

家族法研究会

第8回会議議事要旨

日時 令和2年9月29日（火）午後5時～午後8時

（父母の離婚後の子の養育の在り方に関する基本的視座の検討）

- 研究会資料8の第2記載のヒアリング結果については、これらの意見や観点が各研究分野でどこまで普遍性を有するものかについても留意する必要がある。
- 我が国でも、面会交流の実情や協議離婚の実態調査等が必要と思われる。また、海外の知見も活用すべきであり、例えば数次の制度見直しを行っているオーストラリアの調査結果等も参照されるとよいと思う。
- ヒアリングでは、現行法の下でも離婚後も父母の合意によって子のために相互に関わりながら養育を行っている事例があるとの紹介がされたが、そのような事例について、父母間の対内関係や学校等との対外関係で何か問題が生じていないのか、分かれると有益である。
- 父母の離婚を経験した子を対象とした調査を検討する場合には、子が成人した後であっても、その調査方法や対象について、子の利益を害さないように十分な注意を払うことが望まれる。
- 離婚の実態として、離婚前に別居に至ったのか、別居の際に子がどのように扱われていたのか（父母間の話し合いなく子を連れて出て行ったのかなど。）という点についても把握することができれば、今後の議論がしやすくなるように思う。

（父母の離婚後の子の養育に関する規律の在り方）

（全体の検討の進め方）

- 子の養育に関する問題として、いわゆる legal custody と physical custody の問題があり、今回の議論でどこに重点を置くかによって、考慮すべき事項が変わってくると思う。また、「決定権」といった場合に、親の権利的側面に重きを置く見方ではなく、子の最善の利益を、子の意見を聞きながら、関係者が決めていくというイメージで議論していくべきではないか。
- 離婚後の父母が子に関して決定すべき事項の分類方法と、重要決定事項への関与の態様については、例えば、関与の態様について緩やかな規律とすれば重要決定事項の範囲を広くしてもあまり差し支えはないし、関与の態様について強い規律とすれば重要決定事項の範囲は厳格に議論される必要があることから、両者は相互に関連する問題である。
どのように議論するかは難しいが、三分類のうち、特に重要決定事項として想定されるものが何であるか、内容をある程度詰めて、それを踏まえた上で議論した方がよいと思う。
- 離婚後の子の養育に関して共同関与等の問題を検討していくためには、民事法の整備の問題のみでなく、必要な環境整備、すなわち、DV事案に対する適切な対応、離婚前後の夫婦間や親子間の葛藤に対する対処等での行政機関や自治体による支援等も、この機会に併せて進めることが不可欠である。

(現行法の下での実態関係)

- 現行法の下で、離婚後の父母が親権と監護権を分属させて子を養育するという例が多くないのは、その場合の規律が明確でないからというだけではなく、離婚に伴う父母間の葛藤が相当程度高いことが原因ではないか。
- 協議離婚しても関係が良好な父母の場合は、現行法の下でも、特段の取決めなどをせずとも、うまくいっているのが実態なのではないか。他方、離婚後の子の養育について取決めをしたくても父母間の力関係等により取決めができず、泣き寝入りしている場合もあるのではないかと思われる。このような実態もできるだけ把握した方がよいのではないか。

(重要決定事項の範囲・内容関係)

- 重要決定事項については、限定列举にするか、列举した上で一般条項を置くかという問題はあるが、ある程度具体的に列举せざるを得ないのではないか。また、研究会資料8の20、21頁に挙げられている①～⑦の項目を当然の前提にできるかという点についても議論があると思われる。例えば、③の医療行為はそもそも親権の問題であるのか議論があり、④の宗教行為は割礼や洗礼等に限られるのか明確でない。⑤の進学も高等教育のみの問題としていいか、それぞれ難しい。このように項目をどのように列举することかが最初のハードルではないか。
- 研究会資料8の20、21頁のうち①と②は、非監護親と子のアクセスということで、取り上げることに異論が少ないかもしれない。③については、子の医療行為の決定権の性質付けについて考え方を固めなければ議論ができないか、そうではないかが問題となる。いずれにせよ、今後の議論を進めるためにも、何か具体的列举がないとイメージが湧かず、裁判所の判断の際にも手掛かりが必要ではないか。
- 重要決定事項の議論に関し、例えば、③の子の医療行為はそれ自体が親権の問題かどうかで争いがあるが、今回の問題への対応としては、子の監護の在り方に関する問題として新しい規律を検討する上で、今まで収まりがうまくいかなかったものをどこまで判断事項として取り上げるかという形で議論を進めることが可能ではないか。そうすると、そもそもの親権の範囲に関する細密な議論が不可欠ではないと思われる。
- 一連のプロセスの中で、どの段階を捉えて重要決定事項に位置付けるのかという問題がある。例えば、高校進学の場合、志望校の選定、出願、受験、進学先の選択、入学手続というプロセスがある中で、どの段階を決定というのか、双方関与を認めるとしてもどの段階に関与させるのかという難しさがある。
- 研究会資料8の20、21頁に挙げられている①～⑤については違和感がないが、⑥や⑦については更なる検討が必要ではないか。特に、⑦の身分行為については、親権者としてではなく親であることに基づいて行うとされているものや、家庭裁判所の許可を必要とするものがあり、現行の関連条文との関係も踏まえた検討が必要である。
- 研究会資料8の21頁の②の海外渡航については、修学旅行など短期のものまで含むのか、範囲についてさらに議論を要する。また、⑦の身分行為については、特に子の養子縁組に関する同意については、連れ子養子に与える影響が非常に大きく、養子制度に関する検討を踏まえる必要がある。

- 離婚後も双方関与とする養育事項を当事者の合意で決定する場合に、その対象を重要決定事項に含めていくという方向ではなく、現行法にもある「子の監護に関する事項」としての合意と位置付けるという方向も考えられるのではないか。この場合、現行法では、子の監護に関する事項の合意に係る仕組みがきちんと用意されていないが、その合意を何らかの形で登録することができる、公正証書を作成する必要があるといった様々な仕組みで受け皿を作っておくようにすると、重要決定事項の範囲を広げなくても、それ以外の事項について当事者間で合意がある場合に共同で決定する範囲を広げることが可能になるのではないか。

一方で、重要決定事項の範囲の可変性について、研究会資料8の20頁の③のように法定されている事項のうちから裁判所が選択するというのは、選択の判断基準が考えにくく、難しいのではないか。②の当事者の合意による選択は、あり得るように思われる。

(重要決定事項について父母双方が関与すべき場合の要件関係)

- 協議離婚の場合に父母の合意のみで双方関与を選択できる選択肢があることからすると、裁判離婚の場合について、父母双方が双方関与に合意していれば、子の利益に反しない限り認められるという緩やかな選択肢もあり得るのではないか。
- 共同関与の要件として、「子の利益に適うと判断されたとき」とするか、「子の利益に反しない限り」とするかで、単に要件のみの問題ではなく、そのような規律の与える印象や制度趣旨に結びついて影響があるかもしれない。
- 父母の合意については、現行法の離婚後の親権者決定がそうであるように、合意にある程度の意味を持たせるのは当然であるという考え方もある一方で、子の養育は子の利益のための親の責務であるから、父母間の合意のみで可能となることについては慎重であってよいという考え方も十分に成り立つのではないか。
- 離婚後の親権者を親の合意で決めることができるという現行制度を、この点の議論の前提にする必要はない。ヒアリングにおいても、父母の合意形成をサポートする仕組みが必要なのではないかという意見が出されていたことからすると、研究会資料8の17頁にある協議離婚の場合について、①よりも、②や③の方向性を模索すべきではないか。
- 未成熟子がいる夫婦の協議離婚の場合に双方関与とするときには、公的機関が関与するのは望ましい方向性だと思う。関与する場合、合意の真意性の確認だけでは、子の考えを公的機関が配慮するのが難しいことからすると、研究会資料8の17頁(1)(協議離婚の場合)の③として子の利益に適うかどうかを判断することとし、子の意見も聞くこととするのが良いのではないか。それとの対比で、現行法では、協議離婚の際の親権者指定において、子の意見の反映が担保されていないことには問題があると思う。また、③を前提とした場合に、判断する公的機関については、裁判所のみでなく、自治体、あるいは自治体が委託する認証機関等が考えられるのではないか。
- 双方関与に関する父母の合意について、真意に出たものであることを個別に確認する程度であれば自治体でも可能と思われるが、子の利益に適うかどうかまで判断することを自治体で行うのはかなり難しいのではないか。また、ここでいう「子の利益」について、子に対する虐待の有無などではなく、父母間で話し合いができずに子の利益が害され

るおそれということだと、判断の内容も変わってくるのではないか。

- 裁判離婚の場合に、裁判所が双方関与の合意が子の利益に適うか否かを判断する仕組みを選ぶのであれば、協議離婚の場合においても、同様に、父母の合意が子の利益に適っているか、あるいは子の利益に反するのではないかとことをチェックする仕組みを採用した方がよいのではないか。協議離婚の実態に照らせば、協議離婚の場合には裁判離婚の場合と異なり、当事者以外の第三者のチェックは不要ということを説得的に説明することは困難と思われる。
- 裁判離婚で裁判所が子の利益の観点から関与するならば、協議離婚でも同様に関与を認めるということは、一般論としてはその通りと考えられるが、裁判離婚と協議離婚では、裁判所にとって、判断する際の材料として同程度のものが得られるかという問題があり得る。
- 双方関与に関する合意の真意性の確認については、裁判所以外の公的機関も可能だと思われる。一方で、双方関与に関する合意が子の利益に適うか否かの判断については、裁判所に求められても、具体的な問題が生ずる前の段階で子の利益の把握・判断ができるかは非常に難しいのではないか。
- 子の利益に適うあるいは子の利益に反するというどちらの観点からの判断であったとしても、父母が双方関与を望んでいる場合においては、子の利益の判断に関し、どういった資料が提出されるのかもよくわからず、裁判所においてその判断をすることは難しいように思われる。
- 一般論としては、双方関与が子の利益に適うかを第三者が審査した方が望ましいとしても、実際上は、子の利益に適うかどうかについて、何をもってどのように判断するのか、かなり難しい判断を迫られるのではないか。特に協議離婚の場合は相当に重い手続になる可能性もある。また、判断主体を誰にするかで、不服申立てについても問題となり、裁判所の家事審判で判断するならば即時抗告になると思うが、自治体が判断するとすると、行政的な不服申立て、最終的には行政訴訟になるのか、あるいは特則を設けて不服申立手続は家庭裁判所で行うとするのか、このような点についても検討する必要がある。
- 研究会資料8の17頁の(1) (協議離婚の場合) の①～④の選択肢は、それぞれ排他的なものであると考えられるが、(2) (裁判離婚の場合) の①と②は両立し得るのではないか。
- 研究会資料8の17頁の(2) (裁判離婚の場合) の選択肢について、①と②を両立させる方向性と、②のみを認める方向性とでは、一方の親の希望のみで双方関与を認め得るのかという基本的なスタンスが異なるということを示せるような形で整理できると、今後の議論が進めやすくなるのではないか。

(重要決定事項への関与の態様・効果関係)

- 重要決定事項への関与の態様について、研究会資料8の22頁にある緩やかな規律では、重要決定事項を設けた意味が失われてしまうのではないか。強い規律を基本に、それで不都合があるものについて規律を緩やかにしていく方向で検討すべきではないか。
- 研究会資料8の22頁にある規律について、子が別居親からの助言やサポートを受け

られる下地を作る，機会を確保するため，例えば，重要決定事項について決定をする場合には，同居親から別居親に対して事前に通知をしなければならないという，①と②の間に位置する規律も考えられるのではないか。

- 研究会資料8の22頁にある各規律を当事者の合意によって選択することができるという方向性もあるのではないか。例えば，同頁の①と②の間に位置する規律，②と③の間に位置する規律というのを，②を基本としつつ，当事者のオプションとして認めるということもあり得るのではないか。
- 研究会資料8の22頁にある強い規律については，どのような事項かにもよるが，裁判所が実質的判断をすることが難しいと思われる。例えば宗教の選択など，諸外国ではともかく，日本的な感覚としては，このような事項を裁判所で判断できるのか，どのように裁判所が判断するのかという問題が生じる。
- フランスでは，当事者の合意が定まらないときは裁判所が内容を定めるとされているが，宗教の選択など裁判所が判断することが難しい事項については，事実上現状維持になることが多いとされる。学校の選択等については，父母の意見だけでなく，子が提示した第三の選択肢を踏まえ，裁判所が判断することもあるようである。
また，フランスでは，一方の親が単独で決定できる場合，子の利益に反するときは，他方の親は裁判所に差止めの申立てをすることができるという規律になっているため，研究会資料8の22頁の注2にあるような規律（主たる決定権者の決定が子の利益を害することが明らかな場合に限り，裁判所の審査を経て，これを否定することができるという規律）もあり得ると思う。もっとも，この場合，他方の親の事実上の拒否権として機能してしまうのではないかという懸念もある。
- 研究会資料8の22頁の注2の規律については，裁判所で審理を行うとすると，相応の審理期間が必要となり，適切なタイミングでの決定が必要な場合等に対応しきれないという問題がある。さらに，不服申立手続も想定すると，適時性の問題のほか，仮に暫定的に一番の判断に従って決定してよいとなった後，上級審で判断が異なった場合，当初の決定に従っていた子の生活への影響など，検討すべき問題は多い。
- 関与の態様に関する義務に違反した場合の効果について，財産を処分する場合には第三者効という議論は理解しやすいが，それ以外の場合においては第三者効という議論が当てはまらないところもある。また，ここで損害賠償請求という場合，その損害とは何なのかの議論も必要である。どのような事項を念頭に置くかで必要な議論も異なると考えられ，なかなか難しい問題ではないか。

（子の意思や意見を反映させる規律関係）

- 子自身の主体的な関与が，父母が双方で決定するというようにどのように関係していくのが問題の一つになるのではないか。子の成長に伴い，単に，父母の決定の際に子の意見が相応に考慮されるだけでなく，子自身が決めていくという側面が増えていくと思う。すなわち，親の関わりとしては，子に情報を与え，助言をして支援していくというサポート的な関わりになっていくと思われ，それをどう捉えるか問題となる。
- 子の意思を重視するという観点からは，子の成長，年齢に応じ，親が子の決定に関与する事項，重要決定事項の範囲も固定的なものではないとも考えられる。子の年齢に従

って、子に関する決定事項の性質が変わっていくかどうかとも検討していく必要がある。

(次回の進行について)

- 次回も、父母の離婚後の子の養育に関する規律の在り方について、積み残し部分を中心に、引き続き議論を行う予定とする。

以 上