

イタリアにおける子に対する 共同親権の新制度（2・完）

—「両親とともに成長する権利(II diritto alla bigenitorialità)」の意義—

椎 名 規 子

はじめに

第1章 イタリアにおける「共同分担監護」実現までの歴史

1. 1865年統一民法典と1942年民法典
2. 1970年離婚法成立後
3. 「共同分担監護」についての新规定

第2章 「両親とともに成長する権利」の保障と「共同分担監護」の制度的実現

1. 「両親とともに成長する権利」の意義
2. 「共同分担監護」の趣旨
3. 「両親とともに成長する権利」実現のための今回の改正の特徴

第3章 「共同分担監護」と単独監護との分岐点—判例における「子の利益」

1. 改正前の「共同監護」への判例の対応
2. 2006年改正後に「共同分担監護」が「子の利益に反する」とされた判例
3. 小括

(以上専修法学論集第113号)

第4章 「共同分担監護」と親権

1. 「共同分担監護」における親権行使の原則
2. 親権行使の態様
3. 尊属および親族との関係を保持する権利
4. 「共同分担監護」の適用対象

第5章 「共同分担監護」の財産的側面

1. 「共同分担監護」と子の扶養
2. 「共同分担監護」と子の住居

第6章 「共同分担監護」の手続的側面

1. 義務の不履行に対する制裁措置
2. 子の聴聞権
3. 「調停(メディエーション)」の制度化

おわりに

(以上本号)

第4章 「共同分担監護」と親権

1. 「共同分担監護」における親権行使の原則

本論文(1)(専修法学論集第113号)で記したように、イタリアでは、2006年2月8日法律第54号「親の別居および子の共同分担監護に関する規定」により、民法典等が改正され「共同分担監護 (affidamento condiviso)」が導入されるに至った¹⁾。改正により、裁判官は、親の別居・離婚にあたって、父母双方による子の監護が継続される可能性を優先的に検討するとされ(民法155条2項2文)、「共同分担監護」が別居・離婚後の子の監護の原則となった。その上で、裁判官は、「子の利益に反すると解される場合」には単独監護を定めるとされ(同155条の2)、単独監護は「子の利益に反する場合」だけに認められる例外的形態となった。このように「共同分担監護」の導入により、イタリアの別居・離婚後の子の監護のあり方は大きく改められた²⁾。

ただし、離婚後の共同の監護が認められたのは、今回が初めてのわけではない。2006年の改正前も、父母がともに離婚後も子の監護を行う制度として、離婚法³⁾において「共同監護」および「交互監護」は認められていた。しかしこの「共同監護」および「交互監護」という共同の監護形態は例外的形態であり、原則は単独監護であった。単独監護の下では、監護親

1) Bruno de Filippis, Affidamento condiviso dei figli nella separazione e nel divorzio, CEDAM, 2007, p. 2. ss., Marina Marino, L'affidamento condiviso dei figli, Gruppo 24 Ore, 2010, は立法の制定過程に詳しい。

2) Michele Sesta, Manuale di diritto di famiglia, CEDAM, 2011, p. 182 ss.

3) 本論文(1)124頁で示したように、イタリアでは離婚における子の監護については離婚法6条において、別居の場合の子の監護については民法旧155条に規定されていた。今回の「共同分担監護」の改正は、離婚および別居の場合の子の監護にともに適用されることになった。

が親権を単独で行使し、「子のより重要な利益の決定」についてのみ、父母双方により行われなければならないと定められていた（民法旧155条3項）⁴⁾。この結果、「子のより重要な利益の決定」については、参加し相談される権利が非監護親にも認められたが、それ以外は、子の訓育と教育についての監守（vigilare）する権利・義務（民法旧155条3項4文）と判例で認められた訪問権しか与えられなかった。ただし、例外として、非監護親には、「子の利益を害する決定（decisioni pregiudizievoli）がとられたと

4) 民法旧155条（子に関する処分）

別居を言い渡す裁判官は、子が配偶者のいずれに託されるかを宣告し、且つ専ら子の精神のおよび物質的利益を基準として、子に関する措置を行う。

特に裁判官は、他の配偶者が子の扶養、訓育および教育に関して分担しなければならない額および方法ならびに彼らとの関係におけるその権利行使の態様を定める。

子を監護する配偶者は、裁判官の別段の処分ある場合のほか、子に対する権能を排他的に行使する。彼は裁判官によって定められた諸条件を守らなければならない。別段の定めのある場合のほか、子のより重要な利益の決定は配偶者双方によって行われる。子の監護が与えられなかった配偶者は、子の訓育および教育に対し監守する権利および義務を有しまたは子の利益を害する決定がとられたと解されるときは裁判官に提訴することができる。

家族の家における居住は優先的にかつ可能である場合には子を監護する配偶者に属する。

裁判官はさらに子の財物の管理に関する処分を与え且つ権能の行使が両親双方に託されている場合には、法定用益権の享受に両者の競合を定める。

そのあらゆる場合において裁判官は重大な事由により子が第三者の手許に置かれることまたは不可能な場合には、一定の教育施設に収容されることを命ずることができる。

子の監護および扶養に対する分担に関する措置を発する場合には、裁判官は当事者の協議を考慮しなければならない。それらの措置は当事者の請求またはその協議により異なることがあり得るし且つ当事者から推定されたあるいは裁判官から職権をもって準備された証拠方法を採用して発せられることができる。

配偶者は何時でも子の監護、子に対する権能行使の付与および分担の範囲、態様についての措置の再審を求める権利を有する。（民法典の条項の翻訳については、風間鶴寿『全訳イタリア民法典〔追補版〕法律文化社（1977）』を参照した。）

解されるとき」には、裁判官に提訴する権利が認められたが（民法旧155条3項）、これは事後的な制度であり、すべての子の訓育と教育に関する決定に直接に参加することはできなかった。

このような旧制度に対して、今回の改正により「共同分担監護」が導入され、別居・離婚後における子に関する措置を定めた民法155条は、下記のように改正された。

民法155条 子に関する措置 (Provvedimenti riguardo ai figli)

1. 父母の協議別居の場合においても、子は、父母のそれぞれと等しい関係を継続時に維持する権利および父母による監護、教育、訓育を受ける権利を有し、また親の尊属および親族との関係を保持する権利を有する。
2. 第1項に示された目的を実現するために、夫婦の協議別居を言い渡す裁判官は、専ら子の精神的物質的利益を考慮して、子に関する措置を講じる。

父母双方に子の監護が継続される可能性を優先的に検討し、あるいは父母のいずれに子が監護されるかを定め、父母それぞれが、子の扶養、監護、訓育および教育について分担しなければならない範囲および態様を定め、父母それぞれの下での期間および方法を定める。子の利益に反しない場合には、父母間の合意について書面を作成する。

子に関するその他の措置を行う。

3. 親権 (potestà genitoriale) は、父母双方によって行使される。子の訓育、教育、健康に関する子のより重要な利益の決定 (le decisioni di maggiore interesse⁵⁾) は、子の能力、生来の性向、志望を考慮

5) 民法155条3項2文の (le decisioni di maggiore interesse) の訳について、本論文(1) (113号125頁) においては、「最大の利益のための決定」と訳したが、イタリ

して、合意によりなされる。合意できない場合は、決定は裁判官に移される。通常の管理に関する決定に限り、裁判官は、親は別々に権限を行使すると定めることができる。

4. 当事者により異なる合意がある場合を除いて、父母それぞれは、各人の所得に応じて、子の扶養を行う。

必要な場合には、裁判官は、比例原則（il principio di proporzionalità）を実現するために定期的扶養給付の支払いを定める。

- 1) 子の現実の必要
- 2) 父母双方との同居時に子が享受した生活の程度
- 3) それぞれの父母の下で滞在する期間
- 4) 父母双方の経済的資力
- 5) 父母それぞれにより行われる監護および家事の経済的評価

5. 給付は、両当事者または裁判官により示された他の基準がない場合には、ISTAT（中央統計局）の指標が自動的に適用される。

6. 親により供される経済的情報が十分に証明されない場合には、たとえ名義が異なっても、裁判官は、異議の対象となる財産や所得に関して税務警察（polizia tributaria）の調査を命じる。

上記の民法155条2項2文が「父母双方に子の監護が継続される可能性を優先的に検討」すると示すように、新制度では「共同分担監護」が原則とされ、「親権は、父母双方によって行使される」（同155条3項）として、親権の共同行使が原則とされることになった。

すなわち別居や離婚を言い渡す裁判官は、「共同分担監護」の可能性を優先的に検討する。そして父母それぞれが、子の扶養、監護、訓育および教育について分担すべき範囲および態様、父母それぞれの下で過ごす期間

アのこの条文に関する諸研究からすると、「より重要な利益の決定」の訳の方が適切と思われるので改めたい。

と方法を定める（同155条2項2文）。そして父母の「共同分担監護」が行われる場合には、親権（potestà genitoriale）は、父母双方により共同で行使される（155条3項1文）。そして子の訓育、教育、健康に関する「子のより重要な利益の決定（le decisioni di maggiore interesse）」は、子の能力、生来の性向、志望を考慮して、父母の合意により行われる（155条3項2文）。合意できない場合は、決定は裁判官に移される（同155条3項3文）。しかし「通常の管理（ordinaria amministrazione）」の問題に関する決定に限り、裁判官は、親が別々に行使できると定めることができる（同155条3項4文）。

2. 親権行使の態様

（1）父母の合意が必要な「子のより重要な利益の決定」

「共同分担監護」の下では、親権は共同行使が原則とされる。その親権の共同行使は、つぎのような形態で実現されることになる。すなわち子の訓育、教育、健康に関する「子のより重要な利益の決定（le decisioni di maggiore interesse）」については、子の能力、生来の性向、志望を考慮して、双方の合意により行われる（同155条3項2文）。このように子のより重要な利益について双方の合意が必要とされたのは、子の健全な成長に影響を与える重要な決定については、両父母の参加が必要とされたからである⁶⁾。

そこで、「子のより重要な利益の決定」として、父母双方の合意を必要とする事項は、155条の規定が明示する子の訓育、教育、健康に関する内容に限られるのか、それとも、これらの事項は単なる例示なのかという議論が生じている。これについては、多くの学説は例示と解し、子の生活について重要なすべての決定は、訓育、教育、健康に限らず、親の合意を必

6) Michele Sesta, L'affidamento dei figli nella crisi della famiglia, UTET, 2012, p. 138.

要とすると解している⁷⁾。

このように「子のより重要な利益の決定」は、子の能力、生来の性向、志望を考慮して、合意によりなされることになるが、それでは「子のより重要な利益の決定」とは何を意味するのであろうか。この点については、父母の合意が求められる趣旨、すなわち子の健全な成長に影響を与える事項か否かという点から判断されるところ。具体的には、下記の内容に関する決定は、「子のより重要な利益の決定」に含まれるとされる。

- a) 子の訓育 (istruzione) に関する問題：訓育 (istruzione) とは、素質と能力に応じた職業的能力を取得させることである⁸⁾。例としては、私立学校か公立学校か、寄宿学校に入学させるかなどの学校の選択に関する問題が、子の訓育に関する事項として「子のより重要な利益の決定」とされる⁹⁾。
- b) 子の教育 (educazione) に関する問題：教育 (educazione) とは、子の人生選択における指導的規範となる価値観や道徳や倫理を与えることとされる¹⁰⁾。例としては、宗教教育に関する事項や洗礼などの秘跡 (サクラメント) を受けさせるか否か、旅行参加の是非に関する決定は、「子のより重要な利益の決定」に含まれるとする¹¹⁾。
- c) 健康に関する問題：例としては、外科手術を受けるか否か、代替治療手段の選択、抜歯や器具の装着など侵襲手術を伴う歯科矯正治療、精神療法の治療の選択を意味し¹²⁾、これらについては父母の合意が必要とされる。

7) Michele Sesta, *ibidem.*, p. 140. Alessandra Arceri, *L'affidamento condiviso*, IPSOA, 2007, p. 92.

8) Alessandra Arceri, *op. cit.*, p. 149.

9) Michele Sesta, *op. cit.*, p. 139.

10) Alessandra Arceri, *op. cit.*, p. 149.

11) Michele Sesta, *op. cit.*, p. 139.

12) Michele Sesta, *op. cit.*, p. 139.

前述したように、訓育、教育、健康という事項は例示と解されているので、これらの事項に限らず、子の生活について重要な決定のすべてに、父母の合意を必要とするのが立法者の意思であるとされている¹³⁾

ところで、この父母の合意が必要な子の利益についての重要な問題として、子の住居の選択の問題がある。住居の選択は、子の生活に与える影響が大きいため、子の重要な利益として、父母の合意が必要と解されている。もし他方父母への相談なく、子の住居を一方的に変えた場合には、後に第6章1の制裁手段において詳述するように、義務の不履行として、裁判官により監護の態様や監護措置の変更などが措置されうる。さらに子に被害が生じる場合には、警告や損害賠償など制裁規定としての民事訴訟法709条の3も適用されうる¹⁴⁾。

(2) 単独行使が可能な「通常の管理」に関する決定

このように、「子のより重要な利益の決定」については、父母の合意によって行われるが、「通常の管理 (ordinaria amministrazione)」に関する決定については、裁判官の措置により、別々の権限行使が認められる (民法155条3項4文)。そこで「通常の管理」の内容が問題となる。この「通常の管理」という文言は、財産的性質を意味するようにもみえるが、これについては財産的性質を持つ行為と解されてはならず、日常的性質の行為を意味するという見解が多数である¹⁵⁾。理由としては、子の財産や代理に関する権限については、民法320条¹⁶⁾にすでに子の財産や代理に関して規

13) Michele Sesta, op. cit., p. 140, Alessandra Arceri, op. cit., p. 93.

14) Alessandra Arceri, op. cit., p. 94.

15) L. Lenti e J. Long, *Diritto di famiglia e servizi sociali*, Laterza, 2011. p. 173., Michele Sesta, *L'affidamento dei figli nella crisi della famiglia*, UTET, 2012, p. 121. p. 139. Alessandra Arceri, op. cit., p. 107.

16) 民法320条 代理および管理

両親は共同して、または排他的方法でその親権を行使している彼らの一方は、民事的諸行為のすべてにつき、すでに生まれているおよび将来生まれるであろう子を代理しかつその財物を管理する。(以下省略)

定が設けられていることから、改めて規定を置く意味が存しないからとしている¹⁷⁾。別な見解は、「通常の管理」が財産的性質の行為ではなく、日常的性質の行為と解される理由として、民法155条3項4文の趣旨について、「共同分担監護」を現実的で実行可能な制度にするための規定と説明している¹⁸⁾。すなわち、「共同分担監護」の下でも、多くのケースでは、子は父母の一方と生活することが予想されるが、日常的事項に至るまで、他方父母にそれぞれ判断を求めるのは困難である。そこで重要性の少ない日常的な行為である「通常の管理」に関する行為については、父母の単独行使を裁判官が措置しうると定めているとする¹⁹⁾。

ただしこの点に関係して、重要性の少ない日常的行為の単独行使について、問題が提起されている。155条3項が、「通常の管理に関する決定に関する限り、裁判官は、親は単独で親権を行使すると定めることができる。」として、「通常の管理」の決定について、裁判官が定めることができるとしていることである。すなわち「通常の管理」に関する決定について、裁判官は、単独行使を定めることができるが、裁判官の措置がなくとも、父母は単独で親権行使を行うことができるのか、それとも、重要性の少ない問題であっても、裁判官の措置がなければ、親権の単独行使はできないのかということが、規定の不明確さゆえに、文言の解釈をめぐる議論が生じている。

これについては、別居・離婚後の親権行使と婚姻期間中の親権行使とを、統一して理解して、親権はつねに父母双方により行使されるのを原則とし

17) Michele Sesta, *ibidem.*, p. 122.

18) なお、Bruno de Filippis は、「通常の管理」に対する単独行使の制度について、「共同分担監護」の実現の障害を解消しうる制度として位置付けている。すなわち父母が子の養育について継続的に対立している場合には、裁判官は問題解決のために、別々に行使できると措置しうることにより、「共同分担監護」の実現を可能にすると位置づけている (Bruno de Filippis, *op. cit.*, p. 138.)

19) Michele Sesta, *Manuale di diritto di famiglia*, CEDAM, 2011, p. 187.

て、重要性の少ない問題である「通常の管理 (ordinaria amministrazione)」については、裁判官の措置によってのみ別々に単独で行使されうると解する考え方がある²⁰⁾。この考え方は、別居・離婚後の親権行使について定めた民法155条3項は、親が婚姻中の場合の親権行使について定めた民法316条2項、3項²¹⁾を再確認したものと解し、その結果、立法者は「共同分担監護」を原則としたのであり、裁判官が介入する場合のみ、日常の重要性の少ない問題について別々に行使する。裁判官が父母それぞれに別々に行う権限を認める場合を除いて、親権は父母双方により合意により行使されるとする。

このように重要性の少ない問題についても裁判官の措置を必要とする考え方に対して、重要性の少ない問題については、各父母が単独で親権を行使することができ、裁判官の措置は必要でないという考え方がある²²⁾。この考え方は、民法155条3項が、「通常の管理」の問題についての親権の単独行使の措置を裁判官に認めているのは、夫婦間の対立がある場合に、

20) Michele Sesta, L'affidamento dei figli nella crisi della famiglia, UTET, 2012, p. 121.

21) 316条 親権の行使 (Esercizio della potestà dei genitori)

1. 子は、成年または未成年解放に至るまで親権に服する。
2. 親権は、親双方の合意による共同の合意 (comune accordo) で行使される。
3. 各親が特に重要な問題について対立する場合には、より適切と思われる措置を示して、形式を問わず、裁判官に求めることができる。
4. 子に重大な損害の危険が存在する場合には、父は緊急かつ延期できない措置を講じることができる。
5. 裁判官は、親および子を聴聞して、14歳以上の年齢であれば、子の利益または家族の統一のために、より有用であると解する決定を示唆する。対立が続く場合には、裁判官は、個々の場合に、子の利益の配慮により適切と解する親の一方に決定権を付与する。

22) L. Lenti e J. Long, Diritto di famiglia e servizi sociali, Laterza p. 173. この説は、通常の管理の行為の例として、学校の日誌への署名、子がインフルエンザに罹患した場合の解熱剤の投与など通常の治療行為への同意、同級生の友人宅に遊びに行くことや学校の遠足の許可を挙げている。

「共同分担監護」の行使を容易にするためであるとする。ここから、裁判官の指示がなくても、子と暮らす父母が日常的な行為について親権を行使できるのは当然であるとする。別な見解も、重要な決定のみが、親が共同して行わなければならないのであり、重要性の少ない問題については、父母が単独で行うことができるとしている²³⁾。この見解によれば、「共同分担監護」は重要性の少ない決定も両親の反対がないことを前提とするとしながらも、衣服の管理などの日常の管理は、子と一緒に生活する親に委ねられるとする。

この問題については、判例も示されておらず、学説も定まっていない。しかし、重要性の少ない問題についても裁判官の関与が必要と解する考え方でも、裁判官の措置がなければ、日常的な問題についてもすべて単独行使ができないと解するとは思われない。したがって法律論の根拠は別としても、現実には重要性の少ない日常的な行為については、裁判官の措置がなくとも、子が生活をともにする父母が単独で親権を行使できると解するのではなかろうか。したがって、子に関する決定はすべて夫婦の合意によることが原則であるが、子とともに生活している父母は日常生活に関する問題や実際的な問題については、単独で決定できると解するのが現実的であろう。

イタリア法においては、親の別居・離婚後の親権行使については民法155条3項に定められており、婚姻中の親権行使については同316条に規定されているが、両者の関係は不明確である。そこで下記に婚姻中の親権行使と別居後の親権行使の規定の関係について表を付記する。

23) Gelsomina Salito, *La separazione, Il divorzio L'affido condiviso*, diretto da Stanzone, Giappichelli, 2011. p. 387.

親権行使についてのイタリア民法典の規定

〔婚姻中の親権行使（民法316条）〕

原則：父母の共同の合意（Comune accordo da entrambi i genitori） （同316条2項）
例外：特別に重要な問題について対立する場合 （Caso di contrasto su questioni di particolare importanza（同316条3項） ＝裁判官に申立て ricorrere al giudice

〔別居・離婚後における共同分担監護の親権行使（民法155条3項）〕

原則：両父母による共同行使（Esercizio comune）（同155条3項1文）
：より重要な利益の決定（Le decisioni di maggiore interesse） ＝共同の合意（comune accordo）（同155条3項2文）
例外：通常の管理の問題（Ordinaria amministrazione）に関する決定 ＝裁判官の措置により、単独行使が認められる（同155条3項4文）
父母が合意に達しない場合＝裁判官に移される（同155条3項3文）

3. 尊属および親族との関係を保持する権利

民法155条

1. 父母の協議別居の場合においても、子は、父母のそれぞれと等しい関係を継続時に維持する権利および父母による監護、教育、訓育を受ける権利を有し、また親の尊属および親族との関係を保持する権利を有する。
2. 第1項に示された目的を実現するために、夫婦の協議別居を言い渡す裁判官は、専ら子の精神的物質的利益を考慮して、子に関する措置を講じる。

今回の改正により、民法155条1項において、「親の尊属および親族との関係を保持する権利を有する」として、子が祖父母や親族と関係を保持する権利が定められた。この「親の尊属および親族との関係を保持する権利」の中で、とくに重要なのは祖父母と孫の関係であるが、今回明確な規

定が置かれたのは、祖父母と孫との関係が「子の利益」という観点から重要であると認識されたものである²⁴⁾。

改正前も祖父母と孫の関係の重要性が認識されなかったわけではない。しかし民法旧155条は、祖父母と孫との関係の保持について規定を設けていなかったため、祖父母と孫との関係の保持は、判例や学説によって、祖父母の訪問権（*diritto di visita*）として認められてきた²⁵⁾。判例が祖父母の訪問権を認めたのは、父母の一方の死亡や夫婦の別居などの状況における子の利益を考慮したことからであった。すなわち、父母の一方の喪失または夫婦の対立における家族の危機状態から受ける子の被害を防ぎ、それを補うものとして、祖父母と孫の関係が位置づけられたのであった²⁶⁾。祖父母などの親族との関係の保持により家族の危機状態から子を守るという趣旨は、今回の規定の趣旨にも引き継がれた。「親の尊属および親族との関係を保持する権利」が、親権の規定の領域ではなく、親の別居・離婚に関する155条4項に規定されたことがそれを示している。

このように「親の尊属および親族との関係を保持する権利」は、とくに夫婦関係が対立し、家族が危機にある場面で、祖父母と子との愛情の交流により子の被害を防止するために意義を持つとされる。この結果、「親の尊属および親族との関係を保持する権利」は、子の権利であり、祖父母の権利ではないとされる²⁷⁾。

24) Mirzia Bianca, *L'affidamento condiviso*, a cura di S. Patti e L. Rossi Carleo, Giuffrè, 2006, p. 171.

25) Alessandra Arceri, *op. cit.*, p. 118.

26) Mirzia Bianca, *op. cit.*, p. 164.

27) Mirzia Bianca, *op. cit.* p. 167.

4. 「共同分担監護」の適用対象

(1) 婚姻関係にない親から生まれた子

(2006年2月8日法律第54号「親の別居および子の共同分担監護に関する規定」)

第4条(最終規定)

1. 協議別居の認許の決定 (decret), 裁判別居, 婚姻の解消, 婚姻の取消もしくは民法上の効果の停止の判決 (sentenza) が, 本法施行日より前に既に行われている場合, 両親のそれぞれは, 民事訴訟法第709条または1970年12月1日の法律第898号の第9条の改正により規定された方法で, 本法の規定の適用を申し立てることができる。
2. 本法の施行は, また婚姻の解消もしくは民法上の効果の停止, 婚姻の無効, ならびに婚姻していない両親の子に関する手続きにおいても, 準用される。

今回の改正は, 親の別居・離婚後の子だけでなく, さらに, 上記に示した改正規定の第4条2項が上記で示すように, 親の婚姻取消または民法上の効果が停止した場合ならびに婚姻していない両親の子についても対象となる。とくに重要なのは, 婚姻関係にない親から生まれた子に対しても, 「両親とともに成長する権利」および「共同分担監護」が等しく認められることになった点である。

これまでイタリア民法においては, 婚姻関係から生まれた子と婚姻外で生まれた子との間の監護の態様について, 異なる取り扱いがなされていた。すなわち, 婚姻外の子の監護について定める民法317条の2²⁸⁾は, 自然子

28) 民法317条の2 親権の行使

1. 自然子を認知した父母に親権は帰属する。
2. 認知が父母双方により行われた場合で, 父母が同居している場合には, 親権行使は父母双方に帰属する。316条の規定が適用される。父母が同居し

の父母が同居している場合には、親権行使は父母双方によって行われ、自然子の父母が同居していない場合には、子が同居している方の父母に親権は帰属し、子が父母のどちらとも同居していない場合には、最初に認知した父母に帰属するとしている。そして同条3項により、親権を行使しない父母は、訓育、教育、および子の生活の状況を監守する権限のみを有するとしている。このように、民法317条の2の規定では、父母が同居していない自然子に対する親権行使は、単独親権とされているが、今回の改正は、民法317条の2の改正には及んでいない²⁹⁾。そこで、この317条の2の規定と改正規定第4条2項との整合性が問題となる。これについては、317条の2は、これまで父母が一度も同居していない場合の規定であるのに対して、改正規定第4条2項は、事実婚の同居生活が破綻した場合の規定であり、両者は異なるものとする³⁰⁾。すなわち、今回の改正は、別居・離婚、婚姻無効など家族の危機における子の監護を定めたものであり、事実上の家族の破綻の場合も、これと同視しうるのである。

この結果、婚姻関係のない父母の危機の場合も、裁判官は監護について決定する場合には、優先的に共同分担監護を措置し、子の精神的物質的利益に反する場合のみ、単独監護を措置することができる³¹⁾。

以上のように、「共同分担監護」は事実婚の家族が破綻した場合の規定

ていない場合には、親権行使は、子が同居している父母に帰属し、または子が父母のどちらとも同居していない場合には、最初に認知した父母に帰属する。裁判官は、もっぱら子の利益のため、別段の措置を行うことができ、後見人を任命して父母双方の親権行使を排除することもできる。

3. 親権を行使しない父母は、訓育、教育および子の生活の状況に関して監守する権限を有する。

29) 現在イタリア政府は、嫡出子と自然子との区別を廃止するために親子関係の法規定の見直し作業を進めている『外国の立法』2011年1月号

30) Michele Sesta, *Manuale di diritto di famiglia*, 2011, p. 244.

31) Gelsomina Salito, *L'affidamento condiviso dei figli nella crisi della famiglia, in La separazione il divorzio L'affido condiviso*, Giappichelli, 2011, p. 521.

として位置付けられており、父母が同居していない場合の監護については、今回の「共同分担監護」の適用外となり、この点は問題として残される。

(2) 成年の子の扶養

民法155条の5 成年の子のための措置 (Disposizione in favore dei figli maggiorenni)

1. 裁判官は、状況を判断して、経済的に独立していない成年の子の利益のために、定期的扶養の支払を命じることができる。かかる手当は、裁判官の異なる決定を除いて、権利の所有者に直接支払われる。
2. 1992年2月5日の法律104号3条3項の趣旨での障害を持つ成年の子には、未成年の子のために規定された措置が全面的に適用される。

今回の改正により、成年の子に対する扶養義務についても規定が設けられた。これまで判例や解釈によって、成年に達しても子が経済的に独立に至っていない場合には、親は子に対して扶養義務を負うとされた。今回、成年の子の扶養について明文で規定が置かれたものである。すなわち子が成年に達しても子が経済的に独立してない場合には、親の子に対する扶養義務は終了せず、親の援助がなくても、自己の需要を満たすことができるほど自律の状態に達するまで、親の扶養義務は継続する。裁判官は、状況を判断して、経済的に独立していない成年の子のために、定期的扶養の支払を命じることができる。

(3) 障害を持つ成年の子

民法155条の5第2項により、障害を持つ成年の子に対しても、未成年の子のために規定された措置が全面的に適用される。成年に達していても、障害を持つ子に対しては、継続的な援助が必要なため規定されたものである。この点について重要な点は、全面的に適用されるとしている点である。この結果、「共同分担監護」を含むすべての規定が適用されることになる。成年の子については、扶養の規定のみ適用されるのと異なる。

第5章「共同分担監護」の財産的側面

1. 「共同分担監護」と子の扶養

(1) 「共同分担監護」による扶養概念の変更

子が健全に成長するためには、子に対する父母による経済的な裏付けが不可欠である。しかし旧規定においては、別居の場合の民法155条も離婚法6条も一般的な扶養義務を規定するのみで、具体的な扶養の基準は設けられていなかった。改正された民法155条4項は、「両親とともに成長する権利 (Il diritto alla bigenitorialità)」を経済的に保障するために、別居・離婚後の子に対する親の扶養義務について具体的な基準を明確に規定した。

民法第155条

4. 当事者による異なる合意がある場合を除いて、父母のそれぞれは、各人の所得に応じて子の扶養を行う。
必要な場合には、裁判官は、比例原則 (il principio di proporzionalità) を実現するために定期的扶養給付の支払いを定める。
 - 1) 子の現実の必要
 - 2) 父母双方との同居時に子が享受した生活の程度
 - 3) それぞれの父母の下で滞在する期間
 - 4) 父母双方の経済的資力
 - 5) 父母それぞれにより行われる監護および家事の経済的評価
5. 給付は、両当事者または裁判官により示された他の基準がない場合には、ISTAT (中央統計局) の指標が自動的に適用される。
6. 親により供される経済的情報が十分に証明されない場合には、たとえ名義が異なっても、裁判官は、異議の対象となる財産や所得に関して税務警察 (polizia tributaria) の調査を命じる。

「共同分担監護」の導入は、別居・離婚後の子に対する親の扶養義務についても、つぎのような重要な意義をもたらした。第一に「共同分担監護」の導入により、扶養義務の思想および概念が改められたこと、第二に扶養額決定についての具体的な基準が設けられたこと、第三には、扶養額の決定において父母平等の原則が実現されたことである。

まず第一の扶養義務の思想および概念の変更とは、扶養義務のあり方が、「共同分担監護」の導入により、従来の「間接扶養」から「直接扶養」の形態に改められたことである。すなわち、改正前は単独監護が原則であったため、別居・離婚後の、子の監護は母親のみが担い、非監護親である父親は金銭の支払いという単なる経済的負担のみを担った。このような金銭的扶養のみを行う扶養のあり方は、イタリア家族法においては、「間接扶養 (mantenimento indiretto)」と称されるが、今回の改正は、この「間接扶養」の形態を「直接扶養 (mantenimento diretto)」に改めたことに重要な意義があるとされる³²⁾。「直接扶養」とは、金銭による経済的負担という間接的な扶養形態によるものではなく、父母は直接子に対して自己の時間を費やしともに監護・教育に参加するという扶養の形態である³³⁾。父親が金銭のみを支払うという従来の「間接扶養」の形態は、今回の改正により克服され、「直接扶養」に改められたとされる³⁴⁾。

32) Michele Sesta, *Le nuove norme sull'affidamento condiviso*, Famiglia e diritto, n. 4, 2006, p. 385.

33) Bruno de Filippis, *op. cit.*, p. 123.

34) Michele Sesta, *Manuale di diritto di Famiglia*, 2011, CEDAM, p. 190, Michele Sesta, *Le Nuove norme sull'affidamento*, *op. cit.*, p. 385.

なお、「直接扶養」の実現には、事実上二つの要件を必要とするという。ひとつは父母の資産と収入の実質的平等であり、もうひとつは各父母のもとでの滞在期間の平等とする。しかし現実には、男性の収入は平均的に女性より多く、母のもとで過ごす時間は、概して父親のもとで過ごす時間より長いことから直接扶養の実現は困難であると指摘されている (L. Lenti e J. Long, *Diritto di famiglia e servizi sociali*, Laterza, 2011, p. 176.)。しかし、「共同分担監護」は等しい責任の分担を意味するも

改正の第二の意義は、扶養についての決定基準を明確に示した点である。改正前の規定は、扶養についての具体的な決定基準を示して来なかった。その結果、判例は、扶養額の算定について、子に対する義務について定める民法147条³⁵⁾、148条³⁶⁾と夫婦間の経済的關係に関する156条³⁷⁾の解釈によって基準を形成した。そして、判例の解釈の基準は、民法148条が、「配偶

のであり、等しい扶養額の分担を意味するものではないとする。また結論には旧制度の場合と変わりはないけれども、子に対する父母の平等な配慮を定めるものであり、論理は異なるとされる（Bruno de Filippis, op. cit., p. 143 ss.）。

35) 民法147条 子に対する義務

婚姻は両配偶者に対し、子の能力、その生来の性向および志望を考慮して子を扶養し、訓育しおよび教育する義務を負わせる。

36) 民法148条 負担における競合

配偶者は、それぞれの資産に応じかつその職業的または家事労働の能力に従い、前条所定の義務を果たさなければならない。親が十分な生活手段を有していない場合は、他の嫡出または自然の尊属は、その親等の順序により、子に対するその義務を果たしうよう、当該親に必要な生活手段を供する責に任ずる（以下省略）

37) 民法156条 配偶者間の財産関係に対する別居の効果

別居を言い渡す裁判官は、別居の責を負わない配偶者の利益のためその者が自己の適当な収入を有しないときは、その生活の維持に必要な限りのものを他の配偶者から受ける権利を設定する。

その給付の実体は、四囲の事情および義務者の収入との関係において決定される。

第433条以下所定の扶養料を供すべき義務はそのまま残存する。

別居を言い渡す裁判官は、配偶者に対し彼が前項および第155条所定の義務の履行を逃れる危険が存する場合には、適切な物的または人的の適当な担保を供する義務を課することができる。

判決は、2818条所定の裁判上の抵当権の登記に対する権限名義を構成する。

その不履行の場合には、権利を有する者の請求に基づき、裁判官はその義務を負う配偶者の財物の一部の差押を措置しかつ定期的にでも義務的に一定の金銭を支払う責に任ずる第三者に対しては、その金銭の一部が直接権利を有する者に払い込まれることを命ずることができる。

その後正当な事由が生じたときは、裁判官は当事者の請求にもとづき、前項所定の処分の取消または変更を措置することができる。

者は、それぞれの資産に応じかつその職業的または家事労働の能力に従い、前条所定の義務を果たさなければならない。」として、資産や職業活動や専業主婦の家事労働の能力について言及しているにもかかわらず、実務の解釈では、父母の収入が基準とされた³⁸⁾。今回の改正において、扶養義務の算定基準が具体的に明確にされた。

改正の第三の意義は、扶養における父母間の平等を実現したことである。とくに母親の家事労働を経済的に評価することおよび監護親が扶養給付を不当に得ることを防ぐことにより、夫婦間の平等がはかられた。前者については、扶養の決定基準として家事労働を経済的に評価することは、母親に負担が偏りがちな子どもへの家事労働を適正に判断することになる。また後者については、監護親が非監護親から送金される扶養給付を自己のために費消する危険性および非監護親のもとで子が過ごす長期のバカンスの期間についても扶養給付を支払わねばならなかった旧制度に対する不合理の是正も、新法のもうひとつの目的とされる³⁹⁾。

(2) 子の扶養についての新基準

155条は、子の扶養の算定基準として、1) 子の現実の必要 2) 父母双方との同居時に子が享受した生活の程度 3) それぞれの父母の下で滞在する期間 4) 父母双方の経済的資力 5) 父母それぞれにより行われる監護および家事の経済的評価の5つの基準を規定した。

1) 子の現実の必要

扶養義務算定基準1)「子の現実の必要」と次の2)「父母双方との同居時に子が享受した生活の程度」という基準は、改正により新しく設けられた基準ではない。すでに1990年代の判例において、扶養額を決定する際には、権利者個人に必要な額を、家族が生活する社会環境に応じて扶養の範

38) Bruno de Filippis, op. cit., p. 142.

39) Marco Peluso Gaglione e Luigi Malfettani, L'affido condiviso, Sistemi editoriali, 2008, p. 50, L. Lenti e J. Long, Diritto di famiglia e servizi sociali, Laterza, 2011, p. 176.

困として考慮しなければならないとされていたからである⁴⁰⁾。これらの基準は、判例で築き上げられた基準が、確認されたものである。なお「子の現実の必要」についての具体的基準は、一般的には父母が別れる時点における子の環境、父母の経済的社会的階層、子の性向と志望、子の実生活の経験から判断されるとする⁴¹⁾。さらに155条4項の規定は、「現実の (attuali)」という文言が用いられていることから、子の年齢をも重視されなければならないとする。青年期と幼年期とは、子に必要とされる現実の扶養の内容は異なることが理由とされている⁴²⁾。

2) 父母双方との同居時に子が享受した生活の程度

この「父母双方との同居時に子が享受した生活の程度」という要件については、両当事者の貧困化という問題が指摘されている。すなわち、同居生活解消前は、ひとつの家族を扶養していた資産で、解消後は二つの別々の家族を扶養することになり、貧困化を生じさせるという点である。このため、この基準は絶対的基準ではなく、指針としての基準とされる⁴³⁾。しかし、その際にも、扶養の分担額は、父母間の共同生活が続いていたなら享けたであろうものと明らかに異なるものではない生活程度を子に保障するように合理的に解釈されなければならないとされる⁴⁴⁾。

40) Rita Rossi, *L'affidamento dei figli nella crisi della famiglia* (a cura di M. Michele Sesta e A. Alessandra Arceri), 2012, UTET, p. 277.

41) Alessandra Arceri, *op. cit.*, p. 164.

42) Alessandra Arceri, *op. cit.*, p. 164, Rita Rossi, *op. cit.*, p. 278.

43) Alessandra Arceri, *op. cit.*, p. 165.

44) 今回の改正前の事件であるが、アルゼンチンのサッカーのマラドーナ選手が自己の婚外子の扶養について、扶養額の減額を求めて裁判を訴えた事件が紹介されている。マラドーナ選手の申立ては、子の扶養額は、平均的な基準の子の要求によって額を決定すべきであり、義務者の経済的状況は判断すべきではないというものであった。しかし1995年の7月の判決により、申立ては却下された。判決が強調したのは、父親の裕福な経済的状況は、扶養額に重要性を持つというものであった。子の要求を広く満たすためにも、子の需要、習慣、志望、および子の人生の展望は、親の経済的社会的基準の影響を受けざるをえないとしたのである (Rita Rossi, *op. cit.*,

3) それぞれの父母の下で滞在する期間

「それぞれの父母の下で滞在する期間」という基準は、改正前は扶養額の算定においては、何ら考慮されることはなかった⁴⁵⁾。この基準は今回の改正により新しく導入されたものであり、父母がともに子の生活について協力関与する義務を負うという「直接扶養」の思想を反映するものである。また父母が子に費やす時間を経済的に評価するということは、母親に偏りがちな監護の負担に対する父母の平等を実現するという意味も有する。このように「父母の下で滞在する期間」が基準として示されたことは、従来の基準である収入等だけでなく、子が父母の下で滞在する「時間」が、扶養算定における要素となったことを意味する。

「父母の下で滞在する期間」が扶養の基準とされたことは、具体的には、つぎのような場合に影響をもたらすことになる。たとえば、非監護親の父が子への訪問権の行使を懈怠し、その結果監護親である母の負担が増加した場合は、その増加分は父親の負担すべき扶養額に加算されることになる⁴⁶⁾。このように、「それぞれの父母の下で滞在する期間」という基準は、多くは母親の負担や犠牲を正しく評価することを意味するが、しかし母親に常に有利というわけではない。たとえば夏の休暇の期間中に子は扶養義務者である父と数週間の間ともに過ごしたことにより、母は出費を免れていても、従来はその事実は扶養給付の減額には影響を与えなかった。この点について父親から不平等であるという批判が提起されており、「滞在期間」を扶養料の算定の基準とすることは、この批判に応える意味もあるとされている⁴⁷⁾。

p. 278.)。

45) Rita Rossi, op. cit., p. 280.

46) Rita Rossi, op. cit., p. 281.

47) Rita Rossi, op. cit., p. 280.

4) 各父母の経済的収入

「各父母の経済的収入」という基準は、改正前も判例における子の扶養の中心的基準であった⁴⁸⁾。今回の改正の重要な点は、下記のように民法第155条6項に、各父母の財産や所得について裁判官の調査権限が新たに規定されたことである。これにより、父母が財産を隠匿して扶養料を免れるのを阻止することができるようになった。

すなわち各父母の経済的収入を判断する上で重要な問題は、父母の資産の実態を把握することである。この点については、従来の判例でも裁判官は扶養義務者の財産や収入の状態に関して、職権で調査できるとされてきた⁴⁹⁾。今回の改正は、その点を明文で規定しただけでなく、名義が異なる場合でも、その財産について調査しうることが規定され、父母の資産を正確に把握することを可能にした。

なお、「各父母の経済的収入」については、具体的には父母の収入だけでなく、父母に帰属する収入源、父母の経済的寄与的能力を実現するための方法など、財産的事項であれば、裁判官は職権により広範囲な裁量権を持つとされる。

民法155条6項

親により供される経済的情報が十分に証明されない場合には、たとえ名義が異なっても、裁判官は、異議の対象となる財産や所得に関して税務警察の調査を命じる。

5) 父母それぞれにより行われる監護および家事の経済的評価

「父母それぞれにより行われる監護および家事の経済的評価」は、「共同分担監護」を実現する上で、各父母が子のために行う行為または母親の家

48) Rita Rossi, op. cit., p. 282.

49) Rita Rossi, op. cit., p. 282.

事労働を、扶養算定の基準のひとつとしたものである。すなわち前者についていえば、共同分担監護を実現する過程で、各親が子を支えるために寄与する肉体的精神的な労力⁵⁰⁾および、各父母が担う監護に対する経済的負担を示したものである⁵¹⁾。後者の家事労働については、子の成長・発達に必要な行為や良好な生活環境を子に供する行為は、どうしても母親に負担が傾きがちである。そのため母親の家事労働を公正に評価することにより父母の平等を実現することを目的とする⁵²⁾。この基準において重要なことは、市場的観点ではなく、子の監護を行うものへの正当な報酬を認めることにあるとされる⁵³⁾。

具体的には、子の学校やスポーツ活動、余暇活動や、午後の活動に、一方の親が付き添う行為⁵⁴⁾、また健康や衛生の領域についての活動⁵⁵⁾を経済的に評価しうることになる。

(3) 子に対する扶養の履行確保

ところで、以上の扶養の履行確保について、イタリア法はどのように規定しているのであろうか。この点について、イタリア法は、子に対する親の扶養義務の履行を確保するために、つぎの制度を定めている。

まず不履行を防止するために、別居の場合と離婚の場合に、不履行の危険がある場合には、それぞれ民法156条4項⁵⁶⁾と離婚法8条1項⁵⁷⁾に、親

50) Rita Rossi, op. cit., p. 287.

51) Alessandra Arceri, op. cit., p. 167.

52) Alessandra Arceri, op. cit., p. 167.

53) Alessandra Arceri, op. cit., p. 167.

54) Alessandra Arceri, op. cit., p. 167.

55) Rita Rossi, op. cit., p. 287.

56) 民法156条4項

別居を言い渡す裁判官は、配偶者に対し、前項および155条所定の義務の履行を逃れる危険が存する場合には、適切な物的または人的担保を供する義務を課することができる。

57) 離婚法8条1項

に人的・物的保証を供与する義務を負わせる。

そして現実に扶養義務の不履行が生じた場合には、民事訴訟法における一般的な財産の差押（sequestro）の制度があるが、それ以外に、イタリアの法制度は、扶養義務の履行のために転付命令（L'ordine di distrazione）を規定する。この転付命令は、直接支払命令（L'ordine di pagamento diretto）を意味し、裁判官は、親の雇用主などの第三者に、親が支払うべき金額を、権利者に直接に支払うことを命じることができる⁵⁸⁾。この転付命令（L'ordine di distrazione）は、子の扶養の履行を確保する上で、非常に実効性を有している。

転付命令（L'ordine di distrazione）が認められるのは、以下の5つの場合である。

- ① 配偶者および子に対する扶養義務の履行（民法148条2項⁵⁹⁾）
- ② 別居の場合の子に対する扶養義務の履行（民法156条6項⁶⁰⁾）
- ③ 離婚の場合の配偶者及び子に対する扶養義務の履行（離婚法8条3項⁶¹⁾）

1. 第5条6条の義務の履行を逃れる危険が存する場合には婚姻の解消または民事効果の終了を宣告する裁判所は適切な物的・人的保証を供する義務を課することができる。

58) Carmelo Padalino, *Il diritto al mantenimento*, experta, 2010. p. 134.

59) 民法148条2項

「不履行の場合には、裁判所長は、利害関係を有する者の申立てにより、不履行者の意見を聴き、情報を得て、義務者の収入の一定分を、その収入に応じて、直接に他の配偶者または子の養育、訓育および教育の費用を負担している者に払い込むべき旨を決定により命ずることができる。」

60) 民法155条6項

不履行の場合には、権利を有する者の請求に基づき、裁判官は、義務を負う配偶者の財産の一部への差押を措置し、かつ定期的にも義務的に一定の金銭を支払う責に任ずる第三者に対しては、その金銭の一部が直接権利を有する者に支払われることを命じることができる。

61) 離婚法8条3項

- ④ 家族の暴力に対する保護命令が発令される場合の扶養手当の支払命令（民法342条の3第2項⁶²⁾）
- ⑤ 家族の住居からの退去命令が発令される場合の扶養手当の支払命令（刑事訴訟法282条の2第3項⁶³⁾）

扶養の定期支払を受ける配偶者は、受領通知書付き書留による催告をなした後、少なくとも30日以内に不履行であると、義務配偶者へ定期的に金銭の支払い債務を有する第三者に、定められた金額を直接に支払う要請を伴う、扶養料の程度を定めた措置を通知することができ、不履行配偶者にその旨を送達する。

62) 民法342条の3 第2項

裁判官は、さらに必要な場合には、以下のことを命じることができる。所属地域の社会サービスまたは家族の仲裁機関および暴力や虐待の被害者である女性、未成年者やその他の者を法的に支援し収容する団体の介入。第一項の措置の効果として、相応な資力のない同居者のために、支払の期間および方法を定め、かつ場合によっては、義務者の給与から差し引いて、義務者の雇用主から権利者に直接的に手当の金額を定期支払すること。

この民法342条の3および次注の刑事訴訟法282条の2の制度が規定されたのは、イタリアにおけるDV防止法である「家族関係における暴力防止措置法」（2001年施行）による。この暴力防止措置法により、夫の給与から直接に扶養手当を天引きできる制度が創設されたのは、経済的に妻が夫に依存している現状においては、法律の整備だけでは、暴力防止に無力であるとの認識がある。すなわち、夫に経済的に依存する妻は、自らの経済的基盤を失うのを恐れて、夫を告発することも夫から逃げることも困難だったのである。このため保護命令を措置する民事事件の裁判所も、刑事手続の保全処分を措置する刑事事件の裁判所も、ともに扶養手当の支払いを夫の給与から天引きできる制度を規定したのである。

（椎名規子「イタリアにおけるドメスティックバイオレンスに対する新法について—2001年「家族関係における暴力防止措置法」の意義—」専修大学法学研究所紀要27『民事法の諸問題XI』（2002）171頁。）

63) 刑事訴訟法282条の2第3項

3. 裁判官は、検察官の請求により、保全処分の効果として、相応な資力のない同居者のために、さらに扶養手当の定期支払を命じることができる。裁判官は、義務者の状況や収入を考慮して扶養手当の処分を決定し、支払の期間や方法を定める。必要な場合には、手当は義務者の給与から差し引いて、義務者の雇用主より受益者に直接支払うことを命じることができる。支払命令は、執行名義の効力を有する。

裁判官が転付命令（*distrazione*）を命じる権限は、債権の存在によるのではなく、親子関係から生じるものとされている。親の行為が扶養給付の将来の支払いに確実な疑いを生じさせる場合のみに強制的手段の採用を認める。

別居の場合の差押命令（156条6項）については、判例は、当初は別居判決で確定した扶養義務の不履行としていたが、その後憲法裁判所の介入により、裁判長の措置で確定した場合または合意別居の合意において確定した扶養義務についても適用しようと判断を改めた。

2. 「共同分担監護」と子の住居

（1）家族の住居の分与の趣旨

親の別居・離婚による子の被害を最小にするには、それまでの子の生活環境を維持することが重要である。そのため子の生活環境を大きく変える転居はできるだけ避けられなければならない。この目的を実現するために、親の別居・離婚後も子が住居の利用を継続できるように、家族の住居の分与・利用について民法第155条の4に規定が設けられた。155条の4第1項には、家族の住居の分与・利用について規定され、第2項には監護の態様に影響を与えるような住居の変更の再審理について定められている。

155条の4 家族の住居の分与と住居に関する権利の消滅（*Assegnazione della casa familiare e prescrizioni in tema di residenza*）

1. 家族の住居の利用は、子の利益を優先して定められる。分与については、裁判官は、所有の権限その他を考慮して、夫婦の経済的関係の調整に配慮する。家族の住居の利用の権利は、家族の住居に居住していない場合、または家族の家に定住するのを止めた場合、または同棲している場合、または再婚した場合には、効力を失う。

分与の措置およびその取消の措置は、2643条の趣旨で登記するこ

とができ、第三者に対抗できる。

2. 夫婦の一方が、住居または住所を変更する場合には、他方配偶者は、変更が監護の態様に影響する場合には、合意および経済的措置を含む措置の再審理を求めることができる。

この家族の住居の分与と利用に関する規定は、今回新たに設けられたのではなく改正前もすでに規定が存在していた。すなわち家族の住居の分与については、1987年に改正された離婚法6条6項⁶⁴⁾に、また別居の場合については民法旧155条4項⁶⁵⁾に規定が置かれていた。では、これらの規定があったにもかかわらず、新たに155条の4に規定を設けた意義はどこにあるのであろうか。

かつての離婚法6条6項も民法旧155条4項も、新规定の第155条の4も、子の居住の保護を目的とした点では同じであるが、両者の間には決定的な違いがある。旧規定と新规定との大きな違いは、旧規定が監護者という親の法的地位と子の住居とを密接に関係づけていたのに対して、新规定は両者を切り離して、住居の決定の基準を純粹に子の利益という観点から考慮していることである。すなわち、改正前は、別居・離婚後の子の監護形態は単独監護が原則とされたので、子の住居の利用は、子と生活をともにする監護者に住居の利用が認められた。このように子の監護者という法的地位は、住居の取得においても重要な意味を有していたのである。しかし改

64) 離婚法6条6項

家族の住居における居住は、子を監護する親または成年を越えた子と同居する親に、優先して帰属する。いずれの場合も、住居の分与のために、裁判官は、配偶者の経済状況や決定理由を考慮し、より弱い配偶者を援助しなければならない。登録された住居の分与は、民法典1599条により第三取得者に対抗できる。

65) 民法旧155条4項

家族の住居における居住は、優先的に、かつ可能である場合には、子を監護する配偶者に属する。

正後は、単独監護ではなく共同分担監護が原則的形態とされ、子の住居の利用についても新しい基準が求められることになった。すなわち、監護者という法的地位と結びつけて子の住居が付与されるのではなく、子の生活を基準として住居の付与が決定されることになったのである。この結果、別居・離婚後の住居の利用は、監護者が誰かということではなく、子が誰とともに時間を過ごし、どのように住居を利用するのかという子の利益を中心として決定されることになる⁶⁶⁾。

しかし、このように解すると疑問が生じる。すなわち、「共同分担監護」は、別居・離婚後も父母がともに子の生活に参加する制度だとすると、子が生活の大半を共にする父母の一方に住居を付与するのは、論理的に矛盾があるのではないかということである。

この点については、「共同分担監護」は、かつての「交互監護」のように子の環境を不安定な状態に置くことを意味するものではないとする⁶⁷⁾。すなわち、「共同分担監護」は、親の離婚によって子の人生が切断されないことを意味し、住居についても生活の中心となる自己の家からの転居を強いられないという子の利益が保障されるのである⁶⁸⁾。この背景にあるのは、転居から生じる子どもの心理的被害を防止し、安定して確実な家族生活を保障するという思想である⁶⁹⁾。したがって、結果的に生活の大半を子と過ごす父母の一方が住居を利用することになったとしても、子の利益を中心に考える「共同分担監護」の制度と矛盾するものではないとされる。

なお、今回の改正により、1987年に改正された離婚法の規定に、重要な条項が付加された。すなわち、経済的に自立していない成年の子にも家族

66) Bruno de Filippis op. cit., p. 171, Umberto Roma, L'affidamento dei figli nella crisi della famiglia, a cura di Michele Sesta e Alessandra Arceri, UTET, 2012, p. 153.

67) Alessandra Arceri, op. cit., p. 174.

68) Michele Sesta, op. cit., p. 181, Umberto Roma, op. cit., p. 154.

69) Marco Peluso Gaglione, Luigi Malfettani, L'affido condiviso, Sistemi editoriali, 2008, p. 77.

の住居の居住の権利を付与したこと、および、裁判官は配偶者の経済的状況や決定理由を考慮して、より弱い配偶者を支援しなければならないとしたことである。

(2) 家族の住居の分与の基準——子の存在

155条の4第1項にあるように、家族の住居の利用は、子の利益を優先して定められる。

このように、住居の利用の決定については、子の利益を優先するとの基準が示されたが、では子のいない配偶者も、家族の住居の利用を認められるのであろうか。この問題は、改正前から多くの議論を惹起した点である。

この点について、判例は「家族の住居の分与は、子の監護が委ねられた配偶者に帰属する」との基準を示してきた。たとえば、すでに1982年の破棄院判決において、家族の住居を監護親に分与する権限が裁判官に与えられたのは、例外的なものであり、その結果子の利益のためにのみ分与することができる、と判示している⁷⁰⁾。この結果、監護者ではない配偶者には、住居は付与されないということになり、家族の住居における居住は、未成年の子がいない場合には措置されないと判断された。

しかし、このように1982年の破棄院判決は、子の存在を住居付与の要件としたが、子が存在しない場合にも家族の住居の利用を認めた判例が存在しなかったわけではない。たとえば子の監護者ではないが、重大な身体障害がある配偶者に対して、家族の住居の利用を認めた判決もある⁷¹⁾。しかし、多くの判例は、旧155条4項の家族の住居の付与を、子の存在と結びつけて判断することが多かった。

今回の2006年の改正後も、判例の立場は、これまでの立場を踏襲してい

70) Cassa. 23 aprile 1982 n. 2494 in Marco Peluso Gaglione, Luigi Malfettani, op. cit., p. 75.

71) Cass., 16 marzo 1990, n. 2190, in Umberto Roma, op. cit., p. 159, Foro it., 1990, I, 2541.

るとされる。すなわち、両配偶者の共有の不動産であっても、家族の住居の付与は、未成年の子の監護または経済的に自立していない成年の子と同居している親という要件が必要であるという伝統的な立場を維持している⁷²⁾。経済的に弱い立場の配偶者の保護については、原則として、離婚給付の支払いによって解決されるものであり、その扶養給付や離婚給付の代替措置として住居の分与がなされるのではないとされる⁷³⁾。

（3）配偶者の経済的関係の調整

民法155条の4は、さらに配偶者の経済的関係を調整する際には、所有の権限（eventuale titolo）も考慮して、家族の住居の分与を考慮しなければならないと規定する。この規定は、家族の住居の分与により生じる経済的利益は、扶養給付や離婚給付の額の決定のために考慮されなければならないとする判例の立場を受けたものである⁷⁴⁾。

この点について、第155条の4の規定は詳細な規定を欠いており、趣旨が明確ではないが、子のための一方父母への家族の住居の付与は、父母の一方による負担の額を決定する際に評価判断される趣旨であるとする⁷⁵⁾。

このため子と同居する母親が住居の利用を継続する場合で、その住居が父親の単独所有である場合には、所有権者である父親が母親に支払うべき扶養額の算定においては、母親が不動産の利用を継続することにより、父親が不動産を利用できなくなった結果生じる経済的出費を考慮されなければならないとされる。

また前述したように、住居の分与は子の存在が優先基準とされるので、子がない場合には、住居の分与は、所有のその他の権限の可能性を考慮して、配偶者間の財産的関係の調整の必要がある場合にのみ正当とされる。

72) Umberto Roma, op. cit., p. 164.

73) Marco Peluso Gaglione e Luigi Mafettani, op. cit., p. 80.

74) Michele Sesta, op. cit., p. 193.

75) Bruno de Filippis, op. cit., p. 173.

(4) 居住の利用権の消滅

さらに問題とされるのは、居住の利用権の消滅についてである。すでに述べたように、離婚法第6条6項および民法旧155条4項にすでに家族の住居の利用権について規定が設けられていたが、利用権の消滅についての規定は設けられていなかった。今回の改正で利用権の消滅について規定が新たに設けられた。その消滅原因としては、つぎの4つが規定されている。

①住居を利用していない場合、②家族の住居に定住するのを止めた場合、③同棲している場合、④再婚している場合の4つの場合である。しかしこれらの消滅原因については、批判がされている。なぜなら、これらの4つの消滅原因のうち、①と②の消滅原因については、居住していないという事実により、居住の利用権が消滅することに争いはないが、残りの二つの消滅原因の③同棲している場合と④再婚している場合については、子の利益と直接関係がないとされるからである⁷⁶⁾。すなわち、これらの消滅原因は、子の利益とは別な要因に基づいていること、および家族の住居の利用権を奪われる危険により、自己の選択が左右され、経済的不利益を受ける配偶者の地位はさらに弱められるという指摘がされている⁷⁷⁾。

このため、この155条の4の規定について、憲法裁判所に裁判が提起されるに至った。原告の主張は、家族の住居に居住する権利は、親が別居または離婚した子どもと親が再婚または事実婚をした子どもとを差別的に取扱い、子の利益の保護に反するということ、および住居の利用権を失う危険性により、事実婚の自由または婚姻の自由は侵害される結果をもたらすというものであった。これに対して、憲法裁判所は、2008年の判決で、民法第155条の4は憲法第2条、第3条、第29条、第30条に反せず合憲であるとの判断を下した⁷⁸⁾。ただし、合憲と判断したが、民法155条の4は事

76) Marina Marino, *L'affidamento condiviso dei figli*, Gruppo 24 ore, 2010, p. 73, Alessandra Arceri, *op. cit.*, p. 141, Umberto Roma, *op. cit.*, p. 178.

77) Michele Sesta, *op. cit.*, p. 181. Bruno de Filippis, *op. cit.*, p. 177.

実婚や再婚によって、当然に配偶者の住居の分与の取消の効果を生じるものではないとして、厳密な調査の結果、具体的に新しい関係が子の利益と合致しない場合には、住居の分与は取消されるという趣旨で解釈されなければならない、と判断した。このように、憲法裁判所は、事実婚や再婚により当然に分与の取消の効果は生じないと判断している。

（5）家族の住居の利用と第三者への対抗力

民法155条4項は、以上の家族の住居の利用権については、2643条⁷⁹⁾による登記を可能とし、第三者に対抗することができるものと定める。では改正前は、住居の利用権についての第三者への対抗力をどのように規定していたのであろうか。

改正前は、別居の場合の子の監護について定める民法旧155条は、夫婦の住居の分与についての第三者への対抗力について規定を置いていなかったが、1987年改正の離婚法6条6項は、民法1599条⁸⁰⁾によって第三取得者に対抗できるという規定を置いていた。民法1599条は、未登記の不動産の賃貸借について始期から9年内でなければ第三取得者に対抗できないと定めている。これは9年内であれば、未登記の不動産の賃貸借でも、第三取得者に対抗できることを意味する。そこで1599条の適用を認めるこの離婚法の規定が別居の場合にも適用されうるのかが問題となった。これに対して裁判所は、別居の場合には、直接適用も類推適用もされないとの判断を示していた⁸¹⁾。そこでこのような裁判所の見解に対して、離婚の場合と比

78) Corte Cost. 30 luglio 2008, n. 308.

79) 民法2643条（登記に関する諸行為）

次の各号に該当するものは登記の方法をもって公示されなければならない。

8号 9年を越える存続期間を有する不動産の賃貸借契約。

（1号から7号および9号以下省略）

80) 民法1599条 賃貸借の特定名義における移転

3号 登記されていない不動産的財物の賃貸借は、賃貸借の始めから9年の制限内でなければ、その第三取得者に対抗することはできない。

（1号2号および4号以下省略）

して不平等であるとして、憲法裁判所に訴えが提起された。この訴えに対して、憲法裁判所は、別居について規定する民法旧155条4項が、家族の住居について第三者に対抗しようとの規定を置いていない点について憲法違反であると示すに至った⁸²⁾。この憲法裁判所の判決の結果、9年内の期間の賃貸借は、登記なしに第三者に対抗しようとの1599条は、離婚だけでなく別居についても適用されることとなった⁸³⁾。

このように、改正前にすでに、9年内の期間内であれば、家族の住居の分与は、第三者に対抗できるとされていた。

しかし今回改正された155条4項は、適用条項が1599条ではなく2643条と規定したため、問題が生じている。すなわち1599条は賃貸借の規定であり、9年内は第三取得者に対抗できるとの規定である。これに対して2643条⁸⁴⁾は、登記の一般原則を定めた規定であり、9年を越える存続期間の不動産の賃貸借については、登記されなければ第三者に対抗できないとの規定である。どちらの規定も9年以内は、第三者に未登記でも対抗できるとの趣旨であるが、適用条項の変更が、この利用権について登記が可能であることを示した以上に意味があるのかが問題とされている⁸⁵⁾。

81) Bruno de Filippis, *op. cit.*, p. 183.

82) Corte Cost., 27 luglio 1989, n. 454.

83) Bruno de Filippis, *op. cit.*, p. 183.

84) 民法2643条 登記に服する諸行為

次の各号に該当するものは登記の方法をもって公示されなければならない。

9号 9年を越える存続期間を有する不動産の賃貸借契約

(第1号から8号および9号以下省略)

85) この第三者への対抗力について、改正後の現行法が明確に定めていないため、登記は、分与や利用を対抗する要件なのかどうか、または9年を超える場合にのみ必要なかが問題とされている (Michele Sesta. *op. cit.*, p. 194.)。

第6章 「共同分担監護」の手続的側面

1. 義務の不履行に対する制裁措置

(1) 制裁措置の趣旨

以上のように改正法は、別居・離婚後の子に対する親権行使について、「共同分担監護」の制度を導入し、「両親とともに成長する権利」の保障のための規定を置いた。しかしすべての父母がお互いの合意や裁判官の措置に従うとは限らない。そこで、改正法は、父母間に対立が生じた場合の解決措置および一方父母が義務を履行しない場合の制裁的措置を民事訴訟法709条の3に新設した。

民事訴訟法709条の3 紛争の解決および不履行または違反の措置

両親の権利または監護の行使についての両親間で生じた紛争の解決は、係属している措置の裁判官が管轄権を有する。第710条所定の措置は、子の住所地を管轄する地方裁判所が管轄権を有する。

申立てに続き、裁判官は、両当事者を呼出し、適切な措置を行う。重大な義務の不履行もしくは、子の損害を増加させたり、監護の態様の正しい遂行を阻害する行為がある場合には、現行の措置を修正し、共同で以下の行為を行うことができる。

- 1) 義務を履行しない親に警告する。
- 2) 両親の一方に対して、子に関する損害賠償を定める。
- 3) 両親の一方に対して、他方に関する損害賠償を定める。
- 4) 義務不履行の親に罰金金庫（Cassa delle ammende）へ最低75ユーロから最高5000ユーロまでの行政罰の支払いを科する。

裁判官により行われた措置は、通常の方法で不服申立てができる。

上記の民事訴訟法709条の3により、重大な義務の不履行、子の損害を増加させること、監護の態様の正しい遂行を阻害する行為が親によりなされた場合には、現行措置の修正、親への警告、損害賠償または罰金をその親に課することができる。これらの制裁措置が設けられた趣旨は、ひとつには子の精神的成長への危害の継続や増大を防ぐというものであり、もうひとつは不履行や違反が将来も繰り返されるのを避けるためである⁸⁶⁾。

これらの措置を決定する権限は裁判官に与えられている。裁判官に紛争の解決および不履行に対する権限を付与した理由は、裁判所が行った監護の措置が守られているかについての監督と親に義務の履行を促すためである⁸⁷⁾。今回の改正により、制裁措置が規定されたことにより、裁判官の措置の実効性が担保されることになった。これまでは、裁判所は制裁制度を持たなかったために、不誠実な親に対して有効性を欠く結果となっていたのである。すなわち扶養義務の不履行については、本稿第5章1(3)で述べたように、強制執行などの民事訴訟法上の手段が利用できるほか、転付命令 (*distrazione*) を利用できる。これは、裁判所が雇用主などに義務者の収入の一定分を直接に扶養権利者に支払う旨の命令を行うものである。この転付命令 (*distrazione*) は、直接かつ迅速に履行を確保できるという意味で実効性を持つものであるが、扶養義務にしか適用されない。そのため、扶養以外の義務の履行確保の手段が求められたのである。今回規定された義務の不履行への制裁措置は、子への訪問を懈怠するなどの扶養義務以外の義務の不履行に対して特に意味を持つことになる⁸⁸⁾。

この裁判官による措置は、具体的には以下の二つの場合に行われる⁸⁹⁾。

86) Carmelo Padalino, *L'affidamento dei figli nella crisi della famiglia*, UTET, 2012, p. 878.

87) Carmelo Padalino, *op. cit.*, p. 876.

88) Enrico Mulden, *L'affidamento dei figli nella crisi della famiglia*, UTET, 2012, p. 326, L. Lenti e J. Long, *Diritto di famiglia e servizi sociali*, Laterza, 2011, p. 239.

89) Carmelo Padalino, *L'affidamento dei figli nella crisi della famiglia*, UTET, 2012,

ひとつは、親権の行使について父母間に生じた対立を適切に解決する目的で行われる場合である⁹⁰⁾。たとえば父母の一方が、子の生活に関する重要な決定について、他方の親権行使を一方的に妨害している場合には、現行の措置の修正などの適切な措置を採ることが可能となる。例としては、学校や医師の選択、子の住居の転居の選択または子の治療の選択が挙げられている⁹¹⁾。

もうひとつは、不適切な父母の行為を是正し、子の監護措置を遵守させる目的で行われる場合である。すなわち父母の一方による重大な不履行や義務違反が生じた場合に、現行の措置を修正し、または強制的な措置を行うことにより、不適切な父母の行為を是正する強い動機となりうる。たとえば、子と同居する父母を他方に交替すること、「共同分担監護」から単独監護への変更また「直接扶養」の代わりに「間接扶養」の導入などを行うことにより、父母による不履行や違反が繰り返されるのを防ぐ意味を持つ⁹²⁾。

（2）裁判官による措置の対象となる行為

裁判官による措置の対象となる行為は、①父母による重大な義務の不履行 ②子の損害を増加させる行為 ③監護の態様の正しい遂行を阻害する行為の3つである。不履行の対象となる義務は、裁判官による措置または当事者の合意にもとづく義務の不履行である。重大でない義務の不履行は警告の対象にも裁判官の介入の対象にもならない。重大さの程度は、子の利益および「共同分担監護」の法の問題から判断される。

（3）裁判官の措置の態様

以上の3つの要件のいずれかに該当する場合には、当事者の申立により、

p. 876.

90) Carmelo Carmelo Padalino, op. cit., p. 876.

91) Carmelo Carmelo Padalino, op. cit., p. 877.

92) Carmelo Padalino, op. cit., p. 877.

裁判官は両当事者を呼出し、現行の措置の修正および警告、損害賠償または罰金についての措置を行うことができる。

① 現行の措置の修正

重大な義務の不履行または子の損害を増加させることまたは監護の態様の正しい遂行を阻害する場合には、現行の措置を修正することができる。この現行措置の修正は、親権の行使について父母間に生じた対立を解決することを目的とする。この監護の措置の修正は、制裁的見地からなされてはならず、子の利益の見地から行われる。この点で、制裁的性質を有する以下の警告や損害賠償と異なる性質を持つ。そのためもし親の一方に義務の不履行があっても、子がその親の元で暮らすのが、子に利益となるのであれば、裁判官は違反があってもその措置を修正することはできないとされる⁹³⁾。

② 警告

裁判官の行う制裁的措置の第一は、警告（*ammonimento*）である。この警告の制度は改正前も存在したが、損害賠償や罰金など制裁制度が規定された結果、この裁判官の警告の制度はより実効性のあるものとなった。警告の目的は、当事者が適切に行為するように、「共同分担監護」の目的を説得理解させることであり、裁判官がこの役割を担う。この措置は、不履行または子に損害を及ぼす親に対して命じられる。

③ 損害賠償

改正前の制度では、監護や親権行使の問題に対する緊急の解決方法としては、監護の交替という方法しかなかったので⁹⁴⁾、より実効性を確保するために損害賠償の制度が規定されたものである。

では損害賠償の対象となる親の行為はどのようなものであろうか。判例および通説は、義務違反の行為がすべて損害賠償の対象となるものではな

93) Bruno de Filippis, *op. cit.*, p. 228.

94) Alessandra Arceri, *op. cit.*, p. 293.

いとしている⁹⁵⁾。

判例で、損害賠償が認められた事案としては、父親が障害を持つ子への訪問を懈怠したことが、子を監護する母親の人生の実現に重大な困難を生じさせたとして、父親に対して、母親に15,000ユーロを支払うよう命じたケースがある⁹⁶⁾。その判例によると父親が障害を持つ子に対して無関心であったため、母親は自己のすべての時間を子に費やし、その結果仕事もできず、また新たな人生を実現することもできなかったとして、父親の懈怠は母親に対して重大な損害をもたらしたとする。同様の趣旨の判例として、子に時間を費やさなかった父親に対して、損害賠償が命じられたケースがある⁹⁷⁾。その判例によると、父が子と過ごす時間と態様が裁判所により定められたにもかかわらず、父が子とともに過ごす権利義務を懈怠したことは、継続的に子の世話をする母の役割を過重にしたとして、母の経済的費用の増大とまったく関係ないとはいえないとしている。

他方、非財産的損害は認めたが、財産的損害は否定したケースがある。父が子との交流を欠いたことについて、非財産的損害については子および母に対する損害賠償を認めたが、母が費用を負担したが利用されなかった休日の費用についての財産的な損害については、認めなかったケースがある⁹⁸⁾。

以上の判例に見られるように、損害賠償の対象となる行為について、積極的な義務違反の行為だけでなく、訪問権の懈怠という消極的な行為をも対象としていること、とくに父親の訪問権の懈怠が母親の人生の実現に対して損害を与えているという判断は、きわめて注目すべき点である。

95) Carmelo Padalino, *op. cit.*, p. 914.

96) 未公判例 T. Reggio Emilia, 5. novembre. 2007 in Carmelo Padalino, *op. cit.*, p. 915.

97) Trib. Milano, 18. giugno 2009. in Carmelo Padalino, *op. cit.*, p. 915.

98) A. Firenze, 29. agosto 2007 in Carmelo Padalino, *op. cit.*, 915.

2. 子の聴聞権

(1) 子の聴聞権の趣旨

今回の改正は、155条の6を新たに規定することにより、12歳に達した子またはそれ以下でも十分判断力のある子について、聴聞して手続を行うことを裁判官に義務づけている。

民法155条の6 裁判官の権限と子の聴聞 (Poteri del giudice e ascolto del minore)

1. 暫定的であっても、155条の措置を発する前に、裁判官は、当事者の申立または職権で、証拠を調べる。裁判官は、さらに12歳に達したまたは判断能力のあるそれ以下の年齢の子の聴聞をすることができる。
2. 機会を見て、裁判官は、当事者に意見を聴いて、親の同意を得て、子の精神的物質的利益の保護のための特別な配慮によって、合意に達するための調停を企図し専門家を利用し、155条の措置の採用を延期することができる。

イタリアにおいては、この規定が置かれる以前も、子どもの権利条約などの国際条約の影響により、裁判所は、別居や離婚の裁判手続の過程において、子の聴聞権を認めていた。しかし、それは裁判官の権限として子への聴聞を行っていたものであり、義務として位置付けられたものではなかった⁹⁹⁾。子の意見を聴くことは、裁判の過程に子を巻き込むことであり、子に心理的トラウマを与えるとして、子の意見を聴くことに対しては消極

99) 協議別居の手続きについて定める民事訴訟法708条には、子の聴聞権については、規定されておらず、また離婚法4条8項には、子の聴聞の制度は規定されていたが、「絶対的に必要 (strettamente necessario) と思われる場合」と、厳格な制限が付されていた (Bruno de Filippis, op. cit., 202.)

的であった¹⁰⁰⁾。かつては子は保護の対象に過ぎず、権利の主体とは位置づけられていなかったのである。

しかし、2001年の養子縁組に関する「家族への子の権利」法において、12歳に達した子および12歳に達していなくても意見を聴取されなければならないとして、聴聞権が規定された¹⁰¹⁾。今回の改正により、別居・離婚の手續における子の聴聞権が明確に規定され、12歳以上、それ以下でも判断能力があれば、子の聴聞がなされることになった。その趣旨はふたつある。すなわち、ひとつには、子どもが聴聞され自己の意見を表明する権利は、国際的に認められて確立されていること¹⁰²⁾、もうひとつは、父母などによって歪められることのない子の意見を裁判官が直接に聴くことは、真実を知る上でも意味があるからである¹⁰³⁾。

しかし子に対する心理的トラウマなどの被害を防ぐために、子への聴聞は、子が守られた環境でなされなければならないとされる。具体的には、心理的専門家の援助を受けながら、裁判官により直接に行われる。

（2）子どもの手續代理人制度

155条の6の規定からは、子への聴聞は、子が単独で行われるのか、父母が同席でなされるのか、また弁護士などの代理人とともに行われるのか明確ではない。そこで、155条の6の規定が子どもの手續代理人までも規定しているのか問題となる。

子どもの手續代理人の制度について、注意すべきは、イタリアの未成年養子制度においては、すでに子どもの手續代理人が存在することである¹⁰⁴⁾。すなわちイタリアは、未成年養子について規定する「家族への子

100) Gianfranco Dossi, *L'avvocato del minore, nei procedimenti civili e penali*, Giappichelli, 2010. Bruno de Filippis, *op. cit.*, 202.

101) 椎名規子「親権制限と未成年養子制度における「子の福祉」—イタリアにおける「家族への子の権利」—」前注79), 94頁。

102) Bruno de Filippis, *op. cit.*, 203.

103) Alessandra Arceri, *op. cit.*, p. 206.

の権利」法（2001年3月28日法律第149号）において、親権失効（民法330条）および親権制限（民法333条）、養子可能状態の裁判手続などの場合に、親とともに子に対しても、国費で代理人による援助を受けると規定している（民法336条4項、家族への子の権利法第8条4項）¹⁰⁵⁾。これは、子の利益のために、家事事件に代理人を選任する権利を保障する1996年のストラスブル条約をイタリアが2003年に批准したことが反映されたものである¹⁰⁶⁾。

それでは別居や離婚が家事事件手続においても、親権失効、親権制限や養子と同様に、子どもの手続代理人の選任制度が改正法により認められた

104) イタリアの裁判手続きにおける子の防御および代理に関しては3つの形態が存在する。

① 子の特別後見人 (*curatore speciale*)

子の代理人の役割を遂行する第一の類型は、特別後見人である。特別後見人は、親と子または複数の子の間で財産上の利害が対立する場合、または親がいない場合または能力に欠けるか無関心の場合に、法的に代理する者である（民法320条）。

② 刑事裁判手続きにおける職権による子の代理人

子の代理人としての第2の類型は、刑事裁判において職権により選任される子の代理人である（刑事訴訟法97条）。

③ 後見的に国費で選任される代理人

子の代理人の役割を行う第3の類型は、国費で後見的に選任される代理人である。代表的なものは、2001年の「家族への子の権利法」により設けられた、親権制限や親権失効、養子可能状態の裁判において、国費により代理人の選任が認められた制度である。この法律の成立前は、国費で選任される代理人は、民事手続きにおいては、犯罪により被った被害の賠償を理由とする場合だけであった Gianfranco Dossi, *L'avvocato del minore, nei procedimenti civili e penali*, Giappichelli, 2010, p. 41ss.

105) Gianfranco Dossi, *op. cit.*, p. 3. 「養子可能状態の措置は、第10条2項所定の未成年者および両親またはその他の親族のための法的補助者とともに、行われなくてはならない」（子の権利法第8条4項）椎名規子「親権制限と未成年養子制度における「子の福祉」—イタリアにおける「家族への子の権利」—専修大学法学研究所紀要35『民事法の諸問題XIII』（2010）87頁」

106) Michele Sesta, *op. cit.*, p. 221, p. 603.

のであろうか。

この点については、子の聴聞権の重要性が認識され、子の聴聞権については規定されたが、別居・離婚時の代理人の援助の制度の規定は置かれなかった。この点で養子縁組や親権失効、親権制限で子の代理人の選任が義務とされたのとは大きく異なり批判も多い¹⁰⁷⁾。

3. 「調停（メディエーション）」の制度化

(1) 「調停（メディエーション）」の制度化の意義

「共同分担監護」導入に基づく民法改正により、民法155条の6第2項に、「調停（*mediazione* メディエーション）」¹⁰⁸⁾の手続が規定された。

民法155条の6

2. 機会を見て、裁判官は、当事者に意見を聴いて、親の同意を得て、子の精神的物質的利益の保護のための特別な配慮によって、合意に達するための調停を企図し専門家を利用し、155条の措置の採用を延期することができる。

「調停（メディエーション）」とは、一般的には、二人または複数の当事者が著しい対立状態にある場合に、対立状態を解消してよりよい結果を得るために、当事者が自由意思によって、中立な第三者である調停者（メディエーター）に、援助を求める手続とされる¹⁰⁹⁾。

107) Alessandra Arceri, *op. cit.*, p. 201.

108) イタリアの調停（*mediazione*）は、わが国の調停制度とは性格を異にすること、およびイタリアの調停は、イギリスやアメリカ合衆国のメディエーションの影響を受けていることから、本稿では、「調停（メディエーション）」として、訳に（メディエーション）の語を付加した。

109) Giovanna Fava, *La mediazione familiare*, in *L'affidamento dei figli nella crisi della famiglia*, UTET, 2012, p. 790.

家族関係における「調停（メディエーション）」制度は、ヨーロッパにおいてはイギリスを発祥の地とするが¹¹⁰⁾、イタリアにおいては、カトリックの司教区顧問（*consultori*）にたどることができるとされる¹¹¹⁾。こうしたカトリックの司教区が担った私的な相談機関としての制度がイタリアにおいて公的に国家法で認められるのは、1975年の公的相談機関設立法（1975年7月29日法律第405号）であった。この立法により、その後、相談機関の活動がイタリアで活発に展開されるに至った。ただし、この1975年の公的相談機関設立法が立法される以前も、多くの自治体にはすでに相談機関が設置されていた。

またイタリアで「調停（メディエーション）」制度が促進された背景としては、国際的影響も無視することはできない。EU加盟国内においては、「調停（メディエーション）」が、家族関係の対立の解決に有用であるとされ、各国に「調停（メディエーション）」の制度が求められたのである。たとえば1996年のストラスブール条約第13条においては、「調停制度（メディエーション）」の制度が父母間の対立の解決のための制度として推奨され、1998年の欧州評議会の勧告でも、「調停（メディエーション）」の制度が奨励されている¹¹²⁾。

こうした影響の下で、イタリアでは自治体レベルでは、多くの州が「調停（メディエーション）」を制度化するに至った¹¹³⁾。

110) ヨーロッパでは、1978年にイギリスで、Lisa Parkinsonにより、離婚後の父母の協力を助けるために National Family Conciliation Council が制度化されたのが、公的サービスとしては最初という（Giovanna Fava, *op. cit.*, p. 793.）

111) その目的は、イタリア共和国憲法の精神に基づき、家族や婚姻の価値の実現や可能性を援助することにあったという（Giovanna Fava, *op. cit.*, p. 793.）

112) Giovanna Fava, *op. cit.*, p. 793. Alessandra Arceri, *op. cit.*, p. 213.

113) イタリアでは、エミリア・ロマーニャ（1989）、アオスタ（1998）、リグーリア（1998）、プーリア（1999）、シチリア（2003）、カラブリア（2004）、ロンバルディア（2004）、トスカーナ（2005）と多くの州法で調停（メディエーション）が制度化されている（Alessandra Arceri, *op. cit.*, p. 214, Giovanna Fava, *op. cit.*, p. 794.）。

なお、国家法のレベルで、これまでに「調停（メディエーション）」が規定されたものとしては、ドメスティックバイオレンス防止に関して規定された民法342条の3が挙げられている¹¹⁴⁾。

今回の民法155条の6の「調停（メディエーション）」は、国家法である民法に、家族関係の対立状態の解消の手段として明確に規定された点に大きな意義を持つものである¹¹⁵⁾。

（2）「調停（メディエーション）」の内容

「調停（メディエーション）」制度が民法155条の6第2項に規定されたことにより、子をめぐる父母の対立のすべての場合に、調停者（メディエーター）の利用が可能になった。

ただし、民法155条の6に規定された「調停（メディエーション）」は、具体的な内容を明確にしていない。そのため「調停（メディエーション）」制度の具体的な内容は、実務や州レベルで形成された内容によって解釈されることになる。

イタリアの「調停（メディエーション）」制度の目的は、家族関係の対立の解決を第三者に委ねるのではなく、対立した当事者同士が話し合いを再開して、自らの力による解決を援助することだとされる¹¹⁶⁾。そのため

なおイタリアの調停（メディエーション）の活動の特徴は、学校内の問題の解決にも重要な役割を担っているということである。たとえばミラノやローマ、モデナ、ジェノヴァ、トリノなどで学校の問題について、活発な調停（メディエーション）制度を行っているという（Giovanna Fava, *op. cit.*, p. 795.）。

114) Alessandra Arceri, *op. cit.*, p. 214. なお民法342条の3は、保護命令を措置する場合に、裁判官は、必要な場合には、所属地域のサービスまたは家族の仲裁機関および暴力や虐待の被害者である女性、未成年者やその他の者を法的に支援し収容する団体の介入を命じることができる、と規定する。

115) 「調停（メディエーション）」の新設については、「共同分担監護」の立法過程で、議会で激しい議論を引き起こした。論議の対象となったのは、子に関する手続きにおいて、「調停（メディエーション）」を義務とするかどうかであった。結果としては、155条の6にあるように、義務とはされなかった。

116) Alessandra Arceri, *op. cit.*, p. 215.

調停者（メデイエーター）の活動は、当事者が話し合いを回復することを援助することであり、活動の基本方針は当事者の自由意思と自主性である。

調停の申立は、完全に自由意思で行われ、裁判官の命令によって行われるものではない。命令により調停が行われることは、手続上よい結果をもたらさないとされ、また合意が安定して守られることにはならないと説明されている¹¹⁷⁾。調停者（メデイエーター）は、専門家ではあるが、中立的立場の第三者であり、裁判官の補助者ではないので、依頼者の守秘義務を遵守し完全な信頼関係の形成が求められる。

調停者の役割は、対立の過程で失われた当事者間の対話の回復や子の現実的な解決の援助であり、別居や離婚に関する問題の解決を目的とはしない。その結果、調停者は、よりよい解決や和解や譲歩による解決を目的とはせず、また裁判官に服することもないとされる。調停者は、対立の原因や父母の一方の責任について裁判官に報告する必要もないとされる。唯一調停者（メデイエーター）が負う責務は、子のために親が合意に達した際の合意の条件を裁判官に伝えることだとされる。この点で、弁護士や裁判官の補助者とは異なる性格を有する¹¹⁸⁾。

おわりに

2006年の「親の別居および子の共同分担監護に関する規定」により、イタリアでは、別居・離婚などの場合において、子は「父母との関係を継続的に維持する権利」を有すると規定された。この権利は、「両親とともに成長する権利（Il diritto alla bigenitorialità）」と称されている。この「両親とともに成長する権利」は、家族関係の崩壊による子の被害を防止し、父母が子の生活にともに協力参加することを目的とするが、そのための制度

117) Alessandra Arceri, op. cit., p. 215.

118) Alessandra Arceri, op. cit., p. 215.

として、「共同分担監護」が導入された。この「共同分担監護」の導入は、別居・離婚など父母が別れた後の子に対する監護のあり方を大きく改めるに至った。

（１）監護の形態

まず、父母の別居・離婚の子の監護に関して、父母双方が子の監護を行う「共同分担監護」が、原則的監護形態とされた。単独監護は、「子の利益に反すると解される場合」という例外的な場合にのみ、裁判官により認められることとなった。そして「子の利益に反すると解される場合」の解釈について、判例は、夫婦間に対立があるからといって、「共同分担監護」が否定されるものではないと判断している。その理由としては、夫婦間の対立は、別居や離婚にはしばしば伴うものであり、もし夫婦間に対立があることを理由として、「共同分担監護」を否定するとしたならば、「共同分担監護」の意義は失われるとしている。判例においてはできるだけ「共同分担監護」の実現をめざす解釈が行われている。

（２）親権行使

別居・離婚後の子の監護形態として、「共同分担監護」が原則とされたため、親権は共同行使が原則となった。そして子の訓育・教育・健康に関する「子のより重要な利益の決定」は、子の能力、生来の志向、志望を考慮して、夫婦の合意により行われるものとされた。ただし重要性の少ない「通常管理」に関する決定に限り、裁判官は、親権の単独行使を認めている。

なお、「共同分担監護」の制度が、婚姻関係にない親から生まれた子および障害を持つ成年の子に対しても適用されることも、今回新たに規定されたものである。

（３）尊属および親族との関係を保持する権利

「親の尊属および親族との関係を保持する権利」が明文で規定された。とくに祖父母と孫との関係が問題となるが、今回規定される以前は「訪問

権」として判例で認められたものである。明文で規定された趣旨は、祖母と孫との関係が、「子の利益」の観点から重要な意義を持つとされたのである。すなわち危機状態の家族関係において子が受ける心理的被害を最小限にするには、祖父母の愛情により補われることが重要であると認識されたのである。ここから、「尊属および親族との関係を保持する権利」は、尊属および親族の権利ではなく、子の権利として位置づけられている。

(4) 子の扶養

子に対する扶養の側面においても、「共同分担監護」の導入は重要な意義をもたらした。第一の意義は、子の扶養の理念が、「間接扶養」から「直接扶養」の形態に改められたことである。すなわち、かつては子の世話の子を引き取る母親が担い、父親は扶養料の送金という経済的負担のみを担うという「間接扶養」の形態であった。しかし「共同分担監護」の導入により、扶養の形態は、父は金銭扶養だけを行うという「間接扶養」ではなく、父母双方ともに、直接に子に対して自己の時間を費やして子の監護教育にあたるという「直接扶養」の形態に改められたのである。その制度理念の変更に伴い、扶養の基準として、1) 子の現実的必要 2) 父母双方との同居時に子が享受した生活の程度 3) それぞれの父母の下で滞在する期間 4) 父母双方の経済的資力 5) 父母それぞれにより行われる監護および家事の経済的評価、という5つの基準が規定された。これらの基準は、「直接扶養」という扶養の概念の変更という趣旨とともに、夫婦の平等の実現という意味をも有している。とくに、3) のそれぞれの父母の下で滞在する期間と5) の父母それぞれにより行われる監護および家事の経済的評価という基準は、従来は扶養の基準とされなかった基準である。

なお、子の扶養料を確保するために、裁判官が各父母の財産や所得を調査する権限が規定され、父母が扶養料の支払いを逃れるのを阻止できるようになったことも、今回の改正の重要な点である。

5) 家族の住居の分与

家族の住居の分与についても規定が改正された。父母の別居・離婚により子が転居を余儀なくされ、子に心理的被害が及ぶのを防ぐために、子の住居の利用の継続を可能にする家族の住居の分与の規定が置かれた。この住居の利用に関しては、同様の規定が改正前もすでに存在したが、規定の趣旨は大きく改められた。すなわち、改正前は単独監護が原則であったため、子の住居の利用の決定は、子の監護者という法的地位と密接に結びつけられていた。しかし改正後は「共同分担監護」が原則とされたことにより、子の住居の利用は監護者という法的地位と結びつけられるのではなく、子の住居の利用の必要性という子の利益により判断されることになったのである。

(6) 制裁手段

以上の共同分担監護についての父母の合意または裁判官により採られた措置の実効性を確保するために、制裁制度が新たに規定された。すなわち、現行措置の修正、不履行の親への警告、子または他方父母に対する損害賠償、罰金制度の4つの手段である。これらの制裁制度により、親を心理的に強制して義務者の不履行を防止するとともに、重大な不履行や義務違反により、子の被害が拡大するのを防ぐことができる。これらの制裁制度は、扶養料の履行を確実にし、また子に損害を及ぼす親権の行使を防ぐことによって、「両親とともに成長する権利」の実現を支えている。

(7) 子の聴聞権の保障と「調停（メディエーション）」の制度化

別居・離婚の手續における子の意見表明権を保障するために、12歳以上またはそれ以下でも判断力のある子に対して、聴聞権が規定された。また別居・離婚後の父母間の対立を解消し、話し合いを再開して自らの力で解決を可能するために、父母を援助する制度として、「調停（メディエーション）」の制度が新設された。

(8) 「両親とともに成長する権利（Il diritto alla bigenitorialità）」と2001年

改正の「家族への子の権利法 (Diritto del minore alla famiglia)」との関係

以上、イタリアは、「共同分担監護」を新しく法制度化することにより、子が離婚後も親との関係を切断されることなく父母双方とともに関係を維持するという「両親とともに成長する権利」という法思想を具体化した。

この「両親とともに成長する権利」は、2001年に制定された「家族への子の権利法 (Diritto del minore alla famiglia)」と連動するものである。「家族への子の権利法」は、親から遺棄された子を保護するための未成年養子法であり、民法と福祉法の境を取り払って制定された法である。この「家族への子の権利法」は、子は、家族の中で養育されることにより愛情の要求を満たされ、健全に成長しようという基本理念から、遺棄された子に親を付与することを目的とする。ここから、孤児院などの施設は、人間が成長する環境には値しないとして、大規模収容施設の廃止を決定し、養子制度を援助する。しかし他方で、「家族への子の権利法」は、実親の下で養育を受け成長する子の権利を養子制度に優先すると位置づけた。この結果、親の困窮状態により、子が実親と別れることを防止している。すなわち親の困窮状態は、子の権利の行使の障碍とはならないと明確に規定し、実親が自己の役割を果たせないときは、国、州、自治体に、危機状態の家族を適切に援助する義務を課した。

このように「子の権利法」の基礎には、子が健全に成長するには、子は実親の愛情を受けて成長することが不可欠であるという法思想がある。この「家族への子の権利」法は、未成年養子法の領域に規定されているが、親子法全般における子の権利保護の中心的な基本理念であるとされる¹¹⁹⁾。そして別居・離婚など家族の解消の場合において具体化された「家族への

119) たとえば、セスタ教授は、「家族への子の権利」は、親権の領域における子の権利の中核を占めるとしている (Michele Sesta, *Diritto di famiglia*, CEDAM, 2005, p. 434.)。

子の権利」が、「両親とともに成長する権利」である。すなわち、父母が別れる場合であっても、両父母の愛情を受けて子は成長するのが本来のあり方であり、それを実現する制度として、「共同分担監護」を制度化した。子の健全な成長のために、ともに負う親の責任として、父母は子の成長過程への共同参加の義務を負うとしたのである。

以上のように、2001年の「家族への子の権利法」と2006年の「親の別居および子の共同分担監護に関する規定」により、イタリアの法制度は子の権利の実現に向けて大きく歩みを進めた。子に関して残る問題は、親権（*potesta genitoriale*）という用語の廃止や嫡出子と自然子の区別の廃止などであるが、現在こうした親子関係の法規定について、政府の見直し作業が進められている¹²⁰⁾。

ところで、日本法に目を転じると、わが国ははまだ離婚の際の子の監護について、単独親権制度を維持している。わが国でも親の離婚により受ける子の被害を防止するために、共同親権制度の実現が早急に求められている。こうしたわが国の問題については、稿を改めて考察したい。

120) 『外国の立法』2011年1月号