

## 《論説》

## 離婚後の子の監護

——共同監護実現に向けたイタリア民法典改正の  
議論とともに——

椎 名 規 子

## 目次

- 序章
- 第1章 EU諸国における離婚後の子の監護をめぐる制度の状況
  - 1 ドイツにおける状況
  - 2 フランスにおける状況
  - 3 オランダにおける状況
- 第2章 イタリアの家族法の変遷および現行法上の離婚後の子の監護の制度
  - 1 これまでの家族法の流れ
  - 2 現行法における親の別居・離婚後の子の監護の制度
- 第3章 共同監護
  - 1 交互監護
  - 2 共同監護に対する判例の対応
  - 3 共同監護に対する学説の対応
  - 4 共同監護の要件と問題点
- 第4章 イタリア議会における共同監護の立法に関する議論の状況
  - 1 共同監護の立法の必要性
  - 2 共同監護法案の最近の審議の状況
  - 3 現在のパニッツ3（Paniz3）法案の問題点
- 第5章 まとめ
- 資料 パニッツ3（Paniz3）法案

## 序章

わが国の年間離婚件数は、昭和39（1964）年以降毎年増加し、昭和58（1983）年をピークに減少したが、平成3（1991）年から再び増加し、平成14（2002）年には、約29万組となり過去最高となった。<sup>(1)</sup>平成15（2003）年の離婚件数は約28万6千組でやや減少するものの依然高い数字を示している。そして、未成年の子を持つ離婚は全体の離婚件数の6割を占め、毎年約30万人の子が親の離婚に巻き込まれている。

親の離婚により、子は、親同士の葛藤からくるストレス、転居に伴う生活環境の変化、生活レベルの低下などさまざまな影響を受けることになる。その中でも、一方の親から遺棄されたと子が感じることは、子に大きな苦痛をもたらすものである。こうした状況において、離婚後も親と子が継続して交流することは、子に対してつぎのような意味を持つであろう。まず第1に、子の喪失感を緩和させるのに役立つものと思われる。離婚後も親と子が交流を活発にすることは、親の離婚が子を遺棄したものではないと子に認識させることになるからである。第2には、子の成長の過程で監護親が直面する子の問題について、非監護親も協力して解決にあたることにより、監護親の負担を軽減させ、子の利益に役立つことである。例としては、登校拒否、いじめ、または家庭内暴力などであろう。第3には、同性の親でないと対応しにくい問題があるということである。子が思春期にさしかかると、肉体的精神的に性的成長を迎えるが、その場合に異性の親が子の悩みの相談にのるのは容易ではない。たとえば、娘が初潮を迎えたとき、父親が適切なアドバイスを与えるのは困難であろう。こうした場合に、別れて暮しても同性の親が子の相談に応じることは、子に精神的安定をもたらすことになる。さらに第4には、監護親が子の利益を実現しているかを非監護親がチェックする機能を持つと考える。通常わが国では、親の離婚後の子の利益の実現は、親権者となった一方の親に委ねられることになる。しかし必ずしも子の親権者となった親が子の利益の代弁者であるとは限らず、子の利益を著しく害する場

合もある。その極端な場合は、親権者となった親や再婚相手または同居相手が子どもを虐待するケースである。<sup>(2)</sup>このような場合に、別れた親と子が活発に交流することは、親権者である親が子どもの利益にかなうように子どもを養育しているかについて、非監護親がチェックする意味があり、虐待を未然に防ぐことが可能となる。

以上のように、離婚後の親と子の交流は、子の利益にかなうと思われるが、残念なことに、わが国では、離婚後の親と子との交流が活発に行われている<sup>(3)</sup>とは言い難い。

これに対して、イタリアでは、親の別居・離婚後も、父親と子との交流が行われる頻度が他の国々より高い<sup>(4)</sup>という。その理由は、第1には、イタリアの別居・離婚に至る夫婦の社会階層が、裕福で学歴の高い上・中流階級に多いこと、第2には、イタリアにおける家族の結束の強さ、第3に、イタリア<sup>(5)</sup>では離婚に至る法定別居期間が3年と他の国より長いことが挙げられている。

こうした別居・離婚後の親の権利・義務について、イタリア民法典は、親権の両親共同権能の原則は、別居・離婚後も消滅しないと規定する（民法典317条2項）。そして別居、離婚後の非監護親に対して、子の訓育および教育に対する監守の権利義務を認め（民法典155条3項4文、離婚法6条4項4文）、別居・離婚後も子のための最善の利益は、配偶者双方によって決定されると定める（民法典155条3項3文、離婚法6条4項2文）。

またイタリアでは、すでに1987年の改正により離婚法の6条2項に、共同監護が規定されている。しかし、共同監護をより実効性のある制度にするため、現在イタリア議会の下院において、民法改正が議論されているところである。こうしたイタリアの法制度を考察することは、わが国の現状および離婚後の親子関係を考察する上でも意味があると思われる。

そこで、本稿では、イタリアにおける別居・離婚後の子の監護の制度を概観し、さらに共同監護の議論についても考察してみたい。

（１） 2002年人口動態統計，厚生労働省大臣官房統計情報部編。

（２） 2004年1月の大阪府の岸和田市の虐待のケースはそうした事案である。この

ケースでは、離婚後父親が親権者となり子をひきとったが、同居者の女性とともに、中学3年生の長男に食事を与えず、暴力をふるうなどの虐待行為を行い、その結果、子は脳に障害を負い昏睡状態となってしまった。母親は家庭裁判所に子の親権者変更の申立を行っていたが、被害発生を防止するのに間に合わなかった(2004年1月26日付朝日新聞、及びその後の報道による)。

- (3) 若干古い統計であるが、全国の母子家庭への調査報告書によれば、親権の帰属は、母97%、父2%で、そして子と父親の交流の頻度の調査に対しては、離婚以来まったく接触がないのは61%で、以前には接触があったが現在はない11%を加えて、現在接触がないものは72%、現在接触があるものは26%となっている(「離婚と母子家庭」離婚と母子家庭調査研究会、調査委託者・財団法人日本児童問題調査会、昭和61年)。ただし、家庭裁判所が、母の氏変更申立事件のうちの200件について面接交渉の実体について聴取した調査によると、未成年の子が父と交流を続けているものは、84件で全体の42%であるとする(寺戸由起子・井村たかね「最近の面接交渉の実体と調停及び調査官活動—東京家庭裁判所の実務から—」ケース研究218号152頁)。

- (4) イタリアでの父親と子との交流の頻度を示す統計が以下に示すものである。

この統計の調査の方法は、イタリア全土から抽出した別居のケースについて父親と母親双方にインタビューによって回答を求めたものである。

母親が監護者である場合の父親と子との交流の頻度(%)

	回答者 母親	回答者 父親
一度もない	6	6
1年に数回	2	1
1月に1回から3回	18	11
1週間に1回からそれ以上	74	82
合計	100	100

Marzio Barbagli, Chiara Saraceno, Separarsi in Italia, il Mulino, 1998, p.191.

- (5) 前注の社会学者のバルバーリ教授およびサラチエーノ教授の研究によれば、多くの国で、統計上別居や離婚の後まもなく子との交流は途絶えがちで、10年経過するころには、父親の70%が、子とほとんど会うことがなくなるという。これに対して、イタリアはこれらの国とは異なり父と子の関係の希薄になる割合が少ないという。その理由として、つぎの3つの理由があげられている。第1の理由は、イタリアでは、他の国と違って、別居・離婚に至る夫婦の社会階層が、裕福で学歴の高い上・中流階層に多いということである。このため父親が離婚後も、子の訓育や世話に協力し、子との良好な関係を維持しようのではないかとしている。第2には、イタリアにおける家族の結束の強さである。イタリアは他の国々と比べて、夫婦間の結びつき、世代の異なる家族の結びつきが強く、離婚を考慮する場合にも、子に対する責任を重視する場合が多いとする。そしてイタリア社

会は、血縁の結びつきから生じる義務や子に対する親の責任を怠る者に対して厳しいという。このため離婚した父親も、子に対する自覚が生まれるとする。第3には、共同生活の終了から2年の時点の夫の状況であるとする。イタリアにおける離婚に必要な法定別居期間は、夫婦の共同生活の終了から3年であるが、これに対して他の多くの国は別居期間を経ずに即時に離婚が可能であったり、また別居期間を必要とする場合であっても2年である。そこで他の国では、共同生活の終了から即時または2年経過した時点で、再婚が法的に可能となり新しい家族が生まれる。これに対してイタリアでは、その時点ではまだ再婚が可能とならず、また長く再婚を待つ間に新しいパートナーに失望することもあり、結果的に前婚の子との関係が保たれるとしている。Marzio Barbagli, Chiara Saraceno, op. cit., pp185-187.

## 第1章 EU 諸国における離婚後の子の監護を めぐる制度の状況

1993年にマーストリヒト条約が効力を発して、欧州連合（EU）が発足した。2004年5月以降には、中・東欧、地中海領域から新たに10ヵ国を加え加盟25カ国となり、さらに大きな勢力圏を構成するに至っている。このEUの統合は本来は通貨統合などの経済的・政治的活動の統合を目指したものであったが、法の場面でも相互に大きな影響を及ぼすに至っている。<sup>(1)</sup>そこで最近のEU諸国における離婚後の子の監護をめぐる制度状況をまず見てみたい。

### 1 ドイツにおける状況

かつてドイツでは親が離婚する場合、子に対する監護は単独監護とされ（民法典旧1671条3項3文）、その監護権の決定権限は、家庭裁判所に帰属すると定められていた（同1671条1項）。しかしこの規定は、以下のような理由により、1982年に11月3日に、連邦憲法裁判所により憲法違反と宣言された。<sup>(2)</sup>「両親が離婚後も子の責任を共同して引き受けることに同意した場合には、親子の対立する利益について国の調整は必要ない。両親が子を教育できる場合には、親の一方に権能の移転が必要であると考えさせる他の理由がない場合には、子の教育及び監護から親の一方を排除するために国は監督の役割を行使することを要請されない。したがって、両親が決定し両親が親の責

務を行うことに適し、かつ子の利益と対立しない場合には、権能は両親に委ねられうる。」

以上の連邦憲法裁判所の判決は、離婚後、監護権が例外なく親の一方に与えられねばならないとする規定は、基本法6条2項の「子どもの養育および教育は、親の自然の権利であり、かつ、何よりもまず両親に課されている義務である」とする規定に違反するとしたものである。

このように離婚後の単独監護の制度が、憲法違反とされた判例の影響もあり、その後ドイツの実務においては、監護を両親に委ねるケースは年々増加するにいたった。たとえば、統計によれば、監護権の共同行使のケースは、1983年から1985年の時点では、ケースの1%から2%であったのに対して、1998年ではケースの20%に達したという。<sup>(3)</sup>なおドイツにおいても、子に関する権能を母親だけに与える傾向があり、監護権が単独に父親に委ねられるのはケースの1.8%であるという。

以上のような連邦憲法裁判所の違憲判断及び共同監護が普及しつつある状況により、民法典旧1671条の改正が求められ、その結果、1997年の親子関係法改正法（1998年7月1日に発効）により、共同監護が導入されるに至った。<sup>(4)</sup>この改正により、「父母は、未成年の子を監護する義務と権利を有する」（民法典1626条1項1文）として、監護の共同性は、父母の婚姻中に限定されないこととなった。そして離婚後の子の監護については、「共同で親の監護を有している父母が一時的にではなく別居しているときには、父母はいずれも、自己に親の監護または親の監護の一部を単独で委ねるように家庭裁判所に申し立てることができる」（民法典1671条1項）と改正された。このように新しい制度は、共同監護を原則とし、単独監護を求める場合に家庭裁判所への申立が必要とすることにより、単独監護を例外的制度と位置付けた。<sup>(5)</sup>しかしこのように共同監護が原則とされ、単独監護が例外とされるまでには、多くの議論が巻き起こされた。共同監護を原則とすることに反対した法律家や政治家の根拠は、共同監護は子の利益に役立つとしても、親が離婚後も共同で子への責任を負うことを継続するという形態は、まだ一般的と考えることは

できないというものであった。<sup>(6)</sup>そこで改正の当初の議論では、監護の共同行使は、両親の明示の意思表示があった場合にのみ認められるという考え方が支持された。しかし最終的には、共同行使を原則とし、親が単独監護を求め<sup>(7)</sup>る場合に家庭裁判所に申立るという立法がなされたのである。そして民法典1687条は監護権の共同行使について、日常的に子と生活する親は、日常生活に関する問題については決定する権限を有するが、子にとって著しく重要な決定の場合には、父母の合意を必要とするとされた。この著しく重要な決定とは、住居の決定、学校教育、職業訓練や医療など子の成長に大きな影響を与えるものを意味するとされる。<sup>(8)</sup>

## 2 フランスにおける状況

フランスにおける1975年の新離婚法は、配偶者の一方に子の監護を与え、他方の非監護親に対しては訪問権を与える権限を、裁判官に認めた。しかしその後、子の利益の保護を目的とする1987年の改正により、民法典287条は、離婚ないし別居後の親権の共同行使を認めるに至った。<sup>(9)</sup>すなわち、親権一般については、「親権は、未成年の子の利益にしたがって、あるいは裁判官が両親の意見を受けた後に両親によって共同で、あるいは両親の一方によって行使される。親権の共同行使の場合には、裁判官は、子が通常の居所を有するところの親を指定する」とした。フランスにおいても、親権の共同行使の要件として両親の合意を必要とするかどうかが問題とされたが、結果として親権の共同行使は、両親の意見を受けることが前提とされることになった。<sup>(10)</sup>そして287条の改正を受けて、373条の2は、「父母が離婚し、または別居している場合には、親権は、あるいは両親によって共同で行使され、あるいは裁判官がそれを委ねた父母の一方によって行使される。……父母が共同で親権を行使する場合には、第372-1及び372条-2が適用される」と改正された。しかし、287条の改正内容については、裁判官に親権の共同行使の認否を過度に委ねるとしてかなり批判がなされた。<sup>(11)</sup>こうした批判に応じて、1993年1月8日法により民法の改正が行われた。

その結果、親権の共同行使は原則とされ、一方の親による親権の単独行使は、子の利益から必要とされる場合にのみ命じられる（287条）と改められた。さらに、2002年3月4日法によって、離婚の場合の子に対する親権についての特別な規定が民法典から取り除かれ、婚姻中の親権の行使について定める民法典372条と離婚・別居後の親権の行使について定めた373条の2が統合されて規定されるようになった。<sup>(12)</sup> すなわち、372条は、父母は共同で親権を行使する、として一般原則を定める。そして373条の2は、離婚および別居の場合について、親の別離は、親権の行使を変更する事実とはならないとして、離婚の場合も共同行使に変更がないことを明らかにした。<sup>(13)</sup> したがって、フランスでは、婚姻中にある親と子との関係も離婚または別居した親と子との関係も、一般原則で規律されることになった。以上のように、フランスでは、1993年法及び2002年法による民法改正により、婚姻家族および別居家族<sup>(14)</sup>における親権の共同行使が完全に統合された。

### 3 オランダにおける状況

オランダでは、1998年1月1日の改正により、親権の領域に大きな変革をもたらした。<sup>(15)</sup> この改正により、離婚後の共同監護の制度が、新しく適用されることになった。このような制度が新しく求められたのは、1984年の破棄院の判決が、単独監護を原則とする規定に対して、離婚した配偶者について、子への共同監護の可能性を認めたことにある。

改正により、共同監護が認められたが、裁判官は、一方配偶者の申立に基づいて、一方配偶者への単独監護を決定することができる。その決定は、子の利益だけを考慮して行われる。

(1) 庄司克宏「EU 法基礎篇」岩波書店（2003年）、柴山恵美子、中曽根佐織編著「EU の男女均等政策」日本評論社（2004年）。

(2) Dieter Henrich, Separazione, Divorzio, Affidamento dei Minori: L'Esperienza Tedesca in "Separazione, Divorzio, Affidamento dei Minori: Quale Diritto per L'europa?" Giuffrè, 2000, p.49., 永田誠「ドイツ法における離婚後の共同親権（監



- 護権)について」日本法学65巻4号512頁(2000年)。
- (3) Dieter Henrich. op. cit., p.50. なお、ライナー・フランク教授によれば、1994年から1995年の1年間に、全体の17%のケースで共同監護権が認められたという。ライナー・フランク講演「ドイツ親子法改正の最近の展開」家族〈社会と法〉第13号1頁(1997年)。
- (4) 岩志和一郎「ドイツの新親子法(上)」戸籍時報493号2頁以下(1998年), 「同(中)」495号17頁以下(1998年), 「同(下)」496号26頁以下(1999年), 渡邊泰彦「ドイツ親子法改正の政府草案について(1)(2)」同志社法学49巻1号285頁以下(1997年), 同2号267頁(1998年), 遠藤富士子「ドイツ家族法の変遷—最近の親子法改正を中心に—」ケース研究256号33頁(1998年)。
- (5) ライナー・フランク教授によると、離婚が両親のみならず子に与える影響の深刻さを考えると、監護権について裁判所の判断を介入させないのは不適切であるとする。また同教授は、北欧の例を挙げ、離婚後、半数以上のケースで、両親が共同監護権を行使している北欧諸国では、離婚後何年か経って、単独親権訴訟を起こす率が非常に高いという指摘を紹介している。ライナー・フランク「ドイツ親子法改正の最近の展開」家族〈社会と法〉第13号12頁(1997年), なおヘンリッヒ教授は、共同監護が原則とされた立法のあり方に賛成を示している(Dieter Henrich. op. cit., p.50.)
- (6) Dieter Henrich. op. cit., p.50.
- (7) Dieter Henrich. op. cit., p.50. その他、渡邊泰彦、前掲論文268頁, 岩志和一郎「ドイツ親子関係改正法草案の背景と概要」早稲田法学72巻4号57頁(1997年)。
- (8) Dieter Henrich. op. cit. p.51.
- (9) 田中通裕、『親権法の歴史と課題』243頁(信山社1993年), その他1987年の民法典改正については、山田美枝子「フランス親権法の改正—離婚後の親権共同行使の法認—」法学政治学論究第6号309頁以下(1990年), 同「離婚後の子の処遇をめぐる比較法的考察—フランスの親権の共同行使とアメリカ・イギリス・西ドイツの共同監護の展開—」法学政治学論究第9号129頁以下(1991年), 滝沢隼代「親権の共同行使」日仏法学16号108頁(1988年)。
- (10) 田中通裕・前掲論文224頁。
- (11) Jacqueline Rubellin-Devichi, Separazione, Divorzio, Affidamento dei Minori: L'Esperienza Francese in Separazione, Divorzio, Affidamento dei Minori: Quale diritto per l'Europa? Giuffre', 2000, p.133
- (12) Nicola Scannicchio, L'affidamento congiunto a quindici anni dalla riforma tra uguaglianza dei coniugi e interesse del minore in Famiglia, n.4 Giuffre', 2003, p.960.
- (13) 中村紘一・色川豪一「フランス親権法の改正—親権に関する2002年3月4日の法律第305号—」比較法学37巻1号328頁(2003年)。
- (14) Nicola Scannicchio, op. cit., p.959.
- (15) Jaap Doek, Separazione, Divorzio, Affidamento dei Minori: L'Esperienza

Olandese in Separazione, Divorzio, Affidamento dei Minori: Quale diritto per l'europa ? Giuffrè 2000, p.177.

## 第2章 イタリアの家族法の変遷および現行法上の 離婚後の子の監護の制度

### 1 これまでの家族法の流れ

イタリアの現行民法典は、1939年に効力を発生し、1942年に施行された。制定当時は、親権は、父権 (patria potestà) と表現され、その内容は両親に帰属する権能 (titolarità) と、父にのみ帰属する行使 (esercizio) とに分けて規定されていた。<sup>(1)</sup> すなわち、親権は、両親に帰属するが、行使については、家族一体の原則に従って家長たる父が行なった。<sup>(2)</sup> その後、イタリア共和国憲法が1948年に制定され、29条および30条に、配偶者の平等および嫡出子と非嫡出子との平等の規定が新しく置かれた。この結果、親権における母親の劣位や非嫡出子の差別的取扱いを規定した1942年の民法典の規定は、これらの憲法上の規定に違反するとして、民法典の改正が求められた。<sup>(3)</sup>

しかし現実に民法典の改正が実現するのは、1975年5月19日法律151号の家族法改正まで待たなければならなかった。<sup>(4)</sup> この1975年家族法改正により、新しい家族形態の特質として配偶者の平等の原則 (民法典143条) が規定された結果、夫はもはや家族の長ではなくなり、夫婦の道徳的、法的、経済的平等が認められることになった。父親の単独親権は消滅し、父権 (patria potestà) は、改正により親権 (potestà dei genitori) と改められ、その地位については、父親母親ともに平等な地位を有し、かつその内容および範囲も均等なものとなった。この結果母親も父親もともに、子を扶養、訓育、教育する権利および義務が認められることになった。<sup>(5)</sup> (民法典147条)。これと関連して、親権の失権 (decadenza) を規定する民法典330条と親の行為が子に損害を与える場合の親権の制限 (affievolimento) の同333条も改正された。改正により、親権の失権には、親権に付随する義務を懈怠するかまたは侵害することだけでなく、権限 (poteri) の濫用も含まれることになった。<sup>(6)</sup>

その場合には、少年裁判所の裁判官は、家族の住居からの退去を命じることができるとなった（330条2項）。親権の制限（affievolimento）については、旧規定では、子の“父の家（casa paterna）”と規定されていたが、“家族の家（residenza familiare）”という表現に代えられた（333条）。また1975年3月8日法律39号は、18歳を成年とした。

なお、イタリアでは、1970年12月1日の法律第898号の《婚姻解消の諸場合の規律》（離婚法）により、離婚制度が導入された。その後1987年3月6日の法律第74号《婚姻解消の諸場合の規律に関する新規定》で大幅な改正が行われた。この改正により、未成年の子の保護の強化、離婚による経済的保護の徹底と手続期間の短縮、離婚原因としての別居期間の5年から3年への短縮等が行われた。<sup>(7)</sup> また1983年5月4日に「未成年者の養子縁組及び養育委託に関する規定」法律第184号が成立した。これにより、イタリアの養子制度は根本的に変革され、未成年者の養子縁組は民法から取り除かれ、特別法で規律される宣言型の制度が原則となった。<sup>(8)</sup> そして同法11条8項で、未成年の子について親が一時的に養育できない場合には、家族の養育委託（affidamento familiare）の手続きが導入された。また同条8項および13項で、未成年の子に対する聴聞について規定された。その後2001年3月28日の法律第149号により、1983年法が改正され、子が家庭で成長する権利が認められ、親から遺棄されてその権利を実行することができない子に対して、国家や地方自治体が援助する制度が定められた。<sup>(9)</sup>

## 2 現行法における親の別居・離婚後の子の監護の制度

### (1) 別居の場合と離婚の場合の子の監護に関する規定の関係

イタリアにおける親の別居および離婚後の子に対する規定は、統一されて規定されていない。それぞれの規定が、様々な必要性からその都度定められてきたものである。<sup>(10)</sup> したがって各々の規定の関係は必ずしも明確ではない。<sup>(11)</sup>

まず別居の場合の子の監護（affidamento）については、民法典155条に規定されているが、これに対して離婚の場合の子の監護については、1970年

法律第898号 6 条に定められている（後に1987年法律第74号により改正されたが、イタリアでは離婚については、民法典ではなく、特別法に規定されている。以後この法律を離婚法と称する）。以下が現行の民法典155条と離婚法 6 条である。

(12)

民法典第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監護されるかを宣告し、かつ専ら子の精神的および物質的利益を基準として、子に関する処分を行う。

特に裁判官は、他の配偶者が子の養育、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。

子の監護を委ねられた配偶者は、裁判官の別段の処分ある場合を除いて、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条件に従わなければならない。別段の定めのある場合を除いて、子のための最善の利益の決定は配偶者双方によって行われる。子の監護が委ねられない配偶者は、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、子の利益を害する決定がとられたと考えら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、さらに子の財産の管理に関する処分を行ない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。

いかなる場合においても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。

子の監護およびその養育に対する分担に関する処分を発する場合には、裁判官は当事者の協議を考慮しなければならない。それらの処分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、態様についての処分の再審を求める権利を有する。

#### 離婚法第 6 条

- 1 項 民法典第147条148条の趣旨において、婚姻中に生まれた子及び養子となった子を養育、教育、訓育する義務は、その婚姻の解消または民法上の効果の終了が宣告され、親の一方または双方が再婚した場合においても、継続する。
- 2 項 婚姻の解消または婚姻の民法上の効果の終了を言い渡す裁判所は、もっぱら子の精神的かつ物質的利益のみを考慮して、いずれの親に子の監護が委ねられるかを宣言し、子に関する処分を行なう。裁判所が、子の年齢を考慮しても子の

- 利益となると見なした場合には、共同監護また交互監護を講じることができる。
- 3 項 とくに裁判所は、監護を委ねられない親が、子の養育、訓育、教育について分担すべき方法および範囲ならびに子との関係における権利行使の方法を定める。
  - 4 項 子の監護を委ねられた親は、裁判所の別段の処分がある場合を除いて、子に関する権能を排他的に行使する。その者は裁判所の定めた条件に従わなければならない。別段の定めのある場合を除いて、子のための最善の利益の決定は、両親により行われる。子の監護が委ねられない親は、子の訓育、教育に対して監守する権利及び義務を有し、子の利益を害する決定がなされたと考えられる場合には、裁判所に提訴することができる。
  - 5 項 監護を委ねられた親が、定められた条件に従わない場合には、裁判所は監護の変更の理由の一態様として考慮する。
  - 6 項 家族の家における居住は、子の監護が委ねられた親に優先して帰属し、子は成年を超えるまで親と同居する。住居の割当のためには、いずれの場合でも、裁判官は、配偶者の経済条件や決定理由を考慮し、より弱い配偶者を保護しなければならない。登録された住居の割り当ては、民法典1599条の趣旨において第三取得者に対抗できる。
  - 7 項 裁判所は子の財産管理について決定し、権限の行使が両親に委ねられる場合には、法定果実の享有に対する分担を定める。
  - 8 項 親の一方に子を委ねることが一時的に不可能な場合には、裁判所は、1983年5月4日の法律184号の2条所定の家族への養育委託を進める。
  - 9 項 子の監護および養育の分担についての処分を行う場合には、裁判官は当事者間の合意を考慮しなければならない。処分は、当事者の申立または両親の合意によって様々に行うことができ、両当事者によって、割り振られた試験手段を経た後で行われ、未成年の子の聴聞は、子の年齢を考慮し、また必要であれば、裁判官によって職権によっても定めうる。
  - 10 項 子の監護についての処分の適用は、権限を有する裁判官が定め、第8項に規定された場合は、職権によっても行われる。この目的のため、監護に関する処分の謄本は、検察官の管轄の下で、後見裁判官に送付される。
  - 11 項 子に関する養育費（assegno di mantenimento）の範囲を定めるには、裁判所は、また金銭下落指数を少なくとも参照して、自動適正指数の基準を決定する。
  - 12 項 未成年の子がいる場合に、親はそれぞれ、居所又は住所の将来の変更を、30日の上訴期間内に、他方に通知する義務がある。通知の欠如は、それを探索するために配偶者又は子に生じた損害の補償義務を課する。

以上の規定において、子の監護の決定は、裁判別居や協議別居の場合も、<sup>(13)</sup>離婚の場合もつねに裁判官に委ねられている。

そして民法典155条1項にも、離婚法6条2項にも、子に関する処分は、子の精神的かつ物質的利益の実現を基準として行われる旨が規定されている<sup>(14)</sup>点で、別居の場合でも離婚の場合でも、その趣旨は共通するとされる。

このように子の精神的・物質的利益の実現のために、子の監護を決定する場合に裁判官の関与を求めるのは、別居の場合も離婚の場合も同様であるが、両規定の内容が異なるため問題が生じる。すなわち民法典155条3項1文は、別居の場合の子の監護について親の一方による単独監護とする。これに対して、離婚法6条2項は、単独監護を原則としながらも、1987年の離婚法改正により、同条同項2文に共同監護および交互監護の制度を新設した。

そこでまず、問題とされたのは、離婚に関して制定された離婚法6条が、別居の場合にも適用されるのかという点であった。しかし、現在では、離婚<sup>(15)</sup>の規定が別居の場合にも適用されると見なされている。

## (2) 子の監護者決定の基準

別居または離婚を言い渡す裁判官は、監護権者の決定、非監護親が子の教育・訓育・扶養について分担すべき範囲および方法を決定する（民法典155条1項、2項、離婚法6条2項、3項）。そして子の処分の決定の際の唯一の基準は、“子の物質的・精神的利益”とされるが、1975年の家族法の改正により、民法典155条に“子の物質的・精神的利益”の基準が加えられたのは、1975年の家族法の改正が、離婚および別居における子の権利および子の利益の保護を目的としたことによる。これは、イタリア共和国憲法2条の規定する人格権の不可侵性<sup>(16)</sup>からの要請とされる。この憲法上の原則には、子も、社会および家族の構成員として、権利と期待を保有する自立した主体として認められなければならないという思想があるとする。そこで、子に関する処分においては、子の能力、生まれ持った性向、子の希望（aspirazione）および子の人格が尊重されなければならないとされる<sup>(17)</sup>。

しかし別居や離婚の場合には、しばしば子は親の間の争いの中心となり、こうした子の権利の実現は困難となる。そこで、子の監護者の決定において裁判官が判断すべき事項について、1999年の破棄院判例は、以下のように述

(18) べている。「子の監護に関する処分を発する場合における別居や離婚の事件における裁判官の役割は、家族の崩壊から生ずる子への被害を防止し、子の人格のよりよい発達を可能にすることを保障するために、物質的・道徳的・心理的な子の要求を満足させるのにより適した生活関係にある適切な親を見分けることである。このことは親の新しい状況における子の教育・育成に対する母親及び父親の能力について、予想して判断することであり、具体的には、子に提供できる環境や生活習慣、親の人格についての評価、各親の愛情関係、配慮の能力、理解力、教育能力、たゆまぬ関係を築く意思力および、過去に自己の役割をどのように果たしたかを基礎に判断されるであろう」<sup>(19)</sup>しかし現実には、90.9%が母親が監護権者となるとされる。

### (3) 監護権者の親の権限

#### —単独監護の原則と親権の両親共同権能の原則との関係—

共同監護または交互監護が定められない限り（離婚法6条2項）、離婚後の子の監護は単独監護となり、監護権者である親には、権能の単独行使が認められる。他方で、非監護親には、子の教育および訓育についての監守（vigilare）の権限のみが与えられる（民法典155条3項4文、離婚法6条4項4文）。ただし監護権者である親が、子に対して害を与える決定を行ったと思われる場合には、非監護親が、裁判官に訴える可能性は残されている（155条3項4文、離婚法6条4項4文）。

この別居・離婚後の子の監護権限に関して、大きな問題となるのは、317条2項と民法典155条3項3文4文、および離婚法6条4項3文4文との関係である。

#### 民法典第317条（両親一方の障碍）

両親の一方にその権能の行使を不可能とする別離、無能力またはその他の障碍がある場合には、権能は専ら他方によって行使される。

両親共同の権能は、別居、婚姻の解消、取消またはその民事的諸効果の消滅の結果、子が両親の一方に監護されるときも消滅しない。

その権能の行使は、かかる場合には、第155条に規定されているところに従って規律される。

すなわち、民法典155条3項1文および離婚法6条4項1文は単独監護の原則を掲げているが、民法典317条2項は、親権の両親共同の権能について、別居、離婚等により、両親の一方が監護権者になる場合も消滅しない、と規定する。さらに別居・離婚後の子の監護について定める155条3項および離婚法6条4項（民法典155条3項と離婚法6条4項はほぼ同様の規定である）は、別居・離婚後も子のための最善の利益は、配偶者双方によって決定されるとする。また監護親でない親については、子の訓育および教育に対し監守する（vigilare）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考えられるときは裁判官に提訴することができるとする。このように、監護親の単独監護の原則を掲げながらも、離婚後も親権の両親共同の権能は消滅しないとし、かつ子のための最善の利益の決定権限を双方の親に与え、さらに非監護親に子の訓育および教育に対し監守する権利及び義務を認めているのである。このため、単独監護の原則とこれらの非監護親の権限との関係が問題となるのである。

これについては、通説は、317条2項は、別居・離婚後の非監護親に、監護権者の親と同様に親権における権能（potestà）の行使の資格（titolare）を与えたものではないとする。非監護親は、子の訓育および教育に対し監守する権利、および子の利益に害を及ぼす決定がなされた場合の裁判官への訴により、子のための最善の利益の決定権限を与えられるのであるとする。つまり非監護親がこれらの権利を行使することが、317条の規定する離婚・別居後の両親共同の権能の行使のあり方であり、監護親と同様の権能を与えたものではない、とする。<sup>(20)</sup>

#### （4）監護権を持たない親の地位および訪問権

しかし具体的には、非監護親の子の訓育・教育に対する監守の権利義務の内容は明らかではない。とくに訪問権（diritto di visita）との関係が問題となる。

破棄院判例は以下のように、監守の広い概念を受け入れた上で、その実現



態様を訪問権としてとらえている。<sup>(21)</sup>

「非監護親は、子への影響および理解を回復するために、子を定期的に訪問し、子の教育及び訓育を監守しながら精神的肉体的発達を見守ることのできるような形で子とその時期を過ごすことが認められなければならない。」

このことは、最近の破棄院の判決も子どもの権利条約第3条の子どもの最善の利益が第一次的に考慮されなければならないこと、及び第9条の子の別居親と接触を保つ権利に言及して国際的要請であることを認めたのちに肯定している。<sup>(22)</sup>

このように、判例は、訪問権の根拠を民法典155条3項4文および離婚法6条4項4文の監守の権利義務を根拠としている。

しかし、具体的には、監守の具体的な内容は明らかではない。これについては、学説は、非監護親の監守の権利義務は、子によりよい訓育及び教育を実現するために、監督することだけでなく、子の成長の過程で協力する義務から成っていると<sup>(23)</sup>する。

#### (5) 非監護親の子に対する扶養義務

憲法30条は、子どもを養育し、訓育し、教育することは両親の義務であり、権利である、と規定し、いかなる例外をも認めていない。ここから、別居の間も、離婚後も、子に対する親の扶養義務に何ら変わりはないとされる。<sup>(24)</sup>そして、離婚法6条1項は、養育し、教育、訓育する義務は、親の一方又は双方が新たに婚姻した場合にも存続するとしている。そして非監護親は、子の養育、訓育および教育に関して、子に対して分担して義務を負い、裁判官は分担の範囲及び方法さらに権利行使の態様を定める（民法典155条2項および離婚法6条3項）。別居や離婚後も、親がこれらの経済的な扶養義務を負うのは、親と子との血縁関係および子の教育や訓育を保障する社会的要求と<sup>(25)</sup>される。そして非監護親が扶養義務を不履行の場合および不履行の危険がある場合には、裁判官は、物的・人的保証の提供を課することができ、非監護親の雇傭主などの第三者から直接払い込まれることを命ずることができる（民法典156条4項、6項）。

## (6) 家族の家の付与

裁判官は、親の別居または離婚などの場合に、子を監護する配偶者に家族の家を付与することを命じることができる（民法典155条4項および離婚法6条6項）。しかしこの両者の規定は、子を監護する親に家族の住居を与えるという点で共通する内容であるが、その趣旨は異なるとされ、両者の関係が問題となる。まず、別居の場合に、子を監護する配偶者に家族の住居を付与する155条4項の趣旨については、たとえ監護親が不動産の利用に関する物権または身分的権利を持っていなくても、子の利益の保護のために、家族生活の中心である自らの家から追い出されることを防ぐという点にあるとされる<sup>(26)</sup>。

これに対して、離婚法6条6項は、離婚の際に子を監護する配偶者に家族の家の付与を認めるものであるが、1987年の離婚法の改正と関係して問題とされる。すなわち、離婚法上の家族の家の付与の制度は、1987年の離婚法の改正により新たに規定されたものである。そして1987年の離婚法の改正は、配偶者の実質的平等の実現を目的としたものであるが、ここから離婚法における家族の家の付与は、子の保護の手段としてだけでなく、経済的弱者である配偶者の保護という側面をも有することになる。つまり、子がいなくても経済的に自立できない経済的弱者である配偶者にも家族の家が付与されると解されるが、それは離婚の場合だけでなく別居の場合にも拡大されるのが問題となる。

通説は、民法典155条の本来の趣旨について、家族の家を、優先的に子の監護者である配偶者に付与するという子どもの保護の手段であるという点を無視することはできないが、弱い配偶者への扶助（favore）及び配偶者の経済的条件の平等の目的から、子のいない場合にも付与されうるとする<sup>(27)</sup>。反対に、判例は現在では155条を限定して解釈しているように見える。特に、破棄院の統合部（Cassazione a Sezioni Unite）は、家族の家は、家族の住居において住み続けるための子の利益を保護することを越えた機能は排除される<sup>(28)</sup>とする。しかし最近において下級審では、反対の趣旨の判決も見られる。

とくに、家族の住居が両配偶者に帰属し、子どもはいないけれども妻が自立できない場合、または未成年の子がいるけれども両配偶者が監護権者になっている場合において、婚姻継続中と同様の生活水準を維持することを目的として、不動産の付与により経済的に弱い配偶者を保護する判例も存在する。<sup>(29)</sup>

- (1) Maristella Cerato, *La potestà dei Genitori*, Giuffrè, 2000, p.25.
- (2) 松浦千誉「イタリア家族法の改正」ケース研究156号14頁（1976年）、同「イタリアの家族法」『世界の家族法』所収141頁以下（敬文堂1991年）。
- (3) Michele Sesta, *Diritto di famiglia*, CEDAM, 2003, p.22., Maristella Cerato, *op. cit.*, p.26.
- (4) 松浦・前掲書, 143頁, Maristella Cerato, *cit.*, p.27.
- (5) Maristella Cerato, *op. cit.*, p.28.
- (6) *ibidem*.
- (7) 松浦千誉「イタリア離婚法の改正—1987年法律第74号及び1978年法律第436号の翻訳—」拓殖大学論集174号217頁（1988年）、Angelo Falzea, “Commetario al diritto italiano della famiglia” tomo sesto, 1, CEDAM, 1993, p.60, Lelio Barbiera, *Il divorzio dopo la seconda riforma*, Zanichelli Bologna, 1988, p.93.)
- (8) 松浦千誉「イタリアの養子制度（上）」ジュリスト782号34頁以下、同「イタリアの養子制度（下）」ジュリスト783号55頁（1983年）、同前掲書「イタリアの家族法」153頁、小谷真男「イタリア法における養育委託」新しい家族36号11頁以下（2000年）、「家族のなかで育つ子どもの権利」新しい家族42号41頁（2003年）。  
その他、国際養子について、松浦千誉「イタリアの国際養子制度—1998年12月31日の法律476号の翻訳を中心として—」拓殖大学論集、政治・経済・法律研究6巻1号91頁以下（2003年）。
- (9) Michele Sesta, *op. cit.*, p.491.
- (10) Francesco Ruscello, *La tutela del minore nella crisi coniugale*, Giuffrè, 2002, p.14.
- (11) affidamento については、これまで養育委託と訳されてきたが、アメリカの custody を affidamento と訳していることもあり、監護と訳した。（Michele Sesta, *op. cit.*, p.319）
- (12) 民法典の条文の訳出については、風間鶴寿『全訳イタリア民法典（追補版）』（法律文化社1977年）を、離婚法については、松浦千誉「イタリア離婚法の改正—1987年法律第74号及び1978年法律第436号の翻訳—」拓殖大学論集第174号217頁以下（1988年）を参考にして筆者の訳を加えた。
- (13) 協議別居の場合でも、監護の決定については、民法典158条2項により、裁判所のコントロールの下にある。民法典158条2項は、子の監護及び扶養に関する配偶者の合意が、子の利益に相反する場合には、裁判官は子の利益に適するように

変更を配偶者に指示して配偶者を呼び出し、不適当な解決の場合には、その状態における認可を拒否することができる、とする。

- (14) Michele Sesta, op. cit., p.309.
- (15) Michele Sesta, op. cit., p.309, Francesco Ruscello, La tutela del minore nella crisi coniugale, Giuffre', 2002, cit., p.15. ただし Francesco Ruscello は、離婚及び別居における子の監護の規定を統合して立法するように提案している。
- (16) Michele Sesta, op. cit., p.311. なおイタリア共和国憲法 2 条は、共和国は個人としての、またその人格が発展する場としての社会組織においての人間の不可侵の権利を承認し保障するとともに、政治的、経済的、及び社会的連帯の背くことのできない義務の遂行を要請すると定める。
- (17) ibidem.
- (18) Cass. 22. 6. 1999, n. 6312. in Michele Sesta, op. cit., p.311.
- (19) Disegno di Legge n.1036. Callegaro 議員の法案説明による。
- (20) Michele Giorgiani, Commentario al diritto italiano della famiglia, tomo 4, CEDAM, 1992, p.336.
- (21) Cass. 21. 10. 1980, n.5642 in Gabriella Autorino, Virginia Zambrano, Affidamento familiari, Giuffre', 2002, p.170.
- (22) Cass. 15. 1. 1998. n.317 in Gabriella Autorino, Virginia Zambrano, op. cit. p.170.
- (23) Gabriella Autorino, Virginia Zambrano, op.cit., 2002, p.169.
- (24) Massimo Bianca, Commentario al diritto italiano della famiglia, tomo sesto 1, CEDAM, 1993, p.373., Rossi Carleo, Il diritto di Famiglia tomo I in Trattato di diritto Privato, Giappichelli, 1999, p.220).
- (25) Trib. Pescara 14. 1. 1980., in Gabriella Autorino, Virginia Zambrano, op. cit., p.321.
- (26) Michele Sesta, op. cit., p.322.
- (27) Michele Sesta, op. cit., p.323.
- (28) Michele Sesta, op. cit., p.325.
- (29) Cass. sez. un. 28. 10. 1995. n.11297 in Michele Sesta, op. cit., p.324.

### 第 3 章 共同監護

イタリアでは、1987年に離婚法（1970年法律898号）が改正される際に、共同監護（affidamento congiunto）および交互監護（affidamento alternato）について、新たに規定が設けられた。その離婚法 6 条 2 項によると、裁判所は子の年齢を考慮しても子の利益になると考えられるときは、共同監護および交互監護を定めることができるとする。

そこで、まず交互監護について述べ、共同監護について、判例および学説の状況を見てみたい。

## 1 交互監護（affidamento alternato）

交互監護は、親の別居または離婚後、子は前もって定められた一定期間は一方の親に監護を委ねられ、その期間中は、監護権者である親は、他方の親から独立して排他的に子についての権能を行使し、その期間を過ぎると子は他方の親に監護を委ねられおよびその権能も移行するというものである。<sup>(1)</sup> 1987年の離婚法の改正により、共同監護とともに6条2項に規定された。共同監護との相違は、共同監護は、親が子どもの生活圏を行き来して親が移動するのに対して、交互監護は、反対に定期的に一方の親の生活圏から他方の親の生活圏に子どもが行き来することにより、二人の親の間を子が移動するものとされる。<sup>(2)</sup>

共同監護と交互監護の両者の法的適用の明らかな違いは、離婚法で規定された交互監護を別居に類推して拡大することを判例が排除したことである。<sup>(3)</sup> 交互監護は、実務においても、共同監護よりも適用が制限されている。その理由は、交互監護は、多くの場合両者の生活習慣を台無しにし、両親に対しても子に対しても合理的な生活態度を失わせるということに求められている。とくに子が小さいときは、交互監護は、子とその都度、両親の環境に適合するために、子に頻繁な環境の変化をもたらすので、子に混乱をもたらすことになる。したがって、交互監護は、成年に近い子については、両親との頻繁な交流や接触を与えるために意義があるとしても、子の年齢が低い場合には、問題が多いとされる。<sup>(4)</sup>

## 2 共同監護に対する判例の対応

### (1) 離婚法改正により共同監護が規定される以前の判例の対応

共同監護は、離婚後、子は親の一方と暮らしていても、双方の親に子に関する権限が帰属し続けるというものである。<sup>(5)</sup> イタリアでは、交互監護は子の

精神的安定を害すると解された結果、共同監護は共同身上監護ではなく共同法的監護を意味することが多い。では、共同監護に対して、判例はどのような態度を採っていたのであろうか。

実は、イタリアでは、前述したように1987年の離婚法改正により共同監護の規定が設けられたが、それ以前にも、共同監護を認める判例が存在している<sup>(6)</sup>。たとえば、1986年5月9日のミラノ控訴審の判例がある。<sup>(7)</sup>

「協議別居 (la separazione consensuale) の後でも、共同監護についての両親間の合意が存在することおよび両親間に緊張関係がなく、合理的に役割が営まれ、話し合いに応じる両親間の良好な関係が継続することを考慮すると、子の利益のために共同監護を定めることができる。共同監護は、抽象的で観念的制度ではなく、子の利益の心理的側面を考慮した現実の要求に応えるものである。なぜなら共同監護は、配偶者間や親子間の関係が希薄になることに伴う両親の対立を緩和することに役立つ結果、配偶者により合意された本来の教育計画の維持に役に立つのである。なぜなら、両親の間の愛憎の感情を緩和して心理的に統一された環境を子に与えるからである。このような監護形態は、子の利益と合致し、本件についてだけ求められるのであれば、すべて合法であり、法によって定められた制度と対立するものではない。」

このように、1986年の時点では、共同監護についての法規定は存在しなかったが、共同監護は、子の最善の利益に合致するものであり、かつ単独監護について定めた民法典155条に反するものではないという解釈の下に、裁判所は共同監護を認めていたものである。<sup>(8)</sup>

こうした裁判実務を受けて、前記のように、1987年の離婚法改正において、裁判所が子の年齢を考慮しても子の利益に有益であると考えた場合には、共同監護を定めることができると明文で規定された（離婚法6条2項）。そしてこの規定は、別居にも適用されると考えられた。<sup>(9)</sup>

## (2) 共同監護が規定された後の判例の対応

そして、判例はそれ以後も共同監護に対する積極的態度を採っている。た

例えば、1997年のミラノ控訴裁判所の判例がある。この判例は、共同監護を否定した第一審の決定を覆して、前記の1986年のミラノ控訴審の判例とほぼ同じ理由を判示して、両親が合意していた共同監護を認めた。<sup>(10)</sup>

### 3 共同監護に対する学説の対応

では、共同監護に対する学説の対応はどのようなものであろうか。1987年の離婚法の改正により規定された共同監護は、共同監護を子にとって最善の利益を実現するものと考えた多くの学説から積極的に評価された。<sup>(11)</sup>

#### (1) 共同監護積極説<sup>(12)</sup>

これらの学説が共同監護を支持する第一の理由は、親の別居・離婚における子の利益である。たとえば、ビアンカ（Massimo Bianca）教授は、つぎのように述べている。<sup>(13)</sup>

「両親の関係が危機に陥ることについて、子が家族の崩壊と感ずることもまれではなく、その結果、子は精神的に傷付き回復が困難な状態となる。こうした状態において、両親が相互に子のために協力することは、子に精神的外傷が生じるのを防止し、すでに親により合意された教育の継続を可能とするものであり、こうした共同監護は望ましいものである。」

そしてイタリアにおいては、前述したように非監護親に監守の権利義務および子に対する最善の利益に対する決定参加権が与えられるが、これだけでは離婚後の子の利益を守るには十分でないとする。「すなわち、非監護親に子のための最善の利益となる決定への参加が規定上認められていることおよび非監護親に、監守の権利により、一定の期間の間自己のもとで子を世話することが認められていることは、単独監護の問題を緩和するのに有効であるが、しかしこれは、両親の対等な親権の共同行使ではない。子の成長過程における両親の対等な参加は、共同監護により求められる。したがって、共同監護は、より子の利益に対応するもののように思われる。」

そして、共同監護を一般的に排除することは許されないとする。「事実上の困難は、共同監護の一般的排除を正当化することはできない。その事案の

具体的状況において、子の年齢から考慮してもより子の利益となる場合には、共同監護を求められなければならないであろう。これについて両親による監護の本質的要件は、両親が、子の関係を悪用することなく誠実に行うために必要な協力の精神を示すことである。協力の精神は、両親の宣言により生じるのではなく、具体的な行動から生じなければならない。<sup>(14)</sup>

共同監護に賛成する理由として、父親の責任を強化するのに役立つという学説もある。<sup>(15)</sup> 共同監護は、父親の役割を、非監護親に通常に認められる扶養料の支払いや毎週の面接以上に拡大することになるが、このことにより親の責任をより父親に強く義務づけることができるとする。

さらに共同監護を支持する理由として、近隣ヨーロッパ諸国において共同監護が普及しつつあり、そのための立法がなされていることからの影響があげられる。たとえば、「ドイツやフランスにおける判例の解釈や立法による共同監護の実現は子の利益に重要であることを示している」として、近隣の諸国における共同監護への積極的姿勢を共同監護支持の大きな根拠であることを示している。<sup>(16)</sup>

以上のように多くの学説は共同監護に賛成であるが、中には共同監護に消極的な意見もある。

## (2) 共同監護消極説

共同監護に対して消極的な代表的学説は、心理学的観点から疑問をはさんでいるものである。<sup>(17)</sup>

この学説は、共同監護を非監護親が要求するその根底には、監護権者である元配偶者の権限を制限する目的があり、必ずしも子の利益を目的とするものではない、とする。すなわち、非監護親には、離婚の過程で子の監護を失ったことにより、相手から排除された敗北の経験がある。それゆえ、たとえ相手配偶者が子の監護者として適格であることを認めたとしても、非監護親には、監護親の権限の制限を求める感情が存在し、この感情が両者の対立の原因となるとする。そしてこうした傾向は、多かれ少なかれ、より強い権限を持つ相手に対する報復や脅しという事態をも生じさせることになったとい



う。多くのケースは子の利益というより、監護親と対等な地位を得たいという非監護親の希望であり、子に対する接触の表明があっても、監護親を監視することにより監護親の行為を支配したいという要求から来るものであったとする。非常にまれに、監護親の側から共同監護の申立があったが、それは子の利益というのではなく、自己の責任を軽減し、他方の親に責任を分担させようというものであったと述べる。<sup>(18)</sup>そしてこの学説は、つぎのように結論づける。「共同監護は、時には不必要であり、時には幻想であり、子の利益となるのは非常に少ない。」

#### 4 共同監護の要件と問題点

##### (1) 共同監護の要件

判例は、共同監護の要件について、配偶者間の最大の協力の精神（il massimo spirito collaborativo）<sup>(19)</sup>とする。ただし具体的にその中身をどのように考えるかは、判例によって異なる。たとえば夫婦関係に対立のある状況では、共同監護の合意は実質的な合意ではないとして、共同監護を否定した判例がある。<sup>(20)</sup>これに対して、夫婦間に対立状況があっても、子の心理的・情緒的要求を実現するために、協力の義務を課すことを前提として、共同監護を認めた判例もある。<sup>(21)</sup>学説も、共同監護の要件について一致しているわけではない。学説には、判例と同様、両親間における最大の協力の精神を重視するものがある。<sup>(22)</sup>しかし、その内容に具体的に何を盛り込むかが問題であろう。セスタ（Michele Sesta）教授は、共同監護の要件として、子の十分な精神的肉体的成熟、共同監護についての両親の合意、夫婦間の対立の不存在、同種の生活様式、住居の近さ、<sup>(23)</sup>少なくとも同一市内であること、両親の子に対する教育上の適性を挙げている。<sup>(24)</sup>しかし、両親間に激しい宗教的対立がある場合には、共同監護は制限されなければならないとする。<sup>(25)</sup>

さらに上にあげた要件と関係するが、良好な関係を築きかつ合意に達する<sup>(26)</sup>ことのできる夫婦の能力、子の意思に合っていることを加える学説もある。<sup>(27)</sup>また配偶者の合意を第一の要件と考える学説もある。その学説によれば、本

来の婚姻家族においては、親権の共同行使は、共同生活に基礎を置き、配偶者の平等の原則のもとに合意によって行なわれる。しかし共同生活の失われた別居後の家族における親権の共同行使は、共同生活に代わる要件として、合意の存在が重要な要素となるという。ここでは、配偶者の合意は、何が子の利益を保護するのによいかを決定するための、親の権能の要件を意味するという。

## (2) 共同監護の問題点

駆け引きや強制、感情的対応など子の利益とは別な動機により共同監護の合意がなされた場合、または子の心理的危害を伴う両親間の摩擦の継続する場合、さらに親が共同して監護をするだけの精神的成熟に至っていない場合<sup>(27)</sup>には、共同監護は子に不利益をもたらし認められるべきではないとされる。

(1) Michele Sesta, op. cit., p.318.

(2) Vittorio Rossi, Il minore e il giudice civile, CEDAM, 2000. p.316.

(3) Cass. 23. 6. 1980, n.3934 in Vittorio Rossi. op. cit., p.316.

(4) Vittorio Rossi. op. cit., p.316.

(5) Gabriella Autorino e Virginia zambrano, Affidamento Familiari, Giuffre', 2002, p.15.

(6) Vittorio Rossi, op. cit., p.313, Gabriella autorino, Virginia Zambrano, op. cit., p.17.

(7) App. Milano. 9. 5. 1986, in Francisvo Ruscello, op. cit., p.111. この他に、共同監護を認めた判例には、Trib. piacenza. 4. 2. 1986., Diritto di famiglia e delle persone, 1986, p.1019 がある。

(8) Vittorio Rossi, op. cit., p.313.

(9) Vitorria Rossi, op. cit., p.317.

(10) App. Milano 14. 2. 1997, in Gabriella Autorino, ibidem.

(11) Gabriella Autorino e Virginia zambrano, op. cit., p.16.

(12) Massimo Bianca, Diritto civile, 2 Giuffre', 1996, p, 220. Massimo Bianca, Commentario al Diritto italiano della famiglia tomo sesto, 1, CEDAM, 1993, p. 386. Michele Sesta, Diritto di famiglia, op. cit., p.319., Gagriella Autorino Virginia Zambrano, op. cit., p.15, Nicola Scannicchio, "L'affidamento congiunto a Qunidici anni dalla riforma tra ugualianza dei coniugi e interesse del minore" in Familia, 12. 4. 2003, Giuffre, p.940. Vitorria Rossi, p.317.

(13) Massimo Bianca, Diritto Civile, op. cit., p.220, Massimo Bianca, Comment-

- ario op. cit., p.386.
- (14) Massimo Bianca, op. cit., p.387.
  - (15) Vittorio Rossi, op. cit., p.315.
  - (16) Massimo Bianca, p.386, その他 M.Sesta, p. 319.
  - (17) Linuccia canova - Luciano Grasso, Ancora sull'affidamento congiunto od alternato: interesse del minore o finzione giuridica?" in Diritto di famiglia e delle persone, Giuffre', 1991, p. 725 ss.
  - (18) Linuccia canova - Luciano Grasso, op. cit., p. 725 ss.
  - (19) Vittorio Rossi, op. cit., p.314
  - (20) Trib. Genova 18. 4. 1991 in Vittorio Rossi, op. cit., p.314.
  - (21) Trib. Milano 9. 1. 1997, in Vittorio Rossi, op. cit., p.314.
  - (22) Francesco Ruscello, op. cit., p.113., Massimo Bianca, Commentario al diritto italiano della famiglia, cit., p.387.
  - (23) バルバーリ教授及びサラチェーノ教授の前掲の調査においても、別居後父親と子との関係を継続・強化する要素として、住居の近さが重要であることが指摘されている。市や州を移ることは、父母の間の対立を激化させるとして、同一市内に居住するのが望ましいとしている。（Marzio Barbagli, Chiara Saraceno, Separarsi in Italia, op. cit., p.188.）
  - (24) M. Sesta, Diritto di famiglia., op. cit., p.319. なお Vittorio Ross, op. cit., p. 314. もほぼ同様の内容を共同監護の要件としている。
  - (25) M. Sesta, op. cit., p.319.
  - (26) Gabriella Autorino, Virginia Zambrano, op. cit., p.21.
  - (27) Nicola Scannicchio, op. cit., p.940.
  - (28) Francesco Ruscello, op. cit., p.118, Massimo Bianca, op.cit., p.388.

## 第4章 イタリア議会における共同監護の立法に関する議論の状況

### 1 共同監護の立法の必要性

前述したように、イタリアでは、すでに1987年の改正により離婚法の6条2項に、共同監護が規定されている。しかし、この規定は十分に機能しているとはいえず、このことはイタリアにおける共同監護の普及率が、1998年の時点で、3.9%と非常に少ないものであることが示している。<sup>(1)</sup>そのため、共同監護をより実現しやすい制度にするため、現在イタリア議会の下院において、共同監護に関する民法改正が議論されている。共同監護についての立法

が望まれる理由は以下にある。

第1には、共同監護が、親の離婚による子に対する影響を減少させるために有益であるとされたからである。1998年のイタリア国立統計研究所(ISTAT)の統計によれば、婚姻カップル100に対して別れたカップルの割合は25%を占め、別れた親の間の子は100万人以上に達するという。<sup>(2)</sup> そのうち90.9%が母親の単独監護であり、父親が監護者となる残りのケースは、母親に監護の意欲がないか、精神病、薬物、アルコール中毒などにより母親に監護の能力がない場合であるとする。この結果、子は離婚により父親を失うことになり、未成年者に高い割合で不適応状態を生じているという。状況によっては、母親への従属状態や父親の拒否などにより、精神療法が必要とされる場合もあるとする。こうした事態を避け、離婚による子の被害を最小にするためには、離婚後も親子の関係を維持することが必要であり、子から親を奪ってはならないとされる。<sup>(3)</sup>

第2に、離婚法6条2項は、共同監護の可能性は認めているが、規定として十分ではなく、共同監護の実現のためには、詳しい規定が必要であるとされたことである。<sup>(4)</sup> すなわち現行法に共同監護を認める規定は存在するが、共同監護の諾否及びその態様等については、裁判官の裁量にまかされている。しかし、裁判官の広範囲な裁量にまかされるのではなく、より具体的な要件についての規定が必要とされたのである。また現行法では、単独監護が原則とされているが、むしろ共同監護を原則として単独監護を例外とする制度を求めることが、子の権利のために必要とされたことである。<sup>(5)</sup>

第3には、共同監護は、憲法上の要請とする。すなわち、別居・離婚後も子は監護・訓育・教育のために、両親と平等かつ継続的に関係を維持する権利を有しこれは子の人格的権利(憲法2条)を構成するものであるとする。<sup>(6)</sup> また、憲法30条1項を根拠とする考え方もある。<sup>(7)</sup> 30条1項は、親の子に対する扶養、教育、訓育の権利義務を規定するが、離婚後の親の子に対する義務は経済的義務につくものではなく、教育や訓育の重要な役割に拡大されなければならないとする。

第4には、親の間の不平等があげられる。<sup>(8)</sup> 監護権を持たない親は、子の訓育および教育に対して監守する義務を与えられるのみであり、平等原則に反するとされる。とくに子の監護がほぼ母親に与えられる現実から、父親から共同監護を求める声が高い。<sup>(9)</sup>

第5には、近隣のヨーロッパ諸国において、共同監護の実現のための立法がなされ、共同監護が普及しつつあることの影響である。この点については、本稿の第二章で、ドイツ、フランス、オランダについて紹介したが、それ以外の国でも、様々に共同監護の実現のための立法がなされている。たとえば、ベルギーでは、1995年4月13日の法律により、ロシアでは、1995年12月29日法律223号の連邦法により、それぞれ共同監護実現のための法がつくられた。<sup>(10)</sup>

このように、ヨーロッパ諸国は、1989年11月20日批准の子どもの人権条約、および1996年1月25日のストラズブールの子どもの権利の行使に関するヨーロッパ人権条約の趣旨に合致させるために、共同監護の実現に向けて立法を行っている。イタリアでもこのような近隣諸国の共同監護の成功が議論の後押しをしている。<sup>(11)</sup>

## 2 共同監護法案の最近の審議の状況<sup>(12)</sup>

共同監護の法案は、まず2001年5月30日にタルディティ（Tarditi）議員により提出されたものが一番最初であり、その後2002年1月29日にルチーディ（Lucidi）議員による法案、さらに2002年3月26日にマンティーニ（Mantini）議員により法案が提出されるなど、さまざまな法案が提出された。<sup>(13)</sup> そしてパニッツ（Paniz）議員によりこれらの法案が統一された（パニッツ法案）。これは共同監護を原則として、例外として子に対する重大な危害がある場合にだけ、親の一方に単独監護の申立を認めるものであった。しかしパニッツ法案は修正をせまれ、現在審議されているのは、パニッツ3（Paniz 3）法案である。（本稿の巻末に資料として紹介するのは、2004年7月末日の段階でのパニッツ3法案である）。この新しいパニッツ3法案は、民法典155条の単独監護の原則を確認し、その上で共同監護に関する規定の

155条の2および155条の3を加えたものである。すなわち、この規定は、両親が合意する場合には、共同監護を認め、ただし一方の親が異議を述べる場合には、共同監護を認めないとする。

### 3 現在のパニッツ3 (Paniz 3) 法案の問題点

#### (1) 共同監護についての規定

パニッツ3法案においては、共同監護は夫婦の合意の存在を要件とし、単独監護が原則とされている。共同監護が原則とされていない点で、批判の多いところである。

また裁判官の裁量が広く認められることは、官僚主義 (burocratismo<sup>(14)</sup> mortificante) により制度の機能が失われると批判されている。

#### (2) 家族の家の分与

家族の家の分与について、現在の民法典には、子を監護する配偶者に優先的に与えられる旨が規定されているだけであるが、改正法は、子の要求を優先的に考慮すること、および配偶者の平等を実現するために、両親の経済的関係の調整が行われる旨が規定されている。

#### (3) 親の義務の不履行にたいする制裁処分

親の義務の不履行について民事訴訟法に新しい規定の新設が検討されている。すなわち、民事訴訟法典709条の3に、親が重大な不履行、子に対する著しい損害を引き起こした場合には、不履行の親への警告、子に対する損害賠償、他方の親に対する損害賠償、75ユーロから5000ユーロまでの罰金の新設が定められている。

(1) Disegno di Legge N.1036 における Callegaro 上院議員の2002年1月23日の法案説明による。

(2) Disegno di Legge N.1036.

(3) ibidem.

(4) Liliana Rossi Carleo, Famiglie disgregate: Le modalita' de attuazione dell'affidamento dei figli fra disciplina attuale e prospettive di riforma, in Famiglia, n. 1, 2004. p.10. Vittorio Rossi, op. cit., p.315.

- (5) M.Sesta, *ibidem*.
- (6) Michele Sesta, Verso nuove trasformazioni del diritto di famiglia italiano? in *Famiglia* n.1, 2003. P.165.
- (7) *ibidem*.
- (8) Liliana Rossi Carleo, *op. cit.*, p.11
- (9) イタリアで共同監護を積極的に求めているのは父親の団体である。そうした団体は全国的に多く存在するが、その中でも「Crescere insieme（一緒に成長する）」が立法実現に向けて積極的に活動している。
- (10) Disegno di Legge N.1036.
- (11) Michele Sesta, Verso nuove trasformazioni del diritto di famiglia italiano? in *Famiglia* n.1 2003. p.165, Nicola Scannicchio, L'affidamento congiunto a quindi anni dalla riforma tra uguaglianza dei coniugi e interesse del minore, in *Famiglia* n.4, 2003, p.950., Liliana Rossi Carleo, *op. cit.*, p.14.
- (12) なお、現在下院で討議中の共同監護については、これまで学説や判例が用いていた *affidamento congiunto* という語ではなく、*affidamento condiviso* という語が用いられている。この意味については、これまで用いられてきた *affidamento congiunto* と *affidamento condiviso* は異なるものであるとされる。すなわち *affidamento congiunto* は、役割の分担なしの親権の共同行使と解され、最小の決定も両親に異議をもたさないことが必要であるという。その結果、対立の少ない別居のケースにおいてのみ適用可能と考えられた。これに対して、*affidamento condiviso* は、*affidamento congiunto* の不都合を避けるために、医師や学校の選択のような重要な決定のみが義務的に共同とされるとする (Franco Occhiogrosso, *Affidamento Condiviso*, p.1)。ただし、ラベンナ大学教授の Luigi Balestra 教授に確認したところでは、厳密には両者は異ならないという意見もあり、現時点ではとくに法案の *affidamento condiviso* は *affidamento congiunto* と同様に共同監護と訳した。
- (13) *ibidem*.
- (14) Liliana Rossi Carleo, *op.cit.*, p.16.

## 第5章 まとめ

以上、イタリアの別居・離婚後の子の監護の制度を概観してみた。ここで明らかになったことは、判例と学説とで解釈に異なる点があるとはいえ、別居・離婚後も、非監護に、子の訓育・教育に対して監督し見守る権利があるだけでなくそれは義務でもあり、この権利義務は、両親の対等な協力により基礎付けられるものとしている点である。そして両親間の協力の精神が共同監護の議論を導いている。

これまで共同監護は、アメリカ合衆国では、カリフォルニア州で1979年に共同監護の立法がなされて以来多くの州で立法が行なわれ、共同監護の実現に積極的に取り組まれて来た。<sup>(1)</sup>これに対して、ヨーロッパ諸国はアメリカほどには共同監護の実現に興味を示さなかった。しかし本稿第1章でも示したように、ヨーロッパ諸国においても、近年多くの国々で共同監護の制度が立法化されている。このようにヨーロッパ諸国が遅ればせながら共同監護に向けて立法化に踏み切っているのは、共同監護が子の利益に有益であるとの確信が生まれたこと、および子どもの人権条約（第9条3項）における離婚後も子が親と接触を維持する権利が普遍的ルールとしてとらえられるに至ったことによるものと思われる。

イタリアも、共同監護の積極的実現のために、現在下院で議論されている最中である。本稿では、その法案の詳細な分析には至らなかったが、その課題は改正が実現した段階で努めたいと思う。ここでは、現在の時点で気づいた若干の点を指摘したい。

まず、第1に他のヨーロッパの国々と同様、求められる共同監護のあり方は、共同身上監護ではなく、共同法的監護の形態であるということである。すなわち、監護の中心が母親であることを認めた上で、法的な意思決定について父母共同とするものである。こうした共同監護のあり方については、次のような批判も存在する。<sup>(2)</sup>つまり、意思決定だけを共同するという監護のあり方は、現実には子の生活は、ほとんど母親との時間で占められることになる。しかしながら共同監護は子から父親を奪わないという目的に加えて、さらに母の活動についての監守を父親に与えるもののはずである。もしこの共同法的監護の形態が共同監護であるならば、別居後においても両親の存在を与えるという共同監護の目的は到達されないとする。しかしイタリアは、より実現可能な共同監護のあり方として、共同法的監護の形態を選んだものと思われる。第2の特徴として、制裁制度の強化である。つまり親が子に対する義務を履行しない場合に、元配偶者および子に対して損害賠償を支払う義務および罰金さえも規定されたことである（パニッツ3法案第2条による民



訴法709条の3の新設)。子に対する親の義務を制裁規定により強化したものである。

ところで、わが国では、共同監護についての議論は、現在きわめて低調である。

わが国では、かつて子の監護の決定基準において、アメリカ合衆国のゴールドシュタインの基準が紹介された。<sup>(3)</sup>このゴールドシュタインの基準は、子の教育環境の安定性、継続性を維持するために、子が最も愛着を持つ精神的よりどころとなる心理的親との関係を重視するものである。しかしながら、ゴールドシュタインのこの考え方は、他方の親の干渉を排除する結果をもたらし、面接交渉さえも望ましくないということになってしまった。こうした背景が、わが国では共同監護についての議論が十分に展開されるには至らなかった原因のひとつと思われる。

また、共同監護の議論が消極的なもうひとつの理由として、離婚後の親と子の交流が活発でないわが国の社会の現状にもあろう。共同監護の要求は、父親側からの要求であることが多いが、わが国ではそもそも婚姻中の親子の関係さえ希薄であり、<sup>(5)</sup>他の国のような父親の団体の共同監護を求める活発な活動は見あたらない。こうしたわが国の社会状況で、どれだけ共同監護が根付くかどうかは不明であるが、少なくとも離婚後の親権の共同行使を望む親にその手段がまったく認められないのは、子の利益に反するものといえる。わが国において、共同監護の可能性を完全に排除することは、子どもの権利条約第9条の子の別居親と関係を保つ権利の保障という点からも問題であり、また憲法第13条の幸福追求権にも反するものと思われる。

そこで、共同監護の実現については、新たに立法がなされるのが望ましいが、1996年に法制審議会が決定した民法改正案が国会の審議にも至らない現在の状況で、それが実現するのは困難であろう。であれば、現行の民法の規定の解釈の中で、実現する途を探るしかないのではないか。わが国での具体的な適用可能な条項については、紙幅の都合もありもはや本稿では議論できないが、次回の課題としたい。

- (1) アメリカの共同監護については、以下の文献がある。石川稔「ジョイント・カストディ (joint custody) と家族の自律性」判例タイムズ511号6頁 (1984年)、菊地和典「面接交渉から共同監護へ—子の監護についての新しい動向—」『家庭裁判所論集』140頁 (最高裁判所事務総局1980年)、木幡文徳「アメリカにおける子の監護権—テNDER・イヤー・ドクトリンからジョイント・カストディへ—」専修法学論集44号29頁 (1986年)、島津一郎「共同監護はわが民法上可能か—西ドイツ法および英米法との比較検討—」家族〈社会と法〉2号116頁 (1986年)、フランク・E・A・サンダー「子の監護権—アメリカ家族法の現状」ジュリスト782号82頁 (1983年)、棚瀬一代「アメリカにおける離婚後の子の監護について—単独監護から共同監護へ—」ケース研究236号33頁 (1993年)、棚瀬孝雄「離婚後の面接交渉と親の権利 (上) (下) —比較法文化的考察—」判例タイムズ712号4頁, 同713号4頁 (1990年)、棚村政行「アメリカ合衆国における親子法の新しい展開」ケース研究228号2頁 (1991年)、同「離婚後の子の監護—面接交渉と共同監護の検討を中心として—」『家族法改正の課題』231頁日本加除出版 (1990年)、沼邊愛一「最近における各国の子の監護法制の動向について—アメリカ・西ドイツを中心に—」比較法25号1頁 (1988年)、山口亮子「アメリカにおける共同監護法と子どもの利益 (一) (二)」上智法学論集39巻3号99頁 (1996年)、同40巻1号133頁 (1996年)、吉田邦彦「子の監護紛争をめぐる日米の法状況—現代的 (ポストモダンの) 紛争解決論から見た理論的考察— (上) (下)」ジュリスト1048号57頁, 同1049号85頁 (1994年)。
- (2) Vittorio Rossi, op. cit., p.315。
- (3) 山本敏郎「子の監護とゴールドシュタイン学説—アメリカにおける最近の論議—」調研紀要40号64頁 (1981年)、石川稔教授は、ゴールドシュタイン学説の継続性のガイドラインは、アメリカにおけるより諸外国に与えた影響の方が多かったとする (石川稔「家族の変化と家族法—日米の比較から—」ケース研究210号14頁1986年)。
- (4) イタリアについては、前章注 (9) 参照。フランスについては、田中通裕、前掲書220頁、山田美枝子前掲論文「フランス親権法の改正」法学政治学論究6号314頁。
- (5) 日本とアメリカ、韓国における父親と子供との平均的接触時間の調査による「子供と家族に関する国際比較調査報告書」総務庁青少年対策本部編 (1995年)。

## 資料 パニッツ 3 (Paniz 3) 法案

### 1 条 民法典の条項の新設と改正

#### 1. 民法典155条は以下の規定に改正される。

### 155条 (子に関する処分)

親の別居または離婚の後も、子は、両親の各々と平等で継続的な関係を維持する権

利および両親双方から監護，教育及び訓育を受ける権利及び祖父母や親の親族との有効な関係を保つ権利を有する。

第1項の目的を実現するために，夫婦の別居を宣言する裁判官は，155条の2に規定された場合を除いて，配偶者の合意および別居の申立に義務として付随される共同監護（affidamento condiviso）の計画において表明された態様に基づいて，両親双方に子の監護が継続することを定める。特に，裁判官は，子の住居の設定についての両親の間での合意を認め，合意に至らない場合には，各配偶者のもとに子がいる態様や時間を定める。さらに各配偶者が分担すべき子の扶養や監護，訓育，教育の態様や範囲も定める。

権能（potesta'）は，両親双方により行使される。非常に重要な決定は，常に共同で行われる。合意に至らない場合には，決定は裁判官に委ねられる。裁判官は，通常の管理（ordinaria amministrazione）の問題に関する決定に限って，両親が単独で権能を行使することを定めることができる。

当事者により自由に署名された異なる合意がある場合を除いて，各親は自己の収入に応じた範囲で直接的方式（in forma diretta）で子の扶養を与える。必要な場合には，以下の事項を考慮して，裁判官は均衡の原則（il principio di proporzionalità）を実現するために，定期払給付の支払を定めることができる。

- a) 子の現実の要求
- b) 両親との持続する共同生活において子が享受する生活程度
- c) 各親との共同生活の期間
- d) 両親の経済的資力
- e) 各親が負うべき監護及び家庭内の役割の経済的価値

各親から与えられる経済的性質を有する情報について，他方の親から異議を申し立てられた場合には，裁判官は，別の主体の名義であっても，異議の対象となった収入および財産について税務署に評価を命じる。

民法典155条の後に以下の条項を挿入する。

#### 155条の2（共同監護の排除と異議）

330条および333条の趣旨で発された先行する処分がない場合でも，その規定を適用する要件が申立られるか，またはいずれの場合であっても，監護親が子に危害をもたらしうと判断された場合には，裁判官は，親を監護から排除することを命じることができる。

各親は，いかなる場合でも，第1項により示された状態が存在する場合には，それを理由として，他方の親の監護への参加に反対することおよびその者の排除を求めることができる。裁判官は，その申立を認める場合には，155条第1項の趣旨で認められた子の権利を可能なだけ保護し，申立てた親への単独監護を命じることができる。その申立に明らかに根拠がなく，かつ，その権利を侵害することを目的とする場合には，裁判官は申立を行なった親の行動を子の利益のために課される処分を決定するために考慮する。民事訴訟法典の96条の規定が適用される。

#### 155条の3（家族の家の分与と住居の問題の規定）

家族の家の享受は、子の不利益を減少させるために子の要求を優先的に考慮して、同意された態様により、定められた者に帰する。分与については、両親間の経済的関係の調整が考慮されなければならない。分与の処分は登記ができ、民法典2643条の趣旨で、第三者に対抗できる。

いかなる場合も、権能の行使の態様により著しく対立する親の一方に住居や居所の変更が生じる場合には、他方に経済的側面の再調整を含む家族の規律の再定義を求める権限が与えられる。両親間で上記に関する決定が合意に達しない場合には、裁判官に委ねられる。受益者が永続して居住しないか、または家族の家に居住するのを止めた場合には、分与は失効する。

#### 155条の4（扶養義務違反）

直接の扶養義務の不履行の場合には、裁判官は不履行の親に対して、他方の親に支払うべき扶養手当による代用を命じる。

間接的な扶養義務に関する不履行の場合には、1970年12月1日法律898号の8条およびその後の改正による規定が適用される。

#### 155条の5（成年の子のための規定）

経済的に自立していない成年の子については、155条4項による処分が適用される。定期的扶養手当の支払が命じられる場合には、裁判官が状況を判断して異なる命令を行った場合を除いて、子に直接に支払われなければならない

1992年2月5日法律104号の3条3項の趣旨で、重大な障害を有する成年の子に対しては、子のために規定された処分はすべて適用される。

2条は、以下により改正される。

#### 2条（民事訴訟法典における条項の新設）

1. 民事訴訟法典709条の後に、以下が挿入される。

709条の2（裁判官の権限） 仮の処分の場合でも、子の監護に関する処分を発する前に、裁判官は、止めるべき特別な理由がある場合を除いて、当事者の申立または職権により、未成年の子の聴聞を含む場合には、証拠方法により行うことができる。

裁判官は、当事者から聴聞し、彼らの合意を得て、第1項の処分の適用を延期することができる。その延期は、専門家の援助により、配偶者が子の物質的・精神的利益の保護のために、合意するために行なわれる。

#### 709条の3（不履行または違反の場合の処分）

親の権限の行使のために両親間に生じた対立の解決のための管轄権限は、訴訟手続きが進行している場合には、民事訴訟法典旧710条の場合も、同裁判官に帰属する。これに反する場合には、子の住居の場所の後見裁判官に帰属する。

申立の後、裁判官は当事者を出頭させ、適切な処分を講じる。重大な不履行または子に著しい危害を引き起こし、または共同監護（affidamento condiviso）の適正な実現を阻害する行為については、監護の態様に対しても、形式に対しても現行の処分を修正することができ、または代わりに以下の制裁を適用することができる。

一不履行の親に警告する

一親の一方の負担で子に対する損害の賠償を命じる

一親の一方の負担で他方の親に対する損害の賠償を命じる。

一罰金基金（Cassa delle Ammende）のために最小75ユーロから最大5000ユーロまで財産刑の支払いの宣告を不履行の親に下す

裁判官により講じられた処分は、通常の方法で不服申し立てができる。

管轄における後見裁判官により講じられた処分は、地域の管轄の控訴裁判所における少年の部への申立により不服申立ができる。

### 3条 実現の規定（Disposizioni di attuazione）

1. 別居、婚姻の解消、婚姻の取消、婚姻の民事効果の終了の判決が、当該法が効力を発する期日にすでに下された場合には、各々の親は、民事訴訟法典の710条または1970年法律898号9条により規定された態様により当該法の適用を求めることができる。

2. 当該法律によって改正された155条、155条の2、155条の3、155条の4、155条の5および民事訴訟法典709条の2、709条の3は、1970年法律898号の民法上の効果の終了または婚姻の解消の事件にも、両親が夫婦でない子にも、適用される。