



Title	社会保障判例研究
Author(s)	井上, 浩平
Citation	北大法学論集, 73(4), 125-148
Issue Date	2022-11-30
Doc URL	http://hdl.handle.net/2115/87361
Type	bulletin (article)
File Information	lawreview_73_4_06_Inoue.pdf



[Instructions for use](#)

社会保障判例研究

井上浩平

児童相談所による一時保護児童の面会通信制限

宇都宮地裁令和3年3月3日判決

(平成30年(ワ)第410号国家賠償請求事件)

判例時報2051号73頁

【事実の概要】

訴外 A (子・平成18年生) は、5歳の頃から原告 X1 (父) による虐待を受けていた。栃木県南児童相談所長 (以下、「本件児相所長」といい、同児童相談所を「本件児相」といい、本件児相の担当職員を「本件児相所員」という) は、平成29年1月26日、匿名で A に対する虐待の通報を受け、本件児相所員に命じて調査および心理診断等を実施したところ、心理的・身体的虐待の事実が認められた。そこで、児相所長は同月27日に A に対して一時保護を決定し、さらに同年3月31日、X1および X2 (母) の同意を得たうえで児童養護施設へ入所させる旨の入所措置を決定し、児童虐待防止法12条所定の面会通信制限 (行政処分) ではなく、児童福祉法11条1項2号ニ所定の「その他必要な指導」 (行政指導) としての面会通信制限を行い (以下、「本件指導」という)、Xらに対して A との面会および通信を認めないこととした。

平成29年から平成30年2月にかけて、本件児相は Xらに対して4回の保護者面接を行い、A に対する虐待事実や Xらの生活歴等について調査を行った。その結果、X2に関して虐待事実を確認することができなかったが、X1に関して相当長期に渡って身体的虐待を行っており、A が身体的・心理的に大きなダメージを受けていることが判明した。

平成30年3月1日、本件児相所員が施設を訪問してAと面会したうえ、Xらに対する心境を尋ねたところ、X1との面会に拒否的であったが、X2との面会には「会ってもいいが、別に今すぐとかどうしてもというわけではない」と一応前向きな姿勢を看取することができた。そのため、本件児相は同月6日に親子の再統合を目指して支援プログラムを開始するが、面会通信制限の緩和について慎重に対応することを決定し、同月9日、Xらの代理人である弁護士Bに対して電話でその旨を伝えた。しかし、Bは上記支援プログラムを了解したものの、特にX2に対して面会通信制限を継続する点については、本件指導はXらの任意の協力によってのみ実現されるべきであるところ、もはや従うことはできないと返答した。また、同月26日、本件児相はXらにも上記支援プログラムについて説明したところ、Xらはやはり面会通信制限の継続に関して強い難色を示した。しかし、本件児相は引き続き本件指導を継続し、XらとAの面会および通信をなお認めなかった。

そこで、平成30年5月9日、BはXらの代理人として、Y(栃木県)および本件児相所長に対し、面会通信制限に対する不協力・不服従の意思を明記した内容証明郵便を送付し、不協力表明を行った(以下、「5・9不協力表明」という)。そして同月18日、本件児相はXらに対し、現時点では親子面会等は時期尚早であるとして面会通信制限を継続する旨を通知した(以下、「本件児相の5・18回答」という)。そこで同年7月31日、XらはYに対し、本件指導が違法であるとして国賠法1条1項に基づく損害賠償を求める訴訟を提起した。

その後も、本件児相は、AがX1との面会等を一貫して拒否し、X2との面会についても、平成30年10月までは「もうちょっと会いたくない」と消極的な姿勢を見せていたことから、Xらへの面会通信制限を継続した。しかし、同年11月から12月にかけて、AがX2についてのみ面会を希望したため、本件児相は同年12月18日に面会開始を決定し、平成31年2月5日にAとX2との面会が実現している。

【判旨】請求一部認容。

I「国賠法1条1項所定の『違法』とは、『公務員が個別の国民に対して負担する職務上の注意義務に違反する』ことをいうものと解されるところ……行政機関において行政指導に携わる公務員は、その任務又は所掌事務の範囲を逸脱している場合はもとより、相手方の任意の協力に基づかないことが明らかになっ

た場合は、一般に、かかる行政指導を合理的な期間内に中止すべき職務上の法的義務を負っているものと解するのが相当である」。

遅くとも、本件5・9不協力表明が行われた翌日の平成30年5月10日以降、本件指導は、保護者の任意の協力のみによって実現される状態にはないことになるから、「本件児相所長は、原則として、保護者であるXに対する関係で、本件指導を合理的な期間内に中止すべき職務上の法的義務を負っていたものというべきである」。

Ⅱ(1)「もっとも、本件児相所長の上記職務上の法的義務は、いかなる場合にも例外を許さない絶対的な義務であると解するのは相当ではなく……児童虐待の防止という公益上の要請との合理的な調和の観点から、その範囲を検討する必要がある」。

(2)「すなわち、児童虐待は、児童の人権を著しく侵害し、その心身の成長及び人格の形成に重大な影響を与えるものであるから、国又は地方公共団体が、児童に対する虐待を防止し、虐待を受けた児童の保護、自立の支援及び親子の再統合のための措置を講ずることは、国家、社会的及び人道的見地から要請(公益上の要請)されるものであって、法27条1項3号に基づく虐待を受けた児童に対する施設入所措置は、かかる公益上の要請を実現するための措置であるところ、かかる入所措置は、虐待を受けた児童の虐待を行っていた保護者から隔離することそれ自体に目的があるのではなく、飽くまで児童に対する虐待を防止し、虐待を受けた児童の保護、自立の支援及び親子の再統合を目的とするものである。そうすると、こうした入所措置を前提に成立している虐待を受けた児童と保護者との間の面会通信等による交流は、上記再統合にとって重要な手段として位置付けられるべきものであるが、ただ、その過程において、児童が保護者との面会、通信を拒否する場合又は面会通信により精神的動揺のおそれがある場合には、児相所長は、保護者との面会、通信を制限することにより、児童の虐待による精神的動揺を和らげ、親子の再統合に向けた環境を整えることが求められるのであって、法11条1項2号二、12条2項所定の行政指導として面会通信制限は、児虐法12条に基づく面会通信制限等(行政処分)による当該保護者と児相等関係諸機関との間の不要な対立・紛争を回避しつつ、親子関係の再統合に向けた環境調整を柔軟かつ可及的に速やかに実現するための手法として位置付けられるべきものであり、また、そのようなものとして運用されているのが実際である」。

(3)「このような観点からいうと、虐待を受けた児童の保護者は、上記行政指導としての面会通信制限に協力するか否かを決定する権利を有するとしても、その権利の行使の在り方は無制約なものではなく、児童に対する虐待を防止し、虐待を受けた児童の保護、自立の支援及び親子の再統合という観点からの内在的な制約を有しているものというべきである。そうすると、虐待を受けた児童の保護者が上記行政指導としての面会通信制限に対して不協力・不服従の意思を表明している場合であっても、当該保護者が受ける不利益と上記行政指導の目的とする公益上の要請と比較衡量して、上記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特段の事情が存在する場合には、上記面会通信制限を中止せず、これを継続したとしても、その限度において国賠法1条1項の適用上『違法』であるとの評価は成り立たないものというべきである」。

Ⅲ「以上によれば、いったん本件指導（行政指導）を前提に被虐待児童の保護者たるXらと本件児相との間で親子関係の再統合を目指して協議等が行われている場合でも、その進捗状況やかかる協議等を取り巻く客観的な状況の変化により、保護者であるXらにおいて、本件児相所長に対し、行政指導としての本件指導にはもはや協力が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、他に上記『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Xらに対し上記面会通信制限の措置を受忍させることは許されず、かかる本件児相所長の対応は、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（最高裁昭和60年7月16日大三小法廷判決・民集39巻5号989頁参照・なお上記最高裁判決と本件とでは事案を異にするが、その基礎にある内在的論理は本件事案の判断枠組みを検討するに当たっても妥当するものと解されるので、参照判例として引用した）」。

Ⅳ（1）弁護士BがXらの代理人として交渉に関与するようになってからは、「Xらの本件指導に対する不協力表明も、かつてのような親としての一方的かつ手前勝手な心情に由来するものではなく、むしろ、Aとの親子関係の再統合・再構築に当たって、本件児相の支援プログラムに協力することはもとより、これに加え、Aとの面会通信交流を継続的に行うことも併せて肝要であるとの思いに依拠するものというべきであるから、このようなXらの思いは……社会的にみて首肯可能な程度の客観性を有するに至っていることは否定し難く、

したがって、本件5・9不協力表明は、X2についてはもとよりX1に関しても『真摯かつ明確な意思の表明』に当たるものというべきである。」

(2)「X2はAに対して身体的な虐待を加えた事実は認められず、ただ、長年にわたるX1のAに対する身体的虐待を認識し、又は容易に認識することが可能であったにもかかわらず、これに保護者の1人として然るべき対応をしてこなかったという監護上の問題点を抱えてはいるが、X1との比較においてその内容・程度をみると、親子関係の再統合にとって重要な権利である被虐待児との面会通信等を求める権利を大きく制限されてもやむを得ないような立場ないし状況下にあるとはいえない。確かに、X2は本件5・9不協力表明の時点においても、自らが親子関係の再統合を図る上で、いかなる監護上の問題を抱えているかについて内省を深め十分な認識を有する状況にあったとはいえないが、「これらの問題は、本件児相の支援プログラムを受け容れ、これに真摯に取り組むことによって解消、克服すべき筋合いの問題であって、かかる課題を克服する必要があることを理由に、本件指導による面会通信制限の継続を正当化することはできず、むしろ……真の意味での親子関係の再統合を実現し、2度と虐待の行われぬ状態を回復するには、本件児相による支援プログラムに並行してAとの面会等交流を実施することが不可欠であるとの考え方も十分に成り立つところであるから」、「少なくともX2については……本件5・9不協力表明がされた時点において、本件指導に対する不協力が社会通念に照らし客観的にみて到底是認することができないような……特段の事情が存在するとはいえない」。

(3)「本件児相所長は……行政処分としての面会通信制限を実施することも不可能ではない。しかし……本件指導の不協力表明に対して直ちに本件児相所長が児虐法12条に基づく面会通信制限処分を発動した場合、これまでの経緯等からみてX1とYとの間に抗告訴訟が提起されることは必至であり、これによりAとの面会通信制限をめぐって大きな対立状況が顕在化し、漸く芽生え始めた本件児相の支援プログラムによる親子関係の再統合に向けての機運なり熱意を後退させ、被虐待児童の保護・親子関係の再統合といった高次の目的を度外視した抜き差しならぬ紛争状態が発生することが十分に予期されるところであるから、かかる紛争を回避しつつ、上記高次の目的を達成するため、行政指導としての本件指導のなすところに期待し、これを継続することも一定の範囲で許容されるものというべきである」。

V そうすると、5・9不協力表明以降、本件児相所長は、少なくともX2に対しては、「本件指導を合理的期間内に中止すべき期間内に形成された違法な状態を除去すべき職務上の法的義務を負っていたものというべきところ」、遅くとも本件児相の5・18回答があった5月18日以降、「職務上の法的義務に違反して、保護者であるX2の面会通信に関する権利又は法的利益を侵害するに至ったというべきであるから……かかる本件児相所長の本件指導は、国賠法1条1項の適用上『違法』と評価されるべきものである」

【評釈】(判旨賛成)

I. はじめに

本件は、児童相談所が父による虐待を受けている子を一時保護した後、児童養護施設への入所措置を決定し、それに伴い児童福祉法11条1項2号ニ所定の「その他必要な指導」(行政指導)としての面会通信制限を行ったところ、父母が国賠法1条1項に基づき損害賠償を請求する訴訟を提起したものである。

本件では、本件指導が行政指導としての限界を超える違法なものであったといえるかが争われた。そして、裁判所は「行政指導の相手方の不協力・不服従の意思の表明があったか」、そして「当該不協力・不服従が客観的にみて到底是認し難いといえるような特段の事情があったか」の2点を審査し、最終的にX2に対し損害賠償15万円の支払いを命じた。

児童虐待における面会通信制限の公判裁判例は、本判決で4例目である。また本判決は、裁判所が面会通信制限を違法と評価し、Xらの請求を一部認容した初めての裁判例である。

以下では、児童虐待の事例を念頭に置いて、児童福祉法に基づく一時保護および施設入所措置について概観したうえで、本件で問題となった面会通信制限の仕組みとその問題点を整理する(II)。そして、面会通信制限の違法性が争われた裁判例を比較・分析した後(III)、本判決の検討を行う(IV)。

II. 制度の概要

1. 児童福祉法に基づく一時保護および施設入所措置

児童福祉法は、死別や失踪等の理由で保護者がいなくなった児童や、育児放棄や虐待等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られる児童

〔要保護児童〕。児童福祉法6条の3第8項)を保護するために、一時保護および施設入所措置に関する定めを置いている。以下では、児童虐待の事例を念頭に置いて関連規定を確認する。

まず、要保護児童を発見した者は、市町村、都道府県が設置する福祉事務所¹または児童相談所へ通告を行わなければならない(児童福祉法25条1項)。通告を受けた市町村等は虐待の有無や程度等について速やかに当該児童の状況の把握を行い、その後児童相談所長が必要であると認めるときに、当該児童を一時保護することができる(同法25条の6、33条1項、2項)。一時保護の間、児童相談所は親と当該児童を分離することで児童の安全を確保しつつ、今後の適切かつ具体的な援助指針を定めるために、各種診断を通じたアセスメントを行う²。アセスメントの結果、都道府県知事が必要であると認めるときは、児童を児童養護施設等へ入所させることができる(「3号措置」。同法27条1項3号)³。

3号措置をとる場合、児童に親権者または未成年後見人があるときは、原則としてその同意を得なければならない(同法27条4項)。ただし、児童を現に監護する親権者または未成年後見人がその児童を虐待し、著しくその監護を怠り(育児放棄)、またはその他保護者⁴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、都道府県は親権者または未成年後見人の意に反するときであっても、家庭裁判所の承認を得たうえで3号措置を行うことができる(同法28条1項)⁵。

¹ 都道府県および市(特別区を含む)は、条例で福祉事務所を設置しなければならない(社会福祉法14条1項)。このうち、都道府県に設置された福祉事務所は、生活保護法、児童福祉法、母子及び父子並びに寡婦福祉法に定める援護または育成の措置に関する事務を司る(同条5項)。

² 一時保護の機能および具体的な取扱いは、「一時保護ガイドライン」(平成30年7月6日子発0706第4号厚生労働省子ども家庭局長通知)Ⅰ.、Ⅱ.2.および3.参照。

³ 当該権限は、児童相談所長に委任することができる(児童福祉法32条1項)。

⁴ 児童福祉法6条は、保護者を「親権を行う者、未成年後見人その他の者で、児童を現に監護するもの」と定める。児童虐待防止法2条柱書も同様に規定する。

⁵ 要保護児童の保護措置等については、菊池馨実『社会保障法〔第3版〕』(有斐閣、2022年)594頁以下参照。

一時保護は保護者の同意を必要としない⁶。また、3号措置では、例外的に児童相談所が保護者の意に反して児童を施設に入所させることができる。そのため、一時保護および3号措置の場合では保護者が児童相談所の職員に抵抗したり、児童相談所に来所して強引に児童の引取りを求めたりするなど、保護者と児童相談所との間に対立関係が生じることがある。

一時保護および3号措置に伴い、児童相談所は児童と保護者の面会および通信を制限することができる。ここでは、①児童福祉法12条2項、11条1項2号ニ等に定める行政指導として行われた面会通信制限（以下、「指導型面会通信制限」、または単に「指導型」という）、②児童虐待防止法12条1項に基づく行政処分としての面会通信制限（以下、「処分型面会通信制限」、または単に「処分型」という）の2つの方法がある。これら2つの面会通信制限は、児童と保護者の接触を遮断するという帰結をもたらす点では同様といえるが、根拠法（児童福祉法か児童虐待防止法か）や行為形式（行政指導か行政処分か）を異にする。そこで以下では、これらの違いに着目しながら両者を整理する。

2. 児童福祉法に基づく面会通信制限（指導型面会通信制限）

一時保護または3号措置が行われたときに、面会を行えば保護者が児童を連れ戻そうとする可能性があったり、あるいは児童の心理的外傷が重大である等の理由で、保護者と児童の面会通信を行うことが児童にとって不適切であったりすることがありうる⁷。

では、こうした状況で保護者が児童との面会を希望した場合は、通常どのように処理されるか。「子ども虐待対応の手引き」（平成25年8月23日雇児総発0823第1号厚生労働省雇用均等・児童家庭局総務課長通知）（以下、「手引き」という）によれば、児童相談所は最初に指導型面会通信制限を実施する。その際、法律上の根拠は児童福祉法11条1項2号ニおよび13条3項とされる⁸。そして、保護者が不適切な方法・態様で面会を要求してきた場合であって、かつ、

⁶ 「児童相談所運営指針」（令和4年3月30日子発0330第5号厚生労働省子ども家庭局長通知）第5章第1節参照。

⁷ 磯谷文明ほか編『実務コンメンタール 児童福祉法・児童虐待防止法』（有斐閣、2020年）689頁〔藤田香織＝横田光平〕。

⁸ 磯谷ほか・前掲注7）691頁〔藤田＝横田〕。

そのような言動が不適切であることを説明してもなお改善が認められないような例外的な場合にのみ、処分型面会通信制限が実施される⁹。

3. 児童虐待防止法に基づく面会通信制限（処分型面会通信制限）

児童虐待防止法12条1項は、児相所長および被虐待児童が入所する施設の長は、児童虐待の防止及び児童虐待を受けた児童の保護のため必要があると認めるときは、保護者と児童の面会通信を制限することができること定める。この処分型面会通信制限は不利益処分とされるため、行政手続法第3章の適用を受ける。

ただし、前述の通り、処分型は実務上例外的なものとして位置づけられている。実際、統計によると令和2年度で14件とごく少数に留まっており、ほとんど使われていない¹⁰。その理由は次の2点にあると考えられる。

第一に、処分型面会通信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。同法6条1項が「児童虐待を受けたと思われる児童」（傍点筆者）に通告義務を課していることと比較すると、同法12条1項にいう「児童虐待を受けた児童」においては、虐待の事実が明らかになっている必要がある¹¹。

⁹ 一時保護中に保護者が面会を求めてきた際には、面会が子どもに精神的なマイナスを及ぼすおそれがあれば行うべきではないため、面会を禁止することができる。保護者が面会を希望して強引に来所する場合や刃物等を持参して児童福祉司等を威嚇する場合には、それらの行為が適切でないことを保護者に説明して理解を求める。それでも理解が得られず改善が見られない場合には、処分型面会通信制限を行うことが考えられるとのことである。「子ども虐待対応の手引き」111頁以下参照。

¹⁰ 令和2年度では、児童虐待の相談のうち、職権による一時保護が行われたのは6,985件である（令和2年度福祉行政報告例第15表）。そのうち、家裁に対して後見人選任の申立てが行われたのは139件であり（同第31表）、少なくともこれらのケースでは児相と保護者が対立関係にあったと考えられる。このような場合、保護者は子どもの引き取りを強く求めると想定されるが、面会を認めると子どもの保護に支障をきたすため、面会通信が制限されることが多いと考えられる。にもかかわらず、処分型面会通信制限が行われたのはわずか14件である（同第30表）。したがって、残りの120件余りで指導型面会通信制限が行われたと考えられる。以上の説明は、久保健二『改訂 児童相談所における子ども虐待事案への法的対応』（日本加除出版株式会社、2020年）129頁脚注121参照。統計は最新のものに差し替えた。

¹¹ 磯谷ほか・前掲注7）690頁〔藤田＝横田〕。しかし、「虐待の事実が明らかになって

したがって、虐待の事実が明らかではない場合、児相所長及び施設の長は処分型面会通信制限を行うことができない¹²。

第二に、処分型面会通信制限の対象は「児童虐待を行った保護者」に限定されている（同法2条1項）。したがって、児童虐待を行っていない親権者や、親権者以外の親族から面会の要求があった場合、たとえ面会を認めることが子どもの利益に反する場合であっても、児相所長及び施設の長は処分型面会通信制限を行うことはできない¹³。

4. 指導型面会通信制限の問題点

このように、児童虐待防止法に明文の規定が存在する処分型面会通信制限はほとんど使われておらず、実務上は主に指導型面会通信制限が用いられている。しかし、指導型には2つの問題が存在する。

まず、指導型面会通信制限はあくまで行政指導とされることから、本来であれば相手方の任意の協力の下でのみ実施することができる（行手法32条）。しかし、「手引き」には保護者に誠実に説明を尽くすべきという記述はあるものの、指導型面会通信制限を実施する際に同意を得るべきか否か、同意を得られなかった場合にどのように対処すべきかという点については記述がない。

また、実務家からは「保護者からすれば児童相談所職員に児童との面会通信を制限する旨を言い渡された場合、これに従わざるを得ないと考えても致し方ないため、実質的には行政処分と同視できるのではないか」という指摘がある¹⁴。実際、保護者が不協力・不服従の意思を示したとしても、児童相談所が依然として児童との面会や通信を拒否し続ける場合、保護者が自ら児童の入所施設を特定し、自力で面会等交流を実現することは困難といえる。しかし、指導型面会通信制限は行政処分ではないため、抗告訴訟を提起することは認められず、救済制度としては行手法36条の2に基づく行政指導中止等の求めが認められるにすぎない。そのため、どのように司法的統制を及ぼすべきかが問題と

いる」とほどの程度を指すのか、単に児童の身体に物理的虐待の痕跡があれば足りるのかは明らかではない。

¹² 久保・前掲注10) 135頁。

¹³ 久保・前掲注10) 136頁。

¹⁴ 久保・前掲注10) 129頁以下。

なる（詳しくはIV. 7. で検討する）。

Ⅲ. 面会通信制限に関する裁判例

面会通信制限の違法性が争われた公判裁判例は3つ存在する。以下ではそれらを取り上げて検討する。

また、高齢者虐待防止法13条は、老人福祉法11条1項2号または第3号の措置（特別養護老人ホームへの入所措置等）がとられた場合、市町村長が高齢者虐待を行った養護者について高齢者との面会を制限することができる旨の規定である。虐待被害者と加害者との接触を遮断する点で、児童虐待防止法12条1項に基づく面会通信制限と共通点を有するといえるため、併せて高齢者虐待における面会制限¹⁵の裁判例も取り扱うこととする。

1. 東京地判平25年8月29日判時2218号47頁（①判決）

第一の裁判例は、東京地判平25年8月29日判時2218号47頁である（以下、「①判決」という）。本件では、被虐待児に対する一時保護決定と保護者に対する処分型面会通信制限の両方について国賠法上の違法性が否定された。具体的な判断枠組みは次の通りである。

まず一時保護について、「児童相談所長による一時保護の必要性の判断については……児童相談所長の専門的合理的な裁量に委ねられており、その判断が著しく不合理であって裁量の逸脱又は濫用と認められる場合に限って、違法となるものと解するのが相当である」ところ、本件は裁量の逸脱または濫用が認められず、一時保護決定が違法とはいえないと述べた。次に面会通信制限についても同様に裁量の逸脱または濫用の有無を審査し、違法性を否定した。

2. 東京地判平26年3月6日判例集未登載（LEX/DB 25518374）（②判決）

第二の裁判例は、東京地判平26年3月6日判例集未登載（LEX/DB 25518374）である（以下、「②判決」という）。認定事実によると、養育環境に問題が生じ

¹⁵ 高齢者虐待防止法13条は、高齢者虐待を行った養護者（高齢者を現に養護する者であって養介護施設従事者等以外のものをいう。同法2条2項）について、当該高齢者との面会を制限できると定める。したがって、本稿では児童虐待の場合とは別に「面会制限」とした。

ている児童が、父親の同意の下で児童相談所に一時保護され、さらに児童福祉施設への入所措置がとられた。そして、面会を求める父親に対し、児童相談所の職員が「面会は月1回とする」などの面会ルールを提示したところ強く反発された。その後父親からは積極的に面会を求めることなく訴訟提起に至ったという点が特徴的な事案である。

判決ではっきりと示されていないが、本件の3号措置が父親の同意を得ていること、そして確たる虐待の事実がないため処分型面会通信制限を行うことが困難であることからすると、本件で行われた面会通信制限は指導型であると思われる。したがって、本判決は指導型面会通信制限の違法性が争われた最初の裁判例と位置づけることができる。

裁判所は、まず国賠法1条1項にいう「違法」について「公務員が個別の国民に対して負担する職務上の法的義務に違背していることをい」うと述べる。そして、「行政行為には行政庁の政治的・政策的考慮、専門的・技術的考慮が働く場合が多く、公益の実現をめざすためには行政庁に相当程度の裁量を認めざるを得ないのであって、当該行為が違法となるのは、法律、慣習、条理ないし健全な社会通念等に照らし客観的に正当性を欠くなどの理由からその裁量権の逸脱・濫用があった場合に限られる」と述べ、入所措置および面会通信制限の両方について、裁量の逸脱濫用は認められないと結論づけた。

3. さいたま地判平成30年4月25日判自448号71頁（③判決）

第三の裁判例は、さいたま地判平成30年4月25日判例自治448号71頁である（以下、「③判決」という）。本件では、X夫婦の不仲等を原因として児童Aが複数回にわたり自殺を図ったため¹⁶、一時保護を経て情緒障害児短期治療施設への入所措置が決定され、その後に処分型面会通信制限が行われた。そして父親により、一時保護、入所措置および処分型面会通信制限について、取消訴訟、無効確認訴訟および国賠訴訟が提起された裁判例である（いずれも請求棄却）。

裁判所は、違法性の判断基準を「公務員が職務上通常尽くすべき注意義務を尽くすことなく漫然と当該行為をしたと認め得るような事情がある場合」とする。そして、児童相談所の一連の決定について「児童の保護に支障を生じない

¹⁶ 最後の1回は母親に父親の殺害を命じられたため、向精神薬を混ぜた飲料を飲ませて父親を昏睡状態に陥らせた後、母親と多量服薬をして自殺を図っている。

範囲で、X夫婦にAの状態、状況につき説明をしたり、Xとの間でAの処遇につき協議をしたりしていたことが認められるのであって、児相職員が職務上通常尽くすべき注意義務を尽くすことなく本件各行為をした……というのは困難である」と結論づけた。

4. 大阪地判令元年7月26日判自466号87頁（④判決）

高齢者虐待の事案で本件と重要な関わりを有する裁判例は、大阪地判令元年7月26日判例自治466号87頁である¹⁷（以下、「④判決」という）。虐待を受けた高齢者について、老人福祉法10条の4第1項3号に基づく特別養護老人ホームへの短期入所措置がとられ、虐待加害者である養護者は入所先施設の所在地を秘匿され、高齢者との面会を制限された。高齢者虐待防止法13条は短期入所措置に関して面会の制限を認めていないことから、当該面会制限は「事実上の措置」として実施されたため、その違法性が問題となった。

裁判所は、市町村に対して面会制限を要請することを禁じる規定が高齢者虐待防止法に存在しないこと、また高齢者の生命身体の保護は養護者と高齢者の接触およびその可能性を遮断することによって実現しうることに鑑み、特段の事情がない限り、面会制限を行ったことが職務上の法的義務違反を構成することはなく、国賠法上違法と評価することはできないと結論づけた。

5. 分析

（1）一時保護や入所措置と共通の判断枠組み

①～③判決で、裁判所は一時保護や入所措置の違法性と、面会通信制限の違法性を区別せず、同一の枠組みを用いて判断している。これは、一時保護や入所措置と併せて面会通信制限の違法性が争われていること、そして面会通信制限のみを違法と判断すべき事情がなかったことによると考えられる。

（2）処分型面会通信制限と指導型面会通信制限の混同

Ⅱ. 2. および 3. で述べた通り、面会通信制限には処分型（①判決と③判決）と指導型（②判決）があり、法的根拠や行為形式に違いがある。裁判所は両者を区別することなく判断を行っているが、行手法32条が規定するように、行政指導はあくまでも相手方の任意の協力によってのみ実現されるものであり、こ

¹⁷ 評釈として、中野妙子「判批」ジュリ1565号（2021年）131頁がある。

の点で行政処分とは大きく異なる。したがって、たとえ両者が保護者に対して事実上同一の結果をもたらすとしても、両者の違法性を同一の枠組みで判断してよいのかは重要な論点である。特に、本件のように当初は保護者の同意を得たうえで指導型面会通信制限が開始されたものの、保護者が後に翻意して当該制限に不協力・不服従の意思を示した場合にどのように違法性を判断すればよいかは、従来の裁判例では必ずしも明らかではなかったといえる。

(3) 「事実上の面会制限」と指導型面会通信制限

高齢者虐待の場合、④判決は、法律上の根拠がない「事実上の面会制限」は特段の事情がなければ違法ではないと判示した。その根拠は、高齢者虐待防止法に面会制限を禁じる規程が存在しないこと、高齢者の身体生命の保護は面会制限によって実現されうることの2点である。加えて、養護者が成年後見人である場合を除き、養護者は高齢者に対して監護権のような権利を有しておらず、高齢者に係る情報開示や面会交流の請求権を有しない¹⁸。以上の点を踏まえて、裁判所の論旨を妥当と評価する学説がある¹⁹。

しかし、児童虐待では高齢者虐待と異なり、保護者は児童に対する監護権を有している（民法820条）。また保護者のうち、とりわけ児童と別居している父または母が子どもと面会交流をする権利は、学説上も実務上もほぼ認められている²⁰。そうすると、児童福祉法に面会交流制限を禁じる規定がないこと、また面会制限によって児童の生命身体保護のためには面会交流制限が必要であることのみをもって、指導型面会通信制限を正当化することは困難といわざるを得ない。

IV. 本判決の検討

以下では、まず本判決の判断枠組みを確認する（1. および2.）。次に、行政指導としての面会通信制限の任意性と目的との間に対立関係が存在することを明らかにし（3.）、裁判所が引用した最高裁判例と本判決の共通点を考察する（4.）。さらに、行政処分としての面会通信制限が親子再統合にもたらす影

¹⁸ 小山操子「虐待をめぐる裁判例」実践成年後見89号（2020年）33頁。

¹⁹ 中野・前掲注17）134頁参照。

²⁰ 善元貞彦「面接交渉とその制限」右近健男ほか編『家事事件の現況と課題』（判例タイムズ社、2006年）158頁。

響を検討した後(5.)、面会再開の判断に当たって児童の意向をどのように考慮すべきかを検討する(6.)。最後に、行政指導としての面会通信制限に処分性を認め、抗告訴訟で争うことの可否についても論じる(7.)。

1. 児相所長が負う職務上の法的義務

まず、裁判所が指導型面会通信制限の違法性を判断するに当たり、どのような枠組みを採用したかを確認する。

裁判所は最初に、判旨Ⅰで国賠法上の違法を「公務員が個別の国民に対して負担する職務上の注意義務に違反する」こととする。この点は、②・③判決と軌を一にするものといえる。そして、本件面会通信制限が指導型だったことを念頭に置いて、行政指導に携わる公務員は「その任務又は所掌事務の範囲を逸脱している場合はもとより、相手方の任意の協力に基づかないことが明らかになった場合は、一般に、かかる行政指導を合理的な期間内に中止すべき職務上の法的義務を負っているものと解する」と判示して、行政指導を行う公務員の職務上の法的義務の内容を明らかにした。

ただし、裁判所は判旨Ⅱにおいて、指導型面会通信制限に協力するか否かを決定する権利を保護者に対して認めつつも、「児童に対する虐待を防止し、虐待を受けた児童の保護、自立の支援及び親子の再統合という観点からの内在的な制約を有している」と指摘して、行政指導を継続しても例外的に職務上の義務違反に当たらない場合がありうるとする。具体的には、保護者が面会通信制限に不協力・不服従の意思を表明している場合であっても、「当該保護者が受ける不利益と上記行政指導の目的とする公益上の要請と比較衡量して」、指導型面会通信制限に対する保護者の不協力・不服従が「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特段の事情が存在する場合には、上記面会通信制限を中止せず、これを継続したとしても、その限度において国賠法1条1項の適用上『違法』であるとの評価は成り立たない」とした。児相所長が負う職務上の法的義務について、裁判所は判旨Ⅱで従来裁判例よりも踏み込んだ判断を示したといえる。

2. 「真摯かつ明確な表明」と「特段の事情」

以上を踏まえて、裁判所は指導型面会通信制限の違法性につき、判旨Ⅲで次のような枠組みを示した。すなわち、保護者が指導型面会通信制限に協力しな

から親子再統合を目指した児相との協議が行われている場合であっても、保護者が翻意して当該面会通信制限に対する不協力・不服従の意思を『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、他に上記『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Xらに対し上記面会通信制限の措置を受忍させることは許されず、児相所長の対応は国賠法上違法と評価されると判示した。

そして、裁判所は当てはめ部分である判旨Ⅳ（1）で、X1（父）およびX2（母）の両方に行政指導に対する不協力・不服従の「真摯かつ明確な表明」があったとした。続く（2）では、X2が虐待加害者ではなく、A（子）も面会について容認していたことに鑑み、上記「特段の事情」は存在しないとされた。そして、最終的に、X2に対する面会通信制限については違法なものであると結論づけ、15万円の損害賠償を認容した。

本判決は、いったん保護者が指導型面会通信制限に同意したにもかかわらず、その後翻意して不協力・不服従の意思を示した場合の違法性の判断枠組みを詳細に示した。その点で、本判決は大きな意義を有するといえる。しかし、保護者の任意の協力を前提とする指導型面会通信制限に強制力を認めているようにも読めるため、その点をどのように評価するかが問題となる。

3. 指導型面会通信制限に対する保護者の不協力

そもそも、面会通信制限は保護者が強引な引取りを行おうとして面会を認めるとそのまま当該児童が連れ去られるおそれがあったり、児童が虐待により傷ついていて、保護者と面会することによりさらに傷つくおそれがあったり、保護者が児童に対し暴行・脅迫を行うおそれがある場合に行われる。こうした場合にまで面会等交流を認めると、児童の安全・健康が脅かされる可能性が容易に想定される²¹。また、児童福祉法や児童虐待防止法は親子の再統合を最終的な目標としているところ、上記のような事態が発生すると再統合が遠のいていたり、最終的には不可能になってしまったりすることにもなりかねない^{22 23}。

²¹ 磯谷ほか・前掲注7）691頁〔藤田＝横田〕。

²² 児童虐待防止法11条2項は「児童虐待を行った保護者について児童福祉法第27条第北法73(4・140)664

本件で行われた指導型面会通信制限は行政指導であるため、保護者の任意の協力によってのみ実現されなければならないことは言うまでもない。したがって、原則論に従えば、保護者が不協力・不服従の意思を示した段階でそれ以上の制限を継続することができないことになる。しかし、保護者の不協力の意思表示をしたからといって直ちに面会通信制限を解除することは、児童の安全・健康が脅かされたり親子再統合を困難にしたりする可能性があり、必ずしも適切とはいえない。そうすると、保護者が協力を拒否していても指導面会通信制限を実施することができるか否か、できるとすればそれはいかなる場合かが問題となる。

4. 引用判例と本件行政指導の評価

こうした問題に関して、本件では、裁判所が判旨Ⅲで品川区マンション事件上告審判決²⁴（以下、「マンション事件最判」という）を引用している点に特徴がある。同判決は、建築主事が行政指導を理由に確認処分を留保することが許されるか、許されるとしていかなる限界が存するかが問題となった事例であり、本件とは事案を異にする。しかし、裁判所は「その基礎にある内在的論理は本

1項第2号に基づく指導は、親子の再統合への配慮その他の児童虐待を受けた児童が家庭……で生活するために必要な配慮の下に適切に行われなければならない」と定める。また、虐待法制ができる限りの親子の再統合を目指す方向性を採るものであるという理解を示すものとして、平部康子「虐待・暴力と社会的支援」日本社会保障法学会編『新・講座社会保障法第2巻 地域生活を支える社会福祉』（法律文化社、2012年）140頁。

²³ ここで児童虐待防止法がいう「親子の再統合」の具体的な内容が問題となるが、「児童虐待を行った保護者に対する指導・支援の充実について」（平成20年3月14日雇児総発第0314001号高齢労働局総務課長通知）別添ガイドラインが参考になる。同ガイドラインによれば、「子どもがその保護者から虐待を受けた場合、必要に応じて保護者から一時的に分離することはあるが、そうした場合であっても当該子ども及び保護者が親子であることには何ら変わりはなく、保護者が虐待の事実と真摯に向き合い、再び子どもとともに生活できるようになる（以下「家庭復帰」という。）のであれば、それは子どもの福祉にとって最も望ましいことである」とされる。ここでいう「家庭復帰」を「親子再統合」と同一のものと理解するものとして、磯谷ほか・前掲注7）691頁〔藤田＝横田〕。

²⁴ 最三小判昭60年7月16日民集39巻5号989頁。

件事案の判断枠組みを検討するに当たっても妥当するものと解される」と述べ、同判決を参照判例として引用している。そうすると、その「基礎にある内在的論理」とは何を意味するのかが問題となる。

マンション事件最判は、マンションの建築計画をめぐって付近住民と建築主の間に紛争が生じている場合に、建築確認申請を受理した建築主事が、関係部局が建築主に対して付近住民との話し合いによる円満解決を指導している間建築確認処分を留保し、申請時から約5ヶ月後に建築主が付近住民とマンション建設について金銭補償による和解をした段階でようやく確認処分をしたのに対し、建築主が国賠訴訟を提起した事案である。

最高裁は、地方自治法および建築基準法の趣旨目的を参照し、本件で行われた行政指導の目的を、「建築物が建築計画どおりに建築されると付近住民に対し少なからぬ日照被害、風害等の被害を及ぼし、良好な居住環境あるいは市街環境を損なうことになるものと考えて、当該地域の生活環境の維持、向上を図るため」とした。そして、建築主が行政指導に不協力・不服従の意思を表明している場合は、「当該建築主が受ける不利益と右行政指導の目的とする公益上の必要性とを比較衡量して、右行政指導に対する建築主の不協力が社会通念上正義の観念に反するものといえるような特段の事情が存在しない限り、行政指導が行われているとの理由だけで確認処分を留保することは、違法であると解する」と判示した。

したがって、いったん建築主が行政指導に応じて付近住民との協議を開始した場合であっても、建築主が建築主義に対して行政指導に対する不協力・不服従の意思を「意思を真摯かつ明確に表明し、当該確認申請に対し直ちに応答すべきことを求めているものと認められるときには、他に前記特段の事情が存在するものと認められない限り、当該行政指導を理由に建築主に対し確認処分の留保の措置を受忍せしめること」は許されないと判示した。

ここでは、建築確認留保の理由となっている行政指導に対する建築主の任意性と、当該地域の生活環境の維持・向上という公益上の要請が対立し、それをいかに調和させるかが問題となっているといえる。

マンション事件で行われた行政指導が建築主の任意の協力によってのみ実現されなければならない点を重視すると、建築主が翻意して不協力・不服従の意思を示した段階で、行政指導は中止され、速やかに建築確認処分が行われなければならないことになる。しかし、仮に相手方が不協力の意思表示をした段階

で速やかに行政指導を中止すれば、行政指導の実効性が大きく損なわれてしまうことになる。他方、相手方が協力を拒否しているにもかかわらず行政指導を優先すれば、本来は任意の協力に基づく行政指導が行政処分と同様の強制力を帯びることになり、「法律による行政」の原理を逸脱しかねない²⁵。

おそらく、裁判所がいうマンション事件最判の「基礎にある内在的論理」とは、以上のことを指していると考えられる。本件では、行政指導としての面会通信制限に対する保護者の任意性と、児童の保護および親子再統合という公益上の要請が対立しており、両者をいかに調和させるかが問題となっている。その点で、本件はマンション事件最判と共通点を有するといえる。

5. 処分型面会通信制限が親子再統合に与える影響

もっとも X1については、指導型面会通信制限に対して保護者の不協力が表明された時点で、処分型に切り換えることも可能だったと考えられる。むしろそうすることで、相手方たる保護者は、弁明の機会の付与といった行政手続法上の手続的保障を受けることができるし、あるいは審査請求を申し立てたり抗告訴訟を提起したりすることも可能となる²⁶。そうすると、司法統制のあり方としては、保護者の同意が得られないならば、強制力を有する処分型面会通信制限を実施してその適法性を抗告訴訟で争わせる方が望ましいという立場もありうる。

しかし、これに対して裁判所は判旨Ⅳ(3)で「本件指導の不協力表明に対して直ちに本件児相所長が児童法12条に基づく面会通信制限処分を発動した場合、これまでの経緯等からみて X1と Y との間に抗告訴訟が提起されることは必至であり、これにより A との面会通信制限をめぐる大きな対立状況が顕在化し、漸く芽生え始めた本件児相の支援プログラムによる親子関係の再統合に向けての機運なり熱意を後退させ、被虐待児童の保護・親子関係の再統合といった高次の目的を度外視した抜き差しならぬ紛争状態が発生することが十分に予期される場所であるから、かかる紛争を回避しつつ、上記高次の目的を達成するため、行政指導としての本件指導のなすところに期待し、これを継続することも一定の範囲で許容されるものというべきである」と述べる。つまり、

²⁵ 以上の説明につき、石川善則「判解」最判解民事篇昭和60年度(1985年)260頁参照。

²⁶ 詳細は、磯谷ほか・前掲注7)692頁〔藤田=横田〕参照。

判旨Ⅱ(2)で公益上の要請として挙げられた被虐待児童・親子の再統合を高次の目的としたうえで、その障害になりうるのであれば、たとえ相手方の任意性の協力を得られなくてもなお行政指導を継続することが直ちに違法なものとはならないとする。

こうした裁判所の解釈は実務上の取扱いに親和的であり、また、本件児相の判断を基本的に追認するものと評価できる。処分型面会通信制限は、保護者が面会を希望して強引に来所する場合や刃物等を持参して児童福祉司等を威嚇する場合等で、①当該行為が不適切であることを保護者に説明し、②それでも理解を得られずその言動の改善がみられないときに実施されるものであり、例外的なケースにのみ発動される取扱いとなっている²⁷。実際、本件児相も最初に指導型面会通信制限を実施したうえで、児童が積極的に面会に応じる意向を示すのを待ちつつ、それと並行してXらに対して親子の再統合に向けた支援プログラムを実施すべく協議・対応を重ねていたことが認定事実から明らかになっている。

3. で述べた通り、保護者が行政指導に対する協力を拒否した時点で直ちに面会通信制限を解除した場合、児童の安全・健康が脅かされるばかりでなく、親子再統合が困難になりかねない。そうした点を踏まえて、保護者が不協力を表明した場合にも一定の例外を設けて面会通信制限の実施を容認する裁判所の解釈は、妥当なものと考えられる。

6. 「特段の事情」の有無と面会実施に対する児童の意向

とはいえ、本判決は児童相談所の判断を全面的に追認しようとするものではない点に注意を要する。裁判所は、「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特段の事情」(傍点筆者)が存在する場合、指導型面会通信制限の継続は違法とならないと判示しているため²⁸、本件でそうした「特段の事情」があったかどうかが次に問題となる。

²⁷ 脚注13) 参照。

²⁸ 引用元であるマンション事件最判の「行政指導に対する建築主の不協力が社会通念上正義の観念に反するものといえるような特段の事情が存在しない限り」とは異なる表現が用いられている。

裁判所は判旨Ⅳ(2)で、X2がAを虐待していたわけではなかった点に着目して、本件指導への協力を受忍させるような「特段の事情」は存在せず、本件指導が違法であると結論づけた。確かに、X2はX1による虐待に対し保護者として然るべき対応をせず、本件5・9不協力表明の時点でも自らの監護上の問題について充分な認識を有しているともいえない。しかし、裁判所は、こうした問題は本件児相による支援プログラムによって克服されるべき問題であり、X2が「親子関係の再統合にとって重要な権利である被虐待児との面会通信等を求める権利を大きく制限されてもやむを得ないような立場ないし状況下にあるとはいえず」、指導型面会通信制限に対する不協力・不服従を決定する権利の行使を制約する事情には当たらないとした。

こうした裁判所の結論は、本件児相の判断と対立する。確かに、虐待加害者ではないものの何らかの問題を抱える保護者に対して、児相が面会等交流の開始を躊躇するのは自然なことといえる。なぜならば、「手引き」によれば、虐待の場合の緊急保護は児童の安全確保が第一目的とされるからである²⁹。さらに、親子再統合はあくまで児童の権利擁護のためであるとの視点で進めるべきであり、親の視点を基本として親子再統合を進めるべきではないという実務家からの指摘がある³⁰。こうした児童の保護を優先する考え方からすれば、保護者の問題が解消するまでは面会等交流を制限するべきとの判断も理があるといえる。

しかし、裁判所が述べるように、「真の意味での親子関係の再統合を実現し、2度と虐待の行われぬ状態を回復するには、本件児相による支援プログラムに並行してAとの面会等交流を実施することが不可欠であるとの考え方も十分に成り立つ」。そして、やはり行政指導は相手方の任意に基づくものでなければならぬ以上、指導型面会通信制限に事実上の強制力を認めることには慎重であるべきである。これらの点を踏まえると、保護者が行政指導に対して協力を拒否している場合、当該保護者が虐待の加害者であるような「特段の事情」がなければ面会通信制限の実施を認めない裁判所の判断は、妥当と考えられる。

もっとも、児童が自ら一時保護を求めている際には、面会や引取りについて

²⁹ 「手引き」112頁参照。

³⁰ また、家庭復帰の段階でも、親の視点を重視しすぎて安易に児童を家庭に戻すと、再虐待を招くおそれがあることにも留意すべきとする。久保・前掲注10) 263頁参照。

「子どもの意向を聞いて判断するということを子どもに説明し、児童相談所として『安全を確認できない限り、親元に戻すことはない』という保証をする必要がある」とされる³¹。そうすると、児童が消極的な意向を示しているにもかかわらず面会を認めることは、児相職員と児童の信頼関係を毀損したり、児相職員が児童に対して面会を強制したりする契機になりかねない。したがって、このような場合にまで保護者との面会等交流を認めることは必ずしも適切とはいえないと思われる。

しかし、認定事実によると、Aは平成30年3月1日の時点でX1との面会を拒否していたのに対し、X2との面会に対しては一応前向きな姿勢を示していた。そして、児相職員と児童の信頼関係が毀損されたり、児相職員が児童に対して面会を強制したりといった事情は窺われないので、AとX2の面会等交流を認めても問題ないといえる。したがって、裁判所の判断は妥当と考えられる。

7. 指導型面会通信制限の違法性を抗告訴訟で争いうるか

本件には、外在的な問題がなお残されている。裁判所の理解によれば、指導型面会通信制限は、たとえ保護者が不協力・不服従の意思を表明している場合であっても、その継続がなお正当化される余地がある。そして、仮にそのような状況に至った場合、Ⅱ.3.で述べたように、保護者が自ら子の入所した施設を特定し、面会等交流を実現することは困難である。したがって、実質的には行政処分と同一の結果が、保護者に対してもたらされることになり、事実上の強制力を有することになる。そうすると、仮に本件のような事案で抗告訴訟が提起された場合、実質的には行政処分と同視できるとして、指導型面会通信制限に処分性が認められるか否かが問題となりうる。

この点については、医療法に基づく病院開設中止勧告に関する上告審判決³²が参考になる。同判決によれば、形式的には行政指導であっても、相当程度の確実さをもって後続する処分に効果が及び、かつ行政指導の段階で救済が必要と認められれば、当該行政指導に処分性が認められうる。

ただし、同判決の論拠は、医療法および健康保険法の規定や運用の実情に着目し、①病院開設中止勧告に従わない場合には相当程度の確実さをもって保険

³¹ 「手引き」107頁。

³² 最二小判平17年7月15日民集59巻6号1661頁。

医療機関の指定を受けることができなくなる結果をもたらすこと、②我が国においては保険医療機関の指定を受けられない場合には實際上病院の開設自体を断念せざるを得ないことの2点である。加えて、病院開設中止勧告の時点で直ちに争うことができないとすれば、指定拒否の蓋然性が高い中、病院開設者は施設整備や人員確保のために巨額の投資を強いられることになり、やはり病院の開設自体を事実上断念せざるを得なくなることも判決に影響を与えているという理解が示されている³³。

これを指導型面会通信制限について考えると、保護者が行政指導に対して不協力を表明したとしても、処分型が「相当程度の確実さをもって」実施されるとまではいえない。現に、本件でも最後まで処分型面会通信制限は行われていない。さらに、病院開設のような巨額の投資が行われているわけでもなく、抗告訴訟による救済が必要ともいい難い。したがって、最判の判断枠組みに従えば、指導型面会通信制限に処分性を認めることは困難であると思われる。

また、仮に処分性を認めて抗告訴訟の提起を可能とした場合、IV. 5. で検討したことと同様の問題が発生する。すなわち、指導型面会通信制限が実施された時点で保護者が直ちに抗告訴訟を提起し、「面会通信制限をめぐって大きな対立状況が顕在化し、漸く芽生え始めた……児相の支援プログラムによる親子関係の再統合に向けての機運なり熱意を後退させ、被虐待児童の保護・親子関係の再統合といった高次の目的を度外視した抜き差しならぬ紛争状態が発生」してしまうことになる。そうすると、保護者に対して行政指導の段階で法的に争う手段を与えたことで、かえって親子再統合という公益上の要請が達成されなくなりかねない。

したがって、指導型面会通信制限に処分性を認めて抗告訴訟によって争う余地を認めるべきか否かは、今後も慎重な検討を要すると思われる。

※脱稿後、本判決の控訴審である東京高判令3年12月16日判自487号64頁に接した。

※脱稿後、児童福祉法等の一部を改正する法律（令和4年法律第66号・令和6年4月1日施行）に接した。これにより、児童福祉法に第三十三条の三の三が

³³ 杉原朋彦「判解」最判解民事篇平成17年度（2005年）445頁以下参照。

新設され、児童相談所長は、児童の一時保護を行う場合または解除する場合、もしくは、施設入所措置をとる場合または当該措置を解除、停止する場合等に、当該児童に対して意見聴取措置をとらなければならない。