

## 児童の一時保護の開始・継続等の違法性

大阪高判令5.8.30 (LEX/DB25596449)

原審：大阪地判令4.3.24判時2567号5頁

永野 仁美\*

## I 事実

1. 平成30年12月19日午後7時ごろ、X（本件児童の母親）は、自宅において本件児童（当時生後約1か月半）を約1mの高さからフローリングの床に落とし、本件児童が床に後頭部を打ち付けて、本件受傷が生じた。救急搬送後の検査の結果、本件児童は、両側頭頂骨骨折、両側硬膜外血腫・皮下血腫、左前頭部くも膜下出血と診断され、B病院に入院することとなった。

大阪府池田子ども家庭センター（以下、本件センター）は、平成30年12月21日、B病院から児童虐待防止法6条1項に基づく通告を受けた。通告内容は、Xは本件児童を誤って落としたと説明するが、1回の落下で頭部に2箇所骨折が生じるのは不自然であるので通告するというものであった。本件センターでは、対応会議を実施し、本件児童の安全を確保し、本件受傷の原因を調査して再発を防止するために、本件児童を一時保護する方針を決め、同日、本件センター所長が、B病院に委託して本件児童の一時保護（以下、本件一時保護）を開始した。

2. 本件センターは、平成30年12月25日、F医師に対し、本件児童の受傷原因等に関する鑑定を依頼した。F医師は、同月28日、職員Eに対し速報として、Xの説明は本件受傷の内容と矛盾し、虐待が疑われる旨を電話で伝えた。本件センターでは、

同日、対応会議を実施し、Xの本件児童への関わり方に問題はみられないものの、本件受傷の原因が不明であり、虐待が疑われるため、乳児院に委託先を変更し、面会を制限する方針を決定した。

本件児童は、平成31年1月4日、乳児院に委託された。Xは、同月7日、電話で職員Eに本件面会制限の法的根拠について尋ね、行政指導の一環である旨の説明を受けた。Xは、同月9日、代理人弁護士とともに本件センターを訪れ、本件児童との面会を求める等したが、職員Eは、安心できる材料が蓄積されるまで面会はできないことなどを回答した。

3. 本件センターは、平成31年1月22日、F医師から「虐待の可能性が考えられる」との記載のある本件鑑定書を受領した。本件センターは、同月下旬、本件児童を児童福祉法27条1項3号に規定する乳児院に入所させることが必要であると判断した。一方、本件センターでは、同年2月6日、対応会議を実施し、一時保護の委託先の秘匿が保たれるならばXと本件児童との面会を認めること等を決めた。

平成31年2月12日、X訴訟代理人弁護士が本件センターを訪れ、職員D及びEに対し、1回の落下で2箇所の頭蓋骨骨折が起こる旨が記載された医学論文を交付した。

4. 本件センター所長は、Xの同意が得られなかったことから、平成31年2月18日、児童福祉法33条5項に基づき、大阪家裁に対し、本件一時保護承認

\* 上智大学

申立てをした。X訴訟代理人弁護士は、同年3月5日までに、大阪家裁及び本件センターに対し、乳児の場合には1回の落下で複数の骨折が生じ得ることを示す医学文献、及び、本件受傷は誤って落下させたことによる頭蓋骨多発骨折の可能性が強い旨が記載されたG意見書を送付した。

大阪家裁は、平成31年3月19日、本件児童について引き続いての一時保護を承認する旨の審判（以下、本件審判）をした。審判書には、Xの供述する事故の態様と本件児童の受傷状況は必ずしも矛盾せず、Xに虐待傾向は一切みられないこと、本件鑑定書の内容の信用性を改めて検討することが相当であること等から、「本件鑑定書の内容の信用性の検討及び家庭引取りに向けた準備等の期間として、引き続いての一時保護を承認する」旨が記載された。

本件センターは、本件審判の内容を踏まえ、他の医師に鑑定や意見を求めることも検討したが、①本件鑑定書の指摘がある以上、本件受傷の原因が虐待ではないとは確定できないこと、②いずれの鑑定書を信用することができるかを判断する知識等が本件センターにはないこと、③本件児童が重大な受傷をしている以上、Xに不適切な養育があることに変わりはないことを理由に、本件鑑定書の内容の信用性を改めて検討することはしなかった。

5. 本件センター所長は、平成31年4月18日、大阪家裁に対し、児童福祉法28条1項1号に基づく施設入所承認申立てをした。大阪家裁は、令和元年5月24日、審問期日において、本件センター所長に対し、本件児童の再統合（家庭引取り）に向けての取組を始めるよう指示した。

本件センターは、令和元年5月8日、Xに対し、本件乳児院内で1週間に1回の本件児童との面会を認めることとし、本件乳児院の名称・住所等を開示した。また、本件センターは、同年6月12日、同年9月上旬の本件児童の家庭引取りに向けた支援計画書を作成してXに交付するとともに、これに基づき、同年6月12日から、Xと本件児童の毎日の面会を認めることとした。

その後、同センターは、令和元年7月16日、支援

計画書を改訂して、同年8月9日を家庭引取りの予定日とし、同日、本件一時保護を解除した。

6. Xは、本件センター所長が行った、①児童の一時保護の開始、②同一時保護の継続、及び、③児童との面会制限を違法として国賠法1条1項に基づき大阪府（Y）に対し慰謝料等の支払いを求めて提訴した（本件一時保護の取消請求はその解除後に取り下げられた）。大阪地裁令和4年3月24日判決は、平成31年4月19日から同年8月9日までの一時保護の継続、及び、平成31年1月9日から同年2月27日までの面会制限につき、国家賠償法1条1項の適用上違法であるとし、Yに合計100万円の慰謝料等の支払を命じた。これを受けて、Yがその敗訴部分（請求一部認容部分）を不服として控訴し、Xがその敗訴部分（請求一部棄却部分）を不服として附帯控訴する等した。

## II 判旨 第1審被告の控訴棄却、第1審原告の附帯控訴に基づき原判決変更

### 1 本件一時保護の開始の違法性

(1)「児童福祉法33条1項は、児童の安全を迅速に確保し適切な保護を図るため、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ために、児童相談所長が児童の一時保護を行うことができるとする一方、一時保護の要件としては、児童相談所長が『必要があると認めるとき』としか定めていないから、その要件該当性の判断については、児童福祉に関する専門的知識を有する児童相談所長…が、児童の福祉の保障…及び上記目的の達成という観点から行使する合理的裁量に委ねているものと解される。」「そうすると、児童相談所長による一時保護については、その判断が著しく不合理であって、与えられた裁量権の範囲を逸脱し又はこれを濫用するものと認められる場合に限り、国賠法1条1項の適用上違法と評価されるものと解するのが相当である。」

(2)「本件センター所長は、…本件児童が生後約1か月半の年齢であって、本件受傷の内容は重大であり、B病院の医師はXの説明する1回の落下により頭部に2箇所骨折が生じるのは不自然である

としていて、本件受傷の原因が明らかでないことに加え、虐待の死亡事例で最も多い年齢層は0歳児で、死因として最も多いのは頭部外傷であることも考慮し、本件児童の安全を確保するとともに、本件受傷の原因を調査して再発を防止するために本件一時保護を開始したものと認められる。」「そして、本件センター所長が判断の基礎とした本件受傷に関する上記各事実について事実誤認は存在せず…、厚生労働省の資料によると…虐待死又は重傷を負った児童の年齢は0歳が最も多く、その原因は頭部外傷が最も多かったことが認められる…。そうすると、本件センター所長において…一時保護が必要であると判断して、本件一時保護を開始したことが不合理とはいえない。」「したがって、…本件一時保護の開始は、その判断が著しく不合理であって裁量権の範囲を逸脱し又はこれを濫用したものと認められないから、国賠法1条1項の適用上違法であるとはいえない。」

## 2 本件一時保護の継続の違法性

(1) 児童福祉法33条「4項は、引き続いての一時保護の要件について『必要があると認めるとき』としか定めていないから、一時保護の開始と同様、その要件該当性の判断については、児童福祉に関する専門的知識を有する児童相談所長が、児童の福祉の保障及び一時保護の目的の達成という観点から行使する合理的裁量に委ねているものと解される。…このことは一時保護を開始した後に一時保護を継続する…か否かに関する判断についても同様であると解される。」

「一方で、一時保護は、児童と保護者を強制的に分離する行為であり、これにより児童の行動の自由等が制限されるほか、保護者の親権の行使等も制限されるものであって、児童及び保護者の権利に対する重大な制約を伴うものであるし、…分離が長期化することによって再統合が困難になるなど、分離によって児童の福祉が侵害される場合もあり得る。そうすると、児童相談所長は、一時保護を不必要に継続してはならず、…一時保護の必要性が失われたと合理的に判断される場合には、速やかに一時保護を解除しなければならないもの

と解される。」「したがって、児童相談所長は、…一時保護の必要性が失われたものと合理的に判断すべき基礎となる事実を認識した場合、又は、必要な調査を尽くしていれば当該事実を認識し得た場合には、速やかに一時保護を解除すべき職務上の義務を負っているものと解するのが相当であり、」「児童相談所長が上記事実を認識し又は認識し得た時点から社会通念上相当な期間が経過した後も一時保護を継続することは、児童相談所長に付与された裁量権の範囲を逸脱し又はこれを濫用するものとして、国賠法1条1項の適用上違法となるものと解すべきである。」

(2) 「本件一時保護が開始されてから平成31年3月19日に本件審判がなされるまでの間〔は〕、依然として本件受傷の原因は明らかでなく、…Xによる虐待が疑われる状況であったことが認められる。」「そうすると、本件審判までの時点において、本件センター所長が…引き続き本件一時保護を継続する必要があると判断したことが不合理とはいえない。」「したがって、本件センター所長が本件審判まで本件一時保護を継続したことは、…裁量権の範囲を逸脱し又はこれを濫用したものと認められないから、国賠法1条1項の適用上違法であるとはいえない。」

(3) 「本件センターは、…〔平成31〕年3月19日にされた本件審判において、本件鑑定書の内容の信用性の検討及び本件児童の家庭引取りに向けた準備等の期間として引き続いての一時保護を承認する旨が述べられたにもかかわらず、本件鑑定書の内容の信用性の検討をすることなく、従前の方針どおりに同年4月18日に本件施設入所承認申立てをし、引き続いての一時保護が承認された期間（同月20日まで）を超えて一時保護を継続したことが認められる。」

「本件一時保護承認申立ては、児童福祉法33条5項に基づき、引き続き本件一時保護を行うことについての家庭裁判所からの承認を求めるものであり、その審判の対象は引き続き一時保護を行う必要性の有無であるから、引き続いて行われる一時保護の期間中に本件センター所長が行うべきことや本件施設入所承認申立ての可否について、家庭

裁判所の判断権限が及ぶものではなく、「本件審判が、本件鑑定書の内容の信用性の検討及び本件児童の家庭引取りに向けた準備等の期間として引き続きの一時保護を承認する旨述べた点については、本件センター所長に対する法的拘束力を有するものではない。「もっとも、…本件センター所長は、本件審判において、中立公正な司法機関から、具体的な根拠を示されて、本件鑑定書の内容の信用性の検討及び家庭引取り…に向けた準備の必要性を指摘されたのであるから、本件受傷の原因が確定できないという判断の主要な根拠となっていた本件鑑定書の信用性について検討し、一時保護の必要性が失われたものと合理的に判断すべき事情が存在するかどうかについて判断すべきであったといえる。」それにもかかわらず、本件センターが、「本件鑑定書の内容の信用性を検討しないと判断したことは不合理であったというべきである。」

「本件センター所長が、本件審判後、速やかに他の医師に対して意見を求めていれば、…遅くとも本件審判…の2週間後である同年4月2日には、他の医師の意見を聴取した上で、Xの説明する本件受傷の状況と本件受傷の内容が矛盾しないことを認識し、本件一時保護の必要性がないと合理的に判断することができたといえる。「その上で、本件センターが、同日から速やかに本件一時保護の解除に向けた手続を行っていたならば、本件センター所長は、遅くとも、同日から約2週間後（本件審判日の1か月後）である同月19日には、本件一時保護を解除することができたというべきである」から、「本件センター所長が、平成31年4月19日から令和元年8月9日まで本件一時保護を継続したことは、裁量権の範囲を逸脱し又はこれを濫用したものとして、国賠法1条1項の適用上違法であり、また、「本件センター所長は本件審判の内容を認識していたものと認められるから、本件センター所長には過失があったものというべきである」。

### 3 面会制限等の違法性

(1) 児童福祉法33条の2第2「項に規定する監護のための必要な措置には、行政指導…により、一時

保護を受けた児童とその保護者との面会を制限することも含まれるものと解される」が、「この面会制限は、行政指導として行うものである以上、飽くまで相手方の任意の協力によって実現しなければならないから…、保護者の同意…に基づく必要がある。「児童相談所長が、児童虐待防止法12条1項の規定によらずに、一時保護中の児童の保護者に対して、事実上の強制によって当該児童との面会を制限することは、法令上の根拠がないにもかかわらず、当該保護者の児童と面会する権利又は法的利益を侵害するものであって、国賠法1条1項の適用上違法となるというべきである。」

「もっとも、保護者による面会については、児童が一時保護されていることによる内在的制約（…児童相談所や保護施設の人的・物的態勢によって面会の時間や場所が一定の制約を受けるなど）…は、児童福祉法33条に基づく一時保護に根拠を有するものであるから、国賠法1条1項適用上違法とは評価されない。また、保護者が児童と面会する権利又は法的利益は絶対的なものではなく、児童の最善の利益に反してはならないから…、例えば、…児童が保護者との面会を拒絶したりしており、面会を実施することによって児童の安全や福祉が侵害される具体的なおそれがあるような場合には、保護者が面会を求めることが権利の濫用…に該当」することも「十分にあり得るというべきである。」

(2) 「Xは、[平成31年1月]9日には、…本件面会制限の法的根拠等を尋ねるとともに本件児童との面会を求めているから…、この時点において…、本件センターに対して本件面会制限に同意しない…意思を明確に示したものと認められる。それにもかかわらず、本件センター所長は、同日以降、…事実上の強制による全面的な面会制限を継続したものであるから、このことは国賠法1条1項の適用上違法であるといわざるを得ない。」「また、…同年2月27日以降、…Xは本件児童と面会できるようになったものの、その面会は不定期で頻度も高くなく…、令和元年5月8日以降の面会も1週間に1回に限定されていたため、Xは、その間も、本件センターに対し、もっと面会を認めてほしいと要望し

続けていたことが認められ]、「本件センター所長は…事実上の強制による部分的な面会制限を継続したものと認められるから、このことは国賠法1条1項の適用上違法であったといわざるを得ない。」他方、本件センターは、「Xに対し、同年6月12日から、時間の制約はあるものの毎日の面会を認めるようになったところ、…Xが本件センターに対して同日以降の面会について何らかの要望をしていたといった事情はうかがわれない」から、「Xは、同日以降の部分的な面会制限（面会時間の制限）については、少なくとも黙示的又は消極的には同意していた…ものと推認するのが相当であり、「本件センター所長による同日以降の本件面会制限が国賠上1条1項の適用上違法であったとはいえない。」

「平成31年1月9日から令和元年6月11日までの全面的又は部分的な本件面会制限は事実上の強制によるものであって、国賠法1条1項の適用上違法であったといわざるを得」ず、「本件センター所長は上記期間の本件面会制限が事実上の強制にわたっていたことを認識し又は認識し得たものと認められるから、本件センター所長には過失があったものというべきである。」

#### 4 損害の発生及びその額

違法な本件一時保護の継続（平成31年4月19日～令和元年8月9日）、及び、違法な本件面会制限（平成31年1月9日～令和元年6月11日）により、「Xは、…授乳等を通じた愛着形成の機会や、…本件児童の日々の成長を見守るかけがえのない時間を失ってしまっただけでなく、親子分離によって本件児童の健全な成長に悪影響が生じないかという強い不安を抱いたことは容易に想像可能であるから、Xが被った精神的苦痛は相当なものであったと評価すべきであり、「Xが被った精神的苦痛に対する慰謝料は120万円が相当というべきである。」

### Ⅲ 検討 判旨の結論に賛成

#### 1 本判決の位置づけ

本判決は、児童福祉法33条に基づく一時保護の開始及び継続、ならびに、一時保護期間中の面会制限の国家賠償法上の違法性が争われた事案において、一時保護の継続及び面会制限を違法とした控訴審レベルの判決として重要である<sup>1)</sup>。また、原判決よりも長い期間について面会制限が違法とされた点も注目される。

事案の特徴としては、①（とりわけ初期の段階では）事故か虐待かの判断が難しいケースであった点、②受傷した児童が、受傷当時生後1か月半であったことから、受傷時の状況について説明ができる者がXしかおらず、また、児童自身が自ら保護者との面会の意向等を表明することができなかった点、③家庭裁判所により、一時保護の継続につき条件付きの承認審判がなされていた点を挙げることでよい。

#### (1) 一時保護の開始・継続

一時保護の開始及び継続の国家賠償法上の違法性が争われた事例は、これまでもいくつか存在する<sup>2)</sup>。しかし、公刊されている裁判例において、一時保護の開始及び継続はいずれも違法ではないとの判断が示されてきた。本判決は、原判決に引き続き、認定された事実関係のもとで、一時保護の「継続」につき違法性を認めた点において重要である。また、本件では、判断の前提としての事実認定が重要であったところ、本判決は、判旨として引用していない箇所、「本件受傷は、…Xが誤って本件児童を1回落下させたことによって生じたものと認めるのが相当である」とし、事実認定につき補足説明を行っている点も注目される。

加えて、本件は、平成29年児童福祉法改正により2か月を超える一時保護について司法審査が導入され（平成30年4月施行）、親権者等の意に反して2か月を超えて一時保護を行う場合には家庭裁

<sup>1)</sup> 原判決（大阪地判令4.3.24判時2567号5頁）の評釈・解説として、西森利樹「児童の一時保護の開始及び継続並びに面会制限の違法性」賃金と社会保障1821号19頁。

判所の承認を要するとされた後の新たな事例としての意義もある<sup>3)</sup>。上述のように、本件には、一時保護の継続につき条件付きで承認審判がなされていたという特徴もあるが<sup>4)</sup>、本判決が、家庭裁判所の指摘を鑑みることなく、本件センター所長が一時保護を継続したことにつき違法との判断を下した点は、一時保護の継続に対する司法審査が導入されたことの意義を示すものと解することもできよう。

## (2) 面会の制限

本判決は、行政指導として行われた児童と保護者との面会制限につき、判断枠組みを示しつつ、結論として、その違法性を肯定した一事例としての意義もある。これまでの裁判例では、本誌でも取り上げられている宇都宮地裁令和3年3月3日判決(判時2501号73頁)が、建築確認処分を留保されたままでの行政指導に関する最高裁判決(最三小判昭60.7.16民集39巻5号98頁)を参照しつつ、行政指導としての面会制限の違法性判断の枠組み<sup>5)</sup>を示したうえで検討を行い、虐待をしていない母親に対する面会制限を違法としたが、控訴審

である東京高裁令和3年12月16日判決(判自487号64頁)において、児童が面会に対して積極的になれなかった状況では、当該母親の面会通信を求める権利利益の保護の要請は後退するとして、当該母親に対する面会制限について違法性が否定される結果となった<sup>6)</sup>。

本件は、児童が受傷当時生後1か月半であったため、児童の面会に対する希望の確認ができないという点で同事例とは事案が異なるが、どのような場合に行政指導としての面会制限が違法となり得るのかについての判断に一事例を加えたといえよう。

## 2 判旨の検討

### (1) 一時保護の開始

判旨1(1)は、一時保護の開始の違法性判断のための判断枠組みを示す部分であり、一時保護の要件である「必要があると認めるとき」(児童福祉法33条1項)<sup>7)</sup>に該当するか否かの判断については児童相談所長の合理的な裁量に委ねられるが、「その判断が著しく不合理であって、与えられた裁量権の範囲を逸脱し又はこれを濫用するものと

<sup>2)</sup> 一時保護の開始の国賠法上の違法性を否定した先例としては、横浜地判平24.10.30判時2172号62頁、東京地判平25.8.29判時2218号47頁、東京高判平25.9.26判時2204号19頁(前掲・横浜地判控訴審判決)、東京地判平29.6.29(LEX/DB25555145)、横浜地判平31.3.13判自462号70頁、さいたま地判平31.3.27判自461号34頁、東京高判令2.7.10(D1-Law.com判例体系28302711)(前掲・さいたま地判控訴審判決)、さいたま地判令3.10.13判自485号100頁等がある。また、必要な期間を超えた一時保護の継続か否かが争われた事例において、一時保護の継続の違法性を否定した先例として、東京地判平27.3.11判時2281号80頁がある。平成29年改正後の事例において、一時保護の開始及び引き続いての一時保護の継続(一時保護の長期化)の国賠法上の違法性を否定した先例としては、東京地判令和4.8.9(D1-Law.com判例体系29073837)、東京地判令4.9.28(D1-Law.com判例体系29074197)がある。一時保護の取消を求めたものの請求が棄却された事例としては、大阪地判平23.8.25判自362号101頁、大阪地判平28.6.3判自424号39頁、横浜地判平28.10.12判自治427号58頁、東京地判平31.4.23(D1-Law.com判例体系(29055275))、東京地判令元.8.6(D1-Law.com判例体系29055882)等がある。

<sup>3)</sup> 司法審査導入後の審判例としては、家庭裁判所に送致された児童につき2か月を超えて引き続き一時保護を行うことの承認を求める申立てが、児童相談所長として別に児童福祉法27条1項1号ないし3号の措置を採ることを想定していないことを理由として却下された審判(大阪家審平30.5.23判タ1464号52頁)がある。ただし、同審判は、抗告審において取り消され、引き続き同児童を一時保護する必要がある、同児童について一時保護を行うことを承認すべきであるとされた(大阪高決平30.7.30判タ1464号52頁)。また、引き続き一時保護を行う必要があるとして、一時保護承認審判に対する抗告を却下した裁判例として大阪高決平30.6.15判時2405号84頁もある。

<sup>4)</sup> 平成29年改正法施行後の事例において、一時保護の継続の違法性を否定した裁判例(前掲・東京地判令4.1.25、前掲・東京地判令4.9.28)は、いずれも、引き続いての一時保護につき家庭裁判所の承認審判があった事例である。

<sup>5)</sup> 宇都宮地裁判決は、「行政指導としての本件指導〔面会通信制限〕にはもはや協力できないとの意思を『真摯かつ明確に表明』(任意性)し、直ちに本件指導の中止を求めているものと認められるときには、他に…『特段の事情が存在』するものと認められない限り、本件指導が行われていることを理由に原告らに対し…面会通信制限の措置を受任させることは許されず、かかる…児相所長の対応は、国賠法1条1項の適用上『違法』との評価は免れないものと解するのが相当である」とする判断枠組みを示した。

認められる場合」には、一時保護の開始は国賠法1条1項の適用上違法となる旨を判示する。こうした判断枠組みは、これまでの裁判例<sup>8)</sup>を踏襲するものであり(原判決とも共通)、また、児童福祉法33条1項が児童相談所長に一時保護の権限を与えていることに鑑みて<sup>9)</sup>、妥当であると考えられる。もっとも、判旨2(1)が指摘する通り「一時保護は、…児童及び保護者の権利に対する重大な制約を伴うものである」ことから、一時保護の開始についても、「必要があると認めるとき」の解釈は無限定に広げられるべきでないことは言うまでもない<sup>10)</sup>。

判旨1(2)は、判旨1(1)が示した判断枠組みに本件認定事実を当てはめる部分であり、原判決と同じ結論を導き出している。本件一時保護の開始時点において判明していた事実を前提にすると、一時保護を行う目的の1つとして法33条1項が示している「児童の安全の迅速な確保」のために、その時点での子どもの最善の利益を最優先に考慮して(一時保護ガイドライン(こ支第165号令和6年3月30日)2頁)、一時保護を行う必要性は高かったといえる。また、一時保護を行う目的の1

つとして同じく法33条1項が示している「児童の心身の状況、その置かれている環境その他の状況の把握」のためにも、一時保護は必要であったと考えられる<sup>11)</sup>。したがって、本件一時保護開始について、「著しく不合理であって裁量権の範囲を逸脱し又はこれを濫用したもとは認められない」とした判断は、一時保護が児童や保護者の権利に対する重大な制約を伴うものであったとしても、妥当であると考えられる。

## (2) 一時保護の継続

判旨2(1)は、一時保護の継続の違法性を判断するための判断枠組みを示す部分である。判旨2(1)は、引き続いての一時保護の要件である「必要があると認めるとき」(児童福祉法33条4項)の判断は、一時保護の開始と同様、「児童相談所長の合理的な裁量に委ねられる」とし<sup>12)</sup>、一時保護開始後に一時保護を継続するか否かの判断も同様であるとしつつ、①一時保護は、児童と保護者を強制的に分離する行為であり、児童及び保護者の権利に対する重大な制約を伴うものであること、②分離が長期化することで児童の福祉が侵害される

<sup>8)</sup> 同判決の判例評釈として、橋爪幸代「社会保障と法：社会保障判例研究『児童虐待事例における行政指導による面会制限の違法性』」社会保障研究7巻2号151頁。

<sup>7)</sup> 令和4年改正による一時保護の要件の明確化については、本誌「社会保障と法：社会保障と法政策」を参照のこと。

<sup>8)</sup> 例えば、前掲・東京地判平25.8.29、前掲・東京地判平29.6.29、前掲・さいたま地判平31.3.27、前掲・東京地判令和4.8.9、前掲・さいたま地判令3.10.13、前掲・東京地判令和4.8.9等。

<sup>9)</sup> 前掲・西森評釈24頁は、一時保護の必要があるか否かを判断するには、①児童に対する福祉に関する専門的な素養が必要不可欠であり、そうした専門的な知識に基づいた合理的な判断が求められること(特に児童虐待対応では難しい判断をしなければならないことが多く、高度な専門性が要求されること)、②保護の要否判断は、担当児童福祉司個人の判断であってはならず、所内会議等を通じた機関決定により、できる限り客観的で合理的な判断をしなければならないこと、③職員には、援助に必要な専門的知識、技術、態度をもって対応すること等が期待されており、専門性を研修等を通じ獲得するよう努めなければならないとされていることから、児童の一時保護の必要性の判断は、行政の判断に裁量が認められうる「科学技術に関する専門組織による判断の尊重の必要があること」に該当し、そのため、一時保護における「必要があると認めるとき」に該当するかどうかは、児童相談所長の合理的な裁量に委ねられているというべきであろうとしている。

<sup>10)</sup> 児童福祉法33条1項の「必要があると認めるとき」についても、「一時保護は、…一時保護される児童の自由を制限するとともに、親権者等の権限をも制限する行為でもあることから、一時保護の唯一の要件である『必要がある』の解釈を無限定に広げるべきではない」とされている。磯谷文明・町野朔・水野紀子(編集代表)『実務コメント児童福祉法・児童虐待防止法』有斐閣(2020年)385頁。

<sup>11)</sup> 平成28年児童福祉法改正により、一時保護の目的として「児童の安全を迅速に確保し適切な保護を図るため、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ため」との文言が追加されていたことも指摘しておきたい。

<sup>12)</sup> こうした判断枠組みは、従来の裁判例においてもみられる(前掲・東京地判27.3.11)。

場合もあることを理由として、「必要性が失われたものと合理的に判断すべき基礎となる事実を認識した場合、又は、必要な調査を尽くしていれば当該事実を認識し得た場合には、速やかに一時保護を解除」しなければならず、上記事実を認識又は認識し得た時点から社会通念上相当な期間が経過した後も一時保護を継続することは、国家賠償法上違法となる旨を判示する。原判決では、②の理由への言及はなく、結論を導く理由にも相違がみられるが、一時保護を解除すべき事実を認識又は認識し得た時点から一定期間が経過した後も一時保護を継続することは許されないとする枠組みは、原判決と本判決で共通している。こうした判旨2(1)が示す判断枠組みは、前掲・一時保護ガイドライン(19頁)にも示されている通り、一時保護は不必要に継続すべきでないことに鑑みると、妥当である。また、判旨2(1)は、解除につき一定の時間的な猶予を認めているが、調査や家族再統合に向けて一定の準備・調整が必要であることに鑑みると、現実的な妥当な判示である<sup>13)</sup>。

判旨2(2)及び(3)は、判旨2(1)が示した判断枠組みに本件認定事実を当てはめる部分であるが、原判決と同様の結論を導き出した両者に賛成したい。判旨2(2)は本件審判がなされるまでの期間について、判旨2(3)は本件審判後の期間について検討を行うものであるが、本件では、条件を付してなされた本件審判が一時保護の継続の違法性の判断に大きな影響を与えている。本件審判は、①虐待の可能性が考えられるとした本件鑑定書の内容の信用性の検討、及び、②本件児童の家庭引取りに向けた準備等のための期間として引き続いての一時保護を認めるものであった。しかし、本件センターでは、本件鑑定書の内容の信用

性についての再検討はなされず、本件児童を乳児院に入所させる方針が漫然と維持された。この点を判旨2(3)は否定的に評価している(原判決も同様)。そして、結論として、判旨2(3)が、一時保護の継続につき国賠法上の違法性を認め、また、原判決では言及のなかった本件センター所長の過失(第1審被告は積極的に争っていない)<sup>14)</sup>についても認めた点は、いずれも妥当なものと考えられる。

ただ、判旨2(3)が、本件審判が付した条件部分について法的拘束力を有しないとしたことについては、疑問がある。判旨2(3)は、審判の対象は「引き続き一時保護を行う必要性の有無」であり<sup>15)</sup>、本件審判が、本件鑑定書の内容の信用性の検討及び本件児童の家庭引取りに向けた準備等の期間としてこれを承認する旨を述べた点については、本件センター所長に対して法的拘束力を有しないとする。しかしながら、本件において家庭裁判所が付した条件は、まさに保護者であるXの権利を制限する根拠にかかわる。家庭裁判所としては、この条件を付さずして一時保護を承認するわけにはいかなかったのではないかと。28条審判においてなされていた附言には、面接・通信の制限や児童相談所が採るべき指導措置に関するものが多かった<sup>16)</sup>。しかし、本件審判が特に本件鑑定書の信用性の検討を求める部分は、一時保護した児童の処遇のような本来的には家庭裁判所の関与が予定されていない事項についての附言とは性質が異なる。判旨2(3)は、条件部分に法的拘束力がないことを前提に、条件を付すことにつき具体的根拠が示されていたことを理由として、本件センター長は本件鑑定書の信用性の検討等をすべきであったと判断しているように読めるが(また、本

<sup>13)</sup> 例えば、児童福祉法33条6項ただし書きが定める「引き続き一時保護を行う必要がある」場合の例として、子どもの帰宅のための準備がすぐに整わない場合が挙げられている。谷嶋弘修「児童虐待の現状・近年の児童虐待防止対策をめぐる法改正について」家庭の法と裁判13号(2018年)33頁。

<sup>14)</sup> 本判決は違法過失二元的判断を行っているが、原判決は、過失要件を違法性の判断の中に取り込んで違法一元的判断を行ったものと考えられる。宇賀克也『行政法概説Ⅱ行政救済法(第7版)』有斐閣(2021年)474-475頁。

<sup>15)</sup> なお、前掲・磯谷等書399頁は、一時保護開始の適法性や一時保護中の違法な有形力の行使が審判に際してどのように扱われるかを検討する文脈において、「家庭裁判所の承認審判の対象は、文言上明らかでないが、一時保護延長の要否と考えられる」としている。

<sup>16)</sup> 本誌「社会保障と法：社会保障と法政策」注8。

判決は、判旨として引用していない部分で、本件受傷の原因は一時保護の開始及び継続の重要な判断要素となっていたという状況に言及しており、その点を重視してはいるが)、むしろ、その内容が一時保護の適法性にかかわるものであったことを理由として、本件センター所長は家庭裁判所の付した条件に拘束されるとの結論を導き出しても良かったように考える。

### (3) 面会制限

判旨3(1)は、行政指導として行う面会制限の違法性を判断する枠組みを示す部分である。判旨3(1)は、一時保護に伴う内在的制約の存在や、児童の安全や福祉が侵害される具体的なおそれがある場合にまで保護者が面会を求めることは権利濫用に該当することに触れつつ、行政指導としてこれを行う場合は、あくまでも相手方の同意が必要である旨を判示している。例外となる場合についての説示に相違は見られるが、特段の事情のない限り、行政指導としての面会制限が事実上の強制によってなされた場合は、国賠法上違法となる旨を判示する原判決と大枠で共通する<sup>17)</sup>。

行政指導としての面会制限がなされる根拠としては、児童福祉法11条1項2号二(都道府県の指導業務)や同12条2項(現3項〔令和5年4月施行〕)(児

童相談所の指導業務)が挙げられてきたが(前掲・宇都宮地判令3.3.3)、児童福祉法11条1項2号二、12条3項、さらには、13条4項(児童福祉司の指導業務)は、いずれも行政指導としての面会制限がなされる根拠となりうるものといえよう<sup>18)</sup>。しかし、行政指導についての一般原則(行手法32条1項<sup>19)</sup>)、及び、児童虐待防止法12条が定める行政処分としての面会制限<sup>20)</sup>の存在に鑑みると、特段の事情がない限り、行政指導としての面会制限は、あくまでも相手方の任意の協力の下で実現される必要があるといえることから、判旨3(1)は妥当といえる<sup>21)</sup>。

判旨3(2)は、上記の判断枠組みに本件認定事実を当てはめる部分であるが、本判決は原判決よりも長い期間を「同意に基づかない違法な面会制限期間」と認定している。すなわち、原判決が、面会制限が事実上の強制に至った日を平成31年1月9日とし、面会が一部認められるようになるまでの同年2月27日までの期間を違法な面会制限の期間としたのに対し、判旨3(2)は、面会が一部認められるようになった同日以降も、令和元年6月11日までの間、Xがもっと面会を認めてほしいと要望していた点を重視し、これを違法な面会制限期間として認定した。行政指導としての面会制限は、あくまでも相手方の任意の協力の下で実現

<sup>17)</sup> 原判決は、事実上の強制による面会制限が許容される特段の事情の例として、「児童相談所の人的・物的態勢によっては面会の実施が困難である」ことを挙げていた。この点、前掲・宇都宮地判令3.3.3は、「〔行政指導としての面会通信制限〕に対する保護者の不協力が社会通念に照らし客観的にみて到底是認し難いものといえるような格別の公益上の要請が存在する」ことを「特段の事情」ととらえており、公益上の要請として、虐待を受けた児童に生じ得る不利益(著しく精神的安定性を欠いた状態に陥る)や親子関係の再統合への妨げ等を避けることを挙げている。また、児童虐待防止法12条に基づく面会通信制限の事例であるが、前掲・東京地判平25.8.29は、面会が児童の精神的動揺の要因となりうることを面会制限の違法性を否定する根拠として挙げている。確かに、判旨3(1)が示す内在的制約は存在しようが、面会制限が許容されるか否かは、児童の意向・利益の保護(さらなる虐待の防止を含む)や家族再統合への影響の観点からとらえられるべきであろう。

<sup>18)</sup> 児童虐待事例においては、支援を行う児童相談所と保護者とが対立関係になることを避けるべく、児童相談所が行政処分によらない指導で対応することが少なくないとされている。前掲・橋爪評釈157-158頁。

<sup>19)</sup> 行政手続法32条1項は、「行政指導にあたっては、行政指導に携わる者は、いやくも当該行政機関の任務又は所掌事務の範囲を逸脱してはならないこと及び行政指導の内容があくまで相手方の任意の協力によってのみ実現されるものに留意しなければならない」と定めている。

<sup>20)</sup> 児童虐待防止法12条の面会制限の対象となる児童は、「虐待を受けた」児童でなければならない、「児童虐待を受けたと思われる」児童を対象としていない。前掲・磯谷等書690頁。したがって、本件のようなケースでは、行政指導としての面会制限しか行うことはできない。

<sup>21)</sup> なお、前掲・宇都宮地判令3.3.3では、保護者が行政指導に協力できないとの意思を「真摯かつ明確に表明」していることまでを求めているが、行政指導としての面会制限に従うべきとされる範囲が広がりすぎる危険があると指摘されている。前掲・橋爪評釈156頁。

される必要があることに鑑みると、部分的な制限についても違法になる旨を判示した本判決を支持したい。

なお、判旨3(2)は、同意の有無の検討により上記の結論を導き出しているが、本判決は、判旨として引用していない箇所、Yの主張に答える形で、本件においては、①面会により本件児童の安全や福祉が侵害される具体的なおそれはなかったこと、②面会につき本件センターや本件乳児院の人的・物的態勢に伴う制約はなかったことにも言及している。行政指導に基づく面会制限を正当化し得る特段の事情は認められない事例であったといえる。

#### (4) 損害額の算定

判旨4は、違法な本件一時保護の継続及び面会制限によりXが被った損害について検討する箇所である。判旨3(2)において、原判決よりも長い期間につき面会制限が違法とされたことから、原判決よりも20万円多い120万円がXが被った精神的苦痛に対する慰謝料として相当とされた。

なお、本件では、原告であるXが被った損害のみが請求の対象となっているため、本件児童が被った損害についての検討はなされていない。しかし、潜在的には、違法な一時保護や面会制限により児童が被る損害についても検討しうる。令和4年児童福祉法改正では、児童の意見聴取等の仕組みの整備が行われ、①児童相談所等は、入所措置や一時保護等の際には児童の最善の利益を考慮しつつ、児童の意見・意向を勘案して措置を行うため、児童の意見聴取等の措置を講ずること、②都道府県は児童の意見・意向表明や権利擁護に向けた必要な環境整備を行うこととされたところである<sup>22)</sup>。また、児童の親との面会は、子どもの権利条約9条3項<sup>23)</sup>でも保障されなければならないものとされている。これらは子どもの権利が保障されなければならないことを示すものである。そして、子どもの権利の保障は、本件児童のような一時保護や面会について意見・意向を示すことができない乳幼児についても当然に及ぶといえよう。

(ながの・ひとみ)

<sup>22)</sup> これまでも、一時保護ガイドラインにおいて、一時保護は子どもや保護者の同意がなくても行われうるが、「ソーシャルワークの提供においては、常に子どもの意見を尊重することが求められる」とされてきた(4頁)。

<sup>23)</sup> 子どもの権利条約9条3項は、「締約国は、児童の最善の利益に反する場合を除くほか、父母の一方又は双方から分離されている児童が定期的に父母のいずれとも人的な関係及び直接の接触を維持する権利を尊重する」としている。