

更に検討すべき論点について

第1 本資料について

- 5 前回会議において全体の論点についての二読目の検討が終ったことから、資料11-1では、本研究会の取りまとめも視野に入れながら、これまでの議論を整理するための叩き台として「家族法研究会報告書(案)」が提示された。もっとも、これまでの議論の過程において検討する必要があることが指摘されながらも、未だに直接的な検討を行っていない論点も残されている。
- 10 そこで、本資料は、改めてこれらの論点についての検討を行うために作成されたものであり、①親権の概念の整理等(第2)、②父母以外の者を監護者に指定することを可能とする方策(第3)、③子の養育を巡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4)について取り扱っている。

第2 親権の概念の整理等

1 はじめに

- 資料1では、本研究会の検討対象の一つとして「親権概念の整理等」が掲げられ、具体的な論点としては「親権の法的性質」、「親権の内容」及び「親権という用語」が挙げられていた。もっとも、「親権の法的性質」及び「親権という用語」は、抽象的かつ理念的な論点であることから、まずは、先に「親権の内容」について検討を行い、その結果を前提に更に検討すべきものとされた。このような経緯で、「親権の法的性質」及び「親権という用語」については、これまでに直接議論はされていなかったが、「親権の内容」については既に二読目の検討を終えたことから、後記2及び3において、これらを取り上げている。
- 20
- 25

また、資料11-1「**第9. 1(2)ア**」では、未成年養子縁組後の親権に関し、大きな影響を生じ得る規律を提示している。この論点については、既に検討がされているところであるが、その影響の大きさに鑑み、集中的に検討するために、後記4においてこの点を取り上げている。

30

2 親権の法的性質

資料1では、親権については、権利であると同時に義務であるとする見解や、権利性はなく純粹な義務であるとする見解等があることが紹介された。また、

親権が義務であるという場合にも、誰に対して義務を負っているのかという点については、社会又は国家に対して負う公的な義務であるという見解、子に対する私法上の義務であるという見解、それらの両方の性質を有する義務であるという見解等があることが紹介された。この点については、既にこれ
5 までの検討の過程においても、親の責任や義務を明らかにする方向が望ましいとの意見も出されているが、基本的には、上記1のとおり、まずは「親権の内容」についての検討を行い、その整理を前提にして検討すべきものとされていたところである。

そこで、親権の内容に関するこれまでの検討を振り返ると、資料12-1の
10 「第3. 1」は、親が子に関して決定をすべき場面を分類するに当たり、「父母が子に関して決定の責任を負うべき事項」や「主たる決定責任者」という用語を用いている。これは、資料8において、「父母が子に関して決定すべき事項」や「主たる決定権者」という表現を用いていたことに対し、これらの表現は親の権利をイメージさせるものであって相当ではなく、責任や義務を
15 イメージさせるものとすべきとの声があったことを反映したものである。そうすると、親権については、基本的には、親の責任や義務としての性質を中心として理解することについては、本研究会の共通の認識となっているものと考えられることから、そのような観点から親権の法的性質を定める規律を設けることが考えられる。

他方で、第9回会議において、未成年養子縁組成立後であっても実親が養親子関係に介入することがあり、そのことが社会的養護の場面における普通養子縁組の利用を妨げているとの指摘があることが紹介されたことについて、親権者は子の養育に対する妨害について排除請求権を有するといった規律を設けてはどうかとの意見があった。これを受けて、資料11-1の「第9.
25 1(2)」の「(注1)」では、親権者が親権行使を妨害する者に対して妨害排除請求権を有する旨の規律を設けるという方向性も提示されている。

これらの方向性は、一方は義務性を強調し、他方は権利性を強調するものであるから、一見すると矛盾しているようにも思われる。しかしながら、前者は子との関係の規律であり、後者は第三者との関係の規律であるから、親権は義務であり、かつ権利であるという理解を前提に、親権が問題となる場面
30 によって、義務性が強く顕れることもあれば、権利性が強く顕れることもあると考えれば、何ら矛盾はない。

そこで、このような理解を前提に、親権については、子に対しては義務性の観点から規律を置きつつ、第三者に対する権利を明示する規律を置くという考え方について、どのように考えるか（注）。

(注) 親権について、社会又は国家に対する義務として捉える考え方もあるが、具体的な規律を設けるためには、義務違反の効果が不明確である上に、そのような公的義務に関する規律を民事基本法の中に置くことができるかという問題もある。

5

3 親権という用語

上記2の方向性は、親権について、少なくとも子との関係では義務性を重視して捉えるべきことを前提とするものである。そうすると、現行法下の「親権」について、「権」の文字を用いていることが適切であるかという観点から、当該概念を表現すべき用語としてどのような語が適切であるかについて、改めて検討をする必要があると思われる。

10

この点については、海外における用語も参考になるところ、法務省の「父母の離婚後の子の養育に関する海外法制調査」の結果によれば、海外における用語例は以下のとおりである。

15

親権	カナダ・ケベック州 (parental authority), フランス (autorité parentale)
監護権	米国 (custody), スウェーデン
親責任	アルゼンチン, イタリア, 英国 (parental responsibilities), オーストラリア (parental responsibility), カナダ・ブリティッシュコロンビア州 (parental responsibilities)
親の配慮	ドイツ (elterliche Sorge), スイス (elterliche Sorge)
家族権	ブラジル
養育権/養護・教育を施す義務	インドネシア
後見	南アフリカ (guardianship)

このような海外における用語例や、本研究会における親権の内容に関する議論を踏まえ、現行法における「親権」という用語の相当性やこれに代わる用語について、どのように考えるか。

20

4 親権の帰属と行使

研究会資料12-1では、未成年養子縁組の効果の見直しに係る「**第9. 1(2ア)**」において、未成年養子縁組後の親権について、親権の潜在的な帰属主体と行使主体とを分けて考える規律を試みに提示している。

5 このような考え方については、一方で、第9回会議において、我が国において、親権の帰属主体と行使主体とを分けて考える必要性は乏しく、例えば、特定の場面で唯一の親権者が死亡した場合に誰が親権を行使するのか（又は、親権者不在として未成年後見が開始するか）といった論点は、潜在的な親権帰属主体が他にいるかというアプローチで考えるよりも、個別の場面ごとに子の利益の観点から、他に親権者とすべき者がいるかという観点から検討すべきではないかとの指摘があった。これに対し、養子縁組の場面については、特に未成年養子縁組と特別養子縁組との違いを明らかにするという意味でも、親権の潜在的な帰属主体と、行使主体とを分けて考える意義はあるのではないかという意見があった。また、連れ子養子の場合の養親の配偶者である実親の親権は、養親の配偶者という地位に基づくものというよりも、実親の元々の親権に基づくものとして捉える方が、一般的な感覚に合致するのではないかとの指摘があったところ、この考え方は、普通養子縁組成立後も実親に潜在的な親権が帰属しているとの考え方に親和的であるように思われる。

10
15
20
そこで、未成年養子縁組後の親権のあり方について、親権の潜在的な帰属主体と行使主体とを分けて考えることを前提とした規律を設けることについて、どのように考えるか。

仮に、このような方向で検討を進める場合には、未成年養子縁組以外の場面も含め、親権に関する規律全体に影響を及ぼすものと考えられる。また、連れ子養子縁組後の養親の配偶者の親権を、実母の潜在的な親権によって説明する上述の考え方は、例えば、父母の離婚時に父が親権者と定められた場合において、その後、母の再婚相手と子が連れ子養子をするに至ったという事例では養父と実母との共同親権になると解されているが、このときの実母の親権も実母の潜在的な親権に起因すると考えることになると思われる。そうすると、この考え方は、離婚後の「非親権者」も潜在的な親権を有しているという考え方と親和性が高いものであるように思われる。

30
そこで、嫡出でない子の父や、離婚後の「非親権者」等についての潜在的な親権の帰属の有無といった、未成年養子縁組以外の場面における親権に関する規律のあり方についても、親権の潜在的な帰属主体と行使主体を区別することの要否も含め、更に分析をすることについて、どのように考えるか。

35
なお、仮に、離婚後の非親権者に潜在的にも親権が帰属しているという規

律を設けることとした場合には、現在、親権を有しない父母が子に関してすることができる行為（婚姻の同意、特別養子縁組の同意等）が、潜在的な親権者だからできるものなのか、それとも、親であることからできるものなのかといった点についても整理が必要になるものと考えられる。

5 また、このような規律を設けた場合には、離婚後の「非親権者」が、その潜在的な親権者という地位を濫用するといった事態が起りえるため、このような規律を設けるのは相当ではないとの指摘も考えられる。しかしながら、この点については、上記1のとおり、親権を子に対する義務や責任の観点から中心に捉えることからすれば、非親権者も子に対して一定の義務や責任
10 を負うことは当然のことであるし、潜在的に帰属しているのみでは、第三者との関係で権利行使をすることができないことも明らかであることからすると、そのような危険性は限定的だとの見方もあるとも考えられる。

 なお、仮にこのような方向で検討を進める場合には、民法における「親権者」、「親権を行う」、「親権に服する」等といった用語・概念について整理を行うとともに、他の法令（「e-gov 法令検索」で「親権」を含む法律を検索すると、民法を含め37本の法律が出力される。）についても整備の要否を検討
15 する必要が生じる。

第3 父母以外の者を監護者に指定することを可能とする方策

20 父母に養育能力がない場合において、祖父母等、父母以外の者にはその能力があるというときなどに、家事審判によって父母以外の者を監護者と指定することができるかという点については、これを肯定する裁判例（東京高裁昭和52年12月9日決定、福岡高裁平成14年9月13日決定）も、否定する裁判例（仙台高裁平成12年6月22日決定、東京高裁平成20年1月3
25 0日決定）もある。もっとも、これまでの議論の過程では、実務の現場では、上記東京高裁平成20年決定以降は、父母以外の者を監護者と指定することは認められにくくなっているとの指摘がされたところである¹。

 第9回会議では、父母に監護能力がない場合であっても、親権制限を申し立てる程ではないとか、その後の再統合のことを考えると親権制限を申し立て
30 るのが適切とはいえないといったことがあることが紹介され、そのような状

¹ 二宮周平「子の監護者の指定審判に対する抗告事件」（判例タイムズ1284号153ページ）は、上記東京高裁平成20年決定について、「（同決定以前の）家裁実務の到達点は（中略）、民法第766条を用いて、父母以外の者を子の監護者に指定することが可能であるということである」とした上で、同決定について「本事案の下では、この結論に賛成する。しかし、理由づけは、これまでの先例に反するものであって、納得できない。」としている。

況下では、第三者の監護者指定が、有効な選択肢となり得ることが指摘された。また、上記の東京高裁決定後に、第三者を監護者に指定することが認められにくくなって以降は、実務的には、祖父母等監護能力のある第三者が子と養子縁組をすることによって対応をしていたようであるが、養子縁組は、
5
そもそも15歳までは親権者の代諾がないとできないし、また、養子縁組はあくまで便法として行われてきたものであることから、例えば未成年養子縁組の見直しの検討の結果として、いったん縁組をすると容易に離縁することができなくなるといった規律や、子の扶養に関する規律において、養親の扶養義務が実親の扶養義務に優先する旨の規律を設けることになるとすると、
10
このような場面では未成年養子縁組が利用しにくくなるおそれがあることが指摘された。このように、父母以外の者を監護者に指定することができることとすることについては、一定のニーズがあるものと考えられる。

他方で、監護権は親権の極めて重要部分を占めるものであることからすると、潜在的にも親権者になる地位にない者が監護者になるということにすることによって、事実上又は理論上の問題が生じないかといった点については、更に検討をする必要があるものと思われる。また、現在でも、監護者であることは戸籍等において公証されていないことから、親権を有さない父又は母が監護権を有することを証明することに支障があるといった事態も生じ得るところ、父母でない者が監護権を証明する場合には更に困難が生ずることもあ
15
るとと思われる。

これらを踏まえ、父母以外の者を子の監護者と指定することができるものとする
20
ことについて、どのように考えるか。

第4 子の養育を巡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

1 はじめに

本研究会では、父母の離婚後の子の養育のあり方について検討を進めてきたが、検討の過程では、ほとんどの論点において、子の意思や意見を反映させるための規律や手続を設けるべきであるとの意見が出された。

この点については、子に関する養育のあり方の決定の場面と、親権行使に関して親と子の意見が一致しない場面が問題となる。

2 子に関する養育のあり方の決定の場面

まず、父母の離婚に関連して問題になる具体的場面としては、①別居時における養育計画の作成、②離婚時における親権者の指定、③離婚時の養育計画の作成、④養育計画の実現（特に面会交流）、⑤養育計画の変更等が考えられ
35

る。また、これらの事項については、裁判所の手続で定められることもあれば、当事者の協議によって定められることもあるが、検討の過程では、現在は子の意思等を反映させることが担保されていない協議離婚時における親権者指定を含め、子の意思や意見を尊重するような規律や手続を設けるべきであると指摘があった。

この点について、上記①から⑤までの事項が、裁判所の手続で定められる場合を念頭におく場合には、そもそも現行の家事事件手続法第65条の規律をもって足りるとも考えられるほか、仮に子の意思等を反映させる規定を置く場合においても、少なくとも法制的にはそれほど難しくないとと思われる。

これに対し、これらの事項が当事者の協議で定められる場合を考えると、基本的には、訓示的なものとして定めることができるにとどまるように思われるが、訓示規定であっても、民法等において明確なメッセージを出すことは有益であるようにも思われる。なお、もしも、このような規律を超えて、実際にこの意思や意向が反映されることを担保するような規律を設けるのであれば、どのような手続で反映させるかといった点や、どのように反映されていることを確認するのかといった点について、十分な検討が必要になるものと思われる。

また、この点については、そもそも子の意思を把握することが容易ではないという指摘や、父母間に子を巡る紛争が生じている場合には、子の意思や意向を反映させようとすることによって、かえって子が両者の板挟みになるなど、子の利益を害する事態が生じかねないとの指摘もある。

これらを踏まえ、子の養育を巡る問題について子の意思や意見を反映させるための規律のあり方について、どのように考えるか。

3 親権行使に関して親と子との意見が一致しない場面

父母の離婚後の子の養育のあり方において、「重要決定事項」として整理されているような事項は、子に与える影響も大きいことから、少なくとも子が一定の年齢に達している場合には、親の決定に際して子の意思や意見を反映させることが望ましいとの指摘がある。

そこで、資料8では、親の決定プロセスに子の意思や意見を反映させる規律として、①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、などの訓示的な規律を置く方向性、②重要決定事項の決定前に子の意思や意見を聴取することを義務付ける方向性、③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を提示した。もっとも、①については、このようなメッセージを打ち出すことが重要だと

も考えられる反面で、実効性の点で問題があるし、②については、公的機関の関与なく決定がされる場面において、適切な聴取が行われることをどのように担保するかという隘路があり、③については、そもそも子の養育に関する個別の決定について、公的機関に調整・解決能力があるかという問題や、
5 仮に公的機関が決定したとしても、親がそれに従うか、その後の親子関係に深刻な影響をもたらすのではないかという問題がある。

また、資料8では、事後的に子が親の決定を争えることとする方向性として、子の意思を反映せずに決定された場合又は親の決定が子の利益に反する場合には、子に事後的に親権者の変更申立権等を認める方向性や、子から親
10 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が示されたが、親子間の意見の不一致が、直ちに親権者変更申立てや損害賠償請求につながることで、親子関係のあり方として適切なのかという点には様々な考え方があり得るものと思われる。

これらを踏まえ、親権行使に関して親と子との意見が一致しない場面の規律のあり方について、どのように考えるか。
15

第5 その他

本研究会における検討の過程では、例えば、同居中の夫婦が、子に関する特定の問題（例えば、進学、医療、宗教等）について、意見が一致しない場合
20 には、どのような規律によって、これが解決されるのかといった点等、家族法分野のさまざまな論点が指摘された。

これまでの検討の結果を踏まえ、今まで直接の検討対象とはしていなかったものの、本研究会において取り上げておくべき論点は他にあるか。

以上