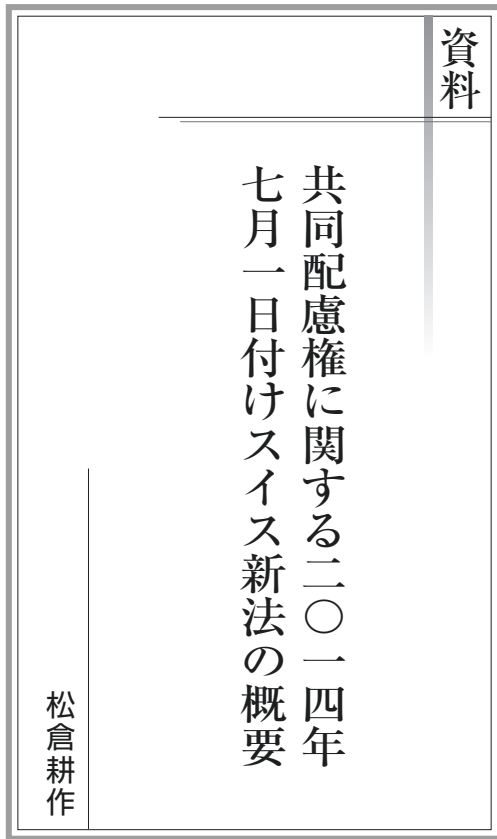




- I はじめに
- II 新法の概要
- III むすびに代えて

I はじめに

(1) 本稿の対象と目的

第1に、筆者は、スイス親子法の全体像を著すことを中期の目的としている。その準備作業として、配慮権についての新法の概要を示すことが短期の目的である。全体の構造を把握したうえで、個別領域での制度の機能を明らかにしたいというのが、筆者の研究スタイルである。

たとえば、親子法に関する最近の4稿も、そのような準備作業の一貫である。

①拙稿「スイス法と『親子関係効力』規定の一部子関係効力』規定の一部改正」本誌27号、

2013年。

②拙稿「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、2012年。

③拙稿「子の扶養と2015年スイスの新法」本誌36号、2016年。

④拙稿「スイス養子縁組法と政府草案の主な改正項目について」本誌34号、2015年。

第2に、本稿では、過日・2013年6月21日に公表された「共同配慮権」に関する新法を対象としている（新法の出典：連邦官報 2013年4763頁以下、連邦公式法令集 AS 2014 3574 登載）。施行日は、2014年7月1日である（一部の規定は、2015年1月1日施行）。記述の詳しさの程度は、前記「第1」に述べた目的から、制度の構造を知ることが主な目的であるので、記述の詳しさも、それに添っている。

共同配慮権について、後述するように、筆者はすでに、草案段階での制定過程について、紹介済みである。しかし、比較法および実務での運用という視点からすれば、当然のこととして、制定法と草案では、その価値ないし重要度が異なる。本稿では、読者が制定された法律の概要を理解できるように記述している。

第3に、2011年公表の政府草案と制定された法律との間には、別稿・後述する「邦語文献」において示した条文訳で明らかなように、若干の違いがみられる。本来であれば、条文訳と公表と同時に、制定法の概要を紹介できればベストであったが、政府草案の紹介をした2014年段階では、それは叶わなかった。本稿を執筆している2016年8月の段階でも、スイスにおいて、新法についての紹介する書物は、いまだ著しく少ない。

しかし、本稿と旧法についての筆者の論考（後述する南山法学に掲載したそれ）とを突き合わせていただければ、新法の概要についても、かなり理解いただけるものと思われる。

第4に、改正の過程につき補足すれば、命令・省令を別として、「法律」の制定にあたっては、まず第一次草案＝予備草案が公表される。さらに、第一次草案に続いて、いわゆる「政府

草案」が公表されるのを通例とする。2009年公表の第一次草案は、わが国での「中間試案」に近い草案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、正式の立法資料としての位置づけがなされている。さらに、2011年公表の政府草案は、連邦議会、ことに実質的には下院で承認された、正式の改正案に基づいている。

ここで政府草案の価値について付言しておけば、最近は少し改善されたとはいえ、ドイツに比べると、体系書やコンメンタールが出版されるのが遅く、かつ遥かに少ないこともあって、政府草案の価値が高い。少なくとも法律の制定後5年くらいの間は、わが国の研究者が想像する以上に利用価値が高いのを通例とする。そのことをあえて強調しておきたい。

(2) スイス配憲法の研究状況

スイス家族法についての研究状況に鑑み、初歩的な説明を加えておこう。

スイス家族法を本格的に研究しているのは、筆者以外には研究者が存在しないという状況にあり、家族法の内容も殆ど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、新法・政府草案に係わる限度で、ごく簡単に旧法にも触れている。ちなみに、旧法の全体像の概説は、後掲する拙著によって知ることができる。

立法過程についていえば、第一次草案ないし予備草案については、草案作成手順のうえでは政府草案との連続性がある。ところが、今回の改正にあつては、第一次草案と政府草案とは大きく異なっている（これらに係わる邦語文献については、後掲（4）を参照）。それゆえ比較法の視点から、今後の参考立法を提供する意味もあって、新法・政府草案と異なる部分にも言及している。

ちなみに、第一次草案と政府草案では、一致する条文は、珍しいことに1条もみられない。筆者は40年以上にわたりスイス法の改正作業をみてきているが、筆者の知るかぎり、民法の改正にあつては、このような条文の違いは、余り

例をみないことである。

さらに、民法本体の改正がなされれば、その他の特別法も、対象とする共同配憲法に連動して改正されている。たとえば、国際私法、刑法、連邦裁判所法ほか、その例である。しかし本稿では、それらの内容には立ち入っていない（これにつき簡潔には、vgl. Botschaft S.32f. und S.43ff.）。後日、新親子法の概説書を著す機会があれば、それら特別法にも触れる予定である。

最後に、本稿では、4種類の条文、すなわち、旧法、第一次草案、政府草案、改正法（新法）の4つ条文が登場する。しかも、4つの違いにも記述している。そのような記述をしていれば、4つの条文を本稿に添えることが、読者に親切かと思われる。そのことは十分に理解しているが、紙幅を節約する必要もある。旧法、第一次草案、政府草案、新法の条文は、幸い本稿と同じ紀要雑誌に発表しているので、条文を比べようとする読者には少し手間を掛けることになるが、条文テキストは、本稿に添えていない。各条文の出典は、下記（4）で示しているので、それを参照されたい。

(3) 親子法に係わる邦語文献

親子法に係わる先行研究についていえば、新配憲法の概要を紹介する先行文献はいまだ存在せず、本稿が最初のそれということになる。さらに、「政府草案」に係わる先行研究・邦語文献も、残念ながら筆者による草稿を除いて、まったく存在しない。しかし、幸いなことに、本稿の内容につき、理解を助けるであろう資料として、下に挙げた若干の邦語文献がみられる。念のためにいえば、それらについても、筆者による論考以外の参考文献は、存在しない。

理解を助ける文献を挙げておこう。

①親子関係の効力規定の全体像 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）アカデミア経済経営学編72号、73号、2000年－2001年。本稿の対象とする親権・配憲権については、同稿の（3）と（4）に収録されている。

②「78年親子法に関する政府草案」 前掲①の立法資料に係わる文献である。「76年公表」の政府草案についても、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－173頁，1980年。ちなみに，同誌8巻1号133頁以下，1984年，「スイス親子法に関する1974年連邦参事会法案－2 改正の基本理念および総則規定（試訳）」では，サブタイトルに示すように，親子法の「効力」以外の部分の邦訳も試みている。

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」を除き，親子関係の発生に係わる，嫡出子（婚内出生子），非嫡出子（婚外出生子），養子など，親子関係の発生・消滅に係わる領域を収録する。①と③の2つの文献により，スイス親子法の全容を知ることができるであろう。

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，養子縁組関連の特別法などの関連法令をも収録する。

（4）第一次草案・政府草案に係わる原典資料の条文訳

既存の法律を改正する場合，最初の改正案として，いわゆる第一次草案・予備草案の条文（以下，第一次草案と呼ぶ）と，その解説とが公表される。同資料の原典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。これについて，筆者が著した下記①の邦語文献が存在する。

立法資料のうち解釈にとり最も価値が高いのは，政府草案である。とはいえ，公式の立法の参考資料という視点からすれば，第一次草案も，貴重な資料の一つである。政府草案の概要に触れる文献として，筆者による草稿がみられる。

これらについての原典については，下記②に記した拙稿に記述しているので，それに譲る。

①第一次草案 拙稿「共同配慮権とスイスの改正草案——2009年1月28日付け改正第一次草案について——」本誌14号133頁以下，2009年。ここで示される見解は「報告」ないし Bericht と呼ぶことにする。

②政府草案 拙稿「共同配慮権とスイス政府草案——2011年11月17日付け連邦評議会草案について——」本誌24号109頁以下，2012年。ここで示される見解は「解説」ないし Botschaft と呼ぶことにする。

③新法の条文訳 拙稿「共同配慮権とスイス新法」本誌31号，2014年。

ちなみに，前記・政府草案掲載の資料には，条文テキストと，連邦議会への報告を兼ねた「解説」が添付・収録されている。改正法の内容に触れる文献は，本国スイスにおいても，文献がまだまだ著しく少ない。「解説」は，立法者の意思を示す文献と扱われている。

「解説」について補足すれば，ドイツ語版では，Botschaft zu einer Aenderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Elterliche Sorge) と名付けられている（この種の資料は，つねに公用語である3か国語で公表される）。解説という名称の由来は，わが国の内閣に相当する連邦評議会から連邦議会に報告される解説資料という意味である。同資料は，ドイツ語版では38頁からなる。隣国ドイツでのそれに比べると，かなり簡潔な説明がなされている。

（5）新法に関する欧文資料

スイスの出版状況は，ドイツやフランスに比べて，ここ10年で随分と改善されてきている。新配慮法に触れる文献も，今後，続々と出版されると思われるが，ここでは日本の読者が入手可能な，かつ筆者が最も参照した次の書を挙げておこう。

Honsell/Vogt/Geiser (Hrsg.) , Basler Kommentar. Zivilgesetzbuch. Bd. I , 5. Aufl. 2014, 2801S.

同書では、条文テキストも付されている。わが有斐閣版「注釈民法」と同様に、各条のコメントに先立ち、条文がスイスの公用語である3か国語で示されている。わが国の研究者でも、最新版のスイス民法の条文集を所有される方は、少ないのかと推測される。とすれば、ドイツ語版テキストに加えてフランス語版テキストも示されていることは、利用の面からみて、ありがたいことであろう。

ちなみに、スイス法の最新の条文を知る方法は、いくつかのルートが存在するが、ここでそれを長々と示すことは煩雑でもあるので、それへの言及は割愛する。スイス司法省にアクセスされれば、簡単に見いだすことができるであろう。

ところで、スイス民法については、2つの「大」コンメンタール、すなわちベンナー・コンメンタールとチュリヒャー・コンメンタールとが知られている。残念ながら、これらコンメンタールの出版は、法制定後かなり遅れるのが通例である。それらの出版は、分冊が出るのも、早くとも2020年頃かと思われる。ドイツやフランスにおける出版事情との違いを理解していただきたい。

(6) 新法制定までの展開

ここでは、新法が制定されるまでの過程を示しておこう。

本稿は新法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、深くは立ち入らない（草案の成立史についても、第一次草案の報告 Bericht S.4ff. 政府草案の解説 Botschaft S.6 u. S.13ff. 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。以下では、「解説」前掲の記述に基づいて、制定法までの流れを素描しておこう。

a) 1976年親子法の全面改正

スイスで最初の統一民法が制定されたのは、1907年法（1908年公布、1912年施行）である。その後、1976年法により全面改正された親子法の改正のおりには、とくに下記の3つの改善が図ら

れた（この旧法に基づく親子法についての邦語文献は、前述した「先行する邦語文献」の項を参照されたい）。

①婚内出生子（嫡出子）と婚外出生子（非嫡出子）とが、相続権において同権とされた。

②婚外出生子の差別が排除された。

③子の福祉が強化された。

しかし、共同配慮権の面では、当時はまだ、諸外国におけると同様に、既婚夫婦の子についてのみ論じられていたにすぎない。立法者の評価によれば（「解説」Botschaft S.6より）、婚外出生子を含めた共同配慮権を提案する意見もなかったが、共同配慮という制度の導入は、結論において見送られた。

不採用とした最大の理由は、そのような制度を導入すると、子の監護や面会交流にについて、離婚する父母の間で、必要以上に激しい争いの種を生じさせる危険があることを懸念したゆえである。

b) 判例の変化

2000年施行の離婚法の全面改正以前にも、下級審判決のなかには、離婚した父母に共同配慮を認める裁判例も散見された。しかし、連邦（最高裁）判決のレベルでは（たとえば、BGE 117 II 523ff.）、そのような可能性を認めていない、立法で解決すべき問題である、といった理由から、離婚にさいする共同配慮権の付与には消極的であった。

c) 離婚法の全面改正に伴う変化

離婚法の改正のおり、初めて配慮権についての規定が改正された。すなわち新離婚法のもとで初めて、離婚後の共同配慮という制度が導入された。しかし、無条件ではなく、所定の要件を満足することが要求された。そして、同じ要件のもとで、「婚姻関係のないカップル」についても、共同配慮権の付与を認める途が開かれるに至った（2000年離婚法については、拙稿「スイス離婚法と離婚原因」本誌12号、2009年、および、拙稿「スイス法と離婚の効果」本誌11号、2009年、などを参照されたい）。

d) 新「配慮権法」の制定

前述したように、新法は2013年に制定され、すでに2014年（一部は2015年）から施行されている。

II 新法の基本構造

以下では、配慮法の構造を理解する助けとなる主な項目を拾っておこう。

(1) 共同配慮の原則

a) 旧法に対する批判と第一次草案

第1に、旧法に対する主な批判は、結論のみせば、とくに子の福祉の軽視、法的小および事実面での父に対する差別、婚姻関係のないカップルへの偏見と差別、などの3点に集約することができにだらう（簡潔には、vgl. Botschaft S.11f.）。

第2に、上記のような批判に答える改正提案として、2009年には第一次草案が公表された。これについては、前述したように、筆者の手になる邦語文献（拙稿「第一次草案」前掲）が存在するので、ここではコメントを付さない。

第3に、第一次草案に対しては、各種の官庁や利害関係団体を中心に、意見の表明がなされる。そのような手続を、「意見聴取手続」と呼ぶ。それら意見を集約した資料が公表されるのを通例とする。同資料は、制定後の解釈においては殆ど重視されることはない。それゆえ、その内容にまで立ち入ることは、概要紹介という本来の目的を逸脱すると思われるので、その内容には触れないことをお断りしておく（これにつき簡潔には、前掲「報告」16頁を参照）。

以下では、第一次草案を起草した立法者の「報告」、および連邦評議会が提示した「政府草案」の「解説」、および新法のコンメンタールなどに基づいて、規定の概要をみてみよう。前述のように、スイスでは、この種の資料のなかでも、「政府草案」解説の内容が、立法者意思と評価される。その意味でも、なかんづく「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、相対的に一層その重要性が高いといえよう。

第1に、すでに2009年公表の第一次草案の段階で、離婚後も、共同配慮を制度として導入していた98年離婚法による改正規定を承継して、共同配慮を原則とする旨が宣言されている（296条1項）。第一次草案の下では、婚姻中と同様に、「父母が共同かつ同権的配慮権」を有する旨を確認する意味がある。そのために、共同配慮を採用することが明示されたのである（297条参照）。

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。

第2に、離婚後に共同配慮の発生時期につき、先行する別居の時期や、離婚手続の開始時期などが考慮されるのかなど、いつの時点からの共同配慮となるのかについては、規定で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、共同配慮が始まるのは離婚（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（草案「解説」がこれを明言する。vgl. Bericht S.22）。

第3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、わが国と比べると、同権を達成する過程で、父母間での紛争の種となる危険が高いと推測できる。そこで同条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途が開かれたのである（簡潔には、vgl. Bericht S.22）。

b) 政府草案の立場

前述のように、政府草案「解説」での見解が、いわゆる立法者の意思と扱われる。起草者の著した「解説」によれば（Botschaft S.25）、つぎの立場が確認されている。新法296条は字句の修正はあるが、政府草案の内容を変更していないので、同時に、下記の見解が新法についても解釈の基礎となるであろう。

①離婚によっても、父母の配慮権、すなわち

共同配慮という構造は、従前どおり影響を受けない。

②新法下では、管轄する役所が、裁判所から「子ども保護官庁」に変わる。その結果として、たとえば配慮権の変更、面会交流（民134条4項参照）についても、「子ども保護官庁」が管轄することになる。

③扶養の問題につき争いがあるときも、裁判所の管轄を変更していない。結論のみいえば、父母の意見が一致しないときは、父母の世話、監護、扶養料の変更については、前述した子ども保護官庁が管轄する（新134条3項参照。政府草案同2項では、表現が異なるが、結論において同じ）。なお、管轄について、簡潔には、Basler Kommentar Art.134 Nr.6ff.を参照されたい。

④父母の新たな権利・義務は、301条1項bis（後掲の条文を参照）から生ずる。その概念は、訴訟や裁判所による処分などにさいして、ここでの手がかりとして、子の住居についての定めが役立つ。

c) 婚姻中に単独の配慮権が登場する場合

規定の仕方につき、新法・政府草案では、単独配慮権へ変更できる要件についての規定はみられるが、単独配慮権という独立の規定はみられない（新298条参照，政府草案298条，第一次草案133条a）。

これについて補足しておこう。離婚後にあっても、共同配慮権帰属が原則であるが、しかし、単独配慮権へ移行する場合のありうることが予定されている。

ちなみに離婚の場合においては、裁判所は、共同配慮を続行させる要件が存在するかどうかを、確認する必要があるとされる（vgl. Botschaft S.27がこの趣旨を明言する）。その手続の詳細は、明らかではない。

それはともかく、条文では、下記の事項が明記される。

第1に、子の福祉の観点から、子の利益を護るために必要であるという場面では、父母の一方に世話権が移行させられることがある。規定の

うえでは、「必要がある場面」を判断する手がかりとなる記述はない。規定では、「子の福祉を守るために必要があるときは、…裁判所は、…父母の一方を単独監護者とする（ことができる）」と定める。規定の表現が変遷しているのは、妥協の産物といわれる（vgl. Basler Kommentar Art.298 Nr.12）。

手続面についても、単独監護権への移行という事柄の性質から、父母双方からの申立てがあることは十分条件ではない旨が強調されている（vgl. Basler Kommentar Art.298 Nr.17）。

第2に、父母の意見が一致しない場合について、子の滞在地やこの世話について決定する権限を裁判所に与える（とくに政府草案同条3項を参照）。

第3に、配慮権の帰属につき、父母の双方に問題があるときは、子ども保護官庁が、子に後見人を選任することを勧める、という制度が用意されている（政府草案同条5項が新法3項に移行）。規定は旧法下での判例の見解を採用したものである。文献では、この規定から配慮権剥奪を帰結することはできず、311条・312条の剥奪要件の存在を要求する（vgl. Basler Kommentar Art.298 Nr.20）。

d) 婚姻関係にないカップルへの共同配慮権の拡大

タイトルに示した制度の採用は、登録パートナーカップル、事実婚カップル、などの増加という事実が、法改正へと導いたことは、疑いがない。夫婦の単独配慮という場面とは逆に、子の父母が婚姻関係にない場合でも、所定の要件を満たせば、共同配慮権が認められる場合がある（後述（3）扱う）。

（2）共同の配慮権の原則

立法過程をふり返ると、新法・政府草案（新133条，政府草案133条）と第一次草案とでは、規定の構造が異なる。新法・政府草案では、共同配慮権の原則は、後述する296条（とくに同2項）で宣言される。とはいえ、共同配慮の内容が異なるわけではないようである（新296条と係わる政

府草案「解説」を参照)。

a) 判断基準

新法のコンメンタルおよび政府草案「解説」によれば (Botschaft S.26 u S.16f),

①判断にさいしては、子の福祉に役立つことが最優先される。

②子である未成年子の身分に係わらず、父母の共同配慮権が原則である。子の福祉という観点よりすれば、たとえ両親が離婚していようと、両親が婚姻関係になかろうと、共同配慮という制度が最も適切であるというか確信があるとされる。共同監護の詳細については、別書に譲る (vgl. Basler Kommentar Art.296 Nr.8a ff.)。

③例外的に、父母に配慮権が認められない場合を例示する。たとえば、父母が未成年者である場合や、成年に達していても包括的に補佐に服する場合がその例である (新・後見法のもとでの327条aを参照)。未成年の父母が成年に達すれば、その子についての配慮権が当然に回復するが、包括的な補佐から脱しても、当然には世話権が認められるわけではない (詳細については、vgl. Basler Kommentar Art.296 Nr. ff.)。

参考：上記に引用した後見法の条文

第327条a (A 原則)

子が父母の監護に服していないときは、子ども保護官庁は、子に後見人を選任する。

b) 第一次草案の場合

単独監護の容認は、重要問題であるので、第一次草案の場合も触れておこう。政府草案と、実質的な内容の変更はないものと思われる。参考のため、それについても記述しておこう。

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、単独配慮となるのは、下記の場合である (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し立て」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、「父母双方からの申し立て」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会交流、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、旧法の下でと同様に、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 (2)」前掲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)。

c) 婚姻している場合と単独配慮権

原則は共同配慮であるが、父母が婚姻している場合でも、父母いずれかの単独配慮権が認められる場合がある。

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 (新298条b)。

共同配慮権は、子の福祉に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、次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、同条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、第一次草案段階での説明では、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。

d) 単独監護の登場

新法では対応する明示的な規定がみられないが、立法者の説明によれば、第一次草案298条gの規定の趣旨は、共同行使を理由に、父母の間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）。新法では採用されなかった規定ではあるが、比較法レベルでは参考となるかと思われるので、内容を少し補足しておこう。

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、現実に子を監護する父母が、単独で決定できる旨を明言する。

このような場面は、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、問題とされない（Bericht S.29）。

第2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、旧法（304条2項）の場合と同じである。

(3) 婚姻関係にないカップルと共同配慮権の帰属

父母が婚姻していても、単独配慮があり得るのと逆に、子の父母が婚姻関係にない場合でも、所定の要件をみたせば、共同配慮権が認められる場合がある。とくに事実婚カップルの増加に

配慮した法制化であろうと思われる（事実婚については、少し古くなったが、拙稿「スイス事実婚」太田武男・溜池良夫編『事実婚の比較法的研究』所収、1986年。その要約版として、拙稿「スイスにおける事実婚」ジュリスト797号、94頁以下、1983年を参照）。

a) 草案の場合

子の認知については、民法260条に規定がある。父母の婚姻関係の存否にかかわらず、配慮権を認めるというのが、スイス法の基本的立場である。そのことから、認知がなされた場合の配慮権の帰属についても、規定が用意される（草案298条a）

第1に、父母が婚姻関係にない場合であっても、父が子を認知している場合には、父母が共同して、共同配慮権を希望し、所定の要件（下記の第2を参照）を満たせば、共同の配慮権が認められるという道が開かれた（詳細については、vgl. Basler Kommentar Art.298 Nr.17）。

第2に、意思表示の内容が法定される。すなわち、共同配慮権が認められるためには、共同の意思表示にさいして、①子のために共同して責任を引き受ける用意があること、②監護、面会交流、子の扶養について、父母が了解している、などがその要件である。

たとえば、面会交流についていえば、月に何回ぐらい面会交流をさせるか、どのように合わせるかなどといった具体的内容についてまで詰めを要するわけではない。立法者の見解によれば、大枠の了解があれば足りるということである（詳細については、vgl. Botschaft S.28）。

第3に、意思表示すべき相手は、特定されている。父が子を認知した場合にあっては、認知と同時に「意思表示」することかできる。その場合の意思表示の相手は、身分登録所であり、認知のあとで意思表示するさいには、その相手は、子の住所地を管轄する子ども保護官庁である。具体的な手続方法は、同時に改正される身分登録令で規定されることになっている。

なお、子の出生前の認知も可能であるので、出生前に上記の意思表示をすることも可能とされる（vgl. Botschaft S.28）。

第4に、父からの認知および「意思表示」がないかぎり、母の単独配慮権となることは、当然のことである。4項は、当然のこととして、そのことを規定したに過ぎない。

第5に、父母の間で意見が一致しないような場合に備えて、父母が子ども保護官庁に相談できる余地を認められる。新法の規定は、草案段階では存在しない規定である（簡潔には、vgl. Basler Kommentar Art.298a Nr.14）。

b) 父母の意見が一致しない場合

つぎに、前述した共同の「意思表示」が拒絶された場合の扱いについても、たとえば、父母間で意見が一致しない場合に備えて、規定が用意されている（298条b。簡潔には、vgl. Basler Kommentar Art.298b Nr.3ff.）。

第1に、共同の配慮権帰属を、たとえば、父が拒絶したときは、母は、子ども保護官庁に救済を求めることが可能である。

第2に、子ども保護官庁は、母への単独配慮も、父へのその移行をもさせないときは、共同配慮権と決定することができる。

第3に、子ども保護官庁は、扶養給付を除いて、その他の争いある事項についても、決定することが可能である。

第4に、補佐人が選任される場合がある。母が未成年者であるか、または母が包括的な補佐に服している場合がその例である（簡潔には、vgl. Botschaft S.27ff.）。

第5に、事情の変更がある場合についても、とくに父性確定訴訟が認容された場合について規定が用意されている（新法・政府草案298条c。簡潔には、vgl. Basler Kommentar Art. 298c Nr.3ff.）。

最後に、父性確定訴訟が認容された場合において、子の福祉の観点からみて、配慮権の単独帰属が適切ではない場合があり得る。その場合には、その訴訟を担当した裁判所が、共同配慮権を決定する（新法・政府草案298条c）。草案「解説」でも、それ以上の説明はみられない（vgl. Botschaft S.30）。

(4) 事情の変更

第一次草案の段階から、新しい決定をなす場合の要件と、扶養料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が用意されている。

a) 事情の変更

新法・政府草案179条は、事情の変更について規定する。しかし、事情の変更の内容につき、第一次草案では、扶養料の変更を念頭に置いているのに対して、新法では、より広い範囲での事情の変更を考慮するように規定の対象が広がっている。

政府草案「解説」によれば、同条1項は、民275条2項の規定との関係で、統一的な規定とするための編集上の改正であると説明される（Botschaft S.25）。つまり、新法のもとでは、たとえば扶養料につき父母に争いがあるときは、婚姻法上の手続きに基づいて、子ども保護官庁が配慮権について、判断するからである。

b) 新たな決定

第1に、事情が変更した場合についての新法・政府草案134条は、旧134条1項に相応する規定である。立法者の説明によれば、旧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（設立が予定された）「子ども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）。新3項・4項は、いずれも担当する裁判所の管轄を定めた規定である（簡潔には、vgl. Basler Kommentar Art.134 bes. Nr.6ff.）。

第2に、扶養料の変更などに係わる新134条（後掲した条文を参照）の規定は、子ども保護官庁の管轄となる。第一次草案で提案された上記の内容は、新法・政府草案にも引き継がれている。

第3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、裁判所は、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る

う。この結論については、2つの草案の結論に相違はないであろう。詳細は別書に譲る（簡潔には、vgl. Bericht S.23f., Botschaft S.25）。

なお、新法・政府草案134条（vgl. Botschaft S.25）で規定されるに扶養についての規定は、第一次草案では、対応する規定がみられない。草案「解説」でも、その違いについての説明はみられない。

c) 扶養額などの変更

第一次草案の134条aの規定は、旧134条2項に相応する規定である。新法では、134条4項に吸収されているものと思われる。なお、旧規定については、別稿（拙稿「親子関係の効力（2）」前掲112頁以下）を参照されたい。

(5) 離婚と配慮権

旧規定によれば、離婚の場合には、子を引き取った配偶者に帰属したが（旧297条3項）、96年改正の旧法では、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、新法297条・政府草案297条で新たに規定される。共同して監護権を有する父母の一方が死亡すれば、原則として他方が単独で、例外的には、子に後見人が選任される場合がある。後見人選任の要件は、「子の福祉を守るのに、より適するとき」と規定されるだけで、ある（簡潔には、vgl. Basler Kommentar Art.297 Nr.2ff.）。内容が明らかとなるのは、判例の集積を待つほかないであろう。

②裁判所へという表現（旧第2文）は、削除された。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。

(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、ここでは結論を示すにとどめ、詳細

は、別書に譲ることにする（拙著『スイスの親子法』くに27頁以下を参照）。

a) 子の氏

新法・政府草案270条aは、父母が婚姻関係にない場合の子の氏について、父母が決定するものと規定する。氏についての定めは、第一次草案では、触れられていない問題である（vgl. Botschaft S.26. 内容につき簡潔には、vgl. Basler Kommentar Art.270a Nr.7ff.）。

b) 父の認知

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（前掲新298条a）。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。

ちなみに、わが国でいう裁判認知がなされる数は、余り多いわけではない。非嫡出（婚姻外）で出生する子の1.5パーセント弱である。

他方で、父性の任意認知数は、「スイス統計年鑑」によれば、2015年は19498件（出生前のそれ11841件、出生後のそれ7647件）、2014年は17973件、2013年は17441件、2012年は16234件、2011年は15665件である。ちなみに、1985年を境に、出生前の認知数が出生後のそれを上回り、増加している。なお、母の身分別の（生存）出生子数を末尾に示している。

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。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（Bericht S.25）。

第3に、草案立法者の見解（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。

事実婚の増加の背景を伺わせるように、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件にも増加している。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、新法・政府草案では、新たなテキストを提案している。

c) 父母の合意

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多い。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（新298条a）。

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、子ども保護官庁が、裁可したときにのみ、そのような扶養合意に結ばれる（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、子ども保護官庁に救済を求める途が開かれている。前述のように、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。

(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）で詳述しているので、全体像の詳細は別書での記述に譲る。

a) 父性の確定のための特別代理人の選任を求めた場合

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（削除前の309条を参照）。旧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、これまでの形式での上記の規定は、もはや正当性を有しない。父子関係の確定のために配慮するために補佐人をするのを、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、第一次草案の段階から、旧の2項・3項（2文）の削除が提案されていたのである。

第3に、削除された旧309条の改正について補足しておこう。

削除された規定の内容は、未婚の女性が懐胎または出産した場合にあって、後見裁判所がこの事実を知ったときは、子を保護するために、子に補佐人を選任し、この補佐人が父性確定訴訟すなわち認知訴訟を提起するなどを定めている（嫡出否認された子についても、同様である）。

削除の理由につき、「解説」によれば（Botschaft S.19）、子ども保護官庁や成年保護官庁がそのような行動を行うからであると説明されている。ただ新法のもとでは、未婚の母に限定するのではなく、既婚の母であろうと、子に保護が必要という状況を対象とするように、システムが変更されていることが強調されている。

旧法のもとでも、未婚の母の解任・出産と並んで、既婚女性の子が嫡出否認（スイスでは、夫の父性否認）された場合についても規定されているので、既婚未婚という区別を廃止するとともに、懐胎・出産または嫡出否認と限定せずに、「子の保護の必要」という枠組みで、子の保護を図るというシステムに組み込んだのであろう（vgl. Botschaft S.32f.）。

b) 監護権の帰属についての原則

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、いわは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（298条c）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、母に帰属にしたままである。父性確定訴訟の場合には、298条bの場合と異なり、父母の一方からの申し立てなく、双方帰属を決定することができるようである（簡潔には、vgl. Basler Kommentar Art.298c Nr.2）。

第2に、立法者の解説によれば、上記のような扱いは、旧298条1項に相応する（Bericht S.28）。旧法の内容については、既に述べた（前述・拙稿「共同配慮権」137頁以下を参照）。

c) 双方への帰属

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てみて、共同帰属の道を開いたものである（vgl. Bericht S.28）。

第1に、父性確定訴訟で父の父性が確定されたときも、前述のように、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、とくに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（新298条d）。文献によれば、①事情の重大な変更があり、かつ②子の福祉に適うとき「のみ」、双方帰属が肯定される（簡潔には、vgl. Basler Kommentar Art. 298d Nr.2）。

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（同2項参照。簡潔には、vgl. Basler Kommentar Art.298d Nr.5f.）。

d) 父母の一方の死亡

第1に、新法・政府草案297条（第一次草案298条f）は、新規定である。父母の一方の死亡後、親の配慮・世話権は、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、離婚したのが、未婚であるのか、などとは関係なく、一方の死亡まで共同配慮権であったのであれば、生存する他方に帰属する（簡潔には、vgl. Basler

Kommentar Art.297 Nr.2）。結論において、2つの草案の間に違いはない。

後述する第2の場合と異なり、この場面では、裁判所も子ども保護官庁も、登場する余地はない。結論において、旧法下と同じ扱いがなされている。

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帰属が優先するわけではない（vgl. Bericht S.29, Botschaft S.26f.），ということである。

いずれに配慮権を帰属させるべきかの判断は、立法者の見解によれば、子の福祉の観点から決定される（Botschaft S.27）。

最後に、事情によっては、新たな解決、たとえば配慮権の剥奪の余地も認めるようである。民法313条に同じだそうである。

(9) その他の民法の改正

配慮権本来の規定に関連する諸規定の扱いについて補足しておこう。

a) 全体の規定において

民法299条、300条、302条、303条、などの規定は、条文の見出しが変更されたに過ぎない。その他、309条は前述のように削除された。親の配慮（権）に直接係わる規定ではないが、間接的な影響があるので、その条文を示しておこう。

b) 民法301条の一部改正

旧規定と新規定の違いを示しておこう。

第301条（B 内容 I 通則）

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

①bis 〔新設規定。下記は新法の条文〕

子を監護する父母の一方は、下記の場合、単独で決定することができる：

1. 日常の、または緊急の要務〔に係わる場合〕；

2. 他方の父母が、相応な費用を負担しない〔場合〕

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ることはない。

④父母は、子の名前を命名する。

政府草案で付け加えられたのは、①他方配偶者が相応な費用を負担しない場合、②緊急の要務については、共同代理の要請は後退し、単独代理が可能となることを明言するものである。「報告」では、②の例（上記1項の2）として、他方配偶者がアドレスや電話番号を示さず、旅に出かけたような場合を例示している（Botschaft S.31）。

規定の内容につき、旧法と比べると、対内関係についての変更はなく、対外関係につき、変更があると解されている。具体的には、第三者は、単独代理であっても、他方配偶者が同意していると主張できるものという帰結が導かれている。追加された部分での扱いは、わが法では、殆ど論じられてない問題である（「むすびに代えて」の項を参照）。

c) 新301条aの新設

全文、新設規定である。規定の内容は、父母の配慮権に服する子の住所地に係わる条項である。旧307条以下が近いといえるだろう。たとえば、父母の一方または子が外国に行く、または新しい滞在地が、子に対する配慮権の行使に著しい影響が及ぶ場合について、裁判所または子ども保護官庁による救済ないし決定について規定したものである（簡潔には、vgl. Botschaft S.31f.; Basler Kommentar Art.301a Nr.1ff.）。

d) 第311条（Ⅳ 親権の剥奪 I 後見官庁による剥奪）

旧法と比べると、子の保護措置が奏功しな

った場合など、子の福祉が損なわれる危険がある場合に、親権を剥奪する関する規定である。剥奪理由に、抽象的な項目を追加したにすぎないであろう（簡潔には、vgl. Botschaft S.33）。既存の学説の見解を採用したに過ぎないと思われる。ちなみに、追加項目は、「父母が、経験不足、病氣、身体障がい、不在、過程ない暴力、またはそれに近い事情により、配慮権を適切に行使できないとき」には、子ども保護官庁が配慮権を剥奪することができる、という内容である（追加部分について、vgl. Basler Kommentar Art.311 Nr.6ff.）。

Ⅲ むすびに代えて

共同配慮という制度を採用するにいたった価値観と、草案の特色、簡単な比較法などを示すことで、本稿のむすびに代えたい。

1 離婚のさいの共同配慮への途

第1に、父母双方による配慮につき、離婚のさいの父母双方の配慮権という制度は、2000年施行の離婚法改正のうちに初めて導入されたものである。その概要については、別稿に譲り（拙稿「スイス法と離婚の効果」前掲・本誌11号、とくに30頁－32頁を参照、2009年）、ここでは、制定する理由につき、その要旨のみをまとめておこう。

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、子の成育のうえで好ましい。

②スイスにおける経験からすれば、単独配慮よりは、共同監護の方が望ましい。

③父母（男女）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。一般に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（同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）。その段階では、いまだ父不明であるので、この結論は当然のことであろう。

第4に、男女合意により共同配慮が望ましい場合には、共同配慮の途を開いている。298条a所定の場合には、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、少し古いが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を失われる。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、と判断されたのである。

2 新法と共同配慮制度の特色

新法の特色につき、簡潔には、前掲「政府草案」原稿でも述べている。最大の特色は、共同親権、すなわち共同監護（権）を原則としたこ

とである。第一次草案と政府草案（133条）とでは、規定の構造が異なる。政府草案では、共同配慮権の原則は、296条（とくに同2項）で宣言される。とはいえ、共同配慮の内容が異なるわけではないようである（296条についての「報告」を参照）。

まず、政府草案「解説」の説明によれば、下記の基本理念にしたがう。

①配慮権の帰属・決定にさいしては、子の福祉に役立つことが最優先される。

②子が婚姻内出生か婚姻外出生かという子の身分に係わらず、父母の共同配慮権が原則である。子の福祉という観点よりすれば、たとえ両親が離婚していようと、両親が婚姻関係になろうと、共同配慮という制度が最も適切であるというか確信があるとされる。

③例外的に、父母に配慮権が認められない場合を例示する。たとえば、未成年者と包括的に補佐に服する成年がその例である。

他方で、第一次草案296条1項によれば、離婚後も、離婚法で採用された共同配慮の制度を維持することを原則とする旨が宣言される。第一次草案の下では、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、共同配慮の採用が明示されたのである。

この違いを内容の面から補足すれば、スイス方のもとで、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、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含まれる。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父母それぞれが、事実上行使することができる。これを、講学上、「事実上の配慮権」と呼ばれている。そのことは、おもに日常の要務に関する草案298条g（新法には明確な対応条文なし）で明示的に規定されている。

つぎに、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。

以下では、一般原則と、とくに認知の場合についてののみ、触れておくにとどめる。

(1) 旧298条aの場合

同規定は、条文訳でも示したように、98年離婚法の改正のさいに、新設された規定である。条文を引いておこう。

第298条a (2. 共同の親の配慮権)

①両親がその合意により、子の監護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〔の双方〕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1に、規定により明らかなように、離婚後の共同配慮権を認める要件を定めた規定である。すなわち、①子の監護についてなど所定の事柄についての合意の成立、②父母からの共同の申立があること、③子の福祉のために必要である、などの要件が満たされていれば、所定の官庁が、共同配慮権を認めるという仕組みになっている。

当然に共同配慮とするのではなく、父母や子の置かれる状況にも配慮しながら、なにより父母の共同申立を要求したことは、その後の共同行使の円滑な進行にとって、きわめて好ましい

ことかと、思われる。

第2に、旧配慮法のもとで、共同配慮を申し立てる父母が増加していた。今日では、離婚カップルの半数近くに及んでおり、2012年または2013年中には、離婚数の半分以上が共同配慮に達していることが確実と思われる。

第3に、父母が申し立てたにも係わらず、共同配慮が許されなかった例については、これを知ることができなかった。比較法上の参考という点では、重要な要素である。今後の研究に留保しておきたい。

(2) 認知後の共同配慮の途

認知後に共同配慮を選択するカップルも率において少数であるが、散見される。

第1に、裁判所は、父母の配慮権を、父母の一方に帰属させ、親子関係の効力についての規定に従って、面会交流について、および他方の父母の扶養分担額を定めることができる。成年に到達した後の扶養分担額を定めることもできる。

第2、父母の配慮権の帰属、面会交流の規制については、父母の共通の申立に基づいて、かつ可能ならば子の意見配慮しながら、子の福祉にとって重要なすべての事情を考慮する。

第3に、父母が、子の監護についての分担および扶養について要する費用の分担について、適切な合意をしたときは、裁判所は、父母からの共同の申立に基づいて、子の福祉に反しないかぎり共同配慮権を認めることができる。

(3) 草案のもとでの扱い

第1に、父母が互いに婚姻していないが、父が子を認知しているときは、父母の共同の意思表示に基づいて、共同配慮権が認められる。

第2に、子のために共同して責任を引き受ける用意があること、および監護、面会交流および子の扶養について、〔父母が〕了解していることを必要とする。たんに認知するだけでなく、父としての責任を引き受ける意思のある父には、監護者になる資格を認めるものである。注目すべき法制といえる。

第3に、父母が上記の意思表示をしたときは、父母は、身分登録所において意思表示するものとされ、意思表示がなされるまでは、母にのみ配慮権が帰属する。当然のことであろう。

5) 各論問題の一つ

議論につき参考となる一つ取り上げておこう。

夫婦であった共同監護がなされている場合でも、単独監護が認められることがある。新法・政府草案で付け加えられたのは、①他方配偶者が相応な費用を負担しない場合、②養生の要務と緊急の要務については、共同代理の要請は後退し、単独代理が可能となることを明言するものである。

追加された部分での扱いは、わが法では、殆ど論じられてない問題である。コメントについては、別書に譲る (vgl. Basler Kommentar Art.301 Nr.3aff.)。結論において、緊急時には、単独親権の余地が広がるということである。この問題は、かつて筆者も、論じたことがある (拙稿「別居と扶養請求の代理」前掲を参照)。とくに緊急時には、子の利益の観点から、共同管理の要請が後退し、単独で処理できる場面が広がるのは、当然の理であろう。

3 配慮法と基本のスタンス

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・16頁による)。スイス法のスタンスを知るのに役立つと思われるので、結論のみを示しておこう。

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同棲生活の存在で足る (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・同「スイス離婚法の改正について (上)」家庭裁判月報51巻10号22頁ー24頁をも参照。

これら諸国との比較は、今後の研究に留保しておきたい。

下記の表は、一部、前掲「政府草案」の折りにも示したものである。貴重な統計資料であるので、本稿でも再録しておく。

表1：離婚と配慮権の帰属

年度	母への帰属	父へ	双方への帰属	双方帰属の率
2000	6,373	523	1,189	14.7%
2002	8,463	826	3,379	12.7
2004	8,926	738	3,998	29.4
2006	10,450	966	4,678	29.1
2007	8,846	745	4,981	34.2
2008	8,254	672	5,137	36.5
2009	7,707	616	5,432	39.5
2010	7,776	580	7,002	45.6

出典：Botschaft（以下同様）

表2：母の身分別の(生存)出生子(数)

年度	合計（含む、寡婦）	独身	既婚	離別
2000	78438	7009	70069	1275
2002	72372	7065	63918	1327
2004	73082	815	63377	1477
2006	73371	9363	62103	1825
2007	74494	10073	62447(+5)	1890
2008	76691	10942	63584(+4)	2073
2009	78286	11790	64266(+22)	2120
2010	90290	12651	65343(+20)	2202

出典：Botschaft ☆括弧内は、登録パートナー婚の場合を意味する