

ICCI NEWS

財団法人国際民商事法センター
第23号 2005年8月

HEADLINE

本号では当財団が支援、後援をしているシンポジウムとセミナーを取り上げました。一つは中国民法典編纂に向けての日中民法共同シンポジウムで、第2回が平成17年1月東京で開催されました。このシンポジウムの模様や中国民法典編纂の状況について、主催者である日中比較民法研究会事務局の福岡大学畠中久彌専任講師にとりまとめいただきました。

もう一つは石川国際民商事法センター主催で、当財団が後援する「国際民商事法セミナー IN 金沢」の第9回が平成17年2月17日に行われました。本セミナーは多数国を対象とした(今年度はカンボジア、ラオス、ミャンマー、ベトナムの4カ国)国際民商事法研修の一環として東南アジア各国より講師を招き行われているのですが、今回は当財団評議員の野田愛子弁護士に家族法について講演をいただきましたので、その講演録をお届けします。

(目 次)

1 第2回日中民法共同シンポジウム報告 日中比較民法研究会事務局 福岡大学専任講師 畠中 久彌氏	2 頁
2 家族法のグローバル化と日本の民法 (第9回国際民商事法金沢セミナーにおける講演) 弁護士・元札幌高等裁判所長官 野田 愛子氏 (財団法人国際民商事法センター評議員)	8 頁

第2回日中民法共同シンポジウム報告 社会主义市場経済と財産法－中国物権法草案を中心として－

日中比較民法研究会事務局
福岡大学専任講師 畑中久彌

はじめに

周知のとおり、中国は、グローバル化の激しい波の中で、計画経済から社会主义市場経済への移行を試みています。このような経済体制の変化は、きわめて急速な市場経済化をもたらし、法制度に大きな影響を与えています。中国民法は今、市場経済を支える法的基盤として、抜本的な整備を必要とする状況にあります。

従来、中国民法の中心をなしていたのは、1986年に制定された民法通則という法律でした。これは、財産法分野を対象とする、全体で150箇条ほどの法典です。しかし、90年代以降、民法をめぐる立法作業が非常に活発なものとなり、状況は様変わりしました。1995年に担保法が制定され、1997年に民法典草案の起草が着手され、1999年に契約法が制定され、2002年には物権法草案の初稿が公表されました。2004年度の全国人民代表大会では、物権法の制定が重要な立法課題とされ、現在、草案の修正作業が進められています。

このような状況のもと、私たち日中比較民法研究会は、中国社会科学院法学研究所と協力して、中国民法に関する共同研究を行ってきました*。昨年度（2003年度）は、北京で第1回民法共同シンポジウムを開催し、民法典草案をめぐる議論を行いました。今年度（2004年度）の共同研究は、中国の重要立法課題である物権法をテーマとしました。その目的は、経済体制の移行における物権法の意義と課題を明らかにし、中国物権法の起草に貢献することになりました。さる1月25日と26日のシンポジウムは、この共同研究の一環をなすものでした。

今回のシンポジウムの開催にあたっては、昨年度に引き続き、国際民商事法センターに後援して頂きました。今年度はさらに、国際民商事法センターに懇親会を主催して頂きました。また、共催として文部科学省科学研究費特定領域研究「アジア法整備支援」プロジェクトおよび名古屋大学法政国際教育協力センター（CALE）より支援を頂きました。この場をお借りして御礼を申し上げます。

* この共同研究は、中国民法典草案の進捗を受けた、森嶽昭夫教授と王家福教授の学術交流の合意のもと、立ち上げられました。共同研究の趣旨や北京シンポジウムの様子については、ICCLCニュース第20号をご参照下さい。

1. シンポジウムの様子

昨年の開催地が北京であったことから、今回のシンポジウムは東京で行うことになりました。会場は学士会館（本館）を利用しました。とてもシックな会場で、落ち着いた雰囲気のなかシンポジウムを開催することができました。

会場は40名規模の大きさで、それほど大規模なシンポジウムではありませんでしたが、そのねらいは、議論を深め、お互いに忌憚のない率直な意見を交流する場を設けたい、というものでした。実際、討論の部では、回答に対してさらに質問し、さらに回答する、補足意見を述べる、といった議論がなされました。論点が拡散せず集中して深められたことによって、シンポジウムはより実り多いものとなりました。

また、学士会館には宿泊施設もあり、中国側一行にはここに宿泊してもらいました。シンポジウムの会場と宿泊が同じ建物だったので、移動の時間がかからず、とてもよかったです。

さて、今回のシンポジウムでは、中国側から4名の研究者をお招きし、パネリストとして報告して頂きました。王家福(おうかふく)先生、孫憲忠(そんけんちゅう)先生、張廣興(ちょうこうきょう)先生、于敏(ゆみん)先生です。全員、社会科学院法学研究所のメンバーでいらっしゃいます。

王先生に全体の基調報告をして頂き、他の先生方に個別テーマを報告して頂きました。孫先生对中国物權法制の基本問題を、張先生对中国における担保物權の現状と課題および解決の方向性を、于敏先生对中国不動産登記制度を報告して頂きました（プログラムの詳細は、記事の最後をご覧下さい）。

王先生は、中国法学界の重鎮であられ、日本でも中国法に関する研究書を著されています。孫先生は、民法研究室の主任でいらっしゃり、とくに物權法の分野で多くの発言をされています。最近、わが国の「民商法雑誌」に物權法の起草に関する論文を公表されました。張先生は、債權法そして今回のテーマである担保法に精通しておられます。于先生は、日本に長く留学された経験をお持ちで、わが国の「時の法令」誌对中国土地法に関する論文を公表されました。

また、京都大学大学院生の鄭芙蓉(ていふよう)さんにも参加して頂きました。鄭さんは中国不動産登記制度を研究しておられます。当研究会は、鄭さんに指定発言者になって頂き、また、通訳のサポートをお願いしました。有意義な発言を数多くして頂き、適時に通訳を補足して頂く等、シンポジウムの成功に大きく貢献して頂きました。

今回のシンポジウムでは、中国の物權法制の現状と課題を明らかにするのが目的でしたので、中国側の報告を基本報告とし、日本側はそれを受けて問題提起を行う、という形をとりました。また、思い切って議論の時間を多くとりました。

報告、コメント、議論を通して、物權法の基本問題が詳細に検討されました。以下では、中国の実情を反映すると思われる、いくつかの印象的な問題を紹介したいと思います。

・計画経済と市場経済および民法の役割

中国の物權に関する様々な問題の背景には、計画経済を前提とした民法を急激な市場経済化の中でどのように変えていくのか、また、市場経済をコントロールするために民法にどのような役割を期待するのか、という問題があるように思われました。

たとえば、中国の不動産登記制度は、現在のところ、私法上の取引の安全を確保するための制度というよりも、行政が土地の状況と権利関係を管理するための制度という性格が強いようです。市場での取引が円滑に行われるためには、前者の、公示制度としての側面をより強化していかなければならぬでしょう。

・土地使用権の保障

中国では土地は国有か、農村の集団所有かのどちらかです。個人が土地を利用するためには、土地使用権を得なければなりません。日本でいうと、これが土地所有権と類似の役割を果たすことになります。

しかし、土地使用権は期間の制限があり、最長70年とされています（最短期間は20年）。そのため、期限到来後の地上建物の取扱いが問題となります。中国側によると、かつては、国は期間が満了すれば土地を回収することができ、さらに地上建物を無償で取得できるとされていたそうです。しかし、これには批判があり、特別の事情がない限り国は土地使用権者の更新の求めに応じなければならず、また、

たとえ国が土地を回収する場合であっても合理的な補償をしなければならない、と修正されるようです。

・土地と建物の関係

中国側によると、土地と建物は、日本と同様、別個に取り扱われるようです。登記簿も（さらには登記管轄部門も）土地と建物とで別々に用意されています。しかし、建物を売却した場合には、土地使用権も一緒に移転するとされるようです。

・建物をめぐる取引の活発化

中国では、建物の売買がさかんになるにつれて、複数人に同じ建物を売却するという問題が生じてきているようです。また、中国の住宅価格は高額であるため、買主は融資を受けるために購入物件に抵当権を設定することが行われているようです。そのため、登記を経ていない第一の買主が銀行から融資を受け抵当権を設定した場合、第二の買主が登記すると抵当権の実行に困難が生じる、との報告がありました。

そのほか、未完成の建物が取引の対象となることが多く、抵当権を設定する場合に建築のどの段階で物件の価値を特定するのか、また、未完成のまま建築がストップすることも少なくなく、その場合の法的処理をどう行うのか、といった問題が報告されました。

こうした問題にどのように対処すべきかについては、中国の法学者の間で議論があるようでした。

・中国における抵当権の特徴

中国では、担保が企業金融の重要な手段になっています。また、福祉的な住宅割当制度の廃止に伴い、都市住民が担保を利用するようになってきました。さらに農村においても、大量の農民が生産を発展させるために、銀行に担保を入れるという事態が生じています。不動産担保は、建物と土地使用権を主たる対象としているところです。

また、抵当権の権利内容は、国有土地の使用権の払い下げの方法によって異なってくるようです。有償で土地使用権を得た場合には、抵当権には制限があまりありません。これに対し、無償で割り当てられた土地使用権については、たとえば抵当権を実行した場合には、換価代金から土地使用権に相当する金額を納付してはじめて優先弁済を受けることができる等の制約があります。このようなリスクが抵当権者に生じます。

そのほか、中国の抵当権の特徴として、被担保債権の価格が目的物の価格を超えてはならないとの制限や、目的物の譲渡に対する規制の厳しさがあげられます。日本法と大きく異なる点ですが、コメントでは、その原因として、融資者が国有銀行中心であること、そして、抵当権の主な利用場面が特定の不動産を購入するために買主が融資時に抵当権を設定するというものであることが指摘されました。しかし、これからは国有銀行以外の企業間信用、国外からの信用が発達してきますので、これらの制限は大きな桎梏となります。中国側の報告ではこうした制限の修正が検討されているようでした。

・農村の変化

中国の経済発展は農村に大きな影響を与えつつあります。今回のシンポジウムでも、この点を反映した法律問題がいくつか登場しました。

たとえば、農民は政府に土地を無償で引き渡すことを躊躇するようになってきた、とのことです。従来は国が土地を収用し、会社に払い下げていたようですが、最近、農民が会社に直接に土地を貸し付けることがあるそうです。これが違法かどうか激しい議論になっているとのことです。

また、中国の大都市、中都市のなかには、市中に農村のある都市があるそうです。

都市の拡大によって農村が取り囲まれたためですが、農民は国に土地を引き渡さないで自ら経営すると主張し、国の方で対策が立てられない状況もある、ということです。

最後に、今回のシンポジウムでは通訳を逐次通訳にしたこともご紹介したいと思います。同時通訳に比べて時間が2倍かかってしまいます、発言内容が正確に伝わらないと議論が全く噛み合わないものとなり、シンポジウムの成果が大きく減少してしまいます。そこで、正確な意思疎通を図ることを重視し、逐次通訳を行いました。今回のテーマは物権法、その中でも技術的で入り組んだ部分を取り上げたのですが、通訳は確実でした。この点もまた、シンポジウムの成功につながったのではないかと思います。

2. 懇親会

シンポジウムの終了後、学士会館から法曹会館に場所を移し、懇親会を開催しました。先ほど触れたとおり、懇親会は国際民商事法センターに主催をして頂きました。

大勢の方が参加して下さり、親睦を深め合い、シンポジウムでの問題意識をさらに交流する場として、大変盛況な懇親会となりました。私も一昨年北京で知り合った方とお話しすることができ、互いの元気な姿を確認できて、本当によい思い出となりました。

3. 箱根観光

シンポジウムの翌日、日帰りで箱根を観光しました。あいにくの雨模様で、富士山が見えず、寒い日だったので、そのぶん温泉がとても気持ちよく、中国側一行と楽しい時間を過ごすことが出来ました。

ところで、ロープウェイに乗っている途中、谷の下の方で煙が上がっているのが見えました。温泉が出ていていることを説明する際、湯口権**のことをちょっと紹介しましたら、登記はどうなっているのか、行政の許認可はどうなのか等々、質問を受けました。前日、前々日と物権法のシンポジウムだったのですが、ここでも物権法の話に（ちょっと）なってしまいました。

**湯口権 温泉源を利用する権利で、判例により慣習法上の物権として認められています。

おわりに

今回の研究成果を受けて、来年度の共同研究の打ち合せも進んでいます。物権法草案は当初この3月の成立をめざして起草が進められてきましたが、予定より一年間延長され、来年3月を目処とすることにされたそうです。そこで、来年度の共同研究は、引き続き物権法草案をテーマとする方向で調整が進められています。また、新たに不法行為法もテーマとしたいとの意向が寄せられています。

今回のシンポジウムの成果と課題をふまえて、来年度はさらに実り多い共同研究となるよう取り組んでいきたいと思います。

第2回日中民法共同シンポジウム プログラム

*敬称は略させて頂きます。

<シンポジウム1日目> 1月27日 午前10時～午後5時

開会挨拶 主催者（日本側 新美教授・中国側 孫教授）

基調報告 司会：新美育文（明治大学）
日本側 森嶽昭夫（地球環境戦略研究機関理事長・名古屋大学名誉教授）
中国側 王家福（中国社会科学院法学研究所教授）

個別報告① 司会：岡孝（学習院大学教授）
物権法立法の近況および三大論争問題 孫憲忠（中国社会科学院法学研究所教授）
日本側コメント 山本豊（京都大学教授）
議論

<シンポジウム2日目> 1月28日 午前9時30分～午後4時

個別報告② 司会：松本恒雄（一橋大学教授）
不動産担保 張廣興（中国社会科学院法学研究所教授）
日本側コメント 浦川道太郎（早稲田大学教授）
議論

個別報告③ 司会：新美育文（明治大学教授）
不動産登記制度 干敏（中国社会科学院法学研究所副教授）
日本側コメント 岡孝（学習院大学教授）
議論

総括報告 司会：新美育文（明治大学教授）
日本側 森嶽昭夫（地球環境戦略研究機関理事長・名古屋大学名誉教授）
中国側 王家福（中国社会科学院法学研究所教授）

閉会挨拶 主催者（日本側 新美教授・中国側 孫教授）

<懇親会> 1月28日 午後5時30分～（法曹会館）



シンポジウムの模様：右から新美育文先生、森嶽昭夫先生、王家福先生
(左2人は通訳)



箱根にて：左から于敏先生、張廣興先生、王家福先生、孫憲忠先生

家族法のグローバル化と日本の民法
(第9回国際民商事法金沢セミナーにおける講演)

弁護士・元札幌高等裁判所長官
野田 愛子
(財団法人国際民商事法センター評議員)

石川国際民商事法センターの皆様には、このような機会にお目にかかるて、また、このような機会をえていただき、大変ありがとうございます。また、私たちは「法」という言葉を話す意味において、国は違えどもみな同じものの考え方ができる人たちとしてここにいるわけで、そういう共通の問題について、アジア地域の皆様と一緒に話し合うことができることは本当に意義のあることだと思います。何か皆様のお役に立つことをお話をうかがいたいと思います。

私は、比較的長く家庭裁判所の所長をして、また、裁判官として家庭裁判所の実務もやったりしておりまして、日本の家族をずっと眺めてまいりました。その中で気が付いたこと、日本の家族法がどのように変化してきたか、またこれからどのように変化していくかということ、それから、日本も経済成長をした国々と似た所があると同時に、アジア地域もこれから経済発展をしていくに従ってどのような家族問題に直面するであろうか、また現に直面しておられるのではなかろうかという点で、日本の家族法が変革してきた歴史をお話して、皆様のご参考に供したいと思います。

よく三ヶ月章先生がおっしゃるのですが、日本の法律は3回の波を経て成長してきているということです。

第1回目の波が、明治民法の制定です。ちょうど封建時代が終わって、明治政府が出来て、近代国家をつくるにはどうしても法の支配が必要だということで、近代的な法律の整備に非常に力を入れた時代がございます。いろいろな国の法律を参考にして法律を作っていましたが、その中の家族法についても、旧親族法、相続法が制定されました。

日本の民法の草案は、始めは、ボワソナードというローマ法の大学者をフランスから呼んで作ってもらいました。ところが、フランス民法をモデルにした法律はどうも日本の実情に合わない、殊に、親族法、相続法という家族法については日本の実情に合わないという批判が出まして、有名な法典論争という大きな政治的な論争がありますが、その結果、日本の学者が家族法を作ることになりました。

そこでは、親族法、相続法という家族法はそれぞれその国の特色、宗教や習俗などを尊重して、特色をもった独自の法律を作るべきだと議論され、そのような法律の制定に取りかかったわけです。そのようなことで、日本の債権法、物権法、担保法などの財産法につきましてはフランス民法、ドイツ民法などがモデルになってかなり影響を受けていますが、旧親族法、相続法という旧家族法については日本独自の法律が作られました。

相続については、長男子が単独で戸主権行使するとともに家の財産を全部相続するという、長男子単独家族相続制度が取り入れられて、戸主が家族を統率し、家族は、言ってみれば戸主に養ってもらうというような日本の家制度、私どもは「旧

民法」と言っていますが、そういう独自の法律が出来上がって、それが昭和20年代まで続いていました。

第2回目の波というのは、第二次大戦が終わった後で、新憲法が制定されました。新憲法については、アメリカの影響を受けたか受けないか非常に議論のあるところですが、民主主義的な新憲法が制定されまして、民主主義を規範とする政治理念に基づく憲法が制定されました。その中で憲法第14条が「法の下の平等」を規定し、第24条が、家族の中での男女の平等、それから個人の平等というものを保障しました。そうしますと、旧民法の戸主を中心とする家制度であるとか、長男子だけが相続するという制度は憲法違反ということで、この旧民法はすっかり改正しなければならないということになりました。新しい民法を私どもは「新民法」と称しておりますが、新民法が制定されました。財産法は、ほとんど手をつけられていません。

その新民法でどのように変わったかといいますと、かつて、もちろん妻は相続権がなかったのですが、新民法では妻の相続権が認められました。はじめは、妻と子が相続する場合、妻の相続分は3分の1でしたが、後に2分の1に改正されました。それから子どもたちについては、男の子も女の子も平等に相続をする、諸子均分相続制ということが定められ、すべての子どもたちの平等の権利が、民法でも定められたわけです。

また、新民法になってからは、子どもの親権は妻も夫も父母共同で行使することとなり、また離婚をするときには協議をして、どちらかを親権者に定める規定になっております。

それから、かつての旧民法では妻の地位が非常に弱く、離婚をしようと思って何も財産がないと離婚をした翌日から困ってしまうことになるわけで、我慢しているより仕方がなかったわけです。

新民法では、離婚のときの財産分与制度が定められました。つまり、今まで妻が家事労働をしていたために夫は外で働くことができて、月給ももらえて退職金ももらえることになったのに、妻のほうはずっと我慢をしていて離婚をしたいと思っていても何も財産がないということになると、離婚をした翌日から困ってしまうことになるわけですが、夫名義である財産の半分は妻の協力によるのだという考え方で、2分の1ルールというか、婚姻中に取得した夫名義の財産は実質的に夫妻の共有なので離婚時に持分を妻が請求できるという考え方で財産分与制度が定められました。この2分の1というのは、必ずしも法律には決められていないのですが、考え方として次第にそういう考え方で裁判所が運用するようになりました。そのようなことで、財産分与制度ができたことなども、妻の地位を非常に安定したものにしたわけです。

そもそも、旧民法の家族と新民法の家族というのは、家族というもののモデル観、イメージが違うわけです。旧民法は、戸主が中心にいて家族は家長に養われるという制度で、そのような家族をモデルにしていたわけですが、新民法の考え得る家族というのは、夫婦と未成年の子ども、つまり、男女が結婚をして子どもを産んで育っていくというものでありますので、要するに、核家族というものが新民法の家族モデルになっているということが言えます。

日本・韓国・台湾以外の国にはないユニークな制度だと思いますが、日本には家族簿として戸籍という制度がございます。戸籍には家族全員が登録されておりまし

て、旧民法のときは、結婚をして分家をしないかぎりは、家族全員が1つの戸籍に載っていて、家長になる人は戸籍の「戸主」という部分、つまり、戸籍の一番初めに登録されています。ところが、新民法になってからは、戸籍の登録の仕方も新民法がモデルとしている家族に合わせて作られるようになりました。つまり、夫婦とその未成年の子どもだけが1つの戸籍に登録される、子どもが結婚をしますとその子どもはまた別に自分の戸籍を作るということになりました。

相続のときなどに戸籍をたどっていきますと、この親の子どもは何人いた、その子どもは結婚してどこに行ったという家族の全貌が分かる。相続人は誰かということを調査するときには戸籍を調べると分かるという非常に便利な制度ですが、一方で、この戸籍のために家族が縛られてしまう、という考え方もあります。例えば、離婚して戸籍に「離婚」ということが載りますと戸籍が汚れるということで、なかなかそういう思いきったことができない。戸籍というのが、かなり家族のものの考え方、モラルを抑制するということで、それでまた非常な批判もあります。

新民法になりましたからは、すべて夫と妻の平等、それから親権の父母共同ということが中心になって、小家族といいますか、核家族が民法のいわゆる家族モデルになっています。法律を作るときに、どういう家族をモデルにして考えるのかという問題がありますが、今日のように、離婚をしてまた再婚をして、再婚をした家族が前婚の子どもと一緒に暮らすことになりますと、家族のイメージがかなり変わってくるということで、家族のモデルをどのように考えたら良いかということが変わりつつあります。日本のような高度経済成長を遂げた国の家族法については、家族をどう規定するかという新しい問題が出てきています。

第3回目の波は、最近の家族法のグローバル化です。高度成長期における産業構造の変化によって都市に家族が集中してきますと、家族の生活の形態が変わってくるわけです。また、女性が社会的に進出していくことから、どのような家族を形成していくかということが、新しい問題として出てきています。

例えば、結婚をするのにも考え方いろいろあって、現在の日本では戸籍に届出をすることが正式な結婚なのですが、そういった法律的に結婚の手続をとらずに、法律的な結婚をしないで同棲をする。同棲と言っても、中身は法律的結婚と同じなのです。また、一定期間だけ結婚をする。5年か6年結婚をするけれども、それから後は離婚するという形の結婚も出てきている。また、結婚の際に、結婚してどのように費用を分担するかなど、いろいろなことを約束して決め、約束に反すると離婚するという形のものもあります。

また、かつて離婚をするのは日本の社会でも社会的な偏見がありましたから、離婚をしにくい問題があったわけですが、だんだん離婚そのものに対する社会的な抑制というものがなくなっていて、わりと容易に、簡単に離婚してしまう人が増えてきています。要するに、婚姻観と離婚観というものが変わってきまして、そのためには離婚が増える。また、女性の社会的な地位が上がり、夫の所に我慢していなくても自分で自立することができるようになりますと、これまた離婚を増加させる1つの原因になります。

離婚現象というのは、どこの国も同じような状況で、離婚をするとまた再婚をする、再婚をした人がまた離婚するということで、そこでいちばん迷惑を受けるのは子どもです。日本の人口動態統計を見ますと、平成14年で29万件の離婚がありました。これは、かつてと比べると何倍にもなっているわけです。皆様ご承知だと思いますが、人口1,000人当たり何人離婚をした人がいるかを示すのが離婚率

です。かつては、日本の人口1,000人当たりの離婚率は1以下だったのですが、それが2をオーバーしてきて、今やそれ以上になっています。アメリカは、かつて離婚率が5コンマいくつだったのですが、今は下がりつつある。ところが、日本はひたすら離婚率が上がってきているのが現状です。

離婚が増えますと、親の離婚に巻き込まれる未成年の子どもの数がまた増えるのが問題です。国の平成14年の離婚の人口動態統計を見ますと、親が離婚をした未成年の子どもの数がどんどん増えてきて、平成14年には30万人の未成年の子どもが親の離婚を経験しています。1年で30万人の子どもの親が離婚をしているわけですから、今後離婚が毎年増えていくと、未成年者の子どもの中で親が離婚した子どもの占める数は、かなりの数になるのではなかろうか、これが非常に問題と思われます。少年非行が増えるということが問題になる度に、その子どもの家庭や親はどうであったか、ということが新聞の記事に出てきます。

離婚が増えてきて、離婚自体に対する社会的な偏見がなくなりますと、離婚すること自体をそんなに難しくしない、つまり、いくら離婚を難しくしたところで離婚の増加を防げないのであるから、離婚で争うことをなるべく少なくしようという考え方が出てきました。いわゆる離婚の破綻主義化ということですが、婚姻が破綻してしまったときには離婚の手続はなるべく簡単にして容易に離婚ができるようにして、その離婚で親同士が争っているために子どもがそこに巻き込まれることがないように、なるべく離婚手続を簡単にしようという考え方です。これはイギリスから始まって、ニューヨーク市からカリフォルニア州にそういう考え方方が広まってきた。また、離婚が増えてきたために、離婚そのものよりは、子どもの監護者をどうするか、子どもをどちらが育てるかが非常な紛争になってきています。

『クレイマー、クレイマー』という映画がありましたが、子どもの面倒をお父さんが見ていて、お母さんが、ニューヨークの裁判所に、子どもの監護者を自分にしてほしいと申し立てる。父親はその子どもの面倒を非常によく見ていて、子どもを母親に取られるのではないかということを心配する。最後には、お母さんも、お父さんの子どもに対する愛情を見る。裁判所は母親を監護者と決めたのですが、最終的には自分は監護者にならなくていいと父親に譲り、めでたしめでたしということで終わりました。

『ミセス・ダウト』というのも、やはり子どもの監護の問題についてのアメリカの映画ですが、離婚をしてお母さんが引き取った子どもにどうしても会いたいというお父さんが家政婦になりすまして子どもの面倒を見にその家に行くという、ちょっとコメディータッチで出来ている映画です。これも非常に面白いのですが、その背景には悲劇的な父と子の関係が出てくるわけです。

このような話はどこから出てくるかというと、子どもの監護者・親権者をどちらにするか当事者で決められないときは裁判所が決めますが、そのときにどうも母親を監護者・親権者に決める傾向がある、母親優先的な考え方があるということです。これはアメリカでも連邦最高裁判所まで争われたようなケースもあるのですが、どちらかというと母親に偏る傾向があつて、父親の権利を守ろうという運動がアメリカにはあるということが背景になっています。

イギリスで4年ぐらい前に「国際家族法学会」というのがあります、その学会に参加しましたら、男の方たちのデモンストレーションがありました。どういうデモンストレーションかというと、裁判所は父親に対して非常に冷たい、自分の子どもと会わせることを裁判所が認めないのはけしからん、というプラカードを掲げて

デモをしていました。

どこの国でも似たような問題はあるものだということで、日本の裁判所はどうなのだろうかということが問題になるわけです。そういう問題に立ち入ると簡単には済まない。いずれにしても、そういうのは父母平等に考えて行かなければならぬ、どちらか分からぬようなときには、子どもの最善の利益 (best interest of the child), 子どもの最善の福祉を中心に考えて決めなければならない。しかし、いずれにしても、これは裁判所にとっても非常に辛い決定だと思います。

どちらかが監護者になるとすると、今度は「面接交渉 (visiting rights)」ということを決めなければいけません。監護者でなくなった親が子どもと面接交渉することを認めるか認めないか、これも裁判所で大きな問題になるわけです。両親が離婚した後も協力をして、子どもの成育に努めてほしいというのが基本的な考え方です。

このような家族法のグローバル化についてですが、離婚であるとか子どもの問題をどうするかという家族の問題は、世界中どこに行っても同じ問題が起きる。アメリカで起きた問題は日本でも起きる。アフリカで家族法の会議があったときに、アフリカの裁判官が言っていましたが、アフリカのジャングルの中で起きる夫婦の問題も、ニューヨークのマンハッタンで起きる夫婦の問題も同じなのだと。だから、家族の問題は非常にグローバルな問題、そういう共通の基盤で話ができる問題なのだということを言っておられました。

そういう意味で、日本の家族法もそういった世界の家族法の流れを受けて、いろいろな点の法改正が行われました。例えば、子どもの特別養子制度であるとか、婚氏統称つまり離婚した後、妻が夫のファミリーネーム（氏）を使ってよいとかいうことです。

親と子の面接交渉を認めるというのも、日本には従来なかった制度です。これはまだ法律改正はできていませんが、家庭裁判所の実務では、父母どちらか一方を監護者にすると、監護者でない親と子どもを定期的に会わせること（面接）について裁判所が認めることがあります。

アメリカの場合は、共同監護ということで父母両方が監護者となり、極端な場合は1週間ごとに父親の家と母親の家を子どもが行き来することになる。しかし、これは子どもの心理的な安定のために良くないということで、やはり単独監護 (single custody) が良いのだということがこのごろでは言われています。アメリカやイギリスなどでは、joint custody といって、離婚をした後の父母が共同して子どもを育てる。しかし、joint custody というのは実際の問題としては難しい。聞いたところでは、例えばアメリカですと、父親の所、母親の所とそれぞれ同じような家を作つて、環境、本、部屋、オモチャとかみんな同じようなものを作つておかないと、共同監護は本当にできない、そうなると共同監護というのは大金持ちでないとできないじゃないか、という議論もあるようです。いずれにしても、子どもの監護をめぐる争いは、どこの国でも共通の問題になるわけで、その辺は外国の法律制度を参考にすることが可能になるわけです。

家族法が世界共通のものになってきているもう1つの動きとしては、国連における女性や児童、高齢者、障害者をめぐる人権尊重、人権擁護の議論が国際条約になり、それが各国で批准されています。そして、批准した国が国内法で条約に従つた国内法を作つたり改正したりすることから、家族法のグローバル化といいますか、家族法がユニバーサルになってくる、ということがあります。

例えば、人権について最も大きな影響を及ぼしたのは、女子差別撤廃条約、つまり「女性に対するあらゆる形態の差別を撤廃する条約」と、「児童の権利に関する条約」です。女子差別撤廃条約は1979年に国連で採択されたのですが、日本がこれを批准したのが1989年ですから、かなり遅れて批准しているわけです。

私は昭和26年（1951年）にアメリカに、最高裁判所の事務総局の方たちと一緒にアメリカの民主的な制度の視察ということでまいりました。今回、研修員の皆様が日本にいらっしゃって日本の法律制度を見ていこうというのと同じような考え方です。50年も前の話ですが、またアメリカの家庭裁判所がどのように運営されているか視察に行く機会が、国務省の支援によって与えられました。

そのとき、つまり戦後すぐに、「婦人の地位委員会（Commission on the Status of Women）」が国連に開設されました。当時、まだ日本は平和条約ができていなくて国連に加盟していなかったので、これがどういうことになるのか全然分からずに、オブザーバーとして議論を聞いていたのです。男女の平等の議論をいろいろな国の人々が、それぞれ自分の国は本当に平等だとか、いやお前さんの国はそうではないとか、殊にモスレムの國の人たちが一夫多妻制度を持っているのは女性の地位を認めているとかいう議論がありまして、なんでこういう議論をしているのかなと思つていましたら、それが後の女子差別撤廃条約に結実したわけです。

女子差別撤廃条約を批准するのに日本はずいぶん時間がかかったわけです。国連の条約を批准しますと、国連の条約と矛盾しないように国内法を改正していかなければいけない。そうしますと、男女不平等は「あらゆる形態の差別」ですから、例えば、大学を出て就職をしようと思ったけれども女性は採らないということでは女子差別撤廃条約に反するわけです。女性の給料は男性より低いということでは女子差別撤廃条約に反するということから、雇用の均等、賃金について差別のないようにするための労働基準法の改正がされました。これはいわゆる「均等法」と言われていますが、ここに至るまでに10年かかりました。

これに非常に苦労をされたのが、後に文部大臣になられましたので皆様ご存じだと思いますが、赤松良子さんで、当時、赤松さんは労働省の婦人少年局長をしておられました。経済界がこれに一番反対したのです。これに批准をしたら、途端に雇用の問題、賃金の問題に差し支える。女性は定年が早くて雇用期間が短く、男性のほうが長く勤められるということが差別となれば、すぐに労働慣行と反することになるわけで、殊に経済界が非常に反対したのです。赤松さんが大きな企業を訪ねて、「そんなことをあなた方言っていると、日本は女性労働を搾取して作っていると言われて、製品を売ることができなくなるよ」と一生懸命に説いて、ようやく女子差別撤廃条約の批准に漕ぎ着けたということがあります。

確かにこの女子差別撤廃条約は、その後の日本の社会に大きな影響を及ぼしました。これは民間企業だけではなくて、教育分野における雇用や、殊に公務員の採用にも大きな影響を及ぼしました。裁判所でも、私が裁判官になったときは女性の裁判官は3人しかいなかつたのですが、今は300人以上の女性の裁判官がおります。ですから、10%以上に、やがて20%ぐらいは女性の裁判官になるのではなかろうか。検察官も同じようです。なかなか女性の検事は採られなかつたのですが、今は、かなり大勢の女性の検事がいろいろな分野で活躍をしておられます。そういうことで、女子差別撤廃条約の批准というのは、日本の社会に大きな影響を及ぼしました。これは日本だけではない。殊にアジア地域の女性も、非常にこれには励まされたのではなかろうかと思います。

女子差別撤廃条約を基にしてその後、男女平等の議論が進み、「配偶者からの暴力の防止及び被害者の保護に関する法律」(DV法)ができることになります。それから、民法の規定でも差別的な規定が改正されることになり、それは日本だけにとどまらず、この女子差別撤廃条約を批准した国々に非常に大きな影響を及ぼしたのではないかろうか。そういう意味では、こういった国際条約による家族法のグローバル化が、1つ大きな現象として見られるのではないかと思います。

もう1つ大きく影響したものを挙げると、児童の権利に関する条約です。女子差別撤廃条約も家族法に大きな影響を与えましたが、児童の権利に関する条約も大きな影響を及ぼしました。児童の権利に関する条約の大変なものに、子どもの意見表明権があります。例えば、離婚時に監護者を決める際に、子どもの意見を聞かなければいけないということ。また、子どもの人権を尊重し、子どもの売春やポルノの製造などを禁止する、親が子どもを自分の物のように売ったりするようなことはあってはいけない、ということも大事です。

10年前ぐらいになりますが、私がオーストラリアに行ったときに、香港の大学の先生が演説をして、東南アジアの子どものポルノの製造や子ども買春（子どもを買う）が盛んに行われていて、子どもの権利を侵害している、子どもがそのために多数亡くなったりしているのでそれをなんとかするべきだ、という議論がされていました。そのときはオーストラリアでその会議が行われたために、オーストラリアが非常に批判されました。私は日本の方が問題にされないかと思って冷や冷やしていましたが、それほど議論にならずに終りました。

その後、子どもの買春を禁じ、児童ポルノ製造等を禁止する法律がいろいろな国で広まっていきました。もちろん、その処罰は外国でやった犯罪が本国に帰って来たときに処罰されるという国外犯というのでしょうか、他の国で子どもを買春したり児童ポルノを作った者を自分の国に帰ってきたときに処罰するという制度で、なかなか技術的にも難しいのではないかということを10年前に議論していましたが、日本でも、平成11年に「児童買春、児童ポルノに係る行為等の処罰及び児童の保護等に関する法律」が制定されています。

児童の権利に関する条約で最も重要なのは、児童虐待の防止です。新聞を見ていますと、小さい子どもが殺されている事件がよつちゅう出ます。被害者が幼い子どもで、争うこともできずに殺されてしまったり、その仕方がネグレクト、要するに食事も与えずに殺してしまうということや、もちろん乱暴して殺してしまうものもありますが、いろいろなひどい事例が出ている。新聞によれば、昨年中に子どもの虐待死が41件あり、このほとんどの加害者が親だということです。東南アジア地域には親が子どもをこんな形で殺すという事案があるのかどうか、ぜひお伺いできればと思います。

なぜこういうことが起きるかというと、先ほど申し上げたように、離婚をしたり再婚をしたりして家族の形態が変わってきてしまうと、再婚をした所で子どもが邪魔になってしまします。統計を見ますと、実親が殺す例がいちばん多いのですが、再婚をした相手である夫、継父が継子を殺す例も含めると、90%以上が親による子どもの殺人です。継母を加えると93.5%になる。これは厚生労働省の調査によります。虐待を受けた子どもは養護施設に収容されるのですが、東京の近郊の各県では、養護施設は虐待を受けた子どもで満杯になっているのだそうです。

家族の問題、現象がそうなっていますから、それに対応するためにどういう法律を作るかということについても、共通の法律の基盤ができるてくる。ただ、こう

いう問題はアジア地域にはまだないのではないかと思います。そういうことを、私は称して「グローバル化」という言葉で表現したのですが、もう1つ「ユニバーサル」という言葉があります。つまり、普遍的ということです。グローバルというと何か1つのことが広がっていく、例えば、便利な炊飯器が日本で造られたとすると、アジア全部どこの国へも広がっていく。これはグローバルな現象と言えるのですが、一方、ユニバーサルというのは普遍的な原則ということがいえます。

日本で最初に民法を作ったころの話として、家族法というのはそういったユニバーサルな、普遍的な原則は適用できないのだ、殊に日本の有名な学者で最高裁の長官になられ、その後、国際司法裁判所の裁判官になられた田中耕太郎先生は、「財産法は国際化できるけれども、家族法は国際化できない」ということを『世界法の理論』という本の中で書いておられるのです。長年こういう考え方方が支配的でしたが、最近の家族のこういった問題を見ますと、普遍的な原則というものは世界中1つ、みんな同じになってくるのではないかと思います。経済成長・発展してきたために家族をめぐる問題が似てくるということですが、そこまで行くのが良いのか悪いのかという問題はあります。経済発展しないで豊かにならないのは困るけれども、豊かになる反面でいろいろな家族をめぐる問題が出てくる。家族法の問題を考えるときには、そういうユニークな問題と、その国の習俗であるとか民族であるとか宗教に根ざして変えられないものという要素がある、だから、家族法の問題を考える場合には、何が変えられるものであり、何が変えられないものかということを見分けていく必要があるのではなかろうか、ということを申し上げておきたいと思います。

私は長年家庭裁判所おりましたので、終わりに家庭裁判所のことを申し上げたいと思います。日本の家庭裁判所は、家事事件だけではなくて少年事件も扱っています。国によって裁判管轄(jurisdiction)は異なるわけですが、少年事件の起きる背景は家族にありますから、その家族の問題と少年事件と同じ裁判所で扱うのは、考え方としては理想に近いわけです。しかし、実際、家事事件と少年事件と同じ裁判官が一緒に扱うということは難しい。最近、アメリカでそういうことにトライしているらしいです。現実の問題としてはなかなか難しいけれども、考え方としては家事事件を扱う扱い方で少年事件を扱う、少年事件の背景になっている家族の問題を考える意味では、同じ管轄の中で扱うのが良いと思います。

家事事件について考えますと、日本では家族の中の問題のすべてを家庭裁判所が扱っています。相続の問題もありますし、成年後見といって意思能力がなくなった高齢者の財産後見をすることとか、監護者の後見をするといった後見制度についても、家庭裁判所が扱っていますので、相続の問題から子どもの問題、養子の問題と管轄が非常に広いということです。

もう1つ申し上げておきます。最近の難しい問題として各国で議論されていることがあります。医療技術が発展てきて、子どものない夫婦がなんとか人工生殖によって子どもが欲しいということですが、人工生殖によって生まれた子どもの親子関係はどうなるのかという非常に難しい問題です。これは、子どもがたくさん生まれている国ではあまり問題はないのですが、だんだん子どもが少なくなって、結婚が遅くなったり、結婚をしないで子どもだけが欲しいという問題になってくると、そういう問題が共通の問題として議論されるようになるのではないか。今まさに日本でその問題が議論されているところです。

非常に急ぎましてあちこちに話が飛び、雑になりましたが、以上をもって講演を終わりたいと思います。御清聴ありがとうございました。



セミナーの模様：演壇は野田愛子先生



セミナー後の懇親パーティ、野田愛子先生をとりまく国際民商事法研修研修生

発行日：平成17年8月15日

発行者：財団法人国際民商事法センター 事務局長 小林清則

〒107-0052 東京都港区赤坂1丁目6番7号 第9興和ビル別館3F

TEL 03-3505-0525 FAX 03-3505-0833