

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。

*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、現実には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することができ、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。

(4) 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ず、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 8 3 8 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、(イ)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。