

子の養育をめぐる問題についての子の意見の尊重及び 父母の離婚に関連する諸問題に関する論点の検討

第 1 はじめに

本部会では、これまで父母の離婚をめぐる子の養育の在り方に関し、養育費、面会交流、子に関する事項の決定等といった問題となり得る個々の場面について、規律の在り方を検討してきた。その過程では、これらのいずれの場面でも、子の利益が最も重要であることが改めて確認されるとともに、それを確保するためには、子の意見を適切・的確に把握して尊重することを保障するための規律が整備される必要があるとの意見が出されたところである（子の主観的状态を意味する語としては、「意見」の他にも、「意思」、「意向」、「見解」、「嗜好」、「気持ち」等様々なものが考えられ、そのいずれが適切かは、対象や、子の発達状況によっても異なってくると考えられる。この点については、今後、更に具体的な検討を行うこととなった場合に、問題となる場面ごとに適切な用語を検討すべきであると考えられることから、本資料では、幼児の主観的状态も含めて暫定的に「意見」という語を用いている。）（注 1， 2）。もっとも、この点については、例えば、父母の離婚時に子に監護親を選ばせることは、子にとって過酷な選択を強いるものであることも多い。したがって、子の意見を尊重するとしても、子に過酷な選択をさせるような制度とならないように、相当に慎重かつ丁寧な議論が必要であるとの指摘もある。

そこで、本資料の「第 2」では、父母の子の養育に関する規律の在り方についてのこれまでの検討結果を踏まえつつ、①離婚後の子の養育の体制を定める場面（親権者又は監護者や、養育費、面会交流等といった、離婚後の養育の体制を定める場面）と、②子に関する個々の事項について決定する場面（子の教育、医療、財産といった個別の事柄についての決定をする場面）とに分けて、まず現行法下における規律を整理した上で、子の意見を尊重すべき場面、対象等に関する規律の在り方について検討を行っている。なお、②の点については、離婚後にのみ問題になるわけではなく、親子関係一般において共通して問題となるものである。

また、これまでの部会における調査審議では、主に、父母が離婚をする場合を対象に、子の利益を確保するための規律の在り方を検討してきたが、本部会の調査審議の範囲を画する諮問第 1 1 3 号（注 3）は、「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」についての

検討を求めるものであり、必ずしも離婚の場面に限定した検討を求めるものではない。実際に、これまでの会議においても、父母の離婚の場面に限らず、これに関連する課題についても検討する必要があるとの意見が出されたところである。

そこで、「第3」では、このような課題のうち、①嫡出でない子の養育の問題（注4）及び②父母の別居に伴う子の養育の問題を取り上げ、現行法下における規律について整理をした上で、その規律の在り方について検討を行っている。もとより、離婚に関連する課題に関して、これら以外の場面についての検討を排除する趣旨のものではない。

（注1）第6回会議においては、面会交流の取決めに関する考慮要素等として「子どもの意見」を明示してはどうかとの意見や、面会交流の取決めをした後も、面会交流を実施していく中で、子どもの成長に応じて随時その意見を反映することができるような制度の在り方を検討してはどうかなどの意見が出された。

また、親が子に関する個々の事項を決定する場面についても、部会資料6において検討されている決定主体の問題だけではなく、子の意見を尊重するための規律の在り方を検討すべきとの指摘がされた。

（注2）児童の権利条約に子の意見表明権が規定されていることに留意して、離婚後の子の養育に関する法制度においても、子の意見表明権を保障するための規律を設けるべきであるとの指摘もある。

また、これに対応するような外国の立法例として、公益社団法人商事法務研究会の「家族法研究会」では、例えば、フランス法において、両親は、子に関する決定に子の年齢及び成熟度に応じて子を関与させるとの規定（民法典371-1条4項）や、子は、自らに関する全ての訴訟において自らの意見が聴取される権利があるとの規定（民法典388-1条）が民法典に設けられている例が紹介された。

（参考）

児童の権利条約（1994年4月批准）

第12条

1 締約国は、自己の意見を形成する能力のある児童がその児童に影響を及ぼすすべての事項について自由に自己の意見を表明する権利を確保する。この場合において、児童の意見は、その児童の年齢及び成熟度に従って相応に考慮されるものとする。

（注3）「父母の離婚に伴う子の養育への深刻な影響や子の養育の在り方の多様化等の社会情勢に鑑み、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があると思われるので、その要綱を示されたい。」

(注4) 嫡出子とは、婚姻関係にある夫婦から生まれた子のことをいう。

民法上の親子関係の発生について、母子関係は出生によって当然に発生するのに対し、父子関係は、法的な規律に従って定まる。すなわち、妻が婚姻中に懐胎した子は、夫の子、すなわち嫡出子と推定される(民法第772条)。これに対し、嫡出でない子については、認知によって父が定まることとなる(民法第779条)。すなわち、嫡出でない子については、認知されるまでは、法律上は父がいない状態である。

嫡出推定を始めとした親子関係の発生に関する規律の在り方については、現在、法制審議会民法(親子法制)部会において調査審議が行われている。

第2 子の養育をめぐる問題についての子の意見の尊重について

1 現行法下における規律の整理及びそれに対する主な意見

(1) 離婚後の子の養育の体制を定める場面

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・4 (略)

(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。

現行民法では、父母の離婚に際し、子の監護者、面会交流、養育費等に関する取決めをする場面において、「子の利益を最も優先して考慮しなければならない」と規定されているが(民法第766条第1項後段)、「子の利益」を判断するに当たり、子の意見をどのように考慮すべきかについては何らの規律も設けられていない。また、親権者の指定についても、当然、

子の利益を最も優先して考慮すべきであることは前提とされていると解されるものの、親権者変更の場面にものみ「子の利益」についての明示がされているところである。

これに対し、人事訴訟法及び家事事件手続法には、15歳以上の子の陳述の必要的聴取の規定や、子の意思の把握等に関する規定（家事事件手続法においては、「意思」の語も用いられている。）があるが（注1）、そのようにして把握した意見の扱いについて、実体法的な規律はなく、家庭裁判所における総合的な判断に委ねられている。

父母の離婚後の子の養育の体制を定める場面については、子の利益を判断するに当たっての子の意見の実体法的な位置付けを明らかにした上で、子の利益の判断に当たって子の意見が尊重される規律の在り方を検討すべきであるとの意見がある（注2）。もっとも、この点については、子に親を選ばせるような過酷な選択を強いることにならないように留意する必要があるとの指摘もある。

また、現行法下では裁判手続の場面でのみ子の意見に関する規定がある状況であるが、我が国の離婚の9割近くを占める協議離婚の際等、裁判手続以外の場面も、子の意見が尊重されることを確保するための規律の在り方を検討すべきであるとの意見もある。

さらに、いったん養育の体制について定められた場合であっても、子の状況や子の意見は、時間とともに変化するものであることから、子の養育の方法については、取決めの後も随時子の意見を尊重することができる規律を設けてはどうかといった意見もあった（具体的には、子が自らの養育体制の変更を求めることができるような手続を整備する方向性や、面会交流の強制執行の段階において子の意見を尊重するための手続を設ける方向性等の意見が示された。）。

（注1）人事訴訟法及び家事事件手続法では、子の意思や意見の聴取に関する規定が設けられており、判決において子の監護に関する処分や親権者の指定についての裁判をするに当たっては、15歳以上の子の陳述を聴かなくてはならず（人事訴訟法第32条第4項）、子の監護に関する処分（養育費に関するものを除く。）や親権者の指定についての審判をする場合等も同様である（家事事件手続法第152条第2項、第169条第2項）。家事調停においても、未成年の子がその結果により影響を受ける手続では、子の意思を把握するように努めなければならない（同法第258条第1項、第65条）。

- 人事訴訟法（平成15年法律第109号）
（附帯処分についての裁判等）

第32条

1～3 (略)

4 裁判所は、第一項の子の監護者の指定その他の子の監護に関する処分についての裁判又は前項の親権者の指定についての裁判をするに当たっては、子が十五歳以上であるときは、その子の陳述を聴かなければならない。

○ 家事事件手続法（平成23年法律第52号）

第五款 家事審判の手続における子の意思の把握等

第65条 家庭裁判所は、親子、親権又は未成年後見に関する家事審判その他未成年者である子（未成年被後見人を含む。以下この条において同じ。）がその結果により影響を受ける家事審判の手続においては、子の陳述の聴取、家庭裁判所調査官による調査その他の適切な方法により、子の意思を把握するように努め、審判をするに当たり、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。

(陳述の聴取)

第152条

1 (略)

2 家庭裁判所は、子の監護に関する処分の審判（子の監護に要する費用の分担に関する処分の審判を除く。）をする場合には、第六十八条の規定により当事者の陳述を聴くほか、子（十五歳以上のものに限る。）の陳述を聴かなければならない。

(陳述の聴取)

第169条

1 (略)

2 家庭裁判所は、親権者の指定又は変更の審判をする場合には、第六十八条の規定により当事者の陳述を聴くほか、子（十五歳以上のものに限る。）の陳述を聴かなければならない。

(家事審判の手続の規定の準用等)

第258条 第四十一条から第四十三条までの規定は家事調停の手続における参加及び排除について、第四十四条の規定は家事調停の手続における受継について、第五十一条から第五十五条までの規定は家事調停の手続の期日について、第五十六条から第六十二条まで及び第六十四条の規定は家事調停の手続における事実の調査及び証拠調べについて、第六十五条の規定は家事調停の手続における子の意思の把握等について、第七十三条、第七十四条、第七十六条（第一項ただし書を除く。）、第七十七条及び第七十九条の規定は家事調停に関する審判について、第八十一条の規定は家事調停に関する審判以外の裁判について準用する。

(注2) 子の意見の実体法的な位置付けを明らかにするとしても、例えば、離婚後の養育費の内容や条件といった金銭的な問題について子の意見を聞くことは、子に適切な判断が困難な場合も多いのではないかとの指摘もある。この点、家事事件手続法の逐条解説によれば、「子の監護費用の分担に関する審判については、監護費用の分担の判断根拠となるべき経済的な事情に関する資料を収集するために、子の陳述の聴取が重要なものになるとは一般的に考えにくく、また、監護費用の分担に関する協議又は審判に子自身は拘束されないと解されていることを踏まえ、子の陳述の聴取を重要なものとはしないこととしている。」とされる(金子修編著『逐条解説・家事事件手続法』(商事法務, 2013) 493頁参照)。

(2) 子に関する個々の事項について決定する場面

子に関する個々の事項を決定する場面における子の意見の尊重は、離婚後においてのみ問題になるわけではなく、例えば父母が婚姻中に共同で親権を行使する場合も含め、全ての親子関係について問題となり得るものである。したがって、以下、この点に関する記載は、必ずしも、父母の離婚後の場面を前提としたものではない。

なお、父母の離婚後の子に関する個々の事項の決定主体については、部会資料6で「決定責任を負う者」という観点から、親権者とは別の概念を設けることの可否を検討しているが、現時点では特定の方向性を定めずに議論されている状況であるため、以下では、現行法の親権者概念を前提とした記載としている(父母子の間関係について、部会資料6は子に関する事項についての決定主体に焦点を当てるものであるのに対し、本資料は親の決定の際の子の意見の尊重について焦点を当てるものである。)

民法

(子の氏の変更)

第791条 子が父又は母と氏を異にする場合には、子は、家庭裁判所の許可を得て、戸籍法の定めるところにより届け出ることによって、その父又は母の氏を称することができる。

2 父又は母が氏を改めたことにより子が父母と氏を異にする場合には、子は、父母の婚姻中に限り、前項の許可を得ないで、戸籍法の定めるところにより届け出ることによって、その父母の氏を称することができる。

3 子が十五歳未満であるときは、その法定代理人が、これに代わって、前二項の行為をすることができる。

4 前三項の規定により氏を改めた未成年の子は、成年に達した時から一年以内に戸籍法の定めるところにより届け出ることによって、従前の氏に服することができる。

(十五歳未満の者を養子とする縁組)

第797条 養子となる者が十五歳未満であるときは、その法定代理人が、これに代わって、縁組の承諾をすることができる。

2 (略)

(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。

(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。

(利益相反行為)

第826条 親権を行う父又は母とその子との利益が相反する行為については、親権を行う者は、その子のために特別代理人を選任することを家庭裁判所に請求しなければならない。

2 親権を行う者が数人の子に対して親権を行う場合において、その一人と他の子との利益が相反する行為については、親権を行う者は、その一方のために特別代理人を選任することを家庭裁判所に請求しなければならない。

まず、親権の内容のうち、監護教育に関する一般的な規定である民法第820条をみると、親権者は、子の利益のために子の監護及び教育をすることを定めているが、子の利益を判断するに当たって、子の意見をどのように取り扱うべきかということについては、何ら規定していない(注)。

また、親権のうち財産管理に関する一般的な規定である民法第824条をみると、親権者が子の財産を管理する場合等については、その子の行為を目的とする債務を負わせる場合に限って本人の同意を得なければ

ならないこととされているが、その他の場合については、何ら規定していない。なお、財産管理については、親権者と子との利害が相反する行為については、特別代理人を選任することができることとされているが、特別代理人の選任を申し立てることができる者は親権者であるため（民法第826条）、子が自ら特別代理人の選任を申し立てることはできない。

さらに、氏の変更や、養子縁組については、15歳に達している子は自ら単独で行うことができる一方で、15歳未満の子については、法定代理人がこれに代わって行うこととされている。もっとも、15歳未満の子について、本人の意見に関する規律は民法には規定されていない。

子に関する個々の事項の決定の場面については、例えば、進学等に関する決定や、子の財産の管理に関する決定の場面等において、親権者又は監護者と子の意向が一致しない場合に、どのように子の意見を尊重すべきかといった観点から、実体的な規律や、それを確保するための手続的な規律を整備する必要があるとの意見がある。

なお、養子縁組や氏の変更といった身分行為の点については、今後、未成年養子制度の在り方について検討を行う中で取り扱う予定である。

(注) 令和3年2月に法制審議会民法（親子法制）部会において取りまとめられた「民法（親子法制）等の改正に関する中間試案」では、親権者は、民法第820条に規定する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旨の規律を設けることが提案されている。これは、子の人格を傷付けるような行為については、同条の「監護及び教育」の範囲に含まれず、親権の行使として許容されないことを明確にするなどの趣旨に基づくものであると整理されている。

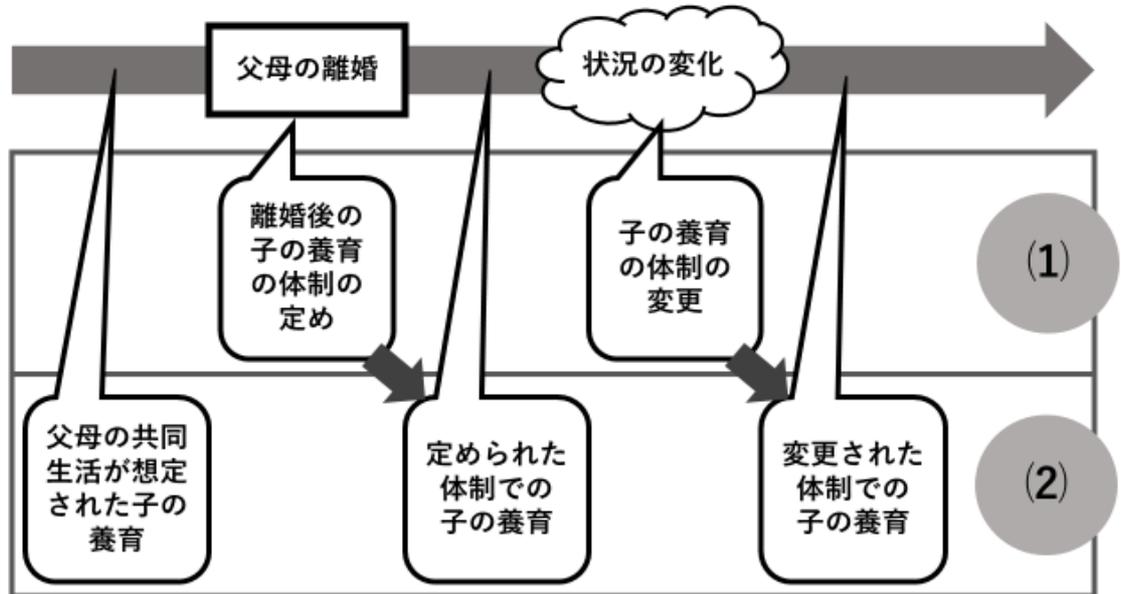
同条の規律の在り方については、同部会において引き続き調査審議が行われているところ、本部会においても、その議論の動向を注視していく必要がある。

2 課題

子の養育をめぐる問題に関し、子の意見を尊重するための規律の在り方については、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。

父母が離婚後の子の養育の体制について定める場面（(1)）や、子に関する個々の事項について決定をする場面（(2)）においては、子の発達の程度等に応じて子の意見を尊重することが望ましいと考えられるところ、子の意見を尊重するための規律の在り方について、以下のような各規律を設けることを検討してはどうか。

参考図：(1)の規律と(2)の規律との関係



(1) 父母が離婚後の子の養育の体制について定める場面（注1，2）

ア 対象となる事項に着目した規律

- ① 面会交流の取決めや、親権者又は監護者指定等の場面等，父母の離婚後の子の養育の体制は，子の利益の観点から定められなければならないことを明示するとともに，子の利益を判断するに当たっての考慮要素の一つとして「子の意見」を明示することを検討してはどうか（注3，4）。
- ② 一定の事項については，子の意見を直接反映することができる規律を設けることを検討してはどうか（注5）。

イ 離婚の種類に着目した規律

- ③ 現行法下では，協議離婚をするに当たり，父母間の協議で，親権者の指定等といった離婚後の子の養育の体制を定める際に，子の意見が尊重されることを担保する仕組みはないが，これを担保するような協議離婚制度の在り方を検討してはどうか。

例えば，未成年者の父母の協議離婚については，子の利益を確保する観点から弁護士等の法律家を関与させることとした上で，当該法律家に，離婚後の子の養育の体制の定めが，子の意見を尊重したものとなっているかを確認する役割を担わせることを検討してはどうか。

ただし，仮にこのような方向性で検討を進める場合には，DV，児

童虐待等の事情がある場合に、適時の離婚が困難となることで再被害が生ずるといった事態が起こることのないように留意する必要がある。

ウ 子の年齢に着目した規律

- ④ 一定の年齢を基準として、子の意見を尊重する規律を設ける方向について検討してはどうか（注6）。

エ 従前の取決めを変更する場面に着目した規律

- ⑤ 子の利益に適う養育の体制は、子の意見の変化等に応じて随時変化し得るものであるから、例えば、面会交流について、子の意見の変化等に応じて、適切かつ迅速に取決めの見直しの当否について検討することができる手続（注7）や、そのような手続と従前の債務名義による強制執行との関係を調整する規律とを設けることを検討してはどうか。

また、それらの手続の申立権を子にも認めるとともに、その申立ての実効性を確保するための手続を整備することを検討してはどうか。

（注1）父母が離婚する場合のみを対象とするか、「第3」で検討している婚姻中の父母が別居をする場合も含めるかという点については更に検討を要する。

（注2）父母の離婚後の子の養育の体制の選択について、より子の意見を取り入れていくことを明示する場合には、子が父母の板挟みになることや、子に過酷な判断を強いることになるなど、子の利益を害する事態を招かないようにする必要がある。また、子が安心して自身の意見を自由に表明することができるようにするための場や手続を設ける必要がある。

（注3）本文は、「子の意見」を「子の利益」を判断するに当たっての考慮要素の一つと扱うものであるが、これとは独立したものとして規律に取り組むことも考えられる。もっとも、その場合には、子に決定権を与えることになったり、子の選択を直接結果に反映させたりすることにつながるが、このような方向性については、子に過酷な判断を強いることになるおそれがあるため、慎重な検討を要する（本資料において、基本的に、子の意見を「尊重」という語を用いているのは、直接「反映」させる趣旨ではないことを意図したものである。）。

これに対し、本文②は、特定の場面に限っては、むしろそのような規律を設けた方がよいのではないかという意見があることを受け、特に「直接反映」という用語を用いているものである。

(注4) 部会資料3「第4. 2」(12頁)及び本部会資料「第3」参照。

(注5) 例えば、父母間に面会交流をめぐって紛争がある場合には、その間に置かれた子が、監護親及び非監護親に対し、それぞれ異なる意見を述べることもあると思われ、子の意見を正確に把握するための手続を整備する必要があると考えられる。

(注6) 子が自分の感情を整理することの難しさは、個々の具体的な状況等によって様々であり、一律に年齢で線引きすることができるかについては十分な検討が必要となる。この点について検討を進める場合には、発達心理学等の知見について、更に収集する必要があるものと思われる。

(注7) 他方で、子の意見の変化等に応じて柔軟に取決めの見直しができるような手続ができた場合には、(具体的にどのような制度となるかにもよるが)自分に有利な結論を得たい親が、繰り返し現在の子の意見の状況の確認等を求めたり、子に特定の意見を述べるように働きかけたりする可能性があり、その結果、紛争が延々と続き、いつまでも法的安定性が確保されないこととなる可能性もある。

(2) 子に関する個々の事項について決定する場面(注1)

ア 親権者がこれから決定をする場面に着目した規律

- ① 親権者が子に関して決定すべき事項のうち、親権者と子の意向が一致しない場合には、子の申立てにより特別代理人を選任することができるとの規律を設けることを検討してはどうか。
- ② 個別の事項について、親権者と子との意見が一致しない場合(例えば、子がある学校への進学を希望しているにもかかわらず、親権者が他の学校への進学を強制しようとする場合)について、親権者と子との関係を調整するための手続を設けることを検討してはどうか(注2)。

イ 親権者が子の意見に反する決定をした場面に着目した規律

- ③ 親が子に関してした決定が、合理的な理由がないにもかかわらず子の意見を尊重したものでない場合には、親権者変更の理由になることや、子の人格権を侵害するものである場合には子から親に対する損害賠償請求の理由となることを明示することを検討してはどうか(注3)。

ウ 親子間に利益相反がある場面に着目した規律

- ④ 親権者と子との利益が相反している場合の特別代理人の選任手続について、子に申立権を認めるとともに、子による申立ての実効性を

確保するための手続を整備することを検討してはどうか。

エ 一般的な理念に着目した規律

- ⑤ 親権者が子に関する決定をする場合には、子の意見を尊重しなければならない旨の一般的な規律を設けることを検討してはどうか（注4）。

（注1）子に関する個々の事項について親権者と子の意向が一致しないという場合では、子の成熟度に応じて、子の意見が尊重されるべきであることに異論はないように思われる。しかしながら、親権者は、未成年の子の意見が明確であったとしても、少なくともそれが本人の利益を著しく害することが明白であれば、それを阻止する義務を負っているのであり、子の意見が明確であることを理由に、親権者としての責任を免れることはできないものと考えられる。そして、民法は、このような親権者の責任の有無を、子が成年年齢に達しているか否かによって区別している。

そうすると、未成年の子に関する個々の事項の決定に関する実体的な規律の在り方について検討をする場合には、子の意見が、どのような場合に、どのような範囲で、親権者の持つ裁量権を限定し得るのかという観点から検討する必要があるものと考えられる。

（注2）子の養育に関する個別の決定について何らかの手続を創設する方向性について、仮に何らかの裁判手続を創設することとする場合には、そのような問題が法的紛争といえるか（裁判所に調整・解決能力があるといえるか。）、裁判所がどのような決定をしたとしても、その後の親子関係に深刻な影響をもたらすのではないかといった問題等についても慎重に検討する必要がある。

他方で、親権者と子の意向に不一致が生じている場合には、子に対する何らかの支援が必要であると思われることから、子の利益を確保するためにどのような制度があり得るかについて、民事法制にとどまらない幅広い観点から更に検討を行うことも考えられる。

（注3）現行法下でも、親権者の判断が、不合理に子の意向を全く無視するようなものである場合には、親権者変更となり得るものであるし、それが子の人格権を侵害するものである場合には損害賠償の理由となり得ることがあると思われるが、親子間の意見の不一致の問題を、直ちに親権者変更申立てや損害賠償請求の問題とすることを明示することが、親子関係に関する規律の在り方として適切なのかという点については、様々な考え方があり得るところである。

（注4）本部会資料第2. 1(2)の（注）のとおり、民法第820条の規律の在り方について

て、法制審議会民法（親子法制）部会において調査審議が行われている。

第3 父母の離婚に関連する諸問題

1 現行法の規律の整理及びそれに対する主な意見

(1) 嫡出でない子の養育に関するもの

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・4 （略）

（認知後の子の監護に関する事項の定め等）

第788条 第766条の規定は、父が認知する場合について準用する。

（扶養義務者）

第877条 直系血族及び兄弟姉妹は、互いに扶養をする義務がある。

2・3 （略）

ア 親の扶養義務

現行法下において、親の子に対する扶養義務は、その子が嫡出子か否かによって異なるところはないものと解釈されている。したがって、この点については、部会資料3で検討した親の未成熟子に対する扶養義務の問題がそのまま妥当することとなる。

もともと、嫡出でない子に対する扶養義務は、嫡出子に対する扶養義務よりも更に十分に認識されていないおそれがあり、そのために、扶養料（養育費）が自主的に支払われず、その請求がされることも少ないのではないかとの指摘もある。

イ 監護にとって必要な事項の取決め

民法第788条は、民法第766条を準用しており、嫡出でない子に関する監護者、養育費、面会交流等といった監護について必要な事項に

については、当事者の協議又は家庭裁判所の審判によって定めることとされている。

もっとも、父が認知をした場合に、父母間において、養育費等の子の養育に関する取決めがされることを担保する現行法上の仕組みはなく、何らの取決めがされず、養育費も支払われずに子の貧困の問題が生じていることも多いとの指摘がある。

(2) 父母の別居に伴う子の養育に関するもの

民法には、婚姻中である父母が別居をする場合の未成年の子の養育に関する事項の定め方や、別居期間中の子の養育の在り方について直接規律する規定はない。

この点に関して紛争が生じた場合には、以下のような規律に基づき解決が図られているものと考えられるが、父母の離婚よりも別居の方が子に与える影響が大きいことから、父母の別居を巡る子の養育についても、子の利益の観点から規律を整備する必要があるとの指摘がある。

ア 子の生活費

民法

(同居、協力及び扶助の義務)

第752条 夫婦は同居し、互いに協力し扶助しなければならない。

(婚姻費用の分担)

第760条 夫婦は、その資産、収入その他一切の事情を考慮して、婚姻から生ずる費用を分担する。

別居中の夫婦の一方は、他方に対し、婚姻費用の分担を請求することができる（民法第760条）、婚姻費用とは、夫婦及びその間の未成熟子が共同生活を営むために要する一切の費用を意味すると解されている。したがって、婚姻中の父母が別居している場合の子の生活費等については、監護親から非監護親に対して婚姻費用として請求されることとなる。

もっとも、婚姻費用については、養育費よりも不払いの問題が深刻であるとの指摘もある。

イ 監護者・面会交流

婚姻中かつ別居中の父母の間の子に関する監護者や面会交流については、民法に直接の規定はないが、民法第766条が類推適用されると解されており、当事者間で協議が整わないときや、協議をすることができないときは、家庭裁判所の審判によって定められることとなる。

父母の一方が子連れて別居を開始した場合の問題については、家庭裁判所の監護者指定の判断基準が明らかでなく、単に裁判時点で実際に子を監護している方の親を監護者として指定する運用になっているのではないかとの指摘がある（もっとも、この点については、親の監護状況としては子の出生以降のものが広く考慮されており、別居開始以降の直近の事実状態がいたずらに重視されているわけではないという指摘もある。）。また、現行法下でも、保全処分として仮の監護者指定・引渡しの申立てを行うこともできるが、この手続においては、比較的慎重に審理される傾向があるとされているため（注1，2），子の養育環境の固定化等が生じやすくなることがあるのではないかといった指摘等がある。

（注1）東京家事事件研究会編「家事事件・人事訴訟事件の実務」（法曹会，2015）250頁では、子の監護者指定・引渡しの事案の保全処分について、「心証の程度は疎明で足りるとはいえ、数次の裁判において異なった判断がされる都度子の引渡しの強制執行がされると、子に対して著しく大きな精神的緊張と精神的苦痛を与えることとなり、このこと自体が子の福祉に反することになるとの配慮から、本案と審判前の保全処分とで結論が実質的に異ならないようにされる傾向がある。」との指摘がされている。

このような取扱いも子の利益に配慮した合理的なものであると考えられるが、他方で、審理期間中に子が別居後の環境に定着してしまう結果として、現状肯定的な判断に繋がってしまうのではないかとの見方や、結果的に引渡しを認容する判断をする場合には、かえって子にとって過酷な事態となるのではないかとの見方もあり得る。

（注2）保全処分の審理期間に関する統計はないが、本案である子の監護に関する処分事件（子の引渡し）の平均審理期間（調停・審判の申立て受理日から調停成立又は審判の日までの平均期間）は、令和元年が7.7か月、令和2年が8.0か月である（参考資料2-11参照）。

2 課題

嫡出でない子の養育や、父母の別居に伴う子の養育の在り方については、以下のような意見があるが、どのように考えるか。

(1) 両場面に共通のもの

- ① 親の子に対する扶養義務の内容等を明確化する方向で検討進めることを前提に（注1）、親の扶養義務は、父母の離婚後にのみ問題になるものではなく、嫡出でない親子関係や、父母の別居中の親子関係等を含む全ての親子間に共通するものであることを意識して、規律の文言の在り方や、民法における規定の位置を検討してはどうか。
- ② 認知の時や、婚姻中の父母の別居時についても、子の監護について必要な事項の取決めを確保する規律の在り方を検討してはどうか（注2）。
より一般的に、父母と未成熟子とが共同生活を送ることができない場合について、子の監護について必要な事項の取決めの確保に関する包括的な規律の在り方を検討してはどうか（注3）。
- ③ 離婚時に最低限度の養育費請求権が自動的・暫定的に具体化する規律を設けるという考え方（注4）について、認知時や別居時にもこのような具体化の規律を設けることを検討してはどうか。
ただし、認知の場面については、認知がされにくくなるおそれがあること、別居の場面については、DV被害者が子をおいて避難せざるを得ないという場面で債務を負うこととなるおそれがあることに留意して検討を進める必要がある。

（注1）部会資料3「第2. 2(2)」(5頁)参照。

（注2）部会資料3「第3. 2」(11頁)の①及び②参照。認知及び別居時にどのような働きかけが可能であるかについて、更に検討を行う必要がある。

なお、「父母の別居」については、法制審議会民法（親子法制）部会でも、嫡出推定制度に関し、夫婦関係が悪化し、別居した後に妻が妊娠した子を、夫の子であると推定することが相当かという観点から、「夫婦の別居」の概念を民法上の規律に取り込むことの可否について検討が行われている。

（注3）現行民法では、監護者、養育費、面会交流等といった子の監護について必要な事項の取決めについては、「第二章 婚姻」中「第四節 離婚」中の民法第766条で規定され、嫡出でない子に関して準用されたり、父母が別居中の子に関して類推適用されたりしている。もっとも、父母と子が共同生活を送ることができない場合における、子の監護について必要な事項の取決めについては、より一般的な規定として、例えば、「第三章 親子」や「第四章 親権」等の中に規定することも考えられる。この場合には、上記「①」の親の子に対する扶養義務に関する規律についても、同章中に規定することも考えられる。もっとも、この点は、最終的には法制的な面からも検討する必要がある。

(参考) 民法「第4編 親族」の構成

第一章 総則

第二章 婚姻

第一節 婚姻の成立 第二節 婚姻の効力 第三節 夫婦財産制

第四節 離婚

第三章 親子

第一節 実子 第二節 養子

第四章 親権

第一節 総則 第二節 親権の効力 第三節 親権の喪失

第五章 後見 (節省略)

第六章 保佐及び補助 (節省略)

第七章 扶養

(注4) 部会資料3「第3. 2」(11頁)の③参照。

(2) 父母の別居に伴う子の養育に関するもの

- ④ 父母が別居する場合の監護者の指定について、「子の利益」を判断するに当たっての一定の考慮要素・基準を定めてはどうか(注1, 2, 3)。
- ⑤ 父母の別居後の養育環境に子が定着した後で子の引渡しの審判が出される等といった、子の養育環境の安定性を害する事態を避けつつ、子の利益を適切に考慮した紛争解決を実現するために(注4, 5)、父母の別居に際しての監護者指定、面会交流等といった子の監護に関する裁判手続(調停及び審判手続並びに保全事件)について、適切かつ迅速な裁判を可能とするための特則を設けることを検討してはどうか(注6)。

(注1) 考慮要素を法定することの意義については、当該事項の判断について、国会等で議論した上で判断枠組みを定めるのか、それとも、裁判官の広い裁量にまかせるのかの問題であるとの重要な指摘があった。この点については、監護者及び親権者指定の問題が極めて重要な問題であるにもかかわらず、裁判官による判断過程が必ずしも明確でない場合があるとの指摘があることにも留意した上で、検討を進める必要がある。

(注2) 前掲「家事事件・人事訴訟事件の実務」234頁から238頁までによれば、「子の利益」の判断に当たっては、「従前の監護状況、現在の監護状況や父母の監護能力(健康状態、経済状況、居住・教育環境、監護意欲や子への愛情の程度、監護補助者による援助の可能性等)、子の年齢、心身の発育状況、従来の環境への適応状況、環境の変化

への適応性、父又は母との親和性、子の意思等、父母の事情や子の事情を実質的に比較考量して父母のいずれが監護者として適格であるかが検討される。」とされる。

その上で、この比較考量を行う際に、従前から考慮されている点として、①乳幼児期（一、二歳程度）における「主たる監護者」による監護、②監護環境の変化（幼少時には主たる監護者との精神的なつながりの継続性が、就学後は、監護環境（住居や学校、友人関係等）の継続性がより尊重される傾向にあるとされる。）、③子の意思、④面会交流の許容性、⑤きょうだいの不分離、⑥監護開始の様相が挙げられている。

そして、「近時は、夫婦の生活スタイルの多様化や共働き夫婦の増加等に伴い、父母の監護が拮抗し、父母のいずれもが主たる監護者であるのかを確定することが容易ではない事案や、そもそも、夫婦の別居後も父母による交代監護の形態での監護が継続して行われ、父母のいずれか一方を監護者として確定すること自体が困難な事案など、複雑な案件も少なくない。いずれにせよ、今後は、当該事案における個別具体的な事実関係をより具体的に掘り下げた上での緻密な検討がより一層要求される場面も多くなるであろう。」とされている。

（注3）家族法研究会報告書130頁では、監護者及び親権者を定める場合の規律として、要旨以下のような考慮要素を定めることについて更に検討を行うことが提案されている。

- | |
|--|
| <ol style="list-style-type: none">① 子の出生から現在までの監護状況② 子の現在の生活状況③ 父母の監護能力④ 子の年齢、発育状況、意思⑤ 別居前の環境への適応状況及び環境の変化に対する適応能力⑥ 子と父又は母との関係⑦ （別居等をしている場合に）直近の監護状態の開始の様相⑧ 別居後の監護費用の分担状況⑨ 別居又は離婚後において非監護親と子との交流が相当な場合における相手と子との間の交流についての態度（別居開始から判断時までの交流の状況を含む。） |
|--|

なお、このうち⑨の点については、これまでの会議でも「フレンドリーペアレントルール」などとして議論されたものと関連するものであるが、当該論点に関する議論においては、単により多く相手方と子との交流を認める方を親権者又は監護者とするという規律と、子にとって面会交流が利益となる場合においてそれに協力しない態度を監護者・親権者指定の中で考慮するという規律とが混然一体と議論されているように思われるところ、少なくとも後者については、現在の実務でも考慮要素となっていると考えられる（上記（注2）で紹介した文献によれば、前者（面会交流の許容性）について

も、一定程度は考慮要素とされることもあるようである。)。この点については、上記(注1)の指摘も考慮すると、十分な検討を行った上で、このようなことを考慮すべきなのか、仮にそれを考慮する場合にはどのように考慮すべきかについて細かい規律を設けることも考えられる。

(注4) 父母のいずれに子を監護させるべきかという観点から暫定的な監護者を定めるといふ本文の考え方とは異なり、父母の一方が子を連れて別居をした場合における子の監護に関する保全処分では、子の利益に反する事情がない限り、いったん子を従前の居住環境に戻す(同居時の住居に居住している方の親への引渡しを命ずる。)という判断枠組みで審理する制度にすべきであるとの意見もある。仮に、このような制度とする場合には、裁判所は、父母のいずれに監護させることが子の利益に適うかという点を審理するのではなく、例外事情の有無のみを判断することになるため、審理期間の短縮が期待されることとなる。例えば、国際的な子の奪取の民事上の側面に関する条約の実施に関する法律(いわゆるハーグ条約実施法)における子の返還の申立事件では、子が国境を越えて不法に連れ去られた場合等には、子の常居所地国で解決されることが望ましいとの考え方の下で、監護権の所在と子の返還請求との問題を切り分けていること(同法第28条第3項)とも関連し得るように思われる(同法における「子の返還」とは、子の常居所地国への返還であり、申立人である別居親に対する返還ではない(同居親が当該国で子と同居する返還方法もあり得る。))ことに留意する必要がある。)

もっとも、このような制度については、本文で指摘されている子の養育環境が不安定になるという事態が生じるおそれがあるし、父母の別居に伴い、父母双方との同居を前提とする養育環境は既に失われていることからすると、原則的に元の居住環境に戻すことが子の利益の観点から相当な制度といえるのかについては、慎重な検討を要するものと考えられる。また、理論的には、家族の転居の機会に父母の別居が始まったという事例では、従前の住居が存在しないために解決が困難になるという問題もある。

(注5) 仮に上記(注4)のような制度を導入する場合には、仮に認められる引渡請求権の根拠について、共同親権下にある子の父母が別居をする場合の居所指定に関する実体的な規律を検討する必要があるように思われる。すなわち、ここで仮に認められる引渡請求権が、共同親権者の一方(従前の住居に引き続き居住している方)の親権に含有される監護権に基づくものであると考えるとすれば、そちらの親の監護権が他方の監護権よりも優先される理由について検討する必要があると考えられる。他方で、父母の同居時に父母が共同して居所指定をしたことを根拠にするとすれば(民法第821条の規定に照らせば、子の居所の変更は、共同親権者である父母双方である必要があるとの解釈も可能である。)、父母が円満で同居していた時にされた居所指定は、父母が別居するに至った場合にも効力を有するものなのか(具体的な地点を指定しているというよ

りも、父母と同居するという程度の指定ではないのか。)といった点についても検討をする必要があると思われる。

なお、この点に関する実体的な規律の整理は、より一般的に、父母の一方が子連れで別居を開始することが、他方の親の監護権を侵害するものかという点とも関連するものであり、いずれにしても本部会における検討の対象とすることも考えられる(仮に監護権を侵害するという考え方をとったとしても、違法性阻却が認められ、違法性が認められないことも少なくないように思われる。)

(注6) 家族法研究会報告書133頁では、以下のような提案がされている。

家庭裁判所が上記1【父母の別居時における子の監護について必要な事項】の判断を適切かつ迅速に行う観点から、この事項を判断する審判において、手続の特則として特別の規律を設けること(保全手続を含む。)について、更に検討を進めてはどうか。

例えば、上記1の事項【父母の別居時における子の監護について必要な事項】を判断する審判において、家庭裁判所調査官による子の現状確認及び親子の交流の様子の観察の結果(当該確認及び確認のための調査に対する両親それぞれの協力性に関する事情を含む。)を考慮することができるとの規律を設けることについて、更に検討を進めてはどうか。

他方で、別居後の裁判手続において子の利益を適切に判断するためにはどうしても相応の時間等を要するとも考えられることなどから、(注4)の事項についての検討をすることが前提とはなるが、一次的には、諸外国のように、別居開始前までに子の監護について必要な事項を定める(他方親の同意のない状態で子連れで別居することを認めない。)ことを原則とすることなども考えられる。

以 上