

第33回社会保障審議会 児童部会	資料3-3
平成22年2月17日	

児童虐待防止のための親権制度研究会報告書

平成22年1月

児童虐待防止のための親権制度研究会報告書

目 次

序論	1
1 検討の経緯等	1
(1) 児童虐待防止法の成立等	1
(2) 本研究会の開催の経緯等	1
(3) 本研究会における調査研究の在り方	3
2 親権に係る制度について検討するに当たっての一般的な視点	4
3 当研究会における具体的な検討方針	5
4 本報告書の構成	7
第1 親権を必要に応じて適切に制限するための手当て	8
1 問題の所在等	8
2 親権を一時的に制限する制度	9
(1) 家庭裁判所の審判により親権を一時的に制限する制度を設けること について	9
(2) 親権の一時的制限制度の活用が想定される事案	10
(3) 親権の一時的制限制度を設ける場合の期間の定め方	11
(4) 親権の一時的制限及び親権喪失の原因	13
ア 検討の指針	13
イ 親権を一時的に制限し、又は親権を喪失させるために必要な要素	13
ウ 親権を制限すべき必要性が消滅すると見込まれる時期	14
エ 親権者に対する非難可能性や帰責性に関する要素	14
(5) 親権の一時的制限及び親権喪失の申立人	17
3 親権を部分的に制限する制度	18
(1) 施設入所等の措置又は一時保護が行われている場合に親権を部分的 に制限する制度	18
ア 施設入所又は里親等委託の場合	18
イ 一時保護の場合	23
(2) 家庭裁判所の審判により親権の一部を制限する制度	29
ア 検討の必要性及び検討の対象等	29
イ 制度の必要性に関する一般的検討	30
ウ 制度の必要性に関するあり得べき制度設計等を踏まえた検討	32

第2	親権を行う者がいない子を適切に監護等するための手当て	39
1	問題の所在等	39
2	法人による未成年後見	40
(1)	現状とその問題点等	40
(2)	今後の検討課題等	40
3	里親等委託中又は一時保護中の児童に親権者等がないときの取扱い	41
(1)	現状とその問題点等	41
(2)	今後の検討課題等	41
4	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者に親権者等 がないときの取扱い	42
(1)	現状とその問題点等	42
(2)	今後の検討課題等	43
	ア 制度創設の相当性等	43
	イ 具体的制度設計	44
第3	児童虐待防止のための親権制度の見直しに関するその他の論点	45
1	接近禁止命令の在り方	45
(1)	問題の所在等	45
	ア 平成19年改正の概要	45
	イ 検討課題等	46
(2)	検討	47
	ア 命令の主体	47
	イ 対象の拡大	48
	ウ 小括	50
2	保護者に対する指導の実効性を高めるための方策	50
(1)	問題の所在等	50
(2)	保護者指導に対する家庭裁判所の関与の在り方	51
	ア 家庭裁判所の関与の在り方に関する意見	51
	イ 検討	53
(3)	現行制度の下における実務上・運用上の工夫等	57
3	懲戒権及び懲戒場に関する規定の在り方	58
(1)	問題の所在等	58
(2)	検討	58
	おわりに	59

序論

1 検討の経緯等

(1) 児童虐待防止法の成立等

親などの保護者による虐待によって児童^{*1}が死傷する事件が多発するなど、児童虐待が深刻な社会問題となってきたことを背景に、平成12年5月、児童虐待の防止等に関する施策を促進することを目的として、児童虐待の防止等に関する法律（平成12年法律第82号。以下「児童虐待防止法」という。）が成立した。同法は、児童虐待の定義、児童に対する虐待の禁止、児童虐待の防止に関する国及び地方公共団体の責務並びに児童虐待を受けた児童の保護のための措置等について定めるものであり、児童の福祉に関する総合的基本法である児童福祉法（昭和22年法律第164号）とともに児童虐待の防止のための制度を構成している。

その後、平成16年4月に、児童虐待防止法の一部改正により、児童虐待の定義の見直し、児童虐待の通告義務の範囲の拡大等が行われ、同年11月には、児童福祉法の一部改正により、市町村の役割の明確化、要保護児童対策地域協議会の法定化、要保護児童に係る措置に関する司法関与の見直し等が行われた。

さらに、平成19年6月には、児童虐待の防止等に関する法律及び児童福祉法の一部を改正する法律（平成19年法律第73号。以下「平成19年改正法」という。）により、児童の安全確認等のための立入調査等の強化、保護者に対する面会・通信等の制限の強化、保護者に対する指導に従わない場合の措置の明確化等が行われた。

(2) 本研究会の開催の経緯等

平成19年改正法附則第2条第1項においては、「政府は、この法律の施行後

*1 本報告書では、「児童」、「子」及び「未成年者」の語を必ずしも厳密に使い分けることはしないが、主に児童福祉法又は児童虐待防止法が問題となる文脈においては「児童」の語を、主に民法の親権制度が問題となる文脈においては「子」の語を、主に民法の後見制度が問題となる文脈においては「未成年者」の語をそれぞれ使用する。

3年以内²に、児童虐待の防止等を図り、児童の権利利益を擁護する観点から親権に係る制度の見直しについて検討を行い、その結果に基づいて必要な措置を講ずるもの」とされた。このように、政府において親権に係る制度の見直しについて検討が行われるべきものとされたことから、その検討の一環として、平成21年5月、法務省の委託により、本研究会³が組織され、調査研究が開始された。

本研究会においては、同年6月から12月までの間に全9回の会議を開催し、児童虐待の防止等を図り、児童の権利利益を擁護する観点から親権に係る制度の見直しについて議論・検討を行った。具体的な経緯としては、第1回会議において、関係省等から、児童福祉法及び児童虐待防止法の近時の改正経過、平成19年の法改正時の親権に係る制度に関連する論点の議論状況並びに児童虐待に係る現状や制度の運用状況等の紹介がされた後に、児童虐待防止のための親権に係る制度の見直しに関する児童相談所等の現場の要望や本研究会で議論すべき論点等についてフリーディスカッションが行われた。その後、第2回及び第3回会議において、施設入所等の措置と親権との関係、親権の一時・一部停止制度、児童虐待事案における司法関与の在り方というテーマごとにフリーディスカッションが行われ、本研究会で議論・検討すべき主な論点が選択された。その上で、第4回会議以降は、論点ごとに議論が進められ、その結果として、本報告書の取りまと

*2 平成19年改正法の施行日は、平成20年4月1日である（同法附則第1条）。

*3 研究会の名称は、第1回会議において「児童虐待防止のための親権制度研究会」とされた。

めに至ったものである^{*5}。

(3) 本研究会における調査研究の在り方

児童虐待が社会問題として注目を集めるようになって久しい^{*6}が、この間、児童虐待の問題が民法（明治29年法律第89号）の問題として正面から取り上げられ、それに対応するために同法が具体的な改正作業の対象とされたことはない^{*7}。そのような中で平成19年改正法附則第2条第1項が設けられた趣旨を踏まえ、児童虐待の問題に対応するために民法の親権に係る制度の見直しについて検討が行われる意義は大きいものと考えられる。また、親権に係る制度については、民事基本法である民法において主に規定されている一方、児童福祉法及び児童虐待防止法にも、親権に係る規定が設けられているが、民法と児童福祉法及び児童虐待防止法とは、必ずしも有機的に関連しておらず、その結果、児童相談所をはじめとする行政における権限行使と司法手続との連携が必ずしも効果的に図られ

*4 本研究会又は法務省にあてて送付等された児童虐待防止のための親権に係る制度の見直しに関連する以下の意見書は、本研究会の会議で席上配布され、議論・検討の参考とされた（なお、団体名は五十音順に記載。）。

①財団法人全国里親会「里親を巡る親権問題の事例と里親の要望」、②社団法人日本社会福祉士会「親権のあり方について」、③特別非営利活動法人里親子支援のアン基金プロジェクト「親権の一部、一時停止に関する要望書」、④日本子ども虐待防止学会「児童虐待をめぐる親権制度の見直しについての意見書」、⑤日本弁護士連合会「児童虐待防止のための親権制度見直しに関する意見書」

*5 各回の会議で用いられた主な資料及び議事要旨は、本研究会の組織、運営等を委託された株式会社商事法務のウェブサイト（<http://www.shojihomu.co.jp/shinken.html>）に掲載されている。

*6 厚生省（当時）が被虐待児童を含む要保護児童全体の相談対応件数とは別に児童虐待に関する相談対応件数について統計をとり始めたのは平成2年であり、その推移は添付資料2頁「児童虐待相談対応件数の推移」のとおりである。

なお、平成20年度の全国の児童相談所の児童虐待相談対応件数は4万2664件である。

*7 もとより、児童虐待防止法制定及びその改正作業の過程においては、親権に係る制度の問題点が種々指摘されてきたところである。

ていないとの指摘がされているところである。

そこで、本研究会においては、民法、児童福祉法及び児童虐待防止法の全体を通じて、親権に係る制度について総合的に問題点を整理し、児童虐待の防止等を図るなどの観点から親権に係る制度の見直しについて検討を行うこととした。

2 親権に係る制度について検討するに当たっての一般的な視点

民法は、第820条において、「親権を行う者は、子の監護及び教育をする権利を有し、義務を負う。」と規定し、親権に義務的側面があることを明らかにした上で、親権の濫用等を親権喪失の原因としている（同法第834条）。また、児童虐待防止法は、第4条第6項において、「児童の親権を行う者は、児童を心身ともに健やかに育成することについて第一義的責任を有するものであって、親権を行うに当たっては、できる限り児童の利益を尊重するよう努めなければならない。」と規定し、第14条第1項において、「児童の親権を行う者は、児童のしつけに際して、その適切な行使に配慮しなければならない。」と規定し、同条第2項において、「児童の親権を行う者は、児童虐待に係る暴行罪、傷害罪その他の犯罪について、当該児童の親権を行う者であることを理由として、その責めを免れることはない。」と規定している。

このように、親権は子の利益のために行われなければならないものであり、児童虐待が親権によって正当化されないことは、法律上明らかにされており、社会的にも広く理解されるようになってきたところであろう。本研究会においても、親権が子の利益のために行われなければならないものであり、児童虐待はもちろんのこと、子の利益を害する親権の行使が許されないことを議論・検討に当たっての重要な指針とした^{*8}。

なお、民法においても、親権の義務的側面や親権行使における視点をより明確に規定すべきとの意見もある。この点については、民事基本法である民法の性格や法

*8 児童虐待防止法第1条は、同法の目的として児童の権利利益の擁護を掲げ、平成19年改正法附則第2条第1項も、児童の権利利益を擁護する観点から親権に係る制度の見直しについて検討すべきことを規定している。

体系全体の在り方等も踏まえつつ、更に検討が進められることが期待される場所であるが、いずれにせよ、親権が子の利益のために行われなければならないものであることなどが、本研究会における議論・検討のみならず、今後の議論・検討及び制度の運用に当たっても、当然の前提とされなければならないことはいうまでもない。

3 当研究会における具体的な検討方針

児童虐待や親権者による親権の不適切な行使により、子の利益が現に害され、又は害されるおそれ大きいにもかかわらず、現在の制度では対応に苦慮する場合として指摘されている事案の主なものは、差し当たり、下記AからIまでのとおり整理することができるように思われる⁹。親権に係る制度の見直しについては、このような事案に適切に対応することができるように手当てを行うことが求められていると考えられる。以下では、そのような観点から、これまで指摘されてきた立法課題（当研究会の進行の過程で指摘されたものを含む。）について、その問題点を整理するとともに、可能な限り、今後の検討作業における議論の方向性についての当研究会の考え方を示すこととした。

記

- A 親権者による児童虐待があるため、祖父母その他の子の親族が子を養育するのが相当であるが、親権者がそのことに納得せず、親権を喪失させるのもちゅうちょされるような事案。

*9 各事案は、以下「事案A」「事案B」などという。

- B 施設入所^{*10}中、里親等委託^{*11}中又は一時保護^{*12}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、児童福祉施設の長（以下「施設長」という。）、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する措置を行うのに支障が生じるような事案^{*13}。
- C 親権者がその精神上の障害等により子を適切に養育することが著しく困難であるが、それが親権の濫用又は著しい不行跡という現行の親権喪失の原因に該当するとは必ずしもいえないような事案。
- 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。

*10 児童福祉法第27条第1項第3号により、児童を児童養護施設その他の同号に掲げる施設に入所させること（同法第28条第1項又は第2項による家庭裁判所の承認を得て行う場合を含む。）。

*11 児童福祉法第27条第1項第3号により、児童を小規模住居型児童養育事業を行う者又は里親（以下「里親等」という。）に委託すること（同法第28条第1項又は第2項による家庭裁判所の承認を得て行う場合を含む。）。施設入所と併せて「施設入所等」ということがある。

*12 児童を保護者から一時的に分離する必要がある場合等に、児童相談所内の一時保護所等に、当該児童を一時的に保護すること（児童福祉法第33条）。

なお、児童虐待の事案において児童福祉法に基づき親子分離をする方法としては施設入所等の措置及び一時保護がある（添付資料5頁「児童相談所における児童虐待ケースへの対応の手順」も参照。）。

*13 具体的には、親権者が、①医療に関し、日常的な投薬（ステロイド剤や精神科薬の使用等）、予防接種、入通院、治療、手術等を拒否するもの、②教育に関し、高校受験を認めないもの、無断で学校に退学届を提出するもの、特別支援学校への通学を認めないもの、③児童の面会交流に関し、児童の福祉を害するなど特段の事情もないのに、親権を有しない親や祖父母等と児童との面会交流を認めないもの、などが指摘されている。

- E 医療ネグレクトの事案^{*14}。
- F 施設入所中、里親等委託中又は一時保護中の児童が、自らアルバイトで稼いだお金などで自らの名義で携帯電話の利用契約を締結しようとするが、親権者がこれに同意しないため、契約の締結をすることができないような事案。
- G 年長の未成年者が、児童養護施設等から退所した後などに、事実上親権者から自立して、アパートを借りたり、就職したりしようとするが、親権者がこれらに同意しないため、契約の締結等をすることができないような事案。
- H 年長の未成年者が、児童養護施設等から退所した後などに、事実上親権者から自立しているような場合に、親権者が、子につきまったり、その周囲をはいかにしたりする事案。
- I 親権者について親権喪失の原因があるが、親権を喪失させた後に、未成年後見人を引き受けてくれる者を確保することができないので、親権喪失宣告の申立て自体がちゅうちょされる事案。

4 本報告書の構成

本研究会で議論・検討した論点を整理するに当たっては、第1に、児童を適切に保護するなどの観点から、親権喪失制度の見直しも含め、親権を必要に応じて適切に制限するための手当てに関する点（親権を一時的に制限する制度及び親権を部分的に制限する制度）を取り上げ、第2に、親権を制限された者の子等に安定した養育監護のための環境を与えるなどの観点から、親権を行う者がいない子を適切に監護等するための手当てに関する点（法人による未成年後見、里親等委託中又は一時保護中の児童に親権者等がいないときの取扱い並び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者に親権者等がいないときの取扱い）を取り上げている。

さらに、第3に、児童虐待防止のための親権制度の見直しに関するその他の論点（接近禁止命令の在り方、保護者に対する指導の実効性を高めるための方策並びに

*14 未成年者が手術や治療を必要としている場合、医療機関がその未成年者に対し医療行為を行うには、通常、親権者の同意が必要とされるが、親権者が正当な理由もなくその同意を拒否して放置することにより、未成年者の生命・身体が危険にさらされるような事案をいう。

懲戒権及び懲戒場に関する規定の在り方) を取り上げている。

第1 親権を必要に応じて適切に制限するための手当て

1 問題の所在等

現行制度の下での親権制限に関しては、親権喪失制度について、その効果が期限を設けずに親権全部を喪失させるものであること（いわばオール・オア・ナッシングの制度であること）や、その要件である親権喪失の原因が親権の濫用又は著しい不行跡という親権者に対する非難を含むものであることから、現実に活用しにくいものとなっているとの指摘がされている（事案A, C, D, E, F及びG参照）。

また、施設入所中、里親等委託中の児童について児童福祉法第47条第2項¹⁵による施設長、里親等の権限と親権者の親権との関係が必ずしも明確となっておらず、また一時保護中の児童について児童相談所長の権限を定めた明文の規定がないことなどから、施設入所中、里親等委託中及び一時保護中のいずれの場合においても、子の利益を害するような不当な主張をする親権者への対応に苦慮するとの問題が指摘されている（事案B及びF参照）。

これらの指摘は、それぞれその対象とする制度こそ異なるものの、いずれも子の利益の侵害を防ぐという現実の必要性に応じた適切な親権制限が困難であるという点で共通するものといえることができる。

また、親権制限については、民法、児童福祉法及び児童虐待防止法が関係しているが、民法と児童福祉法及び児童虐待防止法とが必ずしも有機的に関連していないとの指摘がされていることは前述したとおりである。

そこで、第1は、親権を必要に応じて適切に制限するため、親権を一時的・部分的に制限する制度を新たに設けることや親権喪失制度を改正することについて、検討するものである。ここでは、上記のような指摘等を踏まえ、現実の必要に応じて

*15 同項は、「児童福祉施設の長、その住居において養育を行う第6条の2第8項に規定する厚生労働省令で定める者又は里親は、入所中又は受託中の児童で親権を行う者又は未成年後見人のあるものについても、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。」と規定する。

適切に親権を制限することができるようにするために、上記各法律の全体を通じて、どのような制度設計をするのが相当か、すなわち、現在ある制度をどのように改正し、又はどのような制度を新たに設けるのが実効的かといった観点から検討を行うこととした。

2 親権を一時的に制限する制度

(1) 家庭裁判所の審判により親権を一時的に制限する制度を設けることについて

現行の親権喪失制度について指摘されている問題点は前述したとおりであるが、より具体的には、同制度が期限を設けずに親権を喪失させるものであることから、その効果が大きく、申立てや宣告がちゅうちょされるという点と、親権喪失宣告後の親子の再統合に支障を来すという点を指摘することができる。

現行の親権喪失制度においても、喪失の原因が消滅したときに、本人等の請求によって、家庭裁判所が喪失の宣告の取消しをすることができるものとされている。そのため、宣告の取消しの制度を柔軟に運用することにより、実質的に「親権の一時停止」として活用することも可能なはずであり、そのような指摘は、従前もされてきたところである^{*16}。

また、児童虐待防止法第15条は、「民法（明治29年法律第89号）に規定する親権の喪失の制度は、児童虐待の防止及び児童虐待を受けた児童の保護の観点からも、適切に運用されなければならない。」と規定しており、親権喪失制度は、法律上も、必要に応じて適切に活用されるようになることが期待されてきた。

しかしながら、現実には、前述のような問題点があることなどから、親権喪失制度が必ずしも適切に活用されていない状況にあるものと考えられる。

そこで、親権喪失制度について指摘されている前述のような問題点を解消し、現実の必要に応じて適切に親権を制限することができるようにするために、民法に、家庭裁判所の審判により一定の期間に限って親権を行うことができないものとする制度（以下「親権の一時的制限制度」という。）を設けることが考えられる。

*16 床谷文雄「児童虐待の法的対応」判タ1046号84頁

なお、仮に親権の一時的制限制度を設ける場合には、これを一時「停止」とするか、一時「喪失」とするかについて、検討する必要がある。

この点については、①親である以上は原則として親権者であるべきこと、②親子の再統合を目指すことが親権を一時的に制限する目的であること、③親権の一時的制限制度と親権喪失制度との差を「停止」「喪失」という表現の差で表すことにより、段階的な対応が可能となり、親に対する指導の手段として利用することが可能となることなどを理由に、「停止」とするのが相当であるとの意見があった。

もともと、親権を行うことができないものとするという点においては、親権の一時的制限制度と親権喪失制度との間に法的効果の差はないものと思われる（現行の親権喪失制度も、喪失宣告が取り消されるまでの間、親権を行うことができないものとする制度であるということが出来る）ことなどにかんがみれば、この点は、別途、法制的な観点からの検討も必要であると考えられ、今後の検討作業にゆだねることとせざるを得ない。

(2) 親権の一時的制限制度の活用が想定される事案

仮に、親権の一時的制限制度を設けた場合には、施設入所、里親等委託又は一時保護が行われている事案においても、そうではない事案においても、同制度が活用されることが想定される。

まず、施設入所、里親等委託又は一時保護が行われている事案においては、通常は、施設長、里親等又は児童相談所長による措置権限の行使や面会通信制限、接近禁止命令等の制度によって相応の対応が可能であると考えられる^{*17}が、それ

*17 仮に、後記3(1)のとおり、施設長、里親等又は児童相談所長によ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、親権者の親権を部分的に制限する制度を設けた場合には、当該措置権限の行使によって、より適切に対応しやすくなると考えられる。

らによっても対応が困難な場合等、特に必要があるとき^{*18}に、民法上の親権制限の制度が利用されると考えられる。親権の一時的制限制度を設けると、このような場合に、親権喪失の制度のほか、事案に応じて親権の一時的制限制度が活用されるようになるものと想定される^{*19}。

また、児童相談所が関与しない場合や一時保護を解除する場合等で、一定の期間に限って親権者の親権を制限し、他の親族等がこれに代わって権限を行使するのが適当な事案等においても活用されることも想定される^{*20}。

(3) 親権の一時的制限制度を設ける場合の期間の定め方

仮に、親権の一時的制限制度を設ける場合には、その期間の定め方について、

*18 具体的には、事案B及びFのように、①施設長、里親等又は児童相談所長において児童の財産を管理する必要がある事案、②施設長、里親等又は児童相談所長において個別の法令等により児童の法定代理人の権限とされている行為をする必要があるような事案（*35 参照）、③親権者が強硬に不当な主張を繰り返すなど、施設長、里親等又は児童相談所長と親権者との間に強い対立が生じているような事案等が想定される。

なお、①については、ごく僅少の財産（例えば児童本人が通常のアパートで稼いだお金など）であれば、施設長、里親等又は児童相談所長の監護、教育又は懲戒に関する権限により、その管理を行うことができると解釈する余地があるのではないかとの指摘もあった。いずれにせよ、民法上の親権制限の制度を利用し、施設長など親以外の第三者が権限を行使するものとするれば、上記権限の範囲に含まれるかどうかという疑義を解消することができると思われる。

*19 仮に、後記3(1)のとおり、施設長、里親等又は児童相談所長による措置が親権に優先することを明示するものとした場合に、*18 ③のような事案については、民法上の親権制限をする法律上の利益がないのではないかとの疑問も生じないではない。しかしながら、3(1)の枠組みは、飽くまでも施設長等による措置との関係において親権を制限するものにすぎないから、民法上の親権制限をし、私法上一般に親権を行うことができないものとする法律上の利益はあるものと考えられる。現実的にも、③のような事案においては、3(1)の枠組みによる限度に止まらず、民法上、親権自体を制限する必要性があるということが出来る。

*20 具体的には、事案A、C、D、E及びGのような事案が想定される。

検討する必要がある。

この点については、その期間を法律で一律に定める方法と、家庭裁判所において適当と考えられる期間を事案に応じて個別に決める方法とが考えられる（後者の方法によるとしても、一時的な制限であるという性質にかんがみ、法律上、期間の上限を定めておくのが相当であると考えられる。）。

前者に比べ、後者の方が事案に応じた対応が可能であるということが出来るが、家庭裁判所が、審判の時点において、個別の事案ごとに親権を制限すべき期間を適切に判断するのは、一般的には困難であると考えられる。他方で、例えば、医療ネグレクトの事案で親権を一時的に制限して医療行為を行おうとする場合において、医療行為を行いさえすれば短期間のうちに当該傷病が完治することが見込まれるときなど、審判の時点において、法定の期間が経過するまで親権を制限し続ける必要性がないものと判断される事案もあると考えられるので、事案によっては^{*21}、家庭裁判所が、審判の時点において、個別に期間を決めることができるようにする方がよいように思われる。

なお、いずれの方法によるとしても、期間途中における審判の取消し^{*22}や期間経過後も引き続き親権を制限するように求める再度の申立て^{*23}により、事案に応じた適切な対応が図られることが期待される。

また、仮に、親権の一時的制限制度を設ける場合には、親権制限の期間やその上限を具体的にどの程度の長さにするかを検討する必要がある。この点につい

*21 施設入所等の措置がとられている児童の親権者の親権を一時的に制限する場合には、措置の期限と親権制限の期限を同時にするように親権制限の期間を決めるということも考えられる。

なお、家庭裁判所の承認による施設入所等の措置の期間は当該措置を開始した日から2年を超えてはならず、当該期間を更新するには改めて家庭裁判所の承認を得なければならないものとされている（児童福祉法第28条第2項）。

*22 期間の定め方について、いずれの方法を採用するかにかかわらず、現行の親権喪失制度と同様、別途、審判の取消しの制度を設ける必要があると考えられる。

*23 制度設計としては、再度の申立てとする方法のほかに、親権制限の期間の更新を求める申立てとする方法も考えられる。

ては、期間を短く設定しすぎると申立てと審判とを頻繁に繰り返すこととなり支障が生じると思われる一方、長く設定しすぎると期間を限る趣旨を没却することとなると思われるところであり、今後更に検討が進められる必要がある。

(4) 親権の一時的制限及び親権喪失の原因

ア 検討の指針

仮に、親権の一時的制限制度を設ける場合には、その原因の定め方について、検討する必要があるが、この点については、親権喪失の原因の定め方と併せて検討する必要がある。

イ 親権を一時的に制限し、又は親権を喪失させるために必要な要素

親権の一時的制限及び親権喪失の原因の定め方に関しては、現行の親権喪失の原因が親権の濫用又は著しい不行跡とされていることについて、申立てや審判の在り方が親権者を非難するような形になり、その後の親子の再統合や親に対する指導の支障になることがある、親権者に精神上的障害があるような事案において、子の利益の観点からは親権を制限すべき場合があるが、それが上記原因に該当するとは必ずしもいえないなどとして、子の利益の観点から親権喪失の原因を見直すべきとの意見がある（事案C参照）。

この点については、家庭裁判所の実務においても、親権喪失の判断に当たっては、子の利益が害されている程度が当然に考慮されていることなどからすれば、現行法のように親権者の行為等の観点からのみ親権制限の原因を規定するのではなく、基本的には、子の利益の観点から親権制限の原因を規定すべきであり^{*24*}^{*25}、子の利益が害されている程度（①）を親権の一時的制限及び親権喪失の原因として考慮する要素とし、害されている程度が一定の程度に達した場

*24 子の利益の観点から親権制限の原因を規定することにより、親権が子の利益のために行われなければならないということが、間接的ではあるが、法文上明らかになると思われる（なお、序論2参照）。

*25 児童の福祉又は子の利益の観点から要件を規定するものとして、例えば、児童福祉法第28条第1項、児童虐待防止法第11条第5項、民法第817条の7、同法第817条の10第1項第1号などがある。

合に親権を一時的に制限し、又は親権を喪失させるのが相当であると考えられる。

もつとも、親権という重要な権利義務を喪失させる以上、親権者の側の事情に全く着目しないものとするのは相当でなく、この点も判断要素とすべきである（子の利益の観点からのみ原因を規定するのは相当でない）。仮に親権の一時的制限制度が設けられた場合には、まずは親権の一時的制限をし、それによっても親の適格性等が改善しない場合には親権を喪失させるなどといった段階的な運用をすることによって、親に対する指導の実効性の確保を図ることが考えられる。そこで、親権者の適格性等（親権者の行為態様、親権者として客観的に求められている水準に達しない程度等）(②)を、親権の一時的制限及び親権喪失の原因として考慮する要素とし、これらの要素が一定の程度に達した場合に親権を一時的に制限し、又は親権を喪失させるのが相当であると考えられる。

ウ 親権を制限すべき必要性が消滅すると見込まれる時期

また、例えば、医療ネグレクトの事案では、親権を制限して医療行為を行うことが考えられるが、たとえ子の生死に関わるような医療ネグレクトの事案で子の利益が害されている程度が著しい場合であっても、当該医療行為を行いさえすれば短期間のうちに当該傷病が完治することが見込まれるようなときであれば、時間的に過剰な制限を避けるという観点から、親権を喪失させるのではなく、一時的に制限するのが相当であると考えられる。

このように長期間の親権制限がちゅうちょされるような事案において適切に親権を制限しやすくするとの観点から、親権を制限すべき必要性が消滅すると見込まれる時期(③)を考慮要素とし、親権の一時的制限制度と親権喪失制度とを使い分ける際の考慮要素の一つとすることも考えられる。

エ 親権者に対する非難可能性や帰責性に関する要素

上記①から③までの要素に加えて、親権者に対する非難可能性や帰責性に関する要素(④)を考慮要素とすることも考えられるが、この点については、親権の一時的制限制度と親権喪失制度との関係をどのように位置付けるかとも関

連し、以下のA案からC案までの考え方があり得る^{*26}。

A案：親権の一時的制限制度においても、親権喪失制度においても、上記①から④までの要素を考慮要素とした上で、これらの要素を総合的に考慮して一時的制限とするか親権喪失とするかを判断するとの考え方

B案：親権の一時的制限制度においても、親権喪失制度においても、上記①から③までの要素を考慮要素とした上で、これらの要素を総合的に考慮して一時的制限とするか親権喪失とするかを判断するとの考え方

C案：親権の一時的制限制度においては上記①から③までの要素を考慮要素とし、親権喪失制度においては上記①から④までの要素を考慮要素とした上で、④の要素を親権喪失のための必須の要素とするとの考え方

A案は、親権の一時的制限制度においても、親権喪失制度においても、上記①から④までのすべての要素を考慮要素とした上で、これらの要素を総合的に考慮して一時的制限とするか親権喪失とするかを判断するものとする考え方である。このような考え方の中には、④の要素（親権者に対する非難可能性や帰責性に関する要素）を親権の一時的制限及び親権喪失のための必須の要素とする考え方（A-I案）、④の要素がない場合でも親権を一時的に制限し、又は親権を喪失させることができるものとするとの考え方（A-II案）及び④の要素がない場合でも親権を一時的に制限することができるが親権喪失については④の要素を必須の要素とする考え方（A-III案）があり得る。

もっとも、④の要素がなければ親権の一時的制限も親権喪失もすることができないものとする、現行の親権喪失制度について指摘されている問題点が解決しないと考えられることなどから、本研究会においてはA-I案を支持する意見はなかった。

*26 ④の要素がなくても一時的に親権を制限することができる制度、④の要素がなくても期間を限らずに親権を制限することができる制度及び④の要素を必須の要素として期間を限らずに親権を制限することができる制度の3つの制度を設けることも考えられなくはない。しかしながら、このような制度設計によると、期間を限らずに親権を制限するという効果の点で差異のない制度が2つ存在することになるが、効果の異なる制度をあえて複数設ける必要性はなく、また相当でもないと考えられる。

A-Ⅱ案及びA-Ⅲ案は、現行の親権喪失制度に前述したような問題点があることにかんがみ、④の要素がない場合でも親権を制限することができるものとするとの考え方であるが、A-Ⅲ案は親権喪失の効果の重大性にかんがみ、親権喪失については④の要素を必須の要素とするとの考え方である。

B案は、上記の考慮要素のうち①から③までの要素を考慮要素とした上で、これらの要素を総合的に考慮して、一時的制限とするか親権喪失とするかを判断するとの考え方であり、現行の親権喪失制度に前述したような問題点があることを重視し、④の要素はそもそも考慮要素としないとの考え方である。

C案は、親権の一時的制限制度においては上記①から③までの要素を考慮要素としつつ、親権喪失制度においては上記①から④までのすべての要素を考慮要素とした上で、④の要素を親権喪失のための必須の要素とするとの考え方であり^{*27}、親権の一時的制限制度と親権喪失制度とを性質の異なる別個の制度^{*28}ととらえる考え方であるといえることができる。

このように、本研究会においては、④の要素（親権者に対する非難可能性や帰責性に関する要素）の位置付けや親権の一時的制限制度と親権喪失制度との関係について意見が分かれたが、今後、以上のような点を踏まえ、更に検討が進められる必要がある。

なお、親権の一時的制限制度及び親権喪失制度は、いずれも国家権力により親権を制限する制度である以上、国家による過度の介入を防止するなどの観点から、その原因については、相応に厳格なものとし、かつ、ある程度明確な基準として法文に表す必要がある。今後の検討作業においては、これらの点にも留意する必要があると考えられる。

*27 A-Ⅲ案やC案のように④の要素を親権喪失のための必須の要素とすると、④の要素が認められない場合には親権の一時的制限しかすることができないこととなるが、このような場合で長期間の親権制限が必要な事案では、親権の一時的制限の再度の申立て等によって対応することが考えられる。

*28 すなわち、C案は、親権の一時的制限制度は子の利益のための制度であるが、親権喪失制度は子の利益のための制度であるとともに親権者に対する制裁の制度ととらえるものである。

(5) 親権の一時的制限及び親権喪失の申立人

仮に、親権の一時的制限制度を設ける場合には、その申立人について、検討する必要があるが、この点は、親権喪失の申立人と同様にするのが適当であると考えられる。

現行の親権喪失の申立人は、子の親族及び検察官（民法第834条）並びに児童相談所長とされている（児童福祉法第33条の7）が、児童の意見表明権（児童の権利に関する条約第12条参照）をできる限り保障するなどの観点から、子自身も申立人に加えるべきとの意見があり、必ずしも強い反対意見はなかった。

もっとも、児童相談所長その他の申立権者において適切に申立てを行うことが重要であり、子に申立権の行使を期待するのは酷であるとの指摘や、子の申立てにより親権制限がされた場合には、その後の親子の再統合が事実上不可能になってしまうとの指摘がされた。また、子が自らの親について、親権制限の申立てをするということについては、様々な意見があり得ると推測されるところでもある。

今後、以上のような点を踏まえて、更に検討が深められることが期待される²⁹。

なお、親権を一時的に制限する審判の取消しの申立人についても、親権喪失宣告の取消しの申立人と同様にするのが適当であると考えられる。現在、喪失宣告の取消しの申立人が本人又はその親族に限られている³⁰ことについても、見直しの必要性がないか検討したが、特にその必要性を指摘する意見はなかった。

*29 未成年者（意思能力がある場合に限られる。）に申立権が認められているものとして、特別養子縁組の離縁（民法第817条の10）、未成年後見人の選任・解任（民法第840条、第846条）などがある。未成年後見人の選任・解任については、平成11年民法改正により、自己決定の尊重の観点などから、その申立権が被後見人自身に明文で付与されたものである。

子の氏の変更（民法第791条）については、15歳以上の子に申立権が認められている。

*30 親権喪失宣告の取消しについては、子も、本人の親族として、その申立てをすることができる。

3 親権を部分的に制限する制度

(1) 施設入所等の措置又は一時保護が行われている場合に親権を部分的に制限する制度

ア 施設入所又は里親等委託の場合

(ア) 親権を部分的に制限する制度の概要等

施設入所中又は里親等委託中の児童について、施設長又は里親等（以下「施設長等」ということがある。）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（児童福祉法第47条第2項）、その措置と親権との関係が必ずしも明確でないために、親権者が異を唱えると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（事案B参照）^{*31}。

しかしながら、施設入所中又は里親等委託中の児童の監護教育に関する事項について、親権者の主張に正当な理由がないにもかかわらず、親権者が異を唱えたからといって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ない。

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措置が親権者の親権に優先することを明示する枠組み

*31 なお、親権者が施設入所中、里親等委託中の児童の引き取りを要求する場合の対応が問題とされることがあるが、家庭裁判所の承認を得て施設入所等の措置がとられている児童について、親権者が引き取りを要求することは、施設入所等の措置の本質に反するので、施設長等がこれを拒否することができるのは当然である。このことは、一時保護の場合も同様である。

平成9年6月20日付け厚生省児童家庭局長通知「児童虐待等に関する児童福祉法の適切な運用について」も、家庭裁判所の承認による施設入所等の措置がとられている場合について、「保護者等の引き取りに対しては、家庭裁判所の承認があった以上、児童福祉施設の長に与えられた監護権が保護者等の監護権に優先することになるので、これを拒むこと。」とし、一時保護について、「保護者等の同意が得られずに行った一時保護等について、保護者等が児童の引き取りを求めてきた場合には、これを拒むこと。」としている。

^{*32*33} 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、親権に対し優先する権限を一定の範囲に限り、それ以外の部分について親権者の意に反して権限を行使する場合には民法上の親権制限によるべきとの意見もある。しかしながら、そもそも、施設長等の権限を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ことは困難である。また、施設長等の権限が優先する事項と親権が優先する事項との範囲が判然とせず、個別具体の場面において、親権者の不当な行為を効果的に抑止することができず、結果として安定的な児童の監護を妨げるおそれもある。したがって、親権に対し優先する権限の範囲は、児童福祉法第47条第2項で認められている監護、教育及び懲戒に関する範囲全体とするのが相当であると考えられる^{*34*35}。

(イ) 制度の利点・特徴等

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、施設長等と親権者との間で意見が合わない場合には施設長等による措置が優先することが

*32 施設入所等の措置が採られている場合における当該措置と親権との関係については、家庭裁判所の承認によっても、親権者が子の親権を失うことはないが、親権者が子に関して採られた措置に矛盾するような形でその親権（監護権）を行使することは許されないとする見解（佐藤進ほか『実務注釈児童福祉法』186頁〔許末恵〕）があり、本文の枠組みは、この解釈を明確にする手当てであると位置付けることも可能である。

*33 施設長等の措置が親権者の行為より前にされていた場合に限らず、施設長等の措置の前に親権者が身上監護権の行使として行為を行った場合についても、施設長等が行う措置が優先するものとする趣旨である。

*34 ただし、施設長等に適切な権限の行使が求められることは当然である（後記(ウ)(エ)参照）。

*35 なお、各行政法規において規定されている児童に関する行為については、施設長等においてこれを行うことができるかどうかは、当該行政法規の規律によるものと考えられる。この点については、今後、関係する各法令の現在の規律を明らかにした上で、その見直しの要否等について更に検討を進める必要がある。

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^{*36}。

さらに、親権者の親権は、施設長等による措置と抵触する限度で制限されるが、それを超えて親権自体が奪われるといったことにはならず、過剰な制限でないものということができる。例えば、児童の監護教育に関する特定の事項について、親権者が異を唱えるような場合など、親権を喪失させ、又は一時的に制限するまでの必要はないものの、施設長等による安定的な児童の監護に支障を来すような場合に、適切に対処することができるようになるものと考えられる。

このような枠組みにおいて、施設長等による措置と抵触する行為は、通常、事実行為であると考えられる。措置と抵触する法律行為の有無については、更に検証する必要があるが、仮にあった場合に、この枠組みによって法律行為の効力まで否定することは、第三者の取引の安全を害するおそれがあるので、妥当でないと考えられる^{*37}。

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)

*36 具体的な場面としては、例えば、施設長等は、入所等についての措置決定通知書等を示すことにより、施設長等の必要な措置が親権に優先することを契約の相手方等の第三者に主張することができ、円滑に必要な措置をとることができると考えられる。

もつとも、その前提として、施設長等が必要な措置をとることができ、その措置が親権に優先することについて、広く一般に理解されるように周知を図ることが相当であると考えられる。

*37 ただし、親権者がした法律行為の効力自体は維持されたとしても、施設長等の措置により当該法律行為の実現が事実上妨げられ、その限度で第三者に対し影響を及ぼすことは考えられる。

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^{*38*39*40}。

なお、在学関係については、その法的性質が必ずしも明らかでない上、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。

(ウ) 親権制限の正当化根拠

このような親権制限については、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のであり、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正当化根拠が認められる。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^{*41}がされているときは、身上監護の委託に正当化

*38 施設入所中、里親等委託中の児童については、医療費まで含めて公費で負担しているところである。

*39 ただし、医療行為のうち各行政法規の規律に係るものについて、別途検討が必要なことは*35のとおりである。

*40 児童自身の名義で契約を締結する必要があるが親権者が合理的な理由なく当該児童に携帯電話を利用させることに反対するような場合には、民法上の親権制限の制度を利用することが考えられる（事案F参照）。

*41 施設入所又は里親等委託の措置のうち親権者の意に反しないもの（児童福祉法第27条第1項第3号に規定する施設入所等の措置のうち同法第28条第1項によるもの以外のもの）。

根拠が認められると考えられる^{*42}。

上記の枠組みによって施設長等の判断が最終的に優先するものとしても、施設長等の権限濫用が許容されないのはもちろん、一般的に、施設長等が権限を行使するに当たっては親権者の権利にも配慮しなければならず、施設長等による措置が親権者の親権と衝突する場合における当該措置の当否等については、事柄の重要性、親権者の主張の理由・合理性、同措置の必要性の程度、問題となっている児童の福祉の内容、代替手段の有無等に照らして判断される必要があると考えられる。

(I) 施設長等による適切な権限行使の確保方法等

施設長等による適切な権限行使を確保する観点からは、例えば、施設長等による措置に対し親権者が相応の理由を示して異を唱えたことなどにより施設長等においてその判断に悩むような場合に、児童相談所長、都道府県知事、児童福祉審議会（児童福祉法第8条参照）等の意見を聴いてその当否を判断

*42 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はできなくなる。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、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2参照）。

なお、同意入所等に関し、親権者が明示的に同意していなくても親権者の意に反しない場合は、身上監護の（黙示の）委託があるとして上記正当化根拠が認められると思われる。

するための仕組みを設けることも考えられる^{*43*44}。

これに関連して、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について、検討する必要がある。この点については、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のは、手続が過度に煩雑になるとともに、施設長等の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^{*45}。このように考えたとしても、親権者は、行政処分である施設入所又は里親等委託の措置自体を対象として行政事件訴訟を提起することなどができる^{*46}ので、不服申立ての手続に不備があるとはいえないと思われる。

イ 一時保護の場合

(ア) 親権を部分的に制限する制度の概要等

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。

*43 このような場合のうち特に重要な事項が問題となっているようなときには、児童相談所長において家庭裁判所に対し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ということも考えられる。

なお、民法上の親権制限による対応が求められるような重要な事項が何であるかを現時点において具体的に列挙することは困難であるが、この点については、今後の実務の経験等も踏まえ、将来的に議論が深められることが期待されるとの指摘があった。

*44 このような場合にも、親権制限の申立ての利益がないわけではないことについて、*19参照。

*45 施設入所中、里親等委託中の児童の監護をめぐる法律関係は、行政処分に基づいて生ずるものであり、私的な養育関係ではないことにかんがみれば、家庭裁判所の審判手続で判断するものとするには、法体系上も困難であるとの指摘がされた。仙台高決平12.6.22家月54巻5号125頁参照。

*46 なお、同意入所等の場合には、親権者が同意を撤回すれば、行政の側（都道府県）において家庭裁判所の承認を得なければならなくなる。

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ない。

そこで、一時保護が行われている児童についても、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。

(イ) 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。

(ウ) 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・監護の必要性和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。

(I) 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^{*47}。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^{*48}。

もともと、前述のとおり児童の緊急的保護・監護の必要性和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^{*49}

*47 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、添付資料1頁「『児童虐待を主訴とする一時保護の状況（集計結果）』抜粋」のとおりである。

*48 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）。

*49 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。

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。

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は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案を若干修正する考え方）

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考え方も考えられる。

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することが考えられる。

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^{*50}。

(B案を若干修正する考え方)

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。

もともと、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。

*50 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。

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^{*51}、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^{*52}ので、結局は児童相談所に相当

*51 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。

*52 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。

の負担がかかることになるのではないか。

- ・ 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。
- ・ 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。

(2) 家庭裁判所の審判により親権の一部を制限する制度

ア 検討の必要性及び検討の対象等

現行の親権喪失制度について、期限を設けずに親権全部を喪失させるものであること（いわばオール・オア・ナッシングの制度であること）から、現実に活用しにくいものとなっているとの指摘がされていることは前述したとおりであるが、これに加えて、親権は重要な権利義務であるからその制限はできる限り小さいものに止めるべきところ、常に親権全部を制限するのではなく家庭裁判所の審判により親権の一部を制限する制度を設けるべきとの意見がある。

家庭裁判所の審判により親権の一部を制限する制度については、親権喪失制度及び親権の一時的制限制度に加えて、このような制度を設けるべき現実の必要性があるか、すなわち、どのような事案において利用されることを念頭に親権の一部を制限する制度を設ける必要があると考えるのかを検討する必要がある。

この点については、施設入所中、里親等委託中又は一時保護中の児童について、仮に3(1)の枠組みによって当該児童の親権を部分的に制限する制度を設けた場合には、これにより適切に必要な親権制限をすることができると考えられるので、施設入所中、里親等委託中又は一時保護中に、更に家庭裁判所の審

判により親権の一部を制限する必要が生じるような場合はあまり想定されない^{*53}。そこで、家庭裁判所の審判により親権の一部を制限する制度を設けるべき必要性については、施設入所、里親等委託及び一時保護がされていない子を主に念頭に置いて検討するのが相当である。

イ 制度の必要性に関する一般的検討

家庭裁判所の審判により親権の一部を制限する制度については、上記のとおり、制度を設けるべきとの意見がある一方で、以下のような理由から、これを設けることに消極的な意見があった。

- ・ 児童虐待の事案で施設入所等及び一時保護が行われていない子について親権を制限する場合には、その結果として親権者でない第三者に子の監護等をゆだねる必要があるが、第三者に子の監護等をゆだねる以上、当該第三者には、親権の特定の一部ではなく全部をゆだねるものとした方が、子の安定的な監護に資する。
- ・ 親権の一部を制限し、その一部の権限のみを第三者にゆだねるものとする、親権者と第三者に権限が分属するため、権限の範囲等をめぐって親権者と第三者との間に紛争が生じ、子の安定的な監護を害するおそれがある（特に、当該第三者には私人が選任されることにかんがみると、紛争の発生による弊害は大きいといえる。）。
- ・ 親権の一部を制限するにすぎないため容易に申立てが認容されるものと誤解されかねないことなどから、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。

なお、親権のうち身上監護権に属する部分を制限する制度を創設した場合には、民法第766条による監護者指定の場合と同様、戸籍に記載しないものとしてことができ、その点に、親権の一部を制限する制度を設ける利点があるとの意見があった。しかしながら、戸籍法が監護者指定について戸籍の記載をし

*53 ただし、このことは、仮に家庭裁判所の審判により親権の一部を制限する制度が設けられた場合に、施設入所中、里親等委託中及び一時保護中の児童について、同制度が利用される余地を否定するものではない（*19 参照）。

ないものとしているのは、現行民法第766条の元となった明治民法（明治31年法律第9号）第812条に基づく母の監護権の範囲が極めて狭いものと解釈され、子の教育、懲戒といった事項については、親権者が権限を有し、監護者は権限を有しないものとされていたことから、公示の必要がないと考えられたことによるものとうかがわれる^{*54}。

したがって、現在、民法第766条による監護者指定について戸籍の記載がされていないからといって、親権のうち身上監護権に属する部分を制限する場合にも戸籍に記載する必要はないと直ちに断言することはできず、公示の必要性等の観点からなお検討する必要があると考えられる。

また、戸籍の記載については、現行法の下において親権の喪失の宣告がされた場合に「親権喪失宣告の裁判確定」との戸籍の記載がされることに対し、戸籍に記載することは、親に対して社会的制裁との感覚を持たせやすいため、成年後見のように別の簿冊に記載するのが相当であるとの意見などがある。

しかしながら、別簿冊に記載するものとすることについては、親権や法定代理権の存否を戸籍のみによっては証明することができないこととなり、親権や法定代理権の存否について厳密な証明が求められる一定の場合には、戸籍とは別に、親権喪失をしていないことの証明が必要とされる場合も生じると考えられ、それにより社会的に過大な支障が生ずることにもなりかねず、現実的でないと考えられる。

そもそも、戸籍の記載に関する問題は、それ自体が問題というよりは、親権喪失制度が親に対する制裁であると社会的に理解される傾向があることに根本

*54 昭和62年民法改正の際にも、監護者に関する事項を戸籍の記載事項とすることが検討されたが、監護者は、子の身上監護という事実関係に関与する者に過ぎないので、法定代理権を有する親権者とは異なり、対第三者との関係でその有無を戸籍上公示しなければならない理由に乏しいこと、民法上監護者の指定は当事者の協議又は審判によって定められ、戸籍の届出によって創設されるものではなく、また、当事者の協議によりいつでも何回でも変更することが可能であるから、その指定及び変更につき正確な届出をさせ、戸籍の記載を常に事実と合致させることが極めて困難であることから、採用されなかったという経緯がある（細川清『改正養子法の解説—昭和六二年民法等一部改正法の解説—』171頁）。

的な問題があるように思われる。平成19年の戸籍法改正により、従来の戸籍の公開原則が改められ、現在、第三者が戸籍謄本等の交付請求をすることができる場合は限られており、さらに、今後、親権喪失制度が子の利益のための制度であるということが明確になり、社会的にも広く理解されるようになれば、親権喪失に関する戸籍の記載自体を問題とする必要性も乏しくなるのではないかと期待される^{*55*56}。

ウ 制度の必要性に関するあり得べき制度設計等を踏まえた検討

(7) 具体的検討の在り方

上記のように家庭裁判所の審判により親権の一部を制限する制度を設けるべきかどうか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、具体的な制度設計を想定しながら、それぞれの得失等と併せて検討するのが有用であると考えられた。そこで、仮に家庭裁判所の審判により親権の一部を制限する制度を設ける必要があるとした場合のあり得べき制度設計、それが利用されると想定される事案及びその得失等について検討した。

(イ) 制限する親権の一部の特定の方法

家庭裁判所の審判により親権の一部を制限する制度の制度設計を考えるに当たっては、まず、制限する親権の一部をどのようにして特定するかを検討する必要がある。

この点についてのあり得べき制度設計としては、身上監護権を全体として制限することができるものとするとの考え方（A案）と、現行民法の規定に

*55 ただし、親権の一時的制限制度を設ける場合には、親権喪失制度は、親権者に対する非難や制裁的な意味を含む制度として位置付け直すべきとの意見（2(4)エのC案）もあったことは、前述のとおりである。

*56 なお、戸籍実務上、新戸籍を編成され、又は他の戸籍に入籍する者が未成年者である場合には、その者の新戸籍又は入籍する戸籍に従前の戸籍に記載されている親権又は未成年後見に関する事項のうち現に効力を有するものを移記すべきものとされており、親権喪失宣告が取り消された後に新戸籍を編成され、又は他の戸籍に入籍する場合には、親権喪失及びその取消しの記載は、移記されない取扱いとされている。

こだわらず個別具体的な事案において実際に必要な部分を特定して制限することができるものとするとの考え方（B案）があり得る。

両者の具体的内容、それが利用されると想定される事案及びその得失等は、以下のとおりである。

A案：身上監護権を全体として制限することができるものとするとの考え方（具体的内容）

A案は、身上監護権を全体として制限する制度とし、それ以上に親権を細分化して制限することは認めない考え方である。

（利用されると想定される事案）

児童相談所が関与しない場合や一時保護を解除する場合等に、親以外の親族等において子を養育するのが適当な事案（事案A参照）があり、そのような事案では、実務上、家庭裁判所が親権者以外の第三者の申立てによりその者を監護者（民法第766条参照）に指定するという方法がとられる場合がある。もっとも、第三者の申立てによる監護者指定の方法については、このような方法が現行民法の下において許容されるかどうかの解釈が分かれていること^{*57}、親以外の者を監護者に指定するための要件が判然としないこと、監護者には未成年後見人に対するような監督等に関する規律が及ばないことなどの問題が指摘されている^{*58}。

A案による制度を設けた場合には、このような事案に利用されることが想定される。

*57 例えば、東京高決平20. 1. 30家月60巻8号59頁は、父母（夫又は妻）以外の第三者の申立権を否定する。

*58 民法第766条について、親族が自らを子の監護者に指定することを申し立てられるように改正すべきとの提案もあったが、同条は離婚に関する規定であって離婚の有無にかかわらず親権に係る一般的な制度として位置付け直すことは民法の体系上相当でないこと、このような改正をしたとしても、本文に記載した問題のうち親以外の者を監護者に指定するための要件が判然としないこと、監護者には未成年後見人に対するような監督等に関する規律が及ばないことなどの問題が解決しないことなどから、このような考え方は必ずしも適当でないものと考えられる。

(利点)

A案については、以下の利点が指摘された。

- ・ 身上監護権全体を制限するので、子の安定的な監護を害しない範囲で、親権の一部を制限することができる。
- ・ 講学上一般に、親権は身上監護権と財産管理権とに分けられると理解されていることからすると、その身上監護権を全体として制限するA案によれば、何が親権の個別的内容かという問題が生じにくいと考えられる^{*59}。
- ・ 現在も、民法第766条により父母以外の第三者を監護者に指定すること自体は可能であると解するのが一般であり、その範囲では、現在の制度との乖離が小さいと考えられる。

(問題点)

他方、A案については、前述した親権の一部を制限する制度一般についての問題点のほか、以下の問題点が指摘された。

- ・ 身上監護権の更なる細分化を認めない点において、必要最小限度の制限とはいえ、親権の一部を制限する制度を設ける意味があまりない。

B案：現行民法の規定にこだわらず、個別具体的な事案において実際に必要な部分を特定して制限することができるものとするとの考え方

(具体的内容)

B案は、親権制限は最小限度に止めるべきことを重視し、現行民法の規定にこだわらず、個別具体的な事案において実際に必要な部分を特定して制限することができるものとするとの考え方である。

(利点)

B案については、以下の利点が指摘された。

- ・ 医療ネグレクトの場合や、親が進路に関する意見の相違等から子の了承なく無断で子が通う高校に退学届を提出しようとするような場合に、親権

*59 児童虐待のような事案を想定している制度ではないが、現行民法自身、財産管理権の喪失の制度を設けており（民法第835条）、身上監護権と財産管理権とが分属すること自体は許容している。

の一部を必要な最小限の範囲で制限するだけで事案に対応することができ、過剰な親権制限を避けることができる。

- ・ 問題となっている親権の一部に集中して審理をすることが可能となり、適時に親権を制限することができる。

(問題点)

他方、B案については、前述した親権の一部を制限する制度一般についての問題点のほか、以下の問題点が指摘された。

- ・ 民法の規定から離れて親権の一部を特定しようとするため、何が親権の個別的内容かという問題が生じ、制限する親権の部分の切り分け方によっては、親権のうちの何が制限され何が残されているのかが判然とせず、個別具体の場面において、親権者の不当な行為を効果的に抑止することができなくなるおそれがある。
- ・ 親権の一部をできる限り特定して制限するので、親権者が制限されていない部分に関し不当な親権行使を繰り返すことが容易となり、そのことによって子の利益が害されるおそれがある。
- ・ 不当な親権行使が繰り返される場合には、改めて残りの部分について親権制限の申立て・審判をする必要があり、親族等の親権制限の申立権者に過度な負担を強いることになるし、結果として、子の安定的な監護の実現を妨げるおそれがある。
- ・ 合理的な理由もないのに子に無断で退学届を提出するような事案において、親権制限が求められるような場合に、学校教育の点だけが問題となることはあまり考えられない。また、仮に、高校に通学するかどうかや学校選択等教育に関する事項についてのみ親権行使が不適切であり、教育以外の点については親権者として適格を欠くとはいえないような事案において、親権を制限し、親権者の意に反する措置をとることは、国家権力による家庭への過度の介入となるおそれがある。

(ウ) 親権の一部を制限する方法

制限する親権の一部の特定の方法について、A案、B案のいずれによっても、親権の一部を制限する方法としては、明示的に親権の一部を停止するなどの裁判をするとの考え方（I案）と、このような裁判はせずに、重畳

的に別の者に親権の一部を付与するとの考え方（Ⅱ案）があり得る^{*60}。

I案及びⅡ案の具体的内容及びその得失は、以下のとおりである。

I案：明示的に親権の一部を停止するなどの裁判をするとの考え方

（具体的内容）

I案は、明示的に親権の一部を停止するなどの裁判をした上で、その停止された親権の一部を行使する者を選任する方法によるものとする考え方である。現在、唯一の親権者について親権喪失宣告がされた場合には、「親権を行う者がいないとき」（民法第838条第1号）として未成年後見が開始し、必要に応じて未成年後見人が選任されることとなるが、I案は、これと同様の枠組みによろうとするものである。

（得失）

I案については、明示的に親権を停止するなどの裁判をすることにより、親権者は親権の一部を行うことができないものとされるので、権限を行使する者との間の権限関係が明確になるという利点がある一方、Ⅱ案に比べて親権に対する制限が大きいものとなるとの問題が指摘された。

Ⅱ案：重疊的に別の者に親権に係る権限の一部を付与するとの考え方

（具体的内容）

Ⅱ案は、明示的に親権の一部を停止することなどはせずに、重疊的に別の者に親権に係る権限の一部を付与し、親権との優先関係を規定する方法によるものとする考え方である。3(1)では、施設入所中、里親等委託中又は一時保護中の児童について、親権者の親権を停止することなどはせずに、施設長等による児童の福祉のため必要な措置と親権者の親権との優先関係を明らかにすることを検討したが、Ⅱ案は、これと同様の枠組みによろうとするものである。

（得失）

Ⅱ案については、親権者にも親権の全部が留保されることにより、事案に

*60 したがって、具体的な制度設計としては、(i)の考え方と(ウ)の考え方との組合せにより、A-I案、A-II案、B-I案及びB-II案が考えられる。

応じた柔軟な対応が可能となるとともに、親権に対する制限も謙抑的なものになると考えられる一方、それゆえに、親権者と権限を行使する者との間に紛争がより生じやすく、特に、3(1)の場合と異なり権限を行使する者には私人が選任されることにかんがみると、その者に親権者への対応の負担を負わせるのは相当でないといった問題が指摘された。

(E) 親権制限に関するその他の考え方

その他、親権制限に関し、親権者の同意が必要な場合に、家庭裁判所が親権者に代わって同意すること（同意に代わる審判をすること）ができるものとするとの考え方（C案）や親権者を監督すべき者（親権監督人）を選任することができるものとするとの考え方（D案）も提案された。

これらの考え方の内容及び問題点等は、以下のとおりである。

C案：家庭裁判所が同意に代わる審判をすることができるものとするとの考え方 （具体的内容）

C案は、特定の行為について親権者の同意が必要とされているにもかかわらず、親権者が合理的な理由なくこれに同意しないような事案（事案E、F及びG参照）で利用されることを想定し、家庭裁判所が親権者に代わって同意することができるものとするとの考え方である。この考え方も、B案と同様、親権を制限する範囲を限定しようとする考え方であるが、A案やB案とは異なり、親権者の同意権のみを制限の対象とする考え方であるということが出来る。

（問題点等）

もっとも、C案に対しては、以下のような問題点が指摘された。

- ・ 同意に代わる審判により親権者の意に反して何らかの行為が行われたとしても、親権者（法定代理人）が、その地位に基づき、当該行為の趣旨に反するような行為をすることも考えられるので、同意に代わる審判をするだけで必要な対応をすることができるとは限らない。
- ・ 親権者の意に反して特定の行為をすることを認めるかどうかについて、普段から継続的に子の状況等を把握しているわけではない家庭裁判所が、個別の行為が問題となるごとに適切に判断するのは困難である。
- ・ どのような要件により同意に代わる審判を認めるかといった制度設計次

第ではあるが、親権者の同意が必要とされている場合一般について同意に代わる審判をすることができるような制度を想定すると、日常的な事柄について親子間で意見の相違がある場合など、本来国家が介入すべきでないような事案において濫用的に利用されるおそれがある。

- ・ C案が主に想定しているのは、ある程度年長の子について、普段から子に関与することなく親権の行使自体をしていないような親権者であるが（事案G参照）、そうであるならば、子の利益の観点から、問題が生じるたびに当該問題に限って対応するのではなく、あらかじめ適切に親権を制限して別の者に権限を与える方がよい。

D案：親権監督人を選任することができるものとするとの考え方

（具体的内容）

D案は、現行民法における後見監督人制度を参考に、親権を停止する方法で親権制限を行うのではなく、第三者によって親権者の親権行使を監督することによって親権を制限するものとする考え方である。具体的制度設計としては、監督権限としてどのような権限を付与するか、監督権限を越えて親権を自ら行う権限を一定の範囲で付与するかなどの点において様々な制度設計が考えられる⁶¹。

（問題点等）

以上のとおり、D案については、その制度設計が必ずしも具体化しなかったことから、問題点等について詳細な検討をすることは困難であるが、D案に対しては、差し当たり、以下のような問題点が指摘された。

- ・ 親権監督人と親権者との間に無用な紛争が生じ、結果として、子の安定的な監護を害するおそれがある。
- ・ 親権監督人として適格性を有する私人はあまりいないと思われる。
- ・ 制度設計次第ではあるが、特に親権監督人に監督権限のみを与えるものとする場合には、親権の不適切な行使を効果的に制限することができない

*61 親権監督人には、親権者の相談に応じたり親権者に助言したりすることなどによって親権者による適切な親権行使を促すといった機能も期待されるとの指摘があった。

のではないかとと思われる。

(オ) 小括

今後、以上のような点を踏まえて、家庭裁判所の審判により親権の一部を制限する制度を設けるべき必要性の有無及び仮に設けるとした場合の制度設計について、更に検討が深められることが期待される。

第2 親権を行う者がいない子を適切に監護等するための手当て

1 問題の所在等

第2は、親権を行う者がいない子を適切に監護養育するために、未成年後見人に関する制度等を見直すことについて、検討するものである。

親権者の親権を制限した結果として親権の全部又は一部を行う者がいない状態になる場合には、通常、子を適切に監護等するためにその権限を（親権者に代わって）行使する者が必要となる。民法においては、このような者として未成年後見人が選任されることが予定されている^{*62}。

もともと、未成年後見人については、未成年後見人となる者を確保するのが困難であるという現実的な問題がある。その原因としては、未成年後見人の個人としてのプライバシーが明らかになるという問題^{*63}や、報酬確保が困難であるという問題^{*64}等が指摘されている。そして、このように未成年後見人の引受手の確保が困難であることが、親権喪失制度が積極的に活用されていない理由の一つであるとの指摘もされている（事案I参照）。

現在、児童相談所長等が個人として未成年後見人に選任されることがあるが、このような運用については、上記のようなプライバシーに関する問題があるほか、異動等により役職を離れることなどを考えると、私人の立場で未成年後見人となるこ

*62 民法第838条第1号は、未成年者に対して親権を行う者がいないとき、又は親権を行う者が管理権を有しないときに、未成年後見を開始する旨を規定する。

*63 個人として未成年後見人に選任される場合には、個人としての本籍等が未成年者の戸籍に記載されることとなる。

*64 後見人の報酬は被後見人の財産の中から支払われるものとされている（民法第862条）。

とは実情にそぐわないなどといった指摘がされているところである。

以上のような点を踏まえ、第2では、未成年後見人の引受手を確保するとともに、それが困難な場合であっても親権を行う者のない未成年者を適切に監護養育することができるようにするために、現在ある制度をどのように改正し、又はどのような制度を新たに設けるのが適切かといった観点から検討を行うこととした。

2 法人による未成年後見

(1) 現状とその問題点等

未成年後見人については、その権利義務の内容が未成年者の身上監護に重点が置かれていることなどから、民法上、法人を選任することはできないものと解されている。しかしながら、現実には、その引受手を確保するのが困難であることは前述したとおりであり、そのため、引受手の選択肢を広げるために、法人を未成年後見人に選任することができるようにすることが考えられる。

(2) 今後の検討課題等

もともと、法人を未成年後見人に選任することができるものとするところについては、現在、それが認められていない上記理由にも相応の合理性があると考えられるところであり、法人が未成年後見人の職務を行うことが適当かどうかについての検討が必要である。この点については、例えば、事実上自立した年長者の場合であれば、未成年後見人が現実に取り取って世話をするということはなく、財産に関する権限の行使が主な職務となることを考えると、法人が未成年後見人の職務を行うことは不適當であると一般的にはいえないとの意見等があった。

また、現に未成年後見人としての適格性を有する法人がどの程度存在するかが明らかでないといった実際上の問題もある。この点については、例えば、社会福祉法人が運営する児童福祉施設から自立した未成年者に親権を行う者がいないような場合には、当該法人を未成年後見人に選任するといったことが考えられるとの指摘があった。

法人による未成年後見については、今後、以上のような点を踏まえ、更に検討が深められることが期待されるが、そのためには、実態等の把握も重要であると考えられる。

なお、法人を未成年後見人に選任することができるものとするかどうかの点と併せて、未成年後見人は一人でなければならないとする民法第842条の規定の見直しについても検討する余地がある。この点については、未成年後見人を複数選任することができるものとし、例えば、未成年者自身に多額の財産があるような場合に、身上監護については親族から未成年後見人を選任しつつ、財産管理については法律の専門家等から別途後見人を選任することができるようにしてもよいのではないかとの意見もあった。他方で、未成年後見人の職務の性質上、複数の未成年後見人間の方針に齟齬が生ずることが未成年者の福祉の観点から相当ではなく、その弊害は権限の調整規定によって解決し得る性質のものではないと考えられることなどから、慎重に検討すべきとの意見もあった^{*65}。

3 里親等委託中又は一時保護中の児童に親権者等がないときの取扱い

(1) 現状とその問題点等

施設入所中の児童で親権者及び未成年後見人のないものについては、施設長が、親権者又は未成年後見人があるに至るまでの間、親権を行うものとされているが（児童福祉法第47条第1項）、里親等委託中又は一時保護中の児童については、現行法上、未成年後見人の選任で対応しなければならない。

しかしながら、現実には、その引受手を確保するのが困難であることは前述したとおりである。そこで、里親等委託中又は一時保護中の児童についても、親権者及び未成年後見人がないときには、親権者又は未成年後見人があるに至るまでの間、児童相談所長が個人としてではなく機関として親権を行うものとするのが考えられる。

(2) 今後の検討課題等

もっとも、親権者及び未成年後見人のない児童に対し親権を行う主体については、現行制度において施設入所中の児童に対して施設長が親権を行うものとされ

*65 平成11年民法改正の際にも、本文記載のような理由から、同改正前の第843条による未成年後見人の数を一人とする規律が維持されたという経緯がある。

ていることにかんがみ、一時保護中の児童に対しては児童相談所長とし、里親等委託中の児童に対しては里親等とすることも考えられる^{*66}。この点については、それぞれの場面において、どの主体が親権を行うものとするのが児童の福祉にかなうかといった観点から、施設長、里親等、児童相談所長それぞれの現状や特質等も踏まえて、検討する必要があると考えられる。

4 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者に親権者等がないときの取扱い

(1) 現状とその問題点等

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者に親権者及び未成年後見人がないときには、未成年後見人の選任で対応しなければならない^{*67}が、現実には、その引受手を確保するのが困難であることは前述したとおりである。

そこで、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者であって親権を行う者及び未成年後見人のないものに対しても、その福祉のため必要があるときには、親権者又は未成年後見人があるに至るまでの間、児童相談所長が親権を行うことができるものとするか、又は、行政機関としての児童相談所長をその

*66 現在、施設入所中の児童に対して施設長が親権を行うものとされている点を変更し、施設入所中、里親等委託中及び一時保護中のいずれの場合であっても、児童相談所長が親権を行うものとするのが適当であるとの意見もあったが、他方で、現在、施設入所中の児童に対して施設長が親権を行うものとされていることについて、特段の不都合は指摘されておらず、これを変更する必要性は乏しいとの意見があった。

*67 ただし、平成19年改正法により、児童相談所長が未成年後見人の選任を請求した未成年者（児童福祉施設に入所中の児童を除く。）に対しては、当該児童相談所長が、親権を行う者又は未成年後見人があるに至るまでの間、親権を行うものとされた（同法第33条の8第2項）。

未成年後見人に選任することができるものとすることが考えられる^{*68}。

(2) 今後の検討課題等

ア 制度創設の相当性等

もともと、児童相談所長が、親権を行う者又は未成年後見人として、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者の監護等を適切に行うことができるのかといった実務的な問題があるほか、そのような未成年者について、児童相談所長が親権を行い、又は未成年後見人に選任されることが相当な事案は、真に未成年後見人の引受手を確保することができない場合などに限られるのではないかといった問題があることから、これらの点について、更に検討する必要がある。

なお、機関としての児童相談所長が親権を行い、又は未成年後見人に選任されるものとするれば、上記のようなプライバシーや報酬に関する問題が解決し、

*68 具体的には、施設から自立した後の未成年者について、未成年後見人の引受手の確保ができず、住居の確保や就職などに支障を来す例があり、そのような場合に、児童相談所長が未成年者を代理したり未成年者自身の行為に同意したりすることができるようにするのが相当であるとの意見がある。

その点に利点があるといった意見があった^{*69}。

イ 具体的制度設計

児童相談所長が親権を行い、又は未成年後見人に選任されることができるものとする制度設計については、家庭裁判所において児童相談所長を未成年後見人に選任することができるものとするとも考えられるが、家庭裁判所による選任によらず、例えば、都道府県知事による判断等に基づき、行政手続によって、児童相談所長が未成年者の親権を行うものとするような制度設計も考えられる。

児童相談所長が未成年者の親権を行うものとする制度設計とする場合には、具体的にどのような場合に親権を行うことができるものとするか、どのような手続とするかなどの点について、更に検討を進める必要がある。

また、家庭裁判所において児童相談所長を未成年後見人に選任することができるものとする制度設計とする場合においても、司法と行政との関係等にかんがみると、行政機関である児童相談所長が、私人の未成年後見人と同様、家庭

*69 未成年後見人に私人である個人が選任されることについては、未成年者が第三者に対し加害行為を行ったときに、監督義務者の責任等（民法第714条、第709条参照）を負うおそれがあり、そのことが未成年後見人の引受手を確保するのを困難にしている一因であるとの指摘もされている。

仮に、機関としての児童相談所長が親権を行い、又は未成年後見人に選任されることができるものとした場合に、未成年者が第三者に対し加害行為を行った場合等の責任について、国家賠償法の適用があるのであれば、児童相談所長の個人としての責任は発生せず、公金において負担することになると考えられる。他方、民法（不法行為法）の適用があるのであれば、個人責任を免責し、又は公金において負担するものとするのが相当かどうか、相当であるとしてそのためにどのような立法上の手当てが必要かといった点について、更に検討する必要があると思われる。

この点に関連して、一般的に未成年後見人の負担や責任を軽減すべきとの意見もあり得るが、少なくとも、未成年後見人の民法（不法行為法）上の責任自体を軽減することについては、民法の体系に対する影響が大きいことなどから、慎重に検討する必要があると思われる。また、負担の軽減については、保険制度の整備などによる対応が期待されるとの指摘がある。

裁判所による直接の監督に服するものとするのは相当でないと考えられる。そこで、児童相談所長による後見事務の適正を確保するための制度設計について、更に検討を進める必要がある。

なお、制度設計の点に関連して、民法上は、法律上の親でない者が親権を行うということは原則として想定されておらず、法律上の親でない者が親権者と同様の権利義務を有する場合を後見と位置付けていることから、行政機関である児童相談所長が親権を行うものとする点については、慎重に検討すべきとの意見があった。この点については、現行制度においても、児童福祉法第47条第1項において施設長が親権を行う場合が、同法第33条の8第2項において児童相談所長が親権を行う場合が、それぞれ規定されていることから、児童相談所長が親権を行うものとしたとしても、必ずしも法体系上の問題があるわけではないと考えられる。もともと、民法と児童福祉法との有機的関連という点も踏まえ、法体系全体としてどのように考えるのが適切かという観点から、更に検討すべき事項であると考えられる^{*70}。

第3 児童虐待防止のための親権制度の見直しに関するその他の論点

1 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^{*71}。

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のみ、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

*70 この点は、3の里親等委託中又は一時保護中の児童に親権者等がないときについても、同様に検討すべき事項であると考えられる。

*71 改正の概要は添付資料6頁「面会・通信制限の強化等について」のとおりである。

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の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）^{*72}。

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。

*72 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^{*73}。

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。

*73 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。

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、親の権利等に対する強度の制限であるといえることができる^{*74}。

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。

(1) 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)^{*75}。

もともと、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

*74 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。

*75 ただし、これらの制度には罰則は設けられていない。

られた接近禁止命令が発出された件数は0件である^{*76}。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て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）^{*77}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。

*76 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月の施行後いまだ2年を経過していない。

*77 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。

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。
- く 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に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。

2 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^{*78}。

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^{*79}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が、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）。

もともと、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）。

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。

(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

*78 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）。

*79 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。

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。

もともと、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のは相当でない。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續を設ける必要がある。
しかし、このような不服申立ての手續を設けると、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^{*80}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

*80 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。

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考え方と、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^{*81}、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らず、直接に承認審判の効果を受ける者でもない^{*82}から、現行の制度の下で

*81 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。

*82 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。

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^{*83}。

- ・ 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^{*84}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。

*83 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。

もつとも、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。

*84 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）。

(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。

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^{*85}。

*85 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。

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。

3 懲戒権及び懲戒場に関する規定の在り方

(1) 問題の所在等

民法第822条は、懲戒権及び懲戒場について規定する。同条については、民法に懲戒権の規定があることを理由に自己のした児童虐待を正当化しようとする親権者がいること、現在同条にいう懲戒場が存在しないことなどから、同条の規定を削除すべきとの意見がある^{*86*87}。

そこで、同条を削除することが相当かどうかなどについて、検討することとした。

(2) 検討

この点については、仮に懲戒権の規定を削除したとしても、子に対する必要なしつけは民法第820条の監護教育権に基づいて行うことができると解され、懲戒権の規定を削除することによって、直ちに親権の内容に変更が加えられるものではないとも考えられる。

他方で、親権が子の利益のために行われなければならないものであることは前述したとおりであり、民法第822条の規定する懲戒権も、子の監護教育に必要な範囲で認められるに過ぎない。したがって、懲戒権の規定を存置させたとしても、児童虐待が懲戒権の行使として正当化されることがないことは明らかである。

子に対する親の教育やしつけの在り方については、多様な意見があることから、懲戒権や懲戒場について規定する民法第822条を削除することについては、現在ある規定を削除することによってどのような解釈がされることになるかといっ

*86 なお、仮に民法第822条の規定を削除する場合には、児童福祉法第47条第2項からも「懲戒」という文言を削除すべきものと考えられる。

*87 懲戒権の規定は残しつつ、必要な範囲を逸脱した懲戒が許されない旨を明記すべきとの意見もあり得る（なお、序論2参照。）。

た点や、現在ある規定を削除することが社会的にどのように受け止められるかといった点にも配慮しつつ、更に検討が深められることが期待される。

おわりに

以上のおり、本研究会においては、親権が子の利益のために行われなければならないものであることを重要な指針としながら、民法、児童福祉法及び児童虐待防止法の全体を通じて、親権に係る制度の見直しについて検討を行い、総合的に問題点の整理を行った。

今後、本研究会における議論・検討の成果を踏まえつつ、更に政府等において必要な連携の下で所要の検討が行われることが期待されるところであるが、その際には、児童虐待防止のために民法、児童福祉法及び児童虐待防止法が全体として合理的で整合性をもった制度となり、子の利益が実効的に図られていくことが望まれる。

児童虐待防止のための親権制度研究会 名簿

座長	大村 敦志	東京大学大学院教授
	磯谷 文明	弁護士（東京弁護士会所属）
	岡部 喜代子	慶應義塾大学大学院教授
	垣内 秀介	東京大学大学院准教授
	窪田 充見	神戸大学大学院教授
	久保野 恵美子	東北大学大学院准教授
	田中 智子	東京家庭裁判所判事
	豊岡 敬	全国児童相談所長会事務局長（東京都児童相談センター次長）
	西 希代子	上智大学大学院准教授
	水野 紀子	東北大学大学院教授
	山田 攝子	弁護士（第一東京弁護士会所属）

（五十音順）

（関係省等）

最高裁判所事務総局

小田 正二	最高裁判所事務総局家庭局第一課長
進藤 千絵	最高裁判所事務総局家庭局付

厚生労働省

杉上 春彦	厚生労働省雇用均等・児童家庭局総務課虐待防止対策室室長
千正 康裕	厚生労働省雇用均等・児童家庭局総務課虐待防止対策室室長補佐
太田 和男	厚生労働省雇用均等・児童家庭局総務課虐待防止対策室室長補佐
坂井 隆之	厚生労働省雇用均等・児童家庭局総務課児童福祉専門官

法務省

萩本 修	法務省民事局民事法制管理官
飛澤 知行	法務省民事局参事官
羽柴 愛砂	法務省民事局付
佐野 文規	法務省民事局付
森田 亮	法務省民事局付