

上告受理申立て理由書

令和6年4月16日

最高裁判所 御中

申立人ら訴訟代理人

弁護士 川村真文



目次

第1	はじめに	1
第2	憲法13条に基づく親子の人権の存否（別紙Ⅰ-2）について	2
第3	児童の権利条約9条1項の「司法の審査」の意味（＝義務的司法審査を要請するかどうか）（別紙Ⅱ）について	4
第4	親子分離に際しての憲法13条・31条による適正手続の保障としての保障（＝義務的司法審査を要請するかどうか）（別紙Ⅲ）について	6
第5	児童相談所の一方的かつ恣意的な判断での制限（別紙Ⅳ-1）、憲法上の親子の人権による要請（別紙Ⅳ-3）について	7
第6	条約9条3項、4条により、日本は親子分離された親子の交流を確保する義務を負うか（別紙Ⅳ-2）について	8
第7	児童の権利条約9条3項及び憲法が保障する親子の人権が、親子分離後の親子交流について要請する内容（別紙Ⅳ-4）について	9
第8	まとめ	10
別紙（争点表）		

第1 はじめに

申立人の主張と根拠の詳細は別紙に整理しており、本文ではポイントを指摘する（詳細は別紙を確認頂きたい）。本件で判断を求める「法令の解釈に関する重要な事項」は次の5つである。

- ① 憲法13条に基づく親子の人権の存否（別紙Ⅰ-2）
- ② 児童の権利条約9条1項の「司法の審査」の意味（＝義務的司法審査を要請するかどうか）（別紙Ⅱ）

- ③ 親子分離に際しての憲法13条・31条による適正手続の保障（＝義務的司法審査を要請するかどうか）（別紙Ⅲ）
- ④ 条約9条3項、4条により、日本は親子分離された親子の交流を確保する義務を負うか（別紙Ⅳ－2）
- ⑤ 児童の権利条約9条3項や憲法が保障する親子の人権が、親子分離後の親子交流について要請する内容（＝①面会通信の権利の明記、②当該権利の告知と希望時の面会通信の実施を義務付ける立法措置）（別紙Ⅳ－4）

第2 憲法13条に基づく親子の人権の存否（別紙Ⅰ－2）について

- 1 親子の人権（「親が子を養育する自由」「子が親に養育される自由」）が憲法13条により保障されるかについて、下級審でその判断が分かれている。本件の1審(①)、原審(②)、東京高裁令和5年(ネ)第3026号(③)(甲54)は、親子の人権が憲法13条により保障されることを肯定し、東京高裁令和5年(ネ)第3714号(④)(甲55)はそれを否定する。よって、最高裁として判断を示すことが要請される。
- 2 ①③の裁判例が判示するように、「子どもの養育は、子どもが将来成熟した大人となり、共同社会の一員としてその中で生活し、自己の人格を完成させ、自己実現を図る基礎となる能力を身に付けるために必要不可欠な営みであり、その最も原初的かつ基本的な形態は、子が親との自然的な関係に基づいて親から受ける養育である」(判決①)「子が親から養育監護を受け、親と関わることは、子の生存や人格の形成、発達及び成長並びに自立に不可欠である」(判決③)ことから、子が親に養育される自由は、憲法上の人権として保障されるべきであり、「親にとって子を養育することは、子どもがその人格を完成させ、自己実現を図る基礎となる能力を身に付けるための責務であるにとどまらず、子との自然的な関係に基づいて自己の人生をどのように築き上げるかという親自身の自己実現ないし自己表現に密接に関連するものである」(判決①)「親が子を養育監護し、子と関わることを妨げられないこと(親の子を養育監護等する自由)も、親自身の自己実現及び人格発展に関わる重大なものである」(判決③)ことから、親が子を養育する自由も、憲法上の人権として保障されるべきである。
- 3 佐藤幸治は、「個人は、一定の個人的事柄について、公権力から干渉されることなく、自ら決定することができる権利を有すると解され、この権利は「幸福追求権」の一部を構成する。・・・この権利は・・・最狭義の「人格的自律権」であって、通常「自己決定権」といわれるものにほぼ相当する。もっとも、「自己決定権」といっても、広狭様々に用いられるが・・・「基本的人権」と捉える

にふさわしい内実をもつものでなければならない。先に「一定の個人的事柄」と述べたが、抽象的にいえば、個人が自己の人生を築いていくうえで基本的重要性をもつものとする事柄、より具体的にいえば、①自己の生命・身体の処分にかかわる事柄、②家族の形成・維持にかかわる事柄、③リプロダクションにかかわる事柄（将来にわたってこれに限定する趣旨ではないという意味で、④その他の事柄）が考えられる」（佐藤幸治、日本国憲法論（第2版）、212頁）と指摘するところ、「親が子を養育する自由」は、②（家族の形成・維持にかかわる事柄）③（リプロダクションにかかわる事柄）に該当し、人格的自律権の内容として、憲法13条により保障される権利となる。

- 4 (1)佐藤幸治以外にも、米沢広一、竹中勲といった学者が親の子についての憲法上の人権を認めること、(2)親子は生物的連結に基づく最も密接な関係であり、「個人の尊重」「個人の尊厳」（憲法13条、24条）に中核的価値を置く日本国憲法において、親子の絆は、公権力から干渉されないものとして保障されるべきであるところ、「親子の絆」を親から見れば「親が子を養育する自由」であり、子から見れば「子が親に養育される自由」であること、(3)親子の人権は、米国憲法上、古くから認められてきたもので、米国最高裁判所は、親の子についての権利を、財産権よりはるかに重要な権利と判示してきた（甲5）こと、(4)北朝鮮に子を拉致された人たちが生涯をかけてその取り戻しを図っていること（甲41）からも、子を奪われた親に（憲法上の）人権侵害が存在しないという解釈はあり得ないことから、親の子を養育する自由を含む、親子の人権が憲法上の権利として認められるべきである。
- 5 この点、親の子を養育する自由が憲法上保障される人権であることを否定する東京高裁の④判決は、①養育権の中核部が明らかでないこと、②養育権の外縁が明らかでないこと、③（養育権は）義務的側面を併せ持つ点で、一般的な憲法上の権利と性質を異にすること、④憲法に明文規定がないことを根拠とするところ、①②について、親の子についての養育権は、学説でも認められるのみならず、米国においても憲法上の人権として長年裁判規範として機能しており、児童の権利条約も「父母によって養育される権利」（7条1項）を規定する。また、各種国内法でも「養育」という用語が使われており、憲法上の人権を否定するレベルにおいて「親の子を養育する自由」の中核部分や外縁が明らかでないとの指摘は当たらない。③について、子に対して義務的側面を有することは、その（国との関係における）権利性を否定するものではなく、憲法上の権利であることの支障となるものでもない。米国でも、親が子の養育について義務を負うことは当然の前提とした上で（甲8）親の憲法上の権利を認めている。④について、米国でも、親の子についての権利について明文規定がある

わけではなく、修正第14条のデュー・プロセス条項（「いかなる州も、人から法のデュー・プロセスによらずして生命、自由もしくは財産をはく奪してはならない。」）に基づき、親の子についての権利が保障されている。以上、④判決が指摘する①②③④は、親の子を養育する自由が憲法上保障されることを否定する理由となるものではない。

第3 児童の権利条約9条1項の「司法の審査」の意味（＝義務的司法審査を要請するかどうか）（別紙II）について

- 1 原審は「児童の権利条約9条1項は、親子分離に関して、「権限のある当局が司法の審査に従うことを条件として・・・決定する場合は、この限りではない」と規定しており・・・司法審査の具体的な時期や方法については言及していない。そうすると、同項の解釈として、直ちに、親子分離の決定時に義務として行われる司法審査（義務的司法審査）が必要であるとまで解することはできない。」と判示する。
- 2 しかしながら、以下より、児童の権利条約9条1項が義務的司法審査（＝親子分離の決定時に義務として行われる司法審査）を要請するものであることは明らかである。
 - (1) 条約の正文である英文は「subject to judicial review」と規定するところ、行動又は事柄が「subject to something」の場合、それ（行動又は事柄）が生じる前に「something」が起きることが必要であるという意味であり（甲49）、「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」れば（条約法に関するウィーン条約31条1項）、それが少なくとも義務的司法審査を意味することは明らかである。
 - (2) 条約9条1項の「subject to judicial review」は、1982年の会期において、米国が加えるよう提案して採択されたものである（甲33）ところ、米国では、親子分離が、親子の人権を制限するものであることから（通常の逮捕より）厳格な基準の下、逮捕として義務的司法審査が要請されており（甲7、甲45、甲46）、米国の提案の意図は不当な親子分離が重大な人権侵害となることに鑑み、義務的司法審査の導入にあったことは明らかである。
 - (3) 「subject to judicial review」が義務的司法審査を要請するとの解釈を前提に、児童の権利条約の複数の締約国は、自国に事前の司法審査がないことを理由に条約9条1項の適用を留保している（甲10、甲11）。
 - (4) 国連の児童の権利委員会も（甲4、甲10）自由権規約委員会も（甲37）（条約9条1項の司法審査として）義務的司法審査を勧告する。

- (5) 条約9条2項は、分離された親子以外を含む「all interested parties」（「手続に実質的な利益を示すことができる者」）に1項の手続において、参加と意見表明の機会を認めているが、提訴権者も限られほとんど利用されない取消訴訟等の事後審査では、「all interested parties」に司法審査に参加し意見を表明する機会は与えられず、9条2項を有意にするためには、義務的司法審査であることが前提となる。また「児童の最善の利益のために必要」（条約9条1項）であるかの判断のため、児童の意見表明が不可欠とされるが、それを実質的に保障するためにも、9条1項の司法審査は義務的司法審査であることが要請される。
- (6) ①取消訴訟等の提起と判断までの期間を考えると、合理的に考えた場合（不当な）一時保護に対して取消訴訟を提起するという選択はなく、実際に、一時保護に対する取消訴訟等の事後審査は年に数件しかなく（行政訴訟で2か月以内に一時保護が解除されるケースもない）（甲31）、②未成年者が取消訴訟等の訴訟行為を行うには、法定代理人によらなければならない（行政事件訴訟法7条、民事訴訟法31条）ことから、法定代理人である両親が取消訴訟等を提起しなければ、児童は「司法の審査」を受けることができず、取消訴訟等の事後審査は、親子分離の際の適正手続を規定する条約9条1項の「subject to judicial review」として機能していない。
- (7) 注釈書・文献（①The UN Convention on the Rights of the Child、A Commentary、Edited by John Tobin（オックスフォード大学出版）（甲30）、②Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child”（児童の権利条約の履行ハンドブック、第3版（2007年9月発行））（甲10）、③「児童の権利条約 その内容・課題と対応」（一粒社）（甲44）、④逐条解説 児童の権利条約（改訂版）（有斐閣）（甲33））の解説も、条約9条1項の司法審査が義務的司法審査であることを前提とする。
- (8) 児童の権利条約44条に基づく日本政府の国連への報告（甲13）において、日本政府は、施設入所等、義務的司法審査がある手続について報告しながら、肝心の条約9条1項が規定する親子分離である一時保護について報告を行っておらず、これは、日本政府において、義務的司法審査のない一時保護が、条約9条1項の「subject to judicial review」の要請を満たさないこと（少なくともその可能性）を認識していたことを示すものに他ならない。
- (9) 一審被告（国）の文献調査力は一審原告を凌駕するにかかわらず、条約9条1項の「subject to judicial review」について、取消訴訟等の事後的審査

でその要請を満たすとの（国側の）解釈を支持する、権威ある文献を示すことができていない。

第4 親子分離に際しての憲法13条・31条による適正手続の保障としての保障（＝義務的司法審査を要請するかどうか）（別紙Ⅲ）について

- 1 原審は「憲法13条の保障する「子が親に養育される自由」、「親が子を養育する自由」についても、児童の安全を迅速に確保し適切な保護を図るなどの観点から、必要かつ合理的な制約を受けるものであり、後見的な観点から緊急的に児童を保護する一時保護制度について、要件効果を異にする、刑事被疑者の身柄拘束と同列に論じることはできず、同条及び憲法31条により、一時保護にも逮捕と同様の義務的司法審査を導入することが要請されると解することはできない。」と判示する。
- 2 しかしながら、以下より、憲法13条・31条による適正手続の保障は、一時保護に際して、義務的司法審査を要請することが明らかである。
 - (1) 最高裁は、行政手続が刑事手続でないとの理由のみで、当然に憲法31条の保障の枠外にあると判断すべきではないとし、ただ、同条の保障が及ぶと解すべき場合でも、「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、行政処分の手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」とする（最高裁平成4年7月1日、成田新法事件）。（憲法（第7版）芦部信喜（高橋和之補訂）254頁）
 - (2) 一時保護による親子分離は、親子の憲法上の人権（「親が子を養育する自由」「子が親に養育される自由」）への直接的制限であるとともに、2か月に及ぶ児童の行動の自由の制限であり、その制限は、憲法上義務的司法審査が要請される逮捕（最大72時間）を上回る。そして、児童の権利条約の文脈でも「正当性のない両親からの子の分離は、締約国が子に対して行いうる、最も重大な人権侵害である。」とされている（甲10）。
 - (3) 親子の人権や児童の行動の自由以外にも、一時保護による親子分離は、児童に様々な人権侵害（管理のための情報遮断、テレビ・音楽・読書などの制限、会話の制限、行動の制限、自己決定権・プライバシー・学習権・知る権利といった憲法で保障される人権について深刻な制約等）をもたらす。（甲14～甲18）
 - (4) 厚労省自身、裁判所の判断によらない関係者の意思に反して行う強制的な

制度は、異例の(=適正手続を欠いた)制度であることを認める(甲19)とともに、東京都児童相談所一時保護所についての第三者委員による意見書も「逮捕勾留・観護措置が司法審査を含む慎重な手続を経て行われるのに、時として子どもの意思に反してまでも行われる一時保護について、司法審査を経なくていいということには問題があると思います。第三者の視点から、一時保護所の様々な困難に鑑みても一時保護の必要性が肯定できるかが判断される必要があります。」と指摘する(甲17、9頁)。

- (5) 米国では、親子分離は(子の)「逮捕」とされ、通常、48時間以内に逮捕の司法審査がなくてはならないことが要請され(修正4条)、さらに親子の人権の制限であることから(通常の逮捕よりも)厳格な審査基準が要請される。(以上、甲7)
- (6) 国連(児童の権利委員会・自由権規約委員会)も、厳格な審査基準での義務的司法審査を要請する(甲4、甲32)ところ、親子の人権を保障し、前文で国際主義を宣言する憲法の解釈として、適正手続として、米国や児童の権利条約や国連が当然のこととして要請する最低限の手続(=義務的司法審査)を要請すべきことは当然である。
- (7) 最高裁が憲法31条の行政手続への適用ないし準用を真正面から認め(最高裁平成4年7月1日、成田新法事件)、行政手続法(平成5年法88号)の成立によって、行政処分については、告知・聴聞を受ける機会が保障されることになった(憲法第7版芦部信喜(高橋和之補訂)254頁)が、即時強制として不利益処分とされない一時保護は、同法3章の手続保障も適用されない(宇賀克也、行政法概説I(第7版)、120~121頁)。即時強制であることから、(不利益処分に認められる)適正手続のための手続保障が不要とされる合理性はなく、一時保護は、行政処分との比較においても、適正手続を欠く状況におかれてきた。

第5 児童相談所の一方的かつ恣意的な判断での制限(別紙IV-1)、憲法上の親子の人権による要請(別紙IV-3)について

- 1 原審は「控訴人らが指摘する証拠(甲21~23)には、面会通信制限がまずは行政指導により対応されている実情にあることを示す記載はあるが、児童相談所の一方的かつ恣意的な判断で制限がされていることを裏付けるものとはまでは評価できない。」と判示し(別紙IV-1)、原審が引用する一審判決も「一時保護期間中の親子の面会通信の制限が、児童虐待防止法12条1項に基づく措置としてではなく、行政指導によって行われる例が少なくないことがうかがわれるものの、少なくとも令和3年4月の時点においては、そのような行政指

導が、児童相談所側の一方的かつ恣意的な判断で上記規定の趣旨に反して行われることが常態化していたことが明白であったとまではいえず、その実態把握の必要性が指摘されるにとどまっていたものと認められる。原告らが提出する証拠(甲21～23)を子細に検討しても、この認定は左右されない。」「そうすると、原告らが主張する一時保護後の親子の面会通信に関する立法措置(面会通信の権利の明記、当該権利の告知、希望時の面会通信の実施を義務付ける立法措置)の必要性を基礎付ける立法事実の立証は、なお不十分であるといわざるを得ない。」と判示する(別紙IV-3)。

- 2 しかしながら、「接見禁止命令、面会通信制限の調査結果等について」(甲22)が指摘する(面会制限/通信制限についての)「すべてのケースで制限」「原則として制限」も、「一時保護児童の死亡時案に関する検証報告書」(令和3年4月)(甲23)が指摘する「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面会させない」も、児童相談所の一方的かつ恣意的な判断での面会通信制限に他ならない。児童の権利委員会は、平成31年3月5日「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」への深刻な懸念を示しており(甲4)、それはまさに、児童相談所の一方的かつ恣意的な判断での面会通信制限が常態化していることを指摘するもので、上記1の原審と一審の評価は誤りである。

第6 条約9条3項、4条により、日本は親子分離された親子の交流を確保する義務を負うか(別紙IV-2)について

- 1 原審は一審判決を引用し、一審は「ア 児童の権利条約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「尊重する(shall respect)」と定めている。これに対して、同条1項が、「児童が(中略)その父母から分離されないこと」を「確保する(shall ensure)」と定め、具体的な措置を講じることを締約国に義務付けていることに照らすと、同条3項は、同項に規定された権利が完全に行使される保障まで求める趣旨ではなく、立法措置の要否・内容について、基本的に、各締約国の裁量的な判断に委ねるものと解するのが相当である。」
- 「以上によれば、児童の権利条約9条3項、4条によって、一時保護後の親子の面会通信に関する立法措置を執ることが要請されているとはいえない。」と判示する。
- 2 しかしながら、条約9条3項について、「shall」という動詞の使用は、第3項に基づく国家の義務が強制的なものであることを示す。「respect」という動詞は、その義務が主として、個人的な関係や直接の接触を維持する権利を子ど

もが行使することを妨害しないことであることを強調する。」と解説されており（甲50）、条約9条3項により、国は（個人的な関係や直接の接触を維持する権利を子どもが行使することを妨害しないことを保障する）強制的な義務を負っている。

第7 児童の権利条約9条3項及び憲法が保障する親子の人権が、親子分離後の親子交流について要請する内容（別紙Ⅳ-4）について

- 1 親子分離がされた状況で、子（親）との面会通信の権利があることを知らなければ、その行使はあり得ないし、親子分離がされた親子に、面会通信の権利の認識を期待することはできない。そして、権利行使をしても、それ（面会通信）が実施されなければ、権利が保障されたことにもならない。以上より、児童の権利条約9条3項と憲法が保障する親子の人権は、児童が保護された場合について、①法律での面会通信の権利の明記、並びに②同権利の告知と希望時の面会通信の実施を義務付ける立法措置を要請する。
- 2 以上の解釈は、条約9条1項の両親の同意についての「両親の同意が、第9条の下で国の義務を免除するかについて問題は残っている。実際、国とその代理人が親に不当な影響力を行使して、子との分離に同意させる可能性がある。そのため、国は親の同意が真正なものであったことの証明責任を負わなければならない。真正な同意を証明するのに国が依拠できる指標としては、例えば、支援サービスや休息介護、デイケアなどの別居に代わる選択肢があること、同意を拒否し権限ある当局への申請に異議を唱える権利があること、独立した法的アドバイスを得る機会があること、別居の法的及び実際的影響などについて、両親が十分に知らされていたことの証拠が含まれる。また、国は、両親がそのような情報を理解し、真正な同意をするのに十分な知的能力を有していたことを証明する必要がある。最終的には、同意が真正なものかどうかは、それぞれのケースの状況に応じて決定される事実の問題となる。」との解説（甲38）にも裏付けられる。
- 3 尚、親子の憲法上の人権が保障されてきた米国のフロリダ州では、子の精神安定のため、1週間に数時間は親子が面会して交流する機会を設けておかなければならないとされており、必要があれば、監督付の面会交流となる（甲8、6頁）。また、子が家庭から引き離されている場合は、親子再統合の可能性を目指すため、親子の面会交流が子の最善の利益に合わないという明白かつ確信のある証明がない限り、面会交流は保障されている（甲8、9～10頁）。

第8 まとめ

- 1 憲法13条が保障する親子の人権の存否については、高裁レベルを含む下級審において判断が分かれており、最高裁が判断を示すべきことは当然である。
- 2 日本は、児童の権利条約を締約し、同条約は、親子分離に際しての司法判断を規定する（9条1項）とともに、親子分離された子の親との交流の権利を規定する（9条3項）にかかわらず、日本では、児童相談所長が必要があると認めるときに、司法審査を経ない一時保護（＝2か月の親子分離）を認める（児童福祉法33条）とともに、親子分離後の親子の面会通信制限について「すべてのケースで制限」「原則として制限」（甲22）「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面会させない」（甲23）といった運用がなされてきたもので、平成31年3月5日には、国連の児童の権利委員会が、日本に対し、「家族から分離される児童が多数にのぼるとの報告がなされていること、また、児童が裁判所の命令なくして家族から分離される場合があり、かつ最長で2か月間児童相談所に措置され得ること」と「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」について深刻な懸念を示すとともに、「児童を家族から分離すべきか否かの決定に関して義務的司法審査を導入すること、児童の分離に関する明確な基準を定めること及び親からの子の分離が最後の手段としてのみ、それが児童の保護のために必要かつ子どもの最善の利益に合致する場合に、子及びその親の意見を聴取した後に行なわれるよう確保すること」と「児童相談所において児童を一時保護する慣行を廃止すること」を要請した（甲4）。また、2022年11月3日には、国連の自由権規約委員会が、日本に対し、「児童福祉法の改正および改定に関して締約国から提供された情報に留意しつつ、裁判所の命令および親の虐待の明確な証拠なしに子どもが家族から連れ出され、児童相談所での一時保護に置かれ、しばしば長期間にわたっていること、裁判官が一時保護の令状を出す必要があるかどうかを検討する上訴手続きにおいて親自身が自分の主張を述べるができないという報告に懸念を持っている」と指摘し、「法律を改正して、子どもを家族から引き離すための明確な基準を設け、それが正当であるかどうかを判断するために、すべてのケースについて強制的な司法審査を導入し、子どもが最後の手段としてのみ、子どもの保護と子どもの最善の利益のために必要な場合に、子どもおよび両親の意見を聞いた上で両親から引き離されることを確保すること」を要請した（甲37）。
- 3 以上の、児童の権利委員会や自由権規約委員会が指摘・勧告する、親子分離に際しての司法審査の欠如や「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」の剥奪は、児童の権利条約に抵触するのみならず、憲法上の親

子の人権侵害であり憲法が要請する適正手続の違反である。

4 児童を虐待から保護することは当然であるが、他方で、児童の権利委員会や自由権規約委員会が求める要件を満たさない親子分離と、その後の親子断絶（＝「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」の剥奪）が横行し、親子の人権が侵害される中、最高裁として、以下について判断を示すことが要請される。

- ① 憲法13条に基づく親子の人権の存否
- ② 児童の権利条約9条1項の「司法の審査」の意味（＝義務的司法審査を要請するかどうか）
- ③ 親子分離に際しての憲法13条・31条による適正手続の保障（＝義務的司法審査を要請するかどうか）
- ④ 条約9条3項、4条により、日本は親子分離された親子の交流を確保する義務を負うか
- ⑤ 児童の権利条約9条3項や憲法が保障する親子の人権が、親子分離後の親子交流について要請する内容（＝①面会通信の権利の明記、②当該権利の告知と希望時の面会通信の実施を義務付ける立法措置）

争点表

目次

★は判断を求める「法令の解釈に関する重要な事項」である。

	頁
I : 親子の憲法上の人権	1
I-1 : 控訴審における相反する判断	1
I-2 : 憲法13条に基づく親子の人権の存否★	3
II : 児童の権利条約9条1項の「司法の審査」の意味（＝義務的司法審査を要請するかどうか）★	7
III : 親子分離に際しての憲法13条・31条による適正手続の保障としての保障（＝義務的司法審査を要請するかどうか）★	10
IV : 面会通信制限について	12
IV-1 : 児童相談所の一方的かつ恣意的な判断での制限	12
IV-2 : 条約9条3項、4条により、日本は親子分離された親子の交流を確保する義務を負うか★	13
IV-3 : 憲法上の親子の人権による要請	14
IV-4 : 児童の権利条約9条3項及び憲法が保障する親子の人権が、親子分離後の親子交流について要請する内容★	15

Ⅰ：親子の憲法上の人権	
Ⅰ－１：控訴審における相反する判断	
主張	以下のとおり、親子の人権について、高裁レベルで判断が分かれている⇒最高裁として判断を明らかにする必要がある。
肯定判断	<p>① 一審（18頁）：子どもの養育は、子どもが将来成熟した大人となり、共同社会の一員としてその中で生活し、自己の人格を完成させ、自己実現を図る基礎となる能力を身に付けるために必要不可欠な営みであり、その最も原初的かつ基本的な形態は、子が親との自然的な関係に基づいて親から受ける養育である。他方、親にとって子を養育することは、子どもがその人格を完成させ、自己実現を図る基礎となる能力を身に付けるための責務であるにとどまらず、子との自然的な関係に基づいて自己の人生をどのように築き上げるかという親自身の自己実現ないし自己表現に密接に関連するものである。したがって、<u>国家から不当に介入されることのない自由権としての「子が親に養育される自由」「親が子を養育する自由」は、いずれも個人の人格的生存に不可欠な利益というべきであり、憲法上の権利として保障される人格権の一内容として、憲法13条によって保障されると解するのが相当である。</u></p>
	<p>② 原審（6頁）：「<u>憲法13条の保障する「子が親に養育される自由」、「親が子を養育する自由」についても、児童の安全を迅速に確保し適切な保護を図るなどの観点から、必要かつ合理的な制約を受けるものであり・・・</u>」ということで、親子の憲法上の人権を認める一審を前提とする。</p>
	<p>③ 東京高裁令和5年（ネ）第3026号（甲54、11頁）：「<u>原判決32頁9行目の末尾に改行の上、次のとおり加える。「このように考えると、子が親から養育監護を受け、親と関わることは、子の生存や人格の形成、発達及び成長並びに自立に不可欠であるから、そのうち、それを国から妨げられない自由権は人格権の一種として、憲法13条によって保障されており、かつ、それが私人間の関係で保護される利益も、憲法13条によって尊重されるべき利益であると解される。さらには、親が子を養育監護し、子と関わることを妨げられないこと（親の子を養育監護等する自由）も、親自身の自己実現及び人格発展に関わる重大なものであるから、人格的な権利利益として、憲法13条によって保障されていると解すべきである（大阪地方裁判所令和3年（ワ）第11934号令和5年7月31日判決参照。）</u>」と判示する。 尚、参照とされている「大阪地方裁判所令和3年（ワ）第11934号令和5年7月31日判決」は本件の一審判決である。</p>

否定判
断

④

東京高裁令和5年(ネ)第3714号(甲55、5頁)：
控訴人らは、親がその子を監護及び養育する権利である養育権が憲法13条により保障されているとした上で、本件各規定はこの養育権を侵害するものであり、憲法13条に違反する旨を主張する。

しかしながら、控訴人らは、控訴人らが主張する養育権の外延が明らかでないことを原判決により明確に指摘されているにもかかわらず、依然として「子を養育する意思と能力を有する親が、子を監護及び養育する権利」というだけで、その外延を明らかにできない。

子の監護及び養育といっても、その具体的内容については、子と同居し生活を共にすること、子に毎日の食事を与え、睡眠をどらせること、子に教育を受けさせること、子の生活のために必要な費用を負担すること、子の日々の生活に必要な事項を決定すること、子の進学先や医療方針を選択決定すること、子の財産を管理することなど、幅広く多様なものが想定できるところ、一般的に子の監護及び養育といった場合の中核部分が何であるのかについて世間一般の共通認識があるものとは解されない。控訴人らの主張内容から帰納的に考察すれば、非婚時単独親権制によって侵害が観念されることとなる非親権者の利益一般を指しているようにも解されるが、そのように理解をしてみてもその具体的な範囲が直ちに明らかになるものではないし、他方で、控訴人らが、父母が婚姻中であっても子の監護及び養育について父母間の意見の調整規定がないために養育権が侵害されているとも主張していることを考慮すれば、養育権がいかなる権利であるかについての控訴人らの主張は判然としないといわざるを得ない。そうすると、控訴人らが主張する養育権の外延は明らかでないという他なく、そのような権利が憲法上の権利であるということとはできない。

この点について、控訴人らは、表現の自由や憲法13条で認められるプライバシー権もその内容が一義的でなく、その外延が極めて曖昧であるから、外延が曖昧であること等を理由に養育権の人権性を否定することはできない旨を主張するが、人がみだりに公開されることを欲しない私事が何であるかについては社会通念上一定の共通認識が形成されているものと解されるから、プライバシー権の内容が一義的でなく、その外延が極めて曖昧であるなどとはいえず、また、表現の自由についても同様に解されるから、上記主張は当たらない。

しかも、子の監護及び養育は、本来的には子の人格的な生存を確保するために行われるべきものであり、親にとって義務的な側面が強い事柄である。親自身にとっても重要な価値であり、権利的な側面が存在するとしても、その両面は密接に関連して不可分というべきものであり、少なくとも、その権利的な側面(しかもそれは従的な側面である。)のみを取り出して、その性質を論じることは相当でない。子の監護及び養育をすることについて親の利益を認めるとしても、それは他者(子)の利益を考慮することなしに存在することがありえない利益であり、そのような他者に対する義務的側面を併せ持つという点においても、一般的な憲法上の権利と性質を異にするものという他ない。

以上の検討に加えて、子の監護及び養育は決して今日的な問題ではないにもかかわらず、これに関する親の権利について憲法に明文の規定がないこと、憲法24条2項は、婚姻及び家族に関する事項について、具体的な制度の構築を第一次的には国会の合理的な立法裁量に委ねるものとしていることをも踏まえれば、控訴人らの主張する養育権が憲法13条で保障されているものと解することはできず、本件各規定が憲法13条に違反するとの控訴人らの主張はその前提を欠くものであり、理由がない。

1-2: 憲法13条に基づく親子の人権の存否★

主張	<p>最高裁も上記肯定判断(①②③)を維持し、「子が親に養育される自由」「親が子を養育する自由」は、憲法上の権利として保障される人格権の一内容として、憲法13条によって保障されると解すべきである。</p>
根拠	<p>「子どもの養育は、子どもが将来成熟した大人となり、共同社会の一員としてその中で生活し、自己の人格を完成させ、自己実現を図る基礎となる能力を身に付けるために必要不可欠な営みであり、その最も原初的かつ基本的な形態は、子が親との自然的な関係に基づいて親から受ける養育である。」(一審(18頁))</p> <p>「子が親から養育監護を受け、親と関わることは、子の生存や人格の形成、発達及び成長並びに自立に不可欠である」(甲54、11頁)</p> <p>⇒</p> <p>子が親から養育監護を受け、親と関わることを国から妨げられない自由は人格権の一種として、憲法13条により保障される。</p>
	<p>① 「親にとって子を養育することは、子どもがその人格を完成させ、自己実現を図る基礎となる能力を身に付けるための責務であるにとどまらず、子との自然的な関係に基づいて自己の人生をどのように築き上げるかという親自身の自己実現ないし自己表現に密接に関連するものである。」(一審(18頁))</p> <p>「親が子を養育監護し、子と関わることを妨げられないこと(親の子を養育監護等する自由)も、親自身の自己実現及び人格発展に関わる重大なものである」(甲54、11頁)</p> <p>⇒</p> <p>親が子を養育監護し、子と関わることを妨げられないこと(親の子を養育監護等する自由)も、人格的な権利利益として、憲法13条によって保障される。</p>
	<p>個人は、一定の個人的事柄について、公権力から干渉されることなく、自ら決定することができる権利を有すると解され、この権利は「幸福追求権」の一部を構成する。・・・この権利は・・・最狭義の「人格的自律権」であって、通常「自己決定権」といわれるものにほぼ相当する。もっとも、「自己決定権」といっても、広狭様々に用いられるが・・・「基本的人権」と捉えるにふさわしい内実をもつものでなければならない。先に「一定の個人的事柄」と述べたが、抽象的にいえば、<u>個人が自己の人生を築いていくうえで基本的重要性をもつもの</u>と考える事柄、より具体的にいえば、①自己の生命・身体の処分にかかわる事柄、②家族の形成・維持にかかわる事柄、③リプロダクションにかかわる事柄(将来にわたってこれに限定する趣旨ではないという意味で、④その他の事柄)が考えられる。(佐藤幸治、日本国憲法論(第2版)、212頁)</p> <p>② 「親が子を養育する自由」は、上記②(家族の形成・維持にかかわる事柄)③(リプロダクションにかかわる事柄)に該当し、人格的自律権の内容として、憲法13条により保障される権利である。</p>

③	<p>学説上も、親が子を育てる権利は、憲法13条に基づく「自律権」として保障される人権とされている。この点、佐藤幸治は、憲法13条に基づく「自律権」を考えると、(1)自己の生命、身体の処分にかかわる事柄、(2)家族の形成・維持にかかわる事柄、(3)リプロダクションに関わる事柄、(4)その他の事柄が考えられる。家族関係は、世代を追って文化や価値を伝えていくという意味で、社会の多元性の維持にとって基本的な条件をなすものであるが、何よりもそれが個人にとって自己実現、自己表現という人格的価値を有するものであるが故に(2)(家族の形成・維持にかかわる事柄)で考えるべき事柄である。(3)の「リプロダクション」にかかわる過程は、①遺伝的素質を子孫に伝えるという側面、②妊娠および出産という身体的経験の側面、③子どもを育てるという社会的側面に分けて考えることができ、(2)の事柄の側面ももっているとしており、子を育てることを憲法13条に基づく「自律権」として保障される権利とする(甲24(16~17頁))。佐藤幸治以外にも、米沢広一は「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」とし(甲26(278頁))、竹中勲も「親の子どもを養教育する自由」を憲法13条に基づく自己決定権の内容として認める(甲27(195~196頁))。</p>
④	<p>親子は生物的連結に基づく最も密接な関係であり、「個人の尊重」「個人の尊厳」(憲法13条、24条)に中核的価値を置く日本国憲法において、親子の絆は、公権力から干渉されないものとして保障されるべきである。そして「親子の絆」を、親から見れば「親が子を養育する自由」であり、子から見れば「子が親に養育される自由」となる。</p>
⑤	<p>親子の人権は、米国憲法上、古くから憲法上認められてきたもので、米国最高裁判所は、親の子についての権利を、財産権よりはるかに重要な権利と判示し(甲5)、親子の人権は米国において裁判規範として機能してきた。</p>
⑥	<p>北朝鮮に子を拉致された親が生涯をかけて、その取り戻しを図っていること(甲41)をみても、子らを奪われた親に(憲法上の)人権侵害が存在しないという解釈はあり得ない。親にとって子はなによりも大切な存在であり、米国最高裁の、親の子についての権利は憲法上の人権であり、財産権よりはるかに重要な権利であるという価値判断は正当であり、日本国憲法でも同様に解釈されるべきである。</p>

<p>一審での 国の主張</p>	<p>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、個人の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、個人の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、「<u>憲法上の権利と言えるかどうかは、特定の行為が個人の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</u>」(同122及び123ページ)とされているところ、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「子のための利他的な権限」という親権の特殊性や、「<u>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</u>」(米沢広一「未成年者と人権」(ジュリスト増刊「新・法律学の争点シリーズ3憲法の争点」)76ページ)とされ、親の権利行使が子の権利を侵害するおそれがあり、その場合には国家による後見的な介入が必要とされるなど、未成年者の養育・保護が社会的責務としての側面を有していることなどからすれば、前記見解によっても、「親が子を養育する権利」「子が親に養育される権利」が憲法13条によって保障される憲法上の権利ということとはできないというべきである。(一審被告第3、第1、2(1)イ、5～6頁)</p>
<p>①</p>	<p>一審被告(国)は「<u>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、個人の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、個人の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</u>」ているが(同128ページ)、一方で、「<u>憲法上の権利と言えるかどうかは、①特定の行為が個人の人格的生存に不可欠であることのほか、②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③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④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</u>」(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①親にとって「<u>個人の人格的生存に不可欠な利益</u>」であり、②<u>伝統的に親の「自律的決定に委ねられ」てきたもの</u>であり、それは、③<u>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」</u>ものである。</p>

反論	<p>④「<u>他人の基本権を侵害するおそれがないか</u>」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）。同条約が守ろうとするのは親子の絆であり、それは、子を主体とすれば「親に養育される権利」（条約7条1項）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。</p> <p>② 米沢広一も、一審被告が引用する「未成年者と人権」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」「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」としており（甲40）、親の権利が子の利益／基本権と整合することを前提に、親の養教育権を認める。</p>
	<p>③ 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。被告が引用する、米沢広一が指摘する「<u>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</u>」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、<u>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</u>。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とする立場である。そして、<u>その親子分離を正当化する審査基準は、児童の権利条約9条1項や、児童の権利委員会の子の権利・利益の観点から求める</u>（甲4、甲32）、厳格な親子分離の要件と整合する。</p>

<p>上記否定 判決 (4)</p>	<p>①養育権の中核部が明らかでない ②養育権の外縁が明らかでない ③(養育権は)義務的側面を併せ持つ点で、一般的な憲法上の権利と性質を異にする。 ④憲法に明文規定がない。 ⇒親の養育権が憲法13条で保障されているものと解することはできない(甲55、5頁)。</p>
<p>反論</p>	<p>① 対①②について 上記のとおり、親の子の養育権は、学説でも認められるのみならず、米国においても憲法上の人権として長年裁判規範として機能しており、また児童の権利条約にも「父母によって養育される権利」(7条1項)が規定されている。また、各種法律(男女共同参画社会基本法6条、刑事収容施設及び被収容者等の処遇に関する法律66条2項、育児休業、介護休業等育児又は家族介護を行う労働者の福祉に関する法律2条1号等)でも「養育」という用語が使われており、憲法上の人権を否定するレベルにおいて「親の子を養育する自由」の中核部分が不明とか外縁が明らかでないとの指摘は当たらない。</p> <p>② 対③について、子に対して義務的側面を有することは、その(国との関係における)権利性を否定するものではなく、憲法上の権利として支障となるものでもない(上記「一審での国の主張」に対する「反論」②③参照)。米国でも、親が子の養育について義務を負うことは当然の前提とした上で(甲8)親の憲法上の権利を認めている。</p> <p>③ 対④について、米国でも、親の子についての権利について憲法に明文規定があるわけではなく、修正第14条のデュー・プロセス条項(「いかなる州も、人から法のデュー・プロセスによらずして生命、自由もしくは財産をはく奪してはならない。」)に基づき、その権利が保障されている。</p>
<p>II：児童の権利条約9条1項の「司法の審査」の意味(=義務的司法審査を要請するか)★</p>	
<p>原審</p>	<p>児童の権利条約9条1項は、親子分離に関して、「権限のある当局が司法の審査に従うことを条件として・・・決定する場合は、この限りではない」と規定しており(原判決「事実及び理由」欄の第2の2(3)イ)、司法審査の具体的な時期や方法については言及していない。そうすると、同項の解釈として、直ちに、親子分離の決定時に義務として行われる司法審査(義務的司法審査)が必要であるとまで解することはできない。一時保護は、2か月を超えて引き続き行う場合等には、原則として家庭裁判所の承認を得なければならない、また、行政事件訴訟法に基づく取消訴訟や執行停止の対象となることにより、司法審査の対象となっているのであるから、これらの司法審査の制度が同項の要請に違反しているということとはできない。(6頁)</p>
<p>主張</p>	<p>児童の権利条約9条1項は義務的司法審査(=親子分離の決定時に義務として行われる司法審査)を要請する。</p>
<p>①</p>	<p>①条約の解釈 児童の権利条約の日本語は正文ではなく、9条1項の正文の英語は「States Parties shall ensure that a child shall not be separated from his or her parents against their will, except when competent authorities subject to judicial review determine, in accordance with applicable law and procedures, that such separation is necessary for the best interests of the child.」</p>

①	<p>「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する。」（条約法に関するウィーン条約31条1項）</p> <p>行動又は事柄が「subject to something」の場合、それ（行動又は事柄）が生じる前に「something」が起きることが必要であるという意味である（甲49）。</p> <p>⇒「用語の通常の意味」に従えば「subject to judicial review」は、本来「事前に司法審査が必要」という意味で、少なくとも義務的司法審査を要請するものと解釈される。</p>
②	<p>②「subject to judicial review」が加えられた経緯</p> <p>第9条1項の「subject to judicial review」は、1982年の会期において、米国が加えるよう提案し、異議なく採択されたものである（甲33）ところ、米国では、親子分離が、親子の人権を制限するものである点から（通常の逮捕より）厳格な基準の下、逮捕として義務的司法審査が要請されている（甲7、甲45、甲46）⇒米国の提案の意図は不当な親子分離が重大な人権侵害となることに鑑み、義務的司法審査の導入にあったことは明らかである。</p>
③	<p>③締約国の留保</p> <p>「subject to judicial review」が義務的司法審査を要請するとの解釈を前提に、複数の締約国は、（自国に）事前の司法審査がないことを理由に条約9条1項の適用を留保している。（甲10、甲11）</p>
④	<p>④国連の見解</p> <p>④国連の児童の権利委員会も（甲4、甲10）自由権規約委員会も（甲37）（条約9条1項の司法審査として）義務的司法審査を勧告する。</p>
⑤	<p>⑤条約9条2項（「all interested parties」の手續参加・意見表明権）との整合性</p> <p>条約9条2項の英文（正文）は「In any proceedings pursuant to paragraph 1 of the present article, all interested parties shall be given an opportunity to participate in the proceedings and make their views known.」と規定する。</p> <p>①条約9条2項は「all interested parties」に1項の手續において、参加と意見表明の機会を認めているが、「interested parties」は「手續に実質的な利益を示すことができる者」を意味し（親子分離の）当事者である親子以外の祖父母や兄弟姉妹等も該当し、それらの者が、1項の司法審査に参加し、意見を表明する機会が与えられることを要請する（甲50）。</p> <p>②取消訴訟等の事後的司法審査は、提訴権者が限られるとともに、ほとんど利用されない（年に数件しかなく、行政訴訟で2か月以内に一時保護が解除されるケースもない）（甲31）。</p> <p>⇒</p> <p>⑤（提訴権者も限られ、ほとんど利用されない）取消訴訟等の事後審査では「all interested parties」が司法審査に参加し意見を表明する機会是与えられておらず、9条2項を有意にするためには、義務的司法審査であることが前提となる。</p>

根拠

児童の権利委員会が公表した「児童の最善の利益」についての、2013年5月29日付の「General comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (art. 3, para. 1)」（甲32）によれば、児童の最善の利益の要請の適用には、児童の意見の表明が必要とされており、9条1項の「その分離が児童の最善の利益のために必要である」ことの判断にも、児童の意見表明が不可欠である。親子分離の手續において、児童の意見表明権を実質的に保障するためにも、9条1項の司法審査は義務的司法審査であることが要請される。

⑥取消訴訟等が「subject to judicial review」として機能していないこと。

取消訴訟等の提起と判断までの期間を考えると、合理的に考えた場合（不当な）一時保護に対して取消訴訟を提起するという選択はなく、実際に、一時保護に対する取消訴訟等の事後審査は年に数件しかない（行政訴訟で2か月以内に一時保護が解除されるケースもない）（甲31）。

⑥

未成年者が取消訴訟等の訴訟行為を行うには、法定代理人によらなければならない（行政事件訴訟法7条、民事訴訟法31条）ことから、法定代理人である両親が取消訴訟等を提起しなければ、児童は「司法の審査」を受けることができない。

⇒取消訴訟等の事後審査は、親子分離の際の適正手續を保障する条約9条1項の「subject to judicial review」として機能しない。

⑦注釈書・文献も分離決定の際の義務的司法審査を前提とする。（甲30）

The UN Convention on the Rights of the Child, A Commentary, Edited by John Tobin（オックスフォード大学出版）（307～319頁）（甲30）は、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家族生活に関する児童への干渉について最小の侵害原則から、特に分離の判断に対する司法審査は素早くなされ、実務的には数週間ではなく数日でなされるべきこと、③その司法の審査には両親／子が関与できることが要請されるとされており、それは親子分離の際に司法審査が要請されることを当然の前提とする。

⑦

Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child”（児童の権利条約の履行ハンドブック、第3版（2007年9月発行））（甲10）は、第9条が起案されたとき、「分離期間は国内法の下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が強調されており、これも義務的司法審査を前提とする。

「児童の権利条約 その内容・課題と対応」（一粒社）（甲44）で、山口亮子教授は、9条1項は「分離に際し司法の審査が行われること」を保障すると解説しており、義務的司法審査であることを明示する。

逐条解説 児童の権利条約（改訂版）（有斐閣）（甲33）も、条約9条1項の解説で、児童を、里親もしくは保護受託者に委託し、または児童福祉施設に入所させる場合や保護施設に收容する場合について、家庭裁判所の「承認」手續や「許可」手續を、それぞれ必要とすることが定められているから、条約9条1項の「司法の審査に従う」という「条件」が満たされると解説されており、ここでの「司法の審査に従う」とは、（被告が主張するような取消訴訟等の事後審査ではなく）親子分離に際して行われる裁判所の審査という理解を前提とする。

	<p>⑧日本政府の報告</p> <p>⑧ 児童の権利条約44条に基づく日本政府の国連への報告（甲13）において、日本政府は、施設入所等、義務的司法審査がある手続について報告しながら、肝心の条約9条1項が規定する親子分離である一時保護について報告を行っておらず、これは、日本政府において、義務的司法審査のない一時保護が、条約9条1項の「subject to judicial review」の要請を満たさないこと（少なくともその可能性）を認識していたことを示すものに他ならない。</p>
	<p>⑨反対の文献なし</p> <p>⑨ 一審被告（国）の文献調査力は一審原告を凌駕するにもかかわらず、条約9条1項の「subject to judicial review」について、取消訴訟等の事後的審査でその要請を満たすとの（国側の）解釈を支持する、権威ある文献を示すことができていない。</p>
<p>III：親子分離に際しての憲法13条・31条による適正手続の保障としての保障（＝義務的司法審査を要請するかどうか）★</p>	
原審	<p>憲法13条の保障する「子が親に養育される自由」「親が子を養育する自由」についても、児童の安全を迅速に確保し適切な保護を図るなどの観点から、必要かつ合理的な制約を受けるものであり、後見的な観点から緊急的に児童を保護する一時保護制度について、要件効果を異にする、刑事被疑者の身柄拘束と同列に論じることができず、同条及び憲法31条により、一時保護にも逮捕と同様の義務的司法審査を導入することが要請されると解することはできない。（6頁）</p>
主張	<p>憲法13条・31条による適正手続の保障は、一時保護に際して、義務的司法審査を要請する。</p>
	<p>①最高裁の立場</p> <p>① 最高裁は、行政手続が刑事手続でないとの理由のみで、当然に31条の保障の枠外にあると判断すべきではないとし、ただ、同条の保障が及ぶと解すべき場合でも、「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、行政処分の手続に事前の告知、弁解、防御の機会を与えるかどうかは、<u>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</u>」とする（最高裁平成4年7月1日、成田新法事件）。（憲法（第7版）芦部信喜（高橋和之補訂）254頁）</p>
	<p>②制限を受ける権利利益の内容</p> <p>② 一時保護による親子分離は、親子の憲法上の人権（「親が子を養育する自由」「子が親に養育される自由」）への直接的制限であるとともに、2か月に及ぶ児童の行動の自由の制限であり、その制限は、憲法上義務的司法審査が要請される逮捕（最大72時間）を上回る。</p> <p>児童の権利条約の文脈でも「正当性のない両親からの子の分離は、締約国が子に対して行いうる、最も重大な人権侵害である。」とされている（甲10）。</p>
	<p>③その他の児童に対する様々な権利侵害</p> <p>外出禁止（甲14）</p> <p>「どのルールも管理思考で、子どもの人権擁護の視点に欠ける」（甲15）</p> <p>少女も、入所の際、全裸にされ調べられ、小さな部屋から出ることも許されず、トイレに行くにも職員に断らなければならなかった（甲16）</p>

<p>③</p>	<p>「学校に行けず外出も制限され、情報の遮断（スマートフォンの使用禁止）、テレビ・音楽・読書などの制限、会話の制限、行動の管理といった様々な制約が、しかも見通しの持てないまま続く」のであり（8頁）、一時保護された児童は行動の自由を含む様々な自由、自己決定権、プライバシー、学習権、知る権利といった憲法で保障されるさまざまな人権について深刻な制約を受けることとなる（甲17）。</p> <p>神戸でもまるで刑務所のような扱いを受けており（甲18）一時保護所における深刻な人権制約は全国的なものである。</p> <p>「男子と話してはいけない。目を会わせてはいけない」「トイレに行くときは必ず職員に声を掛ける」「私服は着用できず、下着やズボン、靴下など2セットだけ与えられる」・・・生徒は「耐えられない規則。悪いことをしていないのに刑務所にいるようだった」と語った。</p> <p>規則を破った人は、「説教部屋」と呼ばれる2畳ほどの個室に何日も入れられるほか、話したり、目を合わせたりするなど他の子どもとの接触が遮断される。「罰を受けている子を無視するのがつらかった。いじめているような気分になった」</p> <p>私服は基本的に着用できず、冬はジャンパーを与えられるが、生徒は「薄手で寒かった」と振り返る。</p>
<p>④</p>	<p>④評価</p> <p>厚労省自身「<u>関係者の意思に反して行う強制的な制度は、通常は裁判所の判断を必要とするが、児童福祉法の一時保護については裁判所の事前事後の許可も不要である。このような強力な行政権限を認めた制度は、諸外国の虐待に関する制度としても珍しく、日本にも類似の制度は見当たらない。</u>」と（甲19）、国際的にも国内的にも、裁判所の判断によらない関係者の意思に反して行う強制的な制度は、異例の（＝適正手続を欠いた）制度であることを認めている。</p> <p>東京都児童相談所一時保護所についての第三者委員による意見書でも「<u>逮捕勾留・観護措置が司法審査を含む慎重な手続きを経て行われるのに、時として子どもの意思に反してまでも行われる一時保護について、司法審査を経なくていいということには問題があると思います。第三者の視点から、一時保護所の様々な困難に鑑みても一時保護の必要性が肯定できるかが判断される必要があります。</u>」と指摘されている（甲17、9頁）。</p>
<p>⑤</p>	<p>⑤米国での運用</p> <p>米国では、子の保護は逮捕とされる⇒通常、48時間以内に逮捕の司法審査がなくてはならないことを要請する（修正4条）</p> <p>修正14条により、親と子は、他の結論を正当化するやむにやまれない州の利益（compelling state interest）がない限り、一緒に住む実体的権利を有する⇒通常逮捕（修正4条の要請）より厳格な審査を要請する。（以上、甲7）</p> <p>尚、カリフォルニア州について、一時保護の段階から未成年裁判所が関与し、令状なしに子を引き離すことができる場面について、限定的に解釈されていることについて、甲45、甲46参照。</p>

	<p>⑥国連（児童の権利委員会・自由権規約委員会）の要請</p> <p>利害関係者（親子を含む）の手續参加と意見を述べる機会を保障した上で、条約9条1項は「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」にのみ親子分離を許し、児童の権利委員会は、より具体的に「親からの子の分離が最後の手段としてのみ、それが児童の保護のために必要かつ子どもの最善の利益に合致する場合」（甲4）、「子が差し迫った危険</p> <p>⑥にあり、その他必要な場合のように、最後の手段としてのみなされるべきであり、より非侵害的な方法で子を守ることができる場合には、分離されるべきではない」（甲32）とその要件を敷衍する。そして、不当な（＝上記要件を欠く）親子分離がなされないよう義務的司法審査を要請するところ、親子の人権を認め、前文で国際主義を宣言する憲法の解釈として、適正手續として、米国や児童の権利条約や国連が当然のこととして要請する最低限の手續（＝義務的司法審査）を要請すべきことは当然である。</p>
	<p>⑦行政手続法での適正手續の欠如</p> <p>最高裁が憲法31条の行政手続法への適用ないし準用を真正面から認め（最高裁平成4年7月1日、成田新法事件）、行政手続法（平成5年法88号）の成立によって、行政処分については、告知・聴聞を受ける機会が保障されることになった（憲法第7版芦部信喜（高橋和之補訂）254頁）。ところが、即時強制である一時保護は、行政手続法の不利益処分に該当しないこととされ（行政手続法2条4号イ）、同法3章の手續保障も適用されない（宇賀克也、行政法概説Ⅰ（第7版）、120～121頁）。</p> <p>即時強制であることから（不利益処分に認められる）適正手續のための手續保障が不要とされる合理性はなく、一時保護は、行政処分との比較においても、適正手續を欠く状況におかれてきた。</p>
<p>IV：面会通信制限について</p>	
<p>IV-1：児童相談所の一方的かつ恣意的な判断での制限</p>	
<p>原審</p>	<p>本件全証拠によっても、児童相談所の一方的かつ恣意的な判断での口頭指導による面会通信制限が常態化しており、控訴人らに対しても、一方的かつ恣意的な判断に基づく指導による面会通信制限がされたとの事実は認められない。控訴人らが指摘する証拠(甲21～23)には、面会通信制限がまずは行政指導により対応されている実情にあることを示す記載はあるが、<u>児童相談所の一方的かつ恣意的な判断で制限がされていることを裏付けるもの</u>とまでは評価できない。控訴人らの主張は、前提を欠き、採用できない。（5頁）</p>
<p>①</p>	<p>「接見禁止命令、面会通信制限の調査結果等について」（甲22）によれば、令和2年10月～3月になされた面会通信制限5109件のうち、児童虐待防止法に基づく措置が20件に過ぎず、全225児童相談所のうち、「すべてのケースで制限」「原則として制限する」の児童相談所が、面会制限について112箇所（50%）、通信制限について129箇所（58%）に及んでおり、これ（「すべてのケースで制限」「原則として制限」）は、児童相談所の一方的かつ恣意的な判断で制限がされていることを意味するものに他ならない。</p>

反論	②	<p>「一時保護児童の死亡時案に関する検証報告書」（令和3年4月）（甲23）にも、広島県西部こども家庭センターが児童養護施設に一時保護委託をしていた児童が死亡した事案について、</p> <ul style="list-style-type: none"> ●本件センターでは、28条申立てなど家事紛争中には、保護者との面会を基本的には認めないという運用がなされている。 ●本事例における面会通信制限も、半ば慣例的なものであった。本件センターは、本児に対して、母が施設入所に同意するまでは面会できないと伝えていた。 ●本事例では、半年間を超える面会通信制限期間中、本児及び母は何度も面会を求めていたことからすれば、任意の協力を超えて実質的な強制性があったものと評価できることが指摘されており、それら（「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面会させない」）はまさに、児童相談所の一方的かつ恣意的な判断での面会制限に他ならない。
	③	<p>児童の権利委員会は、平成31年3月5日「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」への深刻な懸念を示しており（甲4）、それ（施設に措置された児童が親との接触を維持する権利を剥奪されていること）はまさに、児童相談所の一方的かつ恣意的な判断での面会通信制限が常態化していることを示すものに他ならない。</p>
		<p>平成31年3月5日の時点で、国連児童の権利委員会から上記指摘がなされたことは、その時点で、児童相談所の一方的かつ恣意的な判断で面会通信制限がされていることを裏付けるものであり、少なくとも、政府にはその事実確認を行い対応する義務があった。</p>
<p>IV-2：条約9条3項、4条により、日本は親子分離された親子の交流を確保する義務を負うか</p> <p style="text-align: center;">★</p>		
条約		<p>第九条 [父母からの不分離の確保及びその例外] の英文（正文）</p> <p>3. States Parties shall respect the right of the child who is separated from one or both parents to maintain personal relations and direct contact with both parents on a regular basis, except if it is contrary to the child's best interests.</p>
		<p>第四条 [締約国の措置]</p> <p>締約国は、この条約において認められる権利の実現のため、すべての適当な立法措置、行政措置その他の措置を講ずる。締約国は、経済的、社会的及び文化的権利に関しては、自国における利用可能な手段の最大限の範囲内で、また、必要な場合には国際協力の枠内で、これらの措置を講ずる。</p>
原審		<p>3 一時保護後の面会通信に関する立法不作為の違法性について</p> <p>当裁判所も、一時保護後の面会通信に関する立法不作為の違法性に係る控訴人らの請求は理由がないと判断する。その理由は、原判決「事実及び理由」欄の第3の3に記載のとおりであるから、これを引用する。（6頁）</p>
		<p>控訴人らは、前記当審における控訴人らの主張(3)のとおり主張するが、前記1(2)のとおり、本件全証拠によっても、児童相談所の一方的かつ恣意的な判断での口頭指導による面会通信制限が常態化しているとの事実が認められず、前提を欠き、採用できない。（7頁）</p>

一審	<p>ア 児童の権利条約 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「尊重する(shall respect)」と定めている。これに対して、同条 1 項が、「児童が(中略)その父母から分離されないこと」を「確保する(shall ensure)」と定め、具体的な措置を講じることを締約国に義務付けていることに照らすと、同条 3 項は、同項に規定された権利が完全に行使される保障まで求める趣旨ではなく、立法措置の要否・内容について、基本的に、各締約国の裁量的な判断に委ねるものと解するのが相当である。(21頁)</p>
	<p>ウ 以上によれば、児童の権利条約 9 条 3 項、4 条によって、一時保護後の親子の面会通信に関する立法措置を執ることが要請されているとはいえない。(22頁)</p>
反論	<p>条約 9 条 3 項について 「[shall] という動詞の使用は、第 3 項に基づく国家の義務が強制的なものであることを示す。「respect」という動詞は、その義務が主として、個人的な関係や直接の接触を維持する権利を子どもが行使することを妨害しないことであることを強調する。」と解説されており(甲 50)、条約 9 条 3 項により、国は(個人的な関係や直接の接触を維持する権利を子どもが行使することを妨害しないことを保障する)強制的な義務を負っている。</p>
<p>IV-3：憲法上の親子の人権による要請</p>	
原審	<p>3 一時保護後の面会通信に関する立法不作為の違法性について 当裁判所も、一時保護後の面会通信に関する立法不作為の違法性に係る控訴人らの請求は理由がないと判断する。その理由は、原判決「事実及び理由」欄の第 3 の 3 に記載のとおりであるから、これを引用する。(6頁)</p>
一審	<p>ア親が子を養育する、又は子が親に養育されるためには、親子の間において意思疎通を図る機会が確保されていることが必要であるから、一時保護がされた児童と親との間の面会通信を制限することは、「親が子を養育する自由」「子が親に養育される自由」を制約する面があることは否めない(22頁)。</p> <p>証拠(甲 22、乙 7〔5、20、21頁〕)によれば、厚生労働省が令和 2 年に全国の児童相談所を対象に行った調査の結果、一時保護期間中に、児童虐待防止法 12 条 1 項に基づく面会通信制限が実施された件数は少ないこと、その理由として挙げられたのは、制限が必要となる事例が多くないことや他の手段で対応していることなどであること、その他の手段として、「指導」として面会通信の制限が行われる例があること、そして、令和 3 年 4 月に公表された「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」において、「処分によらない面会通信の制限がどのように行われているのかの実態をまず把握すべきとの指摘があったことを踏まえ、接近禁止命令・面会通信制限の対象拡大については、平成 29 年改正後の子細な実態の調査も行った上で、引き続き検討すべきである。」との提言がされたことが認められる。</p> <p>これらの事実によれば、一時保護期間中の親子の面会通信の制限が、児童虐待防止法 12 条 1 項に基づく措置としてではなく、行政指導によって行われる例が少ないことがうかがわれるものの、少なくとも令和 3 年 4 月の時点においては、そのような行政指導が、児童相談所側の一方的かつ恣意的な判断で上記規定の趣旨に反して行われることが常態化していたことが明白であったとまではいえず、その実態把握の必要性が指摘されるにとどまっていたものと認められる。原告らが提出する証拠(甲 21～23)を子細に検討しても、この認定は左右されない。(23～24頁)</p>

	<p>そうすると、原告らが主張する一時保護後の親子の面会通信に関する立法措置(面会通信の権利の明記、当該権利の告知、希望時の面会通信の実施を義務付ける立法措置)の必要性を基礎付ける立法事実の立証は、なお不十分であるといわざるを得ない。(24頁)</p>
反論	上記IV-1での反論
IV-4：児童の権利条約9条3項及び憲法が保障する親子の人権が、親子分離後の親子交流について要請する内容★	
主張	<p>①面会通信の権利の(法律での)明記と ②当該(面会通信の)権利の告知と希望時の面会通信の実施を義務付ける立法措置が要請される。</p>
根拠	<p>① 親子分離がされた状況で、子(親)との面会通信の権利があることを知らなければ、その行使はあり得ない。 親子分離がされた親子に、面会通信の権利の認識を期待することはできない。 権利行使をしても、それ(面会通信)実施されなければ、権利侵害が継続する。 ⇒ 上記①②を確保する立法措置が要請される。</p>
	<p>② 条約9条1項の両親の同意についての解説であるが、「両親の同意が、第9条の下で国の義務を免除するかについて問題は残っている。実際、国とその代理人が親に不当な影響力を行使して、子との分離に同意させる可能性がある。そのため、国は親の同意が真正なものであったことの証明責任を負わなければならない。真正な同意を証明するのに国が依拠できる指標としては、例えば、支援サービスや休息介護、デイケアなどの別居に代わる選択肢があること、同意を拒否し権限ある当局への申請に異議を唱える権利があること、独立した法的アドバイスを得る機会があること、別居の法的及び実際的影響などについて、両親が十分に知らされていたことの証拠が含まれる。また、国は、両親がそのような情報を理解し、真正な同意をするのに十分な知的能力を有していたことを証明する必要がある。最終的には、同意が真正なものかどうかは、それぞれのケースの状況に応じて決定される事実の問題となる。」と解説されており(甲38)、一時保護された親子の面会通信の権利保障のためには(法律での)権利の明記と権利の告知は最低限の条件である。</p>
	<p>③ (憲法上の人権として親子の人権を保障する)米国のフロリダ州では、子の精神安定のため、1週間に数時間は親子が面会して交流する機会を設けておかなければならないとされており、必要があれば、監督付の面会交流となる(甲8、6頁)。 子が家庭から引き離されている場合は、親子再統合の可能性を目指すため、親子の面会交流が子の最善の利益に適わないという明白かつ確信のある証明がない限り、面会交流は保障されている(甲8、9～10頁)。</p>