

# 養子の縁組前の配偶者と養親との法的関係について

— 姻族関係の成立要件と成立範囲に関する試論を基にして —

佐藤 義彦

## 目次

- 一 はじめに
- 二 養子の縁組前の子と養親との関係
- 三 養子縁組の効果
- 四 実方の親族と養方の親族との関係
- 五 養子縁組による姻族関係成立の可能性 — 姻族関係の成立要件
- 六 養子の縁組前の配偶者と養親とは姻族であるという説に対する疑問
- 七 おわりに

## 一 はじめに

配偶者のある者が他人の養子になったときは、養子の配偶者は養親の姻族となるのかについては、従来あまり論じられてこなかった。昭和六二年の養子法改正までは、配偶者のある者は、養親となる場合であれ、養子となる場合であれ、いずれも夫婦が共同して縁組をする必要があったために、この点について論ずる必要がなかったからである。しかし、昭和六二年の養子法改正により配偶者のある者も単独で他人の養子となることが認められるようになった以後においても、この点について意識して論じられることは極めて少なかった。<sup>①②</sup>

この理由は、養子の縁組前の配偶者が養親の姻族となるのか否かによって法的な問題についての結論が異なる場面はさほど多くないことに由来するのであろう。とりあえずは、養子の縁組前の配偶者と養親とが民法八七七条二項（以下の条文は、とくに断りを入れない限り、現行の民法を示すこととする）により扶養の権利義務の関係に入るのか否かが問題になりそうであるが、現実に裁判上の問題になることなく、しかるべく処理されてきたのであろう。また、養子の配偶者であった者と養親とが婚姻することができるかも問題にはなりうるが、これらの者たちが事実上の夫婦となることはあつても、法律上の夫婦になろうとするケースが多いとは思われない。現に、これらの問題についての裁判例は、公表されている限りでは、家庭裁判所を含む下級審の事例を含めても、ゼロなのである。

しかしながら、民法第四編は「親族」と題されているのに、その肝心な親族の一つである「姻族」の範囲が不明確であるというのには、何か落ち着かないものを感じるのである。のみならず、例えば国際私法上では、親族の範囲が準拠法決定の基準となる場合があり（法の適用に関する通則法三三条や三四条、扶養義務の準拠法に関する法律三三条など）、窃盗罪として公訴提起するために告訴を必要とするか否か（刑法二四四条一項、二項）といった問題も生ずるはずであ

る。さらには、本山教授も指摘しておられるように、<sup>(3)</sup> 法人税法上の「同族会社」(法人税法二条一〇号、法人税法施行令四条一項)に該当するか否かといった経済的な利害とも直接に関係する問題ともなりうるのである。

このような次第であり、この問題について少し考えてみようとしたのが、この小論である。<sup>(4)(5)</sup>

## 二 養子の縁組前の子と養親との関係

本論に入る前に、従来から解釈のほぼ確定している養子の縁組前の子と養親との関係について一瞥しておきたい。

(1) 周知のとおり、明治以来の多くの学説や判例は、養子の縁組前に生まれた子は、養親とは血族関係に立たないと理解してきている。大審院昭和七年判決は、離縁後に、養子であった者の縁組前の子で養親の家に入籍したままになつていた者につき養親から相続廃除の申立てをした事案において、<sup>(6)</sup> 「仮令養子ノ直系卑属ト雖其ノ以前(引用者注・養子縁組の以前)ニ生レタル者ハ養親ト何等血族関係ニ立ツコト無キハ是亦当然自明ノ理ト云ハサルヲ得ス」と述べて、原告の申立てを棄却した原審判決は相当であるとして、原告からの上告を棄却している。また大審院昭和一九年判決は、養子の縁組前の子と縁組後の子との間で養子死亡後の養親についての代襲家督相続権が争われた事案において、<sup>(7)</sup> 「(縁組)前既ニ生レタル養子ノ直系卑属ハ養親トノ間ニ直系血族ノ関係ヲ生スルモノニアラサルコトハ多言ヲ要セサルトコロトス」と述べて、前掲大審院昭和七年判決を引用している。<sup>(8)</sup> 事案は必ずしも明確ではないけれども、前者の大審院昭和七年判決の事案は、夫婦が共同して養子になったケースであるとも考えられるのであるが、養子夫婦間の子であつても、縁組前に生まれた子は、養親とは血族関係に立たないというのである。

この結論は、旧法時代の家制度のもとにあつては、それなりに理解できないことはない。仮に、家族の一人が他人の

養子になったときは、その者だけではなく、養子となった者の直系卑属全員と養親との間に法定血族関係が生じ、養親の家に入るということになる。実方の家が立ち行かなくなるといふ場合も多いであろうし、養親側としても、自然血縁関係のない多くの者を自分の家に迎え入れることには躊躇があつたであろうからである。

ところが、このような家制度が完全に消滅した現行法のもとにあつても、養子の縁組前の子と養親との間には血族関係は発生しないという理解が確定した解釈となつてゐる。なぜ養子の縁組前の子は養親の血族とならないのか。

(2) この点については、七二七条や八〇九条によると、「(養子) 縁組の日から」、養子は養親の嫡出子の身分を取得し、養親の血族と親族関係に入ることとその理由とする説がある。たとえば、中川高男教授は、「縁組の効力は縁組の日からであつて、縁組前に遡らないから、縁組前の養子の子が養親の直系血族となるためには、両者間で直接縁組するほかはない。」と述べておられる。<sup>9)</sup> たしかに、縁組後の養子に子が生まれたときは、養親からすれば、血族である自分の子が子を生んだのであるから、血族の血族は血族であるという論理によつても、養親と養子の縁組後の子との間に血族関係が成立しても不思議はない。しかしながら、縁組後に養子の実方の親が養子になった者の妹を生んだといった場合には、この妹は、養子とは二親等の血族関係にあるにかかわらず、養親とは親族関係が認められていない。これは何故なのか。養子縁組の効力発生の時期と養子縁組の効力の範囲とは、かならずしも直接の関係はないのではなからうかとの疑問が生ずるのである。

むしろ、「縁組の効果は、当事者間に嫡出親子関係(法定親子関係)を生ずることをその中核とする。同時に、養親の親族団体の中にとりこまれ、これとの間にも親族関係を生ずる。」「縁組は養子一人を養方の親族団体にとりこむだけである」とされる我妻教授の考え方を無視することはできないように思われる。<sup>10)</sup>

### 三 養子縁組の効果

(1) 考えるに、養子縁組という制度は、血縁の上では親子の関係にない者の間の法律行為によって、法的な親子の關係の成立を認めようとする制度であり、この両者間に親子の關係が成立するのは当然のことである。そして、養子縁組を純粹に両者間の法律行為であると位置づけたときは、この両者間における親子關係の成立のみを認めることで十分であるとも言えるわけである。現に、現行親族法の起草委員であった我妻教授も、現行法施行直後に刊行された著書中で、「養子制度を純粹に当事者だけの個人的關係と考えれば、縁組によって、養子と養親の血族との間にも法定血族關係を生ずるといふ総則の規定（七二七条）が、問題なのかもしれない。」と述べておられる<sup>11</sup>。また、ドイツ民法一七七〇条一項一文は、「成年者養子縁組の効果は、養親の血族には及ばない。」と定めている。

ところが、わが民法は、七二七条において、「養子」と「養親及びその血族」との間においては、「血族間におけるの」と同一の親族關係を生ずる。」と定めている。つまり、養子縁組によって、養子と養親との間の親子關係と、養子と養親の親族との間の親族關係とが、同時に成立するものとされている。前者は法律行為の効果であるが、後者は法定の効果である。

(2) 法律行為の効果と法定の効果とが同時に発生するという構造は、婚姻によって当事者間に配偶者關係が成立するとともに、夫は妻の三親等内の血族との間で、妻は夫の三親等内の血族との間で個々に姻族關係に立つことになるのと、よく似た構造になっている。

しかし、婚姻の場合には、夫も妻もそれぞれの相手方である配偶者の血族と姻族關係に入るようになっており、その意味では相互的な關係である。妻は夫の個々の血族との間で姻族關係（親族關係）に入るが、夫は妻の血族とは姻族關

係に立たない、などということはない。そのため、民法中には姻族関係の成否に関する特別な条文はおかれていない。「姻族」という日本語を使用するだけで、「婚姻によりできた親戚」<sup>12)</sup>として理解することができるからである。

(3) ところが、養子縁組の場合には、養子だけが一方的に養親の血族と親族関係に入ることになっている。「養子の縁組前の子」とか「養子の縁組前の配偶者」という文言は、ここには見当たらない。他方で、養親は、養子の父母や養子の縁組前の子を含むだれとの間にも親族関係に立たないことになっている。

これは何故なのか。おそらく立法者は、養親と養子との間に親子関係の存在を認めることによって、この二人は、法律上は、「同一の祖先」<sup>13)</sup>（七二六条二項）を有する血族になったということ述べているのではないだろうか。

#### 四 実方の親族と養方の親族との関係

(1) ところで、養子縁組によって養子が養親の血族との間で親族関係に入っても、養子は、従来の親族関係（実方の親族関係）をそのまま保持することになっている。養子は、従来の親族関係（実方の親族関係）を保持しつつ、養親の血族との間にも親族関係（養方の親族関係）を保有することになる。

(2) そうすると、養子の実親と養親とは、養子から見れば、いずれも一親等の血族である。それにもかかわらず、養親から見れば実親は血族ではなく、実親から見ても養親はまったくの他人であるということになる。これは何故なのか。

この理由は、養子の実親と養親とは、養子からみれば、いずれの親も一親等の血族であり、実親や養親からみても、子はいずれも一親等の血族ではあるけれども、養親と実親とは、同一の祖先から出ているわけではないので、養子を経由した二親等の血族とはいえないからなのである。そうだとすると、養子は、縁組前は養親とは同一の祖先をもつてい

なかつたので他人同士であつたが、養子縁組によつてこの両者間に親子関係が成立したため、養親と養子とは、「養子縁組の日から」、「同一の祖先」から出たものとして扱ふことにすると宣言したのが七二七条であると理解するほかない。

(3) 養子は、縁組後も、実親や縁組前の子などと同一の祖先を有し続けるので、これらの者と血族関係（実方の親族関係）を保有し続ける。同時に、養親や養親の血族とも「縁組の日から」「同一の祖先」を有することになつたため、これらの者との間で親族の関係（養方の親族関係）に立つことになつたのである。そして、このような実方と養方の親族関係のいわば二重性は、養子のみに与えられるのではなく、養子の縁組後の直系卑属も保有することになる。養子の縁組後の子およびその直系卑属は、養方の祖父・祖母と血族関係に立つばかりでなく、実方の祖父・祖母とも「同一の祖先」を有している以上、血族の関係にあるからである。

## 五 養子縁組による姻族関係成立の可能性——姻族関係の成立要件

(1) 明文の規定はないけれども、姻族関係の発生原因（成立要件）は、婚姻である<sup>14</sup>。このことを疑う者はいない。自分が婚姻することによつて配偶者の血族との間に姻族関係が発生し、あるいは、自分の血族が婚姻することによつて、その配偶者との間に姻族関係が発生する。しかし、養子縁組によつて、養子の縁組前の配偶者と養親（およびその血族）との間に姻族関係が発生するという規定は、どこにも存在していない。

もつとも、夫婦の一方が婚姻後に配偶者以外の異性との間に子を作つた場合には、配偶者とその子との間に姻族関係が成立することになると同じく、夫婦の一方が新たな血族（養親）を有するに至つたときは、夫婦の他の一方とその

新たな血族（養親）との間にも姻族関係が発生するのではないかの疑問が生ずるかもしれない。しかし、以下に述べるように、これは誤りである。

(2) 姻族関係の成立は、前述したように、婚姻の効果であるというのであるから、姻族関係の成立時期は婚姻の成立時期と同時であるとともに、姻族となる者の範囲も、婚姻と同時に確定すると考えなければならない。

婚姻することにより、夫婦は相互に配偶者の関係に立つと同時に、夫婦の各一方は、他の一方の「同一の祖先」を有する三親等内の血族との間で、姻族の関係に立つことになる。具体的には、相手方の父方の祖父の父と母（つまり曾祖父・曾祖母）、父方の祖母側の曾祖父・曾祖母、母方の祖父側の曾祖父・曾祖母、母方の祖母側の曾祖父・曾祖母、父方の祖父・祖母、母方の祖父・祖母、父方の伯叔父・伯叔母、母方の伯叔父・伯叔母、兄弟姉妹、甥・姪、ならびに、相手方が配偶者以外の異性との間に子を持っているときは（例えば、相手方の連れ子など）、その子、その子の子（つまり孫）および曾孫との間で、姻族関係が成立することになる。

もっとも、親族関係は一人の者と他の人との関係であるから、婚姻時に未だ出生していない者（例えば、婚姻後に出生した相手方の血族である甥・姪など）の場合には、その出生とともに姻族関係が発生することになる。しかしいずれにせよ、姻族関係が成立し、または将来成立する者の範囲は、婚姻時に確定した前記の血族に限られる。これらの範囲に属するのは、いずれも夫婦の各一方の曾祖父または曾祖母を「同一の祖先とする」婚姻時における三親等内の血族であり、この範囲に属する者の人数や顔ぶれには変動があるとしても、この範囲に属する個々の者と夫婦の他の一方との間で親族としての姻族関係が発生することになる。逆に言えば、ここに列挙した範囲に入らない者との間で姻族関係が生ずることはあり得ないはずである。

(3) それゆえ、夫婦の一方が前記の範囲に属さなかった養親の養子になったとしても、養子となった者の配偶者と養



親との間に姻族関係は成立しないといわなければならない。

しかしながら、このことは、養子の縁組前の配偶者と養親の血族との間には姻族関係は成立しないということと同義ではない。たとえば、養子が縁組後に配偶者以外の異性との子を作ったときは、その子は縁組後の子であるから養親およびその血族との間に姻族関係が成立するが、養子の配偶者からみると、この子は前記の婚姻時に確定した三親等内の血族（実方の血族）でもあるから、養子の配偶者と姻族関係に立つことになるのである。

## 六 養子の縁組前の配偶者と養親とは姻族であるという説に対する疑問

(1) ところで、七九六条本文は、「配偶者のある者が縁組をするには、その配偶者の同意を得なければならない。」と定めている。この条文は、昭和六二年の民法改正時に定められたものであるが、この改正法の立法準備作業から省令の制定、通達の発出に至るまでの一連の事務を担当した法務省民事局職員による解説中に、「改正法が単独で縁組をすることについて配偶者の同意を得ることを要件としたのは、縁組をすることにより夫婦の一方に新たな身分関係を創設することは、『他の一方に姻族関係を生じさせる』とともに、他の一方の相続、扶養義務及び氏等に変動を生じさせる等、夫婦相互の利害に影響を及ぼすことになるから、他の一方の利益を保護するためである。」との記述が見られる<sup>15)</sup>は引用者による)。

(2) そして、この記述を引用する形で、中川高男教授は、「今次改正法が配偶者の同意を得ることを要件としたのは、夫婦の一方の縁組によって他方にも姻族関係を生じるとともに相続、扶養または氏などに変動を生じさせる場合があることなど夫婦相互の利害に影響を及ぼすからである。」とされる<sup>16)</sup>。

また、有地 亨教授も、配偶者のある者が単独で縁組するときは配偶者の同意を得なければならないと規定されたことの理由につき、「夫婦の一方の縁組によって他方にも姻族関係が生ずるとともに、相続、扶養義務や氏などに変動が生じる場合があるなど夫婦相互の利害に影響を及ぼすことになるため、同意を要件にしたとされる。」と述べておられる。<sup>17)</sup>

さらに、阿部浩二教授は、「改正法は共同性を緩和し、養子となる者の単独の縁組を認めているため、他方配偶者は必ずしも縁組をする必要はない。このとき、他方配偶者からみれば、養子となった配偶者を通しその養親とは姻族一親等の関係が生じるだけである。」と書いておられる。<sup>18)</sup>

(3) これらの記述はいずれも、養子の縁組前の配偶者と養親およびその血族との間に姻族関係が成立することを当然の前提としているようである。しかし以下に述べるように、疑問も少なくないのである。

中川高男教授は、姻族関係の発生に関する箇所において、「姻族関係は婚姻によって発生 (relationship created by marriage) する。」とされ、また、「配偶関係と姻族関係は、婚姻によって発生する。」とも述べられるが、養子縁組による姻族関係の発生については何も述べておられない。また、養子縁組の効果に関する箇所においても、養子と養親の血族との関係や、養子の縁組前の子に関する記述はあるが、養子の縁組前の配偶者と養親および養親の血族との間にける姻族関係の成否についての記述は、見当たらない。

有地 亨教授も、養子縁組の効果の箇所では、「養親の血族と養子の血族とは法定血族ではない。民法第七二七条は養子というだけで、養子の血族は含めていないからである。したがって、養子の連れ子、すなわち、縁組前に生れた養子の直系卑属は養親の直系卑属とはならない。」と述べられるだけで、<sup>19)</sup> 養子の縁組前の配偶者については、何も述べておられないのである。

阿部浩二教授は、先に引用させていただいたように、縁組の効果に関する箇所においてきわめて明快に、養子の縁組前の配偶者と養親との間に姻族関係が生じると述べておられる。阿部教授が、姻族関係の成立について積極説に立つておられることは明らかである。しかしながら、その法的根拠についてはこの箇所では明らかにされていないため、なお疑問なしとしない箇所があるのである。

阿部教授は、上記で引用したすぐ次のページでは、「上記のように、養子の縁組後の直系卑属以外は、養方親族に対し何らの親族関係をもたず、養子の実父母と養親とは法律上無関係である。婚姻により、一方配偶者の血族は他方配偶者の姻族になるが、縁組にはこのような関係は生じない。縁組は、養子一人だけを養方親族中に取り込むのである。」と書いておられる。<sup>23)</sup>阿部教授が、縁組によって養子の縁組前の配偶者と養親との間に姻族関係が発生すると考えておられるのかについては、必ずしも明確ではないと思える余地も残されているようである。

(4) では、配偶者のある者が縁組するには、その配偶者の同意を得なければならぬと定め（七九六条）、同意がない縁組は養子の配偶者からの取消しの対象になると規定している（八〇六条の二第一項）ことの意味はどこにあるのか。この点に関しては、私は次のように考えるものである。

養子縁組に対する配偶者の同意が姻族関係を成立させようとする意思の表示であるかいは別として、配偶者の何らかの意思的行為によって姻族関係が発生するのであれば、その旨の明確な規定が存在しなければならぬ。親族関係の発生・消滅に関しては、その性質上、当事者の意思のほか、客観的画一的処理が必要とされるからである。このことは、七二八条二項（およびその方式を定める戸籍法九六条）や八一一条六項の例を見ればよく分かることである。これらの規定は、一度発生した姻族関係や血族関係は、当事者の意思表示がなければ消滅しないこと、およびその方式を定めている。親族関係は、その消滅のためにさえ一定の方式と意思行為を必要とするのに、その成立に際しては、

当事者の意思を不問に付したまま当然に発生するとする見解は、不自然ではないだろうか。

このような次第であり、私は、明確な条文もなく、まして法律行為(意思表示)であるか否かが不明確な縁組に対する配偶者の同意があつたことをもつて、姻族関係の発生を肯定することはできないと考えるものである。<sup>(24)</sup>

(5) ちなみに、ドイツ民法によると、成年者縁組の場合において、配偶者のある者が他人の養子になるときは、その配偶者の同意を要することになっている(ドイツ民法一七六七条二項)。同意を必要とする理由については、配偶者相続権に影響のあること(子のない夫婦において、夫婦の一方が他人の養子になった後に死亡したときは、配偶者の相続権に影響を与える)、および夫婦の氏に変更が生ずることなどが、どの注釈書にも書かれている。<sup>(25)</sup>

前述したように、ドイツ民法にあつては、養親子間の親子関係のみが成立し、養親の血族と養子との間には血族関係は成立しないのであるが、養親と養子との間における親子関係の成立に伴って養子の縁組前の配偶者との間に姻族関係が成立するかについても、これを明文で否定している(ドイツ民法一七七〇条一文)。養子縁組の成立についての配偶者の同意と姻族関係の成立との間には何の関係も存在しないことを示す一つの例であろう。

(6) 配偶者のある者が縁組をするにはその配偶者の同意を要すると定めていることの理由は、養子縁組によって配偶者は養親などとの間で姻族関係に立つことはないけれども、養親と養子との間に扶養や相続の関係が発生し、また氏の変更があつた場合には、配偶者に影響を及ぼすことがありうるからである。<sup>(26)</sup>

(7) なお、検討しておく必要があると思われるのは、「姻族」というものの成立要件や範囲をどのようなものとして理解するのかの違いである。

言うまでもないことであるが、姻族とは、配偶者の血族であり、血族の配偶者を意味している。たとえば、有地亭教授は、「姻族は配偶者の一方と他方の血族であつて、夫と妻の父母・兄弟の関係である。」と説明される。<sup>(27)</sup>この説明に

異議を挟む者はだれもない。そして、この概念だけをを用いて養子の縁組前の配偶者と養親および養親の血族との関係を眺めると、これらの者の間に姻族関係が生ずるのは当然のこととなる。明文で養子の配偶者のことを言わずとも、養子が養親の子となることだけを規定しておけば、養子となった者の配偶者は養親から見れば血族の配偶者＝姻族となるように思われるからである。

たとえば、松川正毅教授は、「姻族」という概念について「自己と自己の配偶者の血族および自己と自己の血族の配偶者を表すと定義」されるので、縁組の効果の箇所では、養子の縁組前の子は養親の血族とはならないことを説明されたあと、「養子の配偶者に関しては、婚姻が縁組前であろうと後であろうと、養親との関係は、直系姻族である」と説明される。<sup>(20)</sup>

たしかに、七二七条は、「養子と養親及びその血族との間においては、養子縁組の日から、血族間におけるのと同じ親族関係を生ずる。」と定めるだけである。ここには、養親の配偶者や養親の血族の配偶者のことは何も規定されていない。それにもかかわらず、養親の配偶者や養親の血族の配偶者と養子との間に姻族関係が発生することは理の当然であると理解されている。同じ理由で、養子の縁組前の配偶者と養親および養親の血族との間に姻族関係が成立するのではないかという疑問が生ずるのである。

(8) しかしながら、七二七条の周辺の条文だけを拾ってみても、たとえば、離縁の効果に関する七二九条では、「養子」及びその配偶者』並びに養子の直系卑属『及びその配偶者』』という文言になっているし、七二六条二項でも「その一人『又はその配偶者』』という文言が使われている。さらに、七三〇条（および八七七条一項）の「直系血族」という語に「直系血族の配偶者」を含むとは考えられていないのではなからうか。また、近親婚の禁止に関する規定も、直系血族と直系姻族とは別の条文が用意されている。

姻族とは配偶者の血族、血族の配偶者であるけれども、逆に、配偶者の血族、血族の配偶者のすべてが姻族であるとはいえないのではあるまいか。

(9) 繰返しになるが、私は、姻族関係の成立要件は婚姻であり、婚姻の成立時に配偶者となった者の三親等内の血族、つまり配偶者となった者と同一の祖先を有し、または有することになる血族との間で（言い換えれば、婚姻時に配偶者の曾祖父・曾祖母を同一の祖先とする者との間で）、姻族関係が発生すると考えている。婚姻時において配偶者が同一の祖先を有していなかった者との間には姻族関係は発生していなかったもので、その後の養子縁組などによっては、養親や養親の血族との間に姻族関係は発生しようがないのではないだろうか。

(10) なお付言しておく、養子は、養子縁組と同時に、養親の配偶者または養親の血族の配偶者との間で姻族関係に立つことになる。しかし、この姻族関係の成立は養子縁組の効果ではない。養親または養親の血族の配偶者は、婚姻の相手方である養親または養親の血族と同一の祖先を有する三親等内の血族との間で婚姻と同時に姻族関係に立つことになったが、その効果がその後養子となった者にも及んでいるにすぎないのである。

## 七 おわりに

前述してきたように、私は、養子の縁組前に婚姻した配偶者と養親とは姻族関係に立たないと考える者であるが、仮にこの両者が姻族になるとするときは、姻族にはならないとした場合に比し、民法上はどのような違いが生ずるのであろうか。また、何か不都合が生ずるのであろうか。

(1) 先ず、この両者間で八七七条二項が適用されることになる結果、扶養の権利義務が発生することになる。

しかしながら、八七七条二項が適用されて扶養義務があるとされるためには、「特別の事情」の存在が必要とされる  
ところ、この特別の事情の存否の判断に際しては、「現代の家族関係は、核家族中心で、親族間の結びつきは疎遠にな  
る傾向が強く、上述のごとく扶養当事者の範囲を縮小して公的扶助に委ねるといふ考え方が強くなっていることもあ  
り、特別の事情の存否の認定についての基準は、できるかぎり厳格になされなければならない」と主張され、「判例に  
おいても、三親等の親族間に扶養義務を設定する事例については、とくに厳格に解している」と報告されている。

直系姻族間で扶養義務が認められた事例を調べてみると、継母によって実の子同様に養育された継子が、精神分裂病  
で入院中の継母の扶養義務者となることを認めた事例<sup>①</sup>、および、遺産分割の際に、被相続人の実子が、遺産の大半を取  
得するとともに、継母を扶養することを約した事例<sup>②</sup>が散見される程度であり、通常の姻族一親等間で扶養義務を認めた  
事例は皆無に近い。

つまり、扶養義務の存否という観点から見るかぎり、縁組前の配偶者と養親との間に姻族関係を認める実益はないと  
いつてよいのである。

(2) 次に、婚姻禁止の問題である。養子の配偶者であった者と養親とは、姻族関係がなくなった後においても、婚姻  
することができなくなるのであるが、そもそも「婚姻自由の原則、配偶者選択自由の原則が強調され、『公共の福祉に  
反しない限り』立法上最大の尊重を要求されている現憲法の下にあつては、姻族関係消滅後における当事者間の婚姻禁  
止を撤廃すべきであつたという主張がある」<sup>(33)</sup>くらいであり、諸外国でも、姻族間の婚姻はまったく自由であるところも  
多いと報告されている。

このような次第であり、成立原因も不明なまま養子の縁組前の配偶者と養親との間に姻族関係を認めても、実益がな  
いのみならず、婚姻自由の原則にも反することになりかねないのである。



(3) その他、七三〇条の適用も考えられなくもないが、この条文については、我妻榮教授の次の文章を引用するだけで充分であろう。<sup>(34)</sup>「(七三〇条は)戦後の改正に際して挿入された規定である。改正法が夫婦集団と親子集団(親と未成年の子)だけを法律の規定すべき集団とし、旧法の重視する『家』の集団を廃止したことを不満とし、狭義の親族集団のうちに、より一層緊密な集団を法律的規制の下におこうとする論者によって主張された思想がとり入れられたものである。しかし、立法論としては、かような規定の必要はないと考える。有害無益だと思っからである。けだし、この規定の有する合理的内容は、親族集団を支配する倫理と習俗に基づいて、各場合の生活事情に即した判断をすれば、すべて達成しうることであつて、何ら法律の規定を必要としないことである。のみならず、これを規定に示すときは、法律のもつ形式的・画一性のために、倫理と習俗による柔軟な解決を妨げ、ひいては、子の形成する夫婦集団と親子集団の自主性を傷ける可能性をもつからである。」と。

(平成二〇年一月八日)

(1) 昭和六年改正前の民法七九五条本文は、「配偶者のある者は、その配偶者とともにしなければ、縁組をすることができない」と規定していた。さらに遡って昭和二年の改正前の民法は、夫婦共同縁組を強制するのみならず(旧八四一条一項)、「養子ハ縁組ニ因リテ養親ノ家ニ入ル」と定めていたから(旧八六一条)、ここで論じようとする問題は生じようがなかったのである。

(2) この問題について正面から論じたものとしては、現在までのところ、本山敦「縁組と姻族関係に関する一考察」立命館法学三〇九号(平成一九年)五〇頁以下だけのものである。

(3) 本山・前掲五一頁。

(4) 実は、小生は、伊藤昌司教授と右近健男教授との共著の教科書中において「養子の縁組前に生まれた子や『縁組前に婚姻した配偶者と養親との間には、親族関係は発生しない』と書いている(『民法V——親族・相続(第二版)』(平成七年 有斐閣刊)九五頁および同書第三版(平成一七年)八一頁以下。この部分を読まれた読者の方から、このような結論となる理由について問われたことが機縁となつて、この小稿と



なつたものである。

- (5) 本稿では、テーマとの関係で、普通養子の場合だけについて検討することにした。
- (6) 当時の民法七三〇条三項は、「養子ノ配偶者、直系卑属又ハ其配偶者カ養子ノ離縁ニ因リテ」之ト共ニ養家ヲ去リタルトキハ「其者ト養親及ヒ其血族トノ親族関係ハ之ニ因リテ止ム」とある。
- (7) 大審院昭和七年五月一日判決 民集一巻一〇六二頁。  
吾妻光俊教授は、「養子縁組によって養親と養子との間に法定血族関係を生ずる事は、養子縁組以前に出生せる養子の直系卑属と養親との間に血族関係を生ぜしむる根拠とは為り得ない。」として、この判決に賛成されている（法協五二巻七号（昭和九年）一三八五頁以下）。
- (8) 大審院昭和一九年六月二二日判決 民集三巻三七一頁。  
この判決につき、谷口知平教授は、「家の觀念を全く去つて考へるときは、既に子を有する者を養子と為さうとする者は、その子をも收容しそれとの間にも扶養其他の關係を生ずることを承認してゐるものと見てよく、従て親の養子縁組の日に親は養親の嫡出子たる身分を取得すると同時に、既に生まれてゐる養子の子は、養親の孫たる身分を取得すると解するのが妥当ではなからうか。」と述べておられる（民商二二巻二号一九九頁）。これに対して我妻榮教授は、「縁組は養子だけを養親の親族団体にとりこむもので、その時に養子と親族関係にある者をもこれにとりこむものではない。」のみならず、「養子縁組は、むしろ新法よりもっと当事者間の關係に限り、養子と養親以外の者との親族關係の發生を認めないことにしたいといふ考もあり得る。」として、谷口教授の説に反対されている（『判例民事法 昭和十九年度、昭和二十年度、昭和二十一年度』昭和三〇年 有斐閣刊）一〇三頁、一〇八頁。
- (9) 中川高男『新版注釈民法（二）』平成元年 有斐閣刊）二九〇頁、二九二頁。
- (10) 我妻榮『親族法』昭和三六年 有斐閣刊）二九〇頁、二九二頁。  
もっとも、養子が、縁組によって養親の「親族団体の中にとりこまれる」という言い方は妥当ではない。親族關係は、「ある個人と親族団体との法律關係」でも「親族団体内部の法律關係」でもなく、「ある個人と他の個人との間の二者間の法律關係」にすぎない。養子は、縁組によって、養親の配偶者、五親等内の個々の血族および二親等内の個々の姻族との間で、個々に親族關係に立つこととなるにすぎない。
- (11) 我妻榮『改正親族・相続法解説』昭和二十四年 日本評論社刊）九一頁以下。
- (12) 広辞苑による。
- (13) なお、七二六条は、傍系血族の親等を定める方法として、「同一の祖先」にさかのぼることを定めている。この条文だけから見れば、直系

血族間では「同一の祖先」は問題にならないようにも見えるが、これは誤りである。本来、「血族」という日本語は、「同じ先祖から出て血統のつづいている者」をいい、「先祖」とは「祖先」をいうのであるから（いずれも広辞苑による）、父（または母）と子が同一の祖先から出ていることは当然のことなのである。民法も、「祖先」という語を子からみた親をも含めて理解していると考えられる（例えば、八九七条一項）。

- (14) 我妻・前掲『親族法』一一四頁は、「婚姻によって、夫婦の一方と、他方の血族との間に姻族関係を生ずる。」と述べる。
- (15) 法務省民事局内法務研究会編『改正養子法と戸籍実務』（昭和六二年 テイハン刊）一四二頁。
- (16) 中川高男『親族・相続法講義（改訂版）』（平成元年 ミネルヴァ書房刊）二二四頁。
- (17) 有地 亨『家族法概論』（平成二年 法律文化社刊）一四三頁。
- (18) 阿部浩二『新版注釈民法（二四）』（平成六年 有斐閣刊）三八二頁（八〇九条）。
- (19) 中川・前掲『講義』五八頁。
- (20) 同右六六頁。
- (21) 同右二三四頁以下。
- (22) 有地・前掲書一四九頁。
- (23) 阿部・前掲書三八二頁。
- (24) 本山敦教授も、縁組をすること自体は現行法上は大変容易であるのに、自らは縁組を行わずに、配偶者が縁組をすることに同意をしている者が、姻族関係の発生することを知っていたのか、また、姻族関係の発生を望んでいたのかは疑問であると指摘されている（前掲五七頁）。もっともな指摘である。
- (25) たとえば、Staudingers, Kommentar zum BGB, 2001, 168 頁など。
- (26) 野田愛子『現代家族法（夫婦・親子）』（平成八年 日本評論社刊）一六九頁は、扶養義務と相続に影響があることが同意を必要としたことの理由であるとし、高橋朋子・床谷文雄・棚村政行『民法7 親族・相続（第二版）』（平成一九年 有斐閣刊）一四八頁（床谷担当）は、扶養・相続・氏についての利害関係の存在を理由にあげている。
- (27) 有地・前掲書七〇頁。
- (28) 松川正毅『民法 親族・相続（有斐閣アルマ）』（平成一六年 有斐閣刊）一三頁。

- (29) 同右一二六頁。
- (30) 塙陽子『新版注釈民法(二五)(改訂版)』(平成一六年 有斐閣刊) 七七一頁。
- (31) 長崎家裁昭和五五年二月一五日審判 家月三三卷一〇号一二三頁。
- (32) 和歌山家裁妙寺支部昭和五六年四月六日審判 家月三四卷六号四九頁。
- (33) 上野雅和『新版注釈民法(二二)』(平成元年 有斐閣刊) 二二三頁。
- (34) 我妻・前掲『親族法』三九九頁。