

## 判例研究

## 節税のための養子縁組の縁組意思の有無について —最判平成29年1月31日民集71巻1号48頁—

足立清人

## 目次

1. はじめに
2. 最判平成29年1月31日の事実と判旨
3. 縁組意思に関する学説
4. 縁組意思の有無に関する判例と裁判例
5. 本判決の若干の検討

### 1. はじめに

最判平成29年1月31日民集71巻1号48頁<sup>1)</sup>では、相続税を節約するための養子縁組の縁組意思の有無について、最高裁判所として初めての判断が示された。

本判決の事実からも分かるように、相続税法15条の「遺産に係る基礎控除」により、養子縁組をして相続人の数を増やすことで、相続税を節約することができた<sup>2)</sup>。節税目的で縁組がなされた養子は、節税養子(相続税養子、税金養子など)と呼ばれた<sup>3)</sup>。もっとも、現在では、相続税法の改正で、基礎控除に数え入れられる養子の数が制限されている(相続税法15条2項を参照。相続税法63条によれば、制限内の人数の養子であっても、相続税の負担を不当に減少させる結果となると認められる場合においては、税務署長は、当該養子の数を当該相続人の数に算入しないで、相

続税の課税価格および相続税額を更正または決定することができる、とされる)<sup>4)</sup>。

本稿では、まず、本判決の事実と判旨を概観する。次いで、縁組意思に関する学説を紹介して、縁組意思の有無が問題になった判例・裁判例を、網羅的ではないが、概観する。学説、判例・裁判例の概観を踏まえて、最後に、本判決の若干の検討を行う。

### 2. 最判平成29年1月31日の事実と判旨

#### (1) 事実

X1はAの長女であり、X2はAの二女である。Yは、平成23年▲月、Aの長男であるBとその妻Cとの間の長男として出生した。Aは、平成24年3月に妻と死別した。Aは、平成24年4月、B、CおよびYとともに、Aの自宅を訪れた税理士などから、YをAの養子とした場合の節税効果、すなわち、遺産に関わ

キーワード：養子縁組，縁組意思，身分行為

る基礎控除額が増えることなどの説明を受けた。その後、Yの親権者BとC、養親となるA、そして証人としてAの弟夫婦が、それぞれ署名押印して、養子縁組の届書が作成され、平成24年▲月▲日、世田谷区長に提出された。

Xらが、Yを相手どって、本件養子縁組は縁組をする意思を欠くものであると主張して、その無効確認を求めた。

## (2) 判旨

原判決は、「本件養子縁組は専ら相続税の節税のためにされたものであるとした上で、かかる場合は民法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」として、Xらの請求を認容した。

これに対して、最高裁判所は、民法802条1号の解釈に関する原判決の判断は是認することができない、とした。すなわち、「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、養子縁組をすること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をするものにはかならず、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」と判示した。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く、「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、とした。

## (3) 解説

本判決では、専ら節税のためになされた養子縁組について、縁組意思が認められるかど

うかが争われた。

最高裁判所は、まず、「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」こと、次いで、「養子縁組をすること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」ことを確認した。そのうえで、専ら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をするものにはかならず、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」と判示して、相続税節税のための養子であっても、802条1号の「当事者間に縁組をする意思がないとき」には当たらない、とした。

本判決では、「相続税の節税の動機」と「縁組をする意思」（縁組意思）とが併存しうることを認め、縁組意思の有無の判定に当たって、「相続税の節税の動機」が影響を与えないことを示した。

## 3. 縁組意思に関する学説

養子縁組は、縁組意思の合致、縁組の届出で成立する（802条を参照）。養子縁組の届出が受理されるためには、792条から799条の要件が充たされていなければならない（800条）。

縁組意思（802条1号を参照）の有無については、そもそも縁組意思とは何かが問題となる。縁組意思についても、婚姻成立のための当事者の意思（婚姻意思）<sup>5)</sup>と同様の議論が存在する<sup>6)</sup>。代表的な学説は、実質的意思説、形式的意思説、法的定型意思説である。

実質的意思説は、もっぱら中川善之助の主張による<sup>7)</sup>。すなわち、縁組意思とは、「習俗的標準に照らして親子と認められるような関係を創設しようとする意思」であるとされる<sup>8)</sup>。当事者の意思と社会的現実を重視す

る立場である。婚姻、養子縁組などの身分行為には、その特殊性ゆえに、90条など民法総則の規定の適用が認められない、とされる<sup>9)</sup>。

形式的意思説（届出意思説）の代表者は、谷口知平であり、縁組意思とは届出に向けられた意思である、と解する<sup>10)</sup>。身分行為の要式行為としての性質—届出主義を重視する立場である<sup>11)</sup>。

実質的意思説を批判して、中川高男が、法的定型意思説を主張した<sup>12)</sup>。中川は、縁組意思—身分行為意思一般についても—を、「『民法上の養親子関係の定型に向けられた効果意思』という民法上の意思概念」である、とした<sup>13)</sup>。すなわち、「民法上の養親子関係の効力として認められる氏、親権、扶養、相続等の諸効果—これが民法上の定型の主たる内容となっている—を排除しない意思」が縁組意思である、と解する<sup>14)</sup>。そうして、身分行為への民法総則の規定の適用について、「当事者間にたとえ『民法上の身分行為意思』があったとしても、民法90条の公序良俗違反の有無によって判断することになる」として、民法総則の規定、特に90条の適用を認めた<sup>15)</sup>。

実質的意思説および形式的意思説ともに、90条の適用を除外する。両説は、縁組意思の有無の枠内で、その動機、目的、内容について判断する。もっとも、近年は、90条の適用を認める学説が有力である、とされる<sup>16)</sup>。

縁組意思についても、実質的意思説が判例・通説の立場であると言われているが、次に取り上げる判例や裁判例からも分かるように、必ずしも、そう断言することもできない。

#### 4. 縁組意思の有無に関する判例と裁判例

養子縁組の縁組意思の有無が問題となった判例と裁判例を、網羅的ではないが、取り上げ、若干の解説を付す<sup>17)</sup>。

##### (1) 縁組意思の有無に関する判例と裁判例

【1】大判明治39年11月27日刑録12輯1288頁（私印盗用私書偽造行使詐欺財未遂等ノ件）

兵役を免れるための養子縁組の効力について、「兵役義務ヲ免ルルノ目的ニ出テタル雙方合意ノ表面假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義務を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ハ其縁組ハ民法第八五ノ一ニ依リ無効ノモノナリトス」と判示して、兵役義務を免れるための養子縁組を無効とした。

【2】大判大正11年9月2日民集1巻448頁（養子縁組無効確認請求事件）<sup>18)</sup>

芸妓見習いおよび営業のための養子縁組について、「縦令縁組ノ当事者カ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サルトキハ民法第八百五十一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」と判示された。「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ルハ単ニ縁組ヲ為スノ縁由タルニ過キサルコトアリ或ハ芸妓稼業ヲ為サシムル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サ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ヘキ事実問題ナリ」とされた。本件は、後者の場合に該当する、として、養子縁組を無効とした原判決が支持された。

【3】大判大正15年12月6日民集19巻2182頁（遺産相続回復請求事件）<sup>19)</sup>

婚姻に当たって家格を引き上げるためにされた養子縁組について、「養子縁組ノ届出ヲ為ス意思ヲ有シ之カ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セシムル意思ナキニ於テハ養子縁組ノ効力ヲ生セサルモノトス」として、養子縁組が無効とした原

判決を支持した。

本件は、「亡訴外A同BハXトノ間ニ養子縁組届出ヲ為シタルモ并ハXノ求ニヨリ同人カ訴外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ム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セシムル意思ナカリシモノナリト云フニ在リ」とされた。

**【4】** 大判昭和7年2月12日新聞3377号14頁 (養子縁組無効確認請求事件)

養親と養子との間に、養子縁組の数年前から情交関係のあった養子縁組について、その無効確認が求められた事件で、大審院は「養親子間ニ於ケル情交関係ノ不倫ノ行為トシテ擯斥スヘキハ勿論ナルモ之カ為ニ其ノ親子関係ヲ生セシムル意思ヲ以テ為シタル養子縁組其ノモノヲ以テ不倫ノ行為視シ無効ト為スコトナシ養親カ養子ニ対シスル不倫ノ行為ニ出テタル場合之ヲ以テ離縁ノ事由ト為シ得ルニ止ルモノナル」と判示した。

**【5】** 最判昭和23年12月23日民集2巻14号493頁 (養子縁組無効確認請求上告事件)<sup>20)</sup>

婚家入籍のための養子縁組について、最高裁判所は、旧民法851条1号(現行民法802条1号)の「当事者間に縁組をする意思がないとき」が、「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」と判示した。そうして、その養子縁組は、旧民法851条1号(現行民法802条1号)によって絶対的に無効なのであって、民法93条但書(改正民法93条1項但書)を適用するものでもな

い、とされた。

**【6】** 大阪地判昭和30年3月16日下民集6巻3号484頁 (養子縁組無効確認事件)

妾関係にある者との養子縁組について、養親の妻Xが養子縁組の無効を求めた事件で、裁判所は、養親およびX並びに養子Yは、「何れも縁組意思を有していた以上本件養子縁組は有効に成立したと謂うの外はない」と判示した。

**【7】** 最判昭和46年10月22日民集25巻7号985頁 (養子縁組無効確認請求上告事件)<sup>21)</sup>

過去に情交関係にあったが、養子となる者に、家業・私生活ともに永年世話になったことへの謝意をこめて、自己の財産を相続させ、死後の供養を託する意思をもってなされた養子縁組の無効が争われた事件で、最高裁判所は、上記の事実認定にもとづき、「養子縁組の意思が存在するものと認めることができ」、「過去の一時的な情交関係の存在は、いまだもつて、あるべき縁組の意思を欠くものとして、縁組の有効な成立を妨げるにはいたらないものである」とした原判決を是認した。

**【8】** 東京高決平成3年4月26日家月43巻9号20頁 (後見人選任申立却下審判に対する即時抗告申立事件)<sup>22)</sup>

後見人選任却下の審判に対しての即時抗告の可否が争われた事件で、その前提として、相続税節税のために便法としてなされた養子縁組の可否が争われた。もっぱら相続税を軽減させる目的を達するための便法としてなされた本件養子縁組は、「社会観念上養親子と認められる関係の設定を欲する効果意思がなかつた」とした原審判に対して、高等裁判所は、本件養子縁組について、「相続税軽減を目的として養子縁組をしたからといつてその養子縁組が無効となるものではない」と判示し、相続税逃れについては、相続税法63条な

どにより律すべき問題である、とした。事実認定として、節税養子であっても、本件の養子縁組が、「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」と認定している。

【9】浦和家熊谷支審平成9年5月7日家月49巻10号97頁（死後離縁許可申立事件）<sup>23)</sup>

相続税節税のために、実父母の代諾により父方の祖父母の養子となった者が、養父死亡後に離縁の許可を申し立てた事件で、裁判所は、本件の養子縁組の届出が、「当事者間に真に社会観念上養親子と認められる関係の設定を欲する効果意思を有していたわけではなく、明らかに単に亡AとXの各戸籍に養子縁組の届出がされた事実を記載する方法で相続税の負担を減少させる目的を達成するための便法として仮託されたに過ぎないものと考えざるを得ない」と認定した。そうして、相続税逃れのための養子縁組について、「本件各養子縁組の届出がされた昭和60年当時は、資産家の老人について、相続の開始が近いと思われるような時期になって、老人とその子供達の配偶者や孫達との養子縁組の届出をして戸籍上何人も養子がいるということにしておく方法で、相続税の総額を減少させて（相続人の数が多くなると、基礎控除の額が増加するだけでなく、相続税の総額の計算の基礎となる相続人1人当たりの遺産の取得価額が減少する結果相続税の税率を減少させることができるため、相続税の総額が減少することになる。）、相続税の負担を不当に免れる（前記〇〇弁護士の上申書には『節税』と記載されているが、これは単なる節税ではなく、明らかに脱税である。）」ということが横行し、税務署では個々の養子縁組の実態の把握及びその効力についての検討を逐一行わねばいかないため、こうした不当な相続税逃れができないようにするための相続税法の改正が検討されていた時期で、新聞や雑誌等でも取

上げられていた。そして、後に相続税法が改正されて、相続税の総額の計算において養子の数に制限が加えられたのであり、以上の事実は公知の事実」であることを確認した。

そうして、婚姻意思の有無が問題になった最判昭和44年10月31日民集23巻10号1894頁<sup>24)</sup>を引用して、民法742条の「当事者間に婚姻をする意思がないとき」が、「当事者間に真に社会観念上夫婦であると認められる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と解すべきであり、したがって、たとえ婚姻の届出自体については当事者間に意思の合致があり、ひいて当事者間に、一応、所論法律上の夫婦という身分関係を設定する意思があったと認めうる場合であっても、それが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ないものであって、前述のように真に夫婦関係の設定を欲する効果意思がなかった場合には、婚姻はその効力を生じないと解すべきである」とする判例法理が、養子縁組の届出についても当てはまるものである、とした。

したがって、「本件各養子縁組の届出は、単に他の目的即ち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ないもので、亡XとXとの間に、真に社会観念上養親子と認められる関係の設定を欲する効果意思は全くなかったと考えるほかないものであるから、無効（養子縁組の効力は生じない）と判断するほかない」として、本件離縁の申立てはその対象を欠くから、不適法と判断せざるを得ない、と判示した。

【10】東京高決平成11年9月30日家月52巻9号97頁（後見人選任申立却下審判に対する抗告事件）<sup>25)</sup>

未成年者らの親権者が死亡したので、Xが後見人選任を申し立てたが、親権者と未成年者らとの養子縁組が無効なことを理由に、後見人選任の必要はない、として、各後見人選任申立てが却下されたことに対して抗告がな

された事件で、養子縁組を無効とした原審判に反対して、裁判所は、「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」ことを確認して、本件においては、「本件各養子縁組が養親子関係を設定する効果意思を欠くものであるとはいいい難く、本件各養子縁組をもって当然無効ということはできない」とした。

【11】東京高決平成12年7月14日判時1731号11頁（特別代理人選任申立却下審判に対する抗告事件）

未成年者とその祖父母との養子縁組が相続税の負担を軽減させる目的でされた無効なものであるとして、養親である祖父の死亡に伴う遺産分割について、Xが申し立てた特別代理人選任の申立却下審判に対する即時抗告がなされた事件で、本件養子縁組が相続税の負担を軽減する目的で行われたものであり、「真に縁組当事者間に社会通念上養親子と認められるような関係の創設を欲する効果意思を有するものでなかったことが認められるから」、本件養子縁組は無効であり、本件申立てはその前提を欠くとして、本件申立てを却下した原審判に対して、高等裁判所は、本件「養子縁組がそのような動機のもとに行われたとしても、直ちにそのような養子縁組が無効となるものではない」としたうえで、本件においては、「本件養子縁組が養親子関係を設定する効果意思を欠くものであるとはいいい難く、本件養子縁組をもって無効であるということとはできない」とした。本件特別代理人の選任申立については、家事審判規則には、特別代理人選任申立てを却下する審判に対して即時抗告をすることができる旨の規定はないが、死亡した養父の遺産分割について、Xと未成年者との間には利益相反の関係があるというべきであり、事態救済のためにも、未成年者のために特別代理人を選任すべきである、と

判示した。

## (2) 解説

以上、養子縁組の縁組意思の有無が問題となった11個の判例と裁判例を取り上げた。いずれも仮装養子のケースであり、【1】が兵役逃れのための養子縁組（兵隊養子）、【2】がいわゆる芸娼妓養子と呼ばれる養子縁組、【3】が家格引き上げのための養子縁組、【5】が婚家入籍のための養子縁組（仮養子と呼ばれる）、【4】・【6】・【7】は、いわゆる妾（愛人）養子と呼ばれる養子縁組（かつて偶発的に情交関係にあった者との養子縁組（【7】の養子縁組の動機は、過去に情交関係があったと言えども、家業・生活で世話になったことへの謝意と、死後の供養を依頼するための養子縁組であるので、厳密な意味では、妾（愛人）養子に分類できるものでもない）、【8】・【9】・【10】・【11】は、本件と同様、節税のための養子縁組であった。

【1】では、当事者間に、「縁組ヲ為スノ意思」がないことから、その養子縁組が無効とされた。養子縁組をなす意思が、具体的にどのような内容なのかは分からない。

【2】では、芸娼妓養子には、芸妓稼業が養子縁組の「縁由」に過ぎず「真ニ養子縁組ヲ為スノ意思」があるケースと、芸妓稼業が養子縁組の要素であるケースの二つがあることが確認され、本件は、後者に当たる、と認定された。

【3】では、養子縁組が、家格を引き上げるための「手段タルニ止マ」る、とされ、当事者間に「真ニ養親子関係ヲ生セシムル意思」がないことから、養子縁組が無効とされた。

【5】は、婚家入籍のための養子縁組で、「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」とされて、「単に他の目的を達成するための便法として仮託された」養子縁組は、現行民法802条1号（旧民法851条1号）によって、絶対的に無効であると判示された。

【2】・【3】・【5】の真に養子関係を生じさせる意思が、具体的に何を意味するのかは、判旨からは分からない（ただし、【5】は、実質的意思説に近いとも評価しうる）。

【4】・【6】・【7】は、いずれも妾（愛人）養子のケースだが、【4】では、「親子関係ヲ生セシムル意思」があるとされ（ただし、不倫の行為は離縁事由となる、とされた）、【6】も、縁組意思があったと認められ、【7】も、一応、妾（愛人）養子のケースに分類したが、その養子は、生前、世話になったことへの謝意と、死後の供養を目的とする養子縁組だったが、「養子縁組の意思」がある、と認定された。

【4】・【6】・【7】いずれにおいても、縁組意思が具体的には何を意味するのかは分からない。情交関係という事実と、養子縁組の意思とが併存しうる（別べつに判断されうる）ことが示唆されているようにも読むことができる。

本件と同様に、節税目的での養子縁組の有無が問題となった裁判例では判断が分かっている。有効とされたのは、【8】・【10】・【11】であり、無効とされたのが、【9】である。

【8】では、節税養子であっても、「養親子関係を設定する効果意思を欠くものではない」とされ、相続税逃れについては、相続税法で律せられるべき問題である、とされた。

【10】でも、節税養子であったとしても、「養親子関係を設定する効果意思を欠くものである」とはいい難く、本件養子縁組を当然に無効とすることはできない、とされた。

【11】も、【10】と同様に、「養子縁組がそのような動機のもとに行われたとしても」、「養親子関係を設定する効果意思を欠くものである」とはいい難いとして、本件養子縁組を無効とすることはできない、とした。

【8】・【10】・【11】の養親子関係を設定する効果意思が、具体的に何を意味するのかは分からない。

これに対して、【9】では、節税養子が行われている社会背景を詳細に確認したうえで、婚姻意思が「真に夫婦関係の設定を欲する効果意思」であるとして実質的意思説を表明した最判昭和44年10月31日民集23巻10号1894頁を引用して、養子縁組意思についても、「真に社会観念上養親子と認められる関係の設定を欲する効果意思」であり、本件のように、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すぎない養子縁組は、その効力が発生しない、とされた。

網羅的ではないが、以上の判例と裁判例では、判例・通説の立場であるとされる実質的意思説に基づくと考えられるのが、（【5】、【8】の原審判、）【9】（、【11】の原審判）のみであり、それ以外の「縁組意思」の具体的内容は、よく分からない。

【3】、【5】、【8】、【9】、【10】、【11】は、養子縁組が便法として用いられたケースと分類することができ、【3】、【5】については、養子縁組が無効とされた。節税養子に関わる【8】、【9】、【10】、【11】については、【8】のみが無効とされ、【8】、【10】、【11】については、縁組意思を欠くものであるとはいい難い、とされた。

## 5. 本判決の若干の検討

最判平成29年1月31日は、相続税の節税のための養子であったとしても、当事者間に縁組意思がないとき（802条1号）に当たるとすることはできない、と判示した。「相続税の節税の動機」と「縁組をする意思」（縁組意思）とが併存しうることを示した。本判決からは、縁組意思が具体的に何を意味するのかは分からない。したがって、本判決が、判例・通説の立場であるとされる実質的意思説をとって

いるのか、他の学説の立場に立つのかは分からない。

本判決の構造は、本判決以前に、節税養子の縁組意思の有無について判示した【8】、【10】、【11】と同じものである。「相続税の節税の動機」は、養子縁組の縁組意思の有無に影響を与えるものではなく、相続税法で処理されるべき問題であるとするのだろう。また、「当事者間ニ真ニ養子縁組ヲ為ス」意思があって、芸妓稼業が「縁由」に過ぎない場合には、養子縁組が有効となりうることを示した【2】の判断構造を受け継ぐものとも考えられる。

民法では、縁組意思の存在と縁組の届出で養子縁組が有効に成立する。届出に当たっては、養親の年齢(792条)、尊属または年長者養子の禁止(793条)、後見人が被後見人を養子とする場合の家庭裁判所の許可(794条)、配偶者のある者の縁組の際の配偶者の同意(795条)が条件となっている。また、未成年者を養子にするに当たっては、15歳未満の者を養子とする際の法定代理人の代諾(797条)<sup>26)</sup>と家庭裁判所の許可(798条)、夫婦共同縁組(795条)が必要とされる。いずれも未成年者の福祉を理由とする(新潟家審昭和57年8月10日家月35卷10号79頁を参照<sup>27)</sup>)。養子縁組の効果は、嫡出子の身分の取得(809条)、養親の氏への改氏(810条)である。嫡出子の身分を取得したことから、養親の第一順位の相続人となる(887条1項)。成年者を養子とする場合、また、本判決のように、自己(または配偶者)の直系卑属を養子とする場合(798条参照。家庭裁判所の許可を得る必要がない)、比較的容易に養子縁組をすることができる。他方で、養子は嫡出子としての身分を取得することから(809条)、強力な(?)法的効果を取得する。このような養子制度の法的構造から、わが国の養子制度は、同じ創設の身分行為である婚姻と比べて、先述の判例や裁判例からも分かるように、多様な用いられ方をしてきた(本判決も、まさにその一例である)<sup>28)</sup>、<sup>29)</sup>。

そこで、本判決をどう考えるか。本判決の立場に賛成である。そもそも、普通養子縁組に関わる民法の規定も、このような多様な利用のされた方を予定していたと思われる。民法の規定によれば、養親・養子ともに成年者であれば(養子は、15歳以上であれば)、養子が年長者や尊属でないかぎり、養子にすることができる(792条、793条、797条を参照)。

養子縁組の縁組意思をどう考えるか。養子制度の効果に向けられた意思であると解したい(法的定型意思説)。普通養子制度の多様な利用のされ方を(ひとまず)認めたくえて、90条で、その動機・目的をチェックして、適切でない養子縁組の効力を否定していく<sup>30)</sup>。実質的意思説・形式的意思説よりも、評価・判断の仕方が明確であり、時代・社会の多様な事情を総合的に考慮することができると考えられるからである。

多様な用いられ方をする普通養子制度の縁組意思と婚姻意思とでは、同じ身分行為意思と言っても、その内容は大きく異なる。個別のケースごとに身分行為意思を確認していくことが次の課題である<sup>31)</sup>。

(了)

<sup>1)</sup> 週刊税務通信3444号9頁、国税速報6448号5頁、朝倉洋子・税理60卷3号100頁、江本尚浩「判批」税理60卷5号2頁、木山泰嗣・国税速報6459号2頁、藤原真由美・税研JTRI33卷1号112頁、中野琢郎「判批」ひろば70卷4号50頁、山下純司「判批」法教441号123頁、佐藤英明「判批」ジュリ1507号11頁、松浦聖子「判批」法セ753号118頁、二宮周平「判批」家庭の法と裁判11号124頁、鈴木伸智「判批」新・判例解説Watch・民法(家族法)No.3. 117頁、村重慶一「判批」戸時766号72頁。

<sup>2)</sup> 金子宏『租税法〔第22版〕』(弘文堂、2017年)624頁以下、特に648-650頁を参照。詳しくは、江本「判批」税理60卷5号7頁以下。

<sup>3)</sup> 佐藤「判批」ジュリ1507号11頁は、「節税」と呼ぶことへの違和感を示しており、「租税回避

- 養子」と呼ぶべきである、とする。
- 4) 相続税法改正の経緯については、佐藤「判批」ジュリ1507号11・12頁を参照。
- 5) 婚姻意思を素材とした、身分行為意思論の整理については、拙稿「婚姻意思について—身分行為意思論 序説」北星論集（経）49巻2号42頁以下を参照。
- 6) 中川善之助・山島正男編『新版 注釈民法（24）』（有斐閣、1994年）334頁以下〔安部徹〕を参照。
- 7) 中川の主張は、中川善之助『身分法の総則的課題—身分権及び身分行為—』（岩波書店、1941年）全体、特に206頁以下を参照。
- 8) 中川善之助『新訂 親族法』（青林書院新社、1965年）424・425頁。
- 9) 中川『新訂 親族法』28-36頁を参照。
- 10) 谷口知平『日本親族法』（弘文堂書房、1935年）47頁以下。
- 11) 谷口知平『親子法の研究』（有斐閣、1956年）174-177頁を参照。
- 12) 中川高男「身分行為意思の一考察—縁組意思と民法第90条を中心として—」家月17巻2号1頁以下。
- 13) 中川「身分行為意思の一考察」家月17巻2号2頁。
- 14) 中川「身分行為意思の一考察」家月17巻2号14頁など。
- 15) 中川「身分行為意思の一考察」家月17巻2号5頁。
- 16) 中川・山島『新版 注釈民法（24）』343・344頁〔安部〕、窪田充実『家族法〔第3版〕』（有斐閣、2017年）239-242頁を参照。
- 17) 縁組意思の有無が問題になった判例・裁判例の網羅的な検討は、山島正男「養親子関係の成立および効力」（山島正男・太田武男『総合判例研究叢書 民法（15）』（有斐閣、1960年）98-138頁を参照。
- 18) 穂積重遠「判批」法協41巻5号194頁。
- 19) 中川善之助「判批」民商13巻5号141頁、穂積重遠「判批」法協59巻6号152頁
- 20) 西澤修「判批」別冊ジュリ40号138頁。
- 21) 前田正昭「判批」法時44巻14号183頁、高橋忠次郎「判批」専法14号119頁、四宮和夫「判批」法協90巻7号115頁、中川淳「判批」判タ274号78頁、西澤修「判批」民商66巻6号192頁、佐藤隆夫「判批」国学院11巻1号89頁、須永醇「判批」別冊ジュリ66号112頁、高橋「判批」別冊ジュリ99号90頁、野田宏「判解」最高裁判所判例解説民事篇昭和46年度号371頁、中川淳「判批」法セ207号113頁。
- 22) 中川高男「判批」民商106巻3号142頁、島田充子「判批」判タ790号126頁。
- 23) 村重慶一「判批」戸時488号52頁、澤田省三「判批」戸籍676号35頁、加藤高「判批」民商120巻1号179頁。
- 24) 杉田洋一「判解」曹時22巻2号188頁、前田陽一「判批」別冊ジュリ239号4頁。
- 25) 鈴木ハツヨ「判批」民商125巻1号120頁。
- 26) 本判決も、代諾養子縁組のケースである。
- 27) 未成年者養子縁組について家庭裁判所の許可を要することの理由は、「未成年者の福祉に合致しない養子縁組を防止しようとするところにあり、家庭裁判所としては縁組の動機、実親及び養親となるべき者の各家庭の状況等を十分検討したうえで、縁組が子の利益になるとの心証を得たうえで許可をなすべきである」ことにある、とされる。
- 28) 差し当たり、窪田『家族法』232-238頁を参照。日本における養子制度の歴史的考察については、玉城肇「養子制度の目的」（中川善之助教授還暦記念 家族法大系刊行委員会『家族法大系Ⅳ（親子）』（有斐閣、1960年）261頁以下、中川・山島『新版 注釈民法（24）』91-107頁以下〔山島正男〕を参照。
- 29) 大村敦志『新 基本民法 家族編』（有斐閣、2014年）163・164頁によれば、今日、同性カップルによる養子縁組の利用もみられる。大村は、「カップルとして暮らそうという意味と親子として暮らそうという意味とは両立しないので、縁組意思が欠ける」とするが、同性カップルが法的に保護されない現状から考えるに、縁組意思を認めても良いように思われる。
- 30) 公序良俗（90条）に著しく反する養子縁組以外は、なるべく有効と認めていくべきだと思われる。
- 31) 山島「養親子関係の成立および効力」99・100頁を参照。