

審査形式毎の検討

目次

審査形式によらず問題となる検討事項・課題など	2
①事前の義務的司法審査	6
【①-A 許可状方式】	6
【①-B 裁判所による命令方式】	15
②事後の義務的司法審査(承認審判方式)	21
③事後の第三者への不服申立	29

- 本資料は、一時保護の司法審査の時期に応じ、4つの主な審査形式の特性やそれにより生じる課題を明らかにし、議論が円滑に行われるよう作成したもの。
- 上記の趣旨に照らし、わかりやすさの観点から、第1回 WG で挙げた検討事項の一部について、特定の立場をとって記載している。具体的には、審査の対象とすべき一時保護の範囲は「親権者等の意に反する一時保護全件」(現行の33条5項事件と同じ)としている(ただし、③(不服申立方式)の場合を除く)。
- ※ なお、「親権者等の意に反する」とは、積極的に反対の意思を示している場合をいい、所在不明で意思が確認できない場合や意思があいまいではっきりしない場合は、意思に反しないものとする。
- 「審査形式によらず問題となる検討事項・課題など」は、各審査形式を検討する際の前提となる論点を含むため、各審査形式を検討する際、適宜立ち戻って検討する。

審査形式によらず問題となる検討事項・課題など

(課題・検討)

- ① 前回の法改正時の考え方では、一時保護の決定は、都道府県知事や児童相談所長が適正に判断していることを前提とし、児童相談所が通常調査に要する2ヶ月を超える場合にのみ、家庭裁判所の承認を要するという構造だった。今般、開始の適正性についてまで判断すること（司法審査の導入）となった具体的な趣旨・目的はなにか。
⇒ 抽象的には行政の広範な裁量に基づく親権（行使）等の重大な制限に対して、第三者である裁判所のチェックを働かせることなどが考えられるか。それを超えて、具体的には、どのような場面において、誰のどのような権利を守ろうとするものであり、あるいは、どのような行政の行為についてのチェックを働かせることを目的とするのか。また、条約との関係ではどこまでの制度が必要とされるのか。
- ② 児童相談所が採る行政処分には、各段階で様々なものがあるが、全体としてどの程度の権利制約であれば（義務的な）司法の審査が必要という指標はあるのか（今後、面会通信制限・接近禁止命令への司法審査の導入を考える上でも基本となる考え方の整理）。
- ③ 司法審査に足る情報収集能力が児童相談所にあるのか。捜査機関、民間企業等も含め、相手に応諾義務を課した調査権を付与できるのか。
- ④ 誰を手続に関与させるのか。特に、①～③のどの手続に関しても、児童の権利保障はどのように考えるべきか。（条約との関係での整理も必要。）

※ ②の家事事務手続については、現行法においても、以下のように児童の手続参画を認めている。

- ・児童福祉法に規定する審判事件（第23章第23節）等において、児童に意思能力があれば、手続行為能力が認められ、自ら手続行為をすることができる（家事事務手続法 § 235・118）。【特則（特則により適用）】
- ・児童の年齢を問わず、家庭裁判所は、子の陳述の聴取、家庭裁判所調査官による調査その他の適切な方法により、子の意思を把握するように努め、審判をするにあたり、この年齢及び発達の程度に応じて、その意思を考慮しなければならない（家事事務手続法 § 65）。【総則】
- ・児童福祉法に規定する審判事件において、児童が15歳以上の場合には、家庭裁

判所はその意見を聴かなければならない（同法 § 236 I）。【特則】

- ・ 手続行為能力のある児童は、家庭裁判所の許可を得て、家事審判の手続に参加することができる（同法 § 235・118・42 II）。また、裁判所は、職権で、当該児童を手続に参加させることもできる（同法 § 42 III）。【総則（特則により適用）】
- ・ 児童が手続参加する場合、裁判長は、申立て又は職権により、弁護士を手続代理人に選任等することができる（同法 § 23 I・II）。【総則（特則により適用）】
- ・ 利害関係参加をした児童には、審判（結果）が告知される（同法 § 74 I）。【総則（特則により適用）】

→ ただし、児童は即時抗告権者ではない（∴裁判所の審判は児童の後見的立場から行っているためとされる）。

⑤ どの範囲の一時保護を対象とするのか。

⇒ 一時保護の範囲は、児童の権利に関する条約との関係では、「親権者等の意に反する一時保護」が最低限要求される水準か（本ペーパーでは表紙で「親権者等の意に反する一時保護」との前提を置いたが、本WGのとりまとめとしては、改めて検討が必要）。

⇒ 特に、一時保護の被侵害利益を児童の身体的移動の自由と考える場合、児童の意向を司法審査の要件としないことには理由付けが必要と考えられる。また、児童福祉法に規定する一時保護以外の制度で、身体的移動の自由を制限するその他の制度との均衡に配慮する必要がある。

⇒ この点、児童の権利に関する条約 § 9 I で原則認められないとされている家族分離についても、「父母の意思に反する」という限定のみ付されており、（同条 II で手続保障を求められていることは別段、）児童本人の意向は要件とされていない。

この理由としては、児童の養育及び発達に第一義的な責任を有し、児童の最善の利益を考慮する主体は父母（§ 18）であり、また、その権利義務や責任を締約国が尊重する（§ 3 II、§ 5）建付であることや、児童の中に多様な発達段階の者が含まれており、その意向を法律要件として、判断の責任を負わせるのが適切でないことなどが考えられるか。

⑤' 司法審査の必要のない「一時保護」を切り分けることは考えられないか。

⇒ 例えば、家出した児童の短期間の保護の場合等、一定の類型について、司法審査を不要とすることが考えられないか。

⇒ あるいは、海外に例があるように、行政の判断限りにおいて、短期間（例えば3日間）児童を保護することを認め、これを超えて保護者の意に反する保護をする場合に限り、裁判所による審査が必要とすることなども考えら

れないか（3日以内に保護を解除する場合には司法審査は不要とする。）。

- ⑥ 親権者等の「意に反する」かを司法審査の基準とする場合、親権者等の意向の確認はどのように行うべきか。特に、現行制度では、一時保護の開始に当たっては親権者等の意向の確認は必須とはされていないため問題となる。

⇒ 一時保護の開始にあたり意向の確認を事前に行うと親と対立的になり一時保護を行うことが困難となる虞がある（⑦参照）。このため、事後の司法審査の場合は保護者の意向の確認は申立までに実施すればよいことし、一時保護の開始の連絡に併せ一時保護の継続時と同様の方法で親権者等の意向を確認することも考えられるべきである。

※参考：一時保護の継続に関する親権者等の意向の確認（一時保護ガイドラインより）

一時保護の期間が2か月を超えることが見込まれる場合には、今後の援助方針を説明した上で、親権者等から、2か月を超えて引き続き一時保護を行うことについての意向を確認する必要がある。

この意向の確認は、書面により得ることが望ましいが、親権者等の意向を書面で確認できない場合等もあることから、口頭による親権者等の意向や親権者等への説明の状況等について記録する。

親権者等の意向に反する場合には2か月を超えて一時保護を継続するにあたり家庭裁判所の承認を得なければならないことから、実情に合わせて例えば遅くとも一時保護開始又は継続後40日程度までに意向を確認できるよう努める。

- ⑦ 一時保護に伴う有形力の行使についてどのように考えるべきか。⑥とも関係して、一時保護の前に親権者等の意向を確認する必要があるとするならば、一時保護にあたり親権者等が拒否的になり、例えば、児童相談所の訪問に対してドアを開けないなど一時保護を妨害する可能性がある。

⇒ 現行の一時保護の運用では、一時保護に伴い、家の鍵を壊すようなことは想定されていないが、今後、比例原則等の刑事手続を参考にある程度の線引きの必要があるように思われる。

なお、一時保護の主たる効力はいくまで引き離れた児童の身体的移動の自由の制約にあり、引き離しにあたっての有形力の行使を認めない場合には、児童の安全確認のための手段である臨検捜索（§9の3・9の7）や警察への援助要請（§10）を併せて行うことが考えられるが、こうした運用を前提とした制度にすべきか（そもそも安全確認のための手段を身柄の確保に流用することを可能とすべきなのか）。

- ⑧ 一時保護の法的性質をどのように考えるか。一時保護は、“一時保護決定”の時点を抑えて狭義の行政処分とすべきなのか、権力的事実行為のように構成すべきなのか。不服申立て期間を考えるにあたり特に問題となる。
- ⇒ 権力的事実行為と考える場合でも、行政不服審査の審理期間等を限定する立論は可能か。

※ 現状では、一時保護開始時に、決定時点を基準とした行政不服審査の期間を教示する通知をすることとされる一方、一次保護の延長や一時保護・一時保護委託の切替えは新たな行政処分ではないとされており、厚労省として明確に立場を示していない。

- ⑨ 33条5項事件においては、親子関係を示す資料として親子それぞれに関する戸籍謄本を提出することになっているが、戸籍謄本はすぐには取得できないことが多いため、新たな司法審査を導入する場合（特に③（不服申立形式）以外の場合）には、取扱いを検討する必要がある。
- ⇒ 配偶者暴力防止法の保護命令の手続と同様に住民票等を以て代用可能とすることも検討すべきである。

①事前の義務的司法審査

【①-A 許可状方式】

(概要)

- 原則として事前に裁判官¹が発行する許可状²により、児童相談所が一時保護の権限を付与され、一時保護を執行する形式。

(具体的な手続)

- 一時保護と、同様、対象者の身体的移動の自由を制限する許可状としては刑事手続における「逮捕状」があるため、以下、通常逮捕の場合と平行に手続フローを検討する。
- 児童相談所における一時保護の方針の決定については、これまでと同様、通告（児童福祉法 § 25、虐待防止法 § 6）等により要保護児童等に関する情報をえて、都道府県、児童相談所が（安全確認等を行った上で）一時保護が必要かどうかの方針決定を行うこととする。
- 都道府県や児童相談所が一時保護を必要と判断した場合、許可状の請求は裁判官に対し書面（請求書）で行い、その際に併せて、一時保護を必要と認めるべき資料（疎明資料³）を提供することとなる。

※ より具体的には逮捕状の請求書や一時保護の実体法の要件に照らして、「一時保護の理由・目的及びその必要があることを認めるべき資料」などとすることも考えられる。

¹ 刑事手続における令状の請求先は、請求権者の所属する官公署の所在地を管轄する地方裁判所・簡易裁判所の裁判官（刑事訴訟規則 § 299 I）であるが、少年事件の令状請求は家庭裁判所の裁判官に対しても行うことができる（同条 II）。また、児童虐待防止法の臨検捜索許可状の請求については、地裁、家裁、簡裁のいずれの裁判官に対しても行うことができる（同法 § 9 条の 3 I）。

² 令状とは「裁判所又は裁判官が強制処分を明示又は捜査機関その他の者に強制処分の権限を付与する裁判の裁判書で、その方式の定形化したものをいう。」（団藤・条解 6）とされるが、他方で、裁判所又は裁判官の命令状の性質を有するもの（勾引状、勾留状、差押状、捜索状等）を指す場合もあるため、ここでは、意味を限定するために「許可状」の文言を用いる。

³ 実体的権利義務関係を確定する場合には、高い蓋然性をもって事実の存否について確信を得ることが必要であり、これを証明と呼ぶ。他方、実体的権利義務関係を対象としない場合には、より低い蓋然性の程度（「一応確からしい」と表現される）で、ある事実の存否を判断し、これに基づいて裁判を行うことができる（疎明）。疎明は、民事保全の裁判（民保 13 条第 2 項）や訴訟手続上の決定など迅速性が要求される手続において、証明によっていたのでは制度趣旨が実現されない場合に採用される原則。（「新・コンメンタール民事訴訟法」・日本評論社より）

例えば、「一時保護の理由・目的」では、「児童の安全を迅速に確保し、適切な保護を図る」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」目的があることを疎明する資料を、「必要があること」としては、在宅指導措置等では足りず児童の身柄を預かる必要があることを疎明する資料（逮捕に準じれば必要性が明らかでない場合でないことが分かれば可）をそれぞれ提供することが考えられる。

※ また、逮捕の場合には、「同一の犯罪事実」又は「現に捜査中である他の犯罪事実」について前に逮捕状の請求があったときは、違法な再逮捕を防止するため、その旨を令状請求書に記載しなければならない。一時保護は児童の安全を確保するために行われるため、複数回行われることに制限を設ける必要はないが、他方で延長の承認を得ること等を潜脱することを防ぐために、直近の一時保護歴等を記載することは検討の余地がある。

- 請求を受けた裁判官は、請求の際提出された疎明資料等⁴に基づき、一時保護許可状発付の要件を審査し、その請求が適法であり、一時保護を必要と認める場合には、一時保護許可状を発付する。

※ 逮捕における令状審査とパラレルに考えると、裁判官による審査は、上記のとおり、許可状の発行を以て、一時保護の権限を付与することとなるため、都道府県知事の裁量過程を統制する形式ではなく、実体法の要件を審査することとなるものと考えられる。

⇒ 他方、逮捕が、捜査を実行するため及び逃亡や罪証隠滅を防止するため（＝対象者個人の利益とは異なる公益のため⁵）に行われるのに対し、一時保護は児童の安全確保やアセスメントという対象児童自身の福祉のために行われるため、一時保護の実体要件を変えることで、児童相談所の判断が阻害されることは避けるべきとも考えられる。

そこで、（逮捕の枠組みとは異なるものの）請求行為を以て行政権限の発露と考え、従来の抗告訴訟における審査と同様、裁量過程を審査するものと構成することも検討するべきではないか。

⁴ 刑事手続においては、裁判官が必要と認めるときは、逮捕状の請求者の出頭を求めてその陳述を聴き、又はその者に対し書類その他の物の提示を求めるとされている（刑事訴訟規則 § 143 の 2）。

⁵ 「令状主義による司法的抑制は、捜査における強制処分濫用を防止し被疑者の人権を保障するために、公正中立な立場にある司法官憲をして身体拘束の理由及び必要性の有無を審査させるものである」とされている（司法協会編「令状事務（三訂版）」）。

- （許可状の審査を終えた後については、疎明資料は請求者に返還し、裁判官が保有するのは請求書の謄本のみとなる。）

※ 上記括弧書きは制度の建付により異なり得る。

※ 家事審判の書面は原則親権者等に開示される⁶ことが想定されるため、33条5項事件等の児童相談所実務においては、関係機関からの情報をそのまま資料として提出できず、証拠書類として担当児童福祉司が報告書を作成・提出することとなっており、このことが児童相談所等から課題（事務負担）として指摘されてきた。他方で、許可状の手続においては、疎明資料がそのまま請求者に返還され、開示の問題が生じないため、親権者等との関係で秘匿性が高い情報も加工なしで使用することが可能となる。

- なお、身柄付き通告など夜間・休日にも一時保護が必要な場合が生じるが、後述の“許可状を経ないで一時保護を行う”こと（以下「緊急一時保護」という。）を一旦考慮の外に置くと、逮捕手続と同様、当直担当の地方裁判所裁判官等による対応が可能であれば、夜間・休日の許可状の発付も可能となる。

- 都道府県知事又は児童相談所長は、裁判官から発付された許可状に基づき、一時保護を執行する。

※ 刑事手続の令状は、被疑者等に呈示することとされており（刑訴法 § 110・ § 201 I）、また、現行制度において、一時保護の通知は親権者等に対し行われることから、許可状の執行の際にも、親権者等に対し許可状を提示して執行しなければならないようにも思えるが、一時保護は、学校に登校中の児童に対し行う場合など、親権者等と児童とが別の場所にいる時点で行うこともあるため、常にこれを要求することは妥当ではない。したがって、許可状正本は被保護児童に提示しつつ、謄本等を親権者に別途手交ないし提示することで足りるものと考えべきか（逮捕においても、令状呈示の例外として緊急執行（刑訴法 § 201 II・ § 73 III）が規定されている）。

- 一時保護は、「児童の安全を迅速に確保し適切な保護を図る」ために、迅速に行われなければならない場面も多い。このため、逮捕と同様、事前の許可状の発付を経ずに行うフロー（緊急一時保護）も設ける必要がある。

具体的には、従来と同様に職権による一時保護を行った上で、事後できるだけ速やかに、上記と同様の手続で一時保護許可状の請求手続を行うもの。

⁶ 厳密に言えば、利害関係を疎明した者（利害関係人。この場合は親権者等）の申立てに基づき、裁判所が相当と認めた場合に、閲覧等ができる（家手法 47条5項）。

※ 緊急逮捕においては「被疑者を緊急逮捕した場合には、直ちに裁判官の逮捕状を求めなければならない」（刑訴法 § 210 I）とされており、「直ちに」の解釈は、実務上、事件の複雑性、被疑者の数、警察署からの距離、交通機関の事情等を考慮して、「できるだけ速やかに」と合理的に認められる場合などとされているようである。

後述のように、緊急一時保護では、逮捕のような憲法上の要請がないため、一時保護開始時点と許可状請求の間の時間的接着性については、よりゆるやかに考える余地がある。

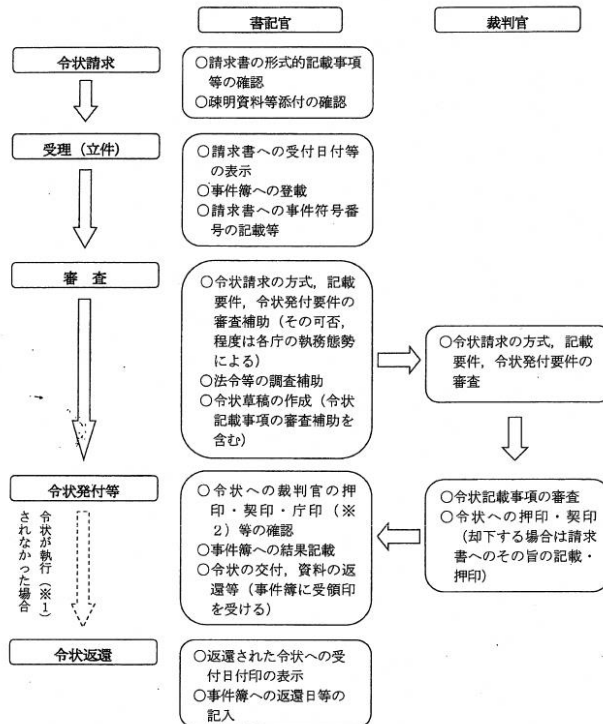
○ なお、緊急一時保護後に許可状を請求する場合でも、「一時保護を必要と認めべき資料」については、許可状の請求時の必要性ではなく、一時保護時の必要性を基準とすべきと考えられる（緊急逮捕の場合と類似）。

※ なお、緊急逮捕における逮捕状発付時の判断は、逮捕時に緊急逮捕の要件が存したことに加え、逮捕状請求時に通常逮捕の要件が存することも含まれる（逮捕状請求時に通常逮捕の要件が存しない場合には、その請求は却下される）ため、留意が必要。

※参考：令状事務処理の流れ（日本裁判所書記官協議会編「会報書記官」No. 62、2020）

第1 令状事務処理全般に関する留意点

1 一般的な令状事務処理の流れ（イメージ図）



(課題・検討)

- ① 刑事手続（特に逮捕状の手続）に倣うと、親権者等に対する手続保障がないため、手続の透明性等の要請に応えられないのではないか。
- ⇒ 逮捕状の発付については認められていないが、刑事手続においても、勾留、保釈、押収など、主に第一審の公判前までの裁判所の裁判や捜査機関の行政処分に対し、不服がある者は準抗告ができることとされている（刑訴法 § 429 I、430）。許可状方式を採っても、こうした不服申立の手続を用意すれば、手続の透明性の確保、ひいては一定の手続保障をしたことになるものと考えられる。
- ⇒ 刑事手続においては、準抗告の対象となる処分は行政事件訴訟法等の適用がないものとされており⁷、また、準抗告に対する決定については抗告ができないこととされており（刑訴法 § 427）、同様の手続とする場合、裁判を受ける権利や審級の利益は害されるのではないか。
- ⇒ 許可状方式を採った場合に、許可状発付の裁判に対する不服申立てを設けるか否か、一時保護について現行の行政訴訟で争う道を残すかどうか、その場合、行政訴訟において審理・判断する対象をどのように考えるかなどが、既存の諸制度との理論的な整合性も含め問題となる。

※ 誰に対するどのような場面における手続保障を必要とするかという点も含め、条約 9 条 2 項との関係をどのように整理するかも大きな課題となる。

- ② 効力を受ける者に手続保障がない以上、身柄を拘束できるのは短期間に限られるのではないか（逮捕は最大 72 時間⁸）。
- ⇒ 前述のように一時保護は児童の安全確保やアセスメントという対象児童自身の福祉のために行われるため、刑事手続における逮捕等の身柄の拘束と同程度にまで期間の限定が要請される訳ではない。したがって、例えば、許可状の発付を受けてから、2 ヶ月超えの審判までの間、司法の審査を受けないという制度設計も可能ではないか。
- ③ 逮捕状の請求手続は、請求者側も強大な捜査権限及び 24 時間対応が可能な体制を必要としているが、現在の児童相談所に対応可能か。特に、令状審査において求められる水準の資料を、児童相談所が短時間で集められるかが問題となる。

⁷ 処分等が刑事訴訟手続において争われるべきものであることから行政訴訟では争えないとした判例があるほか、行政不服審査の適用除外については行政不服審査法 § 7 I ②・⑥。

⁸ 逮捕の期間が“72 時間”となっている具体的な理由は不明。

- ⇒ 例えば、児童相談所の所在地を管轄する地方裁判所・家庭裁判所・簡易裁判所の裁判官に対し、許可状の請求を行うためには、前提となる資料収集の負担、書類作成の負担に加えて、請求書の提出あるいは疎明資料の受け取りのために裁判所に出向くための時間や人員が必要となる。
- ⇨ 資料の水準については、裁判所の審査の厳格さや児童相談所の調査権に左右されるため、一概に上記の指摘が当てはまるかは不明。例えば、逮捕状請求の場合、疎明資料として供述録取書など多数の資料を添付することが多いが、許可状方式を採る場合、例えば、児童相談所が作成する経過記録をそのまま疎明資料として使うなど運用上の工夫で一定の負担軽減が可能ではないか。
- ⇨ 他方で、裁判所における迅速な判断を実現するためには、裁判所において検討しやすい的確な資料を提出することも必要となる。
- ⇒ このほか、請求書や疎明資料のやりとりを通信機器を通じて行えるならば業務負担は一定軽減する。

※参考：警察の体制と児童相談所の体制比較

地方警察官 (H29 年度)	259,766 名
通常逮捕状請求数 (H30 年)	84,110 件
児童相談所職員数 (R2. 4. 1)	15,457 名
親権者等の意に反する 一時保護件数 (実態把握調査参照)	8,577 件

- ④ どのような場合に緊急一時保護を認めるべきか。
- なお、逮捕の場合は、原則が通常逮捕（令状による逮捕）で、一定の要件を加重した例外が緊急逮捕という関係にあるが、一時保護と緊急一時保護だと、緊急一時保護の方が件数が多くなり、原則と例外が逆転するおそれがある。
- ⇨ 他方、逮捕の場合、憲法上の要請（§33）により、令状主義が原則となっているのに対し、一時保護は「逮捕」に当たらずそのような制約がないことから、事前の令状発付を原則とせず、一時保護と緊急一時保護を並列として扱うことも可能ではないか。

※ 関連して、通常逮捕（「被疑者が罪を犯したことを疑うに足りる相当な理由があるとき」（刑法 § 199 I））と緊急逮捕（「死刑又は無期若しくは長期三年以上の懲役若しくは禁錮にあたる罪を犯したことを疑うに足りる十分な理由がある場合で、急速を

要し、裁判官の逮捕状をもとめることができないとき」(刑訴法 § 210 I)) では、後者の要件が加重されており、一時保護と緊急一時保護でも要件を(どのように)分けるべきか問題となる。

※ また、このような緊急一時保護(緊急逮捕のように事後的な令状発付を必要とするもの)とは別に、限定された期間のみ児童相談所が児童の身柄を保護することのできる新たな制度(緊急保護)を制度化することも検討できないか。

⑤ 許可状方式のような事前審査を行う場合には、保護者の意向を一時保護以前に確認する必要があるが、そうすると、保護者が拒否的な場合、円滑に一時保護を行うことが困難になる可能性がある。

⇒ 都道府県又は児童相談所において、保護者の意向の確認が難しいと判断する場合には、許可状の請求を行う運用を前提としつつ、緊急一時保護の場合、許可状の請求までに同意が得られれば、許可状の請求を行わなくともよい仕組みとすることはできないか。

なお、付随する論点として、保護者が一時保護を拒む場合に、どこまで有形力を行行使できるのかという点も問題となる(「審査形式によらずに問題となる事項・課題など」⑥参照。)

※ なお、事前審査の場合で、司法審査の対象を「親権者等の意に反する場合」とする限り、事前に保護者に意向を確認する手続きフローを想定する必要がある、この点も⑤の前提として検討しておく必要がある。

⑥ 緊急逮捕において、逮捕後に留置の必要がなくなった場合等、逮捕状請求前に被疑者を釈放することがあるが、このような場合でも、逮捕状請求の手続はしなければならない(犯罪捜査規範 § 120 III)。これは、「緊急逮捕における逮捕状の発付は、逮捕行為を遡及的に正当なものとする一種の追認的効果をもつものであるから、逮捕後被疑者を釈放したときも、やはり逮捕状請求の手続をとらなければならない」(団藤・条解 399)とされているためである。緊急一時保護でも同様に解する場合、すぐに保護を解除した事例でも、許可状請求の手続が必要となるのか。

⇒ 他方、上記のように請求行為を以て行政権限の発露と考え、従来の抗告訴訟における審査と同様、裁量過程を審査するものと構成することが可能であれば、緊急一時保護における裁判所の審査は、児童相談所の職権の行使をチェックするにすぎず、解除後の審査や審査の効力を遡及させる必要性に乏しいものとも考えられる。

※ 司法審査の趣旨について、親権者等の権利救済の手段としての側面を重視するならば、一時保護が解除された以上は司法審査の必要がないが、行政権限の行使に対する司法のチェックという側面を重視するならば、一時保護を解除しても、なお、判断の適正性を担保する必要があるとも思える。

⑦ 司法審査（一時保護）の要件は、どのようにすべきか（「審査形式によらず問題となる検討事項・課題など」の①、⑤関連）。一時保護の趣旨・目的を踏まえ、現行法上の「必要があると認めるとき」（児童福祉法 § 33）をある程度類型化することは可能か。逆に、一時保護の必要がないのはどのような場合かという観点から検討することは考えられるか。

（その他考慮事項）

○ 許可状の請求権者は、臨検・捜索許可状（児童虐待防止法 § 9 の 3）と同様に考えれば、都道府県知事だが、児童相談所長も（権限を委任するだけでなく）主体として明記することは可能か（⇔現行法において一時保護の権限は児相長にも直接帰させられていることとの平仄）。

※ 通常逮捕の場合、請求権者は、検察官と司法警察員（警部以上）（刑訴法 § 199 II）であるが、緊急逮捕の場合はさらに、検察事務官、上記以外の司法警察職員（司法巡查等が含まれる）が加わる。

○ 逮捕状等は、オンライン化に向けた検討が警察庁・法務省で行われているところであり、手続フローが数年内に変更する可能性がある（児童相談所の人員体制等に照らせばむしろオンライン化が進む方が望ましいか）。

○ 司法審査に要する時間はどれほどか。裁判所の所在地と児童相談所とが地理的に離れている場合、司法審査を待つ間の待機や往復時間が業務負担となる可能性が高い。

※ 参考だが、刑事手続の令状審査の場合、「法は、裁判所において発付につき長時間を要することは予想していない。抽象的に何時間位までよいとは言えないが、請求があれば具体的場合に即応して処理しなければならず、午前中にあった請求を翌日に延ばして発付することは、特段の事情のない限り許されない」⁹とされており、目安としては長くとも半営業日以内と考えられる。

⁹ 「刑事手続法規に関する通達・質疑回答集追補II」刑事裁判資料 140 号、219 ページ

※ 司法審査については、児童相談所（全国 224 箇所）に対し、地方裁判所・家庭裁判所（各全国 50 箇所）、地方裁判所支部・家庭裁判所支部（各全国 203 箇所）、簡易裁判所（全国 438 箇所）（ただし、全ての庁において令状審査を行っているわけではない。）で対応可能か。

【①-B 裁判所による命令方式】

（概要）

- 命令の対象等に対する審尋を前提として、事前に裁判官が発する命令による方法。

（具体的な手続）

- 前例となる制度を見つけることは困難だが、以下においては、構造を異にするものの、手続面で参考となると思われる配偶者からの暴力の防止及び被害者の保護等に関する法律（配偶者暴力防止法）における保護命令の仕組みやイギリスの児童福祉法（Children Act 1989）を適宜参照している。

※ 裁判所による命令方式と配偶者暴力防止法の保護命令の相違点としては、配偶者暴力防止法は、①被害者が申立人となり、加害者に対する命令を裁判所に申し立てる制度であり、②保護命令の内容は行政への作為を求めるものではなく、加害者に対する禁止規範であることが挙げられる。

他方、配偶者暴力防止法の保護命令の手続においても、一定の場合において、行政機関である配偶者暴力相談支援センターが書面提出等を行うことが想定されていることから、本文ではそうした制度の中で流用できる部分について記載することとする。

- 都道府県知事又は児童相談所長が対象児童に対する一時保護が必要と考えた場合、家庭裁判所に対し書面にて申立を行う。その際に併せて、一時保護を必要と認めるべき資料を提供する。

※ 配偶者暴力防止法では、保護命令の主体（申立先）は、地方裁判所であり、原則として命令の相手方の住所地を管轄する地方裁判所が行うこととなっている。もっとも、現行の33条5項事件は家庭裁判所が審理を行っており、また、一時保護は実質的に親権（居所指定権）の行使の制限となるため、上記では、一時保護命令の判断主体は家庭裁判所として記載した。

※ 配偶者暴力防止法の保護命令の申立に係る手数料及び添付書類等¹⁰

- ① 申立書副本（相手方送付用）
- ② 法律上又は事実上の夫婦であることを証明する資料（添付書類）

¹⁰ <https://www.courts.go.jp/fukui/vc-files/fukui/2020/R020422tenpusyorui.pdf>

⇒戸籍謄本、住民票等（※1）

- ③ 申立人と相手方との関係が生活の本拠を共にする交際であることを証明する資料（証拠書類）

⇒住民票、生活の本拠における交際時の写真、電子メール又は手紙の写し、住居所における建物の登記事項証明書又は賃貸借契約書の写し、電気料金・水道料金・電話料金の支払請求書の写し、本人や第三者の陳述書 等

- ④ 暴力・脅迫を受けたことを証明する資料（証拠書類）

⇒診断書、受傷部位の写真、本人や第三者の陳述書 等（※2）

- ⑤ 相手方から、今後身体的暴力を振るわれて生命、身体に重大な危害を受けるおそれ大きいことを証明する資料（証拠書類）

⇒本人や第三者の陳述書、電子メール又は手紙の写し 等

（※1） 婚姻関係及び居住関係を示す資料としては、原則として、戸籍謄本、住民票の添付が求められているが、やむを得ないときには、健康保険証や運転免許証等写しの添付により代えることができる。

（※2） 配偶者からの暴力を示す資料としては、診断書の添付が求められているが、暴力はあったが病院に行かなかった等診断書が取れなかったときには、暴力を受けた部位や暴行の影響が残存している場所を写真撮影、暴行によって申立人が薬を購入するに至った場合のレシート等、暴行により一時避難先の居住者による申立人の状況の陳述書等、それらによって代えることもできる。

- 申立を受けた裁判所は、命令の対象等の意見聴取のため審尋を行った上で、申立の際提出された資料に照らして、一時保護の要件を審査し、一時保護を必要と認める場合には、一時保護命令を行う。

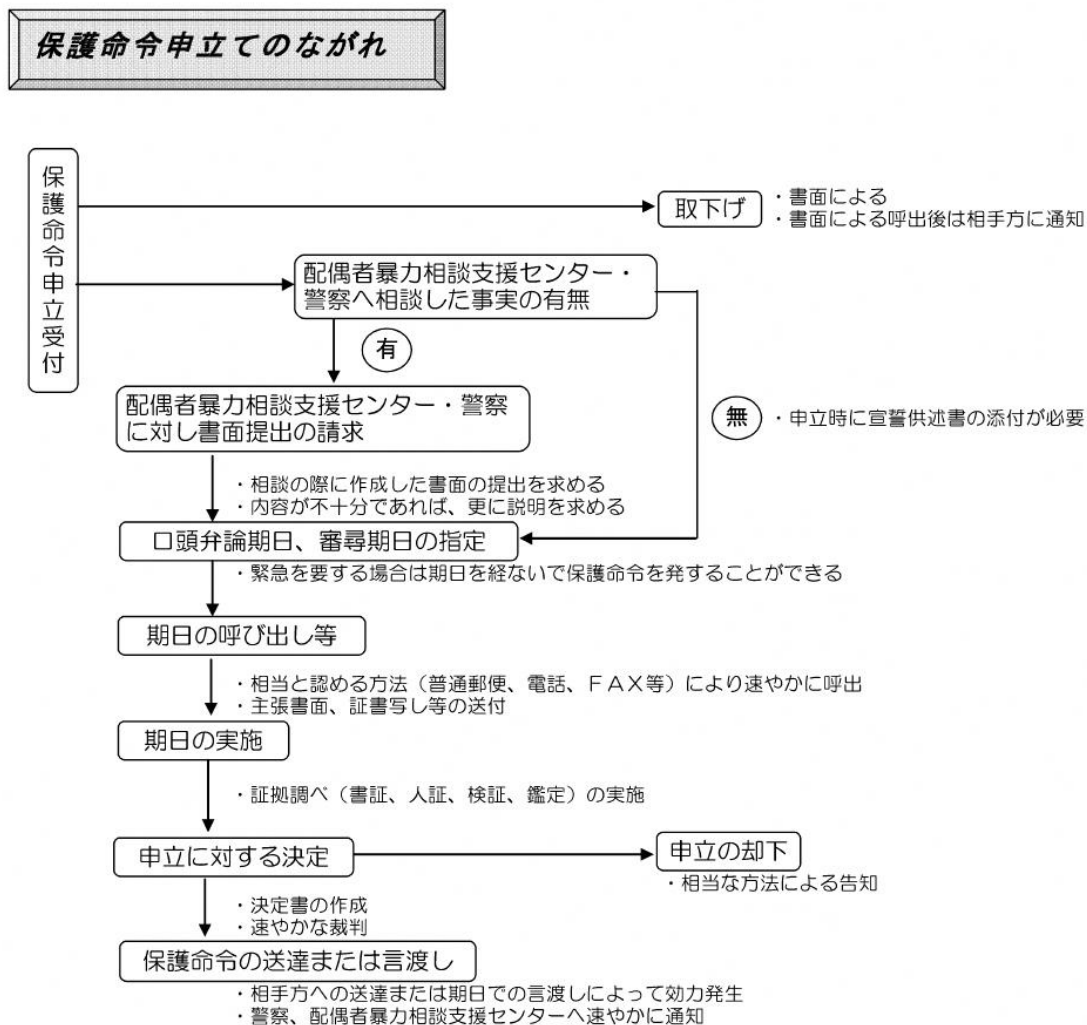
現行の一時保護制度に照らすと、命令の効力は一時保護の原則期間である2ヶ月となるが、都道府県又は児童相談所が2ヶ月の経過前に一時保護を解除したいと考える場合であっても、裁判所による命令として一時保護が行われる以上、一存で一時保護を解除することはできず、都道府県知事、児童相談所長が命令を行った裁判所にその取消しを申し立てることになる。

※ 保護命令の手続においては、原則として申立て後、申立人と裁判官の面接を実施する。面接は早ければ申立当日に行われる¹¹。申立人の面接の終了後、通常、1週間後くらいに、相手方の意見聴取のための審尋期日が設けられる。相手方の審尋期日には申立人が出席する必要はない。裁判所は、相手方の言い分も確認した上、証拠に照らして保護命令を発令するかどうか決定する。早ければ、相手方の出頭した審

¹¹ https://www.courts.go.jp/tokyo/saiban/minzi_section09/dv/index.html

尋期日に保護命令が言い渡される¹²。

※ 配偶者暴力防止法における保護命令の手続の流れ¹³



○ 緊急保護命令の名宛人は原則として申立人たる都道府県知事又は児童相談所長とする。命令を受けた都道府県知事又は児童相談所長は、一時保護を行う。

※ ここで、命令の名宛人自らが命令を申し立てることについて違和感があるが、イギリスの児童福祉法の「養育命令（Care Order）」（日本でいう § 28 措置）では、申立権者を地方自治体（LA）、全英児童虐待防止協会（NSPCC）、所管大臣の

¹² <https://www.courts.go.jp/fukui/vc-files/fukui/file/haiguusya1.pdf>

¹³ https://www.pref.wakayama.lg.jp/prefg/040200/dvhigaisyasien/dvhigaisyasienjyouhou_d/fil/siryouhogomeirei.pdf

命令により権限を与えられた団体等であり、他方で、命令の名宛人は、裁判所が指定した地方自治体（児童が通常居住している地域の自治体又は命令が下される原因となった状況が発生した地域内の自治体）である。したがって、要件は微妙に異なるものの、結果として、申立人及び名宛人が同一の地方自治体であることも当然想定されている。そこで、例えば、申立権者を「児童相談所長又は都道府県知事」とした上で、裁判所命令の名宛人は「児童の住民票所在地又は児童の居住地の都道府県知事又は児童相談所長」とのみ羈束しておくことで足りるのではないか。

※参考：イギリスにおける一時保護類似の手続¹⁴

イギリスにおいては、行政の職権により行われる一時保護の制度はなく、日本でいう一時保護に類似するものは主に次の3つとなる。

- ・ 警察保護命令 (Police Protection Order) : 英児童福祉法 § 46
- ・ 緊急保護命令 (Emergency Protection Order) : 英児童福祉法 § 47
- ・ 暫定ケア命令 (Interim Care Order) : 英児童福祉法 § 38

警察保護命令は、警察が職権により最大 72 時間まで児童の身柄を保護する制度 (§ 46(1)-(6))。保護後、保護者等に可能な限り早く通知することとされている (§ 46(4)) が、不服申立等の制度はない。保護施設は自治体が提供する施設のほか一定の民間シェルター等でも可 (§ 46(3)(f))。なお、警察保護命令の期間中、警察又は保護施設を提供している者は、合理的かつ子どもの最善の利益にかなう限りにおいて、親権者等と子どもの面会交流を認めることとされている (§ 46(10)(11))。裁判所が関わらずに児童の身柄を保護できる制度はこれのみである。

緊急保護命令は、裁判所の命令により最大 15 日 (当初 7 日間 + 延長 8 日間)¹⁵まで児童の身柄を保護する制度である (§ 47)。申立は、①警察保護命令が行われていない状況下であれば誰もができるが、②警察保護命令が行われている状況下では主に警察が行うこととなる。

暫定ケア命令は、裁判所がケア命令 (日本でいう 28 条措置などの長期の分離命令) の要否に関し自治体に調査を命じた場合等にその期間中において、地方自治体の責任の下で、親族や里親等に子どもを措置させること等ができる制度である (§

¹⁴ Children Act 1989、Children Act 2020、公益財団法人資生堂社会福祉事業財団「2018 年度第 44 回資生堂児童福祉海外研修報告書～イギリス児童福祉レポート～」、久保野恵美子「海外制度調査報告書 (イギリス及びフランス) (2019 年)、橋爪幸代「近親間虐待への法的対応－日英制度比較－」現代法学第 20 号 P197～216 等を参照に記載したもの。

¹⁵ 1989 年児童福祉法制定前までは、最高 28 日間まで保護命令により分離できたが、1980 年代に緊急状態にないものも含め命令の件数が著しく増加したため、同法により緊急保護命令に置き換えられた (岩井宣子編 (2002 年)「児童虐待防止法－わが国の法的課題と各国の対応策－」尚学社、P148 参照)。

38)

なお、イギリスの児童福祉法においては、虐待した親から児童を分離する方法として、一時的な保護や継続的な分離（Care Order）によるだけでなく、親側を住居から排除することも可能である（§ 38A）。

- 命令方式の場合、前述のとおり命令の対象等に対して審尋が行われる上、裁判所自身が決定を下すため、行政不服審査や行政訴訟などの事後救済の制度は適用対象外と整理することとなる。

（課題・検討）

- ① 行政が、自らが執行することが見込まれる命令について、裁判所に申し立てる仕組みを採ることは法制上可能なのか。他方、命令はあくまで裁判所の職権で、行政が職権の発動を促す上申をする建付だとしても、現行法制上、係属していない事件について、裁判所が命令を出す仕組みは尚更困難であるものと思われる。

⇔ 上述のとおり。

※ なお、特殊な例ではあるものの、家事事件では、未成年後見の事務の監督（民法 § 863 II・家事事件手続法別表第一類事件 81 項）など¹⁶職権で開始し得る審判も存在するため、不可能という訳ではないものと思われる。

- ② 命令形式だと、一時保護の権限が裁判所にあり、児童相談所は職権で一時保護をし得なくなるが、緊急の一時保護に対応できなくなるのではないか。

⇔ 一時保護とは異なり、限定された期間のみ児童相談所が児童の身柄を保護することのできる新たな制度（緊急保護）を制度化することで対応できないか。

⇔ 現行法でも、一定の場合には警察による保護（警察官職務執行法 § 3）により 24 時間まで児童を保護することができる（かつ、簡易裁判所裁判官の発行する許可状があれば計 5 日まで延長可能）が、これに重ねて児童相談所に新たな権限を付与する必要があるのか¹⁷。

¹⁶ このほか、補佐・補助の事務の監督（民法 § 876 の 5 II・§ 876 の 10 I、第一類事件 34 項 53 項）、限定承認の際の相続財産管理人の選任（民法 § 936、第一類事件 94 項）、成年後見人又は成年後見監督人に対する報酬の付与（民法 § 862、第一類事件 13 項）、遺言執行者に対する報酬の付与（民法 § 1018、第一類事件 105 項）

¹⁷ イギリスでは、警察保護命令（Police Protection Order）として、72 時間までは警察の職権で保護できるが、それを超える場合には裁判所が行う緊急保護命令（Emergency Protection Order）が必要となるため、この在り方に近い。

⇒ 他方、従来より児童福祉に関しては児童相談所が警察より強大な権限を有していた日本の制度においては、緊急保護を児童相談所が行う方が、保護設備やケアの要員に照らしても制度的混乱が少ないものと考えられる。

③ 裁判所命令の形式の場合、家事事件手続法の既存の類型（別表第一事件、別表第二事件）に当てはまらないため、配偶者暴力防止法における保護命令のように個別法に手続を記載しなければならない。

⇒ 他方で、個別法に基づく規定の場合「行政権限の行使に対する裁判所のチェック」という従来の司法の役割との関係や家事事件の類型との適合性を厳密に整理する必要はないのではないか。

④ 裁判所による命令で開始しているにも関わらず、継続の審査は「行政の裁量」を前提とする審査である家事審判であるのは整合的なのか。

⇒ ①裁判所の審査について、許可状方式と同様、「申立行為を以て行政権限の発露と考え、従来の抗告訴訟における審査と同様、裁量過程を審査するものと構成する」ことが可能か検討の余地があるが、上記「具体的な手続」で述べたように、申立人と名宛人を概念上別の主体とするのであれば、このような解釈はなしえないことになる。

⇒ むしろ②裁判所命令方式を採用する場合には、延長審判の位置付けも変更すべきものと思われ、命令の有効期間を2ヶ月とした上で、延長が必要な場合には、都道府県知事又は児童相談所長が家庭裁判所に対し、延長命令の申立を行うこととなるのではないか。

※ したがって、裁判所命令方式の場合には、裁判所が実体法の要件該当性を審査することになり、実体法の要件を精緻化する必要が生ずることとなる。

②事後の義務的司法審査(承認審判方式)

(概要)

- 一時保護開始の後、一定期間内に都道府県知事又は児童相談所が家裁(又は地裁)に承認を申し立てる仕組み。

※ 事前審査である 33 条 5 項事件・28 条事件といった既存手続や、許可状方式について述べたことと同様、事前の準備が可能な事案もあることなどから、事前審査も可能な制度とすることも考えられる。

(具体的な手続)

- 一時保護自体は都道府県知事又は児童相談所長の職権で開始した上で、当該判断について、一定期間内に家庭裁判所の承認を求める。

※ 行政権限の行使後に司法審査が行われるため、児童の迅速な保護が妨げられない。

※ 法律等の規定振りとして、申立の時期に期限を設けるか(逮捕の後の勾留請求等)、承認の時期で期限を設けるか(33 条 5 項事件、28 条事件等)の二つが考えられる(ただし、権利救済のための規定であれば、請求権者に責任を負わせる(=申立の時期で制限する)ことも考えられるが、一定の行政行為を一律にチェックするという趣旨であれば、申立の期間で区切ることは考えがたいか。)

どちらから規定するにせよ、申立時期については、申立書類・証拠書類・決裁手続の合計で最短でも数日かかると考えられること、他方で司法審査を経ない権利制約を最小限に抑えることの双方を考慮すると、例えば「1 週間以内」に申し立てることとすることが考えられる。

また、承認時期については、親権者等に審問機会を与えることや現在の 33 条 5 項事件の運用に鑑みると、例えば申立てから「2 週間以内」に行うこととすることが考えられる。

- ⇨ このように考えた場合、司法審査の対象となる一時保護件数は、2,000 件程度と想定され、現行の 33 条 5 項事件の約 4 倍となる(但し、この想定は、審判申立前に一時保護が解除された場合、申し立てる必要がないこと、審判申立後審判前に一時保護が解除された場合、審判が「審判を得る利益なし」として却下されることを前提としており、そうでない場合には件数が増える。後記参照。)

	開始時	7日 経過時	14日 経過時	21日 経過時	28日 経過時	2ヶ月 経過時
保護総数	39330	27867	21942	17814	14637	6027
同意なし	8577	3330	2424	1914	1491	507

○ 申立に係る書類や申立手続については、現行の33条5項事件と同様、家事事件手続法の規定に従い行われることとする。

※ 家事審判は、民事訴訟と比較して、①非公開主義（家事事件手続法 § 33）、②職権探知主義（同法 § 56 I）という特徴を備える一方、③当事者・利害関係人の権利の保障（当事者参加（同法 § 41）、利害関係参加（同法 § 42）、調書の作成（同法 § 46）、記録の閲覧謄写（同法 § 47）、証拠調べの申立件（同法 § 56 I）、事実の調査の通知（同法 § 63）、審判・終局決定の告知（同法 § 73 I・74 I）、即時抗告等）にも一定配慮した制度となっている。

○ 具体的には、まず、家事審判の申立ては、申立ての趣旨、理由（申立てを特定するのに必要な事実）、事件の実情を記載した申立書を家庭裁判所に提出して行われる（家事事件手続法 § 49 I・II、家事事件手続規則 § 37 I）。

※ 家事事件手続法においては、陳述聴取（、利害関係参加、即時抗告）により手続への参加機会を確保しているため、審判を受けることとなるべき者等に対する審判事件の係属の通知は義務づけられていない¹⁸。

○ 児童福祉法に関する事件（33条5項事件及び28条事件。以下同じ。）においては、申立書の提出の際、併せて申立ての理由及び事件の実情についての証拠書類があればその写しを提出することとなっている。

※ 家事審判は職権探知主義をとっているが、職権による裁判資料の収集にも限界があり、当事者による資料の収集・提出を期待する方が合理的な場合も存する。そこで、当事者にも事実の調査及び証拠調べに協力するものとするという規定が置かれている（家事事件手続法 § 56 II）。これは当事者に積極的な義務を課すものではないが、証拠調べの申立て（同法 § 56 I）、記録の閲覧（同法 § 47）等の規定により当事者が審判の基礎となる資料の提出に自ら関与する機会が保障されていることから、

¹⁸ 金子修編著（2012年）「一問一答家事事件手続法」商事法務、P110 参照

自己に有利な裁判資料があるにも関わらず、それを提出せず、裁判資料の収集ができないことによる不利益を当該当事者に負わせても不当とはいえない場合においては、職権による資料収集をする責務から裁判所が解放される根拠となると解されている¹⁹。

※ 児童福祉法に関する事件で家庭裁判所に提出することとされている²⁰児童福祉司等による報告書は家事事件手続規則 § 37 II で求められる証拠書類である。

- 児童福祉法に関する事件では、児童を現に監護する者、児童に対し親権を行う者、児童の未成年後見人及び児童（15歳以上）に対し陳述を聴かなければならないこととされている（家事事件手続法 § 236 I）²¹。条文上、口頭で直接審尋（＝審問）する必要はないが、現行の実務の現状についてみると、33条5項事件における15歳以上の児童の陳述聴取については、迅速性等の観点から、書面照会による陳述聴取が行われることが多いものの、それ以外の場面においては、原則として直接審尋ないし調査官による陳述聴取が行われている。

なお、審問期日を設けて陳述聴取を行う場合でも、当事者である児童相談所の出席は必須ではなく、実態把握調査によれば、求められない事例も多い（家庭裁判所は、申立人に対し、監護者、親権者、未成年後見人、児童本人の陳述内容に係る意見を求めることができるため（同法 § 236 II）、審問期日に児童相談所を同席させる場合もある）。

※ 職権探知主義の下での審判の基礎となる情報収集の方法として、家事事件手続法は、裁判所による事実の調査及び民事訴訟手続に倣った証拠調べを規定している（§ 56）。このうち、裁判所による事実の調査としては、陳述の聴取、家庭裁判所調査官等による調査等、調査嘱託がある。陳述の聴取とは、言語的表現による認識、意向、意見等の表明を受ける事実の調査の一つであり、その方法に限定はない。方法の一つとして、裁判官が期日において口頭で直接陳述を聴取する「審問」があるが、必

¹⁹ 金子修編著（2012年）「一問一答家事事件手続法」商事法務、P115（注1）参照

²⁰ 一時保護ガイドライン、児童相談所運営指針

²¹ 家事審判は、そもそも、職権探知により裁判資料が収集される手続であり、また簡易迅速な処理の要請も高いことを考えれば、基本的には記録の閲覧謄写等のきっかけを与えた上で、当事者の自主的な手続追行を待てば足り、裁判所が常に積極的に当事者から意見を聴取することを義務づけるまでの必要はなく、意見の聴取をするかは、裁判所の適正な裁量に委ねることとされている（金子修編著（2012年）「一問一答家事事件手続法」商事法務、P116（注4）参照）が、児童福祉法に関する事件等の特定の事件類型においては本文記載のように特則が設けられている。

須ではなく、書面照会、家庭裁判所調査官による事実の調査等による方法もあり得る²²。

- 家庭裁判所は、申立書類、期日における審問などの事実の調査等を踏まえ、一時保護の必要性を認める場合には、承認の審判を行うことになる。この際、原則として審判書（家事事件手続法 § 76 I）が作成され、当事者や利害関係参加人、児童を現に監護する者、児童に対し親権を行う者及び児童の未成年後見人等に告知される（同法 § 74 I ・ § 237）。

- 家庭裁判所の審判に対する不服申立としては、
 - ・承認の審判に対し、児童を現に監護する者、児童に対し親権を行う者及び児童の未成年後見人（家事事件手続法 § 238 I ・ II）
 - ・却下の審判に対し、申立人（児童相談所長、都道府県知事）（同条 II ・ IV）がそれぞれ、2週間の期限内であれば、即時抗告を行うことができる（同法 § 86 I）。

（課題・検討）

- ① 開始の時点の判断を事後に審査する場合、申立てが却下された場合の取扱いはどのように考えるべきか。遡及効がある（＝一時保護の当初に遡って誤りだったことになる）のか、将来効しかないのか。
 - ⇨ 一時保護継続中は児童の身柄を確保しているため、一時保護開始に係る承認審判が却下された（＝一時保護開始決定が違法と判断された）場合に、その効力を遡及させることは観念しえないのではないか。

- ② 申立て後に一時保護が解除された場合、事件の取扱いはどのように解すべきか。
 - ⇨ 審判を申し立てた後、審判がされる前に一時保護を解除した場合には、承認審判の申立人自身が承認に係る処分を取り消すことになるため、一義的には審判を得る利益がないことになるのではないか。
 - ⇨ 他方、例えば、2ヶ月を超えた親権者等の意に反する一時保護について、2ヶ月を経過する前に承認審判を申し立て、2ヶ月を超えた時点（かつ審判前）に親権者等の同意が得られ一時保護を解除する場合、審判申立ての取り下げを認めると2ヶ月を超えてから取り下げまでの間の一時保護について裁判所の承認を経ないことになるため、取り下げを認めない（審判を続け

²² 梶村太市・徳田和幸編著（2016年）「家事事件手続法」有斐閣、P202参照

る)との考え方もある様である。この考え方に照らすと、一時保護開始から審判に至る過程で親権者等の同意が得られたとしても、開始の時点で意に反した一時保護ならば審判を受ける必要はあることになる。

なお、33条5項事件の審判例においては、原審で承認された後、保護者により即時抗告がされた段階で一時保護が解除された場合にもなお、抗告をした者にとって審判を得る利益はあるものとされた例²³もある。

⇒ 「意に反する」か否かについて、一時保護の開始時点ではなく、一時保護開始時点から申立てまでの間に確認すればよいこととすれば、例えば「7日」を申立期間とした場合、7日以内に同意を得た場合には、申立てをしないでよいと考えることができる(他方、申立後、審判前に同意を得ても審判は受けなければならないこととなる)。

⇒ また、基準時や審査対象について③④も参照のこと。

③ 一時保護の開始時点を基準時と解した場合、身柄付き通告など緊急の一時保護を行った場合に、家事審判に耐える申立書類が用意できるのか。

⇒ 例えば申立てまでの期間が「1週間以内」であれば、書類の作成自体は可能と考えられるが、基準時時点の情報で裁判所が判断可能か否かは、裁判所の審査の対象との関係で考えるべきであり、事後審査であることに照らせば、33条5項事件と同様行政の裁量を前提とした審査(×実体法要件を審査)と解することも可能ではないか。

⇒ また、基準時や審査対象について②④も参照のこと。

※ 家事審判手続は職権探知主義²⁴に立つことから、(当事者の主張しない事実も判断の基礎とすることができるため、)申立人は必ずしも主張と事実とを峻別する必要はなく、当該時点で書面記録等がなければ審査できない訳ではない(実際に、現行の33条5項事件も、訴訟でいう証拠書類にあたるものは「報告書」のみである)。他方、対象児童の情報自体が得られておらず、主張や事実の内容自体が薄い場合があり、この点が問題となる。

²³ 「なお、第3の3(1)で認定したとおり、同年6月29日に一時保護が解除されたことから、現時点では、児童について引き続きの一時保護がされることはあり得ないが、同年5月24日以降も引き続き一時保護を行う要件があったか否かについて、当裁判所が判断を示す利益はなお失われないと解すべきである。」(大阪高決平成30年7月30日判時2420号72頁)

²⁴ 家事事件手続法では「家庭裁判所は、職権で事実の調査をし、かつ、申立てにより又は職権で、必要と認める証拠調べをしなければならない」(§56I)として、職権探知主義を定めている。一般に職権探知とは、裁判資料の収集の権能・責任を当事者に限定しない審理原則を指し、裁判所だけが裁判資料の収集の権能と責任を負う訳ではない。事件の状況全般に関する資料について、当事者の積極的な協力が不可欠なものであることから、同条2項は、当事者の手続協力義務を規定している。

- ④ 事後の司法審査の場合、一時保護の判断時を基準時として、それ以降、申立時点までに得られた資料を審判の基礎とできないことになるが、例えば、申立後に調査が進み保護の必要性が高まった場合に、一時保護時点の資料を以て却下の審判がされるとすれば不合理ではないか。
- ⇒ 一時保護開始の判断に加え、申立時点まで継続している一時保護全体を審査する仕組みとすることはできないか。
- ⇒ 審査の対象をこのように設定することで、身柄付き通告のような一時保護開始時点で判断の基礎となる情報が極めて少ないような事例でも、事後調査によって明らかになった事実を柔軟に司法審査に用いることができるようになる（②③と関連）
- ⑤ 一時保護の開始の判断について司法審査を導入する目的であったところ、申立期限、承認期限の設定によっては、長期の職権保護を認めることになり、趣旨を潜脱することになるのではないか。
- ⇒ 事後審査型を採る場合、審判が終わるまでの間は、一旦児童相談所の判断が正しいことを前提に一時保護の継続を認めるべきであり、また、例えば、申立までの期限を「1週間」とおく場合は、児童相談所の体制や調査能力に照らし、申立てを行うために必要な最小限の期間と考えられることから、趣旨を潜脱するものではないといえるのではないか。
- ⇒ また、④のように考える場合には、少なくとも申立時点までの一時保護は審査の対象となるため、審査を受けない範囲は限定される。
- ⑥ 上記の期間設定で手続を行うとすると、保護開始から約21日目に審判が出ることとなるが、現行の33条5項事件でも45日目には申立てを行う運用となっているため、両者の手続の間が1ヶ月にも満たないこととなるが、児童相談所の手間を増やすだけではないか。
- ⇒ あらたに導入する司法審査は一時保護の開始時点における判断の適正性を審査するもので、33条5項事件は、一時保護の標準期間である2ヶ月を超えて一時保護に係属することの適正性を審査するものであるため、間隔が近いこと自体は制度趣旨からすると問題はないとも考えられるものの、判断時期によっては、33条5項審判時と接近し得ることも踏まえ、33条5項審判との関係性の整理も必要となる。
- なお、児相の事務負担を増大させるものであるとして、例えば、現行の2ヶ月超えの一時保護の延長手続を「3ヶ月超え」とするなどして各手続間の間隔を調整することは考えられるが、一時保護の原則期間を「2ヶ月」から

「3ヶ月」にする理屈は今のところない。

※ 原則期間と司法審査の時期を分離することはあり得るかもしれないが、他方で、一時保護の継続に係る審査のタイミングが「3ヶ月」である理由を整理することは困難。

④のように考える場合には、一時保護開始の判断に加え、申立時点まで継続している一時保護全体を審査していることから、原則期間と司法審査のタイミングを分離した上で、従来通り、前の司法審査から「2ヶ月」後に審査をすることはどうか。

⑦ 家事事件手続では、当事者又は利害関係を疎明した第三者は、裁判所が相当と認めた場合には、家事審判記録の閲覧若しくは謄写をすることができるとされ、原則として親権者等側に申立書類・証拠書類が開示されるため、都道府県・児童相談所は、関係機関から得た資料や記録（親族から得た情報で保護者に見せるとその後の家庭支援に支障が生じる情報、保育園などから得た情報で情報源を秘匿して欲しいと頼まれているもの等）をそのまま裁判所に提出できず、文書作成の手間が大きい。

⇨ 実態把握調査や本WGの資料等に照らすと、児童福祉司が作成する報告書の作成に要する時間は数時間～数日程度であるため、実際に事務負担が大きいと言えるかは申立件数との相関で決まるものである。

⇨ また、家事事件手続では、家事審判記録の閲覧は手続総則部分に規定があるため（家事事件手続法 § 47）、この例外を事件類型別の手続規定内に設けることは法制上可能なのか。

⑧ 既存の事後救済の制度との関係はどのように考えるべきか。審査の対象が同一（一時保護決定）の場合、審査の密度、申立主体は異なりうるものの、両者の決定の効果は重複する。したがって、司法審査を入れる場合には、法的安定性の観点から既存の手続による救済は排除する必要があると考えられるが、他方、行政不服審査の審査請求期間（処分があったことを知った日から3ヶ月）、抗告訴訟の出訴期間（処分又は裁決があったことを知った日から6ヶ月、処分又は裁決の日から1年）と比較して、手続保障が後退する可能性がある。

⇨ 一時保護の平均期間は30日程度であり、既存の救済手段は審理期間に鑑みると実効性がない場合もあること、審査の対象は異なるものの2ヶ月を超える一時保護には承認が必要であることなどから、簡易迅速な手続を設けることで手続保障が後退するとはいえないのではないか。

⇨ 他方で、そもそも一時保護開始の判断の適正性を家事事件手続のみに係

らしめるべきかは慎重に検討すべき。すなわち、家事事件手続法の別表第一事件は「非訟事件」であり、公開・対審の原則が適用されないところ、既存の救済手段を排除して、家事審判に限定することは翻って児童本人や保護者の手続保障を後退させる虞があり、憲法上の問題（憲法32条、82条）も生じ得る。

※ 本審判に対する不服申立ての手続の要否、不服申立権者の範囲（なお、28条審判に対して児童は不服申立権を持たないとされている。）、同手続と行政訴訟との関係についても検討が必要となる。

※ なお、28条事件は、事前審査であることから、承認の審判後、別途児童福祉法 § 27 I ③による措置が行われることとなっているため、当該処分に対して行政不服審査や取消訴訟（・国家賠償請求訴訟）を提起することも可能である。ただし、先行する28条事件の審判結果に不服がある場合や審判手続における違法を争えるかという点については、「承認の審判に対する事実誤認・判断不当、審理不尽・手続違背等の実体法上又は手続上の不服についても、憲法違反の不服を含め、すべて抗告、特別抗告、許可抗告の上訴審手続の中で争うべき事柄であって、抗告棄却の決定を経るなどして承認の審判が有効に確定した以上、親権者等は、後行の手続において、これらの不服を主張して確定審判の適法性を争うことはでき」ないと判示した裁判例がある（東京地判平成20年7月11日裁判所ウェブサイト）²⁵。

※ 関連する論点として、行政不服審査法の適用を排除する場合、両法に特則を設けることとなるため、総務省等との調整が必要となるのではないか。

²⁵ 根ヶ谷裕子編著「子ども虐待対応法的実務ガイドブック」（2020年）日本加除出版

③事後の第三者への不服申立

(概要)

- 親権者等や児童が一時保護に不満がある時に、司法に対し不服を申し立て、簡易迅速な判断を得る仕組み。

(具体的な手続)

- 現行の法制度において、行政が行う処分の効力により権利の制約を受けた個人の救済は、個別の制度内に個々に救済のための制度を設けることなく、行政不服審査ないし行政訴訟により行われている。前例となる制度を見つけることは困難だが、例えば、戸籍法に規定される戸籍事件についての市町村長の処分に対する不服申立について、家事事件により行われることとなっており²⁶、以下これを参考に手続の流れを検討する（なお、家事審判の基本的な流れは②で記載したとおりであり、以下では、上記と異なる点を中心に記載する）。

※（参考）戸籍事件とは、戸籍法上に定義は置かれていないが、戸籍事務全般より狭い概念であって、届出の受理、戸籍の記載、戸籍の謄抄本・証明書の作成交付、戸籍の改正事務を含むが、単なる書類・帳簿の保存整理の事務を含まないと解されている。不服申立ての対象としては、積極的処分（届出・申請等の受理、戸籍の謄抄本・証明書の交付等）だけでなく、消極的処分（届出・申請等の不受理、謄抄本・

²⁶ 裁判例においては、市町村長の処分に対する不服申立てが、行政不服審査や行政訴訟でなく家庭裁判所が行う家事審判により行われるのは、「戸籍事件についての不服の申立てに関しては、行政訴訟の方法による救済よりも、戸籍事件に係る事柄にふさわしい態勢を整えて常時関与している家庭裁判所による救済の方が適切であるとの立法政策上の判断の下に定められたものであり、上記戸籍法の規定（引用者注：戸籍法 121 条、122 条）は、行政事件訴訟法 1 条にいう「特別の定め」に該当するものと解される」としている（東京高判平成 23 年 11 月 24 日公刊物未掲載（平成 23 年（行コ）第 76 号））。また、同判決では、戸籍事件に係る不服申立てが家事審判により行われることが、裁判を受ける権利を定める憲法 § 32 や裁判の公開を定める憲法 § 82 に反しないかに関し、「婚姻の届出の不受理処分に対する不服の申立てを審理する家事審判手続では、戸籍官吏がその権限の行使として当該婚姻の届出を受理すべきであったか否かを監督的立場から審査するものであって、当該家事審判手続における家庭裁判所の審判は、最終的に事実を確定し、当事者の主張する実体的権利義務の存否を確定するようなものではない。民法は、婚姻は戸籍法の定めるところにより届け出ることによってその効力を生ずる旨（同法 739 条 1 項）を定めているが、この効果は、婚姻の届出につき同法が特に付与したものであるべきであり、婚姻の届出の不受理に対する裁判所に対する不服申立ての手続においては、戸籍官吏のした上記の形式的審査が関係法規に照らして適法か否かが審査されるにとどまるものであり、その手続の中で届出に係る婚姻の成否が実体的に審理されるものではなく、その審理に基づく裁判所の判断も、婚姻の成否を確定させるものではない。したがって、婚姻の届出の不受理処分について家庭裁判所の非訟事件手続による司法判断しか受け入れられないとしても、このことが憲法 32 条、82 条に違反して違憲無効である」ということはできないとしている。

証明書の公布の拒絶、書類の閲覧・謄写の請求の拒絶）も含まれる²⁷。

※参考：ドイツにおける一時保護類似の手続²⁸

ドイツにおいては、イギリスとは異なり、警察以外の行政機関の職権で始まる一時保護の制度が存在する。

具体的には、児童（14歳未満）及び青少年（14歳以上16歳未満）の福祉が急迫の危険にさらされている場合、少年局（ドイツ国内の行政機関）が、親の同意又は家庭裁判所の関与がなくても、子を緊急かつ一時的に保護することができる（SGB VIII § 8a III、§ 42 I ①）。一時保護の期間の定めはないが、数ヶ月継続した場合には違法とした裁判例があるとの報告がある。

もっとも、少年局は一時保護措置の「要件」として、子に現実の危険が及ばないかぎり、監護権者等に事前に通知をし（SGB VIII 8a 条 1 項 2・3 文）、異議を述べる機会を与えなければならず、親権者が子の保護措置に異議を述べたときには、直ちに子を返還するか、あるいは家庭裁判所に保護措置（BGB 1666 条）を申し立てなければならないこととされている（SGB VIII 42 条 3 項 2 文）。なお、一般に少年局は、異議から 1 日～数日以内にその申立てをすべきであると解されている。

保護措置とは、日本でいう児童福祉法 § 27 列挙の措置をいい、児童の親権者等に対し、①児童・青少年福祉や医療などの公的支援を求める指示、②学校に通う義務を確実に果たすよう求める指示、③実家や他の住居を一時的又は無期限に使用すること、実家から一定の範囲内にいること、子どもが定期的に過ごす他の特定の場所を訪れることの禁止、④子どもとの接触を図ること、又は子どもとの面会を実現することの禁止、⑤親権の一部又は全部の剥奪等を内容とする。

行政行為としての一時保護措置の適法性は、行政裁判所だけが判断し得ることとされており、家庭裁判所の決定は、親権の取り上げを含む保護措置（BGB 1666 条、1666a 条）だけを対象とし、少年局による一時保護措置の適否には立ち入らない。少年局は、家庭裁判所の決定が下されるまでの間、一時保護を継続する。

- 不服申立て方式の場合、一時保護の権限自体は都道府県知事又は児童相談所長に認められるため、一時保護開始の手続は、従前、一時保護 G L 等で示してきたとおりである。

²⁷ 松原正明「戸籍事務管掌者の違法処分に関する救済方法」判例タイムズ 747 号 P411

²⁸ SGB、BGB、FamFG、VwGO、西谷祐子「海外制度調査報告書（ドイツ）」2019 年

- 家事審判の手続については、一時保護の決定通知書等により、一時保護が行われたことを知った親権者等は、当該一時保護が自らの意向に反する場合、一定の申立期限内に家庭裁判所に対し、家事審判を申し立てることになる。

- ※ 上記の建付とすることで、都道府県知事又は児童相談所が行う一時保護が意向に反する親権者等は不服を申し立てればよいこととなり、「意に反する」か否かを司法審査に付す一時保護の要件とする必要がなくなる（従来、司法審査に付すどうかの基準となる「意に反する」一時保護かを児童相談所の判断に係らしめることには児童相談所側からも懸念が示されていた）。

- ※ また、義務的司法審査に比較すると、司法審査に至る件数は一定程度抑制されるものと考えられるが、都道府県知事や児童相談所側からみると、どの一時保護事例で不服申立がされるか予測がつきにくいことから、負担軽減には必ずしもつながらない可能性もある。そこで、不服申立期間を考えるに当たっては、親権者等に対する十分な権利救済の機会の付与と児童相談所等が法的に不安定な地位に置かれる期間を最小限にすることの双方を考慮しなければならない。

- ※ さらに、後述の論点とも関係するが、戸籍事件と異なり、一時保護は申立人の行為を前提としないため、通知等が無い限り、親権者等は一時保護をされたことを知り得ない。後述の論点とも関係するが、既存の救済手段を排除する場合、これまで行政不服審査等の教示のために行われていた通知を、家事審判による不服申立の機会の付与のために行うこととなる（その場合、行政手続法の規定でなく、児童福祉法等に通知の義務を定めて行うことになるか）。

- 児童相談所は当事者ではないが、実質的に対立当事者に近いことから、家庭裁判所による陳述の聴取を義務的とした上、その際、裁判所による事実の調査として、都道府県知事又は児童相談所の提出する資料（児童福祉司の報告書など）により、事実を把握する。

- ※ 親権者は通知記載の理由欄以上に一時保護の理由や事情について知り得ないことから、申立ての段階で申立書とともに申立人に十分な証拠の提出を求めるのは妥当でない（家事事件手続規則 § 37 I に「申立ての理由及び事件の実情についての証拠書類があるときは…添付しなければならない」と記載のあることの反対解釈）。このため、上記のように家庭裁判所としてまずは児童相談所から情報を収集することとすべきではないか。

※ 戸籍事件に関する市町村長の処分に対する不服申立ても別表第一事件のため、当該処分を行った市町村長は当事者として審判手続に関与することはないが、実質的には対立当事者に近いと見られるため意見聴取は必須とされている（家事事件手続法 § 229 II）。

○ 家庭裁判所は、都道府県知事又は児童相談所の提出する資料等を申立人に関覧させた上で、申立人からも陳述の聴取等を行う。

○ 家庭裁判所は、申立てに理由があると認めれば、一時保護を取り消すこととなる（申立てが不適法又は理由がないと認める場合には却下する）。

※ 戸籍事件に関する不服申立てにおいては、家庭裁判所は申立てを不適法あるいは理由がないと認めるときは申立てを却下し、理由があると認めれば、当該処分を取り消すに留まらず、当該市町村長に相当の処分を命じなければならないこととされる（家事事件手続法 § 230 II）。これは、違法な処分からの救済を実効あらしめることを目的とする。他方、一時保護処分に対する不服申立てであれば、処分の取消しを以て救済として足りる。

（課題・検討）

① 家事事件手続法上、一時保護の延長や施設入所等措置の承認事件は、行政権の行使について裁判所がチェックする仕組みであり、紛争性のある事案と整理されておらず、当該処分の効力が及ぶ児童本人や保護者は「当事者」の地位にいない（利害関係参加や即時抗告は可能）。戸籍法事件に倣って、児童本人や保護者に申立権を認めるとすると、家事審判手続において、児童本人や保護者に当事者性を認めることになり、翻って、児童本人又は保護者と児童相談所との対立構造となるため、家事審判手続上の取扱いを変更せざるをえなくなるものとも考えられる。

⇔ 戸籍法に基づく不服申立制度も、現行の家事事件手続法において、紛争性がないとされる別表第一に列記された事件として整理されており、不服申立の申立権者を児童本人又は保護者としたからといって、直ちに制度の整合性がとれなくなる訳ではない。

⇔ 他方で、そもそも戸籍法と同様、不服申立を家事事件手続法の規制に係らしめることが可能なのかは慎重に検討すべき。すなわち、家事事件手続法の別表第一事件は「非訟事件」であり、公開・対審の原則が適用されないところ、不服申立の途を家事審判に限定することは翻って児童本人や保護者の手続保障を後退させる虞があり、憲法上の問題（憲法 32 条、82 条）も生

じ得る（②に関連）。

- ② 既存の事後救済の制度との関係はどのように考えるべきか。審査の対象が同一（一時保護決定）の場合、審査の密度等は異なり得るものの、両者の決定の効果は重複する。したがって、司法審査を入れる場合には、法的安定性の観点から既存の手続による救済は排除する必要があるが、他方、不服申立期限の設定次第では、行政不服審査の審査請求期間（処分があったことを知った日から3ヶ月）、抗告訴訟の出訴期間（処分又は裁決があったことを知った日から6ヶ月、処分又は裁決の日から1年）と比較して、手続保障が後退する可能性がある。

※ 関連する論点として、行政不服審査法の適用を排除する場合、両法に特則を設けることとなるため、総務省等との調整が必要となるのではないか。

- ③ 条約の要請を満たしているのかについて検討を要する。
- ④ 裁判所の判断がされるまでに一定の期間を要すると考えられるところ、判断時期によっては、現行の33条5項審判と接近することにもなることも踏まえ、本方式の導入の意味の検討及び33条5項審判との関係性の整理も必要となる。

