

親権、監護、親の義務等に関する民法上の基本概念および規定のあり方等について

青竹美佳・石綿はる美・沖野眞已・久保野恵美子・小粥太郎

〔前注〕

本文書は、以下の7つの項目について、今後の審議の参考に供するために検討した事項をまとめたものである。内容は、具体的に条文案を提示するものもあれば、解釈論の検討の必要性を提示するにとどまるものもある。それぞれの項目の要点は、以下のとおりである。

1「親権概念」は、親権関係の複数の規定の改正を提案するものである。具体的には、親権が子の利益のためのものであることを明らかにし、また、親権が子の支配権であるかのような誤解を取り除くことなどを目指したものである。

2「親であることから生じる義務」は、親権を行う権限のない親について、その子に対する義務を確認する規定を設ける必要等を提案するものである。

3「養育費」は、法定養育費制度や一般先取特権付与を議論する前提として、養育費とは何であるかを整理する必要を指摘するものである。

4「被認知者等の親権」は、離婚後共同親権の可能性が一定の条件下で開かれるとした場合、他にも共同親権が認められるべき場合があるかどうかを議論する必要性に注意を促そうとするものである。

5「父母の相互の人格尊重等」は、離婚後共同親権の可能性が一定の条件下で開かれるとした場合、その安定的な運用の基礎となる行為規範を示す規定を設けることを提案するものである。

6「監護」は、父母間の権限分配のあり方を示すために、監護概念の内容を明確化する必要があることをふまえて改正案を提示するとともに、改正が難しいと思われる事項についても今後の対応策を提案するものである。

7「DV・虐待への民法上の対応」は、民法の観点から、問題を横断的に整理したものである。これによって、改正を検討する余地がありそうな項目、少なくとも今後の解釈論に変化がもたらされる可能性がある項目を明示しようとしたものである。

7つの項目における提案は、一体ではなく、相互に独立したものである。また、上記の7項目以外に重要な事項があることを否定するものではない。

諸々の事情から、検討が行き届かない部分が多々残るままでの提案とならざるをえなかった。ご海容いただければ幸いである。

第 1. 親権概念

〔問題意識〕

離婚後の子の養育のあり方をめぐる法改正の方向性として、(1)子の（最善の）利益のためとの理念に基づく規律とすること、(2)扶養等の現行法において親権の効果と区別されている親としての義務または責任を重視することが基本的に共通の了解事項とされていることを考慮すると、少なくとも条文上は子を客体とする支配権へと沿革的につながる「親権」の定義、法的性質に関する規定について、(1)や(2)の妨げとならないよう、2011 年及び 2022 年改正を経てもなお見直すべき点がないかを検討することが必要ではないか。

〔提案〕

（親権者）

民法第 818 条

① 成年に達しない子の父母は、子の（最善の）利益のために、親権を行使する(注)。

② ←養子に対する親権行使の新ルールをここで又は別途の箇所て明記。

③ 現行法ママ

(注) この点については、「親権を有する」などとして、親権の帰属のあり方を示す条文とするとも考えられる。

〔説明〕

親権が「子の（最善の）利益のため」のものであるとの性質を、その重要性を踏まえ、親権を行使する主体を定める親権の総則の節の冒頭規定において明記するもの。また、同性質に照らして不適切だと考えられる「服する」との用語を削除するもの。

（子の（最善の）利益）

民法第 820 条 親権を行う者は、子の（最善の）利益のために、これを行使する。

(820 条別案) 親権を有する者は、これを子の（最善の）利益のために行使する。

〔説明〕

親権の効力の節の冒頭に、監護教育、財産管理、さらに身分に関する行為を含めての通則的定めとして、親権者は、子の（最善の）利益のために、行使されなければならないことを明らかにするものである。親権の行使が子の利益のためであることは、親権者に関する上記 818 条 1 項が明らかにしており、それとの関係が問題となりうるが、この点の親権の効力としての重要性、通則性にかんがみ、重複感をおそれず、明文化するものである。

（監護及び教育）

民法第 821 条

① 親権を行う者は、子の（最善の）利益のために、子の監護及び教育をする。

- ② 親権を行う者は、前項の規定による監護及び教育に必要な【一切の】行為をする権利義務を有する。
- ③ 親権を行う者は、第1項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、そ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。

〔説明〕

820条を親権の行使全般に関わる総則的定めとしたことから、従前の820条に定められていた親権者による監護教育について821条に第1項を加えて定めることを提案している。従前の820条に定められていた「権利を有し」の部分については、権利の用語を廃止し、親権の性質を責任、職分、義務の履行のための権限として定めるべきとの立法論が存する。しかし、親権者に妨害排除請求権としての子の引渡請求を認めるのが通説判例であること等を考慮すれば、822条以下の改正を行うことなく、「権利」性を否定する意味合いを持つ用語を採用することには慎重であるべきとも考えられる。他面で、民法には、義務を履行するための権限または少なくとも他者の利益のために行使されるべき権利を「権利」とする用例も存する（遺言執行者に関する1012条1項参照）ことから、そのような意味を有するものとして、第2項に監護教育の「権利義務」を有するものと定める。このような趣旨によるものであるから、同所の「権利」とは、独立した主体である子の利益のために付託された権利であり、自己の利益を図るための権利とは異なる性質を持つ。なお、第3項は2022年改正後の821条の内容である。

〔課題〕

824条の体裁を821条に合わせ、財産管理も子の（最善の）利益のために行わなければならないと定める可能性はあるかは検討が必要となろう。また、766条についての再検討の必要性も問題になろう。具体的には、766条を親権の章に移動させる必要はないか。また、766条1項の「子の利益を最も優先して考慮しなければならない」という表現を、「子の最善の利益を考慮しなければならない」という表現にする必要はないか。

〔参考〕

民法

（子の人格の尊重等）

第821条 親権を行う者は、前条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、そ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。

第2．親であることから生じる義務

[問題意識]

子が単独親権に服する場合には、親権者のみが子の養育その他について全面的な義務を負い、非親権者はもはや子に対する義務を負わないとの誤解、とりわけ養育費を支払う義務を負わないとの誤解が生じていることが問題視されている。したがって、非親権者も、親であることから生ずる義務を、親である限り失わない、ということを明文化することが、養育費不払問題等に対処するためにも、重要である。そこで、親権を行うかどうかにかかわらず父母が負う義務および権利についての規定の案を提示する。

[提案]民法に以下のような規定をおくことが考えられる。

(甲案)(親権を行う権限の有無にかかわらず)父母が負う義務

民法第〇〇〇条

- ① 父母は、親権を行う権限の有無にかかわらず、第 877 条第 1 項の扶養義務その他の親としての義務を負い、権利を有する。
- ② 父母が、前項の義務を履行し、権利を行使するに当たっては、子の人格を尊重するとともに、子の年齢及び発達に程度に配慮しなければならない。

(乙案)(親権を行う権限の有無にかかわらず)父母が負う義務

民法第〇〇〇条

- ①父母は、親権を行う権限の有無にかかわらず、以下の義務を負い、権利を有する。

第 1 号 第 877 条第 1 項の扶養義務(注)

第 2 号 第 766 条の「子の監護について必要な事項」の定めによって負うこととされる義務

第 3 号 第 817 条の 6 により特別養子縁組の成立のために同意する権利

第 4 号 第 819 条第 6 項により親権者変更の審判を申し立てる権利

第 5 号 第 834 条から第 836 条までにより親権喪失及び親権停止の審判並びにそれらの取消しの審判を申し立てる権利

【第 6 号 第 1 号から第 5 号までの義務を履行し、権利を行使するために必要であり、かつ子の福祉に反しない限りで、子の生活に関する情報の提供を求める権利】

- ②父母が、前項の義務を履行し、権利を行使するに当たっては、子の人格を尊重するとともに、子の年齢及び発達に程度に配慮しなければならない。

(注) 第 3.養育費での提案のような形で、扶養義務についての規定が設けられた場合に、このような形でさらに扶養義務についての規定を設けるかは、検討が必要である。

[説明]

(1) 親権を行う権限を有しない親が有する義務・権利

親権を行う権限を有しない親が有する義務、ないし権利としては、子の扶養義務が重要な

ものであると考えられる。その他にも、現行民法の規定からは、(1)特別養子縁組における同意権（817条の6）、(2)推定相続人の廃除の審判を申し立てる権利（892条）、(3)自らを親権者とする親権者変更の審判を申し立てる権利（819条6項）、(4)面会交流（親子交流）、養育費の支払等の「子の監護について必要な事項」の定め（766条）によって具体化される義務、(5)834-836条による親権喪失・親権停止およびそれらの取消しの審判を申し立てる権利があると考えられる。もっとも、(2)推定相続人の廃除の審判を申し立てる権利は、親の権利というよりも、被相続人の権利という意味合いが大きい。

さらに、現行民法には規定がないが、(1)(3)～(5)の義務を適切に履行し、権利を適切に行使するためには、子について一定の情報を取得し、これらの義務の履行・権利の行使のあり方が、子の利益に反しないかを判断する必要がある。そのため、親は、子の同居親などに対して(6)子の生活に関する情報の提供を求める権利があるのではないかと考えられる。具体的には、フランス民法における、親権を行使しない親が他方の親による子の養育・教育を監督する権利・義務を有するとの考え方（373-2-1条5項）や、ドイツ民法における親が子の個人的状況に関する情報を求めることができるとする考え方（1686条）を参考にしている。もっとも、このような規定をおくことは、子に対する虐待や配偶者へのDV等の問題がある場合に、子らの安心・安全を害することにつながるとの懸念もあり得ると考えられる。

(2) 提案する規律について

父母は、親権を行使する権限の有無にかかわらず、親としての義務、ないし権利を有することを明示したい。

甲案は、親権を行使しない親も、とりわけ扶養義務を負うことを強調する。扶養義務は、養育費支払義務の前提と理解されることが多いため（この点については、本資料第3. 養育費も参照）、扶養義務を強調することで非親権者の養育費支払義務を明確にする。「その他の親としての義務」および「権利」としては、上記(1)～(6)（もっとも(2)は除外すべきか）の内容が考えられる。

乙案は、甲案の「その他の親としての義務」および「権利」を列挙している。もっとも、上記(2)推定相続人の廃除の審判を申し立てる権利は、親の権利というよりも被相続人の権利という側面が大きいため、列挙しないこととする。また、(6)子の生活に関する情報の提供を求める権利については、(1)で言及したような事情ゆえ、提案に含めないことも考えられることから、【】を付している。

(3) 子の人格尊重等の義務について

甲案・乙案とも2項では、親権行使権限を有していない父母が、その地位に基づいて、義務を履行し、権利を行使する際には、親権行使権限を有する父母と同様に、子の人格を尊重するなど、一定の義務を負うことを明示する。現行民法821条で示されている考え方が、親権行使権限を有していない父母についても妥当すると考えられることから、共通する文言での規定を提案するものである。

〔課題〕

このような規定をおく位置については、いくつかの考えがあり得よう。親としての地位に基づくものであることから、親子の章の末尾に置くことも考えられる。他方で、このような規定をおくことの意義は、親権を有していない、または親権行使権限を有していない父母であっても親の地位に基づいて負う義務があることを強調することであることを考えると、親権の章に置くことも考えられる。

[参考]

フランス民法 371-2 条

1 項：両親の各々は、自らの資力、他の親の資力、さらには子の必要に応じて、子の養育及び教育につき分担する。

2 項：この義務は、親権あるいはその行使が取り上げられたとき、子が成年に達した時に当然には消滅しない。

（田中通裕「注釈・フランス家族法（15）」法と政治 65 巻 4 号 1352 頁訳）

フランス民法 373-2-1 条 5 項 親権を行使しない親は、子の養育及び教育を監督する権利及び義務を保持する。その親は、子の生活に関する重大な選択を通知されなければならない。その親は、371-2 条に従ってその者に課せられた義務を尊重しなければならない。（同 1362 頁訳）

ドイツ民法 1686 条（子の個人的状況に関する情報）

いずれの親も、正当な利益があるときに、子の福祉に反しない限りにおいて、他方の親に対して子の個人的状況に関する情報を求めることができる。（法務省大臣官房司法法制部『ドイツ民法典第 4 編（親族法）』（法務資料第 468 号）115 頁訳）

第3．養育費

〔問題意識〕

民事法の立法政策上、離婚後の父または母等が監護する子の養育費の確保は重要な課題である。

ところが、現行法では、養育費の法的根拠に不明瞭な部分がある。たとえば、小野瀬厚・原司『一問一答 平成16年改正 民事訴訟法 非訟事件手続法 民事執行法』（商事法務、2005）p153によれば、「父母が離婚した場合又は婚姻していない場合は、子の監護をする父母の一方が他方に対して子の監護費用分担義務に基づき求める方法か、子から親に対して扶養義務に基づき求める方法が一般的である」とされている。ところが、本部会の議論においては、どちらの方法を前提に議論をしているのか、あるいは第三の方法を前提にしているのか、判然としないところがある。

この不明瞭さゆえ、養育費を確保するための債権について、法定養育費制度を接続させる、一般先取特権を付与する、または、執行法上の権利実現手段を一層強化する等の施策を講じることが困難となるおそれがある。

さらに、この不明瞭さは、行政機関による立替払制度を構築するための障害ともなりかねない。

そこで、少なくとも、一般的とされる2つの方法の根拠となる規律を明文化してはどうか。これによって、法定養育費制度や一般先取特権付与等に関する議論の前提を明確化することができる。

1 親の子に対する扶養義務

〔提案〕

（甲案）民法第877条第2項として以下の規律を加える。

「親が未成年子を扶養する義務は、前項(877条1項)の義務に先立つ。」

民法第877条第3項として以下の規律を加える。

「家庭裁判所は、子が成年に達した後○年を超えない範囲内で、前項の義務を存させるべき特別の事情がある場合には、父母に対して前項と同様の義務を負わせることができる。」

（乙案）民法第821条の2（あるいは837条の2）として以下の規律を加える。

「父母は、親権を行使する権限の有無にかかわらず、未成年の子に対して、自己が営むのと同じの生活を保持する義務を負う。」

民法第821条の2（あるいは837条の2）第2項として以下の規律を加える。

「家庭裁判所は、特別の事情がある場合には、成年に達した後○年を超えない範囲内で、父母に対して前項と同様の義務〔生活保持義務〕を負わせることができる。」

〔説明〕

（1）親は、親権を行うか否かにかかわらず、扶養義務を負うことを明示したい。

（2）親の子に対する扶養義務の法的根拠については、諸説ある（家族法研究会報告書 p43）。甲案は、扶養義務の根拠を877条1項に求める見解を基礎としており、乙案は、父母が親権を行うか否かにかかわらず負う義務とする見解、ないし、820条に求める見解を基礎としている。

（3）この扶養義務は、直系血族・兄弟姉妹間の扶養義務（877条1項）の中で、一段、程度の

高いものであることを示す必要がある。講学上、この程度の高低は、生活保持義務と生活扶助義務の区別によって表現されている。乙案は、この区別を利用した提案である。しかしながら、この講学上の概念は、民事立法において直ちに利用可能なレベルにまで精練されていないと評価される可能性もある。その場合には、親の未成年子に対する扶養義務を、相対的に、現行 877 条 1 項の扶養義務よりも高い程度のものであることを表現するにとどめざるをえない。これが甲案である（これを前提にするなら、第 2.親であることから生じる義務の乙案第〇〇〇条第 1 号の民法第 877 条第 1 号は、同条第 2 項と改められるべきことになる）。

（４）成年に達した子に対する扶養義務については、義務賦課の当否・範囲等につき、さまざまな考えがありうる。提案内容は、仮に規定を設けるとすれば、このような規定の仕方が考えられるのではないか、という趣旨で記載したにとどまる。

（５）親相互間で扶養義務の優先劣後が問題となることがある。養子縁組の場合には、実親の扶養義務が養親との関係で二次的なものになると考えるべきだが、その他の場合には、親権を行うか否かにかかわらず、親は、子に対して高い程度の扶養義務を負うべきものとするべきではないか。

2 監護費用の分担

[提案]

民法第 760 条の「婚姻から生ずる費用を分担する」を「子の監護に要する費用その他の婚姻から生ずる費用を分担する」（下線部追記）と改めてはどうか。

[説明]

（１）協議上の離婚に関する 766 条 1 項には、「子の監護に要する費用の分担」が明示されており、同条は、婚姻の取消し（749 条）、裁判上の離婚（771 条）および父の認知の場合（788 条）に準用されており、規定の空白はない。

しかし、婚姻中の監護費用分担については、明文の定めがない。そこで、民法第 760 条の「婚姻から生ずる費用を分担する」を「子の監護に要する費用その他の婚姻から生ずる費用を分担する」（下線部追記）と改めることを提案するものである。

（２）本提案によると、子の監護費用が婚姻費用の代表例であるかのような印象を与えかねず、婚姻が子の養育を前提とする制度であるとの発想を強化することになり妥当でないとの意見もありえるが、現行法ベースの改正提案としては、上記のような文案にならざるをえないのではないか（上記「意見」に沿った提案は、「婚姻から生ずる費用（子の監護に要する費用を含む）を分担する」などというものになろうか）。

（３）本提案の規定に基づく監護費用分担請求の当事者は父母（婚姻中は夫婦）である（現行法も同じ）。監護費用の請求主体として、監護費用分担の「協議」の当事者たる父母以外の者（たとえば、父母以外の事実上の監護者）を加えることの是非は、別途検討を要する問題である。

第4．被認知者等の親権

〔問題意識〕

父母がその嫡出子について離婚後も共同して親権を行使する可能性が開かれるとすれば、父母間に現に婚姻関係がない場合にも共同して親権を行使する場面が生ずることになる。このことを踏まえ、親権制度全体の整合性をも考慮するなら、嫡出でない子についても、父母が共同して親権を行使する可能性を認める規定を設けることについて、検討の余地があると考えられる。これまで部会でもこの点が指摘されていたが、嫡出でない子の親権者については、その内容について具体的な検討がされないままであった。そこで、具体的な規定の案を提示することとする。なお、同様の観点から、子の出生前に父母が離婚した場合の親権についての819条3項についても案を提示する。

〔提案〕

1．819条3項の改正

(甲案)

第819条第3項 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、父を親権者と定める、または父母双方を親権者と定めることができる。

(乙案)

第819条第3項 子の出生前に父母が離婚した場合には、(子の出生後に、)父母の協議で、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ものとする。親権者を定めるまでの間は、親権は、母が行う。

〔説明〕

(1) 離婚後共同親権について民法に規定を設けるとすれば、たとえば、819条1項・2項において、子の出生後に父母が離婚をする際に、父母双方を親権者と定めることができるなどすることが考えられる。これに合わせて、(同条3項において)子の出生前に父母が離婚した場合にも、父母双方を親権者と定める可能性を開くことを検討する必要があるか、というのが本提案の趣旨である。なお、親権者を定める時期について、現819条3項では子の出生後とされているが、子が胎児の間に親権者を定めることが実情に合うとの有力説があり、必ずしも子の出生後である必要がないとも考えられるため、案においては「(子の出生後に、)」と表記している。

(2) 甲案は、原則として母が単独で親権を行使することとし、選択肢として当事者の協議によって、父を親権者とする、あるいは、父母双方を親権者とする可能性を示したものである(819条5項により、親権者の定めについて当事者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は、当事者は、家庭裁判所に対して協議に代わる 審判を請求することができる。乙案における協議についても、同項の規律が適用されることを前提にしている)。

乙案は、原則として、協議によって、親権者を定めることを求める案である。父母双方が子の養育のあり方について熟慮することを促そうとするものである。それに加えて、子の出生後、協議によって親権者を定めるまでの間について、母が単独で親権を行使することを提案する。

新たに親権者の定めがなされるまでの間は、それまでの親権行使のあり方を暫定的に継続させるという考え方に基づく。つまり、この考え方に基づく、離婚の場合は、親権の停止・喪失など例外的な事情がない限り、婚姻中は父母が共同して親権を行使していたと考えられるのに対し、離婚後に出生した子については、親権の行使態様を決定する以前に父母が共同して親権を行使するという事態は生じていないことから、親権者の定めがあるまでは、母が親権を行うことになると考えられる（現 818 条 3 項本文参照）。これは、子の出生後に父と連絡が取れる状況であるかも様々であると考えられることから、仮に親権者の定めがない場合に共同して親権を行使するものとする、子に対して適切に親権を行使できない場合が生じ得ることにとも考慮が必要とみられるためである。

なお、いずれの案にあっても、母の元夫の子に対する嫡出推定が否認されれば、法律上の父子関係が否定され、法律上の父ではなくなることから、親権行使のあり方について定める必要はなくなる。

2. 819 条 4 項の改正

（甲案）

第 819 条第 4 項 父が認知した子に対する親権は、父母の協議で、父母双方を親権者と定める、またはその一方を親権者と定めることができる。親権者の定めがない場合は、親権は母が行う。

（乙案）

第 819 条第 4 項 父が認知した子に対する親権は、認知と同時にまたは認知の後に、父母の協議で、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ものとする。親権者を定めるまでの間は、親権は、母が行う。

〔説明〕

認知された子についても、父母双方を親権者と定めることができる可能性を開くことを検討する必要はないか、というのが本提案の趣旨である。

甲案は、選択肢として当事者の協議によって、父母双方またはその一方を親権者と定める可能性を示したものである。親権者の定めがない場合は、親権は母が単独で行うことになる。

乙案は、819 条 3 項の改正に関する乙案と同様に、認知された子についても、原則として、協議によって、親権者を定めることを求める案である。婚姻関係にない父母も、その子の親権の行使のあり方について協議するものとすることによって、父母双方が子の養育のあり方について熟慮することを促そうとするものである。それに加えて、親権者の定めがあるまでは、母が親権を行使するものとする。これは、新たに親権者の定めがなされるまでの間は、それまでの親権行使のあり方を暫定的に継続させるという考え方に基づく。この考え方に基づく、離婚の場合は、親権の停止・喪失など例外的な事情がない限り、婚姻中は父母が共同して親権を行使していたと考えられるのに対し、認知した子については、認知があるまでは、母が単独で親権を行っていることから、親権者の定めがあるまでは、母が親権を行うことになる。親権者の定めがなされるまでの間、認知した子について父母が共同して親権を行うものとするべきとの

意見もあるが、以下の㉗㉘㉙に留意する必要がある。すなわち、㉗法律上の婚姻関係にない父母間の関係は多種多様であり（「部会資料 28」9 頁）、認知後、父と連絡が取れる状況であるかも様々であると考えられ、仮に定めがない場合に、共同して親権を行使するとするなら、子に対して適切に親権を行使できない場合も考えられること、㉘認知をしたことにより、父母の合意なしに当然に父母が共同して親権を行使するような制度になると、濫用的な認知により、子の利益や、子や母の安全が害される可能性もあること、㉙現行法において、未成年の子については、胎児の場合を除いて、子や母の承諾なく、父の一方的な意思により認知が可能な状況であることへの考慮も必要であろう。

第5．父母の相互の人格尊重等

〔問題意識〕

離婚後の父母について、子の身上監護・財産管理という限定された場面において、相互に協力しないし配慮をする等の一般的な形で、行為規範を明示する規定を置く必要があるのではないか。

もちろん、今般の改正にあたり、場合によっては離婚後共同親権を担う可能性がある父母の行為規範を具体的に明確化するための規定は、さまざまな形で設けられるものと予想される（例、日常的な行為については監護親が単独で決定できるかどうかなどについて検討が行われている）。しかし、個別具体的な行為規範だけでなく、包括的ないし一般的な形で、すなわち、離婚して夫婦としての関係が終了したとしても、子の養育という局面ではなお子の利益のために協力すべきことを民法に明記することが望ましいのではないか。民法において、離婚後共同親権が開かれる可能性があるとするればその運用をより安定的なものとするための基本指針を明らかにすべきであるとの発想に基づく。

〔提案〕

民法第〇〇〇条

- ① 父母が（離婚後も）共同して親権を行う場合において、父又は母は、他の一方の人格を尊重しなければならない。
- ② ①の場合において、父又は母は、他の一方も子の親であることを尊重しなければならない。
- ③ ①の場合において、父及び母は、互いに協力して親権を行使しなければならない。

〔説明〕

（１）人格尊重（①）

人が他者の人格を尊重すべきことは、明文規定を待つまでもなく当然のことである。しかし、人と人との関係一般ではなく、特別な関係にある人と人との関係で、他者の人格を尊重すべき旨の具体的な規定を設けることは、十分に考えられるところである。実際、2022年改正による民法821条は、親権者と子の関係においてとくに子の人格尊重を確認する必要から設けられたものと解される。離婚後の父と母という関係においても、相互の人格尊重を確認する必要は高いと考えたので、人格尊重規定の創設を提案している。

（２）子の親であることを尊重する義務（②）

フランス民法373-2条2項は、父母それぞれと子との間の関係をいわば積極的に維持すべき旨を定めている（後記〔参考〕〔外国法〕のドイツ民法も参照）。他方で、本提案は、フランス民法・ドイツ民法とは異なり、単に、いわば謙抑的に、父母それぞれが、相手も子の親であることを尊重すべき旨を提案するにとどめている。

（３）父母が協力して親権を行使する義務（③）

父母が共同して親権を行う場合、子の利益のために適切に行使がされるためには、父母の協力が不可欠であると考えため、相互の協力義務の規定の創設を提案している。

（４）抽象的な行為規範を明文化する意義（①②③）

本提案が示す規範は、抽象的な行為規範であり、裁判規範としての意義が必ずしも明確でない。そのため、規定の新設の提案に対しては、その法的意義を説明する必要があると考えられる。以下のような意義がある。

まず、本提案は、父母の一般的な行為規範を明示することにより、離婚後共同親権の安定的運用に資することが期待できる。このような他者とのかかわり方についての基本指針となりうるような行為規範を明示することは、市民社会の基本法たる民法本来の役割に含まれると考えられる。

つぎに、本提案は、父母の一方が他方の問題行動を是正する要求を行う際、その要求に明確な法的正当性を付与する機能を果たすことが期待できる。たとえば、父または母の一方から他方に対して人格を否定するような行為があった場合、それに対抗する行為（停止要求等）の正当性を説明する。また、共同親権行使のために父母の一方が他方に協力を求める行為の正当性を説明する。

さらに、本提案に含まれる行為規範に当事者が違反した場合、その違反の程度にもよるが、それが非常に重大になれば、親権停止・喪失の判断にもつながる可能性がある。

（５）射程

ここまでの検討では、離婚後共同して親権を行使する父母間について、一定の規律を設けることを想定していた。しかし、①②③の趣旨を及ぼすべき場面は、他にもありそうである。

（ア）共同親権者相互の間に①②③を拡張

離婚後の父母間で共同して親権を行使すべき場合以外にも、婚姻関係にない父母間で共同して親権を行使すべき場合が生ずることになるとすれば（第４参照）その場合、また、婚姻中の夫婦間で共同して親権を行使すべき場合にも、①②③と同様の規定は必要ないか（752 条は、共同親権行使についての協力義務であるか否か判然としない）。

（イ）単独親権者と親との間の関係に①②を拡張

離婚後単独親権にある父母間についても、①②と同様の規定の必要はないか。

（６）規定の位置

①②③の行為規範が、離婚後共同親権行使に関するものだとすれば、本提案を民法の条文とする場合の配置場所としては、親権の章、より具体的には、第２節（親権の効力）の冒頭または末尾（833 条の 2）が候補となる（これらの行為規範が、身上監護および財産管理の双方に適用されることを前提にしている）。

[参考]

民法

（子の人格の尊重等）

第 821 条 親権を行う者は、前条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、そ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。

[外国法]

フランス民法 212 条

夫婦は、相互に、(2006 年 4 月 4 日の法律第 399 号)《尊敬》、貞操、救護及び扶助の義務を負う。
(田中通裕「注釈・フランス家族法(4)」法と政治 62 巻 3 号 1371 頁訳)

同法 373-2 条 2 項 (父母の離別〔離婚・別居〕後の親権の共同行使に関する規定)

父母の各々は、子との身上の関係を維持し、他の親と子との関係を尊重しなければならない。
(田中通裕「注釈・フランス家族法(15)」法と政治 65 巻 4 号 1360 頁訳)

ドイツ民法 1627 条 (親の配慮の行使)

両親は、自己の責任において、合意により、子の福祉のために親の配慮を行使しなければならない。意見が異なるときは、両親は、合意するよう努めなければならない。(法務省大臣官房司法法制部『ドイツ民法典第 4 編 (親族法)』(法務資料第 468 号) 100 頁訳)

同法 1684 条 2 項 (子の両親との交流に関する規定)

両親は、子と他方の親との関係を損なうこと、又は子の教育を困難にすることを一切行っていない。子が他の者によって監護されている場合も同様とする。(同 114 頁訳)

第6． 監護

監護に関する事項について

〔問題意識〕

理論的には、身上監護の具体的な内容について明確にしていくことは必要であり、そのことに一定の意義はあると考えられるが、立法を念頭に置いた場合に、具体的な行為の列挙などは難しいと思われる。

そもそも、身上監護の具体的な内容の明確化の必要性は、離婚後、親権と監護権が分属する際に監護者が何をできるのかという問題や、契約によって第三者に監護を委託した場合の受託者の行い得る監護の内容の問題として、指摘されている。そこで、今回の要綱案とりまとめとの関係では、複数の者が子に対して権限を有する際の、権限の関係を明確にするという方向性での規定を設けるとするのが、現実的な対応ではないかと考える。以下では、具体的な規律の提案のみならず、今回の部会審議において、さらに部会審議が終了したとしても、検討をした方がよいと思われる点も記載することとする。

1． 身上監護の具体的な内容、その他親権者が行使できる子に関する事項について

〔提案〕

（案）具体的な権限については、明示しない。

〔説明〕

（1） 総論

身上監護の具体的な内容について、条文上、列挙することは、難しいと考えられることから、具体的な内容を列挙することはしない。もっとも、実務上、問題になりそうな事項については、立法はしないとしても、部会で議論をした上で、部会資料などで明示する必要があるようにも考えられる。

（2） 医療行為の同意権についての検討の必要性

医療行為の同意権について、部会では、問題は指摘されていながら、議論の対象としないとされていたが、実務上の重要性も高いことから、親権者と監護者が分離する場合等において、これを誰が行使できるかについて明確にする必要があるのではないかと考える。

現状では、部会資料において、親権者と監護者が分離する場合、①身上監護に関する事項は、基本的に、監護者が行う、②財産管理等（法定代理や法律行為の同意を含む。）に関する事項は、親権者が行う、という方針が示されている（部会資料28：第1.1.(1)）。同様の①②という分類は、部会資料26：第2の離婚後共同親権における監護者指定の事案でも行われている。この分類に基づくと、医療同意権は、親権者、監護者のいずれが行使することになるのだろうか。

この点について検討するためには、本来であれば、医療同意権の法的性質についての考え方から検討する必要がある。医療行為への同意の法的性質については、学説ではいくつかの見解がある。大別すれば、法定代理権説（親権者が法定代理人の資格において子の自己決定

を代理するという考え）と、身上監護権説（身上監護の一環として親権者が行うものであるという考え）がある。なお、後者にたつという見解が近時は多いという（米村滋人「医療行為に対する『同意』と親権」法学 83 巻 4 号 631 頁。もっとも、これ以外の評価もある。）。例えば、医療同意権について、法定代理権説に立つのであれば、上記分類の②に該当し、親権者が行使することになり、身上監護権説に立つと、①に含まれ、監護者が行使することになり得る。

医療同意権についての法的性質について、様々な理解がある中で、理論面から、親権者・監護者のいずれが権限を行使できるかの帰結を導くことには困難があるかもしれないが、親権者・監護者が分離する場合に、いずれが医療同意権を行使することが適切であるかという実質論からの検討をする等の議論を通じて、医療同意権を、いずれが行使するかについて、一定の指針を示すことを試みる必要があるのではないか。

なお、医療行為への同意の法的性質についての理解にかかわらず、子の年齢によっては、子自身の同意が必要とされる等の可能性はある。

2. 権限分配について検討が必要な場面における規律の検討

・議論の前提として、現状の部会資料を前提として、権限行使のあり方を整理する。

	日常的な行為	緊急	重要	財産管理等
①離婚後双方親権者 AB で、監護者指定なし	A/B 単独	A/B 単独	AB 共同	AB 共同
②離婚後双方親権者 AB で、A 監護者指定あり	A 単独	A 単独	A 単独	AB 共同
③離婚後に、親権者 B と監護者 A に分属	A 単独	A 単独	A 単独	B
④離婚後に親権者を A に定める	A 単独	A 単独	A 単独	A
⑤第三者 C を監護者に指定する（親権者は B）	C 単独	C 単独	C?	B

（１）①の類型において、日常的な行為・緊急の行為についての、単独での親権行使についての調整規定

[提案]

（甲案）親権者は、日常的な行為や緊急の行為について、単独で行うことができる。ただし、他の親権者〔現に子を監護している親権者／子と同居している親権者〕による監護教育を不当に妨げてはならない。

（乙案）親権者は、日常的な行為や緊急の行為について、単独で行うことができる。ただし、他の親権者〔現に子を監護している親権者／子と同居している親権者〕による監護教育を尊重しなくてはならない。

〔説明〕

①の類型において、日常的な行為・緊急の行為について、それぞれの親権者が、単独で親権が行使できるとされているが、その際の調整の規定をおく必要があるのではないかと考えられる。例えば、子と同居していない親が日常的な行為や緊急な行為について権限を行使することで、不都合が生じることも考えられよう。また、A が監護している間のことについて、B に勝手に決められることが困るというような場合もあろう（例：A が子と過ごす日（毎週金曜日）について、スイミングクラブの入所申込をしたが、B がそれに反対して契約を解除する）。

そこで、（甲案）では、親権者が単独で権限を行使する際に、他の親権者による監護教育を不当に妨げてはならない、という規定をおくことを提案している。もっとも、このような規律は、父母間の紛争・緊張を高める可能性もあることから、（乙案）のように、相互に、他の親権者による監護教育を尊重する義務があることを明示することも考えられる。

（２）②類型における権限行使のあり方について

〔提案〕②類型において、父母双方が、重要な事項については、共同で決定とするという規律の導入を検討する。

〔説明〕

共同親権を選択し、監護者指定をした場合（②）において、監護者が、重要事項も含めて、身上監護について単独で行うことができるという枠組みは、③類型と実質的に同じ結論になっていることも踏まえると、離婚後、父母の双方を親権者とするを選択したという理念との関係で問題がないかという疑問がある。現状の案では、実務上は、それほど事案としてないと思われる財産管理等についてのみ共同で行うということになり、離婚後も共同して親権を行使することを選択した効果として十分なものではないようにも考えられる。

（３）②③の類型における、監護者ではない親権者の身上監護権

〔提案〕

（甲案）監護者は、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。ただし、親権者も、監護者による監護教育を妨げない範囲で、これを行うことができる。

（乙案）監護者は、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。親権者は、監護者による監護教育を不当に妨げてはならない。

〔説明〕

現状の部会資料での提案では、②③の類型において、親権者 B は、財産管理権についてのみ権限を有し、身上監護についての権限がない。つまり、監護者を指定したことにより「譲渡・放棄・喪失」したように扱われている側面がある。そこで、監護者ではない親権者にも、親権者であるということを考慮して、身上監護権の行使を認めた上で、監護者である親との権限行

使の優劣を定める規律を設けた方がよいのではないかと考える（第 28 回部会において議論済み）。

（甲案）（乙案）もその実質的な内容は同じであるが、（乙案）は、児童福祉法 33 条の 2 の文言を参考にするものである。

（４）面会交流中の親権者である父母の権限の範囲

〔提案〕面会交流中における、親権者である父母の権限の範囲について、何らかの規律を設けることを予定する必要はないと思われるが、検討をしておくことが望ましい。

〔説明〕

特に①～③の類型において、面会交流中の親権者である父母が監護を行い得る監護の権原は、親権者であることに由来するのか、あるいは、面会交流を目的とする範囲において認められるのかという問題が、理論上は存在するように思われる。両者の議論の違いは、面会交流中に、親権者である父母が、どのような範囲で、身上監護権を行使できるかという問題につながる。この点について、明文の規定を設ける必要はないとも考えられるが、理論的にどのように考えられるかという点は、議論をしておく意味はあるように思われる。

（５）親権者間で、監護者の権限を定めることの可否とその効果

〔提案〕「親権者が、監護者の権限の範囲について特別の定めをおいた場合、このことを善意の第三者に対抗することはできない。」という規律を新設する。

〔説明〕

特に②の類型において、親権者間で、監護者の権限の範囲を定めることが考えられる（例えば、監護者は、監護に関する事項は行い得るが、教育に関する行為は親権者に帰属するという合意が考えられよう）。

まず、そのような合意が許されるかどうかが問題になる。この点については、議論があろうが、現行法上、契約による第三者への監護委託が認められると解されており、さらに、その際には、身上監護の一部のみを委託することが可能であると考えられることからすると、一律に規制をすることは難しいように思われる。

次に、このような合意の効果を第三者に主張することができるかが問題になる。この点については、（少なくとも善意の）第三者に対しては対抗できない、とすることが考えられるのではないか。法改正が行われると、②の類型においては、監護者であれば、財産管理以外のことはすべて行い得るということになり、そのように信じた第三者の信頼の保護への対応は必要であると考えられる。そこで、上記のような規律を創設することを提案する

（６）第三者の監護者指定についての規律を設ける場合の検討事項

〔説明〕

⑤類型の第三者の監護者指定について規律を設ける場合は、身上監護についての具体的な内容について検討し、明確にする必要性が生じるのではないか。第三者が監護者となった場合、親権者、あるいは親である監護者の場合（②③）と異なり、監護者が身上監護の範囲外の行為（身上監護の範囲外の行為なのか、付与された身上監護の権限の範囲外の行為なのかによって区別して検討すべき可能性がある）をした場合に、どのように対応するかという問題が生じる可能性があると考えられる。

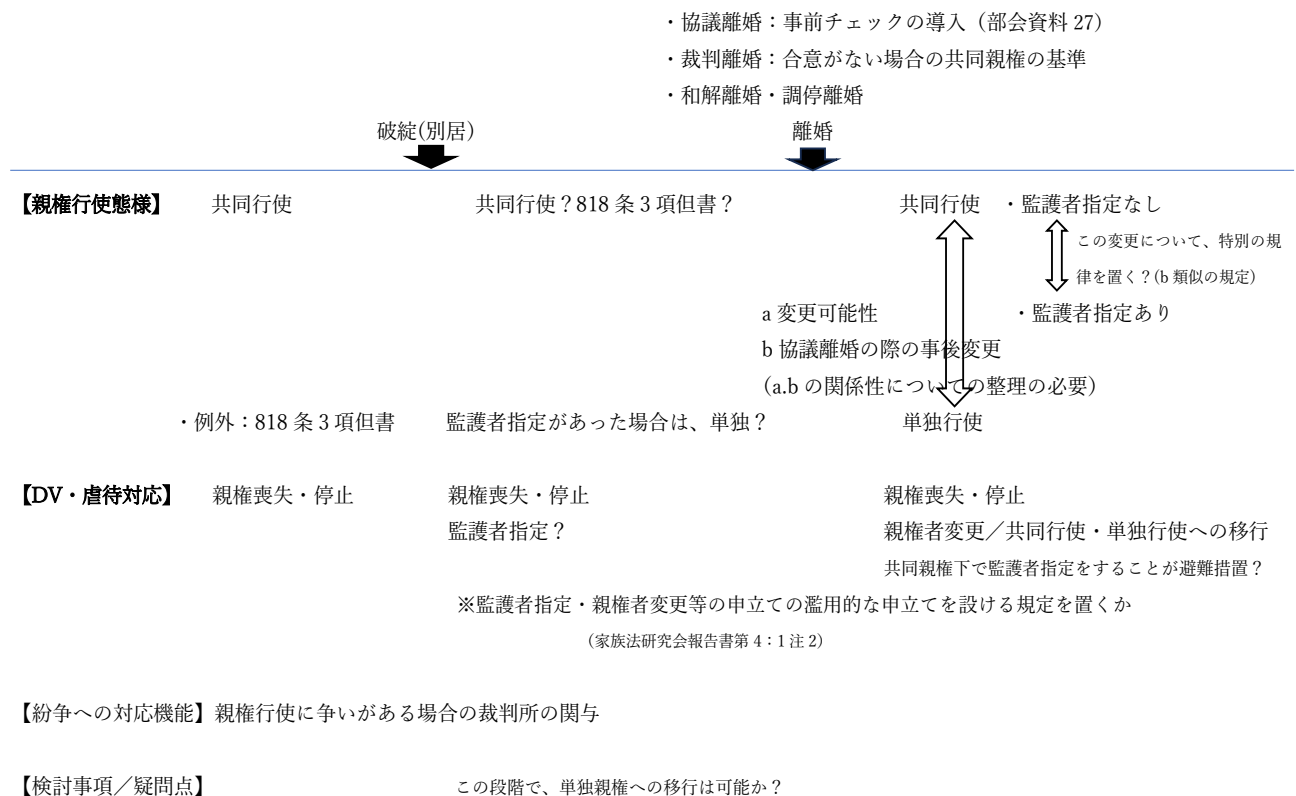
第7. DV・虐待への民法上の対応

[問題意識]

離婚後共同親権の可能性が開かれる場合には、配偶者へのDVや子への虐待の問題を抱える親が、離婚後に他方親と子に介入する可能性があるとの危惧もあることから、配偶者へのDVや子への虐待について、民法上の制度としてどのように対応することが考えられるかを検討する。以下では、子への虐待について検討した後に、配偶者へのDVの問題について検討をする。

[検討]

1. 全体の見取り図



2. 考えられる検討事項

(1) 親権停止・喪失の要件や運用について

現行制度は、離婚すれば、夫婦の一方が親権者になることを前提とするものであり、法改正により制度の前提が大きく変化するといえる。日本では、実務上は、虐待を理由に親権を停止・喪失することについて慎重であるとも言われているが、法改正により、離婚後の親子のあり方が変化することが考えられる中で、親権停止・喪失の要件や運用について、現行法の運用のままでよいのだろうか。離婚後の共同親権が導入されている欧米諸国では、親権停止・喪失が日本よりも多く利用されており、親権を行使することが適切でないと考えられる親については、親権の帰属を認めないとするこでの対応が行われているとの指摘もある。

現行民法の条文の下、運用を変えることで対応可能であると考えるが、必要に応じて、規定の

変更を行うことも中長期的には考えられるだろう。

（２）親権行使の決定や親権者変更の申立ての際の基準について

単独親権にするか共同親権にするかの判断の基準、あるいは親権者変更を申し立てる基準として、「子の利益」を基準とするのみならず、具体的な判断要素を記載する必要はないか。特に、子に対する虐待があった場合について、一定の指針を示す必要があるようにも考えられる。

例えば、直接参考になる規定ではないが、2022年の精神保健及び精神障害者福祉に関する法律（以下、「精神保健福祉法」）の改正により、家族等の同意による医療保護入院について、DV加害者が「家族」から除かれるという規律が設けられた。

５条２項：この法律で「家族等」とは、精神障害者の配偶者、親権を行う者、扶養義務者及び後見人又は保佐人をいう。ただし、次の各号のいずれかに該当する者を除く。

四 当該精神障害者に対して配偶者からの暴力の防止及び被害者の保護等に関する法律（平成十三年法律第三十一号）第一条第一項に規定する身体に対する暴力等を行つた配偶者その他の当該精神障害者の入院及び処遇についての意思表示を求めることが適切でない者として厚生労働省令で定めるもの

上記のような法律を参考に、①子に対する虐待を行つた者は、離婚後共同して親権行使ができないとする規律を設けること、②そのような者は、親権者変更の申立てについて、（一定の期間）制限するというようなことも考えられよう。もっとも、子と父母の関わりは重要であるという考え方もあり、①②の規律を設けることに慎重な考え方もあり得よう。また、仮に①②の規律を設けるとしても、一律に親権行使を認めない、また親権者変更の申立てを認めないとする基準をどのようなものとするかという問題もあろう。この点については、（４）で検討する。

（３）親権喪失・停止と親権行使の規定の関係性

上記（１）（２）の指摘とも関連するが、本来であれば、子に対する虐待を行つた親については、一方で、家庭裁判所が、親権の喪失・停止というレベルで対応することが考えられ、他方で、親権の喪失・停止が行われなかったとしても、家庭裁判所は、離婚後に親権の共同行使を可能とするか・単独親権となった後も親権者の変更をするかというレベルで、別途、共同して親権を行使することに問題がないかを判断するという、二段階のスクリーニングが行われることが望ましいとも考えられる。離婚後も親権の共同行使をしている諸外国では、このような制度運用になっているとも考えられる。

この点については、必ずしも立法により対応できる問題ではなく、制度の運用・理解の問題であるとも考えられるが、必要に応じて、部会で議論をすることも考えられよう。

（４）（２）において規律を新設する場合の考慮事項

子への虐待といっても、その実態は多様である。仮に、（２）において、子への虐待がある場合、離婚後の親権の共同行使を認めない、事後の親権者変更の申立てを制限するという規律を新たに設ける場合、具体的に、どのような子への虐待をその基準とするかも問題になろう。

なお、上記の基準を満たさない子への虐待については、離婚後の親権の行使のあり方を定める

際に考慮しないということではない。上記は、あくまでも、一律に、親権の共同行使を認めない、親権者変更の申立てを認めない基準についての議論であり、この基準を満たさない子への虐待を行った親について、親権の共同行使を認めるか否かという紛争が生じた場合には、個別の案件において、子への虐待の実態についての調査を慎重に行い、それを踏まえた判断がなされることが必要不可欠であることは言うまでもない。

（５）面会交流について

現行法において、面会交流を実施するか否かは、「子の利益」が基準となっている。また、家裁実務の運用では、「ニュートラル・フラット」（価値中立）という運用がなされているとも指摘されている。

これについて、子への虐待事案に対応できるような規律を民法上設ける必要がないのか。具体的には、上記（２）と同様に、子への虐待がある場合には、面会交流の実施を認めないとする規定の新設も考えられよう。なお、この場合において、一律に、面会交流の実施を認めないとする子への虐待の基準については、上記（４）と同様の検討が必要となる。他方、子と父母との関わりが重要であることから、子の安心・安全に十二分に配慮しながら、できる限り、面会交流を実現する方策を検討するべきであるという見解もあり得よう。

（６）配偶者へのDVについて

（ア）検討の視点の整理

離婚後に限らず、父母が共同して親権を行使する際には、父母が一定の関わりをもつ必要がある。そのため、配偶者へのDVがある場合等は、子に関する事項についての調整等の機会に、父母が関わりをもつことで、被害者である父母（および子）の安心・安全が害されるとの懸念が示されている。他方で、配偶者へのDVは、夫婦の問題として非常に重要な課題であるが、親権行使のあり方など親子の問題を検討する際に、父母間の事情を考慮することを理論的にどのように整理をするのかという問題もある。

この点について、考えるための参考として、以下の２点を指摘したい。

第一に、児童虐待の防止等に関する法律（以下、「児童虐待防止法」）において、子の面前で家族に対してDVを行うことは児童虐待に該当するとされている（同法２条４号）。このことから、子の面前での配偶者へのDVは、それ自体が子への児童虐待であり、心身の成長および人格の形成に重大な影響を与えるものと解される。

第二に、外国法においても、配偶者へのDVを、親権の帰属を検討する際に考慮する立法例がある。例えば、フランス法では、配偶者へのDVを理由として、あるいは、子がDVを目撃したことを理由として、親権の帰属を制限している。

これらの点を踏まえると、配偶者へのDVがあるということ、親権の帰属・行使のあり方を検討する際に考慮するということも、検討に値し得るものと考ええる。

〔参考〕フランスの親権取り上げの規定

フランスでは民事判決のみならず刑事判決においても親権の取上げが行われ得る。民事判決につい

ては、下記のように、事情が列挙されている。

フランス民法 378-1 条 1 項：「虐待、アルコール飲料の常習的かつ過度な摂取、麻薬使用、明らかな不品行、違法な行為、特に子が、両親の一方から他方に対して行われた物理的なあるいは精神的な抑圧や暴行を目撃した場合、配慮の欠如、指導不足により、子の安全、健康又は精神に、明白な危険をもたらす場合には、親権を全面的に取り上げられうる」

刑事裁判による取上げについては、民法典 378 条 1 項において、次のように規定されている。

フランス民法 378 条 1 項：「子の身上に対して犯された重罪又は軽罪の正犯、共同正犯又は共犯として、その子によって犯された重罪又は軽罪の正犯、共同正犯又は共犯として、あるいは、他の親に対して犯された重罪又は軽罪の正犯、共同正犯又は共犯として有罪判決を受けた父母は、刑事判決の明示の条項によって、親権あるいは親権の行使を全面的に取り上げられうる」

(イ) 具体的な検討

㊦親権停止・喪失の要件について

まず、上記（１）に関連して、子への虐待のみならず、配偶者への DV があることを、親権停止・喪失の際に考慮することが考えられよう。フランス民法の規定を参考にする等して、配偶者への DV があることを親権停止・喪失の要件とする規定を新設したり、このような行為が親権停止・喪失の考慮要素となるとする解釈の余地がないかを検討したりすることが考えられよう。その際の考慮事項は㊦で検討をする。

もっとも、親権の帰属について、他方親への DV があるということを考慮することを、どのように説明することができるかという問題があろう。（ア）でも言及したように、児童虐待防止法において、子の面前での配偶者への DV は児童虐待とされているように、配偶者への DV が子へ深刻な影響を与えることが挙げられるだろうか。

㊧親権行使の決定や親権者変更の申立ての際の基準について

上記（２）と同様に、単独親権にするか共同親権にするかの判断基準、あるいは親権者変更の申立ての基準として、「子の利益」のみならず、具体的な判断要素を考慮する必要があるか。その際に、①配偶者への DV を行った者は、離婚後共同して親権行使ができないとする規律を設けること、②配偶者への DV を行った者は、親権者変更の申立てについて、（一定の期間）制限するというようなことも考えられよう。その際の考慮事項については、㊦で検討をする。

㊦㊦㊧において規律を新設する場合の考慮事項

上記（ア）で言及したように、配偶者への DV は、夫婦の問題として非常に重要な課題であるが、親権行使のあり方など親子の問題を検討する際に、どの程度考慮すべきかという意見もあり得る。また、配偶者への DV が子に与える影響が大きいものである一方、子の安心・安全に十二分に配慮した上で、親子の関わりをできるだけ実現することが望ましいとの見解もあり得る。そこで、上記㊦で親権喪失・停止の要件として、配偶者への DV を考慮する場合、①①②のような規律を設ける場合に、どのような配偶者への DV を考慮しているかという点について検討することが必要であろう。

例えば、基準となり得るものとして次のようなものが考えられるだろう。

- a. 刑事訴追されるような事案／刑事処罰されるような事案
- b. 保護命令の申立て／発令
- c. 警察署又は配偶者暴力相談支援センターへの相談

上記（２）で言及した精神保健福祉法も参照すると、b を一つの基準とすることは、十分に考えられるのではないかと。なお、具体的な基準を満たさない配偶者への DV については、考慮しないということではない。上記は、あくまでも、親権の帰属を失わせる基準、一律に、親権の共同行使を認めない基準、親権者変更の申立てを認めない基準についての議論であり、この基準を満たさず、親権の共同行使を認めるか否かという紛争が生じた場合には、個別の案件において、配偶者への DV の実態についての調査を慎重に行い、それを踏まえた判断を排除するものではない。