

## 第 5 回 一時保護等の司法審査に関するワーキンググループ

## 論点の整理

## 目次

1. 司法審査導入の趣旨・目的 .....	2
2. 前回WGのヒアリング（自治体名非公開）で聴取した内容.....	4
3. 審査形式の検討について .....	6
4. 詳細に検討すべき論点 .....	7
5. その他.....	13

## 1. 司法審査導入の趣旨・目的

- 司法審査の性質は、行政権限による親権の制約に対する適正性の担保手段と考えるべきではないか。

### 【身体の自由について】

- 児童の最善の利益の観点から行われる一時保護は、国家による刑罰権の発動が考えられる被疑者について、罪証隠滅や逃亡の恐れがある場合にその身柄を拘束するものである逮捕とはその趣旨目的を異にする。
- また、仮に身体の自由への制約があるとしても、逮捕が被疑者を物理的に留置場の外部に出ることを不可能とするのに対して、一時保護は開放的な環境で処遇することが志向されており、通学等の必要な外出をすることも制度上可能であり、制約の度合いは著しく小さいものと考えられる。また、厚生労働省では、今般、一時保護所の人員や設備に係る基準を新たに定めることなどを通じて、一時保護の処遇の改善を進めているところである。

※ なお、現行法上、一時保護中の児童の行動の自由を制限し又は奪うような強制的措置を必要とするときは、家庭裁判所の許可を得てこれを行うことが可能とされている（児童福祉法第27条の3）。

- さらに、実務上、一時保護の開始にあたっては、児童に対して説明し納得を得てから保護することが通例であることから、児童の身体の自由を制約することを司法審査の理由に位置づけると、実際上の必要性を十分に説明できない。  
あくまで、一時保護対象の子どもとの関係では、身体の自由の制約ではなく、「一時的な不自由を被る」といった付加的な理由と整理すべき。

### 【監護権】

- 一時保護は、それ自体が親権者の権利や義務そのものを形成等するものではないが（行政手続法上の不利益処分ではない）、物理的に児童を監護者の下から引き離し、監護権の行使を妨げるものである。
- 親権者には、親権として児童に関して有する権利・負う義務があるところ、民法第820条に規定する監護権は、子の身上の安全を確保したり、教育・指導を通じて児童の人間としての成長を促すことなど、親子関係の主要な要素の一つを形成しており、行政により不当な一時保護が行われた場合は親権者に対する重大な権利侵害となる。

### 【行政訴訟】

- ところで、公権力の行使に当たる行為により個人の権利が侵害された場合は、行政訴訟により権利の救済を図ることができるのであり、このことは一時保護にもあてはまる。取消訴訟に要する時間を問題にするとしても、本案と並行して執行停止の訴えをすることで簡易迅速に仮の救済を得ることができる。
- しかしながら、当事者による権利救済の制度が整備されているとはいっても、十分に活用されているとはいえず、また、最終的に虐待の事実はないと判断された事例で、長期間の一時保護を行っていた事例が存在したこと等から、一時保護の適正性に関する社会的な批判がみられる。
- また、児童の権利条約第9条を根拠に、国連の児童の権利委員会による総括所見において、「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」に対して深刻な懸念が表明されている上、「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ること」が要請されているところである。
- 上記に基づいて考えれば、一時保護は、物理的に児童をその保護者から分離し、監護権の行使を妨げることに中心的な効果があり、一時保護が制約する権利の重大性に鑑みて、行政による権限行使の適正性を担保するため、一時保護の開始時において制度的に司法が関与すべきものと考えられる。

(非公開)

(非公開)

### 3. 審査形式の検討について

許可状方式と事後の承認審判方式を検討する。

許可状方式とする場合、原則は一時保護の開始前に許可状を取得することとしたうえで、例外的に事後の審査を認めるとする構成と、当初より一定の期間（7日間を想定）は職権で保護できることとし、保護期間が一定期間を超える場合に許可状を要するとする形式があり得る。

	フェーズ	許可状方式	事後の承認審判方式
①	通告等の受理/ 一時保護決定	許可状請求（事前） 許可状発・却下（事前）	
	一時保護の開始		
	初期調査		
	審査申し立て	許可状請求（事後）	審判申し立て
② →	司法のプロセス		
③ →	審査結果	許可状発行・却下（事後）	認容・却下
④ →	審査結果への 異議申し立て	—（設けない）	即時抗告
⑤ →	処分への 不服申し立て	一時保護（行政処分）への 審査請求 抗告訴訟	一時保護（行政処分）への 審査請求 抗告訴訟
⑥ →			
	2ヶ月超え	33条5項審判	33条5項審判

#### 4. 詳細に検討すべき論点

##### 【①関係】

##### 《司法審査の対象とするケースの範囲》

- 義務的司法審査の対象とする一時保護の範囲をどうするか。司法審査の趣旨目的を、行政権限と親権の調整と構成することとの関係では、親権者等の意思に係らしめて範囲を確定するのが整合的と考えられる。
- 親権者等の意に反しないケースについては、行政権限と親権との抵触が生じておらず、審査を行う実益がないことから、司法審査の対象とする必要性が乏しいと考えられる。
- したがって、申立て時において「親権者等の意に反する一時保護」（いわゆる積極的不同意）を対象とするか、「親権者等の同意のない一時保護」（積極的不同意よりも広い範囲）を対象とすることが具体的な論点となる。
- 現行の33条5項審判や28条審判で採用されている「意に反する」の要件では、親権者等から明確に不同意が示されているケースのみが対象となるのに対し、「同意のない」を要件とした場合、態度が明らかでないものを含め、同意を明示的に確認できていないものが対象となる。
- 許可状方式、承認審判方式にいずれを採る場合でも、対象とするケースの範囲については同一の考え方を採るという考え方もあり得る。とりわけ、事後の承認審判方式は、現行の2ヶ月超えの延長手続が対象ケースを「積極不同意」に限定しているため、その並びをとるのが適当との考え方がある。

一方、許可状方式については、事前の許可状を要することとする趣旨が、許可の対象となる行為が不可避免的に個人の権利を侵害する重大さにあるのだとすれば、本来的に審査の対象は広く考えるべきであり、現行の2ヶ月の延長手続よりも対象ケースを広げるという考え方も取り得る。

すなわち、許可状方式は、一時保護を積極的に受け入れている親権者等のみを除いて広く審査の対象とすべきとの考えと親和的であり、他方、家事審判は個別の事例における当事者間の対立の顕在化を前提としており、手続への当事者の関与を求めることから考えても、一時保護に積極的に不同意を表明している者に限って審査の対象とする考え方と親和的であるようにも思われる。
- なお、都市部を中心に、現在の運用としては一時保護に際して保護者の同意を取っていない児童相談所が多いため、「同意のない」を要件として、対象者を広くとる場合は、実務への影響が生じるほか、ヒアリングにおいて、  
[redacted]  
(非公開)  
[redacted]との意見もあった。
- このため、法文上は「意に反する」ケースを対象としたうえで、実務上は同意の確認を行うことを基本として児童相談所に促し、同意の確認が難しいケースは同意がないものとするような運用とすることも考えられる。
- 上記は親権者等の意見について問題にしているが、他方、一時保護に対する子どもの意

見表明については、次期の児童福祉制度改正において、アドボケイトの推進も含め、別途、法制度上位置づけることを検討しており、司法審査とは別の枠組みで手当をする(後述)。

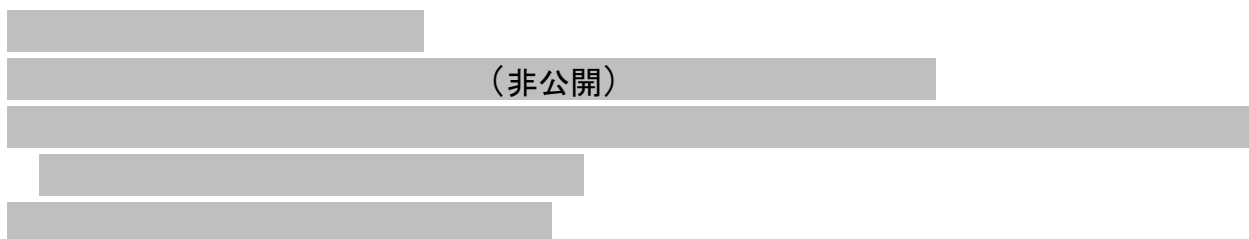
○ 許可状方式の場合で、事後的(7日以内)に許可状を発する場合、それ以前に親の同意がとれた又は一時保護の解除がなされたとき等は、許可状を請求する利益がないため、申立ては行わないこととなる。事後の承認方式の場合も同様である。

一方、事後の承認方式(許可状方式も観念し得るが、許可状発行まで時間を要しないため例外的)において、申立て後に一時保護の解除や親の積極的同意がとれたときについては、審判の取り下げを行うことはできないと解される。これは、現行の2ヶ月の延長手続においても同様である。

《司法審査の申立て期限》

○ 保護の開始から司法審査の申立てまでの間の期間をどうするか。児童相談所のケースワークのタイムラインを考えると、7日とすべきではないか。

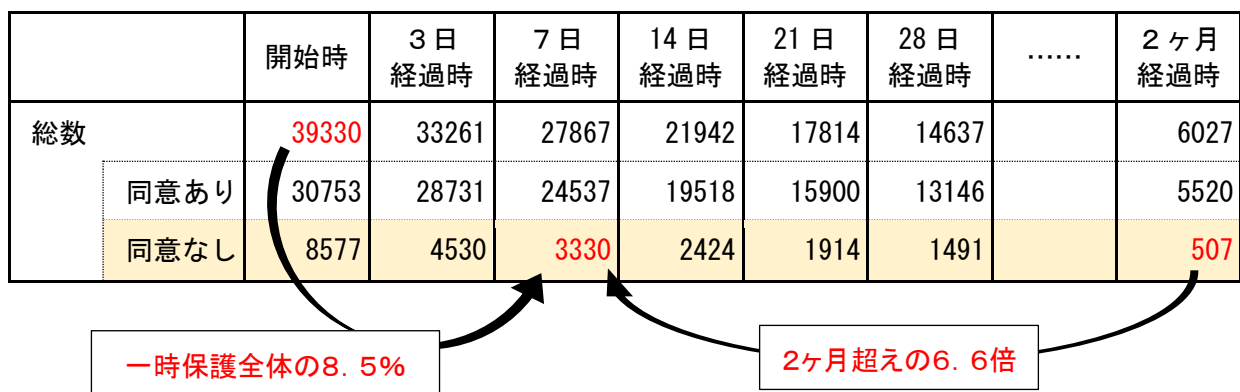
※ 児相が一時保護開始からの各時点で有している情報(ヒアリングで(自治体名非公開)より聴取)



※ 7日後に同意がないケースを司法審査の対象とした場合の件数のイメージ

【平成31年4月1日から令和元年7月末までの4ヶ月間に一時保護が終了したケースを対象に調査した結果を年の件数に換算(ローデータを3倍)したもの】

(調査においては、同意の有無を質問したが、一時保護に際して保護者の同意を確認する運用としている児相(主に地方部)とそうでない児相(主に都市部)があるため、「同意なし」には「不同意」と「意に反する」が混在していると思われることに留意)





#### 《申立ての際に裁判所に提出する資料》

- 裁判所に提出する資料は何とするか。
- 現行の 33 条 5 項審判においては、一時保護ガイドラインにて周知しているチェックリスト+報告書の様式となっている。新たな司法審査においても、児童相談所が迅速に資料を作成するための雛形の整備が必要。
- この際、審査の簡易迅速さの観点からも、33 条 5 項審判よりもさらなる書類の簡素化が求められる。
- また、上の「※」に示したタイムラインをみるに、申立時点では虐待等の事実を直接証明するに至る事例は少ないと考えられ、引き続きの調査とアセスメントが必要であるということの説明することとなるケースが多いと想定される。

#### 《当事者の特定》

- 家事事件では、申立ての際に戸籍謄本により当事者の特定をしており、33 条 5 項審判においては、児童や親権者等の戸籍謄本を申立て時に提出しなければならないことが児相の負担となっているところ、これを住民票など他の書類で代替できないか。
- 許可状方式を採る場合、逮捕令状の請求手続に倣えば、一時保護の対象となる者を特定するに足る情報を許可状請求書に記載すれば十分とも考えられるが、どのような資料を想定するか。
  - ※ 逮捕状請求書においては、被疑者の氏名等が不明の場合、写真や人相その他の種々の情報から、特定の個人を指定することができれば足りるところ、<sup>1</sup> 児童を特定するためには、住民票、学生証などを入手すれば足りると考えられるか。

## 【②関係】

#### 《司法審査の対象》

- 裁判所の判断対象は何とするか。緊急時に保護した場合など、一時保護の開始時点における開始の判断を客観証拠により実体的に審査することは困難であることから、保護の開始時点から審査の申立て時点までに児童相談所が収集した証拠をもって、一時保護の継続の妥当性を判断するものと構成することが適当ではないか。
- 審査を経て実施することができる一時保護の期限については、現行の児童福祉法 33 条第 3 項に規定されている 2 ヶ月を想定する。

#### 《親権者等の参加》

- 審査プロセスにおける当事者参加をどこまで認めるか。審査形式に関わらず、手続保障の観点からは、審査過程に参画することが望ましい。

---

<sup>1</sup> 『増補 令状基本問題 上』（判例時報社、1996）112～120 頁

- 他方で、一時保護については行政事件訴訟法に規定されている既存の手段によって司法の審査を受けられるものであり、これと別個に司法審査制度を導入するうえでは、既存制度を上回る簡易迅速性のある制度とすることが必要。
- 手続保障は審理の簡易迅速性とトレードオフの関係にあるところ。承認審判方式を採り、親権者等の参加を認めるとしても、審問期日を行わず、書面による意見陳述で審判を行うことができるか。
  - ※ 行政訴訟における執行停止の決定については、あらかじめ当事者の意見を聴いた上で、口頭弁論を経ないですることができる（行政事件訴訟法第25条第6項）。
- また、迅速な審理を確実なものとするために、行政手続における標準処理期間に類する一定の期間（数日～2週間程度）を裁判所に設定することはできないか。

#### 《子どもの参加》

- 子どもに対する手続保障をどう考えるか。司法審査は行政権限と親権との調整を第一義的な趣旨目的とするとしても、一時保護が児童の生活に大きな影響を与えるものであることに鑑みれば、一時保護に対する児童の意見表明権を保障することが適当である。
- この点、現在、厚生労働省で検討している児童福祉制度の改正においては、一時保護を実施する際には、事前に（やむを得ない場合は事後速やかに）児童の意見を聴かなければならないとする規定を設けることを検討しているところ。
- このことに加えて、司法審査に用いる資料において、当該意見聴取や審査申立てまでに行った児童との面接で聞き取った児童の意見を記入する仕組みとすることで、一時保護の実施に係る児童の意見を裁判所の審理に反映させることとしてはどうか。
- ただし、子どもの意見は極めて秘匿性が高い情報であり、保護者に開示した場合さらなる虐待を招く恐れがあることを踏まえ、取扱いに留意する必要がある。（後述）

#### 《審査資料の開示》

- 審査資料の開示の取扱いをどうするか。
- 許可状方式では、手続は児童相談所と裁判所の間で完結しており、親権者等に対し審査資料を秘匿することが可能と考えられる（資料は裁判所から児相に返却）。
- 承認審判方式では、現行の家事審判と同様に考えると、資料は原則として当事者からの請求があれば閲覧謄写が認められることになる。家事審判では、閲覧謄写の対象とすべきではないが審理において考慮してほしい資料がある場合、「非開示の希望に関する申出書」を提出する実務となっているが、当該資料が家事事件手続法に定める非開示事由に該当するか否かは裁判所が判断するため、非開示が保障されるわけではない。
- そのため、資料の非開示が保障されない状態では、子どもの意見など親権者等を開示すべきでない情報を児童相談所が裁判所に提出できなくなる可能性があることや、資料が開示されることを前提に、内部記録を裁判所に提出するためにマスキング処理する事務負担が生じることに留意が必要。

- したがって、承認審判形式において、子どもの意見等を審理に活用していくためには、その秘匿性の高さにつき、裁判所に組織的に理解をいただく必要がある。

**【③関係】《却下の効果》**

- 審査の結果が却下であった場合、それ以前に行っていた一時保護は法的にどう評価されるか。
- 司法審査での却下が直接、当初からの保護の違法を意味することとなる場合、国賠訴訟の多発が予想され、事務量において児童相談所業務を圧迫するほか、却下を恐れて必要な一時保護が行われなくなる可能性がある。
- 司法審査の性質を、一時保護の継続に関する可否の判断とするのであれば、開始の判断の適正性については別途の審理を要するものであり、司法審査の却下をもって直接国賠法上の違法を構成することとはならないと考えられるのではないかと。  
(あくまで当該司法審査の効果は将来に向かって発生することとなる。)

**【④関係】《審査結果への異議申立て》**

- 一時保護の継続に係る司法審査の結果自体への異議申立てを認めるか。
- 許可状方式において、刑事手続においては、逮捕令状の発付について抗告することはできないが、その後の勾留決定については準抗告の対象となっている。ただし、一時保護の許可状の対象は児童であるため、刑事手続を参考にしても、親権者等に異議申立てを認める根拠となるかは議論を要する。
- 家事審判においては、決定から2週間の間に即時抗告が可能とされているため、事後の承認審判形式ではこれに倣うことが考えられる。

**【⑤関係】《既存の不服申立て制度》**

- 処分に対する既存の不服申立て手段の適用を排除するか。
- 許可状方式、承認審判方式のいずれを採用する場合でも、裁判を受ける権利を親権者等に保障する観点から、行政事件訴訟法の適用の除外は困難と考えられる。
- また、司法審査を経た処分であるとしても、司法審査が一時保護の継続の妥当性を審査するものであるとすると、一時保護の開始の適否を争う方法を排除すべきでないことから、行政不服審査法の適用を除外すべき積極的理由は見出しがたいように思われる。

**【⑥関係】《33条5項審判との関係》**

- 現行では一時保護の開始から2ヶ月を超える場合に必要とされる33条5項の延長審判

につき何らかの変更を要するか。

- 現行の 33 条 5 項審判では、延長の承認の審判を得た日が一時保護の開始から 2 ヶ月を超えた日であった場合には、その審判を得た日から 2 ヶ月の一時保護が認められるところ、新たに導入する司法審査について、審査の結果認められることとなる一時保護の期間が問題となる。
- 一時保護ガイドラインに基づいて、33 条 5 項審判の申立ては一時保護開始から 40 日程度を目途に行う実務となっているところ、新たな司法審査の結果がこれに対して相当早期に確定することが想定される場合は、現行どおり保護の開始から 2 ヶ月後の審査とすべきと考えられる。
- 他方、新たな司法審査の審理に要する時間又は審査結果に対する異議申立の対応に長期間を要する場合、33 条 5 項審判の申立て期日を延ばすことも検討の余地があると考えられる。
- この点、許可状方式を採れば、迅速な審査が期待されるため検討の必要がないが、承認審判方式を採る場合は、制度設計次第ではさらなる検討を要する可能性がある。

## 5. その他

- 過去に本WGで検討した類型のうち、下記のものについては、それぞれ次に掲げる理由により、以後検討しない。
  - ・ 裁判所による命令方式：①行政活動の行き過ぎに対するチェック機能を司法が担うという、わが国の行政と司法の関係性にそぐわない。 ②裁判所は児童相談所と異なり直接児童や保護者と接触していないため得られる情報が少なく、また、児童福祉法に基づき専門性を有する職員の配置等が行われている児童相談所よりまして児童福祉に関する専門性を有するとはいえない。
  - ・ 不服申立て方式：①既存の不服申立制度との重複関係を生ずる。 ②一時保護の適正性に関する社会的・国際的な要請があるなかで、司法審査による適正性の担保のための手続を積極的に行政側が執らず親権者等に開始を委ねることは不適當。
- また、以下の通りとする。
  - ・ 一時保護中の親に対する接近禁止命令、面会通信制限、一時保護の解除への司法審査の導入については、まずは、一時保護の開始時の司法審査の実施状況等を踏まえて、制度見直し後に検討すべき。

接近禁止命令、面会通信制限については、調査の結果、行政処分として行われている件数は少ないこと、一時保護の解除は親権者等や子どもにとって、十分なアセスメントを行っていれば不利益を与えるものでないことに留意する必要がある。
  - ・ 施設入所等に当たっての家事審判における家裁から都道府県等への保護者指導勧告（H29 改正で導入）の評価については、現状で実施件数が少ないことから、引き続き、関係者の意見を聴いたうえで、一時保護の開始時の司法審査の実施状況等を踏まえて、制度見直し後に検討すべき。

### ※その他厚生労働省で検討する事項

- ・ 一時保護を含め、児童相談所が子どもの最善の利益を守るため必要となる関係機関への調査権限の強化（相手方に対する応諾義務の付与）については対応すべき。
- ・ 一時保護所の施設・人員配置基準、処遇の在り方や専門性向上、定員解消計画、第三者評価の義務化の検討については対応すべき。

（以上）