

(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と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ものとされているものの（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、親権者が異を唱えた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、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。

もっとも、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、施設長等は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とは、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

(7) 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こと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ため一時保護を行う場合、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(i)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えることができる。

（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することが考えられる。