

令和3年(ワ)第11934号 損害賠償請求事件
原告 2名
被告 国

令和4年11月28日

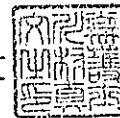
大阪地方裁判所 第3民事部合議3係 御中

準備書面(4)

上記当事者間にかかる御庁頭書事件について、原告らは下記のとおり弁論を準備する。

原告ら 訴訟代理人

弁護士 川村真文



記

被告は、原告ら準備書面(1)で、児童の権利条約9条3項に基づく主張を撤回したものと誤解したようであるところ、争点について齟齬がないよう、原告らの主張を争点毎にまとめた一覧表を別紙として添付する。

以下、争点表に従い、ポイントを指摘する。

第1 「原告らの主張の骨子(条約と憲法の位置付け)」(別紙1頁)について

- 1 児童の権利条約は「児童の権利」を保障する条約であり、親の権利を規定しておらず、親の権利侵害となるには、憲法13条に基づき親の人権が認められる必要がある。
- 2 条約9条1項の親子分離の際の義務的司法審査の要請、憲法13条・31条の適正手続の要請、憲法13条の親子の人権保障から、一時保護の際に司法審査が要請され、その不存在は、親子の人権侵害となる。
- 3 条約9条3項の「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」と憲法13条の親子の人権保障から、親子分離がされた場合には、親子の面会通信が要請され、それが保障されないことは、親子の人権侵害となる。

第2 「I：児童の権利条約の効力」（別紙1頁）について

日本は、条約4条、憲法98条2項に基づき、条約9条1項が規定する「司法の審査」と条約9条3項が規定する（親から分離された）児童の親との「定期的に人的な関係及び直接の接触を維持する権利」を実現するための立法措置等を講じる義務を負う。

第3 「II：児童の権利条約の基本構造」（別紙1頁）について

児童の権利条約は、家族を社会の基本的な集団であると同時に、児童の成長と福祉と保護のための自然な環境であるとし、児童の家族生活への権利を保護する。そして、父母に養育されることを児童の基本的権利とし（7条1項）、条約9条は親子分離の条件・手続（9条1項、2項）と親から分離された児童の「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」（9条3項）を規定する。

第4 「III：条約9条1項の「司法の審査」は義務的司法審査（mandatory judicial review）（＝全件についての司法審査）を要請するか」（別紙2頁）について

- 1 争点は、条約9条1項の「司法の審査」が事前審査か事後審査かではなく、義務的司法審査（＝全件についての司法審査）を要請するかどうかであるところ、それは条約の解釈問題である。そして、「この条約において負う義務の履行の達成に関する締約国による進捗の状況を審査するため」に設置された（条約43条1項）児童の権利委員会（③）や、自由権規約委員会（⑤）が日本に（すべてのケースについて）義務的司法審査を要請してきたことを含む別紙に記載した根拠（①～⑯）から、条約9条1項の「司法の審査」が義務的司法審査であることは明らかであり、被告が主張する、取消訴訟等（その件数も年数件しかない（甲31））がその要請を満たさないことは明らかである。
- 2 日本政府は、条約44条1項に基づき、児童の権利条約の履行状況

について定期的に報告を行っている（甲 1 3）が、例えば、第 1 回（甲 1 3 の 1）の 125 で「父母の意思に反して児童を里親若しくは保護受託者へ委託し、又は児童福祉施設に入所させることについては、児童福祉法に基づき、都道府県が家庭裁判所の承認を得ることが必要であり、その際の手続は、家事審判法及び特別家事審判規則に従って、家庭裁判所によって行われる。その際、現に監護する者及び親権者（親権のないときは後見人）、被保護者の親権者又は後見人の陳述を、それぞれ聴かなければならないとされている（特別家事審判規則第 19 条第 1 項）ほか、満 15 歳以上の子の陳述も聴かなければならないとされている（同規則第 19 条第 2 項）。」と報告しているところ、これは、条約 9 条 1 項の「司法の審査」として「家庭裁判所の承認」を得ることが必要とされ、条約 9 条 2 項の要請を満たすものとして、親子の陳述を聴く手続きが用意されていることを報告するものであり、日本政府は、条約 9 条 1 項の「司法の審査」が（被告が主張する取消訴訟等ではなく）義務的司法審査を要請し、9 条 2 項が親子の司法審査への参加と意見表明の機会を要請することを正しく理解していた。そして、9 条 1 項の「司法の審査」も 9 条 2 項が要請する親子の手続参加と意見表明の機会も用意されていない「一時保護」を報告から外したものである。この点、被告は、「原告らがいうところの「児童の権利条約の履行状況の報告」は、第 1 回政府報告ガイドラインに基づいて作成された第 1 回政府報告であるところ、同ガイドラインの同条約 9 条に関する記述は、父母からの分離に関する「主要な立法、司法、行政その他の措置」に係る報告を締約国に求めるにとどまっております（第 1 回政府報告ガイドライン・乙第 6 号証の 1 及び 2）、その具体的な報告は各締約国に委ねられていた。したがって、同報告が、原告らの指摘するような報告内容であったからといって、被告が児童の権利条約 9 条 1 項について、事前の司法審査が必要であると認識した上で、あえてこれらを報告しなかったということにはなり得ず、原告らの主張は論理に飛躍がある。」と主張する（被告第 2 準備書面、第 1、2 (2)エ、6～7 頁）。しかしながら、条約 9 条 1 項の親子分離は一時保護であり、（既に親子分離がされた状態での）「児童を里親若しくは保護受託者へ委託し、又は児童福祉施設に入所させること」ではない。後者を報告しながら一時保護を報告しなかったのは、一時保護が条約 9 条の要請

を満たさないことを認識していたからに他ならない。

第5 「IV：条約9条3項は「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」の実現を要請する」（別紙5頁）について

- 1 条約9条3項は、親から分離された児童について「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」を規定し、その後も、児童の代替的養護に関する指針（第65回国連総会採択決議2009年12月18日）（甲35）や「児童の最善の利益」についてのGeneral Comment（2013年5月29日付）（甲32）で、親から分離された児童に親との交流を保障すべきことが繰り返し確認されてきた。
- 2 2019年3月5日には児童の権利委員会は日本において「施設に措置された児童が生物学的親との接触を維持する権利を剥奪されている」ことを指摘し、深刻な懸念を示している（28.(e)）（甲4）。

第6 「V：分離された親子の面会通信を確保するための立法措置の内容」（別紙6頁）について

- 1 児相側の一方的かつ恣意的な判断（全てのケースでの制限、家事紛争中には面会を認めない、施設入所に同意するまでは面会させない等）で、児童虐待防止法12条に基づく措置によらない、口頭指導での面会通信が行われており（甲21～甲23）、児童の権利委員会からも「施設に措置された児童が生物学的親との接触を維持する権利を剥奪されている」と指摘される（28.(e)）（甲4）状況において、条約9条3項や憲法13条に基づく親子の人権が要請する（親子分離がなされた状況での）親子の面会通信を保障するために、積極的な立法措置が必要であることは明らかである。
- 2 権利の認識なくして権利行使はあり得ず、法律で権利を明記するとともに、その権利を親子分離がされた親子に告知するための立法措置が要請されるとともに、親又は子が面会通信を希望したときに、条約9条3項や憲法13条が要請する内容の面会通信が実施されるよう、実施についての立法措置も要請される。

第7 「VI：憲法13条・31条による、一時保護における適正手続としての司法審査の要請」（別紙8頁）について

- 1 憲法13条・31条は、行政手続についても適正手続を要請するところ、
 - (1) 逮捕（勾留）では義務的司法審査が要請されているところ、児童福祉法33条に基づく一時保護は、①（大人より要保護性の強い）児童を対象として、②その身柄を拘束し（＝子の身体的自由の侵害）、③その期間は逮捕（＝72時間）よりはるかに長期間（2カ月）にわたること、
 - (2) 一時保護されると、身柄が拘束される以外にも、児童は、様々な人権制約を受ける状況に置かれる（甲14～甲18）こと、
 - (3) 児童は「親に養育される権利」を有し（児童の権利条約7条1項、憲法13条）、親は「子を養育する権利」を有する（憲法13条）ところ、一時保護はその親子の人権侵害に他ならないこと、
 - (4) 児童福祉法は「必要があると認めるとき」という漠然とした（＝不明確な）要件での一時保護を認め（児童福祉法33条1項）、厚労省も（児童の権利条約が求める「最後の手段」（甲4、甲37、甲32）とはいえない）積極的な一時保護を推奨しているところ、要件の不明確性と児童相談所長の広範な裁量は、一時保護の濫用の危険を生じさせ、実際も児童の権利条約9条1項や憲法13条に基づく親子の人権制約として正当化されない親子分離が行われていること、
 - (5) 児童の権利条約（9条1項）は親子分離に際しての適正手続として義務的司法審査を要請し、（日本の憲法解釈においても参考とされる）米国でも、親からの隔離による子の保護は修正4条の逮捕（seizure）に該当するとされ、憲法上司法審査が要請される（甲7）るところ、仮に、憲法13条、31条により要請される適正手続が、一時保護に際しての司法審査を要請しないとすれば、日本国憲法に基づく人権保障のための適正手続のレベルが、国際標準に劣ることになり、基本的人権の保障（憲法11条）と条約・国際法規の誠実な遵守（憲法98条2項）を規定する日本国憲法の立場と整合しないこと
- から、憲法13条、31条に基づく適正手続の要請は、一時保護に際

しての義務的司法審査を要請する。

- 2 被告は、身体を拘束する逮捕との違いを主張するが、法律上「人身の自由」「身体の自由」「行動の自由」は明確に区別されているわけではなく(⑥)、手錠等による身体拘束がないからといって、要請される適性手続の保障のレベルが下がるわけではない。実際、刑事手続においても、任意同行(=被疑者の自由な意思に基づく同行)について、途中で家に帰りたと言ったのに帰さなかったとか、途中から帰ろうとしても帰れない場合には、もはや任意同行ということはできず、逮捕と同視すべきとされており(甲39)、児童が希望しても帰宅することが許されない一時保護も、その自由の制限において逮捕と同旨すべきものである。
- 3 判例は、行政手続に対する憲法31条の保障について、「行政手続は、刑事手続とその性質においておのずから差異があり、また、行政目的に応じて多種多様である」ことを踏まえて判断するが、①人権が侵害される主体(児童を含む親子)、②侵害される人権(身体の自由、親子の人権)、③濫用の危険性において、逮捕以上に司法審査が要請される状況にあり、特に児童の人権保障の観点からも、憲法13条、憲法31条が要請する適正手続として、司法審査が要請されることは明らかである。

第8 「Ⅶ：憲法13条に基づく親子の権利の保障」(別紙12頁)について

- 1 児童の権利条約が「児童が父母によって養育される権利を有する」ことを規定し(7条1項)、米国では憲法上の人権として「親が子を養育する権利」「子が親に養育される権利」が保障され、米国最高裁は、親の子についての権利を、本質的(essential)であり、基本的人権(basic civil rights of man)であり、財産権よりはるかに重要な権利(rights far more precious...than property rights)であると判示する(甲5)。日本でも、佐藤幸治、米沢広一、竹中勲といった憲法学者が、憲法13条に基づき「親が子を養育する権利」が保障されるとする。
- 2 「親が子を養育する権利」が憲法上の人権として保障されないとする被告の立場によれば、北朝鮮に子を拉致され、生涯をかけて、その取り戻しを図っている(甲41)人たちにも、憲法上の人権侵害が存

在しないことになるが、憲法上の人権判断としてそのようなそのような価値判断はあり得ない。北朝鮮に子を拉致された人たちの辛苦とその生涯をかけた活動を考えれば、親の子についての権利は、日本国家憲法で保障されるべき基本的人権であることはもちろんのこと、米国最高裁が判示するように、財産権よりはるかに重要な権利であるとする価値判断がなされるべきである。

- 3 被告は、親子の人権の権利内容が不明確であるとするが、米国において憲法上の人権として認められて裁判規範として機能し、また児童の権利条約7条1項も規定する「親が子を養育する権利」「子が親に養育される権利」について、いかなる意味で権利内容が不明確と主張するのか不明である。
- 4 被告は「仮に、民法上の親権と同様の権利を想定しているのであれば、親権が憲法13条で保障されるものでないことは、原告が引用する前記東京地方裁判所令和3年2月17日判決が正当に判示するとおりである。」と主張するが、原告らは、民法上の親権を想定していないし、それ（民法上の親権）が憲法上の人権であると主張するものでもない。民法上の親権は、親子間の調整された権利義務を内容とするものであり、対国家（公共団体）との関係を規律する憲法上の親子の人権とは別物である。
- 5 被告は、「憲法学の通説的見解によれば、憲法13条により保障される権利は、個人的人格的生存に不可欠な利益を内容とする権利をいい（芦部信喜= 高橋和之「憲法(第7版)」121ページ参照）、「子どもを持つかどうかなど家族のあり方を決める自由(断種、避妊、妊娠中絶などの問題)(中略)など、個人的人格的生存にかかわる重要な私的事項を公権力の介入・交渉なしに各自が自律的に決定できる自由は、(中略)憲法上の具体的権利だと解され」ているが(同128ページ)、一方で、「憲法上の権利と言えるかどうかは、特定の行為が個人的人格的生存に不可欠であることのほか、その行為を社会が伝統的に個人の自律的決定に委ねられたものと考えているか、その行為は多数の国民が行おうと思えば行うことができるか、行っても他人の基本権を侵害するおそれがないかなど、種々の要素を考慮して慎重に決定しなければならない」(同122及び123ページ)とされている」と主張するところ、「親が子を養育すること」は親にとって「個人的人格的生存に不可欠な利益」

であり、原則として親の「自律的決定に委ねられ」てきたもので、それは、多数の国民である親が「行おうと思えば行うことができる」ものである。

「他人の基本権を侵害するおそれがないか」についても、児童が両親に養育され、家庭で育つことが、児童の最善の利益に資するもので、親が子を養育することは、子の利益／基本権と整合するというのが児童の権利条約の立場である（甲34、甲32、甲35）。同条約が守ろうとする「子が親に養育されること（＝親が子を養育すること）」（条約7条1項）は、子を主体とすれば「親に養育される権利」となり、親を主体とすれば「子を養育する権利」となるもので、双方の権利が守ろうとするものは同じである。また、米沢広一も、被告が引用する「未成年者と人権」（甲40）において、「①親は血縁や日常生活から生じる子どもへの愛情のため、子どもの最善の利益になるよう行動すると推定される、②親は子どもの成長過程は過去将来を含めて継続的にみとおせる立場にある、③親は子どもの個性や要求を熟知しており子どもの意向を最も反映させやすい立場にある、等の理由から、子どもの保護や自律能力の形成は、第一義的には親の下でなされるべきことになる」としており、親の権利が子の利益／基本権と整合することを裏付ける。

例外事例として、子の虐待の場合等、親の権利が子の権利と抵触する場合がありますが、それは、他の憲法上の人権でも認められる、人権間の調整による制約の問題である。被告が引用し、米沢広一が指摘する「未成年者は、心身ともに未成熟であるために傷つきやすく、また、未成熟状態から成熟状態へと成長していく際に、自分自身の力のみでは不十分あり、そのために、親や国家による保護を必要とする」という子の特性は、人権調整において考慮されるべき事柄であり、「親の子を養育する権利」を否定する理由となるものではない。実際、米沢は、甲40において「まず、親による保護だけでは不十分なのかを問うことが必要となる。十分である場合の国家の介入は、未成年者の権利の侵害とともに親の養教育権の侵害となる」とし、甲26（277～278頁）において、「更に、結婚の自由と同じレベルの家族の形成、維持に関する自由として、妊娠・出産（その前提としての性交）の自由、墮胎の自由、子どもの養教育の自由等が、憲法13条によっ

て保障されている。それゆえ、このような家族の形成、維持に関する自由への直接的制限に関しては、厳格な審査がなされねばならないことになる」としており、親の子を養育する権利は憲法13条で保障される人権であり、それに対する直接的制限（親子分離等）には厳格な審査が妥当すると指摘する。

第9 「Ⅷ：憲法13条に基づく親子の人権（Ⅶ）の効果」（別紙15頁）について

- 1 親子分離は、親子の人権（親の子を養育する権利・子の親に養育される権利）の侵害であり、一時保護に際して司法審査を要請する。また、親の子の養育は、親子の双方向の交わりを前提とし（甲27、196頁）、親子の人権は、親子が分離された場面において、親子の面会通信を要請する。
- 2 被告は、民法上の面会交流権（民法766条）についての裁判例を指摘するが、民法上の親権や面会交流権は、親子間の関係を調整する権利義務であり、本件で、原告らが主張する、対国家（公共団体）の関係を規律する、憲法上の親子の人権とは別物である。
- 3 ここで問われるのは、国（公共団体）が、正当な理由なく、親（子）から子（親）を奪い、子（親）との面会通信も許さずに親子関係を断絶した場合に、親（子）は憲法上の人権を侵害されないのかという問題であり、人権が侵害されるとするのが、憲法13条に基づき、親の子を養育する権利（子が親に養育される権利）を認め、親子分離がされた場合には、子（親）との面会通信の権利を認める立場である。

第10 「Ⅸ：一時保護について」（別紙16頁）について

- 1 児童は、一時保護されると、「身体的自由＝行動の自由」を侵害されるのみならず、様々な人権制約（自己決定権、プライバシー、学習権、知る権利等の制約）を受ける環境に置かれることになる（甲14～甲18）。被告は、被告が発出した一時保護についてのガイドライン等を指摘するが、重要なのは、ガイドライン等の内容ではなく、深刻な人権制約が行われている「現実」である。
- 2 一時保護がされた場合の児童に対する人権制約は、調査研究報告（甲14）、弁護士で構成される第三者委員による意見書（甲17）、各種

報道（甲15、甲16、甲18）によって裏付けられるだけでなく、児童の権利委員会（2019年3月5日）も、日本において「いまなお多数の児童が、基準に満たない施設に措置され、多数の児童虐待の事件が報告されており、そうした施設では外部者による監視や評価のメカニズムが設けられていないこと」について深刻な懸念を示しており（28(b)）（甲4）、親子分離に際して要請される適正手続も、一時保護されるとそのような環境に児童が置かれることも（追加的な事情として）考慮して判断されるべきである。

第11 「X：児童福祉法33条1項の「必要があると認めるとき」の要件の不明確性」（別紙20頁）について

「必要があると認めるとき」（児童福祉法33条）という漠然とした（＝不明確な）要件のもと、広範かつ積極的に一時保護が行われ、児童の権利委員会（甲4）や自由権規約委員会（甲37）から、親子分離に関して明確な基準を定めることを要請されているが、本件では、一時保護の要件を明確に定める立法をしない国会の立法不作為を国賠法上違法であると主張するものではない。ただ、要件の不明確性と児童相談所長の広範な裁量は、一時保護の濫用の危険を意味し、一時保護に際しての司法審査を要請する根拠となる。

第12 「XI：本件での立法不作為の違法性」（別紙20頁）について

- 1 児童の権利条約9条1項は義務的司法審査を要請するもので、同条約締結により、国会議員は一時保護に際しての義務的司法審査を導入する立法措置を講じる義務を負った。また、同条約9条3項は、「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」を規定するとともに、児童の代替的養護に関する指針（第65回国連総会採択決議2009年12月18日）の51、81（甲35）、「児童の最善の利益」についてのGeneral Comment（2013年5月29日付）の65（甲32）等、繰り返し、親から分離された子について親との交流を保障する必要性が確認されたにも関わらず、日本では、分離された親子の面会通信が保障されない状況が続いてきたもので（甲21～甲23）、2019年3月5日には児童の権利委員会から日本で「施設に措置された児童が生物学的親との

接触を維持する権利を剥奪されている」ことを指摘されている（28.(e)）（甲4）。かかる状況において、国会議員は分離された親子の面会通信を保障するための立法措置を講じる義務を負ってきた。他方で、親子分離の際の義務的司法審査と親子分離がされた場合の親子の面会通信は憲法上も要請される適正手続／人権であり、国会議員による立法不作為は（条約上のみならず）憲法上の人権侵害の放置に他ならない。かかる状況において、本件で主張する立法措置が講じられなかったことは国賠法上の違法と評価されるべきである。

- 2 最高裁平成 17・9・14 民集 59 卷 7 号 2087 頁は「立法の内容又は立法不作為が国民に憲法上保障されている権利を違法に侵害するものであることが明白な場合や、国民に憲法上保障されている権利行使の機会を確保するために所要の立法措置を執ることが必要不可欠であり、それが明白であるにもかかわらず、国会が正当な理由なく長期にわたってこれを怠る場合などには、例外的に、その立法不作為は、国賠法 1 条 1 項の規定の適用上違法の評価を受ける」と判示するところ、これは、「国会議員の立法過程における行為が個別の国民に対して負う職務上の法的義務に違背」する場合（最高裁昭和 60・11・21 民集 39 卷 7 号 1512 頁（在宅投票事件））を示したものである。

本件は、条約違反の面が存在するところ、憲法は「日本国が締結した条約及び確立された国際法規は、これを誠実に遵守することを必要とする」（98条2項）と規定し、条約は憲法と同じく、法律の上位の規範として国家機関を拘束し（佐藤幸治 日本国憲法論（第2版）成文堂 101頁）、国会議員は締結した条約が要請する立法措置を行う義務を負う。よって、上記判例の「憲法」には「条約」も妥当し得るものと解すべきであり、少なくとも、①国会が、日本が締結した条約が要請する立法措置をとらず、②その条約による要請が、憲法上も要請される人権保障である場合には、その立法不作為について、国賠法上の違法が認められるべきである。尚、日本は締結した国際条約が要請する立法措置をとる義務があり、それをとらないことは、憲法の「日本国が締結した条約及び確立された国際法規は、これを誠実に遵守することを必要とする」（98条2項）の規定を介して、憲法的にも許されない（佐藤幸治 日本国憲法論（第2版）成文堂 138頁）ことも、上記主張を裏付ける。