

副本

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4準備書面


令和5年2月13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  代
- 登村 智恵子  代
- 前田 知明  代
- 二ノ宮 隆矢  代
- 嶺岸 永典  代
- 打土井 歳幸  代
- 太田 美桜  代
- 八 鍬 亮  代
- 藤 沖 彩  代

田 中 あすか  代

秋 山  代

(目次)

第1 児童の権利条約9条1項にいう「司法の審査」は、原告らの主張する「義務的司法審査」を要請しているとまではいえないこと	4
1 原告らの主張	4
2 被告の反論	4
第2 児童の権利条約9条3項に基づき親子の交流権が認められ、憲法13条により面会通信等の権利が保障されるとの原告らの主張には理由がなく、面会通信の権利の法律への明記・告知義務等を理由とする立法措置を怠ったとして立法不作為の違法をいう原告らの主張には理由がないこと	13
1 原告らの主張	13
2 被告の反論	13

被告は、本準備書面において、原告らの令和4年9月28日付け準備書面（3）（以下「原告第3準備書面」という。）及び同年11月28日付け準備書面（4）（以下「原告第4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項にいう「司法の審査」は、原告らの主張する「義務的司法審査」を要請してい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「司法の審査」について、原告第3準備書面（1ページ）において、従前の「司法の事前審査を要請するもの」との主張は「義務的司法審査を要請するもの」との意味である旨述べて従前の主張を修正し、さらに、原告第4準備書面において、「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）を要請するかであるところ、それは条約の解釈問題である。」（2ページ）とした上で、同準備書面別紙Ⅲ（2ないし5ページ）において、その根拠として、②ないし⑫の11項目を挙げ、さらに、取消訴訟等の事後審査であっても同条約9条1項の「司法の審査」の要請を満たすとの被告主張に対する反論として、⑬ないし⑰の5項目を挙げる。

2. 被告の反論

(1) はじめに

原告らが前記1の主張の根拠として挙げる11項目は、A：児童の権利条約の制定過程・同条約の他の規定との関係に着目するもの（別紙Ⅲ⑦⑧⑫）、B：国連総会採択決議、児童の権利委員会・自由権規約委員会の勧告及び「注釈書」等の内容に着目するもの（②ないし⑥、⑪）、C：その他（⑨⑩）に大別できる。

そこで、以下では、児童の権利条約9条1項の解釈として、同条項の「司

法の審査」が義務的司法審査を要請するものとは認められないことを述べた上で（後記(2)(3)）、原告らの主張に対し、前記の分類を踏まえて反論し（後記(4)ないし(6)）、さらに、原告らの被告主張に対する反論に理由がないことを述べる（後記(7)）。

(2) 児童の権利条約9条1項の文言上、「司法の審査」が義務的司法審査を意味するとまではいえないこと

被告第2準備書面第1の2(1)(3及び4ページ)で述べたとおり、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」（条約法に関するウィーン条約31条1項）とされているところ、児童の権利条約9条1項は、「subject to judicial review」と規定しており、同文言は、「司法の審査に従うことを条件として」という意味であって、同条項は、当該「司法の審査」の時期やその方法については、何ら規定していない。

そして、同条項の条文上、「義務的」を意味する文言がないことからすれば、同条項の「subject to judicial review」との文言を原告らが主張する「義務的司法審査(mandatory judicial review)」と同義であると解することはできない（注：「mandatory」は、「強制の」「必須の」「義務的な」の意味である。）。

したがって、児童の権利条約9条1項の文言上、同条項の「司法の審査」が、「義務的司法審査」（注：全件について司法の審査を必ず行うこと）を意味するとまでいうことはできない。

(3) 児童の権利条約9条1項の内容からも「司法の審査」が義務的司法審査を意味するとまで解することはできないこと

ア 児童の権利条約9条1項は、「締約国は、児童がその父母の意思に反してその父母から分離されないことを確保する。」として、親子不分離の原

則を述べた上で、その例外として、「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続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は、この限りでない。」と規定するものであり、「司法の審査」に従う主体は「権限のある当局」であると解するのが自然である。すなわち、同条項は、権限のある当局が、適用のある法律及び手続に従い、児童の最善の利益のために親子の分離が必要であると判断した場合に、その判断に対して司法審査が行われ得ること、及び、その結果として分離が不相当と判断された場合には当局が司法の判断に服することを条件とすることにより、親子分離の決定に司法による一定の統制を及ぼすことをその内容とするものと考えられる。

これまでも主張してきたとおり、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べきものであり、その具体的な在り方は各締約国の裁量に委ねられていると解される所、前記のとおり、児童の権利条約9条1項は、親子の分離について司法審査の対象とすることによって「司法の審査」による統制を図ろうとするものと解され、かつ、同条約が、前記(2)のとおり、「司法の審査」の具体的な内容につき何ら規定していないことからすると、同条約は、「司法の審査」の具体的な在り方については、各締約国の裁量に委ねているものと解される。

したがって、同条項の想定する「司法の審査」の具体的な在り方としては、司法的統制の趣旨に反しない限りにおいて、多種多様なものがあり得るというべきであり、家庭裁判所の審判（民法834条ないし835条、家事事件手続法167条）等のように親子分離の決定の手続自体に司法機関が関与する場合のほか、取消訴訟等の事後的審査についても、関係当事者に司法審査を受ける機会が保障されている限り、同条項の「司法の審査」に含まれると解するのが相当である。

なお、児童の権利条約9条1項の「司法の審査」について、既存の手続きに加えていかなる司法審査の手続きを導入するかという点は立法政策の裁量の範囲内に属すると解されるが（乙3・64ページ、乙4・33ページ）、被告第2準備書面第1の2(4)イ、(5)（9ないし13ページ）で述べたように、我が国では、児童相談所の権限行使についての手続の適正性及び透明性の確保の観点から、平成29年改正法により、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（児童福祉法33条5項）、さらに、令和4年改正法により、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（公布の日（令和4年6月15日）から起算して3年を超えない範囲内において政令で定める日に施行（令和4年改正法附則1条5号））¹。

イ 原告らは、児童の権利条約9条1項の規定する内容について、「「司法の審査に従うことを条件として」はじめて権限のある当局の決定が効力を有する（司法の審査で承認されなければ当局の決定は効力を有さない）」などと主張しているが（原告第3準備書面2ページ）、児童の権利条約9条1項は、司法の審査に従うことと決定することとの先後関係や決定の効力について何ら規定していないのであるから、同条項から、「司法の審査で承認されなければ当局の決定は効力を有さない」などという解釈が導き出されるものではない。

したがって、原告らの前記主張は、同条項の規定ぶりから離れた独自の解釈にすぎず、理由がない。

*1 この点につき、被告第2準備書面第1の2(5)の三段落目最終行（12ページ14行目）の括弧内「令和6年4月1日施行」を「公布の日から起算して3年を超えない範囲内において政令で定める日に施行」と訂正する。

(4) 児童の権利条約の制定過程や同条約の他の規定との関係についての原告らの主張に理由がないこと

ア 原告らは、同条約9条1項の「subject to judicial review」との文言は、憲法上の要請から児童の保護の際に義務的司法審査を要請する米国の提案により加えられたものであること、同条約において、9条1項以外には「subject to judicial review」との文言が入れていないことを、同条項の「司法の審査」が義務的司法審査を要請しているとの主張の根拠として挙げる（原告第4準備書面別紙Ⅲ⑦⑧）。

しかしながら、米国がいかなる理由で「subject to judicial review」という文言を加える提案をしたのかは証拠上明らかでなく、原告らの主張は憶測に基づくものにすぎない。

むしろ、原告らは、一時保護の開始について義務的司法審査が要請されている旨主張するところ（原告第3準備書面1ページ）、米国でも、カリフォルニア州においては、保護の継続に関する司法審査は存在するものの、一時保護の開始に対する司法審査はないから、このような州が存在することからしても、米国が「subject to judicial review」との文言を追加提案したことをもって、同条項が一時保護の開始についての義務的司法審査を要請しているということとはできない。

イ また、児童の権利条約において、9条1項以外で、「subject to judicial review」との文言が使われている規定がないとする点についても、前記(3)のとおり、同条項は、親子不分離の原則に対する例外として、親子の分離の決定に司法的統制を及ぼそうとするものと解され「司法の審査」の在り方に多種多様なものがあり得ることからすれば、他の規定に同一の文言がないからといって、取消訴訟が「司法の審査」から排除されることにはならないし、そのことから直ちに同条項

が義務的司法審査を要請したものとまでいうことはできない。

ウ 児童の権利条約9条2項は、「すべての関係当事者は、1の規定（注：9条1項）に基づくいかなる手続においても、その手続に参加しかつ自己の意見を述べる機会を有する。」と規定しているところ、原告は、「1の規定に基づく…手続」には「司法の審査」が含まれ、親子は自分達の親子分離の司法判断への参加と意見表明の機会が保障される」が、かかる「機会を保障するには、その司法審査は、（父母の意思に反して親子分離を行うに際して全件について認められる）義務的司法審査であることが不可欠であり、「被告主張の取消訴訟等は…親子の手続参加と意見表明の機会が保障されておらず、それらは9条1項の「司法の審査」たり得ない。」と主張する（原告第4準備書面別紙⑫⑬）。

しかしながら、同条約9条2項の「1の規定に基づく…手続」に「司法の審査」が含まれ得るとしても、そもそも同条約9条2項は、「手続」への参加についても「機会を有する」と定めているのみで、その具体的内容につき何ら規定していない。

その上で、関係当事者に、同条1項における手続に際して、自己の意見を述べる機会があれば、同条2項の要請は満たされているといえるから、同条2項に定める機会の保障の必要性から全件について司法審査を行うことが論理必然的に導き出せるものではない（取消訴訟等であっても、親子が原告や補助参加人等として手続に参加するなどして、自己の意見を述べる機会は存在している。）。

したがって、同条約9条2項を根拠に、同条1項における「司法の審査」が義務的司法審査を要請していると解することはできない。

(5) 児童の権利条約に関する法的拘束力のない見解を根拠とする原告の主張に理由がないこと

ア 原告は、「児童の代替的養護に関する指針」（甲35）、日本の第4回

・第5回政府報告に関する児童の権利委員会の総括所見（甲4）、自由権規約委員会の勧告（甲36、37）、「児童の最善の利益」についてのGeneral Comment（甲32）の見解をその主張の根拠とするが（原告第4準備書面別紙Ⅲ②③④⑤⑪）、このうち、「児童の代替的養護に関する指針」（甲35）は、「政策及び実践の望ましい方向性を定める」（同2ページ）と記載されているとおり、飽くまでも指針であり、締約国に対する法的な拘束力を有していない。また、児童の権利委員会及び自由権規約委員会の勧告等も、被告第2準備書面第1の2(2)イ（5及び6ページ）で述べたとおり、法的拘束力を有するものではない。

イ また、原告は、John Tobin編著の児童の権利条約に関する「注釈」上で示された見解（甲30の1及び2）に基づき、同条約「①9条1項は、権限のある当局による分離が司法の審査を受けなくてはならないことを明らかにし、②（中略）分離の判断に対する司法審査は素早くなされ、（中略）分離の決定に対する司法審査が要請されることを当然の前提とする」と主張するが（原告第3準備書面5及び6ページ、原告第4準備書面別紙Ⅲ⑥）、かかる見解は、一般的に妥当する「児童の権利条約についての注釈」（原告第3準備書面5ページ）ではなく、飽くまでも私人である学者の解釈にとどまるから、締約国に対して何らの法的拘束力を有するものではない。

ウ 前記(3)のとおり、児童の権利条約9条1項の「司法の審査」の具体的な在り方については、多種多様なものがあり得るところ、前記(2)及び(3)のとおり、同条項の解釈として義務的司法審査を要請するものとまで解することはできないのであって、仮に、これと異なる見解があり得るとしても、法的拘束力を有するものでない以上、それによって同条項の解釈が一義的に定まるものではないから、原告らの主張には理由がない。

(6) 他の締約国の留保や我が国政府の報告についての原告らの主張に理由がな

いこと

原告らは、前記(4)及び(5)のほか、「親子分離に際して義務的司法審査が存在しない締約国は、条約9条1項について留保を表明していること」や、日本政府が行った児童の権利条約の履行状況についての報告において、「家庭裁判所の義務的司法審査が用意されている場面のみを報告し（親子分離の判断が行われる）一時保護についても、被告が「司法の審査」として主張する取消訴訟等についても一切報告していない」ことを、児童の権利条約9条1項の「司法の審査」が義務的司法審査を要請することの根拠として挙げる（原告第4準備書面別紙⑨⑩）。

しかしながら、原告らの前記各主張に理由がないことは、被告第2準備書面第1の2(3)（8ページ）及び同(2)エ（6及び7ページ）でそれぞれ述べたとおりであって、留保とは、ある条約に対して各国が自らの解釈に基づいて一方的に行う行為であり、ある締約国の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と、また、条約の履行状況についての具体的な報告の内容は、各締約国の判断に委ねられていることからすれば、それぞれ原告らが根拠として挙げる事情が同条約9条1項の解釈の根拠となり得ないことは明らかであり、原告らの主張は理由がない。

(7) 取消訴訟等の事後的審査でも児童の権利条約9条1項の要請を満たすとの被告主張に対する原告らの反論には理由がないこと

ア 原告らは、原告第4準備書面別紙Ⅲにおいて、取消訴訟等の事後的審査でも児童の権利条約9条1項の要請を満たすとの被告主張に対する反論として、⑬ないし⑰の5項目を挙げる。

このうち、⑭については、前記(4)イ、⑮については、前記(4)ウで述べたとおりであり、⑯については、被告第2準備書面第1の2(4)ア（9ページ）で述べたほか、同条約9条1項は、前記(2)のとおり、「司法の審査に従うことを条件として」と規定するのみであって、「司法の審査」の

具体的な方法について規定していないから、原告らの主張には理由がなく、⑰については、被告主張と同旨の最高裁判所で確定した裁判例が存在する（乙3・64ページ、乙4・33ページ、乙5）。

イ また、⑬について、原告らは、「一時保護に対する取消訴訟の件数は、平成30年度で2件、令和元年で8件（国賠請求は両年度とも0件）であり（甲31）」、「取消訴訟等の事後審査」は、「親から分離されない児童の権利を守る適正手続として機能していない」と主張する（原告第3準備書面1及び2ページ）。

しかし、取消訴訟の提訴件数が少ないことをもって、適正手続として機能していないという原告らの主張には、論理の飛躍がある。

そもそも、一時保護の決定は、行政不服審査法に基づく審査請求の対象ともなるところ、平成30年度には105件、令和元年度には137件の審査請求がなされており（甲31の2）、一時保護の決定に不服がある場合に、不服を有する者が審査庁に対して審査請求を行っていることからすれば、取消訴訟等の件数が少ないことをもって、適正手続として機能していないのではなく、一時保護の決定に違法があると主張する者が少ないことを表しているとも解し得る。

むしろ、取消訴訟という司法審査や不服申立ての手段として審査請求を行うことが法的に保障されていることが、一時保護の決定に対する適正手続として重要なのであって、表面的な提訴件数のみをもって、取消訴訟等の事後審査が適正手続として機能していないとの原告らの主張には理由がない。

(8) 小括

以上のとおり、原告らは、児童の権利条約9条1項の規定の解釈を誤っており、一時保護に対する取消訴訟等により、児童の権利条約9条1項に定める司法審査の要請は満たされているといえるから、原告らの主張には理由が

ない。

第2 児童の権利条約9条3項に基づき親子の交流権が認められ、憲法13条により面会通信等の権利が保障されるとの原告らの主張には理由がなく、面会通信の権利の法律への明記・告知義務等を理由とする立法措置を怠ったとして立法不作為の違法をいう原告らの主張には理由がないこと

1 原告らの主張

原告らは、「親子の交流権（条約9条3項）」が「憲法13条に基づく人権として認められるべきものであり、児相に親子が分離された状況において、憲法13条に基づき、親子は面会・通信する権利を有するとともに、親は子についての情報提供を児相に求める権利を有することになる」（原告第1準備書面19ページ）として、「児相に児童が保護された場面において、親子の面会通信の権利が保障されるには、①法律で親子の面会通信の権利を明記し、②児相が一時保護を行った場合には、親子に面会通信の権利があることを告知することを義務づけ、③親又は子が（子又は親との）面会通信を希望すれば、面会通信の実施を義務付ける立法措置が不可欠であるところ、かかる立法措置がなされてこなかったもので、そこに立法不作為の違法がある」と主張するとともに（同12ページ）、「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（中略）や「児童の最善の利益」についてのGeneral Comment（中略）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」、「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」と主張する（原告第4準備書面4ページ）。

2 被告の反論

- (1) 児童の権利条約 9 条 3 項は、児童の面会交流の権利を「尊重する」規定にすぎず、面会通信等の権利が憲法上保障されるという原告らの主張に理由がないこと

児童の権利条約 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。」と規定する。

この点、同条項は、「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尊重する」と定めるのみで、飽くまでも子の親との面会交流の権利を尊重する旨を定めているにすぎず、親に対して直接権利を保障する旨の文言はないばかりか、子の権利の内容も具体的で明白とはいえず、同条項は、飽くまでも子の面会交流の権利を尊重する旨約したものにすぎないと解される（東京地裁令和元年 11 月 22 日判決・判例時報 2485 号 30 ページ、控訴審である東京高裁令和 2 年 8 月 13 日判決・同 27 ページ。同判決は、令和 3 年 7 月 7 日、上告棄却・上告不受理決定により確定している。））。

したがって、同条項に基づき、親子の交流権が保障されるとは解されないから、同条項に基づき親子の面会交流権が認められるとする原告の主張には論理の飛躍があり、失当である。

また、子の親との面会交流権に限ってみても、前記のとおり、具体的な権利として保障されているということとはできない上、原告らの指摘する「児童の代替的養護に関する指針」や総括所見、児童の権利委員会の勧告に法的拘束力がないことは前記第 1 の 2 (5) で述べたとおりであるから、原告らの主張には理由がない。

- (2) 児童の権利条約 9 条 3 項は「児童の最善の利益に反する場合」の例外を認めており、原告らが主張するような立法措置を求めているとはいえないこと

原告らは、親又は子が（子又は親との）面会通信を希望すれば、面会通信の実施を義務づける立法措置が必要不可欠であるとも主張する（原告第1準備書面12ページ）。

しかしながら、かかる立法措置が必要不可欠といえないことは、被告第3準備書面第1の3(2)（9ページ）で述べたとおりであり、これに加えて、児童の権利条約9条3項との関係で補足すれば、一律に親又は子が（子又は親との）面会通信を希望すれば、面会通信を実施すべきとする原告らの主張は、「児童の最善の利益に反する場合」の例外を認めた同条約9条3項に反することとなり、このような立法を同条約が要求しているとは解されない。

また、被告第3準備書面第1の3(1)（8及び9ページ）で述べたとおり、児童が一時保護された場合において、当該児童の親が、児童相談所職員等に対し、面会や電話でのやりとり等がしたいと申し出ることや当該児童の様子を知りたいと申し出ることは何ら制限されていないから、原告らが主張するような立法措置を講じなければ権利の行使が確保されない状況とも認められない。

(3) 小括

以上のとおり、親子の面会交流権は児童の権利条約9条3項により保障されておらず、同条項に基づき親子の面会通信の権利や親が子の情報提供を求める権利が保障されるものではなく、同条項が原告らが主張する立法措置を求めているともいえないから、原告らの主張には理由がない。

以上