

主 文

本件上告及び附带上告をいずれも棄却する。

上告費用は上告人らの、附带上告費用は附带上告人の各負担とする。

理 由

上告代理人兼上告補助参加人代理人吉永多賀誠の上告理由第一点及び第二点について

届出された夫婦養子縁組において、養子夫婦の一方が養親夫婦の一方より年長であることを理由に、民法七九三条、八〇五条の規定によつて養子縁組全部の取消しの請求がされた場合には、年長の養子と年少の養親との間の縁組だけを取り消せば足りるものと解するのが相当である。その理由とするところは、次のとおりである。

本来、養子縁組は、個人間の法律行為であつて、夫婦が共同して他の夫婦と養子縁組をする場合にも、夫婦各自について各々別個の縁組行為があり、各当事者ごとにそれぞれ相手方との間に親子関係が成立するのである（最高裁昭和四七年（オ）第二〇九号同四八年四月一二日第一小法廷判決・民集二七卷三号五〇〇頁参照）。ところで、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定めているが、右のように縁組は本来夫婦各自につき別個の法律行為であるのに、右規定が夫婦共同の縁組を要求しているのは、縁組により他人との間に新たな身分関係を創設することは夫婦相互の利益に影響を及ぼすものであるから、縁組にあたり夫婦の意思の一致を要求することが相当であるばかりでなく、夫婦の共同生活ないし夫婦を含む家庭の平和を維持し、更には、養親、養子となるべき者の福祉・利益を図るためにも、夫婦の双方についてひとしく相手方との間に親子関係を成立させることが適當であるとの配慮に基づくものであり（前記第一小法廷判決参照）、したがつて、夫婦の一方に縁組をする意思がなかつた場合は、その縁組は、縁組の意思のある他方の配偶者についても原則として無効と

しなければならない。そして

、民法七九三条が年長者を養子とすることができないと定めるのは、身分上の秩序を尊重する趣旨に出たものであり、養子夫婦の一方が養親夫婦の一方より年長であるような夫婦共同縁組がされた場合には、年長の養子と年少の養親との間の縁組だけを取り消し年長の関係にない養子と養親との間のその余の縁組はその存続を認めたとしても、民法七九五条本文の規定の趣旨に反しないものと思われるからである。このような場合に養子縁組全部を取り消すべきであるとした大審院の判例（大正一年（オ）第一一四六号同一二年七月七日民事連合部判決・民集二巻九号四三八頁、法律新聞二一六三号六頁）は、これを変更すべきものである。

本件において、原審が適法に確定したところによれば、D（明治一八年八月一四日生まれ、昭和三〇年一二月二七日死亡）及びその妻E（明治二八年六月一日生まれ、昭和四九年三月一二日死亡）と被上告人B 1（明治二四年一〇月一二日生まれ）及びその妻同B 2（明治三三年四月一日生まれ）とは、昭和一五年三月一九日、双方合意の上、縁組をし、その届出が受理されたが、養子である被上告人博は、養母であるEよりも年長であつたというのである。右事実関係のもとでは、Eの甥に当たる上告人らが右養子縁組全部の取消しを求める請求につき、年長の養子である被上告人博と年少の養親であるEとの縁組だけを取り消し、年長の関係にない養子と養親との間のその余の縁組を有効としてその存続を認めた原審の判断は正当として是認することができ、原判決に所論の違法はない。論旨は、採用することができない。

同第三点について

本件訴訟の経過に照らすと、原審が上告人らの申出にかかる証人の取調べをしなかつたとしても、違法を来すものではなく、原判決に所論の違法はない。論旨は、採用することができない。

附帶上告代理人右本益一の附帶上告理由について

原判決に所論の違法はなく、右違法を前提とする所論違憲の主張は、前提を欠く。
論旨は、採用することができない。

よつて、民訴法四〇一条、九五条、八九条、九三条に従い、裁判官全員一致の意見で、主文のとおり判決する。

最高裁判所第二小法廷

裁判長裁判官	栗	本	一	夫
裁判官	大	塚	喜 一	郎
裁判官	吉	田		豊
裁判官	本	林		讓