

児童虐待防止のための親権制度改正について

平成23年3月13日

磯 谷 文 明

第1 概 要

平成 19 年改正の児童虐待防止法附則 2 条 1 項に、「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」とされた。

これを受けて、平成 21 年 6 月、法務省は、児童虐待防止のための親権制度研究会を立ち上げ、研究者、法律実務家、児童相談所関係者、関係省庁（法務省、厚生労働省、最高裁判所）により議論が開始された。同研究会は平成 22 年 1 月に報告書を公表した。

この報告書に基づき、平成 22 年 3 月から、民法関係については法務省所轄の法制審議会児童虐待防止関連親権制度部会が、児童福祉法・児童虐待防止法関係については厚生労働省所管の社会保障審議会児童部会児童虐待防止のための親権の在り方に関する専門委員会が、それぞれ議論を進めた。その結果、法制審議会（総会）は平成 23 年 2 月 15 日に民法改正にかかる要綱を採択し、社会保障審議会（専門委員会）は平成 23 年 1 月 28 日に報告書「児童の権利利益を擁護するための方策について」を公表した。そして、平成 23 年 3 月 4 日、政府は民法改正法案、児童福祉法改正法案等を閣議決定した。

本日は、法制審議会、社会保障審議会それぞれの到達点を明らかにするとともに、実務への影響について検討してみたい。

第2 民法関係～法制審議会

1 民法 820 条（監護教育権）の改正

親権を行う者は、子の利益のために子の監護及び教育をする権利を有し、義務を負うものとする。

2 民法 822 条（懲戒権）の改正

懲戒場に関する規定を削除するとともに、懲戒権は民法 820 条の監護及び教育のために必要な範囲内でのみ認められるものとする。

3 親権喪失宣告の要件の見直し

親権喪失宣告の要件を、子どもの利益の観点から見直すとともに、親権者の帰責性ないし非難的要素を必須のものとし^{*1}、「父または母による虐待また

*1 現行法の「濫用」についても、帰責性がなくても認められると解する立場もある。

は悪意の遺棄があるときその他父または母による親権の行使が著しく困難または不
適当であることにより子の利益を著しく害するとき」とする。

4 親権停止制度の新設

2年以下の期間を定めて、親権を停止することができる制度を新設する。

要件は、「父または母による親権の行使が困難または不適當であることにより子
の利益を害するとき」とする(喪失と比べて「著しく」がない)。

また、期間については、家庭裁判所は、「その原因が消滅するまでに要すると見込
まれる期間、子の心身の状態及び生活の状況その他一切の事情」を考慮して定め
る。

5 管理権喪失の審判

管理権喪失宣告の要件を、子どもの利益の観点から見直し、「父または母による管
理権の行使が困難または不適當であることにより子の利益を害するとき」とする(現
行法は、「子の財産を危うくしたとき」とあるが、これより範囲を広げるとともに、「著
しく」は加えなかった)。

6 親権喪失、親権停止、管理権喪失の申立人の見直し

現行法は子の親族、検察官、児童相談所長のみ申立権を与えるが、これに子自
身と未成年後見人及び未成年後見監督人を加える。子が申し立てる場合の手續に
ついては特に議論されなかったが、同時並行で進められている非訟・家事審判法改
正での議論状況をみると、手續代理人が選任されるものと思われる。

7 未成年後見制度の見直し

現行法は自然人1名のみとしているが、法人後見や複数後見を認める。

第3 児童福祉法、児童虐待防止法関係～社会保障審議会

1 施設入所中、里親委託中の親権者のいる児童について

施設長等が、児童福祉法47条2項の措置を行う場合においては、親権者または未
成年後見人は不当な主張をしてはならないとする。

生命や身体の安全を確保するために、緊急を要する場合については、親権者の意
向にかかわらず、施設長等が確実に必要な措置をとるべきことを明確化する。

児童相談所長は親権喪失、親権停止、管理権喪失の各審判の申立権を持ち、必要
に応じてこれらの民法上の制度を活用するものとする。

2 一時保護中の親権者のいる児童について

一時保護処分をした児童相談所長が児童福祉法47条2項と同じ権限を行使する
ものとし、親権との関係については上記1と同じ枠組みを取る。

3 里親委託中、一時保護中の親権者のいない児童について

施設入所中の場合は児童福祉法47条1項が設けられているが、里親委託中また
は一時保護中の場合は現行法上規定がない。そこで、里親委託中または一時保護中

の場合、児童相談所長が親権を行うものとする。

4 一時保護の見直しについて

一時保護の期間が親権者の同意なく2か月を超えるとときは、児童相談所はその必要性について児童福祉審議会の意見を聞かなければならないとする(2か月以内に児童福祉法28条の申立を行っている場合は、除かれる見込みである)。

5 保護者指導に関する司法関与について

基本的に現行法と変わらない(児童福祉法28条6項の勧告については、児童相談所の上申があるときは裁判所から直接親権者に対し勧告内容を通知するなどの方法をとる)。

6 接近禁止命令について

接近禁止命令の拡張は見送り、親が不当に子につきまとうなどするときは、面談強要等禁止訴訟及びその仮処分を活用する。

第4 残された立法上の課題

1 懲戒権の全面削除

懲戒権については、懲戒場に関する部分は削除されたものの、懲戒権そのものは残された。積極的に懲戒権を存続すべきという意見はなかったが、国民のなかには親の懲戒に関してさまざまな意見があり得るため、慎重を期したものである。

2 親権の一部制限制度

主に、制限すべき部分の特定が難しいこと、一部を制限しても他の部分について問題が生じれば申立を繰り返さざるを得ず、いわば「いたちごっこ」となること、全体的に親権の適格性があると考えられるのに一部について親権を制限することは国家による家庭への過度の介入となりかねないこと、などから見送られた。

3 親権制限と戸籍の記載

親権制限は戸籍に記載されるが、そのことが実務上親権制限をちゅうちょさせる要因になっていると解されるから、他の公示方法を検討するよう求めたが、適当な公示方法が見当たらなかったことと、必ずしも戸籍の記載が心理的抵抗になっているとは断定できないなどの意見があり、現状維持となった。

4 未成年後見人の責任軽減

民法上、未成年後見人の責任を軽減することは難しいとされ、国による保険制度の創設などが必要だと指摘されたが、報告書においても詳しくは記載されなかった(必要経費のサポートについてのみ、記載された)。

5 親権者の同意に代わる裁判所の許可制度

主に、裁判所として適否を判断しにくいこと、裁判所が許可をした後、例えば未成年者が債務不履行した場合、対応に困難が生じること、親権者の適格性に問題がないのに個別の契約について裁判所が適否を判断するのは国家が家庭に過度に介入

することになりかねないことなどから、見送られた。

6 一時保護の司法審査

主に、司法インフラ、児童相談所の態勢等に鑑みると、現段階で司法審査を導入すれば、負担を避けようとするあまり必要な保護すらためられるおそれがあるなどの理由から、見送られた。

7 保護者指導の司法関与

主に、司法機関が保護者に対し行政の指導に従うよう勧告することは司法の役割を超えるため法制上難しいという理由から見送られたが、実際には、①裁判所が関与した指導とそうでない指導の効果をどう区別するのか、②裁判所が関与すれば本当に保護者が従うのか、③裁判所の関与の実効性をどう担保するのかといった問題があったものと思われる。児童福祉法28条6項の勧告を直接保護者に向けて行えるように法改正すべきという意見に対しては、児童福祉法28条審判の構造から当事者とはいえない保護者に勧告をすることは難しいという説明があり、やはり見送られた。

8 施設入所等の措置がとられている場合の監護等の権限の主体

施設入所等の措置がとられている場合で、親権者がいる場合は、施設長等が監護等に関し権限を有する一方、親権者がいない場合は、施設入所措置のときは施設長が、里親委託のときは児童相談所長が親権を代行するものとされた。これについては、いずれも児童相談所長が権限を有するよう改めることも検討されたが、児童相談所から負担が増えるなどといった反対が根強かった。

9 接近禁止命令の拡大

主に、現行の接近禁止命令すら活用事例が全くないのに本当にニーズがあるのか、接近禁止は強度の親の権利の制限に該るから、そもそもそう簡単には出せないのではないか、面談強要等禁止の訴訟及びその仮処分を活用してみて、本当に不足するかどうかを確認するのが先だ、などといった理由から、見送られた。

10 個別法令が絡む問題

予防接種、精神科病院への医療保護入院、パスポートの申請、住所の秘匿などの問題については、今回の要綱においても報告書においても、明確な結論が出なかった。ただ、報告書の後書きに「必要な場合には民法上の親権制限の請求を適切に行うとともに、運用面における工夫についても検討が求められる」というかたちで、今後の検討が盛り込まれた^{*2}。

第5 改正後の実務予想

*2 未成年者による携帯電話利用契約については、最近、一部の携帯電話会社が親権者の同意がなくても契約に応じるなど柔軟な対応をすると報じられた。

1 架空事例～一般的な虐待ケース

【事例A-1】

養父、実母、7歳男児(小1)の3人家族。男児の通う小学校がアザ等のケガに気づき、男児から話を聞いたところ、養父からの身体的虐待が継続していることが判明した。小学校は児童相談所に通告し、児童相談所は男児が養父に対し恐怖を感じていることも考慮し、一時保護をした。児童相談所は養父を呼び出したが、なかなか出頭しなかったこと、最終的には出頭したが円滑なやりとりが困難だったため、一時保護後2か月が近づいてきた。

【対応】

一時保護そのものについて法改正による変更はないが、2か月を超えて保護を継続する場合は、原則として延長の是非について児童福祉審議会の意見を聴くこととされたため、児童相談所が2か月を超えて男児を一時保護する場合、その手続きをとることになる。もっとも、2か月を超える前に児童福祉法28条の申立等の裁判手続をとった場合は諮問を要しないとされるようである。

【事例A-2】

結局、養父の暴力的養育態度には根強いものがあり、男児は強い恐怖心を抱いていること、実母は養父に同調して男児を守れないことなどから、児童相談所は児童養護施設に入所させるのが適当と判断した。そこで、児童相談所は父母を説得することとした。

【対応】

児童福祉法27条1項3号の措置に変更はないが、児童養護施設に入所すると、親権者は不当な主張をしてはならないこととされ、さらに生命または身体を守るために緊急の必要があるときは、施設長は親権者の意向に関わらず児童福祉法47条2項の措置をとるべきとされたため、その点を予め親権者に伝える必要があるかどうかの問題となる(当然のことであって、従前どおりの対応でよいとする考え方もあり得る)。

【事例A-3】

児童相談所による説得は奏効せず、父母は施設入所に同意できないと述べた。

【対応】

児童相談所は、従前どおり児童福祉法 28 条の承認を求めることもできるが、新たに親権停止制度が導入されたため、親権停止の方法を選択することも考えられる。親権停止は戸籍に記載されること、現状では児童虐待防止法による接近禁止命令の要件を欠くことの問題があるが、一方で親権が停止されるため、子どもを安定的に保護することが可能となる（例えば、施設入所中に子どもに医療行為が必要となった場合、親の妨害が予想される場合などにも、対応が容易になると思われる）。

親権停止を申し立てる際、審判の効果は確定しなければ生じないため、原則的に保全処分を申し立て、親権者の職務執行を停止する運用になるだろう。保全処分が発令された場合、職務代行者を選任することも可能であるが、一時保護中の場合、親権を行う者がいないときは児童相談所長が親権を行うこととされたから、職務代行者を選任しなくても児童相談所長が親権を行使すれば足り、必ずしも職務代行者を選任する必要はないものと考えられる。

保全処分により親権者の職務執行が停止されれば、児童福祉法 28 条の承認を得なくても、児童福祉法 27 条 1 項 3 号の措置をとることができるものと考えられる（そもそも親権を行う者がいなくなるため、児童福祉法 27 条 4 項の適用される余地がなくなる）。その後、親権停止の審判が確定しても、当初、採った施設入所等の措置を維持すれば足りる。

親権停止の審判が確定しても、施設入所の措置を採った場合には、施設長が親権を行うことになるから、必ずしも未成年後見人を選任する必要はないものと思われる。ここで施設長が児童相談所の措置の趣旨に反した親権行使をするおそれがないわけではない。施設長の親権行使の適正化について何らかの担保を設ける必要があるほか、具体的に施設長が権限を濫用するおそれがあるときは、未成年後見人を選任することも考えられる（なお、里親委託の場合は、児童相談所長が親権を行うこととされたから、こういった懸念はないであろう）。

児童福祉法 28 条の要件と親権停止の要件の軽重については、現時点で明確なコンセンサスはない。要件の文言を基準に考えれば親権停止の方が軽いようにも思われるし、機能を基準に考えれば親権を停止しない児童福祉法 28 条の方が軽いようにも思われる。ただ、現在、児童福祉法 28 条の承認がなされているケースの大半は、親権停止の要件も満たすのではないかと考える。

【事例A-4】

児童相談所は従前どおり児童福祉法28条の申立てを選び、裁判所はこれを承認する見込みとなった。児童相談所としては、実母に対して児童相談所の運営する母親グループへの参加を促していたが奏効しないため、裁判所からも実母に対し直接その旨勧告してほしいと考えた。

【対応】

今回の法改正では、裁判所が直接保護者指導について命令または勧告する制度は設けられなかったが、児童福祉法 28 条 6 項の都道府県に対する勧告を、裁判所から直接保護者に伝達する方法を検討することとなった（児童相談所からの上申に応じてそのような対応をすることが想定されている）。仮にそのような運用がなされることになると、児童相談所は裁判所に対し、「都道府県に対し実母を母親グループに参加させることを勧告する」旨の勧告を求めると同時に、それを直接保護者に対し伝達するよう上申することが考えられる。

【事例A-5】

児童相談所は家族再統合に向けて努力をしたが、養父の暴力的性向は改まらず、かえって第三者に対しても傷害事件を起こし、略式命令による罰金を科せられるなどした。また、母も養父から離れようとしなかった。そうしているうちに、母方の叔母夫婦が協力を申し出てきた。叔母夫婦はいたって常識的で慈愛に満ちていたため、児童相談所は叔母夫婦と本児を交流させようとしたが、養父と実母はこれに強く反対した。

【対応】

施設入所中の子と第三者との面会交流については、現在でも施設長は児童福祉法 47 条 2 項の権限により親権者の意思にかかわらず認めてよいという考え方もあるが、改正法では親権者は施設長が上記権限を行使する場合は不当な主張をしてはならないとされた。施設長の子の福祉にかなうと判断した第三者が子と面会交流することを妨げる行為は、不当な主張に該ると考えられるのではなかろうか。そうすると、施設長は親権者の意向に反してでも本児を母方叔母夫婦に面会させることは問題ないと考えられる。

【事例A-6】

児童相談所は、母方叔母夫婦に対する調査及び本児との面会交流の状況に鑑み、本児を母方叔母夫婦に引き取らせることが望ましいと考えた。

【対応】

現在は、母方叔母夫婦が親権者の意思に反して、権限をもって子どもを引き取るには親権喪失宣告しかなかった(民法 766 条の類推適用により母方叔母夫婦を監護者と指定する方法も考えられるが、東京高裁平成 20 年 1 月 30 日決定はこれを否定している)。しかし、親権喪失宣告はハードルが高く、なかなか認容されなかった。これに対し改正法では、児童相談所が親権停止を申し立て、裁判所がそれを認容すれば、母方叔母夫婦を未成年後見人に選任することが可能となった。複数後見が認められた関係で、叔母夫婦両方を未成年後見人とすることもできる。また、法人後見も認められたため適当な法人が未成年後見人となり、叔母夫婦に養育を委託することも考えられる。親権停止は 2 年以内しか認められないが、再度の申立ては可能であるほか、その後、親権者の適切な親権行使が全く期待できないような状況に至れば、親権喪失も可能となるであろう。そうすると、母方叔母夫婦は、本児が 20 歳になるまで安定して養育することができる。

2 架空事例～医療ネグレクトケース

【事例B】

0歳女児が重度の心疾患により手術が必要であるにもかかわらず、親権者は「このまま死なせてほしい」と言って同意しない。病院から相談を受けた児童相談所は、どうすべきか。

【対応】

親権者の監護権は「子どもの利益のため」に行使されなければならないが、この親権者の監護権不行使は子どもの利益にかなっていないとはいえず、違法である。従って、病院としては手術に踏み切っても差し支えない(輸血に関して「宗教的輸血拒否に関するガイドライン」がある)。親権者が妨害する場合や、病院がちゅうちょうする場合で、子どもの生命または身体を守るために緊急を要するときは、児童相談所は直ちに一時保護委託をし、児童相談所長が児童福祉法 47 条 2 項と同様の権限をもって手術を要請する。これに対し、親権者は不当な主張をしてはならず、仮に親権者が不当な主張をしたとしても、児童相談所長は手術を要請して差し支えない。

以上が原則論であるが、実際には手術に反対する親権者の主張が「不当」と言えるのかどうか、必ずしも明らかでないこともある。そこで、時間的余裕があるときは、児童相談所長は一時保護委託をするとともに、親権停止及びその保全処分を申し立

て、その裁判手続のなかで手術の必要性や親権行使の不当性を訴えることも可能である。裁判所が手術の必要性等を認めて親権者の職務執行停止の保全処分を発令すれば、児童相談所長は親権を行うことになるから、万全の態勢で手術に同意することができる(現行法との違いは、親権停止のハードルが低くなったこと、一時保護中に親権が停止されれば児童相談所長が親権を行うことが明記された点にある)。

【事例C】

児童虐待の事例で、児童相談所が親権者を説得した結果、親権者は渋々児童養護施設入所措置に同意した。

① 措置後、本児が施設内で階段から滑り落ち足を複雑骨折した。治療には手術が必要だが、親権者は「粗雑な本児が悪い。自業自得だ」などと言って手術に同意しない。

② 措置後、本児が精神的に著しく不安定になりリストカットを繰り返すようになった。精神科医に相談したところ入院が望ましいと言われたが、親権者は「精神病院は信用できない」などと言って同意しない。

③ 措置後、施設周辺の学校で麻疹が流行し、自治体からも予防接種を強く推奨されたので接種したいが、親権者が「予防接種は何が起こるかわからないから同意しない」などと言って同意しない。

【対応】

①については、施設長が児童福祉法47条2項の権限により手術に同意できると考えられる(これに対し、親権者は不当な主張はできないし、施設長は児童の生命または身体を守るため緊急を要するときは、必要な措置を採ることが義務化される)。親権者の意見と対立するときは、施設長は児童相談所の意見を聞き、児童相談所は必要な場合には児童福祉審議会の意見を聞くなどして調整を図ることが想定されている。もっとも、いわゆる同意入所の場合、施設長が児童福祉法47条2項の措置を強行しても、親権者が入所措置に対する同意を撤回すると、入所措置自体が維持できなくなる。よって、実際にはぎりぎりまで親権者の説得を試みることになる(この点は以下も同じ)。

②については、児童の年齢や成熟度によっては任意入院が可能かもしれない。医療保護入院については、児童福祉法47条2項の措置に含まれるかどうか疑義が指摘されている。含まれないとすれば、親権停止を行うほかない。

③についても、児童の年齢や成熟度によっては児童の同意により予防接種と解する余地もありうる。そうでない場合は、予防接種について児童福祉法47条2項の措

置に含まれるかどうか疑義を指摘する声がある。含まれないとすれば、親権停止を行うほかないが、予防接種のために親権停止が可能かどうか疑問がある(予防接種の対象とする疾患、接種の必要性等によるかもしれない)。

3 架空事例～高齢児の自立

【事例D】

16歳男児。幼いころに親から重度の虐待を受け、それ以降、児童養護施設で生活してきたが、このたび自立をすることになった。アパートの契約の際、賃貸人から親権者の印が必要と言われた。親とは完全に没交渉であって、今さらアパートの契約に同意してほしいと言っても、応じてくれないことは明らかで、むしろそれを機に嫌がらせをされるおそれもある。どうしたらよいか。

【対応】

親権者の同意に代わる裁判所の許可の制度は導入されなかったため、①親権停止+保全処分に対応するか、もしくは、②管理権喪失+保全処分に対応することが考えられる(管理権には法定代理権も含まれると解されている)。いずれも、ある程度急いで契約をせざるを得ないから、保全処分を活用することになると思われる。保全処分では職務代行者を選任し、同人がアパートの契約について同意をすることになる。いずれの手続でも親権者も当事者になるから親権者に連絡すること自体は避けられない。

親権停止の要件については、これだけ長期間にわたって没交渉であれば、現段階における適切な親権行使は困難であると思われるので(親権は子どもの利益のために行使しなければならないところ、子どもとの間で信頼関係がなく、子どもの利益のために行使することは困難と思われる。しかも、そうなった原因は親権者の過去の虐待にあった)、過去の虐待事実も考慮し、要件を満たしているのではないかと思われる。

一方、管理権喪失の要件は、「管理権の行使が困難または不適切」と改正されたが、長期間にわたる没交渉では適切に管理権を行使することは難しいだろうから、やはり要件を満たしているのではないかと思われる。

管理権喪失は親権停止と同様に「著しく」要件がなくハードルが低いことに加え、親権停止と異なり期限がない利点がある。一方、今後、身上監護に関しても親の妨害が予想される場合などは、むしろ親権停止を得ていた方が対応しやすいと思われる。

親権停止または管理権喪失が確定した後は原則として未成年後見人を選任する。

法人後見も認められるようになるため、例えば、この児童養護施設を運営する社会福祉法人が就任することも考えられる。また、将来的に子どもの権利などに詳しい弁護士や社会福祉士その他の福祉関係者が NPO 法人などを設立し、未成年後見人の受け皿になるような法人を設立すれば、そういったところも活用できるであろう。

〈参考:現在の民法の規定(抜粋)〉

第 818 条 成年に達しない子は、父母の親権に服する。

第 820 条 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。

第 821 条 子は、親権を行う者が指定した場所に、その居所を定めなければならない。

第 822 条 親権を行う者は、必要な範囲内で自らその子を懲戒し、又は家庭裁判所の許可を得て、これを懲戒場に入れることができる。

- ② 子を懲戒場に入れる期間は、六箇月以下の範囲内で、家庭裁判所が定める。
ただし、この期間は、親権を行う者の請求によって、いつでも短縮することができる。

第 823 条 子は、親権を行う者の許可を得なければ、職業を営むことができない。

第 824 条 親権を行う者は、子の財産を管理し、かつ、その財産に関する法律行為についてその子を代表する。ただし、その子の行為を目的とする債務を生ずべき場合には、本人の同意を得なければならない。

第 834 条 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。

第 835 条 親権を行う父又は母が、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、家庭裁判所は、子の親族又は検察官の請求によって、その管理権の喪失を宣告することができる。

第 836 条 前 2 条に規定する原因が消滅したときは、家庭裁判所は、本人又はその親族の請求によって、前 2 条の規定による親権又は管理権の喪失の宣告を取り消すことができる。