭和56年、出生直後バスタオルにくるまれた状態で駐車中の乗用自動車の後部座席に置きざりにされていたのを発見され警察を通じて児童相談所に通告がなされ、乳児院で監護を受け、児童相談所長が後見人と定められていたものであり、その実父母は氏名所在ともに不明である。

申立人（養父となる者）は銀行支店長であるが、事件本人は申立人らを実父母と思いよくなつており、申立人らも深い愛情をそそいでいる。

裁判所は申立人らがすでに6か月以上事件本人を監護してきた実績をもとに、事件本人を監護養育すべき責任を負うのは申立人らのみであり、実父母との法律上の親子関係を存続させることに全く実益がないとして、本件について特別養子縁組の成立を認めるのが相当であるとされた。もっとも、すでに当事者間には普通養子縁組関係が存するのであるが、その縁組当時もし特別養子制度が存在していたとするならば、特別養子縁組が選択されたであろうと推測されるから、このような場合、普通養子を特別養子とすることは、特別養子制度を創設した法の趣旨に反するものではないとした。

④ 横浜家審昭和63年4月15日（8号64頁）

申立人ら（養親となる者）は婚姻以来子供に恵まれなかったことから児童相談所を通じて里親の登録をし、昭和58年児童相談所から事件本人（養子となる者）を里子として引取り養育し、昭和61年家庭裁判所の許可をえて、同人と養子縁組をした。申立人（養父となる者）は工員として会社に勤務し、申立人（養母となる者）は家事と養育に従事し、生活面、経済面において安定し、事件本人に対する監護の状況は良好であり、さらに特別養子縁組を希望している。

事件本人の実母は、その母と早く死別し、父に養育され高校を中退して父の仕事先でアルバイトをして生活していたものであるが、17歳のとき見知らぬ男に強姦されて妊娠し、父にも打明けず所持金もないまま中絶をすることもなく、事件本人を出産したが、当初から養育する意思がなく、婚外子出生の秘密保持の意向が強く、また経済的困難から、母の父が児童相談所に里子に出すための相談に訪れたことから相談所の措置により、ベビーホーム等に預けられ、その後里子として申立人らに預けられるに至った。そして実母は、その後別の男性と婚姻して子を儲けており、本件特別養子縁組に同意している。事件本人は本件申立当時7歳であるが、6歳に達する前から申立人らに引続き監護されている者であるうえ、申立人らと事件本人とが普通養子縁組をした当時実母による事件本人の監護は著しく困難であったと

いうことができ、当時もし特別養子縁組制度があったならば特別養子縁組は容易に認容されたとであろうと思われる。普通養子縁組をしたときに既に民法 817 条の 2 の要件を充足し、改正民法施行後遅滞なく同じ当事者間で特別養子縁組申立てがあった場合は、現在でも同条の要件を充足しているものと解するのが相当である。本件につき特別養子縁組を成立させることが子の現在及び未来の福祉の確保とその向上のため必要不可欠であるとして、申立認容の審判がなされた。

以上 6 件の審判例が見られるが、そのうち①は民法 817 条の 5 の年齢制限の点から、養子となる者がすでに 8 歳を超えていた関係上、同条に定める例外にも当たらないとして、実体的な内容に立ち入らずに却下された例であるが、②及び③は、民法 817 条の 7 の要保護性に関する要件のうち「父母による養子となる者の監護が著しく困難又は不相当であること」及び「特別の事情」についての消極例である。②は、実母が養母となる者の実妹であり、養親となるべき者に子供のないことから、その苦衷を慮って 3 人の子のうちの末子の 1 人を普通養子として姉夫婦との縁組を結ばせたものであり、実父母には本来監護能力が十分に備っており、また子に対する愛情にも欠けるところもないという事案で「監護が著しく困難又は不相当」な事由が存在せず、実父母と子との親子関係を終了させることが子の健全な育成を図るうえで利益となるような事情すなわち上記の「特別の事情」もない事実関係である。

③は妻の連れ子（前夫との間の嫡出子）の事例であり、民法 817 条の 3 第 2 項但し書は連れ子について特別養子縁組の成立の可能性を否定してはいないけれども、実母が引き続き養育するのであるから、原則としては「監護が著しく困難又は不相当」というのに当たらないといわざるをえない。例外としては、例えば、実親特に実父が連れ子に害を及ぼすというように実親との関係を切断しないと子の福祉を著しく害するような場合には「特別の事情」に当たるということで特別養子縁組の成立を認める余地が残されるのであろう。本件の場合にはこれに当たらないということで却下の結論をとられたことは、やむをえないと思われる。

認容例 3 例はいずれも、養親となるものは里親として養子となる者を養育監護をし、その結果も良好である実績をもつ事案である。そのうち⑤と⑥とはともに、すでに、普通養子縁組が成立している事案であるので、このように、普通養子を特別養子に切り替える可否が問題となろう。これについては別に規定がないので、一般の要保護要件を満たす場合には可能と考えられる。通常は養親がすでに適切に監護しているのであるから「監護が著しく困難又は不相当である」という要件には該当しないといわざるをえないが、実父母からの不当な干渉などによって、養親による監護が困難となり子の福祉のために実親子関係を断絶した方がよいというようなとき「特別の事情」ありと認められることもありうるというところである

う。

しかし本件はいづれも、普通養子縁組をした当時は改正法が施行されていなかったのであり、もし施行されているとしたならば普通養子ではなく特別養子縁組をしたであろうと認められるケースである。⑥⑥の審判例はいずれもそのような見地から、経過的措施として、特に特別養子縁組の成立を相当と認めたものと解される。

④の例は棄て児で実父母が知れない子供を児童相談所の紹介で引取り養育監護を始めたという、いわば典型的な特別養子縁組の成立の適例と考えられる。

以上これまで公にされた審判例を通じ、問題点を検討した。さらに審判例が積み重ねられて、種々の問題点が漸次解明されることが期待される。

(付記 本稿は平成元年1月23日行われた、教授退任記念講演の草稿によるものである)

大学の自治と思想・学問の自由

——滝川事件回顧——

楠 正 純

1

基本的人権尊重主義の日本国憲法の第19条には「思想及び良心の自由は、これを侵してはならない」とうたい、内心の自由を保障している。明治憲法においては、かくの如く、一般的に個人の内面的自由を保障した規定は存しなかった。これがため、思想の統制や思想犯の処罰が厳重に行われた。本条は、過去において、思想の弾圧——危険思想・反国家思想・反戦思想の名の下に行われた——が、公然となされた苦い経験に鑑み、再びかかることなからしめんとし、人間の自律的精神を重んずる民主主義の立場より、内心の自由を保障して、以って民主主義の精神的基盤をなす国民の精神的自由を確保せんとするものである。かかる思想の自由は、既に、ポツダム宣言第10項後段において「言論、宗教及び思想……の自由は確立されなければならぬ」と明示されており、また、終戦後、いち早く、思想、言論の制限に関する一切の法令の廃止をみたのである。日本国憲法第3章においては、かかる趣旨に基づき、第20条において信教の自由を、第21条では、思想表現の自由を、また、第23条には学問の自由をそれぞれ、保障している。思想及び良心の自由なるものは、一般にこれらの自由の基本をなすものである。換言すれば、第19条は、かかる人間精神の自由に関する包括的・一般的な規定である。