

縁組意思について

柳 勝 司

- 一 序
- 二 裁判例・審判例
- 三 学説の検討
- 四 まとめ

一 序

当事者間に縁組をする意思がなく縁組が為された場合、縁組は無効となる（八〇二条一号）。すなわち、縁組が有効に成立するためには、当事者間に縁組をする意思がなければならぬ。こうしたことから、裁判例・審判例において、縁組の届出が為されているにも拘わらず、縁組をする意思がなかったとして、縁組が無効とされることがある。しかし、どのような縁組形態であるならば縁組意思があるとされるのかということについては、民法には規定はないこともあり、裁判例・審判例においては、縁組意思とはどのようなもので、どのような場合に縁組意思が

あるとされるかについて、明確であるとはいえない。民法の縁組の規定については、民法には、普通養子に關しては、成年に達しさえすれば養子をすることができ(七九二条)、尊属又は年長者でなければ養子とすることができる(七九三条)旨を規定するのみであり、養親と養子との関係形態が様々になることが予測可能であり、實際、養子制度は様々な目的のために多種多様に利用されているというのが現状である。そして、そのような現状において、様々に異なつた縁組形態に共通する縁組意思を見出すことは非常に困難であるということが出来る。学説においても、縁組意思について、いくつかの考え方が示されているが、裁判例・審判例におけると同様に、十分明解であるとはいえないように思われる。本稿においては、多少なりとも、縁組意思を明確にできるような試みをしてみたいと考える。

二 裁判例・審判例

学説について検討する前に、いままでの裁判例・審判例を取り上げ、その中で、縁組意思がどのように扱われているかを見ておくことにする。

縁組意思の有無が争われる裁判例・審判例は、次の三つの類型に分けることができる。(1)縁組から生じる民法上の効果を享受する意思はなく、縁組から派生的に生ずる他の法的効果を利用するために為された縁組、(2)縁組から生じる民法上の効果の一部のみを享受する意思のある縁組、(3)縁組の当事者間に縁組によって生じる親子関係とは相容れない背反する関係がある場合。まず、これらの場合について、裁判例・審判例をあげて検討することとする。なお、縁組の無効が問題となつた裁判例・審判例についての研究はすでにくつかなされている¹⁾。その意味で、

また裁判例・審判例を掲げるとは、屋上に屋を架すようなことになるようにも思える。しかし、個々の裁判例・審判例を右に述べたような観点から分類して見ることは、今まで為されている裁判例・審判例の研究とは異なつた、新たな意義が生まれると考える。

(1) 縁組から派生的に生ずる法的効果を利用するために為された縁組

縁組から生ずる民法上の効果としては、養子は養親の嫡出子となり、養子は養親の氏を称し、養親は養子に対して親権を有し、養子を養育する義務を負い、養親と養子とは互いに扶養義務を負い合い、そして、養親と養子とは互いに相続権を取得するなどであるが、縁組届出をした当事者が、これらの民法上の法的効果を享受する意思はなく、縁組から派生的に生ずる他の法的効果を利用する意図しかない場合がある。このような場合は、縁組から派生的に生ずる効果を利用する目的が達成されさえすれば、離縁などによる縁組の解消が、当事者間において、予定されていることが多い。今までの裁判例の中で、このような場合に該当する主な例としては次のようなものがある。

1 最高裁昭和三年二月三日判決(民集二卷一四号四九二頁)

Xは、法定の推定家督相続人である養女Dが他家に嫁ぐことができるようになるために、一時の方便として形式だけYと縁組をした。縁組当時、Xは五〇歳、Yは四二歳で、Yには内縁の妻子がいた。縁組の届出は、仲介者が行い、XとYとは会うこともなく、一緒に暮らすというようなこともなかった。縁組の無効を求めるXは、養女Dの正式婚姻完了後直ちに離縁するという条件で縁組をしたと主張し、これに対し、Yは、仮に他日離縁する内約のもとに為された縁組であつたとしても、縁組の当事者双方が縁組の届出を為す意思を以て任意に届出をしたのであるから、届出自体には何らの瑕疵もなく、縁組は有効に成立したと主張する。判決は、次のように述べ、縁組は無効であるとした。

「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。……真に養親子関係の設定を欲する効果意思がない場合においては、養子縁組は旧民法第八五一条第一号（新民法第八〇二条第一号）によって無効である。そして、この無効は絶対的なものであるから……九三条但書を適用する必要もな……い。」^②

1 — 東京高裁昭和三二年六月五日判決（判タ七二号六九頁）^③

内縁関係にあったX男（控訴人）とA女との間に、Y₁（被控訴人）が出生し、Xは認知をした。その後、Y₂男（被控訴人）と同棲するようになったA女は、X男に対して内縁解消の家事調停を申立てるとともに、Xの許で養育されているY₁の親権者指定の家事調停を申し立てた。そして、親権者指定の家事調停の進行中に、AはY₂男との婚姻届出をするともに、Y₁とY₂男との間で養子縁組届出をした。

「本件養子縁組が、時あたかも控訴人との間の親権者指定審判事件の進行中なされた点とを思い合わすときは、本件養子縁組は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、単にAが右審判事件を自己に有利に展開せんがために形式上その届出をなしたにすぎないものであることを推認せざるをえない。」

1 — 岡山地裁昭和三五年三月七日判決（判時二二三号二四頁）^④

Yは、進学率のよい高校に転校するために、その高校の学区に住んでいる親戚Aと養子縁組をした。YとAとは、縁組後、生活を共にするなどのつき合いはなかった。Aが死亡したとき、Yが相続権を主張したので、Aの実子Xらは、縁組無効確認の訴えを起こした。

判決は、AとYとは真実縁組をする意思はなく、単に戸籍上だけで形式的に養親子であることを作出するために為されたものであるとして、縁組は無効であるとした。

1 — 東京地裁昭和三九年九月二二日判決^⑤（判時三九三号四一頁）

XはB（実父）とD（実母）との間に生まれてまもなく、Bにより庶子出生届が提出され、Bの戸籍に入ったが、養育はDの許において為された。ところが、入籍の後、まもなく、Xは、Bとその妻Cが代諾者となりYら夫婦の養子とされた。Xは、出生からおよそ三四年経た後、縁組無効確認を求めて訴えを提起した。判決は、次のように述べて、縁組の無効を確認した。

「XとY及びその夫との間の養子縁組は、元来Xの嫡母Cが、B家の戸籍に庶子である原告Xの入籍されていることを嫌い、戸籍面上原告Xを除外する方法として養子縁組を選んだものであり、真に原告Xと被告Yらと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、Y及びYの夫もまた、Xの籍をCから預かる趣旨で養子縁組をなしたに過ぎず、原告を養育監護する意思もなければ、Xを相続人たらしめる意思もなかったものと認めるのが相当でありこれも事実上も法律上も真に原告Xとの間に親子関係を持つ意思はなかったものと認めるのが相当である。」

1 — 東京高裁昭和五五年五月八日判決^⑥（判時九六七号六九頁）

X（本訴原告・反诉被告・被控訴人）の亡母Aは、亡B・C夫婦間の養子であり、Y（本訴被告・反訴原告・控訴人）の夫DはB・C間の唯一の実子である。Xは、Dの死亡による遺産相続に関して、Aを代襲相続をしたと主張した。これに対して、Yは、本件養子縁組はAの婚姻に際しての家族調整のため仮装されたもので縁組意思を欠き無効であると主張した。判決は、縁組当事者の年齢（B三五歳、C二八歳、A二二歳）、生活状態（Aは嫁入支度をして三時間位養家にいたただけで、養父母と養子は同居生活したことはない）、縁組のなされた時期（大正八年三月六日に養子縁組の届出がなされ、同年四月八日に婚姻届出がなされた）、Aの実家・婚家の関係（Aは婚前かなりの期間にわたって婚家に行儀見習として住み込んでいた）などの考慮から、次のように判決をした。

「本件養子縁組は縁組当事者の年齢、生活状態、縁組のなされた時期、養子の生家、養家及び婚家の各状況及び相互間の関係からみて、養親子間に実体的な親子関係を形成するというものではなく、婚姻にあたり実家である〇〇家と婚家である〇〇家との家格を調整し、合わせて、養家と婚家との結びつきを維持することの便法として名目上仮託されたものにすぎなかったものであることが推認される。……そうすると、本件養親子関係を設定する意思がなかったと認められるのを相当とするから、その効果を生ずるに由ないものといふべきである。」

1 — 浦和家裁熊谷支部平成九年五月七日審判（家月四九卷一〇号九七頁）

実父母の代諾により、父方の祖父母の養子となった者X（申立人）が、養父死亡後、「祭祀を祭る後継者がいる為養父の籍から実父母の籍に戻りたい」として、離縁の許可を求めた。なお、Xは、縁組の前後を通じて変わりなく、実父母の許で養育されている。これに対して、裁判所は、次のような判断を示した。

「当裁判所は、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、亡養父と申立人との間に、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ものであって、本件離縁の申立てはその対象を欠くものとして、不適法と判断せざるを得ない（申立人があくまでも亡養親との戸籍上の養親子関係の記録を抹消させたいと考えるのであれば、検察官を被告として養子縁組無効確認の訴えを提起して、その勝訴判決を得る方法で戸籍上の身分関係の是正を図るほかないものと思料される。）ものである。」この審判は、異議の申立がなされることなく確定した。

（まとめ）

縁組届出をした当事者に、縁組から生じる民法上の効果を受取る意思はなく、縁組から派生的に生ずる他の法的効果（1 — 法定の推定家督相続人をその推定から外し、他家に嫁ぐことが可能となるため。1 — 親権者指定

審判事件を自己に有利に進行させるため。1 — 進学に有利な学校に転校するため。1 — 庶子を戸籍から抜くため。1 — 婚姻のために家の格を上げるため。1 — 相続税の負担の軽減を図るため。）を利用するために縁組がなされた場合には、裁判所は、ことごとく、縁組意思なく、縁組は無効であるとしているといえる。

（2） 縁組から生ずる民法上の効果の一部のみを受取る意思のある縁組

縁組の当事者が、縁組から生ずる民法上の効果の一部のみを受取る意思を有する場合がある。例えば、養親は養子を養育することはないが、養子に相続権は取得させるといような場合である。このような場合は、縁組は有効となるか。今までの裁判例の中で、このような場合に該当する例としては次のようなものがある。

2 — 最高裁昭和三八年二月二〇日判決（家月一六卷四号一一七頁）

AにはB（長男）とX（次男）の二人の息子がいたが、AはBの子 Y_1 ・ Y_2 を養子にした。AはB家族と同居していたこともあって、 Y_1 ・ Y_2 の養育はB夫婦がしていた。Xは、長男の子二人（孫）を亡父（祖父）が養子としたのは次男の相続分を減少させるためのものであり、養子縁組はもっぱら財産相続を目的とするもので、このような養子縁組は習俗的観念における親子関係創設の意思を欠くものであって、「真に縁組みをする意思」は存在しないと、縁組の有効性を争った。最高裁は次のように判決している。

「本件養子縁組において、被上告人らの祖父と被上告人らとの間に親子としての精神的なつながりをつくる意思を認めることができ、したがって、本件養子縁組が遺産に対する上告人の相続分を排して孫の被上告人らにこれを取得せしめる意思が被上告人らの祖父にあると同時に、被上告人らの祖父と被上告人らとの間に真実親子関係を成立せしめる意思も亦十分にあったとする原審判決の判断は、これを是認しうるものである。」

2 — 大阪高裁昭和五九年三月三〇日決定（判タ五二八号二八七頁）

子のなかつたAは、自分の死後遺産が $X_1 \cdot X_2$ （兄弟姉妹）に分割されるよりも、婦人服販売の営業と資産とが一括して承継されることを望み、そのために甥Yを養子に迎えてこれを相続させたいと考え、病状の悪化により死亡する約一ヶ月前に、縁組をした。Aの生前にはこの養子縁組を知らされていなかったXらは、縁組の無効を主張した。裁判所は、次のように述べて、縁組は有効であると見た。

「Aが本件養子縁組をした主な目的が、自分の資産と営業とを養子に一括して相続させることにあったことは、……認定の通りである。しかし、相続も養親子関係の一つの効果であるから、それを受けることを主たる目的としたこと自体によって、養子縁組が無効となるものではない。」

2― 東京高裁判平成三年四月二六日決定（家月四三卷九号二〇頁）

本人は実父母の代諾により祖母の養子となつたが、その後、養親である祖母が死亡したので、本人の実母が後見人選任の申立をした。しかし、原審判は、亡養親と本人との間の養子縁組は、専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もので、両者の間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が無かつたので、その養子縁組は無効であるとして、後見人選任申立を却下した。そこで、申立人は、「本件養子縁組は相続税減税も目的の一つであることは否定しないものの、それが唯一の目的ではなく、事件本人の生家は日々酒類販売を家業としてきており、将来家業を引き継ぐであろう事件本人に対し、亡祖母は特別の愛情を感じており、自己の財産の一部でも事件本人に直接相続させたいという希望があつたため、本件養子縁組がなされたものである。」と述べて、即時抗告をした。裁判所は、次のように述べて、原審判を取り消し、後見人選任申立を認容した。「相続税軽減を目的として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。記録によつても本件養子縁組が養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。」

2― 東京高裁判平成一一年九月三〇日決定（判例時報一七〇三号一四〇頁）

実父母の代諾により未成年者とその祖父との間で養子縁組がなされた後養父が死亡したので、実父が後見人選任申立をしたところ、審判は、その養子縁組は相続税を軽減させる便法としてなされたもので無効であるとした（千葉家裁判平成一一年七月二八日審判）。これに対して、申立人は、「本件養子縁組は養父の財産を直接孫である本人らに相続させようとの意図でなされたもので、本人らの利益のためになされたものである。」と述べ、抗告をした。

すると、抗告裁判所は、「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し、本件記録によつても、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ひ難く、本件各養子縁組をもつて当然無効ということはできない。」として、原審判を取り消し、後見人選任申立を容認した。

2― 東京家裁判昭和四一年七月二九日審判（家月一九卷二九号九六頁）

B（実母）は非嫡出子であるZ（本人）を監護養育しているが、Zが将来不利益を受けることがあることを懸念して、Bの実兄夫婦（ $X_1 \cdot X_2$ ）に、養子として入籍させて欲しいと要請し、それを受けて、 $X_1 \cdot X_2$ は、Zを養子とすることの許可を求めて審判を申し立てた。審判は、次のように述べて、申立を却下した。

「かかる養子縁組は当事者間に縁組届出の意思はあるが、真に養親子関係を設定せんとする縁組意思があるものとは認めがたいのみならず、仮に本件養子縁組がなされても……、事件本人は引き続き実母の許にあり、申立人らは親権者として、事件本人を監護養育する意思がないのであるから、事件本人に真に利益をもたらすものでなく、しかも親権を行使するにふさわしい実母から親権を奪い、親権を行使する意思のない申立人らに親権を委ねることになることは事件本人の監護養育のため適切でない。したがつてかかる養子縁組の許可を求める本件申立は相当でない……。」

2― 東京地裁判大正一一年二月七日判決（法律新聞一九八七号一八頁）

XはYと離縁するに際し、以後Yの氏を称することができないことから生ずる営業上の不便を解消するために、Yとの間で、YがXの内縁の妻Zと養子縁組をすること約束し（Xは、ZがYの養子となった後に、Zと婚姻をしYの氏を得よと考えていた）、もしその約束を実行しない場合には五〇〇円を支払うという約束をしたが、Yがその約束を実行しなかつたので、Xは、違約金の支払いを請求した。

「本件当事者間ノ養子縁組ノ予約ハ……仮装ノ養子縁組ヲ為スベキ趣旨ニシテ当事者孰レモ之ニヨリ親子関係ヲ生ゼシムベキ意思ナカリシモノナレバ其ノ無効ノモノナルコト勿論ナル」とした。
(まとめ)

以上の裁判例の事案は、縁組の当事者が、縁組から生ずる民法上の効果の一部しか享受しない意思を有する場合である。2― から2― までの裁判例は、いずれも、縁組関係から生じる相続権を享受させる事案であるが、縁組意思があるとされ、縁組は有効に成立しているとされている。しかし、2― は、縁組から生ずる民法上の効果の一部である嫡出性を付与することを目的として縁組許可の申立がなされた事案であるが、縁組意思の存在は認めがたいとした。また、2― は、養親の氏を受け継ぐために行われる養子縁組の予約は、「仮装ノ養子縁組ヲ為スベキ趣旨ニシテ当事者孰レモ之ニヨリ親子関係ヲ生ゼシムベキ意思ナカリシモノ」であるとした。

今までの、裁判例・審判例による限り、民法上の効果の一部である相続を認める意思が在る場合に、縁組意思があるとされていることになる。

(3) 養親子関係の本質と矛盾背反する関係を有する縁組

相続や養育などの縁組から生ずる効果を受取る意思はあるのであるが、他方で、養親子関係の本質と矛盾背反する関係の存在が認められる場合がある。このような場合は、縁組は有効となるのであろうか。

このような縁組が有効か無効か否かで問題となったのは比較的古い裁判例においてである。一つは、芸妓稼業をさせる子女を養子とするという例である。この縁組の場合、養親となる者が養子となる子女を養育するという親子間においても見られる関係はあるのであるが、他方で、養親は養子となる子女に芸妓稼業をさせ、貸金の返済があるまで子女を拘束するという、親子間には普通には見られない関係もある。他の一つは、情交関係にある者を養子とするという例である。養子となる者に相続権が付与されるといふことは親子間において見られる関係であるが、情交関係は親子間には存在しない関係であり、親子関係と背反する関係である。

(1) 芸妓養子

3―1― 大審院大正一一年九月二日判決（民集一卷四四八頁）

「X（実父）ハ、Y₁（養親）ヨリ金百円ヲ借受ケ、Y₂（養子・Xの五女）ヲシテ大正六年三月中ヨリ向フ八年間Y₁方ニ於テ芸妓見習稽古及芸妓稼業ニ従事セシメ、芸妓稼業ニ因ル收得金ヲ以テ右債務ノ弁済ニ充ツヘキコトヲ約束シ右期間其ノ約旨ノ履行ヲ確保スル方法トシテY₂ヲY₁ノ養子トシテ縁組ノ届出ヲナスコトトシ、たという事実関係において、次のように判決をしている。

「女子ヲシテ芸妓稼業ヲナサシムル場合ニ於テハ、或ハ当事者間ニ眞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コトアリ、或ハ芸妓稼業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眞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ト雖モ其後者ニ属スル養子縁組ハ無効」であり、判決は、この事案については、縁組は無効であるとした。

(まとめ)

芸妓養子については、過去においては有効か無効かについて争われた裁判例⁸⁾が多くあるが、今ではあまり見られ

ない養子形態であるので、一件の大審院の判例だけを示すことにした。この3—1—大審院判決は、養子となる子女に芸妓稼業をさせることが、縁組の縁由にすぎないか、縁組の要素となるかによって、縁組の有効・無効を決しようとしており、事案においては、芸妓稼業をさせることが縁組の要素となつてゐるとしたが、事実関係をみると、養子となる子女は、八年の間養親のもとで芸妓見習稽古に従事し、その間の芸妓稼業によって得る取得金を借金と併せて充てるといふ、親子関係には通常は見られない関係のあることがわかる。

(2) 情交関係のある者との養子縁組

情交関係のある者との間で縁組がなされる場合がある。

3—2—大判昭和七年二月二二日(新聞三三七七号一四頁、法学一卷六号一〇六頁、評論二二民法二六一)

「然レトモ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力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。養親力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ヲ以テ原審力被告人ト養親トノ間ニ情交関係ノ存在ヲ認定シナカラ縁組ヲ無効ニ非スト判示シタルハ素ヨリ正当」であるとする。

3—2—大阪地判昭和三〇年三月一六日(下級民集六卷三号四八四頁、判時五七号一八頁)

YはAの事務所で使用人として働き、Aが眼病を患つてからは、Yの身のまわりの世話もするなどしていた。Aは、家庭的にも恵まれていない環境にあるYの行く末を案じて、Yを養子とした。養父(A)の死亡後、養母(Aの妻)及び養父の先妻の子が、縁組の無効を主張した。

判決は、「本件養子縁組当時亡養父と被告との間にいわゆる妾関係のあつたことが認められる本件縁組後も情交関係のあつたことが窺われないではないが前段認定のとおり亡養父及び原告(養母)並びに被告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……」とした。

3—2—最判昭和四六年一〇月二二日(民集二五卷七号九八五頁)

「亡養父が……本件縁組の届出をした当時は、すでにかなりの高齢に達していたばかりでなく、病を得て、建築請負業をもやめ、療養中であつたものであり、Yに永年世話になつたことへの謝意をもこめて、Yを養子とすることにより、自己の財産を相続させあわせて死後の供養を託する意思をもつて、本件縁組の届出に及んだものであること。なお、縁組前に亡養父とYとの間にあつたと推認される情交関係は、偶発的に生じたものによつて、人目をばかつた秘密の交渉の程度を出なかつたものであつて、事実上の夫婦然たる生活関係を形成したものでなかつた。かかる事実関係のもとにおいては、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ぬ、とした原審の判決の認定・判断は正当である。」と判決している。

(まとめ)

3—2—及び3—2—の裁判例は、縁組時及び縁組後においても情交関係があつたにも拘わらず、縁組意思はあるとした。しかし、3—2—の裁判例は、「縁組前に亡養父とYとの間にあつたと推認される情交関係は、偶発的に生じたものによつて、人目をばかつた秘密の交渉の程度を出なかつたものであつて、事実上の夫婦然たる生活関係を形成したものでなかつた。」という事実関係のもとにおいて、即ち、縁組後においては、縁組関係とは相反する関係は存在しないという事実関係のもとにおいて、養子縁組の意思は存在するとした。3—2—の判決は、もし縁組後においても情交関係があり夫婦然とした生活関係があれば縁組意思は存在しないと扱われることになるということの意味しているようにも読める。もしそうであるならば、実質的な意味で、判例変更があつたように解することができる。

(注)

- (1) 山崎正男・総合判例研究叢書民法(二五)九八頁以下、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」七七頁、大島泰代「身分行為の意思——仮装虚偽の身分行為を中心として——」家裁月報二〇〇三年三月一頁など。
- (2) 効果意思を欠く縁組は旧民法八五一条(新民法八〇二条一号)によって絶対的に無効であり、民法九三条但書の適用によって無効となるのではないことは、判例・通説において既に確定した理論として承認されている(西沢修「縁組の無効と民法九三条但書」家族法判例百選一〇四頁)。
- (3) 1—と同様の事例として、名古屋地裁昭和六〇年八月二六日判決(判時一一八一号一一七頁)がある。X女はA男と婚姻し、Y₁を出産したが、その後、離婚をした。Y₁の親権者となったA男は、X女がY₁と面接することを認めなかったため、X女は、親権者変更の審判を申し立てるとともに、A男はY₁の真実の父親でないとしてA男・Y₁間の親子関係存否の鑑定を申請した。しかし、そのような申請がなされている頃、Y₁を養子、Y₂・Y₃を養親とする縁組届出がなされたため、親権者変更の審判は却下された。そこで、X女は、右養子縁組の無効確認を求めた。判決は、次のように述べ、無効を確認した。「本件養子縁組の当事者間には、もともと縁組をなすべき理由も必要もなかったものであり、このことを(縁組がなされた)経緯に照らすと、右縁組は、前記親権者変更の審判手続を本案の判断に至る前に終了させ、かつ、原告を被告Y₁に面接させないようするという目的を達するための便法となされたものであることは明らかであって、真に養親子関係の設定を欲する意思なくしてなされたものであるから、その効力を生ずるに由のないものである。」
- (4) なお、札幌家審判昭和三八年二月二日(家月一六卷五号一六三頁)は、学区養子の縁組許可申請を却下している。
- (5) 同様な例として、大阪高判昭和三九年五月二日(判時三七九号三七頁)がある。夫と死別した嫁とその子らの籍を嫁ぎ先の家から抜くために、嫁とその子らを他家に養子に出すとともに、嫁とその子らは実家に引き取られた。判決は、本件養子縁組は、縁組届出自体については当事者間に意思の合致があったとしても、それは単に嫁とその子ら嫁の実家に引き取らせるための便法として名目上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として、無効であると判示した。

- (6) すでに同趣旨の大審院判決がある。X女が訴外Aと婚姻するにつき、X女の家柄に関する支障が生じたため、訴外BC夫婦に依頼して結婚式に仮親として出席してもらい、さらに約一年後、BC夫婦との縁組届出をなし、その約半年後にAとの婚姻届出を出したという事案において、大審院昭和十五年二月六日判決民集一九卷三三三二一八二頁は、本件養子縁組は、婚姻に際し仮親となり、形式上婚家に對し実家を家格あらしめんとする手段であるに止まり、「真ニ養親子関係ヲ生ゼシムル意思」があるとはいえず、養子縁組の効力は生じないとした。同じような事案として、高松高判昭和三〇年四月五日判決下民集六卷四号六四〇頁は、父親が破産していることから縁談がまとまらなかったYは、A・X夫婦と養子縁組をしたが、Aの死後、Yが相続権を主張したためか不明であるが、Xが養子縁組無効確認を請求したという事案において、縁組は、Y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であるとして無効を判示した。
- (7) 同様な事例として、東京高判平成二二年七月一四日決定(判例時報一七三二号一一頁)がある。
- (8) 山崎正男・前掲・一一〇頁以下参照

三 学説の検討

以上の裁判例が存在することを念頭におきつつ、どのような場合に、どのような基準で縁組意思が存在しないとして無効となるのかについて、学説を検討することにする。

(1) 実体的意思説

判例・通説は、縁組意思には、養子としての実体的な関係を創設しようとする意思、即ち、実体的意思と、養子縁組の届出をする意思、即ち、形式的意思との双方とが含まれ、そのいずれを欠いても縁組は無効であるとしてい

る。これは、実体的意思説と呼ばれている。

(1) 最高裁判決の説

最高裁は、縁組が有効に成立するためには、縁組届に、「真に養親子関係の設定を欲する効果意思」(1) 最高裁昭和二十三年一月二三日判決民集二巻一四号四九三頁)とが、「(養親子間に)親子としての精神的なつながりをつくる意思・真実養親子関係を成立せしめる意思」(2) 最高裁昭和三十八年二月二〇日判決家裁月報一六巻四号二二九頁)といった実体的に養親子関係を創設しようとする意思が伴わなければならない、このような実体的意思が欠ける場合には、養子縁組の届けが為されていても、縁組は無効であるとする。このような説は、大審院時代から、判例において、受け継がれているものである^①。

判例に示されている見解は、一般的な表現であり、具体性が欠けるので、当然のことながら、以前から、「真に養親子関係の設定を欲する効果意思」といったものが、具体的にはいかなるものであるかは、極めてあいまいである^②とか、判例は縁組意思の具体的内容を判断する明確な基準を打ち出していない^③という批判がなされてきている。そして、判決は具体的内容については、何ら触れるところがなく、むしろ、縁組の成立を認めてよいと思われるときは「縁組の意思」ありとし、縁組の成立を認めてならないと思われるときは「縁組の意思」なしとしている^④とみられるとも評されている。

(2) 社会習俗上の縁組意思説

通説といわれている学説は、縁組が成立するためには、縁組意思の合致があることが必要であり、縁組意思とは「習俗の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」でなければならない^⑤としており、単に縁組届を出す意思だけでは縁組意思があるとはいえず、実体的縁組意思の存在が必要である^⑥とすることに^⑦おり、最高裁などの判例と同じ立場である。この説は、「縁組関係には目から一定の型がある。合理的な限定がある。

その型に従った関係を創設せんとする意思のみが『縁組意思』である。」^⑧としている。

しかし、このような説明に対しても、批判がなされている。すなわち、養子縁組においては、実親子関係の現実の様相が一律でないのに対応して、社会的存在として擬制的親子関係は更に多様でありうる^⑨のであり、そこに定型性を見出すことは困難であって、未成年を養子とする場合であるならば、監護養育という定型性を見出すことができる^⑩としても、現行法は、年長者の養子を禁じるのみで、成年縁組も許されているので、すべての縁組に共通する公約数的縁組の実質を想定することは不可能である^⑪とされている。そして、社会習俗とか社会観念といった概念は無内容である^⑫とも言われている。

(3) 審判例からの検討

最近の裁判例には、孫を養子とした事案において、親子関係を創設するという実体的意思があるか否かをめぐって争われた例がある。この例を取り上げ、養親子関係を創設する意思の存否についての不明確さを具体的に示すことにする。

それは、2 東京高裁平成三年四月二六日決定家裁月報四三巻九号二〇頁及び2 東京高裁平成一年九月三〇日決定判時一七〇三号一四〇頁^⑬の事案である。

二つの事案は孫を祖父の養子とするもので、いずれにおいても、養子縁組の後も養子は実父母のもとで生活をしており、養子の実生活上には何の変化もなく、ただ、戸籍上において祖父の養子となっているのみである。この状態について、審判官は、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、亡養父母と申立人との間に、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いとした。学説^⑭においても、事案では養子縁組をした後も養子となった者には、物理的生活においても、精神的な生活においても何らの変化もないであろう^⑮し、もし、そのようであれば、「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」は存在しないという判断が可能であると指摘する説もある。しかし、抗告審では、養親子関係を設定する効果意思が無いとは言えないとした。だが、その理由は全く示されていない。

このように、同一の事実関係において、原審判では、養子縁組が養子関係を設定する効果意思は無いとされ、抗告審では、養子縁組が養子関係を設定する効果意思を欠くものではないとされた。判断は正反対である。裁判官の個人的主観によって判断がなされているかのようである。

(2) 形式主義説(表示主義説・形式的意思説)

判例・通説のいう実体的縁組意思の内容は、曖昧で漠然としているものであり、その漠然さから、実体的縁組意思の存在を認めようと思えば、ほとんどの場合に認められるかのような印象が与えられとして、学説からは、「縁組の意思」は、「何等実体的生活事実を伴うことを要せず、全く観念的に存在しうるものであるから、その存否の判定は甚だ困難であり、当事者の意思に基づく届出があれば、その届出に相応するは存在したものと推定するの他なく、その結果は、いわゆる表示主義に極めて接近してくるのであり、意思主義を採用し実体関係を重視する理由は、殊に成年養子においては、極めて乏しくなる。」¹⁴⁾と評されることになる。また、婚姻と異なり、身分的共同生活事実の伴うことが不可欠の要素となっていない養子縁組の場合には届出をする意思を縁組意思とせざるをえないという説¹⁵⁾、成年養子の縁組意思は届出意思を指し実質意思を意味しないと解することが適当であるとする説¹⁷⁾、なども示されている。そこで、次に、指摘された表示主義説(形式主義説・形式的意思説)について見ることにする。

形式主義説は、婚姻、養子縁組などの創設的身分行為における行為意思の内容については、要式行為である法律上の身分行為をする意思、すなわち、届出をする意思で足りると考えるのである。¹⁶⁾この説においては、縁組届出をする意思があれば縁組意思はあるとするので、実体的縁組意思説に比べると、縁組意思の内容はより明確であるとは一応いうことができる。

ところで、実体的縁組意思が無いにも拘わらず縁組届出をした当事者は、判例・通説によれば、その後、縁組無効の請求をすることができる。当事者双方が養子縁組の無効で合意が成立するのであれば、家事審判法二三条の審判によって無効が確定し、また、縁組無効の合意が完全に成立しなくとも、当事者双方のため衡平に考慮し、一切の事情を見て、審判官は、家事審判法二四条により、職権で、当事者双方の申立の趣旨に反しない限度で縁組無効の審判¹⁸⁾をすることができる。当事者の一方が無効を争う場合には、他方当事者は、縁組無効の確認を求めて訴訟を提起することになる。

これに対して、形式主義説に立つと、当事者が縁組届であることを知りつつ署名捺印して、縁組届として届けをする、そこには縁組意思があったと解されるので、縁組は有効となる。そのため、当事者が縁組の解消を望む場合には離婚をすることになる。両当事者が離婚を望めば協議離婚が可能となる。しかし、当事者の一方が離婚に応じない場合は、他方当事者は、裁判によって離婚を請求することになる。養親子間に、虐待や重大な侮辱があったり、情交関係があったりすれば離婚はできることになるであろう。しかし、「一 裁判例・審判例(1)」で取り上げた縁組のように、養親子が同居することがなく、互いに会うこともない縁組においては、離婚理由を見出すことは困難であろう。また、形式主義説によれば、縁組は有効に成立していることから、無効の主張はできないことになり、縁組届出に応じた本人はもちろん、第三者も縁組を解消させる術を有しないことになる。従って、縁組届が為された後に当事者の一方が死亡したとき、縁組の有効を前提として他方生存当事者が相続人となることについて、第三者が縁組無効を主張することもできないことになる。²⁰⁾

おもに、縁組関係からの離脱できる可能性を、形式主義説のように狭く解することは疑問である。縁組の実体

のない仮装の養子であれば、縁組届出をする意思をもって届出がなされているとしても、無効として届出の抹消を認めなければならないように思われる。特に、縁組から派生的に生ずる民法外の法的効果を利用したいという依頼を受けて、養子縁組の届出に（多くは養親として）応じた者は、その派生的に生ずる効果が達成されたときには、離縁などにより縁組を解消するつもりでいるはずである。それにも拘わらず、届出意思があれば縁組意思があるとされ、縁組は有効となり、相続権までも与えられることになることとすれば、縁組届出の依頼を受け入れて一時的に縁組届出に応じた者にとっては、「ひさしを貸して母屋を取られる」ような結果となるであろう。⁽²³⁾

(3) 定型効果意思説

形式主義説を取ることができないとすれば、再び、判例・通説の考え方に戻らなければならないことになる。そして、判例・学説の実体的縁組意思の具体化を図らなければならない。

(1) 定型効果意思説の内容

最高裁の判例及び通説のいう実体的な縁組意思に、具体的な内容を与え、縁組意思の決定に画然性を見い出そうとする説があるので、この説を見ることにする。この説は、縁組意思とは、「民法上の養親子間の定型に向けられた効果意思」のことであるととして、次のように述べている。「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……を排除しない意思が、ここにいわゆる縁組意思と解することになる。すなわち身分行為意思の内容をここに端的に「民法上の定型に向けられた効果意思」であると定義づけることができる。しかし、この意思は民法上の養親子関係のすべてについて認識あることを要せず、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なければならぬ⁽²⁴⁾。そして、「判例が一律に縁組意思なきものとして無効とした縁組の諸事例も、それが無効となるのは、当事者にかかる民法上の効果を事実として欲する法律上の効果意思を欠如する場合……」

として無効となるのであり、かかる意思があるときは縁組は総則九〇条の公序良俗違反の有無、同九一条の強行法規違反の有無によって規定されることになる。⁽²⁵⁾

この説は、内容において、二つに分けられる。一つは、縁組意思とは、「民法上の養親子間の定型に向けられた効果意思」のことであるとして、養子縁組が有効とされるための実質的意思説を具体的・画然的に把握しようとしている。二つは、「民法上の養親子間の定型に向けられた効果意思」在りとされる縁組に、九〇条の公序良俗規定を適用する。

(2) 養親子関係を成立せしめる意思の具体化

定型効果意思説によると、縁組に関して民法上において生ずる効果としては、養親は養子に対して親権を有し、養子を養育する義務を負い、また、養親と養子は互いに扶養する義務を負い合い、また、養親と養子は互いに相続権を取得し、そして、養子は養親の氏を称するなどがあるが、縁組の当事者が、これらの効果の一部を意図しているならば、縁組意思は存在することになる。⁽²⁶⁾そして、これらの民法上において認められる縁組の効果のいずれをも生じさせる意思がない場合には、縁組は、その届出がなされていたとしても、無効である。

このことを、最近の裁判例や審判例を用いて検討をする。2― 前掲東京高裁平成三年四月二六日決定、及び、2― 前掲東京高裁平成二年九月三〇日決定、及び、東京高裁平成二年七月一四日決定判時一七三一号一頁は、実父母の代諾により孫と祖父母との間で縁組がなされ、その後、祖父母の死亡後も縁組関係を維持し、祖父母の財産の一部を孫に直接相続させたいという意思があったという事案において、養親子関係を設定する効果意思を欠くものであると言い難いとした。しかし、1― 浦和家裁熊谷支部平成九年五月七日審判家月四九卷一〇号九七頁は、実父母の代諾により、父方の祖父母の養子となった者（申立人）が、養父死亡後、「祭祀を祭る後継者がいる為養父の籍から実父母の籍に戻」りたいとして、離縁の許可を求めたのに対して、「当裁判所は、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、亡養父と申立人との間に、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」とした。そして、1―の審判は、異議の申立がなされることなく確定した。

養親子関係から生ずる民法上の効果を発生を当事者が欲している場合に、縁組意思があるとする説によれば、2―及び2―、及び、東京高裁平成二二年七月一四日決定の事案においては、養子縁組から生ずる民法上の効果である相続を当事者が欲しているので、当事者には縁組を創設する意思があるとされ、縁組は有効に成立しているということになる。これに対して、祖父の死亡後、相続税負担軽減の目的を達したためか、縁組関係から離脱しようとしていた1―の事案の申立人は、審判を受け入れ抗告はしなかった。これは、1―の事案においては、当事者間に相続などの民法上の縁組の効果を生じさせる意思はなかったために、縁組を創設する意思はなかったゆえに、縁組は無効ということになった解することができる。

(3) 九〇条の適用

定型効果意思説は、「民法上の養親子間の定型に向けられた効果意思」があると認められる縁組に九〇条を適用して、公序良俗に違反しないかの法的判断を行う。定型効果説において、公序良俗違反が問題となるのは、芸妓養子と情交関係のある者との養子縁組である。

芸妓養子

芸妓養子というのは、多くは、前借金弁済担保のため芸妓稼業に従事させる女子を養子とする場合である。この場合でも、養親に養子を養育・教育をする意思があれば、定型効果意思説によると、縁組は有効である。

判決例を取り上げる。3―1― 大審院大正一一年九月二日判決によると、芸妓営業をさせることが縁組となっ

て縁組が為され、成立した縁組に「真ニ縁組ヲ為スノ意思ヲ有」する場合もあり、芸妓稼業をさせることが要素となつて養子縁組届出がなされ、「真ニ縁組ヲ為スノ意思ヲ有」しない場合もあり、事案は、後の場合であるとした。判決においては、要は、「真ニ縁組ヲ為スノ意思」の有無によつて、有効無効が判断されることになる。

定型効果意思説の立場は、縁由が要素かによつて縁組の有効・無効を断定しようとしたこの判例の理論について、「縁由」も「要素」となりつるのであるから概念上の明確さを欠くとして批判をしている。そして、定型効果意思説は、民法上の養親子関係の定型に向けられた「意思なく人身売買仮装のためにのみ縁組届をしたのであればもとより判例のいうように民法八〇二条の縁組意思の欠如となつて無効である。しかし、判例の事実関係ではかかる民法上の縁組意思の存否は十分明確でなく、かえつてかかる「意思」は存在する場合もある。かかる意思ある場合は届出に対応する縁組意思があるのであつて、それは縁組意思の欠如とはならない。しかし、その縁組が人身売買の実体を有し、養女を醜業に就かせるものであれば民法九〇条の良俗違反の縁組として無効となる。すなわち縁組は成立するが、民法上無効となるのである。」²⁷⁾としている。

3―1― 大審院大正一一年九月二日判決においては、どのような場合には、芸妓稼業をさせることが縁由にとどまり縁組意思があるとされ、どのような場合には、芸妓稼業をさせることが要素となり縁組意思の存在が否定されることになるのかという基準を明確に示すことができるかが最大の問題である。これに対して、定型的意思説は、事案においては養親が養子を養育するという面があるとして縁組意思の存在を認め、その上で、その縁組が人身売買の実体を有し、養女を醜業に就かせるものであり民法九〇条の良俗違反となるものであるかどうかについて判断をするとしている。しかし、どのような場合に、縁組が人身売買の実体を有して、養女を醜業に就かせることになるのかは不明確である。そこで、このことから、定型的效果意思説は、縁組が無効とされる範囲について、具体性・画然性を失つているといえる。結局、判例が縁組意思が欠如しているところを、定型的效果説は公序良

俗違反であると言ひ換えているにすぎないように思える。⁽²⁸⁾

情交関係のある者の間の養子縁組

定型効果意思説において、縁組意思があるとされつつ、九〇条の公序良俗違反の問題となる事例として、情交関係のある者との縁組があげられている。そして、二つの判例が取り上げられている。まず、3―2―大判昭和七年二月二日新聞三三七七号一四頁、法字一卷六号一〇六頁、評論二二民法二六二頁を取り上げる。この大審院判決は、縁組前から情交関係があり、縁組後もなお情交関係が継続されていたという事案であるが、判決は、「養親力養子二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ヲ以テ原審力被上告人ト養親トノ間ニ情交関係ノ存在ヲ認定シナカラ縁組ヲ無効ニ非スト判示シタルハ素ヨリ正当」であるとした。これに対して、中川善之助説は、判決が民法九〇条を排斥したのは正当であるが、縁組意思あるものとしたのは「非常に不当」であると評した。⁽²⁹⁾大審院判決が考えている縁組意思の存在範囲と、中川善之助説が考えている縁組意思の存在範囲とが食い違っていることを示す。定型効果意思説を主張する中川高男説は、この現象を、判例の縁組意思の把握が画然でないことを示すものであるとした上で、事案においては縁組無効とすべきであるという基本判断に基づいて、当事者間にたとえ、「民法上の身分行為意思」があつたとしても、民法九〇条の公序良俗違反の有無によって判断すべきであるとする。⁽³⁰⁾

そして、次に、3―2―大阪地判昭和三〇年三月一六日下民集六・三・四八四頁を取り上げる。この判決は、「本件養子縁組当時亡養父と被告との間にいわゆる妾関係のあつたことが認められる本件縁組後も情交関係のあつたことが窺われないではないが前段認定のとおり亡養父及び原告(養母)並びに被告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……」とした。この判決に関して、中川高男説は、この判決が、公序良俗違反の理由を退け、縁組意思も有するとしたことに関連して、「判例が身分行為の無効に総則九〇

条の適用を排除する立場の欠陥が、かかる良俗違反の縁組を縁組意思あるものとして有効とせざるを得なかつた自縛を露見している……。しかも男女夫婦関係にひとしい情交関係継続の親子関係を公認することは、民法の組織法的秩序と夫婦・親子間の定型を混乱せしめるものであつて、ただ良俗違反だけでなく実に「公の秩序」にも悖るものである。」と述べている。⁽³¹⁾

しかし、この判決の事案は、亡養父が被告との間の情交関係を維持するために養子縁組を行ったというのではなく、被告が示した長年の親切に因るため、また、被告の行く末を案じて、亡養父が、養子縁組をしたものと理解することが可能であり、このような場合には、九〇条の解釈として、公序良俗違反とはならないとする判断も可能であると思われる。⁽³²⁾実際、山畠説は、この判決について、「縁組の目的に不法性はなくしかも妾関係の仮装とは認められぬから、その結論はおそらく妥当であるう。」としている。⁽³³⁾山畠説は、「公序良俗違反説は、芸子養女のごとく実体と縁組との間に不可分の関係のない妾養子については、適切な説明にならない。判例は情交関係の継続と縁組意思の両立を認めて縁組を有効とする。判例がこの種の縁組を有効と解する理由は、妾に対する相続権付与の意思の顧慮と妾の生活に対する配慮とにあると思われる。このような縁組意思は情交関係の存在によって否認されるべきものであろうか。わたしは判例の見解をむしろ正当と考える。芸妓養女の場合と異なり、この縁組自体の志向するところにはなんの不法性もなくまた法の濫用的側面も見出しえないからである。」と述べている。⁽³⁴⁾阿部説も、妾養子も当然に無効だとはいいにくいとしている。⁽³⁵⁾

このように見てくると、情交関係にある者との養子縁組に公序良俗論を持ち出すと、事案によっては、中川高男説の意図とは逆に、むしろ、縁組は有効となる可能性がある。

こうしたことから、定型効果意思説の前半については、縁組意思を具体化しているので支持できるが、後半の九〇条の適用については、公序良俗違反となる基準が不明確であつたり、事案によっては妥当な結果が導き出せると

は限らないということから、支持できないということになる。

(4) 縁組意思存在推定説

養親子関係から生ずる法的効果の発生を欲する意思があることから、親子としての精神的つながりをつくる意思の存在を推定するという方法により、九〇条の適用を避け、あくまでも、実体的意思の存否によって解決を図らうとする説がある。

(1) 推定説の内容

下級審判決には、養親子関係を成立せしめる意思の具体化を試みている例がある。2― 最高裁昭和三八年二月二〇日判決の第一審判決、宇都宮地裁昭和三六年一月一六日判決(家月一六卷四号二二九頁)がそれである。その第一審判決は、次のように述べている。

「本来養親子関係は、夫婦関係における共同生活のような定型要素をもつものではなく、これが種々の目的のために利用される手段的制度であるため、その習俗的觀念における形態も時代や社会を異にして多種様態であつて、その性格は多分に觀念的擬制的なものである。従つて、そのようないわば精神的親子関係を創設すべき意思といつても、これを特定の目的に結びつけて限定的に解することは妥当ではなく、いやしくも当事者間において養親子関係から生ずる法的効果の発生を欲している限り、親子としての精神的つながりをつくる意思があるものと推定して、ひろくその縁組意思を肯定すべきものであり、ただ、縁組の真意が明らかに養親子関係の本質と矛盾背反するような場合に限り、実質的縁組意思の存在を否定すべきものと考えらる。……本件のように財産相続を目的とする養子縁組といえども、それが養親子関係から生ずる法的効果である以上、むしる養親子関係を創設すべき縁組意思があつたものと推定される……」。

この説も、内容は二つに分けることができる。一つは、「当事者間において養親子関係から生ずる(民)法的効果の発生を欲しているならば、親子としての精神的つながりをつくる意思があるものと推定する」といふものである。二つは、「親子としての精神的つながりをつくる意思があるものと推定する」といふものである。縁組意思を画然的・具体的に把握しようとしているといえる。また、実体的縁組意思の存在を重視している最高裁の理論にも反していないことになる。そして、「縁組の真意が明らかに養親子関係の本質と矛盾背反するような場合には、実質的縁組意思の存在を否定する。」として、縁組の有効無効の問題を縁組意思の存否の問題として扱つことも、最高裁の理論と同じである。

(2) 実質的縁組意思の存在が推定される場合

2― 最高裁昭和三八年二月二〇日判決の第一審判決、宇都宮地裁昭和三六年一月一六日判決は、前述のように、「いやしくも当事者間において養親子関係から生ずる法的効果の発生を欲している限り、親子としての精神的つながりをつくる意思があるものと推定して、ひろくその縁組意思を肯定すべき」であるとする。そして、「本件のように財産相続を目的とする養子縁組といえども、それが養親子関係から生ずる法的効果である以上、むしる養親子関係を創設すべき縁組意思があつたものと推定される」としている。⁸⁾

このように、推定説においては、相続のような縁組に関して民法上において生ずる効果を意図しているならば、縁組意思の存在が推定されることになる。

なお、この点について、判決例・審判例を見ると、2― 東京家裁昭和四一年七月二九日審判(家月一九卷二号九六頁)は、縁組から生ずる民法上の効果である嫡出性を付与することを目的として縁組許可の申立がなされた事

案であるが、嫡出性を付与することを目的とする縁組においては、「真に養親子関係を設定せんとする縁組意思があるものとは認めがたい」としている。また、2―東京地裁大正一一年二月七日（判決法律新聞一九八七号一八頁）は、養子が養親の氏を受け継ぐために行われる養子縁組の予約を、仮装の養子縁組を行う趣旨であり当事者のいずれにも親子関係を生じさせる意思は無く、養子縁組の予約は無効であるとしている。

しかし、2―東京家裁昭和四一年七月二九日審判については、未成年養子縁組許可の申立の事案であるので、もっぱら、子の福祉の観点のみから、縁組に許可を与えることができるかという判断をすべきであったと考える。例えば、「いわゆる大家族の構成の解体と家庭分散を防止しようとする動機が窺われる」未成年養子縁組許可申立事件において、東京家裁昭和四二年七月二六日審判（判タ二二八号二四二頁）は、「未成年養子縁組の可否を判断する際最も重要な基準は当該縁組が養子となるべき未成年者の福祉に合致するか否かである」という観点から、縁組申立却下の判断をしている。また、2―東京地裁大正一一年二月七日判決については、身分行為の予約には強制力が無く、従って、身分行為の予約に違約金の取り決めをしても無効であるということが実は問題であったのである。従って、嫡出性を付与するためや、氏を継承するために縁組が為された場合、縁組に親子関係を生じさせる意思があったとされるかについては、また、確定的な判決例は出ていないことになる。

また、嫡出性のみしか付与しないという合意、あるいは、養親の氏を名のことしか認めないという合意、あるいは、扶養のみかしないという合意、に基づいて縁組がなされたにも拘わらず、養親死亡後に、養子が相続を主張したような場合には、縁組を無効とする判決が下されることもありうるであろう。その場合は、一つの縁組について、ある争いの中では縁組意思があると扱われ、他の争いの中では縁組意思はないと扱われることになる。それは、嫡出性を付与する、養親の氏を名のことを認める、扶養する、という養親子関係から生じる民法上の効果の発生が欲せられていることにおいて、縁組意思の存在が推定されるが、相続を認めないという意思があることによつ

て、縁組の真意が養親子関係の本質と矛盾背反することになり、縁組意思の存在は否定されることになる、と解釈することにならう。

(3) 実質的縁組意思の存在が推定されない場合

「民法的効果の発生を欲する意思」が存在しない場合には、実質的縁組意思の存在の推定が否定され、縁組意思は存在しないこととなり、縁組は、その届出がなされていたとしても無効となる。養子縁組についての民法上の効果を生じさせる意思が無い縁組としては、1―・・・などがある。³⁷⁾

(4) 縁組の真意が養親子関係の本質と矛盾背反する場合

縁組届出をした当事者に、縁組関係から生じる民法的効果の発生を欲する意思があることが窺われるとしても、縁組の真意が明らかに養親子関係の本質と矛盾背反する場合には、実質縁組意思の存在は否定される。

今までに判例上において現れた、縁組の真意が明らかに養親子関係の本質と矛盾・背反するような事例としては、芸者妓として働かせるために拘束している女子を養子とする場合と、情交関係のある者を養子とする場合をあげることができる。

定型効果意思説は、これらの場合に、九〇条を適用したが、推定説においては、縁組の真意が養親子関係の本質と矛盾背反している事情を探すことになる。

芸妓養子

定型効果意思説が取り上げていた3―1―大審院大正一一年九月二日判決の事案においては、養親が養子を養育するという面があるので、縁組意思の存在が推定されるかのように見えるが、判決は、「X（実父）八、Y₁（養親）ヨリ金百円ヲ借受ケ、Y₂（養子・Xの五女）ヲシテ大正六年三月中ヨリ向フ八年間Y₁方ニ於テ芸妓見習稽古及芸妓稼業ニ従事セシメ、芸妓稼業ニ因ル収得金ヲ以テ右債務ノ弁済ニ充ツヘキコトヲ約束シ右期間其ノ約旨ノ履

行ヲ確保スル方法トシテ^{Y₃}ヲ^{Y₁}ノ養子トシテ縁組ノ届出ヲナスコトトシ」たという事実関係を認定し、このような事情においては、真に養子縁組を為す意思を有しないことは明らかであるとして、原院は本件養子縁組は民法八五一条一項（現八〇二条一項）により無効であると判示したのは相当であるとした。これによるならば、縁組であるといながら、八年間という期限が付され、芸妓稼業による取得金をもって右債務の弁済に充てるという約束のあることは、縁組の真意が明らかに養親子関係の本質と矛盾背反することであるといえる。⁽⁸⁾ そのため、実質的縁組意思の存在は否定され、芸子養子は無効であるということになる。

学説には、3—1— 大判大正一一年九月二日民集一卷四八頁を引用しつつ、「いわゆる芸者妓養子の場合でも、養親がたんに女子を拘束する手段として縁組み形式を利用したにすぎない場合はともかく、これを養女として育て将来は看板を継がせるといった意思をももっているような場合は、むしろ縁組は有効とみるべきである⁽⁹⁾。」とする説があるが、この3—1— 大判大正一一年九月二日の事案においては、縁組の期間が、芸妓稼業による取得金を債務の弁済にあてるための八年間に決められており、養女を育て将来は看板を継がせるといふような意思は存在しない。このことは、むしろ、縁組の真意が明らかに養親子関係の本質と矛盾背反するような場合であることを示すものである。

情交関係のある者との養子縁組

定型効果意思説は、この場合にも、九〇条を適用した。しかし、推定説は、縁組の真意が明らかに養親子関係の本質と矛盾背反するかどうかによって判断を行う。

3—2— 最判昭和四六年一〇月二日民集二五巻七号九八五頁は、「縁組前に亡養父とYとの間にあつたと推認される情交関係は、偶発的に生じたものにすぎず、人目をはばかった秘密の交渉の程度を出なかつたものであつて、事実上の夫婦然たる生活関係を形成したものでなかつた。」としており、このことは、「縁組の真意が明らかに

養親子関係の本質と矛盾背反する」ものではないかどうかについて判断をしていると考えられる。そして、「過去の一時的な情交関係の存在」は、養親子関係の本質と矛盾背反することではないといつ判断となつたと考えられる⁽¹⁰⁾。そして、おそらく、自己の財産を相続させ、合わせて死後の供養を託する意思で、情交関係のあつた者を養子にしたとして、もし、養親と養子との間に、縁組後も継続的に情交関係があり、事実上の夫婦然たる生活関係があるとするれば、養親子関係の本質と矛盾背反するような場合であるとして、実質的縁組意思の存在は否定され、養子縁組は無効となるであらう⁽¹¹⁾。

(注)

(1) 例えば、妾養子に関する大審院大正一一年九月二日判決民集一卷四五二頁に「真ニ養子縁組ヲナス意思」、仮親縁組に関する大審院昭和五年二月六日判決に「真ニ養親子関係ヲ生ゼシムル関係」といつた表現が見られる。

(2) 山本正憲・大阪地裁昭和四四年九月二七日判決の評釈・判例評論二三六号二七頁

(3) 阿部徹「効果意思のない縁組」(最判昭和三年二月三日集一卷一四号四九三頁)・判例演習(親族・相続法)「増補版」・二二九頁

(4) 山本正憲・前掲・二七頁。また、山本正憲・先例判例養子法・一三〇頁は、「実質意思説をとれば、問題は、真に養子縁組をする意思があつたかになつたかに帰着する。というよりは、有効か無効か妥当と思われる結果を前提にして縁組の意思の存否を論じているようにも思われる。」と述べている。

(5) 中川善之助・新訂親族法・四二四頁

(6) 中川善之助・親族相続判例総評一卷一五三頁・大判昭和七年二月二日の評釈。そして、中川善之助説によると、具体的には、婚姻に際し実家の格式を上げるための養子縁組においては、一日半日たりとも養子という名目を与える以上相続権が与えられるのを覚悟すべきであるとして、縁組意思はある(中川善之助・大判昭和五年二月六日判決民集一九卷一三三号二二八二頁評釈・民商法雑誌一三巻五号一四四頁)とし、情交関係にある者を養子とした事案においては、縁組意

思はないとすべきである（中川善之助・大判昭和七年二月二日法学一卷六号一〇六頁評釈・親族相続判例総評第一巻一五一頁）とする。

(7) 深谷松男「身分行為に関する二・三の考察」金沢法学一九卷一・二合併号六二頁は、「未成年養子縁組においては、養親が親権者となって養子を引き取り、養育することにより、財産的精神的共同性は強く、実親子関係にも比すべき社会習俗上の定型を容易に見出すことができる。また、『子のため』の未成年養子法の理念は明確であって、その上、未成年養子縁組は家庭裁判所の許可審判を要するのであるから、変容目的を入れる余地がなく、また入れうるような解釈は許されない。」と述べている。しかし、2—東京高裁平成三年四月二十六日決定、2—東京高裁平成一年九月三〇日決定などにおいては、相続権付与のため、あるいは、相続税軽減のために、養親が養子を引き取り養育することが伴わない未成年養子縁組がなされている。このように、様々な理由から、養親が養子を引き取り養育するということをしない未成年養子というものが現実にあるのではないかと思われる。

- (8) 野田宏・昭和四五年最高裁判例解説三七六頁
- (9) 中川高男・民商法雑誌一〇六巻三号一四五頁
- (10) 東京高裁平成二年七月四日決定（判例時報一七三二号一頁も、同様な事例である。）
- (11) 山本正憲・前掲書二二九頁は、「単に相続税の軽減を図るための養子縁組も無効である。」とする。
- (12) 中川高男・前掲四一七頁は、この点を強調する。
- (13) 阿部・前掲一四〇頁は、当事者の意思にもとづく届出のあるときは、原則として縁組み意思（効果意思）もあるものと推定せれるべきとする。福地俊雄「身分行為と効果意思」家族法大系 家族法総論六〇頁は、縁組の任意の届出には、実質的意思の存在についても推定的効力を認めるべきであるとする。
- (14) 西沢修「縁組の無効と民法九三条但書」家族法判例百選一〇五頁は、少なくとも、養育関係の伴わない成年養子については、表示主義の合理性を承認せざるをえないのではないかと思われる」と述べている。
- (15) 山本正憲・前掲評釈一三四頁
- (16) 大島泰子「身分行為の意思」家裁月報二〇巻三号一頁

- (17) 西澤修「過去に情交関係があつた当事者間における養子縁組につき縁組意思が存在したと認められた事例」民商法雑誌 六六巻六号一—一三七頁
- (18) 末川博「身分行為における意思」最判昭和三年二月三日民集一卷一四号四九三頁評釈「法と経済一〇六・一〇七合併号一頁、谷口知平・最判昭和三年二月三日民集二巻一四号四九三頁評釈・民商二五巻四号三三六頁
- (19) 中川淳「子に嫡出性を付与するための婚姻の効力」家族法判例百選第五版五頁は、婚姻における形式的意思説に関して、「婚姻の届出それ自身が当事者の真意にもとづいてなされたものかいなかについても、同様に困難なことに属する。いずれにしても、当事者の意思確認の困難さは程度の問題にすぎない。」と述べている。縁組届出意思についても同様なことが当てはまるであろう。
- (20) 富山家審昭和三十一年三月二十八日家裁月報八巻五号五四頁参照
- (21) 谷口知平・日本親族法・三二九頁
- (22) 形式的意思説に対する身分行為一般についての疑問としては、深谷・前掲五〇頁、大島・前掲四〇頁、阿部徹「協議離婚を有効と認めた事例」熊本法学三号一〇三頁、などを参照。
- (23) 前田陽一・前掲一三〇頁は、仮装養子の場合には、「あくまで、一時的に籍を貸すか、仮に相続が開始しても……相続放棄するのが、当事者の合理的な意思であつたはずであり、そうしさえすれば、問題はなかつた……はずである。この場合は、少なくとも当事者間の問題としては、合致している効果意思の範囲での主張がなされている限りで効力を認めるのが相当である。一方が届出の外形があることに便乗して合意の範囲を越えて相続まで主張するのを、籍を入れた以上覚悟すべきであるとの理由で保護する必要はないといえよう。」と述べている。
- (24) 中川高男「身分行為意思の一考察」家裁月報一七巻二号一四四頁
- (25) 中川高男・前掲・一五頁
- (26) 中川高男・前掲・一四頁は、「この意思は民法上の養親子関係のすべてについて認識あることを要せず、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なければならぬ。」としている。
- (27) 中川高男・前掲・二二頁

- (28) 阿部徹・新版註釈民法二四卷三四三頁は、「判例の() 説も公序良俗に反するような縁組は縁組意思(八〇二)がないものとして無効となると解しているので、両者の間には説明の差以上のものはないようにも思われる。問題は、むしろ、実質的にみていかなる場合を公序良俗違反というべきかである……」ると述べている。
- (29) 中川善之助・親族相続判例総評第一巻一五一頁
- (30) 中川高男・前掲・五頁
- (31) 中川高男・前掲・二八頁
- (32) 例えば、最判昭和六一年一月二〇日民集四〇・七・一一六七は、不倫な関係にある女性に対する包括遺贈が、不倫な関係の維持継続を目的とするものではなく、女性の生活を保全するためのものであり、相続人の生活の基盤を脅かすものでないときは、公序良俗に反するとはいえないとする。
- (33) 山崎正男・総合判例研究叢書民法一五巻一三七頁
- (34) 山崎正男・前掲・一三六頁
- (35) 阿部徹・新版註釈民法二四卷三四四頁
- (36) なお、2― 大阪高裁決定昭和五九年三月三〇日は、「相続も養親子関係の一つの効果であるから、それを受けることを主たる目的としたこと自体によって、養子縁組が無効となるものではない。」としているが、推定説と通じるような考え方を窺うことができる。
- (37) 判例としては取り上げなかったが、昔の例として、兵役免除の目的で為された縁組(兵隊養子。大判明治三九・一一・二七刑録二二・一二八八)も、民法的效果の発生を欲する意思が存在しない場合ということになる。
- (38) 四宮和夫「情交関係があった当事者間の養子縁組につき縁組意思が認められた事例」法学協会雑誌九〇巻七号一〇六五頁参照。
- (39) 阿部徹「效果意思のない縁組」最判昭和三年二月三日集二巻一四号四九三頁「判例演習(親族・相続法)」増補版一四〇頁
- (40) 中川淳「養子縁組の意思が存在し縁組が有効に成立したとされた事例」判例タイムズ二七四号八二頁は、「本件では、

情交関係が過去に偶発的に生じたにすぎない事案であり、……親子秩序との矛盾のかわりあいほとんど存在しない。このような場合は……かならずしも養子縁組を無効にする必要性はない……。」と述べる。

(41) 四宮和夫・前掲一〇六八頁参照。

(42) 須永醇「縁組意思の存否」家族法判例百選第三版一一三頁は、「もし情交関係がどのような形にせよ継続している場合には、性愛の關係と養親子關係者間の縦の愛情關係とが混同されるべきでないことを示す民法七三六条の趣旨からの推論として、大判昭和七・二・二二の結論とは反対に当該の養子縁組は無効視されるべきである」とする。

四 まとめ

縁組意思がどのようなものであるか、どのような場合に縁組意思が無いとして縁組が無効とされるのかに関しては、既に、いくつもの学説が示されており、それらを繰り返し取り上げて論じたり、新しい説を主張する必要性はもはやないようにも思われるのであるが、わたしは、敢えて、「いやしくも当事者間において養親子関係から生ずる(民) 法的効果の発生を欲している限り、親子としての精神的つながりをつくる意思があるものと推定して、ひるくその縁組意思を肯定すべきものであり、ただ、縁組の真意が明らかに養親子関係の本質と矛盾背反するような場合に限って、実質的縁組意思の存在を否定すべきものと」する、2― 最高裁昭和三八年二月二〇日判決の第一審判決である宇都宮地裁昭和三六年一月一六日判決家裁月報一六巻四号一一九頁に示されている考え方が妥当であるのではないかということの本稿で述べた。

縁組意思の存在推定説ともいうべきこのような考え方に達した経緯は、次の通りである。

最高裁判決は、縁組が有効に成立するためには、縁組届に、「真に養親子関係の設定を欲する効果意思(1―

最高裁判昭和二十二年二月二十三日判決民集二卷一四号四九三頁」とか、「(養親子間に)親子としての精神的なつながりをつくる意思・真実養親子関係を成立せしめる意思」(2) 最高裁判昭和三十八年二月二〇日判決家裁月報一六卷四号一二九頁」といった実体的に養親子関係を創設しようとする意思が伴わなければならない、このような実体的意思が欠ける場合には、養子縁組の届けが為されていても、縁組は無効であるとする。

判決に示されている見解は、一般的な表現であり、具体性が欠けるので、当然のことながら、以前から、「真に養親子関係の設定を欲する効果意思」といったものが、具体的にはいかなるものであるかは、極めてあいまいであるという批判がなされてきている。そして、判決は具体的内容については、何ら触れるところがなく、むしろ、縁組の成立を認めてよいと思われるときは「縁組の意思」ありとし、縁組の成立を認めてならないと思われるときは「縁組の意思」なしとしているともみられるとも評されている。

こうしているときに、最近、実父母の代諾により未成年者とその祖父母との間で養子縁組がなされたという事案において、その養子縁組は相続税を軽減させる便法としてなされたもので、真に養親子関係の設定を欲する効果意思は無く、縁組は無効であるとする審判例がたて続けに出されている(1) 浦和家裁熊谷支部平成九年五月七日審判家月四九卷一〇号九七頁、2) 東京高裁判平成三年四月二六日決定家月四三卷九号二〇頁参照、2) 東京高裁判平成二一年九月三〇日決定判時一七〇三号一四〇頁参照、東京高裁判平成二二年七月一四日決定判時一七三二号一頁参照)。ところが、抗告審においては、そのような縁組であっても、真に養親子関係の設定を欲する縁組意思は存在しないとはいえないとして、縁組は無効とはいえないと判断されることが多いのである(2) 東京高裁判平成三年四月二六日決定、2) 東京高裁判平成二一年九月三〇日決定、東京高裁判平成二二年七月一四日決定。即ち、養子縁組の一つの事案に関する縁組意思の存否について、審判官や裁判官の判断は正反対であり、判断者の個人的主観によっているかのようである。

このようなことが起こる理由は、判例がいう縁組意思(「真に養親子関係の設定を欲する効果意思」とか、「(養親子間に)親子としての精神的なつながりをつくる意思・真実養親子関係を成立せしめる意思」)の内容が漠然としており、いかようにも縁組意思の内容を解釈できることにある。

そこで、このようなことが起こらないようにするためには、縁組意思の内容を具体的に固めることが必要である。縁組意思の内容を具体的にしている説としては、形式主義説と定型効果意思説とがある。形式主義説は、要式行為である法律上の身分行為をする意思であり、縁組においては、縁組届出をする意思があれば縁組意思は存在するとする。しかし、この説では、養子縁組の制度を便法によって利用することの依頼を受けて縁組届出に応じた者は、後に縁組届出を消去できないことがあり、問題を残すことになる。また、定型効果意思説は、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、相続等の諸効果といった「民法上の定型に向けられた効果意思」が縁組意思であるとして、縁組意思の内容の具体化をしている。そして、この説では、「民法上の定型に向けられた効果意思」があり、従って、縁組意思があるとして縁組が有効となる場合に、九〇条の公序良俗規定を適用する。しかし、判例は、縁組意思の存否によって縁組が有効か無効かについて決着をつけており、九〇条を適用することはしていないのが一般的である。また、実際問題として、縁組に公序良俗違反を問うことは、不明確性を残すこともに、妥当な結論に達しないこともある。こうして、形式主義説及び定型効果意思説は、縁組意思の内容を具体的に固める説ではあるが、支持はできないということになる。

定型効果意思説が九〇条を適用しなければならなくなるのは、「民法上の定型に向けられた効果意思」があれば縁組意思があるとして縁組は有効に成立するとしてしまったためである。そこで、「民法上の定型に向けられた効果意思」が存在しても、縁組意思は確定的に存在することになるといふ訳ではないとして、縁組意思の存在が否定されることもあり得る可能性を残しておけば、九〇条の適用を考える必要はないことになる。ここから、縁組意思存

在推定説が生まれることになる。即ち、「当事者間において養親子関係から生ずる（民）法的効果の発生を欲している限り、親子としての精神的つながりをつくる意思があるものと推定して、ひろくその縁組意思を肯定する」、ただ、「縁組の真意が明らかに養親子関係の本質と矛盾背反するような場合に限り、実質的縁組意思の存在を否定する」という説である。この説は、縁組が有効か無効かの判断を、縁組意思の存否に係らせるのであり、判例と同様である。

縁組意思の存在を推定する説においては、「縁組意思」は、「当事者間において親子としての精神的なつながりをつくる意思」であるというように、精神的・観念的・抽象的に考えざるを得ず、そして、そのような精神的・観念的・抽象的な縁組意思は、縁組の当事者間に民法上認められる効果の一部を享受する意思がある場合には、法的に存在するものと推定するということである。

判例は、今後とも、表面的には、「真に養親子関係の設定を欲する効果意思」の有無とか、「養親子間に（親子としての精神的なつながりをつくる意思・真実養親子関係を成立せしめる意思」の有無によって、縁組が有効であるか、無効であるかを判断して行くと思われ、実質的には、縁組意思存在推定説のような考え方をして行くのではないかと考える。

(注)

(一) 例えば、久遺忠彦・民法学全集9・親族法一〇七頁は、「縁組意思は多分に精神的・観念的な色合を帯びる場合のあることを肯定せざるをえないのであり、当事者間に親子としての精神的親帯を創り出す意思があればそこに縁組意思の存在を認めなければならない。」と述べている。