

判例研究

未認知の非嫡出子である連れ子の特別養子縁組を認容した事例

早野 俊 明

（名古屋高裁平成一五年一月一四日決定〔平一五（ウ）二五九号、特別養子縁組成立申立却下審判に対する即時抗告事件——取消・認容（確定）〕
家庭裁判月報五六卷五号一四三頁）

一 事実の概要

事件本人Zの母である原告人（申立人）X₁は、前夫Aとの婚姻中に、Bの子であるZを懐妊し、平成八年六月二三日にZを出産した。X₁はすでに同年一月九日にAと協議離婚し、同年一〇月一八日、AとZとの親子関係不存在確認の裁判が確定した。

X₁と抗告人(申立人) X₂とは、平成五年頃知り合い、平成一〇年頃から結婚を意識して交際するようになり、平成一年一月二六日に婚姻した。X₂はZに平成一〇年一月頃初めて会い、良好な関係を築き、X₁との結婚前後には、Zから「パパ」と呼ばれて慕われるようになった。結婚当初は、X₂の仕事の都合上別居していたが、別居期間中も、X₂はZを動物園やテーマパークに連れていくなどして可愛がり、平成一二年二月の転勤以後、三人で同居し、平穏な生活を送っている。X₂は年収約九〇〇万円から一、〇〇〇万円を得ており、生活基盤は安定している。

平成一二年四月一日、X₁はZとの特別養子縁組を申し立てたが、却下され、即時抗告の申立をしたものの、さらに相当な同居期間を置き、実績を積んだ後に再度特別養子縁組の申立を行うこととして、同年二月二八日、前件申立を取り下げた。平成一三年一月九日、氏を同じくするために、かつ、将来、再度の特別養子縁組の申立を視野に入れたうえ、同居期間の実績を積むことも考慮して、普通養子縁組をし、その旨の届出をした。その後も同居し、良好な関係を継続しており、夫婦関係も円満で、経済的にも安定した家庭環境にあり、Zは平成一五年四月に小学校に入学し、順調に成育している。そして、Zは、Bの記憶は全くなく、X₂を実の父と信じている。

Bは、Zを認知することなく、出生以来ほとんど会ったことがなく、その様子を問い合わせることもなく、現在まで養育費も全く支払っていない。また、X₁ら代理人弁護士の書面による照会に対し、本件の特別養子縁組成立に同意する旨回答している。

そこで、X₁らは、実の父親であるBとの関係を断絶する必要があることなどを理由に、再度、Zを特別養子とする縁組の申立をしたのが本件である。

原審(名古屋家審平成一五年七月四日家月五六卷五号一五一頁)は、特別養子縁組が認められるためには、養子とな

る者について民法八一七条の七に定める要保護事情があることを要するとして、本件についてこれを検討し、「申立人X₂はZを實の子のように接し、Zもまた申立人X₂を實の父親だと思っている以上、X₂らの生活状況、夫婦生活等からしてZにとってX₂らの下で生活していくことが最善であることに疑いがない。また、普通養子縁組の成立によって、Zが、X₂らの氏を名乗り、X₂らの嫡出子たる身分を得るに至っている。そうすると、Zは、X₂らによって十分な養育、監護がなされているものと認められ、また、Zが成年に達するまではその意思に反してBから認知され、Bとの親子関係を強要されることは否定できないとしながら、「BはZが出生してから今日に至るまで、Zに関心を示すことがなく、X₂らの特別養子縁組についても同意しているのだから、現実にBがZを認知した上で、Zにとって害となるような行為をすることは通常考えられない。そうすると、ZとBとの関係を断絶させることがZの生育上必要であると考え、X₂らの心情は理解できなくはないが、現実問題として、Bとの関係が、Zの養育、監護にとって重大な障害となっているとは認められない」とし、さらに、Zが戸籍上の記載から自己の出生の経緯を知り、これによってZの精神状況に悪影響を及ぼす可能性があることは否定できないとしながら、「この一事をもつて實の親子関係を断絶させるという特別養子縁組の要件を充足するとは認められない」として、本件申立を却下した。

そこで、X₂らは、ZはX₂ら夫婦のもとでX₂を実父と信じて育ってきており、特別養子縁組により「実子」として育てられることが、Zの心理的安定をはかるうえで極めて重要であること、Zに何ら関心を示さず、認知もせず、養育費も送らず、ずっとネグレクトしてきたBとの実親子関係にZを縛りつけることは極めて酷であること、Zが十分な精神的成長を遂げる前に自分の特異な出生の経緯を知ることが、その健全な生育に悪影響を与えるおそれがあること、などを理由に抗告した。

一 決定要旨

原審判を取り消し、特別養子縁組の申立を認容した。

「民法八一七条の七は、『特別養子縁組は、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がある場合において、子の利益のため特に必要があると認めるときに、これを成立させるものとする。』と定めており、ここにいう『特別の事情がある場合』には、監護の著しい困難又は不適當な場合、又はそれに準ずる場合にとどまらず、特別養子縁組により新たな養親子関係を成立させ、父母及びその血族との親族関係を終了させることが子の利益のため特に必要と判断される事情のある場合をも含むものと解するのが相当である。

これを本件についてみると、Zは、出生当初から実母であるX₁に養育され、現在は、養親であるX₂らに養育されていることから、『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』とはいえないことは、原審判の説示のとおりである。

しかしながら、上記認定事実によれば、Zは、X₁がAとの婚姻中に、夫以外の第三者(B)との間の子として懐妊し、両名の離婚後に出生した非嫡出子であり、その後Aとの親子関係不存在の裁判を経ているもので、血縁上の父とされるBから認知されておらず、同人は実親としての義務を全く怠り、Zの養育にも無関心で、将来ともに放置したままの状態であることが容易に推認される。そして、Zが、これら特異で複雑な出生の事情ないし親子関係の事情を戸籍の記載等から知り、その成育過程において、自らの責任によらない精神的苦痛や負担等を背負っていくことが予測される。そうすると、上記認定事実から明らかである、X₂らとZとの良好な親子関係をそのまま特別養親子関係として成立させ、

X₁との非嫡出子としての親子関係を断絶させることが、Zの健全な育成に寄与し、その福祉及び利益の実現のため特に必要であると判断される。

なお、本件は、Zと普通養子縁組をしているXらが特別養子縁組の成立を求めるものであるが、XらがZと普通養子縁組の届出をした事情は、上記認定のとおりであつて、当初からZとの間で特別養子縁組を成立させることができるのに、普通養子縁組を選択しておきながら、その後に特別養子縁組成立を申し立てたような事案とは異なるもので、これにより上記判断を左右するものではない。

そうすると、本件は、特別養子縁組を成立させ、従来の親子関係を断絶させることを必要とする特別の事情があり、それが子の利益のため特に必要があるというべきである。

そして、本件においては、Xらの養親としての適格性及びZとの適合性に何ら問題のないことは、上記認定事実から明らかであるので、本件特別養子縁組を成立させるべき要件を満たしていることが認められ、ZをXらの特別養子とするのが相当である。」

三 研 究

〔1〕民法上、連れ子の特別養子縁組については、連れ子が、嫡出子の場合には単独縁組により、また非嫡出子または普通養子である場合には夫婦共同縁組により、連れ子養子をなすものとして容認されている（民八一七条の三第二項

但書)。しかし他方で、夫婦の一方が配偶者の前婚の子または非嫡出子を特別養子とする場合およびすでに養子としている子を特別養子とする(転換養子)場合には、実親の一方はその子を再婚後も監護することになるから、父母による監護が著しく困難または不適當な場合に当たらないとして、いわゆる要保護要件(民八一七条の七)を欠くものとして、いずれの場合も一般に連れ子の特別養子は認められないとされる。したがって、特別養子縁組にあつて、連れ子養子をどう位置づけるか、すなわち、民法八一七条の七後段の「その他特別の事情のある場合」をいかに解するか、そして「特別の事情」を構成する具体的事情とは何か、これが本件における基本的争点である。

【2】本件は、未認知の非嫡出子であり、かつ、特別養子制度施行後の普通養子である連れ子について特別養子縁組を認容した、高裁として初めての公表事案である。すでに審判例としては、同様の状況にある連れ子について、特別養子縁組を認容した宮崎家裁判平成二年一月三〇日審判(⑦)。括弧のなかの数字は、後掲『連れ子の特別養子縁組』審判・決定例一覧表(以下、「一覧表」と略)の番号を示す。以下に同じ。)があるが、本件は、連れ子が嫡出子として出生しながら、後に親子関係不存在確認の裁判により父子関係が否定され非嫡出子とされその後さらに普通養子となったこと、および、実父が未認知ながら特別養子縁組に同意していることの二点に特徴がある。また、本決定は、民法八一七条の七にいう「特別の事情がある場合」について、「監護の著しい困難又は不適當な場合、又はそれに準ずる場合」にとどまらず、「特別養子縁組により新たな養親子関係を成立させ、父母及びその血族との親族関係を終了させることが子の利益のため特に必要とされる事情のある場合をも含む」と解し、「特別の事情」を構成する具体的な一つの事情として、「特異で複雑な出生の事情ないし親子関係の事情」を戸籍記載等から知ることによる子に与える精神的影響等を考慮すると同時に、実父が「実親としての義務を怠り、事件本人の養育に無関心で、将来ともに放置したままであるこ

とが容易に推認される」として、「義務懈怠」「無関心」「放置」（以下、「無関心等」）など実父による干渉・養育妨害が具体化していない場合にも、「特別の事情」を構成する一要素となることを明言した点において、後述するように、極めて重要な意味をもつ、注目すべき高裁決定である。この点を明言した審判・決定例は現在のところ存在しない。なお、本件は、非嫡出子である連れ子の特別養子縁組を認容した三例目の公表事案であり、認知された非嫡出子である連れ子の特別養子縁組を認容した東京高裁平成八年一月二〇日決定（⑧）に続く、二例目の公表高裁決定である。³

【3】まず、民法八一七条の七後段の「特別の事情のある場合」については、その例示である「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」に準ずる事情がある場合をいこうとし、「親子関係の断絶が子の利益に合致するかどうかを基準」として、これを具体的に判断すべしとする見解があり、³他方、「準ずる」との法文上の限定がないことから、これにとどまらず、それ以外の事情であっても、「特別養子縁組を成立させ、父母およびその血族との間の親族関係を原則として終了させることが子の利益のために相当であると考えられる事情」と解する見解が対立している。⁴両説はいずれも、親子関係を終了させることが子の利益に適合するかどうかを基準とするものであることから、後述するように、問題はいかなる事情がこの基準に合致したものになるか、これが問われることになる。

後掲「一覽表」の審判・決定例は、この点に関し、「その他これに準じる特別の事情がある場合で、実方の父母との親子関係の終了を特に必要とするときに成立させるもの」（④の原審「名古屋家昭六三年九月一日審判・家月四一巻一号一二四頁、一二六頁」。④も同調）と解する一方、『特別の事情』は、『監護の著しい困難又は不適當』な場合又はそれに準じる場合にとどまらず、特別養子縁組を成立させ、父母及びその血族との間の親族関係を原則として終了させることが子の利益のため特に必要と判断される事情をも含むものと解するのが相当である」（⑧七九頁）と解し、学説同

様、見解が分かれていたところ、本決定は、「ここにいう『特別の事情がある場合』」には、監護の著しい困難又は不適当な場合、又はこれに準ずる場合にとどまらず、特別養子縁組により新たな養親子関係を成立させ、父母及びその血族との親族関係を終了させることが子の利益のため特に必要と判断される事情のある場合を含むものと解するのが相当である」(⑨一四六頁)として、⑧決定と同じく、後者の立場を採用することを明らかにしている。もつとも、④は連れ子が「嫡出子」、⑧⑨は「非嫡出子」(⑨は後に普通養子)の事例であることから、嫡出子・非嫡出子の区分による、「特別の事情」の解釈の相違と見ることもできそうである。

【4】つぎに、「特別の事情」を「実親との親族関係を終了させることが相当であると考えられる事情」と解するとしても、いかなる具体的な事情が「親族関係終了の相当事由」に該当するか、すなわち、一般に連れ子養子であることをもって親族関係終了の相当事由と解すべきか否かが問われる。この点、つぎのように、見解が対立している。

連れ子の特別養子縁組については、その審議過程において、(a)連れ子養子が子の利益よりも養親側の利益を重視した縁組が多数申し立てられるおそれがあり、実務的に対応が困難になること、(b)実親と養親が離婚しても離縁することができないので、後に紛争が生ずるおそれがあること、さらには、(c)離婚後、子を連れて再婚した場合には、特別養子縁組につき親権者ではない実親についても同意が必要となるから、離婚時の子を巡る紛争が再燃するおそれがあることを理由に、結局、連れ子養子を特別養子縁組の対象から完全に排除することは適当ではないが、普通養子縁組にとどめるのを相当とする場合があるので、「特別の事情があること」を要件とすることが適当と考えられ、民法八一七条の七の規定となつたという経緯がある。⁶⁾すなわち、立法過程においていわゆる要保護要件が加えられた理由の一つとして、連れ子養子を原則として排除するという目的があった。それゆえ、「その他特別の事情がある場合」とは、そ

の例示である。「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こと」に準じる事情がある場合をいうとして、連れ子を特別養子とする場合には、実親の一方はその子を監護することになるから、父母による監護が著しく困難または不相当な場合に当たらず、これに準ずる特別な事情も存在しないとして、原則として認めるべきではないが、例外的に、特別養子となる子が嫡出子のときには、実父母の他の一方が特別養子となる子の利益を害するような具体的行為をしている場合、その者が親としての義務を著しく怠っている場合などを「実父母の他の一方との親子関係の断絶を必要とする事情」として、一方、非嫡出子のときには、特別養子縁組によって子の利益が向上することが明らかであるから、嫡出子の場合ほど厳格に解する必要はないとして、「特に生父から認知されていない子を連れて婚姻した母と夫が特別養子とする場合」に「特別の事情」に当たると解され、後述するように、裁判実務の大勢はこの消極説を採用している。⁷これに対し、一般に連れ子養子をもって「特別な事情」に該当すると解する積極説は、⁸（a）養子が親の配偶者との間でなんらかの親族関係に立たない場合よりは、その者が子の養親となつて養親子関係を形成し、法律上実親と全く同様の立場に立つて共同して養育にあたることの方が一般的には望ましく、また、⁹（b）特別養子縁組の成立は審判を前提として特別な事情および子の利益適合性の有無を判断する以上、縁組申立の濫用・後日の紛争の可能性といった事態の発生を防止は、夫婦の安定性をより慎重に判断することによって確保すべきであり、さらに¹⁰（c）離縁しない養父と実母の離婚ないし実父母の離婚の場合と同様に考えればよいのであつてとくに問題はないと批判し、このような事態発生の可能性があることをもつて、一般に連れ子の特別養子縁組は否定されるべきではないとして、連れ子の特別養子縁組が相当と認められる事情を、「非嫡出子である連れ子をその親及びその配偶者が共同で特別養子とする場合」または「嫡出子である連れ子を実親の配偶者が特別養子とする場合であつて、夫婦の絆が強く夫婦関係が安定しており、

破綻の具体的真がないと認められるとき」であると説く。^①

裁判実務は、前述の立法過程・趣旨から、連れ子の特別養子を制限的に解する消極説を採り、「特別の事情」を構成する基準として、実方の父母の一方からの悪辣な干渉や養育妨害があり、その結果として養親となる者およびその配偶者たる実親による監護が困難または不適当なものとなっているか否かが、連れ子の特別養子縁組の成否に大きく影響することとなった。^② すなわち、「死亡」や「行方不明」などのために、干渉・養育妨害の具体的行為がそもそも行えないような場合には、連れ子の嫡出・非嫡出を問わず、「実父である泊和義（実父―筆者注。以下に同じ。）は死亡しているから、実方の父母の他の一方との親子関係の終了を特に必要とする事情については考慮を払う必要はない」（④一二二頁）として、「内田（実父）自身既に死亡し、（中略）今後、事件本人と実父の内田間で紛争が惹起される可能性は少なくなつた」（⑧の原審「千葉家松戸支平成八年三月五日審判・家月四九卷五号八五頁、八九頁」）として、「俊輔（実父）は、（中略）、現在は行方不明の状態にあり、健司の養育に対し悪らつな干渉や妨害をすることもない」（⑥九六頁）として、特別養子縁組の申立を却下する。また、「服役中」の場合にも、特別養子縁組の実父の同意があり、その性行等にも考慮が及びながら、「事件本人の父が事件本人に働きかけるとの危惧については具体的な根拠はな（い）」（⑤九四頁）として、同様に、申立を却下している。さらに、具体的行為となっていない「無関心等」の場合にも、実父が自分の子であることに疑問を持ち、子に対する愛着も関心もなく、特別養子縁組に同意しているにもかかわらず、子と実父との「身分関係の存続が事件本人の養育監護に重大な障害になるものではない」として（②の原審「大阪家昭六三年九月一九日審判・家月四一巻三号一七三頁、一七四頁」）。②も同調）、子とは一切交渉をもたず、養育費の負担もしないとの合意が実父母間で成立し、特別養子縁組の同意があるにもかかわらず、実父が「前記状態（現在の養父・実母による

適切な養育監護状態―筆者注）を乱すような事情は認められず、同人との親子関係の終了を特に必要とする特別の事情があるということではできない」（③の原審「大阪家昭六三年九月二十九日審判・家月四一巻三号一七六頁、一七七頁」。③も同調）として、「俊輔（実父）は、健司（子）出生後その養育に無関心であつてこれを和子（実母）一人に押しつけ、（中略）、健司の養育に対し悪らつな干渉や妨害をすることもない」（⑥九六頁）として、申立を却下する。そして、本件原審においても同様に、「特別の事情」を構成する典型的該当例とされる、未認知の非嫡出子である連れ子養子であるにもかかわらず、「B（実父）はZ（子）が出生してから今日に至るまで、Zに関心を示すことなく、Xらの特別養子縁組についても同意しているのであるから、現実にBがZを認知した上で、Zにとって害となるような行為をすることは通常考えられない。そうすると、（中略）現実問題として、Bとの関係が、Zの養育、監護にとって重大な障害となつているとは認められない」（⑨の原審「名古屋家平一五年七月四日審判・家月五六巻五号一五一頁、一五二頁」として、申立を却下している。

【5】このように、裁判実務の多くは、一貫して、「養育監護に対する実父母の一方による干渉・妨害の具体的行為」を基準に、連れ子の特別養子縁組の成否を判断し、「死亡」「行方不明」「服役中」のように、干渉・妨害が行えない場合ばかりでなく、「無関心等」のように、干渉・妨害行為となつていない場合にも、具体的行為がないものとして、連れ子の嫡出・非嫡出を問わず、特別養子縁組の成立に消極的な姿勢を採っている。これに対し、本決定は、「未認知」のほかに、「義務懈怠」「無関心」「放置」などの「監護意欲の喪失」を「特別の事情」Ⅱ「親族関係終了の相当事由」の構成要素とし、養育監護に対する実父母の一方による干渉・妨害が具体化していない場合にも、特別養子縁組の成立を可能にする立場を明らかにした。この点、従来の審判・決定例には見られない、かなり緩やかな解釈がなされている。

もつとも、「特別の事情」については、本件のような未認知の非嫡出子である連れ子を特別養子とする場合には、前述したように、消極・積極のいずれの学説も典型的な「特別の事情」の該当例と解している。本件同様、未認知の非嫡出子である連れ子の特別養子縁組を認容した宮崎家裁平成二年一月三〇日審判(⑦)も、「いわゆる連れ子を養子とする場合において、養子となる者が非嫡出子であり、しかも未認知である場合には、特別養子縁組によって当該子に嫡出子たる身分を取得させ、生理上の父との未然的な法律関係を終局的に断絶させて身分関係の安定をはかることは、子の利益を向上させることが明らかであるというべきであるから、上記特別の事情がある場合に当たると解するのが相当である」と判示し、「非嫡出子・未認知」であることをもって、「特別の事情」に当たると解する。しかし、「非嫡出子・未認知」であることから当然に「特別の事情」に該当するのではないことはもちろんであり、だからこそ、未認知の生理上の父にも、裁判上の手続や斡旋の手続においてその意思を十分に考慮することが求められているのであり、その意味で、本決定は、「未認知」のほかに「義務懈怠」「無関心」「放置」を列挙し、平成二年宮崎家審をより明確化したものと評価できよう。また、本件における「将来ともに放置したままであることが容易に推認される」との認定の根拠は、「未認知」ではなく、出生以来子とほとんど会ったことがなく、その様子を問い合わせることもなく、現在まで養育費を全く支払っていないという事実であり、かつ、法律上要請されていない未認知の父の特別養子縁組に対する「同意」であったように思われる。そうであればもはや「未認知」であることは、「特別の事情」の構成要素では必ずしもなく、認知された非嫡出子さらには嫡出子の場合でさえ、干渉・妨害行為が具体化していないときであっても、「無関心等」の状況がある限り、「特別の事情」に該当する場合があると解することができる。そして、それは望ましい方向であると思われる¹⁴。本決定は、このような解釈を容認する道を拓いた、極めて重要な意味をもつ、最初の判例と位置づける

ことができるのではないだろうか。本決定の射程がどこまで及ぶのか、本件のもう一つの「特別の事情」の構成要素たる、「特異で複雑な出生の事情ないし親子関係の事情」という事案の特殊性の評価にも関わり、必ずしも明らかではないが、今後の判例の推移が注目される。

【6】本件では、「特別の事情」を構成する要素として、「特異で複雑な出生の事情ないし親子関係の事情」を挙げている。具体的には、婚姻中の懐胎子が、父母の離婚後出生したが、親子関係不存在確認の裁判により父子関係が否定され、非嫡出子となったという事情を指すものと考えられるが、本件同様、「事件本人の特異な出生の状況とその前後における原告人ら（養父となる者とその配偶者たる実母―筆者注）の行動を事件本人が知ることは、今後、事件本人が、原告人らの家庭において成長していくことを考えると、その健全育成にとつて有害であり、事件本人の人格が形成される過程においては上記の事実を秘匿すべきであつて、そのためには、内田（実父）との親子関係を断絶することが必要であり、かつ、上記の親子関係を断絶することによつて事件本人に特別の不利益は生じないと判断される」（⑧七九頁以下）と判示した平成八年東京高決でも、「表面的には普通の親子関係の裏に隠れる事情を不用意に知ることは、子の人格形成過程においては有害であり、秘匿すべきであるということが考慮されている¹⁶」。東京高決の事案が、婚姻後の出生子が嫡出否認されたうえ、母とその嫡出否認をした夫から特別養子縁組の申立がなされたという、きわめて特殊な事案であつたことからすれば、本件における「特異で複雑な出生の事情ないし親子関係の事情」は、父子関係が否定され嫡出子から非嫡出子となった点が東京高決と共通項であり、父子関係を否定した者が養父となる者ではないという点で、事案の「特殊性」は緩和されていると見ることもできよう。そうであれば、今後、この要素については緩やかな解釈がなされうる余地があるとも思われる¹⁷。そもそも子の人格形成過程においてその健全育成にとつて有害であり、親子関係を

断絶させることによつてのみその目的を達成することのできる、秘匿されるべき事情とは、父子関係が否定され嫡出子から非嫡出子となつたという事情にとどまらないからである。その際、最も配慮すべきは、①、②、③、④（妊娠中）、⑥（妊娠中）、⑦、⑧の事案に見られるように、実は、兄弟姉妹の存在あるいは誕生の可能性ではなからうか。「妻の事件本人泰子（実母）が近く出産予定のこともあつて、この際、事件本人由和（子）を自己の長男とし、事件本人由和が将来養子であることで悩むことのないようにしたい」（④の原審「名古屋家昭和六三年九月一日審判・家月四一巻一号一二六頁」）、「今度出生する子と健司（子）との間に養子、実子の差をつけたくない」（⑥九六頁）、「抗告人らの間には、実子が生まれ、事件本人と実子とを姉妹として育てていくうえでも、あえて事件本人が小さいときから、抗告人上条一彦（養父となる者）の実子でないことを明らかにして、兄弟として、育てていくことに、いろいろな困難が通常予想されることである」（⑧八四頁）との養方の要望や主張は、積極的に評価されてしかるべきである。兄弟姉妹として、一方は実子として他方は実子でない子として養育されることの子への影響は、「特別の事情」の構成要素として考慮されるべきであり、考慮したとしても、親子関係を断絶させることによつて子の利益となることはあつても、不利益となることはなからう。

【7】本件には、右のほかもう一つ問題点がある。すなわち、本件は特別養子制度施行後の普通養子からの転換事例でもあるということである。同様に、施行後の非嫡出子・普通養子からの転換事例である平成二年宮崎家審は、婚姻直後に事件本人を特別養子とする審判の申立をしたが、夫婦生活の実績が少ないこと、夫婦間の子が出生することが予定されていたことから、再度特別養子縁組の審判を申し立てることを前提に、上記審判を取り下げ、同一戸籍への入籍を目的に事件本人と普通養子縁組をしたという経緯を踏まえ、「前記認定の経緯による過渡的な措置としてされたものであつ

て、申立人らの本来の意図はあくまでも事件本人を特別養子とすることにあるから、本件において普通養子縁組がなされていてもなお上記の特別の事情を肯定するのが相当である」（⑦三七頁以下）と説示して、普通養子から特別養子への転換を認めている。本件は、再婚後六ヶ月ほどして事件本人を特別養子とする申立をしたが、これが却下されたため即時抗告をしたものの、さらに相当な同居期間を置き、実績を積んだ後に再度特別養子縁組の申立を行うこととして申立を取り下げ、氏を同じくし、将来、再度の特別養子縁組の申立を視野に入れて同居期間の実績を積むことを考慮して、事件本人と普通養子縁組をしたという事情を認定し、「当初から事件本人との間で特別養子縁組を成立させることができるのに、普通養子縁組を選択しておきながら、その後に特別養子縁組成立を申し立てたような事案とは異なるものであり、これにより上記判断を左右するものではない」（⑨一四七頁）として、施行後の普通養子からの転換であっても、特別養子縁組の成立に影響しないことを明らかにしている。試験養育的普通養子が許容されている以上、いずれの判断も妥当であろう。

(1) 後掲『連れ子の特別養子縁組』審判・決定例一覽表（以下、二覽表）と略）を参照。

(2) 後掲「一覽表」参照。

(3) 細川清『改正養子法の解説—昭和62年民法等改正法の解説—』一〇一頁（法曹会一九九三年）。

(4) 中川善之助・山島正男編『新版注釈民法(4) 親族(4)』「大森政輔執筆」六二二頁（有斐閣一九九四年）。山本教授は、狭く解する必要があるとして、「父母の同意の要らない場合及び離縁原因に就いては『其他養子となる者（養子）の利益を著しく害する事由がある』とされているのに対し、単に『特別の事情がある場合』として、特にその理由を限定していない点が注目される」と述べられる（山本正憲「特別養子縁組の要件としての『要保護性』の判断例三件」民商一〇四巻一四七頁（一九九一年））。また、辻教授は、『その他特別の事情がある場合』を限定的に解するのではなく、より広く総合的な判断を経たうえで、父母との親族関係の断絶をはかり養親子間の関係を実親子

間のものに近づけようとする特別養子制度の趣旨に台致する事情が存在すると考えられる場合をも含むべきと思われる」と解される(辻朗「特別養子縁組の成立要件」判タ七〇七号八六頁(一九八九年))。

(5) 細川・前掲注(3)一〇四頁以下。

(6) 細川・前掲注(3)一〇二頁。

(7) 学説として、大村敦志『再構成家族』に関する一考察「民研五〇〇号四二頁(一九九八年)、内田貴『民法IV「補訂版」親族・相続」二七六頁(東京大学出版会二〇〇四年)、清水節「判例先例 親子法II—親子」四八一頁以下(日本加除出版一九九五年)、澤田省三「特別養子縁組事件の動向と問題点(下)」戸籍五九五号一頁(一九九二年)など。

(8) 山本正憲「先例判例 養子法」三三〇頁(日本加除出版一九九六年)、中川高男「特別養子縁組申立人夫婦の一方の非嫡出子と民法八一条の七にいう特別の事情」リマークス一六号一九九八(上)七九頁(一九九八年)、床谷文雄「嫡出否認した「継子」を特別養子とする申立てを認容した事例」判タ九四九号七八頁以下(一九九七年)、早野俊明「継子(連れ子)養子について」新しい家族三四号四六頁以下(一九九九年)など。

(9) 林良平「大森政輔編『注解 判例民法4 親族法・相続法』「大森政輔執筆」三九二頁(青林書院一九九二年)。

(10) 林「大森編・前注(9)」大森政輔執筆「三九二頁、山本・前掲注(4)一四七頁、辻・前掲注(4)八七頁。

(11) 中川「山島編・前掲注(4)」大森政輔執筆「六二二頁。

(12) 最高裁判所家庭局の立場でもある。最高裁判所事務総局家庭局「昭和六三年度 高等裁判所管内別家事事件担当裁判官会同概要」家月四一卷八号六一頁(一九八九年)。

(13) 最判平成七年七月二四日民集四九卷七号二六七四頁参照。

(14) 床谷教授は、特別養子縁組の適用は、非嫡出子に限られるべきではないとして、「特別養子縁組によって親族関係の消滅する実(方)父母に養育監護の意思がまったくなく、子の幸福に無関心であるような場合にも、特別事情の存在を認めてよい」とされる(床谷・前掲注(8)七八頁)。五島助教授も、未認知の子であっても、生理上の父が子との法的関係を確立し維持したいと望んでいるときは、その意見を聴き特別の事情の判断は慎重になされるべきであるとしながら、「生理上の父が子に無関心であるときには、『特別の事情』が認められてよいように思われる」とされる(五島京子「非嫡出子である連れ子の特別養子縁組を認容した事例」民商一一九卷六号一五七頁、一六一頁(一九九九年))。なお、特別養子縁組への「同意」をもって、特別の事情を認めよとする見解として、山本・前掲注(10)一四八頁、中川淳「特別養子縁組の成立をはばむもの」ひろば四八巻四号五九頁(一九九五年)などがある。

(15) 床谷・前掲注(8)七九頁。澤田教授は、「果たして、このような事情が『特に必要とする』理由たりうるかどうかは、やはり特別養子

制度全体の位置づけとも関連させて検討する必要があると求められていることも無視するわけにはいかないのではないだろうか」と疑問を呈されている（澤田省三「特別養子縁組申立却下審判に対する抗告審」戸籍六六三号三五頁（一九九七年））。

(16) 「未認知」であることを特殊事情と見ることもできなくはないが、そうであっても、本文のように論ずることはできるものと思われる。

〔追記〕 本稿校正中に、本山敦「妻の非嫡出子と普通養子縁組をしている夫婦からの特別養子縁組成立の申立てを却下した原審判を取り消し、縁組の成立を認めた事例」判タ一一五七号二二頁以下（二〇〇四年）に接した。

「連れ子の特別養子縁組」審判・決定例一覧表

番号	審判・決定年月日	裁判所 (登載判例集)	結果	連れ子の区分	普通養子縁組の有無	認知の有無	同意の有無
①	昭和六三年四月一五日	名古屋家審 (家月四〇巻八号九七頁)	×	嫡出子	○	┆	○
②	昭和六三年一月一〇日	大阪高決 (家月四一巻三号一七二頁)	×	嫡出子	○	┆	○
③	昭和六三年一月一八日	大阪高決 (家月四一巻三号一七四頁)	×	非嫡出子	○	○	○
④	昭和六三年二月九日	名古屋高決 (家月四一巻一号二二一頁)	×	嫡出子	○	┆	(死 亡)
⑤	平成元年八月二三日	名古屋家審 (家月四二巻五号九二頁)	×	嫡出子	○	┆	(服役中)
⑥	平成元年一月一七日	徳島家審 (家月四二巻五号九四頁)	×	嫡出子	×	┆	(行方不明)
⑦	平成二年一月三〇日	宮崎家審 (家月四三巻一〇号三五頁)	○	非嫡出子	○	×	┆
⑧	平成八年一月二〇日	東京高決 (家月四九巻五号七八頁)	○	非嫡出子	×	○	(死 亡)
⑨	平成一五年一月一四日	名古屋高決 (家月五六巻五号一四三頁)	○	非嫡出子	○	×	○

(備考) (1) 「結果」の○は特別養子縁組を認容、×は却下または棄却を示す。

(2) 「普通養子縁組」「認知」「同意」の「有無」は、○が「有」を、×が「無」を示す。

(3) ③、⑦、⑨の事例はいずれも、非嫡出子から縁組により普通養子となっている。

(本学法学部教授)