

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（3）

（前注）この資料においては、「親権」には身上監護権（子の監護及び教育をする権利義務）と財産管理権（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権利義務）が含まれるものとの理解を前提としている。

また、父母の離婚後等の親権に関する規律を検討するに当たっては、部会資料25及びこの資料に記載した事項のほか、今後の会議においては、①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適用される具体的な規律の在り方（適正でない合意を是正するための方策を含む。）や、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離婚後の父母の一方を親権者と定め、他方を監護者と定めた場合の規律、④認知の場合の規律などを含め、様々な論点について引き続き検討することが考えられる。

1 父母双方が親権を有する場合における親権行使の在り方

父母双方が親権を有する場合における親権行使の在り方に関し、次のような考え方について、どのように考えるか（注1）。

- (1) 親権は、父母が共同して（共同の意思に基づいて）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。
- (2) 上記(1)にかかわらず、次の事項については、父母がそれぞれ親権を行うことができる。
 - ① 日常的な行為
 - ② 緊急の行為
- (3) 父母が共同して親権を行うべき場合において、父母の意見が対立するために親権を行うことができない事項があるときは、家庭裁判所は、父又は母の請求によって、当該事項について親権を行う者を定めることができる。
- (4) 父母が共同して親権を行うべき場合において、父母の一方が、共同の名義で、子に代わって法律行為をしたとき又は子が法律行為をすることに同意したときは、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。

2 監護者の定め要否及び監護者が指定されている場合の親権行使

- (1) 離婚後の父母双方を親権者と定めるに当たって、父母の一方を子の監

護をすべき者（監護者）とする旨の定めをすることを一律には要求しないものとするについて、どのように考えるか。

(2) 離婚後の父母の一方を監護者と定めるときは、親権のうち、身上監護に関する事項については、基本的に、当該監護者のみが行うものとする（財産管理等については上記 1(1)から(4)までのとおりとする）ことについて、どのように考えるか。

3 離婚後の親権者の定めの変更の仕組み

子の利益のために必要があるときは、家庭裁判所が、子の親族の請求によって、離婚後の親権者を父母の一方から他の一方に変更することのほか、その一方から双方への変更や、その双方から一方への変更をすることができるとすることについて、どのように考えるか（注 2、3）。

(注 1) 父母双方が親権を有する場合における親権行使の在り方については、父母の離婚後にその双方が親権を有する場合の規律のみならず、父母の婚姻中における親権行使の在り方についても、規律の整備が必要となるとの考え方がある。

(注 2) 離婚後の親権者の変更の要件については、裁判離婚の際の親権者の定め方に関する規律と併せて議論することが有益であると考えられるため、次回以降の会議でも引き続き検討することが考えられるが、例えば、親権者を父母の双方から一方に変更する要件として、協議上の離婚の際に父母の合意によって父母双方を親権者と定めた場合であっても、事後的に親権者の変更の申立てを受けた家庭裁判所が、父母が共同して親権を行うことが困難又は不相当であることにより子の利益を害すると認めるときは、父母の一方を親権者と定めなければならないものとする考え方がある。

(注 3) 協議上の離婚の際の親権者の定めについて、父母の合意に瑕疵があることが事後的に判明した場合に対応するため、家庭裁判所の審判等により父母の合意内容を是正する仕組みを設けるものとする考え方がある。

(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

3 離婚後の父母双方が親権を有する場合の親権の行使に関する規律 (本項は、上記 1 において【甲案】を採用した場合の試案である。)

(1) 監護者の定め可否

【A案】

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

【B案】

離婚後に父母の双方を親権者と定めるに当たっては、父母の一方を

監護者とする旨の定めをすることも、監護者の定めをしないこと（すなわち、父母双方が身上監護に関する事項も含めた親権を行うものとする）もできるものとする（注1）。

(2) 監護者が指定されている場合の親権行使

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

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

【α案】

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

【β案】

- ① 親権は、父母間の（事前の）協議に基づいて行う。ただし、この協議が調わないとき、又は協議をすることができないときは、監護者が単独で親権を行うことができる（注3）。
- ② 上記の規律に反する法定代理権及び同意権の効力は、現行民法第825条〔父母の一方が共同の名義でした行為の効力〕と同様の規律による。

【γ案】

- ① 親権は父母が共同して行う。ただし、父母の一方が親権を行うことができないときは他の一方が行うものとする。
- ② 親権の行使に関する重要な事項について、父母間に協議が調わないとき又は協議をすることができないとき（父母の一方が親権を行うことができないときを除く。）は、家庭裁判所は、父又は母の請求によって、当該事項について親権を行う者を定める（注4）。
- ③ 上記の各規律に反する法定代理権及び同意権の効力は、現行民

法第825条〔父母の一方が共同の名義でした行為の効力〕と同様の規律による。

(3) 監護者の定めがない場合の親権行使（注5）

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

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

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

(4) 子の居所指定又は変更に関する親権者の関与

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

【X案】

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

【Y案】

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

(注1) 本文の【B案】の考え方の中には、①一定の要件を満たさない限りは原則として監護者の定めをすべきではないとの考え方や、②一定の要件を満たさない限りは原則として監護者の定めをすべきであるとの考え方、③監護者の定めをするかどうかの選択の要件や基準については特段の規律を設けずに解釈に委ねるものとするべきであるとの考え方などがある。また、監護者の定めをしないことを選択するに

- 当たっては、「主たる監護者」を定めるものとするべきであるとの考え方がある。さらに、父母の双方が親権者となった場合の「監護者」や「主たる監護者」の権利義務の内容については、父母の一方が親権者となって他の一方が「監護者」と定められた場合との異同も意識しながら、引き続き検討すべきであるとの考え方がある。
- (注2) 本文(2)アの考え方を基本とした上で、子の監護に関する事項であっても、一定の範囲の事項(例えば、子の監護に関する重要な事項)については、本文(2)イの各規律によるものとするべきであるとの考え方がある。
- また、本文(2)アの考え方及び本文(2)イの規律を基本とした上で、子の財産管理に関する事項や法定代理権又は同意権の行使であっても、一定の範囲(例えば、重要な事項以外の事項)については、監護者が単独でこれを行うことができるものとするべきであるとの考え方がある。
- (注3) 本文の【β案】を採用した場合において、監護者と定められた親権者の一方が子の最善の利益に反する行為をすることを他方の親権者が差し止めるための特別の制度を新たに設けるべきであるとの考え方がある。
- (注4) 本文の【γ案】②と異なり、親権の行使に関する重要な事項について、父母間に協議が調わないとき等には、家庭裁判所が、父又は母の請求によって、当該事項についての親権の行使内容を定めるものとする考え方がある。
- (注5) 本文の(3)のような規律を設ける場合には、婚姻中の父母がその親権を行うに当たって意見対立が生じた場面においても、家庭裁判所が一定の要件の下で本文の(3)イのような形で父母間の意見対立を調整するものとするとの考え方がある。
- また、婚姻中の父母の一方を監護者と定めた場合の親権の行使について、上記本文3(2)及び(4)と同様の規律を設けるものとするとの考え方がある。
- (注6) 本文の(3)イの規律についても、上記(注4)と同様の考え方がある。

(補足説明)

1 「親権」の概念の整理

- (1) この部会のこれまでの議論では、父母の離婚後の親権に関する規律を検討するに当たっては、議論の対象となる「親権」の概念を整理する必要があるとの指摘があり、中間試案の取りまとめまでの議論の過程では、現行民法の解釈の整理がされた。
- (2) 一般に、親権は、身上監護権(子の監護及び教育をする権利義務)と財産管理権(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権利義務)からなると解されている。

そして、このうちの身上監護権については、民法第820条に「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」

旨の総則的な規定が設けられ、この規定による監護及び教育をするに当たっては、「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ない。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。」ことが定められ（同法第821条）、その上で、居所指定権（同法第822条）や職業許可権（同法第823条）などの個別的な規定が設けられている。また、この身上監護権には、解釈上、第三者に対する妨害排除請求権（第三者が子を自らの監護下に置くことで親権者による親権行使を違法に妨害している場合であって、その状態が子の自由意思に基づくものではないようなときに、親権者が、第三者に対し、子の引渡しを求めることができる権利）が含まれると解されている。

親権のうち財産管理権については、民法第824条が、「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。」旨を規定し、また、未成年者の法律行為については、同法第5条第1項が「その法定代理人の同意を得なければならない」として親権者の同意権を規定している。

なお、財産上の行為については同法第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権者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同法第797条第1項等）。

- (3) この資料においては、「親権」の概念については、差し当たり、上記のとおり現行民法の一般的な理解を前提としている。

2 親権の「共同行使」の意義の整理

- (1) 離婚後の父母双方が親権を有する場合における親権行使の在り方について検討するに当たっては、婚姻中の親権行使に関する民法第818条の規律について整理することが有益であると考えられる。
- (2) 昭和22年の改正前の民法では、父母が婚姻関係にあるかどうかにかかわらず、子の親権は父母の一方のみが行うこととされていたが、その後、この規定は、昭和22年の民法改正により改められ、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（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。その背景には、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

あったとされている。

民法第818条第3項のいう「共同して」とは、身上監護や財産管理等の親権の行使が、父母の共同の意思で決定されることをいうと解されている。そして、父母の共同の意思での決定には、父母の共同の名義によって親権の行使をした場合のみならず、例えば、父母の一方が、他方の同意を得て、単独名義で親権の行使をする場合も含まれるとされている。後者の場合の他方親権者の同意は、黙示的なものでもよいとされている。

- (3) 民法第818条第3項ただし書は、「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」として、親権の共同行使の原則の例外としての単独行使を定めている。

「父母の一方が親権を行うことができないとき」には、親権を行うことが法律上できない場合と事実上できない場合の両者が含まれる。親権を行うことが法律上できない場合としては、例えば、親権者の一方が親権停止・喪失の審判を受けたときや親権を辞任したときなどがある。親権を行うことが事実上できない場合としては、一般に、行方不明、重病、心神喪失、受刑などがあるとの説明がされている（注1）。

- (4) ところで、民法第818条第3項は、「共同して」行使すべき「親権」の具体的な範囲について、特段の規定を設けておらず、実際に、婚姻中の父母による親権行使は、通常、子の進学や医療等の重要な事項に関する決定をする場面に限らず、日常の些細な事項についても、父母が日常のコミュニケーションの中で相談しあうことも少なくないと思われる。そして、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民法の価値判断を重視すれば、身上監護や財産管理に関する様々な事項について、父母が円満に協議し、その熟慮の下で子の養育が行われていくことは、子の利益に資すると思われる。

しかし、このことは、日常の些細な事項を含むあらゆる事項について父母が共同の意思で決定しなければならないことまでを民法が要求していることを意味するものではないと解される。昭和22年の民法改正の直後から、同条の一般的な解釈として、日常の監護教育のような行為については、父又は母がそれぞれ（単独で）行うことができるとされている（注2）。

また、部会のこれまでの議論においては、「緊急の事項」についても、民法には明文の規定はないものの、父母の一方が、他方の同意を得なくても、一定の裁量に基づいて行うことができると解すべきではないかとの指摘があった。

- (5) 以上のように、民法においては、上記(3)及び(4)のような例外的な場面においては各親権者が単独で親権を行うことができると解される一方で、それ

以外の親権の行使については、父母双方が共同の意思に基づいて決定することが想定されている（注3）。

そして、昭和22年の改正の際の議論の過程では、父母双方が共同で（共同の意思に基づいて）親権を行使すべき事項（例えば、子が重要な財産を有する場合にそれを売却するかどうかなど）について、父母の意見が一致しない場面もあり得るのではないかとの問題提起がされた上で、このような場面に対応するための規律を設けるべきかが議論されたようであるが、明文の規定は設けられなかった。当時の議論の際には、財産管理等の場面を念頭に、父母の意見が一致しない場合には、多くの場合には子の利益から考えて財産の処分を許さないとする方がよいであろうとの説明もされている。そのため、父母双方が共同で親権を行使すべき事項について父母の意見が一致しない事項については、基本的には、親権を行使することができないものと思われる。

しかし、父母の意見不一致により親権の行使がされないことで、かえって子の利益に反する場合も想定され得る。このような場合に対応する手段として、例えば、親権者の一方は、他の親権者による親権行使が不相当であることにより子の利益を害するとして、家庭裁判所に対し、他の親権者の親権の停止の審判を求め（民法第834条の2）、その申立てと同時に、審判前の保全処分の申立て（家事事件手続法第174条）をして、他方の親権者の職務を停止し、又はその職務代行者の選任を求めることが考えられる。また、監護に関する事項（例えば、子の居所の指定変更に関する事項）については、実務上、民法第766条の類推適用により、家庭裁判所が、父母の婚姻中においても、子の監護をすべき者その他子の監護について必要な事項の定めをする場合もあるとされている。

このほか、意見不一致の場合の個別的な事項についての解決方法については、夫婦関係調整調停等の手続の申立てをすることができるとする見解もあり、現にそのような実務運用がされている例もあるとの指摘もある。

- (6) 民法第825条は、婚姻中の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、子を代理して法律行為をしたとき等には、当該行為が他の一方の意思に反するものであっても、そのためにその効力を妨げられないものと定め、ただし、相手方が悪意であった（当該行為が当該他の一方の同意がないことを知っていた）ときはこの限りではない（適法な追認がない限り無効となる）ものと定める。同条は、親権の共同行使の原則と取引の相手方となる第三者の保護との調整を図る趣旨の規定であるとされている。

そして、民法第825条の規定により、親権者の一方が他の一方の意思に

反して行った法律行為が有効とされるためには、当該行為が「共同の名義」で行ったものである必要がある。親権者の一方が単独の名義で行った行為については、無効であると解されている（ただし、他方の親権者の追認又は表見代理等により取引の相手方が保護される場合もあり得る。）。

(注1) 父母の婚姻関係が事実上破綻し、別居している状態が「父母の一方が親権を行うことができないとき」に該当するかどうかについては、婚姻関係の破綻や別居の事実のみによって判断するのではなく、子の利益の観点からその必要性や緊急性などを考慮し、事案に即して判断すべきであるとの考え方がありとされている。

(注2) 「父母の共同親権は、子を哺育・監護し、教育するという事実上のことに関しては、・・・両者の意見が一致しなくとも、一方が他方の意思を無視してやっても、特に法律上の問題とすべきものは少ないであろう。もっとも、父が、事実上、不当に親権を行使するときに、母が共同親権に基いて、その差止めを訴求することも、勿論可能であろうが、實際上そうした例は、多く生じないと思う。」(我妻榮『改正親族・相続法解説』113頁(昭和24年))

「父母は婚姻中共同親権者であるから、子の監護教育についても父母は共同でしなければならぬ。しかしそれは何から何まで父母が共同ですということではなく、事実に監護教育は父又は母がそれぞれ自己の一存で行って差し支えない。ただ、親権者の一方の独断専行殊にその不当な監護教育に対しては、他方は異議を述べてこれを差し止めることができ、一方の監護教育の怠慢に対しては他方にこれに協力を求めることができる。」(中川善之助『註釋親族法』(下)43頁(昭和27年))

(注3) 親権者以外の者による親権の行使については、次のような規定がある。

○ 民法

(未成年被後見人の身上の監護に関する権利義務)

第857条 未成年後見人は、第八百二十条から第八百二十三条までに規定する事項について、親権を行う者との同一の権利義務を有する。ただし、親権を行う者が定めた教育の方法及び居所を変更し、営業を許可し、その許可を取り消し、又はこれを制限するには、未成年後見監督人があるときは、その同意を得なければならない。

(未成年後見人が数人ある場合の権限の行使等)

第857条の2 未成年後見人が数人あるときは、共同してその権限を行使する。

2 未成年後見人が数人あるときは、家庭裁判所は、職権で、その一部の者について、財産に関する権限のみを行使すべきことを定めることができる。

3 未成年後見人が数人あるときは、家庭裁判所は、職権で、財産に関する権限について、各未成年後見人が単独で又は数人の未成年後見人が事務を分掌して、その権限を行使すべきことを定めることができる。

4 家庭裁判所は、職権で、前二項の規定による定めを取り消すことができる。

5 未成年後見人が数人あるときは、第三者の意思表示は、その一人に対してすれば足りる。

○ 児童福祉法

第33条の2 児童相談所長は、一時保護が行われた児童で親権を行う者又は未成年後見人のないものに対し、親権を行う者又は未成年後見人があるに至るまでの間、親権を行う。ただし、民法第七百九十七条の規定による縁組の承諾をするには、内閣府令の定めるところにより、都道府県知事の許可を得なければならない。

② 児童相談所長は、一時保護が行われた児童で親権を行う者又は未成年後見人のあるものについても、監護及び教育に関し、その児童の福祉のため必要な措置をとることができる。この場合において、児童相談所長は、児童の人格を尊重するとともに、その年齢及び発達に程度に配慮しなければならない。かつ、体罰その他の児童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。

③ 前項の児童の親権を行う者又は未成年後見人は、同項の規定による措置を不当に妨げてはならない。

④ 第二項の規定による措置は、児童の生命又は身体の安全を確保するため緊急の必要があると認めるときは、その親権を行う者又は未成年後見人の意に反しても、これをとることができる。

第47条 児童福祉施設の長は、入所中の児童で親権を行う者又は未成年後見人のないものに対し、親権を行う者又は未成年後見人があるに至るまでの間、親権を行う。ただし、民法第七百九十七条の規定による縁組の承諾をするには、内閣府令の定めるところにより、都道府県知事の許可を得なければならない。

② 児童相談所長は、小規模住居型児童養育事業を行う者又は里親に委託中の児童で親権を行う者又は未成年後見人のないものに対し、親権を行う者又は未成年後見人があるに至るまでの間、親権を行う。ただし、民法第七百九十七条の規定による縁組の承諾をするには、内閣府令の定めるところにより、都道府県知事の許可を得なければならない。

③ 児童福祉施設の長、その住居において養育を行う第六条の三第八項に規定する内閣府令で定める者又は里親（以下この項において「施設長等」という。）は、入所中又は受託中の児童で親権を行う者又は未成年後見人のあるものについても、監護及び教育に関し、その児童の福祉のため必要な措置をとることができる。この場合において、施設長等は、児童の人格を尊重するとともに、その年齢及び発達に程度に配慮しなければならない。かつ、体罰その他の児童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。

④ 前項の児童の親権を行う者又は未成年後見人は、同項の規定による措置を不当に妨げてはならない。

⑤ 第三項の規定による措置は、児童の生命又は身体の安全を確保するため緊急の必

要があると認めるときは、その親権を行う者又は未成年後見人の意に反しても、これをとることができる。この場合において、児童福祉施設の長、小規模住居型児童養育事業を行う者又は里親は、速やかに、そのとつた措置について、当該児童に係る通所給付決定若しくは入所給付決定、第二十一条の六、第二十四条第五項若しくは第六項若しくは第二十七条第一項第三号の措置、助産の実施若しくは母子保護の実施又は当該児童に係る子ども・子育て支援法第二十条第四項に規定する教育・保育給付認定を行つた都道府県又は市町村の長に報告しなければならない。

3 親権行使の在り方の大枠を検討する上での課題

(1) 単独行使が可能な事項の明確化

離婚後の父母双方が親権者となる場合の親権行使について、試案第2の3(3)アでは、父母の婚姻中と同様に、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た。

ところで、上記2(4)のとおり、民法第818条第3項が親権を「共同して行う」と定める趣旨は、日常の些細な事項を含むあらゆる事項について父母が共同の意思で決定しなければならないことを意味するものではないと解されるが、このことは明文の規定をもって定められているわけではない。そのため、親権を「共同して行う」ことの意味が誤って理解されるおそれがあるのではないかと指摘があり得る（注1）。

このような指摘に対応するための方策の1つとして、離婚後の父母双方が親権を有する場合の親権行使に関する規律を整備するに当たっては、親権を父母双方が共同して行うことを原則としつつも、父又は母が単独で（相手方の同意を逐一得ることなく）行うことができる事項を明確化するための規律を設けることが考えられる。そして、このような規律の明確化は、離婚後の親権行使のみでなく、民法第818条第3項の規律する父母の婚姻中の親権行使についても必要であると考えられる。

パブリック・コメントの手續において寄せられた意見においても、試案第2の3(3)の考え方（身上監護を含めた親権を父母双方が共同して行うものとする）に賛成しつつも、日常生活で随時発生する事項についてはそれぞれが単独で決定することができるようにすべきであるといった意見があった。

また、離婚後の父母双方が共同して親権を行使する仕組みを導入することに対しては、部会のこれまでの議論やパブリック・コメントの手續の過程で、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懸念が示されていたところであるが、このような懸念に対応するためにも、日常的な行為や緊

急の行為を父又は母が単独で行うことができるものとする必要があると考えられる。

そこで、この資料のゴシック体の記載の1(1)及び(2)では、民法第818条第3項の解釈等を参考に、父母の離婚の前後を問わず適用されるルールとして、あり得る考え方の案を試みに提示しているが、どのように考えるか(注2、3)。

(2) 父母の一方が音信不通となる場合への対応策

離婚後の父母双方が親権を有するものとするに慎重な意見の中には、父母の離婚後に、子と別居することとなった親が音信不通となる場合があることを懸念するものがある。この部会の第25回会議においても、別居親が子への関心を失うケースを指摘する意見があった。

これらの意見が懸念する場面は、父母の婚姻中にも生じ得ると考えられるが、民法第818条においては、上記2(3)のとおり、父母の一方が行方不明等の事情により親権を行うことができない場合には他の一方が親権を行うものとすることで対応することとしている。

そこで、この資料のゴシック体の記載の1(1)のただし書では、試案第2の3(3)アと同様に、このような民法第818条の規律を参考に、父母の離婚の前後を問わず適用されるルールとして、あり得る考え方の案を試みに提示しているが、どのように考えるか。また、この資料のゴシック体の記載の1(2)のような考え方を前提とすれば、別居親が子への関心を失い、音信不通となった場合においても、同居親は日常的な行為や緊急の行為をすることができることとなるが、どのように考えるか(注4)。

(3) 父母の意見対立時の規律

婚姻中の父母双方が共同で(共同の意思に基づいて)親権を行使すべき事項について父母の意見が対立する場合の対応策については、上記2(5)のとおり、親権停止の審判等(民法第834条の2等)による対応が可能であり、これは、離婚後の父母双方を親権者とする場合にも適用される対応策であると考えられる。

もっとも、個別的な事項についての親権行使をめぐって父母の意見が対立する場面の中には、必ずしも親権停止の要件(父又は母による親権の行使が困難又は不相当であることにより子の利益を害するとき)を満たすとは限らないときもあると思われ、その場合には、結果的に、親権を行使することができない(すなわち、親権者の一方があたかも「拒否権」を有するかのよう結果となり得る)こととなる。

このような現状に対しては、父母間の意見対立を調整するための裁判手続を新たに設ける必要があるとの指摘がされており、試案第2の3(3)イで

は父母の離婚後の場面について、試案第2の3の注5では父母の婚姻中の場面について、そのような指摘を踏まえた考え方として、家庭裁判所が、父母間の意見が対立する重要な事項について親権を行う者を定めるものとするを提示していた。そして、この手続により親権を行う者と定められた者は、当該事項についての親権（法定代理権等を含む。）を単独で行使することとなると考えられる。パブリック・コメントの手続においても、このような裁判手続の必要性を指摘する意見があった。

そこで、この資料のゴシック体の記載の1(3)では、父母の離婚の前後を問わず適用されるルールとして、あり得る考え方の案を試みに提示しているが、どのように考えるか（注5）。

(4) 親権者の一方が単独で行った行為の効力

父母双方が共同で（共同の意思に基づいて）親権を行使すべき事項について、その一方が単独で（他方の意思に反して）行った行為の効力が問題となることは、離婚後の親権行使においても同様であると考えられる。

そこで、この資料のゴシック体の記載の1(4)では、民法第825条の規律を参考に、父母の離婚の前後を問わず適用されるルールとして、あり得る考え方の案を試みに提示しているが、どのように考えるか。

(注1) 父母が親権を「共同して行う」ことの意味については、パブリック・コメントの手続において示された意見の中でも、様々な理解を前提とする意見があった。

例えば、【乙案】（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条を維持するものとする案）や【A案】（離婚後に父母の双方を親権者と定めるに当たっては、必ず父母の一方を監護者とする旨の定めをしなければならないものとする案）に賛成する意見の中には、その理由として、日常的な事項までも父母が共同で意思決定をするのは困難であるといった指摘もあった。

(注2) この資料では、父母双方が親権者となる場合であってもその一方が単独で行うことができる行為として、「日常的な行為」を掲げている。この「日常的な行為」の範囲については、監護教育に関する事実行為のみに限るとする考え方と、日常的な監護教育に付随する法律行為の法定代理等を含むものとする考え方があり得る。なお、仮に前者の考え方を採用したとしても、父母の一方が、日常的な監護教育に関して、（子を法定代理するのではなく）親自身の名義で法律行為を行うことができることは可能であると考えられ、また、子が自ら法律行為を行う場面についても、子が単に権利を得、又は義務を免れる行為や、親権者が目的を定めて処分を許した財産等の処分については、子が（親権者の同意を得ることなく）自由に行うことができるから（民法第5条第1項、第3項）、各考え方間に実際上の差異が生ずる場面は多くないと考

えられる。

(注3) この資料では、父母双方が親権者となる場合であってもその一方が単独で行うことができる行為として、「緊急の行為」を掲げている。この緊急性が認められる場合としては、例えば、子を現に監護している親権者が、ある事項についての意思決定をするに当たり、他方の親権者との協議をしては子の利益を害すると認められるような場面や、家庭裁判所による調整手続（この資料のゴシック体の記載の1(3)参照）を待たずに子の利益を害すると認められるような場面もあり得る。この部会のこれまでの議論においては、そのような場面の具体例の1つとして、学校の入学試験の結果発表から入学手続までの期間が比較的短期間であることを指摘して、子の利益のために父母の一方のみの判断で決定すること（すなわち、子を代理して在学契約を締結すること又は子が在学契約を締結することに同意すること）ができるようにすべきであるとの意見もあった。

(注4) 親権者の一方が子への関心を失うなどして適切な親権行使をしないケースにおいて、当該親権者の一方の所在が判明しているよう場合には、父母の婚姻中及び離婚後のいずれの場面であっても、当該親権者の一方について親権停止や親権喪失によって対応することも考えられる。

(注5) 父母間の意見対立を調整するための裁判手続を新たに設けることについては、①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といった指摘や、②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、裁判所がこの点に関する父母の価値判断の優劣を判断することは困難かつ不相当であって、価値判断に立ち入らずに客観的な観点から判断するための指針が必要ではないかといった指摘もある。

このうちの①の指摘については、この資料のゴシック体の記載の1(1)及び(2)の整理を前提とする限り、日常的な行為や緊急の行為については、各父母がそれぞれ行うことが想定されるため、同(3)の裁判手続の対象外と整理することが考えられる。

また、②の指摘については、父母間の意見対立が生ずる原因や背景事情は事案によって様々であると考えられるため、定型的な判断基準を定めることは困難ではないかとの指摘があり得るものの、親権が子の利益のために行われるべきものであること（民法第820条参照）を踏まえ、裁判所が、父母間で意見対立が生じている事項に関し、父母のいずれが子の利益に適う形で親権を行使し得るかについて、できる限り客観的に判断するための観点を整理することは可能かつ必要ではないかとの指摘もあり得る。

なお、家事事件手続法第65条によれば、家庭裁判所は、家事審判の手続において子の意思を把握するように努めた上で、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とされている。

4 監護者の定め要否及び監護者が指定されている場合の親権行使

(1) 「子の監護をすべき者」についての民法の解釈の整理

民法では、「子の監護をすべき者」（以下、単に「監護者」ということがある。）を父母間の協議又は家庭裁判所の手続により定めることができる旨を定めている（同法第766条参照）。「監護者」の定めがされる場面としては、①父母の離婚後にその一方を親権者と定め、他の一方を監護者と定める場面と、②婚姻中の父母の双方が親権者である状態で、その一方を監護者と定める場面（同条類推適用）がある。

もっとも、監護者が定められた場合の効果については、民法第766条第4項が「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、監護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、他方が監護者と定められた場面において、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。

部会のこれまでの議論においては、家族法制の見直しに関する中間試案の補足説明の21ページから24ページまでの記載のとおり、監護者の定めがされた場面に関する民法の解釈についての一定の整理がされたところであり、監護者が子の日常的な身の回りの世話をすべき地位にあるということ为前提として議論が進められた。もっとも、この場合の親権者や監護者の権利義務の具体的な内容については様々な解釈があり、解釈が不明確な部分もあるとの指摘もされた。

(2) 離婚後の父母双方が親権者となる場合における監護者の定め要否

ア 仮に離婚後の父母双方を親権者と定めた場合であっても、実際に子と同居してその監護教育をするのは、離婚後の父母の一方のみである場合が多いと考えられる。

このような認識を前提として、試案の【A案】では、離婚後の父母双方を親権者と定めるに当たっては、必ず父母の一方を監護者とする旨の定めをしなければならないものとする規律を提示している。その根拠としては、例えば、離婚後の父母が、子の養育をするに当たって、日常的な事項に関する決定や事実としての監護教育を常に共同することは困難であるとの指摘がある。また、監護者の定めをすることなく、日常的な事項についても父母間の協議に基づいて親権を行う必要があるとすると、父母間の意見が対立したときに適時の意思決定をすることが困難となる結果として、子の利益を害することとなりかねないとの指摘もある。

パブリック・コメントの手続においても、このような指摘を踏まえ、監護者（又は主たる監護者）の定めを必須とすべきではないかとの意見があ

った。

イ もっとも、このような【A案】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、離婚後の父母が子の監護教育を分担（分掌）することができている事例なども含め、父母の一方のみを監護者と定めることを一律に必要とする合理的根拠をどのように説明するのが問題となる。

また、父母双方が親権者となる場合の親権行使について、この資料のゴシック体の記載の1(2)のとおり、日常的な行為や緊急の行為については単独行使を認めるものとすれば、監護者の定めをしなくても実際上の不都合は生じないとも考えられる。

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、監護者の定めを一律に要求すべきではなく、様々な事情に応じた柔軟な対応を可能とすべきであるとして、【B案】（離婚後に父母の双方を親権者と定めるに当たっては、父母の一方を監護者とする旨の定めをすることも、監護者の定めをしないこと（すなわち、父母双方が身上監護に関する事項も含めた親権を行うものとする）もできるものとする案）に賛成する意見があった（注1、2）。

ウ 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、監護者の定めをした方が子の利益の観点から望ましい家庭もあれば、監護者の定めをしない（父母双方が身上監護に関する事項も含めた親権を行うものとする）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。そこで、この資料のゴシック体の記載の2(1)においては、あり得る考え方の案を試みに提示しているが、どのように考えるか。

なお、監護者の定めをするかどうかについては、民法第766条第1項の規律によれば、父母の協議により定めることとなり、同条第2項によれば、父母の協議が調わないときや協議をすることができないときは、家庭裁判所が定めることとなることが考えられる。

(3) 離婚後の父母双方が親権を有する場合において監護者が指定されているときの親権行使（主として身上監護の関係）について

離婚後の父母の双方を親権者と定めた場合において、その一方が監護者と定められたときには、基本的には、その一方の者（監護者と定められた方の親権者）が子と同居してその監護教育をすることが想定されると考えられる。このような場合においては、民法の解釈の整理を踏まえれば、基本的

には、同法第820条から第823条までに規定する身上監護に関する事項は、監護者と定められた親権者のみが行うものとする考え方があり得る。

そこで、この資料のゴシック体の記載の2(2)においては、あり得る考え方の案を試みに提示しているが、どのように考えるか(注3)。

(4) 離婚後の父母双方が親権を有する場合において監護者が指定されているときの親権行使(主として財産管理・法定代理等の関係)について

ア 試案の概要

離婚後の父母双方が親権者となる場合においては、監護者が指定されているときであっても、親権のうち身上監護以外の部分(具体的には、民法第824条に財産管理に係る事項や、財産上・身分上の行為についての法定代理に係る事項及び同法第5条に規定する法律行為の同意に係る事項)についての権利義務の行使は、基本的には、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考え方が考えられる。その上で、部会のこれまでの議論では、この場面での関与の在り方については、監護者で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との議論がされた。

試案では、【 α 案】(監護者が単独で行い、その内容を事後に他方の親権者に通知するものとする案)、【 β 案】(父母双方が共同して行うことを原則とするが、父母間の意見が対立した場合には、監護者が単独で行うものとする案)、【 γ 案】(父母双方が共同して行うことを原則とするが、父母間の意見が対立した場合には、家庭裁判所の手続により調整するものとする案)の3つの案が併記された。

イ 【 α 案】についての検討

【 α 案】は、試案で併記された規律のうち、監護者でない親権者の関与の強さが最も弱い規律であり、その根拠としては、父母の離婚後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を重視するものと整理し得る。

もともと、【 α 案】に対しては、監護者と定められた親権者が他方の親権者と事前の相談をすることなくあらゆる事項についての親権行使をすることができることとなるのであれば、実質的には、監護者が単独で親権者となるのと変わらないとの批判がある。父母双方を親権者とすべきであるとの考え方の背景には、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

があるが、【 α 案】においてはこのような価値判断との関係も問題となり得る。

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、賛否双方の意見があった。

ウ 【 β 案】についての検討

【 β 案】は、試案で併記された規律のうち、監護者でない親権者の関与が中間的な規律であり、その根拠としては、父母の意見対立時に常に裁判所の手続を要するとすると、緊急の事項に対応することができないことから、意見対立時の最終的な決定権者をあらかじめ父母の一方に定めておくことが相当であるとの考え方がある。

もともと、【 β 案】に対しては、具体的な親権行使の場面において、監護者と定められた親権者が他方の親権者の意見を取り入れるかどうかは、最終的には監護者と定められた親権者の意向のみに依存することとなることを問題視する指摘がある。

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、賛否双方の意見があった。

エ 【 γ 案】についての検討

【 γ 案】は、試案で併記された規律のうち、監護者でない親権者の関与が強い規律であり、その根拠としては、親権行使について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や、父母の意見対立時には裁判所の関与の下での調整を図ることを可能とした方が子の利益の観点から望ましいとの指摘がある。

もともと、【 γ 案】に対しては、父母の意見対立時の裁判手続が速やかに行われるとは限らないため、適時の意思決定をすることが困難となる結果として、子の利益に反するのではないかとの批判がある。

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、賛否双方の意見があった。

オ 今後の議論の方向について

以上のように、【 α 案】、【 β 案】、【 γ 案】については、それぞれメリット・デメリットがあると考えられるが、【 γ 案】についての上記エの批判については、例えば、裁判手続に長期間を要することにより生ずる不都合を回避するため、緊急の行為については例外的に単独行使を可能とするという対応策が考えられる。そして、このような対応策を前提とすると、監護者が指定されている場面における財産管理等についての親権行使については、監護者の定めのない場合の規律（その内容は、この資料のゴシ

ック体の記載の1(1)から(4)までのとおり)と同様の規律に委ねるものとする考え方があり得る。

そこで、この資料のゴシック体の記載の2(2)においては、あり得る考え方の案を試みに提示しているが、どのように考えるか。

(注1) パブリック・コメントの手續において【B案】に賛成する意見の中には、①一定の要件を満たさない限りは原則として監護者の定めをすべきではないとの意見や、②一定の要件を満たさない限りは原則として監護者の定めをすべきであるとの意見、③監護者の定めをするかどうかの選択の要件や基準については特段の規律を設けずに解釈に委ねるものとするべきであるとの意見があった。このほか、父母双方を親権者とする場合には、その一方を監護者とすることを禁止すべきであるとの意見もあった。

(注2) パブリック・コメントの手續において【A案】に賛成する意見の中には、別居後の父母が共同で身上監護を行うためには、子が各父母の住居を頻繁に行き来するほかなく、これが子の負担となるのではないかといった懸念を示す意見もあった。

しかし、監護者の定めをしないことと、実際の身上監護をどのように分担するかは、別途の問題として捉える必要があると思われる。例えば、父母の婚姻中(その双方が親権者となっている状態)における子の身上監護(特に、日常の身の回りの世話)の在り方については、各家庭の状況によって様々であると考えられ、父母がほぼ同一の割合で子の身の回りの世話をしている家庭もあれば、父母の一方が単身赴任をしているなどの事情により、他の一方が子の身の回りの世話の大部分を担当する家庭もあり得るところであり、後者の家庭において、必ず子が各父母の住居を頻繁に行き来しなければならないというものではない。これと同様に、父母の離婚後にその双方が親権者となる場合においても、実際の子の身上監護の在り方は、各家庭の実情に応じた形で行われるものと考えられる。パブリック・コメントの手續においても、身上監護を父母が共同することの意味合いについては、父母が物理的に子の監護を分担する割合を5:5としなければならないというものではなく、各家庭の状況により子の負担とならない方法を定めることが望ましいとの意見もあった。

(注3) 親権者の一方のみを監護者と定めたときであっても、監護者と定められなかった方の親権者が、例えば親子交流中に、日常的な事項や緊急の事項についての決定をする必要がある場面も想定され得る。そのため、この資料のゴシック体の記載の2(2)では、身上監護に関する事項については、「基本的に」当該監護者のみが行うものとする旨を提示している。

5 子の居所の指定・変更について

(1) 父母の離婚後の子の監護において、子の居所は、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。また、子の居所をめぐる父母の意見対立は、父母の婚姻中にも生じている。そこで、父母の離婚の前後を問わず、子の居所の指定・変更をめぐる親権行使の在り方を整理する必要がある。

- (2) 民法第822条は、「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」として、子の居所の指定が親権の内容に含まれることを定めている。そして、子の居所の指定は、民法第818条第3項により、父母が共同して行うことが原則となる。そのため、一般的には、子の居所の指定をするためには、父母の意見の一致を要するとの説明がされている。

そして、例えば、別居する父母間において子の居所の指定についての意見が対立する場合には、現在の裁判実務において、一般に、家庭裁判所が、父又は母の申立てにより、民法第766条の類推適用により監護者の指定をするなどの対応が図られている。また、父母の意見の一致がないにもかかわらず、父母の一方が子の居所を変更した場合には、現在の裁判実務において、家庭裁判所が、父又は母の申立てにより、子の利益の観点から、監護者の指定及び子の引渡しの審判をするかどうかを判断するなどの対応が図られており、民事執行法には、子の引渡しを命ずる審判の強制執行の規律が整備されている。

- (3) 仮にこの資料のゴシック体の記載の1(1)から(3)までのような規律を整備した場合には、子の居所の指定については同(2)①の「日常的な行為」には該当しないと解され、父母の離婚の前後を問わず、同(1)の規律によって父母双方が共同で（共同の意思に基づいて）行うべきことが原則とされ、父母の意見が対立する場合には同(3)の規律によって家庭裁判所の手続における調整が図られることとなる（注1）。この裁判手続を経ることなく父母の一方が他の一方の意思に反して子の居所を変更した場合には、家庭裁判所が、父又は母の申立てにより、子の利益の観点から、子の引渡しの審判をするかどうかを判断することとなる。

その上で、父母の一方が行方不明等の理由により親権を行うことができない場合（同(1)ただし書）や緊急の場合（同(2)②）などには、例外的な単独行使を許容するという事となる。親権を行うことができないといえるかどうかや緊急性があるかどうかは、個別具体的な事情に基づいて判断されるものであるが、仮に、これらの例外事由が認められないにもかかわらず、父母の一方が単独で子の居所を変更した場合には、家庭裁判所が、父又は母の申立てにより、子の利益の観点から、子の引渡しの審判をするかどうかを判断することとなる（注2）。

（注1）父母の一方が子を連れて別居することが必要となる事案の中には、他の一方による

児童虐待等からの避難が必要となるものも想定され得る。このような事案における対応策としては、親権者の一方が、家庭裁判所に対し、他の親権者の親権の停止の審判を求め（民法第834条の2）、その申立てと同時に、審判前の保全処分の申立て（家事事件手続法第174条）をして、他方の親権者の職務を停止し、又はその職務代行者の選任を求めることも考えられる。

（注2） 試案では、離婚後の父母双方を親権者と定め、その一方を監護者と定めた場合における子の居所の指定又は変更について、父母の一方が単独で決定するものとする【X案】と親権者である父母双方が関与して決定するものとする【Y案】の双方を併記しており、パブリック・コメントの手続においても各案に対して賛否双方の意見があったが、この問題については、「父母のどちらが子と同居して監護教育をするか（又は監護をどのように分担するか）」と「子と同居することと定められた親と当該子の居所を誰がどのように定めるのか」という2つの側面を区別して整理する必要があると思われる。

そして、前者の側面の紛争は、監護者の指定その他の子の監護について必要な事項の定めの問題として整理することができ、民法第766条によれば、監護者は、父母の協議により定めることとなり（同条第1項）、この協議が調わない場合又は協議をすることができないときは、家庭裁判所が定めることとなる（同条第2項）。そのため、この問題の解決は、基本的に、父母双方が関与して決定されることとなる。

他方で、後者の問題は、父母双方の関与の下で監護者が定められた後に、当該監護者が日常の身上監護を行う場所を定める問題である。そして、民法の一般的な解釈によれば子の居所の指定は身上監護に属するものと解されているため、この資料のゴシック体の記載の2(2)のとおり整理をすると、基本的には、監護者が単独の判断により子の居所の変更をすることができることとなる。

もっとも、このような整理に対しては、監護者が指定された場合であっても、子の転居が別居親と子との交流に重大な影響を与え得ることなどを理由に、監護者が単独の判断で子を転居させることはできないものとするべきであるとの意見もある。この意見を採用した場合には、子の転居を巡って父母間に争いがあるときは、この資料のゴシック体の記載の1(3)で提示している裁判手続により調整が図られることとなる。

6 親権者の変更等

(1) 親権者の変更の規律の整備について

ア 民法第819条第6項は、父母の離婚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、子の親族の請求によって、その親権者を他の一方に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。

離婚後の父母双方を親権者とすることができる規律を設けるに当たっては、親権者の変更の規律についても所要の整備をすることが必要であると考えられることから、試案の第2の1の注では、親権者の変更についても、家庭裁判所の判断により、①父母の一方から他の一方への変更、②父母の一方からその双方への変更、③父母の双方からその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を提示していた。パブリック・コメントの手続においても、このような整備の必要性を指摘して試案の内容に賛成する意見があった（なお、パブリック・コメントの手続においては、改正前に離婚をして父母の一方を親権者と定めた場合に、親権者の変更について改正後の規律を適用するものとするかどうかについても、賛否双方の意見があった。この論点については、今後の会議において取り上げることを予定している。）。

イ また、この部会の第25回会議では、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を念頭に、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ものについての議論がされたが、その議論の際にも、協議離婚の際の父母間の合意を事後的に変更する仕組みの必要性を指摘する意見があった。そして、親権者の変更が必要となる事情は、事後的な事情変更に限られず、例えば、協議離婚の際の父母間の合意形成過程に問題があった場合や、その内容が子の利益に反する場合などもあるとの指摘があった。

ウ そこで、この資料のゴシック体の記載の3においては、民法第819条の規律を参考に、あり得る考え方の案を試みに提示しているが、どのように考えるか。

また、親権者の変更の要件については、裁判離婚の際の親権者の定め方に関する規律と併せて議論することが有益であると考えられるため、次回以降の会議でも引き続き検討することが考えられるが、例えば、親権者を父母の双方から一方に変更する要件として、父母が共同して親権を行うことが困難又は不適當であることにより子の利益を害すると認めるときは、家庭裁判所が父母の一方を親権者と定めなければならないものとする考え方について、どのように考えるか（注1）。

(2) 協議上の離婚の際の合意形成過程に瑕疵がある場合の対応策

この部会の第25回会議では、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を念頭に、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ものについての議論がされたが、その議論の際には、外形的には父母の合意があるような場合であっても、その合意形成過程に瑕疵があるケースに対応する必要があるとの指摘

があった。

このような合意形成過程の瑕疵は、例えば、婚姻の届出や離婚の届出の場面でも生ずる問題であるが、民法においては、この問題への対応策として、詐欺又は強迫によって婚姻や離婚をした者が、その取消しを家庭裁判所に請求することができるものと定めている（同法第747条及び764条）。このような民法の規律を参考とすると、協議上の離婚の際の親権者の定めについての父母の合意についても、家庭裁判所の審判等によってその合意内容を是正する仕組みを設けるものとするのが考えられるが、どのように考えるか（注2）。

（注1）パブリック・コメントの手続においては、親権者の変更の要件について、父母の離婚の際にその双方を親権者と定めた場合であっても、その後の子の福祉が害される事情が発生した場合には、父母の一方のみを親権者とするような規律とすべきであるとの意見や、父母間の真摯な合意に基づいて離婚後の父母双方を親権者と定めた場合には、この真摯な合意が失われた場合には、親権者を父母の一方に変更するものとするべきであるとの意見があった。この点に関し、この部会の第25回会議では、現在の実務では離婚後の親権者の変更の「ハードルが高い」との認識を前提として、親権者の変更の要件を緩和する必要性を示唆する意見もあった。

なお、父母双方が親権者である場面において、その一方による親権行使が不適切であるときには、父母の婚姻中及び離婚後のいずれであっても、当該親権者の一方について親権停止や親権喪失によって対応することも考えられる。

（注2）協議上の離婚の際の親権者についての父母の合意に瑕疵がある場合には、離婚をすること自体についての合意にも瑕疵があることも多いと考えられる。そのため、このような場面に対応するための方策としては、例えば、①協議上の離婚の取消しを請求することができるものとするのが考えられる。

他方で、DVや虐待等がある事案においては、協議上の離婚をすること自体には争いが無いものの、父母の合意のうち親権者の定め部分のみに瑕疵がある場面も想定され得る。例えば、父母の一方（DV被害者側）は自らを単独の親権者になりたいとの意思を有していたにもかかわらず、他方（DV加害者側）からの強迫を受けて、父母双方を親権者とする合意又はDV加害者のみを単独の親権者とする合意をしてしまうといった場合もあるのではないかと指摘もあり得る。このような事案において、親権者の定めに関する父母の合意の瑕疵を理由として、協議上の離婚の効力を否定することは、DV被害者側の本意ではないと考えられるため、②協議上の離婚の効力を維持した上で、離婚後の親権者を父母の協議又は家庭裁判所の裁判により改めて定めるものとする方策があり得る。