

コンスタンツェ・フィッシャー＝ツェルマーク\*

## オーストリア法における離婚後の配慮

佐々木 健\*\* (訳)

### はじめに

2001年の親子関係法改正法以後 (KindRÄG 2001<sup>1)</sup>), オーストリアにおいては, 婚内子の父母が離婚した場合及び一時的ではなく別居した場合, 父母双方の共同配慮が維持される。この法改正以前は, 裁判離婚と同様に, 合意による離婚いづれについても, 父母の一方のみに配慮権が単独で帰属していた。例外があるとしても, 父母の離婚にもかかわらず引き続き子と一緒に父と母が一つの家庭の中で生活するといった, あまり現実的にはあり得ないケースであった。離婚後の共同配慮の導入については, 活発な議論を呼び起こした。子が父と母との間で行ったり来たりさせられて, やがて父母間の意見が対立することに繋がりうるのではないかと懸念されていたのである。しかし, 調査研究の結果により, 実際には, 父母の大多数が共同配慮を選んでおり<sup>2)</sup>, それが子の発達条件にとって好ましい影響をもたらしている<sup>3)</sup>ということが示された。

ただし, 離婚後の配慮権の結果として唯一考えられるのは, 父母双方による共同配慮だけではない。つまり, 共同配慮は, 父母の合意があること

---

\* コンスタンツェ・フィッシャー＝ツェルマーク ウィーン大学法学部教授

\*\* ささき・たけし 札幌学院大学法学部准教授

1) BGBl I 2000/135.

2) *Barth-Richtarz*, 5 Jahre Obsorge beider Eltern-eine Bilanz, iFamZ 2006, 43.

3) *Barth-Richtarz*, Neue empirische Ergebnisse zur gemeinsamen Obsorge, iFamZ 2010, 126 以下を参照。

を前提としているのである。もしも父母の合意がない場合には、これまでと同様に、裁判所により、配慮権は父母の一方へ単独で帰属することとなる。また、父母は、将来的には父母の一方にのみ配慮権を委ねるべき旨を協議により合意することができる。したがって、離婚後の配慮状況はいくつかのバリエーションがあり、それを後々に変更することも可能である。本稿では、この様々な可能性についてそれぞれ詳述したいと考える。

## A. 離婚直後の配慮

### I. 父母の共同配慮

未成年子の父母が婚姻を解消するとき、父母が配慮権の帰属につき変更しない旨の合意を裁判所に対して提示すれば、法規定に基づき、父母双方の配慮が維持される（民法177条1項）。しかし、共同配慮の場合においても、父母は、父母の一方いずれかのもとで子が主に滞在すべきかについて、合意しなければならない（民法177条2項）。この居所指定に関する合意がなければ、共同配慮はなしえないのである！したがって、父母の一方いずれかが子の主たる居所指定に関する合意を拒絶することで、共同配慮を阻止することができる。子の配慮に関する父母の合意は、子の福祉に適合するものであるとして、裁判所によって許可を得なければならない（民法177条3項）が、それと同時に法律上の制約にも留意する必要がある。つまり、子が毎週交互に父親のもと、母親のもとで暮らす旨を父母が定めるとしても、現行法上、裁判所は、その合意を許可しえないのである。なぜなら、子にとって主たる居所がないため、又は“最優先的な家 (Heim erster Ordnung)” が存在しない<sup>4)</sup>ともいえるためである。しかし実際には、このような交替モデルも自由に行われており、法律上の規定では、これを秘密にすることを父母に強制しているといえる。なぜなら、この交替モデルが

---

4) *Ferrari in Ferrari/Hopf*, Reform des Kindschaftsrechts 57.

子の福祉に適うであろう場合であっても、裁判所はこれを認めようとはしないためである。

したがって、父母の合意には、少なくとも“最優先的な家”が含まれることが必要である。その他の事項が取り決められないようであれば、婚姻中存続していた配慮権全部は父母の一方いずれかに帰属することとなる。しかし、父母は、父母の一方の配慮権を、例えば職業教育の問題<sup>5)</sup>といった、一定の諸事務に制限することもできる(民法177条1項後段)。ただし、子の主たる居所とすべき父母の一方には配慮権全部を委ねなければならない(民法177条2項)。

合意による離婚の場合、夫婦は、裁判所における離婚の効果に関する取り決め(Scheidungsvergleich<sup>訳者注1)</sup>)において子の主たる居所を定めなければならない、または、——夫婦が共同配慮を望まない場合には——別途、配慮の調整をしなければならない。それをしなければ、婚姻は解消できない(婚姻法55条a第2項)。裁判離婚において父母が子の主たる居住地について相当の期間内に合意できない場合には、保護裁判所(Pflegschaftsgericht<sup>訳者注2)</sup>)が、職権でこれを定める。裁判官はまず、平和的な合意形成を試みなければならない。これが成功しないとき、裁判官は、今後、父母のいずれかに配慮を委ねるかを決定しなければならない(民法177条a第1項)。父母が

---

5) *Ferrari in Ferrari/Hopf*, Reform des Kindschaftsrechts 63.

訳者注1) Scheidungsvergleich = 離婚の効果に関する合意

合意に基づく離婚に際して、夫婦は、裁判所において、離婚の効果に関する取り決めを書面で交わす必要がある。婚姻法第55条a第1項によれば、夫婦の婚姻共同生活が少なくとも半年以上解消し、夫婦関係が回復の見込みのない程に破綻していることを夫婦双方が了知しており、かつ、夫婦間で離婚に関する合意があるときには、夫婦双方が離婚を請求できる。また、夫婦が、裁判所において、書面により、子の配慮・面会交流・扶養義務、夫婦財産法上の請求権について合意を締結した場合にのみ、婚姻解消が認められる(同条2項)。

訳者注2) Pflegschaftsgericht = 保護裁判所

保護裁判所とは、別個独立した裁判所ではなく、管轄裁判所において、離婚・子の配慮・子の居所・父母や祖父母との子の交流権・養子縁組の同意・認知等に関する非訟事件手続を担当する部局をいう。

子の主たる居所に関する合意を提示したものの、裁判所がこの合意を許可しないときには、父母は改めて合意をしなければならない。この合意が成立しない場合には、またしても、父母の一方のみに配慮が委ねられることとなる。

## II. 父母の一方の単独配慮

父母は、離婚後に配慮権を父母の一方にだけ帰属すべき旨の合意もすることができ（民法177条1項2文）。父母の一方が配慮権全部を有し、これに対して他方は一定の事務のみを行うことと、事案を区別しなければならない。この状況は共同配慮とみなされるため、したがって、子の“最優先的な家”に関する合意を必要とする<sup>6)</sup>。そうすれば初めて、裁判官は、自分のもとに子が主に滞在する父母の一方が配慮権全部をもつべきかどうかを審理することができる。

裁判所による分属（gerichtliche Zuteilung）を通じて、父母の一方の単独配慮となる。これは、父母が離婚後の子の配慮について合意できない場合、——上述のように——父母が共同配慮を望んでいるものの子の主たる居所について合意形成に至っていない場合に必要である。父母が配慮に関する合意を形成したものの、子の福祉に適わず、したがって裁判所が許可しない場合には、結果的に、裁判所により、父母の一方へ単独で配慮権が委譲される。

裁判官は、父母の一方に専ら配慮権全部を委ねることができるが<sup>7)</sup>、父母の共同配慮または少なくとも他の一方に制限付きの配慮を命じることはできない。配慮の分属にとって決定的なものは子の福祉であって、父母の利益は差し控えられなければならない<sup>8)</sup>。配慮の分属にあたっては、子の年齢が上がるほど、子の願いは、より大きな意義を持つこととなる。分別

---

6) *Ferrari in Ferrari/Hopf*, Reform des Kindschaftsrechts 55.

7) *Weitzenböck in Schwimann/Kodek*, ABGB<sup>4</sup> §177a Rz 17.

8) *Weitzenböck in Schwimann/Kodek*, ABGB<sup>4</sup> §177a Rz 20.

のある未成年者、つまり14歳以上の者の願いは、子の福祉に反しない限り、考慮しなければならないのである<sup>9)</sup>。

## B. 事後の配慮の変更

### I. 父母の合意

父母は、既に合意した配慮の定めを後で変更することができる（民法177条1項2文）。その場合、父母は、配慮に関する新たな合意を裁判所に提示し、当該調整が子の福祉に適う場合には裁判所は許可しなければならない。つまり、従前の共同配慮から、父母の一方の単独配慮に変更したり、または他の一方の配慮の制限について定めることができる。また、反対に、これまで父母の一方のみが配慮権を有していた場合には、後から共同配慮について合意することもありうる。同じく、これまで配慮権を有していなかった父母の一方が後から“同等の配慮”を得ることもできる<sup>10)</sup>。もっとも、どちらの場合も子の主たる居所に関する合意が要件ではあるものの<sup>11)</sup>、最後に、父母は、一方から他方への単独配慮の変更も合意することもできる<sup>12)</sup>。

### II. 父母の一方の申立て

父母の一方のみが離婚後になされた配慮の定めの変更を望み、かつ、その一方が他方との合意を獲得できない場合には、裁判所に申立てを提起する必要がある。これにより、父母の各一方は、いつでも共同配慮を終了させることができる（民法177条a第2項）。共同配慮の終了を目的とする申立てには、十分な理由付けを必要とせず<sup>13)</sup>、父母の一方が共同配慮の維

---

9) *Weitzenböck in Schwimann/Kodek*, ABGB<sup>4</sup> §177a Rz 29 を参照。

10) この様々な可能性については、*Weitzenböck in Schwimann/Kodek*, ABGB<sup>4</sup> §177 Rz 17.

11) *Ferrari in Ferrari/Hof*, Reform des Kindschaftsrechts 56.

12) *Weitzenböck in Schwimann/Kodek*, ABGB<sup>4</sup> §177 Rz 17.

13) *Weitzenböck in Schwimann/Kodek*, ABGB<sup>4</sup> §177a Rz 10.

持をもちや望んでいないということだけで足りる。すなわち、現行法の状況によれば、父母の一方の意思に反して父母双方のもとに共同配慮を維持することは不可能である。子が将来的にも父母双方による配慮を希望しており、かつ、それが子の福祉にとって最も適うと思われる場合でさえ、同様である<sup>14)</sup>。裁判所を通じても平和的な合意形成が達成できないときには、裁判所は、父母の一方のみに単独で配慮を委ねることとなる。この判断は、父母のどちらに配慮が委ねるのが子の福祉に最も資するかどうかに左右される。当然ながらその際には継続性の原則が基本的な判断基準となるため、大抵の場合には、子と同居している父母の一方が配慮権を獲得することとなる。しかし、配慮の変更がむしろ子の福祉に適う場合には、他の一方へ居所を変更するという、一時的な負担を甘受する必要がある<sup>15)</sup>。ただし、子を世話している父母の一方が離婚手続の中で共同配慮に合意したものの、その後に短期間でこの解消を申し立てる場合には、継続性の問題はほとんど意味をもたない<sup>16)</sup>。

父母の一方が離婚後に単独で配慮を委譲された場合、他の一方の申立てによるこの配慮調整の変更は、厳格な要件を満たす場合にのみ可能である<sup>17)</sup>。他の一方への配慮の委譲は、すなわち、これまで配慮権者であった父母の一方から配慮権を剥奪しなければならず、そのために子の福祉が危険に晒されることを同時に意味する（民法176条1項）。もっとも、14歳以上の未成年子自身は、配慮変更の申立てを提起することができる。子が判断能力を有する者であればあるほど、その申立てに応じる必要がある<sup>18)</sup>。これまでの単独配慮権者たる父母の一方の配慮のみを制限し、かつ、他方へ配慮権全部を委ねることは、認められない。この場合には、共同配慮の事案となる。共同配慮は当事者一方が一方的に申し立てるのでは

14) *Beck*, Kinder brauchen beide Eltern-Neue Wege im Kindschaftsrecht, EF-Z 2010, 220, 222.

15) *Weitzenböck in Schwimann/Kodek*, ABGB<sup>4</sup> §177a Rz 11.

16) *Weitzenböck in Schwimann/Kodek*, ABGB<sup>4</sup> §177a Rz 12.

17) *Weitzenböck in Schwimann/Kodek*, ABGB<sup>4</sup> §177a Rz 13 を参照。

18) *Deixler-Hübner in Kletecka/Schauer*, ABGB-ON 1.01 §176 Rz 9 を参照。

なく、離婚した父母の合意に基づかなければならない。

### C. 配慮権を持たず、別居する父母の一方の権利

配慮権を委ねられていない父母の一方は、情報入手権及び意見表明権を有する。この者には、例えば、転校のような子に関わる重要事項について通知されなければならない、かつ、この者はその事項に対して意見表明することができる（民法178条1項）。さらに、子と同居していない父母の一方は、子と人的交流を求める権利を有する（民法148条）。2001年の親子関係法改正法以後、法律は、子の訪問権（Besuchsrecht）も明確に定めている。訪問権は、別居している父母の一方に配慮が帰属しているか<sup>19)</sup>、その一方が扶養義務を果たしているかどうか<sup>20)</sup>によらず、認められる。しかし、14歳以上の未成年子または別居親の一方の意思に反して、訪問権の調整が強制的に行われることはない（非訟事件手続法108条）。なぜなら、これは子の福祉に反すると考えられるためである<sup>21)</sup>。配慮を委ねられていない父母の一方が子の人的交流権を理由なく拒絶する場合には、当然に、情報入手権及び意見表明権を失うこととなる（民法178条3項2文）。子の父母の一方が人的交流をする準備があるものの、例えば、他の一方がこれを妨害する等の理由から定期的訪問による交流が行われなるときには、非配慮権者である父母の一方は、それほど重要ではない子の事項についても情報提供を受けなければならない、かつ、この件に対して意見表明をすることができる（民法178条1項2文）。例えば、より正確な学校の成績に関する詳細な情報がこれに含まれる<sup>22)</sup>。

---

19) *Fischer-Czermak in Kletecka/Schauer*, ABGB-ON 1.00 §148 Rz 2 を参照。

20) *Fischer-Czermak in Kletecka/Schauer*, ABGB-ON 1.00 §148 Rz 2 を参照。

21) *Fischer-Czermak in Kletecka/Schauer*, ABGB-ON 1.00 §148 Rz 14 を参照。

22) *Deixler-Hübner in Kletecka/Schauer*, ABGB-ON 1.01 §178 Rz 6.

## D. 法改正の予定

2010年には既に、配慮法の改正案をまとめるべく作業部会が設置された。2011年のヨーロッパ人権裁判所（EGMR）の判決<sup>23)</sup>及び憲法裁判所（VfGH）の最近の判決<sup>24)</sup>に基づき、立法者も法改正に向けた行動を迫られた。これらの事案は未婚の父親の配慮権に関するものであり、法改正への動きの中で、離婚後の配慮についても新たに規定する必要性を示している。これまで公表された最近の草案<sup>25)</sup>では、父母が相当の期間内に子の主たる居所について合意できず、または配慮に関する合意が全く実現されない場合にも、裁判所が、父母双方の配慮を命じることができることを予定している。このような場合には、裁判官は、もちろん、将来的に父母のどちらの家庭で子が世話されるべきかを定めなければならない。この改正を通じて、共同配慮はもはや父母の合意に左右されないこととなろう。裁判所は、子の福祉のみに従い、審理をしなければならないこととなるだろう。この関連で草案ではまた、父母の一方の事後の申立てだけで簡単に共同配慮が終了させられないようにする予定である。さらにこの場合にも、裁判官は、子の福祉に適うならば、共同配慮を継続する旨を命じることができる。

上述の草案には、離婚後に非配慮権者となる父母の一方の法的地位の強化についても盛り込まれている。この者が配慮の委譲の申立てをするときは、裁判所は、子の福祉の基準により、母または父に単独で、または双方に共同で配慮を委ねるかどうかを決定するものとする。この草案とは異なり、現行法では、先述のように、配慮の変更は子の福祉の危険の場合のみ可能である。

---

23) *Spörer gegen Österreich*, EGMR 3. 2. 2011, Appl 35.637/03.

24) VfGH 28. 6. 2012, G 114/11, EF-Z 2012, 213, 214.

25) 2011年11月時点の草案。現時点ではオンライン上から取得できない状況にある。



これまで述べてきた草案では、配慮権者ではない父母の一方の離婚後の法的地位の強化も盛り込まれている。この者が配慮権の帰属に係る申立を提起する場合には、裁判所は、子の福祉の基準に従い、母若しくは父に単独で、又は父母双方に配慮権を委ねるべきかどうかを定めるものとする。現行法によれば、この草案内容と異なり、配慮変更は子の福祉の危険の場合にのみ可能である。

その他の改正点として、子の“二重の居所 (Doppelresidenz)”モデルが提案されている。これは、父母は、共同配慮の場合においても、特別な理由から子の福祉に適う限りにおいて、子を父母双方の家庭で世話することを父母が合意できるというものである。ただし、その他の要件として、父母は子の扶養の取り決めをも盛り込んだ、具体的かつ包括的な世話のプランを裁判所に提出し、かつ、裁判所によってその合意に対し許可を受けなければならない旨、予定されている。

これまでに列挙した提案がすべて実施されるかどうかは、まだ見通しがつかない。現在、司法省長官と女性省長官の見解もまだ一致していない状況にある。しかし、確実に配慮法の改正に近づいており、およそ離婚後の配慮についても対象となる可能性はとても高い。

#### 〔後注〕

2013年1月13日親子法改正法では、大略、次のような内容となった。

- 1 父母が婚姻している場合には、父母が配慮権を有する (177条1項)
- 2 父母が婚姻していない場合には、母が配慮権を有する。父母が身分登録官に対して父母双方が配慮権を有することを合意することができる (同条2項)。
- 3 父母が配慮権を有するが、同居していない場合には、どちらが主たる養育者となるか合意しなければならず、主たる養育者でない父母の一方の配慮権は、特定の事務に制限される (同条4項)。
- 4 父母が離婚する場合には、配慮権は父母双方に帰属する。父母は裁判

所において、父母の一方の単独配慮、あるいは父母の一方の配慮権を特定の事務に限定する旨の合意をすることができる（179条1項）。また父母のどちらが主たる養育者となるか合意しなければならない（同条2項）。

5 4において相当な期間内に合意が形成されない場合、または父母の一方が自分への配慮の委譲（単独配慮）を申し立てたときは、裁判所は暫定的な指示をする。具体的には、従来からの主たる養育者である父母の一方が6か月間、養育を継続し、他方には面会交流を認め、養育費用の負担を命ずる。6か月経過後、裁判所は配慮権を決定する（180条）。