

離婚後の親子関係の在り方に関する論点の整理

第1 はじめに

5 前回会議では、子を養育していく上で決定をすべき事項について分析した上で分類すると、①父母の双方を決定に関与させるべき事項、②現に子を監護している者が即時に判断すべき事項、③これらの中間に位置付けられる事項があるとの指摘があった。その上で、父母の双方が決定に関与すべき事項であっても、その関与の態様は複数考えられること（例えば、①その都度父母が合意しなければならないとする、又は②父母の一方が決定をすることができるとした上で、他方の親がそれに対して異議の申立てをすることができるとするなど。）が指摘された。

10 現行法の下でも、父母が婚姻中である場合にはその双方が未成年の子の親権者であることから、親権行使について父母双方の意見が対立して子の養育上必要な事項について決定をすることができないということが生じ得るのであり、このような場合にどのように解決を図るのかという問題がある。また、離婚後共同親権制度について検討するに当たっても、そもそも制度を導入すべきか否か、仮に導入するとしても、どのような内容のものとするべきかという問題がある。上記の指摘を踏まえて更に議論をすることは、これらの問題

15 20 25 30 35 40 45 50 55 60 65 70 75 80 85 90 95 100 105 110 115 120 125 130 135 140 145 150 155 160 165 170 175 180 185 190 195 200 205 210 215 220 225 230 235 240 245 250 255 260 265 270 275 280 285 290 295 300 305 310 315 320 325 330 335 340 345 350 355 360 365 370 375 380 385 390 395 400 405 410 415 420 425 430 435 440 445 450 455 460 465 470 475 480 485 490 495 500 505 510 515 520 525 530 535 540 545 550 555 560 565 570 575 580 585 590 595 600 605 610 615 620 625 630 635 640 645 650 655 660 665 670 675 680 685 690 695 700 705 710 715 720 725 730 735 740 745 750 755 760 765 770 775 780 785 790 795 800 805 810 815 820 825 830 835 840 845 850 855 860 865 870 875 880 885 890 895 900 905 910 915 920 925 930 935 940 945 950 955 960 965 970 975 980 985 990 995

そこで、本資料では、まず、①子の養育をしていく上で決定をすべき事項の分類について更に検討するとともに（「第2」）、②父母の双方が決定に関与すべき場合における決定への関与の態様について検討を行った（「第3」）。その上で、③父母の離婚後の子の共同養育の在り方についてどのような制度設計が考えられるかを考察し、その一環として、④協議離婚制度の在り方についても検討を行った（「第4」及び「第5」）。なお、これらの検討は、もとより離婚後共同親権制度の導入や離婚後の子の養育に係る現行制度の変更を前提としてするものではなく、それらの制度の導入等の当否については、これらの検討を踏まえた上で更に議論されるべき事柄である。

第2 子の養育上決定を要する事項の分類

前回会議では、子を養育していく上で決定をすることを要する事項は重要性や緊急性といった要素で分類できるのではないかという観点から、その事項を3個のカテゴリーに分類することが提案された。そこで、本資料では、前

回会議における議論に基づき、後記1のとおり整理を試みた。

もっとも、この点については、後記2のとおり、2個のカテゴリーに分類すべきであるとの考え方もあり得るものと考えられる。

5 このような分類の方法について、どのように考えるか。また、親権には身上監護のほかに財産管理も含まれるところ、財産管理も同様にいずれかのカテゴリーに分類されると考えてよいか。

10 なお、そもそも親権の対象であるかどうかは明らかではない事項もあり（例えば、ある医療行為については、子が一定の年齢以上であれば子自身が決定すべきであるという考え方もあり得る。）、検討すべき問題であると考えられるが、本資料ではその点についての整理は試みていない。また、以下の分類は、対象事項の性質から分類を試みるものにすぎず、DVや虐待がある事案等、そもそも父母が共同で子を養育すること自体について疑義がある場合をも念頭に置いたものではない。

15 1 三分法

まず、前回会議での指摘を踏まえ、①父母の双方を決定に関与させるべき事項、②現に子を監護している者（いわゆる「監護者」概念とは異なり、現に面会交流中の親も含む。）が即時に判断すべき事項及び③これらの中に位置付けられる事項に分類することが考えられる。

20 上記の①に分類されるものを検討する際には、例えば、現行法の下でも、未成年の子が婚姻をするには、親権の有無にかかわらず父母の同意が必要であると規定されていることが参考になるのではないかと考えられる（民法第737条）。すなわち、未成年者の婚姻について、子の利益に合致するかどうかを一方の親だけで判断することが適切ではないと考えられることなどから、
25 親権者であるか否かにかかわらず双方の親の同意が必要とされているが¹²、婚姻が子の人生に広範かつ重大な影響を与えるものであることに照らすと、婚姻と同様に子の人生に広範かつ重大な影響を与え得る事項については、上記の①に分類されるものと考えられる（例えば、進学先の選択、宗教の選択、生命に関わる医療行為など）。

30 次に、上記の②に分類されるものとしては、子に与える影響が比較的限定さ

¹ 松川正毅・窪田充見編『新基本法コンメンタール 親族（第2版）』（日本評論社、令和元年）36頁（宮本誠子執筆部分）、169頁（羽生香織執筆部分）。

² なお、未成年者の婚姻についての父母の同意に関する民法第737条は、令和4年に、成年年齢が18歳に引き下げられ、また、女性の婚姻開始年齢が18歳に引き上げられることに伴い削除される（平成30年法律第59号）。

れ、現に監護している親でなければ決定することができないもの、緊急性が高く即時の決定が要請されるために他方の親と協議することでかえって子の利益を損なうおそれがあるもの等が考えられる。例えば、ある日の服装や食事の決定、単発的な行動に対する懲戒、子の生命に関わり時間的猶予がない医療行為に関する決定等がこれに当たるものと考えられる。

上記の③に分類されるものとしては、上記①及び②以外のものとなるが、①ほどの重要性はなく、現に監護していない親でも判断することができ、さらに、双方の親による決定プロセスを経る時間的猶予があるものがこれに当たるものと考えられる。例えば、子の習い事、生命に関わらない医療行為、染髪やピアス、タトゥーに関する決定等が上記の③に分類されるのではないかと考えられる。

2 二分法

これに対し、例えば、子の養育上決定を要する事項を、(α) 子の人生に広範かつ重大な影響を与え得る事項と (β) それ以外の事項に分類するということも考えられる³。

第3 子の養育上の決定への関与の態様

次に、父母の双方が子の養育上の決定に関与すべき事項があるとしても、その関与の態様については複数のものが考えられる。

1 事前の合意を必要とするもの

まず、父母の双方が決定に関与すべき事項については、常に双方の事前の合意を必要とするという制度が考えられる。

仮にこのような制度を導入したとすると、父母が合意を成立させることができず、子の養育上必要な決定がされないという状況に陥る場合が生じ得ることは否定し難い。そこで、それを防止するための方策として、次の(1)から(3)までのような制度を更に設けることが考えられる。

なお、上記のような場合が生じ得ることは、現行法の下における婚姻中で共に親権を有する父母の間でも同様であり、その場合の解決方法については現行法に明文の規定がなく、また解釈上也定まった見解がないことは研究会資料2「第4」に記載したとおりであるが、以下では、上記の方策を導入する

³ なお、(β) の事項について、決定権をどのように分配するかという問題もある。例えば、「決定権者」を定めて専らその者が決定するという方向性や、現に監護している親（面会交流中の親も含む。）が決定するという方向性等が考えられる。

必要性が一般的に特に高いと考えられる父母の離婚後を想定している。

- (1) 父母が、父母間で合意が成立しない場合に当該事項について父母のいずれが決定権を有するかを、離婚時の合意によりあらかじめ定める。
- 5 (2) 公的機関が、父母間で合意が成立しない場合に当該事項について父母のいずれが決定権を有するかを、父母の離婚時にあらかじめ定める。
- (3) 公的機関が、離婚後に父母間で合意が成立しない場合に、当該事項について、決定権を有する者を指定する。
- (4) 公的機関が、離婚後に父母間で合意が成立しない場合に、当該事項につ
10 いて定める。

なお、上記の(2)~(4)のように、公的機関が父母に代わって決定をすることについては、宗教や進学先の選択といった個人の人権に関わる事項の決定につき公的機関が介入することには疑義があり得るところであり、そのような決定を
15 求めるニーズがあるのか、公的機関が判断し得る事項なのかどうかとの視点からも、慎重に検討する必要があるものと考えられる。

2 単独で決定することができることとしつつ他方の親も関与させるもの

上記1とは異なり、父母の一方が単独で子の養育上の決定をすることができ
20 るとした上で、他方の親も何らかの形でその決定に関与することができるという制度も考えられる。

- (1) まず、父母それぞれが単独で子の養育上の決定をすることができるとした上で、他方の親もその決定に関与することができるという制度が考えら
25 れる。他方の親の関与の形態としては、例えば以下のようなものが考えられる。

ア 決定をする親が、その決定をする前に他方の親に通知（又は相談、協議）しなければならぬものとし、他方の親は、その決定に対して異議がある場合には、公的機関に異議の申立てをすることができるものとする。

イ 決定をする親が、その決定をした後に他方の親に通知しなければならぬものとし、他方の親は、その決定に対して異議がある場合には、公的機関に異議の申立てをすることができるものとする。この形態であれば、子の養育上の決定が、暫定的なものとはいえ、上記アの形態に比べて適時に
30 されることとなる。一方で、一旦行われたら原状に戻すことが不可能ないし困難な事項（例えば医療行為等）について、他方の親の異議にどのよう
35

な法的意味を持たせるか、別途検討の必要があると思われる。

(2) 次に、父母のどちらかを「決定権者」として離婚時に定め、基本的に「決定権者」が子の養育上の決定を行うものの、他方の親も決定に関与することができるという制度が考えられる。この場合の他方の親の関与形態も、次のとおり上記(1)と同様のものが考えられる。

ア 「決定権者」は、決定をする前に他方の親に通知（又は相談、協議）しなければならないものとし、他方の親は、その決定に異議がある場合には、公的機関に異議の申立てをすることができるものとする。

イ 「決定権者」は、決定をした後に他方の親に通知しなければならないものとし、他方の親は、その決定に異議がある場合には、公的機関に異議の申立てをすることができるものとする。

3 第三者との関係

なお、父母が共に子の養育上の決定に関与するものとした場合には、第三者との関係も問題となる。例えば、上記1では、父母間の合意がないにもかかわらず子の養育上の決定がされた場合の法律関係が、上記2では、他方の親の異議が認められた場合の法律関係が問題となり得る。

第4 父母が離婚した後の子の養育上の決定への父母の関与の態様について選択制を採用するか否かを検討する場合の留意点

上記第2のとおり、子を養育していく上で決定を要する事項のうちの一部については、父母の婚姻が継続している間だけでなく、父母が離婚した後も父母が共に決定に関与することができるという制度を導入することも考えられる。もっとも、上記第3のとおり、父母が共に決定に関与するという制度であっても、その関与の態様については様々なものが考えられる。そうすると、父母の離婚後の子の養育上の決定の在り方について検討する場合には、制度上、決定への父母の関与の在り方について複数の態様を併存させた上で、個々の父母が個別の親子関係に応じてそれらの関与態様のうちいずれかを選択することができることとするという方向性から、一般的に子の利益に適すると考えられる態様のみを採用して個々の父母に関与態様の選択の余地を認めないこととするという方向性まで、様々な方向性が考えられる（現行の制度は、一般的に、父母の離婚後は父母の一方が親権を行使するという態様が子の利益に適するという価値判断に基づいてそれを採用し、個々の父母が子の養育上の決定への関与の態様を選択する余地をかなり限定的なものにして

いるものと考えられる。)

この点について、例えば、父母が離婚する際に、その一方が子の養育意欲を欠いているときなどには、離婚後に当該親にも子の養育上の決定に関与させることは、その決定が適時にされないおそれを生じさせ、子の利益に適さないものと考えられる。したがって、仮に、父母の離婚後も父母双方に子の養育上の決定に関与させることとする制度を導入する場合には、必要な事案では、父母のうち子の養育意欲を有する側が単独で子の養育上の決定をすることができることとする余地を残すなど、個々の親子関係の個別事情に配慮して最適な法律関係を形成することができるようにする選択的な制度とすることが望ましいと考えられる（例えば、前記第2の1で①として分類した「父母の双方を決定に関与させるべき事項」について、前記第3の1のような「父母の事前の合意」を必要とし、それ以外に父母に選択の余地を認めないこととすると、子の利益が損なわれる場合が生じるおそれがある。)

もっとも、親子関係という基本的な法律関係について、あまりにも選択肢の多い複雑な制度としてしまうと、父母の離婚時の選択の負担が過大となり、かえって子の利益に配慮した判断を困難にしてしまうおそれがある。また、前記第3の3のとおり、子の養育上決定を要する事項の決定権者については、学校等の第三者との関係でも重要な意味を有していることから、この点でも、選択肢をあまりに多くすることは適切でない。

そこで、仮に父母の離婚後も父母が共に子の養育上の決定に関与することができることとする制度を導入するとした場合に、関与態様を父母が選択し得るものとするか否かを検討するに当たり、父母が共同で決定すべき事項の範囲に加えて、個々の親子関係のニーズに合致する最適な関与態様を選択することができる制度の利点を踏まえた上で、可能な限り簡明なものとするのが望ましいものと考えられる。

第5 父母が離婚した後の子の養育上の決定への関与態様の選択の在り方（協議離婚制度の再検討）

1 離婚後の子の養育上の決定への関与態様の選択と公的機関の関与

上記第4で述べたとおり、仮に父母の離婚後も父母が共に子の養育上の決定に関与することができることとする場合には、複数の関与態様の中から、個々の親子関係に適当なものを個々の父母が選択するという制度とすることも考えられる。

仮にこのような制度を採用する場合には、どのようにその選択を行うのかという問題、すなわち、ただでさえ離婚をめぐる心身ともに負担がかかる父

母の負担軽減を図るため、父母が公的機関の関与なしに自由に選択することができることとすべきか、それとも、子の養育上決定を要する事項の決定の在り方が子の利益に重大な影響を及ぼすことに鑑み、決定への関与態様に関する父母による選択について何らかの形で公的機関を関与させる必要があるかという問題についても検討する必要がある。

この点について、現行法の下でも、父母が協議離婚をする場合には、父母の一方を親権者とした上で他方を監護者としたり、親権の所在とは別に子の監護の分担に関する取決めをしたりすること等ができ、子の養育の在り方については様々な選択肢が用意されているが、第一次的には父母がそれらの選択肢の中から公的機関の関与なしに自由に選択すべきものとされているのであるから、仮に、今後、父母の離婚後の子の養育上の決定への関与態様についても父母が選択するという制度を導入する場合であっても、基本的には父母が公的機関の関与なしに自由にその選択をすれば足りるようにも考えられる。他方で、仮に、今後、子の養育上決定を要する事項のうち父母の離婚後も父母が共に決定に関与すべきものが拡大された上で、関与態様について父母が合意により選択をすることができる制度が導入された場合には、制度の仕組み方によっては、父母の対立により子の養育上必要な事項の決定が適時にされなくなるという事態が現行法の下におけるよりも頻繁に発生するおそれもあることから、子の養育上の決定への関与態様についての父母の選択は、現行法の下におけるよりも慎重にされることが制度的に担保されていなければならないとの考え方もあり得る。

そこで、離婚後の子の養育上の決定への関与態様の選択の在り方については、特に協議離婚の場合を念頭に置いた場合にどのような規律が適切であるかを検討する必要がある。

2 未成年の子がいる父母が協議離婚をする場合の課題

現行法では、未成年の子がいる父母が離婚する場合であっても公的機関の実質的な関与なく協議離婚をすることができるが、調停手続も経ていない協議離婚については、調停離婚や裁判離婚に比べて、養育費や面会交流について取決めをしている割合が低いとの指摘がされている（注1）。

そこで、上記1の観点とは別の観点からも、未成年の子（注2）がいる父母についての協議離婚の在り方を見直し、父母が離婚をする際には、その離婚が裁判離婚、調停離婚又は協議離婚のいずれであるかを問わず、離婚後の子の養育の在り方に関する計画を作成しなければならないこととすること等を検討することが考えられる。

(注1) 平成28年度全国ひとり親世帯等調査結果報告

(注2) 未成年の子がいる父母の協議離婚の在り方を見直すとしても、その子が成年に達する直前である場合には別異に扱うべきであるかという点についても、検討を要する問題であると考えられる。

3 考えられる検討の方向性

上記1及び2を考慮すると、今後の検討の方向性としては、例えば、次のようなものが考えられる。

(1) 離婚後の養育態様の選択についての公的機関の関与

ア 離婚に公的機関の関与を必要的なものとする考え方

まず、最も抜本的な見直しとしては、未成年の子がいる父母については、公的機関の関与のない離婚をすることはできないこととする方向性が考えられる。公的機関の関与としては、現行法の下でも存在している調停離婚や裁判離婚だけではなく、その他の公的機関が何らかの形で関与する方法等も検討の余地がある。

もっとも、このような制度を導入すると、公的機関の関与がなくても離婚後の子の養育について適切に取決めをすることができる父母についても、公的機関の関与に伴う経済的、時間的又は精神的な一定の負担が生ずることとなるため、制度導入の当否については十分な検討が必要である。

イ 離婚後も子の養育上の決定の一部について父母双方が関与することとする場合には離婚に公的機関の関与を必要的なものとする考え方

次に、例えば、現行法を前提として、父母の離婚後は子の養育上決定を要する事項の全部について父母のいずれかが単独で決定することとする場合には、公的機関の関与なく協議離婚をすることができることとした上で、それとは異なり、子の養育上の決定の一部について父母双方が関与することとする場合には、公的機関の関与のない協議離婚は認めないこととする方向性も考えられる。

これによれば、現行法と同じ協議離婚の制度が残るため、上記アの考え方による場合の問題点は回避することができるが、上記2で指摘した問題点の解決を離婚制度の在り方の面から図ることはできないこととなる。また、この場合には、本来であれば父母双方が決定に関与することが望ましい事案であるにもかかわらず、父母が、公的機関の関与を負担に感じて、

父母のいずれかが単独で決定することとする態様を選択してしまうことになるおそれがあることにも留意する必要がある。

ウ 父母の間で子の養育上の決定への関与態様について合意が成立する限り
5 は離婚に公的機関の関与を不要とする考え方

これらに対し、父母の間で子の養育上の決定への関与の態様について合意が成立する限りは、公的機関の関与なく協議離婚をすることができることとするという方向性も考えられる。

10 (2) 協議離婚についての課題への対応

上記(1)に記載した検討の方向性のうち、ア以外の考え方では、未成年の子がいる父母であっても公的機関の関与なく協議離婚をする余地が生ずることになるため、上記2で指摘した問題点の解決を図るべく、何らかの方策を設けることも考えられる。例えば、未成年の子がいる父母が離婚をする
15 場合には、離婚後の子の養育に関する事項（養育費及び面会交流に係る事項等）について書面で合意しなければならないこととして、その提出を義務付けたり、更にはその書面による合意について公的機関の承認を受けなければならないこととしたりするといった方策も考えられる。