

第3回児童虐待防止のための親権の在り方に関する専門委員会 論点ペーパー

本資料は、表題の論点について「児童虐待防止のための親権制度研究会報告書」の記載及び第1回の本専門委員会の御議論を踏まえ、事務局において議論の材料として論点を整理したものである。

I 施設入所等の措置がとられている場合に親権を部分的に制限する制度について（施設長等の権限と親権の関係）

1 施設入所又は里親等委託の場合

(1) 問題の所在

施設入所中又は里親若しくはファミリーホーム（以下「里親等」という。）委託中の児童について、施設長又は里親等（以下「施設長等」という。）は、監護、教育及び懲戒に関し、その児童の福祉のため必要な措置をとることができることとされている。（児童福祉法第47条第2項）

このように、法律の規定により施設長等は監護、教育及び懲戒に関し必要な措置をとる権限を有しているが、当該施設長等の措置と親権との関係が必ずしも明確でないために、親権者が異を唱えた場合に必要な措置をとることができないなどの指摘がされている。（第1回専門委員会資料5 事案B参照）

事案B：施設入所中、里親等委託中又は一時保護中の児童の監護教育に関する事項について、当該児童の親権者が不当な主張をするため、施設長、里親等又は児童相談所長が児童の福祉のために必要であると考える措置を行うのに支障が生じるような事案。

これは、親権者が異を唱えた場合に、親権者の意向を無視することが親権者との関係で事実上必ずしも容易でないことや、例えば医療機関などの第三者から施設長等の同意では足りず親権者の意向確認を求められる実態があることなどがその要因として指摘されている。

施設入所中又は里親等委託中の児童の監護教育について、親権者が不当な主張をする場合に必要な措置をとらないこととするのは、児童の福祉の観点から妥当ではないと考えられる。

そこで、施設入所中又は里親等委託中の児童について、親権者は施設長等がその権限行使として行う措置に抵触する限度で親権を行うことができないなどと施設長等による監護、教育及び懲戒に関する措置が、親権者の親権に優先することを明示する枠組みによって親権者の親権をその限度で部分的に制限するものとするのが考えられ

る。

なお、施設長等による措置が、親権者の親権に優先する枠組みを作る場合においても、あくまで児童の福祉の観点から設けるものであることから、不当ではない親権者の意向への配慮¹や、親権者の意に反してまで施設長等による措置を優先させるか否かの判断の適正性の担保についても、考慮する必要があると考えられる。

(2) 制度の利点

このような枠組みをとることとすれば、施設長等は、監護、教育及び懲戒に関し、児童の福祉のため必要な措置をとることができる上、施設長等による措置が優先することが明確になるので、親権者が施設長等に対し監護の態様について施設長等による措置とは異なる不当な主張をすることはできないこととなり、安定的な児童の監護に資するものと考えられる。また、対外的にも施設長等による措置が親権に優先することが明確になるという利点があるものと考えられる。

この枠組みにより、例えば、施設入所中又は里親等委託中の児童について、親権者が医療行為に反対していたとしても、施設長等は、親権者の意に反しても医療行為に同意することができ、その上で、(子を代理するのではなく)自らの名義で病院等との間で医療契約をすれば、児童に医療行為を受けさせることができることとなる²。

なお、児童の名義で携帯電話の契約を行う場合の親権者の同意については、法律行為の同意(民法第5条)の性質を持つことから、この枠組みによって施設長等の同意によることはできないが、不当な理由で携帯電話の契約の同意を親権者が拒むような場合については、他の親権制限の枠組みを活用することによって、未成年後見人等が同意することも考えられる³。

また、予防接種の同意については、予防接種法が「親権を行う者又は未成年後見人」の同意を必要としていることから、この枠組みによって施設長等の同意によることはできないが、不当な理由で予防接種への同意を親権者が拒むような場合については、他の親権制限の枠組みを活用することによって、未成年後見人等が同意することが考えられる⁴。

*1 厚生労働省の児童養護施設入所児童等調査結果(平成20年2月1日現在)によれば、施設入所中等の子どものうち虐待を受けた経験がある割合は、里親(31.5%)、児童養護施設(53.4%)、情緒障害児短期治療施設(71.6%)、児童自立支援施設(65.9%)、乳児院(32.3%)となっており、虐待を受けていない子どもも相当程度いることにも留意が必要。

*2 「児童虐待防止のための親権制度研究会報告書」20ページ。

*3 「児童虐待防止のための親権制度研究会報告書」21ページ。注40。

*4 実務上は、施設入所等の際に児童の予防接種について親権者から包括的な同意・委任を得ることにより、具体的な予防接種は施設の判断で実施させる方法をとっている場合が多いと考えられる。

在学関係については、その法的性質が必ずしも明かでない上、関係法令による規律も妥当するので、例えば、施設長等に無断で親権者が提出した退学届けを法的にどのように整理するかについては、更に検討を進める必要がある。ただし、学校は児童が施設に入所しているなどの事情を把握しており、親権者から退学届が出されたような場合には、通常、施設長等に連絡がされるから、施設長等の措置が優先することが明確にされることによって、少なくとも事実上は対応が容易になると考えられる。

(3) 親権制限の正当化の根拠

親権制限の正当化の根拠については、以下のとおり、正当化することができると考えられる。すなわち、親権は子の利益のために行わなければならないが、これが全うされていなかった場合には、そのことに親権制限の根拠が認められる。また、これが全うされていなかったとまでは認められない場合でも、同意入所等がされているときは、身上監護の委託に正当化の根拠が認められると考えられる⁵⁾。

(4) 考えられる枠組み

【A案】

施設長等は、その判断で、常に親権者の意向にかかわらず「必要な措置」をとることができる枠組み

○メリット

- ・ 権限を持つ者が明確になり、第三者との関係も明確になる。
- ・ 施設長等の判断が適正である限りは、児童の安定的な監護に資する。

○デメリット

- ・ 同意や児童福祉法第28条による家庭裁判所の審判を経て施設入所等の措置がとられるとはいえ、個々の措置については司法の判断を経ずに、また虐待以外の理由による施設入所もある中で、常に施設長等の判断を優先させるのは、過度な親権の制限とならないか。
- ・ 施設長等に判断を常にゆだねてよいか。(判断の負担、親と施設長等の対立、適

*5 身上監護の委託があった以上、親権者が受託者である施設長等による児童の監護教育に関する個別の措置に異を唱えたとしても、その委託を理由に親権を制限することができると考えられる。ただし、親権者が個別の措置に不服があり、その結果として委託自体を解消する場合、すなわち、施設入所等の措置が親権者の意に反することとなった場合には、都道府県としては同意入所等の措置を続けることができなくなる。このような場合において、なお施設入所等の措置をしなければならないときは、一時保護を行った上で、家庭裁判所の承認による施設入所等の措置をとることとなる。(児童虐待防止法第12条の2)

正性の担保の問題)

- ・ 施設入所等の措置によって、児童の監護について親権者の意向が尊重されなくなるとのおそれから、施設入所等の措置に同意しないなど、親との対立を招くおそれがあるのではないか。
- ・ 子どもの監護、教育及び懲戒に関して親権者の関与が薄くなるような運用をした場合には、家庭復帰が難しくなるおそれがあるのではないか。

【B案】

施設長等は、当該親権者の意向に沿った場合には児童の福祉が図られないと考えられる場合に、親権者の意に反して「必要な措置」をとることができる枠組み

○ メリット

- ・ 施設長等の判断が優先する場合を実質的に問題となる場合に限定することにより、親権者の意向に配慮しつつ、児童の福祉を図ることに資する。

○ デメリット

- ・ いかなる場合に、施設長等の権限が優先するのか第三者から見えにくい。
- ・ 親権者の意向に沿った場合に児童の福祉が図られないかどうかという点については、個別・具体的なケースにおいて必ずしも明確に判断できないおそれがあるのではないか。
- ・ 施設長等と親権者の意向が対立した場合に、施設長等のみの判断によって必要な措置をとることが妥当か。(判断の負担、親と施設長等との対立、適正性の確保の問題)

【C案】

施設長等は、親権者の意向が対立した場合には、都道府県児童福祉審議会の意見を聴いた上で、「必要な措置」をとることができる枠組み。

○メリット

- ・ 慎重な手続を経ることによって、過度な親権制限となることを防ぐことができる。
- ・ 慎重な手続を経ることによって、施設長等の判断の適正性の担保に資する。
- ・ 施設入所等の措置がとられている場合における児童の養育責任を有する都道府県等は、例えば児童に事故があったような場合に親権者から国家賠償請求をされる立場にあることからすると、親権者との対立が生じうる事態について、施設長等だけでなく事前に都道府県児童福祉審議会の意見を聴くことは、都道府県等の法的責任とも整合的と考えられる。

○デメリット

- ・ どのような場合に、施設長等の判断が優先することとなるのか第三者から見えにくい場合があり得る。(ただし、児童福祉審議会の意見、措置決定通知書、法律の規定などを活用するという運用の工夫の余地はあり得る。)

- ・ 慎重な手続を経ることから、迅速な判断が困難になることがあり得る。

(5) その他の論点

① 対象

児童福祉法第27条第1項第3号の措置により児童が施設入所等の措置がとられている場合（通所の場合を除く。）とすることでどうか。

○ 児童福祉法（昭和22年法律第164号）

第二十七条 都道府県は、前条第一項第一号の規定による報告又は少年法第十八条第二項の規定による送致のあつた児童につき、次の各号のいずれかの措置を採らなければならない。

一・二 （略）

三 児童を小規模住居型児童養育事業を行う者若しくは里親に委託し、又は乳児院、児童養護施設、知的障害児施設、知的障害児通園施設、盲ろうあ児施設、肢体不自由児施設、重症心身障害児施設、情緒障害児短期治療施設若しくは児童自立支援施設に入所させること。

四 （略）

2～6 （略）

② 親権者側の司法による救済の方法

親権者が施設長等による具体的な措置について不服がある場合の取扱いをどのようにするか。

→ 親権者は、施設長等による個々の具体的な措置について争うことはせず、施設入所等の措置自体を対象として行政事件訴訟を提起することができるので、不服申立の手続に不備があるとはいえないと思われるがどうか^{*6}。

③ 判断に迷う場合の対応等

特に重要な事項が問題となっているようなときや、親権者の不当な要求が特定の措置に関するものにとどまらない場合など、施設長等において対応が難しいような場合においては、児童相談所長において家庭裁判所に民法上の親権制限の申立てをすることによって、家庭裁判所の判断を仰ぐことが考えられる。

*6 「児童虐待防止のための親権制度研究会報告書」によれば、「個々の措置の適法性又は妥当性を逐一家庭裁判所の審判手続で判断するものとするとは、手続が過度に煩雑になるとともに、施設長等負担も過大なものとなり、結果として安定的な児童の監護が妨げられることになるので、必ずしも妥当ではないと考えられる。」とされている。

*7 もっとも、施設長等の個々の措置に関して、親権者が国家賠償法に基づく損害賠償請求を提起することは、これまでどおり可能と解される。

2 一時保護の場合

(1) 問題の所在

一時保護の場合、現行法上、児童相談所長に施設入所等の場合における児童福祉法第47条第2項のような権限規定もないが、現実には、児童の監護教育に関する事項について、不当な主張を繰り返す親権者がいることは施設入所等の場合と変わらないという指摘がある。

このように親権者が適切に親権行使をしないために一時保護が必要になったにもかかわらず、親権者による不当な主張によって児童の保護に支障を来すことになるような事態は、児童の福祉の観点から妥当ではない。

そこで、一時保護が行われている児童についても、上記1の施設入所中・里親等委託中と同様に、児童相談所長の権限規定を設けた上で、児童相談所長の権限行使が親権者の親権に優先することを明示する枠組みによって親権者の親権をその限度で部分的に制限するものとするのが考えられる。

(2) 児童相談所長の権限の範囲

児童相談所長の親権に対し優先する権限の範囲については親権に対し優先するものとすべき部分と親権に対し優先しなくても足りる部分とに分けて制度を仕組むのは困難であること、安定的な児童の監護を実現する必要があることなどの点において、施設入所等と一時保護との間で違いはないものと考えられる。

したがって、児童相談所長は、監護、教育及び懲戒に関し、児童の福祉のため必要な措置をとることができ、その範囲全体において児童相談所長の権限が親権者の親権に優先するものとするのが相当であると考えられる。

なお、一時保護は施設入所等に比べて短期間であるため、実際には必要な措置を要する場面が少ない事項はあると思われるが、必要性がなければ措置をとることができないのは当然であり、必要なときに必要な措置をとることができ、抵触する限度で親権に優先するものとするについて、事項によって限定する必要性は乏しいと考えられる。

(3) 親権制限の正当化根拠

一時保護中の児童について、一般的に、上記の枠組みで、その親権者の親権を制限するものとするものの正当化根拠については、以下のように考えることができる。

すなわち、一時保護のうち親権者の意に反しないときには、身上監護の委託が親権制限の正当化根拠として認められ、親権者の意に反しても、児童虐待を理由に一時保

護がされたときは、親権は子の利益のために行わなければならないにもかかわらずこれが全うされていなかったことに正当化根拠が認められる。

また、児童虐待のおそれがある場合、結果的に児童虐待がなかったとしても、児童の緊急的保護・監護の必要性と一時性に親権制限の正当化根拠が認められ、他の理由で一時保護が行われる場合にも同様に、児童の緊急的保護・監護の必要性と一時性に親権制限の正当化根拠が認められると考えられる。

(4) 一時保護の期間

現行の児童福祉法においては、一時保護の期間は、原則として、一時保護を開始した日から2月を超えてはならないものとされているが、児童相談所長又は都道府県知事において必要があると認めるときは、引き続き一時保護を行うことができるものとされており、実務においては、2月を超えて一時保護が行われることも少なくない⁸。また、一時保護は、親権者の意に反するかどうかにかかわらず行政の判断のみで行うことができるものとされている⁹。

もっとも、前述のとおり児童の緊急的保護・監護の必要性と一時性に一時保護による親権制限の正当化根拠が認められる場合があること、一時保護が暫定的性格を有する行政処分であると解されること、施設入所等の措置のうち親権者の意に反するものについては家庭裁判所の承認が必要とされていることなどにかんがみると、少なくとも、親権者の意に反するにもかかわらず行政の判断のみで長期間にわたって一時保護を継続し、親権を制限し続けることは適当でないということもできる。

これらの点にかんがみ、現行の一時保護の期間について見直しが必要かどうか、必要であるとしてどのような制度とするのが相当かを検討したところ、この点については、現行の規律を維持するとの考え方（A案）、28条審判¹⁰の申立てまでの期間を制限するとの考え方（B案）、一時保護について裁判所の承認を要するものとするとの考え方（C案）があった。

それぞれの考え方の内容及び問題点等は、以下のとおりである。

*8 児童虐待を主訴とする一時保護の状況について、厚生労働省雇用均等・児童家庭局総務課が全国の児童相談所を対象に行った調査の概要は、資料3『児童虐待を主訴とする一時保護の状況（集計結果）』のとおりである。

*9 一時保護の決定に当たっては、原則として子どもや保護者に一時保護の理由、目的、期間等について説明し同意を得て行う必要があるが、緊急保護の場合等子どもを放置することがその福祉を害すると認められる場合にはこの限りではないとされている（児童相談所運営指針（平成2年3月5日付け児発第133号）第5章第2節1(1)ウ）。

*10 児童福祉法第28条第1項の施設入所等の措置を承認する審判をいう。以下同じ。

【A案】現行の規律を維持するとの考え方

(内容及び根拠)

A案は、現行の一時保護について、別途の期間制限等を設ける必要はないとの考え方である。

この考え方は、一時保護制度の趣旨・重要性にかんがみ、現行法以上に厳格な期間制限を設けるなどすると必要な一時保護を行うのが著しく困難になり児童の保護を欠く結果となるおそれがあるので、行政において必要に応じて一時保護を行うことができる現行制度を維持して児童の保護を図るべき必要性を重視するものである。また、A案は、一時保護に不服がある親権者は、一時保護自体を対象とする行政事件訴訟を提起することができ、その限りで司法判断を受ける機会が保障されているので、親権者の救済手続はこれで足りるとする考え方ということができる。

(問題点)

A案については、行政の判断のみにより一時保護を行い、かつ親権を制限することが正当化されないような事態を生ずるおそれがあるのではないかという問題点が指摘された。

【A案修正案】

上記問題点を考慮して、A案を基礎としつつ、一時保護を2月を超えて継続することができる場合の要件を法律上明確に規定し、それによって行政による判断の適正を担保するということも考えられる。

【B案】28条審判の申立てまでの期間を制限するとの考え方

(内容及び根拠)

B案は、親権者の意に反する一時保護について、家庭裁判所に対する28条審判の申立てまでの期間を制限するものとするとの考え方である。具体的には、一時保護が親権者の意に反する場合において、28条審判の申立てがないときは、一定の期間を超えて当該一時保護を継続することはできないなどとする考えられる。

B案は、一定の期間を超えて親権者の意に反して親子分離をする場合には、家庭裁判所の承認による施設入所等の措置をとる必要があるものとすることによって、司法関与の機会を確保するものであり、一時保護は暫定的な処分であって、継続的に親子分離をする場合には施設入所等によるべきであるということを明確にしようとするものである。

(問題点)

B案については、その制度設計次第では、かえって児童の保護を欠く結果となりかねないという問題点が指摘された。すなわち、家庭裁判所に対する申立てまでの期間を短く設定しすぎると、現実には児童の生命身体に危険が及ぶにもかかわらず児童相

談所においてその期間内に必要な資料を収集することができないために児童を親権者に戻さなければならないなどの事態を生じさせることになり、一時保護制度の趣旨を没却することになりかねないと考えられる。そのため、仮にB案のような制度とする場合には、申立てまでの期間の長さや例外を認めるべき場合の有無等について、現在の実務における状況等も踏まえ、慎重に検討しなければならない¹¹。

【B案修正案】

B案を基礎としつつ、例外的に28条審判を申し立てるまでの期間を延長する場合には、延長について裁判所の承認を要するものとするのが相当であるとの意見もあった。

もっとも、これについては、司法審査の制度を新たに設けることによって児童相談所における司法審査手続のための事務負担が大きくなり、かえって児童の保護を欠く結果とならないかといった問題点が指摘された。また、期間の延長を認める場合の要件をどのように定めるかといった点や、親権者が一時保護に不服がある場合の行政事件訴訟との関係をいかに整理するかといった点について、更に検討する必要がある。

【C案】一定の期間を超えて一時保護を継続する場合には、一時保護について裁判所の承認を要するものとするとの考え方

(内容及び根拠)

C案は、親権者の意に反する場合に行政の判断のみで一時保護をし、親権を制限することができるのは、例えば、2週間といった短期間に限られ、それを超えて一時保護を継続する場合には、裁判所の承認が必要であるものとするべきとの考え方である。C案については、司法審査の制度を新たに設けることによって児童相談所における司法審査手続のための事務負担が大きくなり、かえって児童の保護を欠く結果となりかねないことに配慮し、司法審査の対象を、親権者から一時保護の継続について異議が述べられたものに限り、また、手続をできるだけ簡易なものにする必要があるとの意見があった。

もっとも、C案については、全体的な制度設計として、裁判所が何を判断するものとするのか¹²、一時保護の継続をどのような要件で行えるものとするのか、裁判所の承認を得て一時保護を継続するとした後の一時保護の期限、延長の可否、延長を可能

*11 28条審判までの期間を例外的に延長する余地を認めるものとする場合には、その要件の定め方や延長する場合の手続等について検討しなければならない。

*12 一時保護開始時の一時保護の適法性や、司法審査時における一時保護継続の可否などが考えられる。

とするのであればその要件と期間等について、どのような制度とするのかを更に検討する必要がある。

(問題点)

C案については、制度設計次第ではあるが、以下のような問題点が指摘された。

- ・ 司法審査の手続を簡易なものにしようとしても、申立書の作成や資料の収集等の負担を伴うほか、司法審査を導入するとすれば親権者に不服申立権を認めない制度は考えられない^{*13} ので、結局は児童相談所に相当の負担がかかることになるのではないかと。
- ・ 児童の保護が必要な場合に一時保護を継続することができなくなることを懸念して、継続の要件を緩やかなものにする事としても、そのような緩やかな要件について裁判所の承認を受けたことによっては短期間の継続しか正当化されないのではないかと。
- ・ 一時保護に不服がある親権者は、一時保護自体を対象とする行政事件訴訟を提起することができるが、そういった救済手続との関係をどのように整理するのか。仮に、簡易な手続で裁判所が承認した場合に、それを理由として、後の行政事件訴訟の提起を制限したり、訴訟の提起は認めたとしても同訴訟手続において主張制限をするものとする、適正手続（憲法第31条）や裁判を受ける権利（憲法第32条）の保障の観点から、憲法上の問題が生じないか。

*13 不服申立てを認めないものとする余地がないわけではないが、そのようにすることは、親権者の権利をできる限り保障しようとする、この考え方の趣旨を没却し、司法審査を導入する意味がないと考えられる。

II 接近禁止命令の在り方

(1) 問題の所在等

ア 平成19年改正の概要

平成19年改正法により、保護者に対する面会・通信等の制限が強化された。

すなわち、まず、面会・通信制限の対象が拡大された。同改正前には、家庭裁判所の承認による施設入所等（以下「強制入所等」という。）の措置がとられた場合にも、児童との面会・通信を制限することができるものとされていた。しかしながら、實際上、一時保護を行った直後に保護者が強引な児童の引き取りを行おうとしたり、保護者が施設入所等の措置には反対していないものの、児童自身の心身の状況から判断して面会・通信を制限することが適当であるような場合もあることから、一時保護及び同意入所等の場合にも、児童相談所長等において、児童との面会・通信の全部又は一部を制限することができるものとされた（児童虐待防止法第12条第1項）。

次に、接近禁止命令（同法第12条の4）の制度が創設された。児童相談所長等が保護者に対して児童との面会・通信を制限している場合であっても、これに反して保護者が登下校時に児童に接触したり、児童を強制的に連れ帰ったりするような、施設外での接触・強制的引き取りの事例や、施設の外からハンドマイク等によって児童に呼びかける等の事例があり、児童の安全や精神・心理面に与える影響が懸念されていた。そこで、強制入所等の措置がとられ、かつ、同法第12条第1項の規定により保護者について児童との面会及び通信の全部が制限されている場合において、児童虐待の防止及び児童虐待を受けた児童の保護のため特に必要があると認めるときに、都道府県知事が、当該保護者に対し、児童へのつきまとい又は児童の住所や児童が就学する学校等の付近ではいかいを禁止する接近禁止命令の制度が創設され、当該命令を違反した場合には罰則が科されるものとされた（同法第17条）¹⁴。

イ 検討課題等

平成19年改正の際には、接近禁止命令に対する裁判所の関与の在り方（具体的には接近禁止を命じる主体を裁判所にすることなど）について、引き続き検討を要するものとされた。

また、接近禁止命令の対象を、強制入所等の場合に限らず、同意入所等及び一時保護の場合並びにそれら以外の場合にまで拡大するのが相当であるとの意見もあるところである（事案H参照）。

そこで、これらの点について検討することとした。

事案H：年長の未成年者が、児童養護施設等から対処した後などに、事実上親権者から自立しているような場合に、親権者が、子につきまといたり、その周囲をはいかいしたりする事案。

*14 法定刑は、1年以下の懲役又は100万円以下の罰金である。

2) 検討

ア 命令の主体

公的機関が私人に対し特定の人に接近してはならないなどの命令を発し、その命令を刑罰によって担保する制度として、ストーカー行為等の規制等に関する法律（以下「ストーカー規制法」という。）第5条に規定する禁止命令の制度や、配偶者からの暴力の防止及び被害者の保護に関する法律（以下「配偶者暴力防止法」という。）第10条に規定する保護命令の制度があるが、前者は行政機関である公安委員会が、後者は裁判所が、それぞれ命令の主体とされている。これらの命令は、いずれも行政作用の性質を有するものであるが、配偶者暴力防止法による保護命令は、ストーカー規制法における禁止命令とは異なり、場合によっては、加害者をその住居から退去させることを内容とする退去命令を発する必要があることなどの特殊性に照らし、司法機関である裁判所が判断することとされたものとされている。

施設入所、里親等委託又は一時保護の場合には、児童は、施設長等又は児童相談所長の保護の下にあり、保護者に対し接近禁止命令を発出すべきかどうかは、施設長等又は児童相談所長の意見を踏まえ、都道府県知事において現実の必要性に応じて的確に判断するのが相当であるように思われるほか、配偶者暴力防止法による保護命令のような特殊性も見当たらない。

したがって、接近禁止命令の対象について、仮に、強制入所等の場合に限るという現在の規律を維持するか、又は同意による施設入所等及び一時保護の場合に拡大するのみであれば、命令の主体を裁判所とする必要性は必ずしも高くないと考えられる^{*15}。

他方、仮に、施設入所等の措置及び一時保護が行われていない未成年の子にまで、接近禁止命令の対象を拡大する場合には、必ずしも都道府県知事において命令発出の要否・可否を判断するのが相当であるとも限らないことから、制度設計次第では、その主体を裁判所とするのが相当な場合もあると考えられる。

以上のとおり、接近禁止命令の主体については、命令の対象をどのように規律するかなどによることから、今後、その点と併せて検討される必要があると考えられる。

イ 対象の拡大

(7) 検討の指針

親と子との面会交流については、親に親権があるかどうかにかかわらず、子の利益を害するなどの特段の事情のない限り、その機会が確保されなければならない性質のものである。そうであるとすれば、親が子に接近することなどを禁じ、その違反に対して罰則を科す接近禁止命令の制度は、親の権利等に対す

*15 したがって、現在、接近禁止命令の主体が、裁判所ではなく都道府県知事とされていることについては、合理性があるものと考えられる。

る強度の制限であるといえることができる^{*16}。

接近禁止命令の対象の拡大については、以上のような点も踏まえた上で、つきまといやはいかいといった特定の行為を禁止し、その違反に対し罰則を設けなければならない現実的な必要性（立法事実）があるかどうかについて、慎重に検討する必要がある。

(イ) 同意入所等及び一時保護の場合への対象の拡大

同意入所等及び一時保護の場合については、現行法の下においても、面会・通信の制限をすることはできる上、接近禁止命令を発する必要があるときは、家庭裁判所に施設入所等の措置の承認審判の申立てをした上で、これを本案とする接近禁止命令の保全処分の制度を活用することが考えられる（特別家事審判規則第18条の2）^{*17}。

もっとも、強制入所等の場合を含め、平成20年度に面会・通信制限がされた事案は、面会・通信のいずれの行為も制限した件数が74件、面会のみ制限した件数が27件、通信のみ制限した件数が15件であり、新たに設けられた接近禁止命令が発出された件数は0件である^{*18}。また、家庭裁判所における平成20年4月から同年12月までの間の接近禁止命令の保全処分の新受件数は0件である。

他の場合に比べて命令の必要性が高いと考えられる強制入所等の事案において接近禁止命令の活用実績がない中で、同意入所等及び一時保護の場合にまで、その対象を拡大することについては、現在ある面会・通信制限の制度や接近禁止命令の制度の効果、制度の運用状況及びその推移等を踏まえつつ、その必要性について、なお検討する必要があると考えられる。

(ウ) 施設入所等の措置及び一時保護が行われていない場合への対象の拡大

接近禁止命令の対象を施設入所等の措置及び一時保護が行われていない場合にまで拡大すべきとの意見は、年長の未成年の子が親から事実上自立しているような場合、未成年の子が民間のシェルターに保護されているような場合及び祖父母等の親族が子を監護しているような場合等に、親が子のところに押し掛けたり、つきまとったり、不当な干渉をしたりする事案が見受けられることから、このような場合にも、親権者等に対し接近禁止を命ずることができるようにすべきとするものである。

もっとも、施設入所等の措置及び一時保護が行われていない場合について、現行制度の下で裁判所において親による子に対する接近等を禁ずることができるものとして、①子の人格権に基づく妨害排除請求権又は妨害予防請求権とし

*16 これらの点にかんがみれば、面会・通信の制限や接近の禁止は、親権の制限以上に親の権利等を制限するものと評価することもできる。

*17 ただし、これらの制度には罰則は設けられていない。

*18 前述のとおり、面会・通信制限の対象の拡大及び接近禁止命令の制度の創設は、平成19年改正において行われたものであり、平成20年4月の施行後2年を経過したところである。

での面談強要等禁止を求める訴え及びその仮処分や、②面接交渉に関する家事審判（夫婦が離婚する場合等民法第766条の適用又は類推適用がある事案）^{*19}が考えられる。

そこで、接近禁止命令の対象を施設入所等の措置及び一時保護が行われていない場合にまで拡大する必要性については、現行制度においてとり得る手続の有用性等も踏まえつつ、なお検討する必要があると考えられる。

なお、施設入所等の措置及び一時保護が行われていない未成年の子について、その親に対し家庭裁判所が接近禁止命令を発出する制度を設けることについては、以下のような問題点が指摘された。

- ・ 施設入所等の措置及び一時保護が行われていない未成年の子について親の接近等を禁ずる場合には、その後の当該未成年の子の監護等を適切に行う者を確保する必要があるが、そのことにかんがみれば、接近禁止命令による対応よりも、親権制限による対応の方が相応しいのではないか。
- ・ 親子間の問題については、親から事実上自立している年長の未成年の子に限らず、成人した後でも問題となる事例があり、その点も踏まえて検討する必要がある。
- ・ 親子の問題については、親のつきまといやはいかいを禁止するという方法によるよりも、若年者自身が自立するためのサポートを強化することが重要ではないか。
- ・ 刑罰によって命令の実効性を確保すべき事案を適切に選別することができるよう要件を規定する必要があるほか、当事者の手続保障を含めた審理の在り方、裁判所の管轄等について、更に検討する必要がある。
- ・ 仮に、親族等に申立権を認めると、児童虐待でないような事案において制度が濫用されるおそれがある。

ウ 小括

平成19年の児童虐待防止法改正により新設された接近禁止命令の制度について、更に法改正をすべきかどうかについては、以上のような点を踏まえ、なお検討される必要があると考えられる。

*19 そのような例として、横浜家相模原支審平18. 3. 9家月58巻11号71頁参照。

Ⅲ 保護者に対する指導の実効性を高めるための方策

(1) 問題の所在等

児童虐待への対応においては、親子の再統合を実現するなどの観点から、児童虐待を行った保護者に対して児童への接し方や生活環境の改善等の指導を行うことが重要である^{*20}。

保護者に対する指導については、都道府県が児童福祉法第27条第1項第2号の指導措置^{*21}をとる権限を有するところ、児童虐待を行った保護者について指導措置がとられた場合には、当該保護者は同号の指導を受けなければならない、都道府県知事は、指導を受けない保護者に対し指導を受けるよう勧告することができるものとされている（児童虐待防止法第11条第2項、第3項）。

また、平成19年改正法により、保護者が指導に従わない場合の措置の明確化として、保護者が指導勧告に従わない場合には一時保護や強制入所等の必要な措置をとり、更には当該保護者について必要に応じて適切に親権喪失宣告の請求を行うものされた（同条第4項、第5項）。

もっとも、保護者の中には、上記のような規定が設けられているにもかかわらず、児童相談所の児童福祉司等による指導に応じず、養育態度を改善しようとする姿勢が見られないものも少なくない（事案D参照）。

事案D：親権者がその親権（懲戒権）を口実に児童虐待を正当化するなどし、児童相談所の児童福祉司等による指導を受けたり、養育態度を改善したりしようとする姿勢が見られないが、親権を喪失させるのはちゅうちょされるような事案。

そこで、保護者に対する指導の実効性を高めるための方策について、検討することとした。

*20 そのため、施設入所等の措置の解除の可否を判断するに当たっては、指導を行うこととされた児童福祉司等の意見を聴くとともに、当該児童の保護者に対しとられた指導の効果、当該児童に対し再び児童虐待が行われることを予防するためにとられる措置について見込まれる効果等を勘案しなければならないものとされている（児童虐待防止法第13条）。

*21 児童福祉法第27条第1項第2号の措置をいう。以下同じ。

なお、同号は、都道府県による措置として「児童又はその保護者を児童福祉司、知的障害者福祉司、社会福祉主事、児童委員若しくは当該都道府県の設置する児童家庭支援センター若しくは当該都道府県が行う相談支援事業に係る職員に指導させ、又は当該都道府県以外の者の設置する児童家庭支援センター、当該都道府県以外の相談支援事業を行う者若しくは前条第1項第2号に規定する厚生労働省令で定める者に指導を委託すること。」を規定する。

(2) 保護者指導に対する家庭裁判所の関与の在り方

ア 家庭裁判所の関与の在り方に関する意見

現行制度の下において、家庭裁判所は、施設入所等の措置についての承認をする場合に、保護者に対し指導措置をとるべき旨を都道府県に勧告することができるものとされており（同法第28条第6項）、その限度で保護者に対する指導に関与しているところである。

もっとも、指導に応じない保護者は児童相談所と対立関係にある場合が多く、そのような保護者が指導を受け入れやすいようにするという観点から、公平・中立な立場にある家庭裁判所が、保護者に対する指導により積極的に関与することができるようにすべきとの意見がある。

この意見については、以下のとおり、問題を指摘する意見とこの意見を支持する意見とがあった。

(上記意見について問題を指摘する意見)

- ・ 保護者に対する指導の具体的在り方（指導の内容やプログラム等）は児童相談所等において策定されるものであるが、その当否について家庭裁判所が適切に判断するのは困難であるし、司法関与の在り方次第では司法手続のための児童相談所の事務負担が大きくなるおそれもある。
- ・ 三権分立の制度の下における司法の本来的役割の一つに行政による公権力の行使をチェックすることが挙げられるが、家庭裁判所が行政機関である都道府県（児童相談所）の側に立って指導措置にあまり積極的に関与することは司法の本来的役割を超え、結果として行政との関係における司法の役割をあいまいにする（行政と司法との一体化を招く）おそれがある。
- ・ 都道府県（児童相談所）による指導措置を受け入れない保護者であれば、家庭裁判所が積極的に関与したとしても、これを受け入れるようになるとは考え難い。

(上記意見を支持する意見)

- ・ 保護者指導への積極的な関与は司法の本来的役割ではないが、現実の問題を解決するために効果があるのであれば、理論的な整理をした上で導入し得る制度を検討するのが相当である。
- ・ 対立している相手である都道府県（児童相談所）から勧告等がされるのと、中立的立場にある裁判所から勧告等がされるのとでは、保護者の受け止め方も異なり、すべての保護者ではないとしても、中には効果が期待される事案もある。

イ 検討

上記のように保護者指導に対する家庭裁判所の関与を強化することについての意見は分かれたが、この点について更に検討を進めるためには、家庭裁判所による具体的な関与の在り方を想定しながら検討するのが有用であると考えられた。

具体的な関与の在り方としては、家庭裁判所が保護者に児童福祉司等による指導を受けるよう命ずることができるようにするとの考え方（A案）、家庭裁判所が施設入所等の措置を承認する際に、併せて保護者に対し指導措置をとることについても承認することができるようにするとの考え方（B案）及び家庭裁判所が施設入所等の措置を承認する際に、併せて児童福祉司等による指導を受けるべき旨を保護者に勧告することができるようにするとの考え方（C案）があり得る。

これらの考え方の内容及びこれらに対する意見は、以下のとおりである。

【A案】家庭裁判所が保護者に指導を受けるよう命ずることができるようにするとの考え方

（内容）

A案は、その効果の大きさに期待して、保護者を直接の名あて人とし、かつ命令という形で家庭裁判所が指導措置に関与するようにしようとする考え方である。

（意見）

A案については、以下のような問題点が指摘された。

- ・ 命令という形にしたからといって直ちに実効性が期待できるわけではない。他方で、罰則等のような制裁によってその履行を強制することは、指導を受けるべき義務の性質に適さず、命令違反の場合に制裁を科し、それによって実効性を確保しようとすることは相当でない。また、制裁のために命令違反を認定することができるように受けるべき指導の内容を特定して命令することは困難である。
- ・ このような命令は都道府県（児童相談所）等の申立てによってされることとなると考えられるが、保護者に対して、家庭裁判所の命令によって法律上定められた義務（児童虐待防止法第11条第2項）に従うことを命ずるのであれば、その義務の存否等について不服申立ての手続を設ける必要がある。しかし、このような不服申立ての手続を設けると、むしろ児童相談所と保護者との間の対立を激化させるおそれがある。

【B案】家庭裁判所が施設入所等の措置を承認する際に、併せて保護者に対し指導措置をとることについても承認することができるようにするとの考え方

（内容）

B案は、家庭裁判所が施設入所等の措置を承認する際に、併せて保護者に対し指導措置をとることについても承認することができるようにするとの考え方である。

（意見）

B案については、以下のような問題点が指摘された。

- ・ 施設入所等の措置に対する承認審判の制度は、保護者の意に反するにもかかわらず都道府県が強制的に施設入所等の措置をとることについて、家庭裁判所が事前に承認するというものであるが、指導措置は、施設入所等の措置のように、家庭裁判所の承認を得て初めて行えるようにすべきような性質のものではない。
- ・ 指導措置を承認するものであることから、他の案と比べてより個別具体的な指導の在り方の当否を判断しなければならないが、家庭裁判所においてこの点を適切に判断するのは困難である。

【C案】家庭裁判所が施設入所等の措置を承認する際に、併せて児童福祉司等による指導を受けるべき旨を保護者に勧告することができるようにするとの考え方

(内容)

C案は、現行の都道府県に対する指導措置をとるべき旨の勧告の制度について、う遠であるなどといった指摘がされていることから、保護者を直接の名あて人として児童福祉司等による指導を受けるべき旨を勧告する^{*22} ことができる制度に改めるとの考え方である。このような考え方の中には、現行の都道府県に対する勧告の制度に代えて保護者に対する勧告の制度に一本化するとの方と、指導措置をとるべき旨を都道府県に勧告するとともに保護者にもその指導を受けるよう勧告する制度にするとの考え方とがあり得る。

(意見)

C案については、以下のとおり、問題を指摘する意見と同案を支持する意見とがあった。

(C案について問題を指摘する意見)

- ・ 施設入所等の措置に対する承認審判の制度は、保護者の意に反するにもかかわらず都道府県が強制的に施設入所等の措置をとることについて、家庭裁判所が事前に承認するというものであり^{*23}、家庭裁判所は行政による公権力の行使を公平・中立の立場でチェックするものとされているが、保護者を名あて人として指導を受けるべき旨を勧告するものとするのは、現行制度における家庭裁判所の上記のような役割をあいまいにし、保護者の側から見た裁判所の公平性・中立性を損なうおそれがある。
- ・ 上記のような制度の仕組みの中で、保護者は手続上の当事者とはされてお

*22 なお、C案は、指導を受けるべき旨の勧告をされた場合の保護者からの独立の不服申立ては認めないことを前提としている。

*23 都道府県に対してされる現行の指導勧告の制度も、都道府県の保護者指導の権限が適正に行使されることを期待し、これを確保する観点からされるものであり、家庭裁判所の立場は、承認審判におけるのと同じであると考えられる。

らず、直接に承認審判の効果を受ける者でもない^{*24} から、現行の制度の下で保護者を名あて人とする勧告の制度を設けるのは困難である^{*25}。

- ・ 家庭裁判所が施設入所等の措置の期間の更新について判断する立場にあるといっても、期間を更新する主体は飽くまでも都道府県であり、家庭裁判所として保護者に対し指導に応じなければ期間が更新されることになるといった説明ができない以上、このような仕組みにより指導の実効性が高まるとはいえないのではないか。

(C案を支持する意見)

- ・ 家庭裁判所が指導措置をとるべき旨を都道府県に勧告するとともに保護者にもその指導を受けるよう勧告するのであれば、必ずしも裁判所の公平性・中立性を損なうことにはならない。
- ・ 保護者は現行制度においても当事者に準ずる立場にある^{*26} し、現行制度の下で保護者を手続上の当事者とするような仕組みを設けることもできるのではないか。
- ・ 2年後に施設入所等の措置の期間の更新について判断する可能性がある立場にある家庭裁判所から勧告されれば、保護者も指導を受けるようになりやすいのではないか。

(3) 現行制度の下における実務上・運用上の工夫等

以上のように、保護者指導に対する家庭裁判所の関与の在り方について制度改正が必要かどうかについては、司法と行政との役割分担やその実効性の点を含め、更に検討が深められる必要があるが、保護者に対する指導の実効性を高めるためには、保護者が指導に従うことが保護者自身の利益になり、逆に、指導に従わないことがその不利益になるような制度とすることが有効であると考えられる。

*24 承認の審判がされたとしても、都道府県の判断において施設入所等の措置をしないことも可能であり、その意味で保護者の法律上の地位に直接の影響はないものと考えられる。

*25 この点について、少年法第25条の2は、「家庭裁判所は、必要があると認めるときは、保護者に対し、少年の監護に関する責任を自覚させ、その非行を防止するため、調査又は審判において、自ら訓戒、指導その他の適当な措置をとり、又は家庭裁判所調査官に命じてこれらの措置をとらせることができる。」と規定しており、施設入所等の措置についての承認審判において同様の制度を設けても問題はないのではないかと指摘がされた。

もっとも、これに対しては、少年事件においては、家庭裁判所の調査・審判手続そのものが少年の更生のための保護過程であり、家庭裁判所が公権力の行使をチェックする立場にある承認審判の手続とは異なることや、少年事件においても、他機関が保護処分を執行する権限を有する場合には当該機関に処遇勧告をすることになる（少年審判規則第38条第2項）ことなどが指摘された。

*26 家庭裁判所は承認に関する審判をするには保護者の陳述を聴かなければならない（特別家事審判規則第19条）。また、保護者は承認の審判に対し即時抗告をすることができる（同規則第20条第1項）。

前述のとおり、平成19年改正において保護者に対する指導に従わない場合の措置の明確化が行われるなど、現行制度においても、上記のような観点から制度設計がされているところである（児童福祉法第28条第2項、児童虐待防止法第11条第3項、第11条第5項、第13条等）が、そのことを保護者が十分に理解していないことなどから、現行制度が効果を発揮していない面があるとの指摘もある。

そのため、保護者に対する指導の実効性を高めるためにとるべき方策については、児童相談所及び家庭裁判所等における現在の実務の運用に改善すべき点がないかについての検討も有用であると考えられる。

仮に親権を一時的に制限する制度が新たに設けられた場合には、指導に応じないような保護者について、まずは親権の一時的制限の申立てをし、一時的な親権制限によっても保護者の姿勢等が改善しない場合には、親権喪失宣告の申立てをするなどといった段階的な運用をすることによって、保護者に対する指導の実効性を図ることもできるのではないかと考えられる。

なお、例えば、保護者に対し、施設入所等の措置に対する承認審判の審判書とともに都道府県に対する勧告書が送付される場合もあり、このような運用を統一することも考えられる²⁷。

保護者に対する指導の実効性を高めるための方策については、このような観点からも、今後、更に検討が深められることが期待される。

*27 承認審判の審判書に、保護者の姿勢や都道府県による指導について家庭裁判所として期待することなどが具体的に記載される例もあり、そのことが保護者の指導に効果を発揮する事案もあるとの指摘がされた。もっとも、施設入所措置の当否について判断する家庭裁判所において、保護者の姿勢や指導の在り方について具体的に言及することができる事案は必ずしも多くなく、またそうすることが適切でない場合があるとの指摘もあった。