

## 親権概念の整理等

### 第1 はじめに

5 前回会議において、父母の離婚後の子の養育の在り方について検討をする  
ためには、まず現行法における親子関係について整理を行う必要があること  
が確認されたところであるが、その検討のためには、現行法における親子間  
の法律関係を列挙して試みるのが有益であるとの指摘があった。そして、親  
子間の法律関係については、常に子の利益が最優先されるべきことが確認さ  
10 れたが、それぞれの場面において、具体的にはどのような要素によって子の  
利益が判断されるべきかを検討してみることも有益であるとの指摘があった。  
また、それらの法律関係は、全体として一つのものなのか、それともそれ  
ぞれ別個のものの集合であるかという点について、結論に至ることは難しい  
としても、議論することによって、親権の法的性質に迫ることができるので  
15 はないか、そうすることは、仮に離婚後共同親権制度を導入することとした  
場合における「共同」の範囲についての検討に資するのではないかと  
の指摘があった。

さらに、離婚後の共同養育の在り方について検討をするためには、現行法  
の下で、婚姻中の父母が不仲となって別居をしている場合等、共同親権者間  
20 の円満な親権の共同行使を期待することができない場面において、現行法で  
はどのような規律によって子の利益が図られているかについて検討する必要  
があるとの指摘があった<sup>1</sup>。

これらの指摘を踏まえ、本資料では、①親子間の法律関係の整理、②親権  
の法的性質、③共同親権者間で合意をすることができない場合における現行  
25 法の規律について検討を行う。

### 第2 親子間の法律関係の整理

#### 1 親子間の法律関係の例

##### (1) 親権に基因するもの

##### 30 ア 身上監護

---

<sup>1</sup> もっとも、今回の検討において、親権の権利性の問題等を含む親権の法的性質論全般を対象とすることはできず、対象は、さしあたり本文に記載したような親子間の法律関係の分解可能性に絞る必要があると考えられる。

① 監護及び教育（民法第820条）

本条は「監護」と「教育」とを分けて規定するが、(ア) 両者を明確に区別することは不可能であるし、普通はその必要もなく、不可分一体のものとする見解や(イ) 民法第766条の監護には教育が含まれるだけでなく、居所指定、懲戒、職業許可等の身上監護の全てが包含される

5

とする見解がある一方で、(ウ) 離婚後の監護者に関して、監護の中に教育は含まれないとする見解等がある。

監護教育の程度・方法は、各家庭の個別的事情によって様々に異なるものとならざるを得ず、公法的規制に反しない限り、基本的には親権者（又は監護者）の自由裁量に委ねられていると考えられるが、子の利益のために行われなければならない。しかし、親権（ないし監護権）行使の具体的場面としてどのようなものがあり、親権はどのような要素を考慮して行使されるべきかといった点については、これまで十分な整理、検討がされていないように思われる。

10

15

そこで、以下では、いくつかの場面ごとに、どのような要素を考慮して子のために決定がされるべきか、また、親権と監護権とが分属している場合に監護者でなければ決定できない事項であるか否か、子にとっての重要性、緊急性に差異はあるかといった観点から、典型例の列举を試みた。なお、同表中「監護者」、「重要性」、「緊急性」の欄の意味は、後注記載のとおりであるが、いずれも議論のたたき台とする目的で試みに記載しているものにすぎない。

20

（日常生活の場面の例）

場面	監護者 (注1)	重要性 (注2)	緊急性 (注3)	主な考慮要素
ある日に、子にどのような服装をさせるか	○	低	○	子の年齢、心身の発達状況、健康状態、意向、時季、場所、親の経済状況
子が髪を染めることを認めるか		中		子の年齢、心身の発達状況、意向、在学中か否か、親の経済状況
一般的に子にどのような食事をさせるか（間		中		子の年齢、心身の発達状況、健康状態、意向

食・菓子類の制限等)				
ある日に、子に何を食べさせるか	○	低	○	子の年齢，心身の発達状況，健康状態，意向，親の経済状況
子にどのような人付き合いをさせるか（交友関係）		高		子の年齢，心身の発達状況，意向，当該人付き合いが子に与える影響

（注1）「監護者」の項目に○が付されているものは，實際上，監護者でなければ決定できない事項であることを示す。以下の表でも同じ。

（注2）「重要性」の項目は，親の決定が子にとってどの程度重要であるかを，高，中，低の3段階で分類したものである。以下の表でも同じ。

- 5 （注3）「緊急性」の項目に○が付されているものは，即時の決定が要請される事項であることを示す。以下の表でも同じ。

（教育に関する場面の例）

場面	監護者	重要性	緊急性	主な考慮要素
子にどのような習い事をさせるか		中		子の年齢，心身の発達状況，意向，習い事の有用性，親の経済状況
幼稚園や学校の選択		高		子の年齢，心身の発達状況，能力，意向，子にかかる負担，学校の教育内容，親の経済状況
進学か就職かの選択		高		子の年齢，心身の発達状況，能力，意向，子にかかる負担，進学先や就職先，親の経済状況

- 10 （宗教に関する場面の例）

場面	監護者	重要性	緊急性	主な考慮要素
子にどのような宗教を教育するか		高		子の年齢，心身の発達状況，意向，子にかかる負担
宗教学校への進学		高		子の年齢，心身の発達状況，能力，意向，子にかかる負

				担，学校の教育内容，親の経済状況
--	--	--	--	------------------

(医療に関する場面の例)

場面	監護者	重要性	緊急性	主な考慮要素
風邪の診療等日常的な医療行為	○	中	○	子の年齢，健康状態，緊急性，必要性
任意のワクチン接種		中		子の年齢，心身の発達状況，健康状態，意向，子にかかる負担，必要性，親の経済状況
歯列矯正等生命に関わらない医療行為		中		子の年齢，心身の発達状況，健康状態，意向，子にかかる負担，必要性，親の経済状況
生命に関わる医療行為		高		子の年齢，健康状態，意向，子にかかる負担，必要性，救命可能性，緊急性，代替手段の有無

(子の自己決定，プライバシー等に関わる場面の例)

場面	監護者	重要性	緊急性	主な考慮要素
子の妊娠中絶		高		子の年齢，心身の発達状況，健康状態，意向，子にかかる負担，胎児の父の意向や状況，子や親の経済状況，緊急性
子の写真や動画の商業利用		高？		子の年齢，心身の発達状況，意向，リスク，必要性
子の写真や動画等のインターネットへの掲載		中		子の年齢，心身の発達状況，意向，リスク，必要性

5

(子の身体管理に関する場面の例)

場面	監護者	重要性	緊急性	主な考慮要素
子にピアスやタトゥ		中		子の年齢，心身

一を認めるか否か				の発達状況，意向，子にかかる負担，必要性
----------	--	--	--	----------------------

## ② 子の引渡し

親権者による子の引渡請求として，①親権に基づく妨害排除請求，②審判手続による（裁判所が形成した親権等の妨害排除請求権としての）引渡請求，③人身保護法に基づく引渡請求が考えられる。

例えば，離婚後，親権者となった親が，子と同居する他方の親に対して子の引渡請求をする場合には，上記①～③のいずれの構成でも可能と解されるが<sup>2</sup>，いずれの構成でも子の利益が最大限尊重されるべきものと考えられる。

場面	監護者	重要性	緊急性	主な考慮要素
離婚後，親権者が，監護権を有しない他方の親に対し，子の引渡しを請求する		高	○	従前の監護状況，現在の監護状況，監護能力（健康状態，経済状況，居住・教育環境，子への愛情等），子の年齢，心身の発達状況，従来への環境への適応状況，環境変化への適応性，父又は母との親和性，意向
親権者が，監護権を有する他方の親に対し，子の引渡しを請求する		高	○	従前の監護状況，現在の監護状況，監護能力（健康状態，経済状況，居住・教育環境，子への愛情等），子の年齢，心身の発達状況，従来への環境への適応状況，環境変化への適応性，父又は母との親和性，意向

<sup>2</sup> 離婚後，親権者となった親は，子と同居する非親権者（非監護者）に対して，民法第766条に基づき子の引渡しを請求することができるとする裁判例がある（東京高決平成15年3月12日家月55巻8号54頁）。また，離婚前別居中の父母間紛争の場合についても，民法第766条の類推適用により，父母の一方を監護者と定め，子の引渡しを命じる審判をすることができるとする学説及び裁判例（東京家審平成8年3月28日家月49巻7号80頁）がある。一方で，単なる別居中の父母間の子の引渡請求の場合には，民法第766条ではなく同法第752条を類推適用すべきとする学説もある（内田貴『民法IV（補訂版）』219頁）。

### ③ 居所の指定（民法第821条）

居所指定権は、親権者が監護教育を全うするために、監護教育の権利義務から派生し、付随する親権者の権利であるとされる。

5 居所指定権行使の方法に関しては、事情によって様々であり、親と同居させる、学校の寮に入れるなど広く考えられ、一応親権者の自由裁量に委ねられていると考えられるが、子の労働を搾取するために強いて特定の場所に居住させたりするような場合は、居所指定権の濫用に当たるとの指摘がある<sup>34</sup>。

場面	監護者	重要性	緊急性	主な考慮要素
監護親と同居している子の住居の決定		高		子の年齢，意向，通学等子にかかる負担，非監護親との面会のしやすさ，地域環境，親の経済状況
大学生や社会人となった子の住居の決定（一人暮らしをさせるかなど）		中		子の年齢，心身の発達状況，意向，安全，子にかかる負担，必要性，地域環境，親の経済状況

10

### ④ 懲戒（民法第822条）

懲戒とは、子に問題行動等があった場合に、これを正すために、厳しく説教をするなど一定の制裁を加えることをいうものと考えられる。そして、その典型例としては、子を叱る、一定の食べ物を食べることを禁

15 じるといった行為であり、それらの行為が民法第822条所定の懲戒の範囲内の行為であるのか、親権の濫用に当たるとのかが問題となる。

時代に応じた健全な常識により判断されるべきものであるが、子の年齢、健康、心身の発達状況、懲戒の態様、必要性といった諸要素を総合考慮して判断されるものと考えられる。

<sup>3</sup> 於保不二雄・中川淳編集『新版注釈民法（25）』（有斐閣，平成16年）105頁（明山和夫・國府剛執筆部分）

<sup>4</sup> ヨットスクールの合宿生に対する訓練方法が、人格を全く無視して罵声を浴びせ、次々といわれなき暴行を加えて過酷な運動を強制するという態様のものであったという事案において、居所指定権は子の福祉に適合するように適正に行使されなければならない、事情を知りつつ、上記ヨットスクールのような違法過酷な訓練方法を行う訓練施設に入校させたとすれば、その居所指定権の行使は権利の濫用というべきである、とした裁判例がある（名古屋高判平成9年3月12日高等裁判所刑事裁判速報集平成9年114頁）。

場面	監護者	重要性	緊急性	主な考慮要素
単発的な行動に対する懲戒	○	中	○	子の年齢，心身の発達状況，健康状態，問題行動の内容，懲戒の態様，必要性
継続的な習慣，行状等に対する懲戒		高		子の年齢，心身の発達状況，健康状態，問題行動の内容，懲戒の態様，必要性

### ⑤ 職業の許可（民法第823条）

5 職業許可は監護教育と財産管理の両面に関係する権能であるとする見解や，専ら子の監護教育にのみ関係する権能であるとする見解がある。

子の利益の考慮要素としては，他の法律によって禁止されていないことを前提に（例えば，労働基準法第56条，児童福祉法第34条等），職業の性質，内容，子自身の意向，心身の発達状況，職業適性，就職の必要性といった要素を考慮することになると思われる。

10

場面	監護者	重要性	緊急性	主な考慮要素
アルバイトの許可		中		子の年齢，心身の発達状況，意向，学校との兼ね合い，アルバイトの内容，必要性
長期間勤務する会社への就職の許可		高		子の年齢，心身の発達状況，意向，就職先の性質，職業適性，必要性

### ⑥ 命名

子の命名権の根拠については，親権に由来するとする説や子の固有の権利を親権者が代行するとの説があるが<sup>5</sup>，いずれにしても命名権の濫用の場面が考えられる<sup>6</sup>。

15

<sup>5</sup> 子の出生の届出は親権者の義務とされている（戸籍法第52条）

<sup>6</sup> 命名権の濫用が問題となった「悪魔ちゃん事件」では，親権（命名権）の濫用にわたるような場合や社会通念上明らかに名として不相当と見られるとき，一般の常識から著しく逸脱しているとき，又は名の持つ本来の機能を著しく損なうような場合には，戸籍事務管掌者において名前の受理を拒否することも許されるとした上，「悪魔」という熟語としての意味，内容，命名

場面	監護者	重要性	緊急性	主な考慮要素
子に名を付ける		高	○	名の意味, 内容, 子に与える影響

#### イ 財産の管理及び代表（民法第824条）

5 財産管理とは、財産の保全、財産の性質を変じない範囲における利用、改良を目的とする一切の事実上及び法律上の行為をいい、財産管理の目的の範囲内で処分行為をすることも財産管理に含まれる。財産管理は、親権者の権利であるとともに義務でもあるとされる。また、財産に関する法律行為の代表とは、代理と同義であるとされる。

10 現行の民法上、財産の管理における注意義務の程度は自己のためにするのと同程度の程度で足りるとされる一方で（第827条）、利益相反行為の禁止（第826条）、無償で子に財産を与える第三者が親権者にこれを管理させない意思表示をしたときは、その財産は親権者の管理に属しない（第830条）といった制約がある。そのほか、判例は、親権者の代理権濫用行為には民法第93条第1項ただし書が類推適用されるとしながらも、<sup>7</sup>、どのような行為が代理権の濫用になるのかについては、「親権者が子を代理してする法律行為は、親権者と子との利益相反行為に当たらない限り、それをするか否かは子のために親権を行使する親権者が子をめぐり諸般の事情を考慮してする広範な裁量にゆだねられているものとみるべきである。そして、（中略）それが子の利益を無視して自己又は第三者の利益を図ることのみを目的としてされるなど、親権者に子を代理する権限を授与した法の趣旨に著しく反すると認められる特段の事情が存しない限り、親権者による代理権の濫用に当たると解することはできない」とする（最判平成4年12月10日・民集46巻9号2727頁）。

#### 25 ウ 法律行為の同意（民法第5条）

未成年者は、原則として法定代理人（親権者又は未成年後見人）の同意がなければ確定的な法律行為はできない。

#### エ 身分法関係

---

がいじめの対象となり、ひいては本人の社会不適応を引き起こす可能性等を考慮し、本件命名は不適法として受理を拒否されてもやむを得ない、とされた（東京家裁八王子支部平成6年1月31日（判例タイムズ844号75頁））。

<sup>7</sup> 平成29年債権法改正により、代理権濫用についての規定が新設された（新民法第107条）。



親権者は、上記ア～ウに挙げたもののほか、法定代理人又は親権を行う者として、以下の行為をすることができる。

① 代諾養子縁組（民法第797条）

親権者は、法定代理人として、15歳未満の子について養子縁組の承諾をすることができる（第1項）。

② 親権に服する子の親権の代行（民法第833条）

親権代行者が代行する親権の範囲は、財産管理に限定されず、身分上の行為の代理権にも及ぶ。

③ 未成年後見人の指定（民法第839条）

未成年者に対して最後に親権を行う者は、財産管理権を有していれば、遺言で未成年後見人を指定することができる。なお、裁判例によると、父母のいずれかが単独親権者である場合、当該親権者が死亡しても生存親が当然に親権者になるのではなく、後見が開始するとされており<sup>8</sup>、単独親権者も未成年後見人の指定をすることができる。

(2) 父母であることに基因するもの

上記(1)とは異なり、親権者でなくとも「父母」であれば生ずる法律関係がある。

① 婚姻の同意（民法第737条）

同意権者は「父母」であるため、父母が離婚するなどして、その一方が親権を有していなくても、父母の双方に同意権があると解される。なお、成年年齢の引下げ等に関する民法改正（平成30年法律第59号）により、成年年齢が18歳に引き下げられ、女性の婚姻開始年齢が18歳に引き上げられること（令和4年4月1日施行）に伴い、本条は廃止される。

② 子の氏の変更（民法第791条）

子が父又は母と氏を異にする場合について、子の氏を親の氏に変更することを認める規定である。

③ 代諾養子縁組についての同意（民法第797条第2項）

---

<sup>8</sup> 例えば、離婚後の単独親権者が死亡したため子に後見人が選任された後、子を事実上監護養育しているもう一方の親が親権者変更を求めた事案について、東京家審昭和53年2月2日（家月30巻9号80頁）は、「民法第836条、第837条第2項によれば、親権の剥奪ないし辞任、親権者の所在不明により、後見人が選任された後であっても、親権を回復しうる場合があることの権衡上からみても、生存中の親が当然に親権者としての地位を回復するとの解釈はできないにしても、家庭裁判所が、具体的事情を考慮して、生存中の親に親権者としてのふさわしい事情が認められ、これが子の福祉の観点から肯定できる場合には、親権者変更（形成）の審判をなしうるものとするのが相当である。」とする。

養子となる者の父母で、親権者とは別に監護者がいる場合や親権停止中の者がいる場合等は、本項により、その者の同意が必要とされる。

④ 特別養子縁組についての同意（民法第817条の6）

法律上の「父母」であれば、親権者でなくとも同意権を有する。

5

⑤ 相互の相続権（民法第887条第1項、民法第889条第1項）

これらの規定も、「父母」と「子」という身分関係に基づくものと解される。

## 2 法的性質について検討が必要なもの

10

上記1で整理した事項のほかに、親子間には、扶養義務（養育費）に関わる法律関係と、面会交流に関する法律関係とがある。以下に述べるとおり、これらの法的性質については未だ十分な整理がされていないものと考えられる。

### (1) 扶養義務

15

民法第877条第1項は、「直系血族及び兄弟姉妹は、互いに扶養をする義務がある。」と規定している。

もっとも、親が未成年の（又は経済的に自立していない）子に対して扶養義務を負うことについては疑問を差し挟む余地がないものの、その義務が同条に基づくものであるのかといった点や、未成年の（又は経済的に自立していない）子に対する義務とその他の直系血族に対する義務の程度が同等であるのかといった点について、様々な考え方があ

20

#### ア 二元説

扶養義務については、いわゆる二元説という考え方があ

同説によれば、扶養義務は、身分関係の特質に応じて質的な相違があり、①夫婦間の扶養義務及び親の未成年の（経済的に自立していない）子に対する親の扶養義務は、自己の生活程度に等しく、生活の全面的な保持」をすべき生活保持義務であるのに対し、②その他の親族間の扶養義務は、扶養義務者が自分の生活を保持して余力がある場合に、その余力だけを扶助に割り振れば足りる生活扶助義務であるとされる。実際にも、実務において参考にされているとされる「養育費・婚姻費用算定表」も、このような考え方を前提にしているとされている。

25

30

もっとも、二元説に対しては、生活保持義務と生活扶助義務とを法的に別のものととらえる必要はなく、身分関係の特質は、扶養の程度を決める際に考慮すれば足りるのではないかといった批判もあり得るものと思われる。

35

このような二元説を前提に、子の養育について検討することについて、

どのように考えるか。

## イ 法的根拠

未成年の（又は経済的に自立していない）子に対する親の扶養義務の法的根拠については、①民法第877条第1項とする考え方、②血縁を基礎とする親子関係の本質に求められ、条文上の根拠を要しないという考え方、③民法第820条に基づく子に対する監護の義務に含まれるという考え方等が考えられる。

しかし、①の考え方に対しては、少なくとも民法の条文上は未成年の（又は経済的に自立していない）子に対する親の扶養義務と他の直系親族又は兄弟姉妹に対する扶養義務とが同じ程度のもののように見えてしまうという批判があり得る。また、②の考え方に対しては、血縁を基礎とするのであれば、子を認知していない親や、特別養子縁組後の実親も扶養義務を負うということになってしまうのではないかという疑問がある。さらに、③については、親権者でない親も扶養義務を負っていることをどのように説明するかという問題がある。

このような状況を踏まえ、未成年の（経済的に自立していない）子に対する親の扶養義務について、法律に明確な規定を設けることについて、どのように考えるか。また、仮に定めることとした場合には、上記アの検討を前提として、扶養の程度・内容についてどのような規律とすべきか。

また、関連する問題として、父母が別居している場合には、監護親は、非監護親に対して、婚姻費用の分担（民法第760条）又は監護費用の分担（民法第766条）として、養育費の支払を求めることができるが、例えば、父母が未婚で同居もしていない場合の監護費用の分担について直接的に定めた規定は民法上は存在しない。このような、監護親の非監護親に対する養育費支払請求権について、法律に明確な規定を設けることについて、どのように考えるか。

## ウ 被扶養者及び扶養義務者の整理

仮に二元説を採るとした場合には、生活保持義務の履行請求の主体となる子については、未成年の子でなければならないのか、それとも、未成年でなくても経済的に自立していない子（例えば大学在学中の成年者）であれば足りるのという点については、考え方が分かれ得るものと考えられる。上記イの扶養義務の法的根拠との関係でいえば、①（民法第877条第1項に基礎があるとする見解）及び②（条文上の根拠は不要とする見解）は、その法的根拠において子の年齢が限定されていないことから、後者の考え方につながりやすく、他方で、③（民法第820条に基礎があるとする見

解) は、同条が親権に係る規定であり、未成年の子のみを対象としたものであることから、前者の考え方につながりやすいように思われるが、この点について、どのように考えるべきか。

5           なお、扶養義務の履行請求の主体を経済的に自立していない子と捉えることとした場合には、子が経済的に自立しない限りは年齢にかかわらず扶養請求の主体となり得るのかという点や、一度経済的に自立したが何らかの事情により経済的な自立が困難になった者は扶養請求の主体となり得るのかという点についても検討することが考えられる。

10           また、仮に、扶養義務の法的根拠を、上記イ②のように血縁を基礎とする親子関係の本質に求める(条文上の根拠を不要とする)こととした場合には、子を認知していない親や、特別養子縁組後の実親の扶養義務について再検討する必要があるか。

15           さらに、例えば、普通養子縁組がされた場合に、養親と実親との扶養関係の優劣をどのように考えるべきか。例えば、養親が扶養義務を履行した場合に、実親に対して、その一部を求償することはできるか。

## エ その他

          仮に子に対する親の扶養義務を条文上も明確にすることとした場合には、さらに、扶養義務の発生原因や程度について具体的な規律を設けることについてどのように考えるか。

20           その他、親の子に対する扶養義務について検討すべき事項はあるか。

## (2) 面会交流

### ア 平成23年民法改正

25           非監護親と子との面会交流を具体的な権利として法律に規定することについては、平成23年の民法改正の際にも検討された。しかしながら、面会交流については、それが権利として認められるのか、認められるとして親の権利か子の権利か、その法的性質はどのようなものか等といった点について、議論が分かれている状況にあったことから、同改正では、民法第766条において、子の監護について必要な事項として面会交流を明記するにとどめられた。

### イ 面会交流の法的性質

35           面会交流の法的性質については、一方で、親の権利として理解する見解があり、この見解によれば、その権利の性質は、親の自然権、親権の一機能、憲法上の権利等であると説明される。他方で、これを子の権利として理解する見解があるが、これは、児童の権利条約第9条第3項が「締約国

は、児童の最善の利益に反する場合を除くほか、父母の一方又は双方から分離されている児童が定期的に父母のいずれとも人的な関係及び直接の接触を維持する権利を尊重する。」と規定していることと整合的であると考えられる。さらに、面会交流に権利性を認めない考え方もある。

5           この点については、民法第766条第1項後段が、子の監護について必要な事項を定める場合には、子の利益を最も優先して考慮しなければならないことを規定していることからもうかがわれるように、面会交流は、父母双方との交流を通じた子の健全な成長を図るために認められるべきものであると考えられ、本質的には子の利益を図るためのものであることに疑い  
10           はないものと考えられる。

          以上を踏まえ、面会交流の法的性質を明確化することについて、どのように考えるか。

#### ウ 監護の分担

          父母が離婚をした後であっても、子にとっては父母の双方が親であること  
15           とに変わりがないことを重視するならば、子と非監護親との関わり方については、単に面会するという方法ではなく、例えば、実際に子の通学を補助したり、食事の世話をしたり、就寝させたりといったように監護を分担するといった方法が望ましい事案もあり得るものと考えられる。

          ただし、例えば、1週間のうち連続した2日間を一方の親の家で過ごし、  
20           残りの5日間を他方の親の家で過ごすといった状況を考えた場合には、そのような状況が子の利益を害することになるのではないかという点について、心理学等の実証研究も踏まえ、慎重に検討する必要があると考えられる。

          現行法の下においても、子の監護に関する取決めをすれば、このような  
25           養育の分担をすることは可能であると考えられる。もっとも、本来的には親権者が子の養育に関する全ての事項について決定権限を有するものと考ええると、現に養育を分担している非親権者は、子の日常生活に関する事項についても決定権限を有していないこととなる。そうすると、上記のような監護の分担は、法律的には、親権者から非親権者に対して一定の範囲で  
30           監護の委託がされ、これにより、非親権者は子の日常生活に関する事項等について決定をすることができるようになると整理されるものと考えられる。このことは、例えば、食事を伴う面会交流の場面において、現に面会している非親権者が、子に具体的に何を食べさせるかの決定をすることができる場面でも同様と考えられる。しかしながら、父母が養育を分担する  
35           場合には、各自が監護に必要な事項の決定権を自己の権限として行使する

ことができるものと整理した方が、法律関係は明確になるようにも考えられる。

5           そこで、例えば、現行法の親権について、重要であり即時の判断が不要な事項についての決定権限と、比較的重要性が低い事項や、即時の判断が必要な事項についての決定権限とに分解した上で、後者の権限については、父母のうち現に子を監護している方（現に面会交流をしている親を含む。）が行行使することができることとすることについて、どのように考えるか。

#### エ その他の検討事項

10           父母以外の者と子との面会交流について、どのように考えるか。  
          他に、面会交流について検討すべき事項はあるか。

### 第3 親権の法的性質（分解可能性）

          上記第2. 1で検討したとおり、現在、親権者が子の養育に関して決定等を行うことができることには様々な事項が含まれているが、これらの事項は、  
15           いずれも親権という1個の不可分な権利義務の対象であるのか、それとも、これらの個別の事項の決定権限の総体を「親権」と呼んでいるのであり、「親権」は分解可能なものであるのか、という点については、定まった見解はなく、明らかでない。

          この点について、例えば、親が子の監護・教育を他人に委託することも、子  
20           の利益に反しない限りは有効であると解されていることや、親権者と監護権者とを分離することができることからすると、少なくとも、親権のうち、監護・教育に係る部分と、それ以外の部分については分解が可能であるものと考えられる。

          もつとも、監護・教育の内容を更に分解することができるのかという点につ  
25           いては、必ずしも明らかではない。例えば、進学と宗教については、宗教系の学校に進学させること等を考えると、密接不可分のようにも思われる。このことを踏まえても、仮に離婚後共同親権制度を導入することとした場合に、進学に関する事項については父に決定権を帰属させ、宗教に関する事項については母に決定権を帰属させるといったことを認めることができるのか。

30           この点について、どのように考えるか。

### 第4 共同親権者間で合意をすることができない場合における現行法の規律

          現行法は、婚姻中で共に子の親権を有している父母が、親権行使に関して意見  
35           を一致させることができない場合の解決方法について何ら規定を設けていない。この点については、父母の意見が一致しない場合には、子の利益から

考えて、親権が行使されない方がよいことが多いとの考慮に基づいているとの指摘もある<sup>9</sup>。

もともと、父母の意見が一致しない限り親権を行使することができないというのでは、例えば、子の出生の時点で、命名について意見が一致しないため  
5 子の名が決まらないという事態や、進学させるべき学校について意見が一致  
しないために、いずれの学校でも入学手続を行うことができないといった事  
態が生じかねない。

このような場面について、第1回会議では、民法第766条を類推適用して、  
調停・審判事件として解決されるとの見解が紹介された。もともと、この点  
10 については、そのほかに、実体法的に、①子の利益のために必要不可欠であ  
れば、民法第1条、第825条、児童福祉法第1条を根拠に親権の単独行使  
を認めるという見解、②監護・教育・懲戒・子の引渡請求等は父母各自がす  
ることができる<sup>9</sup>と解した上で、これらの権利が適正に行使されないときは親  
15 権等の制限を考えるべきであるとの見解がある一方で、手続的に、③夫婦の  
協力義務（民法第752条）の問題として、家事事件手続法別表第2第1の  
項の事件として処理すべきであるとの見解もある。

婚姻中の父母の間で意見が一致しない場合について、実体法及び手続法の規  
律を整理することについてどのように考えるか。

なお、仮に何らかの裁判手続を創設することとする場合には、子の養育に関  
20 する個別の判断（子の進学先、緊急性を要しない医療行為を子に受けさせる  
か否かなど）を裁判所がすることが子の利益に照らして適切であるといえる  
かという点も考慮する必要があると考えられる。

## 第5 親権者・監護者間で合意をすることができない場合における規律

あまり論じられていない場面として、親権者・監護者間で意見が異なるケ  
25 ースが挙げられる。例えば、監護者である母は子にスマートフォンを持たせ  
たくないが、親権者である父は持たせたいという場合には、どのように解決  
されるべきであろうか。親権者が、「親権を行う者」として、常に監護者に優  
先すると解すべきか、それで問題はないか。そのように解しないのであれば、  
30 最終的には裁判所において判断されることになるのであろうか。

<sup>9</sup> 我妻栄『改正親族相続法解説』（日本評論社、昭和24年）114頁