

逐条解説編

民法第749条

(離婚の規定の準用)

第七百四十九条 第七百二十八条第一項、第七百六十六条、第七百六十七条の三（第七百六十六条の二を準用する部分を除く。）、第七百六十七条から第七百六十九条まで、第七百九十条第一項ただし書及び第八百十九条第一項から第三項までの規定は、婚姻の取消しについて準用する。この場合において、第七百六十六条第五項中「離婚の届出をするに当たっては共同監護計画を併せて届け出なければならない。」とあるのは「婚姻取消の届出をした日から三箇月以内に、共同監護計画を届け出なければならない。この場合において、正当な理由がなくて期間内にすべき届出をしない者は、五万円以下の過料に処する。」と読み替えるものとする。

【趣旨】

本条は、婚姻の取消しをした当事者に共同して親権を行う子がいる場合、離婚の規定を準用し、子の監護について必要な事項等を定めることを規定したものである。

【解説】

1 「第七百六十六条、第七百六十六条の三…の規定は、婚姻の取消しについて準

用する。」

婚姻の取消しをした場合、父母に共同監護計画の作成を義務付ける一方、離婚後監護講座の受講（改正後民法第766条の2）を義務付ける必要はないことから準用する規定から除外する。

また、婚姻中に懐胎した子が婚姻の取消し後に出生した場合においても、離婚後の出生の規定（改正後民法第766条の3）を準用し、父母に共同監護計画の作成を義務付ける。なお、改正後民法第766条の3で準用する改正後民法第766条の2を除外したのも、上記と同趣旨からである。

なお、本条は、婚姻の取消しが父又は母が未成年（18歳未満）であることを理由とする場合、適用対象外となる。

なぜならば、民法第766条の対象は、共同して親権を行う父母のみであるが、（成年擬制制度の消滅などにより）未成年の父又は母は親権を行うことができないからである。

すなわち、父又は母が未成年の場合、その父母（子から見れば祖父母）が親権を行うことになる（親権の代行）。なお、その父母がいない場合は、未成年後見人が親権を行う。

したがって、婚姻の取消し後、未成年の父又は母は親権者となること

ができない以上、共同監護計画を定めることはできず、面会交流養育費計画を定めることになる。

(参考)

○民法第833条

「親権を行う者は、その親権に服する子に代わって親権を行う。」

○民法第867条第1項

「未成年後見人は、未成年被後見人に代わって親権を行う。」

○民法第731条

「婚姻は、十八歳にならなければ、することができない。」

○民法第744条

「第七百三十一条から第七百三十六条までの規定に違反した婚姻は、各当事者、その親族又は検察官から、その取消しを家庭裁判所に請求することができる。」

2 「第八百十九条第一項から第三項までの規定は、婚姻の取消しについて準用する。」

離婚後共同親権制度を採用し、離婚時に親権者を一方に定める規定に代わりやむを得ない事由がある場合に限り親権を放棄できる旨を規定したこと（改正後民法第819条第1項から第3項）との整合性をとるため、婚姻の取消しをした場合においても、当該規定を準用し、親権を放棄できることとした。

3 「この場合において、第七百六十六条第五項中『離婚の届出をするに当たっては共同監護計画を併せて届け出なければならない。』とあるのは『婚姻取消の届出をした日から三箇月以内に、共同監護計画を届け出なければならない。この場合において、正当な理由がなくて期間内にすべき届出をしない者は、五万円以下の過料に処する。』と読み替えるものとする。」

婚姻取消においては、婚姻取消の届出をした日から3カ月以内に共同監護計画を届け出なければならないとする。婚姻取消の届出に併せて共同監護計画を届け出なければならないとしない理由は、婚姻取消に至る経緯を踏まえると、婚姻取消が確定していない段階で、父母に子の監護に関する事項を協議するよう課すことは現実的ではないからである。

また、共同監護計画については、父母と子の置かれた様々な状況を総合的に考慮して作成する必要がある、一義的には父母が話し合いにより、その内容を決定すべきものであることから、ADR（裁判外紛争解決手続）を通じて父母が作成することとする（なお、ADRを通じて父母が計画を作成できない場合は、本条で準用する改正後民法第766条第8項に基づき家庭裁判所が定める）。

また、婚姻取消の確定後に、子の監護に関して必要な事項を父母が議論する時間が必要であることから、共同監護計画については、婚姻取消

の届出日を起算日として、3カ月以内に届け出ることを規定する。

なお、協議上の婚姻取消については、婚姻取消の届出日より効力を有し、裁判上の婚姻取消については婚姻取消の裁判が確定した日から効力を有するものの、婚姻取消の届出は、その日より10日以内に届け出なければならない（戸籍法第75条第1項）としており、裁判により確定した日と数日の差しかないことから、婚姻取消が協議上か裁判上かに関係なく、その届出日を起算日とすることとした。

婚姻取消の届出日から3カ月以内に届け出ることとする理由は、ADRを利用して共同監護計画を作成するには、3カ月あれば、十分に可能と考えるからである。

(参考)

○戸籍法第75条第1項

「第六十三条の規定は、婚姻取消の裁判が確定した場合にこれを準用する。」

○戸籍法第63条第1項

「認知の裁判が確定したときは、訴を提起した者は、裁判が確定した日から十日以内に、裁判の謄本を添附して、その旨を届け出なければならない。その届書には、裁判が確定した日を記載しなければならない。」

民法第752条

(同居、協力及び扶助の義務等)

第七百五十二条 夫婦は同居し、互いに協力し扶助しなければならない。

2 前項の規定に反して夫婦の一方が子を連れて別居しようとする場合又は夫婦

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

(夫婦が、その夫婦の子に係る第八百三十七条の二第二項に定める面会

交流養育費計画を定めている場合を除く。)には、他の一方の合意又は家

庭裁判所の許可を得なければならない。ただし、急迫の事情があるとき

は、この限りでない。

3 前項の場合において、他の一方の請求があったときは、夫婦は、協議の上、

直ちに子の監護について必要な事項を定めなければならない。

4 第七百六十六条第二項から第四項まで、第六項及び第八項から第十項までの

規定は、前項の請求があった場合に準用する。この場合において、同条

中「共同監護計画」とあるのは「暫定共同監護計画」と読み替えるもの

とする。

【趣旨】

本条は、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ことを規定したものである。

【解説】

- 1 「前項の規定に反して夫婦の一方が子を連れて別居しようとする場合又は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（夫婦が、その夫婦の子に係る第八百三十七条の二第二項に定める面会交流養育費計画を定めている場合を除く。）には、他の一方の合意又は家庭裁判所の許可を得なければならない。」(第2項本文)

民法第754条第1項により、夫婦は、同居・協力・扶助義務が課せられている。ただし、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、日本も批准する児童の権利条約第9条第1項において、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られないと規定していることから、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旨を規定した。

なお、本条は、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ための規定であることから、夫婦の一方に親権がなく、したがって子の居所指定権（民法第821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。

※夫婦の一方が子を置いて別居を開始した場合について

第2項の「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」の規定を類推適用し、第3項に基づき別居を開始した夫又は妻が暫定共同監護計画の作成を配偶者に請求することは可能であると考え。ただし、状況により、「悪意の遺棄」に該当するとして、親権を喪失するおそれはある。その場合、面会交流養育費計画の作成が義務付けられることになる。

(参考)

○児童の権利に関する条約第9条第1項

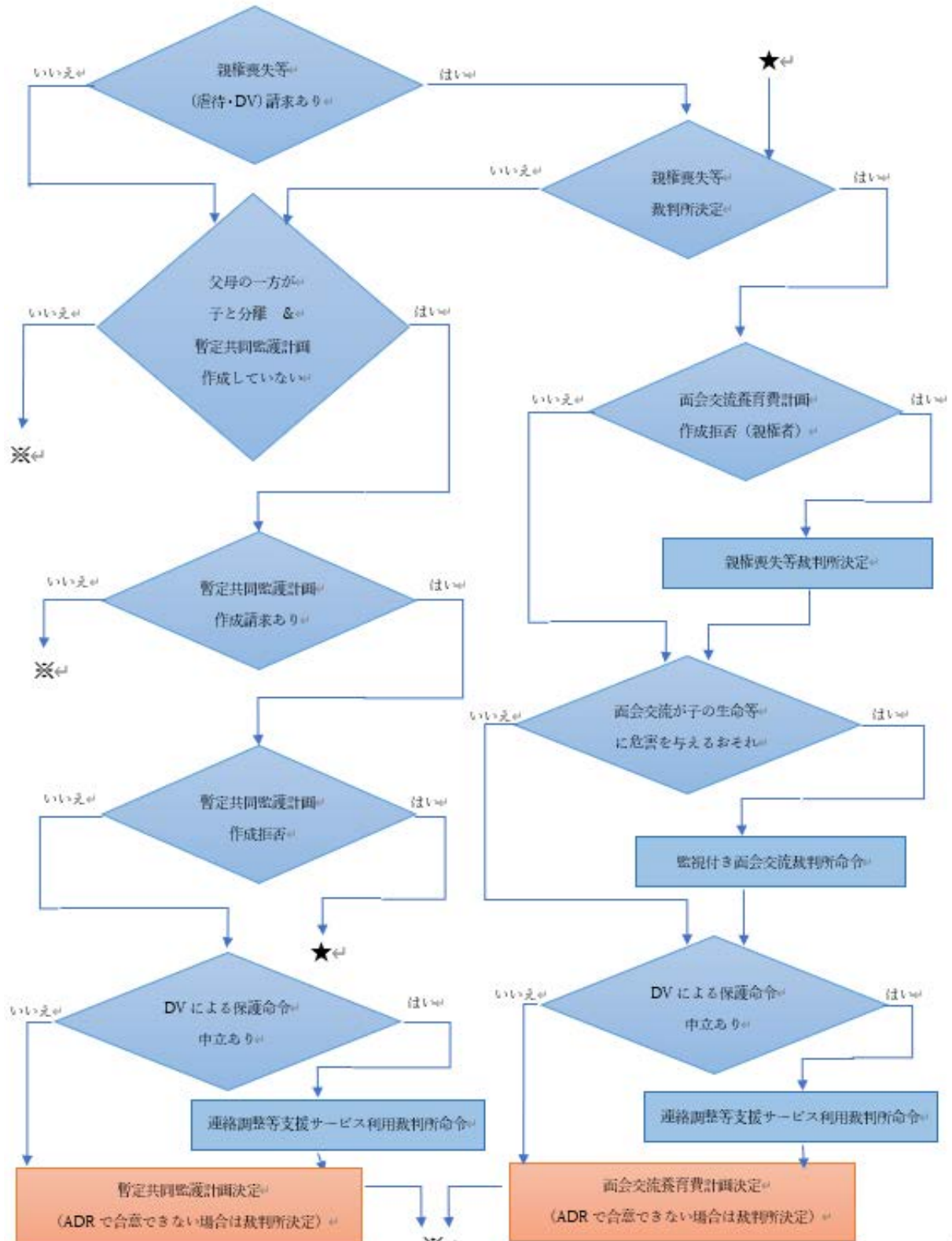
「締約国は、児童がその父母の意思に反してその父母から分離されないことを確保する。ただし、権限のある当局が司法の審査に従うことを条件として適用のある法律及び手続に従いその分離が児童の最善の利益のために必要であると決定する場合は、この限りでない。(後略)」

○民法第821条

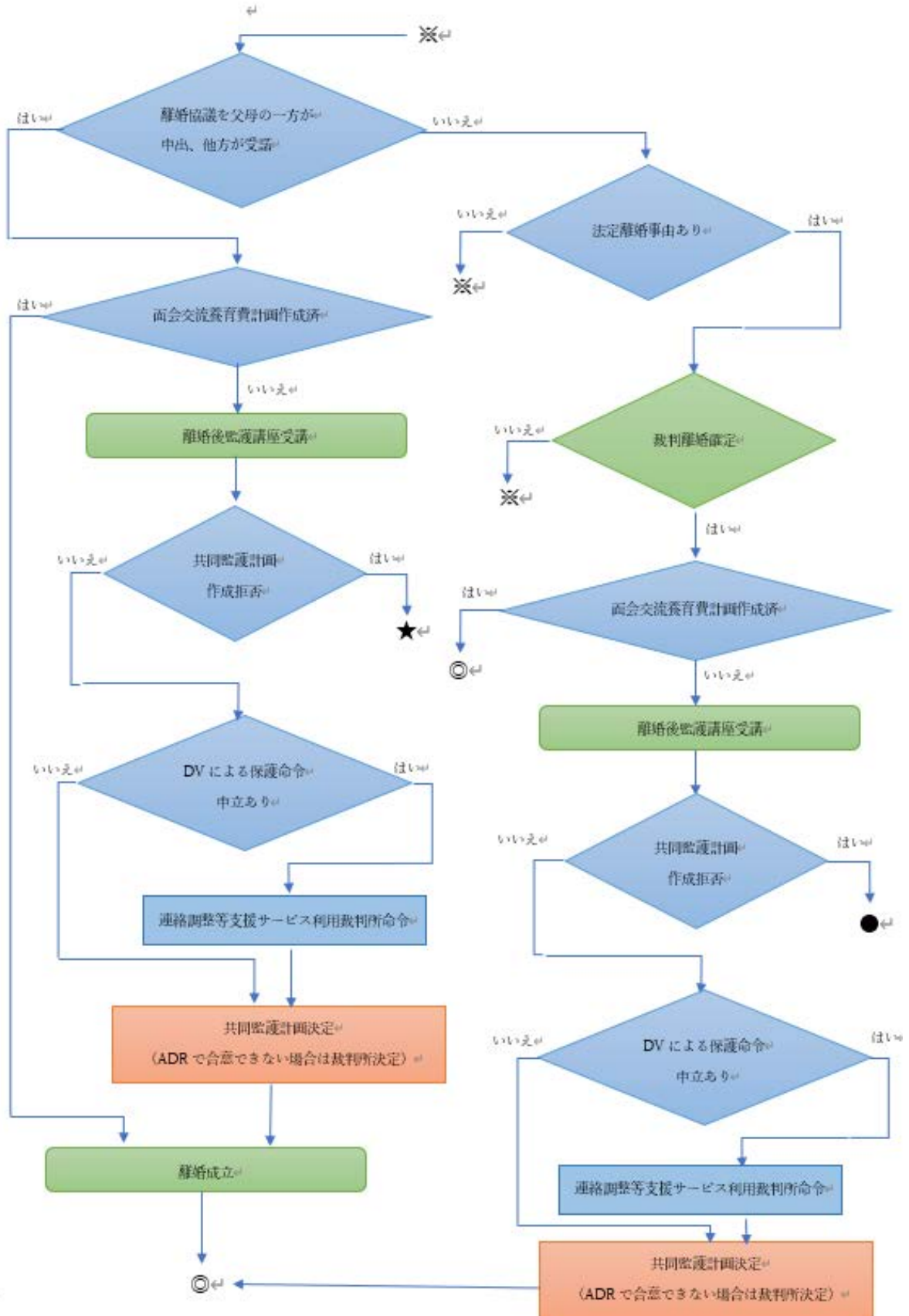
「子は、親権を行う者が指定した場所に、その居所を定めなければならない。」

第2項中、「夫婦が、その夫婦の子に係る第八百三十七条の二第二項に定める面会交流養育費計画を定めている場合を除く。」と規定しているのは、婚姻中、親権喪失などにより面会交流養育費計画を策定している場合、父母の一方が子の連れ去りを行ったとすると、父母の監護の場所及び面会交流の場所について定めている面会交流養育費計画を遵守していないこととなり、改正後の民法第837条の2の規定に従い対応することとなるからである。

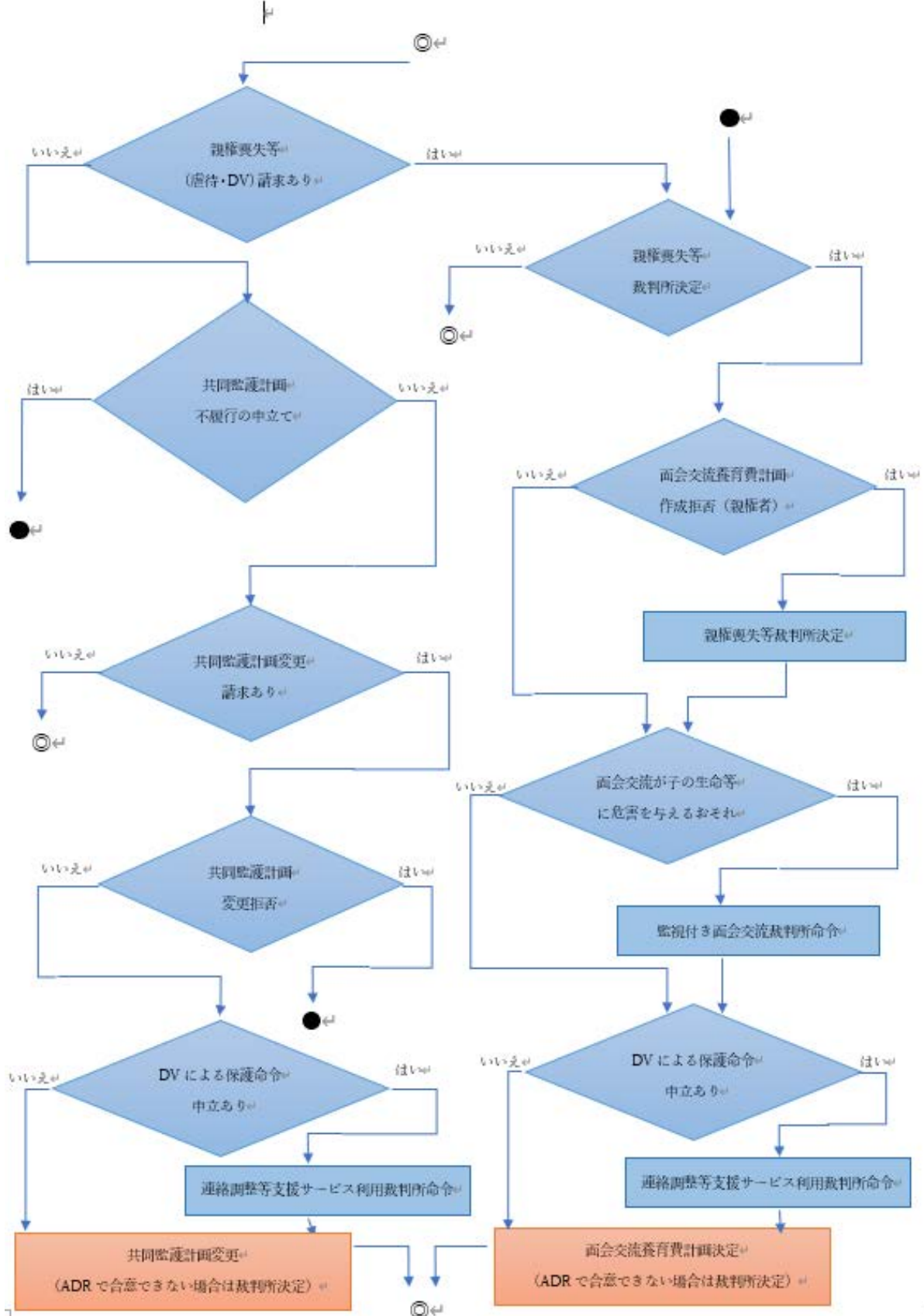
< 共同監護計画等作成の手続 >



< 共同監護計画等作成の手続(続き其の1) >



< 共同監護計画等作成の手続(続き其の2) >



1. 父母の一方に親権がなく、かつ、その父母が子と同居している場合、親権を有するもう一方の父母は、子の引き渡し請求や人身保護請求可⁴
2. 父母双方に親権がない場合、未成年後見人・児童相談所長が親権を代行⁴
3. 親権がない父母の一方又は双方が親権を回復した場合、上記フローチャートに従い手続を開始⁴
4. 父母の一方又は双方に親権がない場合、親権のない父母を監護者に指定可能（例えば、共同監護計画作成を拒否したため親権を喪失した父母を監護者として指定）⁴

2 「ただし、急迫の事情があるときは、この限りでない。」(第2項ただし書)

配偶者暴力（DV）や児童虐待等により、親又は子の生命等に危険が及ぶ場合その他急迫の事情がある特殊事情がある場合には、もう一方の親の合意や裁判所の許可は不要とする。

3 「他の一方の請求があったときは、夫婦は、協議の上、直ちに子の監護について必要な事項を定めなければならない。」(第3項)

児童の権利条約第9条第3項で、子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について規定されていることを踏まえ、子と一方の親が分離する状況になった場合において、もう一方の親からの請求があった場合には、夫婦は、協議により、直ちに子の監護について必要な事項を定めなければならないと規定した。

ここでいう「直ちに」の解釈については、諸外国の規定などを踏まえ

「14日以内に必要な事項を定める協議を開始し、合理的期間内に子の

監護についての必要な事項を定める」ことと解する。

なお、もう一方の親から請求がない場合に、当該事項を定めなくて良いとするのは、いわゆる不法な子の連れ去り（一方の親の同意なく、もう一方の親が子の居所を変更すること）か、単に子を連れて実家に帰省などしている一方の親の行為をもう一方の親が放置しているだけなのかは、客観的に判断することは困難であり、子と分離された親が表明しない限り、第三者が認定することができないためである。

※アメリカ合衆国カリフォルニア州家族法・監護に関する緊急命令の規定(C.G.S. § 46b-5 6f(c) California)

「(子の心身に対し現に差し迫った危険が及んでいると考えて監護に関する緊急命令の請求があった場合、裁判所は、十四日以内に、その請求に係る審尋を行わなければならない。もし、裁判所が、その審尋の前後に、子の心身に対する現に差し迫った危険を見つけた場合には、裁判所の裁量で、子を保護するために、監護に関する緊急命令を発出することができる。…監護に関する緊急命令により暫定的な監護権又は面会交流権が与えられる。」

(参考)

○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。」

4 「第七百六十六条第二項から第四項まで、第六項、第八項から第十項までの規定は、前項の請求があった場合に準用する。この場合において、同条中『共同監護計画』とあるのは『暫定共同監護計画』と読み替えるものとする。』(第4項)

この「子の監護について必要な事項」を定めるにあたっては、民法766条第4項の規定を準用し、ADR（裁判外紛争解決手続）を利用し、公正証書によって定めることとする。

これは、婚姻中に暫定的に定めるものであることから、「暫定共同監護計画」と呼称する。また、裁判所は、暫定共同監護計画作成までの間、必要があると認めるときは、同条第9項を準用し「暫定共同監護命令」を出すことも可能である。

また、暫定共同監護計画に反する行為を合理的理由なく行った父母に対し、間接強制を科すことができることとするほか、同条第10項を準用し、過料を科すこと、及び、親権の行使が著しく不相当とみなし、親権を剥奪できることを規定する。

これは、親権の濫用により子の利益が害されることを禁じるためである。

なお、一方の親の同意なく、もう一方の親が子の居所を変更すること（子の連れ去り）は、諸外国のみならず、日本においても、未成年者略取・誘拐罪（刑法第224条）に該当する（令和4年2月21日警察庁刑事局捜査第一課理事官事務連絡、第204回国会・参議院・法務委員会第5号委員会（令和3年4月6日）議事録、最高裁平成16年（あ）

第2199号同17年12月6日第二小法廷判決（刑集第59巻10号1901頁）と解される。

しかし、子の連れ去り後、直ちに暫定共同監護計画作成を申し出れば、可罰的違法性に達していないとして、未成年者誘拐罪などの刑事罰が科されることがないと解するのが自然である。

また、改正後民法第766条第5項を準用しない理由は、この暫定共同監護計画は、何らの届出を要件としないからである。同様の理由で、同条第11項及び第12項も準用しない。

なお、同条第11項を準用せず、暫定共同監護計画作成時に既存の共同監護計画等を無効とする規定を置かないとしても問題はない。なぜならば、共同監護計画は存在せず、また、面会交流養育費計画が既にある場合、本条の適用除外となる（第2項）からである。

すなわち、共同監護計画について、暫定共同監護計画を作成する際、父母は婚姻中であることから、仮に婚姻前に共同監護計画等を作成していたとしても、婚姻時に、共同監護計画は失効している（改正後民法第754条第2項）。そして、婚姻中に共同監護計画が効力を有することはない。

また、改正後民法第766条第12項の準用も不要である。

暫定共同監護計画を定めることとなった原因とその消滅とは、例えば、夫婦が別居を開始し、その後再び同居するなどの行為が該当するが、夫婦の別居開始に伴い暫定共同監護計画の作成義務が夫婦に発生する訳でもなく、また、再び夫婦が同居するようになった場合も、何をもって同居を再開とするかは外形上不明確である場合もある。

したがって、暫定共同監護計画については、例えば、夫婦が再び同居することに合意した際に、夫婦で合意解除すれば良いと考えられ、法律で暫定共同監護計画を失効させるよう規定すべきではない。

※事実婚で父母と子が同居していた場合において、一方の父母が、もう一方の父母と子とを分離した場合について

児童の権利条約に基づき、子の権利を保障する必要性から、改正後の第752条第2項から第4項までを類推適用するのが自然な解釈であるとする。

民法第754条

(夫婦間の契約の取消権等)

第七百五十四条 夫婦間でした契約（第七百五十二条第四項に定める暫定共同監護計画、第七百六十六条第二項に定める共同監護計画及び第八百三十七条の二第二項に定める面会交流養育費計画（同条第七項の規定によりみなして適用する場合を含む。）（以下「共同監護計画等」という。）を除く。）は、婚姻中、いつでも、夫婦の一方からこれを取り消すことができる。ただし、第三者の権利を害することはできない。

2 夫婦が、婚姻前に定めたその夫婦の子に係る共同監護計画等は、婚姻により、その効力を失う。ただし、親権喪失、親権停止その他の法務省令で定める事由により定めた共同監護計画等については、この限りでない。

【趣旨】

本条は、夫婦間でした契約は、婚姻中、いつでも取消しできることを規定する。ただし、共同監護計画等についてその適用から除外すること、及び、婚姻前に定めた共同監護計画等については、原則として失効することを規定するものである。

【解説】

1 「第七百五十二条第四項に定める暫定共同監護計画、第七百六十六条第二項に定める共同監護計画及び第八百三十七条の二第二項に定める面会交流養育費計画(同条第七項の規定によりみなして適用する場合を含む。)(以下『共同監護計画等』という。)を除く。」(第1項)

子のある夫婦が別居する際に作成する「暫定共同監護計画」、離婚に向けて作成する「共同監護計画」は、いずれも婚姻中に作成するものであり、また、父母の一方又は双方が親権を喪失・停止・放棄した場合などに作成する「面会交流養育費計画」は、婚姻中であっても、作成する可能性があることから、これらの計画を、婚姻中に夫婦の一方がいつでも取り消すことができると、当該計画の実効性が保障されなくなることから、第1項の適用除外としたものである。

2 「夫婦が、婚姻前に定めたその夫婦の子に係る共同監護計画等は、婚姻により、その効力を失う。ただし、親権喪失、親権停止その他の法務省令で定める事由により定めた共同監護計画等については、この限りでない。」(第2項)

婚姻前に、共同監護計画等を作成していた場合、原則として、当該計画は失効する。なぜならば、婚姻中、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(民法第752条)、共同監護計画などは不要

だからである。

婚姻前に共同監護計画等を作成する場合として、例えば、未成年の子を有する父母が離婚し、共同監護計画を作成した後、再び婚姻する場合、子を認知した父が、その子の母と共同監護計画を作成した後、その母と婚姻する場合、事実婚であった父母が別居し暫定共同監護計画を作成後に婚姻した場合などが想定される。

なお、親権喪失、親権停止などの理由で父母が面会交流養育費計画を作成している場合、その理由に基づく状況は婚姻により変更されるものではないことから、ただちに無効となることはないよう、ただし書に規定した。

なお、ただし書の規定中の「その他法務省令で定める事由」としては、親権の辞任や縁組などが考えられる。

親権喪失などの理由により作成した面会交流養育費計画を無効とした場合、親権喪失の審判の取消しの申立てをし、これを裁判所に認めてもらう必要がある（改正後民法第837条の2第5項）。

(参考)

○民法第752条

「夫婦は同居し、互いに協力し扶助しなければならない。」

民法第765条

(離婚の届出の受理)

第七百六十五条 離婚の届出は、その離婚が前条において準用する第七百三十九

条第二項の規定、次条第五項の規定及び第七百六十六条の二第三項の規

定その他の法令の規定に違反しないことを認めた後でなければ、受理す

ることができない。

2 離婚の届出が前項の規定に違反して受理されたときであっても、離婚は、

そのためにその効力を妨げられない。

【趣旨】

本条は、離婚の届出をするに当たり、共同監護計画提出や離婚後監護講座の受講をしない限り離婚できないことなどを規定したものである。

【解説】

1 「離婚の届出は、…次条第五項の規定及び第七百六十六条の二第三項の規定

その他の法令の規定に違反しないことを認めた後でなければ、受理することが

できない。」(第1項)

改正後民法第766条第5項は「父母は、離婚の届出をするに当たっては、共同監護計画を併せて届け出なければならない」旨を規定し、改

正後第766条の2第3項は、「父母は、父又は母が離婚後監護講座を受けた日のいずれか遅い日から3カ月を経過するまでの間、離婚の届出をすることができない。ただし、離婚をしなければならない急迫の事情があると認めるときは、家庭裁判所は、父又は母の請求によって、この期間を短縮することができる。」旨を規定している。

したがって、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。

なお、これらの規定は、離婚の際現に共同して親権を行っている父母に限定され、離婚時に、父母の一方又は双方が親権を行使できなくなっている場合は、共同監護計画を届け出る必要はない。

なぜならば、当該父母が親権を行うことができなくなった時点で面会交流養育費計画を届け出ることを義務付けられている（改正後の民法第837条の2第2項に基づき読み替えて準用される民法第766条第5項）ことから、離婚時に、既に親子の交流や養育費を保障する計画は作成され、届出がなされているからである。

2 「離婚の届出が前項の規定に違反して受理されたときであっても、離婚は、その

ためにその効力を妨げられない。』(第2項)

当該規定については、離婚の届出が第1項に違反して受理されたとしても、離婚の効力は妨げられないとし、これを無効とするためには、裁判を必要とする旨の規定である。

この規定は削除しないこととする。

たしかに、この規定を削除しないこととすると、例えば、離婚には同意するものの共同監護を拒否したい者が、偽造した共同監護計画を離婚届とともに届け出ること、離婚は有効ではあるものの当該計画が無効であることを理由に、離婚後の共同監護を拒否するなどのおそれがある。

その場合、離婚を無効とするために裁判を要するとすると、そのハードルの高さから、泣き寝入りをして共同監護が実施されなくなるおそれがある。

しかし、その問題について、共同監護計画については、公正証書化を義務付けるだけでなく、共同監護計画が法務省令で定める基準に則ったものであることを保障する旨をADRを担当したADR認証事業者等が署名した書類を、手続上、添付させることにすれば解決できると考える。

それにより、市町村の窓口においても、公正証書であることと、ADR認証事業者等の署名書類を確認することで、その内容そのものを精査す

ることなく受理することが可能となる。これにより、偽造した共同監護計画などを作成することは極めて困難になり、手続的瑕疵は、まず生じなくなるものと考えられる。

なお、共同監護計画の公正証書化とこの ADR 認証事業者等の署名書類の添付を義務付けることで、離婚の届出時に提出する書類を偽造するハードルが非常に高くなることから、虚偽の離婚届を提出することを抑止できると期待できる。

(参考)

○戸籍法第114条

「届出によつて効力を生ずべき行為(第六十条、第六十一条、第六十六条、第六十八条、第七十条から第七十二条まで、第七十四条及び第七十六条の規定によりする届出に係る行為を除く。)について戸籍の記載をした後に、その行為が無効であることを発見したときは、届出人又は届出事件の本人は、家庭裁判所の許可を得て、戸籍の訂正を申請することができる。」

○改正後戸籍法第76条

「離婚をしようとする者は、左の事項を届書に記載して、その旨を届け出なければならない。

- 一 親権者の氏名及びその親権に服する子の氏名
- 二 その他法務省令で定める事項」

○戸籍法第116条第1項

「確定判決によつて戸籍の訂正をすべきときは、訴を提起した者は、判決が確定した日から一箇月以内に、判決の謄本を添附して、戸籍の訂正を申請しなければならない。」

民法第766条

(離婚後の子の監護に関する事項の定め等)

第七百六十六条 父母 (離婚の際現に共同して親権を行っている父母に限る。以

下この条及び次条において同じ。) 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は、その協議で定める。この場合においては、子の利益を最も優先して考慮しなければならない。

2 前項の監護について必要な事項には、次の各号に掲げる事項を定めた計画

(以下「共同監護計画」という。)を含むものとする。

一 子の監護の分担

二 子の監護に要する費用の分担

三 父及び母の子を監護する場所

四 子の監護に関する事項に関し父母の意見が一致しないことにより親権を行

使できない場合の解決手続

五 その他監護に関して決定する必要がある事項として法務省令で定める事項

3 父母が前項第一号に掲げる子の監護の分担及び同項第二号に掲げる子の監護

に要する費用の分担を定めるに当たっては、父母が平等に子の監護及び

子の監護に要する費用を分担することを原則とするとの考え方を考慮す

るとともに、子の利益を害することを防止するため、法務省令で定める

子の監護の分担及び子の監護に要する費用の分担に関する基準に従わなければならない。

4 父母は、裁判外紛争解決手続の利用の促進に関する法律（平成十六年法律第百五十一号）第二条第三号に定める認証紛争解決手続を利用して共同監護計画を作成する。この場合においては、共同監護計画は、公正証書によってしなければならない。

5 戸籍法の定めるところにより、父母は、離婚の届出をするに当たっては、共同監護計画を併せて届け出なければならない。

6 父母又は子の事情の変化により共同監護計画の変更が必要となった場合には、変更を求める父母の一方は、速やかに他の一方に通知し、協議の上、共同監護計画を変更しなければならない。この場合においては、第一項から第四項までの規定を準用する。

7 前項の場合において、戸籍法の定めるところにより、父母は、共同監護計画を変更した日から二週間以内に、共同監護計画を届け出なければならない。この場合において、正当な理由がなくて期間内にすべき届出をしない者は、五万円以下の過料に処する。

8 第一項又は第六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、家庭裁判所が、これらの項の事項を定める。

9 家庭裁判所は、必要があると認めるときは、第一項、第六項又は前項の規定による定めを変更し、その他子の監護について相当な処分を命ずることができる。

10 父母の一方が合理的な理由がないにもかかわらず共同監護計画を定めると又は遵守することを拒んだときは、五万円以下の過料に処し、又はこれに併せてその父若しくは母による親権の行使が著しく不適當であるとみなし、第八百三十四条の規定に従い、家庭裁判所は、他の一方の請求により、その父若しくは母について、親権喪失の審判をすることができる。

11 父母が離婚前に定めたその父母の子に係る共同監護計画等は、父母が第五項に基づき共同監護計画を届け出た日に、その効力を失う。

12 父母が第五項に基づき届け出た共同監護計画は、離婚の無効及び取消しにより、その効力を失う。この場合において、父母は、必要に応じ、共同監護計画等を定めなければならない。

【趣旨】

本条は、離婚時に、共に親権を有する父母は、「共同監護計画」を定めなければならないことを規定したものである。

【解説】

1 「父母(離婚の際現に共同して親権を行っている父母に限る。以下この条及び次条において同じ。)」(第1項)

離婚時に共同監護計画の提出と、離婚後監護講座の受講を義務付けられるのは、婚姻中、共同して親権を行使していた父母に限るとするための規定である。

「共同して親権を行っている父母」には、親権者であっても、行方不明などにより、親権を行うことができない者は除外される。

なお、父母が共同して親権を行うことができない場合には、親権を行うことができなくなった時点で面会交流養育費計画の策定が原則として義務付けられる(改正後の民法第837条の2第2項)。

(参考)

○改正後民法第818条第3項

「親権は、父母が共同して行う。ただし、父母の一方が親権を行うことができないときは、他の一方が行う。」

2 「父母が協議上の離婚をするときは、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は、その協議で定める。」との規定を削除(改正前第1項)

改正前第1項の「子の監護すべき者」を削除する理由は、離婚後単独親権制において親権のない父母を監護者として指定する必要性があったところ、離婚後共同親権制度を導入することで、その必要性が失われるからである。

改正前第1項の「父又は母と子との面会及びその他の交流」と「子の監護に要する費用の分担」を削除する理由は、これらに相当する事項は第2項の共同監護計画の事項として規定するためである。

3 「前項の監護について必要な事項には、次の各号に掲げる事項を定めた計画(以下『共同監護計画』という。)を含むものとする。(以下略)」(第2項)

離婚に伴い父母の協力義務(民法第752条第1項)がなくなる一方で、離婚後も父母が共同して親権(監護権を含む。)を行使することから、親権行使に限り、元夫婦に対し協力するよう義務付ける必要がある。

そこで、離婚時に共同監護計画として、子の監護の分担(第1号)、子の監護に要する費用の分担(第2号)、父及び母の子を監護する場所(第3号)、子の監護に関する事項に関し父母の意見が一致しないことにより親権を行使できない場合の解決手続(第4号)を定めるよう父母に義務付けることにより、たとえ高葛藤で協力することが困難な父母であって

も、共同して親権を行使することを可能とする制度とした。

「その他監護に関して決定する必要がある事項として法務省令で定める事項」(第5号)としては、例えば、「子の受渡し場所」、「父母の連絡方法」、「旅行(特に海外旅行)に関するルール」、「子に関して共有すべき情報」、「子に対する禁止行為(子の監護中にもう一方の父母の悪口を言わない、子にもう一方の父母への伝言をさせないなど)」などが考えられる。

4 「父母が前項第一号に掲げる子の監護の分担及び同項第二号に掲げる子の監護に要する費用の分担を定めるに当たっては、父母が平等に子の監護及び子の監護に要する費用を分担することを原則とするとの考え方を考慮するとともに、子の利益を害することを防止するため、法務省令で定める子の監護の分担及び子の監護に要する費用の分担に関する基準に従わなければならない。」

(第3項)

離婚後も引き続き父母が共同で親権を行使するにあたり、性別に基づき、監護の割合や監護に要する費用の分担割合を決定することは憲法の要請(法の下での平等)上、許されない。

したがって、法律上は、監護の役割も均等に分担することを原則とし

なければならない。

しかし、婚姻中の父母の監護の関わり合い方や離婚後の状況は、個々の事例で様々であることから、個々の事情に応じて、柔軟に監護の割合を設定できることとする。

現在の若い世代の婚姻中の子育ての形は、父母が完全に半々に監護を分担する、いわゆる「交替監護」から、一カ月に一回数時間程度しか分担しない場合まで千差万別である。

したがって、離婚後、交替監護を引き続き行いたいと一方の父母が希望する場合、その監護形態をできるだけ尊重すべきであり、一方で、ほとんど監護をしていない父又は母に対し、離婚後に交替監護を押し付ける仕組みとすべきではない。

そこで、共同監護計画の策定を離婚時に課す制度を導入することとしつつ、婚姻中の監護実態を踏まえ、それぞれの父母と子の利益にかなった監護形態を選択することが可能とする仕組みとした。

ただし、例外が原則であるかのような法からの逸脱行為が生じることを防ぐため、「監護時間や監護に要する費用（養育費）」を定める基準を法務省令で定めることとし、その基準にしたがわない共同監護計画は認めないこととした。

また、家事事件手続法において、「子の監護に関する仮処分（子の監護に要する費用の分担に関する仮処分を除く。）」については、子が15歳以上である場合、陳述を聴かなければならないとされていることを踏まえ、子の監護の分担について定めるに当たっては、子が15歳以上である場合に、その意見を聞いた上で分担割合を決定することを法務省令で定める基準に規定すべきと考える。また、子が15歳に満たない場合であっても、その発達の程度に応じて、子の意見を反映するよう努めることも基準に定めるべきである。

ただし、子の意見を分担割合に反映する場合、基準で定める最低ラインを下回る分担割合を、いずれか一方の父母に課すよう子が意見を表明したとしても、それは認められない。なぜならば、その子の意見を認めただ場合、父母の親権を侵害し、また、父母の義務（責任）としての親権を免除することになるからである。

なお、2022年の第210回国会において、民法改正案（閣法12号）が議論されており、この法案が成立すると、父母の親権について、懲戒権の規定がなくなり、代わりに子の人格の尊重等の規定が追加されることとなる。具体的には「親権を行う者は、前条の規定による監護及び教育をするに当たっては、子の人格を尊重するとともに、その年齢及

び発達の程度に配慮しなければならない」と規定し、親権の一要素として、「子の年齢及び発達に程度に配慮」することを規定している。

その点からも、子の意見を聞き、監護の分担を決定することを規定すべきと考えられる。

なお、法務省令で定める監護の分担割合の具体的なイメージ及び最低限遵守すべき監護分担のイメージについては、参考資料<共同監護計画に記載する監護割合の決定について具体的に想定される進行パターン>及び<共同監護計画の父母の監護割合の決定方法>の【最低ライン】を参照。

法務省令で定める監護に要する費用（養育費）の分担割合のイメージについては、現在、最高裁判所が提示している算定表を参照。

(参考)

○家事事件手続法第157条第2項

「家庭裁判所は、前項第三号に掲げる事項(=子の監護に関する処分)について仮の地位を定める仮処分(子の監護に要する費用の分担に関する仮処分を除く。)を命ずる場合には、…子(十五歳以上のものに限る。)の陳述を聴かなければならない。」

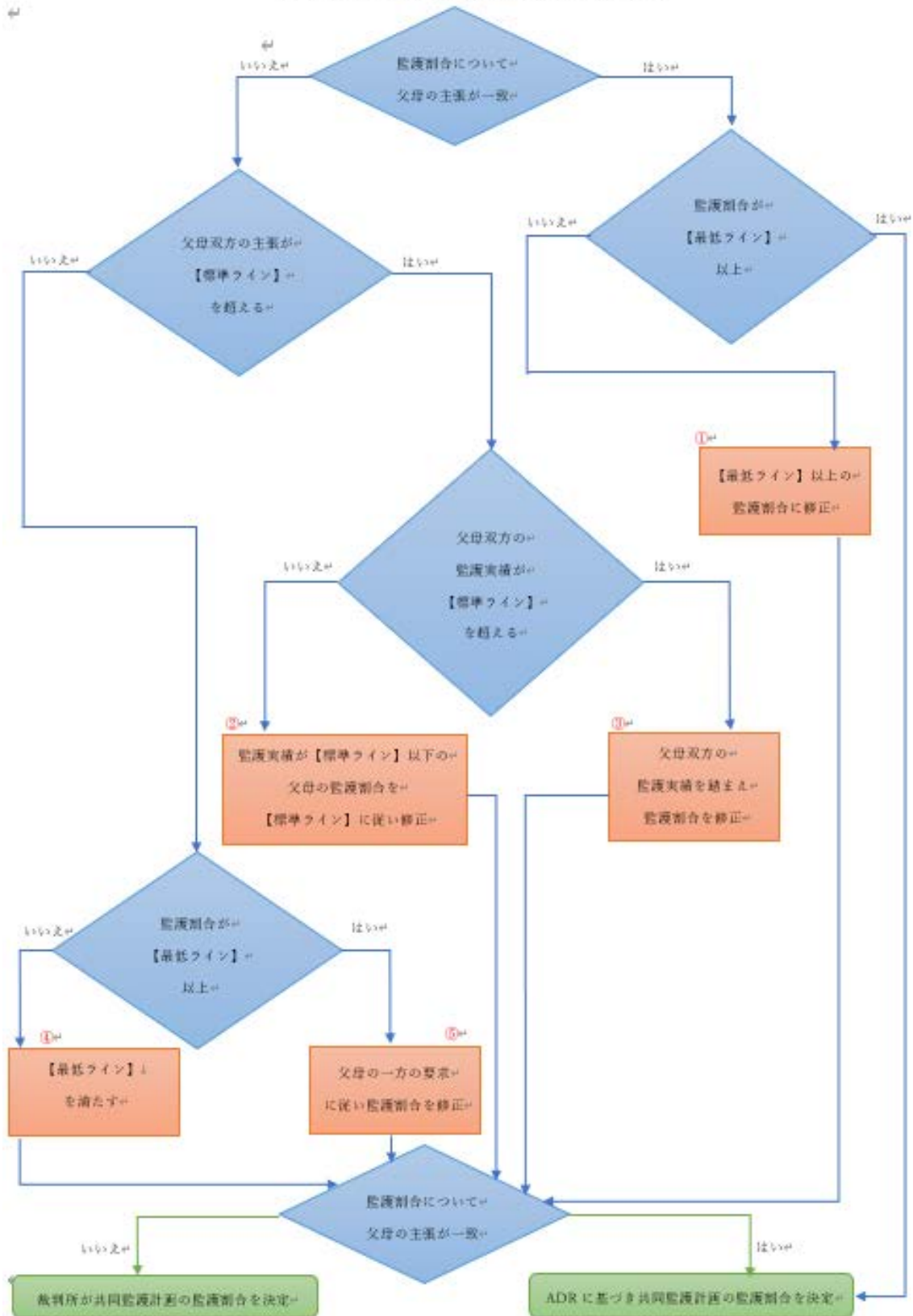
<共同監護計画に記載する監護割合の決定について具体的に想定される進行パターン>

- ←
- (1) 父親が「離婚後は子どもの監護に全く携わらない」と主張し、母親もそれに同意したケース
⇒ 下記①に該当
ADRの過程で、認証事業者は、父母に対し「最低でも月に1回3時間父親と子どもが会うことを共同監護計画に記載しない限り、計画が法令上認められない(=離婚できない)」と説明し、計画の内容を修正することを提案
- ←
- (2) これまで子どもの監護をほとんどしていなかった父親が「離婚を機に交替監護(週ごとに子どもの監護を父親と母親で交替)をしたい」と主張する一方、母親が「父親は子どもの監護に全く携わらない」と主張しているケース
⇒ 下記②に該当
ADRの過程で、認証事業者は、監護実績が十分ではない父親に対し、「監護割合は希望しても『毎月2回の週末(金曜日夕方～日曜日夕方)+長期休暇の半分(30日)+祝祭日の半分』までしか法令上認められない」と説明し、共同監護計画の内容を修正することを提案
同時に、認証事業者は、父親の監護への関与を拒絶する母親に対し、「父親が監護に積極的に関与したいと希望している場合、最低でも上記の監護割合を共同監護計画に記載しない限り、計画が法令上認められない(=離婚できない)」と説明し、修正した計画に同意することを提案
- ←
- (3) おおよそ50対50の割合で子どもを監護していた父親と母親が、双方とも「離婚後は自分が主として子どもの監護をする」と主張した場合で、離婚後に父母が近距離(同じ市内)で住むケース
⇒ 下記③に該当
ADRの過程で、認証事業者が、父母に対し、「交替監護を共同監護計画に記載する」ことを提案
- ←
- (4) おおよそ50対50の割合で子どもを監護していた父親と母親が、双方とも「離婚後は自分が主として子どもの監護をする」と主張した場合で、離婚後に、父母が遠距離(大阪と仙台)で住むケース
⇒ 下記④に該当
ADRの過程で、認証事業者が、父母に対し、「(現在、家族で住んでいる大阪の家を引き続き住む)母親が主として子どもの監護をする」ことを提案
同時に、認証事業者は、仙台に移住する父親に対し、「月に1回、週末に大阪で子どもと一緒に過ごすこと、夏休みの4週間及び冬休みと春休みの各1週間に加え、隔年ごとのGWを子どもと一緒に過ごす」ことを提案
- ←
- (5) 子どもの監護に積極的に関わってきた父親が、「(再婚を予定して離婚するため)離婚を機に、子どもの監護に全く携わらない」と主張。一方、母親はその主張に反対し、「父親は、月に2回、宿泊付きで子どもと会うべきだ」と主張し、双方の主張が一致しないケース
⇒ 下記⑤に該当
ADRの過程で、認証事業者は、父親に対し「最低でも月に1回3時間父親と子どもが会うことを共同監護計画に記載しない限り、計画が法令上認められない(=離婚できない)」と説明し、計画の内容を修正することを提案
同時に、認証事業者は、母親に対し「父親が希望していない場合、法令上、父親に対し、子どもと会うことを月に1回3時間までしか強制できない」と説明し、修正した計画に同意することを提案

←

上記の(1)から(5)までのケースのいずれにおいても、認証事業者が提案をした後に、(A)父母ともに、その提案を承諾した場合、その提案を共同監護計画として公正証書にし、協議離婚。(B)父母ともに、離婚の意思はあるものの、父母の一方又は双方が、その提案に理解できない場合、裁判所が父母に代わり共同監護計画を作成し、その遵守を命令。

＜共同監護計画の父母の監護割合の決定方法＞



1. 【標準ライン】とは、父母間の標準的な監護割合(父母の一方が希望した場合には保障)⇨
 - (ア) 父母間が近距離⇒毎月2回の週末(金曜日夕方～日曜日夕方) + 長期休暇の半分(30日) + 祝祭日の半分⇨
 - (イ) 父母間が遠距離⇒毎月1回の週末 + 長期休暇の2/3(40日) + 毎週複数回の電話等を利用した子との交流⇨
2. 【最低ライン】とは、父母双方が最低でも遵守する義務のある父母間の監護割合(父母の希望に関係なく保障)⇨
 - (ア) 父母間が近距離⇒毎月1回3時間、毎週1回の電話等を利用した子との交流⇨
 - (イ) 父母間が遠距離⇒隔月1回の週末(原則:宿泊)、毎週1回の電話等を利用した子との交流⇨
3. 特殊なケースについては、別にルールを規定⇨
 - (ア) 児童虐待などのケースは児童相談所による監視付面会交流⇨
 - (イ) 一方の親にDV(配偶者暴力)があるケースは婦人相談所等による父母間の連絡調整及び子の受渡し⇨
4. 上記1及び2の監護割合は代表例であり、実際は、米国アリゾナ州最高裁の共同監護計画ガイドライン(<https://www.mci.go.jp/content/001354879.pdf>)や米国カリフォルニア州裁判所ホームページ資料(http://chubu-kyoudousinken.com/swfu/d/auto_FHmNNe.pdf)などを参考に子の年齢などに応じて詳細に定めた監護割合の基準を法務省令で規定⇨

5 「父母は、裁判外紛争解決手続の利用の促進に関する法律(平成十六年法律第百五十一号)第二条第三号に定める認証紛争解決手続を利用して共同監護計画を作成する。この場合においては、共同監護計画は、公正証書によってしなければならない。」(第4項)

共同監護計画について、ADR 認証事業者等が仲裁をする ADR (裁判外紛争解決手続) を利用して作成することを義務化する。

ADR 認証事業者とは、裁判外紛争解決手続の利用の促進に関する法律に基づき、民間紛争解決手続を業として行うものとして、法務大臣から認証を受けた事業者である。ADR は、この認証事業者のほかに、弁護士や弁護士法人も実施できる。

(参考)

○裁判外紛争解決手続の利用の促進に関する法律第5条

「民間紛争解決手続を業として行う者(法人でない団体に代表者又は管理人の定めのあるものを含む。)は、その業務について、法務大臣の認証を受けることができる。」

また、共同監護計画については公正証書とすることを義務付けることとした理由は、共同監護計画に、子の監護に要する費用(養育費)について具体的な金額を記載し、また、父母の一方の監護を妨害した場合の損害賠償額を記載した上で、公正証書にすることで、父母の一方が共同監護計画に記載された義務を履行しなかった場合、裁判をすることなく強制執行ができ、養育費不払いや一方の父母によるもう一方の父母の監護妨害などの行為を抑止することが可能になること(間接強制)からである。

なお、公正証書にする共同監護計画のイメージについては、NPO 法人日本リザルツにおいてADRを実施した際の資料(下記)を参照のこと。

この公正証書には、共同監護計画が第3項の基準に則ったものであることを保障する旨を、担当したADR認証事業者等が署名した書類も添付することとする。これにより、市町村の窓口においても、公正証書であることと、ADR認証事業者等の署名書類を確認することで、その内容そ

のものを精査することなく受理することが可能となる。また、従来と異なり、未成年の子がいる場合、離婚届のみでは離婚できなくなることから、虚偽の離婚届を提出するなどの違法行為を抑止する効果も生じると期待できる。

なお、国民に対し、かかる行為を義務付ける以上、ADRに係る標準的費用（父及び母にそれぞれ10時間まで）及び公正証書作成費用等は、全て国費で対応すべきである。国費で対応することで、父母の一方又は双方に収入がない又は少ないために共同監護計画を策定できないなどの問題が生じることがなくなると考えられ、また、低廉であるところの裁判所を利用した司法手続との不公平感が解消されることとなる。

(参考)

○裁判外紛争解決手続の利用の促進に関する法律第27条

「家事事件手続法(平成二十三年法律第五十二号)第二百五十七条第一項の事件(同法第二百七十七条第一項の事件を除く。)について訴えを提起した当事者が当該訴えの提起前に当該事件について認証紛争解決手続の実施の依頼をし、かつ、当該依頼に基づいて実施された認証紛争解決手続によっては当事者間に和解が成立する見込みがないことを理由に当該認証紛争解決手続が終了した場合には…家事事件手続法第二百五十七条の規定は、適用しない。この場合において、受訴裁判所は、適当であると認めるときは、職権で、事件を調停に付することができる。」

○家事事件手続法第257条第1項

「第二百四十四条の規定により調停を行うことができる事件について訴えを提起しようとする者は、まず家庭裁判所に家事調停の申立てをしなければならない。」

○家事事件手続法第244条

「家庭裁判所は、人事に関する訴訟事件その他家庭に関する事件(別表第一に掲げる事項についての事件を除く。)について調停を行うほか、この編の定めるところにより審判をする。」

(参考)NPO 法人「日本リザルツ」(東京都千代田区)が、厚生労働省からの委託を契機として行っているADR事業における共同監護(養育)計画の公正証書(サンプル)

(なお、この計画は、単独親権制度を前提に作成したものであるため、親権者、監護者や面会交流の用語を使用。共同親権制移行後において、監護者や面会交流などの用語は、父母の一方又は双方が親権を行うことができない場合の「面会交流養育費計画」を作成する場合に限り使用することとなる)

共同養育計画合意公正証書

第1条（離婚の合意等）

夫〇〇〇〇（以下「甲」という。）と妻〇〇〇〇（以下「乙」という。）は、本日両者間の未成年の長男〇〇（平成〇年〇月〇日生、以下「丙」という。）及び二男〇〇（平成〇年〇月〇日生、以下「丁」という。）の親権者を乙と定め、乙において監護養育することとして協議離婚すること及びその届出は乙において速やかにこれを行うことを合意し、かつ、協議離婚届出が受理されることを条件として、養育費、面会交流について次のとおり合意した。

第2条（養育費）

甲は乙に対し、丙及び丁の養育費として、別紙共同養育契約合意書（以下「本件合意書」という。）のとおり、平成27年2月から丙及び丁がそれぞれ満20歳に達する日の属する月まで、各人について下記の金員を支払う義務あることを認め、これを、毎月〇日限り乙の指定する金融機関の預金口座（本件合意書2. 養育費の支払方法欄記載のとおり。）に振り込んで支払う。振込手数料は甲の負担とする。

- 2 なお、丙及び丁が、満20歳に達する前に就職した場合には、同人に対する養育費の支払は、同人の就職した日の属する月までに短縮する。また、丙及び丁が〇〇〇（時期）までに四年制大学に進学した場合には、甲は、乙に対し、丙については平成〇〇年〇〇月までの間（終期）、乙については平成〇〇年〇〇月までの間、上記養育費を支払う。
- 3 甲及び乙は、丙及び丁の進学、病気等による特別の費用の負担については、本件合意書2. 養育費の備考欄記載の方針に従って対応するものとし、具体的内容については、別途協議するものとする。

第3条（面会交流）

甲及び乙は、甲と丙及び丁との面会交流については、本件合意書のとおり合意した。

- 2 乙が、本件合意書記載の面会交流を実施しなかった場合には、乙は、甲に対して、一回の不履行につき、一日あたり金〇〇万円を、予定されていた面会交流実施日の該当月（宿泊付き面会交流の場合には最終日の該当月）の翌月末日までに、支払う。

第4条（強制執行認諾）

甲は、第2条に定められた金銭債務の履行を遅滞したときは、直ちに強制執行に服する旨陳述した。

- 2 乙は、前条2項に定められた金銭債務の履行を遅滞したときは、直ちに強制執行に服する旨陳述した。

以上

共同養育計画合意書

1. 親権・監護権

子どもの親権、および、監護権は下記のとおり定めます。

	第一子	第二子	第三子
ふりがな			
子の名前			
生年月日	平成 年 月 日	平成 年 月 日	平成 年 月 日
性別	男 ・ 女	男 ・ 女	男 ・ 女
親権者	父・母・他() 名前:	父・母・他() 名前:	父・母・他() 名前:
監護者	父・母・他() 名前:	父・母・他() 名前:	父・母・他() 名前:
備考			

2. 養育費 (父・母)より(父・母)へ、下記のとおり養育費を支払うこととします。

※入学、入院など、一時的、あるいは急な費用については、備考欄に記入のとおり定めます。

	第一子	第二子	第三子
月額	円	円	円
支払日	<input type="checkbox"/> 毎月 日まで <input type="checkbox"/> 給与振込時の引落し	<input type="checkbox"/> 毎月 日まで <input type="checkbox"/> 給与振込時の引落し	<input type="checkbox"/> 毎月 日まで <input type="checkbox"/> 給与振込時の引落し
開始日	平成 年 月	平成 年 月	平成 年 月
終了時	ア)満 歳 <input type="checkbox"/> 誕生月まで <input type="checkbox"/> 誕生月に達した後の3月まで イ)高校・専門学校・短大・ 大学・大学院の卒業まで ウ)その他 ()	ア)満 歳 <input type="checkbox"/> 誕生月まで <input type="checkbox"/> 誕生月に達した後の3月まで イ)高校・専門学校・短大・ 大学・大学院の卒業まで ウ)その他 ()	ア)満 歳 <input type="checkbox"/> 誕生月まで <input type="checkbox"/> 誕生月に達した後の3月まで イ)高校・専門学校・短大・ 大学・大学院の卒業まで ウ)その他 ()
備考			

支払方法

	第一子	第二子	第三子
口座振込	※振込手数料は、養育費を支払う親が負担します。		
金融機関名	銀行・信用金庫(組合)	銀行・信用金庫(組合)	銀行・信用金庫(組合)
店名	本店・支店	本店・支店	本店・支店
口座種類	普通・総合・()	普通・総合・()	普通・総合・()
口座名義			
口座番号			
その他			

共同養育計画合意書

3. 面会その他の交流 離れて暮らす親と子どもの交流は下記のとおりとします。

面会交流計画(その1)		第一子		第二子		第三子	
予定							
例:第 週の 曜日 時～ 時 第 週の 曜日 時～ 曜日 時まで (泊 日)							
祝日		偶数年	奇数年	偶数年	奇数年	偶数年	奇数年
	建国記念日	2月11日					
	春分の日	3月21日					
	秋分の日	9月23日					
	文化の日	11月3日					
	勤労感謝の日	11月23日					
	天皇誕生日	12月23日					
	振替休日						
上記以外の3連休以上は、その週末を過ごす予定の親と過ごすものとする。							
春休み							
ゴールデンウィーク							
夏休み							
冬休み							
子どもの誕生日							
その他 <small>※父母の誕生日、祖父母の誕生日の取決め等 ※子の病気などで実施できなかった際の代替日の設置についての取決め等</small>							
その他の交流							
手紙・メール・SNS等							
電話・ビジュアルコミュニケーション							
その他							

共同養育計画合意書

面会交流計画（その2）		第一子	第二子	第三子
子の受け渡し場所				
迎え	場所	□(父・母)の自宅 □最寄() □その他()	□(父・母)の自宅 □最寄() □その他()	□(父・母)の自宅 □最寄() □その他()
	方法			
送り	場所	□(父・母)の自宅 □最寄() □その他()	□(父・母)の自宅 □最寄() □その他()	□(父・母)の自宅 □最寄() □その他()
	方法			
その他 ※第三者を介した受け渡しをする場合には、その第三者氏名等				
面会交流時の行動範囲				
面会交流時の行動範囲 (範囲の例：東京都内、日帰り圏内 等)		□自由 □範囲を定める ()	□自由 □範囲を定める ()	□自由 □範囲を定める ()
その他 ※指定された範囲外に行く場合には、下記の帰省・旅行等の取決めに準ずる。 ※監視付の面会交流が必要な特別な事情がある場合には、その面会交流場所(公園、施設等)と監視者名				
父母の連絡方法				
電話・メール等・手紙・書面等				
その他				
交通手段				
電車/バス等公共交通機関利用				
自家用車 法定基準に則したチャイルドシートを備えていること。				
その他				
費用負担				
送迎、面会交流中の移動にかかる交通費は(父・母)が負担する。				
その他				
帰省・旅行等 ※父母に関わらず、帰省・旅行等宿泊を伴う場合は予め、旅程や宿泊先等の情報を相手の親に知らせること。 ※父母に関わらず、海外に子を連れて出る場合は、事前に一方の親の了解をとること。				