

## 児童虐待防止のための親権制度の見直しに関する問題点の検討（１）

### 第１ 施設入所等の措置と親権との関係について

施設入所等の措置等（注１）が採られている場合において、当該措置等と親権とはどのような関係にあると考えるか（注２）。

（補足説明）

（１）施設入所等の措置（児童福祉法第２７条第１項第３号の措置をいう。以下同じ。）等が採られている児童について、親権者が、親権を理由に、強硬に子の引取りを要求したり、登下校時に自宅に連れ帰ったりする場合には、児童相談所や児童福祉施設がその対応に苦慮することがあるとの指摘がある。

もつとも、児童福祉法第３３条第１項及び第２項に規定する一時保護（以下、単に「一時保護」という。）が行われ、又は家庭裁判所の承認（児童福祉法第２８条第１項）による施設入所等の措置が採られている場合において、保護者等が子の引取りを要求してきたときは、児童相談所長、児童福祉施設の長等は、これを拒むことができる（注３）（注４）。

また、子の引取要求等に対しては、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。）に規定する面会通信制限（注５）及び接近禁止命令により対応することが考えられる。

（２）児童福祉法第４７条第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必要な措置をとることができる。」と規定する。

同項により児童福祉施設の長等が代行する権限については、「児童の日常生活の世話とそれに派生する事柄に関する監護教育および懲戒に関する必要な措置に限定されており、その他に関する親権の行使は親権者が責任を持たねばならない。」との説明がされている（佐藤進ほか『実務注釈児童福祉法』２９６頁〔河合徹子〕）が、現実には、具体的事案において施設の長等がどのような措置をとることができるかについて、疑義が生じる場合があるとの指摘がされている。

なお、一時保護が行われた場合については、児童の監護、教育及び懲戒に関する児童相談所長等の権限について定めた規定はない。

（注１）

児童福祉法又は児童虐待防止法が規定する行政処分のうち親権に関連するものとしては、①施設入所等の措置（児童福祉法第２７条第１項第３号）、②一時保護（児童福祉法第３３条第１項、第２項）、③面会通信制限（児童虐待防止法第１２条第１項）、④接近禁止命令（児童虐待防止法第１２条の４）がある。

（注２）

家庭裁判所の承認により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、学説上、以下のような見解がある。

① 家庭裁判所の承認により、親権者の監護教育権とそれに付随する懲戒権は停止され、児童福祉施設の長に付与されるとする見解（石川稔「児童虐待」谷口知平ほか『現代

家族法体系3』325頁)

- ② 著しく当該児童の福祉を害する状況が続く限りは、親権者と施設の長との関係においてのみ、相対的に親権者の親権の行使が結果として制約されるとする見解（釜井裕子「児童福祉法28条1項1号の家庭裁判所の承認について」家月50巻4号67頁）
- ③ 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〕）

(注3)

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」（以下「平成9年通知」という。）は、「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、家庭裁判所の承認による施設入所等の措置が採られている場合については、「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。」としている。

吉田彩『家庭裁判所から見た児童虐待の法的問題点』家族＜社会と法＞17号62頁は、平成9年通知も、「措置承認審判がされた以上、児童福祉施設の長は保護者からの引渡請求を拒めるとしており、現在おそらくこの結論自体に異論はないものと思われる。」と指摘する。

(注4)

親権者等の意に反しないとして家庭裁判所の承認なく施設入所等の措置が採られている場合の引取要求等への対応としては、平成19年児童虐待防止法改正により、面会通信制限を行うことができるものとされている（児童虐待防止法第12条第1項）ほか、施設入所等の措置の継続が困難であると認める場合には、一時保護を行った上、家庭裁判所への入所措置承認の審判の申立てが行われることとなる（同法第12条の2、第12条の3）。

(注5)

平成19年改正前の児童虐待防止法第12条（家庭裁判所の承認による施設入所等の措置が採られた場合における面会通信制限）の立法趣旨については、「児童福祉法第28条に基づき、保護者の意に反する措置が採られた場合には、児童に対する保護者の監護権や居所指定権などの親権が制限されていることに鑑み、児童と保護者の面会や通信を制限できることを明示したものである。」との説明がされている（太田誠一ほか『きこえますか 子どもからのSOS～児童虐待防止法の解説～』81頁）。

## 第2 親権の一時・一部停止制度について

### 1 現行の親権喪失制度等について、どのような問題があるか考えるか。

(補足説明)

- (1) 現行民法には、親権喪失制度（民法第834条。なお、児童虐待防止法第11条第5項、

児童福祉法第33条の7参照。)がある(注1)が、同制度については、期限を設けずに親権全部を喪失させるものであることから、①その申立てや宣告がちゅうちょされ、制度として活用されていない、②親子分離をした後の親子の再統合に支障を来す、といった問題が指摘されている(注2)。

(2) 児童虐待の事案においては、親権の喪失の宣告をした上で、未成年後見人を選任する方法のほかに、実務上、祖父母等の親族を監護者(民法第766条参照)に指定する方法が採られる場合がある(注3)(注4)(注5)。

(3) また、現行の親権喪失制度については、親権の喪失の宣告がされた場合、「親権喪失宣告の裁判確定」との戸籍の記載がされるところ、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く、妥当でないとの指摘がされている(注6)(注7)。

なお、職務執行停止等の審判前の保全処分がされた場合にも、「親権者母(父)の職務執行停止及び代行者某選任の裁判発効」との戸籍の記載がされる。

他方、民法第766条による監護者の指定は戸籍に記載されない。

(注1)

親権喪失宣告の要件である親権の濫用については、「親権者が親権が認められているその社会的目的から逸脱してそれを事実上もしくは法律上行使することまたは行使しないことによって、子の福祉を著しく害すること、を意味すると解すべきことになる。もっとも、親権の行使については、国家社会によって一律に企図されるべきものではなく、それぞれの親にある範囲で委ねられている以上、親の親権行使の自由もある程度肯定せざるをえないので、親権の濫用を認めるのは、いかに子の福祉を害しているかを考慮し、その程度が著しい場合に限られるべきであって、安易に親権の喪失を認めるべきではないと思われる」との指摘がされている(於保不二雄ほか『新版注釈民法(25)』188頁〔辻朗〕)。

(注2)

親権喪失制度の適用場面について、「保護者の面会通信の制限や接近禁止が現行法上、明文をもって規定され、また被虐待児保護のために児童福祉法28条の申立制度が従来に比べて積極的に運用されている現状では、被虐待児および被措置児童保護のために親権喪失宣告申立てを必要とする場面は限られることになろう。すなわち、児童相談所長による親権喪失宣告申立てが有効に機能するのは、親権喪失の対象となる者が18歳以上であるために児童福祉法および児童虐待防止法による保護が困難な場合や、医療ネグレクトにおいて親権者等による手術同意が得られない場合、親権者による不当な引き取り要求等、親権者の面会通信や接近の禁止では未成年者の保護が図れない場合の最後の手段として用いられることにはないだろうか。」との指摘がされている(吉田恒雄「児童相談所長の申立てによる親権喪失の宣告」水野紀子ほか『家族法判例百選第7版』97頁)。

なお、面会通信制限には、児童虐待防止法第12条第1項に基づく行政処分として行うものと、「指導」として行うものがあり、どちらの位置付けで行うべきかについては実情に応じて判断し、対応するものとされている(平成2年3月5日付け厚生省児童家庭局長通知「児童相談所運営指針」第4章第5節2(7))。

(注3)

父母以外の親族等を監護者に指定することについては、①父母以外の者を監護者に指定することができるかどうかの問題と、②父母以外の者に監護者指定の審判の申立人適格が認められるかどうかの問題がある。

①については、第三者を監護者に指定することもできると解されている（我妻栄『親族法』142頁）。なお、養子縁組に関する監護者の同意権について規定する民法第797条第2項について、立案担当者は、「父母は離婚等の際協議により第三者を子の監護者と定めることができるが、その同意を要しないことは、規定上明らかである。」と説明しており、第三者を監護者に指定することができることを前提としている（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－』170頁）。

②については、最近の判例・学説の多くは積極説（申立人適格を認める説）に立っているとの指摘（梶村太市「子の監護審判事件における第三者の当事者適格」判タ1281号142頁）も、消極説（申立人適格を認めない説）が多数説であるとの指摘（棚村政行「祖父母の監護権」野田愛子ほか『家事関係裁判例と実務245題』（判タ1100号）148頁）もある。積極説の中には、その法的根拠を民法第766条の類推適用に求める立場や同条及び同法第834条の重疊的類推適用に求める立場等があり、申立権者の範囲については、民法第834条同様、子の親族及び検察官（並びに児童相談所長）とする立場（田中通裕「第三者からの子の監護者の指定申立てが却下された事例」判タ1099号86頁）や第三者と父母との間に争いがある申立ての利益があれば申立ては認められてしかるべきであるとする立場等がある（岡部喜代子「監護者指定に関する最近の裁判例」慶應法学9号）。

他方、東京高決平成20年1月30日家月60巻8号59頁は、未成年者の祖父母による子の監護者指定の申立てを、家事審判事項に当たらない不適法なものとして、却下した（同旨の裁判例として仙台高決平成12年6月22日家月54巻5号125頁等）。

なお、日本弁護士連合会「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－児童虐待防止法等の見直しにあたって－」（以下「日弁連平成15年意見書」という。）8頁は、親族が自己を監護者に指定するよう家庭裁判所に申し立てられるという考え方は、解釈論として確立していない旨指摘し、親族が自己を監護者に指定するよう申し立てる制度の創設を提言する。

(注4)

父母以外の者を監護者に指定することの長所として、親権者に制裁的な受け止めをされにくいこと、親権者の立ち直りの状況に応じた柔軟な対応が可能であること、児童福祉法上の措置を採った里親にも監護権を保障することができることなどがあるとの指摘がされている（二宮周平「父母以外の者を子の監護者に指定することの可否」右近健男ほか『家事事件の現況と課題』115頁）。

(注5)

民法第766条により親権者と別に監護者が指定された場合の監護者の権限（親権者の権限との関係）については、「監護者は、親権者の権限のうち身上監護権を分掌すると解すべきであり、したがって監護者は、監護・教育権（820）、子の居所指定権（821）、懲戒権（822）、職業許可権（823）等の権限を有する」、「監護の範囲外では父母の権利義務に変更を生ずることがないから、財産を管理し、その財産に関する法律行為について子を代表する権利義務（824）、養子縁組などの身分行為についての法定

代理権（代諾権，797・798・802），子の氏変更申立ての代理権（791Ⅲ）などは，なお親権者に留保されており，監護者はこれらの権利義務を有しないと解するのが，これまでの通説的見解」との説明がされている（島津一郎ほか『新版注釈民法（22）』127頁〔梶村太市〕）。

子の氏の変更の申立ての代理権については，東京高決平18年9月11日家月59巻4号122頁が「親権者に留保されており，監護者はこれらの権利義務を有しないと解するのが相当である。」としており，戸籍実務においても，監護者は，氏の変更による入籍の届出をする代理権を有しないとされている。もっとも，身分行為の法定代理については，その身分行為の性質に応じて判断すべきであるとの指摘もされており（清水節「親権と監護権の分離・分属」野田愛子ほか『家事関係裁判例と実務245題』（判タ1100号）144頁），最近は，子の氏の変更について，監護者に代理権があるとする説も有力なようである（石川稔「監護者の地位と権限」野田愛子ほか『夫婦・親子215題』（判タ747号）278頁，辻朗「親権監護権分属下での一五歳未満の子の氏の変更手続」民商法雑誌139巻3号431頁），同旨の裁判例として釧路家北見支審昭和54年3月28日）。

（注6）

日弁連平成15年意見書7頁は，「成年後見のように別の簿冊に記載するのが相当である。」とする。

（注7）

床谷文雄「児童虐待の法的対応」判タ1046号88頁は，「特別養子の場合と同様に，「民法834条による裁判確定」と書くなどの工夫が必要であろう。」とする。

## 2 どのような場合に，親権を一時停止する必要があると考えるか（注）。

（補足説明）

現行の親権又は管理権の喪失の制度においては，喪失の原因が消滅したときに，本人等の請求によって，家庭裁判所が喪失の宣告の取消しをするものとされている（民法第836条）。

親権の一時停止制度に関連し，「現行法の下でも，親権喪失とその取消しを柔軟に運用することによって，実質的に一時的親権停止的なものに変身させることを考えてもよいのではなかろうか。」との指摘もある（床谷文雄「児童虐待の法的対応」判タ1046号84頁）。

また，親権喪失宣告を本案とする審判前の保全処分として，親権者の職務執行の停止及び職務代行者の選任（家事審判規則第74条）をすることにつき，「前記方法は，親権者の親権行使を一時的に制限する有効な方法であるので，親権喪失までも求める必要がない場合においても，活用しうると考えられる。大阪府の子ども家庭センター（児童相談所）では，親権の剥奪そのものを目的としないが，親権を一時的に停止させ，親権の職務代行者をつけるために，親権喪失宣告の申立てを行ったケースがある。この事例では，仮の処置としての保全処分（親権者の職務執行停止）を得て子どもを保護したうえで，家庭裁判所と協力して親への指導を行うことができた。保全処分の本来の目的とはややずれるが，現行法のもとではこのような使い方も許されるであろう。」との指摘がある（許斐有『子どもの権利と児童福祉法 増補版』120頁）。

(注)

平成16年児童福祉法改正前は、家庭裁判所の承認による施設入所等の措置は、無期限であったが、同改正により、措置を開始した日から2年を超えてはならないものとされた(児童福祉法第28条第2項)。同改正の趣旨は、①入所措置は親権等の権利の制限を伴うものであるところ、事件の経過とともに保護者や児童を取り巻く状況は変化するものであり、変化に適切に対応し、その人権をより保障するという観点からは、保護者と児童とを分離する期間を限定し、その後更に分離を継続するかどうかについては、改めて司法が関与し、その妥当性について審査を行うべきであること、②措置に期限を設けることで、保護者が将来の見通しを持つことができ、保護者に対する指導を効果的に行い易くなることであると説明されている。(尾崎守正ほか「児童福祉法の一部を改正する法律の概説－司法関与に関する部分を中心に－」家月57巻7号6頁)。

なお、家庭裁判所の承認による施設入所等の措置の解除については、家庭裁判所の承認は要しないものとされている。

### 3 親権の一部として、どの部分を停止する必要があると考えるか。

(補足説明)

(1) 前述のとおり、一時保護が行われ、又は施設入所等の措置が採られている児童等について、親権者が、親権を理由に、強硬に子の引取りを要求したり、登下校時に自宅に連れ帰ったりする場合には、児童相談所や児童福祉施設がその対応に苦慮することがあるとの指摘があり、親権者によるこのような行為を抑止し、又はこれに対抗する手段として、親権の全部又は一部を一時的に停止することができる制度が必要であるとする意見がある。

もつとも、現行制度の下においては、面会通信制限や接近禁止命令等により、対応の対応が可能なのにも思われる。

(2) 未成年者が手術や治療を必要としている場合、医療機関がその未成年者に対し医療行為を行うには、通常、親権者の同意が必要とされるが、親権者が正当な理由もなくその同意を拒否して放置することにより、未成年者の生命・身体が危険にさらされる場合がある(注1)。このような親権者の行為は、「医療ネグレクト」として、児童虐待の一類型(児童虐待防止法第2条第3号)に該当するとされている(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」家月60巻7号1頁、平成11年3月29日付け厚生省児童家庭局企画課長通知「子ども虐待対応の手引き」第13章5)。

医療ネグレクトにより児童の生命・身体に重大な影響がある場合の対応としては、現在、児童相談所長等の申立てにより、親権喪失宣告を本案とする審判前の保全処分として、親権者の職務執行の停止及び職務代行者の選任(家事審判規則第74条)をし、職務代行者において必要な医療行為に同意し、医療行為が終了した後は、適宜、親権喪失宣告の申立てを取り下げるといった運用が行われている(平成20年3月31日付け厚生労働省雇用均等・児童家庭局総務課長通知「医療ネグレクトにより児童の生命・身体に重大な影響がある場合の対応について」)。

これに対しては、「親権の全部について職務執行を停止させる必要はなく、その一部である手術(医療行為)への同意権のみを停止させることで十分である場合が多いのではないだろうか」(田中通裕「親権者の職務執行停止・職務代行者選任(手術不同意)」民商法雑

誌138号1巻106頁)といった指摘がされている。

(3) 親権のうち停止すべき部分の問題については、従前、踏み込んだ議論がされてこなかったように思われる。

もっとも、施設入所等の措置がされている児童の親権者による引取要求への対応のための制度として論じられる場合には、身上監護権の停止が想定されているように思われるが(注2)、他方、医療ネグレクトへの対応のための制度として論じられる場合には、講学上ないし条文上の分類によらない一部(「医療行為への同意権」)の停止が想定されているように思われる(注3)。

(注1)

未成年者のうち同意能力(医療行為に関する説明を理解し、これに同意する能力をいい、民法上の意思能力や行為能力とは別のものと解するのが一般のようである。)がないものについては、医療行為について親権者の同意が必要とされるが、未成年者に同意能力がある場合にその同意だけで足りるのか、親権者と未成年者との意見が対立した場合にどちらの意思を優先すべきかなどの問題がある。また、未成年者の医療行為に関する親権者の同意権の根拠については、法定代理人としての権限に求める考え方(代諾構成)と身上監護権に求める考え方(身上監護構成)とがあるとされる(前掲吉田・家月60巻7号39頁)。

宗教的輸血拒否に関する合同委員会報告「宗教的輸血拒否に関するガイドライン」は、未成年の患者について、18歳以上、15歳以上18歳未満、15歳未満に分け、概要、以下のとおり、整理している(「年齢の区切りについては、18歳は、児童福祉法第4条の「児童」の定義、15歳は、民法第797条の代諾養子、民法第961条の遺言能力、「臓器の移植に関する法律」の運用に関する指針による臓器提供意思を斟酌して定めた。」と説明されている。)

・患者が18歳以上の場合

患者の意思のみを勘案する。

・患者が15歳以上18歳未満の場合

親権者は輸血を拒否するが患者本人が輸血を希望するときは、輸血を行う。

親権者は輸血を希望するが患者本人が輸血を拒否するときは、なるべく無輸血治療を行うが、最終的に必要な場合には輸血を行う。

・患者が15歳未満の場合

親権者の意思のみを勘案する。

なお、同ガイドラインの解説は、「20歳以上の成人で、判断能力を欠く場合については、一般的な倫理的、医学的、法的対応が確立していない現段階では法律や世論の動向を見据えて将来の課題とせざるを得ない。」としている。

(注2)

○ 平成12年3月23日衆議院青少年問題に関する特別委員会における大久保隆参考人(全国児童相談所町会会長・東京都児童相談センター所長(当時))の発言

「民法に規定されている親権のうち、監護権や居所指定権など、いわゆる身上監護権と言われる権利につきまして一時的に停止する措置がとれるよう関係規定を整備すべきであるという趣旨でございます。」

○ 平成16年4月6日参議院厚生労働委員会における石毛鏡子衆議院議員の発言

「例えば身上監護権など，一時停止をしてもあるいは一部停止をしてもという意見も当然あると思いますし（後略）」

- 『与野党4氏本音で語る』における保坂展人衆議院議員の発言（馳浩編著「ねじれ国会方程式 児童虐待防止法改正の舞台裏」68頁）

「財産管理権を除く身上監護権みたいなところを一時停止していったらどうかというような議論は当初からあった。」

(注3)

医療ネグレクトへの対応については，親権のうちの医療行為についての同意権限のみを停止して代行者に判断させる方法や，親権喪失・停止とは別個の制度として，裁判所が親権者に治療を命じ，又は治療妨害を禁止する旨の命令をする方法などが提言されている（日弁連平成15年意見書7頁，田中通裕「親権者の職務執行停止・職務代行者選任（手術不同意）」民商法雑誌138巻1号106頁）。