

家族法研究会報告書（案）
（第1稿・たたき台）

5 目次 【P】

10

用語の定義

本報告書で用いる用語の定義は、以下のとおりである。【P】

「父母」…未成年の子がいる父母

「裁判離婚」…調停離婚，審判離婚又は判決離婚

「養育計画」…民法第766条第1項に規定されている子の監護について必要な事項に関する取決め

「養育ガイダンス」…離婚を検討している父母を対象とした，公的機関による離婚後の子の養育に関する講習

「未成年養子縁組」…未成年の子を養子とする普通養子縁組

「連れ子養子」…未成年養子縁組のうち，特に配偶者の子を養子とするもの

第1 はじめに

1 立法の現状と検討の視点

(1) 近年の家族法改正

15

民法の家族法部分のうち相続編に関しては，約40年ぶりの改正が平成30年に実現している。昭和37年・昭和55年の相続法改正が相続人・相続分に関する改正を中心とするものであったのに対して，平成30年改正では，生存配偶者の居住への配慮がされるとともに，遺産分割や遺言・遺留分など従来は検討対象とされていなかった部分の改正が実現することとなった。他方で，親族編に関しては，平成30年の成年年齢引下げに伴う婚姻法の改正（男女ともに婚姻年齢を18歳とする等），令和元年の特別養子制度の改正（養子となる者の上限年齢の引上げ等）に続き，現在，法制審議会では民法（親子法制）部会を設置して，嫡出推定に関連する諸制度の見直しが行われている。また，親権に関しては，平成23年に，児童虐待防止の観点から親権の喪失・停止に関する改正がされるとと

20

25

もに、親権は「子の利益」のために行使されるべきことが明示された。平成23年改正の際には、親権に関してなお検討すべき問題が残されていることが指摘されていたが、そのうち懲戒権規定の見直しについては、上記民法（親子法制）部会において嫡出推定等と併せ検討がされている¹。

5 このように最近では相次いで家族法改正がされており、従来、指摘されていた問題や新たに生じた問題のうちの相当部分につき立法的な手当がされた。もっとも、なお、残された課題は少なくない。

10 現在、見直しが進行中の実親子に関する問題²は除くとしても、まず親権に関しては、前述の懲戒権の問題以外にも、なお検討すべき問題が残されている。なかでも社会的な関心が高まっているものとして、父母の離婚後の子の養育の在り方（離婚後の親権及び監護の在り方）に関わる問題がある。ほかにも養子制度に関しては、令和元年改正に際して特別養子とともに未成年普通養子についても見直しする必要があることが指摘されている。また婚姻法については、平成8年の民法改正要綱においてなされていた提案のうち、婚姻年齢・再婚禁止期間についてはそれぞれ改正が実現したものの、離婚に関する提案についてはほぼ手つかずのままになっている³。

(2) 研究会における検討課題

20 前述のように、親権法につき残る課題の中心をなすのは、父母の離婚後の子の養育の在り方であるといえる。この点は平成23年の改正時から

¹ このほかに、非嫡出子の相続分を定める規定（民法（平成25年法律第94号による改正前のもの）第900条第4号ただし書前段）及び再婚禁止期間を定める規定（民法（平成28年法律第71号による改正前のもの）第733条第1項）が憲法に違反するとの判断が示されたため（前者につき、最大決平成25年9月4日民集67巻6号1320頁、後者につき、最大判平成27年12月16日民集69巻8号2427頁）、民法第900条第4号ただし書を削除する改正（平成25年）、第733条第1項の期間を6ヶ月から100日に短縮する改正（平成28年）がされている。また、すでに平成11年に成年後見制度の改正がされているが、成年後見事務の円滑化に関する法改正（平成28年）によって民法親族編の後見の部分にも規定（同法第860条の2、第860条の3）が新設されている。

さらに、手続法をも視野に入れるならば、この間、戸籍法や家事事件手続法・人事訴訟法の改正がなされているほか、国際的な子の奪取の民事上の側面に関する条約の実施に関する法律（ハーグ条約実施法）も制定されている。

² そのうち、生殖補助医療によって生まれた子の親子関係の規律については、以前に法制審議会生殖補助医療関連親子法制部会で検討がされ、平成15年に中間試案が発表されている。その後、この問題に関する立案作業は中断していたが、生殖補助医療の提供等に関する新法（令和2年）によって、生殖補助医療によって出生した子の親子関係に関する特則が設けられている。

³ ただし、平成8年改正要綱に含まれていた離婚後の子の監護に関する提案は、平成23年の親権法改正の際に取り込まれている（民法第766条）。

意識されていたところであるが、これも前述のとおり、社会的にも特に関心の高い問題となっている。現時点で家族法に関する研究会を開催するのであれば、この問題を中心的な検討課題とすることがまず考えられる。他方、養子法や婚姻法につき残された課題の中には様々なものが含まれている。既に触れた問題のほかにも、最近では例えば、判例も現れている節税養子をめぐる問題や、世界的に見て立法的な対応が進みつつある同性カップルの法的処遇に関する問題なども登場している。研究会における議論の拡散を避けるという観点に立つならば、養子や婚姻については、中心的な検討課題とした、父母の離婚後の子の養育の在り方と関連性の高い問題を取り上げて、付随的な検討対象とすることが考えられる。以上を踏まえた本研究会における具体的な論点の取り上げ方については、後記2でより詳しく述べる。

このように検討対象を限定するとしても、残されている問題のうちの相当部分をカバーすることができる。これまでの家族法改正の進展を視野に入れるならば、父母の離婚後の子の養育の在り方と、これと密接に関連する養子・離婚の問題を取り上げることによって、夫婦の氏や離婚原因など婚姻法の一部と成年養子（及びこれと関連する親族扶養）以外の問題については、当面必要な見直しはほぼ行われることになる⁴。

(3) 検討に際しての留意点

今日、家族に関する人々の意識は多様化しつつあり、家族の実態もまた一様ではない。他方で、家族の在り方は人々の生活・生命・人生にとって重要な意味を持つことから、家族法改正に対する人々の関心は高く、異なる主張が対峙することも稀ではない。とりわけ、中心的な検討課題となる、父母の離婚後の子の養育の在り方に関しては、いわゆる共同親権の導入の当否につき賛否両論が対立している。また、養育費や面会交流についても異なる立場から異なる見解が表明されている。

こうした問題に取り組むにあたっては、観念的な議論に陥ることを避け、実質的な議論を行うことが望まれる。すなわち、共同親権を導入するか否かという二者択一の考え方から出発するのではなく、複数の具体的な問題を取り出した上で、そのそれぞれにつき父母の関与をどの程度まで、どのような方法で認めるかという形で検討する必要がある。また、養育費や面会交流に関する問題については、相互の関連性を意識しつつも、それぞれの問題が抱える特有の事情に留意して検討することが望まれる。

家族に関する諸問題は、法的な対応に限って考えるとしても、民法の家

⁴ 民法には規定のない問題をも視野に入れるならば、同性カップルの法的処遇（更には性同一性障害者特例法の見直し）も、残された課題に含まれることになる。

族法部分の改正によるだけでは必ずしも十分には解決されない。民事手続はもちろん、児童や高齢者に関する行政的な対応やDVや虐待などに対する対応などを視野に入れて考えることが必要である。民法の改正によって対応すべき問題に特に重点を置いて検討するにあたって、この

5

ような認識に立って関連する問題への理解を深めることが望まれる。さらに、民法が市民社会の基礎を支えるものであることを考えるならば、検討にあたってはこれからの家族関係の在り方にふさわしい理念ないし方向性が探究されるべきであり、その意味では、中長期的な展望を踏まえた議論が期待される。同時に、現時点での人々の意識や行動、さらには

10

制度の実効性・実現可能性など短期的な諸条件にも十分に配慮することが不可欠である。場合によっては、将来の再改正の可能性を考慮に入れつつ、当面の問題を絞り込み現実的な対応を図ることも考える必要がある。

15

2 開催・検討の経緯、検討の進め方

本研究会は、上記1のような背景の中、令和元年11月から検討を開始したが、その開催にあたっては、先述のような経緯・問題状況を受けて、父母の離婚後の子の養育の在り方及びこれと関連性の高い問題を取り上げることが念頭に置かれた。

20

もともと、本研究会の位置付けとして、親権法分野を中心として残された課題や論点を改めて考察するという観点から、家族法分野における立法について、どのような論点がなお残されているのか、また、それらの論点について検討の方向性としてはどのようなものがあり得るのか等について、方向性を定めることなく、幅広くまた多角的に、論点の整理を行うことを目指すものとされた。

25

そして、本研究会の当初の意見交換により、本研究会で取り扱う論点として、さしあたり、①親権概念の整理等、②父母の離婚後の子の養育の在り方、③未成年者を養子とする場合を中心とした養子制度の在り方、④財産分与制度の在り方が取り上げられ、それに即して順に検討が進められることになった。

30

まず、本研究会における当初の議論において、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との指摘があり、また、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れたことから、親子間の法律関係の整理、親権の法的性質等に関する議論を行うことから検討が始められた。

35

その過程では、子を養育していく上で決定をすべき事項について分析的に検討すると、事項の性質や重要性等に応じ、分類が可能ではないか、それら各事項について、離婚後の父母の関与の態様として複数考えられるのではないかなどの指摘があり、それを前提として、父母の離婚後の子の養育の在り方に関する制度設計についても考察がされた。その中で、父母の離婚後の養育の在り方について特定の方向性を前提とすることなく、この問題に関する基本的視座の検討あるいは規律の在り方に関する整理・検討といった形で、議論の集約を図っている。

このように、本研究会では、父母の離婚後を念頭に、子の利益を増進することができる制度の在り方の検討を進められたが、その過程では、心理学・精神医学など行動科学分野の知見や、自ら離婚を経験した当事者等の声を参考にすると必要があるとの意見が多く挙げられ、本研究会として、関連分野の専門家や当事者団体の代表者等からのヒアリングを実施した。

また、本研究会では、父母の離婚後の子の養育の在り方について、親権制度以外の課題として、未成年の子がいる父母（本取りまとめでいう「父母」）が離婚をする場合において、民法第766条第1項に規定されている「子の監護について必要な事項」の取決め（養育計画）を促進する方策や、養育計画の取決めの実効性を高める方策についても検討が進められ、その過程では、養育費や面会交流等の問題に関する関心の高さや各方面の指摘も踏まえ、実体法上の規律にとどまらず強制執行制度や公的支援の在り方という観点からも幅広く検討を行うこととされた。

さらに、未成年養子をめぐる問題については、本研究会に先行する「特別養子を中心とした養子制度の在り方に関する研究会」（その検討事項は、後に、令和元年民法等の一部を改正する法律の改正として結実）において残された論点の中に、子を持つ父母の離婚や再婚による連れ子養子の問題など、父母の離婚後の子の養育の在り方とも密接な関連を有するものが含まれており、本研究会の議論でも、離婚後の子の養育に関する規律の在り方と未成年養子縁組の在り方との関連性の高さが指摘されたことから、未成年養子を中心とした離婚制度の在り方について、連れ子養子の成立要件等、幅広く検討を行った。また、財産分与の問題についても、かねていわゆる「2分の1ルール」の規定を設けることの当否や除斥期間に関する指摘がされていたが、離婚後の子の養育という観点からも、財産分与の法的性質等について整理をする必要があるとの指摘がされ、そのような観点から、特有財産の問題も含め、実務的観点を踏まえた様々な論点について検討を加えることとされた。

このように、本研究会は、残された家族法の問題について幅広く取り上げ

5 た上で論点の整理を行うこととして検討が進められ、各課題の横断的な分析・検討も進められたところであり、当初に念頭に置かれていた父母の離婚後の子の養育の在り方、未成年者を養子とする場合を中心とした養子制度、財産分与制度等について、論点の分析と課題の整理等に一定の到達が認められたことから、本報告書の形で取りまとめることとしたものである。

3 本報告書の構成

10 **第2**以下で取り上げる各課題の項目は、基本的に、上記**2**で述べた本研究会の検討の経緯における検討順序を反映したものとなっており、それぞれ、本研究会の取りまとめの結果であるゴシック体の本文と、それに関する前提事実や検討の経緯を紹介した補足説明から構成されている。本研究会の議論の成果である本文とは異なり、補足説明は、事務局の責任において作成したものであるから、その内容の細部まで合意されたものではない。

15 具体的な順序としては、父母の離婚後の子の養育について検討するために、現行の親子間の法律関係の規律や整理を前提とした上で、その在り方に関する基本的視座や、考えられる選択肢・課題等を取り上げた規律の在り方等という、離婚後の子の養育に関する中核的なもの（**第2～第8**）から検討を始め、離婚・再婚に伴う連れ子養子に見られるような未成年養子縁組を中心とした養子制度（**第9**）、あるいは離婚後の子の扶養のための効果も有することから離婚に関わる問題の一側面と見られる財産分与制度（**第10**）の問題といった周辺の・関連的なものへと検討を広げている。

20 離婚後の親子間の法律関係については、本研究会における議論において、常に子の利益が最優先されるべきことが繰り返し確認されたところであり、このような父母の離婚後の子の養育に関する共通の視座（**第2**）を総論的なものと位置付けるとすると、それを踏まえた規律の在り方（**第3・第5**）は各論的なものとみることが可能である。この各論部分については、同じく離婚後の子の養育の問題に着目するものであるとしても、離婚後の子の養育に関する「決定の方法」の問題（**第3**）と、養育費や面会交流を始めとする、子の養育の「実効性の確保」（**第6**）と整理することも可能であろう。ただし、両者は相互に関連し合うもので、截然とは区別できるものではない。

30 未成年養子（**第9**）と財産分与（**第10**）の問題についても、例えば、離婚時における取決めという意味では、財産分与が、離婚後における子に関する重要な決定への関与という意味では、未成年養子が、それ以前の父母の離婚後の子の養育・監護に関する問題（**第3・第5**）と極めて密接な関連性を有することが分かる。

併せて、本研究会では、父母の離婚後の子の養育に関する問題を議論する

5 上で欠かせない課題として、離婚後の子の養育に関する法概念の整理（第4）や父母が別居をする場合の規律の在り方（第7）、子の養育をめぐる問題について子の意思や意見を反映させるための方策（第8）についても独立の項目として取り上げている。離婚、未成年養子、財産分与の各課題領域について、「親権」等の用語の整理とともに、各概念の位置付け、関係整理が、今後の議論を踏まえていく上で不可欠のものと思われる。また、子の意思等の反映の問題は、離婚後の子の養育をめぐる全ての場面で問題となり得る共通的なものであるが、各場面に応じて個別の考慮も必要になることがある。

第2 父母の離婚後の子の養育に関する基本的視座

5 父母の離婚後の子の養育の在り方に関する基本的な視座については、子の利益を最優先するとの原則を中心に据えることは共通であるとしても、そのためのアプローチや考慮すべき事項等として、各専門分野や関係者から様々な観点や課題等が指摘されており、我が国における父母の離婚後の子の養育の在り方について、専門家・関係者等で共通の理想像や達成目標が明確になっているとは未だいえない。そのような状況下で、この課題について法的な論点の整理や検討を行うことを目的に立ち上げられた本研究会において、現時点で、父母の離婚後の子の養育に関する制度的在り方に関し、
10 一定の方向性を示すことまでは困難である。

もともと、父母の離婚後の子の養育の在り方について、子の最善の利益を図るという観点から、様々な指摘された着眼すべき観点や課題を踏まえ、子のための規律として考えられる選択肢や検討すべき法的論点等を幅広く取り上げ、それらについて法的観点から具体的に分析・整理して全体像を示すことは、これまでの議論では必ずしも十分に行われてこなかったことから、
15 本研究会として、これらの論点の整理や課題の分析に正面から取り組むこととする。本取りまとめが示すのは、離婚後の子の養育の在り方に関する法的検討・分析について一つの中間的な到達点となるものであり、この点に関する今後の議論を深めるために有益であると考えられる。

20 そして、本研究会が取りまとめた法的論点が多岐にわたることを踏まえ、今後とも、行動科学等関係する諸学の知見を参考にしつつ、離婚を経験した父母、父母の離婚を経験した子らの実態を把握することなどを含めて、更なる検討を進めることが望まれる。

25 (補足説明)

1 はじめに

本研究会では、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として、現行法における親子間の法律関係を列挙し、その分析を行うことから検討を開始した。
30

(1) 現行法における親子間の法律関係の分析・検討

現行法の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ものであるが、典型的な場合を列挙した上で、それぞれの場面において、
35 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ているか、また、されるべきなのかを検討してみることが有益と考えられる。

そこで、親子間の法律関係を分析的に見た場合、①親権に基因するものと

5 しての⑦身上監護，④財産の管理・代表，⑤法律行為の代理等が挙げられ，
②父母であることに基因するもの（親権者でなくとも「父母」であれば生ず
る法律関係）として，例えば，婚姻の同意（民法第737条），子の氏の変
更（民法第791条），代諾養子縁組についての同意（民法第797条第2
項）等があることから，これら各関係において子の利益の判断枠組みが問題
となる。

10 まず，親権に基因するものの中核として，⑦監護及び教育（民法第820
条）がある。その程度・方法は，各家庭の個別的事情によって様々に異なる
ものであり，現行法でも，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。そこで，本研究会では，親権（ないし監護権）行
使の類型を具体的場面ごとに考えて，どのような要素を考慮して子のため
15 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，親の決定が子にとってどの程
度重要であるか（重要性），即時の決定が要請される事項であるか（緊急性）
等の観点から，教育（例えば，子の習い事，学校の選択）・医療（例えば，
任意のワクチン接種，生命に関わる医療）・宗教（例えば，子への宗教教育，
宗教学校への進学）・子の自己決定やプライバシー（例えば，子の妊娠中絶，
写真の商業利用）等の場面での典型例の検討と分析を試みた。

20 同様に，親権の一内容である居所の指定（民法第821条）についてみる
と，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。この居所指定権行使
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，一応は親権者の自由裁量に委ねられていると考
25 えられるが，居所指定権の濫用に当たる場合もあるとの指摘もあり，子の年
齢・成長に応じて親による決定の重要性も変わり得るものと分析される。

30 次に，④財産の管理・代表（民法第824条）についてみると，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。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（民法第827
条），利益相反行為の禁止（民法第826条），無償で子に財産を与える第三
35 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（民法第830条）といった制約が設けられている。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、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る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)。

さらに、⑦法律行為の同意(民法第5条)について、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とされている。

これらに挙げたように、親子間の法律関係といっても、その法的位置付け、性質のみでなく、問題となる場面、対象となる事項の子にとっての重要性、緊急性、さらには實際上、監護者でなければ決定することができない事項であるか否かといった観点から、様々なものを包含しているといえる。

(2) 親権の法的性質(分解可能性)

次に、以上のように親子関係として問題となる様々な法律関係について、それらが全体として一つのものなのか、それとも別個のもの集合であり、分解可能なものなのかという両極の観点から、親子関係に関わる場面ごとに分析的に親子関係の法的性質を議論することにより、子の利益として考慮すべき性質や優先順位を明らかにするための検討を行った。

前述のとおり、親権に基因するものとして、親権者が子の養育に関してすることができる決定等には様々な事項が含まれているが、これらの事項は、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と考えられる。もっとも、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、このことを踏まえても、監護・教育に関する個々の決定事項を分類・性質付けする際には、他の事項との関連性・連続性を考慮に入れることが必要と考えられる。

5

(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法の規律

さらに、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、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、
10 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。

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
15 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。もっとも、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子の名が決まらないという事態や、進学させるべき
20 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、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あるほか、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
25 は父母各自がすることができるのと解した上で、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。

いずれにせよ、婚姻中の父母の間で意見が一致しない場合について、現行
30 法の実体法及び手続法の規律が明確であるとはいえず、それが、父母の離婚後の場合における子の養育に関する検討・分析を難しくしている面があるとも考えられる。

2 父母の離婚後の子の養育の在り方に関する分析と検討

35 このような検討の結果、特に上記1(1)のとおり、現行法における親子間の法律関係の分析・検討を進めたところ、父母が子を養育していく上で決定すべき

事項については、例えば、①子にとって特に重要であり、可能であれば父母の双方が決定に関与することが望ましい事項、②現に子を監護している者が即時に判断すべき事項、③これらの中に位置付けられる事項に分類でき、それに応じた分析的検討を進めていくことができるのではないかとの意見が出された。その上で、①のような父母の双方が決定に関与する事項であっても、その関与の要件や態様として、複数の選択肢や方策が考えられることなどが指摘された。そこで、これらを踏まえて具体的規律の在り方について更に検討することが考えられた。

5
10
15
他方で、我が国の離婚前後の家族関係についての見方として、父母が離婚する段階では、父母間の関係は破綻して高葛藤に至っていることが通常であるから、離婚後も協力して子の養育をすることはそもそも困難である場合が多い、父母間にDVがあるなどの場合は、離婚後も子の養育のために父母間の関係を継続させることは、安全の問題に関わるばかりでなく、子にとっても有害であるなどの理由から、離婚後も子に関する決定に父母の双方が関わる方向で検討を進めることに慎重な意見も主張されたところである。

15
20
本研究会の議論でも、我が国の離婚後の子の養育をめぐる状況に照らすと、父母間にDVによる支配・被支配の関係があるなど、離婚後の子の養育に父母双方が共に関与することがそもそも相当でない場合があることや、子の養育に関する事項の中には、重要性の高いものから随時に決定されるべきものまで様々な性質のものが含まれることなどから、離婚後の家族の有り様や関与の在り方について様々な形や場面を想定する必要がある、一般化した抽象的議論は相当でないことが指摘された。

25
また、離婚後の子の養育の在り方に関する検討を更に進めるには、民事法の規律の在り方を検討するのみでなく、法学以外の専門分野の知見等をも参考にした上で、父母間や親子間のDV・児童虐待等の事案への適切な対応、葛藤ある父母間の調整や離婚後の子の問題に対する必要な支援の在り方等について、併せて検討していくことが必要であることも指摘された。

30
35
そこで、本研究会において、現行制度の見直しや新たな制度の導入の方向性を前提とすることなく、父母の離婚後の子の養育に関する現行の規律を改めて検討・検証した場合にどのような論点や問題点が考えられるかなどを分析・整理することが必要かつ相当であり、それが今後の検討を進める上で有用であると考えられた。そのため、このような視点から、考えられる規律の在り方やその選択肢・可能性等を改めて精査して、考えられる論点や問題点に関する分析・検討を行うこととともに、並行して、心理学・精神医学など行動科学分野の研究者や当事者・支援団体の代表者らからヒアリングを実施した。

以下では、3において、上記ヒアリングにおいて提示された意見や観点等の

例を紹介するとともに、4において、それらの意見等を踏まえた本研究会の方向性について述べる。

3 ヒアリング対象者から提示された意見等の例

- 5 上記ヒアリングにおいて、父母の離婚後の子の養育の在り方に関して提示された意見・観点等の例は、以下のとおりである。なお、ヒアリングにおいて示された意見は、当該分野における定見、定説に限って紹介されたものではなく、ヒアリング対象者の経験等に基づく知見も含めて紹介されたものである。また、各項目中の記述の順序はヒアリングの実施順に基づく。
- 10 (1) 父母の離婚が子に与える影響
(発達心理学（発達精神病理学）の研究者)
- 15 ・ 離婚については、それに至るまでに程度の違いはあっても家庭内の感情的対立があり、それが子のメンタルヘルスに悪い影響を与える。子のメンタルヘルスにとって重要とされる離婚に関する要素として、①父母間の葛藤の深刻さ、不和の頻度や強度、②子がどの程度恐怖を感じていたか、③子の自己非難の程度が挙げられる。もっとも、父母間の葛藤については、深刻であったとしても、子にとって解決可能（父母が、関係が悪いなりに、子の生活に支障がない程度にやりとりできる関係に向かっている状態）であれば、子への影響は限定的である。
- 20 (小児精神医学の研究者)
- 25 ・ 子は離婚により傷つくのではなく、離婚に至る父母のいさかいによって傷つく。父母のいさかいにさらされ続けることは、子の脳と体の発達にとって極めて有害である。また、面前DVを経験した子や虐待を受けた子は、脳内の海馬や扁桃体に影響を生じることが明らかになっている。子はストレスの中で緊張が高まり、人間不信、悲観、絶望感、自己否定感を心の奥底で持つようになる。離婚後にすべきことは、まず、子の失われた子ども時代と傷付き体験を修復することである。
- 30 (2) 離婚後の子の養育に関する基本的な考え方
(発達心理学（発達精神病理学）の研究者)
- 35 ・ 子にとっては、片親からの分離という深刻な喪失体験が大きな影響を有するのではないかと。個々の事案について予後を予測することは困難であるが、様々な事情に基づき子の幸福を最も実現することができる方法を考えることとし、その選択肢の中に、共同養育も入っていることが、子の利益に適うのではないかと。もっとも、共同養育が望ましいとしても、そのためには、父母間の高葛藤が解消に向かっていることや、安全な交流が担

保されていることが必要となる。親が良い養育をしていること、不和に対する子の認知がそれほど深刻でないこと、家族の凝集性が保たれていること等の事情がある場合には、夫婦関係の破綻が子の精神的健康に与える影響は緩和されると考えられる。

5 (臨床心理学の研究者)

- 海外の研究では、長期間の追跡調査を行った結果、定期的に別居親と会っている子は、別居親との交流がない子と比べて、学校への適応、友人関係、情緒の安定等が良いと結論付けたものがある。また、共同養育をすることで、子が父母間の葛藤に接することになったとしても、共同養育の方が子にとって良いとの研究結果もある。

10

(小児精神医学の研究者)

- 父母が離婚した後の子については、離婚に至る父母関係の中で傷付いた子のために、失われた子ども時代と傷付き体験を修復していくことが必要である。子にとって、離婚直後に別居親と面会することは心身へのリスクがある。離婚後に父母が共同して子に関する重要な決定をすることは、少なくとも2年間は、子を継続的に父母間の葛藤にさらすだけであり、子にとって有害である。

15

(家族社会学の研究者)

- 離婚後に、別居親が子を口実に元配偶者に接近して嫌がらせをする事例等(いわゆるポスト・セパレーション・アビューズ)が生じている。このような状況からすると、我が国で共同養育を法制度化することは難しい。我が国は、少なくとも現状では、子の養育に関する監視と介入のシステムを通じた公的機関による家庭への介入は行われていないし、介入型の社会への転換も容易ではないと考えられる。子は別居親に接しないと、正しいロールモデルを持ってないという意見もあるが、子は様々な人間関係の中でアイデンティティを獲得するのであり、実親との関係が不可欠なわけではない。

20

25

(共同養育に積極的な当事者の立場)

- 我が国では、父母が離別し、一方の親が子と別居することとなった場合には、別居親は、その後長期間にわたって、子に会えなくなることが多い。父母の離婚後も父母が子を共同で養育していくという文化が形成されていけば、より早期に別居親が子に関わることが可能になるのではないか。未成年の子を持つ父母が離婚をするときに、養育費や面会交流の取決めがされないこと理由の上位に「相手と関わりたくない」というものが挙がるような現状は、我が国では、離婚の際に、子のことを最優先に考えなくてもよいという考え方が背景にあることを示しているのではないか。

30

35

(共同養育に消極的な当事者の立場)

- 5
• 離婚に至った父母については、感情的な対立から、子の養育について冷静な話し合いや判断が難しくなるおそれがある。また、子に関する決定には、子の意思を反映させる必要もある。さらに、離婚に至った父母間にはD
V・虐待等の様々な問題があることがあるため、離婚後にもそれが持ち越
されることになると、監護親が不安を抱えて暮らすこととなり、子にも悪
影響が生ずるおそれがある。
- 10
• 協議離婚においても、離婚理由としては「精神的に虐待する」、「暴力を
振るう」、「生活費を渡さない」等が大きな割合を占める実態にある。そも
そも、離婚後共同親権制度の是非については、当事者の間でも、まだ議論
は成熟していない状況にある。離婚後共同親権については、父母間の意見
が合わないと、更なる紛争が生じるおそれがあることや、子が父母の間に
挟まれて、子の不利益になるとの指摘もあり、慎重な検討が必要である。
15
身体的・精神的D V等があれば共同親権を選択するように誘導されてし
まうし、離婚後も父母間のD Vから逃げられなくなるとの意見があるこ
とからして、選択的であっても導入は難しい。

(3) 離婚後の子の養育について必要な調査や支援等

(発達心理学(発達精神病理学)の研究者)

- 20
• 海外の研究では、父母の離婚による子への影響を軽減するため、①父母
の高葛藤関係の緩和、②良質なペアレンティングの回復、③同居親への就
労支援等により経済的に困らないことが非常に重要であるとの多くの報
告がある。

(臨床心理学の研究者)

- 25
• 裁判所で面会交流の実施が取り決められても、その実施を当事者に委ね
ているため、父母間の紛争が激化することが少なくない。そのため、裁判
所が面会交流支援機関と連携して調停や審判の内容どおりに面会交流を
実施できるようにする制度や、面会交流支援機関の全国の自治体への設
置、助成、支援者の育成や研修等が必要である。

30
(小児精神医学の研究者)

- 子のケアは同居親の状態次第であり、同居親が別居親に関する冗談を子
に言えるぐらいになるまで、社会が全面的に同居親を守る必要がある。同
居親への心のケアと育児支援、母子の生活支援が必要である。

(家族社会学の研究者)

- 35
• 近年、急速に面会交流が行われるようになってきたが、裁判所が面会交
流の実施を命じるなどした事例において、面会交流の実情(面会交流中に

どのようなことがあったか、うまく実施できなかった事項、その理由等)を調査し、裁判所が判断する際のエビデンスとして採用してほしいとの意見がある。面会交流に関する日本の現状を調査する必要がある。

(共同養育に積極的な当事者の立場)

- 5
- ・ 面会交流や養育費等の離婚後の共同養育計画の作成を支援するため、例えば、自治体において、弁護士やNPOに委託してADRのような合意形成支援部門を設置することなどが考えられる。

(共同養育に消極的な当事者の立場)

- 10
- ・ 協議離婚は裁判所を介さないため、離婚理由など協議離婚の詳細については資料がなく、特に協議離婚した非監護親に関する調査は全くない。そのような状況で共同親権について議論することは非常に危険である。

4 本研究会における方向性

- 15
- 上記3のヒアリング結果も示すとおり、離婚後の子の養育の在り方に関しては、子の利益を最優先すべきことが前提になるとしても、各専門分野や立場によって様々なアプローチの視点や考慮すべき課題等が指摘されており、我が国の有り様についても専門家や関係者等の間で共通の理想像や達成目標が明確になっているとは未だいえない状況にある(注)。また、前述のとおり、
- 20
- 離婚後の子の養育の在り方を議論するには、我が国の実態・状況に照らし、DV・児童虐待事案といった離婚後の子の養育に父母双方が共に関与することが相当でない事案があることを十分踏まえる必要があることや、葛藤ある父母間の調整や離婚後の子の問題に対する公的支援・サポートの仕組みやその在り方等についても併せて考慮・対応していく必要があることを念頭に置かなければならない。

- 25
- さらに、上記ヒアリングや本研究会の議論において、離婚後の子の養育の在り方について更に議論を進めていくためには、離婚後の子の心身に与える影響や協議離婚等について実態を踏まえた分析・検討が必要との指摘がされた。今後の課題として、例えば、協議離婚における離婚前後の夫婦・親子関係の状況、離婚後の親子の交流状況、離婚を経験した親ないしその下にいる子の心身の状況、特に子の養育への影響等についての実態把握や国内外の知見の集積
- 30
- が必要であると考えられる。

- 35
- このような状況下で、家族法をめぐる諸問題について法的な論点の整理や検討を行うことを目的に立ち上げられ、法的観点からの分析を主たる対象として検討を進めてきた本研究会において、父母の離婚後の子の養育の制度的在り方について、現行制度の見直しの当否も含め、限られた期間内で一定の方向性を示すことまでは困難と考えられる。またこの問題が各方面から様々な

意見が寄せられている影響の大きいものであることからしても、なお慎重に議論を重ねていく必要があり、現時点で一定の方向性まで示すことは相当であるとも思われない。

5 もっとも、父母の離婚後の子の養育の在り方については、家族の在り方の本質に関わる重要な課題であり国民的議論が必要になっていくと考えられるものである一方で、その議論に供するという意味では、子の最善の利益を図ると
10 という観点から、子の養育のための規律として考えられる選択肢や検討すべき法的論点等を幅広く取り上げ、それらについて法的観点から具体的に分析・整理して全体像を示すことは、これまでの議論では必ずしも十分に行われてこ
15 なかったところと思われる。そこで、本研究会において、これらの論点の整理や課題の分析に正面から取り組むこととし、その成果を本取りまとめとして示すことは、離婚後の子の養育の在り方に関する法的検討・分析についての一
つの到達点となるものであり、今後の議論を深めるために有益であると考えられる。

15 本研究会が取りまとめた法的論点が多岐にわたることを踏まえ、今後も、行動科学等の知見や、離婚を経験した父母、父母の離婚を経験した子らの実態や声を十分に把握して、更なる検討を行うことが必要である。

(注) 我が国が平成6年に批准した児童の権利条約は、第9条第3項において「締約国は、
20 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。」と定め、第18条第1項第1文において「締約国は、児童の養育及び発達について父母が共同の責任を有するという原則についての認識を確保するために最善の努力を払う。」と定めているところ、これらの規定をもって父母の離婚後も子が父母の共同
25 で養育されるべきとの理念を掲げたものとの指摘もされている。

第3 父母の離婚後の子の養育に関する規律の在り方

5 現行民法は、父母の離婚後に父母の双方が子の養育に関わる場合に関する父母間の関係や、親子間の関係に関する明確な規律を有していないことに鑑み、父母の離婚後の子の養育の在り方として、考えられる規律を可能な限り網羅的に整理・検討を行った上で、更に検討を進めてはどうか。

(補足説明)

10 現行法では、未成年の子がいる父母の離婚後は、子に関する事項について、代諾養子縁組における監護者の同意(民法第797条第2項)や特別養子縁組についての同意(同法第817条の6)等を除き、原則として親権者である父母の一方が単独で決定することとされている(同法第819条第1項、第2項)。

15 この点について、民法第766条第1項によれば、父母の離婚後に親権者ではない方の親を「子の監護をすべき者」として指定することができる。また、離婚した父母による事実上の取決めとして、親権の帰属にかかわらず、子に関する特定の事項について、離婚後も父母が互いに連絡したり協議して決定したりすることとする取決めを行うことも可能である。そして、父母共働き世帯の増加や、それに伴う父親の育児参加の拡大を背景に、父母の離婚後であっても子の養育に
20 関与したいと考える親が増加しており、離婚後の子の養育に父母双方が関与することが子の利益に適う場合もあると考えられるが、少なくとも裁判離婚においては、親権者でない親が監護者として指定されることは少ない。また、上述のように離婚後も子に関する特定の事項を父母が協議して決定するというような取決めがされることも多くはないようである。このような現状にある背景には、様々な原因があるものと考えられるが、少なくとも、親権と監護権を分属させた場合にそれぞれの親がどの範囲の権限を有するののかについて定まった見解
25 がない状況にあることや、仮に子に関する特定の事項について協議して決定するという取決めをした場合において、父母が当該事項につき合意に達することができない場合の規律が存在しないこと等、これらの点に関する民法の規律が必ずしも明確でないことは指摘することができ、そのような認識は本研究会で共有された。

30 そこで、離婚後の子の養育に関する規律を改めて検討し、離婚後も子に関する事項の決定に父母双方が共に関与する場合の態様や調整の在り方について、理論的に考えられる選択肢やそれに関する法的論点の整理・分析を行い更に具体的議論を深めることとし、本取りまとめでは、考えられる規律を可能な限り網羅的に整理・検討している。

35 具体的には、以下では、本研究会における議論の順に従い、父母の離婚後に子に関して決定すべき事項について、誰に決定させるのが相当かという観点から

分類を行い（後記「1」）（注），それらの事項のうち，可能であれば父母の双方が決定に関与することが望ましいと考えられる事項について，具体的にどのような場合に双方が関与することを認めるのかについて検討を行っている（後記「2」）。そして，父母双方が決定に関与する事項の範囲の定め方（後記「3」）
5 や，関与の態様・効果（後記「4」）についても検討を行うとともに，これらの問題について子の意思や意見を反映させるための方策（後記「5」）についても考察を加えている（なお，本研究会において，子に関する決定について，その決定権を有するといった親の権利的側面を重視する見方は相当ではないとの意見も出されたことから，本取りまとめでは，親として決定の責任を負うという側面
10 に着目し，「決定責任」，「決定責任者」などの表現を用いることとする。）。

また，親が子に関して決定すべき事項として，子の身上監護及び財産管理に関するもののほか，子の身分行為に関するものも考えられるが，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るため，身上監護等の場合と異なり，身分
15 行為全体を分類して決定責任主体を検討するのではなく，事項ごとに検討する必要があるとの指摘がされた。そして，決定責任主体に関する規律が問題となる身分行為として，子の氏の変更及び未成年養子縁組が挙げられるのみであるように考えられることからすると，子の氏の変更と未成年養子縁組のそれぞれについて，各制度趣旨等から検討すべきものと整理された。

このような観点から，本取りまとめでは，子の氏の変更（後記「6」）及び未成年養子縁組（後記「第9」の2(3)参照）のそれぞれについて，親の関与に関する規律の在り方を個別に検討している。

なお，以下の検討を更に進めるに当たっては，既に述べているように，父母間や親子間のDV・児童虐待等の事案への適切な対応，葛藤ある父母間の調整や離婚後の子の問題に対する必要な支援の在り方等について，別途の対応を併せて
25 検討していくことが必要と考えられる。

（注）子に関して決定すべき事項を分類するにあたっては，現行法において，親権の内容が子の身上監護と財産管理に分けられることに鑑み，まずは多くの場面で問題となる子の養育に関する事項（身上監護）について検討を行い（後記「1(1)」），次に財産管理
30 について検討を加えた（後記「1(2)」）。

上記の観点を踏まえ，父母の離婚後の子の養育に関する以下の各点について，考えられる規律や選択肢を挙げているところ，これらを整備すること
35 について，その当否も含め，更に検討を進めてはどうか。

1 父母が子に関して決定の責任を負うべき事項の分類

以下のとおり、子の養育に関する事項等について、父母が子に関して決定の責任を負うべき事項を三つに分類をした上で（三分法）、その決定の責任を負う者に関する規律を整理してはどうか。

5 (1) 子の養育に関する事項

ア 重要決定事項

子の養育について特に重要な事項をいう（例えば、進学先に関する選択等）。

10 父母の離婚時の定めに従って、父母の双方又は一方が決定の責任を負うこととする（注）。

（注）父母の一方のみが決定の責任を負うべき場合について、その者が後記イの「主たる決定責任者」と一致していなければならないこととするべきかという点については、更に検討を要する。

15

イ 日常的決定事項

親権者が子の養育について決定すべき事項のうち、重要決定事項と後記ウの随時決定事項を除いた事項をいう（例えば、子にどのような習い事をさせるか等）。

20 父母の離婚時に定める父母の一方（以下「主たる決定責任者」という。）が決定の責任を負うこととする。

ウ 随時決定事項

25 子の養育に関し、日常生活で随時に発生し、子に与える影響が軽微な事項をいう（例えば、ある日の昼食に何を食べさせるか等）。

現に子と一緒にいる親が決定の責任を負うこととする（注1、2）。

（注1）この規律の下では、子と面会交流中の非同居親は、自らの権限と責任において、子に関する随時決定事項を決定する責任を負うこととなる。

30 （注2）日常的決定事項と随時決定事項とを区別せずに、いずれについても「主たる決定責任者」が決定の責任を負うものと整理することも考えられる（二分法）。この場合において、面会交流中の親が子に関する決定をする場合には、「主たる決定責任者」から監護の委託を受けて決定をしているものと整理されることになる。

35

(2) 子の財産管理に関する事項（注）

子の財産管理に関する事項については、以下の二案を中心に更に検討を進めてはどうか。

【A案】上記(1)アからウまでと同様の分類に従う。

【B案】「主たる決定責任者」が決定する。

5

(注) この他、子の身分に関する事項については、後記6で取り扱う。

(補足説明)

1 はじめに

10 本研究会では、議論を分析的に進める観点から、親が未成年の子に関して決定すべき事項を重要性や緊急性等の客観的な性質に応じて分類し、それぞれの事項について決定する主体を検討した。このようなアプローチで検討することは、父母の離婚後も父母双方が関与して決定の責任を負うことが考えられる事項や関与の態様等を検討する上でも有益であると考えられる。

15 子を養育する上で決定を要する事項として、まず、子の養育に関する事項(身上監護)については、「(1)ア」～「ウ」のとおり、「重要決定事項」、「日常的決定事項」、「随時決定事項」の3つに分類し、それぞれの決定責任主体について検討を加えた(三分法)(注1)。なお、このような三分法に対し、分類として、日常的決定事項と随時決定事項とを分けない考え方もあり得る(二分法)。

20 三分法と二分法は、そのいずれを採用するかによって、離婚後に父母双方が関与し得る事項の範囲や決定責任主体等が異なるものではなく、いずれの分類もあり得るものと考えられるが、本研究会では、場面に分けてより精緻に論点整理を行うという観点から、三分法を前提とした検討を行った(注2)。

25 その上で、財産の管理及び代理に関する事項(財産管理)についても、子の養育に関する事項と同様の整理が可能かの検討を行った。

(注1) そのほかにも、例えば、「重要決定事項」「一般的決定事項」「日常的決定事項」といった呼称も考えられる。

30 (注2) 重要決定事項等の決定責任主体の帰属により、親権の帰属が直ちに定まる関係にはないと考えられる。この点は、親権概念の整理等も踏まえ、更に検討を要する問題である。

2 「(1)ア 重要決定事項」について

35 重要決定事項は、子への影響の大きさ等から、可能であれば父母双方が決定に関与し、慎重な判断がされることが子の利益の観点から望ましいと考えられる事項である(具体的な内容は後記「3 重要決定事項の内容」で言及して

いるが、例えば、子の進学先に関する選択等が考えられる。)。しかしながら、父母の関係性等によっては、離婚後に父母双方が関与することで、かえって子の利益を損なう場合があることに鑑みると、父母のいずれか一方のみが単独で決定の責任を負うという選択肢も併せて検討する必要があると考えられる。

5 なお、父母の一方のみが重要決定事項の決定責任者とされた場合に、「(1)イ」の日常的決定事項の決定主体である「主たる決定責任者」と重要決定事項の決定責任者の関係については、現行法においても、親権と監護権の分属が認められており、子に関する決定主体が分かれ得ることなどを踏まえて更に検討する必要がある。

10

3 「(1)イ 日常的決定事項」について

日常的決定事項は、重要決定事項と「(1)ウ」の随時決定事項を除いた残り全ての事項であり、その性質上、子の日常生活において生ずる広範な事項である（例えば、子にどのような習い事をさせるかなど）。そのため、その全てについて離婚後の父母双方の関与を義務付けると、重要決定事項ほどの重要性はないにもかかわらず、迅速な決定ができない場合には、子の日常生活に重大な支障が生ずる上に、双方が関与すべき対象の範囲や合意の形成等を巡って紛争が頻発し、かえって子の利益を損なう結果になると考えられる。そのため、主に子を監護している父母のいずれか一方が単独で決定の責任を負うことになると考えられるが、その決定責任者を、「主たる決定責任者」との呼称を用いて整理した。

15

20

主に子を監護する親が主たる決定責任者になることを想定しているが、例えば、父母が子を全く同じ割合で監護する場合であっても、離婚時に、主たる決定責任者を定める必要がある。

25

このように整理した場合、主たる決定責任者は、日常的決定事項の決定責任主体であるほか、重要決定事項についても単独決定責任者になることを許容する選択肢があり得る（「4(1)」参照）。他方で、例えば、子の養育に関する事項を重要決定事項とそれ以外の2つのみに分類し（二分法）、重要決定事項については必ず父母双方が合意の上で決定することとし、それ以外の事項は同居親ないし現に監護する親が決定するような規律とする場合等では、「主たる決定責任者」の概念は必ずしも必要ではないものと思われる。

30

4 「(1)ウ 随時決定事項」について

子の通常の生活に伴い随時発生し、子に与える影響が軽微な事項（例えば、ある日の昼食に何を食べさせるかなど）であり、このような事項については、随時に判断されるべきものであることや、子への影響度合いからして、父母の

35

離婚後の親権等の帰属に関わらず、現に子と一緒にいる親が決定すべきものと考えられる。

上記2ないし4をまとめると以下のとおりである。

	重要決定事項	日常的決定事項	随時決定事項
	子の養育について特に重要な事項であり、可能であれば父母の双方が決定に関与することが望ましいと考えられるもの。例えば、進学先に関する選択等。	父母が子の養育について決定すべき事項のうち、重要決定事項と随時決定事項を除いた事項。例えば、子にどのような習い事をさせるか等。	子の養育に関し、日常生活で随時に発生し、子に与える影響が軽微な事項。例えば、ある日の昼食に何を食べさせるか等。
決定責任主体	父母の双方又は一方	「主たる決定責任者」 (父母のいずれか一方)	現に子と一緒にいる親

5

5 「(2) 子の財産管理に関する事項」について

10 現行法において、子の財産管理も親権の一内容として規定されており（民法第824条）、親が未成年の子に関して決定すべき事項には、子の財産管理に関するものも含まれる。そこで、子の財産管理に関する事項についても、父母の離婚後において、どのように決定責任主体を規律すべきかが問題となる（注1）。

15 【A案】は、「(1)ア」から「ウ」までと同様に、財産管理に関する事項を「重要決定事項」、「日常的決定事項」、「随時決定事項」の三つに分け、決定責任主体も「(1)ア」から「ウ」までの分類と同様とするものである。この場合、重要決定事項としては、子が所有する不動産の処分等が考えられるが、そのほかの事項に含まれるとして具体的にどのような事項が考えられるかについては検討を要する（注2）。

20 【B案】は、子の財産管理に関する事項については、主たる決定責任者が全て単独で決定できるとするものである。現行法においても、利益相反行為に関する制限（民法第826条）や財産の管理の計算（民法第828条）等の規定により、子の保護が一定程度図られている上、子の財産に関する事項は、養育に関する事項と比べて、事後的な回復が比較的容易であると考えられることなどからすれば、子に与える影響は養育に関する事項より限定的であるともいえるから、このような方向性もあり得るものと思われる。

25

（注1）親権者（法定代理人）は、未成年の子の法律行為に対して同意を与えることができ

るところ（民法第5条第1項）、この同意権を財産管理に関する権限と同様に扱う方向で整理することができるかについても、更に検討を要する。

（注2）随時決定事項については、例えば、子の小遣いは、民法第5条第3項により、子自らが処分することができるのであり、親が決定すべき事項は、あまり想定されないようにも思われる。

2 父母の双方が重要決定事項について決定責任を負うための要件

父母の双方が重要決定事項について決定責任を負うこととするための要件について、協議離婚と裁判離婚のそれぞれの場面において、以下に掲げた案を中心として更に検討を進めてはどうか。

また、離婚時に父母の双方が重要決定事項について決定責任を負うとされた場合等に、事後にこれを変更するための規律について、更に検討を進めてはどうか。

(1) 協議離婚

【A案】父母の合意のみで選択することができる。

【B案】父母の合意がある場合において、公的機関（自治体、公証人、裁判所等が考えられる。）によって当該合意が真意に出たものであることの確認を受けたときに選択することができる。

【C-①案】父母の合意がある場合において、公的機関によって子の利益に適うとの判断がされたときに選択することができる。

【C-②案】父母の合意がある場合において、公的機関によって子の利益に反するとの判断がされない限り選択することができる。

【D案】協議離婚の場合には、選択することができない。

(2) 裁判離婚

【 α 案】少なくとも父母の一方が望んでいる場合において、裁判所によって子の利益に適うとの判断がされたときに選択することができる。

【 β -①案】父母の双方が望んでいる場合において、裁判所によって子の利益に適うとの判断がされたときに選択することができる。

【 β -②案】父母の双方が望んでいる場合において、裁判所によって子の利益に反するとの判断がされない限り選択することができる。

【 γ 案】裁判離婚の場合には、選択することができない。

(3) 離婚後の変更

双方関与の可否や主たる決定責任者、重要決定事項の範囲等について、

一定の要件の下で、離婚後に変更することを認める方向で、その申立権者や要件、手続等の規律について、更に検討を進めてはどうか（注）。

（注）この点の検討を進める場合には、親権の喪失や停止等の親権制限に関する制度との関係についても検討する必要があると考えられる。

（補足説明）

1 はじめに

仮に、父母の離婚後も子に関する重要決定事項について父母の双方が決定
10 に関与し、責任を負うことを可能とする規律を設けた場合には、どのような要件の下で、その態様を選択することができることとすべきかという問題が生ずることになる（以下、離婚後も重要決定事項について父母の双方が関与することを、「重要決定事項に関する双方関与」又は単に「双方関与」という。）。

この点については、双方関与によって、父母間の対立のために子に関する決定が適時適切にされなくなったり、DVや児童虐待等の問題が離婚後にも持ち込まれたりするなど、かえって子の利益に反することになるという事態を避ける必要があるが、そのためには、双方関与を選択することができる場合を、父母間の状況等に照らし、離婚後も父母間で子のために必要な協力関係の確保が見込まれる場合に限定するなどして、子の利益を担保する必要がある。

20 このような観点から、双方関与を選択することができる要件の設定が問題となるが、現行法において離婚後の親権者の決定について父母間の合意のみで可能とされていることから、①父母間の合意の要否という要素がまず考えられる。また、子の利益が常に確保される必要があるという観点からは、父母間の合意のみで双方関与を可能とすることには慎重であるべきとの指摘がある
25 ことから、②双方関与が子の利益に適うかなどを判断するための公的機関の関与の有無という要素も考えられるところである。そこで、上記①と②の2つの要素を軸に、協議離婚と裁判離婚のそれぞれについて、「(1)」や「(2)」のような規律を設けることが選択肢として考えられる。また、双方関与を選択する場合には、併せて、協議離婚の場合には協議により、裁判離婚の場合には判決等により、父母の一方を主たる決定責任者として定める必要があると考えられる。

このような前提に立った上で、「(1)」及び「(2)」は、双方関与を認める要件について考えられる選択肢を、上記①及び②の2つの要素を軸に、緩やかな要件から順番に並列的に列挙したものである。

35 また、仮に「(1)」、「(2)」のような仕組みを設けた場合、父母間で離婚時に、双方関与とすることや主たる決定責任者、あるいは重要決定事項の範囲等を

5 定めたとしても、その後の事情変更や当事者の意向等により、当初の決定を維持することが、子の利益の観点から相当でなくなることが考えられる。そのような場合には、現行法においても親権者変更（民法第819条第6項）等の規定があるように、子の利益を図るため、決定責任主体等を事後的に変更する規律を設けることが考えられる。

2 「(1) 協議離婚」について

(1) 【A案】

10 【A案】は、当事者の合意のみで、重要決定事項に関する双方関与を選択することができることとするものである。現行法においても、離婚した父母による事実上の取決めとして、親権の有無にかかわらず、子に関する特定の事項について離婚後の父母の双方が協議して決定するという取決めをすることができるところ、このような取決めは父母の合意のみでできることからすれば、このような方向性もあり得るものと考えられる。

15

(2) 【B案】

20 【B案】は、例えば、父母間にDV等の問題がある場合等に、支配・被支配関係から被害者である一方が意に反して双方関与に合意せざるを得ないといった事態を公的機関の関与により防止しようとするものである。したがって、ここでは、公的機関において、当事者の双方に対して、個別に意思の確認を行うことが想定されている。

(3) 【C案】

25 【C案】は、当事者の合意に加えて、双方関与が子の利益に沿うものかを、公的機関において実質的に審査するというものである。この場合には、双方関与が子に与える影響を公的機関が慎重に判断することが可能となる一方で、当事者の合意のみで離婚をすることができるという協議離婚制度の趣旨との関係についても、整理を行う必要があるものと考えられ、本研究会においても、その仕組みいかんによっては、相当に重い手続になるのではないかと指摘があった。また、父母で協議が調っていることを重視して、審査の内容としては「子の利益に適うとの判断がされたとき」（【C-①案】）だけでなく、「子の利益に反しない限り」（【C-②案】）とすることも考えられる。

30
35 審査する公的機関について、本研究会では、自治体あるいは自治体が委託する認証機関等が望ましいとの指摘もされていた一方、判断の適格性という観点から、自治体において子の利益に適うか否かまでの判断は困難では

ないかとの指摘や、裁判所としても具体的な紛争が生ずる前に十分な判断資料もないままに子の利益の把握や判断をすることは難しいのではないかと等の指摘があったところであり、このような指摘等を踏まえて更に検討する必要がある。

5 この点については、ここでいう「子の利益」の内容について、子への虐待
といった子に対する直接の影響を重視するのか、父母間で話し合いができず
結果的に子が害されるという間接的影響まで考慮するのか、その内容によ
り判断内容も変わり得ると考えられる。また、審査する公的機関によって不
10 服申立手続も様々となるとの指摘（その手続として、例えば、裁判所の家事
審判で判断するならば即時抗告になるが、自治体が行政手続で判断する場
合は行政的な不服申立てや行政訴訟、あるいは不服申立手続は家庭裁判所
で行うとする特則を設けるといった点などが考えられる。）も踏まえた検討
が必要と考えられる。

15 (4) 【D案】

【D案】は、双方関与が子に与える影響の大きさを考慮し、当事者が離婚
及び双方関与に合意していたとしても、裁判離婚によらなければ双方関与
を選択することはできないこととするものである。

20 3 「(2) 裁判離婚」について

【α案】及び【β案】は、当事者の意向を踏まえ、裁判離婚においても重要
決定事項に関する双方関与を選択することができるというものであるのに対
し、【γ案】は、父母間の葛藤が高いことが予想される裁判離婚においては、
双方関与を選択することはできないこととするものである。

25 (1) 【α案】及び【β案】

裁判所において、父母の双方いずれもが双方関与を希望していないのに、
双方関与が相当であると判断することはおよそ考え難いところ、【α案】は、
少なくとも父母の一方が双方関与を望んでいる場合に、裁判所の判断によ
り双方関与を選択することができるとするものであるのに対し、【β案】は、
30 父母の双方が双方関与を望んでいる場合に限って、裁判所の判断により選
択することができるとするものである。この場合、裁判所の審査の内容を、
「子の利益に適うとの判断がされたとき」（【β-①案】）だけでなく、「子の
利益に反しない限り」（【β-②案】）とすることも考えられるのは協議離婚
の場合（「(1)」）と同様であるから、両案を記載した。なお、【β案】は、裁
35 判離婚であるにもかかわらず父母の双方が双方関与を望んでいるというも
のであるが、例えば、離婚事由については争いがあるものの、離婚事由が認

められた場合の双方関与については父母の双方に異論がないという場合や、父母の双方が主位的には自身が単独親権者となることを求めつつ、予備的には双方関与を前提に主たる決定責任者となることを求めているといった場合等が想定される。

5

(2) 【α案】と【β案】の併存

【α案】と【β案】の関係について、例えば、父母の一方のみが双方関与を希望している場合は、裁判所が子の利益に適うと判断するときに限り双方関与を認めるとしつつ（【α案】）、父母の双方が希望している場合は、裁判所が子の利益に反すると判断しない限り双方関与を認める（【β-②案】）

10

ことが考えられるなど、両案は併存し得るものと考えられる。
 そして、協議離婚の場合と裁判離婚の場合の選択肢の組み合わせについて、本研究会では、裁判離婚の場合において、裁判所が父母の合意につき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、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していないか）をチェックする仕組みを採用すべきとの意見がある一方、裁判離婚の場合と協議離婚の場合とで、子の利益について判断する材料を同程度に得られないおそれがあり、それぞれの場合で区別することを認める意見もあったところであり、引き続き検討を要するものと考えられる。

15

20

上記2及び3の内容を整理すると、以下のとおりである。

公的機関の関与 当事者の合意	要件とする（注1）	要件としない
要件とする	協議離婚：【B案】、【C案】 裁判離婚：【β案】 ←	協議離婚：【A案】 裁判離婚：なし（注2）
要件としない	協議離婚：なし（注3） 裁判離婚：【α案】 ←	なし（注4）

併存可

（注1）公的機関の審査の内容については、「(1)」、「(2)」のとおり、真摯性の確認のみを判断する、子の利益に反しないか否かを判断する、又は子の利益に適うか否かを判断するといった選択肢が考えられる。

25

（注2）裁判離婚においては、裁判所が、当事者の合意の真摯性や、重要決定事項に父母双方が関与することが子の利益の観点から相当か否かなどを審査することが適当であり、関与しないことは考え難いため、「なし」とした。

(注3) 離婚することには合意があっても、双方関与についての意向が当事者間で調わない(当事者の合意がない)場合は、協議離婚をすることはできず、裁判離婚に進むものと考えられる。

5 (注4) 双方関与について当事者に合意がない場合に、公的機関が関与することなく、双方関与を認める選択肢であるところ、子の利益の確保の観点から、このような選択肢は考え難い。

4 「(3) 離婚後の変更」について

(1) 事後的な変更を認める対象

10 父母間で離婚時に、双方関与とすること、主たる決定権者、重要決定事項の範囲等を定めたとしても、その後の事情変更や当事者の意向等により、子の利益を図るため、決定主体等を事後的に変更する必要が生ずることが考えられる。決定主体の事後的な変更については、現行法においても、親権者変更(民法第819条第6項)等の規定があるように、上記2及び3のような規律を設けた場合には、離婚後において、重要決定事項の決定主体を父母双方から単独に、若しくは単独から双方に、又は主たる決定権者を一方から他方の親に変更することなどを認める規律を設ける必要があると考えられる。

15 20 その場合、まず、事後的な変更を認める対象については、離婚後の事情変更等により子の利益に影響が生ずるものという観点から、①双方関与の可否(重要決定事項の決定責任主体)、②主たる決定責任者、③重要決定事項の範囲等が考えられる。このほか、本研究会では、特定の決定事項のみの決定責任主体を他の親に変更するという海外の例があることも紹介された。

25 (2) 変更を認める要件

変更のための要件として、例えば、現行法における親権者変更は、「子の利益のため必要があると認めるとき」とされており(民法第819条第6項)、重要決定事項の決定責任主体や主たる決定責任者の変更の場合も同様の要件で認めることが考えられる。

30 なお、重要決定事項の決定責任主体の事後的な変更をどのような場合に認めるかという点については、例えば、離婚時において双方関与を広く認める方向での規律を採用するとともに、事後的な変更を認めやすく規律とするなどの方向性が考えられるように、「(1)」及び「(2)」でどのような規律を設けるかという点と関連性があり、相互に影響があると考えられる。

35

(3) 変更のための手続

次に、変更のための手続として、①現行法の親権者変更の場合と同様に考
えて、家庭裁判所の関与を必要とするのか、それとも父母間の協議のみでの
変更を認めるか、②変更の申立権者を父母のみに限るのか、それとも子など
にも広く認めるのか、などが問題となる。この点、本研究会では、①につい
て、裁判所の手続によらないと変更できないとするまでの必要があるのか
5 疑問であるとの指摘や、子の利益の確保とともに、裁判所が適切に判断する
ことの可否についても考慮する必要があるとの指摘があったほか、②につ
いても、子のためには、子も含めて広く決定責任主体の変更申立権を認める
べきとの積極意見と、申立権を認めることで子に厳しい判断を迫ることにな
りかねないとの消極意見の双方があった。

なお、重要決定事項の範囲の変更に関し、これを認めるための要件や手続
等が問題については、重要決定事項の範囲の可変性（重要決定事項の範囲の
可変性に関する規律については、後記「**3(1)**」参照）に関する規律の在り方
と関連性を有するものと考えられる。

(4) その他

離婚後の事後的な変更に関する検討を進める場合には、親権の喪失（同法
第834条）や停止（同法第834条の2）、辞任（同法第837条）とい
った親権制限との関係で、例えば、双方関与とされている場合に、主たる決
定責任者について親権喪失の審判がされたときの他方の親の地位はどうな
20 るのか、その場合には、日常的決定事項等について他方の親が決定すること
になるのかといった点の整理も必要になるものと考えられる。

3 重要決定事項の内容

(1) 内容の可変性

父母の双方が決定責任を負う重要決定事項の内容について、以下の三
案を中心に更に検討を進めてはどうか。

【A案】法定されている事項全て（範囲は一律）とする。

【B案】法定されている事項のうちから当事者の合意で任意に選択する。

【C案】法定されている事項のうちから裁判所が選択する。

(2) 具体的な事項

重要決定事項の具体的な事項として、以下に掲げる事項の全部又は一
部が含まれることとする方向で、更に検討を進めてはどうか（注1, 2）。

① 転居（その対象として、すべての居所移動を含めるとすることや、国
外ないし都道府県をまたぐ場合に限るとすること、あるいは転居後に

他方の親に対する通知義務を課すことなど、複数の選択肢が考えられる。))

- 5
- ② 海外渡航
 - ③ 生命又は身体に重大な影響を与える医療行為
 - ④ 宗教の選択
 - ⑤ 進学, 転校, 退学, 就労先に関する選択
 - ⑥ その他子にとって著しく重要な事項

10 (注1) ③及び④の事項など、親権に含まれるといえるかどうか明らかとはいえないものが含まれており、これらの事項の法的性質を明らかにした上で重要決定事項に含めるか否かを検討するかという点も問題となり得る。

15 (注2) 子の財産管理に関する事項について三分類(「1(2)」の【A案】)を採用した場合、財産管理についてもどのような事項が重要決定事項に当たるかが問題となる。この点、本研究会では、子に関する重要な財産管理行為として、例えば、不動産その他重要な財産に関する子の権利の得喪を目的とする行為、子の債務負担行為が挙げられた。

(補足説明)

1 「(1) 内容の可変性」について

20 重要決定事項の範囲の可変性(当事者の合意等により、範囲を任意に選択することを可能とするか否か)については、以下のとおり、複数の選択肢が考えられる(注1, 2)。

25 まず、第三者との関係で権限及び責任の所在が明確である方がよいことや、その範囲を巡って紛争が生ずることを防止するために、法定された不変のものとした方がよいとも考えられるが(【A案】)、他方で、父母の離婚後に、どのような態様で子を養育するのが子の利益に適うかは、親子ごとに様々であるから、個別の事情に応じて父母が柔軟に多様な選択をすることを可能とすることがよいとも考えられる(【B案】)。このほか、裁判所が子の利益の観点から選択することも考えられるが【C案】、この場合には裁判所による選択の判断基準を想定しにくく、実際には難しいのではないかとの指摘もあった。

30 (注1) ①重要決定事項について、「(2)」で掲げるような個別の事項ごとに決定責任の帰属が異なることを認めるか、②決定責任の帰属に関する公示・公証をどのように行うか、そもそも公示・公証がどの範囲で必要か、などの問題もある。

35 (注2) 【A案】ないし【C案】のほかにも、当事者や裁判所が、法定されている事項を超えて自由に対象・範囲を決定できるとする規律も考えられるが、複雑になりすぎて利用しづらくなる面があるほか、重要決定事項の範囲等をどのように公示するか

といった問題がより深刻になるおそれがある。

この点について、本研究会では、当事者の合意により離婚後も双方関与とする事項の内容を幅広く決定する場合、その対象を重要決定事項に含めるという方向ではなく、「子の監護について必要な事項（民法第766条第1項）」としての合意と位置付け、個別の柔軟な選択を可能とすることが考えられるとの意見があった。

5

2 「(2) 具体的な事項」について

(1) 具体的な事項の内容等

重要決定事項として、具体的にどのような事項まで含めるかという点については、様々な考え方があり得るが、本研究会において親子間の法律関係に関する整理が行われた際には、例えば、「子の住居の場所決定」、「子の生命に関わる医療行為の選択」、「子に与える宗教教育の内容」、「学校の選択や、進学か就職かの選択」などが、子にとって高い重要性を有する事項として挙げられた。このような整理や諸外国の制度等を参考とした場合、「(2)」の①から⑤までで掲げた事項を重要決定事項に含めることが考えられる。この点について、仮に後記「4」における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支えはないとも考え得るし、強い規律とすれば重要決定事項の範囲は厳格に画する必要があるとして、両者は相互に関連し得るものではないかとの指摘がある。

10

15

20

その上で、「(2)」の①から⑤までの各事項について個別に検討すると、どのような具体的行為を重要決定事項として双方関与の対象とするかが問題となり、この点は事項ごとに仔細な検討を要すると考えられるが、本研究会では、例えば、②の「海外渡航」について、修学旅行や短期の旅行等については除いてはどうかとの意見があった。③の「医療行為」については、医療行為としての危険性等の問題だけでなく、当該医療行為の結果による子への影響が事後にどの程度長期に及ぶかという観点（例えば、どの程度の治療期間を要するものか、継続的な痛みを伴うものか、後遺症の可能性が あるものかなど。）も重要であり、諸外国でもそのような例があるとの紹介がされた。⑤の「進学」については、高校進学を考えると、志望校の選定、出願、受験、合格校の中から進学先の選択、入学手続といったプロセスを経ることになるが、そのうちのどの部分が重要決定事項に含まれることとなるのか、さらに普通教育課程のみでなく、保育園や幼稚園への入園等はどのように考えるのか、といった問題も考えられる。

25

30

このように、①から⑤のような個別的な事項においても、どのような具体的行為、プロセスが双方関与の対象となるのか、更に検討する必要がある。

35

また、①から⑤までのような個別の事項を列挙する方法では、親子関係に

5 応じた必要な事項を網羅しきれないものが生ずるおそれがあることから
(例えば、タトゥーなど子の身体管理に関する事項や、写真・動画の商業利
用など子の肖像権やプライバシー権に関する事項等)、⑥のような包括的な
規律を設けることが考えられる(そもそも、⑥のような一般的包括的な規律
のみを設け、具体的適用範囲は解釈に委ねる方法も考えられなくはない。)が、その場合には、ある事項がそこに含まれるか否かを巡って紛争が生ずる
10 ことも考えられる。他方で、包括的な規律については、その範囲を巡って紛争が生ずるおそれがあるものの、包括的な規律を設けない場合には本来的に重要決定事項に含まれるべき事項であるにもかかわらず、個別の規律がないとの理由で含まれない事項が生ずるおそれがあるため、包括的な規律は必要なものとも考えられる。その場合には、範囲の不明確さについて、子に関する長期的な影響の有無といった客観的判断基準を設けることによって、ある程度対応できるのではないかとの指摘もされた。

15 (2) 具体的な事項の法的性質

「(2)」で挙げた事項には、⑦転居や進学等、親権の一内容と考えられるものの、④重大な医療行為や宗教の選択等、その行為の性質が専ら親権に含まれるといえるものであるか明らかとはいえないものが含まれる。これらの事項の法的性質を明確にした上で重要決定事項に含めるか否かを検討することも考えられる一方、これらの事項の法的性質の如何を問わず、その実質や
20 双方関与の趣旨に着目して重要決定事項に含めるか否かを検討することも考えられる。

本研究会では、「(2)」②の医療行為及び③の宗教の選択は、それらがそもそも親権の内容に含まれるかという問題があるとしても、新しい規律を検討する場合には、子の利益の観点からどこまで重要決定事項に含めるかという形で実質的に議論を進めることが可能であり、親権の範囲に関する細密な議論や整理は不可欠なものではないのではないかとの意見もあった。

4 父母の双方が重要決定事項について決定責任を負う場合の規律

30 (1) 関与の態様についての規律

父母の双方が重要決定事項について決定責任を負う場合の、決定に関する規律の在り方について、以下の三案を中心に更に検討を進めてはどうか。

【A案】緩やかな規律

35 「主たる決定責任者」が決定するが、「主たる決定責任者」は、重要決定事項について、決定内容を事後的に他方の親に通知しなけれ

ばならない。

【B案】中間的な規律

「主たる決定責任者」は、即時に決定しなければ子の利益を害する
場合を除き、他方の親に事前に通知し、協議をしなければならない。
5 両親の協議が調わない場合は、主たる決定責任者が単独で決定する
ことができる。

即時に決定しなければ子の利益を害する場合（注）は、事後的に決定
内容を他方の親に通知をすれば足りる。

【C案】強い規律

10 原則として、父母の合意により決めなければならない。当事者間で
合意をすることができない場合には、裁判所が合意に代わる審判を
する（その場合にも、㊦裁判所が当該事項の内容の判断・決定をする
形、㊧裁判所が当該事項についての決定責任者を決める形、㊨裁判所
15 は主たる決定責任者の判断が裁量を逸脱した明らかに不当なもので
ないかのみを判断する形など複数の選択肢が考えられる。）。

即時に決定しなければ子の利益を害する場合は、事後的に決定内
容を他方の親に通知をすれば足りる。

20 （注）重要決定事項に該当する事項であって、即時に決定しなければ子の利益を害す
る場合については、そもそも、それがなお重要決定事項に含まれるとした上で例外的
的に取り扱うのか、それとも、その場合に限っては随時決定事項に含まれると解す
べきか、整理を要する。

(2) 関与の態様に関する規律に違反した場合の効果

ア 対第三者効

- ① 一律に無効とする。
- ② 善意の第三者との関係でのみ有効とする。
- ③ 一律に有効とする。

イ 当事者間の効果

30 主たる決定責任者等の決定主体の変更の際の考慮要素とすることが
考えられるほか、不法行為に基づく損害賠償請求権の発生の一事情と
することなどが考えられる（注）。

35 （注）重要決定事項には、親権の一内容と考えられるものだけでなく、その法的性
質が明らかではないものも含まれるため、どのような権利又は利益が侵害されて

いるかについては、検討を要する。

(補足説明)

1 「(1) 関与の態様」について

5 重要決定事項に関する双方関与を認めるとした場合に、その際の関与の態様については複数の選択肢が考えられる。その方向性としては、子の利益の確保や双方関与の趣旨等の観点から様々なものが考えられるが、本研究会では、以下の三案を中心に検討された。

(1) 【A案】

10 【A案】は、重要決定事項も主たる決定責任者が単独で決定できるとするものである。これによれば、父母の意見が調わないために子に関する決定ができないという事態は生じないこととなり、他方の親は、事後的に決定内容を知らされることにより、子の養育が適切に行われているかなどを認識・把握することとなる。この場合には、重要決定事項に関する決定につき迅速性・安定性が確保される一方、主たる決定権者とならない親の関与の程度が弱いために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も考えられる。本研究会では、主たる決定権者とならない親の関与を高める観点から、主たる決定責任者による通知を、事後ではなく事前にしてはどうか、との意見も出された。

20

(2) 【B案】

25 【B案】は、主たる決定責任者は、重要決定事項に関し、原則として他方の親に事前に通知をして協議をしなければならないが、協議が調わない場合は、単独で決定することができるとするものであり、【A案】と同様、父母の意見が調わないために子に関する決定ができないという事態は生じない。また、主たる決定権者となる親についても一定程度の事前関与が可能となる。

30 そして、【B案】を前提とした上で、協議が調わない場合は、主たる決定責任者が単独で決定することができるとしつつ、主たる決定責任者の決定が子の利益を害することが明らかな場合（一定以上の年齢の子の明示的な意思に反する場合を含めることなども考えられる。）に限り、裁判所の審査を経て、これを否定する規律（相手方による差止めの申立て）を設けるようなことも考えられる。この点につき、本研究会では、父母間のバランスとしてあり得る規律との意見がある一方で、裁判所の審理を要することで子のために適時の決定ができなくなるおそれがあるとの指摘や、裁判所に差止めの申立てをすることができることが他方の親の事実上の拒否権として

35

機能するおそれがあるという懸念も示された。

(3) 【C案】

5 【C案】は、重要決定事項に関し、原則として父母間の合意で決めること
とし、合意できない場合は裁判所が判断をするというものであり、父母双方
の意向がもっとも反映され得る方向性であるが、父母の協議が調わず、適時
の決定ができなくなるおそれがある。本研究会では、父母の協議が調わない
10 場合に裁判所が判断するとしても、例えば、宗教の選択等については裁判所
が実質的に判断することは難しいのではないかとの裁判所の判断能力との
関係での意見が出された一方、医療行為等の一定の問題については、父母が
対立した場合に、裁判所が保全手続等により職務代行者を選任すること等
も考えられるとの意見もあった。

(4) その他

15 【A案】ないし【C案】については、それぞれの通知や協議に関して、ど
の程度の内容のものを義務付けるかなどについて、さらに検討する必要が
あり、各案の中間的な規律など、その他の選択肢についても検討の余地があ
る。また、重要決定事項について一律に適用するだけでなく、例えば、特定
20 の事項については強い規律を採用して、それ以外の事項については緩やか
な規律を採用するなど、決定事項の性質によって適用する規律を異なるも
のとすることも考えられる。

2 「(2) 関与の方式に従わなかった場合の効果」について

25 現行法では、父母の双方が子に関する決定に関与しなければならないにも
関わらず、一方の親が単独で決定した場合等の規律として、共同親権下の父
母の一方が、他方の親の意思に反してした相手方のある法律行為の効力に関
する規定があるが（民法第825条）、重要決定事項に関する双方関与の場合
においても、この規定と同様に、父母の一方が「(1)」の規律に反して決定した
場合における第三者との間の効力について問題となる。

30 また、現行法では、共同して親権を行う場合において、相手方のある法律行
為以外の行為に関して父母間の効果を定めた規定は存在しないが、重要決定
事項に関する双方関与の場合においても、現行法と同様に規律は不要と考
えるか、それとも双方関与の場合は、「(1)」の規律の実効性を高めるため、父母
間の効果についても規律を設けるべきかが問題となる。

35 これらの点について判断するためには、「(1)」に違反した場合の効果として、
対第三者効のみでなく、当事者（父母）間の効果に関して考えられる規律につ

いても、検討する必要があると考えられることから、対第三者効（ア）と当事者間の効果（イ）のそれぞれについて整理している。

5 そして、これらの効果については、決定事項の性質によって異なるものとする
 ことも考えられる。例えば、子の財産管理に関する事項について三分類（「**1**
(2)」の【A案】）を採用した場合、財産管理に関する重要決定事項についても
 双方関与とすることが考えられるところ、本研究会では、子の財産管理に関する
 行為の場合には第三者効の議論がしやすいが、それ以外の場合では、第三者
 効という議論が当てはまらない場合があるため、どのような事項を念頭に置く
 かで必要な議論が異なるとの意見があった。

10 また、婚姻中の父母が共同して親権を行う場合、父母の一方が共同名義で子
 に代わって法律行為をし、又は子が同意したときは、相手方が悪意でない限り
 有効とする規定（民法第825条）や、共同親権者の名義を用いないで、又は
 父母の一方が単独で、子の財産に関してした行為は無効とする判例（最判昭和
 42年9月29日裁判集民事88号611頁）との関係についても、更に検討
15 する必要があるものと考えられる。

5 子の意思や意見を反映させるための方策

**双方関与とするか否か、主たる決定責任者、あるいは重要決定事項の範
 囲等を決定するに際し、子の意思や意見を反映させるための規律を設ける
20**ことについて、その適否を含め、検討してはどうか。

**また、父母が、重要決定事項を決定するに際し、子の意思や意見を反映さ
 せるための規律を設けることについても、その適否を含め、検討してはど
 うか。**

25 （補足説明）

1 はじめに

 現行法では、親が親権を行う際に子の意思が反映される場面は、子の行為を
 目的とする債務を生ずべき場合（民法第824条ただし書き）などに限定され
 ており、身上監護においては子の意思や意見を反映することなく親権を行う
30 ことが可能である。また、身分行為においても、子が15歳未満の場合には、
 法定代理人が、子の氏の変更をしたり、縁組の承諾をしたりすることができる
 （同法第791条第3項、第797条第1項）。

 家事事件手続法には、子の意見聴取に関する規定が既に置かれているが⁵、

⁵ 子の監護に関する処分や親権者の指定についての裁判をするに当たっては、15歳以上の子の陳述を聴かなくてはならず（人事訴訟法第32条第4項）、子の監護に関する処分や親権者の指定についての審判をする場合等も同様である（家事事件手続法第152条第

父母の離婚時において、重要決定事項について離婚後も双方関与とするか否か、主たる決定責任者等については、子に与える影響が大きい事項であるため、子の利益を図る観点から、実体法においても子の意思や意見を反映させる規律を設けるべきではないかとの指摘がある。

5 また、父母が重要決定事項を決定する場合にも、子に与える影響の大きさから、同様に、子の意思や意見を反映させる規律が必要ではないかとの指摘がある。

2 考えられる方向性について

10 仮に反映させる規律を設けるとしても、子の年齢に応じて子の意思や意見を尊重しなければならない、などの単なる訓示的なものから、親権者や主たる決定責任者等を定める際の考慮要素として、子の年齢や意思を明示するという方向性、決定前に子の意見を聴取することを義務付け、親子間で調わない場合は、公的機関に調整・解決等を求めることができることとする方向性など、
15 様々な方向性が考えられる。また、子の意思を反映せずに決定された場合あるいは親の決定が子の利益に反する場合には、子に事後的に変更申立権を認めることとしたり、子から親又は第三者に対する損害賠償請求を認めることとしたりする方向性などが考えられる。

20 これらについては、父母の離婚やその後の子の養育に関する事項について、子の意思や意見をどのように反映させることが相当であるかという観点から、後記「**第8 子の養育をめぐる問題について子の意思や意見を反映させるための方策**」における議論と合わせ、更に検討を深めていく必要があると思われる。

25 6 子の身分に関する事項

 親権者が決定の責任を負うべき子の身分に関する事項に該当するものとしては、①子の氏の変更の代理、②普通養子縁組の代諾が考えられるところ、これらについては、子の身分に関する事項一般ではなく、事項ごとに検討してはどうか。

30 その上で、子の氏の変更については、以下の各論点について、更に検討を進めてはどうか（普通養子縁組の代諾については、後記「**第9**」の「**2(3)**」参照。）。

2項、第169条第2項)。家事調停においても、未成年の子がその結果により影響を受ける手続では、子の意思を把握するように努めなければならない(同法第258条第1項、第65条)。

(1) 民法第791条第1項関係

民法第791条第1項の規律について、子が父又は母と氏を異にする場合であって、その父又は母の氏に子の氏を変更するときの家庭裁判所の許可に関し、以下の三案を中心に更に検討を進めてはどうか。

5 【A案】家庭裁判所の許可を不要とする。

【B案】子の氏を親の配偶者の氏に変更する場合には家庭裁判所の許可を不要とする。

【C案】現行法の規律を維持する。

10 (2) 民法第791条第3項関係

民法第791条第3項の規律を改め、子が15才未満であるときの民法第791条第1項及び第2項の行為に関し、以下の二案を中心に更に検討を進めてはどうか。

【A案】父母が共同でこれを代理する。

15 【B案】「主たる決定責任者」がこれを代理するとした上で、他の父母の同意を得なければならないこととする（注）。

(注) 仮にこのような方向で見直しを検討することとする場合には、父母が親権制限をされている場合の規律の在り方や、父母の一方が反対する場合の規律の在り方について、更に検討を要する。

20

(補足説明)

1 民法第791条第1項関係

25 現行法において、子が父又は母と氏を異にする場合は、子は、家庭裁判所の許可を得てその父又は母の氏を称することができ（民法第791条第1項）、子が15歳未満の場合は、親権者（法定代理人）が子に代わって改氏の手続をすることができる（同条第3項）。これに対して、未成年養子縁組のうち、特に配偶者の子を養子とするもの（連れ子養子）は家庭裁判所の許可が不要であり、養子は養親の氏を称する（民法第798条、第810条）ことから、
30 例えば、子の親権者が一人で、その親権者と子の氏が同一であった場合において、当該親権者が婚姻によって氏を変更し、子と氏を異にするに至ったという場面で、簡便に子の氏を変更する手段として連れ子養子縁組が用いられているという実態もあるのではないかとの指摘がある（後記「第9」の「2」（補足説明）4(2)参照）。

35 【A案】は、専ら子の氏を変更したい場合には、未成年養子縁組ではなく子の氏の変更手続が用いられるようにすべきであるとの観点から、子の氏の変

更手続を簡略化するために、子の氏の変更に家庭裁判所の許可を要しないこととする考え方である（なお、家庭裁判所以外の公的機関を関与させ、現行法より簡便な手続を設けることも考えられる。）（注）。もっとも、民法第791条第1項が家庭裁判所の許可を求めている趣旨については、「子の氏の恣意的変更を防止するとともに、家庭裁判所が子の氏の変更をめぐる関係者の利害の対立を調整することによって、子の利益（福祉）を保護することを目的としたものであると解されている」との指摘がされており⁶、このような観点からも、家庭裁判所の許可を不要とすることの当否について改めて検討する必要がある。

5

10

また、認知された子が認知した父の氏に変更しようとする場合にも、家庭裁判所の許可を不要としてよいかは検討が必要であると考えられる。この場合、子が父の氏に変更することによって、同氏親子同一戸籍の原則により、子は父の戸籍に入籍することになるが、父が法律婚家族を有する場合、父の妻や嫡出子と同籍になるため、これらの者がこうした状況を拒絶するといった状況が考えられ、家裁実務においても、妻及び嫡出子の意向調査が命じられているとされる⁷。そして、実務上、妻や嫡出子の主観的感情によって判断することを否定した判断もある（東京高決昭46年2月9日家月23巻10号65頁）一方で、妻の意思に反してまで氏の変更を認めることはできないとしたものもある（富山家審昭和41年3月31日家月18巻11号64頁）。この点については、問題となっているのが子の利益（福祉）そのものではなく、それと対抗する法律婚家庭の利益、妻や嫡出子の意向であること⁸などを踏まえて検討する必要があると考えられる。

15

20

25

30

【B案】について、例えば、子の母が婚姻をして母が氏を変更したが、母の夫とその子との親子関係がない場合は、子と母の夫との間に法律上の父子関係がないため、民法第791条第2項の適用はなく、子の氏を母及び母の夫の氏に変更するためには家庭裁判所の許可が必要となる。このような場合において、上記のとおり、家庭裁判所の許可を不要とするために養子縁組が用いられている実態があるのではないかと指摘があることから、子の氏を親の配偶者の氏に変更する場合に限って家庭裁判所の許可を不要とする考え方である。

⁶ 中川善之助＝米倉明「新版注釈民法（23）」612頁〔梶村太一〕。なお、同634ページでは、子の氏の変更により生じ得る危険として、「氏の変更を関係者の自由に放任するときは、氏が家名であった時代の因習的感情にとらわれ、濫用される危険性があり、他方関係者間の利害の対立から紛争の生ずるおそれもある」ことが指摘されている。

⁷ 島津一郎＝松川正毅編「基本法コンメンタール親族第5版」147頁〔沼田幸雄〕

⁸ 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」162頁〔窪田充見〕

これに対し【C案】は、現行法の規律を維持するという方向性である。後記「第9」の「2(4)」のとおり、未成年養子縁組については例外なく家庭裁判所の許可を要することとしてはどうかとの考え方もあり、仮にその方向性で見直しを行うこととした場合には、本論点については見直しの必要性がなくなるとの考え方もあり得る。他方で、その場合であっても、現代社会において、子の氏の変更について家庭裁判所の許可を求める必要があるかという観点から、独自に検討する必要性があるとの考え方もあり得るものと思われる。

2 民法第791条第3項関係

現行法では、15歳未満の子の氏の変更について、法定代理人がこれに代わってすることができる（民法第791条第3項）。民法第791条第1項が家庭裁判所の許可を求めている趣旨については、上記1で述べたとおり、「子の氏の恣意的変更を防止するとともに、家庭裁判所が子の氏の変更をめぐる関係者の利害の対立を調整することによって、子の利益（福祉）を保護することを目的としたものであると解されている」との指摘があるが、「関係者の利害の対立」とされている点について、最も重大な利害を有するのは、離婚後の非親権者である親であると考えられる。離婚後の非親権者からすると、自分が関知することなく、15歳未満の子の氏の変更され得るが、「(1)」のとおり、子の氏の変更において家庭裁判所の許可を不要とすることとしたような場合には、親権者である相手親の一存のみで子の氏の変更されることとなる。

そこで、15歳未満の子の氏の変更を法定代理人がすることができることとされている現行の規律について、非親権者である親の意向も反映できるようにするため、父母が共同でこれを代理することとしたり（【A案】）、「主たる決定責任者」がこれを代理することとした上で、他の父母の同意を得なければならないこととしたりする（【B案】）など、15歳未満の子の氏の変更に関する民法第791条第3項の規律の在り方について、更に検討を進めることが考えられる。

第4 父母の離婚後の子の養育に関する法概念の整理
【準備中】

第5 協議離婚時における養育計画の作成を促進・確保するための方策

我が国では父母の離婚時に養育計画が作成される割合が低く、特に協議離婚の場合には他の方法による離婚の場合に比べてその割合が低いとの指摘があることを踏まえ、協議離婚時を中心として、父母の離婚時における養育計画の作成を促進・確保する方策を導入することについて、更に検討を進めてはどうか。

(補足説明)

民法第766条第1項において、父母が協議離婚をする場合には、「子の監護をすべき者、父又は母と子との面会及びその他の交流、子の監護に要する費用の分担その他の子の監護について必要な事項」を協議で定めることとされている。このうち「父又は母と子との面会及びその他の交流、子の監護に要する費用の分担」との文言は、平成23年の民法等の改正において、養育費や面会交流の取決めを促進することを目的に、「子の監護について必要な事項」の例示として明示されるに至ったものである。

しかしながら、平成28年度に実施された「全国ひとり親世帯等調査」(以下「ひとり親世帯等調査」という。)の結果によれば、ひとり親世帯について、養育費及び面会交流の取決めをしている割合は以下のとおりであり、同調査時点でも養育計画の作成されている割合は半分にも及んでいない。

養育費		面会交流	
母子世帯	父子世帯	母子世帯	父子世帯
42.9%	20.8%	24.1%	27.3%

特に、養育費及び面会交流の取決めのいずれについても、協議離婚によってひとり親世帯となった場合には、裁判離婚による場合と比較して、取決めをしている割合が低くなっていることが指摘されている。その理由は必ずしも明らかではないが、当事者の合意及び届出のみで離婚をすることができるという協議離婚の特質上、十分な情報提供や専門家による支援を受ける機会がないために、養育計画を作成することの重要性等について十分に認識しないまま離婚に至っているという事例もあると考えられる。

このような状況を踏まえると、平成23年の民法等の改正の目的が十分に達成されているとはいえない状況であるといわざるを得ないことから、民法第766条第1項にいう「子の監護について必要な事項」についての取決め(養育計画の作成)を促進するためのより直接的・効果的な方策の是非について、特に協議離婚の場面を中心に検討すべきであるとの指摘がある。

この点について、諸外国では、離婚をする場合には全件について司法機関が関与する制度がとられている例があり、我が国においても同様に全ての離婚について司法機関が関与すべきであるとする指摘もある。もともと、そのような方向性は手続上の負担を加重することとなり、協議離婚制度の性質を大きく変化させることになるが、現在、協議離婚が離婚全体の9割弱を占めて最も多く用いられている類型であり、その影響は広い範囲に及ぶ上に、例えばDV事案等、速やかに協議離婚を成立させることによって夫婦関係を終了させるべき事案があることも指摘されていることに照らせば、このような方向性で検討することは相当でないものと考えられる。

そこで、以下では、協議離婚制度の大枠を維持することを前提としつつ、まず、養育計画を作成することの重要性等を父母に理解させ、養育計画の作成を促進・確保するための「**1 父母に対する離婚前の情報提供の在り方**」を、次に、協議離婚時に養育計画の作成を促進・確保するための直接的な規律に関する「**2 協議離婚時における養育計画の作成に関する規律の在り方**」を、最後に、離婚に先立つ別居期間中に父母が必要な情報提供を受けた上で子の養育について安全かつ落ち着いた環境下で協議をすることができるようにするための「**3 父母の別居に関する規律の在り方**」を検討している⁹。

なお、本文中において「協議離婚時を中心として」とされているとおり、「**1**」及び「**2**」については、必ずしも協議離婚時に限られるものではなく、裁判離婚においても問題となり得るものである。

1 父母に対する離婚前の情報提供の在り方

離婚を検討している父母に対して、離婚後の子の養育に関する必要な情報を確実に届けて適切な取決め等を図るために、公的機関による離婚後の子の養育に関する講習（養育ガイダンス）を実施し、父母が協議離婚をする場合には養育ガイダンスを受講することを確保するための規律を設けることについて、以下の論点等を含め、更に検討を進めてはどうか。

(1) 養育ガイダンスの内容

⁹ 父母の離婚後の子の養育の在り方のうち、養育費に関する事項については、本研究会と並行して、法務省「養育費不払い解消に向けた検討会議」や法務省・厚生労働省「不払い養育費の確保のための支援に関するタスクフォース」においても、制度の在り方を含めた検討が進められている。本研究会資料の検討に当たっては、両会議における議論も踏まえ、参考とした。

公的機関が提供する養育ガイダンスの内容として、以下の三案を中心に更に検討を進めてはどうか。

5 【A案】父母の子に対する扶養義務、離婚後の親権制度、民法第766条第1項が定める子の監護に必要な事項（監護者制度、面会交流、養育費等）についての情報を内容とするものとする。

【B案】上記【A案】の事項に加え、離婚を経験した父母の心理状況や、父母の離婚・片親との別居を経験した子の心理状況・養育への影響等、離婚後の子の養育等に関する行動科学的な情報や、離婚後の子育てに関する各種行政サービスに関する情報を含めるものとする。

10 【C案】上記【B案】の事項に加え、財産分与制度や年金分割制度等、離婚一般について問題になる事項についての情報を含めるものとする。

(2) 養育ガイダンスの受講を確保する方策

15 現行の協議離婚制度における簡易な手続はDV被害者が早期に離婚をするため等に役割を果しているとの指摘があることも踏まえながら、協議離婚をする父母が養育ガイダンスを受講することを確保するための方策の在り方について、以下の四案を中心に更に検討を進めてはどうか。

20 【A案】父母は、そのいずれもが養育ガイダンスを受講しなければ（注1）、協議上の離婚をすることができないものとする。ただし、父母間にDVの問題がある場合や、父母間の葛藤が特に高い場合等、父母間における養育計画の作成に向けた協議を期待することができない事情がある場合には（注2）、以下の二案を中心に、別異の取扱いを検討するものとする。

25 【A-①案】離婚後に主に子を養育することとなる親のみが受講することで足りるものとする。

【A-②案】父母は、離婚後の一定期間に受講するように努めなければならないものとする。

【B案】父母は、離婚後に主に子を養育することとなる親が養育ガイダンスを受講しなければ、協議上の離婚をすることができないものとする。

30 【C案】父母は、協議上の離婚をする場合には、養育ガイダンスを受講するように努めなければならないものとする（注3）。

【D案】養育ガイダンスの受講について、民事上の規律は設けないものとする。

35 （注1）父母が同時に同一場所で受講することは必要でなく、安全性の確保等の観点から、異なる日時や場所での受講を広く認めるべきものと考えられる。また、養育

ガイドンスを受けなければ協議離婚をすることができないという規律を設ける場合には、いったん養育ガイドンスを受講すれば、その後長期間が経過しても協議離婚をすることができるのかといった、養育ガイドンスを受ける時期についても検討を要する（ただし書の規律及び【B案】においても同じ。）。

5 なお、仮に協議離婚の要件とする場合には、養育ガイドンスの場合と同様に、届出の受理要件（民法第765条第1項）を構成する「法令の規定」として位置付けられるものと考えられる。

（注2）ただし書の取扱いをされるために、当事者が申し出れば足りることとするのか、それとも、ただし書記載の事情があることについて公的機関の確認等を受けなければならぬこととするかについては、更に検討を要する。

10

（注3）努力義務にとどめる場合には、養育ガイドンスを受講する時期は、必ずしも離婚前に限られず、離婚後であっても受講する努力義務は残るものと考えられる。また、民法との関係では努力義務であったとしても、一定の行政サービスを受けの際に受講状況の報告義務や受講勧奨措置を講じるなどして、他の制度との関係で受講を確保することなども考えられる。

15

(3) 養育ガイドンスの実施主体及び実施方法

当事者のアクセシビリティ等を確保する観点から、養育ガイドンスの実施主体や実施方法について、以下の二案を中心に更に検討を進めてはどうか。

20

【A案】公的機関に赴いて受講しなければならないものとする。

【B案】インターネット等を通じて受講することができるものとする。

(4) 裁判離婚の場合における情報提供の在り方

25

裁判離婚の場合における父母に対する情報提供の在り方についても、更に検討を進めてはどうか。

(補足説明)

1 はじめに

30

ひとり親世帯等調査の結果によれば、養育費及び面会交流の取決めをしていない理由として挙げられたもののうち、最も多かったものと次に多かったものは、それぞれ以下のとおりである。

(養育費)

母子家庭	父子家庭
1 相手とかかわりたくない。	1 相手に支払う能力がないと思った。
2 相手に支払う能力がないと思った。	2 相手とかかわりたくない。

(面会交流)

母子家庭	父子家庭
1 相手とかかわりたくない。	1 取決めをしなくても交流できる。
2 取決めをしなくても交流ができる。	2 相手とかかわりたくない。

5 このように、養育費及び面会交流の取決めをしていない理由としては、母子家庭の母及び父子家庭の父のいずれにおいても、「相手とかかわりたくない。」が上位に挙げられている。離婚の前後には当事者が少なからず混乱・対立状態になることが多く、父母間にDV等の問題がある場合もあることからすれば、養育計画の作成が必ずしも容易でないことは想像に難くないが、他方で、養育計画の作成は、いずれも子の利益の観点から重要なものである。

10 また、養育費の取決めをしていない理由として「相手に支払う能力がないと思った。」が上位に挙げられているが、未成熟子に対する親の扶養義務が生活保持義務であると解されていることからすれば、収入等に応じた養育費の支払義務が生ずることになり、理論上は養育費の支払義務を負わない場合の方が稀であるはずである。そのため、離婚を検討する父母の養育費に関する正しい法的知識の欠如が養育費の取決めを阻害し、子の貧困の一因となっているとの指摘もされている。

20 この点については、現在でも、例えば、法務省において、養育費や面会交流についてのパンフレット（「子どもの養育に関する合意書作成の手引きとQ&A」）を作成し、市区町村の窓口において離婚届の用紙と同時に配布したり、法務省のウェブサイト内に「離婚を考えている方へ～離婚をするときに考えておくべきこと～」とのページを設けたりして周知に取り組んでいる。また、厚生労働省においても、夜間・休日を含め、養育費の取決めや確保に関する相談を実施する養育費相談支援センター事業を実施しており、離婚をする父母への適切な情報提供を図っているところである。もっとも、これらの方法では、父母の側が主体的に情報を得ようとしないと情報が届かないという限界もある。特に、裁判所が関与しない協議離婚の場面では、当事者が適切な情報を持たないままに離婚に至るリスクは更に高くなる。

30 そこで、父母が協議離婚をしようとする場合に、養育費や面会交流の内容や意義、養育計画の作成の重要性等について必要な情報を確実に届けるために、協議離婚を検討している父母を対象に、公的機関による、子の養育の在り方に関する講習（養育ガイダンス）を実施することとした上で、父母の受講の機会を確保するという方向性が考えられる。諸外国においても、父母

の離婚時にこのようなガイダンスを受講することが義務付けられている例があるようである。

5 なお、養育ガイダンスの実施方法の基本的なイメージは、自動車運転免許の更新時の講習のような集団講習のようなものであるが、養育ガイダンスを受講することができないために協議離婚をすることができないといった事態が生じないようにするために、「(3)」のとおり、その有り様についても更なる検討を要する。

2 「(1) 養育ガイダンスの内容」について

10 養育ガイダンスを実施する場合には、まず、どのような内容のガイダンスとするべきかという点が問題となる。この点については、せつかくの情報提供の機会であるから、可能な限り多くの情報を届けたいという要請がある一方で、あまりに多くの情報を取り込んだ場合には、十分に理解や記憶がされないおそれがある上に、特に受講を原則的に義務付けるような場合には、
15 当事者の負担に配慮する必要がある。そこで、本文では、このような観点を考慮した上で、以下の三案が示されている。

20 【A案】は、民法第766条第1項が定める「子の監護に必要な事項」に関する法的な知識を基本的な内容とするものであり、養育費や面会交流に関する事項が中心となる。具体的には、取決めの方法や、その際の支援機関、
25 相手が取決めを守らない場合の手続（強制執行）等が含まれる。現在、離婚届用紙と同時に配布されているパンフレットのような内容が想定される。

30 【B案】は、これに加え、離婚後の子の養育の在り方全般に関する知識を内容に含めるものである。例えば、父母の離婚を経て、子や父母自身の心身にどのような影響が生じているかという点や、それを前提に子や他方の親との接し方についてどのような点を留意すべきかといった点などを含めることが想定されており、適切な養育環境の実現とともに、父母間の葛藤を
35 早期に低下させることを意図するものである。また、ひとり親に対する行政支援や、養育費の確保、面会交流の実施に関する支援団体の情報を提供することによって、離婚後の子の養育の支援につなげることも意図されている。

40 【C案】は、これらに加え、財産分与といった、父母にかかわらず、離婚に関する一般的な情報を提供しようとするものである。離婚に伴って主に子を養育することになる親が財産分与によって適切に分与を受けた場合には、その後の子の養育の充実にもつながり得ることからすれば、父母については、特に財産分与制度に関する情報の重要性が高いといえる。もともと、
45 これらの情報は父母以外の夫婦にも関係する情報であるとするれば、間接的に子の養育に資するとはいえ、父母についてだけ、この点の講座を受講させ

ることが正当化されるかという点などが問題になる。

3 「(2) 養育ガイダンスの受講を確保する方策」について

5 公的機関が養育ガイダンスを提供したとしても、現に離婚を検討しており、混乱下にある父母に、任意の受講を期待することは難しいのではないかと
10 の指摘がある。特に、離婚を検討している父母の中には、自ら積極的に離婚後の子の養育に関する情報を収集する層と、そのような情報を収集しない（できない）層とに分かれるとの指摘がされているところ、前者については、例えば、前記1のパンフレット等によって情報を届けることができるから、養育ガイダンスは、後者の者らを主たるターゲットとするプッシュ型の
15 情報提供手段として機能してこそ、効果が発揮されるものと考えられる。

この点について、父母が協議離婚をする場合に、確実に養育ガイダンスを受講させることとするのであれば、例えば、父母の双方が養育ガイダンスを受講することを協議離婚の要件とすることが考えられる。しかしながら、本文でも「現行の協議離婚制度における簡易な手続はDV被害者が早期に離婚
20 するため等に役割を果しているとの指摘があることも踏まえながら」とされているとおり、徒に協議離婚のハードルを上げた場合には、速やかに離婚を成立させることが望ましい事案であっても離婚が難しくなることとなり、DVがある場合等における被害者にとって酷であることはもちろん、そのような養育環境下に長く置かれることとなる子の利益にも影響が生じかねない。そこで、本文では、このような点にも配慮した上で、今後の議論の叩き台として次の四案が示されている。

【A案】は、父母の双方が養育ガイダンスを受講することを協議離婚の要件としつつ、DVがある場合等、父母間で養育計画の協議をすることを期待
25 することができない事情がある場合には、別異の取扱いをするものである。離婚後の子の養育については、父母双方の理解が必要であることから、原則として、父母双方の受講を要件として定めることとした上で、父母間で養育計画の協議をすることを期待することができない事情がある場合（DV事案のように安全確保のために父母間の接触が相当でない場合のほか、離婚
30 することについては合意が調っている前提でも、慰謝料等について対立があり、それ故に父母間の葛藤が極めて高くなって子の養育に関する協議が困難となっている状況等が考えられる。）には、父母の受講を義務付けたとしても適正な養育計画の作成を期待することができず、かえって、協議離婚をすることができない弊害の方が大きいと考えられることから、別異の取
35 扱いをすることとし、二案を提示している。

【A-①案】は、別異の取扱いをする場合であっても、離婚後に主に子を

養育することとなる親については、子の監護・養育に関する知識の不足が子の不利益に直結することになり、また、離婚後の子育てに関する各種行政サービス情報も必要と考えられることから、少なくとも当該親については、協議離婚に先立って養育ガイダンスの受講を義務付けることとするものである。

5

これに対し、【A一②案】は、離婚後に主に子を監護する異なる親がDV等の被害を受けている等、養育ガイダンスを受講することさえ心身の負担となる状況に追い込まれていることが考えられることから、協議離婚前に受講することを求めずに、離婚後一定期間について、父母双方の受講を努力義務として定めるものである。

10

なお、【A案】を採用する場合には、別異の取扱いの内容によらず、「(注2)」に記載されているとおり、どのような手続で別異の取扱いを許すかという問題がある。すなわち、例えば、家庭裁判所において、父母の双方を関与させて判断をするといった規律にしてしまうと、事実上、裁判離婚とそれほど変わらない負担となってしまうかねず、冒頭で述べた、現行の協議離婚制度の大枠を維持するという考え方との整合性が問題となり得る。他方で、当事者がそのような事情があると申告すれば足りるということであれば、必要な事案での十分な受講を確保することができるかが問題になると思われ、その実効性が問題となり得る。

15

20

【B案】は、このような別異の取扱いを許すための手続を構築することが相応に困難であることを考慮して、はじめから、離婚後に子を養育することとなる親の受講のみを協議離婚の要件とするものである。この立場を前提とすると、父母双方に対する離婚後の子の養育に関する情報の確実な提供という趣旨はやや後退することになるが、そもそも、離婚を検討している状況下で、少なからず葛藤のある父母の双方に養育ガイダンス受講を求めることは難しいのではないかとの指摘もあり、【A案】はその負担内容いかなるでは、協議離婚の利用することができる場合を一定程度限定してしまうおそれがあるとの指摘もあるところであり、【B案】はその点にも対応するものである。

25

30

これらは、いずれも養育ガイダンスの受講を協議離婚の要件とするものであるが、この方向性で検討を進める場合には、「(注1)」記載のとおり、養育ガイダンスを受講する時期に関する規律を検討する必要がある。いったん養育ガイダンスを受講した場合であっても、その後長期間が経過したようなときは、再度受講させるのが相当と考えられるからである。

35

これらに対し、【C案】は、養育ガイダンスの受講を父母の努力義務として規律するものであり、父母は、養育ガイダンスを受けなくても協議離婚を

することができることとなる。この考え方は、DV被害者等の中には、離婚前後に外出することや人と会うことが困難な場合もあることから、養育ガイドランスの受講が協議離婚の要件となると、このような者らは、離婚や、子を引き取ることを断念することになりかねないのではないかと指摘を受けたものである。もっとも、この点の指摘については、仮に【A案】又は【B案】を採用したとしても、「(3)」における実施方法についての検討によって、

5

【D案】は、【C案】の考え方を前提として、努力義務であれば民事上の規律をあえて設ける必要まではないとして、養育ガイドランスに関する特別な規律は設けずに、周知広報等により養育ガイドランスの受講を促進しようとする方向性である。

10

なお、【C案】及び【D案】については、養育ガイドランスを受講しなくても協議離婚をすることができるのであるから、「(注3)」記載のとおり、必ずしも離婚の前に養育ガイドランスを受講する必要はないこととなる。この場合において、子の養育に関する知識等は離婚後においてもなお親にとって必要かつ重要なものであることから、協議離婚の成立後に養育ガイドランスを受講することが推奨されることとなるものと考えられる。また、民事上の義務ではないとしても、離婚前後の他の行政サービス等の機会を捉えて受講状況の報告義務を課したり改めて受講を促したりすることによって、受講を確保していく方向性もあるものと考えられる。

15

20

4 「(3) 養育ガイドランスの実施主体及び実施方法」について

養育ガイドランスについては、当事者にとってアクセシビリティが確保されているものでなければならない。例えば、各都道府県で一カ所だけ、週に1回だけ実施するといったようなものであれば、それに参加することが困難な者は、事実上、協議離婚の道を閉ざされてしまうことになりかねない。また、例えば、DV被害者等の中には、外出や人と会うことが困難な者がいるとの指摘や、そういった事情がなくても、そもそも離婚を検討中であることを他人に知られたくない者もいるとの指摘があることからすると、このような者らにとっても、養育ガイドランスを受講することができないために協議離婚をすることができなくなるといった事態が生じないように十分に配慮する必要がある。本文では、このような観点を踏まえ、以下の二案が示されている。

25

30

【A案】は、対面での受講によって、受講者の真剣さを担保する観点から、公的機関に赴いての受講を求めることとするものである。基本的には、講習形式で複数名が同時に受講するものがイメージされているが、上記のよう

35

に配慮すべき者に対しては、個別の対応等も考えられる。もっとも、このような対応も要することとした場合には、それだけの対応を担うことができる公的機関が存在するかという点も問題となる。また、現在のような感染症の拡大といった特殊な事情が起こった場合等に、講座を開講できなくなる

5

リスク等も考慮する必要がある。
これに対し、【B案】は、インターネット等を用いて、自宅等で講座を受講することを可能とするものである。この場合には、離婚を考えている当事者本人の受講を担保できるか、また、十分な効果が得られるかが問題となり得る。例えば確認テストを受験させるなどして、受講者の真摯な受講態度・

10

効果を確認する方法等が考えられるが、それで十分といえるかはなお検討を要する。
なお、【A案】と【B案】とは必ずしも排反するものではないことから、対面講習を基本としつつ、インターネット等で補完するといった方法も考

15

5 「(4) 裁判離婚の場合における情報提供の在り方」について

現在、裁判離婚の場合であっても、常に養育計画が作成されているわけではないことに照らせば、裁判離婚の場面における情報提供の在り方についても検討をする必要がある。

20

ただし、この場合には、離婚を争う者が養育ガイダンスを受講しないことによって離婚判決を避けることができるようになってしまうと、一方当事者に離婚の拒否権を与えることとなってしまふという問題がある。また、そもそも離婚の成立自体を争っているような者に対して、情報提供をすることが可能かといった点等について、近時多くの家庭裁判所で実施されるよ

25

うになっている親ガイダンス（調停事件の当事者に対するガイダンス）の成果等も参考にしつつ、検討をする必要がある。

2 協議離婚時における養育計画の作成に関する規律の在り方

5 父母が協議離婚をする際における養育計画の作成を促進・確保する観点から、父母自身によって養育計画を作成させるアプローチである「(1) 養育計画の作成を促進・確保する方策」、及び、父母が養育計画を作成することができない場合に、一定の内容の養育計画を成立させるアプローチである「(2) 子の養育に関する事項が当然に定まることとする方策」について更に検討を進めるとともに、これらのアプローチは排他的なものではないと考えられることから、「(3) 上記(1)及び(2)を組み合わせた方向性」についても更に検討を進めてはどうか。

10 (補足説明)

15 前述のとおり、父母の離婚時において養育計画が定められている割合は、依然として高いものとはいえず、また、養育計画を作成していない理由としては、養育費及び面会交流のいずれについても「相手と関わりたくない」というものが多いという状況にある。この点について、民法第766条第1項が、協議離婚をする父母に対し、養育計画の作成について何らかの義務や責任を負わせているのかは必ずしも明らかではないものの、少なくとも、現行法上、父母が養育計画を作成しなくても協議離婚をすることが可能な取扱いとなっている。

20 「(1) 養育計画の作成を促進・確保する方策」は、協議離婚時の、父母の養育計画作成に関する責務という観点に着目して、その点に関する規律を整備することで、養育計画の作成を確保しようとするものである。もっとも、このような方向性は、過度に厳格な規律を設けた場合には、協議離婚制度の利用を難しくしかねないおそれがあるために、慎重な検討が必要であるとの指摘がある。

25 これに対し、「(2) 子の養育に関する事項が当然に定まることとする方策」は、離婚時という精神的負荷の大きい時期に父母に養育計画の作成を期待することは容易ではないことを前提として、父母が養育計画を定めることができない場合には、法律によって一定の内容の養育計画を成立させ、子の利益を図ろうとするものである。もっとも、例えば、法定する養育計画の内容が、離婚をしようとする者にとって受け入れづらいものである場合には、同様に、協議離婚の利用を阻害するおそれがあることについて注意する必要がある。

30 「(3) 上記(1)及び(2)を組み合わせた方向性」は、これらの方向性を組み合わせるものである。すなわち、なるべく、父母自身が協議の上で合意により養育計画を定めることを目指しつつ、それが難しい事情がある場合には、子

の利益の観点から、一定の内容の養育計画を成立させるといった規律を検討しようとするものである。

(1) 養育計画の作成を促進・確保する方策

5 父母が協議離婚をする場合に、父母によって養育計画が作成されることを促進・確保するために、養育計画に関する規律の在り方について、以下の各論点を含め、更に検討を進めてはどうか。

ア 養育計画の作成と協議離婚の関係

10 現行の協議離婚制度における簡易な手続はDV被害者が早期に離婚をするため等に役割を果しているとの指摘があることも踏まえながら、協議離婚をする父母が養育計画を作成することを促進・確保するための方策の在り方について、以下の四案を中心に更に検討を進めてはどうか。

15 【A案】父母は、養育計画を作成しなければ、協議上の離婚をすることができないものとする（注1）。ただし、DV等、相手方との協議を期待することができない事情がある場合には、この限りでないものとする（注2）。

20 【A-①】相手方との協議を期待することができない事情があることについては、公的機関で確認を受ける必要があるものとする。

【A-②】当事者が離婚届において協議をすることができない旨を記載した場合には、相手方との協議を期待することができない事情があると認めることとする。

25 【B案】父母は、協議上の離婚をする場合には、養育計画を作成するように努めなければならないものとする（注3）。

【C案】協議離婚時における養育計画の作成については、現行の民法第766条第1項の規律を維持するものとする。

30 （注1）仮に協議離婚の要件とする場合には、養育ガイドンスの場合と同様に、届出の受理要件（民法第765条第1項）を構成する「法令の規定」として位置付けられるものと考えられる。

（注2）このような別途の取扱いをする場合には、養育計画が作成されないことによる子の不利益を防止する方策についても検討する必要がある。例えば、後記(3)の方向性参照。

35 （注3）民法との関係では努力義務であったとしても、一定の行政サービスを受ける際に養育計画の作成状況の報告義務や作成勧奨措置を講じるなどして、他の制

度との関係で養育計画の作成を確保することなども考えられる。

イ 養育計画の内容

5 仮に養育計画の作成を協議離婚の要件とする場合には、養育計画として最低限含んでいなければならない内容として、以下の二案を中心に更に検討を進めてはどうか。

【A案】「子の監護に関する費用の分担」及び「父又は母と子との面会及びその他の交流」

【B案】「子の監護に関する費用の分担」のみ

10

ウ 養育計画の審査・確認

仮に養育計画の作成を協議離婚の要件とする場合や、届出をした養育計画に基づく強制執行を可能とする場合に、養育計画についての内容の妥当性審査や、当事者の合意の真摯性の確認に関する規律として、以下の二案を中心に更に検討を進めてはどうか（注1）。

15

【A案】公的機関等（公証人、弁護士、家庭裁判所等）により、以下の二案の内容について、異時であっても、それぞれ面前での確認を受けなければならないものとする。

【A-①】養育計画における合意の真摯性についてのみ確認を受ける。

20

【A-②】養育計画における合意の真摯性と養育計画の内容の妥当性の双方について確認を受ける。

【B案】市区町村が父母の協議離婚の届出を受けた場合には、離婚届に記載する住所地に対して、提出されている養育計画の内容を確認する通知を行うこととし、これに対して、一定期間内に父母の双方から異議がなかった場合に真摯性の確認がされたものとする（注2）。

25

（注1）仮に養育計画に面会交流を含め、それを債務名義とするような場合には、養育計画の作成について、子の意思を反映させる規律の要否について、更に検討を要する。

30

（注2）この規律よりも確認の度合いを高めるものとして、一定期間内に真摯に合意したものであるとの返答があった場合に確認されたこととする方向性が考えられ、更にその度合いを高めるものとして、養育計画の届出は、市区町村が、異時であっても父母それぞれと対面しての確認が必要であることとする方向性も考えられる。

35

エ 届出をした養育計画による強制執行の可否

上記アにおいていずれの案を採用するかにかかわらず（注1）、父母が協

議離婚をする場合に、離婚届とともに養育計画を記した書面を届け出した場合には、当該書面を債務名義として強制執行手続を申し立てることができることとする規律について、以下の二案を中心に更に検討を進めてはどうか（注2）。

5 【A案】養育費及び面会交流に関する部分のいずれも債務名義になり得るものとする。

【B案】養育費に関する部分についてのみ債務名義になり得るものとする。

10 (注1) 上記アにおいて、【B案】又は【C案】を採用する場合には、本方策は、養育計画を作成することについて、少なくとも権利者側にインセンティブを与えることとなり、養育計画の取決めを促進するものであると考えられる。

15 (注2) 仮にこのような規律を設ける場合には、債務名義となり得る取決めであることを確保するため、例えば、金額欄等を埋めれば給付文言となるような不動文字を離婚届に印刷しておき、原則としてそれを用いて合意をするようにするといった方向性が考えられる。

オ 裁判離婚と養育計画の作成

20 仮に養育計画の作成を協議離婚の要件とする方向で検討を進める場合には、裁判離婚の場合における養育計画に関する規律の在り方についても、更に検討を進めてはどうか。

(補足説明)

1 はじめに

25 本方策は、養育計画の作成が子の利益のために重要なものであるところ、養育計画は可能な限り、父母が協議の上で納得して作成することが望ましいことに鑑み、協議離婚をする父母の養育計画作成の責任を重視する観点から、民法第766条第1項の規定の趣旨を更に進める規律を設けることを検討しようとするものである。

30

2 「ア 養育計画の作成と協議離婚の関係」について

35 子の利益の観点からすれば、父母の離婚時に養育計画が作成されており、それに従った養育がされることが望ましいものと考えられる。そうすると、それが法的な義務であるかどうかは別として、父母は、協議離婚時に、可能であれば養育計画を作成するべきであるという一定の責務を負っているといえるように思われる。本論点は、このような責務と、協議離婚の成立との

関係に関する規律の在り方について、検討するものである。

【A案】は、養育計画の作成を協議離婚の要件とすることによって、直接的に、養育計画の作成を確保しようとするものである。この場合には、「(注1)」にあるように、原則として、養育計画が定められたことを届け出ないと、離婚届が受理されないということになるものと考えられる。もともと、このような規律を設ける前提としては、父母による養育計画の作成を支援する行政機関や法律専門家、民間支援組織による手厚いサポートの拡充が必要である。また、仮に、このような規律を例外なく設けることとした場合には、上述のとおり、DV等があつて早期に離婚を成立させる方が子の利益の観点から望ましい場合であっても、養育計画を作成することができないために協議離婚をすることができないといった事態が生じかねず、かえつて子の利益を害することとなるから、養育計画の作成を要しない別途の取扱いを認めることが必要不可欠である。そのような観点から、【A案】については、養育計画を作成しなくても離婚をすることができる別異の取扱いを認めることとし、本文では、その点の規律として二案が示されている。

【A-①】は、原則として養育計画が定められているようにするという観点から、養育計画を作成しなくても協議離婚をすることができるための手続を厳格にするものであり、公的機関（自治体や家庭裁判所などが考え得る。）によって、相手方との養育計画の作成に関する協議を期待することができないことについて確認を受けなければならないこととするものである。もともと、このような規律については、確認手続の内容いかんでは、家庭内におけるDVなど立証が困難な事情の立証を要することにならないかという指摘があるほか、協議離婚の手続を過度に重くするのではないかという指摘もある。例えば、仮に、父母双方を手続に関与させて家庭裁判所が判断するといったような制度とした場合には、裁判離婚と同様の手間と負担をもたらすものにもなりかねない。他方で、離婚届を受理する市区町村でこのような確認をすることとした場合には、形式的な審査を前提としている現在の戸籍業務の在り方と大きく異なることとなる。

これに対して【A-②】は、当事者が「協議することができない事情がある」と離婚届に記載しさえすれば、養育計画を定めなくても離婚を認めるというものである。このような規律を設けた場合には、別途の取扱いが幅広く認められることとなり、実際には、この義務は努力義務に近づくことになるものと考えられるが、可能な限り養育計画を作成することが親の責務であるというメッセージ性を有する規定となる。ただし、この場合であっても、父母間に協議を期待することができない事情がある旨を公的機関に認められることに承服できない父母の一方の手続保障の観点から、一方当事者に

よる離婚届の記載のみでこの要件の充足を認めてよいか等の点は、なお検討を要すると思われる。

5 なお、仮に【A案】の方向性を採る場合には、民法において、父母の離婚時に養育計画が定められていることが子の利益のために必要であるという考え方を採用することになるのであるから、別異の取扱いを認める以上は、【A-①】又は【A-②】のいずれの方向性を採るとしても、「(注2)」記載のとおり、養育計画が定められないことによる子の不利益を防止する方策を別途検討する必要があるものと考えられる。

10 これに対し、【B案】は、養育計画の作成を努力義務として規定するものであり、養育計画を作成しなくても、協議離婚の手續やその成立自体は制限されないこととするものである。現行の民法第766条第1項が養育計画の作成について父母に何らかの責務を負わせているのかが明らかでない点について、少なくとも、父母としては子の利益のために養育計画を作成すべき法律上の責務を負っていることについて、明確なメッセージを打ち出すこと
15 によって、養育計画の作成を促そうとするものである。また、この場合は、離婚時まで養育計画が作成されていなければ、父母が離婚後も同様の義務を負うことになることから、離婚成立後であっても、引き続き父母間で協議を進めることや、取決め確保のために必要であれば裁判手續をとることが期待されることになる。なお、「(注3)」記載のとおり、民法との関係
20 では努力義務であったとしても、離婚後の一定の行政サービスを受ける機会をとらえて、養育計画の作成状況に関する報告義務を課したり、取決めがない場合には改めて取決めを促したりするなどして、他の制度との関係で養育計画の取決めを確保することなども考えられる。

25 【C案】は、仮に努力義務であっても、養育計画の作成が義務であるとした場合には、それによって当事者が早期に離婚をするために協議離婚を選択することを躊躇する可能性があることを重視し、協議離婚の利用が阻害されるおそれがあることを考慮して、現行の規律を維持するものである。この場合には、養育計画の作成の重要性に関する周知・広報や、支援について現状よりも更に力を入れることによって、養育計画の作成を促進・確保して
30 いくこととなるものと考えられる。

3 「イ 養育計画の内容」について

仮に、養育計画の作成を協議離婚の要件とする場合には、どのような事項についての取決めがされている必要があるかという点も問題となる。

35 【A案】は、民法第766条第1項に規定されている面会交流及び養育費の両者についての取決めを含んでいなければならないこととするものであ

る。面会交流及び養育費はいずれも子の成長にとって重要であり、現行の民法第766条第1項も両者を並べて規定していることとの整合性も考慮するものである。

5 これに対し、【B案】は、養育費の取決めを含んでいれば足りるとするものである。養育費が離婚後の子の生活の経済面に直結して必要不可欠であるのに対し、面会交流については、家庭ごとの個別事情によるところが大きく、実施されることが常に子の利益に適うとはいえないものであるとの指摘があることを踏まえ、仮に面会交流の取決めをもしなければならぬこととすると、面会交流の実施が望ましくない事例でも面会交流を実施する
10 方向での取決めがされる方向に影響するおそれがあることから、面会交流の取決めについては必要的なものとししないものである。もっとも、この点については、【A案】の「父又は母と子との面会及びその他の交流」との文言は、直接的な面会交流だけではなく、電話による通話や手紙のやりとりといった間接的な交流も含んでいることから、仮に、何らかの「交流」を実施する
15 方向に影響したとしても、事案に応じて適切な方法による交流が選択されるのではないかと考えられる。

なお、本研究会では、養育計画の内容として、財産分与に関する事項を含めることについても検討された。もっとも、そのような事項まで決めなければ協議離婚をすることができないこととした場合には、協議離婚のハードルが高くなりすぎることや、未成年の子がいない夫婦の離婚の場合との取扱いの差異を説明することが困難であることから、このような規律を設けることが適当でないと考えられたため、本文には記載していない。

4 「ウ 養育計画の審査・確認」について

25 協議離婚をする父母は、必ずしも対等な立場で協議をすることができるわけではないことからすると、場合によっては、支配・被支配関係を背景として一方当事者の要求のみに基づいた一方的な内容の養育計画が作成されるおそれがある。特に、養育計画の作成を協議離婚の要件とする立場（「ア」の【A案】）を採用した場合、早期の離婚成立を望む父母の一方が、他方に対し、養育計画の内容等について十分な意見を述べられないまま、明らかに
30 子の利益に反する不本意な合意をするという事態が生じかねない。そこで、このような内容の養育計画がされることを防止するために、養育計画の作成を支援する行政機関や民間支援組織による手厚いサポートを拡充させることに加えて、公的機関等において、養育計画の内容の妥当性（内容が明らかに不合理なものではないこと）の審査や、当事者の合意の真摯性（父母それぞれの任意の意思に従って合意されたものであること）を確認するとい
35

ったことが考えられる。また、「(注1)」に記載したとおり、養育計画の作成に関して、子の意思を反映させるための手続についても検討する必要があるとの指摘がある。

5 そこで、【A案】は自治体以外の公的機関等が、【B案】は自治体が、それぞれ確認等を行う規律を設けるものである。

10 【A案】は、戸籍の窓口とは別の公的な機関又は法律家による養育計画の妥当性の審査や、真摯性の確認を対面（父母双方が同時に同一場所で行う必要はない。）により得なければ、協議上の離婚をすることができないこととするものである。協議離婚をする父母の利益や子の利益を考えた場合、公的機関等の関与の在り方として、【A-①案】少なくとも父母の合意の真摯性のみは公的機関が確認し、養育計画の適正を確保するという考えと、【A-②案】父母の合意の真摯性に加えて養育計画の妥当性の審査まで行い、子の利益に適う養育計画を確保するという考え方があり得る。このような方向は
15 いずれも、養育計画の妥当性を担保することができることとなる一方で、例えば、家庭裁判所において双方を手続に関与させて妥当性の審査までするといった手続を設ける場合には、調停離婚の場合と同様の手続上の手間と負担となりかねず、協議離婚をしようとする父母の負担にも配慮する必要がある。なお、この点について、仮に審査の対象が養育費の取決めだけであれば、当事者の収入さえ判明していれば、比較的どのような機関であっても
20 算定表等を用いて一応の妥当性審査をすることができるとの指摘がある一方で、そもそも収入の認定が困難な場合があるとの指摘もある。また、面会交流の取決めの妥当性審査は相当難しく、その審査を担える公的機関等はほとんどないのではないかと指摘があった。

25 これに対し、【B案】は、当事者の真摯性の確認のみを専ら書面による手続で行うというものであり、離婚届の提出以外の場面で改めて、父母の任意の意思によるものであるかを確認しようとするものである。本文では、離婚の届出を受けた自治体が、両当事者に対して内容を通知し、それに対して当事者が異議を述べないことによって真摯性を確認するという規律が記載されている。これは、現行で、離婚届を提出した際に本人確認ができなかった
30 場合に自治体から確認の葉書を送付している取扱いに近いものをイメージしている。この案は、【A案】と比較すると、当事者の負担に配慮したものであることができるが、他方で、真摯性の確認の程度は十分でない面もあり、「(注1)」のような、より確認の程度を高める方向性も考えられる。

35 5 「エ 届出をした養育計画による強制執行の可否」について

 「ア」においていずれの方向性を採用するかにかかわらず、父母間で協議

離婚の際に養育計画を記した書面を届け出た場合には、当該書面の写しを債務名義として養育費や面会交流に関する強制執行を申し立てることができることとすることが考えられる。父母の離婚後には、養育計画に従った子の養育がされることが重要であるところ、仮に父母の一方がその計画に従わない場合に、改めて債務名義を取得するための手続をとることは負担が大きく、例えば、養育費の不払いについては子の貧困に直結することからすると、離婚後の不履行があった場合には、直ちに強制執行手続に移行することができることとする必要性が高いものと考えられる。協議離婚段階において、専門家等による十分な助言と支援を得て養育計画を作成する環境整備が可能となる前提に立てば、いったん作成された養育計画にこのような強い効力を付与することは是認され得ると考えられるが、その正当化根拠や執行力の付与手続についてはなお検討を要する。なお、「(注1)」に指摘されているとおり、このような規律を設ける場合には、養育費や面会交流の権利者側からすれば、離婚時に養育計画を作成して届け出ることによって、協議離婚段階で、更なる手間と費用を要せずに債務名義を取得することができることとなることから、このような規律は、協議離婚に際しての養育計画の作成のインセンティブともなり、子の利益の確保に資するものと考えられる。

【A案】は、父母が届け出た養育計画のうち、面会交流に関する部分及び養育費に関する部分の両方が債務名義となり得ることとするものである。養育計画の作成及び届出について、監護親（通常は養育費に関する債権者）と非監護親（通常は面会交流に関する債権者）の両者に対するインセンティブとなり得るという点で効果は大きいと思われる反面で、金銭債権として内容が比較的一義的な養育費の場合と、非金銭債権でありその履行方法・態様も様々なものがあり得る養育費の場合では、債務名義化という場面では同様に考えられないとの指摘がされており、そもそも、裁判所等の関与なく強制執行をすることができる程度の面会交流に関する具体的取決めを適切に確保することができるかという点なども合わせ、検討する必要がある。

【B案】は、父母が届け出た養育計画のうち、養育費に関する部分のみを債務名義とするものである。養育費の場合であれば、前述のように不動文字が印刷された書面を用いることなどによって、いったん父母間で適切な合意がされていれば、それに基づいて強制執行が可能となる給付文言を作成することもそれほど難しくないと考えられる。

6 「カ 裁判離婚と養育計画の作成」について

本方策は、協議離婚では、他の離婚の場合に比べて養育計画が作成される

割合が低いとの指摘があることを受け、協議離婚の規律についての見直しを中心とするものである。もっとも、裁判離婚の場合であっても、常に養育計画が定められているわけではないところ、養育計画を定めることの重要性については、協議離婚と裁判離婚とで変わることはない。

- 5 そうすると、裁判離婚の場合であっても、本方策と同様の方策を講ずる必要があるのではないかとの考え方もあり得る。もっとも、裁判離婚については、一般的に、父母間の葛藤が高い事例が多いことや、そもそも離婚をすること自体に争いがある場合に、養育計画の作成に関する審理を行うことが適切なのかといった問題もあることからすると、それらの点も考慮に入れて更なる検討が必要になるものと考えられる。
- 10

(2) 子の養育に関する事項が当然に定まることとする方策

離婚時に父母が養育計画を作成しない場合であっても、子の養育のために少なくとも養育費に関する事項は必ず定まることを確保するため、父母が離婚をした場合において、養育費の取決めがされていないときは、当事者によって別途の取決めされるまでは、子の年齢や人数等の指標に基づき算定される金額の具体的な養育費債権（以下「法定額養育費債権」という。）が父母間で当然に発生（具体化）するものとするについて、以下の各論点の観点から、更に検討を進めてはどうか。

ア 法定額養育費債権についての強制執行

法定額養育費債権は、離婚成立に伴って、父母間で養育費の取決めがされていないことを条件として、当然に発生するものとした上で、法定額養育費債権の実効性確保の観点から、例えば、法定額養育費債権が生じている場合には、離婚時に未成年の子がいることを証明する文書（戸籍謄本等）を債務名義（注）として、直ちに強制執行をすることができることとするについて、検討してはどうか。

（注）このような方向性で検討を進める場合には、戸籍に養育費の取決めがされていないこと（すなわち、法定額養育費債権が発生していること）を記載すること等も考えられる。

イ 法定額養育費債権の金額

法定額養育費債権の金額については、以下の三案を中心に更に検討を進めてはどうか。

【A案】父母の収入又は義務者の収入、子の人数、年齢を変数とする計算式を法定し、それによって算出された金額とする（注1）。

【B案】個別の事情を考慮せず、標準的な父母の生活実態等を参考に子の人数及び年齢を基に法定した一律の金額とする（注2）。

【C案】個別の事情を考慮せず、離婚後の協議等によって取り決められるまでの最低限度を保証するという観点から法定した子1人当たり一律の金額とする。

（注1）【A案】の方向性に関しては、父母の各収入を認定・算定する方法や、それによって算出された金額を記録する方法について、更に検討を要する。

（注2）【B案】の方向性に関しては、標準的な父母の生活実態等の把握や、金額の設定方法について、更に検討を要する。

ウ 法定額養育費債権と取り決められた金額との差額の扱い

5 父母の離婚時に養育費に関する取決めがされず法定額養育費債権が発生した場合において、後に協議、調停、審判等において、異なる金額の養育費が取り決められたときには、それまでの期間の差額の取扱いについて、以下の三案を中心に更に検討を進めてはどうか。

【A案】不足額がある場合には権利者側から、過払い額がある場合には義務者側から、いずれも、一定期間については清算を遡って請求することができるものとする。

10 【B案】権利者側からの一定期間についての清算の請求はできるが、義務者側からは請求することができないものとする。

【C案】いずれの側からも、清算を請求することはできないものとする。

エ 義務者の手続保障

15 仮に法定額養育費債権の制度を導入する場合には、義務者が法定額養育費債権の発生を認識していなかったにもかかわらず、離婚成立に伴って義務を負うといった事態が発生しないように、離婚届において法定額養育費債権の発生を明示することなど、義務者に対する手続保障の在り方について、検討してはどうか。

20

オ 面会交流の扱い

面会交流については事案ごとの個別事情によるところが大きく、一律の取扱いをすることは困難であるとの指摘があることも踏まえた上で、法定額養育費債権の制度を導入する場合の面会交流の取扱いについて、更に検討を進めてはどうか（注）。

25

(注) 父母で養育計画の取決めがされない場合、離婚成立に伴って、養育費については法定額養育費債権が生じる一方、面会交流に関する取決めはされていないといった事態が生ずるが、非監護親としては、子の利益の観点から、離婚後に速やかに必要な取決めの協議を開始することや面会交流の調停・審判の申立てをすることなどが考えられる。

30

(補足説明)

1 はじめに

35 「(1) 養育計画の作成を促進・確保する方策」の方向性については、離婚をする当事者の中には、様々な事情から、相手方との間で子に関する協議を

することさえできない状況下にいる人がいることへの配慮が欠かせないとの強い指摘や、DVや児童虐待等がある場合には、離婚前に父母間の協議を継続させるよりも、まずは離婚を成立させることこそが子の利益に適うとの指摘がある。もっとも、本来はそのような事案こそ、子の利益が害されている可能性が高いから離婚後の子の利益を図るべき重要性が特に高いにもかかわらず、離婚前に父母間で子の養育に関する協議がされない、あるいはできない事情がある故に、離婚後に非監護親から養育費の支払を全く受けることができず、子が生活に困窮するといった状況が続く結果となるのは、著しく不相当ではないかとの問題提起もされている。

5

10

本方策は、このような考え方を前提とした上で、「(1)」とは異なるアプローチとして、父母が養育計画を作成していない場合に、子の利益を最優先に考えて、離婚後の養育費が法定された額で定まることとするものである。

15

この考え方によれば、離婚時に父母間での具体的合意等が成立していないにもかかわらず、法律によって、養育費に関する具体的請求権を父母間に発生させることになるが、養育費については、子の扶養義務を負う親の地位に鑑み、離婚の成立に伴って監護親が非監護親に対して抽象的権利として当然に取得するもので、父母間の取決め等により具体化されると解されることからすれば、既に発生している抽象的請求権を法律により具体化するものであり、これを正当化することは十分に可能と思われる。

20

2 「ア 法定額養育費債権についての強制執行」について

25

仮に、このような方向性の制度を設けることとした場合には、そもそも法定額養育費債権が生ずるのは当事者間で協議をすることができない事情がある場合であることからすると、単に法定額養育費債権が定まるというだけでは父母間で任意の履行を期待することは難しいと考えられる。したがって、法定額養育費債権については、直ちに強制執行をすることができるという規律を設けなければ制度の実効性に乏しいようにも思われる。

30

そこで、本論点は、法定額養育費債権が発生している場合には、新たな裁判手続等を採用することなく、直ちに強制執行手続を申し立てることができることとしてはどうかというものである。

35

そして、強制執行のための債務名義のあり方に関し、本文では、戸籍謄本が例示されている。法定額養育費債権の発生原因は、①未成年の子を持つ父母が離婚をしたこと、②養育費の取決めがされていないことであるところ、①については既に戸籍で公証されていることから、仮に②についても戸籍で公証することとした場合には（「(注1)」）、戸籍によって債権の存在が基礎付けられていることから、戸籍謄本又はそれに基づき作成される書面を

債務名義として強制執行を申し立てることができることとすることが考えられる。

この点について、債務名義の作成に関する当事者の手続保障が問題となるが、養育費の取決めをせずに協議離婚をした場合には、法定額養育費債権が発生し、それに基づき強制執行され得ることを周知徹底することによって、義務者側に必要な認識を確保することは可能と思われ、その場合は、離婚届の作成をもっていわば執行認諾文言付きの公正証書の場合と同様のものと整理することができるものと考えられる（この点については、後記「エ」において検討している。）。

3 「イ 法定額養育費債権の金額」について

仮に法定額養育費債権の制度を設けることとした場合には、その金額の定め方についても様々な考え方があり得る。

【A案】は、個別事情を考慮に入れて計算をするものである。具体的には、法定額養育費債権の金額を算定するための数式を法定した上で、そこに個別事情に基づく数値を代入して、養育費額を算出するというものである。算定式のイメージとして、本文では、現在のいわゆる算定表に基づく実務の考え方に近い、父母双方の収入を変数とするものと、義務者のみの収入を変数とするものが掲げられている。これらのいずれであるとしても、父母又は義務者の収入をどのように認定・算定するのかといった点や、離婚時点の収入によって金額が定まるとすると事後的に収入額を確認する必要が生じ得るところ、離婚時における収入をどこに記録しておくのかといった点について、問題となり得る。

これに対し、【B案】及び【C案】は、個別の事情を考慮せずに、法定額養育費債権を子の年齢や人数によって一律に定まる、常に一定の金額として定めようとするものである。

【B案】は、標準的な父母の生活実態等を参考にした金額とするものであり、イメージとしては、例えば、父母の平均的な収入を前提に算定表で算出した金額を法定額養育費債権の額とするものである。もっとも、父母の平均的な収入をどのように把握するかという問題のほか、統計上の平均的な収入は、一部の高額所得者によって引き上げられる結果、中央値と比べるとかなり高額なのではないかといった指摘もあるところであり、また、仮に、このような規律を設けた場合には、高額な養育費債権が発生することを嫌って、そもそも協議離婚をしなくなるといった事態が生ずるおそれがある。

これに対し、【C案】は、法定額養育費債権は、その後に協議等によって取決めがされるまでの間の子の生活を保護するものであると捉え、最低限

度を保障するという観点から金額を定めるものである。

4 「ウ 法定額養育費債権と取り決められた金額との差額の扱い」について

5 仮に、法定額養育費債権制度を導入する場合には、「イ 法定額養育費債権の金額」において、いずれの案を採用した場合であっても、後に家庭裁判所で全事情に基づいて審理をした結果、異なる金額が定められるということがあり得る。このような場合に、それまでの法定額養育費債権と、その後

10 に定められた金額の差額の取扱いについても、検討をする必要がある。なお、本論点は、例えば、法定額養育費債権を常に一定の金額とする場合には事後的な清算の必要性が高くなるといったように、「イ」の論点と強く関連するものと

15 であると考えられる。また、仮に、離婚後の相当期間が経過してから初めて、家庭裁判所で養育費額が定められたような場合、その金額をもって時期や条件の異なる離婚当初からそのまま当てはめて清算することが相当なのかといった点も問題となり得る。そのような観点から、【A案】及び【B案】では清算を求めることができる期間を限定している。

【A案】は、法定額養育費債権が、後に定められていた金額を超えていた場合には、養育費の義務者から権利者に対する過払い金の返還を認め、反対

20 に、後に定められていた金額に不足していた場合には、権利者から義務者に対する不足分の追加請求を認めるというものである。法定額養育費債権を、いわば仮払い的な性質のものと捉え、双方向での清算を可能とするものである。

【B案】は、権利者からの不足額の請求は認めることとしつつも、義務者からの過払い金額の請求は認めないこととするものである。基本的には、

25 【A案】と同様の発想に立ちつつ、過払い金の返還請求を認めた場合には、子の生活を害するおそれがあることから、これを認めないこととするものである。法的には、父母が養育費の定めをしていない場合には、離婚に伴って最低でも法定額養育費債権の範囲では具体的権利が発生し、事後の個別の事情に応じて、それよりも高い金額の権利が発生し得ると整理すること

30 になるものと考えられる。

なお、【A案】及び【B案】のいずれを採用するとしても、清算の考え方については、①離婚時から現在までの養育費請求権の存在及び額を実際に認定した上で、その差額を清算することとするのか（実体法的清算アプローチ）、②過去の養育費請求権の存在及び額は前提とせず、養育費額が認定

35 されたことを要件に、法定額債権との差額に関する請求権が発生することとするのか（政策的清算アプローチ）という理論的な問題が生ずる。

【C案】は、法的安定性の見地から、いずれからの清算も認めないというものである。法的には、法定額養育費債権は確定的なものとして発生することと捉え、その後の別途の養育費の取決めは、取決め時点以降の養育費額の変更と捉えることになるものと考えられる。

5

5 「エ 義務者の手続保障」について

仮に、法定額養育費債権の制度を設け、直ちに強制執行を可能とするといった制度を設けた場合には、義務者にとって不測の事態が生ずるといったことが起こらないように、義務者において十分に理解をした上で協議離婚をするという制度を構築する必要がある。

10

その方法としては、一般的な広報周知のみではなく、義務者により明確に自覚させる方策を検討することが相当であり、例えば、離婚届出時に、養育費についての取決めがないことを届け出る場合には、法定額養育費債権が発生し、それによって強制執行をされ得ることを認識している旨の文言に署名をさせるといった慎重な方法などが考えられる。なお、仮にこのような制度とした場合には、当該離婚届は、執行認諾文言付き公正証書に近い性質のものとなるものと考えられ、それに基づく戸籍の記載の証明書を債務名義とすることについて、現行制度との距離が短くなるものと考えられる。

15

20 6 「オ 面会交流の扱い」について

仮に法定額制度を設けることとする場合には、面会交流についても同様に、いわばデフォルトルールを決めてはどうかとの考え方があり得る。もっとも、あるべき面会交流については、個別事情によるところが極めて大きく、法律で面会交流の条件（日時、頻度、交流時間の長さ、引き渡しの方法等）を具体的に定めることは困難であり、また、そのような条件に基づいて強制執行まで認めるといったことには相当慎重な検討を要するものと考えられる。なお、仮に、「イ」の【C案】を採用した場合には、法定額養育費債権として最低限度を保証するという発想との関係で、例えば、電話による通話や手紙のやりとりといった間接的な交流を同様のデフォルトルールとして定めるという考え方もあり得ると思われるが、このような規律を設けた場合には、このような交流で足りると捉えられ、かえって直接的な面会交流の取決め等を阻害することになりかねないと思われる。

25

30

35

この点については、「(注)」でも指摘されているとおり、法定額養育費債権制度は、離婚時に取決めがない場合に、子の経済的生活の確保という子の利益のための当面の方法に過ぎない。子の利益の観点からは、離婚後に速やかに子のために必要な養育計画が確保されるための手続がとられることが

望まれることになる（注）。

5

（注）児童の権利条約第9条第3項は、「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。」と定めているところ、この点に関し、我が国が条約上の義務として面会交流の促進・確保を進めていかなければならないのではないかとの指摘もされているところであり、面会交流の取決め確保策の在り方については、更に検討を要する。

(3) 上記(1)及び(2)を組み合わせた方向性

上記(1)の方向性と上記(2)の方向性を組み合わせることとして、基本的には、上記(1)の方向性によって、養育計画の作成を促進・確保しつつ、それ
5 にもかかわらず養育計画が作成されない場合には、上記(2)の方向性によ
って、少なくとも養育費は離婚後直ちに子に支払われるような制度を創
設する方向性についても、更に検討を進めてはどうか。

(補足説明)

「(1) 養育計画の作成を促進・確保する方策」は、養育計画の作成を向上
10 させる効果を期待することができる。本来、養育計画は当事者双方が
協議の上で納得して作成した方が、任意の履行を確保・期待することもでき、
子の利益の観点から望ましいものと考えられる。もっとも、これまでも述べ
たように、DVがある場合等にまで養育計画を定めなければならないこと
15 とするのは、必要な場合であっても協議離婚を難しくする点だけでなく、子
にとって適切な内容の養育計画が定められることを期待しがたいという点で
も、一律に養育計画の確保を図ろうとすることは適当でない。そうすると、
この方向性のみで検討した場合には、本来、最も保護や支援が必要と考えら
れるDV被害者等のひとり親家庭について、養育計画が定められておらず、
非監護親に養育費の請求すらできないという事態が生じかねない。

これに対し、「(2) 子の養育に関する事項が当然に定まることとする方策」
20 の方策であれば、父母の事情にかかわらず、離婚後直ちに一定の養育費債権
が発生することとなり、子の生活費の一部がまかなわれることとなる。もっ
とも、この方向性で進める場合であっても、取決めの実効性という観点から
は、父母の協議によって納得の上で養育計画を定め、互いにそれに従って子
25 を養育することが望ましいことはいうまでもない。したがって、この方向性
が本来的に法定額養育費債権の対象として想定しているのは、父母間の高葛
藤により父母間で取決めをすることができなかつたり、DV等の理由で取決
めをしようとするのが相当でないといったような場合であるもといえる。

そうすると、「(1)」と「(2)」の方策は互いに排反するものではなく、補完し
30 合うものであると考えられるところ、例えば、可能な限り、父母による養育
計画の作成を促進・確保しつつ、養育計画を作成することができない父母に
ついては、まずは法定額養育費債権が発生させるといった、両者を組み合わ
せた方向性も考えられる。

3 父母の別居に関する規律の在り方

父母が別居をした場合において、少なくともその一方が婚姻関係を解消することを求めているときの当該別居の民事実体法上の位置付けについて、養育計画の作成を促進・確保する観点から、更に検討を進めてはどうか
5 (注)。

(注) 仮にこのような制度を設け、当該別居期間中についても離婚後のひとり親支援と同様に支援の対象とする場合には、公的支援の詐取を目的とする届出を防止する観点から、期間、回数等の制限や、記録化等の在り方について、更に検討をする必要がある。
10

(補足説明)

我が国では、父母の離婚に先立って別居が先行することが多く、別居期間中に子の養育に関する協議や取決めがされることもある一方、別居の開始により父母間や親子間の連絡・交流が不十分となり、その後の離婚時まで養育計画の作成がされないままに離婚に至る事例もあるとの指摘がある。そうすると、父母の離婚後の養育計画の作成を確保する観点からは、協議離婚時のみでなく、それに先立つ別居段階においても、「1」のような子の養育に関する情報提供等を行うことが考えられ、現行法では規律の設けられていない別居の問題について、その後に離婚に至ることも視野に入れて何らかの手当をする必要があるとの指摘がある。また、関連する問題として、別居期間中には、子と同居する一方の親が十分な公的支援を受けることができず、そのことが同期間中の子の貧困の一因となっているとの指摘や、その結果として、早く公的支援(児童扶養手当等)を受けるために養育計画を定めないままで協議離婚を成立させることが少なくないとの指摘があり、養育計画の協議等が可能となるためには、経済的な面でも安全かつ落ち着いた環境が確保されている必要があると考えられる。
15
20
25

そこで、これらの指摘を踏まえ、父母の別居のうち、少なくともその一方が婚姻関係を解消することを求めている場合には、いずれか一方による別居の届出制度を導入し、その届出を受けて子の養育に関する必要な情報提供、養育ガイダンスを実施するとともに、併せて、届出があった後の別居期間については、離婚後のひとり親支援と同様の支援の対象とすることなどが考えられる。もっとも、このような制度については、別居の動機や形態は多様であることから、婚姻関係の解消を前提とした別居のみについての規律を設けることが可能かという観点のほか、婚姻期間中に公的支援を不正に受けることを目的とする制度の濫用も考え得ることから、例えば、期間や
30
35

回数に上限を設けることや、届出履歴を記録する制度を設けること等、濫用事例への対策が必要となる。

5 なお、この点については、むしろ、離婚後の子の養育の在り方について検討するための期間として、韓国のように（注）、離婚を認めるに先立って一定の熟慮期間の経過を必須のものとするという考え方もあるが、協議離婚の多い我が国では、離婚までに一定の期間を必要的なものとするに社会的合意があるとは考えにくく、むしろDV事案等では速やかに離婚を成立させるべきとの指摘もあることから、このような方向性は本文には記載していない。

10

（注）韓国の同種制度の概要

協議離婚をしようとする者は、①離婚意思確認の申請を家庭法院（家庭裁判所）に行った後、②家庭法院の提供する離婚に関する案内を受けた上で、③養育すべき子がいる場合には、離婚に関する案内を受けた日から3か月以内に、子の養育に関する事項について協議をして、協議書を家庭法院に提出した上で（協議ができなかった場合は、家庭法院の決定書を提出した上で）、④（離婚意思の確認を家庭法院に申請して離婚に関する案内を受けた日から）3か月の熟慮期間経過後の指定期日に、家庭法院において離婚意思の確認を受ければ、⑤協議離婚の届出をすることができる。なお、未成年の子がない場合には、④の熟慮期間は1か月になり、DV等の認定がされた場合には、④の熟慮期間は免除又は短縮される場合がある。

15

20

25

第6 養育計画の取決めの実効性確保に関する論点
【準備中】

5 第7 父母が別居をする場合の規律の在り方
【準備中】

10 第8 子の養育をめぐる問題について子の意思や意見を反映させるための方策
【準備中】

第9 未成年養子縁組を中心とした養子制度について

未成年の子を養子とする普通養子縁組（未成年養子縁組）について、必ずしも未成年者の利益に合致するとはいえない運用がされているのではないかとの指摘があることを踏まえ、未成年養子縁組を中心とする養子制度の在り方について、以下の各論点について、更に検討を進めてはどうか。

（補足説明）

平成29年7月に立ち上げられた「特別養子を中心とした養子制度の在り方に関する研究会」（以下「養子研」という。）は、もともと、特別養子制度の在り方についての検討を中心としつつも、養子制度全般の在り方について検討をすることを予定して立ち上げられたものである。もっとも、その検討の過程では、特別養子制度について早期の見直しを求める声が高まっていた一方で、普通養子制度を含めた養子制度全般については、論点が多岐にわたる上に、見直しの方向性について早期にコンセンサスを得ることが困難と考えられるものも多かった。そこで、養子研では、まず、特別養子制度のうち養子となる者の年齢の上限等の喫緊の課題について先行して検討を進められ、平成30年6月に、その成果が「特別養子を中心とした養子制度の在り方に関する研究会中間報告書」（以下「養子研中間報告書」という。）に取りまとめられた（養子研中間報告書は、同月に設置された法制審議会特別養子制度部会における検討の資料とされ、特別養子縁組における養子となる者の年齢の引上げや、特別養子縁組の成立の手続に関する規律の見直しの点について、令和元年民法等の一部を改正する法律の改正として結実した。）。

このような経緯から、養子研中間報告書では、普通養子制度に関する論点については、残された論点として列挙されるにとどまっており、この点に関する検討は今後の課題とされたものである。もっとも、この中には、いわゆる連れ子養子の問題など父母の離婚後の子の養育の在り方とも密接な関連を有するものも含まれているし、子の利益の観点から、見直しを検討する必要があるものもある。

そこで、本研究会では、養子研において積み残しとされていた課題を引き継ぎ、未成年養子縁組を中心に検討を行った。

1 未成年養子縁組の基礎的検討

(1) 未成年養子縁組の目的

ア 制度趣旨及び縁組意思

未成年者は、養親となる者から養育を受けることが、当該未成年者の

利益となる場合に限り、養子となることができる旨の規律を設けることとしてはどうか。

未成年養子縁組における縁組意思を、養親となる者が養子となる者を養育する親子関係を形成しようとする意思と捉えることとしてはどうか。

5

イ 未成年養子縁組制度の趣旨の周知

未成年養子縁組の制度趣旨についての周知の在り方について、更に検討を進めてはどうか。

10

(2) 未成年養子縁組の効果

ア 縁組後の親権に関する規律

未成年養子縁組が成立した場合の養子に対する親権について、当事者の選択により、養親が行使することとするとも、実親が行使することもできることとする規律を設けることについては、引き続き状況を見守ってはどうか。

15

その上で、未成年養子縁組後の親権の在り方に関し、例えば、以下のような規律を設けることとしてはどうか。

① 養子に対する親権は、専ら養親（複数回の縁組がされている場合には、その最後の縁組に限る。）が行使する（注1，2）。

20

② 上記①の場合において、親権を行使する養親の配偶者が養子の親である場合（親権者でない親の配偶者が連れ子養子をした場合も含む。）には、養子に対する親権は、養親及び当該配偶者が行使する。

③ 上記②の場合において、養親と実親とが離婚をするときについては、父母が離婚をする場合と同様の規律を置く。

25

④ 未成年養子縁組がされた場合において、親権を行使する者が全て死亡したときは、養子について未成年後見が開始する。この場合において、他の親は親権者の変更の申立てをすることができる。

30

（注1）未成年養子縁組成立後にも、実親が養親による親権行使に干渉することがあるとの指摘があることを踏まえ、親権に関する一般的な規律として、親権を行使する者は、その親権行使を妨害する者がいるときは、その妨害を排除することができるとの規律を設けることが考えられる。

（注2）本規律において「行使する」との文言を用いているのは、親権は全ての父母に帰属していると整理することとした上で、その行使をする者を定める規律を整理しているからである。もっとも、このような整理をする場合には、他の場面

35

における親子関係に関する規律についても整理をすることとなるものと思われ、その影響の及ぶ範囲についても慎重な検討が必要になるものと考えられる。

イ 関連する論点

5 上記「ア」のような規律の整備を行う場合には、①父母の離婚後に親権者が死亡したときの他方の親の親権に関する規律等、未成年養子縁組に直接関係しない場面における親権の在り方や、②連れ子養子縁組をしないときにおける親権者の配偶者による子の養育に関する規律等、
10 連れ子と再婚相手との関係のうち親権の在り方と関連性の高いものについても併せて整理してはどうか。

ウ 相続権

未成年養子縁組が成立した場合における実親子間の相続に関し、以下の二案を中心に更に検討を進めてはどうか。

15 【A案】縁組当事者の選択によって、養子と実方の親族との間の相続権（いずれか一方向又は双方向）を消滅させることができることとする制度を設ける（注）。

【B案】未成年養子縁組が成立した場合には、養子から実親に対する推定相続人の廃除について、要件を緩和する方向での特例を設ける。

20

（注）仮にこのような規律を設けることとする場合には、実親の相続に関する期待権にも影響が生ずることから、何らかの関与を手続的に保障する必要があるものと思われる。

25 （補足説明）

1 「(1) 未成年養子縁組の目的」について

(1) 未成年養子縁組の制度趣旨

未成年養子縁組が成立すると、養親が養子の親権を有することになることからすれば（民法第818条第2項）、未成年養子縁組は、養親が養子を養育することによって、養子の利益を図るための制度と捉えるべき
30 ものと考えられる。もっとも、民法の規定において、未成年養子縁組が養子の養育のためにされるべきものであることを直接規定する条文は見当たらないし、民法第798条本文において、未成年養子縁組については原則として家庭裁判所の許可を得なければならないものとされているもの、
35 その許可の基準や考慮要素については、何ら定められていない。

この点について、本研究会における検討の過程では、例えば、相続税の

5 節税を目的とした未成年養子縁組であって、実際には養親が養子を養育する意思がおよそないというような類型について、縁組の結果として養子が相続によって経済的利益を得ることができることをどのように評価すべきかという点も検討されたが、そのような経済的利益は、未成年養子縁組が実現しようとしている養子となる者の利益とは異なるものと考え

10 5 5
そこで、本文では、未成年養子縁組は、「養親となる者から養育を受けることが、当該未成年者の利益となる場合」についてのみ成立させることとしてはどうかとの考え方が示されている。本論点は、未成年養子縁組制度の基本的な制度趣旨を提示するものであり、この趣旨は、「**2(4)ア 裁判所の許可基準**」において制度的に担保されることが想定されている。

15 5
なお、仮に、現行制度下において、例えば、節税あるいは相続権の付与等を専らの目的とする未成年養子縁組に一定のニーズがあるのだとすると、本方策のように、養親が養子を養育する目的以外での未成年養子縁組を認めないことを明確にする場合には、これらのニーズをどのような制度で受け止めるべきかという問題が生ずる。もっとも、この問題は、未成年養子縁組に限定されたものではなく、普通養子制度全体に関わる問題であって、養子制度以外の別の方策による可能性も含めて検討されるべきものと考えられることから、未成年養子縁組を中心に検討する本研究会ではこれ以上の検討は行わず、普通養子制度全体についての検討を行う際の残された課題としたい。

(2) 縁組意思について

25 5
本研究会では、当初、養子となる者が未成年であるか否かを問わず、普通養子縁組一般について、縁組意思に関する規律を設けることができないかが検討された。しかしながら、実際に普通養子縁組をする際の動機は、家名の存続、相続による財産の承継、扶養義務の発生等、様々なものが考えられる上に、社会通念上の親子の有り様は子の年齢等によって大きく変わってくることから、普通養子縁組一般を前提とすると、縁組意思の内容について特定の方向性を見いだすのは難しいのではないかとの指摘がされ、その方向での検討は断念された。

30 5
他方で、対象を未成年養子縁組に限定すれば、上記1でも述べた、養親が養子を養育することによって、養子の利益を図るための制度であるという理解に概ね異論がなかったことから、それを前提として、そのような親子関係を創設する意思を縁組意思として整理することができるものと考えられた。このような観点から、本文では、未成年養子縁組の縁組意思

を「養親となる者が養子となる者を養育する親子関係」と捉える考え方を提示している（注）。

5 (注) 最高裁平成29年1月31日判決民集71巻1号48頁は、「相続税の節税のために養子縁組をすることは、このような節税効果を発生させることを動機として養子縁組をするものにほかならず、相続税の節税の動機と縁組をする意思とは、併存し得るものである。したがって、専ら相続税の節税のために養子縁組をする場合であっても、直ちに当該養子縁組について民法802条1号にいう「当事者間に縁組をする意思がないとき」に当たるとすることはできない。」と
10 判示している。もっとも、この点について、中野琢郎「最高裁判所判例解説」（法曹時報70巻4号249頁）は、「本判決の判文からすると、本判決は、節税の動機があれば縁組意思が肯定されると判断したものではない。いわゆる借養子縁組を無効とした前掲最一小判昭和23年12月23日は、『たとえ養子縁組の届出自体については当事者間に意思の一致があつたとしても、それが単に他の
15 目的を達するための便法として仮託されたものに過ぎないときは、養子縁組は、効力を生じない。』としており、この判決の内容からすれば、相続税の負担軽減のための便法として、養子縁組を仮装したような場合には、養子縁組が無効となるものと思われる。」としている。

20 上記平成29年判決では、どのような場合に、上記の「単に他の目的を達するための便法として仮託されたものに過ぎない」と評価されるかという点は明らかにされていないが、本文に記載した考え方によれば、当事者間に「養親となる者が養子となる者を養育する親子関係を形成しようとする意思」の合致がなければ、縁組意思は認められないということになると考えられる。

25 (3) 「イ 未成年養子縁組制度の趣旨の周知」について

現行法でも、未成年養子縁組は、養親が養子を養育することによって、養子の利益を図るための制度であると解されていることから、「ア」の規律は、基本的にはこのような理解を改めて確認するものと位置付けられる。

30 しかしながら、検討の過程では、例えば、特に連れ子養子の場面について、社会の実態としては、当該養子縁組は、あたかも、実親と養親との婚姻関係の存続を前提とするものであるかのように誤解されており、実親と養親とが離婚をした場合には、縁組についても離縁するものだと捉えられているのではないかとの指摘があったところであり、上記のような
35 未成年養子縁組の趣旨が十分に理解されていないようにも思われる。

そこで、制度趣旨を明らかにする規律を設けるだけではならず、未成年

養子縁組の制度趣旨の啓発の在り方について、引き続き検討を行う必要があるものと考えられることから、本文では、このような周知の在り方について更に検討を行うことを提案している。

5 2 「(2) 未成年養子縁組の効果」について

(1) 「ア 縁組後の親権に関する規律」について

本研究会における議論の過程では、節税を目的とする孫養子等では、実際には養親が養子を監護していない場合もあると考えられるところ、現実の監護者と親権者とが一致していないことによって子に不都合が生ずるおそれがあるとの観点から、未成年養子縁組をした場合には、当事者の選択によって、縁組後の親権を行使する者を実親又は養親のいずれと定めることもできるとの規律を設けることも検討された。しかしながら、上記1のとおり、未成年養子縁組制度を「未成年養子縁組は、養親が養子を養育することによって、養子の利益を図るための制度」と捉えることとする以上は、養親が親権を行使しない未成年養子縁組を認めるのは困難であると考えられる。そこで、この点については、現時点では検討を進めないこととされたことから、本文では、「引き続き状況を見守ってはどうか。」とされている。

もっとも、未成年養子縁組後は、養親が親権を行使するという現行の規律を維持するとしても、現行法下において、連れ子養子の場合の親権の所在や、連れ子養子をした後に実親と養親とが離婚した場合の親権の所在については、明確な規律がない。

また、令和元年の特別養子制度の見直しに向けた検討過程において、要保護児童についての社会的養護の手段として、普通養子制度が利用されにくい理由について、実親子関係が存続する普通養子縁組では、縁組成立後も、実親による養親子関係への介入のおそれがあることから、養親候補者が普通養子縁組を敬遠する傾向があるとの指摘があったことが紹介され、未成年養子縁組成立後の実親の地位について明らかにする規律を設けるべきとの意見もあったところである。

これらを踏まえ、本文では、未成年養子縁組後の親権に関する規律を提示している。

まず、「①」は、未成年養子縁組後の養子の親権については、養親が行使することを規律するものである。「行使する」という文言を用いているのは、未成年養子縁組については、全ての親が潜在的に親権を有しているという整理をした上で、そのうち親権を行使することができるのが養親のみであることを表現しようとするものである。このような理解は、「④」

の規律の前提となるものである。なお、同一の子について複数回未成年養子縁組が行われている場合には、最後の縁組によって養親となった者が親権を行使することとすべきものと考えられることから、「(複数回の縁組がされている場合には、その最後の縁組に限る。)」との規律を設けている。

5

「(注)」は、未成年養子縁組がされている場合であっても、実親が養親による親権行使に干渉することがあるとの指摘に対応するものである。親権を行使する者が、それ以外の者に対して、親権行使を妨害しないように求めることができるのは、養子縁組の場面に限ったものではないことから、この点に関する規律は、未成年養子縁組の効果としての規律ではなく、親権に関する一般的な規律で検討されるべきものと考えられることから、そのような方向性を提示するものである。

10

「②」は、いわゆる連れ子養子縁組がされた場合の規律であり、養親とその配偶者とが親権を共同行使することとするものである。「(親権者でない親の配偶者が連れ子養子をした場合も含む。)」との部分は、例えば、父母の離婚時に父が親権者とされている場合において、非親権者である母の再婚相手と子が養子縁組をした場合には、当該養親と母との共同親権となることを示すものである。

15

「③」は、連れ子養子縁組の場合において、親権を共同行使する実親と養親とが離婚をするときの規律であり、離婚によって自動的に養親又は実親のいずれかに親権を行使させるといったような規律は置かず、父母が離婚をする場合と同様の規律を置き、個別に調整させることとするものである。

20

「④」は、未成年養子縁組がされた場合において、親権を行使する者が全て死亡したときの規律であり、基本的には未成年後見が開始することとしつつも、他の親による親権者変更の申立てを認めるものである。「①」の規律において、他の親も潜在的な親権者であると理解したことを前提とするものである。なお、親権者変更の申立ての時期は、未成年後見人選任の後でもよいこととしている。

25

30

(2) 「イ 関連する論点」について

現行法については、例えば、父母の離婚後に親権者とされた方が死亡した場合に、他方の親が親権者となることができるか否かという点に関する規律が欠けていること等(注1)、未成年養子縁組に直接関係しない場面における親権の在り方や、親権者の再婚に際して連れ子と再婚相手との間に養子縁組がされていない場合に、再婚相手が連れ子の養育に関与

35

できるか等（注2）、連れ子と再婚相手との関係のうち親権の在り方と関連性の高いものについて、規律が明らかでないものがあるとの指摘がある。

5 仮に「ア」の方向で、未成年養子縁組後の親権について整理を行う場合には、規律全体の均衡の観点から、これらの点についても規律の整理を行うことが考えられることから、本文では、この点についての更なる検討を提案している。

10 (注1) 父母の離婚後に、親権者となった一方の親が死亡した場合に、他方の親が親権者となることができるかという点については、学説上は、①未成年後見が開始し、他方の親が親権者となることはできないとする考え方、②他方の親の親権が当然に復活するという考え方、③未成年後見人の選任の前に限って、他方の親が親権者として適任であれば、親権者の変更を認めるという考え方、④後見人選任の先後を問わず、生存親に親権者変更をすることができるという考え方等があるとされており、かつては上記①が通説的であったが、近時は、学説・実務上も④が多数説になっているとの指摘がある（松川正毅＝窪田充見編「基本法コンメンタール親族〔第2版〕」240ページ〔白須真理子〕）。

15 (注2) 親権者の再婚相手は、連れ子養子縁組をしない限り親権を行使することができないことは明らかであるが、実際に同居生活を送ることになる可能性が高い関係性について何らかの規律をする必要があるかが問題となる。なお、親権者の再婚相手と子とは、一親等の姻族関係になるから、親族であって、特別の事情があれば、家庭裁判所が扶養義務を負わせ得る関係性にある。

25 (3) 「ウ 相続権」について

令和元年の特別養子制度の見直しに向けた検討過程においては、要保護児童の社会的養護の手段として普通養子縁組が利用されづらい理由として、養親候補者の中には、仮に、養親が死亡して養子はその財産を相続した後に、実親より養子が先に死亡した場合に、実親（実方の親族）がその財産を相続することになるおそれがあることに強い抵抗感を持つ人が多いとの指摘があったことを踏まえ、養親子間に相互の相続権を生じさせない未成年養子縁組制度を創設してはどうかとの考え方が紹介された。しかしながら、この点については、養親の子の中に相続権がある者となない者がいることになることは、偏見を生じさせるおそれがあるのではないかと、慎重な検討を要するとの指摘があった。

35 他方で、比較的年齢の高い子が特別養子縁組を望む理由として、実親の負の財産に関する相続問題に関わりたくないことが挙げられるとの指摘

があった。このような実情に照らすと、未成年養子縁組において、養子の
実親に対する相続権を消滅させることには一定のニーズがあるようにも
思われる。また、これとは逆に、実親の養子に対する相続権も消滅させる
こととした場合には、上記で述べた、養親の財産が養子を経由して実親に
5 相続されるという事態も避けることができる。そこで、本文では、この点
について、二案を提示している。

【A案】は、未成年養子縁組について、縁組の当事者の選択によって実
親子間の相続権を失わせることができることとする規律である。「(いず
れか一方向又は双方向)」とは、当事者の選択によって、実親から養子へ
10 の相続、養子から実親への相続、その両方のいずれにもすることができる
という趣旨である。なお、仮に、このような方向で検討を進める場合には、
「(注)」のとおり、相続権を失う実方の親族(特に実親)について何らか
の手続保障を与える必要があると考えられるほか、扶養義務を負うにも
かかわらず相続権がないという状況をどのように考えるか、相続権を消
15 滅させる未成年養子縁組と特別養子縁組との違いをどのように整理する
かといった点も問題になるものと考えられる。

これに対し、【B案】は、養子縁組の効果としてではなく、未成年養子
縁組が成立した場合について、養子から実親に対する推定相続人の廃除
を認めやすくすることによって対応しようとするものである。具体的には、
20 現行法において、推定相続人が「被相続人に対して虐待をし、若しくは
これに重大な侮辱を加えたとき、又は推定相続人にその他の著しい非
行があったとき」とされている要件について、実親が子に対して適切な監
護をしていない事情を広く取り込めるような形で拡大することなどが考
えられる。

25

2 未成年養子縁組の成立

(1) 民法第792条及び民法第793条関係（養親となる者の下限年齢の引上げ、養親子間の年齢差）

未成年養子縁組における養親となる者の年齢や、養親子間の年齢差に関する規律の在り方については、引き続き状況を見守ってはどうか。

(2) 民法第795条ただし書関係（未成年者を養子とする場合の夫婦共同縁組の例外の拡大）

民法第795条の規律を改め、配偶者のある者が未成年養子縁組をする場合であっても、「配偶者の子を養子とする場合」には、配偶者とともにしなくてもよいものとしてはどうか（注）。

「夫婦で共同して監護することができない事情がある場合」を夫婦共同縁組の例外としてはどうかとの考え方については、引き続き状況を見守ってはどうか。

（注）仮にこの方向で検討を進める場合には、特別養子縁組に関する民法第817条の3第2項についても同様の見直しをすることが考えられる。

(3) 民法第797条関係

ア 代諾縁組の制度

民法第797条の「十五歳」という年齢を引き下げることや、養子となる者が十五歳未満であっても一定の年齢に達していれば、養子となる者の意向を聴かなければ未成年養子縁組をすることができないこととするについて、更に検討を進めてはどうか。

イ 代諾権者及び同意権者

未成年養子縁組については、全ての父母が養子縁組に関与しなければならないこととするについて、全ての父母が子の養育について適切な意見を述べるができるかといえるのかは慎重な検討が必要であるとの意見があることも踏まえつつ、更に検討を進めてはどうか（注）。

（注）このような方向で検討を進め、例えば全ての父母の同意を必要とする場合には、親権を制限されている親についても関与させることとすべきかという点や、仮に全ての親の同意を要することとした場合には、全ての父母の同意が得られないときに、例外的に縁組を成立させる余地を認めるかといった点についても検討

を要する。

ウ 養子となる者が15歳以上の未成年養子縁組

5 養子となる者が15歳に達している場合に、法定代理人の同意を未成年養子縁組の要件としてはどうかとの考え方については、引き続き状況を見守ってはどうか。

(4) 民法第798条関係

ア 裁判所の許可基準

10 家庭裁判所は、縁組が子の利益のために必要である場合に限り民法第798条の許可をすることができることとした上で、その判断に当たっては、縁組の動機、子が縁組をすべき事情、養親の養育能力、養親と養子となる者の適合性等を考慮しなければならない旨の規律を設けることとしてはどうか。

15 また、その際には、養親となる者が養子となる者を一定期間監護した状況を考慮しなければならないこととするについて、更に検討を進めてはどうか。

イ 例外要件の見直し

20 未成年養子縁組について、家庭裁判所の許可を要しないこととされている民法第798条ただし書の規律について、以下の三案を中心に更に検討を進めてはどうか。

【A案】未成年養子縁組をする場合には、常に家庭裁判所の許可を得なければならないこととする方向性

25 【B案】未成年養子縁組をする場合には、家庭裁判所の許可を得なければならないが、配偶者の子を養子とする場合は、この限りでないこととする方向性

【C案】現行法の規律を維持する方向性

30 (補足説明)

1 「(1) 民法第792条及び民法第793条関係(養親となる者の下限年齢の引上げ、養親子間の年齢差)」について

(養親となる者の年齢)

第792条 成年に達した者【二十歳に達した者：令和4年4月1日以降】は、養子をすることができる。

(尊属又は年長者を養子とすることの禁止)

第793条 尊属又は年長者は、これを養子とすることができない。

5 養子研中間報告書では、未成年養子縁組は未成年者の養育のために行われるべきものであることを前提として、養親となる者が未成年者を養育するために十分に成熟していることを確保するため、未成年養子縁組について、養親となる者が一定の年齢に達していることを要件とするという考え方や、養親子間に一定の年齢差があることを要件にするという考え方が論点として掲げられていた。

10 もっとも、この点については、同報告書以降の法改正の際にも問題となっており、まず、養親となる者の年齢については、平成30年民法改正前の民法第792条において、成年に達した者(20歳)でなければ養子とすることができないこととされていたところ、同改正によって成年年齢が18歳に引き下げられた際にも、上記のとおり、養親となる者は20歳に達していなければならないという規律が維持された。同改正に関する調査審議を行った法制審議会民法成年年齢部会では、養親年齢について、
15 ①成年年齢とともに18歳に引き下げる、②20歳を維持する、③引き上げるという3つの方向性が議論されたが、養親になることは他人の子を法律上自己の子として育てるという重い責任を伴うことであること等を考慮すると、養親年齢を18歳に引き下げるのは適切でないと考えられることや、20歳という制度で特段不都合が生じていないことを理由として、20歳を維持するという考え方が採用されている。

20 また、養親子間の年齢差の点については、令和元年民法等一部改正に関する調査審議を行った法制審議会特別養子制度部会において、特別養子縁組における養子となる者の上限年齢の引上げに際し、養親子間の年齢差についての検討がされたが、法律で一律に定めるよりも、個別具体的な
25 事案に応じ、家庭裁判所が、実親子関係と同様の実質的な親子関係を形成することにより子を養育するという特別養子制度の趣旨に照らして、養親となる者の適格性を判断する際に、養親子の年齢差を考慮することとされ、このような要件は設けられなかったものである。

30 これらの経過に照らせば、現時点では、養親となる者の下限年齢や、養親子間の年齢差については、直ちに見直しをすべき必要があるとはいえないと考えられることから、本文では、引き続き、未成年養子縁組の利用状況等の状況を見守ることが提案されている。

2 「(2) 民法第795条ただし書関係(未成年者を養子とする場合の夫婦

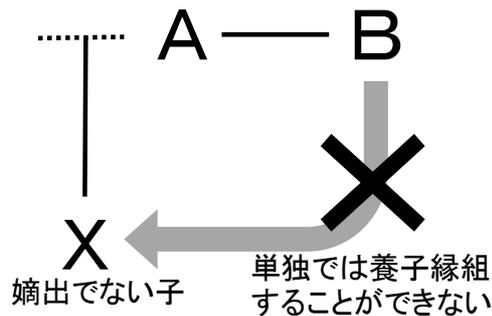
共同縁組の例外の拡大」について

(配偶者のある者が未成年者を養子とする縁組)

第795条 配偶者のある者が未成年者を養子とするには、配偶者とともにしなければならない。ただし、配偶者の嫡出である子を養子とする場合又は配偶者がその意思を表示することができない場合は、この限りでない。

(1) 配偶者の嫡出でない子を養子とする場合

- 5 民法第795条によれば、配偶者の嫡出でない未成年の子を養子とする場合には、夫婦共同縁組をしなければならないから、例えば、嫡出でない未成年の子Xを有するAがBと婚姻した場合において、BがXを養子としようとするときは、Aとともに共同縁組をしなければならないということになる。



10

しかしながら、実子との間で養子縁組をすることは、実親にとって心理的な抵抗感が大きいとの指摘がある。

15

また、民法第795条の現在の規律は、昭和62年民法改正によって現在の規律になったものであるが、これは、嫡出子と嫡出でない子の法定相続分が異なっていた当時、実親（上図でいうA）が自己の嫡出でない子を養子として嫡出子の身分を取得させることは、同人の法律上の地位を向上させることになると考えられたためである。そうすると、嫡出子の相続分と嫡出でない子との相続分とに区別がなくなった現在では、このような制度を維持する必要性がなくなっているとの指摘もある。

20

そこで、本文では、配偶者の未成年の子を養子とする場合には、その子が嫡出でない未成年者であっても、単独で養子縁組をすることができることを提案している。

なお、この点については、特別養子縁組に関する民法第817条の3においても同様の問題がある。

(2) 夫婦で共同して監護することができない事情がある場合

本研究会の議論の過程では、養親となる者に配偶者がいる場合であっても、夫婦が共同して監護することができない事情があるときは、当該縁組が未成年者の利益に適うものか否かは家庭裁判所の許可の手続で判断されることを前提に、配偶者の同意があれば、単独で養子縁組をすることができることとしてはどうかとの考え方が提示された。

この点については、「夫婦で共同して監護することができない事情がある場合」が、夫婦仲が悪化している場合等を意味するのであるとすると、そのような場合に、養親が養子となる者を適切に養育することができるかについては慎重に検討する必要があるとの意見があった。また、本研究会で実施したヒアリングでは、家庭内の不和の状況が子に与える影響の大きさについて指摘されていたことからすると、そのような状況下に養子を置くことは典型的に子の利益に反する可能性が高いというべきであると考えられる。

そこで、この点については、直ちに見直しをすべき必要があるとはいえないと考えられることから、本文では、引き続き、未成年養子縁組の利用状況等の状況を見守ることが提案されている。

3 「(3) 民法第797条関係」について

(十五歳未満の者を養子とする縁組)

第797条 養子となる者が十五歳未満であるときは、その法定代理人が、これに代わって、縁組の承諾をすることができる。

2 法定代理人が前項の承諾をするには、養子となる者の父母でその監護をすべき者であるものが他にあるときは、その同意を得なければならない。養子となる者の父母で親権を停止されているものがあるときも、同様とする。

(1) 「ア 代諾縁組の制度」について

代諾縁組の制度については、養子研中間報告書において、15歳未満の者にも意思を表明する機会を保障すべきとの考え方が記載されており、そこでは、15歳という年齢について、現行法上、遺言(民法第961条)、子の氏の変更(民法第791条)とともに、身分行為能力の一つの標準とされている年齢であるとしつつも、養子縁組については、実質的に養親となる者の縁組意思に同意するかどうかを判断することができれば足りることから、自ら遺言や氏の変更をする場合とは異なる

り、より低い年齢でもその意思を尊重され得ることが指摘されていたところである。この点については、本研究会における検討の過程でも、未成年養子縁組において、養子は、養親に対する扶養義務を負うといった関係性よりも、養親から養育を受けるという関係性が中心となること

5

ことからすれば、未成年養子縁組における養子となる者の縁組意思能力として要求される水準は、成年者を養子とする養子縁組において要求されるものよりも低くてよいのではないかとの指摘があったところである。

そこで、このような指摘を踏まえ、本文では、民法第797条の「十五歳」という年齢を引き下げることや（注）、養子となる者が十五歳未

10

満であっても一定の年齢に達していれば、養子となる者の意向を聴かなければ未成年養子縁組をすることができないこととすることについて、更に検討を進めることが提案されている。

15

（注）民法第817条の5第1項本文、第961条等、家族法の領域では15歳を基準に制度が構築されている。仮にこの年齢を見直す場合には、家族に関する法体系全体に対する影響についても検討する必要があるものと考えられる。

(2) 「イ 代諾権者及び同意権者」について

20

現行法下においては、養子となる者が15歳未満であるときは、法定代理人が養子となる者に代わって縁組の承諾をすることとなっており、養子となる者の父母であって、養子となる者を監護すべき者がいるときはその者の同意も得なければならないこととされている。そうすると、現行法の下では、養子となる者の父母であっても、親権者でも監護者でもないものについては、子の養子縁組に何ら関与することができないこととなる。

25

この点につき、未成年養子縁組については、実際の監護状況や法的地位の変動等、養子となる者に与える影響が大きいことや、親権も監護権も有さない親も自らの子の監護状況については関心があるのが通常であることからすれば、未成年養子縁組について全ての親を関与させるべきであるとの考え方もあり得る。もっとも、子について親権も監護権も有さない親が子の養育の在り方について適切な意見を述べることができるのかは疑問であるとして、この方向性に慎重な意見もあった。

30

そこで、本文では、これらの両方の見方があることを前提に、この点について更に検討を進めることが提案されている。

35

なお、このような方向で検討を進める場合には、関与の在り方として常

に父母全員の同意がなければ未成年養子縁組をすることができないとすると、かえって子の利益に反する事態が生じかねないことから、「(注)」記載のとおり、親権を喪失している親についても同意を要することとすべきかという点や、全ての父母の同意がない場合であっても、例外的に縁組を成立させる余地を認めるかといった点等、例外的な規律についても検討が必要となる。

5
10
15
20
25

(3) 「ウ 養子となる者が15歳以上の未成年養子縁組」について

現行法の規律の下では、養子となる者が15歳に達している場合には、もはや親権者等の法定代理人は、未成年養子縁組に関与することができなくなる。このような点について、未成年者による安易な養子縁組を防止する観点から、養子となる者が15歳に達している場合であっても、法定代理人の同意を要件としてはどうかとの考え方がある。

しかしながら、この点については、未成年養子縁組は原則として家庭裁判所の許可を要するところ、養子となる者の利益を害する縁組は許可されないと考えられることや、実務上、未成年養子縁組の許可の審判事件における調査の過程では、養子となる者の法定代理人の意向も確認していることから、法定代理人の同意を要件とするまでの必要はないのではないかの意見があった。また、実務的には、父母に養育能力がなく、祖父母にはその能力があるという場合に、祖父母に子の親権を行使させるため、子が15歳に達するのを待って、子と祖父母との間で未成年養子縁組を成立させるような事例もあり、法定代理人の関与なく未成年養子縁組を成立させることが養子となる者の利益になり得る事例もあることが紹介された。

これらの指摘等を踏まえると、この点については、直ちに見直しをすべき必要があるとはいえないと考えられることから、本文では、引き続き、未成年養子縁組の利用状況等の状況を見守ることが提案されている。

30

4 「(4) 民法第798条関係」について

(未成年者を養子とする縁組)

第798条 未成年者を養子とするには、家庭裁判所の許可を得なければならない。ただし、自己又は配偶者の直系卑属を養子とする場合は、この限りでない。

(1) 「ア 裁判所の許可基準」について

民法第798条は、未成年養子縁組をするには、家庭裁判所の許可を得なければならないことを定めるが、許可の要件や、許可に際しての考慮要素については何ら定めていない。

この点について、家庭裁判所の実務では、個別具体的事案において、「養子縁組が養子となるべき未成年者の福祉に合致するかどうか」という観点から「縁組当事者、特に養親となる者の縁組の動機、目的、実親及び養親の家庭状況、養親となる者が未成年者を監護養育する適格者であるか（親権を行使し得る能力の程度、経済状況、養子との親和性）などの要素を総合的に検討して判断されている」との指摘がある（野田愛子＝梶村太市総編集「新家族法実務体系(2)」276ページ〔都築民恵〕）。

そこで、本文では、未成年養子縁組が、養親が養子を養育することによって、養子の利益を図るための制度であるとの理解を前提に、家庭裁判所は、縁組が子の利益のために必要である場合に限り、民法第798条の許可をすることができることとした上で、その判断に当たっては、縁組の動機、子が縁組をすべき事情、養親の養育能力、養親と養子となる者の適合性等を考慮しなければならない旨の規律を設けることを提案している。

また、本研究会の検討の過程で、未成年養子縁組について、より実質的な養育のための制度にする観点から、民法第817条の8類似の規律（いわゆる試験養育）を設けてはどうかとの意見があったことを踏まえ、未成年養子縁組を成立させるためには、養親となる者が養子となる者を一定期間監護した状況を考慮しなければならないものとするという、特別養子縁組における試験観察（民法第817条の8）と同様の規律を設けることについて更に検討を進めることを提案している。

(2) 「イ 例外要件の見直し」について

現行法では、未成年養子縁組であっても、いわゆる連れ子養子や、孫養子については、家庭裁判所の許可を要しないこととされている（民法第798条）。もっとも、未成年養子縁組について、当該縁組が子の利益に適うことを担保するため、常に公的機関を関与させることとしてはどうかとの考え方がある。

この点については、年間数万件に及ぶ未成年養子縁組の全てについて、家庭裁判所の許可を得なければならないこととした場合には、手続が重くなりすぎる懸念があるとの指摘や、事件数の激増により家庭裁判所の対応能力を超えることとなるおそれがあるとの指摘、その結果として、現行制度下で、未成年養子縁組の許可の審判事件において縁組が子の利益にかなうものか否かという点について相当に手厚い調査がされている実

務を維持することができなくなり、1件当たりの審査の密度が低くなるおそれがあるとの指摘、連れ子養子については、典型的に子の利益が相当程度確保されているのではないかとの指摘がされ、家庭裁判所の許可を要する場面を拡大することについては、慎重な意見が出された。また、仮に連れ子養子について家庭裁判所の許可を要することとした場合において、家庭裁判所が不許可としたときは、同居をしているにもかかわらず、親子関係がないという状況となることで、家庭内の法律関係が不明確となり、かえって子の利益を害するおそれがあるとの指摘もあったが、そのような事実状態があるからといって、現状肯定的に法的な親子関係を生じさせることが果たして適切なのかという観点から検討をすべきであるとの指摘もされた。

他方で、未成年養子縁組については、当該縁組が子の利益に適うことを担保するため、全件に家庭裁判所の許可を要件とするのが理想であるとの意見もあった。この立場からは、上記の指摘に対して、①現状では、連れ子養子は、家庭裁判所の許可を要する子の氏の変更手続よりも手続が軽いため、氏を変更することを目的として養子縁組が用いられている可能性があるから、連れ子養子の場合にも家庭裁判所の許可を要することとなれば、未成年養子縁組の件数が減少すると考えられること、②「3(1)」で検討するように、未成年養子縁組の離縁を制限することや、要件の厳格化等をする場合には、やはり未成年養子縁組の件数が減少する可能性があることが指摘された。もっとも、仮にこの方向で検討を進める場合には、家庭裁判所の対応能力との関係から、家庭裁判所以外の公的機関を関与させることも考えるべきであるとの指摘があった。

さらに、中間的な意見として、連れ子養子では、養親となる者に監護意思があることが通常であるのに対し、孫養子では、相続目的等で、監護意思が十分でないことも少なくないことを指摘し、孫養子についてのみ、家庭裁判所の許可を要することとしてはどうかとの指摘もあった。

このような観点を踏まえ、本文では、三案が示されている。

【A案】は、連れ子養子縁組において子の養育に問題が生じる事態が生じているとの指摘を踏まえ、連れ子養子縁組及び孫養子縁組のいずれをも例外とせず、未成年養子縁組をする場合には、常に家庭裁判所の許可を要することとするものである。もっとも、この場合には、家庭裁判所の対応能力を超えてしまうとの指摘もあることから、「(注)」記載のとおり、家庭裁判所以外の公的機関(例えば法務局)の関与をもって家庭裁判所の許可に代えることも検討の対象となり得るものと考えられる。

他方で、【B案】は、連れ子養子縁組については、養子となる者が子を

5

養育することが多いことから、制度趣旨に反する利用のされ方が少ないのに対し、孫養子縁組については、例えば、相続税の節税目的の縁組など、必ずしも制度趣旨とそぐわない利用のされ方もされているとの指摘を踏まえ、連れ子養子縁組については例外的扱いを維持しつつ、孫養子縁組について家庭裁判所の許可を必要とするものである。

これらに対し、【C案】は、現行法の規律を維持する方向性である。

3 未成年の養子との離縁

(1) 民法第811条関係

5 未成年養子縁組について、養子が未成年であるときは、離縁後の監護及び養育について子の利益を害することがないように、離縁についても家庭裁判所の許可を得なければならないものとするについて、更に検討を進めてはどうか。

(2) 民法第814条（裁判上の離縁）関係

10 養子が未成年である場合に、子の利益の観点から必要があるときには、縁組の当事者以外の申立てによって、離縁の訴えを提起することができることとするについて、更に検討を進めてはどうか。

(補足説明)

1 「(1) 民法第811条関係」について

15

(協議上の離縁等)

第811条 縁組の当事者は、その協議で、離縁をすることができる。

2 養子が十五歳未満であるときは、その離縁は、養親と養子の離縁後にその法定代理人となるべき者との協議でこれをする。

3 前項の場合において、養子の父母が離婚しているときは、その協議で、その一方を養子の離縁後にその親権者となるべき者と定めなければならない。

4 前項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、同項の父若しくは母又は養親の請求によって、協議に代わる審判をすることができる。

5 第二項の法定代理人となるべき者がいないときは、家庭裁判所は、養子の親族その他の利害関係人の請求によって、養子の離縁後にその未成年後見人となるべき者を選任する。

6 縁組の当事者の一方が死亡した後に生存当事者が離縁をしようとするときは、家庭裁判所の許可を得て、これをするすることができる。

本研究会では、養子が未成年であるときは、離縁後の監護及び養育について子の利益を害することがないように、離縁についても家庭裁判所の許可を得なければならないものとしてはどうかとの考え方が示された。

20

この点については、現在、縁組が協議のみで解消できることによって、具体的に養子にどのような不利益が生じているかが明らかではない（特に連れ子養子の離縁の場合）という指摘があった一方で、子の身分が変動

5 すること自体から、抽象的に子の利益に反するおそれがある状態である
ということができないのではないかとの指摘もあった。また、この点につ
いては、離縁に関する規律を厳しくした場合には、特に連れ子養子の場面等
で、子の氏を変更するための縁組といった、未成年養子縁組の本来の趣旨
とは異なる縁組がされなくなるようになるのではないかとの指摘もされ
た。さらに、離縁を厳格にすることによって、間接的に安易な養子縁組が
されなくなる効果も期待できるとの指摘もあった。他方で、家庭裁判所が
このような離縁の判断を適切にできるのかといった指摘や、負担の問題
もあるとの指摘もあった。

10 本文の規律は、これらの指摘を踏まえ、未成年の養子との離縁について
家庭裁判所の許可を要することとするものである。

15 もっとも、この点については、仮に離縁に裁判所の許可を要すること
とした場合には、家庭裁判所は、どのような観点から離縁の許可を判断す
るのかという点については更に検討が必要である。すなわち、親を失うこと
となる養子の心情的な部分に着目することとするのか、それとも、扶養義
務者が減るといった法的な側面に着目するのか、又はそのいずれもであ
るのかといった点である。

2 「(2) 民法第814条(裁判上の離縁)関係」について

20

(裁判上の離縁)

第814条 縁組の当事者の一方は、次に掲げる場合に限り、離縁の訴えを提起
することができる。

- 一 他的一方から悪意で遺棄されたとき。
- 二 他的一方の生死が三年以上明らかでないとき。
- 三 その他縁組を継続し難い重大な事由があるとき。

2 第770条第2項の規定は、前項第一号及び第二号に掲げる場合について準
用する。

25

現行法では、離縁の訴えは、縁組の一方当事者からしか提起することが
できない。この点については、未成年の養子の保護のため、養子が未成年
である場合には、縁組の当事者以外の者の申立てによって、離縁の裁判を
することができることとしてはどうかとの考え方がある。

この点について、縁組当事者以外の者が縁組の在り方について関与す
ることができることとした場合には、養親子関係に悪影響があることを
懸念する見解も示されたが、公益の代表者である検察官や児童相談所長

について申立権を認める方向性はあるのではないかとの指摘があった。もっとも、これらいずれについても、親権制限の申立権があること（民法第834条、第835条）からすれば、離縁の申立権を認めるまでの必要はないのではないかとの指摘もされた。

- 5 このような観点も踏まえ、本文では、養子が未成年である場合に、子の利益の観点から必要があるときには、縁組の当事者以外の申立てによって、離縁の訴えを提起することができることとすることについて、更に検討を進めることが提案されている。

4 特別養子縁組の離縁

養子となる者が成年に達した後の特別養子縁組の離縁に関する規律の在り方を見直すことについて、令和元年民法改正後の特別養子制度の趣旨に立ち返った上で、離縁の効果も含め、更に検討を進めてはどうか。

5

(補足説明)

(特別養子縁組の離縁)

第817条の10 次の各号のいずれにも該当する場合において、養子の利益のため特に必要があると認めるときは、家庭裁判所は、養子、実父母又は検察官の請求により、特別養子縁組の当事者を離縁させることができる。

一 養親による虐待、悪意の遺棄その他養子の利益を著しく害する事由があること。

二 実父母が相当の監護をすることができること。

2 離縁は、前項の規定による場合のほか、これをすることができない。

10

特別養子縁組の離縁は、民法第817条の10第1項に規定されているところ、同項については、同項第2号において「実父母の相当の監護の可能性が離縁の要件とされていることから明らかなとおり、特別養子が成人してその監護の必要性が消滅したときは、最早本号の要件が満たされることはなく、離縁をすることはできない」と解されている(細川清「改正養子法の解説」131ページ)。したがって、令和元年の特別養子制度の見直しによって、養子となる者の上限年齢が、原則15歳未満、例外的な場合には成年に達する直前にまで引き上げられた結果、特別養子縁組成立後、直ちに離縁をすることができない状態になる可能性が生ずることとなっている。

15

20

この点について、当初は、特別養子縁組の離縁の趣旨を、「養親ではなく実親が養子を養育することが養子のために特に必要であるとき」に離縁を認めるものと理解するか、それとも、「養方との親族関係を終了させることが養子のために特に必要であるとき」と理解するかという観点から検討をした上で、前者の理解を採るのであれば、養子が成年に達した以上はもはや離縁の余地はないということになるのに対し、後者の理解を採るのであれば、養子が成年に達した後であっても、特別養子縁組の離縁を認める余地が生ずることになるのではないかとの考え方が示されていた。

25

しかしながら、この考え方に対しては、現行法が特別養子縁組の離縁を原則として認めていないのは、特別養子縁組は養子が極めて若い時期に実親子と同様の関係を創設するものであるとの理解を前提に、実親子関係が基

本的には切斷することができないことと同様の扱いとしているからであり、令和元年民法改正で、かなり高い年齢までも特別養子縁組が成立する可能性があることになった現在でも、このような取扱いを維持するかどうかは、同改正後の特別養子縁組の趣旨から改めて検討する必要があるのではないかと指摘がされた。

5

これらを踏まえ、本文では、特別養子縁組において、養子が成年に達した後の離縁の在り方について、特別養子制度の趣旨に立ち返った上で、更なる検討を進めてはどうかとの考え方が提示されている。

10

なお、仮に養子が成年に達した後も特別養子縁組の離縁を認めることとする場合には、その効果について、民法第817条の11（離縁による実方との親族関係の回復）を適用することができるかという点も問題となる。

第10 財産分与制度について

1 財産分与の法的性質の整理

(1) 扶養的要素の位置づけの明確化

5 財産分与において、夫婦間の清算的要素に加え、元配偶者や夫婦間の子
に対する扶養的要素を考慮することができる旨の規律を設けることや、
あるいは、財産分与とは別に元配偶者及び子の扶養料請求権を規律する
ことについて、更に検討を進めてはどうか。

(2) 慰謝料的要素と不法行為に基づく慰謝料請求との関係

10 財産分与請求権における慰謝料的要素と不法行為に基づく慰謝料請求
権との関係を改めて整理し、財産分与においては、原則として慰謝料的要
素を考慮することができない旨の規律を設けることについて、検討して
はどうか。

15 (補足説明)

1 「(1) 扶養的要素の位置づけの明確化」について

離婚後の財産分与の制度については、法制審議会が平成8年2月26日に
決定した「民法の一部を改正する法律案要綱」において、財産分与の理念(目
20 的)が離婚当事者間の財産上の衡平を図ることにあることを明示するととも
に、その際の考慮要素をより具体的に列挙することによって財産分与の内容
の明確化を図ることを内容とする改正案が示されている。法律案要綱の考慮
要素としては「財産の額及びその取得又は維持についての各当事者の寄与の
程度、婚姻の期間、婚姻中の生活水準、婚姻中の協力及び扶助の状況、各当事
者の年齢、心身の状況、職業及び収入」が明示されていたが、これら財産分与
25 についての課題を検討する前提として、その法的性質から検討を行うことが
相当と考えられる。

民法第768条は、財産分与の法的性質について明確に規律していないが、
一般的に、財産分与は、①夫婦財産関係の清算としての要素(「以下「清算的
要素」という。)、②離婚後生活に困窮する配偶者の扶養としての要素(以下
30 「扶養的要素」という。)、③離婚に伴う損害賠償(慰謝料)としての要素(以
下「慰謝料的要素」という。)の三つの性質を有すると解されている¹⁰。民法
第763条第3項は、財産分与に関する処分をする場合の考慮要素について、
「当事者双方がその協力によって得た財産の額その他一切の事情を考慮」す

¹⁰ 最判昭和46年7月23日民集25巻5号805頁も、財産分与の性質について清算的
要素と扶養的要素を中心としつつ、慰謝料的要素も含めることができるものとの理解をし
ていると解される。

ることとされており、「当事者双方がその協力によって得た財産の額」が清算的な性質に結び付くことからすれば、財産分与の中心的要素は清算的要素と考えられ、本研究会においても、財産分与が清算的要素を中心とするものであることには異論がなく、実務的にも、清算的要素をめぐる問題が争点となることが多い。

5

他方で、扶養的要素と慰謝料的要素については、実務的には認められることは多くないとの指摘もあり、財産分与にそれらの要素が含まれると解することの当否も含め、基礎的な検討を行う必要が指摘された。

この点、まず、上記②の財産分与における扶養的要素については、既に親族関係にない元配偶者に対する扶養義務を観念することが難しいとしてこれを否定的に捉える考え方もあるが、一般的には、夫婦間に収入等の格差があることも少なくない状況に鑑み、離婚後も経済的に自立が困難な元配偶者に対する実質的な扶養義務を観念できると考えられている。その場合の理論的根拠は様々な考え方があるが（注1）、従来を通説的見解は、夫婦が終生の共同生活を誓い、相互に協力して、共同決定してきたという関係にあることから、婚姻が破綻したときに経済的に余裕のある一方が生活に困窮する他方を扶養することは当然の道義的義務であるというものである。この考え方に立つと、財産分与における扶養的要素は、清算的要素と慰謝料的要素からの財産分与を受けてもなお離婚後生活に困窮する場合に、補充的に考慮されるに過ぎないものと考えられる（扶養的要素の補充性）。

10

15

20

そのような現行の理解を前提として、本研究会では、夫婦の共同決定を根拠として、自立が困難な元配偶者の救済として扶養的要素をより明確に位置づけるべきでないかとの意見が出された。もっとも、同じく夫婦間でも、夫婦が共働きである場合と専業主婦（主夫）の場合では状況が大きく異なり、扶養的要素をどのように位置づけるのかについては検討すべき問題が多いように思われる。

25

これに対し、離婚後の扶養の補充性を否定し、離婚後の扶養について、「補償」の概念を導入する見解がある（注2）。ここでいう「補償」の概念については、離婚後の扶養の中核を、婚姻生活（婚姻中の役割分担）に起因し、離婚によって生ずる損失の補償、経済的不利益の調整、又は減少した所得能力の補償と捉えるべきとの意見があり、この立場からは、扶養的要素は、一方配偶者が要扶養状態にあることを前提とする民法上の扶養義務（生活保持義務や生活扶助義務）とは異なり、当事者の経済的衡平を図ることを目的とする制度として捉えられることとなる。もっとも、現在の実務では、清算的要素を中心に、夫婦間の均衡を図るというよりも純粹に清算する目的で婚姻関係財産一覧表が作成されることが多く、ここに補償の趣旨が含まれることは想定しにくく、

30

35

また、仮に離婚後の扶養を財産分与の外で位置づける場合には、その理論的根拠が問題となる。したがって、補償の概念を導入したとしても、財産分与における扶養的要素の中で考慮することになるのではないかと考えられるが、扶養的要素と補償との関係についてはなお検討を要するところである。

5 このように財産分与において扶養的要素をどのように位置づけ、清算的要素との関係をどのように構成するかについては、なお検討を要する問題と思われる。

10 なお、以上の議論と関連する論点として、財産分与において元配偶者に対する扶養的要素を重視し、これを扶養義務として積極的に認めることとした場合には、元配偶者からの扶養料請求を、財産分与請求権とは独立した扶養料請求権として認めるべきかという点も問題になり得る。もっとも、これに対しては、財産分与とは別にそのような法定の債権を位置づけることができるか、特に若年期のごく短期間の婚姻の場合や、離婚から長期間が経過している場合には、そのような請求権を観念することは難しく、また、具体的扶養料を算定することも困難ではないかとの指摘もあり、独立した請求権とするよりはむしろ、扶養料請求権を財産分与における考慮要素の一つと位置づけることに一定の合理性があるようにも考えられる。

20 (注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〕91頁〔許末恵〕。本文で記載した見解のほか、離婚後に自活することができない元配偶者の一方の扶養は、本来は国家の責務であるが、それが実現するまで過渡的に他方に課せられた政策的な義務であると説明する見解や、離婚時に妻に生じたマイナス分を離婚後の扶養によって補うことで夫婦の平等を実現するものであるとする見解等がある。

25 (注2) 「補償」の概念については、財産分与の扶養的要素の内容又はそれに代わるものとして位置付けるとの考えのほか、当事者間の衡平を図る観点からの清算的要素の中に位置付けるとの考え方もあり得る。

2 子に対する扶養的要素の考慮

30 現行法では、財産分与は、離婚に伴う夫婦間の問題であり、父母の離婚後の子の生活の安定を直接の目的とするものではないと解されている。しかしながら、離婚後の実態として、現実にはひとり親世帯の半数近くが貧困の問題を抱え、その多くが離婚によって生じていることから、財産分与は子の養育の在り方に関わり得るものであり、財産分与の中に、子に対する扶養的要素の性質を位置づけるべきではないかとの意見がある。実際に、上記1の扶養的要素の考慮に当たっては、他方配偶者のみでなく、その下にいる子の扶養も念頭に置

いた解決が図られることもあるのではないかと考えられる。そこで、このような離婚後の子に対する扶養的要素についても財産分与における要素に含ませることが考えられるが、その場合には、財産分与制度との関係について改めて検討を要することになる。さらに、離婚後の子の養育との関係で、監護親の養育費請求権や子の扶養料請求権との関係についても整理する必要があると思われる。

3 「(2) 慰謝料的要素と不法行為に基づく慰謝料請求との関係」について

本研究会では、財産分与において慰謝料的要素も含むとすると、財産分与の中でどこまで斟酌したのか取扱いが明確でないという指摘や、離婚に伴う慰謝料請求の訴えが提起された場合に、賠償額を別途算定することが難しくなるとの指摘があり、財産分与における慰謝料的要素と慰謝料請求との関係を整理することが考えられる。

財産分与と慰謝料との関係については、離婚そのものによる慰謝料(離婚慰謝料)が認められることを前提として、財産分与に慰謝料的要素も含むとする見解と、損害賠償は別個の問題として財産分与に慰謝料的要素は含まれないとする見解等がある。そして、財産分与が慰謝料的要素を含むとする見解の中にも、慰謝料請求権が財産分与請求権に吸収されて不可分になるという考え方や、両者は別個のものとして併存し、個別に行使することができるという考え方があ

る。最判昭和46年7月23日民集25巻5号805頁は、財産分与請求権と慰謝料請求権とは併存し得るものであり、財産分与において離婚慰謝料を含めて決定することも、財産分与と独立して離婚慰謝料を認めることもできると判示し、実務もそのように運用されているところである。

この点に関し、実務上、財産分与の中で離婚慰謝料も含めて判断・解決することは多くないことに着目し、慰謝料的要素については財産分与の要素から排除してはどうか、財産分与請求の性質を曖昧にしないためにも、その要素を明確に限定すべきではないかとの意見がある。

これに対し、有責配偶者からの離婚請求について判断した最判昭和62年9月2日民集41巻6号1423頁では、離婚をしたくない配偶者については、婚姻の継続ではなく離婚給付によって救済されることが想定されていることとの関係で、この問題の検討を要するとの意見があり、仮に財産分与を清算的要素のみで構成するとしたような場合、これまでは財産分与の中で考慮され得た配偶者の救済が考慮できなくなることから、そのような見直しは相当でないと指摘する。また、財産分与の中で慰謝料的要素を考慮することができることにより、訴訟事件となる離婚慰謝料請求とは異なり、非公開の手続で

の解決が可能であることや、夫婦間の清算のための一回的解決が容易となることといったメリットも指摘された。

このような指摘を踏まえ、財産分与において原則として慰謝料的要素を考慮することはできないこととするものの当否については、更なる慎重な検討が必要と考えられる。

2 「2分の1ルール」の明示

財産分与において、財産分与の理念や考慮要素を規定上、明らかにするほか、いわゆる「2分の1ルール」を明示する規律を設けることについて、更に検討を進めてはどうか。

(補足説明)

夫婦の離婚後の財産分与の制度については、法制審議会が平成8年に決定した「民法の一部を改正する法律案要綱」において、前述のとおり、財産分与の理念や考慮要素を明記することのほか、夫婦の財産の取得及び維持への寄与の程度は、異なることが明らかでない限り、当事者の双方で相等しいとする考え方（以下「2分の1ルール」という。）を明記することを内容とする改正案が示されているが、その制度化は実現していない。その一方で、裁判実務上は、このような2分の1ルールが、財産分与の主たる内容を構成する清算的要素との関係で、広く定着しているとされる。

そして、2分の1ルールについては、当事者間の衡平を実現する観点から、共働き世帯が増加した現代社会においても、夫婦間で収入差がある場合も少なくないから、そのような場合に家事分担等も踏まえて夫婦の平等や公平性を保つ観点から、その相当性・有用性は現在でも肯定され得ると考えられ、寄与度を巡る主張立証の煩を避けるという実務上のメリットもある。そこで、そのような考え方を前提として、民法第768条第3項を見直して、財産分与における清算的要素を中心に、清算の規律として2分の1ルールを明確に規律することが考えられる。

その場合には、財産分与における清算的要素の規律として2分の1ルールを明示する以上、他の要素である扶養的要素や慰謝料的要素をどのように規律するのかといった点が問題になる。また、扶養的要素につき、上記1のとおり補償の性格を持つものとするのであれば、扶養（補償）と清算を一体化させたものとして、2分の1ルールを整理することも含め、さらに検討していく必要がある。

他方で、我が国の家族の在り方は多様化しており、妻が専業主婦である世帯が

共働き世帯の約半分にまで減少した現在においては、平成8年の法制審議会答申時とは状況が異なっており、2分の1ルールについては、その根拠や計算方法等について、改めて検討する必要があるのではないかとの指摘もある。そのような立場からは、財産分与の基準として2分の1ルールを民法に規律することについては、社会の多様化に逆行しているとの見方がされ、そのような画一的な定めを置くことは慎重に考えるべきこととなる。

このように両面の意見が見られる状況を踏まえ、2分の1ルールの相当性や、それを明示する規律を設けることの当否については、なお検討を要するものと考えられる。

3 対象財産の範囲、判断基準（「特有財産」の問題）

財産分与請求における予見可能性を高めるため、対象財産に当たるか否かの判断基準を明示する規律を設けること（例えば、財産の内容、性質、取得のための原資、財産の形成・維持に対する他方の寄与等を考慮要素として明示すること）について、更に検討を進めてはどうか。

また、財産分与請求権の対象とならない財産（夫婦の一方の「固有財産」。実務上、「特有財産」と呼称されることがある。）について、民法第762条第1項の「特有財産」との関係を整理して、その概念を明確化した規律を設けることについて、更に検討を進めてはどうか。

（補足説明）

財産分与における清算的要素の判断にあたって、2分の1ルールが実務上定着しているが、財産分与の対象財産に当たるか否かの判断基準は明示されていない。実務上は、夫婦の財産全体を「実質的夫婦共有財産」と「固有財産」とに分け、「実質的夫婦共有財産」が、婚姻中夫婦が協力して形成・維持した財産であるとして、これを2分の1ルールの対象財産としているとの理解を前提に、ある財産が一方当事者の「固有財産」になるかどうか争いになることが多い。例えば、そのように争いになるものとして、夫婦の一方の婚姻前の預貯金で頭金を出して購入した不動産、一方の親の資金援助を受けて購入した不動産、子の名義の預貯金や学資保険などがある。財産分与の対象になる財産の範囲をどう画するかについて、基準を明確にすることで、財産分与請求における予見可能性が高まるという意見もあり、それを踏まえた場合、現在の実務を参考に、本文に掲げたように、対象となる財産の内容、性質、取得のための原資、財産の形成・維持に対する他方の寄与等を考慮要素として挙げるのが考えられる。なお、本研究会では、非監護親の名義になっている不動産に子が監護親と共に住み続ける必要がある場合のように、離婚後の子の利益への配慮を考慮要素とすることはで

きないかとの指摘がされた（注）。いずれにせよ、財産分与における対象財産を早期かつ明確に判別するという観点から、対象財産の当否に関する判断基準及び考慮要素の明示については更なる検討が必要と考えられる。

さらに、上記のとおり財産分与の対象とならない対象財産（「固有財産」）については、実務上、「特有財産」と呼称されることがあるが、民法第762条第1項において「夫婦の一方が単独で有する財産」として「特有財産」と規定されているもの（同条では「夫婦の一方が婚姻前から有する財産及び婚姻中自己の名で得た財産」がこれに当たるとされている）とは、同じ用語でありながら異なる意味内容で用いられているため、用語の使用や理解に混乱が生じている場合があり、この機会に民法上の夫婦の財産関係に関する概念について整理を行う必要があると考えられる。

なお、本研究会においては、対象財産の範囲を検討する際に、夫婦の在り方が多様化していることを背景として、共働きか専業主婦（主夫）であるかという夫婦の属性も影響するのではないかとの意見が出されたが、議論の進め方として、どのような夫婦を念頭に置くかということとは別に、まずは、対象財産の客観的範囲について検討を進めることが相当と思われる、本文中の対象財産の判断の考慮要素としては記載していない。

（注）非監護親の名義になっている不動産について、財産分与の対象財産である場合には、例えば所有権と居住権に分けるなど、柔軟な分与方法について検討することが考えられるとの意見がある。また、対象財産でない場合には、清算的要素ではなく、扶養的要素の観点から、子の利益を保護するための考慮をすることができないかとの意見がある。

25 4 財産分与請求権の除斥期間

財産分与請求権の除斥期間を延長するよう規律を見直すこと（例えば3年又は5年とすること）について、更に検討を進めてはどうか。

（補足説明）

30 現行法において財産分与請求権の除斥期間が2年と定められていることについては、監護親が未成年の子と共に生活上の困難を抱える場合を始めとする離婚前後の様々な事情によって2年以内に財産分与を請求することができなかった場合に、分与を請求できなくなり、結果として経済的に更に困窮するに至っている者がいるとの指摘があり、この除斥期間の延長を求める意見がある。また、
35 そもそも現行法で2年の除斥期間が設定された趣旨が必ずしも明らかでないとの指摘がある一方で、財産分与請求権には清算的要素として本来的には時効消

滅しない共有持分権に類似する面があることや、一般債権の消滅時効が5年であること、慰謝料的要素についても一般的な不法行為の時効消滅が3年であることからすると、2年の除斥期間を維持することの合理性を説得的に説明することは困難なようにも思われる。

5 本研究会においても、財産分与の除斥期間の延長する考え方に対して異論はなく、2年とある期間を延長する方向で検討を進めることが相当と考えられる。その場合の除斥期間については、請求者の保護や離婚後の法律関係の確定の要請のほか、他の消滅時効・除斥期間制度との関係も含め、更なる検討が必要と考えられる。

10

5 財産分与に関するその他の論点

(1) 財産分与における相手方の財産の開示

財産分与の公平性や迅速性を確保する観点から、財産分与手続において、相手方の財産を適切に開示させるための規律を設けることについて、検討してはどうか。

15

(補足説明)

財産の管理・運用手段の多様化が進んでいることに加え、夫婦同士であっても婚姻中から収支や財産の管理は夫婦それぞれが行うような生活様式が増えていること等を背景として、そもそも、婚姻当事者間であっても相手方がどのような財産を有しているかが明らかでなく、把握が困難な場合もあるとの指摘がある。そして、財産分与手続では、相手方が財産を開示せず又は秘匿してしまう結果として、そもそも財産分与の対象となり得る夫婦の全体財産がどのようなものであるかが明らかにならない事例や、これを明らかにするために時間と手間を要する事例があるとの指摘がある。

20

25

そこで、民事執行法上の財産開示手続が、債務者の財産情報把握のために一定の役割を果たしていることも踏まえて、財産分与手続においても、「実質的夫婦共有財産」である対象財産の早期把握・確定が容易となるよう、相互ないし第三者に対し必要な情報開示を求めることができることを実体法上の請求権として位置づけた上で、相手方の財産を開示させることを可能とする規律を設けることを検討していくことが考えられる。

30

(2) 破産手続における取扱い

財産分与請求権の重要性に鑑み、現行の破産手続において破産債権とされている財産分与請求権の取扱いを改め、規律を見直すことについて、検討してはどうか。

35

(補足説明)

破産手続において、財産分与請求権は破産債権として扱われ、優先的な取扱いがされるわけではない¹¹ (最判平成2年9月27日集民160号373頁)。

- 5 これに対し、本研究会においては、この取扱いに疑問を呈する意見が出された。この点、例えば、民法上の詐害行為取消権において、過大でない部分の財産分与については取り消すことができず、分与されるべき者に帰属することになると解されていることからすれば、破産手続における財産分与請求権についても、分与権者について優先的な取扱いを検討する余地があるとも思われる。ある
- 10 いは、財産分与請求権が、婚姻中に形成された夫婦財産の実質的清算ないし潜在的持分権の行使という性質を有することを強調する場合は、取戻権と取り扱うことを検討する余地もある。

- もつとも、この破産手続における財産分与請求権の取扱いの問題は、倒産法制における実体的請求権の取扱い一般にも影響を及ぼし得る問題であり、倒産法制全体との関係で、慎重な検討を行うことが必要なものと考えられる。
- 15

(3) 共有物分割制度との関係

- 物権法上の共有物分割制度と財産分与制度との関係を整理し、共有物分割請求権と財産分与請求権の行使がいずれも可能であり、競合する場合における両請求権の関係を定める規律を設けることについて、検討してはどうか。
- 20

(補足説明)

- 財産分与制度と共有分割制度との関係について、一般的には、夫婦が共有持分を有する共有財産を対象として、物権法上の共有物分割請求訴訟を提起することは妨げられないと解されているが、夫婦の別居中に、離婚後の財産分与を封じる目的で、先行して共有物分割が申し立てられるような場合には、当該申立てが権利濫用と判断されることがある¹²。例えば、夫婦の共有財産につき、財産分与としては夫婦であった者の一方が当該財産全てを取得する形の解決が望ましいにもかかわらず、これを妨害するために、夫婦の他方が、先に共有物分割を申し
- 25
- 30 立て、当該共有財産の分割手続において形式競売をしてしまうことによって、本来は望ましい分与方法が妨げられるような事態があり得る。

¹¹ 最判平成2年9月27日集民160号373頁は、離婚における財産分与として金銭の支払を命ずる裁判が確定し、その後に分与者が破産した場合において、右財産分与金の支払を目的とする債権は破産債権であって、分与の相手方は、右債権の履行を取戻権の行使として破産管財人に請求することはできないことを判示している。

¹² 近時のものとしては、例えば東京地判平成29年12月6日判例タイムズ1464号208頁がある。

これに対応する方策として、夫婦の共有財産について、離婚前後の場面では正当な目的に基づき物権法上の共有物分割請求が行使されることはほとんど想定されないことから、財産分与請求権の行使を優先し、財産分与を申し立てるべき事情が認められる状況下では、共有物分割の申立てを制限する規律を設けることが考えられる。特に、夫婦の共有財産が居住不動産であるような場合には、共有物分割の申立てにより形式競売が行われた場合には、夫婦の一方の居住の利益が財産分与手続を経ることなく一方的に喪失されることになるといった結果の重大性に鑑みて、共有物分割の申立てを制限することが正当化されるようにも思われる。

5

10

もっとも、仮に共有物分割の申立てを制限する規律を設ける場合に、夫婦以外の第三者が共有物分割を申し立て場合の規律の在り方についても検討を要するが、その場合は上記とは異なる考慮が必要であり、慎重な検討を要する。

15

さらには、夫婦間の共有物分割制度と財産分与制度とを一体化し、衡平かつ一回的な解決を導く新しい制度を導入することも考える余地があるが、これについては、そのような手続の位置付けに関わる論点（訴訟手続とするのか等）も含め、検討を要する様々な課題があるように思われる。

(4) 内縁の解消の場合における財産分与の取扱い

20

内縁の離別解消の場合に、財産分与の規定が準用される旨の規律を設けることについて、検討してはどうか。

(補足説明)

25

内縁関係の解消と財産分与制度との関係については、内縁関係の解消の場合に財産分与の規定を類推適用することができると思われている¹³。そのため、内縁関係の解消と財産分与制度との関係について、上記解釈を前提とした明確な規律を設けてはどうかとの意見がある。

30

もっとも、これに対しては、婚姻外の男女関係の多様性に照らし、まず、民法上定義のない「内縁」という概念の要件化が困難な課題になるとの指摘がある。また、民法上の婚姻制度による法的保護を受けない内縁関係を選択している者に対し、一律的に婚姻関係の場合と同様の効果を及ぼすことの当否についても慎重な検討が必要になると思われる。そのため、内縁の離別解消については、財産分与の規律に準じて取り扱うのではなく、財産法上の一般的な処理に委ねるべきであるとの考え方も示されている。

このように意見が分かれる状況であり、内縁の離別解消の場合に、財産分与の

¹³ 最判平成12年3月10日民集54巻3号1040頁は、傍論ではあるものの、内縁関係の解消の場合の財産分与の規定を類推適用することを認める考え方を示している。

規定を準用することの当否についてはなお慎重な検討を要すると考えられる。