

Title	フランス法における親権の第三者への委譲（一）
Author(s)	白須, 真理子
Citation	阪大法学. 2010, 60(1), p. 185-208
Version Type	VoR
URL	<a href="https://doi.org/10.18910/55202">https://doi.org/10.18910/55202</a>
rights	
Note	

*Osaka University Knowledge Archive : OUKA*

<https://ir.library.osaka-u.ac.jp/>

Osaka University

# フランス法における親権の第三者への委譲（二）

白 須 真理子

## 序

### 一 伝統的な委譲―移転委譲

#### I 理論構造

##### 1. 日本法

##### 2. フランス法

###### (1) 任意委譲（以上、本号）

###### (2) 強制委譲

#### II 権利義務関係

##### 1. 日本法

##### 2. フランス法

## 二 現代化された委譲―分担委譲

#### I 理論構造

#### II 権利義務関係

## 結び

## 資料

現在、わが国では離婚が増える一方で離婚後の再婚が普通になり、親子の関係はますます複雑になっている。<sup>(1)</sup>このことは、研究対象としたフランスでは日本よりも以前から問題になっており、法的にも様々な分析、検討がなされてきた。そして二〇〇二年には、親権に関する法改正を実現させている。

子は、父母の親権に服し（民法八一八条一項<sup>(2)</sup>）、親権を行う者は、子の監護教育の権利を有し、義務を負っている（八一〇条）。つまり子の監護教育は、原則として、父母によって行われる。しかし民法は父母以外の者が子の監護<sup>(4)</sup>を行うことも想定している。八三四条で親権の喪失を、八三七条一項で親権の辞任を定めて、親権を行う者がいない場合には未成年後見が開始するものとしているのである（八三八条一号）。さらに、七六六条一項において「父母が協議上の離婚をするときは、子の監護をすべき者その他監護について必要な事項は、その協議で定める。協議が調わないとき、又は協議をすることができないときは、家庭裁判所が、これを定める」と規定している<sup>(5)</sup>こともそれを示している。<sup>(6)</sup>

しかしながら、再構成家族<sup>(7)</sup>における再婚相手は、連れ子にとつては父母以外の第三者<sup>(8)</sup>であり、法的に根拠づけられた権利義務に基づいて監護教育を行っているとはいえない場合が少なくないことが想像される。というのは、現行法上、実親の再婚相手（以下、連れ子との関係で、「継親」という）は、養子縁組という方法によってしか子の監護教育に対する法律上の権利を取得し、あるいは義務を負うことができないからである。<sup>(9)</sup>もちろん、養子縁組によって法律上の親子関係を形成すれば、養親子間に親権が認められることになるし、それが適当である場合もある<sup>(10)</sup>。しかし、養子縁組という手段は、養親子間に扶養義務や相続権も発生させる。普通養子縁組であれば実親に対

する扶養義務や相続権も残るけれども、重要な効果を生じさせる手段と言える。子や継親が、このような重要な効果を生じさせる手段を好まないことも十分考えられる。再構成家族を典型例とする子と第三者との共同生活関係において、それぞれの権利義務関係をどのように規律するべきかが問われてくる。さらに、そのような関係が規律された結果、それまでの実親と子との関係はどのように変わり、あるいはどのように保たれるべきかということも重要である。

フランスには親権制限の一つとして、親権委譲（*délégation de l'autorité parentale*）という制度がある。<sup>(11)</sup> 日本法の親権喪失制度と同じく、親権のすべてを両親から失わせる取上げ（*retrait de l'autorité parentale*）という制度も存在しているが、委譲制度は、親権のすべてではなく部分的に失わせるといふ点で、取上げとは異なる機能を有している。委譲は、移転委譲<sup>(12)</sup>と分担委譲という二つの類型に分けることができる。本稿では、前者を伝統的な委譲、後者を現代化された委譲としている。伝統的な委譲、すなわち移転委譲とは、「虐待又は精神的に遺棄された子の保護」に関する一八八九年七月二四日の法律<sup>(13)</sup>（以下、「一八八九年法律」という）で登場した類型の委譲を指すところ、委譲とは、その言葉本来の意味では、与える側のある者の権利を、受け取る側の別者へ移転することである。<sup>(14)</sup>したがって、移転委譲という訳は、移転という意味が重複している点で本来適切でない。それにもかかわらずこのような表現を用いる理由は、委譲のうち一つの類型と区別する必要があるからである。二〇〇二年の法律改正により、フランス法は、*délégation-partage*（分担委譲<sup>(15)</sup>）という類型の委譲を創設したため、移転委譲は、この類型と区別する必要があるのである。分担委譲は、親権行使を「移転」するものではない。<sup>(16)</sup>これは、委譲者と被委譲者との間で親権を共同で行使することを可能にする類型の委譲である。二〇〇二年のフランス家族法改正に際して、特に再構成家族における継親の地位を確保することを主な目的として新設されたものであり、その意味で本

稿にとってより重要な類型である。

本稿がフランスの親権委譲制度を検討対象とするのは、次の三つの理由による。第一に、フランスでも社会の変遷に伴って家族形態が多様化し、再構成家族を含めて民法の予定する伝統的な家族像とは合致しない形態の家族が増加している。フランスの立法者は、二〇〇二年の家族法改正<sup>17)</sup>にあたって、そのような変化を明確に意識していた。改正前のフランス法は、日本法と同じく、継親や現に子を監護する第三者を想定した仕組みとはなっていないからである。したがってフランス法改正前後の議論は、現代における子の監護のあり方を考える必要がある日本法にとって有益なものとなるであろう。さらに、親権委譲制度の現代化が家族法を現代化するものとなっており、親権法改正へと向かう日本法にとって示唆的である。第二に、共同親権論との関連である。日本の現行民法は、離婚後は単独親権に限られるため、共同親権、あるいは共同監護を志向した解釈論・立法論が多数展開されてきており、法改正の議論においても離婚後共同親権の道が開かれつつある<sup>18)</sup>。このような状況で、委譲という制度のもつ意味を、既に共同親権原則を採用しているフランス法の検討によって明らかにすることは意義がある。第三に、親権の *titularité* (「帰属」<sup>19)</sup>) と *exercice* (「行使」) とを区別する伝統的な考え方が存在する。委譲される対象は、親権の *titularité* (「帰属」とは切り離された概念として存在する親権の「行使」である<sup>20)</sup>。委譲の対象とはならない親権の「titularité (「帰属」) は、委譲者、つまり両親に残されることになる。この親権の「titularité (「帰属」) という概念の検討は、子と共同生活を営んでいない親の権利義務を考える素材として有用である。もともと、この区別は委譲に限ったものではなく、フランスの親権制度に共通してみられる特徴である。この区別が日本法における親権の理解とどのように異なり、その区別にどのような意味があるのか。日本法が持つ親権・監護権の分離分属の可能性(七六六条) や潜在的親権論とどのように異なるのかということも併せて検討する。

フランス法が第三者による親権の行使を認めているのに対して、日本法においては、親権を第三者が行使できるという考え方は見られず、それを検討することは興味深い。フランス親権法には、日本法にはない伝統的な考え方が潜んでおり、本稿ではそれを比較法研究によって明らかにしたいと考えている。

本稿は、まず、親権委譲制度の創設以降、現代化にいたるまでの経緯と、そこにおける伝統的な理論を見ることによって、フランス法の基本的な考え方を明らかにすることを旨とする。そして、そのような概念を理解した上で、改正の意義を検討する（二）。そのために、二〇〇二年の改正において委譲制度を用いて現代化が行われた立法経緯と、伝統的な考え方からどのような変化がもたらされたのかを明らかにする。

#### 一 伝統的な委譲—移転委譲

移転委譲は一八八九年法律から登場した類型であり、委譲制度の基本型であるといえるから、まずその歴史的背景を知る必要がある。Ⅰでは、歴史的な観点を交えつつ、さらに二つあるいは三つの類型に区別される移転委譲の理論構造について検討し、Ⅱでは、それによって生じる具体的な権利義務関係について考察する。Ⅰで明らかにした理論を構成する概念が、具体的にどのよう機能しているのかを知ることが目的である。また、日本法の現状を把握するため、Ⅰ、Ⅱそれぞれの1.では関連する日本の学説を検討する。

その前に、フランス法の親権制度において共通して認められる原則、すなわち、フランス民法がその三七六条で明記している親権不可処分性の原則を知っておく必要がある。仏民三七六条は、以下の通り定めている。「親権についてのいかなる放棄も、いかなる譲渡も、それが以下に定められる場合に判決によるものでなければ、効果を有することができない<sup>21)</sup>」。ところが、立法者は同時に、この原則に対する次のような緩和規定も併設している。第一に、

仏民三七七条及び三七七条の一において、親権行使の全部又は一部が、個人や公的若しくは私的機関に譲渡されることを定めている。また、第二に、夫婦間の「取決め」に一定の法的な力を与えている。すなわち、未成年子についての親権行使の態様又はその教育に関して父母が夫婦間で自由に締結した取決めは、裁判官がそれらについて決定するに当たって考慮されうる（仏民三七六条の一）<sup>22)</sup>。

こうして、委譲は、裁判所のコントロールを経て親権不可処分性の原則を修正する形で存在するのであり、フランス民法上例外として位置づけられることになる。

## I 理論構造

一八八九年法律は、父権についての失権制度<sup>24)</sup>を初めて立法化した法律である。この法律は、第一章で失権制度、第二章で委譲制度について規定する。もともと、第一章の標題は「父権の失権」であるが、第二章の標題は「両親の介入により、又はその介入なくして託置された未成年者の保護」というものであった。第二章創設の目的は、「子の主要な利益において、子について責務を負った者に権利と保証を与えることによって、第三者に養育されている子の状況を法的に強化すること」、「そのような子を行政権威によって行使される特別な保護の体制下に置くこと」である<sup>25)</sup>。このような目的をもって創設された委譲制度において最も基本的な類型として同法律一七条一項が定めていたのは、両親が自発的に子を第三者に委ねた場合の父権委譲である。この点は現行法と共通する。逆に当時の法律に特徴的なのは、委譲の対象が父権の行使だけでなく、*unilari*〔帰属〕をも含んでいたという点である。つまり失権が課されなかったとしても、自ら父権の *unilari*〔帰属〕を放棄してしまうことができた<sup>26)</sup>。委譲の対象となるのは親権〔父権〕の行使の部分であることが原則であるが、親権〔父権〕の *unilari*〔帰属〕をも対

象とする委譲も、現行法の例外として存続している。その特徴や意義については後の現行法に關するところで述べる。<sup>(28)</sup>

一八八九年法律は、以後多くの修正を受けることになる。<sup>(29)</sup>では、現行法において、委譲制度はどのような意義を持つのか。移転委譲制度と関連しうる日本法の制度として、民法七六六条の監護者指定制度を挙げることができる。そこで、フランスの移転委譲制度と比較するために、まず日民七六六条をめぐる日本の学説の議論状況を把握する（1.）。次に、フランスの移転委譲制度について、立法趣旨を確認しつつ、条文上に現れた変化を追うことによってこの制度を明らかにし、続けて判例を検討することによって具体的な適用場面を知る（2.）。

### 1. 日本法<sup>(30)</sup>

日本において七六六条の監護者指定制度<sup>(31)</sup>が設けられた目的は、「家」制度と関連する。家父長制度を採用していた明治民法においては、婚姻中はもちろん、離婚後も原則として「子ハ其家ニ在ル父ノ親権ニ服ス」（旧八七七条）ものとされていたのであるが、そのような体制の中で監護者指定制度（旧八一二条）が設けられたのは、乳幼児については母の監護を必要とするという便宜上の要請があったからである。<sup>(32)</sup>「家のための親子法」から「親のための親子法」を経て「子のための親子法」となったといわれる現行法においては、監護者指定制度は子の福祉の観点から広く活用されるに至っている。その活用の方向性は、離婚の際の子の親権・監護権をめぐる争いという現象と、親権者による監護権の濫用ないし放棄という現象<sup>(34)</sup>の二つへの対応に表れる。

前者の現象に属する課題は、子の奪い合い紛争である。八二八条三項は、「親権は、父母の婚姻中は、父母が共同して行う」と定めている。日本法において、親権の共同行使が可能であることを明文上規定しているのはこの八一八条三項のみであり、したがって父母が婚姻している場合にのみ親権は共同行使される<sup>(35)</sup>。日本民法が離婚後は



単独親権を原則としている理由は、離婚した父母は生活を共にしなくなることから、共同で子の親権を行使することが實際上困難であり、実効的でないため、子にとって利益とならない点にあると説明されてきた。<sup>(36)</sup>ところが、現実には、この離婚後単独親権の原則に関連して深刻な問題が生じている。すなわち、離婚に際して、親は、親権者又は監護権者と定められなければ子に関する一切の権利を失うと考え、その結果、子の親権・監護権をめぐる激しい争いが展開されるのである。このことは、共に親権者である別居中の夫婦の間でも、いずれが子の監護を行うかという観点から、同様に起こりうる。<sup>(37)</sup>今日、子の奪い合い紛争は、「現在かなりある厄介な問題」と形容されている。<sup>(38)</sup>ここでは七六六条は、親権と監護権を分属させることによって、権利をすべて失ってしまうと考える親の感情を緩和するための措置の一つとして機能する。<sup>(39)</sup>

後者の親権者による監護権の濫用ないし放棄という現象に属する課題は、児童虐待（暴力を伴う積極的虐待だけでなく、養育放棄などの消極的虐待も含む）である。この問題は、婚姻や離婚とは無関係に、子がいて、その子を（事実上）監護する者がいる限り起こりうる。児童虐待に関しては、民法上の対処方法である親権喪失宣告が行われるのは年間十数件であること、<sup>(40)</sup>親権者の意に反して児童福祉法二七条一項三号に定める措置（里親委託や施設への入所）を採ることができると定める同法一八条の申立件数も一八五件、承認件数は一六三件にとどまること、それに対して児童相談所に対応した児童虐待の相談件数は年々増加しており、二〇〇八年には四万二千件に達している<sup>(41)</sup>というから、事態は深刻である。<sup>(42)</sup>ここでは七六六条は、適切な第三者を監護者と指定すべきであるとする文脈で現れる。本稿の問題意識、つまりここでは七六六条が再構成家族などの子と第三者との共同生活関係に適用可能かという観点から、七六六条によって親権と監護権が分属する結果問題となるのは、監護権者となりうる者の範囲である。

まず、父母だけでなく第三者を監護者として指定できるという立場が、通説として定着している。子の監護を第三者に委託することは「普通の委任契約」として可能であるが、「離婚の際に協議(または審判)によって第三者に監護を委託したときは、その変更には協議または審判を必要とする。この意味で、第三者を監護者と定める実益がある」と考えるのである。<sup>(44)</sup>問題は、親権者の意に反している場合、あるいは、協議離婚(七六六条)と、それを準用する裁判離婚(七七一一条)、婚姻の取消し(七四九条)、父の認知(七八八条)以外の場合でも、第三者を子の監護者として指定することができるか否かである。児童虐待の問題は、この点に関わる。これを肯定する学説として、以下の二説がある。①七六六条のみを根拠条文として第三者への監護者指定を認める立場から、梶村判事(當時)は、「民法七六六条、家審法九条一項乙類四号の規定は、子の監護をする権限を持つ親権者や後見人の権限だけには任せておけないと家庭裁判所が考えたときに、親権者や親族の申立てなどによって、親権者や後見人とは別に第三者を含めて育ての親として最適任者を監護権者として選任したり、子の引渡義務を形成し、その給付を命じたりする権限を付与したものであると解すべきである」<sup>(45)</sup>と述べる。棚村教授も同様の立場である。<sup>(46)</sup>これに対して、②七六六条だけでなく八三四条をも根拠条文とする立場もある。<sup>(47)</sup>この立場は、親権者の意に反して第三者を監護者と定めることは、八三四条の親権喪失制度と共通の基盤を持つものであると捉え、子の福祉に重大な影響が及ぶおそれのある事情の下では、第三者を監護者として指定できるとする。両説の最大の違いは、父母の親権者としての不適切性の評価基準が相対的に高い①か低い②かという点にあり、<sup>(48)</sup>この点において、親権者が第三者との関係でどのように捉えられるかということの認識(解釈)に両説の違いがあると言える。①は親権者たる父母と第三者とを全く同列に置いて、子の福祉を判断するが、②は第一次的には親権者による子の監護を考えることになる。ただし、いずれの見解を採っても、不適切でない親に第三者を優先させることは認められず、また、継親だけで

なく親権者と定められなかった親の地位についても考察すべき本稿にとっては、不十分と言わざるをえない。

## 2. フランス法

フランスにおける親権の委譲制度は、親権を「titulaire (帰属)」と「exercice (行使)」とに区別するところから理解する必要がある。親権を委譲するとはいえ、委譲される対象は親権の「行使」に限られるという理解が一般的であるからである。titulaire (帰属) というのは、親権を一つの包括的な権利義務として見た場合に、その親権の存在を可能にしている概念として把握できる。この親権の titulaire (帰属) は、父母にしか属しえないものであり、その意味で、日本法における潜在的親権の議論で登場する親権の帰属という概念の捉え方と似ている<sup>(49)</sup>。逆に親権の「行使」というのは、子の利益に従う限り、柔軟に変動しうる概念であり、父母以外の第三者にも属しうる。委譲制度は、原則として、親権の「行使」を対象とする制度である<sup>(50)</sup>。

親権の titulaire (帰属) という概念は、フランス法においてどう定義付けられるのであろうか。そもそも、フランスの親権法中に、titulaire (帰属) (あるいは titulaire (帰属) を有する者を指す titulaire (s) (帰属者)) という言葉は用いられていなかった。二〇〇七年三月五日の法律第二九三号<sup>(51)</sup>によって初めて親権法中に組み入れられ、現行法では仏民三七五条の七<sup>(52)</sup>において、「親権の titulaires (帰属者)」という表現を見ることができ。しかし、これについて特に定義がなされているわけではなく、しかもこの一条でしか用いられていない。家族法の代表的な教科書を見ても、頻繁に用いられる表現であるにもかかわらず、その定義を記しているものはない。法律辞典によると、titulaire (帰属者) とは「法の積極的主体として(法律あるいは契約等によって)選ばれ、与えられた、肩書の保持者<sup>(53)</sup>」である。また、学説や判例によって、その表現方法は若干異なり、親権の権利 (droit de l'autorité parentale) や、親権の権利そのもの (droit lui-même) という表現が見られ、これを titulaire (帰属) と同一視し

ているようである。すぐ後でも触れるが、民法典三五〇条及び社会政策・家族法典一三二四条の八にはこのような表現が用いられている。そして他方で、親権について「行使〔exercice〕」という表現も用いていることから、学説は、「親権の権利」や「権利そのもの」という表現の場合には、親権の行使とは区別し、親権の titulaire〔帰属〕という概念として把握するのである。また、テレは、三七一条の第二項の「親権は父母に帰属する……」という文言から、これを親に認められている「自然的（子とその子を生み出した者とが結びつく、取替えのきかない固い繋がり）の法的帰結」かつ排他的な使命<sup>54</sup>であるとした上で、これを根拠として父母は titulaires〔帰属者〕であると述べている。つまり、テレが親権の titulaire〔帰属〕は父母に属すると考える根拠は、三七一条の一にある。そして同時に、その定義は、親に与えられる「自然的…かつ排他的な使命」と述べていると見える。非常に古くからある表現であるため明確には定義つけられていないものの、一般に、テレが定義したように理解されているものと思われる。なお、この表現は、歴史的には次のような経緯があった。まず、嫡出家族と自然〔非嫡出〕家族との明確な区別により、前者は家族という構造の中から生み出された関係であると考えられたのに対して、後者は家族ではなく個人の関係として把握された。したがって、嫡出家族の親だけが父権の titulaire〔帰属者〕であり、自然家族の親に父権の titulaire〔帰属〕は与えられていなかったのである<sup>55</sup>。現在は、婚姻に基づくこのような区別はなく、親子関係が立証されれば、すべての親が親権の titulaire〔帰属者〕である。

以上の認識を踏まえ、以下、より具体的な考察に入る。移転委譲は、両親の意思の有無という観点から、さらに任意委譲①と強制委譲②という大きく二つの類型に分けられる。

① 任意委譲

三七七条一項は、次のように定めている。「父母は、状況がそれを要求するときは、親権の行使の全部又は一部

を、第三者、家族の構成員、信頼に値する近親者、子の受入れにつき認可された施設、又は県の児童社会援助機関<sup>(56)</sup>に委譲するために、共同して又は個別に裁判官に申立てをすることができる」。任意委譲とは、両親によって自発的になされる委譲を指す。文言上は、共同親権の場合には共同で、単独親権の場合には個別に申立てが可能とも読めるし、あるいはいずれの場合でも個別に申立てが可能とも読める。しかし、三七七条の一の文言（「…両親が親権を行使する限りにおいて、両親又はその一方の合意を必要とする」）から、共同親権の場合には父母双方の合意が必要であると考えられており、共同親権の場合に一方の親によって申立てがなされた場合の効果は、他方の親の単独親権となると考えられている<sup>(57)</sup>。

フランス民法典中に委譲 (délégation) という言葉が現れた一八八九年法律から二〇〇二年の改正に至るまで、親権の委譲は両親によるその権能の明示または黙示の放棄の意思に根拠づけられていた<sup>(58)</sup>。一八八九年法律の下では、任意委譲のほか、強制委譲とその中間に位置するもうひとつの委譲の三つの類型が見られたのであるが、両親の意思という根拠は、それらすべてに共通していた。任意委譲に放棄の意思を見出すことは容易である<sup>(59)</sup>。現在でいうところの強制委譲<sup>(60)</sup>についても、旧三七七条三項が「両親が一年以上の間に無関心であるときは、被委譲者の請求のみによって、同様の「両親による子の任意の引渡し」の後の、親権の全体的または部分的「筆者注」委譲を決定することができる<sup>(61)</sup>と規定していたことから、同様である<sup>(62)</sup>。要するに、無関心と判断される以前に、両親が子を第三者に預けていたことが前提となり、そこでの親の権利の放棄は、子についての両親の無関心から導かれていた。任意による子の引渡しよりも後に認められる無関心は、論理的に、両親が選んだ第三者に対して自発的に委ねた子についての権利の行使を放棄するという意思を表していたのである<sup>(63)</sup>。三つ目の、任意委譲と強制委譲の中間に位置する委譲については、旧三七七条の一第一項に、「親権の委譲は、十六歳未満の者が父母又は後見人の関与なく引き

取られたときにも、同様に行うことができる」と定められていた。ここでは、両親の意思の関与は否定されている。しかし、つづく但書き及び第二項は、委譲の請求がなされたとき、行政機関は両親に子の一時保護を知らせるために通知を行わなければならないと規定する<sup>(64)</sup>。両親はそれへの対応のために三ヶ月の猶予を有しており、この期間内に両親からの反応がなければ、委譲の請求が通り、家族事件裁判官は委譲について決定を下すという仕組みになっていた。ここに両親の権利放棄の意思が推定されたのである（旧三七七条の第二項）。

以上で見てきたように、旧法においても一八八九年法律と同様に、明示か黙示かの差はあれ、委譲を行う過程での両親の意思に根拠を置いていた<sup>(65)</sup>。これに対して、二〇〇二年法律は、両親の意思を推定できない類型の委譲も創設した。旧法下の任意委譲でない二つの委譲を一つにし、これを強制委譲として、両親の意思の有無を任意委譲と強制委譲の区別の基準とした<sup>(66)</sup>。また、強制委譲について定める三七七条二項は、第三者による子の受入れの状況による区別を削除している。両親によって子の引渡しが行なわれた結果としての受入れでなければならないという要件は、現実に合わせていなかったようである。たとえば、父が死亡し、母が「第二の家族」を持って、子がその第二の家族で義父と共に暮らしている場合には、その子は、死亡した父から義父へ引渡されたとはみなされなかったのである<sup>(67)</sup>。この要件が撤廃され、新たに設けられた要件は、「状況がそれを要求する」ことである。したがって、上述の例のような、子は実際に第三者の下にいるにもかかわらず、引渡しという言葉の定義によって委譲ができない場合だけでなく、子を引渡すことなく、両親が自ら子を育てながら、第三者の助けを得るために委譲をすることもできるのである<sup>(68)</sup>。この要件は、主に、病気や転勤によって子と別居する場合<sup>(69)</sup>、あるいは両親の旅行の場合などを想定しているようである。そして、それらは、そのような結論が「予想される」場合にも認められうるものと解されている<sup>(70)</sup>。なお、この新たな要件はそれほど厳しいものではなく、その証明は自由であり、推定によって関連づけるこ

とも認められている。<sup>(73)</sup>これによって、委譲の可能性は大幅に広がったと言える。

さて、ここまで任意委譲が行われる場合について、旧法と比較しながら見てきた。任意で委譲するとは言え、裁判所が介入する点は創設当時から変わらない。フランス親権法において裁判官の持つ権限の範囲は広い。委譲は親権の行使を対象とすることは先に述べたが、その精神は親権不可処分性の原則を定めた三七六条に表れている。三七六条の原則を覆しうるのは、裁判官によってなされた決定であることが条件ということもそれを示している。<sup>(74)</sup>二〇〇二年法律は、両親による子の引渡しという要件を撤廃することによって委譲の可能性を拡大した。それは、二〇〇二年改正で目指された第三者の法的地位の強化という目的の一面である。この方向性は、強制委譲について考察する際に、より顕著に表れる。次に、原則として両親の意思に基づかない強制委譲について検討する。

(1) 離婚数は、現行法が成立した一九四七年には七万九五五一件であったが、一九七一年には十万件を超え、一九九六年には二十万件を超えて、二〇〇二年には二八万九八三六件に達し、以下減少方向へ転じている。しかし二〇〇八年の離婚件数は、なお二五万一一三六件と多い(厚生労働省・人口動態統計特殊報告・平成二二年度「離婚に関する統計」)。そのうち、親権を行わなければならない子のいる夫婦の離婚割合はほぼ変わっていないけれど、<sup>(75)</sup>約六割がそれに含まれる。<sup>(76)</sup>離婚件数自体の増加によって、そのような状況に遭遇する子は一九五〇年には四万七九八四人であったが、二〇〇七年には一四万四七五八人に達している(なお、子の数が最も多いのは、離婚件数も最多の二〇〇二年であり、一七万四〇四二人である)(厚生労働省・平成一九年人口動態統計)。再婚に関して、夫の初婚・再婚は問わず妻が再婚であるという組は、一九七五年には七万一一八三組(夫の総数に対して七・五%)であったが、二〇〇五年には一四万五七四組(夫の総数に対して一六・〇%)と大きく増加している。また、妻の初婚・再婚は問わず夫が再婚であるという組も、一九七五年が八万五八〇三組(妻の総数に対して九・一%)だったが、平成一七年には一三万一一八九組(妻の総数に対して一八・二%)と大きく増加している(厚生労働省・人口動態統計特殊報告・平成一八年度「婚姻に関する統計」)。なお、これらの統計結果は、厚生労働省のホームページから検索することができ、<sup>(77)</sup><http://www.mhlw.go.jp/toukei/index.html>。

- (2) 本稿において「子」とは未成年者を指すものとする。
- (3) 以下、「序」において特に断らずに示す条文は、すべて日本民法とする。
- (4) 本文に挙げた七六六条について、そこでの監護に教育が含まれるか否かは説によって異なる。後掲注(31)参照。
- (5) なお、七六六条は、七七一一条で裁判上の離婚の場合について、七四九条で婚姻の取消しの場合について、七八八条で父の認知の場合について準用されている。
- (6) もっとも、八二〇条という監護教育と七六六条という監護が同一のものであるかは二つの問題である。学説上は、これを同一のものと解するのが通説である。後掲注(31)参照。
- (7) 本稿において再構成家族とは、離婚後再婚して築かれた家族のことをいう。
- (8) 本稿において第三者とは、父母以外の者を指し、父又は母の再婚相手や祖父母、親族以外の者も含むものとする。
- (9) この問題に関しては、許末忠「継親子関係について―養子縁組を中心に―」一橋論叢九五巻二号(一九八六年)八三頁以下、中川良延「社会的親子の法的関係」川井健ほか編『講座 現代家族法Ⅰ』(日本評論社・一九九二年)三四五頁以下等、また、再構成家族に関するより全体的な考察をするものとして、大村敦志「再構成家族」に関する一考察「みんけん五〇〇号(一九九八年)三四頁以下を参照。ただし、継親の場合、子と親族関係にはなる(七二五条)。子は被扶養者として健康保険を利用することができ、また所得法上の扶養親族として継親の扶養控除の対象となる(健康保険法三条七項)。
- (10) もっとも、未成年者の養子縁組に当たって付随する問題はいくつかある。最も大きな問題は、親権者と定められなかった親の権利の軽視である。離婚後親権者と定められた一方は、親権者と定められなかった他方親の同意なくして、再婚相手との間で、(子の養子縁組に対する代諾権の行使によって)養子縁組を成立させることができるのである。さらに、このとき、未成年者の養子縁組に際して通常求められる家庭裁判所の許可は不要である(七九八条但書)。
- (11) 親権委譲制度に関する邦語文献として、田中通裕『親権法の歴史と課題』(信山社・一九九三年)一五五頁以下、中村紘一・色川豪一「(資料) フランス法研究? フランス親権法の改正―親権に関する二〇〇二年三月四日の法律第三〇五号―」比較法字「早稲田大学」三七巻一号(二〇〇三年)三三三頁等で簡単な紹介がなされている。
- (12) 移転委譲という表現は一般に使われていない。本稿では、本文中に示す理由から、このような表現を用いることとす



n°.

- (23) Loi sur la protection des enfants maltraités ou moralement abandonnés (J. O. 25 juillet 1889. また J. O. 21 et 24 avril 1889, annexes, p. 706 et s., n° 3389; D. 1890, 4, p. 15; D. 1890, 2, p. 25; D. 1887-1889, Table, 1009; Gaz. Pal. 1887-1889, 2, 347; Gaz. Pal. 1889, 2, 184 等を参照).
- (14) G. Cornu, Vocabulaire juridique, P.U.F., mai 2008, 8<sup>e</sup> éd., 2<sup>e</sup> tirage, p. 280.
- (15) 田中通裕「フランスの親権法(特集・親権の比較法的研究)」民商一三六卷四二五号(二〇〇七年)五五頁で用いられている表現である。本稿もこれに従う。
- (16) 下の点に「*la*」ガレイユの批判がある(L. Gareil, L'exercice de l'autorité parentale, préf. de L. Leveneur, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé t. 413, 2004, n° 587)。
- (17) La loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale (J. O. 5 mars 2002, p. 4161)。以下「二〇〇二年法律」*と*する。
- (18) 二〇〇九年一〇月に開催された私法学会のテーマは家族法改正であり、親権制度についても立法提案(水野紀子「親族法(特集)家族法改正―婚姻・親子法を中心に」ジュリ一三八四号(二〇〇九年)五八頁以下参照)がなされた。
- (19) *titularité* [帰属]という概念は、フランス親権法を理解する上で重要である。日本法においても、親権を帰属と行使とに区別する議論は存在するが、本稿は日本法における区別とは異なる概念と捉えている。したがって、日本法の親権帰属の概念と区別するため、本稿では便宜的に、*titularité* [帰属]と表記する。この概念については、一―一―二で詳述する。なお、日本で同様に考えられる制度若しくは論理として、七六六条の監護者指定制度やいわゆる潜在親権論があるが、これらについては一―I及びIIで扱う。
- (20) 一―I―2.を参照。
- (21) 本稿では、訳出に当たって、前掲注(11)で挙げた文献のほか、以下の諸文献を参照した。稲本洋之助ほか訳「フランス民法典―家族・相続関係―」法務資料四三三三号(法曹会・一九七八年)、山田美枝子「一九九三年一月八日の法律第二二号によるフランス家族法の改正―離婚後の親権共同行使の原則化、自然子の両親の親権共同行使の自動化、家族事件裁判官の創設、裁判上の子の聴聞及び子の利益の保護」法学政治学論究二〇号(一九九三年)一頁以下、田中通裕「フラン

スの親権法(特集・親権の比較的研究)「民商二二六卷四二五号(二〇〇七年)五四頁以下、羽生香織「親子—親子関係の改正に関する二〇〇五年七月四日のオルドナンス第七五九号(立法紹介)」日仏法字二四号(二〇〇七年)一一九頁以下等。

(22) その目的は、子及び親の利益を考え、特に離婚の場合に、手続きを深刻なものにしないためであるとされている(F. Terré et D. Fenouillet, *Droit civil. Les personnes-La famille-Les incapacités*, 7<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2005, n° 1076)。

(23) 親権に関する訴えを扱うのは、原則として家族事件裁判官である(一九九三年一月八日の法律第二二号(J.O. 9 janvier 1993))によって、それまでの婚姻事件係裁判官に代わって創設された。フランス民法典は、その第九章「親権」第二節「子の身上に関する親権」第一款「親権の行使」、第三日「家族事件裁判官の介入」中の三七三条の二の六において、「家族事件を付託される大審裁判所の裁判官は、未成年の子の利益の保護に特に配慮して、本節の範囲内で裁判官に委ねられる問題を規律する」と定めている。つまり、家族事件裁判官は、一貫して子の利益を考慮しながら決定しなければならぬ立場にある(S. Hebrard, *Le point de vue du juge aux affaires familiales*, in C. Albiges (dir.), *L'autorité parentale et ses juges*, LexisNexis Litec, coll. Carré Droit, 2004, p. 64)。

(24) 失権制度の歴史については、田中通裕・前掲注(1)六三頁以下に詳し。

(25) A.-M. Fournié, *La protection judiciaire de l'enfance en danger*, préf. de Jean Chazal, 3<sup>e</sup> éd., LITEC, 1970, n° 162。

(26) 放棄された父権の titularité (帰属) は、裁判所の審理を経て、国の代表機関である公的扶助機関 [assistance publique] に帰属した。この機関は、現在の児童社会援助機関に当たる。なお、子が委ねられる先が国家機関たる l'Assistance Publique (Cf. *l'Assistance à l'Enfance*) であることは、失権制度についても同様である(CA Rouen, 25 octobre 1955, D. 1956, 726)。

(27) 一一一・二を参照。

(28) 一一一・二を参照。ただし、国家機関以外の私的機関、個人の場合には、委ねられる対象は父権の行使であって、父権の titularité (帰属) ではなかった(Rapport de M. Gerville-Reache, supra note 13, D. 1890, 4, p. 19)。

(29) 一八八九年法律以降、親権(父権)の制限に関する主な修正は以下のようなものである。まず、一八九八年四月一九日の法律によって、一八八九年法律では児童扶助機関を経由しないと認められなかった個人への父権の移転が認められ、

子の身上を世話している者に対して直接に監護が認められることとなった。次に、一九〇七年七月二日の法律は、それまでは懲罰権のみが認められていた自然子に対しても完全な父権を認めた。一九一六年八月五日の法律では、両親が自ら、もしくは裁判所によって、個人又は資格を有する機関に委ねた子について長く無関心である場合に、監護権の失権が新たに認められた。一九二二年一月一日の法律では、一方で裁判所が部分的な失権を言い渡すことができるようになり、他方で、委譲についてもその第一章で独立して規定が設けられることとなった。また、一九三五年一月三日のデクレ・ロワでは、一定の条件下での育成扶助が新設されるとともに、父権に与えられている体罰権が緩和されている。一九四五年二月二日のオールドナンスは、子のための裁判所を設置した。一九四五年九月一日のオールドナンスでは、体罰権は完全に父権としての性質を失い、裁判所に属するものとなった。そして、一九五八年二月三日のオールドナンスは、現在知るところの育成扶助制度を創設している。なお、育成扶助とは、子を家族から取上げることなく、国による経済的支援や監督を行う措置である。育成扶助制度については、比較的多くの日本語文献がある。山脇貞司「フランスの育成扶助制度」ケース研究二〇三号（一九八五年）二頁以下、田中通裕・前掲注11）一六三頁以下、山本和彦「フランスの司法」（有斐閣・一九九五年）二〇〇頁以下等。事例を紹介するものとして、久保野恵美子「機能不全家族への国家による支援」『男女共同参画社会のために—政策提言（東北大学21世紀COEプログラム ジェンダーと法・政策研究叢書 第12巻）』（東北大学出版会・二〇〇八年）三七三頁以下を参照。

(30) 以下、一〇一・一で挙げる条文は、すべて日本民法とする。

(31) 民法七六六条一項は、「父母が協議上の離婚をするときは、子の監護をすべき者その他監護について必要な事項は、その協議で定める。協議が調わないとき、又は協議をすることができないときは、家庭裁判所が、これを定める」と規定している。夫婦間の協議により、あるいは家庭裁判所によって、「子の監護をすべき者」を定めるこの制度が、監護者指定制と呼ばれるものである。もともと、明治民法における「監護」は、「現実の子の世話をする事」を意味していた（中川善之助『親族法（上）』（青林書院・一九五八年）二七八頁）。その後、八二〇条の文言からして、七六六条にいわゆる監護には教育は含まないとする監護説（中川善之助編『註釈親族法（上）』（有斐閣・一九五〇年）〔福島四郎〕二五五頁等）、教育も含まれると解する監護教育説（神谷笑子「離婚後の子の監護」中川善之助教授還暦記念家族法大系刊行委員会編『家族法大系Ⅲ』（有斐閣・一九五九年）一二三頁、鈴木祿弥『親族法講義』（創文社・一九八八年）一八一頁等）、

父母の一方が親権者となり、他方が監護者となった場合には、後者に身上監護権を内容とする独立の権限が認められるとする身上監護権説(我妻栄『親族法』(有斐閣・一九六一年)一四四頁等)が提唱され、現在では身上監護権説が通説となるに至っている(石川稔「監護者の地位と権限」判タ七四七号(一九九一年)二七七頁)。したがって七六六条の監護者指定は監護権者指定と同義であると理解される。これを踏まえ、本稿では、特に断らないかぎり、単に監護者という場合には七六六条にいう監護者を指すものとする。

(32) 梅謙次郎『民法要義卷之四 親族編』(私立法政大學・一八九九年)二〇六頁以下。

(33) 中川善之助『新訂親族法』(青林書院・一九六八年)三三二頁。

(34) 石川稔「子ども法の課題と展開」(有斐閣・二〇〇〇年)二六二頁。

(35) 嫡出でない子の親権は常に単独行使である(八一九条四項)。

(36) 我妻栄『改正親族・相統法解説』(日本評論社・一九四九年)一〇七頁、中川善之助編『註釈親族法(下)』(有斐閣・一九五二年)三六頁(舟橋淳二)、中川善之助・米倉明編『注釈民法(23)親族(3)』(有斐閣・一九六四年)三三二頁(山本正憲)、村崎満『基本法コンメンタール(新版)親族相統(改正増補)』(日本評論社・一九八一年)一五〇頁等。

(37) 最近の事例では、たとえば、東京高決平成二〇〇二年二月一八日家月六一卷七号五九頁、最判平成一七年二月六日民集五九卷一〇号一九〇一頁、東京高決平成一七年六月二八日家月五八卷四号一〇五頁、大阪高決平成一七年六月二二日家月五八卷四号九三頁等。

(38) 星野英二『家族法』(放送大学教育振興会・一九九四年)一七頁。

(39) ただし、実務ではこのような案が採用されることは少ないという(鈴木経夫「実務から見た離婚後の子どもの共同監護 共同親権制度と関連して」財団法人日弁連法務研究財団離婚後の子どもの親権及び監護に関する比較法的研究会編『子どもの福祉と共同親権』(日本加除出版・二〇〇七年)四八頁)。

(40) 児童福祉法三三条の六は、「児童又は児童以外の満二十歳に満たない者(次条及び第三十三條の八において「児童等」という。)の親権者が、その親権を濫用し、又は著しく不行跡であるときは、民法第八百三十四條の規定による親権喪失の宣告の請求は、同条に定める者のほか、児童相談所長も、これを行うことができる」と定めている。しかし、この条文に基づいて児童相談所長が行った親権喪失宣告請求件数は、二〇〇七年ではわずか四件であり、うち承認件数は一件であ

る(法務省「児童虐待防止のための親権制度研究会報告書添付資料」(二〇一〇年一月公表。法務省のホームページより入手可能)。

(41) 二〇〇〇年に児童虐待の防止等に関する法律(以下、児童虐待防止法)が成立して以来、二〇〇一年には二万件を超え、二〇〇四年には三万件を超えて、二〇〇七年に四万件に達した(厚生労働省・報道発表資料(二〇〇九年七月)・児童相談所における児童虐待相談対応件数)。

(42) 児童虐待の現状については、二宮周平「子の監護者指定(民法76条)の積極的活用」立命館法学二八七号(二〇〇三年)一九四頁、石川稔「児童虐待」中川善之助先生追悼現代家族法大系編集委員会編『現代家族法大系3』(有斐閣・一九七九年)三〇五頁以下等を参照。

(43) 我妻栄・前掲注(31)一四二頁。その実益をより詳細に説明すると、「親権者の二存で自由に監護の委託を取消し、または変更できることになるので、親権者でない父または母の監護についての意見が無視されることになる。ところが父母が協議により第三者に監護を委託したような場合には、再協議により改訂するか、または裁判所が審判において変更しないう限り親権者だけの一方の意思によって変更ができない」(村崎満「離婚と子」中川善之助編『家族問題と家族法Ⅲ離婚』(酒井書店・一九五八年)二九九頁。ここに、第三者を七六六条にいう監護者として指定することの意義が認められるとするものである。そのほか、中川善之助編『註釈親族法(下)』(前掲注(36))四四頁以下(山本戸克巳)も参照。

(44) その他、特に理由は述べていないがこれを認めるものとして、福島四郎・前掲注(31)二五四頁以下、久貴忠彦『親族法』(日本評論社・一九八四年)二二七頁など多数。ほかに、第三者が監護者となるのは事実上だけであり、監護者として定めるのは父母に限られると解するもの(鈴木祿弥・前掲注(31)一八〇頁等)、あるいは父母間での親権・監護権の分属は親権の空疎化を招くことを根拠として、第三者に限ると解するもの(川田昇「親の権利と子の利益」『現代家族法体系3』(前掲注(42))一三五頁等)がある。

(45) 梶村太市「子の引渡請求の裁判管轄と執行方法」司法研究所論集九八号(一九九七年)三三九頁。

(46) 棚村政行「祖父母の監護権」判タ一一〇〇号(二〇〇二年)一四九頁。

(47) 田中通裕「第三者からの子の監護者の指定申立てが却下された事例」判タ一〇九九号(二〇〇二年)八六―八七頁。

この説を支持するのは、二宮周平「父母以外の者を子の監護者に指定することの可否」判タ一一一九号(二〇〇三年)一

二二頁、同・前掲注(42)二二九頁、床谷文雄「子の監護者指定を本案とする審判前の保全処分として祖母を仮の監護者に定めた事例」判タ一一二〇号(二〇〇三年)八三頁。

(48) 岡部喜代子「監護者指定に関する最近の判例」慶應法学九号(二〇〇八年)一〇九頁以下は、②説を否定するものではないが、①によっても、第三者の申立て及び第三者への監護者指定は可能であると解しつつ、単独親権者と第三者間の争いや、夫婦間には争いがなく、第三者との間にのみある争いには、八三四条の趣旨を類推しなければならないとする。夫婦間の紛争であるところ根拠の一つを欠くことになるからである。

(49) 似ているけれども、日本の親権帰属者とフランス法の親権の titulaire (帰属者) とは、それぞれに認められる具体的な権利義務が異なっているように思われる。この議論についての詳細は、一・II-1で扱ふ。

(50) A. Gouttenoire et H. Fulchiron, *Autorité parentale*, Encycl. Dalloz, 2004, n° 322, p. 48; C. Neimeck, *Juris-classeur civil*, art. 371 à 387, fasc. 30, n° 123; Rapport par M. Dolez, au nom de la Commission des lois de l'Assemblée nationale, AN, n° 3117, p. 40; Rapport par L. Béteille, Rapport fait au nom de la Commission des lois, Sénat, n° 71, 2001-2002, première lecture, p. 52; E. Vandeghinste, « Délégation d'autorité parentale en vue d'une adoption : une procédure encore trop méconnue, Reflexions à propos de l'arrêt de la Cour d'appel de Grenoble du 13 mai 1997, (renvoi après cassation de l'arrêt de la Cour d'appel de Chambéry du 19 mars 1996) », *Gaz. Pal.* 1997, 2, 1593, spéc. p. 1505. ただし、ネイマンが三三〇条や社会政策・家族法典一三二四条の八に基づく委譲はその対象が titulaire (帰属) であることを指摘する(本文参照)。ガレイユも同様に考える(L. Gareil, supra note 16, n° 582 et s.)。ブローは、特に titulaire (帰属) や exercice (行使) と区別をせず、ただ親権 [autorité parentale] が委譲されると記す。ただし両親には親権の一定の属性 [attribut] が留保されること(H. L. et J. Mazeaud et F. Chabas, *Léçons de droit civil, La famille*, 7<sup>e</sup> éd. par L. Leveneur, Paris: Montchrestien, 1995, n° 1183)。カトリックルリナは、exercice とくに表現の attribut とくに表現の attribut も用いており(G. Cornu, *Droit civil La famille, Montchrestien*, 9<sup>e</sup> éd., 2007, n° 86, p. 191 et 193)。一致を見ることが、ただ、上に示した諸学説は、この点を意識した上で行使が委譲の対象であることを認めており、本稿もこれを前提として論を進めた。

(15) La loi de n° 2007-293 du 5 mars 2007.

(52) 三七五条の七「一項 育成扶助の措置を受ける子の父母は、その措置と相反しない親権のすべての属性の行使を継続する。この措置の期間中は、父母は児童裁判官の許可なく子を未成年解放することはできない。／二項 児童裁判官は、親権の保持者 [détenteurs] の怠慢の場合若しくは濫用的又は不当な拒絶の場合には、請求者がこの措置の必要性の証明をもたらすことを負担として、例外的に、子の利益がそれを正当化するすべての場合に、子が委ねられた個人、機関又は施設が、親権に属する行為を行うことに許可を与えることができる。ただし、三七三条の四及び親権の保持者の合意なく第三者が日常的でない行為を行うことに許可を与える特別の定めがあるときは、この限りでない。／三項 子の受入れ場所は、子の利益において、かつ、両親の一方又は双方による訪問権、宿泊権の行使及び第三七一条の五の適用によるその兄弟姉妹との交際の維持を容易にするために、探索されなければならない。／四項 子を個人又は施設に委ねる必要があった場合には、両親は、通信の権利及び訪問権、宿泊権を保持する。裁判官はそれについての態様を定め、かつ、子の利益がそれを求める場合には、これらの権利又はその一つの行使が停止されることを決定することができる。裁判官は、同様に、両親又はその一方の訪問権は、子が委ねられた施設又は機関によつて選任された第三者がいる場合にのみ行使されることを決定することができる。／五項 子の状況がそれを許す場合には、裁判官は、裁判官に伝えられる資料中で、訪問権及び宿泊権の性質及び頻度を定め、かつ、行使の条件が、親権の *tutaires* (「帰属者」と子が委ねられた個人、機関又は施設との間で共同して確定されるよう決定することができる。不一致の場合には、裁判官は申立てを受けることができる。／六項 裁判官は、子の利益を考慮して、その受入れの態様を決定することができる。子の利益がそれを必要とする場合若しくは危険の場合には、裁判官は、受入れ場所の名を秘して決定する。」なお、以下、特に断らないかぎり、本稿で掲げる条文はすべてフランス民法を指すものとする。

(53) G. Cornu, *supra* note 14, p. 923.

(54) F. Terré et D. Fenouillet, *supra* note 22, n° 1005, p. 964.

(55) Ph. Malaurie et H. Fulchiron, *Droit civil, La famille, Defrenois*, 2<sup>e</sup> ed., 2006, n° 1600.

(56) 児童社会援助機関とは、以下のような任務を与えられた機関である。すなわち、その第一の任務は、「その平穩が著しく危険にさらされる可能性のある社会的困難に直面している未成年者及びその家族と親権の保持者、解放された未成年者、二一歳未満の成年に対して、物質的、教育的、心理的支援を与える」ことにある(社会政策・家族法典Ⅰ二二一条の

- 一)。<sup>61</sup>また、「社会不適応の危険性が表れる場において、孤立化を予防し、青少年と家族の社会的向上あるいは編入を容易にする」ことを目的とする集団的行為を編成する<sup>62</sup>義務を負っている(同条二号)。P. Verdier, *Le guide de l'aide sociale à l'enfance*, Dunod, 6<sup>e</sup> éd., 2008, p. 5 et s. 参照。
- (57) A. Gouttenoire et H. Fulchiron, *Autorité parentale*, supra note 50, n° 303. 三三七条の一二(一)について詳述する。なげ C. Nerinck, supra note 50, n° 10 なが、共同親権の場合、日常的行為以外の行為について共同での決定を定める三三七条の二を根拠条文とする。
- (58) *Rapport par M. Dolez*, supra note 50, p. 39. なげ、放棄は(一)と(二)が A. Lapoyade-Deschamps, « Les renoncements en droit de la famille », D. 1993, 259 参照。
- (59) 任意委譲を定めていたのは旧三三七条一項である。なお、本稿においては、一九七〇年六月四日の法律第四五九号(Loi n° 1970-459 du 4 juin 1970 relative à l'autorité parentale. 以下、「一九七〇年法律」という)を旧法とし、これによって民法典に組み入れられた規定の前には「旧」の文字を入れる。
- (60) 強制委譲については 1-1-2. (2) で扱う。
- (61) この類型は、同じ状況下で機能する三五〇条との関係で、不必要と判断されて政府案には含まれていなかった。それが追加されるに至った経緯については、田中通裕・前掲注(11)一五六頁以下を参照。
- (62) 強制委譲の類型は、一九六三年三月一日の法律で一八八九年法律第一七条に第三項を加えることによって創設された。
- (63) L. Gareil, supra note 16, n° 569.
- (64) ここでは通知の相手方として、父母以外に後見人も挙げられているが、親権を行使できない後見人が委譲者となることはできない。この矛盾は、旧民法において散見されるが、二〇〇二年の法改正では是正されている。これについては、C. Nerinck, supra note 50, n° 13 参照。
- (65) ただし、実際には、被委譲者が児童社会援助機関であって個人でない場合には、引渡しが予めなされているという状況は想定しにくかった。そのため、判例上は、学説で常に承認されているわけではなかったが、次のような事例でこの類型の委譲を利用することを認めていた。すなわち、被委譲者への子の引渡しを裁判上の原因によっており、子が(任意の引渡しではなく)上記のような施設へ「託置」されていた場合である(たとえは Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 14 février 1989, Gaz.



Pal. 1990, I, 130, obs. J. Massip. この判決は「I - II - 2」でも採り上げるので参照のこと。そして、このような場合には、形式的にも実質的にも、明示にも黙示にも、両親は被委譲者を選択してはいないから、自発的な委譲とは言えない。しかも、ドゥクウエル・デフォッセ女史主宰の委員会法案によると、両親に知らせるための方法の前提条件である行政機関への届出は、実務上まったく行われていなかったというから、この類型においては、両親の意思という根拠は形骸化していったと言えよう。また、F. Terré et D. Fenouillet, *supra* note 22, n° 1080, p. 1073 は「フランス法において沈黙は少なくとも原則的には承認」としての価値はなごとして批判を加えている。

(66) ただし、判例も踏まえるところ、このような区別の仕方はできなご。この点に関しては後述する。

(67) Rapport par F. Dekeuwer-Defossez, Renover le droit de la famille: propositions pour un droit adaptées aux réalités et aux aspirations de notre temps, La Documentation française, 1999, p. 94. そのため、実際には、委譲制度はあまり使われておらず（本稿末尾の資料①参照）、その理由としては、手続の厳格さと、制度自体があまり知られていなかったことが挙げられている。

(68) Rapport par M. Dolez, *supra* note 50, p. 46.

(69) A. Autem, «La nouvelle physionomie de la délégation d'autorité parentale», *RJPF*, n° 1/ 2003, p. 7.

(70) F. Terré et D. Fenouillet, *supra* note 22, n° 1079.

(71) Dalloz-Action, Droit de la famille, s/dir J. Rubellin-Devichi, éd. 1996, n° 1985 par H. Fulehron. 著者は「旅行（départ）」病気のほかに死亡（の予測）を挙げている。

(72) C. Neirinck, *supra* note 50, n° 8.

(73) 前掲注(5)を参照。

(74) L. Gareil, *supra* note 16, n° 586.