

中国における離婚後の共同監護の 現状と課題（2・完）

——「養育権」の法的性質に対する検討を中心に——

周 孜 孜

目次

はじめに

一、中国における離婚後の監護と法的根拠

二、共同行使原則の実現方式——直接養育者の決定を中心に

（一）養育権について

- 1 一方直接養育または交替養育
- 2 一方直接養育の場合における養育者の決定原則
- 3 交替養育の注意点

（二）養育費と面会交流について

（三）二つの養育パターンと主流的な養育パターン

三、離婚後の子の養育における非直接養育者の参加

（一）非直接養育者の権利義務

（以上、本誌189号）

（二）非直接養育者の異議提出

四、監護制度と離婚後の養育制度の整理

- （一）1950年婚姻法における離婚後養育の位置づけ
- （二）1980年婚姻法：親権内容のより明確化
- （三）1987年民法通則が施行後の離婚後養育と監護
- （四）2001年一部修正婚姻法：共同監護の理念へ
- （五）民法典：婚姻家庭法が民法へ

五、学説における直接養育に関する議論

- （一）親権・監護権説
- （二）扶養義務説
- （三）生活監護説
- （四）共同生活説

おわりに

(二) 非直接養育者の異議提出

(二)の直接養育しない側は異議があるときの処理方法については、中国における離婚後の共同監護に関する公式な実態調査が行われていないため、離婚後の共同監護が当事者間でどのように合意されているかを分析することは困難である。しかし、判決において当事者間で争われた事項や裁判所の処理方法を分析することで、中国における離婚後の共同監護の実態の一部を把握することは可能であると考えられる。離婚後の養育に関する事項については、前述した(一)父母双方の合意が必要であることと法律上明文で双方の取扱いを区別規定されていることを除けば、特別な規定がないため、これら以外の事項については、やはり共同監護の一般原則が守られていると考えるのが妥当であろう。ただ法律上、両当事者がどのように共同監護を行使すべきかは規定されていないため、以下では、中国の実務における共同監護の実態を明らかにするために、父母の提起した訴訟と離婚後の養育に関する人民法院の対応に関する判決をまとめた。ただし、判決の分析から注意すべき点は、直接養育していない親が、子の朝食やおやつなど、子への影響が小さい事項の決定については、大きな異議を唱えないことが考えられる。他方、非直接養育親がこれらの事柄に異論を唱えたとしても、一般的には裁判に持ち込むことはなく、非直接養育者が訴訟を通じて自分の意見を表明する必要があるのは、一部の重大な事項に限られると推測することができる。しかし、これらの事例を分析すれば、非直接養育者を救済する必要があることも明らかである。

①(2020)遼01行終591号

【事実の概要】2013年9月2日、X男(原告・上诉人)がC女と離婚し、子BはCが養育することが決められた。2019年7月18日、CはDと婚姻し、C、Bは瀋陽市××工街に転居した。2019年8月22日、Bの母CはY教育局(被告・被上诉人)にBの転校を申請し、仮住まい人口登録証明書(受付期間

は2019年8月16日)、住宅賃貸登録届出証明書、居住証明書、戸籍本、身分証明書、結婚証明書、離婚協議書、労働契約書、瀋陽市××南区第二小学校の学籍情報の書類を提出した。2019年8月27日、Y教育局は「瀋陽市皇姑区小学生学籍異動受理証明書」を発行した。その内容は「濁南二小学校学生B、学籍番号xxxxであり、転居申請のため、省市の関連学籍管理の関連規定によって入学条件に合致し、A小学校に学籍管理プラットフォームに登録して電子学籍を処理してもらう」である。そこで、2019年9月2日、BはA小学校に入学した。XはY教育局、A小学校がBを受け入れてA小学校に転入するのは違法であるとして訴訟を提起した。

第1審は、「⁽⁵¹⁾小中学生学籍管理弁法」第3条第5項、「⁽⁵²⁾中華人民共和国義務教育法」第12条、「⁽⁵³⁾遼寧省義務教育段階学生学籍管理弁法実施細則」第13条第3項、「⁽⁵⁴⁾遼寧省教育庁弁公室の義務教育段階における学校学生の転校に関する通知」「遼寧省教育庁の義務教育学校における生徒の転校のさらなる改善に関する通知」という規定に基づき、Y教育局は被訴行政行為を行う法定職権を有していると判断した。具体的に、本件では、XとCが離婚した後、子BはCによって養育され、BがCに従って瀋陽市に転居したため××工街に居住するため、Bが転校を申請するのは前述の状況に合致する。Bの戸籍所在地は××瀋陽市、CはBが非戸籍所在地の学校に転入するために提供した申請資料がそろっており、Y教育局は相対的に近い入学の原則に基づいてA小学校を指定してBの転校を受け入れる行為は適切であるため、Xの訴訟請求に対して、第1審法院は棄却した。XがCを本件の第三者に追加することを申請する請求については、法に基づいて根拠がなく、許可しないとした。「中華人民共和国行政訴訟法」第69条の規定に基づき、原告Xの訴訟請求を棄却すると判決した。

上訴人Xが以下の理由で上訴し、一審判決の取り消しと、被上訴人Yが発行した「瀋陽市皇谷区小学生学籍異動受理証明書」の取り消しを請求した。一審の判決に事実の誤認がある。本件の審査対象は、CがBの転校を処理する過程で、被上訴人Yが行政権限を行使して作成した「瀋陽市皇谷

区小学生学籍異動受理証明書」である。本件の司法審査は、被上訴人Yが審査監督責任を果たしたかどうかを見極めるべきであり、すべての証拠は、Cが被上訴人Yの学区に出稼ぎ労働者の安定した居住地があることを証明するものではない。一審において法律の適用に誤りがある。被上訴人Yが発行した「瀋陽市皇谷区小学生学籍異動受理証明書」は、事実の根拠と法的根拠がなく、「教育部弁公庁の2019年一般小中学校の学生募集入学に関する通知」6、8規定に違反し、2019年非瀋陽戸籍の基本方針の子供と出稼ぎ労働者に伴う児童の入学と転校の基本方針に準拠していないなどの理由である。

【判旨】 棄却。第2審の審理の過程で、上訴人は裁判所に民事判決書(2019遼01某民初11538号)などを含む新しい証拠を提出し、上訴人が第三者Bの法定監護者であること、第三者A小学校及びCの原因で法定監護権を失ったことを証明しようとした。ただし、第2審法院は、上述の証拠に対して、本件の訴えられた行政行為と関連性がないとし、それに加え、原審が認定した事実と、適用した法律には問題がないとして、上訴を棄却した。

②(2015)穗越法少民特字第1号

【事実の概要】 申請人Xと被申請人Yは元々婚姻関係にあり、娘Aがいたが、夫婦関係が破綻し、民事調停により離婚し、Aは申請人Xが直接養育し、YはAが18歳に達するまで毎月養育費を支払っていた。2014年、Aは父親Yを探して新聞に搜索願を掲載し、その内容は2011年7月から、YはAと連絡を取っていない。2014年、XはYに対し、養育費を求める強制執行を申し立てた。その後、XとAはカナダ移住を希望したが、カナダ移民局は、カナダ移住には監護者全員の署名が必要であると申請人に伝えた。これを機に、原告Xは、被告であるYが監護者としての基本的な義務を果たしていないとして、YのAに対する監護権を取り消す命令を人民法院に申請した。

【判旨】 棄却。人民法院は、子の同居当事者は、相手方が子に対する監護権侵害行為を行わない限り、監護権を取り消す権利を有しないが、被監護者

にはそのような行為はなかったとし、申請人の相手方監護権取り消し申立には明らかな移住的偏見があり、監護権取り消しに関する立法の趣旨から明らかに逸脱しているとした。したがって、被監護者の監護権を取り消すための法律上の要件を満たしておらず、また、被監護者が子にとって明らかに不利であるという申立人の主張を裏付ける証拠が不十分であるとして、申立は棄却された。

③(2017)魯1391民初495号

【事実の概要】原告Xと被告Yは、2007年に婚姻し、2010年に長女A、次女Bを出産したが、2015年にBが胸郭不全症候群及び先天性口蓋裂と診断され、2016年にXとYが離婚調停をし、Aは原告Xが直接養育するが、2018年3月1日までは被告Yが一時的に養育すること、BはYが直接養育するが、2018年4月2日まではXが一時的に養育すること、上記養育期間中の養育費は各自負担することで合意した。その後、XはBに対し、2016年10月20日までに養育費として5万元、治療費として3万元を一括で支払った。離婚後、当事者はBの治療病院の選択、治療費の負担、治療期間、双方が治療に付き添うか否か等について意見が対立し、XはYに対し、北京C病院での治療にBだけでなくXも付き添うことを求め、Yが治療に付き添うことに同意しない場合は、Xに6万元を前払いすることを求めた。一方、Yは、Bは現地のD病院で治療を受けるべきであると考えており、Xが北京C病院での治療を選択することを主張する場合は、Yは1万元を前払いし、残りは実費で精算することを主張する。Xがどうしても北京のC病院で治療を受けたいと言うのであれば、Yは1万元を前払いし、残りは実費精算する。当事者は合意に達することができなかった。その後、原告Xは、被告YがBの治療費の負担を拒否し、Bの心身の健康に無関心であり、もはやYの直接養育者にふさわしくないとして、Bの直接養育者をXに変更し、被告が養育費を支払うことを請求した。

【判旨】棄却。原告と被告は、離婚後に子を養育する権利と義務を有し、

養育関係を変更するかどうかは、双方の具体的な事情を考慮し、子の健全な成長、学習、教育に資する観点から判断すべきである。そして、人民法院の調査から、YはBの治療にはなく、治療プログラムに異議がある。人民法院は、第一に、北京のC病院と地元のD病院は同レベルの病院であり、どちらの病院で治療を受けても、Bの利益を害することはないとした。次に、Xは、離婚時に治療費として3万元をYに支払っており、手術費用の見積もりの方が高いことを根拠に、YがXに6万元を前払いすることのみを求めたが、C病院が勧めた手術費用は1万元であったというXが提出した証拠と矛盾しており、人民法院は、Xの請求には合理的な理由がないと判断した。また、Xは、YがBの健康に無関心であったという適切な証拠を提出しなかった。以上の理由により、人民法院は原告の請求を棄却した。

④(2016)豫0105民初18131号

【事実の概要】原告Xと被告Yは結婚して娘Aをもうけたが、2011年に原告と被告は離婚し、娘Aは被告が直接養育し、毎年冬休みと夏休みに原告と子が同居することになり、具体的な時期については原告と被告が協議した。しかし、実際には、幼稚園の時期のAは、原告と被告の居住地を行き来していたが、小学校からのAは、被告Yの両親と同居している。Xは、AをYの両親のもとで育てることになり、Yは監護教育義務を果たさず、Yの両親は高齢でAの面倒を見ることができず、Yの母親はクリスチャンであることから、Aの世界観や人生観等に影響を与えることになるとし、Aの養育者をXに変更することを求めた。

【判旨】棄却。人民法院は、原告と被告は離婚に際して、娘の状況や生活実態をあらゆる角度から十分に考慮し、Yとの同居を自主的に選択したものであり、被告の養育環境に実質的な変化はないこと、原告は養育者を変更する法的な事由があることを証明する証拠を提出していないことなどを理由に、原告の請求を棄却した。

⑤(2019)粵1972民初18837号

【事実の概要】原告Xと被告Yは離婚に際して、娘AをYが直接養育し、養育費を支払うことで合意したが、面会交流については協議しなかった。離婚後、Xは2年間Aと会っておらず、Aとは月に2回ビデオ通話をする程度である。YはXにAとの面会を求めているが、Yは様々な理由をつけて拒否している。Yは、Xが父親としての義務を果たしていないこと、AがXとの同居を望んでいないこと、Xの宗教的信条が子の宗教的価値観の形成に影響を与えること等を主張したが、Xは人民法院がXに合理的な面会交流を与えるよう求めた。

【判旨】認容。裁判所は、本件を面会交流をめぐる紛争と位置づけた上で、婚姻法第38条に基づき、子の生活や学業に影響を与えることなく、かつYに事前に通知した上で、当事者間の面会交流の具体的な取り決めを行った。被告は協力すべきであるとした。

⑥(2019)雲23民申92号

【事実の概要】申請人Xは被申請人Yの父親であり、申請人Xが被申請人Yの母親であるAと離婚した後、YとAはXの同意なしにYが通うより良い学校を選択し、30,000元の高校選択料を支払った。その後、YがXの分担金を求めて訴訟を提起。一審、二審では、Xが再婚し、子を養育していること、また母親を扶養していることを考慮し、XはYに1万2,000元の支払いを命じられた。申請人であるXは、一審、二審の事実認定が誤っており、法律の適用も誤っているとして再審を申請した。

【判旨】棄却。婚姻法第20条の規定によると、養育費には子の生活費、教育費、医療費などの費用が含まれる。YがXに主張した費用は、法律で定められた給付すべき範囲に合致し、同校に入学することを選択したほうが子の健全な成長に有利である。そのため、Xの請求は棄却された。

⑦(2016)蘇01民終869号

【事実の概要】X(原告・上诉人)とY(被告・被上诉人)は結婚し、長男Aをもうけた。両者は離婚調停を行い、AはYが直接養育することで合意した。その後、Xは、Yが無断でAの退学手続きをしたため、Xの面会交流に支障をきたし、また、YがAを養育する間に子の性格が弱くなり、臆病になったため、AをXが養育するように変更するよう求めた。一審は、Xは、Yが養育義務を果たさず、Aを虐待していたことを証明するに足りる証拠はなく、また、Yとの同居によりAの心身の健康に悪影響があったことを証明するに足りる証拠もないとし、Xの請求を棄却した。よって、判決はXの請求を棄却した。その後、Xは判決を不服として上訴した。

【判旨】当事者間の離婚後、AはY及びYの両親と同居し、比較的安定した生活環境を形成しており、Xは、Yの養育能力及び養育条件が当事者間の離婚当時と著しく変化したことを認めるに足りる証拠を提出することができず、Yが養育義務を履行せず、Aを虐待し、又はAに真に悪影響を与えたことを認めるに足りる証拠はない。したがって、Xの養育関係変更請求は、法定の養育関係変更事由に該当しない。以上のことから、人民法院はXの請求を棄却する判決を下した。

⑧(2016)冀1026民初4009号

【事実の概要】原告Xは被告Yと結婚し、長女Aと次男Bをもうけたが、ABともYが直接養育することで合意して離婚した。しかし、離婚から約1カ月後、Xは勝手にAを退学させ、AをXのもとへ連れて行き、それ以来、AはXのもとで暮らしている。その後、Xは人民法院に対し、Aを自分が養育する旨の判決を求めた。

【判旨】棄却。夫婦の離婚後、子の養育の問題は、子の成長に有利であるという原則に従うべきである。本件では、子どもたちをYが直接養育することが当事者間で明確に合意されており、Xは、Yが子どもたちを養育する過程において、子どもたちの成長にとって不利な事実や理由があったことを

証明する証拠を提出しなかった。

⑨(2020)蘇0706民特102

【事実の概要】 申請人Xは被申请人Yと結婚し、2006年に子Aをもうけたが、子が5歳のときからYは犯罪を犯したと疑われ、身を隠して家族とも会わなくなり、子の監護者としての義務も果たさなくなった。XとYは2013年に調停により離婚し、Aの養育権はXが持つことになったが、その直後、Yは詐欺罪で有罪判決を受けた。Yは刑期を終えて出所した後、XやAと連絡を取ることはなかったが、Aは海外留学が必要であり、大使館の要請により、ビザ等の一連の手続きには監護者の署名が必要であった。Xは、Yの状況から見て、Yが各種手続きに協力できず、Aの就学や生活に大きな悪影響を及ぼすと考え、Yの監護者資格の取消しを申請した。しかし、2021年、Xは、Yに対する事件の取下げを書面で申立をし、人民法院はその取り下げを認めた。

以上の事案から、離婚後に父母双方訴訟を提起した紛争事項の4つの特徴を分析することができる。

第一に、紛争となった事項の重要性である。離婚後の養育について、直接養育していない側が大きく意見を異にする事項は、学校の選択（事例⑥）、転校（事例①）、退学（事例⑦⑧）、留学（事例⑨）、海外移住（事例②）、生命・身体に大きな影響を与える医療（事例③）、子の宗教観（事例④⑤）など、子にとって重要な事項であることが多い。一方では、子の朝食やおやつ決定など、生活上の小さな事柄については、子に与える影響が小さく、非直接養育者が大きな異議を唱えることがないためと考えられる。加えて、非直接養育者がこれらの事項に異議があっても、通常は裁判に持ち込むことはない。非直接養育者が訴訟を通じて意見を表明する必要があるのは、一部の重大な事項に限られる。したがって、裁判実務上、離婚後に親が養育費の変更を求めて裁判所に訴える主な理由のひとつは、子の戸籍の移動や就学な

ど、子の基本的な権利・利益に関する問題で争うためである⁽⁵⁵⁾。

第二に、紛争となった事項の複雑さである。これらの問題は、監護権、養育権、養育費、面会交流、さらには政府の行政処分の適法性、外国大使館の要求と一連の問題を含むことになり、直接養育者でない当事者が異議を表明する方法は通常5つあり、事例①の原告は行政訴訟、事例②⑨の原告は監護者資格取消訴訟、事例③④⑦⑧の原告は養育関係変更訴訟、事例⑤の原告は面会交流訴訟、事例⑥の原告は養育費訴訟を提起した。

第三に、紛争となった事項における請求が棄却される必然性である。人民法院が面会交流や養育費の具体的な規定に基づいて判断する訴えを除き、その他の提起された請求は、通常、法定の事由がないとして棄却されることが少なくない。例えば、事例⑤では、人民法院は原告の合理的な面会交流の要求に基づいて面会交流の取り決めを行った。事案⑥では、人民法院は、⑤⑥のほか、様々な要素を考慮して、申請者Xが養育に費やすべき費用を決定したが、事案②から事案⑧まで、原告の請求は、法定の事由がないとして棄却された。養育者の変更や監護者の取消しは、もともと離婚後の具体的な監護に関する父母間の意見の違いを解消するために設けられたものではないので、人民法院の棄却は不合理ではないと考えられる。養育関係の変更については、離婚後の子の養育が動的な過程であることを踏まえ、離婚時に決めた直接養育者という静的な分析が、時間の経過とともに大きく変化する可能性があることから、子の健全な成長に最も資するものに照らして、子との直接養育関係の変更を認めるべきであるとの配慮から規定が設けられている⁽⁵⁶⁾。監護者の取消し、すなわち民法典第36条については、監護者によって被監護者の利益が侵害されないように保護することを目的としている。直接養育していない親が子の養育事項に異議があるからといって、直接養育している親が養育者または監護者として、必ず子の健全な成長を害したり、子の利益を侵害したりすることにはならない。次に、直接養育者である親に何らかの不適切な監護行為があったとしても、法律は、被監護者の生活・成長に資する安定した環境等を考慮し、監護侵害と不適切な監護行為との混同を避け、被監

護者の健全な成長・基本的生存を著しく侵害する程度でなければ監護資格の取消しには極めて慎重である。したがって、これらの制度を利用して養育事項に不服があることを表明する親にとっては、その請求が棄却されることは必然だといえる。

第四に、紛争となった事項は、最終的に直接養育者である親が決定する可能性が高いということである。上記の事例からも明らかなように、実際には、直接養育者が子育てに関する事項をほぼ一方的に決定することができる。事例①は、行政法に定められた条件さえ満たせば、直接養育者が子の転校を一方的に決定できることを示している。事例②と③は、直接養育者が子を留学や移住させることができないのは、中国の法律が制限しているからではなく、外国大使館が監護者双方の署名を要求しているからである。事例④⑤では、子の宗教観が両親の実力行使に発展する可能性が高い。子と同居している直接養育者の方が子への影響力が大きいことは明らかである。事例⑦⑧の場合、元の直接養育者が引き続き監護権を行使し、子の就学を一人で決めることが考えられる。

(一)からわかるように、離婚後の非直接養育者の権利義務については、離婚した親の権利義務に関する規定から、非直接養育者が姓の変更や養子縁組の申出について拒否権を有することは推認できるが、それ以外の非直接養育者の権利義務については、ほとんど明確な規定がない。また、非直接養育者の民法典第35条の監護者としての権利義務は推認できるが、これらの権利義務が非直接養育者との関係でどのように行使されるかについては明確な規定がない。(二)から分かるように、非直接養育者は、離婚後の子に関する重大かつ複雑な事項について異議がある場合、養育者の変更、監護取消し等の訴訟を提起することができるが、これらの事項については、異議が法定の事由とならないため、必然的に請求が棄却されることになり、最終的に直接養育者が決定することになる可能性がかなり高い。

上記(一)と(二)はいずれも、離婚後の養育事項に関する紛争を体系的に解決する必要性を例証するものである。体系的解決の鍵は、共同監護の健全な

システムを確立し、その実現を保証することである。そうして初めて、父母が子の生活に適切に関与し、子の利益に真に有利な決定がなされることが保証されるのである。中国はすでに離婚後の共同監護制度を実施しているため、問題は共同監護制度をどのように実現するかである。上記の規定や事例からわかるように、中国の共同監護制度は、離婚後の一方養育制度によって空洞化する疑いがあるかもしれない。王が言うように、中国における共同監護の実情は、離婚後に父母が共同して監護を行使するのではなく、離婚後に子と同居する側が実際に子の教育・監督・保護の義務を行使しており、相手方が未成年の子の監護権を行使することは客観的に難しい実情にある⁽⁵⁷⁾。したがって、共同監護を実現するためには、一方養育制度による事実上の共同関与の空洞化から脱却しなければならない。では、なぜ中国の離婚後の共同監護制度は、離婚後の一方養育制度によって空洞化しているのだろうか。以下では、監護制度と離婚後の養育制度の歴史的展開を整理することで、その答えを探りたい。また、両者の関係発展から、中国の共同監護の実現方法を模索したい。

四、監護制度と離婚後の養育制度の整理

(一) 1950年婚姻法における離婚後養育の位置づけ

1 養育・教育の義務：理論上親権の代わりに、実質的に身上監護権、扶養義務

1949年に中華人民共和国が成立した後、社会主義に対する当時の認識の影響を受け、法学理論は私法を認めなかった。私法概念と理論は親権制度の法理の基礎であり、私法を認めない以上、親権は言うまでもなく認められない⁽⁵⁸⁾。そのゆえ、婚姻法では、親権に代わり、「父母と子の間の関係」という概念が設けられた⁽⁵⁹⁾。父母と子の間の関係についてさえ権利という言葉を使わず、養育と教育の義務(婚13条)、責任(婚20条)と定義されていた。それ

に、伝統的な大陸法系国家で、親権は身上監護権と財産管理権を含むのに対し、中国が成立した後長期的に計画経済体制の下で、各種の財産の分配は行政手段と指導性計画に依存していたため、親が子の財産を管理するのは実質的な意味がないと考えられた。⁽⁶⁰⁾そこで、当時このような養育・教育の義務は親権の代わりのものとは言え、立法趣旨はそれを財産管理権を含まなく、身上監護権に限ると推定できる。また、当時の中国の経済発展水準は高くなく、社会保障が整っていないため、このような父母が子の養育に対する経済的な支出、つまり扶養義務、養育費をより強調していた。

2 離婚後同居親の養育：養育・教育などを総括する親権である

婚姻法第20条第2項では、「離婚後、父母が出産した子に対して、依然として養育と教育の責任がある」と規定しているが、第20条第3項、第21条では、離婚後の一方が養育すると規定されている。一見矛盾であるが、養育方式が変化したと解釈されている。つまり、離婚後同居親と非同居親の養育は同じ内容でなく、第22条が示している通り、非同居親の一方の養育義務は生活費・教育費の支払いという形である。

それで、同居親の養育はどのような内容なのか明確に規定されていない。だが、非同居親の養育は別居により変化するものの、同居親は子と別居しないため、養育は何等か変化もないと考えられる。つまり、第20条、21条⁽⁶¹⁾が規定している離婚後の一方養育は、離婚後同居親の立場に立って離婚後同居親は養育の義務だけ（例えば、教育義務は含まない）を負うというより、むしろ非同居親の立場に立って、養育の形を変化したと指している。つまり、離婚後同居親の一方養育は変わらず親権・監護権に相当すると考えられる。

（二）1980年婚姻法：親権内容のより明確化

1980年婚姻法第29条第2項は「離婚後、父母は子に対して依然として養育と教育の権利と義務がある」と規定し、1950年婚姻法養育・教育の義務・責任に対し、1980年婚姻法は養育・教育を権利として認めた。それに、父母が

子に対して管理教育と保護の権利義務を増加した(婚17条)⁽⁶²⁾。これは、未成年者が不法行為をした時、その父母が賠償責任を負うことを明確にし、未成年者が責任能力を有することを否定するためである。これも実質的に親権の内容だと思われる⁽⁶³⁾。この修正は養育・教育には含まれないかもしれない親権の部分⁽⁶³⁾を補っているが、離婚後同居親の養育、すなわち親権・監護権については、ただその内容をより明確にしたにすぎない。

(三) 1987年民法通則が施行後の離婚後養育と監護

1 監護制度の整えにより養育・教育と監護の重複

民法通則以前の法律でも「監護」という言葉が散見されていたが、比較的⁽⁶³⁾に整えた監護制度は1987年に民法通則により定められていた。未成年監護に関する規定は主に第16条、監護職責は第18条に規定されている。1987年の民通意見は監護内容について補充した。第10条は「監護者の監護職責は、被監護者の健康を保護し、被監護者の生活を配慮し、被監護者の財産を管理し保護し、監護者に代わって民事活動を行い、被監護者を管理し教育し、被監護者の合法権益が侵害され、又は人と争議が発生した場合には、代理して訴訟を行うことを含む。」と規定した。以上から、民法通則とその司法解釈が規定した監護職責は明らかに婚姻法における養育・教育・管理教育・保護と重複していることがわかる。

同時に、民通意見第21条は「夫婦が離婚した後、子と共同生活している一方は、他方の子に対する監護権を取り消す権利がない。但し、その子と共同生活をしていない一方が、その子に対して犯罪行為、虐待行為又は当該子に対して明らかに不利である場合、人民法院は、取消可能と認める場合を除く」と規定した。ここでは同居親を養育者ではなく、「共同生活している一方」と称する。監護と養育の重複を避けるように見える。

2 離婚後の共同監護と一方養育：矛盾・齟齬

さらに、前述した通り、中国で離婚後の父母が子に対する「共同監護」も

民法通則第16条「未成年の親は未成年者の監護者…」、民通意見第21条「夫婦が離婚した後、子と共同生活している一方は、他方の子に対する監護権を取り消す権利がない…」、と婚姻法「父母と子の間の関係は、父母の離婚によって解消しない…」から解釈している⁽⁶⁴⁾。法律上明文で離婚後の父母の共同監護は規定されているわけではない。しかし、養育はいずれ一方がするのは婚姻法により明文に規定されている。それで、離婚後の共同監護と一方養育という矛盾・対立が生じてくる。理論上は前と同じく離婚後養育も共同で、ただその養育方式が変化したと解釈している。つまり、同居親の養育は変化がないのに対し、非同居親の養育は面会交流や養育費の形になる。非同居親の養育は面会交流や養育費の支払いに限定してしまえば、日本の単独親権と実質的に同じものではないのか。そのような解釈は離婚後親権と監護の重複や単独親権と共同監護の矛盾を解決できないと考えられる。一方、同居親の養育を親権でなく養育だけを解釈すれば、親権と監護の矛盾を解決できそうに見えるが、この養育は何を意味するかという新しい問題を生じてくるほか、もし養育と監護は同一のものでなければ、離婚後養育方式変化の解釈だけで共同監護との矛盾をなくすことができるのか疑問がでてくる。つまり、その矛盾を解決するために、養育方式の変化から監護方式の変化への解釈が求められるのではないかと考える。

（四）2001年一部修正婚姻法：共同監護の理念へ

2001年婚姻法で「直接養育」という言葉が初めて現れた。2001年婚姻法第36条は、1980年婚姻法第29条と比べ、第1項の「養育」の前に「直接」を加えたのである。すなわち、2001年婚姻法第36条は「…離婚後、子が父あるいは母のいずれが直接養育しているかを問わず、依然として父母双方の子である」と規定した。それを通じて、1980年婚姻法第29条第1項（離婚後父または母が子を養育する）と第2項（離婚後も父母は子を養育教育する権利義務がある）の文言上の矛盾をなくした。

つまり、離婚後でも父母双方は共同で養育する、ただ、この養育は直接と

間接という区別がある。夏も「直接養育と間接養育の区別は、共同監護の理念にほかならない⁽⁶⁵⁾」と述べた。しかし、直接養育と間接養育の区別は実質的に何等か新しいものを創設したと思われたい。つまり、前の離婚後同居親の養育とは同じものである。なぜかという、それからの法律、学界、実務でも依然として直接養育でなく養育がそのままに使われている状況が少なくないからである。

確かに、養育を直接と間接にわけるのは実質問題を避けてやや技術的な感じがする。離婚後一方養育の性質をはっきりさせないと、直接と間接の区別はただ、共同監護と一方養育の矛盾から、共同監護と一方直接養育の矛盾へ移転したのではないか。監護と養育の関係も依然として問われており、明らかではない。ただ、養育を共同にすることを通じ、養育と監護を統一する傾向がみられる。

(五) 民法典：婚姻家庭法が民法へ

中国は以前ソ連法の影響で婚姻家庭法は民法から独立している存在と考えられていたので、婚姻家庭法はずっと民法から独立していた単行法であった。しかし、民法における監護制度などの確立に伴い、民法にはだんだん婚姻家庭法の一部が含まれるようになり、最終的に民法典の制定により婚姻家庭法は民法に吸収されることを成し遂げた。ところが、民法典は養育と監護を区別するための親権監護分離の方式を取っておらず、養育などの用語を完全に棄却して監護制度だけを認めることもしなかった。民法典における養育に関する修正については、直接養育者を決定する際のルールに限り⁽⁶⁶⁾、監護に関する民法の改正も、主に中国における農村からの出稼ぎ労働者の増加や高齢化といった社会的背景から、監護に関する内容の修正が行われている⁽⁶⁷⁾。ここでも本質的な問題に触れなかったので、離婚後の一方の養育と共同監護の矛盾衝突は依然として解消していない。

以上から分かるように、中国法上の親権、監護、養育などの親子関係に関する制度は各法律と司法解釈に細かく分かれており、複雑である。直接養育

の歴史を遡ってみれば、中国法上の父母が子に対する養育・教育は元々親権の代わりに使われる概念で、法律の変遷により親権の内容を明確するために用語が増加されたり変わられたりするが、離婚後の直接養育の内実は養育だけというより依然として実質的に親権を意味するように考えられる。ただ、民法通則、民法総則などにより中国監護制度の全面的な確立により、父母の養育・教育の権利義務は監護制度と重複し、相互の関係は曖昧であると同時に、矛盾も生じてくる。その後、法律が同居親の養育を「共同生活」と定義したり、養育を直接と間接に区別したりしてその重複と矛盾を解決しようと努力するが、離婚後監護者は依然として父母双方で直接養育者は一方になるという矛盾衝突は依然として存在し続けている。この矛盾は、養育・親権・監護の関係の問題であり、中国法において実質的単独親権をいかに共同親権・監護へ転換するかという問題でもあると考える。

歴史的に見て、中国における共同監護が一方養育によって空洞化した理由は、(一)監護と養育の関係が立法上混同されていること、(二)しかし、この関係の混同が、離婚後の養育に関する関連規定に基づいて裁判官の判断に影響を与えないことにある。(一)については、親権の概念が以前の法律には存在せず、実際には養育の概念が親権の概念に取って代わったからである。その後、監護の概念が使われ、親権の内容を含むようになったが、養育の概念は依然として事実上の親権の役割を果たしていた。このように、離婚後の共同監護と離婚後の夫婦の一方養育の制度は、ともに継続されてきたのである。このように、監護と離婚後の養育の関係は法律上依然として明確になっていない。(二)について法律上離婚は共同監護に影響を及ぼさないと規定されているが、離婚後の監護についての取り決めはなされていない。従って、裁判官は、事件を審理する際に、共同監護について具体的な取り決めをする必要はないと考えている。一方、離婚後の養育費については、法律が具体的に定めているので、裁判官がそれについて判断する必要がある。つまり、監護と離婚後の養育の関係が曖昧であっても、離婚後の共同監護について具体的な内容を取り決めなくとも、法律の規定に従って裁判官が離婚後の養育に

ついて判断することに影響はない。その結果、共同監護制度が一方の養育制度に代替される結果となっている。

そこで、一方養育制度によって空洞化した共同監護制度ではなく、真の共同監護を実現するためには、第一に、親権と離婚後の養育との関係を立法的に明らかにする必要がある、第二に、共同監護の具体的な内容について、裁判官が事件を判断する際に依拠できる法律を整備する必要がある。監護と離婚後の養育の関係を明確にすることは、共同監護の具体的な制度設計の前提であり、そうでなければ、共同監護の詳細な制度設計をしたとしても、監護と養育が混同され、一方養育によって共同監護が空洞化することになる可能性もなくなる。共同監護の具体的な制度設計とその議論は大きな作業であることに鑑み、本稿ではこれを今後の課題とし、解釈論のみから監護と養育の関係に関する学説を整理し、監護と養育の関係を明らかにすることを試みたい。

五、学説における直接養育に関する議論

学説上直接養育の法的性質については、(一)親権・監護権説、(二)扶養義務説、(三)生活監護説、(四)共同生活説などに分けられる。

(一)親権・監護権説

親権・監護権説は直接養育権が親権・監護権であると主張している。子と共同生活をしない一方の親権・監護権は事実上停止状態になり、養育関係の変更や状況により子との共同生活を取り戻す機会が得られた時のみ復活する。⁽⁶⁸⁾

(二)扶養義務説

中国は日本のように民法典で親権・監護とは別として、直系血族の扶養義務(日本民法877条)を定めていない。親が子に対する扶養義務も父母が子に

対する養育義務（婚21条）から解釈されていた。これに対して、監護制度は主に民法通則により定められていた。したがって、扶養義務説はこのような立場で、直接養育を親権・監護権に解釈する説を強く批判している。扶養義務説は、被扶養者と共同生活をし、被扶養者の世話をすることは、監護の内容ではなく扶養義務の内容であり、父母と子の監護関係は、離婚によって変わることはないとしている⁽⁶⁹⁾。

扶養義務説は親権・監護権説を批判するものである。その考えによると、直接養育は婚姻法第21条が規定する扶養義務（婚21条）の一部であり、民法通則による監護制度とは異なるものとしている⁽⁷⁰⁾。法律根拠の違いに加え、直接養育の具体的な内容からみても、父母との監護関係は離婚によって変わることはないと法律は規定している。扶養義務説は、被扶養者と共同生活をし、被扶養者の世話をすることは、監護の内容ではなく扶養義務の内容であり、父母と子の監護関係は、離婚によって変わることはないとしている⁽⁷¹⁾。かつ、親の監護権が取消されても、親が子を養育する権利と義務があることに影響しないとの意見もある。ゆえに直接養育を含む扶養義務は、監護と異なるとしている。

（三）生活監護説

李は、中国の親子関係をイギリスやスペインと比較した上で、中国の離婚後の直接養育権は生活監護権と解釈すべきであると主張している。李は、まずイギリスとスペインの状況を紹介し、イギリスとスペインでは、親責任は身分関係に基づいて発生する特定の責任であり、離婚の影響を受けないが、離婚後に父母が別居すると、子の面倒を一緒に見ることに不都合が生じるため、当事者の一方が生活監護権を引き受けるとしている。生活監護、すなわち子に対する世話、面倒を見ることであるとする。これに対照的な概念が法定監護権である。次に、李は中国における直接養育について説明した。李は、文字通りの意味で、中国の婚姻法第36条は親責任と生活監護を区別していると主張する。したがって、婚姻法第36条に基づく直接扶養は、イギリス

やスペインにおける生活監護と同様であり、監護の一部であるとする。⁽⁷²⁾

(四) 共同生活説⁽⁷³⁾

共同生活説は直接養育を権利として否定する立場で、直接養育と監護権を区別する。権利として否定する理由について、直接養育権を取得した親だけが子を養育・教育できるという印象を与えてしまうこと、子の奪い合いを激化させることが挙げられる。⁽⁷⁴⁾それで、直接養育は離婚案件子女扶養意見に照らし、「共同生活」と解すべきであると主張している。共同生活説は、父母の監護権は原則として離婚により変更されないとし、変化したのはただ父母のいずれ一方と共同生活することであるとする。

扶養義務説と親権・監護権説は現行法や中国の現状を踏まえた解釈であるが、共同生活説と生活監護説は将来に向けて法的性質の在り方を方向づけようとする提案だと考えられる。中国の経済発展水準が低く、社会保障がまだ健全でない時、父母が子に対する経済的な扶養がより重視されていた。なお、経済の発展に伴い、社会観念の変化により、親子の養育は次第に親権・監護に比重を移してきた。言い換えると、経済的な負担だけではなく日常世話等身上監護についても重視されるようになってきて、子と同居しない一方の親が前述の通り事実上子の生活にあまり関与できず、親権もしくは監護は停止している状況に止めるような傾向がでてきた。このような社会関係、親子関係の変化に照らしてみると、扶養義務説と親権・監護説は現行法や現状の解釈としてはそれなりの理由がある。ただし、直接養育を親権・監護説に解釈すると、実際に単独親権・監護を追認することになってしまい、中国の共同監護の理念に明らかに違反している。扶養義務説にも問題があると言わざるを得ない。扶養義務説は「養育」と「親権・監護」の関係を否定的に評価した。前述した歴史の原因から見るとわかるように、扶養義務と監護制度の法律根拠は違うものの、両者は全く関係のないものではなく、むしろ扶養は親権の代わりに使われていたことは確かであった。現行法の多くは、その

ような考え方の影響のもとで作られたものであり、たとえ扶養義務は確かに監護とは別のものだとしても、直接扶養の解釈は監護を離れてはいけない。生活監護説と共同生活説についても、生活監護と解釈すれば、法律上の共同監護を意識することになるが、共同生活と解すれば、共同監護者でない親が同居できないという理解をもたらし、結果的に親と子との間の距離が遠くなるかもしれない。また、共同生活の解釈では監護の範囲を画定する必要があるが、生活監護の解釈では離婚後の当事者の権利義務がある程度画定されるメリットもある。以上のことを総合的に勘案すると、私見としては、生活監護説に支持したいと思う。

おわりに

以上のように、本稿は、中国における共同監護の規定と実際効果、その歴史と学説の変遷を整理しながら、離婚後の共同監護の理念と一方養育（単独監護）の現実の矛盾・対立に焦点を当て、これをどのように解消すべきかを論じたものである。共同監護の下での一方養育は、理論的には単独監護とは異なる法的効果を持つが、中国では単独監護と同様の結果を生み出している。これは、中国の共同監護制度が一方養育制度に代替されていることと関係している。共同監護の具体的な内容は世界各国によって異なるが、単独監護者が子の養育に関するすべて事項を決定する単独監護制度とは異なり、共同監護制度は子と同居する側でもすべての事柄を独自で決定できないという違いについて異論はないようである。しかし、直接養育者が決定できる事項の具体的な範囲や、決定できない事項を非直接養育者と共同してどのように決定すべきかについては、今の中国法では理論的にも実務的にもあまり明確にされていない。このため、実務上は、離婚後の子の養育に関するほとんどの事項を直接養育者が単独で決定し、非直接養育者は、直接養育者の決定に異議がある場合には、養育関係変更の訴え、監護資格取消しの訴えなどを提起するのが通常である。ただし、これらの訴えにはそれぞれ法的事由があ

り、法的事由を満たさない場合には、非直接養育者の請求は棄却される傾向にある。

したがって、共同監護を実現するためには、暫定的な方法として、解釈論や運用論として、養育を生活監護と解し、父母の共同法定監護の余地を残すことが考えられる。次に、立法論としては、離婚後の共同監護を法律に明文化し、非直接養育者が重要事項の決定に参加する権利を有することを明確にすべきである。その上で、非直接養育者からの異議申し立てをどのように解決するかなど、具体的な規定やルールを詰めるべきである。この場合、支援を通じて父母が合意に達するよう促すのが最善であり、支援を経てもなお父母が合意に達しない場合は、養育関係の変更など複雑な方法を選択させるのではなく、非直接扶養当事者が具体的な事項を訴えるルートを保障すべきであると考えられる。日本における共同親権制度を設計する際にも、具体的にどのような場合に共同親権・共同監護がふさわしく、単独親権・単独監護の望ましいケースや割り振りの基準を明確に規律すべきであろう。特に、共同親権で監護者が選任され、父母の間で意見の相違が生じた場合、共同親権が一方監護制度に代替されることを防ぐために、非監護者である親に異議を反映させる方法や適切な解決策が提供されるのが望ましい。また、共同親権・共同監護制度を導入した場合でも、社会的支援の充実・強化がなければ、法改正は機能しない。⁽⁷⁵⁾ 日本法の離婚後の親権・監護法制の見直しの作業でも、是非、中国法の抱える問題点を参考し、具体的な制度設計の議論を進めてもらいたい。

- (51) 県級教育行政部門が本行政区内の学校の学生学籍管理を具体的に担当する。
- (52) 適齢児童、少年が試験なしで入学できる。地方の各級人民政府は適齢児童、少年が戸籍所在地の学校に近く入学することを保障しなければならない。父母またはその他の法定監護者が非戸籍所在地で働いたり居住したりする適齢児童、少年が、その父母またはその他の法定監護者の仕事または居住地で義務教育を受けた場合、現地人民政府は平等に義務教育を受ける条件を提供しなければならない。具体的な方法は省、自治区、直轄市が規定する。

- (53) 学生が勝手に転校してはならないと規定しているが、以下のいずれかの場合、転学子女及びその父母双方又はその他の法定監護者の居住地が省、市、区（県）をまたいで転学した場合、転校を許可する。
- (54) 学生が非戸籍所在地の学校に転入した場合、学生の父母またはその他の法定監護者が「転校連絡表」、本人身分証明書、居住証明書、就業証明書を所持し、比較的近い入学の原則に従って学校を指定して受け取ることを規定している。
- (55) 最高人民法院民事審判第一庭・前掲注18) 481頁以下。
- (56) 同上。
- (57) 王・前掲注7) 136頁。
- (58) 蔣月＝韓珺「論父母保護教养未成年子女の権利義務——兼論親権と監護之争」東南學術2001年第2期20頁（2001）。
- (59) 肖峰『民法典婚姻家庭編条文精釈与案例実務』242頁（法律出版社、2020）参照。
- (60) 周由強「当代中国婚姻法治的變遷」中共中央党校博士学位論文101頁（2004）。
- (61) 第21条は子は男性側が養育するなら、女性側が生活費・教育費を支払うという規定はないが、女性側が養育すると、男性側は全部または一部の生活費・教育費を支払う必要があると規定したが、それは非同居親の女性の養育義務がないと示しているわけではなく、当時男女経済的な差が大きいため、女性への保護というその時代の特色である。
- (62) 父母は未成年の子を管理教育と保護する権利義務がある。未成年の子が国家、集団または他人に損害を与えた場合、父母は経済損失を賠償する義務がある。
- (63) 陳・前掲注7) 参照。
- (64) 王・前掲注7) 参照。
- (65) 夏・前掲注14)。
- (66) 2001年の婚姻法第36条と比較すると、民法典第1084条の主な変更点は、期間の不確定な授乳期間が2歳という明確な期間に変更されたこと、2歳に達した子の養育費の問題は父母間の合意によって処理されること、「人民法院は子の權益及び当事者の具体的事情に照らして養育の問題を決定する」という文言が「人民法院は未成年の子の最善の利益原則に従って養育の問題を決定する」に変更されたことである。また、8歳に達した子の真の意思が尊重されるといふ文言が追加された。

- (67) 中国農村部における出稼ぎ労働者の増加や高齢化といった社会的背景を踏まえ、監護の分野における民法の改正について、民法第26条から第39条が改正され、監護制度が補足された。主な改正内容は、遺言監護、成年監護（委託監護）、一時監護、施設（単位）監護の追加、監護職責遂行の原則、監護者の地位の取消・復権、監護の終了などである。
- (68) 蔣＝韓・前掲注58)。
- (69) 余延満『親属法原論』513頁（法律出版社、2007）参照。
- (70) 中国は日本のように民法典で親権・監護とは別として直系血族の扶養義務（日本民法877条）を定めているわけではない。
- (71) 余・前掲注69）参照。
- (72) 李超「英国、西班牙離婚後子女共同監護制度比較研究及対我国的启示」河南財經政法大学学报2018年第2期33-34頁（2018）。
- (73) 高興「父母監護職責在離婚後の変与不変——以及併不存在的“撫養権”」上海法學研究2020年第11卷（2020）参照。
- (74) 雷・前掲注38）参照。
- (75) 棚村政行「中間試案について—研究者の立場から」ジュリ1582号19頁（2023）。