

資料

共同配慮権とスイスの改正案

—二〇〇九年一月二十八日付け改正第一次草案について—

松倉耕作

- I はじめに
- II 現行の配慮法の概要
- III 草案の解説
- IV 参考条文 — 改正案の条文など

I はじめに

まずはじめに、本稿の対象や参考文献を示しておこう。なお、目次にも明示したように、本稿の末尾には、現行法と改正草案の条文を示しているので、それを参照しながら、本文を読み進めていただきたい。

(a) 本稿の対象

第1に、本稿は、先頃公表された「共同配慮権」に関する改正草案の概要を紹介することを目的とする。改正草案としては、本稿の対象とする第1次草案に続いて、いわゆる「政府草案」

が公表されるのを通例とする。その意味では、わが国での「中間試案」のようなものと理解していただければよいであろう。とはいえ、たんなる試案ではなく、連邦議会、ことに下院で承認された、正式の改正案である。

第2に、スイス家族法の研究については、筆者以外には研究者が存在しないという状況にあり、殆どその内容も知られていないものと思われる。そのような状況にあることもあって、本稿では、配慮権についての現行法の概要についても触れている。

現行法との詳細な比較は、本稿では行っていない。改正後の作業としたい。

(b) 日本語の文献

①本稿で扱う改正案に係わる先行研究は存在しない。本稿の内容につき、理解を助けるであろう資料として、以下の邦語文献がみられる。念のためにいえば、下記の筆者による論考以外の参考文献は、存在しない。

①拙稿「スイス法と親子関係の効力(1)・(4)完」南山法学23巻3号、4号、(南山大学)アカデミア72号、73号、2000年-2001年。本稿の対象とする親権については、同稿の(3)・(4)に収録される。

②76年制定の親子法に関する政府草案には、立法の趣旨などを記した解説が存在する。この「解説」について、筆者自身の手になる邦訳が存在する。拙訳「スイス親子法に関する連邦参事会法案 — 親子関係の効力」南山法学4巻1号107頁-173頁、1980年。

③拙著『スイス親子法概説』信山社、1995年、299頁。前記①で扱われている「親子関係の効力」を除く、嫡出子、非嫡出子、養子などを収録する。

④拙著『スイス家族法・相続法』信山社、1996年、286頁。条文の邦訳である。家族法、相続法のほか、身分登録令(わが戸籍法に相当)、婚姻法、養子縁組関連法などの関連法令をも収録する。

(c) 草案に係わる資料

いわゆる第1次草案と、その解説(後掲)とが存在する。なお、下記の資料では発行の日付が明記されていないが、司法・警察省のなかの連邦司法局から発信された、いわゆるプレス・

レビューによれば、2009年1月28日付け草案ということのようである。

①Vorentwurf. Schweizerisches Zivilgesetzbuch (Elterliche Sorge) 5S.

②Bericht zum Vorentwurf einer Teilrevision, des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Elterliche Sorge) und des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Art.220) 33S.

③その他に若干の雑誌論文が存在するが、入手が間に合わなかったため、未見である。

II 現行の配慮法の概要

法律の概要を示すには、それが外国の法律であっても、立法者の意思の探究は欠かせない必須の作業である。本稿は立法者の意思探究に焦点をおき、「改正草案」の概要を紹介している。

なお、現行法の規定は、「76年親子法」に基づく規定が中心となっている。その後に改正された部分については、後掲した条文で示すほか、本文中でも触れるようにしている。

ところで、外国法を紹介するさいには、わが法制の参考となる点を指摘するのが、もっともオーソドックスな手法の一つである。本稿では、「おわりに」の項で少し言及しているが、個々の参考点は網羅的には述べていない。いまだ改正草案にすぎず、改正が実現されているわけではない。

それゆえ、改正に関する概説書すら公表されていない段階で、そのような指摘をすることは、筆者の価値観からすれば、やや無責任な紹介になることを恐れるからである。その作業は、今後の課題の一つとしたい。

本稿の「はじめに」においても参考文献として示していることであるが、先年発表した、前掲・拙著『スイス親子法概説』および拙稿「親子関係の効力」などの論考と並行してお読みいただけることを希望している。

とくに同著作では、嫡出子、非嫡出子、養子縁組など、親子関係の「発生」についてのみ記述している。同稿では、タイトルから明らかなように、親子関係の「効力」面での事柄を扱っている。したがって、両者あいまって、スイス

親子法の全貌が明らかになるからである。

なお、現行法の内容は、別稿「親子関係の効力」でも扱っているが、読者の便を考え、本稿でもその内容を素描している。

1 新しい用語

親権の全域に係わる参考文献については、vgl. Basler Kommentar 2006 ; C.Hegnauer, Grundriss des Kindesrechts.5.Aufl.Verlag Staempfli,1999, 25.01 および M.Stettler, Das Kindesrecht. Verlag Lichtenhahn,1992, 15 S.222ff. 所掲の文献を参照されたい。ヘグナウアー教授は、改正当時から、親子法の第一人者である。

第1に、親権という表現について、まず初めは1976年の親子法改正のうちに、「親権」(elterliche Gewalt)の語に変えて、新たにどのような用語を用いるのかにつき、比較法、スイスのカントン法(一種の州法)での用語法など、多方面から検討が加えられている。たとえば「親の責任」、「親の配慮」などがその例であるが、子を監護、教育、扶養するという3つの内容を含む包括的な語義をイメージさせるには、いずれの語も不十分と意識されたようである(詳細については、拙訳・前掲76年法の「法案」前掲128-130頁[以下、「法案」と略称する]、Hegnauer, Grundriss 25.05を参照)。結局、語感と用語のもつイメージという視点から、76年親子法では、旧法と同様の「親権(die elterliche Gewalt)」の語を継続使用すると結論に落ち着いた。

第2に、98年離婚法の改正の折りにも、いまだ一度、用語法の問題が検討された(拙稿「スイス離婚法の改正について(下)」家裁月報51巻11号、とくに24頁以下を参照、1999年)。一つの用語で、親の義務という性格と、子以外の他人も用いるという性格との双方を表現することは至難の技ではあるが、今回は、「親ないし父母の配慮権」という語が選ばれた。

立法者の説明によれば、つぎのように推測されている。「この語は、スイスで新たに作られた造語というわけではなく、若干知られている表現であるので、改正法で用いられたとしても、国民がこの語に馴染むのにも、さほどの時間を

要しないであろう。語感が偏りのあるものではなく、かつ非法律家にとってもその意味が理解できないものでもないという点で、この表現は短所よりも長所の方が多い」と評価されたのである（拙訳・前掲「スイス離婚法」前掲26頁による）。

第3に、今回の用語の修正は、ドイツ語テキストのみであって、フランス語・イタリア語のテキストでは変更がない（念のためにいえば、上記の3カ国語のテキストは、いずれのテキストも公式テキストであり、ドイツ語テキストが他のそれよりも、優先的な地位を占めるわけではなく、それぞれが対等の関係にある）。

2 配慮権発生の要件

配慮権（2000年施行の離婚・改正法以降は「親の配慮権」ないし「父母の配慮権」と呼ばれる）というのは、未成年者のために必要な判断・決定をなすための父母の権能である（例外的には、18歳の成年到達後も、成年被後見人が配慮権に服する場合がある、385条3項）。

もっとも、権利のみを内包するのではなく義務をも伴う義務権（Pflichtrecht）とも称すべき権限であり、通常の意味での権利とは性質が異なる（vgl. Hegnauer, Grundriss 25.03 による）。この配慮権という権能の存在が、子の養育・代理・子の財産の管理を行うための法的基礎となる（それぞれ301条以下、304条以下、318条以下を参照）。

（1）配慮権の通則

まず、総論にわたる事項から示しておこう。

第1に、総論面から配慮権をみれば、配慮権というのは、未成年子に関する決定権限を意味する（296条1項）。その他に、成年の子がいわゆる成年被後見人宣告を受けた場合についても、問題となる余地があるが、76年法の段階では、これについての規定を設けることは見送られた（拙稿「法案」前掲130頁を参照）。

他方、配慮権を目的の面からみれば、子の利益に向けられるべきという制約があり、配慮権の適切な行使という面からみれば、子の成長に応じて変化するという性格を有する。配慮権の終了は、子が成年である18歳に達したときであ

る。

第2に、配慮権者となることができる主体は、行為能力者に限定されている（13条-16条参照）。家族法の条文でも明示的に、未成年者および成年被後見人は配慮権者にはなれないものと明示される（296条2項）。新旧の規定とも同趣旨ではあるが、76年改正法では「配慮権者になれない」と表現するので、この方が、より直接的で解りよいであろう。

他方、成年被後見は、親子法改正当時の規定（285条）において、配慮権を剥奪すべき事由の一つとされていたが、それにも係わらず、法律によって配慮権の喪失を生ぜしめる旨を明記する方が、首尾一貫すると認識されたのである。

第3に、配慮権は親子関係の効力の一つとして生ずる。したがって、子の「親」にのみ発生する権能であって（vgl. Hegnauer, Grundriss 25.07）、祖父母やその他の親族に、当然には発生することはない（もっとも、これらが後見人や養育父母になることはありうる）。

第4に、配慮権と後見との関係についていえば、両者は両立できない関係にある。すなわち、未成年の子は配慮権か後見かのいずれかに服することになるが、後見よりは父母の配慮に服するのが優先する関係にある（296条1項）。それゆえ、配慮権が欠ける場合にのみ、後見が生ずることになる（368条1項）。

さらに、配慮権は通例は法律上当然に発生する（例外、298条2項、385条3項）。これに対して後見は、官庁の決定・指示によってのみ発生する。また、配慮権は、独立してかつ後見官庁の協力なしに行使される（421条-425条）。とはいえ、配慮権の行使には、種々の制約があり、絶対的な権限でないことはいうまでもないことである。

（2）父母が婚姻している場合

第1に、親子法改正に係わる政府草案では「子を引き取ったそれ〔配偶者〕」と人称代名詞を用いて表現されていたが、76年改正法では「子を引き取った配偶者」と改められた。言い回しの修正にすぎないので、内容面では、まっ

たく修正がないものと理解してよいであろう。

第2に、297条が対象とするのは、婚姻関係のある父母が、共同生活中、別居中、一方が死亡した場合などの場合である（比較法の素描につき、vgl. Basler Kommentar Art. 297 N. 2）。

まず、諸外国におけると同様に、婚姻中は、共同配慮権が原則とされる（297条1項）。共同配慮権であるが、配慮権それ自体は、父母それぞれに独立かつ個別に帰属するものと解されている（最判、BGE 67 II 11, Hegnauer, Grundriss 25.17; Basler Kommentar Art. 297 N. 2）。

共同行使というのは、つねに共同で行使すべきであることを意味するわけではない。単独行使が認められる場合がある。たとえば、他方父母の明示的または黙示的な同意があるときは、父母各自は、独立して配慮権を行使することが可能である（304条2項をも参照）。

他方、単独行使の場合について補足すれば、子および他方父母の利益を害することがなく、かつ子の人格の保護のために必要な場合には、他方の同意なく単独で行動することが許される（vgl. Hegnauer, Grundriss 25.18 による。明示的意思に反する場合については、後述「第4」参照）。単独行使を認めるべき必要性が高い場合には、配慮権の単独行使が許されることは、比較法的にみても興味深い。わが法との比較については、改正後に検討する予定である。

第3に、夫婦の一方が死亡したあとは、生存配偶者の単独配慮権となる。もっとも、その者から配慮権が奪われていた場合は別である（vgl. Hegnauer, Grundriss 25.19）。

離婚の場合には、旧法では子を引き取った配偶者に帰属したが（旧297条3項）、76年改正法では、裁判所の裁量で決定できるものと改められた（新同条3項参照、vgl. Basler Kommentar Art. 297 N. 4ff.）。

第4に、離婚にはいたっていないが、旧法下では、共同世帯が解消されているとき、または夫婦が裁判別居中であるときには、配慮権の運命につき学説が分かれていた（拙訳 親子法「法案」前掲131頁参照）。改正法では、裁判官が夫婦の一方を配慮権者と定めるものとされる（297条2

項）。詳細は後述（3）で扱う。

第5に、建前のうえでは共同配慮権であっても、かつては父の意見が優先した。すなわち夫婦が配慮権の行使に際して意見が一致しないときは、父の意見が優先した（旧274条2項）。このような父優先原則については、多くの婦人団体が異論を主張し、立法者もこの異論を正当と認めた。スカンジナビア諸国が第2次大戦以前に父の決定権を排除しているのとは比べると、スイスでの父優先という制度の廃止には、かなり時間を要したといえる。

第6に、父母の意見が一致しない場合はどのように扱うのであろうか。特別な公権的手段を定める国が多いようである（vgl. Hegnauer, Grundriss Anm. 268）。ところが、76年法に係わる政府草案（改正法・現行法）では、専門委員会と同様に、そのような手続を不要とする。夫婦による配慮権の行使は、夫婦の生活の一部を構成しているゆえ、協調的協同が望ましい（旧159条2項以来の基本理念である）、という考慮からである。

もし夫婦がこのような協調ができないときは、婚姻法で予定される婚姻保護措置、別居、離婚、または親子法の予定する子の保護措置によって、解決を見いだすべきであるというのがその理由である（拙訳「法案」前掲131頁）。また、善意の第三者を保護するためには、父母による子の代理に関する規定が役立つ（304条2項）。その他、父母の意見が一致しない場合における裁判所の仲裁を可能とする規定（172条1項・2項）、子の保護のための手段を定める諸規定（307条以下）が、子の保護に役立つであろう（vgl. Basler Kommentar Art. 297 N. 3）。

（3）離婚の場合

第1に、改正親子法に係わる政府草案では、「子の福祉が保障されるときは」、親権（今日では「父母の配慮権」）者を父とする道が開かれる旨を定めていた。父への親権者の変更は子の福祉が保障される必要があると、やや守勢の表現が用いられていたが、改正法は「子の福祉に必要」ならば変更を認めると、子の福祉の存在がより

強調される表現に改められている。立法者とともに連邦議会でそこまで意識した改正がなされたものかは、議事録によらなければ確認できない作業である。

第2に、子の父母が離婚した場合、または婚姻が無効と宣告された場合は、裁判官が夫婦の一方を配慮権者と定める（297条3項、詳細は、Stettler, Kindesrecht §16 III S.258）。このような場合、伝統的に母が優先するという原則が採られてきたが、今日ではそのような原則はとられていない（これを明言する例として、BGE 104・203は、1978年の連邦裁判所判決である。その後の例として、BGE 109 II 193, BGE 111 II 225）。逆にいうと、離婚後の共同配慮権という制度は採用されていなかった（通説・判例。vgl. Hegnauer, Grundriss 25.21; Stettler, Kindesrecht § 16 IV A, S.261f.）。

第3に、1998年離婚法の改正のおり、離婚後の「共同配慮」の制度が導入された（新298条a参照）。共同配慮権の創設には、つぎの2つの区別がある。

①合意ある場合 合意の存在、いずれが子の世話を行うか合意ができていて、養育費の分担について合意ができていて、などの場合において、父母の共同の申立に基づいて、後見官庁が共同配慮を決定することができる。決定の基準は「子の福祉」である（「98年離婚法」〔2000年1月1日施行〕に基づく新298条a 1項。離婚法に基づく改正条文についても、本稿の末尾の参考資料を参照されたい）。

②合意を欠く場合 父母の一方の申立がある、後見官庁も承認している、子の福祉上の必要がある、などの場合には、後見監督官庁の判断で、共同配慮を認めることも可能である（同2項参照）。

まず、このような制度が採用されたのは、つぎの理由に基づく（vgl. Botschaft 95 244.41, ドイツ語版では162頁-164頁を参照）。

①父母の間で意見の衝突のある場合に共同とするメリットあり、

②導入要件は国により異なるが、比較法の視点からも採用する国が増えている、

③身分登録令は国連憲章18条1項でも共同監

護の採用を勧めている、

④父母の共同責任を自覚させるのに適する、など。

第4に、比較法のレベルでは、共同の配慮権行使を認める基準について、大別して、つぎの4つのカテゴリーがみられる（解説7頁参照）。

①父母の共同申請、共同生活の存在、共同監護が子の福祉を害しないこと、などの高度の要件を要求する（オーストリア）、

②両親の共同生活の存在（共同申請は必要ないが）、子の福祉になる（オランダ、デンマークなど）、

③共同生活の存在で足る（イタリア、フランスなど）、

④共同申請（ないし共同の意思表示）が必要（共同生活の存在、子の福祉の審査などは必要ではない）である（ノルウェーなど）。つまり、共同申請、共同生活の2要素の組み合わせが要求される。スイスでは、父母の合意を欠く場面で、子の福祉を強調することが特色である（離婚の場合の133条3項と同じ趣旨である、vgl. Botschaft 95 244.41 S.164. なお、拙訳「政府草案（下）」家庭裁判月報51巻11号、1999年、22頁-24頁をも参照）。

（4）父母が婚姻していない場合

第1に、76年改正前の規則の下では、非嫡出子の父である非嫡出父は、配慮権を有しない。比較法制につき、簡潔には、別書（vgl. Basler Kommentar Art.298 N.10）に譲る。子の父を探す手続が取られる。すなわち、まず補佐人が選任され、補佐人が子の父性の確定、すなわち裁判認知を通じて子の父を探すことになる。そのさいには、後見人の有するあらゆる権能を有した（旧311条1項）。

第2に、父性確定のための訴えの出訴期間が徒過されたときは、旧規定（同2項）によれば、子を母または父の配慮権下におくことを相当でないとは後見官庁が認めたときは、補佐人から後見人に代わる。配慮権を拒絶する旨の判断については、連邦裁判所への抗告（異議申立）は許されない。たとえば、配慮権が恣意的に拒絶さ

れた場合でも同様である (vgl. Hegnauer, Grundriss Anm. 273)。

しかし、多くの婦人団体からの要望や、学説の批判を受けて、非嫡出母の地位改善がなされている。たとえば、(1) 母への配慮権付与の例が増えてきた、(2) 上記についての異議の申立が判例により認められるに至った。

そしてついに、1962年の家族法改正委員会の提案や65年の法曹大会での議論を通じて、母への配慮権付与が原則とされる方向に進んだ。もっとも、この段階では、配慮権の付与は法律によって認められたわけではなく、後見官庁による明示的な指示に基づく付与という、いわば運用による付与にとどまった (法的付与に踏み出すことには、当時はいまだ躊躇があった模様である、拙訳「法案」前掲132-133頁参照)。

第3に、嫡出母との比較が注目された。嫡出母であれば、たとえば離婚または夫の死亡後も、当然に子の配慮権者となる。さらに、嫡出母の方がつねに教育能力が勝っているわけでもない。「非嫡出母への配慮権の付与および剥奪については、嫡出子と異なる基準を設けることはよくない」(拙訳「法案」前掲133頁)という結論に到達した。

その結果、76年改正法では、法律によって非嫡出母に配慮権が付与されるに至ったのである (298条1項)。加えて、非嫡出母の子には、将来においても、父子関係の確定を配慮するのみならず、事情によっては適切な方法で母にも助言を与え、これを保護すべき補佐人が選任される必要がある (309条1項)。補佐人は母の任務懈怠の事実を知ったときには、後見官庁にその旨を通知しなければならない (309条3項)。母の配慮権発生は、子の父と共同生活をしている場合でも変わらない。ここでの父は、継親 (299条) や養育親と似た地位 (300条) にある (vgl. Hegnauer, Grundriss 25.22 の指摘による)。

第4に、母が、未成年者、成年被後見人であるか、または死亡しているとき、または配慮権が剥奪されているときは、子に補佐人が選任されるか、子の福祉が保証されるときは、父が配慮権者に変更される (298条2項。選任されるまで

は、上の母が子の法定代理人と扱われるようである。vgl. Hegnauer, Grundriss 25.23、簡潔には、vgl. Basler Kommentar Art. 298 N. 5ff.)。

第5に、父への配慮権の変更は、父が婚姻しているときは、父の妻がその家族共同体へと子を引き取ることに同意し、かつ子に対して好意を抱いているときにかぎり、子の利益になる。そのような場合には、父への配慮権の変更は、子にとっても、きわめて良い効果をもたらさう。このような扱いは、父をして配慮権から除外しているわけではないが、彼は母に比較して軽んぜられる傾向がある (「法案」前掲はこのような傾向を、「実質的には正当である」と評価する。拙訳「法案」前掲134頁参照、vgl. Hegnauer, Grundriss 25.24)。

第6に、離婚法改正のうちに、共同配慮の制度が導入された。所定の要件を満たす必要があるが、スイス法も、本格的に共同配慮に向かつて前進したことを意味する。これにより、ドイツほかの法制に追いつくことになろう (比較法制については、vgl. zB Basler Kommentar Art. 299 N. 9)。

(5) 継親と配慮権

第1に、76年改正法に係わる政府草案では、「必要な場合には」と表現するにとどまり、草案に比べて語順を入れ換えたにすぎず、内容面ではまったく変更がない。

たとえば、離婚した男性Aに子Cがあり、子連れでB女と婚姻したとする。このときには、義理の母 (継親) B女は、婚姻法上の補佐ないし助力義務 (旧159条3項) に基づいて、Cの養育に関与する義務を負担することになる。しかし、B女には配慮権は帰属しない。「ゆえに、他方配偶者および第三者に対する継親の法的地位は、脆弱かつ不安定である。

299条はこれを救済しようとする。すなわち、各配偶者は、〔子の親である〕他方配偶者が継子に対する配慮権を行使するにさいして、適切な方法でこれに助力しなければならない、必要な場合には、子を代理することができる (代理の内容について、簡潔には、vgl. Basler Kommentar Art. 299 N. 3ff.)。

第2に、本来は、配慮権を有する父母のそれにより認められる制度であるが、事実婚や登録パートナー婚にも拡大されている（vgl. Basler Kommentar Art.299 N.1）。

第3に、配慮権は、義務のみならず、同時にまた権利でもある。したがって継親は、状況により子の養育が彼・彼女の任務となる範囲で、配慮権を分担する。このような構造とすることにより、新たな婚姻により築かれた家族の結合が、これにより促進されることが期待されている（以上、拙訳「法案」前掲134頁；Hegnauer, Grundriss 25.09）。

第4に、継親子関係の解消、たとえば離婚や一方の死亡による解消との関係については、別書に譲る（vgl. Basler Kommentar Art.299 N.7ff.）。

（6）養育親と配慮権

第1に、養育親と代理権について規定を設けた点は、76年改正前の旧法に比べ新設規定である（vgl. Hegnauer, Grundriss 25.11ff.）。また、政府草案では2項は存在しないが、改正法では、「重要な判断をなす以前に、養育親の意見を聞かなければならない。」という規定が設けられた（比較法制については、vgl. Basler Kommentar Art. 300 N.14ff.）。

第2に、養育親というのは、たとえば養子縁組をなす前に、子を養育している者、たとえば契約に基づき他人の子を育てている者などを指す。規制のための特別法が制定されている。その詳細は別書に譲る（前掲・拙著『概説スイス親子法』235頁-258頁を参照）。

第3に、父母の配慮権関係の結論をみれば、このような意味での養育親は配慮権を有せず、子に係わるあらゆる決定をなす前に、実父母の指示を仰ぐ必要がある。とはいえ、実親の指示が絶対というわけではない。たとえば、指示を適切な期間内に受けられない場合、父母の指示が相当でない場合などにあっては、子の利益という視点から、養育親の地位を強化する趣旨の規定である。

すなわち、規定（300条1項）によれば、子が養育親に委ねられたときは、これと異なる命令

のある場合を別として、養育者たる第三者の任務遂行に適するかぎり、この者は父母に代わって配慮権を行使する（簡潔には、vgl. Basler Kommentar Art.300 N.4ff.）。この規定は、狭義の養育親すなわち現に子の面倒をみている者だけでなく、子が養育されている施設の指導者（たとえば、施設の所長）にも適用される（立法者の意思である。拙稿「法案」前掲135頁）。規定の趣旨からみて、当然の拡大解釈といえるであろう。

第4に、養育親は、親権者と監護者との例と比べると、養育親はいわば監護者に近い役割を果たしている。この点を重視すれば、「重要な判断の前には養育親の意見を聴取すべし」との縛りは、極めて適切な規制と思われる（vgl. Basler Kommentar Art.300 N.11ff.）。

3 配慮権の内容

（1）基本原則

第1に、配慮権の内容につき、76年法以前の旧法と比べて、本質的な変更はない。他人である未成年子のためにあらゆる決定・判断をなす権利・義務を包括した権能をいう（vgl. Stettler, Kindesrecht § 16 S.240）。

なお、改正法には「子は父母にしたがわねばならない。」との一種の従順義務が明記されているが、政府草案ではこの趣旨の規定は存在しなかった。この部分は、連邦議会で挿入されたものである（比較法については、vgl. Basler Kommentar Art.301 N.11ff.）。

第2に、子のための決定権につき、配慮権の内容とは異なり、配慮権の目的制限は、規定上、明記されている。すなわち、父母は、子の福祉を目的として子の養育をなし、子固有の制限的行為能力を有する場合を除いて、子のために必要な決定をなす権限をいう（301条1項参照）。

子の教育においては、子と親とを上下の関係と位置づけるのではなく、相互の人的応援、すなわち助力・救援という形で導かれることが期待される。そのためには、子の自由を尊重する、子の抵抗を不必要に抑圧しない、子の自我を破壊しない、などの配慮が必要と解されている。

立法者の認識によれば、「この前提が満たさ

れて初めて、重要事柄について責任と保護を引き受けることができる大人になることができる。それゆえ、子の成熟に応じた生活形成の自由を子に与え（通説・判例，BGE 111 II 408），重要な要務に関しては、できるだけ子の意見を考慮しなければならない」という観点から（拙訳「法案」前掲135頁），教育に際する基本的な規定（301条2項）が用意されたのである。

第3に、判断の結論が、子の福祉に適っている必要がある（301条1項）。それゆえ、「子の福祉」という概念が、父母の配慮権の限界を画する役割を果たすことになる（子の福祉の詳細については、vgl. Basler Kommentar Art. 301 N. 4 ff.）。とはいえ重大な事柄については、子の意見を聴く必要がある（同項後段。詳細は別書に譲る、vgl. Hegnauer, Grundriss 26.04a, S. 175）。

第4に、配慮権の本質的要素および配慮権行使の要件は、子の滞在地について決定する権能（監護権）である（vgl. Hegnauer, Grundriss 26.05）。旧規定（273条1項）は第三者に対する関係、すなわち、子は違法に父母から離脱せしめられることはない、と定めるにすぎなかった。

これに対して、改正法では、子自身に対する関係において規定が補充され、子は父母の同意をえなければ、家族共同体を離れることはできない（301条3項）。父母は、子の滞在地すなわち居場所を決定する権限を有するという趣旨である（その限界を含めて、簡潔には、vgl. Basler Kommentar Art. 301 N. 9 ff.）。

（2）従順規定

第1に、父母への尊敬・従順につき、旧規定（旧275条）では、子は父母に恭順し、これを尊敬する義務があった。この規定は法案段階では削除された。恭順の要求は、養育を行う権能に含まれ（301条1項）、尊敬はなるほど道徳的義務ではあるが、夫婦間の愛情と同様に、人的応援、すなわちとくに精神的な援助から生じ、かつ父母と子との関係においては、本質的には、教育に依存する精神的な態度の表現として現れるものである、という認識から削除された。もっとも、改正法では、従順規定として復活している。

第2に、懲罰につき、必要な範囲で懲罰を加える権能も認められる。しかし、懲罰権を規定に盛りこむ必要はない。ドイツ民法のみならずフランス民法・イタリア民法でも、その種の規定がみられない、最近の家族法は、明文規定を置かないことがトレンドである。このような視点から、懲罰に関する旧278条は削除された。

懲戒について、肉体的、精神的な不可侵性を侵害する、ないし危険ならしめるような懲戒は許されていない（vgl. BGE 105 II 25, Hegnauer, Grundriss 26.03）。繰り返し暴力を加えると職権で、すなわち告訴をまたずとも、刑罰（刑法126条2項、暴行罪）を課す対象ともなりうる（BGE 117・18）。

（3）教育

第1に、子に対する教育の内容は、きわめて倫理的な色彩を有するので、法律の上で画一的に規定するのに馴染まない事柄である。このような立場から、立法者は、意識的に一般的な指導原理を定めるにとどめている（Stettler, Kindesrecht § 19 S. 377は、その趣旨を明言する）。ちなみに、父母の配慮権に服しない子は、後見人がその教育に配慮することになる（405条1項）。

第2に、旧規定（275条1項）では、父母はその地位に応じて（能力と経済力に応じて、との趣旨である、Stettler, Kindesrecht § 19 II S. 380f.）、子を教育しなければならないと定めていたにすぎない。76年改正法は、これに加えていう、父母は、子の肉体的、精神的、道徳的生育を促進し、かつこれを保護しなければならない、と（302条1項）。比較法については、別書を参照されたい（vgl. Basler Kommentar Art. 302 N. 15）。

ここで父母は、当然のこととして、法秩序と風俗習慣の枠内では、教育のやり方につき選択の自由を有する（詳細については、vgl. Stettler, Kindesrecht § 19 II S. 381f.）。学説のなかには、ことに精神面で子の能力を開花させるべき旨を強調するものが目につく（zB Stettler, Kindesrecht § 19 II, S. 378f.）。

少し具体的に、子の権利と義務の面からまともにと、つぎのようである。

①子の成熟度に応じた生活形成の自由を父母に要求することができる、

②重要な事柄については、子の意見の聴取を求めることができる、

③自活能力を得させるための修業を要求することができる（後述「第3」を参照）、

16歳に達すれば、子自身が自己の信仰する宗教を選ぶことができる（後述・を参照）、などがその主なものである（これら事柄のそれぞれの詳細については、Stettler, Kindesrecht, §19 D und E, S.382-391）。

第3に、特別な場合、とくに肉体的または精神的に障害のある子の場合には、父母は、子に相応の一般のおよび職業上の修業を修得させなければならない。これも教育の一形態である。この義務は精神的に障害をもつ子にも適用がある（同2項参照。裁判例として、vgl. BGE 86 II 213. 事案は、そのような義務に違反して、子が就業するための教育を怠った親に対する親権剥奪を扱った例）。主に、子を通学させることが、その中心的内容のようである（vgl. Basler Kommentar Art.302 N.10ff.）。

これにつき、旧法では、とくに職業上の修業と明記されていたが（旧276条）、改正法ではそのような規定を用意していない。明記されていないが「その意義を軽視する趣旨では決してない。職業上の修業は、いわゆる一般的修業の一部である。子の能力および性向を考慮すべき、今日では職業上の修業についてのみ言及される義務が、同様に一般的修業について妥当する（302条2項）」という考えからである（拙訳「法案」前掲136頁）。

第4に、養育にさいする父母の役割分担、たとえば子が年少であれば母との接触の度合いが強くなる、等の問題は、一種運用の問題でもあるので、本稿ではこの問題には立ち入らない（簡潔には、vgl. Stettler, Kindesrecht §19 S.379f.）。

第5に、子の教育および修業は、父母のみに課せられた任務ではない。学校のほか、公共または公益の少年保護機関も、この任務につき重要な一翼を担っている。父母との関係では、父母を援助することがその使命である。そこで規定（302条3項）では、父母は学校と協力し、必

要な場合には、公共または公益の少年保護機関と協力しなければならない、と規定される（詳細につき、簡潔には、vgl. Basler Kommentar Art.302 N.13）。

最後に、学校での性教育については、本稿では扱わず、別書に譲った（詳細については、vgl. Hegnauer, Grundriss 26.16 に引用される諸文献を参照されたい）。その内容が、民法の対象から遠ざかるからである。

（4） 宗教と教育

わが国では、国民性の違いからか、宗教教育の問題は、余り問題とされていないと思われる。比較法的意義を考え、結論のみを記しておこう（簡潔には、vgl. Hegnauer, Grundriss 26.18f., Stettler, Kindesrecht, §19, S.393f.）。比較法制については、別書に譲る（vgl. Basler Kommentar Art.303 N.9）。

第1に、親子法改正の規則（303条）では、3項を若干編集上の修正を加えているが、旧規定（277条）を殆どそのまま承継し、「宗教上の教育については、父母が決定する」、このような権限を制限する契約は無効である、子が16歳に達すれば、子自身が自己の宗教上の信条について決定することができる、と定めるに留まる。

第2に、16歳に達するまでは、父母（配慮権を有するそれ）が宗教教育を決定することができる。その具体例としては、学校で行う宗教教育からの解放である。すなわち、父母は、いつでも上記の解放を請求することができるのである（Stettler, Kindesrecht, §19, S.394. 旧法下での扱いについては、vgl. Hegnauer, Berner Kommentar Art.277 N.15 u. 26）。わが国では、殆ど論じられていない問題である。詳細については、別書に譲る（vgl. Basler Kommentar Art.303 N.1ff.）。

他面において、「16歳に達しない子に、父母が特定の宗教の信仰を強制してはならない」（Stettler）ともいわれているが、この理念が具体的にどのように現れるのかは知ることができなかった。

第3に、立法過程では、2項規定に違反するさいの刑事罰ないし賠償金との制裁を加える余地、非カトリック夫婦の場合の宗教教育につい

でも論じられてるが、すべて別稿（拙訳「法案」前掲137頁）に譲る。

(5) 代理

第1に、子を代理する権限も、父母の配慮権の一権能として、父母の決定権限に属する。1976年の親子法改正の折りに、かなりの改正がなされた。まず修正の一つは、善意の第三者は、婚姻中は各配偶者の了解を得て行為するものとみなすことができる（304条2項）。この規定は、フランス法（372条の2・202条2項）を模倣したものである（立法者の説明による。拙訳「法案」前掲137頁）。

第2に、判断能力を有する未成年者についていえば、「無償で利益をうるとき、または人格権として各人に属する権利を行使するには、判断能力を有する未成年者も、その法定代理人の同意を要しない」（19条2項。なお、人格権に関する文献として、vgl. Hegnauer, Grundriss 26.24 所掲の文献を参照されたい）。この原則には、例外がある（詳しくは、vgl. Stettler, Kindesrecht §20 II, S.400ff.）。

①婚約（90条2項）、任意認知（260条2項）、養子縁組に際する同意などについては、いずれも父母であれば足り、そのさい父母が配慮権者であるか否かは問われない（265条a 1項参照）。

②同意を要求される行為もある。これが原則である（19条1項）。

上記の②について補足すれば、訴訟行為を行うには同意が必要である。保証や高額な贈与、財団の設立については、未成年者の負担において契約することはできない（408条参照）。同意の形式や同意の欠如する場合の扱いは、被後見人の規定が類推適用される（410条、411条参照）。

それゆえに、各当事者は、履行した給付の返還を請求することができるが、給付が被後見人の利益において消費された限度で、または返還請求のときになお未成年者が利得している限度で、または悪意で利得をえた限度でのみ、責任を負うことになる。さらに、事前支払いを要する契約の締結については、書面による同意が必要とされる（債務226条b 2項、228条）。また、子が固有の労働によりえた財産、および固有の職

業または営業を営むために、父母から払戻を受けた財産は、未成年者自身で管理することができる（323条1項）ので、これら財産についての法律行為にさいしては、同意が不要ということになる（詳しくは、vgl. Stettler, Kindesrecht §20 II B S.407ff.）。

第3に、子が判断能力を欠いていれば、父母が代理する（詳しくは、vgl. Basler Kommentar Art.305 N.1）。Stettler, Kindesrecht §20 II, S.398ff.）。後見法の規定の適用に関していえば、当時の規定によれば、配慮権に服する子は、被後見人と同様の制限的行為能力を有し（305条。旧280条1項）、財産管理に際する被後見人の協力に関する規定を除いて、後見人による代理に関する規定が準用される（同2項）。

ここで、後見法の規定が変わらないのであれば、上記2項の修正が必要となる。というのは、後見人による代理規定を準用する旨の指示は、親子法の改正当時でも、子の行為能力に限られ、それゆえ正確に言えば、被後見人自身の行為についての410条および411条のみに係わるにすぎないからである。これでは適用範囲が狭過ぎるので、保証の引き受け、多額の贈与、財団の設立の禁止は、父母による代理にも適用されるべきである、との立場が採用された。

ところで、財産管理の際の子の意見陳述（旧280条2項）を除外することは、配慮権に関する当時の構造と矛盾することになる。そこで改正法（304条2項）では、一般的な表現に改められるとともに、父母による子の代理についての通則にあっては、被後見人の代理に関する規定が準用されることになる（304条3項）。

これによって、民法408条-411条の規定が直接適用されることになる。その結果、父母もまた、後見人に禁止される行為をすることができず、子が判断能力を有し、かつ16歳以上のときには、法定代理の重要な要務に関しては、できるだけ子の意見を尊重しなければならないことになる。これに対して、後見官庁の協力の規定（旧421条・422条）は適用がないとの方向で、旧法と同様に、準用が除外されている（304条3項）。

第4に、代理にさいしては、子の福祉が基準となる(301条1項)。父母は各自独立して代理行為をすることができ、しかも後見人の場合とは異なり、代理にさいして後見官庁の同意を必要としない(304条3項)。もっとも、重要な事柄については、子の意見を考慮しなければならない。子が17歳に達していない場合も同様である(301条2項参照)。上記301条2項の規定は、304条3項(被後見人の代理に関する規定の準用を規定)および409条(被後見人の意見を聴取する義務を規定)より優先して適用される。

第5に、共同行使を遵守するため、他方配偶者との話し合いを待っている、遅滞する危険がある。したがって、そのような緊急性があるときは、単独行使が許される場合がある。たとえば緊急の手術を要するような場合が想定されている(vgl. Hegnauer, Grundriss 26.29)。

第6に、利益相反する場合には、父母に代理権はない(306条2項)。すなわち父母の代理権はなくなり(BGE 107 II 105)、後見官庁が子のために補佐人(一種の特別代理人、392条2号)を選任し、この者が子を代理することになる(392条2号)。それに加えて、一定の行為(421条-422条)については、後見官庁の同意が必要とされる(vgl. Hegnauer, Grundriss 26.30 引用の例を参照)。子の保護を重視する姿勢の現れであろう。具体例と法律効果については、別書を参照されたい(vgl. Basler Kommentar Art.306 N.4ff.)。

第7に、共同体のためにする子の代理行為に関する規定(旧282条)は、「夫婦財産制に従って」という表現を削除して、改正法(306条1項)に承継された。この規定は、離婚した父母および婚姻関係のない父母にも適用されてしかるべきであるからである。

結論のみを記せば、子の代理行為により生じた債務については、父母が責任を負うものとされる(306条1項参照)。子ではなく、父母が責任を負うという結論には変更がない。詳細は別書に譲る(簡潔には、vgl. Hegnauer, Grundriss 26.31f.; Basler Kommentar Art.306 N.2)。

最後に、76年改正法では、父母と子との契約の扱い、および利益相反行為の扱いを単純化し

た。すなわち、規定(392条2号)によれば補佐人が、さらに別の規定(421条・422条)によれば後見官庁が、それぞれ協力しなければならない(拙訳「法案」前掲138条)。ところで親子法の規定(旧282条)は、ここでは補佐人と並んで、後見人がつねに同意しなければならない旨を定めるが、その同意だけで十分であろう。392条2号に対する旧282条の限界付けは、現実には極めて困難であるので、改正法では、代理ほかに関する規定(392条2号)が、子の行為に準用されたのである。

4 子の保護

(1) 改正の目玉

76年改正のおり、子の保護に関する改正は、最も注目すべき改正の一つだと明言される(拙訳「法案」前掲138頁)。改正の出発点において、これまでの子の保護に関する民事上の政策は奏功しているとの認識から出発する。

そして、今回の改正にあったのは、これまでの基本思想を具体化するとともに、それまでの学説・判例の一致点を明文化することにより、旧法に内包される欠点を除去することが目標と位置付けられた。さらに、少年を放任する父母に対する当局の監督権を強化するという、従前からの方針が維持されたのである(vgl. Stettler, Kindesrecht §26 I A, S.498)。

(2) 適切な措置

第1に、76年改正に係わる政府草案では「子を保護するのに適する措置」(307条1項)と表現していたが、改正法では「子を保護するために、適切な措置を講ずる」と改め、「子を保護するために…の義務を負う」(2項)が「子に対して…の義務を負う」、「家族共同体の外で生活する子」(2項)が「父母の家族共同体の外で生活する子」と、「それ」が「後見官庁」がと、それぞれ改められた。これらの修正は、いずれも単なる言い回しの変更に過ぎず、内容にわたる修正ではないことが知れる。

第2に、旧法との比較において、旧規定(282条)では子の保護を開始するのは、親の義

務違反がある場合に限られた。立法者の見解では、①そのような構造はもはや時代にそぐわない、②これでは父母と官庁との協力を困難にする、との意識から、改正法では子に危険が生じたことが子の要保護状態の発生と位置づけた。その結果、父母自身が子の福祉の危険な状態を除去しようとしないうちに、またはこれができないときに初めて、官庁が干渉してくるという方向に転換されたのである（拙訳「法案」前掲139頁参照）。

第3に、対象となる子につき、養育子の除外、その欠陥を補うためのカントンレベルでの養育子保護条例の制定、などの対応では不十分である。改正法では、保護対象となる子の範囲が明示的に拡大され、養育子、家族共同体の外で生活する子、たとえば託児所や寄宿舎などで生活する子も、民法の保護対象に含められた。つまり、このような子を保護するためにも、後見官庁が登場してくるということである（307条2項参照。内容については、vgl.Basler Kommentar Art.307 N.29）。

第4に、「適切な措置」の内容を具体的に示した（同3項参照）。すなわち、立法者の説明によれば、「後見官庁は、父母、養育親または子に警告を与え、養育、教育、修業のための一定の指示を与えることができる。さらに後見官庁は、注意および教示を与えうる適当な人または機関を決定することができる。これら規定によって、父母がたとえば身体障害の子を特別の学校に通わせるときの一定の指示に従っているかどうかをも、調査することができ、実務の上できわめて重要な『教育監督』または『後見監督』も、これにより可能となる」と（拙訳「法案」前掲139頁より引用）。

（3）教育補佐

第1に、76年改正に係わる政府草案では「子に補佐人を選任しなければならない」（1項）と選任することを義務としていたが、改正法では「選任する」と改めた。選任は後見官庁の裁量事項とする趣旨であろう。また、「後見官庁を通じて…することができる」（2項）が「後見官

庁は…することができる」と改められたにすぎない。ゆえに、趣旨の変更はない。

第2に、構造面からみると、補佐人が選任され、この補佐人が父母に助言等を行う。養育親のもとで養育される場合、父母の家族共同体以外で生活する子の場合も、同じである（308条参照）。ここで登場する「教育補佐」は、旧法にはない新しい制度である。

第3に、各論面について補足すれば、特別の事情のあるときは、後見官庁は、子に補佐人を選任する。選任された補佐人の職務は、子を保護するために、助言と行動との双方でもって、父母を助けることにある（308条1項。内容については、vgl.Basler Kommentar Art.308 N.4ff. また、書式見本）につき、vgl. Hegnauer, Grundriss 312）。

補佐する内容についていえば、子になんらかの危険が存在し、これを除去するのに前掲307条の「適切な措置」では除去できない場合、補佐人を通じた救済が期待されているのである。父母の一方にのみ配慮権がある場合に、そのような危険が生ずることが多いと認識されている（vgl. Hegnauer, Grundriss 27.19による）。また、配慮権剥奪事由（311条1項）、すなわち、父母の疾病、身体障害、不在、放任などの事情にある場合にも、子が危険な状態にあると理解されている。

第4に、他の保護制度、とくに子を保護するための「適切な措置」（307条）、父性確定のための補佐人の選任（309条）、父母の監護の廃止（310条）、子の財産についての管理権の剥奪（325条）などと、ここでいう補佐の制度とを競合して行うことが可能である（異論なし）。

第5に、補佐人の職務・任務は、前述のような子の保護措置、たとえば配慮権の剥奪、管理権の剥奪、監護の廃止といった措置が介入してくるのを防ぐために、父母に対して助言と行動をすることである。法文に明記される行為（307条3項参照）、すなわち後見官庁が父母に対して、養育に関する警告を発したり、第三者のもとでの養育を進言するという職務に限られるわけではない（たとえば、アルコール依存症の母の場合の指示につき、前掲 BGE 19.3.1992 判決（未公表判決）を参照）。

第6に、特別の権限が付与されることがある。すなわち、上記「第5に」述べた行為のほか、とくに、①子の扶養請求権その他の権利を保護するために、子を代理する権限、および、②面接交渉を監視する権限が、後見官庁を通じて補佐人に授与される場合がある(308条2項)。規定(308条3項)によれば、「補佐人の権限に応じて、〔父母の〕配慮権が制限される」ことになる。この種の補佐は、扶養請求権を確保するために、とくに婚外子や事実婚出生子にとって必要と理解されている(「書式見本につき、vgl. Hegnauer, Grundriss 27.20. その他、vgl. BGE 111 II 5f. 事案は、婚外出生子に関する例につき、判決は補佐人選任の必要性を明言する)。

ここでの補佐人には、とくに扶養契約の締結(287条)、扶養請求訴訟(279条以下)の提起などでの補助が期待されている。もっとも、子の母が、明示的に扶養訴訟の提起を望まない旨を明らかにしており、かつそれが根拠ある場合には、その意思に従う必要があるようである。

さらに、母が子の父と扶養契約を締結し、それにつき後見官庁の追認を得ている場合(287条1項)には、補佐人が重ねて関与することは不要であると解されている。

第7に、とくに病気の場合を例にとれば、子が判断無能力の状況にあるときは、後見官庁が補佐人をして、医学的な検査や治療についての同意権を与えることができる。父母が検査等を拒否している場合であっても同様である(立法者がその可能性を詳述する。詳細については、拙訳「法案」前掲140頁参照)。また、判例によれば、後見人が直接同意することを有効とした例もある(BGE 88 II 211)。

第8に、代理の場合、補佐人に代理権が付与されるには、父母が子の利益を護ることを怠っている、ということで十分である。遅れている理由が、無関心、不知、経験不足、悪意のいずれの原因によるのかは、問題ではない(vgl. Hegnauer, Grundriss 27.26)。

第9に、子の利益と父母のそれとが利益相反するときは、利益相反補佐人が選任されるか、392条2号・3号の手続、すなわち後見官庁が

特別代理人たる利益相反補佐人を選任するという手続がとられる。

第10に、面接交渉に際する監視について、監視権はあるが、訴訟を提起するなどの訴訟上の権限はない(通説)。補佐人や後見官庁による介入権があるので、それが子の利益を護る保障になるゆえ、と説明される(vgl. Hegnauer, Grundriss 27.23)。

第11に、配慮権への干渉との関係では、教育補佐が認められることは、その限度で親の配慮権の完全な行使が制約を受ける。その意味では、配慮権行使に対する干渉となる。干渉の度合いは、一様ではなく、1項の場合は干渉の度合いが少なく、2項でやや強くなり、3項では配慮権を正面から制限する構造になっている。文献によれば、子の側から代理人をみれば、その限度で法定代理人が2人いるという状況に近くなる(vgl. Hegnauer, Grundriss 27.24)。

(3) 未婚女性のための補佐

第1に、76年改正に係わる政府草案の表現と比べると、主語の変更などを行ったため大きな変更に見えるが、内容面ではまったく変更がない。他方で、2項・3項は草案とまったく同一規定である。

第2に、構造の面からみれば、つぎのように、要約することができる。

①懐胎中との告知ないし出産との事実を後見官庁が覚知すれば、後見官庁が補佐人を選任する、

②補佐人の務めは、父子関係の確定への努力、母への助言をすることにあり、

③嫡出否認が認容された場合も、上記と同様であり、

④父子関係が確定済みである、または訴えの不提起の場合には、後見官庁が、補佐の廃止または子の保護措置のいずれかを行う、という仕組みになっている(309条参照)。補佐人の選任は、利害関係人の申立を待つのではなく、後見官庁が「職権で」選任するというのがユニークである(Stettler, Kindesrecht § 26 A, S. 506 が職権選任である旨を明言する)。

第3に、子に補佐人が選任されるのは、未婚の女性が懐胎中である旨を後見官庁に届け出た場合、または後見官庁が出産の事実を知った場合、嫡出否認が認容された場合、などである（最後の場合は、後述「第5」で扱う）。

上記のような事情にあっても、後見官庁が活動を開始する前に、子が（任意）認知されたときは、すでに目的を達していることを根拠として、未婚女性補佐は不要であり、この手続はとられない（BGE 107 II 312. 事案は、子が出生する約半月前に父が認知している例につき、出生後10か月後に選任された補佐人選任の取消を求め、それが許容された例）。同様に、母が未成年者、死亡、配慮権を剥奪などの事情（298条2項）にある場合にも、別途の方法、たとえば後見人の選任などの手続が取られるので、補佐は不要と解されている（vgl. Hegnauer, Grundriss 27.26）。

第4に、未婚女性のための補佐の制度は、扶養請求補佐（308条2項）などと結合して行われるのが通例である（詳細については、vgl. Basler Kommentar Art.308 N. 6 ff. ; Stettler, Kindesrecht §26 B und D, S.508ff. なお、「書式見本」につき、vgl. Hegnauer, Grundriss 114）。また、未婚女性補佐の場合にも、他の場合と同様に、後見人規定の準用（367条3項）、後見人選任手続の準用（397条1項）、補佐人の地位（417条-418条）などの規定が適用される（詳細については、vgl. Stettler, Kindesrecht § 26 A 2, S.506f.）。

第5に、未婚女性に補佐人が選任された場合、補佐人の第1の任務は、父性の確定すなわち子の父を特定することである（309条。vgl. Basler Kommentar Art.309 N.1ff.）。これについては、わが法のように子の母が代理するのではなく、選任された補佐人が法定代理人であり、したがって彼が父性確定訴訟（わが国でいう裁判認知）を提起することになる（裁判認知全体の構造については、拙著『概説スイス親子法』41頁以下を参照）。この場合の補佐人は、その職務権限が子の父をさがすことに特化された一種の特別代理人である。

第6に、後見官庁がその他の権限、とくに子の扶養請求権をまもる権限（308条2項）をも補佐人に付与したときは、補佐人は、2つを併合

して、かつ同時に提起することが可能である（280条3項参照）。

これ以外の権限が認められないわけではない。たとえば子の将来に関していえば、養育者の決定、縁組の成立に向けての努力についても補佐人の活躍が期待されており、その意味で彼は、監護人としての性格、言い換えると、成年後見に際する後見人（397条1項）のような性格をも有していることになる（vgl. Hegnauer, Grundriss 27.29 による）。

第7に、どのような人が補佐人に選任されるのだろうか。ヘグナウアー教授（vgl. Hegnauer, Grundriss 27.29）の表現によれば、望むべくは「官庁後見人（Amtvormund）が補佐人として選任されるべきである」とされるが、現実の選任がどのように運営されているかは知り得なかった。

官庁後見が当事者とながりのない人物であれば、たとえば利益相反領域で「特別代理人影武者論」と評されるわが国とは、様子が違ってくことが期待できるであろう。

第8に、子は母を懐胎させた男を被告として訴え、父性確定を求める権利を有している。しかし、そのためには、前提として父の名を明かすという意味での「母の協力」が必要である。これにつき、有力説によれば、母は懐胎について必要な供述・証言をする義務があると解されている（「書式見本」につき、vgl. Hegnauer, Grundriss 27.30）。

とくに親子法の第一人者であるヘグナウアー教授によれば、母は父子関係の発生することについて、子に対して責任があるともいわれる。法律的にも、「母は、懐胎させた男性に対して、その名前を守秘する旨を適法に約束することはできない」ともいわれるから、そのような約束があっても無効という趣旨であろう。

それはともかく、1年の出訴期間の経過後であっても、子の母が自発的に男の名を補佐人に打ち明けることが可能である。ここで問題は、「父の名を明かせ」と強制することができるか、ということである。ドイツのような裁判例はないようであるが、たとえば「明かさなければ、

配慮権や監護権を剥奪する」と脅しをつけて名の公表を強制することは許されない、と明言されている (vgl. Hegnauer, Grundriss 27.3. 「書式見本」についても, ders. 123 を参照されたい)。

第9に、出自を知る (子の) 権利につき、連邦裁判所 (BGE 112 Ia 99) は、結論において否定した。本事件では、出生地でのカントンの後見官庁の文書の閲覧を求めるいう形の訴訟となっているが、出訴した子の狙いは文書に示されているやも知れない父の名を知ることにある。結論において連邦裁判所は子からの文書の閲覧を否定したが、本判決は1986年のものであり、その後ドイツで1989年以降には血統認識権に係わる判例法理の展開がある (これにつき、海老原明夫「自己の出自を知る権利と嫡出否認ドイツ連邦健保裁判所の判決と親子法の改正」法協115 巻3 号349 頁以下、1998年、を参照)。

その進展につき補足すれば、スイスでも、より積極的な考え方をする文献が少なくはなかった (なお、Hegnauer, Grundriss 27.30 に引用される文献を参照されたい。ちなみに、Stettler, Kindesrecht § 26 では、この点についての言及はない)。注目すべきは、その後2000年に全面改正された連邦憲法では、子の「出自を知る権利」が明文で保証されたことである (これについては、拙稿「スイス法における血統認識権の新たな展開」(南山大学) アカデミア74号 479頁以下、を参照、2002年)。憲法による保証が明記されたあとの運用の実態は、大層興味を持たれるところであるが、これについては別稿で論ずる予定である。

第10に、補佐の廃止につき、父子関係が確定された場合、または出生後2年以内に父性確定訴訟が提起されない場合には、後見官庁は、補佐人の申立に基づいて、補佐の廃止か、子の保護措置の命令か、のいずれかを決定する (309条 3項。書式見本につき、vgl. Hegnauer 117・118)。

父子関係が任意認知または裁判認知により確定されれば、直ちに補佐を廃止しなければならない。また、2年以内に父性確定訴訟が提起されず、かつ訴えの提起の望みもないときは、後見官庁は、補佐の廃止を決定することができる。のちに訴え可能という状況になれば、またはそ

れを後見官庁が認識すれば、新たに補佐の手続をとることになる。

補佐を廃止する前に、他の保護措置を命じるかどうかの判断が必要であり、それなしに補佐のみを廃止することは認められていないようである (vgl. Hegnauer, Grundriss 27.32)。補佐もなし、保護措置 (配慮権剥奪、管理権の剥奪、適切な措置など) もなしという状態に子が置かれ、子が放り出されるような状況になることを危惧したゆえであろう。情報の入手としては、補佐人からの報告ないし情報提供が一番の拠り所である。

(5) 父母による監護の廃止

第1に、76年法に係わる政府草案と比べると、「他の方法では」(1項) および、「これ以上子が滞在することが」(2項) など、2カ所で字句の修正がなされているが、内容への影響はないといえるであろう。

第2に、「父母による監護の廃止」という本条の制度は、前述した「適切な措置」(307条) や補佐による保護 (308条) によっても、子の危険を除くことができない場合に、子の利益をまもるための最後の砦という機能が期待されている制度である (拙訳「法案」前掲141頁)。

構造面からいえば、①父母 (または第三者) から子を引き離して、適切な方法での子の保護、②著しく親子関係が破壊される場合にも、上記と同じ措置をとる、③長期間にわたり養育したという事実が存在した場合には、父母からの引渡の禁止、などが規定される (310条参照)。

第3に、子を保護するためには、悪い親から子を引き離すことと、引き離した子を世話することが必須の予防手段である。前者についていえば、子の監護に係わる父母の権限を剥奪することが必要である。そこで基準となるのは、子の肉体的または精神的福祉が危険にさらされているかどうかである (精神面でのもれも含むことについては異論がない)。

もし子の危険が他の方法、たとえば予防手段 (307条) によっても、または補佐 (308条) の制度によっても除去されないときは、この措置がとられる。さらに規則では、父母のみならず、

子が第三者のもとで養育されるときは第三者からも、子を引き離すことができる旨が明記されている。

第4に、旧284条によれば、子は、父母等から引き離されたのち、適当な方法で、ある家庭または施設で養育される必要があると定める。改正法では「ある家庭または施設」の語を削除する。新たに収容する施設につき、場合によっては、ある個人やハイムでの養育の余地もありうるので、旧法の表現では不十分であると考えられたからである（立法者は、この趣旨を明言する。拙訳「法案」前掲142頁）。

第5に、子が父母に対して悪意でかつ執拗な抵抗をなすときは、旧規定（284条2項）によれば、子の福祉の危険または放任と並んで、父母の申立に基づく場合にも、子の引き離しと世話を規定する。

96年改正法では、上の規定により一般的かつ現代的な適用領域を与え、共同世帯に子がもはやこれ以上に滞留することが期待できないほどに著しく親子関係が破壊されている場合に適用する（310条2項）。父母による監護の廃止を求める申立は、父母および子の双方からこれをなすことができる。

比較的最近では、実務でこのことが認められるようになっていた（拙訳「法案」前掲142頁）。そこで、改正法では、その旨が明記されたのである。

第6に、子の引き取りが子の生育に著しい危険を及ぼすおそれがあるときは、父母に対して養育地から子を引き取ることを禁止することができる、という重要な原則が規定された（310条3項。vgl. Basler Kommentar Art. 310 N. 24ff.）。

良き生育地での生活が比較的長期間継続したということは、経験則上も明らかなように、子の生育にとって決定的な意味をもつ。それゆえ子がすっかりその地に馴染んでいるような養育地から父母が子を引き離すことは、子の成長にとって著しく害をもたらす危険があるからである。

未成年子が比較的小さい頃の方が、このような措置を必要とする場合が多いと考えられてい

る（vgl. Hegnauer, Grundriss 27.38 による）。比較的長くというのは絶対的な基準ではなく、個々のケースに応じて判断される趣旨である。

裁判例にあつては、未婚の母が、子の父およびその父母と共同生活をしていて、彼女が子を連れ去っても、本項の適用はない、すなわち母は子の引渡を求めることができる者とされた例がある（BGE 111 II 119. 事案は1981年に出生した子が父方の祖父母の下で養育されていた例。1985年の連邦裁判所判決であつて、事案も判決も新親子法のもとで下された判決である）。

要件面では、養育親が子と共同生活をし、子をそのもとにとどめ置いているということが必要である。現実の事例では、養育親から、子の引渡を拒否することの承認を求めることが多いと推測されている。引き取り禁止を認めない場合については、争いがあるが、異議の申立が可能である（簡潔には、vgl. Hegnauer, Grundriss 27.39）。

さらに、規定では父母からの引き取りについての言及されているが、後見人や補佐人による子の引き取りについても、本項を類推適用することが肯定されている（vgl. Hegnauer, Grundriss 27.39）。

最後に、措置の内容としては、滞在地決定権につき、その廃止・停止のような消極的措置を除けば、たとえば、第三者のもとでの養育開始の決定のように、殆どは積極的措置である。措置の内容は、子の人柄に相応しい決定というのが一番の基本である。それゆえ、判断の前提として、父母のみならず、判断能力ある子の意見の聴取が必要である。

父母等から子を引き離したあとの措置の大半は、養育家庭での養育、ハイム・施設・青少年保護施設などでの養育が中心である。これら機関等の意見も聴取されることはいうまでもない（「書式見本」につき、vgl. Hegnauer, Grundriss 313.1, 213.2）。

ところで、後見官庁により第三者のもとでの養育が命じられると、「養育子の養育開始に関する命令」に従って規制されることになる（同命令については、筆者がその概要を紹介している。これにつき、拙著・前掲『概説スイス親子法』235頁以下

を参照)。決定にさいしては、親族関係の濃淡は、当然のこととして、決定の基準とはならない(vgl. Hegnauer, Grundriss 27.41が明言する)。

5 配慮権の剥奪

改正草案でも扱われている項目である。さしあたりの解釈の参考ともなりうるので、配慮権の剥奪についても、概要を示しておこう。なお、剥奪に関する311条以下の規定は、ごく一部315条aや315条bのような新設規定もなくはないが、全体的には、[76年親子法]の構造のままである。

(1) 通常の剥奪

第1に、現行法制定前の政府草案では「その後に出生した子に対しても」とあったが、改正法では「その後出生した子を含むすべての人に対しても」と修正している。しかし、意味が変わるわけではないであろう。

第2に、親権すなわち配慮権の剥奪については、実務の経験に基づいていろいろの改正が実現された。剥奪原因として、剥奪時点での父母の状態、および子に対する過去の父母の態度を問題とする点では、旧法と同じである。

しかし、「親権を行使することができない」とき(旧285条1項)という表現は抽象的すぎるので、「父母が、未経験、疾病、身体障害、不在、その他の理由により」配慮権を行使することができないとき(311条1項1号)と具体例が明示された。

さらに、「父母に重大な親権の濫用もしくは義務の懈怠の責めがあるとき」(旧同上)という場合には、父母の帰責事由があることが要求されたが、改正法では帰責事由の存在を要求せずに(拙稿「法案」前掲143頁がこの理を明言する)「父母が子を放任するとき、または子に対する父母の義務を著しく怠るとき」(新同条2号)と改められた。なお、剥奪主体の面からみれば、後見監督官庁が剥奪する場合(311条)と、後見官庁が剥奪する場合(312条)とがある。

第3に、要件を定める規定(311条1項)によれば、その他の子の保護措置が奏功しなかった

場合、または初めから不十分と思われる場合において、下記の事情にあるときは、後見監督官庁は、親の配慮権を剥奪する(311条1項参照)。

①父母が、未経験、疾病、身体障害、不在、その他の事由により、配慮権を行使することができないとき。

②父母が子を放任するとき、または子に対する父母の義務を著しく怠るとき。

規定からも明かなように、親の配慮権行使の不能状態が継続していることを要する。ゆえにたとえば、疾病を例にとれば、その状態が継続することが必要である。「未経験」などの場面は例示であることは、「その他の事由」という表現からも明らかであろう。

その他、裁判例に登場する例としては、長期の自由刑に服する場合(BGE 119 II 11)、アルコール依存症(母が依存症の例、前掲・92年3月19日判決[未公表])などが挙げられる。

第4に、配慮権行使不能の判断は、剥奪の時点での状況をいうのは当然であるが、父母の義務違反は事柄の性質上それ以前の父母の態度が問われることになる。疾病・義務違反いずれのグループの剥奪原因も、父母の有責性は問わないから、たとえば父母が病気になったことにつき、父母に過失があるかどうかは問題にならないことになる(vgl. Hegnauer, Grundriss 27.46)。

第5に、その他の保護措置が奏功しなかったことを要する。この要件が最もハードルが高いようである。

他方、「措置」について、上に述べた311条の配慮権剥奪は、後見官庁ではなく、後見監督官庁が行う旨は、条文上も明らかである。

第1に、父母ともに配慮権を剥奪されたときは、子は後見に服する(311条2項)。同様に、単独配慮権者から配慮権が剥奪された場合において、他方父母に配慮権が委ねられないときも、同様に後見が開始する(vgl. Hegnauer, Grundriss 27.48)。

第2に、配慮権が剥奪されても、父母の扶養義務、面接交渉権、縁組同意権などには影響がない(vgl. Hegnauer, Grundriss 27.48がこれを明言する)。

もっとも、配慮権剥奪を導いたという事実は、これら問題に影響がある場合もある。たとえば面接交渉を例にとれば、「重大な事由」があれば面接が拒否される場合もある（274条2項参照）。ゆえに、剥奪事由の内容によっては、面接すら拒否される事情となることがありうるのである。

第3に、配慮権が剥奪された場合には、通例は剥奪する旨の決定において、明示的に反対の指示がなされないかぎり、剥奪後に出生した子を含むすべての人に対して、その効力を有する（旧285条3項も同じ）。父母が婚姻していて、一方の配慮権が剥奪されたときは、他方の父母が単独配慮権者となることになる。

未婚の母の配慮権が剥奪されたときは、後見官庁により父を配慮権者とする旨の決定がなされたときに限り、父が新しい配慮権者となる。もっとも、この父による認知の存在することが前提であることは、いうまでもない。

（2）要請に基づく剥奪

第1に、配慮権は、法定の消滅原因、たとえば配慮権の剥奪や死亡という事実が生じない限り、管轄官庁の決定によってのみ配慮権が剥奪される。ここで扱うのは、配慮権者である父母の了解のある場合における配慮権の剥奪である。

第2に、下記の場合には、後見官庁が配慮権を剥奪する。この場合に剥奪は、後学上「簡易剥奪」と呼ばれている（立法者による命名である。拙訳「法案」前掲143頁）。

①重大な事由の存在 重大な事由を理由として、父母が親権の剥奪を請願したとき。その場合の書式につき、書式見本315を参照。この剥奪原因は、固有の請求に基づく後見開始の規定（372条）を模倣したものである。ここで重大な事由というのは、たとえば、父母が自らは親の任務を果たしえない事情をいう（vgl. Hegnauer, Grundriss 27.36）。311条前掲の未経験、疾病、不在などの事情も、その事由となりうるようである。

②縁組の同意 父母が、将来の養子縁組に

同意したとき（以上につき、312条参照）。なぜなら、この場合には、もはや配慮権の行使ができない状態になるからである。本号を原因とする剥奪は、前掲311条3項の場合と異なり、縁組を承諾したその子との関係でのみ、親権が剥奪されるのである。

③再婚 旧法下では、父母が再婚したときは、事情により配慮権剥奪の可能性があった（旧286条1項）。改正法は、そのような剥奪原因を認めない。「認める必要もなく、現実には〔剥奪を認めることは〕不適當である」との立場をとる（拙訳「法案」前掲143頁）。

（3）事情の変更

第1に、現行法制定前の政府草案との違いからみれば、313条に係わる事情の変更につき、政府草案と比べると、草案では「親権の回復は…できない」と表現していたが、改正法では「親権〔＝配慮権〕は、…回復することができない」と修正する。内容面では、まったく変更がないと解してよいであろう。

第2に、事情が変更したときは、子を保護するために、新たな状況に適する措置を講じなければならない（313条1項）。たとえば、とられた措置が不十分であれば、それを補充する新たな措置が必要となる。従前の措置を排除することが必要な場合もある。新たな措置を必要とする認識するのは、子自身または他の者の要請によるのが通例である（vgl. Basler Kommentar Art. 313 N. 1ff.）。

第3に、配慮権の回復は、いかなる場合においても、配慮権剥奪ののち一年の経過する前には、これをすることができない（313条2項）。その趣旨において旧規定（旧287条2項）と同じである。

第4に、剥奪後の法律関係につき、父母双方から剥奪の場合には、子は後見に付される（vgl. bes. Basler Kommentar Art. 311-312 N. 11ff.）。

（4）事物管轄

第1に、管轄に係わる315条の規定は、76年改正に係わる政府草案とまったく同一規定であ

る。また、改正法315条aは、草案316条が対応する。草案1項では「子の保護に必要な措置」と、また同3項では「事情が」と表現していたが、改正法では「子の保護措置」、「判決の宣告後、事情が」と修正された。いずれも規定の内容に影響する変更ではない。

第2に、管轄の問題であるので、結論を示すにとどめる（簡潔には、vgl. Hegnauer, Grundriss 27.52ff.）。通常の管轄権は、後見官庁にある（以下につき、拙訳「法案」前掲145頁-146頁参照）。

第3に、例外管轄権は、離婚を担当した裁判官にある（簡潔には、vgl. Hegnauer, Grundriss 27.56ff. 1を参照されたい）。離婚事件について担当した裁判官は、子のために必要な保護措置をなすことが許される（315条a1項）。これにつき、離婚法の「法案」前掲（Botschaft 95 244.44）によれば、（当時の）離婚法133条・134条の規定に遵うことになる。

ちなみに、離婚法改正のおりに新設された315条a・315条bの規定は、いずれも裁判管轄に関するものであり、比較法の意味からは、紹介する意義が乏しいので、本稿では、その内容には立ち入らない（vgl. Basler Kommentar Art. 315 a, 315 b）。

第4に、判決の宣告後に、当事者を取り巻く事情が変更した場合や、緊急を要する場合（同2項参照）には、後見監督官庁ではなく、後見官庁が子の保護措置を変更することが許される（同3項）。

（5）土地管轄

スイス法固有の問題であるので、骨組みを示すのみで、詳細はすべて別書に譲る（vgl. Hegnauer, Grundriss 27.59ff., 拙訳「法案」前掲145頁）。条文に基づいて、結論のみを記しておこう。後見官庁の管轄は下記の規則に従う（315条参照）。

①子のための保護措置は、子の住所地の後見官庁がこれを命じる。ゆえに、父母と同居する子にあっては、父母の住所が土地管轄を決定する基準となる。

②子が養育親の下で、または父母の家族共同体の外で生活するとき、または危険が切迫する

ときは、子の滞在地の後見官庁も、同様に前項の命令をなすことができる。

③滞在地の後見官庁が、子のための保護措置を行うときは、当該後見官庁は、これを住所地の後見官庁に通知しなければならない。

（6）手続規定

第1に、政府草案に比べると、手続に係わる規定では、1号において表現の修正が見られるが、内容面での変更をもたらすものではない。

第2に、後見官庁による剥奪（312条-313条）の手続は、下記の規定のほか、カントン法によって定める。すなわち、スイスの慣行に従って、手続に係わる事項はカントン法による規則という原則に従ったものである。

①後見監督官庁が裁判上の官庁でないときは、親権の剥奪について、カントンの裁判官庁へ抗告することができる。要するに、民事法上の請求権については、裁判所が決定するという仕組みを維持するという趣旨のようである（拙訳「法案」前掲144頁）。

②子のための保護措置に対する異議の申立が、延期的効力を有するときは、措置を命じた裁判所または抗告裁判所は、その効力を消滅させることができる（以上につき、314条参照。また、趣旨につき、拙訳「法案」前掲145頁参照）。

上の規定のうち、2号には変更がないが、1号は98年離婚法（2000年1月1日施行）により改正されている。その内容は条文からも明らかのように、子の保護措置の手続をとるならば、それを行う前に、「適当な方法で」子の意見を聴取すべし、ということである（新314条1号参照）。

立法者の説明によれば、この規定によって、子の保護手続は、離婚訴訟以外の場面でも、離婚手続（144条2項）の場合と同様に、行うことができることになる。たとえば、同規定に基づいて、離婚に関する144条2項の場合と同様に、面接交渉の規定（273条以下）を準用できることになる（vgl. Botschaft 95 244.43）。

第3に、この場合の管轄官庁は後見官庁であることは、規定のうえで明らかである。詳細はカントン法で定めることも予定されている

(314条参照)。さらに、緊急の場合にあっては、後見官庁がこの危険を認識したときから、ただちに手続に踏み込むことが可能である。後見官庁が知るのは、子自身や父母各自からの告知によるのが通常であろう。

第4に、手続が開始して、後見官庁が親権剥奪を決定する過程において最も重要なのは、父母や子、場合によっては養育親(300条2項)からの意見聴取である。改正法ではその旨が明記された(314条1号参照)。これについては、父母の監護の廃止についての規則(前掲310条2項)の場合の基準、すなわち親子関係の著しい破壊の存否が問われることになる。

第5に、手続の進行過程において、子を代理すべき者についての明示的な規定を欠いているが、それぞれの状況に応じて特別代理人を選任する規定(308条2項・310条3項)が類推適用されるようである(vgl. Hegnauer, Grundriss 27.63 a)。

第6に、後見官庁の決定に対する異議の申立は、後見監督官庁になされることになる(420条2項)。その場合の手続はカントン法に従う。

上告の道も開かれているが、その場合には、わが国の「裁判所法」に相当する裁判所構成法44条に定める上告要件を満たす必要があることはいうまでもない(簡潔には、vgl. Hegnauer, Grundriss 27.65)。

第7に、子が施設で養育されている場合にあっては、成年後見に関する規則(397条a以下)が準用される(314条aがその旨を明言する)。

最後に、16歳以下の子は、裁判所の判断、ここでは配慮権の剥奪や異議の申立を請求できないことになる(314条a2項)。緊急の必要がある場合には、いわば緊急避難的に、カントンの判断で、適当な施設への収容を命じることも可能である(同条3項)。ちなみに、314条aの規定は、いわゆる成年後見の新設(1978年10月6日制定法)によって改正されたものである。

(7) 青少年保護での協力

後見官庁以外の公的または私的な公益施設の協力が予定される(317条で明記する)。これら官庁はみな独立の活動をしていて、相互の連携が

不十分であった。

そこで、各官庁の協力体制の強化を求めたのが、317条の趣旨である(拙訳「法案」前掲147頁-148頁を参照)。後見法の問題であるので、別書に譲ることとする(vgl. Hegnauer, Grundriss 27.67f., Basler Kommentar Art.317 S.1655ff.)。

(8) 養育子の監督

第1に、養育子というのは、養子縁組などの法律手続をとることなく、子を養育している場合をいう。このような場合には、とくに子の保護が重要課題である。実子であれば、子に危険が生じた場合に初めて問題となるのだが、養育子の場合は事情が異なる。

第2に、養育子保護の柱となるのは、養育する人ないし施設、養育子関係の監督の2点がとくに重要である。養育子に関しては、カントンレベルで執行細則が制定される仕組みになっているが、細則の存在しないカントンもみられる、制定していても内容が多様である、などの不統一がある。

そのために、「養育子の養育に関する連邦参事会令」が制定されている(詳細については、拙著『概説スイス親子法』235-258頁以下参照。同書では、「養育開始令」とのタイトルで、上記連邦法の概要を、比較的詳しく紹介している)。

第3に、上の連邦令に加えて、民法レベルでは、養育開始にさいする許可と、養育状況の監督について、カントン法での規制を要求するにとどまる(vgl. bes. Basler Kommentar Art.316 N.3ff.)。現実には、後見官庁がこれについての管轄を有することになる(拙訳「法案」前掲147頁)。

(9) 子の財産

その他に、子の財産の管理も親権・親の配慮権のひとつの内容に属するが、今回の草案では、それについては全く触れていないので、子の財産への言及は割愛する(現行法のもとの子の財産については、bes. Basler Kommentar Art.318ff. SS.1656ff.)。

Ⅲ 草案の解説

草案の内容を素描することが目的であるので、草案の成立過程には、触れない（草案の成立史についても、解説 Bericht 以下を参照）。その他、提示された解決案については、草案の説明（とくに4-22頁）を参照されたい。

第1に、双方配慮につき、補足しておけば、（夫婦の離婚のさいの）父母双方の配慮権という制度は、2000年の離婚法改正のうちに初めて導入されたものである。簡潔には、別稿に譲り（拙稿「スイス法と離婚の効果」本誌11号とくに30頁-32頁を参照、2009年）ここでは、制定する理由の要旨のみを示しておこう。

①子と父母との関係では、父母との結びつきが継続する方が、子の成育の上で好ましい。

②スイスにおける経験からすれば、共同監護の方が望ましい。

③父母の能力の面からも、共同監護が好ましい。

④合意離婚が主流となってきた。夫婦がいがみあって離婚するのが通例である、かつての離婚形態と異なるので、共同監護がより機能しやすい。

第2に、父母の双方の申し立てに基づく共同配慮の継続について、新しい離婚法制定の当時には、それまでの配慮権について採っていた原則を問題にしていない。立法者はむしろ離婚のさいには、親の配慮権は、父母の一方にのみ帰属するという立場（民133条1項）を原則とすることを重視したことが伺える（133条3項参照）。

第3に、父母が未婚のさい、配慮権の母への帰属については、母と父が婚姻していないときは、配慮権は、法律にしたがって母のみに帰属するという立場を採用した（298条1項）。父不明であるので、この結論は当然のことであろう。

第4に、298条a所定の場合には（条文については、本稿の巻末を参照。以下、同様）、双方への帰属が認められる。そのさいにも、男女差別を避ける趣旨から、立法者は、双方帰属となる場面について、父母が共同世帯を営んでいることを要件とはしなかった。参考とすべき制度の一つであろう。

第5に、現行規定への批判（報告5頁以下を参照）の中心は、とくにつぎの2点、すなわち、1）子の福祉についての配慮が少ないこと、2）父母の同権が担保されていないことである。補足しよう。

ことに離婚においては、上記のことを一番考える必要がある。子の調和のとれた成育のためには、子への配慮の形としては、夫婦の関係が破綻したあとでも、双方が責任を負う双方配慮がベストである。

たとえば、2007年度を例にとれば（詳しい統計につき報告6頁を参照）、母への帰属が8846件、父への帰属が745件、双方への帰属が4981件に達している。また、双方帰属は、2000年の1189件と比べると、2007年には、5倍近く4981件に増加している。パーセンテージでいえば、母への帰属は60パーセントを超えるのに、父へのそれは、わずか3パーセントほどである（共同帰属は約33パーセント）。

このような状況のもとで、配慮権の帰属が認められない配慮権を剥奪された父は、子の養育や代理人としての機会が失われる。このようなシステムでは、男女が同権であるとはいえないであろう。

以下では、草案を起草した立法者の「解説」に基づいて、草案の概要をみてみよう。スイスでは、この種の資料の内容が、立法者意思と評価される。その意味でも、「解説」での説明の内容は、資料としての評価が高く、改正から時日を経っていない今日の時点では、一層その重要性が高いといえよう。

（1）共同の配慮権（133条）

第1に、本条1項によれば、離婚後も、共同配慮を維持することを原則とする旨が宣言される。改正草案の下では、婚姻中と同様に、「父母が共同かつ同権の配慮権」を有する旨を確認する意味がある。そのために、共同配慮が明示されたのである。

第2に、これを内容の面から補足すれば、子に対する父母の共同「配慮」というのは、具体

的には、父母双方の行う子の世話（Pflege）、教育、および必要な決定を、父母が共同して行うべきことを意味する。

さらに、共同の配慮の内容には、監護権（Obhutsrecht）が含まれている。それゆえ、子の滞在地の決定や、具体的な世話（Betreuung）の内容を決定することもできる。立法者によれば、上記の意味での監護権は、子と共同生活を行う親それぞれが、事実上行使することができる。これを、講学上、「事実上の監護権」と呼ばれている。そのことは、後述する草案298条で明示的に規定されている。

第3に、離婚のさいに、いつからの共同配慮となるのかについては、規定は必ずしも明確とはいえない面もある。立法者の解説によれば、離婚（成立）のときからであり、しかも父母の合意や裁判所の決定などの手続を要せず、法律の規定に基づき自動的ないし当然に共同配慮となる（vgl. Bericht S.22）。

第4に、子の配慮と扶養については、父母が同権であることが前提である。しかし、わが国とは事情が異なり、同権を達成する過程で、父母間での紛争の種となる危険を秘めている。そこで本条2項では、扶養などの問題は、カップルで解決することを前提に、それが争いを引き起こす場合には、裁判所による仲裁を求めることができる旨が定められたのである（簡潔には、vgl. Bericht S.22）。

（2）単独の配慮権（133条a）

第1に、本条は、単独配慮となる場合について規定する。結論のみ示せば、つぎの場合である（詳細については、vgl. Bericht S.23）。

①子の福祉のために必要がある場合においては、「職権または父母の一方からの申立て」に基づいて、裁判所が、他方配偶者から配慮権を剥奪する。

②単独配慮とすることが子の福祉に合致する場合には、「父母双方からの申立て」に基づいて、裁判所が決定する。

第2に、単独配慮となった場合につき、親子関係の効力（とくに民270条以下の規定を参照）につ

いての規定にしたがって、配慮権を有しない父母と子との面接交渉、および子の養育費の負担についても、裁判所が決定する。その場合、現行法の下でと同様に、養育費の負担が成年後にも及ぶ場合も認められる（270条と成年後の養育費の負担につき、拙著「親子関係の効力」南山法学23巻4号、2000年、105頁参照）。

ちなみに、面接交渉の中味としては、訪問、電話、接触、手紙や電子メールの交換、ファックスなどが挙げられている（vgl. Bericht S.23）。

（3）事情の変更

草案では、新しい決定をなす場合の要件と、扶養額などの変更を行うことができること、およびその要件などについての規定を定めている。

（a）新たな決定（134条）

第1に、子の福祉に著しい変更が生じたときには、裁判所は、父母の一方、子自身、子の保護に係わる官庁などからの申立てに基づいて、親の配慮権について、新たな決定を行うことができる。きわめて当然の規定であろう。詳細は別書に譲る（簡潔には、vgl. Bericht S.23f.）。

第2に、本条は、現行134条1項に相応する規定である。立法者の説明によれば、現行の後見官庁という表現に代えて、新たに、「子どもの保護、および成年保護」を行う（設立が予定される）「子の保護に係わる官庁」という表現に代わっていることが異なる（vgl. Bericht S.24）。

（b）扶養額などの変更（134条a）

本条は、現行の134条2項に相応する規定である。現行規定については、拙稿「親子関係の効力」前掲114頁を参照されたい。

（4）管轄

裁判管轄の問題は、スイス法固有の問題であって、実体法を研究するわが国の民法研究者にとっては、比較法的な意義に乏しいので、これについての説明は割愛する（vgl. Bericht S.24）。

(5) 離婚と配慮権 (297条)

現行の規定によれば、離婚の場合には、旧法のもとでは子を引き取った配偶者に帰属したが(旧297条3項)、96年改正の現行法では、裁判所の裁量で決定できるものと改められた(新同条3項参照)。

内容面では、つぎの2つの改正がなされる。

①死亡の場合の配慮権の帰属は、草案298条fで新たに規定される。

②裁判所へという言及(第2文)は、削除される。なぜなら、父母の一方に配慮権を帰属させる(権限)は、もはや裁判所にはなくて、配慮権は、法律により、父および母に帰属するからである(Bericht S.25)。

(6) 父母が婚姻していない場合

前提問題として、父の認知の内容が重要なのであるが、本稿のテーマからは遠ざかる問題であるので、これについての詳細は、別書に譲ることにする(拙著「スイスの親子法」とくに27頁以下を参照)。

(a) 父の認知 (298条)

第1に、父が子を認知すると、配慮権は、法律により、父母の双方に帰属する。他方、父が子を認知していなときは、配慮権は、法律により、母に帰属する。

第2に、1998年(離婚)法の立法者は、離婚した父母の共同配慮権の可能性につき、述べたときには(133条3項)、立法者の考えによれば、この権利を婚姻していない父母に認めないのは、別段の理由はないという考えであったようである(Ziff.244.41)。つまり、婚姻していないことが、父母に共同配慮権を拒絶する正当な理由とはならない、と。このような考えは、今回も変更する必要がないと判断されたのである(Bericht S.25)。

第3に、草案の立法者の見解(Bericht S.25)によれば、草案のような規定を導く最大の理由は、事実婚の増加したことにある。補足しよう。

認知数が著しく増大している。2000年の7930件から2007年度には12306件にも増加してる。

2007年度のこの数値は、出生数の54%にも達しており、しかも38%は子が1才に達する前に認知されている。これは、男が父としての責任を果たしていることを意味する。このような状況を考えれば、事実婚カップルを、法律婚のそれと異なって扱うのは、もはや相当ではない。

このような考慮から、草案では、後掲・参考資料に示したテキストを提案する。

(b) 父母の合意 (298条a)

第1に、未婚で、子を父が認知するカップルは、事実婚のカップルであることが通例である。子との関係では、このようなカップルは、婚姻関係にある夫婦と同じような方法で権利義務を履行するものである。

したがって、カップルは、婚姻関係にあるカップルと同様に、監護や、扶養の分担についても、ほとんどの場合、黙示的に、了解して行っているものである。これに関する合意は、官庁の了解などを要しない。もちろん子は、子の保護官庁が、裁可したときにのみ、そのような扶養合意が結ばれる(民287条1項)。一方が、義務を怠るときは、執行法82条による仮の救済処分にに基づく保護の道が残されている。

第2に、両親が子の監護や扶養につき合意に達しないときは、子の保護官庁に救済を求めることができる(草案2項)。

(c) 父母が婚姻している場合と単独の配慮権 (298条b)

第1に、本条では、2つの場合、すなわち、①そうすることが子の福祉に合致するときには、父母の双方からの申し立てに基づき、また、②子の福祉の必要があるときには、一方の申し立てに基づいて、監護権を父母の一方に帰属させることができる。

共同配慮権は、子の福祉を最も適する場合にとられる措置である。その前提を欠く場面では、単独配慮がとられるのである。立法者が想定するのは、たとえば、下記のような場合である(Bericht S.27)。

①客観的理由としては、父母が遠隔地に居住

する場合、

②主観的理由としては、一方の病気や合意をすることが著しく困難である、といった場合が想定されている。

第2に、2項の定めは、いわば配慮権の剥奪といえる。立法者はそのような理解である(Bericht S.27)。一方への帰属を決定する基準は、子の福祉である。なお、上記1項・2項の申し立ては、時間的制約がないと解されている(Bericht S.27)。

第3に、たとえば配慮権を奪われている父母の一方が、子との面接を求めてきた場合の扱いについては、裁判所は、親子関係の効力に関する規定にしたがって判断することになる(草案3項)。

(7) 父性確定訴訟

議論の前提となる父性確定訴訟、わが国でいう裁判認知の制度の概要については、別書(拙著「スイス親子法」前掲61頁-148頁を参照)に譲る。

(a) 原則(298条c)

第1に、任意認知の場合と扱いが異なる。任意に父となった場合と、いわば強制的に父とされた場合における、男性の意識の違いに配慮したゆえであろう。

規定によれば、父性確定訴訟、わが法に置き換えていえば、裁判認知において父子関係が確定されたときも、親の監護権は、法律により、母にのみ帰属することになる。

第2に、立法者の解説によれば、上記のような扱いは、現行298条1項に相応する(Bericht S.28)。現行法の内容については、既に述べた(前述・2(4)を参照)。

(b) 双方への帰属(298条d)

第1に、父性確定訴訟で父の父性が確定されたときは、母にのみ配慮権が帰属するのが原則である。とはいえ、子の福祉の観点から、双方帰属が望ましいと判断できる場合には、父からの申し立てに基づいて、裁判所は、親の配慮権を父母の双方に帰属せしめることが可能である。

第2に、前記第1の場合には、裁判所は、子の監護および扶養の分担について決定することになる。

裁判認知により父とされた場合であっても、父からの配慮権の双方帰属の申し立てがある場合には、父の責任を自覚していることの現れとみて、配慮権が共同帰属する道を開いたものである(Bericht S.28)。

(c) 事情の変更(298条e)

新設規定である。配慮権の帰属の変更、扶養額の分担の変更、などが行われるのは、著しい事情の変更が前提である。当然の規定といえる。

今後の課題は、どのような場合に「著しい事情の変更」にあたるといえるか、であろう。運用実態を知るには、実務の集積を待つ必要がある。

(d) 父母の一方の死亡(298条f)

本条は、新規定である。

第1に、父母の一方の死亡後、親の監護権は、カップルの状態、すなわちカップルが婚姻関係にあるのか、離婚していたのか、未婚であるのか、などとは関係なく、生存する他方に帰属する。

第2に、配慮権が単独で帰属していた父母が死亡したときは、子の保護に関わる官庁が、子の福祉に配慮して、生存する父母に帰属させるか、または子に後見人を選任するかを、決定する。言い換えれば、生存する父母への配慮権に帰属が優先するわけではない(Bericht S.29)、ということである。

(e) 緊急の場合(298条g)

立法者の説明によれば、規定の趣旨は、共同行使を理由に、父母のあいだで争いの生ずるのを防止することにある(簡潔には、vgl. Bericht S.299)。

第1に、共同の配慮権が帰属する場合であっても、父母が共同の世帯を営んでいない場合がありうる。そのような場合に、つねに共同行使を要求しては、子の利益が害される危険がある。

本条は、そのような場合に備えて、日常の要務のほか、緊急の要務についても、現実には子を監護する父母が、単独で決定できる旨を明言する（ちなみに、同様の問題について、わが法でも同様の解釈論を展開する文献として、拙稿「別居と扶養請求の代理」（判批）判例タイムズ552号121頁以下を参照、1984年。）

第2に、ここでもまた、父母の状況、婚姻しているか、離婚したか、未婚であるか、などの状況は、問題とならない（Bericht S.29）。

第3に、父母の双方で暮らしているとき、たとえば、週のうち5日は母の下で暮らし、残りの2日は父のもとで暮らしているような場合には、その間の日常の要務については、それぞれ独立して監護権を有するとされる。立法者は、ここで緊急の要務については触れていない。ということは、原則に戻るということであろう。

逆に、子に係わるその他の判断については、たとえば、学校・スポーツ・宗教の選択などは、共同行使が要求される（vgl. Bericht S.29）。

善意の第三者との関係では、父母が相互の了解を得ているものと扱われる。この結論は、現行法（304条2項）の場合と同じである。

（8）父性の確定のための特別代理人の選任を求めた場合（309条）

第1に、わが国における異なり、裁判認知を提起するには、母が子を代理することは許されず、特別代理人の選任が必要である。現行309条の規定は、未婚の父母の子のために必要な法的保護を行うことを担保する意図である。

第2に、改正案の観点からすれば、これまでの形式に従う上記の規定は、もはや正当性を有しない。父子関係の確定に向けた世話するために補佐人の選任を通じて、子の保護に係わる官庁に求める可能性を、未婚の妊娠した女性に認めているに過ぎない。そこで、現行の2項・3項（2文？）は削除される。

（9）その他

その他、施行規定との関係や、刑法（改正案）との関係については、説明を割愛する（vgl.

Bericht S.30ff.）。

（10）若干の比較法

共同配慮が最近の趨勢であることは、「解説」（9頁-12頁）の記述に譲る。その他の個々の規定については、必要な限度で、少し触れている。

Ⅳ 参考条文

参考資料として、改正草案と現行法の条文を添えている。現行法については、76年法の条文だけでなく、離婚法の全面改正のうちに、改正されたそれも、併記している。その方が、読者に対して親切かと思われるからである。

〔参考条文－1〕 改正草案の条文（仮訳）

下に示したのが、紹介の対象とした改正草案の条文である。条文数の右に示した部分は、わが法流にいえば、「条文の見出し」に相当する。条文の一部である。この部分を組み立てれば、全体の展望が理解できる仕組みになっている。この点が、わが国を含めた諸外国と大きく異なっている。

共同配慮権を例にとり、その構造の一部を示せば、下記のようなものである。

F 子

- I 共同の配慮権（133条以下）
- II 父母の一方への配慮権の帰属
- III 事情の変更
 - 1 父母の配慮権
 - 2 監護、面接交渉、扶養額

第133条（F.子 I. 共同の配慮権）

①父母は、離婚後、親の配慮権を、法律により共同して行使する。

②父母は、子の監護（Betreuung）と扶養の分担に関して、裁判所に、父母の意見を提示することができる。

第133条a（II. 父母の一方への配慮権の帰属）

〔新設規定〕

①裁判所は、子の福祉のうえで必要があれば、職権で、または一方からの申立てに基づいて、

父母の一方から、親の配慮権を剥奪する（ことができる）。

②裁判所は、父母双方の申立てに基づいて、（そうすることが）子の福祉に合致するときは、父または母の一方に、親の配慮権を帰属させることができる。

③裁判所は、親子関係の効力についての規定に従って、親の配慮権を有しない父母の一方との面接交渉につき、および〔子の〕養育費についての分担を決定する。

④養育費は、成年後についても決定することができる。

第134条（Ⅲ. 事情の変更 1. 父母の配慮〔権〕）

子の福祉についての事情が著しく変更したときは、〔裁判所は〕父母の一方、子、または子の保護〔に係わる〕官庁の申立てに基づいて、配慮〔権〕の帰属について新たな決定をすることができる。

第134条a（2. 監護 *Betruung*, 面接交渉, 扶養額）

〔新設規定〕

監護, 面接交渉, 扶養額の分担についての変更は, 親子関係の効力についての規定に従って, 行う。

第134条b（3. 管轄）

両親の合意があるときは、子の保護（を担当する）官庁は、父母の配慮の変更および監護の分担, 面接交渉, 扶養額についての合意の裁可について、管轄権を有する。その他の場合には、離婚判決の変更について管轄する裁判所が、（これにつき）決定する。

第297条（Ⅱ. 父母が婚姻している場合）

離婚の場合には、親の配慮権は、離婚についての規定に従って決まる。

第298条（Ⅲ. 父母が婚姻していない場合 1. 認知 a. 通則）

①父母が互に婚姻していない場合において、父が子を認知しているときは、親の配慮権は、法律により、父母の双方に帰属する。

②父が子を認知していないときは、親の配慮権は、法律により、母に帰属する。

第298条a（b. 父母の一方への帰属）

①父母は、子の監護および扶養の分担につき、

合意することができる。

②合意が整わないときは、父母は、子の保護〔に係わる〕官庁に、調整を申し立てることができる。

第298条b（c. 父母の一方への帰属）

〔新設規定〕

①裁判所は、そうすることが子の福祉に合致するときは、父母の双方からの申立てに基づいて、親の配慮権を、父母の一方に帰属させることができる。

②裁判所は、子の福祉のうえで必要があるときは、父母の一方の申立てに基づいて、親の配慮権を、父母の一方に帰属させることができる。

③裁判所は、親子関係の効力についての規定に従って、面接交渉, 扶養の分担額を決定する。

第298条c（2. 父性確定訴訟 a. 原則）

〔新設規定〕

父性確定訴訟において、父子関係が確定されたときは、親の配慮権は、法律により、母に帰属する。

第298条d（b. 共通の、親の配慮権）

新設規定

①父は、そうすることが子の福祉に合致するときは、裁判所に、親の配慮権を、父母の双方に帰属させることを申立てることができる。

②〔前項の場合には〕裁判所は、子の監護および扶養の分担について決定する。

第298条e（3. 事情の変更）

〔新設規定〕

①子の福祉についての事情が著しく変更したときは、〔裁判所は〕父母の一方、子、または子の保護〔に係わる〕官庁の申立てに基づいて、配慮権の帰属について新たに決定することができる。

②監護, 面接交渉, 扶養額の分担についての変更は、本節の規定に従って、行う。

③父母の意見が一致したときは、子の保護〔に係わる〕官庁が、親の配慮権の改定, および親の配慮権, 監護, 面接交渉, および扶養額の分担についての〔父母の〕合意の認可につき、管轄権を有する。しからざる場合には、裁判所

が管轄権を有する。

第298条f（Ⅲbis 父母の一方の死亡）

〔新設規定〕

①父母が配慮権を共同して行使していたが、その一方が死亡したときは、親の配慮権は、生存する一方に〔のみ〕帰属する。

②親の配慮権が単独で帰属する父母の一方が死亡したときは、子の保護〔に係わる〕官庁は、子の福祉に配慮して、親の配慮権を、生存する他方の父母に帰属させるか、または子に後見人を選任する。

第298条g（Ⅲter 共同の配慮権の行使）

〔新設規定〕

共通の世帯を営んでいない父母が、共同して親の配慮権を行使すべきときは、子を監護する父母の一方は、日常の要務および緊急のそれを単独で決定することができる。

第309条（2. 父性の確定）

未婚の女性が、懐妊中に、子の保護〔に係わる〕官庁に、父との父子関係を確定するために、子に特別代理人を選任することを求めたときは、状況に応じた方法で母にアドバイスを与え、かつ（母のために）配慮しなければならない。

〔参考条文－2〕現行法の規定

現行法の規定は、76年全面改正に基づく規定である。その後の部分改正、たとえば離婚法の改正に基づくそれも、その旨を明示して示している。

ちなみに、各条に続いて、参考条文の形で示したフランス民法ほかの参照条文は、スイスの全面改正当時のそれである。

第3款 父母の配慮権

第296条（A. 要件 I. 通則）

①成年に達しない子は、父母の配慮権に服する。

②未成年者および成年被後見人は、〔その子に対する〕配慮権を有しない。

〔フ民 371条以下、ド民1626条、オ民 137条〕

〔98年離婚法による規定〕第296条（A 要件 I. 通則）

①子は、未成年中は、父母の配慮（elterliche Sorge）に服する。

②未成年者および被後見人は、配慮権者にはなれない。

第297条（Ⅱ. 父母が婚姻している場合）

①父母の婚姻中は、父母が共同して配慮権を行使する。

②共同世帯が解消されているとき、または父母が別居中であるときは、裁判官は、父母の一方を配慮権者と定めることができる。

③夫婦の一方が死亡したときは、生存配偶者が親権を行使し、父母が離婚したときは、子を引き取った配偶者が、これを行行使する。

〔フ民 372条以下、ド民1684条、オ民 144条以下〕

〔98年離婚法による規定〕第297条（Ⅱ. 父母が婚姻している場合）

①〔父母の〕婚姻中は、父母は、共同して親の配慮を行う。

②共同世帯が廃止されたとき、または父母が別居しているときは、裁判所は、父母の配慮権を夫婦の一方にのみ委ねる。

③父母の一方の死亡後は、父母の配慮権は、生存配偶者に帰属する。離婚したときは、裁判所は、離婚についての規定に従って、〔配慮権者を〕決定する。

第298条（Ⅲ. 父母が婚姻していない場合）

①父母が婚姻していないときは、母が親権を行う。

②母が未成年者または成年被後見人であるとき、または死亡しているとき、もしくは親権を剥奪されているときは、後見官庁は、子の福祉に必要なかぎり、子に後見人を選任するか、または親権者を父に変更することができる。

〔フ民 374条、ド民1705条以下、オ民 166条〕

〔98年離婚法による規定〕第298条（Ⅲ. 父母が婚姻していない場合 1. 通則）

①〔子の〕父母が婚姻していないときは、親の配慮権は、母に帰属する。

②母が未成年者、被後見人である場合、または死亡ないし親の配慮権を剥奪されている場合には、後見官庁は、子に後見人を選任するか、または子の福祉に添うときは親の配慮権を父に

変更する。

〔98年離婚法による規定〕第298条a（2. 共同の親の配慮権）〔新設規定〕

①両親がその合意により、子の世話の分担および扶養費用の分担について合意に達している場合において、後見官庁は、〔父母〕共同の申立に基づいて、子の福祉に適うときは、親の配慮権を父母〔双方〕に委ねる〔ことができる〕。

②父母の一方、子、または後見官庁の請求に基づいて、重大な事情の変更のため、子の福祉のために必要があるときは、後見監督官庁は、親の配慮権の帰属につき、新たに規律しなければならない。

第299条（Ⅳ. 継親）

各配偶者は、他方配偶者がその子に対する親権を行使するため、適切な方法で他方配偶者に助力しなければならない、必要な場合には、子を代理することができる。

第300条（Ⅴ. 養育親）

①子が第3者の養育に委ねられたときは、第三者の任務の遂行に適するかぎり、その第3者は、父母に代わって親権を行使する。

②重要な判断をなす以前に、養育親の意見を聞かなければならない。

第301条（Ⅵ. 内容 Ⅰ. 通則）

①父母は、子の福祉を目的として子の養育をなし、子自身の行為能力を留保して、必要な決定を行う。

②子は父母に従わねばならない。父母は、子の成熟に応じた生活形成の自由を子に与え、重大な要務に関しては、できるだけ子の意見を考慮しなければならない。

③子は、父母の同意を得なければ、家族共同体から離れることはできない。また、共同体から違法に離脱せしめられることはない。

④父母は、子の名前を命名する。

〔フ民 371条以下, オ民 144条以下〕

第302条（Ⅱ. 教育）

①父母は、その地位に応じて、子を教育するとともに、子の肉体的・精神的・道徳的生育を促進し、かつこれを保護しなければならない。

②父母は、とくに肉体的または精神的に障碍

のある子に対して、子の能力および性向に応じて、できるだけ一般のおよび職業上の修業を取得させなければならない。

③前2項の目的を達成するために、父母は、学校と協力し、さらに必要な場合には、公共のまたは公益の少年保護機関と協力しなければならない。

〔フ民 371条以下, オ民 146条以下〕

第303条（Ⅲ. 宗教上の教育）

①〔子の〕宗教上の教育については、父母がこれを決定する。

②前項の権能を制限する契約は、これを無効とする。

③子が16歳に達しているときは、子は、自己の宗教上の信条について決定する。

第304条（Ⅳ. 代理 1. 第三者に対する代理 a. 通則）

①父母は、各自に属する親権の範囲において、法律により、第三者に対して子を代理することができる。

②父母が婚姻しているときは、善意の第三者は、各配偶者が他方配偶者の了解を得て行為するものと見做すことができる。

〔フ民 372条以下, ド民 1629条, オ民 154条以下〕

〔98年離婚法による規定〕第304条

①父母は、父母に帰属する親の配慮権の範囲内で、法律によって、第3者に対して子を代理することができる。

②父母双方が親の配慮権を有するときは、善意の第三者は、行為配偶者が他方配偶者の了解を得て行為するものと見做すことができる。

③被後見人の代理についての規定は、後見官庁の協力についての規定を除いて、これを準用する。

第305条（b. 子の行為能力）

①子は親権に服するときは、被後見人と同様の制限的行為能力を有する。

②子の債務負担については、親子財産関係の如何にかかわらず、子の財産が責任を負う。

〔オ民 151条以下〕

第306条（2. 共同体内部の代理）

①親権に服する子は、判断能力を有するときは、父母の同意を得て、共同体のために法律行

為をすることができる。ただし、これにより生ずる債務については、父母が責任を負う。

②ある事務において、父母の利益と子のそれとが利益相反するときは、補佐人の代理に関する規定を準用する。

[ド民1643条]

〔98年離婚法による規定〕 第306条 1 項

①親の配慮権に服するが判断能力を有する子は、父母の同意を得て、共同体のために法律行為をすることができる。ただし、これにより生じた債務については、子ではなく、父母が責任を負うものとする。

第307条 (c. 子の保護 I. 適切な措置)

①子の福祉が危険に瀕するにもにもかかわらず、父母自身がこれを除去する配慮をしないとき、またはこれを行うことができないときは、後見官庁は、子を保護するために、適切な措置を講ずる。

②後見官庁は、養育親のもとで養育される子、または父母の共同体の外で生活する子に対しても、前項と同様の義務を負う。

③後見官庁は、とくに両親、養育親、または子に、注意を与えたり、養育や教育のための指示を与えたり、文書の閲覧情報を与えるべき、適当な人や機関を決定する。

[フ民 375 条以下, オ民 176 条以下]

第308条 (II. 補佐 1. 通則)

①特別の事情のあるときは、後見官庁は、子に補佐人を選任する。補佐人は、子の保護のために、助言と行動との双方で父母を助けるものとする。

②後見官庁は、とくに子の扶養請求権、その他の権利を保護するために、子を代理する権限および面接交渉を監視する権限を、補佐人に付与することができる。

③〔子に補佐人がついていいるときは〕補佐人の権限に応じて、〔父母の〕配慮権が制限される。

第309条 (2. 父性の確定)

①未婚の女性が、懐胎中である旨を後見官庁に届け出たとき、または後見官庁が出産〔の事

実〕を知ったときは、後見官庁は、遅滞なく子に補佐人を選任する。補佐人は、父子関係の確定に努力し、事情により適切な方法で母に助言を与え、これを保護しなければならない。

②〔嫡出〕否認により親子関係が排除されたときも同様である。

③親子関係が確定されたとき、または父性確定の訴えが子の出生後2年以内に提起されないときは、後見官庁は、補佐人の申立に基づいて、補佐を廃止するか、またはその他の子の保護措置を命ずるかを決定する。

第310条 (III. 父母の監護の廃止)

①子の危険が他の方法では除去されえないときは、後見官庁は、子の父母から、または子が第三者のもとにいるときは、第三者から引き離し、さらに適切な方法で子を保護しなければならない。

②共同世帯にこれ以上子が滞在することを期待することができず、かつ事情により他の方法によっては救済することができないほどに、〔親子の〕関係が著しく破壊されているときは、後見官庁は、父母のまたは子の申立に基づいて、前項と同様の命令をする。

③子が比較的長期間にわたり、養育親のもとで生活する場合には、後見官庁は、子の引取が子の生育に著しい危険を及ぼす恐れのあるときは、父母に対し、子の引取を禁止することができる。

第3款 親の監護権

第311条 (IV. 親権の剥奪 1. 後見監督官庁による場合)

①その他の子の保護措置が奏功しなかった場合、または初めから不十分と思われる場合において、〔下の事情があるときは〕後見監督官庁は、親権を剥奪する：

1. 父母が、未経験、疾病、身体障碍、不在、その他の理由により、親権を行使することができないとき；

2. 父母が子を放任するとき、または子に対する父母の義務を著しく怠るとき。

②父母ともに親権を剥奪されたときは、子は

後見に服する。

③親権の剥奪は、明示的に反対の命令がなされないかぎり、その後に出生した子を含むすべての人に対して、その効力を有する。

[フ民 378条以下, ド民1666条以下, オ民 176条以下]

第312条 (2. 後見官庁による場合)

下記の場合には、後見官庁が親権を剥奪する:

1. 父母が、重大な事由を理由として、〔親権の剥奪を〕 請願したとき;

2. 父母が、匿名の第三者による将来の養子縁組に同意したとき。

第313条 (V. 事情の変更)

①事情が変更したときは、子を保護するために、新たな状況に適する措置を講じなければならない。

②親権の回復は、いかなる場合においても、親権剥奪ののち1年の経過する前には、これを行うことができない。

第314条 (VI. 手続)

〔312条ないし313条の〕 手続は、下記の規定のほか、カントン法によって定める。

1. 後見監督官庁が裁判上の官庁でないときは、親権の剥奪について、カントンの裁判官庁へ抗告することができる;

2. 子のための保護措置に対する異議の申立が、延期的効力を有するときは、〔措置を〕 命じた裁判所または抗告裁判所は、その効力を消滅させることができる。

〔98年離婚法による規定〕 第314条 1号

手続は、下記の規定を留保して、カントン法で定める:

1. 子の保護措置を発する前に、適当な方法で直接 (persönlich) 子の意見を聴取しなければならない。ただし、子の年齢や重大な事由のために障害があるときは、第三者を通して意見聴取をすることができる。

第314条a (2. 監護の目的とする自由の剥奪の場合)

①官庁によって子が公共施設に収容されたとき

きは、未成年者または成年被後見人に対する、監護の目的とする自由の剥奪の場合の、裁判所の判断と手続に関する規定を準用する。

②子がいまだ16歳に達していないときは、この子自身は、裁判所の判断を請求することができない。

③危険が切迫している場合、または子が精神的に病んでいる場合に備えて、各カントンは、後見官庁以外の公共施設に〔子を〕 収容する権限を、他の適当な施設にも付与することができる。

第315条 (VII. 管轄 1. 後見官庁の管轄)

①子のための保護措置は、子の住所地の後見官庁がこれを命じる。

②子が養育親のもとで、または父母の家族共同体の外で生活するとき、または危険が切迫するときは、子の滞在地の〔後見〕 官庁も、同様に前項の命令をなすことができる。

③滞在地の〔後見〕 官庁が、子のための保護措置を行うときは、当該〔後見〕 官庁は、これを住所地の後見官庁に通知しなければならない。

〔98年離婚法による規定〕

第315条 (VII. 管轄 1. 通則)

条文の見出し (左記)、のみの改正

第315条a (2. 裁判官の管轄)

①離婚に関する規定に基づき、裁判官が親権および父母と子との関係を形成すべきときは、裁判官は、必要な子の保護措置をなし、後見官庁にその執行を委ねる〔ことができる〕。

②〔下記の場合には〕 後見官庁の管轄は、これを留保する:

1. 子の保護手続が、離婚手続の前に実施または開始されたとき;

2. 子の保護のために必要な事前措置が、裁判官によって適時になされなかったとき。

③判決の宣告後、事情が変更したときは、後見官庁は、父母の一方に関して、裁判官によりなされた子の保護措置を変更することができる。ただし、これによって、他方の配偶者の地

位が直接的に害されるときは、このかぎりではない。

〔98年離婚法による規定〕

第315条 a (2. 婚姻法上の手続 a. 裁判管轄)

①裁判所が、離婚についての規定または夫婦共同体の保護についての規定に従って、子に対する父母の関係を形成したときは、裁判官は、必要な子の保護措置をなし、後見官庁にその執行を委ねる〔ことができる〕。

②裁判所は、(かつて命じられた) 子の保護措置を新たな状況に適合するように変更することができる。

③後見官庁は、なお下記の権限を有する：

1. 裁判上の手続の前に導入された子の保護手続を続行すること；

2. 裁判所が予め適時に必要な措置をとることができない〔と予想される〕場合には、子を保護するために即時に必要な措置を命じること。

〔98年離婚法による規定〕 第315条 b (b. 裁判所の命令の変更) [新設規定]

①子についての〔親の配慮権〕の帰属、および保護措置に関する裁判所の命令の変更につき、裁判所は、管轄権を有する。

1. 離婚手続中；

2. 離婚についての規定に基づいて、離婚判決の変更のための手続において；

3. 婚姻保護の変更のための手続において；離婚についての規定を準用すること。

②〔前項以外の〕その他の場合には、後見官庁が管轄権を有する。

第316条 (VIII. 養育子の監督)

①子を養育しようとする者は、子の住所地の後見官庁またはカントン法により指定される機関の許可を得ることを要し、これら機関の監督に服する。

②〔前項の規定する〕執行細則は、連邦参事会がこれを定める。

第317条 (IX. 少年保護における協同)

各カントンは、民事法上の子の保護、少年刑法およびその他の少年保護の領域で、適切な規

定〔を定めること〕により、諸官庁と諸機関との合目的な協同を図らなければならない。

第4款 子の財産

第318条 (A. 管理)

①父母は、親権を有するかぎり、子の財産を管理する権利を有し義務を負う。

②親権が父母の一方にのみ属するときは、親権を有する父または母は、子の財産に関する財産目録を、後見官庁に提出しなければならない。

③後見官庁が、子の財産の種類および重要性、さらに父母と子との関係から判断して相当と認めるときは、〔父母に対して〕定期的な計算報告および財産状況の報告を命じることができる。

〔フ民70年法 382条以下、ド民1626条以下、オ民78年法144条以下〕

第319条 (B. 収益の費消)

①父母は、子の財産の収益を、子の扶養、教育、修業のために費消しなければならない。ただし、世帯の必要のためにも、これを費消することができる。

②余剰金は、子の財産に属する。

〔フ民 382条以下、ド民1649条以下、オ民 150条以下〕

第320条 (C. 子の財産の費消)

①〔父母は〕子の扶養のために要する通常の必要費に応じて、賠償金、損害賠償金、その他同様の給付金の一部を費消することができる。

②〔子の〕扶養、教育、修業の費用を支弁するために必要であるときは、後見官庁は、子の財産収益のほかに、父母が子の財産の一定金額を費消することを許可することができる。

第321条 (D. 子の自由財産 I. 出捐)

①〔贈与者が〕子に対して、明示的負担を伴う贈与として、または利息付の投資をなすべく、もしくは貯蓄すべき旨を指定して贈与したときは、父母は、〔これによって生じる〕財産収益を費消することができない。

②〔贈与者が〕贈与にさいして明示的に意思表示したときは、父母は、〔贈与〕財産の管理をすることができない。

[フ民387条, ド民1638条・1651条, オ民150条以下]
第322条 (Ⅱ. 遺留分)

①子の遺留分は, 死因処分によって, 父母の管理を排除することができる。

②被相続人が, 財産管理を第三者に委ねる意思を表示したときは, 後見官庁は, この第三者に対して, 定期的な計算報告および財産状況の報告を求めることができる。

第323条 (Ⅲ. 労働収入, 職業用・営業用財産)

①子が固有の労働により得た財産, および固有の職業または営業を営むために, 父母から払戻を受けた財産は, 子がこれを管理および用益する。

②子が〔父母の〕家族協同体において父母と生活するときは, 父母は, 子のために, 相当の金銭を給付すべく請求することができる。

[フ民387条]

第324条 (E. 子の財産の保護 I. 保護措置)

①細心の管理が十分に保証されないときは, 後見官庁は, 子の財産を保護するため, 適切な措置を講じる。

②後見官庁は, 管理に適する指示を与えることができる。定期的な計算報告および財産状況の報告が十分でないときは, 〔父母に対して〕供託または担保供与を命じることができる。

③手続および管轄については, 子の保護に関する規定を準用する。

[ド民1667条以下]

第325条 (Ⅱ. 管理権の剥奪)

①子の財産の危険が, その他の方法では防止できないときは, 財産の管理を〔裁判所の選任する〕財産管理人に委ねることができる。

②父母の管理しない子の財産が危険となるとも, 後見官庁は, 同様の措置を命じることができる。

③収益もしくは子の財産のうち使用の特定された財産, または父母の管理に服しない財産が, 目的に違背して費消される危険があるときは, 後見官庁は, その財産の管理を, 財産管理人に委ねることができる。

第326条 (F. 父母の責任 I. 財産の返還)

親権または財産管理が終了したときは, 父母

は, 清算ののち, 子の財産を, 成年の子, 子の後見人または財産管理人に返還しなければならない。

〔98年離婚法による規定〕第326条 (F 管理の終了 1 返還)

親の配慮または〔財産の〕管理が終了したときは, 父母は, 清算を終えたあと, 子の財産を, 成年の子または子の後見人もしくは補佐人に, 返還しなければならない。

第327条 (2. 責任の範囲)

①父母は, 〔子の財産の〕返還について, 受任者と同様の責任を負う。

②父母が信義に従って処分したものについては, その売却金を返還しなければならない。

③父母がその権限の枠内で, 子または世帯のために費消した金額については, 父母は賠償しなければならない。

(おわり)