

家族法制の見直しに関する要綱案の取りまとめに向けた検討（2）

- 1 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条を見直すものとするについて、どのように考えるか。
- 2 協議上の離婚をする父母間において離婚後の親権者についての合意をすることが可能な場面に対応する規律として、父母双方を親権者とするかその一方を親権者とするかは父母の合意により定めるものとするについて、どのように考えるか（注）。

（注） 今後の会議においては、具体的な規律を検討することが考えられるが、その検討に当たっては、例えば、次のような点を含めた様々な論点を検討するに当たり、どのような点に留意すべきかが問題となり得る。

- ① 離婚後の父母双方が親権者となる場合の親権行使の在り方をどのように規律するか。
- ② 離婚をする父母間において離婚後の親権者の定め方についての合意をすることができない場面や、裁判上の離婚をする場面などにおいて、親権者の定め方をどのように規律するか。
- ③ 離婚後の親権者を変更すべき場面に対応する規律をどのように定めるか。

（参考） 家族法制の見直しに関する中間試案

第2 父母の離婚後等の親権者に関する規律の見直し

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。

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。

（補足説明）

1 現行民法の内容

昭和22年の改正前の民法では、子が「家ニ在ル父ノ親権ニ服ス」ものとするとともに、「父カ知レサルトキ」などの一定の場合には「家ニ在ル母之ヲ行フ」ものとしており、父母が婚姻関係にあるかどうかに関わらず、子の親権は父母の一方のみが行うこととされていた。

その後、この規定は、昭和22年の民法改正により改められ、現行民法第818条において、未成年の子が父母の親権に服することと（同条第1項）、親権は、父母が婚姻中は、父母が共同して行うことが原則となること（同条第3項）が定められるに至った。もっとも、昭和22年の改正により定められた現行民法においても、父母による親権の共同行使の例外として、父母が婚姻関係

にない場合（離婚の場合及び認知の場合）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規律（同法第819条）が採用され、離婚後等の父母がともに親権者となることを認めないこととなった。

2 現行民法第819条の見直しの要否に関する様々な意見についての検討

現行民法第819条が離婚後の父母双方を親権者とするを一切の例外なく認めていないことに対しては、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。

他方で、離婚後の父母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や、婚姻中及び離婚時に父母間に存在していた紛争や父母の一方から他方に対する支配・被支配の関係が離婚後も継続し、子がその紛争等にさらされ続けるおそれがあることなどを理由として、現行民法第819条の規律を維持することを求める意見もある。

試案第2の1では、これらの意見対立があることを踏まえ、現行民法第819条を見直すものとする【甲案】と、同条の規律を維持するものとする【乙案】を併記していた。これらの各案を支持する意見の根拠や反論は、様々な角度からの指摘が複雑に絡み合っており、また、離婚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ると、両意見の対立軸を単純化することは困難であると考えられるが、例えば、次のような切り口での検討が考えられる。

(1) 父母双方が子の養育（注1）に関与することと子の利益の関係の観点からの指摘

ア 父母の離婚後の親権に関する規律を検討する切り口として、子の利益の観点からの議論が最重要であることには異論がないものと思われる。法制審議会への諮問においても、「父母の離婚に伴う子の養育への深刻な影響・・・に鑑み、子の利益の確保等の観点から」の検討が求められているところである。

イ 【甲案】を支持する立場からは、現行民法第818条において父母が共同して親権を行うことを原則と定められた背景に、親権行使を父母の一方のみの判断に委ねるよりも、父母双方がその責任を負い、双方の関与の

下で意思決定がされるものとした方が、子の利益の観点から望ましいことが多いとの価値判断があったことを指摘した上で（注2）、このような価値判断が父母の婚姻関係の有無によって異なるものではないとの指摘をする意見がある。そして、このような価値判断が国民の意識とも合致することを示す根拠として、例えば、離婚と子育てに関する世論調査（内閣府）においては、父母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が子にとって望ましいと思うかについて、「どのような場合でも、望ましい」「望ましい場合が多い」又は「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9割を超えているとの指摘がある（注3）。

この部会での参考人ヒアリングやパブリック・コメントの手続でも、これと同様の切り口からの意見があった（注4）。

(2) 父母の離婚後は親権の共同行使が困難・不可能であるとの指摘

ア 現行民法第819条において父母の離婚後はその一方のみを親権者と定めなければならないこととした立法趣旨については、昭和22年の改正当時、共同生活を営まない父母が親権を共同して行使することは事実上不可能であると考えられていたからでないかとの説明がされている。

そのため、現行民法第819条の見直しの是非を検討するに当たっては、このような昭和22年の改正当時の指摘が現在においても貫徹することができるものであるかといった切り口からの議論をする必要がある。法務大臣から法制審議会への諮問においても「子の養育の在り方の多様化等の社会情勢に鑑み」た検討が求められているところである。

イ このような観点から【乙案】を支持する意見としては、上記(1)のような価値判断に対して、父母双方の関与の下での意思決定が子の利益の観点から望ましいとの価値判断は飽くまでも父母間の信頼関係や協力関係が期待できることが前提となっているが、父母の離婚後にはその相互の信頼関係や協力関係が失われているのが通常であるから、当然にはこの価値判断が妥当しないとの反論がある。そして、信頼関係や協力関係のない離婚後の父母が共同して親権を行使しなければならないこととなると、父母間の意見対立が生じた場面などにおいて、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や、父母間の紛争の継続・激化につながるおそれがあり、これが子の利益に反するとの指摘がされている。このような立場からの意見は、昭和22年の改正当時の考えが現在でも妥当していると主張するものと整理することができる。

この部会での参考人ヒアリングにおいても、児童精神科医である参考

人から、子が父母間の意見対立にさらされることが子の利益に反する旨の指摘があり、乳幼児・児童・思春期の精神医学の観点から、離婚後の子に必要なことは安全・安心な環境で同居親と暮らせることであることや、離婚後の父母双方が親権者となることは養育の質を損なうリスクがあることなどの指摘があり、パブリック・コメントの手続においても、このような観点からの意見があった。

ウ しかし、【乙案】の根拠としての上記の指摘については、離婚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、離婚後の全ての父母に当てはまる指摘であるかを改めて検討する必要があるように思われる。【甲案】を支持する立場からは、昭和22年の改正から70年以上が経過した現在において、離婚後も父母が子の養育についての信頼関係や協力関係を維持することができている事例や、離婚後の父母双方を親権者とするを父母の双方ともが望んでいる事例があることが指摘されており、このような現状を踏まえると、昭和22年の改正当時の指摘が現在の全ての父母に当てはまるとはいえず、そのため、離婚後の親権者を父母の一方のみに定めることを一律に必要とする現行民法第819条は、その合理的根拠を失うに至っているとの再反論がある。

パブリック・コメントの手続においても、このような観点からの意見があり、また、別居親側の立場からだけでなく、同居親側の立場にある者からも、離婚後の父母双方を親権者と定めることを希望したかったとの意見があったほか、離婚後の父母を支援する立場からも、離婚後の父母双方を親権者と定めることを父母双方が希望する事例があったことを報告するものもあった。

その上で、【甲案】を支持する立場からは、離婚後の父母双方が親権者となることによって子の利益が害されるおそれがあるとの懸念に対応する方策として、例えば、一定の場合には離婚後の父母の一方のみを親権者とすることや、父母間の意見対立が生じた場面での調整の仕組みを構想することが指摘される（なお、その具体的な規律の在り方については、第25回会議における議論を踏まえた上で、次回以降の会議において取り上げる予定である。）。

(3) 現行民法の下でも親権の事実上の共同行使が可能であるとの指摘

ア 【乙案】を支持する立場からは、離婚後も父母が信頼関係や協力関係を維持することができている事例においては、父母の一方のみを親権者とする現行民法を前提としても、事実上、子の監護教育や財産管理に関する意思決定を父母双方の関与の下で行うことは可能であるから、現行民法を改正しなくても子の利益にとっての不都合がないとの指摘がある。こ

の部会の参考人ヒアリングにおいても、離婚を経験した親（同居親）の立場から、現行民法の下でも別居親との間で子の養育に関する相談をすることができており、それに特段の支障は生じていない旨の指摘があり、パブリック・コメントの手續においても、この点を理由として、法改正の必要性がないとの意見があった。

イ しかし、現行民法の規律を前提とする限り、上記のような親権の事実上の共同行使は、法律上は親権者としての権利義務のない者が、あたかも親権者であるかのように行動することにほかならず、制度的な裏付けを欠く不安定なものとならざるを得ない。具体的な親権行使の場面において、親権者である父母の一方が他の一方（親権者ではない父母）との協議をするかどうかやその意見を取り入れるかどうかは、親権者の意向のみに依存することとなり、また、当該他の一方は、子に対して親権者としての法的責任を負わないこととなり、対外的な第三者との関係でも、当該他の一方が子の身上監護や財産管理に係る権利義務に基づく行為（例えば、子を代理して契約を締結することなど）をすることができないこととなる。パブリック・コメントの手續においてもそのような状態は子の利益にとって望ましい状態ではないとの意見や、離婚後も関係が良好な父母であっても、親権行使の具体的な場面においては意見が相違する可能性もあるところであるが、現行法ではこのような個別的な意見対立を調整する仕組みがなく「当事者任せ」となってしまうことを懸念する意見があった。

(4) DVや虐待がある事案への懸念を示す指摘（注5）

ア 【乙案】を支持する立場からは、離婚後の父母双方が親権者となることへの懸念として、婚姻中及び離婚時に父母間に存在していた紛争や父母の一方から他方に対する支配・被支配の関係が離婚後も継続することで、子及び同居親の安全・安心が害されるおそれや、子が父母間の紛争等にさらされ続けるおそれがあるとの弊害も指摘されている。

パブリック・コメントの手續においても、このようなDVや虐待のある事案への懸念を示す意見があり、現状においてそのような懸念の伴う事例が少なくないことを示す根拠として、例えば、「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・日本加除出版株式会社）によると、複数回答で離婚原因を質問したところ、「身体的な暴力」が7.9%、「精神的な暴力」が21%、「経済的暴力」が13.5%であったとの指摘や、また、司法統計によれば、婚姻関係事件6万4885件のうちの申立ての動機（複数回答）として、「暴力を振るう」は1万0639件、「精神的に虐待する」は1万5857件、「生活費を渡さない」は1万5617件であるとの指摘があるほか、DV被害の実態は統計上の数字に

現れ難い側面もあり、具体的な暴力に至らない程度の支配・被支配関係も含めれば、配偶者間で対等な関係での合意形成がされないケースは相当数に上る可能性があるとの指摘がある。また、離婚する全ての事案にDVや虐待の懸念があるわけではないとしても、家庭裁判所においてDVや虐待がある事案を適切にスクリーニングすることが可能であるかを疑問視する指摘もある。この部会での参考人ヒアリングにおいても、DV被害者の支援等に携わる立場から、DVは一部の例外ではないことや、発見しにくいことなどの指摘や、離婚後もDVが続くことは、同居親による子へのケアを困難とさせるといった弊害の指摘があった。

イ これに対し、【甲案】を支持する立場からは、DVや虐待への懸念にも適切に対応する必要があることを前提としつつも、離婚する全ての事案にDVや虐待があるわけではないことが指摘されており、パブリック・コメントの手続においても、DVや虐待の懸念がある事案が存在することは、そのような懸念のない事案にも一律に離婚後の親権者を父母の一方のみにすることを要求する合理的根拠とはならないとの指摘がある。

その上で、【甲案】を支持する立場からは、DVや虐待の懸念がある事案への対応策として、例えば、親権停止や親権喪失の仕組みによって対応することや、そのような事案では離婚後の親権者を父母の一方のみとすることで対応することなどの指摘がある。

パブリック・コメントの手続においても、離婚後の父母双方を親権者とすることを可能とする制度を導入しつつも、DVや虐待に対応するための方策を講ずることは可能であるとの意見があり、更には、DVや虐待に対応するための方策は、民事基本法制の枠内のみではなく、特別法における対応や、各種支援の充実によっても図っていくべきであるとの意見もあった。

(注1) この部会の第24回会議においては、子の「養育」という用語の意義についての意見も示されたが、この部会資料では、差し当たり、試案や補足説明の段階での議論の連続性の観点から、「養育」という用語を用いている。

(注2) 昭和22年の民法改正の際の議論においては、子の有する財産の処分が問題となる場面を念頭に、多くの場合には子の利益から考えて、父母の意見不一致の時には財産の処分を許さない方が良く考えられていたと説明されている。

(注3) 公益社団法人商事法務研究会「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」(令和3年1月)によれば、父母の離婚を経験した子に対して「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。」

との質問をしたところ、「父母が相談して決める」が17.0%、「同居親が決める」が41.5%、「別居親が決める」が3.9%、「わからない」が37.6%であった。このような調査結果に対しては、【甲案】を支持する立場からは、子の立場からも離婚後の父母双方が意思決定に関与することが求められている事案があるとの評価があり、他方で、【乙案】を支持する立場からは、子の立場からは離婚後の親権者は父母の一方のみとすることを求める意見が多数であるとの評価がある。

(注4) パブリック・コメントの手続においては、父母の離婚後もその双方が子の養育に適切に関与することが子の利益の観点から望ましいとの価値判断に関連する意見として、ひとり親世帯においては同居親又はその交際相手等による児童虐待死のリスクが高いとして、別居親が離婚後も引き続き親権を有し、子との交流を継続することができれば、そのリスクを低下させることができるとの意見もあった。

(注5) その他の切り口からの議論について

補足説明の本文に記載した切り口のほか、【甲案】を支持する立場と【乙案】を支持する立場からは、次のような切り口からの議論があり、パブリック・コメントの手続においても、同様の意見があった。

ア 国際的動向

【甲案】を支持する立場からは、諸外国の法制を踏まえれば、父母の離婚後もその双方を親権者とする規律が導入することが国際的な動向に合致することや、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、「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」が求められるに至っていることなどを指摘する意見がある。

これに対し、【乙案】を支持する立場からは、そもそも諸外国と我が国とは離婚後の子の養育の支援や司法制度等をめぐる制度的な基盤が大きくことなることや、父母の離婚後もその双方を親権者とする規律を導入した諸外国では、子及び同居親の安全・安心が害されるに至っていること、また、児童の権利委員会の上記総括所見については、勧告されているのは共同「養育」であり、離婚後の父母双方が「親権」を有するものとするのが求められているわけではないことなどを指摘する意見がある。

イ 親権争いの回避

【甲案】を支持する立場からは、離婚後の親権者を父母の一方のみに定めなければならないことが、父母間での「親権争い」を激化させる原因となっており、また、親権を得ることを強く希望する父母の一方が、この「親権争い」を有利に進めることを企図して、他の一方に無断で子を連れて別居する事案が生じているとして、このような「親権争い」を回避するためにも現行民法第819条を見直す必要があるとの

意見がある。

これに対し、【乙案】を支持する立場からは、仮に離婚後の父母双方を親権者とする選択肢を導入したとしても、通常は子と同居する親は父母の一方のみであり、「親権争い」が子との同居をめぐる争いに変わるだけであり、また、父母の一方が子を連れて別居するのは「DVや虐待からの避難」であり、不当なものではないから、現状において「親権争い」が生じていることは現行民法第819条の見直しの理由とはならないとの意見がある。

ウ 養育費の支払率の向上に向けた事実上の効果

民法第766条は、養育費や親子交流などの事項が父母間の協議又は家庭裁判所の手続により定められる旨を規定しているが、これらの事項は親権の行使として行われるものではないため、父母双方が親権者となるかその一方のみが親権者となるかは、養育費の支払義務の有無や程度には影響しないと考えられ、親子交流の定めについても同様である。そのため、養育費の支払確保等の必要性は、【甲案】及び【乙案】のいずれの根拠にもならないこととなる。

もっとも、【甲案】を支持する立場からは、民法上の解釈として別居親の親権の有無が養育費の支払義務の有無や程度には影響しないとしても、別居親が親権者として子の養育に一定の関与をすることができるものとなれば、事実上の効果として、別居親が任意にその養育費の支払をする動機付けがされるのではないかとの意見がある。

他方で、このような意見に対しては、親権の有無や親子交流の頻度等と養育費の任意支払の可能性との間の関連性は、事実上の効果としても判然とはせず、また、父母双方が身上監護を分担する場合には、父母の一方のみが身上監護を行う場合と比べて、養育費の額が減額される可能性があり、税制や社会保障給付の関係でも不利益に扱われてしまうのではないかとの懸念を示す意見もある。

3 今後の議論の大きな方向について

以上のように、離婚をめぐる事情はそれぞれの家庭によって多種多様であり、また、父母の離婚後の親権の在り方についても様々な価値観や意見があるところであることを踏まえると、離婚後の父母双方を親権者とした方が子の利益の観点から望ましい家庭もあれば、その一方のみを親権者とした方が子の利益の観点から望ましい家庭もあるということが出来る。そうすると、離婚後の父母双方を親権者とするを一切の例外なく一律に認めないものとする現行民法第819条については、何らかの形でこれを見直す必要があると考えられる。

そこで、現行民法第819条を見直すものとするについて、どのように考えるか。

4 離婚後の親権者について父母が合意することが可能な場面の規律について

(1) 問題の所在とこの資料で取り扱う場面設定

離婚後の父母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。そして、試案では、離婚後の父母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はその一方のみを親権者とする【甲①案】、父母の一方のみ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はその双方を親権者とする【甲②案】、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親権者を定めるとする【甲③案】が提示されている。

ところで、父母が離婚する際に離婚後の親権者を定める場面としては、①誰を親権者とするかについて父母が合意をすることが可能な場面（すなわち、離婚をめぐる協議の際に父母双方が話し合いをした結果として、離婚をすることやその後の親権者をどう定めるかについて、瑕疵のない真摯な合意に到達したような場面）と、②そうでない場面（すなわち、離婚をすることやその後の親権者をどう定めるかについて父母間に争いがある場合や、離婚をすること自体については合意が可能であっても、離婚後の親権者について、父母間に争いがあり又は話し合いをすることができないなどの理由により、合意をすることができない場面など）があり、それぞれの場面によって留意すべき事項や検討の観点が異なると考えられる。

この資料では、差し当たり、①の協議上の離婚をする父母間において離婚後の親権者についての合意をすることが可能な場面に対応する規律の概要について取り上げている（②の場面に対応する規律については、第25回会議における議論を踏まえた上で、次回以降の会議で取り上げることを予定している。）。

(2) 現行民法の内容

離婚後の親権者をどのように定めるかは、現行民法の下においても、離婚後の親権者を父と定めるか母と定めるかが問題となるところであるが、現行民法は、この問題について、父母の合意が成立する場合とそうでない場合に分けて規律している。

すなわち、現行民法では、父母が協議上の離婚をするときは、その協議で、どちらを離婚後の親権者とするかを定めることを予定した上で（同法第819条第1項）、協議上の離婚は、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効力を生ずるが（同法第764条において準用する第739条第1項）、この離婚の届出は父母の一方を親権者と定めなければ受理す

ることができないとしている（同法第765条第1項）。そのため、父母が離婚をすること自体を合意していたとしても、離婚後の親権者についての協議が調わない場合又は協議をすることができない場合には、協議上の離婚をすることができず、この場合には家庭裁判所の手続により離婚後の親権者を定めることが想定されている（同法第819条第2項及び第5項）（注1）。

そして、父母の協議により離婚後の親権者を定める場面については、子の利益を考慮して定めるべきであると解されているほかは、現行民法では父母のどちらを親権者と定めるべきかについての具体的な基準や要件についての明文の規定はない。また、同法では、離婚後の親権者の定めについて父母の協議が調う場面においては、その合意内容の適正性や合意形成過程での瑕疵の有無（一方から他の一方に対する強迫や詐欺などにより真意に反する合意がされたのではないかなど）を第三者が後見的な立場から事前に審査するような仕組みは設けられていないが（注2）、この定めを事後的に変更するための仕組みとして、子の利益のため必要があるときは、家庭裁判所が子の親族の請求によって親権者を変更することができるものとしている（同法第819条第6項）（注3）。

(3) 離婚後の親権者について父母が合意することが可能な場面の規律

まず、現行民法第819条を見直して離婚後の父母双方を親権者として定めるようにした場合の規律を構想する上でも、父母が協議上の離婚をする場合には、その届出の際に父母の協議により離婚後の親権者を定めるという現行のスキームを基本的には維持することが考えられる。

そして、この協議の結果として父母が合意をした場面においては、上記(2)のような現行民法の枠組みと同様に、協議上の離婚の際の父母間の合意により、そ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を定めることができるものとするのが考えられる（他方で、離婚後の親権者についての合意に至らない場合や協議をすることができない場合には協議上の離婚をすることができないものとするのが考えられるが、その具体的な規律の在り方については、第25回会議における議論を踏まえた上で、次回以降の会議で取り上げることを予定している。）。その上で、父母はこの協議においても子の利益を考慮すべきであるが、その合意の在り方に関する具体的な基準や要件を設けないことについても、現行のスキームと同様とすることが考えられる。

パブリック・コメントの手続においても、これと同様の意見があり、その理由として、具体的な基準を定めない方が個別の事案に対応した柔軟な解決を指向することができることなどの指摘があった。

(4) 第三者の関与を求める意見について

なお、以上のような考え方に対しては、一定の要件を満たさない限りは父母が必ずその双方を親権者と定める合意をしなければならないとする意見や、逆に、一定の要件を満たさない限りは父母が必ずその一方のみを親権者とする合意をしなければならないとする意見があり、その上で、この「一定の要件」を満たしているかをチェックするために裁判所等の第三者の後見的な関与を要求すべきであるとの意見もある。この部会での参考人ヒアリングやパブリック・コメントの手続においても、例えば、①離婚後の父母双方を親権者と定めようとする場合に限り第三者の関与を要求すべきであるとの意見、②離婚後の父母の一方を親権者と定めようとする場合に限り第三者の関与を要求すべきであるとの意見、③親権者の定めの内容にかかわらず、一律に第三者の関与を要求すべきであるとの意見があった。

これらの意見の中には、第三者の関与の必要性に関連して、(a) 外形的には父母が合意をしているような場合であっても、実際には父母間の協議が十分に行われていないことがあり(注4)、また、DVや虐待がある事案においては父母間に一定の支配関係が存在することが少なくないことから(注5)、第三者の関与によってその合意形成過程の問題を可及的に排除することを試みようとすることを含意するものや、(b) 父母双方が合意(瑕疵のない真摯な合意)をしていると認められる場合においても、その合意内容が子の利益に反することもあり得ることを念頭に、第三者がその合意内容をチェックした上で、一定の場合には父母に対してその合意内容と異なる定めをすることを求めようとすることを含意するものがあるように思われる。

これらの意見の求める第三者の関与の要否等を含めた具体的な規律の在り方については、離婚後の親権者の変更の仕組みと併せて議論することが有益であると考えられるため、第25回会議における議論を踏まえた上で、次回以降の会議で引き続き取り上げることを予定しているが、その際には、そのような第三者の関与等の必要性やその正当化根拠、協議上の離婚の手続に与える影響をどのように考えるかといった検討や(注6)、父母の合意内容が子の利益に反する場合等への対応策としては、離婚前に第三者がチェックする仕組みのほかにも、事後的な親権者の変更の手続を活用することも選択肢となり得ることを念頭においた検討が必要となると考えられる。

(5) そこで、協議上の離婚をする父母間において離婚後の親権者についての合意をすることが可能な場面に対応する規律の大枠としては、父母双方を親権者とする旨の合意をしたときはその双方が親権者となるものとし、その一方を親権者とする旨の合意をしたときは当該一方が親権者となるもの

とすることが考えられるが、どのように考えるか。

(注1) 離婚後の親権者についての協議が調わない場合等には、離婚をすること自体に争いがあるかどうかにかかわらず、まずは、家事調停の手続が行われる(家事事件手続法第257条参照)。そして、この家事調停において、離婚をすること自体には合意が調ったものの、離婚後の親権者についてのみ争いがある場合もあり得ないではないが、その場合の手続については、例えば、①離婚審判方式(離婚事件全体を調停に代わる審判により解決することを試みる方式)や、②人事訴訟方式(離婚事件全体を調停不成立とし、人事訴訟での解決を試みる方式)などがあり得るとされている。

(注2) 民法においては、関係者の合意のみによって身分関係の変動を生じさせることができるものもあれば、関係者の合意に加えて裁判所等による許可を得なければ身分関係の変動を生じさせることができないものがある。前者の例としては、婚姻、離婚、離婚時の親権者の選択などがあり、他方で、後者の例としては、未成年者を養子とする養子縁組(同法第798条。ただし自己又は配偶者の直系卑属を養子とする場合は例外とされている)がある。

(注3) 民法では、関係者の合意のみによって身分関係の変動を生じさせることができるものについて、当該合意に瑕疵がある場合に対応するための規律として、身分行為を無効とし又は取り消すための仕組みを設けているものもある。例えば、詐欺又は強迫によって婚姻又は離婚した者は、その婚姻又は離婚の取消しを家庭裁判所に請求することができるものとされている(同法第747条、第812条)。

(注4) 部会のこれまでの議論では、協議上の離婚の事案の中にも、父母が離婚の際の条件について十分な協議をすることなく離婚の届出をしているものも相当数あるのではないかとの指摘もされた。

(注5) なお、DVの懸念を議論する際には、別居親が加害者である場面を想定した議論だけでなく、別居親が被害者となるケースもあることに留意する必要がある、この部会での参考人ヒアリングにおいても、DV被害者でかつ別居親である立場からの報告があった。

(注6) 離婚時の親権者の定めに関する父母の合意を第三者が事前にチェックする仕組みを新たに導入するかどうかを検討するに当たっては、当事者が合意している状況で、その合意内容を否定する消極方向の情報を第三者がどのように収集するか、第三者が関与するという枠組みが父母の協議による離婚の制約となり、協議離婚制度の下での離婚自体を阻害する要因とならないかなどについても検討する必要があると考えられる。

5 今後の議論に向けた留意点について

現行民法第819条を見直し、離婚後の父母双方を親権者とすることがで

きるものとする規律を導入するに当たっては、①離婚後の父母双方が親権者となる場合の親権行使の在り方をどのように規律するか、②離婚をする父母間において離婚後の親権者の定め方についての意見対立がある場面や、裁判上の離婚をする場面などにおいて、親権者の定め方をどのように規律するか、③離婚後の親権者を変更すべき場面に対応する規律をどのように定めるかなどの様々な論点の検討を含め、その具体的な規律の在り方を引き続き検討する必要があると考えられる。

その検討に当たっては、離婚後の父母双方を親権者とするに対して示されている上記2及び4のとおり様々な懸念点に適切に対応する必要があるほか、新たな仕組みの導入によって子の利益が害されてしまうことがないように様々な点に留意する必要があると考えられる。

上記①から③までの点を含めた具体的な規律については、今後、第25回会議における議論を踏まえた上で部会資料を作成する必要があるが、その検討に当たって留意すべき点について、どのように考えるか。