



京都産業大学と南京師範大学との学術交流協定締結及び
京都産業大学法教育総合センター開設記念学術シンポジウム

日中の児童保護に関する法とその課題

目次

南京市未成年者保護条例の制定について ——監護者が子の利益を侵害する事件を中心に	
南京師範大学法学院 副教授	趙 莉
刑法の立場より「南京未成年者保護条例」に関するコメント	
南京師範大学法学院 教授	蔡 道通
親子関係確認訴訟における若干問題について	
南京師範大学法学院 教授	陈 爱武
「中華人民共和国家事訴訟法（建議稿）」の基本構造	
南京師範大学法学院 教授	劉 敏
中国における外国の離婚判決の承認に関する法的問題について	
北京天馳君泰法律事務所 弁護士	杨 晓林
コメント 日本の児童保護と中国法への示唆	
京都産業大学法学部 教授（当時） （現 関西学院大学法学部 教授）	山口 亮子
コメント	
立命館大学法学部 教授	二宮 周平
コメント わが国の家事事件と未成年者保護の実務的な課題	
弁護士（大阪弁護士会）	村岡 泰行
コメント 法律実務家からのコメント	
弁護士（京都弁護士会）	小原 路絵

解 題

2016年に京都産業大学は、南京師範大学と学術交流協定を締結し、また法教育総合センターを開設した。この双方の機会を捉え、2016年8月5日に、南京師範大学法学院より蔡道通教授（法学院長⁽¹⁾）、劉敏教授（法学院副院長）、陳愛武教授、趙莉副教授と楊曉林弁護士（北京天馳君泰弁護士事務所）を迎え、学術シンポジウム「日中の児童保護に関する法とその課題」が京都産業大学13号館にて開催された。

今回の主役である南京師範大学法学院は、日本法のコースを設けており、これまでも日本との交流を行ってきた。また、京都産業大学法務研究科では、2009年に趙莉副教授をお招きして講演会・国際シンポジウム⁽²⁾を開催し、交流を深めてきていた。

日本における中国法研究は、注目を集めつつあるが⁽³⁾、家族法に関するものは少なかったと思われる。家族において生じる問題が共通しているにもかかわらず、両国の文化の相違が強調され、直接的な関連を見いだすことが難しかった。とりわけ、家制度の復活を想起させる儒教的要素の否定は、日本における戦後の家族法では暗黙の前提となっていた。たしかに、儒教的要素が社会の底流に残り続け、家制度的なものが無意識に影響を及ぼすという点では、日本と中国は、程度の差はあれ、共通した文化的背景を有している。この文化的背景にのみ立脚するのではなく、比較法研究も取り込んで両国がそれぞれ模索する解決方法にこそ、互いに参考とすべき部分が多くあるだろう。

今回のシンポジウムは、「児童保護」をテーマに、児童虐待への対応、家事手続における児童の権利の保護に関わる報告が行われ、それに対して

(1) 以下、肩書きはシンポジウム当時のものである。

(2) 日中消費者法国際シンポジウム「中国の食品安全法と私たちの食の安全」が京都産業大学法科大学院の主催により2009年8月6日にウイングス京都で開催された。

(3) 比較法学会では、社会主義法・アジア法部会において中国法に関する個別報告が行われている。

日本法から4人の先生がコメントを寄せるという形で行われた。

シンポジウムは、司会進行を渡邊（京都産業大学大学院法務研究科教授）が担当した。まず、報告に先立ち、安富潔教授（京都産業大学法教育総合センター長）から開会の挨拶があり、それに続いて、次の報告、コメントが行われた。

趙莉副教授から「南京市未成年者保護条例の制定について」と題して、制定に携わられた「南京市未成年者保護条例」についてご報告いただいた。中国では、「中華人民共和国未成年者保護法」を具体化するために、地方自治体レベルで条例が制定されている。日本では国レベルで対応している問題を地方自治体が条例を作成し対応しているのであるから、制定に携わった人々の努力に頭が下がる。趙莉報告では、制定前の状況、制定時の議論をふまえて条例の概要を的確に紹介する。⁽⁴⁾報告から、日本における状況と対応との類似に気がつくであろう。

蔡道通法学院長による「刑事政策から見た児童保護」では、刑事法の観点から南京市未成年者保護条例の評価が語られている。刑法的な観点だけではなく、子どもの権利条約や比較法研究との関連の指摘は、児童保護の問題が世界共通であり、その解決方法をめぐって互いに知恵を出し合えることを示す。

陳愛武教授による「家事訴訟と児童の利益の保護」では、家事事件手続における子の利益の保護について、親子関係確認訴訟を例にご報告いただいた。中国の親子法、父子関係確認とDNA鑑定、再婚後に出生した子の父子関係、代理懐胎の母子関係という日本法で現在検討されている問題についての報告は非常に有益なものである。また、中国の立法における比較法的研究の幅広さにも注目すべきであろう。

劉敏教授による「『中華人民共和国家事訴訟法（建議稿）』の基本構造」では、家事手続に関する法律の立法段階での議論について紹介していただ

(4) 報告で用いられる中国家族法概念のうち、「扶養権」という用語は日本法における「監護権」に、「監護」は「親権」に対応する。

いた。ここでも、中国の立法における幅広い比較法的研究の背景が示されている。家族法における同じ問題に比較法研究の示唆を得て取り組むという態度に、日本も中国も違いは見られない。むしろ、欧米との比較法が中心で、アジアの最新の立法に目を向けない日本での研究状況は反省を迫られている。

楊曉林弁護士による「中国における外国の離婚判決の承認に関する法的問題について」では、国際私法に関わる問題について子の利益の保護の観点からご報告いただいた。実務家として実際に関わった事件から、現在の中国において生じている国際離婚で生じる問題点を指摘している。日本の離婚調停が中国においてどのように扱われるのかという、実務上も重要な点についても触れられている。

これら5人のご報告に対して、日本法の立場から、二宮周平立命館大学教授、山口亮子京都産業大学教授（当時）、村岡泰行先生（元山口家裁所長・大阪弁護士会弁護士）、小原路絵先生（京都弁護士会弁護士・子どもの権利委員会）からコメントをいただいた。

最後に、田中彰寿京都産業大学院法務研究科教授（近畿弁護士連合会理事長・日中実務法律家協会会長）が閉会の挨拶を行い、シンポジウムは盛況のうちに幕を閉じた。

短い時間ではあったが、現在の中国における家族法の状況を、実体法、手続法、国際私法という複数の観点から知ることができるとともに、日本法との比較もなされるという貴重な機会であった。

シンポジウムでは、趙莉副教授の他、王祝先生（上海大学公共外交研究員特聘研究員。当時は慶応義塾大学に留学中）、徐肖天助手（早稲田大学法学部）に通訳・翻訳をしていただいた。また、シンポジウムの立案、準備は、趙莉副教授と坂東俊矢教授（京都産業大学法務研究科）が中心となって進めた。ここに紹介することをご快諾いただいた報告者、コメントーターの皆様を含め、すべての方々にこの場を借りて感謝を申し上げる。

最後に、シンポジウム後に京都産業大学においてささやかながら、聴講者も参加しての懇親会が和やかに開催されたこと、翌日に中国からの先生

日中の児童保護に関する法とその課題

方はあいにく 40 度近い酷暑となった京都を観光されたことも付け加えておきたい。

京都産業大学大学院法務研究科 教授 渡 邊 泰 彦

南京市未成年者保護条例の制定について

——監護者が子の利益を侵害する事件を中心に

南京師範大学法学院 副教授 趙 莉

一 制定背景

1 制定前発生した事件

2013年6月に、南京市江浦区にある母子家庭で、母親が4歳と2歳の女の子を自宅に2週間以上置き去りにして、二児を死亡させる事件が起きました。当該事件を受けて、2014年1月に開催された南京市第十五回人民代表大会二次会において、南京市人民代表者10人より、「南京市未成年者保護条例を立法する議案」が提出されました。提案に際して、その理由として、未成年者保護制度に関する国家の監督が不十分であり、保護措置が講じられておらず、社会による保護ネットも作られていない等が挙げられました。2014年4月に、南京市人民代表内務司法委員会大会が開催され、上述の議案を審議し、市の立法計画に組み込まれることとなりました。

2015年1月に、南京師範大学法学院は、その条例案の起草作業を受託しました。そして、趙莉副教授、陳愛武教授と劉敏教授の三人で、起草グループを構成しました。その後、資料研究、市内調査と台湾への交流訪問と調査を通じて、「南京市未成年者保護条例（建議稿）」を提出しました。2015年7月29日には、「南京市未成年者保護条例（草案）」が南京市政府法制ネットで公開され、市民の意見が聴取されました。そして、同年10月28日に、南京市第十五回人民代表大会常務委員会第二十一回会議が開催され、法制委員会より草案の修正に関して審議をし、翌日に、南京市人民代表大会常務委員会の会議で当該条例が可決、成立しました。最後の手続として、2015年12月4日に開催された江蘇省第十二回の人民代表大会常務委員会第十九回会議で承認され、2016年5月1日より施行されています。

なお、未成年者保護に関する法律として、国レベルでは、「中華人民共

和国未成年者保護法」があります。各省では、国の法律の実施のために、未成年者保護条例が制定されています。江蘇省では、「江蘇省未成年者保護条例」が2009年6月1日に施行されました。また、市レベルでは、広州、成都、武漢等8つの地方都市が、それぞれ未成年者保護条例を制定しています。2014年12月18日に、最高人民法院、最高人民検察院、公安部、民政部によって、「監護者が未成年者の法的な権益行為を侵害する問題に対する意見」（以下「意見」と略称する）が示され、2015年1月1日から施行されました。このように未成年者の保護に関する法律がないわけではありません。それにもかかわらず、なぜ、児童に対する保護が不十分なのか。また、中国「立法法」73条4款により、地方条例は上位法の内容を重複で定めてはいけないとしていることから、「南京市未成年者保護条例」でいかなる内容を規定するか。起草者としては、これらの難問を悩むことになりました。

2 起草中に発生した事案

2015年4月に、南京浦口区に居住している女性（新聞社の編集長）が、小学校二年生の養子が嘘をつくことに腹を立て、縄跳で、養子の背中を強く殴った事件が、ネット上で流されました。養母は、警察により拘束されました。その後、警察は、養子を養母の従妹である実母の家（安省の田舎）に連れ送ったのですが、すぐ、実母が南京に連れ戻り、家を借りて、二人で生活を始めました。

事件発生後に、私は、民政局より、養父母の監護能力の調査評価に参加するように依頼され、当事者や学校の先生、事件を処理する職員と面談をし、さまざまな意見を聞きました。特に、事件を処理する職員たちからは、学校に通っている子を学校からはかなり距離のある施設に入れることは難しく、事件発生後に、如何なる手順で対応すべきかが分からないとの意見がありました。この意見には、法律の規定があっても、条文が抽象的で実務上では、対応できないという批判的な意味があるのではないかと私は思いました。

当該事件の前に、南京では、ある離婚した男性が、中学生の娘が恋をしたことに怒りを抑えられなくなって、鉄棒で娘を殴り、死亡させた事件がありました。そこで、私は、上述の連続の事件を受けて、監護者によって子の利益が侵害される事件を予防することを中心に、地方条例を起草するという目標を明確にしました。そして、その後、日本の「児童虐待の防止等に関する法律」を研究しました。また、昨年4月に台湾地区を訪問した際に、現地の弁護士先生より、台湾地区の児童虐待防止に関する規定と実務上の運用に関して、いろいろ教えていただきました。「南京市未成年者保護条例（建議稿）」は、こうした研究と調査を経て起草したものです。

二 条例における未成年者を保護する主要内容について

「南京市未成年者保護条例」（以下「条例」と略称する）は、総則、一般保護、特殊保護、法律責任と附則の五章67条で構成されています。一般保護には、政府保護、家庭保護、学校保護、社会保護と司法保護に分かれていて、それぞれの責任について、規定を置いています。特殊保護という表現は、起草の時には「保護措置」としていたのですが、立法機関が変更しました。

この条例は、監護者によって子の利益が侵害される事件を防止するため、次の内容を規定しています。その紹介をする前に、監護に関して、日本法と中国法の異なる点について、一言で説明させていただきます。中国法では、日本法のように、親権と監護権を分けておらず、監護という用語に統一して使っています。正式には、親権という用語は中国では使われていません。

1 保護責任機関を明確に設置したこと

これまでの「未成年者保護法」や各省あるいは市の保護条例では、未成年者を保護する担当機関について、全ての政府機関がそれぞれ、その職権の範囲内において、保護する義務があると定めています。ただ、どの機関

が、責任をもって、児童保護に関する政策を制定し、意見や建議を聴取するのが、規定されていません。換言すれば、日本の児童相談所のような機関が設置されていないことから、市民が未成年者を侵害する事件を発覚した場合に、警察以外に、政府のどの機関に通報するべきかが分かりません。警察は、酷い結果がでた後でないと動けません。児童の予防措置を取るために、警察以外の担当政府機関が必要です。

そこで、「条例」に、未成年者保護委員会を設立することとし、各政府機関は委員会のメンバーとなり、委員会の事務は民政局が設置することを明確にしました（第9条）。さらに、未成年者保護総合サービスセンターを設立し、ホットラインを設置しなければならないとしています。条例の施行に先立って、条例の趣旨に従って、12355 というホットラインを開設し、市民に通知しました。また、未成年者保護総合サービスセンターが通報を受けた後の処理手順も詳細に規定しています。なお、当該サービスセンターは、事務を処理する部門で、対外的に機能をするのは、下記に言及している民政局にある一つの部門である未成年者保護機関です。即ち、未成年者保護総合サービスセンターは、法的には主体的地位がありません。

2 政府より社会組織（NPO）の活動を支援すること

立法を検討中に、社会学の学者より、政府だけの力で未成年者を保護するには力不足で、社会組織を支援し、民間の手を借りて、よりよい保護をしようとの建議がありました。そこで、条例5条で、「市、区人民政府は、未成年者を保護する公益的で専門的な社会サービス組織を支援し、困難な状況にある未成年者を救助、支援する活動を政府の社会サービス業務の範囲に組み入れること」としています。

即ち、条例の中に、財政的な支援をする法的な根拠があることによって、政府から専用資金を予算とすることができ、社会サービス組織の業務を政府が受け入れることができます。また、困難な状況にある未成年者とはどのように判断されるかについては、民政部によって、基準を作りました。主に、監護不足である家庭の子や虐待された子等が該当します。

3 監護者の侵害禁止行為を規定したこと

前述した立法前の事件が発生した前に、二児の祖母は、警察に対して、二児を孤児院に送り、死ぬことがないようにと申立をしましたが、児童が孤児ではなかったため、その申立は認められませんでした。その結果、この事件により、監護（親権）喪失制度に関する議論が起こり、2014年12月18日に前述の「意見」が示され、2015年1月1日に施行されました。

「意見」35条は、監護者が、下記の行為を行った場合には、監護者資格を喪失させることができるとしています。これらの行為は、(1) 未成年者に対して、性的な侵害、販売、遺棄、虐待、暴行侵害し、未成年者の心身健康を著しく侵害する場合、(2) 未成年を監護なしの状態に放置し、未成年者が死亡あるいは重篤な傷害が生ずる恐れのある場合、(3) 監護責任の履行を六か月以上拒絶したため、未成年者の居場所がなく、生活が困難になる場合、(4) 覚醒剤の使用、賭博、長期飲酒等の悪行で、正常な監護責任を果たすことができず、または、有期懲役を課されて監護責任を履行できない、又は、他人に監護権の一部あるいは全部を委任し、未成年者を窮境あるいは危険な状態に陥れさせた場合、(5) 未成年者を脅迫、詐欺に利用したり、物乞いをさせたりして、警察や未成年者保護機関より三回の警告を受けたにもかかわらず、改善を拒絶し、未成年者の正常な生活と学習に著しく影響を与えた場合、(6) 未成年者を利用、教唆し、違法や犯罪行為を実施し、悪質な結果があった場合、(7) その他、未成年者の合法的な権益を著しく侵害した場合。監護者資格の喪失事由ですが、監護者の子に対する禁止行為に該当する場合と理解することができると思われます。しかし、全ての事由について侵害による嚴重な結果が要求されており、その目的は親を罰することで、児童に対する侵害の予防が視野に入っていないように思われます。

これに対して、日本の「児童虐待の防止等に関する法律」2条では、児童虐待を定義し、虐待行為を定めています。当該法律の2条を参考にして、南京の「条例」の起草建議稿に、「児童虐待の防止等に関する法律」2条と3条に規定されている「何人も、未成年者に対し、虐待をしてはならな

い」という条項を導入しようと考えました。しかし、条例案に対する意見を聴取したときに、検察官から、この虐待の定義は刑法と異なるのではないかと指摘がありました。地方条例ですから、上位規定としての刑法と異なる定義は避けた方がよいのではないかと考え、虐待を定義することを断念し、親の子に対する禁止行為を規定することとしました。それは、「条例」の20条で列挙されている子に対する次の行為です。(1) 暴行、(2) 暴言、(3) 食事を提供しないこと、(4) 長時間の放置、(5) 物乞いをさせること。同条には、効果を明示しないで、禁止行為だけを定めている点において、「意見」とは異なっています。

さらに、長期間放置をすることを禁止する子の年齢については、日本の「児童虐待の防止等に関する法律」にも規定されていません。また、児童の定義についても定めていませんが、「児童福祉法」4条では「児童とは、満十八歳に満たない者」としています。即ち、日本法では「児童虐待の防止等に関する法律」2条3項に定めている「長期間の放置」の対象児童は、満18歳以下の未成年者との理解になるのでしょうか。そうであれば、これは合理的ではないと思われます。例えば、アメリカでは、州により長期間放置禁止の子の年齢が、さまざまですが、もっとも年齢が高い規定でも13歳とされています。中国では、「広州市未成年者保護条例」47条1款に、長期間放置禁止の子の年齢を10歳としました。中国の「民法通則」では、10歳未満の子は行為無能力者であると規定されていることが、その理由です⁽¹⁾。しかし、行為能力を年齢で分ける原因は、取引中の判断能力のない子が特別に扱いを受けられることより保護されるためですが、これに対し

(1) 中国の民法通則法によれば、18歳以上の自然人は成人であり、完全行為能力である。ただし16歳以上18歳未満の自然人でも、主として自己の労働によって得た収入をもって生計を立てる場合には、完全行為能力者とみなされる(第12条第1項・第13条第2項)。10歳以上の未成年者や、自己の行為に対する弁識が不完全な者は制限行為能力者である(第12条第1項・第13条第2項)。また、10歳未満の未成年者や自己の行為をまったく弁識できない者は行為無能力者である(第12条第2項・第13条第1項)。制限行為能力者や行為無能力者に対しては監護人が付されるが、通常は法定代理人である両親が監護人になる(第14条)。

て、長期間放置を禁止する理由は、幼い子が一人で放置された場合には、児童が危険を認識することができないからです。また、中国では、就学年齢は、満6歳となっていますが、就学すると、安全教育も行われていますし、学校が終わる時間も午後3時頃となり、保育園の午後6時に比べると相当早くなります。また、10歳を放置の禁止年齢とすると、共働きの両親にとって、守れない恐れもあります。そうしたことを根拠として、南京「条例」20条では、長期間の放置禁止の対象となる子の年齢については、6歳としています。同様の立法例としては、台湾地区の「児童及び少年福祉と權益保障法」51条に、長期間放置禁止の子の年齢について、6歳としている例があります。しかし、「条例」が公布された後に、法律の専門家より、行為無能力の年齢が10歳未満としているのに、なぜ南京「条例」では6歳としたのか疑問がある、との指摘がありました。

なお、中国は、民法典についても、現在、全体を起草中です。そこで、中国社会科学院民法典立法研究グループの学者より、中国民法典（総則）の建議稿に、完全行為無能力の年齢は、現在の10歳から、6歳に引き下げる建議条文があります。同建議稿は、2016年6月27日に開催された第十二回全国人民代表大会常務委員会第二十一次会议に提案され、審議され、7月5日に一般に公開され、8月4日まで意見の聴取が行われています。⁽²⁾ 完全行為無能力の年齢を6歳に引き下げる建議条文に対する反対意見も出てきており、その結論はまだ不透明です。

4 離婚時における子の利益に関する規定

中国民政部のデータによると、中国の離婚率は数年間連続で増加する傾向を示しており、2010年の離婚数は267.8万組であり、前年度より8.5%増加しています。2014年の離婚数は363.7万組であり、5年間で95.9万組を増加しましたが、そのうち、協議離婚の数は、295.7万組です。2015年

(2) 中国人民代表会

HP (http://www.npc.gov.cn/npc/lfzt/rlyw/2016-07/05/content_1993427.htm)

の離婚の数は384.1万組であり、前年度より5.6%増加していますが、そのうち、協議離婚の数は、314.9万組⁽³⁾です。離婚に伴い、子の扶養権に関する争いや親の面会権を巡って、子まで、紛争に巻き込まれ、子の利益が侵害される事案がしばしば発生しています。

そこで、「条例」では、まず、22条に、夫婦が離婚を決めた場合に、子の扶養や教育、面会等について、冷静に話し合い、子の生活、学習と心理健康に不利な影響を与えないようにとしています。次に、23条1款に、離婚の際に、一方は、他方の同意を得ず、勝手に子が家から連れ去られてはいけないと規定をしています。なぜなら、一人子政策を取ったため、離婚の際における子の扶養権の奪い合いが激しくなっているからです。ところが、警察は、民事事案という理由で、被害届を受理しないことが通例です。その結果、法的な手段は何もないことになります。一方で、国の法律では、子の引渡しに関する法制度や処罰規定がないことから、地方条例で子の連れ去りを禁止行為としていますが、それに罰則を規定することができません。しかし、地方条例で禁止行為とすることで、それに反する行為をした場合に、南京の地方裁判所の裁判官が、子を奪う側に子の直接扶養権を与えない判決を下す可能性があるのです。酷い場合には、監護を喪失させる申し立てを提起することもできます。日本法と異なり、中国「婚姻法」の規定により、離婚したとしても、監護は双方にあるのですが、直接扶養権の帰属についてはいずれにあるかを判決することができます。最後に、23条2款に、面会交流権の協力義務に関して、扶養権を有する側が、不当に拒絶してはいけないと規定し、さらに、子より、祖父母と面会する請求をした場合には、扶養権を有する側に協力義務を定めています。なぜなら、夫婦共働き中国では、保育園を上がる年齢（3歳）までに、祖父母が面倒を見る人が多いからです。

面会交流権に関する意見を聴取した際に、祖父母から未成年の孫と面会交流する要求がある場合に、扶養権を有する側に協力義務を定める必要が

(3) 中国民政部 HP (<http://www.mca.gov.cn/>) 参照 (2016年1月26日現在)

あるとの指摘がなされました。そもそも、祖父母の面会交流請求権の権利はどのようなものかについて議論があります。また、今回起草しているのは、老人の保護を実施する条例ではなく、未成年者の保護に関する条例です。したがって、未成年子からの面会交流請求権だけを規定することで、今回の条例の目的としては適当であると説明し、納得を得ることができました。

5 チャイルドシートの使用義務化

チャイルドシートが、日本では、2000年から「道路交通法」で義務付けられました。しかし、中国では、国家法である「道路交通安全法」には、チャイルドシートの使用が義務化されていません。一方、地方条例では、2014年8月1日施行された「山東省高速道路安全条例」11条では、高速道路に限って、4歳未満の子供にチャイルドシートの使用を義務化されましたが、それに違反した場合の罰則規定が置かれていませんでした。その後、2015年1月1日に修正され施行された「深圳経済特区道路交通安全違法行為処罰条例」11条では、高速道路に限られず、4歳未満の子供にチャイルドシートの使用を義務化としました。また、それに違反した場合には、300元の罰金と科される規定が盛り込まれました。いずれも、道路交通安全法を実施する地方条例です。未成年者保護条例でこの点を規定したのは、2004年に制定され、2013年に修正され、2014年3月1日に施行された「上海市未成年者保護条例」です。同条例7条で4歳未満の未成年者にチャイルドシートの使用を義務化しましたが、罰則規定は置かれていません。

「上海市未成年者保護条例」を参照に、南京の「条例」で24条に同様な内容を盛り込みました。しかし、義務化されたと言っても、違反に対する懲罰条文が置かれていないところから、厳密には、義務化ではなく、提唱条文と言えます。

6 問題ごとに、保護措置を置くこと

現在では、国にも保護法があり、省では条例も制定されたのに、未成年

者に対する保護が不十分であるのかについて、私は起草時から疑問を持っていました。それは、具体的な保護措置が適切に実行されていないからではないかと考えました。未成年者を保護するには、一つの機関だけが行動しても、十分な効果は期待できません。例えば、施設で子を保護する場合には、就学等の問題も発生することが通常で、教育機関の協力が必要です。また、民政局が子の利益を侵害する親に警告や拘束等の強制措置を取ることができる法的な根拠がない以上、警察と合同で調査をしなければならない事案も考えられます。そこで、南京「条例」第三章に、未成年者を保護において、よくある問題に対して、それぞれ保護措置を定めました。それは、以下の諸点です。

1) 監護者が子の利益を侵害する場合の措置

前述のように、監護者が子の利益を侵害する場合の監護喪失事由については、「意見」35条に規定しています。また、その予防のために、「条例」20条に監護者の禁止行為を規定しています。監護者が、禁止行為を行った場合に、どのような措置を取るかを規定することが重要です。即ち、手続に関する規定がないと、介入する機関の職員がどのように協力して対応するかが不明確で、職員も対応が困難になります。

第一に、強制通報制度を規定しています。強制通報義務者の範囲をどのように規定するかが、問題です。「条例」を起草中に、国のレベルでは「家庭暴力防止法」が起草されており、強制通報制度も議論されていました(2016年3月1日に施行されました)。そこで、「条例」では、「家庭暴力防止法」草案を参考に、行政機関、学校、病院、児童福祉施設、地区委員会の職員に強制通報を法的に義務付けました。通報を受けた民政局の未成年者保護機関や警察は、侵害現場に立ち入り、調査をして、軽い場合には監護者に警告するにとどめるが、酷い場合には拘留をするとの措置を取ることが規定されています。侵害が深刻な場合には、子を親から引き離し、保護機関で保護することになります。侵害行為が両親の一方によりなされた場合には、子が家にいる権利を保障しなければなりません。行政機関の介入権と子の家庭成長権のバランスを取ることが目的です。

未成年者保護機関は、監護（親権）者の監護権喪失事由に該当する事案の場合には、社会組織（NPO）または法学、心理学と社会学の専門家からなる調査評価グループを作り、監護能力があるか否かについて、評価します（50条）。

さらに、被害を受けた子に対して、無料で心理指導を行います。未成年者保護機関は、子が帰宅した後、6ヶ月間は、毎月少なくとも一回の家庭訪問をしなければなりません（52条）。また、親に対しても指導を行い、その費用を請求することができることとされていますが、実際には、ボランティア（無償）で行われています。

最後に、監護者が子の財産を侵害した場合に、財産監護権だけを剥奪することができるかと規定しています（53条）。その際には、管理人を指定することができますが、財産管理のための費用を請求することはできません。

2) 留守児童に対する保護措置

「条例」を起草中の2015年6月9日に、中国内陸部の貴州省畢節市で、両親が離婚し、扶養権を引き取った父が出稼ぎなどで不在だった間に、兄弟4人が農薬を飲んで自殺する事件がありました。中国全国婦人連合会の調査によれば、14歳未満の留守児童は全国で4000万人にのぼっています。南京は農村ではありませんが、郊外には留守児童もいます。両親の不在で、子供が自殺する事件も起こっています。

そこで、「条例」には、地区ごとに留守児童名簿を作成すること、何人とも、16歳未満の留守児童が、一人で生活していることを発見すると、未成年者保護機関に通報しなければならないことを規定しています。

今年2月に、民政部で留守児童に対する保護機関を設立しました。しかし、農村と都市の格差、戸籍の壁という留守児童が存在する原因に対する根本的な対策を講じないと、問題を完全に解決することはできないでしょう。

3) 遺棄された子に対する保護措置

子が遺棄された場合に、どのような保護措置を取るかについては、「条

例」で詳細に規定しています。遺棄された子を発見した場合には、すみやかに警察に通報しなければなりません（58条）。警察は24時間以内に子の監護者を探し、見つからない場合には、児童福祉センターに送り、扶養契約を締結します。児童福祉センターが新聞で公告し、その後60日を経過しても監護者が現れない場合には、国が遺棄された子の監護権を有することとなります。その後、遺棄された子を里親に出すことができることとなります。

三 施行後の適用事案

「条例」が施行される前日である4月30日の午後19時半頃、隣省である江西省のある夫婦が、車で2歳の女の子を連れ、南京に遺棄した事件が発生しました。女の子は、市民より通報を受けた警察によって直ちに保護され、事件発生後の翌日には警察から福祉局に移されました。5月4日に、両親が見つかり、警察により拘束されました。当該事件は、「条例」に従って、適切な対応を行ったと新聞で評価されました。

その後、事件発生地の子の福祉局より社会組織（NPO）に委任し、両親の監護能力について調査とその評価を行いました。父親が事件を反省し、子を帰宅させてほしいとの意思も表明し、専門家による指導も実施されました。さらに、当初の遺棄の理由もなくなったことが確認できたため、父親には監護能力があるという調査結果が出されたため、7月5日に、子を父親に引き渡しました。また、「条例」に基づき、現地の福祉局に、半年間の間、毎月1回の家庭訪問を実施するように委任しました。

四 今後の課題

未成年者の保護問題に関する立法は、単に虐待の防止について立法するだけでは不十分です。社会福祉の充実や親に対する子育てへの支援もあわせて行わないと、未成年者の保護としては、片足で歩くように弱いのでは

ないかと思われます。さらに、日本の「家事事件手続法」や「人事訴訟法」がない中国では、手続法的観点からの制度の充実が不可欠であり、立法に向けて、その実現はまだまだ道が長いでしょう。「条例」が施行されたことにより、子の虐待を早期に発覚して、虐待を防止することができることは望ましいことです。もっとも、「虐待が生じてから子どもを保護するよりも前の段階で虐待を予防することが重要です」、そのためには、「親による養育を支える幅広い支援が求められます」との日本の学者の指摘はもっともだと思えます（大村敦志等：『子ども法』有斐閣（2015年）76頁）。報道によれば、民政部では「社会福祉法」の起草、教育部からは「家庭教育法」の起草作業がなされており、未成年者の保護を重視する姿勢を示されています。学者による「家事事件手続法」の研究と建議も注目されます。その詳細につきまして、劉先生の論文に譲ります。

ご清聴ありがとうございました。

刑法の立場より「南京未成年者保護条例」 に関するコメント

南京師範大学法学院 教授 蔡 道 通

趙莉先生の報告で言及した二児を放置し死亡させた事案の母親は、虐待罪ではなく故意殺人罪を問われ、無期懲役が言い渡されました。娘を縄跳びで打ち殺した父親は、法廷で死刑が求刑されましたが、裁判所は、故意傷害罪による無期懲役刑を言い渡しました。また、養子を殴った養母も、故意傷害罪を問われ、6ヶ月の懲役刑が言い渡されています。娘を遺棄した父母については、刑事事件が審理中です。

未成年者の権益が著しく侵害された場合には、犯罪を構成し刑罰が課せられることには疑いがありません。しかし、いくら刑罰が課せられても、死んだ子が生き返ることはあり得ないし、親も一生自責の中で生きていま

す。社会の民衆の心理にも愈やせない痛みが残ります。それゆえ、上述の事件が発生した後は、世間で大騒ぎとなり、人民代表大会の代表より地方条例を制定しようとの呼びかけがなされるに至りました。盗人に網を張ることが期待されたのです。起草グループの三人の先生は、このような社会からの囑託を理解し、未成年者保護への深い関心を持っていたからこそ、専門性と実際の効果のある地方条例案を起草することができました。私は、この条例案について、以下の四つの面から簡単にコメントさせていただきたいと思います。

まず、「南京市未成年者保護条例」は、児童の利益の最大化原則を貫徹したこと。

中国は、1991年に国連「子どもの権利条約」(以下「条約」と略称する)を批准しましたが、「条約」に規定されている児童の利益最大化原則を国内法でどのように実現するかが、法学界に問われていました。南京の地方条例は、多くの面からこの原則を具体化していますが、時間の制約があるので、私は以下の重要な二点について述べさせていただきたいと思います。

1、子の家庭での成長権を保障すること。

条例45条2号には、父母の一方が未成年者の利益を侵害したが、他方が侵害行為を行っていなかった場合に、子を家庭から引き離してはいけな

いととしています。家庭での子の成長権は、「条約」に規定する権利の派生権として、「条約」9条1項に「締約国は、児童がその父母の意思に反してその父母から離されないことを確保する。但し、権限のある当局が司法の審査に従うことを条件として法律及び手続に従い、その分離が児童の最善の利益のために必要であると決定する場合は、この限りでない」と定めています。

2、父母が離婚時における未成年者を保護すること。

未成年者保護に関する法律の中で、子を保護する制度が置かれているのは、南京の地方条例だけです。特に、条例には、離婚時における子を奪い争いという実務上の難問について規定しています。これは、「条約」9条3項に定めている「締約国は、児童の最善の利益に反する場合を除くほか、

父母の一方または双方から分離されている児童が定期的に父母のいずれとも人的な関係及び直接の接触を維持する権利を尊重する」との規定にも一緻しています。

第二、条例は、早期発見、早期予防、早期介入の理念を具体化していること。

父母が子の利益を侵害する場合には、当該行為は犯罪となり、刑法上の処罰対象となりうるだけではなく、民法上における親権喪失の事由にもなり得ます。刑法には、抑制的な性質と推定無罪の原則があり、厳格な証拠も求められるため、父母が子の利益を侵害した状況が発生した場合には、適時に早期に介入し、早期の予防を講ずることが困難です。南京の地方条例は、強制通報と民政部门、警察の合同調査制度の確立を通じて、侵害の結果が発生後に罰するのではなく、父母が子の利益を侵害する行為を早期に発見して、早期の予防を図り、早期に介入することにより、侵害行為を止めさせることができるようになることを期待しています。

第三、条例は、国の法律上の空白を埋めていること。

条例には「司法保護」という節があります。その節は、主としては、起草グループの中で民事訴訟法や家事手続法を研究している劉敏教授と陳愛武教授の知恵の結晶です。中国では、未だに、家事手続法が制定されておらず、劉教授と陳教授が現在、建議稿を起草中です。両教授は、南京地方条例の起草の機会を得て、家事訴訟に関する成熟した研究成果を地方条例に盛り込みました。例えば、離婚における子の監護制度などです。これらの地方条例の制度が実施されることを通じて、経験と教訓を纏め、国の立法の参考になることが期待されます。

最後に、当該条例は強い操作性を持っていること。

条例は、さまざまな問題に対する保護措置を定め、実務の職員が規定に従ってプロセスに関する図を作成することができ、適法かつ順調に法を適用することができることを意図して起草されました。これまで、中国には、未成年者保護に関する法律には手続に関する定めがありませんでした。条例が施行された後に、民政部部長より同様の制度を全国に広げる

指示がなされました。また、条例施行前日に南京で発生した長期間に及ぶ
女兒遺棄の事案も順調に解決され、条例に強い操作性があることを示しま
した。この点は、起草グループの先生方が実体法と手続法の研究結果を条
例案に反映しただけではなく、比較法の研究結果も取り入れたからです。
未成年者保護問題をめぐる先進国の経験と教訓に対する研究もとりわけ重
要であり、これも、私たちの今回の来日の交流目的です。

地方条例の制定を通じて、民衆の意識が、子が父母の個人財産という観
念から子が社会の一人の人間であることに転換してほしいと思います。
そして、父母による子に対する犯罪行為が減少し、未成年者の犯罪も減少
することを期待しています。多くの未成年者の犯罪が家庭教育に原因があ
ることが明らかとする研究があります。他方、今後、刑法では、未成年利
益の保護、特に離婚事件において子を隠匿する問題に対する刑法の役割に
ついて研究することが、私たち刑法の学界の役割であると考えています。

親子関係確認訴訟における若干問題について

南京師範大学法学院 教授 陈 爱 武

親子関係は親族法の分野で一番重要な関係の一つです。親子関係には、
諸々の法的権利と義務があります。これらの権利義務は、家庭を安定させ、
社会を調和させる重要で基礎的な法律的要因です。遺伝子による血縁関係
を明確にし、関係する者の間で訴訟による救済の途をあたえることは、国
家、社会、家庭にもとって、重要な意味を持つのです。

一、親子関係の確定と親子確認の訴え

親子関係の確定は、主に実父を確定することです。実母は分娩の事実
により身分の確定が比較的容易です。実父を確定するには、通常、法的な推

定、実父の認知、それに訴訟による確認、即ち強制認知という三つの方法があります。

しかし、中国の現行「婚姻法」では、親子関係を如何に確定するかについて、何の規定もありません。また、最高人民法院が2000年に制定した「民事事案分類規定」（試行）には「実親確認紛争」という分類がありましたが、2007年に最高人民法院より公布した正式な「民事事案分類規定」には、当該分類が取り下げられていました。そして、2011年の改正でも、同分野は盛り込まれませんでした。その後、最高人民法院2011年7月4日が『中華人民共和国婚姻法の適用に関する解釈（三）』を公布しましたが、その2条2項に実親確認訴訟が定められ、鑑定協力義務も明示されました。当該条項は、「当事者の一方は、親子関係の確認訴訟を提起し、必要証拠を提出した場合に、他方は、反対証拠を提出せず親子関係鑑定を拒絶した時、人民法院は、推定で親子関係の確認訴訟を提起する原告側の主張を成立することができる。」としています。

実務的には、訴訟による確認の事案があります。中国の親子関係確認訴訟には、実父の確認と実母の確認の訴訟が含まれていますが、よくあるのは、非嫡出子より実父を相手に扶養費用を請求する訴訟の際に、親子関係の確認も併合で請求する場合です。なぜなら、「婚姻法」では、親子関係に関する規定が置かれておらず、また、単純な認知訴訟が「民事訴訟法」にも規定されていないが故です。実母の確認訴訟は極めてまれに、生まれてからすぐに里親に出した場合や遺棄した場合がありますが、実母が応じられない、または死亡した場合には、なかなか、確認することができません。

二、実父を確認する訴訟

実父の確認訴訟は実務的には、よくある親子関係の確認訴訟です。しかし、誰が親子関係を確認する訴訟を提起する資格があるか？被告は誰？これらに関しては、各国、各地区により、異なる規定が置かれています。非

嫡出子の利益を守るため、実父の確認訴訟の主体を明確にする必要があります。

(一) 原告適格と消滅時効

実父の確認訴訟の本質は、非嫡出子との親子関係を確定することです。そのため、誰が原告として訴訟を提起することができるのか。消滅時効の制限があるのか否か。また、消滅時効があるのなら、その期間がどれくらいか。これらの課題を、前提問題として、解決する必要があります。各国では、この問題について、さまざまな立法をしていて、統一性はありません。

1. 子の原告適格

イタリア民法では、裁判所に実父または実母の身分を確認する訴訟を提起する原告は子であり、その訴訟権利は時効によって消滅せず、もし子が訴訟を提起しないあるいは訴訟を提起した後に死亡した場合には、その卑族が子が死亡した後二年以内に訴訟を提起するか、継続することができるとしています。未成年または禁治産の子の利益のため、子の監護者（親権者）が実父と実母の身分の確認訴訟を提起する権利を有しますが、未成年者が満16歳に達している場合には、子の同意を得なければなりません。

フランス民法も、裁判所に対して実父または実母を確認する訴訟を提起する訴権を有するのは子だけであると規定しています。消滅時効は子の出生後2年以内としています。両親が安定した内縁関係を有する場合に、内縁関係を終了あるいは実父より子の費用を負担しなかった後2年以内に訴訟を提起することができます。子が未成年の時に提訴しなかった場合には、成人後に2年以内にも提起することができる⁽¹⁾としています。

2. 実母と子

スイス民法では、実父が認知しない場合には、実母、子とも裁判所に親子関係をj確認する訴訟を提起することができます。当該訴訟の

(1) 陳葦著：『外国婚姻家庭法比較研究』群衆出版社（2006年版）291頁、282-283頁を参照されたい。

消滅時効は次の二種類があります。その一、実母が分娩後1年以内あるいは子が成人した後1年以内です。その二、第三者との間に親子関係があった場合には、当該親子関係を解消1年以内です。これらの消滅時効期間を超過した場合には、重大な原因により期間が経過してしまった（宥恕された）場合に限り、当該訴訟を提起することができます。⁽²⁾

3. 訴の利益がある者

中国台湾地区の「家事事件手続法」67条1項では、法律で定めている親子関係または縁組関係について争いがある場合に、確認判決において法律上の利益関係を有する者が、親子関係あるいは縁組関係の存否の訴えを提起することができるとしています。

以上の検討に基づけば、原告適格は、各国各地区はいずれも子に原告適格を認めています。また、子以外に、子の実母や他の親戚も、一定の条件において訴訟を提起することができます。また、消滅時効については、各国では、子が原告で提訴した場合の消滅時効に関しては、共通の定めがあります。しかし、子以外の原告については、その消滅時効の期間が異なります。親子関係の確認の訴えに関して消滅時効を規定するのは合理性があります。なぜなら、身分関係には一定の公益性をあって、もし親子関係に異議があるとしても、比較的短期間においてその確認または否認を行わなければ、身分関係を認定することが困難で、不安定な状況が継続することになります。そのことは、未成年者の生活の安定と健やかな成長にも影響を与えます。

(二) 被告適格

実父確認訴訟の被告は通常父親ですが、実父が死亡した場合に、その子または他の親族が被告としての資格を引き継ぐこととなります。例えば、フランス民法典は、実父が認知しない場合には、子が実父またはその相続人に対して親子関係確認の訴訟を提起することができるとしています。ス

(2) 前掲注(1) 書 295 頁を参照されたい。

イスは、より詳細に規定しています。実父の身分確認訴訟は、実父に対し提訴すべきですが、実父が死亡した場合には、実父の直系血族の卑族、両親、兄弟の順に提起すること。上述の血族がない場合には、その主体の最後の住所地の主管官庁⁽³⁾に対して提訴すること、ができます。中国台湾地区の「家事事件手続法」66条3項の規定では、子、実母または他の法定代理人が認知訴訟を提起したが、被告である実父が判決確定前に死亡した場合には、その相続人が訴訟を承継するとしています。なお、相続人がいないまたは被告の相続人が判決確定前に死亡した場合には、検察官により訴訟が継受されます。

実父確認訴訟では、重要な当事者である父の死亡により、訴訟が必ず終止あるいは中止されるのではなく、その他の人に対して訴訟を提起あるいは訴訟を継続することができます。各国や各地域の法律が、このように規定しているのは、たとえ父が死亡したとしても、子の実父確認の訴えには法的な利益があるからです。例えば、裁判を通じて子が死亡した者の間との親子関係の確認ができれば、死亡した父の遺産を継承する権利を有することとなります。こうした点を考慮すれば、死亡後の訴訟を認めることは、子の利益の保護に資するし、公平な対処にもなると考えられます。

もっとも、実務的には、父親が死亡した後には、鑑定できる父の生物サンプルは通常はありません。また、その相続人もDNA鑑定に協力してくれない場合には、非嫡出子が提起した親子関係の確認の訴えを認めるのはより困難であり、証人証言や、生活の写真等の証拠だけで、慎重かつ保守的な裁判官が、確認する判断を出すことはありえないでしょう。

そもそも、親子関係確認訴訟において、親子関係の証明は鑑定だけに限られているわけではなく、直接証明、例えば、実父より強制的に血液サンプルを提供しDNA鑑定をすることが考えられますが、間接的に証明もできると考えられます。その間接的な証明方法には、次の方法が含まれています：(1) 子の母親の妊娠時期において、当該男性が子の母親との間に性的

(3) 前掲注(1) 書282頁、295頁を参照されたい。

な関係を持っていたこと、(2) 人類学の観察の結果により、子が当該男性との間に、親子関係が存在する蓋然性があること、(3) 当該男性の言動よりその子の父親として行動することがあること等で、その子との間に血縁⁽⁴⁾関係を有することを推定できること、です。

三、女性再婚後生まれた子の実父の確定訴訟

女性が再婚した後の実父の確定訴訟は、子の実父が一体誰かの問題を解決するために重要です。当該訴訟は、女性の元配偶者と現配偶者とも巻き込まれるため、複雑な問題が生じます。中国台湾地区の「家事事件法」65条の規定では、母が再婚後に出産した子の実父の訴えは、子、母、母の現配偶者または前配偶者が提訴することができると定めています。当該訴訟は、母の配偶者より提起するなら元配偶者を被告に、元配偶者より提起する場合には母の現配偶者を被告に、子または母より提起する場合には母の現配偶者と元配偶者とも共同被告にしますが、母の現配偶者や前配偶者が死亡した場合に、生存者を被告とします。既述のように、被告がすべて死亡した場合に、検察官を被告とします。

中国大陸では現在、このような訴訟に関して法的な規定がありません。しかし、実務的には事案があります。例えばこうした事例です。X男は、A女と結婚一年後に性格が合わないため、2010年4月に協議離婚をしました。中国では、日本民法のような女性離婚後における再婚禁止期間に関する規定がないので、A女は、離婚後間もなくB男と再婚し、2010年10月に、女の子Yを出産しました。X男がこれを知った後に、裁判所にXがYは自己の実子であり、かつ、自分がYの親権者である確認訴訟を提起しました。そして、嫡出子の推定原理によって、YがX男とA女との婚姻関係が存続期間に懐胎した子であり、嫡出の推定ができると主張しました。X男は親子DNA鑑定を行うことを申立しましたが、A女とB男

(4) 松本博之：『人事訴訟法』，弘文堂（2006年版）344頁。

より硬く拒絶しました。裁判官は、強制鑑定ができないことから、X男の請求を棄却しました。

この事件には、次の疑問が出てきます。親子関係の存在または不存在に関する推定原理からすれば、それに関する法律規範は、児童の利益の最大化保護要求に反しているのではないか。大人間において、未成年の血縁に関して疑問を生じたにも関わらず、親子鑑定が一方当事者に拒否され、その結果で親子関係の有無に関する結論が左右されるため、児童の利益に重大な影響を与えるのだとすれば、さらなる検討が必要なのではないかと考えます。これに対して、ドイツ「家事手続と非訟事件法」178条で、血縁関係を確定する際の検査に対して、強制的な規定を置かれています。同条は、(1)血縁関係を確定するために、必要に応じて、何人でも、検査を容認、特に採血を受ける義務を負う。但し、その採血が過酷な場合には、その限りではない。(2)「民事訴訟法」386条ないし390条も適用する。正当な理由がなく、検査を繰り返して拒絶した場合には、直接強制を適用、特に強制拘束で検査を受けさせることができると規定しています。また、中国の台湾地区のやり方も鑑みれば、台湾地区「家事事件法」68条では、未成年者と当事者とする児童の親子確認または拒否に関する訴訟について、血縁の存否について争いがある場合には、裁判所が必要と判断すれば、職権または申立により当事者または関係者が期限内において鑑定あるいはその他の医学上の検査を受けるという命令を下すことができるとしています。なお、関係当事者の手続上の権利を保障するために、裁判所が当事者や関係者に鑑定又はその他の医学上の検査を受ける命令をした時には、医学的に適切な手続により行われ、検査を受ける者の身体、健康と名誉の保護に注意しなければならないという特別な規定がなされています。さらに、裁判所より命令を下す前に、当事者に意見を陳述する機会を与えなければならないとしています。

四、実母確認訴訟

中国での実務上では、親子関係確認訴訟について、実母確認訴訟の件数はわずかです。なぜなら、出産の事実を通じて、母子関係が容易に確認できるからです。もっとも、特殊な事情がある場合には、訴訟によって、母子関係を確認する可能性もあり、そのために研究すべき問題がいくつかあります。

(一) 他人卵子かつ代理出産の場合に、母親を如何に確認するか

人工生殖技術の発展に伴って、遺伝子母、妊娠母、養育母はそれぞれ異なる人になることがあります。そこで、実母の確定をどのようにするかの問題になります。誰が未成年者の子に対して監護権（親権）を有するか？

例えば、中国上海での最近の訴訟では、不妊症の Y が夫 A の同意を得て、B の卵子を利用し C に代理母を委任、2011 年 2 月に女子双子が生まれ、偽造の出生医学証明をもって、Y、A を実母と実父として戸籍に登録をしました。2014 年 2 月 7 日、A は病気で亡くなりました。その後、双子は Y と共同生活していますが、2014 年 12 月 29 日に、A の両親 X1 と X2 は、上海市閔行区裁判所に、先の事実に基づき、双子の保護者として、双子を育てるとの訴訟を提起しました。その理由としては、A が双子の父であること、Y が双子と血縁関係がなく、かつ双子を出産しなかったことを挙げ、法律上の親子関係を擬制することもできないと主張しました。

一審裁判所は、祖父母が監護権を有する主文判決をくだしました。主に、被告 Y と双子との間において、血縁関係が存在しないし、親子関係の擬制もないと判断したのです。逆に、原告と子の間には祖父と孫の血縁関係があり、例えば実父が死亡、実母が不明な場合には、未成年者の合法的な権益を保護するため、原告による監護人になるとの要求は正当であり合法的です。被告 Y は一審判決を不服として、上海市中級人民法院に控訴しました。二審裁判所は、一審判決を破棄し、原告の訴えを棄却しました。理由は、双子は「養母」である Y と A と結婚後に、A と他の女性間にお

いて代理方式で出産した子であり、被告からすれば非嫡出子に該当します。しかし、双子が生まれてから A が死亡まで、3 年間 YA 夫婦は共同生活し、その後 2 年間ずっと Y は双子と共同生活をしています。この場合、被告と双子との間には、扶養関係を有する継親子関係が形成されたと評価されるため、中国「婚姻法」の規定によれば親子関係に該当することになります。また、児童の利益を最大にするとの原則を考えれば、Y を親と確認することは、より子の健康的にな成長に資するとして、祖父母の訴えを棄却しました。なお、中国は、二審終審制ですから、判決の効力も既に生じています。

中国国内では、多くの学者が、二審判決に賛成していますが、いくつかの問題を残したと思われる。もし、卵子を提供した母親が母子関係を確認する訴訟を提起したとすれば、裁判所はどちらを支持すべきでしょうか。また、代理母より、母子関係を確認する訴訟を提起すれば、どうなるでしょうか？さらに、「養母」である Y は、母子関係を確認する訴訟を提起できるでしょうか？未成年者の子より、母子関係を確認する訴訟を提起できるでしょうか？できるとするなら、それらの主張の証明はどのように考えられるべきでしょうか。問題が残されています。

(二) 成人になった非嫡出子より親子関係の確認訴訟を提起できるか

次の事案があります。原告は、被告が未婚の時に生んだ子で、ずっと被告の弟家族と共同生活をしていました。被告はその後香港に移住し、現在夫や長男、次男も亡くなり、一人ぼっちになりました。原告、被告の双方とも共同生活をする合意があるのですが、親子関係の証拠がないため、裁判を通じて、DNA 鑑定をすることを目的に親子関係を確認する訴訟を提起しました。しかし、受理されませんでした。成人になった子からの提訴だったからです。では、成人になった子は、親子関係を確認する訴訟を提起することができるのでしょうか？この問題に対して、中国では学説が対立しています。

否定説は、次のように主張します。親子確認の倫理基礎と法律基礎から

見れば、未成年子の親子関係の確認訴訟の立法趣旨は、未成年子の成長を保障するために必要な物質と精神的なニーズを提供することであって、親が認知したくない時に、法律で関係主体が訴訟を通じて親子関係を確認する制度を設計したことになります。しかし、既に成人となった子には、親子関係を確認するについて、そうした利益はとほしく、法的な保護の実益がありません。既に成人となった子には、親からの扶養や教育等の監護が必要ではないし、さらに、当該子が既に他の人と擬制的な親子関係が形成されていたり、福祉施設で生活するなら福祉施設が監護権を行使することになります。そうすると、実の親との間には法的な権利義務関係はありませんし、親子関係の確認や回復には、法律上の意味がなく、もっぱら倫理的な意味しか有しないとします。倫理的な意義にとどまるのであれば、法律がかかわりを持つ必要がありません。当事者間で認知することで、親としての心の感情に満足すれば足りるのではないかと考えるわけです。

次に、親子確認により高齢の親の扶養法益を保護できるでしょうか？ 答えは、やはり否定的です。なぜなら、高齢者の扶養は嫡出子による扶養義務によって実現することができるし、子がすでに死亡した場合には、国が運営する老人ホームや社会保障制度よりサポートできるから、親子確認を通じて保護する必要が乏しいからです。親子確認を通じて親を扶養し遺産相続という将来の利益を望むなら、その扶養に一定の対価があり、遺贈扶養協議の締結を通じれば実現できますから、親子関係の確認は必要ありません。

一方で、肯定説はつぎのように言います。確かに、成人となった子が、実父や実母に養育費の支給を請求する訴えの利益がないにしても、親子関係という身分上の訴えについては異なる利益があると主張します。例えば、親子関係の確認を通じて、血縁関係を明確し、「赤い疑惑」(山口百恵主演の日本のテレビドラマ)の困惑を解消できます。また、親子関係を確認すると、両親が将来死亡したとき、遺産相続の権利が生じます。万が一、もし、両親より先に死亡した場合に、自分の子の代襲相続権を保障することも可能です。こうした点を考えると、成人になった非嫡出子より実父や実

母を確認する訴訟を提起する権利を保障しなければならないと主張するのです。

折衷説は、基本的に、肯定説を支持する立場から、事案ごとにより対応します。もし、成人となった子は、もう他人と養子縁組という擬制的な親子関係が形成されていたら、多重的な親子関係を形成することを避けるため、親子確認訴訟を提起することができないとします。なお、中国「養子縁組法」23条2款では、養子縁組をすると、実親との法的な親子関係が解消されると定めています。

私は、折衷説がより説得力があると考えます。まず、親子関係確認訴訟は、成年子に対して、血縁関係を明確する身分上の利益があります。次に、成年婚外子が血縁に基づき生みの親との間に法律関係も存在し、血縁関係の確認を通じて封印された親子関係が復帰することができます。第三に、しかしながら成人が親子関係の確認には一定の制限をしなければならない。なぜなら、中国の養子縁組法により、二重親子関係を認めないため、当該成年子は未成年時において、他人との間に親子関係が擬制されたら、親子確認訴訟を提起することはできないと考えられるからです。将来、中国法は日本の法律と同様に、二重親子の関係を認めれば、成年子より提起した親子関係の確認訴訟を検討すべき余地はなくなるでしょう。

(三) 親が成年子に対して親子確認訴訟を提起することができるか

当該問題は、(二)で検討した問題を拡張したものです。基本的には、親は、成年子に対し、親子関係を確認する訴訟上の利益がないと考えられています。成年子が、なぜ、実の親と別れたのかは、その原因は複雑で多様であるかもしれません。例えば、未婚の母が子を産んで遺棄したこと、親の過失により子が失踪し見つからなかったこと、病院のミスで他の新生児と取り違ったこと等を考えられます。

如何なる原因であっても、上記の未成年子が成年後に、実親より、親子関係を確認する意味はないと思われます。他人と擬制親子関係が形成されているので、血縁関係のある親を見つけたとしても、当該擬制関係を解消

しない限り、血縁関係の親子関係を確認したとしても、当該擬制関係が自動的に解消しないからです。

例えば、成年子と養父母間の擬制関係が解消されたとして、その後に親子血縁関係の確認をしても、実の両親との関係を自然に回復することはできません。中国「縁組法」29条により、「縁組関係を解除した後に、養子と養父母間及び近親族間の権利義務関係を消滅し、実の両親及び近親族間の権利義務関係を回復するが、成人になった子と実の両親及び近親族間の権利義務関係を回復するか否かについて、協議で決定する」としているからです。ですから、実の両親より一方的に親子関係の確認訴訟を提起しても、裁判所が認めることはないと考えられます。

現実には、病院のミスで新生児を取り間違え、新生児が成人後に当該ミスを発覚した場合に鑑定で親子の血縁関係を確認したとしても、当事者が訴訟を通じて親子関係を確認する例もありません。こうした事案に対する血縁関係の鑑定には倫理的な意義とともに、病院に対して損害賠償をするための法的な意味があるに過ぎません。時間を遡って、子の成長過程をたどり、親子感情を築くことは困難です。

五、む す び

親子関係確認訴訟は、親族間の血縁関係と繋がっています。一方で、国家利益からみれば、強力な公益性を有するが故に、当事者が勝手に処分することは認められません。血縁関係の真实性を求めるため、裁判所は、職権探知や職権調査を行う必要があり、そのことを通して、できる限り親子関係間の血縁関係を究明する必要があります。個人利益から見れば、親子関係には、プライバシーがあり、当事者の権利を尊重する必要もあります。強制的に血縁関係を鑑定する判決を下す前に、当事者の基本的な手続上の権利を保障し、当事者の意見を表明する機会を与えなければなりません。最後に、保護利益から見れば、親子確認訴訟においては、「未成年者の利益の最大化」を基本原則とし、成人の利益と未成年者の利益が衝突する場

合には、未成年者の利益保護を優先します。これについては、ドイツの立法規定が参考になります。この条文を示して、この論文を終わりにします。

ドイツ『民法典』1600条5款により：夫婦双方が合意により、女性が人工授精の方式を通じての助けを借り、第三人より提供された精子で受胎され子を出産した場合に、夫と子の母親が、父親の身分を取り消すことができない。ただし、子の取消権にはこの限りではない。「三者の利益衡量において、立法者が児童の利益を最大という立場に立っています：未成年者が実の両親の後悔を受けて不利になれないし、他方、子より父親の身分を否認し、自分の真実な出身を知っている権利を保障したわけです。⁽⁵⁾」

「中華人民共和国家事訴訟法（建議稿）」の基本構造

南京師範大学法学院 教授 劉 敏

一、21世紀における家事訴訟立法の発展趨勢

広義的な家事訴訟立法には、身分型訴訟（人事訴訟）立法、家事非訟手続立法及び家事調停立法が含まれています。21世紀になって以来、社会発展のニーズに応じるため、多くの国は、家事訴訟法を立法・改正することにより、家事訴訟立法の整備を図っているようです。

2003年、日本は、「人事訴訟手続法」を改正し、より有効に活用できる「人事訴訟法」を制定しました。同法は、2004年4月1日から施行されました。2011年、日本は「家事審判法」を改正し、国民により理解しやすく、時代のニーズに対応した「家事事件手続法」を制定しました。同法は2013年1月1日から施行されています。2008年、ドイツは、家事事件に

(5) 王葆蒔：「ドイツ家庭法における「児童最大利益原則」の実現」、ドイツ研究、2013年4巻。

関する内容を「ドイツ民事訴訟法」から独立させ、「非訟手続法」と併合し、「家事と非訟事件手続法」を制定しました。同法は2009年9月1日から施行されることになりました。台湾地区では、2012年に「家事事件法」を制定し、2012年6月1日から施行されています。

国や地区によって、訴訟に関する立法の内容は、同様ではありません。しかし、訴訟事件の非訟範囲の拡大、家事事件の独立での解決、当事者の手続利益に対する保障の重要視、未成年者利益の最大化原則の徹底、家事紛争におけるADRの機能の活用、社会組織の介入のような共通点が見られ、立法の傾向がある程度明らかになりました。かような立法上の趨勢は、中国における家事訴訟法の制定においても、基本方針とすべきだと思っています。

二、「中華人民共和国家事訴訟法（建議稿）」の立法構造

家事訴訟は、広義なものと同義なものに分けられます。狭義の家事訴訟とは、身分関係に関する訴訟、すなわち、身分関係の確認訴訟と身分関係の形成訴訟です。日本法で言えば、狭義の家事訴訟とは人事訴訟です。これに対して、広義の家事訴訟は、狭義の家事訴訟のほか、家事非訟手続が含まれています。現在、中国では、家事訴訟法が存在していませんが、家事訴訟に関する内容は「民事訴訟法」、「婚姻法」及び関連の司法解释に散見されます。家事事件の特殊性に鑑み、今年の5月に、最高人民法院は「家事裁判方法と業務メカニズムに対する革新のモデルケースの展開に関する意見」を公布し、全国各地の100余りの法院を2年間の家事裁判方法と業務メカニズムに対する改革についてのモデルケースの対象として、改革を実施することを決めました。家事裁判方法と業務メカニズム改革の目標として、家事裁判の理念の転換、家事裁判の方法と業務メカニズムに関する改革の促進、家事裁判の裁判官の業務能力の強化、関連外部施設の設置の推進、家事訴訟手続制度の検討、国内外の法院間の家事裁判経験の交流・提携の促進、家事裁判専門化の発展方式の検討、婚姻・家庭の安定状

態の維持、法律による未成年者保護の実現、女性と高齢者の合法的權益の保護等が挙げられました。

中国家事訴訟法の立法の整備を図るために、筆者は「中華人民共和国家事訴訟立法（建議稿）」の起草と立法理由書の作成を主たる目的とする国家社会科学基金項目の「中国における家事訴訟の立法研究」を担当しています。「中華人民共和国家事訴訟法（建議稿）」（以下「家事訴訟法（建議稿）」と略称する）の起草は、現在進行中です。その「家事訴訟法（建議稿）」では広義の家事訴訟の概念を採用し、総則・家事訴訟手続・家事非訟手続の三編により構成することとしています。本稿は、総則を中心に、「家事訴訟法（建議稿）」の内容を紹介することにします。

1. 総 則

第一編は総則です。この部分では、家事訴訟法の立法目的、家事訴訟法の適用範囲、家事裁判組織及び家事裁判の裁判官の構成、家事裁判の審理原則、未成年者の訴訟能力、手続補助人、和解手続、心理カウンセリングの導入等の内容を定めています。

1) 家事訴訟の立法目的について

「家事訴訟法（建議稿）」の立法目的は、家事事件を公正的・妥当的・適時的・手厚く処理すること、当事者及び利害関係者の手続上の保障を実現すること、未成年者・女性・高齢者の合法的權益の保護を実現することです。

家事事件では、暖かい審理が求められます。日本の民事訴訟法学者である小島武司教授が述べるように、家事事件を審理するには、「人間の温かさ」を表して、寛容な裁判所の中で、当事者と利害関係人の主体的地位を尊重しなければなりません。現在、中国の家事裁判の実務では、ラウンドテーブル法廷の方式を採用している裁判所があります。

家事事件は、多くの場合に、未成年者、女性、高齢者の合法的權益にかかわります。未成年の利益の保護、未成年の利益の最大化を実現することは、各国の家事訴訟法の立法目的であり、相対的には弱者である女性、高

齢者や未成年者に対して、必要な特別の保護を与えることになると考えられます。そのため、未成年者を保護するだけでなく、さらに女性と高齢者の権益を保護することを家事訴訟法の立法目的としています。「家事訴訟法（建議稿）」には、人身保護令事案を家事非訟手続として規定し、被害を受けた女性、子供や高齢者に対して、特別な保護を講ずることを考えています。

2) 家事訴訟法の適用範囲について

家事訴訟法の適用範囲とは、家事訴訟法を適用して解決を図る事件の範囲です。家事事件の範囲については、家事訴訟事件と家事非訟事件が含まれていますが、その中の家事訴訟事件は身分型家事訴訟事件と財産型家事訴訟事件と分けられます。日本では、身分型の家事訴訟事件は『人事訴訟法』に、家事非訟事件は『家事事件手続法』に規定されています。もっとも、家事訴訟事件と家事非訟事件の処理原則のいくつかには共通のものがあります。例えば、公開裁判に適しないもの、職権探知をすること、当事者の処分権が制限されること等です。それゆえ、中国の家事訴訟法は、日本の人事訴訟法の内容と家事事件手続法の内容を包括的に定めるものになると考えることができます。これは、中国の「家事訴訟法（建議稿）」が、ドイツの「家事と非訟事件手続法」、韓国の「家事訴訟法」、台湾地区の「家事事件法」等の法律の立法モデル、すなわち、家事訴訟手続（人事訴訟手続）と家事非訟手続を統一的に規制するモデルを採用するからです。

3) 家事裁判組織及び家事裁判の裁判官の構成について

中国は、日本と異なり、家事事件を処理する家庭裁判所がありません。中国は、この数年で進めている家事審判方式と工作（組織）の改革に従い、地区人民法院と中級人民法院に家事審判庭、あるいは少年家事審判庭を設置しました。「家事訴訟法（提案原稿）」は、家事事案の管轄権が、地区人民法院に属し、家事裁判庭の裁判官によって審理すると規定しています。

日本では、家庭裁判所の家事裁判官は、10年以上、判事補、検察官又は弁護士の実務経験を有する人が就任すると定めています。中国の「家事訴訟法（建議稿）」も、地区人民法院と中級人民法院に家事裁判法庭を設置し、

経験が豊かで、かつ男女平等意識を有する者を裁判官として審理を担当させることを提案しています。人民法院は、家事事件を審理するに際して、人民陪審員データベースの中から、教育関係、心理问题相談、女性・児童保護、コミュニティワークに関する仕事に従事する者を陪審員として選任することができます。

また、家事事件を適切に処理し、未成年者の最善の利益を保護するために、日本の家事調査官制度を中国にも導入し、人民法院に家事調査員を配置することを提案しています。中国の「家事訴訟法（建議稿）」第7条で、人民法院は、家事事件を審判するために、家事調査員を選任することができます。調査員が家事事件を審理する裁判官の委託により、家事事件の当事者や関係者の経歴や性格、心身状況、家庭事情、夫婦関係、財産状況、教育程度、仕事状況、子育ての現状などを調査し、裁判官に書類調査報告を提出すると定めています。

中国の家事審判実務では、いくつかの地区ではその方法を模索し、社会関護員制度を整備しました。家事事件を審理するに必要な場合に、人民法院より、自ら招聘あるいは組織の推薦で心理学、教育学と法律知識を有し、未成年者保護の仕事に熱心に行っている方々に、社会関護員としての業務を委託します。こうした状況を踏まえ、中国の「家事訴訟法（建議稿）」では、人民法院は、家事事件を審理するために、社会関護員制度を創設することができるとなりました。社会関護員が、人民法院より選任され、当事者の近隣・親族・コミュニティ・職場等に訪問する等の方法を使って、当事者の婚姻・家庭状況や未成年子の扶養状況を把握した上で、法院に書面調査報告や紛争解決意見等を提出することになります。

4) 家事訴訟の審理原則

家事訴訟の審理原則は、次の通りです。

① 審理の不公開原則。家事事件の審理は、公開されません。しかし、当事者双方が公開審理を求め、かつ、公序良俗を損なわない場合には、人民法院は公開審理することができます。人民法院は、適切と判断される場合には、事件の審理を妨げない者が傍聴することを許可します。しかし、

プライバシーと未成年者の利益にかかわる家事事件の裁判文書を社会公衆の閲覧に供することは許可しません。

② 職権探知主義。人民法院は、離婚時の未成年者監護権確定や扶養費用の給付のような処分権主義が妥当しない家事訴訟事件、家事非訟事件を審理する場合には、当事者が陳述していない事実を斟酌し、職権で調査し、証拠を収集することができます。処分権主義が妥当しない家事訴訟事件とは、当事者又は申請者のした承諾や自認には、人民法院は拘束されない事件です。人民法院は、処分権主義が妥当しない身分関係にかかわる紛争について、当事者は、立証期限を超えて提出した証拠も採用することができます。また、婚姻関係を維持するために、あるいは未成年者の利益を保護するために、人民法院が、処分権主義が妥当しない家事訴訟事件、家事非訟事件を審理する場合には、当事者が陳述していない事実を斟酌し、職権で調査し、証拠を収集することができます。

③ 手続保障原則。当事者と利害関係人の裁判を受ける権利の保障を重視することから、人民法院の職権探知事項については、当事者や関係者に弁論や意見陳述の機会を与えなければなりません。未成年者の利益にかかわる事件を審理する場合には、未成年者の陳述を聴取します。未成年者の年齢が原因で、陳述ができないあるいは、陳述の聴取がかえってその利益を侵害する恐れがある場合には、その陳述を聴取しないことも許されます。

④ 本人出頭原則。人民法院は、家事紛争事件を審理する際に、当事者若しくは法定代理人本人の出頭を求めることができます。事件の性質と具体的な状況によって、当事者がビデオ等の方式を通じて適切に意見を述べることを陳述とみなすことができますし、当該方式で他の訴訟を行うこともできます。

⑤ 未成年者の訴訟能力と手続補助人制度。未成年者の利益にかかわる訴訟において、満6歳以上の未成年者は、訴訟行為能力を持っています。訴訟実務において、未成年者の利益と法定代理人の利益との衝突又は法定代理人が代理権を行使できない場合には、未成年利益を保護する関連制度が必要です。そのために、「家事訴訟法（建議稿）」では、ドイツの手続補

助人制度を参考にして、家事訴訟法で手続補助人制度を導入することを提案しています。「家事訴訟法（建議稿）」15条は、人民法院は、未成年者の利益にかかわる事件を審理する際に、未成年者と法定代理人の利益が衝突する、または、未成年者の法定代理人が代理権を行使することができない、あるいは、その行使が困難である場合に、当該未成年者に手続補助人を指定しなければならないとしています。また、同16条は、手続補助人は、未成年の真実の意思を全面的に理解し、未成年者の最大利益を探知、確認し、未成年者を代理して訴訟に参加し、独立で遂行すると規定します。手続補助人と訴訟行為能力のある未成年者の訴訟行為に不一致がある場合には、人民法院がその点を適切に斟酌するとしています。

⑥ 調停手続を定めること。日本では、家事事件を処理する際に、調停前置手続を規定していますが、中国の民事訴訟法上では、訴訟が始まる前の裁判所の調停制度が置かれていませんでした。2016年6月に最高人民法院により「人民法院で紛争を多元化解決するメカニズムを改革する意見」が公布され、和解前置手続の確立を模索して、条件のある地区人民法院では、家事紛争事件において、当事者の意思を聴取した上で、事案を登録前に和解組織又は斡旋員による和解をするようにと、勧告することができます。しかし、このような訴訟前の和解は、日本の家事調停と異なり、裁判所の関与はありません。

中国「家事訴訟法（建議稿）」は、中国既存の訴訟中の和解制度を保留し、また日本の家事調停制度を参考した上、家事調停前置手続を定めています。「家事訴訟法（建議稿）」19条では、家事事件については、提訴前に、人民法院に調停を申立てねばなりません。調停が不成立、または無効、取消された場合に、人民法院に提訴することができます。家事事件の前置調停は、法的な効力があります。前置調停に参加した者は、当該家事事件の審理に参加することはできません。また、処分権主義が妥当しない家事事件については、調停をすることができません。

未成年者の利益にかかわる事件の調停については、未成年者の意見を聴取すべきです。離婚訴訟においては、人民法院は、未成年者の父母が合意

した和解協議又は未成年者の利益にかかわる和解協議について、その内容を厳格に審査することが求められます。合意内容が未成年者の利益を侵害していないかを確認することが必要なのです。

なお、2003年に、日本は兼職裁判官制度を創設しました。即ち、5年以上の執務経歴のある弁護士が最高裁判所の任命により、民事調停と家事調停の調停裁判官を兼任することができるとなりました。中国では、現在、このような制度はありません。

⑦心理カウンセリング制度の導入。未成年者あるいは父母に心理カウンセリング制度を導入し、心理カウンセラーにより、裁判前の相談、審理中の分析、審理後のフォローが行われています。

2. 家事訴訟手続

第二編は、家事訴訟手続です。同編には、身分型家事訴訟と財産型家事訴訟について規定をしています。身分型家事訴訟は、身分関係の訴訟で、婚姻関係訴訟、親子関係訴訟と縁組関係訴訟が含まれています。婚姻関係訴訟には、離婚訴訟、婚姻無効訴訟、婚姻取消訴訟、協議離婚無効訴訟、婚姻成立又は不成立訴訟が含まれています。親子関係には、実父確認訴訟(子の認知)、実母確認訴訟、子の否認訴訟、親権(監護権)停止訴訟、養子縁組関係の成立あるいは不成立に関する訴訟、縁組解除訴訟、縁組無効訴訟が含まれています。財産型家事訴訟には、離婚後の夫婦財産分割訴訟、離婚時における損害賠償訴訟、婚約財産訴訟、同居財産分与訴訟、夫婦約定財産訴訟、遺産相続訴訟、遺産分割訴訟、被相続人の債務弁済訴訟、遺贈訴訟、遺贈扶養協議訴訟、家庭財産分与訴訟が含まれています。家事訴訟手続は二審終審制です。

3. 家事非訟手続

第三編は、家事非訟手続です。家事非訟事件には、婚姻に関する非訟事件、親子関係に関する非訟事件、未成年者監護事件、相続非訟事件、失踪宣告、死亡宣告事件、行為無能力者認定事件、民事行為制限能力者認定事

件、人身安全保護令事件が含まれています。非訟手続事件は一審終審制を取りますが、法律上に別途定めがある場合には、この限りではありません。婚姻非訟事件と親子非訟事件には扶養費、離婚後の扶助料等の財産型非訟事件が含まれています。これらの事件は、本来、訴訟事件に属しますが、未成年者、女性、高齢者等の弱者の合法的な權益を保護するために、非訟事件として処理する必要があります。親子非訟事件には、面会権事件も含まれています。

中国における外国の離婚判決の承認に関する 法的問題について

北京天馳君泰法律事務所 弁護士 楊 晓 林

国際婚姻関係はますます複雑になってきます。もし、一国の判決、特に、離婚判決が外国及びその他の地区で効力が生じなければ、当事者の利益に影響を与えるだけではなく、その他の利害関係人の利益も損害を受ける恐れもあります。この問題の解決については、国際社会で当該分野での協調を図る必要があります、真剣に取り組む必要があります。それゆえ、中国と外国の司法の協力制度の整備を促進し、当事者の合法的な權益を保護し、その中で未成年者である子の利益を最大限度に保障する問題について検討することは、現実的な意義を有すると思われれます。

筆者は最前線の弁護士の実務的な角度から、現在、中国における司法審判実務上で、外国の判決を承認における問題について報告して交流することで、お互いの努力により、外国での離婚判決の承認についての制度を整備できることを期待しています。

一、中国における外国離婚判決の承認及び執行に関する規定

中国現行「民事訴訟法」281条、282条によれば、中国では、外国の裁判所が下した判決を形式審査の上で、下記の条件に満たす場合には、裁定の方式でその効力を承認します⁽¹⁾。執行する場合には、人民法院から執行令を下し、中国法に規定している手続に従って行います。中国では、外国の判決を承認及び執行するについては、具体的には次の条件が必要となっています。

①当該外国の判決は、すでに法的な効力が生じた最終審判決であること、②当事者が直接に管轄権を有する中級人民法院に申立てること、③判決国が中国と判決を相互に承認及び執行するについての二国間または多国間の条約を締結または共同参加している、あるいは互恵関係が存在すること。条約又は互恵関係を有しない場合には、当事者が人民法院に提訴し、裁判によって出された判決をもって、執行します。④当該外国判決が中国の法律の基本原則や国家の主権、安全と社会公共利益に違反しないこと、⑤執行条件を満たすこと。中国の人民法院が裁定の方式でその効力を承認し、執行命令を下します。さもなければ、外国離婚判決は承認及び執行されません。

以上のように、中国では、外国の離婚判決の承認及び執行に関する準拠法は、主として国内立法、国際条約と互恵関係です。他の外国民商事判決の承認及び執行と比較すると、中国法では、外国の離婚判決の承認及び執行について、より詳細な規定が置かれています。外国の離婚判決の承認及び執行については、「民事訴訟法」281、282条及び最高人民法院が公布した「中華人民共和国民事訴訟法を適用に関する若干問題に関する意見」を適用するほか、最高人民法院が、1991年8月13日に公布した「中国公民が外国の離婚判決を承認の申立における手続上の問題に関する規定」と

(1) 中国では、判決書と裁定書の法律文書があります。実体法上の紛争については、判決で主文を下しますが、手続上の問題について、裁定で主文を下します。判決に対する不服の控訴期間は15日となっていますが、裁定に対する不服の控訴期間は10日となっています。

2000年3月1日に公布した「人民法院が外国の離婚判決の承認の申立事件を受理した後に關する規定」も適用します。これらの二つの規定は、実務上で、特別規定として、外国の離婚判決を承認及び執行するについての法制度全体を構成することとなっています。

しかし、残念なことですが、中国とアメリカ、カナダ、イギリス、オーストラリア、ニュージーランド等の国際結婚の多い国との間には、二国間協力条約が締結されておらず、あるいは、共同国際条約に参加していないため、外国の離婚判決を承認及び執行に様々な問題が存在し、未だに、根本的な解決には至っていません。

二、中国における外国離婚判決の承認に存する問題

1. 共通問題

1) 離婚付属判決事項の承認問題

外国離婚判決の承認及び執行をめぐる、統一した原則の貫徹が最大の問題となっています。即ち、外国離婚判決において、夫婦財産分割、生活費用の負担、子の親権帰属に関する判決事項を離婚と同時に承認できるか否かの問題です。これらの事項を承認することを通じて、子の利益を最大化するとの原則を貫徹できると考えられます。

離婚事件では、夫婦間の身分関係以外、親子間の扶養監護関係、夫婦間の財産分与もしばしば処理の対象になります。裁判所が婚姻を解消すると同時に、子の親権帰属と夫婦共同財産の分与等の事項が離婚判決主文に含まれることで、確認、変更、給付の三つ事項が離婚判決主文の内容になります。中国の人民法院では、現在、中国国籍の当事者が申し立てる外国離婚判決の承認しか受理されていません。その判決の承認については、異なる法手続が実施されています。即ち、夫婦身分関係の事項については、最高人民法院の司法解释の規定に基づき承認しますが、外国の離婚判決における夫婦財産分与、生活費用の負担と子の扶養に関する事項については、「民事訴訟法」281条、282条の規定に基づき、承認及び執行することから、実務では、その承認をせず、別に裁判で解決するのが一般的です。

離婚判決における親権帰属事項の承認については、離婚判決における夫婦身分関係の承認と同時に進むと思われまふ。なぜなら、親権の帰属も一つの身分関係だからです。多くの国々の裁判は、婚姻関係を解消すると同時に子の親権に関する事項も判断します。後者について、管轄権に問題がなければ、当該判決事項についても承認すべきです。さもなければ、子の利益に不利な影響を与えます。親子間の親権は、財産的な事項ではないから、承認だけを得れば十分です。執行に関する事項ではないので、厳格な手続は必要がないと思われまふ。離婚判決における子の親権に関する判決事項の承認については、緩和する方向で検討することが重要で、そのことは未成年者の利益を保護し、社会の安定にも役に立つと考えられます。財産分与に関する承認の問題は、現状を維持するしかありません。

2) 「互恵原則」が囚人ジレンマ (prisoner's dilemma) に落ちること

互恵関係は世界の多くの国々が、外国の判決を承認及び執行するについての重要な条件の一つです。中国も、例外ではありません。中国の人民法院は、外国判決の承認及び執行について、中国の国際条約の締結または互恵原則に基づき審査します。当該外国が、中国と条約を締結していれば、あるいは互恵関係が存在すれば、外国での判決を承認しますが、そうでなければ、承認しないのです。国と地域によって、互恵原則に対して如何なる内容が含まれるのかについては理解が異なります。しかし、各国が互恵原則を条約又は協議以外に、司法についての協力関係を根拠のひとつとしていることから見れば、当該原則を確立する真意は、各国の司法を妨害することではなく、相互の司法での協力の発展を促進すると解することができます。

現在、一番問題となっているのは、中国民事訴訟法の規定と既存事案から見れば、中国は、相手国の承認及び判決があることを要求することから、「囚人ゲーム」(Prisoner's Game) のジレンマに落ちることになります。どちらの国でも先に相手国の判決を承認及び執行をしないことから、互恵関係に立つことができないのです。もし、各国や地域が相互の承認について積極的な姿勢を示せば、上述の問題を互恵原則の上で、徐々に解決して

いくことができると思われます。

2. 個別案件の問題

1) 発効証明問題---ニュージーランド離婚判決書を例として

承認及び執行を申し立てる外国の離婚判決は、法的な効力が生じた最終審の判決でなければなりません。しかし、実務では、各国の判決文書の形式及び規範が一緻していないことから、中国の人民法院が判断できないことがあります。中国では、離婚判決について、発効証明書が発行されています。そこで、当事者に外国の離婚判決の「発効証明」を提供することを求めてきます。筆者自身が、かつて、代理したニュージーランドの裁判離婚判決書の承認及び執行を例にします。当該判決書の末筆に「Date order made」と「Date order sealed」という二つの時間が書いてあります。前者は、判決期日ですが、後者については、中国語で直訳すると「発効」という意味がないことから、人民法院より、ニュージーランド司法部が発行した発効証明が求められました。幸いに、筆者の知り合いの弁護士で同様な事案の承認及び執行の申立をしたことがある方がいました。そこで、その事案を参考にして「発効証明」を請求することで対応しました。参考としたその事案では、ニュージーランド司法部は、発効証明の作成を、一度は断りました。これは、ニュージーランドの司法では、離婚判決がいつから発効するのかを証明する必要がなく、断ることは当然だと言えます。当事者が何度も陳情したことにより、結局、ニュージーランドの司法部は、離婚判決が「Date orde sealed」の時間よりその効力が生じ、当事者が控訴したとの記録がないとの証明を発行しました。個々の当事者が要求するのではなく、共通の法規則を明確にして、各国の裁判所の文書の様式に関する見本を作成し、裁判官に周知させる必要があると思われます。

2) 離婚証明書の承認問題---アメリカの離婚証明書を例として

実務上では、当事者がアメリカ、マレーシア、韓国などの国の裁判所や行政機関が発行した離婚証明書を提出し、その承認を求めることがあります。これは、法律上の外国の判決と同様な文書でしょうか？当事者の承認

申立をして、認められるでしょうか。

中国最高人民法院では、「当事者がオーストラリアの裁判所が発行した離婚証明書を承認する申立に対する人民法院が受理する問題に関する回答」が公布され、2005年8月1日より適用されています。この回答により、当事者がオーストラリアの裁判所が発行した離婚証明書を持って、人民法院に承認申立をする場合に、人民法院は、受理し、且つ、「中華人民共和国民事訴訟法」、最高人民法院「中国公民が外国の離婚判決を承認の申立における手続上の問題に関する規定」に基づき、審査し承認するか否かを判断すべきと規定しています。

筆者は、上述の回答には疑問があります。外国裁判所が下した離婚判決の承認対象は、判決書や調停書それ自体ですが、決して、「離婚証明書」そのものではありません。なぜなら、「離婚証明書」には、当事者の婚姻関係がその国でいつ解消したのかに関する形式的な事項が書かれているに過ぎません。これは、中国の離婚証明書と同様な効力です。当該証明書の発行に、必ず前提としている離婚判決書あるいは調停書があります。また、婚姻関係を解消したこと以外に、子の扶養や、財産分与に関する内容も定められています。訴訟手続では、中国公民が被告である場合に、欠席判決か否か、合法的に文書が送達されたか否か等について、法院より実体法の審査が必要です。こうしたことを考慮すると、離婚証明書による外国での承認の申し立ては受理してはいけないと思われます。外国裁判所が発行した離婚証明書による承認を申立る場合には、人民法院は、受理しないこととして、離婚判決書又は調停書による承認をすることを告知しなければならないとすることが適切だと考えます。

3) 協議離婚の承認問題――日本の離婚を例として

各国の離婚制度を見ると、中国、日本、ロシアでは、裁判離婚と協議(登記)離婚の二元制を取っていますが、その他の国家では、夫婦間の協議離婚でも、裁判所で離婚手続をしなければならないという一元制を取っています。

まず、日本の区役所が発行した離婚届受理証明書を承認する必要はあり

ません。2011年4月1日に施行された中国「涉外民事関係法律適用法」26条により、「凡協議離婚の際に、当事者が合意により、当事者の一方が常居地の法律やその国籍の国の法律の適用を選択することができる」としています。それ故、日本で居住している中国人は、日本法に基づき、区役所に離婚届を提出し受理された後には、離婚が合法的に成立し、承認され、中国の人民法院に申立る必要がありません。日本の外務省と在日中国大使館や領事館に行って、当該離婚届受理証明書の公証認証や翻訳手続をして、あらためて、在日中国大使館や領事館に独身証明の発行を申立します（配偶者がいないことを証明する公正証書⁽²⁾）。そして、中国に帰国した後に、再婚手続や警察派出所に戸籍上の婚姻状況の記載事項を変更する申立をすることができます。ただし、当該離婚届受理証明書については人民法院を通じて承認する必要がありませんが、子の親権帰属や、養育費用の分担及び財産分与問題等について、紛争があった場合には、人民法院に別途提訴し裁判で解決しなければなりません。

次に、日本の裁判所の調停離婚については、中国では承認されたケースがあります。例えば「李庚与と丁映秋が中国の法院に日本国の裁判所の離婚調停協議を承認する申立事案」では、1990年12月、原告である丁映秋が日本の大阪地方裁判所に離婚訴訟を提起し、裁判所の調停で、双方は、1991年2月27日に以下の調停協議について合意をしました。合意内容は「双方の婚姻関係を解消すること。李庚与が丁映秋に生活費200万円を給付すること。娘は丁が扶養し、李が扶養費200万円を支給すること。」です。その後、双方は、大阪府豊中市役所から「離婚申請受理証明書」を受取りました。離婚した後に、丁が中国に帰国する予定があり、日本の大阪地方裁判所に、調停に基づいて李庚与が給付すべき生活費や扶養費を渡す

(2) 申請者は、公証人の前で、自分に配偶者がいないことを陳述します。公証人は、当該陳述内容と陳述行為について、証明し、証書を発行します。これは、あくまでも、形式的な証明ですから、事実を「確認」することはできません。公証人は陳述があった事実のみを証明することになります。

(3) 中国では、戸籍登録の業務を担当するのは、警察です。——趙莉注

ように求めましたが、大阪地方裁判所は、双方が婚姻関係を解消する調停協議書について中国の法的上の承認を受けた後に、上記の費用を丁映秋に渡すことができると回答しました。そのため、双方は、出国前に居住していた中国北京市中級人民法院に、日本国大阪地方裁判所での婚姻関係を解消する調停協議書の承認を申し立てました。北京市中級人民法院は、審査を経て、日本国大阪地方裁判所が下した双方の婚姻関係解消する調停協議書は、中国法律に定めている外国の判決の承認及び執行条件に抵触していないとして、1991年5月28日に、次の内容の裁定をしました。即ち、日本国の大阪地裁1990年第273号調停協議書における申請者である李庚与と丁映秋の婚姻関係解消事項の拘束力が承認されること。そのため、当該婚姻関係解消裁定を申請者が受領した日より、中華人民共和国の領域でその法的な効力が生ずることになるとの判断です。⁽⁴⁾

しかし、問題は、最高人民法院の「中国公民が外国の離婚判決を承認の申立における手続上の問題に関する規定」2条により、調停協議書における婚姻関係解消以外の各項内容が、承認範囲内ではないことにあります。したがって、夫婦財産分与、生活費用の負担、子の親権帰属等について、紛争が生ずれば、別に提訴しなければなりません。そうすると、当事者双方は訴訟に追われて苦勞をすることになり、しかも一方が調停での合意を反故にする場合には、長期間の訴訟となります。ですから、最高人民法院に、外国の裁判所が下した離婚和解書における、子の扶養や財産分与等の事項も同時に承認及び執行ができるようにするべきであると呼びかけています。

三、今後の課題——離婚夫婦とも外国人の場合における承認問題

現在、離婚判決承認を申し立てる主体は、中国国籍の人に限られています。外国人が申し立てる場合には、元の配偶者が中国国籍なら、人民法院

(4) 最高人民法院中国应用法学研究所編：『人民法院ケース選——民事卷（下）』（1992-1999年合本）、中国法制出版社2000年版、2030-2032頁。

により受理されますが、外国国籍なら、受理されません。

しかし、国際化が加速される現代において、双方が外国人でありながら、離婚判決を中国の法院に承認を求め、中国で執行することも考えられます。双方とも中国で生活をし、離婚後の子の扶養について紛争が生じている場合です。さらに、財産、特に中国の不動産を購入した結果、中国の法院より承認及び執行を得ないと、外国での離婚判決で確認した一方の權益を中国で相手に強制執行を申し立てることができないことも想定されます。例えば、上海で不動産を購入した日本人夫婦が日本で離婚し、上海の不動産を妻に帰属させるとの判決を得ましたが、離婚判決の承認を得ないと、元夫名義で登記している不動産の登記名義変更はできません。登記の名義変更には、改めて中国で提訴しなければならないのですが、決して、妻に帰属するという同様の判決が出るとの保証はありません。

涉外離婚事件が増える中で、最高人民法院の「中国公民が外国の離婚判決を承認の申立における手続上の問題に関する規定」という司法解釈は、もう15、16年に渡って実施されてきました。実務に現れている問題を解決するには、すでに時代に合わないような気がします。最近、中国最高人民法院が「家事裁判方法と業務メカニズムに対する革新のモデルケースの展開に関する意見」を公布し、全国で2年間、家事裁判方法と業務メカニズムに対する改革テストを実施する予定になっています。これを契機に、より良い外国の離婚判決の承認制度の改善を行う努力を尽くさなければならぬと思われれます。

ご清聴ありがとうございました。

コメント 日本の子童保護と中国法への示唆

京都産業大学法学部 教授 (当時) 山口 亮子
(現 関西学院大学法学部 教授)

趙莉先生、「南京市未成年者保護条例の制定について」のご報告ありが

とうございました。研究者が直接条例案の起草作業に携われることを、大変うらやましく素晴らしく思います。蔡道通先生のコメントも含め、国連子どもの権利条約や日本の児童虐待防止法も検討して、子の利益の最大化原則から立法されていることに、研究者らしい視野の広さと的確な視点を感じました。私からは、日本の児童虐待の現状と保護手続きについてコメントします。

日本の児童虐待対策は、児童福祉法と児童虐待防止法という、行政の責務を定める2つの法律に則り、行政主導で行われています。2013年度は、通告された21%の子が児童相談所に一時保護されました。その後、6%の児童が施設入所されています。この手続きは児童福祉司が親を説得し、親の同意に基づいて行政が決定します。一時保護は100%、施設入所も95%は行政が判断し実行しています。施設入所に関しては、家庭裁判所が審判できますが、それは全体の5%だけでした。なお、残念なことに、通告されなかったり、通告後も保護されなかったり家庭に戻されたりして死亡した子どもは、毎年50名前後います。親権喪失は、民法で対応し、家庭裁判所が判断しますが、児童相談所長の申立ても児童福祉法で認められています。しかしこれは年間10件ほどで、虐待に十分対応できていないという問題があります。

趙先生の報告では、離婚の場合における子の養育や面会についても、条例の中に入れられたとのことですが、日本では、離婚による子の問題は民法で扱われ、当事者間の協議、家庭裁判所での調停、審判で行われますので、児童相談所が対処する福祉法には入っておりません。子の奪い合い紛争は日本でも大きな問題で、家庭裁判所で子の引渡等が判断されますが、争いに発展する前に子の養育や面会について、当事者で上手く協議できない場合に、民間や市役所等の行政による相談支援が必要ではないかということが、今まさに議論されているところです。

日本の課題は、虐待に対応する児童相談所の数、児童福祉司の数が不足していることに加え、児童相談所が親の指導から子の引き離しまで全て行政主導で行うため、加重負担になっていることと、それをチェックする機

関がないことです。そこで、一時保護から家庭裁判所による介入の必要性が検討されています。また子どもの生活の安定のため、里親養育や養子縁組への充実も緊急な課題です。

コ メ ン ト

立命館大学法学部 教授 二 宮 周 平

I 親子確認関係訴訟における若干問題について

ご報告から、中国では、血縁関係に基づいて法律上の親子関係が成立する原則をとっているように思われる。実母は分娩の事実により、実父については、法的な推定、認知、強制認知（訴訟による確認）による。しかし、これらに関する規定がない。最高人民法院 2011 年 7 月 4 日「中華人民共和国婚姻法の適用に関する解釈（三）」は、実親確認訴訟について定め、当事者の一方が親子関係確認訴訟を提起し、必要証拠を提出した場合に、相手方が反対証拠を提出せず、鑑定を拒絶したときには、推定により原告の主張を成立することができるとする。必要証拠とは、具体的に何なのか、推定とは何の推定なのか、当日の討論では時間の関係で詳述されなかったが、実父確認訴訟に関する説明の中で、① 懐胎期間中の母との性的関係、② 人類学的観察、③ 当該男性の言動から父子関係が推定されるとしており、反証や鑑定を拒絶した場合には、上記の推定によって父子関係が確認されるということのように思われる。

他方、再婚禁止期間がないため、離婚後すぐに再婚して子が生まれた場合、前夫からの確認訴訟において、前夫が婚姻関係存続期間に懐胎した子だから、父子関係の推定ができると主張したのに対して、前妻と後夫が鑑定を拒絶したとき、裁判所は鑑定強制ができないことから、前夫の請求を棄却した事案が紹介された。ご報告では、台湾地区の鑑定強制制度が参照

されている。ここでも血縁優先の原則が働き、日本でいう嫡出推定を適用せず、前夫は前述のような①②③等の証拠を提出しなければならず、提出したにもかかわらず、前妻及び後夫が反証や鑑定を拒めば、前夫の主張どおり父子関係が確認されるという構造であろうか。血縁主義を徹底すれば、婚姻による父性推定の必要はなく、訴訟で血縁関係を明らかにして決着がつくこととなる。離婚後すぐに再婚して子が生まれた場合も、現在の夫・妻が子の出生登録をし、疑問に思う前夫が訴訟で争えばよい、ということであり、日本で問題になる離婚後300日問題は生じないのである。

血縁主義を貫徹すれば、血縁の不存在を証明して、法律上の親子関係を否定することができることになる。しかし、親子関係の安定性への配慮から、親子関係確認の訴えについて消滅時効を論ずることになる。出訴期間の制限という手法ではなく、消滅時効と解釈することは、血縁関係の存否を知ったときから、時効の援用が可能になるので、日本法の嫡出否認訴訟よりも融通がきき、認知無効訴訟に期間制限がないことの不合理的を解消することができる。

中国でも血縁関係がなくても法律上の親子と認められる場合がある。代理母に出産してもらった事案における実母確認訴訟で、出生後、子を養育してきた女性（依頼主）を「扶養関係を有する継親子関係」が形成されたと評価して、法律上の親子とした判決が紹介された。実際の養育関係を保障する解決として意義がある。この論理を展開すれば、卵子提供者、代理母は母子関係確認訴訟を提起することはできないことになるだろう。

また成年になった子からの親子関係確認訴訟を認めない判決がある。確認訴訟の立法趣旨は、未成年の子の成長を保障するための必要な物資と精神的ニーズを提供することであり、成年となった子には法的な保護の実益がないとして、判決に賛成する説、血縁関係を明確にし、疑惑を解消する利益から、確認訴訟を肯定する説、養子縁組がなされている場合には、訴訟を否定する説などがある。他方、親から成年子に対する確認訴訟を否定する。協議による縁組の解消を前提にするからである。親子関係は子の成長を保護するためにあるという視点が優越しているように思われる。

以上のように、中国法の対応は、日本法にも貴重な示唆を与えるように思われる。

II 中華人民共和国家事訴訟法の基本構造

冒頭で 21 世紀における家事訴訟立法の発展すう勢として、非訟範囲の拡大、家事事件の独立での解決（裁判外の解決）、当事者の手続的利益の保障、子の利益の最重視、ADR の活用、社会組織の介入をあげている点が注目される。中国では、「家事訴訟法（建議稿）」において、こうしたすう勢を取り入れようとしている。

特に裁判官の資質として、経験豊かで男女平等意識を有することがあげられ、ドイツの手続補佐人制度を参照した子どものための手続補助人制度の導入、心理カウンセリング制度の導入は、日本の家事事件手続法をさらに一步前に進めるものである。ドイツでは、手続保佐人養成のためのシステム、カリキュラムがある。中国でもこうした養成の仕組みが必要になると思われる。また心理カウンセリング制度について、裁判所内に設置するのか、外部の専門機関に委託するのか、後者の場合の委託先の基準など検討が必要になる。さらに家事調査官制度の導入が検討されているが、すでに同様の調査を可能にしている社会関護制度と、どのような関係にあるのか、役割分担をするのか、この点の詳細も知りたいところである。

制度はこれを支える専門職、人材が不可欠である。こうしたソフト面での具体的な提案を期待したい。

なお建議稿では、家事事件の調停前置を原則とすること、処分権主義が妥当しない家事事件については、調停をしないことが検討されている。日本は処分権主義が妥当しない親子関係の存否に関わる事案も、調停前置であり、合意に相当する審判で決着をつける仕組みである。嫡出否認の訴えの出訴権者・出訴期間の制限、判例の外観説から生ずる不合理さを解消する手法として、一定の役割を果たしているが、建議稿は、韓国、台湾と同様、こうした仕組みを否定する。日本法は、東アジアで独特の制度となる。

果たして、元々の親子関係の存否に関わる訴訟の出訴権者、出訴期間などの改正をしても、なお合意による解決の道を残すのかどうか、検討する時期に来ているように思われる。

コメント わが国の家事事件と未成年者保護の実務的な課題

弁護士（大阪弁護士会） 村 岡 泰 行

1 未成年者は、肉体的精神的な未成熟のゆえに、成人とは異なった特別の保護を必要とするために、パターンナリスティックな規制がされることのある反面、自立した人格としての法的地位が十分に配慮されていない面があった。近年、わが国では民法、家事事件手続法、児童福祉法の3つの重要な改正により、未成年者の保護がはかられることになった。

2 従来の家事審判法のもとでは、離婚調停や審判において、家庭裁判所の調査官により子どもの意向を聴取していたが、子どもは調査の客体という位置付けであった。2013年施行の家事事件手続法では、子どもが影響を受ける調停や審判においては、家庭裁判所は、子どもの意思を把握するように努め、その意思を考慮しなければならないと定められた。また、子どもの監護に関わる調停や審判など一定の事件については、子ども自身が手続に参加することが認められた。手続代理人となった弁護士は、子どもの意向を聞き取り、それを手続に反映させるようになった。この制度は、まだ十分に活用されるに至っていないが、裁判所と弁護士会の協力のもとに定着化が望まれる。

3 行政権限に基づく未成年者の保護態勢の充実もはかられてきたが、親権の尊重と子どもの権利の保護の調和のために、司法機関の積極的な関与が求められている。児童虐待の防止等に関する法律によって、児童相談所の権限と子どもの安全確認・保護に関する規定が強化された。児童相談所職員は、子どもの安全確認等のために裁判所の許可に基づき臨検・搜索

が出来ることとなり、立入調査を正当な理由なく拒否・妨害した場合の罰金が引き上げられた。子どもとの面会・通信制限等の強化、つきまといなどを禁止する接近禁止命令、接近禁止命令違反に対しての罰則（1年以下の懲役または100万円以下の罰金）が定められた。司法統計によると、裁判所の審判として、児童福祉法28条1項は平成26年に279件、同法28条2項事件は143件の新受事件があった。

4 2011年、民法が改正され、親権を「子の利益」のための権利義務であることが明記した上で、「子の利益」が害されることを親権喪失、親権停止又は管理権喪失の要件とした。親権の行使が困難または不適當で、子の利益を害する場合に、2年以内の範囲で親権停止の審判ができることとなった。親権喪失については、裁判所も慎重になりがちであったが、親権の停止制度の新設により、虐待、ネグレクト等に対応できるようになった。また、子、未成年後見人等も、親権喪失及び停止の申立てができることにした。

コメント 法律実務家からのコメント

弁護士（京都弁護士会） 小原路絵

1. 経歴等

私は、2002年に弁護士登録し、今年で14年目になります。

登録以来、京都弁護士会の子どもの権利委員会に所属し、主に児童福祉分野を自分のプロボノ活動の主なものにしていきます。児童相談所の相談を受けたり、昨年度まで、京都市子ども子育て会議の特別委員を務め、児童相談所の第三者評価や、児童虐待防止法28条による親子分離ケースや里親登録に対する意見を述べたりしていました。有志で家事法制研究会を主催し、家事事件の勉強を隔月でしています。また、京都弁護士会の家事事

件手続法のプロジェクトチームにも入っており、定期的に家庭裁判所と意見交換を行っています。

2009年には、日弁連の公益弁護士の留学支援制度で、ニューヨーク大学に客員研究員として一年間留学し、ニューヨークの児童虐待法制（Child Protective Service）を研究しました。

2. コメント

(1) 児童虐待について

日本においては、児童虐待の問題性が国民全体に浸透はしてきており、通告件数も毎年増え続けています。他方で、死亡事例が無くならないという現状もあります。

また、弁護士として相談を聞いていると、児童相談所に虐待扱いされ、親子分離されたという親からの相談もあります。

日本の児童相談所は、親子分離が必要だと判断すれば、まず親の同意の下、施設委託などの措置を行います。同意が得られない場合は、児童福祉法 28 条で裁判所の許可を求めることになります。親子の再統合を目指す場合は、児童相談所と親との関係をあまり悪化させない方がその後の関わり等がスムーズにいく場合が多く、児童相談所の子どもの保護の場面では、常に親との関係が問題になります。一時保護をしている場合でも、親との面会や連絡、教育の場面など、常に親の意向と子どもの保護との対立の問題が生じます。

日本は上記 28 条の場合は司法審査を必要としますが、一時保護は児童相談所の判断で行うことができ（延長可能だが、原則 2ヶ月の期間制限あり）、どこまで司法審査を経なければならないかの検討は必要ではないかと思います。NY では 3 日を超える一時保護は司法審査が必要でした。

NY 州では、2 年位（直近 22ヶ月のうち 15ヶ月以上フォスターケアに措置された子ども等）を目処に、再統合するのか、里親と養子縁組させるなどして、親子関係を終了させるかの判断を裁判所が行っていました。日本の場合、これより長期化するケースも多いです。子どもの身分関係の安

定のためにはどちらが望ましいのか難しいと思います。

また、NY州では、虐待通告されると、州の記録に残り、今後の就職等にまで支障を来します。そのため、冤罪で通告がなされた場合などの抹消請求手続などが問題となっていました。

(2) 子の監護を巡る調停等の実態について

近年、父親の育児参加も広まり、離婚した夫婦の子を巡る争いが増えています。面会交流の申立も多く、かつてはそこまで面会交流に積極的でなかった裁判所も原則面会で調停や審判に臨むことが多いです（民法改正もあり）。

かつては、母性優先や継続性の原則が親権や監護権の争いで考慮されることが多かったですが、近年はフレンドリーペアレントルールの考えを採用した審判例も増えていると感じています。

連れ去り別居の場合でも、最初の連れ去り形態が問題にされ、子の引渡等で、連れ去った現監護親（母親のことが多い）から、非監護親に戻すよう判断された審判例も増えていると感じています。

以 上