

国際養子縁組における養子の本国法について

－法例20条1項後段の規定との関連において－

植松 真生

一. はじめに

法例20条1項の規定は、その前段において養親の本国法を養子縁組の原則的な準拠法としつつも、後段において一定の事項について、養子の本国法の要件をも備えることを要求している。少なくとも一定の事項については、養親の本国法だけでなく、養子の本国法も尊重されることが規定されている。周知のように、法例20条1項後段の規定の目的および事項的な適用範囲については、学説上争いがある⁽¹⁾。

さて、養子の本国法を尊重する態様については、例えば養子縁組の無効・取消に関して、学説において次のようにいわれている。すなわち、「重疊的に法律が適用される保護要件、つまり養子その他の者の承諾・同意などの要件に関しては、従来の累積的適用の場合と同様、より重大な瑕疵を認める方の法律が基準となると解される」と⁽²⁾。例えば、「養子その他の者の承諾や同意の欠缺がある場合において、養親の本国法はこれを取消事由とするに止まるが、養子の本国法はこれを無効事由とするときには、当該縁組は無効となる」といわれている⁽³⁾。

これに対して、養子縁組の許容性それ自体の問題については、養親の本国法のみを適用するのが一般的なようにみえる。例えば、「養子の本国にそもそも養子制度がないときは、保護規定の働く余地が無」い、といわれる⁽⁴⁾。「一般的に養子縁組をすること自体を禁止している法制も、その社会が他人の子を養子とすることを禁止するもので、養子を保護する趣旨ではなく、かつ、・・・法文の形式にも該当しないので、保護要件に該当しない」といわれることもある⁽⁵⁾。このような見解に従うと、養子縁組制度を禁止している国が養子の本

国となる場合には、養子の本国法の養子縁組に対する態度はまったく尊重されない結果に達すると思われる。しかし、この結果は、養子の本国法を一定の事項について累積的に適用することを命じる法例20条1項後段の規定の趣旨に相応するのか。

さらに、成立すべき養子縁組の種類についても、養親の本国法だけが適用されることに見解の一致があるように見える。まさに、養子とその実方血族との親族関係の終了について養親の本国法を準拠法とする法例20条2項は、この旨を規定していると考えられる⁽⁶⁾。もっとも、養親の本国法と養子の本国法がそれぞれ異なるタイプの養子縁組を規定している場合には、問題が発生すると考えられる。例えば、養親の本国法は養子とその実方親族との法的関係の断絶を認める特別養子縁組のみを規定しているのに対して、養子の本国法は実方親族との関係を維持する普通養子縁組のみを規定している場合には、養子の本国法の同意要件はどのように適用されるのか。

この問題については、養子の本国の普通養子縁組の際の保護要件を類推し、その要件を満たすならば特別養子縁組をすることが許される、とする見解がある⁽⁷⁾。もっとも、養子の本国の保護要件をどのように類推するのか、そして、その要件が満たされない場合にどのような養子縁組が成立するのか、あるいは養子縁組はそもそも成立しないのか、という点については触れられていないように思われる。

これらの問題、すなわち、養子の本国が養子縁組を禁止している場合には養子の本国法をまったく顧慮しなくてよいのか、そして、養親の本国法と養子の本国法がそれぞれ異なるタイプの養子縁組を規定している場合に、養子の本国法をどのように適用するのか、という問題を解決するためには、国際養子縁組において養子の本国法によることの理由を考察する必要があると思われる。

養子の本国法を一定の事項について養親の本国法に累積的に適用することを命じる法例20条1項後段の規定は、子の保護のために設けられたセーフ・ガード条項と呼ばれている⁽⁸⁾。もっとも、この規定によってどのような意味での子の保護が保障されるのかという点にはなお検討が必要と思われる。例えば、法例20条1項後段の規定する事項的な適用範囲に入る要件、いわゆる保護要件は、社会経験や判断能力に乏しい未成年者の保護を図ることを第一義とする趣旨である、といわれることがある⁽⁹⁾。別に、この後段の規定は養子の側の人

的な利益保護のために特に設けられた規定である、といわれることもある⁽¹⁰⁾。たしかに、養子の本国法の保護要件を適用することによって、養子の本国法が目的とする子の保護あるいは養子の側の人的利益保護を図ることはできると考えられる。しかし、法例20条1項後段の規定の目的は、養子の本国法における子の保護あるいは養子の側の人的利益保護を保障することに止まるのか。

さらに、平成2年の法例新規定の施行後に我が国が批准した、いわゆる「子どもの権利条約」は国際養子縁組についていくつかの規定を有している。これらの規定は法例20条1項後段の規定の解釈・適用に影響を与えないのか。

法例20条1項後段の規定が養子の本国法によるべきことを規定している理由およびこの規定の解釈・適用において、養子の本国法をどのように尊重するかという点については、以上のような問題があるように思われる。

ともあれ、多くの国は養子の本国法を何らかの形で適用・考慮している。法例の養子縁組に関する規定の改正に際しては、これらの国のうちの養親の本国法を養子縁組の原則的な準拠法とする国の規律が参考にされたように思われる⁽¹¹⁾。

本稿においては、まず養子の本国法を適用・考慮する諸国の規律を概観した後に、養子の本国法によることの理由を考察したい(二.)。続いて、これらの諸国において養子の本国法が尊重されない場合およびその理由を検討したい(三.)。そして最後に、法例20条1項後段の規定が比較法的な観点からみて有する特性に言及した後に、この規定の解釈・適用にあたって養子の本国法の尊重が問題となる場合を指摘し、その解決のための指針を提示したい(四.)。

二. 養子の本国法を適用・考慮する国の規律および養子の本国法によることの理由

まず、養子の本国法を適用・考慮する国の規律を概観した上で(1.)、これらの国が養子の本国法によることの理由を考察したい(2.)。

1. 養子の本国法を適用・考慮する国の規律

養子縁組に関する立法は次の二つに分類することができるように思われる⁽¹²⁾。一つは、自国の裁判所(または行政機関)が当該養子縁組について管

轄を有する場合には、法廷地法を適用する。他の一つは、養子縁組を法律関係として捉え、その準拠法を問う。前者は管轄からのアプローチ（1）、後者は抵触法からのアプローチ（2）と呼ばれている⁽⁴³⁾。

（1）管轄からのアプローチ

スウェーデン、ノルウェー、そしてイギリスは管轄からのアプローチを採用している。イタリアも養子に嫡出子としての地位を与える養子縁組については、このアプローチを採用していると考えられる。これらの国々は養親の住所を原則的な管轄原因としている。加えて、スウェーデンは養親の国籍をも管轄原因としている。それゆえ、法廷地法たる養親の住所地法あるいは国籍所属国法が養子縁組成立の基準となる。とはいえ、これらの諸国の多くにおいても、養子の本国法あるいは住所地法がまったく無視されるわけではないように見える。スウェーデン、ノルウェーは養子の外国との関連性および、養子縁組が当該外国において効力を有しない場合に子に重大な不利益が生じるかどうかを考慮することを明文の規定で要求している。例えば、スウェーデンの養子縁組に関する国際的法律関係についての1971年11月19日の法律2条は、その1項の規定において、養子縁組の申立はスウェーデン法によって審理される、としつつ、2項において、次のように規定している。すなわち、「申立が18歳未満の子に関するときには、申立人または子が、その国籍、住所等によって外国と関連性を有しているかどうか、養子縁組が当該外国において効力を有しない場合に、子に重大な不利益が生ずるかどうか、が特に考慮されなければならない」と⁽⁴⁴⁾。

明文で規定されていない場合でも、裁判所が、法廷地法を適用する段階において、事実的な要素として養子の属人法を考慮することもある。このような処理はイギリスにおいてみられる⁽⁴⁵⁾。

（2）抵触法からのアプローチ

チェコスロバキア、ポーランド、ポルトガル、オーストリア、ドイツ、イタリア、ベルギー、フランスは抵触法からのアプローチを採用している。これらの国々は、少なくとも単独養子縁組については、養親の本国法を準拠法としつつ、養子の本国法に副次的な役割を与えている。

これらの諸国が養子の本国法に与えている副次的な役割の態様は、さらに次

の二つに分類することができると思われる。その一つは、養子縁組への子あるいは第三者の同意等の事項について、養子の本国法を累積的に適用あるいは考慮する(①)。他の一つは、このような事項には養子の本国法のみを適用する、すなわち、養子の本国法を配分的に適用する(②)。

①同意要件等につき養子の本国法を累積的に適用

ポーランド国際私法規定22条, ポルトガル民法61条1項, オーストリア国際私法規定26条2文, ドイツ民法施行法23条, イタリア国際私法規定38条2項は養子あるいは第三者の同意要件等の事項について、養子の本国法を累積的に適用あるいは考慮する旨を規定している。我が国もこのグループに含まれる。もっとも、イタリアにおいて養子の本国法の適用が留保されるのは、子が成年の場合に限られている。ポルトガル民法61条は、その1項の規定において、養子の同意要件についてはその本国法を考慮しつつも、その2項は第三者の同意要件について次のように規定している。すなわち、「子が親族的、後見的性質の法律関係にある第三者の同意がこの法律関係の準拠法上必要とされているときは、これを考慮するものとする」と。

②同意要件等の事項には養子の本国法のみを適用

チェコスロバキア国際私法および国際手続に関する法律27条, ベルギー民法344条3項は、養子あるいは第三者の同意要件等の事項については養子の本国法のみを適用する旨を規定している。フランス破棄院は1984年11月7日のTorlet判決において、養子縁組の要件と効果は養親の本国法によるとしつつも、養子の本国法は同意の要件または養子の代理を規律する旨を判示している⁽¹⁶⁾。もっとも、ベルギー民法344条2項は、養子が15歳以上であるときには、各当事者につきその属人法を適用する旨を規定している⁽¹⁷⁾。

2. 養子の本国法によることの理由

養子の本国法を適用あるいは考慮する理由は次の3点に求められると考えられる。すなわち、属人法としての養子の本国法の適格性(1)、跛行的親子関係の回避に対する子の利益(2)、そして養子の本国法が規定する国際養子縁組への同意要件等の強行的性質(3)である。

(1) 属人法としての養子の本国法の適格性

養子の本国法は準拠法としての適格性を有していると考えられる。すなわち、養子縁組の成立によって子の身分関係に変動が生じる以上、養子の本国はその成立に対して利害関係を有していると考えられる。換言すると、養子縁組は子の身分に重大な変更をもたらすため、養親のみを規準として準拠法を決定すべきではない。身分変更について中核的な、同意等の事項については、子の利益のためにその本国法を子に与えている保護を確保しなければならない、と考えられる。

ドイツ民法施行法23条の規定について、連邦参議院の理由書および連邦政府の理由書は、養子の本国法が累積的に援用される理由として、こういった点を挙げている^{(18) (19)}。

イタリア国際私法38条2項の規定によれば、養子の本国法が同意に関する事項について適用されるのは、養子が成年のときに限られている。ベルギー民法は、養子が15歳以上である場合には、養親と養子の本国法を配分的に適用する旨を規定している。養子が年長である場合にその本国法を一定の事項について適用する規定は、養子の本国法がその属人法として無視し得ないことを示していると考えられる。

管轄からのアプローチを採用するスウェーデンとノルウェーは、養子とその本国との関連性を養子の本国法を考慮する要件の一つとしている。このように養子とその本国との関連性を一つの基準として養子の本国法が考慮されるか否かを判断する法制も、養子の本国法の準拠法としての適格性から説明することができると考えられる。

(2) 跛行的親子関係の成立回避に対する子の利益

いわゆる跛行的な養親子関係の発生は望ましいものではないと考えられる。ドイツ、フランス、ベルギー等の学説は、養子の本国法を適用・考慮する理由として、跛行的な養子縁組の成立を防止することを挙げている⁽²⁰⁾。

管轄からのアプローチを採用するスウェーデンおよびノルウェーは、養子の本国法が考慮される要件の一つとして、養子縁組がその本国において効力を有しない場合に、子に不利益が発生することを挙げている。

養子の本国が養子縁組を承認しない場合には、子に不利益を招来する可能性

があると考えられる。例えば、養子の本国法上養子縁組に対して子または第三者の同意が必要とされるときに、これを無視すると養親子関係の成立について、後日紛争が生じる可能性が残ると考えられる。フランスおよびベルギーの学説においては、跛行的な養親子関係が望ましくない理由として、成立した養子縁組に対する養子の親族の反対が挙げられている⁽²¹⁾。

(3) 国際養子縁組への同意要件等の強行的性質

国際養子縁組への同意要件等について、各国で与えられている強行的な性質は次の二つに大別することができるように思われる。その一つは、国際私法規定の指定によって与えられる強行的な性質である(①)。もう一つは、国際養子縁組に直接適用される実質法が与える強行的な性質である(②)。

①国際私法規定の指定によって与えられる強行的な性質

抵触法からのアプローチを採用する上記の国々は、養子の本国法における子本人あるいはその親族の同意要件について、養子の本国法を適用あるいは考慮している。このことは自国民の子が養子となる養子縁組の成立については、自国民の子の同意要件の遵守を要求することを意味する⁽²²⁾。ドイツの国際私法は、1986年の改正前には少なくとも明文の上では、自国民の子が養子となる場合にのみ、同意に関するドイツ実質法の規定が適用される旨を規定していた。その根拠は同意に関する実質法の規定が公序に関する事、すなわち強行的な性質を有することにも求められていた⁽²³⁾。このような規定が、1986年の国際私法関連規定の改正によって、養子の本国法の同意に関する規定を適用するように、双方化されたと説明されている。

②国際養子縁組に直接適用される実質法が与える強行的な性質

外国に多くの養子を送り出している、いわゆる発展途上国や韓国は、外国での養子縁組のための自国民の子の出国あるいは国際養子縁組について特別な強行的な規定を設けていることがある⁽²⁴⁾。このような強行的な規定はさらに次の二つに大別することができるように思われる。その一つは、外国での養子縁組目的の子の出国のために公的機関の許可を要件とする。もう一つは、自国内においてのみ、国際養子縁組の成立を許容する。

韓国, ネパール, タイ, インド⁽²⁵⁾, チリは外国での養子縁組目的の子の出国のために公的機関の許可を要件とする。フィリピンにおいても, このような許可が子の出国の要件とされているといわれている⁽²⁶⁾。許可を出すのは, 韓国, ネパール, タイにおいては行政機関であり, インドとチリにおいては裁判所である。許可のための要件は養子縁組のそれと似ている。例えば, 韓国の1976年養子特別法はその9条3項において, 一定のグループに属する子について外国における養子縁組のための養子たるべき者の出国許可について規定している。この規定によれば, 許可を申請するためには, 外国人が韓国において韓国人の子と養子縁組をする場合と同じ書類の提出が義務づけられている。申請のために必要な書類は, 子を監護または扶養する者が存在しないことを証明する書類, 養親たるべき者の養親としての法的・事実的な適格性を証明する書類, 養子縁組に同意すべき者が同意していることを証明する書類である。タイの1979年養子縁組法18条の規定によれば, 内部規則によって規定されている手続要件および実質要件にしたがった大臣の許可をもって初めて, 子を外国に, その地で直接または間接に養子縁組をするために, 移動することができる。その内部規律によれば, とくに養親は婚姻していなければならず, 養親としての適性を備えていることが審査されなければならない。チリの養子縁組に関する法律18.703号の39条は, 外国での養子縁組目的での未成年者の出国は未成年者の住所の少年裁判所によって許可されなければならないと規定している。その40条1項は, 外国での養子縁組目的で出国が許可され得るのは, その血統が知れないか, または遺棄されている子だけである旨を規定している。養親たるべき者が養親としての適格性を備えていることも審査される。

エクアドル, ルーマニア, およびポルトガルは自国内でのみ国際養子縁組の成立を許容する。スリ・ランカ, ベトナム, ポーランドにおいても, 同様の処理が行われているといわれている⁽²⁷⁾。国内での養子縁組は裁判所あるいは行政機関の許可あるいは決定によって成立する。

南米の国々では, このような養子縁組の許可あるいは決定のために, 必ずしも準拠法を問わないで, 次のような実質的な要件が規定されていることもある⁽²⁸⁾。すなわち, 当該養親と養子の間の養子縁組が子の福祉に資すること, および実親等が当該養子縁組の効果について説明された上で養子縁組に同意を与えていること, あるいは子が遺棄の状況にあることが要件として挙げられて

いる。このような許可・決定によって、養親と養子の親子関係が認められ、その後初めて、養子が養親とともに出国することが許可される。このような手続を踏まない子の出国は違法なものとなされ、罰則が規定されていることさえあるように観察される。

発展途上国出身の養子を多く受け入れているフランスの学説においては、このような強行法規を潜脱するような養子縁組の成立は認められるべきでないといわれている⁽²⁹⁾。

三. 養子の本国法が尊重されない場合およびその理由

このような3つの見地から養子の本国法を同意要件等について適用あるいは考慮する理由を説明することができると思われる。とはいえ、なお次の二つの場合に養子の本国法は必ずしも尊重されていないように観察される(1.)。それは、養子縁組の許容性それ自体が問題となる場合(1)、および養親と養子の本国法とでは異なるタイプの養子縁組が規定されている場合(2)である。このような場合に養子の本国法を尊重しない理由は何か、尊重しないことに問題はないのか(3.)を検討したい。

1. 養子の本国法が尊重されない局面

(1) 養子縁組の許容性それ自体が問題となる場合

まず、養子縁組の許容性それ自体が問題となる場合に、養子の本国法の態度は必ずしも尊重されていない。例えば、ベルギーにおいては、15歳未満の者が養子となる場合に同意について養子の本国法が適用されるのは、それが養子縁組を認めている場合に限られている。上述のように、イタリアにおいて養子の本国法が適用されるのは、養子が成年の場合に限られている。ドイツにおいては、養子縁組の許容性の問題は養親の本国法によって判断されているように思われる⁽³⁰⁾。フランス破棄院も1995年5月10日のFanthou判決において次のように判示している⁽³¹⁾。すなわち、「フランス法が養子縁組に対して付与している効果・・・を、養子の法定代理人が十分に認識して同意を与えた場合には、・・・フランス人夫婦によってフランスにおいて申し立てられた(その本国法が養子縁組制度を知らないか、禁止している子の)養子縁組を宣言することができ

る」と。

(2) 養親と養子の本国法とでは異なるタイプの養子縁組が規定されている場合

さらに、養子の本国と養親の本国とでは異なるタイプの養子縁組が規定されている場合に、養子の本国法の同意要件をどのように捉えるのかが問題となり得る⁽³²⁾。例えば、養親の本国法は実親との断絶を認める完全養子縁組を規定し、養子の本国法は実親との法律関係が維持されるタイプの単純養子縁組を規定している場合、実親が養子の本国法の下での同意のみをしているときに完全養子縁組は成立するか、問題となる。養子の本国法を文字どおり適用すると、少なくとも完全養子縁組の成立は否定されなければならないと考えられる。もっとも、このような場合でも完全養子縁組の成立の可能性は必ずしも否定されていないようにみえる。例えば、フランスの破棄院は、1990年1月31日のPistre判決において、「同意の内容自体は養子の本国法の規定とは別個独立に評価されなければならない」とし、「同意権者の明示的・黙示的な意思に従わなければならない」としている⁽³³⁾。もっとも、結果的に完全養子縁組の成立は否定されている。

2. 養子の本国法が尊重されない理由およびその評価

このように、西ヨーロッパの国々では養子の本国法は必ずしも尊重されていないように思われる。

およそ一般的に法律関係の成立につき関連する複数の法を累積的あるいは配分的に適用する処理は、法律関係の成立を困難にすると考えられる。選択的連結は逆に法律関係の成立を容易にすると考えられる。これらの実質法的に方向付けられた処理に比して、原則として1個の連結基準によって準拠法を決定するという抵触法的処理は、実質法的には「中立」な態度を示していると考えられる。しかし、養親の本国法あるいは法廷地法を原則的な養子縁組の準拠法とする上記の国々の態度は、実際には、必ずしも「中立」ではないように思われる。養子の本国法を副次的に適用あるいは考慮することは、国際養子縁組に消極的な養子の本国法の態度を尊重しない結果を招くことになる。そのため、国際養子縁組が容易に成立することになるからである。つまり、管轄からのアプローチによってであれ、養親の本国法を原則的な準拠法にすることによってであ

れ、上の諸国においては、国際養子縁組が容易に成立することになるように思われる。

西ヨーロッパの諸国においては、外国人の子を自国民が養子とするパターンの養子縁組が申し立てられることが多いといわれている⁽³⁴⁾。このような自国民の要請に応えるためには、養子の本国法を適用・考慮する範囲をできるだけ限定し、国際養子縁組の成立を助長するという政策を採用するのはやむを得ないことなのかもしれない。

さらに、これらの国々は跛行的な親子関係成立の回避といった要請よりも、養親の家庭での生育についての子の利益を優先させていると評価することができると思われる⁽³⁵⁾。これらの諸国の実質法は、養子縁組による実方親族との断絶と養親家族への養子の完全な統合を志向しているという点で共通した傾向を示しているように見える。このような志向こそが子の福祉に資する、という考えに基づいていると思われる。したがって、親としての適格性を有する養親の下での養子の生育についての子の利益を重視することを国際私法上も尊重するのは当然のことなのかもしれない。

しかし、国際養子縁組の成立を容易にするという点について国際的に一致があるわけではないと考えられる。180カ国以上が批准している子どもの権利条約20条3項は、養子縁組を子の保護のための一手段に過ぎない旨を規定している。そこでは、養子縁組を許容しないイスラム法のカファラにも養子縁組と対等な地位が与えられている。

さらに、子どもの権利条約の21条bの規定は、国際養子縁組を国内養子縁組が利用することのできない場合の第二次的な手段として認めている。ポルトガル等のように、明文の規定によって、国内における養子縁組を利用することができる場合には、養子縁組を目的として子を外国に移動させることを原則として禁じている国がある。明文の規定はなくとも、出国の許可あるいは国際養子縁組の許可または決定の前提として、裁判所または行政機関が、まず国内で養親の候補を探すべく上述の強行規定を運用する国もあるように観察される⁽³⁶⁾。

四. 法例20条 1項後段の規定の特性および養子の本国法の尊重が問題となる場合

それでは、我が国は養子の本国法をどのように適用すべきか。

まず、上で挙げた養子の本国法によることの3つの理由が我が国においてもあてはまることを確認した上(1.)で、法例20条 1項後段の規定が有する特性に言及し(2.)、最後に当該規定の解釈・適用について、養子の本国法をどのように尊重すべきかが問題となる場合およびその解決のための視座を提示したい(3.)。

1. 法例20条 1項後段の規定の理由

上で述べた養子の本国法を適用・考慮する3つの理由、すなわち、属人法としての養子の本国法の適格性(1)、跛行的養子縁組の成立回避に対する子の利益(2)、そして国際養子縁組に対する同意要件等の強行的な性質(3)は、我が国においてもあてはまると考えられる。

(1) 属人法としての養子の本国法の適格性

改正前の法例は養子縁組の成立につき、養親の本国法と養子の本国法を配分的に適用する旨を規定していた。この処理は養親および養子双方からそれぞれの本国法が与えている保護を奪うべきではないという考えに基づくものと考えられる⁽³⁷⁾。改正後においても、養子の本国法が一定の事項について適用される理由として、配分的適用を廃止した結果、子の保護に欠けることを防止すること、あるいは、養子およびその親族に養子の本国法が与えている保護を奪うべきでないことが挙げられている。これらの理由は養子の本国法が準拠法としての適格性を有しているという考え方に相応すると思われる。

(2) 跛行的養子縁組の成立回避に対する子の利益

法例20条 1項後段の規定は、一般に子の保護のために設けられたといわれている。そうだとすれば、日本で成立した養子縁組が養子の本国において承認されない場合に発生する子に対する不利益を事前に回避することも、養子の本国法を一定の事項について適用する理由と考えられる。とくに、国際養子縁組に

については、養子の本国法において同意要件等について強行的な規定が設けられていることがある。このような強行的な規定を無視した場合に発生する跛行的な養親子関係は回避されるべきと考えられる。

(3) 同意要件等の強行的な性質

さらに、子の本国が国際養子縁組に関する同意要件等に与えている強行的な性質を、我が国も無視することはできないと考えられる。

2. 法例20条1項後段の規定の特性

これら3つの理由から、法例の規定が養子の本国法を適用することを説明することができると考えられる。とはいえ、上で挙げた管轄からのアプローチあるいは抵触法からのアプローチを採用する国々のいくつかと我が国とでは、養子の本国法の捉え方が次の点で異なっている。それは、養子の本国法を配分的に適用していない点(1)、第三者の同意要件についても養子の本国法のみを累積的に適用する点(2)、そして養子の本国法を「考慮」ではなく、「適用」する点(3)である。

(1) 同意要件についても養子の本国法を「累積的に」適用する

養子の本国法によることには理由があるので、養子縁組への子または第三者の同意等については、子の本国法のみを適用すれば足りると考えられるかもしれない。実際、チェコスロバキア27条、ベルギー民法344条3項はこの旨を規定している。フランス破棄院も1984年11月7日のTorlet判決において同旨のことを判示している。しかし、このような処理には問題があると考えられる。例えば、養子の本国法の下で単純養子縁組について実親が同意していれば、養親の本国法による完全養子縁組を成立させることが可能となる。フランス破棄院のTorlet判決は「同意がいかなるタイプの養子縁組を念頭において与えられたかを明確にしていない場合には、(養親の本国法たる)フランス法上のいずれかの養子縁組について」与えられたものとするとしていた。この結論は批判された。実親子関係が維持される養子縁組への同意とこの関係が断絶する養子縁組への同意はまったく別物だからである⁽³⁶⁾。上述のようにフランス破棄院は1990年1月31日のPistre判決において、次のように判示している。すなわち、

「同意の内容自体は養子の本国法の規定とは別個独立に評価されなければならない」と。法例20条1項後段は養子の本国法の累積的適用を規定しているため、養親の本国法と養子のそれが同一の同意権者を規定している場合には、このような問題は発生しないと考えられる。

(2) 第三者の同意についても「養子の本国法」それ自体を適用する

一般に、養子縁組の成立によって子と実親の間の法律関係は重大な影響を受けると考えられる。各国の実質法が養子縁組へ同意すべき者として実親を挙げるのは、このような影響を考慮しているからと考えられる。子または第三者の同意などの問題に子の本国法を適用する国のいくつかにおいては、親子間の法律関係の準拠法も子の本国法とされている。ポルトガル民法60条は、子の同意については子の本国法を、子が親族的・後見的性質の法律関係にある第三者の同意についてはその法律関係の準拠法を考慮する旨を規定している。他方、法例20条1項後段の規定にいう「養子の本国法」はこの観点からは説明することができないと思われる。親子間の法律関係に関する法例21条の規定は子の本国法だけでなく、子の常居所地国法も準拠法としているからである。

(3) 養子の本国法を「考慮」ではなく、「適用」する

管轄からのアプローチを採用する国においては、養子縁組の準拠法は法廷地法たる内国法となる。これらの内国法においては、通常、養子縁組の成立が「子の利益」に適合することが要件とされている。「子の利益」となるか否かを判定する枠組みの中で、養子の本国の関連規定が「考慮」され得る。スウェーデンおよびノルウェーにおいては、このことが明文の規定で認められている。

抵触法からのアプローチを採り、養親の本国法を養子縁組の原則的な準拠法とする場合でも、この準拠法が「子の利益」への適合性を養子縁組の成立要件としているときには、同様の処理が可能と考えられる⁽³⁹⁾。養子の本国法を適用する理由として、養子の属人法たる本国法の準拠法としての適格性や跛行的養子縁組の回避に対する子の利益を重視すると、このような処理のほうがむしろ適当とも考えられる。養子とその本国との関連性を喪失している場合には、養子の本国法の適用が「子の利益」に反する結果を招来することも考えられる

からである。例えば、内国で養親たるべき者が養子たるべき者を長期間養育している場合、これらの者の間の養子縁組の成立を、子が関連性を有していないその本国法を理由として否定することは妥当ではないと考えられる。こういった事態に対しては、子の本国法を適用するよりも、養親の本国法の規定の枠内で養子の本国法の規定を「適用」ではなく、「考慮」にすることによって、柔軟な解決が図られ得るように思われる。

しかし、このような処理には問題が残ると思われる。養親の本国法が常に「子の利益」を基準として養子縁組の成立を認めているとは限らない。養親の本国法が「子の利益」を基準として養子縁組の成立を認めており、養子はその本国と十分な関連を有する場合でも、養親の本国法の運用の仕方だけでは、養子の本国法の要件が無視される危険が残る。さらに、たとえ養子とその本国との関連を喪失しているとしても、その国の強行規定に反して子が出国している場合には、我が国において当該国際養子縁組の成立は認められるべきでないと思われる。

そうだとすれば、法例20条1項後段の規定のような特別の抵触規定の必要性が認められると考えられる。さらに、養子の本国の強行的な規定の要求する、子もしくはその関係者の同意に関する要件または公的機関の許可その他の処分という要件が遵守されていることを確保するために、このような特別の抵触規定は不可欠と思われる。

3. 養子の本国法の尊重が問題となる場合

このような観点から法例20条1項後段の規定を捉えた上で、わが法例の解釈・適用において、養子の本国法をどのように尊重すべきかが問題となる場合およびその解決のための視座を提示したい。

(1) 養子の本国法が養子縁組を許容しない場合

我が国の学説においては、養子の本国にそもそも養子縁組の制度がないときには、法例20条1項後段の規定が適用される余地はないといわれている。上述の西ヨーロッパ諸国と同様に、養子縁組の許容性自体の問題を養親の本国法によらしめる趣旨であると理解され得る。しかし、養子縁組の許容性自体の問題の判断を養親の本国法のみによらしめると、とくに養子の本国法が養子縁組を

許容しない場合には、跛行的な親子関係の発生は避けられないと考えられる。さらに、子どもの権利条約の20条は、養子縁組制度が子の保護のための手段の一つにすぎない旨を規定している。この規定がどの程度実定法的に意味があるのか、必ずしも明らかでないとはいえ、その理念は尊重されるべきものと考えられる。そうだとすれば、法例20条1項後段の規定の解釈としても、養子縁組を認めない養子の本国法の態度を無視する理由はないように思われる。

他方、養子の本国法の準拠法としての適格性が弱まり、跛行的な養親子関係の発生を甘受すべき場合には、養子の本国法をそもそも適用しないほうが妥当な事態も想定され得る。法例の明文の規定を前提とするなら、このような事態に対しては公序則が援用され得ると考えられる。確かに、公序則を援用することによって、養子とその本国法との関連性の程度を計って柔軟な解決を導くことはできると思われる。しかし、公序則発動の要件の一つである、外国法の内容の異常性は、養子縁組の禁止については認められ得ないと考えられる。我が国が批准している子どもの権利条約20条は養子縁組を子の保護のための手段の一つにすぎない旨を規定しているからである。それゆえ、外国法の適用結果が我が国の公序に反するとも言い難いと考えられる。それでも、養子たるべき者が養親たるべき者に長期間監護・養育されている場合等には、国際的な観点から見ると、養子縁組が最も「子の利益」に資する制度であることは否定し得ないと思われる。公序則によらずして、柔軟な処理を可能とするために、「子の利益に反しない限り」で適用するという限定を付して、法例20条1項後段の規定を運用すべきではないかと思われる。

(2) 養子の本国法と養親の本国法が異なるタイプの養子縁組を規定している場合

このような場合に養子の本国法の同意要件をどのように評価するかという問題については、二つの処理方法があり得るように思われる。一つは養子の本国法を文字どおり適用するという処理である。他の一つは上述のフランスの判例のように、養子の本国法の下で与えられた同意を養親の本国法の規定する養子縁組についての同意と評価できるか否かを問うという処理である。もっとも、後者の処理においては、もはや養子の本国法を適用したとはいえないと考えられる。上述のように我が国の学説上、日本法が養親の本国法である場合に、養

子の本国の普通養子縁組に関する保護要件を類推し、その要件が満たされている場合には、特別養子縁組をすることが許される、とする見解がある。我が国の審判例においても、同様の処理をしたとみられ得るものがある⁽⁴⁰⁾。たしかに、日本民法817条の6の規定によれば、「父母の同意」が特別養子縁組の成立のための要件とされているため、父母が日本法の効果を十分に認識している場合には、実親が後日養子縁組の有効性を争うといった事態が発生する危険性は少ないと考えられる。しかし、養親の本国法と養子の本国法とでは同意権者の範囲が異なる場合等には、このような事態が発生する危険は依然として残ると考えられる。さらに、養子の本国において養子縁組目的での子の出国のために、その許可あるいは養子縁組の許可もしくは決定が強行的に要求されていることがある。このような許可もしくは決定の要件の一つとして、実親等が養子縁組の効果を説明され、認識してこれに同意していることが挙げられることもある。実親が認識していた養子縁組の効果が実親子間の断絶を認めない場合に断絶を認める特別養子縁組を成立させると、養子の本国法の強行法規に違反することになると考えられる。少なくとも、養子の本国の強行的な規定を無視して、養親の本国法の養子縁組を成立させることは許されるべきでないと思われる。

（3）養子の本国法の強行的な規定が同意以外のものも要件としている場合

養子の本国の強行的な規定は同意に関するものに限られないようにみえる。例えば、外国における養子縁組目的での子の出国について本国の公的機関の許可が要求されることがある。このような許可は法例20条1項後段の規定にいう「公の機関の許可」にあたると思われる⁽⁴¹⁾。さらに、子が外国に入国した直後における養子縁組を禁じ、一定の待機期間が設けられていることもある。たしかに、このような待機期間の要件の強行性はその国でのみ認められるものと考えられる。実際、この要件は西ヨーロッパ諸国ではしばしば無視されるといわれている⁽⁴²⁾。しかし、法例20条1項後段の規定の趣旨が養子の本国法における強行的な規定を尊重することにもあるとすれば、このような要件を考慮して養子縁組を直ちにには成立させないという処理が必要と思われる。

(4) 法例20条1項後段の規定の「第三者」について

法例20条1項後段の規定における「第三者」の範囲に親族会が入るか否かについて、争いがある。「養子の側の人的利益保護のために特に設けられた規定であるという目的から自明のように、参照されるべきは養子の本国法の中でも、養子の側の人的な利益保護を目的とする規定に限られる」といわれることがある。この見解によると、親族会の同意については、「その保護目的が家または親族協団体についてのものであるときは、考慮の対象外である」とされる。これに対して、親族会の同意に関する規定は「その両方を目的とするものがあつたり、第一義的には保護目的が家または親族共同体に向けられていても、養子の保護にもなり得るものもあり、その区別が困難であることから、法文上、本人・第三者等の同意・承諾等となっているときは、一律に適用するのが適当と考える」といわれることもある。たしかに、法例20条1項後段の規定の目的を、子の利益のためにその本国法が子に与えている利益を確保しなければならないという意味での属人法としての養子の本国の適格性からのみ捉えると、子の利益を直接の対象とする規定だけが適用範囲に入ると考えられるかもしれない。しかし、養子の利益のために跛行的な養子縁組の成立を回避するという目的からすれば、家や親族共同体の利益に配慮した規定も適用範囲に入ると考えざるを得ないように思われる。

(5) その他の問題：養子の本国法からの反致の成否

養子の本国法からの反致が成立するか否かについても、学説上見解は一致していないようにみえる⁽⁴⁸⁾。

養子の本国法によることの理由のたる属人法としての本国法の適格性および跛行的親子関係の回避に対する子の利益という観点からすると、反致を一律に否定する理由はないと思われる。もっとも、養子の本国法が同意要件等に強行的な性質を与えている場合には、子の本国法から日本法に反致することはそもそもあり得ないと考えられる。

[付記] 本稿は、1996年10月に横浜国立大学にて開かれた第95回国際私法学会における報告原稿を基本的にそのまま載録している。この場を借りて、報告に際して司会の労をとっていただいた岡山大学の佐野寛先生、質問およびご教示

を賜った諸先生、ならびに資料収集に際して助力を賜った諸国の大使館・領事館の関係者の方々に、心から感謝の意を表したい。

(注)

- (1) 法例20条1項後段の目的および事項的な適用範囲に関する判例・学説については、拙稿「法例における“セーフ・ガード”条項について」(一橋論叢116巻1号179頁以下)を参照。
- (2) 舩場準一「養子縁組・離縁の準拠法及び国際的管轄」(岡垣・野田 [編]「講座・実務家事審判法5」(1990)247頁以下)251頁。
- (3) 南敏文「改正法例の解説」(1992)137頁。
- (4) 舩場・前掲256頁。
- (5) 南・前掲148頁以下。
- (6) 澤木敬郎=道垣内正人「国際私法入門(第4版)」(1996)122頁も参照。
- (7) 舩場・前掲256頁。
- (8) 例えば、櫻田嘉章「国際私法」(1994)276頁、澤木=道垣内・前掲121頁。
- (9) 南・前掲149頁。
- (10) 舩場・前掲254頁。
- (11) 南・前掲136頁、山田鐮一「国際私法」(1992)429頁を参照。
- (12) 本稿末に資料として、これらの国の規定を添付した。
- (13) Van Loon, International Co-operation and Protection of Children with Regard to Inter-country Adoption, *Recueil des cours* 1993-VII.278.
- (14) スウェーデンの養子縁組に関する国際的法律関係についての法律については、Jäterä-Jareborg, *The Recognition and Legal Effects of Foreign Adoptions in Sweden*, *Scandinavian Studies in Law* 1992, 98-を参照。
- (15) このような処理の例として、*In re B(S.)(An Infant)*, [1967] 3 W.L.R.1438がしばしば引用される。これは、次のような事案であった。

イングランドにドミサイルを有する夫婦がイングランドに居所を有する子の養子決定を申し立てた。この子はイギリス人の母とスペイン人の父の嫡出子であった。この両親は当初スペインにおいて同居していたけれども、婚姻は破綻し、母は1961年の夏にイングランドに戻り、子が産まれた。母はこの子を養子にだすこととし、申立人たる夫婦に預けた。この養子縁組に、父は同意しなかった。母は父の同意の免除を裁判所に申し立てた。この申立は1963年に棄却された。1965年にこの両親は離婚した。その際、*custody*は母に認められた。

この事件においては、次が問題となった。すなわち、①イングランドの裁判所の管轄を決定する際に、子のドミサイルを考慮するか否か、②外国法を考慮するか否か、③父の同意は免除され得るか否かである。

①の問題については、申立人がドミサイルをイングランドに有するので、イングランドの裁判所は外国にドミサイルを有する子の養子決定の管轄を有するとされている。③の問題については、父の同意の免除の申立が棄却された当時と現在とでは状況が異なるとして、免除が認められた。

②の問題について、Goff判事は次のように判示した。すなわち、「・・・子が外国にドミサイルを有するか、有する可能性がある場合、子が外国人である場合、または子が最近まで外国に常居所を有していた場合には、裁判所は、その養子決定が一難民のように、それが他の場所での (elsewhere) 有効性と関係なく下されることが明らかに子の利益になる場合は別として—他の場所で承認されるか否かを考慮すべきである・・・。

もっとも、子が実際にどこにドミサイルを有するかを証明したり、関連する外国の養子法に立ち入る必要はない。・・・問題は管轄、外国法の適用、実体あるいは手続ではない。渉外的な要素を考慮して、イングランドの養子決定が一般的に承認を受けるか否か、受けない場合に、それでもなお養子決定が子の福祉に適うか否かを事実の問題として考慮することが問題となる」と。スペインは当該養子決定を承認すること、養子決定が当該子の福祉に適うことが認められた。

- (16) Civ. 7 nov. 1984, *Revue critique de international privé* 1985. 533, *Journal du droit international* 1985.434.
- (17) ベルギー民法344条の規定については, Verwilighen, Carlier, Debroux et Burelet, *L'adoption internationale en droit belge* (1991) 49-; Erauw and Sarre, *The New Regime Governing International Adoptions in Belgium*, *Netherlands International Law Review* (1988), 117-を参照。
- (18) BT-Drucks. 10/504, 72, BR-Drucks 222/83, 72.
- (19) ドイツにおいては、1896年に公布された(1986年の改正前の)民法施行法22条の規定の立法準備段階から、養子の本国法の属人法としての適格性が考慮されていたように思われる(例えば, Niemeyer, *Zur Vorgeschichte des Internationalen Privatrechts Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch.* (“Die Gebhaldschen Materialien” .) (1915). 206-208. 参照)。

1986年改正前の民法施行法22条の規定の施行後も、養子の本国法の属人法としての適格性は意識されていたように思われる(これを強調すると考えられるものとして, Nauhaus, *Die Grundbegriffe des internationalen Privatrechts*, 2.Aufl. (1976), 191を参照)。

- (20) ドイツの学説として、例えば、Henrich, Internationales Familienrecht (1989), 301; von Bar, Internationales Privatrecht II (1991), Rdnr.323; Firsching/von Hoffmann, Internationales Privatrecht 4. Aufl.(1995), 321-を、フランスの学説として、例えばSimon-Depitre, L'adoption d'enfants etrangers en droit international privé français, L'adoption d'enfants étrangers (1986), 36; Bischoff, Adoption-France, Revue international de droit comparé No 3 1995を、ベルギーの学説として、例えば Erauw and Sarre, op. cit. 125を参照。
- (21) 例えば、Simon-Depitre, op. cit.,36; Poisson-Droucourt, L'adoption internationale, Revue critique de droit international privé 1987, 687-689; Erauw and Sarre, op.cit., 125を参照。
- (22) Mayer, Droit international privé 5^e ed. (1994), 409も参照。
- (23) 例えば、Wolff, Das internationale Privatrecht Deutschlands 3. Aufl. (1954), 221; Erman-Marquardt, Art.22 EGBGB(1981), Rdnr. 3を参照。
- (24) 本稿末に資料として、これらの国の規定を添付した。
- (25) インドにおいては、外国での養子縁組のための規定は存在しないようにみえる。ただし、インドの最高裁の判決に基づいて、養子縁組目的での外国への出国のための裁判所の許可が必要とされるといわれている (Van Loon, op.cit.,289)。
- インドにおいては、ヒンズー教徒のための養子法だけが、Hindu Adoption and Maintenance Act of 1956において、法典化されている。この法律は、その2条の規定によれば、キリスト教徒には適用されない。キリスト教徒については、養子縁組は、対応する慣習法が存在が証明された場合にだけ、許容されるといわれている。この証明は、実務においては、キリスト教徒の数が少ないので、成功していないといわれる。それゆえ、キリスト教徒の養子縁組は現実には不可能とさえいわれている。抜け道として、最高裁判所は、養子縁組がその他の法によれば許容される場合に、外国における養子縁組を指示しているといわれている。その要件は、後見人の選人およびインド法による養子縁組目的での子の国外への移転についての許可といわれる。インドの養子法については、Ott, IPRax 1992, 310 および Lilani, Adoption of Children from India, Intercountry Adoptions(1995), 23以下も参照。
- (26) フィリピン大統領令603号に基づく国際養子縁組に関する命令がこの旨を規定しているといわれている (Van Loon, op. cit., 288-289)。
- (27) Van Loon, op. cit., 289
- (28) 例えば、エクアドルの実務については、Maldonado, Marques,

- Vertulfo, Cordero and Valadez, Adoption in Ecuador, Intercountry Adoptions (1995), 199-を参照。
- (29) Mayer, *op. cit.*,409を参照。
- (30) 例えば, AG Rottweit, *Beschl. vom 13. 12. 1988*: IPRspr. 1988 Nr. 144; AG Ahrensburg, *Beschl. vom 7. 8. 1989*: IPRspr. 1989 Nr. 150; Jayme, *Kulturelle Identität und Kindeswohl im internationalen Kindschaftsrecht*, IPRax 1996, 237; Baumann, *Verfahren und anwendbares Recht bei Adoptionen mit Auslandsberührung* (1992), 58-; Hohnerlein, *Internationale Adoption und Kindeswohl* (1991), 198を参照。
- (31) 1^{re} Ch.civ.,*Revue critique de droit international privé* 1995,547.
- (32) ドイツの学説として, Baumann, *op.cit.*,58-59; Hohnerlein,*op.cit.*, 199を参照。
- (33) 1^{re} Ch.civ.,*Revue critique de droit international privé* 1990, 519.
- (34) 例えば, Van Loon, *op. cit.*, 273-274; Hohnerlein, *op. cit.*,28; Mattei, *Enfant d'ici, enfant d'ailleurs, Raport au Premier Ministre* (1995), 118を参照。
- (35) 例えば, Bischoff, *op. cit.*,803を参照。
- (36) 養子を多く外国に送り出している国の実務については, Jaffe(ed), *Intercountry Adoptions*(1995) を参照。
- (37) 法務大臣官房私法法制調査部監修「法典調査会 法例議事速記録」(日本近代立法資料叢書26) 146頁, 147頁を参照。
- (38) 例えば, Poisson-Droucourt, *op.cit.*,688-690を参照。
- (39) このような外国法の「考慮」については, Hessler, *Sachrechtliche Generalklausel und internationales Familienrecht*(1985), 174-175を参照。
- (40) 福島家裁会津若松支部・平成4年9月14日審判(家裁月報45巻10号71頁以下)。
- (41) ドイツにおいては, このような許可についての外国の裁判を承認した裁判例がある(AG Plettenberg, *Beschl. vom 25.9.1992*: IPRax 1994, 218, 197 Aufsatz von Hohnerlein)。
- (42) Van Loon, *op. cit.*,290-291.
- (43) 反致成立の余地を認める見解として, 山田・前掲429頁, 417頁, 櫻田・前掲113頁が, 認めない見解として, 畑場・前掲・257頁, 南・前掲208頁がある(なお, 畑場準一「法例の新規定における反致政策についての小論」(「講座・現代家族法」[1] 総論)(1991) 103頁以下) 105頁も参照)。

-資料-

1. 管轄からのアプローチ

・スウェーデン養子縁組に関する国際的法律関係についての法律

1条：「スウェーデンの裁判所は、申立人がスウェーデン国籍を有するか、内国に住所を有するとき、または国王が申立につき審理を許可するときは、養子縁組の申立につき、管轄を有する。」

2条1項：「養子縁組の申立は、スウェーデン法により審理される。」

2項：「申立が18歳未満の子に関するときは、申立人または子がその国籍、住所等によって外国と関連性を有しているかどうか、養子縁組が当該外国において効力を有しない場合に子に重大な不利益が生ずるかどうか、がとくに考慮されなければならない。」

・ノルウェー国際的養子縁組に関する法律

29条：「養子縁組の申立については、申立人が内国に住所を有しているとき、または事件の処理に司法省が同意するときは、ノルウェーにおいて決定されるものとする。」

30条1項：「申立については、ノルウェー法により決定される。」

2項：「18歳未満の子の養子縁組の申立については、決定に際して、申立人または子が住所、国籍等により関連性を有する外国においても養子縁組が効力を有するかどうか、およびその関連性が強いために縁組が当該外国において効力を有しない場合に重大な障害を招来するかどうかを考慮しなければならない。」

・イタリア国際私法規定

38条1項3文：「・・・。ただし、未成年者に嫡出子としての身分を与える養子縁組がイタリア裁判所に申し立てられているときは、イタリア法による。」

2. 抵触法からのアプローチ

・ポーランド国際私法に関する法律

22条1項：「養子縁組は養親の本国法による。」

2項：「養子もしくは法定代理人の同意または国家機関の許可については、養子の本国法の規定を遵守しない限り、養子縁組は許容されない。」

・ポルトガル民法

60条1項：「第二項に規定する場合を除いて、養親子関係の成立は養親の属人法による。」

61条1項：「認知される子または養子となる子の属人法上、親子関係の成立の要件として子の同意が必要とされているときは、これを考慮するものとする。」

2項：子が親族的、後見的性質の法律関係にある第三者の同意が子の法律関係の準拠法上、必要とされているときは、これを考慮するものとする。」

・オーストリア国際私法規定

26条：「養子縁組および養親子関係の終了の要件は、各養親の属人法による。子の属人法上、子または子が家族法上の関係を有する第三者の同意が必要とされているときは、

この要件については子の属人法も準拠法とする。」

・ドイツ民法施行法

22条：「養子縁組は、縁組の当時における養親の本国法による。・・・」

23条：「・・・養子縁組への子または子が家族法上の関係を有する者の同意の必要性は、付加的に、子が属する国の法に服する。子の福祉のために必要な場合には、当該法の代わりにドイツ法が適用される。」

・イタリア国際私法

38条1項：「養子縁組および離縁は養親の本国法による。・・・。ただし、未成年者に嫡出子としての身分を与える養子縁組がイタリア裁判所に申し立てられているときは、イタリア法による。」

2項：「前項の場合において、必要な同意に関する規定については、成年である養子の本国法の適用が留保される。」

・チェコ・スロバキア国際私法および国際手続に関する法律

26条1項：「養子縁組は養親の本国法による。」

27条：「養子縁組およびこれと類似の関係につき子もしくは第三者または国家機関の同意が必要とされるかどうかは、子の本国法による。」

・ベルギー民法

344条1項：「養子が15歳未満であるときは、次の規定による。」

a) 外国人間の養子縁組または外国人とベルギー人との養子縁組の許容性と実質的成立要件は養親の属人法による。」

3項：「養子の属人法が養子縁組または完全養子縁組への同意に関する方法を定めており、かつ同意権者を指定している場合には、同意は養子の属人法による」。

・1984年11月7日のフランス破棄院判決：「養子縁組の要件と効力は、養子縁組が唯一の人によって請求されているときにはその本国法により、子の本国法はその同意および代理の要件のみを規律する。」

3. 養子縁組に関する強行規定

・韓国・養子縁組特別法

第2条（養子となる資格）

①「この法律により養子となる者は、児童福祉法による児童福祉施設および生活保護法による保護施設（以下「保護施設」という。）に在る18歳未満の者であって、次の各号の一に該当する者でなければならない。

1 保護者から離脱した者であって、管轄するソウル特別市長、釜山市長または道知事(以下「道知事」という。)が扶養義務者を確認することができず、保護を依頼した者

2 父母が養子縁組に同意（父母が死亡その他の事由により同意することができない場合には、他の直系尊属の同意）し、または後見人が養子縁組に同意して、保護を依頼した者

3 法院により親権喪失の宣告を受けた者の子であって、道知事が保護を依頼した者

4 その他扶養義務者がしれない者」

②「第1項の規定により養子となる者には、戸主または戸主の直系卑属である長男子を含む。」

第4条（養子縁組への同意）

①「第2条第1項各号の一に該当する者を養子としようとするときは、父母の同意を、父母が死亡その他の事由により同意をすることができない場合には他の直系尊属の同意を、父母または他の直系尊属がしれない場合には後見人の同意を得なければならない。ただし、第2条第1項第2号に該当する者を養子としようとするときは、保護依頼時の養子縁組の同意をもって養子縁組への同意に代えることができる。」

②「15歳以上の者を養子としようとするときには、第1項の規定による養子縁組への同意の他、当該養子となる者の同意を得なければならない。」

③「第1項の規定による後見人の養子縁組への同意は、親族会の同意を要しない。」

第8条（国内における養子縁組）

①「外国人が国内において第2条第1項各号の一に該当する者を養子としようとするときは、当該外国人は、後見人とともに、養子となる者の本籍地または住所地を管轄する家庭法院に、次の各号の書類を備えて養子縁組認可申請をしなければならない。

1 第6条第2項各号の書類

- （1. 養子となる者が第2条第1項各号の一に該当する者であることを証明する書類
2. 第3条の規定による養親となる者の家庭状況に関する書類
3. 第四条の規定により養子縁組に同意した事実を証明する書類）

2 養子となる者が第2条第1項第1号、第3号または第4号に該当する者である場合には、扶養義務者を確認するために公告した事実があったことを証明する書類」

③「法院の養子縁組認可は、合議部の決定によってしなければならない。」

第9条（外国における養子縁組）

①「外国人が国外において第2条第1項の一に該当する者を養子としようとするときは、これに関する養子縁組斡旋業務を行う機関に、その斡旋を依頼しなければならない。」

②「第1項の規定による養子縁組斡旋業務を行う機関は、第10条の規定による養子縁組斡旋機関でなければならない。」

③「第1項の規定によって養子縁組斡旋を依頼された養子縁組斡旋機関の長が養子縁組斡旋をしようとするときは、第8条1項各号の書類を備えて、当該養子となる者の海外移住許可を保険社会部長官に申請しなければならない。」

④「養子となる者が海外移住許可を受けて出国し、当該国の国籍を取得したときは、養子縁組斡旋機関の長は、遅滞なくこれを法務部長官に報告し、法務部長官は、職権でその者の大韓民国国籍を除籍すべきことを、本籍地を管轄する家庭法院に通知しなければならない。」

・タイ・養子縁組法

第18条

「何人も、内部規則において規定されている手続および要件にしたがった大臣の許可

を得なければ、直接または間接に、子を養子縁組の目的で王国外に連れ出すか、送り出すことを許されない。」

・内部規則

第1条

①「タイと外交関係を有する外国に住所を持ち、養子縁組の目的で子を王国外に連れ出すか、送り出そうとする者は大臣にここで規定されている方式で申立をしなければならない。申立人に関する以下の文書が添付されなければならない。

1. 肉体的・精神的に良好であることを示す健康診断書
2. 婚姻証明書
3. 職業および収入を示す文書
4. 経済状況を示す文書
5. 財産状況を示す文書
6. 二人以上の者による推薦書
7. 申立人およびその妻の写真
8. 当該国の官庁による、子の入国許可」

②「これらの文書は当該国のタイ大使館または領事館によって認証され、外交ルートを通じて送付されなければならない。」

第2条

①「1条による申立は、申立人の住所地国の行政上の保護機関、その国の政府によって認められている機関またはその国の政府によって国際養子縁組に従事する資格を与えられている保護機関によって、送付されなければならない。その際、以下の文書が添付されなければならない。

1. 上の機関による、申立人が養子縁組に適していることを確認する文書
2. 試験養育期間において監督することおよび6ヶ月間以上の試験養育の間の2ヶ月毎の報告書を大臣に送付することを引き受ける旨の上の機関による同意書
3. 申立人の家庭状況に関する上の機関による報告書」

第4条

「管轄官庁は第1条および第2条において掲げられている文書を調査し、申立人の以下のような暫定的な適性を確認しなければならない。

1. 30歳未満であり、養子よりも15歳年長であること。
2. 婚姻していること。ただし、申立人がタイ国民である場合には、この限りでない。
3. 実子または養子を有していないこと。ただし、申立人がタイ国民であるか、タイ国籍を有する配偶者の卑属を養子とする場合には、この限りでない。
4. 家庭状況に関する報告書からみて、具体的に養子縁組についての適性を備えた家庭でなければならない。
5. 居住する国の法律にしたがって、子を養子とすることが可能でなければならない。」

第6条

「申立人とその妻は、子を試験養育に引き取るために、出頭しなければならない。い

ずれかが出頭することができない場合には、その書面による同意が提出されなければならない。」

・チリ・養子縁組に関する法律18. 703号

第25条

①「この法律における遺棄とは、その生存が他の者に依存している未成年者の継続的な保護のない状況をいう。」

②「両親または第三者に監護されていても、これらの者から1年間人的、情緒的愛情および経済的な援助を受けていない未成年者も、遺棄されているとみなされなければならない。未成年者が2歳未満である場合には、この期間は6ヶ月間に短縮される。」

③「公的または私的な未成年者保護施設に在る未成年者も、両親または責任を負っている者によって、当該未成年者に対する法律上の義務から免れる明白な意図で、施設に入れられている場合には、遺棄されているとみなされなければならない。関係人は、子が遺棄されているとしても、法律上子に対する責任を負うことがある。」

④「その後見が両親と異なる者に裁判上認められている未成年者は、その状況が少なくとも1年間、子が2歳未満である場合には6ヶ月間継続している場合には、遺棄されているものとする。」

第39条

「外国における養子縁組目的での未成年者の出国は、未成年者の住所地の少年裁判所によって、許可されなければならない。この場合には、養子縁組は、それが認められる国の法律によらなければならない。」

第40条

①「裁判官は外国における養子縁組目的での未成年者の出国を、その者が18歳未満であるか、血統の知れない孤児であるか、遺棄されている場合にだけ、許可することができる。」

②「外国における養子縁組目的での未成年者の出国を許可する前に、裁判官は、それが適当と認められる場合には、この法律の要件および方式にしたがって、遺棄の宣言をしなければならない。」

・ネパール・養子縁組法

第12条A

「外国人が、法律によって養子とすることのできるネパール国籍の男児または女児を養子にすることを望む場合には、ネパール王国政府は、当該外国政府または大使館の推薦に基づき、養親となるべき外国人の性格および資産状況その他王国政府が適当とみならず諸条件を考慮し、養子縁組を許可することができる。」

(#注：この規定は概括的であるが、この許可がないと子を国外に移転することができないように運用されているといわれている。)

・ポルトガル・1993年5月22日の法律

第16条

①「ポルトガルにおける養子縁組が利用可能と証明される場合には、養子縁組を目的と

して外国に子を移動することは許されない。」

②「前項の目的のために、ポルトガルにおける養子縁組は、裁判上の付託の申立の時点で、その志望が未成年者にとって有益な時点において継続する蓋然性が高い、当地に居住している（養親となる）志望者が存在する場合には、利用可能とされなければならない。」

③「第1項の規定は、未成年者が養子縁組志望者の国籍を有するか、その配偶者の子であるか、または外国における養子縁組が未成年者の利益となる場合には、適用されない。」

・ルーマニア・養子縁組の許可に関する法律（1990年7月31日）

第2条

①「養子縁組による未成年者保護のための措置を監督・助成し、この領域における国際的な協同を実現する目的で、養子縁組のためのルーマニア委員会が行政機関として設立される。」

第3条

①「外国人または外国に住所または居所を有するルーマニア国民は、養子縁組のためのルーマニア委員会に登録されており、登録から6ヶ月以上経ても、内国において何人にも付託され得ず、何人によっても養子とされ得なかった子だけを、養子とすることができる。」

②「前項の規定は、配偶者の子を養子とする者、未成年者の両親のいずれかと4親等内の親族関係にある者および家族法67条の規定にしたがって成年者を養子とする者には適用されない。」

・ペルー・民事手続法

第377条

「養子縁組の結果として、養子は養親の息子／娘の身分を取得する。養子は、もはや血縁を有する家族には属さない。」

第378条

「以下の要件が養子縁組のために必要である。

1. 養親が完全に信頼に値すること。
2. 養親の年齢が成年年齢と養子の年齢を加えた年齢に達していること。
3. 養親の配偶者が養子縁組に同意していること。
4. 養子が、10歳以上である場合に、同意していること。
5. 子の両親が、なお親権を有している場合には、同意を表明していなければならない。
6. 子の先生または医師が、子自身がこれを行うことができない場合に、養子の家庭状況について意見を述べていなければならない。
7. 裁判官の評価がなされていなければならない。
8. 養親は、自身が外国にいて、養子が未成年者である場合には、養子縁組の意思を裁判官の面前で確認しなければならない。この要件は、未成年者が健康上の理由で外国に居住している場合には、免除され得る。」

第379条

「養子縁組は民事手続法または未成年者に関する法律にしたがって実施されなければならない。手続が終了すると、裁判官は、元の出生証明書に代わる新たな養子の出生証明書を発行するために、戸籍官庁に養子縁組について公的に通知しなければならない。」

・エクアドル・1990年1月8日の大統領令

第1条

「養子とされ得るのは、現行未成年者法185条の規定において規定されている状況にある未成年のエクアドル人だけである。」

第2条

- ①「養子縁組に同意する両親は、常居所を有する管区の少年裁判所に出頭して、これをなさなければならない。・・・」
- ②「裁判所は、未成年者を暫定的に未成年者保護の権限のある施設に入れることおよび養子縁組のための人事部局に同意を送付することを命じる。」

第4条

- ①「養子縁組への同意がなされてから2ヶ月が経過しないと、未成年者は養子とされ得ない。これは、養子縁組のための人事部局またはこれと協力する機関が未成年者の両親に、その判断が強制なくなされるか、未成年者の監護のための代替的な手段を説明するために、情報提供するためのものである。」

第5条

「孤児、遺棄児および、両親が継続的にその意思を表明することができない子の法定代理人または監護権者は、その監護の下にある未成年者の養子縁組に同意することができる。」

第6条

「保護施設の長は、この施設に在り、法定代理人および監護権者のいない未成年の孤児または遺棄児の養子縁組に同意する。」

第19条

- ①「エクアドル外に居住し、エクアドル人の未成年者を養子とすることを望むエクアドル国民または外国人は養子縁組を、その外国の政府によって国際養子縁組を仲介することを認められた機関あるいは施設の代理人に対して申し立てなければならない。」