

# 児童虐待防止のための親権制度見直しに関する意見書

2009年(平成21年)9月18日

日本弁護士連合会

## (目次)

- 序 本意見書の目的と基本的視点
- 第1 親権規定のあり方
- 第2 親権制限のあり方
- 第3 行政処分により親子分離がなされている場合の親権制限

### 序 本意見書の目的と基本的視点

本意見書は、児童虐待の防止等に関する法律(以下「児童虐待防止法」という。)平成19年改正の附則<sup>\*1</sup>により、政府法務省が「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」として開始している作業に対し、当連合会としての意見を述べるものである。

周知のように、民法親権法は明治29年制定以来、基本的には改正されておらず、日本国憲法制定時においてもごく一部(共同親権など)が手直しされたのみで、支配的な親子観を残すものとして批判されてきたが、近年家庭内での保護者による虐待(児童虐待)の存在が明るみになり、その防止が社会的な課題となるに従って、現行親子法が児童虐待の発生予防や子どもの保護救済に支障となっていることが明らかになってきた。そのために超党派の議員立法となった児童虐待防止法の制定(平成12年)と2回の改正を含む行政法令(児童福祉法、児童虐待防止法など)の整備がなされたが、それだけにとどまらず、親権法の規定そのものの改正が必要であることが国会の理解するところとなり、平成16年の児童虐待防止法第1次改正の附則で検討が求められた。然るに、政府での検討がなされないままに平成19年の第2次改正を迎え、国会による再度の強い催促として上記改正附則が規定され

---

\*1 平成19年に改正された児童虐待の防止等に関する法律の附則2条1項には、「政府は、この法律の施行後3年以内に、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する」と定められている。

たものである。

当連合会においても、平成元年「親権をめぐる法的諸問題と提言」、平成8年「児童福祉法改正に関する意見書」、平成15年「児童虐待防止法制における子どもの人権保障と法的介入に関する意見書」において、行政法令（児童福祉法、児童虐待防止法など）に関する改正提言に加えて、親権喪失要件の再検討、親権の一部または一時制限の新設、制限申立権者の拡大、制限後の後見人の資格拡大などを提言してきた。これらのうち行政法令の改正としては、当連合会の提言が相当部分実現しているが、親権法については進展が見られなかった。

今回の政府法務省の動きは、国会の強い意向を踏まえた前向きなものと評価することができ、かつ、その進行も早いものとうかがわれるので、当連合会としても、この機をとらえて、上記研究会に対し速やかに具体的な提言を行う必要がある。

他方で、当連合会においては、従来から民法親権法に関して、離婚時の共同親権の是非などを含んだ全体的な検討が進められつつあるので、本意見書は、児童虐待の防止に関する限度での検討と提言を行おうとするものである。

具体的にいくつかの基本的視点を確認したい。

- (1) まず、本意見書は、親権法全般を対象とするものではないが、親権に関する基本的な規定に色濃く残る支配権的傾向を払拭することが、児童虐待防止に不可欠であるとの立場から、一定の改正案を示した。
- (2) 平成元年の意見書以来、当連合会が提言している親権の一部または一時の制限や親権制限の要件の改正、後見人制度の改善等について、さらに考察を深めた。また、親権を直截に制限する方法のほか、親を支援したり、監督したりする制度を構想した。
- (3) 現在、実務において喫緊の課題は、一時保護や施設入所等の子どもたちに対する親権と、児童相談所ないし施設長等との監護に関する権限の関係が明らかでなく、そのため子どもの生活上さまざまな支障が生じている問題への対処である。かかる視点から、特に子どもが広い意味で行政の保護下にある場合の親権制限のあり方について検討した。
- (4) 児童福祉法、児童虐待防止法と民法との連携を強く意識した。
- (5) なお、厳密には民法改正に含まれない事項（例えば、関連法の改正や規則の改正等が適当であると思われる事項）についても盛り込んだ。

## 第1 親権規定のあり方

- 1 民法に、「子は、暴力及び屈辱的方法に抛らない養育を受ける権利を有する」という趣旨の規定を設けるべきである。
- 2 民法の820条に、監護教育権が子の利益のために行使されるべきであることを明記するとともに、現行法では権利を先に、義務を後に記載されているが、義務を先に、権利を後に改めるべきである。
- 3 懲戒権について定める民法822条を削除すべきである。

(提言の理由)

1 暴力等に抛らない養育を受ける権利

(1) 幼少期に受けた虐待は、子どもの心身に深い傷を残し、自身が親になったときにわが子に虐待をしたり(虐待の世代間連鎖)、精神的及び心理的な障害を引き起こしたり、非行や自己破壊的行動につながるなどの指摘がある。かかる悲劇を繰り返さないためには、子どもが暴力的、屈辱的な養育から解放される必要がある。

(2) 児童虐待防止法は、「児童の身体に外傷が生じ、又は生じるおそれのある暴行」を禁止し、「児童に著しい心理的外傷を与える言動」を禁止している(2条, 3条)。さらに、同法は、親権者に対し、児童の利益を尊重し(4条6項)、適切に親権を行使するよう求め(14条1項)、親権者である一事をもって暴行罪等の責任を免れるものではないことを明確にしている(14条2項)。

このような規制は、本来、基本的親子関係を定める民法にこそ置かれるべきである。少なくとも、その核心を昇華させ、民法に子が暴力及び屈辱的方法に抛らない養育を受ける権利を有するものと規定すべきである。

(3) 世界的にも、ドイツでは1957年に懲戒権規定を削除し、フランスでも1970年に同様の法改正を終えている。

ちなみに、ドイツでは、かつては大半の親が体罰肯定の考え方に立っていたとされるが、数次の親権法改正を経て、体罰肯定の考え方をもち親は23%にまで減ったという調査が報告されている\*2。

---

\*2 2008年4月8日にロイターが報じた。

## 2 民法820条の規定の仕方

- (1) 民法820条は、「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」と定める。
- (2) この点、わが国の学説においても、監護教育権が子の利益のために行使されるべきであり、親権の中核は義務であるという考え方が通説であると考えられる。
- (3) 権利を先に、義務を後に記載することによって、親権の権利的側面が強調され、義務の意識が希薄化することが懸念される。よって、監護教育権は子の利益のために行使されるべきであることを明記するとともに、義務を先に、権利を後に記載することによって、親権の中核が義務であることを条文上も明確にし、子の利益を省みる契機とすべきである。
- (4) なお、将来的には、親権という名称を改めることも検討すべきである。

## 3 民法822条（懲戒権）の削除

- (1) 民法822条2項は、現在死文となっている。かかる条文が残っていることで、国民に誤解を与えることは避ける必要がある。
- (2) 民法822条1項は、ほとんど機能していない。かかる規定の有無にかかわらず、親は子を叱るべきときに叱る。また、かかる規定の有無にかかわらず、子は親の叱責に納得すれば従うのである。
- (3) 民法822条1項の唯一の機能は、虐待をする親の弁解に使われることにある。すなわち、虐待をした親が、自らを正当化する際に懲戒権規定を持ち出すことがある。これについては、児童虐待防止法14条が一応の手当をしているが、時に児童相談所をして介入をためらわせることになっている。
- (4) 民法822条は、いずれも機能していないか、機能していても、児童虐待防止の障害として機能しているにすぎないから、削除すべきである。

## 4 親権者が子の養育に関し公的支援を受ける権利ないし地位について

- (1) 児童虐待増加の背景には、核家族化や近隣関係の希薄化によって現代の子育てが孤立化していることがあると思われる。児童虐待防止のためには、国や社会として、いわば親を叱咤するだけでなく、適切かつ十分な支援を提供することこそ求められる。
- (2) 本来、親子分離や親権制限は例外的であるべきであるところ、親に対し適切な支援を提供することによって、養育状況を改善し、親子分離や親権制限に至る事例を少なくすることができると思われる。

(3) ひとたび親子分離や親権制限に至ったとしても、その後に適切な支援を受けることによって、改善を図る機会を提供されることが望ましい。

(4) 親の支援を必要とする考え方は、すでに法令に織り込まれている。すなわち、児童福祉法は、「国及び地方公共団体は、児童の保護者とともに、児童を心身ともに健やかに育成する責任を負う」と定め（2条）、次世代育成支援対策推進法は、「次世代育成支援対策は、父母その他の保護者が子育てについての第一義的責任を有するという基本的認識の下に、家庭その他の場において、子育ての意義についての理解が深められ、かつ、子育てに伴う喜びが実感されるように配慮して行われなければならない」と定める（3条）。

またわが国が批准する児童の権利に関する条約は、「締約国は、この条約に定める権利を保障し及び促進するため、父母及び法定保護者が児童の養育についての責任を遂行するに当たりこれらの者に対して適当な援助を与えるもの」と定める（18条2項）。児童虐待防止法が、親子分離のみならず、親の支援を必要とする考え方は、国や地方公共団体のさまざまな子育て支援施策にも現れている。

(5) このような親の公的支援を受ける権利ないし地位は、親が子を養育するに当たっての重要な前提であり、特に親権制限は支援あることを当然の前提としているところから、民法に規定することが望ましい、とする考え方がある。かかる考え方に対しては、民法は私法関係を定める法典であって、国や地方公共団体に対する権利ないし地位を規定するにはなじまないとする考え方もありうるが、例えば親権者の「義務」が社会に対する義務も含むとする解釈もあるように、民法に社会との関係性を規定する余地もあるように思われる。

本意見書においては、上記の権利ないし地位を直ちに民法に規定すべしとの提言は控えるが、その重要性に鑑み、行政施策などにおいて充実を図られることを求めるものである。

## 第2 親権制限のあり方

### 1 はじめに

- (1) 現行の親権喪失宣告制度<sup>\*3</sup>は、身上監護権について言えば、全部を剥奪するか、それとも全部を残すかという極端な効果しか定めていないうえ、申立人も著しく限定され、要件も親に対する非難を含んでおり、戸籍に記載されるなどの点から、実務上利用しにくい制度となっている。
- (2) いわゆる医療ネグレクト<sup>\*4</sup>に関して、近年、親権喪失宣告及び審判前の保全処分を活用することにより、迅速な対応が可能になっていると言われている<sup>\*5</sup>。しかしながら、本来であれば親権のうち医療に関する部分のみ制限すれば足りるのに、全部を制限しており、過剰な親権制限であるとの批判がある。
- (3) 親権が制限された後の受け皿となる後見人制度も、自然人にしか適格性が認められておらず、後見人候補者を見つけるのが難しいという問題を抱えている。
- (4) (1)に述べたように、現行の親権制限は、親権を全部剥奪するか、それとも全部残すかという極端な効果しか認めていないが、本来、かかる事態に至る前に、親権者を支援したり、監督する制度があれば、親権の直截の制限を回避することができる可能性がある。また、親族などが子を養育することが子の福祉にかなう場合、親権制限とは別の方法により安定して親族が子を養育できるような途を設けておくことが望ましい。
- (5) 以上のような問題意識から、次のとおり提言する。

---

\*3 民法834条は、「父又は母が、親権を濫用し、又は著しく不行跡であるときは、家庭裁判所は、子の親族又は検察官の請求によって、その親権の喪失を宣告することができる。」と定める。申立権者については、児童福祉法33条の6が、「児童又は児童以外の満20際に満たない者の親権者が、その親権を濫用し、又は著しく不行跡であるときは、民法834条の規定による親権喪失の宣告の請求は、同条に定める者のほか、児童相談所長も、これを行うことができる。」と定める。

\*4 医療ネグレクトの定義は厳密には論者によって異なるが、基本的には、子どもが医療を必要としているのに親がこれを提供しないことをいう。

\*5 児童相談所長が親権喪失宣告の申立と同時に、審判前の保全処分として、親権者職務執行停止決定及び職務代行者の選任を申し立て、裁判所が選任した職務代行者が医療行為に必要な同意を行い、医療行為終了後に申立てを取り下げるという運用がなされている。名古屋家庭裁判所平成18年7月25日審判・家裁月報59巻4号127頁など。このような運用を肯定する見解として、吉田彩『医療ネグレクト事案における親権者の職務執行停止・職務代行者選任の保全処分に関する裁判例の分析』家裁月報60巻7号1頁以下。

## 2 親権の一部の制限

親権の一部を制限する制度を創設すべきである。

### (提言の理由)

(1) 現行の親権喪失宣告制度は、身上監護権について言えば、全部を剥奪するか、それとも全部を残すかという極端な効果しか定めていない。

(2) しかしながら、親権の全部を制限しなくても、一部を制限することによって目的を達成できる場合も少なくない。

いわゆる医療ネグレクトにおいては、親権のうち医療に関する部分のみ制限すれば足りることが多いと思われるが(実際、医療ネグレクトで親権喪失宣告及び審判前の保全処分が利用されたケースのうち、多くは保全処分の後、対象とされた医療行為が行われたら本案が取り下げられているようである。)、現在の対応としては、親権の全部を制限するほかない。

(3) 本来、親権の一部を制限すれば足りるケースにおいて、親権の全部を制限することは、過剰な親権制限であって、親の権利保障の観点から許されるものではない。

(4) のみならず、親権の全部剥奪しか選択肢がないことは、審判官が認容をためらう要因になるおそれがある。

親が進路に関する意見の相違等から、子の了承なく勝手に子が通う高校に退学届を提出しようとするが、教育以外の点においては親権者として適格を欠くような事情が明らかでないというケースもある。このようなケースでは、親権のうち教育に関する部分のみ制限できれば対応しやすいと思われるが、親権の全部剥奪しか途がないとすると、なかなか対応が難しい。

(5) 親権の一部を制限する制度を創設する場合、最も悩ましい点は、制限すべき一部をどのように切り分けるかにある。

この点、既存の民法の規定(居所指定権、職業許可権、財産管理権等)にこだわらず、個別具体的なケースにおいて実際に必要な部分を特定して制限することが考えられる。

例としては、日常生活に関する部分、居所に関する部分、医療に関する部分、教育に関する部分、第三者との交流に関する部分、身分行為の形成に関する部

分，財産管理に関する部分などが想定できる（もとより，これに限る趣旨ではない。）。

(6) 親権の一部制限を定める方法としては，民法834条に，「その親権の喪失またはその一部の制限を宣言することができる」などと定める方法が考えられる。

(7) 親権の一部を制限する方法として，親権の一部を制限した上で，その部分の親権行使を第三者に委ねる方法，親権の一部を重疊的に第三者に委ねたうえで，当該部分の親権行使について，当該第三者の親権行使が親権者の親権行使に優先するものとする，といった方法などが考えられる。

いずれにしても，親権者と，権限を委ねられた第三者との間の権限の分属について，なるべく疑義が生じない工夫が求められる。

(8) 前記(7)の第三者については，後記の後見人と同様の検討がなされるべきである。

### 3 親権の一時の制限

親権を一時的に制限する制度を創設すべきである。

#### (提言の理由)

(1) 現行の親権喪失宣告は，民法836条によって取り消され，親は親権を回復することとされているが，実際には失権宣告の取消請求自体がきわめて少数であり，事実上機能していないと言わざるを得ない。

その理由は，

親権喪失宣告がなされるのがきわめて重大なケースに限られているため，その裏返しとして失権宣告の取消がいったん稀なものと受け止められていること。

親権喪失宣告が親にとって長い裁判闘争の後に下されるものであって，同宣告が下されると親は親権回復を諦めてしまうことが多いと思われること。

などが考えられる。

(2) 親権を一時的に制限する制度を創設することには，

親権者が親権回復を諦めずに，回復の希望を持ちながら裁判所や児童相談所等の指導に従う可能性が高まること。



前記 の裏返しであるが，児童相談所等にとっても，親権者との関係性を維持しながら指導を行いやすいこと。

裁判所の選択肢が広がり，個々のケースの特性に応じた対応が可能となること。

などの利点があると考えられる。

- (3) 親権を一時的に制限する場合，あらかじめ一定の期間を設けて制限する方法（この場合，一定の期間が経過すれば自動的に親権が回復するが，例えば親が指導に従わない場合，制限の期間を延長したり，一時的でないかたちで親権を制限することも考えられる。）と，特に期間を設けずに制限する方法（裁判所に事件が係属している間，制限し，親に対する指導が奏効した段階で親権を回復させることが考えられる。）が想定できる。具体的な一時制限の方法については，さらに検討する必要がある。
- (4) すでに述べた親権の一部の制限と組み合わせて，一時的に親権の一部を制限することも考えられる。例えば，医療ネグレクトのケースで，一時的に親権のうち医療に関する部分を制限し，治療行為が奏効した後に親権を回復するというかたちで運用することも考えられる。
- (5) 親権の一時的な制限制度を設けた場合，家庭裁判所の役割が，判断者としての役割から，親に対する指導者としての役割に変容する可能性があり，その点についても議論を要すると思われる。

#### 4 親権制限の申立権者の拡大

親権制限の申立権者を，拡大すべきである。特に，少なくとも一定の年齢以上の子を加えるべきである。

##### （提言の理由）

- (1) 現行の親権喪失宣告制度においては，申立権者は親族，検察官，児童相談所長に限定されているが（民法834条，児童福祉法33条の6），親族はトラブルを怖れて申立てをためらうことが多く，児童相談所長も親との対立を回避するため申立てに消極的であると言われている。検察官に至っては，ほとんど申立て例がない。このことが，親権喪失宣告制度の利用が少ない一因と指摘されている。

- (2) 平成16年の児童福祉法改正により、児童相談所長は18歳以上の未成年者についても親権喪失宣告を申し立てることが可能となったが(33条の6)、18歳以上の未成年者が本来的に児童相談所の業務の対象となっていないことに変わりはなく(児童は18歳未満と規定され、児童相談所の対象は児童とされている。児童福祉法4条、12条)、18歳以上の未成年者は通告の対象にすらなっていないため(25条)、実際に児童相談所が18歳以上の未成年者のケースを認知することは非常に少なく、実際上はほとんど機能していない。
- (3) 従って、親権制限の申立権者を拡大する必要がある。具体的には、何人も申し立て可能としつつ、公的機関以外の者が申し立てる場合には人身保護請求のように弁護士を強制する案などが考えられる。
- (4) 一方、現行の親権喪失宣告制度においては、少なくとも明文上、子自身に申立権が認められていないが、最大の利害関係人である子に申立権を認めないのは子の権利保障に著しくもとること、15歳以上の子に自ら養子縁組の承諾をする能力を与えていることと均衡を失すること、子による申立てが万一分別を欠くものであったとしても、かかるケースは家庭裁判所が申立てを認めなければ実際上問題がないこと、児童の権利に関する条約が児童の意見表明権を定めていることなどから、親権制限の申立権を子にも付与することが望ましく、少なくとも15歳など一定の年齢以上の子には申立権を認めるべきである。

## 5 親権制限の要件の見直し

- 1 親権制限の要件を、子の福祉という視点から規定すべきである。
- 2 前記のとおり、少なくとも一定の年齢以上の子については、親権制限の申立権を付与すべきであるが、その際、親権制限の要件を通常より緩和すべきである。

### (提言の理由)

- (1) 現行の親権喪失の要件は親権の濫用または著しい不行跡とされているが、いずれも親に対する非難を含むため、申立人としては親権喪失の要件を主張するためにどうしても親に対する非難を展開せざるを得ない。しかし、このことがかえって親の態度を硬化させ、事態の改善を難しくしている。

- (2) 親権の制限が必要な場面は、親に非難可能性がある場合に限られず、例えば親に精神疾患や人格障害、宗教上または倫理上のこだわり等があるために、親として適切な対応がとれていない場合にも親権制限が必要なことがある。
- (3) 親権の濫用または著しい不行跡は、基本的に親の行為に着目していると解されるどころ、いわゆるネグレクトなどにはなじまないことがある。しばしばネグレクトを親権の「消極的」濫用と言うことがあるが、親が故意に一定の行為をしないことによって子の福祉を害する場合には「消極的」濫用と言えても、親の能力に問題があるなどの理由でネグレクトに至っている場合には、厳密には当てはまらないと思われる。
- (4) むしろ、親権を制限しなければならない理由は、親の親権の行使または不行使が子の福祉や安全を害している点にあるのであるから、要件もその状況に適合するように再構成する必要がある。

具体的な規定の仕方については、なお検討の必要があるが、例えば、当連合会は、平成元年意見書では、親権を行うことができない場合、または親権行使が不適当な場合であって、子の福祉を損なう場合といった規定の仕方を提案した。あるいは、親権者の作為または不作為が子どもの福祉を害しているという因果関係を要件から除外したドイツ民法1666条に倣い、「子の身体的、精神的、財産的な福祉その他の福祉が損なわれ、または損なわれるおそれがある場合で、父又は母がこれを改善または防止せず、もしくは改善または防止することができないと認められる場合」などという定め方も考えられる。

- (5) 親が適切に養育できないため児童養護施設等に入所し、長く施設等における生活を経た後、18歳前後になって自立する子がいるが、このような子に対し親が干渉し（例えば、子に金銭を要求したり、つきまとうなど）、子の生活が不安定になっているケースが散見される。このようなケースでは親が適切に親権行使することはおよそ期待できないから、すでに提言したように、子が自ら親の親権制限を申し立てる途を開くことが望まれるが、その場合、通常の親権制限の要件を緩和し、認容しやすくすることが望まれる。

## 6 親権制限と戸籍の記載

親権制限を戸籍に記載しないよう制度を改めるべきである。

( 提言の理由 )

- (1) 現在，親権喪失宣告が確定すると戸籍に記載されるが，一般に，戸籍を「汚す」ことについては心理的抵抗が根強く，親権喪失宣告が戸籍に記載されることから申立てを躊躇したり，あるいは裁判所が認容をためらうなどと指摘されている。
- (2) 親権制限を戸籍に記載することは親権制限の事実を公示する意味があるが，公示は他の方法（例えば，成年後見制度のように戸籍とは異なる簿冊に記載する方法など）も考えられる。
- (3) また，財産管理権を制限する場合は公示の必要性がある程度認められるが，身上監護権を制限する場合は公示の必要性はあまりない（別居中の夫婦の子について監護者の指定の調停または審判がなされることがあるが，これについては戸籍に記載されないものの，第三者に調停調書または審判書を示すことで概ね足りている。 ）。
- (4) 従って，親権制限を戸籍に記載しないよう制度を改めるべきである。なお，具体的な公示方法については，公示が必要な場面を想定しつつ，さらに検討すべきである。

## 7 接近禁止命令の拡大と司法審査

- 1 接近禁止命令が可能となる範囲を拡大し，子が児童福祉法 28 条の承認を得ないで施設等に措置されている場合や，一時保護されている場合，子が自立している場合，親族等の第三者と同居している場合などにも発令できるように改正すべきである。
- 2 接近禁止命令に司法による審査を創設すべきである。

( 提言の理由 )

- (1) 現行の接近禁止命令は，児童福祉法 28 条の承認を得て施設入所等の措置を採っており，かつ，面会通信を全部制限する行政処分がなされている場合に限定されている（児童虐待防止法 12 条の 4）。しかしながら，児童福祉法 28 条の承認を得ないで施設入所等の措置を採る場合でも，実際には深刻な児童虐待のケースは少なくなく，かかる場合にも接近禁止命令が必要とされることがある。また，子が一時保護されている場合や，子が施設等におらず，例えば自立して生活して

いたり，親族等の第三者とともに生活している場合にも，やはり親の不当な干渉を避けるため，接近禁止命令を要することがある。従って，接近禁止命令が可能となる範囲を拡大し，子が児童福祉法 28 条の承認によらずに施設入所等をしている場合はもちろん，子が一時保護されている場合や，子が自立して生活していたり，親族等の第三者と同居している場合にも発令できるように改正すべきである。

- (2) 接近禁止命令は，親の行動の自由を制限するものであるから，司法審査によることが望ましい。ただし，要件や立証のハードルを高くすると利用が困難となるため，具体的な制度設計を行うときには留意する必要がある。特に，親権のうち居所に関する部分が制限されているときは，容易に発令できるようにすべきである。また，他の親権制限等と組み合わせて利用することが想定されるから，管轄は家庭裁判所が望ましい。

## 8 後見人制度

- 1 未成年後見人に，公的機関や法人が就任できるようにすべきである。
- 2 未成年後見人を複数選任できるようにすべきである。
- 3 未成年後見人の負担や責任を軽減すべきである。

### (提言の理由)

- (1) 未成年者に対して親権を行う者がいないとき，または親権を行う者が管理権を有しないときは，未成年後見が開始される（民法 838 条）。しかしながら，実際には未成年後見人の候補者を見つけることは容易ではない。

その理由としては，

未成年後見人は未成年者と信頼関係を築き，円滑なコミュニケーションが図れる人物でなければならないが，そのような適任者を見つけることが容易ではないこと。

戸籍の記載により未成年後見人のプライバシー等が明らかになってしまうこと。

いったん未成年後見人に就任すると辞任が容易でないこと。

労が大きいにもかかわらず，実際上報酬が期待できないこと。

未成年後見人の職務には身上監護も含まれるため（民法 857 条），未成年

後見人に就任する際、将来、場合によっては子を実際に手許に引き取って養育しなければならない事態を覚悟しなければならないと考えられること。

子が第三者に対し不法行為を行ったときに監督義務者責任を負うおそれがあること。

などが指摘されている。

(2) 現在の未成年後見制度の難点を克服する最も有効な方法は、児童福祉法2条の趣旨を具体化し、国または地方公共団体が子の後見を行うことであると考えられる（公的後見）。例えば、児童相談所長も職務として（従って、私人としてではなく）未成年後見人に就任できるとすることが考えられる。

(3) 未成年後見人は、親権者と同様に身上監護権を有するが、実際には未成年後見人が必ずしも自ら子を引き取って養育するわけではなく、児童養護施設等に入所させたり、里親に委託したりするも認められる。従って、児童相談所長等が未成年後見人となったとしても、特段の不都合はない。むしろ、

児童相談所長等が職務として未成年後見人になれば、後見人のプライバシー等が明らかになるおそれがないこと。

職務として行う以上、未成年後見人としての報酬を考える必要がないこと。

児童相談所は児童福祉の専門機関であるから、子に最もふさわしい社会的サービスを提供することができると解されること。

子が第三者に対し不法行為を行っても、未成年後見人が私的に損害賠償義務を負うおそれが小さいこと。

などは、児童相談所等が未成年後見人となる利点であると考えられる。

(4) 公的後見制度を導入する際、未成年後見人の行為の法的性質、従前の未成年後見人に関する規定の適用の可否等については、なお検討を要する。

(5) 公的後見制度を導入する以外に、法人（例えば、社会福祉法人等）が未成年後見人に就任できる制度を創設することも考えられる。

(6) 特に自然人が未成年後見人に就任する際、その負担が大きいことから、その負担を分担することができるよう（例えば、金銭面の管理とその他の身上監護を分けて分担するなど）、複数を選任できるようにすることが望ましい。

(7) 特に民間の法人や自然人が未成年後見人に就任する際、未成年後見人の責任を軽減する制度や、未成年後見人の負担する賠償義務を公的に補償する保険制度などを創設することも必要である。

## 9 子どもの意見表明権の保障

- 1 親権制限にかかる司法手続においては、少なくとも一定の年齢以上の子について、意見聴取の機会を保障すべきである。
- 2 親権制限にかかる司法手続においては、少なくとも一定の年齢以上の子について、手続に参加できる制度の創設を検討すべきである。また、その際、子が十分に意見を述べるができるよう代理人を選任することも検討すべきである。

(提言の理由)

(1) 親権制限にかかる司法手続において、子は最大の利害関係人であるといっ  
よい。さらに、児童の権利に関する条約12条1項は、「締約国は、自己の意  
見を形成する能力のある児童がその児童に影響を及ぼすすべての事項について  
自由に自己の意見を表明する権利を確保する」と定めている。よって、子は、  
親権制限にかかる司法手続において、裁判所からその意見を聴取される権利を  
保障されるべきである。

然るに、現行の親権喪失宣告事件の審理において、裁判所が子の意見を必要  
的に聴取すべきとする規定はない<sup>\*6</sup>。この点、実務上は、親権喪失宣告事件の  
審理においても、相当幼い子どもであっても裁判所調査官が意見を聴取してい  
るという反論があり得る。しかし、問題となるのは、子の意見表明権に対し法  
令がどのような姿勢であるのかという点であり、運用上の対応で足りるもの  
ではない。児童福祉法28条の審判において意見聴取を要するとしつつ、親権制  
限の裁判において意見聴取について規定を置かないことは、後者については意  
見聴取を要しない趣旨とも解釈されるおそれすらある。

少なくともある程度の年齢以上の子どもについては、法律に定めるか最高裁  
判所規則に定めるかはともかく、子の意見聴取の必要性を明記する意義は大き  
いと考える。

(2) さらに、前記のとおり、少なくとも一定の年齢以上の子に親権制限の申立権  
を認めるべきであることを前提とすると、子以外の者が申し立てた事件におい

---

\*6 これに対し、児童福祉法28条の承認手続においては、児童が満15歳以上で  
あるときは、裁判所は児童の意見を聴取しなければならないとされている。特別家事  
審判規則19条2項。

ても、少なくとも一定の年齢以上の子に手続参加権を認めることが、理にかなうものと思われる。

申立権の拡大の箇所述べたとおり、現行法においても満15歳以上の子は自ら養子縁組の承諾を行うことも可能とされていることに鑑みると、少なくとも満15歳以上の子については、手続参加権を保障するのが相当であると考えられる。

また、その際には、まだ未熟な子の手続参加権を実質的に保障するため、当該手続において代理人を選任できなければならない。なお、子の代理人については、一般論としてはさまざまな議論があるところであるが、親権制限というきわめて限られた手続において導入することについては、制度全体に大きな影響を与えとは考えにくい。

具体的な手続参加の方法や権限、代理人の資格や選任手続、費用等については、まだ議論が十分とは言い難いが、このような制度創設に向けて積極的な検討が期待される。

## 10 親族等による監護者指定の申立

少なくとも親族については、自らを子の監護者に指定することを求めることができるように制度を改めるべきである。

### (提言の理由)

- (1) 子を親から引き離して生活させざるを得ない場合にも、児童養護施設等に措置をしたり、里親に委託することが、常に子の最善の利益に合致するとは限らない。むしろ、子を案ずる祖父母等の親族があり、彼らが子を養育する意思があり、かつ、養育可能な状況であるならば、血縁関係のある祖父母等の親族に子を委ねる方が、子の利益に適うことがある。
- (2) 現行法においても、子が満15歳以上であれば、自ら当該親族と養子縁組をすることで、子が親族によって養育されることが可能となる。しかし、子が満15歳に満たないときは親の代諾が要件となっているため、親が拒否すればこの方法はとれない。そうすると、残るは、親族が親の親権喪失宣告を申し立て、認容後に自ら未成年後見人となるべく選任を申し立てる方法になるが、これは現行の戸籍等の問題もあって非常にハードルが高い。



- (3) また、親権喪失原因は見あたらないが、現実に親族が長期間にわたって子を養育し、子の生活も安定しているにもかかわらず、突然に親が引き取りを求めようとするようなケースでは、親権喪失宣告制度では子の福祉を守ることが困難である。
- (4) このような問題状況を踏まえ、実務では民法766条を類推適用するなどして、親族が自らを子の監護者に指定することを求める途を開いてきた。然るに、東京高等裁判所平成20年1月30日決定（家庭裁判月報60巻8号59頁）は、かかる事項は家事審判事項にあたらないと判示した。
- (5) このように親族が自らを子の監護者に指定するよう求められるかについて、実務は混乱を深めている状況にある。しかし、かかる方法の必要性はすでに述べたとおりであるから、立法的な解決を図るべきである。

## 1 1 児童福祉司等による親指導と司法関与

親に対する指導に司法が関与する制度の導入を検討すべきである。

### （提言の理由）

- (1) 児童福祉法27条1項2号は、保護者を児童福祉司等に指導させる措置を規定しているが、かねてからその実効性を高める工夫が模索されてきた。この点、児童虐待防止法は、保護者には指導を受ける義務がある旨を明らかにするとともに（11条2項）、指導に従わないときに都道府県知事勧告を行う途を設け（11条3項）、それでも指導に従わない親については、児童福祉法28条の申立てや親権喪失宣告の申立てを行うよう道筋を付けた（11条4項、5項）。
- (2) しかしながら、都道府県知事勧告の効果には制度導入当初から疑問が示され、実際に勧告を行った例はほとんどない。また、児童福祉法28条の申立てや親権喪失宣告の申立てについても、それらの要件に照らし、必ずしも親が指導に

従わないというだけで認容されるものでもないと解されるから<sup>\*7</sup>，やはり実効性が疑問視されている。

(3) 児童福祉司等による親指導については，親の目には子を奪った張本人からの指導とうつるため，それだけ感情的反発が強くなってしまい，真摯に従うことが難しくなっていると考えられる。

(4) これに対し，公正な第三者である裁判所が，児童相談所及び親の双方から意見を聴き，一定の指導を行うこととすれば，前記(3)のような否定的感情に陥る可能性は小さくなるし，児童福祉法28条や親権制限の判断を行う裁判所からの指導であるから，従わないと将来いっそう厳しい判断が予想されるので，従う動機付けも得やすいと思われる。

(5) 当連合会は，平成15年「児童虐待防止法制における子どもの人権保障と法的介入に関する意見書」において，児童相談所の申立てにより，裁判所が親に対して一定の作為不作為を命令，指導する制度および裁判所が児童相談所の親への指導を承認する制度等を提言したが，平成16年の児童虐待防止法改正においては，いずれも採用されるに至らず，児童福祉法28条6項（裁判所による児童福祉法経由の間接的指導）と児童虐待防止法11条3項（知事による勧告）が新設されるにとどまった。

そして，同改正の結果実現した裁判所による児童福祉法経由の間接的指導や知事による勧告が実効性の乏しい制度であることは，既に述べたとおりであることから，今回，親に対する指導に司法が直接関与する制度を具体的に創設すべきであることを再度提言する。

(6) なお，いずれも家事審判手続きにおいて新たな審判事項を設けることになることから，司法が直接親に対して指導する制度を創設するにしても，親の意見陳述の機会等，手続上の権利を保障することを前提とする。

---

\*7 例えば，親に対し心理カウンセリングを受けるよう指導したとする。これに従わなかったとしても，児童福祉法28条の定める「保護者が，その児童を虐待し，著しくその監護を怠り，その他保護者に監護させることが著しく当該児童の福祉を害する」という要件を満たす保証はない。また，同じく心理カウンセリングを受けるような指導に従わなかったとしても，民法834条の定める親権濫用または著しい不行跡という要件を満たす保証もないのである。

ちなみに、現状の児童福祉法 28 条審判や親権喪失宣告審判においても、親は意見陳述や資料提出などの面で実質的に当事者として処遇されている。

## 1.2 親権監督人制度の創設

親権監督人制度の創設を検討すべきである。

### (提言の理由)

- (1) 親権の制限はなるべく避けることが望ましい。そして、親権をそのまま残しつつ、より平穏な方法で親の親権行使を改善することができれば、親権の制限を回避することができると思われる。
- (2) そこで、親権監督人制度の創設を提案する。
- (3) 親権監督人は、後見監督制度に示唆を得たものだが、具体的には裁判所によって選任され、親権者を監督し、親権者が親権を行使するにあたり必要に応じて親権監督人と協議するよう義務づけ、一定の場合に一定の事項（例えば日常業務に関する事項など）について親権を代行し、必要に応じて裁判所に対し親権制限の裁判を申し立てることができる、といった機能を想定している。また、親権者と子の対立関係を調整する機能も想定できる。
- (4) 児童福祉司によるケースワークと類似の機能になるが、児童相談所の関与が期待できないケース（例えば、現行法では満 18 歳以上の子は、基本的に児童相談所の対象から外れるため、児童福祉司によるケースワークが期待しにくい）について、活用できると考えられる。
- (5) 具体的な問題、すなわち親権監督人としてどのような者を想定するか、どのように選任するか、具体的な権限をどうするか、責任をどうするか、親権監督人の権限と親権との調整をどうするかなどといった問題については、引き続き検討する必要がある。

## 第 3 行政処分により親子分離がなされている場合の親権制限

### 1 はじめに

- (1) 現在、施設入所等の措置を採られた子に対する親権に関する規定が不十分であるため、施設長等の監護に関する権限（児童福祉法 47 条 2 項）の範囲はど

ここまで及ぶのか（換言すれば、何については親権者の意向を確認し、それを尊重すべきであるのか）、同権限が親の親権と衝突するときは、どちらが優先するのか、あるいは、どのように調整するのかといった問題が未解決のまま放置されている。

- (2) さらに、一時保護に至っては、児童相談所長に監護に関する権限があるのかどうかについてさえ規定がなく、いわば手つかずになっていると言ってよい。
- (3) 従って、子について一時保護や施設入所等の措置が採られた場合について、親権をめぐる法律関係を整理する必要がある。
- (4) もっとも、親権や監護権という概念は法文上明確な定義がないうえ、論者によっても何が親権ないし監護権に含まれ、何が含まれないのかについて、必ずしも一致を見ない状況にある。
- (5) かかる状況下において、なるべく紛争を避けつつ、権利関係の調整を図るとすれば、一時保護や施設入所等の措置の効果として一定の親権制限を法定するとともに、紛争になった場合の司法的解決の方法を明らかにしておくことが肝要であると考えられる。
- (6) 一時保護や施設入所等の措置の効果として一定の親権制限を法定する以上、親の権利保障という観点から、本来的には司法審査を導入する必要があると考えられる。ただし、特に一時保護については、緊急に行わざるを得ないことが多く、事前の司法審査を義務づけると、子の保護に重大な支障をきたすおそれがある。よって、事後の司法審査で足りるものとすべきである。
- (7) 紛争になった場合の司法的解決の方法としては、前記(6)の司法審査との関係もあり、どのようなものが適当であるかについては、検討を要する。
- (8) 以上のような問題意識から、次のとおり提言する。

## 2 一時保護の効果としての親権制限の明確化

- 1 一時保護の効果として、親権のうち、(1)居所に関する部分、(2)日常生活に関する部分が制限されることを明確にすべきである。
- 2 制限された部分は、児童相談所長が行使するものとすべきである。

### (提言の理由)

- (1) 現在の実務において、一時保護は親の同意なく行うことができ、親が子を引

き取りたい旨を申し出ても、児童相談所はこれを拒否することができる」と解されている（平成9年6月20日付厚生省（当時）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』）。

- (2) 一時保護が行われる理由はさまざまであるが、特に親の意思に反して一時保護を行う場合に限ると、主に、親と同居しては子の福祉または安全が守れないと思われるとき、子について行動観察その他の調査を行う必要があるが、親と同居しては親が妨害したり、あるいは親の影響下では正しい調査ができないときに集約することができる。このような場合は、(ア)親の引き渡し請求を拒む必要性が大きいという、(イ)一時保護所または委託先における子の生活に親が干渉することを防ぐ必要性が大きい。
- (3) 一方、一時保護所でも委託先（多くの場合、乳児院や児童養護施設、病院等）においては集団生活が行われることがほとんどであり、子もこれらの施設において生活する以上、家庭とは別の規律に服することとしなければ、全体の秩序を維持することが難しく、混乱が生じるおそれがある。従って、少なくとも日常生活の範ちゅうに含まれる事項については、親の親権は制限されることが望ましい。
- (4) これに対し、全面的に親権を制限するなど過度に親権を制限することとすると、親の権利を十分に尊重しているといえないばかりか、そのために一時保護に対する同意をためらう親が増加し、一時保護そのものに支障が生じるおそれもある。
- (5) そこで、一時保護の効果として、親権のうち、居所に関する部分、日常生活に関する部分が制限されることを法文上明確にすべきである。そして、これらを超えて親権を制限すべき必要があるときは、原則として、別途親権の一部または全部の制限を行う手続を履践すべきである。親権のうち制限された部分については、児童相談所長が行使することとするのが妥当であると思われる。
- (6) 前記(5)の居所に関する部分は、必ずしも民法821条の居所指定権（意思能力のある子を想定している。）と同じものではなく、要するに子がどこで生活するかに関する親の権利をいう。
- (7) 前記(5)の日常生活に関する部分としては、衣食に関する事項、学校等に関する事項のうち子の地位の重大な変動を伴わない事項、交友関係に関する事項、少額の契約、入院や麻酔を伴わず、かつ危険性の低い医療行為（精神医療も含む。）、病院から処方された薬や市販薬の服用、予防接種などを想定している。この点は、法律において細かく規定することにはなじまないと思われるため、国がガイドラインを設けることで明確化を図ることが期待される。

### 3 一時保護と司法審査

一時保護について，裁判所による事後審査制度を導入すべきである。

#### (提言の理由)

- (1) 一時保護により親権の一部が制限される以上，一時保護に対する裁判所の司法審査制度を導入する必要があるものと考えられる。

その理由は，

親権の制限には基本的に司法審査が必要であるとする以上，一時保護についてのみ司法審査を要しないとする理屈は成り立ちにくいこと。

児童の権利に関する条約9条1項は，児童はその父母の意思に反してその父母から分離されないとし，その例外として，「権限のある当局が司法の審査に従うことを条件として」その分離が児童の最善の利益のために必要であると決定する場合を定めており，その趣旨に照らせば，親の意思に反した親子分離には司法審査を要すると解するのが相当と思われること。

一時保護を行う児童相談所としても，親が一時保護に反対しているときには，速やかに司法審査を経てこれを正当化する方が，その後に毅然とした対応をとることが可能となるとと思われること。

などである。

- (2) この点，一時保護に対しては現行法でも行政事件訴訟法に基づく各種行政訴訟（仮の義務付け訴訟や仮の差止め訴訟を含む。）を行えることから，現行法のままだと司法審査の要件を満たし問題ないという立場もあり得る。

しかしながら，行政訴訟を提起することが可能であるからといって，司法審査の要件を満たしたとするのは疑問である。さらに，行政訴訟については，次のような問題がある。すなわち，

一時保護に対する事後の司法審査と異なり，行政訴訟の場合は，親が自ら訴訟提起をしなければならないが，一般の親にとってハードルが高いと思われる。

一時保護は，通告や匿名での情報提供など開示になじまない情報に基づいて行うことが少なくなく（通告については，通告者を守る趣旨から，通告者を特定する情報の漏洩を禁止する規定がある。児童虐待防止法7条），証拠が

公開される行政訴訟という訴訟類型での解決にはなじまないと思われる。  
行政訴訟は、一般的には迅速性に欠ける。

- (3) 一時保護が暫定的処分であるから、司法審査を要しないとする立場もある。  
しかしながら、一時保護は2か月の長期に及び、さらに延長の可能性すらある  
のであるから、司法審査を行えないほど短いわけではない。

- (4) 従って、一時保護に司法審査を導入すべきである。

この司法審査は、一時保護の緊急性に鑑みると、事後審査であるべきである。  
すなわち、一時保護がなされた後、一定期間内に親権者から同意が得られな  
かったときは、親権者が親権を行使できない場合を除き、裁判所の承認を得な  
ければならないという制度を想定している。裁判所の承認を得られれば、都道府  
県等は引き続き一時保護を継続できるが、承認を得られなければ直ちに解除し  
なければならないとするものである。

このような事後審査であれば、実務に過度の負担を強いることなく、司法審  
査の必要性を満たすことができると考える。

- (5) 一方、一時保護に事後的にせよ司法審査を導入するにあたっては、さらに以  
下のとおり検討を要する課題がある。

一時保護は、児童虐待のみならず非行や養育困難等、さまざまな理由により  
行われている。そこで、司法審査を行うとして、児童虐待を理由とする一時  
保護と、その他の一時保護を区別して規定するのか、それとも一時保護全般  
に適用する規定を設けるのか、という問題がある。

前記 においてどちらの立場を取るにせよ、司法審査にあたって、一時保護  
の要件をどのように定めるのかという問題がある<sup>\*8</sup>。

司法審査に親権者や子を参加させるのか、それとも逮捕状発付のように参加  
を認めないのかという問題がある。

前記 と関係するが、不服申立てをどうするのかという問題がある<sup>\*9</sup>。

現行の一時保護の期間は2か月とされ、さらに必要があれば延長できること  
になっているが、期間を改めるべきか、さらにこの場合は事前審査を要する  
とすべきかという問題がある。

---

\*8 児童福祉法33条は、一時保護の要件として「必要があると認めるとき」と定  
めるにすぎない。

\*9 司法審査を逮捕状発付と同じように親や子の手続参加を認めないこととし、親  
や子から準抗告のような不服申立方法を認めることも考えられる。

事後審査としては、一時保護の後、どの程度の期間内に司法審査を求めるべきかという問題がある。

- (6) 一時保護の司法審査が適切に運用されるよう、家庭裁判所及び児童相談所の人的設備の拡充ならびに関係者の十分な理解が求められる。

#### 4 施設入所等の措置の効果としての親権制限の明確化

- 1 施設入所等の措置の効果として、親権のうち、(1)居所に関する部分、(2)日常生活に関する部分が制限されることを明確にすべきである。
- 2 制限された部分を行行使する者については、さらに検討すべきである。

#### (提言の理由)

- (1) 児童福祉法 47条2項は、「児童福祉施設の長又は里親は、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に必要な措置をとることができる」と定めるが、親権との優劣関係や調整については何ら触れていない。
- (2) そこで、すでに一時保護の箇所でも触れたのと同様に、施設入所等の措置の効果として、親権のうち、居所に関する部分、日常生活に関する部分が制限されることを、法文上明確にすべきである。
- (3) 制限された親権を行行使する者としては、措置権者としての児童相談所長、または従前どおり施設長等が考えられる。この点、児童相談所長とした方が、施設長等が親の抗議の矢面に立つことを防げるように思われること、現在も施設長等は児童相談所長の了解なく勝手に子を親に引き渡してはならないと解されているが、そうであれば児童相談所長が制限された親権を行行使するものとした方が、整合的であること、施設長等は、児童相談所長から委託を受けて子を養育するものと位置づけても、実質的に不都合があるとは思われないことなどから、児童相談所長に親権を行行使させることも積極的に検討すべきである。
- (4) 児童福祉法 47条2項を改正し、児童相談所長が制限された親権を行行使するとすると、同1項の改正も検討する必要がある。

#### 5 一時保護、施設入所等の間の親指導と司法関与



児童福祉法 28 条 6 項を改正し，家庭裁判所が親に対し直接指導を行えるように改めるとともに，一時保護の司法審査においても，同様の指導を行えるようにすべきである。

(提言の理由)

- (1) 現行の児童福祉法 28 条 6 項は，家庭裁判所は，都道府県に対し，親への指導措置を採るべき旨を勧告することができる規定だが，本来指導を受けべきは親なのに，勧告の名宛人は都道府県（実際には児童相談所）であることから，いかにも迂遠であるし，指導に従わないことが更新時に不利益に考慮されることが，親に十分に伝わっていないきらいがある。
- (2) 従って，家庭裁判所が，親に対し直接指導を行えるように改める必要がある。
- (3) これに対し，児童福祉法 28 条の審判構造に照らし，当事者ではない親に対し家庭裁判所が直接何らかを命ずるようなことは難しいとの見解がある。

しかし，現状を鑑みるに児童福祉司による親の指導には限界があると言わざるを得ず，司法に対する期待は大きい。当連合会は前述のとおり，平成 15 年意見書において司法の関与による親の指導の制度を提言しているが，一時保護の司法審査においても，親への手続き保障を設定した上で，司法機関による親の指導がなしうる制度の構築が図られるべきである。

## 6 児童相談所等と親権者との紛争解決

親が児童相談所長の親権行使について異議がある場合，その紛争解決の手段を設けるべきである。

(提言の理由)

- (1) 一時保護中や児童養護施設入所中は，児童相談所長ないし施設長が親権のうち日常生活に関する部分を行使するとしても，実際上は，ある事項が日常生活に関する部分に含まれるのか，それともそれを超える部分に含まれるのか，疑義が生じることがあり得る。

(2) このような紛争解決には、行政訴訟を利用する方法、民法766条を類推適用して監護に関する紛争として家庭裁判所の調停または審判で解決する方法などが考えられる。

どのような方法が適当であるかについては、いっそうの検討を待たざるを得ないとして、いずれにしてもかかる紛争を解決する道筋を用意する必要がある。

以 上