

家族法研究会報告書（～父母の離婚後の子の養育の在り方  
を中心とする家族法制に関する諸問題の検討～）（案）  
（第3稿）

5 目次

	第1	はじめに.....	3
	1	立法の現状と検討の視点.....	3
	2	開催・検討の経緯，検討の進め方.....	5
	3	本報告書の構成.....	7
10	第2	父母の離婚後の子の養育に関する基本的視座.....	9
	第3	父母の離婚後の子の養育に関する規律の在り方.....	19
	1	父母が子に関して決定の責任を負うべき事項の分類.....	21
	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.....	26
	3	重要決定事項の内容.....	33
15	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.....	36
	5	子の身分に関する事項.....	40
	第4	親権，監護権，子の扶養，養育費及び面会交流に関する法的概念の整理.....	44
	1	親権について.....	44
	2	監護権について.....	55
20	3	未成熟子に対する扶養及び養育費について.....	62
	4	面会交流について.....	70
	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.....	73
	1	父母に対する離婚前の情報提供の在り方.....	74
	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.....	82
25	3	当事者間の効果的な協議を支援するための方策.....	99
	第6	取り決められた養育計画の実効性を確保するための方策.....	105
	1	養育費の取決めの実効性を確保するための方策.....	106
	2	面会交流の取決めの実効性を確保するための方策.....	120
	第7	両親が別居をする場合の規律の在り方.....	126

1	別居時の養育計画の作成を促進する方策.....	128
2	監護者・親権者指定の場合の考慮事項.....	129
3	別居時の養育計画を適切に定めるための手続的規律.....	132
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.....	133
5	第9 未成年養子縁組を中心とした養子制度について.....	138
1	未成年養子縁組の基礎的検討.....	138
2	未成年養子縁組の成立.....	147
3	未成年の養子との離縁.....	156
4	特別養子縁組の離縁.....	158
10	第10 財産分与制度について.....	160
1	財産分与の法的性質の整理.....	160
2	「2分の1ルール」の明示.....	164
3	対象財産の範囲、判断基準（「特有財産」の問題）.....	165
4	財産分与請求権の除斥期間.....	166
15	5 財産分与に関するその他の論点.....	167

#### 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。

父母	未成年の子がいる父母。特に、「第1」から「第8」までの記述においては、未成年の子がいる父母のうち、離婚を検討しているもの又は離婚をしたものが想定されている。
裁判所での離婚	裁判所での手続による離婚（ただし、認諾離婚を除く。調停離婚、審判離婚、和解離婚及び判決離婚の4種を指す。）
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

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<sup>1</sup>。

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。

現在、見直しが進行中の実親子に関する問題<sup>2</sup>は除くとしても、まず親

---

<sup>1</sup> 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。

<sup>2</sup> 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及びこれにより出生した子の親子関係に関する民法の特例に関する法律」（令和2年12

5 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<sup>3</sup>。

## 10 (2) 研究会における検討課題

15 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。

25 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  
30 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<sup>4</sup>。

---

月)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。

<sup>3</sup> 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）。

<sup>4</sup> 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。

### (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  
5 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。

10 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  
15 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  
20 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は、この  
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  
25 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  
30 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。

## 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  
35 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。

もつとも、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、

5

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。

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

10

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。

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。

15

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等の指摘があり、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。

20

25

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。

30

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（本報告書でいう「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、

35

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

**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。

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。

5 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。

10 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（注）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。

15 もっとも、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、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。本報告書が示すのは、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、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、35 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・検討を行うこととするとともに、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。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。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の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、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が必要であると考えられる。

- 30
- 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
- 35

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、その成果を本報告書として示すことは、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。

20 (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、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

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・検討した上で、更に検討を進めてはどうか。

(補足説明)

現行法では、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）。

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、少なくとも裁判所での離婚においては、親権者でない親が監護者として指定されることは、調停離婚・判決離婚等の別を問わず、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が、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、親権と監護権の分属を求める父母がそもそも少ないことのほか、離婚後に父母間の適切な協力が期待し得る状況にはなく、親権と監護権を分属させることが子の利益の観点から適当とは認められない事案が相当程度あることなどが指摘されている。また、少なくとも、現行法において、これらの取決めをすること自体は可能であるにもかかわらず、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かについて定まった見解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。

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、本報告書では、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。

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  
5 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1）、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  
10 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**」）  
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  
15 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、本報告書では、親として決定の責任を負うという側面に着  
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。親権の性質  
20 や用語の在り方については、後記「**第4**」）（注2）。

なお、本研究会では、「親権」概念そのものが見直しの検討対象とされたこと  
から、以下では、父母の離婚後に子に関して決定すべき事項について、父母が決  
定の責任を負う根拠が親権者であることに基づくのか否かという点については  
25 いったん置いて、子に関して決定すべき事項について、実質的に、父母のうち誰  
（一方に限られない）がその決定に責任を負うことが子の利益に適うのかとい  
う観点から分類を行い、その上で、その分類を前提に決定への関与の在り方を検  
討するとのアプローチを採っている。したがって、「**決定責任**」と、「**親権**」とは  
単なる言葉の言い換えというわけではなく、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。

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、問題となる場面は限定的であるし、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、身分行為全体を分類して決定責任主体を検討す  
30 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。実際に、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。

35 このような観点から、本報告書では、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。

以上のように、「第3」では、父母の離婚後における子に関する事項の決定への父母の関与・調整の在り方等を中心に整理・検討しているが、離婚時に父母間でこのような在り方を決定することは、主に養育費及び面会交流の取決めを念頭に置いている養育計画の作成の前提ともなるものであるから、後記「**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**」と密接に関連するものと考えられる。

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検討していくことが必要と考えられる。

(注1) 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)**」)、次に財産管理について検討を加えた(後記「**1(2)**」)。

(注2) 父母双方が子の養育について決定責任を負う場合の規律に関連して、その決定に際し、子の意思や意見をどのように反映させるか、親子間で意見が調わない場合の規律をどのように考えるかなどが問題となるが、この点を含め、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ついては、後記「**第8**」でまとめて検討を行っている。

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について、その当否も含め、更に検討を進めてはどうか(注)。

(注) 以下の検討では、父母の離婚後の子の養育に関する問題として、専ら離婚後の場面を想定して検討を進めているが、子の養育に関する決定場面としては、他に、婚姻中の両親や、婚姻関係にあるが別居中の両親等についても問題となる。そこで、離婚後の場面の検討を踏まえた上で、子の養育に関する規律を設ける範囲や、規律を設けた場合に及ぼす影響等については、更に検討を要するものと考えられる。

## 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(注1)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。

## (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）。

5 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2）。

（注1）「第3」で取り上げている「父母」は、原則として、離婚前に共同で親権を行使していた父母であって、後記イの「主たる決定責任者」となり得る者を想定している。すなわち、例えば、ある子について、二度の未成年養子縁組がされており、一度目の縁組も離縁されていない場合において、二度目の縁組の養父母が離婚をしたというケースでは、当該養父母のみを意味し、実親や一度目の縁組の養親は含まれない。

10  
15 （注2）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。

### イ 日常的決定事項

20 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）。

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）。

30 （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。

（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。

## (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。

5 【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。

（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。

10 （補足説明）

### 1 はじめに

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）。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。

30 （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。

（注2）「第3」冒頭の（補足説明）で述べたとおり、重要決定事項等の決定責任の帰属により、親権の帰属が直ちに定まる関係にはないとの整理を前提としている。

### 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  
5  
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。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  
10  
る必要がある。

### 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  
15  
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、  
20  
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。

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  
25  
決定責任者を定める必要がある。

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  
30  
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。

### 4 「**(1)ウ 随時決定事項**」について

35  
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。

5

	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 「(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(注2)。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3)。

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  
25 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。

(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(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。

5 (注2) 養育に関する事項と同様、二分法を採用することもあり得る。なお、本研究会では、養育に関する事項については三分法を採用する場合であっても、財産管理に関する事項についてはこれとは別の観点から分類すべきであるとして、例えば、民法第13条第1項等を参考にして、同項に規定された事項のうち一部については、父母の双方が決定の責任を負うとし得ることとしつつ、それ以外の事項については現に子を監護する親が決定の責任を負うこととするといった考え方も示された。仮にこのような方向性で  
10 検討を進める場合には、父母の双方が決定の責任を負うこととし得る範囲等について、更に精緻に検討する必要があるものと考えられる。

(注3) 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  
15 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、協議離婚と裁判所での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。

20 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

25 【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。

30 【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) 裁判所での離婚

35 【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】裁判所での離婚の場合には、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。

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、協議離婚と裁判所での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、双方関与を選択肢する場合には、併せて、協議離婚の場合には協議により、裁判所での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。

5       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主な選択肢を、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（考えられる選択肢はここで挙げたものに限られるものではない。）。

10       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。

15

## 2 「(1) 協議離婚」について

### (1) 【A案】

20       【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肢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。

25

### (2) 【B案】

30       【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】

35       【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の指摘があった。また、父母で協議が調っていることを重視して、審査

5

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。

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。

10

15

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。

20

25

#### (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、裁判所での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。

30

### 3 「(2) 裁判所での離婚」について

【α案】及び【β案】は、当事者の意向を踏まえ、裁判所での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所での離婚においては、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。

35

#### (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、

5 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、  
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  
10 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  
判所での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  
15 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。

## 15 (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  
20 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】)  
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所での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、裁判所での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  
25 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、裁判所での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  
30 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。

## (3) 裁判所での離婚に関する更なる検討の必要性

裁判所での離婚の規律について、本文では、調停離婚、審判離婚、和解離  
婚及び判決離婚の4種を区別せずに取り扱っているが、本研究会では、こ  
35 うち、当事者の合意を基礎とする調停離婚・和解離婚と、裁判所の公的判断  
を前提とする判決離婚等では性質が異なるとの指摘もあったところであり、

裁判所での離婚について一律に「(2)」で挙げた選択肢を妥当させるか否かは、協議離婚の場合における選択肢も踏まえつつ、更なる検討を要する問題と考えられる。

5 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】 裁判所での離婚：【β案】 ←	協議離婚：【A案】 裁判所での離婚：なし（注2）
要件としない	協議離婚：なし（注3） 裁判所での離婚：【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。

10 （注2）裁判所での離婚においては、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、裁判所での離婚に進むものと考えられる。

15 （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。

## 20 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

25 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。

5 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。

#### (2) 変更を認める要件

10 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。

15 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。

#### 20 (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、25 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、30 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。

35

#### (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、㊧国外ないし都道府県をまたぐ場合に限るとすること、㊨子と非同居親の面会交流を著しく困難にする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。）

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

（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。

（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

5 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)。

10 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。

15

(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。

20 (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。

25 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。

2 「(2) 具体的な事項」について

(1) 具体的な事項の内容等

30 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。

35

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。

5       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  
10       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かもものかなど。）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、  
15       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。

20       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。

      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  
      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  
25       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  
      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  
30       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。

35

## (2) 具体的な事項の法的性質

「(2)」で挙げた事項には、㉞転居や進学等、親権の一内容と考えられるもの、㉟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。

本研究では、「(2)」㉞の医療行為及び㉟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

##### (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

「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。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

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、㉞裁判所が当該事項の内容の判断・決定をする形、㉟裁判所が当該事項についての決定責任を決める形、㊀裁判所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はない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。

5 (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  
5 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。

## 10 (2) 関与の態様に関する規律に違反した場合の効果

### 10 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。

### 15 イ 当事者間の効果

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）。

20 (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)

### 25 1 「(1) 関与の態様」について

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。

#### 30 (1) 【A案】

【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と  
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。

5

(2) 【B案】

【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。

10

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  
機能するおそれがあるという懸念も示された。

15

20

(3) 【C案】

【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  
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。

25

30

35

(4) その他

【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

5 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

10 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かかわらず、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。

15 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。

20 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。

25 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。

30 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、更に検討する必要があるものと考えられる。

## 5 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、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。

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。）。

### (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、以下の四案を中心に更に検討を進めてはどうか。

【A案】家庭裁判所の許可を不要とする。

【B案】現に子を監護する父又は母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】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。

【D案】現行法の規律を維持する。

### (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、以下の三案を中心に更に検討を進めてはどうか。

【A案】父母（注1）が共同でこれを代理する。

【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（注1）の同意を得なければならないこととする（注2）。

【C案】「主たる決定責任者」が単独でこれを代理する。

（注1）これらの「父母」も、「1(1)ア」の「（注1）」で言及したとおり、離婚前に共同で親権を行使していた父母を想定している。

（注2）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。

（補足説明）



## 1 民法第791条第1項関係

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、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）。

【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<sup>5</sup>、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。

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<sup>6</sup>。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

<sup>5</sup> 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。

<sup>6</sup> 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〕

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<sup>7</sup>などを踏まえて検討する必要があると考えられる。

【B案】は、上述のとおり、【A案】では子の氏の変更について、本来、家庭裁判所が関与すべき場合であるにもかかわらず、家庭裁判所の関与がなくなるという懸念があることを踏まえ、家庭裁判所の許可を不要とする場面を一定の場面に限定しようとするものである。すなわち、子の氏が、実際に子を監護している父又は母の氏と異なる場合には、社会生活上、子の氏を当該父又は母の氏と同じくする必要性が類型的に認められ、また、濫用的な変更がされるおそれも低いと考えられることから、このような場合に限り家庭裁判所の許可を不要とするものである。もっとも、氏の変更の届出を受ける窓口において、実際に子を監護している者が誰かをどのように把握するかという問題もある。

【C案】は、例外の場面をより限定するものであり、現行法下において、上述のとおり、主に氏を変更することを目的としながら、それより重大な効果が生じる未成年養子縁組が用いられている実態があるのではないかとの指摘があることを踏まえ、このような状況を防止するため、子の氏を親の配偶者の氏に変更する場合に限り家庭裁判所の許可を不要とする考え方である。

これに対し【D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

<sup>7</sup> 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〕

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歳未満の子の氏に変更され得るが、「(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に変更されることとなる。

5

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。

10

#### 第4 親権, 監護権, 子の扶養, 養育費及び面会交流に関する法的概念の整理

子の養育に関する法的概念については, 親権, 監護権, 子の扶養, 養育費, 面会交流に関するものなど, 法的に必ずしも十分に整理されていないものがあるとの指摘があることに鑑み, 以下のような整理を行い, これを明確化

5

(補足説明)

父母の離婚後の子の養育に関する問題を議論する際には, 子の養育に関する法的概念についての整理・理解が共通のものとなっていることが必要と考えられるところ, 「第3」の父母の離婚後の子の養育に関する規律の在り方において検討したように, 子の養育に関する事項等については, 様々な範囲・性質のものがあり, また, より広く歴史的に見た場合には, その社会的有り様や位置付けには変遷があるとの指摘もある。そのため, 父母の離婚後の子の養育に関する親子間ないし父母間の法律関係に関する検討を進めるに当たっては,

10

15

その前提として, 子の養育に関する法的概念を改めて分析的に整理・検討して明確化していくことが必要かつ有益なものと考えられる。

そこで, 以下では, 親権, 監護権, 未成熟子に対する扶養, 養育費及び面会交流について取り上げ, 可能な限りでそれぞれの法的概念の整理・分析を試み, これを明確化する観点から必要な規律を設けることを提案している。これ

20

##### 1 親権について

25

親権に関する規律の在り方及び親子関係におけるその位置付けについて, 以下の各点を考慮しつつ, 更に検討を進めてはどうか。

(1) 親子間の法律関係については, 親子間に常に認められるものから, 親権者と子との間のみ認められるものまで, 多層的な構造となっているところ, それらの中間に位置付けられる法律関係については, どの範囲の親

30

がその主体になるのか必ずしも明らかでないものがあることを考慮し, 各法律関係についてそれぞれの主体が明らかになるように規律を整理してはどうか。

(2) 上記(1)の観点から, (親権者でない) 親は, 親権を制限されていない限り, 現に親権を行使する者に対し, 以下のことを求め得る地位にあること

35

としてはどうか(注1)。それに伴い, 以下の事項に関する規定を, 民法中「第4章 親権」内に追加又は移動してはどうか。

- ① 子の利益に必要な場合に、自己に親権者を変更すること。
- ② 子の利益のために、民法第766条第1項の「子の監護について必要な事項」を定めること（注2）。
- 5 (3) 全ての親権者が死亡した場合において、他に親がいるときの親権の所在について、親権者の死亡によって当然に親権者の変更が生ずることはなく、その場合には、常に未成年後見を開始することを明示してはどうか（注3）。その上で、親権を制限されていない親は、未成年後見人の選任の先後を問わず、上記(2)①の親権者変更を求め得ることとしてはどうか。
- 10 (4) 「親権」の用語については、以下の事項にも留意しつつ、親の子に対する責任を強調する用語に置き換えることとし、親の「責務」、「責任」等の用語を候補としつつ、更に検討を進めてはどうか。
- ① 現行法における非親権者が、子に対する「責務」、「責任」等を何ら負わないとの誤解が生じないようにすること（注4）。
- ② 「第3」において親権者と子との間の法律関係を分解的に検討していることも考慮し、現在の「親権」の語を、新たな用語と一対一でそのまま置換する方向性以外の規律とする方向性についても、検討する必要があること。
- 15 (5) 親の「責務」、「責任」等を負う者は、その遂行に対する第三者の不当な妨害を排除する職責を負う旨の規律を設けることとしてはどうか（注5）。
- 20

(注1) 親権者でない親が濫用的な申立てを繰り返すような場合を念頭に、そのような場合に申立権を制限する手続を設ける必要があるかという点については、更に検討を要する。

25 (注2) 婚姻関係にあつて別居中の夫婦である両親間でも、「子の監護に必要な事項」を定めるべき必要性はあるが、別居中に関する規律は「第7」において取り扱っている。

(注3) 更に場面を広げ、養子が未成年のうちに離縁をした場合に、実親の親権が当然に復活するという現行法の規律を改め、常にいったんは未成年後見を開始させるという方向性もあり得るようにも思われ、更に検討を要する。仮にこのような方向性で検討を進める場合には、特別養子縁組の離縁に関する民法第817条の10第1項第2号等も併せて見直す検討が必要になるものと考えられる。

30

(注4) 例えば、子に対する扶養義務〔や、特別養子縁組の同意等の場面において子の利益のために判断すべき義務〕を「絶対的／基礎的」な「責務／責任」と整理することによって、現行法における親権者としての「責務／責任」を負わない方の親であっても、このような「絶対的／基礎的」な「責務／責任」は免れないことを明示す

35

る規定を設ける方向性もあり得る。

(注5) このような規律を設ける場合には、子の引渡請求権に関する法的性質や規律の在り方についても検討する必要がある。

## 5 (補足説明)

### 1 はじめに

「親権」は、その名称のみからすれば純粋な親の権利であるようにも思われるが、その法的性質については、権利であると同時に義務であるとする見解や、権利性はなく純粋な義務であるとする見解等がある。また、「親権とは義務である」とされる場合にも、親権者が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り、親権の性質については、定まった見解がない状況である。

「親権」という用語については、それが表現しようとしている概念の本質が、親が子について果たすべき「務め」、「職分」であることには概ね異論がないことから、「親権」に代わるより適切な用語を検討すべきであるとの指摘がある。もっとも、その新たな用語について検討をするためには、まずはその概念について一定の整理をすることが必要になるものと考えられる。

20

### 2 「(1)」について

#### (1) 親子間の法律関係の整理の必要性

親子間の法律関係については、これを分析的に見た場合、親子間に常に認められるものから、親権者と子との間にのみ発生するものまで様々なものがあるという多層的な構造となっているが、それらの法律関係相互の関係や、中間に位置づけられる法律関係の主体(親のうちどの範囲のものが主体となるのか)等については、必ずしも明確でないように思われる。そして、このことが、「親権」概念の捉えにくさの一因となっているものと考えられる。

そこで、本研究会における検討の過程では、「親権」概念の整理に先立って、親子間の法律関係全般について、まず、以下のとおり整理を行った。

#### (2) 親子間の法律関係の整理

検討の過程では、親子間の法律関係については、大まかに以下の3層に分類した上で検討を行った。

ア 親子であることから当然に生ずるもの

(ア) 扶養義務

現行法下において、親は、未成熟子に対して、いわゆる生活保持義務を負っていると解されている。

5                   ただし、このような義務の法的根拠については必ずしも明らかでなく、①民法第877条第1項とする考え方、②血縁を基礎とする親子関係の本質に求められ、条文上の根拠を要しないという考え方、③民法第820条に基づく子に対する監護の義務に含まれるという考え方等があり、また、これらが複合的に根拠となるという考え方もあるが、定まった見解はない状況である。

10                   また、全ての親が子に対して扶養義務を負うこと自体に疑いはないものの、例えば、2回の未成年養子縁組によって、養父母各2名及び実父母2名が存在しているといったような状況を考えたときに、これら6名の親が子に対して同等の義務を負っているのかという点等、扶養義務の程度については別途検討すべき論点もある（後記**3(1)イ**参照）。

15                   (イ) 相続権

                  被相続人の子は相続人となり（民法第887条第1項）、被相続人に直系卑属がない場合には、被相続人の親（最も親等の近い直系尊属）が次順位の相続人となる（民法第889条第1項）。したがって、親子は、相互に相続権を有する関係にあるということが出来る。

20                   もともと、この点について、現行法の相続の規律としては、被相続人に直系卑属がいる場合にはそのうち最も親等が近いものが相続人となり、直系卑属がない場合には最も親等が近い直系尊属が相続人となるという仕組みとなっており、必ずしも親子関係のあることが相続権の前提とはなっていない。また、相続欠格、相続廃除の制度によって、親子関係の存否とは別に相続権を失うこともある。したがって、相互の相続権を親子関係に基づく法律関係ということが出来るかという点については、更に検討を要する。

25                   (ウ) 特別養子縁組の同意

                  特別養子縁組の成立には、養子となる者の父母の同意が必要であるとされている（民法第817条の6）。ここでいう「父母」については、養父母及び実父母の双方を含む全ての親であると解されている。

30                   (エ) 婚姻の同意

                  未成年の子が婚姻をするには、父母の同意を得なければならないとされている（民法第737条第1項）。ここでいう、「父母」は親権の有無にかかわらずとされている。

35

なお、未成年養子縁組が成立している場合の「父母」の解釈については複数の見解があるが、いずれにしても、本条は、成年年齢の見直しと婚姻開始年齢の引上げによって未成年者が婚姻することができなくなることとの関係で、令和4年4月1日の改正民法施行の際に削除されることとなる（注）。

(注) 現在、法制審議会民法（親子法制）部会では、嫡出否認制度の見直しに関して、子に否認権を認めた上で、母は、親権の有無にかかわらず、子のために嫡出否認の訴えを提起することができるものとすることや、母が固有の立場で、嫡出否認の訴えを提起することができるものとする事等が検討されている。仮にこのような方向で制度見直しが実現した場合には、この嫡出否認の訴えを提起できる地位は、「親子であることから当然に生ずるもの」に分類されることになるものと考えられる。

イ 親権者以外にも認められるが一定範囲の者に限られるもの

(ア) 親権者変更によって親権者となり得る地位

父母の離婚後の子について、子の利益のため必要があると認めるときは、家庭裁判所は、子の親族の請求によって、親権者を「他の一方」に変更することができる（民法第819条第6項）。また、嫡出でない子について認知をした父は、父母の協議又は家庭裁判所の審判によって親権者となり得る（同条第4項及び第5項）。

もっとも、父母の離婚によって非親権者となった者については、最高裁平成26年4月14日決定民集68巻4号279頁は、「同条の規定の構造や同条6項の規定の文理に照らせば、子が実親の一方及び養親の共同親権に服する場合、子の親権者を他の一方の実親に変更することは、同項の予定しないところというべきである。」としており、少なくとも、常に親権者変更によって親権者となり得るわけではない。

嫡出でない子を認知した父についても、上記判例との関係で、当該子が既に母の配偶者の養子となっている場合等にも、当該父を親権者と定めることが許されるかについては検討を要することになるものと思われる。

(イ) 民法第766条の「子の監護について必要な事項」の定めを求められる地位

父母が協議上の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定めることとされており（民法第766条第1項）、同条は、裁判上の離婚についても準用されている（民法第771条）。

5 また、民法第766条は、直接的には、父母が離婚をする場合について定める規定であるが（婚姻しているが別居中の父母についても同条が類推適用されると解釈されている。）、民法第788条により、嫡出でない子を父が認知した場合の父母についても準用されている。

10 そうすると、少なくとも、離婚後の非親権者や、認知をした父については、子に関する監護費用の分担や子との交流を求め得る、又は求められ得る立場にあるといえる。

15 これに対し、未成年養子縁組がされている場合における、養親と実親との関係については、現行法上、規律がない。例えば、未成年養子縁組がされている場合に実親が養子との面会を求めることができるか（法解釈上、民法第766条第2項及び第3項が類推適用され、家事事件手続法別表第2第3項の子の監護に関する処分の事件として扱われ得るか。）という点（注1）や、実親と養親との協議により実親を監護者と指定することができるのかという点（注2）については、必ずしも明らかではない。

20 （注1）この問題は、まずは、子のために実際に実親との面会交流を実施するのが相当な場合があるか否かという価値判断の問題ではなく、法的に家事審判事項に該当し得るか否かという手続的な問題として捉えるべきものである。すなわち、そもそも申立てを認めるべきかという問題と、その申立ての趣旨に沿う処分をすべき場合があるかという問題の双方があるところ、本規律は前者に関するものである。

25 （注2）例えば節税を目的とした孫養子の類型であれば、実際には、実親が養子を監護することについて、養親と実親との間で合意されていることもあると思われるが、この合意の法的性質は明らかでない。もっとも、この点については、そもそも、民法第766条の監護者指定の法的な効果が判然とせず、単なる監護を委託する契約と同様のものに過ぎないのか、それとも、例えば親権者の監護義務の一部を減免させるといった身分法上の特殊な効果が発生するものなのかについても、必ずしも明らかでない（後記「2」参照）。

#### ウ 親権者

親権者と子との法律関係については、「第3」参照。

35 (3) 小括

上記(2)のとおり、親子間の法律関係については、大まかに三層に分類す

ることができるが、上記(2)アの「親子であることから当然に生ずるもの」に属する法律関係について、少なくとも現行法上の規定上は、全ての親がその主体となることが明示されているとはいえない。

5           また、上記(2)イの「親権者以外にも認められるが一定範囲の者に限られるもの」については、そもそも、実体的な規律が必ずしも明らかでない(この点については、「(2)」において実質的な規律を提案している。)

          したがって、「(1)」は、このような検討の結果を踏まえ、今後の親権概念の検討における基本的な視座の置き方を提案するものである。

### 10       3 「(2)」について

          本文は、上記2(2)イの「親権者以外にも認められるが一定範囲の者に限られるもの」に関し、現行法上必ずしも規律が明確でない「親権者変更によって親権者となり得る地位」及び「民法第766条の「子の監護について必要な事項」の定めを求められる地位」を有する親の範囲について明確な規律を  
15           設けることを提案するものである。すなわち、いずれについても、子の親については、その者の親権が制限されていない限り(具体的には、親権喪失の審判を受けた者又は親権停止の審判を受けてその期間が経過していない者が除かれることとなる。)、その地位を有することとするを提案するものである。

20           本文で提案している規律は、未成年養子縁組をした後の実親が、これらの地位を有することとなる点で大きな意義を有する(注1, 2)。この点については、まず、親権者変更の点については、父母の離婚後に、親権者が再婚をして連れ子養子がされたという場合において、当該再婚夫婦による深刻な虐待が発生したというような場面を想定すると、離婚時に親権者とされ  
25           なかった親に養育意欲やその能力があるのであれば、当該親を親権者として子を養育させることを禁ずる必要はないものと考えられる。また、子の監護について必要な事項の定めについても、未成年養子縁組がされた後で、養親と実親との関係が悪化したというような場合を想定したときに、実親が子との交流を求める法的根拠が明確でないというのは、子の利益に適うもの  
30           ではないように思われる。

          そこで、本文の規律は、未成年養子縁組をした後の実親を含め、親であれば、原則として、これらの地位を有することとした上で、ただ、親権を制限されているものについては、これらの申立てが子の利益のために行われることを期待することができないことから、例外的に、このような地位を有し  
35           ないこととしたものである。なお、このような規律を設けることは、未成年養子縁組に与える影響も大きいものであるが、未成年養子縁組については、

「第9」において検討している。

本文柱書の第2文は、法制的な事項に関する提案である。仮に上述のような規律を設ける場合には、「子の監護について必要な事項に関する定め」は、父母の離婚時等の特定の場面に問題となるものではなく、未成年養子縁組等による場合も含めて複数の親が存在する場合において一般的に生ずる問題ということとなる。そうすると、現行法のように、協議離婚の場面に関して民法第766条を設け、それを裁判離婚の場面や、子が認知された場面等の特定の場面でのみ準用するという規律の仕方は適切ではないように思われる。そこで、「子の監護について必要な事項に関する定め」に関する規律を、親権に関する一般的な規律として、民法第4章（親権）の中に設けることを提案している。

(注1) ここでの指摘は、あくまで調停や審判手続によって求めることができる地位を有することになるとするものであって、現実に親権者となることができるかとか、子と面会交流することが認められるかといった点は、個々の具体的な事情を前提に判断されるべき問題である。

もっとも、この点については、未成年養子縁組（普通養子縁組）であっても、事実上、断絶型の養子縁組のように扱われるべき場面があるとの指摘もあり、このような考え方からすれば、①未成年養子縁組の後の実親については、そのような求めをし得るとすること自体が相当でないとして、一定の場合にのみこのような求めをすることができることとすべきであるといった考え方や、②そもそも、このような求めはすることができない（養親と実親とが任意で合意したときのみ、オープン・アドプションが実現する）こととすべきであるといった考え方などもあるものと思われる。

(注2) 未成年養子縁組の中には、連れ子養子縁組、節税目的を主とする孫養子縁組、適切な養育環境を確保するための縁組等、様々な類型が含まれ、それぞれにおいて問題状況、考慮すべき利益や関係者が異なる。したがって、これらを一律に扱うよりも、より分析的に検討をすべきとの考え方もあるものと考えられる。

#### 4 「(3)」について

現行法上、例えば、未成年養子縁組をした後に養親が死亡した場合における実親や、父母の離婚後に親権者である親が死亡した場合における他方の親等、親権者が死亡した場合における親権者以外の親について、その親権が当然に復活するか否かという点に関しては様々な見解があるが、いずれの場面においても、基本的な考え方の選択肢としては、以下のとおり整理することができるものと考えられる。

(親権者死亡の場面における他の親の親権に関する考え方の選択肢)

- ① 当然に復活
- ② 復活しない
  - ②-A 親権者変更によって親権者になることもできない
  - ②-B 未成年後見人の選任までは親権者変更によって親権者になれる
  - ②-C いつでも親権者変更によって親権者になれる

この点については、親権の帰属と行使とを分け、親権を行わない親にも親権が潜在的に帰属していると考え、そこから演繹的に①の帰結を導く考え方もあり得る。もっとも、この論点が、親権の帰属という子の利益に直結するものであることからすれば、この点に関する規律の在り方は、

5

そのような観念的な検討ではなく、具体的な場面における子の利益に配慮した上で検討されるべきものであると考えられる。

そのような観点から検討すると、未成年養子縁組後の実親と子の関係や、離婚後の非親権者と子との関係は様々であり、それらの親が子の養育の意欲や能力を有していない場合もあり得ることからすれば、少なくとも、これらの親の親権が当然に復活するという①の考え方を採ることは難しいように思われる。なお、このような考え方を進めていくと、養子が未成年のうちに離縁した場合においても、実親が子の養育の意欲や能力を有していないことがあることからすると、離縁後に実親が当然に親権者となるという現行法の規律が妥当かという問題が生ずることから、この点について、「(注2)」で指摘している。他方で、これらの親について、養育意欲及び養育能力に欠けることがない場合があることも当然であり、そのような場合には、第三者が未成年後見人として子の監護をするよりも、当該親が親権者として子を養育することが子の利益になるものと思われる。その上で、当該親が親権者変更を申し立てる時期と未成年後見人の選任の時期の先後という形式的な理由によって、子が親権者となるべき親に養育される機会を奪うことは相当でないように思われることからすれば、上記②Cの考え方が支持されるべきものと思われる。

10

15

20

このような検討を踏まえ、本文は、上記②Cの考え方に基づく規律を設けることを提案するものである。

25

#### 5 「(4)」について

本研究では、上述のとおり親権の性質等について検討を行った上で、その用語の在り方についても検討を行った。その結果、親が子について「負っているもの」という要素が中心であることについて異論はなかったものの

30

(検討の便宜上、本報告書では、この「負っているもの」について、仮に「職分」の語を当てることとする。)、適切な用語の候補について絞りこむことができなかつた。そこで、本文では、今後、候補となり得る用語として、「責務」、「責任」の語を例示しつつ、引き続き検討を進めることが提案されている。

5

検討経過としては、当初、「親権」との用語に代わり得るものとして、「義務」という語を用いることも検討されたが(「親義務」等)、親が子に対して負っている職分は、民法における「義務」とは性質を異にするものであるとして、これに賛同する意見は見られなかつた。

10

これに対し、「責任」については、諸外国で「親権」に対応する概念として用いられている「parental responsibility」と語感が近いとして賛同する意見があつたものの、やはり、親の職分と民法上の「責任」概念とが異なることを指摘し、他の語とすべきであるとする意見もあつた(注)。

15

そこで、民法上用例のない語として、「責務」という語が提案されたところであり、これを候補の冒頭に掲げている。もっとも、民事法分野において、「責務」との語は、民事手続法において「裁判所及び当事者の責務」という形で用いられることがあるものの、民事実体法において私人を主体として用いられている例が見当たらず、その妥当性については更に検討を要するものと考えられる。

20

このように、用語については更に検討をすることを提案しつつ、本文においては、用語の更なる検討に際して留意すべき事項が2点掲げられている。

25

一点目は、用語の変更が与え得る一般的な印象に関するものである。すなわち、親権の代わりに「責務」や「責任」という用語を用いることとした場合には、現行法における非親権者は、これらの「責務」や「責任」を負わないこととなるため、これによって、これらの者が子に対して何らの責任を負わないかのような誤解が生ずるおそれがあることを指摘するものである。

30

なお、この点については、本研究会における検討の過程において、子に対する扶養義務等、親子であれば当然に生ずる法律関係のことを「基礎的責任」のように呼びつつ、親権に対応する部分を「上乘せ責任」と呼ぶようなイメージにすることで解決してはどうかとの提案がされたことを踏まえ、このような方向性を「(注3)」として記載している。もっとも、このような提案に対しては、より価値中立的な呼称(例えば「第一層」「第二層」等)を前提に議論をしてはどうかとの指摘があつたほか、親子関係から生ずる法律関係には様々なものが含まれることから、それを一つの概念でまとめて整理することが適切かという点については、そのような概念を用いる必要性、当否も含め、慎重な検討が必要であるとの意見もあつた。

35

留意すべき事項の二点目は、現行法の「親権」と新しい用語との関係に関するものである。「第3」では、親権者と子との間には様々な法律関係があり、しかもそれらを分析的に見ていけば、必ずしも個々に分解することができないわけではないとの整理を前提に議論がされていることからすると、現行法の下において「親権」が表現している概念については、必ずしも、引き続きそのまま維持する必要があるわけではないものとも考えられる(もつとも、現時点では、この点に関する方向性は定まっておらず、今後の議論によることとなる。)。すなわち、今後の検討次第では、例えば、現行の親権の一部についてAという用語を用いつつ、残部(場合によっては、現在は親権には含まれない法律関係も含めて)についてBという用語を用いることとするといった方向性もあり得ることから、こういった可能性が排除されるものではないことを指摘するものである。

(注) 児童の権利条約第5条では「適当な指示及び指導を与える責任、権利及び義務」との表現が用いられている。なお、法制審議会民法(親子法制)部会では、現在、民法第822条で規定する「懲戒」の文言の見直しが検討されており、その一つの案として「懲戒」に代えて「指示及び指導」を用いるとの提案がされている。

#### 6 「(5)」について

現行法には、親権者による親権の行使に対して第三者による不当な妨害があった場合に関する規律が置かれていない。例えば、虐待を理由に児童福祉法28条審判で施設又は里親に委託されていた児童について、未成年養子縁組がされたような場面では、縁組が成立した後であっても、実親が、法的な親子関係があることを理由として、養親子関係に不当に介入することがあるとの指摘がある。そこで、親権者による親権行使について不当な妨害がある場合には、それを排除することができることを明示することの必要性を指摘する見解がある。

他方で、検討の過程においては、仮にこのような規律を、親権者が妨害排除請求権を有するという形で規定した場合には、児童虐待等の場面を想定すると、公的機関が親子関係に介入する必要があるにもかかわらず、親権者が親権を口実に介入を拒絶するような事態が増加するおそれがあることが指摘されたところである。

そこで、本規律は、親の責務という観点から、このような妨害排除に関する規律を設けることを提案するものである(注)。

なお、いわゆる子の引渡請求権の法的性質については、一般的に、親権に基づく妨害排除請求権であると解されているところ(最高裁昭和35年3

月15日判決民集14巻3号430頁), 本文の規律を設ける場合には, 子の引渡請求権との関係も問題となり得ることから, 「(注4)」のような指摘を行っている。

5 (注) 仮に, 現行法の親権に関して, なるべく親の権利という側面を排しつつ, 親の職分としての観点から新たな規律を設けることとする場合には, 妨害排除請求権の性質に影響があるかという点について更に検討を要するものと考えられる。

すなわち, 現行法の下では, 親権は少なくとも第三者に対する権利ではないことを前提としつつ, 子に対する親権の排他性を根拠に, 物権的請求権のアナロジーで親権  
10 に基づく妨害排除請求権を観念しているのではないかと考えられる。そうすると, 仮に, 子に対する権利という側面が希薄となつた場合に, 第三者に対する妨害排除請求権の従前の説明を維持するのか, それとも, むしろ職分を完遂させるために特別の規定により付与された法定の権利と解すべきものか, といった点が問題となるものと考えられる。

15

## 2 監護権について

父母以外の第三者を子の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, 以下の各点を考慮しつつ, 更に検討を進めてはどうか。

### (1) 監護者の指定の法的効果

20 監護者の指定の法的効果に関し, 監護者と子との間の法律関係と, 監護者指定がされている場合の親権者と子との間の法律関係について, 検討してはどうか。

また, 父母の一方が監護者に指定される場合と, 親権者となる可能性が全くない第三者が監護者に指定される場合とで, 監護者の地位に何らかの  
25 違いが生ずるのかという点について, 検討してはどうか。

さらに, 監護者が指定されていることについての公証・公示の在り方について, そのための新たな規律を設けることも含め, 検討してはどうか。

### (2) 協議による監護者指定の可否

父母及び第三者間の協議のみによって, 第三者を監護者と指定することができることとしてはどうかとの考え方について, 検討してはどうか。

仮にできることとする場合には, 一時的な監護委託契約と, 協議による監護者指定との異同を整理・検討してはどうか。

### (3) 家庭裁判所の調停・審判による第三者の監護者指定

35 家庭裁判所の調停・審判によって, 第三者を監護者に指定することができることとする場合には, 第三者に対しても調停・審判の申立権を与えるとともに (注), 審判が第三者の申立てによらない場合においては, 第三

者の同意を要する旨の規律を設けることとしてはどうか。

その場合において、第三者の同意、監護意欲、監護能力等を確認するための手続の在り方について、検討してはどうか。

(4) 監護者指定をすることができる場面

5 監護者指定をすることができる場面について、民法第766条第1項が適用、類推適用又は準用される場面に限るべきか、それとも、婚姻中の父母が同居している場合や、嫡出でない子について認知がされていない場合（母しかいない場合）等、広く第三者を監護者と指定することができることとすべきかという点について、検討してはどうか。

10 仮に、監護者を指定することができる場面を広く認めることとする場合には、民法第4章（親権）の中に、「子の監護について必要な事項の定め」に関する規定とは別に、監護者指定に関する規定を設けることとしてはどうか。

(5) 監護者の辞任

15 監護者に指定された者は、その意思のみで辞任することができることとすべきか、それとも、辞任に一定の制限を設けることとすべきかという点について、検討してはどうか。

20 (注) 監護者指定の申立てをすることができる第三者の範囲については、更に検討を行う必要がある。

(補足説明)

1 はじめに

25 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30日決定）もある。もっとも、この点については、実務の立場から、東京高裁平成20年1月30日決定以降、父母以外の第三者を監護者と指定する審判がされにくくなっているとの指摘がされている（注）。

30 この点について、父母に監護能力が欠けている場合であっても、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るのが適切とはいえないといったことがあり、そのような状況下では、第三者の監護者指定は、有効な選択肢となり得るものと考えられる。  
35 また、上記のとおり、第三者を監護者に指定することが認められにくいため



に、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監護権を取得するといった方法が採られることもあるようであるが、そもそも子が15歳に達するまでは親権者の代諾がないと縁組をすることができないし、また、このような目的で未成年養子縁組が用いられることの評価については様々な考え方があられるものと考えられる。

本研究会では、このような実務的な必要性の紹介もあり、父母以外の第三者を監護者に指定することができる方向で検討を進めることについて異論はなかった。

もともと、その検討に当たっては様々な論点を検討する必要があることが指摘されたところであり（例えば、監護者として指定され得る第三者の範囲や、指定の要件に関する規律等が問題となる。）、本文ではそれらの中でまず法的整理を行うべき点が列挙されている。

（注1）東京高裁平成20年1月30日決定（家庭裁判月報60巻8号59頁）は、父母以外の第三者を未成年者の監護者に指定することは、家庭裁判所の審判事項に含まれないとし、その理由として、「家事審判法第9条第1項乙類第4号は、その文言（「民法第766条第1項又は第2項（これらの規定を同法第749条、第771条及び第788条において準用する場合を含む。）の規定による子の監護者の指定その他子の監護に関する処分」）及びその趣旨によれば、民法の上記各規定が、未成年の子の父母が離婚その他婚姻関係を解消するに際し、両者の間の未成年の子の監護者を指定し、及び監護に関する処分をするについて家庭裁判所がこれを定める旨を規定していることを受け、上記のとおり審判事項を定めているというべきであるから、本件のように、未成年の子に父母があり、その一方が親権者として定められている場合に、未成年の子の父母以外の親族が自らを監護者として指定することを求めることは、家事審判法第9条第1項乙類第4号の定める審判事項には当たらないというべきである。その他、同法その他の法令において上記の場合に未成年の子の父母以外の親族が自らを監護者として指定することを求めることを家庭裁判所の審判事項として定める規定はない。」と説示している。

もともと、同決定後も、例えば、大阪高裁令和2年1月16日決定（公刊物未登載・判例秘書掲載）は、「子の福祉を全うするためには、民法766条1項の法意に照らし、事実上の監護者である祖父母等も、家庭裁判所に対し、子の監護者指定の申立てをすることができるものと解するのが相当である。」とした上で、「事実上の監護者である祖父母等に子の監護者指定の申立権を認めるとしても、当該祖父母等を子の監護者と定めることは、親権者の親権の行使に重大な制約を伴うこととなるから、慎重な判断が求められる。しかし、他方において、その判断に当たっては、子の福祉の観点を最も重視すべきである。したがって、上記祖父母等を監護者と定めるためには、

5 上記親権者の親権の行使に重大な制約を伴うこととなったとしても、子の福祉の観点からやむを得ないと認められる場合であること、具体的には、親権者の親権の行使が不相当であることなどにより、親権者に子を監護させると、子が心身の健康を害するなど子の健全な成長を阻害するおそれが認められることなどを要すると解するのが相当である。」としつつも、具体的事案の下で、未成年者の祖母を監護者に指定した原審の判断を維持する判断をしている。

## 2 「(1) 監護者の指定の法的効果」について

10 本文第1文は、監護者指定の法律効果について更に検討を進めることを提案するものである。すなわち、子の監護者の指定は、実務上、婚姻関係にある父母間の子の引渡請求の前提問題とされることが多いと考えられることから、子の監護者指定によって、監護者と子との間に、子の引渡請求権を基礎付ける法的関係が生ずるという要素があることは疑いない（この法律関係の法的な性質については、「1」の（補足説明）中の6「(注)」参照）。

15 もっとも、それ以外に、監護者と子との間にどのような法律関係が生じるかという点や、親権者と子との間の法律関係にどのような影響が生ずるかという点は必ずしも明らかでない。

20 また、監護者指定がされている場面における、親権者及び監護者それぞれの第三者に対する権限等についても明らかでない。例えば、子の引渡請求権についても、親権者が監護者に対して引渡請求を求めることができないことは明らかであるが、この場合の親権者が、子を違法に連れ去った第三者に対しても、引渡しを求めることができないのかという点は論点となり得る。

25 この点については、監護者が指定された場合でも、親権者の責任に何ら変化は生じないと考えるべきであるとの意見もあったが（注）、他方で、例えば、婚姻関係にある父母が別居を開始して子の監護者が争われ、家庭裁判所の審判で一方の親が監護者に指定され、他方の親と子との交流が途絶えているという場合を想定すると、非監護親である親権者と子との間の法律関係に監護者指定の前後で何ら影響が生じていないといえるのかという点は、検討の余地があるとも考えられるところである（この場合でも、親権の内容ではない扶養義務に影響がないことは当然のことである。）。

30

なお、監護権の内容を検討するに当たっては、「第3」において、親権の内容については、重要決定事項、日常的決定事項及び随時決定事項に三分した上で検討を進めることが提案されていることも踏まえ、これらの各事項との関係についても検討する必要がある。

35 そこで、本文第1文は、この点についての検討を更に進めることを提案している。

本文第2文は、監護者指定について、父母の一方が監護者に指定される場合と、第三者が監護者に指定される場合との異同について、更に検討を進めることを提案するものである。すなわち、父母の離婚後の子との関係について、父母のいずれかのみが親権者になるという状況の下では、法的評価として、父が親権者（親権（父）+0（母）=親権）という状態と、母が親権者（0（父）+親権（母）=親権）という状態の間に、一方が監護者で他方が親権者（例えば（親権-監護権）（父）+監護権（母）=親権）という状態を位置付けることができ、父母間の子に対する権利義務の分担の問題として整理することが可能であるのに対し、ここに父母以外の第三者が入ってくることによって、現行法の監護者概念を大きく変えることとならないかという点についても、十分な検討が必要であると考えられる。

本文第3文は、現行法において、監護者が指定されていることは戸籍等で公証されておらず、監護者が監護権を有することを証明するのに一定の不便が生じている可能性もあるところ、父母でない第三者が監護者に指定された場合には、例えば、子の教育や医療に関する対外的関係で、監護権を有することを証明することに更に困難を来すことが想定されることから、公示・公証の在り方についての検討を提案するものである。この点は、子の利益から必要性が肯定されるのであれば、監護者についての新たな公示・公証の方法について検討を進めることが考えられるところである。

(注) 親権者の親権を制限せずに、第三者を監護者に指定することができることとした場合には、例えば、婚姻時に配偶者の一方に連れ子がいた場合において、いわゆる連れ子養子がされないときであっても、他方を監護者に指定するといった運用をすることなども考えられるように思われる。また、連れ子養子縁組がされた場合についての親権や監護権に関する規律について、養親を親権者としつつ、その配偶者である実親を監護者とする方向で整理することなども考えられる。このように、連れ子のある再婚がされた場合の再婚家庭における子の養育の問題に関連するものと位置付けることができる。

### 3 「(2) 協議による監護者指定の可否」

現行法の下では、離婚をした父母は、父母の協議のみによって、親権を有さない方の親を監護者に指定することができ（民法第766条第1項）、離婚前の別居状態にある父母についても、同項の類推適用によって、父母のいずれかを監護者と指定することができる。

これを前提にすると、父母以外の第三者を監護者とする場合であっても、父母及び第三者の協議のみで指定することができることとしてよいように

も考えられる。もっとも、子の利益の観点から見ると、父母以外の第三者に監護される場合には、父母のいずれかに監護される場合よりも、典型的に、子の不利益が生ずるおそれが高いと考えるのであれば、父母以外の第三者を監護者に指定するためには、家庭裁判所の審判によらなければならないこととすることも考えられる。本文第1文は、このような観点からの検討を提案するものである。

なお、より大きな観点から見た場合には、子にとっては、誰が親権を行使するかよりも、誰により監護されるかということの方が日々の生活に与える影響が大きいとも考えられることからすれば、現行法において、監護権が父母の協議のみによって変更することができることとされている点そのものについても、見直す必要がないか否かの検討の余地があるように思われる。

もっとも、いずれの点についても、「監護者」という言葉には、子の引渡請求権の主体という法的な意味から、実際に子を監護している者という事実上の意味まで、さまざまな段階を含んでいると考えられるところ、現行法において、協議のみで指定することができることとされている「監護者」がどのようなものを意味しているのかという点に立ち返って検討すべき問題であるように思われる（注）。本文第2文は、このような観点も含め、いわゆる監護委託契約と、監護者指定との異同について更に検討することを提案するものである。

(注)「監護者」の意味するところについては、時代に応じて変遷がある。

すなわち、「子の監護をすべき者」について定める民法第766条は、明治民法第812条（①協議上の離婚を為したる者が、その協議を以て子の監護を為すべき者を定めざりしときは、其の監護は父に属す。②父が離婚に因りて婚家を去りたる場合に於いては、子の監護は母に属す。③前2項の規定は、監護の範囲外に於いて、父母の権利義務に変更を生ずることなし。）を修正したものであるとされる。同条について、明治民法の起草者は、「例えば、子の教育、懲戒、その代表及びその財産の管理の如きは、総て第5章の規定に従い親権を有する者の権内に属すべく、決して本条の規定に依りて監護権を有する者の権内に在らざるものとす。従って、当事者が協議を以て定むることを得るは、単に其の子の監護に付いてのみにして、その他の事項に付き協議を為すも、法律上何等の効力なきものとす。蓋し、親権の如きは公の秩序に関する権利義務にして、当事者の意思を以て左右することを許さざるものなればなり。」としている（梅謙次郎「民法要義 卷之四 親族編」208頁）。

これに対し、現行法では、「監護権」は、まず、教育・懲戒を含むようになっており、ついで、身上監護に必要な財産管理をも含むようになってきていることが指摘

されている。

#### 4 「(3) 家庭裁判所の調停・審判による第三者の監護者指定」について

本文第1文は、家庭裁判所の調停・審判によって第三者を監護者に指定する場合には、父母以外の第三者にも調停・審判の申立権を認めるとともに、調停・審判が第三者の申立てによらない（父母による申立ての）場合においては、第三者の同意を要件とするものである。監護者に就任する意思のない者を監護者に指定することは、子の利益に反することが明らかだからである。なお、無限定に申立権を認めることとする場合には、必要以上に親子関係の平穏を害するおそれがあることから、「(注)」において、監護者指定の申立てをすることができる者の範囲に一定の制限を設けることの要否について更に検討すべきことが記載されている。

本文第2文は、本文第1文の規律を前提に、監護者となるべき者の同意に加え、その監護意欲や監護能力等について確認するための家庭裁判所における手続的規律の在り方について、検討の必要性を提案するものである。

#### 5 「(4) 監護者指定をすることができる場面」について

本文第1文の規律は、第三者を監護者に指定することができる場面を特定の場合に限ることとすべきかという点に関するものである。

この点について、実親以外に子の監護を委ねる必要があるものの、実親の親権を制限する程の事情はなく、また、親権制限をして将来の実親子の再統合を難しくすることがかえって子の利益を害するという場面で、第三者を監護者に指定するニーズがあるのだとすれば、そのような状況は、どのような親子関係においても生じ得るものである。そうすると、第三者の監護者指定について、少なくともその必要性は一般的に認められることから、本文第1文は、それを踏まえた上で、特に問題として考え得る①婚姻中の父母が同居している場合、②嫡出でない子について認知がされていない場合（母しかいない場合）を具体的に挙げつつ、これらの場合の許容性、問題の有無等の観点も含め、更に検討を進めることを提案するものである。

本文第2文は、仮に、第三者の監護者指定について場面を限らないこととした場合には、監護者の指定は、共同で子を養育することができない場合の父母間の取決めの問題と整理されている現行法（民法第766条第1項等）の位置付けと異なる性質のものとして整理されることになると考えられることから、その法制的な位置付けについての検討を提案するものである。

#### 6 「(5) 監護者の辞任」について

誰に監護されるかという点が子に大きな影響を有することからすれば、いったん監護者に指定された以上は、監護者の意思のみでこれを辞任することはできないとすることも考えられる。そこで、本文は、この点に関する検討を提案するものである。

5       なお、この点は、「(1)」の監護者指定の法的効果に関する整理と関わる問題と考えられ、特にこの点に関し、監護者指定が親権者の責任に影響を生じさせるものであると理解する場合には、辞任を制限する必要性が大きくなることから、これらは相互に関連するものと考えられる。

### 10       3 未成熟子に対する扶養及び養育費について

#### (1) 未成熟子に対する扶養

親の子に対する扶養義務に関して民事実体法上の明確な規定を設けることについて、以下の各論点を含め、更に検討を進めてはどうか。

##### ア 権利の主体

15       親の子に対する扶養義務に関し、子の成年年齢又は「未成熟」概念を基準として規律を整理することについて、更に検討を進めてはどうか。

その際には、①「成熟」概念の時的限界や可逆性、②親にとって同居している子と同居していない子の双方がいる場合に、子との同居の有無に着目した規律を設けることの適否等についても、検討してはどうか。

20

##### イ 扶養義務の主体（養親と実親の扶養義務関係）

未成年者を養子とする普通養子縁組がされた場合には、養子に対する扶養は、まず、養親（連れ子養子の場合には養親に加えその配偶者）が義務を負い、それでもなお子が扶養を要する場合にのみ、実親が義務を負うことを明示する規定を設けることについて、更に検討を進めてはどうか。

25

その際には、①実親の扶養義務と養方の親族の扶養義務の順位、②実親と養親のそれぞれの扶養義務の程度の観点から、検討してはどうか。

##### ウ 権利の内容

30       子の扶養料請求権に実体法上の特殊な地位（優先性）を与える旨の規律を設けることについて、更に検討を進めてはどうか。

その際には、①未成熟又は未成年の子に対する扶養義務の程度について規律を設けることや、②子の扶養料請求権の発生機序を整理して、子からの過去の扶養料請求に関する規律を設けることについても、検討してはどうか。

35

## (2) 養育費

### ア 性質

5 養育費請求権の性質を子の扶養料請求権の代位行使又はこれに準じるものと捉えた上で、養育費請求権についても子の扶養料請求権と同様に特別（優先的）な地位を有することを明示する規定を設けることについて、更に検討を進めてはどうか。

### イ 扶養料請求権と養育費請求権との関係

10 扶養料請求権と養育費請求権との関係について、例えば、後者は前者の代位行使であることを明示するなど、両者の関係を明示する規定を設けることについて、更に検討を進めてはどうか。

### ウ 非監護親の再婚と養育費

15 離婚前の子（実子・養子の双方を含む。）に養育費の支払義務を負っていた非監護親が、その後に再婚して連れ子養子をしたときや新たに子をもうけたときの養育費請求権に及ぼす規律として、例えば、離婚前の子の有する養育費請求権の内容は影響を受けないこととするなど、その場合の規律の在り方について、更に検討を進めてはどうか。

（補足説明）

#### 1 「(1) 未成熟子に対する扶養」について

20 本研究会の検討を通じ、子の扶養や養育費に関する法的概念に関して、これまで十分に整理されてこなかった論点が少なくないことが明らかとなったことから、これらの法的概念について検討を行う必要があるとの指摘がされた。

25 子の扶養については、現行法下でも、親は子に対して生活保持義務を負っていると理解されており、それを前提に、そのことを明示する規定を設けることが考えられる。

30 この点、令和元年民事執行法改正に向けた検討過程においても議論されたように、子の扶養料請求権や養育費請求権については、民事実体法上は何ら特別な地位が与えられておらず（注）、民事執行法において、期限到来前の債権に基づく差押えの特例や差押禁止債権の範囲の特例などの特別な取扱いがされているにすぎないことからすると、実体法上の根拠がないままに、子の扶養料請求権や養育費請求権について手続法において現状よりさらに権利者の利便性を高める特別な取扱いをすることは困難であるようにも思われる。

35 そして、後記第6のとおり、養育費請求権に関する裁判手続については、さらに権利者の利便性を向上させる方策を検討していく必要があるものと考えられることからすれば、その観点からも、子の扶養料請求権や養育費請求権について、民事実体上、特別（優先的）な地位を有する権利であることを明

らかにすることが必要になるものと考えられる。

そこで、本文では、親の子に対する扶養義務に関する実体法上の規律を設けることを提案している。

- 5 (注) 親の子に対する扶養に関する現行法の規定としては、母子及び父子並びに寡婦福祉法第5条第1項及び第2項が挙げられる。同条では、20歳に満たない者の父母に、扶養義務を履行する努力義務を課しているところ、これは、20歳未満の子を有する親が当該子に対して民法上の扶養義務を負っていることが通常であることを前提に(20歳未満であっても、既に就職して経済的・社会的に自立していれば、  
10 扶養義務は生じない。)、その履行の確保に努めなければならないことを規定しているものであり、親子間の扶養に関する権利義務の発生等について、民法と異なる規律を設けているものではないものと考えられる。

(1) 「**ア 権利の主体**」について

- 15 一般的に、親の子に対する扶養義務は、子が成年に達すれば消滅するわけではなく、子が成年に達した後も、子が経済的・社会的に未成熟な間はなお存続するものと解されている(注)。他方で、子が成年に達する前であったとしても、子が経済的・社会的に自立していれば、親の具体的な扶養義務は消滅するものと思われる。

- 20 そして、現在の実務において、例えば、子が大学を卒業する22歳を養育費の支払期間の終期とする場合に、子が成年に達する前後で養育費額を変更させる取扱いがされていないことからすれば、未成年の子と、成年に達しているが未成熟の子との間で、親が負う扶養義務の程度に差はない(いずれも生活保持義務である)と考えるのが一般的と思われる。

- 25 もっとも、この点については、例えば、親権の対象である未成年の子と、成年に達した子とでは、親の義務の程度も異なるとして、前者に対しては生活保持義務を負うが、後者に対しては他の直系親族又は兄弟姉妹と同程度の生活扶助義務を負うにすぎないとの考え方もあり得るように思われる。

- この点の整理を前提として、仮に、親の子に対する扶養義務に関して、  
30 子の成年年齢に加えて「未成熟」概念を基準とすることとすると、「未成熟」という概念が現行民法上は用いられていないことから、そのような概念を民法等に取り込むことが法制的に妥当であるかといった点が問題となる。本研究会における検討の過程でも、「未成熟」概念を明確に定義することができるのかといった意見や、「未成熟」概念の導入が民事法以外の  
35 公的扶助制度や社会福祉制度に与える影響の大きさ等から、慎重に考える意見があった。他方で、仮に、「未成熟」概念を用いることができない場



合に、未成年の子に対する扶養義務についてのみ明確な規定を置いたときは、反対解釈として、成年に達しているが未成熟である子に対する扶養について、消極的な方向で作用するおそれがあることも考慮する必要がある。

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。

また、仮に「成熟」概念を扶養義務に関する基準として用いる場合には、その時的限界（子が経済的・社会的に独立するまで、親は子に対して生活保持義務を負い続けるのかという点）や、可逆性（子がいったん経済的・社会的に独立した後で、再び自立することができなくなった場合に、親は再び生活保持義務を負うことになるのか。この場合に、子が再び自立することができなくなった時期が、成年に達する前か後かで違いはあるか。）といった点についても検討が必要となる。

さらに、親の子に対する扶養義務を明確に規律する場合に、親にとっての子との同居の有無に着目して、例えば、親に複数の子がいて、同居している子と、同居していない子とがいる場合には、親は、第一次的には生活関係が密接に関連する同居している子について扶養の義務を負うものと解すべきとの考え方もある。もっとも、このような考え方に対しては、同居していない子よりも、同居している子に対して強い扶養義務を負うことの根拠が明らかでないとの指摘や、結果的に嫡出子と非嫡出子との間で扶養義務に差異を設けるといふ帰結にもなり得るため、その妥当性については慎重な検討が必要であるとの指摘があり、このような規律を設けた場合に及ぼし得る影響の範囲についても考える必要がある。

このような観点も踏まえ、親の子に対する扶親義務を明確に規律するにあたっては、更なる検討が必要と考えられる。

(注) このような理解を前提に、成年年齢の引下げに係る平成30年民法改正の周知の一環として、法務省民事局は、離婚届の様式中の、養育費の「取決めの有無」に関するチェック欄の記載について、非監護親は子が未成熟のうちは養育費の支払義務を負うことが明らかになるような文言に変更した。

## (2) 「イ 扶養義務の主体（養親と実親の扶養義務関係）」について

未成熟子を養子とする普通養子縁組が成立した場合には、当該養子には実親と養親の双方が存在することとなるが、現行法において、このような場合における当該養子に対する扶養義務について明確に規律していない。一般的に、普通養子縁組が成立した場合には、第一次的な扶養義務を負うのは養親であり、養親やその親族の資力の点から養子について扶養義務を

十分に履行できない場合に限って、実親が二次的な扶養義務を負うと解されている。また、扶養義務の程度に関し、養親の扶養義務はいわゆる生活保持義務であるのに対し、実親の扶養義務は、他者の保持義務におくれる保持義務という特殊な性質を有するものであるとする見解がある（注1，

5

2)。  
他方で、例えば、養親が養子に虐待しているおそれがある場合等を想定すると、養親と実親との扶養義務関係については慎重に検討することが必要ではないかとの指摘もされた。

10

このような観点も踏まえ、未成年者を養子とする普通養子縁組がされた場合の養子に対する扶養について、養親と実親の扶養義務関係（扶養義務の順位）を明示する規律を設けることの当否や、実親と養親それぞれの扶養義務の程度に関して、更なる検討が必要と考えられる。

(注1) 深谷松男「普通養子に対する実親と養親との扶養義務の先後」沼邊 愛一＝太田武男＝久貴忠彦編「家事審判事件の研究(1)」(1988)275ページ

15

(注2) 養子縁組がされた場合の、養親と実親との扶養義務の優劣、順位や、それぞれの扶養義務の程度及びその差異については、その理論的な根拠についても、更に検討を要する。

20

### (3) 「ウ 権利の内容」について

上記1のとおり、子の扶養料請求権や養育費請求権に関する裁判手続において、権利者の利便性を更に向上させていくために、子の扶養料請求権に実体法上の優先性を明らかにする規律を設けることが考えられる。仮に、優先性を明示する規定を設けることとする場合、婚姻中かつ別居中の両親間では、子の養育に関する費用は、監護親から非監護親に対する婚姻費用の分担の問題として取り扱われており、こちらについても同様に、子の養育の観点から特別の地位を与える必要性があると考えられることから、婚姻費用との関係についても整理が必要であるとの指摘がある。

25

また、先述のとおり、親の未成熟子（又は未成年の子）に対する扶養義務は生活保持義務であると解されているが、民法上、扶養義務の程度に関する明確な規律は設けられていない。この点について、現在、養育費や婚姻費用等の不払い問題の解消のためには、養育費等の不払いが親としての重大な反規範的行為であるとの意識を啓発することが重要であるとの指摘もあることからすれば、子に対する扶養義務が、他の扶養義務よりも重いものであることを法文上明確に規定することには意味があると思われる。他方で、生活保持義務及び生活扶助義務はいずれも講学上の概念であると

35

ころ、このような概念を法文に取り込むことができるかという点については検討を要するものと考えられる。仮に、子に対する扶養義務について、生活保持義務であることを明示する規定を設けることとする場合には、同じく生活保持義務であると解されている夫婦間の協力扶助義務に関する規定も見直す必要があるかという点についても検討する必要がある。

さらに、以上の議論と関連する論点として、子から親に対する過去の扶養料請求の可否、扶養料請求権の発生機序も問題になり得る。例えば、監護親が非監護親に対し養育費を請求していなかったために苦しい生活を余儀なくされた子が、後に、非監護親に対して過去に遡って扶養料を請求することができるかという点が問題となる。

この点、協議又は審判等において、扶養料請求権について具体的な金額や支払時期が取り決められていた場合には、これを遡って請求することができることには疑いはないものと考えられる。これに対し、何らの取決めがされていなかった場合に、これを遡ることができるかという点については、定まった見解がないように思われる。さらに、仮に遡ることができるとしても、いつの時点まで遡ることができるのかという点については、①子が要扶養状態であり親が扶養能力を有していた最も過去の時点、②請求時点、③扶養料の調停又は審判の申立てがされた時点等、様々な考え方があり得るように思われる（請求時点説が実務の大勢とされている。）。

そして、子からの過去の扶養料請求の可否を検討するにあたっては、扶養料請求権の発生機序についても整理を行う必要があるものと考えられる。子の扶養料請求権の発生機序については、①子が要扶養状態（注1）にあり、かつ親に扶養能力（注2）があれば当然に発生するとみる考え方、②当事者の協議又は裁判所の審判等によって初めて生ずるとみる考え方、③子が要扶養状態にあり、かつ親に扶養能力があれば抽象的な権利として発生し（注3）、それが当事者の協議又は裁判所の審判等によって内容が具体化するとみる考え方等があり得、その理論的整理も必要となる。本文では、このような観点も踏まえ、関連論点について更に検討を進めることを提案している。

（注1）未成年の子については、就労して独立しているというような場合を除き、基本的に要扶養状態にあるものと考えられる。

（注2）子に対する扶養義務が生活保持義務（自己と同一の生活を保持する義務）であるとするれば、理論上は、わずかでも収入があれば、扶養能力があるということになるようにも思われる。子に対する親の扶養能力についても、検討を要する問題であると考えられる。

(注3) 前注1及び2からすると、未成年の子は、親に対して抽象的な扶養料請求権を有しているという状況が原則となる。

## 2 「(2) 養育費」について

### 5 (1) 「ア 性質」について

10 養育費請求権の性質については必ずしも定まった見解はないが、本研究  
究会では、子に対して同一順位で扶養義務を負う父母間において、一方の  
みが子の監護を負担する場合に、他方に対して、本来同人が負担すべき部  
分について弁済による代位類似の形で請求しているものと理解すべきで  
15 はないかとの考え方が示された。この考え方に対して異論はなく、養育費  
請求権の性質を扶養料請求権の代位行使又はこれに準じるものと捉える  
方向で検討を進めることが相当と考えられる(注)。また、養育費請求権  
の性質についてこのような理解をした場合には、上記1で述べたように、  
子の扶養料請求権について特別な優先的地位を与えるとすれば、養育費  
15 請求権も同様の地位を有することの理論的説明が容易になるものと考え  
られる。

そこで、子の扶養料請求権の性質に関する議論を前提として、養育費請  
求権についても、これと同様の特別な地位を有することを明示すること  
20 が考えられる。仮にこのような方向性で検討をする場合には、上記1(3)で  
述べたように、婚姻中かつ別居中の両親間における子の養育に関する費  
用は、監護親から非監護親に対する婚姻費用の分担の問題として取り扱  
われていることから、婚姻費用との関係でも見直す必要がないかとい  
う点についても併せて検討を要することになる。

25 (注) 仮に父母以外の第三者を監護者に指定することができることとする規律を設ける場  
合には(資料12-2参照)、当該第三者の父母に対する監護に要する費用の請求権  
をどのように位置付けるかという点についても、更に検討を要する。

### (2) 「イ 扶養料請求権と養育費請求権との関係」について

30 本研究会の議論では、子の非監護親に対する扶養料請求権と、監護親の  
非監護親に対する養育費請求権との関係については明確な規律がないこ  
とから、本研究会では、扶養料請求権と養育費請求権との関係について整  
理すべきであるとの指摘がされた。

35 この点、実務上は、扶養料の調停・審判と養育費の調停・審判とは、子  
本人(親権者が代理)が申し立てるか監護親が申し立てるかの違いにすぎ  
ず、特段いずれかが優先されることとはされていないものの、実際には、

養育費の調停・審判として申立てがされることがほとんどである。

もともと、(1)のとおり、養育費請求権について子の扶養料請求権の代位行使と位置付け、その関係を明示したとしても、実務上、検討すべき問題が残されていると思われ、例えば、両親間の養育費についての合意や審判が子の扶養料請求に対してどのような効果を有するのか（子の扶養料請求は、両親間の養育費額の取決めに拘束されるのか）といった点や、監護親が養育費について先払いを受けている場合（この場合で、さらに監護親が当該先払い金を子のためではなく自らのために費消したとき等）に、子は非監護親に対して、別途扶養料を請求することができるのかといった点については、必ずしも定まった見解がないものと考えられる。

そこで、扶養料請求権と養育費請求権との関係について、例えば、養育費請求権が子の扶養料請求権の代位行使であることを明示した上で、更に必要な規律を設けることが考えられる。

### (3) 「ウ 非監護親の再婚と養育費」について

一般的には、離婚前の子（当初の子。実子をもうけた場合の他、縁組による養子の場合も含まれる。）に養育費の支払債務を負っている非監護親が、①再婚して、②連れ子養子をして養親となり、③再婚相手との間に新たに子をもうけた場合には、非監護親において、それぞれ再婚配偶者、養子、新たな実子に対しても扶養義務を負うこととなることから、元々負っていた当初の子に係る養育費支払債務の減額請求がされた場合には、減額が認められることが少なくないものと思われる。もともと、当初の子の視点からこのような状況をみると、非監護親の一方的な事情により、自らの生活のための養育費（扶養料）が減額されることとなり、このような取扱いは、当初の子の利益を著しく害するのではないかといった指摘がある。

この点について、上記①及び②の再婚配偶者及び養子については、非監護親が当初の子に対する養育費支払債務を負っていることを前提に、合意によって婚姻関係や親子関係を形成したわけであるから、これらの者に対する扶養義務は、従前の養育費支払債務に劣後するとの考え方もあり得るようにも思われる。これに対し、③の新たに生まれた実子については、合意によって親子関係が形成されたわけではないから、当初の子に劣後する取扱いをすることはできないようにも思われる（上記「3(1)イ」の検討結果次第では、新たな実子が優先的な地位を有することとされることもあり得る。）（注）。他方で、それぞれの子の立場からすると、自らの関知しない事情により、扶養義務の程度に区別を設けられることにな

るから、そのような取扱いの相当性については議論があるものと考えられる。

このような指摘を踏まえ、養育費の支払義務を負っている非監護親が、再婚して連れ子養子をした場合や、その間に新たに子が生まれた場合に養育費請求権に及ぼす影響やその場合の規律の在り方について、子の利益の観点から検討することが必要と考えられる。

(注) 非監護親が再婚した後で、再婚相手とともに共同縁組をしたような場合を、②と③のいずれと取り扱うのかといった点は、更に検討を要する。

## 4 面会交流について

### (1) 性質

面会交流に関し、その法的性質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。

その際には、面会交流について、誰の誰に対する権利又は義務として規律を設けるべきかを整理した上で、例えば、父母間の取決め等により具体的な面会交流の内容が定まった場合には、非監護親の監護親に対する一定の請求権として規律した上で、その権利は子の利益のために行使しなければならないとするような規律を設けることについて、検討してはどうか。

### (2) 面会交流を求めることができる者の範囲

#### ア 養子縁組後の実親

子について養子縁組がされた後の、実親と子との面会交流に関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。

#### イ 親以外の親族

親以外の親族(祖父母等)と子との面会交流に関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)

#### 1 「(1) 性質」について

面会交流については、民法第766条第1項において、子の監護について必要な事項として明示されているものの、具体的な権利義務としては法律に規律されていない。この点については、平成23年民法改正の検討過程においても、面会交流が権利として認められるのか、認められるとして親の権利か子の権利か、その法的性質はどのようなものかといった点について議論が分かれていた状況であったことから、明確な規定は置かれなかったものであ

る。

本研究会では、面会交流が子の利益のためのものだという認識については異論がなかったものの、それを権利義務としてどのように構成し、規定するかという点については様々な意見が出された。

- 5 面会交流については、子の権利であると捉えた上で、子が、監護親を含む周囲の成人に対して、子と非監護親が面会をすることができる環境を形成することを求める権利と捉えるべきではないかとの意見がある一方で、仮に面会交流についての権利義務に関する規律を明確にした場合には、規律の上で面会交流が認められないこととなるのはかなり限定された例外的場面に限られることになるように思われるが、それが子の利益に適うか否かについては慎重に検討する必要があるとして、規律を設けること自体に慎重な意見もあった。

- 15 また、面会交流については、父母間の協議又は家庭裁判所の審判等によって具体的な内容のものとなった後は、非監護親から監護親に対する権利として、強制執行をすることができる権利となるのであるから、むしろそれを前提に、非監護親の権利と位置付けた上で、子の利益のために行使されなければならないことを明示するような規律を設けた方がよいとの考え方もあり得る。例えば、面会交流について、現行の実務・運用を踏まえた上で、非監護親の監護親に対する妨害排除的な請求権又は債権的な履行請求権などとして規律することとし、その上で子の意思を反映させることや、安全性を確保することを担保するような手続を設けることが考えられる。

- 20 いずれにしても、面会交流の在り方については、子の利益に合致する面会交流とはどのようなものかという点に立ち返って慎重に検討する必要がある。

- 25 このような観点を踏まえ、面会交流の法的性質を明示する規律を設けることの当否や、規律する場合には誰の誰に対する権利又は義務として整理するのも含め、更なる検討が必要と考えられる。

## 2 「(2) 面会交流を求めることができる者の範囲」について

- 30 現行民法では面会交流の権利義務に関する規定が置かれていないため、面会交流を求めることができる者の範囲についても明確とはいえず、実務上、その点が争いとなることもある。

- 35 本文では、「ア」において、実親の面会交流が問題となる場面として、養子縁組後の実親を挙げているが、実親の面会交流としては、この他に、里親委託がされた場合等が問題となる。

「イ」では、実親以外の面会交流が問題となる場面として、祖父母等の親

族を挙げているが、この他に、親族関係にない場合（事実婚の場合を含む。）も問題となり得る。

(1) 「**ア 養子縁組後の実親**」について

5 父母の離婚後に、監護親の配偶者との間でいわゆる連れ子養子縁組がされた場合において、非監護親と子との面会交流を巡って紛争が生じたときは、民法第766条の射程内にあるものとして、非監護親は面会交流を求めることができると解されているものと考えられ、実務的にも、民法第766条第2項に基づき、家事審判を行っているものと思われる。

10 これに対し、父母の離婚の有無は問わず、連れ子養子縁組以外の縁組がされた場合において、実親が子と面会することを求めることができるか否かという点については、現行法上何らの規律がない。もっとも、例えば、孫養子をした後で、実親と養親との関係が悪化したという場合に、実親が子との面会を全く認められないというのは、妥当性を欠いているようにも思われる。

15 そこで、本文では、養子縁組後の実親と子との面会交流に関する規律を設けることについて整理・検討を行うことを提案している。

(2) 「**イ 親以外の親族**」について

20 現行法において、祖父母、兄弟姉妹等、親以外の者との面会交流に関する規律はなく、実務上も、そのような者から民法第766条に基づいて面会交流を求めることはできないとされているものと思われる。

25 もっとも、本研究会においては、子の利益の観点から見た場合に、祖父母等、親以外の親族と子との面会の必要な場合があるとの意見があった。他方で、親以外の親族と子との面会交流は、父母の婚姻中であっても問題となり得、影響が大きいことから慎重な検討を要するとの意見や、親以外の親族の面会交流を認める場合には、手続法の観点からも検討を進める必要があるとの指摘がされた。

30 そこで、本文では、面会交流の位置付けも含め、親以外の親族と子との面会交流について整理・検討を行うことを提案している。



## 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、裁判所での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。もっとも、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<sup>8</sup>。

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、裁判所での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。

---

<sup>8</sup> 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。制度面の課題について、前者の「検討会議」は、令和2年12月24日に「子ども達の成長と未来を守る新たな養育費制度に向けて」と題する取りまとめを行い、後者の「タスクフォース」においても、同日の会議で、「公的機関による養育費の立替払い制度・取立て制度等に関する制度面を中心とした論点整理について」と題する取りまとめ等を行った。本研究会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。

## (1) 養育ガイダンスの内容

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。

10 【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。

【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。

## 15 (2) 養育ガイダンスの受講を確保する方策

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。

30 【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。

【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）。

35 【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。

(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、養育ガイダ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、いったん養育ガイダンスを受講すれば、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、養育ガイダ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。)

なお、仮に協議離婚の要件とする場合には、養育ガイダ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ないこととするかについては、更に検討を要する。

(注3) 努力義務にとどめる場合には、養育ガイダ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。

### (3) 養育ガイダ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、養育ガイダ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。

【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) 裁判所での離婚の場合における情報提供の在り方

裁判所での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

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。

25           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。

10

## 2 「(1) 養育ガイダンスの内容」について

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  
15       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、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。

15

【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、  
20       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。

20

【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  
25       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  
30       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。

30

【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  
35       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。もつとも、

35

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。

5 3 「(2) 養育ガイダンスの受講を確保する方策」について

10 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。

15 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」  
20 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。

25 【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  
30 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  
35 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

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  
5 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。

これに対し、【A-②案】は、離婚後に主に子を監護する異なる親がDV  
10 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。

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  
15 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、裁判所での離婚  
とそれほど変わらない負担となってしまうか、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  
20 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。

【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  
25 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指摘もあり、【A案】はその負担内容いかな  
30 ずでは、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。

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、  
35 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。いつ  
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。



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、養育ガイダ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  
5 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の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、解消することができる問題であるとも考えられる。

10 【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、養育ガイダ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ダンスの受講を促進しようとする方向性である。

15 なお、【C案】及び【D案】については、養育ガイダ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ダ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ダ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  
20 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。

#### 4 「(3) 養育ガイダンスの実施主体及び実施方法」について

25 養育ガイダンスについては、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  
30 ような者らにとっても、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  
35 されている。

【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・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えられる。

#### 5 「(4) 裁判所での離婚の場合における情報提供の在り方」について

現在、裁判所での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、裁判所での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。

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

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。

(補足説明)

5 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  
10 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。

15 「(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。

20 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  
25 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

35 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

5 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た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。

10 【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）。

【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。

15 【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。

【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）。

20 【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。

（注1）仮に協議離婚の要件とする場合には、養育ガイダ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。

25 （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。

30 （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

35 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

#### ウ 養育計画の審査・確認

5 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）。

10 【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。

【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。

15 【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）。

20 （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。

25 （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。

#### エ 届出をした養育計画による強制執行の可否

30 上記アにおいていずれの案を採るかにかかわらず（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，法制審議会仲裁法制部会における，民間ADR機関等の調停による和解合意に対する執行力の付与についての調査・審議の状況も参考にしつつ（注2），以下の二案を中心に更に検討を進めてはどうか（注2，3）。

35 【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。

5 (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。

10 (注2) 法制審議会仲裁法制部会において検討の対象とされているのは、調停人が仲介をして当事者が合意に至った場合に当該合意に執行力を付与するという規律の当否であることから、当事者のみの合意について、事後的に届け出られた場合に執行力を付与しようとする本規律と同様の規律を検討しているわけではない。

15 (注3) 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。

20 (注4) 仮に債務名義になることとした場合であっても、裁判手続に拠らない債務名義作成手続を創設することになるから、例えば、判決、審判等と全く同じ効力を有するのではなく、強制執行手続のうち一部の手続の申立てのみに用いることができることとするなど、その効力については更に検討を要する。

## オ 裁判所での離婚と養育計画の作成

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、裁判所での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。

25 (補足説明)

### 1 はじめに

30 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。

### 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。

5 【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。もっとも、  
10 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  
15 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。

20 【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。もっとも、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  
25 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、裁判所での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  
30 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。

35 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

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續保障の観点から、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。

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。

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。

【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。

【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。

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ないこととすると、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

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

5 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

5 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。

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】

15 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

20 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

25 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との指摘があった。

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

30 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

35 ということができるが、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。

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ものと考えられる。

なお、「(注4)」で指摘されているとおり、仮に届け出られた養育計画が債務名義となるという規律を設ける場合であっても、その他の債務名義となる文書に比べて簡易に成立し得るという特徴に鑑み、全ての強制執行手続を申し立てられることとするのではなく、強制執行手続のうち一部の手続(例えば、債権執行)についてのみ申し立てをすることができることとする

5

ことなども考えられる。  
いずれにしても、届け出られた養育計画による強制執行の可否についての検討を進めるに当たっては、法制審議会仲裁法制部会における、民間ADR機関等の調停による和解合意に対する執行力の付与についての調査・審議の状況も参考にすべきことが指摘されている。

10

#### 6 「オ 裁判所での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、裁判所での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、協議離婚と裁判所での離婚とで変わるところはない。

15

そうすると、裁判所での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考え方もあり得る。もっとも、裁判所での離婚については、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。

20

25

#### (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請求権(以下「法定額養育費請求権」という。)が父母間で当然に発生(具体化)するものとする。以下、以下の各論点の観点から、更に検討を進めてはどうか。

30

#### ア 法定額養育費請求権についての強制執行

法定額養育費請求権は、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

35

定額養育費請求権の実効性確保の観点から、例えば、法定額養育費請求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。

5

（注）このような方向性で検討を進める場合には、戸籍等の債務名義としようとする文書に養育費の取決めがされていないこと（すなわち、法定額養育費請求権が発生していること）だけでなく、特定額での給付文言を記載すること等が必要になると考えられる。

10

### イ 法定額養育費請求権の金額

法定額養育費請求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）。

15

【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。

20

（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。

25

### ウ 法定額養育費請求権と取り決められた金額との差額の扱い

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請求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。

30

【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。

35

【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

5 仮に法定額養育費請求権の制度を導入する場合には、義務者が法定額養育費請求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請求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。

## 10 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、法定額養育費請求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）。

15

(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請求権が生じる一方、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。

20

(補足説明)

### 1 はじめに

25 「(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。

35

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。

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。

5

## 10 2 「ア 法定額養育費請求権についての強制執行」について

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請求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、単に法定額養育費請求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、法定額養育費請求権については、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。

15

そこで、本論点は、法定額養育費請求権が発生している場合には、新たな裁判手続等を探ることなく、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。

20

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。法定額養育費請求権の発生原因は、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。

25

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、法定額養育費請求権が発生し、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。）。

30

35

## 3 「イ 法定額養育費請求権の金額」について

仮に法定額養育費請求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。

5 【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、法定額養育費請求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。

10 これに対し、【B案】及び【C案】は、個別の事情を考慮せずに、法定額養育費請求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。

15 【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請求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、高額な養育費請求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。

20 これに対し、【C案】は、法定額養育費請求権は、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 法定額養育費請求権と取り決められた金額との差額の扱い」について

30 仮に、法定額養育費請求権制度を導入する場合には、「イ 法定額養育費請求権の金額」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請求権と、その後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、法定額養育費請求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、法定額養育費請求権が、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。法定額養育費請求権を、いわば仮払的性質のものと捉え、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、【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請求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、法定額養育費請求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 「エ 義務者の手続保障」について

仮に、法定額養育費請求権の制度を設け、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。

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、法定額養育費請求権が発生し、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。

5

## 10 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、法定額養育費請求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。

15

20

この点については、「(注)」でも指摘されているとおり、法定額養育費請求権制度は、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)。

25

(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ものを除くほか、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。

30

35

### (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させる効果を期待することができる場所、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」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請求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を養育することが望ましいことはいままでもない。したがって、この方向性が本来的に法定額養育費請求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もあるものといえる。

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請求権を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 当事者間の効果的な協議を支援するための方策

上記「1」及び「2」の方策に併せて、父母の養育計画の作成を支援する

観点から、以下の各方策について更に検討を進めてはどうか。

### (1) 父母の別居期間中の法的な位置付けを明確にするための方策

5 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、離婚時までの養育計画の作成を促進・確保する観点から、別居の届出制度の導入など、これを明確にする規律を設けることとしてはどうか（注）。

10 (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と同様に公的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、更に検討する必要がある。

### (2) 民間ADR機関の利用を促進するための方策

15 民間ADR機関におけるオンライン技術の利活用(ODRの実施等)を更に進めることや、一定の条件の下に、裁判所の決定によって民間ADR機関の調停による和解合意に執行力を与えることなど、民間ADR機関の利用を促進するための方策を講じてはどうか（注）。

20 (注) この点については、既に法務省ODR推進検討会や法制審議会仲裁法制部会において調査審議が行われていることから、まずは、そこでの議論の推移を注視するのが適当と考えられる。

### (3) 養育費算定基準・方式を法定する方策

25 両当事者の収入、子の数等を変数とする養育費に係る統一的な算定基準や算定方式を法定するとともに、その算定のための自動算定ツール(注)を行政機関のウェブサイト等で公開することによって、法律の専門家でない者でも容易に法的根拠のある具体的養育費額を算出することができるようにはどうか。

30 (注) このような計算ツールを作成する場合には、合わせて、最終的な養育費額は、個別事情を考慮することによって変更し得るものであることを明確にしておく必要があるものと考えられる。

35 (補足説明)

1 はじめに

仮に「**2**」の方向性で検討を進める場合には、協議離婚をする父母は、基本的にその協議によって養育計画を作成することが期待されることとなる。

この点について、ひとり親世帯等調査の結果によれば、養育費の取決めをしていない理由として、母子世帯では「相手とかかわりたくない」を挙げたものが最も多く、父子世帯でもこれを挙げたものが2番目に多かったところであり、例えば、「**1**」の方策等によって、父母が養育計画の重要性について十分な理解をするようになれば、現状よりも養育計画が作成されるようになることを期待することができると思われる。しかしながら、父母間でDV等がある場合はもちろんのこと、そうでない場合でも、離婚前後の高葛藤期に当事者のみで子に関する協議をすることが容易とはいえない場合が多いことも確かであるから、当事者の努力に期待のみするのでは、制度を改めたとしても、実際にはうまく機能せず、子の利益にかなった養育計画の作成を十分に図ることができないといった事態になりかねない。

そうすると、養育計画の作成を促進・確保していくためには、「**1**」の方策のみではなく、当事者の状況等に応じ、父母の養育計画の作成を支援していくための実効的方策を併せて講じていく必要がある。

そこで、本報告書では、当事者間の効果的な協議を確保・支援するための方策の在り方を検討している（なお、養育計画の作成には、DV・虐待等への十分な対応も不可欠であるが、ここでは養育計画の作成を直接支援するための具体的方策を取り上げている。）。

## 2 「(1) 父母の別居期間中の法的な位置付けを明確にするための方策」について

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には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。

5       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、離婚後と同様の公的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、嫡出推定等の他の制度に及ぼす影響に関する検討を要し、また、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、別居の届出に法的効果を付与する期間や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。

10       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父母間で検討するための時間と機会を確保して養育計画の作成を促すため、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、離婚までに一定期間の経過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等の被害者にとって、加害者から離れることを難しくすることになるのではないかとの指摘もあり、本研究会でも積極的な意見が見られなかったことから、このような方向性は本文には記載していない。

15       両親の別居中の養育計画の作成等については、「第7」参照。

25       （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。

35

2       「(2) 民間ADR機関の利用を促進するための方策」について

離婚を検討している父母の中には、仕事や育児等のために平日の日中に裁判所に赴くことが困難なものや、心身に問題を抱え、外出や対面でのやり取りが困難なものがあるとの指摘がある。

この点については、将来的な裁判手続のIT化によって解決する部分もあるが、現在、民事裁判手続のIT化について法制審議会民事訴訟法（IT化関係）部会で検討中の状況であり、家事事件手続のIT化が実現するまでには、なお時間を要するものと考えられるし、司法機関である裁判所が提供可能なサービスの柔軟性・多様性には自ずと限界がある。これに対し、民間ADR機関であれば、現行法の枠内でも、IT技術を用いることによってオンラインでリモート環境下でのサービス提供（ODR。Online Dispute Resolutionの略語）を幅広く行うことが可能であるし、平日夜間や休日であっても柔軟に対応することができ、実際にもそのような取組を行っている機関も存在している。そこで、本文の前段は、このようなODRについて、一層の利用を進めることを提案している。

もっとも、仮に民間ADR機関の実施する調停によって合意に至り、和解合意書面が作成されたとしても、現行法の下では、当該書面は債務名義とはならない。そこで、実務的には、民間ADRで合意に達した場合には、公証役場に赴き、改めて執行認諾文言付の公正証書を作成するなどの対応が行われている。本文の後段は、このような状況に鑑み、民間ADR機関の実施する調停によって作成した合意書面について、一定の条件の下で、債務名義性を認めることを提案するものである。「一定の条件」は、当該合意文書が、法令に適合した内容のものであることや、その作成過程が手続的な妥当性を有するものであることを担保しようとするものであるが、その具体的な内容については更に検討をする必要がある。

もっとも、この民間ADR機関のODR促進や、当該機関の実施する調停による合意書面を債務名義とすることについては、既に、法務省ODR推進検討会や法制審議会仲裁法制部会において検討中であることから、「(注)」に記載されているとおり、まずはそこでの議論の推移を注視するのが相当と考えられる。

### 3 「(3) 養育費算定基準・方式を法定する方策」について

父母間の関係性いかんでは、養育費を巡る協議自体は第三者の関与なく当事者間で実施可能な場合もあると思われるところ、このような父母にとっては、養育費の金額等の具体的条件につき合理性・相当性を判断しかねることが取決めを躊躇する要因となり得る。そのため、養育費に関する協議の際の明確な指針や抛るべき基準等が示されていれば、双方納得の上で養育

費額等についての取決めを容易にすることが可能になると考えられる。

そこで、実務で広く定着しているいわゆる養育費算定表（裁判所ホームページで公開されている。）をより効果的に活用する方向が考えられるところであり、本文では、養育費算定表の有用性を踏まえつつ、当事者が直接利用

5 する上での問題点（金額に幅があり特定額で出力されるわけではないこと、あくまで目安であり法的な位置付けが明確でないこと）を解消する観点から、養育費算定表の考え方を踏まえつつ、養育費に係る統一的な算定基準や算定方式を法定するとともに、その算定のための自動算定ツールを行政機

10 関のウェブサイト等で公開することを提案している。

なお、仮に、算定基準や算定方式を法定した場合には、審判等の場面において、裁判官も基本的には当該算定基準や算定方式に拘束されることになるものと思われる。もっとも、子の監護状況や、父母間の監護費用の分担方法については、個々の事案ごとに様々であることから、最終的な養育費の金額は、個別事情を考慮した上で算定されるべきものであるとも考えられる

15 ことから、「(注)」で記載されているとおり、計算ツールによって算出された養育費額は、個々の事案において変更され得るものであることを明らかにする必要のあるものとも思われる。



## 第6 取り決められた養育計画の実効性を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ても、その取決めに従った任意の履行がされない場合が多いことや、強制執行手続を通じた権利実現も十分ではないとの指摘があることを踏まえ、作成された養育計画についてその履行を確保し、取決めの実効性を確保するために必要な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（注）。

（注）子の養育計画について債務名義となる文書で取決めがされていない場合には、改めて調停・審判手続が必要になることから、執行段階だけではなく、調停・審判段階の裁判手続に関する論点についても検討している。

（補足説明）

ひとり親世帯等調査によれば、母子世帯・父子世帯において養育費及び面会交流の取決めをしている割合、並びにそれらが実施されている割合（養育費を「現在も受けている」と回答したもの及び面会交流を「現在も行っている」と回答したものの各割合）は、それぞれ以下のとおりである。

### 取決めをしている割合

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%

### 実施されている割合

養育費		面会交流	
母子世帯	父子世帯	母子世帯	父子世帯
24.3%	3.2%	29.8%	45.5%

上記状況に照らせば、養育費については、いったん取決めがされても、その後取決めに従った履行がされていないことが少なくない状況にあると認められる。また、面会交流についても、上記数値のほかに、取決めをしていない世帯について、その理由として「取決めをしなくても交流できる」と答えたものが、母子世帯で18.9%、父子世帯で29.1%と相当数いることに照らせば、やはり、いったん取決めがされたにもかかわらず、それに従った履行がされていない事態がかなり生じているものと考えられる。そして、養育費及び面会交流のいずれについても、取決めに従った履行の確保がされないことを問題視し、その改善のための制度見直しを求める要望が

されている。

そこで、「第6」では、養育費、面会交流の順に、養育計画の取決めについてその履行を確保し、取決めの実効性を確保する観点から考えられる規律や方策について、各方面の議論等を参考に、幅広く取り上げている。

5       なお、特に養育計画の取決めの実効性確保の問題は、民事法制の見直しのみでは必ずしも対応することができず、他の法律分野や行政支援の在り方等に関するものとも深く関わる。また、民事法制の在り方について検討する場合にも、その他の関連施策や環境整備とともに検討を進めることが有効であると考えられる。そこで、本報告書では、上記「養育費不払い解消に向けた検討会議」及び「不払い養育費の確保のための支援に関するタスクフォ

10       ース」における検討の結果等も参考にしながら、本研究会の主たる検討対象である民事法制以外の施策の方向性や可能性についても幅広く記載している。これらの方策は互いに排他的なものではないと考えられることから、各

15       方策個別の必要性、効果等を検討するとともに、相互の補完性、優先順位も検討し、全体的な制度の在り方を検討していくべきものと考えられる。

もとより本研究会の検討対象の中核は民事基本法制の在り方に関わるものであるが、離婚後の子の養育の在り方を巡っては制度面や行政施策上の様々なアプローチが相互に関連付いているとみられることから、以下では、民事法の視点を中心に置きつつ、各論点について可能な限り横断的に分析・

20       検討を行っている。

## 1 養育費の取決めの実効性を確保するための方策

### (1) 債務者の自発的な支払を促すための方策

25       養育費の自発的な支払を促すため、養育費の不払いに対して何らかのペナルティ（制裁）を与える規律を設けてはどうかとの考え方について、その必要性、効果や弊害等の観点から、更に検討を進めてはどうか。

30       また、これとは異なるアプローチとして、当事者が躊躇なく養育費の履行・受け取りをすることができるようにする方向性についても、その方法としてどのような施策があり得るか、議論を行ってはどうか。

(補足説明)

35       諸外国には、養育費を支払わない者に対し、氏名公表、運転免許又はパスポートの停止といったペナルティ（制裁）を加える例があるところ、我が国でも、養育費の不払いの原因の一つとして、義務者に責任が自覚されておらず養育費の不払いを軽く考えていることがあるのではないかとの問題意識から、養育費の不払いが許されないものであるとのメッセージを明確にす

るため、養育費の不払いに対するペナルティ（制裁）を設けてはどうかとの考え方がある。

この点については、その必要性、効果や弊害、他の私権との関係等の幅広い観点から検討を要するものと考えられる。例えば、上記「養育費不払い解消に向けた検討会議」で出された問題意識では、制裁の在り方として、裁判所からの一定の命令に従わないことを罪とする制度（裁判所侮辱罪）を導入することについて、検討の余地があるとの意見があった一方で、これを導入して金銭的制裁を科した場合には養育費の支払い原資が減るという問題や、我が国の法体系全体との整合性等の課題が指摘されている。養育費の不払いそのものに対して制裁を設けることについても、我が国において、私法上の債務の不履行について制裁を課する制度が一般的でないこととの均衡が問題となる。

また、諸外国の例のような氏名公表、運転免許又はパスポートの停止についても、義務者の職業によっては、失職や収入減少に繋がるおそれがあり、結局は、養育費の更なる不払いを招いてしまうのではないという問題がある。

これらを踏まえ、養育費の不払いに対して制裁を科すことについては、理論的にどのような制裁が考えられるかという点や、そもそも、制裁を科すことの必要性、効果や弊害等を踏まえた当否について、更なる検討が必要になるものと考えられる。

以上のように養育費の不払いにペナルティ（制裁）を設けるというアプローチに対し、よりソフトなアプローチもあり得るとして、例えば、上記「養育費不払い解消に向けた検討会議」では、当事者が躊躇なく養育の履行や受け取りをすることができるようにする方向での施策を講ずることについても検討がされた。これらの課題については、各制度の制度趣旨や公平性の視点を踏まえつつ、引き続き、議論していくことが考えられる。

## (2) 裁判所の手続の利便性を向上させるための方策

養育費請求権に関する調停・審判手続及び強制執行手続（以下、併せて「裁判手続」という。）について、権利者自らが簡易迅速に遂行することができるようにする観点から、その利便性を高めるための裁判手続の見直しを行うことについて、民事手続全体に及ぼす影響等にも留意しつつ、以下の論点等を含め、更に検討を進めてはどうか。

併せて、権利者に対する法的支援を更に拡充してはどうか。

### ア 債権者本人による裁判手続の申立てをしやすくするための方策

**(ア) 債務者の住所等が分からない場合の規律**

5 養育費の権利者が把握している義務者の最後の住所地を記載して  
裁判手続を申し立てた場合には、家庭裁判所又は地方裁判所が直接  
又は間接に住民基本台帳ネットワークを利用して、相手方の住所地  
を把握することができ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（注1、2）。

10 (注1) 義務者の住所情報の特定については、DV等の問題があるおそれがある一  
方で、申立人が相手方の住所地を知る必要はないことからすれば、判明した  
住所地は裁判所のみ用いることとして、申立人はこれを閲覧等することがで  
きないこととすることが考えられる。

15 (注2) 住民基本台帳ネットワークを利用することができるとする範囲について、  
養育費に関するものに限るか、その他の子の養育に関する事件でも利用する  
ことができることとすべきかという点についてはさらに検討を要する。

**(イ) 権利者の期日出頭の負担を軽減するための方策**

20 電話会議・テレビ会議を効果的に利用するなどして、当事者の裁判  
所への出頭の負担を軽減して家事事件手続を進行させること（家事  
事件手続のリモート化）を更に進めてはどうか。

**(ウ) 権利者の情報収集の負担を軽減するための方策**

25 養育費に関する裁判手続において、権利者が義務者の収入、勤務先  
等を把握していない場合における、権利者の情報収集の負担を軽減  
するための規律を設けることについて、更に検討を進めてはどうか。

また、義務者が自営業者等である場合には、実質的な収入を認定す  
ることが困難であるとの指摘があることを踏まえ、義務者が自営業  
者等である場合の養育費額の算定の在り方について、更に検討を進  
めてはどうか。

**(エ) 強制執行手続における公示送達の利便性を高めるための方策**

30 子のための重要な権利であるという養育費請求権の性質に鑑み、  
養育費請求権に関する強制執行手続については、住民票上の住所地  
における送達が不奏功であった場合には、現地調査を要せずに、公示  
送達をすることができることとする規律を設けることについて、更  
35 に検討を進めてはどうか。

**(オ) 権利者本人による強制執行手続の遂行を容易にする方策**

5 養育費債権の回収のために必要な強制執行に関する複数の手続  
(財産開示手続, 第三者からの情報取得手続, 義務者に対する給与債  
権や金融資産の差押え等)を権利者本人が準備・遂行することが難し  
いとの指摘を踏まえ, 強制執行に関する手続の遂行を容易にするた  
めの規律を設けることについて, 更に検討を進めてはどうか。

**(カ) 履行勧告・命令**

10 養育費の履行を促す観点から, より効果的な履行勧告手続の在り  
方について, 更に検討を進めてはどうか。

履行命令について, 口頭での申立てを可能としたり, 違反の場合の  
過料の金額を引き上げたりするといった方策について, 更に検討を  
進めてはどうか。

**15 イ 相談体制の充実**

20 養育計画の作成や履行確保について事案に応じた適切な助言等のニ  
ーズが高く, 法律の専門家である弁護士へのアクセスをやすくする  
ための措置が講じられるよう, 引き続き取組を進めてはどうか。また,  
一般的な法制度, 手続等の教示については, 公的機関等において, その  
ような説明を行う相談窓口を設けたり拡充したりする取組を, 引き続  
き進めてはどうか。

(補足説明)

1 はじめに

25 義務者が養育費に関する協議に応じない場合や, 取決めに従って任意に  
養育費を支払わない場合には, 調停・審判手続によって債務名義を得た上で,  
強制執行手続を用いて養育費請求権の回収をしていくこととなる(これら  
各手続を合わせて「裁判手続」と呼称している。)

30 もっとも, 裁判手続を利用することについては, 法律の専門家ではないひ  
と親等の権利者にとっては, そもそも家庭裁判所を訪れること自体に心  
理的な抵抗感があるとの指摘がある。また, 家庭裁判所等の窓口では手続教  
示を受けることができるものの, 相手方の住所や就労先がわからないとい  
った事情がある場合には, 権利者本人で裁判手続を遂行するのは困難であ  
るとの指摘がある。他方で, 養育費請求権は子のために重要な権利であるが,  
35 1回につき数万円の債権が毎月発生することが多いという権利の性質上,  
発生度に報酬等を支払って法律の専門家に依頼することも容易ではない

のが実情であるとの指摘もある。

これらの指摘に鑑み、本文では、養育費請求権に関する裁判手続について、裁判手続の利便性を高めることについて更に検討していくべきであるとともに、権利者に対する法的支援を更に拡充していく必要があるとの基本的な考え方が示されている。その上で、以下では、養育費請求権に関する裁判手続に関して、便宜上、当初の取決め段階とその後の実効性（履行）確保段階を分けずに、裁判所の手続全般についてまとめて検討を行うこととしているため、養育費の取決めに関する裁判手続の利便性向上策等についても併せて取り上げている。

なお、養育費請求権に関する裁判手続の在り方等を具体的に検討するに当たっては、上記のような養育費請求権の特質を十分に踏まえつつ、他方で、新たな規律を設けた場合に、その射程が養育費請求権に関するものにとどまらず、その他の子の養育に関する事件や、さらには民事手続一般に及び得る可能性も否定されないことから、民事手続全体に及ぼす影響や整合性にも留意した上で、検討を進めることが必要と考えられる。

## 2 債権者本人による裁判手続の申立てをしやすくするための方策

### (1) 「(ア) 債務者の住所等が分からない場合の規律」について

家庭裁判所に調停又は審判を申し立てる場合には、申立書に相手方の住所を記載する必要がある（家事事件手続法第49条第1項及び第2項、家事事件手続規則第1条第1項第1号）。これは、強制執行の申立てをする場合も同様である（民事執行規則第21条第1号、第170条第1項第1号）。

もっとも、別居後長期間が経過している場合等には、権利者において、義務者の住所を把握していないという場合も少なくない。この場合には、権利者は、相手方の住民票又は戸籍の付票の写しを請求することによって義務者の住所を探知することができるが（住民基本台帳法第12条の3第1項第1号、第21条の3第3項第1号）、本籍地を複数回移転している場合等には、複数の自治体に対して順次請求手続を行う必要があり、煩瑣である上に時間もかかり、ひとり親等の権利者にとっては必ずしも容易ではない上に、子の生活に直結する養育費の請求手続が遅延することとなってしまう。

この点について、住民基本台帳法第30条の9によれば、国の機関は、住民基本台帳法別表第1に記載された事務の処理に関して、地方公共団体情報システム機構が保存している本人確認情報の一部（氏名、生年月日、住所、性別）の提供を受けることができるとされている。上記1のと

おり、子のために重要な権利であるにもかかわらず、弁護士に頼みづらい実情があるという養育費に関する事件の特性に鑑みれば、権利者の申立てに基づき、裁判所において住民基本台帳ネットワークを利用して、裁判所が義務者の住所を探知することができることとすることが考えられる。

5

仮にこのような制度を導入した場合には、具体的には、養育費に関する裁判手続において、家庭裁判所又は地方裁判所が「氏名、性別、生年月日、過去の住所地」の4情報で相手方を特定して照会をすると、「最新の住民票上の住所地」の情報を得ることができるようになる。

裁判所が住民基本台帳ネットワークに接続することについては、住民基本台帳ネットワークの制度趣旨等の観点からも検討する必要がある、裁判所の求めに応じて（住民基本台帳ネットワークに接続する）行政機関が相手方の住所地の情報を裁判所に提供するというような規律を設ける方がよいのではないかとの意見があった。同様に、上記「養育費不払い解消に向けた検討会議」の取りまとめでも、裁判所が住民基本台帳ネットワークに直接接続して大量の情報を取得することには消極であり、裁判所が効率的に照会する制度が考えられないかとの意見が挙げられている。

もっとも、仮に上記のような制度を導入する場合であっても、裁判所は住民基本台帳法別表1で記載された事務の範囲内で照あ会をすることができる権限しか有さないことから、裁判所が大量の個人情報保有したり、無制限にアクセスしたりすることができることにはならず、子にとって重要な権利である養育費債権の簡易・迅速な確保のためという目的からすれば、なお合理性が肯定し得るとの指摘があった。

10

15

20

25

これらを踏まえ、本文では、養育費の権利者が把握している義務者の最後の住所地を記載して裁判手続を申し立てた場合には、裁判所が直接又は間接に住民基本台帳ネットワークを利用して、相手方の住所地を把握することができるようにする規律を設けることについて提案がされている。

30

なお、この点について、相手方の住所情報については、安易に申立人の知るところとなった場合には、DV被害等につながるおそれがあり、また、当該情報を申立人自身が知らなくても手続を進めることができることから、「(注1)」では、判明した住所地は裁判所のみが用い、申立人はこれを閲覧等することができないとする考え方が示されている。

35

また、「(注2)」では、このような制度を導入した場合には、これを利用できる範囲として、特に必要性の高い養育費に関する事件に限るか、その他の子の養育に関する事件でも認めるかという点について、更に検討すべきとの考え方が示されている。

(2) 「(イ) 権利者の期日出頭の負担を軽減するための方策」について

現状では、裁判所における子の監護に関する処分事件（養育費）等の平均審理期間は5.3か月であるところ、ひとり親等の権利者にとって、平日の日中に調停期日等に出頭するのは必ずしも容易ではなく、期日出頭のために仕事を休むことで収入が減少してかえって生活が苦しくなることがあるとの指摘がある。また、DV等の問題を抱えている場合には、安全面や心理的負担の問題等で、遠方になることもある裁判所に出頭を繰り返すこと自体の負担が大きいとの指摘もある。

この点について、現行法下でも、家事事件の申立ては申立書を郵送する方法によることができるし、家事調停、家事審判のいずれについても電話会議ないしテレビ会議によって期日に参加することができ、離婚や離縁の調停事件を除き、調停を成立させることもできる（家事事件手続法第54条、第258条第1項、第268条第3項）。また、離婚や離縁の調停事件についても、調停に代わる審判を活用すれば、当事者の出頭がなくても調停成立と同様の効果を得られる（同法第287条）。このように、現行法の枠内でも制度上は、当事者が裁判所に出頭することなく家事調停や家事審判の手続を進めることは可能である。

もっとも、現在、ひとり親等の権利者本人が家庭裁判所にほとんど出頭せずに調停・審判を進めるとの取扱いが多くされているとまではいえないと考えられることから、本文では、家事事件手続の利便性向上のために、当事者の裁判所に出頭する負担を軽減する方向で、電話会議・テレビ会議の利用を始め、上記に掲げた方策の活用に向けた検討を進めることが提案されている。

さらに今後は、現在検討が進められている民事裁判手続のIT化の成果も踏まえ、家事事件手続のIT化に向けて必要な検討が進められることも期待される場所である。

(3) 「(ウ) 権利者の情報収集の負担を軽減するための方策」

父母の別居・離婚から一定期間が経過している場合等には、ひとり親等の権利者において、義務者の収入、勤務先等を把握してはいないといった場合があり得るし、仮にそうでない場合であっても、権利者が義務者の収入に関する具体的資料を有していないということは少なくないものと考えられる。

調停・審判の場面では、これらの情報及び資料がなければ、養育費に関する算定が難しく、家事事件手続法第56条2項は、「当事者は、適切か



つ迅速な審理及び審判の実現のため、事実の調査及び証拠調べに協力するものとする」としているものの、義務者が資料の提出に協力しない場合には、養育費の具体的内容が決定されるまでの期間が長期化するといった事態が生じかねない。また、強制執行の場面では、給与債権は重要な対象財産になるところ、ひとり親等の権利者自らにおいて、別居・離婚後に転職等をした義務者の勤務先を調査することは必ずしも容易でないものと考えられる。

そこで、本文の前段の規律は、権利者における、義務者の収入、勤務先等の把握のための負担を軽減する方向で検討を進めることを提案するものである。例えば、現行法でも、家事事件手続法第56条第1項は、「家庭裁判所は、職権で事実の調査をし、かつ、申立てにより又は職権で、必要と認める証拠調べをしなければならない。」としていることから、養育費の場合の特に高い権利保護の要請から、養育費に関する裁判手続に限っては、裁判所による職権での調査嘱託等が積極的に実施されるようにする方向性も考えられる。その際には、現行法下において、家庭裁判所が職権でこれらの事実の調査を行おうとする場合にも、実際には、個人情報保護等を理由に調査嘱託の嘱託先が嘱託に応じない場合なども少なくなく、また、必要な情報が所在する調査嘱託先の特定が困難な場合等もあるようであることから、例えば、嘱託先において調査嘱託に対する応答義務を明文化することその他の実効的な情報取得制度を整備することなどが考えられる。

本文の後段の規律は、義務者が自営業者等である場合のものである。義務者が自営業者である場合や、親族等に雇用されている場合には、収入の資料として義務者から提出されるものに記載されている金額と、実際の収入とが異なることが少なくなく、また、実際の収入の把握・解明が難しいとの指摘がある。そこで、義務者が自営業者等である場合の養育費額の算定の在り方について、例えば、現在の実務において、給与所得者について収入の資料がない場合に賃金センサス等を用いるなどして収入認定する場合があることを参考にするなどして、適切な指標に基づいて一定の収入額を推定する規定や、みなし規定を設けることなどについて、更に検討を進めることが考えられる。

(4) 「(エ) 強制執行手続における公示送達の利便性を高めるための方策」について

相手方の住民票上の住所が判明したとしても、実際に相手方が同所に居住していない場合には、相手方の勤務先等を把握していない限りは、最

最終的に公示送達の方法で裁判手続を進めていくこととなる。そして、養育費請求権についても、それに関する審判手続を公示送達により進めることが可能であるほか、令和元年の民事執行法等一部改正により設けられた債務者以外の第三者からの情報取得手続等により、義務者である相手方の財産は把握しているものの、その所在が不明であるという場面がより多く生ずることも考えられる。

現在の実務では、公示送達をするためには、申立人において、相手方の住民票上の住所地に赴いて調査を行った上で、同所に相手方が居住していないことを裏付ける資料を提出する運用がされている。しかしながら、相手方の住民票上の住所地が遠方である場合等には、ひとり親等である権利者自身がこのような調査を行うことは容易でないものと思われ、公示送達手続による裁判手続の利用を阻害する要因になっているとの指摘がされている。

そして、養育費請求権が子にとって重要なものであり（養育費請求権の位置付けについて、「**第4.3(2)**」参照）、同請求権に係る裁判手続は迅速に処理される必要があることに加え、養育費請求権が身分関係から生ずるもので、その義務を負う主体が明らかであるところ、特に、取決め等によりいったん養育費の具体的な支払義務を負いながら、その義務を怠った上で所在不明となることは、子の利益を害する程度が大きいことからすれば、公示送達手続について、養育費請求権の場合に限った特則的な規律を設けることが許されるものとも考えられる。

そのような観点から、本研究会では、当初、養育費請求権に関する調停・審判手続及び強制執行手続のいずれについても、住民票上の住所地における送達が不奏功であった場合には、現地調査を要せずに、公示送達をすることができることとすることが検討された。もっとも、この点について、既に債務名義作成段階でいったん手続保障がされている強制執行の場面とは異なり、債務名義を作成するという調停・審判手続の場面については、相手方に厳格な手続保障がされるべきであることや、債務名義に基づく強制執行段階になって初めて公示送達の実態に気付いた相手方が改めて送達の効力を争うなど、新たな紛争を引き起こすリスクもあることから、このような取扱いは、まずは養育費請求権に関する強制執行手続に限って検討されるべきであるとの意見が示された。

そこで、本文では、養育費に係る強制執行手続に限って、現地調査を要せずに公示送達をすることを可能とする規律について提案がされている。

(5) 「(オ) 権利者本人による強制執行手続の遂行を容易にする方策」につ

いて

5 養育費の不払いがあった場合には、権利者は強制執行を検討すること  
となるが、上記1のとおり、債権発生の際に報酬等を支払って法律の専門  
家に依頼することは必ずしも容易でないことがある。強制執行の申立て  
10 については、裁判所のホームページにおいて各種申立ての書式例が公開  
されており、権利者はこれらを利用することもできるが、法律の専門家で  
ない者にとっては、手続を自ら遂行することは難しい面もあるものと考え  
られる。また、ひとり親は、法的知識がない中、強制執行における手続  
や管轄裁判所の選択、対象の特定等に悩みを抱えており、裁判所のサポー  
15 トのもと、個別申立てを繰り返すことによる費用負担の増加を避け、簡易  
に強制執行を進めたいと考えているとの指摘もされている。

20 これらを前提に、本文では、権利者本人による強制執行手続の遂行を容  
易にする観点から、強制執行手続の制度面の見直しをしてはどうかとの  
考え方が示されている。その具体的な見直しの方法としては、例えば、義  
15 務者に対する財産開示手続、第三者からの情報取得手続、義務者に関する  
給与債権や金融資産の差押え等、養育費債権の回収のために必要な強制  
執行に関する複数の手続についてパッケージとし、これを一度の簡易な  
申立てによって包括的に一括して申し立てることができることとする制  
20 度を検討することも考えられる。

#### 20 (6) 「(力) 履行勧告・命令」について

25 養育費の取決めの実効性を高める方策として、現行法においても、履行  
勧告と履行命令の制度がある。

25 まず、履行勧告については、相当数の利用があり、運用上の工夫もあつ  
て履行率を確保する効果を上げているようである。そこで、本文では、権  
利者にとって簡易迅速な履行確保の手段として、より効果的な履行勧告  
手続の在り方について、更に検討を行うことが提案されている。もつとも、  
現状をより改善すべきアイデアは浮かびにくいとの指摘もあった。

30 他方で、履行命令については、現在ではあまり利用されていないが、そ  
の背景には、履行命令の申立ては、申立書を家庭裁判所に提出してしなけ  
ればならないとされているなど（同法第49条第1項）、申立人にとって  
の手続の負担が軽くないことや、10万円以下の過料の制裁にあまり実  
効性がないこと、強制執行との役割分担が不明確であることなどがある  
のではないかと指摘されている。

35 そこで、本文では、履行命令制度の活用を図るため、口頭での履行命令  
の申立てを可能とすることや、過料の金額を引き上げることが提案され

5 ている。もっとも、口頭申立てについては、その前提となる立法事実があるのか不明である、他の審判手続とのバランスを考える必要があるとの指摘のほか、口頭申立てを可能とする必要性まではないのではないかと  
の指摘があった。過料の引上げについては、これにより子どものために養  
育費として支払うための原資が目減りするおそれがあることも考慮する  
必要がある。

### 3 「イ 相談体制の充実」について

10 仮に養育計画の作成について、「第5」の「1」のような離婚時の情報提  
供を行ったとしても、法律の専門家でない父母にとって、法的な取決めをす  
ることや、その後取決めの不履行があった場合の督促・回収を行うことは  
大きな心理的負担になるものと考えられる。そのような観点から、父母が養  
育計画を検討する場合や不履行があった場合の対応を検討する場合に、法  
15 律知識を有した専門家である弁護士が関わり、法制度、手続等について、具  
体的事案に応じて個別に適切な助言等を与えることができる制度を拡充す  
る必要があるとの指摘がある。

### (3) 民間のサービスの活用について

20 養育費の支払確保に関する民間の保証会社や債権管理回収会社（民間  
サービサー）の活用については、制度面の課題等に留意しつつ、引き続き  
状況を注視してはどうか。

(補足説明)

25 近時、民間の保証会社の中には、養育費請求権者が保証料を支払うことで  
一定期間の養育費の支払を保証する事業（以下「民間保証事業」という。）  
を行っているものがあり、一部の自治体には、このような民間保証事業につ  
いて債権者が支払う保証料を補助する取組をしているものがある。

30 このような自治体の取組については引き続き注視していくべきものと思  
われるが、一方で民間保証事業については、その内容によっては弁護士法第  
72条等との関係で問題となり得るとの指摘がなされているほか、そもそ  
も、子の養育のために用いられるべき養育費の回収に営利を前提とした第  
三者が関わることによって費用負担が生じることに対する懸念も指摘され  
ている。

35 また、民間の既存サービスの知見を活用することを検討する観点からは、  
弁護士法の特例として特定金銭債権に係る管理回収を専門的に取り扱うも  
のとして、債権管理回収業に関する特別措置法に基づく債権回収会社（以下

「民間サービサー」という。)のノウハウを用いてはどうかとの考え方もある。もともと、もともと民間サービサーの制度は金融機関等の有する貸付債権の管理回収を念頭に置いた制度であるところ、現行法では、民間サービサーの取扱可能な特定金銭債権に養育費請求権が含まれていない上、養育費請求権の回収には貸付債権の回収とは異なる固有の問題も数多く存在することから、仮に制度を見直して民間サービサーのノウハウの活用等を検討していく場合には、前提として、その活用スキーム等についても実現可能性や実効性等を踏まえた様々な検討が必要となる。

このように、養育費の支払確保に係る民間のサービスに関しては、様々な意見があることに鑑み、本文のとおり、本研究会としては、制度面の課題に留意しつつ、引き続き状況を見守るべきものと考えられる。

#### (4) 国、自治体等による直接的な支援

国、自治体等が権利者に対して直接的に支援をする方策について、以下の2つの方向性について、更に検討を進めてはどうか。

##### ア 養育費不払い時の立替払い、公的な給付制度

養育費の債権者に対して、①国や地方自治体による養育費の立替払い、②義務者に対する養育費支払のための貸付制度(債権者が貸付金を直接受領するもの)、③養育費が不払いとなった場合の緊急支援的な公的給付制度などを設けてはどうかとの考え方について、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」における論点整理の結果等を参考にしながら、必要な支援の在り方につき、更に検討を進めてはどうか。

##### イ 取立て制度

養育費請求権について、国、自治体等の公的機関が、権利者に代わって義務者から養育費を回収し、これを権利者に交付するという仕組み(取立て制度)を導入してはどうかとの考え方について、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」における論点整理の結果等を参考にしながら、必要な支援の在り方につき、更に検討を進めてはどうか。

(補足説明)

##### 1 はじめに

海外では、養育費の支払義務者がいったん取り決めた養育費を支払わない場合に、国や自治体が養育費の一定部分を立て替えて請求権者に支払い、

その後、支払義務者から立替分を回収するという制度の立法例がある（スカンジナビア・モデルと呼ばれる。以下「立替制度」という。）。このような制度を導入した場合には、養育費の請求権者（ひとり親等の場合には、自ら強制執行手続を遂行する負担が大きく、困難な場合が多い。）は、少なくとも国等が立替払をする部分については確実に早期に養育費を確保することができることとなる。

これに対し、立替払ではなく、国や自治体が、養育費の請求権者に代わって、給与天引きや還付金の差押え等の方法で、支払義務者から未払養育費を回収し、請求権者に交付するという制度を採用する国もある（アングロサクソン・モデルと呼ばれる。以下「取立て制度」という。）。この制度では、国等が支払義務者の財産を適時に把握した上で、行政手続の中で養育費を強制的に回収することにより、請求権者の債権回収の負担を軽減することが可能となる。

我が国でもこれらの制度と同様の制度を導入すべきではないかとの意見があり、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、この問題に関する制度面の論点整理が行われ、引き続き検討を続けていくことが望ましいとされたところである。

## 2 「ア 立替払い制度」について

養育費が子のための重要な権利であることを踏まえ、その不払いがあった場合には、子の利益を保護する観点から、国等の公的機関による行政的な救済を与えるべきとの観点から、立替払制度を導入すべきであるとの考え方がある（「①」）。立替払制度については、権利者が確実に一定範囲の養育費を受け取ることができることとなる点で、子の利益に資するものであり、仮にその検討を進める場合には、立替払いが真に必要とされる範囲や条件等の精査が必要になるとの意見がある。もっとも、立替払いをした上で事後的に国等が求償を受けることができなかつた場合には、最終的に国民の負担となることから、そのことについて国民の理解を得ることができるかが問題となり、また、養育費の任意支払のインセンティブを損なわないようにする必要のあるとの指摘もある。

これに対し、立替払い以外の公的支援として、養育費の不払いが生じた場合のセーフティ・ネットを設けようとする観点から、養育費を支払う意思はあるものの一時的に資金不足に陥っている義務者に対し、国が金銭を貸し付けるが、実際の貸付金は国から権利者に直接交付するという制度（「②」）や、養育費の不払いが生じた場合には、激変緩和のための緊急支援的措置として、期間や回数に限って国等が権利者に金銭を給付する制度（「③」）を設

けてはどうかとの考え方もある。

仮にこれらの制度を導入する場合には、児童扶養手当など既存の社会保障制度との関係や調整を検討する必要があり、私債権である養育費請求権の不払いの一事をもって公的給付を行うことの正当性も問題となる。

5 本文では、これらの点について、養育費不払い時の必要な支援の在り方として、運用・体制面での課題も含めてより精緻な検討を行った「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」における論点整理の結果等を参考にして、更に検討を進めることが提案されている。

### 10 3 「イ 取立て制度」について

本研究会では、養育費に係る債務名義があっても、弁護士に委任することができない場合には、取立て制度（強制徴収制度）の需要があること、令和元年の民事執行法改正で導入された第三者からの情報取得の手続についても、権利者自らが申立てをすることは容易ではないこと、自営業の者や就業先を転々とする者については、権利者において義務者の財産を把握しづらい面があるので、行政機関が取立て（強制徴収）を行い、保有する税に関する情報等を利用して回収を図ることが有効であることなどが指摘され、取立て制度を導入すべきであるとの意見があった。もっとも、このような制度を導入した場合の行政上のコストについても検討する必要があるとの指摘があったほか、私債権である養育費請求権の回収に公的関与を及ぼすことの正当性や、民事執行手続との関係等も問題となるとの指摘もされた。

20 他方で、国等が、養育費の請求権者に代わって、支払義務者の預貯金債権や給与債権等に関する情報を取得して、これを請求権者に提供する（請求権者は、その情報に基づき、強制執行の申立てが容易となる）制度も考えられるとの指摘もあった。

25 なお、これらの指摘を改めて検討すると、強制徴収制度の需要があることの背景には、多くの関連情報等が行政機関に保有されていることとともに、現在の強制執行制度について権利者自身による手続遂行が容易でないことがあるものと考えられる。そうすると、取立て制度については、「(2)」の裁判手続の利便性を向上する方策との関係で相対的に検討を進めていく必要があるものとも考えられる。すなわち、権利者の側からみれば、取立て制度と、極めて利便性の高い強制執行手続とでは大きな差異がないと見ることも可能であることから、そのどちらを目指すのか、又は両者を組み合わせていくのかといったことなどについて、さらに検討を進める必要があるもの  
30  
35

本文では、これらの点について、養育費不払い時の必要な支援の在り方と

して、運用・体制面での課題も含めてより精緻な検討を行った「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」における論点整理の結果等を参考にして、更に検討を進めることが提案されている。

## 5 2 面会交流の取決めの実効性を確保するための方策

### (1) 面会交流の実施に関する公的支援・関与の充実

面会交流の取決めがある場合に、父母や子が安心して安全な交流を実施するため、円滑な交流に向けて公的支援を行うことについて、更に検討を進めてはどうか。

10

(補足説明)

面会交流については、いったん実施のための取決めが父母間でなされたとしても、離婚に伴う父母間の葛藤が高い場合や、非監護親にDVや児童虐待等の問題が認められる（又は認められていた）場合等には、安全・安心な面会交流の実施への不安や相手方と連絡・面会することへの心理的躊躇を当事者が感じる例が多く、それを解消することができないことが面会交流の実施を阻害しているとの指摘がある。

15

父母間又は家庭裁判所において面会交流の内容が取り決められた以上、それに従って父母や子が安心して安全な面会交流を実施することができるよう、実施に先立ち、父母の躊躇や懸念を解消する方策を講じることが必要と考えられる。

20

そうした観点からは、例えば、監護親が、離婚に伴う心理的不安・葛藤を緩和等するための心理カウンセリングを受講することや、非監護親が、民間団体の実施するDV加害者更生プログラムを利用すること等が効果的な場合があると考えられ、また、面会実施場所についても、安全・安心な面会交流の実施に向けて確保が望まれる場合があると思われる。

25

そこで、本文の前段では、円滑な面会交流に向けて公的支援を行うことが提案されている。

また、家庭裁判所が調停において面会交流の具体的内容を定める場合に、このようなカウンセリングやプログラムの受講等を合意内容に含め、これにより面会交流の実施に当たっての当事者の不安を軽減・除去することも考えられる。

30

なお、現在の実務においても、当事者間の合意により、面会交流の実施に附帯する関連的な合意事項として、このようなカウンセリングの受講等の取決めがされる例もあるようである。

35



## (2) 民間の面会交流支援機関の制度化

民間の面会交流支援機関のうち、必要な体制等を備えたものに対する認証制度を設け、認証を受けた面会交流支援機関については、財政面・安全な面会交流支援を実施するための運営面で、行政による公的な支援や援助を行うことを可能と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。

また、家庭裁判所が、父又は母と子との面会を定める場合において、必要な場合には、認証を受けた面会交流支援機関の援助を受けることを面会の方法として定めることができる旨の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)

面会交流については、いったん実施のための取決めが父母間でなされたとしても、離婚に伴う父母間の葛藤が高い場合や非監護親と子との交流が長期にわたって中断されていた場合など、当事者だけでは取決めに基づく実施（具体的な実施に向けた日時等の細かな調整を含む。）が困難な場合があるため、その具体的交流の実施に当たり、第三者機関による支援が重要である。もっとも、我が国における民間の面会交流支援機関は、全国的な活動として質・量ともに十分と難しい上に、その活動が制度的に位置付けられておらず、各々の努力によって支援が展開されているのが現状であって、活動を支える公的支援もほとんど行われていない。近時は、面会交流支援全国協会の立上げなど連携の動きも始まっているものの、面会交流支援のネットワーク作りや公的機関との連携等について、国際的に見ても立ち遅れた実情にある。

この点について、本研究会の検討の過程では、一定の人的・物的資源を有する面会交流支援機関を認証する制度を設け、運用面の財政支援や警察等の援助を可能とすることが提案され、そのような制度を構築すること自体については概ね肯定的な意見が述べられた。そこで、本文の前段では、このような認証制度について提案をしているが、このような制度の導入に当たっては、各面会交流支援機関の自律性・自主性を尊重した上で適切な認証実施主体や認証基準の在り方など、なお検討を要する点が多いものと考えられる。

そこで、このような認証制度を検討する間も、面会交流支援機関について一定の指針や基準等を示すことなどによって、その任意の活用等を効果的に図ることなども検討されるべきと考えられる。

また、認証実施主体や認証基準を検討するに当たっては、そもそもの認証

制度の目的が定まっている必要があることから、まずは、仮に認証制度を設けた場合に、認証を受けた面会交流支援機関に法律上どのような地位を与えるかを検討することが先であるように思われる。この点について、本文の後段は、認証を受けた面会交流支援機関については、家庭裁判所が調停や審判で面会交流の具体的内容を定める場合に、当該機関のサービスを用いることができることとしてはどうかとの提案がされている。この点につき、本研究会では、当事者のみによる面会交流の実施が原則的なもので、面会交流支援機関の支援を受けて行う面会交流は例外的なものとして位置付けるべきではないかとの指摘もあった。

なお、このような方向性については、認証制度の実現に至らない場合であっても、家庭裁判所が面会交流の内容を判断するに当たり、支援の意思と能力のある第三者の関与を条件として定めることができる旨の規律を設けることも考えられるところである。

### (3) 面会交流に関する強制執行の在り方

面会交流について、必要かつ適切な場合には、面会交流支援機関を利用することを前提に、直接的な強制執行をすることを可能とする規律を設けることについて、子の負担の観点にも十分配慮しつつ、更に検討を進めてはどうか。

(補足説明)

現行法の下では、面会交流を命ずる調停、審判等について、一般的に、直接強制をすることができないと解されており、その理由として、面会交流は、通常、外形的な子の引渡し（とその引取り）が繰り返されると考えられ、直接強制を認めると、複数回の子の引渡しが強制的手段で行われることとなるために子にとって過酷で不相当であるからといわれている。このような点も踏まえ、本研究会においては、面会交流の直接強制については、消極的な意見が多かった。もっとも、このような中、現状において、任意の面会が実現しない場合には、間接強制の手段がとられることとなるが、間接手段については実効性に問題があるとの指摘がある上に、監護親の経済状況が子の生活に直結するものであることからすると、監護親が子の養育に関する取決めに従わないことで、監護親に金銭的な制裁を重ねることは、子の利益に反するようにも思われ、その執行の在り方についてはなお検討を要するものと思われる。

この点、面会交流の強制執行の流れとしては、①監護親から裁判所への子の引渡し、②裁判所から非監護親への子の引渡し、③非監護親と子との交流

の実施，④非監護親から裁判所への子の引渡し，⑤裁判所から監護親への子の引渡し，となることが想定され，令和元年民事執行法改正により制度化された一回的な子の引渡しの強制執行の場合との異同を含め，分析的にみて慎重な検討が必要と考えられる。

5 仮に，面会交流の直接的な強制を可能とする場合においては，少なくとも，面会交流を強制することでかえって子の利益に反するという事態にならないように，例えば，第三者の立会いの下，子の様子等を注意深く確認しつつ，面会交流終了時には円滑に監護親のもとへと子が返されるような仕組みや環境を整えることが必要であるが，そのための方策として，「(2)」の  
10 面会交流支援機関を利用するという方向性が考えられる。そこで，本文では，このような執行の方法について提案している。

15 なお，面会交流を実施するに当たっては，子の安全の確保等のために適切な措置が講じられることが不可欠であり，非監護親にDVや児童虐待等の問題が認められる（又は認められていた）場合には，具体的な面会交流の実施の適否や内容について特に慎重に判断する必要がある。この点，その判断に当たっては，一部の自治体等で取り組まれているDV加害者用向けの更生プログラムの受講状況を考慮するようなことも考えられる<sup>9</sup>。

#### (4) 親権者・監護者の指定又は変更との関係

20 面会交流の取決めの実効性を高める方策として，面会交流に関する監護親の態度や行動を，親権者や監護者の指定・変更に関する判断の一要素とすることができる旨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。

25 (補足説明)

面会交流に関する監護親の態度には様々な要因があると考えられ，面会交流の実施に協力しないこと（非寛容性）が直ちに親権者，監護者の適格性を否定することにはなるものではないと指摘されているところであるが，事案によっては，例えば，合理的理由のない拒絶や明らかに不当な妨害行為  
30 と客観的に評価することができる場合もあり得る。

---

<sup>9</sup> 「女性活躍加速のための重点方針2020」（令和2年7月1日すべての女性が輝く社会づくり本部決定）では，「加害者プログラムを含むDV対策の推進」として，「危険度に応じた被害者支援及び加害者対応の促進のため，リスクアセスメントに関する検討を行うとともに，加害者更生プログラムを地方公共団体と連携して試行的に実施し，DVの加害者の地域社会における更生のための指導及び支援の在り方について検討を加える。」とされている。

5 これらを踏まえ、本文では、例えば、面会交流に対する態度や行動とともに、それら以外の考慮要素（これまでの養育状況、養育能力、愛情・熱意、監護補助者の有無・態勢、子の年齢、意向等）として実務上考慮されているものを列挙しつつ、子の利益の最大化を図るという観点が最も重要であり、それに面会交流に関する事情が一要素として含まれることを明示するという方向性が提案されている。

### (5) 暫定的な面会交流の制度化

10 家庭裁判所は、面会交流に関する審判事件等において、必要かつ適切な場合には、当事者の協議又は家庭裁判所の命令により、認証された民間の面会交流支援機関の下における暫定的な面会交流を実施させ、審判をするに当たってその結果を考慮することができる旨の規律を設けることについて、更に検討を進めてはどうか。

15 (補足説明)

本研究会では、現在の実務でも実施されている家庭裁判所調査官による試行的面会交流について、制度的な裏付けをした上で安全な実施を制度的に担保する方向性について検討がされたが、1回限りの面会や調査官調査には限界があり、このような面会交流を行うとすれば、ある程度継続的に裁判所が適切性や安全性等を確認するシステムが必要ではないかという指摘がされた。

20 そこで、本文は、調査官が関与する中での評価を主たる目的とする現行の試行的面会交流とは別に、当事者による試行の状況を継続的に把握する性質のものとして、暫定的な面会交流の制度を設けることを提案するものである。

25 なお、この暫定的な面会交流については、現在の試行的面会交流と同様に当事者の協議による場合だけでなく、監護親側が面会交流について必ずしも協力的でない場合でも、子の利益の観点から面会交流の実現可能性を検討するための資料とするために家庭裁判所が中間的な判断（命令）で命ずることができることとすることが提案されている。

30 もっとも、これに対しては、現在の家庭裁判所の実務を前提とすると、調停段階において当事者に命令するというのは調停の目指すものと異なるし、審判移行後になって試行的な面会交流の調整をすることにも違和感があるとの指摘もあった。

35 また、本文にあるように、民間の面会交流支援機関の下における暫定的な面会交流の結果を審判で活用する場合、支援機関から裁判所に報告する方

法や内容いかんでは、支援機関の下で当事者が実施する面会交流の実効性や柔軟性に影響を及ぼす可能性があるとの指摘があった。そこで、支援機関が裁判所に報告することになる暫定的面会交流の内容に評価的・鑑定的な判断内容が含まれ得ることを踏まえた上で規律を検討する必要があるものと考えられる。

## 第7 両親が別居をする場合の規律の在り方

両親の別居により子の心身に大きな影響があることから、父母の離婚時  
のみでなく、別居時における子の利益を確保する方策が必要であるとの指  
摘があることを踏まえ、両親の別居時における子の養育に関する規律の在  
り方について、以下の各論点を中心に、更に検討を進めてはどうか。

(補足説明)

### 1 はじめに

婚姻中の夫婦関係が悪化、破綻するなどして別居に至ることがあるが、この  
ような場合、子の立場からすると、両親と共に共同生活を送っていた日常が大  
きく変更され、生活環境の変化等に伴って心身ともに大きな影響を受けるも  
のと考えられる。また、別居開始後の監護につき、例えば、非監護親との交流  
や子の監護に関するものを含む婚姻費用の分担について、両親の間で必要な  
取決めがされない場合には、その結果として、経済的困窮や情緒の不安定など  
子の養育の観点から望ましくない状況が生ずることが想定される。

他方で、このように婚姻中の両親(注1)が別居をする場合の子の養育に関  
する規律については、民法に直接の定めがなく(注2)、両親の別居により子  
の養育者や養育環境が変化するにもかかわらず、子の養育について何ら取決  
められることがないまま、別居が開始されることも少なくないようである(注  
3)。

いずれにせよ、子の養育・福祉の観点から考えた場合には、父母の離婚の前  
後を通じて、子に最も大きな影響を与えるのは、父母の離婚時よりも、実際  
に養育者や養育環境が変化する別居時であるとの指摘もされているところであ  
り、子の利益を確保する観点から、離婚時のみでなく、両親の別居時の子の養  
育に関する規律を整備して、その点の規律の意義や位置付けを明確にすべき  
ではないかとも考えられる。

また、このような父母の離婚に先立つ別居段階では、両親の間の対立や葛藤  
が強い場合も少なくなく、DVや児童虐待等が別居の要因・背景となっている  
場合も含め、別居せざるを得ない実態の重大さ、深刻さを踏まえることが必要  
であるという指摘もあり、別居後における子のための制度整備や制度周知が  
望まれるという意見も出されている。

本研究会において実施したヒアリングにおいても、子は父母の離婚そのも  
のよりも、そこに至るまでに両親が不仲な環境にいることで傷つくことにな  
るとの指摘があったところであり、別居開始後、どちらが監護者又は親権者  
となるかを巡って両親が争っている不安定な状況の中に子を置くことが子の利  
益に適うといえるのかという観点からも、別居後の規律の在り方については

検討を要するものと思われる。

そこで、本研究会では、以上のような意見や観点を踏まえ、未成年の子を有する両親が別居をする場合の子を巡る規律の在り方について検討を行った（別居については、「第5. 3(1)」において、父母の別居期間中の法的な位置

5

## 2 「別居」概念の定義付け等

現行民法にない別居に関する規律を設けるに当たっては、「別居」概念をどのように捉えるかという問題もあるところ、①現在でも夫婦間では様々な別居の形態（例えば転勤に伴う単身赴任等）がある中で、このうち離婚を前提として行われる別居を事実として特定することが可能か、②離婚を前提とした別居が行われていたとしても、結果としてその後離婚に至らないケースも相当数あることをどうみるか、③現行の民法上にはない別居という概念を新たに創設することが可能かつ相当か、という点などが問題として考えられる。

10

本研究会では、別居に関する規律を設けるという方向性自体には大きな異論は見られなかったが、「別居」概念については、一時的な同居の解消と離婚を前提とする同居の解消を区別して規律すべきであるとの意見がある一方で、事後的に振り返って離婚を前提とする同居解消であったか否かを判断することはできたとしても、同居解消時点で離婚を前提としているか否かを判断することは難しいのではないかとの意見もあり、さらに、単身赴任等も別居に含めて包括して規律することもあり得るのではないかとの意見も出されるなど、様々な指摘がされたところであり、諸外国における立法例を参考にすべきであるとの意見も出された。

15

20

これらの意見は、別居の要件としてどのような規律を設けるかという点について、例えば、同居の解消や当事者による同居の拒否等の外部的な事実のみに注目するか、あるいは同居解消の原因や同居再開の意思・見込み等の主観的な事実にも注目するかなど、様々な考慮要素があることを示すものであり、上記の意見等を踏まえ、「別居」概念については引き続き検討を要する問題と考えられる。

25

なお、本研究会では主に父母の離婚を中心とした検討が進められてきたことから、下記「1」ないし「3」においては、一応、「別居」を「両親の一方又は双方が離婚の可能性を念頭に置き、又は離婚に向けたものとして同居を解消すること」を意味するものとする前提（単身赴任等は除かれることになる。）で記載しているが、上記のとおり、「別居」概念の定義については様々な考え方があるところで、規律を設けるに当たっては更に検討を要すると考えられるため、この点の方向性を示すものではない。

30

35

(注1) 本報告書では、「父母」との用語を、未成年の子がいる父母のうち離婚を検討しているもの又は離婚をしたものの意味で用いているため、離婚に先立つ別居が問題となる「第7」では、これと区別するため、未成年の子がいる父母のうち別居が問題となり又は現に別居中であるものを「両親」と呼称することを基本としている。

5 (注2) 現行民法には、「離婚」とは別に「別居」という概念は設けられておらず、児童扶養手当をはじめとする福祉施策においても、「別居」を積極的に定義付ける規律は設けられていないようである。

(注3) 我が国では、婚姻中の両親の関係が悪化等した場合には、その一方が他方の同意なく、子を連れて又は子を置いて別居を開始することがあるところ、民法第821条が、  
10 「子は、親権を行う者が指定した場所に、その居所を定めなければならない。」と規定していることとの関係が問題となり得る。もっとも、この点については、別居の実態に加え、別居の背景・要因や我が国の慣習等も考慮に入れる必要があり、この点に関する法律関係の整理は必ずしも十分にはされてこなかったように思われる。

## 15 1 別居時の養育計画の作成を促進する方策

両親が別居をするときは、別居に当たり(注)、①子の監護をすべき者、  
②父又は母と子との面会及びその他の交流、③子の監護に関する婚姻費用  
の分担その他の子の監護について必要な事項を、両親の間の協議又は家庭  
裁判所で定めることとする規律を設けることについて、更に検討を進めて  
20 かどうか。

併せて、その際には、子の利益を最も優先して考慮しなければならないとの  
規律を設けることについても、検討してはどうか。

(注) 養育計画の作成時点としては、別居開始までに作成することとする規律を設ける  
25 との考え方のほか、別居開始まで又は別居後速やかに作成することとする規律を設け  
るとの考え方もあり得る。

(補足説明)

民法第766条は、父母が離婚をする場合の子の監護に必要な事項に関する  
30 取決めについて定めているが、婚姻中の両親が別居をする場合の子の養育に関  
する規律については、既にみたとおり、民法に直接の定めがない。実務では、婚  
姻中の別居についても民法第766条を準用して子の監護者や面会交流につい  
て定め、子の監護に要する費用の分担については婚姻費用の一部として取決め  
をしている。

35 この点について、民法第766条は、父母が離婚すると、通常、子は父母の一  
方と生活を共にしなくなり、養育者や養育環境が大きく変化することになるの



で、子の利益を確保する観点から、父母の離婚時に子の監護について必要な事項を定める旨を規定しているものと解される。そして、子に大きな影響を与えるのは、父母の離婚の成立時というよりも、むしろ子の養育者や養育環境が変化する別居の開始時であるという指摘があることからすると、子の利益を図るために設けられた民法第766条の規律の要請は、婚姻期間中に両親が別居する場合にも同じく妥当するものとも考えられる。

そこで、両親が別居をするときは、子の利益のために子の監護について必要な事項について両親の間で取り決められることが相当であるとの観点から、父母の離婚時を念頭に民法第766条が定める事項と同様の事項（①子の監護をすべき者、②父又は母と子との面会及びその他の交流、③子の監護に要する婚姻費用の分担その他の子の監護について必要な事項）を、別居する両親の協議で定めることとし、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、家庭裁判所が定めることとする規律を設けるという方向性が考えられる。

なお、別居時の養育計画の作成時期については、「(注)」のとおり、別居時についても、離婚時と同様に考え、別居開始までに先立って作成することとする規律を設けることが考えられるが、この他、DV等のために十分な協議なく別居を余儀なくされる実態等を踏まえ、別居開始まで又は別居後速やかに作成することとする規律を設けるとの考え方もあり得るところである。

そして、上記のような方向で検討を進める場合には、現行の民法第766条第1項が「子の利益を最も優先して考慮しなければならない」と規定していることを踏まえ、別居時においても、同様の規律を設けることが考えられるため、この点も併せて、本文で記載している。

## 2 監護者・親権者指定の場合の考慮事項

家庭裁判所が子の監護をすべき者を定める場合、又は父母の裁判上の離婚に際して親権者を定める場合の考慮要素を明示する規律を設けることとし、その考慮要素として、例えば、子の監護等に関する以下の事項を列挙することについて、更に検討を進めてはどうか。

- ① 子の出生から現在までの監護状況
- ② 子の現在の生活状況（注1）
- ③ 父母の監護能力
- ④ 子の年齢、発育状況、意思（注2）
- ⑤ 別居前の環境への適応状況及び環境の変化に対する適応能力
- ⑥ 子と父又は母との関係
- ⑦ （別居等をしている場合に）直近の監護状態の開始の態様（上記1の定めをすることについての協力性を含む。）

- ⑧ 別居後の監護費用の分担状況
- ⑨ 別居又は離婚後において非監護親と子との交流が相当な場合（注3）における相手と子との間の交流についての態度（別居開始から判断時までの交流の状況を含む。）

5

（注1）両親の一方が他方の同意なく子連れで別居を開始した場合に、そのような別居の事実状態を無条件に追認することは相当でないとの指摘があり、そのような立場からは、別居開始から一定期間が経過するまでに、上記1の取決めが迅速にされるべきであり、かつ、一定期間前に上記1の請求がされた場合、又は離婚の訴えが提起された場合

10 には、別居後の環境に対する子の適応状況を重視してはならないとの規律を設ける方向性も考えられることになる

（注2）父母の離婚時の親権者・監護者の決定に子の意思を反映させることについては、協議離婚の場合であっても、それを制度的に担保することが必要ではないかとの指摘もあるが、この点についても更なる検討を要する（後記第8参照）。

15

（注3）非監護親と子との交流が相当な場合として、交流の実施において子及び監護親等の関係者の安全が十分に確保されることが前提となる。

（補足説明）

婚姻中の両親が別居している間の子の監護者の指定や、父母が裁判上の離婚をする際の親権者の指定については、民法上明確な基準が示されておらず、現在の

20 実務では、家庭裁判所において、子の利益の観点から、様々な事情を総合的に考慮して判断されている。

しかしながら、この点については、子の生育・成長にとって極めて重要な意味を有する重大な事項の判断であるにもかかわらず、その判断に予測可能性がなく、家庭裁判所による判断過程がブラックボックス化しているのではないかと

25 の指摘がある。また、家庭裁判所の実務について、いずれの親が子を現に監護しているかという点を重視し、その状況を維持・継続する方向で判断がされる傾向にあるのではないかとの意見がある一方、親の監護状況としては子の出生以降のものが広く考慮されており、別居開始以降の直近の事実状態がいたずらに重

30 視されているわけではないという指摘もある。そうすると、親権者指定や監護者指定の際に、家庭裁判所が考慮すべき事項について、法文上明確に列挙することが考えられ、本研究会でも、その基本的な方向性に異論は見られなかった。

そこで、「1」において、家庭裁判所が子の監護をすべき者を定める場合、又は父母の裁判上の離婚に際して親権者を定める場合の考慮要素を明示すること

35 として、裁判実務の取扱い等を参考に、例えば、上記①から⑨までの事項を規律として掲げることが考えられる。

このうち、上記①が従前の監護状況であり、直近の監護状態のみでなく、子の出生からの監護・養育状況を広くかつ仔細に考慮することが念頭に置かれている。

5 上記⑦については、両親の別居が子に与える影響の大きさに鑑み、別居後に子が両親いずれか一方の下で監護されている場合等において、その監護状態の開始の態様を考慮要素として挙げるものである。例えば、別居に伴う直近の監護状態が、平穏かつ子の安全を確保した形で開始されたか、別居を開始するに当たり、両親の間で子の養育を含む問題について十分な話し合いや取決めを行ったか、また、話し合いや取決めをすることについて協力的であったかなどの事情が考慮  
10 されることとなる。一方で、DVや児童虐待が別居の要因・背景となっている場合等、相手親と話し合いをせずに別居を開始せざるを得ない場合等については、相手親と話し合いをしなかったこと等が不利な要素として考慮されるべきではないものと考えられる。

15 また、上記⑨については、父母の別居又は離婚後であっても、各家庭の状況に応じ、父母双方が適切に子の養育に関与することが望ましいとの観点から、非監護親と子との交流が相当と認められる場合において、同交流に対する監護親の態度（協力的であったか否か等）を考慮要素として挙げるものである。もっとも、ここでは、非監護親と子との交流が相当な場合として、交流実施のためのやり取り等を通じ、子及び監護親等の関係者の安全が十分に確保されることを前提としており（「**注3**」）、非監護親にDVや虐待が認められる（又は認められていた）場合には、慎重に判断する必要がある。また、非監護親と子との交流自体は相当な場合であっても、その交流の態様や頻度等は個別事情に応じて様々なものが考えられることからすると、取決めに従った交流の継続的な実施が望まれるものの、非監護親と子との交流が実現していないことのみをもって、監護親の  
20 態度が非協力的であると判断されるものではないことにも留意する必要があると考えられる。

30 このように、上記①ないし⑨の考慮要素は、各要素の趣旨・位置付け等を踏まえて事案ごとに適切に当てはめられる必要があり、最終的には、それらの要素を適切に総合考慮し、子の最善の利益を図るという観点から、監護者又は親権者が指定されるべきものである。

35 なお、これらの考慮要素の他に、どのような事項を挙げるのが考えられるかについても、更なる検討を要するものと考えられ、例えば、「**注1**」のとおり、両親の一方が他方の同意なく子を連れて別居を開始した場合に、別居開始から一定期間が経過するまでに「**1**」の請求がされたとき等には、別居後の環境に対する子の適応状況を重視してはならないとの規律を設けることの指摘もある。もっとも、このような規律を設けることの必要性・相当性については、別居の実

態や要因・背景等を踏まえ、慎重な検討を要するものと考えられる。

### 3 別居時の養育計画を適切に定めるための手続的規律

5 家庭裁判所が上記 1 の判断を適切かつ迅速に行う観点から、この事項を判断する審判において、手続の特則として特別の規律を設けること（保全手続を含む。）について、更に検討を進めてはどうか。

10 例えば、上記 1 の事項を判断する審判において、家庭裁判所調査官による子の現状確認及び親子の交流の様子の観察の結果（当該確認及び確認のための調査に対する両親それぞれの協力性に関する事情を含む。）を考慮することができるとの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）

15 両親の別居が子に重大な影響を与えるものであることからすると、両親が別居をする場合には、子の利益の確保を図る観点から、速やかに子の状況を把握した上で、早急に子の監護に必要な事項が定められる必要がある。両親の別居後の子の監護の在り方については、第一次的には、両親の間で、子の利益を最も優先して取り決められることになるが、それが現実的に困難な場合も少なくなく、そのような場合には、両親の別居開始後速やかに、家庭裁判所において必要な解決が図られることが望まれる。この迅速性の観点からは、保全手続の活用も考えら  
20 れるところである。

そして、家庭裁判所が「1」の判断をするに当たっては、子の現状や親子の交流に関する様子等を適切かつ迅速に把握する必要があるところ、そのための方法の一つとして、現在の実務でも用いられている、試行的面会交流を含めた調査官調査が考えられる。そして、それら調査に対する両親それぞれの協力性も、  
25 「1」の判断をするに当たって一つの考慮要素となるとともに、協力性を考慮要素として明示することにより、調査官調査において両親からの自発的な協力が促され、より適切かつ迅速な判断にもつながり得ると考えられる（もつとも、親子の交流の在り方等は各家庭の事情に応じて様々であることから、非協力的であることのみをもって不利に扱うのではなく、協力しない理由等を慎重に調査・  
30 把握することが必要であることはいうまでもない。）。

そこで、家庭裁判所が「1」の判断を適切かつ迅速に行う観点から、この事項を判断する審判においては、本文に掲げたような手続の特則を設けることなどが考えられる。

**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**  
子の養育をめぐる問題に関し、父母の決定に子の意思や意見を反映させるための実体法上の規律を設けることについて、更に検討を進めてはどうか。

5 その際には、父母が、①離婚に関連して子の養育の在り方を決定する場面と②子の養育に関する事項について決定する場面（注1）のそれぞれにおいて、例えば、子の年齢や成熟度に応じて子の意思や意見を尊重しなければならない旨の原則を明示する訓示的・理念的な規律を設けるという方向（注2）で、検討してはどうか。

10

（注1）父母の離婚後についてのみ、このような規律を設けることとするか、婚姻中・同居中の父母等を含む一般的な規律として設けるべきかという点については更に検討を要する。

15

（注2）特定の場面においての同意を要求するなど、より直接的な規律を設けることも考えられ、その要否を更に検討することを排除しているわけではない。

（補足説明）

1 はじめに

20

現行民法では、離婚時の親権者の指定や面会交流、養育費の分担等に関する取決めといった、離婚後の子の養育の在り方を決定する場面において、子の意思や意見を反映させるための規律は設けられておらず、親権行使の場面でも、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ことが可能である（注1、2）。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、子の氏の変更や縁組の承諾をすることができる（民法第791条第3項、第797条第1項）。

25

本研究では、父母の離婚後の子の養育の在り方をめぐる様々な場面を念頭に幅広く検討を進めてきたが、検討の過程では、多くの論点において、父母の双方又は一方による決定に際し、子の意思や意見を適切・的確に反映させるための実体法上の規律を設けるべきであるとの意見が出された（注3）。

30

この点については、第3「父母の離婚後の子の養育に関する規律の在り方」や第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」等における検討を踏まえつつ、父母が、①離婚に関連して子の養育の在り方を決定する場面と、②子の養育に関する事項について決定する場面に分けて、それぞれ必要な規律の在り方を検討することが考えられる（注4）。

35

2 離婚に関連して子の養育の在り方を決定する場面

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、⑤養育計画の変更等が考えられる（注5）。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、本研究会における検討の過程では、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の指摘があった。

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条等の規定をもって足りるとも考えられるが（注6）、当事者の協議により定められる場合の規律が設けられておらず、また、本研究会では、子の意思や意見の反映について、実体法上の位置付けが明確でないことが問題であるとの指摘もあった。

そこで、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、例えば、「子の年齢や成熟度に応じて子の意思や意見を尊重しなければならない」といった訓示的・理念的な規律を設け、父母による決定に際しての指針とすることが考えられる。この他、訓示的・理念的な規律を超えて、子の意思や意見が反映されることを制度的に担保するような規律を設けることも考えられるが、その場合には、どのような手続で反映させるかといった点や、反映されていることをどのように確認するのかといった点などについて、十分な検討が必要になるものと思われる。

この点、本研究会においては、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との意見が多かったことから、まずは上記のような訓示的・理念的な規律を設けることを中心として検討を進めることが考えられる。

さらに、本研究会では、離婚後の養育費の内容や条件といった金銭的な問題について子の意見を聞くことは、子に適切な判断が困難な場合も考えられ、不適切ではないかとの意見があったところであり、どのような場面や事項を対象に、子の意思等を反映させる実体法上の規律を設けるかについても更なる検討を要することになる。

その他、子の意思・意見を反映させることについては、①子が父母の板挟みになるなど、子の利益を害する事態を招かないような対応が必要であるとの意見や、②子が安心して自身の意見を自由に表明できる場や手続が必要であるとの意見、③さらに面会交流など特定の問題については、一定の年齢に達した子の明示の意思に反して行うことはできないとの強い規律が必要ではない

かとの意見など、本研究会でも様々な指摘がされたところであり、これらは、子の意思等を反映させる規律の在り方にも関連して検討を要することになるものと考えられる。

### 5 3 子の養育に関する事項について決定する場面

父母が子の養育に関する事項について決定するに際し、**第3「父母の離婚後の子の養育に関する規律の在り方」**において「重要決定事項」として整理されている事項は、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、事前・事後に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。

10

まず、本研究会では、重要決定事項に関する親の決定プロセスにあらかじめ子の意思や意見を反映させる規律として、①子の年齢や成熟度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・理念的な規律を設ける方向性、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が提示された。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自体が有益であるとも考えられる一方で、訓示的な規定を設けるだけで十分かという問題が、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問題が、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、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った問題等がそれぞれ考えられる。

15

20

25

次に、事後的に子が親の決定を争えることとして子の意思や意見を反映させる規律として、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、①子に事後的に親権者の変更申立権等を認める方向性や、②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が示されたが、これについては、親子間の意見の不一致を、直ちに親権者変更申立てや損害賠償請求につなげることが、親子関係の在り方として適切なのかという点につき様々な考え方があり得るものと思われる。

30

この点、本研究会では、上記2と同様に、訓示的・理念的な規律を設ける方向性には異論がなく、民法等において、その位置付けやメッセージを明確にすることは意義があるとの意見があった

35

さらに、本研究会では、子の身上監護について父母間で争いがある場合、裁判官が判断する際の考慮要素として子の意思が挙げられている諸外国の例が紹介されたほか、利益相反行為について、親権者は、子のために特別代理人の

選任を家庭裁判所に請求しなければならないとする規定（民法第826条）に関して、そもそも親権者と子に対立しているときには特別代理人の選任の請求を求めること自体が困難な場合があるから、同規定についても見直すべきではないかとの意見もあった。

5 以上のような問題点や意見等を踏まえ、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規律の在り方について、まずは訓示的・理念的な規律を実体法に設けるという方向性を中心に、更に検討を進めることが考えられるところである。

10 (注1) 手続法では、子の意思や意見の聴取に関する規定が設けられており、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  
15 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）。

(注2) 財産管理の場面においても、子の行為を目的とする債務を生ずべき場合に、本人の同意を得なければならない（民法第824条ただし書き）と規定されるにとどまる。

20 (注3) 本研究会では、例えば、外国の立法例として、両親は、子に関する決定に、子の年齢及び成熟度に応じて子を関与させるとの規定や、子は、自らに関する全ての訴訟において自らの意見が聴取される権利があるとの規定が民法典に設けられている例が紹介された。

(注4) 法制審議会民法（親子法制）部会では、現在、懲戒権に関する規定の見直しに伴い、  
25 親権者の一般的な権利義務を定めた民法第820条を次のように改めることが検討されている。

① 親権を行う者は、子の利益のために監護及び教育をする権利を有し、義務を負う。

② 親権を行う者は、①の監護及び教育に際して、子の人格を尊重しなければならない。

この案は、監護教育権の総則的な規定と解されている第820条に子の人格を尊重することを規定し、監護教育権の行使全般において子の人格が尊重されるべきことを  
30 明らかにするのが相当であるとも考えられるとして提案されているものであるが、本研究会で検討されている「子の意思や意見の反映」と「子の人格の尊重」は同一の論点ではなく、子の人格の尊重の一態様として、子の意思や意見の聴取や反映のプロセスが必要になるとも考えられることから、上記部会における検討とは別に、本研究会で子の意思や意見の反映についての論点を整理することには独自の意義があるものと考え  
35 られる。

(注5) 第3「父母の離婚後の子の養育に関する規律の在り方」でみたように、仮に、離婚



後も重要決定事項に関する双方関与を認める規律を設ける場合は、双方関与とするか否か、主たる決定責任者、重要決定事項の範囲の決定等において、子の意思や意見を反映させるための規律を設けるかどうかについても同様に問題となる。

- 5 (注6) 上記(注4)の法制審議会民法(親子法制)部会では、家事事件手続法第65条に  
いう「子の意思」と上記「子の人格」との関係について、同条は、子の利益を確保する  
観点から、家庭裁判所が、家事審判手続において、子の意思の把握に努め、その意思を  
考慮すべきことを定めるものであって、家庭裁判所の責務として、当該事件における具  
体的な子の意思を把握することを求めるものであるが、民法第820条に「子の人格」  
10 についての新たな規定を設けることは、親に対して、子を独立した個人として取り扱う  
ことを求めるという一般的な行為指針を示すものであり、両者は異なるものとして整  
理されている。

- 15 子の意思や意見を反映させるための実体法上の規律を設けてはどうかという本論点  
においても、仮に、そのような規律を設けた場合、親に対して何らかの指針・義務等を  
示すことになること、本研究会においても、民法等において明確なメッセージを出すこ  
とは有益であるとの意見があったことなどからすると、家事事件手続法の規定とは異  
なる独自の意義を有することになるものと考えられる。

## 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。

なお、養子制度のうち、成年を養子とするものについても、検討すべき課題はあり、別途検討される必要があるものと考えられる。

### 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。

5 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。

## イ 未成年養子縁組制度の趣旨の周知

10 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。

## (2) 未成年養子縁組の効果

### ア 縁組後の親権に関する規律

15 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と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。

20 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）。

25 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。

30 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、「第4. 1(3)」の規律に従う（養子について未成年後見が開始するが、他の親は親権者の変更の申立てをすることができる。）。

35 (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、実親・養親を問わず、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

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、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 縁組に伴う相続に関する規律

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。

【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。

(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。

(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の、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

ることについて、概ね理解の一致がみられた。

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。

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

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。

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

5 5  
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）。

10 (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。

15  
20  
25 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。

30 なお、このような方向の規律を設ける場合には、専ら養子に相続権を付与する目的や節税を図る目的等での未成年養子縁組は認められないこととなるが、現状としてそのような目的に基づいて現に養子制度が利用されている実態を踏まえた場合には、そのような社会的要請に応えるための制度を設ける必要があるのではないかという点は、別途検討を要する問題と考えられる。

### 35 (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。

5           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ないかとの指摘があったところであり、上記のような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。

10           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。

## 2 「(2) 未成年養子縁組の効果」について

### 15       (1) 「ア 縁組後の親権に関する規律」について

20           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される。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。

25           もともと、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。

30           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。

5           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  
使用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  
10           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。

15           「(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  
20           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。

          「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、  
25           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。

          「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  
30           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。

          「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、親権に関する一般的な規律について提  
35           案している「第4. 1(3)」の規律に従うこととし、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。

5 (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。

10  
15 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。

20 (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〕）。

25  
30 (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。

35 (3) 「ウ 縁組に伴う相続に関する規律」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

5

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して、慎重な検討を要するとの指摘があった。

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。

10

15

【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

20

25

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、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。

30

35

これらの方向性については、相続法の規律に影響を及ぼす論点でもあるため、今後、相続法制との整合性等にも留意しつつ、更に検討を進める

べき課題と位置付けられるものである。

## 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ぬ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ことができる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。

5            **ウ 養子となる者が15歳以上の未成年養子縁組**

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。

10           **(4) 民法第798条関係**

**ア 裁判所の許可基準**

             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。

             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。

20

**イ 例外要件の見直し**

             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。

25           **【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**

**【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**

30           **【C案】現行法の規律を維持する方向性**

(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

35

(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)でなければ養子を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)

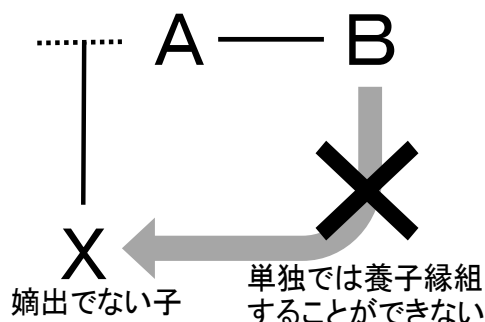
第795条 配偶者のある者が未成年者を養子とするには、配偶者とともにしなければならない。ただし、配偶者の嫡出である子を養子とする場合又は配偶者がある者がその意思を表示することができない場合は、この限りでない。

5

(1) 配偶者の嫡出でない子を養子とする場合

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

5 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。

10 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  
15 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  
20 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。

25 (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  
30 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、

5

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。

10

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。

20

## (2) 「イ 代諾権者及び同意権者」について

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

35

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。

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

### (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。

15

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。

20

25

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、連れ子養子と孫養子それぞれについて子の養育に問題が及ぶ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

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

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

(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、これを行うことができる。

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。

5 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  
10 ということができる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  
15 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。

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。

20 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。

25

## 2 「(2) 民法第814条（裁判上の離縁）関係」について

(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。

5 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

10 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り得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。

15 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

20 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。

(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、これを行うことができない。

25 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。

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。

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断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の指摘がされた。

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。

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) 扶養的要素の位置付けの明確化

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) 扶養的要素の位置付けの明確化」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<sup>10</sup>。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

<sup>10</sup> 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。

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。これに関連し、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も考えられる。そして、ここでいう扶養的要素の理論的根拠は様々な考え方があるが（注1）、従来の通説的見解は、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）。

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。

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粋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、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。

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。

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。

(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。

(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

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、ひとり親世帯の半数近くが相対的貧困の状態にあり、ひとり親世帯になった理由の多くが離婚であることを踏まえると、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。

5

10

### 15 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。

20

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り。

25

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とあり、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。

30

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。

35

これに対し、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ところである。

- 5       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

- 10       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、夫婦の財産形成の寄与の程度について原則として夫婦双方で相等しいものとする、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)

- 15       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  
20       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  
25       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  
30       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  
35       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（この点について、対象となる財産の範囲を検討する際に、共働きか専業主婦（主夫）かとい

った夫婦の属性も影響するのかが問題となり得るが、まずは、対象財産としての客観的範囲を検討するのが相当と思われるため、本文中の考慮要素としては記載していない。)。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  
5 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  
10 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  
15 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。

（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  
20 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。

#### 4 財産分与請求権の除斥期間

25 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）

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  
30 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付けることも含め、相手方の財産を開示させることを可能とする手続上の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、財産分与請求権の法的性質や倒産法制全体との関係等にも留意した上で、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<sup>11</sup> (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、財産分与請求権そのものの位置付け・優先性の有無等の法的性質や、個別執行である民事
- 15 執行手続における取扱い等の問題と密接に関わるものであるのみならず、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もあり、倒産法制全体との関係も含めた様々な観点から、慎重な検討を行うことが必要なものと考えられる。

### 20 (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。

25 (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
- 30 権利濫用と判断されることがある<sup>12</sup>。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

<sup>11</sup> 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。

<sup>12</sup> 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。



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。

5 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、共有物分割の申し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、共有物分割の申し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、共有物分割の申し立てを制限することが正当化されるようにも思われる。

10 もっとも、仮に共有物分割の申し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、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。

20

#### (4) 内縁の解消の場合における財産分与の取扱い

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。

25 (補足説明)

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かと解されている<sup>13</sup>。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、婚姻外の人的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

---

<sup>13</sup> 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。

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。

5

以 上