

資料

子の扶養とスイスの政府草案（二・完）

松倉耕作

目次

- 1 はじめに
- 2 政府草案
- 3 現行規定（以上、前34号）
- 4 現行法の概要と新政府草案（以下、本号）

4 現行法の概要と新政府草案

正確に言えば、以下で「現行法」と記述した規定は、本年・2015年3月に改正が実現されている。本稿の（1）の執筆を始めた当時は、いまだ現行法であったので、前号34号では現行法という表現を用いた。本稿では、それと表現と一貫させるため、現行法という表現を用いている。なお、新法については、次号で条文訳を行う予定である。

改正が予定される政府草案では、子の扶養につき、制度の変更に係わる大きな改正は含まれ

ていない。とすれば、（1976年制定の）現行法についての理解を必要とする度合いが相対的に強いであろう（その後の法改正については本文中に補足している）。それゆえ以下では、現行法の内容を素描した後につづき、今回の政府草案によって変更された点を明らかにしている。

ところで、子の対する扶養義務は、父母の義務のなかでも、最も重要な義務の一つである。具体的に、まず程度について、どの程度までの扶養義務を負うのか、さらに期間についても、いつまで扶養義務を負担するのか、などが重要な問題である。旧法（1907年法）の規定では、扶養義務の概略を定めているにすぎず、詳細は実務での運用に委ねられていた。

しかし、（現行規定に改正するさいの）立法者の見解によれば、実務の経験だけを規準にして、運用に委ねるにも限界がある。そこで立法による解決という方法が選ばれた（76年改正に係わる政府草案につき、拙訳「法案」前掲115頁がこの趣旨を明言する）。具体的には、前記・旧法の改正時には、扶養義務に関して1つの款が充てられ、そこでは扶養に関する重要な原則が規定されるに留っていたのである。

現行法の記述については、「第一次草案」（2012年公表）を紹介したさいの記述と若干重なる記述が見られる。対象とする政府草案の内容を理解するには、現行法についての知識が必要と考えたからである。

1 扶養義務

扶養の中心課題である扶養義務の範囲、扶養すべき期間などを中心に解説しておこう。

(1) 扶養義務の範囲

以下での記述の順序として、まず1)で「現行法に改正されるさいの政府草案」（以下、現行法の政府草案、と略記する）について述べ、ついで2)では現行法の枠組みを簡潔に紹介し、最後に3)では、「13年11月29日づけ政府草案」（以下、新政府草案、と略記する）について、規定からみた現行法との違いにつき、素描するにとどめている。

1) 政府草案との条文上での違い 後学のため、「現行法に改正するさいの政府草案」にも一言している。同草案(276条)と現行法とでは、以下のような違いがある。1項は言い回しを少し変えているが、趣旨において変更がない。2項・3項は草案から全く変更がない。それゆえ、立法者の意思に基づく解釈の違いはないと考えてよいであろう。

ちなみに、旧法成立過程の政府草案に触れるのは、次の理由すなわち、①それが立法者意思と扱われているゆえ、②1970年代当時のスイスの文献は、著しく少ない、ゆえである(21世紀の今日では出版事情が少しよくなっているが、ドイツやフランスに比べると、その十分の一にも遠く及ばないという事情にある)。

2) 現行法 第1に、扶養分担に係わる責任について、責任を負う債務者は、法律上の父母である。子の父母は、いずれの国でも同様に、子の扶養に要する費用を父母が共同して負担する義務がある。父母の一方が死亡や給付不能などにより、義務を果たせないときは、他方が単独で扶養の負担を負う。未婚の母の場合には、子の父が法律上決まらない限り、母が単独で扶養義務者となる(vgl. Stettler, Kindesrecht §18 C, S.312; Breitschmid, usw., Handkommentar zum Schweizer Privatrecht. 2. Aufl. 2012. Art.276 Nr.2ff., Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I, 2014 Art.276 Nr.10)。

念のためにいえば、これ以外の者、たとえば、継親(実親と婚姻した父母)、子の近親者、ゲマインベーゼン(≒わが市町村に相当)などが何らかの義務(助力義務、扶養料立替義務など)を負担することはあっても、そのような負担は、ここでのいう父母の扶養義務ではない。

第2に、扶養義務の対象となる範囲についていえば、扶養の範囲は、直接に生活・生計に要する費用だけではなく、教育、修業、および子の保護措置に要する費用(その手続に要する費用は除かれる, vgl. Hegnauer, Grundriss des Kindesrechts. 20.21. 同書の版が変わっても、明記したヌンマーをたどれば、記述箇所を容易に見つけることができるであろう)、とくに子の世話に要する費用も含まれる(276条1項)。結論において旧法下での通説・判

例の見解を採用したものである。

第3に、父母と子が同居しているか否かが、扶養料の負担に影響するか。結論をいえば、子と父母とが同居しているか否かで、負担の扱いが異なる。通常の形態である子と同居する場合にあっては、子を養育し、それに要する費用を負担するという方法によって、扶養義務を履行するのを通例とする。ここでの扶養義務の程度は、必要費用を限度とするわけではなく、「その資力に応じた適切な範囲で」(親権・父母の配慮権を定める302条1項ではその「地位に応じて」教育すべし、婚姻法163条1項では「各自の能力に応じて」家族の扶養を配慮すべき旨を定める)、扶養すべきであるという意味である(異論なし。vgl. Hegnauer, Grundriss 20.21; Basler Art.163 Nr.22ff.)。

扶養給付の形態は現物給付が原則である。父母の間で、子の扶養につき争いが生じたときは、最終的には裁判官が扶養額や扶養方法が決することになる(172条-173条参照)。婚姻法の領域の問題であるので、別書に譲る(拙稿「スイス婚姻法の概要(2)」本誌6号223頁以下, 2007年)。

他方、子が父母と同居していないとき、たとえば、父母の、離婚、裁判別居、事実上の別居により共同世帯が解消されているときは、子の生活に要する費用を父母が分担するという方法で、扶養義務を履行することになる。276条2項の規定は、これら2つの扶養給付の主要形態を明記したものである。扶養給付としての金銭給付には、特則が用意される(279条-284条の参照。Breitschmid usw., Handkommentar S.889ff., Basler S.1562ff.)。

なお、父母が別居しているときには、同居父母が現物給付、別居父母が金銭給付というのが通例のパターンのようである。詳細は別書に譲る(vgl. Hegnauer, Grundriss 20.34ff.)。

第4に、子が収入獲得活動を行っている場合の扶養義務に影響するのであろうか。子がその労働収入その他の財産によって、子自身の必要経費を支弁することが期待できるときは、その限度において父母は扶養給付を免れる(276条3項)。扶養給付の減額・免除の根拠となる資力としては、子の労働収入がその最たるものであ

る。

3) 新政府草案 内容面での違いに触れるにとどめる（前掲解説571頁以下参照）

第1に、扶養の範囲について、扶養形態に関して養育や金銭給付が原則とされることは、現行法との違いはない。扶養の対象と範囲につき、現行法と比べて、項の順序の変更はあるが、内容面での違いのないことは、草案解説も、そのように明言する（解説571頁）。

第2に、子に、たとえば労働収入がある場合につき、現行276条3項では、父母の扶養義務の減額の可能性が明記される。政府草案では、それについて明示的には触れていない。実務の運用に委ねる趣旨であろう。

（2）扶養すべき期間

1) 現行法の政府草案との違い 「現行法に改正するさいの政府草案」（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。

改正された現行法では、「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、医学部・獣医学部、薬学部などを除いて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規定が不要になったのであろう。現行法の方が、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) 現行法 第1に、親子法の改正後、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2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・消滅することになる（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期待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「法案」117頁）。

第3に、成年に達した後も扶養義務が継続することがある。旧法下で存在した「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（拙訳「法案」116頁、Stettler, Kindesrecht S.3）。現行法でも、上の法理が明示的に規定されたのである（277条2項参照。Breitschmid usw., Handkommentar Art.277 Nr.5f., Basler Art.277 Nr.8）。

ちなみに文献によれば、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者を含む）も少なくないようである。その結果、それ以前より、成年後の扶養を要する子が、相対的に増えることが予測できる。

第4に、成年後の扶養につき、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。とはいえ、付加的義務には、下記の制約がある（詳細について、vgl. Hegnauer, Grundriss 20.24ff.; Stettler, Kindesrecht §18 B, S.304ff.）。

①子が父母に対する補佐や顧慮すべき義務を怠るときは（272条参照）、このような付加的義務の全部または一部を免れると解されている（拙訳「法案」117頁）。②付加的扶養義務は、子についてのみその対象となる。言い換えると、子の子（孫）や子の配偶者についてまで扶養義務を負うものではない（拙訳「法案」117頁）。なお、

祖父母が孫に対して扶養義務が認められる場合もある(328条1項)。

3) 新政府草案 扶養の期間の領域について、新たな提案はみられない。

(3) 父母が婚姻している場合

1) 現行法の草案との違い 現行法に改めるさいの政府草案(278条)では、「父母は…子の扶養費用を負担する。」と表現していたが、現行法では、「子の」という字句が削除された。しかし、趣旨において変更がないと断言できるであろう。

2) 現行法 第1に、旧法との違いにつき、旧法下では、夫婦間での「分担」割合を視野に入れると、選択した夫婦財産制に従って、子に対する扶養義務を分担するものとされていた(旧272条1項)。立法者によれば、この趣旨は狭すぎるので、婚姻法の規定とくに婚姻の一般的効力の規定に従って、子の扶養費用を負担すべきものと改められた(278条1項)。婚姻法の領域の問題であるので、この問題には立ち入らない(簡潔には、vgl. Hegnauer, Grundriss 22.02ff.; Breitschmid usw., Handkommentar Art.278 S.887 ff., Basler Art.278 Nr.1ff.)。

第2に、継親の扶養義務につき、旧法では規定を欠いていた。学説・判例は、当時の159条2項(夫婦は共同して子を配慮すべき義務を負う旨を定める)に基づいて、継親の補充的扶養義務を導いていた(拙訳「法案」117頁による)。

立法者によると、そのような帰結には無理があるとみる。共同配慮義務が生じるのは、共通の子を前提とすると捉えるからである。これに対して、「159条3項による義務は、他方配偶者がその子に対する親としての扶養義務を履行するさいに、他方配偶者に助力すべき義務を含んでいる」という見解のもとに、この立場が現行法でも採用された。

第3に、縁組前などにおいて子を養っている養育親の扶養義務についていえば、特別の合意がない限り、養育親には扶養義務はない(異論なし)。しかし法は、養育父母に、相当な養育料を要求する権利を与えている。とはいえ、実

親との間で、無償であるとの合意や特別の事情のある場合は別である(294条1項)。詳細は、前掲・拙著に譲る。

3) 草案との違い 第1に、後学のため、規定される条文のズレについて一括して記しておく(簡潔には、解説571頁以下を参照)。扶養の対象と範囲(草案276条1項・2項)、未成年子に対する扶養義務(草案276条a)、扶養料についての判断・決定(民176条1項1号、草案278条a、草案・民訴301条a)、扶養料の給付(草案289条1項)、扶養料の執行(草案131条、同131条a、132条a、176条a、177条、290条)、家族法の関係における(民訴で規定:166条1項d、218条2項、299条-301条)、子の扶養と欠損・赤字(草案286条a、329条1項bis、EUG7条1項・2項、32条3項bis)。

その他、とくに民事執行法での草案における子の権利の強化の側面については、解説に譲る(これについては、解説584頁を参照)。また、赤字の場合の扱いの詳細についても、解説に譲る(これについては解説587頁を参照)。

第2に、優先順位の点では、未成年者に対する扶養義務が、配偶者や成年の子に対する義務に比べて、優先するのが原則である(解説574頁)。例外的に扶養期間について、未成年扶養が短縮される可能性が明記された。成年の子に対する扶養の必要がある場合などにおいて、それに要する費用・必要との兼ね合いから、未成年者扶養の期間が短縮ないし減額される場合のあることを、明示的に記したものである。

第4に、再婚のさいの継父母との関係について修正規定がみられる(草案329条を参照)。これには立ち入らない。

2 扶養請求訴訟

扶養義務者が任意に扶養義務を履行しないときは、最終的には訴訟という手段によって、その実現を追求することが許されている(「98年離婚法」では、家庭裁判所の制度が新設された。とはいえ、連邦法である民法では、いまだその内容が明らかではない。運用について、特別法が制定されるものと思われる。それにより、扶養訴訟も影響を受けるかもしれない。これについては、拙稿「子の養育開始につ

いてのスイスの新連邦令」本号収録の論考を参照されたい)。以下では、訴権、手続、予備的措置、扶養額の分担、事情の変更などの項目を扱う。

(1) 訴権と管轄

管轄の問題については、解釈に影響する限度で触れるにとどめる。

1) 現行法の政府草案との違い 1項・2項はほんの少し言い回しが修正されたにすぎず、内容面での変更はない。3項につき、政府草案(279条)では「離婚および共同体の保護に関する規定」と表現していたが、現行法では、これに加えて「親子関係の確定」の場合も明記された。ゆえに、その限度で修正があったといえるが、解釈に影響するような本質的な変更ではない。

2) 現行法 2項・3項はいずれもスイス固有の裁判管轄といういわば手続規定であるので、ここでは1項のみについて記述するにとどめておく。

第1に、給付の範囲について、訴えは、将来および訴え提起時から過去1年内の付与分担額の給付を求めることができる(279条1項)。期間の限定は、父性確定訴訟の出訴期間を伸長したことから生じうる不当効果を避ける意図がある(拙訳「法案」118頁による)。補足すれば、たとえば、子が8歳に達した段階で父性確定訴訟を提起・確定したとすると、被告男性は、子の出生のときにまで遡及して扶養料を支払う必要はなく、最大限、訴えの1年前まで支払えば足りるということになる(vgl. Hegnauer, Grundriss 20.22, 21.04)。

第2に、嫡出否認された子との関係では、ドイツ法などと同様に、注目すべき扱いがなされている。身分登録簿上の父は、子の出生のときに遡及して、そのときから扶養義務がなかったことになる(vgl. Hegnauer, Grundriss 20.22, 8.25, Breitschmid usw., Handkommentar Art.256 Nr.7, Basler Art.256 Nr.17)。また、縁組が成立すれば、そのときから実親の扶養義務は消滅し、代わって養親のそれが生じることになる。後者は当然のこととして、前者はわが国ではまったく論じられ

ていないが、興味ある問題である(簡潔には、拙著『血統訴訟と真実志向』102頁参照, 1997年)。

3) 新政府草案 特段の改正はないようである。

(2) 訴訟手続

1) 現行法の政府草案との違い 1項・2項ともに、政府草案(280条)とまったく同一規定である。もっとも、旧法(1907年法)と比べれば、新設規定である。

2) 現行法 いわば手続規定である。これに深入りすることは、実体法としての親子法の概要を紹介するという目的から遠ざかるので、結論を示すにとどめておく。

第1に、扶養請求訴訟の法源についていえば、扶養訴訟はカントン法にも定めがなく、扶養義務に関する規定が準用されている(異論なし)。民事法上の請求であるので、民事裁判官が管轄するのが相当であるとの立場から、婚姻法上の手続においても、上記の裁判官が子のための扶養の分担額を確定するのである。また、74年ヨーロッパ人権協定と整合させるため、現行法では、扶養訴訟について裁判官の管轄が明示された(279条2項)。

第2に、規定のなかに、通常手続、迅速手続、職権主義などが法定される(280条)。債務法(343条2項・4項)で採用されている先例の制度に従ったものである(vgl. Hegnauer, Grundriss 21.05f.)。

3) 新政府草案 特段の改正提案はない。

(3) 予備的措置

1) 現行法の政府草案との違い 第1に、政府草案(281条)1項・2項は言い回しを変えたにすぎず、内容面での変更はないといえる。3項については少し修正がある。政府草案では、払い込む金融機関に限定がついていて、「被後見人の所有金受領を認められたそれ」と制限していたが、現行法はこのような制限を外した。

第2に、政府草案282条については、一カ所のみ表現を変えているが、内容面での変更がないと思われる。283条および284条は、ともに政府草案の規定からまったく修正がない。

2) 現行法 第1に、総論面でいえば、扶養訴訟が提起されれば、裁判官は、原告の請求に基づいて、訴訟中の扶養に備えて、必要な措置を講じることになる(281条1項)。

第2に、親子発生法との関連では、親子関係の確定のみを目的とする父性確定の訴え(支払の父の制度は廃止された)という新しい構造に適合させられる。それゆえ、予備的措置は、父性確定の訴えと同時に、扶養請求訴訟が提起されるということを要件とする(父性確定訴訟との関係での詳細については、vgl. Hegnauer, Grundriss 21.10-21.13; Stettler, Kindesrecht §18 II 4, S.340ff.; Basler S.1565)。

第3に、父性の争いとの関係で、扶養義務発生の根拠となる父性の存在が争われる場合、親子関係は確定されたが、扶養分担額が争われるときにも予備的措置の存在が有用であろう。

射程につき、規定(281条)は扶養額の予備的確定をなすための基礎となる。すなわち、子を取りあげられた嫡出父母に対しても、また未婚の母に対しても、さらには286条2項による扶養額の変更を求める手続においても、裁判官は、扶養分担金の供託または事前弁済を命じることができるのである(281条1項)。緊急の必要がある場合には、供託と事前弁済を結びつけることも可能である。

(4) 扶養分担額の算定

1) 現行法の政府草案との違い 現行法は、草案規定(285条)とまったく同じである。

2) 現行法 第1に、総論的にいえば、分担額は月額で決定されるのが通例である。なお、98年離婚法により第285条1項が下記のように改正されている(この分野固有の文献については、Hegnauer, Grundriss 21.14; Breitschmid usw., Handkommentar Art.285 S.899f., Basler S.1567 所掲の文献を参照されたい)。

「扶養分担額は、子の必要費、両親の生活程度および給付能力に応じて、さらには子の財産や収入および監護権を有しない父母の一方の、子の世話についての貢献をも考慮しなければならない。」

「監護権」以下の部分が付加されたのである。すなわち、とくに家事執行配偶者たる妻も、子

を世話していることにより、扶養分担義務を果たしていると評価するのである。

第2に、算定基準の要素につき、規定によれば、扶養分担額は、一方で子の必要費および父母の生活程度や給付能力に応じて、他方で子の財産および収入を考慮して算出する(285条1項)。法定の基準(97年改正前のドイツ民1615-16条は、これに準拠する方向をとる)に強く依拠するという方式は採用されなかった。むしろ、あらゆる事情を総合的に判断して必要な扶養額が算出される、という構造である。

ゆえに、たとえば、義務者の収入は算定の重要な要素ではあるが、それだけで算出すべきものでないことは、多くの文献が強調するところである(zB vgl. Hegnauer, Grundriss 21.15a; Basler S.1575ff.)。下記の判決は、総合判断を行なった一例といえる。

連邦裁判所の判決のなかには、先例(BGE 107 II 410)の趣旨に添いつつ、両親がとくに高額所得者であるなら、子も、高いレベルの生活必要費を請求できる、と明言する例もみられる(BGE 116 II 110 E.3a.1990年5月17日連邦裁判所判決。本判決はこの点の先例として、BGE 83 II 359を引用する)。もっとも、本件では、父親(非嫡出子を認知した男性)の年収は70万フラン(90年当時で約7000万円程度)を超えている。原審の認めた扶養分担額は月額1500フラン(約15万円程度)である。これを不服(ドイツのような定額給付、また居住するチューリヒでの平均準収入を基準とすべしと主張したものと思われる)として父からの上告審において、前記のように説示したものである。

第3に、監護権者でない父母の一方の子に対する世話の度合いも、分担額決定の要素の一つに加えられた(98年離婚法に基づく285条1項)。離婚法の立法者の説明によると、子の衣食住の費用や疾病保険料のような扶養の基本的費用は、共同監護の登場によっても影響を受けない。たとえば、経済事情が許せば、監護している父母がベビーシッターを雇った場合、これによりその父母は自由時間ができる。このような要素も考慮に入るということである(vgl. Botschaft 95 Nr.244.3)。

第4に、社会保険などからの収入の扱いにつき、社会保険、事故保険、損害賠償保険などからの給付が生じることがある。その場合には、扶養額を減額するのであろうか。

立法者は、これら給付を子の得る収入とみる。つまり、これらの給付金は、扶養分担額の確定に際して、これを考慮しなければならない（285条1項）。これに対して、上の給付金が扶養義務者に帰属するときは、たとえば児童手当、老齢保険年金、疾病保険年金、および出生手当や修業手当などの給付金は、裁判官が別段の決定をしない限り、扶養分担金に付加して支払わねばならないことになる（285条2項）。詳細は別書に譲る（vgl. Hegnauer, Grundriss 21.16f.）。

3) 新政府草案 第1に、とくに扶養料の算定について、子の必要、生活水準、父母の給付能力に応じて決まる。子の財産・収入は、そのさいの必要的考慮事項であることが明示された（草案285条参照）。後者は、新設規定といえるであろう。

第2に、市町村などからの追加手当、たとえば社会保険年金等は、実質において父母の給付に加えて給付すべき旨が明記された（草案285条a1項・2項参照。これにつき、簡潔には草案解説578頁以下を参照）。機能において子の保護が厚くなることになろう。

第3に、父母に対して給付された社会保険が、その労働収入に代えて取得したと見られる場合には、これも子への給付の対象となる（同3項参照）。機能は、制約的ではあるが、前記第2に、の場合と同じであろう。

第4に、子の扶養債権の事項については、債務法草案規定（134条1項）が用意された（これについて、草案解説679頁以下を参照）。

（5）事情の変更

1) 現行法の政府草案との違い 第1に、286条について、現行法では事情の「変更が生じたときは」と表現されるにすぎないが、先立つ政府草案（286条）では「予見しうるないしは起こりうる変更…」と、変更された語句に修飾語がついていた。

第2に、2項の修正は言い回しの変更にすぎず内容面での変更はないと思われる。

2) 現行法 第1に、事情の変更があれば、扶養額が増減されうる。特定事情の変更の場合（286条1項）と、著しい事情の変更の場合（同条2項）とで区別がある。前者の場合は、変更事情に制限があり、かつ職権で変更できるような規定である。後者の場合には、父母や子からの申立に基づいて、分担額の新たな決定ないし免除を決定できるのである。

他方、事情が著しく代わったときには、旧法下と同様に（旧160条、320条）、扶養分担額を増減することが許される（286条）。たとえば、子の年齢の増加に対応した扶養の必要の増加、父または母の給付能力の増加、他方扶養義務者の死亡、物価の騰貴などがその主な原因である（旧法下での通説・判例）。

第3に、現行法も同法理を採用し、とくに下記の場合には、裁判官が扶養額を変更できるものとする。①子の必要費の変更、または父母の給付能力に変更が生じたとき（286条1項）。

②扶養分担額を指数化すること、すなわち扶養義務者の経済的地位に応じて、または物価指数に応じて、分担額を指数化することも可能である。しかし、立法者は、短絡な指数化を戒めている。むしろ、基礎事情の変化を慎重に調査することに力点を置くべきものと考えているようである（拙訳「法案」122頁参照）。

③立法者の意見によれば、指数化すべき場合にあっては、「増額は、次年度の暦年の始まるときから、初めてこれを適用するのが望ましいであろう」とされる（拙訳「法案」122頁）。これらのうち、とくに生活費の変動が最も重視されているようである（詳細は、vgl. Basler S.1587; Hegnauer, Grundriss 21. 27 S.151）。

④98年離婚法改正のおり、286条に下記の3項が新設されている。

「事前に予測できない特別の、子の必要費については、裁判所は、父母に対して、特別な分担金を給付すべき義務を課することができる。」

この規定に基づいて、予測不能であった増加費用については、裁判官が、分担命令を出すこ

とができる。言い換えれば、通常の扶養料に追加して給付することになる、このような特別増加費用は、裁判官の命令がなければ当然には分担義務が生じるわけではないことになる。立法者の説明によると、たとえば高等教育に要する費用が念頭にあるようである。

3) 新政府草案 通則については現行法からの変更はない(草案286条参照)。さらに、給付能力が赤字となる場合について、比較的詳しい規定が新設された(草案286条a参照)。同規程は、2012年の第一次草案では提案されていない規定である。機能において、子が取得する扶養料が減ることになるが、親子間での紛争を防止することには役立つであろう。

(6) 扶養契約が存在する場合

1) 現行法の政府草案との違い 第1に、287条1項において、政府草案(287条)では「離婚および共同体保護についての規定を留保して」という表現が存在したが、現行法ではこの表現は完全に削除されている。2項の修正はたんなる言い回しの変更にすぎず、内容面での変更はないものと思われる。さらに、扶養契約が裁判手続のなかで合意された場合に関する3項の規定は、政府草案には存在せず、連邦議会で追加された規定である。

第2に、新設された288条において、扶養協定締結の要件につき、現行法では「子の利益に合致する限り」と述べるが、政府草案(288条)では「重大な事由が存在する限り」と表現していた。現行法の方が、締結可能場面を狭くしたといえるであろう。

2) 現行法 第1に、扶養分担契約の締結につき、扶養契約の存在は、それなりの効用があることは認められるが、子の利益を考慮すれば、余り硬直的にならないという制限内で認めるべきものとされる(この領域の文献については、Hegnauer, Grundriss 21.18所掲の文献を参照されたい)。

たとえば、婚外出生子の父に対する扶養請求は時効の対象とならず、かつ譲渡・差押・放棄は許されない(異論なし)。それゆえ、かかる扶養請求について契約をすることは可能である

が、裁判官の承認を得なければ効力がないと解されている(拙訳「法案」122頁参照。詳細については、vgl. Stettler, Kindesrecht §18 S.353ff.)。婚外子の扶養請求にあつては、監督官庁である後見官庁(今日では子ども保護官庁)の承認(421条8号)を要する。

第2に、扶養契約の統一につき、規定は扶養契約を統一的に規定する。すなわち、扶養分担額の給付に関する契約は、子に対しては、後見官庁(今日では子ども保護官庁)の承認が効力要件である。言い換えると、扶養分担額が婚姻法上の手続において確定されているときは、規定(287条1項, 旧158条5号)に基づく裁判官による承認で足りる。しかも、このようにして確定された分担額は、原則として変更することはできないものとされる(詳細については、とくに、vgl. Stettler, Kindesrecht §18, S.329f.; S.334ff.)。

例外的に、将来の変更の余地を明示することは可能であるが、変更の内容が効力を生じるには、後見監督官庁の承認を要する(287条2項)。下記の判決でも分かるように、承認は絶対要件である。

BGE 113 II 113(連邦裁判所1987年6月4日判決)によれば、後見監督官庁が扶養分担の廃止につき承認しているものと、契約の相手方(母の再婚相手である男性)が善意で信じたという事情があつても、「承認」という要件が不要となるわけではない(とくに判決要旨4を参照)。後見監督官庁による承認という要件が満たされていなければ、子に対して、変更・廃止という効力が生じないことになる(287条1項)。

本件は、離婚後に母の再婚相手との間で、分担額の変更が合意されているが、変更につき、後見監督官庁による変更「承認」を欠いているという事件である。

原審は承認不要と導いたようであるが(そのように導く理由の詳細は不詳)、連邦裁判所は、これを破棄・自判し、分担額を事後に変更する場合にも、承認が必要であるとしているので、287条の射程を少し拡大したものと評価できるであろう。

第3に、一括・全額弁済の合意は、重大な事

由の存在を要する。重大な事由は、立法者によれば、たとえば父が海外に移住するため、子との関係を終極的に切断したいと望む場合が想定されている（拙訳「法案」123頁）。このような場合にあっては、扶養料の取立てが困難になることも少なくないので、この種の合意を認めることも子の利益となるという判断に基づくものである（vgl. Hegnauer, Grundriss 21.23）。

もっとも、このような合意が効力を生じるには、①後見監督官庁の承認があること（離婚の場合も同じ）②合意額が後見官庁の指定した支払期間に納付されること、という2つの要件が満たされることを要する（288条2項）。

3) 新政府草案 扶養義務契約のうち定期給付について変更はない（草案287条参照）。

第1に、扶養契約に明記すべき事項が新設された（草案287条a参照。これについては、新草案の解説580頁以下aを参照）。これに関連して、草案176条1項1号がみられる（これについては、解説580頁参照）。

第2に、扶養契約について直接変更する提案ではないが、前述した「赤字の場合」の規定で触れられる限度で影響する。

（7）扶養義務の履行

まず扶養分担額の取立てについて述べよう。

1) 現行法の政府草案との違い 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) 現行法 第1に、分担金請求権の法的性質は別書に譲り（vgl. Hegnauer, Grundriss 23.02。この領域の文献については、Hegnauer, Grundriss 23.01所掲の文献を参照されたい）、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らない（vgl. BGE 112 II 202）。

第2に、扶養のための分担額は、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125条2号）、譲渡（債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（分担請求権の性質については、vgl. Hegnauer, Grundriss 23.03ff.）。

第3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（代理の詳細については、vgl. Stettler, Kindesrecht §18 II B, S.363f.）。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。

「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2000年施行以前であれば、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 D, S.309はこの趣旨を明言する）。

第4に、扶養料を支払わない怠慢な父に代わって、わが国という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ゲマインベーゼンに移転するとされていた（通説・判例。「法案」124頁による）。現行法も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、ゲマインベーゼンに移転すると定めたのである（dazu vgl. Basler Art.289 Nr.8ff.; Stettler, Kindesrecht §18 II C, S.308f., §18 II D, S.315ff.）。

3) 新政府草案 第1に、前記の第3に述べたゲマインベーゼンへの権利の移転については草案で規定が新設された（草案286条a3項参照。簡潔には解説を参照）。

第2に、取り立て共助について、規定が設けられたが（草案290条参照）、規定からは内容の変

更はみられない。予定される特別法（同条参照）に委ねる趣旨であろう。

第3に、その他、執行と草案290条関係については、草案（解説582頁）を参照されたい。また、草案289条1項の内容につき、草案規定以上の説明はない（解説582頁以下参照）。

（8）債務配偶者に対する命令

1) 現行法の政府草案との違い 政府草案（291条）は、表現の語順が修正されたにすぎない。ゆえに、内容面での変更はないといっていよいであろう。

2) 現行法 扶養義務を怠る場合の処理につき、旧法（171条）のもとでは、そのような場合には、裁判所は、夫の債務者に対して、直接妻に給付すべき旨の命令を発することが認められていた。ところが、この種の命令は、付随的な効果を生む危険、たとえば、雇い主が立腹して夫を解雇する、命令を避けるために夫がたびたび勤務先を変更する、夫が勤労意欲を失う、といった弊害が生じることもありうる。

しかし、命令制度は長所、たとえば、強制執行と異なり、逐一新たな提訴を要しない、将来の給付にも対応できる、という注目すべき長所もみられる。現行法の立法者は、この制度の長所を採用し、内容面でも旧法より拡大し、父親の債務者だけでなく父母双方の債務者に対して、債務の弁済を命じうるものとした（291条参照）。詳細は、別書に譲ることとする（vgl. Hegnauer, Grundriss 23.10; Stettler, Kindesrecht §18 II D, S.366ff.; Basler S.1603ff.）。

3) 新草案 特段の改正は予定されていない。

（9）担保の供与

1) 現行法の政府草案との違い 政府草案（292条）は、まったく修正なく現行法に受け継がれている。ちなみに、旧法に比べると新設規定である。

2) 現行法 第1に、悪意で扶養義務を怠る者に対しては、刑罰が科せられる場合もある（刑法217条）。

第2に、実務界からは、それと並んで民事罰の制定を望む声もみられた。立法者は、そのような声に応じて、父母がその扶養義務の履行を頑強に拒否するとき、または父母が施設に逃避または子の財産を浪費または徒消するおそれのあるときは、裁判官が、将来の扶養分担に備えて、父母に対して相当な担保を供与させることができるという制度を新設した（たとえば、拙訳「法案」125頁では、資産家の父が扶養義務を怠っていた例が紹介されている）。

立法者は、このような民事的手段の方が、刑事罰で威嚇するより効率的とみる（簡潔には、vgl. Basler Art.292 Nr.3ff.; Hegnauer, Grundriss 23.11; Stettler, Kindesrecht §18 II E, S.368）。

3) 新政府草案 新設規定はみられない。

（10）公法面での配慮

1) 現行法への政府草案との違い 政府草案（293条）から、まったく修正がない。

2) 現行法 第1に、扶養義務者の無資力と公的扶養の関係につき、子の扶養費課用を負担すべき者が、費用を支弁することができないときは、公法上、扶養費用の負担者を決定しなければならない（293条1項）。規定は、旧法下での構造と同じである。結局、このような構造に変更はないから、連邦法はこの領域では立法権限を有しないので、カントン法に委ねたわけである（拙訳「法案」125頁参照）。

請求権の発生時期について、子が苦境に陥ったときではなく、父母が扶養義務の履行を怠れば直ちに発生すると解されている（vgl. Hegnauer, Grundriss 23.13）。それゆえ、家族法上の扶養義務は、扶養立替えによって補充する必要がある。

第2に、家族が給付能力を有しない場合については、ゲマインバーゼン（市町村）が負担することになる（詳細は、拙訳「法案」126頁を参照）。補足すれば、両親の次に祖父母、曾祖父母、兄弟姉妹の順に子に対する扶養義務を負う（民328条・329条）。この規定は扶養以外には適用がない。つまるところ、立替えは、一種の社会救済法という側面を有していると理解できる。立法者は、その詳細を決めるのはカントン法の任務

と位置づけたのである (292条2項)。

第3に、扶養義務違反のさいの執行につき、分担義務が判決や契約 (裁判所が承認したそれ) において確定されているときは、その執行ないし実現を求めることが許される (執行法80条-81条)。たとえば、分担債権は、過去12カ月、将来は6カ月につき主張することができ、かつ第一順位の破産優先弁済権が認められている (旧執行法219条4項、事前弁済については、同111条を参照)。その他の詳細は別書に譲る (vgl. Hegnauer, Grundriss 23.16)。

3) 新政府草案 修正する提案はない。

(11) 父母が存在する場合

1) 現行法の政府草案との違い 政府草案 (294条) は、まったく修正なく現行法に受け継がれている。ちなみに、新設規定である。

2) 現行法 第1に、旧法との違いにつき、旧法では、養育父母との関係に触れる規定がなかった。それゆえ、養育料を求める根拠は、債務法の規定に従っていた。しかし、実務では、そのような請求の存在について議論があったが現行法では、養育父母は相当な養育料を請求できるものと明記された (294条1項。詳細については、vgl. Breitschmid usw., Handkommentar Art.294 Nr.1; Basler Art.294 Nr.1ff.; Stettler, Kindesrecht §27, S.533ff.)。

第2に、特段の事情のあるときや別段の合意のあるときは、異なった扱いも許される。たとえば、将来の縁組目的での養育、近親者による養育などが念頭にある。そのような場合にあっては、養育料は無償と推定されるから、養育者が養育料を請求するためには、養育料についての明示的な合意が必要とされる (拙訳「法案」127頁)。

3) 新政府草案 この領域での新たな提案は見られないが、特別法の改正が影響する。

簡潔には別稿を参照されたい (拙稿「子の養育開始についてのスイスの新連邦令」前掲、本誌34号、2015年、を参照)。

(12) 未婚の母の扶養請求

1) 現行法の政府草案との違い 第1に、政

府草案 (295条) 1項において、「子の出生後1年内に」という表現が、現行法では「遅くとも…1年内に」と修正された。趣旨において変更はないものと思われる。

第2に、2項において、政府草案では賠償金を支払うべき相手として「母に」と明示していたが、現行法ではこの文字が修正された。省略しても誤解の生じる余地がないからであろう。ゆえに、内容面では、草案とまったく相違はないことになる。

2) 現行法 第1に、未婚の母の権利につき、子の父に対して賠償請求権を有し、父が死亡の場合でも、その相続人に対して請求することが可能である (295条1項参照。この領域の文献についてはBasler S.1610; Hegnauer, Grundriss 24.01所掲のそれを参照されたい)。出訴期間は、子の出生後1年内が原則であるが、例外的にはその後の請求も可能である (1項・2項参照)。

第2に、上記の請求権の根拠につき、旧法におけると同様に、父性確定の訴えが認められたとき (旧317条の前提要件である)、または父が子を任意認知したとき (旧309条2項) には、子から父に対する扶養請求権が発生する (認知訴訟などについては、拙著・前掲『概説スイス親子法』61頁以下参照)。

そのさいの出訴期間、管轄については、父性確定の訴えに関する規定が適用される。それはともかく、本条の規定する賠償金請求は、認知訴訟などと同時に提起することも、当然可能である (Hegnauer, Grundriss 24.02が明言する)。

第3に、扶養請求権の拡大につき、出産後の費用のように、子の出生後に母へ賠償されるべき扶養料請求の期間は、4週間から8週間に拡大された (2項)。規定のうえでも「少なくとも」という表現からも明らかなように、扶養期間がこれより長くなることがある (vgl. Hegnauer, Grundriss 24.07はこの趣旨を明言する)。

第4に、慰謝料請求につき、旧法の規定 (旧318条) によれば、①男性が、子の母と同衾する前に婚姻の約束をしたとき、②同衾にさいして母に犯罪を用い、または、③母に対して父の有する権限を濫用したとき、または、④母が同衾

当時いまだ成年に達していないときは、未婚の母に慰謝料請求権を与えている。この慰謝料請求権は、人格権保護に関する28条および債務法49条の適用例とされる。この請求権は、婚約破棄を理由とする慰謝料請求権（旧93条）と同質のものと解されている。

3) 新政府草案 修正する提案はない。

(13) 扶養契約の扱い

第1に、扶養契約について、わが法との関係で一点のみ触れておこう。わが民法で論じられている「認知請求権の放棄」と係わる問題がある。たとえば婚外の真の父と子（母が代理するのが通例である）との間で扶養契約が締結されることがある（未認知の場合を想定している）。このような契約の有効性については、有効とすること異論がない。

ここで比較法上の興味を引くのは、そのような合意があっても、法定の期限内に、親子関係の確定を求める訴権には影響がないと明言されていることである。このような結論は、立法者の意思であり、かつ学説上も異論がない。参考となる結論であろう。

第2に、嫡出否認と扶養義務との関係は、わが国ではまったく論じられていない。否認された子は、身分登録上の父との関係では、子の出生のときに遡及して、出生のときから元の身分登録上の父の扶養義務はないはずである。スイスでは真実の父の不当利得返還請求につき議論がある（拙著『血統訴訟と真実志向』前掲102頁参照）。いずれわが国でも、この問題を論ずる必要があり、そのおりにはスイス法のもとの扱いが重要な参考立法となるであろう。

3) 新政府草案 これに係わる提案はみられない。

その他、スイス固有の問題については、本稿では、まったく触れていない。項目の事項について、後学のために記しておけば、たとえば、連邦や地方自治体への影響について、解説591頁参照、憲法や法律への整合性に係わる検討について、解説592頁を参照されたい。

付記：

本稿で紹介した子の扶養に関する規定は、本年2015年3月20日づけでレファランダム期限を経過している。新法についての公式の解説等は、発行されないのを通例とする。後日、新・改正法の条文訳を公表する予定である。

（2015年8月末日脱稿）