

親権に関する規律についての補足的な検討

(資料の位置付け)

この部会の第32回会議では、部会資料32-1（以下「たたき台（2）」という。）に基づき、要綱案の取りまとめに向けて、親権に関する論点の議論がされた。その際には、いくつかの論点について、部会委員・幹事の意見が対立し、一部の委員・幹事から具体的な修正案が提示された。この資料（部会資料34-1）は、意見対立のあった論点における修正案について議論するための論点整理を試みるものである。

また、第32回会議で示された意見の中には、たたき台（2）に示されたゴシック体の記載の賛否や修正の意見とは別に、その解釈・適用の在り方に関する意見も述べられた。そのような解釈論については、それ自体がこの部会における取りまとめの対象となるものではないものの、この資料では、ゴシック体の記載の修正の要否を検討する上で参考となると考えられる限度で、これまでの議論を踏まえた補足説明を試みている。

なお、第32回会議では、たたき台（2）に示されたゴシック体の記載の意味内容をより明確に表現する観点からの修正意見や、記載の場所に関する意見等もあったが、規律の実質的な内容に直結しない表現ぶりの修正意見はこの資料では取り上げていない。

1 親権行使に関する規律の整備についての論点整理

たたき台（2）第2の1(1)イについては、第32回会議において次のような修正意見が示されたが、どのように考えるか。

- ① 「イ」の「急迫の事情」の要件をより緩やかなものに修正する観点から、「必要性」及び「相当性」を基準とすべきであるとの意見や、「必要やむを得ない」ことを要件とすべきであるとの意見
- ② 「イ」に加えて、「ウ」として「父母の意見が対立しているとき（であって、裁判所の判断を待てないとき）」を追加すべきであるとの意見

たたき台（2）の内容（部会資料32-1より再掲）

1 親権行使に関する規律の整備

- (1) 父母双方が親権者となるときは、親権は父母が共同して行うものとする。ただし、次に掲げるときは、その一方が行うものとする。
 - ア 他の一方が親権を行うことができないとき。
 - イ 子の利益のため急迫の事情があるとき。

- (2) 親権を行う父母は、上記(1)本文の規定にかかわらず、監護及び教育に関する日常の行為を単独で行うことができるものとする。
- (3) 特定の事項に係る親権の行使について、父母の協議が調わない場合（上記(1)ただし書又は上記(2)の規定により単独で行うことができる場合を除く。）であって、子の利益のため必要があると認めるときは、家庭裁判所は、父又は母の請求により、当該事項に係る親権を父母の一方が単独で行うことができる旨を定めることができるものとする。

(補足説明)

1 これまでの議論の整理

- (1) 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、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が定められるに至った。このような改正の背景については、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の指摘があり、改正当時の議論においては、例えば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いと考えられていたとの説明がされている。この部会のこれまでの議論においても、このような民法の価値判断を維持することを前提とした意見が示されてきた。

もともと、親権の共同行使の原則を厳格に貫き、父母の意見不一致の場合に親権行使が一切できなくなることに對しては、適時に親権行使が行われなくなることで子の利益に反するおそれがあるとの批判がある。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、例えば、①父母の一方が子の養育に無関心となり、音信不通となってしまうケースでの不都合を指摘する意見、②（父母の関係が必ずしも良好でなく別居状態にある場面等を念頭に）日常的な些細な事項についてまで常に父母がコミュニケーションをとることは困難であることを指摘する意見、③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ることを指摘する意見、④父母の意見対立を調整するための裁判手続を新設したとしても、その判断に一定の時間

を要することへの懸念を示す意見などが示された。

- (2) そこで、たたき台（２）では、父母が婚姻中の場合も含め、父母双方が親権者である場合の親権行使のルールを整理することとしている。まず、上記のうち①の懸念への対応策としては、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単独で親権を行うこととすることで（なお、このような規律は現行民法第８１８条第３項と同様である。）、父母の一方が音信不通である場合には親権の共同行使を不要とすることとしている。また、親権の「共同行使」とは、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ており、この場合の他方親権者の同意は黙示的なものも含まれると解されることから、部会のこれまでの議論においては、父母の一方が他の一方に対して親権行使に関する相談の連絡をしたもののそれに対する反対がないといった場面においては、黙示的な同意があったものと整理することもできるであろうとの意見があった。

また、上記②の懸念については、たたき台（２）において、現行民法の解釈を明確化する趣旨で、父母双方が親権者である場合であっても、監護及び教育に関する日常の行為については、単独行使を可能とするものとしている。

さらに、上記③の懸念に関して、日常の行為以外の事項（すなわち、重要な事項）について親権者である父母の意見が対立する場合に対応するための方策として、たたき台（２）では、この場合の意見調整をするための裁判手続を新設することを提示している。このような規律によれば、ある重要な事項について、父母の意見が対立する場合の親権行使の方法は、（a）まずは父母の協議により当該事項についての親権行使の内容を定めることとする（この協議は、父母のみの協議のほか、家庭裁判所における家事調停や各種のADRによることも考えられる。）が、（b）この協議が調わないときは、家庭裁判所の審判により、父母のいずれが当該事項について親権を単独で行うものとするかが定められることとなる。このような当事者間の協議や裁判所の判断による解決方法は、現行民法の他の規定とも整合的であると思われる。また、このような裁判手続には一定の時間を要すると考えられるものの、緊急性が要求されるケースにおいては、例えば、審判前の保全処分を活用することも考えられる。

その上で、このような解決方法については、上記④の懸念のとおり、父母の協議や裁判手続には一定の時間を要することを念頭に、そのような協議や裁判手続を経ては、子の利益に反することがあるとの懸念がある。部会のこれまでの議論の中では、例えば、入学試験の結果発表後の

入学手続のように一定の期限までに親権を行うことが必須であるような場面や、DVや虐待からの避難が必要である場面等を念頭に置いた意見が示された。そこで、たたき台（2）では、このような場面に対応するための規律として、子の利益のため急迫の事情があるときは、例外的に親権の単独行使を許容する旨の規律を提示している。部会のこれまでの議論の中では、このような急迫の事情（緊急の行為）を要件とする例外規定を設けることについては、現行法の規定（児童福祉法第33条の2第4項や同法第47条第5項）との比較において整合的である旨の指摘があった。

2 「急迫の事情」の意義

たたき台（2）のうち急迫の事情に関する部分の修正の可否を検討するに当たっては、「急迫の事情」の意義を整理することが有益であると考えられる。

そして、上記1(2)のとおり議論の経過によれば、このような「急迫の事情」の有無が問題となるのは、重要な事項に関する親権行使について父母の意見対立が生じ得る場面であると考えられる（たたき台（2）によれば、父母の一方が音信不通のケースや、日常的な行為を行う場面では、急迫の事情の有無にかかわらず、親権の単独行使が可能となる。）。部会のこれまでの議論においては、そのような重要な事項については、一般に、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を踏まえた意見が示されていた。このような議論の経過を踏まえると、父母の協議や家庭裁判所の手続（たたき台（2）第2の1(3)参照）を経ることが可能である場合には、基本的にはそのプロセスを踏むことが、子の利益にとって望ましいとの解釈があり得る。

他方で、父母の協議や家庭裁判所の手続を経ては適時の親権行使をすることができずその結果として子の利益を害するおそれがあるようなケースでは、「急迫の事情」があるとして、親権の単独行使を許容すべきであるとの解釈があり得る。入学試験の結果発表後の入学手続のように一定の期限までに親権を行うことが必須であるような場面や、DVや虐待からの避難が必要である場面等は、このようなケースの1例であると考えられる。

3 第32回会議で示された修正意見について

第32回会議では、たたき台（2）第2の1(1)イについて、「急迫の事情」の要件をより緩やかなものに修正する観点から、「必要性」及び「相当性」を基準とする意見や、「必要やむを得ない」ことを要件とする意見が示され

た。また、「急迫の事情」がある場合に加えて、「父母の意見が対立しているとき（であって、裁判所の判断を待てないとき）」にも親権の単独行使を許容すべきであるとの意見も示された。

このような意見に対しては、「急迫の事情」要件を「必要性」等に置き換えてしまうと、親権の単独行使が可能となる範囲がこれまでの部会の議論において想定していた範囲よりも過度に広がってしまうのではないかなどの観点からの反論が示された。上記の修正意見を採用した場合に、父母の協議や家庭裁判所の手続を経ることが可能である状況であるにもかかわらず、そのようなプロセスを経ることなく親権の単独行使を可能とする規律となり得る余地が生ずるのであれば、それをどのように正当化するかが問題となり得る。そして、上記の修正意見はその正当化根拠として、「相当性」を付加することを提案しているものと思われるが、親権を相当な方法で行わなければならないことは、親権が「子の利益のため」に行わなければならないものであること（民法第820条）や親権者が子の人格を尊重しなければならないこと等（同法第821条）から当然に要求されるものであり、その相当性が要求されるのは、親権を単独行使する場面に限られるものでもないことからすると、上記意見の指摘する「相当性」については、それが親権の単独行使が許容される範囲を画する要素と位置付けるべきものであるかどうかを含め、議論する必要があると考えられる。

また、上記修正意見のうち「父母の意見が対立しているとき（であって、裁判所の判断を待てないとき）」については、上記2の整理に基づけば、「裁判所の判断を待てない」事情は「急迫の事情」に包含されているものと整理することができるとも考えられる。他方で、「裁判所の判断を待てない」事情を要求せず、「父母の意見が対立している」ことのみをもって親権の単独行使を可能とすることについては、親権の単独行使が可能となる範囲が広範となることをどのように正当化するかを議論する必要があると考えられる。

4 運用の在り方に関する意見について

第32回会議では、たたき台(2)第2の1(3)の「特定の事項」について、どの程度の具体性・個別性をもって特定すべきであるかを議論する必要があるなどの意見があった。例えば、子の教育に関する重要な事項について父母の意見が対立した場面を念頭に置くと、「教育に関する事項」というように抽象度の高い事項を切り出すことができるのか、それとも「高校との在学契約の締結」というように具体的・限定的にその対象を選択する必要があるのかについて、家庭裁判所が当該事項に係る親権を行う父母をどのような

観点から判断するかといったことと併せて、議論することが有益であると
考えられる。

2 父母の離婚後等の親権者の定めについての論点整理

たたき台（2）第2の2(6)及び注2については、第32回会議において次の
ような修正意見が示されたが、どのように考えるか。

- ① 裁判所が考慮すべき事情として「子の意思」を明示すべきであるとの意見
- ② 裁判所が父母双方を親権者と定めるための要件として「父母双方の合意があること」を必要とすべきであるとの意見

たたき台（2）の内容（部会資料32-1より再掲）

2 父母の離婚後等の親権者の定め

- (1) 父母が協議上の離婚をするときは、その協議で、その双方又は一方を親権者と定めるものとする。また、父母は、下記(4)の審判又は調停の申立てをしていれば、親権者の定めをしなくても、協議上の離婚をすることができるものとする（注1）。
- (2) 裁判上の離婚の場合には、裁判所は、父母の双方又は一方を親権者と定めるものとする。
- (3) 子の出生前に父母が離婚した場合又は（母と法律上の婚姻関係のない）父が子を認知した場合には、親権は、母が行うものとする。ただし、父母の協議で、父母の双方又は父を親権者と定めることができるものとする。
- (4) 上記(1)若しくは(3)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ものとする。
- (5) 子の利益のため必要があると認めるときは、家庭裁判所は、子又はそ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する。
- (6) 親権者の指定又は変更の手続において、裁判所が親権者を父母双方とするかその一方とするかを判断するに当たっては、子の利益のため、父母と子との関係や父と母との関係その他一切の事情を考慮するものとする。また、父母の双方を親権者と定めることにより子の利益を害すると認められるときは、裁判所は、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（注2）。
- (7) 上記(5)の親権者の変更の手続において、家庭裁判所は、父母の協議により定められた親権者を変更することが子の利益のため必要

であるか否かを判断するに当たっては、当該協議の経過、その後の事情の変更を考慮するものとする（注3）。

（注1）親権者の指定の審判又は調停の申立てについては、家庭裁判所の許可を得なければ、取り下げることができないものとするなどの手続法の整備をするものとする。

（注2）規律の内容をより具体的に定める観点からは、「父母の双方を親権者と定めることにより子の利益を害する」場合を例示することが考えられる。例えば、父又は母が子の心身に害悪を及ぼすおそれがあると認められるときや、父母の一方が他の一方から身体に対する暴力その他の心身に有害な影響を及ぼす言動を受けるおそれの有無、親権者の定めについて父母の協議が調わない理由その他一切の事情を考慮して、父母が共同して親権を行うことが困難であると認められるときを列記するとの考え方がある。

（注3）規律の内容をより具体的に定める観点からは、「協議の経過」として特に考慮すべき事情を例示することが考えられる。例えば、父母の一方から他の一方への身体に対する暴力その他の心身に有害な影響を及ぼす言動の有無、家事事件手続法による調停の有無、裁判外紛争解決手続の利用の有無、協議結果についての公正証書の作成の有無を列記するとの考え方がある。

（補足説明）

1 これまでの議論の整理

- (1) 民法第819条は、離婚後の親権者を父とするか母とするかについて、父母間に争いがあるときは、家庭裁判所がこれを定めるものとしている。そして、同法にはこの場合における考慮要素や判断枠組みに関する明文の基準はないものの、一般に、家庭裁判所が子の利益を考慮して定めるべきであると解されている。また、家庭裁判所は、離婚訴訟の認容判決において親権者を指定するに当たって、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（同法第819条第2項、人事訴訟法第32条第4項、第33条、第34条等参照）。さらに、親権者の指定についての審判事件においては、家庭裁判所が、子の意思を把握するように努め、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こととされており、子が15歳以上である場合には子の陳述を聴かなければならないこととされている（家事事件手続法第65条、第169条第2項）。

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) 民法第819条を改正して離婚後の父母双方を親権者とするができるようにした際には、どのような場合に父母双方を親権者と定め、どのような場合にその一方を親権者と定めるものとするかが問題となるが、この部会のこれまでの議論においては、多くの委員・幹事から、上記のような現行法の規定と同様に、この点について父母間に争いが生じたときは「裁判所」が「子の利益」の観点からこれを定めるものとするを前提とした意見が示された。その上で、この場合における判断枠組みを可能な限り具体的に規律するため、第30回会議から第32回会議までの会議では、個別具体的な事案において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はどのような場合か、その一方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かをめぐって、各委員・幹事から様々な意見が示された。その際には、例えば、DVや虐待がある事案を念頭に、父母双方を親権者と定めることによって、子や父母の安全を害するおそれがあるかどうかや、円滑な親権行使が困難となる結果として子の利益に反するおそれがあるかどうかといった視点からの議論がされた。

また、個別具体的な事件において家庭裁判所が考慮すべき要素の中には、「プラスの要素」(父母双方を親権者と定めることを肯定する方向の事情)と、「マイナスの要素」(父母双方を親権者と定めることを否定する方向の事情)があるが、このうちの「マイナスの要素」と位置付けられる事情の中には、父母の一方による虐待の事実のように、その事実の存在のみにより直ちに、父母双方を親権者とするのが子の利益に反するとの判断に大きく傾く要素があると思われる。部会のこれまでの議論では、父母双方を親権者と定めることにより子の利益を害すると認められるケースに適切に対応することができるようにする観点から、このような重大な「マイナスの要素」を法律上明確に規定することを求める意見が示された。

さらに、部会のこれまでの議論では、「プラスの要素」を法律に列記することは困難であるとの指摘や、「プラスの要素」と「マイナスの要素」はいわば表裏の関係にあることからその一方のみを規定すれば足りると

の指摘がされた。

- (3) たたき台(2)第2の2(6)では、裁判所が親権者を父母双方とするかその一方とするかを判断するに当たっては、子の利益のため、父母と子との関係や父と母との関係その他一切の事情を考慮するものとするを提示した上で、父母の双方を親権者と定めることにより子の利益を害すると認められるときは、裁判所は、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を提示しており、その規律の内容をより具体的に定める観点から、重大な「マイナスの要素」として、父又は母が子の心身に害悪を及ぼすおそれがあると認められるときや、父母の一方が他の一方から身体に対する暴力その他の心身に有害な影響を及ぼす言動を受けるおそれの有無、親権者の定めについて父母の協議が調わない理由その他一切の事情を考慮して、父母が共同して親権を行うことが困難であると認められるときを列記するとの考え方を注記している。

2 考慮事情の例示に「子の意思」を列記することを求める意見について

たたき台(2)第2の2(6)では、家庭裁判所が考慮すべき事情について「父母と子との関係や父と母との関係その他一切の事情」と記載している。この記載のうち「父母と子との関係」や「父と母との関係」が列記されているのは例示の趣旨であり、家庭裁判所が考慮すべき事情をこれらに限定する趣旨ではない。

この部分について、第32回会議では、「父母と子との関係」や「父と母との関係」に加えて「子の意思」を例示列記に加えることを求める意見があった一方で、この意見に対しては、「子の意思」を明示すると、親権者の定めに関する判断の責任を子に転嫁する結果となりかねないとして、反対意見も示された。

ところで、家庭裁判所が離婚後の親権者を定める際に、様々な考慮要素の一つとして、子の意思(意見・意向)についても適切な形で考慮すべきであることは、この部会において大きな異論はないものと思われる。現行法の下においても、上記1(1)のとおり、家庭裁判所が子の意思を考慮するための手続規定が設けられており、これらの規定は、家庭裁判所が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判断する際にも、適用されることとなると考えられる(なお、家事審判事件において子が意見表明をする方法としては、事実の調査の過程での陳述のほか、家事事件手続法第42条の利害関係参加をする方法があり得る。)。また、たたき台(2)で提示された文言との関係では、子の意思は「父母と子との関係」を認定する際の事情の一つであると整理することもでき、いずれにしても、子が親権者の定めに関して

明確に意見を表明していることは「その他一切の事情」として考慮されることとなると考えられる。

その上で、個別具体的な事案において「子の意思」をどの程度重視するかは、子の年齢及び発達の程度のほか、その事案における事実関係や子が示した意見の内容等によっても様々であると考えられるが、上記反対意見は、「子の意思」が法律に明記されることとなると、裁判所が子の意思を過度に（一律に）重視することとなりかねないのではないかと懸念するものと思われる。また、家庭裁判所が子の意思を考慮することは現行法と変わらないとしても、「子の意思」が法律に明記されることにより、裁判手続に至る前の段階を含めた父母の行動に影響を及ぼしかねないのではないかとの観点からの検討も必要となると思われる。

そうすると、「子の意思」を例示列記に加えるかどうかについては、裁判所が「子の意思」を考慮（尊重）すべきかどうかというレベルでの議論ではなく、これを法律に明記することで裁判手続やこれを前提とした父母の紛争にどのような影響が生ずるのかについて議論する必要があるように思われる。また、そのような議論の際には、現状の親権者の指定・変更に関する裁判実務において、「子の意思」を考慮するものとする旨の規定が現行民法に存在しないことによって具体的な不都合が生じているかどうかといった観点からの議論が有益であると考えられる。

3 判断枠組みに関する修正意見について

- (1) たたき台（2）第2の2(6)では、「父母の双方を親権者と定めることにより子の利益を害すると認められるときは、裁判所は、父母の一方を親権者と定めなければならない」ものとするを提示していた。この規定は、父母双方を親権者と定めることにより子の利益を害すると認められるケースに適切に対応することができるようにする必要があるとの上記1(2)のとおり議論を踏まえたものである。その上で、たたき台（2）第2の2の注2では、「父母の双方を親権者と定めることにより子の利益を害する」場合の例示として、重大な「マイナスの要素」を列記している（注）。

この部分について、第32回会議では、裁判所が父母双方を親権者と定めるための要件として「父母双方の合意があること」を必要とすることを求める意見や、「子の養育に関して父母が平穩にコミュニケーションをとれること」を要件とすることを求める意見などが示された。

- (2) これらの修正意見について検討するに当たり、離婚時の親権者の定めを身分関係の変動の内容という観点から改めて整理してみると、この場面における裁判所の判断は、父又は母に対して新たに親権を付与するか

どうかを判断するものではなく、その双方が親権者であった従前の状態を継続するか、その一方の親権を制限する状態に変更するかという判断をするものと捉えることもできる。そして、民法において、親権者の親権を制限する方向での身分関係の変動を生じさせるためには、「子の利益を著しく害する」（同法第834条）、「子の利益を害する」（同法第834条の2、第835条）、「やむを得ない事由がある」（同法第837条）などの一定の要件が必要とされている。部会のこれまでの議論においても、離婚後の親権者の定めについての考慮要素を検討するに当たっては、現行法の親権制限の諸規定の内容を踏まえた検討が必要であるとの意見があった。

このような身分関係の変動を子の立場からみると、自らの身上監護や財産管理に責任を持つ親権者が2人の状態であるという身分関係に変動を生じさせるかどうかという問題と捉えることができ、民法ではそのような身分関係の変動について子の利益の観点から判断することを求めていると考えられる。

- (3) また、第32回会議では、離婚時の親権者の定めについての父母の争いにはいくつかのバリエーションがあることを示唆する意見も示された。すなわち、離婚時の親権者の定めについて想定され得る主張としては、①自己のみを単独の親権者とすることを求める主張（＝他方の親権を制限することを求める主張）、②他方のみを単独の親権者とすることを求める主張（＝自己の親権を辞することを求める主張）、③父母双方を親権者とすることを求める主張（＝親権に関する身分関係に変動を生じさせないことを求める主張）が考えられる。

このうちの①や③の主張をする当事者は子の養育に責任をもって関わっていく態度を示していると考えられることから、父母双方が①の主張をしているケースや、その一方が①の主張をして他方が③の主張をしているケースにおいて、裁判所が父母の一方のみを親権者とする旨の判断をすることは、子の養育に責任をもって関わる態度を示している者の親権を制限する旨の判断をするものと捉えることができる。

そして、父母の一方が①の主張をするケースの中には、当該父母の一方が子の養育に関して他の一方との共同関係の維持を強く拒絶するケースも想定される。部会のこれまでの議論の過程では、このような主張がされている場面を念頭に、共同関係の維持を当事者の意思に反して「強制」すべきではないとの意見があった。このような意見の背景には、離婚後の父母の間に子の養育に関して一定の信頼関係がなければ、父母双方を親権者とした場合に円滑に親権行使することが困難となり、子の利益に反す

る結果を招くのではないかとの懸念があると思われる。

このような意見を重視する立場からは、たたき台（２）第２の２(6)の規律について、裁判所が父母双方を親権者と定めるための要件として「父母双方の合意があること」を必要とする旨の修正を求める意見が提示されている。このような修正をすると、父母の一方が①の主張をした際には家庭裁判所が父母双方を親権者と定めることが禁止されることとなり、結果的に一種の「拒否権」を父母の一方に付与する結果となる。

しかし、このような意見に対しては、父母の一方が①の主張をする理由には様々なものが考えられ、その主張を採用することが子の利益との関係で必ずしも適切であるとは限らないとの反論がある。部会のこれまでの議論においては、家庭裁判所は、一方当事者が①の主張をしていることのみをもって特定の判断をするのではなく、その主張の理由や背景事情を含めた様々な事情を総合的に考慮して、子の利益の観点からの判断をすべきであるとの指摘がされた。このような指摘を踏まえ、たたき台（２）第２の２の注２においては、「親権者の定めについて父母の協議が調わない理由その他一切の事情」を考慮することとしている。

そこで、裁判所が父母双方を親権者と定めるための要件として「父母双方の合意があること」を必要とする旨の修正を求める意見については、結果的に一種の「拒否権」を父母の一方に付与する結果となることを子の利益との関係でどのように正当化するかという観点から議論する必要があるように思われる。

- (4) このほか、第３２回会議では、父母双方を親権者と定めるためには「子の養育に関して父母が平穩にコミュニケーションをとれること」を要求すべき（又は「平穩にコミュニケーションをとれないこと」を「マイナスの要素」として列記すべき）であるとの意見も示された。この意見に関しては、たたき台（２）第２の２の注２の文言を前提としたとしても、家庭裁判所が「父母が共同して親権を行うことが困難であると認められる」かを判断する際には、子の養育に関して父母が平穩にコミュニケーションをとることができない事情の有無及び程度や、その事情に合理性が認められ得るかどうかなどについても、「・・・親権者の定めについて父母の協議が調わない理由その他一切の事情」として考慮され得るとの指摘が考えられる。

(注) 第３３回会議では、たたき台（２）第２の２(6)で提示された裁判所の判断枠組みについて、まず「父母の双方を親権者と定めることにより子の利益を害する」事情があるか否かを判断し、これがあれば父母の一方を親権者として定め、これがない場合には裁

判所が改めて子と父母との関係や父と母との関係を考慮した上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判断するという枠組みとすべきであるとの意見もあった。この意見は、「父母の双方を親権者と定めることにより子の利益を害する」事情がない場合であっても裁判所が父母の一方のみを親権者と定める旨の判断をすることができるようにすることを求める意見であると理解することができるが、このような意見については、子の利益を害する事情がないにもかかわらず親権をめぐる身分関係に変動を生じさせることをどのように正当化するかについて、議論する必要があるように思われる。

なお、このような意見に関して、たたき台（２）第２の２の注２に列記された事情は飽くまでも「マイナスの要素」のうち重大なものを例示したものに過ぎないため、「父母の双方を親権者と定めることにより子の利益を害する」と認められるかどうかは、注２に例示された事情の有無のみで判断されるのではなく、父母と子との関係や父と母との関係その他一切の事情を考慮して判断されることとなるとの指摘があり得る。

3 監護者の定め及び監護の分掌に関する規律についての論点整理

- (1) たたき台（２）第２の３(1)については、第３２回会議において、監護者指定を必須とすべきであるとの修正意見が示されたが、どのように考えるか。
- (2) 父母以外の第三者に監護者指定の申立権を認めるべきであるとの意見について、どのように考えるか。

たたき台（２）の内容（部会資料３２－１より再掲）

3 監護者の定め及び監護の分掌に関する規律

- (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とする旨の定めをすることを必須とする旨の規律は設けないものとする。
- (2) 父母が協議上の離婚をするときは、子の監護をすべき者又は監護の分掌（分担）については、父母の協議により定めるものとし、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、家庭裁判所がこれを定めるものとする（注１）。
- (3) 子の監護をすべき者が定められた場合には、子の監護をすべき者は、民法第８２０条の監護及び教育、同法第８２２条の居所指定及び同法第８２３条の職業許可を単独で行うことができるものとする（注２）。
- (4) 子の監護をすべき者が定められた場合には、親権を行う父母（子の監護をすべき者であるものを除く。）は、上記(3)の規定による子の監護をすべき者の行為を妨げない限度で、上記１の規律に従っ

て、監護及び教育に関する日常の行為を行うことができるものとする。

(注1)【P】父母以外の第三者を子の監護をすべき者と定める場合に関する規律を整備するものとする考え方がある。

(注2) 本文(3)の規律により監護者が身上監護権を単独で行うことができるものとして整理した場合であっても、監護者による身上監護の内容がその自由な判断に委ねられるわけではなく、これを子の利益のために行わなければならないこととの関係で、一定の限界があると考えられる。例えば、監護者による身上監護権の行使の結果として、(監護者でない) 親権者による親権行使等を事実上困難にさせる事態を招き、それが子の利益に反する場合があるとの指摘がある。

(補足説明)

1 監護者の定めを要否

(1) 部会のこれまでの議論においては、離婚後の父母双方を親権者とするに当たって、その一方を監護者(子の監護をすべき者)と定めることを必須とするかどうか議論された。そして、一部の委員・幹事からは、監護者の定めを必須とすべきであるとの意見があったが、これに対しては、離婚後の子の養育の在り方がそれぞれの家庭によって多種多様であることを念頭に、監護者の定めを要否は個別の事案によって異なるため、監護者の定めを一律に要求する必要はないとの指摘がされた。

そこで、たたき台(2)第2の3(1)では、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者とする旨の定めをすることを必須とする旨の規律は設けないものとすることを提示している。

(2) 第32回会議においても、監護者の定めを必須とすべきであるとの立場から、その理由として、監護者の定めをしないことにより不都合が生じ得るケースがあるとの指摘があった。

もっとも、現段階における議論の焦点は、監護者の定めをしないことにより不都合が生ずるケースがあるかどうかというレベルでの議論ではなく、全ての事案において監護者の定めを必須としなければならないかどうかであると考えられる。

そこで、この点を改めて整理するために身上監護に関する親権行使のルールと監護者を定めることによる効果を再確認すると、まず、たたき台(2)で提示された規律によれば、離婚後の父母双方が親権者と定められた場合には、監護者の定めの有無にかかわらず、①監護及び教育に関する

日常の行為については、父母の一方が単独で（他方の同意等を得ることなく）行うことができ、また、②日常的な行為以外の親権行使についても、急迫の事情があれば、その一方が単独で（他方の同意等を得ることなく）行うことができるものとされている。そして、監護者の定めがされた場合には、③監護及び教育に関する重要な事項（日常的な行為以外の行為）について、急迫の事情がない場合であっても、単独で（他方の同意等を得ることなく）行うことができるという効果があるほか、④監護者でない親権者が監護者の身上監護を不当に妨害することができないものとされる結果として、身上監護に関する事項（日常的な行為を含む）について父母間の意見対立が生じた際には、監護者の意見が常に優先されることとなる。

この部会のこれまでの議論の過程では、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を踏まえた意見が示されてきた一方で、父母の一方のみが子の養育に責任を負い、最終的な決定権限を集約させた方が、監護の継続性や安定性を確保することができる点で子の利益の観点から望ましいとの価値判断を踏まえた意見も示されてきた。監護者の定めを必須とすることを求める上記修正意見は、このうちの後者の価値判断を重視する観点から、一切の例外なく一律に、身上監護に関する親権行使について父母の責任に差を設けることを求めるものと整理することができる。

- (3) また、監護者の定めと類似するものとして、監護の分掌の定めをすることも考えられるほか、紛争解決手段としては、身上監護に関する事項を含む特定の事項に係る親権の行使を父母の一方に委ねる裁判制度（たたき台（2）第2の1(3)）の利用も想定され、これらの異同を整理することが有益であると考えられる。この部会のこれまでの議論の過程では、例えば、「監護の分掌」として、子の監護を担当する期間を父と母で分担したり、監護に関する事項の一部（例えば、教育に関する事項）を切り取ってそれを父母の一方に委ねたりといった定め方があり得るとの指摘がされていた（注）。監護者の定めがされた場合には身上監護に関する事項全般（日常的な行為を含む）について包括的に父母の一方が優先的な地位を獲得することとなるが、監護の分掌として、子の監護の期間等に応じて柔軟に父母間での役割分担を定めることや、父母間の協議又は家庭裁判所の判断により上記特定の事項の範囲で親権を行う父母を定めることも考えられる。

さらに、（上記(2)で述べたような効果を生じさせるものとして）監護者の定めがされていない場合であっても、父母の協議により「父母のどちら

が子と同居するか」が定められる場合もあると考えられるところ、これも監護の分掌の一つの形であると捉える考え方や、親権のうち身上監護に関する特定の事項（たたき台（２）第２の１(3)にいう「特定の事項」）に限ってその行使を父母の一方に委ねたものと捉える考え方も成り立ち得るところである。

監護者の定めを必須とするかどうかを議論する際には、上記のような形で身上監護に関する各父母の役割分担を定めることとの関係の観点からも議論することが有益であると考えられる。

- (4) このほか、第３２回会議では、監護者の定めを必須としない場合には、家庭裁判所において、父母双方が親権者と定められる事案において監護者を定めるか否かが争われたときに、父母双方を親権者とするにより子の利益を害するとは認められないにもかかわらず、その一方を監護者と指定することが必要となる事由として、どのような事由を想定するかを議論する必要があるとの指摘があった。

たたき台（２）第２の２(6)及び注２に提示された判断枠組みによれば、父母が共同して親権を行うことが困難であると認められるようなケースでは、裁判所が父母の一方を親権者とするのが想定されている。また、上記のとおり、紛争解決の手段として、たたき台（２）第２の１(3)によれば、親権行使に関する特定の事項（例えば、子の居所をどちらに定めるか）について父母間の意見対立が生じた場合には、当該事項について親権を行う者を定めるという形での調整を図ることが可能である。なお、同第２の３(2)の「監護の分掌」により各父母の役割分担を定めることもできるとの考え方もあり得るが、監護者の定めを必須としない場合には、これらの規定相互の関係を議論することが必要であるとの指摘があった。

このような規律によれば、個別具体的な事案において父母の一方から監護者指定の申立てがされた際に、家庭裁判所がその申立てを認容するかどうかを判断するに当たっては、父母間にどのような事項についての意見対立があるのかを見極めた上で、特定の事項についての個別的な調整で足りるかどうかや、監護の分掌による役割分担を定めることが適切かどうかなどを考慮することが考えられる。また、その判断の際には、監護者の定めの効果（監護者の定めがされた場合には身上監護に関する事項全般について包括的に父母の一方が優先的な地位を獲得することとなる）を生じさせることが子の利益の観点から最善の選択肢であるかどうかを意識した審理をすることが考えられる。

(注) 「監護の分掌」をどのようなものとして位置付けるかについては、この補足説明の

本文に記載のとおり、①子の監護を担当する期間の分担を定めるほか、②監護に関する事項毎にその役割分担を定めることもできるとの考え方もあり得るが、このうち、②に関しては、父母間で現実に紛争となっている特定の事項については、当該事項に係る親権の行使を父母の一方に委ねる制度（たたき台（2）第2の1(3)）による解決が想定される。そうすると、この特定の事項に係る親権を行使する父母の定めとは別に、「監護の分掌」として父母の役割分担を定める場面として、どのような場面を想定し得るかについて議論を深める必要があり、父母双方を親権者とするのが相当な場合に、未だ父母の意見対立が具体化していない将来的、抽象的な事項についてあらかじめ父母の役割分担を定めるニーズがあるかといった観点や、分かりやすさなどの観点から、「監護の分掌」をどのようなものとして位置付けるかを議論することが有益であると考えられる。

2 父母以外の第三者からの監護者指定の申立てについて

- (1) 第32回会議では、一部の委員・幹事から、「子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、親権を行う者、子又は子の親族の請求により、現に子を監護する子の親族を監護者に指定することができる。」旨の規律を設けることを求める意見が示され、これに賛同する意見もあった。
- (2) もっとも、このような意見に対しては、父母の監護能力に問題があるケースを念頭に置いた際に父母以外の親族が子の監護に関わることが有益であること自体は肯定しつつも、そのようなケースに対応する手段としては親権制限や未成年後見等の制度を活用する方向での検討をすべきであるとして、慎重な意見も示された。

そのため、これらの既存の制度との関係をどのように整理するかを議論する必要があると考えられる。例えば、第三者からの監護者指定の申立ての要件と親権制限の要件との関係や、監護者となった第三者による監護の適切性を担保するための仕組みの要否、監護に要する費用や報酬等の要否などが問題となり得る。

また、父母以外の第三者が子の監護に関わる必要がある場面は、父母の別居や離婚の場面に限られず、父母の婚姻関係が円満である場合も含まれ得ることを踏まえた検討が必要であると考えられる。