

中国における協議離婚制度の現状と課題

——子どもの権利保障の視点から——

賈 悦*

要 旨

中国の協議離婚制度の発展を見てみると、行政管理から自己決定の尊重へと立法理念の変化がみられる。2003年の「婚姻登記条例」の改正時、婚姻当事者の権利保護とその意思の尊重を基本理念として、協議離婚手続が大幅に簡易化された。この改正は離婚率を押し上げた。特に、協議離婚手続での離婚件数が大幅に増加した。これに伴って、偽装離婚、軽率離婚、片親家庭の貧困化などの問題が顕在化している。近年、離婚増加現象をめぐり、協議離婚制度の再検討、離婚要件を厳格にする議論がある。

一方、子どもの権利が見直されることによって、親の離婚で傷つけられた子どもの利益をどのように保護するかが注目されている。現行協議離婚制度では、子どもの処遇をめぐる問題は、父母の話し合いによって決められる。父母は合意した内容を協議離婚届書に記載、提出し、婚姻登記機関の審査を受ければ、協議離婚が有効に成立する。しかし、婚姻登記機関は協議離婚書に記載された内容を審査するにとどまり、実際に父母の合意した内容が子どもの利益にかなう内容かどうかの保障はない。このような大人主導の解決方法には、子どもの権利を侵害する恐れがある。望まれるのは子どもの利益を実質的に担保する仕組みである。

本稿は、いかに子どもの利益を守るかという視点で、中国協議離婚制度の概要及び問題点を整理し、協議離婚制度に現れた子どもの利益が十分保護されていない実態と原因を探るうえで、協議離婚制度で、子どもの権利保障の必要性を指摘する。

目 次

- I はじめに
- II 中国における協議離婚制度の概要及び問題点
- III 協議離婚制度における子どもの権利保障の欠点
- IV 終わりに

I はじめに

改革開放政策の実施によって、中国の経済は著しく発展してきた。それに伴って、社会状況も大きく変化した。また、70年代末期に実施された「一人っ子」政策は、家族規模を縮小させ、家族関係や人々の家族意識にも変化をもたらした。特に、親や祖父母の愛情を一身に受けて育った一人っ子は、夫婦間の意思疎通または協調性が求められる家庭内において、軽微なトラブルが生じるだけで、婚姻関係の解消に至ることが珍しくない¹⁾。近年、80年代に生まれた一人っ子の離婚をはじめ、離婚件数の増加が社会問題として注目されている。中

* カ エツ 法学研究科民事法専攻博士課程前期課程

2016年10月7日 推薦査読審査終了

第1推薦査読者 鈴木 博人

第2推薦査読者 野澤 紀雅

国の民政部の統計によると、2005年から、離婚件数が年々上昇している。2014年に、367.3万組の夫婦が離婚手続をし、千人当たりの離婚率は2.7%である。そのうち、民政部门で協議離婚した夫婦は295.7万組で、裁判離婚は67.9万組である²⁾。また、離婚率の上昇に伴い、子どもをめぐる紛争も激しくなった。北京市高級人民法院の統計によると、2014年に、全市の少年法廷³⁾は第一審、二審で未成年者に及ぶ各類型の事件を2153件審決し、そのうち、扶養探望類型（養育権、面会交流権をめぐる事件）事件は973件で、全体の約45.1%を占めている。これは前年度比約27.3%の上昇である⁴⁾。また、北京市第一中級法院の調査によると、子どもの扶養をめぐるケースで、88%以上の当事者はお互いに子どもの養育権は自らに属すると主張している⁵⁾。

父母の離婚で一番傷つけられているのは子どもである。離婚により子どもは父母両方の養育を受けるとい日常生活を乱され、生活環境も大きく変化するため子どもはネガティブな感情に陥りやすくなる。また、父母は子どもと離婚問題を話合う機会を設けず離婚後子どもと交流しなくなる場合は、子どもは父母に捨てられた感覚や、喪失感も強くなる。このような離婚が子どもに与える悪影響を最小限に食い止めるため、離婚時、子どもを親と平等な人間とし、離婚について子どもの意見を聞き、離婚後の子どもへの養育責任の維持、定期的な子どもとの面会交流により子どもの心理的満足を満たすことが重要である。そして、親が離婚する際、離婚後の子どもの処遇をめぐる問題を子どもの利益を念頭に置いて決めることが大切である。

中国では、離婚手続には協議離婚と裁判離婚があり、裁判離婚に関しては、調停前置主義を取られているため、調停離婚も認められている。協議離婚手続の中で、夫婦離婚の意思や離婚の効果である財産分与と子どもの養育の取り決めについて、婚姻登記機関による尋問を経て、審査を受けてか

ら、協議離婚証の交付を受ける。しかし、婚姻登記機関の審査は離婚当事者の提出した書類に基づき行われるので、果たしてこの審査が子どもの利益を十分に保護しているのか疑わしい。

本稿では、中国における協議離婚制度の概要及び問題点を整理する上で、協議離婚において、子どもの処遇をめぐる問題点を指摘し、協議離婚制度の下で子どもの利益を守るにはどうすべきかを議論したい。

Ⅱ 中国における協議離婚制度の概要及び問題点

1. 中国の離婚制度の概要

(1) 離婚実態

中国では、1980年に「婚姻法」を改正する際、破綻主義⁶⁾が採用されてから、離婚率の上昇傾向がみられる。1980年から2014年にかけての35年間で、離婚数は34.1万組から363.7万組と著しく増加した。特に、2003年以来、離婚件数は年々増加し、

表 中国2001年～2014年千人当たり離婚率の統計表

項目 年度	離婚数 (万組)	その内訳 (万組)		千人当たりの 離婚率 (%)
		協議離婚	裁判離婚	
2001年	125	52.8	72.2	0.98
2002年	117.7	57.3	60.4	0.90
2003年	133.1	69.1	64	1.05
2004年	166.5	104	62.5	1.28
2005年	178.5	118.4	60.1	1.37
2006年	191.3	129.1	62.2	1.46
2007年	209.8	145.7	64.1	1.59
2008年	226.9	160.9	65.9	1.71
2009年	246.8	180.2	66.6	1.85
2010年	267.8	201	66.8	2.0
2011年	287.4	220.7	66.7	2.13
2012年	310.4	242.3	68.1	2.3
2013年	350	281.5	68.5	2.6
2014年	363.7	295.7	67.9	2.7

2014年には、千人当たりの離婚率が2.7‰に上がった。2003年から2014年まで10年間の婚姻及び離婚の推移は、表のとおりである。

離婚件数を、協議離婚と裁判離婚の離婚種類別にまとめると、1984年から2003年の19年間で、行政部門で離婚登記手続が行われたのは全体の約40%を占めた⁷⁾。2003年「婚姻登記条例」の公布によって、離婚手続が簡易化され、協議離婚件数は大幅に増加した。2003年には、133.1万組の夫婦が離婚し、2002年より15.4万組、率にして1年間で13.1%も増加した。特に、協議離婚は、2002年より11.8万組増加し、1年間の増加率は20.6%であった⁸⁾。

近年、「離婚」に対する社会世論が変化し、離婚自体は肩身がせまいものではなくなった。特に、一人っ子の婚姻観は、子どもや家族の評判のために、不幸な婚姻生活を我慢するより、破綻している婚姻生活から脱却し、新たな幸福を追求するというもの変わった。そして、離婚の方式について、離婚当事者の意識には「裁判で争う」より、「話合って仲良く別れる」という変化が見られ、協議離婚を選ぶ人が多くなってきた。2004年、2005年には協議離婚の件数がそれぞれ全離婚件数の62%、66%を占めており、協議離婚件数が裁判離婚の2倍以上になっている。2008年ごろの協議離婚件数は裁判離婚件数の約1.4倍になっていて、2014年は約2倍になっている。話し合いによる離婚及び離婚の条件を決めるという離婚方法が多くの当事者に受け入れられたといえる。

一方、裁判離婚も緩やかな増加傾向がみられる。女性は学歴などの格差が男性と縮小し、活発な社会進出に伴って女性は男性に頼らずに生活を営むことができるようになった。そのため、女性から積極的に離婚を提案することが増加した。しかし、女性がDV、浮気、賭博などによる不幸な婚姻を我慢せずに終わらせるための離婚がみられる⁹⁾。

また、近年、若い人の離婚率が高くなっている。80年代以後に生まれた一人っ子の「閃婚・閃離

(すなわち電撃婚・電撃離婚)が多発している。社会問題として注目されている。一人っ子は家族で唯一の宝物として、父母や祖父母の愛情を注がれながら育てられたため、自らの婚姻生活で生まれる問題をどのように解決するかがわからず、問題が発生するとすぐ離婚する傾向があると批判される。

(2) 離婚の種類と手続

現行婚姻法は、離婚手続について、当事者の合意による協議離婚¹⁰⁾と裁判所が介入する裁判離婚に分けて定めている。

① 協議離婚

協議離婚とは夫婦双方が自らの意思に基づいて離婚を望み、かつ離婚の条件について合意に達し、婚姻登記機関の審査を経て、婚姻関係を解消する方法である¹¹⁾。行政部門である婚姻登記機関の決定により離婚が成立するため、協議離婚は登記離婚、または行政離婚とも呼ばれる。

② 裁判離婚

裁判離婚とは、夫婦が離婚問題について合意に達しない場合、または離婚そのものについては合意に達したが、子どもの養育、財産分与などについて合意ができない場合、夫または妻が人民法院に離婚を請求し、人民法院が調停または判決で婚姻関係を解消する方法である¹²⁾。

現行「婚姻法」32条①項は、「夫婦の一方が離婚を要求する場合は、関係部門が調停を行うか、または直接人民法院に離婚訴訟を提起することができる」と定めている。この規定に基づき、夫婦の一方が離婚を要求する場合、関係部門による調停を行うかまたは直接裁判所の審理により離婚することができる。

関係部門による調停離婚は、離婚提訴前に行われるものであり、離婚の際の強制的な必須手続ではなく、関係部門の調停を経ずに直接離婚訴訟を起こすこともできる。関係部門とは、主として婚姻当事者の勤務先、当該地域の大量団体、村民委員会(農村部)・居民委員会、人民調停委員会など

である。中国は従来調停で婚姻紛争を処理する慣習があるため、関係部門による調停によれば離婚紛争の処理を当事者の仲を損ねず問題解決でき、また当事者が審判を受けやすい。そして、当該地域の関連組織は紛争の状況についてある程度把握できるため、当事者が争う問題点をめぐり調停しやすく、迅速かつ適切に紛争を解決できる¹³⁾。

関係部門の調停を通して、普通は3種類の結果がもたらされる。第一に、調停で離婚紛争が解決され、夫婦が再び婚姻関係を維持することである。第二に、調停で当事者双方が離婚について合意に達し、かつ子どもの養育、財産分与など意見がまとまり、婚姻登記機関に離婚登記を行うことである。第三に、調停無効で、当事者が人民法院に訴訟を起し、人民法院の審理により離婚紛争が解決されることである。

裁判離婚において、離婚訴訟が提訴された後、人民法院により調停を行わなければならないと規定されている（「婚姻法」32条）。裁判官の調停により、当事者が和解の合意に達すれば、裁判官が和解の合意を記録するか、原告が訴訟を取り下げるかによって、離婚訴訟を終結させる。離婚について協議が成立すれば、人民法院が調停の内容で離婚調停書を作り、当事者に発給する。当事者間の協議が成立しないとき、人民法院が法により判決を下す。

2. 現行法における協議離婚制度

協議離婚について、「婚姻法」31条は「男女双方が自由意思により離婚を望む場合には、離婚を認める」と定め、「双方は、婚姻登記機関¹⁴⁾に出頭して離婚を申請しなければならない。婚姻登記機関は双方が確かに自由な意思に基づいていること、並びに子ども及び財産問題に対してすでに適切な処理を行っていることが調査により明らかであるときは、離婚証を発給する」と規定している。さらに、協議離婚の方法については「婚姻登記条例」（下記「条例」という）に詳しく定められている。

(1) 協議離婚の要件

まず、協議離婚申請の当事者は、婚姻登記を行った夫婦でなければならない。婚姻登記をしていない事実婚の当事者は、協議離婚を申し出ることはできない。そのため、離婚登記する際、婚姻登記機関に結婚証を提出して合法的な夫婦であることを証明しなければならない。また、離婚は重要な身分行為であるため、協議離婚を申請できるのは当事者のみに限られ、いかなる第三者も一方または双方の代理人になることはできない。

また、離婚は重要な民事行為であるため、離婚当事者はともに完全な民事行為能力を有している場合のみ協議離婚することができる。当事者一方が民事行為無能力者または制限行為能力者である場合、婚姻登記機関は登記離婚を受理しない。（「条例」12条）したがって、夫婦一方が民事行為無能力者または制限行為能力者の場合、離婚は裁判離婚によらなければならない。また、完全民事行為能力は、申請時に具備されなければならないとされている。

さらに、離婚合意は当事者の自由意思によりなされたものでなければならない。その意思は真実なものであり、かつ一致しなければならない。離婚の合意を欠けている場合、離婚登記をしてはならない。

その他、離婚は夫婦関係を解消するだけでなく、子どもの養育、夫婦財産の分割、債務の弁済等いろいろな面に影響を与える。当事者が離婚そのものについて合意していても、子どもの養育や財産分与等離婚の諸効果について争いがある場合には、協議離婚は適用されない。

(2) 協議離婚の手続

「婚姻登記条例」の規定により、離婚登記手続は申請・審査・登記の三段階に分かれている。

① 申請

上述の協議離婚の要件を具備している場合、夫婦両当事者がそろって一方当事者の常住戸籍所在地の婚姻登記機関に出頭し、離婚登記の申請を行

わなければならない（「条例」10条）。当事者のいづれかが出頭及び申請できない場合には、協議離婚はできず、裁判離婚にならざるを得ない。

協議離婚の性質は、婚姻当事者が自らの意思に従って、婚姻解除することである。これを証明するため、両当事者は本人が婚姻登記機関に出頭しなければならないとしている。また、環境や状況によって、意志や考え方が変わる可能性があるため、婚姻登記員は当事者との面談を通して、当事者の離婚意思を審査し、離婚の効果である財産分与や子どもの養育について真意で協議に至ったことを確認する事が必要である¹⁵⁾。

申請する際に、①戸籍登録簿¹⁶⁾と居民身分書¹⁷⁾、②結婚証、③協議離婚書を提出しなければならない（「条例」11条①項）。

戸籍登録簿と身分証明書は当事者の身分を証明する書類である。戸籍登録簿と身分証明書に記載された内容と当事者の現状が一致していない場合、協議離婚届を提出してはならないとされている。

協議離婚書は、当事者の真意によるものでなければならず、本人の署名を必要とする。また、協議離婚書には、夫婦双方が自らの意思で離婚を望むことの意味表示を明記し、子どもの養育、財産分与等の協議した内容を記載しなければならない。

離婚の効果は夫婦関係の解消だけでなく、子どもの養育、債務の弁済などにも及ぶため、夫婦が離婚する際には、離婚合意の他、離婚の効果である諸事情についても合意に達しなければならない。つまり当事者は離婚協議書を提出し、離婚について熟考したうえで、子どもの処遇や財産の分与等について十分な協議をなさなくてはならない。また、婚姻登記員は、協議離婚書の審査の時点で当事者の離婚意思等を判断することもできる¹⁸⁾。

当事者は、離婚に関する協議事項が多いため、協議離婚書を事前に起草し、婚姻登記機関に提出しなければならない¹⁹⁾。婚姻登記員が協議書の内容を審査した後、当事者が協議離婚書に署名する。これは当事者に離婚意思と離婚に関する諸事情、

及び自分の真意に基づいて作成した協議書であることを確認させるためである。

② 審査

婚姻登記機関は、当事者からの離婚申請に関して、「婚姻法」と「婚姻登記条例」の規定に基づいて審査しなければならない。

具体的には、婚姻登記員は、当事者の離婚意思について別々に尋問し、協議離婚書の内容について確認しながら筆録すること、そして当事者に筆録内容を確認させてから、署名させることである。離婚当事者が真実の離婚意思や子どもの処遇及び財産分与について合意に達したと婚姻登記員が判断した場合、当事者に「申請協議離婚登記声明書」を記入させ、指紋を押させる。

③ 登記

婚姻登記員の審査により、申請が離婚登記要件に合致していると認められた場合には、直ちに離婚登記を行い、「離婚証」を発行して当事者に交付する（「条例」13条）。

婚姻登記機関は、審査により申請が法的要件に符合していない場合には、離婚登記を認めず、書面により登記を認めない理由を説明しなければならない。

3. 協議離婚制度の問題点および議論

協議離婚は、当事者の自由意思に基づいて離婚を成立させるため、当事者が裁判でお互いの過ちを責めることなく、落ち着いて離婚の諸事項を決め、対立が激化することを避けられる。また、コストが低く、当日に離婚手続が終わるため、協議離婚手続は一番利用されている。しかし協議離婚制度は当事者の離婚の自由、意思自治を保障できる制度と評価できる一方、離婚家庭の中の弱者に対する保護が不十分で、意思表示が真実でない方の配偶者や選択権利のない未成年者について、何の救済手段を用意していないという指摘もある²⁰⁾。以下、協議離婚制度のいくつかの問題点について検討する。

(1) 婚姻登記機関の審査権が明確でないこと

「婚姻登記条例」などの法規定は婚姻登記機関の審査権が実質的なものかどうか明らかに規定していない。「婚姻登記条例」第5、7条によると、婚姻登記員の審査は主に当事者の提出する書類の審査と当事者への尋問になるが、実務上、書類の審査は一般的な注意義務の履行で足りる。また、「婚姻登記条例」は法的要件に合致する当事者に対し各種の登記手続を行うのを規律するための条例であるという性質上、離婚は民事行為、そして、離婚登記は民事登記であり、婚姻登記機関は法に依り登記責任を履行すること以外には、協議離婚当事者に対して行政的職権を行使する権限はない。したがって、協議離婚における審査は実質的な審査ではなく、形式的な審査にとどまる。

そして形式的な審査にとどまるため、実務上、仮装離婚、離婚協議をめぐる紛争が多く、離婚協議内容が実施しにくいなどの問題がある。例えば、一人っ子政策を避けるためや生活最低保証金、立ち退き補償金を受け取るため、いったん協議離婚をした後、復縁する。この間、夫婦は以前と同じように同居生活を継続することがよくみられる。当事者が自らの意思に基づいて離婚を望むという離婚意思は協議離婚において中核的な問題である。しかしながら、形式的な審査だけでは、当事者の離婚意思を十分に判断できず、軽率離婚が多発している。また、片方の配偶者は離婚をしたくないが、もう片方の配偶者に騙されたり、脅かされたりして、真実ではない離婚の意思を表示したり、また、子どもの直接養育権を手に入れるため相手のすべての条件の承認など、公平性を欠く離婚内容に至ることが多い。

現行「婚姻登記条例」が改正される前の「婚姻管理登記条例」には婚姻登記機関に実質的な審査権が与えられていた。すなわち、当事者の離婚審査から離婚決定まで1か月の審査期間を置くこと、協議離婚の内容は婦女や子どもの合法的権益の保護に利するものでなければならぬこと、離婚登

記の内容が真実でなく離婚を騙取した場合に、罰金を科すこと（「婚姻管理登記条例」第15条、16条、25条）などの措置をとった。しかし、離婚自由の保障という原則に合わせるため、これらの措置は削除された。近年、軽率離婚を防ぐため、婚姻登記機関に仮装離婚への罰金を科すという実質的な審査権を与えるべきであると主張する学者もいる。

(2) 熟慮期間を設けないこと

2003年「婚姻登記条例」を改正する際、当事者のプライバシーを尊重し、当事者が離婚の合意に達するまで十分な熟慮がなされているとの推測がされ、「婚姻管理登記条例」に規定していた1か月の審査期間を削除した。しかしながら、婚姻や離婚は重大な身分行為の変化をもたらす行為であり、離婚は当事者の婚姻を解消するだけでなく、子どもや両当事者の家族にも深い影響を与える。さらに、成熟した大人であれば、離婚についてじっくりと考えたうえで離婚を申請するだろうと思われるが、婚姻生活中にも様々な問題が生じ、日常での些細なことによる一時の衝動にかられて、早期離婚を目指すこともよく見られる²¹⁾。2006年、北京市では2万4952組の夫婦が離婚登記した。そのうち、5分の1の夫婦は婚姻関係を3年以上維持できなかった結婚1年以内に離婚するのが970組で、さらに結婚1か月以内に離婚するのが52組もある²²⁾。また、杭州市民政局の統計によると、2011年から2015年にかけて、復縁率は上昇傾向にあり、2015年に4404組の夫婦が復縁し、婚姻登記数の6.9%を占める²³⁾。そのうち、熟慮せずに離婚をし、3か月～6か月を過ぎて、離婚が間違いだったと気づいた人も多かったという。

このように、日常生活の中での夫婦喧嘩によって、反省や解決策を模索しないまま、離婚による早期決着をさせる人が少なくない。また、衝動離婚で、離婚後の子どもの養育など十分考慮せずに離婚合意に達することで、後悔する人もいる。そのため夫婦に婚姻の価値の考え直しを促し、冷静

に離婚及び離婚後の諸事情を考えさせるため、協議離婚手続に熟慮期間を設置するべきとの考えが有力説となっている。

(3) 離婚教育を欠いていること

裁判離婚と違って、協議離婚は、調停前置主義をとらず、離婚合意の内容はすべて当事者に委ねられている。婚姻登記員も当事者に簡単な尋問をするが、離婚協議書の書き方や離婚の効果、離婚後子どもとの交流をどう保つか、また離婚登記後損害賠償が請求可能かなど離婚に関する情報をすべて提供しているとはいいがたい。

実務上、離婚の効果を明確に知らないまま離婚協議書を作成し、離婚紛争を起こす事例がしばしばみられる。とりわけ子どもの養育をめぐる争いがよく生じる。離婚後の子どもの親権について、「婚姻法」及び「民法通則」では離婚後の父母による子どもの共同監護を原則として定めている。しかしながら、長期間に及ぶ封建的意識の影響や、法的知識を欠いていることから、子どもを直接養育しないと、子どもとの関係を切り放されてしまうと思ってしまう人も少なくない。そのため、子どもの養育権は父母双方、さらには祖父母が争う対象となりやすい。これはもし離婚登記を申請するとき、婚姻登記機関が離婚後の親の権利や責任、または養育費の内容や取り決めの方法等の情報を当事者に提供していれば、このような問題がある程度避けられるだろう。重慶市の三つの地域の登記離婚制度における児童権益保障状況の実証調査の結果、婚姻登記機関が離婚協議書の見本を提示したり、本人の代わりに離婚協議書を書いたりするサービスは、子どもの利益保護にとって大きな力を発揮するとの指摘がある²⁴⁾。

また、現行法は離婚で権益に損害を受けた当事者の一方に、救済規定が置かれている。例えば、「男女双方が協議離婚後一年以内に、財産分与について覆し、財産分与を変更または取り消すと請求するとき、人民法院は受理すべきである」(「婚姻法」司法解釈(二)9条)、「当事者が婚姻登記機

関で離婚登記手続を済ませ、「婚姻法」の規定に基づき人民法院に損害賠償請求を提起する場合、離婚登記手続を行った1年以内に提出すべきであり、当事者が協議離婚の際、明らかに当該請求を放棄する場合、法院は支持しない」(「婚姻法」司法解釈(二)27条)。これらの規定は当事者が婚姻登記機関で協議離婚する際、当事者の合意は婚姻登記機関の形式的審査しか受けなため、協議形成過程で詐欺、脅迫されていたなどの場合は、協議の内容に対する法の保証が欠けているため、一定の司法救済措置がなされるという²⁵⁾。しかしながら、すべて当事者が上記の内容を把握しているとは言えないため、法の規定を知らずに司法救済を逸することもあるだろう。

(4) 子どもの利益が十分に保障されていないこと

父母の離婚で子どもは大きな影響を受けるだろう。離婚で一方の親と離れて生活せざるを得ないなど、子どもは不安を抱き、失望しやすい。しかし、現行法は協議離婚手続中、子どもの利益を十分考慮しているとは言えない。協議離婚の際、離婚当事者が子どもの直接養育権、養育費、面会交流など子どもの養育をめぐる問題に一致意見を得なければならないことを要求するが、この一致意見は子どもの利益にかなわなければならないと明文しておらず、行政部門には両当事者の意見を子どもの成長に有利なものか、実行可能性があるものか、または「婚姻法」の規定に合致するものかなど実質的審査することも要しない。そのため、実際、子どもが財産を得るための道具、または相手への怒りの矛先を向ける手段として利用され、子どもの健康な成長に不利な協議内容が履行されることがある。

また、離婚後の子どもの養育について、「婚姻法」や「未成年保護法」の規定によると、裁判離婚や調停離婚の際、意思表示できる子どもがいる場合子どもの意見を考慮したうえで、総合的に判断しなければならないとしている。実務上、多く

の場合、10歳以上の子どもの意見を聴聞する。一方、協議離婚の場合、子どもの意見聴聞は必須ではなく、離婚事項はすべて当事者によって決められるため、実際多数の父母は子どもの意見を聞いていないと指摘されている²⁶⁾。

(5) 婚姻登記員が専門性を欠いていること

「婚姻登記工作規範²⁷⁾」は、婚姻登記機関に専門的な婚姻登記員を配置すると規定している（「婚姻登記工作規範」23条）。婚姻登記員は「婚姻法」「婚姻登記条例」など関連法律を熟知していなければならない。そして、婚姻登記員は少なくとも2年ごとに、区を設置する市以上の人民政府民政部門が行う業務能力研修に参加し、業務能力審査に合格しなければならない。婚姻登記員研修合格証明を取らないと、婚姻登記手続や当事者への審査など当該条例25条に定められ婚姻登記員の職務に従事してはいけない（「婚姻登記工作規範」26条、24条）。しかし、現場では人手が足りないため、多くの婚姻登記機関でしかたなく仮の職員として業務能力審査を合格していない人を雇用しているという実情がある。また、資金不足のため、研修の時間も限られてしまう。そのため、仮の職員は研修合格後全員が職務に就くことができないといわれる。さらに、職員の流動性が大きいため、婚姻登記員は業務を途中で引き継ぐことが多い²⁸⁾。したがって婚姻登記員が足りず、専門性に欠けているため、協議離婚書に子どもの養育費支払いについて記述されていない離婚合意の場合も十分な審査ができないという問題もある。

離婚は身分関係を解消する重大な行為であるため、慎重に考えたうえで行うべきであるが、両当事者は怒りや失望、憎みといった負の感情により、離婚のことを公正に考えることは難しいだろう。その時、第三者から離婚に伴う夫婦の権利義務や親子の権利義務、または家族関係の重要性などについて心理的、知識的な支援が必要である。しかし、前述したように、婚姻登記員が法の規定を熟知していない場合、当事者に適切なサポートを提

供するのが難しいだろう。また、法的知識だけでなく、例えば父母の離婚に巻き込まれた子どもの感情、気持ちの変化など子どもへの心理的な支援も重要だろう。これらは婚姻登記員だけでは心もとなかろうと思われる。

Ⅲ 協議離婚制度における子どもの権利保障の欠缺

1. 子どもの権利保障

1989年に国連総会で採択された「子どもの権利条約」は、子どもを大人と対等の人格を有する「人」とし、生存の権利、発達の権利、自由の権利、保護の権利、参加の権利という五つの基本的権利を規定し、そして「親の第一義的養育責任」原則（18条）を確立した。離婚後の親子関係について具体的には、「子どもの最善の利益」、「定期的に父母と人的な関係及び直接の接触を維持する権利」、「意見表明権」等と定めていた。中国法も「子どもの権利条約」の原則に基づいて、離婚後の親子関係において、子どもは教育を受ける権利、父母と交流する権利、意思表明権があると法により規律している。

「婚姻法」36条に、「親子関係は離婚によって解消しない。離婚後、父母は子どもに対して養育と教育の権利と義務がある」と規定している。また、最高人民法院が公布した「中華人民共和国民法通則」の貫徹執行に関する若干問題の意見」21条は、「離婚後、子どもと共同生活をしている親は、他方の親の子どもに対する監護権を取消することはできない」ことを原則として、「子どもと共同生活をしていない親が、子どもに犯罪行為、虐待行為又は明らかに子どもに不利な行為をした場合には、監護権を取消することができる」と定めている。そして、解釈上子どもに重大な権利義務関係が生じた場合には、父母の双方が共同して法定代理権を行使しなければならないと解されている²⁹⁾。これらの条文によって、現行中国法は、離婚後父母の共同監護を原則としている。子どもと親の血縁関

係は父母の婚姻解消によって消滅しない。離婚後、子どもは父または母のいずれか一方の親に直接養育されていても、両方の親からの養育、教育、保護を受ける権利がある。子どもにとって父母の養育を受ける権利は、子どもが家庭で有する最も基本的な権利で、これは子どもの生存及び発達の前提とされている³⁰⁾。

また、離婚後、両親の一方が子どもを養育する場合、他方は必要な生活費と教育費の一部または全部を負担しなければならない。（「婚姻法」37条）。離婚は、未成年の子どもの養育の形態を両親の共同養育から単独養育に変える。そして子どもを養育している親の経済的な不足を防ぐために、法は直接に子どもを養育していない親の他方が一定の養育費を支払わなければならないと定めている³¹⁾。これは以下のような背景がある。一般的に婚姻継続中は、多数の父母が子どもに優れた成長環境を提供するのが当然だと考え、一人っ子を大事に育て、他の子どもに負けないように習い事をさせるなど、子どもの育成にかかる費用が家庭日常支出の大部分を占めている。しかし、離婚による父母の経済上の分離によって、共同で子どもを養育できなくなり、また子どもを一人前の人間として成長させることが父母の共同利益でなくなる。そのため婚姻中にしていた子どもの養育費用の優先的な支出も、離婚後の父母の自身の利益追求によりされなくなってしまふ。すると同居親が他方親の養育費支払いを拒否する、または非同居親が養育費を支払わないなどにより、子どもの日常生活と学校生活に直接影響を与えてしまっている。

養育費が物質の面から子どもの健康成長を支える一方、非同居親との交流をすることは子どもの精神的発達を支える。「子どもの権利条約」の影響を受け、離れて暮らす親と子どもの定期的な接触や交流、親子の絆を維持することは、子どもの健全な成長発達にも資することである³²⁾という認識が共通認識になっている。父母双方との交流を保つことは、子どもの家庭喪失感を軽減させ、父母

の離婚による心理上の傷を癒すため、子どもの心身発達に有効であるとされる。一方、非同居親は子どもとの交流を通して、子どもの近況を知り、親として子どもの養育に参加したいという気持ちを満たせる。「婚姻法」38条に、離婚後、子どもと一緒に生活しない親は探望権（すなわち、日本法にいう面会交流権）を持ち、同居親は協力義務がある。しかし、探望権の行使が子どもの心身に悪影響を及ぼすとき、探望権を中止することができると定め、離婚後の親と子どもの面会する権利を規定している。

さらに、子どもは完全な民事行為能力を具備していないが、日常生活中及び父母離婚のときに自分の意見を表す自由と権利がある。子どもが自分の意見を陳述する権利は子どもの権利主体の根本的な表現とされている。

2. 子ども利益の軽視をもたらす原因

前述するように、協議離婚の際、子どもの処遇についてはすべて父母に委ねられている。これは、父母が子どもにとって最も親密な人で、親という特性から、子どもの健康成長に一番よい決定を与えるだろうと考えられたからである。しかし、父母が離婚の際、常に子どもの利益保護の立場から、冷静に子どもをめぐる問題を話し合うとは考えにくい。実際、多くの父母は自分の立場から子どもの養育事項を取り決めている。とりわけ、父母の争いが激しい場合、子どもの存在が相手方への復讐の手段になっていることもしばしばみられる。協議離婚において、父母が子どもの利益の軽視をもたらす原因を探求すると、主に以下の二点が考えられる。

(1) 伝統的な家族観念の名残り

中国の伝統的な社会は宗法社会で、古くから家父長の支配的地位が確立されていた。そして、儒教思想に基づく家族制度のもとで、「孝・悌」を根本的な家族道徳と説いて、「孝」を子どもの行為基準として、子どもは父に背いたりしてはいけない

とし、親子の主従関係を確立した。伝統的家族制度のもとで、子どもは親の前では「不敢有其身，不敢私其財」であり、親は子どもの人身処分権、婚姻決定権、教令権と送罰権を持ち、原則として子どもは私財を有してはいけないとし、子どもの独立人格と意思はほとんど無視されて、子どもは父母の私有財産とされていた。

また、従来の中国では、家族の利益が最重要視されていて、子孫はただ家族の血脈を受け継ぐ道具であるとみなされ、個人の利益と家族の利益が対立した場合、家族の最大の利益の実現を前提としなければならなかった。そのため、子どもの意思を無視して、家族のために婚姻を結ぶこともよくみられた。このような子どもは父母の意思に従わなければならないという観念は今でも人々に影響している。全国婦人児童連合会と「中国婦人報」が1997年から1998年にかけて行った「子どもの権利調査」で、「子どもは学校、社会、家庭において権利を持つ」と思う成人は32.54%³³⁾しかおらず、「棒打出孝子」（厳しくしつけるからこそいい子どもに育つ）に賛成する人は31.33%³⁴⁾を占めている。また、上海市婦人連合会が行った「上海地区児童権利の家庭保護研究」のサンプル調査で、「子どもは自分の所有物で、子どもをどのようにしつけるか他人に関係ない」、「子どもの成長のために、子どもを殴ってもいい」と思う親がたくさんいると指摘されている³⁵⁾。

社会の発展につれて、父母は徐々に子どもがよく育つためには、子どもを厳しくしつけるのではなく、子どもを自分と同じような人間として尊重し、子どもの声を聴き、子どもの視点から子どもを理解するのが大事であると認識されてきた。しかしながら、依然として子どもを独立した人として教育、尊重されておらず、親だからこそ子どもに対して何をしてもいいという考え方が未だに存するとみられる。特に離婚の時、このような考え方が顕在化している。一部の父母はよい生活を追求するため、子どもを軽視し、離婚で子どもとの

関係を切り離そうとして、養育権や探望権を放棄する場合もみられる。

(2) 一人っ子政策の影響

1980年代に実施した一人っ子政策は、中国の伝統的な家族構造に大きな変化をもたらした。家族規模がだんだん縮小され、核家族が家族の形態の主流となった。そして、改革開放政策の実施によって、女性の社会進出が活発化している中で、夫婦共働きの家族が多くなったため、祖父母が子育てを手伝うことが多くなった。現在中国において、「4 + 2 + 1」モデルが家族モデルの主流となっている。すなわち、一人っ子同士が結婚して、子どもを産んで、結婚した男女のそれぞれの父母（子の祖父母）が協力してともに子育てすることが多い。そのため、離婚の際、夫婦間で離婚合意に達しても、祖父母間で子どもを奪い合うトラブルが頻発している。普段から子どもの養育に携わっているうちに、子どもと深いつながりが生まれ、子どもとの関係を夫婦の離婚で断絶したくない祖父母がたくさんいる。また、特に男性家族にとって、子どもは自分の家を受け継ぐ人であり、どうしても子どもを手放したくない祖父母もいる。そのため、離婚の際、子どもの意思を度外視した子どもの奪い合いがよくある。

3. 協議離婚における子どもの養育をめぐる問題点

前述するように、協議離婚の際、婚姻登記員は離婚当事者が提出した協議離婚書を審査して離婚を判断する。しかし、婚姻登記員は審査する際、父母が提出した書類を主として審査しているため、父母の子どもの処遇に関する同意は真意で達したのか、その内容は子どもの健康的な成長に適うものなのか、また父母協議の内容は履行可能性のあるものか等一切審査せず、子どもの事項の記載の有無だけを確認している。これは、父母が子どもの養育をめぐる争いを引き起こす火種となる恐れがある。

最高人民法院の統計資料によると、2011年、全国人民法院は一審で離婚事件を120万6476件新受し、その内養育関係紛争が4万8042件であったが、2014年に5万539件に増加した。そして、蘇州市中級人民法院が2006年から2008年に審理した養育費紛争、養育関係紛争事件の調査によると、2006年から2007年にかけて、子どもの養育をめぐる事件数は18.3%増加した。そして、子どもの養育者をめぐる紛争に対するサンプル調査122件のうち、協議離婚が69件で、全体の57%を占める。離婚1年以内で未成年者の養育で争いを起こし、訴訟を提起するのが23件で、全体の19%を占める。その内、1か月以内に養育者変更を提訴する親もいる³⁶⁾。また、北京市第一中級人民法院が2002年から2009年に審理した400件の養育費をめぐる事件の内、60件は協議離婚の際、協議した養育費の額が不合理であったため生じた紛争である。そしてこの類型の紛争は明らかに増加傾向がみられるという³⁷⁾。これらの統計は地方裁判所が管轄している事件に基づいて行った調査で、一面性があるものの、協議離婚のときの当事者の協議離婚内容への実質的審査の欠如や当事者へのサポートの不足が原因で生じた養育問題によって、子どもが再び父母の離婚の争いに巻き込まれることがあるといえるだろう。

協議離婚において、子どもの養育者の取決めや養育費の支払い、探望権の実施方法等はすべて親の協議によって決定する。父母は親の責任を認識していない場合や離婚に迫りつめられてすぐ協議を終わらそうとする場合、または法規定を十分理解しない場合、子どもの利益を軽視して、自分の立場から離婚合意を行いやすくなる。以下、この三つの問題について検討したい。

(1) 父母の合意が未成年者の利益を損なうこと

一つ目の問題は、父母の合意が未成年の子どもの利益を損なうことである。一部の離婚当事者は長く離婚に関わると、早く婚姻関係を解消するために無条件で子どもの養育費について譲歩したり、

子どもの直接養育権を得るために自分が養育費の全部または大部分を負担し、相手方に対する養育費請求権を放棄したりする。現行法は、直接養育する親は一人で子どもを養育する経済能力があり、子どもの健康的な成長に悪影響がないとき、他方親への養育費支払請求権の放棄を認めている。そのため、少なくない親は離婚のとき、子どもと他方親の関係を断つため、他方側の養育費も財産分与もいらぬとして、子どもを独立養育しようとした。また、父母が協議した内容はほぼ父母の法的知識に基づくため、法律の規定を正しく理解していないで、合意した内容が子どもに悪影響を与えることもある。これに関しては、次のような裁判例³⁸⁾がある。

「事案I」X（原告）とY（被告）は父子である。2008年1月、Xの母であるAはYと協議離婚の際、次のように協議している：①XはAによって直接養育する、②Xの教育費、医療費はAが負担する。生活費について約定はない。

しかし、Aは定職がなく、そして長い間病気を患っているため、一人でXを育てることが難しい。そのため、XはYに2012年3月からXが成人するまで、毎月生活費300円を支払い、教育費、医療費の半分を負担し、2年間の生活費7200円を支払うよう、法院に申し立てた。

YはAと協議離婚の際、生活費について協議しておらず、そして教育費、医療費はすべてAの負担になるとの合意に達したから、Xに対し養育費支払い義務がないと主張した。

法院はX、Yの主張した事実を認定したうえで調停を行った。X、Yは、2012年8月からXが成人するまで、毎月15日にYは生活費150円を支払い、教育費、医療費は合法的な手形で半額を出すことに達した。

離婚後子どもの養育費の負担については「婚姻法」37条が定めている。すなわち、子どもを直接に養育していない親は、他方親が養育している子どもに必要な生活費と教育費の全部または一部を

負担しなければならないとしている。負担額と内容は父母の協議によるとしている。また、「婚姻法」司法解釈（一）21条は、養育費は子どもの生活費、教育費、医療費等の費用を含むと詳しく規定している。そして、父母が養育義務を履行しないとき、未成年者は養育費を支払うように要求する権利がある（「婚姻法」21条③項）。日常生活中、前述の判例のように、養育費の定義について詳しく知らなかったため、協議を形成する過程で、養育費を生活費だけと誤解したり、教育費の分担など詳細に規定しなかったりして、子どもが今までより経済的、あるいは教育の面で不利益になることは多い。

離婚後、子どもが非同居親との関係を維持し、子どもが父母の離婚によって非同居親の愛情を受けられる機会を失わないようにしている。一方、子どもを養育していない親が子どもへの心理的需要を満足し、子どもの勉強、生活状況などを理解し、子どもの養育に参加するため、2001年に「婚姻法」を改正する際、探望権が明文化された。しかし、本来親子感情の交流を促すことを主旨とする探望権は、父母協議離婚の際、お互いの利益を引き出す、取引の道具になっていることもある。

実務上、探望権を放棄することがよく見られる。例えば、婚姻生活における親同士の恨みが深いとき、子どもを引き取った親は他方の親とかかわりたくないため、養育費請求を放棄するとともに他方親に探望権を放棄させたり、または非同居親は新しい生活を迫るため、自ら子どもと交流することを放棄したりすることがみられる。子どもは非同居親との交流を通して、親の離婚による心理上の傷が癒されるため、両方の親との関係を維持することが子どもの健康的な成長に良い影響を与えるという趣旨から、父母が協議した探望権放棄の内容は、子どもの利益を侵害すると思われ、子どもの成長にきわめて不利益である。

(2) 不合理な協議離婚内容が子どもをめぐる対立を激化させていること

二つ目の問題点は不合理な協議離婚内容によって、子どもが父母の二次トラブルに巻き込まれることである。一部の父母は同意の際、子どもの養育をめぐる問題を慎重に考慮せず、瑕疵があるまま協議内容に達し、その後自分の利益を保護するよう人民法院に起訴し、子どもをめぐる対立が激化することがみられる。例えば、新しく明文化された探望権についてある父母は探望権への認識が不足していて、離婚前の養育状態を保持するため、離婚のとき離婚後の子どもとの交流をいかにして実施するかについての相談をしないまま、財産分与、子どもの直接養育者などの問題について協議が合意に達した場合、後日に探望権をめぐる問題を引き起こす恐れがある。また、ある父母は協議中、非同居親に探望権があると確認したが、具体的にいつ、どこで子どもに会うか、また面会を実施するとき、子どもをどのように引き取るかなどを明確に相談しなかったため、離婚後面会を実施するとき、非同居親は自分が探望権を持つからといって、自分の都合で子どもに会いに行き、子どもの日常生活に影響を及ぼしたり、同居親が協議内容の不明確さを理由に相手方の探望権の要望に応じなかったりすることがよく見られる。

「事案Ⅱ³⁹⁾」X（原告）とY（被告）は2001年1月に、Yが子どもAの直接養育権を取り、Xが探望権を持ち、そして1か月に4回以上子どもに会えるとの合意に達し、協議離婚した。離婚後、Xは2001年1月、2月、4月、6月、8月、10月、11月、12月及び2002年1月にAと面会交流を11回実施した。しかし、XYは面会交流の時間と方式について一致意見に達せず、これをめぐってよく論争した。

2002年2月7日にXは人民法院に提訴した。Xは離婚後、協議離婚で達した内容で子どもと面会交流をしようとしていたが、Yはさまざまな理由で阻害し、自分の探望権を侵害したと主張した。

そこで、Xは次の2点を請求した①探望権の時間について毎月2回、1回は1～2日に子どもとの面会をし、そして探望権の方式も調整する②Yに精神損害5000元を賠償する。一方、Yはいつも積極的にXとAの面会交流に協力しており、Xの主張と理由は事実と一致しないと主張した。

人民法院は、「XYは離婚したとしても、子どもを養育、教育する権利と義務がある。子どもと一緒に生活していない親は探望権を持ち、他方の親は協力する義務がある。そのため、Xの探望権についての請求を支持する。具体的には、2002年4月から、毎月第2、4週の土曜日の9：00～17：00にXはAと面会交流を行う。そして、面会交流を実施するとき、朝9：00にYはAをXが住んでいる住宅の入り口に送り、17：00にXはAをYが居住している宿舎の入り口に送る」と判決を下し、その他の請求は棄却した。

このように父母が離婚のときに探望権の内容を曖昧に決めたことにより、その後、実施可能性を欠くため繰り返して訴訟を起こすこともある。離婚後、父母の関係が子どもをめぐる争いで悪くなる傍ら、子どもは一緒に生活していない親から愛情を受け、交流する権利さえも奪われてしまう。子どもの心身に深い傷を与える。

(3) 子どもの意思表示権が確保されないこと

「未成年者保護法」第14条に、「未成年者の父母または監護者は未成年者の年齢及び知力発展状況に応じ、未成年者の権益に関する決定をする時、未成年者に知らせたうえで、未成年者の意見を聞くべきである」と定めている。そして、第52条に「人民法院が離婚事件を審理する時、子どもの養育問題に関する事件は、意思を表明できる未成年者の意見を聞き、子どもの権益保障原則および双方当事人の具体的状況に基づいて離婚問題を判断する」と規定している。また、「子女扶養意見」第5条に、「父母双方が満10歳以上の未成年子女に対し、どちらと生活を共にするかで争いが生じた場合には、子女本人の意見を考慮しなければならない

い」として、離婚時、子どもの直接養育権の帰属についてのサンプル調査で、10歳以上の子どもの意見を聴取するケースが全体の63%を占めている。そのうち、多数の事案では子どもの意見に基づいて判決を下したという⁴⁰⁾。

一方で、協議離婚の場合、子どもの養育をめぐる問題は父母が一致意見に達すればよい。離婚紛争がほとんどなく、冷静に離婚の諸事情を決め、子どもと相談しながら決める父母もいる。しかし、離婚問題でいらだつ父母が子どもの養育者を取り決めるとき子どもの意見を聞くことは難しいだろう。また、離婚は当事者の問題で、子どもに関係ないと思う人は少なくない。そのため、離婚の過程を子どもに何も知らせず、親の離婚についての意見をも聞かないまま離婚した後に、子どもにもう他方の親に合えないことを伝える親もいる。父母の合意を尊重する協議離婚において、子どもの意思表示権が十分に保護されているとはいいがたいだろう。

(4) 小 括

協議離婚制度の趣旨は、当事者の意思を尊重し、離婚の自由を保障することである。そのため、子どもを抱える父母が協議離婚の際、離婚後の子どもに関する諸事情を父母の主導で決定してしまう。すると、離婚の際、父母が協議した内容が真意により形成されていない内容であっても、また子どもの利益に適わない内容であっても、父母の離婚に何ら影響も与えない。したがって、子どもへの影響を熟慮せずに親の立場から子どもの養育問題を決めてしまったために、離婚にかかわらず、子どもの経済的保障である養育費を放棄したり、子どもとの面会交流を拒絶したりなど子どもの利益を犠牲にして離婚合意に達してしまい、子どもを深く傷つけてしまうことがみられる。また、「未成年者保護法」や「婚姻法」は子どもの意思表示権を定めたにもかかわらず、養育者や探望権の実施方法などを決める時、直接子どもの意見を聞かずに、親が一方的に子どもの成長にかかわる事項を

決め、子どもの意見を尊重しないこともみられる。さらに、たとえ養育費や面会交流の実施について合意に達したとしても、実際実施中に子どもを隠したり他方親の悪口を言ったりして子どもと他方親の関係を破綻させたり、または生活が貧しいから子どもの養育費の支払いを拒否したりすることもみられる。現行法は、子どもの利益を保護するという原則を置いているけれども、離婚自由の保障という原則の下では、父母の離婚の諸事情に対する決定権のほうが大きいといえるだろう。つまり離婚に直接関係している子どもの権利が十分保護されていない。親の離婚の自由と子どもの権利の保障をどのように調整するかが今後の中国協議離婚制度の抱える課題であろう。

IV 終わりに

1. 中国の協議離婚制度が抱える課題

中国における協議離婚制度は離婚当事者の離婚の自由を十分に保障する制度である。当事者は離婚の合意があれば婚姻登記機関に出頭すれば、迅速に離婚ができる。そして夫婦はお互いに自らの判断に基づいて離婚を決め、当事者の自己決定権が尊重される。協議離婚制度はまさに中国の婚姻自由原則を具体的に表したものである。

しかし一方で、子どもがいる場合、制度設定上、子どもの利益と大人の利益が同等に考慮されていない。父母は子どもの代理人として子どもの利益にかなうような判断を下すと想定されており、子どもについての事項はすべて父母に委ねられ、国は親の達した合意にほぼ手を出さないのが現状である。協議離婚では、行政部門が父母の合意した協議書に審査する制度を設けているが、行政の性質や権限の問題で、審査は形式的にとどまっています。実際に子どもの利益保護に役立っていない。

中国は「子どもの権利条約」の締約国の一つであり、「子どもの権利条約」の署名に伴って、子どもの権利保障に関する法律を整え、子どもの優先の原則を形成してきた。子どもの優先の原則は子

どもが権利の主体であること、「子どもの最善の利益」に似ているが、根本的な違いがある。子どもの優先の原則は子どもの利益と大人の利益が衝突したとき、子どもを優先的に保護することを主張している。すなわち、子どもの優先の利益という権利は大人に参照して優先的に保護を受ける権利である。これは父母の権利体系を超えることなく、父母の権利のもとで子どもの権利の優先的地位を考慮すると指摘されている。子どもを大人と対等な権利を持つ人間として扱い、子どもの権利保障を考える必要がある。とりわけ、離婚後子どもの処遇をめぐる問題について、子どもの独立した主体性を確認し、さらに「子どもの最善の利益」の指導に則って、子どもに関する問題を定めることが大事である。

離婚において、父母の利益と子どもの利益が衝突する場合がしばしばみられる。特に父母を中心にしていてる制度であるが故、親の離婚のために子どもの両親から養育を受ける権利、両方の親と交流を保つ権利まで犠牲にされることもある。このため、離婚問題を解決するとき、子どもの権利を保護するよう、子どもの離婚における権利の主体的地位を確立することが必要である。そして、父母の離婚の自由と子どもの利益の保障の均衡が取れるような協議離婚制度を構築するのが、これからの中国婚姻法の一大課題であろうと考えられる。

2. 日本との比較において

中国と同じで、日本の協議離婚制度は、当事者の自由を最大限に尊重したもの⁴¹⁾と評価される。すなわち、夫婦は離婚について合意に達成すれば、離婚届に署名して、戸籍機関に提出することで、離婚が成立となる。また、離婚後の諸事情も父母の話し合いによって取り決められる。近年、協議離婚制度改革の議論において、離婚の効果の実行性の確保、とりわけ「子どもの措置」の問題の重要性が指摘されている⁴²⁾。

離婚後の子どもの措置について民法766条に規定

がおかれている。2011年児童虐待防止に向けた親権制度見直しに関する民法改正が行われた際、面会交流及び養育費分担義務が明文化され、「子どもの利益」が解決基準であると明記された。民法改正を受けて、離婚届の用紙に面会交流、養育費についての取決めの有無のチェック欄が書き加えられた。しかし、届書の面会交流欄と養育欄のチェックは届出要件でもないし、受理要件でもないため、チェックしなくても離婚届は受理される。また、チェックするだけでよいから、父母は子どもの養育について合意に達したか、また父母の合意に実行性があるかどうかの審査を受けない。中国と同じように、親が離婚の合意を形成する過程で、子どもの権利は実際何も保障されていない。離婚の際に未成年の子どもの福祉のために、子どもの利益を実質的に担保する仕組みが望まれる。

そして、中国と同じように、日本も「子どもの権利条約」に批准したにもかかわらず、儒教の強い影響のもと、子どもが親の私有物とする考え方が人々の意識に残り、西ヨーロッパの諸国のように子どもを独自の人格を持つ人間としてとらえることが十分にされていない。とりわけ離婚問題において、父母が主導して解決している中、子どもの権利主体性が認識されておらず、子どもが大人と同じような人間として平等に離婚問題の議論に参加させることへの認識がまだ欠けている。

一方、近年、中国では子どもの権利論の展開に伴い、離婚後の親子の問題処理において「子どもの最善の利益」を「婚姻法」に取り込むべきとの主張が積極的になされているのに対して、日本は、「子どもの権利条約」への対応が消極的であると指摘がある⁴³⁾。特に、2011年に面会交流および養育費を明文化して以来、子どもの権利論をめぐる議論が弱まっている。とりわけ面会交流について、面会交流権の子どもの権利性を明確にしないまま、面会交流の合意を形成する過程や面会交流実施中のサポートが盛んに議論されてしまっている。面会交流の子どもの権利論が弱まっていく原因及び

子どもの権利保障のための面会交流を権利として確立することの必要性に関する詳細な検討は、今後の課題としたい。

- 1) 朱擘「中国」(床谷文雄・本山敦『親権法の比較研究』、日本評論社、2014年) 302頁
- 2) 民政部「2014社会服务发展统计公报」<http://www.mca.gov.cn/article/sj/tjgb/201506/201506008324399.shtml> 2016年6月14日アクセス
- 3) 1999年北京市基層法院は少年法廷を作り始め、未成年者の利益に関する類型の民事事件をまとめて審理し始める。2006年に、北京市第二中級法院、第一中級法院に未成年者総合審理法廷を作り出した。さらに、2013年、北京市高級人民法院に未成年者事件総合審理法廷を作った。未成年者に関する事件の審理を専門化とするものである。
- 4) 趙徳雲、劉靖靖、宋莹、陳軼「少年法廷扶養探望類家事事件研究—北京法院の調査に基づいて」(『予防青少年犯罪』2015年5月) 18頁
- 5) 中国法院網「北京一中院召開“未成年子女扶養問題”新聞通報會」<http://www.chinacourt.org/article/detail/2016/04/id/1843572.shtml> 2016年7月14日アクセス
- 6) 中国における破綻主義と日本における破綻主義は違うものである。中国にいう破綻主義は感情の破綻で、すなわち主観的破綻主義をとっている。
- 7) 夏吟蘭『離婚自由と制限論』、中国政法大学出版社、2007年、40頁
- 8) 田嵐「中国改革開放後の離婚率及び離婚方式探析」(『比較法研究』第6期、2004年) 36頁
- 9) 馬致遠「透視弱者層—中国婦女の生活状況及び權益保障」(『長安大学学报』vol.5, No.3, 2003年9月)、57頁
- 10) 中国の学説は、協議離婚を広義の協議離婚と狭義の協議離婚に分ける。広義の協議離婚説によると、協議離婚とは夫婦が最終的に協議の形で婚姻解消することを指す。すなわち、登記離婚、関係部門による調停離婚は協議離婚に含む。狭義の協議離婚説によると、協議離婚とは夫婦が離婚意思及び離婚の効果に関する諸事項で合意に達し、そして行政機関である婚姻登記機関に届出る離婚方法である。本文にいう協議離婚は狭義の協議離婚を指す。
- 11) 王洪『婚姻家庭法』、法律出版社、2002年、159頁

- 12) 余延滿『親族法原論』, 法律出版社, 2007年, 326頁
- 13) 王前掲書, 164頁
- 14) 中国では, 戸籍機関と婚姻登記機関が分かれている。戸籍機関は公安部が主管するのに対して, 婚姻登記機関は政府機関である民政局が主管している。
- 15) 「婚姻登記条例」編集組『婚姻登記条例知識問答』, 法律出版社, 2003年, 80頁
- 16) 戸籍登録簿は戸籍関係を記載する法定証明書である。戸籍簿には, 各人の姓名, 生年月日, 性別, 住所, 出生地, 戸主との関係, 婚姻状況, 常住戸籍所在地, 居民身分書の番号等を記載している。婚姻, 離婚, 養子縁組などの事由により戸籍の変更が生じる時, 戸主または本人が戸籍登記機関に変更登記の申告をする。
- 17) 居民身分書は, 中華人民共和国の国民の身分を証明し, 国民の合法的權益を保障, 社会秩序を維持するため発行した法的証明書である。
- 18) 「婚姻登記条例組集組」前掲書(注14), 87頁
- 19) 婚 前掲書, 88頁
- 20) 夏吟蘭『離婚自由と制限論』, 中国政法大学出版社, 2007年, 122頁
- 21) 夏吟蘭「中国登記離婚制度に対する評価と反省」(『法学雑誌』, No.2, 2008年) 16頁
- 22) 『三秦都市报』2007年3月6日
- 23) 杭州市人民政府 http://www.hzmq.gov.cn/www/cms_atricle_view.jsp?site 2016年7月2日アクセス
- 24) 陳葦, 石雷, 張維倉「登記離婚制度実施中児童權益保障状況の実証調査」(『西南政法大学学報』Vol.18, No.1, 2016年2月) 118頁。学者が重慶市で甲, 乙, 丙3区を選んでサンプル調査を行なった結果, 甲区の婚姻登記機関に離婚協議書の様式のサンプル3部を提示し, そのうち1部サンプルには「教育費, 医療費双方半分ずつ負担する」という内容があるため, 乙区, 丙区に比べれば, 甲区では明確に教育費と医療費を分担すると約束する人が多い。乙区の婚姻登記機関は離婚協議書の代筆サービスを提供するため, 甲区, 丙区より探望権を約束する人が多い。
- 25) 最高人民法院民事審判第一庭『最高人民法院婚姻法司法解釋(二)理解と適用』, 人民法院出版社, 2015年, 126頁
- 26) 夏 前掲書(注20) 300頁
- 27) 「婚姻登記工作規範」23, 24, 25, 26条参照
- 28) 陳, 石, 張 前掲論文(注24) 120頁
- 29) 岩井伸晃『中国の家族法と関係諸制度』, 株式会社テイハン, 2000年, 142頁
- 30) 曹賢余『児童最大利益下の親子法研究』, 群衆出版社, 2015年, 18頁
- 31) 円谷峻, 趙莉, 陳愛武 [他]「中国における親と子の法律問題: 日本・中国家族法シンポジウム」, (『明治大学法科大学院論集』Vol.15, 2014年11月) 112頁
- 32) 棚村政行『面会交流と養育費の実務と展望』日本加除出版株式会社, 2014年, 5頁
- 33) 郝衛江「児童の權益は国民の意識のあり方—児童權利条約公衆調査報告」(『当代青年研究』, No.3, 1999年) 38頁
- 34) 郝 前掲論文, 39頁
- 35) 楊雄, 賀蒼中, 陳建軍「上海地区における児童權利に関する家庭保護の影響要因の分析」(『当代青年研究』, No.8, 2007年) 8頁
- 36) 「離婚家庭における未成年者の保護の強化—江蘇省蘇州市中院が未成年者の養育監護に関する調査報告」, 『人民法院報』, 2009年6月25日
- 37) 許婧「未成年子女養育費に関する紛争案件の調査」(『貴州警官職業学院学報』, Vol.2, 2010年), 96頁
- 38) 2014年11月24日最高人民法院が公布した未成年者審判工作典型判例98例 <http://www.chinacourt.org/article/detail/2014/11/id/1491301.shtml> 2016年7月8日アクセス
- 39) 北大法宝判例庫 http://www.pkulaw.cn/case/pfnl_1970324836999532.html?keywords=%E6%8E%A2%E6%9C%9B%E6%9D%83%E7%BA%A0%E7%BA%B7&match=Exact 2016年7月10日アクセス
- 40) 趙莉「離婚案件における未成年子女の養育権の帰属になる問題及び対策—南京市六家基層法院四年(2011-2014年)離婚紛争案件判決書為様本」(『中華女子学院学報』, Vol.1, 2016年2月) 29頁
- 41) 水野紀子「日本の離婚における法規制の在り方」(『ケース研究』第262号) 5頁
- 42) 緒方直人「協議離婚制度の改革」(『戸籍時報』第694号) 40頁
- 43) 佐々木健「ドイツ親子法における子の意思の尊重」(1) (『立命館法学』第302号, 2015年4月) 297頁