

## 【概説】

- ・ 歴史的基礎：家や家産や祭祀の承継保護による家族制度の補強  
老親扶養目的 親のない子の養育監護目的へ（第一次世界大戦後の世界的傾向）
- ・ 日本の養子法の歴史：旧法における家のための養子の存続（戸主の縁組みでは推定相続人の男子がある場合の戸主の養子縁組を禁止。他に婿養子、遺言養子などがある）  
昭和二二年新法（婿養子・遺言養子の廃止、未成年養子の場合の家裁の許可要件）  
昭和六二年特別養子制度導入・夫婦共同縁組の限定
- ・ 養子縁組
  - 普通養子縁組（不完全養子）……合意 + 届出……実親子関係は存続
  - 特別養子縁組（完全養子）……審判による……実親子関係と断絶
- ・ 養子制度の実態（泉226頁以下）：養子縁組数8万件、未成年養子は顕著に減少し1000件代（特別養子500件）、成年養子と連れ子養子が大半  
避妊・中絶による望まれない子供の減少、人工授精への傾斜、DINKSの増加

## 【普通養子縁組】

### 1 養子縁組の要件

- (1) 縁組意思の合致（802条1号）
  - ・ 仮縁組は無効
  - 例 兵隊養子、芸娼妓養子、借養子（マ50）、仮親養子、越境入学養子、不倫養子
- (2) 未成年養親の禁止（792条）
  - ・ 成年擬制（753条）の適用の有無には争い有
- (3) 尊属養子・年長者養子の禁止（793条）
  - ・ 年齢差や養子の年齢制限はないが、立法論としては一考を要する。
  - ・ 非嫡出子を養子とするのは嫡出子とする点で意味がある。孫養子、兄弟養子も可能。
  - ・ 配偶者や自己の嫡出子を養子とすることは無意味（戸籍実務では離婚後は可とされる）。縁組意思がないという理由か？
- (4) 後見人・被後見人間の養子の場合の家庭裁判所の許可（794条）
  - ・ 後見人の任務終了後・管理計算終了時まで、原則禁止 不正な財産管理隠蔽の防止
  - ・ 本条の許可は未成年養子の許可とは別に必要。
- (5) 縁組当事者に配偶者のある場合の特則（795・796条）
  - (ア) 原則として配偶者の同意を要する（796条） - 昭和62年改正：共同縁組原則を緩和  
相続など配偶者と家庭の平和に影響、原則として同意した配偶者も氏が変わる。
    - ・ 養親が夫婦か養子が夫婦かを問わない。
    - ・ 縁組当事者だけに養親子関係が生じる。
    - ・ 例外 共同縁組の場合、配偶者が意思を表示できないとき

(1) 配偶者のある者が未成年者を養子とする場合（795条）

・**原則** 夫婦共同縁組

立法論的には有害無益で同意で足りるとする見解がある（中川）

・**例外** 配偶者の嫡出子を養子とすると、配偶者が意思を表示できないとき

(6) 15歳未満の養子の場合の代諾（797条）

- ・一種の行為能力制限で、法定代理人による縁組（代諾養子縁組）。
- ・禁治産者でも単独で養子縁組（養親・養子とも可）ができる（799条 738条）
- ・代諾があっても未成年養子について家庭裁判所の許可を要する。
- ・代諾権者：法定代理人

(ア) 父母が婚姻中の場合

- ・**原則**：共同親権による代諾（868条も参照。管理権は財産上の問題なので管理権がない親権者もこの点は法定代理人であり、管理権のみを有する未成年後見人は代諾権者ではない）。
- ・**例外**：行方不明など親権行使不能の場合には単独代諾可能

(イ) 婚姻中でない場合

- ・単独親権者が代諾。法定代理権を有しないが監護すべき父母があれば、その同意も必要（797条2項）。

(ウ) 父母がいない場合

- ・後見人があれば後見人（867条1項）
- ・児童福祉施設長が親権者を行う場合には、代諾について都道府県知事の許可を要す（児福47条1項）

表見代諾権者が代諾した縁組は効力を有するか？

**例** 無効な嫡出子出生届による戸籍上の父母が代諾して縁組をした場合

**判例** マ49（当初の無効説から転換。無権代理行為として、子が15歳に達した後、明示又は黙示に追認すれば遡って有効となる。差戻後の再上告審百45も同旨で116条但書の適用はないとした）

戸籍実務 15歳に達した養子からの追完届で戸籍訂正

学説 無権代理と見るか否かで差はあるが通説は結論を是認

- ・真実の代諾権者による追認が可能かどうかは未確定

(7) 未成年養子の場合の家庭裁判所の許可（798条）

**原則** 許可が必要 子の福祉に反する養子制度利用を防ぐための後見的監督

不許可例 百46（独身の尼僧が寺の後継者と老後の世話を求めた例）

家名承継、老後の慰めや扶養、非嫡出子の戸籍操作、越境入学等の目的  
養親の経済的窮乏、健康不良・高齢、独身、子との年齢差の近接  
養子の職業選択を運命づける可能性（芸者置屋の例）

**例外** 自己又は配偶者の直系卑属（連れ子など）を養子とする場合、許可不要

(8) 届出（799条 739条） - 成立要件

- ・関連条文 戸29条・33条・37条2項
- ・実質的有効要件を確認して受理（800条）
- ・外国にいる者は領事縁組（801条）か郵送による届出。

## 「藁の上からの養子」と「事実上の養子」の法的効力

(ア) 「藁の上からの養子」など。要式を守らない行為には養子縁組としての効力を否定

**判例** 百43（虚偽の認知届）

百44、マ48（虚偽の嫡出子出生届）

虚偽の届けでも実子の認知の効力を認めているのと違い、血縁関係のない養子では要式性は当事者の意思を確認し実質的要件の具備を審査するため重要学説 積極説も有力で判例支持の消極説と拮抗。マ48事件の落ち着きは悪い。

(イ) 「事実上の養子」

- ・判例は養子縁組の予約と呼ぶが、文字通り予約の場合と届出のない事実上の親子としての共同生活の両方がある。
- ・不当破棄の場合の保護や不法行為規定の適用（711条、714条）、年金規定の適用（厚年63条1項3号 - 遺族年金受給権消滅事由）などがある。

**練習問題** A（44歳）には、三人の子供がいる。23歳の娘B（母は最初の婚姻時の妻C）、16歳の息子D（母は二度目の婚姻時の妻E）、2歳の娘F（Eとの嫡出子として届出がなされているが、母は22歳のG）である。さて、AがEと離婚してGまたは19歳のHと三度目の婚姻をしたとして、GあるいはHはB D Fを養子にすることができるか。できるとすれば届出のほかにもどのような要件を備える必要があるか。

## 2 養子縁組の無効と取消

(1) 養子縁組の無効

- ・意思を欠く場合（802条1号）。届出がない場合は不成立。
- ・判例は当然無効として別訴や前提問題での主張が可能とする（確認訴訟説）  
訴訟法学者を中心に人訴24条による判決又は審判による形成訴訟説も有力
- ・当事者が死亡している場合には検察官が相手方。
- ・15歳未満の養子：法定代理人予定者が代わって訴提起（815条類推）。
- ・夫婦共同縁組の場合、795条ケースでは必要的共同訴訟、それ以外は単独訴訟が可。

**参考判例** マ51（昭和62年改正前の共同縁組で一方の名義が冒用されたケースで、一方のみの養子縁組の成立を肯定）

(2) 養子縁組の取消

- ・実質的要件を欠く場合と詐欺・強迫に基づく場合に限り取り消せる（803条～808条）
- ・常に形成訴訟による（人訴24条～26条）。
- ・尊属養子・年長者養子の禁止違反以外は、追認による有効化や6か月の期間制限がある（それぞれに起算点は異なるので、各条文で確認して欲しい）。
- ・取消権者に検察官は含まれない（公益性の乏しさ）。
- ・夫婦養子の一方に取消原因がある場合には違反縁組のみを取り消せば足りる。

**判例** 最判昭和53年7月17日民集32巻5号980頁（養親・養子の双方が夫婦で養子が養母より年長だった事例）

- ・取消の効果は不遡及（808条 748条）。

### 3 養子縁組の効果

- ・縁組の日からの嫡出子身分の取得（809条）。
- ・養親の血族との親族関係発生（727条）。
- ・養親（およびその親族）と養子の親族との間では何の関係も生じない。  
【例】縁組前に生まれた養子の子（縁組後に生まれた養子の子は孫）や、縁組前に婚姻した養子の配偶者（共同縁組をしない場合）
- ・養子と養子の実方親族との関係は無影響　養子には、二重の相続権が発生する。  
子の地位と孫の地位の併存や、妻の地位と兄弟の地位の併存がありえて（泉244頁の図）二重資格の一方のみの選択的な相続放棄ができるかが問題。
- ・養子は養親の氏を称する（原則）。例外：婚姻時に配偶者の氏を称する者が養子となった場合（810条）。

### 【養子縁組の解消】

#### 1 養親子関係の終了原因

##### (1) 当事者一方の死亡

- ・相続が発生するが養親子関係は当事者が死亡すれば消滅（婚姻の死亡解消と同じ）。
- ・いわゆる死後離縁（811条6項）：養子と血族との親族関係を、家庭裁判所の許可を得て一方的に終了させる意思表示。生存配偶者の姻族関係終了の意思表示（728条2項）に対応。これを根拠に当事者が死亡しても養親子関係が終了しないというのは誤解。

##### (2) 普通養子が特別養子となった場合（817条の9）

##### (3) 離縁　協議離縁と裁判離縁（次述）

#### 2 協議離縁（811条1項）

- ・協議離婚とほぼ同じ（812条を764条と比較）。
- ・養子が15歳未満の場合、離縁後に法定代理人となる者と協議（811条2項～5項）。
- ・夫婦が共に養親で未成年者の養子と離縁する場合（協議の夫婦共同縁組のほか異時縁組も含む）は双方とも離縁が原則（811条の2。例外は意思を表示できないとき）。  
養子成人後は単独の離縁が可能。他方の同意も不要。
- ・要件に違反した離縁届けは受理されないが、受理されれば有効（813条）。

#### 3 裁判離縁（814条・815条）

- ・離縁原因：悪意の遺棄、3年以上の生死不明、その他縁組を継続しがたい重大な事由
- ・裁量棄却もある（814条2項　770条2項）。

【判例】マ52（有責当事者の離縁請求を原則として認めない）

離婚の判例変更の影響はどうでるか

百47（相互有責に近い事例）

- ・学説　積極的破綻説、消極的破綻説、目的破綻説（成年養子と未成年養子を区分）
- ・養子が15歳未満の場合、離縁後に法定代理人となる者が当事者（815条）。

#### 4 離縁の効果

- ・養親子関係・親族関係の終了（729条）。婚姻障害は残る（736条）。
- ・養子は原則として復氏（816条1項。養親夫婦の一方のみと離縁した場合は例外）

- ・縁組期間7年以上を要件に、婚氏続称と同様、縁組時の氏を続称可（816条2項）
- ・養子が承継した祭祀財産の承継者の決定を要する（817条 769条）。

## 【特別養子縁組】

### 1 意義

- ・実親子関係などを消滅させて子の福祉をはかる。幼子の養育目的に特化した制度。

### 2 特別養子縁組の成立

- ・家庭裁判所の審判による（817条の2第1項、家審9条1項甲類8号の2）。

#### (1) 夫婦共同養親（817条の3）

できるだけ実親子と近い環境で子供の発育を図る。

- ・縁組審判後の離婚や死別は特別養親子関係に影響しない。
- ・配偶者の連れ子（特別養子を含む）を特別養子にする場合には、単独特別養子縁組となるが、この場合も養親は夫婦。

#### (2) 養親は25歳以上が原則（817条の4）

- ・**例外** 夫婦の一方が25歳以上なら他方は20歳以上でも可
- ・単独特別養子縁組の場合には原則通り25歳以上であることが必要だろう。

#### (3) 養子は原則6歳未満（817条の5）

早期の親子関係の安定

- ・**例外** 6歳になる前から引き続いて養親に監護されている場合は8歳未満でも可。

#### (4) 父母の同意（817条の6）

父母との法律上の親子関係が断絶することへの了解

- ・**例外** 意思を表示できない場合、虐待・悪意の遺棄等により養子の利益を著しく害する場合は同意は不要
- ・単独特別養子縁組の場合にも連れ子の親の同意は不要  
親子関係が切れない（817条の9但書）  
養親になる者を特定した同意が必要か否か？

#### (5) 要保護性（817条の6）

- ・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その他特別の事情があること、子の利益のため特に必要があること  
：実父母の養育意思や能力が欠けていて、実父母による監護・干渉が子の福祉に有害であること

普通養子を特別養子に転換できるか？

判例は否定例が多いが、62年改正前の普通養子につき認めた例として百48。

**配偶者の連れ子を特別養子とする場合の要保護性要件**

マ54は認知した実父死亡後にも特別な事情を認めた。学説は対立するが緩和する方向

#### (6) 6か月以上の監護実績（**試験養育期間** 817条の8）

### 3 特別養子縁組の効果

実父母との親子関係・実方の血族との親族関係の終了（817条の9）

**例外** 単独特別養子縁組の場合には、養親の配偶者（実の親の一方であることが普通）

およびその血族との親族関係は終了しない 引き続き監護する親であるから  
**判例** マ53 (血縁上の父は、特別養子縁組を認める審判が準再審で取り消されない限り、子と子の戸籍上の父との親子関係不存在確認を求める訴えの利益を有しない)  
普通養子と同様の効果

- ・縁組の日からの嫡出子身分の取得 (809条)。
- ・養親の血族との親族関係発生 (727条)。
- ・養子は養親の氏を称する (810条)。

#### 4 特別養子縁組の離縁

- ・ **原則** 離縁できない (817条の10第2項)。
- ・ **例外** 養子・実父母・検察官は、養親による虐待、悪意の遺棄その他養子の利益を著しく害する事由があり、実父母が相当の監護ができる場合には、離縁を請求できる (817条の10第1項)。養親からの離縁請求はできない。
- ・ 離縁の審判の効果 (実方との親族関係の復活) は不遡及 (817条の11)  
離縁前に実父母が死亡していても特別養子であった者には相続権なし