

限られた目的のための養子縁組と縁組意思

宮崎 幹朗

1 はじめに

相続税法では、法定相続人の数に応じて相続財産に対する基礎控除額が増える旨が規定されており（相続税法 15 条 1 項）、相続税額は法定相続を想定して法定相続人に按分されることになっている（相続税法 17 条）。したがって、法定相続人の数が多いほど各相続人の税額は少なくなることになっている。そこで、自己の死亡後に法定相続人となる子等の相続税負担を軽減するために、祖父母が孫と養子縁組する例がしばしば見られるようになっている¹。いわゆる「節税養子」とか「相続税養子」と呼ばれているものである。また、法定相続人の数が多いほど各相続人の個別的遺留分額が減少することになるため、遺贈を受けない特定の相続人の遺留分額の減少を目的として、被相続人に当たる祖父母が孫などを養子とする養子縁組がなされることもあり、その養子縁組の効力が裁判で争われている事案もあらわれている。このような事案が訴訟において争われる際には、養子縁組の有効・無効の判断は、民法 802 条 1 号の規定にしたがって「縁組意思」の存否の問題としてあらわれることになる。

民法 802 条 1 号は、人違い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に養子縁組を無効とする旨の規定を置いており、養子縁組

1 このような事案が多発したため、昭和63年に相続税法が改正され、制限が付けられた（相続税法15条2項）。また、養子を相続人に算入することが不当である場合には、税務署長が当該養子を相続人に算入しないことができることとなった（相続税法63条）。

の成立に関して当事者間に「縁組意思」の存在が求められている。この規定は、明治31年制定の民法旧規定852条をそのまま引き継いだものであり、明治民法制定以来の基本的考え方といえる。婚姻の有効性に関して当事者の「婚姻意思」の存在を求めている民法742条(旧778条)とともに、婚姻、協議離婚、養子縁組、協議離縁などのいわゆる創設的身分行為について「身分行為意思」の存在を求める根拠となっている。ここでいう「意思がないとき」について、立法者は、意思欠缺の場合に当たり、普通の法律行為における場合と異なることはなく、当事者の双方または一方が人違いをしている場合、強迫によって当事者の双方または一方の意思がないにもかかわらず届出がされた場合、当事者の双方または一方が精神錯乱している場合がこれに当たると説明していた²。しかし、この「身分行為意思」が何を意味するかについて、学説上の対立があり、判例においても従来から議論されてきたことは周知のとおりである。学説においては、古くから実体的な身分関係の形成や消滅(夫婦関係の創設・解消や養親子関係の創設・解消)を意欲する効果意思として理解する実質的意思説と身分関係の変動をもたらす届出意思として理解する形式的意思説が根本的に対立してきた。第2次大戦後には、脱法的目的や限定的目的のためになされた婚姻、協議離婚、養子縁組に関して出されてきた最高裁判例の傾向を踏まえて、多元的に身分行為意思をとらえる折衷的な見解が主張されるようになり、効果意思を法的効果に着目して理解する見解があらわれるに至っているのが現状である³。

養子縁組の効力をめぐる裁判例における縁組意思の理解については議論のあるところであるが、通説である実質的意思説の立場では、便宜的手段として養子縁組が利用されることには否定的で、そのような養子縁組は無効と判断されることになる⁴。したがって、相続税の軽減のみを目的として

2 梅謙次郎『民法要義卷之四』(有斐閣、1912年)116頁、303頁。

3 この間の経緯については、宮崎幹朗『婚姻成立過程の研究』(成文堂、2003年)183頁以下参照。

4 中川善之助=山田正男編『新版注釈民法(24)』(有斐閣、1994年)337頁〔阿部徹〕など。

いる場合や相続人の一部の遺留分の減少のみを目的としている場合には、限られた目的のみによってなされた養子縁組にすぎず、真実の養親子関係の成立を意欲しているものとは評価されず、無効と判断されることになるものと思われる。しかし、折衷的な見解が指摘しているように、社会的な親子関係というものの自体がきわめて多様であり、当事者間のさまざまな事情によって変化するものでもあることから、養親子関係の実体を一義的に明らかにすることは困難であるという理解が一般化されているものといえる。そもそも成年養子を認めている日本の養子制度そのものがもともと多様な養親子関係の存在を認めていたともいえる。実際に、さまざまな理由や目的によって養子制度が利用されることは否定できず、特に脱法的な目的で養親子縁組の形式が利用されるものでない限りは養子縁組として相当なものとして認めざるを得ないと考えて、養親子関係を画一的な判断基準で認定することは困難であるという理解が近時は有力となっている⁵。

このような中で、東京高裁では、近時、相続税の軽減を主たる目的とする養子縁組を有効とする判断を示す決定が3件出されている⁶。また、特定の相続人の遺留分を減少させることを目的とした養子縁組の事案についても、実質的縁組意思の存在を否定できないとする判断を示す判決が現れている⁷。さらに、最高裁は平成29年1月31日判決において、相続税の軽減を目的として祖父母が孫を養子とした養子縁組について、「縁組意思がないとき」に当たるとすることはできないという判断を示した⁸。これらの判例は、縁組意思の理解について、実質的意思説によらないことを明確に示したものとイえる。しかし、他方で、外国人の日本国籍取得や日本における在留資格や就労資格の取得を目的とした婚姻届出や養子縁組届出の事例に

5 たとえば、内田貴『民法Ⅳ（補訂版）』（東京大学出版会、2004年）252頁は、多様な目的に使われているのが日本の養子法の大きな特色だと指摘している。

6 相続税軽減目的の養子縁組に関する事案として、東京高裁平成3年4月26日決定（家月43巻9号20頁）、同平成11年9月30日決定（判時1703号140頁）、同平成12年7月14日決定（判タ1051号305頁）がある。

7 遺留分額減少のための養子縁組の事案として、東京高裁平成27年2月12日判決（判時2327号24頁）がある。

8 最高裁平成29年1月31日判決（民集71巻1号48頁）。

については出入国管理法による取り締まりの対象となっている。また、新たな戸籍の創出を目的として養子縁組届出が悪用されている例もあり、単純に当事者間に届出意思の合致さえあればよいとするわけにはいかない事情も垣間見える。そこでは、必ずしも養子縁組の有効性について無制約に成立を認めるべきではないと考えていることも明白である。このような状況を考えて場合、縁組意思をどのように理解するべきかという問題は、現在でも慎重に検討されなければならない問題であるといえる。縁組意思の存否の問題として検討することの妥当性についても疑問が出されている⁹。

本稿では、限られた目的でなされた養子縁組の問題を取り上げ、縁組意思をどのように理解すべきかを再検討したい。

2 第2次大戦前の判例における縁組意思の理解

明治民法制定以降、養子縁組の成立に当事者双方による届出が求められることになり、早くから形式上養子縁組の届出はあるが、事実上縁組の意思がないときは、その養子縁組は無効であるとの判決が出されている¹⁰。また、養子縁組の形式を具備していても、当事者が真実に親子の関係を結び永久にその関係を存続させる意思がない場合にはその養子縁組は無効とする判決もある¹¹。その他にも、縁組意思の存否が争われた判決が多く見られ、養子縁組を他の目的に利用する事例が裁判にたびたびあらわれていることがうかがわれる。

明治39年には、大審院において、兵役義務を免れる目的のために仮装の縁組をおこなった事案について、当事者間に縁組をなす意思がないとして養子縁組を無効とする判断が示され、仮装養子縁組に関するリーディングケースとなっている¹²。これ以外にも、単に徴兵忌避の目的でおこなわれた

9 窪田充見『家族法（第3版）』（有斐閣、2017年）240頁は、これらの問題を「縁組意思の問題」として取り扱うことへの疑問を示している。

10 たとえば、名古屋地裁明治39年2月9日判決（新聞355号5頁）。

11 大阪地裁判決年月日不明（新聞596号12頁、大阪地裁42（タ）6号事件）。

12 大審院明治39年11月27日宣告（刑録12輯1289頁）。

養子縁組であり、仮装のもので縁組意思がなく、当然無効という判例がある¹³。徴兵を逃れる目的の脱法的な養子縁組制度の利用を認めないという態度が明確に示されている。

第2次大戦前において、縁組意思の存否に関して争われている事案は、いわゆる芸妓養子の事例が圧倒的に多い。多くのケースでは、芸妓稼業を営む置屋の経営者が芸妓として働いてもらうために、娘を一定期間養女とする養子縁組届出をおこなうというもので、芸妓としての就労期間が満了した後に実家へ復籍する（離縁する）ことをあらかじめ約束しているという場合が多い。そして、同時にその娘の実親と金銭消費貸借契約を締結し、娘が働いて得た収入から返済していくことを前提に、実親に前借金を渡すという形がとられている例がほとんどである。つまり、養子縁組の合意のほか、芸妓としての就労契約と金銭消費貸借契約が重なっているということであり、純粹に娘を養子とするということが意欲されているわけではないということであった。大正時代を中心として、このような事案に関する養子縁組の効力を争う裁判例が数多く見られる。このような芸妓養子に関する下級審の多くの判決では、一定の期間内芸妓をなす契約又は芸妓見習の契約を履行する目的をもって便宜上養子縁組をなしたものとして、本来の養親関係の成立を仮装してなされた養子縁組であり、無効であるとしているものが大半である¹⁴。芸妓として就労することを主たる目的とした便宜上の養子縁組として、当事者間に真実養子縁組をする意思を有しているとは認められないとする判断がほとんどであったといえる。

これに対して、当事者双方が将来芸妓とする意思で養子縁組届出がなさ

13 宮城控訴院昭和9年10月6日判決（新聞3777号15頁）。

14 東京地裁明治45年7月5日判決（新聞806号25頁）、東京控訴院大正2年10月9日判決（新聞907号24頁）、東京地裁大正4年2月8日判決（評論4巻民法42頁）、東京控訴院大正5年11月28日判決（評論6巻民法41頁）、浦和地裁大正6年11月29日判決（新聞1364号28頁）、東京地裁大正7年5月31日判決（評論Ⅶ巻民法387頁）、東京地裁大正7年10月30日判決（評論7巻民法962頁）、東京地裁大正8年9月29日判決（評論8巻民法912頁）、松江地裁大正10年10月29日判決（新聞1667号21頁）、東京控訴院大正11年10月16日判決（新聞2158号19頁）、東京控訴院大正12年12月4日判決（新聞2213号19頁）、東京控訴院大正14年4月9日判決（新聞2447号14頁）、東京地裁大正15年7月7日判決（新聞2593号7頁）など。

れた場合でも、それが縁組の決意をなすに至った縁由にすぎないときは養子縁組の真意がないとはいえないとした判決もある¹⁵。また、芸妓などの職業に就かせる目的があり、そのためにしつけなどしてその職業に就かせた事実があれば、養子縁組を無効とする理由はないとする判決もある。この判決では、もし養親が養女を侮辱・虐待するなどの事実があれば、離縁の問題として処理すればよいと付言している¹⁶。養女が芸妓として就労するとしても、養子縁組をすることが将来養女と養親の利益や幸福であると考えて養子縁組届出をした場合には、真実養親子関係を発生させることを目的としたものではないとまではいえないとし、一概に芸妓として就労させることを目的としたことのみをもって、養子縁組を無効とすることはできないという判断を示した判例もある。養子となる子を監護・養育することも見込まれている場合や監護・養育の実体が見られる場合には、養子縁組の動機が子を芸妓とすることであるとしても、実体的に養親子関係を成立させようとする意思があったものと評価できるということである。

大審院は大正11年9月2日判決において、「芸妓稼業を為さしむる為養子縁組を為したる場合に於て当事者が真に養子縁組を為すの意思を有し芸妓稼業を為さしむるは其の縁由たるに過ぎざるときは其の養子縁組は有効なるも芸妓稼業を為さしむるを主眼と為し真に養子縁組を為すの意思を有せざるときは其の養子縁組は無効なりとす」という判断を示している¹⁷。養子を芸妓とすることを目的としてなされた養子縁組の場合でも、養親と養子との間に真実の養親子関係の成立を意欲している場合もあり得ることは認めている。芸妓となることが養子縁組の主目的である場合には当事者間に縁組意思はなく、養子縁組は無効となるが、芸妓となることが養子縁組の縁由ないし動機である場合でも両当事者の間に真実親子関係を設定しようとする意欲があれば縁組意思があるものとして養子縁組を有効とする途を残していたものといえる。

15 東京控訴院明治41年7月7日判決（新聞514号11頁）、長野地裁松本支部大正7年4月21日判決（判例3巻民事847頁）。

16 札幌控訴院大正11年2月23日判決（新聞2019号20頁）。

17 大審院大正11年9月2日判決（民集1巻448頁）。

その他、第2次大戦前には、次のような判例がある。女性が婚姻するに際して、婚姻の相手方との家の格をつり合わせることを目的にした家格引き上げのための養子縁組（仮親養子）の事例について、当事者間に養親子関係を生じさせる意思がなかったとして養子縁組を無効とする判例がある¹⁸。また、推定家督相続人である女性が他家に婚姻入籍することを可能とするために、親戚の男性と養子縁組をおこない、形式的に推定家督相続人を創出し、女性が婚姻した後、離縁することを約束していた事案（借養子）についても、真実養親子関係を創設させ、将来養家の家督を承継させる意思をもっておこなったものではなく、単に一時的形式的に身分変動を生じさせる目的としておこなったものにすぎず、縁組意思がなかったと認めた判決がある¹⁹。このように、養親と養子との間に真に養親子関係を成立させる意図はなく、便宜的に養子縁組を利用するという目的で養子縁組届出がなされたという場合に、養親と養子の側の双方に真実縁組する意思はなく養子縁組は無効であるという判断が示されている例がみられる。そのほか、特定の目的のために養子縁組届出をおこない、養子縁組の成立の効果として当然に生じる推定家督相続人となる資格を取得しないことをあらかじめ約束しているという事案について、その法的効果を発生させないとする約束付きの養子縁組届出は民法上の養子縁組とは認められないとして無効とする判決もある²⁰。

したがって、一般的に言えば、第2次大戦前の判例においては、おおむね実質的意思説と同様に、養親と養子の双方において真実養親子関係の成立を意欲することを縁組意思として求めていると考えられ、単に別の目的のために養子縁組が利用される場合には縁組意思がないとして無効であるという判断を示すものとなっている。

18 大審院昭和15年12月6日判決（民集19巻2182頁）。

19 宮崎地裁昭和14年11月29日判決（新聞4499号5頁）。

20 名古屋控訴院明治44年11月20日判決（新聞768号22頁）、大審院明治45年6月11日判決（民録18輯597頁）。

3 第2次大戦後の判例における縁組意思の理解について

第2次大戦終了後の判例の中では、縁組意思のとらえ方には相違が見られる。第2次大戦終了前の判例の大勢と同様に、縁組の成立に社会通念上の共同生活を前提とした実質的意思を求めていると位置づけられる判例や子の監護養育を前提とした親子関係の成立を求める判例があるのに対して、親子としての精神的つながりの形成を意図した養子縁組に縁組意思の存在を認める判例もある。判例における縁組意思のとらえ方は一元的ではないことが明らかであるといえる。

以下では、判例を整理して分析してみる。

(1) 実質的意思を求めている判例

第2次大戦後には、明治家族法の家制度との関連から養子縁組が利用された事案がたびたび出てきている。

最高裁判所では、まず、昭和23年12月23日判決があげられる²¹。この事案は、家督相続制度が存していた第2次大戦前の時期において、推定家督相続人であった養女を他家に嫁入りさせるために形式上養子縁組届出を提出し、養女の婚姻完了後直ちに離縁するという条件で縁組をおこなったというもの、いわゆる借養子が問題となった事案であった。この事案について、判決は「当事者間に縁組をする意思がないとき」の解釈について「たとい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ったとしても、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った場合においては、養子縁組は効力を生じないのである」と述べて、当事者間に真に養親子関係を設定する効果意思が必要であるとの見解を示している。婚姻意思に関する最高裁昭和44年10月31日判決と同様の解釈を示している²²。いわゆる実質的意思説の立場を明確にしたものといえる。

21 最高裁昭和23年12月23日判決（民集2巻14号493頁）。

22 最高裁昭和44年10月31日判決（民集23巻10号1894頁）。

上記の事案と同様に、明治家族法下での「家」制度における種々の制約などを背景にした養子縁組が問題とされた事案に関わるものとして、以下の判決があげられる。高松高裁昭和30年4月5日判決は、婚姻を成立させるための便法として形式的になされた養子縁組の効力が問題となった事例である²³。女子の婚姻に際してその家格を上げるために養子縁組がされたものである。子のいない夫婦が事実上引き取っていた女子について縁談を進めるために戸籍面だけでも養女とした方がよいという親族からの進言を入れて、養子縁組の届出をしたという事案である。この事案では、実際の養女の婚姻に際して、地域の一般的慣行として親戚や近隣の者等を招待しておこなわれていた門出の式もおこなわず、養父の葬儀の際にも養女を近親者としては遇していなかったことなどの事実から、養父母に実質的に養子縁組をする意図はなかったものと判断されている。「縁組の届出をする意思がありそして届出を完了したとするもそれは控訴人の婚姻を成立させるための方便として形式的に仮託されたものに過ぎず真に養親子関係を生ぜしめる意思でなかった」ことが明らかであるから養子縁組は無効であるとしている。最高裁昭和31年10月4日判決はその上告審であり、権利の濫用を主張した養女からの上告を棄却し、養子縁組を無効とした原審判決を支持している²⁴。

第2次大戦終了前の家制度的要請が事案の背景にあるものとして次の事案もある。東京地裁昭和39年9月12日判決は、庶子として生まれた子を戸籍から除去する方法としてなされた養子縁組の効力が争われたものである²⁵。両当事者の間に親子関係を創設しようとする意思はなかったものと認めるべきであり、養父母となった者も養子となった子の籍を預かる趣旨で養子縁組をしたに過ぎず、養子を養育監護する意思もなく、相続人とする意思もなかったことが認められ、法律上も事実上も真に親子関係を持つ意思はなかったと判断している。

その他、実質的な養親子関係の設定を意欲する意思の必要性を示唆した

23 高松高裁昭和30年4月5日判決（下民集6巻4号640頁）。

24 最高裁昭和31年10月4日判決（家月8巻10号38頁）。

25 東京地裁昭和39年9月12日判決（判時393号42頁）。

ものとして、以下のようなものがあげられる。大阪高裁昭和39年5月12日判決では「養子縁組は、たとえその届出自体については、当事者間に意思の一致があったにしても、それは単に控訴人を（実）母の実家である養父母夫婦に引取らせるための便法として仮託されたにすぎず、真に養子縁組を設定する効果意思がなかったものと認めるのが相当である」として、養子縁組を無効と判断している²⁶。次に、東京高裁昭和32年6月5日判決は、未成年子の実母が内縁関係の解消に伴う未成年子の親権者指定の争いを自己に有利にするために、同棲を始めていた他の男性との婚姻届出をし、その翌日その男性と子との養子縁組届を出したという事案である²⁷。養父となった男性を相手方として、実父が養子縁組の無効確認を求めたものであり、実父がその子を自己の家業の後継者として養育していたという事実に対して、実母が子のために幸福をもたらすかどうかについて配慮した形跡がほとんど認められないことなどをあげて、「当事者双方が真に養子縁組をなす意思を以て届出をしたものではなく」実母が単に審判を自己に有利に展開するために形式上届出をなしたにすぎないものと推認せざるをえないとして、養子縁組を無効と判断している。また、富山家裁昭和31年3月28日審判では、満州からの引き上げを容易にするためになされた養子縁組の効力が問題となったものである²⁸。養親となった者から養子縁組の無効確認を求める調停が申立てられ、養子となった相手方もこれを争わなかったため、家事審判法24条1項に則って養子縁組の無効を確認したというものである。岡山地裁昭和35年3月7日判決では、未成年子を進学率の高い高等学校へ転学させることを考えて、住所を変えて学区を変更することを目的として、その学区に居住している親族との間で子の養子縁組をおこなおうとした事案で、縁組をする意思のない養子縁組で無効であると判示されている²⁹。

東京高裁昭和57年2月22日判決では、高齢の父親（被相続人）の死亡する半年前に長男の妻や長男の子（被相続人の孫）夫婦を養子とする養子

26 大阪高裁昭和39年5月12日判決（判時379号37頁）。

27 東京高裁昭和32年6月5日判決（東高民時報8巻民88頁）。

28 富山家裁昭和31年3月28日審判（家月8巻5号54頁）。

29 岡山地裁昭和35年3月7日判決（判時223号24頁）。

縁組届が同時に出された事案で、他の相続人による養子縁組無効の主張に対して、長男らが他の相続人の相続分ないし遺留分を減少させる方便として計画したものであり、そのような事情がある場合には、当事者間に養子縁組をする意思がないとして養子縁組を無効と判断している³⁰。この判決では、被相続人の意思に基づくものとは認められないという表現もあり、被相続人自身に縁組意思が存在していないとも考えることができる事案でもある。縁組意思の内容を問題としたものではないが、縁組意思の存在を否定した重要な要素が他の相続人の相続利益を害するという縁組の動機・目的にあったといえるものである。

最近でも、養親子関係という真の身分関係を形成する意思が存在せず、他の者への相続を阻止するための方便として養子縁組を利用したに過ぎない場合に、縁組意思を欠くものとして養子縁組の無効を認めた判決がある。岡山家裁倉敷支部平成14年11月12日判決は、次のような事案である³¹。Yは、AとBの子として出生したが、Aが戦死したため、BがAの弟Xと再婚し、BとXのもとでYは育てられ、成人後も生活を共にして、XとYは事実上の親子として生活してきた。Yが婚姻した後、Yの配偶者とBとの間がうまくいかず、Y夫婦とB・X間も次第に接触がなくなっていき、BとXとの間に生まれたCとの間の関係が親密になっていった。一方で、Xは記憶障害等を起こし、アルツハイマー型痴呆と診断されるような状況になっていた。そのような状況の下で、Yが養子縁組の話を持ちかけ、Xは積極的な意思表示をすることなく、届出書に署名押印し、これをYが届け出たが、市役所の担当者からXの妻とともに縁組する必要性を指摘されたため、その場で妻の氏名を代署し、届出書を提出した。その事実を知ったC夫婦が養子縁組無効の調停を申し立てたが、話し合いはまとまらなかった。その後、Yの妻はXとの間で協議離婚届を提出したため、C夫婦は調停を取り下げた。Xの認知症が進み、成年後見開始の審判を受け、Cと弁護士が成年後見人に選任され、Xから養子縁組無効確認請求がされたという経

30 東京高裁昭和57年2月22日判決（家月35巻5号98頁）。

31 岡山家裁倉敷支部平成14年11月12日判決（LEX/DB28080764）。

緯をたどった事案である。裁判所は、Xに縁組意思がなかったと判断して、養子縁組を無効とした。この中で、縁組意思について次のように述べている点が注目される。「縁組意思は、縁組当事者間において、社会習俗観念からみて、真に親子と認められるような身分関係の創設を求める効果意思であるとされている」として、実質的意思説に近い考えを示している。そして、「基本的には、親子という親族関係を人為的に設定することを常識的に理解し得る能力で足りると解するのが相当である。しかし、本件のように、養親となるべき者の縁組意思の有無に疑義があり、また、養子縁組の結果によっては養親となるべき者の推定相続人に財産上重大な影響を及ぼす場合もあるから、これらのこともある程度理解し得るための認識がなければならぬ」として、認定された事実に鑑みれば、本件のXに縁組意思が欠けており、養子縁組は無効であるという判断を示している。縁組意思の内容よりも養親の判断能力の有無が問題となったものといえるが、社会習俗から見て親子と認められるような関係を設定する効果意思が求められている。

また、名古屋高裁平成22年4月15日判決は、被相続人の兄弟が推定法定相続人であるところ、その相続人への相続を阻止するための方便として養子縁組という形式を利用したとして養子縁組の無効確認が求められた訴訟の控訴審であり、養子縁組の無効を認めた原審の判断を支持し、控訴を棄却している³²。この事案では、養親の意思能力の有無も問題とされており、原審では養親に意思能力がなく、養子縁組に合理的な動機がないことを指摘して、養子縁組の無効請求を認容しており、縁組意思の理解だけが問題となったものとはいえないが、親子関係を形成することが主たる目的ではなく、他の相続人への相続を阻止するための方便としてなされたものであれば、縁組意思の効力が否定されるべきという考えをうかがうことができる。

32 名古屋高裁平成22年4月15日判決 (LEX/DB25442166)。南方暁「判例評釈」『新・判例解説Watch 11』(日本評論社、法学セミナー増刊、2012年)97頁参照。

(2) 家庭裁判所における未成年養子縁組の許可申立事案について

家庭裁判所に未成年養子縁組の許可が申立てられた事案についても、家庭裁判所は養子縁組の目的を問題として、真に養親子関係の設定を望む意図が見られない事案について養子縁組を許可しない判断を示したものが見られる。

大阪家庭裁判所では、未成年子を養子とする養子縁組について許可を求められた案件について、氏の存続のみを目的とした養子縁組および海外渡航を容易にするための養子縁組について許可しないという決議を出している³³。特定の目的でなされた養子縁組について、家庭裁判所では許可しないという判断を示したもので、前者の決議について、「縁組をする意思というのは、その時代の社会通念に照らし、親子関係をつくるという意味である」と指摘し、「家のための養子がなくなった現在、この観念が旧民法のときより狭くなったと見るべきである」と述べている。そして、氏の存続を目的とする養子縁組は無効であり、無効となる養子縁組を許可するわけにはいかないという判断を示している。後者の決議では、縁組意思の内容そのものが問題とされた事案ではないが、養親となるべき者と養子となるべき者との年齢差があまりないことから、養親子たるにふさわしい感情で生活していけるかどうか疑問であるとしている。真実養親子関係を設定する意思の必要性を示唆したものと評価できる。

また、広島家裁昭和34年5月26日審判は家名の維持のみを目的とする養子縁組の申立は許されないとして許可申立を却下している³⁴。養親となる者は戦争によって家族全員を失い、婚姻を控えて生家の氏と墓地を承継してくれる者がいないため、従妹に当たる養子となる者（未成年）を養子としたいというもので、養子となる者には異議はないことが認められているが、二人はこれまでもほとんど会ったこともなく、養子縁組をしても未成年者を世話するとかは全く考えておらず、養子となる者も自立して生計を維持していく予定であると判断されており、養子となる者の利益について

33 大阪家裁昭和24年12月26日決議（大阪家裁家事部決議録41頁）、大阪家裁昭和27年4月25日決議（同決議録42頁）。

34 広島家裁昭和34年5月26日審判（家月11巻8号101頁）。

は何ら考慮されていないとして、適正な養子縁組の合意があったものと認めることはできないという判断を示している。同様に、家名承継を目的とした未成年養子縁組の許可申出事案として、大阪家裁昭和44年4月1日審判がある。ここでも、家名承継を目的とした養子縁組の許可申立を却下している³⁵。戸籍だけの縁組であって、養父となる者と養子となる者が同居せず、子はその後も実父母によって監護教育されることとなっており、養父となる者の家を養子となる未成年子に承継させることのみが目的とされていると判断され、家制度を廃止した現行民法の定める養子制度の趣旨に抵触することが明らかであると述べている。また、福岡家裁小倉支部昭和43年12月23日審判は、アメリカに在住する夫婦が本籍地に残されている祖先の墳墓の承継者として未成年子を養子にしたいという目的で養子縁組の許可を申し立てた事案である³⁶。申立人である夫婦が子の将来のために物心両面で援助し、未成年子の幸福を図ることを表明していたが、養子縁組が家名の存続と祖先祭祀の承継を主たる目的とするもので、未成年子を引取り監護養育することは考えていないとして、未成年子に多少の財産的利益があるとしても、未成年子の監護教育幸福という面からみると適当ではなく、未成年子の養子縁組に家庭裁判所の許可を求める民法798条の趣旨に反するとして、養子縁組の許可申立を却下している。

以上のような家庭裁判所の決議および審判に対して、東京家裁昭和49年11月8日審判では、異なる判断が示されている³⁷。家名承継的な要素がある場合でも、養親と養子となる者の間に事実上の親子関係が発生しており、子が縁組の意味を理解しうる年齢に達するまで養子縁組を待つうちに養父となるべき者が死亡したため、養母との間の養子縁組の許可を申立てたという事案であり、単に家名の承継のみを目的としたものではない点でこれまでの事案とは異なる部分がある。この審判では、養親と養子との間に親子としての共同生活関係がすでに存在しており、単に家名の承継のみを目的としたものではなかったという点に着目すべきであり、養子となるべき

35 大阪家裁昭和44年4月1日審判（家月22巻1号116頁）。

36 福岡家裁小倉支部昭和43年12月23日審判（家月21巻6号59頁）。

37 東京家裁昭和49年11月8日審判（家月27巻8号75頁）。

者に対する監護教育の点から縁組意思の存在を肯定すべきという評価がなされたものといえる。したがって、単純に養子縁組の目的のみで判断したわけではなく、実質的に親子としての共同生活関係の形成が意図されているのかどうかを問題としたという点からすれば、これまでの家庭裁判所の審判例と大きく異なる判断を示したというわけではなく、むしろ実質的な親子関係形成の意思の存在を求めた審判といえる。

以上の審判等を検討すると、未成年子を養子とする縁組の場合には、未成年子の監護養育を通じた実質的な親子関係の形成の必要性が強く求められており、子自身の福祉や幸福という観点から養子縁組に実質的な意思を求める傾向が示されていることがうかがわれる。

(3) 縁組意思をゆるやかに理解した判例

上記のような判例の傾向に対して、縁組意思をゆるやかにとらえて、親子としての一定の精神的つながりをつくる意思の存在をもって養子縁組を有効と認める判断を示した判例もある。

いわゆる妾養子といわれる事案に関連して、いくつかの判例がみられる。大阪地裁昭和30年3月16日判決の事案は次のようなものである³⁸。A男は実子であるDとは折り合いが悪く、病気のため一人での外出等が困難になり、Aのための付き添い等をC女がおこなっていたところ、Aが妻Bの同意を得てCを養子とする縁組届を提出したが、Aの死亡後、BとDがA・BとCとの養子縁組が無効であるという訴えを提起したという事案である。BとDは、AとCとの間に情交関係があったことを指摘して、公序良俗に反する旨を主張した。Cは縁組届出前に情交関係があったことを認めたが、判決は縁組届出の当時AとCとの間にいわゆる妾関係のあったことが認められ、縁組後も情交関係があったことが窺われないではないとしながらも、A・BとCは縁組意思を有していたとして、養子縁組は有効に成立したというほかないという判断を示している。この判決では、縁組意思の内容を明確にすることなく、養親と養子との間に情交関係が窺われる事情があっ

38 大阪地裁昭和30年3月16日判決（下民集6巻3号484頁）。

たとしても、それ自体を理由として縁組の無効を認めることはできないとして、縁組の効力に影響を与えないものとしている。

大阪地裁昭和44年9月17日判決も、過去に情交関係があった者同士の間の養子縁組について無効とはいえないという判断を示している³⁹。叔父と姪との間の養子縁組について、養父となった叔父の死後、その実子が養子縁組の無効を訴えた事案である。縁組当時、養父が70歳近く、養女となった者も43歳で子どもおり、両者が高齢で、養父が家の財産および祭祀を養子に承継させたいということから養子縁組がおこなわれたという事情があったと認定されている。判決は、成年養子の場合には多様な目的による多様な生活関係を必然的に容認せざるをえないものであり、両者の間に縁組意思の欠缺を認めることはできず、さらに、両者の間の情交関係の存在を以てして本件縁組が一般人に強い反倫理的感情を催させるものとはいえず、公序良俗違反として無効とするには至らないというべきであるという判断を示している。この判決では、縁組意思の理解について「一般に縁組意思とは、親子関係を成立させる意思とはいえるけれども、その親子関係は社会通念によって決するのほかに、社会通念は、当事者の年令、境遇、職業その他によって、親子関係の核となる標準を多様化する、たとえば本件の一和と被告の如く、かなりの高年令者間のいわゆる成年養子縁組にあっては、親子らしい情愛の交流を軸とする生活実態よりも、永世への願望を秘めた養親側の財産ないし祭祀の養子側への承継を以て、親子関係の標識として、より素直に受容することが、当代における社会通念というべきである」と述べており、社会通念上の親子関係の設定を意欲する効果意思として縁組意思を理解する実質的意思説の表現に依拠しながら、成年養子と未成年養子との違いを示唆して成年養子についての社会通念上の理解をゆるやかに解釈すべき点を示したものと見える。

その上告審である最高裁昭和46年10月22日判決も、縁組意思の存在を肯定した第1審判決および原審判決の判断を支持し、過去の情交関係があったとしても事実上の夫婦然たる生活関係が形成されるには至らなかった

39 大阪家裁昭和44年9月17日判決（判時578号72頁）。

場合においては、家事や家業を手伝い、家計も取り仕切ってくれた姪に対して世話になったことへの謝意を込めて、養子として自己の財産を相続させて合わせて死後の供養を託する意思をもって養子縁組の届出をしたという事実関係があるときは、両者間に縁組を有効に成立させるに足りる縁組意思が存在したものであるということができると判断を示した⁴⁰。過去の一時的な情交関係の存在があっても縁組意思の存在には影響を与えないということを確認したものと見える。養子縁組の効力を判断するに際して、過去の情交関係が公序良俗に反するものとして、養親子関係の形成を阻害する要因となるか否かという点が重要な論点であったといえるが、養親の縁組の目的が、生前の世話に対してお礼の意味で養子に財産を相続させて自己の死後の供養を託す意図を有していたことを指摘しつつも、縁組意思の存在を否定することはできないものとしたもので、少なくとも成年養子の場合には縁組意思について実質的意思を求めるものではないことを示したものと見える。

東京地裁平成26年11月14日判決の事案は、養親が刑務所に収容されることとなり、面会を容易にするための手段としておこなわれた養子縁組の効力が問題となったものである⁴¹。養子となった者から養親の死亡後に、養親の事実上の配偶者であった旨を主張して、遺族年金の受給権を主張し、これが争われたというものである。養親と養子との間には一定の情交関係が存在していたことが認定されているが、判決は、養子縁組の効力については、養子縁組の主たる目的が面会することにあるとし、両者の交際関係を維持するための便宜的または一時的な側面を有していたことを認めないとしたものの、社会通念上親子であると認められる関係の設定を欲する意思を欠くものであったとはいえないとして、養子縁組を有効であると判断している。しかし、養親子間の内縁関係は、養親子間の婚姻を禁止する民法734条に抵触し、一般的に、反倫理性、反公益性が極めて大きい関係というべきであるとして、事実上婚姻関係と同様の事情がある者として遺族

40 最高裁昭和46年10月22日判決（民集25巻7号985頁）。

41 東京地裁平成26年11月14日判決（LEX/DB25522480）。

年金の受給権を有する遺族とは認められないと判示したものである。養親子関係の成立については、縁組意思がないとはいえないとした点では、前述の判例と同様の判断を示したものと見える。

また、最高裁昭和38年12月20日判決は、専ら財産相続を目的とした養子縁組として、その無効を主張する上告人の主張を排斥し、第1審判決および原審判決の事実認定を承認して、養親と養子との間に親子としての精神的つながりをつくる意思を認めることができるという判断を示している⁴²。上告人の法定相続分を減少させようとする意図があることを認めた上で、それは養子縁組の縁由にすぎず、親子としての精神的つながりを生じさせて養親子関係の成立が認められると判示したものである。同様に、養親の資産と営業を一括して養子に相続させることを主たる目的とした養子縁組を有効と認めたものとして、大阪高裁昭和59年3月30日判決がある⁴³。配偶者が死亡し、子どもがないため相続人が兄弟姉妹となり、自己の遺産がバラバラに分割されることを嫌って、従前から親しみのあった甥を養子として自分が経営してきた店舗と資産を承継してもらうことを意図して養子縁組をおこなったものであり、養親となった者は養子となる者を適当な時期に引取って一緒に住み、大学まで進学させたいと考えていたが、病気のため養子縁組届出の直後に死亡した。被相続人となった養親の他の兄弟姉妹から養子縁組の無効確認が請求されたという事案である。判決では、養親が資産と営業を承継させることを主たる目的として養子縁組をおこなったことを認めた上で、相続も養親子関係の一つの効果であるから、財産の承継を主たる目的としたこと自体によって養子縁組を無効と考えるべきではないことを指摘している。そして、養親となった者には、いずれ適当な時期に養子となった者と一緒に生活することを考えていたこと、死亡する直前に良い子を貰ったと喜んでしたことなどの事情をあげて、養親と養子との間に親子としての精神的つながりを作る意思があり、当事者間に真実養親子関係を成立させる意思があったものと認められるという判断を

42 最高裁昭和38年12月20日判決（家月16巻4号117頁）。

43 大阪高裁昭和59年3月30日判決（判タ528号287頁）。

示している。

東京高裁平成27年2月12日判決は、被相続人の長男の妻や子（被相続人の孫）との間に養子縁組をおこなった事案で、他の相続人の法定相続分および遺留分を減少させる目的でおこなわれた養子縁組の効力が問題となったものである⁴⁴。原審判決（東京家裁平成25年12月3日判決）は、被相続人の長女が実質的な縁組意思を欠くと主張した養子縁組の無効確認請求を認容した。これに対して、控訴審判決は、養親である被相続人が縁組当時認知症を発症しており、意思能力が必ずしも十分ではなかったことを認めながら、養親子関係を形成することを理解する能力は失われておらず、養子縁組に必要な意思能力は維持されていたものと認めるのが相当であり、実質的な縁組意思が欠けているという被控訴人（原告）の主張は採用できないという判断を示している。縁組意思の理解を明確にしたものではないが、他の相続人の相続分および遺留分を減少させるという養子縁組の目的や動機を認めた上で、縁組意思の存在を結果的に肯定したことになり、実質的意思の存在を求めたものではないということになる。

成年養子の場合を前提とすれば、子に対する監護養育の必要性はなく、子の福祉や利益を考慮しなければならない要請は未成年養子の場合に比べて低くなるわけであり、親子の生活関係に対する配慮は未成年養子の場合とは異ならざるを得ない。したがって、社会通念上親子の関係として承認できる関係であるかどうかという観点から縁組の公序良俗性を判断せざるを得ないということは理解できる。共同生活関係を通じた監護養育や扶養とは異なる側面で養親子関係をとらえざるを得ないことから、親子としての精神的つながりに重点を置いた縁組意思の理解を余儀なくされた判例もあったといえる。

（4）相続税の軽減を目的とした養子縁組について

はじめにで指摘したように、相続税の軽減を目的として相続人の数を増やすために養子縁組を利用する例がしばしば見られるようになってきた状

44 東京高裁平成27年2月12日判決（判時2327号24頁）。

況の中で、養子縁組の効力を争う訴訟も見られるようになっている。

東京高裁平成3年4月26日決定では、相続税の減税を目的として養子縁組をしたからといって直ちにその養子縁組が無効となるものではないという判断を示している⁴⁵。同様に、東京高裁平成11年9月30日決定および同平成12年7月14日決定も、相続税の減税を目的として養子縁組をしたとしても、直ちにその養子縁組が無効となるものではないという判断を示している⁴⁶。そして、前述のように、最高裁平成29年1月31日判決は、専ら相続税の節税のために養子縁組をする場合であっても、直ちに当該養子縁組について民法802条1号にいう「当事者間に縁組をする意思がないとき」に当たるとすることはできないという判断を示した⁴⁷。

東京高裁平成3年4月26日決定の事案は、直接には養親の死亡後に養子の実母が申立てた未成年後見人選任に関するものである。原審の家庭裁判所は、養親と養子との養子縁組が専ら相続税を軽減する目的を達成するための便法としておこなわれた脱法的な相続税逃れであるとして、養子縁組は無効であり、未成年後見人の選任の必要性はないとして申立を却下したため、即時抗告が申立てられたというものである。抗告審では、「相続税軽減を目的とした養子縁組をしたからといってその養子縁組が無効となるものではない」とし、「養親子関係を設定する効果意思を欠くものであるとは到底言いがたい」という判断を示している。縁組意思をどう理解するかについて触れているわけではないが、養子縁組の目的が相続税の軽減にあるということによって、養親子関係を設定する意思の存在を否定することはできないことを示したことになる。東京高裁平成11年9月30日決定も同様の事案で、養親の死亡後に未成年後見人の選任が申立てられ、原審判がこれを却下したため、抗告されたという事案である。原審の家庭裁判所では、養親と養子との間に社会観念上養親子であると認められる関係の設定を欲する効果意思が必要として、その意思がなかったと判断し、養子縁組は無

45 東京高裁平成3年4月26日決定（家月43巻9号20頁）。

46 東京高裁平成11年9月30日決定（家月52巻9号97頁）、東京高裁平成12年7月14日決定（判時1731号11頁）。

47 最高裁平成29年1月31日判決（民集71巻1号48頁）。

効であるとして、未成年後見人選任の必要性がないとしている。これに対して、抗告審では、「相続税の負担の軽減を目的として養子縁組をしたとしても、直ちにその養子縁組が無効となるものではない」とした上で、養親と養子との間に養親子関係を設定する効果意思を欠くものであるとは言い難いとして、養子縁組が当然無効ということはできないとした。東京高裁平成12年7月14日決定の事案は、被相続人が死亡し、その妻、長男、長女および養子が相続人となり、養子が未成年者であったため、遺産分割にあたって妻から特別代理人の選任が申立てられたものであり、原審の家庭裁判所は養子縁組が専ら相続税の負担を軽減させる目的を達するためにおこなわれたものと認められるとして、養子縁組は無効であり、特別代理人選任の申立はその前提を欠くとして申立を却下したため、被相続人の妻が抗告したという事案である。抗告審では、上記の決定と同様に、相続税の負担軽減を動機としておこなわれたとしても、直ちに養子縁組が無効となるものではなく、養親子関係を設定する効果意思を欠くものであるとは言い難いという判断を示している。この3つの東京高裁決定は、養親子関係の成立に実質的意思を必要とした家庭裁判所の判断を否定し、養子縁組の目的ないし動機が専ら相続税の負担軽減にあったとしても、それだけで縁組意思の存在を否定することはできないことを明らかにしており、養子が未成年の場合であっても養親子関係の設定について実質的意思までは必要としないという理解を示したものと受け取ることができる。

最高裁平成29年1月31日判決の事案は、次のようなものである。被相続人Aは、長男Bが連れてきた税理士の助言を受けて、遺産に係る基礎控除額の増加を目的としてBの子Y（Aの孫）を養子とすることを決意し、養親A、養子Y（法定代理人としてBおよびBの妻）、証人としてAの弟夫婦が署名押印した養子縁組届が作成され、区役所に提出された。養子縁組届出後、AとBとの仲が険悪となり、Aが一方的にYとの離縁届出を提出し、一切の遺産を長女X1および二女X2に相続させる旨の遺言書を作成した。その後、Yが離縁無効の訴えを提起し、離縁無効を確認する判決が確定した。その訴訟の間にAが死亡していた。X1およびX2が、AとYの間

の養子縁組はAの意思に基づかないものであると主張して、養子縁組の無効確認を求めたものである。第1審判決(東京家裁平成27年9月16日判決)は、養子縁組が税理士から節税のメリットの助言を受けてなされたものであることは認めたものの、縁組当時、Aに縁組意思および届出意思が欠けていたと認められる証拠はないとして、Xらの請求を棄却した。これに対して、第2審判決(東京高裁平成28年2月3日判決)は、養子縁組が専らA死亡後の相続税対策を中心としてAの相続人の利益のためになされたものにすぎず、AにYとの間に親子関係を真実創設する意思はなかったとして、養子縁組は無効であると判断した。これについてYが上告し、最高裁は「養子縁組は、嫡出親子関係を創設するものであり、養子は養親の相続人となるところ、養子縁組による相続税の節税効果は、相続人の数が増加することに伴い、遺産に係る基礎控除額を相続人の数に応じて算出するものとするなどの相続税法の規定によって発生し得るものである。相続税の節税のために養子縁組をすることは、このような節税効果を生じさせることを動機として養子縁組するものにほかならず、相続税の節税の動機と縁組をする意思とは、併存し得るものである。したがって、専ら相続税の節税のために養子縁組をする場合であっても、直ちに当該養子縁組について民法802条1号にいう『当事者間に縁組をする意思がないとき』に当たるとすることはできない」と述べて、本件については縁組をする意思がないことをうかがわせる事情はないという判断を示している。養子縁組の動機と縁組意思の存否は連動するものではないという判断を示したものであるが、ここで縁組意思の存否をどのように判断すべきかについては明確ではない。少なくとも、相続税の減税(節税)のために孫を養子にするという動機で養子縁組が行なわれたとしても、それだけを以て縁組意思がないとはいえないということである。

以上のような判例に対して、浦和家裁熊谷支部平成9年5月7日審判は異なる判断を示している⁴⁸。この事案は、直接には死後離縁許可申立事件であるが、その前提として養子縁組が相続税の負担軽減を図るためのもので

48 浦和家裁熊谷支部平成9年5月7日審判(家月49巻10号97頁)。

あったことが問題となったものである。実父母の代諾によって父方の祖父母の養子となった孫が養父（祖父）の死亡後に離縁の許可を求めたが、審判は本件養子縁組の届出は相続税の負担の軽減を図るための便法として仮託されたに過ぎず、真に社会観念上養親子と認められるような関係の設定を欲する効果意思が全くなかったもので養子縁組は無効であるから、離縁許可の申立てはその対象を欠き、不適法であるとして申立を却下している。この審判では、東京高裁決定や最高裁判決のような判例の傾向とは異なり、相続税の負担軽減を目的とした養子縁組について、真に養親子関係の設定を欲する効果意思が存在しないと評価しており、養子縁組の動機や目的とは別に縁組意思の存否を判断する判例とは一線を画しており、最判昭和23年12月23日判決の立場に従った縁組意思の理解を示したものといえる。

以上の判例の傾向を見れば、浦和家裁熊谷支部平成9年判決や東京高裁判決の第1審の家庭裁判所判決では実質的意思が求められているといえる表現があり、相続税の減税を図るための便法として養子縁組がおこなわれたものとして縁組意思の存在を否定しているのに対して、最高裁判決は相続税の減税を主たる目的としておこなわれた養子縁組であっても、直ちに縁組意思がないとはいえないという判断を示している。しかし、その場合に、縁組意思をどのようにとらえているかということになると、判決文からは明確とはいえない。また、相続税の減税を目的として祖父母が孫を養子とするという場合に限られる理解なのか、一般的に相続税の減税を目的とする養子縁組について言及したものなのかという点ははっきりとしない。

(5) 小括

以上のように、第2次大戦終了後の判例を検討してみると、縁組意思の理解が一致していないことは明らかである。第2次大戦終了後には、戦前の判例の大勢にしたがって、実質的意思説に近い見解が示されていたといえるが、いわゆる妾養子の事例を契機として、実質的意思の存在を求めない立場があらわれてきたといえる。しかし、未成年養子については、未成年子の監護養育面に着目して実質的意思の形成を求める家庭裁判所の審判が

続いていた。そのような中で、相続税の減税を主たる目的とした養子縁組の事例があらわれてきて、相続税の減税を目的・動機としておこなわれた養子縁組について縁組意思が存在しないとはいえないという判断を示す判例がほとんどとなっている。

4 身分行為意思に関する学説の状況⁴⁹

(1) 実質的意思説と形式的意思説

はじめに述べたように、民法 802 条（明治民法 851 条）1 号は、当事者間に縁組をする意思がないときに縁組を無効とする旨の規定を置いている。立法者は、前述のように民法 742 条（明治民法 778 条）1 号と同様に、人違いによる場合や強迫による場合のほか、当事者の一方または双方が精神錯乱を来たしていた場合、婿養子縁組を単なる養子縁組と勘違いして婚姻届出をした場合などをここでいう「意思がないとき」に当たるものと考えていた⁵⁰。特定の目的のためにのみ養子縁組をおこなうという仮装養子縁組は想定されていなかったものと思われる。しかし、次第に兵隊養子や芸妓養子のような脱法的な事案が現れてきて、縁組意思などの身分行為意思の問題が表面化し、これらの縁組を制限するために、実質的意思説が有力に主張されるようになったものといえる。

実質的意思説の立場では、身分行為意思とは社会通念上の夫婦関係や養親子関係の創設または解消を欲する意思を指すこととなり、届出に向けられた表示意思とは別個のものであり、社会通念上・社会習俗上の身分関係の変動に向けられた効果意思として把握されている⁵¹。したがって、縁組意思は「当該社会の習俗的観念にしたがって親とみられ子といわれる関係」に入ろうとする意思として把握されることになる⁵²。縁組意思は親子として

49 主として婚姻意思に関する議論を中心として、前掲・宮崎幹朗『婚姻成立過程の研究』179頁以下参照。

50 前掲・梅謙次郎『民法要義卷之四親族』303頁。

51 中川善之助『新訂親族法』（青林書院、1965年）160頁、中川善之助『身分法の総則的課題』（岩波書店、1941年）206頁。

52 中川善之助「判例養子法」同『親族相続判例総評二巻』（岩波書店、1937年）264頁以下。

の生活事実と一体のものとして存在し、それとともに届出意思（表示意思）の存在が養子縁組の成立に必要となり、どれが欠けても養子縁組は無効となると説明される。したがって、脱法的な仮装の縁組はもちろんのこと、特定の法律効果の発生・取得のみを目的とする縁組も縁組意思を欠き無効となると考えることになる。

このような実質的意思説に対して、疑問が出されてきた。第一に、婚姻や養子縁組が届出という方式を採るのは当事者の意思を確かめるとともに一般世人にその身分関係を公示するためであり、真意で届出をしたのではなかったことを立証して届出の効力を左右することを私人に許し、身分関係の成否を不確定にさせることは問題であるとする。第二に、あたかも虚偽表示の無効の主張と同じことを認めることは身分法の分野に契約のルール適用を認めることと同じではないかという点である。第三に、仮装の婚姻や養子縁組のような脱法行為を防ぐには、婚姻や縁組を無効として身分上財産上の混乱を招くよりは、届出のとおり権利義務を当事者に負わせることによって間接的に違法な意図を抑制する方が政策的に妥当であるという点である。第四に、事実の伴わない婚姻や養子縁組の存在を認めることは不当であるとは思われるが、逆に内縁関係などは法律上不存在として扱われるのであって、身分行為の要式性のためのやむを得ない擬制であるという点が指摘されている。第五に、届出が仮装であっても、一般の人にとっては有効に完全な夫婦関係や親子関係という身分関係が生じ、その解消には離婚や離縁が必要と考えられており、虚偽による離婚や離縁が認められているわが国の法制度上、虚偽仮装の婚姻や縁組を無効とする必要は少ないという点である。最後に、婚姻や縁組をする意思なきときは、他人が本人不知の間に偽造の届出をしたとき、白紙署名に不審な補充がなされて届け出られたとき、精神疾患で心身喪失中あるいは強迫を受けて全然意思の自由を失っているときに署名し届出をしたときなどの場合を指すものであり、婚姻や養子縁組の届出であることを認識して進んで署名し、届出をしたような場合は含まれないと解すべきとしていた⁵³。

53 谷口知平『日本親族法』（弘文堂、1935年）47頁以下。

そして、婚姻を法的な社会制度として位置づけ、第三者に認識されうる形式として届出を要件として当事者の自由な合意のみに基づいて婚姻することを認める以上、届出をした当事者は自らの責任において法律上の夫婦となる意思に基づいて届出をしたものとみなさなければならないと考える形式的意思説が現れた⁵⁴。身分行為の要式性に着目して、身分行為意思を届出に向けられた表示意思としてとらえる見解である。戸籍事務を取り扱う戸籍事務管掌者には形式的審査権しかなく、実際に生活事実を設定する身分的效果意思の認定は困難であるという点が大きな根拠となっている⁵⁵。また、実質的意思説が強調する事実の先行性については、事実の尊重とは届出を欠いてもなお届出ある場合に準じた効果を認めるべき場合のあることを肯定するということにとどめるべきであり、届出のある場合にそれに反する事実の存在を理由に届出の効力を否定することまで意味しているわけではないという指摘もある⁵⁶。しかし、この見解の欠点は、生活事実を軽視する点にあり、届出に向けられた当事者の意思の合致があれば足りることとなり、脱法的な養子縁組制度の利用を抑止できないという点が問題となる。また、理論的には、実質的意思の把握が困難だけでなく、届出意思の存否の確認もまた困難なのではないかという批判もあり、いずれにしても現在の戸籍事務を前提とする限り、真意の確認が困難であることに変わりはないといえる。また、身分行為の無効を主張するのは当事者には限られないため、当事者の選択の結果は当事者の責任とするわけにはいかない場面がありうる⁵⁷。

最近では、実質的意思説への批判を参考にして、実質的意思説に依拠しながら、社会観念ないし社会通念上の夫婦関係・養親子関係の設定に向けられた意思の内容を明確にしようとする見解もあらわれている⁵⁸。

54 末川博『民法（下ノ一）』（千倉書房、1951年）19頁以下。

55 中尾英俊「仮装離婚の効力」佐賀大法経論集4巻1号37頁（1956年）、立石芳枝「離婚の無効」『民法演習V』（有斐閣、1959年）39頁など。

56 山本正憲「判例評釈」民商法雑誌51巻2号273頁（1964年）。

57 中川淳「判例評釈」法律時報42巻13号146頁（1964年）、同「離婚意思と届出」『家族法と戸籍の諸問題』（日本加除出版、1966年）31頁以下。

58 北川善太郎『親族・相続（民法講要V）第2版』（有斐閣、2001年）42頁。二元的意

(2) 多元的理解を示す学説

以上のような両説の対立に加えて、折衷的な見解が主張されてきた。すべての身分行為に共通する社会的習俗的定型を想定することは困難なのではないかという観点から、それぞれの身分行為に対応して具体的な定型を検討することによって、身分行為意思を把握しようとする見解がある。具体的定型説と呼ばれるものである。身分関係に関する社会的習俗的定型性の存在を重視して、夫婦関係については共同生活の存在が成立のための不可欠の要素となっているとしながらも、養親子関係については共同生活の存在が成立のための不可欠の要素とはいえないとして、夫婦関係の成立と養親子関係に成立を区別している。婚姻の成立については、身分的生活事実の存在の必要性から社会的習俗的定型性が明確であるため、その場合の身分行為意思は実質的意思となるとしている。結果的に、婚姻意思については実質的意思説と同様の立場となる。これに対して、養親子関係については、生活事実の存在から意思を推認することが望みえないため、結果的に届出意思の存否で判断せざるを得ないとする⁵⁹。わが国の養子制度がさまざまな形で利用されている状況においては、統一的に理解できるような一定の目的を有した制度として位置づけられていなかったことを指摘して、そのために第2次大戦前によく見られたように養子制度の濫用と思われるような事態を許す素地があったことを指摘している⁶⁰。

さらに、身分関係の社会的習俗的定型性に注目して、養子縁組についても未成年養子の場合と成年養子の場合とを区別するべきという見解があらわれている。未成年養子縁組については、養親が親権者となって養子を手元において養育することが想定されていること、親子の間で財産的精神的共同性が強いこと、実親子関係と同様の社会習俗的定型性を容易に見出すことができることを指摘して、未成年養子は子のための養子法の理念が貫徹されなければならない、さらに家庭裁判所の許可を必要とすることを考慮

思説と自称する。

59 山島正男『総合判例研究叢書民法(15)』(一粒社、1960年)99頁、大島泰代「身分行為の意思」家月20巻3号52頁以下(1968年)。

60 前掲・山島正男『総合判例研究叢書民法(15)』100頁。

すれば、子の監護教育を主たる目的とする未成年養子に関して異なる目的を入れる余地はないとしている⁶¹。これに対して、成年養子の場合には、縁組の目的自体が相続人の指定、財産や家業の承継、老後の扶養、死後の供養など多様なものであり、その習俗的定型性を求めることは困難であるとする。したがって、未成年養子の場合には、社会的習俗的定型性の要素が強く、共同生活を前提とする生活事実に対応した実質的意思を必要とするべきとしている。成年養子については、共同生活の事実を前提とした定型性を見出すことが困難であり、むしろ精神的な親子としてのつながりや精神的相互依存関係を設定する意思の存在で足りるとすべきと指摘している⁶²。

同様な趣旨から、社会的習俗的定型と具体的な身分行為ごとの差異に着目する傾向に従って、婚姻の場合と未成年養子縁組の場合においては実質的意思説と同様に社会通念上の夫婦関係や養親子関係の成立を意欲する効果意思として実質的意思を求めるのに対して、成年養子や離婚・離縁の場合には形式的意思説に従い、届出意思の存在で足りるという立場を示唆する見解もある⁶³。婚姻や未成年養子縁組を考えた場合には、共同生活を前提とした当事者間の関係性を強調せざるを得ないため、共同生活を前提とした協力扶助義務や監護教育義務の存在を認識した上での届出行為が求められるべきこととなる。これに対して、成年養子の場合、養親子間の生活の共同性が見られず、監護教育面や扶養の面でも共同性が見られないことも多い。だからといって、縁組意思を否定し養子縁組の効力を否定することは適切ではなく、この場面で実質的意思説の立場を貫く必然性はないことになり、実質的意思の存在は排除されていると見るしかないことになる。しかし、この場合であっても、子の監護教育の実体に何ら変化が生じていないにもかかわらず、全く便宜のために縁組届出がなされるような場合には届出は無効と考えるべきとして、形式的意思説にも一定の歯止めをかけている。

61 深谷松男「身分行為における二・三の考察」金沢法学19巻1・2号62頁（1976年）。

62 西沢修「判例評釈」民商法雑誌66巻6号136頁（1973年）。

63 右近健男「婚姻の無効」（叢書民法総合判例研究48、一粒社、1977年）18頁。

また、身分行為の社会的習俗的定型性を問題とした上で、次のように指摘する見解もある。婚姻はその社会的習俗的定型性が一応確立しているため、実質的意思説が妥当するとしながら、養子縁組については親子関係一般を規律するような定型性は失われてきており、縁組意思を一義的に規定することはできず、その結果、形式的意思説に傾き、具体的な価値判断によって個別具体的に有効無効を決する傾向を示している⁶⁴。以上のように、夫婦関係については社会的習俗的定型性を認めやすいのに対して、養親子関係とりわけ成年養子縁組の場合においてはその社会的習俗的定型性を画一的に判断することが難しいという認識のもとで、縁組意思の理解については社会習俗・社会観念上の定型的身分関係の存在を前提とする実質的意思説に対して、多元的な理解を示す見解が主張されるようになってきたものといえる。

確かに、未成年養子については、なお養親の養子に対する現実的な監護や養育を基盤として財産的精神的共同性が強く意識され、実親子関係同様の社会的習俗的定型の存在を肯定すべき事情があり、子のための養子制度を前提とする以上、子の監護養育以外の便宜的目的を入れる余地はないといえる⁶⁵。これに対して、成年養子の場合には、社会的習俗的定型に乏しく、その目的についての価値判断は幅広いものとならざるを得ない。養子縁組の目的が養親子関係が成立した場合の一部の法的効果を意欲するものであったとしても、他の法的効果を意図的に排除するようなものでなければ、親子としての精神的依存関係は成立すると考えることができるとらえているようにみえる⁶⁶。

(3) 法的な効果に着目する見解

折衷的な見解の中では、当事者の意思を夫婦関係や養親子関係の成立や解消という生活事実に対する効果意思としてではなく、夫婦関係や養親子

64 利谷信義「身分行為の意思」ジュリスト500号（『判例展望』、有斐閣、1972年）191頁。

65 前掲・深谷松男「身分行為における二・三の考察」金沢法学1・2号62頁以下。

66 久貴忠彦『親族法』（日本評論社、1984年）207頁。

関係の成立や解消に基づいて生じる法的効果に対する効果意思として把握すべきとする見解も強い。

まず、身分行為を婚姻や養子縁組のような創設的な行為と離婚および離縁のような解消的な行為とを分けて身分行為意思を理解すべきとする見解があげられる。仮装の婚姻の場合と仮装の協議離婚の場合とを対比して、婚姻の成立については社会的な婚姻という事実と届出とが結びつくことが求められており、その両者の存在によって婚姻が有効となると位置づけるのに対して、協議離婚の届出はその法律上の婚姻の存在を否定する行為であって、実体的な離婚の事実まで求めるものではなく、実体的な夫婦関係の解消が認められない場合には届出のない夫婦関係という事実が残るにすぎないと考えることになる⁶⁷。つまり、実体的な夫婦関係ないし親子関係の解消を伴わない離婚届や離縁届が出された場合には、これによって法律上の夫婦関係や親子関係は解消して、内縁関係や事実上の親子関係が残ると理解することになる。このような見解では、身分行為意思は「それによって意図した身分関係について、その効果のうちの基本的部分の意欲または認識」であるとする⁶⁸。法的な制度として位置づけられる法的身分関係を事実上の夫婦関係や親子関係と区別するために、法によって与えられた種々の権利義務の履行を要求される点に求め、それに対する意欲または認識の必要性を強調している。その結果、婚姻や養子縁組のような創設的身分行為においてはそれらの関係の成立を目的とする積極的な意思が必要となり、離婚や離縁のような解消的身分行為においては法的な身分関係の解消を目的とする点ため消極的意思で足りると説明する。このような見解を法的意思説と呼んでいる。この見解によれば、婚姻の場合に求められる積極的意思は、夫婦間の同居・協力・扶助義務等の一般的な権利義務や婚姻費用の分担や日常家事債務の連帯責任等の財産的権利義務に対する意欲や認識であるとしている。また、養子縁組の場合に求められる積極的意思とは子の監護・教育および財産管理という親権に基づく権利義務と扶養に関する権

67 有泉亨『新版親族法・相続法(補正版)』(弘文堂、1981年)44頁、60頁。

68 高橋忠次郎「協議離婚における合意と届出」私法23号103頁(1961年)、同「婚姻意思と離婚意思」専修法学論集9号18頁(1970年)。

利義務などを対象とする意欲や認識であるとしている。これに対して、離婚や離縁の際に求められる消極的意思としては、復氏、扶養に関する権利義務の消滅、親族関係の解消、相続権の消滅等に向けられた意欲・認識があれば足りるとし、身分関係に基づく法的な権利義務等の法的拘束を解消する意思でよいとしている。婚姻や養子縁組の場合には、実質的意思説と大差がない。離婚や離縁の場合には、形式的意思説に近づくが、法的関係の解消に対する意欲や認識を求める点で違いがある⁶⁹。法的効果に関する意欲や認識を夫婦関係や親子関係を規律する私法秩序の中で把握することによって、たとえば、名門校への学区編入のための協議離婚や贈与税を免れるための財産分与を目的とする協議離婚のように公法的な手続きを目的とした届出を否定することができる点に違いが示されていると指摘している⁷⁰。婚姻や養子縁組などの身分関係の創設の場合と協議離婚や離縁などの解消の場合とを区別し、法的関係の創設ないし解消への意欲または認識を法的効果の点から判断しようとする見解である。養子縁組については、未成年養子の場合を前提として考察しているため、成年養子の場合に求められる親子関係の法的効果をどのように把握するかは異なる理解が可能となるのではないかと思われる。

そして、身分行為の定型性を民法上の定型ととらえて、身分行為意思を「民法上の定型に向けられた効果意思」として把握すべきとする見解があらわれてきた。法律的定型説と呼ばれる見解である。身分行為は社会の組織法的秩序に関わるものであり、社会習俗上の定型に向けられたものではなく、法的定型に向けられた行為であるとする⁷¹。この見解によれば、意思を全く欠く届出や表見的届出などのように、当事者が民法上の効果を事実として意欲する法律上の効果意思を欠いている場合には身分行為意思が不存在となり、届出は無効となるとしている。しかし、当事者に民法上の効果を意

69 前掲・高橋忠次郎「協議離婚に於ける合意と届出」私法23号104頁。

70 前掲・高橋忠次郎「婚姻意思と離婚意思」専修法学論集9号24頁。

71 中川高男「身分行為意思の一考察」家月17巻2号12頁（1965年）、前田正昭「婚姻意思について」近大法学23巻2号29頁（1975年）、佐藤義彦「仮装婚姻の効力」法学セミナー241号115頁（1987年）。法的効果説とも呼ばれる。

欲する効果意思がある場合には、たとえ社会習俗に反する場合であっても、親族法上は効果意思があり、その届出を有効とすることになるという。このような場合には、身分行為意思の存否の問題ではなく、民法90条による公序良俗違反か否かの判断をおこなうことによって当該の届出の効力を判断すべきとして、身分行為に関して民法90条および91条の適用を肯定するという点に特徴がある。たとえば、養子縁組についてみると、養親子関係の定型は民法に定められた要件の範囲内において成立し、その範囲内において効力を有することになり、氏の変更、扶養に関する権利義務の存在、親権の発生、相続の効果等の種々の法的効果を排除しない意思が縁組意思であるという見解である⁷²。この見解によれば、婚姻意思については、民法752条の規定から夫婦間の同居義務に着目して、民法上の夫婦関係は同居義務を抜きにしてはありえないものとして、同居を前提とした婚姻の効果の発生を意欲する効果意思として婚姻意思を把握し、個々の法的効果に関しては、民法が強行的に定めている効果を少なくとも排除しない意思で足りると説明している⁷³。このように各身分行為の成立または解消に伴う法的効果の取得を意欲する効果意思として身分行為意思を把握する法的効果説と呼ばれる見解へとつながっている。

以上のように考えた場合には、当事者に求められる法的効果に対する意欲や認識がどのようなものであるかという点が問題である。民法が規定する婚姻・離婚および養子縁組・離縁に関する法的効果は広範に及ぶものであるから、すべての法的効果に対する意欲が必要とされるのは適当ではなく、その身分行為の重要な部分に対する意欲・認識で足りると解すべきという指摘がある⁷⁴。このように考えると、個々の身分行為においていかなる法的効果が主要な効果として位置づけられるのかという問題を明らかにすることが求められる。夫婦関係の成立の場面においては夫婦間の生活関係の基本を構成すると位置づけられている民法752条の同居協力扶助義務が

72 前掲・中川高男「身分行為意思の一考察」家月17巻2号14頁。

73 前掲・前田正昭「婚姻意思について」近大法学23巻2号29頁以下。

74 星野英一『家族法』（放送大学教育振興会、1994年）56頁、大村敦志『家族法（第2版）』（有斐閣、2002年）123頁。

抽象的には中核的なものとなる。これに対して、養親子関係の生活関係については画一的な効果が指定されるわけではない。未成年養子の場合には、監護教育義務が中核に位置付けられることになるとしても、成年養子の場合には精神的な親子としてのつながりを求めるしかないことはすでに指摘されているとおりである。

(4) 小括

身分行為意思に関する学説の状況について言えば、単に実質的意思説か形式的意説かという対立でとらえられる状況ではない。一方で、具体的定型説のように、個々の身分行為の具体的定型性に着目して婚姻意思、離婚意思、縁組意思、離縁意思を把握する方向性が示されている。このような見解では、夫婦関係や親子関係の社会的習俗的定型性の特徴が問題とされ、基本的には実質的意思説の立場に立ちながら、修正を加えている傾向が強いものといえる。他方で、身分行為意思の理解について、生活事実を前提とする意思とは区別し、法的効果を意欲する効果意思としてとらえるべきという方向性が示されている。

養子縁組の際に求められる縁組意思の理解については、以上のような学説の方向性がより明確に示されているといえる。未成年養子の場合には、実親子関係に比した監護教育の実態が求められ、養親と養子との間の経済的・生活的共同性が必要とされる。これに対して、成年養子制度を考えた場合、養親子関係の社会習俗的定型性は明確ではなく、実質的意思説の立場から縁組意思を解釈することには問題が多い。もともと成年養子制度自体が、相続や財産の承継、家業の承継、氏の承継、祭祀の承継などさまざまな目的に活用されることを前提としている場合が多く、そのような事例では、養親と養子の間で必ずしも親子としての共同生活体が形成されるとは限らない。このような養子縁組を有効と認めるためには、縁組意思があるといわざるを得ないため、実質的意思説とは異なる表現として縁組意思を説明することが求められたことになる。また、実質的意思説として理解する見解に立ったとしても、社会的習俗的な養親子関係の創設という視点

を柔軟に解釈することによって、有効と判断できる場合に縁組意思ありと評価している判例すらあらわれているとも指摘されている⁷⁵。

このような状況を考えれば、養子縁組制度の多様性ゆえに、縁組意思の理解もまた多様化していることを認めざるを得ないものとなっている。そのような方向性を最終的に示す解釈として、縁組意思を「親子としての精神的つながりを形成する意思」としてとらえる表現になっていると思われる判例が多くなっており、それに対応して基本的に実質的意思説によりながら修正する方向を示す見解や、事実としての生活関係ではなく法的な効果を重視して法的な親子関係の成立をとらえようとする見解が有力になってきているものといえる。少なくとも、縁組意思の解釈に関していえば、養子縁組の多様性を考慮すると、実質的意思説または形式的意思説の立場によって問題を処理することは困難であると思われる。さまざまな事案を想定した上で、縁組意思を理解することを考えなければならず、柔軟に縁組意思を解釈する立場が現実的であるといえる。

5 おわりに

以上で検討してきたように、養子縁組の有効性を左右する「縁組意思」の理解は、養子制度がさまざまな目的や動機によって多様に利用されてきた実態を踏まえて、多様性を示すものとなっていることを否定できない。養親による養子の監護教育という実態を前提とした未成年養子の場合には、子のための養子制度という理念に沿う形で、親子間の経済的・生活的共同性を重視せざるを得ない。したがって、その場合には、実質的意思説またはそれに近い方向で縁組意思を把握するべきという見解が説得力を有することになる。しかし、未成年養子の場合でも、祖父母が孫を養子にするなど、養子となった孫は従前とおりの実親と生活をともにしているような場合も多く、未成年養子一般に妥当する縁組意思の理解を明確にすることは困難で

75 前田陽一「いわゆる『仮装の「身分行為」』の効力に関する一考察」立教法学34号106頁（1989年）。

ある。孫を養子にするような事案では、もっぱらその目的は氏の承継や財産の承継など、親子関係の成立に伴う一定の法的効果の取得が意欲されていることが多い。あるいは、相続税の軽減などの他の目的を達成するための便法として利用される場合もあり、未成年養子の場合といっても、現実の養親子としての共同生活が伴うとは限らない場合も想定され、単純に縁組意思を実質的意思説として把握すれば、かなりの親族間未成年養子の効力が否定されることになる。成年養子の場合には、未成年養子以上に多様性に富んでいる。種々の理由・目的で養子縁組がなされ、養親子としての共同生活関係を形成すること自体とは無関係に、養親子関係の成立に伴う一定の法的効果の取得自体が重要な目的となっていることが多いのは明らかである。したがって、さまざまな養子縁組を前提とした上で、「精神的な親子としてのつながりを形成する意思」として、抽象的に縁組意思を理解するという近時の判例の傾向を否定的にとらえることはできない。しかし、少なくとも、法的な養親子関係の成立を意欲するというものを考えれば、当事者の意思が養親子関係の成立に伴う法的効果に対応する意欲や認識を基礎としたものであると考えるべきである。

また、現実的な問題の処理として、養子縁組の有効性が争われる事態となった場合には、「縁組意思」の存否という問題以外の配慮が働いていると考えざるを得ない。養子縁組がなされた動機ないし目的に対する評価が必要となっていると考えるべきといえる。そのような観点から、身分行為の成立に関する行為規範としての側面とその身分行為の有効・無効を判断する評価規範としての側面を区別して理解すべきとする見解がある⁷⁶。この見解によれば、次のように説明できる。つまり、身分行為の成立について「当事者の意思（身分行為意思）の存在が必要であるという」というルールが行為規範として働く場面では、身分行為の成立ないし解消に伴う法的効果を全面的に享受するという意思をもって届出をおこなうべきであり、便法としての届出は望ましくないという考え方に結びつく。しかし、便法として利用された届出であっても、それが受理されてしまった場合には、その

76 前掲・内田貴『民法Ⅳ親族・相続（補訂版）』61頁以下。

届出をどのように評価するべきかという考慮が働くことになり、届出に対応する身分行為の成立・解消に伴う法的効果を全面的に享受する意思が当事者双方になかったとしても、届出によって当事者の目的そのものは達成されており、その身分行為に伴う法的効果が当事者双方に及ぶと考えたとしても不都合は生じないことになる。これに対して、当事者間で争いが生じているような場面においては、届出に対応する身分行為の法的効果に対する当事者の理解・認識が一致していないため、合意が形成されていないと評価されることになる。このような見解を考えると、法律の定型説の立場と同様の理解があるようにも感じられる。法律の定型説の理解では、縁組意思を民法上の養親子関係の創設に向けられた効果意思として説明した後、その養子縁組の効力の問題として公序良俗違反および強行法規違反が問題となりえると指摘しており、縁組意思の存否以外の要素を踏まえて養子縁組の効力を判断する余地を示している。身分行為の成立や解消に求められる身分行為意思とその身分行為の有効または無効という効力の判断を別の次元から検討する可能性を示していたと評価することもできる⁷⁷。公序良俗や強行法規違反の問題以外にもそのような評価をおこなう解釈上の可能性があるかどうかについては慎重に検討されなければならない。

問題となる養子縁組がどのようなものであるのかによって、それぞれの縁組において求められる縁組意思が異なってくるというのは、一見奇妙に思われる。しかし、未成年養子であるのか成年養子であるのかによって養親子関係のとらえ方は異なってくることは否定できないし、同じ未成年養子であっても、全く血縁関係の存在しない両当事者間に養親子関係を創設する場合と一定の血族関係が存在している当事者間に養親子関係を創設する場合とを全く同じようにとらえることはできない。また、同じように、祖父母が孫を養子にする養子縁組であっても、その目的は多様である。相続や財産の承継など民法上の親子関係の法的効果が主たる目的であるケースもあるが、相続税の軽減などの民法以外の法律によって生じる効果・利益の取得を目的とするものであったりする場合もある。成年養子縁組につ

77 二宮周平『家族法(第4版)』(新世社、2013年)38頁。

いてはさらにその目的が多様である。相続や財産の承継、氏の承継、祭祀の承継、家業の承継などの場合もあれば、在留資格の取得、税法上の優遇措置の取得など民法以外の法律によって得られる効果や利益を目的とする場合もある。そのような養子縁組の実態を考慮すれば、縁組意思をできるだけ柔軟に理解する必要性があることは否定できない。しかし、縁組意思を柔軟に理解するべきであるとしても、あくまでも法的な養親子関係の成立を意欲するという点から、縁組意思を法的な効果と結びつけて理解すべきである。その場合に、全く新しく親子関係を形成するための未成年養子の場合には、養親による養子の監護教育が必要となり、親子としての経済的・生活的共同性を形成することに対する意欲および認識が強く求められるべきである。その場合、縁組意思は親子としての監護教育の権利と義務、あるいは養親子関係の創設に伴う法的効果に対する意欲・認識として把握するべきことになる。これに対して、同じように未成年養子の場合であっても、祖父母が孫を養子とするような血縁養子縁組の場合には、養子の実体的な生活関係に変化がないことが予想され、親子としての監護教育義務に対応する意欲や認識ではなく、相続や氏の変更など法的な親子関係に伴う法的効果の取得への意欲や認識が存在していることが多い。そのような場合には、実質的な親子としての共同生活関係が形成されていないため、法的な養親子関係の創設に伴う法的効果への意欲や認識が重要な要素となることは否定できず、判例が示しているように、親子としての精神的つながりの形成を形成する意欲を重視する結果とならざるを得ない。成年養子の場合には、根本的に未成年養子とは異なり、経済的・生活的共同性は重要ではなく、少なくとも法的な親子としての権利義務、すなわち扶養や相続などに関する法的効果に対する意欲や認識が求められるものといえる。

限定された目的のみのためにおこなわれた養子縁組であっても、養親子関係の成立に伴って生じる民法上の法的効果、親子としての権利義務の発生を認識し、取得を意欲する意思の存在が必要であると考えている。目的とされた法的効果のみの享受を意欲し、養親子関係の成立に伴って発生する他の法的効果、権利義務の享受をすべて否定するという場合には、縁組

意思の存在を肯定することは適当ではない。つまり、祖父が自分の死後の相続に関して相続税を軽減させたいと考えて孫を養子とした場合、当事者が相続税の軽減のみを意欲し、孫が養子として養父である祖父の相続権を取得することを意欲していなかったとするならば、その養子縁組について縁組意思が存在する应考虑すべきではないということである。