

成年養子縁組の法的規制の必要性に関する一考察

反町めぐみ

Abstract

In Japan, many cases of adoptions involve the adoption of adult persons. The purposes of these adoptions are various, one, in particular, concerning matters of family succession.

The most important effects of adult adoption are the duty of support someone adopted person, the right of succession, and the change of name of an adoptee. Adoption cases whose main purpose is to change the adopted person's name have recently become a social issue.

From such a context, a proposal to restrict has been presented to the Ministry of Justice since 2001. It demands to install the restriction of adult adoption to Civil Code from the Ministry of Justice.

However, this proposed legal restriction has some difficult problems.

This paper will examine the issues concerning the restriction of adult adoptions.

キーワード.....成年養子 縁組意思 仮装の身分行為

はじめに

近年、消費者金融の成長と共に、借金を繰り返すなどの目的で養子縁組をして氏を変更し、国民健康保険証等を取得後、さらに転養子するなどの事件が新聞などで報じられている¹⁾。しかし、成年者間の養子縁組は、届出が受理されるだけで成立する上に、戸籍事務を行う窓口では、届出について形式的審査しかできない。そのため、より具体的な審査をしてこうした事例を防ぐ必要があるとして、2002年以降、戸籍事務担当者等から法改正の要望が法務省へ出されている²⁾。要望の内容は、「成年者の養子縁組届出についても家庭裁判所の許可を要する」または「養親子間に一定の年齢差を要する」よう求めるものである。

しかし、この要望案は、民法に取り込むには難しい問題がある。まず前者については、成年の養子制度は契約的構成をとるので家庭裁判所の許可を要件とすることは理論的に難しく、また、家庭裁判所の介入を認めるにしても、なぜ創設的身分行為のうちでとくに成年養子にだけ規制を設けるのかについての説明が困難である。後者についても、養育関係にない成年者間にこうした制限が必要であるのか根拠に乏しい上、実親子のような外形にある養子縁組にだけ法的効果を与えるよう制限を加えることは、今後家族関係が多様化する社会の流れの中で一定の

親子像を固定する役割は期待できても、広く擬制的親子関係に法的保護を与える現行制度を制限する根拠に欠けるものである。親族関係にない成年養子については、そもそも嫡出親子関係を築きたいという当事者の意思に、幾分か他の目的が含まれていることは、日本社会でも当然のこととして受け止められている³⁾。一例として、新聞の投書での法律相談の回答に、法律実務家が、将来の財産相続に備えて縁組をその手段として勧めるものも見られるが、こうした法律家による肯定も珍しくはない⁴⁾。

このように、日本の養子縁組制度は、届出によって成立するきわめて意思主義的色彩が強く、他の目的のための手段として用いられやすい制度である⁵⁾。そのような養子縁組を規制する目的で、成年者間の養子縁組の成立を家庭裁判所の判断に委ねることは妥当であろうか。以下に学説・判例の判断を踏まえて、成年者間の養子縁組の検討したうえで、縁組成立の事前的規制の必要性を考察することとする。

一．成年養子制度の問題点

1．養子制度の目的

本来、擬制的親子関係は、血縁的に親族関係にない人々が社会的に親子に類似した関係を設定しようとする慣行であったため⁶⁾、そうした関係に社会的承認を付与する養子制度には、手段的性格が根底にある。

日本では、明治民法の制定以前にも養子は盛んに行われ⁷⁾、明治民法が養子制度を採用したのも当然のことと受け止められた⁸⁾。明治民法の養子制度は「家」制度の強化、温存、家督相続の維持を第一の目的とし、さらに、子のためという目的もあわせて立案されている。しかし、明治民法起草者は養子制度それ自体についてはかならずしも一致した見解をもっていたわけではないようである。法典調査会において起草者は、養子法全般の基本方針を家督相続の目的に基づいて説明しているが⁹⁾、その内容は、養親適格要件の「成年ニ達シタル者八他人ヲ収養シテ其子ト為スコトヲ得」（明民 837 条）の規定に示されるように、現行法（民 792 条）と同じく、単に縁組適齢を定めるとどまる。同時にこれは、旧民法人事編のように「家督相続ヲ為ス可キ男子アル者」（旧民 107 条）や「戸主ニ非サル者」（但推定家督相続人ニシテ戸主ノ許諾ヲ得タル者ハ此限ニ在ラス）（旧民 109 条）などの、家督相続のための制限主義を排し、無制限主義を採用したことを明らかにしたものである。その立法趣旨説明において、起草者は明治初年の布告や民事慣例類集などにみられる慣習等を援用し、また、これを受けた起草委員の「日本ノ上流社会ハ武家ノ教育ノ人間ガ多イ。サウ云フ所テハ無暗ニ養子ヲスル必要ハナカラウト云フコトデアリマスガ、今日武家ガナクナツテ見ルト、ドチラヲ取ルカト云ヘバ平民社会ノ慣習ヲ取ラナケレバナラヌ」¹⁰⁾という発言がみられるように、多種多様な一般庶民の養子慣行の尊重をくり返し説明しているのである¹¹⁾。

このように、明治民法の養子制度には確固たる目的がなかったというのは、起草者が民間で広く行われていた一般に養子と名のつく慣行的な擬制的親子関係に法的承認を与えるためであ

ったということが出来る¹²⁾。その基礎には日本社会に広く存在する擬制的親子関係の存在への配慮があったことは疑いない。そして、養子制度が特定の目的に限られることなく、あらゆる目的に結合しうる制度と考えられたため、形式的な法的縁組の外形を備えていることが重視された。また、血族擬制の制度であるから、縁組の効果・内容について契約によって定められるものとはされなかった。そのため、養子制度の濫用を防ぐために縁組を制限する、ということは、考えられなかったのである。そのため、家督相続を第一の目的とした養子縁組制度は、実際にはさまざまな目的のために利用され、養子制度の確固たる目的はなかったといえる¹³⁾。

その後、戦後の民法改正によって、未成年養子については家庭裁判所の許可を要するとしたものの、養子縁組が子のためのものであることは明文化されなかった。また、縁組意思のない縁組の無効を規定する民法802条について、実質的な改正はされず¹⁴⁾、縁組意思についてどのような意思をもって有効とされるのか、それはどのようにして確認されるものかについては解釈に委ねられたままになった。

2. 近年問題視されている「虚偽の」成年養子縁組

成年養子縁組件数の正確な統計はないが、法務省民事局の「平成16年度戸籍事件表」によると、養子縁組の届出事件総数はここ数年間約8万件となっている。また、養子縁組全体に対する家庭裁判所の許可を要する未成年者を養子とする普通養子縁組の許可件数の割合は年々減少傾向にある¹⁵⁾。このことから、養子縁組全体の大多数は成年養子であるといえよう¹⁶⁾。このように、成年養子が現在も広く行われる理由として、日本の養子縁組には従来から存在した養子慣行と「家」のための養子制度などの残滓が、今日の国民の養子縁組意識の中にも色濃く存在しているといわれる¹⁷⁾。そのため、成年養子を認めることは、「家」意識温存につながるとして批判し、近代法の本来の養子制度の目的は未成年者収養にあるとして、制度の純化をはかる必要があるとする説が有力である¹⁸⁾。

前述の2005年の民法改正の要望に見られる改正の趣旨¹⁹⁾には、養子縁組による氏変更の効果を利用した刑事事件を取り締まる意図があると考えられる。つまり、養子縁組制度の目的の純化または明確化を目的とする要望ではなく、戸籍法107条による氏の変更によらない、より手続の簡単な養子縁組の効果としての氏変更を安易に認めるべきではないという意見の下に提案されたものであると考えられるのである。

実際に養子縁組が問題視されている事件について、新聞記事や裁判例を見てみると、消費者金融からの借金を目的にした成年養子縁組件数は全国で2004年15件、2005年10件になっている²⁰⁾。新聞に掲載された事件だけをみても、2004年以降は減少してきていることがわかる²¹⁾。しかし、2003年ごろから消費者金融からの詐取の目的で養子縁組をして氏を変更した事例について、虚偽の養子縁組の無効を前提に有印私文書偽造罪・詐欺罪等での逮捕が相次ぎ、その後、改氏後の借金目的での養子縁組の記事は減少し、また、こうした事例での逮捕が相次いだことからあわてて縁組を解消したような事例も見られた²²⁾。では、どのような成年養子制度が「虚偽」

の養子縁組として無効になるのだろうか。

二．養子縁組の有効性

養子縁組は、縁組当事者間の合意に基づく届出が受理されることによって成立する（民 799 条）。さらに、いくつか有効要件についての規定²³⁾があり、人違いなど、当事者に縁組をする意思がない場合（民 802 条 1 項）や、当事者が縁組の届出をしないとき（民 802 条 2 項）に無効である²⁴⁾とされる。つまり、縁組の成立要件としても有効要件としても縁組意思が問題とされているため、縁組意思をどのように判断するかによって、養子縁組の効力も異なってくる。

そこで、まず形式的要件としての届出の意義を検討し、後に実質的要件としての縁組意思について学説上の解釈と判例の立場をみていくこととする。

1．形式的要件としての届出の意義

まず、「届出なければ身分行為なし」の原則は、身分関係を法律上明確にするという目的のほかに、それまで事実主義が優先していた人々の間にこの原則を浸透させるため、明治民法が届出主義を採用したことに由来する²⁵⁾。そして、この届出に当事者の署名を求めることによって当事者の真意にもとづく届出がなされるものと考え、また、身分関係の成立時に届出がなされることが期待された²⁶⁾。

しかし明治民法施行後も、事実主義の慣行は衰えず、また「家」制度と結びついた戸籍制度²⁷⁾も届出主義の浸透の障害となった。さらに、代書であっても、届出人の真意に基づく届出である限り身分行為は有効に成立するとした判例²⁸⁾等によって、立法者の意図した届出制度の役割は大きく後退した²⁹⁾。その後、婚姻については「事実主義」の慣行を無視できずに内縁を準婚関係として位置づけ、届出前の婚姻と類似した実態の法的保護を図るところとなった。

届出のない事実上の婚姻が法的保護の対象となるのであれば、同じく創設的身分行為であることから、届出のない事実上の養子縁組にも保護が図られなければならない³⁰⁾。しかし、従来判例は虚偽の届出に縁組意思を認めず縁組の効力を否定し続けた³¹⁾。縁組の成立については婚姻よりも厳格に届出の要件を判断しているのである。これは、養子縁組制度の目的が擬制的親子関係のある特定の形態だけに法的承認を与えるのではなく、形式的要件を満たす縁組すべてに広く法的承認を与えるものであることから、形式的要件を厳格に要求することは正当化されるものである³²⁾。

従って、届出の要件は、創設的身分行為の中でもとくに養子縁組の成立については厳格に判断されているといえる。だが、実質的要件である意思の合致について、届出についての意思の合致があれば足りるとするのか、それとも、血縁関係にある真の親子のような関係を創設する意思を要するものであるのか、その縁組の意思の内容が問題となる。

2．実質的要件としての縁組意思

まず、縁組の届出がなされ、これが受理されていても、縁組は当事者の合意及びこれに基づ

く届出によって成立するものであるから、当事者の一方または双方に縁組の届出をする意思がないときには、無効である³³⁾。縁組の当事者に求められる意思能力ないし精神機能の程度は、親子という親族関係を人為的に設定することの意義をごく常識的に理解しうる程度であれば足りるとされる³⁴⁾。なお、縁組によって生ずるすべての法的効果についての認識までは必要でない³⁵⁾。縁組意思があるとするための意思能力の程度は、個別具体的に判断することとなる。

次に、当事者間に縁組を届出する意思があっても、実際に養親子関係を形成する意思、実体的意思がなければ、「縁組をする意思」がない仮装の縁組であるから無効であるとされる(判例通説)。しかしこの説明では、成年養子の判例³⁶⁾を説明することは難しい。創設的身分行為であっても、「実際の生活関係創設の意思」については判断されていないからである。これに対し、身分行為意思は戸籍へ届出をする意思であって、実質的に夫婦や養親子といった身分関係を設定する意思ではないという、いわゆる形式的意思説が主張された³⁷⁾。しかし、この構成によっても、多様化する今日の身分関係の全てに妥当な解決を与えることは難しい³⁸⁾。

そこで、縁組意思の判断について、「親子関係一般を規定するような定型性が失われてきている現在、養子縁組においては、縁組意思は一義的に規定することができない結果、形式的意思説にかたむき、具体的な価値判断によって個別的に有効無効が決せられる傾向をもつものではないか」³⁹⁾という多元的解釈をとる学説⁴⁰⁾の理解が、多様な目的を内包する成年養子制度の成立の判断になじむものとする。その上で、成年養子縁組の成立の判断については、縁組による法的効果を受けることを目的とする意思があれば有効に成立する⁴¹⁾、と解するのがもっとも妥当であるといえよう。

3. 判例に見られる縁組意思の解釈

縁組意思の解釈について問題となった事例は、縁組の目的別に次の5つに類型化できる。労働力としての養子(芸娼妓養子⁴²⁾)⁴³⁾、脱法行為のための養子(兵隊養子⁴⁴⁾、学校養子⁴⁵⁾)、「家」または祭祀承継のための養子(仮養子⁴⁶⁾)⁴⁷⁾、子なき親の孤独の慰藉あるいは扶養のための養子⁴⁸⁾、その他、縁組効果(氏変更・相続等)を目的とする養子(仮親養子⁴⁹⁾、妾養子⁵⁰⁾)⁵¹⁾、である。

まず、やのような、社会的自由拘束する目的または単に戸籍上の操作を目的とする縁組は無効とされる。ただし、法定相続分の変更を企図した縁組⁵²⁾でも、有効とするものがある。これは相続規定と抵触するため、脱法的色彩が強いといえるが、判例は90条違反ないし脱法行為として処理せず、縁組意思の有無によって判断している。つまり、相続分を操作する意思があると同時に、親子関係を創設する意思も十分にあったとみることができる場合には、相続分変更の意図は本件縁組の縁由に過ぎないとして有効であると判断しているのである⁵³⁾。同様の事例でも、兵隊養子や芸娼妓養子など、脱法目的の意図が明らかであり、かつ、相続を目的としない場合は、親子関係創設の意思のない仮装縁組であるとして無効と判断されている。成年養子の主たる目的は財産の相続にあるものと解する一般の意識に沿うものであろう。しかし、縁組効力のうち、相続を排する特約のあ

る縁組を有効とした判例⁵⁴)もあり、相続の目的についても判例の判断は一定していない。また、養親子間に不倫関係のある縁組（いわゆる妾養子）は、学説上の批判は強いが、当事者双方が実際に縁組意思を有している以上、有効とするのが判例の立場である。これらの他に、現行民法で廃止された「家」制度の色の強いものは無効とされる⁵⁵)。この「家」制度的要素を含むものといわれる婿養子は、制度としては戦後の民法改正で廃止されたが、実際には、妻の氏を称する婚姻+妻の親との養子縁組（あるいは、妻の親との養子縁組+夫の氏を称する婚姻）という形で今も広く行われている⁵⁶)が、訴訟として有効性が争われた事例がないため、ここでは考察しない。

つまり、の類型は現在の法制度の建前上認められないとしながら、例外として養親子関係の設定を欲する意思があれば有効な養子縁組であるとする。またの類型は、縁組の有効性を、実体的縁組意思の判断によらず、未成年の子の福祉を重視して判断した事例である（後述）。の妾養子については、上記類型の無効とされる要素（身分+財産+脱法の目的）があっても、縁組の法的効果が関係者間の財産処理上の便宜に合う場合には有効と解されている。

以上のように、判例は縁組意思について「真に養親子関係の設定を欲する効果意思」⁵⁷)として、届出意思では足りず、実体的意思によって判断するとしながら、実際には実体的意思説では説明の難しい事例にまで有効な縁組の成立を認めているのである。

三．氏変更を目的とする養子縁組の有効性

判例では、「家」制度の色の濃いものを排しながら、相続や親子関係創設の意思のあるものは有効とするなど、縁組意思の判断基準は非常に不明確なものであることがわかる。とくに、2005年の民法改正要望にあるように、氏の変更の目的を含む縁組については、難しい問題がある⁵⁸)。

縁組効果としての養子の氏の変更は、「家」制度の下での家名承継と関連して問題とされてきた。氏の継承を目的とする縁組について、無効と解すべきであるとする説が有力に主張され、民法90条の適用可能性を示唆する説⁵⁹)もある一方で、縁組意思の有無で縁組の効力を判断する現行法下では、氏の継続を目的とする縁組も有効と解するほかないとする学説⁶⁰)もみられる。また、成年養子が「家」制度存続の潜脱とされることは、戦後の民法改正過程でGHQが早くから指摘していたところである⁶¹)。では、氏の変更を目的とする縁組の効力は、「家」制度との関係でどのように判断されているのだろうか。

1．縁組による氏変更の効果を利用した刑事事件

ところで、縁組無効の性質について、従来の判例は縁組の無効は当然無効であり、必ずしも訴えの提起という形をとる必要はなく、相手方からの訴えに対する抗弁として主張することもできるし⁶²)、民事上の別訴または刑事訴訟における前提問題として主張できるとされる⁶³)。このことから、縁組無効の訴えは確認訴訟であって、無効判決の確定、戸籍の訂正を待つまでもないとされる⁶⁴)。そして、無効確認の訴えは、確認の利益がある限りこれを提起することがで

きる（大判昭和 13・10・29 民集 17・2077）。なお、訴えの利益がある限り、第三者も縁組無効の訴えを提起することができる（大判大正 4・10・18 民録 21・1651）⁶⁵⁾とされる⁶⁶⁾。

このような解釈にもとづいて、縁組意思についての詳細な判断はないものの、訴訟の前提として縁組の無効が主張され、仮装の縁組に対する判例の判断が示されている。以下に近時の氏の変更を目的とした縁組についての裁判例を見ていく。

まず、氏変更目的の養子縁組の違法性について、公務員の福利団体と類似の名称を使った多数の退職公務員からの多額の現金詐欺事件についての判決文中、「被告人は、本件犯行後、海外へ逃亡し、氏を変更する目的で養子縁組をするなど、犯行後の情状も芳しくない。所論は、海外に逃亡したものの被告人が警察に出頭する意思があったことや養子縁組の経緯などについて言うが、被告人の海外逃亡や養子縁組による氏の変更により、捜査が困難になり支障を来したことは否定できず」、原判決指摘のとおり、被告人の刑事責任は重いとす⁶⁷⁾。氏変更目的の縁組が、捜査の障害になったとして、罪刑の考慮の対象となっている。

次に、東京地裁平成 15・1・31(判時 1838・158)は、被告人が融資不適格者であったことから、養親となる者の許可を得ない養子縁組をし、縁組後の氏名により消費者金融業者借入基本契約書申込書等を作成提出しキャッシングカードの交付を受けた事案である。被告人は養親となる B とは全く面識がなく、その了解もなく本件養子縁組を行ったものであるから、本件養子縁組は、縁組意思を欠くことは明らかである⁶⁸⁾。

判決理由では、「当事者間に縁組をする意思がないとき、養子縁組は無効であるが（民 802 条 1 号）、ここにいう縁組意思とは、実質的な縁組意思、すなわち、真に親子関係と認められるような身分関係の設定を欲する効果意思を意味し、かかる意思を欠く場合、縁組が無効である」ため、「上記認定の事実によれば、被告人は、B と全く面識がなく、その了解を得てもないのに本件養子縁組を行ったものであるから、本件養子縁組は、縁組意思を欠く無効なものであって、被告人の氏を B 姓とする氏の変更も生じない」という。つまり、縁組意思の解釈について先例の立場を踏襲することを宣言したものである。しかし、本件は縁組当事者の一方の知らない間になされた養子縁組であり、実体的意思を判断する必要はなかったのではないか⁶⁹⁾。

以上、氏の変更目的でなされた縁組についての判断を見たが、もし氏の変更について養親子間に合意のある場合に、縁組の効力についてはどのような判断が妥当だろうか。

2. 家名承継を目的とする養子縁組

単に家名を承継することのみを目的とする成年者間の養子縁組について、これを無効とした事例がある⁷⁰⁾

しかし成年養子の事例が少ないため、参考として、未成年養子についての家庭裁判所の判断を以下に見ていくことにしよう。まず、「単に家名を承継することのみを目的とする縁組」の多くは、監護教育関係を伴う親子関係の創設が意図されていないとして許可申立が却下されている⁷¹⁾。

これは、未成年の子を養子とする場合には、養親がその親権者となるため、監護教育の実質があり、かつそれが子の幸福となるものである必要から（東京家審昭和 37・5・28 家月 14・110）、単に戸籍上の操作のために未成年者を手段として利用するだけで、その利益と幸福とが考慮されていない養子縁組は許可すべきでないといわれているのである⁷²⁾。その一方で、未成年者の利益に合う縁組である場合には、家名承継の目的を含む縁組であってもその成立を認めている⁷³⁾。つまり、未成年養子について家庭裁判所は、縁組意思の有無ではなく、「子の福祉」に合う縁組であることを重要な判断基準としていることから、このような判断の違いが生じているのである⁷⁴⁾。だが、戦後氏は個人の氏であって承継されるものではない。「家」の名である家名という概念自体、「家」制度の意識を含むものであって、現行法下では特殊な事例（例えば営業上の便宜で老舗の店の名を譲りたいなど）でないかぎり受け入れられない。このような縁組を未成年者に認めることは、「家」の制度を廃止し個人の尊厳を基調とする現行民法の精神に反するからである。

これに対し、養育を問題としない成年養子については、成年養子縁組の動機の1つとして、家名維持の目的が含まれているという場合には、そうした縁組を非難する社会的意識が強くない上、一般に無効とする法的規定が存在しない現状においては、有効な縁組と解するほかない。また、成年者間の縁組であれば、「家」制度の旧習の犠牲となることなく縁組について有効な意思表示をすることができるのであり、縁組の成立を望む個人の意思は、最大限尊重されるべきであるからである。

もちろん、家名存続の目的での縁組は、「家」を廃止した新法の精神に反するものであり、このような縁組の成立はできるだけ制限されなければならない。また、単なる養親子の同氏を望む縁組の成立についても、養親子間の同氏と、氏の存続とが、同じ意味で用いられる場合もあるため、両者の違いを慎重に考えなくてはならない。つまり、養子縁組をしても、養子の子の氏は当然に養親の氏となるのではなく⁷⁵⁾、民 791 条によって縁組後の養子の氏に変更することができる。しかし、養子の子が養親と同じ氏を称しても、単に氏を同一にするというだけで、明治民法上の「家」が実体上の身分効果を伴っていたのとは本質的に異なるものである⁷⁶⁾。

では、「家」名の継承のためではなく、実親子のように同氏を名のすることで、親子の外形をつくりたいという動機による縁組はどのように考えるべきだろうか。

3. 氏変更手続の潜脱としての養子縁組

成年養子縁組と「家」制度の結びつきは、戦後多くの批判を受けている。例えば、西村信雄は、「『氏』は個人を表示する符号ではなくて、『家』の称号である」ため、夫婦の一方の「家」の称号が子（養子）によって受け継がれ、「かくて、父祖代々の家の称号が永続する」ことから、成年養子縁組は明治民法の家督相続の温存であると強く批判する⁷⁷⁾。これに対し、中川善之助⁷⁸⁾は、ただ名前だけの問題に過ぎない以上、家名を継ぐべき養子を認めても積極的に有害とはならないので、「人々がなお家名の継続に執着している間は、家名承継者としての成年養子を認め

てやっても悪くはなからう」⁷⁹⁾として、「家」意識の希薄化に伴い、成年養子はやがては減少してものかと考えていた⁸⁰⁾。

しかしながら、前述のように、養子縁組の件数はここ数年8万件前後でほぼ一定しているのに対し、戸籍法第69条の2及び第73条の2の届出(いわゆる縁氏続称届出)件数は、1987年の戸籍法の一部改正で新設されて以来、増加している。これを離縁及び縁組取消の合計件数との対比でみると、その比率は年々増加している⁸¹⁾。この統計から、縁氏続称の申し立てには7年間の養親子関係の継続が必要であるため、縁氏続称の割合の増加から、縁氏続称の申立ができるような長期の縁組が増加していることがわかる。同時に、縁氏続称の必要性が高まっていることから、縁氏は養親子関係の解消に伴って失われるような、「家」名的なものではなく、より個人の呼称性または人格表象的要素が強くなっている、と推測できる。

養親子同氏の原則(民810条)は、養子が養親の氏を称することを自明のものとし、養子側の改氏を強制する。しかし実際には養子縁組に際し、養親の氏への改氏を忌避したいという要請もあることは指摘されるところである⁸²⁾。すなわち、そこでは、氏はもはや家名承継の対象ではない。養親の氏よりも、社会的活動の場の広い養子の氏の通用性が重要とされているのである。また、近時問題とされる金銭貸借のための氏の変更を目的とする成年養子縁組も、親子関係創設の意思を否定することは難しいが、「家」意識が介在しないことは明らかである。養子縁組の際に、将来自己を表す氏名のうち氏を変更するということは、単に自己の所属を表すものとして氏を観念しているわけではなく、養親子関係を設定する一種の現実的な証として考えられているといえる。そして、その意識は必ずしも「家」制度に基づくものではない。「家」と氏とが結びつけられているのであれば、離縁の際に縁氏続称を申立てる割合が増加していることを説明できないからである。成年養子縁組では、養育を目的としない以上、共同生活実態を見ることはできない。故に、氏を同じくすることで養親子関係の証にしたいと考えるのではないだろうか。こうした国民の氏に対する家名意識の希薄化からは、養子縁組の目的が明文化されない以上、縁組効果の1つである氏変更を目的とする縁組も否定すべきでないことになる。

氏は、基本的には社会生活において個人を他人から識別し特定するためのものである。特に日本では、戸籍上の氏名が重視されると同時に、「人が個人として尊重される基礎であり、その個人の人格の表象であって、人格権の一内容を構成する」(最判昭和63・2・16民集42・2・27)ものである。法制度上も、氏は、明治民法においては「家」の氏(「家」名)であったが、現行法の下では「本人の意思で氏をかえることが自由だとする以上は、氏をかえることと実体的な関係とを結びつけたところで、決して個人の自由を束縛することにはならない」⁸³⁾のだから、氏は「単なる個人の呼称」であるとするのが通説である⁸⁴⁾。しかし、個人のものでありながら、名については親が命名することができるが、氏については選定することができない。また、養子については氏の変更が強制されるだけで、やはり名について養親が選定することはできない。このような養親子間の同氏はどのような意図をもって立法されたのか。唄孝一は⁸⁵⁾、戦後の民

法改正過程における養子の氏の規定の変遷を表にまとめており、これを見るに、第1次案（昭和21.8.11）で「養子ハ養親ノ氏ヲ称ス」と規定されて以降、その養子となった者の子供の氏についての規定に多少変更が議論されたが、養子の氏については修正や議論のないまま現行規定（民810条「養子は、養親の氏を称する」）となっている⁸⁶⁾。明治民法制定過程と同様、戦後の改正過程からも養親子間の同氏についての根拠を見ることができない。

以上から、成年養子縁組の当事者双方に、養親と同じ氏を名乗ることで外形的にも擬制的な親子関係を作りたいという実体的意思を認めることができるかぎり、縁組意思を否定することはできない。氏変更を目的とする養子縁組を、一概に縁組意思のない仮装の縁組として無効と判断することには問題がある。

唄は、氏に実体的な効果が結びつくことによって、その取得変更の要件が実質的に加重されることになるため、呼称上の便宜からの自由な選択変更を妨げるとともに、また一方では、当該身分効果の享受の自由を不当に制限することになるのではないかと懸念を示している⁸⁷⁾。同じ氏を名乗りたいという当事者の合意に基づく限り、法制度上保障されている手続を緩和するのはともかく⁸⁸⁾、制限しようとするのは人格権に基づく氏名権を侵害する方向であって許されない⁸⁹⁾。近時の夫婦別氏制度導入論の基礎にある個人の氏の尊重という考え方にも共通するだろう。養親子同氏の原則から、成年者間で養親子間での同氏を望む縁組に、同氏を望む当事者の意思について国家機関による判断を要件とすることは、自己の氏に対する意思尊重の要請からも正当化は困難と言わざるを得ないのである。

四．成年養子の規制の必要性

現行養子法の基本的性格が明治民法起草者によって作り上げられたものであることは、以上にみたとおり、もとは慣習に法的承認を与えるものだった。戦後、未成年養子に家庭裁判所の許可を要するとしたのは、縁組が契約であるとの現行法の建前から、未成年者の実質的縁組意思があるか否かを判断するため、および当該養子縁組が子の福祉に適うものかどうかを判断するため、設けられたものである。さらに、未成年養子であっても、養子の縁組意思を重視しない場合もある（民798条但書）。これに対して、成年養子の場合には、契約の当事者として養子縁組をするのであって、養子の福祉を考慮する必要はない。また、養子制度の内容をみても、当事者の合意だけで縁組が成立し、協議による離縁も認められ、縁組の要件として親子の年齢差は必要ではなく、縁組の効果として養子と養親の血族との間に親族関係が発生する一方、実親との法的親子関係も存続するなど、成年養子を前提とした制度となっているといえよう。

従って、家庭裁判所による許可制の導入を検討する場合には、それ以前に、成年養子縁組制度の目的および縁組意思について明確に規定した上で、議論されなければならない。さらに、たとえ家庭裁判所の許可制を導入しても、当事者間で通謀があれば規制をすり抜けることも容易である。もちろん、本人の知らないうちになされる縁組届出について防止の効果はあるだろ

うが、それも家庭裁判所によらなくても、戸籍事務担当者による審査や確認の通知で足りるだろう⁹⁰⁾。または、真正の縁組意思の確認方法についての明確な規定をおくことで、手続的な負担の軽減を図ることも可能である。

養子制度は、第一に血族関係にない者同士にいわば人為的に法的な血族関係を認める制度である。しかし、判例は、実体的意思説に従うとしながら、相続を目的とする直系卑属との養子縁組や、実際には実子である非嫡出子の相続分の調整のための養子縁組を認めている。直系の自然血族との縁組を有効とするのは、まさに縁組による法技術的な説明であって、判例のいう「真に親子関係を創設する意思」の説明が不透明さを増すものとなっている。相続の目的もそれだけは縁組意思が認められるものではないが、逆に、相続の目的があれば縁組意思を補強するものとして考慮されている。こうした縁組効果としての相続権附与を目的とする縁組が有効であるならば、養子の氏変更の縁組効果を目的とする縁組を、仮装の縁組であると断じることができない。なぜなら、民法が親子同氏を規定している以上、養親と同一の氏を名乗りたいという養子の意思が縁組の動機にある場合、縁組意思がないと言うことはできないからである。さらに、親子関係の多様化に対応できるものとして⁹¹⁾、養子制度の規制については慎重でなければならない。

おわりに

近時、仮装の縁組として問題視される養子縁組は、縁組の氏変更の効果が（多くは個人的な）借金のために用いられる事例が増え、実親子関係の擬制としての法的血縁関係創設の目的と金銭との結びつきに戸籍事務担当者の違和感が強まったため、規制の要望が出されたものと考えられる⁹²⁾。しかし、新聞記事等での事件報道には、「虚偽」「詐欺」という語がセットで出てくる点に注意すれば、一般の意識では、詐欺目的＝虚偽と考えられていると推測できる。なお、届出時の本人確認を虚偽届出の未然防止策とする法務省通達をみても、当事者間の合意のない縁組を虚偽の縁組としていることがわかる。つまり、一般の意識は、縁組の内容や実態から有効性を判断しているのではない。また、氏変更を目的とした縁組が借金のためであったとしても、法的手続を経て戸籍に記載された氏名は偽名ではないため、ただちに無効とすることは妥当ではない⁹³⁾。よって、縁組当事者双方に合意がある限り、成年者間の養親子関係創設について国家による介入を認めるのは、あまりに国民の自由意思を軽んじるものであって、その正当化は難しいだろう。

従って、成年養子制度の多目的性、一般の成年養子制度に対する意識及び「家」と氏とを結びつける意識の希薄化とを考慮すれば、当事者が縁組の法的効果の発生について合意している場合には有効な縁組として扱い、これに法的効果を認めていく方向が妥当であるといえよう。

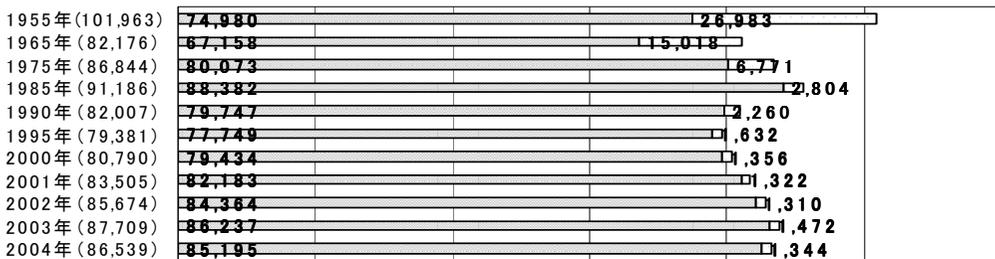
<注>

1) 朝日新聞朝刊に載った最近の事件だけでも、2005・10・8「虚偽の養子縁組をした疑いで逮捕」(宮崎県)、2005・10・20「養子縁組詐欺で主犯格懲役5年」(地裁判決・福島県)、「他人になりすまして消費者金融

- から現金詐取の疑い」（秋田県）2006・3・23「養子縁組繰り返し詐欺 2容疑者を逮捕」（北海道）2006・4・7「養子縁組装って借金目的で改姓 3容疑者を逮捕」（秋田県）。以上の記事では、養子縁組無効の判決又は離縁の記載がないにも関わらず、「名字を変え」ることで他人になりすます、と報じている。こうした金融機関からの借金を目的に養子縁組をして氏を変える事件について報道され始めた当初は、2001・6・21「『四十数人の養父』手配 偽装縁組など」の記事では「養子縁組を繰返しては免許証をつくり直し、それを身分証に借金を重ねていた」というような縁組意思の疑わしい事件が多かったが、最近の事件報道では、上記のように、借金の目的があるだけで偽装とされるような記事が多く、また、名字を変えることが「他人になりすま」すという表現も目立つ。戸籍上の名字を変更することが他人になりすますと意識されるようになったのは、個人の氏名の異同が社会生活上に大きく影響するという意識の表れとも考えられる。そうした社会生活上の不便を被っても、養子縁組の効果として氏が変更されてもかまわないと考え、あえて縁組届出をする場合について検討の必要性を促す傾向といえるのではないか。
- 2) 「第58回総会合同研修会協議問題審議結果速報」戸籍778・33以下、詳細は戸籍782・58以下。全国連合戸籍事務協議会は、全国市区町村の戸籍事務管掌者及び戸籍事務担当者により構成される任意団体である。2002年以降、毎年この団体からの（親族間以外の）成年養子、自己及び配偶者の直系卑属に家庭裁判所の許可を要する（その他、転縁組を禁止する・親族関係にない成年養子には養親子間に一定の年齢差を要する等）法改正の要望が法務省に出されている。その理由は、偽装の縁組が「日本国民の身分関係を登録・公証するという戸籍制度そのものの信頼を失わせ、制度の将来を危うくするもの」であるためであるが、「親族間での縁組は本人家族の合意があると思われる」のに対し、親族関係にない者の間では養子縁組の合意を実質的に審査する必要がある。また、嫡出親子関係創設という本来の養子縁組の目的とは無関係に、消費者金融から借金を繰り返すためだけに養子縁組をし、氏を変更して新たに取得した公的身分証明書を悪用して不当な利益を得るといふ詐欺事件を防ぐため、このような「悪意の届出」を防止する必要がある、とする。なお、「親権者が行う入籍届でさえ家庭裁判所の許可が必要であることから、第三者と親子関係を成立させる養子縁組に対し、家庭裁判所の許可制度をとったとしても不合理では」なく、「昨今の虚偽の養子縁組等が報道されたりしている実状から、制度の趣旨を説明することで理解が得られる」としている。2004年までは、立法を担当する民事局参事官室へ伝えるとしてコメントを控えていたが、2005年には、法務省民事局（大野民事第一課長）は、成年養子制度の規制には難しい問題があるとして（戸籍782・90-92）、前回（戸籍768・54-55）と同内容のコメントをしている。しかし、一方当事者の知らない間になされた縁組については、平成15・3・18法務省第748号民事局長通達でかなりの抑止効果はあったものの、未だ事件が起きていることから、「虚偽の届出を防止するための施策を講じる必要がある」とする（戸籍782・95）。
 - 3) 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 親子』（有斐閣、1960年）261頁以下、他。また、中川高男「養子縁組の成立と効力」森泉章他編『現代民法学の基本問題（下）』（第一法規出版、1983年）223頁以下では、1982年以来検討されている養子法の改正についての私見を述べたものであり、その改正理由について、養子縁組目的の規定がないため、嫡出親子関係創出も縁組の効果であって、そのため他の目的のために濫用されうる、とする。
 - 4) 2006・2・3読売新聞(<http://www.yomiuri.co.jp/atmoney/zeikin/20060203mk11.htm>)。
 - 5) 青山道夫『市民社会と家族法』（法律文化社、1970年）76、121頁では、学説の多くが養子制度の目的を歴史発展的なものとして捉える中で（穂積陳重の祭祀継承養子・家督相続養子・財産相続養子・保護収容養子の4段階説、中川善之助の家のための養子・親のための養子・子のための養子の3段階説を例示する）、1つの社会に複数の養子制度の目的が並存する場合が少なくないと指摘する。
 - 6) 山島正男「養子制度」中川善之助他編『家族問題と家族法 親子』（酒井書店、1974年）253頁以下参照。
 - 7) 高柳真三『明治前期家族法の新装』（有斐閣、1987年）1-11、50-56頁によれば、養子縁組は、華族と士族については、1970年間10月17日の布告が「実子無之輩八年齡ニ不拘養子願ノ儀可為勝手事」と令していることにより、まず願出を必要としたものであったことが知られる。平民については何ら規定されていないが、1971年戸籍法（明治4年戸籍）によれば、戸長への届出が必要であったと解される。次いで1973年1月22日太政官布告第27号は「自今華士族平民互ヒニ養子取組不苦候事、但華族八管轄庁ヨリ正院へ伺出、士族八管轄庁ニテ聞届、平民八戸長へ可届出事」と言明するにいたった。幕府法では家の相続は、すなわち封禄の承継を意味し、家の後継者の設定には許可によって成立すべき公法的性質を有するものであった。しかるに普通法にあつてはもちろんかくのごとき願出を必要とせず、縁組後において近隣へ弘めをする慣習が存してはいたが、縁組の成立要件は、ただ事実上の関係の存在のみが証拠となっていた。
 - 8) 旧民法の編纂者たちも、養子制度については「我国ノ縁組ハ羅馬ノ制度ト大イニ類似スト雖モ、仏国民法トハ全く其性質ヲ異ニセリ、仏国法ノ縁組ハ殆ント相続人ノ設定ニ過キサレトモ、我国ノ縁組ハ民法上親子ノ関係ヲ生シ、養子ハ其実家ヲ去リ養家ニ入ルモノナレハ、仏国法ヲ以テ模範ト為スコトヲ得ヘカラス、

且つ縁組八實際無数ノ需要ニ応シ、我国親屬法ノ基本タルモノナレハ、其条件方式ノ如キモ仏国法ノ如ク嚴重ニシテ窮屈ナル時ハ、實際ノ必要ニ適セサルナルヘシ、故ニ縁組ノ規則ハ之ヲ外国法ヨリ採用スト雖モ、勉メテ慣習ニ抵触セサルコトニ注意セサルヘカラス」と、その人事編の草案理由書で述べている。

- 9) 第 158,159 回法典調査会・穂積陳重発言、法典調査会『民法議事速記録』(日本学術振興会版)第 51 巻 146-151 頁、第 52 巻 30 頁。
- 10) 第 158 回法典調査会・梅謙次郎発言、前掲『議事録』第 51 巻 168-170 頁。
- 11) 158-160 回法典調査会・穂積陳重発言、前掲『議事録』第 51,52 巻参照。
- 12) 山畠正男「明治民法起草者の養子制度観 民法における養子縁組の性格をたずねて」中川善之助・打田峻一編『現代私法の諸問題(下)』(有斐閣、1959年)752-753 頁。
- 13) 中川善之助編『注釈民法(22)の 親族(3)親子(2)』(有斐閣、1972年)473-483 頁[中川善之助]は、養子制度の本来は他子収養であったが、これが家族制度と結びついた家のためのものとなり、やがて明治民法以降は祖先祭祀と孝とが同視され、親のための養子となったとして、段階・発展的に捉える。また、親の私利私欲を目的とする仮装縁組の広がり、資本主義の発展と同時期に見られると指摘する。
- 14) 広中俊雄・星野英一編『民法典の百年 親族・相続』(有斐閣、1988年)3 頁。
- 15) 養子縁組制度の利用実態について、下のグラフを参照(法務年鑑、司法統計年報・家事編より作成)。グラフ右側(未成年者縁組許可認容件数+特別養子縁組成立・離縁認容件数)の値を、年次右付記の養子縁組届出総件数から引いた値が、グラフ左側(成年養子縁組件数を推測できる部分)である。特別養子離縁認容件数の最も多かったのは、2004年の4件であった。



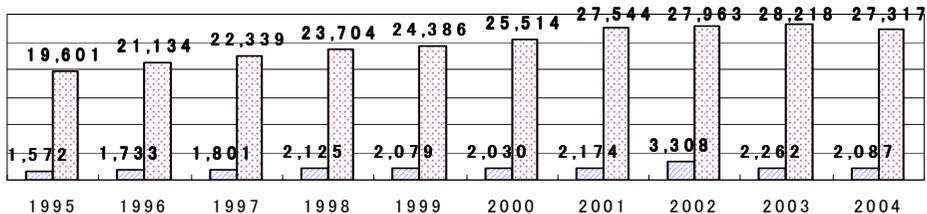
- 16) 統計の見方については、加藤一郎『図説家族法』(有斐閣、1963年)131、152-155 頁参照。成年養子の数は、養子縁組の届出総数から家庭裁判所を通った未成年養子の数を引いて出すほかはないが、この数値は成年養子縁組と、配偶者の未成年の子の養子との合計(その最大可能数)ということになる。また、受理した届出の件数は、法務年鑑にある「本籍届出数」から「他市町村で受理し送付された数」を引き、それに「非本籍届出数」を加えなければならないが、その中には新本籍を他市町村に定めたものや、外国人の養子縁組が余計に入っている。なお、司法統計年報でも、配偶者の子を養子にする数を見ることはできない(民 798 条但書参照。1982年の法務省の統計によると、未成年養子のうち家庭裁判所の許可を要するものは7.6%であった(三浦正晴「我が国における養子縁組の実態」戸籍 462・15-36)。その後、戸籍 782・59のように、一部市区町村内での統計数値が出ているが、全国的な統計はない)。
- 17) 二宮周平『家族法第2版』(新世社、2005年)192-193 頁では、前注 16)の1982年法務省調査(成年養子が66.8%、未成年養子が33.2%であり、この未成年養子のうち、配偶者の子が74.8%、自分の孫が16.7%)から、日本の養子制度は、跡継ぎや扶養を目的とする成年養子が最も多く、未成年養子の場合でも、連れ子養子が多く、要保護児童のための養子は利用がとくに少ない、と分析している。
- 18) 有地亨『新版家族法概論補訂版』(法律文化社、2005年)156 頁以下、西村信雄・椿壽夫「明治以後の親子法」前掲『家族問題と家族法』167-169 頁、他。なお、明治初年の養子反対論の諸説は、青山道夫『日本家族制度論』(九州大学出版会、1978年)197 頁以下参照。
- 19) 1959年に法制審議会民法部会身分法小委員会が発表した「仮決定及び留保事項」(第27)で出された改正意見の内容とほぼ同一のものである。この改正案では、通常養子の他に、一定の年齢以下の幼児を「特別養子」と名づけて実親子と戸籍上も同一の取扱いをし、養親からの離縁申立を認めないこと等が提案された。その後、1987年法 101号により、「仮決定及び留保事項」(A)の特別養子縁組が民法上規定され(民 817 条の2~11)、1988年から施行されている。これらの養子法改正の詳細については、法務省民事局内法務研究会編『改正養子法と戸籍実務』(テイハン、1988年)参照。
- 20) 朝日新聞記事のデータベース検索(「聞蔵」)による検索結果から集計した。
- 21) こうした養子縁組の問題には、多重債務者の増加や、借金返済のための借金のため、いわゆるブラックリストに載った債務者が借金を重ねる手段として自主的あるいは債権者によって強制的に氏を変

- 更する目的で養子縁組をし、本人確認の緩やかな消費者金融から借金を重ねる事例の増加が背景にある（詳細は新島洋「知らぬ間に養子3人の怪 戸籍悪用の実状を追う」AERA2001・1・1・85参照）。
- 22) 2005・2・17朝日新聞朝刊(鹿児島県)「借金逃れて偽養子縁組、容疑の男書類送検」の記事を以下引用。「調べでは、男性は02年8月ごろ、知人を通じて同市の主婦(53)の生年月日や本籍を聞き出し、主婦との養子縁組届けを提出、戸籍に虚偽の事実を記録させた疑い。男性は新たな借金をしようと、偽の戸籍で原付きバイクの運転免許を取得したという。同じような事件で逮捕者が出たことを知り、数カ月後には元の戸籍に戻していたという。」
- 23) 縁組意思の合致があること、養親適格に反しないこと(民792条。婚姻によって成年とみなされた者(民753条)も養親となりうる)、養子は尊属・年長でないこと(民793条。親族に関する禁止要件はこれだけなので、祖父母が孫を、兄姉が弟妹を養子にすることができる。また大判昭和4・5・2民集8・329は、自己の実子を養子にすることについて、実子が婚外子の場合には嫡出子の身分を取得させる点に実益があるため有効であるとする) 後見人が被後見人を養子とする場合、家庭裁判所の許可を得ていること(民794条) 縁組当事者に配偶者のある場合、他方配偶者の同意を得ていること(民796条)等。
- 24) 縁組が無効になるのは民802条所定の無効原因に限られ、民法総則の法律行為についての無効原因に関する一般規定は全然適用されない(大判明治44・6・6民録17・362)。旧民851条(民851条)の特別規定があって限定しているので、法94条2項は適用されないとしたものである。その後もこの立場は維持されている。すなわち養親子関係の設定を欲する効果意思のないことによる縁組の無効は絶対的なものであって、法93条但書の適用によって無効となるものではないとする事例(最判昭和23・12・23民集2・14・493)他。
- 25) 梅謙次郎『民法要義巻之四親族』(明治45年完全復刻版、有斐閣、1984年)106頁。明民775条「婚姻八之ヲ『戸籍吏』二届出ツルニ因リテ其効カラ生ス」。なお、旧民47条は「婚姻八証人二人ノ立会ヲ得テ慣習ニ従ヒ其儀式ヲ行フニ因リテ成ル当事者ノ承諾ハ此儀式ヲ行フニ因リテ成立ス」。縁組も同様であった(旧民113条)。
- 26) 第142回法典調査会・梅謙次郎発言、前掲『議事録』第47巻81-95頁。
- 27) 1898年戸籍法(明治31年戸籍法)は、身分登録簿と戸籍簿の2つの登録制を採用し婚姻縁組の身分変動は身分登録簿に登録されたが、1914年改正戸籍法(大正3年戸籍法)は身分登録簿を廃した。
- 28) 判例は、隠居届出に自署を要しないとした先例(大判大正5・5・11民録22・940)に従い、署名捺印の要件を緩く解すものであったが、昭和の初めには、縁組届出に自署自捺を要せずとし、代書事由の記載がなくてもこれを有効とするものがあらわれ(大判昭和9・5・1法学3・1312)、最高裁も戸籍法施行規則62条の適用を前提として、これらの判例の立場を踏襲した(中川高男『養子(1)/民法総合判例研究52』(一粒社、1981年)14頁によれば、縁組届出は、届出本人の自署・自捺を原則として代理届出を許さないこと、代書であればその事由記載を要すること、しかし代書事由記載は受理要件にとどまるため、誤って受理されたときは有効と解するものとする)。
- 29) 諸説の分類については、上野雅和「届出制度の意義と限界」中川善之助先生追悼現代家族法大系編集委員会編『現代家族法大系 総論・家事審判・戸籍』(有斐閣、1980年)150-158頁参照。
- 30) 大判大正4・6・16民録21・959では、「民法施行前二在リテハ、實際養親子ノ事実ノ存スル以上ハ、戸籍ニ登記ナキモ其事実ニ依リ判断ヲ下スヘキコトハ、我国裁判上ノ慣例トシテ夙ニ当院判例ノ是認スル所」であるとされた。
- 31) 泉久雄「身分行為」星野英一編『民法講座7親族・相続』(有斐閣、1984年)216頁は、事実上の養子は、当事者(または代諾権者)の縁組意思の合致と親子的共同生活関係の存在があれば(内縁養親子間に現実の共同生活が存在しない場合であっても、例えば養親子間で入家の式をあげ、同居しないまま事実上養親子として生活している場合など)内縁養親子関係の成立を認めてよい、とする(なお、事実上の養子には、いわゆる「藁の上からの養子」の慣習について、虚偽の嫡出届について、無効行為転換の法理によって、養親子関係の成立を認めることができないか、が問題とされてきた。当事者間には養親子関係以上の結びつきを形成しようとする合意があったこと、しかも実子同様の関係が40年も継続して、嫡出子出生届では縁組届出の機能を十分に果たして公示の要求に欠けるところがない、とする養子側の上告に対して、判例は「右届出当時施行の民法847条、775条によれば、養子縁組届は法定の届出によって効力を生ずるものであり、嫡出子出生届をもって養子縁組とみなすことは許されないと解すべき」(最判昭和50・4・8民集29・4・401)であるとして、虚偽の出生届の養子縁組への転換を認めていない)。
- 32) 「戸籍法の見直しに関する要綱中間試案」戸籍789・64-71も、この方向に沿うものであろう。
- 33) 典型例として、当事者不知の間になされた届出は無効である(大判昭和14・6・12法学9・94頁)。本条は当事者に縁組意思のない事由を一定してないのだから、人違いの場合はもちろん、単にその者に対し縁組の意思のない場合をも包含する(大判明治38・12・5民録11・1629、東京地判明治39・1・29新聞339・10、富山家審昭和31・3・28家月8・5・5、大判明治40・11・6民録13・1093、東京高判昭和57・2・22家月35・5・98、判タ469・227)。他に、15歳未満の子の縁組につき代諾者に縁組届出の意思がないときも無

- 効である(大判大正13・2・13新聞2243・19頁)。
- 34) 東京高判昭和60・5・31判時1160・91(養親が、養子、財産等の意味を理解することがなかった成年養子縁組につき、養親に縁組意思を欠くとした事例)では、養子縁組をなすについて求められる意思能力は、親子という親族関係を人為的に設定することの意義を常識的に理解しうる程度で足りるとする。
- 35) 我妻栄編『判例コンメンタール 親族法』(日本評論社、1970年)303頁[品川孝次]。
- 36) 最判昭和38・12・20家月20・3・55(子を養育せず、相続権の附与のみを目的とした縁組を有効とした事例)。
- 37) 谷口知平『日本親族法』(弘文堂書房、1935年)47頁以下、谷口知平『戸籍法第三版』(法律学全集25)(有斐閣、1986年)164頁、末川博『物権・親族・相続』(岩波書店、1970年)342頁、他。
- 38) 山島正男「身分行為の理論」北法31・3=4・1021は、子に嫡出性を与える目的でなされた婚姻届の効力を例に挙げ、実体的意思説の立場では、婚姻生活のない婚姻を有効にできないことから、子は嫡出性を賦与されえない(それを避けるには縁組の道しかない)。形式的意思説の立場からも、婚姻共同生活のない当事者に婚姻法上の諸々の法的保護を与えることになり、法的矛盾が生じることになる。そこで、形式的意思説をとりながら、この種の「身分行為上の届出効果の取得を目的とする届出」については、「最終的な婚姻の成否を取消権行使(あるいは追認)の有無にかからせて、一応は瑕疵ある婚姻の成立を認めてはどうか」という。
- 39) 利谷信義「身分行為の意思」ジュリ500・191。
- 40) 同旨の見解として、他に、深谷松男「身分行為に関する二、三の考察」金法19・1=2・62は、婚姻、成年養子、未成年養子、離婚、離縁とを区別する。右近健男『婚姻の無効/民法総合判例研究48』(一粒社、1977年)14頁、また18頁では、婚姻=未成年養子、成年養子=離婚=離縁として区別している。また、前掲・山島「身分行為の理論」999頁、他。
- 41) 内田貴『民法 補訂版 親族・相続』(東京大学出版会、2004年)63、253頁、大村敦志『家族法第二版補訂版』(有斐閣、2004年)137頁参照。内田は、実体的意思説のいう「社会通念」が近年多様化していることから、これを再解釈して民法の定める法的効果を全面的に享受する意思と解する。つまり縁組意思とは、「養子であることから、その法的効果を全面的に享受する意思」であると解すれば良いが、評価規範レベルでは、たとえ一部の効果のみを目的とした届出がなされた場合でも、結果的に法的効果を全面的に生ぜしめて当事者間に問題を生じない場合には、有効な縁組と認めて良いとする(成年養子の場合には、縁組の法的効果は、実質的に相続や扶養を目的に限られているためである)。
- 42) 大判大正11・9・2民集1・448(芸妓家業をさせることを要素として、縁組の届出をしたときは、その養子縁組は無効である)同旨のものとして、名古屋地判明治39・2・9新聞355・5、東京控判明治44・5・1新聞743・222。東京控判明治41・7・7新聞514・11(芸妓稼業をなす便宜上縁組をしても、それは縁組意思を決議させた事由にすぎないから、そのために縁組の意思がなかったものということはできない)。
- 43) 大多数の下級審判決は、すべて無効ではなく、諸事実を勘案して判断するが、少数判例ではそれ自体が縁組意思不存在とする。大審院もその後芸妓稼業が縁組の縁由か要素かで判断している。芸妓契約の効力自体を問うものではないが、実質的には公序良俗に反する縁組についても、縁組意思の解釈の問題として処理する立場を明らかにしている。
- 44) 大判明治39・11・27刑録12・1288。同旨の判決例も多いが、他方、現実に養親子としての生活実態を考慮し養子縁組関係を発生させる意思を認めて縁組を有効とした事例に、東京控判大正8・11・28新聞1663・15。
- 45) 岡山地判昭和35・3・7判時223・24。
- 46) 高松高判昭和30・4・5下民集6・4・640家月7・12・51(婚姻に際し、実父の破産の事実を隠蔽する目的で縁組をした事例)。
- 47) 事業や技芸の継承のための養子も含む。川島武宜『民法(三)』(有斐閣、1951年)80頁。
- 48) 金沢家輪島支審昭和35・6・4家月12・9・192、同旨の判例に、高松家審昭和38・8・29判タ161・191、熊本御船支審昭和34・10・30家月11・12・140他。また、相続や養親の扶養を目的とする成年養子について、相続契約という形で規定を提案するものとして、加藤一郎『民法における論理と利益衡量』(有斐閣、1974年)213頁、他。
- 49) 東京高判昭和55・5・8東高民時報31・5・101判時967・69。
- 50) 大阪地判昭和30・3・16家月7・10・44下民集6・3・484判時57・18(縁組当時養父と養女との間に妾関係があり、縁組後も情交関係があったとしても、当事者がいずれも縁組意思を有していた以上、養子縁組は有効に成立する)最判昭和46・10・22民集25・7・985家月24・4・194判時648・66判タ270・227(養親子間の過去の一時的な情交関係の存在は、……縁組の有効な成立を妨げるには至らない)。
- 51) 財産相続を目的とする養子縁組であっても、親子としての精神的つながりを作る意思が認められるとした事例が、最判昭和38・12・20家月16・4・117(養親がその相続人(子)の相続分を減少しようとする意図は、養子縁組の縁由と解すべきである。右養子縁組は、仮に法90条の規定が適用されるとしても、公序良俗に反しない)。他に、養親の資産と営業とを養子に一括して相続させることを主な目的とした養子縁組を承認する事例について、大阪高判昭和59・3・30判タ528・287他。

- 52) 「親子としての精神的つながりをつくる意思」が判断基準となる(最判昭和 38・12・20 家月 16・4・117 参照)。
- 53) 財産相続のみを目的とする縁組は実質的には贈与であり、相続税軽減のためになされた縁組は、相続税を潜脱するために縁組制度を利用したものといえるが、親子としての精神的つながりを作る意思があると、有効とするものもある(東京高判平成 3・4・26 家月 43・9・20、東京高判平成 11・9・30 民商 125・1・120)。
- 54) 明治 45・6・11 民録 18・597 (縁組が養子を養父の相続人とし不在の約款のもとに成立した場合に、その約款は無効であるが、民 802 条により限定された場合に当たらないから、法律行為全体の無効をきたさない)。
- 55) 東京地判大正 11・2・7 新聞 1987・18。
- 56) 加藤・前掲『図説家族法』158、164 頁では、「婿養子制度を法的制度としておくこと」と、「婿養子をする」とを分けて、「婿養子自体が家制的とは必ずしもいい切れないように思われる」という。婿養子数の養子総数の中で占める割合(約 15-20%)に地域間の差が小さいことから、婿養子はある程度、「人情に基づく自然の行き方として一般的に行われている」のではないかと分析する。
- 57) 最判昭和 23・12・23 民集 2・14・493。
- 58) 成年養子の法的効果としての改氏と成年養子の問題については、養子制度で解決するのではなく、家庭裁判所によって改氏させる制度を新設すべきだという説もある(沼正也『財産法の原理と家族法の原理』(三和書房、1963 年)174 頁)。
- 59) 西村信雄「養子制度の濫用」同『戦後日本家族法の民主化(下巻)』(法律文化社、1991 年)500 頁以下、他。
- 60) 山畠正男・法学 16・2・132 (本文前述の最判昭和 23・12・23 に対する批評)。
- 61) 唄孝一「立法過程における法学者の役割」同『戦後改革と家族法 家・氏・戸籍』(唄孝一著作選集第 1 巻)(日本評論社、1992 年)58 頁、217 頁(司法大臣官房終戦連絡部「民法中改正法律案に関する総司令部政治部係官との会談録」の分析は唄孝一＝竹下史郎「新民法の成立」中川善之助他編『家族問題と家族法 家族』(酒井書店、1957 年)381-387 頁)では、当局の回答から、氏と身分性とを不可分に結びつける考えを見ることができるとする。以下に、引用する。
「たとえば、成年養子の可否について、ブレイクモア『成年者を養子にする制度は、これを認める必要がないのではないかと。もし必要があるとすればそれは、『家』のため『氏』のためということになるのではないかと。』/司法当局『成年者を養子にすることは実際日本ではよく行われている。養子にしておけば、招来財産の相続をさせられるし、又扶養もして貰えるわけである。』/ブ『要するに、帰するところは、家督相続の思想ではないのか。』/司『たとえば、有名な老舗をつがせるために養子をしたということもある。』/ブ『それは養子制度の濫用である。さような必要があるならば、氏を自由にかえられる制度をつくるべきである。(会談録、5 回、昭和 23・5・16)』
「また生存配偶者の復氏と姻族関係の終了とを結びつけた問題について、/ブ『実質上全く関係(生存配偶者とその姻族との交際)を絶って了っているのに単に氏だけかえないうるかどうかで姻族関係が続いているかどうかを区別するのはおかしい』/司『日本では、そのように無意味に氏を継続したり変更したりすることはない。同じ氏をつづけているのは実質上も同じ関係がつづけているときであり、実質的な関係がなくなるとすれば、氏もかえるのが普通である。』」。
- 62) 大判昭和 15・12・6 民集 19・2182。
- 63) 最判昭和 38・12・24 刑集 17・12・2537 家月 16・8・69 (養子縁組の無効は、人事訴訟手続による確定または戸籍の訂正を待たず、民事にかかる別訴あるいは刑事訴訟における前提問題として、別個、独立に主張・判断しうるものと解すべきである) 最判昭和 56・11・13 判時 1026・89。
- 64) 婚姻・養子縁組の無効の訴えが形成の訴えであるかどうか争われた事件につき、岡徹「訴えの類型論の意義」新堂幸司他編『講座民事訴訟法 訴訟の提起』(弘文堂、1984 年)217 頁以下に、諸説の詳細な紹介がある。形成の訴えだとする立場からは、届出が縁組の重要な要件とされている以上、身分関係の画一的処理という点から、届出が存在しているときは一応これを尊重すべきであり、判決が確定して初めて縁組無効の取扱いが可能になると考える。
- 65) 中川善之助・山畠正男編『新版注釈民法(24)親族(4)』(有斐閣、1994 年)348-349 頁、他。
- 66) しかし、この養子縁組無効確認訴訟の原告適格については、形成訴訟説の立場からの批判が有力に主張されている。つまり、第三者の原告適格を否定すべきだというものである(形成の訴えとする説について、三ヶ月章『民事訴訟法第二版』(弘文堂、1985 年)54 頁以下、新堂幸司『新民事訴訟法第三版補正版』(弘文堂、2005 年)187-196 頁、高橋宏志『重点講義民事訴訟法(上)』(有斐閣、2005 年)68 頁、他)。なお、現在は限定的に解する方向にある。最判昭和 63・3・1 民集 42・3・157 は、養子縁組無効の訴えは縁組当事者以外の者もこれを提起することができるが、他人間の身分関係の存否を対世的に確認することにまで利害関係を有するものではないと述べる。このように、原告適格について限定的に解する方向は、身分行為の当事者間の意思を尊重した立法の沿革に沿うものでもある。
- 67) 仙台高判平成 14・5・9 (<http://courtdomino2.courts.go.jp/>より閲覧可能)。

- 68) 同様に、無断で養子縁組届出がなされた近時の刑事事件では、前橋地判平成14・7・25（被告人が、共犯者と共謀し、知人についての養子縁組届を偽造したもの）、仙台地判平成15・5・28（無断で5組の婚姻届及び養子縁組届を偽造して届出し、入手した保険証等を消費者金融業者からの借入れに悪用した事例）他。
- 69) この事例のように、当事者の一方に無断でなされた縁組であれば他の訴えの前提としての訴で足りるため、訴訟の迅速化をはかるため縁組無効の訴訟も確認訴訟であるとする判例・通説の立場も支持される。
- 70) 前注51)の事例・東京地判大正11・2・7新聞1987・18（中川・前掲『民法総合判例研究52』41頁、同『民法総合判例研究52』（一粒社、1981年）21-22頁参照）。だがこの事例は、明治民法の下で、養子縁組解消によって氏が変わることによる営業上の不都合を回避するため、「婿養子縁組及分家二関スル約定」がなされ、それに違反した養親側に賠償を求める事例であって、縁組の目的は単に氏の統稱を求めるものであることが明らかであった。ただし、現行法では民816条2項の規定により、縁氏統稱が認められていることから、今後そのような縁組の効力が争われたとしても無効と解すべきである。
- 71) 松山家審昭和34・3・20家月11・10・100、広島家審昭和34・5・26家月11・8・101、東京家審昭和41・3・14家月18・10・50、大阪家審昭和44・4・1家月22・1・116、前掲『新版注釈民法（24）』245頁〔中川良延〕参照。
- 72) たとえば、「かりに養子縁組が為されても申立て人には養子を扶養する能力は全くないばかりか親権者として養子を監護教育することもその年齢健康状態からみて現に監護教育している実親以上には望めないことであるし、しかも縁組後も引き続き実親において未成年者の監護教育に当る」縁組（前掲注67の審判例）は、いずれも不許可とされた。
- 73) 東京家審昭和49・11・8家月27・8・75は、「本件養子縁組はいわゆる家名承継的な要素はめぐえない」としながらも、「本件縁組により未成年者に帰属し、また将来帰属するであろう社会的経済的利益は大きいものであること等を考慮すると、右消極的要素の存在をもって直ちに本件縁組を不許可とするのは妥当ではない」とする。しかし、孫養子については、人為的血縁関係の創設を養子縁組の目的であるとする立場から批判も多い（中川・前掲『民法総合判例研究52』24頁他）。
- 74) 東京家審昭和41・7・29家月19・2・96。
- 75) 養子縁組前の養子の子は従前の氏を称する（1958・4・20回答208号）。
- 76) 中川善之助『民法（親族相続）』（青林書院新社、1963年）17-18頁。
- 77) 西村信雄『戦後日本家族法の民主化（上巻）』（法律文化社、1978年）21頁。同様に、成年養子は家督相続の温存だとする批判に、中田薫『民法改正と家族制度』法新741・3、中川善之助『民法改正案意見書』異見』法タ7・16。
- 78) 中川・前掲『民法改正案意見書』異見』12頁。
- 79) 氏と祭祀承継に関する規定を設けたことについて、我妻栄『改正親族・相続法解説』（日本評論社、1949年）43頁では、「かような規定を設けないことによって、この因習的な（注：氏を同じくする者に祭祀を承継させたいという）国民感情の漸次的消滅を促進することになるだろうか」、「この因習的な国民感情に一定の通路を残しておくことが、かえって、身分関係の変動の自由を、その圧力から防止し得るゆえんであり、やがて因習的な国民感情自体の清算を早める道でもあると、信ずるのである」と述べている。
- 80) こうした一般の傾向を考察したものとして、川島・前掲『民法（三）』80頁では、「わが国では事業や芸術等はすべて『家』の事業・芸術として意識されているので、単に祖先祭祀の継続のためのみならず、『家』と結びついた事業・芸術の維持のために、『養子』は不可欠の手段とされ、普遍的に行われてきたことを指摘する。
- 81) 以下のグラフは、縁氏統稱届出件数（左柱）と養子離縁届出数（右柱）とを対比したものである（民月61・1・218「平成16年度戸籍事件表」より作成）。



なお、養子離縁の件数は、1995年までは2万件前後で推移していたが、その後、増加している。この養子離縁届出件数と縁氏統稱届出件数（縁氏統稱制度は1987年法律第101号により新設された）の比率をみると、1994年1:12.6件、1997年1:12.4件、2000年1:12.5件、2003年1:12.5件、2004年は1:13.1件であった（戸籍783・40-41頁参照）。

- 82) 唄孝一『氏の変更』（唄孝一著作選集第2巻）（日本評論社、1992年）178-179頁では、戸籍法107条

- の利用形態の1つとして、養子の縁氏の変更や、養親が養子の氏への変更を申立てた事例を挙げる。
- 83) 我妻栄編『戦後における民法改正の経過』（日本評論社、1956年）122頁[我妻栄]。
- 84) 床谷文雄「夫婦の氏」川井健他編『講座現代家族法第2巻』（日本評論社、1991年）86頁。
- 85) 唄・前掲「戦後の民法改正過程における『氏』」中の折込図（氏に関する諸規定の変遷をまとめた図表）参照。
- 86) 我妻栄編『戦後における民法改正の経過』（日本評論社、1956年）28-29、59、101-102、122-126、155-158、360頁参照。なお、養子の子の氏の変遷については、第1次・2次案（昭和21・8・11・同21・8・20）までは、子の氏の変更について詳細に規定され、養子の直系卑属と養親等との法定血族関係は養子の離縁後もその卑属が氏を改めない限り存続する、など、氏と身分的效果が一体となった規定であった。
- 87) 唄・前掲「戦後の民法改正過程における『氏』」215頁。そのうえで、明治民法の家制度の下における「家」名としての氏と現行法の氏とは、呼称としての氏の自由なる機能が制限され妨げられるという共通の欠陥を有すると指摘する。「私がここで指摘するのは、それらの個人性・呼称性・意思性を不当に抑圧し、氏の身分性・自然性・超個人性を過度に重んじることにならないかのおそれである。そしてこのことがまた一方、身分行為その他身分的效果の享受の上に、不当な束縛になることを恐れるものである」（217頁）。
- 88) 木村健助「氏と名の権利について」窪田隼人編『法と権利2 / 末川先生追悼論集』（有斐閣、1978年）1-17頁では、上古から現代までの氏名制を一通り抄録し、西欧における苗字の慣習が生活習慣のなかで、やや自然的に発生したのと比して、日本の氏名制は、明確な「制度」として進んできたとする。
- 89) なお、氏名変更と人格権について、縣幸雄「名前と人格権 - 親の命名の自由と子の改名の自由を中心に - 」大谷正義先生古希記念論文集刊行会編『国家と自由の法理』（啓文社、1996年）16-19頁参照。
- 90) 平成15・3・18法務省第748号民事局長通達（「戸籍の届出における本人確認等の取扱いについて」）では、虚偽届出の未然防止策として、届出持参者に対する身分証明書による本人確認の実施、未確認届出人に対する文書による通知、を要請する。また、金子雅典「虚偽と思われる養子縁組届での取扱いについて」戸籍777・51-57は、通達後に虚偽と判断された事案を例示するが、当事者不知・同意のない届出であった。また、前注2)の虚偽の成年養子縁組を防止するよう法務省に出された法改正の要望に対するコメントの中で、本人確認の通知を受けたときにはすでに戸籍に記載されている事例を防ぐために、本人確認について戸籍法を見直すよう、法制審議会（2005・10・6）で諮問しており、今後の審議結果を待って対応したいとする（戸籍782・95）。
- 91) 中川淳「第3章 親子関係の確定と家族法の理念」井上眞理子編『現代家族のアジェンダ』（世界思想社、2004年）88-90頁参照。
- 92) 戸籍784・36以下の全国連合戸籍事務協議会「戸籍法見直しに関する調査の結果について」（2005年11月に全国2,299の市区町村に対して行われた本人確認手続等の実態調査）では、「本人確認（届出人に対する通知）を届出した件数」（2005・10・1～31）の集計結果が掲載されている。これによると、4つの創設的届出のうち、届出件数/届出数、「届出の事実はない」旨の連絡があった件数/届出数で、両者共に最も高いものが養子縁組届（合計では64545/129012、33/64545。養子縁組届では5392/5407、10/5392）であった。なお、最終項目の「全連として重点的にとりくむべき事項」として、「他人による当事者不知の届出防止(64.3%)、一方当事者の同意のない届出防止(10.7%)、氏を変更して他人になりすますことを目的とする届出防止(19.0%)、その他、の4項目について、自治体の回答が集計されているが、の項目が特別に設定されている点に注目されたい。
- 93) 本文中の東京地判平成15・1・31は、本件養子縁組以前のAとは別人格のCと偽り、融資契約の法律効果が帰属する人格の経済的信用度を誤らせるもので、虚偽の人格の帰属主体を表示するものとした。しかし、この後の東京地判平成17・12・22では、「同原告は平成13年10月4日養子縁組による改姓前の姓で同被告と販売契約を締結したものと認められる」と、縁組前の氏名であっても同一主体性を認め、契約の有効性を認めている。平成15・1・31の弁護人の主張（判示第一につき、被告が戸籍上Cであった当時におこなわれた行為であり、被告人は他人の名義を使用し、あるいは他人に成り済ましたものではなく、各被害会社は戸籍の外観によって形式的に融資適格者の判断をしているのだから、Cを被告人と判断したことに錯誤はない）も同様である。縁組前後の氏の変更によっても同一主体であることが戸籍事項によって証明できる以上、この事件で縁組の効力を前提問題として判断する必要性についても疑問が残る。

主指導教員（南方暁教授）、副指導教員（成嶋隆教授・中村哲也教授）