

離婚後の子の養育への父母の関与の在り方に関する論点の検討

第1 はじめに

1 「子の養育」概念の分析について

第4回会議において、養育費に関する論点及び面会交流に関する論点について一巡目の検討を終えた後は、それら以外の離婚後の子の養育に関する問題に関しても、DVや児童虐待等の問題が関係することなどに留意しつつ、検討を行うという方向性が示された（注1、2）。

もっとも、親による「子の養育」を考えるとときに、現行民法では、親権に関する規律だけでなく、親（親権者に限られない。）と子に関する規律や離婚後の子の監護に関する規律が設けられているなど（注3）、法制度という側面からみても、親の未成年の子に対する関わり方には様々なものがあり、「子の養育」を一括して検討するのは容易ではないように思われる。この点について、前回会議で実施された海外法制に関するヒアリングの結果等によれば、諸外国では、例えば、父母の離婚後の親の関わり方を、①教育や医療など子に関する事項について、父母間でどのように決定するのかという問題と、②子と一緒に過ごす時間を父母間でどのように分担するのかという問題とに区別し、別個の事柄として規律したり、検討したりしているように思われるが、この点については、我が国の規律の在り方を検討するに当たっても参考になるものと考えられる。

（注1）第4回会議では、そのほか、子の意思・意見の考慮に関する問題、離婚制度以外の関連する問題、未成年養子制度、財産分与制度等について、今後検討を行っていく方向性も示された。

（注2）父母の離婚後の子の養育の在り方については、例えば以下のとおり、国内外から様々な指摘がされている。

① 平成23年民法等の一部を改正する法律案に対する衆議院・参議院法務委員会附帯決議

「今日の家族を取り巻く状況、本法施行後の状況等を踏まえ、協議離婚制度の在り方、・・・離婚後の共同親権・共同監護の可能性を含め、その在り方全般について検討すること。」（衆議院法務委員会。参議院法務委員会も同旨）

② 児童の権利委員会 日本の第4回・第5回政府報告に関する総括所見（2019年3月）

(家庭環境)

27. 委員会は、締約国が、以下を行うため、十分な人的資源、技術的資源及び財源に裏づけられたあらゆる必要な措置をとるよう勧告する。

- a. 仕事と家庭生活との適切なバランスを促進すること等の手段によって家族の支援や強化を図り、また、とりわけ児童の遺棄や施設措置を防止するため、困窮している家族に対して十分な社会的援助、心理社会的支援や指導を提供すること。
- b. 児童の最善の利益である場合に、外国籍の親も含めて児童の共同養育を認めるため、離婚後の親子関係について定めた法令を改正し、また、非同居親との人的な関係及び直接の接触を維持するための児童の権利が定期的に行使できることを確保すること。

(参考)

児童の権利に関する条約（1994年4月批准）

第18条

- 1 締約国は、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。父母又は場合により法定保護者は、児童の養育及び発達についての第一義的な責任を有する。児童の最善の利益は、これらの者の基本的な関心事項となるものとする。

(注3) 公益社団法人商事法務研究会の「家族法研究会」では、「子の養育」に関する検討に先立ち、「親」又は「親権者」が子に関して決定する事項について、代表的な事柄を整理しており、例えば以下の事項が挙げられている（参考資料6）。

- (1) 親（親権者に限られない。）が決定する事項の例
 - ① 代諾養子縁組についての監護者等の同意（民法第797条第2項）
 - ② 特別養子縁組についての同意（民法第817条の6）
- (2) 親権者が決定する事項の例
 - ① 日常生活に関する事項（ある日の子の服装、食事、染髪の可否等）
 - ② 教育に関する事項（習い事、学校の選択等）
 - ③ 医療に関する場面の例（任意のワクチン接種、生命に関わる医療行為等）
 - ④ 居所の指定に関する事項（子の住居、一人暮らしをさせるかなど）

2 本資料の検討範囲

上記1の①（子に関する事項について父母間でどのように決定するのかという問題）の点に関し、現行民法では、未成年の子は父母の親権に服するとされ（民法第818条第1項）、未成年の子の監護教育や財産管理に関して、親権者が決定責任を負う（注1）。父母の離婚後は、そのどちら

か一方が親権者となると規定されており（民法第819条第1項，第2項），子に関する事項について，一部の事項を除いて親権者である父母の一方が単独で決定することが想定されているが，父母の離婚後に親権者ではない方の親を「子の監護をすべき者」として指定することができ（民法第766条第1項），また，離婚後も，子に関する事項について父母双方が関与して決定することなどを取り決めることも可能であるという指摘もある。この場合において，親権と監護権を分属させたときにそれぞれの親がどの範囲の権限を有するのかなどについて現行法では不明確であるとの指摘や，子に関する事項について父母双方が関与して決定することとしたときに，特定の事項に関して父母が合意に達することができない場合の規律が存在しないなど，離婚後の子に関する事項の決定への父母の関与の在り方についての現行法の規律が不十分であるとの指摘もある。

また，現行法においても，婚姻の同意（民法第737条）や特別養子縁組についての同意（民法第817条の6）など，未成年者の保護の観点から父母の離婚後もその双方が決定に関与することとされている事項があるが（注2），それら以外の子に関する事項についても，可能であれば，父母それぞれが子に関する決定に関与し，慎重熟慮の上で決定することが子の利益に適う場合があると考えられることなどからすると，離婚後の子に関する事項の決定への父母の関与の在り方に係る規律を整備する必要があるとの意見もある（注3，4）。

そして，これまでの会議でも，父母の離婚後の子に関する法的な決定への関与の在り方について検討すること自体は，子の利益や意思の尊重という点からも有意義なのではないかとの指摘もされたところであり，①の点（子に関する事項について父母間でどのように決定するのかという問題）に関して，現行法の規律について改めて確認した上で，現行法の規律を維持することや，維持しつつ他の選択肢を追加するような見直しを行うなどの方向性も含め，子の利益の確保の観点から，規律の在り方について検討することは有益なものと考えられる（注5）。もともと，離婚後も子に関する事項について父母双方が関与することで，父母間の葛藤に子が巻き込まれたり，DVや児童虐待が離婚後も続いたりするおそれがあるなどの意見もあり，このような意見は，子の利益の観点からも，上記①の点の検討の際に不可欠な視点であると考えられる（注6，7）。

本資料は，上記のような意見や指摘を踏まえ，離婚後の子の養育への父母の関与の在り方について，主に子に関する事項の法的な決定という観点から，議論の前提となる検討事項の整理（第2），父母双方が決定責任を負うことが子の利益となる場合（第3），父母双方による決定の対象とな

る事項の分類、内容（第4）、決定への関与の態様（第5）の順に、考えられる論点を整理したものである（注8）。

（注1）親が子に関して行う決定については、その権利的側面を重視するのではなく、親として子の利益を図るための決定をすべき責任を負うという側面に着目すべきであるという意見があることから、本資料では、便宜上「決定責任」という表現を用いている。もっとも、「責任」という用語を用いることについては、「決定責任」を負わない親は、子に対して何らの責任を負わないかのような印象を与えるのではないかという指摘もある。この点、「家族法研究会」では、子に対する扶養義務等、親子であれば当然に生ずる法律関係を「基礎的責任」、親権に対応する部分を「上乘せ責任」などと呼称するなどして区別する方向性等も提案されている。いずれにせよ、本資料においては、便宜的に「決定責任」という用語を用いるにすぎないものであり、親子間の法律関係に関する今後の議論の方向性を限定する趣旨ではない。

また、親が子に関して行う決定には、監護教育など親権に基づくものだけではなく、重大な医療行為や宗教の選択など親権に含まれるか直ちに明らかとはいえないものもあるが、本資料では、親権に基因するものであるか否かを問わず、その「決定責任」について検討を加えている。すなわち、「決定責任」と「親権」は同一のものではなく、両者の関係は、親権概念の整理等も踏まえ、別途検討を要する問題である。

（注2）なお、未成年者の婚姻についての父母の同意の規定（民法第737条）は、成年年齢の引下げ等に関する民法改正（平成30年法律第59号）により、成年年齢が18歳に引き下げられ、女性の婚姻開始年齢が18歳に引き上げられること（令和4年4月1日施行）に伴い、廃止される。

（注3）学会等では、研究者から複数の親権法改正案が提出されているが、それらの主な案において、離婚後の子の養育への父母の関与の程度等に差異はあるものの、離婚後も父母双方が共同で子に関する事項を決定することとする選択肢を設けること自体については、共通しているとされる（山口亮子『日米親権法の比較研究』（日本加除出版、2020）334頁以下参照）。

（注4）前回会議におけるヒアリングの結果等によれば、上記1の②の点（子と一緒に過ごす時間を父母間でどのように分担するのかという問題）に関しては、諸外国でも、例えば、子が父母それぞれと過ごす時間について一定の割合を原則とする規律の当否等について議論がある一方で、少なくとも、①の点（子に関する事項につい

て父母間でどのように決定するのかという問題) に関しては, 子に関する法的な決定を離婚後も父母双方が行うことを選択し得る制度を採用している国が多く, それらの国においても, そのこと自体に大きな批判があるといった指摘はなかったように思われる。

(注5) 本文で言及した②(子と一緒に過ごす時間を父母間でどのように分担するのかという問題) に関する規律は, 離婚に伴う子の養育に関する父母間の取決めや面会交流の在り方に関わるものであり, 主として本部会の資料3と関連する論点である。

(注6) この点については, そのほか, 例えば, 諸外国では, 離婚後も父母双方が子の養育に関する法的な決定主体になることを選択できる法制度が採用されている国が多いとして, 我が国においてもこのような選択肢を増やしてはどうかとの意見がある。これに対し, 諸外国の規律を参考にする場合には, 当該国の家族法制度の中における当該規律の位置付けや, 当事者支援等も含めた社会制度全体と当該規律との関係等も考慮した上で慎重に検討する必要があるとの指摘等もある。

(注7) 法務省が令和3年3月に公表した「未成年時に親の別居・離婚を経験した子に対する調査(参考資料1-3)によると, 父母が離婚・別居した後, ①子の住居に関する事項や②教育・就職に関する事項, ③医療に関する事項について父母のうち誰が決めるのが理想だったと思うかという質問に対する回答は次のとおりである。

① 今振り返ってみて, 父母が離婚・別居した後, あなたの住む場所については, 父母のうち誰が決めるのが理想だったと思いますか。

	父母が相談して決める	同居親が決める	別居親が決める	わからない	合計
数	190	401	40	369	1000
率	19.0	40.1	4.0	36.9	100

② 今振り返ってみて, 父母が離婚・別居した後, あなたの教育や就職に関する事項については, 父母のうち誰が決めるのが理想だったと思いますか。

	父母が相談して決める	同居親が決める	別居親が決める	わからない	合計
数	170	415	39	376	1000
率	17.0	41.5	3.9	37.6	100

- ③ 今振り返ってみて、父母が離婚・別居した後、あなたの大きな病気をしたときの治療や歯列矯正等の医療に関する事項については、父母のうち誰が決めるのが理想だったと思いますか。

	父母が相談して決める	同居親が決める	別居親が決める	わからない	合計
数	190	400	38	372	1000
率	19.0	40.0	3.8	37.2	100

(注8) この点については、「家族法研究会」においても、離婚後の子の養育への父母の関与の在り方等の点について検討が行われ、その報告書が公表されているところ、委員からその検討内容を示してほしいとの要望があったことから、本資料では、同報告書の内容も適宜紹介している。もっとも、飽くまで検討の一助として紹介するものであり、本部会における議論の方向性や範囲を限定する趣旨ではない。

第2 離婚後の子の養育への父母の関与の在り方に関する検討事項の整理

1 現行規定等

民法

(離婚後の子の監護に関する事項の定め等)

第766条 父母が協議上の離婚をするときは、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その他の子の監護について必要な事項は、その協議で定める。この場合においては、子の利益を最も優先して考慮しなければならない。

2 前項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、家庭裁判所が、同項の事項を定める。

3 家庭裁判所は、必要があると認めるときは、前二項の規定による定めを変更し、その他子の監護について相当な処分を命ずることができる。

4 (略)

(親権者)

第818条 成年に達しない子は、父母の親権に服する。

2 (略)

3 親権は、父母の婚姻中は、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。

(離婚又は認知の場合の親権者)

第819条 父母が協議上の離婚をするときは、その協議で、その一方を親権者と定めなければならない。

2 裁判上の離婚の場合には、裁判所は、父母の一方を親権者と定める。

3～5 (略)

6 子の利益のため必要があると認めるときは、家庭裁判所は、子の親族の請求によって、親権者を他の一方に変更することができる。

(監護及び教育の権利義務)

第820条 親権を行う者は、子の利益のために子の監護及び教育をする権利を有し、義務を負う。

(居所の指定)

第821条 子は、親権を行う者が指定した場所に、その居所を定めなければならない。

(懲戒)

第822条 親権を行う者は、第820条の規定による監護及び教育に必要な範囲内でその子を懲戒することができる。

(職業の許可)

第823条 子は、親権を行う者の許可を得なければ、職業を営むことができない。

2 (略)

(財産の管理及び代表)

第824条 親権を行う者は、子の財産を管理し、かつ、その財産に関する法律行為についてその子を代表する。ただし、その子の行為を目的とする債務を生ずべき場合には、本人の同意を得なければならない。

(1) 親権の内容について

現行民法は、「第4編 親族」の中に「親権」の章を設け、未成年の子は父母の親権に服すると規定する(民法第818条第1項)。

一般に、親権は、身上監護権(第820条～第823条)と財産管理権(第824条～第832条)から構成されるとされ、身上監護権の概括的な規定とされる第820条は、親権を行う者は子の利益のために子の監護及び教育をする権利を有し、義務を負う旨を規定している(第8

20条)。身上監護権に関しては、居所の指定（第821条）、懲戒（第822条）（注1）、職業の許可（第823条）が個別に規定されているが、このほか、例えば重大な医療に関する事項や宗教に関する事項等は、専ら親権に含まれるといえるか直ちに明らかではないものの、実際上は親権者が決定することが多い事項であると考えられる（注2）。

また、親権者は子の財産を管理し、その財産に関する法律行為について代理権を有するとされる（民法第824条）。

このように、現行民法は、子の身上監護や財産管理に関して、親権者を、「法的な決定主体」と位置付けているが、「実際上の養育主体」と明確には区別しておらず、基本的には親権者が実際上の養育をも担うことが想定されているものと解される（注3）。

（注1）法制審議会民法（親子法制）部会では、親権者の一般的な権利義務を定めた民法第820条や懲戒権に関する民法第822条について、見直しが進められている。例えば、民法第820条については、子の監護及び教育に際して、子の人格を尊重しなければならないとする規定を新設することなどや、民法第822条については、以下の選択肢が提案されている。

（「親子法制部会資料18-1」より抜粋）

懲戒権に関する規定の見直しについては、次のいずれかの案によるものとする。

【甲案】民法第822条を削除する。

【乙1案】民法第822条を次のように改める。

親権を行う者は、子の年齢及び発達の程度に応じて、第820条の規定による監護及び教育のために必要な指示及び指導をしなければならない。ただし、体罰をしてはならない。

【乙2案】民法第822条を次のように改める。

① 親権を行う者は、子に対し、指示及び指導を行うに当たっては、子の年齢及び発達の程度並びにその心身に及ぼす影響に配慮しなければならない。

② 親権を行う者は、①の指示及び指導を行うに際し、体罰を加えてはならない。

【丙案】民法第822条を次のように改める。

親権を行う者は、第820条の規定による監護及び教育を行うに際し、体罰をしてはならない。

(注2) 例えば、子の生命に関わるような医療行為について、子自身の意向や医師の判断など、親の子に対する決定とは異なる要素によって決定が行われる場面もあり得るのではないかとの指摘もある。

(注3) 親権者が子に関して決定する事項は、本文に記載したもの以外にも無数に考えられるところ(例えば、ある日の服装や食事、染髪といった日常生活に関する事項、ピアスやタトゥーといった身体管理に関する事項等)、「家族法研究会」では、上記第1の1(注3)のとおり、親が未成年の子に関して決定すべき事項を分類するための前段階として、親子間の法律関係について、親権に基因するものや父母であることに基因するものなどの整理が行われた(参考資料6)。

(2) 親権行使の主体について

父母の婚姻中は原則として父母が共同して親権を行うこととされているが(第818条第3項)、父母が離婚をするときは、そのどちらか一方を親権者と定めなければならないこととされ(第819条第1項、第2項)、基本的に、親権者となった父又は母が、子を監護することになる(注1)。

もともと、民法第766条第1項によれば、親権者とは別に「子の監護をすべき者」を定めることができるとされており、監護者が親権者とは別に定められた場合は、親権のうち監護及びそれに関連する権利義務(教育、居所指定等)は監護者が行い、親権者はそれ以外の権利義務(法定代理人としての権限や財産管理権)を行うと解されている。ただし、この点については、親権者と監護者のそれぞれの権利義務の範囲や境界が必ずしも明らかではないとの指摘もある(注2)。

また、現行法でも、父母の離婚後も、父母の双方が監護に関与するような取決めをすることは可能であるとの指摘があるが、例えば、父母の双方で決定することとした特定の事項について父母間で合意をすることができない場合について、現行法は何らの規律を有していない(注3)。

(注1) 離婚後に単独親権となることについて、戦後当初の民法改正の関係者によれば、「**我妻** 父母が離婚しても共同親権にしておくことはできない、これは司令部でも認めている。どちらか一方にしなければならん。」との発言がされており(我妻榮編『戦後における民法改正の経過』(日本評論社、1956)168頁)、同発言について、「その理由は必ずしも積極的には説明されていない。おそらくは『實際生活に合せよう』(我妻・経過165頁)ということであり、共同生活を営まない父母

が共同で親権を行使することは（事実上）不可能である，ということだったのでらう。」との指摘もされている（大村敦志『民法読解 親族編』（有斐閣，2015）238頁）。

（注2）身上監護権と財産管理権の区別については，例えば，「ドイツ民法の身上監護は『子を養育し，監督し，かつ居所を定める権利義務』であり（1631条），子の引渡請求権を含む（1632条）だけでなく，その範囲において子を代理する権利もある（1626条参照）。学者はその例として徒弟契約の締結などを挙げる（Hoffmann-Stephan, *ibid.*）。しかし，それ以上の事項になると（例えば高等教育を受けること），財産的な負担を生ずる。それを単独で代理してよいものかどうか。さらに進んでいけば，身上監護といっても，子の財産に影響することが多い。そのような場合には，財産管理権者の同意を要するとなすべきか，また不当に同意を拒まれたときは家庭裁判所の許可で同意に代えうるとなすべきか，などについて周到な検討を必要とするであろう。」など，不明確さがあることが指摘されている（我妻榮『親族法』（有斐閣，1961）329頁以下）。

（注3）民法は，共同で親権を行使する婚姻中の父母の間で子に関する事項について合意することができない場合についても，直接的な規律は設けていない。

2 現行法に関する意見

上記1のとおり，現行法では，父母の離婚後の子に関する事項については，基本的に，父母のどちらか一方のみが，法的な決定権限ないし義務を行うこととされている（注）。

この点については，第1の2で言及したとおり，現行法の規律について整備の必要性があるなどの意見があるほか，父母の離婚後も，父母双方が子の養育に責任を持ち，子に関する決定が父母双方の熟慮の上でされることを確保するために，原則として父母双方が子に関する法的な決定責任を負うべきであるなどの意見があるが，反対に，離婚後も父母双方が共同で子に関する事項を決定するとなると，子の養育について，父母間で意見が折り合わないために適時に適切な決定をすることができなくなり，かえって子にとって不利益になるおそれがあるなどの意見がある。また，DVや児童虐待等の問題がある場合には，そのような問題が離婚後にも持ち越されることとなり，再被害のおそれが生ずるとの指摘もある。

もっとも，この点については，離婚に関する事情は家庭によって様々であるから，離婚後も父母双方が子の養育に共同で関与することが相当か否かという単純な二元論で論ずるのは相当でなく，様々な事案に応じて子の

利益を確保するための規律の在り方を検討すべきであるとして、例えば、①離婚後も父母双方が子に関する決定責任を負うことが子の利益となる場合はあるか、仮にあるとすれば、②どのような内容、範囲の事項について双方が決定責任を負うべきか、③どのような関与の態様で決定責任を果たすべきか、といった点について分析的に検討することが、子の利益の確保の観点からも有益であるとの意見もある。

(注) 現行法においても、例えば、代諾養子縁組についての同意（第797条第2項）や特別養子縁組についての同意（民法第817条の6）等、親権者でなくとも父母であれば生じ得る法律関係はあり、これらの事項については、父母の離婚後もその双方が関与することとなる。

3 課題

離婚後の子の養育への父母の関与の在り方について、以下のような意見があるがどのように考えるか（注）。また、その他に検討すべき課題はあるか。

- ① 父母の離婚後の子に関する事項の決定についての規律の在り方について、父母の離婚に至る経緯には様々な事情があることを踏まえ、子の利益が確保されることを担保するために、必要な場合には父母双方が決定責任を負うことも含め、個々の事案に対応することができる、より柔軟な規律を設けることについてどのように考えるか。
- ② 仮に上記①のような規律を設ける場合には、㊦法的な決定責任を父母双方が負うことが子の利益となる場合、㊧双方が決定責任を負う対象となる事項の範囲や内容、㊨双方が決定責任を負う場合の関与の態様について、子の利益の確保の観点から、どのような方向性や選択肢があり得るか検討してはどうか。

(注) 本資料で検討の対象としているのは、第1で述べたとおり、子に関する事項について父母間でどのように決定するのかという場面であり、子と一緒に過ごす時間を父母間でどのように分担するのかという場面とは異なる。

第3 離婚後も父母双方が子に関する法的な決定責任を負うことが子の利益となる場合

1 考えられる論点の例

(1) 検討の必要性

仮に、離婚後も父母双方が子に関する事項について法的な決定責任を負うこと（以下、離婚後も父母双方が子に関する事項について法的な決定責任を負うことを「双方責任」という。）ができる規律を設けたとしても、父母が離婚に至る経緯や、父母間の葛藤の高さは事案に応じて様々であることからすると、どのような場合に、双方責任とすることが子の利益となるかという点については検討が必要であると考えられる（注）。

なお、この点の検討に当たっては、双方責任を選択すると、父母間の対立のために子に関する決定が適時適切にされなくなったり、DVや虐待等の問題が離婚後も引き継がれたりすることにより、かえって子の利益に反するおそれがあることが指摘されていることに留意する必要があると考えられる。

（注）現行民法において、「親権は、父母の婚姻中は、父母が共同して行う。」と規定されているところ（民法第818条第3項）、「共同」の親権行使には、一方の親が他方の親の同意を得ることが必要であると解される（後記第5の1(1)参照）。この点、仮に離婚後も父母双方が子に関する事項について決定責任を負うこととする選択肢を設けたとしても、決定への関与の態様については、後記第5のように、一方の親が単独で決定し、他方の親の事前の同意を必要としない選択肢など様々なものが考えられる。そのため、本資料では、「共同責任」という用語ではなく「双方責任」という用語を用いている。

（2）考えられる要件の例

どのような場合に、双方責任を選択することが子の利益に適うかという要件の設定について、まず、父母間で協力する意思がないと子に関する事項を双方が関与して決定することが難しいと考えられること、現行法においても離婚後の親権者の決定について父母間の合意のみで可能とされていることから、①父母間の合意の要否という要素が考えられるとの意見がある。他方で、DVがある場合など父母間の関係が必ずしも対等でない場合があり、父母間の合意のみで双方責任を可能とすることには慎重であるべきことから、②双方責任が子の利益に適うかなどを判断するための公的機関の関与の有無という要素も考えられるとの意見がある。

また、仮に離婚後も双方責任を選択可能とする規律を設けることとした場合でも、全ての離婚の際に選択可能とすることは論理必然ではなく、例えば、協議離婚の場合には選択できるが裁判所での手続による離

婚の場合には選択できない、反対に、裁判所での手続による離婚の場合にのみ選択できる、といった規律も考えられる（注1，2，3）。

（注1）公的機関の関与（要素②）については、例えば、⑦公的機関は、父母の合意が真意に基づくものであることのみを確認すれば足りるとするか、⑧父母の合意が子の利益に適うか否かまで判断することが必要であるとするか（この場合は、父母の合意が子の利益に適うとの判断がされたときに双方責任を選択することができるとするか、合意が子の利益に反するとの判断がされない限り、双方責任を選択することができるとするかも問題となる。）など、関与の程度や内容、判断主体等について、検討が必要となると考えられる。

（注2）協議離婚の場合、父母の合意（要素①）について、現行民法においても親権者が協議で定まらなければ離婚をすることができないことからすると、双方責任とするか否かなど決定責任主体について父母間で合意ができなければ、協議離婚をすることはできず、裁判所での手続による離婚に進むものと考えられるため、要素①を除くことは考え難いとの意見がある。

また、裁判所での手続による離婚の場合は、公的機関の関与（要素②）について、裁判所が当事者の合意の真摯性や、双方責任が子の利益の観点から相当か否かなどを審査することが適当であり、要素②を除くことは考え難いとの意見がある。

（注3）裁判所が関与する離婚には、調停離婚、審判離婚、和解離婚、判決離婚等があるが、当事者の合意を基礎とする調停離婚・和解離婚と、裁判所の公的判断を前提とする判決離婚等では性質が異なるとの指摘もあるところであり、裁判所での手続による離婚について一律の規律が妥当するか否かは、協議離婚の場合における規律も踏まえつつ、更なる検討を要する問題と考えられる。

（3）事後的な変更

仮に離婚後も双方責任を選択できる規律を設けた場合、父母間で離婚時に双方責任とすることや、双方責任としないことなどを合意又は決定したとしても、その後の事情変更や当事者の意向の変更等により、当初の合意又は決定を維持することが、子の利益の観点から相当でなくなることが考えられる。そのような場合には、現行法においても親権者変更（民法第819条第6項）等の規定があるように、子の利益を図るため、決定責任の主体を事後的に変更することができる規律を設けることが考えられる。

2 課題

離婚後も父母双方が子に関する事項について法的な決定責任を負う場合（双方責任）の要件については、例えば、以下のような意見がある一方で、現行法の規律を維持するべきとの意見もあるが、この点に関する規律の在り方について、どのように考えるか。

- ① 父母が協議離婚をする場合には、離婚後も父母双方が法的な決定責任を負うことを選択可能とする規律を設けてはどうか。
- ② 裁判所での手続による離婚についても、離婚後に父母双方が法的な決定責任を負うことを選択可能とする規律を設けてはどうか。
- ③ 仮に双方責任を選択可能とする規律を設ける場合は、双方責任とするものの可否等について、事後的に変更することができるとする規律についても検討してはどうか。

第4 双方責任の対象となる事項の分類、内容

1 考えられる論点の例

(1) 父母が子に関して決定責任を負うべき事項の分類

仮に双方責任を選択することができる規律を設けることとした場合でも、子に関する事項は、子の進学先や生命・身体に重大な影響を与える医療行為に関するものなど重要であると考えられるものから、日々の服装や食事など日常的なものまで無数に考えられるため、それら全ての事項に関して、離婚後も父母双方が決定に関与することは現実的ではない。そのため、親が子に関して決定すべき事項を重要性や緊急性等の客観的な性質に応じて分類し、仮に双方責任とした場合も、その決定の対象となる事項を限定してはどうかという意見がある。

また、現行法下では、親権を有しない親が、面会交流中の子の食事内容を決定することなどについては、厳密に言えば、親権者からの監護委託に基づき行われていることになると考えられるが、そのような決定については、現に子と一緒にいる親の固有の責任において行われていると考えるのが実態に合うのではないかと意見もある。

そこで、例えば、親が子について決定すべき責任を負っている事項を、①子の養育について特に重要な事項であり、可能であれば父母双方が決定に関与することが望ましいと考えられるもの（その具体的な内容については、後記(2)を参照。以下「重要決定事項」という。）、②子の養育に関し、日常生活で随時に発生し、子に与える影響が軽微な事項（例えば、ある日の昼食に何を食べさせるかなど。以下「随時決定事項」という。）、③①と②を除いた残りの全ての事項（例えば、子にど

のような習い事をさせるかなど。以下「日常的決定事項」という。)の3つに分類した上で(注1), ①重要決定事項については, 離婚後も父母の双方が決定に関与することができる選択肢を設け, ②随時決定事項については, 現に子と一緒にいる親(例えば, 面会交流中であれば非同居親)が決定の責任を負い, ③日常的決定事項については, 父母のいずれか一方が, 単独で決定責任を負う(以下, 当該決定責任を負う父母を「主たる決定責任者」という。)と整理してはどうかとの意見がある(下表参照)(注2)。

	重要決定事項	日常的決定事項	随時決定事項
	子の養育について特に重要な事項であり, 可能であれば父母の双方が決定に関与することが望ましいと考えられるもの。	父母が子の養育について決定すべき事項のうち, 重要決定事項と随時決定事項を除いた事項。	子の養育に関し, 日常生活で随時に発生し, 子に与える影響が軽微な事項。
決定責任主体	父母の双方又は一方	「主たる決定責任者」(父母のいずれか一方)	現に子と一緒にいる親

(注1) 本文で挙げた3つの分類(三分法)のほか, 日常的決定事項と随時決定事項を分けない考え方(二分法)などもあり得る。

(注2) 現行法において, 子の財産管理も親権の一内容として規定されており(民法第824条), 子の財産管理に関する事項についても, 父母の離婚後においてどのように決定責任主体を規律すべきかが問題となる。この点, 本文と同様の分類に従うという考え方や, 主たる決定責任者が決定すべきであるとの考え方などがある。

また, 子の身分に関する事項についても, 親権者が子に関して決定の責任を負うべき事項に含まれ, ①子の氏の変更の代理(民法第791条)や②普通養子縁組の代諾(民法第797条)が考えられる。これらについては, 子の身分に関する事項として一律に検討, 規律するのではなく, 事項ごとに検討すべきとの意見がある。

(2) 重要決定事項の内容

重要決定事項については, その対象や範囲を巡って紛争が生ずることを防止するなどの観点から, 対象や範囲をできるだけ法定するべきであり, その具体的な内容については, 例えば, 以下に掲げる事項の全部又

は一部とすることが考えられるのではないかという意見がある（注1）。

- ① 転居
- ② 海外渡航
- ③ 生命又は身体に重大な影響を与える医療行為
- ④ 宗教の選択
- ⑤ 進学，転校，退学，就労先に関する選択
- ⑥ その他子にとって特に重要な事項

また，重要決定事項の範囲の可変性について，明確性や紛争予防の観点からすると，法定された事項で一律（当事者や裁判所が変更することはできない）とすべきという意見や，当事者又は裁判所が個別の事情に応じて法定された事項のうちから選択することを可能とすべきという意見もある（注2，3）。

（注1）重要決定事項の具体的な内容に関する意見の例

①の転居については，その対象に関して，全ての居所移動を含めることから，国外ないし都道府県をまたぐ場合に限るとすること，子と非同居親との面会交流を著しく困難にする場合に限るとすること，あるいは転居後に他方の親に対する通知義務を課せば足りるとすることなどまで，複数の選択肢が考えられるとの意見がある。

②の海外渡航については，その対象に関して，修学旅行といった短期の渡航等については除いてはどうかという意見がある。

③の医療行為については，医療行為としての危険性等の問題だけでなく，当該医療行為の結果による子への影響が事後にどの程度及ぶかという観点も重要であるとの意見がある。

⑤の進学等については，例えば，志望校の選定，出願，受験，合格校の中から進学先の選択，入学手続といったプロセスの中で，どの部分が重要決定事項に含まれることとなるのか，普通教育課程のみでなく，保育園や幼稚園への入園等はどのように考えるのかといった問題も指摘されている。

また，①から⑤までのような個別の事項を列挙する方法では，親子関係に応じた必要な事項を網羅しきれないものが生ずるおそれがあることから，⑥のような包括的な規律を設けることが考えられる一方で，その場合には，その範囲を巡って紛争が生じるおそれがあることなども指摘されている。

（注2）法定された事項のうちから選択可能とすべきという選択肢には，その主体（父母が個別の事情に応じて選択可能とする，裁判所が子の利益の観点から選択可能と

する、など。)についても問題となるが、裁判所が選択可能とするという意見に対しては、裁判所による選択の判断基準を想定しにくく、実際には難しいのではないかという指摘がある。

また、本文で紹介した意見のほか、例えば転居や医療行為といった個別の事項ごとに決定責任の帰属が異なることを認めるか、決定責任の帰属に関する公示・公証をどのように行うか、そもそも公示・公証がどの範囲で必要か、などの問題もある。なお、重要決定事項に関して双方責任が認められる場合でも、決定への父母双方の関与の態様についてどのような規律を設けるか、関与の態様に関する規律に違反して決定が行われた場合、第三者との間で決定の効果はどうなるのかといった点も問題となる（後記第5参照）。

(注3) 法定された事項のうちから選択可能とする規律のほかにも、当事者や裁判所が、法定されている事項を超えて自由に対象・範囲を決定できるとする規律も考えられるが、複雑になりすぎて利用しづらくなる面があるほか、重要決定事項の範囲等をどのように公示・公証するかといった問題がより深刻になるおそれがある。

この点について、「家族法研究会」では、当事者の合意により離婚後も父母双方が関与する事項の内容を幅広く決定する場合、その対象を重要決定事項に含めるという方向ではなく、「子の監護について必要な事項（民法第766条第1項）」としての合意と位置付け、個別の柔軟な選択を可能とすることが考えられるとの意見があった。なお、重要決定事項の内容や範囲を当事者又は裁判所が個別の事情に応じて決定可能とする規律を設ける場合は、離婚時に決定された内容を事後的に変更することができる規律についても問題となると考えられる。

2 課題

離婚後も父母の双方が子に関して決定責任を負う事項やその内容について、例えば、以下のような意見があるが、どのように考えるか。また、その他に検討すべき課題はあるか。

- ① 子の養育に関する事項について、子に与える影響の大きさや緊急性の有無の観点から分類した上で、その分類に応じて決定の責任を負う者に関する規律を設けてはどうか。
- ② 上記①の観点から、例えば、重要決定事項（子の養育について特に重要な事項であり、可能であれば父母の双方が決定に関与することが望ましいと考えられるもの）に関する規律を設けることとした場合、その対象となる事項や範囲について、具体的に法定してはどうか。
- ③ 子の財産管理に関する事項についても、その決定の責任を負う者に関する規律を整理してはどうか。

第5 父母の双方が重要決定事項について決定責任を負う場合の関与の態様

1 考えられる論点の例

(1) 現行規定

民法

(親権者)

第818条 成年に達しない子は、父母の親権に服する。

2 子が養子であるときは、養親の親権に服する。

3 親権は、父母の婚姻中は、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。

(父母の一方が共同の名義でした行為の効力)

第825条 父母が共同して親権を行う場合において、父母の一方が、共同の名義で、子に代わって法律行為をし又は子がこれをするに同意したときは、その行為は、他の一方の意思に反したときであっても、そのためにその効力を妨げられない。ただし、相手方が悪意であったときは、この限りでない。

現行民法では、父母の婚姻中は父母が共同して親権を行使することとされている（民法第818条第3項）。共同行使とは、父母の共同の意思で決定することをいい、共同の意思決定とは、一方が他方の同意（黙示でも可）を得て単独名義で行使することで足り、共同名義である必要はないとされる。また、日常の監護教育のような比較的重要でない事項については、父又は母が独立してなし得るが、一方が独断で不当な監護教育を行った場合には、他方は親権に基づいてその差止めを請求することができる。とされる。

また、共同で親権を行う父母の一方が、他方の親の意思に反してした相手方のある法律行為の効力に関する規定があるが（民法第825条）、父母間の効果を定めた規定は存在しない。

(2) 重要決定事項への関与の態様に関する規律

重要決定事項に関する双方責任が認められたとしても、決定に関する関与の態様については、子の利益の確保や双方責任を認める趣旨等の観点から、複数の選択肢が考えられるところ、例えば、以下のような選択肢が考えられるとの意見がある。

① 緩やかな規律（注1）

「主たる決定責任者」が決定するが、「主たる決定責任者」は、重要決定事項について、決定内容を事後的に他方の親に通知しなければならない。

② 中間的な規律（注2）

「主たる決定責任者」は、即時に決定しなければ子の利益を害する場合を除き、他方の親に事前に通知し、協議をしなければならない。父母間の協議が調わない場合は、主たる決定責任者が単独で決定することができる。

即時に決定しなければ子の利益を害する場合（注3）は、事後的に決定内容を他方の親に通知をすれば足りる。

③ 強い規律（注4）

即時に決定しなければ子の利益を害する場合を除き、父母の合意により決めなければならない。当事者間で合意をすることができない場合には、裁判所が判断をする（その場合にも、㉞裁判所が当該事項の内容の判断・決定をする形、㉟裁判所が当該事項についての決定責任者を定める形、㊱裁判所は主たる決定責任者の判断が裁量を逸脱した明らかに不当なものでないかのみを判断する形など複数の選択肢が考えられる。）。

即時に決定しなければ子の利益を害する場合は、事後的に決定内容を他方の親に通知をすれば足りる。

（注1）重要決定事項も主たる決定責任者が単独で決定できるとするものであるため、決定の迅速性・安定性が確保される一方、他方の親の関与の程度が弱いために重要決定事項を設けた意味が失われてしまうとの指摘もある。「家族法研究会」では、主たる決定責任者とならない親の関与の程度を高める観点から、主たる決定権者による通知を、事後ではなく事前にしてはどうかとの意見もあった。

（注2）「家族法研究会」では、中間的な規律を前提とした上で、父母間の協議が調わない場合は、主たる決定責任者が単独で決定することができるとしつつ、主たる決定責任者の決定が子の利益を害することが明らかな場合（一定以上の年齢の子の明示的な意思に反する場合を含めることなども考えられる。）に限り、裁判所の審査を経て、これを否定する規律を設けることも考えられるとの意見があった一方で、裁判所の審理を要することで子のために適時の決定ができなくなるおそれがあるとの指摘や、裁判所に差止めの申立てをすることができることが他方の親の事実上の拒否権として機能するおそれがあるという懸念も示された。

(注3) 重要決定事項に該当する事項であって、即時に決定しなければ子の利益を害する場合については、そもそも、それがなお重要決定事項に含まれるとした上で例外的に取り扱うのか、それとも、その場合に限っては随時決定事項に含まれると解すべきか、整理を要する。

(注4) 父母双方の意向がもっとも反映され得る方向性だが、父母の協議が調わず、適時の決定ができなくなるおそれがあるとの指摘がある。また、「家族法研究会」では、父母の協議が調わない場合に裁判所が判断するとしても、例えば、宗教の選択等については裁判所が実質的に判断することは難しいのではないかとの裁判所の判断能力との関係での意見が出された一方、医療行為等の一定の問題については、父母が対立した場合に、裁判所が保全手続等により職務代行者を選任すること等も考えられるとの意見もあった。

(3) (2)の規律に違反した場合の効果

現行民法では、上記(1)のとおり、共同で親権を行う父母の一方が、他方の親の意思に反してした相手方のある法律行為の効力に関する規定があるが(民法第825条)、重要決定事項に関する離婚後の双方責任が認められた場合においても、この規定と同様に、父母の一方が上記(2)の規律に反して決定した場合における第三者との間の効力が問題となることから、第三者との間の効果に関する規律を設けてはどうかという意見がある(注1)。

また、現行民法では、父母が共同して親権を行う場合に父母間の効果を定めた規定は存在しないが、重要決定事項に関する離婚後の双方責任が認められた場合、上記(2)の規律の実効性を高めるため、父母間の効果について規律を設けてはどうかという意見がある(注2)。

(注1) 第三者との間の効果に関しては、①一律に無効とする、②善意の第三者との関係でのみ有効とする、③一律に有効とするといった選択肢が考えられるが、「家族法研究会」では、決定事項の性質によって効果が異なり得るため、子の財産管理に関する行為の場合には第三者効の議論がしやすいが、それ以外の場合では、第三者効という議論が当てはまらない場合があり、どのような事項を念頭に置くかで必要な議論が異なるとの意見があった。

(注2) 主たる決定責任者等の決定主体の変更の際の考慮要素とすることが考えられるとの意見や、不法行為に基づく損害賠償請求権の発生の一事情とすることなどが考えられるなどの意見がある。

2 課題

重要決定事項について離婚後も双方責任とした場合、決定への関与の態様や違反した場合の効果については、例えば、以下のような意見があるが、どのように考えるか。また、その他に検討すべき課題はあるか。

- ① 子に関する決定への関与の具体的な態様について、規律を設けてはどうか。例えば、一方の親が単独で決定することとしつつ、決定内容を事後的に他方の親に通知すれば足りるとする緩やかな規律から、原則として父母双方の合意により決定しなければならず、当事者間で合意することができない場合には裁判所が判断をすることとするという厳格な規律まで、様々な規律が考えられるのではないか。
- ② 関与の具体的な態様に関する規律を設けた場合、その規律に違反した場合の効果に関する規律を設けてはどうか。

以 上