

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（4）

1 協議上の離婚の際の親権者の定め

- (1) 父母が協議上の離婚をするときは、離婚後の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事について、どのように考えるか。
- (2) 上記(1)の合意（家事調停手続等の裁判所の手続により定めるものを除く。）の適正さを担保する方策として、次のような仕組みを設けることについて、どのように考えるか。
 - ① 協議上の離婚をしようとする父母が、当該離婚の際の親権者の定めについて、【第三者】の確認を求めることができるものとする（注1）。
 - ② 離婚の際の親権者を父母の合意により定めた場合において、父又は母が、離婚から一定の期間に限り、一定の要件の下で、改めて親権者を定め直すことを家庭裁判所に求めることができるものとし、この手続において上記①の確認の手続を経ているかどうかを考慮するものとする（注2、3）。
- (3) 協議上の離婚をすることについての父母の合意があるものの、離婚後の親権者の定めについて争いがある場合には、協議上の離婚をしようとする父母が、家庭裁判所に対し、離婚後の親権者を定める旨の審判を求めることができるものとする考え方について、どのように考えるか。

2 裁判上の離婚の際の親権者の定め

- (1) 裁判上の離婚の際は、裁判所が離婚後の父母双方を親権者とするかその一方を親権者とするかの判断をするものとする考え方について、どのように考えるか。
 - (2) 上記(1)の裁判における判断の在り方に関し、離婚後の親権者の定めについて父母の間で合意がされたときは、裁判所が、当該合意がされたことを踏まえて親権者を定めるものとする考え方について、どのように考えるか。
 - (3) 上記(1)の裁判における判断の在り方に関し、離婚後の親権者の定めについて父母の間で合意がされていないときの判断の枠組みについて、どのように規律すべきと考えるか（注4）。
- (注1) 本文1(2)①の確認の手続については、例えば、父母が、当該合意がその真意に基づくものであることや、子の利益を考慮して協議したことを、【第三者】に申述するものとする考え方があり得る。

- (注2) 本文1(2)②のような仕組みにおいては、「一定の要件」をどのように定めるかが問題となるが、例えば、協議上の離婚の際の親権者の定めに関する合意が真摯なもの（合意の形成過程に瑕疵がないもの）であったかどうかという観点の要件を定めるものとする考え方があり得る。
- (注3) 協議上の離婚がされた後の事情も踏まえた上で親権者を変更するための仕組みとしては、親権者の変更（民法第819条第6項及び部会資料26のゴシック体の記載3参照）があり、この手続においても、本文1(2)①の確認の手続を経ているかどうかを考慮するものとするとの考え方があり得る。なお、虐待等に対応する仕組みとしては、親権の喪失・停止（同条第834条及び第834条の2）などの手続もある。
- (注4) 本文2(3)の判断枠組みについて検討するに当たっては、父母双方を親権者とするのが子の利益の観点から望ましいのがどのような場合か、また、その一方のみを親権者とするのが子の利益の観点から望ましいのがどのような場合かが問題となり、例えば、子や父母の安全を害するおそれの有無や、（部会資料26のゴシック体の記載1のような親権行使の在り方の整理を踏まえた上で）親権を円滑に行行使することの可否という観点から判断するとの考え方があり得る。

（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

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、父母の一方のみを親権者として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して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 協議上の離婚の際の親権者の定め

(1) 検討すべき課題の概要

第25回会議及び第26回会議においては、父母が離婚するときはその一方を親権者と定めなければならないものとする現行民法第819条を見直すものとし、協議上の離婚の際には父母の合意により父母双方を親権者と定めるものとすることや、父母双方が親権者となる場合の親権行使の在り方等についての議論がされた。これらの議論の際には、離婚後の父母双方を親権者とするを可能とする方向での法改正をすることに賛同する意見が多数の委員・幹事から示されつつも、このような法改正をするに当たっては、離婚の約9割を協議上の離婚が占める我が国の現状に照らすと、離婚の際の親権者の定めに関する父母の合意が適正に行われる必要があるとの指摘がされた。そこで、この資料のゴシック体の記載の1では、協議上の離婚の際の親権者の定めについて、取り上げている。

(2) 現行民法の規律の概要

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、同法は、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、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（民法第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）。この場面における親権者の定めの有無は、離婚の届書に親権者と定められる当事者の氏名及びその親権に服する子の氏名が記載されているかどうかを確認する方法により行われる（戸籍法第76条）。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（民法第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、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確認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）。

（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協議が調ったものの、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）。

(3) ゴシック体の記載1(1)について

民法第819条を見直して離婚後の父母双方を親権者とすることができ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、離婚の際の親権者の定め方を父母の協議に委ね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。

そこで、この資料のゴシック体の記載1(1)では、部会資料25と同様に、まず、父母が協議上の離婚をするときは、離婚後の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ことを提示しているが、このような考え方について、どのように考えるか。

なお、このような考え方を前提とする現行法においては、上記(2)のとおり、協議上の離婚をする父母は、離婚の届出に際して、離婚後の親権者を父母双方とするかその一方とするかをその合意に基づいて届書に記載することとされており、市区町村の戸籍担当窓口においてこれを確認することとなる(注1)。また、この離婚の届書には、当事者に加えて、成年の証人2名以上が署名しなければならないこととされている(民法第739条第2項、第764条及び第765条第1項参照)。このような現行法の仕組みの下でも、父母は子の利益を考慮して協議することが期待されており、また、父母の一方がその意に反する合意を他方から強要された際には離婚の届書に署名することを拒絶することが理念的には可能である上、届書の作成には父母以外の第三者が関与することが本来的には想定されているといえる(注2)。

(注1) 協議上の離婚の届出に際しての市区町村の戸籍担当窓口における審査が形式的審査とされていることを踏まえれば、離婚の際の親権者の定めの有無の確認は、離婚の届書の記載を確認する方法となると考えられる。

(注2) 協議上の離婚の際の親権者の定めについて、父母が子の利益を考慮して協議すべきことや、父母の一方がその意に反する合意を他方から強要された際には離婚の届書に署名すべきでなく家事調停等の紛争解決手段を活用すべきであることについては、このような法の予定する規範に従った行動を促進するため、その旨を適切に周知広報するとともに、様々な支援策を講ずる方向で検討することが考えられる。

(4) 合意の適正性を確保し、不適正な合意を是正するための対応策

離婚の届出が受理された場面では、基本的には(法の予定する規範に反するような行動を父母がしているのでない限り)、離婚をすること自体についての合意のみならず、親権者の定めに関する合意についても、子の利益を考慮した協議の結果として父母双方の真意に基づいて合意がされたものと考えられる。そして、このような届出が適法に受理された場合には、その届出の内容どおりの身分関係を安定させ、それが安易に覆されないようにする

ことも、子の利益を確保する上で重要な視点であると思われる。

もともと、部会のこれまでの議論のほか、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は、離婚の際の親権者の定めについて、(a) 外形的には父母が合意をしているような届出がされた場合であっても、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1)、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2)、その合意形成過程の問題を可及的に排除する必要があるとの意見や、(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、一定の場合にはその合意内容を是正する必要があるとの意見があった。そして、一般に協議上の離婚の届出に際しての市区町村の戸籍担当窓口における審査が形式的審査とされていることを踏まえれば、これらの意見が懸念するような事態を離婚に至る過程で排除することができる仕組みになっているとはいえない。

その上で、合意の適正性を確保し、不適正な合意を是正するためには、第三者の関与が有益であるとの意見があり、どのような内容の合意の際に第三者の関与が必要となるかについては、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る。

他方で、部会のこれまでの議論の中では、このような第三者の関与等については、そ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等(例えば、父母の合意を覆すに足る資料を第三者が収集することの可否や、第三者の関与の在り方によっては協議上の離婚そのものに対する大きな制約となることなど)も踏まえて慎重に検討する必要があるとの意見や、第三者の関与には一定の期間や費用が伴うことを意識した検討が必要であるとの意見も示された。また、部会のこれまでの議論では、父母の合意の適正性を確保する手段としては、離婚の届出前の段階での対応のほか、離婚後に父母の合意を是正する形での対応も考えられるため、その双方の手段について検討する必要があるとの指摘もあった。

(注1) 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2) 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り、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。

(5) ゴシック体の記載 1(2)について

ア 離婚の届出前の段階での対応

協議上の離婚の際の親権者の定めを適正性を担保する方策のうち、離婚の届出前の段階での対応策としては、その定めが父母の真摯な合意によるものであるかを第三者が確認することが有益であるとの指摘がある。

そこで、この資料のゴシック体の記載 1(2)①では、試みに、そのような第三者の確認の手続を提示しているが、どのように考えるか（なお、この第三者の事前の確認を常に要求するかどうかについては後記(7)アのとおり。）。

また、このような規律を設けるのであれば、確認を行う「第三者」をどのように定めるかや、当該第三者が確認する「事項」及びその「手続」をどのように定めるかについて、どのように考えるか。

イ 離婚後に父母の合意を是正する形での対応

協議上の離婚の際の親権者について、何らかの理由により不適正な合意がされてしまった場合には、その定めを是正する必要があると考えられる。部会のこれまでの議論においては、このような是正の手段として、親権者の変更の手続（後記(7)ウ参照）による対応が可能であるとの意見が示されたが、他方で、親権者の変更の手続の利用については、現在の実務を前提とする限り、「ハードルが高い」との指摘もあった。これらの指摘を踏まえると、親権者の定めに関する離婚時の合意を離婚後に是正しやすくする方向での検討を進めることも有益であると考えられる。

他方で、子をめぐる身分関係の安定という観点からすると、親権者の定めが安易に変更されることは、必ずしも子の利益に適合するとは限らない。特に、父母双方が、協議上の離婚の際に、子の利益を考慮して協議をした上で、真摯に合意したといえる場面においては、慎重な対応が求められるとの指摘もあり得る。また、離婚の際の親権者の定めがいつまでも覆される可能性がある不安定な状態に置き続けることも、子の利益の観点から必ずしも望ましいとは限らない。

これらの各指摘を踏まえた上で新たな規律を試みに検討すると、例えば、離婚の際の親権者に関する合意の形成過程が適正であることが客観的に担保されていないような場合には、協議上の離婚をした父母が、改めて親権者を定め直すことを家庭裁判所に求めることができるようにする

一方で、家事調停手続において合意し、調停が成立した場合のほか、中立的な第三者の確認その他の方法によってその合意の形成過程の適正性が客観的に担保されているような場合には、そのことを考慮して慎重に判断するといった仕組みが考えられる。

この資料のゴシック体の記載1(2)②では、このような仕組みを試みに提示しているが、このような手続の申立てをすることができる「一定の期間」や「一定の要件」をどのように定めるかを含め、どのように考えるか。

(6) ゴシック体の記載1(3)について

上記(2)のとおり、民法においては、父母が離婚をすることとその後誰が親権者となるかを、基本的には、同時に決定することが求められており、父母が協議上の離婚をしようとしても、離婚後の親権者についての合意がされていなければ、協議上の離婚の届出が受理されないこととなる。そして、このような場面では、(家事調停の手続が前置された上で)最終的には離婚訴訟における判決による解決を図る必要があることとなるが、このような手続の過程では、離婚判決が確定するまでの間、離婚をするかどうか未確定のまま、婚姻関係が継続し続けることとなる。このため、事案によっては、離婚の際の親権者の定めについて父母間に争いが生じたとしても、父母の一方が、早期に離婚をすることを望む結果として、子の利益の観点からの熟慮を十分に行うことなく、安易に他方の求めに応じてしまうといったことが生じ得るのではないかと懸念があり得る。

このような懸念に対応するためには、離婚をすること自体と切り離して(離婚をすること自体は確定させた上で)、離婚後の親権者の定めのみを取り扱うことができるようにすることが有益であると考えられ、この資料のゴシック体の1(3)では、試みに、協議上の離婚をしようとする父母が、家庭裁判所に対し、離婚後の親権者を定める旨の審判を求めることができるものとする考え方を提示している。

このような考え方については、離婚の効力をどのタイミングで発生させるものと整理するか、仮にこの審判による親権者の定め先立って離婚自体の効力を発生させるのであれば審判確定までの間の親権者をどのように整理するかなどを含めて、検討する必要があると思われる。

そこで、このような考え方について、どのように考えるか。

(7) その他の考え方について

ア 第三者の事前の確認を常に要求する考え方の是非

親権者の定めに関する父母の合意の適正性を確保する最も厳格な仕組

みとしては、未成年の子がいる父母の離婚の際に、離婚の届出に先立って必ず（例外なく）第三者の確認を経なければならないものとする考え方もあり得ないではない。そして、一般論としては、父母の協議のみによって離婚後の子の養育の在り方について取り決めるよりも、その協議の過程に第三者が関与した方が、子の利益の観点から望ましい場合が多いのではないかとの考え方もある。

もっとも、このように第三者の事前の確認を必須とするような厳格な考え方によると、協議上の離婚の要件が現状よりも加重されることとなるため、そのことが国民に与える影響や、現行民法が子の養育の在り方を一次的には父母の自律的な解決に委ねている意義も考慮しながら、慎重に検討する必要があるとの指摘もある。

そして、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ることを踏まえると、第三者の関与の必要性や合理性・有効性の有無・程度にはグラデーションがあることも踏まえた検討が必要であると考えられる。また、離婚の届出前の過程で合意の適正性を確実に確保しようとする、必然的に、協議上の離婚をすることが現状よりも困難となり、現状よりも長期間を要することとなると予想されるが、他方で、協議上の離婚の手續に与える影響を小さくしようとする、届出前のプロセスで不適正な合意を排除することは困難ではないかとの懸念もある。

そこで、この資料のゴシック体の1では、父母の離婚の際に、離婚の届出に先立って第三者の確認を経ることを一律には要求しないものとしているが、このような考え方について、どのように考えるか。

イ 合意の内容によって第三者の関与の要否を区別する考え方の是非

部会のこれまでの議論のほか、参考人ヒアリングやパブリック・コメントの手續においては、合意内容によって第三者の関与の要否を区別する意見もあり、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や、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があった。

これらの意見については、例えば、(a) 合意の形成過程の適正性という観点からは、父母双方を親権者と定める合意がされた場合と、その一方を親権者と定める合意がされた場合とで、実際には父母間の協議が十分に行われていない可能性の有無・程度や、父母間に一定の支配関係が存在する可能性の有無・程度について、有意な差異があるかどうかを慎重に検討する必要があると思われる。

また、(b) 合意内容の適正性という観点からは、離婚後の父母双方が

親権者となる場合と、その一方が親権者となる場合とで、子の利益に反する合意がされている可能性の有無・程度について、有意な差異があるかどうかを慎重に検討する必要があると思われる。

そこで、この資料のゴシック体の1では、差し当たり、合意の内容によって第三者の関与の要否を区別しないものとする考え方を前提としているが、このような考え方について、どのように考えるか（注1）。

ウ 既存の制度による対応について

協議上の離婚の際の親権者の定めについて不適正な合意がされた場合の対応策を検討するに当たっては、現行制度により対応することができないかという点も検討しておくことが有益であると思われる。

例えば、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。そして、同条を見直して離婚後の父母双方を親権者とするすることができるものとした場合には、この親権者の変更についても、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ものとするものが考えられる（部会資料26のゴシック体の記載3参照）。

部会のこれまでの議論においては、このような親権者の変更が必要となる事情（すなわち、「子の利益のため必要がある」との判断の基礎となる考慮事情）は、離婚後の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（注2）。

このほか、例えば、協議上の離婚の際に父母双方を親権者とするものが合意されたものの、そのうちの一方による虐待があるなどの場面には、親権の喪失・停止の仕組み（民法第834条及び第834条の2）による対応も考えられる（注3）。

この資料のゴシック体の記載1(2)及び(3)の仕組みや考え方を検討するに当たっては、このような既存の規律との関係も考慮することが有益であると考えられるが、どのように考えるか。

（注1）合意の内容によって第三者の関与の要否を区別するかどうかを検討する際には、DVや虐待があり、父母間に支配関係がある事案の中には、DV等の加害者側の親が子と別居している状態で、離婚後の父母双方を親権者とすることを強く強要するケースのみでなく、例えば、その支配関係を背景として、DV等の加害者側の親のみが子と同居し、他方の親を親権者とすることを強く拒絶するようなケースや、DV等の加

害者側の親が子と別居している状態において、当該別居親が自らを単独の親権者とすることを強要するケースもあり得ることも想定する必要があると思われる。

なお、最高裁平成29年12月5日決定（民集71巻10号1803頁）の事案では、母が子連れで別居した後、別居の父親を親権者と定める旨の離婚届が提出されるとともに、母が父を親権者と認めて一切争わないことなどが記載された「誓約書」が作成されていたようであるが、離婚後に、母が、当該誓約書の効力を争う旨の主張をしたり、親権者を母に変更する旨の申立てをしたりしていたようである。

(注2) この資料のゴシック体の記載1(2)①のような確認の手続を設けた場合には、親権者の変更の手続において協議離婚の際の父母の合意形成過程の問題等を主張することができるとする指摘との関係を整理する必要があると考えられる。すなわち、離婚の際の親権者の定めに関する父母の合意形成過程に第三者が関与することでその適正性が確保された際には、当該合意により形成された身分関係が安易に変更されないようにした方が子の利益の観点から望ましいとの考え方があり得るところであり、このような考え方を踏まえれば、例えば、家庭裁判所が、親権者の変更の申立てについて、この第三者の確認を経ていたかどうかを考慮すべきであるとの考え方があり得る。

(注3) 親権者の変更の申立てや、親権喪失・停止の申立てがされた際においては、その審判がされるまでの間、保全処分により暫定的な対応をすることもできる（家事事件手続法第174条、第175条参照）。

2 裁判上の離婚の際の親権者の定め

(1) 現行民法の規律の概要

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所であり、民法によれば、上記1(2)のとおり、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（民法第819条第2項及び第5項）。

そして、家庭裁判所は、離婚の訴えを認容する判決において、職権で（父又は母からの申立てがなくても）、離婚後の親権者の定めをしなければならないとされており、この裁判をするに当たっては、子が15歳以上であるときはその子の陳述を聴かなければならず、このほか、家庭裁判所調査官による調査を含めた事実の調査をすることもできるとされている（民法第819条第2項、人事訴訟法第32条第4項、第33条、第34条）。

家庭裁判所が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、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。

現状においては、父母のいずれを親権者と定めるかについて父母の意見が激しく対立する事案もあるとの指摘がされているが、家庭裁判所は、当事者の意見に拘束されることなく親権者の指定をすることとなり、場合によっては、家庭裁判所の判断がその一方の意思や希望に反することもある。そして、家庭裁判所の裁判に不服がある当事者は、上訴の手続により不服申立てをすることとなる。

(2) 裁判所が離婚後の親権者を定めることについて

離婚後の父母双方を親権者とすることができるようにするに当たっては、裁判上の離婚の際に、離婚後の父母双方を親権者とするかその一方を親権者とするかを誰が決めるのかが問題となる。

この資料のゴシック体の記載 2(1)では、この問題について、「裁判所が定める」ことを提示しているが、どのように考えるか。

(3) 父母の合意がされた場合の判断枠組みについて

裁判上の離婚の際に、裁判所が親権者の定めをするに当たっては、その判断枠組みをどのように設定するかが問題となる。

ところで、離婚訴訟が提起される事件においては、必ずしも離婚後の親権者について父母間に争いがあるとは限らず、また、訴え提起当初はその争いがあったとしても、その後の裁判手続の過程で、離婚後の親権者の定め方について父母間の合意に至ることも想定される。このような場合には、裁判所は、この資料のゴシック体の記載 2(2)では、当該合意がされたことを踏まえて親権者を定めるものとするのが考えられるが、このような考え方についてどのように考えるか。

(4) 父母の合意がない場合の判断枠組みについて

ア 判断枠組みの整理の必要性

父母双方を親権者とするか、その一方を親権者とするかについて、父母の間で合意がされていない場面においては、裁判所がどのような枠組みで離婚後の親権者を判断すべきかが問題となる。

試案第 2 の 2 では、父母双方を親権者とすることを原則とした上で「一定の要件」が満たされる場合に限りその一方を親権者とするという【甲①案】、父母の一方のみを親権者と定めることを原則とした上で「一定の要件」が満たされる場合に限りその双方を親権者とするという【甲②案】、選択の要件や基準に関する規律を設けない【甲③案】が提示された。そして、この部会のこれまでの議論やパブリック・コメントの手続においても、

各案に対して様々な角度からの意見が寄せられた。

例えば、部会のこれまでの議論やパブリック・コメントの手続においては、裁判実務を担う立場を含めた様々な立場から、【甲③案】に対する懸念として、どのような場合に父母双方を親権者とし、どのような場合にその一方を親権者とするのかについての基準がなければ、裁判所が適正・迅速に判断することが困難となる、あるいは、制度の枠組みが明らかでないために判断のばらつきが大きくなり、法的安定性を欠くおそれがあるなどといった趣旨の意見があり、また、【甲①案】や【甲②案】についても、「一定の要件」を明確かつ具体的に定める必要があるのではないかとこの意見が示されてきた。

そこで、裁判上の離婚の際の親権者の定めに関する裁判所の判断の在り方に関し、父母の間で合意がされていないときの判断の枠組みについて、これをどのように規律すべきと考えるか。

イ 「子の利益」を考慮することについて

裁判上の離婚の際の親権者の定めについては、上記(1)のとおり、現行民法の解釈として、子の利益を考慮して定めるべきであると解されている。

そして、このように「子の利益」を考慮することについては、民法第819条を見直して離婚後の父母双方を親権者とすることができるものとした場合に、父母双方を親権者とするか、その一方を親権者とするかを定める上でも、基本的に同様であると考えられるが、どのように考えるか。

ウ 父母の合意がある場合のみに限って父母双方を親権者とすることができるものとする考え方について

部会のこれまでの議論においては、父母双方を親権者とすることができるのは父母の合意がある場合に限るべきであるとの意見があり、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。これらの意見の理由の中には、子の利益の観点からすれば、離婚後も父母双方が親権者となるためには、両者の間に一定の信頼関係がなければならず、その最低限の基礎となるのがこの場面の合意であるとの理由を述べるものがあつた(注)。

他方で、部会のこれまでの議論やパブリック・コメントの手続においては、裁判所が父母双方を親権者とするための要件として、父母の合意を要求すべきではないとの意見もあつた。これらの意見は、父母双方を親権者とするについて父母の一方が反対している場面においても、父母双方を親権者とすることが子の利益にとって最良の選択肢となる場合があることを含意するものと思われる。

また、裁判上の離婚の手続において、父母双方を親権者とすることにそ

の一方が反対する理由については、事案によって様々であると思われるから、父母の一方が反対意見を述べているということのみによって一律に判断するのではなく、その理由や背景事情を含めた様々な事情を考慮して総合的に判断すべきであるとの考え方もあり得る。

そこで、父母の合意がある場合のみに限って父母双方を親権者とすることができるものとする考え方について、子の利益との関係も含め、どのように考えるか。

エ 「子の利益」を考慮するに当たっての基準の具体化

離婚の際の親権者の定めについて、「子の利益」を考慮するとしても、父母双方が親権者となることと子の利益の関係の捉え方については、例えば、「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」との価値判断をどの程度重視するかを巡り、様々な考え方があり得る。そのため、父母双方を親権者とすることが子の利益の観点から望ましいのがどのような場合であるか、また、その一方のみを親権者とすることが子の利益の観点から望ましいのはどのような場合であるかについて、更に検討を進め、これを可能な限り明確化することが有益であると考えられる。

この問題を検討するに当たっては、試案の【甲案】について部会のこれまでの議論やパブリック・コメントの手續において示された懸念点を参考にすることが有益であると考えられる。

例えば、離婚後の父母双方が親権者となることに対しては、DVや虐待がある事案への懸念を示す指摘があるが、このような指摘を踏まえると、子や父母の安全を害するおそれの有無という観点から判断するとの考え方があり得る。

また、離婚後の父母双方が親権者となると、父母双方が協力することができる関係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結果として、子の利益に反することとなるのではないかと指摘もある。このような指摘を踏まえれば、親権を円滑に行使することの可否という観点から判断するとの考え方があり得る。また、この円滑性の観点からの判断においては、例えば、部会資料26のゴシック体の記載1(1)及び(2)のような整理をし、日常的な行為や緊急の行為については父母がそれぞれ単独で行うことができることも踏まえた上で判断するとの考え方があり得る。さらに、親権を円滑に行使することの可否という判断に当たっては、父母双方が、婚姻関係は終了するとしても、子との関係で、互いに相手方の人格を尊重し、親として合理的な行動をとることができるよう

になり得るのかということも一つの事情として考慮し得るとの考え方があり得る。

そこで、これらの考え方も踏まえ、父母双方を親権者とするのが子の利益の観点から望ましいのがどのような場合であるか、また、その一方のみを親権者とするのが子の利益の観点から望ましいのはどのような場合であるかについて、どのような規律を設けるべきであると考えているか。

(注) 離婚後の父母双方を親権者とすることができるのは父母の合意がある場合に限るべきであるとの意見の中には、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ことを懸念する声があるように思われる。なお、このような意見に関連して、父母双方を親権者とするを当事者の意思に反して「強制」すべきではないとの意見や、父母間の意見対立に子を巻き込む結果となって子の利益に反するのではないかとの意見もある。

このような意見については、部会資料26のゴシック体の記載1(1)及び(2)のような整理をすれば、日常的な行為や緊急の行為については父母がそれぞれ単独で行うことができることとなるのであるから、適時の親権行使ができないために子の利益を害するといった事態は回避することができるのではないかとの観点も含めて検討することが有益であるように思われる。

また、部会のこれまでの議論では、親権を行使しようとする場面で父母の意見が相違することは必ずしも子の利益に反するものではなく、むしろ、子のためを思い、それぞれが適切に意見を交わすような場合のように、それが子の利益に資する場合もあるとの指摘もあった。