

法制審議会家族法制部会第21回会議（令和4年12月20日開催）において、北村晴男参考人から提出された資料5の法案（以下、「民間案」という。）及び資料6の逐条解説（以下、「逐条解説」という。）に沿って、法務省法制試案（以下、「試案」という。）を以下のとおり、修文頂きたい。

(DV 防止法・児童虐待防止法)

1. 試案 1 ページ（前注 2）を「配偶者暴力防止法や児童虐待防止法などの関連する法律の改正を含め、配偶者からの暴力や父母による虐待がある事案に適切に対応することができるようなものとする」と修文する。
2. なぜなら、配偶者暴力防止法に基づく保護命令が出された父又は母が子の監護をしようとする場合や、児童虐待等をした父又は母と子が親子交流をする場合について、婦人相談所や児童相談所等が支援する必要があることから、これに伴い、婦人相談所や児童相談所等が当該業務を行うことを可能とするよう婦人相談所や児童相談所等にその権限を付与しなければならないからである。
3. 民間案は、配偶者暴力防止法や児童虐待防止法に関しても、改正案を用意している。

(配偶者暴力 (DV) のおそれがある場合の親子交流)

1. 試案1ページ(前注2)で、配偶者から暴力のある場合に配慮するよう言及するものの、具体的な調整方法まで検討がなされていない。親子交流の在り方に関しても抽象的な検討にとどまっている。

そこで、試案3ページの3に以下のとおり、注を追加すべきである。

(注) 父母の一方が、もう一方の父母に対し、配偶者暴力防止法に基づき保護命令を裁判所に申し立てたときは、一定期間、裁判所は、当該父母に対し、FPIC(家庭問題情報センター)が現在提供している「連絡調整型」面会交流支援や「受け渡し型」面会交流支援サービスと同等のサービスの利用を命じなければならないとする規律を設けるべきである

2. なぜなら、仮に、父母間に暴力の事実があった場合であっても、当該父母は共同して親権を行使しなければならず、それは婚姻中のみならず、離婚後であっても同様である一方で、父母の一方からもう一方の父母に対し「生命又は身体に危害が加えられることを防止する」ことも重要な保護法益であり、この両者の要請を調整しなければならないからである。
3. 民間案では、配偶者暴力があると裁判所が認めた場合の親子の交流について規定している。父母の一方が、もう一方の父母に対し、配偶者暴力防止法第10条第1項に規定する「身体に対する暴力又は生命等に対する脅迫」を行っていた場合であっても、配偶者暴力が児童虐待に該当する(児童虐待の防止等に関する法律第2条第4号)として親権喪失等により親権者としての地位を失っていない限り、「子の利益のために、監護する権利と義務がある」(民法第820条)のであり、その監護する権利と義務を制度的に保障している。

具体的には、父母の一方が、保護命令を裁判所に申し立てたときは、一定期間、裁判所は、当該父母に対し、FPIC(家庭問題情報センター)が現在提供している「連絡調整型」面会交流支援や「受け渡し型」面会交流支援サービスと同等のサービスの利用を命じなければならないとする規律を設けている。同時に、父母間の連絡調整及び子の受渡しの支援サービスが全都道府県で確実に提供されると規定している。

(子の扶養義務)

1. 試案1ページの2を以下のように修文するとともに、2(1)と2(2)は削除すべきである。

「未成年の子に対する父母の扶養義務の程度が、他の直系親族間の扶養義務の程度(生活扶助義務)よりも重いもの(生活保持義務)であることは、父母を親権者とし子の監護を義務付けていることから明らかであるが、親権者でない父母に対しても、衡平の観点から、未成年の子の生活保持義務が課せられることを明らかにする趣旨の規律を設けるものとする(注)」とし、(注)に「監護に要する費用を親権者でない父母も支払うことを義務づける規定を設ければ、未成年の子の生活保持は制度的に担保されることから、親権者でない父母の扶養義務の根拠については特段の規律を設けないとする考え方もある。」と記載する。

2. なぜなら、子に対し親が養育費(=監護に要する費用)を負担する義務は、親の監護義務の対象である18歳までであることは、18歳を成人とする民法改正をした以上、当然のことであるからである。子に対する父母の扶養義務の程度が、他の直系親族間の扶養義務の程度(生活扶助義務)よりも重いもの(生活保持義務)であるからこそ、父母を親権者としているのであり、親権に基づき定められた扶養義務以上の義務を父母に課すことは、論理的に誤っているからである。仮に、父母に対し成人した子の扶養に係る費用を支払うことを義務付けるのであれば、親権の対象を18歳以上にまで拡大する必要があるが、拡大する根拠も含めて合理的説明がなされない限り、それは認められない。

なお、児童虐待等により親権を喪失又は停止している父母が未成年の子の生活保持義務を免れるとするのは、親権を有する父母との衡平の観点から認められないことから、親権のない父母が親権者である父母と同等に未成年の子の生活保持義務を有することを法律上明確化する必要性はある。

3. 民間案は、父母の子に対する扶養義務を努力義務としている母子及び父子並びに寡婦福祉法第5条を改正し、明確な義務規定とするとともに、その義務は子が成人(18歳)するまでとしている。

(離婚時の親権喪失)

1. 試案2ページでは、一定の要件を満たす場合には裁判所は審判により父母の一方のみを親権者と定めると規定するところ、試案2ページの【甲①案】を以下のとおり修文した上で、これを採用すべきである。

「父母の離婚の場合においては、父母の双方を親権者とすることを原則とし、やむを得ない事由がある場合に限り、家庭裁判所の許可により、父母の一方が親権を辞することができるものとする」

2. なぜならば、現行民法における親権の喪失規定においては、現行民法第839条「親権を行う父又は母は、やむを得ない事由があるときは、家庭裁判所の許可を得て、親権又は管理権を辞することができる」と、親権剥奪については、現行民法第834条「父又は母による虐待又は悪意の遺棄があるときその他父又は母による親権の行使が著しく困難又は不適當であることにより子の利益を著しく害するときは、家庭裁判所は、子、その親族、未成年後見人、未成年後見監督人又は検察官の請求により、その父又は母について、親権喪失の審判をすることができる」と規定されており、それぞれの要件を満たす必要があるとされている。離婚時にもこれらの規定と同様の場合に親権の喪失または辞任が許されると解さないと、これらの規定と平仄がまったくとれないことになるからである。

親権剥奪については、あくまでも「子の利益を著しく害する」場合にのみ父母の意思に反し親権を剥奪できる一方、離婚とは、あくまでも夫婦の関係の消滅であり、そのこと自体が父母どちらか一方による「子の利益の侵害」となるとは論理的に言えない以上、離婚時に親権を剥奪する規定を設けることは許されない。

3. 民間案では、現行民法第819条を改正し、「父母が協議上の離婚をすることに伴い、やむを得ない事由が生じるときは、父母の一方は、家庭裁判所の許可を得て、親権を辞することができる」と規定する一方、離婚時に、父母の意思に反して、親権を剥奪する規定は設けないこととしている。

(共同親権時の監護者指定禁止)

1. 試案3ページの3(1)の【A案】及び【B案】は、いずれも、「親権者を定めるに当たっては」「監護者の定めをすることができる」としている。これらの案を削除し、「父母の一方又は双方を親権者と定めない場合には」「監護者の定めをすることができる」と修正すべきである。
2. なぜならば、監護者は、現行民法第766条第1項や第797条第2項などの規定から明らかなおり、親権を有さず、したがって、監護権を有しない父母が、子の監護をする場合に初めて指定する必要性が生ずるのであり、婚姻中と同様に離婚後に父母が共同して親権を行使する際、父母のいずれかを監護者に指定する論理的必然性も全くなく、監護の分担について定めることで足りるからである(逐条解説30ページ)。
3. 民間案第766条では、第1項で離婚時に父母で子の監護について協議することとしている。ただし、現行民法第766条と異なり監護者を指定する規定を置いていない。(なお、民間案第837条の2において、父母の一方又は双方が親権者でない場合において、監護者を指定すると規定している)

（「親権」・「監護者」規定の概念変更禁止）

1. 試案3ページの3（2）「監護者が指定されている場合の親権行使」については、全面的に削除すべきである。
2. その理由として、第1には、現行民法上、「監護者」は、父母が親権を有しない場合に限り、指定するものであり、監護者が指定されている場合に、監護者により、親権（又は、その一要素である監護権や居所指定権）が行使されることは、論理的にあり得ないからである。

第2の理由は、「親権」の概念に変更を加えることは、現実的に不可能だからである。すなわち、現行民法に規定する「親権」は、様々な法令（70件）で引用されており、「親権」概念の変更をした場合、「親権」の引用法令、さらには、「親権」と密接に関連する規定（保護者、監護者など）を含む法令まで変更しなければならなくなるが、それは現実的に無理だからである。

例えば、「親権」から「監護権」を分離し、「親権」とは、子の進路などの重要事項を決定する権利（財産管理・法定代理権）とした上で、「監護権」を「監護者」として指定された父母のみが行使できるようにする規定変更を行ったとすると、学校教育法に規定されている「保護者」についても変更しなければならなくなる。

なぜならば、子が学校で友達に怪我をさせて呼び出される場合の「保護者」は、監護権の問題であるため「監護者」が呼び出され、子どもの進路相談としての「保護者」面談には、親権の重要事項決定権に関わるので、「親権者」が出てくる事になり、「保護者」について、場合分けをして規定しなければならなくなるからである。

そのような規定変更は、学校教育法を所管する文部科学省の了解をとらなければならないが、文部科学省が了解するはずがない。なぜならば、離婚後共同親権制導入に伴い、学校教育法の「保護者」の規定を変更する合理的理由はなく、また、仮に、そのような規定変更をすれば、教育現場は大混乱に陥るおそれがあるからである。

3. 民間案では、現行民法第820条（監護権の規定）や第822条（居所指定権）について、改正する案としていない。

(離婚後監護講座)

1. 試案6 ページにおいて、離婚時の情報提供に関する規律について検討しているが、乙案では、父母の離婚後の子の養育に関する講座の受講を協議上の離婚の要件とはしないとしているが、子の利益が置き去りになりがちな状況を改善するにあたって不十分である。甲案においても、引き続き検討することにとどめており、これらを削除し、「父母は、『離婚後監護講座』の受講をした後に、3ヵ月程度の期限を経過しない限り離婚できない」と修文すべきである。
2. その理由は、次のとおりである。

共同監護計画作成義務や基準の内容、裁判外紛争解決手続(ADR)の利用方法などの説明のほか、臨床心理士や公認心理師の協力の下、離婚をする当事者や、父母の離婚を経験する子の一般的な反応や、それに対する配慮の在り方といった心理学等の知見なども講義内容を含む離婚後監護講座の受講を義務付けることで、離婚を考える父母が、父母間の対立の中で置き去りとなりがちな「子の利益」について、父母が最優先に考慮しなければならないことを気づかせ、離婚が子の心に与える影響について父母に理解させ、離婚の影響を最小限にする必要があるためである。また、そのようにして、共同監護を通じて、父母双方が積極的に子との関係を維持するよう促す必要があるためである。

また、講座の受講後に、3ヵ月程度の期限を経過しない限り離婚できないとするのは、父母双方は、離婚後監護講座の内容理解の確認後、子の利益を最優先に考慮するために、夫婦が冷静に話し合うための熟慮期間が必要と考えられることからである。
3. かかる観点から、民間案は、離婚後監護講座に関する民法第766条の2を創設し、父母は、離婚後監護講座の受講をした後に、3ヵ月程度の期限を経過しない限り離婚できないこととしている。

(離婚時の手続き的義務)

1. 試案6 ページ第3の1の甲案を以下のとおり修文した上、これを採用すべきである。

「父母双方が父母の離婚後の子の養育に関する講座を受講すること、及び『共同監護計画』を作成・提出することを協議離婚上の離婚の要件とする」

なお、離婚後監護講座の受講及び共同監護計画の作成提出は義務とすべきであるから、「原則として」との文言は削除する。また、離婚後共同親権制を採用するのであるから、「父母のうち親権者となる者及び監護者となる者」との文言も削除する。

2. なぜなら、離婚後共同親権制を実効あるものにするためには、離婚形態の多数を占める協議離婚において、当事者による監護計画の立案が不可欠であり、同時に当事者の意識の向上も不可欠だからである。
3. かかる観点から、民間案は、離婚届に加え、共同監護計画の届出をし、離婚後監護講座を受講し、さらに、その受講から一定期間が経過していない限り、離婚届は受理できないとしている（民間案第766条及び第766条の2）。

(認知の場合の規律)

1. 試案6 ページの5について、父が認知した場合の親権者については、
「父母双方を親権者と定めるとしたうえで、親権の行使に関して離婚時の『共同監護計画』に準じて、『共同監護計画』を作成することを義務付ける」と修文する。
2. なぜならば、離婚後共同親権制度を導入することにより、それと論理的整合性をとると、父が認知した子は、母のみならず父も親権者となることから、法改正後、父母は、父が認知した子の親権を共同して行使する権利及び義務を有することになるため、認知後父母で共同監護計画等を作成する必要があるからであり、右の共同監護計画等の作成については離婚時の共同監護計画等の作成に準じて作成すべきだからである
ただし、父母が婚姻中に父が非嫡出子を認知した場合、夫婦は、同居義務や相互協力扶助義務が課せられるのであり（現行民法第752条）、共同監護計画等は不要である（逐条解説69ページ）。
3. 民間案788条は、父が認知した場合の親権者については、父母双方を親権者と定めるとしたうえで、親権の行使に関して離婚時の共同監護計画に準じて、共同監護計画を作成することを義務付けると規定している。

(離婚時の共同監護計画作成義務化)

1. 試案では、養育費支払義務についての支払の実効性確保のための規律はあるが、共同監護の実効性確保のための規律が一切定められていない。そこで、試案7ページの2(1)の【甲②案】を以下のとおり修文した上で、これを採用すべきである。また、この修文に伴い、養育費に関する定めの実効性は担保されることから、2(2)と2(3)は削除すべきである。

「未成年の子の父母が協議上の離婚をするときは、子の監護について必要な事項(父又は母と子との監護の分担、子の監護に要する費用の分担など)を、裁判外紛争解決手続を利用し、法務省令で規定したガイドラインに従い、公正証書化し『共同監護計画』として定めなければならないものとした上で、これを協議上の離婚の要件とするものとする(注)」とし、(注)に、「子の監護について必要な事項を、父母が協議をすることができない事情がある旨を申述したなどの一定の例外的な事情がないにもかかわらず、定めることを拒否し、又は、その定めを遵守をしない父母に対しては、過料や親権喪失などの不利益を与える規定を設ける」を記載する。

また、法務省令で規定する上記ガイドラインは、裁判所の審判手続においても裁判所が従うものであることから、試案9ページの4は、削除する。

2. なぜならば、通常、離婚時の夫婦は紛争性の高い状態(高葛藤)にあり、その状況の中で、離婚後の子の最善の利益を確保しようとした場合、当事者任せにせず、専門家である第三者が仲裁に入り、離婚後に父母が共同して親権(監護権を含む)を行使するよう、夫婦間で契約(共同監護計画)を予め締結する必要があるからである。

ただし、第三者(裁判官も含む)による仲裁が恣意的なものとなつてはならず、法務省令で規定したガイドラインに従って実施することで、裁判外紛争解決手続(ADR)及び裁判所による裁定の適正性を担保する必要がある。

ちなみに、ADRを義務化し、弁護士などの第三者が仲裁に入ることを強制するのは、例えば、第三者が入らない場合、ガイドラインに違反し、父母の間で、父又は母の一方が子の監護を全くしないことについての合意がなされ、その合意したものを公正証書化して離婚届とともに提出しようとした場合、それを阻止することが事実上できなくなるからである(公証人や役場の受付担当に、当該公正証書の内容にガイドライン違反がないかのチェックをさせるのは酷である)。

また、子の利益を確保するためには、当事者の一方が契約締結を拒否した

り、契約を遵守しないなどの行為を行ったりすることを抑止する必要がある、親子交流や養育費などについて合意した契約を夫婦間で公正証書として締結しない限り、離婚できないようにするとともに、当該契約作成を拒否したり、遵守しない親には、ペナルティを科すことができるようにする必要がある。なお、この契約の公正証書化を義務付けることにより一方当事者による契約偽造のリスクは、大幅に減少するものとする。

第三者による仲裁については、ADRを前置とし、それによる協議が調わない場合に限り、裁判所による審判手続に移行する形とすべきである。なぜならば、現行の裁判所手続は、インフラ整備が十分でないなどの理由により時間がかかり過ぎ、また、平日の日中に限られるなど利便性を欠いているからである。子の利益の観点からも、こうした合意形成の長期化は許されるべきではない。

3. 民間案第766条において、父母が離婚時に共同して親権を行使している場合、共同監護計画を、法務省令で定めるガイドラインに従い（第3項）、ADRを利用し、公正証書として作成し（第4項）、当該計画を提出しない限り、離婚届が受理されないとしている（第5項）。さらに、当該計画の作成及び遵守を拒否した父母には、過料さらには親権剥奪のペナルティを与え、当該計画の遵守を担保している（第10項）。

(虐待等による親権喪失等の場合における子の監護に関する事項の定め)

1. 試案9ページの3に、以下の条項を加えるべきである。

「親権喪失、親権停止などにより父母が共同して親権を行使できない場合等において、父母が協議の上、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、裁判外紛争解決手続を利用し、必要な事項を公正証書化し、『面会交流養育費計画』として定める旨規定する。」

2. なぜならば、親権の停止・喪失・放棄等により、親権を有しなくなった親であっても、子の福祉の観点からすれば、原則として親子交流を行う義務を負わせることが望ましいし、経済的負担も義務としてなすべきだからである。この規定は、児童の権利に関する条約第9条第3項「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。」の規定にも沿うものである。

なお、当該規定は、原則共同親権の例外として位置づけられるところ、その限りにおいて、親権者とは別に監護者を指定する実益が認められるため、「子の監護をすべき者」を協議で定める旨も規定すべきである。

3. 民間案第837条の2第1項は、親権喪失、親権停止、縁組などにより父母が共同して親権を行使できない場合等において、父母が協議の上、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旨規定している。

なお、この場合、同条第2項において、離婚後共同親権下において作成を義務付ける共同監護計画は、面会交流養育費計画と読み替えられることとなり、その作成の指針となる基準について一定の変更を受け、場合により計画を立てることを義務付けつつも、面会交流を認めない場合も基準に盛り込むことを想定している。

(監視付き面会交流の定め)

1. 試案9ページの3に、以下の条項を加えるべきである。

「婚姻中か否かにかかわらず、父又は母が親権を喪失している場合等において、当該父又は母と子とが面会交流すると子の生命又は身体に重大な危害が発生する一定のリスクがある場合、裁判所の判断で、面会交流を行わないことや児童相談所の職員の監視下での親子交流しか認めないこととできる規律を設けるものとする。」

2. なぜならば、例えば親権喪失した親などの中には、精神病を患っている親、薬物中毒の親、幼少期に親から虐待されたため自分の子にも発作的に虐待をしてしまう親などもおり、このような親は、通常は親子交流に問題がないものの、発作的に子に危害を加えてしまうおそれが全くない訳ではないためである。そのような場合に備え、原則として面会交流を認めつつも、入念的に監視付きとする必要がある。

また、そういう親でも、治療やカウンセリングなどをしていく中で更生する可能性もあり、いずれにせよ、子が大きくなれば、物理的に虐待もできなくなるのであって、かかる場合に、親子の関係が長期にわたり断絶していると親子の再統合は非常に難しくなる。その点からも、監視付きであっても、親子関係を継続しておくことが必要になる。このような考え方は、児童虐待防止法に施設収容された子の家族再統合に向けた規定などもあるように、親子関係に関する法律であれば、その根底にそのような考え方があるのであり、かかる規定との整合性を図るためにも、親権喪失等をした親に対して、監視付きとしつつも、親子交流を継続する必要性がある。

なお、子に対し性的虐待を過去行ったことのある親や子を過去に殺害を試みた親など、監視付きであっても子との交流を認めるべきではないケースもありうるが、そのような場合において、児童相談所や専門家の知見を踏まえ、家庭裁判所が一切の面会交流を認めないとの判断をすることは当然認めるべきである。

逆に言えば、監視付き面会交流さらには一切の交流を認めないことを親に課すことは、特別な事情がある場合に限られなければならない。

それは、児童の権利条約に基づく子どもの権利であり、親子の交流を認めないことは、親の監護の権利の侵害であり、義務の放棄であるからである。

そして、多くの親は、そのような特別な事情を抱えていないことは明白である以上、原則として、監視付き面会交流や面会交流禁止は認められない。

その点、令和4年12月20日の法制審家族法制部会の議事録を見ると、落合委員が「原則、親はこどもを虐待しないものだ、のような誤解を招くような言い方は、これからしないでいただきたいなと思います。」と言っている。

この発言はすなわち、「原則、親はこどもを虐待する」と受け取れるところ、仮に落合委員のこうした認識が社会的事実として真実であるとするれば、離婚後か婚姻中かにかかわらず、また、子と別居しているか同居しているかを問わず、原則として、親子は、監視付きで子と会うべきよう制度改正すべきであろう。しかし、かかる落合委員の発言は社会的事実として真実ではない。落合委員のような極めて歪んだ社会的認識を持つ者を部会委員に任命したことに対し、この場を借りて抗議したい。

3. 民間案第837条の2第3項は、親権を停止ないし喪失している父母が、子との面会交流に際して、子の生命又は身体に重大な危害が発生する一定のリスクがある場合、裁判所の判断で、児童相談所の職員の立会の下での親子交流が行われることもできるとしている。

なお、同条に定める面会交流養育費計画は、親権を喪失した親も定めなければならないとしているが、それは、あくまでも計画の作成義務であり、面会交流を必ず親子に義務として課すことを意味しない。

であるから、同計画において、一方又は双方の親に対し、「面会交流を一切認めない」としつつ、養育費の支払いのみを義務付ける計画を作成することもありうる。

その点は、ガイドラインを法務省令の形で策定した上で、裁判外紛争解決手続（ADR）を義務化し、弁護士等の第三者が必ず仲裁に入ると規定していることで、制度的に担保されている。

すなわち、父母の一方又は双方と子とが面会交流をした場合に子が殺害される蓋然性が極めて高いにもかかわらず、「当該父母と子との面会交流を認める」と父母双方が合意した場合、第三者がガイドライン違反として、その合意書を認めないことで、子の利益を保障することができる。

(暫定共同監護計画)、

1. 試案9ページ「3 離婚等以外の場面における監護者等の定め」においては、以下のとおりとすべきである。

「婚姻中の父母が別居し、共同して子の監護を行うことが困難となったことその他の事由により必要があると認められるときは、父母間の協議により、子の監護をすべき者、父又は母と子との交流その他の子の監護について必要な事項は、その協議で定めることができる。この協議が調わないとき又は協議することができないときは、家庭裁判所は、父又は母の申立てにより、当該事項を定めることができる。」との規律を設けるものとしているが、これを全面的に削除の上、「子の利益を保護するため、夫婦の一方が、子の居所を移動させること等により、夫婦のもう一方が子と分離することとなる場合の要件を規定するとともに、夫婦のもう一方と子とが分離する場合において、『暫定共同監護計画』を定めなければならない」と追加する。

2. その理由は次のとおりである。

夫婦は、同居・協力・扶助義務が課せられているが、単身赴任の場合など、夫婦が合意した場合において、別居することは当然、許されると解される。また、夫婦の間で、同居義務があるとはいえ、夫婦の一方が他方に対し暴力をふるっている場合や、威圧的支配（経済的に支配され、議論も十分にできないほど精神的に支配されている状態）に置かれている場合など、別居がやむを得ない場合もあると考えられる。

一方で、夫婦の間に子がいる場合、親の意思に反し親子を分離することは、司法の審査に従わない限り認めるべきではないことから、一方の親が、子を連れて別居を行う場合、あるいは、もう一方の親を家から退去させようとする場合には、もう一方の親の合意又は家庭裁判所の許可が得ることが必要である。

なお、夫婦の一方に親権がなく、したがって子の居所指定権（現行民法第822条）がない場合や夫婦の一方が子と同居しつつ他の一方を住居から退去させようとする場合など、夫婦の一方の子の居所指定権が侵害されていない場合であっても、その夫婦の一方の合意を必要としているのは、あくまで子の利益の観点から親子分離を原則として禁ずる必要があることからである。

3. こうした観点から、民間案第752条において、子の利益を保護するため、夫婦の一方が、子の居所を移動させること等により、夫婦のもう一方が子と

分離することとなる場合の要件を規定するとともに、夫婦のもう一方と子どもが分離する場合において、「暫定共同監護計画」を定めなければならないことを規定している。

(近親者による子との面会交流に関する規律)

1. 試案10ページの第4の2(1)を、以下のとおり修文すべきである。
「子の近親者から面会交流の申出があった場合において、当該近親者と親権者(親権者がいない場合は監護者)との協議により、子との交流をすることができる旨の合意書(『面会交流養育費計画』)の規律を設ける。」
2. なぜならば、父母の一方が死亡し父母が1人になった場合などに、死亡した父母の父母(子にとっての祖父母)が、当該子と会うことができなくなるなどの問題が生じるおそれがあることから、子の利益の観点から、かかる請求があった場合には、子の近親者と当該子とが面会交流をする制度的保障が必要であるからである。
3. 民間案第837条の2第7項では、子の近親者から面会交流の申出があった場合において、実父母や子の監護者との間で、「面会交流養育費計画」を定めることができる旨規定している。

(養子縁組の場合の親子交流等虐待等による親権喪失等の場合における子の監護に関する事項の定め)

1. 試案 14 ページの 3 の③を削除するとともに、15 ページの 4 について、以下の記述に差し替えるべきである。

「養子縁組を行う場合において、実父母と養父母が協議の上、子の監護をすべき者、実父母と子との面会交流、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(『面会交流養育費計画』)を定める規律を設けるものとする。」
2. なぜならば、離婚後共同親権制度を導入するにあたり、親権者を父母のどちらか一方に指定する規定は不要となるからであり、また、養子縁組により親権を有しなくなった実親であっても、子の福祉の観点からすれば、原則として親子交流を行う義務を負わせることが望ましいし、経済的負担も義務としてなすべきだからである。この規定は、児童の権利に関する条約第 9 条第 3 項「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。」の規定にも沿うものである。
3. 民間案第 8 3 7 条の 2 第 7 項は、養子縁組(特別養子縁組を除く)により実父母が共同して親権を行使できない場合等において、実父母と養父母が協議の上、子の監護をすべき者、実父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旨規定している。

(財産分与について)

1. 試案 15 ページ第7については、文章を全面的に削除し、以下の文章に差し替えるべきである。

「財産分与については、協議離婚の場合においても、離婚時に、共同監護計画と併せて、裁判外紛争解決手続（ADR）を利用し合意書を作成することを義務付ける規律を設ける。財産分与については、法務省令で指針（ガイドライン）を制定する。」

2. なぜなら、離婚後、元夫婦が共に安定した生活を続けるためにも、財産分与についても、共同養育と同様に離婚時に決めておくべきだからである。

また、ADR にて定めることとする理由は、ADR を義務化しない場合、成功報酬方式を採用する弁護士が、自らの報酬を高めるため、依頼人に対し、離婚訴訟をするよう勧め、夫婦の争いを煽るおそれがあること、及び、夫婦の少なくとも一方が高所得の案件ばかりを優先し、低所得の夫婦の案件受任を拒否ないし後回しにするおそれがあるからである。

すなわち、ADR を採用せず、従来の成功報酬方式を認めたまま、財産分与を義務化する規律のみ設けると、弁護士法第1条「弁護士は、基本的人権を擁護し、社会正義を実現することを使命とする」に反する行為を弁護士が行うことを誘引しかねず、それにより、弁護士という職業に対する信用を失墜するおそれがあることから、到底、認める訳にはいかない。

加えて、どのような基準にするかは、社会情勢の変化に応じて柔軟に対応できるよう法務省令でガイドラインを定めることのみを規律し、具体的な部分について、要綱に記載すべきではない。

なお、試案 15 ページに記載されている「当事者双方がその協力によって取得し、又は維持した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その他一切の事情を考慮し、分与させるべきかどうか並びに分与の額及び方法を定めるものとする」との基準については、憲法で定める国民の財産権及び生存権に関わる極めて重要な問題であり、法務省令案を策定する際に、改めて、この点のみをパブリックコメントにかけ、国民的議論をすべきある。

3. 民間案は、離婚時の財産分与についての規定を設けていないが、仮に財産分与について規定するのであれば、共同監護計画作成に併せて、ADR で決定する方法が考えられる。

(家事事件手続法・人事訴訟法・戸籍法)

1. 試案16ページの第8に(注3)として、「離婚後共同親権制導入により離婚時の親権者指定及び変更の規定を削除することに伴い、家事事件手続法・人事訴訟法・戸籍法などの関係法令を改正する。なお、離婚後共同親権制度導入に伴い戸籍制度そのものに影響を与えないよう留意する。」と追記すべきである。
2. なぜならば、離婚後共同親権制導入に伴い、離婚時の親権者指定及び離婚後の親権者変更は不要となり、それに伴い、親権者の指定及び変更をする裁判所の手続きも当然不要となるからである。(逐条解説175ページ～188ページ)。

なお、離婚後共同親権制導入に伴い戸籍制度に変更を加えない理由は、戸籍とは、日本国民の所在を管理する制度であり、親権は制限行為能力者である未成年者を守る制度であり、全く別の目的を持つ制度だからである。

3. 民間案では、親権者の指定及び変更についての規定(現行民法第819条)を削除することに伴い、家事事件手続法・人事訴訟法・戸籍法の親権の指定及び変更についての規定を削除することとしている(現行家事事件手続法第169条第2項及び別表第2の7の項、現行人事訴訟法第32条第3項、現行戸籍法第76条第1項及び第77条第2項第1号など)

なお、戸籍法について、制度そのものに変更を加える改正はしていない。

(ハーグ条約国内実施法)

1. 試案16ページの第8に、以下の記述を追加する。

「(注) 所要の措置には、ハーグ条約国内実施法の返還拒否事由として規定する「相手方及び子が常居所地国に入居した場合に相手方が申立人から子に心理的外傷を与えることとなる暴力等を受けるおそれ」(国内実施法第28条第2項第2号) 及び「申立人又は相手方が常居所地国において子を監護することが困難な事情の有無」(同項 第3号) の削除なども含まれる。」

2. 理由は、次のとおりである。

外務省のホームページによると、ハーグ条約は、国際裁判管轄の問題を解決するための条約であり、「どちらの親が子の監護をすべきかの判断は子の元の居住国で行われるべき」との考えから「原則として子を元の居住国へ返還することを義務付け」ている。このように裁判管轄を定めた理由は、「一旦生じた不法な状態(監護権の侵害)を原状回復させた上で、子がそれまで生活を送っていた国の司法の場で、子の生活環境の関連情報や両親双方の主張を十分に考慮した上で、子の監護についての判断を行うのが望ましいと考えられているから」である。したがって、子の返還は迅速に行われなければならない。ハーグ条約で「司法当局又は行政当局は、子の返還のための手続を迅速に行う。関係する司法当局又は行政当局が当該手続の開始の日から六週間以内に決定を行うことができない場合には、申請者は、遅延の理由を明らかにするよう要求する権利を有する」(ハーグ条約第11条) や「子の不法な連れ去りから一年が経過していないときは、当該司法当局又は当該行政当局は、直ちに、当該子の返還を命ずる」(ハーグ条約第12条) と規定しているのは、かかる理由からである。また、「司法当局又は行政当局は…監護の権利についての本案の決定を行わない」(ハーグ条約第16条) と規定されているように、ハーグ条約の返還決定では監護権についての決定を行わない以上、子の返還手続は6週間以内に決定することが十分に可能である。かかるハーグ条約の趣旨からすると、返還拒否事由は極めて限定的でなければならない。

したがって、国内実施法の当該規定は、ハーグ条約が要請する子の返還のための手続の迅速さの妨げになるだけでなく、ハーグ条約が禁止する「監護の権利についての本案の決定」を事実上行うことになることから認められない。実際に、これらの規定は「ハーグ条約の抜け穴」として不当に機能しており、我が国が国際的非難を招く重大な原因となってきた。そこで、今般、

民法を改正し、共同親権・共同監護を原則とする制度に改正するにあたり、ハーグ条約の適用対象となる国境をまたぐ子の連れ去りや面会交流の事案についても、その整合性をとるため、当該規定を削除する必要がある。

3. 民間案は、ハーグ条約国内実施法の返還拒否事由として規定する「相手方及び子が常居所地国に入居した場合に相手方が申立人から子に心理的外傷を与えることとなる暴力等を受けるおそれ」（国内実施法第28条第2項第2号）及び「申立人又は相手方が常居所地国において子を監護することが困難な事情の有無」（同項第3号）を削除している。