

## 第7章 親子分離に関わる法的対応をどう進めるか

### 1. 法的分離にはどのようなものがあるか

虐待を行っている保護者等から子どもを強制的に分離するためにとりうる法的手続としては、①家庭裁判所による子どもの里親委託又は児童福祉施設等への入所の承認、②家庭裁判所による親権停止・喪失審判、③それらの保全処分等がある。

以下、これらについて説明する。なお、一時保護については、第5章を参照のこと。

### 2. 家庭裁判所による子どもの里親等委託又は児童福祉施設等への入所の承認—いわゆる児童福祉法第28条手続

保護者が、その子どもを虐待し、著しくその監護を怠り、その他保護者に監護させることが著しくその子どもの福祉を害する場合において、児童福祉法第27条第1項第3号の措置（児童福祉施設等への入所等の措置）を採ることが保護者の意に反するときは、家庭裁判所の承認を得て、児童福祉施設等への入所等を行うことができることとされている（児童福祉法第28条第1項）。

法第28条の定める承認を得て施設入所等の措置をした場合、親権者等は子の引渡しを求めることはできないと解されているため、この承認は親権を一部制限するものと考えられる。また、施設入所等の措置をした場合、施設長及び里親等は施設入所又は里親等委託中の子どもの監護、教育、懲戒に関し必要な措置をとることができる（法第47条第3項）。

#### (1) 虐待、ネグレクト、その他の福祉侵害について

##### ① 法第28条第1項の解釈

児童福祉法第28条第1項の要件として「虐待」、「著しく監護を怠る」こと、「保護者に監護させることが著しく当該児童の福祉を害する」ことを挙げているが、前二者は例示であって、中核的な要件は後者の福祉侵害であると解されている。したがって、児童虐待の主張・立証に努めるべきことが原則ではあるが、必ずしもそれにこだわる必要はない。

厳密に児童虐待防止法第2条の児童虐待の定義にあたらなくとも、保護者による養育が子どもの福祉を著しく害しているのであれば、その事情を主張・立証することによって承認が得られる。例えば、通常は、出生直後の子どもについて法第28条の承認を求めることは当該子どもに対する直接的な虐待を裏付ける資料に乏しいことから容易でない場合も多いと考えられるが、当該子の養育が不適切であるという事情に加えて、保護者がすでにきょうだいを虐待していた場合には、その虐待の性質や程度、要因等を参考にすることによって、法第28条の申立てが可能となるものと考えられる。

##### ② 虐待、ネグレクト、その他の福祉侵害の認定について

本条についての家庭裁判所の審判例を整理した文献として釜井裕子論文（「児童福祉法28条第1項第1号の家庭裁判所の承認について」（家庭裁判月報第50巻第4号））がある。これによると、申し立てられたうちの6割について虐待、ネグレクト、その他の福祉侵害のいず

れかを認定して本条を認容しているが、その中で虐待そのものがあつたと言いつつ例は少なく、身体にかなりの危害が加えられていると思われる事例でも、福祉侵害を認定している例が多い。このように虐待の認定例が少ない理由は、虐待を窺わせるような傷痕等があつても、保護者や子ども自身がそれを否定したりして虐待の事実の認定が相当困難であるからだと考えられる。家庭裁判所では、虐待の事実の有無を認定することよりも結論として児童福祉法第 27 条第 1 項第 3 号の入所等措置の承認ができるか否かを判断することがより重要であることから、少なくとも子どもに対する福祉侵害がある、あるいは措置権行使の事態にある等の認定を行っていると考えられる。

したがって、本条申立てに当たっては、早急に親子分離が必要であるという観点から子どもに対する福祉侵害があることを明らかにして児童福祉法第 28 条の承認を得られるようにする。

(2) 児童福祉法第 27 条第 1 項第 3 号の措置(児童福祉施設へ入所等の措置)を採ることが子どもの親権を行う者又は未成年後見人の意に反することについて

- ① 施設入所等の措置は、一時保護と異なり、親権者等の意に反するときには採ることができないとされている。「親権者等の意に反する」とは、反対の意思が明らかであることを意味すると解されるから、親権者等の意思がはっきりしない場合は、施設入所等の措置を採っても差し支えない。
- ② 父母が婚姻中は、原則として親権は共同で行使される。では、父母の一方が措置に同意しているが、もう一方が反対している場合はどう考えるべきか。現在の実務では、父母の一方でも措置に反対しているのであれば、法第 28 条を申し立てて司法審査を仰ぐことが望ましいと解されている。
- ③ 親権者の意思が明確でない場合、児童相談所は必ず確認しなければならないか。行政処分を行う以上、原則として親権者に意思確認を行うべきであるが、いわゆるドメスティック・バイオレンスの事例で、児童相談所が父に連絡すると母の所在が知れて同人に危険が及ぶ場合などには、母親の同意を得て法第 27 条第 1 項第 3 号の措置を採って、後に父親の反対意思が明確になれば、措置を解除し、一時保護に切り替えて対応するという扱いを行う自治体もある。
- ④ 親権者が施設入所等に同意している場合にも、法第 28 条の承認を得ることができるか。原則としては困難であるが、例えば親権者が同意と撤回を繰り返したり、著しく精神的に不安定であつて、現時点での同意も早晚覆されるおそれがある場合には、親権者の同意があつても裁判所に法第 28 条の承認を求めることが考えられる。実際にこのような事例で承認を得られたものもあるほか、公表されている審判例としては、親権者が子どもの性非行を理由とする措置には同意するが、自らの虐待を理由とする措置には同意しないと述べている事例で、措置を承認した千葉家庭裁判所市川出張所平成 14 年 12 月 6 日審判(家庭裁判月報第 55 巻第 9 号 70 頁)がある。

### (3) 法第 28 条手続の進め方

- ① 申立権者（都道府県又は委任を受けた児童相談所長）が、家庭裁判所に申立書を提出することによって申立てを行う（申立書の記載等については、後記のとおり）。
- ② 申立てに当たっては、申立書の提出が確実になった後、あらかじめ家庭裁判所に申立てを行う予定であることや申立時期を連絡しておく、その後の審理が円滑に進む。
- ③ 申立て後の進行については裁判官によって異なり、最初に審問を開いて、審問の場で申立人に事実関係を確認したり、進行（特に調査）に関する意見を聴取したりした後に、家庭裁判所調査官に調査を命じるケースが多いが、審問を開かずに調査官が調査を開始するケースもある。いずれの場合も、裁判官や調査官の当該ケースに対する見方に十分配慮しつつ、裁判官や調査官の指示に従い、あるいは自ら主体的に判断して、必要な資料や主張を追加していく。
- ④ 更新の申立てや親権停止・喪失審判の申立て、その審判前の保全処分の申立てにも共通する問題であるが、裁判所に提出した申立書は原則開示とされる。したがって、児童相談所としても、平素から開示が原則という認識で記録を作成すべきであるし、保護者側に開示されてもよい形で裁判所提出資料を作成する必要がある。また、証拠資料については、第三者からの情報や意見など、裁判資料として重要でありながら、保護者側に開示すべきでない資料がある。そこで、提出する書面の全部又は一部の非開示を希望するときには、「非開示の希望に関する申出書」を提出するとともに、非開示を希望する理由が家事事件手続法第 47 条第 4 項のうちどれにあたるのかを記載することとなっている。これはあくまで希望であり、家庭裁判所は、非開示を希望する趣旨・理由を踏まえた上で、謄写・閲覧の可否を慎重かつ適正に判断することとなる。

いったん裁判所に申立てをすると、ケースワークの手が止まってしまう例が少なくない。しかし、もとより事案によってはあるが、定期的に家庭訪問をして指導を試みるなど、審判係属中におけるケースワークのあり方を検討し、実施することが望ましい。特に、却下の可能性があるケース、審判係属中に事情が変わったケース、認容審判が出て早期に再統合を目指したいケースなどについては、目標を立ててケースワークを行うことが望ましい。審判係属中である以上、必要に応じて裁判所とも連携する必要がある。

審判係属中の親子の面会通信については、もとより強制引き取りなどトラブルを避けるために慎重である必要があるが、一律に禁止することが望ましいとは言えない。工夫によって面会通信が可能であるケースについては、円滑な面会通信のための約束を取り付けたり、裁判の期日等で一定の約束をさせた上で面会通信を進めることも考えられる。

### (4) 措置の期間の更新について

- ① 児童福祉法第 28 条の規定による措置の期間は、当該措置を開始した日から 2 年を超えてはならない。このため、児童相談所においては、この間に親子の再統合その他の子どもが良好な家庭的環境で生活することができるよう、保護者に対する指導・支援及び施設や里親に措置（委託）された子どもの訪問面接等に努めるものとする。
- ② このように入所措置の期間は 2 年を超えてはならないとされているが、当該入所措置に係

る保護者に対する指導措置の効果等に照らし、これを継続しなければ保護者はその子どもを虐待し、著しくその監護を怠り、その他著しくその子どもの福祉を害するおそれがあると認めるときは、家庭裁判所の承認を得て、その期間を更新することができる（児童福祉法第 28 条第 2 項）。

特に、入所措置の更新について、保護者に対する指導措置の効果等に照らし判断する旨の規定は、衆議院において全会一致で修正・追加され、更新に際しては、指導措置の効果や子どもの心身の状態等を考慮することが明確化されたものであり、その経緯を踏まえ、都道府県（児童相談所長）は、適切に対応する必要がある。

なお、この 2 年の期間制限は、児童福祉法第 28 条の規定による措置を対象とするものであるため、例えば、児童福祉法第 28 条の規定による措置を開始し、保護者に対する指導等に努めたものの、保護者に将来にわたり子どもを引き取る意思が全くない状態になったことなどから、措置を児童福祉法第 28 条に基づくものから保護者の同意に基づくものに変更した場合などには、その制限は及ばないものである。

- ③ 措置の期間の更新に係る申立ては、子どもの住所地を管轄する家庭裁判所に対して行う。なお、児童相談所や保護者との関係などから審理に不都合が生じる場合などには、最初の法第 28 条第 1 項の承認審判をした家庭裁判所に申し立て、自庁処理を求めることもできる（家事事件手続法第 9 条第 2 項ただし書き）が、当該申立てを受けた裁判所が自ら事件処理をするか、管轄裁判所に移送するかは、裁判官の判断によることとなる。
- ④ 措置の期間の更新に際して行う申立てについては、保護者に十分な説明を行った上で行うことが望ましい。また、家庭裁判所において審理が行われ、かつ、その審判が確定するためには一定の期間を要することから、事案ごとに、措置開始（又は更新措置開始）から 2 年が経過する日から審理及び審判の確定に要する期間（2～3 か月程度）を見込んだ上で前もって、所要の資料を準備し、申立てを行う。しかしながら、この申立てを行ったにもかかわらず、やむを得ない事情から、措置開始（又は更新措置開始）から 2 年が満了するまでの間に、家庭裁判所の審判がされない場合や、審判がされたとしても確定しない事態が発生する場合も考えられる。このため、都道府県等は、この申立てを行った場合において、やむを得ない事情があるときは、当該措置の期間が満了した後も、当該申立てに対する審判が確定するまでの間、引き続き当該措置を採ることができることとされている（児童福祉法第 28 条第 3 項本文）。
- ⑤ 家庭裁判所において申立てを却下する審判（措置の期間の更新を認めない判断）がされたケースであっても、この審判について児童相談所側が即時抗告をし高等裁判所で争っている間（家庭裁判所の審判が確定するまでの間）は、児童福祉法第 28 条第 3 項本文に基づき引き続き当該措置を採ることができる。ただし、確定していない下級審の審判とはいえ、措置の期間の更新を不相当とする司法判断が出ていることは一定程度尊重されるべきであり、このようなケースで当該措置を継続することができるのは、申立てを却下する下級審の判断が出ていることを考慮してもなお必要があると認める場合に限られている（児童福祉法第 28 条第 3 項ただし書き）。このため、継続の要否については慎重に検討する必要がある。

## (5) 保護者指導に関する報告・意見の聴取等

家庭裁判所は、児童福祉施設等への入所等の措置又は措置の期間の更新の承認に関する審判の申立てがあった場合は、都道府県等に対し、期間を定めて、当該申立てに係る保護者に対する第27条第1項第2号の措置に関し報告及び意見を求め、又は当該申立てに係る子ども及びその保護者に関する必要な資料の提出を求めることができる。(児童福祉法第28条第4項)

## (6) 保護者に対する勧告

家庭裁判所は、児童福祉施設等への入所等の措置又は措置の期間の更新を承認する審判をする場合において、当該措置の終了後の家庭その他の環境の調整を行うため当該保護者に対し指導措置を採ることが相当であると認めるときは、当該保護者に対し指導措置を採るべき旨を、都道府県等に勧告することができる(児童福祉法第28条第5項)。

児童相談所としてこうした勧告が保護者指導に効果的であると判断する場合には、家庭裁判所への審判の申立時にその旨の上申書を提出する。家庭裁判所による都道府県に対する保護者指導の勧告を実効性のあるものにするためには、申立人である児童相談所が、勧告を必要とする理由、勧告の内容に加え、予定している保護者指導措置の内容とこれにより期待される効果などについて、具体的に家庭裁判所に申し出ることが必要である。

また、勧告を保護者指導に効果的に活用するために、保護者に対して勧告書の写しの送付するよう求める上申書を提出することも考えられる。なお、親権者が指導勧告書に基づいて不当な主張(例えば、子どもにとり望ましくない面会の要求など)を行うなど保護者指導に悪影響を与える内容が指導勧告書に記載されることのないように留意する必要がある。

## (7) 家庭裁判所による審判前の保全処分

### ① 審判前の保全処分

一般に、家庭裁判所が決定、すなわち審判を行うまでには相当の日数を要する上、即時抗告されると事件は上級審に移り、確定までにはさらに日数を要する。そのため、早期に暫定的な命令を発するのが審判前の保全処分である(これに対し、主たる審判事件を本案という)。

審判前の保全処分は、本案事件が係属していなければ申し立てることができない。したがって、家事事件においては、しばしば本案と同時に保全処分を申し立てることが行われる。

保全命令の内容は本案によって異なるが、いずれも、ア)申立権者は本案事件を申し立てた者である、イ)管轄も本案事件が係属している裁判所である、ウ)効力は本案の審判の効力が生じるまでである、エ)効力は告知によって生じる、といった共通点がある。

### ② 法第28条申立て手続に伴う保全処分の申立てについて

ア)一時保護中の子どもで、イ)法第28条の申立てがなされ、ウ)児童虐待防止法第12条第1項の規定による面会及び通信が全部制限されている場合に、エ)子どもの保護のため必要があるときは、家庭裁判所は、申立てにより、承認の申立てについての審判が効力を生ずるまでの間、保護者に対し、子どもの住所もしくは居所、就学する学校その他の場所において子どもの身辺につきまとい、または子どもの住所もしくは居所、就学する学校その他その通常所在する場所(通学路その他の子どもが日常生活又は社会生活を営むために通常移動

する経路を含む。)の付近をはいかいはならないことを命ずることができる(家事事件手続法239条)。裁判所の発する命令は、児童虐待防止法第12条の4第1項と同じであるが、違反に対する罰則はない。

### 3. 家庭裁判所による親権喪失、親権停止及び管理権喪失の審判並びにこれらの審判の取消しの請求

#### (1) 親権喪失・親権停止制度が導入された背景

- ① 親権喪失の制度は平成23年の民法改正以前から存在しており、その制度が虐待親へ対応する手段として有用であることも関係者間で認識されていた。その反面、親権喪失宣告の制度は、要件・効果の両面においてあまりに重厚なものであるが故に「使いづらい制度」とも考えられてきた。

そのため、親権喪失が申し立てられて実際に宣告にまで至るのは、甚大な被害を伴い、かつ、親権者との再統合をおよそ想定し難いケースなど、数少ない場合にとどまっていた。

他方で、子どもの治療のため必要な手術の実施に親権者が同意しないといった医療ネグレクト事案では、親権喪失宣告の申し立てを行うとともに審判前の保全処分(親権者としての職務執行の停止)を申立て、これが認められた時点で職務代行者の同意により手術等を実施し、これによって目的を達すれば本案たる親権喪失宣告申立ては取り下げる、といった実務上の工夫もみられた。もっとも、このような工夫については、親権喪失制度の本来的な利用方法とは言えず便宜的なものであったことは否定できず、さりとて、このようなケースで親権喪失宣告まで得ることは、むしろ親権に対する必要以上の制約を招くことにもなりかねなかった。

このように、親権喪失宣告の制度だけでは、児童虐待事案において親権を制限する必要がある事案に適切に対応することができなかった。そこで、そのような事案に対処するための方策を、法律において的確に規定することが必要とされていたのである。

- ② そこで、平成19年に成立した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)の附則において、「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。」と規定されるに至った(附則第2条)。

これを受けて、平成22年に法制審議会に設けられた児童虐待防止関連親権制度部会で、親権喪失制度に加え、新たに親権停止制度を設けることが提案された。平成23年の民法改正は、この提案に立脚してなされたものである。

- ③ 平成23年民法改正により導入された親権停止審判の制度は、親権を全面的に制限するものではあるが、要件・効果の両面において、親権喪失審判よりも緩やかな制度となっている。そのため、親権喪失審判と比べてより積極的に活用することが期待されている。
- ④ なお、平成23年の民法改正では、親権停止制度が導入されただけでなく、親権が「子

の利益のために」行使されるべきことが明確にされた。具体的には、身上監護権に関する基本規定というべき民法第 820 条において、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、義務を負うと規定されたほか、親権喪失の要件も「子の利益」の観点に立脚したものに改められた。

## (2) 親権喪失の基本情報(要件、効果等)

### ① 要件

親権喪失が認められるのは、「父又は母による虐待又は悪意の遺棄があるときその他父又は母による親権の行使が著しく困難又は不相当であることにより子どもの利益を著しく害するとき」である(民法第 834 条)。ただし、2 年以内に親権喪失の原因が消滅する見込みがあるときには、親権喪失は認められない。そのような「見込み」があるときには、後述の親権停止審判により対応することが想定されている。

「父又は母による虐待又は悪意の遺棄があるとき」の文言は、「父又は母による親権の行使が著しく困難又は不相当であることにより子の利益を著しく害するとき」の例示であると解されている。

親権喪失については、従前、要件が「父又は母が、親権を濫用し、又は著しく不行跡であるとき」と規定されており、親権喪失が認められるためには親の帰責性が必要であるとの理解も有力であった。今般平成 23 年の民法改正によって、子どもの立場からみてその利益が害される場合には親権喪失が利用できるように改められたことにより、たとえば、親が重度の精神疾患に罹患している場合など、親権を適切に行使できていないことについて親に責任があるとはいいがたい場合にも、親権喪失制度を利用できることが明確になった。

### ② 申立権者

親権喪失審判の申立てを行うことができるのは、i) 子ども、ii) 子どもの親族、iii) 子どもの未成年後見人、iv) 子どもの未成年後見監督人、v) 検察官、である。また、児童福祉法第 33 条の 7 の規定により、vi) 児童相談所長にも申立権がある。平成 23 年の民法改正で、子ども自身やその未成年後見人等にも親権喪失審判の申立権が認められることとなった。子どもは親権喪失により直接かつ重大な影響を受ける存在であることから、申立権が定められたものである。子どもに申立権が認められたことは画期的であるが、児童相談所長が必要な申立てを子どもに委ねることがあってはならない。子どもによる申立ては最後の手段であって、その後の親子関係等を考えれば、基本的には子どもが申立てをしなければならない事態は好ましくない。

### ③ 効果

親権喪失の審判は、父又は母の親権を全面的に、かつ期間の制限なく、行使できなくさせるものである。親権停止の場合とは異なり、親権喪失審判がなされたときには、当該親権者は、子どもの養子縁組への同意権も有しない(民法第 797 条参照)。

もっとも、後述のとおり、親権喪失審判取消の審判により親権が復活する余地はある。

### ④ 戸籍への記載

親権喪失審判が確定すると、子どもの戸籍にその旨の記載がなされる。

### (3) 親権停止の基本情報(要件、効果、再度の申立て等)

#### ① 要件

親権停止が認められるのは、「父又は母による親権の行使が困難又は不適當であることにより子の利益を害するとき」である（民法第 834 条の 2）。親権行使が困難または不適當である程度が「著しく」ない場合でも、また子どもの利益を害する程度が「著しく」ない場合でも、認められるという点において、親権喪失審判よりも緩やかな要件とされている。なお、精神疾患により親権行使が困難である場合など、親に責任があるとは言いがたい場合にも、親権停止制度が利用できることは、親権喪失について述べたところと同様である。

#### ② 申立権者

親権停止審判の申立権を有する者は、親権喪失審判の場合と同様、i) 子ども、ii) 子どもの親族、iii) 子どもの未成年後見人、iv) 子どもの未成年後見監督人、v) 検察官及びvi) 児童相談所長である。

#### ③ 効果

親権停止の審判がなされると、当該親権者の親権は、裁判所の定める期間内、全面的に停止される。もっとも、子どもが養子縁組をすることについての同意権は行使することができる（民法第 797 条）。

親権停止の期間は、「2 年を超えない範囲」で裁判所が定めることとされている。裁判所は、親権停止の原因が消滅するまでに要すると見込まれる期間、子ども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、その期間を定める。なお、実際には、申立ての時点では親権停止のために必要な期間を明確に決定できない場合も多く存在すると考えられる。その場合には、児童福祉法第 28 条審判に基づく施設入所が認められる期間が 2 年間であることと軌を一にして、親権停止の期間は 2 年間とされることとなると考えられる。なお、このように解しても、取消しの制度を活用することにより親権の過度の制約を回避することが可能である。

また、親権停止期間中であってもその取消しにより親権が復活する可能性があることは、親権喪失審判の場合と同様である。

なお、親権停止中の親子への支援については、第 10 章を参照。

#### ④ 戸籍への記載

親権停止審判も親権喪失審判と同様、子どもの戸籍にその旨の記載がなされる。

#### ⑤ 再度の申立て

親権停止審判については、その期間を更新・延長する規定はない。そのため、当初認められた親権停止期間が満了してもなお親権を停止する必要があると考えるときは、再度、親権停止審判の申立てを行うことになる。

再度の申立ては、確定に要するであろう時間を考慮して、当初の親権停止期間の満了より早めに行う必要があるので留意されたい。再度の親権停止審判が確定する前に当初の期間が到来する場合、後記の保全処分によって暫定的に親権の執行を停止することを検討する。

#### (4) 管理権喪失の基本情報(要件、効果等)

##### ① 要件

「父又は母による管理権の行使が困難又は不相当であることにより子の利益を害するとき」には、管理権のみを喪失させることができる（民法第 835 条）。従前は「管理が失当でその子の財産を危うくしたとき」が要件であったが、平成 23 年の民法改正によりその対象が拡大され、必ずしも子どもの財産の減少を招くような場合でなくても、例えば子どもが第三者と契約をする際に、親権者が正当な理由なく同意せず、そのために子どもの利益が害されていると評価される場合などにも、管理権喪失が認められることとなった。

親権喪失の要件と比べて「著しく」と書かれておらず、要件が緩和されているのは、管理権喪失が実質的に親権の一部の制限であることによる。

##### ② 申立権者

申立権者は親権喪失審判・親権停止審判と同様、i) 子ども、ii) 子どもの親族、iii) 子どもの未成年後見人、iv) 子どもの未成年後見監督人、v) 検察官、vi) 児童相談所長である。児童相談所長は従前、管理権喪失宣告の申立権を有していなかったが、平成 23 年の法改正で申立権者に加えられた。

##### ③ 効果

管理権喪失審判の効果は、財産管理権の期限の定めのない喪失である。期限の定めがないこと、つまり子どもが成人するまで効力が維持される点は、親権喪失審判に類似している。両者の違いは、身上監護権まで喪失するか否かである。

また、管理権喪失審判についても、取消しの審判により管理権が復活する余地がある。

##### ④ 戸籍への記載

子どもの戸籍に、管理権喪失の旨の記載がなされる。この点も親権喪失・親権停止と共通する。

#### (5) 保全処分の申立て

親権喪失、親権停止及び管理権喪失のいずれも、急を要する場合においては、暫定的に親権者の親権又は管理権の執行を停止させるなどの必要な処分（審判前の保全処分）を求めることができる（家事事件手続法第 105 条）。

具体的には、親権者の職務執行を停止する決定と、代わりに親権を行使する職務代行者の選任が可能とされている（家事事件手続法第 174 条）。職務代行者としては、医師、弁護士、児童相談所長、親族等が選任された例がある。

この保全処分は、本案たる審判事件が裁判所に係属しているときに限って認められるものであるから、保全処分を求めるときにはこれに先立って、又は同時に、審判事件の申立ても必要となることに注意しなければならない。

#### (6) 親権喪失、親権停止及び管理権喪失審判の取消しの基本情報

親権喪失、親権停止及び管理権喪失の各審判は、いずれも、「その原因が消滅したとき」には、家庭裁判所がそれぞれその取消しの審判をすることができる（民法第 836 条）。

取消しを請求する権限を有するのは、本人又はその親族のほか、児童相談所長である（児童福祉法第 33 条の 7）。

取消しの審判が確定すると、その旨が子どもの戸籍に記載される。

#### (7) 親権喪失等に伴う未成年後見人の選任

父母の両方について親権喪失審判又は親権停止審判がなされた場合や、単独親権者について親権喪失審判又は親権停止審判がなされた場合には、子どもに対して親権を行う者がいなくなる。このような場合、その子どもについて後見が開始する（民法第 838 条）。管理権喪失審判により子どもに対して管理権を行う者がいなくなる場合も、同様に後見が開始する。

親権喪失等によりこのような事態が生じる場合には、親権喪失等と併せ、未成年後見人選任の申立ても行うことが通例である。もっとも、子どもが一時保護中または里親等委託中であれば児童相談所長が、施設入所中であれば当該施設の施設長が、それぞれ「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」ものとされている（児童福祉法 33 条の 2、47 条第 1 項、同条 2 項）ので、この規定により認められる親権代行を活用することも考えられる。

#### (8) 親権喪失、親権停止、管理権喪失、児童福祉法 28 条の使い分け

以上に検討してきたとおり、児童虐待事案に対応するための親権制限の制度には種々のものがある。これらに加え、児童福祉法 28 条の規定による施設入所承認審判（以下「28 条審判」という。）がなされた場合も、親権は事実上制約を受ける。

そこで、要件も効果も異なるがいずれも親権の（事実上の）制約をもたらすこれらの制度を、具体的な事案にあたってどのように選択し、使い分けるかを確認しておく。

使い分けが問題となるのは、主として、i) 親権喪失審判と親権停止審判、ii) これらと管理権喪失、iii) 親権停止と 28 条審判、である。

##### ① 親権喪失と親権停止の使い分けについて

この両制度は、要件として親権喪失のほうがより厳格であることと、効果として親権が制限される期間が異なることを除き、その他の点は概ね共通している。そのため、権利の制限はその目的を実現するため必要最小限度にとどめられるべきとの一般論に即して、制約の程度が低い親権停止制度を利用することをまず検討し、それでは目的が実現できない場合に親権喪失制度の利用を検討するべきものと考えられる。また、親権喪失審判は、その効果が大きいことから、親権停止審判に比して、親が子の監護に当たる意欲を減退又は喪失させるおそれが相対的に高いものと考えられるから、この点からも、まずは親権停止審判を優先的に検討すべきである。

例外的に親権停止を経ずに直ちに親権喪失に及ぶべき事案としては、例えば性的虐待事案において典型的に見られるように、当該親権者と子どもとの再統合がおおよそ想定できないといえるような場合がこれにあたる。

##### ② 管理権喪失の適用場面

管理権喪失審判は管理権のみを失わせるものであるため、その適用場面は、親権者の有する問題点が財産管理権の面に限定される場合、言い換えれば、身上監護権の行使については、

これをはく奪するほどの問題はないと思われる場合が想定される。

一方、親権停止によっても財産管理権の行使を制限できるが、その効果は2年間に限られ、これを超えて制限する必要があるときは、再度の申立てをせざるを得ない。この点、管理権喪失審判は期限の定めがないため、子どもが成人するまで安定的に制限できる利点がある。

### ③ 親権停止と28条審判の使い分け

ア. 児童相談所が未成年者を施設入所させたいが親権者がこれに同意しない場合、従前は、児童福祉法第28条に基づく家裁の承認の審判を得て入所措置を行ってきた。しかし、今般平成23年の法改正により、入所措置は、親権停止審判を得たうえで、未成年後見人又は親権代行権者の同意によってこれを行うこともできるようになった。そこで、この使い分けを検討しておく必要がある。

両者の違いは、その法制度上の位置づけ（28条審判は直接的には、行政庁が措置を行うことを承認する公法上の制度である）にあるほか、i）親権停止審判は子の戸籍への記載がなされるが28条審判ではなされないこと、ii）親権停止審判は親権全体を一時的とはいえ剥奪するが、28条審判では、施設入所がなされることの反射的效果で親権の一部（特に身上監護権の一部）が制約されるにとどまること、などにある。また、iii）28条審判には更新の制度があること（児童福祉法第28条第2項）、iv）児童虐待防止法上の接近禁止命令（児童虐待防止法第12条の4）を利用できるのは28条審判の場合に限定されることなども相違点である。

上記i・iiの相違点から、親権者に対しては一般的に、28条審判よりも親権停止審判のほうがより強い心理的衝撃を与え、将来において当該未成年者の監護にあたる意欲を減退または喪失させるおそれ大きいものと考えられるので、子を施設入所させることが主たる目的である場合には、まずは28条審判で対応することを検討し、これが不適切または不十分な場合に、親権停止審判を検討することが妥当である。

イ. 28条審判では不適切な場合としては、以下のような場合が想定される。

(7) 親権者の親権を停止させることが、子どもの心理的安定のため特に有用ないし必要であると考えられる場合

子どもが、28条審判により物理的に親権者から離れるだけではなお安定した生活を送ることができないような心理的状态にある場合などに、法的な意味でも親子分離が図られることで子どもの心理的安定を導くことができる場合がありうる。

(i) 子どもを入所させるべき児童福祉施設の種別が特定し難い場合

28条審判では、原則として、入所させるべき児童福祉施設の種別を特定して申し立てるべきものと考えられている（東京高等裁判所平成15年12月26日決定：家庭裁判月報56巻9号35頁）。実務上は、2種類程度の種別の施設を選択的に示して入所承認を得るケースもみられるが、子どもの状況により、申立て時点においては適切な施設種別をすべて特定することが困難な場合も想定される。このような場合、28条審判では、承認を得た種別の施設以外の施設

に措置変更するためには改めて 28 条審判を得なければならないが、親権停止審判を得ておけば、未成年後見人等の同意により措置変更を行うことができ、機動的な対応が可能となる。

ウ. 28 条審判では不十分な場合としては、以下のような場合が想定される。

親権者が、子の進学、労働、就職等に関して強く干渉してくることが予想される場合、施設入所後に子どもが進学を迎え、又はアルバイトを始める場合などに、親権者の同意が必要とされる場合が生じうる。子どもが就職したり、アパートの賃貸借契約を締結するなど、施設を退所して自立の準備を進める際にも同様である。

このように財産管理権（法定代理権を含む）について問題が生じることが予想される場合、28 条審判では施設長等の権限が及ばず対応することが困難である。そのため、親権停止審判を得ておくほうが有用である。

④ 子どもの年齢が 18 歳に迫っているか、又はすでに 18 歳になっている場合

28 条審判は児童福祉法上の制度であるため、子どもが 18 歳に至っていれば、基本的に新たに措置を開始することは難しい（児童福祉法第 4 条第 1 項、第 27 条、第 31 条参照）。そのため、子どもがすでに 18 歳に達していれば 28 条審判を得られないため、かかる場合には親権停止審判によるほうが望ましい（なお、児童相談所長には、18 歳以上 20 歳未満の児童についても、親権停止審判等の申立てを行う権限がある。児童福祉法第 33 条の 7）。

また、申立て時点では 18 歳を迎えていなくても、審判が確定するまでに 18 歳になる可能性のある場合も、同様に親権停止審判によることを検討するべきである。

さらに、子どもがすでに 17 歳に達しているなど、28 条審判を得たとしてもその効果が存続している期間内に 18 歳を迎えることが確実な場合、28 条審判であれば在所期間延長手続に先立って児童福祉法第 28 条第 2 項に基づく更新審判を得ておくこととなるが、短期間に複数回の審判を得ることが負担となるような事情が存するのであれば、より手続的負担の軽い方策として、当初より親権停止審判を得ておくことが有用な場合があり得る。

ただし、親権停止審判を得たとしても、その時点で子どもが 18 歳になっていれば児童福祉法上の措置を開始することはできないので、その後の監護は未成年後見人等がこれを行うことになる。

⑤ 親族など、児童福祉施設以外の社会資源を活用したい場合

28 条審判は児童福祉法上の制度であるため、家庭裁判所の承認を得て入所させることができるのは、同法第 27 条第 1 項第 3 号所定の児童福祉施設等に限られる。そのため、祖父母をはじめとする親族に子を監護させるなど、児童福祉法第 27 条第 1 項第 3 号の定める児童福祉施設等以外の資源を活用することが想定される場合には、28 条審判では十分に対応することができない。このような場合には親権停止審判を得て、監護を委ねる者を未成年後見人に選任するなどの方法が適切である。

## 4. 児童相談所長の権限と親権との関係

### (1) 児童相談所長の権限の概要

一時保護をした子どもに「親権を行う者又は未成年後見人のないもの」については、児童相談所長は「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」とされている（児童福祉法第33条の2第1項本文）。ただし、子どもが15歳未満であるため、その法定代理人として養子縁組の承諾をする場合には（民法797条）、「厚生労働省令（注・児童福祉法施行規則36条の28）の定めるところにより、都道府県知事の許可を得なければならない」とされている（児童福祉法第33条の2第1項ただし書）。

親権を行う者がいないとは、親権者が死亡したり行方不明である場合のほか、親権停止、親権喪失によって親が親権を行使できなくなっている場合を含む。親が管理権を喪失しているにすぎず、身上監護権を失っていない場合は、「親権を行う者がいない」とは言い難く、児童福祉法33条の2第1項を適用することはできないと考えられる。この場合、子どもの財産管理を行う必要があるときは、民法の原則に照らし未成年後見人の選任を要する。

次に、一時保護をした子どもに「親権を行う者又は未成年後見人のあるもの」については、児童相談所長は「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」とされている（児童福祉法第33条の2第2項。この規定に基づく措置を、ここでは「監護措置」という）。

監護措置の範囲は、概ね親権のうちの身上監護権と等しく、明文の規定はないが児童に対する医療行為への同意権も含まれるものと解される。一方、財産管理権や法律行為に対する法定代理権は含まれないが、子どもがアルバイトで得た報酬など僅少な財産については、監護の一環として児童相談所長の権限が及ぶと解する余地はあるものと思われる。

児童相談所長の監護措置と親権との関係が問題になるが、親権者は児童相談所長による監護措置を「不当に妨げてはならない」とされている（児童福祉法第33条の2第3項）。しかし、法文上では、親のどのような行為が「不当」に当たるか、「不当に妨げ」られた場合の対応などについて明らかにされておらず、このままでは十分な活用が困難である。そこで、後記の「児童相談所長又は施設長等による監護措置と親権者等との関係に関するガイドライン」（平成24年3月4日付け雇児総発0309第1号厚生労働省雇用均等・児童家庭局総務課長通知）により、具体的な例示が提供されている。

また、いわゆる医療ネグレクトの場合、従来、親権喪失宣告及びその保全処分が活用されてきた。平成23年民法改正後は、親権停止審判制度の新設により、親権喪失に代わって親権停止が多く活用されることが想定されるが、緊急性が高く、法的手続をしては間に合わない事態も想定される。このような場合、児童相談所長の監護措置（この場合は、主に医療同意）は、「児童の生命又は身体の安全を確保するため緊急の必要があると認めるときは、その親権を行う者又は未成年後見人の意に反しても、これをとることができる」とされている（児童福祉法第33条の2第4項）。

ところで、緊急の場合の第4項を「反対解釈」とすると、子どもの生命等の安全を確保するため緊急の必要がある場合以外は、児童相談所長は親権者等の意に反しては監護措置をとってはなら

ないようにも思われるが、この解釈は適当ではないと考えられる。緊急性が認められない場合について、第4項は何も言っておらず、一般的な原則に委ねる趣旨と解するのが相当である。例えば、上記のように、児童相談所長は自らがとる監護措置について親権者等から不当に妨げる行為があった場合には、当該行為にかかわらず、子どもの利益を保護するために必要な監護措置をとることができる。また、そもそも親権は子どもの利益のために行使しなければならないことに照らせば（平成23年改正後の民法第820条）、一般に、親権行使が子どもの利益を害するときは、正当な親権の行使とはいえず、必ずしも親権者の意向が尊重されるべきとは言えないものと考えられる。

## (2) 監護措置を不当に妨げられた場合の対応

### ① ガイドライン

児童福祉法第33条の2第3項は、親権者又は未成年後見人は児童相談所長の監護措置を「不当に妨げてはならない」と定め、親権者等の親権行使と児童相談所長の監護措置との関係を調整している。しかしながら、親権者等は自らの行為を「不当」とは考えていないであろうから、児童相談所長が親権者等に対し妨害を止めるよう求めたとしても、親権者等の行為の不当性をめぐって平行線になるおそれがある。また、仮に親権者等の行為が「不当」であるとしても、条文上、児童相談所長がどのような対応をすることができるのか必ずしも明らかでない。

そこで、「児童相談所長又は施設長等による監護措置と親権者等との関係に関するガイドライン」が公表された。

### ② ガイドラインの趣旨

すでに説明したとおり、児童相談所長は、その一時保護処分をした児童に親権者等がいる場合であっても、「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」とされている（児童福祉法第33条の2第2項）。そして、親権者等からこれを不当に妨げる行為があったとしても、児童相談所長はかかる妨害にかかわらず、子どもの利益を保護するために必要な措置をとることができる。

換言すると、児童相談所長の監護措置を不当に妨げる行為は、すなわち直接的または間接的に児童の利益を害する行為にほかならず、かかる親権行使は民法第820条の趣旨に照らし許されないから、親権者の意に反して監護措置をとったとしても、権限の濫用にならないと考えられる。親権が子の利益のためにあることを考えれば当然のことといわなければならない。

このような考え方に立って、ガイドラインは児童相談所等における対応に資するよう、親権者等による「不当に妨げる行為」に関する考え方、対応方法等について示すものである。

### ③ 不当に妨げる行為の事例

ガイドラインは、ア) 態様、手段が適切でない場合、イ) 親権者等の意向に沿った場合に子どもに不利益を与えると考えられる場合、ウ) その他の3つに分けて事例を示している。詳細はガイドラインをあたっていただきたいが、比較的よく見られる事例を抽出すると次のとおりである。

- ア. 親権者の行為の態様、手段が適切でない場合
  - ・ 親権者が暴行、脅迫等により自分の子どもや他の入所児童等、職員等に危害を加える行為
  - ・ 子どもを強引に連れ去る行為
  - ・ 児童相談所、施設等の敷地内に立ち入り、退去を求めたにもかかわらず退去しない行為
  - ・ 面会・通信の制限又は児童相談所、施設等の拒否にもかかわらず子どもと面会等を行う行為
  - ・ 児童相談所や施設において騒音、振動を立てる行為
- イ. 親権者等の意向に沿った場合に、子どもに不利益を与えると考えられる場合
  - ・ 子どもに金銭の提供等を要求する行為
  - ・ 子どもと親族等の第三者との面会や交流を正当な理由なく妨げる行為
  - ・ 子どもに必要とされる医療（医療機関（精神科を含む。）での診察、検査、治療（薬物療法、処置、手術等）など。入院によるものを含む。）を正当な理由なく受けさせない行為（いわゆる医療ネグレクト。宗教的理由により受診を拒否する場合、通常は治療を要する傷病であるにもかかわらず、放置しても治ると主張して受診を拒否する場合などを含む。）
  - ・ 子どもに必要とされる予防接種や健康診査等の保健サービスを正当な理由なく受けさせない行為
  - ・ 障害のある子どもについて、特別支援学校又は小中学校（特別支援学級を含む。）を就学先とすることを不服として、当該児童をいずれの学校にも就学させない行為
  - ・ 正当な理由なく、子どもの意思に反し、子どもが通う学校の退学手続や休学手続を行う行為
  - ・ 子どもに過剰の金銭又は物品を与える行為
- ウ. その他
  - ・ 親権者等の主張の内容に明らかに論理的な混乱が見られ、子どもの安定した監護に支障がある場合

以上の事例をみると、「不当」とされる行為は、基本的に直接的または間接的に子どもの利益に反する行為であると言える。児童相談所職員に対する暴行脅迫や誹謗中傷は、一見子どもの利益そのものとは関係がないように見えるが、子どもの福祉のために必要とされた一時保護に対し、その存立基盤そのものを攻撃し、一時保護所における子どもの生活を危うくし、結局、子どもの福祉を損なう行為である。子どもに過剰な金銭や物品を与える行為も、それ自体、子どもの経済観念を狂わせ、将来浪費家になるおそれがあるほか、一時保護中も他の子どものねたみを買ひ、いじめられるなど、他の子どもとの関係を悪化させるおそれがある。

ところで、ガイドラインの示す具体例には、「正当な理由なく」という言葉が含まれていることが少なくない。例えば、医療行為を受けさせない行為は、常に「不当」とされている

わけではなく、「正当な理由なく」医療行為を受けさせない場合に「不当」と評価されているのである。これは同義反復のように思われるが、この種の具体例を挙げる際の限界ともいえるであろう。医療行為の例に則して言えば、親がある特定の医療行為を受けさせない場合、その理由はさまざまである。医療行為を受けさせないことが「不当」と評価される典型例としては、懲らしめとして医療行為を受けさせない場合とか、死亡を期待して受けさせない場合などが考えられる。一方、医療行為を受けさせないことが「正当」と評価される典型例としては、リスクが高い割に効果が薄い医療行為を避ける場合などが考えられる。そして現実にはこの「不当」と「正当」の間に、判断に迷うさまざまなケースが想定される。

したがって、ガイドラインを目安としつつ、具体的事例において当該児童の利益とは何か、福祉とは何かをよく検討する必要がある。検討にあたっては親権者の言わんとするところを的確に理解するとともに、必要に応じて児童相談所に協力する第三者（自治体によってはこのような専門家を確保しているところもある）、児童福祉審議会などの意見を求めることも考えられる。

親権者の行為が「不当」とは認められない場合、基本的には児童相談所長は親権者の意向を尊重する必要がある。この点、当不当にかかわらず児童相談所長の権限が親権に優先するわけではない。児童の権利に関する条約第5条は、「締約国は、児童がこの条約において認められる権利を行使するに当たり、父母…がその児童の発達しつつある能力に適合する方法で適当な指示及び指導を与える責任、権利及び義務を尊重する」と定めている。

#### ④ 不当に妨げられた場合の対応

監護措置を不当に妨げられた場合にも、児童相談所長はかかる妨害にかかわらず、子どもの利益を保護するために必要な措置をとることができる。とはいえ、その前提として、急を要するためにいとまがない場合を除き、親権者に対しては子どもの利益を十分に説明し、理解を得ることが望ましい。

理解が得られない場合、児童相談所長は監護措置をとることができるが、なお不当に妨げる行為に苦慮し、子どもの安定した監護に支障を及ぼす場合には、適切な対応を講じる必要が生じる。ガイドラインは、面会通信の制限及び接近禁止命令といった児童虐待の防止等に関する法律に定められている対応、親権喪失や親権停止といった民法に定められている対応、子どもの生命又は身体の安全を確保するため緊急の必要がある場合の対応である児童福祉法第33条の2第4項などをあげている。

実際には、親権者の行為に応じた対応をとることになると考えられる。例えば、児童相談所職員に対する暴行脅迫や一時保護所の業務に対する妨害、一時保護所から不退去などについては、刑事的な対応が適切と考えられる。子どもの強引な連れ去りは、児童虐待防止法第12条の面会交流の制限や、同法第12条の4の接近禁止命令、実際に連れ去られた後は親権制限、人身保護請求、刑事的な対応が考えられる。子どもの財産を危うくする行為に対しては、未遂のときは親権制限（とりわけ管理権喪失）が考えられ、既遂の場合は民法第93条但書の類推適用により法律行為の無効を主張することを検討すべきである。第三者との面会の妨害などについては、親に知られないように実施する方法を検討することになる。医療行為への不同意は、後記のとおり医療ネグレクトとして対応する。勝手に退学届を提出する場

合は、学校とよく話し合っ、受理しないよう交渉することになる。以上はあくまで例示であり、具体的なケースに即して、弁護士や警察にも相談して対応することが望まれる。

### (3) 医療ネグレクトに対する対応

#### ① 通知

医療ネグレクトについては、「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」（平成 20 年 3 月 31 日雇児総発 0331004 号厚生労働省雇用均等・児童家庭局総務課長通知）があり、親権喪失宣告申立て及びその保全処分を利用して対応することを示していたが、平成 23 年民法改正により親権喪失制度に加えて親権停止制度が新設され、医療ネグレクトにおいても要件が緩和された親権停止を活用する方が対応しやすいと思われるため、新たな通知が発出された。（「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」（平成 24 年 3 月 9 日雇児総発 0309 第 2 号厚生労働省雇用均等・児童家庭局総務課長通知）

これに伴い、同名の前記通知は廃止された。

#### ② 通知の対象となる事例

保護者が子どもに必要とされる医療を受けさせないことにより子どもの生命・身体に重大な影響があると考えられ、その安全を確保するため医療行為が必要な事例であって、医療機関が医療行為を行うに当たり親権者等による同意を必要とするものの、親権者等の同意が得られないため、医療行為を行うことができない場合が対象となる。これには精神科医療も含まれる。

「子どもの生命・身体に重大な影響」とあるのは、軽微なものについてまで介入するのを避ける趣旨と思われるが、平成 23 年民法改正により親権喪失より軽度なレベルで親権停止を行うことができるようになったこととの関係で、おそらく従前のような重大な医療ネグレクト（多くの場合、生命に現実の危険があるほど重大なもの）に限定されず、より軽度なレベルであっても医療ネグレクトとして対応できるのではないかと考えられる。したがって、「重大」性に過度にこだわる必要はないと考えられる。

#### ③ 対応の概要

##### ア. 基本

子どもに親権者がいない場合（すべての親権者について親権が停止され、かつ未成年後見人が選任されていない場合を含む）は、里親委託又は一時保護あるいは未成年後見人の選任請求（児童福祉法第 33 条の 8 第 2 項）に係る子どもの場合には児童相談所長が親権を代行できるし、施設入所措置に係る子どもの場合には施設長が親権を代行できる。これらの場合には、衝突する親権行使が想定されないから問題は少ない。この場合、精神保健福祉法上の医療保護入院のために保護者として同意することも可能であると考えられる。

これに対し、子どもに親権者がいる場合であっても、児童相談所長は監護措置の一環として子どもに対する医療行為に同意することができる。ただ、監護措置は親権そのものではないから、法令上親権者の権限と明記されている事項については、

基本的に及ばないと解されている。例えば、前記の医療保護入院の同意は保護者によってなされなければならないところ、「親権を行う者」は保護者となるが（精神保健福祉法第20条1項本文）、親権者が他にいる場合には監護措置を行う児童相談所長は「親権を行う者」とは言えないため保護者になれず、よって医療保護入院の同意権はないものと解されている。

このように同意の主体が「親権を行う者」とされている場合、親権制限手続なしに児童相談所長が対応するのは困難であるが、それ以外の一般的な医療同意権は児童相談所長が監護措置の一環として行使できる。そして、ガイドラインに関して述べたところと同様に、親権者が正当な理由なく子どもに必要な医療行為に同意しないときは、「不当に妨げる行為」（より正しくは不当な親権不行使）に当たるものと考えられるから、児童相談所長は親権者の意向にかかわらず、子どもの福祉のために必要な医療行為に同意することができる。

しかしながら、児童相談所長が医療機関に対し単に医療行為の実施を求めたとしても、医療機関があくまで親権者の同意を求めたり、あるいは親権者からの妨害をおそれて医療行為の実施を手控え、結果として子どもの監護に支障が生じる場合がある。そのような場合、主に親権停止審判請求及びその保全処分としての親権者職務執行停止決定の申立てをする方法と、緊急の場合の児童福祉法第33条の2第4項を利用する方法がある（通知では、親権停止を利用する方法と、保全処分を利用する方法を並列的にあげているが、実務上は親権停止審判請求をしながら保全処分の申立てをしないことはほとんどないと考えられるため、ここでは両者を分けずに解説することとする）。

#### イ. 親権停止審判請求及び保全処分

児童相談所長がその権限において子どもに必要な医療行為を実施させることができるとしても、肝心の医療機関が親権者の同意を求め、それが無い限り医療行為を実施しないことがある。また、児童相談所長としても医療行為が必要だと考えるが、親権者の反対も全く不合理とは言い切れない場合などがある（例えば、手術のリスクがやや高い場合など）。そのような場合、医療行為を実施する前に裁判所に親権制限の審判を請求し、裁判所が当該医療行為に反対する親権者の対応を「不当」と判断すれば、児童相談所長も医療機関も安心して当該医療行為を実施することができる。医療ネグレクトにおいて、事前に裁判所の判断を求めることは有益であると思われる。

従来、この方法としては親権喪失宣告請求しかなかったが、平成23年民法改正により、要件を喪失に比べて緩和した親権停止審判制度が導入された結果、こちらを利用するのがスタンダードとなった。

親権停止は2年以内の期限を定めて親権を停止する審判であり、審判の確定によってその効力が生じると、親は親権を行使できなくなる。そうすると、児童福祉法上、親権を行う者がいなくなったことになるから、子どもが一時保護中であれば児童相談所長が親権を代行することになる。すでに述べているとおり、子どもに対す

る医療同意権は親権に含まれると解されているから、児童相談所長が親権に基づいて同意し、医療行為が実施されることになる。この点、民法の原則では親権停止となると、停止された親権者に代わって親権を行使する未成年後見人を選任する必要があるが、一時保護中であれば児童福祉法による親権代行の規定があるため、必ずしも未成年後見人の選任は必要ない。

親権停止の審判の効力は審判が確定しないと生じないため、例えば審判に対し親権者が即時抗告をすると事件は高等裁判所に移り、高等裁判所の判断が出るまで確定せず、審判の効力も生じない。これでは時間がかかりすぎるため、実務上、審判前の保全処分が使われる。親権停止の保全処分としては、親権停止の審判の効力が生じるまでの間、親権者の職務の執行を停止し、又はその職務代行者を選任することができる（家事事件手続法第 174 条第 1 項）。ここでも、一時保護中であれば児童福祉法による親権代行の規定があるため、職務代行者の選任は必要ない。

以上を踏まえて、典型的な例を想定してみたい。医療ネグレクトが生じた子どもについて、病院から通告を受けた児童相談所は、直ちに病院と打ち合わせて、子どもの状況や医療行為の必要性等について把握する。医療行為が必要との判断に至れば、直ちに親権者に対し医療行為への同意を促す。同意が得られない場合は、児童相談所長は一時保護委託を実施し、家庭裁判所に対し、親権停止審判を請求するとともに、その保全処分として親権者職務執行停止決定を申し立てる。裁判所は保全処分を先に審理し、親権者の意見も聞いた上で、親権者の不同意が不相当であり子どもの利益を害していると判断すれば、親権者職務執行停止決定を発する。保全処分は親権者に告知された段階で効力が生じる。親権者の職務執行が停止され、親権を行う者がいなくなると、児童相談所長は児童福祉法第 33 条の 2 第 1 項に基づき親権を代行できるようになるから、その親権代行に基づいて病院に対し子どもへの医療行為に同意する。病院は児童相談所長の同意により医療行為を実施する。無事に成功した後、なお親権停止の必要があればそのまま本案の審判を得るべく努める。もはや親権停止の必要がなくなれば、本案を取り下げる。

- ウ. 子どもの生命・身体安全確保のため緊急の必要があると認めるときに親権者等の意に反しても行うことができる旨の規定に基づく児童相談所長等による措置

親権停止審判を請求する時間的余裕もないときは、児童福祉法第 33 条の 2 第 4 項に基づいて児童相談所長等が医療行為に同意することができる。

先に述べたとおり、精神保健福祉法上の医療保護入院にかかる保護者の同意については、そもそも児童福祉法第 33 条の 2 第 2 項の権限に含まれていないと解されているから、これらの権限を前提とした同法第 33 条の 2 第 4 項の措置によって同意することはできず、親権停止によらざるを得ない。

- エ. 方法の選択

親権停止の方法と児童福祉法第 33 条の 2 第 4 項による方法とのいずれを選択すべきかについては、原則として緊急性の程度によって判断する。すなわち、親権停

止審判を請求する時間的余裕がないほど緊急性が高いときは、児童福祉法第 33 条の 2 第 4 項の方法による。

現実的には、数日の猶予しかない場合は直ちに児童福祉法第 33 条の 2 第 4 項により必要な医療行為に同意し、それ以上に猶予があるときは、親権停止審判を請求する準備を進め、その途中で事態が切迫すれば、その段階で児童福祉法第 33 条の 2 第 4 項により必要な医療行為に同意してそれを実施することになる。

#### (4) 施設入所中又は里親等委託中の場合

児童が児童福祉法第 27 条第 1 項第 3 号により児童福祉施設に入所している場合や、里親等に委託されている場合も、基本的に児童相談所長に関して述べたところと同じである。

ただし、里親等に委託されている場合で、子どもにつき親権を行う者がいないとき、親権を代行するのは児童相談所長であることに留意されたい（児童福祉法第 47 条第 2 項）。

また、児童福祉法第 33 条の 2 第 4 項と同じ趣旨の同法第 47 条第 5 項に基づき監護措置をとったときは、施設長等は措置をした都道府県知事等に報告をしなければならない（児童福祉法第 47 条第 5 項後段）。

## 5. 法的分離手続の実際

### (1) 各種申立書はどのように記載するか

#### ① 家庭裁判所への家事審判事件の申立て

ア. 申立てに当たっては、その趣旨及び事件の実情を明らかにし、証拠書類がある場合には、同時にその原本又は謄本を提出する。

イ. 書面で申立てをする場合には、申立書に (i) 当事者の氏名、住所、代理人があるときは代理人の氏名、住所、(ii) 申立ての趣旨及びその実情、(iii) 申立年月日、申立裁判所、を記載して、申立人又は代理人が署名押印する。

ウ. 申立てに当たっては、定型の申立書式があるが、必要な内容が記載されていれば、必ずしも定型書式を使用しなくてもよい。

#### ② 児童福祉法第 28 条による子どもの里親委託又は児童福祉施設等への入所措置の承認

(子どもの虹情報研修センターホームページに申立書記載例が掲載されているので参照するとよい。)

ア. 根拠 児童福祉法第 28 条第 1 項

イ. 申立権者 都道府県（地方自治法第 153 条により児童相談所長に委任できる。）

ウ. 管轄 子どもの住所地の家庭裁判所

エ. 申立費用 収入印紙代、郵便切手代（各家庭裁判所によって定めた額。）

オ. 添付書類 子ども、親権を行う者または保護者等の戸籍謄本、児童相談所長が申し立てる場合には、児童相談所長の在職証明書（児童相談所への任命辞令の写し、申立権が委任されている旨の知事名の公文書等）が必要である。家庭裁判所によっ

ては、次回からの申立てでは、初回の申立事件番号を付記し、在職証明書のコピー添付でよいと取り決めている庁もある。

カ. 申立の趣旨欄には、求める審判内容を記載する。具体的には、「申立人が事件本人〇〇〇〇（平成〇年〇月〇日生）を児童養護施設に入所させることを承認する、との審判を求める」、「申立人が事件本人〇〇〇〇（平成〇年〇月〇日生）を里親に委託すること、または児童養護施設に入所させることを承認する、との審判を求める」などと記載する。

キ. 申立ての実情欄には、事件の概要、経過、子どもが虐待を受け、あるいは著しく子どもの福祉が害されている状況及び問題点、解決課題等、必要な事項を簡潔に摘記し、重要な参考になる事項を付記する。

ク. 提出書類

虐待又は保護者の監護が不適切で子どもの福祉が著しく害されており、保護者に子どもの監護を任せておいては将来子どもの福祉を損なう恐れがある旨の証明に役立つと思われる証拠資料を整えて提出する。証拠資料は、申立て時に間に合わなければ、順次追加して提出すればよい。

ケ. 留意点

本件の申立ては、虐待の有無の証明について家庭裁判所と争うことでなく、子どもの福祉を著しく害する状況があるので、施設入所措置の承認を得ることに目的がある。そこで、虐待の存在のみを強調し過ぎるより、虐待が疑われる状況も含めて子どもの福祉を著しく害する状況の存在により、早急に保護者から分離して施設への入所が必要な点に力点を置いて説明することがよい。

### ③ 児童福祉法第 28 条による措置の期間の更新の承認

ア. 根拠 児童福祉法第 28 条第 2 項

イ. ～オ. ②に同様

ウ. 申立ての趣旨欄には、例えば、「申立人が事件本人〇〇〇〇（平成〇年〇月〇日生）に対する児童養護施設入所措置の期間を平成〇年〇月〇日から更新することを承認する、との審判を求める」などと記載する。

エ. 申立ての実情欄には、事件の概要、経過、これまで行ってきた保護者に対する指導措置の内容及びその効果、子どもの心身の状態、保護者指導の効果や子どもの心身の状態等に照らし措置を継続しなければ子どもが虐待を受け、あるいは著しく子どもの福祉が害されるおそれがある旨、今後の解決課題等必要な事項を簡潔に摘記し、重要な参考になる事項を付記する。

オ. 提出書類

保護者指導の効果（これまでの保護者指導措置の経過や保護者の現状等）や子どもの心身の状態など、措置を継続しなければ子どもの福祉が著しく害されるおそれがある旨の証明に役立つと思われる証拠資料を整えて提出する。

### ④ 児童福祉法第 28 条申立てに伴う保全処分の申立て

ア. 根拠 家事事件手続法第 105 条、第 239 条

- イ. 申立権者 本案申立事件の申立人
- ウ. 管轄 本案申立事件が受理され、審理されている家庭裁判所
- エ. 申立費用 収入印紙不要、郵便切手代（各家庭裁判所によって定めた額）
- オ. 添付書類  
本案申立認容の蓋然性、保全処分の必要性を疎明する資料
- カ. 求める保全処分  
例えば「本案審判申立事件の審判が効力を生ずるまでの間、保護者〇〇〇〇に対し、事件本人〇〇〇〇（平成〇年〇月〇日生）の住所又は居所、就学する学校その他の場所における同人への身辺へのつきまとい及び同人の住所又は居所、就学する学校その他その通常所在する場所（通学路その他の同人が日常生活又は社会生活を営むために通常移動する経路を含む。）の付近におけるはいかいを禁止する、との審判を求める」などと記載する。
- キ. 保全処分を求める事由  
本案認容の蓋然性及び緊急に保全処分を必要とする事情を簡潔に記載する。
- ク. 留意点  
迅速に審理をしてもらうために、本案認容の蓋然性及び保全の必要性に関する疎明資料を逐次迅速に用意する。本案認容の蓋然性については、児童福祉法第 28 条第 1 項の承認申立てに際して提出するものと重なる部分が多いが、本案と保全は別事件であることから、資料は別途用意する。保全の必要性については、一時保護を加え、さらに面会通信を全部制限してもなお子どもを十分に保護することができないこと（すなわち、保護者が子どもにつきまとうなど、子どもの心理面等に悪影響を及ぼし、子どもの福祉を害すること）を主張し、その旨を疎明する資料を提出する。

⑤ 親権停止・親権喪失審判請求

- ア. 根拠 民法第 834 条、第 834 条の 2
- イ. 申立権者 子、その親族、未成年後見人及び未成年後見監督人、検察官（民法第 834 条、第 834 条の 2）、児童相談所長（児童福祉法第 33 条の 7）
- ウ. 管轄 事件本人（親権者）の住所地の家庭裁判所
- エ. 申立費用 収入印紙代、郵便切手代（各家庭裁判所によって定めた額）
- オ. 添付書類 申立人、事件本人・子の戸籍謄本、児童相談所長が申立てる場合には、
- カ. 児童相談所長の在職証明書（児童相談所への任命辞令の写し、申立権が委任されている旨の知事名の公文書等）が必要である。家庭裁判所によっては、次回からの申立てでは、初回の申立事件番号を付記し、在職証明書のコピー添付でよいと取り決めている庁もある。
- キ. 申立ての趣旨欄  
例えば、「事件本人（注：親）の未成年者〇〇〇〇（平成〇年〇月〇日生）に対する親権を停止（喪失）させる、との審判を求める」などと記載する。
- ク. 申立ての実情欄には、同居の有無を含めて申立人、子ども、事件本人等の家族関

係、簡単な事件の経過と虐待の事実を含めた問題状況の推移、子どもの現状と早急に手を打たなければならない状況、親権を喪失させなければならないような父又は母による虐待又は悪意の遺棄、その他父又は母による親権の行使が著しく困難又は不適當であることにより子の利益を著しく害する事実及び理由、(あるいは、親権を停止させなければならないような父又は母による親権の行使が困難又は不適當であることにより子の利益を害する事実及び理由)などを記載する。主張は簡潔に、証拠となるべき事実や状況は詳しく記載する。

⑥ 親権停止・親権喪失の審判請求事件を本案とする保全処分

ア. 根拠

家事事件手続法第 105 条、第 174 条

イ. 申立権者 本案審判事件の申立人

ウ. 管轄 本案審判事件が受理され、審理されている家庭裁判所

エ. 申立費用 収入印紙不要、郵便切手代 (各家庭裁判所によって定めた額)

オ. 添付書類

本案請求認容の蓋然性、保全処分の必要性を疎明する資料

カ. 求める保全処分

例えば、「親権喪失、親権停止又は管理権喪失の申立てについての審判が効力を生ずるまでの間、事件本人の未成年者〇〇〇〇(平成〇年〇月〇日生)に対する親権者としての職務執行を停止する、との審判を求める」などと記載する。

キ. 保全処分を求める事由

本案請求の主張に併せて、本案についての結論がでるまでの間に、親権者が親権を引き続き行使した場合に、子どもの利益が著しく害され(又は、子どもの利益が害され)子どもにとって回復が困難なほどに不利益が生じることを具体的事実を示して、緊急に仮の処分を要することを記載する。

(2) 虐待の疎明、証明はどうすればよいか

① 証拠の準備

家庭裁判所が審判や審判前の保全処分の審理を行うに当たっては、虐待の事実、あるいは子どもの福祉を侵害していることが証拠によって認定されなければならない。申立てに当たっては、裁判官が理解しやすく、虐待や福祉侵害の事実を認定しやすいようにできるだけ具体的で簡明な証拠となる資料を提出する必要がある。

② 提出に必要な資料

必要な資料は事案によって異なるが、以下の資料は比較的有用と思われるものである。

ア. 写真

外傷、着衣の状態、家屋内の様子、子どもの表情や行動等を写真、ビデオカメラ(ビデオテープは、撮影されている当該部分の箇所と内容が分かるよう書面で明示する。)などで撮影し、撮影者、日時、場所、撮影地点と角度等と何を証明しようとする写真であるかの説明を加えた写真撮影報告書を作成する。

イ. 診断書、カルテの記載内容、レントゲン写真

診断名だけではなく、診断をした根拠となる医学的データ、身長体重等の成育状況に関するデータ、保護者の説明状況などについても記載されていることが望ましい。問題によっては、複数の医師から意見書を得たり、法医学者から所見を得ておくことも考えられる。

ウ. 報告書、各種の記録、陳述書、日記、業務記録等

各書類は、作成者（住所、氏名、職業）、作成日を記載する。児童相談所が収集できる資料としては次のものがあげられよう。ただし以下の資料は虐待及び福祉侵害の証拠となる必要な範囲でまとめ、子どもからの聴取内容や関係機関からの情報を資料として提出することが適切かどうかについては慎重に検討する。

(7) 児童記録票、虐待に関する調査票、行動観察記録

(イ) 通告者、親戚、近隣者、民生・児童委員（主任児童委員）、保育所の保育士、幼稚園・小学校・中学校等の学校の担任など、福祉事務所のケースワーカー、医師、保健師等の陳述書又は聴取書

(ロ) 警察等からの通告の場合は、要保護児童通告書

(ハ) 学校照会書

(ニ) 子どもからの面接聴取書、子どもの日記、作文、意見書等をまとめたもの。

(ホ) 保護者からの暴力、飲酒、夫婦仲、監護態度等の性癖、態度に関する面接記録、保護者との電話対応録などをまとめたもの。保護者に対する診断書等

(ヘ) 身体的発育（低身長、低体重）、知能や情緒面に関する診断、発達の遅れの有無、生活態度・問題行動についての児童記録票などをまとめたもの。医師の診断書・意見書等

(ト) 過去の児童記録票の中から、虐待及び福祉侵害の証拠となり得る資料を選択の上でまとめたもの。

(チ) 保護者指導の内容及びその効果

(リ) 家庭裁判所の審理の進行状況に応じた種々の上申書

エ. 事情聴取書、電話録取書

関係者（医師、保健師、児童福祉施設、近隣住民、保育所、幼稚園、小学校の担任など）や虐待を受けた子どもから事情聴取して事情聴取書を作成する。面会を求めて事情を聞く場合には、聴取書の形で家庭裁判所等に提出することを事前に伝えておく。

オ. 福祉侵害の状況報告書

福祉侵害の状況については、子どもが適切な監護・養育を受けられず、ネグレクト（保護の怠慢や拒否）すなわち食事、衣料、健康、衛生、愛情に基づく養育などが与えられていない状況等、保護者の監護の不適切さがあれば、それに関する具体的な資料を集めて状況報告書を作成する。

③ 提出資料作成上の留意点

ア. 保育所や学校での虐待を受けた子どもの生活の記録（欠席・遅刻の状況、けがや

身体の異常・健康状態、着衣や衛生状態、その他目立った言動等) など、客観的に記録されているものがあれば、その写し又はそれに基づいて作成した記録が役に立つ。

イ. 保護者の言動や態度などは、言い訳や説明なども含めて、事実をできるだけ簡潔かつ客観的に記述することがよい。

ウ. うわさ程度の資料は、証拠として扱うことは難しい。

家庭裁判所に提出した資料の保護者側への開示については、本章 2(3)④を参照されたい。

#### 【参考通知】

- 「「児童相談所長又は施設長等による監護措置と親権者等との関係に関するガイドライン」について」(平成 24 年 3 月 9 日付雇児総発 0309 第 1 号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」(平成 24 年 3 月 9 日付雇児総発 0309 第 2 号厚生労働省雇用均等・児童家庭局総務課長通知)
- 「児童福祉法第 47 条第 5 項に基づき児童福祉施設の長等が緊急措置をとった場合の都道府県知事又は市町村長に対する報告について」(平成 24 年 3 月 27 日付雇児総発 0327 第 1 号、雇児福発 0327 第 2 号、雇児保発 0327 第 1 号、雇児母発 0327 第 1 号、障障発 0327 第 1 号厚生労働省雇用均等・児童家庭局総務課長・家庭福祉課長・保育課長・母子保健課長・社会・援護局障害保健福祉部障害福祉課長通知)