

オーストリア民法典の200年

五十嵐 清

目次

- I はじめに
- II ABGBの制定史
- III ABGBの内容・特色
- IV ABGBの評価・影響
- V 法学の発展
- VI 判例の発展——人格権を中心に
- VII ABGBの改正

I はじめに

オーストリアでは、1811年6月1日に、近世自然法の影響を受けた法典の一つとして、「オーストリア王国の全ドイツ世襲ラントのための一般民法典（Das Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch für die gesamten Deutschen Erbländer der Österreichischen Monarchie – ABGB）」という名称の民法典が成立した。この法典は翌年の1月1日より施行され、フランス民法典とともに今日まで200年間生命を維持している。2011年より12年にかけて、オーストリアでは民法典成立200年を祝して、各種の行事がなされ、多くの出版物が刊行された¹。わが国では、フランス民法典200年についてはいくつかの出

1 そのなかでも最も重要なのは、C. Fischer-Czermak et al.(eds.), *Festschrift 200 Jahre ABGB*, 2 Vols. Wien: Manz, 2011である。本書は2巻で総計1800頁に達し、オーストリア民法学者の総力を結集した業績である。そのほか、M.Geistlinger et al. (eds.), *200 Jahre ABGB – Ausstrahlungen*, Manz, 2011; B.

版物が刊行されたが、オーストリア民法典については、これまでのところ反応が見られない。そこで遅まきながら、以下、オーストリア民法典の制定史やその内容・特色、さらに評価・影響などについて概観をすることで、その祝賀行事に参加したい。

II ABGBの制定史²

オーストリア民法典の制定史については、一応以下の3段階に分けられる。

Dölemeyer & H. Mohnhaupt (eds.), *200 Jahre ABGB (1811 – 2011): Die österreichische Kodifikation im internationalen Kontext*, Frankfurt a. M.: Klostermann, 2012; Bundesministerium für Justiz (ed.), *200 Jahre ABGB: RichterInnenwoche 2011 in Lochau*, Wien & Graz: NWV, 2012; G.E. Kodek (ed.), *200 Jahre Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch und Europäisches Vertragsrecht*, Manz, 2012; A. Fenyves et al. (eds.), *200 Jahre ABGB: Rückblick – Ausblick – Methode*, Wien: Verlag Österreich, 2012などがある。なお、本稿は将来刊行予定の拙著『ヨーロッパ私法への道』の一部を構成するものに、若干の補正を加えたものであることとお断りしたい。

- 2 オーストリア一般民法典の制定史とその内容を概観する邦語文献としては、ヴィアッカー（鈴木禄弥訳）『近世私法史』（創文社、1961年）422頁以下（F. Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*, Göttingen: Vandenhoeck, 2nd ed. 1967, 335 ff.）、シュロツァー（大木雅夫訳）『近世私法史要論』（有信堂、1993年）113頁以下（H. Schlosser, *Grundzüge der Neueren Privatrechtsgeschichte*, Heidelberg: Müller, 10th ed., 2005, 136ff.）、ツヴァイゲルト/ケッツ（大木雅夫訳）『比較法概論 原論（上巻）』（東大出版会、1974年）293頁以下（K. Zweigert & H. Kötz, *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts*, Tübingen: Mohr, 3rd ed., 1996, 162 ff.）がある（本文は、このうちツヴァイゲルト/ケッツによるところが多い）。制定史に関する本格的論文としては、須田晟雄「オーストリア錯誤法の成立——立法史の考察を中心として」*北海学園大学 法学研究*（北研）21巻1号、22巻1号、23巻1号（1986–88年）、皆川宏之「オーストリアにおける民法典の成立——特に国家制定法と人的権に関する規定の編纂過程を中心として」（『歴史創造における事理と法理[比較法史研究7]』未来社、1998年、250頁以下所収）、同「法典編纂と自然法論——オーストリア一般民法典第7条の成立史を題材として」*法学論叢*147巻5号、149巻1号（2000–01年）などが注目される。

1 第1段階

オーストリア民法典の編纂は、1753年、女帝マリア・テレジア（Maria Theresia）による委員会に対する民法典の準備の委託に始まる。当時のオーストリアはローマ法が普通法であったが、各地方に特別法が制定されており、法の不統一が続いたので、統一民法典の制定が望まれた。委員会に対する訓諭において、女帝は最終的には「普遍的な自然法」に依拠すべきであるとしたことが注目される。

この委員会は1766年に「テレジア法典（Codex Theresianus）」と称される草案を作成し、國務院の審議にかけた。しかし、この草案はあまりにも膨大で、教科書的であるとして、批判が殺到した。

2 第2段階

1772年に女帝は新たな委員会を設置し、草案の書き直しを命じた。そのさい、①法律と教科書は別である、②簡潔を旨とすべし、③明瞭性を尊ぶこと、④ローマ法にこだわらず、自然的衡平を基礎とすべし、と説いた。この委員会（その中心はホルテンJ.B. Horten）は、テレジア法典の縮刷版というべき草案を74年に仕上げた（これを「ホルテン草案」と称する）が、この草案は長らく放置された。ようやく1786年に、つぎの皇帝、ヨゼフ2世（Joseph II）は、ホルテン草案の人法の部分だけを法典として公布した。これを「ヨゼフ法典（Josephinisches Gesetzbuch）と称する。この法典は、テレジア法典の人法部分に比べ300条足らずに圧縮されたもので、87年より施行された。

3 第3段階

法典の残りの部分の完成のために、つぎのレオポルド2世（Leopold II）のもとで、1790年にマルティーニ（Karl Anton von Martini, 1726 - 1800）を長とする委員会が発足した。マルティーニは自然法学者なので、ここからは自然法の影響が強くな

る³。そして1796年に「一般民法典草案 (Entwurf eines allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches)」が成立した。この草案は、テレジア草案とローマ法から離脱し、広範に理性法の学説を顧慮したものであった。また、この草案は、翌年、西ガリチア地方で法典として公布された。しかし、オーストリア全体としては、この草案は各所の意見を聴取したのち、1801年に新たな委員会に送付され、最終的な改訂が加えられた。そしてこの委員会の中心となったのは、ツァイラー (Franz von Zeiller, 1751 - 1828) であった⁴。

ツァイラーは、マルティーニと同様、自然法の信奉者であったが、さらにかねはカント哲学の影響を強く受けた。そのため自然的理性の要請をオーストリアの現実に合致させようとした。究極的には自然法に基づくべきであるとされたが、現実離れをした純理主義を排し、理性的で適切であると思われた普通法や地方特別法の多くの制度を維持した。

委員会は、1808年に草案の最終稿を、ツァイラーの起草した理由書を付してフランツ1世 (Franz I) に提出した。かくして、1811年6月1日にオーストリア一般民法典 (ABGB) は公布され、翌12年1月1日より施行された。

III ABGBの内容・特色

1 内容

ABGBは、フランス民法典同様、私法だけであり、1502条からな

3 マルティーニの人と業績の詳細については、Michael Hebeis, *Karl Anton von Martini(1726 - 1800); Leben und Werk*, Frankfurt a. M.: Lang, 1996参照。

4 ツァイラーの評伝としては、堀川信一「フランツ・フォン・ツァイラー」(勝田有恒・山内進編『近世・近代ヨーロッパの法学者たち』ミネルヴァ書房、2008年、268頁以下)参照。オーストリアでの本格的評伝としては、*Forschungsband; Franz von Zeiller (1751 - 1828)*, ed.by W. Selb & H. Hofmeister, Wien: Böhlau, 1980がある。

り、ローマ法の法学提要の体系を維持している。最初の「序編」につづき、第1編は「人法（Personenrecht）」、第2編は「物法（Sachenrecht）」からなり、それに第3編として「人法と物法との共通規定」がおかれる。第1編では、人一般に関する規定（権利能力、行為能力など）のほか、婚姻、親子、後見が規定される。第2編は、物権（dingliche Sachenrechte）と債権（persönliche Sachenrechte）に一応分けられるが、それほど厳格ではなく、前者には相続権も含まれる。後者は、契約法総論と契約各論が中心であるが、損害賠償法もまとめて規定される。第3編は、以上に含まれていない諸制度についての規定であり、①権利の確保、②権利の転換（債権譲渡、債務引受）、③権利の廃止（弁済、相殺など）、④時効からなり、本来の民法総則とは程遠い。

2 特色

ABGBは、市民的な権利の平等、私的な法律関係の国家的監督からの解放、経済的取引の自由という啓蒙主義的な根本思想を基礎としているが、それはまた当時のオーストリアにおける現実と矛盾するものであった。まず、自然法およびカント哲学の影響をのめられる代表的な規定として、16条があげられる。そこでは「すべての人間は理性によってすでに明瞭な生来的な権利を有する。したがって人格とみなされる。奴隷制、または体僕制およびそれに関する権力の行使は、このラントにおいては許されない」と規定され、史上初めて民法典において、すべての人に権利能力が認められた⁵。もっとも、当時の農民は、体僕制とほとんど変わらない農場隷属制の身分にあり、1146条では、「農場所有者と農場隷属民との間における権

5 この点を強調する論文として、Hermann Conrad, *Individuum und Gemeinschaft in der Rechtsordnung des 18. und 19. Jahrhunderts*, Karlsruhe: Müller, 1956参照。なお、オーストリア民法典の主要条文の邦訳として、『西洋法制史料選Ⅲ近世・近代』（創文社、1979年）225頁以下（石部雅充訳）参照。

利義務については、各地方の憲法と政治的諸規定から……導き出されるべきである」と規定されている。なお、この規定（民法16条）は長らくプログラムの規定と解されていたが、1990年代に入り、オーストリアの最高裁判所により、各種の人格権の保護のために直接適用されるようになった（Vで後述）。

ABGBのいま一つの注目すべき規定は、裁判実務に対し広範な裁量の余地を残した7条である。それによれば、「法的事件が法律の文言からも、またその自然の意味からも決定されない場合には、法律に明確に定められた同種の事件およびそれと関連する法律の根拠を考慮すべきである。法的事件になお疑義がある場合には、慎重に集められ十分に考慮された諸事情に照らして、自然の法原則にしたがい（nach den natürlichen Rechtsgrundsätze）定めるべきである」とされた。この規定は、できるかぎり裁判官の裁量の余地を少なくしようとした当時の他の立法と比べ、裁判官に最終的に実定法の外にある自然法によるべきことを認めた画期的なものである。ただし、当時のオーストリア政府は、本法典施行後、数十年にわたり官憲側の立場に立って、法的諸問題について細かな規制を行い、本条が活用されたという事実は見られない⁶。

要するに、ABGBの特色というべき自然法の影響による諸規定は、当時の後期絶対主義の特徴を備えたオーストリア国家の現実より先走っていたといわざるをえない。

6 本条の成立史については、皆川・前掲（注2）法学論叢論文が詳しい。また、本条の今日における意義については、Ernst A. Kramer, Die “natürliche Rechtsgrundsätze” des §7 ABGB heute, in: Fischer-Czermak et al., *supra* note 1, II, 1169 ff 参照。本条は本来の意味で（実定法外で）適用されたことはほとんどないが、クラーマーは、「自然の法原則」を現在では比較法によって見出すべきであるという我意を得た提案をしている。at 1182 ff.

IV ABGBの評価・影響

ABGBは200年にわたって、その根幹を残した形で存続しただけあって、オーストリアだけでなく、諸外国における評価は高く⁷、2011年には、その存続200年が祝賀された。

しかし、諸外国に対する影響という点では、フランス民法典に比べ、はるかに少ないが、東欧諸国に対しては、今日に至るまでかなりの影響を及ぼしている。ABGBは、その名称が示すように、制定当時のオーストリア帝国の支配下にあった諸国のうち、ドイツ民族以外の国には適用されない建前であったが、19世紀の過程で、クロアチア、スロヴェニア、ボスニア、ヘルツェゴヴィナ、セルビア⁸、モンテネグロなどにも適用されるようになった。もともと、ハンガリーについては、1853年より61年まで適用されたにすぎない⁹。そ

7 とくにドイツにおいて、ナチス時代には、ABGBのほうがBGBよりもドイツ的要素を残していると評価された。詳細は、Franz-Stefan Meissel & Benjamin Bukor, *Das ABGB in der Zeit des Nationalsozialismus*, in: Fischer-Czermak et al., *supra* note 1, I, 17 ff 参照。なお、五十嵐清『現代比較法学の諸相』（信山社、2002年）122頁も参照。さらに今日でも、ドイツの比較法学者により、たとえばその錯誤規定は表示主義に立つので、将来のヨーロッパ私法のモデルになるとして評価されている。Zweigert & Kötz, *supra* note 1, 410 など参照。わ国においても、同じような観点からABGBの錯誤規定を評価する論稿として、須田・前掲（注2）のほか、小林一俊「オーストリア民法における錯誤——とくにその表示主義的観点について」*亜細亞法学*17巻1号（1982年）（同『錯誤法の研究』酒井書店、増補版、1997年所収）がある。さらに、錯誤と近接する制度である心裡留保の規定（ABGB869条）の立法過程に関する村田彰「オーストリア心裡留保規定の立法過程——テレジア法典およびホルテン草案を中心として」（小林一俊古稀記念『財産法諸問題の考察』酒井書店、2004年、107頁以下所収）も参照。

8 ABGBのセルビアに対する影響については、伊藤知義「セルビア民法典（1844年）の成立背景」山昌正男ほか古稀記念『民法学と比較法学の諸相Ⅱ』（信山社、1997年）387頁以下参照。

9 ハンガリーでは、1861年以後も、実務ではABGBが大きな影響を与えた。Lajos Vekas, *Das ABGB und das ungarische Privatrecht*, in: Fischer-Czermak et al., *supra* note 1, I, 312 ff 参照。なお、ハンガリーの民法史については、伊藤知義「ハンガリー民法史覚書——二重帝国時代を中心として」札幌学院法学12巻2号（1996年）参照。

の他、リヒテンシュタインにも継受された。また、北イタリアのロンバルディアやベネチアにも1861年まで適用された。さらに、第1次世界大戦の敗戦によりオーストリアが小国になった後も、ABGBはポーランド、ユーゴスラヴィア、チェコスロヴァキアの旧オーストリア領においても維持された¹⁰。

V 法学の発展

ABGBの制定後の19世紀のオーストリア民法学では、フランスの注釈学派 (École de l'exégèse) と同様、条文の文言解釈だけに重点を置く注釈学派 (Exegetische Schule) が支配したが¹¹、後半になると、ドイツの歴史法学やパンデクテン法学の影響が見られるようになった。それを代表するのがヨゼフ・ウンガー (Josef Unger, 1828 - 1913) である。かれとその同調者の努力により、現在のオーストリアの私法学者は、ドイツの学者と一体になって活躍しており、スイスを含めて大陸法系のドイツ法群 (法圏) を形成している¹²。

10 それぞれの国におけるABGBの影響の詳細については、Fischer-Czermak et al., *supra* note 1, I, 101ff.; Dölemeyer et al., *supra* note 1, 177ff.のほか、全巻をABGBの(ロシアを含む)東欧諸国への影響に捧げたGeistlinger et al., *supra* note 1所収の諸論稿参照。Geistlinger et al.には、全体を概観する論稿として、Werner Ogris, Das ABGB innerhalb und ausserhalb Österreichs, 1ff.があり、そこには日本法への影響についての言及が見られる。at 11.

11 このような通説的見解に対し、ビュルゲ (Alfons Bürge) は、フランスの場合を含めて、注釈学派は本来存在せず、後に批判者 (オーストリアではUnger) により命名されたにすぎないとする。ビュルゲ (児玉寛訳) 「どのような註釈か? 法典化された法の解釈技法の評価について」(西村重雄・児玉寛編『日本民法典と西欧法伝統——日本民法典百年記念国際シンポジウム』九大出版会、2000年、77頁以下) 参照。

12 ドイツ法群のなかでオーストリア民法学はどのような特色を有するかについては、Alfons Bürge, Der spezifische Stil der österreichischen Privatrechtswissenschaft, *AcP* 212(2012), 63ff.参照。なお、この論文は、2011年にウィーンで開かれたドイツ民法学会 (Tagung der Zivilrechtslehrervereinigung) での報告である。ビュルゲはスイスの生まれで、チューリッヒ大学でローマ法に関する論文で博士号

Ⅶ 判例の発展——人格権を中心に

前述のように、ABGB7条は裁判実務に広範な裁量の余地を認めため、それを拠点として判例の発展が期待されたが、現実はそうならなかった。しかしオーストリアにおいても、今日に至るまで、それ相応の民事判例の発展が見られる¹³。以下、その一端を人格権法を中心として紹介したい。

1 グリスの見解

オーストリア最高裁長官グリス（Irmgard Griss、女性）は、最近における創造的民事判例として、真っ先に人格の保護をあげる。彼女によれば、その基礎となったABGB16条は本法典の自然法的性格を最もよく表現したもののだが、100年以上にわたり、本条はプロ

取得、オーストリアのザルツブルク大学で「19世紀におけるフランス私法」に関する論文（*Das französische Privatrecht im 19. Jahrhundert*, Frankfurt a. M.: Klostermann, 1991）により教授資格取得、その後、ザールブリュッケン大学教授を経て、現在はミュンヘン大学教授というように3国をまたにかけて活躍している（Köbler/Peters, *Who's who im deutschen Recht*, München: Beck, 2003, 92による）。なお上記AcP論文では、19世紀後半以降のオーストリア生まれの代表的（私）法学者として、ラーベル（Ernst Rabel）、エールリッヒ（Eugen Ehrlich）、ケルゼン（Hans Kelsen）、メンガー（Anton Menger）、ヴィルブルク（Walter Wilburg、動的システム論の提唱者）などがあげられている（AcP 212, 73 ff.）。さらに上記学会では、現在のオーストリアを代表する民法学者・コツィオール（Helmut Koziol）により、「ドイツ民法学の栄光と悲惨」に関する興味深い報告もなされた。Koziol, *Glanz und Elend der deutschen Zivilrechtsdogmatik; Das deutsche Zivilrecht als Vorbild für Europa?* AcP 212 (2012), 1 - 62参照。内容は、「栄光」のほうは自明として数行にとどめ、あとは全部「悲惨さ」にあてており、同感するところ多い論稿である。

13 最近における民事判例の発展を概観する論稿として、Irmgard Griss, *Die Rechtsprechung als Organ der Rechtsfortbildung im Zivilrecht*, in: Fischer-Czermak et al., *supra* note 1, II, 1521 ff.がある。オーストリア最高裁長官による本稿は、判例による法の発展を肯定し、その理由として、ABGBの規定がその余地を残している点を挙げている。at 1538. なお、以下本文は2次資料によるものであることをお断りしたい。

グラム規定と解されてきた。しかし、ここ数十年の間に事態は根本的に変わった。OGH（オーストリア最高裁）は1990年の判例で、はじめて16条を権利を与える規範的な内容を持つ、わが法秩序の中心的な規定と解した。この事件では、X（労働能力を欠く労働者）が障害年金を取得するための要件を満たすかどうか問題となった。Xは3年にわたり下腹部に苦痛を与える腫瘍にかかっており、本来の仕事（製紙工場の機械工）に専念できなかった。手術をすれば改善の余地があったが、それは簡単な手術ではなく、必要な準備と長期のアフターケアが必要であった。手術をしない場合に、腫瘍はどうなるかははっきりしない。手術が成功すれば、Xはより簡単な仕事をする事ができた。このような状況で、Xは手術を断った。1審、2審ともXの請求を棄却した。しかし、OGHはXの請求を認めた。そこでの本質的な法律問題は、被保険者は、成功する可能性のある手術によってふたたび労働能力をうることができる場合に、手術を受ける義務があるかどうかである。この点でオーストリアには、ドイツの社会保険法のように、医学的扶助の領域で被保険者に適用される忍容・協力義務に関する詳細な規定がないが、それでもOGHは同様な義務を解釈上導き出した。しかしその義務には、Xの身体的無傷性の権利が対立する。この権利は、原則として治療方法や手術の実施についての決定も含む。この身体無傷性に対する権利を、OGHは民法16条より導き出した。16条は、人格を基本価値として承認するその核心領域において、人間の尊厳を保護する。身体的無傷性に対する権利は生来の権利であり、その保護は憲法的序列においても保障される。

以上が、 그리스による本判決の紹介の概要である。彼女によれば、この判決に続いてOGHは、民法16条を援用して、人格の種々の側面を保護した。たとえば、語られた言葉（秘密録音）、同一視する声（声の物まね）、名前の匿名性、秘密領域など¹⁴。

14 以上は、Griss, *supra* note 13, 1522 - 24の要約である。

2 ウィットマン・ティヴァルトの見解

さらに、同じく女性裁判官であるウィットマン・ティヴァルト（Maria Wittmann-Tiwald）も、「ABGBと基本権保護」と題する論稿で、基本権の立場から同様な問題を詳細に論じているので、以下それを紹介したい¹⁵。彼女によれば、民法16条は「原権」すなわち「人格権」を規定している。この規定は、疑いもなく基本権的内容を持つ。そのなかに、人間は譲渡されえない権利を付与されているという自然法的思考が表現されている。そこから、自然法理論と人権のイデーの密接な結びつきも生ずる。民法16条は、間接的に人間の尊厳と人格保護の私法的な定着と理解される。人格権は、人の全体性と各部分において第三者の侵害に対し保護する目的をもつ絶対権として、すべての他人に対し効力を有する。人格権保護については、すでに多くの個別規定があるが、それでは不十分であり、それゆえに16条には重要な取容機能（Auffangfunktion）が認められる。この一般的規範は具体化を必要とする。そのさい、基本権は憲法適合的解釈を通じて流れ込む。16条の人格権は、憲法によって保障された基本権、たとえば生命・身体は無傷性、個人的自由の保護、私的または家族的生活の尊重についての基本権を含む。そのなかでは、人の私的・秘密領域は最大の事例群を占めるが、ここではとくに欧州人権条約8条の家庭生活尊重に対する権利に基づき、OGHが、成長した子の高齢の親に対する面会交流権を導き出した2010年頃の判決を紹介したい¹⁶。

この事件では、X（女性）の母（A）は高齢で、卒中発作により

15 以下は、Maria Wittmann-Tiwald, ABGB und Grundrechtsschutz; Zur Bedeutung des ABGB und der Rechtsprechung für den Grundrechtsschutz, in: Fischer-Czemak et al., *supra* note 1, II, 1619 - 21の要約である。

16 なお、2013年法によって改正されたオーストリア民法における現行面会交流権の訳文については、松倉耕作「2013年1月13日付けオーストリア親子法改正について[条文訳・抄]」戸籍時報700号57頁以下（2013年）参照。そこには、本文で紹介された事件のような、成年の子による親に対する面会交流に関する規定はない。

Sachwalter (日本の成年後見人に相当)¹⁷が選任されていた。Aは介護が必要であった。Aはある家の1階を所有し、そこに居住していた。その住居所有権をAは数年前にXの姉(または妹)夫婦(Y)に譲渡したが、Aは居住権を留保した。その状況のもとで、XはY夫婦に対し、Aをその住居で訪問することを妨げないことを求めた。これに対し、Y夫婦は、Xには訴えの資格がない、また、XはたえずAと争いを演じていたのでAはXの訪問を望んでいない、と反論した。1・2審は、Xには原告適格がないという理由で、訴えを却下した。OGHもこの見解を支持したが、しかし、Xが娘としての家族法上の地位を援用したことを考慮し、民法16条から導かれる差止請求権を原則として肯定した。欧州人権条約8条の保護領域には、成年者のその両親との関係、および相互の個人的な接触と立ち入りへの努力も含まれる。だが人格権の保護領域は、包括的な利益衡量によってのみ得られる。そのさい、具体的には、①親の意思、②訪問の態様、③被告の利益の保護などが考慮されなければならない。OGHはそれを調べさせるために原審判決を破棄した(なおこの事件は、その後の和解により、Xに週1時間の訪問を認めるという形で解決したとのこと)。

民法16条は、基本権の私法(私権)への侵入門としてたびたび語られている。しかし、私法は基本権に対立するものではなく、それは基本権によってはじめて獲得されなければならない。したがって民法16条は、基本権を取り入れることを可能にする、ABGBの開かれた門であるということが導き出されるであろう。

以上が二人の女性裁判官によって紹介された、オーストリアの近時の判例における人格権の発展の大要である。それは、オーストリアの判例の数十年前に、基本法1条(人間の尊厳)、2条(人格の自由な発展)を根拠に一般的人格権を創出した(西)ドイツの判例の

17 オーストリアにおける成年後見法の歴史と現状については、Michael Gannner, *Entwicklung und Status quo des Sachwalterrechts und seiner Alternativen in Österreich*, in: Fischer-Czermak et al., *supra* note 1, I, 357 ff.が詳しい。

発展を想起させるものである¹⁸。しかしオーストリアでは、憲法を持ち出さなくても、民法自体で（もちろん、憲法の基本権と関係させながら）同様な発展を可能にした点で、ABGBの優秀性を改めて確認させたというべきであろう。

Ⅶ ABGBの改正

1 第2次世界大戦終了まで

ABGBは、今日に至るまで、200年間、その根幹に変化はなかったが、大小さまざま改正を経験したことは、いまでもない。とくに20世紀に入ってから、1904年にウンガールの提案により、ABGB改正委員会が設置された。その成果は、1914年から16年にかけて、3次にわたる民法典改正（「部分改正Teilnovelle」）として実現した。それにはBGBの影響が強く、契約総論、賃貸借、雇用、請負についてかなりの改正がなされ、近代化した¹⁹。

さらに1938年の独逸合併後、同年のドイツ婚姻法がオーストリアにも適用され、離婚が認められなかったオーストリア人のカトリック教徒にも離婚が認められるようになった（この法律は、戦後もほぼそのまま維持された）²⁰。

18 ドイツにおける一般的人格権の発展については、五十嵐清・松田昌士「西ドイツにおける私生活の私法的保護」（戒能通孝・伊藤正巳編『プライヴァシー研究』日本評論社、1962年）157頁以下、齋藤博『人格権法の研究』（一粒社、1979年）99頁以下など参照。

19 このうち、とくに錯誤規定の改正の詳細については、須田・前掲（注2）北研23巻3号390頁以下参照。この規定の改正は一般には字句の訂正にすぎないと解されているが、須田によれば、「1916年の部分改正は、ツァイラーやマルティエニの影響の下に自然法思想およびカント哲学に支えられた法典の錯誤論に近代的な取引の安全の考慮という新たな息吹を与えたものとして、オーストリア錯誤法の立法史において重要な意義を有する」とされる（同403頁）。

20 1960年初頭のオーストリア婚姻法の概説として、フリッツ・シュヴィンド（五十嵐清訳）「オーストリア連邦共和国婚姻法」（宮崎孝治郎編『新比較婚姻法Ⅳヨーロッパ（3）』勁草書房、1962年所収）参照。

2 戦後の家族法改正

第2次世界大戦後のオーストリアでは、とくに1970年代に入ってから、他のヨーロッパ諸国と同様、家族法の分野であいついで本格的な改正がなされ、ABGBと婚姻法は、制定当時に比べ面目を一新した。しかし、その内容において他のヨーロッパ諸国、とくに

(西) ドイツに比べ、それほどの特色はなく、またこの分野ではすぐれた邦語文献があるので、ここでは簡単にすませたい²¹。

(1) 婚姻法²² ここでは、1938年婚姻法やABGBの婚姻に関する諸規定(とくに夫婦財産制)は、70年代まではほとんど変化が無かった。70年代の社会と家族の変貌を背景に、まず1975年法により、婚姻の身分的効力の分野で改正がなされ、男女同権が実現した。ついで、78年に配偶者相続法、夫婦財産法、離婚法の分野で本格的な改正がなされた。この婚姻改正法により、配偶者の相続分は、卑属のいるとき4分の1だったのを、3分の1に高められた²³。法定夫婦財産制では、従来の別産制は維持されたが、西ドイツ法にならい、剰余財産に対する分割請求権が認められた²⁴。

離婚法についても、78年法は大きな改革をした。38年婚姻法はいちおう維持されたが、新たに、6か月の別居を前提として、夫婦間の合意による離婚が認められたほか(以後、離婚の大部分はこれによる)、さらに同年の改正により、6年間の別居があれば無条件で離婚が認められるようになり、この点でも他のヨーロッパ諸国にな

21 松倉耕作訳『オーストリア家族法・相続法——関係条文訳と参考文献案内』(信山社、1993年)、同『概説オーストリア親子法』(嵯峨野書院、2003年)、同『オーストリア婚姻・離婚法』(同、2005年)参照。

22 20世紀におけるオーストリア婚姻法の発展については、Bea Verschroegen, *Entwicklungen des österreichischen Eherechts im 20. Jahrhundert*, in: Fischer-Czermak et al., *supra* note 1, I, 667 ff参照。

23 オーストリアにおける妻の相続権の詳細については、松倉・前注『婚姻・離婚法』235頁以下参照。

24 オーストリアにおける夫婦財産制の詳細についても、松倉・前掲189頁以下参照。

らった²⁵。

婚姻法の分野では、それ以後もたびたび改正がなされている。とくに夫婦の姓については、第2次世界大戦終了後も長らく「妻は夫の姓を称する」ことになっていたが、86年の改正により、夫婦の合意によりどちらかの姓を称することになった（合意が成立しないときは夫の姓が優先）。しかし、2013年の氏名法改正により、婚姻にさいし、夫婦は合意によっていずれかの姓、または複合姓を称することができるが、合意が成立しなければ、各自は従来の姓を維持することになった（民法93条）²⁶。

さらに婚姻法の分野では、同性者間に婚姻に近い効果を認めた「登録パートナー法」（2009年）も、他のヨーロッパ諸国に倣ったものとはいえ注目される。

（2）親子法²⁷ この分野の改正は、婚姻法より少し早く、まず1960年に養子法が改正され、子の福祉のためのものとなった²⁸。ついで1970年には、非嫡出子の地位の改善がはかられた。ただし、相続法での不平等は残った。この点での完全平等化は、1989年法により実現した。

25 オーストリアにおける離婚法の詳細についても、松倉・前掲89頁以下参照。

26 改正氏名法については、Marie Sophie Wagner-Reitinger, *Änderungen im Namensrecht für Ehegatten und Kinder nach dem KindNamRÄG 2013, Österreichische Juristen-Zeitung (ÖJZ)*, 2013, 245参照。なお、夫婦別姓のときの子の姓については、夫婦の協議によってどちらかの姓または複合姓を称することができるが、協議が成立しないときは、母の姓になるとされる（民法155条）。改正法93条および155条の邦訳として、松倉「2013年1月13日付けオーストリア親子改正法について[条文訳・抄]（1）」戸籍時報697号22頁、および28頁（2013年）参照。

27 オーストリア親子法の発展については、松倉・前掲『概説オーストリア親子法』（本書のタイトルは「概説」となっているが、オーストリア親子法における父子関係の成立に関する本格的な論稿が中心となっている）のほか、Mattias Neumayr, *Die Entwicklung des Kindschaftsrechts, Vom 20. Jahrhundert bis zur Gegenwart*, in: Fischer-Czermak et al., *supra* note 1, I, 495 ff参照。

28 オーストリアにおける養子法の詳細については、松倉・前注157頁以下参照。

オーストリア親子法の全体的な近代化は、1977年の親子法改正法により実現した。これにより、オーストリアの親子法は、子の福祉と父母の平等を原則とするものになった。そこで重要な役割を果たす、親の子に対する「世話Obsorge」は、89年の親子法改正により、従来の「親権」に代わる概念として位置付けられるようになった²⁹。

その後もオーストリアでは、2001年法により、父母の共同世話は離婚後も続くなどの改正がなされたが³⁰、さらに2013年に全面的な親子法改正がなされ、これにより、オーストリア親子法は、子の福祉を基礎とし、嫡出子と非嫡出子の区別の完全撤廃（非嫡出子という言葉は法文から姿を消す）、世話や面会交流権の強化などで、一応の到達点に達した³¹。

(3) 相続法³² この分野は、今日に至るまで、ABGBのなかでも最も変化の少ない分野だが、それでも20世紀初頭の「部分改正」で、法定相続人の範囲が限られ、また不十分ながら配偶者に相続

29 オーストリア世話法の概要については、松倉・前掲（注27）201頁以下参照。その他、離婚後の世話権の帰属について憲法の角度から論じた、古野豊秋「憲法における家族——オーストリアにおける離婚後の子供の世話の問題について」法学新報108巻3号159頁以下（2001年）参照。なお、すでに西ドイツでは、1979年の親権法改正により、従来の「親権elterliche Gewalt」が「親の世話elterliche Sorge」に変わっている。ObsorgeとSorgeの違いはよくわからないが、前者のほうが公用語のようである。

30 2001年改正法後のオーストリア親子法の条文の邦訳として、松倉・前掲（注27）249頁以下参照。

31 2013年親子法の邦訳として、松倉「2013年1月13日付けオーストリア親子改正法について[条文訳・抄]」戸籍時報697,698,700,702号（2013年）がある。さらに松倉には「2013年施行、新オーストリア親子法と嫡出否認規定」名城ロースクール・レビュー28号85頁以下（2013年）があるが、この部分は新法による改正が少ないため、大部分が旧稿（松倉・前掲[注27]1頁以下）の再現である。オーストリアにおける新法の解説として、Georg Kathrein, Kindschafts- und Namensrechts-Änderungsgesetz 2013, ÖJZ 2013, 197 ff.参照。

32 オーストリアにおける相続法の発展については、Rudolf Welser, Die Entwicklung des Erbrechts, in: Fischer-Czermak et al., *supra* note 1, I, 713 ff. 参照。

権が認められた。第2次世界大戦後の改正では、前述のように、配偶者の相続権は強化され、また非嫡出子父子間にも相続権が認められ、しかも今日では嫡出子との区別がなくなったが、相続法の根幹に関する部分での改正はなかった。

しかし、現在の相続法に問題がないわけではなく、とくに遺留分法についてはいろいろな改正提案がなされている。もっともそこでも、遺留分権の廃止はもとより、遺留分の縮小を求める提案もほとんどみられない³³。

3 今後の展望

オーストリアにおいても、ABGB成立200年を契機として、ドイツやフランスにならって、本格的な民法改正事業が始まろうとしている³⁴。

33 もっともオーストリアでは、1989年の相続法改正法により、被相続人と遺留分権者とが親しい関係にないときは、被相続人はその遺留分権者の遺留分を2分の1に縮減できることになった（民法773a条）。これは同年の法律により、非嫡出子の相続分が嫡出子のそれと平等になったことの埋め合わせである。Welser, *supra* note 30, 731 f.（なお、773a条の邦訳として、松倉・前掲[注21]『オーストリア家族法・相続法』72-73頁参照）。

34 MartinSchauer, *Das ABGB – Wesensmerkmale, Perspektiven und heutige Standortbestimmung*, *ÖJZ* 2012, 245, at 251 f. それによると、近時、オーストリア連邦司法省は「ABGB 200plus」と称するプロジェクトを発足させ、10年をめどに順次ABGBの改正を実現する予定である。ABGBのうち改正を要する諸点については、Ibid, 250 f.参照。さらに、現在進行中の損害賠償法の改正に言及する文献として、ヘルムート・コツィオール（山本周平訳）「ヨーロッパにおける損害賠償法の改革I」民商143巻4・5号（2011年）445頁注（10）参照。詳しくは、*200 Jahre ABGB; RichterInnenwoche*, *supra* note 1, 237 – 381参照。