家族法制部会	資料１６－２

家族法制の見直しに関する中間試案のたたき台の補足説明（１）

（前注）本試案では「親権」等の用語については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。

（補足説明）

１　資料の位置付けと取りまとめの対象

前回会議までで諮問に関連する論点について二巡目の検討を終えたことを踏まえ、今後、中間試案の取りまとめに向けた検討を行う必要がある。

部会資料１６－１は、これまでの議論を踏まえ、中間試案のたたき台を示すことを試みるものであり、これが今後の部会における議論の対象となる。

本資料（部会資料１６－２）は、中間試案のたたき台の内容についての補足説明を試みるものである。本資料中、明朝体で記載されている部分は、部会における取りまとめの対象となるものではない。

２　前注についての補足説明

現行の民法の「親権」は、親の「権利」のみでなく「義務」としての性質も有するものであるが、親「権」という表現がされているために、それが専ら親の権利であるものであるかのように誤解されるおそれがあるとの指摘がある。部会の中でも、こういった指摘を踏まえ、民法の「親権」の用語をより適切な表現に改めるべきであるとの意見が示された。このほか、部会における議論の中では、「監護権」や「面会交流」等の用語（ただし、これらの用語は現行の民法で直接に用いられているものではない）についても検討が必要ではないかとの指摘がされた。

もっとも、部会のこれまでの議論を踏まえても、「親権」等に代わる用語については様々な意見が示されており、現状では１つの特定の候補に絞り込むことは困難であると考えられる。また、用語の見直しをするに当たっては、そもそも「親権」等の内容（概念）がどのようなものであるかという実質的な規律の内容について整理する必要がある。

そこで、試案で用いる「親権」等の用語については、差し当たり現行の民法の表現を用いることとしており、これらに代わるより適切な表現があれば、その用語の見直しを含めて検討すべきである旨の考え方を前注で示している。

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

親は、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、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）子の最善の利益を考慮するに当たっては、できる限り、子の意見又は心情を把握し、子の年齢や発達の程度に応じて、これらを尊重しなければならないものとするとの考え方があり、子と同居していない親が子の意見又は心情を把握するための方策について検討すべきであるとの考え方がある。

（補足説明）

１　基本的な規律の必要性

親は、親権を有するかどうかにかかわらず、子との関係で特別な法的地位にある（例えば、他の直系親族間とは異なる生活保持義務がある）と解されるが、このような親の法的地位については、現行法上必ずしも明確に規定されていない。そのため、例えば、親権者でない親が、子に対して何らの責任を負わないかのような誤解がされることがあり、それが養育費の不払等の一因となっているおそれがあるとの指摘がある。

そこで、試案の第１は、親子関係そのものから生ずる法律関係についての基本的な規律の整理や明確化を試みるものである。

２　試案の概要

⑴　試案の本文の概要

親は、民法その他の法令により子についての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（その親が親権者や子の監護をすべき者に定められているかどうかを問わず、現に子と一緒にいて当該子の面倒を見ているという事実上の状況にある場合）には、子の最善の利益を考慮すべきであるとの考え方がある。このうち、親権者がその身上監護権を行使する場面や子の監護についての必要な定めをする場面については、平成２３年の民法改正により、それが「子の利益」のために行われなければならない旨が明記されたが、それ以外の場面についても、子の最善の利益を考慮すべきであると解されている。

そこで、試案の第１の１は、このような考え方を明確化するための基本的な規律を設けることを提示するものである。なお、試案の本文では、その実質的な規律の意味内容を表現するために「子の最善の利益を考慮」という用

語を用いているが、この規律を条文化するに当たっては、現行の民法の他の規定（民法第７６６条や第８２０条等）の表現も踏まえつつ、法制的な観点からの検討も必要となると考えられる（注）。

⑵　注１の考え方について

親子関係そのものから生ずる法律関係についての基本的な規律を設けるに当たっては、そのような親の地位や権利義務を表現する新たな用語を検討する必要があるとの指摘があり、試案の注１ではそのような考え方を提示している。部会のこれまでの議論においては、親の義務や責任の側面を強調する観点から「親責任」という呼称を用いる考え方が提示された一方で、この考え方に対しては、ここでいう「責任」の意味内容が民事法上の一般的な「責任」の概念とは必ずしも整合的でないとの指摘や、親のみが子の養育の責任を負うと誤解される（その結果として社会による養育支援が阻害される）おそれがあるのではないかとの指摘もされた。

⑶　注２の考え方について

「子の最善の利益」は抽象的な概念であるため、何が子の最善の利益であるかを判断するための具体的な基準があることが望ましいと考えられるところであり、その基準の１つとして、例えば、親が、できる限り、子の意見等を把握した上で、その年齢等に応じて、それを尊重すべきであるとの指摘がある。試案の注２の前段は、このような指摘を踏まえた規律を設ける考え方を提示するものであり、後段は、別居親が子の意見等を把握するための方策が必要であるとの考え方を提示するものである。

もっとも、具体的な事情の下では子の意見等に反しても子の監護のために必要な行為をすることが子の利益となることもあり得る。そのため、子の意見等が子の最善の利益を判断するための絶対的な指標となるものでもなく、また、個別具体的な事案の下で、親が、子の意見等をどの程度把握し、どの程度尊重すべきかについても、様々な考え方があり得る。こういった点を踏まえると、子の最善の利益の判断の基準については、明文の規定を設けるのではなく、子の意見等の尊重の在り方も含め、解釈に委ねるのが相当であるとの考え方もあり得る。

（注）民法（親子法制）等の改正に関する要綱では、監護教育権の行使に当たって遵守すべき規律として「親権を行う者は、第８２０条の規定による監護及び教育するに当たっては、子の人格を尊重するとともに、子の年齢及び発達の程度に配慮しなければならず、かつ、体罰その他の子の心身の健全な発達に有害な影響を及ぼす言動をしてはならない。」との規定を設けることが盛り込まれているところ、これが法制化された場合には、この規律との関係についても留意する必要があると考えられる。

２　未成年の子に対する親の扶養義務

⑴　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ものとする（注１）。

⑵　成年に達した子に対する親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２）。

【甲案】

一定の場合には、親は、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⑴と同様の程度の義務を負うものとする考え方（注３、４）。

【乙案】

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

（注１）「他の直系親族間の扶養義務よりも重い」扶養義務の具体的な程度としては、例えば、子が自己と同水準の生活を保持する程度とする考え方がある。

（注２）成年に達した子に対する親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。

（注３）【甲案】においては、どのような場合に成年に達した子に対して親が本文⑴と同程度の重い義務を負うものとするかの要件の定め方が問題となり、例えば、子が成年に達する前から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こと等の一定の状況にあることを要するものとする考え方がある。

（注４）【甲案】においては、成年に達した子に対して親が本文⑴と同程度の義務を負うものとする一定の期間をどのように定めるかが問題となる。

（補足説明）

1　未成年の子に対する親の扶養義務の程度

直系親族は、互いに扶養をする義務があるが（民法第８７７条第１項）、一般に、その扶養の程度については、一般の親族間の扶養義務が生活扶助義務であるのに対し、未成年の子に対する親の義務は生活保持義務であると解されている。その意味で、未成年の子に対する親の扶養義務は他の直系親族間の扶養義務よりも重いものであると解されているところであるが、このことを明確に規律する規定は存在しない。

そこで、試案の⑴は、このことを明確化するための規律を設けることを提示

するものであり、注１は、その具体的な義務の程度について、「子が自己と同水準の生活を保持する程度」とする考え方を提示するものである。

なお、民法第８２８条ただし書は、子の養育の費用と子の財産の収益との相殺に関する定めをしているが、仮に、（子の財産状況にかかわらず）子の養育の費用は全て親が負担すべきであるとの考え方を採用するのであれば、この規定を改正する必要があるのではないかとの指摘もあり得る。

２　成年に達した子に対する親の扶養義務の程度

子に対する親の扶養義務の程度について、「未成年」の子だけでなく、「未成熟」の子に対しても、親が生活保持義務を負うべきであるとの考え方がある。試案の⑵【甲案】は、このような考え方を踏まえ、一定の場合には、成年に達した子に対しても親が生活保持義務を負うものとする規律を提示するものである。このような考え方においては、この「一定の場合」をどのように定めるかが問題となるが、例えば、経済的に自立していない子に対して親がいつまでも重い義務を負うこととすると、社会保障と親の扶養義務との関係が不明瞭となるなどの指摘を考慮して、注３のとおり、「成年に達する前から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等の状況」がある場合に限定する考え方があり、また、注４のとおり、親が生活保持義務を負う期間を一定の期間に制限するべきであるとの考え方があり得る。

他方で、成年に達した子に対する親の扶養義務を重くすることは、奨学金や社会保障に関する政策に悪影響を与えるなどの懸念を示す立場からは、成年に達した子に対する親の扶養義務を（他の直系親族と同様に）一律に生活扶助義務と理解すべきであるとの指摘がある。試案の⑵【乙案】はこのような指摘を踏まえた考え方を提示するものである。

試案の⑵本文は、【甲案】又は【乙案】のいずれかの考え方に基づいて成年に達した子に対する親の扶養義務の程度に関する明確な規律を設けることを提示するものである。もっとも、上記のようにこの点に関しては様々な考え方があることや、具体的な扶養義務を定めるに当たって考慮すべき事情は各事案によって様々であるため、【甲案】において親が生活保持義務を負う「一定の場合」や「一定の期間」を具体的に定めることは困難であることも考えられる。そのため、試案の⑵の注２では、成年に達した子に対する親の扶養義務の程度についての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を提示している。

３　いわゆる「養育費」の支払期間と額

一般に、いわゆる「養育費」の取決めがされる際には、その支払期間が必ずしも子が未成年である間に限定されるわけではなく、その支払義務の有無や程度は、子が自ら稼働して経済的に自立することが期待できない場合に、両親

の経済状況等の個別の事情を踏まえて判断されることとなる。このことは、成年に達した子に対する親の扶養義務の程度を一律に生活扶助義務と理解する立場（試案の⑵の【乙案】）を前提としても、同様であると考えられる。

第２　監護者等の権利義務の内容

１　親権者と監護者の権利義務の内容

子の監護をすべき者が定められた場合の効果に関する現行の民法第７６６条第４項等の規律を維持するものとした上で、この場面における親権者と監護者の権利義務の内容については原則として解釈に委ねるものとする方向で引き続き検討するものとする。

（補足説明）

１　検討の背景

父母が協議上の離婚をするときは、子の監護をすべき者は、父母の協議又は家庭裁判所の手続により定められる。この場合の効果について、民法第７６６条第４項は、「監護の範囲外では、父母の権利義務に変更を生じない」旨を規定するのみで、このほか、子の監護をすべき者がどのような権利義務を有するかを明確に定めた規定はない。そのため、父母の離婚後にその一方が親権者と定められ、他方が子の監護をすべき者と定められた場面（親権と監護権の分属が生ずる場面）において、親権者や監護者がどのような権利義務を有するかについては、解釈により判断されることとなる（注１）。

２　身上監護権

⑴　一般に、親権は、①子の監護及び教育をする身上監護権と②子の財産を管理し、子の財産上の法律行為について子を代理するなどの財産管理権からなると解されている。

このうちの身上監護権については、民法第８２０条に総則的な規定が設けられた上で、居所指定権（第８２１条）、懲戒権（第８２２条）（注２）、職業許可権（第８２３条）などの個別的な規定が設けられており、また、第三者に対する妨害排除請求権が含まれると解されている。

現行の民法の解釈として、子の監護をすべき者の定めは、親権のうち身上監護権を切り出してこれを監護者に帰属させるものであるとの考え方があり、これによれば、子の監護をすべき者が指定されている場合には、身上監護に関する権利義務は、（子の身分行為を法定代理する権利義務のほかは）全て監護者に帰属することとなる。

⑵　もっとも、このような考え方に対しては、現行法の解釈論として又は立法論として、監護教育に関する事項であっても、一定の範囲において、その権

利及び義務が親権者に留保されていると考えるべきであるとの指摘もある。部会のこれまでの議論においても、例えば、子の身上監護には、①重要な事項についての決定と、そのような決定に基づいて行われる②日常的な事項の決定及び③事実としての監護及び教育という質の異なるものが含まれていると分析した上で、このうちの①についての権利義務は親権者に帰属させ、②及び③についての権利義務は監護者に帰属させるものとすべきであるとの考え方も示されてきた。この考え方において、「重要な事項」の範囲をどのように解すべきかについては様々な考え方があり得るが、例えば、進学、就職、医療、宗教等に関する重要な決定については①に属するものと整理し、子の居所の指定は②に属するものと整理する考え方がある。

３　財産管理権

⑴　現行の民法の解釈として、一般に、子の監護をすべき者が指定された場面であっても、財産管理権及び法定代理権については親権者に帰属するとの考え方がある。

この考え方に対しては、実際の日常生活の中において、重要でない財産の管理や日常の些細な契約については、子の監護をすべき者が行うことがあり得るとの事実認識を前提として、この場面における法律関係を説明するための整理が必要なのではないかとの指摘があり得る。

⑵　また、上記の考え方に対しては、親権者と監護者の意向が異なるときには、子を当事者とする契約を締結することができなくなるおそれがあるとの不都合も指摘されている（注３）。このような指摘を踏まえ、解釈論として又は立法論として、監護者が財産管理権や法定代理権の一部を行使することができるようにすべく、子の財産管理に関する事項を、①重要な事項と、②それ以外の日常生活に関する事項に区分した上で、①については親権者が行使し、②についてはその法定代理権も含めて監護者が行使するものとすべきであるとの考え方があり得る。

４　身分行為についての法定代理権

現行の民法においては、財産上の行為については第８２４条において親権者の包括的な法定代理権が規定されている一方で、同条の法定代理権は身分行為には及ばないと解されており、子についてのある身分行為を親が法定代理することができるかどうかは、当該身分行為に係る規定の解釈適用によるものと解される（例えば、養子縁組の代諾に関する民法第７９７条第１項等）。そして、これらの身分行為に係る法定代理権の帰属について、現行の民法の解釈として、①子の監護をすべき者が定められている場合であっても、これらの身分行為についての法定代理権は親権者に帰属するとの考え方がある。

他方で、このような考え方に対しては、②身分行為の性質に応じて個別的に

解釈すべきであり、子の監護をすべき者が子を法定代理することができるものと解すべき身分行為もあるとの批判もされている（注４）。これらの考え方のほか、身分行為を重要なものとそれ以外とに分類して、前者の事項については親権者が子を法定代理し、後者の事項については監護者が子を法定代理するとの考え方もあり得る。

5　父母間の協議による柔軟な選択の可能性

現行法の解釈論として又は立法論として、父母間の協議により、一定の事項に関する身上監護権又は財産管理権を父母の一方又は双方に任意に振り分けることもできるとの考え方がある。このような考え方によれば、例えば、一定の場面において、本来であれば監護者に属するものと解釈される事項の一部について、（監護者と指定されていない）親権者にその権利義務を帰属させる旨を父母間の協議で定めることができると考えられる。

6　規律の見直しの要否やその内容

以上のように、親権と監護権の分属が生ずる場面における親権者と監護者の権利義務の内容については、一定の考え方の整理を試みることができる。その上で、この整理を踏まえた今後の検討の方向としては、①現行の民法の解釈としてあり得る上記の複数の考え方のうち、特定の考え方を採用し、これを明文化する規律を設けるものとする方向、②現行の民法の規定を改め、現行の民法の解釈とは異なる内容の規律を設ける方向、③この問題に関する現行の民法の規律を維持した上で、親権者と監護者の権利義務の内容については基本的には解釈に委ねるものとする（特別な必要がない限り、新たな規定を設けないものとする）方向があり得る。

これらのうち①や②の方向は、この場面における規律の内容が明確になるというメリットがあるものの、部会のこれまでの議論でも親権者や監護者の権利義務の内容について様々な意見の対立が見られたところであり、また、親権行使の対象事項の重要度に応じて権利義務を分配する考え方については、その判断基準等について更に詳細な検討を経なければ、十分に具体的で明確な規律を提示することは困難である（注５）。

そこで、このような現時点までの議論の状況等を踏まえ、試案の本文では、③の方向を提示している。

（注１）親権と監護権の分属が生じていない場面では、親権者の権利及び義務の内容については、民法第８２０条から第８２４条までの規定が設けられている。

（注２）なお、民法第８２２条については、法制審議会民法（親子法制）部会における調査審議の結果として、この規定を削除した上で、「親権を行う者は、第８２０条の規定による監護及び教育するに当たっては、子の人格を尊重するとともに、子の年齢及び

発達の程度に配慮しなければならず、かつ、体罰その他の子の心身の健全な発達に有害な影響を及ぼす言動をしてはならない。」との規律を新たに設ける旨の答申がされているところである。

（注３）ただし、監護者と親権者との意見が対立した場合であっても、監護者が自らを名義人とする契約を締結することは可能であるとの指摘があり得る。

なお、現行の民法において、父母の意見の対立が原因で子のために契約を締結することができなくなる場面は、親権と監護権が分属している場合に限らず、父母の婚姻中においてその親権を共同して行使しなければならない場合にも生ずる。

（注４）裁判例で問題となったものとして、子の氏の変更の届出をすることの法定代理がある。釧路家裁北見支部昭和５４年３月２８日審判は、子の氏の変更の審判の申立てに関する限りでは、監護者が単独で子を代理して、審判の申立てをすることができるとする一方で、東京高裁平成１８年９月１１日決定は、家庭裁判所の審判による許可を得た上で入籍届を行う届出人は監護者ではなく親権者とするのが相当であるとしている。

（注５）「重要な事項」の範囲をどのように解すべきかについては、例えば、進学に関する重要な決定がこれに当てはまるものと整理する考え方がある（補足説明２⑵参照）。もっとも、例えば、ある高校に入学することを「重要な事項」と整理したとしても、その高校を受験するための準備をどのように位置付けるか、学習塾に入塾する場面をどのように位置付けるかなどが問題となり得る。また、子の居所指定については、これを「重要な事項」と整理すべきであるとの考え方もあり得る。こういった問題に答えることができる明確な判断基準や指針を提示することができなければ、親権者や監護者の権利義務の内容に関する明文の規定を設ける実益が乏しいとの指摘があり得る。

２　現に子を監護する者

現に子を監護する親は、子について、随時決定すべき事項及び緊急の事項を決定する権限を有し、義務を負うものと整理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。

（補足説明）

１　親は、「親権者」や「子の監護をすべき者」と定められていない場合であっても、例えば面会交流中のように、現に子と一緒にいて当該子の面倒を見る場合がある。このような場面において、子の食事等に関する事項や緊急の医療行為の必要が生じた事項について、現に子を監護する者がどのような権利義務を有することとなるかが問題となる。

現行の民法にはこの問題を直接規律する明文の規定はないものの、親権者からの明示的又は黙示的な授権があると認められる場合には、現に子を監護する親が一定の決定をすることができるのではないかとの指摘がある。また、このような授権がなくても、現に子を監護する親が、逐一親権者等の指示を仰ぐことなく、一定の裁量に基づいて子の監護に関する一定の権限を有し、義務を負うと解すべきではないかとの指摘があり得る。

試案は、このような指摘を踏まえ、現に子を監護する親が、その親としての法的地位に基づき、随時決定すべき事項及び緊急の事項についての権利義務を負うものと整理する考え方を提示するものである。ここでいう「随時決定すべき事項」とは、子の食事や衣服のように、日常生活において、日々生ずる子に対する影響の大きくない事項を想定しており、「緊急の事項」とは、緊急の医療行為等を想定している。

２　このような現に子を監護する親の権利義務の内容については、その規律の明確化の観点から、明文の規定によりこれを規律すべきであるとの考え方があり得る。

もっとも、このような規律を設けることに対しては、例えば、父母の一方が子を不当に連れ去って現に監護している場面において、当該連れ去り親に一定の権限が付与されることとなりかねないことを疑問視する指摘がある。また、親権者でない親が面会交流中に子の面倒を見るなどのごく限られた場面に対応するだけであれば、父母間の協議により面会交流中の子の監護に関する事項を定めることで対応すれば足りるとの指摘もある。これらの指摘を踏まえれば、現に子を監護する親の権利義務については、明文の規定を設けることなく、引き続き解釈に委ねるとの考え方もあり得る。

そこで、試案の本文では、現に子を監護する親の権利義務の内容について、これを明確化するための規律を設ける方向と、そのような規定を設けることなく解釈に委ねるものとする方向があり得ることを提示し、その両方向で引き続き検討するものとしている。

第３　父母の離婚後等の親権者に関する規律の見直し

１　離婚等の場合において父母双方を親権者とすることの可否（注１）

【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等を定める現行民法第８１９条を次のとおりの規律に見直すものとする。

⑴　父母が協議上の離婚をするときは、その協議で、その一方又は双方を親権者と定めなければならない。

⑵　裁判上の離婚の場合には、裁判所は、父母の一方又は双方を親権者と定

める。

⑶　子の出生前に父母が離婚した場合には、親権は、母が行う。ただし、子の出生後に、父母の協議で、その双方又は父を親権者と定めることができる。

⑷　父が認知した子に対する親権は、別段の定めがないときは母が行い、父母の協議で父を親権者と定めたときは父が行い、父母双方を親権者と定めたときは父母双方が行う。

⑸　上記⑴、⑶又は⑷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、父又は母の請求によって、協議に代わる審判をすることができる。

⑹　子の最善の利益のために必要があると認めるときは、家庭裁判所は、子の親族（注２）の請求によって、⑴から⑸までの規律により定められた親権者を父母双方からその一方に、父母の一方から他の一方に、又は父母の一方から双方に変更することができる。

【乙案】

現行民法第８１９条の規律を維持し、父母の離婚又は認知の際には、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１）本文の提案においても、親権と監護権が分属する場面における「親権者」に属する権利義務の内容については、親権に属する事項の範囲に可変性を認めるべきであるとの考え方もある。

（注２）親権者の変更の審判は、現行の民法第８１９条第６項においても、子の父母のみならず、子の親族（６親等内の血族及び３親等内の姻族）がその申立てをすることができるものとされており、本文の⑹は、このような申立権者の範囲については現行の民法の規律を維持するものとする考え方に基づいている。

（補足説明）

１　検討の背景とアプローチ

現行の民法は、親権は、父母の婚姻中は父母が共同して行うことを原則している一方で、父母の離婚又は認知の場合には、父母の一方を親権者と定めなければならないこととして、婚姻関係にない父母が共に親権者となることを認めていない。

これに対しては、父母の離婚後もその双方が子の養育に責任を持ち、子に関する事項が父母双方の熟慮の上で決定されることを確保すべき場合があり、これに対応するための規律が必要であるとして、父母の離婚後等の親権に関する規律の見直しを求める意見がある。平成２３年の民法改正の際の衆議院

及び参議院の各法務委員会の附帯決議においても、「・・・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」が求められているほか、国際的にも、例えば、児童の権利委員会による日本の第４回・第５回政府報告に関する総括所見（２０１９年）において、「離婚後の親子関係について定めた法令を改正」することが求められるに至っている。

試案の第３は、こういった意見を踏まえ、父母の離婚等の場面における親権に関する規律の見直しの要否や是非を検討した上で、これを見直すとした場合に考えられる規律の内容を試みに提示するものである。

父母の離婚後等における親権に関する規律の在り方を検討するに当たっては、父母の離婚後もその双方が子の養育に共同で関与することが相当かどうかや、父母の離婚後の親権者を１人に限定することが相当かどうかなどといった単純な二者択一の議論をするのではなく、離婚等をめぐる事情がそれぞれの家庭によって多種多様であることを踏まえ、様々な角度からこの問題にアプローチすべきであるとの指摘がある。また、この部会資料では、①離婚後等に父母の双方を親権者とすることを可能とするか、②父母の双方を親権者とすることを原則とするか、その一方のみを親権者とすることを原則とするか、③離婚後等の父母の双方が親権者となった場合の親権行使の方法や意見対立が生じた場合の調整方法をどのように定めるかなど、様々な論点について、あり得る考え方の一例を提示しているところであるが、いずれの論点についても、当該論点に掲げられた複数の案の当否を単純な二者択一で議論することができるわけではなく、他の論点と相互に関連付けて検討する必要があると考えられる。そのため、例えば、試案の第３の１で取り上げた論点についても、父母の離婚後等に父母の双方が親権者となるかその一方のみが親権者となるかを選択可能とする【甲案】と、現行の規律のように父母の離婚後等はその一方のみが親権者となるものとする【乙案】の両案の内容のみを見比べて結論を出すのではなく、試案の後記第３の２及び３の本文及び注で提示した様々な考え方を含め、あり得る選択肢（【甲案】を採用する場合の選択肢の中には、【乙案】の考え方から大きく離れたものもあれば、【乙案】に非常に近いものまで、様々なものが含まれる。）を総合的に検討し、子の最善の利益の確保につながる適切な規律の在り方を模索していく必要があると考えられる。

２　【甲案】の概要

⑴　協議離婚時の親権者の定め

ア　現行の民法第８１９条第１項は、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ものと定め、父母の離婚後にその双方が親権者となることを許容していない。

試案の【甲案】⑴は、このような規律を改め、父母の協議により、父母

の離婚後にその双方が親権者となることを選択可能とする規律を提示するものである。この考え方は、父母の離婚後もその双方が子の養育に責任を持ち、子に関する事項が父母双方の熟慮の上で決定されることが望ましいとの考え方を肯定しつつも、他方で、離婚等を巡る事情は各家庭によって様々であり、事案によっては父母の一方のみを親権者とした方が望ましい場合もあることを踏まえ、父母の双方を親権者とするかその一方のみを親権者とするかについて、幅広い選択肢を与えようとする考え方に基づくものである。

イ　このような規律を導入するに当たっては、どのような場合に父母双方を親権者とすべきか、また、どのような場合に父母の一方のみを親権者とすべきかの枠組みや要件設定が問題となり得るが、試案の後記第３の２では、この点について一定の基準を設けるべきであるとの考え方を取り上げている。

⑵　裁判離婚の場合の親権者の定め

ア　現行の民法第８１９条第２項は、裁判上の離婚の場合には、裁判所が父母の一方を親権者と定めるものとしており、裁判所が父母の双方を親権者と定めることを許容していない。

試案の【甲案】⑵は、このような規律を改め、裁判所の判断により、父母の離婚後にその双方が親権者となることを選択可能とする規律を提示するものである。

イ　このような規律を導入するに当たっても、どのような場合に父母双方を親権者とすべきか、また、どのような場合に父母の一方のみを親権者とすべきかの枠組みや要件設定が問題となり得るが、試案の後記第３の２では、この点について一定の基準を設けるべきであるとの考え方を取り上げている。

⑶　子の出生前の離婚の場合の親権者の定め

現行の民法第８１９条第３項は、子の出生前に父母が離婚した場合には、母が親権者となることを原則とした上で、ただし、父母の協議により父を親権者と定めるものとしているが、その際に、父母双方を親権者と定めることを許容していない。

試案の【甲案】⑶は、このような規律を改め、父母の協議により、父母の双方が親権者となることを選択可能とする規律を提示するものである。

⑷　認知後の親権者の定め

婚姻関係にない父母間の子については、父の認知前は、法律上の親子関係が母子間にのみ存在することから、その親権を行使することができる者は母のみである。現行の民法第８１９条第４項は、父の認知により父子間に法

律上の親子関係が生じた場合には、父母間の協議で父を親権者と定めることができるものとしているが、父母双方を親権者と定めることを許容していない。

試案の【甲案】⑷は、このような規律を改め、父母の協議により、父母の双方が親権者となることを選択可能とする規律を提示するものである。

⑸　協議に代わる審判

現行の民法第８１９条第５項は、父母の離婚等の場合における親権者を父母の協議によって定めることができない場合には、家庭裁判所がその協議に代わる審判をするものとしている。

試案の【甲案】⑸の規律は、この規律を維持し、試案の【甲案】⑴、⑶又は⑷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、家庭裁判所が協議に代わる審判をすることができるものとすることを提示している。

この家庭裁判所の審判において、父母双方を親権者とすることを選択するために特別の要件を要求するかどうかについては、様々な考え方があり得るところであり（上記⑵参照）、また、例えば、父母双方がともに自らを単独の親権者とすることを求めている事案において、家庭裁判所が父母の双方を親権者と定める審判をすることができるかどうかなどについても、引き続き検討する必要があると考えられる。

⑹　親権者の変更

現行の民法第８１９条第６項は、父母の離婚等の場合にその親権者が定められた後、子の利益のために必要があると認められるときは、家庭裁判所が、子の親族（試案の注２参照）の請求によって、その親権者を変更することができるものとしている。また、この規定によれば、親権者の変更には家庭裁判所の関与が必須であるものと解されており、父母間の協議のみによって親権者の変更をすることはできないと解されている。

試案の【甲案】⑹及び注２は、基本的にはこのような現行の規律を維持することとし、親権者の変更の在り方について、試案の【甲案】⑴から⑸までの規律を踏まえ、①父母の双方からその一方への変更、②父母の一方から他の一方への変更、③父母の一方からその双方への変更があることを念頭においた規律を提示するものである。

なお、このような親権者変更の審判においても、家庭裁判所が父母の双方を親権者と定めるための要件について様々な考え方があることは、上述のとおりである。

３　【乙案】の概要

離婚後の父母の双方が共同して親権を行使することとなると、子の監護教

育や財産管理に関する意思決定及びそれに基づく法定代理権の行使を適時に行うことができないおそれがあるとの弊害が指摘されている。試案の【乙案】は、こういった指摘を踏まえ、現行民法第８１９条の規律を維持し、父母の離婚又は認知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考え方を提示している。

【乙案】の根拠としては、上記のような弊害の指摘を特に重視して、父母が婚姻関係にない場面においては、常にその一方のみが子の親権を行使することとした方が、その安定的な養育を確保することができ、子の最善の利益につながるとの考え方があり得る。また、離婚後の父母の双方が子の養育に関与することが適切な場合があることを肯定する立場であっても、試案の３の本文及び注に示された各論点について、父母の双方が親権者となった場合に生じ得る弊害を回避することができるような仕組みを設けることができないのであれば、現行の民法の規律を維持せざるを得ないとする考え方もあり得る。

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】

父母の離婚や認知の場合においては、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審判により、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】

父母の離婚や認知の場合においては、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審判により、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、父母間の協議や家庭裁判所の審判においては様々な事情を考慮して子の最善の利益のために適切な定めをすべきであるとの考え方もある。

（補足説明）

１　【甲①案】の概要

離婚後の父母の双方が親権者となることを認める制度を導入するに当たっ

ては、どのような場合に双方を親権者とし、どのような場合に一方のみを親権者とするのかが問題となる。

この問題に関し、例えば、父母の離婚後もその双方が子の養育に責任を持ち、子に関する事項が父母双方の熟慮の上で決定されることが子の最善の利益に資するとの考えを重視する立場によれば、離婚後も父母双方が親権者となることが原則であって、一定の要件を満たす場合に限って、例外的に、父母の一方のみを親権者と定めるといった仕組みを構想することとなる。試案の【甲①案】は、このような考え方を提示するものである。この一定の要件の下での例外をどの程度広く許容するかについては様々な考え方があり得るところであるが、例えば、ＤＶや虐待の継続を懸念する観点からは、親権喪失・親権停止の要件を参考とすることが考えられる。また、離婚後の父母の双方が共同して親権を行使することとなると、父母双方が協力することができる関係性が構築されていない限り、親権行使を適時に行うことができないおそれがあるとの懸念を重視する立場からは、ＤＶや虐待といった事情に限らず、親権行使を円滑に行うことができるかといった観点からの要件設定を検討することがあり得る。

２　【甲②案】の概要

他方で、父母双方が親権者となった場合に生ずる弊害をより強く懸念する立場によれば、父母双方が親権者となることにより一層慎重な制度設計を検討することとなる。【甲②案】は、このような考え方に基づき、一定の要件を満たす場合に限って、父母双方を親権者と定めることができるものとする考え方を提示している。

そして、例えば、父母双方が親権者となる場合には、その意見対立が生じた場合に適時に親権行使をすることができない可能性があることを強く重視し、父母の一方のみが親権者となった方が子の最善の利益に資する場合が多いとの考え方に基づけば、父母間の協議により又は裁判所の審判により父母の双方を親権者と定めるための要件として、それが子の最善の利益のために必要があることを要求すべきであるとする考え方があり得る。また、裁判離婚等の場面においては父母間の葛藤が特に強い場合が多く、父母双方が協力して子の養育に当たる関係性が構築されていないことも多いと考えられることを念頭に、裁判所の審判により親権者を定める場合には、父母間の合意がある場合に限ってその双方を親権者と定めることができるものとする考え方もあり得る。

このほか、例えば、離婚前にＤＶや虐待の被害があった事案においては、父母双方を親権者とすることで、ＤＶや虐待が離婚後も継続するのではないかとの懸念もある。また、ＤＶや虐待がある事案では、父母間に一定の支配関係

が存在することが少なくなく、その協議のみによっては子の最善の利益に資する内容の定めがされないのではないかとの懸念もあり得るところであり、こういった懸念を重視する立場からは、父母間の協議のみに委ねるのではなく、公的機関や法律家等の第三者による確認を要求すべきであるとの考え方があり得る。

３　試案の注の考え方

以上のような考え方と異なり、親権者を父母の双方とするか一方とするかについて特段の基準を設けることなく、父母間の協議や家庭裁判所の審判においては様々な事情を考慮して子の最善の利益のために適切な定めをすべきであるとの考え方もあり得る。この考え方は、父母の双方を親権者とすることが子の最善の利益に資するか、それともその一方のみを親権者とすることが子の最善の利益に資するかは、結局のところ各事案における様々な事情を考慮しなければ決することができないのではないかとの指摘を踏まえた考え方であると整理することができる。

３　離婚後等の父母双方が親権を有する場合の親権及び監護権の行使

（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。）

⑴　監護者等の定めの要否及び監護権の行使

【Ａ案】

離婚後等に父母双方を親権者と定めるに当たっては、必ず監護者の定めをしなければならないものとし、監護者のみが監護権を行使するものとする（注１）。

【Ｂ案】

離婚後等に父母双方を親権者と定めるに当たって、監護者の定めをしないことを選択可能とする。その上で、監護者の定めをしない場合には父母双方が監護権を行使し、父母の一方を監護者と定めた場合には、当該監護者のみが監護権を行使するものとする。

【Ｃ案】

上記【Ｂ案】の規律に加え、監護者の定めをしないこと（すなわち、父母双方が監護権を行使すること）を選択するに当たっては、「主たる監護者」を定めるものとし、その場合の「主たる監護者」や他の親権者の権利義務の内容について引き続き検討するものとする。

⑵　監護者が指定されている場合の親権行使

（上記⑴【Ａ案】を採用した場合や、【Ｂ案】又は【Ｃ案】において監護者の定めがされた場面において）離婚後等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ときの親権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（注２）。

【α案】

監護者は、単独で親権を行使することができ、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】

ア　親権は、父母間の（事前の）協議に基づいて行使する。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使することができる（注３）。

イ　上記アの規律に反する法定代理権及び同意権の効力は、現行の民法第８２５条と同様の規律による。

【γ案】

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使することができないときは他の一方が行うものとする（注４）。

⑶　監護者の定めがない場合の親権行使

（上記⑴【Ｂ案】又は【Ｃ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、親権は父母が共同して行うことを原則とするものとし、ただし、父母の一方が親権を行使することができないときは他の一方が行うものとする（注５）。

⑷　子の居所指定に関する親権者の関与

（上記⑴及び⑵においていずれの案を採用するかにかかわらず、）離婚又は認知の後に父母の双方を親権者と定め、父母の一方を監護者（又は主たる監護者）と定めた場合における子の居所の指定について、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（注６）。

【Ｘ案】

監護者（又は主たる監護者）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】

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７）。

（注１）本文の【Ａ案】の考え方を採用したとしても、監護者に属するものとされた事項を親権者に属するものに変更することを妨げられないものとすることで、実質的に、離婚後の父母が共同して監護権を行使することができるものとする結論を得ることができるとの考え方がある。

（注２）本文の提案は、離婚又は認知後の父母を想定したものであるが、婚姻中の父母の一方が監護者と指定された場合における親権行使の在り方についても、民法第８１８

条３項の規律を見直し、本文の【α案】又は【β案】と同様の規律を設けるべきであるとの考え方と、本文の【γ案】と同様の規律である民法第８１８条３項の規律を維持すべきであるとの考え方がある。

（注３）本文の【β案】を採用した場合には、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ことの可否やその方策が問題となり得る。この点については、既存の制度（監護者の変更や親権停止等又はそれらに付随する保全処分）の解釈適用によって対応することを想定し、これらの適用の場面とは別に他方の親権者に差止請求権を認めるかは解釈に委ねるとする考え方と、親権者の一方による差止請求権のような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）父母が共同して親権を行使すべき場面において、ある事項について父母の意見が対立するために、父母が共同して親権を行使することができない場合に対応するための規律を設けるべきであるとの考え方があり、その方策の例としては、裁判所が当該事項についての決定をすることや、裁判所が当該事項についての決定者を父母の一方に定めることなどがあり得る。また、本文⑴において【Ｃ案】を採用して「主たる監護者」を定めた場合には、父母間の意見が対立するなどの一定の事情があるときには「主たる監護者」が単独で親権を行使することができるものとする考え方もあり得る。

（注５）父母の意見が対立する場合の対応策については注４と同様の考え方がある。

（注６）本文の提案は、離婚又は認知後の父母を想定したものであるが、婚姻中の夫婦の一方が監護者と指定された場合における子の居所の指定又は変更に関する決定についても、本文の【Ｘ案】又は【Ｙ案】と同様の規律を設けるべきであるとの考え方があり得る。

（注７）父母双方が関与して子の居所の指定に関する決定をする方法としては、①父母双方が事前に協議をして決定すべきであるとの考え方と、②監護者が決定をし、その決定内容を事後に他方の親に通知すべきであるとの考え方がある。①の考え方を採用した場合において、父母間の協議が調わず又はその協議をすることができないときの対応策については、（ａ）監護者が単独で決定することができるものとすべきであるとの考え方と、（ｂ）裁判所が定めるべきであるとの考え方がある。

（補足説明）

１　検討の必要性

現行の民法第８１８条第３項は、父母の婚姻中は父母が共同して親権を行使するものと定めている。試案の１【甲案】を採用した場合には、離婚後等の父母の双方を親権者と定めることが選択可能となるが、その際における親権行使の在り方は、当然には婚姻中と同様とは限らない。

そこで、試案の３では、試案の１【甲案】を採用した場合において、離婚後等の父母双方が親権者となった際の親権行使に関する規律について、考えられ得る選択肢を提示することを試みるものである。

２　監護者等の定めの要否及び監護権の行使

⑴　【Ａ案】の概要

仮に離婚後の父母の双方が親権者となることを選択した場合であっても、実際に子と同居してその監護・教育をするのは、父母の一方のみであると考えられる。そのため、身上監護（特に、日常的な事項に関する決定や、事実としての監護教育）をする者を、父母の一方に定める必要があるとの指摘がある。【Ａ案】は、このような考え方を提示するものである。

【Ａ案】を採用した場合には、子の監護をすべき者に指定された親権者（監護権を有する親権者）のみが「監護権」を行使することとなることが想定される。この場合に監護者がどのような権利義務を有することとなるかについては、試案の第２のとおり基本的には解釈に委ねることが考えられ、例えば、子の監護及び教育に関する権利義務（民法第８２０条～第８２３条）については、①全て監護者である親権者のみに属するとの解釈と、②子の監護及び教育に関する一定の事項については親権者双方に留保され、それ以外の事項（日常生活に関する事項）についての権利義務は監護者に属するとの考え方があり得る。財産管理権についても、試案の第２の補足説明に記載したとおり、複数の解釈があり得る。

⑵　【Ｂ案】の概要

以上のような【Ａ案】の考え方に対しては、「監護権」の内容の整理の仕方によっては、父母の双方の共同によって子の養育をする選択肢を一律に制限する結果となるとの批判がある。また、例えば、認知後に父母の双方を親権者と定めた場面においては、婚姻関係にない父母が共に子と同居して共同でその監護教育をする場合も想定され得ると考えられるところ、そのような場合には子の監護をすべき者を定める必要がないのではないかとの指摘もあり得る。

そこで【Ｂ案】は、親権者の定めだけではなく、身上監護の在り方についても、様々な事情に応じた柔軟な選択を可能とするため、子の監護をすべき者を定めることを一律には要求しない規律を提示するものである。

【Ｂ案】を採用した場合において、子の監護をすべき者が定められなかった場合には、父母双方が「監護権」を行使することとなる。なお、子の監護をすべき者が定められていない場合においても、実際に子と同居してその監護・教育をするのは、父母の一方のみであることがある。そのような場面では、父母間の明示的又は黙示的な協議により、日常的な事項に関する決定

や事実としての監護・教育を同居親に委ねたものと整理することになると考えられる。

他方で、子の監護をすべき者が定められた場合は、監護者が「監護権」を行使することになるが、その場合の「監護権」の内容については、上記⑴の説明のとおり、解釈に委ねることが考えられる。

⑶　【Ｃ案】の概要

【Ｃ案】は、【Ａ案】と【Ｂ案】の折衷的な考え方であり、子の監護をすべき者を一律に定める必要はないとしても、子の養育に当たっての「主たる決定者」を決めておくことが有益であるとの考え方に基づくものである。

このような規律を検討するに当たっては、「主たる監護者」がどのような権利義務を有することとなるのかを、「親権」や「監護権」の内容の整理も踏まえつつ、引き続き検討する必要がある。例えば、ある事項に関する親権行使について父母の意見が対立した場合に、主たる監護者に決定権を付与するなど、一種の優越的な地位を与えることも考えられ、試案の⑵から⑷までの各規律とあわせて検討する必要があると考えられる。

⑷　注１の考え方（父母間の協議による柔軟な選択の可能性）

上記のとおり、試案の【Ａ案】に対しては、父母が共同して子の監護権を行使する選択肢を一律に制限することが相当ではないとの批判がされ得る。

もっとも、父母間の協議により、一定の事項に関する身上監護権又は財産管理権を父母の一方又は双方に任意に振り分けることもできるものとすることができれば、【Ａ案】を採用した場合であっても、父母間の協議により、実質的に、離婚後の父母が共同して「監護権」を行使することができるような状態を作り出すことは可能ではないかとの考え方があり得る。

３　監護者が指定されている場合の親権行使

⑴　【α案】の概要

離婚後等の父母の双方を親権者とすることを選択した場合において、その一方が子の監護をすべき者と定められたときには、基本的には、その一方の者（監護権を有する親権者）が子と同居してその監護・教育をすることが想定され得る。このような場合においては、上記２の整理のとおり、その監護権の行使は監護権を有する親権者のみが行うこととなる。

他方で、監護権以外の親権（その内容は、第２の補足説明の整理のとおりである。）の行使は、親権者である父母双方の関与の下で行われるものとすることが考えられるが、その関与の在り方の規律としては、監護権を有さない親権者の関与の強さの度合いに応じて、複数の選択肢があり得る。

試案の⑵【α案】は、「弱い規律」を提示するものであり、離婚後等の父母の双方が親権者となる場合であっても、基本的には、監護権を有する親権

者が単独でその親権を行使する（例えば、子を代理してある契約を締結するなど）ものとした上で、その内容を他方の親に通知しなければならないものとする考え方である。この規律によれば、監護権を有しない親権者は、監護権を有する親権者による親権行使を事後的に監視することで、仮に不適切な親権行使があった場合に、親権者の変更や親権停止等の申立てをするなどの形で関与することが想定され得る。【α案】の考え方は、父母の離婚後等の場合はその婚姻中と比較して父母の意見が対立する場合が多いと考えられることのほか、同居していない父母間での事前の協議を常に要求すると、親権行使を適時に行うことができなくなることなどを重視するものと整理し得る。

もっとも、【α案】では、監護権を有しない親権者の関与が事後的なものに限られるため、監護権を有しない親権者が、監護権を有する親権者による親権行使の際の意思決定の過程に関与することが制度的に担保されないこととなる。

⑵　【β案】の概要

ア　【β案】（中間的な規律）と【γ案】（強い規律）は、子に関する事項が父母双方の熟慮の上で決定されることが望ましいとの考え方を重視して、親権行使の際の事前の協議を要求する規律を提示するものである。そして、このような事前の協議の結果として、ある事項に関する親権行使の方針についての父母の意見が一致した場合には、父母が「共同して」親権を行うものと評価することができると考えられる（なお、現行の民法第８１８条第３項は、婚姻中の父母が「共同して」親権を行う旨を定めるが、ここでいう「共同して」とは、父母の共同の意思で決定することをいうと解されているため、例えば、婚姻中の父母の一方が、他の一方との協議を経た上でその明示的又は黙示的な同意を得て、単独名義で親権を行使する場面は、父母が「共同して」親権を行使したものということとなる。）。このように父母間の意見が一致する場面における具体的な親権行使の態様は、監護権を有する親権者の単独名義となる場面が多いと考えられるが、このほか、父母の共同名義や、場合によっては、監護権を有しない親権者の単独名義となる場合もあり得る。

もっとも、父母が共同して親権を行使することを厳格に要求すると、ある事項に関する親権行使について父母間の意見が対立した場面において、結果的に親権を行使することができない事態が生じ得る。例えば、子の病気を治療するための方針として、監護権を有する親権者がその子をある病院に入院させようと考えても、監護権を有しない親権者がこれに反対するとその実現をすることができなくなる。その意味で、監護権を有しな

い親権者があたかも「拒否権」を有するかのような結果となり得るため、その結論が不当であるとの批判があり得る。

【β案】アのただし書は、このような「拒否権」が行使されるような事態を回避するため、父母間の協議が調わないときやその協議をすることができないときには、監護権を有する親権者が単独で親権を行うことができるものとする規律を提示するものである。その意味で、【β案】は、親権の共同行使を原則としつつも、現行の民法第８１８条第３項の定める婚姻中の父母の場面よりも、例外的に親権の単独行使が許容される場面を広く許容するものと整理することができるため、「弱い規律」と「強い規律」の中間に位置するものと位置付けることができる。

なお、【β案】においては、監護権を有する親権者が親権を行うことができないときに対応するための規律として、この場合には監護権を有しない親権者が単独で親権を行うことができるものとする考え方（民法第８１８条第３項ただし書参照）があり得る。

イ　【β案】によれば、父母間の意見が対立した場面では、監護権を有する親権者の意見が常に優先されるため、事案によっては、その意見が明らかに子の最善の利益に反するものであったとしても、監護権を有する親権者がその行使を強行することができる結果となりかねない。

そこで、そのような不合理な結果を回避するため、監護権を有しない者が、監護権を有する者による単独での親権行使を差し止めることの可否やその方法を検討する必要があるように思われる。試案の注３はこの問題について複数の考え方を提示している。

まず、現行の民法の規律を活用する方策として、例えば、監護者の変更、親権者の変更（試案の第３の１【甲案】⑹では、双方から一方に変更する旨の規律を提示している）が考えられる。また、虐待や医療ネグレクトがあるような場合には、親権喪失・親権停止等の仕組みにより、監護権を有する者の権限を制約する方法があり得る。監護権を有しない親権者は、これらの審判の申立てと同時に、審判前の保全処分の申立てをすることも考えられる。

もっとも、仮に、これらの規定のみで上記のような不当な親権行使を阻止し得ない場合があり得るとすれば、これに対応するための差止請求の仕組みが必要となり得る。このような差止請求権については、明文の規定を設けることなく、その要件や効果も含めて解釈に委ねるべきであるとの考え方と、親権者の一方による差止請求権のような特別の制度を新たに設けるべきであるとの考え方があり得る。仮にこのような規律を設けるのであれば、どのような場面に対応するための規律が必要となるのか

を踏まえ、差止請求の要件や効果をどのように定めるのかや、濫用的な差止請求がされる懸念があるか、それを回避する仕組みを設けることができるかなどについて検討する必要があると考えられる。

ウ　【β案】のイは、監護権を有する親権者が、【β案】アの規律に違反して法定代理権の行使をした場合の効果について、現行の民法第８２５条と同様の規律を提示するものである。

⑶　【γ案】の概要

ア　【γ案】は「強い規律」を提示するものであり、婚姻中の父母と同様に、婚姻関係にない父母についても、その双方が親権を有する場合には、父母が共同して親権を行使するものとするものである。その上で、現行の民法第８１８条第３項と同様に、父母の一方が親権を行うことができないときは、他の一方が単独で親権を行うことができることを提示している。

イ　もっとも、【γ案】においても、父母の意見が対立した場面に対応するための規律が必要であるとの考え方があり得るため（上記⑵参照）、注４では、そのような考え方を提示している。そのような方策の例としては、裁判所が関与してその意見を調整することが考えられるところであり、具体的には、①裁判所が当該事項についての決定をする仕組みを設ける考え方と、②裁判所が当該事項についての決定者を定める仕組みを設ける考え方があり得る。

そして、このように裁判所の関与による意見調整の仕組みを設けるに当たっては、日常の些細な意見対立についてまで裁判所が関与することは不適切ではないかなどの様々な観点からの検討を要すると考えられ、例えば、上記のような裁判手続の対象を、重要な事項についての意見対立が生じた場合に限るものとする考え方があり得る。加えて、子の養育方針については様々な価値観があり得るところであり、家庭裁判所がそのような価値観の対立に立ち入った判断を適時・適切に行うことの可否や方法も含めて検討する必要があるとの指摘もある。

また、このような裁判手続においても、監護者の意見を優先的に取り扱うべきであるとの考え方もあり得るところであり、例えば、監護権を有する親権者の判断が明らかに不合理なものでない限りは、裁判所がそれと異なる判断をすることができないものとすることなどが考えられ得る。

このほか、試案の⑴【Ｃ案】を採用した場合には、「主たる監護者」が定められることとなるため、父母間の意見が対立する場合には一定の要件の下で「主たる監護者」が単独で親権を行使することができる仕組みを設ける考え方もあり得る。

ウ　なお、【γ案】においても、監護権を有する親権者が、【β案】アの規律

に違反して法定代理権の行使をした場合の効果について、現行の民法第８２５条と同様とするものとする考え方がある。

⑷　婚姻中の父母の一方が監護者と定められた場合の規律

試案の⑵本文は、いずれも、父母の離婚後等の場面における規律を提示するものである。

しかし、父母の双方が親権者である場合であって、その一方が子の監護をすべき者と定められる場面は、父母の婚姻中にも生じ得る。そのため、試案の注２では、父母の婚姻中の親権行使に関する規律についての考え方を提示している。

すなわち、父母の婚姻中にその一方が監護者に指定される典型的な場面では、父母が別居しその関係が必ずしも良好でないなど、あたかも離婚後等の場面に類似した状況が生じ得るとの評価を重視すれば、離婚後等の親権行使の規律と同様の規律を設けるのが適切であるとの考え方があり得る。

他方で、現行の民法によれば、父母の婚姻中は、監護者指定の有無にかかわらず、父母が共同して親権を行使するのが原則であるとされているところであり（試案の⑵本文の【γ案】と同様の規律）、（仮に離婚後等の場面では【α案】又は【β案】を採用する場合であっても）婚姻中についてはこのような規律を維持すべきであるとの考え方があり得る。

４　監護者の定めがない場合の親権行使

⑴　試案⑴において【Ｂ案】又は【Ｃ案】を採用した場合には、子の監護をすべき者を定めない限り、父母の双方がいずれも親権（身上監護権及び財産管理権）を有し、これを行使することができる状態となる。そのような状態に適したものとして、例えば、認知後に父母の双方を親権者と定めた場面において、婚姻関係にない父母が共に子と同居して共同でその監護教育をしている場面が考えられ、そのような家庭では、父母の婚姻中と同様に、父母の双方が共同して親権を行うことが子の最善の利益に資する場合があると考えられる。

そこで、試案⑶は、父母の双方が親権者と定められている場合において、監護者の定めがされていないときは、親権は父母が共同して行うことを原則とする規律を提示している。もっとも、父母の一方が親権を行使することができない場合に対応する規律が必要であることは父母の婚姻中と同様であると考えられるため、試案では、民法第８１９条第３項ただし書と同様の規律を設けることも提示している。

⑵　試案⑵【γ案】に対する懸念と同様に、父母が共同して親権を行使することを原則とすると、ある事項に関する親権行使について父母間の意見が対立した場面において、結果的に親権を行使することができない事態が生じ

得る。そのため、注５では、この場合の対応策を設けるべきであるとの考え方を提示している。

５　子の居所指定に関する親権者の関与

⑴　【Ｘ案】の概要

父母の離婚後の子の監護において、子の居所指定は、父母のいずれと同居するものと定めるかに直結するものであり、その父母間の意見が特に対立する事項の１つであると考えられる。そこで、試案⑷では、離婚後等の父母の双方が親権者となる場面において、その一方が監護者である際の、子の居所指定に関する規律について、複数の考え方を提示している。

まず、現行の民法第８２１条は、子の居所が親権を行う者が指定した場所に定められなければならない旨を規律しており、このような居所指定に関する権利義務は、身上監護権に属するものと解されている。そのため、例えば、監護者が指定された場面では、居所指定に関する権利義務は当該監護者に属することとなり、監護権を有しない親権者は、その居所指定に関与することができないものとする考え方があり得る。試案の【Ｘ案】はこのような考え方に基づく規律を提示するものである。

もっとも、このような考え方を前提としても、監護者がその自由な裁量によって子の居所を任意に決定することができるわけではなく、居所指定をするに当たっても子の最善の利益を考慮しなければならないと考えられる。また、事案によっては、監護権を有する親権者が監護権を有しない親権者に無断で子を転居させることが、結果的に、監護権を有しない親権者による親権行使や面会交流（親子交流）の実施を事実上困難とさせる事態を招き、それが子の最善の利益に反する場合もあり得るとの指摘もある。【Ｘ案】を採用した場合であっても、監護権を有しない親権者に無断で子を転居させることが例外的に禁止される場合があるとの解釈もあり得る。

⑵　【Ｙ案】の概要

【Ｙ案】は、現行法の一般的な解釈と異なり、監護者が指定された場合であっても居所指定に関する権利義務の一部が親権者に留保されると解すべきであるとの考え方に基づき、父母双方が子の居所の指定又は変更に関与することができるものとする規律を提示するものである。この考え方の根拠としては、①居所指定がその養育にとって重要な事項であるから、父母双方の熟慮の上で決定されることが望ましいとの指摘や、②【Ｘ案】を採用すると、監護権を有しない親権者の関知しないままに子の転居が行われ、当該者による親権行使に実際上の支障が生ずるとの指摘などがあり得る。

【Ｙ案】においては、監護権を有しない親権者がその居所指定にどのように関与するかが問題となり得るところであり、試案の注７では複数の考え

方を提示している。例えば、上記①の指摘を重視する立場によれば、父母間の事前の協議によって子の居所の指定・変更をすべきであるということとなり、この協議が調わなかった場合等における対応策として、試案⑵【β案】のように監護者の決定が優先されるべきであるとの考え方と、試案の注４の考え方のように裁判所の関与により調整すべきであるとの考え方があり得る。他方で、②の点に対応する方策としては、監護者が子の居所指定・変更の決定をした際には監護権を有しない親権者に事後的な通知をすれば足りるとの考え方もあり得る。

⑶　婚姻中の父母の一方が監護者と定められた場合の規律

試案の⑷本文は、いずれも、父母の離婚後等の場面における規律を提示するものである。

しかし、父母の双方が親権者である場合であって、その一方が子の監護をすべき者と定められる場面は、父母の婚姻中にも生じ得る。そのような場面では、典型的には、父母が別居しその関係が必ずしも良好でないことが予想されることに加え、離婚後の子の親権をめぐって父母の意見が激しく対立し、場合によっては、父母の一方が他方に無断で子を連れ去るなどの事態が生じるとの指摘がある。試案の注６は、このような場合の子の居所指定について、本文の【Ｘ案】又は【Ｙ案】と同様の規律を設けるものとする考え方を提示している。

第４　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

未成年の子の父母が協議上の離婚をするときは、【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】は、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する義務を負うものとし、これを協議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）　協議上の離婚をするときの規律のほか、裁判離婚をする場合の規律（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ことの可否など）についても更なる検討を要する。

（補足説明）

協議離婚が約９割を占める我が国においては、離婚が子に与える影響や、離婚後の子の養育に必要とされる情報について十分に認識されないまま、離婚をしている父母も多いと思われ、公的機関等から幅広い情報提供を行うことにより、離婚をする当事者が子の視点に立って、離婚後の子の養育について考える契機

となり、ひいては子の最善の利益が確保されることが考えられる。そこで、離婚を考えている父母に対して、離婚後の子育てに関して必要な情報等を確実に提供するため、未成年の父母が協議離婚をする場合に、当事者の双方又は父母のうち親権者又は監護者となる者は、離婚後養育講座を受講しなければならないとして、協議離婚の要件（形式要件）としてはどうかとの指摘がある。この点、当事者双方の受講を協議離婚の要件として規律した場合に、例えば、一方の親が養育意思を失っており、かつ離婚に積極的でないようなときには、同人が当該講座を受講しないことで協議上の離婚が難しくなり、結果として子が不安定な状況に長期間おかれるという事態も生じかねない。そこで、少なくとも父母のうち親権者となる者（監護者が指定される場合においては、監護者となる者も含む。）が受講すれば足りるものとすることも考えられる。

他方で、離婚後養育講座の受講を協議離婚の要件とすることについては、我が国の協議離婚制度の在り方を根本から変えることになるとして、国民に与える影響も考慮しながら慎重に検討すべきであるとの指摘もある。また、離婚後養育講座の受講を協議離婚の要件とするのであれば、受講者に負担のない形での受講が望まれるが、負担が軽減されるほど、実効性に欠け、子の最善の利益の確保に結びつかないのではないかとの指摘が出された。

仮に、協議離婚をする前に離婚後養育講座の受講を義務付ける場合には、講座の実施主体、受講の有無の確認方法やその主体、受講することができない事情がある場合の判断方法やその場合の取扱いについても検討を要する。なお、離婚後養育講座の実施主体について、諸外国の例をみると、裁判所が中心的な役割を果たしている国や民間の機関に委託して実施している国もあるようである。さらにどのような実施主体を採ったとしても、講座に最低限度含まれるべき内容については、明示されている必要があると考えられる。講座の内容（例えば、法的な事項、離婚をする当事者や子の一般的な反応やそれに対応する配慮の在り方といった心理学的知見、ひとり親に関する支援制度に関する事項について含めるのか）や受講者にとって負担のかからない形での受講の方法（例えば、父母が個別または同時に受講するのか、オンライン形式での受講を認めるのか）を更に検討する必要がある。

（参考）一部の地方自治体では、厚生労働省の「離婚前後親支援モデル事業」を活用して親支援講座を実施し、離婚を考える父母等に対して、子どもの養育や子どもを養育する家庭の生活等について考える機会の提供や、ひとり親家庭に対する各種支援に関する情報提供等を行っている地方自治体もみられる。母子及び父子並びに寡婦福祉法第５条第３項では、国及び地方公共団体は、母子家庭等の児童が心身ともに健やかに育成されるよう、

養育費の履行を確保するために、広報その他適切な措置を講ずるよう努めなければならないとされている。

２　父母の協議離婚の際の定め

⑴　子の監護について必要な事項の定めの促進

未成年の子の父母が協議上の離婚をするときは、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ことについて、引き続き検討するものとする（注１、２、３）。

⑵　養育費に関する定めの実効性向上

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、次の各考え方について引き続き検討するものとする（注４）。

【甲案】

子の監護に関する費用の分担に関する債務名義を容易に作成することができる仕組みを設けるものとする（注５）。

【乙案】

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。

⑶　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、一定の期間、法定された一定額の養育費支払義務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について引き続き検討するものとする（注６～１０）。

（注１）本文⑴の考え方と異なり、子の監護について必要な事項を定め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見直し、下記のいずれかのような一定の要件を満たさない限りは協議上の離婚をすることができないものとすべきであるとの考え方がある。

①　子の監護について必要な事項を定め、当該定めについて弁護士等の法律家による確認を受けたこと

②　子の監護について必要な事項を定め、養育費の部分に関して債務名義となる文書があること

③　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事情がある旨を申述すること

（注２）上記注１の考え方において、弁護士等の法律家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。

（注３）本文⑴の考え方と異なり、子の監護について必要な事項の定め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べきであるとの考え方がある。そのような方策の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にする規律を設けるとの考え方や、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）本文の【甲案】と【乙案】の両方向についていずれも検討すべきであるとの考え方もある。また、【乙案】を採用して養育費債権に先取特権が付与された場合であっても、強制執行の手続と担保権実行の手続の差異を考慮すれば、公正証書等の債務名義によって養育費の取決めをすることの重要性は変わらないとの考え方がある。

（注５）法制審議会総会が令和４年２月に法務大臣に答申した「調停による和解合意に執行力を付与し得る制度の創設等に関する要綱」では、法務大臣が認証をしたＡＤＲ機関が行う手続において成立した養育費に関する和解であって、民事執行の合意があるものについては、裁判所による執行決定を経た上で、当該和解に基づく強制執行を行うことができるものとすること等が提案されている。

（注６）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７）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８）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９）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、その清算をするための規律を設けるとの考え方がある。

（注１０）本文⑵の【乙案】を採用する場合には、法定養育費を有する債権者についても、一般先取特権を有するものとする考え方がある。

（補足説明）

1　概要

現行の民法第７６６条第１項は、父母が協議上の離婚をするときは、子の監護に関する事項をその協議で定める旨を規定しているが、この協議による定めをすることは、離婚の要件ではないと解されている。このため、例えば、子の監護に関する費用（養育費）の分担の定めがされないまま協議上の離婚がされる場合があり、これが子どもの貧困につながっているのではないかとの指摘がある。また、父母間において養育費の取決めがされたとしても、その履行が滞った際には、その取決めが公正証書によるのでない限り、家事事件又は民事訴訟の手続により債務名義を取得しなければ、執行手続を執ることができない。

試案の２は、このような指摘を踏まえ、①子の監護についての必要な事項が定められるよう促進する方策を講じた上で、②このうちの養育費に関する定めの実効性を向上させるための方策を講じ、③さらに、養育費に関する定めをすることができない事情がある場合に対応するための応急の措置を講ずることを提示するものである。

2　子の監護についての必要な事項の定めの促進

⑴　試案の⑴本文の概要

ア　父母は、協議上の離婚の際に子の最善の利益を考慮すべきであると考えられるところ、子の監護について必要な事項が取り決められないまま漫然と長期間が経過することは一般的に子の利益に反するのではないかとの指摘があり得る。

そこで、試案の⑴は、協議上の離婚をする父母に対し、子の監護について必要な事項を定めるべき義務を課した上で、この義務の履行を担保するため、この定めがされなければ協議上の離婚をすることができないものとすることを原則とする考え方を提示している。

イ　もっとも、事案によっては、ＤＶ等の事情により父母が子の監護に関する協議を直ちには行うことが困難な場合もあり得る。このような場合の対応策としては、例外なく裁判離婚の手続によるものとすべきであるとの考え方、一定の例外的な事情がある場合には、子の監護についての事項を定めることなく離婚することができるものとする考え方があり得る。試案の⑴は、後者の考え方を提示しているところであるが、このような考え方に基づく具体的な規律を導入するに当たっては、そのような一定の例外的な事情をどのように定めるかについて更に検討を要するほか、そのような事情の有無を離婚届出の受理の現場で判断することができるか

といった点についても検討を要する。

試案の本文の考え方は、協議上の離婚の要件を加重する方向での検討を提示するものであるが、このように協議上の離婚をしにくくさせる方向で我が国の協議離婚制度を大きく変えることについては、それが国民に与える影響も考慮しながら慎重に検討すべきであるとの指摘もある。また、協議上の離婚を困難とさせると、結果的に、事実上の離婚状態（法律上は婚姻関係にあるものの、それが実質的に破綻している状態）のままとなる家庭を増加させ、かえって子の最善の利益に反する事態を招くのではないかとの懸念もあり得る。

⑵　試案の注１及び注２の概要

ア　養育費についての父母間の定めにより強い実効性を持たせる観点からは、父母間の取決めが公正証書によって行われることを義務付けることも選択肢となり得る。このほか、父母間の定めが公正証書以外によって行われた場面において、その内容の適正性を確保する観点から、父母間の定めについて弁護士等の法律家による確認を受けることを要求すべきであるとの考え方もあり得る。試案の注１及び注２は、このような考え方に基づき、子の監護について必要な事項が一定の方式で定められることを離婚の要件とするものとする考え方を提示しており、また、試案の本文の規律と同様に、父母間の協議を行うことが困難となるような一定の例外的な事情がある場合には、そのような定めがなくても協議上の離婚をすることができるものとする規律を提示している。

イ　もっとも、このような注１の考え方も、協議上の離婚をしにくくさせる方向のものであるから、慎重な検討を要するとの上記⑴イと同様の指摘があり得る。

また、上記のような公正証書の作成や弁護士の確認等には一定の金銭的負担又は事務手続上の負担が伴うと予想されるから、これらを協議上の離婚の要件とするのであれば、当事者の経済的な負担を伴わない形で弁護士等による確認を受けられるような仕組みを新たに導入することができるかなどといった観点からの検討も必要となる。このような観点からは、弁護士の確認等の手続は比較的簡素なものとせざるを得ないとも考えられるが、他方で、そのような簡素な手続によって父母間の定めの適正性を判断することは困難ではないかとの批判もあり得る。

⑶　試案の注３の概要

以上のように、協議上の離婚の要件を加重する方向での見直しには慎重な検討を要するところであり、これを今般の法改正の対象とするのではなく、将来的な課題として位置付けるべきであるとの指摘もあり得る。試案の

注３は、このような指摘を踏まえ、差し当たりは、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ない現行の民法の規律を維持することとした上で、他の方策を検討する考え方を提示している。

そのような方策の１つとしては、例えば、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にする規律を設けるとの考え方がある。このような考え方は、養育費の支払がされる割合が低調である原因が、離婚の際に養育費等の定めをしてその支払をすることが当然であるとの意識がいまだ国民に定着していないからではないかとの分析をした上で、養育費等の定めをすることが父母の子に対する義務（責務）であることを明確化することで、国民の意識改革を進める必要があるとの指摘に基づくものと整理することができる。また、このような親の義務が発生する根拠としては、父母は協議上の離婚の際にも子の最善の利益を考慮しなければならないことを前提として、子の監護について必要な事項が定められないまま漫然と長期間を経過することが子の最善の利益に反するとの認識を踏まえた説明があり得る。

このほか、父母間の定めを促進する方策としては、民法の改正のほか、様々な運用上の取組も考えられる。例えば、上記のような国民の意識改革のための方策としては、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・広報することが重要であるとの指摘があり得る。また、協議上の離婚をする父母が子の監護について必要な事項を定めるに当たっては、公的又は私的な機関による支援が必要となる場面があり得るところ、このような支援策を拡充させることが、子の最善の利益に資するものであるとの指摘もあり得る。

３　養育費に関する定めの実効性向上

⑴　上記１のとおり、父母間において養育費の取決めがされたとしても、その履行が滞った際には、その取決めが公正証書によるのでない限り、家事事件又は民事訴訟の手続により債務名義を取得しなければ、執行手続を執ることができない。このことに対しては、養育費を真に必要としているひとり親家庭にとってその裁判手続の負担は大きく、また、その手続に一定の時間を要することから、養育費の請求を断念せざるを得なくなる原因の１つとなっているのではないかとの指摘があり得る。

そこで、試案の⑵【甲案】及び注５では、裁判手続によらずに、子の監護に関する費用の分担に関する債務名義を容易に作成することができる仕組みを設けることを提示している。

⑵　一般先取特権を有する債権者は、(債務名義がなくても、) その一般先取特権の存在を証する文書を執行機関に提出することにより、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手続の申立てをすることができる。そして、現行の民法第３０６条は、一般の先取特権が認められるものとして、①共用の費用、②雇用関係、③葬式の費用、④日用品の供給によって生じた債権を規定している。これらの原因によって生じた債権に一般先取特権が認められる理由は各原因によって様々であるが、例えば、②については、労働者の保護という社会政策的考慮に基づくものであるとの説明などがされている。

試案の⑵【乙案】は、このような現行法の規律を参考に、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規律を提示するものである。その根拠としては、例えば、ひとり親家庭の子の生活の保護という観点から、その養育に必要な費用を保護するという社会政策的考慮と説明する考え方があり得る。

なお、【乙案】を採用する場合には、民法第７６６条の適用又は準用による子の監護に関する費用の分担に係る請求権のほか、親族関係から生ずる扶養の権利全般（民法第７５２条、第７６０条及び第８７７条から第８８０条まで参照）についても同様に先取特権を付与すべきであるとの考え方があり得る。

４　法定養育費制度の新設

⑴　子の監護についての必要な事項が定められるよう促進する方策を講じたとしても、ＤＶ等の事情により父母が子の監護に関する協議を直ちには行うことが困難な場面では、父母間の協議によって養育費の定めがされることは現実には期待し難い。また、ＤＶ等の事情がある場面では、その被害にあった者が通常の生活を送ることが困難な状況に陥ることもあり、そのため、子の監護に関する処分の審判・調停の手続を直ちにとることを期待することができないことも少なくないと考えられる。

他方で、養育費分担の始期について、請求時（調停の申立て時）より前に遡って過去の養育費を請求することは原則としてできないとの考え方を前提とすると、上記のような場面では、事実上、離婚の時から相当期間が経過するまでの間の期間に対応する養育費を請求することが極めて困難な事態に陥る。

試案の⑶は、上記のような場面で生ずる不都合を回避すべきであるとの指摘を受けて、一定の要件の下で、一定の期間、法定された一定額の養育費支払義務が当然に発生する仕組みを新設することを提示している。

⑵　このような法定養育費制度を新設するに当たっては、「一定の要件」、「一定の期間」、「法定された一定額」をそれぞれどのように定めるかが問題となり得るほか、その行使主体をどのように定めるか、事後的に父母間の協議又は家庭裁判所の手続で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清算の要否とその方法等が問題となる。また、試案の⑵【乙案】を採用して養育費請求権に先取特権を認めるのであれば、この法定養育費についても先取特権を認めるものとするかが問題となる。注６から注１０まででは、それぞれ、これらの問題について、あり得る考え方の例を提示している。

⑶　ところで、上記のような法定養育費制度が特に必要となる場面としては、父母の離婚後に、その一方が親権者と定められて子と同居してその養育をしているが、当該一方（同居親）の収入が乏しく、他の一方には十分な収入があるような場面が想定され得る。このような場面では、緩やかな要件の下で簡易な手続により法定養育費の請求をすることができるようにすべきであるとの指摘があり得る。

他方で、事案によっては、同居親に十分な収入があり、他の一方（別居親）の収入が乏しいということも生じ得る。法定養育費制度を新設すると、その要件の内容によっては、こういった事案においても一律に法定額の債権債務関係が生ずる結果となり得る。このような場面で別居親がその債務額を減額するための方法としては、理論的には、子の監護に関する処分の調停・審判の申立てをした上で、保全処分の申立てをするなどの対応をするほか、既に法定養育費債権に基づく差押えがされた場面では、差押禁止債権の範囲変更の申立てをするなどの対応が考えられる。しかし、資力の乏しい別居親にとってそのような裁判手続の負担は大きく、現実にはこれらの対応をすることを期待することはできないのではないかとの指摘もあり得る。

３　離婚等以外の場面における監護者等の定め

婚姻中の父母が別居したときは、父母間の協議により、子の監護をすべき者、当該親と子との面会その他の方法による交流その他の子の監護について必要な事項は、その協議で定めるものとし、そ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、家庭裁判所が当該事項を定めるものとする（注）。

（注）　濫用的な申立てを簡易に却下する仕組みについて引き続き検討すべきであるとの考え方がある。

（補足説明）

1　父母の婚姻中における子の監護に関する事項の定め

現行の民法第７６６条は、父母が協議上の離婚をするときは、子の監護について必要な事項を父母間の協議等によって定めるものと定めており、この規定は、婚姻の取消し（第７４９条）、裁判上の離婚（第７７１条）、認知（第７８８条）においてそれぞれ準用されているが、いずれも、父母が婚姻関係にない場面を規律するものである。

もっとも、父母の婚姻中であっても、父母が別居し、その一方のみが子と同居してその監護・教育を行い、他の一方は子との面会交流（親子交流）を行うといった状態が生ずることがある。現行の民法にはこのような状態を直接規律する明文の規定はないものの、一定の要件の下で民法第７６６条が類推適用されるものとする考え方があり、そのような考え方に沿った裁判例もある。

そこで、試案の本文は、そのような考え方を明文化する規律を設けることを提示している。なお、民法第７６６条の例示する事項のうち、子の監護に関する費用の分担は、父母の婚姻中は婚姻費用の問題として扱えば足りるため、試案の本文では、この費用の分担を例示していない。

2　濫用的な申立て等への懸念

⑴　試案の本文の後段は、父母間の協議が調わないとき等には家庭裁判所が子の監護について必要な事項を定めるものとしている。

もっとも、このような規律を設けることに対しては、短期間のうちに同趣旨の申立てを複数回繰り返すような濫用的な申立てがされることを懸念する指摘があり得る。そこで、試案の注では、このような申立てを簡易に却下する仕組みを設ける考え方を提示している。

⑵　このほか、婚姻中の父母の一方が他の一方に無断で子とともに転居したような場面においては、当該父母の一方が、子の監護をすべき者に自らを指定することを家庭裁判所に求めることの可否も問題となり得る。

４　家庭裁判所が定める場合の考慮要素

⑴　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は、子の最善の利益を考慮しなければならないものとし、そ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）。

⑵　面会交流（親子交流）

家庭裁判所が、父母と子との面会その他の方法による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は、子の最善の利益を考慮しなければならないものとし、そ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）。

（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、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、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ける監護者となろうとする者の当該交流に対する態度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、父母の一方が子を不当に連れ去った場合に対応する見地から、当該連れ去りから現在までの状況については考慮すべきではないとする考え方がある。

（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、③交流を求める者と子との関係、④交流を求める者と子の親権者又は監護者との関係などがあるとの考え方がある。

（補足説明）

1　子の監護をすべき者の定めにおける考慮要素

子の監護をすべき者の定めについて、父母の協議が調わないとき又はその協議をすることができないときは、家庭裁判所がこれを定めることとなる。また、家庭裁判所は、必要があると認めるときは、子の監護をすべき者の定めを変更することができる。

現行の民法には、子の利益を考慮すべき旨が規定されているほかは、家庭裁判所が監護者の指定又は変更の審判をするに当たっての具体的な基準や考慮要素を定めるものはない。現在の実務においては、別居親と子との関係、子の意向や生活状況等様々な事情を総合考慮して判断されているとされているが、このような現状に対しては、家庭裁判所の判断基準が明確でないとの指摘がある。試案の⑴は、このような指摘を踏まえ、その考慮要素を明確化することを提示するものであり、注１は、具体的な考慮要素として考えられるものの例を列記している。

もっとも、このような考え方に対しては、考慮すべき具体的な事情を列記した規定はなく、現在の実務では、父母の離婚等に伴う問題は、事案ごとに具体的な状況が千差万別であるから、画一的な考慮要素を定めることは困難であるとの指摘がある。また、部会のこれまでの議論においても、例えば、子の出生から現在までの生活及び監護の状況を考慮すべきであるとの指摘に対しては、父母の一方が他の一方に無断で子を連れ去ったような事案を念頭に、連れ去りから現在までの事情を考慮すべきではないとの批判がされ、また、他の親と子との交流が子の最善の利益となる場合における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べきであるとの指摘に対しては、「面会交流が子の最善の利益となる場合」との判断基準が不明確であるとの批判がされるなど、考慮要素の定め方自体に様々な意見の対立が見られたところである。このような状況を踏まえると、試案の本文とは異なり、この場面での考慮要素についての明文の規定を設けるのではなく、引き続き、解釈に委ねるのが相当であるとの考え方もあり得る。

２　面会交流（親子交流）の定めにおける考慮要素

試案の⑵は、面会交流についての考慮要素を明確化することを提示するものであり、注２は、その具体的な考慮要素として考えられるものの例を列記している。

もっとも、面会交流についても、監護者指定と同様に、画一的な考慮要素を定めることが困難であるとの指摘があるほか、その考慮要素の定め方自体にも様々な意見の対立があり得るため、明文の規定を設けるのではなく、引き続き、解釈に委ねるのが相当であるとの考え方もあり得る。

第５　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

１　第三者による子の監護

親以外の第三者が、親権者との協議により、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、３）。

（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。

（注３）親と親以外の第三者との間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を設けるべきであるとの考え方があり、この場合には、親以外の第三者からの濫用的な申立てを簡易に却下する仕組みについて引き続き検討すべきであるとの考え方がある。

（補足説明）

１　第三者による子の監護

⑴　現行の民法第７６６条の解釈として、①父母以外の第三者を子の監護をすべき者と定める旨の協議をすることができるかどうかや、②その協議が調わない場合等に当該第三者が家庭裁判所に対して監護者指定の申立てをすることができるかどうかについては、これらを肯定する考え方と、否定す

る考え方がある。

⑵　試案の本文は、まず、このうちの①の問題について、第三者が、親権者との協議により、子の監護者となることができる旨の規律を提示している。このような規律が必要であると指摘する立場は、第三者を監護者に指定する必要がある場面としては、例えば、父母の監護能力は十分と言えないものの、親権制限の申立てをするほどではないといった場面や、将来的な親子の再統合のことを考えると親権制限の申立てが相当でないといった場面があり得ることを指摘した上で、これらの場面では適切な親族等の第三者を監護者に指定することが有効な選択肢となり得ると主張する。

もっとも、①の問題について第三者を監護者に指定することが必要となる場面があり得るとしても、そのような指定をする許容性の有無については、別途の考慮を要する。すなわち、父母以外の第三者が監護者に指定されることで子の利益が害されることを防止するための仕組みとして、例えば、監護者となり得る第三者の範囲を限定し、子の養育との関係で一定の関連性（例えば、親族関係や同居歴の有無など）を有することを要求すべきであるとの考え方や、父母以外の第三者を監護者と定めるための要件として、それが子の最善の利益のために必要であることを要求すべきであるとの考え方がある。試案の注１及び注２は、これらの考え方を提示するものである。

２　第三者による申立ての可否

上記のうちの②の問題については、最高裁令和３年３月２９日決定（民集第７５巻３号９５２頁）が、「民法その他の法令において、事実上子を監護してきた第三者が、家庭裁判所に上記事項を定めるよう申し立てることができる旨を定めた規定がな」いこと等を理由として、これを否定する立場を明らかにした。また、第三者に対して監護者指定の申立権を付与すると、潜在的な紛争当事者が増加することで、親権者や子が無用の紛争に巻き込まれ、結果的に子の利益を害することとなりかねないとの指摘もある。

もっとも、このような結論に対しては、例えば、長年にわたって事実上子を監護してきた第三者が、親権者から当該子の引渡し請求に対抗することができなくなるため、子の監護環境を不安定なものとさせる点で不当であるとの批判があり得る。そこで、注３では、親と親以外の第三者との間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を提示した上で、親以外の第三者からの濫用的な申立てを簡易に却下する仕組みが必要であるとの考え方を提示している。

２　親以外の第三者と子との面会交流

親以外の第三者が、親権者との協議により、子との面会その他の方法によ

る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、３）。

（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。

（注３）親と親以外の第三者との間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を設けるべきであるとの考え方があり、この場合には、親以外の第三者からの濫用的な申立てを簡易に却下する仕組みについて引き続き検討すべきであるとの考え方がある。

（補足説明）

1　子と第三者との交流

⑴　現行の民法第７６６条の解釈として、①父母以外の第三者と子の面会その他の方法による交流を協議により定めることができるかどうかや、②その協議が調わない場合等に当該第三者が家庭裁判所に対して面会交流の申立てをすることができるかどうかについては、これらを肯定する考え方と、否定する考え方がある。

⑵　試案の本文は、まず、このうちの①の問題について、第三者が、親権者との協議により、子との面会その他の方法による交流についての定めをすることができる旨の規律を提示している。このような規律の必要性の根拠としては、例えば、子が長年にわたって祖父母と同居し、両者の間に愛着関係が形成されていたような場面を想定したときには、父母と祖父母との関係が悪化した後も、引き続き子と祖父母との交流を維持することが子の最善の利益の観点から重要であるとの指摘がある。

その上で、第三者との面会交流の定めをするための要件として、例えば、監護者となり得る第三者の範囲を限定し、子の養育との関係で一定の関連性（例えば、親族関係や同居歴の有無など）を有することを要求すべきであるとの考え方や、父母以外の第三者との交流を定めるための要件として、それが子の最善の利益のために必要であることを要求すべきであるとの考え方がある。試案の注１及び注２は、これらの考え方を提示するものである。

2　第三者による申立て

上記のうちの②の問題については、最高裁令和３年３月２９日決定（集民第２６５号１１３頁）が、これを否定する立場を明らかにした。この場面でも、第三者に申立権を付与すると、潜在的な紛争当事者が増え、親権者や子が無用

の紛争に巻き込まれ、結果的に子の利益を害することとなりかねないとの指摘もある。

もっとも、このような結論に対しては、祖父母との交流の継続が子の最善の利益に資するといえる事案においても、父母が同意しなければこれを実現する手立てがなくなってしまい、結果的に子の利益に反する結果となるとの批判がある。そこで、注３では、親と親以外の第三者との間の協議が調わないときは家庭裁判所が子と第三者との交流について定めるものとする考え方を提示した上で、親以外の第三者からの濫用的な申立てを簡易に却下する仕組みが必要であるとの考え方を提示している。

第６　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

【Ｐ】

第７　養子制度に関する規律の見直し

【Ｐ】

第８　財産分与に関する規律の見直し

【Ｐ】

第９　その他所要の措置

第１から第８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。

以　上