

家族法制の見直しに関する中間試案に関する意見

令和5年1月17日

法務省民事局参事官室 御中

〒530-0047 大阪市北区西天満2丁目6番8号

堂島ビルヂング 823号室

シンプル法律事務所

電話 06-6363-1860

FAX 06-6363-1861

弁護士 川村真文



弁護士としての離婚事案の経験もふまえ、中間試案を確認したところ、児童の権利条約と整合せず、条約違反となる案が含まれていることから、意見を述べる。尚、視点と中間試案に対する意見を整理したものを別紙として添付し、そこに記載した資料(①～③)も添付したので、参照願いたい。

第1 3つの視点

- 1 親子関係の制度設計については、少なくとも、①児童の権利条約、②関係者の不適切な行動を引き起こさない制度設計とすること、③虐待防止・虐待からの保護の3つの視点から検討する必要がある。

- 2 児童の権利条約(①)について、わが国は、児童の権利条約を締約しており、同条約に反する法制度を採用することは許されないところ、以下の点に留意すべきである。
 - (1) 同条約は、①児童が父母によって養育される権利を規定する(7条1項)とともに、②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有することを規定する(9条3項)。
 - (2) 国連児童の権利委員会は、日本に対し、①児童の共同養育を認めるため、離婚後の親子関係について定めた法令を改正することと、②非同居親との人的な関係及び直接の接触を維持するための児童の権利が定期的に行使できることを確保することを勧告する(資料①)。
 - (3) 児童の権利条約は「児童の最善の利益」を指針とする(3条)が、児童が

父母の下で養育されること自体が「児童の最善の利益」にかなうという立場に立っている（資料①）。この点、児童の権利条約の締約国である英国でも、子育てには常に双方の親が関与することが子の福祉にかなうことが一層強調され、「子の共同養育 shared parenting」の概念が盛り込まれ、「子にとって双方の親との継続的な関わりが子の最善の利益にかなうという命題は『反証が示されない限り』常に当てはまるとされる」とされている（資料②）。

3 関係者の不適切な行動を引き起こさない制度設計（㉒）について、以下の点に留意すべきである。

- (1) 現行の離婚後単独親権制度の下では、離婚紛争において、①(単独の)親権を取り合い、②「高葛藤」が別居親と子の交流阻止にプラスになることから、子を確保して、他方親と子を断絶し、高葛藤にさせることが、当事者や離婚弁護士の合理的な戦略となっている。
- (2) この点、共同親権を採用する米国では、（日本と同様の）単独親権と面接交渉権からなる取り決めがされた場合でも、日本と比較にならない充実した交流が履行され（資料③）、共同親権／共同監護に伴い、監護権紛争における養育計画（parenting plan）も、離婚の当事者対抗システムの枠組みを中立化するための手段として機能していること（資料②）が指摘されている。

4 虐待防止・虐待からの保護（㉓）について、以下の点に留意すべきである。

- (1) 子を虐待から救うためには、虐待が認知される必要があるところ、離婚後単独親権制度では、単独親権者（やその交際相手／再婚相手）による密室での虐待から子を救うことができず、実際にもそのような事件が数多く報道されている。そのような虐待を防止し、虐待から子を救うには、共同養育（共同親権）によって子の利益を凶る複数の人間（両親）が子を見守る制度とすることが有効である。
- (2) 一方の親が子を虐待している場合には、共同親権により虐待が続くという指摘があるが、その場合は（虐待を認知する）他方親が手続き（現行法では親権停止等）をとることにより、子を虐待から救うことが可能である。

第2 中間試案に対する意見

- 1 以上を踏まえ、中間試案のうち、児童の権利条約の上記の点と整合が求められる論点（「第2、1、2」「第2、3(1)」「第2、3(2)」「第2、3(4)」「第3、4(2)」）について意見を述べる。

2 「第2、1、2」について、以下の理由より甲①案（原則共同親権案）とすべきである。

- (1) 児童の権利条約が、児童が父母によって養育される権利を有することを規定し（7条1項）、児童の権利委員会が、日本に離婚後の共同養育のための法改正を勧告しており（＝現行制度は児童の権利条約と整合しないと判断している）、原則共同親権案しかあり得ない。現行の離婚後単独親権制度やそれを原則とする制度は、児童の「父母によって養育される権利」を規定し、父母の下で養育されること自体が「児童の最善の利益」にかなうという立場に立つ児童の権利条約と整合せず、採用不可となるはずである。
- (2) 単独親権制度は親権の奪い合いを引き起こすとともに、子を連れ去り、別居親と子を断絶して、高葛藤とすることが、当事者や離婚弁護士にとっての合理的戦略となる。両親を、親権を奪い合う対立関係から、共に子を育てる協力関係に転換するためにも、共同親権を原則とすべきである。
- (3) 虐待予防・虐待からの救出の観点からも、両親が養育に関与すること（共同親権）で、子の利益を図る複数の人間が子を見守るスキームにするべきである。（離婚後）単独親権では、数多く報道されている単独親権者やその再婚相手・交際相手による密室での虐待への抑制とならないし、そのような虐待から子を救うことができない。

3 「第2、3(1)」について、以下の理由よりB案のうち注1の①「一定の要件を満たさない限りは原則として監護者の定めをすべきではない」が妥当である。

- (1) 現在婚姻中（＝共同親権中）に監護者の指定はされていない。
- (2) 監護者を親権行使者とするのであれば、その実質は単独親権と変わらない。
- (3) 婚姻中に監護者の定めがされていないのに、なぜ、監護者の定めが必要となるのか不明であるが、「監護者としての地位」の奪い合い（＝紛争・高葛藤）を回避するためにも、具体的な必要がない限り、監護者を定める必要はないし、定めるべきではない。

4 「第2、3(2)（監護者が指定されている場合の親権行使）」について、以下の理由よりγ案（共同行使で最終家裁が決定）が妥当である。

- (1) α案は監護者＝親権者とするもので、その実質は単独親権と同じで、それに対する批判が妥当する。
- (2) β案について、監護者が適切に判断できると考える合理性はないし、子の利益とならない判断をすることもある（例えば、監護者が新興宗教にはま

ったり、子と離れたくないために遠方の大学進学に反対する場合等)。また、他方親に対する悪感情がある場合には、子と非監護親との関係を壊す形での親権行使がなされたり、相手に同意したくないために反対するということも想定され、当事者のうち一方の判断を優先させるべきではない。

- 5 「第2、3(4) (子の居所指定又は変更に関する親権者の関与)」について、以下の理由よりγ案（共同行使で最終家裁が決定）での規律によることが妥当である。

子の居所変更は、別居親と子の交流・関係に重大な影響を与える決定であり、同居親に単独での決定権を与えるべきではない。例えば、別居親と子の居所が近隣で充実した交流がされているのに、合理的理由なく、別居親と子を切り離すために遠方に引っ越すことも考えられる。

- 6 「第3、4(2) (親子交流 (面会交流))」について、英国のように反証がない限り「子にとって双子にとって双方の親との継続的な関わりが子の最善の利益にかなう」という前提で親子交流を認めるべきである。また、内容においても、米国で認められているような、充実した親子交流が確保されるべきである。

(1) 児童の権利条約は、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有することを規定し(9条3項)、児童の権利委員会は、日本の現状では上記権利が確保されていないとして、日本に、非同居親との人的な関係及び直接の接触を維持するための児童の権利が定期的に行使できることを確保するよう勧告しており、同居親が拒絶すれば、別居親と子が断絶させられる日本の現状は児童の権利条約違反である。

(2) 児童の権利条約は、父母に養育され(7条1項)、父母のいずれとも関係を維持すること(9条3項)を子の権利(=子の利益)として規定しており、その締約国である英国が採用する(資料②)ように「子にとって双子にとって双方の親との継続的な関わりが子の最善の利益にかなう(という命題は『反証が示されない限り』常に当てはまるとされる)」という考えに立脚している。

(3) 共同親権を原則とする米国では、(日本と同様の)単独親権と面接交渉権から成る取り決めの下でも、日本と比較にならない充実した親子交流が確保されており(資料③)、日本でも同様の親子交流が確保されるべきである。

I 視点	
1 児童の権利条約	
条約	日本は児童の権利条約の締約国⇒同条約において認められる権利の実現のため、すべての適当な立法措置、行政措置その他の措置を講ずる義務を負う（同条約4条、憲法98条2項）。
	児童の権利条約は、家族・家庭環境を児童が成長する基本的な環境とし、父母によって養育されて育つことを児童の権利であり、利益であるとする立場に立つ（前文、5条、7条、8条、9条、10条、16条、18条）。
規定	児童の権利条約は以下を規定する。 (1)児童が父母によって養育される権利を有する（7条1項）。 (2)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有する（9条3項）
勧告	国連児童の権利委員会（2019年3月5日）は以下を日本に勧告する（資料①（外務省HPに掲載より））。 (1)児童の共同養育を認めるため、離婚後の親子関係について定めた法令を改正すること。 (2)非同居親との人的な関係及び直接の接触を維持するための児童の権利が定期的に行使できることを確保すること。
「児童の最善の利益」	児童の権利条約は「児童の最善の利益」を指針とする（3条）が、例えば親子分離を規定する9条1項について、国連の児童の権利委員会（2019年3月5日）は、「 <u>児童の分離に関する明確な基準を定めること及び親からの子の分離が最後の手段としてのみ、それが児童の保護のために必要かつ子どもの最善の利益に合致する場合に、子及びその親の意見を聴取した後に行なわれるよう確保すること。</u> 」を要請する（資料①、番号29.(a)）。これは、児童の保護のために必要でなければ親子分離は許さないもので、 <u>児童が父母の下で養育されること自体が「児童の最善の利益」にかなうという立場に立っている。</u>
	児童の権利条約の締約国である英国でも、2014年法11条により、子育てには常に双方の親が関与することが子の福祉にかなうことが一層強調されており、「子の共同養育shared parenting」の概念が盛り込まれたこと、「子にとって双方の親との継続的な関わりが子の最善の利益にかなうという命題は『反証が示されない限り』常に当てはまるとされる」とされていることが紹介されている（資料②（法務省HP掲載資料）56頁）
2 関係者の不適切な行動を引き起こさない制度設計とする	
制度設計	法制度が人の行動を方向付けることから、当事者の不適切な行動を引き起こす法制度を回避する必要がある。
現行制度	現行の離婚後単独親権制度の下では、離婚紛争において、(1)(単独の)親権を取り合い、(2)高葛藤が別居親と子の交流阻止にプラスになる⇒子を確保して、(子との交流拒絶等により)別居親を挑発し、高葛藤にさせることが、当事者や離婚弁護士の合理的な戦略となってしまう。

共同親権を採用する米国との比較	<p>例えば、共同親権を原則とする米国では、（日本と同様の）単独親権と面接交渉権から成る取り決めの下でも、親権を持たない親（単独親権を持たない親）と子供が共に過ごす時間は、通常以下のように決められている。</p> <ul style="list-style-type: none"> ・ 隔週末（金曜の夜から日曜の夜までという場合が多い） ・ 週に一度平日の夜（通常夕食を含む） ・ 主な祝日のうち半数 ・ 夏期の数週間 <p>（資料③、米国大使館HP掲載資料）</p> <p>この非親権者と子の交流は、日本のそれとは比較にならない充実したものであり、米国と日本のこの差は、共同親権を原則とする法制度かどうかの違いによるものである。</p>
	<p>米国では「単独親権の下では、監護紛争は遺産相続紛争に類似しているとされる。両親の婚姻が亡き者と例えられ、両親は相続人で、遺産の一つである子どもの分配を争っている。・・・しかしその後、離婚後も両親が共同して子どもを養育する（joint parenting）という考え方に変わったことは、監護権紛争における裁判所の手続的役割の見直しにつながった。・・・このような変化に対応すべき導入された監護権紛争における養育計画（parenting plan）も、「誰がより良い親か」から「別居や離婚後、子どもを養育していくために両親はどのような計画を立てられるか」へと質問を変えることによって、離婚の当事者対抗システムの枠組みを中立化するための手段として考えられた」ことが指摘されている。（資料②3頁）</p>
3 子への虐待防止・保護の視点	
現行制度	<p>子を虐待から救うためには、虐待が認知される必要があるところ、現在の単独親権制度では、単独親権者（やその交際相手／再婚相手）による密室での虐待から子を救うことができない。そのような虐待を防止し、虐待から子を救うには、両親による共同養育によって2人の目を入れることが有効である。</p>
共同親権	<p>共同親権により虐待が続くという指摘があるが、その場合は、（虐待を認知する）他方親が手続き（現行法では親権停止等）をとることにより、子を虐待から救うことが可能である。</p>

中間試案に対するコメント	
第2、1、2について	
意見	<p>甲①案（＝原則共同親権案）にすべきである。</p>
根拠	<p>児童の権利条約が、児童が父母によって養育される権利を有することを規定し（7条1項）、児童の権利委員会が、日本に離婚後の共同養育のための法改正を勧告する（＝現行制度は児童の権利条約に反すると判断されている）状況において、「同条約において認められる権利の実現のため、すべての適当な立法措置、行政措置その他の措置を講ずる義務を負う」（条約4条）日本の選択して、原則共同親権案しかあり得ない。</p> <p>日本が児童の権利条約を締結する以上、現行の離婚後単独親権制度やそれを原則とする制度は、児童の権利条約が規定する児童の「父母によって養育される権利」を侵害し、離婚後の共同養育のための法改正を要請する児童の権利委員会の勧告に反する点で、採用不可となるはずである。</p>

	<p>単独親権制度は親権の奪い合いを引き起こすとともに、子を連れ去って別居親と子を断絶することが、当事者や離婚弁護士にとっての合理的戦略となる⇒それを回避するためにも、共同親権を原則とすべきである。</p> <p>虐待予防・虐待からの救出の観点からも、両親が養育に関与すること（＝共同親権）で、複数の人間が虐待を予防し虐待から子を守ることができるスキームにするべきである。（離婚後）単独親権では、単独親権者やその再婚相手・交際相手による密室での虐待への抑制とならないし、そのような虐待から子を救うこともできない。</p>
第2、3(1)について	
意見	B案のうち注1の①「一定の要件を満たさない限りは原則として監護者の定めをすべきではない」が妥当である。
根拠	<p>現在婚姻中（＝共同親権中）に監護者の指定はされていない。</p> <p>監護者を親権の行使者とするのであれば、実質上、現行の離婚後単独親権が、離婚後単独監護権に名称が変わるだけで、実質的には単独親権と変わらないことになる。</p> <p>婚姻中に監護者の定めがされていないのに、なぜ、監護者の定めが必要となるのか不明であるが、その奪い合い（＝紛争・高葛藤）を回避するためにも、具体的な必要がない限り、監護者を定める必要はないし、定めるべきではない。</p>
第2、3(2)（監護者が指定されている場合の親権行使）について	
意見	γ案（共同行使で最終家裁が決定）が妥当である。
根拠	<p>α案は監護者＝親権者とするもので、形式上共同親権としても、実質は単独親権と同じで、それに対する批判が妥当する。</p> <p>β案について、監護者だから適切に判断できると考える合理性はないし、子の利益とならない判断を行うこともある（例えば、監護者が新興宗教にはまっていたり、子と離れたくないために遠方の大学進学に反対する場合等）。また、父母間での葛藤がある場合には、相手に賛成したくないために反対するという不合理な判断を行うことも想定され、当事者のうち一方の判断を優先させるべきではない。</p>
第2、3(4)（子の居所指定又は変更に関する親権者の関与）について	
意見	γ案（共同行使で最終家裁が決定）での規律によることが妥当である。
根拠	子の居所変更は、別居親と子の交流に重大な影響を与える決定であり、同居親に単独での決定権を与えるべきではない。例えば、別居親と子の居所が近隣であったのに、合理的理由なく、別居親と子を切り離すために遠方に引っ越すことも考えられる。
第3、4(2)（親子交流（面会交流））について	
意見	<p>反証がない限り「子にとって双子にとって双方の親との継続的な関わりが子の最善の利益にかなう」という前提で親子交流を認めるべきである。</p> <p>また、内容においても、米国で認められているような、充実した親子交流が確保されるべきである。</p>

根拠	<p>児童の権利条約は、<u>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有することを規定し（9条3項）</u>、児童の権利委員会は、日本の現状では上記権利が確保されていないとして、日本に、<u>非同居親との人的な関係及び直接の接触を維持するための児童の権利が定期的に行使できることを確保するよう勧告</u>しており、別居親と子との断絶が認められている日本の現状は児童の権利条約違反である。</p>
	<p>児童の権利条約は、父母に養育され（7条1項）、父母のいずれとも関係を維持すること（9条3項）を子の権利として規定しており、その締約国である英国が採用する（資料②）ように「<u>子にとって双子にとって双方の親との継続的な関わりが子の最善の利益にかなう（という命題は『反証が示されない限り』常に当てはまるとされる）</u>」という考えに立脚している。</p>
	<p>共同親権を原則とする米国では、（日本と同様の）単独親権と面接交渉権から成る取り決めの下でも、日本と比較にならない充実した親子交流が確保されており（資料③）、日本でも同様の親子交流が確保されるべきである。</p>

(仮訳)

配布：一般
2019年3月5日
原文：英語

児童の権利委員会

日本の第4回・第5回政府報告に関する総括所見*

I. 序論

1. 委員会は、日本の第4回・第5回政府報告（CRC/C/JPN/4-5）を2019年1月16日及び17日に開かれた第2346回及び第2347回会合（CRC/C/SR.2346, 2347参照）において審査し、2019年2月1日に開かれた第2370回会合において本総括所見を採択した。
2. 委員会は、締約国における児童の権利の状況に関するより良い理解のために提出された、第4回・第5回政府報告、及び事前質問事項に対する書面による回答（CRC/C/JPN/Q/4-5/Add.1）を歓迎する。委員会は、多部門から構成された締約国の代表団との間で行われた建設的対話に、感謝の意を表す。

II. 締約国によるフォローアップ措置と進展

3. 委員会は、男女ともに婚姻開始年齢を18歳にすることとした2018年の民法改正、2017年の刑法改正、2016年の児童福祉法改正、児童ポルノの所持を犯罪化するに至った2014年の児童買春、児童ポルノに係る行為等の規制及び処罰並びに児童の保護等に関する法律の改正等、締約国による様々な分野での進展を歓迎する。また、委員会は、2016年の子供・若者育成支援推進大綱、2018年の第4次青少年が安全に安心してインターネットを利用できるようにするための施策に関する基本的な計画及び2014年の子供の貧困対策に関する大綱等、前回の審査以降に児童の権利に関連してとられた制度面及び政策面の措置の採択についても歓迎する。

III. 主要分野における懸念及び勧告

4. 委員会は、締約国が本条約にうたわれた全ての権利の不可分性及び相互依存性について締約国に対して注意を喚起し、本総括所見に含まれる全ての勧告の重要性を強調する。委員会は、緊急の措置がとられなければならない以下の分野に関する勧告に対し、締約国の注意を喚起したい。その分野とは、差別の禁止（パラ18）、児童の意見の尊重（パラ22）、体罰（パラ26）、家庭環境を奪われた児童（パラ29）、生殖に関する健康及び精神的健康（パラ35）並びに少年司法（パラ45）である。

* 第80回会期（2019年1月14～2月1日）において同委員会により採択された。

F. 家庭環境及び代替的監護（第5条，第9～11条，第18条(1)及び(2)，第20条，第21条，第25条及び第27条(4)）

家庭環境

27. 委員会は、締約国が、以下を行うため、十分な人的資源、技術的資源及び財源に裏づけられたあらゆる必要な措置をとるよう勧告する。

- (a) 仕事と家庭生活との適切なバランスを促進すること等の手段によって家族の支援や強化を図り、また、とりわけ児童の遺棄や施設措置を防止するため、困窮している家族に対して十分な社会的援助、心理社会的支援や指導を提供すること。
- (b) 児童の最善の利益である場合に、外国籍の親も含めて児童の共同養育を認めるため、離婚後の親子関係について定めた法令を改正し、また、非同居親との人的な関係及び直接の接触を維持するための児童の権利が定期的に行使できることを確保すること。
- (c) 家庭争議（例えば児童の扶養料に関するもの）における裁判所の命令の法執行を強化すること。
- (d) 子及びその他の親族の扶養料の国際的な回収に関する条約、扶養義務の準拠法に関する議定書、及び親等の責任及び子の保護措置に関する管轄権、準拠法、承認、執行及び協力に関する条約の批准を検討すること。

家庭環境を奪われた児童

28. 委員会は、家庭を基盤とする養育の原則を導入した2016年の児童福祉法改正、また、6歳未満の児童は施設に措置されるべきではないとする「新しい社会的養育ビジョン」（2017年）の承認に留意する。しかしながら、委員会は以下を深刻に懸念する。

- (a) 家族から分離される児童が多数にのぼるとの報告がなされていること、また、児童が裁判所の命令なくして家族から分離される場合があり、かつ最長で2か月間児童相談所に措置され得ること。
 - (b) いまなお多数の児童が、基準に満たない施設に措置され、多数の児童虐待の事件が報告されており、そうした施設では外部者による監視や評価のメカニズムが設けられていないこと。
 - (c) 児童相談所がより多くの児童を受け入れることに対する強力な金銭的インセンティブを有する疑惑があること。
 - (d) 里親が包括的支援、十分な研修及び監視を受けていないこと。
 - (e) 施設に措置された児童が生物学的親との接触を維持する権利を剥奪されていること。
 - (f) 生物学的親が児童の分離に反対する場合、又は児童の措置に関する生物学的親の決定が児童の最善の利益に反する場合は、児童相談所が家庭裁判所に申し立てを行うとの明確な指示が与えられていないこと。
29. 児童の代替的監護に関する指針に対する締約国の注意を喚起しつつ、委員会は、締約国に対し以下を要請する。
- (a) 児童を家族から分離すべきか否かの決定に関して義務的司法審査を導入すること、児童の分離に関する明確な基準を定めること及び親からの子の分離が最後の手段としてのみ、それが児童の保護のために必要かつ子どもの最善の利益に合致する場合に、子及びその親の意見を聴取した後に行なわれるよう確保すること。

父母の離婚に伴う子の養育・公的機関による
犯罪被害者の損害賠償請求権の履行確保に係る
各国の民事法制等に関する調査研究業務

報 告 書

令和2年10月

公益社団法人商事法務研究会

目 次

第1章 アメリカ	1
はじめに	1
1 米国制度の概要	1
2 米国の家族の特徴	1
3 その他	3
I 離婚後の親権	4
1 離婚後の共同親権	4
2 共同親権の行使における対立の調整	10
3 子の意思の考慮	10
4 子連れ別居に関する規律	18
5 共同親権から単独親権への移行	20
6 日本に米国の制度を導入する際の理論的及び実務的隘路	20
II 面会交流	21
1 面会交流に関する法制度・状況総論	21
2 面会交流の取決めに関する法制度及び実務の運用	22
3 面会交流の不履行に対する救済	24
4 公的機関による面会交流の実施の確保・支援	24
5 面会交流に関するその他の支援	26
6 日本に米国の制度を導入する際の理論的及び実務的隘路	27
III 養育費	27
1 養育費に関する法制度・状況総論	27
2 養育費の取決めに関する法制度及び実務の運用	34
3 公的機関による養育費の履行の確保	42
4 養育費に関するその他の支援	45
5 日本に米国の制度を導入する際の理論的及び実務的隘路	45
おわりに	46
第2章 イギリス	49
はじめに	49
1 イギリスの法制度と親子法	49
2 家族制度の変容	50
3 イギリス法における「親権」	52
I 離婚後の親権	55
1 離婚後の共同親権	55

2	共同親権の行使における対立の調整	57
3	子の意思の考慮	59
4	子連れ別居に関する規律	61
5	共同親権から単独親権への移行	62
6	日本にイギリスの制度を導入する際の理論的及び実務的隘路	62
II	面会交流	63
1	面会交流に関する法制度・状況総論	63
2	面会交流の取決めに関する法制度及び実務の運用	65
3	面会交流の不履行に対する救済	66
4	公的機関による面会交流の実施の確保・支援	67
5	面会交流に関するその他の支援	67
6	日本にイギリスの制度を導入する際の理論的及び実務的隘路	68
III	養育費	69
1	養育費に関する法制度・状況総論	69
2	養育費の取決めに関する法制度及び実務の運用	71
3	公的機関による養育費の履行の確保	73
4	養育費に関するその他の支援	75
5	日本にイギリスの制度を導入する際の理論的及び実務的隘路	75

第3章 ドイツ 77

	はじめに	77
1	総説	77
2	ドイツ家族法	77
I	離婚後の親権	78
1	離婚後の共同親権	78
2	子の意思の考慮	89
3	子連れ別居に関する規律	90
4	共同親権から単独親権への移行	91
5	日本にドイツの制度を導入する際の理論的及び実務的隘路	105
II	面会交流	106
1	面会交流に関する法制度・状況総論	106
2	面会交流の取決めに関する法制度及び実務の運用	110
3	面会交流の不履行に対する救済	112
4	公的機関による面会交流の実施の確保・支援	113
5	面会交流に関するその他の支援	114
6	日本にドイツの制度を導入する際の理論的及び実務的隘路	114
III	養育費	115
1	養育費に関する法制度・状況総論	115

が制定されていた。登録パートナーシップ (Domestic Partnership) も同様に認められている (カリフォルニア州では Family Code § 500、ニューヨーク州では Public Health Law § 2961-6-a)。未婚で生まれた子 (非嫡出子) にも法的差別はない。

米国における家族像の最近の特徴としては、離婚率 (法律婚の解消) の減少と婚外子出生率の増加 (法的離婚率の低下、同性婚やパートナー婚 (事実婚) の増加が影響か)、未成年親やシングルマザーの増加に伴う貧困家庭の増加が挙げられる。2014 年から同性カップルは 70% 増加し、現在は 100 万人弱、そのうち 58% が婚姻し、残りの 42% はパートナーである。同性婚カップルのうち、18 歳以下の子どもが少なくとも 1 人いる割合は 15% で、30 万人いる子どものうち 66% は同性カップルと法的親子関係を結んでいる。四半世紀で、父子家庭も 16% から 20% に増加している。2018 年、一人親 1290 万人のうち、母子家庭は約 80% で、そのうち未婚女性が 40.4%、離婚が 30% を占めている。父子家庭の場合は、離婚が 39.1%、未婚が 29.3% である。また、2017 年の貧困率についてみると、21 歳以下の子どもがいる一人親家庭の貧困率は 24.1% で、両親そろった家庭の貧困率 (13.6%) よりも 10% 以上高い。一人親家庭のおよそ 30% にあたる 660 万人が貧困層にあたる。母子家庭の貧困率は 27.3% で、父子家庭よりも 11.2% 高い。また、複数の子どものいる場合も貧困率は高くなり、母子家庭で子どもが 1 人の場合、貧困率は 18.7% だが、2 人になると 29.2%、3 人以上の場合は 50.8% まで上昇する。母子家庭の 51.4% はフルタイムの仕事についているが、20% は無職であり、母子家庭のうち、何らかの公的扶助を受けている割合は 44.7% である³。

(2) 家事事件裁判制度 (手続法)

さらに、ここ半世紀ほどで、家事事件をめぐる裁判制度も大きく変わった⁴。adversary system model から collaborative and interdisciplinary regime へ、court-based から community based への転換である。伝統的には、家事紛争も当事者対抗主義の下で処理され、対立当事者が裁判所の前で互いの主張をかわし、裁判官が、いずれの当事者に過失があり、子どもを含む財産をどのように分けるかを判断していた (離婚実体法が有責主義にもとづいていたことも影響している)。しかし現在では、多くの家庭裁判所が、問題を解決するモデルに方針転換し、裁判所は法的問題のみならず、それ以外の問題も解決することで、家族を

³ U.S. Census Bureau (2020), "Custodial Mothers and Fathers and Their Child Support: 2017", <https://www.census.gov/library/publications/2020/demo/p60-269.html> (accessed October 2020).

⁴ Jana B. Singer and Jane C. Murphy ed, *Resolving Family Conflicts, Resolving Family Conflicts* (Routledge, 2016), Jane C. Murphy and Jana B. Singer, *Divorced from Reality, Rethinking Family Dispute Resolution* (2015), Andrew Schepard, "Evolving Judicial Role in Child Custody Disputes: From Fault Finder to Conflict Manager to Differential Case Management", 22 *University of Arkansas at Little Rock Law Review*, pp.395-428. 原田綾子「アメリカと日本における監護面会交流紛争解決システムの展開—変容する規範と手続に注目して—」法と社会研究第 1 号 (2015) 65 頁以下も参照。

再構築しようとしている（離婚実体法が、有責主義から破綻主義に変わり、かつ単独監護権から共同監護権に変わったことが影響している）。単独親権の下では、監護紛争は遺産相続紛争に類似しているとされる。両親の婚姻が亡き者と例えられ、両親は相続人で、遺産の一つである子どもの分配を争っている。裁判所の役割は、審理後、いずれの親（相続人）が子どもをより道徳的にかつ心理学的に管理することができるかを判断することで、ひとたび監護権を分配してしまえば、両親と子どもの関係を再調整するための進行中の手続を促進するという役割は終了し、あとは当初の命令を執行したり変更したりするだけで、それは当事者対抗の手続によって行われる。しかしその後、離婚後も両親が共同して子どもを養育する（joint parenting）という考え方に変わったことは、監護権紛争における裁判所の手続的役割の見直しにつながった。一度限りの監護権の分配から、継続する（進行中の）家族再構築を監督するという役割である。これを例えると、共同親権の下での監護権裁判は、企業の再建（経済的に破綻しているが潜在的な再建可能性を有しているビジネスの再生）を監督する破産裁判所に似ているとされる。ここでのビジネスは子の養育であり、両親は経営者で、再建にあたりどのような任務が必要かについて争っている。裁判所の目的は、それらの任務をいずれかの当事者に課すことではなく、経営者をして養育計画に自発的に同意させることである。仮に将来紛争が生じたり、事情変更に応じて養育計画の修正が必要になったときのために、裁判所は、両親の紛争を管理する継続的な役割を負い、両親は、引き続き和解の手続に関与する。つまり、米国においては、家族実体法の原則の変化と、家事紛争の解決手続の変化は密接に関連しているといえる。

このような変化に対応すべく導入された監護権紛争における養育計画（parenting plan）も、「誰がより良い親か」から「別居や離婚後、子どもを養育していくために両親はどのような計画を立てられるか」へと質問を変えることによって、離婚の当事者対抗システムの枠組みを中立化するための手段として考えられた。この手続の主たる目的は、「監護権」や「面会交流」という法的な呼称を、子どもがそれぞれの親と一緒に住む時間、両親間の意思決定責任の分配という、詳細かつ当事者が独自に考える呼称へ置き換えることにあつたとされる。争いのあるケースで裁判所が最終的に判断する場合でも、裁判所と連携した精神科の専門家による鑑定（evaluation、心理的側面からみた子の最善の利益）に従って判断するようになった。つまり、ノンリーガルな評価に大きく頼るようになった。このことは、冒頭で述べた collaborative という言葉が示しているが、後述するように、各州（郡）の裁判所では、法曹以外の様々な専門家が協力して、裁判所に提出するための書類や監護権の行使を具体的に定める養育計画の作成、メディエーションなど、裁判手続に関わる利用者をサポートしている。

3 その他

本報告書では、カリフォルニア州とニューヨーク州を調査対象とする。カリフォルニア州においては、離婚後の監護権、面会交流、養育費は主に家族法（California Family Code, 以下引用する際には CFC）に詳細な規定があり、その他裁判所規則（California Rules of Court, 以下引用する際には CRC）にも関連規定がある。ニューヨーク州においては、家族関係法（Domestic Relations Law, 以下引用する際には DRL）§ 240 に監護権や養育費などがまとめて規定されており、その他家庭裁判所法（Family Court Act, 以下引用する際には FCA）

した形で「養親」になぞらえられ、親族が選任されることが多く、通常の居所決定に代わって子に安心と継続的な養育環境を与えるための仕組みである。しかし、特別後見人は、子の監護養育の安定性や長期継続性の点で、養親とは区別され（養子収養によって子と実親との法的親子関係は終了し、養親が親となる）、子と実親との絆を維持したうえでの後見制度に過ぎない。その意味では、特別後見人は、「親」ではなく、たとえ一定期間継続したとしても、あくまで一時的な監護養育の担当者であるといえる。したがって、子に安心かつ永続的な家庭（home）を与えることを重視すべき事案であれば、特別後見人制度を利用するのではなく、養子収養によるのが望ましいとされる²⁵。

子ども法の第三部においては、子の保護（care）に関して公的機関が負うべき責務について規定されている。これは、子の監護養育においては行政と家族が協同・連携するという子ども法の理念に基づくもので、親が子の養育責任を果たせない時に、行政・司法の公的機関が子の保護と家族への支援を提供する諸手続に関する規定である。具体的には、親による虐待などで子の心身に対して害を及ぼすような状況がある場合、子が心身の障がい有するのために特別な事情が生じた場合、親がいない場合など、公的機関の介入がないと適切な発育や健康維持ができないとき、あるいはその恐れがあるときに、その子は「要保護の子 child in needs」とされ、裁判所による保護決定が下される。そして、保護決定に基づいて、地方当局がその子の PR を保持・行使することになる²⁶。

I 離婚後²⁷の親権

1 離婚後の共同親権

(1) 基本的な考え方

現代のイギリス社会において、親密なパートナー関係にある異性又は同性カップルが同居していてもその関係性を法的に登録（婚姻もしくはパートナーシップ）しているとは限らず、非同居のパターンも含め、パートナー関係のあり方は多様である。それゆえ、死別以外の関係の解消がすべて離婚によるとは限らず、同棲関係・事実婚の解消としての別居、もともと別居している場合（例えば近くに住んで互いの家を行き来する生活で子がいるケース）の別離、同性パートナーシップ登録の解消、非登録同性パートナー間の別居・別離なども考えられる。

子がいる場合に、双方の親が離婚したり、パートナー関係や同居を解消したりすることになっても、子の監護養育は双方の親が共同して責任を負うことに変わりはなく、それまでと同様に子に対する責務を持ち、それぞれ PR を行使する。その意味で理論的には、離婚後も「共同親権」が継続するといえる。2014 年法による子ども法改正で、双方いずれの親も別離後も継続して子育てに関与すること（後述する「子の共同養育」）の原則がさらに強調された（同法 11 条）。

このとき対象となる「子」は 16 歳未満の子であるが、16 歳以上であっても障がいのある子など特別な配慮を要する場合には対象となる（前掲注 20 参照）。また、子の実親のみが対象となるのではなく、例えば再婚した妻の連れ子に対して PR を有する継父なども子に対する責任を負う。

婚姻カップル又は登録パートナー同士が共同で PR を行使する子のことを「（その）家族の子 child of the family」という（子ども法 105 条 1 項）。「家族の子」の概念には、婚姻カップルの実子や婚姻カップルにより実子として育てられている子が該当するほか、養親・継親が婚姻関係にある場合の養子や継子も含まれる²⁸。したがって、未婚のカップルによって実子のように育てられている子は、「家族の子」の概念に含まれない²⁹（1973 年婚姻事由法 52 条 1 項）。

²⁵ Masson et al. (2008), op. cit. n.7, pp.878-880. Bainham, A. and Gilmore, S. (2013), *Children – The Modern Law Fourth Edition*, Family Law, pp.709-711.

²⁶ 子ども法 33 条 3 項。

²⁷ 離婚は裁判所の判決で成立するが、離婚とは別に法的別離／別居（judicial separation：「裁判上の別居」「法的分離」とも訳される）の制度があり、これを裁判所に申し立てて法的別離／別居の判決（decree）が得られると、夫婦の同居の義務などが免除される効果が発生する。同性パートナーシップ登録の場合は離別決定（separation order）という。両親が別離・別居のいずれの場合においても子の監護養育をめぐる取決めや取扱いが同様であるため、本稿では離婚だけでなく法的別離等となった場合や子の出生前を含めて元より別居していた場合における「共同親権」について併せて扱うものとする。

²⁸ 養子収養前に里親委託されているような里子は含まれない（1973 年婚姻事由法 52 条 1 項）。

²⁹ *J v J (A Minor: Property Transfer)* [1993] 2FLR 56, [1993] 1 FCR 471 判決による。

(2)子に関する取決め事項

現行法では、両親の離婚又は別離の過程で、子は精神的・経済的あるいは社会的に被害を受ける者という前提がある。それゆえ、かかる子の福祉を確保するため、両親が共同して子の監護養育責任を果たすことができない場合に、当事者間で子の処遇に関する取決めをすることが求められている。

以前は、この取決めについて所定の様式による「子の処遇に関する陳述書 statement of arrangements for children」³⁰を裁判所に提出することが義務付けられており（1973年婚姻事由法41条）、裁判所は子の福祉に関する考慮事項のチェックリストに照らしてその内容を確認し、子の福祉に反すると判断した場合には離婚を認めないとする権限を有していた（同法41条2項）³¹。

しかしながら、2014年法による法改正で同41条が削除され、この「陳述書」の提出を要しないこととなった。したがって、離婚時等における子の処遇に関する取決めについては、両親双方による自律的かつ自由な話し合いで、子の居所、それぞれの親と過ごす時間等のほか、子の扶養／養育費支払いに関して合意が形成されていれば足りるとされる。但し、子に関する取決め合意内容を法的拘束力のあるものにする 것도可能である。その場合は、裁判所に対してソリシタ（事務弁護士）の援助のもとで作成し³²、双方が署名した「同意決定 consent order」の申立て³³を行い、裁判所の承認を得る。

また、子の居所に関して、子ども法8条の「子に関する取決め決定 child arrangement order」によって双方の親に共同の居所決定権を認めることで³⁴、子がそれぞれの親と「同居」することを制度的に可能としている（子ども法11条4項）。その際、それぞれの家での「同居」の期間や内容については、当事者親間で自由に決めることができる。

(3)子の共同養育 shared parenting と PR の行使

両親が離別しても子の親であることに変わりはなく、子ども法においても実親による子育てへの関与及び責任が強調されていることから、離別後の両親も共同して子に対する監護養育を行うことは基本的な前提とされている。但し、双方の親の子に対する関与や責任の度合について、法はなんら具体的に言及しておらず、また、裁判所も当事者間による話し合いの取決めや解決を推奨し、あえて裁判所が介入しない原則（no-order principle, non-intervention principle）をとってきた。現在でも、そのこと自体は変わらない。

2014年法11条により、子育てには常に双方の親が関与することが子の福祉にかなうことが一層強調されており、「子の共同養育 shared parenting」の概念が盛り込まれた。それにより子ども法1条に2A項、2B項が新設され、裁判所は、当該親による「子とのかかわり involvement」が、その子の福祉の増進につながるかどうかを考慮して判断するという規定も設けられた。但し、2014年の改正においても、子にとって双方の親との継続的なかかわりが子の最善の利益にかなうという命題は、「反証が示されない限り」常に当てはまるとされており、裁判所が子の福祉を最優先するという原則に従い、子の最善の利益に照らして判断をするという従来の仕組みに変更はない。

このチェックリストを用いて裁判所が判断するのは、子育てをめぐる両親間で対立があり、紛争となった事案においてである。当事者間で「子の共同養育」の合意形成ができるのであれば、裁判所は全く関与しない。

³⁰ 同「陳述書」においては、子が生活する住居の状況（部屋数などを含む）、子が受ける教育の内容（教育費の負担などを含む）、日常的な子の監護養育の状況（誰が子の面倒を昼間みるかなどを含む）、子の養育費の詳細（裁判所の決定の存否などを含む）、子と非同居親との交流の内容、子の健康状態などについて、父母の合意結果を記載することが求められていた。

³¹ 但し、実際にはそのようなケースは例外的でありほとんどなかったとされる（Masson et al (2008), op. cit. n.7, p. 289）。

³² 離婚等の申立手続に際しての書類作成や添付書類の準備などは、当事者が自力で行うのではなく法律専門家（ソリシタ）の助言・委託による場合が一般的である。

³³ 「子に関する取決め決定」関係の申請にかかる様式 Form C100 を使用する。

³⁴ 2014年法改正以前でいうところの「共同居所決定 shared residence order」である。

社会

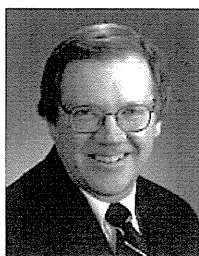
離婚後の子供の親権に関する米国の法律

Jan 22, 2010

★★★



ジェフ・アトキンソン



ジェフ・アトキンソン

米国では、離婚後の子供の親権については、連邦法ではなく各州の法律が規定している。従って、50州およびコロンビア特別区（首都のワシントンDC）に、それぞれ独自の法律がある。各州の法律は、おおむね類似している。

両親が離婚した後の子供の親権は、その子供の最善の利益に基づいて決めるものとされている。法律では、父親と母親は同等に扱われるものとされており、いずれの親も、性別に基づいて自動的に優先して親権を与えられることはない。1960年代または70年代までは、ほとんどの州が「母親優先の原則(Tender Years Doctrine)」を採用し、母親が親として適格でさえあれば、自動的に母親に親権を与えていた。その後、米国では、離婚に伴う紛争においても、職場においても、男女平等の原則が普及していった。

子供の親権の決定に際しては、「共同親権（共有親権）」と、面接交渉権付きの「単独親権」という主な選択肢がある。

共同親権

共同親権の概念が生まれたのは1970年代のことである（ほぼ同時期に、法律によって父親と母親を同等に扱うことが定められた）。共同親権には2つの要素がある。ひとつは、「法的共同親権」と呼ばれるもので、これは、子供に関する主要な決定をする権利を、両親にそれぞれ平等に与えるものである。主要な決定とは、子供の教育、医療、および宗教教育に関するものであるが、そのほかにも、子供の課外活動や、何歳からデートや車の運転を許可するか、などについての決定が含まれることもある。法的共同親権の下では、両親は協力して共通の決定を下すよう指示される。両親が合意できない場合には、裁判所がいずれかの親を選んで決定させることもある（ただし、宗教に関して両親の意見が合わない場合は、両親共に、子供に悪影響を与えない範囲で、それぞれの宗教に子供を触れさせる権利を有する）。

共同親権のもうひとつの要素は「物理的共同親権」である。これは、子供がそれぞれの両親とどれだけ時間を過ごすかに関するものである。物理的共同親権の下では、子

供はそれぞれの両親とかなりの時間を一緒に過ごす。同じだけの時間を一緒に過ごしてもよいが、同じでなくてもよい。両親のそれぞれと同じ長さの時間を過ごす例として、1週間ごとに交互にどちらかの親と過ごす方法がある。また、2日間片方の親と過ごしてから2日間もう一方の親と過ごし、続いて5日間片方の親と過ごしてから5日間もう一方の親と過ごし、この周期を繰り返す、という方法もある。同じ長さの時間を過ごすというやり方が機能するためには、通常、両親がお互いに近くに住んでいなければならない。また、両親が相互に協力的であることも極めて有用である。

すべての州が、共同親権を子供の養育の選択肢として規定している。共同親権を法的推定としている州もある。それらの州では、当事者同士が他の方法を選ぶことで合意した場合や、共同親権が子供の最善の利益にならないとの証拠がある場合を除き、裁判所は共同親権を命令することになっている。

単独親権

離婚後の子供の養育におけるもうひとつの選択肢は、単独親権である。単独親権の下では、子供はほとんどの時間を片方の親と過ごし、その親が、教育や医療など子供に関する主要な決定を下す権利を有する。もう一方の親には、一定の時間を子供と共に過ごす権利が与えられる。これを通常「面接交渉権」という。

離婚紛争で使われる用語に対して、一部の親や議員は異議を唱えている。「親権」を意味する「custody」という言葉には、財産の「管理」という意味もあるため、子供を養育する機会というより、ひとつの財産の所有をめぐる争いのようなニュアンスがある。また米国では、「面接交渉権」を表す「visitation」という言葉は、刑務所に収監されている人に制限付きで面会することを指す言葉でもある。こうした従来の用語に対する反対意見に鑑み、一部の州の法律では、離婚した親が子供と過ごす時間のことを、「単独親権」や「面接交渉権」という言葉を使わず「parenting time（養育時間）」と呼ぶようになっている。

単独親権と面接交渉権から成る取り決めの下では、親権を持たない親（単独親権を持たない親）と子供が共に過ごす時間は、通常以下のように決められている。

- 隔週末（金曜の夜から日曜の夜までという場合が多い）
- 週に一度平日の夜（通常夕食を含む）
- 主な祝日のうち半数
- 夏期の数週間

米国の法律の下では、親権を持たない親には、子供との接触によって子供に害が及ぶことが明らかな場合を除き、面接交渉権（あるいは養育時間）が与えられる。米国最高裁判所は、米国憲法の下で「生みの親には、子供の保護監督、養育、および管理に関する基本的自由権」がある、と宣言している。最高裁は、これは「いかなる財産権より貴重な権利」である、と述べている。さらに、米国の社会学者や精神衛生の専門家による数々の研究によると、子供は、積極的に関与する2人の親に育てられた場合に最も良い状態となることが明らかになっている（ただし親同士が常に争っている場合は別である）。

親に子供と接触させないようにするには、例えば子供に対する虐待や親の重大な精神疾患など特殊な状況のあることが証明されなければならない。親が子供を虐待した場合や、親に重大な精神疾患のある場合でさえも、裁判所は、親と子が裁判所の監督下で接触することを許可する可能性がある。

親権決定の要因