

「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中間試案」に対する意見書

2010年(平成22年)9月3日

日本弁護士連合会

第1 親権制限に係る制度の見直し

1 親権の制限の全体的な制度の枠組み

(1) 親権の全部についての喪失制度及び一時的制限制度

親権の全部の喪失制度(現行制度)のほか、親権の全部の一時的制限制度を設けるものとする。

【意見】賛成する。

【理由】親権の一時的制限制度の創設は、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から、必要性が高いものであった。当連合会でも、1989年(平成元年)、「親権をめぐる法的諸問題と提言」においてその創設を提言して以来、一貫して提言を続け、2009年(平成21年)9月18日、「児童虐待防止のための親権制度見直しに関する意見書」(以下「2009年意見書」という。)においても、その立場を堅持し続けてきたところである。よって、親権の一時的制限制度の創設に賛成する。

(2) 親権の一部制限制度

次のような考え方があり、なお検討するものとする。

【甲1案】親権の一部制限制度としては、現行の管理権の喪失制度のみとする。

【甲2案】親権の一部制限制度として、管理権の一時的制限制度のみを設けるものとする。

【乙1案】親権の一部制限制度として、現行の管理権の喪失制度のほか、監護権の一時的制限制度を設けるものとする。

【乙2案】親権の一部制限制度として、監護権の一時的制限制度及び管

理権の一時的制限制度を設けるものとする。

【丙案】親権の一部制限制度として、親権の一部（事案ごとの必要性に応じて個別に特定される一部）についての喪失制度及び一時的制限制度を設けるものとする。

【意見】丙案に賛成する。

【理由】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、それとも全部残すかという極端な結果しか定めていないが、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想定できるところ、かかる場合に親権の全部を制限するのは過剰な権利制限と言わざるを得ない。また、全部制限しかないと、裁判所も親権制限を躊躇するおそれがある。このような理由から、当連合会は2009年意見書において、親権の一部制限制度の創設を求めた。中間試案が示す諸案のうち当連合会と立場を同じくするのが丙案であるから、丙案に賛成するものである。

これに対し、中間試案の補足説明では、親権の一部について喪失等の制度を設けることに対する問題点・弊害として、子の安定的な監護を害するおそれがあること、国家による家庭への過度の介入を許す制度になりかねないこと、審理がかえって長期化することになりかねないこと、利用が想定される事案において、親権の一部に限って制限をするだけでは、子の利益の観点から不十分であることを挙げている。

このうち、とは、親権の一部の制限をする際にも親権者の全体的な適格性を先決問題として判断しなければならないものと考えている（は、適格性を判断したうえで、一部の制限で足りるか、どの部分を制限するかなどを検討しなければならず、審理が長期化すると懸念する。は、適格性に問題がないことを前提として、かかる親子関係に国家が介入することを懸念する。）。しかしながら、このような考え方が実際の親子関係において妥当性を持つものか疑わしい。実際の親子関係は、日常生活の場面、教育に関する場面、医療に関する場面、宗教に関する場面など、さまざまな場面において問題になる。例えば、日常生活の場面においては親として何ら適格性に問題がないが、医療に関する場面において親が子どもの福祉を害している場合も考えられる。同じく日常生活の場面においては良き親であるが、宗教的理由によりある特定の事項についてのみ親が子の福祉にかなう親権行使ができないという場合も考えられる。このように、個別的な場面における親権行使に焦点を当

てて検討することが望ましいこともある。そして、このような場合に、部分的にせよ子の福祉を阻害している以上、放置することは望ましくなく、親権の一部を適切に制限することによって解決をすべきである。かかる介入は必要最小限の介入であり、家庭への過度の介入とは言えない。

と については、その指摘する事案が親権の一部を制限するにふさわしい事案か否かが問われよう。つまり、例えば親権の一部を制限されると他の部分において親権を濫用的に行使する親がいるとすれば、そのような親については親権の一部を制限するだけでは到底足りず、親権の全部の制限が適当であろう。しかし、親子関係が千差万別であることに照らせば、そのような事案ばかりではないはずである。

一部制限に対する消極論は、親子関係の多様性や複雑性について十分に認識せず、いわば机上の議論のみによって、実務における将来の工夫の余地を制限しているように見える。一部制限制度を導入した場合、実務がどのようにそれを使うかを、現時点で完全に予測することはできない。多様で複雑な親子関係という場面では、現場が事案に応じて活用できる柔軟性に富む制度を構築することが望ましいのではないか。

## 2 親権の制限の具体的な制度設計

### (1) 親権の制限の原因

ア 親権の喪失の原因（【丙案】を採る場合には、親権の全部又は一部の喪失の原因）

次のような考え方があり、なお検討するものとする。

【A案】父又は母による虐待，悪意の遺棄又は財産の管理に関する不正な行為があった場合において，父又は母に親権を行わせることが子の利益を著しく害するときは，親権〔の全部又は一部〕の喪失をすることができるものとする。

【B案】父又は母による虐待，悪意の遺棄，財産の管理に関する不正な行為があった場合その他父又は母による親権の行為が著しく困難又は不適切であった場合において，父又は母に親権を行わせることが子の利益を著しく害するときは，親権〔の全部又は一部〕の喪失をすることができるものとする。

【C案】父又は母による親権の行使が著しく困難又は不適切であった場

合において、父又は母に親権を行わせることが子の利益を著しく害するときは、親権〔の全部又は一部〕の喪失をすることができるものとする。

イ 親権の一時的制限の原因（【丙案】を採る場合には、親権の全部又は一部の一時的制限の原因）

父又は母による親権の行使が困難又は不適切であった場合において、父又は母に親権を行わせることが子の利益を害するときは、親権〔の全部又は一部〕の一時的制限をすることができるものとする。

ウ 監護権の一時的制限の原因（【乙1案】又は【乙2案】を採る場合）

父又は母による監護権の行使が困難又は不適切であった場合において、父又は母に監護権を行わせることが子の利益を害するときは、監護権の一時的制限をすることができるものとする。

エ 管理権の喪失の原因（【甲1案】又は【乙1案】を採る場合）

次のような考え方があり、なお検討するものとする。

【A案】父又は母が、管理が失当であったことによってその子の財産を危うくしたときは、管理権の喪失をすることができるものとする。

【B案】父又は母による管理権の行使が困難又は不適切であった場合において、父又は母に管理権を行わせることが子の利益を害するときは、管理権の喪失をすることができるものとする。

オ 管理権の一時的制限の原因（【甲2案】又は【乙2案】を採る場合）

父又は母による管理権の行使が困難又は不適切であった場合において、父又は母に管理権を行わせることが子の利益を害するときは、管理権の一時的制限をすることができるものとする。

【意見】アに関して、C案に基本的に賛成する。また、イに関して、賛成する。

ウに関しては、仮に第1の1(2)で乙1案または乙2案を採るのであれば、賛成する。

エに関しては、仮に甲1案または乙1案を採るのであれば、B案に賛成する。

オに関しては、仮に甲2案または乙2案を採るのであれば、賛成する。

【理由】親権の制限の原因については、現在は、「親権を濫用し、または著しく不行

跡」とされており、いずれも親に対する非難を含むものと解することができ、その結果、申立人はどうしても親に対する非難を展開せざるを得ず、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。また、親権を制限すべき場面は、必ずしも親を非難できる場合に限られず、例えば親が精神疾患や人格障害、宗教上または倫理上のこだわりがあるために、親権を適切に行使し得ない場合も考えられる。従って、親権の制限の原因から親に対する非難や帰責性の要素を排除する必要がある。一方、親権が子どもの福祉ないし利益のためにあることに照らせば、親権の制限の原因は子どもの福祉の観点から再構成されるべきである。このような見地から、当連合会では、2009年意見書において、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ことを提言したところである。かかる当連合会の立場と最もよく整合するのは、アに関してはC案であるから賛成できる。一方、イに関しては、親権の一時的制限制度においては親の非難の要素を排除しており、賛成できる。

これに対し、C案に対して、喪失の原因と一時的制限の原因に質的な違いがないため、その使い分けに悩むことになるのではないかとの批判がある。しかし、親権の制限が一時的なもので足りるか否かという視点で使い分ければ、特に難しいものではない。虐待をする親に対する社会的非難は刑事において行えばよく、民法の親権制限制度はもっぱら子の利益に立って制度設計をすべきである。

ところで、親権の制限にあたっては、他の兄弟に対し虐待を行っていたが、問題となる子に対しては何ら虐待を行っていない場合、問題となる子に対し親権を持つ前に虐待を行い、保護後、親権を取得するに至った場合（例えば養子縁組）などにおいても、当該親に親権を行使させることが子の利益を害する場合には親権を一時的に制限するなどの対応が必要となる。アのC案及びイの定める原因を見る限り、上記のような事例にも適用できるものと思われるが、仮にかかる事例に適用できるか否か疑義が生じるのであれば、かかる事例にも適用できるように、原因の具体的文言を工夫する必要があると考える。その場合、例えば、「・・・困難又は不適切であった場合」の後に、続けて「その他父又は母に親権者としての適格を（著しく）欠く事由がある場合」を入れるなどの対応が考えられる。

## (2) 親権の一時的制限の期間

次のような考え方があり、なお検討するものとする。

【A案】家庭裁判所は、〔2年〕を越えない範囲において制限の期間を定

めて親権の一時的制限の審判をするものとする。

【B案】親権の一時的制限の期間は、〔2年間〕とする。ただし、家庭裁判所は、〔特別の事情〕があるときは、〔2年〕を越えない範囲内において制限の期間を定めて親権の一時的制限の審判をすることができるものとする。

【意見】B案に賛成する。

【理由】期間については、原則2年とするのが、現行の児童福祉法28条の承認に基づく措置の期間と同じであり、制度的に説明が付きやすいものと思われる。1年では、審理に相当の時間を要することを考えると、制限を継続する場合には頻繁に申立てを繰り返さざるを得ず、申立人に過度の負担を強いることになりかねない。

原則2年とする場合、最も整合的であるのがB案である。A案では、2年は上限としての役割しか果たさず、実務上、一時的制限の期間に不合理なばらつきが生じるおそれがある。

### (3) 親権の制限の審判の取消し

親権の制限の審判は、その原因が消滅したときは、家庭裁判所がこれを取り消すことができるものとする。

【意見】賛成する。

【理由】一時的制限の期間を法定するとしても、このように途中での取消しの余地を認めれば、事案に応じた柔軟な解決を図ることができ、妥当である。

### (4) 親権の制限の審判又はその取消しの申立人

現行の親権又は管理権の喪失制度と同様に、子の親族及び検察官は、親権の制限の審判の申立人とするものとするが、このほかに、子を親権の制限の審判の申立人に加えることについては、なお検討するものとする。

現行の親権又は管理権の喪失の審判の取消制度と同様に、親権の制限をされた本人（父又は母）及びその親族を親権の制限の審判の取消しの申立人とするものとする。

【意見】 について、子を親権の制限の申立人に加えるべきである。 について、賛成する。

【理由】現行の親権喪失宣告制度においては子自身は申立権を持たないが、(ア)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、(イ)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、(ウ)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適切に排除し得ること、(エ)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、子も申立人に加えることが望まれる。当連合会も、2009年意見書において、かかる提言を行っているものである。

この点、子に申立てをさせることは酷であるとか、将来の親子再統合を事実上不可能にしてしまうなどといった慎重論が見られる。もちろん、本来は児童福祉を所掌する児童相談所の長が積極的に申立てを行うべきであり、子に申立てをさせることが望ましいわけではない。しかし、児童相談所が十分機能せず、本来の役割を果たせない場合、最後の砦として子ども自らが申立てることができる道を残しておくことが重要と考える。

なお、子に申立権を認めた場合は、その権利行使を適切に支援するために代理人を選任できるようにすべきである。

#### (5) 親権の一時的制限の場合の再度の親権の制限

親権の一時的制限の期間の満了後も、引き続き、親権を行うことができないうようにすることができるものとするが、その場合の規律については、特段の規律を設けるかどうかも含めて、なお検討するものとする。

【意見】なお検討することに賛成する。

【理由】親権の一時的制限を行った後、なおその原因が止まないときは、さらに親権の一時的制限を行えるようにする必要があるほか、改善の見込みがないのに徒に一時的制限を繰り返すことは子の安定的な監護に資さないことから、終局的な対応として親権の喪失も行えるようにする必要がある。

もっとも、具体的にどのような規律が必要となるかについては、中間試案第1の2(1)において、どのような原因とするかによって異なるため、引き続き検討されることを期待する。

### 3 同意に代わる許可の制度

父又は母による親権の行使が困難又は不適切であって父又は母に親権

を行わせることが子の利益を害する場合において、法定代理人の同意を得なければならない未成年者の法律行為について、親権を行う父又は母が未成年者の利益を害するおそれがないにもかかわらず同意をしないときは、家庭裁判所は、法定代理人の同意に代わる許可を与えることができるものとする制度を設けるかどうかについては、なお検討するものとする。

【意見】かかる制度を設けるべきである。

【理由】この制度は、特に長く親子関係が途絶えている状況において、子が自立のために法律行為を必要としている場合に、正面から親権を制限しなくても、最小限の手立てで問題を解決することを可能とする。また、要件的には親権の制限が可能であっても、適当な未成年後見人が見つからない場合にも、活用することができる。中間試案では未成年後見制度の見直しも掲げられているが、これらが実現したとしても、必ずしも適当な未成年後見人が見つかる保証はなく、なお活用の余地は小さくないと考えられる。

これに対し、同意に代わる許可では子の利益を守るのに不十分であり、むしろ親権の喪失等の制度で対応すべきとの消極論が紹介されている。しかしながら、一つの法律行為だけが問題になっているに過ぎない事案で、長く交流が途絶えている親の親権を制限しなければならないのだろうか（消極論は、次々と他の法律行為が必要となる事例を想定して懸念を示しているが、そのような事案では親権を制限すればよいのである。）。このような「大は小を兼ねる」といった発想では、きめ細かい対応ができない。まして、現在の法制審議会の議論では、親権の制限には戸籍への記載を要するものとされていることを考えると、同意に代わる許可の制度が活用できる場面は少なくないように思われる。

## 第2 未成年後見制度の見直し

### 1 法人による未成年後見

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。

【意見】賛成する。

【理由】現在、親権喪失宣告が十分活用されない一つの理由に、未成年後見人のなり手がいないという問題が指摘されている。そして、未成年後見人のなり手がいない理由として、現行法では未成年後見人は自然人でかつ1名のみとされていること



から、負担と責任が集中してしまう点が指摘されている。そこで、法人も未成年後見人に就任できるようにすることで、かかる集中を緩和することが期待できる。具体的には、児童養護施設の運営主体である社会福祉法人や、家族問題等に実績のある民間団体等が考えられる。

なお、仮に法人による未成年後見を認めるとしても、ただそのような法改正をすれば足りるものではない。わが国の福祉系の民間団体は押し並べて経済的に脆弱であるから、かかる民間団体も業務として未成年後見を実施できるように、国や地方公共団体がしっかりと支援することが必要である。

ただし、子どもの福祉の観点から適性を欠く法人が選任されるなどの不適切な運用がなされないよう、留意する必要がある。

## 2 未成年後見人の人数

複数の未成年後見人を選任することができるものとする。

【意見】賛成する。

【理由】未成年後見人の負担と責任が集中することを避けるために、複数の未成年後見人を選任できるようにすることは効果的であると考えられる。

これに対し、権限の分属により紛争を招来するとの懸念も示されているが、連携と役割分担はどの分野でも求められているし、現在、厚生労働省の社会保障審議会で議論されている児童福祉法47条2項の改正案でも、施設長等は監護に関する権限のみを有し、管理権は親または未成年後見人に分属することが想定されているから、ことさら問題視すべきものとも言えない。

## 第3 その他

### 1 子の利益の観点の明確化

民法の親権に関する規定において、子の利益の観点を明確にする方策については、なお検討するものとする。

【意見】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。また、民法に、親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、現行の民法820条では権利が先に、義務が後に記載されているが、義務を先にし、権利を後に改めるべきである。

【理由】児童虐待に関しては、いわゆる世代間連鎖が指摘されているが、かかる視

点からは、児童虐待を無くしていくためには、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。また、民法820条では権利が先に、義務が後に記載されているが、かかる規定の仕方から親権（特に身上監護権）の権利性が義務性に優先すべきであるとする誤解が生じかねない。当連合会は、かかる視点から、2009年意見書において同様の提言をしているところである。

ところで、2009年意見書では、民法820条に身上監護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よう求めたが、その後、法制審議会において、むしろ子の利益の観点から親権の行使全体に及ぶべきものであるとの指摘があった。この指摘は正当であるから、2009年意見書の提言を発展的に改め、上記意見のとおり、民法に親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ことを求めたい。

## 2 懲戒

懲戒に関する規定を見直すことについては、なお検討するものとする。

【意見】懲戒に関する規定を見直し、民法822条を削除するべきである。

【理由】民法822条1項後段及び2項は、現行法上、懲戒場が存在しないことから死文になっており、国民に無用の誤解を与えるのみであるから、早急に削除すべきである。

民法822条1項前段は、通常の親子関係においてはほとんど機能しているとは言いがたい。すなわち、このような規定の有無にかかわらず、親は子を叱るべきときには叱るし、子ども叱られた理由に納得すれば従うものである。むしろ、民法822条1項前段は、子どもを虐待する親の弁解に利用され、適切かつ迅速な子どもの保護を妨げるものと言うほかない。かかる視点から、当連合会は2009年意見書において懲戒権規定の廃止を求めたが、2010年6月、国連子どもの権利委員会は日本に対する総括所見のなかで、家庭における体罰及び児童の品位を下げるあらゆる形態の扱いを法律により明示的に禁止することを強く勧告するに至っており、懲戒権規定の削除がいっそう急務となっている。

なお、懲戒権規定を削除しても、親が子どもを叱ること自体許されなくなるものではないことは言うまでもない。

以 上