

一、児童の権利を護る視点でこの事案を検討するに当たっては、現行法でどれほどのことができるかを追求するとともに、二度とこのような事件が起きないための立法政策を具体的に考えたい。

二、Cが、B並びに丙児童相談所及び甲市に対する損害賠償請求権を行使することについて、Cの子どもらへの関わりを照らして問題はないだろうか。

〔事例〕

(3) 児童相談所における一時保護の法的性格

古畑 淳

〔キーワード〕

虐待通告に対する児童相談所の対応、児童の最善の利益、一時保護及び一時保護の延長の行政処分性、親権者の権利救済

〔事例の内容〕

A夫とB子の子C（二歳）は、誕生以来重症のアトピー性皮膚炎（確定的な治療方法なし、医療過誤がいろいろ）に罹患している。

B子は、Cの病状を軽減させたい一心で、「D体質改善研究所」と銘うった民間団体の指導に従い、Cに対し

離乳食の時期から、菜食中心の食事療法を実施してきた。A夫は、そのようなB子に愛想を尽かし、家によりつかない。

Cのアトピー性皮膚炎の治療にあたってきたE病院のF医師は、Cの発育状況が悪いのは、B子の食事療法に問題があると考え、再三B子にそのことを指摘してきたが改善はなかった。過日、Cがかなり衰弱した状態でF医師のもとに運び込まれE病院に入院、経過をみることとなった。この時点でF医師は、県内のG児童相談所に、虐待（ネグレクト）の恐れがある旨の通告を行った。

G児童相談所は、B子の同意を得て、CをE病院に一時保護したが、Cの今後の対応について結論がでないまま、Cの一時保護を延長した。B子は延長に反対したが、一時保護は延長された。

B子は、Cの法定代理人として、またB子固有の権利として、Cの一時保護を阻止するために、どのような対応をとることができるだろうか。

〔本事例の検討〕

一、G児童相談所によるCの一時保護について

本件においてG児童相談所は、B子の同意を得てCをE病院に一時保護委託している。本件一時保護の実施委託は児童福祉法（以下単に「法」という場合がある）三三条を根拠とするものであるが、同条は一項で、「児童相談所長は、必要があると認めるときは、（略）児童に一時保護を加え、又は適当な者に委託して、一時保護を加えることができる。」と規定している。このように一時保護は、その実施が児童相談所長の広い行政裁量（法律条文に見るように、

児童相談所長には要件裁量・効果裁量が認められている⁽¹⁾に委ねられているのであるが、制度特徴としてはまず、親権を行う者又は未成年後見人（以下では単に「親権者等」という）の同意が、実施に際しての要件とはされていないという点を挙げることができる。

本件では、一時保護の実施にあたり、G児童相談所がB子の同意を得る形になっているが、以上にみたように、当該同意は法律の要請に基づく「親権者等の同意」及びその確認ではないことになる。本件ではB子の養育態度の改善が課題となっているのであるが、このことからすると児童相談所は、一時保護の実施後に予定するB子への指導措置（法二六条一項二号及び二七条一項二号参照）を念頭において、一時保護の実施に際してB子の同意を確認したものと見ることができるとは思えない。

二、G児童相談所によるCの一時保護の延長について

本件においてG児童相談所は、Cの一時保護を延長している。児童福祉法三三条三項は、「一時保護の期間は、当該一時保護を開始した日から二月を超えてはならない。」と定めているが、つづく四項が「前項の規定にかかわらず、児童相談所長（略）は、必要があると認めるときは、引き続き（略）一時保護を行うことができる。」と定めているので、児童相談所長が同項の規定に基づき「必要がある」と判断した場合には、五項が定める手続を経た上で、二か月を超えて引き続き一時保護を行うことができるのである。なお、法三三条五項は、「引き続き一時保護を行うことが親権者等の「意に反する場合」は、「都道府県知事は、都道府県児童福祉審議会の意見を聴かなければならない。」と定めている。

本件は、一時保護の延長にB子が反対したということであるから、児童福祉法三三条五項の手続が採られていると

いうことになるが、ここで注目しておきたいのは、一時保護の延長の決定に際しては、五項の規定により、児童相談所は事前に親権者等の意思を確認する必要があるということである。そして、親権者等の意に反して一時保護の実施の延長を決定するという場合には、都道府県児童福祉審議会の意見を十分に検討したうえで、「引き続き一時保護を行うこと」についての判断を合理的な理由のもとに行わなければならないということである。

三、G 児童相談所の E 病院への一時保護の実施委託について

本事例では、C の一時保護は E 病院への委託によって実施されている。C が、誕生以来重症のアトピー性皮膚炎に罹患しており、本事例では C がかなり衰弱した状態で E 病院に入院してきたという経過があるから、G 児童相談所の E 病院への一時保護委託は適切な措置であったということができると思われる（前述のように法三三一条一項は、「適当な者に委託して、一時保護を加えさせることができる。」と規定している）。ところで、B 子が一時保護の延長に同意しない理由の一つに、B 子が C に実施してきた菜食中心の食事療法が最善であるとの思いがあると推測することができるが、本事例のように、児童に対する健康への配慮がとくに必要になる事案では、必要な医学的処置を適切に実施することができる環境での一時保護の実施が重要になると思われる。一時保護の実施も「児童の最善の利益」保障の観点から実施されるべきであり、この前提があつて、一時保護の実施の適法性が担保されることになると考えられるのである。⁽²⁾

四、一時保護の延長決定に不服の B 子の権利救済について

(一) 権利救済について検討する意義

B子は、一時保護の延長に反対の意を表明している。一時保護の実施決定及び延長決定は親権者等の同意が要件ではないため、一時保護の実施は本来的に紛争（法的対時関係）に発展する可能性を秘めている。⁽³⁾そのため児童相談所は、一時保護の実施決定及び延長決定を行う場合には、紛争予防の観点からも、一時保護の実施及び延長について親権者等に対して理由説明を行うことが重要になる。⁽⁴⁾

問題は、本件に見るように、一時保護の実施決定及び延長決定に不服の親権者等は、如何なる法的手段を用いて当該不服を争うことができるかである。一時保護の実施決定及び延長決定には司法機関による事前の審査が必要とされていないこと⁽⁵⁾もあり、以上のことは重要な論点の一つになるのである。⁽⁶⁾

(二) 一時保護の実施決定及び延長決定の行政処分性

児童福祉法^(三三)三条一項、二項の規定によれば、一時保護の実施は子どもに対する事実行為として規定されている。他方、上記規定に基づく一時保護の実施は、親権者等との関係では、親権者等が有する親権を制限する行政処分として実施されるものとして理解することができる。⁽⁷⁾この点、行政実務では、保護者を名宛人とする「一時保護決定通知書」が保護者に通知されることになっているが（厚生省児童家庭局長通知「児童相談所運営指針について」平成二四年三月二一日雇児発〇三二一第二号による「児童相談所運営指針」の「別添一五（様式例）（一時保護決定通知書）参照」、同通知書には次のような内容の記述がなされている。すなわち、「あなたが保護者となっている下記の児童を児童福祉法第三三条の規定により「一時保護 一時保護を委託」しましたので通知します。」との記述であり、一時保護決定に不服の場合には知事に対して審査請求ができる旨、及び都道府県を被告として処分の取消しの訴えを提起することができる旨の教示の記述である。このように行政実務では、一時保護の実施決定は親権者等に対する行政処分として取り扱われているのである。なお、以上については学説も一時保護の決定に行政処分性を認めているところ

であり、⁽⁸⁾ 裁判例も下級審判例ではあるが、児童福祉「法三三三二項の規定による一時保護処分は、(略) 行政処分により、(略) 児童を緊急に保護し、法二七条一項又は二項の措置をとるに至るまでの間、暫定的に保護を加える制度」として規定されたものと解される。」と判示するもの(大阪地裁平成一七年一〇月一四日判決(裁判所HP)⁽⁹⁾がある。ところで、以上については、一時保護の延長の決定は新たな行政処分として理解する必要があるかどうかが問題となるが、児童福祉法三三三三項及び五項が、一時保護の期間の延長は「必要があると認めるとき」に親権者等の意思確認をした上で(一時保護の延長について親権者等が同意しない場合には、都道府県児童福祉審議会への意見聴取の手続を経て)行うことができる」と規定しているところから見て、新たな行政処分として理解する必要があるように思われる。つまり、一時保護の延長については、引き続き一時保護を実施(延長)することについての判断と決定が、児童相談所において必要になると考えられるのである(以上のように解することで、行政不服審査法が定める審査請求期間(同法一四条は、「審査請求は、処分があつたことを知つた日の翌日から起算して六〇日以内(略)に、しなければならぬ。」と定めている)の問題を解決することができるのである)。

(三) 一時保護の実施の延長決定と行政救済制度

このように、一時保護の延長決定自体に行政処分性が認められるとすると、本件においてB子は、本件延長決定に対して、行政不服審査法に基づく審査請求(五条及び一四条以下参照)を知事に対して行うことができるほか、行政事件訴訟法(以下「行訴法」という)に基づいて処分の取消しの訴え(三条二項及び八条以下参照)を提起することができることになる。ここでまず注目したいのは、前者の審査請求についてであるが、審査請求については行政不服審査法二五条一項が、「審査請求人又は参加人の申立てがあつたときは、審査庁は、申立人に口頭で意見を述べる機会を与えなければならない。」と規定していることである。これによりB子は、自らの申立てにより口頭で意見を述

べる機会を得ることができるとなるのであるが、口頭意見陳述の機会を活用することによりB子は、自身の見解（C）に対するB子の養育方針）を明確に示すことができることとなるのである。いずれにしても、審査請求における口頭意見陳述の機会の活用は、双方の見解を整理する場にもなり得るものであり、この機会を通じた紛争解決も事案によってはあり得るように思うのである。

次に後者であるが、本件においてB子は、行政事件訴訟法八条以下に基づいて処分取消しの訴えを提起することができる。しかし、児童の引き取りを目的としてB子が処分取消しの訴えを提起したとしても、裁判で処分取消しの認容判決を得るには相応の時間を要することが予測される。⁽¹¹⁾そこで、本件においてB子は、児童の引き取りを求めて処分の取消しの訴えとともに、執行停止の申立て（行訴法二五条）も併せて検討する必要があるということになる。⁽¹²⁾ただし、B子はこの場合、執行停止の申立てにおいて「重大な損害を避けるため緊急の必要がある」ことを主張立証しなければならぬ。なお、一時保護のさらなる延長決定が本案で予定されているという場合には、B子は処分の差止め訴え（行訴法三七条の四）の提起のほか、同訴えを本案とする仮の差止めの申立て（行訴法三七条の五第二項）の提起も考えることができる。⁽¹³⁾

（四） 一時保護の延長理由の開示請求について

本事例では、B子は、個人情報保護の保護に関する条例に基づき、Cの法定代理人として、「一時保護の延長の根拠となる物」の写しの交付を求めて、保有個人情報の開示請求を行うことも可能であろう。しかし、開示請求にかかる上記個人情報報告の多くは、開示することにより児童相談所の事務の適正な遂行に支障を及ぼすおそれがある個人情報に当たると評価されることが多いと思われる（裁判例には、児童相談所保有の児童票の不開示処分の違法が争われた事案があるが、裁判所は、「各非開示情報部分に記載された情報を開示した場合には、児童相談センターにおいて、情報

の提供を受けるべき関係者の適切な協力を得ることができなくなり、また、児童及びその保護者の信頼を損ねるおそれがあるから、『診断、指導、相談等に係る事務』に関し公正な判断が行えなくなるおそれがあり、その事務の適正な遂行に支障を及ぼすおそれがあるといわざるを得ない。」と判示して、親権者の請求を棄却している（東京地裁平成二二年一〇月二七日判決（裁判所HP））。

五、その他——虐待通告に対する児童相談所の対応について

以上で本事例の検討を終えるが、最後に、虐待通告に対する児童相談所の対応について触れておくこととしたい。本事例では、Cの一時保護はF医師の虐待通告がきっかけとなっている。F医師の通告は、児童虐待の防止等に関する法律（以下単に「虐待防止法」という）六条一項に基づくものであるが、同項は「児童虐待を受けたと思われる児童を発見した者は、速やかに、これを（略）児童相談所に通告しなければならない。」と定めている（なお、同法五条は、医師等の児童虐待の早期発見の努力義務を定めている）。虐待通告に関して注意するべきは、虐待防止法七条が、通告を受けた児童相談所等に対して、「職務上知り得た事項であつて当該通告をした者を特定させるものを漏らしてはならない。」と定めている点である。本事例では、F医師において児童相談所への通告についてB子に告知がなされている可能性が高いが、E病院でのCの一時保護を確実に継続する必要においても、また、通告者であるF医師とB子との信頼関係を維持し、Cに必要な医療措置を確実に行うという意味においても、情報の取り扱いについての十分な注意が必要になる。本事例においてG児童相談所は、F医師及びE病院と十分な連携を採った上で、B子に対する対応を採る必要があるということになると思われる。

「もつと論点を深めるために」

一時保護の実施場所以して、一時保護の実施場所を、たとえば、病院から児童養護施設に変更するとした場合、当該変更は新たな行政処分として理解する必要があるだろうか。親権者の有する居所指定権との関係で考えてみよう。

立法論にかかわる論点であるが、一時保護の実施決定及び延長決定に、司法機関による事前の審査が必要であるかどうかについて、適正手続保障の観点から検討してみよう。

注

(1) 裁判例には、児童福祉法三三條二項の規定に基づく一時保護について、「一時保護処分の目的、内容、性質等に照らすと、法三三條二項にいう「必要があると認めるとき」とは、当該児童が保護者のない児童であるか又は児童虐待を受けた児童であるなど保護者に監護させることが不適当な児童であつて、法二七條一項又は二項の措置を要すると認めるに足りる相当の理由があるときをいうものと解するのが相当である」と判示したもの（大阪地裁平成一七年一〇月一四日判決、裁判所HP）、また、児童福祉法三三條一項の一時保護について、「保護者が虐待するなどの理由で保護者に監護させることが不適当であると認める児童があるとき（略）の一時保護については、児童に対する虐待等はほとんどが家庭内などといった密室で行われ、その有無を直ちに明らかにするのは困難であることが多い半面、虐待等を受けている児童の心身を保護する必要性と緊急性は一般に高度に認められることから、児童相談所長において、当該児童を保護者に監護させることを不適当とする事情及び当該児童が緊急の保護を必要とする事情が相当程度の蓋然性をもって認められれば、保護者の意思にかかわらず、当該児童を一時保護することが許されると解すべきである。」と判示したもの（青森地裁平成一三年五月二五日決定（裁判所HP））がある。またこのほかに、「条文の文言が『必要があると認めるときは』となつてゐること（法三三條一項、二項）のほか、児童の福祉に関する判断には児童心理学等の専門的な知見が必要とされることに鑑みれば、当該児童が要保護児童等に当たると認められるか否か、要保護児童等に一時保護を加えるか否かなどの判断は、いずれも都道府県知事ないし児童相談所長の合理的な裁量に委ねられてゐると解すべきである。」などと判示したもの（大阪地裁平成二三年八月二五日判決（判自三三六二号一〇一頁））がある。

(2) 因みに裁判事例には、県立子ども医療センターで児童を一時保護した後、当該児童を児童相談所の一時保護所で一時保護した

との事案において、一時保護所の職員がアレギー源の卵を含む竹輪を誤って児童に食べさせてしまったために、児童が死亡するとの事故が発生したという事案がある(本事例には、両親が児童に対して適切な栄養を与えることができていなかったために、児童がビタミンD欠乏症くる病を発症していたとして、国立成育医療研究センターが児童相談所に対して児童福祉法二五条に基づく要保護児童通告をしていたという事実がある)。本件ではこれについて両親が損害賠償請求訴訟を提起したが、裁判所は児童相談所の一時保護決定に違法はないと判断する一方で(本件では一時保護の実施場所の適否は争点となっていない)、職員に児童の死亡についての過失が認められると判示して、両親の請求の一部を認容するとの判決をしている(横浜地裁平成二四年一〇月三〇日判決(判時二二七二二六六二頁、裁判所HP))。

(3) 財団法人こども未来財団「平成二二年度児童関連サービス調査研究等事業 児童虐待事例で対峙する保護者への対応に関する研究(ガイドライン) 報告書(主任研究者 野村武司)」(二〇一〇年)三一―三二頁。

(4) 一時保護の実施決定及び延長決定が行政手続法の対象となる行政処分(不利益処分)に当たるとかかの検討がここで必要になるが、後述するように、一時保護の実施は事実行為に該当するよう思われるので、行政手続法第三章の不利益処分の規定は適用がないということになると思われる(行政手続法二条四号イ参照)。しかし、一時保護の実施決定及び延長決定は、親権者等の親権を制限する行政処分であると思われ、適正手続保障の観点から、一時保護の実施決定及び延長決定には、処分時に理由提示を行う必要があると思われる。因みに行政実務では、一時保護決定通知書に理由を付記する欄を設けている。

(5) 一時保護の実施に司法関与の仕組みが必要であることを説く学説として、たとえば、吉田恒雄「児童虐待防止法の改正に向けて——法的視点からの検討——」吉田恒雄編「児童虐待防止法制度——改正の課題と方向性」(尚学社、二〇〇三年)一九頁、鈴木博人・高橋由紀子・中川良延・西川公明・横田光平「親権法及び関連法改正提案」戸籍時報六五〇号(二〇一〇年)一〇―一一頁がある。

(6) 一時保護の実施については、一時保護中の学齢児について児童相談所長及び都道府県知事が就学義務を負っていないという課題がある(児童福祉法四八条参照。これにより、一時保護の実施期間中は学校への登校が制限される結果となっている。ただし本件では、Cが二歳児であるため、このような不利益はCに生じていない)。また、一時保護の平均在所日数が二七・七日(平成二二年度)となっているとの実態がある(厚生労働省「平成二四年度全国児童福祉主管課長・児童相談所長会議資料(平成二四年七月二六日開催)」(http://www.mhlw.go.jp/seisakunitsuite/bunya/kodomo_kosodate/dv/kaigi/dl/120726-01.pdf)参照)。その上、一時保護の延長が実施される事案では、一時保護の期間は二か月を超える結果になる。このように一時保護の実施は、児童及び保護者の権利を制限する結果になるのである。そこで、一時保護の実施決定及び延長決定に対しては、その当否ないし適否を審査す

る機会の保障が非常に重要になるのである。

- (7) 参照、財団法人こども未来財団・前掲調査研究注(3) 三三二頁。
- (8) 吉田恒雄「児童福祉法における一時保護の法的諸問題」白鴎法学八号(一九九七年) 二八五頁、桑原洋子、田村和之編『実務注釈 児童福祉法』(信山社、一九九八年) 二〇六頁「吉田恒雄執筆」。
- (9) 裁判例にはこのほかに、「法三三条一項、二項に規定する一時保護は、要保護児童ないし児童虐待を受けたと思われる児童(略)について法二六条一項又は二七条一項若しくは二項の措置をとる必要がある場合に、その措置をとるまでの間、暫定的に当該児童を保護するために行われる行政処分である(略)」などと判示するもの(本稿注(1)の大阪地裁平成二三年八月二五日判決)がある。右裁判例は一時保護決定の適法性を争点とする「一時保護決定取消請求事件」であるが、裁判では親権者母のほか、一時保護の実施対象であった児童(親権者母の小学校三年生の子)も原告になっている。なお、裁判所は、児童の原告適格についてとくに判断をしていない。
- (10) 財団法人こども未来財団・前掲調査研究注(3) 三三三頁。
- (11) 一時保護の延長決定に対して処分の取消しの訴えを提起した場合においては、訴訟要件の一つである「訴えの利益」の存否が争点になることが予測される。つまり、一時保護の実施の延長期間は二か月であるために(児童福祉法三三条五項)、二か月が経過したのちは当該延長処分の効力は消滅することになるのである。そうすると、B子が提起した処分の取消しの訴えは、訴えの利益が消滅したとして却下されることになるのである(裁判例には、一時保護処分の取消しを求める訴えについて、一時保護の実施後に児童相談所長が、児童に対して児童福祉法二七条一項三号に基づく里親委託措置を採っており、一時保護処分はその効力を失っている(したがって、一時保護処分の取消しを求める訴えの利益は消滅している)と判示して、却下の判決をしたものがある(本稿注(1)の大阪地裁平成一七年一〇月一四日判決)。このように見ると、処分の違法性を争う裁判においては、国家賠償請求訴訟の提起も併せて検討することが適当であるということになる。なお、右裁判において原告は、国家賠償請求訴訟も併せて提起していたが、裁判所は、大阪市長の一時保護処分は適法であると判示して、請求を棄却するとの判決をしている。
- (12) 本稿注(1)及び注(9)で紹介の大阪地裁平成二三年八月二五日判決の事件では、原告らは、一時保護決定の取消しを求める処分取消訴訟を提起するとともに、一時保護決定の執行停止の申立てもしたとのことである。以上の情報については、判自三六二号一〇一頁の解説文を参照のこと。※本稿の最終校正時に、一時保護処分の効力の執行停止申立事件、大阪地裁平成二三年二月二七日決定(判自三六七号六九頁)に触れた。本事件では裁判所の却下決定に対して、原告両親が抗告をしているようである。
- (13) なお、裁判例には、児童福祉法三三条の規定に基づいて児童相談所長が一時保護している児童について、親権者である父が県に

対して、親権を根拠として児童の引渡しを求めたという事案がある（本稿注（1）の青森地裁平成二三年五月二五日決定。裁判ではまず、本件申立ての適法性が争点となったが（相手方県は、「法三三条による一時保護は、行政庁の処分にあたるから、行政事件訴訟法四四条により、民事保全法による仮処分は許されず、本件申立ては不適法である」と主張した）、裁判所は以下のように判示して、親権者父の訴えを適法であると判断している。すなわち、「（行政事件訴訟）法四四条の規定は、行政処分の無効又は不存在を前提として民事訴訟によって実現し得る私法上の権利を主張し、これを被保全権利として民事保全法に基づく仮処分を求めることまでも禁ずるものではないと解する。そして、親権者が親権に基づいて子の引渡しを求めることは、一般に民事訴訟によって実現し得るものであるから、本件申立ては、この点においては、本件一時保護が無効であることを前提として児童の引渡しを求める限度において、適法である。」との判断である。以上は、一時保護決定の無効を主張する場合の権利救済法を提示する裁判例と言えらるが、本事例の検討においても、参考事例として注意しておく必要があると思われる。