

# 中国の涉外家事実務と日本

黄 韜 霆  
こう じん たい

帝塚山大学法政策学部准教授

- 1 はじめに
- 2 涉外的婚姻の成立とその承認
- 3 涉外的離婚の成立とその承認
- 4 涉外的親子関係の成立とその承認
- 5 おわりに

## 1 はじめに

本稿の目的は、国際私法の観点から、中国の涉外家事実務を紹介し考察することによって、中国国際家族法の枠組みを明らかにし、その特徴を分析することである。

日本の涉外戸籍実務が国際私法を研究する者にとっても難解な部分が多々あるのと同様に、中国の涉外家事実務も、国内事件を所管する民政部の省令と通達、在外中国人に関連する事件を所管する外交部の省令と実務など内容が複雑である。裁判例の公開に関して、近年の情報技術の発達に伴い、従来よりもかなり進められてきたが、これらの行政・裁判上の涉外家事実務を詳細に点検し、国際私法の観点から分析を加える研究は中国国内でもこれまで充分になされてきたとはいえず<sup>(1)</sup>、現状を整理することは、中国国際家族法の運用実態を把握する上で意義があると考ええる。

そこで本稿では、筆者が2006年の5月、8月に北京市、上海市で行った裁判所訪問、民政機関訪問、および在外中国公館に対する聴取調査等の結果を踏まえ、婚姻、離婚と親子関係という3つの分野における中国の涉外家事の現行実務を中心に考察し、その基本原則と問題点の分析を試みたい。また必要に応じて、中国と関連する日本の涉外戸籍実務、涉外家事裁判例等も検討することと

したい。

## 2 渉外的婚姻の成立とその承認

### (1) 中国における渉外的婚姻の成立

中国において婚姻は、婚姻登記機関における登記手続によって成立する。国際私法規定である民法通則 147 条は、中国人と外国人との婚姻の成立について、婚姻挙行地法を適用するとしている。同規定は婚姻の実質的成立要件と形式的成立要件を区別していないため、中国で渉外的婚姻登記がなされる場合に、実質的成立要件も形式的成立要件もその準拠法は中国法となる。2001 年「婚姻法」の改正に伴い制定された「婚姻登記条例」(2003 年 10 月 1 日施行)によれば、当事者らは婚姻登記機関に出頭し(4 条)、窓口では婚姻意思を含めた「婚姻法」に定める婚姻の実質的成立要件<sup>(2)</sup>の充足が本人に対する口頭での確認および書類審査によって行われる(6 条, 7 条)。重婚禁止という要件の充足を確認するために、外国人当事者については所在国<sup>(3)</sup>の公証機関もしくは所在国の在中国領事機関が発行した独身証明を提出する必要がある(5 条)。

一方民法通則 147 条が直接に規定していない外国人間の中国における婚姻について、少なくとも当事者の一方が中国に居住していれば、婚姻登記の実務上は中国人と外国人との婚姻登記に準じて受理し、婚姻の実質的成立要件について中国婚姻法を適用することから、婚姻挙行地法主義を採用する民法通則 147 条と基本的に一致する。

もっとも、外国人間の婚姻登記について、従来の実務では、中国の婚姻登記の有効性を保証し、国際的な不均衡婚を防止する目的で、婚姻登記機関が外国人当事者に対しその本国が外国における婚姻登記の有効性を認める法律条文を提出させることができるとしていた<sup>(4)</sup>。しかし外国人の本国法の条文の提出ないし証明は具体的に何を指すのかは明確ではなく、またその提出は婚姻登記機関の裁量によって要求されるため、各地の登記機関における対応は必ずしも統一されていなかった。

上記の問題について、2004 年に公布された民政部『「婚姻登記条例」の貫徹執行に関する若干問題の意見』<sup>(5)</sup>によって実務上の統一が図られた。すなわち、

同意見八条において、外国人当事者同士が中国で婚姻登記を行う場合に、「婚姻登記条例」に定められる独身証明等に加え、その本国が中国の婚姻登記という方式による婚姻の有効性を承認する証明（「結婚登記効力証明」と呼ばれる）の提出が義務付けられ、同証明の提出がある場合のみ、外国人間の婚姻登記を受理すると定められている。「結婚登記効力証明」は、外国人の本国政府機関が発行する公式のものであることが必要で、通常は当該国の在中国公館による発給が想定されるが、本国法の調査、さらに発給手続の整備が必要であり、その対応は結局それぞれの国の在中国公館に任せているのが実情である。したがって、各国の対応いかんによっては、外国人当事者にとって証明の取得が必ずしも容易ではないことが指摘されている<sup>(6)</sup>。例えば、2004年イギリス人カップルが中国広州で婚姻登記を行うために、在広州イギリス領事館に数度にわたって申請を繰り返し、ようやく同国領事機関として最初の「結婚登記効力証明」の発給を受けた実例が紹介されている<sup>(7)</sup>。なお、2006年8月に上海民政局で聴取をした限り、在上海日本総領事館では未だこのような「結婚登記効力証明」を発給したことはないとのことである。

以上に見たように、中国における涉外的婚姻の登記実務上、外国人間の婚姻登記に限って、外国人の本国が中国の婚姻登記による婚姻の方式を認める「結婚登記効力証明」という追加的な書類の提出義務を課する形で、実質的には婚姻の成立要件を厳格化している。すなわち、婚姻挙行地法たる中国婚姻法の定める要件以外に、外国人の本国が婚姻の方式として挙行地たる中国の民事婚を認めることを、中国での婚姻成立の要件としているのであり、方式の面で婚姻挙行地法主義を実質的に制限する涉外実務といえる。その趣旨は、外国人当事者の本国との間で発生する不均衡婚を防止することにあると考えられ、とりわけ婚姻の方式として宗教婚しか認めない国（いわゆる絶対的本国法主義の国）を念頭においているものと推測できる。

しかしそうであるとすれば、婚姻の当事者双方が外国人である場合に「結婚効力登記証明」を提出する必要があるのに対して、一方当事者が中国人である場合に、他方の外国人当事者について同証明の提出が不要になること、つまり前者の場合についてのみ婚姻挙行地主義を制限する実務上の区別化を正当化す

る必要があろう。

思うに、渉外的婚姻の一方当事者が中国人であるかによって、婚姻挙行地主義を制限するか否かを区別する実務は、つぎのように理解することができる。まず、民法通則 147 条は明文で中国人と外国人との婚姻について婚姻挙行地法主義を定めているのに対して、外国人間の婚姻の準拠法について法律上の明文規定はないため、実務上の運用によって婚姻挙行地法主義を調整・制限することに対する法解釈上の束縛が少ない点を挙げることができる。つぎに、より実質的理由として、中国の渉外的婚姻登記の実務は、中国で成立した婚姻の当事者本国における有効性を重視しているのではないかと考えられる。婚姻成立の準拠法として婚姻挙行地法主義を採用する場合、挙行地において有効に成立した婚姻が本国法主義を採用する当事者の本国で有効とされない可能性がある。中国人と外国人との中国における婚姻登記に関して、少なくとも一方当事者である中国人の本国ではその婚姻は無論有効である。一方、外国人間の中国における婚姻登記に関して、「結婚登記効力証明」を提出させることによって、方式上の問題によって不均衡婚が発生する可能性を排除することができる。さらに、婚姻年齢や近親婚の禁止など婚姻の実質的成立要件<sup>(8)</sup>に関して、中国婚姻法が比較法的に見ても厳しい規定を定めている点と考え合わせれば、外国人間の中国における婚姻登記は、その本国において有効とされる可能性が高いといえよう。そうすると、外国人間の婚姻登記に対する制限的な実務は、婚姻挙行地法主義を前提にしつつ、中国で成立した渉外的婚姻の当事者の本国における有効性を、完全ではないにせよ制度的に担保しようとしていることがいえるのではなかろうか。

しかしながら、外国人当事者の婚姻登記について、「結婚登記効力証明」の提出を要求し、方式の面で挙行地法主義を制限することは、中国における婚姻の成立を困難にし、当事者にとっての利便性という観点から見た場合、問題がないわけではない。この問題は、中国が相互主義の下で領事婚を認めていること、後述のように外国で成立した婚姻を緩やかな要件の下で承認していることなどから、多くの場合に実害が生じていないと考えられる。たとえば、中国にいる日本人が、日本人または外国人と婚姻をする場合に、婚姻届を日本の本籍地の

市区町村長へ直接郵送すれば、日本の涉外戸籍実務上、一方当事者の本国法上の方式によったものとして受理されるが<sup>(9)</sup>、このように成立した婚姻も中国において承認される。また中国にいる日本人間の婚姻であれば、日本民法 741 条に基づき領事婚をすることも可能である。とはいえ、中国で長期間に生活する外国人の数が今後ますます増え続けるであろうと予想されるため、「結婚登記効力証明」の提出義務を課す現行実務は、明らかに外国人カップルが中国の婚姻登記を利用する上で障碍となるといわざるを得ない。何よりも、婚姻挙行地の民事婚という婚姻の方式を認めない絶対的本国法主義の国は、たとえばマルタ、モロッコ、イランなどごくわずかであるといわれる<sup>(10)</sup>のにもかかわらず、民政部において各国法を精査し個別に対応するのではなく、出身国を問わず一律に外国人当事者に同証明の提出義務を負わせることに疑問を禁じえない。

## (2) 外国において成立した婚姻の中国における承認

### ① 承認の手続

外国において成立した婚姻は、当該国の公証機関による公証と当該国にある中国公館による認証<sup>(11)</sup>を経ていれば、中国で有効な婚姻として承認される。婚姻の一方当事者が中国人であっても、中国でさらに報告的届出をする必要はなく、認証を受けた日本の公証書類をもとに、直接に中国の戸籍に婚姻状況を記載するよう求めることができる。従って、在外中国公館における認証は実質的に外国において成立した婚姻の行政上の承認の役割を果たしていると見ることができよう。

もっとも、仮に外国婚姻の有効性が先決問題または本問題として中国裁判所において争われる場合に、裁判所は独自に外国婚姻の承認を判断することは当然できると考えられ、その際、在外中国公館による認証の有無は単に外国婚姻が有効であることを推定するための証拠として扱われるのであろう<sup>(12)</sup>。

### ② 承認（認証）の要件

すでに述べたように、民法通則 147 条は中国人と外国人との婚姻の成立に婚姻挙行地法を適用すると規定する。外国において成立した中国人と外国人間の婚姻について、在外中国公館の実務上は、婚姻意思の自由と重婚の禁止という

国際私法上の公序と考えられる中国婚姻法の基本原則にさえ反しない限り認証をし、婚姻年齢や近親婚に関する中国婚姻法の要件については公序違反とされる極端な例を除けば基本的に適合を要求しない<sup>(13)</sup>。たとえば18歳の在日中国人女が日本人と日本の方式によって婚姻をする場合に、法の適用に関する通則法(以下通則法)24条の本国法主義、同41条の反致、中国民法通則147条の婚姻挙行地法主義などによって婚姻成立の準拠法とされる日本民法によって成立するが、このように日本で成立した婚姻が中国公館による認証を受けることに問題は無い<sup>(14)</sup>。

一方、民法通則には中国人間の外国における婚姻成立の準拠法について明文規定は設けられていない。外国にいる中国人カップルが領事婚ではなく、挙行地の方式によって婚姻をする場合に、婚姻成立の準拠法ないし成立した婚姻の承認が問題となる。

この点、中国の学説および実務は当事者が華僑かその他の在外中国人かを区別する扱いである<sup>(15)</sup>。すなわち定住国で定住国法に基づき挙行した華僑間の婚姻は、中国人と外国人間の婚姻と同様に、公序に反しない限り認証をし、中国においてもその効力を承認する<sup>(16)</sup>。これに対して、華僑でない在外中国人間の外国における婚姻については、中国婚姻法の実質的成立要件を満たさない限り承認しないとしている<sup>(17)</sup>。

日本との関係で言えば、たとえば中国婚姻法の婚姻年齢に達しない在日華僑カップルが日本で婚姻をする場合、婚姻挙行地法主義を定めた民法通則147条は中国人間の婚姻の準拠法についての規定ではないため、同条によって日本民法へ反致することはできないが、外国に定住する中国人の行為能力について、定住国法を適用すると定めた民法通則143条があり、当事者が中国公館から同人が日本に「定住」している旨の証明、あるいは「当事者らが日本に定住していることに鑑み、日本の関係当局が現地法に基づいて当該婚姻を許す場合、当館は異議を表明しない」旨の証明の発行を受ければ、民法通則143条に基づく日本民法への反致が日本の渉外戸籍実務上確立されており、このように日本で成立した婚姻は、中国人と外国人との婚姻と同様に中国公館による認証を受けられるとされる<sup>(18)</sup>。

ところが、華僑の定義は「帰僑僑眷權益保護法」という法律の2条に定められており、本来は外国に定住する中国人のみをさすのであるが、現在では少なくとも婚姻の成立と承認に関してその判断基準は緩和され、外国の永住権を得ていないとしても華僑と認定される場合がある<sup>(19)</sup>。たとえば就労・留学ビザで日本に居住する中国人が中国国内で婚姻登記する際に中国旅券を身分証明書として提示する場合に、婚姻登記の実務上は華僑として扱われ、独身および相手と近親ではないことを証明する書類として国内の戸籍資料ではなく、在日本中国公館が発行しまたは認証した証明資料を提出しなければならない<sup>(20)</sup>。また、一定期間就労・留学ビザで日本に居住する中国人カップルが日本の方式で婚姻する場合は、中国公館で華僑として前記証明の発行が受けられる。その結果、婚姻成立の準拠法が反致によって日本民法とされ、成立した婚姻は認証を受けることができ、中国で承認される<sup>(21)</sup>。

つまり、中国人と外国人間の婚姻に限らず、華僑その他外国に居住する在外中国人間の居住国における婚姻について、婚姻成立の準拠法として広く一般的に婚姻挙行地法の適用を認めていると実質的に変わらない結果が、現在の涉外家事の実務上得られているといえる。ただ、中国に居住する中国人カップルが海外旅行中で挙行した外国婚姻は、以上に述べた在外中国人間の外国での婚姻とは異なり、当事者と中国法との関係が非常に緊密であるため、その外国婚姻が中国婚姻法の定める婚姻の実質的成立要件に反する場合には、承認されない。これを示す裁判例を以下に紹介したい。

#### 裁判例1<sup>(22)</sup>：

ともに中国国内在住の21歳の中国人男と19歳の中国人女が、婚姻法に定める婚姻年齢に満たないため中国で婚姻登記ができないことを知り、婚姻する目的で東南アジア旅行ツアーに参加し、タイで宗教婚を挙行した。二人は帰国後夫婦を自称し同居していたが、約一年後男性は交通事故によって死亡した。遺産相続をめぐる男性の親族と女性は裁判で争い、タイで成立した婚姻の有効性が先決問題として問われることになった。裁判所は当事者の法律回避<sup>(23)</sup>を理由にタイの婚姻を無効と認定し、女性の相続権を否定した。本件におけるタイ婚姻は、中国婚姻法の適用を逃れるのが目的であり、実質的

に中国の国内婚姻と同一視すべきからである。仮に在タイ王国中国公館に認証を申請しても受けられないことは明らかである。

以上で考察したところをまとめると、外国で成立した婚姻の承認ないし認証要件に関して、中国人間の婚姻か、中国人と外国人間の婚姻かを問わず、基本的に挙行地たる外国で有効に成立した婚姻であれば、中国婚姻法が定める婚姻の実質的要件を満たさない点があっても、中国公館による認証が受けられ、中国において有効な婚姻とされる。ただし、国際私法上の公序<sup>(24)</sup>に反する外国婚姻は承認されず、また国内在住の中国人間の中国法を回避するための外国婚姻は承認されない。

### ③ 検 討

周知のように、日本では、外国で成立した婚姻の有効性ないし承認について、いわゆる準拠法アプローチにより、通則法24条の定める準拠法に基づき判断する。これに対して、在外中国公館における認証の実務は、日本法と同様に準拠法アプローチを採用し、民法通則147条に定める婚姻挙行地法によって外国婚姻の有効性を判断しているとはおそらくいえない。なぜなら、婚姻が挙行地である外国において有効である限り、中国公館では挙行地法の実質法上の婚姻要件の充足を確認することなく、その有効性を承認しているからである。例えば中国婚姻法には再婚禁止期間の規定はなく、仮に中国法と同様に再婚禁止期間を設けていない婚姻法を持つA国人と中国人が、それぞれ離婚した直後に婚姻成立の準拠法について配分的に本国法主義を採用しかつ反致を認めないB国で婚姻する場合、たとえB国の婚姻法が再婚禁止期間の定めを有しているとしても、B国法の再婚禁止期間に反する外国人間の婚姻がB国の公序に反すると考えない限り、この婚姻はB国で有効に成立する。そして中国の公序に反しなければ在B国中国公館による認証を受けられ、中国においても有効な婚姻として承認される。認証において審査されるのは挙行地における婚姻の有効性、中国の公序違反と法律回避の有無であり、婚姻挙行地たるB国の実質法上の婚姻要件と抵触することがあっても、問題視されることはない。

このような在外公館における認証による行政上の外国婚姻の承認実務は、挙行地の実質法にも中国婚姻法にもよることなく、国際私法上の公序に反しない

限り外国において有効に成立した婚姻を承認するアプローチであると考えことは不可能ではない。実際、中国国際私法学会が2000年に制定した中国国際私法示範法<sup>(25)</sup>131条はこのようなアプローチを採用する。さらに、国内在住中国人について法律回避の法理を適用する点と合わせて考えれば、外国における婚姻の届出等の受理を国家行為として捉え、外国婚姻の承認を外国国家行為の承認として管轄権の要件と公序の要件に基づき判断する説<sup>(26)</sup>にも通ずるところがあろう。

しかし、民法通則147条が中国人と外国人との婚姻成立の準拠法について婚姻挙行地法主義を規定し、外国における中国人間の婚姻についても前述のように実務の運用上婚姻挙行地法主義を認めるに等しいため、147条にいう婚姻挙行地法の「法」は国際私法をも含めた挙行地法の全体と考え、つまり外国婚姻の承認について、挙行地法の国際私法規定を含めた挙行地法主義を採用していると考えるのが自然であろう。このアプローチは、1978年ハーグ「婚姻の挙行及び婚姻の有効性の承認に関する条約」(中国未加入)の9条1項<sup>(27)</sup>に合致し、また在外中国公館における認証は、外国の婚姻証明書類と当該外国の公証を基礎としており、同条約10条<sup>(28)</sup>に基本的に一致するといえる。

国際私法を含めた挙行地法主義のアプローチは、婚姻挙行地において有効な婚姻であれば、反証のない限り中国においても有効なものとして承認し、その結果外国で成立した婚姻の承認を容易にし、当事者の期待を保護することができる。さらに、婚姻の成立時に挙行地において実際に適用された準拠法を承認に際し適用するため、不均衡婚が生じる可能性を大幅に軽減することができる。

もちろん、国際私法を含めた挙行地法主義のアプローチを採用しても、仮に外国の婚姻が中国の公序に反する場合には、当然にその有効性を承認しないことができる。また婚姻保護の観点から、ここにいう公序は制限的に解すべきことは多言を要しない。このアプローチと公序に反しない限り承認するアプローチとの最大の違いは、挙行地の国際私法を含めて決定した婚姻成立の準拠法上、取消原因が存在する外国婚姻について、当事者が中国裁判所において、当該外国婚姻の取消を争うようなケースをめぐる対応であろう。すなわち、公序に反しない限り承認するアプローチであれば、その取消原因の存在がもたらす結果

は制限的に解される国際私法上の公序に反しなければ、挙行地である外国で取り消されない限り、中国において当該外国婚姻は取り消されることはないだろうが、国際私法を含めた挙行地法主義のアプローチであれば(2)の①で述べたように、中国公館の認証を受けたとしてもそれは外国婚姻の有効性の推定に過ぎず、当事者が中国裁判所で当該外国婚姻の取消を求めることが許されるべきであると考えられる。このように解することによって不均衡婚が生じるおそれはあるが、この場合当事者の取消を主張する権利の保護を優先すべきであろう。

つまり、外国において成立した婚姻の中国における承認について、国際私法を含めた挙行地法主義アプローチと解したうえ、行政手続である在外公館による認証については、挙行地において実際に適用した準拠法上の要件に基づく婚姻有効性の審査は困難であるため、挙行地において公証を受けた婚姻証明書をもって婚姻成立の準拠法上当該婚姻が有効であると推定し認証をしていると解すべきであろうと考えられる。

### (3) 中国人の婚姻に関連する日本の渉外家事実務

#### ① 婚姻の成立

在日外国人が日本において日本人または外国人との創設的婚姻届をする際に、原則として、通則法24条に基づき準拠法とされる本国法上の婚姻の実質的成立要件を具備していることを証明する書面「婚姻要件具備証明書」を、本国の権限ある官憲から発給を受け、婚姻届に添付する必要がある<sup>(29)</sup>。在日中国人と日本人との創設的婚姻届の受理についても同様に、中国人について中国公館が発給する婚姻要件具備証明書<sup>(30)</sup>の提出が求められる。しかし、通則法24条、同41条、中国民法通則147条などによって中国人当事者につき婚姻成立の準拠法が反致によって日本法となることが明らかである場合に、本来婚姻届の受理において審査すべきは日本民法の実質的成立要件の充足であるため、中国公館が発給する中国法に基づいた婚姻要件具備証明書は、日本法の要件充足の証明資料の一例として認識されるべきであり、当然それに代わる証明の提出も許されるべきである<sup>(31)</sup>。

## ② 婚姻の承認

外国で挙行された婚姻の承認について、日本の涉外戸籍実務・裁判例は一致して準拠法アプローチを採り、反致が生じない限り、通則法 24 条に定める婚姻成立の準拠法によって有効でなければ、有効な婚姻として承認されない。たとえば、日本人男と 18 歳の中国人女がラオスで行った婚姻について、法例 13 条（通則法 24 条）によって中国人女に関する婚姻の実質的成立要件の準拠法は中国法とされるところ、民法通則 147 条によって婚姻挙行地法たるラオス法への転致は法例 32 条（通則法 41 条）の反致に該当せず、結局中国の婚姻法が婚姻の実質的成立要件の準拠法と判断された。そして中国婚姻法の定める婚姻年齢は女性 20 歳であるため、同ラオスの婚姻は不適齢婚であるが、日本の戸籍窓口では不適齢婚は中国婚姻法上の無効原因ではなく、取消原因<sup>(32)</sup>の存する婚姻と解釈し、準拠法上取消原因があったとしても外国では婚姻は一応有効に成立していることから、報告的婚姻届を受理した<sup>(33)</sup>。

しかし、この中国人と日本人間のラオス婚姻は、挙行地たるラオスにおいて有効に成立し、かつ中国の公序に反することも認められないため、おそらく在ラオス中国公館による認証を受けることが可能であり、中国内では有効な婚姻として承認されるはずである。また仮に当事者が中国婚姻法上の婚姻不適齢を主張し婚姻の取消を求める裁判を中国で提起しても、ラオス国当局が婚姻成立の準拠法を間違っただけで適用していない限り、国際私法を含めた挙行地法主義のアプローチによれば、取り消されることはなかろう。

婚姻年齢は一方的要件と解される<sup>(34)</sup>ところ、挙行地ラオスにおいて有効で、問題となる当事者の本国である中国においても有効とされるはずの婚姻が、日本では緩やかな涉外戸籍実務の恩恵で報告的届出こそ受理されたが、裁判であれば取り消されうる婚姻とされてしまう点は問題である。挙行地で有効に成立した婚姻を日本で承認しないケースがあることは、婚姻の成立について本国法主義を採用し、外国で成立した婚姻の承認に準拠法アプローチを採用する上で必然的に生じる問題ともいえるが、ラオスで挙行された中国人間の婚姻についても、仮にその婚姻の取消が日本の裁判所で争われる場合に同様な結果が起こりうることを考えればなおさら問題であろう。この問題を解決する方法は複数

考えられるが、通則法24条の本国法主義を大きく変更しないことを前提にするならば、これから日本で成立する婚姻については現状どおり配分的に当事者の本国法を適用するが、少なくとも外国で成立した外国人間の婚姻の承認について、すでに有効に成立した婚姻の保護を優先し、不均衡婚の発生をできるだけ制限する趣旨で、たとえば当事者の本国において承認されるような外国婚姻は、日本でも有効な婚姻として承認するという意味で、限定的に本国法主義を解釈する可能性を検討しても良いように考えられる。

### 3 渉外的離婚の成立とその承認

#### (1) 中国における渉外的離婚の成立

##### ① 離婚の準拠法

離婚の準拠法について、中国人と外国人との裁判離婚についてのみ明文で規定し、法廷地法主義を採用しているが（民法通則147条）、外国人間の中国における裁判離婚についても、法廷地法たる中国法を適用して判断している。また、協議離婚の準拠法に関する定めはないが、協議離婚の手續を所管する婚姻登記機関の実務上は当然のように、離婚地法である中国法を適用している。

##### ② 協議離婚

かつての渉外実務では、外国人当事者を含む離婚について協議離婚を一切認めず、必ず裁判によらなければ離婚を認めないのであった<sup>(35)</sup>。これは裁判離婚しか認めない国が多くあることを考慮し、中国で成立する協議離婚が外国人当事者の本国において承認されないことを防止するためと説明されていた<sup>(36)</sup>。これに対して現行実務は、中国の婚姻登記ではなく、外国の方式によって成立した婚姻についてのみ、協議離婚を認めないため<sup>(37)</sup>、外国人当事者も、中国の婚姻登記によって婚姻が成立したのであれば、中国で協議離婚することを選択できる<sup>(38)</sup>。

一方、外国の方式によって成立した婚姻について、外国人当事者を含むか、中国人間の婚姻かを問わず、中国で離婚する場合、婚姻登記機関における協議離婚を認めず<sup>(39)</sup>、裁判離婚によることが必要である。もっとも、夫婦双方にそもそも離婚の意思がある場合に、中国裁判所に離婚の国際裁判管轄さえあれば、

当事者は調停離婚をすることができ、さらに後述のように裁判所に調停内容を離婚判決の形で下すよう求めることも実務上可能である。

### ③ 裁判離婚

離婚の国際裁判管轄として、中国民事訴訟法22条に定める被告住所地管轄が利用できるほか、条文上、国内に居住していない相手方に対する身分訴訟として同法23条の原告住所地管轄を利用することもできる。また、当事者がある地に1年以上居住した場合、その地が常居所として住所に代用できるため<sup>(40)</sup>、原告常居所地、被告の常居所地にも管轄を認めることになる。これらの規定以外に、最高人民法院の司法解釈である「民事訴訟法の適用に係わる若干問題に関する意見」13条、14条は、外国に定住する華僑間の婚姻に限り緊急管轄としての本国管轄を認め、同15条、16条は、華僑以外の在外中国人間の婚姻について、本国管轄を認めている<sup>(41)</sup>。

このように中国法の規定上は離婚訴訟について幅広く国際裁判管轄を認めているといえる。しかし、これらの規定の主な関心は主に華僑を含む中国人間の離婚に向けられており、裁判実務上もこの種の事件が多い。

これに対して、中国人と外国人間の離婚訴訟、外国人間の離婚訴訟の管轄について、上記民事訴訟法22条と23条は理論上適用が可能であるが、とりわけ外国人間の離婚訴訟について、裁判例を見る限り裁判実務上は自発的に国際裁判管轄を制限している傾向が後述のように見受けられる。ただ、この点について最高裁が未だに判例、司法解釈、全国裁判所審判会議等で態度を示していないため、各地方の下級審において国際裁判管轄ルールの運用上、差異があることを付言しておく。

まず、23条の原告住所地管轄は、中国人原告から提起される離婚訴訟について適用される例が多いとされる<sup>(42)</sup>。これに対し、原告住所地管轄を外国人原告について適用した例は調べた限り見当たらない。むしろ、外国人間の離婚訴訟においてではあるが、原告住所地管轄を否定的に扱った裁判例がいくつかあり、以下に紹介する。

#### 裁判例2<sup>(43)</sup>:

アメリカ人男と韓国人女が1992年にアメリカで婚姻した後、夫は2000年

から就労のために中国上海に居住し、2004年8月に上海市徐匯区裁判所で日本に居住している妻に対して離婚訴訟を提起した。原告が訴えの提起まで3年以上中国に居住している事実があるにもかかわらず、同裁判所は原告の住所地が中国にないとして、民事訴訟法23条の原告住所地管轄の適用を認めず、訴えを却下した。

**裁判例3<sup>(44)</sup>:**

トルコで婚姻したアメリカ人夫婦の夫が、2001年から重慶市に居住し、妻がアメリカに居住している。2004年5月、夫が重慶市渝中区裁判所に離婚訴訟を提起したが、裁判所は原告住所地管轄を認めなかった。

以上のように本来外国人原告の住所ないし常居所が中国にあると認めるべきケースにおいても、被告住所地が外国にある場合に、裁判所は原告住所地管轄の適用に否定的な姿勢をとる傾向があるといえる。

これに対して、外国人間の離婚訴訟について管轄を認めた裁判例のほとんどにおいて、当事者双方が中国に長期的に居住し、原被告の住所地ないし常居所がともに中国にあるという事実に加え、夫婦双方に離婚の意思があるいわゆる双方離婚かどうか、裁判所にとって管轄を肯定する際に考慮する重要な要素となっているようである。以下関連する裁判例を紹介するが、外国人間の離婚訴訟について、中国の離婚判決が外国人の本国で承認されず不均衡な身分関係が発生する事態を回避するために、訴訟係属前の段階で裁判官が当事者に対してなるべく本国での離婚もしくは領事離婚を利用するよう勧める傾向が一部地方の裁判実務において確認されており<sup>(45)</sup>、裁判例という形で現れない事例も多数あると推測される。

**裁判例4<sup>(46)</sup>:**

1987年から中国に生活するイギリス人女が、ほぼ同時期から中国に生活するドイツ人男と知り合い、1992年9月に北京市で婚姻した。その後不仲になった二人は、1993年12月から別居をし、1994年3月に、妻が北京市中級人民法院に離婚訴訟を提起した。裁判所は管轄を認め、調停により離婚が認められた。

**裁判例 5** <sup>(47)</sup>:

1998年にイギリスで婚姻したフランス人夫婦は、2000年から上海市で生活している。その後婚姻が破綻し、2005年9月に夫が上海市静安区裁判所に離婚訴訟を提起した。当事者は離婚する意思を書面で裁判所に提出し、かつ子の親権、扶養費用等について争いはない。裁判所は上海市における一年以上の居住事実を根拠に当事者らの常居所地を上海とし、管轄と離婚を認めた。

**裁判例 6** <sup>(48)</sup>:

カナダで婚姻し、2000年から上海市で生活するカナダ人夫婦が離婚するために、在上海カナダ領事館を訪れたところ、カナダをすでに長期間離れたため領事離婚は認められないと告げられた。そこでこのカナダ人夫婦は2005年に上海市の裁判所において離婚訴訟を提起し、調停により離婚が認められた。事件を担当した裁判官によれば、本件で管轄を肯定するに至った大きな理由は、当事者双方が離婚することに異議がなく、かつ財産の分割に関する争いもないことという。

夫婦双方に離婚の意思があっても、中国の婚姻登記によって成立した婚姻でなければ、前述のように中国で協議離婚ができない<sup>(49)</sup>。そうすると、外国人夫婦にとって本国での離婚、領事離婚はもちろん採りうる方法ではあるが、生活の本拠が中国にあれば、中国で離婚訴訟の管轄を認めることも結局当事者の利便性という観点から考えれば非常に重要であろう。このように考えると、被告住所地が中国にない場合に、外国人原告の住所地管轄を認めなかった裁判例2と3において原告の中国における住所／常居所を容易に認定せず、他方裁判例4～6において原被告の中国における住所／常居所を認定し、管轄を認めたことは理解でき、またその対応は適切であるように考えられる。

最後に注意すべきは、明文規定がないにもかかわらず、フォーラム・ノン・コンヴィニエンス（以下FNC）法理が中国の裁判実務において認められ<sup>(50)</sup>、そして身分訴訟にも利用されることである。離婚訴訟に関して、やや古い事件ではあるが、FNC法理を適用し訴えを却下した裁判例が報告されている。

**裁判例 7** <sup>(51)</sup>:

日本人男と、中国上海に住所を有していた中国人女が婚姻後（婚姻挙行地は

不明)、日本で同居していたが、数カ月で不仲になり、日本人夫が中国に渡航し、上海市中級裁判所において離婚訴訟を提起した。裁判所は、夫婦の婚姻後の共同住所地は日本であり、中国で訴訟を行うことは、当事者双方にとって不便であると共に、裁判所は婚姻関係および争われている日本に所在する夫婦財産を調査することができず、当事者の利益保護に欠ける判決を下しかねないとして、FNC 法理により管轄権の行使を拒否し、原告に日本で訴訟するよう勧告した。その後日本の裁判所において離婚が認められた。

以上離婚訴訟の国際裁判管轄をまとめると、被告住所地という大原則のもと、中国人夫婦の涉外的離婚訴訟の管轄について、詳細な明文規定が設けられ、一定の要件の下で本国管轄も認められるなど、広く管轄を認めている。また中国人原告と外国人被告との離婚訴訟について、原告住所地管轄を比較的に緩やかに認めてきた。これに対して、外国人が原告となる離婚訴訟について、基本的に原告住所地管轄を認めず、さらに外国人夫婦の離婚訴訟について被告住所地管轄を認める際に、当事者双方が中国に居住し、かつ離婚の意思があることを重要視していることが伺える。外国人当事者間の離婚訴訟の管轄について慎重な姿勢で臨む点は、当事者の本国で中国の離婚判決が承認されないことをなるべく回避する目的があると考えられ、中国における外国人間の婚姻登記について「結婚登記効力証明」の提出義務を課すことによって当事者の本国での有効性を担保しようとする点で共通すると考えることができる。

なお、裁判離婚について中国が調停前置主義を採用しており、調停離婚が成立した場合、その効力が裁判離婚しか認めない国で承認されるために、実務上当事者は中国の裁判所に調停内容を離婚判決の形で下すよう求めることが可能である<sup>(52)</sup>。

## (2) 外国離婚の中国における承認

### ① 外国協議離婚の中国における承認

中国法では協議離婚が認められ、また離婚について法廷地法（離婚手続地法）を採用していることから、外国での協議離婚は中国でも当然に承認される。そのための手続としては婚姻の承認と同様に、離婚手続地たる外国での公証と在

外中国公館による認証が必要である。

## ② 外国裁判離婚の中国における承認

他の分野の外国判決の承認が民事訴訟法に基づき判断されるのとは異なり、外国離婚判決は、最高人民法院の司法解釈である1991年「中国人が外国法院による離婚判決の承認を申請する手続問題に関する規定」<sup>(53)</sup>と2000年「人民法院における外国法院離婚判決の承認申請の受理に関する問題に関する規定」<sup>(54)</sup>に基づいて承認される。その特徴は以下の通りである。

(a) 外国離婚判決の承認は、婚姻を解消する形成力の部分と、それに付随する財産分与、子の親権者指定、養育費の支払などその他の部分とに分けて扱われる。

(b) 婚姻を解消する形成力の部分について、外国人間の外国離婚判決に関して特に中国裁判所による承認は必要なく、当事者が中国で再婚しようとする場合には、上記外国離婚判決に基づき独身証明を取得すればよい。これに対し、中国人当事者を含む外国離婚判決に関して、中国裁判所による承認が必要である。

(c) 承認要件として確定判決であること、間接管轄を有すること、適法な送達があったこと、同一事件につき中国の判決もしくはすでに承認した外国の判決がないこと、公序に反しないことが挙げられる。他の外国判決の承認に適用する民事訴訟法上の要件と異なり、相互の保証（中国法の用語では互惠関係の存在）が要件とされない点がとりわけ重要である。また、準拠法要件も課されていない。なお、これら要件の充足は通常書面に基づき短期間で審査されている。

(d) 婚姻を解消する形成力の部分に付随する財産分与、子の親権者の指定、養育費の支払などの部分の承認執行は、上記両司法解釈の適用範囲外と規定されているため、民事訴訟法267、268条に規定する通常の判決承認要件が適用され、相互の保証が要件とされる。しかし、中国では判決の承認執行に関する条約が締結されない限り、ある外国がすでに中国判決を承認した先例がなければ当該外国との相互の保証はないと解されるため、日本との間に相互の保証がないとした裁判例がある<sup>(55)</sup>。このように、相互の保証があることが中国裁判所に認められるのは非常に困難であり、条約なしに民事訴訟法によって外国判決を

承認することは事実上不可能に近いともいえる<sup>(56)</sup>。結局、中国と相互の保証のない国の離婚判決における財産分与等の部分については、外国判決を承認するのではなく、当事者が改めて中国で訴えを提起し、その訴訟において外国判決を重要な証拠として採用する実務が行われているとされる<sup>(57)</sup>。例えば、アメリカ離婚判決を得た中国人夫婦が上海市第二中級裁判所に判決の承認を申し立てた事件で、裁判所はアメリカ判決の婚姻解消部分を承認したが、同市にある財産（不動産）の分与に関する部分については、相互の保証がないとして、承認しなかった。そこで、当事者は財産が所在する区の裁判所で分与を求める訴えを改めて提起し、結局裁判所はアメリカ判決を証拠として採用し、実質的に同様な結論を下したのである。

(e) 外国裁判所における離婚調停は外国離婚判決と同様に扱われる。中国では従来から、外国裁判所の調停離婚は広義の外国離婚判決の一つとして、離婚判決と同様に承認すべきと考えられている。上記2000年の司法解釈によってこの点が明文化される以前に、すでに日本の調停離婚を承認した例が数件報告されている<sup>(58)</sup>。

### (3) 中国離婚の日本での承認

これまで日本における外国離婚の承認に関する涉外戸籍実務・裁判例は、裁判外の離婚の承認について、準拠法アプローチを採用し、裁判上の離婚について、民訴118条の全面適用説を採っているとされる<sup>(59)</sup>。

#### ① 中国協議離婚の承認

中国法は日本法と同様に裁判外の離婚として協議離婚を認めているため、日本の涉外戸籍実務において、中国協議離婚の報告的届出について、ほぼ問題なく受理できるといえる<sup>(60)</sup>。本来準拠法アプローチでは、通則法が定める準拠法に従って当該協議離婚を行わない限り有効なものとはならないため、準拠法の確定がまず必要である。しかし、外国人夫婦が中国で協議離婚をした場合、戸籍法の適用がないため、そもそも報告的届出がされることはない。日本人と中国人の夫婦または日本人と中国人以外の外国人の夫婦の離婚について、ほとんどの場合に、離婚の準拠法は通則法27条の日本人条項により日本法とされるか、

もしくは夫婦の同一常居所地法ないし最密接関係地法により中国法とされるところであるため、届出を受理して差し支えない。日本人当事者を含む夫婦の同一常居所地が協議離婚を認めない国にあることが明らかな場合に、上記報告的届出を受理できないとされるが<sup>(61)</sup>、中国の協議離婚に関していえば、このようなケースが現実にはほとんどありえないと思われる。

## ② 中国調停離婚の承認

中国と同様に、日本も離婚につき調停前置主義がとられるが、戸籍実務・学説の多数説は日本国内で成立する調停離婚及び審判離婚について、裁判所が関与するものの、当事者の意思によって成立ないし効力が左右される一種の合意離婚と見て、裁判離婚と同視できないとしている<sup>(62)</sup>。

そこで、中国裁判所で成立した調停離婚<sup>(63)</sup>も、中国の方式により成立した協議離婚の一種として位置づけ、その報告的届出の受理を考えるべきとする見解がある<sup>(64)</sup>。しかし、日本の涉外戸籍実務では、むしろ中国の協議離婚のみ裁判外の離婚とし、調停離婚については離婚判決と同様に裁判上の離婚と捉え、民事訴訟法118条の適用により報告的届出の受理可否を判断しているとされる<sup>(65)</sup>。そうすると、中国で成立した調停離婚の日本における承認を得ようとする当事者は、中国裁判所に調停内容を記載する判決文を求める必要はないといえよう。

## ③ 中国離婚判決の承認

外国離婚判決の日本における報告的届出について、涉外戸籍実務は民訴法118条全面適用説を採用する近時の裁判例に従っているが、実際には同条各要件に明らかに反しない限り報告的届出を受理しているとされるため<sup>(66)</sup>、中国離婚判決に基づく報告的届出の受理は、基本的に問題はないとされる<sup>(67)</sup>。

一方、裁判において中国離婚判決の承認が問題となった場合には、前述の通り婚姻を解消する形成力の部分の承認に関して中国法は相互の保証を要件としていないし、その他の承認要件も民訴法118条各号要件と「重要な点で異なる」<sup>(68)</sup>ため、その部分に限っていえば相互の保証があるといえよう。しかし118条1号の間接管轄に関して、とりわけ中国人間の離婚訴訟について本国管轄、あるいは中国人原告が日本人被告に対し提起した離婚訴訟について原告住所地管轄に基づき中国裁判所が離婚判決を命じた場合に、問題が生じうる。こ

のような中国離婚判決の承認が日本の裁判で争われることは珍しいとも考えられるが、そのような事件が実際に生じた場合に、最高裁昭和39年3月25日判決<sup>(69)</sup>、同平成8年6月24日判決<sup>(70)</sup>によってそれぞれ示された離婚の直接管轄に関するルールに基づき、ケース・バイ・ケースで判断されることになるであろうし、原告住所地管轄ないし本国管轄に基づく中国離婚判決であっても、間接管轄の要件を満たすケースがありえよう<sup>(71)</sup>。

これに対して、中国離婚判決に財産分与、子の養育者の指定<sup>(72)</sup>、養育費の支払等が含まれる場合には、日本の裁判所がこれらの部分についてどのような承認アプローチを採用するかによって結果が大きく左右され、問題は複雑である。

学説の有力な見解<sup>(73)</sup>は、法廷地法たる日本法によって、承認が求められる外国判決を訴訟部分と非訟部分に区別して性質付け、そして訴訟部分については民事訴訟法118条の全面適用によって、非訟部分については間接管轄と公序の要件のみによって承認を判断するとしており、この説に従った裁判例がある<sup>(74)</sup>。

これに対し、外国離婚判決について、婚姻が終了する部分と親権者指定の部分に分けて承認を判断したが、結局いずれの部分についても民事訴訟法118条を全面適用した裁判例が見られる<sup>(75)</sup>。さらに、子の養育費の支払を命じた外国判決の承認について、日本ではその性質は非訟事件に属するとしながら、当事者の手続保障を特に考慮すべき争訟的性格の強い事件であるため、旧民事訴訟法200条(現118条)を全面適用した裁判例もある<sup>(76)</sup>。

118条全面適用説を採る場合、前述のように中国は外国離婚判決における婚姻解消以外の点について相互の保証要件を外しておらず、そのため日本と中国との間に相互の保証がないとされる現状において、これら婚姻を解消する形成力の部分に付随する他の部分の中国裁判は、日本の裁判所で一切承認されないことになる。これと違って相互の保証の要件を不要とする有力説を採用する場合には、中国離婚判決の非訟部分は日本で承認される可能性があるため、非常に魅力が感じられる。

しかしながら、離婚に付随する親権者／養育者の指定、養育費の支払などはいずれも争訟性が強く、そもそも非訟という概念を制定法に持たない中国においては、対審制の下に裁判が行われる。よって、国家間の問題によって個人の

身分関係の安定に影響を与えてしまうような相互の保証の要件を不要とする点にもとより賛同できるが、118条2号の送達要件を外すべきでないように思われる<sup>(77)</sup>。

もっとも、日本の学説・裁判例において相互の保証要件が緩和される傾向にあるのに対して、中国法および裁判実務が厳格に同要件を適用している点は、まさに時代遅れといわなければならない。この点こそ問題の根源である。外国裁判離婚の婚姻解消部分の中国における承認について同要件を不要とした点は評価できるが、親権者指定などほかの身分上の裁判の承認について、最重要視されるべき子の保護などの政策目的は、間接管轄や公序等の要件の慎重な適用によって充分に実現することが可能であり、ことさら裁判国との相互の保証関係の存在を求める必要性は認められない。

なお、現在のところ、養育費の支払、日本における財産の分与を命じる中国離婚判決の承認が日本で争われた裁判例をみない。前者について、中国国内事件では子の養育費の支払を命じる判決の執行に関して、扶養義務者の給料から天引きする制度が一応整備されているため、通常月々の支払を命じるのに対して、涉外事件で扶養義務者が国外に移動する可能性がある場合には、可能な限り扶養費を一括して支払うよう命じる裁判実務が背景にあると思われる。また後者について、分与を主張する当事者は財産の存在について立証責任を負うが、財産が日本に所在する場合に、その立証は通常困難であり、裁判所は証明できないとしてその部分の財産の分与を認めないことが多いとされるからである。

## 4 涉外的親子関係の成立とその承認

### (1) 中国における実親子関係の成立

実親子関係の成立に関する中国の国内実質法は、一般的に事実主義と解されている。制定法に嫡出推定の規定は存在しないが、婚姻中に生まれた子について、母の夫以外の男を実の父親とするためには、必ず父子関係存否確認訴訟によらなければならないため、事実上の嫡出推定が及ぶといえる<sup>(78)</sup>。嫡出否認にほぼ相当する父子関係の不存在確認訴訟について出訴期限は特にないが、立証責任は父子関係の存在を否定する当事者にあるとされ<sup>(79)</sup>、さらに裁判所は遺伝

子鑑定等の証拠方法を利用するに当たって、子および母親の保護のために、とりわけ当事者の一方が反対する場合または子が3歳を超えた場合に、慎重に判断すべきとされる<sup>(80)</sup>。

また、認知制度はなく、非嫡出親子関係の成立をめぐる争いのほとんどは養育費の支払請求訴訟の前提として現れる<sup>(81)</sup>。死後認知に相当する制度もないため、相続をめぐる訴訟の中で親子関係の成立が争われるのである。この点に関連して、事実主義を採用する中国法は認知に関する規定を持たないが、認知を許さない趣旨ではないと解した東京地裁平成元年12月15日判決<sup>(82)</sup>は正当である。

渉外的実親子関係の成立について、直接に関連する裁判例は見当たらないが、台湾に関連する裁判例があり、その判断手法は涉外事件にも共通すると考えられるため、以下に紹介する。

#### 裁判例8<sup>(83)</sup>:

中国人女が前夫である中国人男と離婚し、その約80日後、台湾に住所を有する男性と中国で婚姻し、さらに約160日後子を出産した。2年後、夫が中国成都市錦江区裁判所に離婚訴訟を提起し、合わせて親子関係の不存在確認を求めた。裁判所は国際私法に触れることなく、事実主義に基づき、遺伝子鑑定によって夫と子との親子関係を否定した。

国際私法の観点から、このような裁判実務は法廷地法主義を採用したものと解する見解がある<sup>(84)</sup>。この問題は、後述(3)の外国において成立した親子関係の承認にも関連するが、国内事件か涉外事件かを問わず、そして外国で嫡出推定、事実主義、認知等によってすでに成立した法律上の実親子関係の承認を含めて、要するに中国の裁判で争われる場合に、事実主義の下に証拠に基づき実親子関係の存在を判断するものと解すべきであろう<sup>(85)</sup>。

## (2) 中国における涉外養子縁組の成立

### ① 養子縁組の準拠法

外国人が中国で未成年者を養子にする養子縁組について、中国養子縁組法に従うとともに、外国人養親の所在国（実務では本国法を指す）<sup>(86)</sup>の法にも適合す

る必要がある(養子縁組法 21 条)<sup>(87)</sup>。国際私法の学説によれば、同条規定は涉外的養子縁組の成立の準拠法を定めたものであり、養子の本国法としての中国法と養親の所在国法の累積適用を定めた一方的抵触規定と解した上、その双方化を主張する<sup>(88)</sup>。しかし同規定の定め方は民法通則などにおける他の国際私法規定と大きく異なっている。その立法趣旨は、中国において中国法に基づき成立した涉外的養親子関係が、養子の受入国に承認されることを担保することであり、中国の養子縁組が外国人養親の本国によって承認されず、養子が送り返されるリスクを回避する目的があるとされる<sup>(89)</sup>。そうであるとすれば、8 条 2 項にいう養親の所在国法による「審査同意」とは、養親の所在国法の累積適用と解するよりも、むしろ中国において成立する養子縁組に対する承認を意味するものであり、涉外的婚姻の成立について婚姻挙行地法主義を採用したうえで、外国による承認が特に必要とされる外国人間の婚姻について、「結婚登記効力証明」を提出させる涉外実務と共通して、不均衡な身分関係の防止が目的といえるのではなかろうか。

そして、記述の場所を先にしてしまうが、外国において成立した婚姻の中国での承認について、前述のように国際私法を含めた挙行地法主義のアプローチと解すべき点を考えれば、養子縁組の承認についても、すでに外国で成立した身分関係の安定を最重視すべきであり、養子縁組を最も適切に判断できる、国際私法を含めた養子縁組時の養子の所在地法を準拠法と解すべきであるように考えられる<sup>(90)</sup>。

## ② 涉外的養子縁組に関する国際協力

1996 年 6 月 28 日に中国養子縁組センターが成立して以来、外国人は同センターを通じてのみ中国で養子縁組をすることが許される。同センターは現在 16 カ国の養子縁組斡旋組織と協力関係を結び、これらの組織を通じて提出される申請に基づいて中国における涉外的養子縁組の審査を行う。この 16 カ国とは、アメリカ、イギリス、フランス、ノルウェー、スウェーデン、デンマーク、フィンランド、オランダ、アイスランド、オーストラリア、カナダ、スペイン、アイルランド、ベルギー、ニュージーランド、シンガポールであり、日本は含まれていない。中国養子縁組センターが設立して以来、協力組織のない国との

間で渉外的養子縁組を認めたケースはなく、現在中国で渉外的養子縁組をできるのは、この16カ国の国籍を有する者のみである<sup>(91)</sup>。なお、中国が1993年ハーグ養子縁組条約を批准し、2006年元日より発効したが、それによって実務にもたらされる変化は現在のところ確認されていない。

### ③ 渉外実務における実質法要件の緩和

養子縁組法では、養親となる要件としては、孤児、捨て子、障害児を養子とする場合を除き、養親となる者が子（実子、継子、養子を含む）を有しないことが定められている（8条2項）。しかし、渉外養子縁組の実務では、この要件が緩和されており、養親となる外国人について、必ずしも課されていない。例えば、双子や同一の福祉施設に入所している兄弟であれば、一緒に養子になることが許される。また一度中国で養子縁組をした外国人が、1年以上経過すれば、申請して再度養子縁組することも可能である<sup>(92)</sup>。

上記のような渉外実務における実質法要件の緩和は、日本で行われる中国人に関連する養子縁組に影響を及ぼすものと考えられる。前述のように、日本人は現在中国で養子縁組を行うことができないが、日本で中国人が日本人を養子にするケースでは、通則法31条によって中国養子縁組法が準拠法となる。過去には、養子を一人に限るとする中国養子縁組法8条2項の適用を公序違反とした審判例<sup>(93)</sup>があったが、上記のように現在中国において同規定は渉外養子縁組では厳格に運用されていない状況であり、同様なケースが今後発生する場合、公序違反とすることなく、養子縁組の成立を認めてよいと考える。

### (3) 外国において成立した親子関係の承認

外国において成立した親子関係の承認について、中国法に明文規定はなく、これまでほとんど議論されなかった分野である。まず、中国人当事者に関連する親子関係が外国で成立しても、特に報告的届出をする必要はない。そして実際に争われた裁判例があるわけではないが、嫡出推定、事実主義、認知、養子縁組など外国で成立した法律上の親子関係の有効性は、たとえば中国における扶養費用請求訴訟や相続訴訟の先決問題として争われる場合に、外国婚姻や外国協議離婚と同様に、当該外国での公証と在外中国公館による認証を経ていれ

ば、裁判においても基本的に有効と推定され、承認されると考えられる<sup>(94)</sup>。もっとも、外国において成立した法律上の実親子関係については、事実主義をとる中国法からすれば、利害関係者が中国で親子関係存否確認訴訟を提起し、遺伝子鑑定結果を含む新証拠を提出することによって、これを否定することが可能であろうと考えられ、この場合、外国における認知は認証等を経て、単に親子関係の存在を推定する証拠として扱われよう。また、外国において成立した養子縁組の承認について、前述のように養子縁組時の国際私法を含めた養子の所在地法を適用すべきであるが、国際私法上の公序に反しないことが当然必要であり、養子縁組法 11 条の自由意思による養子縁組（保護要件）と、20 条の児童売買禁止がこれに該当するものと考えられる。

## 5 おわりに

本稿では、民政部、外交部、裁判所における対応を中心に、中国の涉外家事実務について考察してきた。中国の国際家族法について、もともと立法に空白の部分が多く、個別具体的な問題の解決は、行政機関の省令と最高裁の司法解釈、下級審の裁判例に委ねるところが大きい。裁判例が多くないこともあり、実務の現状把握と実態解明について、筆者自身の理解と解釈によって補わざるを得ない部分もある。

しかし不完全ではあるが、本稿において確認し明らかにした中国の涉外家事実務の枠組みに基づいて、少なくとも以下のような特徴を見出すことができるように考える。

すなわち、中国で成立する涉外的な身分関係について、外国人間の中国における婚姻登記、外国人間の離婚訴訟の管轄、外国人が中国でする養子縁組などにおいてみられるように、外国人当事者の本国における承認可能性に配慮し、慎重に制限された実務が行われている。また中国における調停離婚を、判決という形に変更する柔軟な実務も同様に、外国における承認可能性に配慮した対応である。

これに対して、外国において成立した身分関係の承認については、外国婚姻、外国協議離婚、外国離婚判決における婚姻解消部分を、緩やかな条件の下で承

認する点に見られるように、当事者の利益と正当な期待を保護する柔軟な実務が行われている。

明らかにこれらの特徴の根底にあるのは、不均衡な身分関係を防止する政策目的であるが、民政部、外交部、裁判所という3つの機関におけるそれぞれの実務に共通して見られる点は興味深いことであり、評価すべき点でもある。

中国の現行実務の今後の課題として、すでに指摘した相互の保証要件の適用緩和や実務の更なる明確化などが挙げられよう。さらに、外国人間の婚姻登記、外国人間の離婚訴訟の管轄に関する慎重な実務などについて、不均衡な身分関係の防止という政策と、中国に居住する外国人当事者の利便性ないし救済という政策とのバランス調整の問題が挙げられよう。前者の政策はもちろん重要であり、外国人の本国で承認されないような身分関係の成立・形成をできる限り避けるべきであるが、中国に長年居住する外国人で、本国との関連が薄いような場合に、当事者が本国で承認されない可能性を了知した上で、中国での婚姻ないし離婚を選択するのであれば、不均衡な身分関係の防止を絶対視し、中国人と区別する扱いをする必要性は認められない。

- (1) この分野で重要な最近の研究として、齊湘泉『涉外民事関係法律適用法（婚姻、家庭、継承論）』（法律出版社、2005年）がある。
- (2) 婚姻法が定める婚姻の実質的成立要件とは、①婚姻意思の自由（婚姻法5条）、②婚姻年齢（男性満22歳、女性満20歳、同6条）、③重婚の禁止（同3条2項）、④4親等以内の近親婚禁止（同7条1号）、⑤特定疾病による婚姻禁止（同7条2号）である。従来婚前健康診断書の提出が義務付けられていたが、2001年婚姻法のもとでは提出義務は課されていない。
- (3) 通常は本国を指す。
- (4) 民政部「婚姻登記におけるいくつかの涉外問題の処理意見に関する回答」（民政部「关于办理婚姻登记中几个涉外问题处理意见的批复」1983年12月9日民[1983]民133号）。
- (5) 民政部「关于贯彻执行《婚姻登记条例》若干问题的意见」民函[2004]76号、2004年3月29日公布。
- (6) 齊湘泉前掲注(1)31頁。
- (7) 同上。

- (8) 前掲注(2)参照。
- (9) 基本通達「法例の一部を改正する法律の施行に伴う戸籍事務の取扱いについて」平成元年10月2日民二第3900号民事局長通達。
- (10) 溜池良夫『国際私法講義(第3版)』432頁参照(有斐閣, 2005年), 山田鎌一『国際私法(第3版)』409頁参照(有斐閣, 2004年)。
- (11) 在大阪中国領事館によれば, 中国でいう認証とは中国で使用される日本国関係機関発行の民事及び商事に係る文書に法的効力を付与することである。その実質は, 中国国内で利用しようとする日本の公文書が, 権限ある正当な機関によって発行された真正なものであることを, 在日本中国公館が確認するものと考えられる。なお, 認証について, 涉外戸籍実務研究会『設題解説 涉外戸籍実務の処理Ⅱ婚姻編』(以下『涉外戸籍実務の処理Ⅱ婚姻編』)225頁(加除出版, 2005年)も参照。
- (12) 後述裁判例1参照。
- (13) 姚壮主編『国際私法理論と実務』151頁参照(法律出版社, 1992年)。
- (14) 『涉外戸籍実務の処理Ⅱ婚姻編』・前掲注(11)267頁。
- (15) 拙稿「中国国際私法の現状と改革」国際私法年報162頁以下参照。
- (16) 1983年11月28日外交部, 最高人民法院, 民政部, 私法部, 国务院華僑事務室「在外公館における華僑の婚姻問題の処理に関する若干の規定」(外交部, 最高人民法院, 民政部, 司法部, 国务院侨务办公室关于驻外使领馆处理华侨婚姻问题的若干规定)。また, 「当事者双方が中華人民共和国人である創設的婚姻届の受否について」戸籍770号82頁以下参照。
- (17) 1997年5月8日民政部, 外交部「出国人員婚姻登記管理方法」(民政部, 外交部「出国人員婚姻登記管理办法」民事発[1997]14号)。
- (18) 詳しくは前掲注(16)「当事者双方が中華人民共和国人である創設的婚姻届の受否について」80頁以下参照。
- (19) 同上83頁参照。
- (20) 「婚姻登記条例」5条。
- (21) 前掲注(19)参照。
- (22) 齊湘泉前掲注(1)52頁。
- (23) 1990年最高人民法院「民法通則の若干問題に関する意見」224条。
- (24) 民法通則150条。ここでは, 婚姻意思の自由, 重婚の禁止以外に, 幼児婚や極端な近親婚を指すことになる。
- (25) 中国国際私法学会『中華人民共和国国際私法示範法』(法律出版社, 2000年)。日本語訳として, 袁藝訳『中国国際私法模範法』(加除出版, 2004年)がある。
- (26) 石黒一憲『国際私法(新版)』259頁以下, 379頁以下参照(有斐閣, 1990年)。

- 27) A marriage validly entered into under the law of the State of celebration or which subsequently becomes valid under that law shall be considered as such in all Contracting States, subject to the provisions of this Chapter. 同条約の他の規定では国内実質法を表す際に「internal law」を使っているのに対し、本条では「the law」を使い、これは挙行地の国際私法も含む意味であると解されている。北坂尚洋「外国で挙行された婚姻の有効性の承認——一九七八年ハーグ条約及びスイス国際私法のアプローチ」阪大法学 50 巻 1 号 171 頁参照。
- 28) Where a marriage certificate has been issued by a competent authority, the marriage shall be presumed to be valid until the contrary is established.
- 29) 『涉外戸籍実務の処理Ⅱ婚姻編』・前掲注(1) 201 頁以下。
- 30) 様式例は横塚繁・竹澤雅二郎『設題解説 戸籍実務の処理Ⅴ婚姻・離婚編(1)婚姻』208 頁参照 (日本加除出版, 2000 年)。
- 31) 「日本人と中国人の創設的婚姻届に婚姻要件具備証明書の添付がない場合の審査受理」戸籍時報 721 号 61 ~ 62 頁参照。
- 32) 本件ラオス婚姻がなされた当時である 1991 年の中国旧婚姻法の解釈は必ずしも明確ではない。2001 年中国婚姻法の法文上、不適齢は無効原因 (10 条) とされるが、形成無効と解され、また消滅事由が認められること、主張を許される者を限定していることから、「絶対的無効」ではないと考えられるため、取消原因と解したことは正当であると考えられる。2001 年最高人民法院「婚姻法の適用に関する若干の問題の解釈(一)」7 条 (最高人民法院关于适用《中华人民共和国婚姻法》若干问题的解释(一)法释 [2001] 30 号), 王洪『婚姻家庭法』91 ~ 92 頁 (法律出版社, 2003 年) 参照。
- 33) 「日本人男と中国人女が第三国で行った婚姻の効力について」戸籍時報 578 号 71 頁。また、法務省民事局内法務研究会編『改正法例下における涉外戸籍の理論と実務』116 頁も参照 (テイハン, 1989 年)。
- 34) 例えば、溜池前掲注(1) 423 頁参照。
- 35) 1983 年 8 月 17 日国務院「中国人と外国人との婚姻登記のいくつかの規定」6 条 (中国公民同外国人办理婚姻登记的几项规定) 参照。
- 36) 民政部「婚姻登記におけるいくつかの涉外問題の処理意見に関する回答」前掲注 (4) 4 条参照。
- 37) 婚姻登記条例 12 条。なお、中国人間が在外中国公館で行った領事婚は、中国の婚姻登記とされるため(婚姻登記条例 19 条)中国で協議離婚ができるし、領事館を行った在外公館で領事離婚もできる。
- 38) 婚姻登記条例 10 条。

## 39 婚姻登記条例 12 条

40 1992年7月14日最高人民法院「民事訴訟法の適用に係わる若干問題に関する意見」法発[1992]22号5条。

41 (筆者試訳)13条 国内で婚姻し国外に定住した華僑夫婦について、定住国裁判所は婚姻挙行地に管轄があるとして離婚訴訟を受理しない場合に、国内にある婚姻挙行地または一方当事者の国内にある最後の居住地に管轄がある。

14条 国外で婚姻し国外に定住した華僑夫婦について、定住国裁判所は本国に管轄があるとして離婚訴訟を受理しない場合に、国内にある一方当事者の原住所または最後の居住地に管轄がある。

15条 一方が国外に居住し、一方が国内に居住する中国人夫婦の離婚訴訟について、原告を問わず国内に居住する当事者の住所地に管轄がある。国外に居住する当事者が居住国裁判所に訴えを提起し、国内に居住する当事者が国内裁判所に訴えを提起した場合に、国内裁判所は管轄権を有する。

16条 国外に所在するが定住していない中国人夫婦間の離婚訴訟について、原告又は被告の原住所地に管轄がある。

42 例えば、上海市虹口区人民法院民事判決書(2002)虹民一(民)初字第3821号、最高人民法院应用法学研究所編『人民法院案例選』(1992～1999年合訂本、上巻)8～9頁(中国法制出版社、2000年)。なお、23条の原告住所地管轄がよく利用されるのは、国内に居住する中国人原告と国外に居住する外国人被告間の離婚訴訟である。そのうち特に、もっぱら外国移住の目的で中国人が外国人との中国で婚姻したけれども、その後何らかの事情で中国人当事者が外国に移住できなかったケースにおいて、中国人当事者から提起される外国にいる外国人配偶者に対する離婚訴訟について、裁判所は23条の原告住所地管轄に基づき審理し、そして多くの場合被告の所在が不明なため、公示送達を行った上、被告欠席のまま離婚判決が確定するといわれる。

43 柯直「我国現行涉外離婚管轄制度的缺陷及立法構想」婚姻家庭律師網

[http://www.hunyinlawyer.cn/rd-news;asp\\*id=527,typesnum=9.htm](http://www.hunyinlawyer.cn/rd-news;asp*id=527,typesnum=9.htm) (最終アクセス: 2007年9月24日)。

44 同上。

45 上海市の裁判所における聴取結果。

46 齊湘泉前掲注(1)80～81頁。

47 前掲注(45)。

48 同上。

49 3(1)②参照。

- 50) FNC 法理を中国法に導入することについて、少なくとも商事分野において最高裁が肯定的な態度をとっている。2005年最高裁「第二次全国涉外商事海事审判工作会议纪要」11（法発〔2005〕26号）において、最高裁は涉外商事海事事件におけるFNC法理の適用条件について次のように見解を示した。つまり、①同法理の適用は裁判所の裁量によること、②被告が同法理を援用しもしくは管轄を争っていること、③事件について裁判所が国際裁判管轄を有すること、④裁判所が有する管轄は合意管轄ないし専属管轄ではないこと、⑤中国人、中国法人その他の団体の利益に関連しないこと、⑥紛争の主要事実は外国において発生し、準拠法は中国法ではないなど、中国裁判所が事実の認定、準拠法の適用に関し重大な困難があること、⑦外国裁判所が管轄を有しかつより便利な法廷地であること、である。上記紀要は最高裁の司法解釈ではないが、全国の裁判所に配布され、裁判実務における重要なガイドラインとなる。
- 51) 盛勇強「涉外民事訴訟管轄権衝突の国際協調」人民司法 1993年9号参照。なお、本件で日本人夫が上海で訴訟したのは、日本にある財産の妻への分与を避ける目的であるという心証が裁判所に持たれたとされる。
- 52) 齊湘泉前掲注(1) 81頁，杜新麗主編『国際私法教学案例』295頁参照（中国政法大学出版社，1999年）。
- 53) 1991年7月5日最高人民法院「关于中国公民申请承认外国法院离婚判决程序问题的规定」法（民）発〔1991〕21号。
- 54) 2000年3月1日最高人民法院「关于人民法院受理申请承认外国法院离婚判决案件有关问题的规定」法释〔2000〕6号。
- 55) 拙稿「中国国際民事訴訟法とハーグ『裁判管轄と判決条約準備草案』」阪大法学 51巻2号 147～148頁参照。
- 56) 渡邊惺之【批判】大阪高判平成 15・4・9 ジュリスト 1274号 215頁以下参照。
- 57) 前掲注(45)。
- 58) 例えば，1991年2月27日に大阪地方裁判所において，中国人夫婦間の離婚調停が成立した。当事者は北京市中級裁判所に当該調停離婚の承認を申し立てた。裁判所は当該調停離婚が中国法における外国判決承認要件に抵触しないとして，同年5月28日に承認を決定した。『人民法院案例選（1992～1999合訂本，下巻）』前掲注(42) 2030～2032頁。
- 59) 例えば，高桑昭「外国離婚の承認と離婚の準拠法」立教法学 37号 89～90頁参照。
- 60) 岩井伸晃「中華人民共和国の家族法及び関係諸制度の概要(下)——戸籍実務上の諸問題を中心として」戸籍 651号 38頁～39頁参照。

- (61) 澤木敬郎=南敏文『新しい国際私法—改正法例と基本通達—』97～99頁（日本加除出版，1990年）。
- (62) 溜池前掲注(60) 463頁，山田前掲注(60) 449頁，澤木=南前掲注(61) 96頁。
- (63) 中国の調停離婚制度について，加藤美穂子『詳解 中国婚姻・離婚法』250～255頁（加除出版，2002年）が詳しい。
- (64) 岩井前掲注(60) 39頁。
- (65) 「こせき相談室 338 日本人女と中国人男との調停離婚が中国の人民法院において成立し，民事調解書を添付の上，我が国に報告的離婚届がされた場合の確定証明書の要否について」戸籍 611号 71～72頁，鈴木忍「実務相談 日本人女と中国人男との調停離婚が中国の人民法院で成立し，民事調解書を添付の上，我が国に報告的離婚届がされた場合の離婚の効力及びその記載方法について」戸籍時報 610号 83～84頁。
- (66) 昭和 51 年 1 月 14 日民 2-280 通達。
- (67) 岩井前掲注(60) 41頁。
- (68) 最判昭和 58・6・7 民集 37 卷 5 号 611 頁参照。
- (69) 民集 18 卷 3 号 486 頁。
- (70) 民集 50 卷 7 号 1451 頁。
- (71) 松岡博『国際家族法の理論』163頁，196頁（大阪大学出版会，2002年）参照。
- (72) 中国法では，夫婦が離婚する際には，子の「養育者」（直接扶養者）を定めなければならないが（婚姻法 36 条），夫婦が離婚後も引き続きそれぞれ子に対する「監護権」を有し，監護権の内容として，身上監護，財産管理，法律行為の代理が含まれ（前掲注(72)「民法通則の若干問題に関する意見」10 条），日本法にいう「親権」の範囲に近い。なお，加藤前掲注(63) 341 頁以下も参照。
- (73) 鈴木忠一「外国非訟裁判の承認・取消・変更」曹時 26 卷 9 号 17 頁以下参照。
- (74) 百選 100 番事件（河野俊行）。また，東京高判平成 5・11・5 判タ 835 号 132 頁。
- (75) 名古屋地判平成 11・11・24 判時 1728 号 58 頁。
- (76) 東京高判平成 9・9・18 判時 1630 号 62 頁。なお，渡邊惺之・平成 5 年重判 296 頁も参照。
- (77) なお，櫻田嘉章【判批】東京地判平成 4・1・30 ジュリスト 1024 号 296 頁も参照。
- (78) 岩井伸晃「中華人民共和国の家族法及び関係諸制度の概要(上)——戸籍実務上の諸問題を中心として」戸籍 649 号 28～31 頁参照。
- (79) 最高人民法院応用法学研究所編『人民法院案例選』2000 年 2 号 67 頁参照。
- (80) 1987 年 6 月 15 日最高人民法院「人民法院が事件の審理において人の白血球抗原を

利用し親子鑑定を行うことの可否問題についての回答」法研復 [1987] 20号参照。

81) 岩井前掲注78) 21頁。

82) 判タ 766号 21頁。

83) 齊湘泉前掲注(1) 132頁。

84) 同上, 135頁参照。

85) なお, 岩井前掲注78)も参照。

86) かつて, 拙稿「中国国際私法の現状と改革」前掲注(5) 164頁の関連部分において, 養子縁組法 21条にいう「所在国法」を常居所地法と解する記述があるが, これは後述する 1996年中国養子縁組センター成立以前の実務であり, 1996年同センターの設立以降は外国人の本国法を適用するので, ここに訂正する。

87) 1項「外国人は, この法律によりわが国において養子をすることができる。」

2項「外国人は, わが国において養子をする場合は, その所在国の主管機関の当該国の法律による審査同意を得なければならない。……」

また, 外国人の養子縁組手続を定めた「外国人の養子縁組登記弁法」3条は, 「外国人の中国における養子縁組は, 養子縁組に関する中国の法律の規定に適合しなければならず, かつ, 養子をする者の所在国の養子縁組に関する法律の規定に適合しなければならぬ。……」としている。

88) 例えば前掲注(5)国際私法示範法 138条はこの立場に立ち, 養子の住所地法(もしくは常居所地法)と養親の住所地法(もしくは常居所地法)の累積適用を定める。

89) 蔣新苗『国際収養法律制度研究』365頁(法律出版社, 1999年)参照。

90) なお, このような解釈が確立すれば, たとえば中国人が日本で日本人を養子にするケースにおいて, 通則法 31条により養子縁組の準拠法として中国法が指定された場合に, 反致を認めることができる。これに関連して, 田村精一【判批】神戸家審平成7・5・10私法判例リマークス 1997年(上) 152頁参照。

91) 1992年に中国上海で日本人夫婦が中国人の子と, 中国の方式で養子縁組した例はある(東京家審平成8・1・26戸籍 646号 40頁)が, 中国養子縁組センターに対する聴取の結果, センター成立後, 日本人を養親とする養子縁組はないとのことである。

92) 中国養子縁組センター HP (<http://www.china-ccaa.org/>) の情報(最終アクセス:2007年9月24日)および, 当センターに対する聴取によって確認した。

93) 田村前掲注(90), 百選 10番事件(實川和子)。

94) 前掲注(85)。

[付記] 本研究は, 日本学術振興会科学研究費基盤研究(A)「多様化し複雑化する国際家族紛争に対応する国際家事手続法制の整備に関する調査研究」(研究代表 渡辺惺

