

構成員意見書（共同提言）

5 構成員 土 居 聡  
構成員 中村 みどり  
構成員 橋 本 佳 子  
構成員 藤 林 武 史  
構成員 宮 口 智 恵  
構成員 茂 木 健 司

10 【意見の趣旨】

1 一時保護の開始段階に司法審査を導入すべきである。あるべき司法審査としては、事前審査を経る暇のない緊急保護が必要な事案等においては、一時保護後一定期間内に司法審査を経る仕組みを構築すべきである。あわせて、必要に応じて事前審査できる仕組みを構築すべきである。

15 また、一時保護によってもっとも権利制限を受けるのは子どもであることから、親権者等の意に反する場合のみならず、子どもの意に反する場合にも、一時保護の開始段階における司法審査を導入すべきである。

20 2 上記1の司法審査の導入にあわせて、一時保護の開始段階において、司法の判断を経た上で、面会通信制限及び接近禁止命令を発令できる仕組みを整備すべきである。

また、在宅の場面や一時保護後一定期間が経過した場面、里親委託等の措置の場面やその後の場面など様々な場面において、司法の判断を経た上で、面会通信制限及び接近禁止命令を発令できる仕組みを整備すべきである。

25 さらに、面会通信制限及び接近禁止命令の制度については、「児童虐待を受けた児童」に限らず、要保護児童の福祉を守るための規定として児童福祉法

に規定し、あわせて、「児童虐待を行なった保護者」のみを対象とするのではなく、要保護児童の福祉を害する者すべてを対象とする規定として改正すべきである。

30

3 上記1の司法審査の導入にあわせて、行政上・司法上の手続における子どもの手続保障を充実させ、子どもに合った方法で意見聴取を義務付ける必要がある。その際、乳幼児から学齢児、障害を抱える子どもはもちろん、すべての子どもの声を大きくして大人に届ける「子どもアドボケイト」を活用した法制度の整備を進めるべきである。

35

#### 【意見の理由】

(一時保護の開始段階における司法審査について)

#### 第1 はじめに

40

1 日本が1994年に批准した子どもの権利条約（以下「権利条約」という。）は、すべての子どもが生命に対する固有の権利を有していることを前提として（権利条約6条1項）、その9条1項で、子どもが父母から分離されないという原則、そして虐待やネグレクトなど子どもの権利が侵害される例外的場面での親子分離について規定している。

45

この例外の場面について権利条約は、「権限のある当局が司法の審査に従うことを条件として適用のある法律及び手続に従いその分離が児童の最善の利益のために必要であると決定する場合は、この限りでない。」と規定している。これを日本の児童福祉法に従って読み替えると、「児童の最善の利益のために必要であると決定」して父母から分離するのが児童福祉法33条に規定された一時保護であり、この一時保護について、「司法の審査に従うこと」及び「法律及び手続に従」うという条件が付されているものと容易に理解できる。

50

2 日本では、一時保護の開始段階には司法審査は入っておらず、一時保護が 2  
55 か月を超える場合に初めて、司法が審査する仕組みをとっている。しかし、  
権利条約は、分離されないことを原則として保障し、例外的に「児童の最善  
の利益のために必要であると決定する場合」に分離できると規定しているこ  
とから、権利条約がもっとも意識しているのは、一時保護のまさにその開始  
60 当初の段階で、分離が子どもの最善の利益に資するか否かが判断されるこ  
と、そして、その判断が司法の審査によってなされることであると考えられ  
る。国連子どもの権利委員会はこれまでも一時保護の開始段階における司法  
審査を求めてきたし、最近では2019年にも、日本に対して、明確に義務  
的司法審査を要求している（国連・子どもの権利委員会「日本の第4回・第  
5回総合定期報告書に関する統括所見」2019）。そこには次のように書  
65 かれている。

「家族から分離される児童が多数にのぼるとの報告がなされていること、ま  
た、児童が裁判所の命令なくして家族から分離される場合があり、かつ最長  
で2か月間児童相談所に措置され得ること」を深刻に懸念する。

「児童を家族から分離すべきか否かの決定に関して義務的司法審査を導入す  
70 ること」を要請する。

これに対し、一時保護に対する事後的救済手段として、一時保護処分取消  
訴訟や国家賠償請求訴訟が存在することを理由として、権利条約の要請は満  
たされているという反論がなされることがある。しかし、上述のとおり、権  
利条約は親子を分離すべきか否かのまさにその段階において司法審査を要求  
75 していると読むのが素直であり、事後的な司法手続があるからといってその  
要請を満たしたことはない。また、これまで提起された取消訴訟を見  
ても、結論が出るまでに時間がかかりすぎ、結局一時保護が解除された結  
果、訴えの利益がなくなったとして訴えが却下される事案も少なくなく（一

80 例として、大阪地判平成17年10月14日、東京地判平成28年10月18日、大津地判平成28年11月24日など）、権利条約の要請を満たしているとは言い難い状況である。国家賠償請求訴訟においては、請求が認容されたとしても所詮は金銭賠償がなされるに過ぎず、分離すべきか否かの判断に司法審査が入っているとは到底言えない。

85 これら取消訴訟や国家賠償請求訴訟が分離されないことを原則とする権利条約の要請を満たさないものであることは容易に理解できるところである。

3 日本が権利条約に批准している以上、権利条約は、憲法に違反する場合を除き、国内法に優先して効力を生じるものと理解される（憲法98条1項参照。芦部信喜著・高橋和之補訂「憲法」（岩波書店、〔第七版〕、2019））。また、憲法98条2項は、「日本国が締結した条約・・・は、これを誠実に遵守することを必要とする。」と明記している。

95 そうであれば、前記権利条約の趣旨からして、一時保護の開始段階に司法審査を導入することは、必ず達成すべきものであると考えられる。児童相談所や家庭裁判所における人材の不足や近時法改正が続いていて児童相談所が疲弊していることなどを理由として司法審査の導入に慎重な意見も存するが、これは司法審査を導入しない理由とはならない。これらの問題は、それぞれの体制整備が必要になることを示しているに過ぎず、司法審査の導入までの間に成し遂げればよい問題であると考えられる。また、一時保護に司法審査を導入した場合、児童相談所が一時保護を躊躇してしまい、子どもが犠牲になる可能性がある旨の主張も見受けられるが、これは児童相談所に対する誤った見方である。緊急時においても司法審査を経ることができる仕組みが導入されることによって、児童相談所はより一層自信を持って一時保護やソーシャルワークに臨むことができるようになる、というのが正鵠を射た指摘であろう。

105 以下、一時保護の開始段階において司法審査を導入すべき理由を考えてみたい。

## 第2 司法審査を導入すべき理由

### 1 法の支配の徹底

110 「人権の歴史は、疑いもなく、国家の恣意からの自由の歴史である。」（芦部信喜「現代人権論」有斐閣、1974）。

親と子どもが一緒に暮らすということは、すべての人が当たり前持っている「人権」に関する問題である。親子が一緒に暮らせるかどうか、言い換えれば、親子を分離するか否かという問題が「人権」に関する問題である以上、その判断は国家の恣意から自由でなければならない。

115 国家の恣意から自由であるという意味は、「人による支配」ではなく、「法による支配」を徹底させるということの意味している。例えば、児童相談所長が誰であるかによって一時保護すべきか否かの判断が分かれたり、あるいは、虐待通告を受けた後の受理会議において、その参加メンバー如何によって一時保護すべきかどうかの判断が変わる、ということはあるはずではない。すなわち、一時保護の判断は、恣意的になされてはいけない。人によってコントロールされるのではなく、法によってコントロールされる必要がある。

### 125 2 児童相談所長のみ判断から司法のチェックを経た適正な一時保護へ

(1) 司法審査なしに、児童相談所長が一時保護の決定を行うことの問題点は何であろうか。それは第一に、児童相談所長が何のチェックを受けることもなく強大な権限を行使し、一度その権限を行使すると、親が嫌だと言おうが、子どもが嫌だと言おうが、2か月間、その権限の行使が適切であったか否か

130 をチェックされることなく、以下のとおり制約が続く可能性があることである。

すなわち、一時保護されると、子どもにとっては行動の自由を始めとする基本的な子どもの権利を制限されることになる。自由に外に出られないのはもちろん、それまで通学していた学校にも行けず、日常的に接していた親や  
135 祖父母等の親族、学校の友人や先生にも会えない。学習権の保障も大事だし、その瞬間を生きている子どもにとって学校の友人等に会えないことは、人生の一部を切り取られたのと同じ苦しみである。また、親にとっては、事実上、親権の行使が制限される。これまでやってきたように、手元で子どもを養育することはできないし、子どもに教育を受けさせる義務を果たせない。  
140 い。このような日常的に当たり前の、基本的な「子どもの権利」や「親の権利」という絶大な権限が制限されるにもかかわらず、行政機関である児童相談所長の判断だけで、このような制限が2か月間なされることは大きな問題である。

第5回検討会において、菅家さんは、「一時保護の判断をした児童相談所  
145 が当初の判断を見直そうとしないために不当な長期親子分離が生じていないか」という問題提起をしたが、これは同様の問題意識に基づくものであると思われる。

(2) 児童相談所長も人間である。人間である以上、虐待事案に遭遇すると、

「子どもが重篤な結果を負うかもしれない」、「最悪の場合には死亡に至る  
150 かもしれない」という「主観的な不安」が先行する。そうすると、親や子どもの言い分よりも、子どもを保護することに前のめりになり、そして主観的に安心できるまでその保護を継続することになってしまう。しかも、親側が虐待を否定すると、さらに児童相談所長の主観的な不安は増大し、分離が長期化する。特に、死亡事案や重篤事案が発生した地域では、その後、一時保  
155 護の件数が急激に増加する傾向がある。第5回検討会で、千葉県で紹介がな

されたが、千葉県においても平成30年度に起きた死亡事案の後、一時保護の件数が急激に増加している。それだけではなく、これらの地域では、一時保護の解除に慎重になったという理由で、一時保護の期間が長期化してしまう。

160           ここで、そもそも虐待があったのかなかったのか、一時保護が必要なケースなのか、必要だとして長期化している分離は妥当なのかを児童相談所長が判断してしまうと、それは主観的な不安に流されてしまうことは言うまでもない。

165           一方で、重篤な虐待事案であるにもかかわらず、リスクアセスメントをするにあたって、重視すべき情報を恣意的に軽視したり、本来考慮すべきではない事情を考慮して一時保護を見送る等して、一時保護をせず、その結果、子どもの死亡や重篤な傷害を負うようなケースも存在する。このような児童相談所長による恣意を排除し、司法によるチェックを経た適正な一時保護を実現する必要がある。

170           強大な権限を行使することと、そのチェック機能を分けなければ、権限の濫用・逸脱、あるいは権限を行使すべき場面での不作為という問題が生じてしまうことは、これまでの歴史から見ても明らかである。

(3) この検討会において、児童相談所側から選出された構成員が、あえて児童相談所長だけの判断で一時保護を行うべきではないと警鐘を鳴らしていること  
175           に注意を払うべきである。通常の場合であれば、児童相談所側から選出された構成員としては、できる限り簡易・迅速・柔軟に一時保護できるよう、児童相談所長だけの判断で一時保護できるように現状を維持すべきである、という意見に偏るのではないかと考えられる。しかし今回、児童相談所側から選出されている構成員の多くが、この意見書の作成に賛同し、また検討会  
180           において児童相談所長の行う一時保護処分に司法審査を入れるべきであると発言している。これは、児童相談所の現場における危機感を現している、

我々は考えている。一時保護という権限が強すぎるが故に、別の機関がそのチェック機能を果たさなければ、権限の濫用や逸脱、あるいは権限行使の不作为を招きかねないという危機感の現れなのだと見える。

185

### 第3 判断機関としては司法が最適である

では、そのチェック機能を果たす機関としてはどこが相応しいのだろうか。一時保護の審査は、一時保護の権限行使の適正をチェックするためのものであるため、そのチェック機能を持っている必要がある。また、一時保護が子どもや親の権利を制限するため、そのような権利制限を正当化することのできる機関である必要がある。そのためには、その機関の素質として、権限を行使する行政から独立した、中立かつ公平な機関が相応しいことはいうまで  
190  
ない。このような素質があるからこそ、当事者はその機関を信頼し、その機関が出した判断に納得するのだと考えられる。そのようなことを考えて、権利条約は「司法の審査」と明記したものと思われる。  
195

歴史的に見て、裁判所は判断機関であり、三権分立のもとで行政から独立しており、その立場は中立かつ公平であることが求められている。したがって、司法が最適であることは言うまでもない。

司法の代わりに、例えば、児童福祉審議会が一時保護の審査を行うことは、権利条約の要請を無視していることになる。現状、児童福祉審議会はあくまでも行政機関の一つであって独立性がなく、保護者側からみると、児相に肩入れする中立性・公平性を有しない機関と見られがちである。現在の一時保護に対する行政不服審査（審査請求）があまり活用されていないのも、そのためだと考えられる。児童相談所の現場では、保護者に審査請求ができることを説明しても、「どうせ児相とグルなんでしょう。」と言われた経験を持つ者は多い。  
200  
205



別の観点から司法審査の良いところを挙げると、家事事件手続法に従って、手続保障の充実が図られているところが挙げられる。行政から独立した、中立で公平な司法による手続の中で、児童相談所側の意見も、親の意見も、そして子どもの意見も「対等に」扱われる必要がある。

このような点を考慮すると、一時保護に対する審査は司法によって行われる必要があると考えられる。

#### 第4 結語-あるべき司法審査

1 以上のとおり、一時保護に関する審査は、その開始段階において行われるべきものであり、その判断機関としては司法が最適だと言える。これまで、児童相談所や家庭裁判所の負担感を理由に司法審査を避ける論調が目立っていたが、このような負担感を全面に出して、権利条約が要請している司法審査を蔑ろにすることは、その順序が逆であり、子どもや親の権利を不当に制約するものであって許されない。

まずは、権利条約に規定された、親子が原則として分離されないこと、例外的に司法審査を経て分離されることがあること、という当たり前のことを実現すべきである。これを実現する上で、児童相談所や家庭裁判所が負担を感じるのであれば、それこそ、児相に常勤弁護士を配置すること、児相の権限を他に分配すること、その他児童福祉司や児童心理司の人数を増やし、かつ専門性を確保するための方法を考えればよいだけであるし、また家庭裁判所の裁判官や調査官、書記官の人数が足りないのであれば、それを補うための方策を追求すべきである。少なくとも、児童相談所の負担感は、常勤弁護士を採用することにより大きく軽減される（現状、保護者の同意の無い一時保護を行うことにより、児童相談所では職員が保護者から激しい抗議を受けたり、罵声等を浴びせられたりする等の問題も生じている。一時保護の司法審査を導入すれば、早期の段階で保護者の主張の是非を司法が判断することに

なるため、この点でも負担は軽減され得る。) 。 これらをせずに、司法審査の導入をいたずらに遅らせることは、国家が子どもや親の人権を軽視することに他ならない。早急に一時保護の開始段階における司法審査を実現させるべきである。

2 あるべき司法審査としては、事前審査を経る暇のない緊急保護が必要な事案等においては、一時保護後一定期間（例えば1週間）内に司法審査を経る仕組みを構築すべきである。あわせて、必要に応じて事前審査できる仕組みを構築すべきである。例えば、AHT/SBSが疑われる事案において、子どもが入院しているような場合には、医師の診断書や意見書等の客観的な資料をもとに事前審査を行い、一時保護すべきか否かが判断されるべきである。

なお、権利条約においては、父母の意思に反する分離の場合に司法審査を求めることとなっているが、事前審査においては、明確に父母の意思に反するか否かは不明であることが少なくないことから、ここでは父母の意思に反するおそれがある場合には司法審査を経るべきと規定するのが相当であろう。

3 さらに、一時保護によってもっとも権利制限を受けるのは子どもであることから、子どもの意思に反する一時保護についても、その開始段階において司法審査を経るべきであると考えられる。

我々は、子どもの声を大人の声と同様に聴かなくてはいけない。現状、2か月を超える一時保護の司法審査は親権者等の意に反する場合だけしか行われていない（児童福祉法28条審判の場合も同様である。）。言い換えれば、親権者等が2か月を超える一時保護に同意していれば、子どもの意に反していたとしても、司法が判断することはない。しかし、一時保護によって親権者等の権利も制限されているが、子どもの権利も制限されているし、何より行動の自由というもっとも基本的な権利を制限されているのは子どもであ

る。子ども自身が2か月間自由にできないことに納得がいていないのに、  
260 声をあげても無視される。このような法制度は速やかに撤廃・改正すべきで  
ある。

そのため、子どもの意思に反する一時保護についても司法審査を導入すべき  
である旨を明記すべきである。

265 (面会通信制限・接近禁止命令、子どもアドボケイトの導入について)

#### 第1 面会通信制限・接近禁止命令について

1 面会通信制限及び接近禁止命令は現在、行政指導や行政処分によって行われ  
ている。しかし、面会や通信を行うこと、子どもに接近することは、親権者  
等にとって、日常的にありふれた、かつ当然の権利(人権)である。このよ  
270 うな重要な権利(人権)を行政機関の判断のみで制限できると規定している  
現行法は権利制限に対して無関心であるというほかなく、本来的には一時保  
護に対する事前の司法審査と同様、強大な権限の行使とそのチェック機能を  
分ける必要があると考えられる。

特に、一時保護の開始段階における司法審査が導入された場合、その時点で  
275 一時保護の審査に併せて面会通信制限や接近禁止命令を発令することができ  
れば、子どもの安全・安心を守ることにつながり有益である。親権者等にと  
っていても、権限を行使する行政機関の判断ではなく、独立した第三者であ  
る司法を経て出された結果には納得して従う事案が多いことに鑑みると、一  
時保護の開始段階における司法審査において、同時にこれらの制限を発令で  
280 きるような法制度を確立すべきである。

もちろん、これらの制限を課す必要がある場面としては、一時保護の開始段  
階にとどまらず、在宅の場合や一時保護後(あるいは里親委託等の措置時点  
やその後)しばらく経って制限を課すべきことが判明する場合など様々であ  
る。そのため、一時保護の開始段階のみならず、様々な場面において、子ど

285 もの安全・安心を守るべく、司法がチェック機能を果たした上でこれらの制限が可能となるようにすべきである。

2 あわせて、次の諸点についても検討が必要である。すなわち、1点目として、面会通信制限及び接近禁止命令の条文上、その要件として「児童虐待を受けた児童」という限定が付されているが、これを要保護児童を対象とする  
290 文言に変更し、この規定を児童福祉法に移行すべきである。実際に児童虐待を受けたかどうかは調査を経た上でないと判明しないことが多いし、そもそも面会通信制限や接近禁止命令は、児童虐待の場合に限って出されるものではなく、本質的には児童の福祉を害する場合に出されるべき性質のものだからである。  
295

2点目として、面会通信制限や接近禁止命令は、現行法上、「児童虐待を行なった保護者」に対してしか出すことができない。しかし、実際には、事案に応じて、児童虐待を行なった保護者以外にも、非加害親や親族などに対して、これら制限や命令を出さなければならないことも少なくなく、事案に応じて適切に子どもの安全・安心を守る規定にしなければならない。  
300

したがって、現行法上のこれらの要件を見直し、要保護児童の福祉を害する場合に、その福祉を害する者すべてに対して面会通信制限や接近禁止命令を出せるような制度に改正すべきである。

305 第2 子どもアドボケイトを活用して子どもが行政上・司法上の手続に参画するための法整備の必要性

1 ここまで述べてきた一時保護の開始段階における司法審査の導入、そして面会通信制限・接近禁止命令の発令における司法審査の導入という一連の手続の中で大事なことは、このすべての場面において手続保障が図られることで

310 ある。ここでは親側の手続保障だけではなく、子どもの手続保障も図られる必要がある。

2 権利条約 12 条は、次のように規定している。すなわち、「締約国は、自己の意見を形成する能力のある児童がその児童に影響を及ぼすすべての事項について自由に自己の意見を表明する権利を確保する。この場合において、児童の意見は、その児童の年齢及び成熟度に従って相応に考慮されるものとする。」、「このため、児童は、特に、自己に影響を及ぼすあらゆる司法上及び行政上の手続において、国内法の手続規則に合致する方法により直接に又は代理人若しくは適当な団体を通じて聴取される機会を与えられる。」

320 この権利条約の趣旨は、「私たち抜きに私たちのことを語るな」ということにある。児童相談所の現場においては、子ども自身に関する処遇であるにもかかわらず、子どもの声はかき消されてきた。その反省に立って、子どもの処遇に関することについて、子どもの意見表明権を保障し、かつその前提としての意見形成支援を行うことが必要であることは言うまでもない。その上で、判定会議や援助方針会議といった子どもの処遇にとって重要な会議等への子どもの参画を勧めていくべきである。

330 これは、行政上の手続だけでなく、司法上の手続においても同様である。現状の一時保護の延長審判（児童福祉法 33 条 5 項）のように、15 歳以上の子どもに対して意見表明権を保障するだけでは極めて不十分であり、すべての子ども（乳幼児を含む。）に対する意見形成支援・意見表明支援、そして行政上・司法上の手続への参画を保障すべきである。このことは、国連・子どもの権利委員会の一般的意見第 7 号（2005）のパラグラフ 14（平野裕二訳）に次のとおり書かれていることから明らかである。

「14. 乳幼児の意見および気持ちの尊重

335 第12条は、子どもが、自己に影響を与えるすべての事柄について自由に意見を表明し、かつその意見を考慮される権利を有すると述べている。この権利は、自己の権利の促進、保護および監視に積極的に参加する主体としての乳幼児の地位を強化するものである。乳幼児の一家族、コミュニティおよび社会への参加者としての一行為主体性の尊重は、しばしば見過ごされ、または

340 は年齢および未成熟さにもとづいて不適切であるとして拒絶されてきた。多くの国および地域において、伝統的考え方にもとづき、乳幼児が訓練および社会化の対象とされる必要性が強調されている。乳幼児は、未発達であり、基礎的な理解力、意思疎通能力および選択能力さえないと見なされてきた。乳幼児は家庭において無力であり、社会においてもしばしば声を奪われ、目

345 に見えない存在とされている。委員会は、第12条は年少の子どもと年長の子どもの双方に適用されるものであることを強調したい。もっとも幼い子どもでさえ、権利の保有者として意見を表明する資格があるのであり、その意見は『その年齢および成熟度にしがたい、正当に重視され』るべきである

(第12条1項)。乳幼児はまわりの環境にきわめて敏感であり、自分の生活を彩る人々、場所および日常についての理解を、自分に固有のアイデンティティに関する意識とともに急速に獲得していく。乳幼児は、話し言葉または書き言葉という通常的手段で意思疎通ができるようになるはるか以前に、

350 ささまざまな方法で選択を行ない、かつ自分の気持ち、考えおよび望みを伝達しているのである。」

355 今の一時保護の延長審判の仕組みでは、15歳以上の子どもにしか意見聴取されないし（家事事件手続法236条1項括弧書。なお、児童福祉法28条審判の場合も同じ仕組みである。）、しかもその意見聴取は原則書面で行われる運用になっている。これでは全く不十分である。一時保護された子どもに対し、子どもに合った方法での意見聴取を義務付ける必要がある。

360

3 そうは言っても、子どもが大人に対して、しかも行政や司法に対して声を上げることはとても難しい。そこで、子ども本人が声を上げ手続に参画する仕組みだけでなく、行政上・司法上の手続に関わるすべての子どものために、子どもアドボケイトに関する法制度を導入すべきである。

365 子どものマイクとなって、乳幼児から学齢児、障害を抱える子どもはもちろん、すべての子どもの声を大きくして、行政や司法、その他関係機関に届ける独立アドボケイトの仕組みが導入できれば、それは子どもの権利保障にとって大きな第一歩となることは間違いない。

以 上