

判により親権の一部を制限する必要が生じるような場合はあまり想定されない<sup>\*53</sup>。そこで、家庭裁判所の審判により親権の一部を制限する制度を設けるべき必要性については、施設入所、里親等委託及び一時保護がされていない子を主に念頭に置いて検討するのが相当である。

#### イ 制度の必要性に関する一般的検討

家庭裁判所の審判により親権の一部を制限する制度については、上記のとおり、制度を設けるべきとの意見がある一方で、以下のような理由から、これを設けることに消極的な意見があった。

- ・ 児童虐待の事案で施設入所等及び一時保護が行われていない子について親権を制限する場合には、その結果として親権者でない第三者に子の監護等をゆだねる必要があるが、第三者に子の監護等をゆだねる以上、当該第三者には、親権の特定の一部ではなく全部をゆだねるものとした方が、子の安定的な監護に資する。
- ・ 親権の一部を制限し、その一部の権限のみを第三者にゆだねるものとする、親権者と第三者に権限が分属するため、権限の範囲等をめぐって親権者と第三者との間に紛争が生じ、子の安定的な監護を害するおそれがある（特に、当該第三者には私人が選任されることにかんがみると、紛争の発生による弊害は大きいといえる。）。
- ・ 親権の一部を制限するにすぎないため容易に申立てが認容されるものと誤解されかねないことなどから、児童虐待でないような事案において制度が濫用されるおそれがある。

なお、親権のうち身上監護権に属する部分を制限する制度を創設した場合には、民法第766条による監護者指定の場合と同様、戸籍に記載しないものとすることができ、その点に、親権の一部を制限する制度を設ける利点があるとの意見があった。しかしながら、戸籍法が監護者指定について戸籍の記載をし

---

\*53 ただし、このことは、仮に家庭裁判所の審判により親権の一部を制限する制度が設けられた場合に、施設入所中、里親等委託中及び一時保護中の児童について、同制度が利用される余地を否定するものではない（\*19参照）。

ないものとしているのは、現行民法第766条の元となった明治民法（明治31年法律第9号）第812条に基づく母の監護権の範囲が極めて狭いものと解釈され、子の教育、懲戒といった事項については、親権者が権限を有し、監護者は権限を有しないものとされていたことから、公示の必要がないと考えられたことによるものとうかがわれる<sup>\*54</sup>。

したがって、現在、民法第766条による監護者指定について戸籍の記載がされていないからといって、親権のうち身上監護権に属する部分を制限する場合にも戸籍に記載する必要はないと直ちに断言することはできず、公示の必要性等の観点からなお検討する必要があると考えられる。

また、戸籍の記載については、現行法の下において親権の喪失の宣告がされた場合に「親権喪失宣告の裁判確定」との戸籍の記載がされることに対し、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いため、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の意見などがある。

しかしながら、別簿冊に記載するものとすることについては、親権や法定代理権の存否を戸籍のみによっては証明することができないこととなり、親権や法定代理権の存否について厳密な証明が求められる一定の場合には、戸籍とは別に、親権喪失をしていないことの証明が必要とされる場合も生じると考えられ、それにより社会的に過大な支障が生ずることにもなりかねず、現実的でないと考えられる。

そもそも、戸籍の記載に関する問題は、それ自体が問題というよりは、親権喪失制度が親に対する制裁であると社会的に理解される傾向があることに根本

---

\*54 昭和62年民法改正の際にも、監護者に関する事項を戸籍の記載事項とすることが検討されたが、監護者は、子の身上監護という事実関係に関与する者に過ぎないので、法定代理権を有する親権者とは異なり、対第三者との関係でその有無を戸籍上公示しなければならない理由に乏しいこと、民法上監護者の指定は当事者の協議又は審判によって定められ、戸籍の届出によって創設されるものではなく、また、当事者の協議によりいつでも何回でも変更することが可能であるから、その指定及び変更につき正確な届出をさせ、戸籍の記載を常に事実と合致させることが極めて困難であることから、採用されなかったという経緯がある（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－』171頁）。

的な問題があるように思われる。平成19年の戸籍法改正により、従来の戸籍の公開原則が改められ、現在、第三者が戸籍謄本等の交付請求をすることができるときは限られており、さらに、今後、親権喪失制度が子の利益のための制度であるということが明確になり、社会的にも広く理解されるようになれば、親権喪失に関する戸籍の記載自体を問題とする必要性も乏しくなるのではないかと期待される<sup>\*55\*56</sup>。

## ウ 制度の必要性に関するあり得べき制度設計等を踏まえた検討

### (7) 具体的検討の在り方

上記のように家庭裁判所の審判により親権の一部を制限する制度を設けるべきかどうかについての意見は分かれたが、この点について更に検討を進めるためには、具体的な制度設計を想定しながら、それぞれの得失等と併せて検討するのが有用であると考えられた。そこで、仮に家庭裁判所の審判により親権の一部を制限する制度を設ける必要があるとした場合のあり得べき制度設計、それが利用されると想定される事案及びその得失等について検討した。

#### (1) 制限する親権の一部の特定の方法

家庭裁判所の審判により親権の一部を制限する制度の制度設計を考えるに当たっては、まず、制限する親権の一部をどのようにして特定するかを検討する必要がある。

この点についてのあり得べき制度設計としては、身上監護権を全体として制限することができるものとするとの考え方（A案）と、現行民法の規定に

---

\*55 ただし、親権の一時的制限制度を設ける場合には、親権喪失制度は、親権者に対する非難や制裁的な意味を含む制度として位置付け直すべきとの意見（2(4)エのC案）もあったことは、前述のとおりである。

\*56 なお、戸籍実務上、新戸籍を編成され、又は他の戸籍に入籍する者が未成年者である場合には、その者の新戸籍又は入籍する戸籍に従前の戸籍に記載されている親権又は未成年後見に関する事項のうち現に効力を有するものを移記すべきものとされており、親権喪失宣告が取り消された後に新戸籍を編成され、又は他の戸籍に入籍する場合には、親権喪失及びその取消しの記載は、移記されない取扱いとされている。

こだわらず個別具体的な事案において実際に必要な部分を特定して制限することができるものとするとの考え方（B案）があり得る。

両者の具体的内容,それが利用されると想定される事案及びその得失等は,以下のとおりである。

#### A案：身上監護権を全体として制限することができるものとするとの考え方 （具体的内容）

A案は、身上監護権を全体として制限する制度とし、それ以上に親権を細分化して制限することは認めない考え方である。

#### （利用されると想定される事案）

児童相談所が関与しない場合や一時保護を解除する場合等に、親以外の親族等において子を養育するのが適当事案（事案A参照）があり、そのような事案では、実務上、家庭裁判所が親権者以外の第三者の申立てによりその者を監護者（民法第766条参照）に指定するという方法がとられる場合がある。もっとも、第三者の申立てによる監護者指定の方法については、このような方法が現行民法の下において許容されるかどうかの解釈が分かれていること<sup>\*57</sup>、親以外の者を監護者に指定するための要件が判然としないこと、監護者には未成年後見人に対するような監督等に関する規律が及ばないことなどの問題が指摘されている<sup>\*58</sup>。

A案による制度を設けた場合には、このような事案に利用されることが想定される。

---

\*57 例えば、東京高決平20. 1. 30家月60巻8号59頁は、父母（夫又は妻）以外の第三者の申立権を否定する。

\*58 民法第766条について、親族が自らを子の監護者に指定することを申し立てられるように改正すべきとの提案もあったが、同条は離婚に関する規定であって離婚の有無にかかわらず親権に係る一般的な制度として位置付け直すことは民法の体系上相当でないこと、このような改正をしたとしても、本文に記載した問題のうち親以外の者を監護者に指定するための要件が判然としないこと、監護者には未成年後見人に対するような監督等に関する規律が及ばないことなどの問題が解決しないことなどから、このような考え方は必ずしも適当でないものと考えられる。

(利点)

A案については、以下の利点が指摘された。

- ・ 身上監護権全体を制限するので、子の安定的な監護を害しない範囲で、親権の一部を制限することができる。
- ・ 講学上一般に、親権は身上監護権と財産管理権とに分けられると理解されていることからすると、その身上監護権を全体として制限するA案によれば、何が親権の個別的内容かという問題が生じにくいと考えられる<sup>\*59</sup>。
- ・ 現在も、民法第766条により父母以外の第三者を監護者に指定すること自体は可能であると解するのが一般であり、その範囲では、現在の制度との乖離が小さいと考えられる。

(問題点)

他方、A案については、前述した親権の一部を制限する制度一般についての問題点のほか、以下の問題点が指摘された。

- ・ 身上監護権の更なる細分化を認めない点において、必要最小限度の制限とはいえ、親権の一部を制限する制度を設ける意味があまりない。

**B案：現行民法の規定にこだわらず、個別具体的な事案において実際に必要な部分を特定して制限することができるものとするとの考え方**

(具体的内容)

B案は、親権制限は最小限度に止めるべきことを重視し、現行民法の規定にこだわらず、個別具体的な事案において実際に必要な部分を特定して制限することができるものとするとの考え方である。

(利点)

B案については、以下の利点が指摘された。

- ・ 医療ネグレクトの場合や、親が進路に関する意見の相違等から子の了承なく無断で子が通う高校に退学届を提出しようとするような場合に、親権

---

\*59 児童虐待のような事案を想定している制度ではないが、現行民法自身、財産管理権の喪失の制度を設けており（民法第835条）、身上監護権と財産管理権とが分属すること自体は許容している。

の一部を必要な最小限の範囲で制限するだけで事案に対応することができる。過剰な親権制限を避けることができる。

- ・ 問題となっている親権の一部に集中して審理をすることが可能となり、適時に親権を制限することができる。

#### (問題点)

他方、B案については、前述した親権の一部を制限する制度一般についての問題点のほか、以下の問題点が指摘された。

- ・ 民法の規定から離れて親権の一部を特定しようとするため、何が親権の個別的な内容かという問題が生じ、制限する親権の部分の切り分け方によっては、親権のうちの何が制限され何が残されているのかが判然とせず、個別具体的な場面において、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るおそれがある。
- ・ 親権の一部をできる限り特定して制限するので、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り、そのことによって子の利益が害されるおそれがある。
- ・ 不当な親権行使が繰り返される場合には、改めて残りの部分について親権制限の申立て・審判をする必要があり、親族等の親権制限の申立権者に過度な負担を強いることになるし、結果として、子の安定的な監護の実現を妨げるおそれがある。
- ・ 合理的な理由もないのに子に無断で退学届を提出するような事案において、親権制限が求められるような場合に、学校教育の点だけが問題となることはあまり考えられない。また、仮に、高校に通学するかどうかや学校選択等教育に関する事項についてのみ親権行使が不適切であり、教育以外の点については親権者として適格を欠くとはいえないような事案において、親権を制限し、親権者の意に反する措置をとることは、国家権力による家庭への過度の介入となるおそれがある。

#### (ウ) 親権の一部を制限する方法

制限する親権の一部の特定の方法について、A案、B案のいずれによっても、親権の一部を制限する方法としては、明示的に親権の一部を停止するなどの裁判をするとの考え方（I案）と、このような裁判はせずに、重疊

的に別の者に親権の一部を付与するとの考え方（Ⅱ案）があり得る<sup>\*60</sup>。

I案及びⅡ案の具体的内容及びその得失は、以下のとおりである。

#### **I案：明示的に親権の一部を停止するなどの裁判をするとの考え方**

##### **（具体的内容）**

I案は、明示的に親権の一部を停止するなどの裁判をした上で、その停止された親権の一部を行使する者を選任する方法によるものとする考え方である。現在、唯一の親権者について親権喪失宣告がされた場合には、「親権を行う者がいないとき」（民法第838条第1号）として未成年後見が開始し、必要に応じて未成年後見人が選任されることとなるが、I案は、これと同様の枠組みによろうとするものである。

##### **（得失）**

I案については、明示的に親権を停止するなどの裁判をすることにより、親権者は親権の一部を行うことができないものとされるので、権限を行使する者との間の権限関係が明確になるという利点がある一方、Ⅱ案に比べて親権に対する制限が大きいものとなるとの問題が指摘された。

#### **Ⅱ案：重疊的に別の者に親権に係る権限の一部を付与するとの考え方**

##### **（具体的内容）**

Ⅱ案は、明示的に親権の一部を停止することなどはせずに、重疊的に別の者に親権に係る権限の一部を付与し、親権との優先関係を規定する方法によるものとする考え方である。3(1)では、施設入所中、里親等委託中又は一時保護中の児童について、親権者の親権を停止することなどはせずに、施設長等による児童の福祉のため必要な措置と親権者の親権との優先関係を明らかにすることを検討したが、Ⅱ案は、これと同様の枠組みによろうとするものである。

##### **（得失）**

Ⅱ案については、親権者にも親権の全部が留保されることにより、事案に

---

\*60 したがって、具体的な制度設計としては、(イ)の考え方と(ウ)の考え方との組合せにより、

A-I案、A-II案、B-I案及びB-II案が考えられる。

応じた柔軟な対応が可能となるとともに、親権に対する制限も謙抑的なものになると考えられる一方、それゆえに、親権者と権限を行使する者との間に紛争がより生じやすく、特に、3(1)の場合と異なり権限を行使する者には私人が選任されることにかんがみると、その者に親権者への対応の負担を負わせるのは相当でないといった問題が指摘された。

#### (E) 親権制限に関するその他の考え方

その他、親権制限に関し、親権者の同意が必要な場合に、家庭裁判所が親権者に代わって同意すること（同意に代わる審判をすること）ができるものとするとの考え方（C案）や親権者を監督すべき者（親権監督人）を選任することができるものとするとの考え方（D案）も提案された。

これらの考え方の内容及び問題点等は、以下のとおりである。

#### C案：家庭裁判所が同意に代わる審判をすることができるものとするとの考え方 (具体的内容)

C案は、特定の行為について親権者の同意が必要とされているにもかかわらず、親権者が合理的な理由なくこれに同意しないような事案（事案E、F及びG参照）で利用されることを想定し、家庭裁判所が親権者に代わって同意することができるものとするとの考え方である。この考え方も、B案と同様、親権を制限する範囲を限定しようとする考え方であるが、A案やB案とは異なり、親権者の同意権のみを制限の対象とする考え方であるということが出来る。

#### (問題点等)

もっとも、C案に対しては、以下のような問題点が指摘された。

- ・ 同意に代わる審判により親権者の意に反して何らかの行為が行われたとしても、親権者（法定代理人）が、その地位に基づき、当該行為の趣旨に反するような行為をすることも考えられるので、同意に代わる審判をするだけで必要な対応をすることができるとは限らない。
- ・ 親権者の意に反して特定の行為をすることを認めるかどうかについて、普段から継続的に子の状況等を把握しているわけではない家庭裁判所が、個別の行為が問題となるごとに適切に判断するのは困難である。
- ・ どのような要件により同意に代わる審判を認めるかといった制度設計次



第ではあるが、親権者の同意が必要とされている場合一般について同意に代わる審判をすることができるような制度を想定すると、日常的な事柄について親子間で意見の相違がある場合など、本来国家が介入すべきでないような事案において濫用的に利用されるおそれがある。

- ・ C案が主に想定しているのは、ある程度年長の子について、普段から子に関与することなく親権の行使自体をしていないような親権者であるが（事案G参照）、そうであるならば、子の利益の観点から、問題が生じるたびに当該問題に限って対応するのではなく、あらかじめ適切に親権を制限して別の者に権限を与える方がよい。

#### **D案：親権監督人を選任することができるものとするとの考え方**

##### **（具体的内容）**

D案は、現行民法における後見監督人制度を参考に、親権を停止する方法で親権制限を行うのではなく、第三者によって親権者の親権行使を監督することによって親権を制限するものとする考え方である。具体的制度設計としては、監督権限としてどのような権限を付与するか、監督権限を越えて親権を自ら行う権限を一定の範囲で付与するかなどの点において様々な制度設計が考えられる<sup>\*61</sup>。

##### **（問題点等）**

以上のとおり、D案については、その制度設計が必ずしも具体化しなかったことから、問題点等について詳細な検討をすることは困難であるが、D案に対しては、差し当たり、以下のような問題点が指摘された。

- ・ 親権監督人と親権者との間に無用な紛争が生じ、結果として、子の安定的な監護を害するおそれがある。
- ・ 親権監督人として適格性を有する私人はあまりいないと思われる。
- ・ 制度設計次第ではあるが、特に親権監督人に監督権限のみを与えるものとする場合には、親権の不適切な行使を効果的に制限することができない

---

\*61 親権監督人には、親権者の相談に応じたり親権者に助言したりすることなどによって親権者による適切な親権行使を促すといった機能も期待されるとの指摘があった。

のではないかと思われる。

(オ) 小括

今後、以上のような点を踏まえて、家庭裁判所の審判により親権の一部を制限する制度を設けるべき必要性の有無及び仮に設けるとした場合の制度設計について、更に検討が深められることが期待される。

## 第2 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

### 1 問題の所在等

第2は、親権を行う者がいない子を適切に監護養育するために、未成年後見人に関する制度等を見直すことについて、検討するものである。

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い状態になる場合には、通常、子を適切に監護等するためにその権限を（親権者に代わって）行使する者が必要となる。民法においては、このような者として未成年後見人が選任されることが予定されている<sup>\*62</sup>。

もっとも、未成年後見人については、未成年後見人となる者を確保するのが困難であるという現実的な問題がある。その原因としては、未成年後見人の個人としてのプライバシーが明らかになるという問題<sup>\*63</sup>や、報酬確保が困難であるという問題<sup>\*64</sup>等が指摘されている。そして、このように未成年後見人の引受手の確保が困難であることが、親権喪失制度が積極的に活用されていない理由の一つであるとの指摘もされている（事案I参照）。

現在、児童相談所長等が個人として未成年後見人に選任されることがあるが、このような運用については、上記のようなプライバシーに関する問題があるほか、異動等により役職を離れることなどを考えると、私人の立場で未成年後見人となるこ

---

\*62 民法第838条第1号は、未成年者に対して親権を行う者がいないとき、又は親権を行う者が管理権を有しないときに、未成年後見を開始する旨を規定する。

\*63 個人として未成年後見人に選任される場合には、個人としての本籍等が未成年者の戸籍に記載されることとなる。

\*64 後見人の報酬は被後見人の財産の中から支払われるものとされている（民法第862条）。

とは実情にそぐわないなどといった指摘がされているところである。

以上のような点を踏まえ、第2では、未成年後見人の引受手を確保するとともに、それが困難な場合であっても親権を行う者のない未成年者を適切に監護養育することができるようにするために、現在ある制度をどのように改正し、又はどのような制度を新たに設けるのが適切かといった観点から検討を行うこととした。

## 2 法人による未成年後見

### (1) 現状とその問題点等

未成年後見人については、その権利義務の内容が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、民法上、法人を選任することはできないものと解されている。しかしながら、現実には、その引受手を確保するのが困難であることは前述したとおりであり、そのため、引受手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ることが考えられる。

### (2) 今後の検討課題等

もっとも、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については、現在、それが認められていない上記理由にも相応の合理性があると考えられるところであり、法人が未成年後見人の職務を行うことが適当かどうかについての検討が必要である。この点については、例えば、事実上自立した年長者の場合であれば、未成年後見人が現実に引き取って世話をするということはなく、財産に関する権限の行使が主な職務となることを考えると、法人が未成年後見人の職務を行うことは不適當であると一般的にはいえないとの意見等があった。

また、現に未成年後見人としての適格性を有する法人がどの程度存在するかが明らかでないといった実際上の問題もある。この点については、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ことが考えられるとの指摘があった。

法人による未成年後見については、今後、以上のような点を踏まえ、更に検討が深められることが期待されるが、そのためには、実態等の把握も重要であると考えられる。

なお、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かどうかの点と併せて、未成年後見人は一人でなければならないとする民法第842条の規定の見直しについても検討する余地がある。この点については、未成年後見人を複数選任することができるものとし、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から未成年後見人を選任しつつ、財産管理については法律の専門家等から別途後見人を選任することができるようにしてもよいのではないかとの意見もあった。他方で、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福祉の観点から相当ではなく、その弊害は権限の調整規定によって解決し得る性質のものではないと考えられることなどから、慎重に検討すべきとの意見もあった<sup>\*65</sup>。

### 3 里親等委託中又は一時保護中の児童に親権者等がないときの取扱い

#### (1) 現状とその問題点等

施設入所中の児童で親権者及び未成年後見人のないものについては、施設長が、親権者又は未成年後見人があるに至るまでの間、親権を行うものとされているが（児童福祉法第47条第1項）、里親等委託中又は一時保護中の児童については、現行法上、未成年後見人の選任で対応しなければならない。

しかしながら、現実には、その引受手を確保するのが困難であることは前述したとおりである。そこで、里親等委託中又は一時保護中の児童についても、親権者及び未成年後見人がないときには、親権者又は未成年後見人があるに至るまでの間、児童相談所長が個人としてではなく機関として親権を行うものとするのが考えられる。

#### (2) 今後の検討課題等

もともと、親権者及び未成年後見人のない児童に対し親権を行う主体については、現行制度において施設入所中の児童に対して施設長が親権を行うものとされ

---

\*65 平成11年民法改正の際にも、本文記載のような理由から、同改正前の第843条による未成年後見人の数を一人とする規律が維持されたという経緯がある。

ていることにかんがみ、一時保護中の児童に対しては児童相談所長とし、里親等委託中の児童に対しては里親等とすることも考えられる<sup>\*66</sup>。この点については、それぞれの場面において、どの主体が親権を行うものとするのが児童の福祉にかなうかといった観点から、施設長、里親等、児童相談所長それぞれの現状や特質等も踏まえて、検討する必要があると考えられる。

#### 4 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ときの取扱い

##### (1) 現状とその問題点等

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及び未成年後見人がないときには、未成年後見人の選任で対応しなければならない<sup>\*67</sup>が、現実には、その引受手を確保するのが困難であることは前述したとおりである。

そこで、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であって親権を行う者及び未成年後見人のないものに対しても、その福祉のため必要があるときには、親権者又は未成年後見人があるに至るまでの間、児童相談所長が親権を行うことができるものとするか、又は、行政機関としての児童相談所長をその

---

\*66 現在、施設入所中の児童に対して施設長が親権を行うものとされている点を変更し、施設入所中、里親等委託中及び一時保護中のいずれの場合であっても、児童相談所長が親権を行うものとするのが適当であるとの意見もあったが、他方で、現在、施設入所中の児童に対して施設長が親権を行うものとされていることについて、特段の不都合は指摘されておらず、これを変更する必要性は乏しいとの意見があった。

\*67 ただし、平成19年改正法により、児童相談所長が未成年後見人の選任を請求した未成年者（児童福祉施設に入所中の児童を除く。）に対しては、当該児童相談所長が、親権を行う者又は未成年後見人があるに至るまでの間、親権を行うものとされた（同法第33条の8第2項）。

未成年後見人に選任することができるものとすることが考えられる<sup>\*68</sup>。

## (2) 今後の検討課題等

### ア 制度創設の相当性等

もともと、児童相談所長が、親権を行う者又は未成年後見人として、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の監護等を適切に行うことができるのかといった実務的な問題があるほか、そのような未成年者について、児童相談所長が親権を行い、又は未成年後見人に選任されることが相当な事案は、真に未成年後見人の引受手を確保することができない場合などに限られるのではないかといった問題があることから、これらの点について、更に検討する必要がある。

なお、機関としての児童相談所長が親権を行い、又は未成年後見人に選任されるものとするれば、上記のようなプライバシーや報酬に関する問題が解決し、

---

\*68 具体的には、施設から自立した後の未成年者について、未成年後見人の引受手の確保ができず、住居の確保や就職などに支障を来す例があり、そのような場合に、児童相談所長が未成年者を代理したり未成年者自身の行為に同意したりすることができるようにするのが相当であるとの意見がある。

その点に利点があるといった意見があった<sup>\*69</sup>。

## イ 具体的制度設計

児童相談所長が親権を行い、又は未成年後見人に選任されることができるものとする制度設計については、家庭裁判所において児童相談所長を未成年後見人に選任することができるものとするとも考えられるが、家庭裁判所による選任によらず、例えば、都道府県知事による判断等に基づき、行政手続によって、児童相談所長が未成年者の親権を行うものとするような制度設計も考えられる。

児童相談所長が未成年者の親権を行うものとする制度設計とする場合には、具体的にどのような場合に親権を行うことができるものとするか、どのような手続とするかなどの点について、更に検討を進める必要がある。

また、家庭裁判所において児童相談所長を未成年後見人に選任することができるものとする制度設計とする場合においても、司法と行政との関係等にかんがみると、行政機関である児童相談所長が、私人の未成年後見人と同様、家庭

---

\*69 未成年後見人に私人である個人が選任されることについては、未成年者が第三者に対し加害行為を行ったときに、監督義務者の責任等（民法第714条、第709条参照）を負うおそれがあり、そのことが未成年後見人の引受手を確保するのを困難にしている一因であるとの指摘もされている。

仮に、機関としての児童相談所長が親権を行い、又は未成年後見人に選任されることができるものとした場合に、未成年者が第三者に対し加害行為を行った場合等の責任について、国家賠償法の適用があるのであれば、児童相談所長の個人としての責任は発生せず、公金において負担することになると考えられる。他方、民法（不法行為法）の適用があるのであれば、個人責任を免責し、又は公金において負担するものとするのが相当かどうか、相当であるとしてそのためにどのような立法上の手当てが必要かといった点について、更に検討する必要があると思われる。

この点に関連して、一般的に未成年後見人の負担や責任を軽減すべきとの意見もあり得るが、少なくとも、未成年後見人の民法（不法行為法）上の責任自体を軽減することについては、民法の体系に対する影響が大きいことなどから、慎重に検討する必要があると思われる。また、負担の軽減については、保険制度の整備などによる対応が期待されるとの指摘がある。

裁判所による直接の監督に服するものとするのは相当でないと考えられる。そこで、児童相談所長による後見事務の適正を確保するための制度設計について、更に検討を進める必要がある。

なお、制度設計の点に関連して、民法上は、法律上の親でない者が親権を行うということは原則として想定されておらず、法律上の親でない者が親権者と同様の権利義務を有する場合を後見と位置付けていることから、行政機関である児童相談所長が親権を行うものとすることについては、慎重に検討すべきとの意見があった。この点については、現行制度においても、児童福祉法第47条第1項において施設長が親権を行う場合が、同法第33条の8第2項において児童相談所長が親権を行う場合が、それぞれ規定されていることから、児童相談所長が親権を行うものとしたとしても、必ずしも法体系上の問題があるわけではないと考えられる。もともと、民法と児童福祉法との有機的関連という点も踏まえ、法体系全体としてどのように考えるのが適切かという観点から、更に検討すべき事項であると考えられる<sup>\*70</sup>。

### 第3 児童虐待防止のための親権制度の見直しに関するその他の論点

#### 1 接近禁止命令の在り方

##### (1) 問題の所在等

###### ア 平成19年改正の概要

平成19年改正法により、保護者に対する面会・通信等の制限が強化された<sup>\*71</sup>。

すなわち、まず、面会・通信制限の対象が拡大された。同改正前には、家庭裁判所の承認による施設入所等（以下「強制入所等」という。）の措置がとられた場合にのみ、児童との面会・通信を制限することができるものとされていた。しかしながら、實際上、一時保護を行った直後に保護者が強引な児童の引

---

\*70 この点は、3の里親等委託中又は一時保護中の児童に親権者等がないときについても、同様に検討すべき事項であると考えられる。

\*71 改正の概要は添付資料6頁「面会・通信制限の強化等について」のとおりである。