

「家族法制の見直しに関する中間試案」に対する
パブリックコメント

令和5年2月17日

東京都渋谷区恵比寿南1-25-1

恵比寿プラックスビル6階

弁護士法人本田正幸国際法律事務所

第1 総論

- ・子の最善の利益の観点からは、別居や離婚による子の生育環境の激変や片親との交流の遮断を防止できる機能を有する共同監護法制の導入が必須であり、その有用性は欧米諸国における共同監護法制の維持・発展の歴史により実証されている。
- ・離婚後に単独親権・単独監護権のみを認める現行法制は、連れ去り別居による片親との交流遮断を助長するリスクを内包し、また、多様な監護形態への対応を困難とするものであるから、見直す必要がある。
- ・共同監護法制を導入し、これを現実に機能させるためには、共同監護法制が子どもの権利を尊重するための世界的に確立した価値観であることを真摯に受け止め、別居・離婚後も、子が両親と頻繁に交流していくことが子の最善の利益に資するという価値観を基本政策として明文化することが何よりも重要である（両親の行動指針、裁判所の判断指針となる。）。
- ・当事務所は、共同監護法制を採用する外国法が適用される涉外家事事案を多数扱ってきた経験を有し、主に、このような涉外事案において、我が国の裁判実務上、別居・離婚後に共同監護がなされる案件は相当数蓄積している。すなわち、共同監護法制は我が国でも実践可能である。

1 はじめに

当事務所では、涉外家事事案・ハーグ条約事案等を多く取り扱ってきており、その中には、我が国の家庭裁判所の手続き（別居後の監護者指定や離婚訴訟における親権者指定、ハーグ条約に基づく返還手続きの前後に起こされるリロケーションオーダーや監護に関する紛争も含む）の中で、諸外国の子の共同監護（共同親責任）に関する法律等が準拠法として適用される事案も多く存在する。

つまり、諸外国の共同監護法制は、実際に、我が国の家庭裁判所において、法の適用に関する通則法に基づき当該国の法律が準拠法とされることにより各事案に適用され、家庭裁判所はその経験を蓄積している（東京家庭裁判所では、家事3部が涉外家事事件の専門部として対応している）。

法制審議会における審議については、各委員等から、諸外国における法制の紹介がなされる等して、我が国の現在の法制度・実務の経験も踏まえたうえで議論が行われてきており、その議論等をもとに中間試案が提出されているが、

上述のような、我が国の裁判所で実際に行われている共同監護事案についての実務を踏まえた議論・意見はあまり見受けられないように思われる。

特に、共同身上監護については、養育を担当する親が隔週で交代する等、均等な割合での養育の分担となるのが典型例であるとか、そのような養育方法は現実的でない等の意見があるなど、多様な身上監護が種々存在し機能しているだけでなく、均等な割合の監護も事案によっては現実には機能している実際の実務とは乖離している部分もあり、一部誤解も生じているように思われる。

よって、本パブリックコメントでは、実際にわが国の家庭裁判所で行われている共同監護の事案にも触れつつ、実務上の観点から、中間試案のうち、共同親権、共同監護の規律に関する部分に焦点を当ててコメントを行う。

そして、上記規律の検討において、子の最善の利益が最も重要な指標であり、子の立場からこの点を検討すべきであること、実務の現場では、別居・離婚後も、子が両親と頻繁に交流していくことが、子の最善の利益に資する場合が多々あり、共同親権制度・共同監護制度はそのような親子の交流を充実させ、子の環境が大きく変化しないように配慮する制度として子の最善の利益に資するものであるからこの点を基本政策として掲げることが重要であること、実務上、上記制度は基本的には実践が可能であること、上記理念に沿う他の制度も同時に採用すべきであることを述べる。

2 諸外国の共同監護の法制について

法制審議会でも紹介されているとおり、現在、欧米諸国を中心として世界では、共同身上監護を含む共同監護の制度、共同親責任の制度が定着してきている（周知のとおり、親権や法的共同監護は子の権利に対応する養育責任の側面を重視する観点から「親責任」、共同身上監護は養育についての責任を分担するという意味で、単純に「養育 (Care)」という用語に変えている国も増加しており、これは正しい方向性と言える）。

特にアメリカでは、40年以上前に共同監護の制度が法制化され、現在では、その制度の内容はそれぞれ異なるも、全ての州において共同監護は法制化されている（日米親権法の比較研究・山口亮子）。

そして、多くの州が、別居・離婚後も、子が両親と頻繁に交流していくことは子の最善の利益に資するという考えを、その州の基本政策・公共政策として条文に掲げており（後述のとおり、この点は重要である）、共同の法的監護だけではなく共同の身上監護も（均等な割合の共同身上監護だけでなく、部分的な共同身上監護も含む）、多くの州で広く行われてきている（特に、2000年以降、上記共同身上監護の数は、顕著に増加している・上記研究参照）。

上記の基本政策に則り、子にとって、別居・離婚後も両親との関係・交流がそれまでと同程度に継続できるように、両親は養育（監護）計画の作成を行う必要があり、協議がうまくいかない場合には、裁判所が上記計画の内容を決めるとともに、別居・離婚の際に子を連れた転居をも伴う場合には、これにより子が他方の親と交流することがより制限される可能性があることから、子を連れた転居について他方の親の同意又は裁判所の許可（リロケーションオーダー）等を必要とし、これに違反すれば国外への転居の場合はハーグ条約の対象となり、国内の場合でも国内法によって直ちに子を返還する制度を整備している州が増加している（つまり、上記の別居・離婚の際に子と別居することとなる親〔以下「別居親」という。〕と子の交流、リロケーションオーダーとハーグ条約その他の子の返還手続きは、相互に密接に関連している）。

その他に、監護権や面会交流の実現・執行を担保するシステムとして、裁判所侮辱罪の存在、充実した直接強制のシステム等も存在する。

なお、法制審議会で、子に対するDV等の防止の観点から、共同親責任の法律を一部改正した国として紹介されているオーストラリアも、後述するとおり、共同親責任（共同身上親責任も含む）や転居の制限を定める等、基本的な構造は、上記の共同監護法制の国々と同様である。

上述した東京家庭裁判所家事3部では、上記のアメリカの各州だけではなく、カナダ、イギリス、フランス、チェコ、ベルギーその他のヨーロッパ諸国等の共同監護法制が準拠法として、実際に適用され手続きが行われてきている。

3 実際の事案等に則した共同親権・監護法制と単独親権制の手続きの相違

以下では、我が国の家庭裁判所における手続きにおいて、上述のような共同監護法制の外国法の適用事案等と、現在の日本法の適用事案について、別居から離婚後にかけてのそれぞれの段階で、概ねどのような違いがあるか比較を行うことで長所や短所がより鮮明に浮かび上がると考えられることから、両者を検討した上で、中間試案の規律について意見を行うものとする。

① 別居時における監護についての暫定的な合意や処分、転居の許可

ア 外国法

父母の間で婚姻が破綻し、別居に至る場合、例えば、母親側が現在の住居での同居をやめ、実家に帰ったりするなど別居を検討するが、既に述べたとおり、欧米諸国の共同監護法制の下であれば、まずは、子の監

護・交流等についての暫定的な合意をするか、それが無理な場合には、裁判所に養育（監護）計画について判断を求めることになる。

また、転居により子と別居親との距離が離れて共同監護が難しい場合には、事前の通知と別居親による転居の同意が必要となり、同意が得られなければ、裁判所にリロケーションオーダー（転居の許可）を求めることになる。

仮に、別居が先行した場合でも、適切な時期に転居通知をしなかったり、父親との交流を遮断したりすれば、上述のような基本政策に反することとなるから、裁判所侮辱に問われたり、監護者指定の判断にマイナスな影響を与えることを当事者は知っているため、速やかに裁判所に同様の申立を行うのが通常である。

そして、裁判所も、当初は再度養育（監護）計画の合意を促すが、合意ができず、別居親と子の交流がほとんどできていない場合には、早期に、監護の分担又は交流についての定型的な暫定的判断を行うシステムとなっていることが多い（扱ったケースの中で、例えば、フロリダでは、早期に定型的な監護の分担又は交流の方法が定められ、カリフォルニアやベルギーのケース等でも、交流がほとんどできていない場合には、二週間ほどで暫定的な判断がなされると現地の外国弁護士は意見を述べていた）。

実際の東京家裁における共同監護法制を有する外国法の適用ケースでも、日本国内、又は、外国において、事前に養育（監護）計画について合意ができていたり（裁判所に行く前に当事者間で詳細な計画が定められていた）、最終的な合意ができなくても比較的早期に暫定的な養育（監護）計画や交流の合意に至るケースが存在する。

仮に、このような合意ができなくても、後述のとおり、単独監護法制と異なり、共同監護法制の外国法が準拠法となる場合には、本案と保全の結果が大きく異なる場合が多いことから、我が国の保全処分により判断できる可能性はあると考えられる（但し、後述のとおり、保全の緊急性の要件を満たすのかという問題はある）。

また、リロケーションオーダー（転居の許可）についても、我が国の裁判所で判断がなされた例が複数ある。

外国への子を伴う移住の場合には、他方の親の同意が無ければハーグ条約により返還の対象となるため、同意が得られない場合には、裁判所にリロケーションオーダーを求める必要があることから、下記のような外国への移住に関する例が存在する。

単独監護権を取得した同居親が（後述のとおり、外国法では単独監護

権者が子と転居する場合にも片方の親の同意を必要とする場合がある)、子とともにオランダに移住することについて、別居親からの転居の同意が得られなかった後、ハーグ条約による返還対象とならないようにするため、我が国の手続きである監護に関する処分の申立てとして、リロケーションオーダーを求めた事案で、手続きの中では転居の必要性や子の意思、転居後に予定される面会交流の内容等が検討され、その上で裁判所が許可したケース(即時抗告されたが高裁で棄却され確定した)や、子とカナダへの移住を求めてきたが、裁判官が不許可の心証開示をして、結果申立人が取り下げたもの、同居中にイギリスに子と渡航し、ハーグ条約により子が返還された事案(我が国におけるハーグ条約初適用事案)について、東京家庭裁判所に監護者指定を申し立てたところ、裁判官が主導して、転居を認めた上での転居先での詳細な面会交流を定める調停合意に至ったケース等(この事案は、一般的な基準をあてはめれば転居の許可を認めて良い事情があり、外国に移住する前に申し立てをしていれば、許可が認められ得る事案と言え、上記合意は、実質的には、リロケーションについての調停合意と言える)が存在する。

共同監護法制を採用すれば、居所指定権も共同となり(監護権がなくても、居所指定権については共同としたり、同意が必要とされるのが一般的であるから)、国内の移住についても同意がない場合には、リロケーションオーダーを求めることになると考えられる。

イ 日本法

他方で、現在の日本の法制度が適用されるケースでは、国際的なカップルの場合や日本人同士の場合に、事前又は別居直後に共同監護、又は、面会交流等について暫定的な合意ができた事案もあるが、そもそもそのような話合いがなされること自体あまり多くはなく、日本法の下では、通常、同意を得ない転居自体が違法とは見なされないし、別居の態様に問題がなければ、監護者指定の判断にも影響を与えないことから、別居しようとする親は、他方の親の許可無く子を連れ去り別居をすることがままある。

しかも、子を連れて別居しようとする親が、同居中に、別居のため裁判所による監護者指定を得ようとしても、通常、監護者指定の手続きには時間がかかり、保全手続きを申し立てたとしても、裁判所は保全手続きの判断自体、本案と同日に行うため結局時間がかかることになる(単独親権制のもとでは、どちらかが単独監護・親権を取得するのであるから、保全と本案との結論が異なれば、子は急激に何度も環境が変化する

こととなるため、裁判所もその点を懸念し、保全の判断を本案の判断と同日に行う傾向がある。東京高決平成 28 年 6 月 10 日他、山岸秀彬・家庭の法と裁判 26 号 72 頁参照)。

このように、裁判所に申立をして、長期間にわたり別居ができなくなると、その間、既に破綻している夫婦間で子の前で紛争が激化したり子の困り込みがなされたりして、子らの最善の利益に反する状況になる危険性もあることから、別居を考えている親も、事前に裁判所に監護者指定の申し立てをすることを躊躇し、連れ去り別居を選択することになる。

つまり、我が国の単独監護の法制度及び実務自体が、連れ去り別居を行わざるを得ない状況を作りあげているとも言える。

この場合に、残された別居親がなしうることと言えば、監護者指定・子の引渡しや面会交流の調停の申立てをし、子と同居する親（以下「同居親」という。）の合意が得られなければ審判の申立てをするかしかないが、これらも、後述のとおり、裁判所が早期に判断をすることはなく、内容的にも不十分な交流しか認められないのが実務である。

共同監護法制を採れば、特に均等な割合で定められる事案であれば、監護計画の内容が異なるだけで、子にとって劇的な変化は生じないと言え、上述の判例の考え方に則ったとしても暫定的な命令は出しやすいと言えるのに対し、単独監護法制の下では、事前かつ早期に、暫定的な養育（監護）計画や交流計画の策定や転居の許可を裁判所により定める方法がなく、結果、別居をしようとする親は、家庭内での紛争を避けるため、子と別居親との交流がなくなり子の環境が大きく変化する連れ去り別居を行うという選択をせざるを得ない状況に陥るとも言えるのであり、この点からしても、共同監護法制と異なり、単独監護法制は、子と別居親との交流を妨げ、子の最善の利益に反する結果につながる連れ去り別居を選択させる要因を、制度自体が内包していると言える。

② 養育（監護）計画の策定、又は、監護者の指定の手続き

ア 外国法

暫定的な養育（監護）計画の合意ができたり、暫定的な命令が出された場合には、既に触れたとおり、双方が、本案手続きにおいて、将来の紛争をできるだけ予防するため、詳細な養育（監護）計画を出し合い、重要事項の意思決定の方法や、情報の共有の方法、養育・監護のスケジュールや受け渡し方法、紛争解決方法等を詳細に検討し、最終的に、合

意ができない場合には、裁判所が判断することになる。

そして、共同監護の法制の外国法の適用事案においては、上述のように、条文上、双方の親との交流が子の最善の利益につながるとする基本政策を定めていたり、場合によっては、共同法的監護については根元的なものとして自動的に与えられたり、共同法的監護を原則としたり、推定規定を置くなどしており、共同身上監護についても、均等な監護の割合の推定規定を定めている場合もあるため、この推定にそって裁判所は訴訟指揮を行うことから、比較的、共同法的監護や共同身上監護自体は争いがなく（監護割合やいつ監護を担当するかの議論はなされるが）、全員にコンセンサスがある状態で、手続きの進行はスムーズである。

実際、東京家庭裁判所家事3部でも、このような養育・監護計画の策定を常時行っており（養育・監護計画の内容の例として、カナダノバスコシア州法の適用時案を参照。家庭の法と裁判12号58頁・67頁）、同部の裁判官は共同監護事案の経験を積んでいるため共同監護に対する理解があり、当事者も共同監護の基本政策のある国や州を母国としており、双方の代理人も涉外家事を常時扱っていることが多いことから、手続きにおいては、養育（監護）計画の内容についての議論が中心となり、対立的な構造で終始するというより、子のためにどのような計画を定めるかという点に意識が向けられていることが多い（養育（監護）計画は、前述のとおり、別居前から弁護士を通して両親間で作成されることもあり、子の将来に向けてベターな案を作成しようという前向きな姿勢で早期に子の監護に関する紛争を解決する効果も有しているのである）。

イ 日本法

他方で、日本法の下では、養育（監護）計画は策定しないから、どちらが単独監護者となるのみが争点となり、いわば、100対0に近い結果しかないため、争いは熾烈なものとなり、主張内容も、双方が相手を誹謗中傷するような内容になることが多く、解決に長期間を要するし、手続き終了後も、敗訴した側に、不満や禍根が残る傾向がある。

ここでは、将来の両親と子との交流の視点は抜け落ちていることから、現在の親子の交流についての視点も欠けていることが多い。

即ち、監護者指定の本案の手続きを行っている間に、例え面会交流の申立等がなされたとしても、当事者が反対すればなかなか面会交流の段取りも決まらず（我が国の単独親権制の下では、いったん、子を取り返されれば、親権を取得できないリスクもあり、それをおそれて、同居親も面会交流にも否定的になることが多い）、裁判所自体も監護者をどちら

にするかに目が行き、面会交流を早期に実現させようとする姿勢があまり感じられないこともある。仮に、早期に面会交流の審判を出すことを要請したとしても、同居親の協力が無い状態では実効性が薄いという理由で消極的な姿勢となり、仮に審判をしたとしても、実務上一般的とされる月1度2時間程度の面会交流がせいぜいである。

この間、別居親が子と交流ができないまま長期間経過し、その間にも、同居親は、単独監護・親権を確実に取得しようとして、子の囲い込みを行ったり、別居親の批判を子の前でするなど、子の最善の利益に反する状態が長期間継続することになる。

この点も、単独監護法制の制度そのものが内包する問題と言える。

③ 養育（監護）計画の判断の考慮要素と暫定的な養育（監護）計画の手続き

ア 外国法

共同監護法制は、養育（監護）計画を定めるにあたっての考慮要素としてフレンドリーペアレンタルルールを採用しているため（明文で定められていなくても、前述の基本政策から解釈上導かれる場合もある）、暫定的な養育（監護）計画中でも、その養育（監護）計画に違反することは、監護者の判断や監護割合に影響を与える可能性があることから、その計画は、最終的に本案で決まるまでの間、比較的尊重され、計画の実効性が保たれ、両親との交流が、別居後も継続できる仕組みになっている。

また、いわゆる主たる監護者による監護の継続の考慮要素についても、監護者や監護割合の判断の際に、違法な奪取等による監護状態の作出については、一切参考にせず、違法行為の前までの継続性が重視され、むしろ、そのような違法行為は、判断にあたって、マイナス要因となる。

イ 日本法

他方で、日本法においては、フレンドリーペアレンタルルールは、考慮要素としてあげられていないか、仮にあげられていても、あまり重視されていないのが実務の現状である（一部、この点を重視している判例もあるが、少数である）。

また、継続性の原則の中身も、子の奪取や同意のない連れ去り、子の囲い込みは、あまり問題とされず（態様によっては、一部、考慮される

場合もあるが)、現在の状況を重視するため、むしろ、連れ去りが有利に働く可能性があり、現在の法制度・実務の下では、連れ去り別居や囲い込みを制度自体が追認している状況となってしまうている。

④ 監護の種類態様等、合意や裁判所の判断の内容

ア 外国法

上記のような手続きを経て、合意又は裁判所の判断により養育（監護）計画が決定するが、上述の東京家庭裁判所家事3部の事案を見ただけでも、その内容は、世界中の多様な法制度や家族関係を反映して、実に多様な形態が存在している。

法的監護については、前述したとおり、チェコのように、根元的なものとして必ず付与されるとする国があったり（つまり、法的監護について審判の主文に記載する必要はない）、原則規定や推定規定がある場合には共同となるが、例外的に、別居親が外国等の遠方に住んでいる場合や、子に対するDVのリスクが高い場合等において、単独法的監護とされることもある（つまり、日常生活に関与していないと、意思決定に関わるのは困難という理由である）。

身上監護については、隔週で監護者が交替する等、身上監護を均等な割合（一方の親が概ね4割以上）で両親に付与するもの、均等と言っても、子の安定性も考慮し、学校に通っている期間は、片方の親は2週間に一度、週の半ば（平日の日常生活における監護が親責任を自覚し、親子の関係を維持するために必要とする考えに基づく）や末から、月曜日までとしつつ、学校が休みの期間をその親に多く割り当てることにより全体としてはほぼ均等な割合での共同身上監護とするもの、4割までは行かないが、隔週末に監護を認めるもの、単独親権や監護権を一方の親に付与し、他方の親には充実した面会交流を認めるもの（これは、呼び方の問題で、実質的には部分的身上監護とも言える場合もある）等様々である。

これらの共同監護は、高葛藤なケースと分類される両親の場合には我が国では困難ではないかという意見が法制審議会において出されていたが、高葛藤と言える両親ですら、単独監護だけではなく、部分的身上監護、及び、均等な割合での共同身上監護の実施が我が国の手続の下でも可能となっているケースは珍しくない（つまり、法制度さえ変えれば、我が国でも、上記のような多様な共同監護を実施することは可能であると言える）。

このように、我が国の家庭裁判所における共同監護の事案は、通則法により決定される様々な国の準拠法をベースにして、多様な家族関係に応じ、多

様な監護形態をとっており、共同監護法制は、前述の子の環境の劇的な変化を防止し、別居親との交流を継続させるという長所の他に、別居前から存在する多様な家族形態に対応して、多様な監護の形態を選択することができるという長所も有しているのである。

イ 日本法

これに対し、日本法の下では、基本的には、実際に別居前に共同で子の面倒を見ている家族についても、裁判所の判断で行えるのは、単独監護のみであり、通常、養育（監護）計画が作成されることはないことから、子と両親との関係は、別居により、同居中の形態から激変することとなる。

また、多様な家族形態に対する受け皿は無く、基本的に、選択の余地がなくなる（前述のとおり、面会交流による調整には限界がある）。

共同親権と異なり、共同監護については、民法766条1項の「子の監護について必要な事項」として、解釈上審判も可能と考えられ、だからこそ、調停合意等により共同監護が定められることもあるが、当事者間で些細な点でも合意できなければ、同法819条との均衡から、共同監護の審判を行うことに対して裁判所は消極的である（上記山岸論文・家庭の法と裁判26号70頁）。

実際の調停や審判の手続きにおいても、共同監護を比較的検討できる両親間でも、条件面で些細な違いがあったケースで、共同監護を民法は禁じていないと主張して判断を求めても、裁判所は否定的であった（共同監護の決定を求めて東京高裁に即時抗告した事案においても、判断が不可能であるとはしなかったものの、両親間の葛藤があるから共同監護は適切ではないという理由でこれを棄却している）。

⑤ 執行等

ア 外国法

共同養育・監護計画の調停合意や裁判所による判断の前後において、無断で行われた転居や養育（監護）計画の不履行があった場合、共同監護法制の国においては、民事・刑事の裁判所侮辱の適用により罰金や拘禁等の厳しい手続きがあるほか、損害賠償請求が認められたり、不法な子の引渡の拒否（wrongful denial）の場合に重大な事情の変更があったものとみなされ、監護計画の変更が認められたり、代償日の付与や、弁護士費用等の支払いを命じる規定が置かれている場合もある。

実際の東京家裁における共同監護法制を有する外国法の適用ケースで

は、以下のような事例が存するが、わが国では、共同監護法制を担保する手続法が未整備であるための限界も存する。

例えば、上記のカナダノバスコシア州法の適用事案において、東京家裁に不法な引渡し拒否に関する上記の規定を根拠に監護に関する処分を申し立てたところ、子の受け渡しを両親が直接行うことが葛藤を高めるとして、監護計画の一部を変更し、引渡しを学校を介して円滑に行えるよう引渡し時間を変更した例がある。

また、間接強制については、日本法の下でも規定があるため、我が国の裁判所における共同監護事案でも行うことが可能であり、実際、監護計画違反を理由として間接強制の申立てを行った事案では、間接強制命令が出され、最終的には、共同監護者に子が引き渡された。

損害賠償についても、監護計画通りに子を引き渡さなかったことを理由に、損害賠償金の支払いを認めた地裁の判決がある。

一方、直接強制は、理論的には可能であると思われるが（ある事案で裁判官も同様の意見を述べていた）、共同監護の場合、監護スケジュール上、片方の親が長期間監護期間を有していることは稀なため、直接強制の手続きに通常かかる期間を考えると、我が国における現行の手続法を前提とする限り、実際上は執行は困難であると考えられる。

イ 日本法

単独監護法制の下でも、合意に基づいて共同監護を選択したり、面会交流の定めがなされた場合、不履行に対する間接強制は可能であり、損害賠償が認められる場合もありうるが、その他に、上記のような柔軟かつ実効性のある規定はない。

⑥ 離婚

ア 外国法

共同監護法制の国では、別居時に監護者指定や監護計画の決定がされた後に、離婚の申立がなされたとしても、事情の変更がなければ、再度監護権の判断を行わないとする制度が多く、必要も無いのに紛争が蒸し返されることはない。

実際、東京家庭裁判所家事3部においても、そのような法制度の下での準拠法に従い、監護者指定や監護計画を定める審判書には、「離婚に至るまで」という文言をいれない場合がある。

イ 日本法

日本法においては、別居後に監護者が決まっても、離婚判決の際に親権者を指定することが法律上必要であるため、再度、紛争が蒸し返され、さらに紛争が長期化することになる。

⑦ 裁判所の判断後の転居

ア 外国法

裁判所で単独や共同監護の判断が出た後に、他の州や海外に行く場合には、他方の親の同意又は裁判所の許可が必要とされたり、異議を申し立てることができるのが通常であり、その場合には、既に行われている交流が害されないよう裁判所は転居の可否を慎重に判断し、許可無く移住すれば、ハーグ条約その他の手続きにより返還の対象となることになる。

イ 日本法

単独監護者の指定がなされた場合には、日本法上、監護権に居所指定権も含まれることから、単独監護者は、子とともに、自由に外国等への移住が可能となり、ハーグ条約による返還対象ともならないことから、別居親との交流はとだえることになる。

4 今回の改正において共同監護法制を採用すべき理由について

欧米諸国が、40年以上にわたり、微調整をしつつも共同監護法制を維持・発展させてきた歴史があり、上記法制の問題点の微調整のための改正がある他は、基本的な構造は変更されずに現在に至っていること自体は異論はないところと考えられるが（つまり、世界中の多くの人達にとって、共同監護法制は必要とされ、許容されている事実）、なぜ、このような長期間にわたり共同監護法制は基本的に維持されてきたのか。

上記3の比較を見れば、その理由は明白であると言えよう。

つまり、3で何度も指摘したとおり、共同監護法制は、あくまで子の立場から子の最善の利益を考える視点を重視し、別居や離婚が子に悪影響を与える環境の激変や別居親との交流の遮断を防止できる機能を持っていることが最大の要因と考えられる。

理由としては他にも、父親の育児への参加等社会環境が変化したとか、親権・監護権を取得できなかった親は、極めて限定的な子との交流しか認められないため紛争が激化する等、様々なものがあるが、父母の視点からの理由

よりも、やはり、子の立場からその理由を検討することこそが、親権や監護権という用語が子供の権利のための親責任という用語に変化している世界の動向からしても、最も重要であろう。

具体的な別居の場面で言えば、例えば、父母が同居中のときは、父親も育児に参加し、子は父親から教育を受けたり父親と毎日交流をしていた家族の場合に、母親が別居したことに伴って、子が遠く離れた見知らぬ場所に連れて行かれ、父親と突然一切交流ができなくなったり（父親と母親が逆の場合ももちろんありうる）、子の住んでいた場所や学校、友人との交流が大きく変化し制限されたりした場合、子がどのような感情を持つかを想像することが重要である。

夫婦が性格の不一致や場合によっては有責行為により婚姻が破綻した場合でも、子にとっては、どちらも親であり、毎日のように話をしたり、教育の指導を受けたり、遊んだりしていた親が、ある日突然全く会えなくなり、自分に対する愛情も注いでもらえず、養育の責任も果たしてもらえない状況を、子が受け入れることが容易なはずはなく、精神的にも不安定となることは、想像に難くない。

高度経済成長期の時代とは異なり、現在では、両親ともにリモートで家庭で仕事をしたり、母親も働きに出たり、育児に参加する父親も多くなっているなど、同居中は、まさしく、「共同親権」を行使している家庭も実際に増えており、そうであれば、そのよう形で子が毎日のように両親と交流していた状況が別居後に一切変化することになれば、ますます子に与える動揺・精神的負担は大きなものとなろう（実際に実務の中で起きている事案の中でも、子の連れ去りがあった後、裁判所の判断と異なり子が自らの意思で別居親の下に帰ったり、連れ去りの結果精神的に不安定になったり、連れ去りが国境を越える場合に国籍や在留資格の問題に直面する等、様々な弊害が生じている）。

このような子の最善の利益に反する劇的な環境の変化をできるだけ防止するため、共同監護の制度は、双方の親との交流をできるだけ継続できるように、早い段階で両親が話し合いをしたり、話し合いがうまくいかなければ裁判所が最終的に判断することにより（もちろん、交流の程度は事案に応じて様々である）、それまでの親との交流の環境を大きく変更しないように配慮される。

また、学校が変わる等、子の環境を大きく変える一定の距離以上の転居については、上記のリロケーションオーダーの手続きの中で、子の最善の利益に合致するかを裁判所が審査した上で転居の許可を出すかを判断することから、子の意思や利益に反した教育環境や友人との関係の変化は抑えられ、結

果子の精神的な負担は極力抑えられる。

そして、共同監護法制においては、子をできるだけ親の紛争に巻き込まないよう種々の工夫がなされている（そのような行為をしないよう親教育をしたり、巻き込もうとする親は、前述のフレンドリーペアレンタルルールにより監護者として適格であるとはみられず、監護者指定の判断で不利になる等）。

実際の事案の中で感じるのは、特に国際的な家事事件のケースにおいて、両親の国籍や人種が異なり（その他、海外では同性婚が許容される国があり、性別の面でも多様な家族関係がある）、子が、両方の国籍・人種的な特徴・文化的背景を持っている場合に、一方の親との関係が遮断されると、子は自らのアイデンティティの確認ができず、アイデンティティを確立できなかつたり、多様な考え方・文化にかかわることができず、多様な考え方を許容する見方が身につかない可能性があるということである（一方の親だけを排除する制度の下では、このような考え方を身につけることはできないであろう）。

グローバル化による異なる価値観・考え方・人種の違いなどに寛容な考え方が成熟し、家族の関係が多様化していく中で、親子の継続的な交流が重要であるという観点から子の最善の利益を考慮した結果、共同監護法制は、多様な形でその問題点への対応もしながら、40年以上もの長期にわたって維持・発展してきたものと考えられ、これはもはや、子どもの権利を尊重するための世界的に確立した価値観と言ってよい（児童の権利に関する条約18条参照）。

これに対し、上記3で詳述したとおり、単独親権・監護権の法制の下では、3の①の父母の別居がまさに始まる段階から、制度自体が子の環境を変えないための対応策を有していないことから、連れ去り別居以外の選択肢が困難となり、よって、別居をきっかけに、突然、子の環境が大きく変化し、別居親との関係も遮断され、子の最善の利益に反する事態となる。

即ち、上記3の最終段階である⑥の段階の離婚後の単独親権を定める民法819条が、最初の段階である同①の別居の形態も既定する状態になっており、別居の際に連れ去り以外の選択肢を選びにくい状況を選択させる要因となっているため、連れ去りから始まる①の段階から⑥までの長期間（離婚判決が確定するまで）、子と別居親との交流を継続的に妨げる構造となっているのである。

そして、このような共同監護の制度を選択肢としてすら認めない単独親権・監護権の制度は、すなわち、多様な形態の監護を許容しない制度とも言えるから、多様かつ異質なものが混在するグローバルな現代の環境・状況下

の家族の形態に適応できない性質を、制度自ら内包していると言えよう。

以上から、初期の段階で連れ去りと子の環境の変化、双方の親との交流を維持できず、多様な家族の形態に対応できない単独親権制を定める民法819条は、子の側から見た子の最善の利益を図るためにはこれを見直すほかなく、これを維持するという選択肢は無いと断言できる。

その上で、事案に応じ、共同監護も単独監護も裁判所の裁量で選択できる制度に変える必要があるのはもはや明らかである。

第2 各論

以下では、上記第1で述べた点を考慮して、主に、共同親権・監護権に関する規律に限定して、中間試案に対して意見を述べることとする。

中間試案 第1、1について

賛成するが、前述のとおり、両親の別居、離婚後に、子が両方の親と頻繁かつ継続的なコンタクトを持てるように保障することを宣言する条項（カリフォルニア州家族法3020条等を参照）、又は、上記の頻繁かつ継続的なコンタクトが、子の最善の利益となるとする条項（コロラド州家族法14-10-124参照）を追加すべきである。

即ち、我が国において、親子関係に関する基本的な規律を立案するにあたっては、改正法は、どのような理念・基本政策によるものなのか、これを明示することが必要であるところ、前述のとおり、上記の理念は我が国が批准している児童の権利に関する条約にも定められ、もはや、子の最善の利益の指針として世界的に承認されてきた普遍的な価値観となっていると言えるから、この価値観の重要性を認識し、明示的に宣言すべきである。

そもそも、理念や政策を欠いた法改正では、国民に対する説得力も持ちえないし、実務の上でも、各条項の解釈の指針、方向性が定まらず、紛争の火種となることは目に見えている。

また、上記の政策を条文化すれば、今まで述べてきたとおり、国民の行為規範となる効果が期待でき、監護紛争について、当事者による早期の解決が期待できる（つまり、上記のような基本政策の規定を定めることにより、解決のための心理的な土俵が整えられ、最終的な執行の段階まで行く前に、解決できるケースが増えるものと考えられるのである）。

また、上記基本政策が定められることにより、法解釈の指針となり、条項の不備を補うことができたり、子の最善の利益に反する事態を予防できる可能性がある。

例えば、後述のとおり、仮に共同親権や監護権を原則とする規定まで設けられなかったとしても、共同監護等は一般的に子が両方の親と頻繁かつ継続的なコンタクトを持てる制度であると言えるから、実際の事案において共同監護を選択する場合が増えるであろうし、監護の判断の際に、(例え明文で定められなかったとしても)フレンドリーペアレンタルルールを考慮要素として解釈上導きやすくなり、子の連れ去りや困り込みを防止できると考えられる。

また、単独監護を採用する場合にも、面会交流の内容を充実化することが解釈上可能となる(逆に、上記基本政策条項がなければ、本改正がなされても、単独監護が選択された場合の面会交流は、月1回2時間程度という親子の交流として極めて不十分な現在の実務が継続する危険性がある)。

さらに、面会交流等が制限される転居については、上記政策に反するおそれがあることから、自ずと、居所指定権を有する親と有しない親のケースの場合でも、連れ去り別居、無断の海外への転居については、監護者指定(変更)の判断においてネガティブな効果を与えるなど(つまり、上述のリロケーションオーダーを監護に関する処分として申し立てるケースが増えるなど)の効果が期待できると考えられる。

外国の共同監護法制のように、監護計画に違反するなどした場合、その履行・執行を担保するための強力な制度(上述の裁判所侮辱等)は我が国には無いが、すぐにこのような制度を整備することが難しい場合でも、上記基本政策の宣言により、上記のような様々なプラスの効果につながる法解釈を導き出したり、子の最善の利益に反する事態を予防できる可能性があることから、基本政策の規定は是非とも設けるべきであることを強調したい。

同第2、1について

甲案に賛成する。

理由は、第1、4で述べたとおり、別居や離婚の後も、それまでと変わらず、子が両方の親と頻繁かつ継続的なコンタクトを持ち続け、双方の親が養育に責任を持ち続けることは、基本的に子の最善の利益に資するし、民法819条は子の連れ去りを誘引し、同条を見直さなければ、別居による連れ去りや片親との交流が遮断される危険性がある上、単独親権制は現代の多様な家族に対応できないことなどが理由である。

なお、高葛藤の両親が共同親権を行うことは不可能であることを理由として反対する意見については、意思決定を共同で行うことは不可能とは到底言えないし、意見が割れても、裁判所が判断すれば解決することが可能であるから、適切ではない。

同、2について

甲①案に賛成する。

甲②案は、1と同様の理由で採用できないところ、①案のように共同親権を原則とした方が、基本政策にも合致し、基準が明確となるから、裁判手続きもスムーズになることが理由である。

ただし、仮に共同親権を原則とまで定められなかったとしても、前述したとおり、基本政策さえ定めれば、解釈上、子の双方の親との交流を促進する共同監護が採用されるケースが増えると考えられるから、甲③案を採用する余地もある。

同、3（1）について

B案に賛成する。

理由は、基本的に上記第1、4及び試案第2、2に対する意見と同様であるが、共同身上監護についても、上記第1、3、④で説明したとおり、我が国の手続きにおいて、実際に多様な形態での共同監護が実践できている実務を踏まえると、実施可能であり、それが適するケースは存在する。

もちろん、共同身上監護に適していないケースもあると言えるが（両親の居住地が遠隔な場合や子を虐待しているケース等）、それは裁判所が適宜単独監護を選択する等の判断をすることで対応できるから、必ず単独監護者を決めなければならないとして、共同身上監護の選択肢を法律上排除し、裁判所の裁量を限定する理由とはなり得ないのは明らかである。

A案のような、共同監護システム（共同親権）をとりながら、身上監護については必ず単独にしなければならないというシステムは世界的にも存在しないと思われ、このようなシステムを採用すれば何のための共同監護システム（共同親権）なのかと海外から批判される事は間違いなく、時代に逆行しているから採用すべきではない。

同（２）について

アについては、監護者の権限を明確化することには賛成するが、子の監護に関する重要な事項については、子の最善の利益のため、両親の関与を認めるべきであるから、注２の考え方によるべきである。

イについては、同様の理由でγ案に賛成する。

同（３）について

ア・イに賛成する。

同（４）について

Υ案のγ案の考え方に賛成する。

第１で述べたとおり、無断転居による子と別居親との交流の遮断の弊害は子の最善の利益に著しく反し、この理は子と非監護親の間でも変わりはないから、これを禁止する必要があるからである。

なお、一定の距離以上の転居の場合、別居親の同意、又は、裁判所の許可が必要であるとの明文を設けるべきである。

第３、１について

甲案に賛成する。

同、２について

甲①案に賛成する。

同、３について

賛成する。明文化が望ましいと考えられる。

同、４について

考慮要素を明確化することには賛成するが、第１、３、③で述べたとおり、フレンドリーペアレンタルルールを考慮要素として定め、継続性の原則は、違

法な行為後の監護については、考慮すべきでない。

第5、3について

賛成する。

第1、3、①で述べたとおり、別居後、子と別居親との交流をできるだけ早期に実現し、子と両親との従前の関係を遮断しないことは、子の最善の利益にとって非常に重要だからである。なお、第1で何度も触れた養育（監護）計画であるが、共同監護法制を採用した場合には、裁判所の本案の手続きの中では、第1、3、②のように、自ずと、両当事者が同計画を提出する、又は、裁判官が促す運用になると思われるが（裁判所が監護者指定の審判の申立書のひな形をホームページにアップしているように、養育（監護）計画の書式もアップする運用が望ましいと言える）、上述のように、早い段階での作成が重要であるから、上記の保全処分の際にも、提出を義務づけるか、提出させる運用が望ましいと考えられる（また、転居を伴う場合には転居の許可の欄も養育（監護）計画のひな形に設けるべきである）。

さらに、協議離婚の場合にも、子の監護について必要な事項の一つとして、離婚届に養育（監護）計画の欄を設けるべきである。

第3 最後に

上述のとおり、共同監護法制の背景にある、両親の別居・離婚後も、子が双方の親と継続的な交流を維持できるようにするという価値観は、もはや世界的な普遍的価値観と言え、国連の児童の権利委員会は、「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」を日本に勧告している。

また、ハーグ条約は、一方の親による子の不法な連れ去りは、子の環境を激変させ、子の利益に反することから、早期に常居所地に返還することを目的としており、この理念は上記の共同監護の理念と共通するものがある。

我が国では、過去において、海外から子を日本に連れ去った親が、我が国の裁判所で親権者指定、変更を行うという事態が常態化した結果、諸外国から強く批判されてきたが、ハーグ条約を批准した後は、制度が大きく変わり、少なくとも国際間の連れ去りによって生じる親子の交流の遮断についてはある程度防止できるようになってきたと言える。

よって、上記の経験を生かし、今回の改正を契機として、共同監護法制を導

入し、現在単独親権制の下では実現できていない上記理念を、国内においても実現すべきである。

以 上