

児童虐待防止のための親権に係る制度の見直し
に関する中間試案の補足説明

平成22年8月

法務省民事局参事官室

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の補足説明

はじめに	1
第1 親権制限に係る制度の見直し	3
1 親権の制限の全体的な制度の枠組み	3
2 親権の制限の具体的な制度設計	14
(1) 親権の制限の原因	14
(2) 親権の一時的制限の期間	21
(3) 親権の制限の審判の取消し	23
(4) 親権の制限の審判又はその取消しの申立人	23
(5) 親権の一時的制限の場合の再度の親権の制限	24
3 同意に代わる許可の制度	26
第2 未成年後見制度の見直し	30
第3 その他	32
1 子の利益の観点の明確化	32
2 懲戒	33
(後注)	34

はじめに

法務大臣の諮問機関である法制審議会（会長・青山善充明治大学法科大学院特任教授）に設置された児童虐待防止関連親権制度部会（部会長・野村豊弘学習院大学教授）は、この度、「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」（以下「試案」という。）を取りまとめるとともに、これを事務当局において公表し、広く一般の意見を求めることを了承した。

この補足説明は、これまでの部会での調査・審議を踏まえ、試案の理解に資することを目的として、試案の内容を説明するとともに、必要に応じて部会における議論状況をも紹介するものであり、その文責は事務当局である法務省民事局参事官室にあることをあらかじめお断りしておく。

1 審議の背景

親などの保護者による虐待によって児童が死傷する事件が多発するなど、児童虐待が深刻な社会問題となってきたことを背景に、平成12年5月、児童虐待の防止等に関する施策を促進することを目的として、児童虐待の防止等に関する法律（平成12年法律第82号。以下「児童虐待防止法」という。）が成立した。児童虐待防止法は、児童虐待の定義、児童に対する虐待の禁止、児童虐待の防止に関する国及び地方公共団体の責務並びに児童虐待を受けた児童の保護のための措置等について定めるものであり、児童の福祉に関する総合的基本法である児童福祉法（昭和22年法律第164号）とともに、児童虐待の防止のための制度を構成している。

その後、平成16年4月に、児童虐待防止法の一部改正により、児童虐待の定義の見直し、児童虐待の通告義務の範囲の拡大等が行われ、同年11月には、児童福祉法の一部改正により、市町村の役割の明確化、要保護児童対策地域協議会の法定化、要保護児童に係る措置に関する司法関与の見直し等が行われた。

さらに、平成19年6月には、児童虐待の防止等に関する法律及び児童福祉法の一部を改正する法律（平成19年法律第73号。以下「平成19年改正法」という。）により、児童の安全確認等のための立入調査等の強化、保護者に対する面会・通信等の制限の強化、保護者に対する指導に従わない場合の措置の明確化等が行われた。

他方で、民法の親権に係る制度について、児童虐待の防止等の観点からの見直し

が行われたことはなかったところ、平成19年改正法附則第2条第1項においては、「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」とされた。

このように、政府において親権に係る制度の見直しについて検討が行われるべきものとされたことから、その検討の一環として、平成21年5月、学者、家庭裁判所判事、弁護士、児童相談所関係者、最高裁判所事務総局担当者、厚生労働省担当者及び法務省担当者で構成される児童虐待防止のための親権制度研究会（以下「研究会」という。）が組織された。研究会では、児童虐待の防止等を図るなどの観点から、民法、児童福祉法及び児童虐待防止法の全体を通じて、親権に係る制度について検討が行われた。研究会において取り上げられた主な論点は、別添①のとおりである。研究会では、これらの論点について、現在の制度では対応に苦慮する場合として指摘されている主な事案（別添②参照）に適切に対応することができるように手当てを行うという観点から検討が行われ、平成22年1月に、研究会としての報告書（「児童虐待防止のための親権制度研究会報告書」。以下「研究会報告書」という。）が取りまとめられた（研究会報告書は、法務省のウェブサイト（<http://www.moj.go.jp/MINJI/minji191.html>）に掲載されている。）。研究会報告書の中では、児童虐待や親権の不適切な行使がある場合など親権を制限する必要があるときに、その必要に応じて適切に親権を制限することができるようにするための手当てや、親権者の親権を制限した結果として親権の全部又は一部を行う者がいなくなった場合に、子を適切に監護することができるようにするための手当て等の必要性が指摘されている。

2 部会における審議の経過等

以上のような経緯を背景に、研究会報告書の内容等も踏まえ、平成22年2月5日に開催された法制審議会第161回会議において、法務大臣から、「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民法の親権に関する規定について見直しを行う必要があると思われるので、その要綱を示されたい。」との諮問（諮問第90号）がされ、その調査・審議を行うための部会として、児童虐待防止関連親権制度部会（以下「部会」という。）が設置された。

部会は、児童虐待防止のための親権制度の見直しに関する論点のうち主に民法に関連するものを中心に、平成22年3月から調査・審議を重ね、6月15日の第4回会議では、児童福祉に関する有識者、小児科の医師、児童養護施設の施設長及び未成年後見人からヒアリングを行った。そして、7月23日の第6回会議において、試案を取りまとめるとともに、これを事務当局において公表し、意見照会を行うことを了承した（部会におけるこれまでの調査・審議の経緯等については、法務省のウェブサイト（http://www.moj.go.jp/shingil/shingikai_jidouguyakutai.html）参照）。部会では、試案に対して寄せられた意見も踏まえ、平成22年12月を目途に要綱案を取りまとめるべく、引き続き調査・審議が進められることとなる。

なお、児童虐待防止のための親権制度の見直しに関する論点のうち主に児童福祉法及び児童虐待防止法に関連するものについては、平成22年3月から、厚生労働省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において検討が行われている。

児童虐待防止のための親権制度の見直しに関する所要の法律案は、平成23年の通常国会に提出する予定であるが、児童虐待の防止等のために民法、児童福祉法及び児童虐待防止法が全体として合理的で整合性をもった制度となるよう、厚生労働省と法務省との間で必要な連携を図っているところである。

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) 問題の所在

現行民法には、家庭裁判所の審判により、親権を行う父又は母が親権の全部を行うことができないようにする制度として親権の喪失制度（第834条）があり、親権の一部を行うことができないようにする制度として管理権の喪失制度（第835条）があるが、あらかじめ一定の期間に限って親権又は管理権を行うことができないようにする制度はなく、管理権の喪失制度のほかには、親権の一部を行うことができないようにする制度もない。

現行制度のうち親権の喪失制度については、その効果が大きいこと（すなわち、期限を設けずに親権の全部を喪失させるものであり、いわばオール・オア・ナッシングの制度であること）から、その申立てや審判がちゅうちょされたり、親権

喪失後の親子の再統合に支障を来したりするおそれがあるといった問題があるため、必ずしも適切に利用されていない状況にあり、児童虐待の防止等の観点から、親権の制限の在り方について見直す必要性が指摘されている。

そこで、親権の制限の全体的な制度の枠組みについては、親権の全部の喪失制度のほか、それより効果が限定的なものとして、あらかじめ一定の期間に限って親権を行うことができないようにする制度を設けるかどうか、管理権以外に親権の一部を行うことができないようにする制度を設けるかどうかなどが問題となる。

(2) 試案の説明

ア 試案における用語

試案及びこの補足説明において、「喪失」とは、期限を設けずに親権の全部又は一部を行うことができないようにすることをいい、「一時的制限」とは、一定の期間に限って親権の全部又は一部を行うことができないようにすることをいうが、それぞれ、法文上、どのような用語で表すかについては、なお検討するものとしている。また、親権の全部又は一部についての喪失又は一時的制限を「親権の制限」といい、このうち親権の一部についての喪失又は一時的制限を「親権の一部制限」という。

また、この補足説明で、別添②記載の事案を引用する場合には、単に「事案A」などという。

イ 親権の全部についての喪失制度及び一時的制限制度（試案第1の1(1)）

試案第1の1(1)においては、親権の全部について、喪失制度のほか、一時的制限制度を新たに設けるものとしている。

その理由は、以下のとおりである。

① 親子の再統合を図る上で、親権の制限の期間を限るのが相当な場合があること

期限を設けずに親権の制限をするのではなく、あらかじめ一定の期間に限って親権の制限をするのが相当な場合があると考えられる。

すなわち、親権の制限をすべき事案の中には、親子の再統合が著しく困難な事案もあるが、本来は父母によって養育されることが子の利益に資すると

考えられることから、親権の制限をした後も、できる限り早期に、親権の制限をすべき事情を解消し、親子の再統合を図るべきであると考えられている。親権を制限するに当たり、一定の期間が経過すれば原則として親権を行うことができるようになるが、当該期間が経過した時に親権の制限をすべき事情が解消していない場合には、更に親権の制限が継続され得るということを明確にすれば、親権者は、親権の制限を継続されることがないよう努力しようとする意欲を持つことができ、結果として、親子の再統合につながる場合があると考えられる。また、まずは一定の期間に限り親権の制限をし、それによっても親の適格性等が改善しないときに親権の喪失をするなどといった段階的な運用をすることによって、親の適格性等の改善と親子の再統合を図ることもできると考えられる。

- ② 医療ネグレクトの事案（事案E）では、親権の制限の期間を限るのが相当な場合があること

医療ネグレクトの事案（事案E）の場合に、一定の期間に限り親権の制限をするのが相当な場合があると考えられる。すなわち、医療ネグレクトに対する対応としては、現在、親権の喪失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、本案の申立てを取り下げるという運用が行われている。これに対しては、親権の喪失制度を本来の目的とは異なる一時的な親権制限の目的で利用しているという問題が指摘されているところであり、医療行為に必要と見込まれる期間に限り親権の制限をした方が、親権に対する過度の制限を避けるという観点からも適切であると考えられる（もっとも、このような対応をする場合でも、事案によって保全処分が利用されることは、なおあり得るものと思われる。）。

- ③ 施設入所中等の事案（事案B、事案F）では、親権の制限の期間を限るのが相当な場合があること

事案B又は事案Fのように施設入所中や里親等委託中の事案においても、一定の期間に限り親権の制限をするのが相当な場合があると考えられる。すなわち、児童福祉法第28条に基づく家庭裁判所の承認による施設入所等の

措置がとられている児童の親権者について親権の制限をする場合には、措置を更新するかどうかの判断と親権の制限を継続するかどうかの判断とが互いに密接に関連するので、措置の終期と親権の制限の終期が同時になるように期間を決めて親権の制限をするのが相当な場合があると考えられる。

ウ 親権の一部制限制度（試案第1の1(2)）

(ア) 試案の概要

親権が重要な権利義務であることなどにかんがみれば、親権に対する制限はできる限り小さいものととどめるべきであり、事案A、事案E、事案F又は事案Gのような場合には、親権の全部を行うことができないようにするまでの必要はないとして、親権の一部制限制度を設けるべきとの意見がある。

そこで、親権の一部制限制度を設けるかどうか、設けるとした場合にどのような制度を設けるかについて検討する必要があるが、現行民法にも、親権の一部を行うことができないようにする制度として管理権の喪失制度があるため、試案第1の1(2)では、管理権の喪失制度を含む親権の一部制限制度について取り上げている。

試案では、甲1案及び甲2案（以下、併せて「甲案」という。）、乙1案及び乙2案（以下、併せて「乙案」という。）並びに丙案を併記し、なお検討するものとしている。

これらの案の関係について説明すると、まず、甲案及び乙案と丙案とでは、基本的な考え方が異なる。すなわち、甲案及び乙案は、親権の内容についての現行民法における分類を基礎に、親権の一部制限制度を検討しようとする考え方である。これに対し、丙案は、親権の内容について監護権や管理権といった民法において現在分類されているところから離れて、個別の事案ごとに、審判において喪失又は一時的制限の対象となる親権の一部を具体的に特定して、当該一部を行うことができないようにしようとする考え方である（ただし、丙案による場合でも、事案によって、現行民法における分類に沿った親権の一部の制限をすることは可能である。）。

次に、甲案は、管理権についての喪失制度（甲1案）又は一時的制限制度（甲2案）のほかには、親権の一部制限制度は設けない考え方であり、乙案

は、管理権の喪失制度（乙1案）又は一時的制限制度（乙2案）のほか、監護権についても一時的制限制度を設ける考え方である。

各案についての説明は、以下のとおりである。

(イ) 甲案についての説明

a 甲1案及び甲2案に共通する説明

甲案は、子の安定的な監護の実現などを重視して、管理権についての喪失又は一時的制限のほかには、親権の一部を行うことができないようにする制度は設けない考え方であり、その理由は、以下のとおりである。

- ① 甲案によれば、後記(エ) bに記載した丙案の問題点や弊害は生じない。
- ② 丙案で親権の一部についての喪失又は一時的制限の利用が想定される事案Gのような場合、子の利益のためには、むしろ親権の全部についての喪失又は一時的制限により対応するのが望ましいと考えられるので、このような事案で適切に親権の制限をすることができるように、親権の喪失制度及び親権の一時的制限制度を設計する方が適切な対処であると考えられる。
- ③ 甲案を採ったとしても、事案E（医療ネグレクトの事案）について、以下のとおり適切に対応することができる上、医療ネグレクトの事案があるからといって、一般的に適用され得るような形で、親権の一部についての喪失又は一時的制限の制度を設けるのは相当ではない。

すなわち、医療ネグレクトの事案の中には、(i) 医療の点のみに特有の問題がある事案（一般的な家庭と同様に、子の監護等をしているが、子に輸血を伴う手術が必要となった際に、代替的治療方法がなく輸血をしなければ子が死亡するにもかかわらず、宗教上の理由から輸血を拒否するといういわゆる輸血拒否のような事案）と、(ii) 子の監護等の在り方全般に問題がある事案（虐待をした上で必要な医療を受けさせないような事案や全般的なネグレクトがあつて必要な医療も受けさせないような事案）とがあるが、(ii) の事案については、子のために、親権の全部の喪失又は一時的制限をするのが相当である。

また、上記(i) の事案は、必ずしも多く生じているわけではなく、

そのような事案であっても、特定の医療に関する部分を制限するだけでは足りない場合（例えば、当該医療が終了した後に親権者が子を引き取ろうとしないなどの事情が生じ、子をどのように監護するかが問題となる場合等）も想定される。したがって、特定の医療に関して親権の一部についての喪失又は一時的制限をすることで足りる事案は少ないものと考えられる。

医療ネグレクトの事案については、上述のとおり、親権の全部の一時的制限（及びその保全処分）によって適切に対応することができる場所、特定の医療に関して親権の一部を制限することで足りるという事案があり得るとしても、そのような事案で制度を利用する可能性があるからといって、丙案のような親権の一部制限制度を設けると、後記(エ) bのような問題点や弊害が生じるおそれがあるから、むしろ子の安定的な監護の実現などを重視して、管理権についての喪失制度又は一時的制限制度のほかには、親権の一部制限制度を設けないのが相当である。

- ④ 事案Aのように親権者による虐待等があるため祖父母等の親族が子を養育するのが相当であるような場合については、これまでは民法第766条による監護者指定の方法が利用されることがあったが、それは、現行の親権の喪失制度が利用しづらく、また、他に利用することができる制度が存在しなかったことによるものと思われる。むしろ、実際に子を養育するに当たっては、子の財産の管理や法定代理権の行使などの必要が生じるのが通常であり、安定的に子を監護するためには身上監護権のみの制限では足りないと考えられるので、事案Aのような場合については、親権の全部についての喪失又は一時的制限によって対応するのが相当であると考えられる。

b 甲1案と甲2案の各案についての説明

甲1案と甲2案とは、管理権の制限についての考え方が異なり、甲1案は管理権の喪失制度とする考え方であり、甲2案は管理権の一時的制限制度とする考え方である。

なお、管理権について、喪失制度と一時的制限制度の両方を設けたとしても、制度が過度に複雑になり、実務において両者を適切に使い分けるの

が困難になると考えられることから、試案においては、管理権について、喪失制度と一時的制限制度の両方を設ける案は掲げていない。

(a) 甲1案についての説明

甲1案が、管理権について、喪失制度とする理由は、以下のとおりである。

- ① 現行の管理権の喪失制度については、親権の喪失制度とは異なり、効果が喪失しかないことによって不都合が生じているとの指摘は特段されていない。
- ② 父又は母による財産の管理が失当である（管理権の行使が困難又は不適切である）場合に、当該父又は母が、一定の期間の経過により適切に財産を管理すること（適切に管理権を行使すること）ができるようになる蓋然性が高いとはいえない上、制限されるのが管理権のみであることに照らせば、期限を設けずに制限するのが合理的であると考えられる。
- ③ 親子の再統合を図るために親権の全部については一時的制限制度を設けるのが相当であるが、管理権のみの制限の場合には、期限を設けないものとしても、直ちに親子の再統合の支障になるとは思われない。

(b) 甲2案についての説明

甲2案が、管理権について、一時的制限制度とする理由は、以下のとおりである。

- ① 親権に対する制限を限定的にする観点からは、一定の期間に限って管理権を制限し、当該期間が経過しても、父又は母が適切に財産を管理すること（適切に管理権を行使すること）ができるようにならない場合に限り、更に管理権の制限を継続するものとするのが相当である。
- ② 事案Fのように、施設入所中等の児童について、管理権の制限により対応すべき場合があるが、そのような場合には、期限を設けずに管理権を制限するのは必ずしも相当でない。
- ③ 管理権の行使についてのみ問題があるような事案であっても、その程度が著しく、親権の喪失の原因に該当すると認められるときは、親権の喪失制度で対応することができるので、管理権について喪失制度

がなくても、必ずしも不都合は生じないと考えられる。

(ウ) 乙案についての説明

a 乙1案及び乙2案に共通する説明

(a) 乙案の理由

乙案は、子の安定的な監護ができるだけ害されないようにしつつ、親権の制限をできるだけ小さくするとの観点から、親権を監護権と管理権とに分けて、それぞれを制限することができるものとする考え方である。

なお、部会では、監護権を期限を設けずに制限する監護権の喪失制度を設ける案についても、なお検討してもよいのではないかとの意見もあったが、試案では、そのような案は掲げず、監護権については、一時的制限制度を設ける案のみを掲げている。これは、親子の再統合が困難であることなどから、親権又は監護権の一時的制限をするのが相当でなく、期限を設けずに親権を制限すべき事案において、親権の喪失をせずに監護権の喪失をして管理権のみを親権者にとどめておくのが相当であるということは、あまり想定することができないと考えられたことによるものである。もっとも、試案では、適切な意見募集を行う上での分かりやすさの観点から、親権の制限の全体的な枠組みとして5案が提示されているが、論理的には、その他の枠組みも考えられるところであり、試案は、その他の枠組みを支持する意見を直ちに排除するものではない。

乙案が、親権の一部制限制度として、監護権の一時的制限制度を設ける理由は、以下のとおりである。

- ① 親権者による虐待等があるため祖父母等の親族が子を養育するのが相当であるような場合（事案A）については、これまでは民法第766条による監護者指定の方法が利用されることがあったことから、このような事案での利用が想定される制度として、監護権を行うことができないようにする制度を設けるのが相当であると考えられる。
- ② 監護権の全部の制限をするので、子の安定的な監護をある程度図ることができる。
- ③ 講学上、一般に、親権は、監護権と管理権とに分けられると理解さ

れていること、民法上も、監護権と管理権とが分属すること自体は許容していることなどからすると、現在の制度との乖離は大きくないと考えられ、何が親権の個別的な内容かといった問題や親権のうちの何が制限され何が親権者に留保されているのかが判然としないといった問題は生じにくいと考えられる。

(b) 乙案の検討課題

乙案については、以下のような検討すべき課題がある。

- ① 祖父母等の親族において子を養育するのが相当な事案（事案A）であっても、子を養育する親族において子の財産を管理したり、法定代理権を行使したりする必要性が生じるのが通常ではないかと考えられ、そのような場合には、親権又は管理権の喪失等を求めるなど別途の対応をとらなければならないが、監護権の全部の制限をしたからといって、必ずしも安定的に子を監護することができるとは限らない。
- ② 監護権は、実質的には親権の大部分を占めるものであり、その監護権に限定して制限すべき場合はあまり想定されず、現実にも、監護権を適切に行使することはできないが、管理権については適切に行使することができる親権者は、あまり想定されないと考えられる。

b 乙1案及び乙2案の各案についての説明

乙1案と乙2案とは、管理権の制限についての考え方が異なり、乙1案は管理権の喪失制度とする考え方であり、乙2案は管理権の一時的制限制度とする考え方である。

乙1案及び乙2案の管理権の制限についての説明は、上記(イ) bの甲1案及び甲2案の各案についての説明と同じである。

(エ) 丙案についての説明

a 丙案の理由

丙案は、親権の一部制限制度として、事案ごとに必要な部分を特定して親権の一部を行うことができないようにする制度を設ける考え方であり、その理由は、以下のとおりである。

- ① 親権は重要な権利義務であるから、その制限は必要最小限にすべきで

ある。

- ② 現行の親権の喪失制度の利用が困難であり，必要に応じて親権を制限することができない事案（特に，事案Eや事案G）があり，これらの事案では，親権の全部，監護権の全部又は管理権の全部を制限するまでの必要性は乏しく，それらの事案で適切に対応することができるようにする必要はある。

b 丙案の検討課題

丙案のように，一般的に適用されるような形で，事案ごとに必要な部分を特定して親権の一部を行うことができないようにする制度を設けるものとした場合，以下のような問題点・弊害があると考えられるが，これらを解消する方策があるといえるのかについては疑問があり，また，これらの問題点・弊害が生じても，なお親権の一部の喪失等の制度を設けるべきほどの必要性が見いだされているともいい難い状況にある。

- ① 子の安定的な監護を害するおそれがあること

虐待等があり，親権を適切に制限しなければならないと考えられる一般的な事案で，子の安定的な監護を害する事態が生じかねない。

すなわち，親権の一部をできる限り小さく特定して制限するため，親権者が，制限されていない部分に関し不当な親権行使を繰り返すことが容易となるが，そのような場合には，改めて残りの部分について親権の制限の申立て・審判をする必要があるから，親族等の親権の制限の申立権者に過度な負担を強いるとともに，子の安定的な監護を害するおそれがある。

また，親権の内容についての現行民法における分類から離れて，親権の一部を特定することになるため，何が親権の個別的内容かという問題が生じ，個別具体的な場面において，親権のうちの何が制限され何が親権者に留保されているのかが判然とせず，親権者の不当な行為を効果的に抑止することができなくなり，子の安定的な監護を害するおそれがある。

- ② 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

丙案による親権の一部制限制度を設けるべきとの意見の中には，判断

事項が絞られることによって容易に親権の制限の審判がされるのではないかとの期待があるように思われる。

しかし、親権者の適格性に問題があるわけではない家庭において、例えば、携帯電話を利用するかどうかの点や学校選択の点など、特定の事項についてのみ子の希望と親権者の意見とが合わずに問題が生じているときに、家庭裁判所が介入して、その親権者の意見の当否等を直接的に判断して親権を制限するようなことがあれば、国家による家庭への過度の介入になって相当でないと考えられる。

③ 審理がかえって長期化することになりかねないこと

上記のような特定の事項についてのみ問題が生じているような事案において、国家による家庭への過度の介入が行われないようにするためには、親権者としての適格性に問題があり、子の監護等について、当該親権者の判断にゆだねるのが相当でないと認められる場合に限り、親権の一部を制限することができるようにする必要がある。そうすると、丙案による親権の一部制限制度を設けた場合でも、家庭裁判所は、親権者としての適格性についての判断をすることになるので、親権の全部の制限をする場合と比較して、特に審理の範囲を限定することができるとは考えられない。

また、親権の特定の一部について親権の制限の申立てがあった場合でも、家庭裁判所としては、当該一部のみの制限で足りるかどうか、逆に、当該一部より更に限定すべきではないかなどについても判断する必要があると考えられる。さらに、現行民法における分類から離れて親権の一部を特定しようとするため、どのように親権の一部を特定するかは実務における運用にゆだねざるを得ないが、その特定方法の検討が必要となり、かえって審理の際の検討事項が増えることも考えられる。

以上のことから、かえって審理が長期化するおそれがある。

④ 利用が想定されている事案において、親権の一部に限って制限するだけでは、子の利益の観点から不十分であること

事案Gのような場合において、親権の一部制限によって、例えば、携帯電話の利用契約を締結したとしても、その後、新たにアパートの賃貸

借契約を締結したり，更に雇用契約を締結したりする必要が生じること
も考えられるが，親権の全体的な行使が不適切である親権者が二つ目以
降の契約では適切に法定代理権を行使するとは考え難く，子はその都度
不利益を被ることとなる。したがって，子の利益の観点からは，親権の
全部の制限をする方法によらずに特定の契約のみに対処する一部の制限
の方法によることは，対応として不十分と考えられる。

(オ) 未成年後見の開始事由との関係

試案第1の冒頭に記載されているとおり，現行民法では，親権又は管理権
の喪失の審判が出された結果として，親権の全部又は管理権を行う者がい
なくなった場合には，未成年後見が開始するものとされている（民法第838条第
1号）。

試案では，親権の制限の審判が出された結果として，親権の全部又は一部
を行う者がいなくなった場合にも，未成年後見が開始することを前提として
おり，仮に，乙案又は丙案を採用する場合には，未成年後見の開始事由等
について所要の手当てをする必要が生じるものと考えられる。

2 親権の制限の具体的な制度設計

(1) 親権の制限の原因

ア 親権の喪失，親権の一時的制限及び監護権の一時的制限の原因（試案第2の
2(1)ア，イ，ウ）

(ア) 問題の所在

現行の親権の喪失制度については，その原因が「父又は母が，親権を濫用
し，又は著しい不行跡であるとき」とされていることから，申立てや審判の
在り方が親権者を非難するような形になり，親権喪失後の親子の再統合に支
障を来すおそれがあるという問題のほか，その原因が厳格に解され，特に，
親権者に対する非難可能性や帰責性の要素が認められない事案において，親
権の喪失の申立てや審判がちゅうちょされる場合があるとの問題が指摘され
ている。そこで，このような問題の指摘を踏まえて，親権の制限の原因の定
め方について検討する必要がある。

また、試案では、親権の全部の喪失制度（現行制度）のほかに、親権の全部の一時的制限制度を設けるものとした上で、親権の一部制限制度について、複数の案を掲げていることから、親権の制限の原因の定め方については、これらの制度が設けられた場合に、各制度をどのように使い分けるかという観点からも検討しておく必要がある。

(イ) 試案の説明

a 親権の制限についての審判における考慮要素

親権の制限についての審判において、子の利益の観点は、最も重視されるべきであると考えられる。そこで、子の利益が害される程度（①）を親権の制限についての審判における考慮要素とし、親権の制限の原因の定め方についても、それが明確となる形にするのが相当であると考えられる。

そして、①の要素を考慮するに当たっては、現に害されている利益の程度のみならず、今後も親権者に親権を行わせることによって子の利益が害されるかどうか、及び害される場合のその程度を考慮する必要があると考えられる。

他方で、親権という父母の重要な権利義務を制限する以上、親権者の側の事情に全く着目しないとするのは相当でなく、親権者としての適格性等（親権者の行為態様、親権の行使の適切性等）（②）も考慮要素とするのが相当である。

また、主として親権の喪失制度と親権の一時的制限制度との使い分けの観点から、親権を行うことができないものとすべき必要性が消滅すると見込まれる時期（③）を考慮要素とすることが考えられる。例えば、輸血をしなければ子が死亡するにもかかわらず親権者が輸血を拒否するなどの医療ネグレクトの事案（事案E）では、親権を制限して医療行為を行うことが考えられるが、このように子の利益が害されている程度が著しい場合であっても、当該医療行為を行えば短期間のうちに当該傷病が治癒することが見込まれるようなときであれば、時間的に過剰な制限を避けるという観点から、親権の喪失ではなく、親権の一時的制限をするのが相当であると考えられる。このように長期間の親権の制限がちゅうちょされる

ような事案において適切に親権を制限しやすくするため、親権を制限すべき必要性が消滅すると見込まれる時期は、親権の喪失制度と親権の一時的制限制度とを使い分ける際の考慮要素の一つと考えられる。

試案では、親権の喪失と親権の一時的制限との基本的な違いが制限の期間にあることなどに照らし、③の要素は、当然に考慮されるべき要素と考えられることから、原因において③の要素を明示することはしていないが、親権の制限の原因を定めるに当たり、これを具体的にどのように規定に反映させるかについては、なお検討することを前提としている。

b 親権の喪失の原因の定め方

(a) 各案の概要

以上を前提に、親権の喪失をするに当たっては、上記①から③までの要素に加えて、親権者に対する非難可能性や帰責性に関する要素（④）も考慮要素とすることが考えられるが、親権の一時的制限制度を新たに設ける趣旨・目的をどのように考え、親権の喪失制度と親権の一時的制限制度とをどのように使い分けるものとするかということとも関連して、親権の喪失の原因において④の要素をどのように位置付けるかについて考え方が分かれている。

そこで、試案第1の2(1)アでは、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）について、A案、B案及びC案を併記し、なお検討するものとしている。

A案は、④の要素を、親権の喪失のための必須の要素とし、喪失制度と一時的制限制度との間に質的な違いを設ける考え方である。

これに対し、B案及びC案は、一時的制限についても喪失についても④の要素を必須とせず、各要素を総合的に考慮して、程度により喪失制度と一時的制限制度とを使い分ける考え方である。

B案及びC案は、いずれも、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に、親権の喪失をすることができるものとする考え方であるが、B案は、虐待、悪意の遺棄があった場合など、親権の喪失をする典型的な場合を掲げる考え方であり、C案は、そのような

場合を掲げない考え方である。

(b) A案の説明

A案は、親権が重要な権利義務であることや、親権の喪失制度と親権の一時的制限制度との区別を①から③までの要素の程度の差に求めると、實際上、その区別が困難であることを理由として、親権の喪失制度では④の必須の要素とし、これを必須の要素としない親権の一時的制限制度との役割分担を明確にするとともに、親子の再統合を図るべき事案においては、できる限り親権の喪失ではなく親権の一時的制限によるべきであるとの考え方である。その上で、A案は、どのような行為をすれば親権の喪失がされ得るのかを明確にするため、④の要素がある場合を限定的に列挙している。

A案によると、親権の喪失制度は、④の要素がある場合として限定的に列挙された場合にのみ利用し、事案Cのように、それ以外の場合で親権を行うことができないようにする必要があるときは、親権の一時的制限制度を利用することとなる。A案を採用する場合には、④の要素がある場合としてどのようなものを列挙するかについて、親権の喪失をすることができる場合として過不足がないようにするという観点から、なお検討する必要がある。

なお、試案における用語についての説明は、以下のとおりである。すなわち、「虐待」及び「悪意の遺棄」は、民法の他の条文（第817条の6ただし書、第817条の10等）における用法と同様であり、「虐待」とは、子を身体的、精神的に過酷に取り扱うことであり、「悪意の遺棄」とは、正当な理由がないのに子を放置して、著しく監護養育の義務を怠ることである。一応の整理としては、いわゆる「身体的虐待」、「性的虐待」及び「心理的虐待」は、民法にいう「虐待」に相当し、保護者としての監護を著しく怠るいわゆる「ネグレクト」は、民法にいう「悪意の遺棄」に相当するといえることができる。また、「財産の管理に関する不正な行為」とは、子の財産を専ら自己の利益のために費消するなど管理権を濫用することである。

(c) B案の説明

B案は、事案Cのように、親権者が改善の見込みのない精神上的障害等により親権を適切に行使することができず、その結果として、子の利益が著しく害されているような場合には、親権者に対する非難可能性や帰責性が認められなくても親権の喪失をすることができるものとするのが相当であることを理由として、④の要素を親権の喪失の必須の要素とはせず、親権者の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、親権者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、親権の喪失をすることができるものとする考え方である。

ここで、親権の行使が著しく困難な場合とは、④の要素があるかどうかにかかわらず、客観的にみて親権を行使することが著しく困難な状態にある場合をいう。例えば、事案Cのように、精神上的障害等により子を適切に養育することが著しく困難な場合については、父母が精神上的障害により事理を弁識する能力を欠く常況にあるような状態（成年後見の開始事由に該当するような状態）にまでは至らなくとも、これに該当し得ることを前提としている。また、親権の行使が著しく不適切な場合とは、④の要素があるかどうかにかかわらず、客観的にみて不適切な親権行使がされており、かつ、その程度が著しい場合をいうものである。

さらに、B案は、親権の喪失をすべき場合の典型例は親権者による虐待、悪意の遺棄などがあった場合であると考えられること、虐待等をすると親権の喪失がされ得ることを明確にするという観点からも、このような場合を親権の喪失の原因として掲げるのが相当であると考えられることなどを理由に、そのような場合を列挙するとする考え方である。

なお、B案を採る場合に、法文上、具体的にどのような表現とするか、また、どのような場合を列挙するかについては、なお検討する必要がある（「虐待」、「悪意の遺棄」及び「財産に関する不正な行為」という用語についての説明は、A案と同じである。）。

(d) C案の説明

C案は、B案と同様に、④の要素を親権の喪失のための必須の要素としない考え方であるが、現行の親権の喪失の原因について、申立てや審判の在り方が親権者を非難するような形になり、親権喪失後の親子の再

統合に支障を来すおそれがあるとの問題が指摘されていることにかんがみ、親権の喪失の申立てや審判が親権者に対する非難的な事柄に及ばないようにするために、親権の喪失の規定上、父又は母による虐待等非難されてしかるべき行為を列挙しないとする考え方である（「親権の行使が著しく困難又は不適切」という用語についての説明は、B案と同じである。）。

(e) 親権の一時的制限の原因及び監護権の一時的制限の原因

親権の一時的制限の原因（丙案を採る場合には、親権の全部又は部分の一時的制限の原因）については、必要に応じて適切に親権を制限することができるようにするという観点から、④の要素を親権の一時的制限の必須の要件としたり、一時的制限の原因として虐待等を列挙したりするのは相当でないと考えられる。そこで、試案第1の2(1)イでは、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に、親権の一時的制限をすることができるものとしている。

乙1案又は乙2案を採る場合の監護権の一時的制限についても、同様に、試案第1の2(1)ウで、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に、監護権の一時的制限をすることができるものとしている。

イ 管理権の制限の原因（試案第2の2(1)エ，オ）

(ア) 問題の所在

現行の管理権の喪失の原因は、「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」とされているため、現行制度の下では、事案Fや事案Gのように、父又は母による管理権の行使が困難又は不適切であって子の利益が害されているが、財産を危うくしたとはいえないような事案については、管理権の喪失をすることはできない。

そこで、上記のような事案について、管理権の制限をすることによって対応をすることができるように、管理権の制限の原因を規定すべきであるとの

考え方がある。

管理権の制限の方法について、甲1案又は乙1案（管理権について喪失制度とする案）を採る場合には、上記のような考え方を採らずに現行の管理権の喪失の原因を維持する見解（A案）と上記のような考え方を採る見解（B案）とに分かれ得る。

他方、甲2案及び乙2案（管理権について一時的制限制度とする案）は、事案Fのような施設入所中等の場合にも、管理権の一時的制限を利用しようとする考え方であり、上記のような考え方を採ることを前提としている。

そこで、以下では、上記のような考え方を採らない案（管理権の喪失の原因のA案）と、上記のような考え方を採る案（管理権の喪失の原因のB案並びに甲2案及び乙2案）とに分けて、それぞれについて説明する。

(イ) 試案の説明

a 管理権の喪失の原因（試案第2の2(1)エ）のA案の説明

管理権の喪失の原因のA案は、現行の管理権の喪失の制度は、子に多額の財産があるが親権者は財産管理の能力が乏しいような場合を想定した制度であり、財産を危うくしたとはいえないような場合にまで管理権の喪失をすることができるようにすると、制度の趣旨が大きく変容するおそれがあるため、慎重に検討する必要があること、事案Gのような場合には、居所指定権、職業許可権を有する親権者が契約締結や就職に反対すると、管理権の喪失のみでは目的を達成することができないため、子の利益の観点から親権の全部の制限をするのが相当であることなどから、管理権の喪失の原因について、現行の原因を維持する考え方である。

b 管理権の喪失の原因（試案第2の2(1)エ）のB案及び管理権の一時的制限の原因（試案第2の2(1)オ）の説明

管理権の喪失の原因のB案並びに甲2案及び乙2案は、事案Fや事案Gのような場合には、親権者の管理権を制限し、親権者に代わって未成年後見人が法定代理人として子のために契約を締結したり、子自身による契約締結に同意したりすることによって、必要な対応をするのが相当であるとして、管理権の制限の原因を見直す考え方である。すなわち、父又は母が

子の財産に関する法律行為についての法定代理権を適切に行使しない場合も含め、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に、管理権の制限をすることができるものとし、管理権の制限をすることができる場合を拡大する考え方である。

なお、上記A案の指摘のとおり、居所指定権、職業許可権を有する親権者が契約締結や就職に反対した場合には、結局、管理権の制限のみでは目的を達成することができないこととなるが、他方で、施設入所中に面会をしないなど子と疎遠になっていた親権者が、子の自立に協力はしなくとも、あえて反対まではしないような事案もあり、そのような事案では、上記のような対応で足りるのが通常であるとの指摘もされている。

(2) 親権の一時的制限の期間

ア 親権の一時的制限の期間の定め方

親権の一時的制限制度を設ける場合には、制限の期間の定め方について、検討する必要があるが、この点について、試案第1の2(2)では、A案及びB案を併記し、なお検討するものとしている。

A案は、一時的制限の審判をする際には、法律で定められた上限を超えない範囲で、家庭裁判所が適当と考える期間を事案に応じて個別に決めるとする考え方である。

B案は、原則として、法律で定められた一定の期間、親権を行うことができないものとするが、例外的に、家庭裁判所が適当と考える期間を事案に応じて個別に決めることもできるものとする考え方である（試案第1の2(2)の(注)2記載のとおり、B案を採る場合において、どのような場合に個別に制限の期間を定めることができるものとするかについては、なお検討するものとしている。）。

法律で一律の期間を定めるものとするのに比べ、事案に応じて個別に決めるとする方が事案に応じた対応が可能であると考えられるが、家庭裁判所が、審判の時点において、個別の事案ごとに親権を制限すべき期間を適切に判断するのは、一般的には困難であると考えられる。他方で、例えば、医療ネグレクトの事案で親権の一時的制限をして医療行為を行おうとする場合において、医療

行為を行いさえすれば、短期間のうちに当該傷病が治癒することが見込まれるときなど、審判の時点において、法定の期間が経過するまで親権を制限し続ける必要性がないと判断される事案もあると考えられるほか、児童福祉法第28条に基づく家庭裁判所の承認による施設入所等の措置がとられている児童の親権者について親権の一時的制限をする場合には、措置の終期と親権の制限の終期が同時になるように期間を決めるということも考えられるので、事案によっては、家庭裁判所が、審判の時点において、個別に期間を決めることができるようにする方がよいと考えられる。

A案を採用したとしても、家庭裁判所において個別に親権の制限の期間を決めるのが不可能な場合には、法定された上限まで親権を制限せざるを得ないと思われ、他方で、B案を採用したとしても、家庭裁判所において判断することができる場合には、個別に親権の制限の期間を決めることが期待されることから、いずれの案を採用するかによって、実際の運用に大差が生じることはないように思われるが、個別に期間を定めて親権の制限をするのを原則とするか、又は法定の期間、親権の制限をするのを原則とするかの点で、考え方に違いがある。

親権の一時的制限の期間の定め方については、どのような事案において利用されることを主に念頭において一時的制限制度を設けるのかという制度創設の趣旨・目的を踏まえて検討する必要があるものと考えられる。

イ 上限の期間又は原則的な期間の具体的な年数

また、A案における制限の上限の期間やB案における原則的な制限の期間の具体的な年数について、検討する必要がある。

この点については、期間を短く設定しすぎると、申立てと審判とを頻繁に繰り返すこととなり、支障が生じると思われる一方、長く設定しすぎると、期間を限る趣旨を没却することとなると考えられる。

具体的には、児童福祉法第28条に基づく家庭裁判所の承認による施設入所等の措置の期間が2年を超えてはならないものとされたのは、児童の家庭復帰に向けて保護者の指導を行うとともに、安定した生活を通じ児童の心身の改善を図るには、おおむね2年程度が一つの目安となるとの関係者の意見を考慮した

ものであると説明されていること、引き続き親権の制限をする必要がある場合のその申立ての準備の期間等も考慮すると、2年より短い期間では、申立てに係る事務負担が過大となり、結果として子の安定的な監護を害するおそれがあることなどから、2年とすることが考えられる。

もっとも、親権に対する過剰な制限を避けるために1年とするのが相当であるとの見解や、逆に、事案Aのような場合に、親権の一時的制限の期間中、親族等が子の監護等をするを想定すると、施設入所等の場合よりも長く、3年とすることも考えられるとの見解もあり、試案において、本文では2年としつつ、(注)1で1年又は3年とする見解にも言及している。

ウ 上限の期間も原則的な期間も設けない考え方

親権の一時的制限の期間について、上限の期間も原則的な期間も設けず、家庭裁判所が個別の事案ごとに制限の期間を定めるものとする見解もあり、試案では、(注)3でこの見解に言及している。もっとも、親権の喪失制度のほかに親権の一時的制限制度を設ける趣旨・目的にかんがみれば、制度上、何らかの形で一時的制限の期間についての限定を加えるのが相当であるとの意見が多かった。

(3) 親権の制限の審判の取消し

試案第1の2(3)では、親権の制限の審判については、現行の親権又は管理権の喪失制度と同様に、制限の原因が消滅したときには、家庭裁判所がこれを取り消すことができるものとしている。

(4) 親権の制限の審判又はその取消しの申立人

ア 親権の制限の審判の申立人

現行の親権の喪失の審判及び管理権の喪失の審判の申立人は、子の親族及び検察官とされている（親権の喪失の審判については、児童福祉法の規定により児童相談所長も申立人とされている）が、子の意思をできる限り尊重すべきであることや、自らが親権の制限の審判の申立人になることが子の自立に資する場合もあることから、子自身を申立人に加えるのが相当であるとの見解がある。

他方で、親権の制限については、子の親族や児童相談所長等において適切に申立てを行うことが重要であり、未成年の子に親権の制限の審判の申立権の行使を期待するのは酷であるとの指摘や、子の申立てにより親権の制限がされた場合には、その後の親子の再統合が事実上不可能となってしまうたり、その後の子の成長に悪影響を及ぼしたりするおそれがあり、子に申立権を認めることによって、かえって子の利益を害する場合があるとも考えられることから、子自身を申立人に加えることには慎重であるべきとの意見もあった。

そこで、試案第1の2(4)①では、子の親族及び検察官のほかに、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している（仮に、子に申立権を認めた場合でも、家庭裁判所への申立てが認められるのは、意思能力を有する子に限られることとなる。）。

なお、この点については、親権の喪失の審判の申立人には子を加えず、親権の一時的制限の審判の申立人には子を加えるものとする見解もあり、（注）1でこの見解に言及している。また、部会では、事実上、親権の制限の審判の申立てをする者がいない場合に備え、親権の制限の審判の手続の開始の在り方について、更に検討すべきであるとの意見もあった。

イ 親権の制限の審判の取消しの申立人

試案第1の2(4)②では、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、親権を制限された本人（父又は母）又は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している。

なお、子（意思能力がある場合に限られる。）も、本人の親族として、親権の制限の審判の取消しの申立てをすることができることを前提としている。

また、施設入所等の措置がされている児童の親権者について親権の制限がされている事案において、施設入所等の措置を解除する場合には、解除するに当たって親権の制限の審判を取り消す必要があると考えられることから、児童相談所長にも親権の制限の審判の取消しの申立権を認めることを検討するのが相当であるように思われる（（注）2参照）。

(5) 親権の一時的制限の場合の再度の親権の制限

ア 試案の概要

親権の一時的制限をした場合にその期間満了後も引き続き親権を行うことができないようにする必要があるときは、家庭裁判所がその旨の審判をすることができるものとするのが相当であるが、その原因、期間及び申立人等については、親権の制限の全体的な制度の枠組みや具体的な制度設計（親権の制限の原因、一時的制限の期間及び申立人等）を踏まえて検討する必要がある。

そこで、試案第1の2(5)では、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している。

なお、この点については、部会の当初、「期間の更新」の問題として検討が行われていたが、親権の一時的制限をした場合の期間満了時の規律については、それ以外の問題も生じ得ることから、試案では、「親権の一時的制限の場合の再度の親権の制限」の問題として整理がされた。

イ 検討課題

再度の親権の制限の原因の定め方については、親権を行う父又は母について親権の制限をする場合と異なり、一時的制限の期間中は、父又は母が親権の全部又は一部を行うことはないということを踏まえて、検討する必要がある。また、一時的制限の期間中に親権者としての適格性等が改善せず、今後の改善も容易には見込めない事案において、期間が満了するごとに一時的制限をするものとするのは、子の安定的な監護に資さないとの指摘がある。このような観点から、仮に、親権の喪失の原因において親権者に対する非難可能性や帰責性の要素を必須とする考え方（第1の2(2)アのA案）を採用したとしても、一時的制限の期間中に親の適格性等が改善しないような事案において改めて親権の制限をする場合には、非難可能性等の要素がなくても期間を定めずに親権を行うことができないようにすることを認める余地があるのではないかとの指摘もされている。

再度の親権の制限の審判の申立人については、親権喪失等の審判の申立人のほか、未成年後見人を申立人に加えることも考えられる。

3 同意に代わる許可の制度

(1) 問題の所在

未成年者が自ら契約を締結するなどといった法律行為をするには、原則として、その法定代理人の同意を得なければならず、法定代理人の同意のない未成年者の法律行為は、法定代理人等において取り消すことができるものとされている（民法第5条第1項、第2項、第120条第1項）。

年長の未成年者が、児童養護施設等から退所した後などに、自立してアパートを賃借したり、携帯電話の利用契約を締結したり、雇用契約を締結したりしようとするが、施設入所中に面会をしないなど未成年者と疎遠になっていた親権者が、未成年者の自立に協力しようせず、契約に必要とされる法定代理人による同意をしないため、未成年者が契約を締結することができないという事案がある（事案G）。

そこで、このような事案において、家庭裁判所が、未成年者による特定の法律行為について、法定代理人による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、親権者の同意がない場合であっても、未成年者が、裁判所の許可を得て、自ら法律行為をすることができ、後に、同意がないことを理由に当該法律行為を取り消されないようにするのが相当であるとの見解があり、このような制度を設けるかどうかについて、検討する必要がある。

なお、部会では、主に事案Gのように、年長の未成年者が自立しようとするような場合を念頭に検討が行われたが、仮に、このような制度が設けられた場合には、事案Fのような場合に利用されることも考えられる。

(2) 試案の説明

ア 試案の概要

家庭裁判所が、未成年者による特定の法律行為について、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同意に代わる許可の制度を設けることについては、積極・消極の両論があることから、試案第1の3では、なお検討するものとしている。

ところで、上記(1)に記載されているような事案は、親権者がいわば長期ネグ

レクト状態であるなど、その適格性等に問題がある事案といえるが、そのような事案ではなく、親権者の適格性等に問題がない家庭において親子間で意見の相違がある場合については、国家が介入して親権者の親権を実質的に制限し、未成年者の法律行為について法定代理人の同意に代わる許可をするのは、国家による家庭への過度の介入となり、相当でない（すなわち、例えば、親権者の適格性等に問題がない一般的な家庭において、子がアパートの賃貸借契約や携帯電話の利用契約等を締結したいと希望する場合、その契約の締結に同意するか否かは、親権者の判断にゆだねるべきであって、このような場合に、国家が介入して当該契約の締結に親権者が同意をしないことの当否を判断するのは相当でない。）。したがって、同意に代わる許可の制度を設ける場合には、本来国家が介入すべきでないような家庭の事案に国家が介入することがないような制度設計にしなければならない。

そこで、試案では、「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、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」を同意に代わる許可の要件としている。

もっとも、部会では、試案における同意に代わる許可の制度が、意思能力のある未成年者一般に適用可能であることを前提としている点について、制度の対象を、意思能力があるというだけでなく、それ以上のある程度の判断能力を有している者に限るべきであるとの見解もあつたところであり、仮に、同意に代わる許可の制度を設ける場合には、ほかに付加すべき要件がないかなど、具体的な制度設計について、更に検討することを前提としている。

イ 積極論

同意に代わる許可の制度を設けることについての積極論の理由は、以下のとおりである。

- ① 親権者の権利擁護の観点から、親権制限を最小限にとどめることができる。
- ② これまで実際に上記(1)に記載されているような事案が生じており、このような不便を強いられている未成年者が必要な契約の締結をすることができる

ようにすべきであるが、そのために、同意に代わる許可の制度を設ける必要がある。

- ③ 本来的には、親権の制限をして未成年後見人を選任することによって対応するのが望ましいとしても、現実には、未成年後見人を確保するのが困難な場合もある。そのような場合であっても、未成年者が必要な契約を締結することができるようにする必要があり、そのためには、同意に代わる許可の制度を設けるのが相当である。

ウ 消極論

同意に代わる許可の制度を設けることについての消極論の理由は、以下のとおりである。

- ① 同意に代わる許可の制度による対応は、子の利益の観点から不十分である。

すなわち、同意に代わる許可により親権者の意に反して何らかの法律行為が行われたとしても、親権者が、法定代理人としての地位に基づき、当該法律行為の趣旨に反するような行為をする（例えば、同意に代わる許可によって未成年者が締結した携帯電話の利用契約を親権者が解約してしまう）ことも考えられるので、同意に代わる許可をするだけでは、その未成年者を契約等に関し不安定な状態におくことになり、未成年者のための対応として不十分である。

また、一つの法律行為について同意に代わる許可がされた後に、他の法律行為の必要性が生ずることもあると考えられるが、法律行為について問題が生ずるたびに同意に代わる許可を得なければならないというのは、未成年者に過度の不都合を強いることとなる。

さらに、例えば、携帯電話のその後の利用方法などによっては当該未成年者が多額の債務を負うことにもなりかねない。そのため、同意をするのが相当かどうかについては、このような事態が生じないようにするという観点からの判断が必要であるが、普段からその未成年者の状況等を把握しているわけではない家庭裁判所が判断するよりも、未成年後見人が判断するものとした方が、より適切に判断することができると考えられる。未成年者の利益のためには、契約の締結の交渉段階や継続的契約における契約期間中において

も、適切な対応をするため、未成年後見人があることが望ましい。

なお、同意に代わる許可がされた後も、未成年者の法定代理人は親権者のままであるから、同意に代わる許可によって締結された契約の相手方が、その後当該契約について法律行為をするためには、親権者に対してしなければならない（民法第98条の2）ので、契約の相手方にも不都合を強いるおそれがあると考えられる。

② 上記(1)に記載されているような事案については、親権の制限の制度で対応すべきである。

上記のとおり、同意に代わる許可の制度では、未成年者にとって不十分であり、未成年者の利益の観点からは、問題が生じるたびに当該問題に限って同意に代わる許可で対応するのではなく、あらかじめ親権を適切に制限して未成年者の利益のために権限を行使する未成年後見人を選任する方法を採る方が、より適切な対応と考えられる。

これまで上記(1)に記載されているような事案において対応が困難であったのは、そのような場合に現行の親権の喪失の原因や管理権の喪失の原因があるといえるか疑義が生じていたからであると考えられる。したがって、必ずしも同意に代わる許可の制度を設ける必要はなく、むしろ、親権制限に係る制度を見直すに当たり、そのような事案で適切に親権の制限をすることができるよう制度設計をすることによって対応するのが相当である。

上記の事案のように、長期のネグレクトなどで親権者が親権を制限されてしかるべき理由が認められ、また、親権者が子である未成年者のために適切に親権を行使するようになるとも期待し難いような場合に、上記のような不利益を子に強いつつ、親権者の権利擁護を強調して、できるだけ親権に対する制限が小さい制度で対応すべきと考えるのは相当でない。

エ 保佐人又は補助人による同意に代わる許可の制度との関係

民法には、保佐人又は補助人による同意に代わる許可の制度がある（民法第13条第3項、第17条第3項）が、被保佐人等については、保佐人等の同意を得なければならない行為の類型が限られているほか、保佐人等は被保佐人等の意思を尊重しなければならず（民法第876条の5第1項、第876条の10第1項参照）、

被保佐人等の利益を害するおそれがない場合には、被保佐人等による行為に同意すべきと考えられるという点において、未成年者の法律行為に対する法定代理人（親権者）の同意とは異なる側面があり、被保佐人等について同意に代わる許可の制度があるからといって、未成年者について同様の制度を設けるのが相当であるとは必ずしもいえないと考えられる。

オ 医療ネグレクトの事案との関係

同意に代わる許可の制度によって医療ネグレクトの事案にも対応することができるとの指摘もあったが、この制度が対象とするのは、未成年者に意思能力があり、かつ、未成年者自身が特定の法律行為をしようとしている場合であるため、例えば、年少で意思能力がない子や、年長でも意識不明の状態になっている子に係る医療ネグレクトの事案には対応することができない。また、意思能力がある子が医療を受けようとする場合についても、医療同意の法的性質・位置付けについては様々な考え方があり得るところであり、その考え次第で同意に代わる許可があっても必要な親権者の同意がないと考えられる可能性があり、そうすると、同意に代わる許可では対応が困難であると考えられる（例えば、未成年の子への医療行為に対する同意権が、本人の医療契約の締結について法定代理人として同意するというにとどまらず、親権者自身の権利として認められているものであるとすると、未成年者による法律行為が許可されたとしても、別途、親権者の同意権が問題となる。）。

第2 未成年後見制度の見直し

1 問題の所在

未成年後見人の権利義務の内容については、未成年者の身上監護に重点が置かれていることなどから、現行民法上、未成年後見人に法人を選任することはできないものと解されている。また、未成年後見人の職務の性質上、複数の未成年後見人間の方針に齟齬が生ずることが未成年者の利益の観点から相当ではないとして、現行民法は、未成年後見人は一人でなければならないものと規定している（第842条）。

もっとも、現実には、未成年後見人の引受手を確保するのが困難であるといわれており（事案I）、その選択肢を広げるために、法人を未成年後見人に選任すること

ができるようにすべきとの意見がある。また、一人で未成年後見人の職務を行うのは負担が大きい場合があること、例えば、未成年者自身に多額の財産があるような場合に、身上監護については親族を後見人に選任しつつ、財産管理については法律の専門家等を後見人に選任するのが適当な場合があることなどから、複数の未成年後見人を認めるべきとの意見がある。

そこで、試案第2では、1で法人による未成年後見を取り上げ、2で未成年後見の人数を取り上げている。

なお、成年後見制度においては、法人を成年後見人に選任し、複数の成年後見人を選任することが認められている（民法第843条第3項、第4項、第859条の2）。

2 試案の説明

(1) 法人による未成年後見（試案第2の1）

未成年後見人の職務の内容については、例えば、事実上自立した年長者の場合であれば、未成年後見人が未成年者を現実に引き取って監護するというのではなく、現実には財産に関する権限の行使が主な職務となると考えられる。また、未成年者の年齢にかかわらず、施設入所中や里親等委託中の児童について未成年後見人が選任された場合にも、未成年者の直接の身上監護は施設等において行われる（児童福祉法第47条第2項参照）ため、未成年後見人による身上監護は、児童の監護について施設等と意見交換をしたり、重要な事項についての判断をしたりするなど、間接的なものにとどまり、日常的には、財産に関する権限の行使が主な職務になると考えられる。このような場合を想定すると、法人が未成年後見人の職務を行うことが不適當であるとは一般的にいえないと考えられる。

さらに、部会では、法人であっても、その構成や態勢等によっては、身上監護面も含めて未成年後見人としての適格性を有する場合もあり得るほか、法人による未成年後見が制度として認められれば、そのような適格性を備えた法人が存在するようになることが期待されるとの指摘もあった。

そこで、試案第2の1では、法人を未成年後見人に選任することができるようにするものとしている（例えば、社会福祉法人が運営する児童福祉施設から自立した未成年者に親権を行う者がいないような場合には、当該法人を未成年後見人に選任するといったようなことが考えられる。）。

もつとも、法人による未成年後見を認める場合には、未成年後見人としての適格性をどのように判断し、適格性を有する法人が選任されることをどのように制度的に担保するかについても、十分に検討する必要があることから、試案では、(注)でこの点に言及している。

(2) 未成年後見人の人数（試案第2の2）

未成年後見人の数についても、上記1に記載したような現実のニーズがあるにもかかわらず、一律に複数の選任を禁ずるまでの必要性は乏しいと考えられる。

そこで、試案第2の2では、複数の未成年後見人を選任することができるようにするものとしている。

もつとも、現行民法が未成年後見人は一人でなければならないとしているのは、未成年後見人の職務の性質上、複数の未成年後見人間の方針に齟齬が生ずることが未成年者の利益の観点から相当ではないと考えられたからであり、複数の未成年後見人を選任したことによって未成年者の利益を害することがないようにする必要がある。そこで、複数の未成年後見人を認める場合には、複数の未成年後見人の権限行使についての規律をどのようにするかについて、未成年者の利益の観点から検討する必要があるため、試案では、(注)でこの点に言及している。

第3 その他

1 子の利益の観点の明確化

現行民法は、第820条において、「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。」と規定し、親権に義務的側面があることを明らかにした上で、親権の濫用等を親権の喪失の原因としている（同法第834条）。また、児童虐待防止法は、第4条第6項において、「児童の親権を行う者は、児童を心身ともに健やかに育成することについて第一義的責任を有するものであって、親権を行うに当たっては、できる限り児童の利益を尊重するよう努めなければならない。」と規定し、第14条第1項において、「児童の親権を行う者は、児童のしつけに際して、その適切な行使に配慮しなければならない。」と規定し、同条第2項において、「児童の親権を行う者は、児童虐待に係る暴行罪、傷害罪その他の犯罪について、当該児童の親権を行う者であることを理由として、その責めを免れることはない。」と規定している。

このように、親権は、子の利益のために行われなければならないものであり、児童虐待が親権によって正当化されないことは、法律上明らかにされており、社会的にも広く理解されるようになってきたところであると考えられる。

もともと、現実には、親権（懲戒権）があることを理由に自己のした児童虐待を正当化しようとしたり、施設入所中等の児童の監護教育に関する事項について不合理な主張をしたりする親権者がおり、その対応に苦慮する場合がある（事案B、事案D）。

そこで、民法の親権に関する規定においても、子の利益の観点をより明確にすべきとの意見がある。

この点については、民事基本法である民法の性格や児童虐待防止法の規定との関係も含めた法体系全体の在り方等を踏まえる必要があるほか、子の利益の観点を明確にすることによって現実にはどのような効果が期待されるかとの観点からも検討する必要がある（子の利益の観点をより明確にするとして、具体的には、親権の総則的規定において子の利益の観点を明確にするものとするとの意見や、民法においては、むしろ、子の利益の観点を親権の制限の原因の中に盛り込み、親権者による虐待や親権の不適切な行使等によって子の利益が害される場合には親権の喪失等がされるという具体的な要件及びそれによる効果を規定する形で親権が子の利益のために行われなければならないことを明らかにするのがふさわしいとの意見があり得る。）。

以上を踏まえ、試案第3の1では、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している。

2 懲戒

民法第822条第1項は、「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。」と規定するが、現実には、親権（懲戒権）があることを理由に自己のした児童虐待を正当化しようとする親権者がいることが指摘されているほか、現在、同条にいう懲戒場が存在しないことから、この規定を削除すべきとの意見がある（この点に関連して、平成22年6月に国連の児童の権利委員会で採択された我が国に対する最終見解では、家庭における体罰が法律上明示的に禁止されていないことについての懸念等が示され

ている。)

そもそも、民法の規定する懲戒権も、子の監護教育に必要な範囲で認められるにすぎない上、仮に、懲戒権の規定を削除したとしても、子に対する必要なしつけは、民法第820条の監護教育権に基づいて行うことができると解され、懲戒権の規定を削除することによって、直ちに親権の内容に変更が加えられるものではないとも考えられるから、民法第822条の規定を削除することが児童虐待の防止等に資するのであれば、同条の規定を削除するのが相当であるようにも思われる。

他方で、子に対する親の教育やしつけの在り方については、多様な意見があることから、懲戒権の規定を削除することについては、現在ある規定を削除することによってどのような解釈がされることになるかといった点や、現在ある規定を削除することが社会的にどのように受け止められ、社会にどのような影響を与えるかといった点にも配慮する必要がある。

以上を踏まえ、第3の2では、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している（仮に、見直しを行う場合には、民法第822条の規定を削除するとする考え方のほかに、懲戒権の規定は残しつつ、必要な範囲を逸脱した懲戒が許されない旨を明記するとする考え方もあり得ると考えられる。)

(後注)

第1から第3までの論点について、一定の法改正を行うと、その内容に応じて、家庭裁判所における手続や戸籍の記載について、所要の手当てを行う必要が生じると考えられることから、試案では、(後注)で、家庭裁判所における手続及び戸籍の記載等に関する規律については、所要の手当てを行うものとしている。

児童虐待防止のための親権制度の見直しに関する主な論点

(前注) この資料は、「児童虐待防止のための親権制度研究会」において取り上げられた主な論点をまとめたものであり、○は主に民法に係る論点、●は主に児童福祉法又は児童虐待防止法に係る論点である。

1 親権に係る制度について検討するに当たっての一般的な視点

親権が子の利益のために行われなければならないものであり、児童虐待が親権によって正当化されないことが、検討に当たっての重要な指針となる。

2 親権を必要に応じて適切に制限するための手当てに関する論点

○ 現行の親権喪失制度の見直し

・ 親権喪失原因の見直し

研究会報告書では、親権の濫用又は著しい不行跡とされている現行の親権喪失原因について子の利益の観点を中心とした規定とすべきであるとした上で、そのような見直しを行う場合の原因の定め方について論点整理がされている。

・ 親権喪失の申立人に子を加えること

研究会報告書では、申立人に子を加えるべきとの意見が紹介された上で、その問題点も併記されている。

○ 親権の一時的制限制度の創設等

・ 家庭裁判所の審判により親権を一時的に制限する制度の創設の要否・可否

・ 同制度を創設する場合の制度設計の在り方

研究会報告書では、親権の一時的制限制度を設けることが考えられるとした上で、その制度設計について論点整理がされている。

● 施設入所等の措置又は一時保護が行われている場合に親権を部分的に制限する制度の創設等

・ 施設長等の権限が親権に優先する制度の創設の要否・可否

研究会報告書では、施設長、里親等及び児童相談所長の児童の監護等に関する権限が親権者の親権に優先するものとするのが考えられるとした上で、その制度設計について論点整理がされている。

- ・ **一時保護についての見直し**

研究会報告書では、行政の判断のみによる一時保護について、裁判所の関与の在り方を含め、現行の一時保護の期間について見直しが必要かどうかについて、論点整理がされている。

- **親権の一部制限制度の創設等**

- ・ **家庭裁判所の審判により親権の一部を制限する制度の創設の要否・可否**
- ・ **同制度を創設する場合の制度設計の在り方**

研究会報告書では、親権の一部制限制度を設けることについての積極意見・消極意見が挙げられた上で、仮に設けるとした場合のあり得べき具体的制度設計について論点整理がされている。

3 親権を行う者がいない子を適切に監護等するための手当てに関する論点

- **法人による未成年後見の導入**

- ・ **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ものの要否・可否**

研究会報告書では、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べきとの意見が紹介された上で、その問題点も併記されている。

- **親権者等がない児童等の取扱い**

- ・ **里親等委託中又は一時保護中の児童に親権者等がない場合に、児童相談所長等が親権を行うものとする制度の創設の要否・可否**

研究会報告書では、里親等委託中又は一時保護中の児童について、親権者等がないときには、児童相談所長等が親権を行うものとするのが考えられるとした上で、その制度設計について論点整理がされている。

- ・ **施設入所等の措置及び一時保護が行われていない未成年者に親権者等がない場合に、児童相談所長が親権を行うなどする制度の創設の要否・可否**

研究会報告書では、施設入所等の措置及び一時保護が行われていない未成年者に親権者等がない場合でも、その福祉のため必要があるときには、児童相談所長が親権を行い、又は、児童相談所長を未成年後見人に選任することができるようにすることが考えられるとした上で、その問題点も併記されている。

4 親権制度の見直しに関するその他の論点

● 接近禁止命令の在り方

- ・ 強制入所等以外の場合に接近禁止命令を可能とすることの要否・可否

研究会報告書では、平成19年改正によって創設された接近禁止命令の制度の対象を拡大することなどについての論点整理がされている。

● 保護者に対する指導の実効性を高めるための方策

- ・ 保護者指導に対する家庭裁判所の関与の在り方

研究会報告書では、家庭裁判所が保護者に対する指導に現行制度以上に関与することについて積極意見・消極意見が挙げられた上で、仮にそのようにする場合のあり得べき関与の在り方について論点整理がされている。

○ 懲戒権・懲戒場に関する規定の見直し

- ・ 懲戒権・懲戒場に関する民法第822条を削除することの要否・可否

研究会報告書では、民法第822条を削除すべきとの意見が紹介された上で、この点を検討するに当たって考慮すべき事項について整理がされている。

対応に苦慮する場合として指摘されている主な事案

- A 親権者による児童虐待があるため、祖父母その他の子の親族が子を養育するのが相当であるが、親権者がそのことに納得せず、親権を喪失させるのちゅうちょされるような事案。
- B 施設入所中、里親等委託中又は一時保護中の児童の監護教育に関する事項について、当該児童の親権者が不当な主張をするため、施設長、里親等又は児童相談所長が児童の福祉のために必要であると考える措置を行うのに支障が生じるような事案。
- C 親権者とその精神上的障害等により子を適切に養育することが著しく困難であるが、それが親権の濫用又は著しい不行跡という現行の親権喪失の原因に該当するとは必ずしもいえないような事案。
- D 親権者とその親権（懲戒権）を口実に児童虐待を正当化するなどし、児童相談所の児童福祉司等による指導を受けたり、養育態度を改善したりしようとする姿勢が見られないが、親権を喪失させるのはちゅうちょされるような事案。
- E 医療ネグレクトの事案。
- F 施設入所中、里親等委託中又は一時保護中の児童が、自らアルバイトで稼いだお金などで自らの名義で携帯電話の利用契約を締結しようとするが、親権者がこれに同意しないため、契約の締結をすることができないような事案。
- G 年長の未成年者が、児童養護施設等から退所した後などに、事実上親権者から自立して、アパートを借りたり、就職したりしようとするが、親権者がこれらに同意しないため、契約の締結等を行うことができないような事案。
- H 年長の未成年者が、児童養護施設等から退所した後などに、事実上親権者から自立しているような場合に、親権者が、子につきまったり、その周囲をはいかいしたりする事案。
- I 親権者について親権喪失の原因があるが、親権を喪失させた後に、未成年後見人を引き受けてくれる者を確保することができないので、親権喪失宣告の申立て自体がちゅうちょされる事案。