

## 親権制限とその周辺 : 憲法24条の観点からの分析

著者	篠原 永明
雑誌名	甲南法学
巻	59
号	3・4
ページ	91-120
発行年	2019-03-31
URL	<a href="http://doi.org/10.14990/00003286">http://doi.org/10.14990/00003286</a>

# 親権制限とその周辺

——憲法24条の観点からの分析——

篠原永明

## 目次

- I はじめに
- II 憲法24条と親権制度
- III 親権制限の制度及び関連する諸制度の分析
- IV おわりに

## I はじめに

子の監護及び教育をなす親の法的地位について定める民法の親権制度やそれに関連する諸制度は、憲法24条の観点から、どのように評価されるべきであろうか。近年、児童虐待への対処の必要から、親権、及び親子関係への国家の関与についての法改正が立て続けになされている。平成23年には民法の親権制度が改正され、親権が「子の利益」のためのものであることが明示されるとともに（民法820条）、親権制限の方法として、親権喪失・管理権喪失の審判（民法834条・835条）の他に、親権停止の審判が加えられることとなった（民法834条の<sup>(1)</sup>2）。同時に、一時保

---

(1) 解説として、森田亮「児童虐待の防止等を図るための民法の改正について」NBL959号（2011年）110頁以下、飛澤知行編『一問一答平成23年民法等改正』（商事法務、2011年）、佐野文規「児童虐待防止のための親権制度の見直し」時の法令

## 論 説

護が行われた場合の児童相談所長の権限についての規定や、児童相談所長等の権限と親権との調整に関する規定を整備する等、児童福祉法の改正もなされた。<sup>(2)</sup>その後、平成28年には、児童虐待の発生予防から自立支援までの一連の対策の強化を図るため、児童福祉法の理念を明確化し、市町村及び児童相談所の体制の強化を行うこと等を内容とする児童福祉法等の改正が<sup>(3)</sup>され、また、平成29年には、虐待を受けている児童等の保護についての司法関与の強化等を内容とする児童福祉法等の改正がなされている。<sup>(4)</sup>他方で、これらの法改正についての憲法論からの分析は過少<sup>(5)</sup>と言わざるを得ない。

しかし、我が国の最高裁は、憲法24条2項は婚姻・家族に関する具体的な制度の構築を第一次的には国会の合理的な立法裁量に委ねているところ、「婚姻及び家族に関する事項は、……それぞれの時代における夫婦や親子関係についての全体の規律を見据えた総合的な判断によって定められるべき」（引用中傍点：筆者）と述べており、最高裁の憲法24条の解釈においては、“夫婦とその子からなる集団”が軸となる家族モデルとし

---

1900号（2012年）17頁以下を参照。更に、中田裕康「民法改正」法学教室373号（2011年）58頁以下、窪田充見「親権に関する民法等の改正と今後の課題」ジュリスト1430号（2011年）4頁以下も参照。

- (2) 解説として、高松利光「『民法等の一部を改正する法律』における児童福祉法の改正の概要」法律のひろば64号（2011年）25頁以下を参照。
- (3) 解説として、吉田真理「児童虐待の発生予防から自立支援までの一連の対策の更なる強化等」時の法令2013号（2016年）13頁以下を参照。
- (4) 解説として、谷嶋弘修「虐待を受けている児童等の保護についての司法関与の強化等を推進」時の法令2040号（2017年）4頁以下、同「児童虐待の現状・近年の児童虐待防止対策をめぐる法改正について」法と家庭の裁判13号（2018年）26頁以下を参照。
- (5) 但し、憲法の観点も踏まえた重要な分析として、特に横田光平「子どもの意思・両親の権利・国家の関与」法律時報83巻12号（2011年）10頁以下、同「子ども法の基本構造と憲法上の親の権利」法律時報90巻9号（2018年）116頁以下、同「児童虐待への国家介入」法律時報90巻11号（2018年）37頁以下を参照。

## 親権制限とその周辺

て想定されていると考えられる。<sup>(6)</sup>これを前提とすれば、憲法24条の解釈論は、親権制度の整備についても無関心ではいられないはずである。

それ故、本稿では、特に平成23年に改正された民法の親権制限の制度、及び、それに関連する子の保護のための諸制度について、憲法24条の観点からの分析を加えてみたい。以下では先ず、分析の前提として、親権制度の整備に関して、憲法24条から如何なる憲法上の要請が導出可能か、検討する(Ⅱ)。次いで、そこで得られた憲法上の要請に照らし、民法の親権制限の制度、及びそれに関連する諸制度について分析を行うことにしたい(Ⅲ)。

## Ⅱ 憲法24条と親権制度

親権制度の整備に関して、憲法24条から如何なる憲法上の要請が導出できるであろうか。ここでは、親権制度と憲法の関係に関するドイツの議論との比較を簡単に行いつつ、<sup>(7)</sup>憲法24条の規範内容について検討することとしたい。ドイツ連邦共和国基本法は、「親権 (Elternrecht)」や、子の監護及び教育への国家の関与について明文の定めを有しており(基本法6条2項・3項)、その下で、連邦憲法裁判所の判例や学説の蓄積がなされてきた。親権制度の整備について憲法論からの分析が過少な現状において、基本法6条2項・3項の解釈論と憲法24条の解釈論が、どこまで軌を一にし、どこからどのように違いが生じるのか整理することは、今後の議論の方向性を探る上で有意義であろう。

---

(6) 最大判平成27年12月16日民集69巻8号2593頁を参照。また、拙稿「婚姻・家族制度の内容形成における考慮事項とその具体的展開」甲南法学58巻3・4号(2018年)43-47頁も参照。

(7) ドイツの議論のより詳しい整理については、別稿を予定している。

## 1. 比較対象としてのドイツの議論

## (1)親権の法的性格・法律による内容形成の必要性

(a) 基本法が保障する「親権」の法的性格の理解を検討する際の出発点となるのが、基本法6条2項1文である。基本法6条2項1文は、「子の監護及び教育は、親の自然の権利であり、何よりもまず親に課された義務である」と定め、子の監護及び教育をなす親の法的地位を保障する。この親の法的地位は、「親の自然の権利」という基本法の文言にも拘らず、いわゆる自然的自由を保護する基本権とはその性格を大きく異にしている。すなわち、この親の法的地位には、代理権、子の居所の決定権や他者との交流に関する決定権など、子に対して拘束力ある決定を一方的に行う法的力、更には、子の監護及び教育に干渉しようとする第三者を排除する法的力の付与が含まれると考えられているのである。<sup>(8)</sup>これらの法的力に支えられ、第三者の干渉を排除し、子の意思に反してでも、自らの決定に従い子の監護及び教育をなす親の法的地位が、「親権」と呼ばれている。

しかし、対等な主体性を承認された他者に対して拘束力ある決定を一方的に行う「権利」、いわば他者に対する支配権は、原則として認められないはずである。親権の場合にこれが認められるのは、共同体の中で自己責任を負うことができる人格へと成長するためには子は保護と援助を必要とするからに他ならない。<sup>(9)</sup>それ故、親権は、飽くまでも「子の利益 (das Interesse des Kindes)」のためのものであり、そこには子に対し

(8) Vgl. Matthias Jestaedt, Kindesrecht zwischen Elternverantwortung und Staatsverantwortung, Brühler Schriften zum Familienrecht Band 19, 2016, S. 69-70.

(9) Vgl. BVerfGE 24, 119, 144 ; BVerfGE 121, 69, 92-93 ; BVerfGE 133, 59, Rn. 42. また、このことに対応し、子の成長とともに親権の必要性は縮減していき、子が成年に達することで親権は失われるとされている (vgl. Jestaedt [Anm. 8], S. 72-73, 77)。

保護や援助を与えるという親の義務（基本法6条2項1文）が不可分に結び付けられているとされる<sup>(10)</sup>。親権においては、その担い手（親）と、それが保護する利益の帰属先（子）にズレが存在するのである。

従って、親権は、固有の利益を中核的要素として定義される、伝統的な意味での「権利」とは言いがたい<sup>(11)</sup>。親権は、むしろ、将来世代育成のために親に割り当てられた「権限」と理解することが適切であろう。

(b) 他方、将来世代の育成、子の監護及び教育については、国家も無関心ではいられない。親の誤った行為態様によって子の利益に対して危険が生じた場合には、国家の監視職務（Wächteramt）に基づく関与が行われることになる（基本法6条2項2文）。この国家の監視職務は、親子の切離しにまで及ぶものである（基本法6条3項）。親の誤った行為態様によって子の利益が危険に曝されている場合、国家は、子の監護及び教育を確保する権限を有するのみならず、それが義務付けられてもいる<sup>(12)</sup>。

(c) 以上、基本法は、親に対し、子に対する拘束力ある決定を一方的になす法的力や第三者を排除する法的力を伴う、子の監護及び教育をなす権限、すなわち親権を付与する一方（基本法6条2項1文）、国家に対しても、子の監護及び教育をなす権限を与え、かつそれを義務付けてもいる（基本法6条2項2文）。しかし、子の利益のために、親に対し、どの

---

(10) Vgl. BVerfGE 121, 69, 92-93. この義務拘束故に、親権については、それを行使しないという消極的自由は存在しないといわれる（vgl. Jestaedt [Anm. 8], S. 72）。

(11) 固有の利益を中核とする伝統的な意味での「権利」の概念については、拙稿『『憲法上の権利』の導出に関する試論』毛利透他編『比較憲法学の現状と展望』（成文堂、2018年）534-541頁を参照。

(12) Vgl. BVerfGE 60, 79, 88 ; BVerfG-K NJW 2017, 1295, Rn. 41 ; Jestaedt (Anm. 8), S. 79-80.

範囲で上記のような法的力を伴う権限が認められるのか、そして、どこから国家が子の監護及び教育を引き受けることになるのか、親権の具体的内容及び射程は、憲法レベルでは確定されていない。それ故、親権は法律による内容形成 (Ausgestaltung) を必要とすると考えられている<sup>(13)</sup>。要するに、ここでは、子の監護及び教育に関する親と国家との間での権限配分の問題として、親権の内容形成が論じられているのである。ドイツ民法1626条以下の「親の配慮 (Elterliche Sorge)」についての諸規定は、親権の内容形成の具体例である。

## (2)内容形成の合憲性の統制

続いて、親権は法律による内容形成を要するとして、親権の具体的内容及び射程を定める法律の合憲性が、如何なる枠組みによって審査されるのか、簡単に確認しておこう。

(a) 連邦憲法裁判所の判例においては、先ず第一に、親権の具体的内容及び射程を定める法律について、子の監護及び教育を可能な限り親の自由な決定に委ねることを「原則」とし、ドイツ民法1666条の定める措置等、監視職務に基づく国家の関与の側を正当化が必要な「例外」とする、原則－例外型の統制枠組みによって合憲性の統制がなされている<sup>(14)</sup>。

しかし、子の監護及び教育に関する親（と国家）の権限の具体的内容及び射程は憲法上未決定であり、先ずは立法者に対して、様々な利益・要請を調整して必要な制度を形成することが憲法上求められているということが、ここでの議論の出発点である。それにも拘らず、親権の具体的内容及び射程を定める法律の中から、憲法上の「原則」にあたる部分

---

(13) Vgl. BVerfGE 121, 69, 94. 更に、法的力の付与という観点から内容形成の必要性を説く学説として、vgl. Jestaedt (Anm. 8), S. 69-70, 78.

(14) Vgl. BVerfGE 60, 79, 88-90.

と「例外」となる部分を切り分け、原則－例外型の統制枠組みを採用するという場合には、親権の内容形成の際に調整されるべき諸利益・諸要請の裡の一つ、あるいは、その調整の選択肢の一つに過ぎないものを、憲法上の「原則」として特権化する根拠が求められよう。ドイツにおいて原則－例外型の統制枠組みを採用できるのは、「子の監護及び教育は……何よりもまず親に課された義務である」(傍点:筆者)とする基本法6条2項1文によって、「子の利益は、通常、親によって最も良く確保される」という考慮に基づき、親の第一次的な権限主体性を尊重し、子の監護及び教育を可能な限り親に委ねなければならないということが、憲法レベルの決定とされていると考えられているからである。基本法6条2項1文においては、“国家(立法者)は、親に対して、可能な限り、その自由な決定によって子の監護及び教育をなす権限を与えなければならない”という客観法が先ずは想定されており、それが主観化もされている(親の基本権の保障)ということであろう。

(b) また、近年、連邦憲法裁判所は、基本法6条2項1文と結び付けられた基本法2条1項から、国家を名宛人とした、「親による監護及び教育を求める子の基本権」が導出されるとした<sup>(17)</sup>。従って、監視職務に基づく国家の関与の合憲性については、上述の「親の基本権」の侵害か否かという観点に加え、この「親による監護及び教育を求める子の基本権」の

---

(15) Vgl. BVerfGE 60, 79, 94 ; BVerfG-K NJW 2015, 223, Rn. 29.

(16) 親の第一次的な権限主体性の尊重の要請については、vgl. Jestaedt (Anm. 8), S. 73-74.

(17) Vgl. BVerfGE 133, 59, Rn. 41-43. 根拠として基本法6条2項1文に加え基本法2条1項が挙げられているのは、基本法6条2項1文は親の基本権として定められており、そこからだけでは子の基本権は導出できないと考えられていることによるといわれる。Vgl. Gabriele Britz, Das Grundrecht des Kindes auf Staatliche Gewährleistung elterlicher Pflege und Erziehung, JZ 2014, S. 1070.



侵害に当たるか否かという観点からも統制がなされ得ることになる。<sup>(18)</sup>

(c) 他方、上述の原則－例外型の統制枠組みによる場合、“何故、国家が関与するのか”は問われても、“何故、国家は関与しないのか”は問われない。しかし、子の監護及び教育について親も国家も責任を負うところ、両者の間での権限配分の問題として親権の内容形成が要請されるとすれば、“子の利益のために国家はもっと関与すべきではないか”という方向からの統制も必要なはずである。

この点、連邦憲法裁判所は、上述の原則－例外型の統制枠組みを前提としつつ、子の利益が危険に曝されている場合には、基本法6条2項2文によって、国家は、子の監護及び教育を確保する権限を与えられるのみならず、確保することが義務付けられてもいるとする（国家の保護義務<sup>(19)</sup>）。そして、この保護義務に対応し、基本法6条2項2文と結び付けられた基本法2条1項・2条2項1文から、子に対して、「国家による保護を求める請求権」が与えられるという<sup>(20)</sup>。監視職務に基づく国家の関与として正当化される、子の利益のために必要な最低限度の保護——ここには「親の配慮」の剥奪や親子の切離しも含まれる——を国家が与えていない場合には、国家の保護義務の違反、かつ、子の「国家による保護を求める請求権」の侵害となるのである。

### (3)ドイツの議論のまとめ

以上、ドイツの議論においては、親権（基本法6条2項1文）は、子の利益のために認められるものであり、子に対する拘束力ある一方的な決定を行う法的力や、第三者を排除する法的力を伴う、子の監護及び教

---

(18) Vgl. BVerfGE 136, 382, Rn. 29 ; Britz (Anm. 17), S. 1072.

(19) Vgl. BVerfG-K NJW 2017, 1295, Rn. 41.

(20) Vgl. BVerfG-K NJW 2017, 1295, Rn. 39.

## 親権制限とその周辺

育をなす親の権限と理解されている。他方、子の監護及び教育については、国家も責任を負っている（基本法6条2項2文）。それ故、子の監護及び教育に関する親と国家との間での権限配分の問題として、親権の内容形成が論じられている。

こうした親権の具体的内容及び射程の決定、子の監護及び教育に対する国家の関与の立法に当たっては、基本法6条2項1文で、子の監護及び教育についての親の第一次的な権限主体性を尊重し、子の監護及び教育を可能な限り親に委ねなければならないということが、憲法レベルの決定として殊更に掲げられている。それ故、まずは、子の監護及び教育に関する親の自由な決定権限を「原則」とし、国家の関与の側を正当化が必要な「例外」とする、原則－例外型の統制枠組みによって合憲性の統制がなされることになる。それに加え、この統制枠組みによって正当化される、子の利益のために必要な最低限度の保護を国家が与えていない場合には、国家の保護義務（基本法6条2項2文）の違反が問われるのである。

またその際には、基本法6条2項1文で保障された親の基本権に加え、基本法6条2項1文と結び付けられた基本法2条1項に由来する、親による監護及び教育を求める子の基本権、基本法6条2項2文と結び付けられた基本法2条1項・2条2項1文に由来する、国家による保護を求める子の基本権が承認されている。これによって、親及び子に、立法者による親権の内容形成に対する批判の契機が与えられている。

## 2. 憲法24条と親権制度

### (1) 憲法24条2項の要請としての親権制度の整備

我が国の家族法制についての基礎をなす条文は憲法24条であるが、憲法24条は、基本法6条とは異なり、子の位置付けについても、親権制度についても明示的には言及していない。しかし、上述のように、最高裁

## 論 説

は、「夫婦とその子からなる集団」を憲法上の軸となる家族モデルとして  
いると考えられる。このような理解は、“殊更に男女の人的結合関係に注  
目する憲法24条は、婚姻する男女の間には子どもが生まれることを想定  
しており、憲法上、家族には将来世代の育成の場としての機能が期待さ  
れている”<sup>(21)</sup>と考えれば、正当化できよう。

そうであるとすれば、憲法24条2項にいう「婚姻及び家族に関するそ  
の他の事項」の中には、親に対し、どの範囲で子の監護及び教育に関す  
る権限を付与するかということについての決定、すなわち親権制度の整  
備も含まれていると考えられよう。また、家族制度の整備に際して、憲  
法24条2項は、家族という集団の論理に個人が埋没してしまうことを避  
けるべく、各家族構成員の「個人の尊厳」への配慮も要請している。特  
に、親権制度の整備との関連では、子の人格発展のためには他者からの  
保護・援助が不可欠であることに鑑みれば、「個人の尊厳」への配慮の要  
請の具体化として、家族内部での子の利益の実現が期待できないという  
場合には、子の監護及び教育を国家自身（更には第三者）がどのように  
担うのか決定することが、国会に求められているといえよう。以上のよ  
うに考えれば、憲法24条2項の下でも、子の監護及び教育に関しての親  
と国家（更には第三者）の間での権限配分の問題として、親権制度の整  
備について論じることができる。<sup>(22)</sup><sup>(23)</sup>

---

(21) 以上につき、拙稿・前掲注（6）43-47頁を参照。

(22) なお、子どもの教育の領域における親と国家（更には第三者）の間での権限  
配分は、既に旭川学テ事件判決（最大判昭和51年5月21日刑集30巻5号615頁）に  
よって問題提起がされていたところである。本稿の観点から同判決を再評価する  
ことも必要であるが、これについては他日を期したい。

(23) 以上に対しては、子を監護及び教育する親の自由を、憲法13条から導かれる  
「親密な交わり・人的結合に関する自己決定権」として保護されるものと理解す  
る見解もある。例えば、竹中勲『憲法上の自己決定権』（成文堂、2010年）14-15  
頁・194-196頁を参照。しかし、ここでは、子の意思に反してでも、自らの決定に

## (2)制度形成の統制枠組み

(a) 他方、ドイツのような原則－例外型の統制枠組みを、憲法24条2項の解釈論として採用することは困難であろう。憲法24条からは、国家と並び、家族にも将来世代の育成を担うことが期待されているとはいっても、基本法6条2項1文のような規定を欠く以上、親の第一次的な権限主体性を尊重し、子の監護及び教育を可能な限り親に委ねなければならないということが、憲法レベルで決定されているとまではいえないであろう。憲法24条2項の下では、子の監護及び教育に関する親と国家（更には第三者）との間での権限配分について、国会の広範な裁量を承認せざるを得ないように思われる。親権制度の合憲性の統制の場合にも、夫婦同氏制合憲判決が示した、立法の際の考慮事項を抽出し、考慮事項の調整という観点から制度形成の合理性を問うという考慮事項調整型の統制枠組みが妥当し<sup>(24)</sup>よう。

以上に対し、憲法24条の下でもドイツと同様に、親権について法律による内容形成の必要性を承認しつつ、子の監護及び教育をなす憲法上の親の権利を国家に対する「防衛権」として構成すべきことを説く見解もあるが<sup>(25)</sup>、条文構造の違いを踏まえてなお、日本国憲法の下でもそのように解釈できるという根拠は明らかではない。子の監護及び教育に関する

---

従い子の監護及び教育をなす親の権限が問題になるところ（上記の竹中・194-196頁の議論もこれを否定していない）、対等な主体性を承認された他者に対して拘束力ある決定を一方的になす法力的承認は、個人の自己決定権の射程を超える問題であろう。自律的決定が可能な主体間の親密な人的結合関係の問題（憲法13条）と、子の監護及び教育の問題（憲法24条2項）は切離して考える必要があるように思われる。

(24) 最大判平成27年12月16日民集69巻8号2594頁を参照。

(25) 横田・前掲注（5）法律時報83巻12号10-11頁、同・前掲注（5）法律時報90巻9号（2018年）116-117頁、同・前掲注（5）法律時報90巻11号37-38頁、同『子ども法の基本構造』（信山社、2010年）560-564頁・564-572頁・575-577頁・631-638頁を参照。

親（と国家）の権限の具体的内容及び射程は憲法上未決定であり、先ずは国会に対して、様々な利益・要請を調整して必要な制度を形成することが憲法上求められているということが、ここでの議論の出発点である。子の監護及び教育に関する親の自由な決定の尊重は、親権制度を形成する際の考慮事項といえるであろうが、国家（更には第三者）による子の監護及び教育の必要性など、他にも国会が考慮すべき事項は存在する。そうであるとすれば、上述の考慮事項調整型の統制枠組みこそ、論理的に素直な統制枠組みだといえるべきであろう。ドイツと同様の原則－例外型の統制枠組みを指向するといのであれば、条文構造の違いを踏まえてなお、“憲法24条は、制度形成の際に考慮されるべき諸利益・諸要請の中で、子の監護及び教育に関する親の自由な決定の尊重をこそ、最も優先されるべき考慮事項としている”、ないし、“憲法24条は、親の自由な決定の尊重という要請の具体化にかかる法律の「ある部分」を憲法上の原則としている”と解釈できるという根拠を示す必要があるように思われる。

(b) それでは、親権制度の整備に関して、憲法24条から如何なる考慮事項が抽出されるのであろうか。親権制度の整備に際しては、先ず、家族

---

更に横田は、子を監護及び教育する親の権限の問題ないし親権制度の整備の問題と区別して、「子ども及び親の『人的結合それ自体への権利』」を觀念し、他の人的結合関係と同様、親子の事実としての人的結合関係の保護も「防御権」として構成すべきとする（横田・前掲注〔5〕法律時報90巻11号38頁、同・前掲注〔5〕法律時報90巻9号118-119頁・118頁の注〔22〕、同『子ども法の基本構造』577-581頁を参照）。しかし、親子の事実としての人的結合関係が、場合によっては子の意思に反してでも確保されることからすれば、親子の事実としての人的結合関係の保護を、自律的な決定が可能な主体間の人的結合関係の自由の問題と同様に扱うことは出来ないであろう。親子の事実としての人的結合関係をどこまで、どのように保護するかという問題も、親による監護及び教育を受ける子の利益の考慮として、親権制度の整備の問題の延長で捉える必要があるように思われる。

が将来世代育成の場であることに鑑み、家族内部で担われるべき「子の利益」の考慮が求められよう。ここでは、親による監護及び教育が期待できるという範囲で、親による監護及び教育を通じて子の人格を発展させる環境を整備するという要請を、「子の利益」という考慮事項の具体化として捉えることができる。他方、国会は、家族という集団から子の「個人の尊厳」を確保するという要請にも配慮しなければならない。とりわけ、子の人格発展のためには他者からの保護・援助が不可欠であることに鑑みれば、親による監護及び教育が期待できない場合には、国家（更には第三者）による子の人格発展の保護・促進を如何に図るかという考慮が要請されると考えられる。<sup>(26)</sup>あるいは、更に、親権が正当化されるのは子の人格発展のために他者からの保護・援助が必要な限りにおいてであるとすれば、「個人の尊厳」という考慮事項の具体化として、子の成熟の程度に応じた子の自律的決定への配慮という要請も観念できるかもしれない。

以上を纏めると、憲法24条2項の下では、一先ず大きな枠組みとして、①親による子の人格発展の確保という要請（「子の利益」）と、②国家（更には第三者）による子の人格発展の保護・促進という要請（「個人の尊厳」）との調和のとれた制度形成が、国会に求められているといえよう。そして、これらの要請がそもそも考慮されていない、あるいは、こ

---

(26) ここでいう「子の利益」は、“家族構成員としての地位に鑑み、子に与えられるべき利益”という狭い意味での「子の利益」（「家族構成員たる子としての利益」）であり、また、「個人の尊厳」も、“家族という集団の論理に解消されることなく確保されるべき、個人としての利益”という狭い意味での「個人の尊厳」である。「子の利益」あるいは「個人の尊厳」を広く理解すれば、一方を他方に含めて整理することも可能であろうが、そうすると制度形成の際の、トレードオフの関係に立つ要請が見えにくくなってしまいう危険がある。「子の利益」及び「個人の尊厳」を取って狭い意味で捉えることで、トレードオフの関係に立つ要請の調整が求められているということを目視化するのが、ここでの筆者の意図である。

## 論 説

これらの要請の調整においてその重み付けが誤っているなど、国会による制度形成が各考慮事項の調整として不合理といえる場合に初めて、裁判所は当該制度形成を違憲と判断できることになろう。原則－例外型の統制枠組みが採用されているドイツでは、親の自由な決定権限の側、すなわち、上記の、①親による子の人格発展の確保という要請（「子の利益」）の側に軸足を置いた審査がなされていると考えられる。これに対し、憲法24条2項の下では、①親による子の人格発展の確保（「子の利益」）と、②国家（更には第三者）による子の人格発展の保護・促進（「個人の尊厳」）という、トレードオフの関係に立つ要請を同時に睨んだ、その意味ではいずれの側にも軸足を置かない、考慮事項調整型の統制枠組みが妥当するのである。

### (3) 【補論】 憲法上の権利について

その上で、憲法24条2項の下で、立法義務に対応する憲法上の権利を論じるのであれば、①親による子の人格発展の確保という要請（「子の利益」）につき適切に考慮することを国会に求める子又は親の権利、②国家（更には第三者）による子の人格発展の保護・促進という要請（「個人の尊厳」）につき適切に考慮することを国会に求める子の権利を、<sup>(27)</sup> 其々検討すべきことになろう。こうした憲法上の権利の成否を検討することで、親権制度の整備についての統制枠組みはドイツと異なるものの、ドイツと同様に、親と子の其々に、国会による制度形成に対する批判の契機を与えていくことは可能である。

## Ⅲ 親権制限の制度及び関連する諸制度の分析

それでは、以上の検討を踏まえ、民法の親権制限の制度の他、児童福祉法上の里親委託・施設入所（児童福祉法27条・28条）、一時保護（児童

---

(27) 関連して、拙稿・前掲注(11) 534-544頁を参照。

福祉法33条)など、関連する諸制度について簡単に整理した上で(1.)、幾つかの論点を採り上げ、先に示した枠組みに照らし、既存の制度について分析を加えていこう(2.)。

## 1. 現行制度の整理

### (1) 民法の親権制限の制度

まず、民法の親権制限の制度である。従来は、親権を完全に剥奪する親権喪失の審判(民法834条)と、財産管理権のみを剥奪する管理権喪失の審判(民法835条)しか用意されていなかったところ、親権喪失は要件が厳格である一方、親権の全部を剥奪するという重大な効果を伴うため、その利用が躊躇され、比較的軽度の虐待の事案や医療ネグレクトなど一定期間の親権制限で足りる事案に対応しにくい等、問題点が指摘されていた<sup>(28)</sup>。そこで、児童虐待への適切な対応を図るため、平成23年民法改正によって、2年を上限として親権を行うことができないようにする親権停止の審判(民法834条の2)が導入されるとともに、親権喪失・管理権喪失の要件の見直しもなされた<sup>(29)</sup>。

親権喪失については、要件が、「親権を濫用し、又は著しく不行跡であるとき」から、「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適當であることにより子の利益を著しく害するとき」に改められた<sup>(30)</sup>。また、親権停止が導入された

---

(28) 飛澤・前掲注(1)45頁、森田・前掲注(1)110頁の他、中田・前掲注(1)62頁、窪田・前掲注(1)6頁も参照。

(29) 親権停止の期間の上限を2年としたのは、児童福祉法28条に基づく里親委託・施設入所の措置の期間の上限を参考にしたためである。この点につき、飛澤・前掲注(1)54頁の他、中田・前掲注(1)62頁を参照。

(30) この改正につき、立案担当者は、「改正前の文言では、子の利益が著しく害されている状況があるといった点が明示されていないなど、必ずしも意味内容が明確でなく、この点を明確にするのが適當である」と考えられたための改正であり、



ことから、「二年以内にその原因が消滅する見込みがあるとき」は、親権喪失は利用できないとされている（民法834条但書）。次に、親権停止については、「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」というように、親権喪失よりも要件が緩和されている<sup>(31)</sup>。なお、親権停止について期間の更新や延長の定めはない。期間満了後も、父母に親権を行わせることが子の利益を害する場合には、再度の親権停止の審判（あるいは親権喪失の審判）をすることになるとされる<sup>(32)</sup>。以下で述べる、児童福祉法28条審判の場合の2年更新の制度と同様、親権停止の審判も親子の再統合を視野に入れた制度として位置付けられるものである。最後に、管理権喪失については、要件が、「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」から、「父又は母による管理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」に改められ、親権者が合理的な理由がないのに子の契約締結に同意せず、それによって子の利益が害される場合なども対象とされるようになった<sup>(34)</sup>。なお、以上の親権制限の原因が消滅した場合には、「家庭裁判所は、本人又はその親族の請求によって、それぞれ親権喪失、親権停止又は管理権喪失の審判を取り消すことがで

---

「この改正によって、親権喪失の原因が実質的に変更されるものではない」と説明している（飛澤・前掲注〔1〕40-41頁を参照）。

(31) 親権喪失と親権停止の比較については、飛澤・前掲注（1）46頁の他、中田・前掲注（1）62-63頁、窪田・前掲注（1）6-7頁も参照。

(32) 飛澤・前掲注（1）48-49頁の他、中田・前掲注（1）62頁を参照。

(33) 飛澤・前掲注（1）13頁・46頁の他、大村敦志他『子ども法』（有斐閣、2015年）72頁〔横田光平執筆〕を参照。但し、親子の再統合のため、親権停止後に親に対する支援を如何に行うか、児童相談所の関与など児童福祉法上の諸制度との連結については、更に検討を要する。関連して、許末恵「児童虐待防止のための親権法改正の意義と問題点」法律時報83巻7号（2011年）67頁も参照。

(34) 改正の趣旨につき、飛澤・前掲注（1）59-60頁、森田・前掲注（1）111頁を参照。

きる」とされている（民法836条<sup>(35)</sup>）。

また、各審判の申立権者は従来、子の親族と検察官に限られていたが、平成23年民法改正によって、子自身、未成年後見人、未成年後見監督人も申立権者とされることになった<sup>(36)</sup>。更に、児童相談所長も、これらの審判の申立てを行うことができる（児童福祉法33条の7<sup>(37)</sup>）。

## (2)児童福祉法上の子の保護のための措置

以上の親権制限の制度は、親権者の法的権限を剥奪ないし停止させるものであるのに対し、児童福祉法には、親と子を物理的に切離す措置が用意されている。

(a) まず、児童相談所長は、「必要があると認めるとき」は、「児童の安全を迅速に確保し適切な保護を図るため、又は児童の心身の状況、その置かれている環境その他の状況を把握するため」に、親権者の意思に反してでも、子を一時的に保護することができる（児童福祉法33条1項）。また、都道府県知事も必要があると認めるときは、児童相談所長をして子の一時保護を行わせることができる（同33条2項）。親権者や未成年後見人の意に反し、2か月を超えて引き続き一時保護を行う場合には、家庭裁判所の承認を得なければならないとされる（同33条3項・4項・5項<sup>(38)</sup>）。但し、親権喪失・親権停止の審判の請求等がなされている場合

---

(35) なお、児童相談所長も、親権喪失等の審判の取消しを請求できる（児童福祉法33条の7）。

(36) 改正の趣旨につき、飛澤・前掲注（1）30-38頁、森田・前掲注（1）111頁を参照。その他、中田・前掲注（1）63頁、窪田・前掲注（1）6頁も参照。

(37) 以前は親権喪失についての請求権しか有していなかったところ、平成23年児童福祉法改正によって権限が拡大された。改正の趣旨につき、高松・前掲注（2）27頁を参照。

(38) 平成29年児童福祉法改正による。同改正の趣旨については、谷嶋・前掲注

## 論 説

には、「家庭裁判所による審査の重複を防ぐため」、家庭裁判所の承認は不要とされている（児童福祉法33条5項但書<sup>(39)</sup>）。

なお、平成23年児童福祉法改正によって、一時保護が行われた場合の児童相談所長の権限、及び、親権との調整に関する規定が設けられた。児童相談所長は、「一時保護が行われた児童で親権を行う者又は未成年後見人のないもの」に対して親権を行うことができる（児童福祉法33条の2第1項）。その上、児童相談所長は、「一時保護が行われた児童で親権を行う者又は未成年後見人のあるもの」についても、「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」を採ることができ（同2項）、親権者等は、この措置を不当に妨げてはならないとされる（同3項）。更に、「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、親権者等の意思に反してでも、この児童福祉法33条の2第2項の措置を採ることができるとされている（同4項<sup>(40)</sup>）。

(b) また、都道府県は、児童相談所長からの報告（児童福祉法26条1項1号）を受けた場合、里親委託や施設入所の措置を採ることができる（児童福祉法27条1項3号）。これらの措置を採ることが、親権者等の意に反する場合であっても（児童福祉法27条4項も参照）、「保護者が、その児童を虐待し、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当該児童の福祉を害する場合」には、家庭裁判所の承認を得ることで、都道府県は、これらの措置を採ることができる（児童福祉法28条1項）。これらの措置の期間は2年を上限とするが、更新が認め

---

（4）時の法令2040号12-14頁、同・前掲注（4）法と家庭の裁判13号31-33頁も参照。

（39） 谷嶋・前掲注（4）時の法令2040号14頁、同・前掲注（4）法と家庭の裁判13号32-33頁を参照。

（40） 改正の趣旨につき、高松・前掲注（2）27-28頁を参照。

## 親権制限とその周辺

られる（児童福祉法28条2項）。なお、里親委託や施設入所の措置を採るのと併せて、児童福祉司が親権者に対し、監護及び教育の方法や環境の改善を指導すること（児童福祉法27条1項2号）が一般的であるといわれる<sup>(41)</sup>。この更新の制度は、親子の再統合を視野に入れたものと評価できる<sup>(42)</sup>。

平成23年改正によって、これらの措置が採られた場合の、児童福祉施設の長等の権限と親権との調整規定も設けられた。まず、施設に入所中の児童等で親権者等がないものについては、児童福祉施設の長が親権を行うことに加え（児童福祉法47条1項）、同改正により、里親委託中の児童等で親権者等のないものについては、児童相談所長が親権を行うことになった（児童福祉法47条2項<sup>(43)</sup>）。更に、児童福祉施設の長や里親委託中の里親は、「入所中又は受託中の児童等で親権を行う者又は未成年後見人のあるもの」についても、「監護、教育及び懲戒に関し、その児童等の福祉のため必要な措置」を採ることができる（児童福祉法47条3項）、平成23年改正により、親権者等はこの措置を不当に妨げてはならないことが規定上明確にされた（児童福祉法47条4項<sup>(44)</sup>）。この「必要な措置」については、「児童等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」には、その親権者等の意に反しても採ることができる<sup>(45)</sup>とされる（児童福祉法47条5項）。

### (3)その他の関連する制度：未成年後見と養子縁組

その他の関連する制度として、最後に、(a)未成年後見制度と(b)養子縁

---

(41) 榑原富士子・池田清貴『親権と子ども』（岩波新書、2017年）223-224頁を参照。

(42) 大村他・前掲注（33）72頁〔横田光平執筆〕を参照。

(43) 改正の趣旨につき、高松・前掲注（2）28頁を参照。

(44) 改正の趣旨につき、高松・前掲注（2）27-28頁を参照。

(45) 改正の趣旨につき、高松・前掲注（2）28頁を参照。

組制度についても、簡単に触れておこう。

(a) 親権喪失や親権停止によって親権を行う者がなくなった場合、あるいは、管理権喪失により親権を行う者が財産管理権を有しなくなった場合には、子の保護のための受け皿として、未成年後見が開始される（民法838条1号）。平成23年民法改正以前は、未成年後見人は1人に限定され（旧民法842条）、かつ、法人は未成年後見人になれないと考えられていた（旧民法840条及び民法843条4項も参照）。そのため、子の監護等につき未成年後見人は包括的な責任を負うことになり、その負担が重く、適切な未成年後見人の引受人が見つかりにくい等の問題が指摘されていた<sup>(46)</sup>。そこで、平成23年改正により、未成年後見人の人数制限が撤廃され、また、法人も未成年後見人とすることが可能とされるとともに（民法840条2項・3項）、未成年後見人が複数ある場合の権限行使に関する規律も新設された（民法857条の2<sup>(47)</sup>）。

この未成年後見人は、通常、「未成年被後見人又はその親族その他の利害関係人の請求によって」、家庭裁判所によって選任される（民法840条）。親権喪失の審判等によって「未成年後見人を選任する必要が生じたとき」は、その父又は母は、「遅滞なく未成年後見人の選任を家庭裁判所に請求しなければならない」（民法841条）。また、児童相談所長も、「親権を行う者のない児童等について、その福祉のため必要があるときは、家庭裁判所に対し未成年後見人の選任を請求しなければならない」とされている（児童福祉法33条の8第1項）。

---

(46) 平成23年改正前の未成年後見の制度の問題点の指摘として、飛澤・前掲注(1) 62-63頁、森田・前掲注(1) 111-112頁、佐野・前掲注(1) 22-25頁を参照。その他、中田・前掲注(1) 64-65頁、窪田・前掲注(1) 8頁も参照。

(47) 窪田充見は、平成23年改正によって、「擬似的な親権者を作り出す制度」から「親権を行う者がいない未成年者に対する補助のしくみ」という性格が、より前面に出てきたと指摘する。窪田・前掲注(1) 8頁を参照。

(b) 親子の再統合が期待できない場合には、実方との親子関係を終了させ、新たな親子関係を構築する制度である、特別養子縁組の制度を利用することが考えられる（民法817条の2・817条の9）。この特別養子縁組は、実方との親子関係の断絶という重大な効果を伴うことから、必ず家庭裁判所が関与することとされ（民法817条の2）、また、縁組を成立させるためには、原則として、「養子となる者の父母の同意」が必要となる（民法817条の6）。但し、「父母がその意思を表示することができない場合又は父母による虐待、悪意の遺棄その他養子となる者の利益を著しく害する事由がある場合」には、この同意は不要である（民法817条の6但書）。家庭裁判所は、「父母による養子となる者の監護が著しく困難又は不適當であることその他特別の事情がある場合において、子の利益のため特に必要があると認めるとき」に、特別養子縁組を成立させるものとされる（民法817条の7）。なお、この特別養子縁組を利用する場合、特別養子となる者について年齢制限が課されている。すなわち、養子となる者は、原則として、縁組の申立てときに6歳未満の者（例外に該当する場合でも8歳未満の者）でなければならない（民法817条の5）。

その他、子を適切な第三者に監護及び教育させるためには、普通養子縁組の制度の利用も考えられる。この場合は、実方との親子関係は断絶しない。普通養子縁組によって、当該子は、「養親の親権に服する」ことになる（民法818条2項）。子が15歳以上の未成年者の場合、養親となる者が家庭裁判所の許可を得ることで、当該子の法定代理人の同意を要することなく養子縁組をすることができる（民法797条・798条）。他方、子が15歳未満の場合には、子の法定代理人の代諾によって縁組が成立するとされ（民法797条1項）、かつ、親権停止中の父母がいる場合は、その同意も必要である（民法797条2項<sup>(49)</sup>）。それ故、15歳未満の者について普

---

(48) 窪田充見『家族法〔第3版〕』（有斐閣、2017年）252頁も参照。

通養子縁組により第三者に監護及び教育させるためには、親権喪失の審判を経て、その法定代理人が養子縁組の代諾をするという手順を踏むことになる<sup>(51)</sup>。

## 2. 現行制度の分析

以上、現行民法の親権制限の制度、及び、それと関連する諸制度について整理してきた。続いて、以上の整理を踏まえながら、先に検討した憲法24条の要請に照らし、問題提起も含め、既存の制度について簡単に検討を加えていこう。

### (1) 親権制限の段階化

まず、平成23年の民法改正によって親権停止の審判が採用されたこと

---

(49) 平成23年民法改正による。本文で述べたように、養子縁組がされると養親が親権を行うことになるので、親権停止期間が経過しても、親権停止がされていた父母は親権を行うことができなくなってしまうところ、親権停止中の父母の関与なくこのような事態が生じることは、親子の再統合を視野に入れた制度という親権停止の趣旨に適合しないと考えられたことによる（飛澤・前掲注〔1〕13頁の他、中田・前掲注〔1〕63頁を参照）。親子の再統合を視野に入れた制度として親権停止を位置付けつつ、他方で、親権停止中の父母の関与なく普通養子縁組を行うことで、親権停止期間の経過後の親権行使を不可能とする仕組みも用意しているとすれば、①親による子の人格発展の確保という要請と②国家（更には第三者）による子の人格発展の保護・促進という要請の調整として、整合性を欠いた不合理な制度設計というべきであろう。その意味で、民法797条2項の改正は肯定的に評価できる。

但し、監護者の同意権（民法797条2項前段）と比較した場合の理論的問題として、許末恵「児童虐待防止のための民法等の改正についての一考察」法曹時報65巻3号（2013年）292-294頁の他、同・前掲注（33）69頁を参照。

(50) ここでの法定代理人としては、未成年後見人や、児童相談所長等の親権代行者（児童福祉法33条の2第1項、同33条の8第2項、同47条1項・2項）が考えられる。

(51) 飛澤・前掲注（1）14頁を参照。

## 親権制限とその周辺

による、親権制限の段階化の評価である。上述のように、憲法24条2項は親権制度の整備を要請していると考えられるところ、制度は現実に生じた問題に実効的に対処できるものでなければ意味がない。国会が、①親による子の人格発展の確保という要請と②国家（更には第三者）による子の人格発展の保護・促進という要請を適切に調整し、合理的な親権制度を形成したといえるためには、子の監護及び教育に関して現実に生じた問題を適切に認識し、当該問題に実効的に対処するため、親と国家（更には第三者）の其々が用いることができる資源を踏まえ、親と国家（更には第三者）の間で、子の監護及び教育に関する権限を配分する必要がある。子の監護及び教育に関して現実に生じた問題の性格に鑑み、なお親に子の監護及び教育を委ねるのであれば、親に対する援助の制度を整備する必要があるであろうし、逆に、国家（更には第三者）による保護が必要と考えるならば、国家が迅速に関与することが可能な制度を整備する必要があるであろう。また、後者の場合においても、国家が子の監護及び教育をなすための資源にも限界があるところ、親子の再統合が期待できるというのであれば、再統合を視野に入れ、一先ず対象や時間を限定した関与に止め、もはや再統合が期待できないという場合には、親の権限を完全に剥奪し、国家（更には第三者）が監護及び教育を引き受ける、という諸段階を設けることが考えられる。

以上のことからすると、子の身上監護の領域で問題が生じた場合には、親権喪失という強力な手段しかなく、親子の再統合が期待できる比較的軽度の虐待の事案や、医療ネグレクトのように一定期間の親権制限で足りる事案への対応の困難が指摘されていた平成23年民法改正以前の親権制限の制度は、①親による子の人格発展の確保という要請と②国家（更には第三者）による子の人格発展の保護・促進という要請のいずれの側

---

(52) 管理権喪失(民法835条)は親権の一部制限として理解することができる。窪田・前掲注(1)7頁も参照。



からしても、問題があったというべきであろう。<sup>(53)</sup>この点で、親権停止の制度を採用し、親権制限を段階化したことは、一先ず肯定的に評価できよう。但し、親による監護及び教育を原則とした制度設計を考えるのであれば、<sup>(54)</sup>親権の一部制限の制度を採用することによる更なる段階化や、特に医療ネグレクトへの対応として、<sup>(55)</sup>裁判所による同意に代わる許可の<sup>(56)</sup>制度の採用は、なお検討に値するように思われる。

- 
- (53) 先ず、これらの場合に親権喪失を用いることが出来ないとすれば、子に対する必要な保護が与えられず、②国家（更には第三者）による子の人格発展の保護・促進という要請に照らし問題がある。他方、親権喪失を用いることができるとしても問題が残る。既に述べたように未成年後見人の引受人を如何に確保するかは問題にされていたところであるし、児童福祉施設等の人的・物的資源にも限りがある。親権制限等の後の受け皿が必ずしも十分とはいえない場合に、親子の再統合が可能であるにも拘らず、親権喪失という、親権の全部を確定的に喪失させる制度しか利用できないとすれば、結局は、親からも国家（更には第三者）からも必要な監護及び教育を受けることが出来ないという状態に、子は置かれかねない。
- (54) 例えば、平成28年児童福祉法改正によって、国や地方公共団体は、先ずもって、「児童が家庭において心身ともに健やかに養育されるよう、児童の保護者を支援しなければならない」とされ、家庭での保護者（親）による子の監護及び教育の原則性が明示された（児童福祉法3条の2第1項を参照）。この改正については、吉田・前掲注（3）17-18頁を参照。
- (55) 医療ネグレクトへの対応としては、現行制度の下では、親権停止の審判の利用（審判の確定を待っている間は適時に必要な治療を行えない場合には、親権停止の審判前の保全処分を利用）の他、緊急に手術等が必要な場合で、家庭裁判所での審理を経る時間的余裕がない場合には、児童福祉法33条の2第4項に基づき、児童相談所長が一時保護を行った上で治療に同意することも考えられる。関連して、飛澤・前掲注（1）24-25頁、窪田・前掲注（1）7頁も参照。
- (56) 平成23年民法改正において、親権の一部制限や、裁判所による同意に代わる許可の制度が採用されなかった理由につき、飛澤・前掲注（1）28-29頁を参照。これに対する反論としては、横田・前掲注（5）法律時報90巻11号41頁の他、許末恵「親権制限及び未成年後見についての検討課題」戸籍時報673号（2011年）32-33頁・35頁を参照。親権の一部制限や、裁判所による同意に代わる許可の制度については、更に、窪田・前掲注（1）7頁の他、許・前掲注（33）71頁も参照。

## (2)関連する諸制度との連結

以上の親権制限の制度に、児童福祉法上の子の保護のための制度等も併せて考えれば、例えば児童虐待の場合の子の保護としては、次の諸段階が考えられる。まず第一に、児童相談所による一時保護が位置付けられる。第二に、親子の再統合を視野に入れ、里親委託・施設入所の措置を採り、あるいは、親権停止の審判を利用することが考えられる。そして第三に、親子の再統合が期待できない場合には、親権喪失の審判を経て、例えば、子を適切な第三者に監護及び教育させるために普通養子縁組の制度を利用すること等が検討されることになろう。あるいは更に、実方との親子関係を終了させ、第三者との間で新たな親子関係を構築する特別養子縁組の制度の利用も考えられる。

こうして並べてみたときには、しかし、各手法の要件について疑問がないわけではない。例えば、平成23年民法改正による親権喪失の要件と、特別養子縁組において父母の同意が不要となる場合の要件、更に特別養子縁組の成立の要件について、「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とき」(民法834条)、「養子となる者の利益を著しく害する事由がある場合」(民法817条の6)、「父母による養子となる者の監護が著しく困難又は不適當であることその他特別の事情がある場合」(民法817条の7)というように、似通った文言が用いられている。しかし、特別養子縁組の場合には実親子関係の断絶<sup>(57)</sup>という重大な効果を伴うため、親権喪失と同様の要件の下で特別養子縁組の成立を認めることはできないであろう。民法817条の7の「子の利益のため特に必要があると認めるとき」の要件と併せ、其々の要件の

---

(57) 親権喪失の場合には、実親子関係は断絶しないため、親の子に対する扶養義務や子の相続権は失われないのに対し、特別養子縁組の場合には、これらの義務や権利も失われることになる。例えば、窪田・前掲注(48) 274-276頁・316頁を参照。

## 論 説

異同ないし関係を整理する必要がある<sup>(58)</sup>。

また、親権者等の意に反する場合の里親委託・施設入所の措置の承認にかかる家庭裁判所の審判と、親権停止の審判の要件を比較すると、前者の場合には、「保護者が、その児童を虐待し、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当該児童の福祉を害する場合」（児童福祉法28条1項）というように、親権喪失の場合と同様の「著しく」という文言が用いられており、親権停止よりも厳格な要件が課されているように見える。しかし、何れも、親子の再統合を視野に入れた子の保護のための手段として位置付け得るものである。最終的には事案ごとの家庭裁判所の判断が重要<sup>(59)</sup>ということになるのかもしれないが、何れの利用を優先する<sup>(60)</sup>のかという議論と併せ、ここでも各要件の異同を整理しておく必要がある<sup>(61)</sup>。

---

(58) この点については、横田・前掲注（5）法律時報83巻12号11-12頁、同・前掲注（5）法律時報90巻9号119頁、同・前掲注（5）法律時報90巻11号41頁、久保野恵美子「日本の親権制度と児童の保護」町野朔他編『児童虐待の防止』（有斐閣、2012年）116頁を参照。更に、民法817条の6と民法817条の7の関係については、窪田・前掲注（48）272-274頁も参照。

(59) 関連して、飛澤・前掲注（1）51頁も参照。

(60) 児童福祉実務においては、「保護者がその後の保護者指導に従う意欲を削がない観点から、親権喪失等の審判の請求に先立って、法第28条の規定に基づく施設入所等の措置により対応できないか検討し、同措置による対応が適切ではない場合や同措置を採ってもなお子どもの福祉が害される場合に、親権喪失等の審判の請求を行うことを原則とする」とされている。『児童相談所運営指針』（平成30年10月）第4章第10節1.（2）を参照。児童福祉法28条審判と親権喪失の審判の何れを優先するかという点については、許・前掲注（49）297-299頁も参照。

(61) 平成23年民法改正の立案担当者は、「親権停止制度は、法的な権限である親権を制限することを主眼とするものであるのに対し、児童福祉法第28条による強制入所等の措置は、行政によって親子を物理的に分離することを主眼とするものであるので、両者を単純に比較することは困難」であるとしている（飛澤・前掲注〔1〕51頁）。しかし、それだけで「著しく」という文言の採用を正当化できるのかは、なお疑問である。

## 親権制限とその周辺

上記の各手法の要件は、親権制度を形成する際の考慮事項である、①親による子の人格発展の確保という要請と②国家（更には第三者）による子の人格発展の保護・促進という要請の調整の結果と考えられる。そうしたところ、ある手法を定める規定を関連する諸制度の中に位置付けたときに、其々の要件について不整合が認められるならば、制度全体として両考慮事項の適切な調整がなされていないと評価されることにもなる<sup>(62)</sup>。

### (3)親権制限等の後の受け皿

親権制限や児童福祉法に基づく親子の切離しの措置を採用した後に、誰が、どのように子の監護及び教育を担うのか、受け皿の整備も重要である。こうした受け皿の整備が不十分であるとすれば、ここでも、子は必要な監護及び教育を与えられない状態に置かれてしまう<sup>(63)</sup>。そのような場合には、②国家（更には第三者）による子の人格発展の保護・促進という要請に照らし、問題のある制度設計という評価がされかねない。

この点で、先ず、平成23年民法改正によって、複数の未成年後見人の選任を認め、其々の能力に応じた子に対する保護・支援を可能とし、また、其々の責任の範囲を限定することで、未成年後見人を求めやすくする制度に改められたことは、肯定的に評価できよう<sup>(64)</sup>。但し、上述のよう

---

(62) 問題となる規定を関連する法制度の中に位置付け、「体系的整合性」という観点から、その合理性を問うという手法は、最高裁がしばしば採用している手法である。例えば、郵便法違憲判決において、旧郵便法68条・73条（書留郵便物についての損害賠償責任の制限にかかる部分）を違憲とする実際の決め手となったのは、国家賠償法との対比に加え、なお書きで示された、商法・国際海上物品運送法等による損害賠償責任の制限と対比したときの体系的な不整合であったと理解することもできる（最大判平成14年9月11日民集56巻7号1444-1445頁を参照）。

「体系的整合性」については、櫻井智章「京都府風俗案内所規制条例最高裁判決」判例評論708号（2018年）156-157頁を参照。

(63) 親権制限との関係での議論であるが、窪田・前掲注（1）8頁も参照。

に、親権喪失の審判等によって「未成年後見人を選任する必要が生じたとき」は、その父又は母は、「遅滞なく未成年後見人の選任を家庭裁判所に請求しなければならない」（民法841条）とはされるものの、父母の親権が制限された場合でも、親族等がその子を引き取って監護及び教育を行うという例は少なくなく、必ずしも未成年後見人が選任されているわけではないという指摘もなされている<sup>(65)</sup>。だが、「親権制限と未成年後見は、虐待を受けた子どもの救済のための車の両輪」であるところ、未成年後見人が選任されないままの状態に子が置かれることは、②国家（更には第三者）による子の人格発展の保護・促進という要請の実現という観点からは、問題がある。上述の、家庭裁判所に対し未成年後見人の選任を請求する児童相談所長の義務（児童福祉法33条の8第1項）の理解にもよるが、家庭裁判所の職権による未成年後見人の選任の制度を設けるこ

---

(64) 改正の意義については、合田篤子「未成年後見制度の現状と今後の課題」法律時報86巻6号（2014年）35頁・37頁も参照。

(65) 窪田・前掲注（48）315頁を参照。

(66) 窪田・前掲注（1）8頁。

(67) 関連して、平成23年の児童福祉法改正により、一時保護や里親委託中の児童等で親権者等がないものについては児童相談所長が親権を行うこととなったため（児童福祉法33条の2第1項・47条2項）、未成年後見が開始されても未成年後見人の選任請求をする必要性は減り、未成年後見人が選任されないままの状態が生じる可能性が高くなったという指摘もされている（合田・前掲注〔64〕37頁、松川正毅他編『新基本法コンメンタル親族』〔日本評論社、2015年〕270頁〔青竹美佳執筆〕を参照）。未成年後見制度の性格の変化も踏まえつつ（前掲注〔47〕を参照）、一時保護や里親委託・施設入所の措置を採った場合において未成年後見人を選任しないという運用の許容性も含め、児童相談所長による未成年後見人の選任につき、②国家（更には第三者）による子の人格発展の保護・促進という要請の実現という観点から検討を要する。

(68) なお、成年後見人の場合には、家庭裁判所の職権による選任の規定が設けられている（民法843条）。未成年後見と成年後見の異同については、松川他・前掲注（67）263頁・269頁・273頁・277頁〔青竹美佳執筆〕を参照。また、平成23年民法改正によって、未成年後見人の追加的選任は、家庭裁判所が職権で行うこと

## 親権制限とその周辺

とも、検討に値するであろう。<sup>(69)</sup>

同様に、一時保護中の子に対する児童相談所長の監護及び教育に関する権限についての規定を整備したこと、更に、一時保護や里親委託・施設入所の措置の際の、児童相談所長・児童福祉施設の長・里親の権限と、親権との調整の規定が設けられたことも、一時保護等による親子の切離しの後の、子の監護及び教育のための受け皿の整備の一環として捉えることができよう。但し、一時保護と里親委託・施設入所の措置の其々の場合において、「必要な措置」としてどのようなことが出来るのかについては必ずしも明らかでないという指摘がされている。<sup>(70)</sup> 「必要な措置」として何がなし得るかは、①親による子の人格発展の確保という要請と②国家（更には第三者）による子の人格発展の保護・促進という要請の調整にかかわる問題である。家庭裁判所の関与のあり方が異なる点も踏まえ、其々の場合における「必要な措置」の内容について整理が必要である。また、児童相談所長等の権限行使に対して親権者に不服がある場合に、権限の競合をどのような手続で調整するのかという点についても、<sup>(71)</sup> 検討を要するであろう。

養子縁組制度も、親子の再統合が期待できない場合の、子の監護及び教育のための重要な受け皿である。この点、特別養子縁組制度については、「わが国の養子の年齢制限は類を見ないほど低く設定されており、特別養子縁組制度の利用が伸びない一因になっていると考えられる」とい

---

ができるようになった（民法840条2項）。家庭裁判所の職権による未成年後見人の追加的選任を認めた趣旨については、飛澤・前掲注（1）64頁を参照。

(69) 久保野・前掲注（58）111-113頁を参照。

(70) 大村他・前掲注（33）83-84頁〔横田光平執筆〕を参照。平成23年児童福祉法改正以前の制度を念頭に置いた議論であるが、久保野・前掲注（58）105頁も参照。

(71) 大村他・前掲注（33）83-84頁〔横田光平執筆〕の他、久保野恵美子「児童の虐待をめぐる諸問題」金子修他編『講座実務家事事件手続法（下）』（日本加除出版、2017年）197-199頁を参照。

う指摘もされているところである。<sup>(72)</sup>親子の再統合が期待できない場合の受け皿として、既存の制度のままでは十分な機能が期待できないのであれば、<sup>(73)</sup>特別養子縁組の年齢要件等の見直しも必要であろう。

#### IV おわりに

以上、憲法24条2項は、①親による子の人格発展の確保という要請と②国家（更には第三者）による子の人格発展の保護・促進という要請を適切に調整し、合理的な親権制度を形成することを国会に命じていると、憲法24条2項の規範内容を捉えた上で、この規範内容に照らして、民法の親権制限の制度、及び、それに関連する諸制度について、簡単ながら検討を行ってきた。親権制限の段階化や、親権制限後の子の保護のための受け皿である未成年後見人の拡充など、平成23年の民法改正は、①親による子の人格発展の確保という要請と②国家（更には第三者）による子の人格発展の保護・促進という要請の調整という観点からは、一先ず肯定的に評価できよう。

しかし、親権制限の制度に関しては、親権の一部制限の制度を採用することによる更なる段階化や裁判所による同意に代わる許可の制度の必要性、親権喪失と特別養子縁組の各要件の関係ないし異同の整理など、なお検討を要する点がある。また、児童福祉法の諸規定とも関連付けて

---

(72) 前田陽一他『民法Ⅳ 親族・相続〔第4版〕』（有斐閣、2017年）164頁〔本山敦執筆〕を参照。

(73) なお、平成30年6月より、法制審議会に設置された特別養子制度部会において、特別養子制度の見直しについて調査・審議が開始され、「社会的な養育を必要とする、より多くの児童に温かい家庭を与えてその健全な養育を図るために特別養子制度の利用を促進するという観点」から、養子となる者の年齢要件等の見直しがされている。平成30年10月には、「特別養子制度の見直しに関する中間試案」が取りまとめられ、同中間試案と「特別養子制度の見直しに関する中間試案の補足説明」が公表されている。まとまったものとしては、商事法務編『特別養子制度の見直しに関する中間試案』（商事法務、2018年）がある。

## 親権制限とその周辺

捉えた場合には、児童福祉法28条の審判と親権喪失・親権停止の審判の各要件の異同の整理、家庭裁判所に対し未成年後見人の選任を請求する児童相談所長の義務の射程、一時保護と里親委託・施設入所の措置の場合に児童相談所長等が行いうる「必要な措置」の内容や、児童相談所長等の権限と親権とが競合する場合の調整のための手続など、なお個別に検討すべき問題が残っている。その意味で、本稿で行った既存の制度の分析は、飽くまで問題提起的なものにとどまる。これらの問題の各論的検討が今後の課題である。