

家庭裁判所の承認と福祉の措置の決定：時の観点から見た家庭裁判所と児童相談所の機能分担

著者名(日)	古畑 淳
雑誌名	山梨学院大学法学論集
巻	46
ページ	83-104
発行年	2000-11-25
URL	http://id.nii.ac.jp/1188/00000849/

家庭裁判所の承認と福祉の措置の決定

——時の観点から見た家庭裁判所と児童相談所の機能分担——

古
畑
淳

目 次

- まえがき
- 一 問題提起
- 二 学説と判例の状況
- 三 家庭裁判所の承認の範囲
- 四 ニーズに対する柔軟かつ迅速な対応の必要性
- 五 承認の申立てと審判の判断基準時
- 六 むすび

まえがき

本稿は、筆者が今年三月に『神奈川大学大学院法学研究論集』第九号（一一六九頁）に発表した論文「被虐待児童に対する措置の決定過程における家庭裁判所と児童相談所の役割」（以下これを「旧稿」という）を基礎としている。当初私は、旧稿で論じた内容を要約するに留めたものを活字にしておきたいと考えていたのであるが、このたび山梨学院大学法学研究会のご厚意により、『法学論集』への論文掲載の許可をいただいたので、旧稿発表後に得た研究の成果を可能な限り盛り込み、さらに、論文構成も新たにしておいて発表するということにした次第である。そうした作業を経ることで、本論文も一つの小品として仕上げることもできたかと思われる。さて、以下で、本論文執筆の目的について述べておくことにしたい。

旧稿発表後、幸いにも、多くの先生方から様々なご意見、ご批評をいただいた。私見に好意的なものが多かったと記憶するが、批評の中には、家庭裁判所と児童相談所双方の専門性に関する論証が不足しているのではないかと、児童相談所と家庭裁判所がなす判断には具体的にどのような観点の相違があるのか、という点に関しての指摘、質問が少なからずあった。

このようなお手紙をいただいてからというもの、それらの指摘と質問は、私の脳裡から離れることはなかった。そこで私は、措置の決定過程における児童相談所と家庭裁判所の役割分担について、今一度、実証的な観点からの分析を踏まえた上での議論をしてみたいと考えるようになった。なお、筆者が現在思念している「実証的観点」と

は次のようなものである。①児童福祉に関わる両機関、すなわち、児童相談所と家庭裁判所の実務体制はどのようになっているか、②専門性はどのように担保されているのか、③児童相談所（行政機関）と家庭裁判所（司法機関）のそれぞれが特徴ある体質を有しているとするならば、それぞれが示す判断（判断内容）にはそうした体質がどのような形で反映されているのか、④児童相談所と家庭裁判所の意思（判断）の形成過程にはどのような相違があるか、の四つである。また、私自身が抱いている思いを率直に吐露すると、旧稿で示した私見が、実際の実務ではどのように受け止められることになるのか、仮に、受け入れられないということになるとすると、それはどのような理由によるということになるのか、ということ強く知りたいと考えるようになった。

そこで私は、簡潔に、私の問題関心がどこにあるのかを示し、そこにはどのような論点があつて、そうした論点に対して私見がどのような結論を採っているのかをまとめ直しておく必要があると感じたのである。そして、現在抱いている研究関心を素直に披露して、諸賢からのご教示を得たいと考えたのである。

以上述べたところが、本稿執筆の背景であるが、筆者としては、『山梨学院大学法学論集』を通じて、私見が児童福祉に携わる方々にも広く知れ渡るところとなり、様々な立場の方々から、様々な観点に立つたご意見をいただければ幸甚である。現実の福祉行政にはどのような問題が存在し、生じているのか、さらに、児童福祉に携わる人々はどのようなジレンマを抱え業務にあたっておられるのかを知ることが、福祉と法を論じる場合にはどうしても欠かせないと私は確信しているからである。

なお、本稿執筆にあたり、タイトルに変更を施した。本稿の内容、並びに検討の視角を端的に示すことを目的とした改題であるが、同時に、福祉の措置の決定過程を要件認定と給付決定とに段階的に分けて理解する筆者の思考

法を表現したつもりである。

一 問題提起

(1) 児童福祉法（以下「法」という）二八条は、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において、同法二七条一項三号による里親委託または児童福祉施設への入所の措置を採ることに児童の親権を行う者又は未成年後見人（以下「親権者等」という）が同意しない場合には、都道府県（権限の委任（地方自治法一五三条二項）により、児童相談所長が措置権者とされているのが通常の行政実態である⁽²⁾）は、家庭裁判所（以下「家裁」という）の承認を得て、同号の措置を採ることができる旨規定している。近年、わが国においても、保護者による児童の虐待の深刻な実態が明らかにされており、本条の申立て⁽³⁾を視野に入れた積極的な対応、すなわち、迅速な児童保護の必要性が説かれているところである。

(2) しかし、行政庁が、家裁の承認を得て、施設入所等の決定をなす、この特異な福祉の措置の決定⁽⁴⁾に関しては、家裁がなす承認の内容をめぐって、次のような課題があることが指摘されている。第一に、児童相談所（以下「児相」という）は、如何なる内容につき承認を求めべきか、第二に、家裁は、児相が予定している措置の相当性をも審理の対象とするべきか、第三に、承認の審判では、主文で措置を特定する必要があるか、という三つの課題である。

これにつき、『家庭裁判月報』に公表されている二二例の審判例を一瞥してみると、児相は、具体的な措置を指定して承認の申立てをすることが多いこと、家裁の審理では、措置の相当性をも審理対象とすることが多いこと、承認の審判では、主文で具体的な措置が特定されることが多いということが分かる。⁽⁵⁾

(3) しかし、このような実務は妥当か。本稿では、次に掲げる三つの観点からの検討を通じ、これまでの実務慣習に疑問を投じてみることにしたい。⁽⁶⁾ 第一に、家裁の承認の範囲を親権者等の同意内容の範囲との関係で論じ、審判主文で具体的な措置を特定することの妥当性を検討する。第二に、ニーズに対する柔軟かつ迅速な対応の要請に家裁での審理期間がどのような影響を与えるかを考察し、措置変更の必要に応じて承認審判を必要とする実務の問題性を指摘したいと考える。第三に、審理期間中に生じる児童のニーズの変化と審判の判断基準時の関係に注目して、具体的な措置を指定して申立てを行うことの妥当性と家裁の釈明権行使の当否について検討する。そして最後に、あるべき実務を提示し本稿をむすぶことにしたい。

(4) ところで、注釈書等を瞥見してみると、これら課題は、審判上の問題として、いわば、審判対象特定の問題に限定して論じられるのが通常のようなものである。しかし、この問題の本質は、福祉の措置の決定過程において家裁の承認をどのように位置づけるかというところにあるものと思われる。したがって、家裁の承認が措置の決定過程の中ではどのような意味を持つかとの考察から、本条のあるべき申立て実務、審理・審判実務が結論づけられる必要がある。以下で行う検討は、まさにこうした関心に基づくものである。

二 学説と判例の状況

議論を進める前に、まず、学説と判例の状況を概観しておくことにしたい。

(1) 学説の状況 学説は、実務と同様の結論を採るものが圧倒的であり、これに反対の意を唱えるものは少数という状況にある。

多数説は、家裁の承認審判で措置内容の相当性を担保、確保しようと意図する。法二七条一項三号の措置が児童の人権をも制限するのであって、また、当該児童にどのような措置が必要かは児童毎に異なるのであるから、児童の要保護性の見地等から個別的に判断すべきであるというのが理由である。さらに、児相の専門性が必ずしも確保できていない現状を理由に挙げるものもある。

ただし、申立てにかかる措置が相当でないと判断される場合に家裁はどのような審判をすべきかという点については、多数説内部にも対立がある。古くは、家裁がなす承認の審判は、児相の申立ての趣旨に拘束されないとし、適切と認める措置について承認を与えることができるという見解があつた。⁽⁸⁾しかし、今日では、家裁がなす承認の審判は、児相の申立ての趣旨に拘束されるとの見解が大勢を占め、この場合は、却下すべしとの結論が採られている。⁽⁹⁾ただし後者の見解が採られる場合にも、児相には、家裁の判断と同趣旨の申立てを予備的、交換的になすことは認めている。

これに対し、少数説は、⁽¹⁰⁾児童のニーズの変化に柔軟に対応しうる実務を採ることが重要であるとして、家裁の承

認は原則として包括的な承認で足りるとする。すなわち、具体的な保護処置の選択についての判断は、「保護担当者側」である行政庁に委ねられるべきであるというのである。家裁の判断は強制的に同号の措置を採ることについての判断にすぎないのであって、加えて、「保護担当者側」は実際に子の保護に当たっており、さらに、児童養護に関する専門的技術をより以上に有しているというのが理由である。そしてこのように解することにより、子に最もよい処置を現実即して柔軟に行うことが可能になること、さらに、措置変更の申立てが不要となるから、司法機関がその都度関与することによって生じる「紛争の再燃」を防げることが指摘されている。

(2) 判例の状況 家裁がなす承認の内容をめぐっては、審判例とそれに対する抗告審においてそれぞれ異なる判断が展開されている。

審判実務に反対の立場を採った福岡家審昭和五六年三月一二日（家月三四卷三号二五頁）では、「同法二七条一項三号の措置が児童を家庭から分離するものであるから、児童の福祉上親権者や後見人の意に反して右措置をとる必要があると認められる場合に親権及び後見の一般的監督機関である家庭裁判所の承認を要するものとしているのである」と判示して、措置内容の決定は、「その分野の専門機関である児童相談所の判断に委ねるのが相当であり、同法二八条はこれを前提とした規定と解せられる。従って家庭裁判所が施設の指定をすべきでない」と解するのが相当」との判断を展開した。

これに対し、抗告審である福岡高決昭和五六年四月二八日（家月三四卷三号二三頁）では、「いずれの措置がとられるかによって児童やその親権者、後見人らに対して生じる影響も自ら異なる」との観点に立つて、家裁の承認は主文で措置を特定してなされるべきであると判示した。すなわち、児相の申立ては、「具体的な措置について家

庭裁判所に対しその承認を求めるのが原則であり、その当否について、「調査機構を備えた家庭裁判所の審査が及ばないと解する理由はない」というのである。この場合、「家庭裁判所が最も適切であると判断した措置と、承認を求めて申し立てられたそれとが異なる場合には、釈明権の行使によりその申し立てを変更する余地がある」とされ、しかも、「具体的な措置がとられた後に事情の変更により新たな措置が必要とされるのであれば、当該新たな措置につき知事において改めて承認の申し立てをなせば足りるものである」とも言及されている。

三 家庭裁判所の承認の範囲

(1) 以上見るように、多数学説、高裁決定例は、家裁の承認の範囲には措置内容の特定も含まれるとしている。しかし、そもそも家裁の承認は、親権者等が法二七条一項三号の措置を採ることに同意しない場合に要請されるのであるから、承認の範囲も親権者等の同意内容と平仄が合うようになされるべきである。その前提で考えると、家裁の承認は「法二七条一項三号の措置を採ること」の承認だけで足りる。なぜなら、親権者等の同意には、具体的な措置内容の同意は含まれていないと見られるからである。その理由は以下の四点である。¹¹⁾

第一に、法律の文言(法二八条一項)によれば、家裁の承認が必要とされるのは、「**第二十七條第一項第三号の措置を採ることが児童の親権を行う者又は未成年後見人の意に反するとき**」である。第二に、法の規定形式に着目すると、法二七条一項では、要保障者に採られる具体的な措置内容の決定は行政庁の裁量に委ねられており、要件の認定に対応して具体的な措置内容が定まる方式が採用されていない。¹²⁾ 第三に、親権者等から積極的な意思表示が

ない場合には、実務上その同意は、法二七条一項三号の措置を採ることという包括的な同意として解さざるを得ない。第四に、親権者等の施設選択を同意内容（実体的権利）として構成すると、手続的権利として構成される児童の意向は法的意義を失う。

(2) このように、家裁の承認が、実体法上の要件たる親権者等の同意を代替するとの意味を持ち、さらに、その承認の内容も、「法二七条一項三号の措置を採ること」で足りるということになる。すると、福祉の措置の決定過程における家裁の承認の意義は、法二七条一項三号の措置を適法に成立せしめる実体法上の要件が存在することを最終的に宣言するという役割を担うにすぎない、ということになろう。したがって、要件認定に続く措置内容の決定は、家裁の判断事項（関心事）とはなり得ないと考えられるのであるから、この承認の趣旨として、措置の相当性確保を論じることは適当でないということになるのである。なお、この承認に、民法レベルでの親権の制限、停止という効果があると見ることには無理があるが、少なくとも、児童の要保護性の観点に立つ家裁の判断であることには間違いないから、児童の要保護性が存在する限りで——親権者等の意思にかかわりなく——効果を生ずると解するのが法の趣旨に最も適うということになろう。以上¹³⁾の理由から、児童の要保護性が存続する限りで、措置の変更はもちろん、停止も「法二七条一項三号の措置を採ること」という承認の内容に含まれていることになる。そして、このような効果を持つ承認を得てなされる福祉の措置の決定は、親権者等が有する監護権を具体的に制限する不利益処分と見ることができるから、行政争訟を通じて取り消されない限り、当該処分は効力を保持していると見ることができる。

四 ニーズに対する柔軟かつ迅速な対応の必要性

(1) 多数学説、高裁決定例の問題性は、行政庁に対し、措置変更の必要が生じるたびに承認の申立てをなすことを強いるところにある。まず、児相の判断のみで措置変更がし得ないのであれば、児相は、処遇方針の変更を求める声が内外にある場合にも、変更を行わない方向で組織としての意思を固めてしまう可能性がある。それに加え、処遇方針の変更について意見の一致が見られた場合にも、家裁の審理手続に対する様々な抵抗感から、結局は、申立ての手続が採られないということも考えられるのである。

(2) このような危惧を抱く第一の理由は、被虐待児童に対する措置の決定過程においては、手続上の必然として、家裁での審理に時間がかかるという特殊な事情が存在するからである。家裁の審理には、通常二ヶ月から三ヶ月、時に半年以上の時間を要し、さらに、審判が確定するには、二週間の抗告期間を経ることが必要との事実は見過ごせない⁽¹⁶⁾。つまり、措置変更の必要に応じて家裁の承認が必要とされる場合には、児相はその都度、短くない審理期間を経て措置決定をせざるを得ないとの覚悟を強いられるのである。換言すれば、児相は自らの意思にかかわらず、ニーズに対する迅速な対応の責務を果たし得ないとのジレンマに陥るのである。私は、ここにある種の諦めないし意欲の減退が生じるのではないかと考えるのである。そしてこうしたことから、申立てを躊躇し、さらに、行わないという実務が採られるのではないかと懸念するのである⁽¹⁷⁾。

なお、こうした対応を生み出す要因としては、少数説が指摘するところの「紛争の再燃」への懸念のほか、司法

手続が与える児童への影響に対する配慮、加えて、深刻な職員不足の現状も指摘することができよう。児相職員はただでさえ、新規受理ケースの対応に忙殺されていると言われているのである⁽¹⁸⁾。

(3) もつとも、必要とされる措置につき改めて承認の申立てをした場合には、措置変更に対する承認を待つまでの期間（審理期間中）は、法律の根拠を法三三条二項に求め、一時保護委託という形を通じて必要とされる措置を暫定的に実施するということが可能であろう。しかし、長期の一時保護が適法であるかどうかについては疑義のあるところであるから、行政実務にこのような対応を求めることは現実には難しいと考えなければならぬ。また、措置を特定して承認すべしとの立場からすれば、こうした実務対応は法律の許容範囲外、すなわち、一時保護委託とは見なさないで無効な処分ということになるのかもしれない⁽²⁰⁾。いずれにせよ、これまでの実務が維持される場合には、児童のニーズの変化に柔軟かつ迅速に対応することは、非常に難しい、不可能であるとさえ考えられるのである。

(4) 虐待と児童の問題行動は、「明確な区別がつきにくい混然とした相乗的問題であることが多い」という指摘があるが、行政実務上も、児童の要保護性に応じて、児童養護施設入所から児童自立支援施設入所という措置変更（あるいはその逆）が少なくないようである⁽²²⁾。以上の議論は、こうした実情に対する筆者なりの解答である。

五 承認の申立てと審判の判断基準時

(1) ところで、児童のニーズの変化という要素は、家裁での審理期間においても生じ得るものである。しかし、

学説の多数は、家裁がなす承認の審判は「申立ての趣旨」に拘束されるとし、その一方で、審判の判断基準時を審判時としている（家裁実務も、判断基準時を審判時とする傾向にある⁽²³⁾）から、申立時において相当であつた措置も、審判時に不相当と判断されるに至る場合には、却下の審判が下されるということになる。つまり、多数学説の見解に従う場合には、保護の必要性の存在如何にかかわらず、児童のニーズの変更をもつて児童の保護が達せられないという不都合が生じるのである。

(2) 確かに、審理期間中に、親権者等が同意するに至つた場合や、保護の必要性が認められなくなった場合などを想起してみると、このような場合に、あえて承認の審判をする必要はないと言えるのであるから、審判時説それ自体は妥当していると考えられる。つまり、以上指摘した不都合は、申立てに掛かる措置の相当性をも承認の要件とするゆえに生じる問題と言えるのである。児童保護ではなく措置の相当性確保を主眼とするところに多数学説の歪みを見て取ることができよう。また、ここではさらに、具体的な措置を指定して承認の申立てをすべし、この見解も問題にしておく必要があると考える。なぜなら、将来にわたつて児童のニーズを予測することは不可能であり、さらに、緊急な対応が求められるケースもあることを鑑みると、具体的な措置内容まで判断して申立てを行うこと自体が難しいと考えられるからである。

(3) もつとも、申立てにかかる措置が相当でないと判断される場合には、高裁決定例が言うように、家裁が釈明権を行使して、申立て内容の変更を児相に促すという手段を考えることができる。しかし、私は、釈明権行使は厳に慎むべきであると考ええる。

その理由は、児相の判断は、専門性を有する者による専門的所見の確立、各種会議の運営による総合的な検討に

基づいた児童相談所長の最終決定であるから、司法機関たる家裁がイニシアティブを採り、児相の判断に変更を促すということは適当でないと考えるからである。また、家裁によって一旦釈明権が行使されるとなれば、児相としては児童保護の目的達成や一時保護の長期化を避けるために——児相内での合意形成を必ずしも経ずして——措置内容については家裁案に同調するという事にならざるを得なくなるが、長期的にはこのことが、審判後のケース対応に混乱を来す要因になるとも考えられるからである。さらに、このような経過を経てなされる承認は、家裁が提示する「処分案」の意味をも持っていることと見ることができ、法律が規定している措置決定権限の所在をないがしろにしてしまうという危険性をも孕むと考えるからである。⁽²⁶⁾

また、家裁による釈明権の行使が常に妥当な判断に基づく妥当な内容であるとの保障はどこにもない（もつとも、児相の判断にも同様のことが言えるかもしれない。しかしここで注意しておきたいことは、家裁の判断には、それに従わざるを得ないという意味の事実上の強制が伴っているということである。そして、時の観点から見ると、この強制には、将来にもわたり児相を拘束するとの可能性をも持っているということである）。例えば、迅速な児童保護の要請の中で、調査官は十分な調査、判断をすることができるとか、独断的な判断に陥らないための複数の専門家による協働が確保されるのか検証が必要であろう。また、児童と関わる時間的な拡がりの違いに着目すると、児相がなす判断と家裁がなす判断は、そもそも観点が違うのではないかと疑問も浮かぶのである。⁽²⁷⁾⁽²⁸⁾

(4) 他方、確かに児相には自発的に申立て内容を変更する余地があるが、家裁の方針として慎重な調査審理が採られる場合や、家裁の判断として審判期日の変更、遅延が生じるような場合もあることを考えてみると、申立てを変更する時機の判断もまた現実には非常に難しいと思われるのである。

六 むすび

(1) 以上の検討から、私は、家裁の審判では、具体的な措置内容の審理、承認は要しないと考える。つまり、家裁の承認（要件の認定）と福祉の措置の決定（措置内容の決定）は明確に区別して、具体的な措置内容の決定は行政庁の判断に委ねるべきであるとの結論を採りたい。

そこで、本稿が提示する実務とは次のようなものとなる。まず、児相の申立ては、法二七条一項三号に規定される措置を包括的に承認する審判を求めるだけで足りる。そして、家裁の審理は、法二七条一項三号の措置を採ることとの必要性を判断するだけでよく、したがって、承認を与える場合には、法二七条一項三号の措置を採ることのみの承認をすればよい、という具合である。なお、本論で指摘した理由に従い、いかなる事例にも例外を認める必要はないと考える。

(2) ただし、このような実務を採用する場合、現状では、次の点に留意しておくことが必要であると考えらる。第一に、児相は、申立ての実情として、今後予想される措置変更の内容をつぶさに示しておくことが必要であろう。そして、一般論としての記述になるが、児童の要保護性は、様々な要因によって変化し得るものであること、児相が決定する措置は、児童に生じるその時々ニーズに応じて変更しなければならないものであること、そして、必ずしも申立時の判断が将来にわたって妥当するものではないこと、入所した施設が児童に適合しないことも有り得ること、受入施設の内容や受入態勢によっても措置変更の可能性は有り得ることなどを示しておくことも必要であ

ろう。

第二に、家裁が承認の審判を行うにあたっては、家裁も独自の立場において得た判断を一応示しておくことが適当であると考ええる。以上の言及により、児相の専門性が必ずしも確保されていない現状への一つの手当てになると考えるからである。ただし、家裁が示す判断は、行政庁の決定を拘束するようなものではあつてはならないから、実際の審判においては審判理由中で傍論として付言しておくに留めなければならないということになろう。

(3) 最後に、措置内容の相当性を如何にして確保すべきかという問題に触れ、本稿を閉じることにした。ここで重要なことは、この問題が法二八条事件に固有の問題ではないということであろう。すなわち、措置の相当性確保は、福祉の措置に共通した普遍的な課題として見なければならぬものである（改めて指摘するまでもなく、要保護児童を対象とする福祉の措置の決定は、家裁の承認を介在させない場合が圧倒的に多い）。そこで本稿では、当該の決定に先立つ手続、つまり、事前行政手続が重要な意味を持つということを指摘しておきたい。福祉の措置の決定手続が、福祉サービス請求権の実現に相応しく、かつ、要保護者の特性に配慮したものであるならば、ニーズに即した的確なサービスの保障を可能にし、さらに、恣意、独断的な判断を排除して決定の公正性を高めることになる。そして、措置内容の相当性を確保する手段としては、行政訴訟の活用を通じた手法も有り得ると認識しておくことも必要であると考ええる。もっとも、行政訴訟への過度の期待は現実には即するものではないから、オンブズマン制度のような簡易、迅速な救済手続の確立が今後必要である。⁽³⁰⁾

*本稿執筆に際して、交告尚史神奈川大学法学部教授より、行政法学の観点からの貴重なアドバイスをいただいた

た。末筆ではあるが、先生には特にここに記して感謝申し上げたい。

〔追記〕 本稿脱稿後、家庭裁判月報に連載された児童福祉法二八条事件の審判例としては二三例目となる、大阪家岸和田支審平成一一年一月二日（家月五二巻四号三六頁）に触れた。

それによると、大阪家裁岸和田支部は、大阪府岸和田子ども家庭センター所長（筆者注、大阪府では、法一五条に基づいて設置した児童相談所について、「児童相談所」ではなく「子ども家庭センター」との名称を用いているようである。大阪府子ども家庭センター設置条例参照）の「児童福祉施設に入所させることにつき承認を求め」との申立て（筆者注、この点は筆者の推測である。審判の文面からは、実際の申立てが如何なるものであったかまでは知ることができない）に対し、「事件本人ら（児童福祉施設に入所させることが最もその福祉に適合すると認められる）」と判断して、「申立人が事件本人〇〇及び事件本人〇〇をそれぞれ児童福祉施設に入所させることを承認する」との認容の審判をしたことである。

本審判例では、家裁は、「児童福祉施設入所」に限定する形を採ってはいるものの、基本的には、事件本人らに福祉の措置を採ることの必要性があるかどうかについてのみの審理をし、具体的な措置内容の決定は、子ども家庭センターの判断に委ねるとの方針をとっているようである。ところで、ここで、承認の内容が児童福祉施設入所に限定された理由を考えてみる必要があると思われるが、審判例から察するにその理由は、本件審判例に登場する事件本人らが、それぞれ一四歳、一〇歳であったこと、さらに、重度の強迫性障害に罹患している母の影響を強く受けている児童であったためと思われる。おそらく、児相、家裁の双方において、里親・保護受託者への委託の措置

を検討する実益はないと判断されたのであろう。

しかし、結論として、あるいは、審判時点においては、このような審判実務が採られたことによる不都合がないにしても、やはり、家裁がなす承認は、「法二七条一項三号の措置を採ること」の承認であるべきと考える。その理由は、本論で述べたとおりであるからこれ以上の言及は要しないと考えるが、あえてなお付言しておくとする、ときに我々の想像を越えるニーズが生じるのが児童の特性であることを考えると、選択肢の幅を広く採っておくことにはそれなりの意味があると考えられるからである。つまり、将来生じるかもしれないニーズに備えておくことは決して無駄なことではないと思われるのである（もともと、児童虐待事例においては、里親・保護受託者への委託の措置が選択されることは非常に稀である（厚生省大臣官房統計情報部編『社会福祉行政業務報告』九八年度版によれば、児相における虐待相談の処理件数六九三二件のうち、児童福祉施設への入所の措置が採られた件数は、一三九一件に昇るのであるが、里親・保護受託者への委託の措置が採られた事例は、三五件あるにすぎない）から、このような懸念は筆者の杞憂にすぎないのかもしれない）。

以上から、本件審判例は、一定の評価はできるものの、やはり一考の余地があるものと考ええる。

なお、本件審判例からは、次のような事実も知ることができ参考となる。すなわち、本件においては、家裁が本件事件を調査するにあたって、「常時、家庭裁判所調査官〇〇を含む三名ないし四名の家庭裁判所調査官が……共同して調査を担当し」という点である。家庭裁判所の実務体制の一端を知ることができ、貴重な記述であるから、特にここに記しておくことにしたい（この点に関し、なお情報を提供しておく、横浜家庭裁判所首席家裁判調査官である服部建氏によると、「調査官は、二人で共同調査をする場合も多い」とのことである。氏は、「複数の見

方や複数の情報提供ができる」として共同調査を評価しているようである（横浜弁護士会・子どもの虐待問題研究会（平成一二年六月八日）における氏の報告「児童虐待に対する家庭裁判所の取り組みについて」のレジュメより引用）。

△註▽

(1) 法二七条一項三号の措置とは、児童を里親若しくは保護受託者に委託し、又は乳児院、児童養護施設、知的障害児施設、知的障害児通園施設、盲ろうあ児施設、肢体不自由児施設、重症心身障害児施設、情緒障害児短期治療施設若しくは児童自立支援施設に入所させる措置をいう。

(2) なお、権限の委任について付言しておく、筆者は、法二八条一項の措置を採る権限は、児童相談所長に委任されるべきではないと考えている。まず、裁判所への申立ての行為が権限行使の内容であることを考えると、行政法学の伝統的な委任理論をそのまま採用できるかどうかについて一考を要する。しかしここでは、制度運営の側面から委任しない場合に考えられる実益を指摘して、その理由に換えることにしたい。

まず、家庭裁判所への申立ての事務を児童相談所の業務から外すことで、児童相談所は、司法手続を採ることによって生じるとされる親権者等との軋轢を避けることができると考えられる。これにより、児童相談所は親権者等に対する相談、援助活動に専念できるし、なおかつ、円滑に進めることが可能となる。また、児童相談所の事務負担の軽減は、深刻な職員不足の現状からしても必要なことであり、さらに、これと平行して職員体制の整備がなされるならば、措置決定後に生じる児童のニーズの変化に対しても、本来求められている業務として充分に対処することが可能となると考えられるからである。さらに、付随的な効果として次のことも期待することができる。すなわち、家庭裁判所への申立ての事務が都道府県知事（実際には都道府県の福祉関係部局）の事務とされることで、都道府県の福祉関係部局も児童虐待事例の特殊性を理解するという機会を得ることができる。その結果として、行政不服申立てに対する審査がより密度の濃いものとなるのではないかと期待される。

ただし、このような機能分離をする場合には、円滑な事務遂行を可能とさせる十分な手だてが講じられないとさえって不利益

の方が大きくなろう。つまり、私見の成功は、組織連携の手だてと福祉と法に通じた複数の専門家の確保が鍵を握っているといふことになる。

なお、家裁の承認を得てなす措置の決定も、措置決定自体は法二七条一項が根拠となると考えられるから、措置決定は法三二条一項に基づく（権限の）委任により児童相談所長の事務ということになる。この点は、家裁の承認を介在させない場合と同様である。「法二八条一項の措置を採る権限」の委任の当否については、旧稿では論じていないのであるが、権限委任（権限配分と言つてもいいだろう）は、これからの児童福祉行政のあり方を考える上で極めて重要なテーマとなると思われたので、ここにあえて付言した次第である。法解釈論、政策論も含めた検討は、別稿で改めて論じることにはしたい。なお、本論での検討は、行実態を前提とするものである。

(3) 最高裁判所事務総局編『司法統計年報3家事編』によると、児童福祉法二八条事件の新受件数は、九四年度二八件、九五年度三六件、九六年度五四件、九七年度六三件、九八年度六五件であり、事件数は年々増加傾向にある。なお、九八年度の内訳は、旧受二五件を合わせた計九〇件のうち、既済が六九件（認容四〇件、却下一件、取下二六件、その他二件）、未済二一件となっている。

(4) なお、措置の決定過程に家庭裁判所の判断が介在する場合としては、このほかに、生活保護法三〇条三項による「保護施設収容等の許可」事件がある。ただしこの事件は現在非常に稀であり、九四年から九八年にかけての五年間では、九七年に一件があるのみである。なお、この申立ては取下げられている（前掲『司法統計年報3家事編』各年度版参照）。

(5) 児童福祉法二八条事件の実務状況については、旧稿六頁以下参照。

(6) なお、この問題を論じるにあたり、予め次のことに注目しておきたい。すなわち、保護者による児童の虐待事例に対する児相の法対応としては、法三三条の六に基づく児童相談所長による親権喪失宣告の請求も有り得るが、この場合の福祉の措置の決定は、完全に行政庁の判断に委ねられることになる、ということである。

(7) 田中加藤男「特殊家事審判」加藤令造編『家事審判法講座第三巻』（判例タイムズ社、一九九九年）三七二―三七三頁、糟谷忠男「特別家事審判事件の諸問題」鈴木忠一他監修『新・実務民事訴訟講座8』（日本評論社、一九八一年）二二〇頁、仁平正夫「児童福祉法に規定する事件」斎藤秀夫他編『注解家事審判規則（特別家事審判規則）（改訂）』（青林書院、一九九四年）六〇―六〇七頁、梶村太市「特別家事審判事項等に関する審判例」栗原平八郎他編『家事審判例の軌跡（2）』（手続編）（一粒

- 社、一九九五年）一九六一―一九八頁、床谷文雄「判批」判夕九三三号（一九九七年）八七―八八頁、許末恵「児童福祉法二八条による施設入所等の措置」吉田恒雄編『児童虐待への介入―その制度と法』（尚学社、一九九八年）六〇―六四頁、同「第二八条・被虐待児童等に対する措置」桑原洋子他編『実務注釈・児童福祉法』（信山社、一九九八年）一八四―一八五頁、釜井裕子「児童福祉法二八条一項一号の家庭裁判所の承認について」家月五〇巻四号（一九九八年）四六―四九頁。
- (8) 田中・前掲論文註(7)三七三頁。
- (9) 糟谷・前掲論文註(7)二二〇頁、仁平・前掲論文註(7)六〇七頁、梶村・前掲論文註(7)一九七―一九八頁、許・前掲論文註(7)「施設入所等の措置」六四頁、同・前掲論文註(7)「第二八条」一八五頁、釜井・前掲論文註(7)四八頁。
- (10) 鈴木隆史「里親制度の改革と法的対応について」石川稔他編『家族法改正への課題』（日本加除出版、一九九三年）四三三頁。
- (11) 鈴木・前掲論文註(10)四二五頁も同様の結論を採る。
- (12) 又坂常人「福祉の措置」の法律問題 成田頼明他編『行政法の諸問題・下』（有斐閣、一九九〇年）七七七―七七八頁参照。
- (13) 同様の結論を採る見解として、許・前掲論文註(7)「施設入所等の措置」六六頁、同・前掲論文註(7)「第二八条」一八六頁、同「児童福祉法に関する二、三の問題点について―児童虐待への法的対応を中心に―」社会福祉研究七七号（二〇〇〇年）一二頁、釜井・前掲論文註(7)六六―六七頁。
- (14) 津崎哲郎『子どもの虐待』（朱鷺書房、一九九二年）一九七頁。
- (15) 例えば、厚生省児童家庭局監修『児童相談事例集』第二九集（日本児童福祉協会、一九九八年）一四一頁以下の事例を参照。
- (16) 申立ての趣旨が「措置変更」である場合にも、家裁は、引き続き児童を保護する必要性があるかどうかという点についても判断するであろうから、審理には、相応の時間がかかることが予想される。なお、最近の新聞報道（毎日新聞平成二二年五月二二日朝刊第三〇面）によれば、横浜家裁、大阪家裁では、昨年からの、申立てを迅速に審理するための取り組みが進められているとのことである。
- (17) 例えは次のような指摘がある。「家裁の審理に時間がかかることを考えて、分離（筆者注、親子の分離）が必要なケースでも児相が申立てを躊躇する例も多い」（日本弁護士連合会子どもの権利委員会編『子どもの虐待防止・法的実務マニュアル』（明石書店、一九九八年）一三三頁）。なお、『家庭裁判月報』に公表されている審判例には、措置変更を申立ての趣旨とするものはない。この点は、多少の注意を払っておく必要がある。

- (18) 児童相談所の運営、執務の実態については、柏女靈峰『児童福祉改革と実施体制』（ミネルヴァ書房、一九九七年）二一〇頁以下参照。
- (19) 一時保護の法的问题点については、吉田恒雄「児童福祉法における一時保護の法的諸問題」白鷗法学八号（一九九七年）二七九頁以下参照。なお、第一四七回通常国会での「児童虐待の防止等に関する法律」の成立（二〇〇〇年五月二四日公布。施行期日は、公布の日から起算して六月を超えない範囲内において政令で定める日とされている）に伴い、児童福祉法三三条に新たに次の二つの項が書き加えられることになった。すなわち、「前二項の規定による一時保護の期間は、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」、「前項の規定にかかわらず、児童相談所長又は都道府県知事は、必要があると認めるときは、引き続き第一項又は第二項の規定による一時保護を行うことができる」という二つの項である。新設された条文によれば、一時保護の期間は「二月を超えてはならない」ということである。しかしながら、つづく次の項において、「必要があると認めるとき」は、二月を超え引き続き一時保護を行うことができることとされているので、この期間に関する定めは、一応の原則を示したにすぎないということになろう。したがって、一時保護の期間については、なお解釈に委ねられているということになる。
- (20) こうした場面で一時保護の制度を利用することができるかどうかについては議論がないようである。法三三条二項が「必要があると認めるとき」の解釈が争点になるが、児童の最善の利益の観点からすると、児相には措置の最適化の義務があると考えられるから、本論のような場合もこの要件に該当すると考えることができよう。
- (21) 津崎・前掲書註(14)六〇頁。なお、虐待が及ぼす児童への影響については、同書一一七頁以下参照。
- (22) 例えば、事例には、申立てどおり「養護施設入所」の承認を得たのであるが、その後の経過の中で、教護院（筆者注、一九九七年の児童福祉法改正により、教護院の名称は、「児童自立支援施設」に変更されている）への措置変更が検討されたものがある（前掲『児童相談事例集』第一九集（一九八七年）三三頁以下）。
- (23) 糟谷・前掲論文註(7)二二二頁、仁平・前掲論文註(7)六〇六頁、吉田恒雄「児童福祉法審判例研究（1）」明星大学経済学研究紀要一九卷（一九八七年）七五頁、許・前掲論文註(7)「施設入所等の措置」六一―六二頁、同・前掲論文註(7)「第二条」一八四―一八五頁。
- (24) 児童に採られる具体的な措置の相当性が判断された事例ではないが、大津家審昭和五〇年一月一日（家月二八巻八号七七頁）はその適例である。

- (25) 児相の意思形成過程については、厚生省児童家庭局企画課監修『児童相談所運営指針（改訂版）』（日本児童福祉協会、一九九八年）四三頁以下参照。
- (26) なお、このような問題が顕著に現れるのは、包括的な承認の申立てに対し、家裁が独自の判断に基づき具体的な措置を承認した場合（参照、浦和家審平成八年五月一六日（家月四八卷一〇号一六二頁））である。
- (27) 例えば、この点について次のような指摘がある。「児相の担当者は、裁判から離れても（裁判に勝つても負けても）親や子どもに対応から離れられない。これに対し、家裁の調査官は、ケアといっても裁判の係属中しか関わらない。したがって、ケアの中心結節点はあくまでも児相でなくてはならない」（日弁連子ども権利委員会編・前掲書註（17）二一九頁）。
- (28) 以上の点は、実証的観点から家裁、児相双方の専門性を分析する必要がある。まえがきにおいても述べたように、専門性分析は、筆者が現在抱いている最大の関心であり、課題である。
- (29) 柏女・前掲書註（18）二一四頁。
- (30) 福祉の措置の相当性を確保する行政救済制度、事前行政手続の役割については、旧稿四二一四五頁、五二一五六頁を参照されたい。