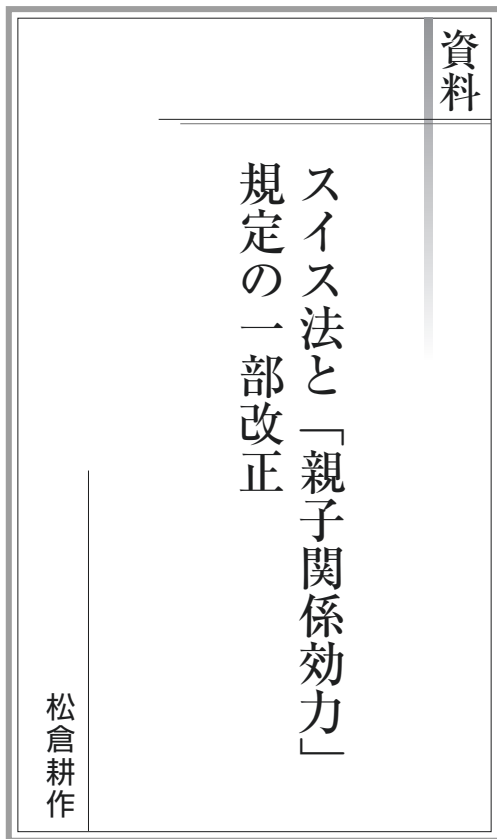




て「親子関係の効力」に関する規定の一部改正も行われた。すでに2013年1月1日より施行されている。本稿は、それについての改正の概要を素描することを目的とする¹⁾。本稿では、改正部分を紹介するにとどめている。

ちなみに筆者は、親子関係の効力に関する全容を概観した論考を公表している²⁾。それゆえ、全体像を知ることが望まれる諸兄姉は、同論考を参照していただきたい。なお、親子法の中でも、親子関係の発生、切断に係わる、出自訴訟、すなわち嫡出否認、認知訴訟、認知無効など、の改正内容は、別稿にて紹介している³⁾。

本稿で、若干比較しているオーストリア親子法については、筆者の論考がある⁴⁾。詳細については、それを参照いただきたい。

第2に、スイス全土に効力をもつ「スイス（統一）民法」は1907年に制定され、1912年から施行されている。対象とする親子法の改正規定が含まれている後見法の領域は、1907年制定以降、初めて全面改正が実現された。本稿で紹介の対象とするのは、親子関係のうち、その「効力」の部分である。

第3に、出典につき、対象とする領域についての新法の条文は、たとえばドイツ語版であれば、「スイス連邦官報（ドイツ語版）」2011年725頁以下で、みることができる（同様に、フランス語版の条文は、官報フランス語版 RO. 2011年730頁以下を参照）。

第4に、後学のため、これまでの立法資料を示しておこう。

①2003年予備草案とその解説

予備草案の条文：Zusammenfassung der Vernehmlassung. Vorentwurf fuer eine Revision des

- I はしがき
- II 改正の条文
- III 改正内容の素描

I はしがき

第1に、紹介の対象などについて述べておこう。

2012年、後見法の全面改正のおりに、関連し

- 1) 後見法の新法については、松倉耕作「新スイス後見法、親子法——2013年1月1日施行法の邦訳——」本誌25号81頁—118頁、2012年。
- 2) 文献：松倉耕作「スイス法における親子関係の効力（1）—（4）」南山法学23巻3号、4号、（南山大学）アカデミア社会科学編72号、73号、2000年—2001年。本稿で扱う項目、「父母と子との共同体」、および「父母の扶養義務」、「親権」、「子の財産」などの各部分は、上記（1）・（2）・（3）・（4）で、それぞれ扱われている。以下では、「スイス法」と略記する。
- 3) 松倉耕作「スイス嫡出否認法の一部改正——2013年1月1日施行法——」本誌26号163頁以下、2012年。
- 4) 松倉「概説オーストリア親子法」嵯峨野書院、2003年。なお、オーストリアでは、親子法を改正する草案が、12年11月に公表されているが、本稿では、これへの言及は行わず、草案を紹介してから行いたいと希望している。

Zivilgesetzbuchs (Erwachsenenschutz, Personen- und Kindesrecht) Oktober 2003.

その解説: Expertenkommission fuer eine Revision des Zivilgesetzbuchs (Erwachsenenschutz, Personen- und Kindesrecht) Juni 2003.

②2006年政府草案とその解説

上記・政府草案の公表の前に、いわゆる「意見聴取手続」がとられる。関係官庁、カントン、市長村などから提出された意見を要約したのが、下記の資料である。

Zusammenfassung der Vernehmlassung zum Vorentwurf vom Juni 2003 fuer eine Revision des Zivilgesetzbuchs (Erwachsenenschutz, Personen- und Kindesrecht) Oktober 2004.

Zusammenfassung der Vernehmlassung. Vorentwurf fuer eine Revision des Zivilgesetzbuchs (Erwachsenenschutz, Personen- und Kindesrecht) Oktober 2004.

後者は、448頁に達する大部な資料であり、前者は、わずかに17頁で、後者の結論の集約版といえよう。

ちなみに、政府草案として、下記の資料がある。

草案には、立法者が作成した『解説』が公表されている。その条文訳については、脚注中にも示したとおりである（これについては、拙稿「新スイス後見法、親子法——2013年1月1日施行法の邦訳」前掲を参照）。しかし、上記の改正が後見法を中心とする改正であることもあって、本稿で対象とする「親子関係の効力」の部分については、殆どというより、全くといえるほど記述がなく、共同親権に相当する共同監護権について、わずかな説明があるにすぎない。

③新法の施行

新法の規定は、すでに2013年1月1日から施行されている。

Ⅱ 改正の条文

以下では、まず改正された条文を示しておく。改正部分についての説明は、後述「Ⅲ」で記述

することにする。

1) 条文訳と凡例

いわゆる「条文の見出し」は、今日のわが民法と同様に、正式の条文である。条文の一部であることは、最初の連邦法である、1907年制定の（統一）民法の制定当初から変わりが無い。

原典のテキスト集では、条文の見出しは見開きの左右両端に印字されている。本稿では、印刷技術の関係で、条数のすぐ右に、括弧に入れて示している。

つぎに、「項」は、日本民法と異なり、すべて丸付き数字で示した。丸付きでない表記が多く登場するので、それと紛れが生じないようにするためである。

訳文中に〔改正なし〕などの記述がみられる。念のために、その部分も邦訳している。

最後に、コロンのみコロンの表示の仕方は、わが国では登場しないが、スイス法では、民法に限らず多く登場する。条文の数え方につき紛れが生じないようにするため、原文どおりコロンのみを、そのまま表記した。

第8節 親子関係の効力

第1款 父母と子との共同体

以下、改正された条文のみを訳出する。もっとも、各条のなかで、改正された項・号のみを訳したのでは、余り有用ではない。それゆえ、一部の項が改正されている場合でも、その条の全文を訳出している。

第273条 (D 面会交流 I 父母と子 1. 原則)

①親の世話権または監護権を有しない父母と未成年の子は、相互に、適切な面会交流を求める権利を有する。

②〔改正なし〕〔子との〕面会交流の行使または不行使により、子にとって不利益を生ぜしめるときは、子ども保護官庁は、父母、養育父母または子どもに警告をなし、さらに指示を与えることができる。

③父または母は、〔子どもとの〕面会交流〔方法〕について〔子ども保護官庁に〕調整を求めることができる。

〔付記：98年離婚法の改正のおりにも、本条は改正を受けている〕

第277条 (B 扶養期間)

①父母の扶養義務は、子が成年に達するまで存続する。

②〔改正なし〕子が成年に達したときに、いまだ修業中であるときは、一切の事情を考慮して、父母が子の扶養を継続することが期待できるときにかぎり、父母は、通常機関の修業を終結するまで、なお、子を扶養しなければならない。

第289条 (F 履行 I 請求権者)

①扶養料を求める請求権は、子に属し、子が未成年であるときは、子の法定代理人または監護権を有する者への〔扶養料の〕給付により、履行される。

②〔改正なし〕前項の規定にもかかわらず、市町村が扶養を行うときは、子の扶養請求権は、すべての権利とともに、市町村に移転する。

〔付記：今回の改正前の1項の規定は、97年離婚改正のおりに制定された〕

第296条 (A. 要件 I 通則)

①子は、未成年の間は、父母の世話に服する。

②未成年者であるか、または包括的な補佐に服する父母は、世話〔権〕を有しない。

第298条 (III 父母が婚姻していない場合)

①〔改正なし〕父母が婚姻していないときは、母が世話権を行使する。

②母が未成年者であるか、もしくは死亡しているとき、または母から世話権が奪われているか、母が包括的補佐に服しているときは、子ども保護官庁は、子の福祉を考慮して、世話権を父に委ねるか、または子に後見人を選任する。

③父母の共同の申立てに基づいて、子ども保護官庁は、世話権を、父母の一方から他方に変更することができる。

第298条a (2. 父母の共同配慮権)

①〔改正なし〕父母が、子の世話の分担および扶養料の負担について、合意により了解しているときは、子ども保護官庁は、〔子の福祉とも一致するときは、父母の〕共同の申立てに

基づいて、父母〔共同〕の監護権を、他方に移すことができる。

②子の福祉にとって、重大な事情の変更があるときは、父母の一方もしくは子からの請求に基づいて、または職権で、子ども保護官庁は、世話権の帰属を新たに定めることができる。

③父母の一方が死亡し、世話権が共同で行使されていたときは、生存する父母の一方に世話権が帰属する。

〔付記：改正のない旧規定は、98年離婚法のおりに新設された規定である〕

第304条 (IV 代理 1. 第三者に対して a. 通則)

①〔改正なし〕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、第三者に対して子を代理することができる。

②〔改正なし〕父母の双方が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みなすことができる。

③父母は、子の代理において、保証〔契約〕の締結、財団の設立、贈与することはできない、ただし、慣例贈与はこのかぎりではない。

〔付記：改正のない部分の規定は、98年離婚法のおりに新設された規定である。〕

第305条 (b. 子の法的地位)

①父母の世話権に服する判断能力を有する子は、人格権の範囲内において、子自身の行為により、権利義務を負うことができ、かつ人格的な権利を行使することができる。

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

第306条 (2. 共同体内部の代理)

①〔改正なし〕父母の世話権に属する子は、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父母が〔法律〕行為に障害があるか、または父母が子のそれと利害の対立する要務に利害関係があるときは、子ども保護官庁は、特別代理人を選任するか、またはこの要務をみずから

決定する。

③利益が相反する場合、法律によって、相応する要務につき、父母の権限が失われる。

〔98年離婚法に拠る規定では、①父母の配慮権に服する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311条（Ⅳ 父母の世話〔権〕の剥奪 1. 職権による剥奪）

①その他の子ども保護措置が効果がないとき、またはそれが本来不十分であると思われるときは、子ども保護官庁は、〔父母から〕世話権を剥奪する。

〔1号・2号は削除されたものと思われる〕

②〔改正なし〕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。

③配慮権の剥奪は、明示的に反対の指示がないかぎり、その後に出生したすべての子に対しても、その効力を有する。

〔付記：旧規定の1号・2号の規定は、下記のごとくである〕

- 1 父母が、未経験、疾病、身体障害、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。〕

第312条（2. 父母の了解）

（下記の場合には、）子ども保護官庁が世話権を剥奪する：

1. 父母が重大な事由を理由として、〔世話権の剥奪を〕願い出たとき；
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314条（Ⅵ 手続 1. 通則）

①成年保護官庁での手続についての規定を準用する。

②子ども保護官庁は、場合により、父母に仲裁を促すことができる。

③子ども保護官庁が補佐の決定をするときは、その決定において、補佐人の課題および世話権の制限を定める。

〔付記：旧規定の一部は、98年離婚法による規定であった〕

第314条a（2. 子からの意見聴取）

①子の年齢を考慮して、または他に重大な理由が存在しないかぎり、子ども保護官庁または受任された第三者は、適切な方法で、子自身の意見を聴取する。

②意見聴取の記録では、決定につき重要となる事情を記録する。父母は、この事情について報告を受ける。

③判断能力を有する子は、意見聴取を拒絶されたことにつき、異議の申立てをすることができる。

第314条a bis（3. 子の代理）

①子ども保護官庁は、必要があれば、子の代理を命じ、かつ福祉や法律の問題に経験のある者を、補佐人として選任することができる。

②子ども保護官庁は、下記の場合には、代理の指示〔内容〕につき、審査する：

1. 子の収容が手続の対象であるとき；
2. 父母の世話権の規制についての、または面会交流の重要な問題に関する当事者が、異なる申請を提出しているとき。

③子の補佐人は、申請を行い、かつ法的手段を講じることができる。

第314条b（4. 閉鎖施設または精神病院への収容）

①子が閉鎖施設または精神病院に収容されなければならないときは、福祉目的での収容についての成人保護の規定が準用される。

②子が判断能力を有するときは、子自身で裁判所に救済を求めることができる。

第315条（Ⅶ 管轄 1. 子ども保護官庁の管轄）

①子のための保護措置は、子の住所地を管轄する子ども保護官庁が命じる。

②〔改正なし〕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〔子ども保護〕官庁も、同様に前項の措置をなすことができる。

③滞在地の〔子ども保護〕官庁が、子のための保護措置を行うときは、当該〔子ども保護〕官庁は、これを住所地の子ども保護官庁に通知

しなければならない。

第315条a (2. 裁判官の管轄)

①離婚または夫婦共同体の保護につき管轄権を有する裁判所が子と父母との関係を形成しなければならないときは、裁判所は、必要な子ども保護措置を決定し、その執行を子ども保護官庁に任せる。

②〔改正なし〕裁判所は、既存の子ども保護措置についても、新たな事情に適合させることができる。

③子ども保護官庁は、下記の権限を有する：

1. 〔改正なし〕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. 〔改正なし〕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。

〔付記：本条の旧規定は、98年離婚法改正のおり新設されたものである〕

第315条b (b 裁判所の命令の変更)

①〔改正なし〕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いては、裁判所が管轄権を有する。

②（前項以外の）その他の場合には、子ども保護官庁が、管轄権を有する。

〔付記：本条の旧規定は、98年離婚法改正のおり新設されたものである〕

第318条 (A 管理)

①〔改正なし〕父母は、世話権を有するかぎり、子の財産を管理する権利を有し義務を負う。

②父母の一方が死亡したときは、生存する他方の父母は、子の財産について財産目録を、子ども保護官庁に提出しなければならない。

③前項の財産目録が、子どもの財産の種類および規模からみて、また父母との人的な関係からみて、適切と子ども保護官庁が判断したときは、子ども保護官庁は、目録の調整または定期的な計算書の提出および報告を命じる。

第326条 (F. 管理の終了 I 返還)

世話または管理が終了したときは、父母は、成年に達した子または子の法定代理人に、計算書に基づいて、子の財産を返還しなければならない

ない。

(邦訳、おわり)

Ⅲ 改正内容の素描

以下では、改正の概要を示しておこう。なお、記述のなかで時折触れる離婚法による解説部分は、拙稿「スイス離婚法の改正について（上）・（下）」家裁月報51巻10号および11号、1999年、を参照されたい

1 これまでの先行研究

改正されたスイス親子法は78年施行であるから、いまだ施行後30年ほどしか経過しておらず、比較法的にみても、相対的に新しい立法である。そのような事情もあって、本稿で扱う内容についての先行研究はないに等しく、後述・文献で、ごく一部その概要に触れているにすぎない。立法過程に係わる資料としては、ドイツの、いわゆる「政府草案」に相当する「連邦評議会草案」を紹介する下記の文献が貴重な資料である（下記では、評議会を参事会と表現している）。

①拙稿「スイス親子法に関する1974年連邦参事会法案——親子関係の効力」南山法学4巻1号107頁以下、1980年。連邦参事会法案（＝政府草案）のテキストおよびその『報告書』を邦訳したものである。立法者の意思を知るための唯一の資料である。以下では、「効力」と略記する。

②拙稿「スイス親子法に関する1974年連邦参事会草案——改正の基本理念および総則規定試訳」南山法学8巻1号133頁以下、1984年。サブタイトルに示されるように、連邦参事会草案（＝政府草案）およびその解説を邦訳したものである。以下、「基本理念」と略記する。

③拙稿「改正スイス法における親子関係の効力」判例タイムズ437号38－43頁、1981年。わが国の実務家を念頭に置いて、親子効力規定のうち、父母と子との共同体を含めた4項目に限定して、その概要を簡略に紹介したものである。

④拙著『概説スイス親子法』信山社、1995年。親子関係の「発生」に係わる領域を対象とする。

具体的には、嫡出子、非嫡出子、養子縁組、縁組に関する特別法である、「縁組仲介令」や「養育子令」をも扱う。しかし、同書では、本稿の対象とする親子関係の「効力」の領域は、まったく記述されていない。それについては、前掲・脚注(2)所掲の文献、1999年公表、を参照されたい。

2 面会交流

以下の記述にあたっては、旧法での改正過程にも言及する。スイス家族法の内容は、筆者の論考のほかは、まったくといっていいほど知られていない。改正部分のみを抽出するより、改正の過程を追っていく方が、改正の流れを理解しやすいと思われるからである。

以下では、旧法を改正するおりに公表された政府草案、76年改正法、今回・2012年改正法の順に紹介していくことにする。

(1) 旧・政府草案との違い

第1に、原則を定める273条においては、政府草案では2項(子が16歳に達している場合に、面会にさいして子の同意を要求する旨の規定)が存在するが、改正法では2項は完全に削除された。

第2に、面会制限に関する274条においては、とくに3項につき、言い回しはかなり修正されているが、養子とすることに決定した子とは面会ができない、との趣旨には変更がない。同様に、1項の修正も、言い回しを変えたにすぎない。

第3に、274条aの規定は草案には存在しない。すべて連邦議会で追加された規定である。フランス法で認められるような祖父母による面会などを考慮した規定である。

第4に、管轄を定める275条1項・2項の修正は、言い回しの変更にとどまり、内容面での変更はない。これに対して、3項の規定(後見官庁の措置が存在しない場合に、親権者等の意思に反する面会を禁止する旨を定めるそれ)は、連邦議会で追加されたものである。

(2) 76年改正法

面会交流の制限についてのみ補足しておく。

76年法のもとの制限は、厳しい制限規定であった(参考文献につき、vgl. Hegnauer, Grundriss des Familienrechts. 19. 01. いずれの版を参照しても、筆者が記述している箇所を見つけることができるようにするため、頁数ではなく、ヌンマーで示している)。すなわち、面会交流者は、「子と他方配偶者らとの関係を害すること、または、養育者の任務遂行を困難ならしめることをしてはならない」(同年法274条1項)。また、「面会交流により子の福祉が害されるとき、父母が〔前項の〕義務に違背して面会を行ったとき、父母が子を放任したとき、またはその他の重大な事由の存するときは、父母の面会交流をなす権利を、拒絶または剥奪することができる」(同法同条2項)と厳しい制限が明示されていた。

(3) 76年法から98年法

第1に、親子法の領域は、上述のように、76年に全面改正を受けた。それゆえ親子法の規定の大半は76年規定のままであるが、面会交流の部分は、98年離婚法の改正(2000年1月1日施行)のうちに、再び一部改正を受けている。それゆえ以下、本稿で紹介するのは、2000年施行の改正法に基づく規定が中心となる。

第2に、98年法(婚姻・離婚法の改正を主眼とする)により改正されたのは、面会交流の基本原則(273条)、面会交流をするさいの制限規定(274条1項)、面会交流の内容を決定できる機関など(275条)、情報や報告義務を明示(275条aの新設)、などの領域である。

参考のために示せば、政府草案およびその内容を解説した資料として、<Botschaft betr. die Aenderung des Zivilgesetzbuches (... , Kindesrecht, ...) von 15. November 1995. 以下では、Botschaft 95と引用する>がある(政府草案は官報にも掲載されるが、上述した資料は、いわば単行本である)。いうまでもなく、立法者の意思を知る公式の資料である。

第3に、98年離婚法に基づく条文の中身は、下記のごとくである(本稿のはじめに示した条文と比較されたい)。便宜上、ここで一括して条文を示しておく。

第273条 (D 面会交流 I 父母と子 I 原則)

①親の世話または監護を行っていない父母と未成年の子は、相当な面会交流を求める請求権を有する。

②面会交流の行使または不行使が子に対して害を生ぜしめるとき、または、その他の事由から警告ないし指示が必要なときは、後見官庁は、父母、養育父母、または子に、警告し、かつ指示をなすことができる。

③父または母は、面会交流を求めるこれらの請求権が規律されるよう請求することができる。

松倉補註。改正内容：1項は子も面会交流の主体であることを宣言したにすぎない。すなわち、「欄外注」(わが法の「条文の見出し」に似ている)が、旧法では面会交流の主体が「父母」と記述されていた。改正法では、「父母と子」と改められた。他方、2項と3項は、ともに新設規定である。

(4) 2012年改正法

規定をみるかぎり、なんら実質的な変更はないといえる。

第1に、上記のような状況にある父母と子とは、双方とも面会を求める請求権・権利を有する旨を宣言した規定である。規定の趣旨については、上記した98年規定(離婚法改正に基づくそれ)と違いはない。

第2に、2項・3項とも改正(変更)はない。

第3に、わが法と比べると、面会交流権は、父母だけの、または子だけの権利ではない旨を明言していることに、特色があるといえる。

(5) オーストリア法との簡単な比較

現行のオーストリアでの面会交流は、子の権利を強化していることが特色である。面会交流に関する148条は、2000年改正規定である。2001年7月1日以降は、新規定が適用される。一言でいえば、子の権利という側面が強化された。改正の対象は、民法(148条)のみならず、同時に、非訟事件手続法(とくに182条a-185条h)にも及んでいる。ただ、わが民法の改正と係わる部分、たとえば、面会交流の部分などは、若干詳

しく記述している。

(a) 非訟事件手続法

第1に、同法の改正条数は13か条(とくに182条a-185条h)にも及んでいる。ここでは、その骨子を示すにとどめておく(以下、条数の引用を省略する)。

第2に、家庭裁判所での手続能力の面では、14歳に達した子は、家庭裁判所レベルでの手続能力が認められた。具体的には、監護・教育のみならず、面会交流を求める権利についても、家庭裁判所では自ら行動できる。

第3に、意思の尊重されることが特色である。その表現の一つとして、14歳に達した子につき、その意思に反して面会交流を定めまたは実施できない旨の特則が設けられた。また、未成年者すべてにつき、面会交流につき、未成年者自身にその意思を照会すべきものとされる(例外的に、未成年者の理解力の程度によっては、この手続を省略することができる)。わが家事事件手続法に近い扱いである。

その具体的な例の一つとして、面会交流を拒絶できる場合が明示される(国際私法にわたる理由は省略する)。たとえば、面接を執行させることが、子の福祉または公序に抵触する場合、オーストリア法を適用する官庁が、管轄権を有しない場合、などの明示があるが、とくに問題となる前者については、今後の裁判例の積み重ねを待たざるを得ない。

第4に、面会交流の判断に先立ち、必要があれば、青少年福祉機関にその意見を照会することができる。また、家庭裁判所の積極関与につき、面会交流を争う当事者が適切な合意に達することができるように、家庭裁判所による後見的役割が明示されるとともに、合意に到達できない場合に、当事者に照会・協力要請すべき事項についても、明示された。もっとも、その内容は、残念ながら、条文だけでは、イメージが湧くレベルではないように思われる。

(b) 民法の定め

文献では、子のイニシアティブにおいて父母

と面会交流する権利についても論じられているが、わが国で論じられる問題を考慮し、本稿ではその問題には立ち入らない。

第1に、未成年子を監護していない父母は、子と面会交流を行う権利を有する（新148条1項参照）。面会権行使の具体的内容は、わが国におけると同様に、まずは当事者である父母の合意・協議で決まる。必要に応じて、子の意見が聴取される場合もある（178条bを参照。ただし、同条は面接権固有の規定ではない）。

第2に、裁判所は、申立てに基づいて、子の福祉に適する方法で、面会交流権の行使を規制することができる。

第3に、面会交流が禁止される場合がある。とくに、子を監護する父母と子との関係が、著しく害される場合がその典型である（裁判例として、OGH in Rz1982/16）。新法で規定された面会拒絶条項として、面接を求めている父母が145条bに基づく義務を履行していないときは、面会を求める権利の行使を制限または拒絶することができる旨の明文規定がおかれた（新148条2項参照）。

第4に、祖父母も面会交流権をも定められる（旧148条2項、新同条3項）。そのさい、つぎの制約がある。①父母が権利行使にさいして課される制約のほかに、②祖父母固有の制約として、父母の家庭を害することの禁止や、子に対する父母の関係が害されてはならないとされる（旧148条2項、新同条3項）。裁判例については、紹介を割愛する（裁判例 OGH in EF33. 527, EvBl 1979/32, EF45. 783）。

3 扶養すべき期間

(1) 旧・政府草案との違い

旧政府草案（277条）2項では、「…修業の終結するまで、しかし最大限25歳に達するまで、子を扶養しなければならない」と表現していた。

改正法では、「通常期間の修業が終結するまで、なお子を扶養しなければならない」と改められた。たとえば日本の大学であれば、夜間部や、医学部・獣医学部、薬学部などの学部を除いて4年が通常の修業期間である。「通常」と表

現することで、最大25歳までという歯止めが不要になったのであろう。改正法の方が、扶養期間が短くなる場合があるであろう。ちなみに、277条は新設規定である。

(2) 76年改正法

元の親子法が改正されたあと、成年年齢の引下げが実現された（1994年改正）。その結果、扶養すべき期間も、原則として子が18歳に達するまでということになる。

第1に、義務の期間につき、子の出生から成年に達するまでを原則とする（277条1項）。義務の範囲の減少・消滅につき、成年前でも、たとえば子に収入があれば、その額に応じて父母の扶養義務の範囲が減少・消滅する（276条3項）。

補足しよう。子が成年に達する以前に、父母の事情、子の性向・能力（302条2項）に応じた職業上の修業を終えているときは、それにより収入を得ることができるであろうから、その限度で、父母の扶養義務が縮小されるのである。そのさいには、「父母の従来への給付のほかに、その現在の経済状態、他の子のためになす父母の出資額、父母と子の相互の関係などが重要である」（拙訳「基本理念」前掲117頁参照）。なお、分担額決定に至るまでの法定代理の内容については、本稿では立ち入らない。

第2に、成年後も義務が継続することがある。旧法下で存在した、いわゆる「支払の父」（非嫡出の父）は、子が18歳に達するまで、子を扶養する義務があった（旧319条2項）。これを除けば、扶養義務は明示的に期間を付することができないものとされていた。通説・判例では、「扶養義務は、原則として子が成年に達するまで続き、例外的に成年後も、それ以前に開始された職業上の修業の修了するまで継続する」と解されていた。改正法も、上記の法理を明示的に規定したのである（277条2項参照）。

文献によれば、成年後もいわゆる高等教育（専門学校を含む）を受けている若者は、同年代の成年の25%に達する。このうち、婚姻している者（成年擬制により成年と扱われる）も少なくないようである（Stettler, Kommentar zum ABGB.1.Bd.:

Das Kindesrecht § 18 A, S. 302)。

第3に、成年後の扶養につき、成年に達したあとでも、子がいまだ修業を終えていない場合であって、「一切の事情を考慮して、父母が子の扶養を継続することが期待できる」ときに限り(277条2項)、例外的に扶養義務の継続が許されるのである。詳細については、別書に譲ることにする。

(3) 2012年改正法

第1に、扶養の期間は、成年までを原則とする。趣旨において変更はない。かつてに比べて、成年年齢が18歳に引き下げられているので、その限度で、父母の扶養義務の期間が短縮されたといえる。2項の変更がないことは、前述した条文訳に示したとおりである。

第2に、わが法と比べると、成年を原則とすることには変わりがないであろうが、実務では、父母の学歴(大卒か否か)ということも、考慮されることが少なくないようである。

(4) オーストリアでの扶養すべき期間

第1に、義務の期間につき、通例は成年に達するまでであるが、大学教育が問題となる。スイスでは修業中の費用、大学費用などは、成年後も扶養義務の範囲に含まれると考えられている(拙稿・前掲「スイス法」105頁)。オーストリアにおける結論も、スイスと同じ扱いがなされるものと思われる。両国とも、大学への進学率は10%もないようであるので、わが国と同列に論ずるわけにはいかない面もあるかと思われる。

第2に、離婚・再婚の増加とともに、継親の義務が重要となる。スイス法は、他方配偶者に対する協力義務という形で間接的な扶養義務(継子から継親に対する直接的な義務の履行は認めない)を明記している。オーストリア法は、養育関係(養子縁組前の養育父母と子との関係、新・旧186条参照)についての規定はみられるが、継親関係については、規定がみられない。

第3に、スイス法では扶養請求訴訟(拙稿・前掲「スイス法」108頁以下を参照)や、扶養義務の履行(拙稿・前掲「スイス法」118頁以下を参照)に

つき、詳細な定めがみられる。

これに対してオーストリア法では、これらに対応する規定がみられないので、両法の違いを知ることができなかった。一点だけ指摘すれば、過去の扶養料の請求につき、スイス法は出訴から過去1年の扶養料に限定する(規定あり)。オーストリアでは限定がないようであるので、場合により大きな違いが生じることになる。

4 扶養義務の履行

まず扶養分担額の取立てから、みてみよう。

(1) 旧・政府草案との違い

289条・290条ともに、政府草案(289条・290条)からまったく修正がない。ちなみに、両条ともに新設規定である。

(2) 76年改正法

第1に、分担金請求権の法的性質は別書に譲る(vgl. Hegnauer, Grundriss 23.02)。扶養分担金を請求する請求権についていえば、このような請求権は子に帰属する(289条1項)。この理は、子が当事者として関与していない、婚姻法上の手続(98年離婚法による改正前の規定である156条2項)において扶養分担金が確定されるときにも変わりがない(判例の立場である。vgl. BGE 112 II 202)。この請求権は、扶養請求権と同様に、288条の留保のもとでは放棄できない。

扶養分担額は、判決または契約で定められた期限内に、通例は月初めに、支払うことを要する(285条3項)。期日の到来したときから、5年の時効にかかる(債務法125条1号)。すでに期限の到来した債権は、相続の対象ともなる。分担金が目下の扶養のために必要である限り、相殺(債務125条2号)、譲渡(債務164条1項、BGE 107 II 465. 事案は、離婚後の成年の子の扶養に関する)、差押(執行法93条)は不可である。

第2に、子が未成年の間は、その法定代理人への給付が必要とされる。これは当然のことである。98年離婚法では、289条1項が下記のように修正された。

「①扶養分担金請求権は、子に属し、子が未

成年者である間は、その法定代理人または監護権者への〔分担金の〕給付によって履行される。」

これによって監護権者も分担金を受領する権限が認められたことになる。共同配慮権（＝共同親権）の余地を認める制度が採用されたことに伴う修正である（vgl. Botschaft 95 Nr.244.3 S.16）。98年離婚法の改正以前であれば（施行は2000年1月1日である）、親権者は受領権を喪失し、監護権者のみがこれを有するという結果を導いていた（Stettler, Kindesrecht §18 III D, S.309はこの趣旨を明言する）。

第3に、怠慢な父に代わって、わが国でいえば市町村に相当するゲマインベーゼンは、各カントンの社会政策立法の基準に従って、子の扶養費を負担する場合がある。旧法下では（旧329条3項）の解釈として、このような場合には、子の扶養料請求権は市町村に移転するとされていた（通説・判例。「基本理念」前掲124頁による）。改正法はこの見解を採用して、子の扶養料を立て替えたときは、子の扶養料請求権は、すべての権利とともに、市町村に移転すると定めたのである（3項参照。 dazu vgl. Stettler, Kindesrecht § 18 I C, S. 308ff., § 18 III D, S. 315ff.）。

第4に、立法者の見解によれば、ことに未婚の母は、扶養分担金を取り立てるのに、強制執行や刑法に規定される手段を十分に用いられておらず、公共組織の取立機関や市町村が、有益な助力をしている場合が多いようである（拙訳「基本理念」前掲124頁）。経験則によれば、この種の取立て助力は効果が高いようである。そこで、規定（290条）では、夫婦の一方の申立てに基づき、取り立て助力をすべき義務を、後見官庁に課している。各カントンは、この任務をその他の機関に委ねることも可能である。

（3）2012年改正法

第1に、子の代理人への、扶養料への給付が認められると98年法にいう趣旨については、変更がない。また、制度の実効性が高いといわれる扶養立替え制度に係わる2項は、変更がない。すなわち、改正法のもとでも立替え制度が存続

し、立て替えれば、扶養義務者への、一種の求償が肯定されることになる。

第2に、わが国にはないが、オーストリア法のもとでは扶養料の取立て制度がある。内容面では、改正前の実務経験が役立つであろう。立法者も、それを期待するゆえ、立替え制度についての変更をしなかったものと思われる。

（4）オーストリア法と扶養の分担義務

（a）分担の程度

第1に、父母はそれぞれ、各自の経済力に応じて、子を扶養すべき義務を負う。そのさい、子の素養、能力、性向、発達可能性などが考慮される（140条1項）。71年改正前は、扶養義務者の収入が子の扶養の程度を決める一番ないし唯一の要素とされていたが、改正法では、以下に示すように、より多元的な要素を考慮して扶養額を算出する規定が用意されている。

第2に、「子の必要」の内容は、衣食住のうち住は除かれるから、とりわけ食事、衣類、さらには教育費用などがその中心である。文化面やスポーツ健康面の視点から、自由時間を持つことや、休暇をとるための費用を計上する裁判例もみられる（LGZ Wien EF 42.659）。

ところで、通常の子の必要費を算出するには、わが国と同様に、消費に係わる統計（いわゆる消費者物価指数）が用いられる。「最低の」必要費の算出にあたっては、最低必要費の額の確定が重視され、それに比べると父母の生活関係はあまり考慮されないようである（簡潔には、vgl. Rummel, Kommentar § 140 Nr.2）。

コチオール教授によれば、大まかにいえば、子の年齢に応じて、純収入の16%－22%が一応の目安だとされる（Kozior / Welser, Grundriss des bürgerlichen Rechts. Familienrecht S.479 および JBl 1977 648, JBl 1998 506, JBl 1999 182などの連邦最高裁判決を参照）。たとえば、連邦最高裁判決1998年2月23日（前掲JBl 1998 506）では、父の月額収入22300シリング（平均額）で、子（判決時2歳未満と思われる）の扶養料が4300シリングと算出されている（収入の約19%に相当する）。さらに、判例によれば、たとえば父母の賃料収入も、争いがあるが、

扶養額を算定するための基礎収入に含まれるものと解されている（前掲・最高裁判所1998年8月12日in JBI 1999, 182）。

他方、「必要」には含まれない例として、将来に備えて子の名義で行う貯蓄に要する金銭、疾病保険費などがその例である（いずれも裁判例がある。たとえば後者につき、LGZ Wien EF53. 118, 53.119）。

第3に、「特別な必要費」を要する場合もある。その場合には、必要を生ぜしめる事情（たとえば病気、幼稚園の費用）を視座にいれながら、「平均的な」特別必要費が算出される（Rummel, Kommentar § 140 Nr. 3）。特別費の場合にはとくに、子の素養、能力などの要素が重要である。ゆえに、たとえば、子に能力とその意思があれば、当然のこととして、大学教育に要する費用も「必要費」に含まれることになる（判例多し）。

第4に、かつては過去の扶養料について支払い判決ができるかにつき議論があった。否定説が支配的であったが、否定する法律上の論拠に乏しい、扶養請求権は消滅時効にはかからないはず（1480条）ゆえ、過去の扶養料請求は肯定されるべきである、という批判も当時から有力であった（これにつき、vgl. Kozior / Welser S. 481 II 4）。しかし、連邦最高裁1988年判決（EvBl 1988/123 = JBI 1988, 586）は、上記の批判を受け入れて、過去の扶養料請求を肯定する立場を明確にして以来、今日では、請求肯定は当然のことと解されている（その後の同趣旨の裁判例として、EvBl 1997/78）。また逆に、不当に過払いされた扶養料についても、最高裁判決はみられないが、返還請求が肯定されるようである（通説も同旨）。

(b) 扶養料の減額

第1に、扶養料の減額につき、子に固有の収入（たとえば、労働収入、資産から生ずる果実、公的な給付金など）があれば、子からの扶養請求額が減額されるか。学説・裁判例は消極説が優勢であり、減額されるのではなく、その具体的必要に向けられるべきである、と解されている（Rummel, Kommentar § 140 Nr.11）。もっとも、子に資産があっても、これをつぎ込む必要はないものとされ

る。なお、見習い期間中の報酬は、子の財産としては考慮の対象とされないようである。

第2に、自活能力は、未成年到達の前だけでなく到達後でも問題となる。ここで自活能力というのは、父母の世帯の外で自活できる能力をいう。とくに資格取得を目的として、成年後も職業教育を受講することが少なくないようである。本人の能力と父母の拠出能力から判断する、いわゆる適応理論で処理される（Rummel, Kommentar § 140 Nr.12ff.; Kozior / Welser S.479）。

5 配慮権の通則

(1) 旧・政府草案との違い

これまでの条項と同様に、政府草案との異同に触れておく。改正296条の規定は、草案とまったく同一の規定である。

(2) 76年改正法

第1に、総論面から配慮権をみれば、通例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禁治産宣告・成年被後見人の宣告を受けた場合についても、問題となる余地があるが、これについて規定を設けることは見送られた（拙稿「基本理念」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者は、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、未成年者および禁治産者・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、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、より直接的でわかりよいであろう。これにより、未婚の母にも配慮権が帰属し（298条1項）。さらに進んでいえば、配慮権者に禁治産宣告・成年被後見の宣告がなされれば、法律上当然に配慮権者の資格を失う。

他方で、かつての禁治産は、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権が優先する関係にあり（296条1項）、配慮権が欠ける場合にのみ、後見が生ずる（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。さらに配慮権は、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、配慮権の行使にはかずかずの制約があり、絶対的な権限でないことはいうまでもないことである。

つぎに、父母が婚姻している場合に目を転じてみよう。

（1）旧・政府草案との違い

297条3項において、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、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。

（2）76年改正法

第1に、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（通説かつ判例の見解である。BGE 67 II 11；Hegnauer, Grundriss 25.17）。

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）。単独行使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。必要度が高い場合には、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。

第2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。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）、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）。

第3に、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「基本理念」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）。

第4に、建前のうえでは共同配慮権ではあるが、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さいして意見が一致しないときは、父の意見に従う（旧274条2項）。このような父優先については、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。スカンディナヴィア諸国が第2次大戦以前に父の決定権を排除しているのと比べると、スイスでの廃止はかなり遅かったといえる。

では、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）。ところが法案では、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形成し、それ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）。

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「基本理念」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。

（3）2012年改正法

第1に、未成年の期間が20歳から18歳に変更されている結果、今回の改正では変更がないが、実質的には、父母の監護に服する期間が短くなっている。

第2に、共同監護について、当然のことながら存続される（後述する）。ゆえに、共同監護をめぐる問題は、現行法での実務経験が役立つであろう。

（4）オーストリア法と世話権の枠組み

概要を示すにとどめる。念のためにいえば、以下で「世話」というのは、いわゆる親権のことである。ドイツ法など同様に、名称が変更されている。監護・教育（詳細な規定は146条参照）、財産管理（同149条・150条参照）、代理（154条・154条a参照）の3項目は、親子関係から生ずる三大権利義務である。新親子法以降（77年改正、78年施行）、これを世話（権）の語で包括している。

（a）共同の世話権

第1に、旧法のもとでの共同親権、すなわち共同世話権を宣言している。それによれば、「父母は、未成年の子を監護および教育し、その財産を管理し、子を代理しなければならない」（144条1項）と規定されていたが、2000年改正法では、「子の財産を管理し、財産およびその他のすべての要務において、子を代理しなければならない；監護、教育および財産管理には、これら領域での法定代理を含むものとする」と改められた（新1項）。

父母は、これらの権利の行使および義務の履行にさいして、共同して行わなければならない。共同性につき、2000年改正前には、父母の「合

意が得られないときは、とくに家政を執行し、子を世話する配偶者が、子を監護する権利を有し義務を負う」（旧同条2文）として、現実在世話をする妻の優越性が明示されていたが、2000年改正法は、この部分を削除した。同権思想を徹底させたものと理解できるであろう。また、離婚後の共同世話の可能性も規定された。それによれば、父母が同意すれば可能、裁判所は、子の福祉の観点から協力し、またはこれにつき決定することができる（新176条・177条3項、非訟182条など）。

第2に、父母の合意が得られないときは、とくに家政を執行し、子を世話（ここでは養育）する配偶者が、子を監護する権利を有し義務を負う（144条2文）。たとえば妻が第三者により世話させる場合も、同項の対象となる（裁判例多い）。もっとも、教育については、養育の場合に相当する規定を欠いている。手元の文献では、その理由が述べられていないが（vgl. Kozior / Welser S. 482 II C1）、単独教育、すなわち一方が単独で教育内容を決定することは、認められない趣旨かと思われる。

（b）世話内容の概要

世話の各論的な内容は、財産管理権、法定代理権等の項目で述べ、ここでは世話の概要を述べておこう。

第1に、監護教育を行うことを意味する。条文の表現を借りれば、「とくに身体上の福祉および健康の保護、直接的監護、教育、とくに身体的、知的、精神的かつ道徳的な能力の発展、子の素養、能力、性向、発育可能性の増進および学校ならびに職業における就業の促進」などを行うことを意味する（146条1項）。どの程度の監護・教育を行うべきかは、父母の生活状況が基準となる（同2項）。

第2に、広義の意味での監護・教育には、命名権（前述2を参照）、居所指定権も含まれる。

第3に、子は父母の命令に従う義務がある。命令およびその実施に際しては、子の年齢、発育状況、人柄などを考慮すべきで、暴力の使用が禁止されることはいうまでもなく、肉体的な

たは精神的な苦痛を与えることも許されない(146条a参照)。

他方、離婚している場合の扱いについてもみておこう。

(1) 旧・政府草案との違い

298条2項で、言い回しの修正がなされた。草案では、「子の福祉が保障されるときは」、親権(今日では「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、やや守勢の表現であるが、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。立法者と共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。

(2) 76年改正法

第1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)。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採られていない(これを明言する例として、BGE 104 II 203は、1978年の連邦裁判所判決である)。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)。

第2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。

(a) 合意ある場合

合意の存在、いずれが子の世話をを行うか合意ができている、養育費の分担について合意ができている、などの場合において、父母の共同の申立てに基づいて、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。離婚法に基づく部分についても、本稿の末尾の参考資料を参照されたい)。

(b) 合意を欠く場合

父母の一方の申立てがある、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理由をいえば、①一方への帰属につき、父母に衝突のある場合に共同とするメリットがあり、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)。

つぎに比較法のレベルでは、つぎの4つのカテゴリーがみられる。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、共同生活の二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」22頁-24頁をも参照)。

つぎに、父母が婚姻していない場合は、どうであろうかについて、みておこう。

(1) 旧・政府草案との違い

規定は前述したところと同じである。

(2) 76年改正法

第1に、非嫡出父は、旧法下では配慮権を有しない。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（意義申立）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）これについての異議の申立て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「基本理念」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。また、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「基本理念」前掲133頁）という結論に到達した。

その結果、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、禁治産者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が、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、上記の母がこの法定代理人と扱われるようである。vgl. Hegnauer, Grundriss 25.23）。

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しうる。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（拙訳「基本理念」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「同稿」134頁参照、vgl. Hegnauer, Grundriss 25.24）。

（3）2012年法

第1に、上記の規定は、実質的には、変更がないと思われる。現行法のもとで、議論のあった部分を明文化した部分がみられ、「子ども保護官庁」の新設に伴う改正の表現もみられる。

（4）オーストリア法における離婚等による単独世話権の発生

（a）単独世話権

第1に、2000年改正前の旧177条は、親子法改正（1977年改正）のうちに新設された規定である。90年代以降、単独親権となることについて、憲法に抵触しないかを問題とする裁判例が登場しているが、すべて合憲と判断されている（裁判例につき、vgl. Dittrich / Tades, ABGB § 177 E. 1 ff.）。

第2に、離婚等が原因で婚姻が解消された場合、または父母が継続的に別居している場合には、父母の合意で、いずれに世話権が帰属するかを決定し、裁判所の承認を求めなければなら

ない(旧177条1項)。継続的な別居の場合にも決定を要する、父母の合意に加えて裁判所の承認を必要とする、などの点でわが国と異なる。

第3に、父母が婚姻関係にある場面では、本条でいう「別居」とは、場所の面では生活領域が完全に別々であることを要する(裁判例が多くみられる。vgl. Dittrich / Tades, ABGB § 177 E. 3 ff.)。ゆえに、たとえば、離婚手続が継続しているが、いまだ共同世帯を営んでいる場合、また、いわゆる家庭内別居という場合にも、いずれも単独世話権を決定する状況にあるとはいえない(裁判例)。

第4に、別居継続などの場合の処理として、合意不調、合意の内容が子の福祉に反するなどの場合には、裁判所がいずれを世話権者とするかを決定する(177条2項)。

ここで単独世話者を決定する基準は、総論的基準と各論的基準のいずれの面でも、多くの裁判例の積み重ねがある。前者について、若干の例を挙げておこう(Dittrich / Tades, ABGB § 177 E. 7 ff. 個々の事案ごとの各論的な基準についても、ibid. E. 11 ff.)。

結論においては総合判断することはいうまでもない。裁判例に登場する若干の項目を挙げておこう。

①子の福祉 第一の基準は子の福祉であり、父母の利益はそれに遅れる(後掲の裁判例をも参照)。

②双方事情の比較 両親双方の事情を比較する。そのさい、精神的発達にとり好ましい条件が保障され、可能なかぎり良き教育が保障されられると思われる場合には、経済的な利益も重要である。

③将来の見通し これも、重要な基準となる。

④現実の世話 住居、収入、および子の年齢に応じて現実的に世話をする時間の確保なども考慮の対象となる。とくに子が幼い場合には、引き取る母の姉妹からの継続的な協力を得られることも判断材料となるとする裁判例もみられるが、そのような理論を一般化してはならない、と明言する裁判例もみられる。

⑤重視項目 世話をする父母についてはその

生活状況、子についてはその性向を重視すべきである。

⑥母の優先 父と母とで性別による優先はない。また子の年齢や性別についても同様である。90年代以降は、とくにこのような考え方が支配的であるようだ。

(b) 離婚後の単独世話権

離婚後も、共同世話権を原則とするが、父母の合意で単独世話とすることも可能である(ただし、父母の合意が子の福祉に反しないか否かにつき、裁判所によるチェック制度がある。新177条3項参照)。

①父母の一方が世話権の放棄を裁判所に申し出た場合には、裁判所の決定で、他方の単独世話を認めることができる、

②別居の場合にも、父母の申立てがあれば、同様の単独世話を認めることができる、

③父母の合意が調わないとき、または適切な一致が得られないときは、裁判所が関与し、父母のいずれかへの世話権の帰属を決定する(この理は、いったん形成された夫婦の合意が後見裁判所から追認を拒否されたときも同じと解される。すなわち、追認の拒否、新たな同意の形成、それが不可のときは、裁判所が世話権の帰属を決定する、という手続をとる)。

④一方から世話の廃止の申し出があったときは、裁判所が他方への帰属を決定する、

⑤未成年嫡出子の父母が継続的に別居するさいにも、申立てに基づいて、父母の一方を世話権者と決定できる(新177条b参照)。

などである。これらの改正により、共同世話のレベルで、オーストリアもやっと諸外国の法制と肩を並べ、共同世話という新しいルートを開設したことになる。

6 代理

代理は扱う項目も多いので、場面を分けて記述しよう。

(1) 旧・政府草案との違い

代理に係わる304条・305条・306条につき、改正法と草案とは、まったく同じ規定である。

(2) 76年改正法

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。1997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「基本理念」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, S. 400 ff.)。

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)。

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. Stettler, Kindesrecht § 20, S. 398 ff.)。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(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、それゆえ正確にいえば、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。

ここで、財産管理のさいの子の意見陳述(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を準用)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ては、遅滞する危険がある。したがって、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)。しかも、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)。

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(簡潔には、vgl. Hegnauer, Grundriss 26. 31f.)に譲る。

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「基本理念」138頁)。ところで親子法の規定(旧292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。

(3) 2012年改正法

第1に、306条3項では、代理権を有しない場合が明記された。現行法のもとでの通説の見解が明記されたと理解すればよいであろう。

また、たとえば、「子ども保護官庁」が旧・後見官庁に変わる役割を果たすことが期待されている。

第2に、利益相反するさいには、利益の相反する父母が代理権を失う(ものと思われる)。その場合に、相反する父母には、特別代理人がつけられるという扱いは、わが判例の結論と一致する。

(4) オーストリア法の概要

オーストリア法の下での代理の枠組みのみを示しておこう。

(a) 父母による代理

第1に、父母は各自、その子を代理する権利義務を負う(154条1項)。未成年者自身が父母の同意を得て行う行為(たとえば、民163c3項、婚姻法3条1項参照)とは異なる。

第2に、父母の一方の行った代理行為は、父母の意見が不一致であった場合でも、第三者との関係では、その効力を妨げない(154条1項2文)。「子の重要な事務」に関しては、場合により、裁判所への救済を求める途(176条1項)が開かれている。また、父母の意思表示が矛盾する場合には、一般原則に従って処理される(861条)。つまり、いずれの意思表示もその効果を生じないものと扱われる(Kozior / Welser S. 486 II D3)。

第3に、法が定める所定の行為については、父母「双方の同意」が必要である。民法の規定する所定の行為は、次の行為である。すなわち、名または氏の変更、教会または宗教会への入会および退会、他人の養育に委ねること、国籍の取得または放棄、教育や修業に関する契約、労務契約の解除、非嫡出子に対する父性の承認(わが国での認知に相当する)などの代理行為ないし承認は、他方の父母の同意を得なければ、それぞれの行為はその効力を生じない(154条2項参照)。

同意が拒絶された場合、裁判所によって同意に代わる裁定がありうる(176条1項)。また、同意の方式は、法が要求する場合にはそれに従い、しからざる場合には、相手方にするには及ばないが、要求に基づいて同意の存在の証明を要することになる。事後の同意もありうる(以上、Rummel, Kommentar § 154 Nr. 4)。名の変更など(vgl. Rummel, Kommentar § 154 Nr. 5f.)。宗教教育(vgl. Rummel, Kommentar § 154 Nr. 6)。他人の養育(vgl. Rummel, Kommentar § 154 Nr. 8)。

第4に、所定の財産行為についても、一方の代理・承認が効力を生ずるには、前記「第3」におけると同様に、他方父母の同意を必要とする。父母の同意を必要とする「所定の財産行為」について、法は詳細に行為を列挙している(154条3項参照)。

たとえば、不動産の譲渡、負担の設定、企業

に属する物件の創設、取得、変更、譲渡、解散および変更、会社または組合への加入または変更、相続に承認・放棄、負担つき贈与の承認または贈与の申し出の拒絶などがその例である。個々の行為に係わるは別書に譲る（Rummel, Kommentar § 154 Nr. 12 ff.）。

通常の経営にも属しないような財産行為における代理行為は、他方の同意も裁判所の承認も必要ではない（Kozior / Welser S. 487 II D3）。ちなみに、2000年改正規定では、「取得」や「加入」に相続権によるそれを明示しているが、規定の構造にわたる修正ではないようである。

第5に、民事法上の手続は、父母の一方のみで、子を代表する権限を有する。父母の意見が一致しないとき、または裁判所が父母の一方または第三者を代理人と指定したときは、その者が代理人となる（154条a1項参照）。手続面での単独代理という原則は、上記154条2項・3項の要請に基づく共同代理の要求される権利についての争いであっても、変更はない（Rummel, Kommentar § 154 a Nr. 19）。たとえば、父母の意思が一致しない場合には、最初に手続行為がなされた代理が効力をもつことになる（Kozior / Welser S. 487 II D3）。

最後に、著しく成長の遅れた子や、身体的な病気のある子の場合には、裁判所が、職権で、または全部ないし一部の監護権を有する者の申立てに基づいて、これら子の代理に係わる決定を行う旨の規定が、2000年改正のうちに新設された（新154条b）。

7 配慮権の剥奪

わが法に比べると、剥奪される場面が具体的である。

(1) 通常の剥奪

記述の順序として、これまでと同様に、まず政府草案と改正法との違いを述べ、ついで改正法の概要を紹介していく。

(a) 旧・政府草案との違い 311条3項につき、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「その後に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。

(b) 76年改正法

第1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（拙稿「基本理念」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2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。

規定からも明らかなように、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。

第3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、面会交流権、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。たとえば面会交流を例にとれば、「重大な事由」があれば面会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、面会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

（a）旧・政府草案との違い

要請に基づく配慮権の剥奪を規定する312条は、草案と改正法とは同一規定である。

（b）76年改正法

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1に、下記の場合には、後見官庁が配慮権を剥奪する。この場合の剥奪は、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「基本理念」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、いわゆる書式見本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「基本理念」前掲143頁）。

（3）事情の変更

（a）旧・政府草案との違い

313条に係わる事情の変更につき、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。

（b）76年改正法

第1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として認識するのは、子自身または他の者の要請によるのが通例である。

第2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、これを行うことができない（313条2項）。趣旨において旧規定（旧287条2項）と同じである。

（4）2012年法

結論のみを記せば、剥奪の事由がかなり具体的であることが、スイス民法の特色であり、新法も、その路線を継承していることが特色である。

（5）オーストリア法と代理権の剥奪

子が自活能力を取得すれば、父母の扶養義務は消滅し（140条3項）、世話をする権利義務、すなわち監護・教育、代理、財産管理の権限は子が成年に達すれば、すべて消滅する（172条。裁判例として、vgl. OGH in JBl 1993, 194）。もっとも、2001年親子法改正前には、未成年期間が延長される場合があった。

（a）子の保護と裁判所の裁定

裁判所の裁定による子の保全措置が規定される（旧・新176条1項）。

第1に、父母の態度によって未成年子の福祉を危険ならしめられたときは、何人から救済を求められたかにかかわらず、裁判所は、子の福祉を守るために必要な措置を講じなければならない。つまりは、申立てがあれば、裁判所は、子の福祉を保全するために、必要な措置ないし処分を講ずる義務があるということである。

旧規定に追加された項目としては、世話権の全部または一部の剥奪のほかに、承認権や同意権の剥奪も可能とされ、加えて具体的事件においては、裁判所は、裁判所の決定で、「[同意等の] 拒絶につき正当事由が存在しないときは、法律上必要な承認または同意に代えることができる」、と明示されたことである。

第2に、「子の福祉の危険」というのは、世話権の濫用と表裏の関係にあるのではない。客観的には親としての履行をしないこと、また主観的には義務を著しく怠り、子の福祉を害する危険を招来させることをいう（たとえば、子の健康

を危険ならしめたか、が問題となった裁判例として、OGH in SZ 66 / 123を参照）。ゆえに、たとえば、第三者のもとでの生育が、父母のもとでのそれよりもより望ましいという程度では、子の福祉に危険があるというには、いまだ不十分である。同様に、父母各自のもとでの養育についても、同じことがいえる。

「子の福祉の危険」が存在することが、世話権を剥奪・制限するための要件である。裁判例が多く存在する。詳細については、別書・前掲に譲る。

第3に、父母の意見不一致の場合にも、父母の一方の申立てに基づいて、前述「第1」の場合と同様の措置をとることができる（Dittrich / Tades, ABGB § 176 E. 1-4; Kozior / Welser S. 488 II E 2）。

第4に、裁判所のとりうる措置の最たるものは、世話権の全部または一部の剥奪、法定の同意権等の剥奪、裁判所の措置による承認・同意に変わる処分（裁判所による同意）などである（vgl. Kozior / Welser S. 488 II E 2）。ここでは、「法律が、監護権および教育権を有するもの（教育権者）の承認または同意を要求するときは、その範囲内で法定代理権を有するものの意思表示を必要とする（新176条4項参照。ただし、例外が留保される）。この新設規定は、事柄を明白にするための規定であろう。

（b）世話権の剥奪

措置が進めば、監護権の剥奪、財産管理権の剥奪、法定代理権の剥奪などの措置も可能である（旧176条2項、新同条2項・3項。新3項は旧2項にほぼ同じ）。以下では、結論を示すにとどめておく。

第1に、剥奪・制限する判断をするさいに、他方配偶者の同意のあることは、判断の決定的な基礎となるものではない。「危険」の存否は、裁判所が職権で審理・吟味すべき事柄であるからである（Dittrich / Tades, ABGB § 176 E. 11）。

第2に、世話権を剥奪・制限する原因となる父母の行為としては、暴力、アルコール中毒、麻薬界との接触、刑事犯・拘禁、父母の不和、など多様である（多くの裁判例につき、vgl. Dittrich /

Tades, ABGB § 176 12 ff.)。当然のことながら、行為・態度の継続性を要求する裁判例も少ない。

(c) 少年福祉機関への収容

「2001年親子改正法」前には、場合により、わが児童相談所に近い少年福祉施設への収容も可能である旨の規定(旧176条a)が存在した。改正規定では、下記の規定は削除されたが、参考のため、結論のみ示しておこう。

つぎのような場合、すなわち、①子の福祉に危険がある、②教育権者の意思に反しても従前の環境から完全に遠ざける必要がある、③親族等のもとでの養育の開始が期待できない、などの場合には、世話権の一部または全部を、裁判所の裁定により、少年福祉機関または第三者に委ねるという措置をとる必要がある。

(d) 世話権の制限

第1に、上記(a)－(c)の処分を通じて、裁判所は、子の福祉を守るために必要な限度で、世話(権)を制限することもできるとの規定(旧176条b, 新同条も趣旨において変更なし)も存在する。

世話権の制限につき、裁判例のなかには、「子のための処分」は重大な事由の存在する場合にかぎり取りうる最後の手段であって、その前に裁判所が必要な措置を構すべきである、制限は切迫した子の危険を回避するためにのみ許される、などを明言する例も見られる(裁判例につき、Dittrich / Tades, ABGB § 176b E. 1ff.; Kozior / Welser S. 488 Anm. 97)。

第2に、世話権が一方に委ねられた場合において、その父母が世話権の範囲についてその権限・任務について文書の交付を申し立てたときは、裁判所はそのような文書を発行する義務がある。この結論は、世話の変更の場合も同様とされる(非訟185条。別記したように、同法185条の規定は2000年改正で大変詳しくなっている)。

8 その他

上述のほかに、314条a, 同bis, 314条bの各

規定は、2011年新設である。

第1に、子の意見聴取を明記することが大きな特色である。記録をとって、それを利害関係者を有する父母に示すことは、立法としても参考となる。わが家事事件手続法(2013年1月1日施行)も、おなじ方向に進んではいるが、「記録」を要する旨の言及は、法文には記されていない。

第2に、314条bisの規定は、子ども保護官庁を通じた子を保護する機能を期待するものである。施設への入所は、児童福祉レベルの内容を、民法に規定したものであろう。

第3に、315条以下は、管轄の問題であるので、記述を省略する。

9 財産の返還

その他に、下記のような財産の返還に関する規定がみられる。内容面で、少し詳しく規定したにすぎず、実質的に現行法と違いはないものと、思われる。

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、清算ののち子の財産を、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。

(2012年12月21日脱稿)