

縁組意思に関する一考察

— 判例の処理方法をめぐって —

中 川 良 延

1

民法八〇二条は養子縁組が無効となる場合を限定し、その一つの原因として、「人違その他の事由によって当事者間に縁組をする意思がないとき」をあげている（同条一号）。この規定が旧法八五一条一号をただ口語調になおして継承していることはいうまでもない。

そして裁判所は、旧法時代からこの規定を適用することによって、縁組当事者の一方または双方が不知の間にもしくは心神喪失中になされた縁組（届）のみならず⁽¹⁾、いわゆる兵隊養子や芸娼妓稼業のための縁組等⁽²⁾についても縁組意思がないから無効としてきたのである。

そこで問題は、判例法上ひとしく縁組意思なしと処理されてきた上記の二つ系列（私が「のみならず」で結んだ二つの縁組態様）は本来厳格に区別されねばならぬのではないか、換言すれば、芸娼妓稼業のための縁組やその他判例上無効とされている「単に他の目的を達するための便法として仮託された縁組」について全く縁組の意思がないとはいえぬのではないか、ということである。

この問題はすでに多くの学者によって意識的にとりあげられている。すなわち谷口・末川両博士は、実質的な縁組意思と縁組届出の意思とを区別して後者に重点をおき、上にのべられたごとき縁組には届出の意思があるから有効である⁽³⁾としている。また実質的な縁組意思を重んずる青山教授や宮崎教授によって

(1) 前者については、大判明治40. 11. 6 民録13輯1093頁、後者については、大判昭和7. 2. 16 法学1巻7号111頁がある。

(2) 兵隊養子についてはたとえば大判明治39. 11. 27 刑録12輯1295頁、芸娼妓養子については大判大正11. 9. 2 民集1巻448頁等多数あるが、のちに判例理論をややくわしく紹介するさいにそれらを掲載する。

(3) 谷口知平「日本親族法」（昭和10年）392頁、同「親子法の研究」（昭和31年）174頁以下、末川博「身分行為における意思」法と経済106. 107号1頁以下。

も、これらの場合は民法八〇二条一号によって無効とされるのではなく、総則規定である九〇条により規律せらるべきである、と主張されている⁽⁴⁾。しかしこれに反し、中川教授をはじめとする通説は判例のごとき処理方法を是認し、さらに教授は判例のいう「真に縁組をする意思」を積極的に定義づけられて、「縁組意思とは習俗上縁組と認めらるべき関係を創設せんとする意思である」とされているのである⁽⁵⁾。

このように議論の分れる原因はどこにあるのだろうか。たしかに、養子縁組が当事者間の契約であるということと届出を要する（それが成立要件であれ効力発生要件であれ）ということから縁組意思が二つに分裂せしめられる（実質意思と届出意思の分離）、という点も重大な理由になっているであろうが、それ以上により根本的には、民法八〇二条一号およびその前身である旧八五一条一号における縁組意思に予定されていた内容それ自体に関連するように思われる。すなわち、旧法制定当時、その八五一条一号により無効として排除される縁組のなかに、はたしてその後判例により無効とされてきたようないわゆる濫用的縁組も含まれると予定されていたが、ということである。そしてこの問題は旧法ならびにそれを基本的には継承している現行法における養子制度の目的と密接なつながりをもっているごとくに思われる。

ここで私の以下に取扱おうとする問題の限定とその叙述の順序を示しておかねばならない。縁組意思の問題は、婚姻意思や離婚意思、離縁意思ならびに認知の意思とともに身分行為の意思という一般的問題のなかでの考察を要することは当然であるが、ここではそれは直接に問題とせず、縁組意思に固有の（さしあたりそう呼んでおく）問題に限定する。すなわち、まず第一に旧法八五一条における「当事者間ニ縁組ヲ為ス意思ナキトキ」とは本来どのような場合

(4) 青山道夫「身分行為と民法第九十条——判例を中心として」法政研究22巻 2—4 合併号、宮崎孝治郎「養子縁組の無効と取消」現代私法の諸問題（勝本正晃先生還暦記念）上19頁。

(5) 中川善之助「親族相続判例総評」〔以下中川・総評と略す〕Ⅱ．（昭和12年）264頁、同「親族法」下 409、424頁、我妻栄・立石芳枝「親族法相続法」（コンメンタール）226頁、我妻栄・有泉亨「民法Ⅲ」159頁、柚木馨「親族法」190、194頁、島津一郎「親族法」163頁等。

(6) この点については最近、福地俊雄「身分行為と効果意思」家族法大系（中川善之助教授還暦記念）Ⅰ 41頁以下というすぐれた論文がある。

を予定していたか、ということも旧法の養子制度の構造ないしは目的との関連において明らかにし、つぎに裁判所がこの規定を適用した事例とその論理をあげて、判例のはたした役割を評価し、第三に民法八〇二条一号により縁組意思なしとして排除されるべき縁組の基準に言及しようと思う⁽⁷⁾。

2

まず旧法八五一条一号の立法理由をみよう。

法典修正案理由書によると、

「本条ハ縁組ノ無効ナル場合ヲ列挙スルモノニシテ其第一号ハ既成法典人事編第百二十七条ノ字句ヲ修正シタルニ過キス……」

とされている⁽¹⁾。ここで既成法典とされているいわゆる旧民法（明治二三年民法）一二七条は

「縁組ハ人違、喪心又ハ強暴ニ因リテ承諾ノ全ク欠缺シタルトキハ不成立トス」と規定していた。「不成立」というのは「如何ナル効果ヲモ生セサルモノニシテ何人ニ限ラス何時ニテモ之ヲ主張スルヲ得ル」という意味であって、旧法ならびに現行法における「無効トス」に相当する言葉である⁽²⁾。

しかし上のことから直ちに、旧法八五一条一号における「其他ノ事由ニ因リ当事者間ニ縁組ヲ為ス意思ナキトキ」=「喪心又ハ強暴ニ因リテ承諾ノ全ク欠缺シタルトキ」という結論をひきだすことはいささか早計にすぎよう。そこで縁組についての本条と同じような経過をたどってきた、婚姻無効に関する規定である旧法七七八条一号「人違其他ノ事由ニ因リ当事者間ニ婚姻ヲ為ス意思ナキトキ」についてみよう。その立法理由によれば、

(7) なお私が「縁組意思」の問題について関心をいだくに至つたのは、拙稿「未成年養子の許可について」（法学23巻1号28頁以下）を執筆して養子制度の濫用が問題となつたときである。したがつて未熟な私たちではあるがそこにも断片的に「縁組意思」の問題についてのべてある。

(1) 法典修正案理由書、東京専門学校出版部、明治31年6月刊行171頁。

(2) 前掲理由書171頁には「本款ハ縁組カ其法定ノ要件ヲ欠缺セルニ因リ或ハ無効トナリ或ハ取消スコトヲ得ヘキ場合ヲ規定スルモノニシテ既成法典人事編第七章第四節ニ相当ス而シテ既成法典ハ本節ヲ題シテ養子縁組ノ不成立及モ〔ヒ〕無効ト云フト雖モ所謂無効トハ寧ロ取消シ得ヘキモノタルコトヲ意味スルハ既成法典ノ立法ノ本旨ニ照シテ疑ナキ所ナレハ本案ハ既ニ婚姻ニ関シテ採用セシ例ニ従ヒ本款ヲ題シテ無効及ヒ取消ト改メタリ」と説明されている。

「本条ハ既成法典人事編第五十五条及ヒ第五十九条ニ修正ヲ加ヘタルモノトス同第五十五条第一項ニハ当事者間ニ婚姻ヲ為ス意思ナキ場合ヲ限リテ人違、喪心又ハ強暴ト為スモ此他ノ場合タリトモ苟モ当事者ニ婚姻ヲ為ス意思ナキコト明カナルニ於テハ其婚姻ヲ無効トスヘキモノナリトシテ本条第一号ノ如ク改メタリ」

ということである。⁽³⁾とすれば、縁組については単なる「字句ノ修正」にすぎないのに、婚姻の場合はそれにとどまらず、「婚姻ノ意思ナキトキ」という語を用いることによって旧民法五五条を拡張している、という差異が見出される。旧法八五一条一号と同七七八条一号は全く同一の構造をとり、ただ「縁組」と「婚姻」という語を異にしているにすぎない規定である。しかるに前者の意味することと後者のそれとがその範囲を異にするごとくに説明されている点に、われわれは注目しなければならない。これは単に言葉じりをつかまえたうがち過ぎる見方であろうか。しかし私には、この理由書の作成者（法典調査会）によって意識されていようといまいとに拘らず、そこに示された表現の差異のなかに看過しえない重要な問題が包含されているように思われる。

そこです、縁組意思欠缺と婚姻意思欠缺の範囲につき、上記のごとき差別を理由づけるものの第一は、婚姻関係は肉体的交渉を本体とした現実の共同生活関係を不可缺とするに對し、養親子関係においては共同生活は観念的なもので足りるといふ点である。⁽⁴⁾したがって、人違いと心神喪失中のため意思がないとされる場合を除いて、意思の存在が問題となる仮装縁組や仮装婚姻についてこれをみると、婚姻は現実の共同生活を伴わないかぎり婚姻意思の存在は否定されねばならず、かかる婚姻は無効となるが、仮装縁組についてはそれほど単純ではない。本来養子縁組はその当事者の縁組締結の動機からみると、なんらかの目的を達する手段たる性格を有しているのである。縁組の当事者は縁組

(3) 前掲理由書79頁。

(4) たとえば、仮装縁組（届）有効説をとる谷口教授は、「私は、婚姻の如き肉体的交渉を要素とする身分行為については仮装届出有効説を採ることに多少躊躇を感じるけれども、縁組、その中でも養育を要素としない相続、氏名継続その他のための成年養子縁組については無効主張を許さぬものと解するのが妥当だと考える」と、婚姻関係と養親子関係を區別され（谷口知平「意思なき縁組の効力」親子法の研究177頁）、また、福地教授も、「養子縁組に関しても、実質的意思に重点をおいて把握すべきことは、原則的には正しい。しかし、養親子関係は、婚姻関係のような現実の共同生活関係を不可缺とせず、多分に観念的（反面において財産的）性質をもつものであるから、その適用にあたっては、よほど慎重でなければならぬ。」とされている（福地、前掲論文51、52頁）。

をすることによって親子関係から生ずる法的もしくは事実的效果を受けることを意図している。それ故少くとも縁組届出の意思のあった縁組について、それが親子関係に基づく特定の効果のみを受けることを目的としていたとしても仮装縁組とはいえず、したがって縁組意思が存しないから無効であると簡単に片付けるわけにはいかないのである。このような縁組と婚姻との差異が、その意思の存否に関する理由書の説明において上記のごとき差異をもたらしたのであると思う。

つぎに、旧法八五一条一号の「其他ノ事由ニ因リ当事者間ニ縁組ヲ為ス意思ナキトキ」を旧民法一二七条の「喪心又ハ強暴ニ因リテ承諾ノ全ク欠缺シタルトキ」の字句的修正にすぎずと説明した理由書の、基礎にあるものとして考えられる第二は、旧法における養子制度には一定の目的がない、という点である。ここで使用する養子制度の目的という語について、一応、国家が養子制度を認めるにあたってそれによって果たそうとしている目的役割、と定義づけておこ⁽⁵⁾う。これを養子制度を利用する私人のがわからいうと、当事者がいかなる目的に養子縁組を利用しようとも、そのみは回避し得ない不可缺の法的もしくは事実的效果である。旧法上養子制度に一定の目的がないことについては、早くは中島博士が言及して⁽⁶⁾おり、最近では山田教授が、旧法起草者の養子制度観を法典調査会議事速記録などから詳細にのべた後に、「明治民法起草者は、右に述べたごとく、養子縁組に旧民法のように特定の目的を附与することなく、家名承継、家産承継などいわゆる家督相続のための養子はもとより、家族労働力のためあるいは後見的・仲継相続的役割のための婿養子、芸道養子、家格変更の目的のための養女、芸妓養女、さらには孤児収養にいたるまで、要するにきわめて多岐にわたる民法施行前の縁組慣行がすべて是認される養子制度を構想したわけであるが、このような構想にもとづく民法の養子制度に一定の目的を

(5) 拙稿「未成年養子の許可について」（法学23巻1号）31頁註4においては次のようにのべた。「私がこのみならず本稿全体にわたって使用している『養子制度の目的』という言葉は、国家が養子制度を採用するに当りいかなる目的=役割をそれによつてはたそうとしているか、ということと、養子制度を人々が利用する場合いかなる目的にまでそれを利用することが容認されているか、の双方を含んでいる。」

(6) 中島玉吉「養子制度の濫用」親族相続法改造論（昭和2年）251頁以下。

見出せなかつたとしてもむしろ当然であつたといひうる。しかしこれをさらに正確に言えば、明治民法起草者が養子制度に一定の目的を与えなかつたというよりは、起草者にとっては民衆の欲する目的がすべて養子制度の目的であつたということにもなる。したがつて起草者の立場からすれば、養子制度の濫用ということはそもそも問題になりえなかつた。」と述べておられる⁽⁷⁾。このような一定の目的を有しない旧法の養子制度からは、当事者がそれをいかなる目的に利用しようともすべてその縁組は有効となり、無効とすべきは、縁組契約の当時当事者が心神喪失であつたとか、人違ひをしたとか、相手方もしくは第三者の強暴により意思なく縁組を締結したとかいう場合のみである。

以上二つの理由からひき出しうる結論は、理由書における旧法八五一条一号の説明が、婚姻についての同七七八条一号のそれと異なつて旧民法の字句的修正であるとしているのは、単なる偶然ではなく、したがつてその規定には後に判例によつて「真に縁組をなす意思がない」として芸妓養子などを無効とする機能は本来予定されていなかつた、ということである。

3

つぎに、以上のような旧法八五一条一号ならびにそれを継承した現行八〇二条一号に関する理解を前提として、この規定を適用した判例⁽¹⁾とそのはたした機能について検討しよう。以下本条の本来的適用が問題となつた事例と拡張的適用が問題となつた事例に分けて説明する。

A. 本来的適用の事例

(7) 山田正男「明治民法起草者の養子制度観」現代私法の諸問題（勝本正晃先生還暦記念論文集）下巻 761, 762頁。私もさきに前掲論文で、「かくして法典調査会では論議の結果、成年者に広く養子をとることを認めた(旧)八三七条のほかに『法定推定家督相続人タル男子アル者ハ男子ヲ養子ト為スコトヲ得ス』という規定(旧)八三九条)が附加された。しかしこれによつて旧法の養子制度は基本的には家督相続を目的としたものといひうるとしても、家督相続以外の目的のためにも養子制度が利用されうる余地も残され、したがつて制度の目的は非常に不明確なものになつた。」と述べた(43頁)。

(1) これらの判例については、中川善之助「判例養子法」総評Ⅱ（昭和12年）261頁以下、穂積重遠「親族法」（昭和8年）489頁以下、山主政幸「日本社会と家族法」163頁以下、より詳細には、近刊予定である山田正男「養親子関係の成立および効力」（総合判例研究叢書）。

判例は、たまたま戸籍上養子と誤記されていた場合⁽²⁾や「当事者ノ不知ノ間ニ外形上縁組ノ当事者ト為リ居ルトキ」⁽³⁾について縁組意思なしとし、また「縁組当事者が全然意思能力ヲ有セザルニ拘ハラズ縁組ノ届出ヲ為シタル場合」⁽⁴⁾および「養子縁組届出当日ハ意識不明ニシテ言語スラ発スルヲ得ズ、且斯ル重症ガ久シク継続シタル」⁽⁵⁾場合には「本件養子縁組当時縁組ヲ為スノ意思全然欠如シタル」ものであるからその届出は無効とした。これらはすべて届出の意思が問題となっているが、多くを論ずる必要がない。

B. 拡張的適用の事例 (典型的な場合のみをあげる)

1. 兵隊養子

いわゆる兵隊養子は、明治六年の徴兵令第三章常備兵免役概則が「一家ノ主人タル者、嗣子並承祖ノ孫、独子独孫、父兄ニ代リテ家ヲ治メル者、養子、徴兵在役中ノ兄弟」に徴兵を免じたために、さかんに行われた⁽⁶⁾。しかし明治二二年に徴兵令が改正になり国民皆兵制が布かれてよりかかる免除規定がなくなった。この間に行われた兵隊養子について大審院は、

「兵役ヲ免ルルノ目的ニ出デタル双方合意ノ表面仮装ノ縁組ノ如キハ、假令縁組ノ登録アルモ其目的ハ一ニ兵役ヲ免ルルニ在リテ当事者間ニ縁組ヲ為スノ意思ナキコト分明ナレバ、其縁組ハ民法〔旧〕第八百五十一条一号ニ依リテ無効ノモノナリ」

と判決した(大判明治三九年十一月二七日刑録一二輯一二九五頁)⁽⁷⁾。この判決が、おそらく、旧法八五一条一号がいわゆる仮装的縁組に適用された最初のものであろう。この判決には、縁組意思の探究にあたって裁判所が、当時の「国民皆兵というような明治政府の政策」ないしは思想の影響をうけたのではないか、という疑問をいだかせる余地もあるが⁽⁸⁾、それと同時に、法律規定が一旦抽

(2) 大判明治 38. 12. 5 民録11輯 1633頁。

(3) 大判明治 40. 11. 6 民録13輯 1093頁。

(4) 大判大正 6. 12. 20 民録23輯 2178頁。届出当時当事者の一方は「老耄性痴呆ニ因リ心神喪失ノ常況ニ」あつた。

(5) 大判昭和 7. 2. 16 法学1巻7号 111頁。

(6) その後兵隊養子は、明治8年の徴兵令改正により「但養子約束ノミニテ未実家ニアル者ハ此例ニ非ズ」という規定がおかれて一部実効性が失われたが、なお戸主および法定の推定家督相続人が兵役を免除されていたために、他人の法定推定家督相続人になるための養子が多く行われた。これについては、山主・前掲書127頁以下。

(7) そのほか、宮城控判昭和9. 10. 6 新聞3777号15頁等。

(8) 青山道夫「養子」(法律学体系・法学理論篇)93頁。福地・前掲論文52頁。なお*

象度の高いコトバで表現されると、それは解釈適用において立法者の意図とは独立した独自の作用をはたすものであり、まさにこの判決によって旧法八五一条一号の「其他ノ事由ニ因リ当事者間ニ縁組ヲ為ス意思ナキトキ」という規定は、立法者に予想されなかつた方向への適用の道がひらかれたのである。⁽⁹⁾

2. 芸娼妓養子

芸娼妓稼業をなさしめる目的で養女を仮装した養子縁組である。かかる養子は相当古くから存在し、明治五年のいわゆる芸娼妓解放令（同年一〇月二日太政官布告第二九五号）の対象ともされており、したがって旧法制定にさいしても法典調査会で種々議論があつたが、結局はその対策はなんら講じられなかつた。⁽¹⁰⁾そしてこの種の養子は、特に、債権契約としての芸娼妓契約が無効視された明治末ないし大正初年以後において大量的に現われてきた。これについての明治末期の判例には次の二つがある。

「養子縁組ノ成立ニハ縁組ヲ為スノ意思ノミヲ以テ足り、其決意ヲ為スニ至リシ縁由ノ如キハ縁組ノ効力ニ影響ヲ及ボスベキモノニ非ズ。従テ縦令芸娼妓稼業ヲ為スベキ便宜上養子縁組ヲ為シタリトスルモ這ハ全ク縁組ノ縁由ニ過ギザレバ養子縁組ノ効力ニ影響ナシ」（東京控明治四一年七月七日新聞五一四号一一頁）

「芸娼妓稼業ヲ為サシムルコトヲ目的トシテ或一定ノ期間入籍セシムル為メ届出タル養子縁組ハ当事者間ニ於テ真実ニ親子関係ヲ発生セシムル意思ナカリシモノト認定ス」（東京控明治四四年五月一日最近判八巻一六二頁）

これらの判例はいずれも旧法八五一条一号の適用が問題となつたものである。詳細な事実関係はいずれも不明であるが、要するに後の判決をもつて芸娼妓養子に対する裁判所の態度は変わったものとみてよいであろう。芸娼妓養子には、年期付で芸娼妓を抱える場合の年期養女と娘分としての養女（あととりにする為の養女）との二種類があり、そして娘分としての養女には養子としての意識が

* 仮装養子縁組として大阪控判明治40. 5. 27新聞434号7頁（戦死せる軍人の一時賜金・遺族扶助料を受領するための縁組）が一般にあげられているが、この事実では養親となる出征軍人の意思が全然ないのであるから、むしろ「当事者一方の不知」のなかに含められるべきである。

(9) この事件が刑事の事件であつたことも注目される。

(10) 拙稿・前掲42頁以下。

(11) 我妻栄「判例より見たる『公の秩序善良の風俗』」法協41巻（大正12年）5号115頁以下、川島武宜「人身売買の法律関係——芸娼妓丸抱契約の効力について」法協68巻7号699頁以下。

あるが、これに反し年期養女の場合には養子としての意識がみられないということである。⁽¹²⁾ 上記明治四四年の判例の事案も明らかにかかる年期養女の場合である。その後大正年間に、下級裁判所により「真に縁組をなす意思がない」から無効とされた芸妓養子の事案は、⁽¹³⁾ ほとんどかかる年期養女の場合ではないかと思われる。大正も末期になって大審院の芸妓養子に対する唯一ともいべき判決が判例集に掲載された。⁽¹⁴⁾ 結局は、それ以前の下級裁判所の無効説を支持するものである。少し長いがその判決理由をみよう。

「縦合縁組ノ当事者ガ養子縁組届書ニ署名捺印シテ縁組ニ関スル表示行為ヲ為スモ真ニ縁組ヲ為スノ意思ヲ有セザルトキハ民法第八五一条第一号ニ所謂当事者間ニ縁組ヲ為ス意思ナキ場合ニ該当スルヲ以テ其ノ養子縁組ハ無効ナリトス。原判決ノ認メタル事実ニ依レバ、X ハ Y₂ ヨリ金百円ヲ借受ケ Y₁ ヲシテ大正六年三月中ヨリ向フ八年間久留米市紺屋町ナル Y₂ 方ニ於テ芸妓見習稽古及芸妓稼業ニ従事セシメ芸妓稼業ニ因ル収得金ヲ以テ右債務ノ弁済ニ充ツベキコトヲ約シ、右期間其ノ約旨ノ履行ヲ確保スル方法トシテ Y₁ ヲ Y₂ ノ養子トシテ縁組ノ届出ヲナスコトトシ同年三月二十日之ガ届出ヲナシタルモノニシテ、右 Y₂ 及 Y₁ 間ニ於テ真ニ養子縁組ヲナスノ意思ヲ有セザリシコト明」かである。「女子ヲシテ芸妓稼業ヲナサシムル為之ト養子縁組ヲナシタル場合ニ於テハ、或ハ当事者間ニ真ニ養子縁組ヲ為スノ意思アリテ芸妓稼業ヲ為サシムハ単ニ縁組ヲ為スノ縁由タルニ過ギザルコトアリ、或ハ芸妓稼業ヲ為サシムコトヲ以テ要素ト為シ養子縁組ノ届出ヲ為シタルノミニシテ真ニ縁組ヲ為スノ意思ヲ有セザルコトアルモノニシテ、其ノ何レニ属スルヤハ各場合ニ付決スベキ事実問題ナリ。原院ハ本件養子縁組ハ後者ニ属スト認定」している。(大判大正一一年九月二日民集一卷四四八頁)

この事件もまた明らかに年期養女に関する場合である。しかしこのことからすぐに、判決理由にいう芸妓稼業が単なる縁由にすぎない縁組と要素となってい

(12) 来栖三郎「養子制度に関する二三の問題について」家族法の諸問題(穂積先生追悼論文集)所収244頁以下参照。

(13) 上記のほか芸妓養子を無効とする判例は、明治45.7.5東京地判新聞802号17頁(期限付縁組だから無効とする)、大正2.10.9東控判新聞907号24頁、大正4.2.8東京地判評論4巻民42頁、大正5.11.28東控判評論6巻民41頁、大正6.11.29浦和地判新聞1364号28頁、大正7.5.31東京地判評論7巻民387頁、大正7.10.30東京地判評論7巻民962頁、大正8.9.29東京地判評論8巻民912頁、大正9.2.3松江地判新聞1667号21頁(判批・穂積法協39巻730頁)など。

(14) 大判大正11.9.2民集1巻448頁判民66事件穂積評釈。そのほか、芸妓にするための養子縁組の予約について、親からの親権にもとづく少女引渡請求を認めた判例はある(大判大正10.10.29民録27輯1847頁——判民152事件穂積評釈)。

る縁組の区別が、芸妓養子における娘分として養女と年期養女の区別に対応するとはいえない。

ともあれ、この判決をもって、その社会的作用においては芸娼妓契約と同一である縁組を民法九〇条の問題とすることなく、〔旧〕八五一条の問題として論理構成する大審院の判例理論が確立されたのである。

3. 家格引上のためにする養子縁組

女の家格を引上げるために一時的に養女にして他家に嫁がせる、という慣習がわが国には古くからあった。その場合養子縁組は一時的な手段にすぎない。かかる縁組も旧法起草者に予想され、非難されるどころかむしろ奨励された嫌さえある。⁽¹⁵⁾ この縁組について大審院は次のようにいっている——

「養子縁組ノ届出ヲ為ス意思ヲ有シ之ガ届出ヲ為シタル場合ニ於テモ当事者間ニ真ニ養親子関係ヲ生ゼシムル意思ナキニ於テハ養子縁組ノ効力ヲ生ゼザルモノトス。本件ニ於テ原判決ノ確定シタル事実ニ依レバ亡訴外A同BハXトノ間ニ養子縁組届出ヲ為シタルモ夫ハXノ求ニヨリ同人ガ訴外Cト婚姻ヲ為スニ付仮親ト為リ形式上婚家ニ対シXノ実家ヲシテ家格アラシメントスル手段タルニ止マリ当事者間ニ真ニ養親子関係ヲ生ゼシムル意思ナカリシモノナリ云フニ在リテ原判決挙示ノ証拠ニ依レバ斯ル事実ヲ認定シ得ザルニ非ザルヲ以テ原判決ガ前示ノ養子縁組ヲ以テ無効ノモノナリト為シタルハ正当ナリ。」(大判昭和一五年一二月六日民集一九巻二一八二頁)

この判決により〔旧〕八五一条一号の適用範囲は著しく拡張されることになった。すなわち兵隊養子は兵役義務という公的義務を免れようとするものであり芸妓養子は公序良俗に反する縁組であったが、この縁組になると、当事者の意図は「家」的観念に基づく慣習上の要請を満足させるにすぎないのである。その「家」的要請をどのように評価するかは勿論問題ではあるが、その批難をうくべき程度は前二者に比して遙かに少いか、(旧法において養子制度の目的が存在しないことからみて)全くないといえるような縁組である。前者の判例の態度に賛成された中川教授も、当時、この判決に反対された。⁽¹⁶⁾

4. 法定推定家督相続人たる子女を去家せしめるための縁組

これは旧法時代に、法定推定家督相続人たる女子を他家に入嫁せしめるにつ

(15) 山田・前掲754頁に引用されている穂積陳重委員の発言参照。

(16) 中川善之助・判批・民商13巻5号853頁。賛成一穂積・判民123事件。

き推定相続人たる地位を失わしめて去家を可能にし、いわば旧七四四条の法定推定家督相続人の去家の禁止の規定を回避する目的でしばしば行われた縁組⁽¹⁷⁾である。かかる縁組に関する大審院の判例はなかったが、⁽¹⁸⁾最高裁判所になってこれを無効としたものがある。——

「それ〔旧八五一条一号〕は、当事者間に真に養親子関係の設定を欲する効果意思を有しない場合を指すものであると解すべきは、言をまたないところである。さればたとえ養子縁組の届出自体については当事者間に意思の一致があつたとしても、それは単に他の目的を達するための便法として仮託されたに過ぎずして真に養親子関係の設定を欲する効果意思がなかつた場合においては、養子縁組は効力を生じないのである。」（最判昭和二三年一月二三日民集二卷四九三頁⁽¹⁹⁾）

この種の縁組についてもおおよそ上記3の縁組と同様なことがいえる。けだしかかる縁組が生ずる原因は、その適用を緩和する安全弁もしくは緩衝規定を有しない旧法七四四条がすでに当時の家族生活の実情に沿わなかったことにあるのだからである。中島博士のいわれるごとく、養子制度を濫用させるものが旧法における過度に厳格な家族制度的規定自体に存したのである。⁽²⁰⁾

以上、裁判所が旧法八五一条一号の拡大的適用を認めた事例のうち典型的なもののみを列記してきたのであるが、ここで判例の機能的発展について、一応次のような結論を下すことが許されるであろう。

すなわち、判例は三段階の変遷を経てきた。まず第一段階は兵隊養子を無効とした判例である。そこには明治政府の国民皆兵政策に対する強い考慮が働いていたことはいなめない。しかしこの判例の大きな意義は、かかる濫用的縁組を排除する規定として旧八五一条一号を活用させたことにある。つぎの段階はこの規定を芸娼妓養子に適用した判例である。そこで無効とされた芸娼妓養子は明らかに公序良俗に反する縁組である。しかしそれを民法九〇条の問題とせ

(17) これと類似するのに女戸主が他家に入嫁するために養子をとる場合があるが、すでに早く中島博士はこれを養子制度の濫用であるとした——中島・前掲書 240 頁以下。

(18) 下級裁の判例としてはこれを無効としたものがある（大阪控判大正 7. 6. 14 新聞1440号）。

(19) 判批・来栖三郎・五十嵐清・判研 2 卷 7 号 39 頁（賛成）、山田正男・法学 16 卷 2 号 268 頁（賛成）、谷口知平・民商 25 卷 4 号 236 頁（反対）。

(20) 中島・前掲書 243 頁。

ずに旧八五一条一号の縁組意思の問題とした点に意義がある。なお上記大正十一年の大審院判決は、縁組意思存否の判断において、注意深く、芸妓稼業が養子縁組の縁由にしかすぎない場合とそれが要素となっている場合を区別して、後者には縁組意思がないから無効としているが、「縁由の不法も『意思表示の内容をなす限り』或は『表現せられたる限り』に於ては、同じく行為の不法性を生ずる⁽²¹⁾」ことになろう。第三段階はさきに掲げた3・4に関する判例である。これらの縁組は公序良俗に反するものとはいえない。しかるにそれらが縁組意思がないから無効とされるにいたったのは、それらの縁組が社会的に養子制度の濫用と認識されるようになったという外的状況と、それを排除するに恰好な枠組がすでに前段階までの判例により築き上げられていた、ということによる。

このようにして、旧八五一条一号およびそれを継承した現行八〇二条一号は濫用的縁組を排除するという機能をもつことになった。しかし他方濫用的縁組が認識されてきたということは、制度の濫用と表裏の関係をなす養子制度の目的が漠然とながらその姿をあらわしてきたことを意味する。換言すれば、無目的なわが養子制度は、濫用排除という側面から変則的にその利用の限界を示すようになってきたわけである。

今日の欧米諸国における養子制度は未成年者の監護養育という目的を明示する傾向にある。また成年養子を認めている国でも、その厳格に規定されている縁組要件のなかに一定の目的を看取しうる。その上縁組の濫用を未然に防止するために縁組の成立にさいし国家機関が積極的に関与し、要件が具備しているかどうかを審査して、具備しているもののみを認可する仕組みになっている⁽²²⁾。このような要件としてわれわれの当面の問題に関連して注目すべきは、たとえばスイス民法二六七条二項の「重大な理由」(wichtige Gründe) およびフランス民法三四三条の「正当の事由」(justes motifs) である。これらの国では、

(21) 我妻栄「判例より見たる公の秩序善良の風俗」法協41巻5号129頁。なお我妻教授はこの文章の前に「私は『芸妓とする為めの縁組』は『芸娼妓契約』と同列に置いて、共に九十条の問題として(親権の濫用もここに同時に考察せらるべきは云う迄もない) 考察せらるべきものではないかと考へて居る」とされているのは示唆深い。

(22) これらの点については拙稿・前掲31頁以下参照。

縁組成立に關与する行政官庁なり裁判所は、他の要件（そのなかには養子となる者の利益・不利益も含まれているが）とともに、「重大な理由」もしくは「正当の事由」が存在するときのみ縁組を認める。

まずスイス民法の「重大な理由」の審理によって縁組の濫用を防止し、特殊な理由（子の酷使や子の労働力の搾取）のための縁組、氏承継のための縁組（Namensadoption）、公法規定の適用を回避するための縁組のごとき、不相当・不純で許されないような理由の養子縁組が排除される、とされている。⁽²³⁾ またフランス民法の「正当の事由」についても、認許（homologation）拒否の判決に理由が附されないためにくわしい実務の取扱は不明であるが、スイス法とほぼ同様なことが審理されるものと思われる。⁽²⁴⁾

このことから、わが養子法において判例のはたしてきた機能は、それが縁組の成立に際してか、成立後に当事者の無効主張をまっぴら判断されるかにより大きな差異があるけれども、おおよそ上にあげた外国法における「重大な理由」や「正当な事由」の判断と同じようなものであったといえるであろう。

要するに判例は、濫用的縁組を排除するために、民法旧八五一条一号（現八〇二条一号）の「縁組意思」を届出意思と実質的縁組意思に分離し、後者の存否を審理するという方法をとることによりその条項に本来予定されていなかった役割をもたせたのである。

4

かかる方法について反対する学説のあることは最初に簡単に紹介しておいた。これらの学説の検討は、広く身分行為意思および親族法と民法総則という一般的問題に関連するので、別の機会に譲ることにする。ただこれまで見てきた判例の機能の評価から一応いい得ることは、「縁組意思は縁組の届出をなす意思である」という説（末川・谷口）は、上記の法条の立法理由には一致するところがあるとしても、判例のはたした濫用的縁組を排除するという役割を不

(23) Egger, Komm. zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Familienrecht. 1943. S. 40.

(24) Marcel Vismard, Traité théorique et pratique de l'adoption et de la légitimation adoptive 1951. p. 9 et suiv.

当に無視しているのではないか、ということである。旧法制定当時養子制度に一定の目的が付与されなかった、従って養子制度の濫用はそもそも問題とならなかった、ということは前述した。しかし立法当時予想されなかったような縁組がその後発生してそれが養子制度の濫用と認識されることもあるし、当初濫用とは考えられなかった縁組が後になって社会的に非難されることもありうる（芸妓養子はその典型）。それらの縁組もなお有効な縁組として認めるべきであろうか。⁽¹⁾ また、これらの濫用的縁組を排除するために民法九〇条の適用を主張する学説について⁽²⁾も次のごとき疑問が提出されうる。すなわちそれは、濫用的縁組のすべてを公序良俗に関する九〇条の適用のみによって排除しうるか、これを言い換えれば、濫用と考えられる縁組のなかには、公序良俗には反しないが擬制的親子関係の設定ということからみて相当でないものが含まれているのではないか、ということである。例えば、芸妓稼業とか情交関係継続のための縁組については九〇条の適用を認めうるが、推定家督相続人たる女子の去家のためや家格引上げのための縁組、または単に家名維持のみを目的とした縁組のごときは、必ずしも公序良俗に反するとはいえない。

したがってここでは判例の八〇二条一号（旧八五一条一号）を適用する処理方法に従うことにする。もちろん判例のごとき仕方は問題解決の正しい方法ではなく、濫用排除につき規定をもたないわが養子法上の便宜的技術的構成としてのみそれを認容するのであることはいうまでもない。それ故、立法論として

- (1) たとえば谷口教授の理論の骨子と思われるのは、届出成立要件論を強調し、身分行為においても第三者の利益を保護する必要があるという見地から身分行為意思の公示を要素とする届出意思に重点をおいて把握し、一旦意識的に届出ればその後無効主張を許さず、それによつて生じた不当な身分関係は離婚や離縁の方法によつて解消すればよい、というものである（同「日本親族法」（昭和10年）46頁以下、同「親子法の研究」（昭和31年）174頁以下）。しかし私は、たとえば内縁関係が準婚関係として保護されてきている今日、身分行為の届出については一般的に効力要件と解する説（加藤一郎「身分行為と届出」穂積先生追悼論文集「家族法の諸問題」（昭和27年）所収）に賛成したく思う。
- (2) 青山・宮崎教授のほか、中川高男氏「身分行為論序説」金沢大学法文学部論集・法経篇 5. 174頁註(5)は、青山教授の90条適用説に賛成された上、判例・通説の「縁組意思」について、「意思の存否の有無とその表示された意思の評価の問題は、やはり厳密に区別さるべきものではなからうか。」とされているが、私もそう考えるが、判例が八〇二条一号に新しく付与した機能も看過しえないものがある

は、これに関する明文規定を設けることが望ましい。⁽³⁾

このようにみえてくると、法解釈上われわれにとって最も重要な問題は、養子制度の濫用と考えられる場合についての標識・基準を明らかにすることである。以下この問題において注目すべき点を幾つか列挙しよう。問題が複雑なることを避けるために、ここでは「家」制度的規定が廃止された現行法上の問題に限定して説明する。

1. まずこの場合に第一に考慮されねばならぬのは、成年養子と未成年養子の区別である。わが民法上両者の区別は、前者が縁組の届出のみによって有効に成立するのに後者にはそのほかに家庭裁判所の許可を要するものとされている(七九八条、「縁組意思」は要件の一つとして許可の際に審理される)。しかし濫用の判断において重要なのは、擬制される親子関係の実体である。親子法上成年の子とその親との関係は観念的であるが、未成年者については親は子を監護教育する権利義務を有し(八二〇条)子との間に現実の共同生活関係を形成する。従って未成年養子制度の重点(目的といえるかは疑問が残るが)は、子を監護養育することにあるといえるであろう。それ故、養子縁組をしてもその子を養育するのは依然として実父母であるという場合には、いわゆる「縁組意思」の存在が疑わしくなる。⁽⁴⁾ もちろんその判断は、養親となる者および代諾権者たる実父母の縁組意図と総合的になされねばならない。

2. そこで成年養子についてはわが民法上一定の目的を与えられていないのであるから、どうしても社会習俗的観念によって養親子関係と認められる一定

(3) ドイツ民法の縁組認許拒絶事由を規定する1754条が、1944年11月23日公布の「婚姻および養子縁組の濫用防止に関する法律」Gesetz gegen Missbräuche bei Eheschl. u. der Annahme an Kindes Statt により改正されたことは興味深い。それによると拒絶事由として従来よりあつた「養子縁組が其ノ法定ノ要件ヲ缺クトキ」のほかに「二、縁組契約ニヨリ生ズル親並ニ子ノ法律関係ニ一致スル家庭ノ結合ヲ成立セシムルコトニ対スル理由アル疑ノ存スルトキ；三、養親ノ家庭的立場ヨリ又ハ公ノ利益ニ徴シ契約締結者間ニ家庭的結合ヲ成立セシムルコトヲ不当トスル重大ナル理由アルトキ」が付加された。もちろんこの〔三〕にはナチ的感覚が充満している。

(4) 大阪家庭裁判所決議(民商24卷(昭和24年)46頁以下に掲載)は、氏の存続だけを目的として養子縁組を結んだが、養子(5才)は依然として実父母の下で養育されている場合について、それには縁組意思がない、たとえあるとしても子の利益にならないから許可すべきでない、としている。

の枠組を想定する以外に方法がない。中川教授のいわれる「習俗的標準に照らして親子と認められるような関係」である。⁽⁵⁾これが当事者の縁組の目的と関連してある縁組が濫用であるかどうかの判断の資料を提供することになる。より具体的な基準をあげると、当事者の縁組意図が上にのべた意味での養親子関係の設定にはなく、他の目的を達成するために仮に（一時的もしくは戸籍上のみ）養子縁組を装っている場合にはそれは養子制度の濫用である。もつともこのような「習俗上」の養親子関係という概念はあまりにも不明確なものであるから、それによって律せられる範囲を狭くするためにも立法論としてはたとえば養親と養子との間に一定の年令差を設ける等の方法をとるのが望ましい。

3. 縁組の目的が、単に、養親子関係の設定により、(イ)他法がこれに付与している特殊な利益を受けようとする場合、(ロ)法が禁止している事項を実現しようとする場合（脱法行為）、(ハ)法の要求している厳格な手続を回避しようとする場合には、養子制度の濫用となる。たとえば(イ)には家族手当を受領するためや⁽⁶⁾扶養手当・休暇についての恩典に預ろうとする縁組が入り、(ロ)にはいわゆる学校養子等が含まれるであろうし、(ハ)に属するものとしては、民法七九一条の許可なくして氏の変更をなすための縁組等がある。

4. 公序良俗に反する縁組は許されない。ここでは、妾や情婦を養子とする縁組、芸娼妓養子、強制的労働力補充のための養子などが問題となる。そして特定の縁組が公序良俗に反するか否かの判定は民法九〇条によってなし、しかしてその場合に「縁由」の不法も「意思表示の内容」をなしているかもしくは「表現されている」限り養子縁組の不法性をもたらすと解する。

このようにして、特定の養子縁組が養子制度の濫用であるかどうかは、習俗的観念、当事者の縁組の目的、そこで回避もしくは受益を意図されている法規等を総合的に考察して決せられねばならない。

(5) 中川善之助・「総評」Ⅱ 264頁、同「親族法」下（昭和33年）409, 424頁。

(6) 不許可の審判例がある（戸籍39号17頁）。