

「家族法制の見直しに関する中間試案」に関する私見と離婚・子の監護等に関する制度のあるべき方向

メタデータ	言語: Japanese 出版者: 明治大学法科大学院 公開日: 2024-05-30 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 濑木,比呂志 メールアドレス: 所属:
URL	http://hdl.handle.net/10291/0002000546

「家族法制の見直しに関する中間試案」に 関する私見と離婚・子の監護等に関する 制度のあるべき方向

Personal Opinion on Reform Bill of Family Law
and the Direction the system
on Divorce and Child Custody should be

瀬 木 比呂志

一 本稿の目的

法制審議会家族法制部会は、2022年（令和4年）11月15日開催の第20回会議において、「家族法制の見直しに関する中間試案」を取りまとめ、法務省参事官室は、これについて広くパブリックコメントを求ることとした。

この中間試案（以下、「試案」という）は父母の離婚後の親権者に関する規律の見直しなど、親族法の重要論点にかかわっており、また、離婚に関する国家（家裁等）の関与のあり方、養育費に関する定めの実効性の向上等日本法の対応が国際標準からみても後れている分野における新たな制度確立の必要性にかかるものでもあって、きわめて重要なものといえる。

本稿は、この試案について筆者の提出した意見、具体的には、家裁経験の長い裁判官の意見をも聴くことがある民事手続法研究者・元裁判官としての意見を核とし、これを敷衍しながら、日本の離婚等法制度のあるべき姿、将来の方

向性についても、併せて論じるものである。

二 議論（ことに後記三、四におけるそれ）の前提

日本の家族法制には、欧米標準のみならず、近時の国際標準と比較しても、全体的に、弱者となりやすい者、具体的には女性と子どもの保護、ケアが不十分という問題があると思われる。そして、その大きな原因の一つとして、時代の要請に十分にはついてゆけていない家裁の制度とその限られたキャパシティという問題があると考える。

家裁は、本来、家庭と子どもに関するさまざまな法的問題（特に夫婦の別居や子の監護を含めた別居後の問題、また、子どもの虐待・ネグレクト等の問題）について、制度の全体を見据えながら関係の行政諸機関と連携し、その中心となり、関係者の人権にも配慮しながら、適宜、適切な命令等を発することによって手続の節目をコントロールし、それらの機関を監督、サポートする役割をになうべきものであろう。実際、欧米では、種々の問題はもちろんあるとしても、基本的な制度設計はそうなっている。

しかし、日本の家裁は、各種の人員も限られ、縦割り機構・組織の弊害もあって関係の行政諸機関との連携も乏しく、基本的には、限定された家庭内紛争について当事者の申立てに受身で対処する機関となっており、時代の新たな要請、すなわち欧米の家裁が果たしているような役割を日本の家裁も果たしてほしいとの要請に、十分には応えられていないように思われる⁽¹⁾（もっとも、日本でも、かつては、家裁調査官等が中心となって、地域の関係諸機関との協議やとりまとめを事実上行っていた時期があったようであるが、そうした試みも、一九八〇年代ころから後退してしまったという⁽²⁾）。

今回の家族法制改正は、上記のような観点からみた場合の望ましい方向とし

(1) 濑木比呂志『民事訴訟法〔第2版〕』の項目680（754～756頁）。

(2) 家庭局勤務経験等のある大塚正之弁護士（元判事、元早稲田大学教授）の意見である（瀬木比呂志『我が身を守る法律知識』〔講談社現代新書〕133頁）。

て注目すべきものであるが、反面、家裁のキャパシティの不足という無視できない現実の問題をも念頭に置いた検討が必要かと考える。

なお、試案では、実体法的な側面に比較して手続法的・制度的な側面の重みが小さいように思われるが、この改正については、裁判・執行関係とともに手続法的側面の検討が十分でないとせっかくの制度がスムーズに機能しないおそれがあることをも、付け加えておきたい。

三 試案第2（父母の離婚後等の親権者に関する規律の見直し）について

(1) まず、試案第2の1（離婚の場合において父母双方を親権者とすること〔共同親権制度〕の可否）、2（親権者の選択の要件）について考える。

共同親権それ自体は、両親と子、また両親どうしの関係に問題がない場合について認めるというのであれば、望ましい制度と考える。

もっとも、海外の制度は、家裁等の注意深い監視とケア（たとえば、一方の親に何らかの問題があれば家裁が即時に介入して適切な処置をとるなど）とセットになっている。しかし、前記のようにこうした家裁の機能が未だ十分に果たされているとはいいくらい日本では、適切な制度的手段のないままにこれを実施するとさまざまな問題や紛争が生じることには、十分に注意しておくべきであろう。

これについては、妻の側がより被害を被りやすいとの指摘を、元家裁関係者等から聴いている。私自身もかつて（人事訴訟法施行前）の離婚訴訟、人身保護請求、接触禁止の保全命令等申立て事件の経験から、妻のほうに問題のある事案の中には存在する⁽³⁾ものの、全体としてみれば、妻の側がより被害を被りやすく、その程度もより大きなものとなりやすいのは事実であると考える。

(3) 瀬木比呂志『民事裁判入門——裁判官は何を見ているのか』〔講談社現代新書〕213～216頁。

典型的な被害の例としては、肉体的・精神的被害にあっていいる妻が、離婚の条件として共同親権をのまされ、それが、元夫が元妻に影響を及ぼし続けるための手段として利用される、というものが挙げられよう。

こうした問題を考えるならば、試案第2の1乙案（現在の単独親権制度を維持する案）にも相当の理由はある。

しかし、もしも共同親権制度の適切な実現に向けて第一歩を踏み出すべきであるとの意見が強いのであれば、同甲案（共同親権制度を導入する案）により、ただし、その実体的要件についてはとりあえず「両親と子、また両親どうしの関係に問題がない場合」に限定するとともに、「当事者の申立てに基づき簡易な審理を行った上での家裁の許可」をも必要とし、家裁が当事者の意思や具体的な共同親権行使の方法（子供が両親の間を、週末等に、あるいは相互に期間を決めて行き来するのか、一方とは面会交流のみが原則かなど）について確認した上でこれを認めるのが相当と考える。

具体的な共同親権行使の方法については、大筋は許可決定に記し、詳細については、調書だけにでも記しておくことが望ましいであろう（調書の記載に強制力はないとしても、当事者は実際上これに従うことが通常であるし、後に紛争が起こった際に家裁が介入する際の指針ともなる。具体的には、民事保全事件における事実上の話し合い・和解の内容を調書に記す場合の実務⁽⁴⁾が、その類似例として参考になるかと思われる）。

父母間の協議だけで離婚後共同親権を認めると、上記のとおり、力関係の弱い者が合意を強いられるなどのことから種々の問題が生じて收拾が付かなくなり、ひいては子の福祉にも悪影響を及ぼし、制度の信頼もそこなわれるおそれが否定できない。この点は、立法ないしその準備作業に当たっては十分に注意すべきポイントと考える。

なお、離婚後の親権形態の変更については、一般的には民法八一九条六項の改正によることとなろうか。もっとも、共同親権については、その取消し・停

(4) 瀬木比呂志『民事保全法〔新訂第2版〕』の項目242の(iii) (244頁)。

止等の申立て手続も整備しておく必要があるようと思われる（婚姻中父母別居の場合における後記四(6)と共通する問題である）。

(2) 以上の前提として、日本社会では、今なお、法的な問題が生じ、かつ当事者間の対立が激しい場合に、双方が、とりあえず感情を離れて冷静に話し合って解決するという伝統にはいささか乏しいという事実は、考慮されるべきかと考える。

民事訴訟の訴訟上の和解における当事者の裁判所への依存傾向、透明性の高くなき傾向（私見はこれについては改善してゆくべきだと考えるが、弁護士が選任されている場合でもなお、そうした傾向は強いのである）⁽⁵⁾ 一つをとっても、そのことは明らかなのではないだろうか。

本来、離婚には裁判所が何らかの形で関与し、合意の成立、各種の離婚給付、面会交流をも含めた子の監護に関する事項等について最低限のチェックを行うことが適切であり、現在では、それが、欧米のみならずいわゆる先進諸国の国際標準ともなっている（もはや一般的な国際標準といえるかもしれない）ことからすれば、日本の制度、また家裁も、この方向に進むべきである。

「少なくとも、当事者に離婚後共同親権の希望がある事案についてだけは、必ず裁判所が関与する」という制度の構築は、そのための望ましい第一歩となると考える。

(3) もっとも、この裁判機関については、本来の家裁裁判官だけによる対応が難しいのであれば、家事調停官制度（家事事件手続法 250 条、251 条）を拡充し、あるいはこれに類した制度を新設して、一定の経験のある弁護士が、任期を限り、また、家裁調査官の補助を得ながら（調査官参審にしてもよいであろう）、この事務をとることを考えてよいのではないかと思う。本来の家裁裁判官のうち経験の長い者等が、やはりこの事務をとるとともに上記弁護士らの監督、相談に当たる仕組みにしてもよいであろう。

法曹一元制度の部分的実現というのであれば、調停のみならず、こうした争

(5) 注(1)の前掲書の項目 512 (553～556 頁)。

訟的非訟事件についても、弁護士が期間を限って（3から5年程度が望ましい）関与できる制度を、この機会に作るべきであると考える。それは、沈滞している印象のある日本の家裁実務に新しい血や感覚、考え方を導入するためにも、非常に有益であろう。

もしもこうした制度の早期実現が難しいというのであれば、元家裁調査官や弁護士を活用してのチェック制度と家裁の監督といった方法も考えられる。

(4) 次に、試案第2の3(1), (2)（共同親権制度に監護者の定めを導入すること）については、単独親権制度主張者と共同親権制度主張者の一種の妥協ともいべき案のようであるが、疑問が大きい。

確かに、従来の実務における裁判上の和解離婚にはこの案のように親権者と監護者を分ける扱いがあったが、それは、離婚をスムーズに成立させるための一種の便法、妥協（夫が、離婚には同意するが子の引き取りについて意見が合わない場合等の妥協策として、夫が子の親権者となり、妻が監護者となるとの形をとる）であり、その意味で弥縫策であり、裁判離婚では行われていない⁽⁶⁾。

このような制度を明文で認めて一般化するのは好ましくないというべきであろう。共同親権を認める場合の実体上、手続上の要件を先のようなものとすれば、こうした制度は不要と思われる（実務上の取扱いとして「本当にそれが適切なまれな場合（たとえば、身上監護については母が適切だが、財産管理については母には任せられず父が適切な場合等）」には解釈論として認めれば十分であろう）。

(5) もっとも、試案第2の3(3)（〔監護者の定めがない場合に〕親権行使について父母の協議が整わない場合に家裁が親権を行う者を定める旨の規定の設置）については、一般的なものとして、設けておく必要があろう。具体的には、やはり、上記(3)に記したような裁判機関がこれを取り扱うこととすればよいであろう。

(6) 学説としても、たとえば内田貴『民法IV〔補訂版〕』133～134頁等が消極説をとる。また、そこには、「こうした分離は子の監護教育という観点からは望ましくないという意見が実務家にも多い」との記述もある。

(6) 以上二、三のとおり、もしも共同親権制度を認めるのであれば、家裁の適切な、かつ透明性の高い関与は不可欠であると考える。逆にいえば、もしも家裁の十分な関与が望めないのならば、当面は試案第2の1乙案（現在の単独親権制度を維持する案）をとることが穩当であると考える。

四 試案第3（父母の離婚後の子の監護に関する事項の定め等に関する規律の見直し）について

(1) 試案第3の1甲案（離婚時に父母が子の養育に関する講座を受講したことを協議上の離婚の要件とする規定の設置）については、「一応の情報は与えました」という体裁を整える形だけになるおそれのある規定という印象も否定しにくく、実際上も、さほど大きな意味や効果があるとまでは考えにくい。同乙案（上記の受講を促進するための方策について別途検討する）で十分ではないかと考える。

(2) 試案第3の2(1)甲①案（子の監護について必要な事項を定めることを協議上の離婚の要件とすること）については、基本的に適切と考える。

ただし、こうした事項の定めについては、やはり、前記三と同様の裁判所の関与が必要、適切であろう（なお、併せて、離婚給付全般についてのチェックも行われることが望ましい。前記三(2)参照）。

この点に関し、同甲②案は、子の監護について必要な事項の定めについては弁護士等に確認させるとの考え方を提示しているが、これは、筆者の裁判官としての経験に照らしても、理解しにくい。

弁護士の本来の役割（私益の実現を通じて公益にも資する）からは外れるし、弁護士の性格・能力・経験は当然のことながらさまざまであることからしても、疑問を感じる。家裁が関与する成年後見人に弁護士、司法書士が選任された場合についても必ずしもうまくいっていない例がままみられる（当事者の不満がかなりある）現状を考えるべきではないか⁽⁷⁾。前記三のとおり、弁護士の関与

(7) 注(2)の前掲書233～234頁。

は、家裁の一員としての、あるいはその監督の下での、継続的で安定したそれが適切と考えるし、（元）家裁調査官等の協力も必要であろう。

(3) 試案第3の2(2)ア（子の監護費用〔養育費〕に関する債務名義を裁判手続によらずに容易に作成する方法の創設）については、「その作出のために一定の法的判断を要するような種類の債務名義の作成」という観点からは、やはり前記三と同様の裁判所の関与が適切であろう。

もっとも、これについては、支払督促（民事訴訟法382条以下）と同様に考えるならば、たとえば現在の養育費算定マニュアル（裁判所ウェブサイトの「養育費・婚姻費用算定表」で見ることができる）を法や規則の別紙として取り込み、書記官（あるいは行政機関）が当事者の申立ての形式的審査だけで命令を発し、あとは異議等にゆだねるという方法も考えられないではない。しかし、最初からそこまで踏み切ることが適切であろうか。関係当事者、ことに養育費負担者の側からかなりの不満が出るのではないかと考える。

やはり、双方の収入を含む各種事情について裁判所が最低限の審理ないし審査を行った上で命令を発するのが適切ではないだろうか。

(4) 試案第3の2(2)イ（監護費用分担請求権者に一般先取特権を認める）については、基本的に賛成できるが、この点については、後記五(4)（執行等）の制度設計ともからんでくる問題であり、統一的に考える必要があろう。

(5) 試案第3の2(3)（離婚時から一定の期間につき法定された一定額の養育費支払請求権が発生する制度の創設）については、上記のような観点から、制度設計がかなり難しいのではないかと考える。たとえば収入一つをとってみても、どのようにして確定するのであろうか。

たとえば、法定の一定額を一律少額に抑えておき、その増減については当事者の申立てにゆだねるといった方法も考えられないではないが、こうした制度を採用するのであれば、前提として、欧米諸国等の既存の制度の深い検討が必要であろう。

私見は、こうした観点から、やはり上記(3)に記したような制度を手軽に使いやすいものとして設計するほうが適切ではないか、というものである。

- (6) 試案第3の3（婚姻中父母の別居の場合等に子の監護に争いがある場合の家裁の関与）については、適切な規律であると考える。この場合の裁判機関についても、以上述べてきたところと同様、本来の家裁裁判官に限る必要はないであろう。
- (7) 以上(2), (3), (6)につき、繰り返しになるが、公益的観点、また弱者保護の観点から、「家裁が積極的に関与する規定・制度」とすべきことは、今一度強調しておきたい。

五 試案第5（子の監護に関する事項についての手続に関する規律の見直し）について

- (1) 試案第5の1（相手方の住所の調査に関する規律）については、養育費負担者探索のみならず、子を連れ去った親の探索のためにも利用を許すのであるか。趣旨を明確にしておくべきではないかと考える（後者についても認めるというのであれば、DV等の問題のある場合の対処についても考えておく必要があるが、その対処方法は、必ずしも容易ではないであろう）。
- (2) 試案第5の2(2)（収入に関する情報の開示）については、民事執行法第4章のいわゆる財産開示制度を基礎にしてアレンジした制度にしてはどうかと考える⁽⁸⁾。
- (3) 試案第5の3（親子交流に関する裁判手続の見直し）についても、すでに述べたような裁判機関の利用を考えてよいのではないかと思われる。
- (4) 試案第5の4（養育費、婚姻費用等の執行）については、もしも民事執行とするなら、少額訴訟債権執行（民事執行法167条の2以下）がうまくいっているのであればそれをモデルにすればよいのではないかだろうか。そうでなければ、別途適切な制度を考える必要があろう。

(8) なお、婚姻費用や養育費については、たとえば大学教授等の知識人でもその支払いを怠り、財産状況についても告げない例が多いことを付言しておきたい。その典型的な例につき、注(2)の前掲書125～127頁参照。

こうした定期金債権に基づく債権執行にあっては、給料債権等の取立てについても簡便な制度が設けられることが期待される（これには、民事執行の枠組を超えた行政の協力が必要であるが）。

もっとも、養育費、婚姻費用等の執行については、そもそも民事執行手続に乗せること自体当事者の負担が重いのではないかという気もする。

債権執行においては、従前から、差押えの競合が生じない場合の債権の取立てについては、債権者と第三債務者の間で、第三債務者が債権者に対し直接銀行振込みの方法で支払をするなどの簡易な取立方法を合意する例が存在すると聞いている⁽⁹⁾。

行政の協力をも得てこうした簡易な取立手続（欧米にも例がある）を設けることが、最も適切なのではないだろうか（なお、先取特権の制度をも含めた他の債権者との調整については、海外の制度ではどうなっているのかを調査する必要があろう）。

(5) 試案第5の5(2)（親から子に対する暴力・虐待がある場合の家裁の対応）については、すでに繰り返し述べてきたとおり、「近時の国際標準にならい、こうした家裁の関与を、一般的なものとして、特に充実させる必要がある」と考える。

六 試案第6（養子制度に関する規律の見直し）について

試案第6の1（家裁の許可の要否）甲案（家裁の許可を要する場合を広げる案）の中では③（未成年者を養子とする場合に家裁の許可を必要とする）が適切ではないかと考える。

もっとも、この点については、特に問題が生じていないのであれば、あえて改正する必要まではない（現在の規律を維持する同乙案でよい）かもしれない。

(9) 注(4)の前掲書の項目032-2(33~34頁)。

七 試案第7（財産分与制度に関する規律の見直し）について

- (1) 試案第7の2（財産分与の期間制限に関する規律の見直し）については、期間制限を5年とする案が適切かと考える。
- (2) 試案第7の3(2)（財産情報の開示）については、五(2)で述べたと同様に、民事執行法第4章のいわゆる財産開示制度を基礎にしてアレンジした制度にしてはどうかと考える。

八 結 語

以上、試案についての意見、私見を敷衍してきたが、筆者としては、この家族法制見直しに関し、二に述べたような方向での家裁の関与を積極的に推し進める方向での議論があまりなされてこなかったようであること（家裁判事、最高裁家庭局関係者の委員、幹事参加があるにもかかわらず）と、実体法的な側面に比較して手続法的・制度的な側面の検討がなお不十分であるように思われること、ことに前者の点には大きな危惧をもったことは、強調しておきたい。

公表されている「父母の離婚後の子の養育に関する海外法制調査結果」及び「その概要」（令和2年〔2020年〕4月法務省民事局）を見ても、日本の関連制度全般が欧米標準のみならず国際標準にも後れたものとなりつつあるのはうかがわれるところであり、「家族法制の見直し」という以上、この「後れ」を取り戻す方向でのものであるのが望まれるところ、これには、二に述べたような日本の家裁のあり方の一定程度、最小限度の改革、変革が必要であることは明らかと思われるからである。

今回の改正に向けた今後の議論の中で、上記のような筆者の危惧がぬぐわれてゆくことを、願ってやまない。

九 脱稿後の補足 —— 要綱案の要旨とこれに関する私見

法制審議会家族法制部会は、2024年（令和6年）1月30日開催の第37回会議において、「家族法制の見直しに関する要綱案」を取りまとめた。法務省は、改正案を今国会に提出し、成立を目指す方針である。以下、法務省の発表している上記要綱案、「要綱案の取りまとめに向けたたたき台」とその補足説明、また関連の報道によってその要点をまとめるとともに、これに関する筆者のコメントをも記しておく（2024年2月2日記）。

(1) 異婚後の子の親権については、父母の協議によって共同親権か単独親権かを決め、合意できない場合は家庭裁判所が協議に代わる審判で親権者を定める。裁判所は、DV や子への虐待を認めた場合などには単独親権とする。親権者が決まったあとでも、裁判所は、子またはその親族の請求によりこれを変更することができる（合意形成過程が適正でないことも考慮される）。なお、家裁に上記協議に代わる審判や調停の申立てをしていれば、親権者の定めをしなくても協議離婚が可能である。

コメント — 共同親権の希望がある事案についてだけは必ず裁判所が関与するという私見とは異なり、原則当事者の協議にゆだね、家裁の関与は副次的なものにとどめられているが、はたして、このような制度によって、力の弱いほうの配偶者が離婚を成立させるために共同親権を受け入れることを強いられる事態がほぼ避けられるといえるのか、いささか疑問を感じる。

私見のような考え方を含め、協議上の離婚をする際には、親権者の定めに関して必ず中立的な第三者の確認を経なければならないとする考え方については、「そのような仕組みを設けることは、協議上の離婚の要件が現状よりも加重され、国民に大きな影響を与えることなどから、慎重な検討を要するとの意見があった（したがって採らなかった）」との説明があるが、これでは、ほとんど説明になっていないように思われる。要するに、「家裁の負担が重くなるからできない」というだけのことなのではないだろうか。

家裁裁判官の執務上の負担に関する状況（たとえば、民事事件担当裁判官に比べれば一般的には余裕がある）を、2012年以前のものとはいえ知っている筆者の私見としては、現在の家裁でも、私見によるような形の関与、確認事務についていえば、その気になれば、たとえば右の事務については家事調停官（家事事件手続法250条、251条）にも行わせることを可能にするなどの若干の制度的な措置さえ採れば、可能なのではないかと考えている。そのことを付け加えておきたい。

いずれにせよ、共同親権制度の運用については、家裁の主体的、積極的な姿勢が試されるといえよう。なお、改正後、この制度では、現実には先のような事態をほぼ回避できるとはいいくらいことが明らかになった場合（多くの被害者が出ていた場合）には、そのこと自体大きな問題であるし、また、それにより、現在でも相当の批判のある日本の家裁のあり方に対する人々の信頼がさらにそこなわれる結果になりかねないことも、付言しておきたい。

(2) 養育費等請求権者に一般先取特権を認める。養育費の取り決めをせずに離婚した場合でも一定額の養育費を請求できるとする法定養育費制度を認める。生活の窮迫等の事情は養育費負担者のほうに執行抗告等で主張させる。

コメント——法定養育費制度を認めるなら支払督促手続に近い制度設計になるであろうというのが私見だが、条文化の作業についてはきめ細かな配慮が必要であろう。制度の目的が適切であっても、負担者のための手続的保障は、十分な、使いやすくかつわかりやすいものであることを要すると考える。たとえば、不服申立方法の例として挙げられている執行抗告という手続は、普通の日本人、ことに生活窮迫者にとっては、縁遠い手続のようにも感じられる。

(3) 子の監護に関する処分の審判事件で、親子の面会交流について、家裁による試行的実施を認める。

コメント——特に異論はないが、ここでも、?と同様、家裁の主体的、積極的な姿勢が試されるといえよう。

(4) 以上のとおりであるが、(1)のいささか弥縫策的な制度設計については、その適否について、国会で十分な審議が行われることが望まれる。(2)については、

国際標準に近付けるための改正として、実現が強く望まれるといえよう。