

## パキスタン・イスラム法が準拠法となる場合の 養子縁組の可否について

大村 芳 昭

本稿は、パキスタン国籍を有するイスラム教徒が、日本国籍を有する配偶者とともに、日本国籍を有する未成年者を養子とする特別養子縁組を申し立てることの可否について、準拠法となるパキスタン・イスラム法及びわが国の国際私法の観点から、若干の検討を加えるものである。

### 1 パキスタン法における養子縁組の可否

パキスタンで適用されているマホメダン法第三四七条は、「マホメダン法は、親子関係の形態として養子縁組を認めない」と規定しているが、その文言からしても、また、伝統的にイスラム法が養子縁組を無条件で認めてこなかった点（拙稿「イスラム家族法入門」ケース研究二四六号四三頁、同「イスラム法と養子縁組」中央学院大学総合科学研究所『紀要』一二巻一号五一頁などを参照）からしても、パキスタンにおける養子縁組の禁止は、一般的には無条件のものとして解される。

ただ、イスラム法に関する一般論としては、次のような例外のうちの何れかに該当する場合にはこの限りではないとされている。第1に、制定法により養子縁組を認めた場合であり、チュニジアやソマリアなどにその例が認められる (Jamal J. Nasir, *The Islamic Law of Personal Status*, pp. 166-167; David Pearl, *A Textbook on Muslim Personal Law 2nd ed.*, p.92)。また、第2の例外は、イスラム法よりも優先的に適用される慣習法が存在し、それによって養子縁組が認められる場合である。

しかしパキスタンの場合、第1の例外に当たるような制定法は認められないので、この例外には当てはまらない。また、第2の例外についても、後の「3」で述べるように「養子縁組に類似する制度」であるに過ぎず、養子縁組が認められているとは言えない。よってこの例外にも当てはまらない。

以上から、パキスタンにおいて養子縁組は例外なく認められないと解すべきものと考えられる。

## 2 パキスタン家族法が養子縁組を認めない理由

養子縁組が禁止されたと思われる直接のきっかけは、イスラム教の創始者であるムハンマドが、自分の「養子」であるザイドの元妻ザイナブを妻とした際に、ユダヤ教徒などからその行為を非難されたのに対して、ザイドは「養子」とは言っても自分の子ではないのだ、だからその元妻を自分の妻としても何ら非難されるべき問題はない、と反論したことにあると言われている。それがイスラム教の聖典コーラン (三三三章四節・五節・四〇節) に掲載されて、その後のイスラム教徒がこれを「養子縁組の禁止」として解釈してきた (ただ、ごく少数の見解として、養子縁組は禁止されていないという解釈も存在するようである。David Pearl, *A Textbook on Muslim Personal Law 2nd ed.*, p. 91-92) ことが原因ないし理由となって、現在でもパキスタンでは養子縁組を認めないものと解される。

### 3 パキスタンのイスラム教徒のための養子縁組類似の制度について

パキスタンにおいて、養子縁組に類似する可能性のある制度としては、「相続人の指名」及び「父子関係の承認」という制度がある。(なお、ヒンドゥ法では正式な養子縁組の制度が認められているが、あくまでヒンドゥ法上の制度であり、ここでは対象外なので触れない。また、Khana-damad という慣習法上の制度も紹介されているが、当事者間に親子関係を創設するものではないので、やはり触れないこととする。)

まず前者(相続人の指名)についてであるが、Paras Diwan, Customary Law (of Punjab and Haryana), pp. 110-124によると、パンジャブ地方には、「相続人の指名」と呼ばれる慣習法上の制度があり、イスラム法(マホメタン法)に優先して適用される。しかしこの制度は、指名された相続人(appointed heir)に、指名した者が終了することもなければ、指名された相続人と指名した者の家族との間に法定血族関係のようなものが生ずることもないのであって、指名された相続人と指名した者との間に人的関係が生ずるに過ぎない、と説明されている。

よって、その意味で養子と養親の血族との間に法定血族関係の発生を認めるわが国の養子縁組制度(この点では普通養子も特別養子も違いはない)とは、決定的に異なるものであると言わざるを得ない。このような制度をパキスタンの文献では「慣習法上の養子縁組」と紹介することがある(Paras Diwan, *supra*, at p.120; Babu Ram Verma, Mohammedan Law in India & Pakistan, 4th Edition, p. 254など)が、それはあくまで「相続人の指名」のことを指しているであって、真正の養子縁組とは異なるものなのである(Paras Diwan, *ibid.*; Nur Mohammad v. Bhawan Shah, Indian Law Reports, Lahore Series, vol. 17, p. 99)。

他方、後者（父子関係の承認）については、これは、出自不明の子を引き取った場合に、嫡出性の証明なしに親子関係を主張するための手法として認められてきた制度である（拙稿「イスラム法と養子縁組」中央学院大学総合科学研究所『紀要』一二巻一号五三頁参照）から、そのような場合には適用の余地があるということになろう。

#### 4 慣習法の優先の証明について

パキスタンにおいては、「パンジャブ、オウドゥウや他の地域など、通常マホメダン法よりも風習が優先される所では、証明された場合、特別な家族や民族の風習がこの法律より優先される」（マホメダン法三四七条の注、シャリアット法第3条の注、Nur Muhammad v. Bhanwan Shah (1938) 17 Lah 96, 162 I.C. 854(36) A.L. 456）とされている。ただ、パキスタンの判例によれば、上記を根拠として、「相続人の指名」の制度をマホメダン法三四七条より優先して適用することを主張しようとする者は、慣習法が維持されていることを証明する責任を負うものと解されている（Babu Ram Verma, Mohammedan Law in India & Pakistan, 4th Edition, p. 254）ので、その点には注意が必要であろう。

#### 5 わが国における特別養子縁組の可否

最後に、わが国において、パキスタン国籍を有するイスラム教徒が、日本国籍を有する配偶者とともに、日本国籍を有する未成年者を養子とする特別養子縁組を申し立てることの可否を検討したい。この場合、特別養子縁組の実質的成立要件の準拠法は、法例二〇条の規定により、養母（正確には「養母となる者」であるが、ここでは便宜上「養母」と表記する。「養父となる者」「養子となる者」についても同様とする）と養子の間の縁組については日本法、ま

た、養父と養子の間の縁組についてはパキスタン法（ただし養子側のいわゆる保護要件については日本法）となる。しかし、養父の本国法であるパキスタン法が養子縁組を認めない以上、本件申立については、これを退けるか、さもなければ法例三三条によりパキスタン法の適用を排除して特別養子縁組を認めるか、の何れかによるしかないことになる。ただ、エジプト人のケースに関する判例評釈（拙稿「イスラム教徒を養親とする特別養子縁組の可否」ジュリスト一一四〇号一五〇頁）でも述べたように、その判断には非常に難しいものがあり、私としても自信を持って特定の結論を出すことはできないのが現状である。

一般に、法例三三条の適用が認められるための要件としては、

(1) 当該事案がわが国と十分な密接関連性を有していること

(2) 準拠外国法の適用の結果がわが国の法律の精神・目的を著しく損なうこと

の2点が考えられている（木棚照一編『演習ノート国際私法（改訂版）』三八～三九頁、澤木敬郎他編『ジュリスト増刊・国際私法の争点（新版）』八六～八七頁などを参照）。

そこで、「5」の冒頭で示した場合について考えると、養子は日本に居住する日本人であり、日本社会と密接な結びつきを有している。他方、養父となる者はパキスタン人であるが、養子縁組申立てまでの間にすでに日本に長期間居住しており、日本人女性と婚姻しているというような場合であれば、日本社会との結びつきは相当密接なものになっていると言ふことができそうである。その上さらに、日本で自宅を購入したとか、日本で実子をもうけて日本で養育しているとか、特別在留許可を受けているとか、将来帰化する意向である、あるいはすでに帰化申請をしている、といった事情があれば、わが国との間には十分な密接関連性が認められるといふべきであろう。

となると、残る問題は、パキスタン法の適用の結果（特別養子縁組の成立を否定すること）がわが国の法律の精

神・目的を著しく損なうか否か、という点である。本件において考慮すべきわが国の法律の精神・目的とは、特別養子縁組制度における養子の利益の観点である。そもそも特別養子縁組制度は、養子の利益を最大限に尊重することがその本質的な趣旨となっているからである。では、上記のような場合に、特別養子縁組を認めないことが、養子の利益に著しく反する結果をもたらすと言えるだろうか。

これは極めてケースバケースの判断を要する問題であるから、具体的な場面を想定しないと何とも言えないが、例えば、養子が極めて幼い頃から養父母と3人での生活を続けており、その期間がかなりの長期間に及んでいるような場合であつて、その間、養父母あるいはその間の実子とともに安定した共同生活を送っているという事実がある場合に、その家族の生活事実関係とはほとんど関わりのない、養父の本国法たるパキスタン法が養子縁組を認めないからといって、縁組の申立を退け、養父との法的親子関係の成立を認めないでおくことは、その後思春期を迎える養子に対して回復不可能な精神的ショックを与える危険性があり、また、実父母との法律上の親子関係を切断しないままにしておくことは、養子を（実父母の家庭と養父母の家庭への）二重の帰属状態に放置することになる点で、精神的不安定を助長することにもなりかねないように思われる。そのような負担を子供に与えることなく、養親の家庭という安定した生活基盤を与えようとするのが、特別養子縁組の制度趣旨である点を考えると、まさに上記のような場合には、特別養子縁組を認めるべきだ、ということになるように思われる。

もつとも、国際私法上の公序則の発動はあくまで控えめにすべきであつて、ゆめゆめ濫用があつてはならない、という従来の理解を前提にするならば、現状のまま、法的親子関係までは認めず、せいぜい里親と里子（あるいはケースによっては配偶者の連れ子）として扱うことが、養子のどのような利益にどの程度反することになるのか、上記よりももっと綿密に示さないと、国際私法上の公序の発動は正当化できない、という議論もあり得るところで

あろう。ただ、その点についてはまだまだ議論の蓄積が不十分なのが現状であり、さらなる検討や実務の蓄積が求められるように思われる。