

## 「家族法制の見直しに関する中間試案」に対する意見書

2023年（令和5年）2月16日

日本弁護士連合会

### はじめに 前注部分について

（前注1）本試案では「親権」等の用語について現行民法の表現を用いているが、これらの用語に代わるより適切な表現があれば、その用語の見直しも含めて検討すべきであるとの考え方がある。

#### 【意見】

特に「親権」について、適切な用語へ見直すことに賛成する。

#### 【理由】

「親権」が子の利益のために行使されるべきものであることについての理解は、現代ではかなり一般化しているものといえる。しかし、民法上これを明示する規定がなかったことや、「親権」との用語そのものから、親権とは「子に対する親の支配権」であると誤解される場面も多々あった。

これに対処するため、2011年（平成23年）の民法改正において、親権者が子に対して有する監護教育の権利義務について「子の利益のために」行使されるべきものであることが明文化された（民法820条）。この改正では親権停止制度も新設され（同834条の2）、その要件として「子の利益を害するとき」と明示されたほか、親権喪失や管理権喪失の要件も、子の利益を保護するためのものであることが明確化された。（同834条、835条）。もともと、現在まで、「親権」との用語そのものには変更が加えられないままである。

しかし、上記のとおり親権が子の利益のために行使されるべきものであることと、そのためむしろ義務としての側面が強いことを正確かつ端的に示すためには、「親権」の用語を廃し、その性質を捉えた新たな用語に変更されることが強く期待される。その場合、「子の利益のための親の責任・責務」であることを国民に広く伝えるためには簡易な用語によることが望ましい。そして、その用語とすることで生じ得る既存の法概念との整合性の問題については、条文中においてその性質を明示して区別することで対処するといった方策も含めて検討すべきと考える。

その具体案としては、諸外国の例などを参考に、法制審議会家族法制部会（以下「部会」という。）においても「親責任」や「親義務」、「親責務」などの案が提示されてきたが、本試案では具体的な文言の提案がなされるには至っていないため、引き続き真剣な議論が望まれる。

なお、当連合会内において、①「親権」に代えて「親務」「護務」「育務」「慈務」「慮務」「育慮務」など新しい用語を作るべきであるという意見や、②「親権」という概念は分かりにくいいためこの用語を廃し、その機能面に着目して2種類に分けることとしたうえで、子の財産管理に関わる機能を「未成年者財産管理権」とし、身上監護権、法定代理権及び身分上の行為を行う権限を「未成年者監護権」とすべきであるという意見があった。

(前注2) 本試案で取り扱われている各事項について、今後、具体的な規律を立案するに当たっては、配偶者からの暴力や父母による虐待がある事案に適切に対応することができるようなものとする。

**【意見】**

賛成する。

**【理由】**

配偶者間において、DVなど様々な理由で支配・被支配の関係が存在することがある。『協議離婚制度の実態調査に関する調査研究業務』報告書(令和3年3月、日本加除出版)によると、複数回答を可として離婚原因を問うたところ、「身体的な暴力」を選択した者の割合が7.9%、「精神的な暴力」を選択した者の割合が21%、「経済的な暴力」を選択した者の割合が13.5%であった。また、具体的な暴力に至らない程度の支配・被支配の関係も含めれば、配偶者間で対等な関係で合意形成されていないケースは相当数に上る可能性がある。また、児童相談所が対応した児童虐待相談件数は年々増加しており、2020年度には初めて20万件を超えたほか、悲惨な虐待死の事案も後を絶たない。

そのため、制度の構築に当たっては、こういった実態があることを十分認識した上で具体的な対応について検討がなされる必要がある。そこで、この提案に賛成する。

なお、父母による虐待や不適切養育がある事案に関しては、一般に、親の子どもに対する虐待等の有無は、当該親に親権を認めるべきかの事情を考慮する際に検討する事情となり得る。そして、法律上(児童虐待防止法2条)、子どもの面前で配偶者に暴力(精神的なものも含む)を振るうことも面前DVとして虐待に該当し得る。もっとも、仮に、虐待等(面前DVを含む)を行ってしまったとしても、子どもの立場に立ってきちんと反省と振り返りを行い養育の考え方及び養育態度が改善できれば、子どもにとっては親権者として存在した方が良い場合もあるとの意見もあった。

## 第1 親子関係に関する基本的な規律の整理

## 1 子の最善の利益の確保等

- (1) 父母は、成年に達しない子を養育する責務を負うものとする。
- (2) 父母は、民法その他の法令により子について権利の行使及び義務の履行をする場合や、現に子を監護する場合には、子の最善の利益を考慮しなければならないものとする（注1）。
- (3) 上記(2)の場合において、父母は、子の年齢及び発達程度に応じて、子が示した意見を考慮するよう努めるものとする考え方について、引き続き検討するものとする（注2）。

（注1）親の権利義務や法的地位を表す適切な用語を検討すべきであるとの考え方がある。

（注2）本文(3)の考え方に加えて、父母（子と同居していない父母を含む。）が、できる限り、子の意見又は心情を把握しなければならないものとするとの考え方がある。

### 【意見】

- 1 (1)について、賛成する。
- 2 (2)及び(3)について、方向性に賛成するが、以下のとおり修正されるべきである。
  - ① (2)において子の最善の利益を考慮すべき場面を「子について権利の行使及び義務の履行をする場合や、現に子を監護する場合」に限定せず、子の監護に関する協議を行う場合を含め、広く規定すべきである。
  - ② (3)において「子が示した意見を考慮するよう努める」とある部分は、「子が示した意見を尊重する」とすべきである。

### 【理由】

- 1 (1)について

親の権利義務や法的地位については種々の意見があり、容易に一致が見られないところである。しかし、親が、少なくとも子が未成年である間において、子を養育すべき立場にあることは疑いのないところであり、それは親権の有無や実際に監護を担っているか否か等によって変わるものではない。

そのため、民法において親のそのような責務を明示することには積極的な意義が認められる。

なお、養育の中でも特に扶養に関しては、子が成年に達してもそのことをもって直ちに子への扶養義務が終期を迎えるわけではないことに留意すべきである。

- 2 (2)及び(3)について

(2)の「子の最善の利益」は、子どもの権利条約において「主として考慮される」とされ（3条）、かつ父母等の基本的な関心事項となるものとされている。

る（１８条１項）。したがって、民法においてこの原則を明示することは大きな意義を有する。

もっとも、その場面を「子について権利の行使及び義務の履行をする場合や現に子を監護する場合」に限定する必要はなく、より広く一般的に適用されるものとすべきである。

（３）は、子の最善の利益の考慮に当たり、子の意見に一定の配慮をすべきことを提案しているところ、子どもの意見表明権（子どもの権利条約１２条）の趣旨に適うものといえ、賛成する。もっとも、「子が示した意見を考慮するよう努める」との部分、被後見人の意思の「尊重」について定める民法８５８条（被保佐人については民法８７６条の５第１項、被補助人についてこれを準用する民法８７６条の１０第１項）と同様に、「子が示した意見を尊重する」とすべきである。他の法律においても、例えば、こども基本法（令和４年法律第７７号）３条４号、児童福祉法（昭和２２年法律第１６４号）２条１項で、子どもの意見を「尊重」するとしているところである。

このような文言とすることに対しては、父母が子の意見に拘束されるかのような印象を与えるとして反対する意見もあり得るが、子の意見を尊重するとは、親が様々な事項について親権を行う場合において、子の意見を真摯に受け止め、子の年齢や発達の状況に相応しい重みを与えることをいうのであって、子の意見に拘束されることをいうものではない。あくまで親としては、子の意見を尊重しつつも、子の最善の利益に合致するよう判断すべき責任がある。

そこで、このプロセスを明示するために、（２）と（３）を組み合わせ、以下のよう規定することも考えられる。

「父母は、民法その他の法令により子について権利の行使及び義務の履行をする場合や、現に子を監護する場合には、子が示した意見をその年齢及び発達の程度に応じて尊重し、子の最善の利益を優先して考慮しなければならないものとする。」

なお、前記こども基本法３条４号、児童福祉法２条１項も上記のような趣旨を規定するところである。

また、（注２）において、「父母（子と同居していない父母を含む。）が、…できる限り、子の意見又は心情を把握しなければならないものとする考え方がある」とあるが、子と同居していない親に子の養育の状況を確認する機会を与えることは、機会付与の方法・程度によっては監護親が行う監護への不当な介入につながりかねないので、慎重に検討されるべきである。

## 2 子に対する父母の扶養義務

- (1) 未成年の子に対する父母の扶養義務の程度が、他の直系親族間の扶養義務の程度（生活扶助義務）よりも重いもの（生活保持義務）であることを明らかにする趣旨の規律を設けるものとする。
- (2) 成年に達した子に対する父母の扶養義務の程度について、下記のいずれかの考え方に基づく規律を設けることについて、引き続き検討するものとする（注）。

### 【甲案】

子が成年に達した後も引き続き教育を受けるなどの理由で就労をすることができないなどの一定の場合には、父母は、子が成年に達した後も相当な期間は、引き続き同人に対して上記(1)と同様の程度の義務を負うものとする考え方

### 【乙案】

成年に達した子に対する父母の扶養義務は、他の直系親族間の扶養義務と同程度とする考え方

(注) 成年に達した子に対する父母の扶養義務の程度については特段の規律を設けず、引き続き解釈に委ねるものとする考え方もある。

### 【意見】

- 1 (1)について、(2)における【甲案】の規定内容を含んだものとして賛成する。  
その上で、対象となる子を「未成熟子」とすることについて、引き続き検討すべきである。
- 2 (2)について、【甲案】に概ね賛成する。ただし、「引き続き教育を受けるために就労をすることができないなどの一定の場合」の部分は、「引き続き教育を受けるために就労していない場合及び自己の資産又は労力で生活できる能力のない場合などの一定の場合」とすべきである。

### 【理由】

- 1 現行法下においても、親は未成年の子に対して生活保持義務を負うと解釈されているところであり、(1)はそれを明確化するものであるので、評価できる。  
しかし、実務では、成年年齢の18歳への引下げ後も、養育費の支払終期は20歳とすることが基本となっており、この終期を早めることは適切でない。  
この点は、成年年齢の引下げを定めた民法改正（平成30年法律第59号）の際の附帯決議（平成30年6月12日参議院法務委員会）において、「成年年齢と養育費負担終期は連動せず未成熟である限り養育費分担義務があることを確認するとともに、ひとり親家庭の養育費確保に向けて、養育費の取決め等につ

いて周知徹底するなど必要な措置を講ずること。」とされ（同決議5項1号）、また、文部科学省の「令和3年度学校基本調査」によれば、高等教育機関（大学・短期大学入学者、高等専門学校4年在学者及び専門学校入学者）への進学率は83.8%となっており、8割以上の子どもたちが20歳まで就学していることから、少なくとも20歳までの生活保持義務が維持されるようにすべきであるといえる。

当連合会は、2016年9月14日付けで公表した『民法の成年年齢の引下げの施行方法に関する意見募集』に対する意見書において、特に子がまだ幼少で将来の進学が全く未定の場合には、養育費の支払終期をとりあえず「成人まで」とすることが多いこと等を指摘した上で、成年年齢の引下げが養育費支払終期の繰上げに直結してしまうおそれがあることについて懸念を表明した（4頁～5頁）。今回の改正に当たっても、生活保持義務の対象となるのが「未成年の子」に限定されるとの解釈が招来されることのないよう、配慮が求められる。

なお、「未成年の子」を「未成熟子」にすべきとの意見もあったが、未成熟子の概念が確立しているとはいえないこと及び(2)の【甲案】が上記のような点を考慮していることから、【甲案】と合わせた形で立法することに賛成する。

- 2 上記のとおり、(2)については【甲案】に賛成するものであるが、子が扶養を受けるべき必要性は、子が教育を受ける場合のほか、障害がある又は引きこもりの状態にあるといった事情がある場合にも同様であり、未成年時と同等であるといえる。したがって、そのような場合には、子が成年に達した後も親が引き続き重い扶養義務を負うと解すべきである。

【甲案】においては、「子が成年に達した後も引き続き教育を受けるなどの理由で就労をすることができないなどの一定の場合」とされているが、上記のとおり、そのような必要性があるのは必ずしも教育を受ける場合に限られるものではないので、子が成年に達した後も「引き続き教育を受けるなどの理由で就労していない場合」のみならず、未成熟子も包括できる記載として「自己の資産又は労力で生活できる能力のない場合など」（東京高裁昭和46年3月15日決定家月23巻9号44頁）も加えるべきである。

次に、重い扶養義務を負うべき期間は、就労が困難となる事由その他の事情により事案ごとの個別性が極めて高いものと思われるため、一律の期間を定めず「相当な期間」とすることは適切であり、評価できる。

もっとも、単に「相当な期間」とするだけでは親同士の協議における指針とならない。また、子に重度の心身障害がある場合等のように、生涯にわたって

療育が必要な場合もあり、そういった場合に終期なく重い扶養義務が存続し続けることは、親に過度の負担を課すものとなり、妥当ではない。

そこで、「相当な期間」をいかに定めるかについての指針が法文中に示されることが望まれ、その意味で「自己の資産又は労力で生活できる能力のない期間」は一つの指針となる。

なお、部会においては、子が成年に達した後も親の重い扶養義務が存続するとなれば、親だけに過剰な負担がかかることとなり、奨学金制度などの社会保障の拡充がますます遠のいてしまうとの懸念を示す意見があった。しかし、現実的に社会保障制度が不十分である状況を踏まえて、大学進学を念頭においた形で養育費支払の終期を子が22歳に達した年の翌年3月末と合意することは、実務上多くみられる。このような合意は子の利益に合致するものであり、こうした実務が積極的に否定されてしまうような改正は適切ではない。

無論、社会保障制度の充実が今後進められるべきことは疑いのないところではあるが、それが実現するまでの間の手当ても同時に検討されるべきである。

以上の理由から、【甲案】に賛成する。

なお、【甲案】に反対する立場から、「自己の資産又は労力で生活できる能力のない期間」を指針とすることについて、経済的自立の観点を過度に強調するものであり、家族による扶養が事実上強制され障害者の社会的自立の妨げになることや、生活保護申請の際の扶養照会の強化にもつながりかねないことへの懸念を示す意見があった。

## 第2 父母の離婚後等の親権者に関する規律の見直し

### 1 離婚の場合において父母双方を親権者とするものの可否

#### 【甲案】

父母が離婚をするときはその一方を親権者と定めなければならないことを定める現行民法第819条を見直し、離婚後の父母双方を親権者と定めることができるような規律を設けるものとする（注）。

#### 【乙案】

現行民法第819条の規律を維持し、父母の離婚の際には、父母の一方のみを親権者と定めなければならないものとする。

（注） 本文の【甲案】を採用する場合には、親権者の変更に関する民法第819条第6項についても見直し、家庭裁判所が、子の利益のため必要があると認めるときは、父母の一方から他の一方への変更のほか、一方から双方への変更や双方から一方への変更をすることができるようにするものとする考え方がある。なお、このような見直しをした場

合における新たな規律の適用範囲（特に、改正前に離婚した父母にも適用があるかどうか）については、後記第8の注2のとおり、引き続き検討することとなる。

### 【意見】

甲案（双方親権導入案）に賛成する意見と乙案（単独親権案）に賛成する意見があり、現時点においては一致した意見を表明することが困難である<sup>1</sup>。

また、いずれの案を採るにしても、家庭裁判所の人的、物的体制の拡充が不可欠である。

### 【理由】

父母の離婚後等の親権者に関する規律について検討するに当たっては、親権の義務としての性質が重視されるべきこと及びその規律が子の最善の利益に適うものかどうか重視されるべきことに異論はない。しかしながら、採るべき結論については、甲案（双方親権導入案）に賛成する意見と乙案（単独親権案）に賛成する意見があり、現時点において一致した意見を表明することが困難である。

ところで、本論点に関しては、かねてより「離婚後の共同親権の是非」という形で、研究者や実務家の間だけでなく、一般社会においても広く議論が行われてきた。しかし、「共同親権」という言葉は多義的であるために、それによって実現することとなる離婚後の父母による子の養育への関与の具体的在り方については、各論者の想定が異なるためか、議論が噛み合わないうらみがあった。そこで、部会の一巡目の議論、また、それに先立つ公益社団法人商事法務研究会「家族法研究会」においては、離婚後も父母双方を親権者とするものの是非を議論の出発点とするのではなく、離婚後も父母双方が養育に関与することの是非、という実態の議論を出発点とすることとされた経緯がある。

この経緯に鑑みれば、本論点は、離婚後も父母双方を親権者として（以下「離婚後双方親権」という。）の可否を問うものであるが、そこには、実態として、離婚後も父母双方が子の養育に関与すること（以下「離婚後双方関与」という。）そのものの是非への問いも含まれているものと思われる。

そこで、本意見書では、まず離婚後双方関与の是非という点から検討し、その上で本論点について検討することとする。

#### 1 離婚後双方関与の是非

この点については、賛成する意見と反対する意見があり、一致した見解を示すことは困難である。そこで、今後の議論に資するよう、それぞれの意見の理

---

<sup>1</sup> 弁護士会単位では、当連合会と同じく両論併記とする会が多数であったが、乙案のみを推す会も相当数あった。



由を併記する。

(1) 賛成する意見の理由について

賛成する意見の理由は、以下のとおりである。

婚姻中は、父母双方が親権を有し（民法 818 条 1 項）、共同でこれを行使する（同条 3 項）。つまり、父母が共同して養育を行うこととされている。この原則は、子の養育については、一方の親の単独の判断に委ねるよりも、協議を前提とし、子に関心を有する父母共同の判断に委ねる方が、子の利益を増進するという価値判断に基づいているとも考えられ、そうだとすると、その価値判断は父母離婚後においても否定される理由はない。

現行法下の離婚後単独親権制度は、父母が別居していることや互いに夫婦としての信頼関係を失っているといった事情から共同の養育が困難な場合が多いという实际的理由によるものにすぎず、必ずしもそれが困難ではないケースにおいては、子の利益の観点からは離婚後も父母が共同して養育できるようにすることが望ましい。それを可能とするための環境整備として、早期の段階における父母への支援の提供や、子の養育に関する事項につき父母間で合意ができない場合の迅速な解決手段の確保が国の役割として位置づけられるべきであるが（子どもの権利条約 18 条 2 項）、後者の制度の整備が困難である場合には、子の養育に関する迅速な決定が妨げられて子の利益が害されないよう、関与の度合いを緩やかにするなどしつつなお離婚後双方関与を認めていくべきである。

なお、内閣府大臣官房政府広報室の「離婚と子育てに関する世論調査」（令和 3 年 10 月）によれば、父母の双方が、離婚後も子の進路などの未成年の子の養育に関する事項の決定に関わることは、子にとって望ましいと思うか聞いたところ、「どのような場合でも、望ましい」と答えた者の割合が 11.1%、「望ましい場合が多い」と答えた者の割合が 38.8%、「特定の条件がある場合には、望ましい」と答えた者の割合が 41.6%と高い割合を示している。また、「未成年期に父母の離婚を経験した子の養育に関する実態についての調査・分析業務報告書」（公益社団法人商事法務研究会、令和 3 年 1 月）でも、父母離婚・別居後の子の居住場所、進路、重大な医療について父母のうち誰が決めるのが理想的だったかと思うかという質問に対して、父母が相談して決めることが理想だとした者がそれぞれの項目で 17%から 19%であり決して低くない割合を占めていることに注目すべきである。

(2) 反対の意見の理由について

反対の意見の理由は以下のとおりである。

離婚は夫婦間の信頼関係が失われたためになされるものであり、またそれに至る過程で高葛藤に陥ることも多く、引き続き父母が共同して子の養育を行うべきとすることは父母に不可能を強いることになる。関与の程度をより緩やかに設定するとしても、實際上、特に同居親に多大な負担がかかり、両者の葛藤が継続する要因にもなり得る。そもそも監護は子との生活そのものであって、監護に関する決定はその一部であるのに、その一部だけを切り取って子と生活を共にしない別居親の関与を認めることは、適時適切な決定を妨げることになる。こうして、決定自体が行えない、あるいは適時適切な決定がなされない事態が生じることにより不利益を被るのは子本人であり、かかる制度は子の利益に反するため導入すべきではない。

また、父母間には、DVなど様々な理由で支配・被支配の関係が存在することがある。そのような場合、被支配側が子を連れて別居、離婚することにより、かかる関係から避難・離脱できたとしても、支配側によりこの離婚後双方関与の仕組み（関与の程度如何によらず）が悪用され、なお被支配側及び子への支配が継続するおそれが強く、このようなケースでは離婚後双方関与を認めるべきではない。そして、『協議離婚制度の実態調査に関する調査研究業務』報告書によると、複数回答を可として離婚原因を問うたところ、「身体的な暴力」を選択した者の割合が7.9%、「精神的な暴力」を選択した者の割合が21%、「経済的な暴力」を選択した者の割合が13.5%であり、決して少ない割合とはいえない。とすれば、離婚した夫婦が支配・被支配の関係にあるという事態は必ずしも一握りの事象とはいえないため、双方関与の制度を原則としつつ支配・被支配ケースを例外として除外するという枠組みも採るべきではない。

なお、前述の「未成年期に父母の離婚を経験した子の養育に関する実態についての調査・分析業務報告書」によれば、父母離婚・別居後の子の居住場所、進路、重大な医療について父母のうち誰が決めるのが理想的だったかと思うかという質問に対して、同居親が決めると答えた者の割合がいずれの項目でも依然として最も高く約40%であり、父母が相談して決めると答えた者の割合は20%に満たない。かかる調査結果はむしろ離婚後双方関与を導入する立法事実がない論拠として評価すべきである。

## 2 離婚後双方親権の可否（甲案か乙案か）

この点については、甲案（双方親権導入案）に賛成する意見と乙案（単独親権案）に賛成する意見があり、一致した見解を示すことは困難である。そこで、今後の議論に資するよう、それぞれの意見の理由を述べる。

(1) 甲案（双方親権導入案）に賛成する意見の理由

甲案（双方親権導入案）に賛成する意見の理由は、以下のとおりである。

離婚後双方関与を導くためには、父母双方に一定の権限が付与されなければならない。その方法としては、同居親のみが親権を有し、別居親には親権を与えずに一定の関与権限のみを与えるという方法もあり得る。しかしそれでは、関与権限という現行法にない権限を創設する必要があるとあり、実際的ではない。むしろ、同居親と別居親の双方が親権を有するとした上で、一定の事項については権限の競合が生じることに鑑み、別居親の有する親権に一定の制約をかけ、緩やかな関与のみを認めるという方法が望ましい。

また、現行法において、父母双方が離婚後も共に法的権限を持って共同で子の養育を行おうとする場合には、別居親を親権者とし、同居親を監護者に指定するという方法しかない（親権と監護権の分属）。しかしこの場合、監護者は、身上監護の権限はあるが財産管理の権限がないため、少なくとも理論上は、例えば、子の進学についての権限（監護教育権）はあるが、学校との在学契約の代理権（子本人を契約の主体と見れば同意権）は行使できないといった不都合があり得る。そこで、同居親に身上監護を全うさせるためには、同居親にも親権を与えることが不可欠となる（この意味で、従前のような親権と監護権の分属状態は子の福祉の観点からも回避されることとなる）。この状態は、とりもなおさず同居親と別居親が共に親権を有している状態であり、その観点からも、離婚後も父母双方が親権者となり得る制度を認めるべきである。

海外法制を参照すると、英国、アメリカ、ドイツ、オーストラリアなどを初めとして、多くの国々で、離婚後も父母双方が養育に関与できる制度が採られている。オーストラリアでは2011年に子の安全を重視する法改正がなされているが、共同養育法制自体はなお維持されており、離婚後の共同養育責任の理念は国民の約9割により支持されているとされる<sup>2</sup>。また、ドイツでは、離婚後の共同親権を原則とする制度が定着していると言われている。また、共同親権の行使において、父母が共同で決定する事項と同居親が単独で決定する事項の区別基準は、判例上明確になっており、実務上も問題は生じていないと報告されている<sup>3</sup>。

---

<sup>2</sup> 古賀絢子「オーストラリア家族法における離婚後の共同養育推進と『子の利益』」家族〈社会と法〉36号（2020年）148頁。

<sup>3</sup> ドイツに関しては、法制審議会家族法制部会第5回会議の西谷祐子氏の報告による（同会議議事録47頁から）。

なお、離婚後双方親権の制度を導入するとしても、(注) 前段の考え方を採り、子どもの福祉が害される事情が発生する場合には、子又は親権者の一方からの申立てにより、家庭裁判所は、親権者の一方のみを親権者と指定できるようにすべきとの意見もある。

(2) 乙案（単独親権案）に賛成する意見の理由について

乙案（単独親権案）に賛成する意見の理由は、以下のとおりである。

ア 離婚後双方関与に反対する理由と同じ理由で反対である。仮に離婚後双方関与を認めるとしても、双方が親権を有する理由はなく、別居親に一定の関与権限を付与することをもって足りる。別居親に親権まで与えることは、過剰であり不当である。

別居親が親権を付与された場合には、親権者の権限とされる財産管理権や法定代理権の行使に当たり、父母の協議が調わず、適時適切な決定が妨げられる事態が想定される。仮に双方関与の程度を緩やかなものとしたとしても、別居親が「親権者」という地位を背景に、認められた関与の程度を超え、同居親の安定的な子の監護を妨害し、子の福祉を害するおそれがある。支配・被支配の関係にあった父母間では、その危険性は一層高い。したがって、離婚後も父母双方が親権者となり得る制度を認めるべきではない。

イ 仮に、DVなど様々な理由により父母間に支配・被支配関係があるケースや、父母が離婚後も高葛藤状態にあり、板挟みになる子の心理的負担が大きく、また、養育に関する事項を適時適切に決められないケースなど、本来別居親の子の養育への関与を認めるべきではないケース（以下、「不適合ケース」という。）を例外として除外するという枠組みを設けたとしても、それを完全に除外することはできない。例えば、父母間に支配・被支配関係がある場合には、被支配側が離婚後双方親権の選択を事実上強制されるおそれがあり、父母の協議による除外は期待できない。また、強制とは言えなくとも、高葛藤ケースでは、早期に離婚を成立させるために、熟慮なく離婚後双方親権が選択されるという事態も想定でき、結果的に不適合ケースが混入してしまう。さらに、現在の家庭裁判所は必ずしもDVや虐待の認定に積極的ではなく、リソースも不足しており、後述本試案第2の2の枠組みで仮に家庭裁判所の許可手続を設けることとしても、結局、こうした不適合ケースの完全なスクリーニングは不可能なのである。実際、先進諸国では、不適合ケースの除外が極めて困難であるために、離婚後の子の監護に別居親が関わる制度を見

直す動きが顕著である。具体的には、オーストラリアでは、2006年に共同養育を推進するための大きな法改正を行ったが、不適合ケースの混入を防ぐことができず、子と同居親の安全・安心への大きな脅威をもたらしたため、2011年、「友好的な親ルール」の削除をはじめ、子の安全を最優先する法改正が行われている。また、アメリカでも、離別後の別居親による子及び同居親への殺害を含む加害が多発し、2018年には連邦上下両院議会で家庭裁判所における面会等監護裁判の調査と改善を求める決議が出され、2022年には州の家裁手続において裁判所がDVや虐待を認識判断し、子どもの安全の優先度を高めること等を目的にした連邦法が成立した<sup>4</sup>。そして、英国でも、DVや虐待ケースでも面会交流が命ぜられ、裁判を経てDVや虐待が悪化したことが報告され、別居親の関わりより安全を優先する見直しが勧告されている<sup>5</sup>。さらに、カナダでは、裁判所が面会交流や監護の決定に際し、あらゆる形態の家族暴力とその影響を考慮すべきことが2021年改正法で明記された。

ウ そもそも、父母の関係が葛藤性の低い場合には、法的権利として親権や監護権がなくても、事実上、子の養育のことで連絡を取り合い相談したり協力したりすることは可能であり、現にそうした協力は行われている。離婚後双方親権の選択肢を提供しなかったとしても、事実状態として共同で養育することは可能であるから、父母の選択の自由という点からは制約があるとしても、子にとっての不利益はない。これに反し、不適合ケースで双方親権となった場合、子の不利益は明らかであり、安全・安心への脅威ともなる。この点からも、反対である。

エ なお、現行法において、親権と監護権が分属した場合に、監護者は、身上監護の権限はあるが財産管理の権限がないため、不都合が生じ得るとの点については、現実にはそのような不都合が多発しているとの報告はなく、必要であれば、監護に関わる事項についての財産管理権、法定代

---

<sup>4</sup> 決議については H. Con. Res. 72 (<https://www.congress.gov/bill/115th-congress/house-concurrent-resolution/72>)。連邦法については Violence Against Women Act Reauthorization Act of 2022 の「TITLE XV-KEEPING CHILDREN SAFE FROM FAMILY VIOLENCE」(<https://www.congress.gov/bill/117th-congress/senate-bill/3623>)

<sup>5</sup> Ministry Of Justice: ‘Assessing Risk of Harm to Children and Parents in Private Law Children Cases’ Final Report。

理権、同意権は監護者に帰属するとの規律を設ければ足りる。よって、この不都合を解消するために離婚後双方親権を可能とする制度を設ける必要はない。

### 3 家庭裁判所の人的、物的体制の充実

甲案（双方親権導入案）を採るとした場合には、離婚後も父母間で子の監護をめぐる紛争が現行法制下におけるよりも増加する可能性が高い。他方、現行制度を維持する乙案を採る場合でも、現状の家庭裁判所の手続に関しては、審理のあり方や利便性などについて、様々な批判もなされている。そこで、甲案（双方親権導入案）、乙案（単独親権案）のいずれを採るにかかわらず、家庭裁判所の人的、物的体制の大幅な拡充が不可欠であって、この点についても検討が必要である。

## 2 親権者の選択の要件

上記1【甲案】において、父母の一方又は双方を親権者と定めるための要件として、次のいずれかの考え方に沿った規律を設けるものとする考え方について、引き続き検討するものとする（注）。

### 【甲①案】

父母の離婚の場合においては、父母の双方を親権者とすることを原則とし、一定の要件を満たす場合に限り、父母間の協議又は家庭裁判所の裁判により、父母の一方のみを親権者とすることができるものとする考え方

### 【甲②案】

父母の離婚の場合においては、父母の一方のみを親権者と定めることを原則とし、一定の要件を満たす場合に限り、父母間の協議又は家庭裁判所の裁判により、父母の双方を親権者とすることができるものとする考え方

（注） 本文に掲げたような考え方と異なり、選択の要件や基準に関する規律を設けるのではなく、個別具体的な事案に即して、父母の双方を親権者とするか一方のみを親権者とするかを定めるべきであるとの考え方（甲③案）もある。他方で、本文に掲げたような選択の要件や基準がなければ、父母の双方を親権者とするか一方のみを親権者とするかを適切に判断することが困難であるとの考え方もある。

### 【意見】

次の二つの意見がある。

- 1 仮に【甲案】（双方親権導入案）を前提とする場合には、【甲②案】（原則単独親権案）に以下の修正を加えるべきである。

父母の双方を親権者として協議離婚する場合には、双方を親権者とするこ

について裁判所の許可審判を得ることを要件に加えるべきである。

家庭裁判所の許可に当たっては、(ア) 父母双方が親権者となることに合意していること、(イ) 父母間に支配・被支配関係が認められないこと、かつ(ウ) 父母が親権の「共同行使」※の可能な関係性にあることの3点が充足されることを要件とすべきである。

また、裁判上の離婚の場合にも、父母双方を親権者とするには、上記要件が全て充足されることを必要とすべきである。

※「共同行使」については、後述3(2)で関与の程度によっては表現が変わりうるが、ここではこのように表記する。

## 2 【甲③案】(個別選択案)に概ね賛成する。

### 【理由】

離婚する父母間ではもはや信頼関係が損なわれていることが多く、また、離婚を巡り葛藤が高まるケースも少なくない。こうした父母が、例外的事由がなければ当然に離婚後も引き続き親権者となり、双方が子の養育について関与し続けるとすれば、子の養育に関する適時適切な決定ができず、結果的に子の不利益を招来するおそれが高い。そのため、子の養育のために一定の信頼関係を築き直すことができ、また、離婚を巡る葛藤をある程度乗り越えることのできる父母において、積極的に選び採られることによってこそ、双方が親権者となり得る制度とすべきである。したがって、離婚後双方親権を原則とする【甲①案】(原則双方親権案)には反対である。

もっとも、離婚後単独親権を原則とする【甲②案】(原則単独親権案)を基本に考えるべきか、【甲③案】(個別選択案)を基本に考えるべきかについては、意見の一致を見ていない。そこで、今後の議論に資するよう、それぞれの意見の理由を以下に述べる。

### 1 【甲②案】(原則単独親権案)にさらに条件を付加すべきとする意見の理由

仮に【甲案】(双方親権導入案)を前提とする場合にも、【甲①案】(原則双方親権案)に反対する理由として述べたのと同じ理由が当てはまり、離婚後単独親権が原則とされるべきである。

そして、離婚後も父母双方が親権者となることを選択するためには、協議離婚か裁判上の離婚かにかかわらず、以下の要件が充足されなければならないとすべきである。

すなわち、(ア) 父母間に合意があることが必要である。父母間の合意を条件とすべき理由は、離婚後も双方が親権者となるためには、両者の間に一定の信頼関係がなければならず、その最低限の基礎となるのが合意だからである。

また、(イ) DVなど様々な理由で父母間に支配・被支配関係が認められる場合には、子の利益に適う親権の「共同行使」を期待することができないから、離婚後双方親権の選択を認めないこととすべきである。

さらに、(ウ) 父母間に支配・被支配関係が認められないだけでなく、父母が高葛藤の状態になく、協力的姿勢が認められるなど、積極的に「共同行使」が可能な関係性にあることも必要とすべきである。

そして、協議離婚においては、DVなどにより支配・被支配関係にある父母間では、本来別居親の子の養育への関与を認めるべきではないケースでも、同居親である被支配側が、離婚後双方親権の選択を事実上強制されるおそれもあるため、上記要件の充足性は家庭裁判所が審査することとすべきである。

ところで、家庭裁判所への申立前に、当事者双方が離婚後双方親権を選択した場合の効果を正確に理解しているかどうかは明らかでない。そこで、家庭裁判所は、許可審判の申立てを受理した後、各当事者に、離婚後双方親権を選択した場合には何をどのように「共同行使」することになるかなど、当事者が具体的なイメージを持てるような情報を提供すべきである（例えば、進学や重大な医療行為の際に協議し、合意することが必要であるという制度であれば、合意の時期・内容・合意の拘束力など）。それを経て、父母が具体的な知識やイメージを共有した上でなお双方親権とする合意が維持されることを確認すべきである。

## 2 【甲③案】（個別選択案）に概ね賛成する意見の理由

離婚後双方関与に積極的意義を見出し、これを法制化するのであれば、離婚後単独親権を原則とすべきとする【甲②案】（原則単独親権案）は妥当ではない。また、そもそも協議離婚においては、単独親権を維持するか双方親権を選び採るかは、当事者の合意により決定されるのであるから、原則と例外を設定する必要性は低い。他方、裁判上の離婚においても、家庭裁判所の後見的役割に鑑みれば、子の利益の観点から単独親権が適当であるか、双方親権が適当であるかが総合的に判断されることとなるのであるから、やはり原則と例外を設定する意義に乏しい。この点、【甲③案】（個別選択案）は、原則を定めることなく、当該父母にとって最適な選択がなされるべきであるという考え方であり、妥当である。

もっとも、以下の二点が留意されるべきである。

第一に、協議上の離婚の場合においては、1で述べた合意の強制という問題に配慮する必要がある。この点、本試案第3の2(1)では、協議離婚の選択的届出要件の一つに、子の監護について必要な事項についての取決めがあり、弁護



士等の法律家により、それが父母の真意に基づくこと及び子の利益に反するものでないことの確認を得ることが提案されている。仮にかかる制度を導入する場合には、確認の対象に離婚後双方親権の選択の点も含めるべきである。

第二に、裁判上の離婚の場合において、父母の合意がなくても家庭裁判所が適当と認める場合には離婚後双方親権とできるとする意見と、あくまで父母の合意を必要とする意見があることに留意すべきである。

今後の議論に資するよう、それぞれの意見の理由を述べる。

合意がなくてもよいとする意見の理由は、次のとおりである。すなわち、仮に裁判上の離婚においても父母の合意を必要とすれば、裁判手続上、同居親が別居親の関与を拒否し続けていれば、別居親の関与を排除できることとなる。しかし、かかる拒否に合理的理由がない場合には、子が父母双方から養育に関する一定の関与を受ける利益が、同居親の主観的事実のみによって害される結果となる。したがって、最後の砦として、裁判所が裁量で決定できる余地を残すべきである。

合意が必要であるとする意見の理由は、次のとおりである。すなわち、離婚後双方関与の制度を選択する場合、父母間に一定の信頼関係が築き直される必要がある。そうでなければ、同制度は、別居親が同居親の養育方針に異を唱えるだけの制度に堕してしまうおそれがあるからである。そして、その信頼関係の基礎として、最低限、父母双方が離婚後双方親権の選択について合意している必要があるというべきである。同居親の拒否については、合理的理由の有無ではなく、同居親が拒否しなければならない父母の関係性（信頼関係の欠如）自体が制度選択の基盤を欠くことを直視すべきである。

### 3 その他

上記1、2いずれの考え方であっても、父母双方が離婚後も親権を行うことを定めるに当たって行われる家庭裁判所の手続にあつては、現行の家事事件手続法上の子の利害関係参加（同法42条）及び手続代理人選任（同法23条）の規定が適用されるようにすべきとの意見がある。

### 3 離婚後の父母双方が親権を有する場合の親権の行使に関する規律

（本項は、上記1において【甲案】を採用した場合の試案である。）

#### (1) 監護者の定めの有無

##### 【A案】

離婚後に父母の双方を親権者と定めるに当たっては、必ず父母の一方を監護者とする旨の定めをしなければならないものとする。

### 【B案】

離婚後に父母双方を親権者と定めるに当たっては、父母の一方を監護者とする旨の定めをすることも、監護者の定めをしないこと（すなわち、父母双方が身上監護に関する事項も含めた親権を行うものとする）もできるものとする（注1）。

#### (2) 監護者が指定されている場合の親権行使

ア 離婚後の父母の双方を親権者と定め、その一方を監護者と定めたときは、当該監護者が、基本的に、身上監護に関する事項（民法第820条から第823条まで〔監護及び教育の権利義務、居所の指定、懲戒、職業の許可〕に規定する事項を含み、同法第824条〔財産の管理及び代表〕に規定する財産管理に係る事項や、財産上・身分上の行為についての法定代理に係る事項及び同法第5条〔未成年者の法律行為〕に規定する同意に係る事項を含まない。）についての権利義務を有するものとする考え方について、そのような考え方を明確化するための規律を設けるかどうかも含め、引き続き検討するものとする（注2）。

イ 離婚後の父母の双方を親権者と定め、父母の一方を監護者と定めたときの親権（上記アにより監護者の権利義務に属するものを除く。）の行使の在り方について、次のいずれかの規律を設けるものとする。

### 【α案】

監護者は、単独で親権を行うことができ、その内容を事後に他方の親に通知しなければならない。

### 【β案】

① 親権は、父母間の（事前の）協議に基づいて行う。ただし、この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、監護者が単独で親権を行うことができる（注3）。

② 上記の規律に反する法定代理権及び同意権の効力は、現行民法第825条〔父母の一方が共同の名義でした行為の効力〕と同様の規律による。

### 【γ案】

① 親権は父母が共同して行う。ただし、父母の一方が親権を行うことができないときは他の一方が行うものとする。

② 親権の行使に関する重要な事項について、父母間に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（父母の一方が親権を行うことができないときを除く。）は、家庭裁判所は、父又は母の請求

によって、当該事項について親権を行う者を定める（注４）。

③ 上記の各規律に反する法定代理権及び同意権の効力は、現行民法第 825 条〔父母の一方が共同の名義でした行為の効力〕と同様の規律による。

(3) 監護者の定めがない場合の親権行使（注５）

ア（上記(1)【B案】を採用した場合において）監護者の定めがされていないときは、親権（民法第 820 条から第 823 条まで〔監護及び教育の権利義務、居所の指定、懲戒、職業の許可〕に規定する身上監護に係る事項、同法第 824 条〔財産の管理及び代表〕に規定する財産管理に係る事項や、財産上・身分上の行為についての法定代理に係る事項及び同法第 5 条〔未成年者の法律行為〕に規定する同意に係る事項を含む。）は父母が共同して行うことを原則とするものとする。ただし、父母の一方が親権を行うことができないときは他の一方が行うものとする。

イ 親権の行使に関する重要な事項について、父母間に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（父母の一方が親権を行うことができないときを除く。）は、家庭裁判所は、父又は母の請求によって、当該事項について親権を行う者を定める（注６）。

ウ 上記の各規律に反する法定代理権及び同意権の効力は、現行民法第 825 条〔父母の一方が共同の名義でした行為の効力〕と同様の規律による。

(4) 子の居所指定又は変更に関する親権者の関与

離婚後に父母の双方を親権者と定め、父母の一方を監護者と定めた場合における子の居所の指定又は変更（転居）について、次のいずれかの考え方に基づく規律を設けるものとする。

【X案】

上記(2)アの規律に従って、監護者が子の居所の指定又は変更に関する決定を単独で行うことができる。

【Y案】

上記(2)アの規律にかかわらず、上記(2)イの【α案】、【β案】又は【γ案】のいずれかの規律により、親権者である父母双方が子の居所の指定又は変更に関する決定に関与する。

（注１）本文の【B案】の考え方の中には、①一定の要件を満たさない限りは原則として監護者の定めをすべきではないとの考え方や、②一定の要件を満たさない限りは原則として監護者の定めをすべきであるとの考え方、③監護者の定めをするかどうかの選択

の要件や基準については特段の規律を設けずに解釈に委ねるものとすべきであるとの考え方などがある。また、監護者の定めをしないことを選択するに当たっては、「主たる監護者」を定めるものとすべきであるとの考え方がある。さらに、父母の双方が親権者となった場合の「監護者」や「主たる監護者」の権利義務の内容については、父母の一方が親権者となって他の一方が「監護者」と定められた場合との異同も意識しながら、引き続き検討すべきであるとの考え方がある。

(注2) 本文(2)アの考え方を基本とした上で、子の監護に関する事項であっても、一定の範囲の事項(例えば、子の監護に関する重要な事項)については、本文(2)イの各規律によるものとすべきであるとの考え方がある。

また、本文(2)アの考え方及び本文(2)イの規律を基本とした上で、子の財産管理に関する事項や法定代理権又は同意権の行使であっても、一定の範囲(例えば、重要な事項以外の事項)については、監護者が単独でこれを行うことができるものとすべきであるとの考え方がある。

(注3) 本文の【β案】を採用した場合において、監護者と定められた親権者の一方が子の最善の利益に反する行為をすることを他方の親権者が差し止めるための特別の制度を新たに設けるべきであるとの考え方がある。

(注4) 本文の【γ案】②と異なり、親権の行使に関する重要な事項について、父母間に協議が調わないとき等には、家庭裁判所が、父又は母の請求によって、当該事項についての親権の行使内容を定めるものとする考え方がある。

(注5) 本文の(3)のような規律を設ける場合には、婚姻中の父母がその親権を行うに当たって意見対立が生じた場面においても、家庭裁判所が一定の要件の下で本文の(3)イのような形で父母間の意見対立を調整するものとするとの考え方がある。

また、婚姻中の父母の一方を監護者と定めた場合の親権の行使について、上記本文3(2)及び(4)と同様の規律を設けるものとするとの考え方がある。

(注6) 本文の(3)イの規律についても、上記(注4)と同様の考え方がある。

## 【意見】

- 1 (1)(監護者の定めの有無)については、【A案】(指定必要案)に賛成である。
- 2 (2)(監護者が指定されている場合の親権行使)のアの論点(親権と監護権の範囲)については明確化する規律を設けず、イの規律(双方親権の場合の親権行使の在り方)の対象となる事項を明確化すべきである。

その上で、イの規律については、以下の二つの意見がある。

- ① イの規律の対象事項を「a 進路の志望、b 子の身体・生命に重要な影響がある医療行為の同意、c 財産管理に関する重要な事項、d 養子縁組の承諾などの重要な身分行為」と明確化する規律を設けるべきである。その前提

で、イの【 $\beta$  案】（事前協議案）に条件付きで賛成する。

② 仮に本試案第2の1で【甲案】（双方親権導入案）を前提とする場合には、イの規律の対象事項を「財産管理に関する重要な事項」と明確化する規律を設けるべきである。その前提で、イの【 $\alpha$  案】（事後通知案）に賛成する。

3 (3)（監護者の定めがない場合の親権行使）については、仮に(1)で【B案】（指定任意案）を採用した場合には、賛成である。ただし、「主たる監護者」を定めることを必須とすべきである。

4 (4)（子の居所指定又は変更に関する親権者の関与）については、【X案】（監護者単独決定案）に賛成である。

#### 【理由】

##### 1 (1)について

一般的には、離婚した父母は別居し、いずれか一方が子と同居することが多く、その同居親が実質的に子の身上監護全般を担う場合が多い。仮に離婚後双方親権の制度を導入しても、かかる実態は大きく変わることはないものと思われる。この実態を前提とすれば、同居親が法的にも身上監護の権限を有することが望ましい。したがって、【A案】（指定必要案）に賛成である。

他方、【B案】（指定任意案）は、(3)の提案と併せて理解すると、離婚後父母双方が親権者となる場合でも、監護者を定めないことができ、その場合には親権は身上監護、財産管理問わず全面的に、父母が共同して行うことを原則とする提案と理解できる。

しかし、離婚後は父母が別居することが通常であるから、父母が共同で身上監護を行うためには、子の方で父母の住居を頻繁に行き来するほかなく、かかる生活形態が子の生活の安定を害することは明らかである。もちろん、子と父と母がそれぞれ異なる住居を有し、子の住居に父母が入れ替わり訪れて子を養育するという生活形態を採れば、子の移動の回避という点では一定の安定的生活は期待できるかもしれない。しかし、実際にそのような生活形態を採ることができる父母は限られており、それを念頭に置いた制度を設けるまでの必要性は認められない。

これに対しては、身上監護には、「現実のお世話」の側面と、「監護に関する事項の決定」の側面とがあり、上記の通り別居する父母間での「現実のお世話」の共同は困難であるとしても、「監護に関する事項の決定」の共同は可能であるとする反対意見もあり得る。仮にそうした整理をすることとしても、(3)では全面的な親権の共同行使が提案されており、「監護に関する事項の決定」には日常的な

事項（たとえば、その日の夕食に何を食べさせるか等）も含まれるところ、それまでも共同で行使することはやはり困難であるし、困るのは子である。そこで、（注1）のように、「主たる監護者」を定めるという考え方があるものと思われるが、その場合の「主たる監護者」は結局「監護者」に他ならず、やはり【B案】（指定任意案）を正当化できるものではない。

ただし、監護を共同できる関係の父母の全てに監護者指定を求める必要はないとして、【B案】（指定任意案）を支持する意見もあった。

## 2 (2)について

### (1) アについて

離婚後の父母双方が親権者となり、その一方が監護者と定められた場合というのは、現行法の下で、父母が婚姻中かつ別居中に（未だ双方が親権者である）、民法766条の類推適用により、その一方が監護者と定められた場合（以下「別居中の監護者指定の場合」という。）と、父母の権限関係という意味では同じ状況にあるといえることから、アを検討する際には別居中の監護者指定の場合を参考にすることができる。

別居中の監護者指定の場合、監護者である親は親権者でもあり、監護者としての権限と親権者としての権限の両方を有している。したがって、その監護者たる親権者の具体的権限行使が、監護者としての権限行使か親権者としての権限行使かを明らかにする必要性は必ずしも高くはない。もっとも、別居中の監護者指定の場合、監護者でない親も親権者ではあるため、複数の親権者がいる場合の親権行使の方法（婚姻中であるため共同行使が原則である）という別の問題がある。その限りにおいては、当該事項が監護者単独で行使できる事項か、複数の親権者間での権限行使の方法が問われるべき事項かを整理する必要があるといえる。

これを参考にすると、離婚後の父母双方が親権者となり、その一方が監護者と定められた場合においても、ある事項が監護者単独で行使できる事項か、複数の親権者間での権限行使の方法が問われるべき事項（イの規律の対象となる事項）かを整理する必要がある。

もっとも、その整理の方法としては、アのように監護者の権限と親権者の権限を整理し、その結果としてイの規律の対象を明らかにする方法のほか、端的にイの規律の対象となるべき事項を明確化するという方法もあり得る。この点、前者の方法は、イの規律の対象が結局はアの規律の解釈に委ねられることになるという問題点があるのに対し、後者の方法は父母間でイの規律の対象がより明確になるという利点がある。また、後者の方法では、親権の対象となるかど

うかがい必ずしも明らかではないとされている医療同意など、アでは整理しきれない事項を政策的判断から端的にイの規律の対象として規定することも可能であり、その点においても優れている。

以上より、アの論点については明確化する規律を設けず、イの規律の対象となる事項を明確化する規律を設けるべきである。

## (2) イについて

### ① 対象事項の明確化

前記のとおり、イの規律の対象となる事項を明確化する規律を設けるべきである。具体的には、部会資料12、13などで議論された「子の監護、教育、財産管理に関する重要な事項」、すなわち進学、就職、医療、宗教等の事項が考えられる。もっとも、離婚後双方関与の対象となる事項を端的に明確化するという要請からは、できるだけ解釈の余地が少ない規律が望ましい。そこで、「進路の志望<sup>6</sup>」、「子の身体、生命に重要な影響がある医療行為の同意<sup>7</sup>」、「財産管理に関する重要な事項」、「養子縁組の承諾などの重要な身分行為」といった定め方が考えられる。なお、宗教については、子の信教の自由（憲法19条）との関係で親権者が決められるのかどうかの議論があるため、ここでは除外すべきである。なお、こうした規律の結果、遡ってアを検討すると、監護者の権限は（注2）後段の考え方を基本にしつつ、身上監護の重要な事項についてはイの規律の対象となるという意味で一定の制約を受けているものと理解することができる<sup>8</sup>。

これに対し、そもそも監護は子との生活そのものであって、監護に関する決定はその一部であるのに、その一部だけを切り取って子と生活を共にしない別居親の関与を認めることは、適時適切な親権行使を妨げることになるので、監護に関わる事項についての財産管理、法定代理（身分行為の代

---

<sup>6</sup> 進路を決める長いプロセスのうち、子にとって別居親の関与が最も有益なのはできるだけ初期の志望の段階であることに配慮して、このような表現としている。また、進路という表現を用いることで進学と就職を区別する必要がない。

<sup>7</sup> 医療行為については、未成年者であっても、自己の病状、医療行為の目的、方法、危険性、予後及び選択し得る代替的治療法などにつき、説明を受け、十分に理解した上で、当該医療行為につき、同意、選択又は拒否することができるときは、当該医療行為につき、未成年者本人が同意、選択又は拒否する権利を有すると解すべきである（当連合会が2012年（平成24年）9月14日に公表した「患者の権利に関する法律大綱案の提言」参照）。

<sup>8</sup> （注2）前段と（注2）後段とも異なる考え方であるが、両者を混合した考え方といえる。

理を含む)、同意などに係る親権は全て監護者が行うこととすべきであり、双方関与の対象は「財産管理に関する重要な事項」に限定すべきであるとの意見もあった。なお、こうした規律の結果、遡ってアを検討すると、監護者の権限は(注2)後段の考え方を採用しているものと理解できる。

ここで対象事項とされた事項以外については、いずれの説を採ったとしても、監護者の権限とすべきである。

## ② 離婚後双方関与の程度の在り方

以上を前提として、離婚後双方関与の程度の在り方について、以下、意見を述べる。

### (ア) 【γ案】(共同行使案)について

まず、【γ案】(共同行使案)は、離婚後双方関与の程度が最も強度なものといえる。しかし、そもそも民法818条3項の親権共同行使の規律は平穏な夫婦関係を念頭に置いたものであって、互いの信頼関係を失い離婚するに至った父母間において、離婚後も親権共同行使を原則とすることは、多くの場合不可能を強いることになるだろう。仮に、父母間で決められない事項については家庭裁判所がその行使者を決めることとしても、その社会的コストを考えれば【γ案】(共同行使案)②の規律のように、対象事項を「重要事項」に限定せざるを得ない。とすれば、重要でない事項については、やはり父母間で決められないという問題が残る。また、かかる弊害を懸念し、結局において、離婚後双方親権が選択されるケース自体が限定されてしまうことにもなりかねず、子の利益になる場合に離婚後双方親権の制度を導入した趣旨がかえって没却されるおそれもある。したがって、【γ案】(共同行使案)には反対である。

### (イ) 【α案】(事後通知案)について

【α案】(事後通知案)については、賛成する意見と反対する意見があった。

【α案】(事後通知案)に賛成する意見の理由は以下のとおりである。すなわち、仮に【甲案】(双方親権導入案)を前提とする場合には、そもそも監護は子との生活そのものであって、監護に関する決定はその一部であるのに、その一部だけを切り取って子と生活を共にしない別居親の関与を認めることは、適時適切な親権行使を妨げることになる。仮に別居親の関与を認める場合も、その範囲は限定的であるべきであるから【α案】(事後通知案)に賛成する。

これに対し、【α案】(事後通知案)に反対する意見の理由は以下のと



おりである。すなわち、【 $\alpha$ 案】（事後通知案）では監護者の単独行使が維持されており、適時の行使ができないことによる子の不利益を回避するという点で、一定の合理性も認められる。しかし、他方親へは事後通知だけでよいとすれば、他方親の関与の程度が緩きに過ぎ、これでは離婚後双方関与の制度の理念が十分活かされず、果たして制度導入の意味があるのかさえ疑わしい。また、離婚後双方親権を選択した父母間でもこの程度の関与しか認められないとすれば、選択しなかった場合には事後通知さえ受けられないとの懸念から、本来離婚後双方親権が選択されることが適切ではないケースにおいてまでそれが選択されてしまうおそれもある。さらに、子が一定の年齢以上であれば、離婚後双方親権のメリットは、それを通じて子が他方親とも相談して対象事項について自己の意見を形成できる点にもあるというべきであり、そのためには他方親が少なくとも事前通知を受けていることが必要である。以上より、【 $\alpha$ 案】（事後通知案）は妥当でない。

(ウ) 【 $\beta$ 案】（事前協議案）について

【 $\beta$ 案】（事前協議案）については、条件付きで賛成する意見と反対する意見があった。

条件付きで賛成する意見の理由は以下のとおりである。すなわち、前記のとおり事前通知を必要とする点は妥当である。さらに協議を必要とする点についても、離婚後双方親権の制度の理念からして妥当である。また、【 $\beta$ 案】（事前協議案）は、対象事項の適時適切な親権行使が合理的理由なく阻害されることがないように、協議が調わない場合に監護者が単独行使する制度を提案しており妥当である。これに対しては、協議の形骸化を招き離婚後双方親権の制度を導入した趣旨が没却されるという意見もあるが、かといって監護者が単独行使できないとすれば共同行使の形態と変わるところがなく、共同行使について述べた問題点が指摘できる。また、この規律に反する法定代理権及び同意権の効力は、現行民法825条と同様の規律とすることによりよい。したがって、基本的には【 $\beta$ 案】（事前協議案）の規律が妥当である。

ただし、以下の二点の規律が設けられることを条件とする。

第一に、事前通知及び協議の義務については、一定の年齢以上の子が他方親に知らせることを拒否している場合、監護者が住所を秘匿しており通知及び協議により住所を探知されるおそれがある場合（もっともこの場合には離婚後双方親権の制度が選択されていないケースが多いと

思われる)、その他やむを得ない事情がある場合には例外を認めるべきである。

第二に、父母間で協議が調わない場合に監護者が単独で行使できるという制度とした場合、その行使の妥当性を争う手段が全くないことは問題である。したがって、(注3)の考え方のように、監護者と定められた親権者の一方が子の最善の利益に反する行為をすることを他方の親権者が差し止めるための特別の制度を新たに設けるべきである。

これに対し、【β案】(事前協議案)に反対する意見の理由は以下の通りである。すなわち、そもそも監護は子との生活そのものであって、監護に関する決定はその一部であるのに、その一部だけを切り取って子と生活を共にしない別居親の関与を認めることは、適時適切な親権行使を妨げることになる。【β案】(事前協議案)は、「協議が整わないとき、又は協議をすることができないとき」は監護者が単独で親権を行うことができるとするが、協議のためには事前通知が必要となる。しかし、そもそも離婚後双方親権に不適合なケースを完全に除外することはできず、DVや虐待、高葛藤事案で事前通知と協議を必要とすること自体、監護親と子の安全・安心を侵害する。よって【β案】(事前協議案)には反対である。

### 3 (3)について

仮に(1)で【B案】(指定任意案)を採用した場合には、(3)の提案に賛成である。

もっとも、(3)イにおいては、親権行使に関する重要な事項について、父母間で協議が調わないときは、家庭裁判所が親権を行う者を定めるとしているが、これでは重要な事項以外の事項については、協議が調わない場合には適時適切に親権を行うことができないという不都合がある。そこで、(注1)において考え方の一つとして示されているように、監護者の定めをしないことを選択するに当たっては、「主たる監護者」を定めることを必須とすべきである。そして、「主たる監護者」は、重要な事項以外の事項について協議が調わない場合には、当該事項について単独で親権を行うことができるようにすべきである。

また、(3)イの規律の対象となる「重要な事項」を明らかにする規定を設け、家庭裁判所が親権を行う者を定める事項と「主たる監護者」が単独で行うことができる事項の区別を明確にすべきである。

以上に対し、(3)イの規律に反対する立場から、父母間で協議が調わない場合には、重要な事項かそうでないかに関わらず、「主たる監護者」が単独で親権を

行うことができるようにすべきという意見もある。

ところで、(注5)の前段は、親権の共同行使が原則とされている婚姻中の父母についても、意見対立が生じた場合に、(3)イのような家庭裁判所の調整の手続を設ける考え方を示している。確かに、現行法下において、婚姻中の親権の共同行使の場面で意見対立がある場合には、結局、力の強い親が意見を押し通す形で解決されている現状もあるとも言われているところである。とすれば、(3)の規律が導入される場合には、(注5)前段の制度についても併せて議論すべきである。

(注5)の後段は、婚姻中の父母の一方を監護者と定めた場合の親権の行使について、(2)及び(4)の規律と同様の規律を設ける考え方が示されている。この点、前記のとおり、別居中の監護者指定の場合と、離婚後父母双方が親権者となり、一方が監護者と指定された場合とは、父母の権限関係という意味で、状況が同じである。また、そもそも離婚後双方関与の制度は、離婚後の子の養育に別居親も一定の関与ができるようにすることによって、熟慮による親権行使を実現し、もって子の利益を増進しようとするものであるところ、その理念は別居中の監護者指定の場合にも及ぼすべきともいえる。したがって、別居中の監護者指定の場合にも(2)及び(4)の規律を設けることについて、引き続き議論すべきである。

#### 4 (4)について

子の居所指定は、子の監護が行われる場所の指定であるから、監護者が単独で行使すべき事項である。したがって、【X案】(監護者単独決定案)が妥当である。

これに対しては、監護者が自由に子と共に転居することができるとすれば、子の別居親と面会する利益が害されるなど、子の最善の利益に反する事態が生じるおそれが典型的に高いとして、【Y案】(双方関与決定案)を採用すべきとの意見もある。しかし、面会交流の途絶による子の不利益を言うのであれば、別居親の転居も同様の制約に置かれるべきである。にもかかわらず、一方的に監護者の居所指定のみが制約を受けるものとする【Y案】(双方関与決定案)は趣旨が曖昧というほかに、妥当でない。

ただし、子の居所が国境を越えて移動する場合には、事前協議を必要とする等の例外的な扱いを検討すべきであるとの意見がある。

#### 4 離婚後の父母の一方を親権者と定め、他方を監護者と定めた場合の規律

離婚後の父母の一方を親権者と定め、他方を監護者と定めたときの監護者

の権利義務について、上記3(2)ア(及び同項目に付された上記注2)と同様の整理をする考え方について、そのような考え方を明確化するための規律を設けるかどうかも含め、引き続き検討するものとする。

【意見】

本試案第2の3(注2)後段の考え方を明確化する規律を設けるべきである。

【理由】

現行法の下では、離婚後、一方の親を親権者とし、他方の親を監護者とする場合(以下「親権と監護権が分属する場合」という。)、監護者が身上監護全般についての権限及び義務を有し、親権者は身上監護以外、すなわち財産管理(法定代理権、同意権を含む)の権限及び義務を有すると解することが一般的であると思われる<sup>9</sup>。そして、本試案第2の3(2)アの整理は、かかる現行法下の一般的解釈を採用するものといえる。

しかし、かかる解釈による場合、監護者は身上監護の権限を有しているとはいえ、それに関連した代理権を含む財産管理に関する権限(対外的権限)がないために、身上監護を全うし得ない可能性が生じるという問題がある。例えば、本試案第2の2(1)について本意見書中で述べた子の進学を巡る理論上の問題のほか、子ども名義で携帯電話の契約をしようと思っても監護者の同意では子どもが契約を締結できない、小遣いなど子ども名義の金銭(預金)の管理を任せるよう親権者から求められたら拒否できないなどの問題である。

したがって、本試案第2の3(注2)後段の記載にあるように、財産管理に関する事項のうち日常的な事項や重要性の低い事項については監護者の権限とすべきである。

ところで、本試案第2の3(2)に関して、離婚後双方親権の下での親権者と監護者の権限関係を整理することの実益は必ずしも小さくなく、離婚後双方関与の対象事項を明確化することで足りるとの意見を述べた。というのも、そこでの監護者は親権者でもあり、監護者としての権限と親権者としての権限を区別する実益が少ないからである。しかし、親権と監護権が分属する場合は、監護者は親権者ではない以上、監護者が監護者として行える事項がどの範囲かを明確にすべき必要性は高い。また、監護者の権限を本試案第2の3(注2)後段のように考える場合には、現行法下での一般的解釈と異なることとなるから、その権限を明確

---

<sup>9</sup> 我妻栄『親族法』143頁以下、松川正毅=窪田充見編『新基本法コンメンタール親族』82頁〔許末恵〕、二宮周平『家族法〔第5版〕』118頁、内田貴『民法Ⅳ〔補訂版〕親族・相続』133頁。

化する規律を設ける必要性は一層高い。さらに、親以外の第三者が監護者となり得る制度を導入する場合にも、監護者の権限の明確化の要請は強くなるだろう。

したがって、3（注2）後段の考え方を明確化する規律を設けるべきである。

なお、（注2）後段の考え方とは異なり、監護に関わる事項についての財産管理、法定代理（身分行為の代理を含む）、同意などの決定はすべて監護者が行うこととすべきであり、親権者の権限は「財産管理に関する重要な事項」に限定すべきであるという意見がある。

## 5 認知の場合の規律（注）

### 【甲案】

父が認知した場合の親権者について、現行民法第819条を見直し、父母双方を親権者と定めることができるような規律を設けるものとした上で、親権者の選択の要件や父母双方が親権を有する場合の親権の行使に関する規律について、上記2及び3と同様の規律を設けるものとするについて、引き続き検討するものとする。

### 【乙案】

父が認知した場合の親権者についての現行民法第819条の規律を維持し、父母の協議（又は家庭裁判所の裁判）で父を親権者と定めたときに限り父が親権を行う（それ以外の場合は母が親権を行う）ものとする。

（注） 認知後に父母の一方を親権者と定め、他方を監護者と定めた場合における規律について、本文の上記4と同様の整理をする考え方がある。

### 【意見】

【甲案】に賛成する意見と【乙案】に賛成する意見があった。

### 【理由】

【甲案】に賛成する意見の理由は以下のとおりである。すなわち、父が子を認知する場合としては、父母がそもそも共同生活を送っていないこともあれば、事実婚の状態にあることもあり、離婚後の父母と同様の考慮が当てはまるかは明らかではない。しかし、離婚後双方親権の制度を導入する場合、認知した父と母との間で、子の最善の利益の観点から、同制度を選択する可能性を否定すべきではない。したがって、【甲案】に賛成である<sup>10</sup>。

---

<sup>10</sup> なお、夫婦別氏選択制が実現していないために、積極的に事実婚を選択している父母にとって、子に対し双方が親権者となることができないという問題があると言われている。確かに、離婚後双方親権制度を認知の場合にも選択可能とすれば、

これに対し、【乙案】に賛成する意見の理由は以下の通りである。すなわち、認知者が子を監護したことがない場合に、認知者との共同親権を認めることが子の利益になるとの根拠はない。事実婚で認知者が子を監護している場合にも、そこにDV、虐待、高葛藤など本来別居親の子の養育への関与を認めるべきではないケースはあり得るのであり、離婚の場合と同様、このような不適合ケースを完全に除外することはできない。事実婚で良好な関係にある父母に共同親権の選択肢を提供しなかったとしても、事実状態として共同で監護することは可能であるから、父母の選択の自由という点からは制約があるとしても、子にとっての不利益はない。よって、【乙案】に賛成する。

### 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

#### 1 離婚時の情報提供に関する規律

##### 【甲案】

未成年の子の父母が協議上の離婚をするための要件を見直し、原則として、【父母の双方】【父母のうち親権者となる者及び監護者となる者】が法令で定められた父母の離婚後の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考え方について、引き続き検討するものとする（注1）。

##### 【乙案】

父母の離婚後の子の養育に関する講座の受講を協議上の離婚の要件とはせず、その受講を促進するための方策について別途検討するものとする（注2）。

（注1） 裁判離婚をする場合において、例えば、家庭裁判所が離婚事件の当事者に離婚後養育講座を受講させるものとすべきであるとの考え方がある一方で、そのような離婚後養育講座の受講を義務付けることに消極的な考え方がある。

（注2） 本文の【乙案】の方策の1つとして、例えば、協議上の離婚の当事者である父母がその離婚前又は離婚後に子の養育に関する講座の受講をする義務を負う旨の訓示的な既定を設けるべきであるとの考え方がある。

#### 【意見】

【乙案】に賛成する。

#### 【理由】

- 1 協議離婚が離婚全体の約9割を占めるにもかかわらず、法律家や司法機関の

---

一見、事実婚の場合にも共同親権が実現し得るようにも見えるが、双方関与の程度が緩やかなものと規律される可能性もあるし、そもそもそれが夫婦同氏強制制度の問題の抜本的な解決につながるものではないことを付言する。

関与なく離婚をすることができるという我が国の協議離婚の特性を踏まえると、未成年の子の父母が協議離婚をする場合に、離婚後の子の養育に関して必要な情報等を提供する仕組みを設け、その受講を確保することは、離婚後に養育される子の最善の利益に適うものであるため、このような仕組み（離婚後養育講座）を設けることに賛成する。

しかし、離婚後養育講座の受講を協議離婚の要件とする【甲案】については、未成年の子がある状態で離婚をする以上、子どもの最善の利益を確保するためには、父母の受講を確実に確保すべきであることからこれに賛同する意見があったのに対し、一方当事者が受講を拒絶した場合に協議離婚が困難となり、結果として子が不安定な状況に長期間置かれるという事態が懸念されること、協議離婚に当たって受講の有無を確認することが現実的に困難であると考えられることなどから、協議離婚の要件とすることに反対する意見もあり、現時点では意見の一致を見なかった。

このため、当連合会の意見としては、離婚後養育講座の仕組みを設けた上で、その受講を促進するための方策を検討する【乙案】に賛成する。

- 2 離婚後養育講座の仕組みを設けた場合、同講座を通じた情報提供の必要性は未成年の子の監護者や親権者になる者か否かによって異ならないため、講座の対象は、【父母のうち親権者となる者及び監護者となる者】に限定せず、【父母の双方】を対象として受講を促進するための方策が検討されるべきである。

なお、同講座の受講を確保するためには、離婚に際して講座の受講が奨励されるだけでは不十分であり、未成年の子がある状態で離婚をする以上、父母は、その責務（本試案第1の1では、父母が未成年の子に対する養育の責務を負う旨を明文化することが提案されている）として、講座の受講を通じて、離婚後の子の養育に必要な情報等の提供を受けなければならないというべきであり、協議離婚の要件とまではしないとしても、同講座の受講を法令上の義務として定めるべきであるという意見があった（受講義務の定め方については、義務として定めつつ訓示規定と解すべきとする意見や努力義務にとどめるべきとする意見があった）。これに対して、講座の受講を法令上の義務として定めることに反対する意見もあった。

- 3 【乙案】によった場合に、離婚後養育講座の実施方法や受講を促進するための方策等を地方自治体任せにしまうと、地域によってその内容に著しい格差が生じるおそれがある。我が国が批准し、国内法としての効力を有する子どもの権利条約において、締結国は、「児童の養育及び発達について父母が共同の責任を有するという原則についての認識を確保するために最善の努力を払う」

こととされ、「同条約に定める権利を保障し及び促進するため、父母及び法定保護者が児童の養育についての責任を遂行するに当たりこれらの者に対して適当な援助を与える」ものと定められていることに鑑みれば（子どもの権利条約18条1項、2項）、離婚後養育講座の実施方法や受講を促進するための方策等についても、国が責任を持って必要な予算措置を講じ、全国で等しく受講が確保されるように必要な施策を講じるべきである。

## 2 父母の協議離婚の際の定め

### (1) 子の監護について必要な事項の定め促進

#### 【甲①案】

未成年の子の父母が協議上の離婚をするときは、父母が協議をすることができない事情がある旨を申述したなどの一定の例外的な事情がない限り、子の監護について必要な事項（子の監護をすべき者、父又は母と子との親子交流（面会交流）、子の監護に要する費用の分担）を定めなければならないものとした上で、これを協議上の離婚の要件とするものとする考え方について、引き続き検討するものとする（注1）。

#### 【甲②案】

【甲①案】の離婚の要件に加えて、子の監護について必要な事項の定めについては、原則として、弁護士等による確認を受けなければならないものとする考え方について、引き続き検討するものとする（注2）。

#### 【乙案】

子の監護について必要な事項の定めをすることを父母の協議上の離婚の要件としていない現行民法の規律を維持した上で、子の監護について必要な事項の定めがされることを促進するための方策について別途検討するものとする（注3）。

### (2) 養育費に関する定めの実効性向上

子の監護に要する費用の分担に関する父母間の定めの実効性を向上させる方向で、次の各方策について引き続き検討するものとする。

ア 子の監護に要する費用の分担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ことができる新たな仕組みを設けるものとする。

イ 子の監護に要する費用の分担に関する請求権を有する債権者が、債務者の総財産について一般先取特権を有するものとする。

### (3) 法定養育費制度の新設

父母が子の監護について必要な事項の協議をすることができない場合に



対応する制度として、一定の要件の下で、離婚の時から一定の期間にわたり、法定された一定額の養育費支払請求権が発生する仕組みを新設するものとし、その具体的な要件や効果（上記(2)イの一般先取特権を含む。）について引き続き検討するものとする（注4～7）。

（注1）本文(1)の【甲①案】及び【甲②案】においては、子の監護に要する費用の分担をしない（養育費等の額を0円とする）旨の定めをすることの可否やその効力が問題となり得るが、例えば、子の監護に要する費用の分担をしない旨の定めは、一定の要件を満たす場合に限って有効（その場合には本文(3)の法定養育費は発生しない）とすべきであるとの考え方がある。また、【甲①案】及び【甲②案】において協議離婚をするために取り決める必要がある事項の範囲については、（1）子の監護をすべき者、父又は母と子との交流、子の監護に要する費用の分担の全部とする考え方のほか、（2）これらの一部のみで足りるとする考え方がある。

（注2）本文(1)の【甲②案】において、弁護士等が子の監護に関する事項についての定めを確認するに当たっては、父母の真意に基づく定めがされているか、定めの内容が子の最善の利益に反するものでないか（できる限り子の意見又は心情を把握するよう努めた上で、子の意見又は心情に配慮されているかを含む。）について確認するものとするとの考え方がある。

また、本文の(1)の【甲②案】においては、子の監護に要する費用の分担の部分に関して公正証書等の債務名義となる文書が作成されている場合には、弁護士等による確認を受ける必要がないとの考え方がある。

（注3）本文(1)の【乙案】の方策の1つとして、例えば、①協議上の離婚をする父母が、子の最善の利益を図るため、子の監護について必要な事項が定められるよう努める義務を負っていることを明確化する規律を設けるべきであるとの考え方や、②民法の見直しとは別に、子の監護について必要な事項の定めをすることの重要性を周知・広報し、又はそのような定めが円滑にされるような様々な支援策を拡充させる方向での検討を進めるべきであるとの考え方があり得る。

（注4）法定養育費の権利行使主体としては、子が権利者であるとする考え方と、親権者（監護者が定められた場合には監護者）が権利者であるとする考え方がある。

（注5）法定養育費の発生要件として、父母がその離婚の届出において子の監護について必要な事項の協議をすることができない事情がある旨を申述したことを要件とする考え方がある。

（注6）法定養育費が発生する期間については、①父母間の協議によって子の監護に要する費用の分担についての定めがされるまでとする考え方と、②法令で一定の終期を定めるとする考え方がある。

(注7) 法定養育費の具体的な額については、①最低限度の額を法令で定めるものとする考え方と、②標準的な父母の生活実態を参考とする金額を法令で定めるものとする考え方がある。いずれの考え方においても、後に父母間の協議又は家庭裁判所の手続において定められた養育費額と法定額との間に差額がある場合の取扱いについて、その全部又は一部を清算するための規律を設けるとの考え方がある。

【意見】

1 (1)については、以下のとおり二つの意見があった。

ア 【甲②案】に(注2)を採用した以下のような制度とすべきである。

未成年の子の父母が協議上の離婚をするときは、協議離婚届とともに以下に掲げる①②③いずれかの文書を提出しなければならない。

① 離婚後の子の監護に関する事項について合意があり、弁護士の確認を受けた文書

② 離婚後の子の監護に関する事項についての公正証書等で、そのうち子の監護に関する費用の分担に関しては債務名義（強制執行認諾文言付）となる文書

③ 父母間の協議ができない事情又は合意が調わない事情についての父母の双方又は一方の申述書

イ 【乙案】に賛成する。

2 (2)については、子の監護に関する費用の分担に関する父母間の定めの実効性を向上させる方向で、ア及びイのいずれも検討すべきである。

3 (3)については、法定養育費制度の具体的な要件や効果を引き続き検討することに賛成する。関連する(注)に対して、以下のとおり意見を述べる。

(注4) について、子を権利者とする考え方に賛成する。

(注5) について、「父母がその離婚の届出において子の監護について必要な事項の協議をすることができない事情がある旨を申述したこと」だけでなく、「父母がその離婚の届出において子の監護について協議が調わなかった旨を申述したこと」についても発生要件に加えるべきである。

(注6) について、①に賛成するが、「父母間の協議」のほか、家庭裁判所の手続（調停・審判）により子の監護に要する費用の分担についての定めがされるまでと記載した方が分かりやすい。

(注7) について、②に賛成し、後に父母間の協議又は家庭裁判所の手続において定められた養育費額と法定額との間に差額がある場合は、不足額が生じた場合についてのみ精算するのが相当である。

【理由】

## 1 (1)について

(1) 現行法では、未成年の子がいる夫婦の離婚においては親権者の定めが必要であるが、それ以外の事項については要件とされていない。本提案は、親権者の定めほかに、離婚後の子の監護について必要な事項（子の監護をすべき者、父又は母と子との面会及びその他の交流、子の監護に要する費用の分担）を定めることを求め、これを協議離婚の要件とするとの提案である。

(2) アの意見の理由は以下のとおりである。

厚生労働省による「令和3年度全国ひとり親世帯等調査」（以下「令和3年度ひとり親世帯調査」という。）によれば、離婚の際に養育費の定めがあるのは母子世帯で46.7%、父子世帯で28.3%、また面会交流の定めをしたのは母子世帯30.3%、父子世帯31.4%となっており、平成28年度の同調査に比べれば若干の上昇は見られるものの、依然として離婚後の子の監護に関する取決め率が高くない状況がある。この取決めがないことが、養育費の不払い、ひいてはひとり親家庭（特に母子家庭）の貧困につながり、また、離婚後の親子の交流が行われない原因の一つとされてきた。離婚後の紛争を防止し、子の権利が保障され、その監護・養育が適切に行われるためには、離婚時に離婚後の子の監護について必要な事項を定めることは重要である。

しかし、これを協議離婚の要件とすると、協議離婚の手続が重くなり、早期に協議離婚をするためには、やむを得ず、真意ではない合意や、内容が不適切な合意がなされることが懸念される。

一方、『協議離婚制度の実態調査に関する調査研究業務』報告書」中の記載には、口頭での約束も含めてではあるが、約8割が養育費についての取決めをしているが、そのうち25%程度が全く払われないか、途中で払われなくなっていると回答している。また面会交流についても約8割が離婚時に定めたが、約35%は全くなかったか途中で途絶えている。もっとも、取決めがなくても面会交流を行っている者もあった。このような状況から見ると、取決めをすることの重要性もさることながら、その内容が当事者の真意に基づくものであり、かつ、内容が実行可能で相当なもの（子の最善の利益に合致するもの）である必要がある。

これを担保するために、全て家庭裁判所の判断を経るとすることも考えられるが、離婚時の子どもの実情はさまざまであり、柔軟な立場から子どもの権利保障を図るためには、全件家庭裁判所がチェックするというのは現実的ではない。協議離婚の良さを残しつつ、合意の内容の適性を図るためには、

法律専門家の関与が有用である。特に、より柔軟な対応ができ、また、子どもの意向を探ることも目指して、子どもの権利保障に長けた弁護士を確認・対応者とすることが適切である。【甲②案】はこのような考え方にに基づき、当事者が定めた合意書について、弁護士が確認するとするものである。また、（注２）の指摘の通り公正証書の作成には公証人が関与しており、弁護士ではないが法律専門家の関与があると言える。このように協議離婚の要件とするためには、離婚後の子の監護に必要な事項について合意があり、かつ、法律専門家の確認あるいは作成した文書の添付を求めることを提案する。

しかし、法律専門家の関与がある合意文書の作成自体も困難な場合がある。夫婦間のDVや子への虐待があって協議できない場合や協議が調わない場合も考慮しなければならない。そのような場合にも合意文書を求めるとすれば、協議離婚が全くできない状況となり、父母間の紛争が続いたり、離婚ができないためにひとり親のための社会保障制度が利用できなかつたりするなど、子の利益に反する事態を生じさせかねない。現行の調停実務でも、当事者間に離婚と親権者に関する合意がある場合は、離婚を成立させ、その他の事項については別途調停や審判を求めることを勧める運用も少なくない。よって、協議することができない旨の事情と協議が調わない事情に関する申述書の添付によって、合意文書に代えることができるとすべきである。また、協議ができない関係であるから、当事者の一方の申述で足りるとすべきである。

(3) イの意見の理由は以下のとおりである。

法律家や司法機関の関与なく離婚できるという我が国の協議離婚の特性を変更する特段の事情があるとは言えず、【甲①案】及び【甲②案】は、協議離婚の要件を加重し、それを困難にすることになるので、乙案に賛成するものである。

特に、法律専門家の関与を求めることについては、その有用性を否定するものではないが、弁護士の偏在、それにもまして公証役場の少なさからすると現実的ではない。また、法律専門家がどの程度の時間をかけて確認すれば、合意の任意性や相当性あるいは子の最善の利益を判断できるのかとの疑問もある。

「令和３年度ひとり親世帯調査」によれば、養育費の取決めがない原因の理由のうち最も大きいものとして回答があったのは、「支払い能力がないと思った」（母子１５．５％、父子１３．３％）、「支払い意思がないと思った」（母子１４．７％、父子１７．８％）を合わせると母子・父子家庭いずれも３割近くを占め、『協議離婚制度の実態調査に関する調査研究業務』報告書」

においても同様の回答が26%ある。面会交流についても取決めをしなかった理由として、非監護親が望まなかった、暴力や虐待があった、子どもが会いたがらなかった等面会交流を定めること自体が不適切な事案の割合が15%程度あり、このような事案で協議や合意を求めること自体意味がなく、協議離婚を困難にする結果を招くだけである。また、当事者間で合意があっても不払いを解消できる保証はない。ひとり親の貧困問題を解決するためには賃金格差の解消や社会保障制度の充実による必要があり、協議離婚の要件にする意義は大きくない。

また、協議できない場合のみならず、協議したが合意が調わない場合にも、協議離婚できず、家庭裁判所の手続を必要とすれば、離婚が長引き、その間父母の間の紛争が長期化して、子の生活の安定を阻害することは、協議ができない場合と同様である。

さらに、協議離婚を優先するために子の監護について必要な事項に加えて財産分与や慰謝料についても相当でない内容で合意せざるを得ない場合も発生し、その効果が明確でないことの懸念からも【甲①案】及び【甲②案】に反対し【乙案】に賛成するものである。

## 2 (2)について

- (1) 「令和3年度ひとり親世帯調査」によれば、離婚した父母のうち他方親から養育費の支払いを受けている親は、母子世帯で28.1%、父子世帯で8.7%にとどまる現状がある。養育費の支払いが滞った場合、父母間で強制執行認諾約款付公正証書が作成されていなければ、改めて調停・審判手続あるいは訴訟手続により債務名義を取得しない限り強制執行手続を利用することができない。しかし、強制執行認諾約款付公正証書を作成するために弁護士等の専門家に依頼すれば費用が生じ、また、平日の日中に公証役場に出向く必要もあることから、公正証書による債務名義の取得は広く利用されるまでには至っていない。そして、調停・審判手続あるいは訴訟手続を独力で行うのは容易ではなく、弁護士等の専門家の助力を得るにしても費用や時間がかかり、専門家に依頼することに躊躇する場合も多いと考えられる。よって、協議離婚する父母の負担を軽減するため、裁判手続によらずに債務名義を容易に作成することができる新たな仕組みを検討するのは有意義である。

この点、当連合会は、1992年2月に公表した「離婚後の養育費支払確保に関する意見書」、2004年3月19日付けで公表した「養育費支払確保のための意見書」において、調停・審判よりも簡易迅速に債務名義を取得する方法として、「養育費取決め届出制度」及び「養育費支払命令制度」を新設

することを提言している。これら制度の概要は次のとおりである。

- ① 現行の離婚届出用紙に、「養育費に関する合意書」を加える（但し、離婚成立の要件とはせず、この合意書がなくても離婚は成立する）。
- ② 養育費の支払いを受ける者は、養育費を支払う者（支払義務者）に対し、①の「養育費に関する合意書」を添付して子の住所地を管轄する家庭裁判所に養育費支払命令の申立をすることができる。
- ③ 家庭裁判所は、支払義務者を審尋することなく、支払命令を発する。
- ④ 支払義務者は、③の支払命令に対し、送達の日から二週間以内に異議を述べることができる。支払義務者から異議が出された場合には、養育費支払命令申立の時に審判の申立がされたものとみなして、審判手続に移行する。
- ⑤ 支払義務者から異議のない場合には支払命令は確定し、審判で確定した場合と同じ効力があるものとする。

また、当連合会は、２０２０年１１月１７日付けで公表した「養育費の不払い解消の方策に関する意見書」において、新たな仕組みではないが、現行法の運用を改善するものとして、弁護士会が設置・運営するＡＤＲセンターと家庭裁判所が連携して、家庭裁判所の即日調停手続ないし調停に代わる審判を利用する方法を提言している。すでに愛知県弁護士会と名古屋家庭裁判所において「即日調停手続」として運用されており、実務的に実施が可能なものである。これは、ＡＤＲを利用して養育費の取決め合意に至った場合、当該ＡＤＲ事件のあっせん弁護士が管轄の家庭裁判所に調停期日を予約し、当事者が調停申立てをして期日に出頭するという即日調停等手続を利用する方法である。家庭裁判所が、ＡＤＲにおける合意が算定表に照らして一方当事者に著しく不利でないことを確認し、調停を成立させて調書化するか、一方当事者しか出頭しない場合には調停に代わる審判をすることで債務名義を作成することができる。ＡＤＲは、比較的期日が早く入り、調停手続に比べて迅速な合意が期待できると言われていることから、養育費の取決め段階での簡易迅速な解決に向けての機能的手段となり得る。弁護士は家事事件への対応の中心的な役割を担っており、また弁護士会はＡＤＲについて３０年以上の歴史と実績を有し、和解条項への執行力付与の方法についても多様な手段とノウハウを有すること等から、養育費不払問題の解決手段として、弁護士会ＡＤＲの積極的な活用が図られるべきである。

なお、法制審議会は、２０２２年２月１４日に「調停による和解合意に執行力を付与し得る制度の創設に関する要綱」を法務大臣に答申し、養育費等

に関する認証ADRでの和解合意に執行力が付与され得る法制度が遠からず作られようとしている。この点、家事紛争の当事者の属性は様々であり、かつ、子の福祉に配慮する必要があるなど養育費に関する紛争は専門性の高い紛争類型であること、執行力についても専門的な法的知見が必要であることを踏まえれば、同要綱に基づく新たな執行力制度を弁護士会以外の認証ADRが担う場合については、手続実施者の専門性が確保されないままに手続が実施され、市民の権利が不当に侵害されることがないように十全の措置が採られる必要がある。ついては、その手続実施者に弁護士が実質的に関与する運用が確立される必要があり、そのための具体的方策も検討されなければならない。

- (2) 上記(1)の方策に加えて、子の監護に要する費用の分担に関する請求権を有する債権者が、債務者の総財産について一般先取特権を有するというイの方策も引き続き検討すべきである。一般先取特権を有するのであれば、債務名義がなくても、債務者の財産の差押えや、財産開示手続や第三者からの情報取得の申立てをすることができるからである。

一般先取特権は、債務者の総財産の上に効力が及ぶことから、民法及び特別法上、債権者または債務者にとって特に保護する必要のある利益を含むものに限定されている。この点、ひとり親世帯に子の養育に必要な費用を確保させることは、民法上、一般先取特権が認められる原因のうち雇用関係（同法306条2号）が、賃金生活者の生活保護という社会政策的考慮に基づき、共益費用（同条1号）の先取特権に次ぐ優先順位にあることに鑑みれば、これと同列に取り扱うことが許容されるものと考ええる。また、親族関係から生ずる扶養の権利全般との関係については、本試案が、未成年の子に対する親の扶養義務が他の直系親族間の扶養義務よりも重いものであることを明らかにする趣旨の規律を設けることを提案していることからすれば、子の監護に関する費用の分担に関する請求権を有する債権者についてのみ一般先取特権を認めたとしても、法制度として均衡を失することはないものと考ええる。

- (3) 以上のとおり、当連合会は上記(1)(2)の方策について引き続き検討することに賛成する。もっとも、養育費に関する定めの実効性を向上させるためには、諸外国の制度例を参考に、国による立替払い制度や取立て制度等、抜本的な対策を講じる必要があるものと考ええる。

### 3 (3)について

養育費の整備は、子の進路等離婚後の子の生活保障に極めて重要な事柄であり、かかる制度は早急に整備されるべきである。制度設計に当たっては、無資

力の支払義務者にとって過酷な制度とならないよう留意し、制度が発足する際には、法定養育費の増額・減額の方法や法定養育費の発生について、社会への十分な周知が必要である。

(注4)について、現行法上、養育費と扶養料との整理が十分図れておらず、養育費の申立権が従前通り親権者にあるとしたまま、法定養育費の権利者を子とした場合には不整合が生じるおそれがあることから、子を権利者とすることに賛成するも、既存の制度との整合性には留意する必要がある。

(注5)について、前記(1)の「子の監護について必要な事項の定め促進」について、【甲②案】に(注2)を採用した規律とするにしても、【乙案】の規律とするにしても、協議離婚する父母が、夫婦間のDVや子への虐待のため子の監護について必要な事項を協議することができない事情がある場合や、協議が調わない事情がある場合に、離婚届出時の申述により養育費の支払義務を離婚時から具体的に発生させる仕組みを新設することは、子の利益を確保する観点から有意義である。よって、「父母がその離婚の届出において子の監護について必要な事項の協議をすることができない事情がある旨を申述したこと」だけでなく、「父母がその離婚の届出において子の監護について協議が調わなかった旨を申述したこと」についても発生要件に加えるべきである。

(注6)については、その後の協議、調停、審判で養育費が定まるまでの期間は個々の事案によって異なることから、②のように法定額が発生する期間について法令で一定の終期を定めた場合、事案によっては協議、調停、審判で養育費が定まっていなくても法定額を請求することもできなくなってしまうことになるが、そのような事態は子の利益を確保する趣旨に反する。よって、①のように規律するのが相当である。

(注7)については、①のように法令で定める最低限度の額を法定額とした場合、子と同居する親が適正な金額の養育費を確保するためには、別居親に対して養育費の増額請求の手續を要することになる。その場合、子と同居する親が法的手続に要する時間的・経済的負担に耐えかね、あるいは別居親との関わりを回避すれば、養育費の増額請求は事実上放棄され、その結果として、子の利益がかえって害される懸念がある。よって、子の利益を確保する観点からは、②のように標準的な父母の生活実態を参考にした金額を法定額としたうえで、その法定額が協議、審判等で定められる金額を上回る場合には、別居親に減額請求をさせる方が望ましい。

この点、法定額が協議、調停、審判で定められる金額を上回る場合には、別居親が離婚そのものに応じなくなることで離婚の成立が遅れることを懸念事項



として指摘する意見もある。しかし、別居親がその後の減額請求の手続を厭うことによって、むしろ協議離婚時における養育費に関する合意形成を促進する効果が期待できるものと思われる。また、別居親が養育費を理由として離婚自体に応じないようなケースについては、協議離婚にこだわるよりも、調停離婚の手続を開始するのが適切である場合が多い。

もっとも、本提案は、全ての父母について法定額を一律にすることを想定しているようであるが、そのような方策では、何をもって標準的な生活実態と考えるのかについての議論を回避することができない。そこで、法定額を一律にするのではなく、個々に適正な養育費を簡易・迅速に決定した上、それを法定額として設定する方法についても更に検討を行うべきである。例えば、自治体が把握している収入情報により適正と考えられる養育費を簡便に算定し、それを法定額とする仕組みを設ければ、速やかに離婚を成立させる協議離婚制度の利点と両立させることも可能と考える。

また、法定額をどのように定めたとしても、法定額がその後の協議、調停、審判で定まった養育費の額に不足する場合もあれば、過払いとなる場合も生じ得ることから、いずれの場合についても精算の必要性を認める意見もある。しかしながら、法定養育費制度が子の利益を確保するために法が特別に定めた請求権とするならば、過不足が生じたとしても精算を要しない性質であることを原則としつつ、子の利益をさらに確保する趣旨から、不足額が生じた場合についてのみ精算を要するとするのが相当である。もっとも、子の離婚後の生活状況を早期に安定させる観点からは、不足額の支払いを命じる対象は、離婚から一定期間内に調停ないし審判が申し立てられた場合に限るのが合理的である。なお、現行法の養育費増額請求及び減額請求は事情変更に基づくものであって、上記法定額との差額の取扱いとは趣旨を異にすることから、本規律は養育費増額請求及び減額請求にかかる現行実務を変更するものではない。

また、法定額として具体的請求権を発生させた場合であっても、その履行が確保されとは限られないことから、子と同居する親が実際に支払を受けていない場合には、社会保障給付の関係において、法定額の債権があることを理由に形式的に収入認定されないよう配慮することは当然の前提である。その他当連合会においては、離婚時の養育費についてだけでなく、認知された子への養育費の支払いを確保する仕組みや、婚姻費用についても別居時から法定額の請求権を取得する制度を検討すべきであるとの意見があった。

### 3 離婚等以外の場面における監護者等の定め

次のような規律を設けるものとする（注１、２）。

婚姻中の父母が別居し、共同して子の監護を行うことが困難となったことその他の事由により必要があると認められるときは、父母間の協議により、子の監護をすべき者、父又は母と子との交流その他子の監護について必要な事項はその協議を定めることができる。この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、家庭裁判所は、父又は母の申立てにより、当該事項を定めることができる。

（注１） 本文の規律が適用されるかどうかの判断基準（例えば、別居期間の長さを基準とするなど）を明確化するものとする考え方がある。また、別居等の場面においても、子の監護について必要な事項や婚姻費用の分担に関する定めが促進されるようにするための方策を講ずるものとする考え方がある。

（注２） 父母の婚姻中における子の監護に関する事項の定めについては、明文の規律を設けるのではなく、引き続き解釈（民法第７６６条の類推適用）に委ねるものとする考え方もある。

#### 【意見】

賛成する意見と反対する意見があった。

#### 【理由】

賛成の意見の理由は以下のとおりである。

現在の実務では、婚姻中の父母が別居した際、民法７６６条を類推適用して監護者の指定や面会交流、婚姻費用などについて協議で定め、協議が調わないときには、当事者の申立てにより家庭裁判所が決定している。この実務は定着しており、事案も多数に上る。にもかかわらず、明文の規定が未だないことは法の不備であるというほかない。

これに対して、反対する意見は以下の各点を根拠とするものである。

- ① 現在の実務では民法７６６条の類推適用で処理されており、何ら問題はないのであるから、明文化の必要性は低い。
- ② 本提案での協議すべき事項の例示として「子の監護をすべき者、父又は母と子との面会その他」とされており、子の監護に関する費用が明示されていない。別居中の場合は「子の監護に関する費用」が婚姻費用に含まれるために、民法７６０条との関係で、本提案の規定では「婚姻費用」の文言を欠くこととなっている。その結果、離婚後の場面では養育費と面会交流は「車の両輪」と言われるのに対し、別居中は面会交流のみが重要であるかのような誤った認識を生じさせることが懸念される。
- ③ また、明文化することにより、濫用的申立てが増加する可能性がある。

#### 4 家庭裁判所が定める場合の考慮要素

##### (1) 監護者

家庭裁判所が子の監護をすべき者を定め又はその定めを変更するに当たっての考慮要素を明確化するとの考え方について、引き続き検討するものとする（注1）。

##### (2) 親子交流（面会交流）

家庭裁判所が父母と子との交流に関する事項を定め又はその定めを変更するに当たっての考慮要素を明確化するとの考え方について、引き続き検討するものとする（注2、3）。

（注1）子の監護をすべき者を定めるに当たっての考慮要素の例としては、①子の出生から現在までの生活及び監護の状況、②子の発達状況及び心情やその意思、③監護者となろうとする者の当該子の監護者としての適性、④監護者となろうとする者以外の親と子との関係などがあるとの考え方がある。このうち、①の子の生活及び監護の状況に関する要素については、父母の一方が他の一方に無断で子連れで別居した場面においては、このような行為が「不当な連れ去り」であるとして、当該別居から現在までの状況を考慮すべきではないとする考え方がある一方で、そのような別居は「DVや虐待からの避難」であるとして、この別居期間の状況を考慮要素から除外すべきではないとの考え方もある。このほか、⑤他の親と子との交流が子の最善の利益となる場合において、監護者となろうとする者の当該交流に対する態度を考慮することについては、これを肯定する考え方と否定する考え方がある。

（注2）父母と子との交流に関する事項を定めるに当たっての考慮要素の例としては、①子の生活状況、②子の発達状況及び心情やその意思、③交流の相手となる親と子との関係、④親子交流を安全・安心な状態で実施することができるかどうか（交流の相手となる親からの暴力や虐待の危険の有無などを含む。）などがあるとの考え方がある。このほか、交流の相手となる親と他方の親との関係を考慮することについては、これを肯定する考え方と否定する考え方がある。

（注3）親子交流を実施する旨の定めをするかどうかの判断基準を明確化すべきであるとの考え方がある。

#### 【意見】

- 1 (1)（監護者）については、考慮要素を明記することには賛成である。なお、（注1）で列举された具体的な考慮要素の内容については以下のとおりとすべきである。

ア その要素について（注1）の①から④及び「子の安全・安心な生活環境」を

要素に加えるべきである。

イ 考慮要素②は子の発達状況と子の意見（意向）や心情とは別にすべきである。

ウ 考慮要素⑤については削除も含めて慎重に考えるべきである。

2 (2)（親子交流）については概ね賛成であるが、交流の相手となる親と他方の親との関係についても考慮要素に加えるべきである。

#### 【理由】

1 (1)（監護者）については、裁判所における考慮要素の明記は、手続の透明性を図り、当事者の予測可能性にも資するもので積極的に評価できる。

以下（注1）に記された考慮要素について検討する。

ア 面会交流において子の安全・安心を考慮すべきは当然であるが、監護者の定めにおいても重要である。特に、父母の紛争下で傷ついた子が落ち着いて安定した生活環境で過ごすためには、子の安全が確保され、子が安全を信じることによって安心が確保され落ち着いた生活となる。監護者の指定においても、子の安全・安心は不可欠である。

イ 考慮要素②は子の発達状況及び心情やその意思とされているが、前者は客観的要素が強く、後者は子の主観的要素であり、別項目とすべきである。なお、子の年齢によっては子の意見が明確な場合もあり、子の意思の尊重の観点から、心情・意思ではなく、心情・意見(意向)とすべきである。

ウ 注1の考慮要素⑤については、これを過度に強調すると同居親によるDVや虐待の主張が面会交流を理由なく拒んでいると解釈されることをおそれ、本来すべき主張ができなくなる可能性がある。特に、DVや虐待等からの避難のみならず、主たる監護者であった者が子の福祉に鑑み子を連れて別居した場合にも、同意なく別居した場合を「不当な連れ去り」と評価するような意見が出されている状況においては、なおさらである。当連合会内では本試案から削除すべきという強い意見もあった。

そもそも、監護者指定において他方親と子の交流が子の最善の利益となるか否かの判断は簡単なものではなく、前提の判断ができない状況で監護親の態度を問題にして判断することができるか疑問が残る。したがって、考慮要素⑤については、慎重に取り扱うべきである。

エ 多数意見ではなかったが、考慮要素は例示列举に止めるべきとする意見、⑤については、子の生活状況を考慮する一要素とすれば足りる等意見もあった。

2 (2)（親子交流）について

- (1) 面会交流の考慮要素として①ないし④は評価できる。
- (2) 面会交流を行うのは子と別居親なのであるから、(注2)記載の「交流の相手となる親と他方の親との関係」、つまり親同士の関係については、面会交流の可否の判断には慎重に考える必要があるが、面会交流の方法を考えるに当たっては考慮すべきである。例えば、子と交流の相手方となる親との関係では、面会交流は可能と考えられる場合でも、他方の親からすれば他方親に対する強い恐怖心があって、会うことはもちろん、面会交流の具体的方法を協議することができない場合もある。場合によっては、その過程で紛争が激化することもあると考えられるのみならず、子に対しても何らかの影響を及ぼすことも考えられる。したがって、第三者機関の援助を求めるか、面会交流の具体的方法をどのようにするか等を考慮するに当たっては、「交流の相手となる親と他方の親との関係」を考慮する必要がある。したがって、この要素も考慮要素とすべきである。

#### 第4 親以外の第三者による子の監護及び交流に関する規律の創設

##### 1 第三者による子の監護

- (1) 親以外の第三者が、親権者（監護者の定めがある場合は監護者）との協議により、子の監護者となることができる旨の規律を設けるものとし、その要件等について引き続き検討するものとする（注1、2）。
- (2) 上記(1)の協議が調わないときは家庭裁判所が子の監護をすべき者を定めるものとする考え方について、その申立権者や申立要件等を含め、引き続き検討するものとする。
- (注1) 監護者となり得る第三者の範囲について、親族に限るとする考え方や、過去に子と同居したことがある者に限るとする考え方がある。
- (注2) 親以外の第三者を子の監護者と定めるには、子の最善の利益のために必要があることなどの一定の要件を満たす必要があるとの考え方がある。

##### 【意見】

- 1 (1)について、親以外の第三者が、子の監護者となることができる旨の規律を設けることには賛成する。

ただし、協議の相手方については、監護者の定めがある場合に、本試案とは異なり、親以外の第三者が協議すべき相手方を、親権者と監護者双方とすべきとの意見があった。

また、親権者等（以下、本項では協議の相手方となるべき親権者又は監護者をいう）との協議のみでよいという意見と、全件家庭裁判所の関与（調停・審

判など)を必要とすべきという意見があった。

監護者となり得る第三者の範囲については、(注1)にあるように、親族または現在子と同居している者もしくは過去に子と同居したことがある者に限定すべきである。

- 2 (2)について、上記(1)で協議のみで定めることができるとした場合でも、親権者等との協議が調わないときは家庭裁判所が子の監護をすべき者を定めるものとする規律は設けられるべきである。

その上で、申立権者の範囲については、上記(1)に対する本意見書案で示した監護者となり得る者の範囲に準じ、親族又は現在子と同居している者もしくは過去に子と同居したことがある者とすべきである。

また、親権者等との協議が調わないとして親以外の第三者を家庭裁判所が定める場合の要件としては、「親権者の親権の行使が不相当であったり、監護体制が整っていなかったりすることなどにより、親権者に子を監護させると子の健全な成長を阻害するおそれが認められること」とするのが相当である。

#### 【理由】

- 1 (1)について

- (1) (1)の規律の必要性について

本提案は、親以外の第三者が子どもの監護者となり得ることを明文化する意味においては、積極的に評価できるものである。

ひとり親や共働きの増加などにより、祖父母等第三者が、親と同等あるいはそれ以上に主たる監護者に近い立場で子の養育に関与してきた事案や、児童虐待や家族内不和といった親の不適切な養育から、より安全に生活できる、身近な環境である親族等第三者方に子が逃れてきた事案では、子どもの意思に反して、その子どもを当該第三者から引き離して親に引き渡すことが、子どもの最善の利益に反することになる場合もある。

また、児童相談所が、親の下にはおよそ家庭復帰させられないものの、親が、親族等による子の監護に同意するのであれば、子を養護施設入所といった元の環境から完全に分断する措置を採らずに、従前の人的関係性を維持しつつ安全に生活できる場である親族等宅への復帰を検討できる事案も少なくない。このような対応は、本来的に子の最善の利益に合致するものであるが、その対応によって第三者による当該子どもの監護状態が事実上継続することになった場合、その第三者に、監護教育に必要な権限が法的に付与されていないことは、その後の子の監護教育に支障を来すことにもなりかねない。

確かに、かかる事案には、親権制限により対応すべきとの意見もある。し

かし、親の養育実績がほばないような事案では、親権停止制度の要件たる「親権の行使が困難又は不適當であることにより子の利益を害する」か否かを判断する材料すらない。加えて、子にとっては親元が決して安全に感じられる生活環境ではなくても、親族申立てによる親権制限は認容率が極めて低い(最高裁判所「令和3年司法統計」で親族申立てによる喪失18.8%、停止14.8%)。

子によっては、親権停止までに至らずとも、当面の間、第三者による監護の下で安定的な養育状況さえ維持されれば、心身の健やかな成長・発達を遂げる基礎を築くことができることもある。その間に、適切に親との面会交流等を調整するなかで、親子間の課題を克服し、親子関係を再構築することが可能になる場合もある。その調整につき、私的な緩衝材としての役割を親族等監護者が担っている場合に、監護者と親の決定的な対立構造を回避し、子が適切な時期に、あるべきところにソフトランディングするための時間的猶予を提供することができるのが監護者指定の意義である。東京高裁平成20年1月30日決定家月60巻8号59頁が第三者からの監護者指定申立権を否定した後も、親権停止(民法834条の2)を新設する民法改正がなされた後も、同様の申立てがなされてきたという実情は、その実務的な必要性及び有用性があったからこそである。

以上のとおり、第三者の監護者指定には、①第三者による安定的な子どもの監護環境の確保、②児童相談所実務の現状等に鑑みた親権制限制度に比してより制限的でない手段の提供、③親権制限制度とは異なる調整を後押しできる手段の提供といった積極的意義が認められる。

この点、最高裁令和3年3月29日決定民集75巻3号952頁は、事実上子を監護してきた第三者につき、民法766条の適用又は類推適用により監護者指定の申立てをすることはできないものと判示したものの、父母の意向に反しない場合に、現行民法766条をもって、親以外の適切な第三者が子の監護者に指定されることを認めうるか否かについては明らかにしていない。

そこで、子の最善の利益の確保という観点から、適切な第三者を子の監護者として指定することができる旨を明示する新たな規律を設ける必要があるため、本試案に賛成する。

## (2) 協議の相手方について

親権者とは別に監護者の定めがある場合に、親以外の第三者が協議すべき相手方につき、親権者と監護者双方とすべきか、監護者のみとすべきかにつ

いては意見の一致を見なかった。

親権者と監護者双方とすべきとの意見の根拠としては、親権者としては当該監護者を信頼して監護者を指定しているところ、当該監護者のみの判断で別の監護者の指定可能となれば、親権者と新監護者との信頼関係の基礎がない場合も生じ得ることから、結果、親権者と新監護者間の意見の相違により、子の監護に支障を来すおそれが生じる点が挙げられる。

他方、監護者のみとする意見の根拠は、親権者との協議において監護者として指定されている以上、監護者の別途指定という子の身上監護の範囲については監護者の権限の範囲内で判断し得るという点にある。

### (3) 家庭裁判所の関与について

親権者等との協議によって第三者が子の監護者に指定できる旨規律する場合でも、親権者等との協議のみで足りるとするのか、全件家庭裁判所の関与を必要とするのかについては、意見の一致を見なかった。

親権者等との協議のみで足りるとする意見の理由は、監護者指定は、必要に応じ、柔軟かつ迅速に利用できる制度（公示の方法については別途検討が必要である。）となるという点にある。しかし、この場合には、子の利益に合致しないような監護者指定が起り得ることになる。また、（注1）にあるとおり、監護者となり得る第三者の範囲について、親族または過去に子と同居したことがある者に限定したり、（注2）にあるように、子の最善の利益のために必要があるという要件を付したりするとしても、これを誰がどのように確認するのかという問題が発生するという難点もある。

他方、全件家庭裁判所の関与（調停・審判など）を必要とするという意見の理由は、家庭裁判所において、監護者となろうとする者の適格性、子の意思・意向、子の利益に合致するかなどその他の要件を判断することが可能となるというところにある。現行法で親権者変更が家庭裁判所の関与が必要であることとのバランスも取れる。しかし、この場合には、手続が重くなり、親権者が同意していたとしても容易には利用できない制度となる懸念もある。

### (4) 監護者となり得る第三者の範囲について

監護者となり得る第三者の範囲については、不適切な第三者が監護者となることを防止するため、あるいは濫用的申立防止のためにも、（注1）にあるように、親族、または現在もしくは過去に子と同居したことがある者に限定すべきである。

## 2 (2)について

### (1) (2)の規律の必要性について



実務上、第三者への監護者指定の必要性が高いのは、親権者等と協議ができない場合、あるいは第三者を監護者に指定することが親権者等の意に反する場合である。

このような場合に、親権者等と第三者との協議が調わないときは家庭裁判所が子の監護をすべき者を定めるものとする旨の規律が設けられなければ、前記最高裁令和3年3月29日決定により、民法766条の適用または類推適用による第三者からの監護者指定が、当該第三者に申立権がないとして否定されている以上、法の欠缺により、本意見書第4の1の意見の理由にあるような、子の利益に反する状態を放置することになる。したがって、家庭裁判所が決定で一定の第三者を監護者と指定できる新たな規律が必要である。

もっとも、申立権者については、濫用的申立防止の観点から、本意見書第4の1の意見で示した本試案第4の1(1)の監護者となり得る者に準じ、親族又は現在もしくは過去に子と同居したことがある者とすべきである。

## (2) 要件について

第三者への監護者指定が親権行使を一定程度制限するものとなる以上、一定の要件は必要である。他方で親権全体への制限を伴うものではないため、親権停止等の要件よりも緩いもので足りる。

この点、例えば、上記最高裁令和3年3月29日決定の原審である大阪高裁令和2年1月16日決定では、「親権者の親権の行使に重大な制約を伴うこととなったとしても、子の福祉の観点からやむを得ないと認められる場合であること、具体的には、親権者の親権の行使が不適當であることなどにより、親権者に子を監護させると、子が心身の健康を害するなど子の健全な成長を阻害するおそれが認められることなどを要すると解するのが相当である。」といった限定的な要件が提示されている。

これを参考に、親権者等との協議が調わないとして家庭裁判所が監護者を定める場合の要件としては、「親権者の親権の行使が不適當であったり、監護体制が整っていなかったりすることなどにより、親権者に子を監護させると子の健全な成長を阻害するおそれが認められること」とするのが相当である。

## 3 第三者が監護権者となった場合の監護権の範囲

第三者が監護権者となった場合の監護権の範囲については、本試案第2の4の親権者と監護権者が分属した場合の監護権の範囲に対する本意見書意見（本試案第2の3（注2）後段の考え方）と同様に考えられるべきである。

## 2 親以外の第三者と子との交流

(1) 親以外の第三者が、親権者（監護者の定めがある場合は監護者）との協議により、子との交流をすることができる旨の規律を設けるものとし、その要件等について引き続き検討するものとする（注１、２）。

(2) 上記(1)の協議が調わないときは家庭裁判所が第三者と子との交流について定めるものとする考え方について、その申立権者や申立要件等を含め、引き続き検討するものとする。

（注１）子との交流の対象となる第三者の範囲について、親族に限るとする考え方や、過去に子と同居したことがある者に限るとする考え方がある。

（注２）親以外の第三者と子との交流についての定めをするには、子の最善の利益のために必要があることなどの一定の要件を満たす必要があるとの考え方がある。

#### 【意見】

(1)(2)いずれにも反対する。

#### 【理由】

本提案は、親以外の第三者が子との交流の主体となりうることを明文化するものである。この点、ひとり親や共働きの増加などにより、祖父母等第三者が、親と同等あるいはそれ以上に主たる監護者に近い立場で子の養育に関与してきた事案など、交流を回復することが子の福祉に沿う場合に、親権者等がこれに反対していると、交流を実現する手段がないことから（最高裁令和３年３月２９日決定集民２６５号１１３頁参照）、新たな規律を設けるべきとの意見もある。

他方、このような第三者との交流については、親権者等との協議により、事実上、第三者が子と交流することは何ら妨げられるところではなく、また、親権者等との協議に基づかない交流は、葛藤下における交流を子に強いることになり、子の利益という観点に照らし懸念がある。また、少子化が進む中、一人の子に対し、単独あるいは複数の第三者が、濫用的に交流を求めてくれば、子の生活の安定を害する懸念もある。

以上を検討した結果、(1)(2)共に規律を設けることに反対である。

### 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

#### １ 相手方の住所の調査に関する規律

子の監護に関する処分に係る家事事件手続において、家庭裁判所から調査の嘱託を受けた行政庁が、一定の要件の下で、当事者の住民票に記載されている住所を調査することを可能とする規律（注１、２）について、引き続き検討するものとする（注３）。

（注１）調査方法としては、行政庁が、住民基本台帳ネットワークシステムを利用して調査するとの考え方がある。

（注２）当事者は、家庭裁判所又は行政庁が把握した住所の記載された記録を閲覧することができないとの規律を設けるべきであるとの考え方がある。

（注３）相手方の住民票に記載されている住所が判明したとしても、相手方が当該住所に現実に居住しているとは限らないために居住実態の現地調査が必要となる場合があり得るところであり、こういった現地調査に係る申立人の負担を軽減する観点から、例えば、公示送達 of 申立ての要件を緩和すべきであるとの考え方がある。他方で、公示送達の活用については相手方の手続保障の観点から慎重に検討すべきであるとの考え方もある。

### 【意見】

- 1 子の監護に関する事件のうち、養育費に関する家事事件手続において提案の規律を設ける方向で引き続き検討することに賛成する。養育費以外の子の監護に関する家事事件手続において、同様の規律を設けることについては、これに賛成する意見と反対する意見とがあり、現時点で一致を見なかった。
- 2 本提案の規律の検討に際しては、（注２）にあるとおり、同規律を通じて把握された住所地を記載した記録を当事者が閲覧することができないようにすべきである。また、相手方がDV等支援措置を受けている場合にDV等支援措置の目的に反した結果が生じないような手当などについても併せて検討されるべきである。

### 【理由】

- 1 子の監護に関する家事事件手続を行う場合に、父母の一方が他方の住所を知らない場合、現行法下では、申立人において、相手方の住民票又は戸籍の附票による相手方の住所調査を要するが、様々な理由によりこのような調査のための事務手続を行うことが困難な当事者や、調査の負担を敬遠して手続を躊躇する当事者が想定し得るところ、このような理由で子の監護に関する家事事件手続が行い得ないことは相当ではないため、当事者の手続負担を軽減するために本提案のような規律を設ける方向で引き続き検討することに賛成する意見があった。

これに対し、子の監護に関する事件には、養育費、面会交流、子の監護者の指定など、様々な事件類型が含まれるところ、養育費については、特にひとり親の貧困家庭においては切実な問題であり、本提案のような規律をもって迅速に審理を行えるようにする必要があるのに対し、面会交流や子の監護者の指定などについては、子の監護に関する事件以外の家事事件やその他の民事事件等との差異を見出しがたいことや、DV等支援措置が取られている当事者に関して

は既に裁判所が調査する取扱いがされているなど一定の手当がされていることなどから、養育費に関する家事事件手続においては賛成するものの、養育費以外の事件については反対する意見があった。

このため、子の監護に関する事件のうち、養育費に関する家事事件手続において本提案の規律を設ける方向で引き続き検討することについては意見が一致したものの、養育費以外の子の監護に関する家事事件手続において、同様の規律を設けることについては、これに賛成する意見と反対する意見とがあり、現時点で一致を見なかった。

- 2 本提案の規律を設けた場合も、同規律を通じて把握された住所地は、審理手続のために家庭裁判所が取得した情報であるため、住所地を記載した記録については、当事者は閲覧することができないようにすべきである。また、相手方がDV等支援措置を受けている場合、判明した住所地が申立てを受けた裁判所の管轄外の場合、移送を行うか自庁処理によるかの検討を要するが、移送した場合には相手方の住所地の属する地域が申立人に判明してしまうことになり、DV等支援措置の目的に反した結果が生じかねない。よって、本提案の規律の検討に際しては、閲覧を禁止するだけでなく、判明した住所地が申立てを受けた裁判所の管轄外の場合でも、相手方の意向や相手方の置かれた状況に応じて、相手方に不利益を生じないような手当についても併せて検討されるべきである。

## 2 収入に関する情報の開示義務に関する規律

養育費、婚姻費用の分担及び扶養義務に関して、当事者の収入の把握を容易にするための規律について、次の考え方を含めて、引き続き検討するものとする。

### (1) 実体法上の規律

父母は、離婚するとき（注1）に、他方に対して、自己の収入に関する情報を提供しなければならないものとする。

### (2) 手続法上の規律

養育費、婚姻費用の分担及び扶養義務に関する家事審判・家事調停手続の当事者や、婚姻の取消し又は離婚の訴え（当事者の一方が子の監護に関する処分に係る附帯処分を申し立てている場合に限る。）の当事者は、家庭裁判所に対し、自己の収入に関する情報を開示しなければならないものとする（注2）。

（注1）婚姻費用の分担に関し、離婚前であっても、一定の要件を満たした場合には開示義務を課すべきであるとの考え方がある。

(注2) 当事者が開示義務に違反した場合について、過料などの制裁を設けるべきであるとの考え方がある。

### 【意見】

1 養育費、婚姻費用の分担及び扶養義務に関して当事者の収入の把握を容易にするための規律について、実体法上の規律及び手続法上の規律を設けることに賛成する。

なお、婚姻費用の分担及び扶養義務は、必ずしも離婚を前提としない場合にも問題となり、養育費も離婚後に増額・減額が必要となる場合があることから、実体法上の規律については、それぞれが問題となる場面における実体法上の位置づけに応じて、「当事者は、養育費、婚姻費用の分担及び扶養義務に関する協議をする際に、他方当事者に対して自己の収入に関する情報を提供しなければならないものとする」旨の規律とすべきである。

2 手続法上の規律の検討に当たっては、当事者が開示義務に違反した場合について、何らかの制裁を設けるなど、開示義務の実効性を確保するための規律についても併せて検討すべきである。

### 【理由】

1 家事事件における現在の実務では、養育費、婚姻費用の分担及び本試案第1の2の扶養義務（以下、単に「扶養義務」という。）は、支払義務者が生活保持義務を負うと解されている点で共通しており、いずれも当事者双方の収入に基づき算定されていることから、これら養育費等の算定に際しては当事者の収入に関する資料を早期に入手する必要があるが、一方当事者が任意の開示を拒む場合、他方当事者においてこれを入手することは容易ではない。

こうした状況が、養育費等が問題となる家事事件の審理を遅延させる原因の一つとなっており、これらの事件において、当事者の収入の把握を容易にするための手続上の規律を設ける必要性が高い。

また、養育費や扶養義務は、第一次的には当事者の協議によって定めるものとされており（民法766条1項、879条）、婚姻費用の分担についても、通常当事者間の協議が先行して行われることからすると、当事者間の協議において養育費等の金額の適正な算定を可能とし、合意を促進する観点から、当事者間の協議において当事者の収入を把握するために、実体法上の根拠を定める必要性が高い。

よって、養育費、婚姻費用の分担及び扶養義務に関して当事者の収入の把握を容易にするための規律について、実体法上の規律及び手続法上の規律を設けることに賛成する。

なお、本提案の(1)は離婚の際の規律のみを定めているが、婚姻費用の分担及び

扶養義務は必ずしも離婚を前提としない場面でも問題となり、また、養育費についても離婚後相当期間経過後に請求する場合や、離婚時に定めた金額を離婚後に増額・減額する必要がある場合などもあり得ることから、実体法上の規律に関しては、それぞれが問題となる場面における実体法上の位置づけに応じて、「当事者は、養育費、婚姻費用の分担及び扶養義務に関する協議をする際に、他方当事者に対して自己の収入に関する情報を提供しなければならないものとする」旨の規律とすべきである。

- 2 手続法上の規律に関して、(注)で指摘されているように、当事者が開示義務に違反した場合の制裁が問題となりうるが、制裁のない開示義務を定めても、任意の履行に期待するのと実質的に異ならないため、何らかの制裁を設けるべきである。もっとも、制裁として家庭裁判所による過料を定めたとしても、開示義務に従うよりも過料を負担した方が当事者にとって経済的に有利な場合も多いため、制裁として有効に機能しない場合が想定される。また、収入に関する情報が開示されなければ、具体的な相手方の収入の額を特定して主張することが困難な場合も多いため、裁判所が一方当事者が主張している開示義務に違反した当事者の収入の額を擬制して認定し得る内容の「制裁」を科すことも困難な場合が想定される。この点については、もともと養育費、婚姻費用の分担及び扶養義務は裁判所が一切の事情を考慮して定め得ることから、開示義務に違反していることも考慮事情の一つとして裁判所が判断しうることを明示的に定める形で、開示義務の実効性を確保することが考えられる。手続法上の規律の検討に当たってはこのような考え方も含めて、開示義務の実効性を確保するための規律についても併せて検討すべきである。

### 3 親子交流に関する裁判手続の見直し

#### (1) 調停成立前や審判の前の段階の手続

親子交流等の子の監護に関する処分の審判事件又は調停事件において、調停成立前又は審判前の段階で別居親と子が親子交流をすることを可能とする仕組みについて、次の各考え方に沿った見直しをするかどうかを含めて、引き続き検討するものとする（注1）。

ア 親子交流に関する保全処分の要件（家事事件手続法第157条第1項等参照）のうち、急迫の危険を防止するための必要性の要件を緩和した上で、子の安全を害するおそれがないことや本案認容の蓋然性（本案審理の結果として親子交流の定めがされるであろうこと）が認められることなどの一定の要件が満たされる場合には、家庭裁判所が暫定的な親子

交流の実施を決定することができるものとするとともに、家庭裁判所の判断により、第三者（弁護士等や親子交流支援機関等）の協力を得ることを、この暫定的な親子交流を実施するための条件とすることができるものとする考え方（注2、3）

イ 家庭裁判所は、一定の要件が満たされる場合には、原則として、調停又は審判の申立てから一定の期間内に、1回又は複数回にわたって別居親と子の交流を実施する旨の決定をし、【必要に応じて】【原則として】、家庭裁判所調査官に当該交流の状況を観察させるものとする新たな手続（保全処分とは異なる手続）を創設するものとする考え方

(2) 成立した調停又は審判の実現に関する手続等

親子交流に関する調停や審判等の実効性を向上させる方策（執行手続に関する方策を含む。）について、引き続き検討するものとする。

（注1）調停成立前や審判前の段階での親子交流の実施に関する規律については、本文のような新たな規律を設けるのではなく現行の規律を維持すべきであるとの考え方や、家庭裁判所の判断に基づくのではなく当事者間の協議により別居親と子との親子交流を実現するための方策を別途検討すべきであるとの考え方もある。

（注2）親子交流に関する保全処分の要件としての本案認容の蓋然性の有無を判断するに際して、子の最善の利益を考慮しなければならないとの考え方がある。また、親子交流に関する保全処分の判断をする手続（本文の(1)アの手続）においても、家庭裁判所が、父母双方の陳述を聴かなければならず、また、子の年齢及び発達の程度に応じてその意思を考慮しなければならないものとする考え方がある。本文の(1)イの手続についても、同様に、父母双方の陳述や子の意思の考慮が必要であるとの考え方がある。

（注3）本文(1)アの考え方に加えて、調停又は審判前の保全処分として行われる暫定的な親子交流の履行の際にも、家庭裁判所が、家庭裁判所調査官に関与させることができるものとする考え方もある。

【意見】

1 (1)の仕組みについては、これに賛成する意見と反対する意見とがあり、現時点では意見の一致を見なかった。

2 (2)の方策については、執行手続における実効性を向上させる方策だけでなく、調停や審判等の形成段階や形成後の各過程において必要な支援が得られるよう幅広く様々な支援の方策を検討すべきである。

ただし、執行手続における直接強制の導入には反対する。

【理由】

1 提案(1)について

(1) 面会交流に関する調停事件又は審判事件において、面会交流が実施されていない理由は様々であり、最終的な調停成立又は審判までの間、長期にわたって別居親と子の交流が途絶することにより、面会交流が認められた頃には親子関係が疎遠になってしまい、面会交流の円滑な実施やその後の親子関係の再構築を阻害することがあり得ることから、最終的な調停成立又は審判までの間に別居親と子の間の交流を途絶しないようにすることが子の最善の利益に適う事案もあり得る。よって、本提案にかかる仕組みが安易に利用されることにより、面会交流の実施に当たっての問題が十分にスクリーニングされずに子が傷ついたり、父母の高葛藤状態に巻き込まれたりするなど、子の福祉に反する事態が生じることがないように、面会交流実施の是非、方法、事後的ケアを検討するなど、制度の詳細については慎重に検討する必要があるものの、ア、イを含め本提案(1)にかかる仕組みについて引き続き検討することには賛成する意見があった。

これに対して、子が別居親との面会交流を受け入れない理由には、別居前からの子と別居親との関係、DV・虐待・父母間の葛藤対立など子にとってのトラウマティックな体験に由来している場合も多く、最終的な調停成立又は審判までの時間の経過によるとは限らないこと、本提案にかかる仕組みが安易に利用されることにより、子に対して危害が加えられるおそれの有無が十分にスクリーニングされず、子の福祉に反する事態が生じる懸念があることに加えて、当事者間で長期的に実施されるべき面会交流に関して、その実施の可否やその条件等について協議又は審理している過程において、当事者間では任意に面会交流が行い得ない状況にあるにもかかわらず、裁判所が一方的に命じて面会交流を実施させることは、仮にそれが暫定的なものであっても、将来的な面会交流の実施について積極的な影響を及ぼすとは考えられないことや、裁判所がこのような実施決定をすることが手続における公平中立な第三者性を損ない、以後の調停や審判の運営を困難にさせるおそれがあることなどを理由として、これに反対する意見があり、現時点で意見の一致を見なかった。

(2) なお、本提案の(1)イの案は、一定の要件を満たす場合という留保がされているものの、「原則として」、調停又は審判の申立てから「一定の期間内に」暫定的な面会交流を命じることとされており、暫定的な面会交流を早期に実施することを原則としているが、面会交流の可否は子の最善の利益の観点から判断されるべきものであることからすれば、暫定的な面会交流も子の最善の利益の観点から実施することが相当な場合に実施すべきものであり、原則



的に行うべきと定めることは相当ではない。また、面会交流に関する家事事件は、婚姻費用の分担請求事件などの関連事件と併せて申し立てられ、事案ごとに様々な進行の方法があり得ることから、「申立てから一定期間内に」実施することを原則とすることも相当ではない。このため、本提案の仕組みを引き続き検討することに賛成する意見においても、こうした要件を定めた制度を前提として検討することには反対する意見であった。

- (3) また、本提案の(1)アの案の「第三者」について、括弧書きで「弁護士等や面会交流支援団体等」と記載されているが、家事事件手続法において既に子どもの手続代理人の制度が定められていることや、現行法下でも面会交流支援団体の関与を内容とする審判がされていることから、新たな規律の検討に際して、さらに新しい「第三者」を関与させる制度を設けることは、いたずらに制度を複雑にさせるだけであり、その意義については疑問を感じざるを得ない。

むしろ、前述のとおり、本提案の規律を検討することに賛成する意見においても、子の最善の利益の観点から制度の詳細については慎重に検討すべきとしていることからすると、子どもの手続代理人を選任して、子の意向も踏まえて当事者間の調整を行うなどした上で、提案されているような保全手続を実施するかどうかも含めて、裁判所に意見を述べる制度とするなど、子どもの手続代理人を有効に活用する方向で検討されるべきである。

- (4) なお、仮に本提案(1)にかかる仕組みを創設した場合、面会交流に関する調停事件又は審判事件に付随して、これら仕組みにかかる事件が激増することが見込まれる(特に同アの保全の申立ては、ほとんどの面会交流に関する新受事件で併せて申し立てられることを想定する必要があると思われる)。そして、これらの仕組みにおいては「一定の要件」の判断のために、適時かつ適切に裁判所が役割を果たすことが期待される。

しかし、家庭裁判所の人的体制、物的体制は、現状においても十分であるとは到底言えず、裁判官や調査官が不足しているために、なかなか調停期日が入らない、調査が迅速に行われないといった問題が指摘されており、とりわけ地方においてその傾向が顕著である。

このような状況の中で提案にかかる仕組みを創設しても、提案の意図する趣旨が果たされるとは言えず、むしろこれらの仕組みに関する審理のために本案の審理がさらに遅れることになり、かえって事件処理の遅滞を招き、子の最善の利益に反する事態を招きかねない。

よって、本提案(1)にかかる仕組みを検討する場合には、家庭裁判所の人的

体制、物的体制を現在よりも充実させることが必要不可欠であり、そのための予算措置も含めて、家庭裁判所の基盤整備についても併せて検討する必要がある。

また、本提案(1)アにおいては、面会交流支援団体の活用が盛り込まれているが、現状では面会交流支援団体等が近隣に存在せず、利用するためには高額の出張費が必要となる地域もあり、全国的に等しく利用できる状況とは言えない。よって、本提案(1)アにかかる仕組みを検討するに当たっては、公的な面会交流支援団体の創設も含め、全国であまねく利用できるよう、面会交流支援機関を全国的に充実させることも併せて検討すべきである。また、現在現実には面会交流支援を担っている民間の面会交流支援団体や弁護士に対する財政的支援の拡充についても検討すべきである。

## 2 提案(2)について

面会交流に関する調停や審判等で面会交流を実施することが定められたにもかかわらず、同居親が不合理にこれを行わない場合、現行法上取り得る対応策では実効性が十分ではないため、面会交流に関する調停や審判等の実効性を向上させる方策を引き続き検討することには賛成する。

ただし、この検討に当たっては、調停調書や審判等を単なる債務名義とみなして、執行手続における実効性を向上させる方策を検討するだけでは十分ではない。任意に面会交流が行われない理由は様々であり、なかには調停調書や審判等の形成過程に問題があった可能性や、形成後に問題が生じた場合などもあり得るため、調停や審判等の実効性を向上させるためには、形成段階や形成後の各過程において当事者や子が必要な支援が得られるよう幅広く様々な支援の方策が検討されるべきである。

なお、面会交流を直接強制することは、一回的な執行行為で完結する子の引渡しと異なり、継続的な子の引渡しを必要とすることから、子への負担が大きいため、執行手続に関する方策として、直接強制を導入することには反対する。

## 4 養育費、婚姻費用の分担及び扶養義務に係る金銭債権についての民事執行に係る規律

養育費、婚姻費用の分担及び扶養義務に係る金銭債権についての民事執行において、1回の申立てにより複数の執行手続を可能とすること（注1）を含め、債権者の手続負担を軽減する規律（注2）について、引き続き検討するものとする。

（注1）1回の申立てにより、債務者の預貯金債権・給与債権等に関する情報取得手続、財

産開示手続、判明した債務者の財産に対する強制執行等を行うことができる新たな制度を設けるべきであるとの考え方がある。

(注2) 将来的に、預金保険機構を通じて、相続人等の利用者が、金融機関に対し、被相続人等の個人番号（マイナンバー）が付番された口座の存否を一括して照会し、把握することが可能となる仕組みが整備されることから、民事執行法における預貯金債権等に係る情報の取得手続においても、当該仕組みを利用するなどして、裁判所が複数の金融機関に対する債務者の預貯金債権に関する情報を、一括して探索することができる制度を設けるべきであるとの考え方などがある。

#### 【意見】

賛成する。

#### 【理由】

##### 1 提案にかかる規律について

養育費等の債権の履行確保のために、民事執行法は、様々な手続を定めているが、いずれも要件が複雑であり、また、手続ごとに申立てを要するため、当事者が簡易に利用し難い制度となっている。

よって、養育費等の債権の履行確保の観点から提案の規律について引き続き検討することに賛成する。

また、検討に当たっては（注1）にあるような制度を新たに創設する方向で検討すべきである。

一方、（注2）の考え方については、預貯金者が自らの便益のためにその意思に基づいて個人番号による管理を希望する制度を、預貯金者を相手方とする当事者の利益のために目的外使用するものであって、個人番号の利用方法として不適切との意見もあることから、慎重に検討すべきである。

##### 2 公的制度について

本提案は養育費等の金銭債権の重要性に鑑みて、民事執行手続の債権者の手続負担の軽減を目的とするものであるが、現実に民事執行手続がこれらの債権の回収に十分な実効性をあげているのであれば、多少の手続負担であっても利用されているはずであり、民事執行制度の改正だけでは実効的な養育費等の回収には不十分であり、債権者の負担による私的な回収制度には限界があると思われる。

子の生活保持に不可欠な養育費等の債権の回収確保の観点からは、諸外国の制度例を参考に、公的機関による立替払いや強制徴収などの抜本的な制度改革についても併せて検討されるべきである。

## 5 家庭裁判所の手続に関するその他の規律の見直し

- (1) 子の監護に関する家事事件等において、濫用的な申立てを簡易に却下する仕組みについて、現行法の規律の見直しの要否も含め、引き続き検討するものとする。
- (2) 子の監護に関する家事事件等において、父母の一方から他の一方や子への暴力や虐待が疑われる場合には、家庭裁判所が当該他の一方や子の安全を最優先に考慮する観点から適切な対応をするものとする仕組みについて、現行法の規律の見直しの要否も含め、引き続き検討するものとする。

### 【意見】

本提案(1)(2)いずれの仕組みについても、引き続き検討することに賛成する。

### 【理由】

#### 1 本提案(1)について

子の監護に関する家事事件手続等において審判や判決が効力を生じた直後に、非監護者又は非親権者から、特段の事情の変更がないにもかかわらず、子の監護に関する家事事件手続等の申立てが繰り返されることがあり、このような濫用的な申立てを却下するための仕組みが必要であることに異論はない。

もっとも、現行法を見直して新たな仕組みを設けることについては、現行法下でも一定の規律が整備されていることや、実体審理を経ずに申立てを簡易に却下し得る制度を設けることは当事者の裁判を受ける権利を侵害するおそれがあることから、慎重であるべきとする意見と、現行法下の規律が活用されて濫用的な申立てに対する適切な対応が図られていると言い難いことや、濫用的な申立ては現に子を監護する親に無用な手続への対応を強いることにより、日常生活の平穏が害され、子の最善の利益に反する状況を招くことにつながりかねないことから、新たな仕組みの導入に賛成する意見があった。

しかし、いずれの意見においても、子の最善の利益を確保するために、濫用的な申立てに対して適切な対応が図られるべきことについては一致していることから、本提案の仕組みについて、現行法の規律の見直しの要否も含め、引き続き検討することに賛成する。

#### 2 本提案(2)について

本試案第1から第8で提案されている新たな規律の中には、裁判所外で父母の協議や子どもとの接触を予定するものが多数あり、DVや虐待の疑われる事案において当事者や子の安全及び安心が害されるおそれがある。子の監護に関する家事事件等において、当事者や子の安全及び安心が害されることがないよう家庭裁判所においても適切な対応が図られるべきことに異論はない。

よって、本提案の仕組みについて、現行法の見直しの要否も含め、引き続き検討することに賛成する。

## 第6 養子制度に関する規律の見直し（注1）

### 1 成立要件としての家庭裁判所の許可の要否

未成年者を養子とする普通養子縁組（以下「未成年養子縁組」という。）に関し、家庭裁判所の許可の要否に関する次の考え方について、引き続き検討するものとする（注2）。

【甲案】家庭裁判所の許可を要する範囲につき、下記①から③までのいずれかの方向で、現行法の規律を改める。

① 配偶者の直系卑属を養子とする場合に限り、家庭裁判所の許可を要しないものとする。

② 自己の直系卑属を養子とする場合に限り、家庭裁判所の許可を要しないものとする。

③ 未成年者を養子とする場合、家庭裁判所の許可を得なければならないものとする。

【乙案】現行民法第798条の規律を維持し、配偶者の直系卑属を養子とする場合や自己の直系卑属を養子とする場合に限り、家庭裁判所の許可を要しないものとする。

（注1）養子制度に関する規律の在り方は、上記第2の1記載の離婚後に父母双方が親権者となり得る規律の在り方と密接に関連するため、相互に関連付けて整合的に検討すべきであるとの指摘がある。

（注2）未成年養子縁組の離縁時にも家庭裁判所の許可を必要とすべきであるとの考え方がある。

### 【意見】

【甲案】に賛成し、具体的な範囲としては③に賛成する。

### 【理由】

1 現行制度の下で、普通養子縁組は、単に養育のためばかりではなく、相続税の節税や氏の継承を図るため等、様々な目的で行われている実態がある。しかし、養子となる者が未成年である場合（未成年養子縁組）には、当該養子が適切に養育されることを確保する視点が欠かせない。民法798条本文が、未成年者を養子とするには家庭裁判所の許可を得なければならないと定めていることは、このことを示しているものと理解できる。

他方、同条ただし書きは、自己又は配偶者の直系卑属を養子とする場合は家

家庭裁判所の許可を不要としている。これは、このような場合には当該養子が適切に養育される蓋然性が高いことを前提とするものと考えられる。

しかし、配偶者の子を養子にする縁組（いわゆる「連れ子養子」）がなされた家族において児童虐待が発生するケースも報告されており、連れ子養子が典型的に適切な養育が確保される縁組だとも言い切れない状況もある。

また、連れ子養子においては、典型的には、実親が再婚するに当たり、自身の子が新配偶者と養子縁組することを代諾する形で行われる。しかし、実親が再婚することと、その子と新配偶者との間に親子関係を生じさせることは別個の問題と捉えられるべきである。子にとって、新たな親ができることは自身に対して法律上の扶養義務を負う者が増えるという利点がある一方で、氏の変更を伴うなど、自身のアイデンティティに影響を生じさせることでもある。にもかかわらず、実親の離婚、再婚に伴い、縁組、離縁が繰り返されるというケースも少なからず存在する。

そこで、連れ子養子の場合にも家庭裁判所の許可を要すると規定することが望ましい。これによって、親の側が一旦立ち止まって、子の利益について検討する機会が確保されることが期待できる。

次に、自己の直系卑属を養子とする縁組は、上記のとおり相続税対策として行われることがあるなど、子の利益を考えた上での縁組ではないケースもある。したがって、自己の直系卑属の養子縁組も連れ子養子同様、典型的に適切な養育が確保される縁組だとも言い切れず、家庭裁判所の許可を要することとして、養育の適切性について確認した上で縁組がなされるべきである。

したがって、家庭裁判所の許可を要することとする範囲としては、未成年者養子縁組全件とする（③）ことが相当と考える。

- 2 上記のとおり、未成年養子縁組は子の適切な養育を確保する観点で検討されるべきであることから、養子となるべき子の当該養子縁組に対する意見・意向は、縁組の適否判断において重要な地位を占める。そこで、甲案・乙案いずれの立場に立つこととしても、家庭裁判所の審査においては、養子となるべき子の意見・意向に十分な配慮がなされる必要がある。
- 3 全件家庭裁判所の許可を要するとすると、家庭裁判所の事務的負担が増大する。もし、これが制度化の支障となるのであれば、事案に応じて審理手続に軽重をつけることを可能とする枠組みとすることも一案である。
- 4 他方、（注2）では、未成年養子縁組の離縁の際にも家庭裁判所の許可を必要とする案が示されているが、これについては賛成・反対の両意見があった。反対する意見は、離縁は養子縁組の局面とは異なって、既に存在する親子関係に

復帰するのみであるし、子の養育意思を失った養親との縁組の継続は意味がないから、家庭裁判所の許可は不要とするものである。他方、賛成する意見は、元の親子関係に復帰するといってもその親子の関係性が良好でない可能性もあり、離縁後の子の養育義務者が義務を果たす保証はないことを理由とする。

## 2 未成年養子縁組に関するその他の成立要件

（上記１のほか）未成年養子縁組の成立要件につき、父母の関与の在り方に関する規律も含めて、引き続き検討するものとする（注）。

（注）試案の本文に明示しているもののほか、未成年養子縁組の成立要件に関する規律として、①未成年養子縁組に係る家庭裁判所の許可に係る考慮要素及び許可基準を法定すべきであるとの考え方や②法定代理人が養子となる者に代わって縁組の承諾をすることができる養子の年齢を引き下げ、または、一定以上の年齢の子を養子とする縁組をするためには当該子の同意を必要とするべきであるとの考え方などがある。

### 【意見】

未成年養子縁組の成立要件として、父母の関与を現行法より拡大する必要性はないものとする。

### 【理由】

本論点に関し、これまでの部会の議論において、親権・監護権の有無にかかわらずすべての親が養子縁組に関与すべきという考え方が紹介された（部会資料９－１の１１頁）。この考え方は、連れ子養子がなされることによって養育費請求権の有無や金額に影響が及ぶ可能性があることや、連れ子養子縁組がなされてしまうと親権を有しない親が親権者変更を申し立てる余地がなくなること等から、親権を有しない親も関与させる必要があることをその理由とする。

しかし、現行法における規律では、普通養子縁組が成立しても元の法的親子関係は失われないのであるから、そのような法制度が維持される前提の下では、親の関与を現状よりも強化する必要性は高くない。

むしろ、例えば親権・監護権のいずれも有しない親に養子縁組の同意権まで付与した場合には、その同意が得られないために子にとって有益な縁組が成立しないような事態を招来する恐れも否定できない。養育費支払の可否や養育費の額に影響し得ることから養子縁組成立についての情報が必要であるとしても、縁組成立後にその旨の通知をすとか、全ての養子縁組に家庭裁判所の許可を要するとしたうえで、その審理手続の中で意見を聴取すべきものとするだけで足りると考える。

なお、（注３）①で、養子縁組にかかる家庭裁判所の許可にかかる考慮要素等を法定すべきとの提案がなされているが、その考慮要素として、「子の安全・安心が確保

されること」を入れるべきとする意見があった。

また、(注3)②においては法定代理人の代諾による縁組が可能な年齢を引き下げる案が提示されているが、特別養子制度における子の年齢要件及び子の意向の取扱い（民法817条の5により、養子となるべき子が15歳未満であれば子の同意は不要）や、家事事件におけるその他の制度（子の氏の変更、遺言等）においても、子が自ら判断できる年齢は15歳と規定されていることとの整合性から、代諾可能年齢を引き下げることは相当ではない。子の意向への配慮は、前項で提示したように、家庭裁判所が養子となるべき子の意見・意向に十分配慮することで対処すべきである。もっとも、この点に関しては、養子縁組に関する決定を自ら行うことのできる能力が成長に伴い徐々に備わっていくとの理解を前提に、代諾可能年齢を12歳程度まで引き下げるべきであるとか、10歳以上の子については意見聴取を必須とすべきであるといった意見が複数あった。

なお、離婚後双方親権を可能とし、身分行為に関する法定代理の権限を双方関与の対象とする規律を採用した場合は、申立権者や他方の親権者の関与について定める必要があることに留意すべきである。

### 3 養子縁組後の親権に関する規律

未成年養子縁組後の親権者に関する規律につき、以下の方向で、引き続き検討するものとする（注1、2）。

- ① 同一人を養子とする養子縁組が複数回された場合には、養子に対する親権は、最後の縁組に係る養親が行う。
- ② 養親の配偶者が養子の実親である場合には、養子に対する親権は、養親及び当該配偶者が共同して行う。
- ③ 共同して親権を行う養親と実親が協議上の離婚をするときは、その協議で、その一方（注3）を親権者と定めなければならない。裁判上の離婚の場合には、裁判所は、養親及び実親の一方（注3）を親権者と定める。

（注1）試案の本文は、上記第2の1記載の離婚後に父母双方が親権者となり得る規律を導入するか否かに関わらず、すべからく未成年養子縁組について適用される規律を提案するものである。

（注2）実親の一方から、現に親権者である養親や他方の実親に対して、親権者変更の申立てをすることを認めるべきであるという考え方がある。

（注3）上記第2の1記載の離婚後に父母双方が親権者となり得る規律を導入した場合には、試案の本文にある「一方」を「一方又は双方」とすべきであるとの考え方がある。

【意見】



賛成する。

【理由】

実務上・学説上の解釈・運用として定着しているもののうち、現行法の文言のみでは直ちに導けないものについて具体的規律を設けることは有意義である。ただし、離婚後の父母が親権を共同行使することを選択できるとした場合、例えば、子連れ再婚しなかった父母のいずれかが有する離婚後親権と、子連れ再婚し、再婚相手が子と養子縁組する場合の養親の親権はどのような関係になるのか等、父母の離婚後に子が養子縁組をする場合には複雑な事態が生じるため、丁寧な法整備が必要である。

なお、(注2)において、実親の一方から現に親権者である養親や他方の実親に対して親権者変更の申立てをすることを認めるべきとの考え方が示されている。現行法の下では、養子縁組が成立すると、親権を有しない親はもはや親権者変更の申立てをすることができなくなると解されているところ、養子が養親に適応できず親権を有しない親の下に自ら戻ってくるようなケースも存在することから、そういったケースに対処するものとして、上記のような申立てを可能とすることは積極的に検討されるべきである。

もっとも、この点に関しては、養親において新たな親子関係を確立するため尽力している途上に親権を有しない親から養親子関係に介入することを許すべきでないし、このような申立てが濫用される危険が高いこと等を理由に反対する意見があった。

#### 4 縁組後の扶養義務に関する規律

未成年養子縁組後の実親及び養親の扶養義務に関する規律として、最後の縁組に係る養親が一次的な扶養義務を負い（当該養親が実親の一方と婚姻している場合には、その実親は当該養親とともに一次的な扶養義務を負う）、その他の親は、二次的な扶養義務を負うという規律を設けることにつき、引き続き検討するものとする。

【意見】

賛成する。

【理由】

養親が実親に優先して扶養義務を負っており、連れ子養子縁組のように、養親の配偶者が実親の一方である場合には当該実親も同様の扶養義務を負うという解釈については特段の異論がないところ、これを明文化するのは合理的である。

現実には、離婚後の非監護親（実親）が、監護親の再婚・縁組について知らない

まま支払を続けている状況が生じており、かかる規律は、養親及びその配偶者に一次的な扶養義務を負うことを自覚させる点で有意義であり、他方、養親が一次的な扶養義務を負った後に健康上の理由等で扶養義務を十分に果たすことができなくなった場合には、実親に対して、二次的な扶養義務を負っていることを自覚させる効果もある。

## 第7 財産分与制度に関する規律の見直し

### 1 財産分与に関する規律の見直し

財産の分与について、当事者が、家庭裁判所に対して協議に代わる処分を請求した場合には、家庭裁判所は、離婚後の当事者間の財産上の衡平を図るため、当事者双方がその協力によって取得し、又は維持した財産の額及びその取得又は維持についての各当事者の寄与の程度、婚姻の期間、婚姻中の生活水準、婚姻中の協力及び扶助の状況、各当事者の年齢、心身の状況、職業及び収入その他一切の事情を考慮し、分与させるべきかどうか並びに分与の額及び方法を定めるものとする。この場合において、当事者双方がその協力により財産を取得し、又は維持するについての各当事者の寄与の程度は、その異なることが明らかでないときは、相等しいものとする。

#### 【意見】

規律の見直しには賛成であるが、以下のように修正すべきである。

財産の分与について、当事者が、家庭裁判所に対して協議に代わる処分を請求した場合には、家庭裁判所は、離婚後の当事者間の財産上の衡平を図るため、以下の事情を考慮し、分与させるべきかどうか、及び分与の額・方法を定めるものとする。

- 1 当事者双方がその協力によって取得し、又は維持した財産の性質及び額並びにその取得又は維持についての各当事者の寄与の程度。この場合において、当事者双方がその協力により財産を取得し、又は維持するについての各当事者の寄与の程度は、その異なることが明らかでないときは、相等しいものとする。
- 2 婚姻の期間、婚姻中の生活水準、婚姻中の協力及び扶助の状況、各当事者の年齢、心身の状況、職業及び収入、稼働能力・経済的不利益の調整、離婚後の居住環境その他一切の事情。

#### 【理由】

- 1 財産分与には、①婚姻中に形成された夫婦財産関係の清算の要素（清算的要素）、②離婚によって経済的に困窮する夫婦の一方に対する扶養の要素（扶養的要素）、③離婚に伴う損害賠償（慰謝料）の要素、の3つの性質が含まれていると解するのが一般的である。

このうち、②については、既に親族関係にない元配偶者に対する扶養義務の法的根拠が必ずしも明確でないこと、扶養であればその必要性が要件となり、清算的要素と慰謝的要素の財産分与を受けてもなお離婚後に生活に困窮する場合に限られること等の理由から、極めて例外的に考慮されるにとどまっていた。

そこで、1996（平成8）年、法制審議会は「民法の一部を改正する法律案要綱」を答申したが、その答申に向けた議論の中では、婚姻生活（婚姻中の役割分担）に起因し、離婚によって顕在化する損失の補償、経済的不利益の調整、減少した所得能力の補償などの立場から、補償的要素（扶養ではない）の給付を明示的に規定する案が検討された。ただ、規定ぶりについて様々な意見が出されたため、財産分与の目的を「離婚後の当事者間の財産上の衡平を図る」とすることで、補償的要素を含むことを明らかにすることとした（上記「見直し案」はこの答申とほぼ同文である。）。

しかしながら、上記答申から約26年が経過した現在でも、実務においては、依然として、清算的要素のみが考慮され、補償的要素は考慮されていない（扶養的要素の考慮も極めて例外的である。）。

現実には、根強い性別役割分業体制のもと、婚姻生活の中で配偶者の一方（多くは妻）が稼働能力を減退ないし喪失させ、自立に必要な稼働能力がないまま離婚となる事案は非常に多く、減退ないし喪失した稼働能力の回復には相当の困難が伴う。これが離婚後の母子世帯の深刻な貧困の要因ともなっている（ただし、補償であるから経済的困窮は要件ではない）。これに対し、婚姻生活の中で稼働能力を維持・発展させ続けた他方配偶者は、離婚後もその稼働能力を用いて生活することができる場合が多い。

このように、清算的要素のみが考慮され、補償的要素は考慮されていない現状では、財産分与の目的である「離婚後の当事者間の財産上の衡平」が図られているとは、到底、言えない状況である。「離婚後の当事者間の財産上の衡平」のためには、財産分与において補償的要素を確保することが必要である。

なお、財産分与の要素に扶養的要素が含まれていると解釈されている現行法下においても、扶養的財産分与を認めることには極めて消極的である裁判実務を踏まえ、離婚後のひとり親家庭（多くは母）の困窮に対応できるよう、扶養的要素が当然に考慮されるべきことも明記されるべきとの意見もあった。

2 そこで、財産分与の中に、清算的要素と並んで、扶養的・補償的要素が含まれることがわかるように、清算的要素の考慮事項と扶養的・補償的要素の考慮事項とを、項を分けて規定すべきである。

また、扶養的・補償的要素の考慮事項として、各当事者の「稼働能力」、「経

済的不利益の調整」及び「離婚後の居住環境」も、明記すべきである。一旦、稼働能力が減退ないし喪失した場合に、その回復は困難であり、ある程度回復した場合でも夫婦間の経済的不均衡が残り、経済的不利益の調整が必要になる場合があるからである。また、相応の居住環境の確保は生活の基盤であり、子の良好な監護環境の確保にもつながるからである。

## 2 財産分与の期間制限に関する規律の見直し

財産分与の期間制限に関する民法第768条第2項ただし書を見直し、【3年】【5年】を経過したときは、当事者は、家庭裁判所に対して協議に代わる処分を請求することができないものとするほかは、現行法のとおりとする。

### 【意見】

財産分与請求権の行使期間の制限（民法768条2項ただし書）を見直すことに賛成する。さらに、年金分割の請求期間の制限についてもこれと一致させる内容で見直すべきである。

いずれについても、【3年】とすべきとの意見と【5年】とすべきとの意見がある。

### 【理由】

本来、財産分与を請求できるはずの者が、離婚前後の様々な事情により2年以内に家庭裁判所において財産分与を請求できない場合がある。2年を経過しても当事者間の協議で請求することは可能とされているが、DV事案等ではそれも困難な場合が多い。そのため、経済的な弱者がますます困窮するなど、財産分与制度の理念である当事者間の衡平に反する事態が生じている。

年金分割についても、これは年金保険料の納付について配偶者の寄与を認め、これを年金支給額に反映させる制度である点で財産分与と同旨の制度であること、公的年金は高齢者の生活の基礎を支えるものであること等の事情からすれば、希望する限り確実に分割が認容されることが必要であるところ、様々な事情から2年の請求期限を徒過する場合がある。分割請求期限の特例はあるが、要件は厳しく、的確な救済策とは言い難い。

そこで、いずれについても、期間制限を見直し、より長い期間とすべきである。

その場合、法的安定性を重視して3年とする考え方と、衡平の実現の機会を保障することを重視して5年とする考え方があり、意見の一致を見なかった。

## 3 財産に関する情報の開示義務に関する規律

財産分与に関して、当事者の財産の把握を容易にするための規律について、

次の考え方を含めて、引き続き検討するものとする。

(1) 実体法上の規律

夫婦は、財産分与に関する協議をする際に、他方に対して、自己の財産に関する情報を提供しなければならないものとする。

(2) 手続法上の規律

財産分与に関する家事審判・家事調停手続の当事者や、婚姻の取消し又は離婚の訴え（当事者の一方が財産の分与に関する処分に係る附帯処分を申し立てている場合に限る。）の当事者は、家庭裁判所に対し、自己の財産に関する情報を開示しなければならないものとする（注）。

（注） 当事者が開示義務に違反した場合について、過料などの制裁を設けるべきであるとの考え方がある。

【意見】

- 1 財産分与等に関して、当事者の財産の把握を容易にするための規律について、(1)及び(2)の規律を設けることに賛成する。
- 2 手続法上の規律の検討に当たっては、当事者が開示義務に違反した場合について、何らかの制裁を設けるなど、開示義務の実効性を確保するための規律についても併せて検討すべきである。

【理由】

- 1 家事事件における現在の実務では、財産分与については、当事者双方の財産を明確にした上で、分与額を算定する必要があるが、一方当事者が任意の開示を拒む場合には他方当事者においてこれを入手することが容易ではない。  
こうした状況は財産分与が問題となる家事事件の審理を遅延させる原因の一つとなっており、相手方の収入・財産の把握を容易にするための手続上の規律を設ける必要性が高い。  
また、財産分与は、第一次的には当事者の協議によって定めるものとされており（民法768条1項）、当事者間の協議において財産分与額の適正な算定を可能とし、合意を促進する観点から、当事者間の協議において当事者双方の財産を把握できるようにするために、実体法上の根拠を定める必要性が高い。  
よって、財産分与に関して相手方の財産の把握を容易にするための規律について、実体法上の規律及び手続法上の規律を引き続き検討することに賛成する。
- 2 手続法上の規律に関して、（注）で指摘されているように、当事者が開示義務に違反した場合の制裁が問題となり得るが、制裁のない開示義務を定めても、任意の履行に期待するのと実質的に異ならないため、何らかの制裁を設けるべきである。もっとも、制裁として家庭裁判所による過料を定めたとしても、開

示義務に従うよりも過料を負担した方が開示しない当事者にとって経済的に有利な場合も多いため、制裁として有効に機能しない場合が想定される。また、財産に関する情報が開示されなければ、具体的な相手方の財産の額を特定して主張することが困難な場合も多いため、裁判所が一方当事者が主張している相手方の財産の額を擬制して認定し得る内容の「制裁」を科すことも困難な場合が想定される。

この点については、もともと財産分与は裁判所が一切の事情を考慮して定めることから、開示義務に違反していることも考慮事情の一つとして裁判所が判断し得ることを明示的に定める形で、開示義務の実効性を確保することが考えられる。手続法上の規律の検討に当たってはこのような考え方も含めて、開示義務の実効性を確保するための規律についても併せて検討すべきである。

## 第8 その他所要の措置

第1から第7までの事項に関連する裁判手続、戸籍その他の事項について所要の措置を講ずるものとする（注1、2）。

（注1）夫婦間の契約の取消権に関する民法第754条について、削除も含めて検討すべきであるとの考え方がある。

（注2）第1から第7までの本文や注に提示された規律や考え方により現行法の規律を実質的に改正する場合には、その改正後の規律が改正前に一定に身分行為等をした者（例えば、改正前に離婚した者、子の監護について必要な事項の定めをした者、養子縁組をした者のほか、これらの事項についての裁判手続の申立てをした者など）にも適用されるかどうかの問題となり得るところであるが、各規律の実質的な内容を踏まえ、それぞれの場面ごとに、引き続き検討することとなる。

### 【意見】

- 1 監護者を指定した場合の戸籍への記載など、公示の在り方についても改めて検討すべきである。
- 2 第1から第7までに示された規律や考え方を引き続き検討する場合には、それによって増加が見込まれる家事事件に適時適切に対応できるよう家庭裁判所の人的・物的体制をより一層充実させるための措置についても併せて検討すべきである。
- 3 法改正に併せて、税制・社会保障制度・教育支援など今回の法改正の関連諸制度が、同時並行的かつ関係各省庁横断的に議論され、全体整合的に整備されるべきである。

### 【理由】

## 1 公示の在り方について

現在は、離婚の際に親権者を定めることとし、これを戸籍に記載することとされているが、監護者の指定をした場合の公示の方法についての定めがないので、これを定める必要がある。

## 2 家庭裁判所の人的・物的体制の拡充について

家事事件手続を担っている家庭裁判所の人的・物的体制は現状においても十分であるとは到底言えず、家庭裁判所に対する国民の信頼に応えるためには、家庭裁判所の人的・物的体制の拡充が必要不可欠である。このことは、かねてより当連合会から繰り返し意見してきたところである（２０２１年１０月２０日付けの「最高裁判所第９回『裁判の迅速化に係る検証に関する報告書』に対する意見書』及び２０１９年１０月１５日付けの「最高裁判所第８回『裁判の迅速化に係る検証に関する報告書』に対する意見書」等参照）。

本試案第１から第７までの本文や注に示された規律や考え方には、新たに家庭裁判所が役割を果たすべきものが多く含まれており（離婚の場合において父母双方を親権者とする場合の親権者の選択の要件（第２の２）、親以外の第三者による子の監護及び交流に関する規律の新設（第４）、親子交流に関する裁判手続の見直し（第５の３）、未成年者養子の成立要件としての家庭裁判所の許可の要否（第６の１）など）、これらの全てについて当連合会は賛成の意見を述べているものではないものの、仮にこれらの一部でも新たに設けられた場合には、関係する事件が相当程度増加することが見込まれる。

しかし、家庭裁判所の人的・物的体制が現状でも十分とはいえない状況の中で、このような新たな規律を設けても、当該規律の意図する趣旨が果たされるとは言えず、むしろ増加した事件処理の負担もあいまって、既存の手続に関する事件処理のさらなる遅滞を招き、かえって子の最善の利益に反するような本末転倒な事態を招きかねない。

よって、本試案に示された規律を新たに設ける場合には、家庭裁判所の人的・物的体制を現在よりもより一層充実させることが必要不可欠であり、これら規律を引き続き検討する場合には、そのための予算措置も含めて、家庭裁判所の基盤整備についても併せて検討すべきである。

## 3 税制・社会保障制度・教育支援等関連諸制度の整合的整備について

さらに、今回の諮問で検討を要請されている「子の利益の確保等の観点から、離婚及びこれに関連する制度に関する規定等を見直す必要性」という観点に照らせば、その目的はおよそ民事法改正のみで達成できるものではない。例えば、共同養育や離婚後双方親権導入の場合の扶養控除、児童扶養手当・児童手当の受給

資格、奨学金や学費支援の際の親の収入認定の範囲など、税制・社会保障制度・教育支援など関連諸制度をも、国として、同時並行的かつ関係各省庁横断的に議論を進め、かつ整合的に整備していくべきことを強く要請する。