

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替って世話をするというのではなく、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<sup>\*65</sup>。

### 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<sup>\*66</sup>。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<sup>\*67</sup>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<sup>\*68</sup>。

## (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<sup>\*69</sup>。

## 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。もっとも、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<sup>\*70</sup>。

### 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<sup>\*71</sup>。

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）<sup>\*72</sup>。

#### 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、加害者をも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<sup>\*73</sup>。

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<sup>\*74</sup>。

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)<sup>\*75</sup>。

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

---

\*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<sup>\*76</sup>。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）<sup>\*77</sup>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<sup>\*78</sup>。

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<sup>\*79</sup>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