

## 虚偽の嫡出子出生届と養子縁組の成否

岡 田 利 克

### I 問題の提起

出生届を出していない生後間もない子を、養親となる者が実親である生みの親との合意の上で引き取り、自分達夫婦の嫡出子として出生届を出す事例が我が国では古くから慣行として行なわれており、現在でもこのようなケースがかなり多いといわれている。これを実証するかのように、宮城県石巻市の菊田昇(産婦人科医師)が昭和48年4月18日の地元夕刊紙に、「急告！生まれたばかりの男の赤ちゃんをわが子として育てる方を求む」との広告を出したことがきっかけとなり、同年4月20日の『毎日新聞』が、菊田医師が10年間に100人の赤ちゃんを実子としてあっせんしていたことを報道するにおよんで、大きな社会的反響を巻き起こした事は世間周知の事実である。その後の全国各紙の報道では、10年以上にわたって約220人の赤ちゃんを実子としてあっせんしたとも伝えていた。

そもそも親子関係には、出生によって当然発生する実親子関係と、一定の法律行為によって生ずる養親子関係とがある。つまり実子とは、生理的父母(実親……実父と実母)から生まれた子であるが、生理的父子関係があっても、法律上当然には実親子関係の認められない場合がある。婚姻外の出生児と実父との関係がこれにあたる(婚外母子関係については議論があるが後で触れることにする)。父母が婚姻関係にあれば、出生の事実によって当然に父子関係・母子関係が発生し、嫡出子の身分を取得する。また、生理的親子関係がないのに、一定の法律行為にもとづいて親子関係があるものと法的擬制を受けるのが養子である。実親子関係の場合の出生届は、いわば報告的な届出にすぎず、また、

養親子関係の創設は一定の法律行為と厳格な形式が必要とされ、単なる戸籍上の届出もしくは記載によって親子関係が発生するものではない。したがって、他人の子を戸籍上自己の嫡出子として届出をなしても、戸籍の記載通りの親子関係が生ずるものではなく、また、出生という事実によって発生した実親子関係は、他人の嫡出子として届け出られても、実親子関係そのものが消滅するものではない<sup>1)</sup>。また、戸籍に記載すべき事項について虚偽の届出をすれば、「公務員ニ対シ虚偽ノ申立ヲ為シ權利、義務ニ関スル公正証書ノ原本ニ不実ノ記載ヲ為サシメタル者」として公正証書不実記載の刑事責任を負わねばならず(刑法157条)、さらに、事実に反する戸籍簿上の記載は、真実に合致するよう訂正されなければならない。他人の子を自己の嫡出子として届け出た場合の戸籍訂正は、他人の子は現戸籍には本来記載されるべき筋合いではないから、当然その戸籍から削除して、その実体に合致するようあらためて正当な出生届の義務者から出生届を出すことになる。しかし、実体に合致しない親子関係の戸籍記載の削除については、戸籍法の116条によるべきか、113条によるべきかは議論のあるところである<sup>2)</sup>。

ところで実際には、世間において他人の子を

1) 中川善之助編『註釈親族法(上)』294頁(外岡)。判例も、「親子タル事実ハ戸籍ノ記載ノ如何ニ因リテ左右セラルベキモノニ非ザルト共ニ、戸籍上実親子タル記載アルモ其ノ実親子ニ非ザルトキハ、法律上親子タル関係ヲ生ゼザルコト論ヲ俟タズ」と述べている。大審院判例・昭和7年12月14日、大審院民事判例集11巻2323頁。

2) 平賀健太「親子関係と戸籍訂正」『家族法大系I』279頁以下。谷口知平「戸籍法」『法律学全集(25)』158頁。阿川清道・岩佐節郎「戸籍訂正に関する若干の問題」戸籍制度80周年記念論文集『身分法と戸籍』所収。小石寿夫「戸籍上の嫡出子親子関係が真実に合致しない場合と戸籍訂正」『法曹時報』9巻7号12頁。

種々の理由から、自己の嫡出子として虚偽の届出をする例は、実数はつかみ難いがかなり多いようである。旧民法時代、結婚前の娘が私生子（昭和17年の改正でこの呼称は廃止されたが、世間一般では全くの死語と化した訳ではない）を生んだ場合<sup>3)</sup>、親夫婦の子として届け出たり、兄夫婦の子として届け出る例が稀ではなかったようだ。特にその子が女子で、すでに法定の推定家督相続人たる男子がいる場合などは、女子はいくらいても法律上の障害にならないから、意外と容易に「戸籍を貸す」ことが行なわれたらしい<sup>4)</sup>。現在でも、子のない夫婦が、なにがなんでも“藁の上”から名実共に“実子”として育てたいとの切実な願いから、他人の子を嫡出子として届け出るケースがかなりあるのは事実だ<sup>5)</sup>。新戸籍法は、出生届を出すにあたって、やむを得ない事由あるときを除き出生証明書の添付を要求しているが（戸籍法49条Ⅲ項）、虚偽の出生届を防止する上での効果はあまり期待できず、後日さまざまな親族法上ならびに相続法上の紛争の原因となっているのが実状である。出生届は事実に従って正確になされるように公正証書不実記載罪（刑法157条）の制裁をもって保障され、しかも、新戸籍法が正確な出生証明書を要求して、虚偽の出生届ができないように配慮しているにもかかわらず、他人の子を自己の嫡出子として届け出る虚偽の出生届があとを断たないのはなぜであろうか<sup>6)</sup>。虚偽の届出がなされる動機および形式はさまざまであるが、

およそ次の三つの態様が考えられる<sup>7)</sup>。

(1) 実親の嫡出子または非嫡出子として届け出ることが、何等かの事情によって憚られる場合である。例えば、内縁中懐胎し解消後に生まれた子は、実質的には嫡出子であるのに、そのまま届け出ると非嫡出子となって何となくうしろめたさを感じたり、または母子共に将来にわたり世間から賤しめられることを畏れて、母方の実父母または親族の子として届け出る場合。妾腹の子が私生子となると将来不憫だとして友人や親戚の嫡出子として届け出るか、正妻との間の嫡出子として届け出る場合。あるいは、娘の私生子出産が娘の縁談の障害となることを畏れたり、夫の長期不在中の妻の不義密通を隠すため、親族や友人の子として届け出るようなケースで、いわば一種の便法として、戸籍を借りたり貸したりする場合である。

(2) いわゆる“藁の上”からの養子で、戸籍上も実子として届け出て名実共に実子として養育し、真の親子の情愛を生ぜしめたいとの配慮と、養子であることを知ることによって生ずるであろう本人のショックと愛情の冷却を懸念することから、養親と実親との合意の上で養親から虚偽の出生届を出す場合である。真実が明るみに出ないよう、養親が住居を移転したり、養母となるものが出産のためと称して仮装入院をし、世間体をとつつくろうことすらあるという。

(3) 非嫡出子を、いったん他人夫婦の嫡出子のごとく虚偽の出生届をなし、次にその戸籍上の父母の代諾によって他の夫婦との間に養子縁組をする場合で、これにより、非嫡出子の身分を隠蔽する目的を達することができる。

これらの虚偽届出の背景には、谷口教授の指摘されるごとく<sup>8)</sup>、嫡出子と非嫡出子に対する強度の差別感情や、民法上の親子法制、殊に嫡出推定、嫡出子否認制度の回避の要請などが存在すると思われるが、実際にはもっと複雑な事情の存在することも考えられる。このように虚

3) 「嫡出でない子」をその母に対して私生子という。私生子の呼称は明治6年の太政官布告21号に始まるが、昭和17年（法7）の改正によって廃止され、現在では法律上の用語ではない。

4) 我妻栄「身辺雑記・戸籍に弱い?」『ジュリスト』184号23頁。

5) 菊田昇『私はに殺せない』30頁。『毎日新聞』昭和53年2月23日「赤ちゃんのために」新局面のあっせん事件（中）参照。

6) 「出生届出における出生証明書については、死亡の届出における診断書（検案書）の取扱と同様、届出と出生証明との間にその記載内容殊に出生の日時場所に相違がないかどうか十分これを確かめた上で受理し、以て虚偽の記載を防止するよう努められたい」との民事局長通達が出されている。昭和23年1月13日民事甲17号、各司法事務局長あて。

7) 谷口知平「戸籍法」『法律学全集（25）』168頁。久留都茂子「虚偽の出生届の効力」『現代家族法大系（3）』94頁。

8) 谷口知平「戸籍法」『法律学全集（25）』168頁。

偽の届出がなされる理由と形式は異なるが、実親でない者によってなされた虚偽の嫡出子出生届に、養子縁組としての効果を認めることの可否については見解がわかれている。従来の判例は、主として養子縁組の要式が厳格主義をとっているとの立場から、概して否定的な態度であったのに対し、学説は、その理由づけは区々であるが、我妻教授の「無効行為の転換」理論の影響を受けて、縁組届としての効果を肯定するものが漸次多くなり、その理論構成も次第に精密化されていった。下級審の判例ではあるが、肯定的な見解を示す裁判例もいくつか現われて、学説に同調するきざしが見受けられたが、最高裁判所の見解は、依然としてかたくななまでにこれを否定する。

前記三つの態様のうち、最も問題とすべき重要なものは(2)に該当するもので、菊田医師の「赤ちゃんあっせん事件」もまさにこのようなケースであった。生みの親の戸籍を汚さずに出生児の生命を救い、母体を守ると同時に子供に恵まれない夫婦に子宝をさずけ、名実共に実子として養育できる機会を作ったのが菊田事件であった。しかし、考えなければならない事は、一見まことになごやかな親子関係が築かれたように見えても、これがいつか親子の感情に亀裂が入り、場合によっては破綻に直面するかもしれない危険性を孕んでいるとしたら問題である。この危惧は、判例に現われる事実を見れば明白であり、紛争が生じた場合の実際の解決は、現行法制下ではまことに困難である。だが、虚偽の届出とはいえ、戸籍上の親にその子を実子同様に養育する意思があり、事実相当期間にわたる社会的な親子的共同生活が存在するいわゆる「藁の上からの養子」については、事実上の、いわば内縁的養親子関係として、一定の法的効果を与えるべきであることは当然だが、もっと端的に、事実上の養親子関係以上の、すなわち戸籍通りの実親子関係の成立を認めることが可能であれば、問題の処理はすこぶる簡単明瞭となるであろう。虚偽の出生届に、そのまま実親子関係成立の法律的効力を認めることはできな

いものかとの提案は、一見理論的緻密さを欠き、きわめて突飛に感じられるかも知れない。しかし、世間には意外と自己の出生の秘密を知らずに、虚偽の出生届にもとづいて、全くの他人を実の親と信じて成長する人がかなりいることを考えると、この見解も一応は考慮に値するものといえよう。幼い日より、実親と思っていた父母が実は養親であり、自分の出生が、なにか暗い星の下に隠されているのではないかと疑いを抱かせるようになると、子供の性格形成に重大な悪影響を与える可能性がある。したがって、子供の真の幸福を慮ると、名前も意識も実子として籍ごと貰い受け、「生みの親」の心で育てたいと熱望するのが、養親の真の願いであり実情であるという<sup>9)</sup>。山島教授は、「血縁の事実がいっさいの既成事実を一挙にくつがえすほど貴重なものかどうか。長期にわたる社会的事実のほうが、より強く法的保護に値しないかどうか。大いに問題であろう」との疑問を示されている<sup>10)</sup>。民法上も、第772条I項で妻の婚姻中に懐胎した子は夫の子と推定し、母子両者には反対事実の主張を認めず、父のみに嫡出否認権を認めるが(第774条)、夫が嫡出たることを承認するか一定期間経過後は、いわゆる表見的身分関係について反対事実の主張を禁じている(第776条・第777条)。しかし、この場合は妻が婚姻中に懐胎した子についての父子関係について規定したもので、一般的に、これらの規定を母子関係も存在しないすべての出生届について、その反対事実の主張を禁ずるところまで拡張解釈することは許されるべきではない<sup>11)</sup>。そうすると、虚偽の出生届は、大審院以来の判例によれば絶対に無効とされ、年月がいくら経過しても、養子側からはもちろん、養親側からもその無効を主張できるし、一般の親子関係不存

9) 菊田昇『私には殺せない』26頁。昭和53年2月24日『毎日新聞』朝刊「赤ちゃんのために」新局面のあっせん事件(下)。この現実には、現行法の枠を越えて特別養子制度の構想が真剣に検討されるべき契機を含んでいることになる。

10) 山島正男「虚偽の嫡出子出生届と養子縁組」民法の判例(第二版)『ジュリスト増刊』229頁。

11) 山島正男・前掲脚注10)参照。

在確認の問題として、確認の利益さえあれば第三者から何時でも訴えを提起することが可能となり、実質的に実親子関係と同様に育成されてきた「藁の上からの養子」関係は、一挙にして覆滅され得ることになる。もし、このような事態が生ずれば、両者の被る精神的かつ社会経済的損失は計り知れないものがあり、問題の実際の解決にまことに不都合な結果が生ずる。そこで、このような場合、虚偽の出生届ではあるにせよ、当事者間には養親子関係を形成する意思があったのだから、かかる出生届をもって養子縁組届への転換ないしは代用とみることはできないかという問題が生じてくる。さりとて、安易に転換を認めることになれば、虚偽の出生届を是認する結果となり、違法な届出を助長することにもなりかねない<sup>12)</sup>。

江戸時代までの親子に関する法律制度においては、父をも有しない母だけの子は存在しない。それは、父系的家族制度の当然の結果であって、武家法・庶民法ともに父の知れない子が存在する余地を与えなかったからである。もちろん、当時においても妻妾でない女の生んだ子が存在しなかった訳ではない。そのような場合は、多くは他人の嫡出子として出生届をなし、表面的には公生子たる仮装が行なわれたのである。こ

の仮装は脱法行為ではなく、むしろ、慣習法にもとづく擬制の一種であったとも考えられている<sup>13)</sup>。このような慣行は明治に入ってからでも伝えられ、私生子は実親の弟か妹、あるいは親族や友人の実子として届け出て入籍させることが全国各地で行なわれていたようである。『全国民事慣例類集』<sup>14)</sup>によれば次のようなものが散見される。「夫方ニ養育シ、入籍ハ多ク夫ノ弟妹ノ振合ニ為ス」(大和国添上郡)、「妾腹出生ト称シ庶子ニ立テ自家ニ養育スルアリ。又養育料ヲ添テ他家ヘ遣シ其家ニテ出産シタル事ニ取計フ慣例アリ」(加賀国石川郡)、「其処女タルモノノ弟妹トシテ籍ニ入レ或ハ他人ヘ養育料ヲ添テ之ヲ遣シ人別ニ其貰受クルモノノ実子ト看做シ其籍ニ入ルル風習ナリ」(加賀国河北郡)、「密ニ其児ノ祖父母ノ子ト做シ或ハ養育料ヲ付与シ他人ニ遣シ其貰受クル者ノ子ト做ス」(越中国婦負郡)、「多クハ親類朋友ノ籍ニ入レテ生長セシムル例ナリ」(佐渡国雑太郡)などとなっている。「他人ヘ養育料ヲ付シ養子ニ遣ス風習ナリ」(越中国射水郡)というのもあるが、「養家ノ人別ヘ加ヘシ上ハ実父母ヨリ之ヲ視ル事他人ノ子女ニ同ジ」とあるように、養子に遣わすというのは、他人の実子として戸籍に入れることである。また、加賀国河北郡には、「婚姻セザル前処女ニシテ出産スル事アレハ、其処女タルモノノ弟妹トシテ籍ニ入レ或ハ他人ヘ養育料ヲ添テ之ヲ遣シ人別ニ其貰受クルモノノ実子ト看做シ其籍ニ入ルル風習ナリ。但総テノ経費ハ其密通セシ男子之ヲ償却ス。若シ密通セシ男子数人アルトキハ総金高ヲ割付ケ償却セシムル事ナリ」とする慣習が伝えられているが、但書後半の金銭処理の方法が面白い。関係した数名の男に共同不法行為の責任をとらせたようにも考えられるし、慰養料を分担させたようにもとれるが、数を確定することはかなり困難であつたろう。

判例も、他人の子を嫡出子として届け出た場合にこれを適法と認定し、しかも、その届出に

12) 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』591号95頁。菊田医師の赤ちゃんあっせん事件が明るみにでた昭和48年春以来、当時の田中法相が「違法ではあるが、すでに赤ちゃんを引き取った家庭の平安に関係することでもあり、直ちに取り締めることはしない」と発言したこともあったが、その後“違法黙認”の状態が続くなかで、この種の虚偽の出生届が各地に波及する兆しをみせたため、事態を重視した愛知県産婦人科医師会が、昭和52年9月に菊田医師を仙台地検に告発するという方向に発展した。——昭和53年2月23日『毎日新聞』朝刊社説「赤ちゃんのあっ旋起訴に思う」。その後、53年2月28日には児童福祉法違反(営利目的の児童のあっせん——同法34条Ⅰ項8号・同法60条Ⅲ項)として追告発している。これに対し、仙台区検察庁は同年3月1日、医師法違反、公正証書原本不実記載、同行使罪として菊田医師を略式起訴した。仙台簡易裁判所は略式命令で罰金20万円を科し、菊田医師は正式裁判の申立をしなかったため、この裁判は確定した(刑訴465条・470条)。この略式手続は非公開で、しかも書面審理のみで科刑する簡易手続だから、虚偽の出生届をなした家庭をも含めて、その実態は白日の下にさらされずにすみ、一応事件の終末をみた。しかし、問題はこれで終わった訳ではなく、立遅れている養子法の改正を含めて、今後の親子法のあり方が問われることになった。

13) 手塚豊『家族問題と家族法Ⅳ』138頁。

14) 風早八十二「解題」『全国民事慣例類集』。

養子縁組の効果を認めたことがあった。大正8年2月8日の大審院判決<sup>15)</sup>は次の如く判旨する。「……然レトモ原院ハ乙第4号證ナル民事慣例類集ニ依リテ明治初年ニ於テハ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往之レヲ其生母ノ属スル戸籍ニ子トシテ編セス他家ニ遣ハシ之ヲ貰受ケタル者ハ其貰受ケタル子ヲ自己ノ子トシテ届出テ其家ニ入籍セシムルコトノ慣例カ一般ニ行ハレタルコトヲ判示シタルモノニシテ斯ノ如キ慣行カ或ル地方ニ行ハレサリシモノトスルモ其当時ノ法制上適法ノモノ」であるとし、「……原判決ノ如キ慣行ハ純然タル養子縁組ニ非ザルモ養子制度ニ準拠スルモノト謂ヒ得ヘク私通ヲ幫助シ実親子ノ事実関係ヲ不明ナラシムルモノニ非ス而シテ明治6年1月18日布告第21号<sup>16)</sup>ハ妻妾ニ非サル者ノ私生子ヲ他人ノ子トシテ遣ハシタルコトナキ場合ニ私生子ノ母ニ於テ之ヲ引受ケ養育スヘキモノト為シタル規定ト解スヘキモノニシテ他人カ之ヲ其子トシテ貰受ケ之カ届出ヲ為シタル場合ニハ同布告ヲ適用スヘキモノニ非サレハ原院ハ右慣行ヲ以テ当時ノ法制上適法ノモノト為シタルハ相当」であるとした。しかし、養子縁組について民法が届出主義を採用した後は、判例は否定的立場をとるにいたり、最高裁判所もこの消極説を踏襲し現在に至っている。学説も、転換理論によって虚偽の出生届に養子縁組の効力を認めんとする積極説と、種種の弊害を慎重に考慮した上で、結果的に判例を支持する消極説にわかれている。

## II 判例の推移

判例は、民法施行前の事案について、いわゆる「藁の上からの養子」の慣習を適法と認めて、養子縁組の成立を肯定していた事はさきに記述

した通りであるが<sup>17)</sup>、民法施行後になされた虚偽の嫡出子出生届については、一貫して養子縁組の効力を否定する。出生後間もない私生子を、養子縁組届とせずに嫡出子とし出生届をした事案について、明治42年4月7日の東京控訴院判決<sup>18)</sup>は、「……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对其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……(略)……嫡出子なりとして届け出づるも民法上養子縁組たる効力を生ぜず」と判旨し、縁組と嫡出子出生届とはまったく性質を異にする身分行為だから、本当に養子縁組をする意思を有し、しかも、それにふさわしい実親子関係同様の生活実態をそなえていても、養子としての法律上の地位を認められるものではないとする。そこで、虚偽の嫡出子出生届を、養子縁組と解することの可否について、その後見解を示した主要な判例をとりあげ、逐次事案を検討することとする。

### 〔1〕 昭和11年11月4日大審院判決<sup>19)</sup>

(事案) AA' 夫婦の三男として明治40年3月26日に生まれたYを、BX 夫婦は事実上の養子とする目的で、同夫婦の長男として明治40年4月1日に出生届を出した。BX 夫婦には女子が一人いたが、不治の病気のため、男子のYを貰い受けたのである。然し、Yが5歳になった時養父Bが死亡したため、Xは二人の子供を養育するのに困窮し、Yを実父Aのもとに返した。しかし、その後もXは貧困の内から儉約をして小遣金を蓄積し、しばしば金品をYに与えて養母としての情愛を示していた。ところが、昭和9年Yが28歳になった時、資産家のC

15) 大審院民事判決録25輯196頁以下。

16) 「妻妾ニ非ル婦女ニシテ分娩スル兒女ハ一切私生ヲ以テ論シ其婦女ノ引受タルヘキ事但男子ヨリ己レノ子ト見留メ候上ハ婦女住所ノ戸長に請テ免許ヲ得候者其子其男子ヲ父トスルコトヲ得ヘシ」この太政官布告の出された背景については、『家族問題と家族法Ⅳ』139頁に詳述されている。

17) 大審院判決・大正8年2月8日、大審院民事判決録25輯189頁。

18) 東京控訴院判決・明治42年4月7日『法律新聞』567号13頁。

19) 大審院民事判例集15巻1946頁。

家に入夫婚姻する事になったが、Yは虚偽の出生届によって戸籍上Xの嫡出子となっており、養父Bの死亡後は養家の家督相続人となっているし、大正7年には戸籍上もXの届出により、Yが戸主となっている。入夫婚姻をすることになれば、この戸籍面が当然障害となる。そこで、YはXを被告として、昭和9年10月31日に岡山地方裁判所に、親子関係不存在の確認訴訟を提起した。その結果、昭和10年6月27日原告たるYは勝訴判決を得、同年7月13日判決は確定した。そこで、Xは原告としてYに対して訴訟を提起し、「……是レ全ク本件被告ニ於テ利慾ニ趨リ原告ヲ捨テ当初ノ養子縁組ノ予約ヲ弊履ノ如ク顧ミサルニ至リタルモノニ外ナラス原告ニ於テハ被告カ前示確認訴訟ヲ提起シタルヲ目シテ被告ニ於テ本件養子縁組ノ予約ヲ履行セザルノ意思ヲ表明シタルモノト主張スルモノナルカ要之原告ハ前叙ノ如ク困窮ノ内ニ被告を出生当時ヨリ5歳迄手塩ニカケテ育て其ノ後ニ於テモ愛育シ来リタルニ前示被告ノ責ニ歸スヘキ養子縁組予約不履行ニ因リ被告ヲ頼リテ自己ノ晩年ヲ安穩ニ送ルヘキ期待ヲ失ヒ今ヤ72歳ノ老齡ニシテ且財産トモ之無キ身トシテ再ヒ養子ヲ貰ヒ受クヘキ望モナク精神上甚大ノ苦痛ヲ被ルニ至リタリ而シテ原告ハ無職無教育且前示ノ如ク無資産ニシテ被告ハ岡山県立岡山工業学校ヲ卒業後大阪製練株式会社ニ事務員トシテ勤務シ居リ同人トシテハ無資産ナルモ前叙入夫婚姻ヲ為シタルC家ハ商業ヲ営ミ資産約3,4万円ヲ有スル事情ニ加ヘ実父Aカ農ヲ業トシ資産約3,4万円ヲ有シ居村ニ於テ上流ノ生活ヲ為シ居ル事実本件不履行ノ態様其ノ他諸般ノ事情ヲ斟酌シ原告ノ前示精神上ノ苦痛ニ対スル慰藉料ハ金2千円ヲ以テ相当トス……」と主張した。

第一審では、原告Xが敗訴となったが、控訴審では、一審判決を取り消して養子縁組予約を承認し、「……控訴人(X)ハ齡既ニ古稀ヲ超エ被控訴人(Y)ヲ正式ニ養子トシテ控訴人家ヲ継カシメント念願セルニ反シ被控訴人ハ自己ノ都合ヨリシテ訴外C'(C家の娘)ト入夫婚姻ヲ為サンカ為控訴人ヲ相手取り前記訴訟ヲ提起シ

其ノ確定判決ヲ得育テノ親ニ対スル浅カラサル恩義ヲ忘却シ控訴人ノ切ナル情願ヲ拒絶シ以テ老齡孤独ナル控訴人ヲシテ哀愁ニ泣カシムルモノナルカ故ニ此ノ精神上ノ苦痛ニ対シ之レカ賠償ヲ為ササルヘカラス」として、Yに対し慰藉料500円を認め、かつ、完済にいたるまで、年5分の割合による遅延損害金の支払を命じた。そこで、Yは次の二点を理由に上告した。まず第一に、「……特別ノ事情ナキ限り既ニ明治44年被上告人(X)ノ夫訴外Bノ死亡後被上告人カ上告人(Y)ノ実父タル訴外Aニ引渡シタル時被上告人自ラ養子縁組予約ヲ破棄シタルニアラスンハ、被上告人ト上告人ノ実父母間ニ協議上右予約ヲ解除シタルモノナリト認メサルヲ得ス」というべきである。その根拠として、もし、育ての親の情愛を忘れずに、ひたすらXをしてY家を継がしめんとする気持があったならば、Xの夫Bの死亡後8年間も家督相続の届を出さず、Xの姉の死亡届出(大正7年3月4日)の翌日、相続届をしているのはまことに奇怪なことで、これは戸籍吏に督促されたためと推認され得ると主張した。第二点は、「……被上告人(X)ニ於テ上告人(Y)ヲ5歳ノ時訴外Aニ引渡シ爾来Aニ於テ上告人ヲ養育シタル事実、並其ノ間今日ニ至ル迄被上告人ハ訴外Dト同居シ内縁関係ヲ結ビ居ル点、数十年間被上告人ハ訴外Dノ三男一女ヲDノ内縁ノ妻トシテ養育セシ点、彼此考慮スルトキハ上告人ノ行為ニヨリ被上告人ニ精神上ノ苦痛ヲ与ヘタリト為スハ社会通念上実験則上到底アリ得サルトコロニシテ被上告人カ上告人ニ対シ慰藉料請求権アリトノ原審ノ御判断ハ社会通念実験則ニ反スル不当ノ判決ニシテ此ノ点ニ於テモ原判決ヘ法則ノ適用ヲ誤リタルモノ」であると論じた。

(判旨) 大審院は、原審の確定した事実として、「被上告人夫婦(BX)ハAノ承諾ヲ得テ未タ出生届ヲ了セサル上告人Yヲ事実上ノ養子トシテ貰受ケYハ同年(明治40年)4月1日被上告人夫婦ノ間ニ出生シタル長男トシテ戸籍吏ニ届出ヲ了シ其ノ旨被上告人家ノ戸籍ニ登載セラレタルモノニシテ爾来被上告人夫婦ハ上告人

Yヲ手許ニ引取りテ養育シ来リタルカ明治44年3月4日被上告人ノ夫B死亡シタル為上告人ハYノ養育ニ窮シ同年中当時5歳ノYヲ実家タルA方ニ引渡シタ」事を認めた上で、次の如く判示した。

「……上告人ハ被上告人夫婦ノ長男トシテ出生ノ届出ヲ為サレタルモノナルカ故ニ被上告人夫婦トA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ツル意思ナカリシモノト認ムヘク而モ縁組ハ其ノ届出ヲ為スニ因リテ効力ヲ生スルモノナルカ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サルヘカラス仮ニ後日右縁組ノ届出ヲ為サントスル意思絶無ニ非サ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ノ間ニハ法律上親子関係存在セサルモノナルカ故ニ上告人カ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ク之カ為上告人ヲ正式ニ養子トシテ被上告人家ヲ継カシメントセル被上告人夫婦ノ念願ニ反セルモノト云フヲ得サルモノトス唯若シ前示両夫婦間ノ契約ニハ上告人ト被上告人夫婦トハ実親子同様互ニ扶養シ行クヘキ旨ノ契約ヲ包含シ本訴ハ畢竟上告人カ其ノ扶養義務ニ違背シタルニ因ル損害ノ賠償ヲ求ムルカ如キモノナリトセハソハ固ヨリ別論ナリサレハ原審カ此ノ点ヲ釈明セシムルコトナク上告人ハ被上告人夫婦カ上告人ヲ正式ニ養子トシテ被上告人家ヲ継カシメントセル念願ニ反シ前記訴訟ヲ提起シテ勝訴ノ確定判決ヲ得被上告人ニ対シテ精神上ノ苦痛ヲ与ヘタルカ故ニ其ノ慰藉料支払ノ義務アルモノト為シ被上告人ノ請求ヲ認容シタルハ全ク法ノ解釈ヲ誤リタル違法アルモノニシテ論旨結局理由アリ……。」(下線筆者)

この大審院判決は、上告理由に対し適切な判断をしていない。出生の届出をしたことは、縁組届をする意思がなかったものと判断し、たとえば、後日縁組の意思を有するも、出生届そのものが虚偽であれば、いつでも訂正の訴えを提起してよいとの趣旨である。形式論理の上では至極当然の結論だし、従来の判例の見解の域を脱

していない。問題は、虚偽の出生届に縁組届としての効果を認め得るか否か。あるいは、何等かの法的効果を認め得るかである。縁組の届出も、事実上の養育もないが、将来養子縁組をするとの合意があれば、これが本来の縁組の予約であり、不当に破棄すれば縁組予約不履行となる。縁組届をなす明確な合意がなくても、養子に貰い受ける合意と、引き取って養育している事実があれば、事実上の養子といえるから、内縁と同様、何等かの法的保護を与えるのは当然である。昭和10年7月24日の大審院判例は、戸籍上他人の子のままでも、事実上の養子には縁組予約としての効果を認むべしとしている(『法学』5巻352頁)。「予約」という用語は問題があるが、適切な判断といえよう。用語としては熟さないが「準縁」または「準縁組」という方が実態に合致する。ましてや、本件の場合は、虚偽の届出であっても、ともかく届出の形式が存在するし、虚偽と知りながら嫡出子としての出生届をだすことにより、実子同様の関係を築きたいとの意思と願望が推認できるのだから、その実態に着目した判断があつてしかるべきである。その点控訴審は縁組予約と見ていたようだから、審理不尽の批判はさておき、実態を判断しようという姿勢は評価されよう。但し、本件の場合、上告理由の縁組予約消滅の主張は充分検討に値する。大審院が、これらの点に触れていないのは遺憾であるが、AA'夫婦とBX夫婦との契約の中に、扶養契約が含まれることがあるかもしれないとの指摘は注目してよい。

## 〔2〕 昭和25年12月28日最高裁判所 第二小法廷判決<sup>20)</sup>

(事案) Y(被告)は戸籍簿上X(原告、戸籍簿上の母)とその亡夫Cとの間に昭和15年9月1日に出生した嫡出二女として登載せられている。ところが、実際は、YはCの妹Aと訴外Bとの間に婚外児として出生した子で、生母Aはもちろんのこと、Xおよび亡夫Cも、YをAの私生子として届けるのに忍びず、しかも、女子

20) 最高裁判所民事判例集4巻13号701頁。

でもあったので、Xと亡父Cの嫡出子として届出をした。Y側ではCX夫婦は長女として貰い受ける意思のもとに、出生後間もない幼児を養子とする場合におけるその地方の慣習に従って、嫡出子としての出生届をしたものと主張している。また、Yは出生以来CX夫婦に養育され、CXを父母と呼び、Aを叔母と信じており、Cが死亡後はXが親権を行なってきたものである。ところが、Yを相続から排除するため、XがYを相手方として嫡出親子関係不存在確認の請求を起こすにいった。

第一審では原告Xの請求が認められ、控訴審でも第一審と同様、縁組はその旨の届出により効力を生ずる要式行為であり、これに関する規定は強行法規で、これ等の規定に抵触する慣習は無効だから、嫡出子出生届により縁組は成立しないという理由で控訴を棄却した。そこで、Yは次の3点を上告理由にかかげ上告した。

① 上告人(Y)は出生と同時にCおよび被上告人(X)の次女として生存し生命の自由および幸福追求の権利を国憲により保障されている。従って、上告人出生の時、上告人の実母や被上告人等の間に養女とする話があっても、それらの人々が法律上の手続を知らず、社会の慣習に従い実子として届け出たものである。このことが後日判明したとしても、手続をしたものは上告人ではなく、法律違反の手続をしてそのため利害の相違が生じて、責任追求権は上告人にあり、被上告人側にはない。また上告人は、被上告人等を実父母と信じ、この信念は動かすことの出来ないものである。しかるに、突如として被上告人が上告人の身分関係を否認しようとするのは、憲法上保障された生存権や自由幸福追求の権利を不法に侵害するもので、被上告人は上告人出生の時におかした過ちについて責任を負うべきである。身分関係に関する届出は、相手方（この場合はY）の意思表示が関与しない場合は、届出したものが全責任を負うべきで、上告人の意思による場合は格別、上告人の意思を無視して、届出者である被上告人の意思のみで身分関係不存在を主張することはできない。

それは法の悪用で憲法の保障した生存権や自由幸福追求権の侵害である。

② 上告人を実子として届け出たのは亡Cと被上告人だから、亡Cが上告人の父でないとするには、亡Cの意思を尊重すべきで、Cが死亡した以上、既存事実としての親子関係を否認することはできない。亡Cは上告人を次女として成育することを期待確信して死亡している。父母の共同行為として出生届をした場合、後日これを変更するには、父母共同でなすのはもちろん、子の意思を尊重するのは当然である。父母の一方が死亡してから、子の意思に反して一方的に身分関係の訂正がなし得るとすれば、これは要式行為の本質を誤るもので、権利の乱用といわなければならない。

③ 被上告人は亡Cの存命中はもちろん、死亡後も上告人の実母として名実ともに親権を行使して居り、上告人も現在完全にこれに服している。上告人が意思能力も行為能力も無い出生の時から、被上告人等がほしいままに上告人の父母となって権利を行使してきたものだし、父は子として期待し確信して死亡したのに、父の死亡後意思能力・行為能力を認識するに至った上告人の意思を無視し、母のみの一方的都合で本訴を提起するのは、法の悪用であり権利の乱用である。

（判旨）① 「……嫡出子は『妻が婚姻中に懐胎した子』であることを要件とするものである。ところが原審の確定した事実によれば、上告人はBとAの婚姻外の子であって、被上告人夫婦間の嫡出子ではないのに、嫡出子として戸籍上の届出がなされているのである。してみれば、この儘の状態では外形上嫡出子の親子関係が存在するかに見え、したがってそのような法律関係をもって律せられることになるから、上告人側からも被上告人側からも嫡出子関係は不存在の確定を求むる利益を有するものといわなければならない。そしてこの事は、その届出が上告人の意思に関係なく被上告人側の意思のみによってなされたものであり、また当事者間従来法律上実親子同様の関係が持続されて来たもので



あるとしても、これ等の事実によって嫡出子関係が創設される謂われはなく、しからば叙上確定の利益に消長を来すものではないのである。されば被上告人の本件訴えは適法のものといわなければならないから、この点の論旨は理由がない。」(下線筆者)

② 「……養子縁組は本件嫡出子出生届出当時施行の民法第847条第775条(現行民法第799条、第739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ないものである)はできないのである。しからば原審のこの点の判断には何等の誤りはないから論旨は理由がない。」(下線筆者)

③ 「……嫡出子関係は父母と子の三者の間の関係であるから、右戸籍上の父母が何れも生存する限りにおいては、以上三者は最も緊密なる利害関係者として当該訴訟の当事者(即ち戸籍上の父母対子)として相対立関与することを至当とするけれども、右父母何れか一方の死後においては、その生存一方の者と子との間において尚親子関係不存在確定の利益がある以上、右訴を提起し得るものと解さなければならない。けだしこの場合と雖も右訴を排斥する何等法律上の根拠なく、また現にこれが確定を求むる利益の存するものであることは多言を俟たないところであるし、また人事訴訟法は身分関係の合真実の確定のため、その訴訟当事者としての適格者の死亡の場合において、これが訴の提起並びに遂行に関し種々の配慮をしている点(人訴第2条、第26条、第30条、第32条等参照)から考えて、本件の如き場合これが単独の訴を認むるの趣旨であることは十分に窺知し得るところである。そして本件の如き嫡出子関係不存在確認の訴は、人訴法上の各規定殊にその第二章の規定を類推適用すべきものであることは、大審

院の判例とするところであるが、当裁判所もまたこれと見解を一にするものである(大審院昭和11年6月30日判決同民事判例集第15巻1284頁参照)。そして以上は所論嫡出子の届出が戸籍上の父母側の意思のみによってなされ、或は右父であったCは上告人を真実の子であるように将来を期待し確信して死亡したものであったとしても、はたまた被上告人は爾来上告人に対し親権を行使し上告人は完全にこれに服従して来たものであったとしても、これ等の事実によって以上の理を異にするものではないのである。……論旨或は民法第782条第783条の趣旨を類推引用しての立論であるとするならば、右民法兩条の場合は、本来真実の親子関係があっても、或る場合(即ち成年の子またはその直系卑属の承諾のない場合等)にはその主張を許容しないとするものであるから、それには右の如き特別の規定を要するものであるけれども、本件はこれに反し本来不真実の親子関係を合真実に確定を求めんとするものであるから、右民法の規定のような特別の規定の設けがない限りは、右を類推してそれと同様に論断することは許されないのである(裁判官全員一致の意見により、上告棄却)。(下線筆者)

子が他人の嫡出として虚偽の出生届をされている場合に、嫡出親子関係不存在確認の訴えを、ほぼ無制限に許すことは、わが判例が古くからこれを認めているところである。しかし、解釈論として妥当性を有するか否か問題であり、とくに、戸籍簿上の父母の一方が死亡した場合については、立法論としては充分検討する余地があろう。幼児を養子とする場合には、本件の場合のように、出生するとすぐ他人の嫡出子として届け出るものの外、いったん真実の親でない他人夫婦の嫡出子として届け出て、さらに、その他人夫婦の代諾で養子縁組届を出す事が意外と広く行なわれている。不義の出生をかくすため、一時他人の戸籍を借りることになる訳だが、虚偽の出生届という点では、両者は軌を一にするもので、法律違反の縁組である事は間違い無い。ところが、このような縁組方法に対して注

目すべき判例があらわれた。それは、このような真の正当な代諾権者の同意を欠く無効な縁組も、追認によって有効となり得るとするもので、次にあげる判例がそれである。

〔3〕 昭和27年10月3日最高裁判所  
第二小法廷判決<sup>21)</sup>

（事案） 上告人Yは、A女とB男との間の婚外子として出生したが、YをA女の私生子として届出をなすに忍びず、親戚関係にあったCD夫婦の嫡出子とし、大正2年3月23日に出生した二男として届け出た。その後、Yが3歳の時に、戸籍上の父母CDの代諾により、Yの実母Aの姉Fとその夫E夫婦との間で養子縁組をし、大正4年6月9日その旨の縁組届をすませた。ところが、大正9年Yが8歳の頃、養母Fが死亡したのでEは後妻Gを迎えたが、Yの実父母は、Eに対して将来後妻のGに実子が生まれた場合を心配し、養子縁組の離縁を申し出たところ、Eは実子は他家に出してもYに相続させるとの意思を示し、離縁の申出をことわっている（しかし、大正10年1月27日にEGの間に男子が出生している）。また、昭和18年10月Yが出征する時も、EG夫婦はYに対して実子に対するのと同様の愛情をもって接し、昭和21年9月28日にYが結婚する時も、Eは戸主として同意を与えている。またYは、昭和22年12月23日に、Eに対して、書面をもって養子縁組を追認する旨を表示したこともあった。その後、Eの後妻Gの子X（被控訴人・被上告人）が、EとYとを相手どり、養子縁組無効確認の訴えを提起した。

第一審は、かかる養子縁組は無効であるとしてXが勝訴となり、また、第二審も、「……控訴人Yは戸籍上訴外CとDとの間に大正2年3月23日出生した二男として登録せられその後大正4年6月9日久留米市長に対する届出によって控訴人E及び妻Fと養子縁組をしたが当時控訴人Yは15歳未満であったため右CD夫妻が同控訴人の父母として同人に代わって右縁組の承諾をしたものであること及び被控訴人Eと同

人妻Gとの間に大正10年1月27日出生した長男であって控訴人Eとは親子の身分関係に在ることは認めることができる。……控訴人Yは真実は右CD夫婦間の実子ではなくて訴外Aの子であることを認めるに十分であってこれを覆すに足る証拠は存在しない。ところが養子となる者が15歳未満であるときこれに代わって縁組の承諾をすることのできる父母は単に戸籍上に記載せられた父母であるというだけでは不足し同人等が法律上親子関係のある真実の父母でなければならないと解すべきものであるから前段認定のように単に戸籍上の父母というだけで実父母でないCD夫婦のなした代諾は不適法で右代諾によってなされた本件養子縁組は当然無効であるといわなければならない。」（下線筆者）としてXが勝訴となった。

最高裁は、Yの、「旧法では『養子ト為ルヘキ者カ15年未満ナルトキハ其家ニ在ル父母之ニ代ハリテ縁組ノ承諾ヲ為スコト得』と規定した（旧法843条）。而してこの場合の所謂代諾は、一種の法定代理と認むべきであろう。だから新法は『法定代理人』の承諾と改めた（第797条）。ところで本件養子縁組について、上告人Yのために代諾の意思表示をした訴外CD夫婦は、上告人Yの真の父母でないで、その代諾権を有しなかったとすれば、それは無権代理の一場合と見ることが出来よう。所謂無権代理の行為は、本人がその追認をなしたときは、其の行為が有効なることは私法上の一般原則（民法113条）であるから、要式行為たる養子縁組についても亦、其の適用あるものと信ずる。それが、わが民法において、取消し得べき養子縁組の追認（第804、806、807条）を認めているので、要式行為でも無権代理の追認又は無効行為の追認も亦、わが民法の予想して居るものといわなければならない。従って無権利者の代諾を本人が追認したときは、その代諾の瑕疵はここに除去せられて其の代諾は有効なるものとなる。」との主張を容れて、次の如く判決した。

（判旨） ① 「……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

21) 最高裁判所民事判例集6巻9号753頁。

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853, 855条, 新民法804, 806, 807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らないのであるから、この追認は、口頭によると、書面によると、明示たると、黙示たるとを問わないものと解するの外はないのであって、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。（民法が追認を認めているのは、取消し得べき縁組についてであるけれども、前示各場合は、いずれも、縁組の成立の要件に違法のある場合であって、その本質は無効と見るべき場合なのであるが、民法は、その結果の重大性に鑑み、又、多くは事実上の縁組関係が既成している事実関係に着目し、これを無効原因とせず、取消の原因とした上、その追認又は時の経過により、その違法を払拭する道を拓いたのであって、追認を以て縁組と本質的に相容れないものとは、民法は考えていないのである。）」（下線筆者）

② 「旧民法 843 条の場合につき民法は追認に関する規定を設けていないし、民法総則の規定は、直接には親族法上の行為に適用を見ないと解すべきであるが、15歳未満の子の養子縁組に関する家に在る父母の代諾は、法定代理に基づくものであり、その代理の欠如した場合は一種の無権代理と解するを相当とするのであるから、民法総則の追認に関する規定、及び前叙養子縁組の追認に関する趣旨を類推して、旧民法 843 条の場合においても、養子は満15歳に達した後は、父母にあらざるものの自己のために代諾した養子縁組を有効に追認することができるものと解するを相当とする。しかして、この追認は、前示追認と同じく何らその方式についての規定はないのであるから、明示若しくは黙示をもってすることができる。その意思表示は、満15歳に達した養子から、養親の双方に対してなすべきであり、養親の一方の死亡の後には、他の一方

に対してすれば足るものであり、適法に追認がなされたときは、縁組は、これによって、はじめから、有効となるものと解しなければならない。」（下線筆者）

③ 「上告人Y代理人の原審において主張するところによれば、上告人Yは大正4年6月本件養子縁組届出以後（当時同人は3歳）上告人E並びにその妻Fとの間に事実上の養子として関係をつづけ、Eが後妻Gを迎えても、同人夫婦との間に事実上の養親子関係を継続して本訴提起前既に30年を経過したというのであって、上告人Yが独立して養子縁組をすることのできる年齢（満15歳）に達して後も、まさに20年に垂んとするのである。……その上、上告人Yは昭和22年12月23日上告人Eに対し書面をもって右追認の意思表示をしたというのであるから、如上Y代理人が原審において主張するような事実関係が存在するならば、同上告人は少なくとも上告人Eに対して、本件縁組を追認したものと解すべきであるから原審としては、如上事実関係につき、存否を審理し、果たして、上告人Yが本件養子縁組を適法に追認したかどうかを確定しなければならない。しかるに、原審は、ただ、養子縁組が要式行為であるとの理由により、追認の法理を容れる余地なしと即断して、如上事実関係について、何ら審理するところなく上告人Yの抗弁を排斥したのは、法令の解釈を誤ったものと云わなければならない（裁判官全員一致の意見により、原判決を破棄し福岡家裁に差戻し）。」（下線筆者）

ところで、判例は従来より、虚偽の嫡出届を養子縁組届として転用ないし転換理論で有効とすることを拒み、また、本件のように、一旦他人の嫡出子として出生届をして、次に表見代諾権者の代諾により、他の夫婦のもとに養子縁組をした場合も、これをもって有効な養子縁組届とは認めない。昭和13年7月27日の大審院判決<sup>22)</sup>はこのケースに該当する。

事案は、A男とB女の婚外子として出生したYは、一旦、CD夫婦の嫡出子として届け出ら

22) 大審院民事判例集17巻1528頁。

れた上で、CDの代諾によってEと養子縁組をし、その届出をすませた。その後、EはFと婚姻したが、Eの死後、Yにとっては継母にあたるFから、縁組無効確認の訴えが提起された。Yは実母であるBの代諾によりCD夫婦と縁組をしたが、その実Bは、戸籍上Bを生母として表示すると、Yの出生のいきさつが判る事等を考え、止むなく養子縁組届に代えて、CD間の嫡出子出生届という形式をとったもので、このような事情の下での嫡出子出生届には、養子縁組の効力を認めるべきだとYは主張した。

裁判所は、一審二審ともに、縁組は縁組届によってのみ成立するとの形式の厳格性を論拠に、嫡出子出生届に養子縁組届の効力を与えることはできないと判示した。縁組の意思で嫡出子としての出生届をなすことに対して、これを無効として養親子関係の成立を否定する以上、論理的には、一応その届出を前提としてなされた代諾による養子縁組も、その効力を認めることはできないとの結論になる<sup>23)</sup>。

中川教授はこの判決の批評の中で、Yの生母Bが養子縁組までとりきめたものではなく、まず引き取って事実上の養子として育てようとするCD夫婦が、嫡出子として届け出て、つぎに、この戸籍上の父母CDの代諾で第二の縁組がなされたものと認定し、その前提にたって、「……第二の縁組を（旧）843条の代諾縁組として有効なりと論ずるためには、是非とも第一縁組が有効とされねばならない。換言すれば、第一縁組について（無効行為の）転換が認められない限り、第二縁組が縁組として有効にはなり得ない。従って、第一縁組が無効としても、第二縁組は有効に成立し得るという趣旨の主張は、論理的には破綻を免れない」と論評されている<sup>24)</sup>。

ところが、そのような批判があるにもかかわらず、表見代諾者の養子縁組を、追認によって有効となるとの最高裁の見解が打ち出されたのであるから、いずれの見解が妥当であるか、学

説の批判を受けることになる。また、この〔3〕の昭和27年10月3日の判決の影響を受けてか、下級審ではあるが転換理論をとり入れて、積極説にたつ判例があらわれた。次にあげる東京高裁判例がそれである<sup>25)</sup>。

〔4〕 昭和43年2月27日東京高等裁判所  
判決<sup>26)</sup>

（事案） A（朝鮮籍）B夫婦は、親交のあった朝鮮人CD夫婦に双生児が生まれることがわかると、その出生前から、男の子であったら、そのうち一人をもらいたい旨を同人らに申し入れ、昭和15年3月13日男女の双生児が生まれると、約1週間後に男子のY（控訴人、第一審では被告）をCD夫婦からもらい受け、同年8月20日Yを妻Bとの間に出生した嫡出子として本籍地で届け出で、戸籍に記載された。YはAB夫婦から実子同様に可愛がられて養育され、Aが死亡するまで、Y自身もABの実子であると思っていた。

Aは妻Bと昭和20年3月10日に死別し、同年9月から亡Bの実妹であるEと事実上の夫婦となり、AE間に、昭和21年6月14日X<sup>1</sup>、昭和24年2月17日X<sup>2</sup>、昭和26年7月27日X<sup>3</sup>（いずれも被控訴人、第一審では原告）が生まれ、その後Aは、昭和38年6月26日に死亡した。X<sup>1</sup>X<sup>2</sup>X<sup>3</sup>らの実母Eは、昭和39年6月4日X<sup>1</sup>ら3名の法定代理人として認知訴訟を提起し、同年12月4日X<sup>1</sup>ら3名はいずれもAの子であることを認知する判決が確定した。

Aの遺産である東京都墨田区の住所地にあった宅地約108坪は、Yのため、所管法務局に昭和39年6月9日に、相続による所有権移転登記がなされた。そこで、認知判決の確定したX<sup>1</sup>ら3名は、Aの実子であることを主張し、前記

25) その後、出生届を出していない生母の代諾権を否定し、かつ、従来通りの要式性を強調して、転換理論を認めない下級審の判例がある（福岡地方裁判所飯塚支部判決・昭和34年10月30日、下級裁判所民事判例集10巻10号2292頁）。

26) 下級裁判所民事判例集19巻2号115頁。しかし、この判例を意識しながらも、転換理論を否定する下級審判例もある。大阪高等裁判所判決・昭和45年9月28日、下級裁判所民事判例集21巻9・10号1358頁。

23) 来栖三郎・判例民事法昭和13年度97事件。

24) 『民商法雑誌』9巻2号739頁。

宅地について、韓国民法第984、985条の定めるとおり、X<sup>1</sup> は戸主相続人として11分の6、X<sup>2</sup> は11分の4、X<sup>3</sup> は11分の1の共有持分権を有することの確認と、右宅地について、Yのためになされた相続登記の抹消登記手続を控訴人であるYに求めたのが本訴請求である。

YはX<sup>1</sup>ら3名が、Aの子であることは認めるが、Yは26年間も、家庭的、社会的、精神的に戸籍の記載に合致する親子共同生活を平穩に続けてきたものであり、Yの実父母CDと、養父母であるABとの間では、YをAとBの養子にしようとする意思の合致の上で、Aが嫡出子出生の届出をしたのであるから、嫡出子出生届は、養子縁組届へ転換せられるべきであると主張した。

(判旨) ①「Aおよび妻Bは昭和15年3月13日CD夫婦に男女の双生児が生まれると男の子である控訴人(Y)を出生後約1週間にして貰い受けAB夫婦の間に生まれた子としてその本籍地である朝鮮京畿道漣川郡百鶴面の面長に出生届をなし、戸籍にその旨登載され、YはAB夫婦から実子同様に可愛がられて養育され、大学にまで通わせてもらい(4年で中退)、Aとその妻BをAが死するまで真実の父母と思っていたことが認められる。」

②「当時朝鮮人の民事関係を規定していた朝鮮民事令第11条第2項によれば、朝鮮人の養子縁組はこれを府尹または邑面長に届け出ることによって効力を生ずる旨規定されているけれども、前示認定の事実によれば、A夫婦はC夫婦からYを子とするために貰い受け、実子として出生の届出をなし、実子同様にこれを養育してきたものであるから、右出生届によりA夫婦と控訴人(Y)との養子縁組の届出がなされたものとみなすのが相当である。すなわち、身分法上の行為について届出が要求せられるのは、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せられるが、他人の子を貰って自分の実子として養育してゆくために、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、したがって、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、養親のうちの一人からの届出によるとはいえ、明確にされているということができるし、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載されても、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け出た場合は、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。なお、このような養子縁組について離縁の必要が生じた場合は、養親子関係であることを裁判上確定し戸籍上の記載を訂正した上、離縁の手続をすれば足るのである。」(下線筆者)

このような東京高裁の判断については賛否両論<sup>27)</sup>があり、最高裁判所の見解が注目された訳である。

#### 〔5〕昭和49年12月23日最高裁判所 第二小法廷判決<sup>28)</sup>

この判決は、前記〔4〕の事件の上告審判決で、原審の転換論に立った東京高裁判決を破棄し、再度形式主義を厳格に踏襲することを確認した判決といえる。

(判旨) ①「被上告人(Y)の出生届がされた昭和15年8月20日当時の朝鮮人を養親とする養子縁組の方式については、共通法(大正7年法律第39号)2条2項によって法例8条1項、19条2項が準用され、養親の本国法とされる朝鮮民事令(明治45年制令第7号)が適用される<sup>29)</sup>ところ、同令11条2項によれば、養子縁組は、朝鮮戸籍令(大正11年朝鮮総督府令第154号)75条の定めるところに従い、当事者双方および成年の証人二人以上が、当事者の氏名、姓および

27) 判旨に反対・加藤令造「虚偽の嫡出子届出の養子縁組への転換」『ジュリスト』413号207頁。判旨に賛成・山本正憲(判例批評)『判例時報』528号127頁(『判例評論』117号29頁)。同・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』224号73頁。

28) 最高裁判所民事判例集28巻10号2098頁。

び本貫、養子の実父母の氏名、当事者が家族のときは戸主の氏名などを明らかにして、これを府尹または邑面長に届け出ることによって法律上効力を生ずるいわゆる要式行為とされていることが明らかである。

②「養子縁組など身分行為の要式性は、戸籍制度とあいまって、創設される身分関係を戸籍上公示し身分的法律効果を明らかにするとともに、その実質的成立要件の遵守を担保することを、その目的とするものであって、これを養子縁組についていえば、縁組の届出は、縁組当事者の縁組に関する合意の存在とその内容を明らかにし、未成年養子につき家庭裁判所等の許可を必要とする法制度のもとにおいては、その後見の役割が阻害されることのないように担保し、また、夫婦共同縁組を要件とする法制度のもとにおいては、夫婦の一方にその意思のない縁組の成立を妨げるなど、実質的成立要件を具備しない縁組の成立を事前に阻止する機能を果たしているのである。」

③「朝鮮民事令11条1項、11条ノ2項によれば、昭和15年8月20日当時の朝鮮人の養子縁組の実質的成立要件については、生前養子についていわゆる異姓不養の原則を緩和したほか、朝鮮の慣習によるとされているところ、右慣習上、養親となる者は既婚男子たることを要し、したがって、縁組成立のためには夫と養子との間に縁組意思の合致があれば足り、妻の同意は必要でなく、また、未成年者を養子とする場合にも、実父母の代諾または同意があればよく、法院等の許可を必要とはしていないが、なお、養親に男子がないこと、養子は男子であること、養子が血族の中から選ばれる場合には養親と同列の者の子であることを要し、支宗から本宗を継ぐ場合以外は養子が実家の戸主または長子でないことなどが実質的成立要件として必要であるのみならず、さらにその身分的法律効果の面においても、韓国民法によれば、実親子関係と養親子関係とでは、単に離縁の可能性の有無の点にとどまらず、養子は実方のほかに養方の被相続人を相続することができ、また、養親と姓・

本を異にする養子は戸主相続をすることができないとされている点において重要な差異があり、したがって、縁組の要式性が果たしている前記機能を重視することなく、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届出として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出以後親子の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11条2項の解釈として許されないものと解するのが相当である。」(下線筆者)

④「原審の確定した事実関係のもとにおいて、Aのした虚偽嫡出子出生届により同人と被上告人(Y)との間に縁組が成立したといえないことは右説示から明らかであるにもかかわらず、原審は、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他人の子を嫡出子として届け出た場合には、届出者夫婦とその者との間に法律上の養親子関係が成立したと解するのが相当であるとして、Aと被上告人との間に養子縁組の成立を認めたものであって、原審の右判断には当時の朝鮮人の養子縁組の成立要件について法令の解釈適用を誤った違法があるといわなければならない、右違法が判決の結論に影響を及ぼすことは明らかであり、原判決はこの点において破棄を免れない。」(下線筆者)

⑤「被上告人(Y)は原審において、内縁養子として相続財産分与請求権につき養子に準じて保護されるべきであると主張するが、相続制度における画一性の要請に照らし、主張自体失当として採用することができず、したがって、被上告人にはAの遺産である本件土地につき相続権がなく、本件土地についてなされた被上告人名義の所有権移転登記は実体関係に符合しない無効のものであるといわなければならない。」(下線筆者)

判旨③については、東京高等裁判所の判決に対する判例評釈で、大正11年12月制令第13号で

身分上の行為は届出によって効力を発生することになり、朝鮮の慣習にゆだねられていた養子縁組の成立についても、内地同様、形式主義になったこと。また、昭和15年8月20日Yの嫡出出生届当時の法律関係は、法例第19条1項により、朝鮮の法令によるべきで、それによるならば、朝鮮の当時の法令上無効というべきであるとの批判がなされていた<sup>29)</sup>。最高裁判所の判決は、朝鮮民事令11条2項を、現行民法の第799条ならびに第739条におきかえれば当然の結論ということができよう。なお、この判決については、岡原昌男裁判官の詳細な補足意見があるので、これを引用する。

①「出生届をした戸籍上の父自身の縁組意思だけについていえば、法定の効果である嫡出子たる地位をその子に与えるという意味が縁組意思であると考えることによって、その意思が嫡出子出生届に含まれているといえるとしても、この戸籍上の父の意思は他の縁組当事者の意思と合致していなければならないのに、この合致すなわち縁組の合意は、父のした嫡出子出生届からは直ちに明確になるとはいいい難く、また韓国民法877条2項によれば、養親と姓・本を異にする養子は戸主相続をすることができないとされているのみならず、相続の場合を考えるに、実子はその実父母その他実方の被相続人を相続しうるにすぎないが、養子は実方の相続のほか養父母その他養方の被相続人をも相続しうる地位にあり、したがって、韓国における実親子関係と養親子関係とは、単に離縁の可能性の有無にとどまらず、相続法上実質的に顕著な差異があり、法律的に同一内容を有するとはいえないのである。……身分関係の公示は、一般的には第三者に対するものであるが、代諾縁組にあっては、当事者である未成年者に対しても後日のために養子縁組であることを明確にしておくことが必要であるといわなければならない。蓋し、代諾権者のした縁組が嫡出子出生届によってもなされうるものとすれば、戸籍上実子であると公示されている未成年者には自分が養子で

あることを後日知ることが著しく困難となり、結果的には、幼児期に養子となった者から事実上離縁の自由を奪うような縁組の成立を認めることにもなるのである。積極説は、このような養子縁組について離縁の必要が生じた場合には、養親子関係であることを裁判上確定して戸籍の記載を訂正したうえ、離縁の手続をすれば足りるというのであるが、戸籍上実子と記載されている者が養子であることを知ることができるか否かがここで問われているのである。また、戸籍が真実を表示していないために、身分上婚姻を禁止されている者の間における近親婚を戸籍上防止する方法もなくなるほど、優生学上も道義上も不都合な事態が生じかねないといえよう。

②「積極説の多くは、無条件に虚偽嫡出子出生届による縁組の効力を認めることなく、戸籍上の親と子との間に、出生届がされたのち親子的共同生活が継続したという事実の存在を縁組の効力を肯定するための要件とするのであるが、かりにその要件を充足した時点において縁組が成立するというのであれば、縁組成立の時期がきわめて不安定、不確定となり、身分関係における画一的処理の要請にそわないものといわねばならない。また、一部の学説のように、右出生届出以後の親子的共同生活の継続という事実の存在は、それによって養親子関係が形成されるものではなく、縁組の成否を判断する要素とみるべきものであるとし、出生届によって一応の縁組意思の存在が推認されるが、右親子的共同生活の継続という事実が付加されることによって確定的な縁組意思の存在が確認され、その時点ではじめて出生届による縁組の効力が認められ、その成立の時期は出生届がされた時に遡及するという見解も、有効な縁組の成否を出生届出以後の事実の存否にかかわらしめている点において前同様の非難を免れることができないと思われる。」

③「積極説は、虚偽出生届に縁組届出としての効力を認めない見解は、従来の硬直な要式行為論に固執するものであり、あまりにも形式的であるとし、妾腹の子を父と正妻との間の嫡

29) 広部和也『ジュリスト』413号207頁以下。

出子として届け出た場合に認知の効力を認めた大審院大正15年10月11日判決・民集5巻10号703頁は、出生届の認知届への転換の法理を認めたものであると指摘し、また、最高裁昭和27年10月3日第二小法廷判決・民集6巻9号753頁が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も養子が満15年に達したのちこれを有効に追認することができるとしたのは、届出に代諾権者があらわれていない形式の不備を不問に付しているのであるから、これら判例の立場によれば、養親子関係よりも大きい内容を含む嫡出実親子関係を示す形式すなわち嫡出子としての出生届が存在すれば、養親子関係の成立を認めることができると主張する。しかし、認知は単独行為であるのに対し、縁組は合意であり、この合意は戸籍上の父が単独でした出生届から直ちに明確になるといえないことはさきに述べたとおりであるから、右大審院判例は積極説の論拠として十分ではなく、また、右最高裁判例が追認を許した表見代諾縁組の場合は、無効であるとはいえず縁組届の形式は一応整っており、ただその記載内容に瑕疵があるために、無効な身分行為の追認の是非が問題となった事案であって、形式的要件としての縁組の届出がない場合に、虚偽の嫡出子出生届に養子縁組届出としての効力を認めるについての積極的根拠となるものではない。」

〔6〕 昭和50年4月8日最高裁判所  
第三小法廷判決<sup>30)</sup>

この判決は、養子縁組届に代えて嫡出子出生届が出されていても、これによって養親子関係が発生するものでないことを、重ねて確認したものである。

（事案） A男X女（原告、被控訴人、被上告人）夫婦には子がなかったため、Aの使用人のすすめで、BB'夫婦の子Y（被告、控訴人、上告人）を引き取り、A自ら命名した上で、大正11年9月22日に、出生年月日を同年2月1日として嫡出子出生届をなし受理された。YはAX

の手で実子同様に養育され、昭和20年4月頃Cと結婚し、AXと生活を共にしながらAの事業（自転車の製造販売）を手伝っていた。その後、Aはマーケット経営を計画し、建物の建築途中に病気で入院したが、昭和36年11月25日に死亡した。YはAの事業を引き継いだが無効で、その債務の弁済のため、X名義の土地と建物をDに譲渡した。その結果、Yの妻帯以来仲が悪くなっていたXとYとの関係は決定的に悪化し、XはDに対する右土地所有権の移転登記を拒み、昭和37年4月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いたった。そして、昭和39年XはYを相手どって親子関係不存在確認の訴えを提起した。

第一審は、「養子縁組の届出は所定の要件を必要とする要式行為であり、当事者間に養子縁組意思が認められるとしても、その所定の要件を具備しない本件嫡出子の出生届をもって養子縁組の届出があったものとするのは相当でないから、亡AおよびXとYとの間に法律上養親子関係が成立していると認めることもできない」としてXが勝訴し、また第二審も、第一審と同様の理由に加えて、「当事者間に縁組意思があるからといって、嫡出子出生届に養子縁組届としての効力を認めると、未成年者の保護ないし福祉を目的とし、このため、自己または配偶者の直系卑属を養子とする場合のほかは未成年者を養子とするにつき家庭裁判所の許可を得ることを要求している民法798条の規定を潜脱する結果を招来し、右許可のない未成年養子の発生を肯定することになり、そのために未成年者の保護に欠ける場合も生じて、不都合である。この点からいっても、嫡出子出生届に養子縁組届としての効力を認めることは相当でない」として、Yの控訴を斥けた。

そこで、Yは次の理由により、原判決が誤りであると主張して上告した。

①「原判決は藁の上の養子縁組届とみるべき届出である上告人を実子とする嫡出子出生届を縁組届の要式性を強調して、右出生届に養子縁組届の効力を認め無効行為の転換を計るべき

30) 最高裁判所民事判例集29巻4号401頁。



であるのにそれを認めなかった法令の解釈、適用の誤りがある。この違法は原判決に影響を及ぼすことは明らかである。」

②「藁の上の養子縁組の届出である実子届は、上告人の実の父であるBと養父母にあたる戸籍上の実親となるべき被上告人夫婦との間で、出生後間もない上告人を養子とする合意が成立し、且つ養子と養親との間で、社会習俗的観念には嫡出子関係を創設しようとする合意が成立した。」

③「他人の子を貰って自分の実子として養育してゆくために、嫡出子出生届をする場合は、当事者間には養親子関係以上の結びつきを形成しようとする合意が存在する。したがって少なくとも養親子関係を形成しようとする合意の存在したことは明確である。また、実子と養子とは身分上の地位について大差がなく、養子が実子として戸籍に誤って記載されても、その弊害は血縁の点だけで、子の保護としての親子関係存在の公示の目的は達成されている。……したがって、被上告人夫婦と上告人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。」とし、しかも、以上の理由に加えてAX夫婦とYとの間には実子同様の関係が40年以上も継続しているので、この点からも実質上の養子縁組は有効に成立していると主張し、また、原判決の指摘する要式性を欠く点については、「身分行為につき届出という形式が要求される実質的理由は、(イ)当事者間に届出に対応する意思表示のされたこと、(ロ)これを外部に公示しようとする二点に求められる。本件において当事者の意思として養親子関係を創設する意思があり、届出としてはその実質とは異なるが法律上の効力は同じである嫡出子親子関係の届出がなされているから、少なくとも養子縁組の意思表示が当事者間にあったことが確実に認められる。」とする。さらに、原判決が嫡出子出生届に養子縁組届としての効力を認めると、未成年者を養子とする場合、家庭裁判所の許可を要するとした民法798条の規定を潜脱する結果を招来するというが、民法798条は昭和

23年1月1日から施行されたもので、本件縁組がなされたのは大正11年の旧民法の時代であり、旧民法第843条および第844条より、家にある父母の同意にもとづき届出がなされれば縁組が成立し、したがって、家庭裁判所の許可は不要であったと主張、「原判決は最高裁昭和27年10月3日判決および最高裁昭和39年9月8日の判決、東京高裁昭和43年2月27日判決の判旨に反し、且つ今日の学説の大勢にも反するもので、藁の上の養子の基本的人権を認めるためにも破棄は免れず、原判決破棄のうえ自判または原審差戻しの措置あらんことを期待する。」と述べている。しかし最高裁は、これ等の主張を否定しYの上告を棄却した。

(判旨)「原審の適法に確定したところによれば、被上告人(X)とその夫Aは、大正11年1月ごろ訴外BB'夫婦間の子として出生した上告人(Y)を同年3月13日引き取って実子同様に養育し、Aから戸籍上の届出手続の依頼を受けた訴外某が同年9月22日上告人をA、被上告人間の嫡出子として出生届をしてそれが受理された……右の場合には嫡出子出生届として有効であるというが、右届出当時施行の民法847条、775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(最高裁昭和25年12月28日第二小法廷判決・民集4巻701頁参照)。……原判決は旧民法を適用すべき本件出生届に現行民法を適用した違法があるというが、原判決中現行民法798条の規定を指摘する部分は、一般論として現行法の解釈に論及したにすぎないと解すべきである。その余の所論の指摘する原審の判断もすべて正当であって、その過程に所論指摘の当裁判所の判例は本件に適切でない。」(下線筆者)

本判決は、判旨内容そのものは簡潔であるが、判旨の中で参照している判決(本稿で引用の[2]の判決要旨、特にその②と、昭和49年12月23日の最高裁判決(本稿で引用の[5]の判決)の立場を踏襲しているもので、形式主義を厳守

する態度は、判例法としてほぼ確立されたものといえなくもない。その上、上告理由として主張されていた無効行為転換の理論をも否定したことになり、その意味でも、本判決の先例としての意味は大きいといわねばならない。

### Ⅲ 判例上の問題点および学説の動向

#### (1) 判例上の問題点

以上の判例を通して注目すべき事項が三点ある。

(1) 第一点は、いわゆる「藁の上からの養子」について、前掲〔2〕の判例の中でYが主張しているように、養子縁組の届によらず、養親の嫡出子として嫡出子出生届を出すのが社会の慣習だといっていることである。もっとも、この事件は旧法下での出生届がなされた事件であるが、この点は、さきにも述べたごとく、明治以降現在にいたるまで、跡を絶たずに行なわれている事は周知の事実である<sup>31)</sup>。

(2) 第二点は、このような虚偽の出生届が出される態様には、およそ次の三つの型があることである<sup>32)</sup>。

第一は、事実上のいきさつはともかくとして、養親と実親とが養子縁組をする意思で、実際には養子縁組の形式をふまず、いきなり嫡出子出生届を出す場合である。前掲〔1〕〔2〕〔5〕〔6〕の事案はこの例である。

第二は、一旦他人夫婦の嫡出子とし出生届を出し、戸籍上実親となった者が代諾したという形式を踏んで、養親側と合意の上で養子縁組の届出をなす場合である。前掲〔3〕の事案がこれにあたる。但し、実際には、養親側が事の真実を知っている場合と、そうでない場合が考えられる。

第三は、自分の婚姻外に出生した子を、自分達夫婦の嫡出子として届け出る場合で、前掲判例中にはこのケースに当たるものはないが、判例はこのような場合に、嫡出子出生届に認知の効力を認めている。大正15年10月11日大審院判

決<sup>33)</sup>、および昭和11年4月14日大審院判決<sup>34)</sup>などがそれである。しかし、この先例をもって、虚偽の嫡出子出生届を無効行為転換の法理によって、ただちに養子縁組届として有効視する積極説の根拠とすることの当否については、前掲〔5〕の判決中、岡原判事が補足意見として触れており、判事はこれを否定している。だが嫡出子出生届に、“認知”としての効力を認める場合は、あえて養子縁組としての効力を認めなくても、法律上の父子関係が生ずることになり、子の救済として一応の効果を達する事はできる。旧法下では、認知の効力が発生し庶子の身分を取得すると妻との間には擬制親子関係が発生し、法定代理人にもなり得た（旧民法728条および後出(注42)で引用の判例参照）。しかし、相続分は嫡出子の2分の1であり、妻との間には嫡出子としての出生届により、養親子関係が発生しないとする判例の態度、および親権者や氏について、子の保護の観点から問題はのこされることになる。ところで、第二の代諾による養子縁組については、前掲〔3〕の判例が「養子は満15歳に達した後は、父母にあらざるものの自己のために代諾した養子縁組を有効に追認することができるものと解するを相当とする。」と判旨するにいたったので、一応の解決策が示されたものといえる。そうすると、残されるのは、第一の態様である養子縁組の意思をもって嫡出子出生届を出す場合である。そこで、嫡出子出生届をもって養子縁組届にかえることができるか否か、できるとすればその理論構成はどのようになるかが問題となる。判例は一貫して、虚偽の嫡出子出生届については、嫡出親子関係はもちろんのこと、養子縁組としての効力をも認めない。

(3) 第三点は、消極説をとる判例の、その理論的根拠の微妙な推移である。前掲〔1〕の大審院判決(注19)によれば、養子縁組を戸籍吏に届け出づる意思がない時は、養子縁組を為す意思がないものと判断し、縁組届意思と養子とす

31) 前掲脚注5)、6)及びその本文参照。

32) 谷口知平・前掲脚注7)参照。

33) 大審院民事判例集5巻703頁。

34) 大審院民事判例集15巻769頁。

る実質的な縁組意思とを同一に考えている。ところが、前掲〔2〕の最高裁判決(注20)は、養子縁組は縁組に関する民法と戸籍法に従って届出をしなければ効力を発生しない要式行為であると同時に、これらの法規は強行法規と解すべきだとの見解を示し、「養子縁組の意思」をどのように解するかについては何等触れることなく、きわめて形式論理的に問題を処理している。前掲判例の〔6〕(注30)もこの〔2〕の判例を引用している事は、同様の趣旨とみてよいと思われる。とすると、この微妙な推移は、実は「縁組意思」の解釈と、縁組の実質的要素としての親子らしい生活実態から視点をそらし、養子縁組について要求されている要式性の欠如を、癒すことのできない致命的な欠陥として捉えようとする、硬直的な論理に思えてならないのである<sup>35)</sup>。

## (2) 学説の動向

### (1) 積極説の登場とその理論構成

学説も大審院時代より、この問題に深い関心を示し始めてはいるものの、結果的には大審院判例の立場を支持し、虚偽の出生届に縁組の効力を認めることには批判的であった。しかし、前掲判例〔1〕(注19)の事案についてやや前向きな姿勢を見せ、内縁の場合と同様事実上の縁組が成立することを肯定し、その事実上の破毀が不当か否かを審理すべきだとする<sup>36)</sup>。しかしこの事案の場合は、20数年前に養親子が別居し、しかも、その間扶養もしなかったという事実があるので、5歳の時に実父母の許に帰った時に、縁組予約は消滅したと見ることもできよう。

中川教授は、同一の事案について論を一步進められ、「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表示され、しかも事実上にお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

の身分行為の擬制に近いものがある」とし、嫡出子出生届が無効と判ったならば、当事者は改めて養子縁組をしたであろうという事実が推定される場合には、嫡出子出生届に養子縁組としての効力を認めてよいのではないかと主張され、転換理論によって法的な養子縁組の成立を認め得る可能性を示唆されている<sup>37)</sup>。また、身分行為については同一判決についての他の判例批評<sup>38)</sup>の中で、「父が庶子出生の届出をすれば認知と見られ(戸籍法83条)、母が私生子出生の届出をしてもその出生届が認知の効力を与えられる(大正12.3.9大民)。要式行為たる隠居に於いても、婚姻届が隠居を擬制することがある(民754条2項)。判決を必要とする家督相続人廃除にさへ、これをうけず、他家に入るべき婚姻または養子縁組をした場合に、その届書の受理は廃除の効果を含んだ形となるものと見られてゐる(縁組について昭和4.9.7大民、婚姻について、昭和6.7.31大民)。これらはすべて要式行為たる身分行為が法定の方式を踏まないに拘はらず、その意思のあることだけは、他の似て而かも非なる戸籍届の提出によつて推知し得るが故に、この甲の届出を解して乙の届出ありたると同視しようといふ仕方である。戸籍届に基づく身分行為の擬制とでもいへうか。」と述べ、さらに、「何等の届出もなく、単に或る身分行為に相当する事実だけあるといふ場合も法律は時に当該身分行為の効果を制限的ながら許しようとするのである。謂はゆる婚姻予約や縁組予約がそれである。単なる事実による身分行為の擬制とでもいへよう。かくの如く観察し来れば、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表示され、しかも事実上にお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ふより、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いへなくはない。」と論じられている(もちろん、民法は昭和22年の身分法の全面改正前、戸籍法は旧法である)。しかし、このような理論構成

35) 以上の三点については、引用判例は必ずしも同一ではないが、泉教授によってすでに指摘されている。『ジュリスト』591号98頁。

36) 戒能通孝『判例民事法』昭和11年度〔132〕。来栖三郎『判例民事法』昭和13年度〔97〕。

37) 中川善之助『親族相続判例総評3巻』178, 188頁。

38) 『民商法雑誌』5巻5号1113頁。

は、具体的な解決の方法としてその必要性を認識されながら、転換を認めた場合に、実務上戸籍をどう処理するか、離縁を認め得るのかなどの困難な問題が伴うこともあって、当時の学説を完全に説得することはできなかった。例えば、虚偽の出生届を養子縁組と認めてしまうと、後に離縁したい場合に、戸籍上は実親子なのだから、戸籍法上の技術的準備ないし整備なりが必要ではないかとの懸念があったからである。

戦後最高裁も、昭和25年12月28日の判決（前掲〔2〕）で、縁組の要式行為と強行法規性を強調し、養子縁組届としての効力を否定した。しかし、学説の多くはこの判決に対して反対の態度を示す。谷口博士は、戦後出生届に産婆等の出産証明書を要するようになってからも、この種の虚偽の嫡出子出生届があまり違法の意識もなく平然と行なわれていることに対し、大いに警告する必要があることを認め、その意味で、判決のもつ意義は大きいと一応の評価はされながら、従来からの判例の態度に対して、親子の現実的共同愛育生活が永続していて、しかも、それに適合する戸籍上の記載関係があり、世人がその親子関係を疑わないような社会的道徳的關係がひとたび成立してしまった後においては、これを当然無制限に、真実血縁ある親子関係に戸籍上も実際生活上も引き直しようとする法的取扱い、ないしは、そのような結果を生ずる親子法の解釈について疑問を投げ、「このような見解はきわめて簡明に事を解決することにはなる。けれども、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ろうか。」と反問されている<sup>39)</sup>。養子縁組届の代わりに、嫡出子出生届をもって代えることで、「藁の上からの貰い子」を実子と同様に深い愛情で名実共に親子関係を築こうとすることは、人間愛に根ざした全く善意な行為であり、このような関係より生じた紛争については、子の福祉と救済をはかる妥当な解決策が必要なの

である。昭和27年10月3日の最高裁判決（前掲〔3〕）は、戸籍上の表見代諾者による代諾縁組も、養子の追認によって有効となし得るとするものであって、昭和25年12月28日の最高裁判決（前掲〔2〕）との不均衡が議論の焦点となった。

昭和27年10月3日の判例理論によれば、本来養子縁組をする意思で、形式上はいきなり嫡出子としての出生届をだした場合には、養親子関係としての効力は認められないが、ひとまず他人の嫡出子として届け出た上で（本件の場合はあきらかに私生子たる身分をさけるためであった）、この形式的に戸籍上の親となっている者の代諾による縁組をした場合は、後に養子自身の追認によって代諾縁組は遡及して有効となり、当初から有効な養親子関係が生ずるとするものだからである。つまり、表見代諾権者による代諾縁組は一種の無権代理だが、民法総則の無権代理の追認に関する規定、および取り消し得べき縁組の追認に関する規定を類推して、養子は15歳に達すれば父母でない者が自己のために代諾した縁組を有効に追認することができ、後日それを補完することが可能である。しかし、縁組意思にもとづいて嫡出子としての出生届をした場合は、養子縁組届の要式そのものを欠いているので補完を問題とすること自体が不可能となり、救済の手段がないということになる。前掲昭和25年判決と、昭和27年判決とは事案そのものがことなり、前者は、本来無効な嫡出子出生届に養子縁組としての効力を認められないかという、いわゆる無効行為の転換を問題としているのに対し、後者は、代諾権のない者がなした養子縁組について、養子からの追認による補完が可能か否かを問題としているもので、両者間には理論上の対立はないように思われる。しかし、昭和27年判決は実質的に子の救済に役立ち、結果的には昭和25年判決と大きな差が生じて、その不均衡を指摘された訳である。すなわち、目的とする縁組意思を有しながら、当の縁組当事者が、いきなり嫡出子出生届をだすか養子縁組届をだすかは、法律知識の欠如というよりも、将来の親子関係の安定とか、子供の出生

39) 谷口知平『民商法雑誌』28巻2号88頁以下。

に関する関係者間の具体的事情によって、かなり左右されるものである。実態にさしたる違いはないのに、当事者がどちらを選択するかによって結果に大きな相違を生ずることは、問題の実際的な解決にあたって、この不均衡は止むを得ない当然の結果だと簡単には割り切れず、大きな疑念を残すことになる。昭和27年判決は、硬直な態度を変えない昭和25年判決に対し、一つの反省を促す重大な契機を含んでいると見れば、昭和27年判決のもつ意義はきわめて大きいといわねばならない。ところで、昭和25年当時の判例は、法律上の母子関係の発生に、母親の認知を必要とするとの見解をとっていたが、学説は早くから強くこれに反対していた。しかし、昭和37年に最高裁判決は学説の主張を入れて、「母とその非嫡出子との間の親子関係は、原則として、母の認知を俟たず、分娩の事実により当然発生すると解するのが相当である……」との見解を示すにいたった<sup>40)</sup>。そうすると、昭和25年判決（前掲〔2〕）の事案にこの見解をあてはめれば、母親Aとその非嫡出子Yとの間には法律上当然に母子関係が発生しており、そのAの代諾により、YはAの兄Cとその妻X夫婦の養子となったというのが実態であり、Aには代諾権があった事になる。ただ、A女の非嫡出子として出生届がなされなかったもので、その結果、代諾による養子縁組の形式をとることができなかった。つまり、代諾の形式がとれない以上、当然、縁組届出の要式性を欠くことになる。

我妻教授は、「縁組の本体は、親子関係を設定しようとする意思と、親子関係に相応しい生活事実であって、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。」との見解に立ち、縁組意思を「縁組に必要な心素たる縁組の意思を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。」と説かれる。そして、従来の判例が固執する縁組に必要な要式については、「縁組の意思表示に要求される要式は、嫡出親

子関係を示すものすなわち嫡出子としての届出でも充分だと解すべきものと思う。けだし、養親子関係は、法律的に言えば、嫡出実親子関係と主要な点でその内容を異にしない。従って、嫡出子としての届出のあることは、認知の届出としての作用を果たすと同様に、養親子としての届出としての作用を果たすといっても、かくべつ不都合はあるまい。」と述べ、さらに、「無効行為の転換は、無効な行為の中に潜在する他の行為についての効果意思をとり出してその効果を認めるというだけなら、ほとんど問題にならないことである。いいかえれば、ドイツ民法140条の『無効の法律行為が他の法律行為の要件に適する場合に、もしその無効が知られたとすれば後者が希望されたであろうと推定されるべきときは、後者が効力を生ずる』という規定は、一般的には、法律行為の解釈として当然のことで、明文のないわが民法の下でも同一に解すべきことには、疑いない」ことを強調し、無効行為の転換理論を積極的に取り入れるべきことを主張された。また、戸籍法上の難点の一つとされている離縁が問題となった場合は、「当事者から、養親子関係であることと、離婚の原因のあることを主張し嫡出子届出を縁組に改めかつ離縁の記載をするというような方法で解釈できないことはあるまい。」と具体的解決策を提案されている。要するに、届出の形式において、養親子関係よりも大きい嫡出子出生関係を示す形式、いわば大は小を兼ねる形式が存在するのだから、無効行為の転換の法理によって縁組の成立を認めるべきであると主張されているのである<sup>41)</sup>。このような見解に立てば、嫡出子出生届に認知の効力を認めた判例<sup>42)</sup>とも合致するし、表見代諾縁組の追認を有効視する判例の見解とも合致することになる。この我妻教授の論文は、以後、積極説を推進するうえで指導的役割を果たすことになり、学説および下級審判

40) 最高裁判所（第二小法廷）・昭和37年4月27日、民集16巻7号1247頁。

41) 我妻栄「無効な縁組届出の追認と転換」『法学協会雑誌』71巻1号25頁以下。同「無効な届出の追認と届出」『判例漫策』27頁。

42) 大審院判例・大正15年10月11日、民集5巻703頁。大審院判例・昭和11年4月14日、民事15巻769頁。

例は、事件の具体的救済の必要を痛感し、理論的分析を深めながら大きく積極説に傾いたかに見えた(注44参照)。しかし、昭和49年および同50年の最高裁判決(前掲[5]および[6])が出るに及んで、次第に消極説も有力に主張されるようになった。

## (2) 学説の争点と消極説からの批判

(イ) 学説は、まず、養子縁組の成立要件とされる届出の意義をいかに見るかで対立する。積極説の基盤とする身分行為論は、中川善之助教授<sup>43)</sup>によって代表される通説にそって論を進める。すなわち、縁組について届出が要求される実質的理由を、当事者の意思確認と身分関係の外部への公示の二点に求め、届出の要式そのものの、養子縁組の成立要件に占める意義については、縁組意思と親子的生活事実と比べ、従たる要件にすぎないとみる<sup>44)</sup>。さきに紹介した我妻教授の指摘とその理論展開は、実親子関係としての届出(公示)に養親子関係の公示をも含めうる、いわば「大は小を兼ねる」ことを可能とし、縁組意思については、「縁組意思」とは「縁組届をなす意思」と形式的に考える必要はなく、たとえ、届出意思を欠いても、実質的に縁組をなす意思があれば、法律上の親子関係を設定したいとの実体的な意思が十分推認できるから、それに加えて、親子的生活事実が実際に存在する以上、無効行為の転換を認めるべきであるとの結論に到達することになる。このような見解に対し、縁組意思を縁組届意思と解する場合には、初めから転換を問題とする余地はまったくなくなる。

しかし、届出の意義または目的をこのように解することについては厳しい反論がある。すなわち、形式的身分行為における届出主義は、前

記二つの目的のほかに適法性(実質的成立要件の遵守)確認の要請をも充たすことを目的としているので、転換論による養子縁組の成立を認めることは、まさにこの要件を潜脱するとの批判である<sup>45)</sup>。つまり、未成年養子縁組に対する家庭裁判所の許可(民法798条)、夫婦共同縁組(民法795条)、および代諾縁組(民法797条)等の要件を潜脱することになるというのである。青山教授は我妻教授の説<sup>46)</sup>を取り上げ、「……養子縁組の根本趣旨が子の保護にあり、その立場から現行法は未成年者を養子とする場合、家庭裁判所の許可を必要とする規定を新設した(798条)。したがって我妻説に従うとこの規定を無視することにもなり、わたくしとしては賛成し得ない。また山畠教授も判例理論の根底にある硬直にすぎる縁組の要式性の観念を非難されるが、……現行法の理解として所定の形式をふまない届出を縁組届とみることにより無理があると思う。」と反対論を述べられている<sup>47)</sup>。民法798条の存在理由を軽視し、結果的には潜脱行為を助長する弊害をまねくとの批判は重大である。しかし、容易に転換論を取り入れることを戒めつつも、問題を結果的に肯定する見解もある。来栖教授は、現行法における未成年養子についての家裁による許可制度は、転換理論を認めることによってその存在理由を失わせることになり、明治民法下におけるよりも、転換を認めることが解釈論として困難になった点を指摘され、嫡出子出生届に縁組の効力を認めることは現行民法そのものの解釈からひき出されるのではなく、むしろ慣習法による制定法改廃の一場合とみるべきだという<sup>48)</sup>。かかる見解は、問題の出発点が民法施行前からの慣行<sup>49)</sup>に根ざしていること、並びに、転換論に対する精緻な

43) 中川善之助『身分法の総則的課題』(1941) 209頁。

44) 山畠正男「養親子関係の成立及び効力」『総合判例研究叢書民法(15)』146頁。久留都茂子「虚偽の出生届と養子縁組」『家族法大系IV』216頁。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』591号100頁。岡垣学「虚偽の嫡出子出生届と縁組の効力」山畠=泉編『演習民法(親族相続)』203頁。中川淳(判批)『法律時報』47巻13号128頁。

45) 松本暉男『法律時報』40巻13号119頁。深谷松男「身分行為に関する二、三の考察」『金沢法学』19巻1・2合併号75頁。同「虚偽の嫡出子出生届と養子縁組の効力」『ジュリスト増刊』「民法の争点」364頁以下。

46) 我妻栄「親族法」『法律学全集』280頁。

47) 青山道夫『改訂家族法論I』182頁注(3)。

48) 来栖三郎『判例民事法』「昭和27年度50事件」230頁以下。

49) 手塚豊・前掲脚注13)。

分析にもとづく反対説や、縁組の要式性に崩すべからざる存在理由を求める判例の立場を顧慮したすぐれた問題提起といえよう。そもそも、解釈による養子縁組への転換を認めるよりも、率直に虚偽の嫡出子出生届に届出通りの法的効果を与えて、子の保護をはかるのが本来の目的だとすれば、このような見解はまさに注目に値する。しかし、問題を肯定するとしても、「…家裁の許可を欠いているから取り消しうべき縁組となるのか、それから離縁がみとめられるか、離縁がみとめられるとして裁判離縁の外に協議離縁もみとめられるか。……さらに縁組が家裁の許可を欠くという理由で取り消すことがもはやできなくなったとき（807条但書参照）、むしろ戸籍の記載のとおり嫡出子として確定し、その後は離縁もみとめられなくなると解すべきか、」などの諸点が問題として残されると説く<sup>50)</sup>。積極説はこれらの諸点の克服について、まず、民法798条違反は新法の理念に反するので、嫡出子出生届のままでは取り消し得る縁組と解し、もし許可のないことを奇貨とする不当な取消権の行使に対しては、権利の濫用その他一般原則によってその効果を否定すべきものとする<sup>51)</sup>。また、離縁については、我妻教授の示された解決案、つまり、離縁の必要が生じた場合には、当事者から離縁原因のあることを主張して一旦戸籍を養子縁組に訂正し、その上で離縁の記載をすれば足りると説く<sup>52)</sup>。しかし、民法798条が未成年養子の福祉に十分な機能を果たしていないとしても、本条を結果的には潜脱する解釈論をとることは、現在の未成年養子法

の趨勢からみてとるべきではないとする点と、縁組取消による事後救済よりも、家庭裁判所の許可制度による事前規制に力点がおかれるべきであるとの指摘、さらに、「……未成年養子縁組は家庭裁判所の許可によってのみその成立が法的に許されるという現行法体系の中に、家庭裁判所の関与をはずしたままで、通常裁判所の人事訴訟によって未成年養子縁組の成立が認められるということが生じるのであり、そこには、家庭裁判所の権限と機能の問題に波及するかなり重大な問題がクローズアップしてくる。」との批判<sup>53)</sup>は、積極説にとっていずれも慎重な検討を要する重要課題である。また、一方で縁組の成立を認めつつ、他方でその取消を認めるとすると、無効行為の転換による救済とは何を意味するのか疑問だとし、さらに、裁判所の判断で転換を認める以上、取消しうる縁組として取消権行使の可能性を認めるべきでないとの批判<sup>54)</sup>も見逃せない。

しかし、家庭裁判所による許可制度の現状は、養親に対して、養子をとる動機と経済的な能力についての簡単な質問と、せいぜい本人の意思確認をする程度で、実質的な保護制度としては十分機能しているとは考えられないし、結果的に民法798条を潜脱するといっても、養子縁組としての効果を確定不動のものとするものではなく、前述のごとく、「取消し得るもの」として処理すれば足りる<sup>55)</sup>。そもそも、許可制度による事前の規制にもれたケースをいかに救済するかが問題であって、家庭裁判所の理念と制度の存在を知らながらも、なおかつ嫡出子出生届をもって親子関係を創設しようとする切なる要求とのくいちがいは、一朝一夕には解決されない大きな社会問題である。家庭裁判所の機能

50) 来栖三郎『判例民事法』「昭和27年度50事件」。

51) 山畠正男『民法演習V』99頁。同「養親子関係の成立及び効力」総合判例研究叢書『民法(15)』153頁。久留都茂子「虚偽の出生届と養子縁組」『家族法大系IV』225頁。泉教授は、「現代養子法の通性を表現したもの」とされる、未成年養子に対する家庭裁判所の許可についてさえ、私益の取消の対象とするに止まる(807条)現行法においては(制度の可否は別として)、出生届が縁組の要件違反をいんべいする結果になっているとしても、一律に脱法行為(無効)という必要はなく、要件違反があれば、個別的に要件違反の縁組として処理すればよい。」と説く。『ジュリスト』591号102頁。

52) 我妻栄「無効な縁組届出の追認と転換」『法学協会雑誌』71巻1号29頁。久留都茂子「虚偽の出生届と養子縁組」『家族法大系IV』225頁。

53) 深谷松男・前掲脚注45)。

54) 久貴忠彦『民商法雑誌』74巻1号104頁。

55) このように、出生届に取消しうべき縁組の効力を認めることを「無効行為の転換」とよぶべきか否かについては疑問がある。なぜならば、転換される行為は有効なことが前提だから、しいていうならば、「取消しうべき縁組」の転換という特殊性をもったものと見るべきであろう。正確には、「転換」というよりは「擬制」に近いといふべきかも知れない(山畠正男『注釈民法』(22)のI 610頁)。

にも限界がある以上、この両者の調整は当面の大きな課題である。養子縁組としての効果を否定しただけでは問題を解決した事にはならない。通常裁判所の人事訴訟による未成年養子縁組効果の是認は、現状における一つの救済策として認められてもよいのではなかろうか。このように解すれば、許可がないために、取消し得る縁組という、いわば一応の効果を認めるけれども、取消されるかもしれない不確定なものとして、当事者に再考の機会を与えれば十分であろう。また、裁判所の判断で転換を認めた以上、取消権行使は不可能ではないかとの疑問もあるが、転換を認めた事は、あくまでも救済策の一つであって、家庭裁判所の許可に代わるものではないことは明らかであるから、許可を欠く点で瑕疵がある縁組ということになり、これに取消権を認めるのはむしろ当然といえよう。夫婦共同縁組（民法795条）の要件を欠くおそれがあるのではないかとの疑問については、嫡出子出生届は通常父のみでなし得るから（戸籍法52条）、夫婦共同の形式を欠くことになるが、実質上、夫婦に共同縁組意思があれば（親子らしい共同生活の存在より推認できよう）、届出に記載を欠いても縁組の成立を認めることができる。もっとも、縁組をきわめて個人的な関係とみて、一方だけが当事者となる事を認めてもよいという説もあり、中川教授も賛意を表されている<sup>56)</sup>。また、代諾縁組（民法797条）の要件については、前掲〔2〕の判例に関連して述べたごとく、母子関係は出生の事実により当然生じ、特別の場合（例えば捨て子）をのぞいては認知の必要はない。何等かの事情で、その母の子としての出生届は出せないが、実質はその母の代諾により他の夫婦間の嫡出子として出生届がなされた場合とか、あるいは、嫡出子として出生した子を、他の夫婦の嫡出子として届け出る場合は、実質的な代諾権を欠くものではないから、一律に脱法行為と見る必要はない。もちろん、共同縁組の意思および代諾意思は、縁組の届出に代

わるべきものであるから、その意思認定は、養子縁組届出の要式性と同視し得るくらい明確なものであることが必要なのは当然である。このような実質的要件を具備しているのかかわらず、縁組の形式を欠く行為の全般について、いかなる救済策を講ずるかが問われているのである。

(ロ) 次に、出生届とはいかなる法律行為と解するかについて疑問が提出されている。加藤教授も、婚外子の嫡出子出生届に認知の効力を認める判例理論を一つの根拠とする我妻教授の転換論に疑問をもたれ、前掲〔2〕の判例批評の中で、「基本的な身分権を発生する形式的な身分行為、中川教授のいわゆる『身分への行為』も、二つの異なった種類がみられる。創設的な要素の強い身分への行為と、確認的な要素の色濃い身分への行為とである。養子縁組や婚姻は前者に、認知は後者に属することは、いうまでもない。この本質上の差異から、認知の取消しは許されないのに、縁組の無効を主張できる、というような違いがでてくる。非嫡出子と父親との間に、離縁に比すべきものがなく、嫡出子届を縁組届と看做した場合、離縁しようとする際に技術的に説明のつかない点が出てくるのも、当然のことなのである。したがって、本件のような場合には、無効行為の転換は認めることができないのである。この意味で、否定的な見解に立つ判旨第二点の結論は正しいものといえる。しかし、簡単に『要式行為』だからというだけでは、説明は不十分である。」との見解<sup>57)</sup>を示される。しかし、離縁の必要が生じた場合の解決策は、さきに述べたように、実質は養子縁組とかわらないのだから、当事者から養親子関係であること、離縁の原因があることを主張し、嫡出子届出を縁組に改めて、しかる後離縁の記載をすれば足りる。協議離縁も可能だし、無許可縁組の取消権が消滅した後も離縁は可能と解する。けだし、転換理論は戸籍上嫡出子と届け出た親子関係に、養親子関係としての効力を与えるに止まるものだからである。離縁の必要が

56) 中川善之助監修『注釈親族法』208頁。青山道夫『判例タイムス』12号141頁。

57) 加藤永一『法学』17巻4号486頁。



生じた場合だけでなく、戸籍訂正には問題がある。現行戸籍法は、転換論に対応する戸籍の記載を予定してないので、その点技術的困難が伴うが、養親子関係存在確認の判決（審判）により実親子関係を訂正することは不可能ではなく、戸籍記載の従属的性格から認容されてよいと解する<sup>58)</sup>。但し、判決だけで戸籍訂正をなし得るとすると、家庭裁判所の許可の審判謄本を要求する戸籍法38条Ⅱをどう解するか問題となる<sup>59)</sup>が、判決は家庭裁判所の許可に代わるものと解することは無理なので、あくまで許可を欠く「取消し得る縁組」として、例外的に訂正が可能と解するほかあるまい。戸籍実務上難点があることを理由に、転換を否定するのであれば本末顛倒である。転換論による判例が定着すれば、通達または訓令による実務上の統一がはかれようが、現行法上はいたしかたなかろう<sup>60)</sup>。

58) 中川淳『法律時報』43巻13号131頁。

59) 久貴忠彦『民商法雑誌』74巻1号104頁。

60) 戸籍訂正については、糟谷忠男判事の問題点の指摘と戸籍実務上の提案は貴重である。判事は、一応の考えを示したに止まるとしながら、次の如くのべている。「……養子縁組届がないのに、それがあったと戸籍に表示せよということになると、創設的届出についての原則がくずされることになる。のみならず、技術的な問題としても決して容易でないことが予想される。しかし、戸籍法は民法に対し従たる立場にあるものであるから、その取扱は民法の解釈に従うのが原則であり、戸籍事務の取扱の便宜によって、民法の解釈が左右されるべきものではないのである。したがって、「虚偽の嫡出子出生届」に「縁組」の転換をみとめるべきであるという法解釈が正当として成り立つのであれば、その点から出発して、戸籍実務の面を考慮するというのが順当であろう。さて、転換が認められるとして、戸籍の実際の取扱をどうするかについては、私も明言する能力に乏しいが、虚偽出生届につき、前記のような縁組意思、代諾意思の認定された確定判決があれば、これを資料として、戸籍法第116条により、戸籍訂正をすることになろう。この場合は、追認の場合と異なり、縁組および代諾届の追完という方法はないから、判決によって認定された縁組当事者と当該判決を特定して、養子の出生届に関する戸籍記載の末尾に養子縁組への転換が認められた旨を補記し、併せて実父母欄を訂正し、養親欄を新設するなど所要の訂正を行うことになろう（かような訂正方法は、従来の戸籍実務にはないが、転換理論を認めれば、それにより届出がないのにあったものとされるのであるから、判決に基づいて記載するという方法しかないであろう）。また、離縁手続については、右のような補記がなされ、実親の戸籍の存在が判明すれば、離縁の記入も可能になろう。」『判例タイムズ』224号76頁。この提案に対して、出生時に遡って養子縁組の届出にもとづく戸籍記載が必要か否か疑問を示しながら、戸籍訂正の可能性をとくものとして、山皇正男『注釈民法』(22)のⅡ612頁がある。

判例が「転換」を認めたならば、戸籍法上の取扱いについては、実務上「転換」に応ずる届出の形式をつくり出すべきで、その取扱いが民法上の解釈に従うのが原則である。戸籍法も民法解釈と一体となって、実際に即した生きた運用がなされるべきである。戸籍法を整備し、「転換」の届出形式と、それに関連する技術的方策を講ずる事を期待したい。

また、福島教授は、「……身分行為についての届出要求の真義は、届出によって、意思表示そのものが正確になされたことが、保障され、その意思表示に相当する身分行為がなされた事を公示するためである。民法は、養子縁組の成立には、当事者の縁組の意思（民802①参照）とその届出（民799・802②参照）とを必要とし、戸籍法は、縁組の意思は、縁組の届出によって、公示せらるべき旨を規定し（戸66参照）、これを、他の届出形式、たとえば、出生届や認知届の方式をもって、代用せしめうることにについては、どこにも明示がない。また、前記の縁組意思とその届出以外には、法律上はなんらの成立要件も要求されておらず、したがって、当事者間における親子共同体としての生活事実の存否のごときは、縁組意思の有無の証拠資料になり得ることはあっても、縁組の成否そのものに直接いきようをもつものではない。」とされ、転換論や身分行為の擬制説については、「両者ともに、戸籍の形式上に虚偽の嫡出子出生届となっはいるが、実質上は親子関係形成の合意が認められるから、それに養子縁組届としての効果を認めてもよいという論法のように解せられるのであるが、もしも、そうだとするならば、それは出生届出行為をもって親子関係の承認行為とみることを、前提としていることになるわけであるが、前述のように、出生届出はあくまで出生事実の報告届出（非法律行為）であって、縁組届出のような親子形式の創設届出（法律行為）では決してない。出生届出行為の中に、親子関係の承認意思を認めえない……」として否定説をとられる<sup>61)</sup>。

61) 福島四郎『関西大学法学論集』18巻5号24頁。

たしかに、出生届そのものは報告的行為であって、戸籍の記載は、一応真実なるものとの推定が与えられているけれども、人の身分関係を形成したり確定したりするものでないことはもちろんである。しかし、いわゆる虚偽の嫡出子出生届の実態は、その出生届をもって、内外ともに自然的親子関係の発生ないしは誕生としたいという、実親と実子になりきりたい心情の現われであり、その願望たるや、法形式としての縁組による養親子関係創設以上のものがある。我妻教授は、このような背景をとらえて、「大は小をかねる」と説いているものと考ええる。したがって、この実体面を重視し、親子関係形成の創設的届出として有効視することは不可能ではあるまい。

(ハ) つぎに、積極説をとると諸種の弊害が生ずると説かれている。まず第一に、近親婚その他身分関係の混乱を招き、また第二に、出生の事実を迅速、正確かつ漏れなく反映させるべき公簿としての戸籍の信頼性を失わせ、さらに虚偽の嫡出子出生届を増加させる危険があるとの指摘である<sup>62)</sup>。指摘された第一点については、近親婚の確率は非常に少ないとは思われるが、確かにその危険と混乱を全く否定することはできないので、根本的には後に触れるごとく、立法的な解決に期待するほかはない。第二点の公簿としての戸籍の信頼性については、虚偽の嫡出子出生届のすべてを、養子縁組届と認めようというのではなく、きわめて限定された場合、すなわち、縁組意思にもとづいて、かなりの年月にわたって実親子とかわらない生活関係が継続していた場合にかぎり、縁組の要式性を緩和

して養親子関係の成立を認め、事後的救済をはかろうとするものである。戸籍の汚れるのを防ぐためとか、出生の秘密を隠蔽するための出生届はもちろんのこと、転縁組の工作手段として、一時他人の戸籍をかりて出生届をだすような場合にも、当然対象外となる。したがって、特に戸籍上の混乱をきたして、公簿としての信頼性を失墜することにはならない<sup>63)</sup>。

昭和45年9月28日の大阪高等裁判所の判決<sup>64)</sup>は、違法な虚偽出生届の効力を否定することによって、戸籍の信頼性を高め同時に未成年養子を保護せんとするものと説く。事案の概要は次の通りである。原告(実子で女子)の父は、かねてからもう一人男子が欲しいと考えていたところ、縁あって、孤児院で養育されていた被告(当時5歳)を貰い受けた。そして、昭和3年嫡出子として届け出て、戸籍上は原告の弟となり実子同様に養育された。ところが、昭和35年原告の母が、39年に父がそれぞれ死亡した。そこで、原告(戸籍上の姉)が被告(戸籍上の弟)に対して、実子ではないとして身分関係不存在確認の訴えを提起した。被告とされた弟は、実質は養子であったとして、養子たる身分の確認を求める反訴を提起した。父母が存命中ならば、親子関係の存在または不存在確認を求めればよい訳だが、父母が死亡している場合、両者を相手として身分行為の確認訴訟が許されるか否か、訴訟手続上問題がある。同時に、後に触れるごとく、身分行為の当事者が死亡している場合、当該身分行為の当事者でない本件の原告に、訴訟提起ができるかどうかとも問題である。以上の問題点はさておき本件判旨は次の通りである。即ち、「未だ出生届のない幼児について養子縁組をしようとする夫婦(以下、便宜上、事実上の養父母という)が、その便法として、その幼児(以下、便宜上、事実上の養子という)が自分らの嫡出子である旨の出生届をした場合には、みぎ事実上の養父母と事実上の養子との間には、

62) 久貴忠彦『民商法雑誌』74巻1号119頁。近親婚の危険性については、人工授精児についても同じことがいえる。日本では昭和24年に慶応大学病院で第一子が誕生して以来約6000人の人工受精児が誕生しているそうだが、慶応大学医学部産婦人科教室の飯塚教授は、近親婚の危険性について、「宇宙空間で宇宙船同士がぶつかる」と同じくらいの確率はあるでしょう。」と述べている。昭和56年1月30日『毎日新聞』「生命を操る」〈21〉。つまり、ほとんど問題にならないという事らしい。また米国では、1980年には約2万人の人工受精児が誕生しているとの事だが、提供者の1人の精液の利用を5人か6人の女性にかざれば、近親婚の確率は100年に1回だという。昭和56年1月29日『毎日新聞』「生命を操る」〈20〉。

63) 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』591号101頁。中川淳『法律時報』47巻13号131頁。

64) 『判例時報』622号80頁。

たとえその後長い間、事実上実の親子同様の生活が続けたとしても、養子縁組は成立しないと解するのが相当である。けだし、一般に虚偽の身分関係の戸籍記載を他の身分関係の届出に転換して有効と認めることは、身分関係を公証する公簿である戸籍の信用性を失わせ、また身分関係の混乱を招くので好ましくないし、みぎのような便法は各種将来の紛争の種を蒔くおそれがあるばかりでなく、養父母としてふさわしくない者が養父母となるおそれもあって、その弊害はみぎのような便法のもたらす利点（例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綻を防止する等）を凌駕するので、このような虚偽の身分関係の出現はできる限り抑圧するのが望ましいところ、みぎ便法を法律上有効な養子縁組手続として認めることは必然的にこのような便法の利用を著しく助長することになるからである。」（下線筆者）

山畠教授は、この判例が要式のもつ法的意義について、実質的検討を加えた点を評価しながらも、次のごとく批判されている<sup>65)</sup>。「……判決のいう戸籍の信用性を根拠とする厳格主義は、虚偽出生届の違法性を強調して、違法な届出にはなんらの法的効果を与えぬことをとおして、この種届出の防止をはかろうとする一般予防的見解であるが、違法な届出を容易にさせておいて、事後的にこれに不利益を加えることで法の目的を達成しようとするのは、一般的にまったく顛倒した発想である。のみならず、本事案では不利益を与えるべき虚偽届出人はすでに存在せず、なんら責めらるべき点のない事件本人が30数年におよぶ公簿上の表示とそれに対応する社会的事実を一挙に否定され、30数年前の孤児の身分に復帰するという不利益をうけるのである。そこに意味ありとすれば、生理的眞実はなによりも尊いという価値観ということになるが、判旨のいうごとく戸籍制度の信用上必要なことといえるかどうか。虚偽の届出をした者に対する制裁は格別、届出をされた者に制裁を加

えるやり方は、あたかも婚外子を冷遇して婚姻の尊重をはかるのと軌を一にするといえないか。またはかりにかけらるべき利点は、上の判決の いうような点ではなく、法的虚偽を法的眞実に引き直す利益と既成の社会的事実をそのまま法的に是認する利益でなければならない。」（下線筆者）と。まさに正鵠を射た指摘であり、しかるがゆえに、一定の要件を満たしたきわめて限定された場合についてのみ、縁組の効果を認めるべきなのである。出生届に対する市長村長の審査権は、あくまで形式的な審査権に止まるから、無効あるいは取消しの対象となる縁組を、完全に防止することは不可能かもしれない。しかし、消極説をとることによって、虚偽の届出を防止することができるとの保証がある訳ではない。虚偽届を防止するのは、届出受理の手続面での技術的配慮や、虚偽届をなした者への罰則面の強化を考えると同時に、根本的な解決案としては、名称に問題はあるが、「実子特例法（特別養子制度）」の制定を進めることが必要である。

さらに、転換論を認容した場合、養子縁組の効力をどの範囲まで認め得るかが問題となる。前述のごとく、虚偽の出生届のすべてを即養子縁組届と認めようというのではなく、実親子とかわらない養親子的生活事実との関連で、縁組の効力を認めようとするものだから、例えば、養子にする目的で虚偽の嫡出子出生届を出したが、実際に子を引き取って養育したという生活事実を欠く場合には、縁組としての効力を認める必要はない。これに反し、たとえ短期間であっても、出生届と親としての監護養育の生活事実が伴う場合には、縁組の効果を認めるべきである。しかし、その後その子を実親との話合いで実家に帰したような場合には、協議離婚が成立したと見てよい。昭和11年11月4日の大審院判決<sup>66)</sup>（前掲〔1〕の判例）の事案のY（Aと妻A'の三男で、Bと妻Xとの間の事実上の養子とするため、嫡出子として出生届を出された）は、後に養父Bの死亡で実父Aの手許に返され

65) 山畠正男『注釈民法』(22)のII 616頁。

66) 大審院民事判例集15巻1946頁。

ている。Bの死亡で経済的に困窮したのが理由とされているが、返すにあたってのAX両者間の話合いの内容や、事実関係の詳細は不明である。しかし、この実案については協議離縁を認め得るケースかもしれない。また、他人夫婦間の嫡出子出生届をそのままにして、今度は実親との養子縁組をした場合はどうだろうか。実親との縁組成立の時点で協議離縁がなされたものと見るべきであろう<sup>67)</sup>。

#### IV 結 語

(1) 消極説に立つ判例の主流は、民法上の養子縁組行為が要式行為であること（民法799～801, 802条②）、また、この規定が強行法規であることを根拠として、虚偽の嫡出子届出は、現行法の解釈としては強行法規違反として無効と解するほかはないとする（民法91条）。そして、主としてこの二点と、転換を認める事によって生ずる諸種の影響を考慮し、虚偽の嫡出子届出の養子縁組届への転換は、解釈論として無理であると主張する。すでに触れたごとく、転換論に強い疑問を持つ学説はかなり根強いものがあり、その論拠は、積極説にとっては是非とも克服しなければならない重要な諸点を含んでいる。出生届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には転換を認めにくいとするもの<sup>68)</sup>。あるいは、認知は確認的要素の濃い身分行為であるのに対し、縁組は創設的な要素の強い身分行為だから、無効な嫡出子出生届に認知の効力を認めた判例があるからといって、無効な嫡出子出生届に養子縁組届としての効力

を認めることはできないと説く<sup>69)</sup>。また、この認知の効力を認めた判例は、実親が他の女性との間の出生児を夫婦間の嫡出子として届け出る場合で、養子縁組への転換が問題となるケースと比べ、実子と養子との違いを重視したものと解する説もある<sup>70)</sup>。積極・消極両説は、相互に批判検討を加えながら、問題点の分析をより深めつつあるといえる。現行民法には、子を実子同様に養育する意思で虚偽の出生届をし、それに相応しい親子的生活事実の継続があっても、フランス民法（320条以下、谷口知平『親子法の研究』182頁、同・戸籍法175頁）のような身分占有の制度がないため、養子縁組としての効力を認め得るか否かが問題となるのである。

私見としては、折にふれ述べてきたごとく、無効行為の転換を認める積極説を支持するのが妥当と考える。積極説が、消極説からの形式上、解釈上の貴重な批判を受けながらも、なお、養子縁組届としての転換を認めることを主張するのは、自らの意思によらずに虚偽の出生届を出され、戸籍上の親を真実の親と信じ切って長い間育ててきた子を、あらゆる面で保護し救済すべきであると考えからである。消極説の中には、積極説のいう子の保護と救済とは、特に相続権を中心とする財産的利益を主要なものと考えているとの批判がある。判例に登場するケースの多くは、相続権をめぐる親子関係不存在確認の訴えが提起されているのも確かである。しかし、問題はどの罪も科もない「藁の上からの養子」が、ときには数十年にわたる戸籍法上の表示と、物心両面において築かれてきた親子共同生活の社会的事実と実績を、形式が不備である事のために、一挙にして覆滅される点である。責められるべきは、虚偽の出生届を出した者であって、届出をされた子に何の罪もない。この問題の解決にあたっては、何よりも子の保護と救済に重点をおくべきことを主張するゆえんである。菊田医師の「実子あっせん事件」が

67) 大阪地方裁判所判決・昭和44年8月29日、『判例時報』580号70頁。この事案は、原告XX'夫婦が妻X'の姉の孫にあたる被告Y（女兒）を貰い受け、実子として虚偽の嫡出子出生届をした。当時夫Xは応召中であり、授乳の必要から被告Yを引き取らず、実親の許に置き、夫Xが復員後、就学年齢に達していた被告Yを引き取った。しかし仲々つかず、わずか5日程で実親の許に帰ってしまった。そこで、就学を機に相方協議の上、被告Yを実親に戻すことになり、その際、被告Yと実親との養子縁組という形式をとったのである。この様な場合、実親との縁組をした時に、協議離縁があったと見てよいと思う。なお、この判例の紹介と批評については、山島正男『注釈民法』（22）のII615頁参照。

68) 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』18巻5号17頁。

69) 加藤永一「虚偽の嫡出子出生届と養子縁組の成否」『法学』17巻4号122頁。

70) 深谷松男「虚偽の嫡出子出生届と養子縁組の効力」『ジュリスト増刊』『民法の争点』367頁。

大きく報道された直後の、昭和48年4月27日付『毎日新聞』朝刊に、北九州市小倉区の40歳になる一主婦から、“実子にされた私の体験から”と題する投書がのせられたことがあった。遺産相続にからんで、戸籍上実母となっている母親が「親子関係不存在確認の訴え」を申し立てたという事件だ。新聞の投書には、その訴えの結果については触れていなかったが、「かつて赤ん坊だった私は大人たちの仕出かした後始末をしなければならない」と嘆き、貰い受けた家庭が崩壊するとその皺寄せが結局子供にのしかかってくることを憂いて、「他人の子を実子とした両親にお願いしたい。どうか、堅実で清く正しい家庭を維持してほしい。せめて赤ちゃんが大人になるまでは。」と訴えていた。投書の背景には、複雑な事情が存在したであろう事は想像にかたくない。

わが国における実親子関係は、戸籍の記載に関係なく出生の事実によって発生するから、虚偽の嫡出子出生届が出されたとしても民法上嫡出親子関係が創設される訳ではなく、もし虚偽の事実が判明すれば戸籍法113条以下で真実の親子関係に訂正されることになるし、さきの投書の例や数々の判例の事案が示すように、いつでも親子関係の不存在を主張できることにもなる。しかし、この原則を杓子定規に押し進めると、長い間に築き上げられてきた親子を中心とする親族関係が一举にして覆滅され、事実上の養子である子供は、相続や扶養の面で大きな打撃を受けるだけでなく、精神的にも社会生活面でも計り知れない不利益を受けることになる。戸籍が訂正されて、父の欄に「父不詳」と表示されることもあり得るし、実父母がいたとしても、すでに死亡しているか確認が不可能なこともあり得る。孤児や捨て子の場合はさらに悲劇だ。この不利益をいかにして救済するかが判例学説に課せられた大きな課題ということになる。そもそも、自ら虚偽の届出をしながら、後日自己の都合でこれを覆そうとする訴えは、権利の濫用（民法1条Ⅲ）であり、信義則違反あるいはクリーンハンド等の法理により阻止すべきで

あるとの主張がなされるのは当然といえる<sup>71)</sup>。ましてや、利害関係人といっても、当該身分行為の当事者でない第三者に原告適格をみとめるべきではない。ただし、子からの訴えは、その訴えの行使につき権利の濫用がなければ、子自身に帰責理由はないのだから許されるべきものと解してもよからう。

消極説も、自ら嫡出子出生届をした戸籍上の父、もしくはこれに同意した戸籍上の母、あるいは子の実父母が、自己の利益のため、後日、嫡出届の無効を理由に親子関係の不存在を主張する場合は、裁判所は具体的事情を斟酌し、権利の濫用として拒否すべしとの主張<sup>72)</sup>や、虚偽出生届による子の人格侵害を理由に、損害賠償請求権を認めるべしと説く<sup>73)</sup>。相続問題については、特別寄与分の法理を活用して救済をはかるべしとする説<sup>74)</sup>もある。しかし、損害賠償請求権といい特別寄与分の法理の活用といっても、子の保護と救済が十分果たされるとは考えられない。また、別の観点に立って、無効な身分行為の「無効の性質」に関する側面からの救済案もある。すなわち、民訴法学者の多くが支持するもので、身分行為の無効は、無効の判決によって確定されるもので、その確定があるまでは、すべての人は身分行為を有効なものとして取り扱うべきであるとする。これを「形成無効の理論」と呼ぶ。民法学者の多くは、「身分行為の

71) 山島正男「養子縁組の成立」『民法演習⑤』96頁。久留都茂子「虚偽の出生届と養子縁組」『家族法大系Ⅳ』225頁。同「虚偽の出生届の効力」『現代家族法大系③』106頁。

72) 中川高男（判批）『判例時報』783号152頁以下（『判例評論』199号22）。中川教授は、「……最初から親子になる意思のない一時仮託の戸籍上の親には、この種の訴は容認されることもあるであろう。しかしいずれにしろ「具体的事情」の判断に当たっては、戸籍上の親からの請求はきびしく制限すべきである。ことに戸籍上の父死亡後、相続上の利害対立をめぐって争われる事例の多い親子関係不存在確認の訴等において、この種訴を提起することは多くは信義則に反し、また長年月にわたる既往の実子同様の事実状態を単に血縁がなかったとの一事をもって覆滅させることは、むしろ、反社会性を帯びるものと考え。」と説かれる。

73) 深谷松男・前掲脚注70)、桑田三郎（判批）『ジュリスト』597号160頁。

74) 島津一郎「子の監護をめぐる二つのハードケース」『ジュリスト』602号121頁。

無効」は当然無効であって、無効確認の審判や判決の対象となることはもちろん、かかる審判や判決がなくても、利害関係人は他の訴訟で無効を主張することができる」と主張している。この「形成無効の理論」によれば、通常の確認訴訟とは異なり、当事者適格は身分行為の当事者に限定され、たとえ利害関係人であっても、第三者からの訴訟提起は、当事者適格なしとして請求却下の形式的処理が可能となる。例えば、後から生まれた実子（虚偽届前に出生している実子の場合も、虚偽届の前後を問わず正式の縁組をした養子も同様）との間の、将来の紛争回避に役立つことになるが、実際的な解決にはほど遠いと思われる。したがって、無効の主張をなし得る当事者適格を、厳格に制限する実体的な理論構成が当を得ていよう<sup>75)</sup>。このように、消極説も子供の保護の必要性を無視している訳ではなく、「何が子供の保護になるのか」について深い考慮を払っている事は否定できない。ひと口に「子供の保護」といっても、親子関係の存否が争われる時期に注目する必要がある。子供が成年に達してから争いが起こった場合は、ほとんど大人同士の遺産にからんだ利害の衝突に端を発することが多いから、子供がまだ幼い場合の「子の福祉」という問題は特に重要性をもたないだろう。子供が年少であればあるほど、子供を何等かの方法で保護する要請が強く、「子の福祉」が特に配慮されねばならないのはこのような場合だ。しかし、年齢のいかんを問わず、親子関係存否の争いを通じて、あるいは何等かの事情で子供自身が気付いた場合、その子供が医師や助産婦のあっせんで届出がなされた時は、そのショックは一段と大きく、また実の親兄弟を捜し出すのはきわめてむずかしい。

結局のところ、養子縁組の効力を認めるか否かで積極説をとろうと消極説をとろうと、一度紛争が生じてから解釈論でこれを救済しても、それでは遅きに失するのではないかとの感慨が

残る。仮に、経済的な救済はかろうじて行なえても、一旦白日の下にさらされた事実関係を水に流したり、失われた人間関係をもとに引き戻すことは不可能だ。特に婚外児の場合は特に配慮する必要がある。全国民事慣例類集によれば、婚外児の呼び名も、「親ナシ子」（甲斐国八代郡）、「畑（ハタ）子」（肥後国球摩郡）、「庭生（テイショウ）」（越後国刈羽郡）のごとく一種の侮蔑を含んだ、いかにも暗い運命を示唆するようなものが散見される。今でこそ法制度上「私生子」の呼び名は姿を消したが、社会一般では全くの死語と化した訳ではない。婚外児に対する現行戸籍制度の壁は、社会的制裁にも等しいほど厚くしかも冷たい。縁組への転換が認められるとしても、婚外児の場合は戸籍実務の取扱いの上で、実親の欄の補記の方法は、大きな難点の一つとなろう。特に慎重な技術的配慮を要する。菊田医師は、赤ちゃん殺しの主役は「戸籍」であると強く指摘している。このような不幸な事態の生ずるのを避け、近親婚その他の弊害を除去するためにも、特別養子制度を含めてなんらかの法改正が必要だろう<sup>76)</sup>。

(2) 養子が養子縁組後、実親と断絶して養親の実子として公証される特別養子制度は、現代養子法の最も進んだ形態とされており、フランスでは1939年に制度化されているし、ソビエトでも1943年に類似の制度を採用し、共に第二次大戦の結果親を失った不幸な子の救済に大いに役立ったとのことだ。現代養子法が不幸な子のために暖かい家庭を与えることを目的としている以上、特別法の立法化は是非推進しなければならない。昭和48年6月27日付の『毎日新聞』は、横浜市の開業医、学者ら8人が「実子特例法立法化を推進する会」を結成し、6月26日に正式に発足したことを伝え、同会が発表した「実施特例法私案」を掲載している。これは、中川高男明治学院大学教授が執筆されたいわゆる「中川私案」といわれるもので、13カ条から

75) 山島正男「虚偽の嫡出子出生届と養子縁組」『ジュリスト民法の判例（第二版）』230頁以下。中川高男（批判）『判例時報』783号152頁以下。

76) 岡田利克「親と子の絆」『民事法学の諸問題』（薬師寺博士米寿記念論文集）396頁。

なっており、米、ソ、仏など外国の立法例を参考に、日本の実情に沿ったものにしたという。この私案の骨子となっているのは、同法の適用を受けるのは15歳未満の子に限り（1条）、戸籍上は実子として記載することとし（2条）、養親の側からの離縁を認めず（5条）、出生の記録および縁組の記録は半永久的に保存して公開しない建前をとり、養親の申立てまたは子が成年に達した後申立てがあるときは家庭裁判所の許可を得て閲覧できる（10条）などの諸点である。近親婚の危険性を危惧する声もないではないが、実際の運用に当って、戸籍の取扱いの技術面で考慮の余地が考えられ、出生証明書の保管方法を工夫すれば、危険性を防止することは十分可能と思われる。また、特別養子制度の目的は、自然的情愛によって「親子の絆」を結ぼうとするものに対して、法が「実の親子と同様に取り扱う」というものだから、実の親子関係を隠すことに重点を置きすぎてはいけない。ここが「親子とは何か」を考える最大のポイントだ。ましてや、制度の趣旨からいって、家産維持のためにのみ利用するがごときは断じて許されない。ところで、以上挙げた諸点は中川私案の柱ともいえる部分だが、昭和34年法務大臣の諮問機関である法制審議会で論議された折、いずれも留保事項になっていたものである。菊田医師もこの「中川私案」には全面的に賛成されていたが、わが国の学説は全体的にみて慎重論が多いように思われる<sup>77)</sup>。その後、中川教授はこの私案に若干の手を加えて、昭和49年（1974）に、「特別養子法（実子特例法）私案」を、広く議論を呼ぶための叩き台とするための素描であることを附言した上で、『時の法令』誌上に発表された<sup>78)</sup>。このような運動に対して、

真実記載を建前とする現行戸籍を管掌する立場から、厳しい批判がない訳ではない。教授もこの点について「……私は不実記載を原則とすべきであると主張している訳ではない。真実記載の少例外を認めよと主張しているにすぎないのである。」と立法上の困難さを感じながらも、「……養子法の世界史的傾向とともに、子の福祉のために、とくにわが国においてこれが立法化の日程にいずれのぼることはもはや歴史的必然である……」（『時の法令』846号13頁）として立法化推進に熱意をもやされている。

そもそも、親子関係は血縁を基礎とするものであるが、谷口教授の指摘するごとく、生物的血縁そのものに意義があるのではなく、「親子らしい社会生活」そのものにこそ意義があり価値がある<sup>79)</sup>。また、生物学的な血縁的親子関係が、つねにそのままだちに社会的、法律的な親子関係を形成するものでないことも、歴史の示すところである<sup>80)</sup>。血縁の有無にかかわらず、実子として届出がなされ、しかも、実の親子と少しも変わらない平和な社会生活が継続してきた場合、第三者はもちろんのこと、実親も養親も、そして嫡出子として届けられた子も、この事実関係を尊重して、理論構成にかなり重要な問題はあるけれど、みだりに覆えし得ないものとすべきではなかろうか。法制上の相違はあるが、その制度化されたものが諸外国の特別養子制度であろう。

身分行為は、一方において真実主義が強く要請されることは確かである。だがその反面、現在の事実状態を尊重しその実態を社会的に認めることが、かえって身分関係の本質に合致すると共に、当事者の愛情の絆を強めることもあり得る。法が嫡出否認の訴えや認知の訴えについて出訴期間を制限し（民法777、787条）、あるいは、夫が子の出生後嫡出性を承認した後は、その否認権を失う（同776条）としているのは、血縁主義を必ずしも貫徹していないことのあら

77) 昭和48年11月20日の『毎日新聞』は「『実子特例法』の立法化を急げ」との社説をかかげている。

78) 『時の法令』846号「法窓展望」13頁。なお、貴重な資料として、島津一郎ほか〈座談会〉「日本の親子法を考える」『ジュリスト』607号（1976）がある。その他くわしく論じているものとして、中川高男「特別養子制度（実子特例法など）の問題点」『現代家族法大系（3）』177頁以下。谷口知平「ドイツ・スイスにおける親子法改正」『ジュリスト』602号94頁以下がある。

79) 谷口知平「親子法における基本問題」『親子法の研究』（1956）5頁。

80) 青山道夫「家族問題と家族法Ⅳ」『親子』9頁以下。

われと見ることができる。嫡出否認の訴えについては、1年の出訴期間は夫が子の出生を知った時より進行し、その子が自己の子でないことを知るを要しない。そして、夫が子の出生を知った以上は、詐欺または強迫によって自己の子でないことを知る事を妨げられた場合でも、1年間を経過すれば夫の否認権は消滅する<sup>81)</sup>。また、真実に反する認知も、判例は当然無効と解さず、無効の判決をまって始めて当初に遡って無効となると解釈している<sup>82)</sup>。時の経過や当事者の意思に従って、真実でないかもしれない親子関係の確定を認め、あるいは真実の親子関係の形成を制限していること等を考慮すると、虚偽の嫡出子出生届に対して、何等の効力を認めないとする判例の態度は、矛盾・不統一の批判を免れないと考える。判例の警告的態度は、それなりの意義を有するとしても、「子側の利益のために種々の解釈理論を以ってこの種確認請求の訴え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ってもよいのではなからうか」との批判は当然である<sup>83)</sup>。虚偽の出生届が望ましいものでないことはいうまでもない。しかし、子供の欲しい人、少なくとも“藁の上”から育てたい養親は、“生みの親”の心で育てることを切望している。しかもその反面、他人や本人に出生の真実を知られることを極度に恐れている。「育ての親」と「貰い子」に対する日本的風土独特の偏見がなくなる限り、“戸籍上のカムフラージュ”ともいうべき虚偽の出生届はあとを断たないであろう。ここに国民感情に対応する法制度の欠如が痛感されると同時

に、法解釈論による救済をはかる必要に迫られる。根本的な解決をはかるためには、まず養親子（「貰い子」と「貰い親」）に対する偏見を打破すると共に、是非とも特別養子制度の確立を急がねばならない。だが、そこには一抹の不安もつきまとう。それは、子自身がいつかは養子であることを知る時期がある事、および実親を知る権利の問題である。養子の出生の秘密を法律で厳重に守る特別養子制度を採用しているアメリカで、親がいかに秘密にしている、ほとんどの子供が10歳から15歳までの間に、何らかのきっかけで真実を知ってしまうという調査がある。イギリスの調査報告では、第三者から出生の秘密を知らされ、そのため養子が非行化する例は多いが、養親より知らされた場合は、子供に対する心理的影響が少なく、比較的うまくいっているケースが多いという。しかし、いずれの調査も、養親は秘密を明かしたくない気持ちが強く、なかなか真実告知に踏み切れないのが実態だそう<sup>84)</sup>。

立法論をはなれて、現行養子制度の運用と法解釈上、可能な範囲内で子の保護と救済をはかるとすれば、次の解決方法しかないと思う。即ち、虚偽の嫡出子出生届という形式をとった養親子関係は、真実の親子として自他共に認め得る養育の事実が存在すれば、少なくとも縁組の要式性にとらわれることなく、「無効行為の転換」を認めるか「親子関係の擬制」を認めることであり、このように対処することが、子の福祉を守る現代養子法の本質にかなった解決と考える。

81) 『注釈親族法（上）』324頁以下。

82) 大正11年3月27日大審院判決。但し、民法学者は当然無効と解するが、戸籍実務上訂正の場合は、戸籍事務管掌者に認知の真実が否かを審査する権限を有しないので、無効確認をする事が便宜であるとする。中川善之助監修『注釈親族法』187頁。

83) 谷口知平「親子法に関する判例批評」『親子法の研究』183頁。

84) 昭和53年2月24日『毎日新聞』朝刊「赤ちゃんのために」“新局面のあっせん事件”（下）。米倉明『法学教室』5号“ボストン法学見聞記”（その五）「養子あっせん所」(→以下には貴重な調査報告があり、今後わが国の養子制度検討に大いに参考となる。特にその(三)には、「養子は実親を探るか」、「養子ということをいつ、どのように教えるのか」、「養子の親探しを助長すべきか」、「実親探しの実態」などについて、興味ある調査が報告されている。