

研究ノート

## 「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」へのパブリックコメント

渡 邊 泰 彦

本稿は、法制審議会児童虐待防止関連親権制度部会でとりまとめられ、平成22年8月6日から9月10日まで意見募集の手続きが行われた「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<sup>(1)</sup>」に提出した意見である。本稿の意見を含むパブリックコメントは、法制審議会児童虐待防止関連親権制度部会第7回会議で、『「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<sup>(2)</sup>」に関する意見募集の結果について』としてまとめられている。

### I 改正の目的について

今回の改正では、誰もが認める親権の濫用＝虐待という前提のもとで、そのような例外事案に対してどのように対処するのが問題となっている。虐待という概念自体が確固たるものではないという点については、審議会の議事録の意見からもみられるところである。

虐待親に対する対処として、次の2つの方法が考えられる。1つは、親権喪失・制限をしたうえで未成年後見で対処する。この場合には、事案に即した親権制限のバリエーションが求められる。2つは、親に代わり子を実際に監護する者の権限を親権に優先させ、相対的に親権を制限すること

---

(1) 法務省、[2010年11月25日検索]、インターネット〈URL: <http://www.moj.go.jp/content/000051300.pdf>〉

補足説明については、法務省、[2010年11月25日検索]、インターネット〈URL: <http://www.moj.go.jp/content/000051722.pdf>〉。

(2) 法務省、[2010年11月25日検索]、インターネット〈URL: <http://www.moj.go.jp/content/000054893.pdf>〉。

である（親権自体の喪失・制限は必然ではない）。

前身の研究会ではともに議論されていたものの、立法にあたり社会保障部会での児童福祉法に関する審議と切り離されたことが、議事録からうかがえる。そのため、児童福祉法の改正により施設長の権限が親権に優先することを他方で目指しつつ、施設に収容されていない未成年者についての親権の制限が問題となっていることから、後者の方法も排除されていない。

「必要な連携」と補足説明でなされている部分について、構造的な説明、つまり今回の改正が対象とする範囲をきちんと示してもらう方が理解しやすかったと思う。

例えば、現行法で児童虐待により親権の喪失が問題となり得る事案があるとする。おそらく、親権喪失が問題となると、児童相談所による措置が同時に、むしろ先行して、行われている。施設入所により、施設長の権限を親権に優先させるのであれば、事実上親権の制限は達成され、入所期間にともない一時的制限となっている。それとともに、親権を喪失・一時的制限することは、虐待親に対する制裁という意味合いが強くなるとも考えられる。そうであるならば、今回の改正の意図とは違う結果を導き出しはしないであろうか。

親権の制限の制度を考慮するにあたっては、その例外的な行使の事案で制限が問題となる。その前提として、親権がそもそもどのような権利・義務であるのかについては、明確ではないが、今回の改正が親権全体にどのような影響を及ぼすのか考える必要がある。

## Ⅱ 「主な事例」について

今回の改正の主眼がどこにあるのかという点は、「対応に苦慮する場合として指摘されている主な事例」からは、複数に及ぶ。このような種々の事案に対して、どのような枠組みで親権を制限していくのかが、中間試案の重要な論点である。親権又は監護もしくは管理権という割合大きな枠組みで対処するのか、個別事案に合わせて制限していくのかは、主な事案の

共通点・相違点からも考えることができる。

以下、自分なりに事案を分類した。

#### 1 子の生命・身体にかかわる事案（事案 D、E）

その原因を除去するために親権を制限する。

身体的虐待・精神的虐待であれば、親から解放するために必要なこととして、親権制限が位置づけられる。医療ネグレクトであれば、治療行為に関する部分について、制限すれば十分である。

性的虐待では懲戒権を口実に児童虐待を正当化するという問題は生じない。

#### 2 自立して生活する子に対する過大な干渉（事案 F、G、H）

監護は問題とならないので、管理権だけを問題にすればよい。

#### 3 他に監護につき適当な者がいる事案（事案 A、B）

監護者の権限の優先を認めるために、親権の制限が問題となる。父母の親権が制限されることの反射的效果として、監護者の権限が優先する。

施設について児童福祉法により対処されるのであれば、A の事案のみが残る。

民法766条により父母以外の者を監護者と定めることができるのであれば、監護者の優先はそれで可能となる。親権を制限する理由はどこにあるのかを考えなければならない。

#### 4 親権者の精神上の障害などに原因がある事案（事案 C）

子の虐待という観点よりも、親に保佐・成年後見の審判を申し立てるべき事案といえる。そのうえで、制限行為能力者が親権を行使することができるのか、その制限をどのようにするのかという観点で考えるべきである。

### Ⅲ 親権制限の効果

親権を制限することで子の保護が達成されるのではない。施設入所・里親養育・他の監護者による養育という措置によって子の保護が達成される

という視点が、中間試案からは明らかになっていない。これは、民法の改正という面から見れば当然かもしれないが、改正の効果に幻想を与えないためにも改正の射程距離を示す点では重要である。

## 1 親権制限の効果

親権を喪失・一時的制限されることにより、父母はどのような状況になるのだろうか。この点は、当然定まっていることを前提に、喪失・一時的制限の要件を中心に議論されているようにみられる。

例えば、離婚後に親権者とも監護者にもならなかった父または母には面会交流の権限があるが、親権を喪失などした父母も同様に面会交流権は認められるのであろうか。もし、認められないとすれば、離婚後の単独親権により親権者とならなかった者と親権の制限により親権者とならなかった者とは、効果の違いが生じる。このように考えるのであれば、親権の制限は単に親権者でなくなるというだけではなく、さらに面会交流権の剥奪をも含めた効果を有することを規定する必要があるだろう。

この点については、面会交流権の位置づけともかかわる議論であるため、今回の改正の対象外ということかもしれない。しかし、今回の改正が及ぼす影響として、無視することはできない。

## 2 未成年後見の開始原因

親権が剥奪・一時的制限されたために親権を行使する者が存在しない場合に、監護者のみが存在するというのであれば、民法838条1号と矛盾する。親権の制限とは、それにより未成年者自らが判断することを意味しない。共同親権者の一方のみの親権を制限する場合を除くと、親権の制限は、民法の枠内では、親権を行う者がなくなり未成年後見の開始原因として意味を有する。実際に子を監護し、そのために必要な権限を行使するために未成年後見人となる。親権の制限・喪失＝未成年後見の開始を意味することは多く、中間試案で未成年後見まで視野に入れた提案をされていることに意義がある。

さらに、どのような場合に親権を制限するのかよりも、どのような場合に未成年後見を開始するべきかという視点からも親権の制限を検討する必要があるだろう。

もっともこの視点では一時的な（一瞬の）親権制限で十分な医療ネグレクトの事案は、分けて考えることができ、そうすべきである。例えば、治療行為について同意に代わる許可（その保全手続）を認めることが考えられる。ここでいう同意に代わる許可は、中間試案に提案されている民法5条の同意に代わる許可ではなく、医療行為に特化したものを考えている。

第三者（法人）が未成年後見人となる場合、施設入所や里親養育の場合、未成年者が自立している場合では、監護権があっても事実上の監護は行わない。財産管理権が中心となり、監護は成年後見の身上配慮義務と同じものとなる。

未成年後見が開始すべき場面という観点から親権制限を考えると、未成年後見のインフラ整備が現実の問題として出てくる。

### 3 児童福祉法・民法766条との関係

親権の制限が、親権者に代わり、未成年後見人ではなく、子を監護する者を登場させる要件ではない。今回の中間試案では、実際の対象・射程距離について、児童福祉法という社会保障分野での改正の動向という不安定要素があるとはいえ、示した方がよかったと考える。

児童福祉法または民法766条による事実上の親権の制限が可能であり、そこで対処が可能であれば、今回の改正での親権の制限は、実際上の子の救済というよりも、親権者への制裁という意味を有するだけになりかねない。

児童福祉法・民法766条との関係では、親権者に代わり監護権・管理権を行使すべき者の権限行使を親権者が制約しないためのものである。それが、親権の制限に限られるわけではないのであるから、全体的な議論の中で位置づける必要がある。

民法の規定の中に、親権を制限する要因として、例えば「児童福祉法の

定める場合に制限する」という明文の規定を設けることで、児童福祉法との連動を含む全体的な構造を示すことができると考えられる。

民法766条が改正の対象となっていないが、離婚後に限らず、子を監護する第三者の権限を正面から定める規定が必要とも考える。

## Ⅳ 中間試案の各提案について

### 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

##### 1) 甲・乙案と丙案の違い

児童福祉法の改正も同時並行に進められている限りで、丙案を採用する必要はない。ただし、児童福祉法の改正が行われなかった場合は、丙案を活用すべきである。

児童虐待での親権者に対する措置を民法の親権喪失・制限でのみ行うのであれば、丙案のように個別具体的な対応が必要となる。しかし、児童福祉法において施設長などの親権者に対する優先が検討されるのであれば、その範囲において解決可能である。あえて、監護権・管理権のなかの一部を制限する制度を設ける理由は乏しく、むしろ親権制限制度の複雑化を招くものとする。

##### 2) 丙案で指摘された問題点に対して（補足説明12ページ以下）

必要な部分に応じてできる限り小さく特定して制限することから生じる問題点として、「①子の安定的な監護を害する」について、最小限にすることが常に求められているのか、最小限の意味が必要以上に限定されていないのかという疑問がある。また、具体的事案について対応するにあたり、何を制限するのかは明らかではない。

「④利用が想定される事案についての限定」について補足説明12ページ以下に記載されている例は財産管理権の個別的な契約である。申立ての原因となった個別の契約に限定されるのか、それをもとに一定の範囲につ

いて制限することになるのかにより、結果は異なる。

例えば、携帯電話の契約の法定代理を制限するならば、アパートの賃貸契約の法定代理の制限を改めてする必要があるのだろうか。より効果・影響力の大きい契約に対する法定代理の制限は、当然ではないのか。問題は、契約ごとの等級化・分類にある。

丙案は、「同意に代わる許可の審判」を認めるかによって、位置づけが変わってくる。

まず、同意に代わる許可の審判により積極的に契約を認めるか否かを判断できるのに、個別の契約について丙案による法定代理権の一部制限が必要であるのかを検討しなければならない。

また、監護権の一部制限としては、医療ネグレクトの事案が残るが、それをのぞくと、どのようなことが考えられるのか。

親権喪失により親権を行う者がいないのであれば、未成年後見の開始原因となるため、一部制限では、一部について未成年後見が開始する。このような場合には親権者と未成年後見人とが併存するため、その関係を調整する規定が必要となるであろう。

また、管理権の一部制限では、親権者が制限された権限の部分について無権代理を行い、行為の相手方が無権代理であることを認識できないことが生じる可能性が高い。成年後見制度においては、成年後見人、保佐人、補助人という機関の名称によりその代理権の範囲がある程度は推測可能である。しかし、管理権の一部制限では、すべてが「親権者」であり、行為の相手方にとっては、制限されていることを認識することも容易ではない。例えば、一部制限であればその範囲を知ることは困難となる。法定代理権に表見代理を認めるのかという議論との関連も問題となる。

親の権利を制限する効果を有するが、それは虐待があるということで正当化される。国の過剰な介入による親の権利の制限という面は、虐待の定義・認定によって異なり、子のレベルで考慮すべき問題である。

### 3) 甲案と乙案の違い

甲案に賛成する。

理由は、補足説明が指摘する乙案の問題点と同じである。

### 4) 甲乙の1案と2案の違い

甲2案に賛成する。

一時的制限と喪失とは、質的に違うのか、一時的制限の延長線上に喪失があるのかという位置づけが問題となる。

延長線上というのであれば、基本的に一時的制限があり、その極限として喪失があると考ええる。そのため、一時的制限を組み込んだ、甲2案に賛成する。

喪失については、一時的制限の再度の制限で対処でき、その方が途中でのチェックも可能となる。後述のように、最初制限には期間を設け、その状況を判断したうえで、再度の延長では延長期間（再度のチェックを必要とするまでの期間）を長く設定することも考えられる。

## 2 親権の制限の具体的な制度設計

### (1) 親権の制限の原因

#### 1 親権喪失について

親権喪失の原因について、C案に賛成する。

一時的制限の延長線上で喪失を考える立場からは、喪失と一時的制限でその理由を区別する必要はない（区別してはならないと意味ではない）。

ここで、一時的制限と喪失の違いは次のように考える。

- ・一時的制限は、一定の期間の経過によって原則として終了する。期間の延長が必要な場合に、再度の制限という手続きを取ることが必要となる。期間が終了するたびに、改めて親権の制限が必要かを判断する。当初定めた期間よりも短期間での終了が必要な場合に、取消しの審判を申し立てる。
- ・喪失は、子が成人となるまで原則として継続する。継続のために改めて



手続きを取る必要はない。期間までに終了する場合にのみ、取消しの審判を申し立てる。

一時的制限を原則・終了、例外・継続とし、喪失を原則・継続、例外・終了という関係で捉えることができ、それ以上に質的な相違はないと考える。親権喪失の制裁的機能を強調するとしても、制裁的機能は一時的制限にも備わっている。

さらに、親権の再度の制限について、その原因を独自に定める必要があるかを考える。

親権の再度の制限を同じ規定に基づいて行うのであれば、再度の制限では、制限期間中に虐待などの事実はないから、親権喪失原因のA案・B案のように虐待などをあげることができない。そのため、再度の制限の理由について、A案はとれない。B案、C案に含ませるよりも、別に再度の制限を認める要件を定めた規定を置くべきである。

最初の一時的制限の開始については、具体的な類型を掲げることも考えられる。

### 3 管理権喪失の原因

B案に賛成する。

理由は、上記の親権の一時的制限と同じであり、喪失を一時的制限の延長線上に位置づけることによる。

中間試案5ページ、「エ 管理権の喪失原因」で、A案は現行と同様であるが、B案を採用すると、甲2・乙2案で一時的制限とする場合においても、一時的制限を予定しない甲1・乙1案では管理権を喪失することになる。

A案を採用すると、甲1・乙1案では、財産を危うくするような場合に管理権が喪失され、それに至らない場合には、親権全部の一時的制限となるという理解でよいのであろうか。

## (2) 親権の一時的制限の期間

B案に賛成する。

A案とB案の違いは、定められた期間が妥当であることの理由を誰が述べるかにあると理解した。A案では、期間を定める理由を家庭裁判所が審判において明らかにすることが求められ、おそらく申立てをする側がその妥当な期間についても指摘することとなるだろう。B案では、2年未満にする場合の特別の事情を、親権を制限される側が主張することになるだろう。

期間設定は、再度の制限、審判の取消しとの関係でも考える必要がある。そのため、短期間にしたうえで、再度の制限を繰り返すことが妥当であるのか（補足説明25ページ）は検討する必要がある。

## (3) 親権の制限の審判の取消し

特に問題なし。

## (4) 親権制限審判・取消しの申立人

### ア 親権制限審判

実際に子自身が申立てを行う場合はあるのか、私自身は、具体的な事案が想定できない。それでも、子を申立人に加えることは、親権の喪失・一時的制限が、子の利益を守ることにある点を強調する意味を有するであろう。

親子の再統合を困難にするという点も重要ではある。これは親権制限の意味合いと関連する。自立して生活する子から管理権制限の申立てがあった場合に、子は親子の再統合を拒否していると考えられることが多いのではないだろうか。だからといって、自立している子は、ある程度の判断能力があり、判断を尊重するというのであれば、子からの申立てを否定することはできない。

もっとも、家事審判法の改正における子の代理人制度との関連を考えなければならぬであろう。

児童相談所長を、申立権者に加えることに、問題はないと考える。

#### イ 親権制限審判の取消し

子は、制限審判の申立権者となるならば、取消しの申立人となるべきである。児童相談所長も申立人となるべきである。

#### (5) 再度の制限

再度の制限については2年を原則としつつも、個別の事案において、2年を超える期間を定めることを認めてもよいのではないだろうか。

最初の一時的制限では上限期間を設け、延長については制限期間中の状況を踏まえたうえで個別に検討することができるので、2年を超える期間を定めることもあり得る。

延長を長期間にした場合には、その期間内は、審判取消しの申立てがない限り、チェックされることなく継続するのかは別に検討しなければならない。当事者からの申立ての他に、定期的に一時的制限措置の継続が妥当であるのかをチェックする機会を設ける必要がある。

また、長期間の延長を可能にした場合に、親子の再統合をあきらめてい親については、親権の制限が長期間に及ぶことも考えられる。長期間の延長では、定期的なチェックは必要となる。このチェックに再度の制限という方法を用いるのか、より簡易な方法でよいのかが問題となるが、後者でよいと考える。

### 3 同意に代わる許可の制度

どのような場合に利用されるのかを検討する必要がある。

親権者の適格性に問題がない場合にも同意に代わる審判を認めることが過度の介入となつて妥当ではないとすれば、同意に代わる審判を必要とするかの判断基準は、親権（管理権）の一時的制限と重なり合う。親権の制限について丙案をとる場合には、ほとんど違いがなくなると思われる。

また、未成年後見人の確保に問題があることを導入の理由とする場合に

において、法人の未成年後見人を認めるときは、異った状況となる。

甲案・乙案（管理権の喪失又は一時的制限）を採用するのであれば、同意に代わる許可の審判をする場合と、管理権を喪失・制限して未成年後見人が判断する場合との違いはどこにあるのかを明確にしなければならない。

例えば、特定の契約についての同意権の喪失、包括的な同意権の喪失として親権の制限という図式になるのだろうか。

管理権喪失・制限を認めるということは、実際には契約について同意を与えることを意味するのではないか（同意が必要なければ、申立てを却下すればよい）。

## 第2 未成年後見制度の見直し

### （1）法人による未成年後見

法人による未成年後見を完全に否定する必要はない。しかし、認めるのであれば中間試案の補足説明にあるように、適格性の問題、監督の問題を切り離して考えることはできない。未成年後見のインフラ整備の一貫として考えなければならない。

### （2）複数の未成年後見人

総論として、未成年後見人については、親権の喪失・一時的制限の事案だけではなく、親権者死亡の場合の遺言による指定も視野に入れて考える必要がある。

未成年後見人を複数指定し、指定された者の組合せが重要であるにもかかわらず、一部が就任を拒否した場合に、残りの者だけを未成年後見人とすることは妥当なのか検討しなければならない。

## 第3 その他

### 1 子の利益の明確化

子の利益については、民法の親権で総則的に規定すべきである。民法で

は、親権の総則で、総論的な規定、通常の子の監護・教育について定め、その限界として、児童虐待防止法に禁じられた行為をしてはならないことを指摘すると考える。

そして、児童虐待防止法との関係では、補足説明にあげられている4条6項、14条1項の規定は、民法の中で規定をしてもよいと考える。

民法では他法の規定を指示することはないようだが、親権について横断的な制度設計をするのであれば、特別法において民法との関係を示すだけでなく、民法からも必要な規定を指示すべきである。

## 2 懲戒権

削除すべきと考える。

民法820条において、父母に教育の権利と義務を定めているのであるから、それで十分である。また、民法822条の削除が懲戒権の否定を意味するのではない。懲戒権を明示する必要はなく、懲戒権の濫用を教育権の限界として規定すべきである。

教育権の限界は、児童虐待防止法に定められており、それを指示することで限界を示すことができる。また、その限界も民法の改正ではなく、児童虐待防止法の改正で対処することができる。