

令和3年(ワ)第11934号 損害賠償請求事件

原告 原告1 ほか1名

被告 国


被告第2準備書面

令和4年8月29日

大阪地方裁判所第3民事部合議3係 御中

被告指定代理人

富田 彩 

登村 智恵子 

前田 知明 


二ノ宮 隆 矢 

嶺岸 永 典 

打土井 歳 幸 

太田 美 桜 

八 鍬 亮 太 

田 中 あすか 

(目次)

第1	児童の権利条約9条1項は事前の司法審査を要請するものではなく、同条約との関係において、違法な立法不作為があるとはいえないこと	3
1	原告らの主張	3
2	被告の反論	3
第2	児童福祉法33条が定める一時保護は、逮捕と同視できるものではなく、憲法31条から事前の司法審査が要請されているともいえないこと	13
1	原告らの主張	13
2	被告の反論	14
第3	児童福祉法33条1項が定める「必要があると認めるとき」の要件は不明確でなく、一時保護の要件を明確に定める立法をしない立法不作為が国賠法上違法であるとする原告らの主張に理由がないこと	21
1	原告らの主張	21
2	被告の反論	21

被告は、本準備書面において、原告らの令和4年5月10日付け準備書面（1）（以下「原告第1準備書面」という。）、同月13日付け準備書面（2）（以下「原告第2準備書面」という。）に対し、必要と認める範囲で反論する。

なお、略語は、本準備書面において新たに定めるもののほか、従前の例による。

第1 児童の権利条約9条1項は事前の司法審査を要請するものではなく、同条約との関係において、違法な立法不作為があるとはいえないこと

1 原告らの主張

原告らは、児童の権利条約9条1項の英語正文、ユニセフが作成した児童の権利条約履行ハンドブック（甲第10号証）、「児童相談所における一時保護の手續等の在り方に関する検討会とりまとめ」（甲第12号証）等の記載を引用し、児童の権利条約9条1項は、「司法による事前審査を要請するものであり、取消訴訟等の事後審査の存在をもって、その要件（引用者注：「権限のある当局が司法の審査に従うことを条件として」との要件）を満たすものではなく、司法による事前審査を用意する立法措置を怠った立法不作為が国賠法1条1項の違法と評価される旨主張する（訴状4ないし13ページ、原告第1準備書面2ないし5ページ）。

2 被告の反論

(1) 児童の権利条約9条1項は、文言上、事前審査を要請しているとはいえないこと

児童の権利条約9条1項は、被告第1準備書面第3の2(2)（8及び9ページ）で述べたとおり、「権限のある当局が司法の審査に従うことを条件として適用のある法律及び手續に従いその分離が児童の最善の利益のために必要であると決定する場合」に、児童がその父母の意思に反して当該父母から分離されることを認めており、明文上、「司法の審査」が事前審査であることまでは要請されていない。

これに対し、原告らは、同条約9条1項の「competent authorities subject to judicial review determine」について、「権限のある当局が司法審査を受けて決定すること（＝司法審査を受けた決定であること）を意味する。」と主張する（原告第1準備書面2ページ）。

しかし、一般に、「条約は、文脈によりかつその趣旨及び目的に照らして与えられる用語の通常の意味に従い、誠実に解釈するもの」とされているところ（条約法に関するウィーン条約31条1項）、児童の権利条約9条1項の「subject to judicial review」の「subject to～」は、政府訳のとおり、「～に従う」、「～を条件として」の意味であり、同条項において、「司法の審査（judicial review）」の時期やその方法についてまで明確に規定されていないことは、その文言上、明らかであるから、「司法審査を受けて決定すること（中略）を意味する。」との原告らの主張は不正確な日本語訳に基づくものというべきである。むしろ、研究社新英和大辞典（第6版）で、「review」の用語に、「再調査する」「再吟味する」「再審理する」などの日本語訳がされていることからすれば、同条項においては、「権限のある当局」が決定をしたことについて、司法機関が事後的に審査をすることが想定されていたからこそ、「review」の用語が用いられたとも考えられるのであり、いずれにしても、原告らの主張は不正確な日本語訳に基づくものであって理由がない。

(2) 児童の権利委員会の勧告等を根拠とする原告らの主張に理由がないこと

ア リトアニアに対する児童の権利委員会の勧告内容についての原告らの引用は正しくないこと

原告らは、児童の権利委員会がリトアニアに対し、「締約国は、親権と親子関係を適切に保護し、管轄当局が、適用される法律および手続きに従

って、司法審査を受けて、そのような分離が子供の最善の利益のために必要であると決定した場合を除いて、親の意思に反し子供が親から離れないようにするために、親権の制限に関する正確な基準の確立を含むすべての可能な措置を講じること。」を勧告したことを根拠に、児童の権利「条約9条1項の司法審査が親子分離の決定の時点に要求されるものであることは明らかである。」と主張する（原告第1準備書面3ページ）。

しかしながら、原告らが前記主張で引用するリトアニアに対する児童の権利委員会の勧告は、英語の原文（甲第10号証の1・127ページ）を確認すれば明らかなおお、児童の権利条約9条1項の英語正文と同一の表現（「competent authorities subject to judicial review determine」）が用いられており、原告らにおいて、「管轄当局が（中略）司法審査を受けて（中略）決定した場合」と翻訳した日本語訳を証拠提出した上で（甲第10号証の2）、前記主張に引用したものにすぎず、当該日本語訳が正確でないことは、前記(1)で述べたとおりである。

イ 児童の権利委員会の勧告は法的拘束力を有しないこと

また、この点をおくとしても、児童の権利委員会は、児童の権利「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（同条約43条1項）、締約国は、児童の権利委員会に対し、同「条約において認められる権利の実現のためにとった措置及びこれらの権利の享受についてもたらされた進歩に関する報告を国際連合事務総長を通じて委員会に提出することを約束」し（同条約44条1項）、同委員会は、上記報告等に基づく「提案及び一般的な性格を有する勧告を行うことができる。」（同条約45条（d））とされている。このような規定内容から明らかなおお、同委員会の総括所見は、飽くまで「提案及び一般的な性格を有する勧告」にとどまるものであり、法的拘束力は認め

られない。

そして、同所見が、当該所見の宛先である締結国との関係で法的拘束力を持つものでない以上、同所見の宛先ではない我が国との関係で法的拘束力を有しないことは明らかである。

ウ 児童の権利委員会は我が国に対し事前の司法審査の導入を勧告していないこと

原告らは、児童の権利委員会が、我が国の第4回・第5回政府報告に関する総括所見において、義務的司法審査を導入することを求めていることについて、児童の権利条約9条1項が事前の司法審査を要請していることの根拠となる旨主張する（原告第1準備書面2ページ）。

しかしながら、当該概括所見において求められたのは、飽くまで義務的司法審査の導入についてであって、同所見では司法審査が事前か事後かについてまでは明示されておらず、事前の司法審査の導入まで求められたものではないから、原告らの主張は理由がなく、むしろ、この点は、児童の権利条約9条1項において事前の司法審査が要請されていないことの表れというべきである。

エ 児童の権利委員会に対する我が国の報告に係る原告らの主張は理由がないこと

原告らは、我が国が、児童の権利条約の履行状況の報告において、児童福祉法28条に基づく家庭裁判所の承認手続等の説明をする一方で、一時保護それ自体の説明や、一時保護が取消訴訟等の対象であることの説明を同条約9条に関連する取組を記載する部分で行っていないことをもって、

「日本政府自身、9条1項の司法審査が、親子分離の決定の時点で要求されるものであると認識した上で、一時保護や取消訴訟等の事後的な司法審査について、あえて報告していなかったものである。」と主張する（原告第1準備書面4及び5ページ）。しかし、ここで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（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。

オ ユニセフの児童の権利条約履行ハンドブックに基づく原告らの主張も理由がないこと

原告らは、ユニセフが作成した児童の権利条約履行ハンドブックの記載を根拠に、児童の権利条約において事前の司法審査が要請されている旨主張するが（原告第1準備書面2ないし4ページ）、ユニセフは、国際連合総会の補助機関であり、児童の権利条約において、同機関に解釈権限を与えるような規定は存在せず、同機関は、同条約に関して解釈権限を有しない。したがって、ユニセフが作成した児童の権利条約履行ハンドブックに法的拘束力が認められないことは明らかである。

また、原告らは、同ハンドブック中の「第9条が起案されたとき、国の代表は、「分離期間は国内法の下でできるだけ短期間であるべきである」ため、司法審査をすばやくする必要を繰り返し強調した」ことを指摘した部分を引用し、「事前の司法審査を前提に、その判断が速やかに行われることで分離期間が最小限になるよう求めるものである。」と主張するが（原告第1準備書面3及び4ページ）、かかる記載は、権限のある当局により既に親子の分離がされていることを前提としたものであることが明らかであるから、事前の司法審査を前提にしたものとの原告らの主張は理由

がない。

- (3) 事前の司法審査がないとの理由で児童の権利条約9条1項を留保した国があることをもって、同項が我が国に対して司法による事前審査を要請しているとはいえないこと

原告らは、児童の権利条約の締約国のうち複数の国が、国内法において、福祉関連当局が、事前の司法審査なしに児童と父母の分離を決定する権限を与えられていることとの関係で、同条約9条1項を留保していることをもって、同条項が事前の司法審査を要請したものであると主張する（原告第1準備書面4ページ）。この点、同条約は、締約国が同条約に留保を付することを認めているところ（同条約51条）、「留保」とは、「国が、条約の特定の規定の自国への適用上その法的効果を排除し又は変更することを意図して、条約への署名、条約の批准（中略）の際に単独に行う声明（中略）をいう。」（条約法に関するウィーン条約2条1項（d））。すなわち、留保は、各国が、ある条約に関し、当該条約に関する自国の解釈に基づいて一方的に行う行為である。

また、一般に、条約をどのように解釈し、実施するかについては、各締約国において個別に判断されるものであり、一締約国の条約解釈は、それ自体をもって他の締約国の権利、義務の内容を確定するものではない。

このような条約の留保の性質や条約の解釈の在り方からして、我が国以外の締約国が、その個別の判断として児童の権利条約9条1項につき留保したことをもって、同項それ自体が我が国に対して事前の司法審査を要請していると解釈することはできないから、原告らの主張は理由がない。

- (4) 取消訴訟等の事後審査であっても、児童の権利条約9条1項の要請を満たしており、「児童相談所における一時保護の手続等の在り方に関する検討会とりまとめ」は、一時保護に関する事前審査に限らない司法審査の在り方等を検討したものであること

ア 取消訴訟等の事後審査によっても児童の権利条約9条1項の要請を満たしていること

原告らは、「取消訴訟等の事後審査による救済では、違法か否かの問題に審査が限定される（＝不当な保護から守られない）とともに、違法な保護も、その判断がなされるまで長期間継続することとなる」から、「条約9条1項の司法審査に該当しないことは明らかである。」旨主張する（原告第1準備書面3ページ）。

しかし、前記(1)で述べたとおり、児童の権利条約9条1項は、文言上、事前の司法審査を要請しておらず、取消訴訟等の事後審査であっても、司法審査である点で、同項の要請を満たしていることは明らかである。

また、仮に、一時保護につき事前の司法審査をしたとしても、司法審査である以上、法適合性の観点からの審査という点で、事後審査の場合とその審査の対象が変わることになるものではない。

さらに、処分取消しの訴えを提起した場合には執行停止の申立てをすることができるから（行政事件訴訟法25条2項）、司法による判断がされるまで違法な保護が長期間継続することとなる旨の原告らの主張は理由がない。

イ 「児童相談所における一時保護の手続等の在り方に関する検討会とりまとめ」は、一時保護に関する事前審査に限らない司法審査の在り方等を検討したものであること

原告らは、「児童相談所における一時保護の手続等の在り方に関する検討会とりまとめ」（甲第12号証、乙第7号証。以下「とりまとめ」という。）においても、「取消訴訟等の事後的救済では、条約9条の要請を満たさないことが前提とされている。」と主張する（原告第1準備書面4ページ）。

しかしながら、そもそも、とりまとめは、いうまでもなく「児童相談所

における一時保護の手續等に関する検討会」の構成員である有識者の意見を取りまとめたものであって、被告の認識や意見を取りまとめたものではない。すなわち、「児童福祉法及び児童虐待の防止等に関する法律の一部を改正する法律」（平成29年法律第69号。以下「平成29年改正法」という。）は、その附則において、令和2年度内をめぐりとして、児童相談所の体制の整備の状況、要保護児童を適切に保護するために都道府県及び児童相談所が採る措置の実施状況等を勘案し、同法による改正後の法律の規定について検討を加え、必要な措置を講ずるものとし、「児童虐待防止対策の強化を図るための児童福祉法等の一部を改正する法律」（令和元年法律第46号）は、その附則において、令和2年度内をめぐりとして、要保護児童を適切に保護するために都道府県及び児童相談所が採る一時保護その他の措置に係る手續の在り方等について検討を加え、必要な措置を講ずるものとしていたことから、同年9月、厚生労働省子ども家庭局長は、一時保護等に関する司法関与や一時保護・社会的養護措置その他児童相談所が採る措置等の一時保護から社会的養護措置及び家庭復帰支援に至る一連の制度全体について手續等の在り方を検討するため、有識者に参集を求めて、「児童相談所における一時保護の手續等の在り方に関する検討会」を設置したものであり（乙第7号証3及び4ページ）、とりまとめは、同検討会における有識者の意見を取りまとめたものという位置づけである。

そして、とりまとめは、「一時保護に関する司法審査の在り方について」の項目（甲第12号証3枚目、乙第7号証9ページ）において、平成29年改正法により、2か月を超える親権者等の意に反する一時保護について家庭裁判所による審査が導入されたことを踏まえ、一時保護の開始に当たっての手續保障について、「一時保護に不服のある保護者等が行政に行政不服審査の申立てをしたり行政訴訟を提起することは可能。」とした上で、「一時保護に関する更なる司法関与について検討する必要がある

る。」との方向性を示している。その際、とりまとめは、児童の権利条約9条の規定内容及び児童の権利委員会による我が国の第4回・第5回政府報告に関する統括所見で義務的司法審査の導入を要請されていることに触れているが、児童の権利条約9条1項が事前の司法審査を要請しているといった理解は示していない。また、とりまとめは、「児童相談所による一時保護に関する判断の適正性の担保や手続の透明性の確保を図る必要がある」（乙第7号証12ページ）ことも踏まえ、「独立性・中立性・公平性を有する司法機関が一時保護の開始の判断について審査する新たな制度を導入すべき」（同ページ）と提言するにとどまり、新たに検討すべきとする司法審査の内容について、事前審査とすべきとは述べていない。

つまり、有識者の検討結果であるとりまとめにおいても、既に取消訴訟等の司法審査の方策があることを前提に、児童の権利委員会の勧告による義務的司法審査導入の要請等を踏まえ、児童相談所長等による一時保護の開始の判断について、事前事後を問わず、新たな司法審査を設けることが提言されたのであって、「取消訴訟等の事後的救済では、条約9条の要請を満たさないことが前提」（原告第1準備書面4ページ）とされていたものではないから、原告らの主張は理由がない。

(5) 一時保護をする場合の司法審査につき、国会が必要な立法措置を怠っているとはいえないこと

以上のとおり、児童の権利条約9条1項は、我が国に対して事前の司法審査を要請するものではなく、取消訴訟等の事後審査によって同項の要請は満たされているが、要保護児童の措置に係る手続における裁判所の関与等については、平成28年から検討が行われ、平成29年改正法により、児童相談所長等が行う一時保護について、親権者等の意に反して2か月を超えて行う

場合、家庭裁判所の承認が必要とされた（児童福祉法33条5項）^{*1}。

このような一時保護が保護者等の意に反して2か月を超えて行われる場合の家庭裁判所の承認手続は、児童相談所の権限行使についての適法性の担保のために設けられたものである（乙第7号証9ページ参照）。

しかし、一時保護の開始に当たっては、同様の手続が設けられていなかったことから、前記「児童相談所における一時保護の手続等の在り方に関する検討会」の議論等を踏まえ、児童相談所による一時保護の判断の適正性や手続の透明性の確保のため（乙第7号証12ページ）、一時保護開始の判断に関する司法審査を導入することが盛り込まれた「児童福祉法等の一部を改正する法律」が令和4年6月に成立した（令和4年法律第66号。以下「令和4年改正法」という。乙第8号証）。同改正法において、児童相談所長等は、一時保護開始日から起算して7日以内に地方裁判所等の裁判官に一時保護状を請求しなければならないとされた（令和4年改正法3条による児童福祉法33条の改正。令和6年4月1日施行）。

裁判官に対する一時保護状の請求に一定の期間を設けた趣旨は、一時保護は、児童の生命・身体等の安全を守るためにちゅうちょなく緊急に実施する必要が高い一方、当該児童の虐待の有無等の事実関係については、児童や親権者等への確認のみならず、警察、学校、医療機関等関係機関への確認等も必要となり、一定の時間を要することから、事前審査を原則とすると、事実関係の確認に時間を要し、かえって一時保護が実施できず児童の安全を損な

*1 原告2の一時保護についても、児童相談所長は、令和2年9月4日、家庭裁判所に対し、引き続きの一時保護に係る承認の審判を申し立て、同月24日、これを承認する審判がされ、同審判に対し、原告1から抗告がなされたものの、同年10月30日、同抗告は棄却されている（訴状3ページ参照）。

うような事態となる可能性があることから、児童の安全の確保のため、ちゅうちょなく緊急に行う一時保護を妨げないようにすることにある（第208回国会衆議院厚生労働委員会議録第17号・政府参考人発言、乙第9号証8及び9ページ）。

このような趣旨から考えると、一時保護について、事前の司法審査を常に必要とする立法措置を講ずることは、児童の安全を確保する一時保護を妨げないようにするという見地からすれば、困難といわざるを得ない。

また、このような平成29年改正法から令和4年改正法に至る一連の立法経緯からすれば、国会は、児童の父母からの分離について、手続の適正性及び透明性の確保の観点から、児童の権利条約9条1項にいう「司法の審査」に関する一定の立法を行ってきたということが出来るから、国会が長期にわたって必要な立法措置を怠っている場合にも当たらない。

(6) 小括

以上のとおり、児童福祉法33条が定める一時保護は、児童の権利条約9条1項が事前の司法審査を要請したものでないことから、同条約に違反するものではなく、同条約との関係において国民の権利を違法に侵害するものであることが明白な場合に当たるとはいえないし、同条約にいう「司法の審査」について国会が正当な理由なく長期にわたり必要な立法措置を怠っている場合に当たるともいえない。

第2 児童福祉法33条が定める一時保護は、逮捕と同視できるものではなく、憲法31条から事前の司法審査が要請されているともいえないこと

1 原告らの主張

原告らは、東京都児童相談所一時保護所及び神戸市こども家庭センターに保護された児童の意見（甲第17号証及び甲第18号証）に基づき、「一時保護された児童は（中略）行動の自由を含む様々な自由（中略）について深刻な制

約を受けることとなり、「自由に外に出ることもできず（中略）身体の自由が拘束された状態にあ」り、「法定手続の保障としてどのような手続が要請されるかは、想定される人権侵害により決せられるべきところ、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その身柄を拘束する（＝子の身体的自由の侵害）だけでなく（中略）様々な人権侵害の状況に児童を置くものであり、③その期間は逮捕（＝72時間）よりはるかに長期間（2か月）にわたるものであること」から、「少なくとも逮捕の場合と同様に事前の司法審査が要請される」と主張する（原告第1準備書面6ないし10ページ）。

2 被告の反論

(1) 一時保護に当たっては、児童の権利擁護に配慮した保護が行われていること

被告第1準備書面第3の2(1)（6ないし8ページ）で述べたとおり、一時保護は、児童の安全を迅速に確保し適切な保護を図るという目的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という目的を達成するために行われているものであるから、同準備書面第3の2(3)イ（10ページ）で述べたとおり、保護された児童につき、一定の行動の自由の制限を伴う場合がある。しかし、一時保護に当たり、児童の安全確保とともに、児童の権利擁護が図られ、安全・安心な環境で適切なケアが提供されることが重要であることは明らかであり、このことは、「一時保護ガイドラインについて」（令和2年3月31日付け子発0331第4号厚生労働省子ども家庭局長通知。以下「一時保護ガイドライン」という。乙第10号証）においても、指針として示されている（同号証2ページ）。

まず、児童を保護する環境については、一時保護ガイドラインにおいて、「子どもの安全を確保するための閉鎖的環境（一定の建物において、子どもの自由な外出を制限する一時保護の環境をいう。以下同じ。）で保護する期

間は、子どもの権利擁護の観点から、子どもの安全確保のために要する必要最小限とし、開放的環境（閉鎖的環境以外の一時保護の環境をいう。以下同じ。）においても子どもの安全確保が可能であると判断される場合は、速やかに開放的環境に子どもを移すことを検討する。」として、開放的環境において保護を行うことが原則とされている（乙第10号証6ページ）。そして、「一時保護を行う場合は、代替養育の場という性格も有することから、家庭における養育環境と同様の養育環境（中略）にあって、個別性が尊重されるべき」であるとし、一時保護した児童に対し、「個別的な対応ができるようにする」ことや、「一時保護所内で開放的環境を確保する」ことが望ましいとされ、「閉鎖的な一時保護所についても、個室の整備や活用によって、子どもが個人として生活の確保が場面ごとに選択できるような体制を整備すべきである」とされている（同号証10ページ）。

また、「一時保護中の子供の権利擁護について」（令和元年7月29日付け子発0729第1号厚生労働省子ども家庭局長通知。乙第11号証）において、各都道府県知事等に対し、一時保護所の体制整備に加えて、一時保護された児童に一律に集団生活のルールを押し付けることは権利侵害に当たると考えるべきであること、児童が適切に教育を受けられるよう、里親の活用を含め委託一時保護を積極的に検討するほか、児童の安全が守られない場合等を除き、学校等に通園・通学させ、必要な支援を受けさせること、一時保護された児童の権利が守られるように第三者機関を設置するなど児童の意見が適切に表明されるような配慮を行うことなどの方針が示されている。

一時保護された児童が、一時保護所から在籍校に通うことは妨げられておらず、一時保護されている児童の中には、学習をするだけの精神状況にないなどの児童もいることから、一時保護ガイドラインでは、学習支援に関して、「子どもの状況や特性、学力に配慮した支援を行うことが必要」として、仮に、在籍校に通うことができない場合であっても、在籍校と緊密に連携を図

り、取り組むべき学習内容や教材などを送付してもらうなどするほか、「職員派遣や教材提供などについて、都道府県又は市町村の教育委員会等と連携」することとしている（乙第10号証28ページ）。

この点に関し、被告は、一時保護所の環境整備や児童に対する学習支援等の児童に対する権利擁護に関する補助金の予算措置をしており、各都道府県等においても、国の補助金を活用しながら、一時保護所等の個別対応のための体制整備、学習支援員の配置や原籍校（在籍校）への通学支援、一時保護所に対する第三者評価等の児童の権利擁護に関する環境整備等を行っている

（令和4年4月13日付け子発0413第6号厚生労働省雇用均等・児童家庭局長通知「児童虐待防止対策支援事業の実施について」。乙第12号証）。

このような被告の発出したガイドライン等の指針や、財政支援により、現に、多くの都道府県等が、一時保護所等における個室の整備を進めたり、ファミリーホームや里親等に一時保護を委託し、家庭的な養育のもと、通学支援を行うなどしており、また、「子どもの権利擁護に係る実証モデル事業」として、一時保護中の児童に対しても児童福祉審議会の委員等による面会（意見表明支援）と調査を行うなど児童の権利に配慮した先駆的な取組を行っている自治体も存在する（同号証31ページ参照）。

このように、一時保護に当たっては、児童の権利擁護に配慮した保護が行われている。これに対し、原告らは、平成31年3月に作成された「意見書【東京都児童相談所一時保護所】」（甲第17号証）、同年4月に配信された神戸市こども家庭センターに保護されたとされる児童の意見を記載した新聞記事（甲第18号証）等という限られた一時保護所における児童の意見が、あたかも全国の一時保護においても妥当するかのよう述べているが、過去の特定の一時保護所における処遇を一般化するものであって妥当でない。

(2) 児童福祉法33条に基づく一時保護は、逮捕と同視できないこと

原告らは、一時保護の期間が刑事訴訟法上の逮捕の効力の時間的制限（7

2時間)よりも長いことや身体的自由の拘束という点で、一時保護は刑事訴訟法上の逮捕と同視できる旨主張するが(原告第1準備書面9及び10ページ)、以下に述べるとおり、刑事訴訟法上の逮捕と一時保護を同視することはできない。

すなわち、刑事訴訟法上の逮捕とは、被疑者の身体を拘束し、これを指定の場所に引致することであり、その後一定期間被疑者を留置できることは、法により特別に認められた付随的効果である(河上和雄ほか「大コンメンタール刑事訴訟法第4巻(第2版)」188ページ)。そして、逮捕に際しては、必要に応じ、社会通念上相当な限度の有形力の行使が認められており、刑事実務上、被疑者の逃走等を防止するため、その身体を拘束する方法としては、通常、被疑者の両手首に手錠をかけることにより行われている(犯罪捜査規範127条)。

これに対し、前記(1)で述べた一時保護所における児童の処遇状況によれば、一時保護された児童は、一時保護の目的を達成するためや監護の必要のため、自由な外出を制限される場合があり得るものの、一時保護をされている建物内では自由に行動することができるのであり、自由に対する制約の態様・程度が刑事手続における逮捕とは明らかに異なっている。この点において、原告らが、前記1②で、一時保護が児童の「身柄を拘束する」ものであると主張しているのは、誤った理解に基づくものというべきである。

(3) 一時保護は行動の自由の制限にとどまり、直接的な身体の自由に対する制約を伴わないこと

原告らは、被告が、被告第1準備書面第3の2(3)イ(10及び11ページ)において、一時保護について、児童の行動の自由の制限を伴う場合があるにすぎず、当該児童の身体の自由を奪うものではない旨主張したのに対し、被告のいう「行動の自由」と「身体の自由」の区別が不明であり、人身保護法上、「身体の自由」は「行動の自由」を意味すると解されていることなど

を根拠に、一時保護により児童の行動の自由が制限された状態が逮捕による身柄拘束と同視できる旨主張するようである（原告第1準備書面8ないし10ページ）。

しかし、被告は、飽くまでも一時保護による行動制限の程度が、身体を直接的に拘束するものではないという意味で、逮捕と同視することができないことを主張するものであり、広義の「身体的自由」に「行動の自由」が含まれる場合があることを否定する趣旨ではない。

この点、児童福祉法27条の3は、「都道府県知事は、たまたま児童の行動の自由を制限し、又はその自由を奪うような強制的措置を必要とするときは、第33条、第33条の2及び第47条の規定により認められる場合を除き、事件を家庭裁判所に送致しなければならない。」と規定するところ、同規定にいう「たまたま児童の行動の自由を制限し、又はその自由を奪うような強制的措置」とは、「児童の無断外出が著しい、問題行動が激しいなど、通常の監護では対応できない場合」（磯谷文明ほか「実務コンメンタール児童福祉法・児童虐待防止法」324ページ・乙第13号証）に、保護室を使用するなどの強制的な措置を採ることをいい、そのような場合には、家庭裁判所の許可を得る必要があるとされたものである。このことから明らかなとおり、被告のいう「行動の自由」とは、児童福祉法27条の3で規定する「行動の自由」をいい、児童が範囲等を限定されることなく、自由に行動することをいう。

一方、前記(2)で述べたように、逮捕とは、刑事手続において、被疑者の身体を拘束し、一定の場所に引致することをいい、刑事実務では、被疑者の逃走等を防止するため、必要かつ相当な範囲の有形力の行使として、両手錠をかけて行われていることから、被告が、一時保護は逮捕とは異なり「身体的自由」を奪うものではないとの主張で用いている「身体的自由」とは、身体の一部ないし全部の動きを直接的な拘束等により制限されず、自由に動か

せることを指す。

したがって、行動の自由の制限にとどまる一時保護は、刑事手続上の処分でない上、直接的な身体の拘束を伴わない点で、逮捕と同視することはできないというべきである。

そして、このような行動の自由に対する制約は、一時保護が、被告第1準備書面第3の2(1)(6ないし8ページ)で述べたとおり、児童が虐待を受けるなどしている場合において、当該児童の安全を迅速に確保し適切な保護を図るため、又は当該児童の心身の状況等を把握することを目的として行われるもので、国家的、公益的、人道的見地からの強い要請によって行われるものであることから、必要かつ合理的な範囲の制約として許容される。

(4) 仮に、一時保護の手続に憲法31条が準用されたとしても、憲法31条により保障される適正手続の内容として、事前の司法審査まで含まれるとは解されないこと

これに対し、原告らは、最高裁判所大法廷平成4年7月1日判決及び最高裁判所第三小法廷平成29年12月18日判決を引用し、憲法31条の定める法定手続の保障は、直接には刑事手続に関するものであるが、行政手続については、それが刑事手続ではないという理由から、当然に同条の保障の枠外にあると判断するのは相当でなく、その保障に在り方については、刑事手続との差異を考慮し、当該手続の性質等に応じて個別に考えるべきとして、一時保護は逮捕と同視できるので事前の司法審査が要請される旨主張している(原告第1準備書面9及び10ページ)。

しかし、前記(2)のとおり、一時保護における行動の自由に対する制約の態様・程度は、刑事手続における逮捕とは明らかに異なっており、一時保護と逮捕を同視することはできないのであるから、原告らの主張は前提において誤っている。

この点をおくとしても、最高裁判所は、いわゆる成田新法事件判決(最高

裁平成4年7月1日大法廷判決・民集46巻5号437ページ)において、憲法31条の保障が行政手続に及ぶと解すべき場合でも、「一般に、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から、行政処分の相手方に事前の告知、弁解、防御の機会を与えるかどうかは、行政処分により制限を受ける権利利益の内容、性質、制限の程度、行政処分により達成しようとする公益の内容、程度、緊急性等を総合較量して決定されるべきものであって、常に必ずそのような機会を与えることを必要とするものではないと解するのが相当である。」とし、かかる限定を付した上で、憲法31条の行政手続への適用ないし準用を認めたものである。

したがって、仮に、ある行政手続に憲法31条が準用された場合であっても、行政処分の相手方に事前の告知、弁解、防御の機会を常に与えることを必要とするものではない。そして、前記第1の2(5)で述べたとおり、一時保護は、児童の生命・身体等の安全を守るためにちゅうちょなく緊急に実施する必要が高い一方、事前審査を原則とすると、事実関係の確認に時間を要し、かえって一時保護が実施できず児童の安全を損なうような事態となる可能性があること、犯罪の嫌疑を理由とする逮捕(刑事手続)については令状主義の原則が憲法33条で別途定められていることも踏まえると、行政手続である一時保護について憲法31条により保障される適正手続の内容に、事前の司法審査を受けることまでは含まれないというべきである。

(5) 小括

したがって、児童福祉法33条が定める一時保護は、刑事訴訟法上の逮捕と同視することはできず、一時保護の開始に当たって事前の司法審査がされていないことが憲法31条に違反するものでもなく、同条が保障する国民の権利を違法に侵害するものであることが明白な場合に当たるとはいえないし、国会が正当な理由なく長期にわたって必要な立法措置を怠っている場合に当

たるともいえない。

第3 児童福祉法33条1項が定める「必要があると認めるとき」の要件は不明確でなく、一時保護の要件を明確に定める立法をしない立法不作為が国賠法上違法であるとする原告らの主張に理由がないこと

1 原告らの主張

原告らは、児童福祉法33条1項が定める「必要があると認めるとき」の要件について、「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ているのが実情である旨主張するところ(原告第2準備書面2及び3ページ)、これは、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が国賠法上違法であると主張するものと解される。

2 被告の反論

(1) 児童福祉法33条1項が定める一時保護は、憲法13条の保障する国民の権利を違法に侵害するものとはいえないこと

被告第1準備書面第3の1(1)(6ページ)で述べたとおり、国会議員の立法行為(立法不作為を含む。)が国賠法1条1項の適用上違法の評価を受けるのは、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の極めて例外的な場合に限られる。しかるに、同準備書面第3の2(3)(10ないし12ページ)で述べたとおり、児童福祉法33条1項が定める一時保護は、憲法13条に違反するものではなく、同条が保障する国民の権利を違法に侵害するものであることが明白な場合に当たるとはいえず、また、国会が正当な理由なく長期にわたって必要な立法措置を怠っている場合に当たるともいえないから、児童福祉法33条1項が定

める一時保護開始の要件を明確に定める立法措置を執らないことが、国賠法 1 条 1 項の適用上違法の評価を受ける余地はない。

その上で、原告らの前記 1 の主張に即し、念のため検討するに、以下で詳述するとおり、児童福祉法 33 条 1 項の「必要と認めるとき」の要件は不明確であるとはいえない。

(2) 児童福祉法 33 条 1 項の定める要件は、条文の規定文言それ自体から不明確とはいえないこと

児童福祉法 33 条 1 項は、「児童相談所長は、必要があると認めるときは、第 26 条第 1 項の措置を採るに至るまで、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、児童の一時保護を行い、又は適当な者に委託して、当該一時保護を行わせることができる。」と規定する。

この規定の文言からすれば、児童の一時保護は、「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」という目的を達成するために「必要があると認めるとき」に児童相談所長が行うことができることは明らかであり、文言上、「必要があると認めるとき」という要件が漠然かつ不明確であるとはいえない。

なお、前記目的規定は、一時保護の目的が法文上も明確化されることが望ましいことから、児童福祉法等の一部を改正する法律（平成 28 年法律第 63 号）により規定されたものである。

(3) 「必要があると認めるとき」との文言は、一時保護の性質や、これに該当するか否かの判断が児童相談所長の合理的な裁量に委ねられていることからすれば、不明確とはいえないこと

児童福祉法 33 条が定める一時保護とは、被告第 1 準備書面第 3 の 2 (1) (7 ページ) で述べたとおり、児童が虐待を受けるなどしている場合におい

て、当該児童の安全を迅速に確保し適切な保護を図るため、又は当該児童の心身の状況等を把握することを目的として、親権者又は当該児童の同意の有無を問わず、当該児童を保護することを認めた規定である。しかるところ、上記のように「児童が虐待を受けるなどしている場合」とひとくちにいつても、身体的、性的又は心理的虐待といった様々な場合が考えられる。また、①「棄児、迷子、家出した子ども等現に適当な保護者又は宿所がないために緊急にその子どもを保護する必要がある場合」、②「虐待等の理由によりその子どもを家庭から一時引き離す必要がある場合」、③「子どもの行動が自己又は他人の生命、身体、財産に危害を及ぼす若しくはそのおそれがある場合」、④「一定の重大事件に係る触法少年と思料すること等のため警察から法（引用者注：児童福祉法）第25条に基づき通告のあった子ども又は少年法（昭和23年法律第168号）第6条の6第1項に基づき送致のあった子どもを保護する場合」といった、児童の安全を迅速に確保し適切な保護を図ることを目的に一時保護を行う必要がある場合（緊急保護）もあれば（乙第10号証5及び6ページ）、児童から性的虐待の申告があるなどして、児童にとって適切かつ具体的な援助指針を定めるために、一時保護による十分な行動観察等の実施を含む総合的なアセスメント（調査及び判定）を行う必要がある場合など、児童の心身の状態やその置かれている環境その他の状況を把握することを目的に一時保護を行う必要がある場合（アセスメント保護）もある（同号証6ページ）。

このように、児童福祉法33条1項に基づく一時保護は、その必要性の有無の判断で考慮される事由が、具体的な事案における事実関係によって様々なものとなることが想定されていることからすると、その要件となる文言は、ある程度抽象的なものとなることが不可避である（さいたま地裁平成31年3月27日判決・乙第3号証64ページ）。

他方、児童が虐待を受けるなどしている場合に児童を一時保護することは、

国家的、公益的、人道的見地からの強い要請を実現するために、高度かつ緊急の必要性を有するものであると解される（被告第1準備書面第3の2(1)・8ページ）。そして、児童福祉法が、児童相談所の所長及び所員につき児童の福祉等に関する一定の専門知識や経験を有することを要求していることからすれば（児童福祉法12条の3、13条）、一時保護の必要があると認められるか否かの判断に当たっては、児童相談所長等による専門的な知識等に基づく迅速な判断を必要とするものと解される。

このように、一時保護の性質から、一時保護の要件となる文言がある程度抽象的なものになることが不可避である一方、一時保護には国家的、公益的、人道的見地からの強い要請を実現するために高度かつ緊急の必要性が認められること、一時保護の必要があると認められるか否かの判断に当たっては、児童の福祉等に関する一定の専門的な知識等に基づく迅速な判断を必要とするものと解されることからすれば、児童相談所長には、「必要があると認めるとき」に該当するか否かの判断につき、合理的な裁量が認められる（東京地裁平成25年8月29日判決（東京高裁平成26年2月20日判決（乙第1号証）の原審）・判例時報2218号61ページ参照）。

以上のとおり、「必要があると認めるとき」との文言は、一時保護の性質や、これに該当するか否かの判断が児童相談所長の専門的知識等に基づく合理的な裁量に委ねられていることからすれば、不明確であるとはいえない。

(4) 小括

以上のとおり、児童福祉法33条1項に規定する「必要があると認めるとき」という要件は、不明確とはいえない。

したがって、一時保護の要件を明確に定める立法措置を執らない立法不作為が、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であるとはいえず、同立法不作為が国賠法1条1項の適用上違法であるとはいえない。

以上