

専ら相続税の節税のためにする養子縁組と縁組意思

—最判平29・1・31民集71巻1号48頁—

渡 邊 泰 彦

【事実関係】

養親・被相続人 A には妻 D との間に、長女 X1、二女 X2、長男 B がある。被告 Y は、平成24年に生まれた B の子である。Y の出生後に、B は、税理士から Y を A の養子にした場合に相続税の基礎控除額及び死亡保険金等の非課税枠が増えるなどの節税メリットがある旨の説明を聞いた。平成24年2月7日には、A も同様の節税メリットの説明を税理士から受けている。

D は、平成24年3月に死亡した。A は、再び税理士から Y を養子にすることの節税のメリットの説明を受けていた。A は、同年4月24日または5月3日に本件縁組届に署名押印した。本件養子縁組に当たっては、A の弟である E 及びその妻の F が証人となった。

同年6月頃、B が A に対して同人の女性問題を追及したことなどをきっかけに、B と A の関係は悪化した。同年10月7日付けで、A は、B に対し、本件養子縁組は B の勝手な判断によるもので、養子縁組について詳しい説明を受けたことも、本件縁組届に署名押印した事実もないとして、離縁届を作成して提出する旨を書面で連絡した。同月12日、A は、被告との養子離縁届に署名押印の上、世田谷区長に提出し、受理された（離縁届の署名押印欄以外は X2 が作成）。同年11月22日、A は、一切の財産を原告 X1、X2 らに相続させることなどを内容とする公正証書遺言を作成した。

平成25年2月頃、Y は、A を被告として離縁無効確認請求訴訟を提起し、同年4月4日、A は、本件養子縁組が無効であることの確認を求める反訴を提起した。A が死亡したことにより、前記養子縁組無効確認請求事件は当然に終了し、離縁無効確認請求事件については、検察官（東京地方検察庁検事正）が受継して被告となった。平成26年3月10日、離縁は、代諾権者である被告法定代理人親権者らの意思を欠くものであるとして、無効であることを確認する旨の判決が言い渡され、同判決は同月26日に確定した。

X1 と X2 は、Y に対して、縁組の無効を確認する訴えを提起した。

【第一審】東京家判平成27年9月16日（民集71巻1号52頁）

棄却

「（1）本件縁組届が A によって作成されたということからすれば、A には被告との養子縁組の意思があったものと推定できる。

（2）既に判示したとおり、A は、平成24年10月頃から、本件養子縁組の解消やその効力

の否定に向けた積極的な行動をしているが、本件養子縁組の約1か月後である同年6月から、BがAからの連絡を拒むようになり、関係が著しく悪化したと認められること(…)のほか、遅くとも平成25年3月7日の時点において、Aは短期記憶ができないこと、自分に都合良く作話することがあることなどが原告X2によって確認されていたものであること(…)も考慮すれば、本件養子縁組をしたことと矛盾するようなAの言動をもって、前記推定を覆すには足りない。」

【原審】 東京高判平成28年2月3日(民集71巻1号58頁)

取消

「Bの供述する本件養子縁組の動機は、要するに、昔ながらの「家を継ぐ」というものではなく、A所有のdの不動産を相続し、その管理を継続するというにほかならない。

そしてさらに、前記1に認定した諸事実を併せて考えれば、本件養子縁組は、専ら、税理士が勧めたA死亡の場合の相続税対策を中心としたAの相続人の利益のためになされたものにすぎず、Aや代諾権者であるB夫婦において、Aの生前にAと被控訴人との間の親子関係を真実創設する意思を有していなかったことは、明らかというべきである。」

「本件養子縁組は、Aや代諾権者であるB夫婦に真に養親子関係を創設する縁組意思がなかったことから無効といわざるを得ない。」

【本判決】

棄却自判

「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発生させることを動機として養子縁組を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。

そして、前記事実関係の下においては、本件養子縁組について、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。」

【検討】

I 序説

1 本判決の意義

本判決は、縁組意思の有無について、節税目的の養子縁組について判断した最高裁判例で

ある。

相続権を与えることを目的に孫と養子縁組をする事案については縁組意思の存在を肯定する最高裁判例が存在するのに対して（後記Ⅱ1）、相続税の節税を目的とすることが明確な孫養子の事案については、後記のように下級審裁判例は存在したが、最高裁の判断は示されていない。

相続権の付与であれば、親子関係の重要な効果と位置づけられ、親子関係の設定の意思を肯定しやすい。それに対して、相続税の節税が親子関係の効果の付与と言えるかは、縁組意思の存否の限界を示す判断といえる。

2 節税養子

相続税対策の一つとして、養子縁組を用いると、基礎控除額（相続税法15条）、生命保険（同12条1項5号）および退職手当など（同6号）の非課税額が増え、場合によっては相続税の税率区分が低い税率に変わることがある（同16条）。

控除額、非課税額が相続人の数に応じて増えることから、過去にはあまりに露骨な相続税節税の養子縁組が行われていた。そのため、昭和63年の相続税法改正により、基礎控除額等の計算に用いる法定相続人の数に含まれる養子は1人（実子がない場合には2人）までとなった（同15条2項）。平成27年にはそれまで一人あたり1000万円であった基礎控除額が600万円となっている。

現在では、節税養子として、孫を養子とする場合、息子の妻を養子とする場合があるとされる。孫を養子とする場合には、相続税が2割増加する（同18条）。

もっとも、縁組が有効であっても、必ず控除が受けられるわけではない。養子を法定相続人の数に含めることで税負担を不当に減少させると認められる場合には、その養子の数を含めずに相続税の課税価格および相続税額を計算することができる（同63条）。ただし、相続税法63条が問題となった事案は見つかっていないとされる¹。

当然のことながら、相続税法は、民法上有効な養子縁組を前提としている。そして、相続税法上で控除額の算定に含まれない養子（相続人に実子がある場合には2人目以降の養子）は、計算上実子と同じに扱われないだけであり、養子縁組の効力、法定相続分について影響を受けることはない。相続税法63条により税負担を不当に減少させると評価された場合であっても、養子縁組が無効となるのではない。

なお、このような養子縁組を「節税養子」と呼ぶことについては、「相続税額減少の効果を主目的とした養子縁組は、社会通念上、相続税法の予定した行為であるとは言えないように思われる。したがって、このような目的でなされる養子は「租税回避養子」と呼ぶべきものであろうし、一般の例に倣ったものとはいえ本判決の「節税」という用語法にも、強い違和感を覚えざるを得ない」²という批判がある。

1 一高龍司「相続税と租税回避」日税研論集61号（2011）50頁（佐藤英明「租税判例速報」ジュリスト1507号（2017）11頁で引用）。

2 佐藤英明「租税判例速報」ジュリスト1507号（2017）11頁。

II 判例

1 縁組意思

節税養子（租税回避養子）、孫養子がそれ自体で無効なのではない。縁組の有効性は、縁組意思の有無または公序良俗違反の存否にかかっている。本件では節税養子が租税回避を目的とするものであるとはいえ、公序良俗違反とまでは評価されないことから、以下では縁組意思についてのみ検討する。

身分行為意思について、判例は、縁組は、婚姻と同様に、実質的意思説（実体的意思説）にたち、離縁では、離婚と同様に、形式的意思説に立つとされる。縁組意思について、最判昭和23年12月23日（民集2巻14号493頁）は、縁組意思がない場合とは、「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」を指し、「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」とする。そして、法定推定家督相続人である女子を他家へ嫁がせるために他の男子を一時養子とするいわゆる借養子縁組の事案で、縁組が無効であると判断した。

それでは、「真の親子関係を欲する効果意思」とは具体的に何を指すのが問題となる。

最判昭和38年12月20日（集民70巻425頁＝家月16巻4号117頁）は、被相続人が二男が財産を取得するのを好まず、この者の相続分を減らして、長男の2人の子に相続分を与える目的でこれらの孫と縁組をした事案である。「精神的なつながりをつくる意思を認めることができ」、相続分を孫に与える意思があり、「真実養親子関係を成立せしめる意思」もあったと判断した原審の判断を支持した。

最判昭和46年10月22日（民集25巻7号985頁）は、養親と内縁の妻のもとで子をつれて同居していた姪との縁組の事案であるが、養親と姪の間に一時的な情交関係が存在していた。裁判所は、「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」があるとし、情交関係は偶発的であり、事実上の夫婦然たる生活を形成したものではないとした³。

相続に関する縁組の事案として、大阪高判平成21年5月15日（判タ1323号251頁）では、被相続人（養親）Xの世話をしていた隣人Aがおり、Aの娘YがXと養子縁組しており、被相続人（養親）Xの相続財産法人が縁組無効を訴えた。裁判所は、「当事者間に財産的な関係以外に親子としての人間関係を築く意思が全くなく、純粹に財産的な法律関係を作出することのみを目的とする場合には、縁組意思があるということとはできない」として、Aの主導のもと「専ら、身寄りのない花子の財産を控訴人に相続させることのみを目的として行われたものと推認するほかはない。」として、縁組意思がなく、無効とした。

2 節税養子

節税養子が問題となった事案は、本判決まで下級審では次のような裁判例があった。

(1) 肯定例

東京高決平成3年4月26日（家月43巻9号20頁）は、養親の死後に実母が後見人選任を申

3 養親子の間の情交関係の存在について、大判昭和7年2月12日新聞3377号14頁は、離縁の事由となるが、無効とはならないと判示している。

し立てた事案であるが、その中で「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。」と述べた。また、「原裁判所が厳しく糾弾する『相続税逃れ』は、相続税法63条等により律すべき問題である」とも述べる。

東京高決平成11年9月30日（判時1703号140頁）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、本件記録によっても、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。

東京高決平成12年7月14日（判時1731号11頁＝判タ1051号305頁）は、縁組が相続税負担を軽減する動機で行われたとしても、「直ちにそのような養子縁組が無効となるものではないえ」、「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はできない」とした。

（2）否定例

縁組を無効とした審判例としては、浦和家熊谷支審平成9年5月7日（家月49巻10号97頁）がある。この事案では、被相続人と妻が、長男と次男の配偶者、孫3人と2日のうちに縁組をしていた。養父死亡後に次男の長男である養子（孫）が実親の祭祀承継のために死後離縁を求めたが、家裁は、「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、亡久弥と申立人との間に、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」と判断した。本審判では、昭和60年の相続税法改正前の状況として「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」と糾弾している。

Ⅲ 学説

1 賛成説

本判決について、床谷文雄は「本判決は、わが国における普通養子縁組が、未成年者（乳幼児）を養子とする場合でも、専ら子の養育（監護教育）を目的とするもの（近代養子法理念）に限定されず、成年養子と同様に多様な目的を含みうるという社会観念を追認したことになる。」とする⁴。

鹿野菜穂子は「従来の高裁裁判例および近時の学説の傾向と一致するものであり、その背後には、わが国の養子縁組制度が多目的利用を可能とする構造を取っており、現に多様な目的で行われてきた事情があるといえよう。」と述べる⁵。もっとも、「未成年者の代諾養子縁組が、この制度の基礎にある子の利益と矛盾するような目的のものである場合には、縁組意思を欠くとして当該養子縁組の効力は否定されるべきであろう」とも述べる⁶。

滝沢昌彦は「その身分関係から生じる効果をすべて永続的に（一時的ではなく）受け入れ

4 床谷文雄「判批」水野紀子・大村敦志編『民法判例百選Ⅲ（第2版）』（2018）78頁。

5 鹿野菜保子「判批」平成29年度重判 83頁、84頁。

6 鹿野・前掲84頁。

るなら身分行為をする意思自体は認められ、その身分行為が想定している本来の目的とは異なった目的が契機であったとしても、その目的は、効果意思の内容とは区別される（効果意思の内容を形成しない）動機のようなものであろう（本判決も節税目的は動機であると述べている）。それなら動機を理由として行為の効力を否定するには相当慎重であるべきと思われる。」⁷と述べ、本判決の結論に賛成する。

また、親権について、離婚後の子の監護で親権者でない者が子を育てる旨を定めることも禁じられないことから、「親権者ではない者が子を育てていることの一事をもって、子の福祉に反し縁組意思を認めるべきではないとまで断じることはできない。」とも述べる。

「本判決は節税目的の養子であるというだけでは縁組意思が存在しないわけではない旨を述べたにとどまり、他の理由によって縁組意思が否定される可能性はあるし、さらに、他の根拠、例えば公序良俗違反等により縁組が無効となる余地まで否定したわけではない（もっとも本件での節税目的程度では公序良俗に反することはあるまい）。」⁸と評価する。

水野貴浩は、鈴木禄弥による「法政策的な見地（公序良俗違反の見地といってもよい）から縁組の効力が否定され、そのことが、縁組意思の不存在のゆえに、という形で説明されているのだ」⁹という考え方を基礎におく。そして、「養親の死後養子の得る『相続人』としての地位が相続税法上の効果を発生させるためのものとししか考えられないケースのみが『便法』として無効と解されることになるだろう」と結論づける¹⁰。

本山敦は『『婿養子』と『節税養子』の間に本質的な懸隔があるようにも思われぬ。したがって、前者（婿養子）が無効とされないならば、後者（節税養子）も無効とされるべきではない、といった評価にならざるを得ない。どちらも、親族関係がすでに存在する当事者の間で普通養子縁組が行われること、養親による養子の監護教育が予定されていないこと、真の目的が財産関係であることなど、筆者には五十歩百歩ではないかと思われる。同じようなものは同じに扱うというのが法の原則であるだろうから、両者がそれほど違わないというのであれば、節税養子は無効とされるべきではないだろう。』¹¹と述べる。

ただし、現行法における結論については妥当とするが、現行法の見直しも提案する。問題点として「孫のいない被相続人は、相続人に節税の効果を享受させることができない。縁組できる孫の有無によって基礎控除額が変わり、結果として、相続人の納税額が変わるというのは、不公平なように思われる。」として、相続税法13条2項、63条によって「公平性の限界を画したと見ることもできるのだろうが、この限界自体を再検討するべきではないか。」と提案する¹²。また、当事者・関係者の意思・権利・利益の調整という観点から、「親（A）の普通養子縁組によって、子（X1）の推定相続人まで増えてしまう事態を、なぜ、子（X1）は甘受しなければならないのか。これは、縁組の効力の人的範囲という、養子法ひいては親族法の根幹に関わる問題と言えるが、普通養子縁組の効力は、当事者限りで発生すれば十分

7 滝沢昌彦「判批」私法判例リマックス56(2018)58頁、60頁。

8 滝沢・前掲61頁。

9 鈴木禄弥『親族法講義』（創文社1988）187頁以下。そして、「重要なのは、縁組意思不存在という理由で縁組の効力が否定されるのはいかなる具体的状況ゆえなのか、の点の検討」とする。

10 水野貴浩「判批」月刊司法書士547号(2017)54頁、57頁。

11 本山敦「判批」民商153巻6号(2018)989頁、999頁以下。

12 本山・前掲1000頁。

ではないか。」とも提案する¹³。

2 反対説

鈴木伸智は、「相続税の節税の動機と縁組をする意思とは、併存し得る」とあるが「相続税の節税の動機」と「縁組をする意思」とは、同時に存在できるのかという点について、「本件養子縁組の唯一の動機が『相続税の節税』であり、その効果意思＝縁組をする意思なのだから、両者が『併存』するという表現は理解しがたい」とする¹⁴。

二宮周平は、本件のように「少なくとも、縁組をめぐる家族間で紛争が生じている事案では、養親が養子の監護教育を行わない場合には、縁組意思がないとして、縁組を無効とすべきと解釈する」¹⁵と述べる。そして、「縁組の有効性について家族等から疑義が生じ、縁組無効の訴えが提起され、縁組意思の有無が問われている場合には、未成年養子である以上、縁組意思の認定に当たり、当該縁組が子の利益に適うことを養親あるいは代諾権者に主張、立証させ、子の年齢によっては、家裁調査官に子の意思を調査させ、裁判所が子の利益を確認すべきである。」¹⁶と提案する。その意味で、本判決は、子の福祉の観点から当該縁組の事後のチェックをする責任や役割を破棄自判したことによって放棄したと批判する。

IV 検討の前提

1 普通養子縁組

普通養子縁組という用語が一般に使われているが、法文では「養子縁組（特別養子縁組を除く）」（民間あっせん機関による養子縁組のあっせんに係る児童の保護などに関する法律27条2項、戸籍法施行規則35条3号）と規定されている。いわゆる普通養子縁組は、特別養子以外のすべての養子縁組を含む幅広い概念である。

また、日本における普通養子縁組の多くが成年養子縁組であることから、「普通養子縁組は扶養義務の履行とひきかえに相続させるという契約なのである」、「親子関係の発生は財産的な給付のための法技術なのである。そして、この目的以外に普通養子が用いられることはほとんどない。」と評価される¹⁷。

未成年養子と成年養子を明確に分離していればともかく¹⁸、両者が特別養子ではないという共通性から同じく普通養子縁組に分類され、未成年の養子には家裁の許可（798条）という要件が加わる（同条ただし書により免除可能）。普通養子縁組という分類の中で、縁組意思を考えるさいに、少数派である未成年養子縁組の特殊性がどの程度まで考慮されるのが問題となる。

2 孫養子

孫養子とは、直系血族間における、未成年者を養子とする、普通養子縁組である。

民法は、直系卑属と縁組することを禁じていない。本件では、相続税の節税のために、被

13 本山・前掲1000頁以下。

14 鈴木伸智「判批」新・判例解説 Watch 21号（2017）115頁。

15 二宮周平「判批」家庭の法と裁判11号（2017）124頁、129頁。

16 二宮・前掲129頁。

17 大村敦志『家族法〔第3版〕』（有斐閣2010（初版1999））204頁。本件のように、養子が扶養義務を負うことがない事案では、無償給付の約束がなされるのと等しい（贈与型）。

18 未成年養子について特別養子型を原則とする提案として、最近では、床谷文雄「縁組による親子」家族＜社会と法＞33号（2017）44頁がある。

相続人である祖父が孫（長男の長男）と養子縁組を行なっている。そのほかにも、自らの子が女子一人で、この者が婚姻により夫の氏を称している場合に、この女子の子（孫）と祖父母が縁組をして、孫が祖父母の氏を称することも行われている。この場合も、養子が親権者である養親（818条2項）の監護養育を受けるのではなく、実親のもとで生活している。

孫養子の特徴としては、普通養子縁組であるため実親との親族関係は解消せず養子は実親の子として推定法定相続人のままであること、子の監護養育は実親が行い、外観上は実親の子であることに変わりはなく、縁組によっても実父または実母の兄弟姉妹と扱われてはいないことがあげられる。孫はそもそも直系血族の扶養義務を負うことから（877条1項）、縁組により祖父母（養親）に対する扶養義務を負うのではない。

手続において、直系血族間の縁組では、未成年の養子であっても家庭裁判所の許可は必要ない（798条ただし書）。縁組の妥当性は、縁組時点ではなく、事後的に当事者またはその相続人が縁組の無効を争う場面で、縁組意思の存否として争われることとなる。

普通養子縁組であるから、特別養子のように子の利益のための特別の必要性（817条の7）、試験監護期間（817条の8）も必要ない。

普通養子縁組という点で、未成年の養子と成年の養子は同じカテゴリーに入り、その限りでは本山敦が指摘するように婿養子と孫養子は同列で語ることができる。もっとも、直系血族間という点では、縁組前から親族としての関係が存在している。全くの他人が縁組をする場合とは異なり、濃淡は別として精神的なつながりは存在している。三世同居の家庭であれば日常的に祖父母も子の養育に携わることもある。同居していない場合でも一定の交際はあり、離婚後に親権者と子が同居していない場合と類似する。

本件養子は、生後1年未満の乳児であり、監護養育を行う者なしに、この子が生育することはできない。要保護性などの要件が認められれば、特別養子縁組の対象ともなる。その意味では、成年養子とは実質的に異なる状況であるともいえる。養親による監護養育という点を重視すると、二宮周平の見解のようにより厳格な手続きが未成年養子には求められる。

実父母による監護養育が縁組後も継続する孫養子の場合には、「未成年」の養子への養親による監護の必要性という要素と、婿養子と共通する「普通養子」という要素の割合が、他人の未成年の子を養子とする場合と同じであるのか、異なるのかが問題となる。この点をどのように考慮するのが縁組意思の解釈で問われる。

3 縁組意思

縁組意思は、身分行為意思の問題として検討されてきた。身分行為意思では、婚姻意思、縁組意思、離婚意思、離縁意思において実質的意思説（実体的意思説）、形式的意思説のどちらが妥当するのか、さらには両説の考え方が妥当であるのかについて検討されてきた。

実質的意思説（実体的意思説）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」¹⁹とする。「親子としての精神的なつながりをつくるという意思があれば、縁組意思は存在する」²⁰と述べられる。とりわけ、中川善之助の身分行為論では、公序良俗の規定（90条）を含む民法総則の無効、取消しの規定が身分行為に適用されないこ

19 中川（善）・前掲409頁。泉久雄『親族法』（有斐閣1997）228頁は、「生活関係」を創設とする。

20 我妻栄『親族法』（有斐閣1961）264頁。親子関係とは「結局は社会の一般通念によるべき」とする。

とから²¹、縁組が公序良俗に反しているのかも縁組意思の存否において判断されることになる²²。

形式的意思説は、縁組意思を届出に向けられたものと考え、判例では離縁意思をそのように理解している。「取消原因を法定し、取消権を短期間で消滅せしめるなどの法律の趣旨より推して無効の場合もできるだけ少なからしめるように解するのが妥当である」と考える²³。現在では縁組意思においてこれを主張する学説は少ない。

吉田邦彦は、身分行為意思を多元的に分析することを評価しつつ、「実質的意思説のように、最初から効果を否定せずに、形式的意思説的に処理して、その意思・目的の当否も検討して決める。さらにいえば、身分関係の内容・目的が多様化している昨今では、「届出意思」を問題にすればよいと言えないか。」²⁴として、形式的意思説を再評価する²⁵。

判例は、婚姻意思と縁組意思を実質的意思説に基づいて、離婚意思と離縁意思を形式的意思説に基づいて判断している。学説においても、婚姻意思と離婚意思、縁組意思と離縁意思を身分行為意思という概念の下で統一的に理解するという立場は、現在ではあまり採られていない²⁶。学説では、身分行為意思について、次のように展開してきた。

法律の定型説は、婚姻意思について「婚姻の効果は民法上発生するので、婚姻意思は民法上の意思であり、民法上の婚姻の定型に向けられた意思である」²⁷とし、縁組意思については「民法上の養親子関係の定型に向けられた効果意思」であり、「抽象的な意思ではなくて、民法が強行的に定めている親権・扶養・相続などの『実質的に親子関係を形成する意思』」であるとする²⁸。

法的意思説は、身分行為によって意図された身分行為のうち基本的部分の意欲または認識を法的意思といい、これが身分行為意思であるとする²⁹。

具体的定型説は、「身分行為意思、特にその実体的意思の具体的内容は、画一的ではなく、各種身分行為毎に各別に捉える態度が大切である」とし、「未成年養子の場合、養親が養子を引取養育すること、そして財産的精神的共同性が強いことの故に実親子関係に類似する社会的習俗の定型が存する」とする³⁰。

このような見解が出される中で、学説では法律の定型説が有力であるとされてきた。

実質的意思説と形式的意思説の対立について、内田貴は、「ネーミング自体、ややミスリーディングである」と評価し、効果の全面的な享受が実質的意思説であり、部分的享受が形式的意思説であると分類する³¹。縁組意思については「養子であることの法的効果を全面的に享受する意思があるかどうかで判断してよい」とし、未成年養子には「監護教育が伴うので、そのような義務を伴う親子関係を本当に創設する意思が養親にあるかどうか、未成年者を

21 中川（善）・前掲32頁。

22 参照、中野琢郎「最高裁判例解説」法曹時報70巻4号（2018）1281頁、1288頁。

23 谷口知平『日本親族法（復刻版）』（信山社 1988（初出1935））51頁。

24 吉田邦彦『家族法（親族法相続法）講義録』（信山社 2007）44頁以下。

25 吉田邦彦の考える形式的意思説には、鈴木禄弥（前掲187頁以下）の見解も含まれる（吉田・前掲44頁）。

26 判例とは異なり、婚姻意思と離婚意思とともに実質的意思説により判断すべきとするならば（例、中川善之助『親族法』（青林書院 1959）271頁以下）、統一的な理解となる。

27 中川高男『新版 親族法・相続法講義』（ミネルヴァ書房 1995（初版1989））119頁。

28 中川（高）・前掲230頁。

29 高橋忠次郎「婚姻意思と離婚意思」専修法学論集9号1頁（1970）。

30 深谷松男『現代家族法 第4版』（青林書院 2001（初版1983））45頁。

31 内田貴『民法Ⅳ』（東京大学出版会 2002）58頁、60頁。

保護する観点から重視される」と述べる³²。また、「行為規範」「評価規範」という視点を提示し、これから行為する場合の行為規範と、すでに行為が行われた場合の評価規範が分離する場合があります、「当事者が便法による目的をすでに達しており、婚姻（本件では縁組・筆者注）の法的効果を全面的に発生させても当事者間ではもはや不都合が生じない場合には、・・・評価規範を行為規範から分離させて」実質的意思がなくても有効であると認める余地があるとする³³。

判例は従来から縁組意思について実質的意思説を採っていると理解されており³⁴、本判決がその範囲内に収まるのかは、論者によって異なっている。

床谷文雄は「孫養子・実子養子の場合は、実質的意思基準は通用性を弱めるが、本判決は、事情により節税養子が無効とする余地を残すもので、実質的意思説を維持するものと考えられる。」と述べる³⁵。また、鈴木伸智は、「本件養子縁組は、実質的意思説の立場からすれば、縁組意思なしと判断すべき事案ではなかったのか」と疑問を提示する。

これに対して、水野貴浩は、法律的定型説に親和的なものと評価すべきであろうとする³⁶。

4 制度としての縁組

民法典が定める縁組の効果は、嫡出子の身分の取得（809条）と氏（810条）である。縁組をして嫡出子の身分の取得という効果を求めるのであれば、最終的目標として動機が租税回避であれ、国籍取得であれ、当事者の意思表示は合致している。同じく身分行為である婚姻意思が809条より具体的な婚姻の効果の規定を念頭において判断できることに比べると、縁組の効果から縁組意思の内容を定めることは困難である。

嫡出子の身分の取得とはいえ、例えば日本での滞在許可、帰化の条件緩和のみのためであれば、縁組は認められないであろう。また、養親の氏を称するという810条の効果のみを目的とする縁組が認められるのではない。前述の祖父母の氏を称するための孫養子とは異なり、多重債務者が氏を変えるための縁組は、810条の効果の発生を意図しているとはいえ、縁組意思があるとは言い難い。

縁組の効果意思の内容は、「嫡出子の身分」という概念の解釈に委ねられる。嫡出子の身分には親子関係の成立と嫡出性の付与が含まれ、それぞれの概念の内容を探ることになる。例えば、養親が親権者となるのは、縁組から生じる直接の効果ではなく、その親子関係成立という効果から生じる効果である。それゆえ、学説は、親子関係の成立と嫡出性の付与から生じる効果を、「定型」という概念で縁組意思から直接に把握しようとしたといえる。

だが、縁組意思という合意の側面だけではなく、制度としての縁組の側面も重要である。そこで、緒形直人が「判例は養子縁組の方便性を判断する際に、これを縁組意思の存否の問題として議論してきたように見えながら、実は、届出によって意図された目的やその外形の下にある身分的生活関係が、国家の立場からは是認できるか否かという法的価値判断を基礎と

32 内田・前掲 253頁以下。

33 内田・前掲62頁。便法が失敗した場合には、全面的に法的効果を生じせしめることが当事者の当初の意図に反することから、原則通り行為規範を評価規範として用いる（63頁）。

34 判例が実質的意思説を戦前から採っていたのではないことを指摘するものとして、前田陽一「民法742条・802条（婚姻無効・縁組無効）」広中俊雄・星野英一編『民法典の百年 IV』（有斐閣1998）1頁、39頁。

35 床谷・前掲78頁。

36 水野・前掲59頁。

して個別的評価を加えてきたのではないと思われる」³⁷と指摘する点を積極的に評価する。

事実上の養子ではなく、縁組届が出されることで、擬制的親子関係として国家が承認し、親子としての法的保護が与えられる。実質的意思説が基準とする習俗的標準は、縁組として保護に値するのかを判断する基準の1つではあっても、決定的なものではない。国家による保護の可否は、一般的には公序良俗の枠組みの中で決まるだろう。

例えば、兵隊養子は、徴兵制を基礎におく国家の意図からすると、是認できない縁組となる。芸娼妓養子については、芸娼妓稼業を国家が積極的に後押し、保護を与えるわけではなく、むしろ養子となる芸娼妓の利益を守ることが国家の関心であるならば、縁組意思を肯定する必要はない。芸娼妓縁組で養親に親としての権利を認める必要はなく、むしろ養子の害となる。

これに対して、孫に相続権を与えるため、または氏を承継させるための孫養子は、その目的が否定されるものではなく、縁組として許容されている³⁸。

縁組として保護に値するのかを判断する場合は、未成年養子であれば、本来は798条による家庭裁判所の許可手続である。直系卑属を養子とする場合には許可を要しないことから、縁組意思の存否で判断することになる³⁹。この点では、鈴木（伸）が示すように「諸般のファクター」⁴⁰が考慮される。

以上に述べていることは、国家が正しいと認める親子関係を形成する縁組のみを許可するという積極的な規制を肯定するのではない。むしろ、子の福祉を害する場合などに、例外的に縁組意思を否定するという消極的な介入に留まる。

そして、縁組の当事者がその利益を得ることが妥当であるのかという観点から判断されるならば、生活共同体の形成など実質的な親子関係の存在を重視する必要はない。日本の普通養子縁組は、親子関係の発生を効果とするものの、その個別的な内容（相続、扶養、氏）を当事者が享受することが社会的に妥当であるのかという観点から、幅広い対象を含んでいると思われる。

V 本判決の評価

1 動機と意思の併存

判決理由では、「相続税の節税の動機と縁組をする意思とは、併存し得る」とすることで、縁組意思がないときには当たらないとして、縁組を有効とした。この言い回しについて考えてみたい。

まず、相続税の節税を目的ではなく「動機」と位置づける。それとともに、判決理由、民集登載の判示事項、判旨では「専ら相続税の節税のために養子縁組をする場合」（下線部は筆者による）と述べる。一見すると動機と目的が混同しているが、動機である節税を実現するために養子縁組がなされるという一連の過程を描写するものと理解できる。それに対して、節税は動機であり、縁組をする意思と「併存する」別の要素であることを明示すること

37 緒形直人「方便のための縁組届出の効力」判タ747号（1991）221頁、222頁。

38 このような縁組を家制度の残滓として積極的に排除するという立場を国がとることも可能である。

39 本来の実質的意思説によると90条は身分行為に適用できないという理由から、身分行為意思の存否で判断することになる。

40 鈴木（伸）・前掲117頁。

で、節税を効果意思とする縁組意思ではないことを示す。縁組の有効・無効を決する縁組意思の効果意思は、「縁組をする」ことに向けられている。

節税の動機と縁組する意思が併存しうる別の要素であることから、節税目的であっても、「直ちに」縁組意思がないときには当たらないことになる。「節税目的＝縁組意思なし」という短絡的な判断を否定している。もちろん、「本判決の判文からすると、本判決は、節税の動機があれば縁組意思が肯定されると判断したものではない。」のは当然である⁴¹。縁組意思の存否は、改めて検討しなければならない。

2 「縁組意思がないときには当たらない」

縁組意思の存否で問題となるのは、「縁組意思がないときには当たらない」（下線部は筆者による）という二重否定の表現である。

「縁組意思がある縁組が有効である」という問いと「縁組意思のない縁組は無効である」という問いは同じなのであろうか。

前掲最判昭和23年12月23日は「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」として縁組の成立を否定し、前掲最判昭和38年12月20日は「真実養親子関係を成立せしめる意思も亦十分であった」という原審の判断を是認し、前掲最判昭和46年10月22日は「養子縁組の意思が存在するものと認めることができ」と述べ、縁組の成立を肯定した。前者の「縁組意思がある縁組が有効である」という問いに基づいているといえる。

それに対して、本判決は、「縁組意思のない縁組は無効である」という問いを立てていると考えられる。「当事者間に縁組をする意思がないときには」無効とすると定める802条の文言どおりの問いとなる。また、縁組意思がないことについては縁組の無効を主張する原告に証明責任があるという手続上の考え⁴²もある⁴³。縁組意思の不存在を証明できない場合には、原告敗訴となり、縁組が有効となる。

本判決の考え方をより実体法的に理解すると次のように考えられる。

家庭裁判所の許可を必要としない直系卑属との縁組では、縁組の妥当性は事後的に縁組無効において検討するしかなく、縁組意思の判断には多様な要素が含まれる。そして、「縁組意思がないときには当たらない」とは、「縁組を否定するまでではない」という意味に取ることができる。つまり、普通養子縁組が機能的に利用されていることを排除しておらず、積極的に子の福祉に資することまでを未成年普通養子縁組に求めている。縁組によって子の福祉が害される場合には、縁組意思を否定する。本件では、縁組が有効であっても、YがBのもとで生育する状況には変わりはない。縁組後のAの遺言によりその遺産は原告が相続することになったが、縁組後の事情であり、また相続しないことによりYの財産が増加しないだけで、現状は悪化しない。法定相続人であることから遺留分権を取得するという利益も有する。

相続税の節税が妥当であるかの判断は、縁組の効力の問題ではなく、相続税法63条により判断される。そのため、縁組が公序良俗に違反するかを判断することは、判断の先回りとなり認められない。

41 中野・前掲1290頁。

42 中野・前掲1290頁。

43 鹿野・前掲84頁は、「縁組の無効を主張する者は、節税目的であったということに加えていかなる事実を主張立証すればよいのかについては、明らかにされていない」と指摘する。

以上のことから、本判決は、現行法の枠組みにおいては妥当なものとする。

また、本件は節税目的の縁組とされているが、祖父 A が孫 Y に相続権を与える目的で縁組したと評価すれば従来の判例からすると縁組意思の存在は疑問視されなかったはずである。本件では、縁組後に A が X1、X2 のみが相続する遺言を作成したことから Y に相続権を与えるという目的は達成されなかった。だが、これは縁組後の事情であり、縁組時点では、節税によってより多くの財産を Y に承継させるという意図で Y に相続権を与えるためになされた縁組とも評価できる。相続権を与えず、純粋な節税目的のみの縁組を排除することは本判決も明言している。「節税」という言葉だけが独り歩きしている印象を受ける。

「縁組意思がないときには当たらない」という判断基準は、グレーゾーンでも縁組を有効とすることができ、縁組意思があるときという判断基準よりもより幅広く縁組の成立を認める可能性を有している。縁組意思のみならず、婚姻意思も含めて、今後の判例においてどのように利用されるのかが注目される。

また、特別養子の改正により養子の対象年齢が原則として15歳、例外的にそれ以上の年齢も認めることになり、未成年養子縁組と特別養子縁組の違いは、より質的なものへと特化されていく。この場合に、未成年普通養子縁組の縁組意思の解釈が、特別養子縁組に近づき厳格化されるのか、違いを強調するために緩やかに解されるのか、この点からも今後の動きからは目が離せないだろう。

（京都産業大学法学部教授）