

令和5年（ネ）第1913号 損害賠償請求控訴事件

被控訴人（一審被告） 国

準備書面

令和5年12月5日

大阪高等裁判所 第4民事部八係 御中

控訴人（一審原告）ら訴訟代理人

弁護士 川村 真 文



第1 訴えの追加的変更について

被控訴人は、抗告人らの訴えの追加的変更が許されないと主張するので、この点について、主張する。

1 被控訴人は、答弁書第1、1で「本件訴えの経過」を記載するが、そこには重要な経過が記載されていない。原審は、単に「控訴人らの・・・訴えを棄却した」のではなく、以下を判示した。

(1) 「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。」

（第3、2(3)ア、18頁）

(2) 「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。」（第3、3(2)ア、22頁）

(3) 「児童虐待防止法12条1項は、一時保護が行われた場合において、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、児童相談所長は、当該児童虐待を行った保護者について、当該児童との面会及び通信の全部又は一部を制限することができることを定めている。この規定以外には、一時保護下での親子の面会通信を制限する法規がないこと(弁論の全趣旨)を考慮すると、同規定は、一時保護が行われた場合に親子の面会通信を制限することができる場合を、「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」に限定したものと解されるのであって、「児童の最善の利益に反する場合」の例外を認めた児童の権利条約9条3項の趣旨に沿った立法措置がされているというべきである。」(第3、3(1)ア、21頁)

- (4)「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。」(第3、3(2)ウ、24頁)

2 つまり、原審は、児童虐待防止法12条1項は、一時保護が行われた場合に親子の面会通信を制限することができる場合を「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」に限定したものと解されるところ、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。そして、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ないから、立法不作為の違法を問うことができないと判断した。

3 そこで、控訴人らは、原審の上記判断を踏まえ「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た」原因が、厚労省がその児童相談所運営指針(甲53)により、法12条1項によらない指導による「面会・通信制限」を認めたことにあることから、その行

為に基づき、厚労省の義務違反の主張を加えたものである。

- 4 被控訴人は「両者は訴訟物が異なる上、不法行為の主体及びそれらが国賠法上違法となる事実関係も異なることからすれば、請求の基礎となる事実関係及び主張関係が同一であるとはいえず、請求の基礎の同一性は認められないというべきであるから、訴えの変更の要件を満たさない。」と主張する。しかしながら、注釈民事訴訟法第3巻（有斐閣）302～303頁は、「請求の基礎」について、「訴えの変更を許容する根拠に照らすならば、要は、当初の請求が被告との間の紛争の実質的解決に不適切になった場合に、原告がより適切な請求について従来訴訟手続と訴訟資料を利用して審理を進める利益と、新請求について続けて応訴しなければならない被告の不利益、さらに従来審理で得られた判断資料を関連請求に活用できる裁判所の利益と訴訟経済、これらを調整するための要件として、その内容を捉える必要がある」とされ「変更前後の請求の主要な争点が共通であり、訴訟資料・証拠資料の利用可能性に加え、料請求における利益主張が社会生活上同一または一連の紛争に関するものとみられる場合を指すとする見解」（新堂）が、すべてを包摂する基準を示していると指摘する。また、コンメンタール民事訴訟法Ⅲ（第2版）（日本評論社）199頁は、「請求の基礎」について、「学説は、訴えによって主張する利益、訴訟物である権利の発生事実、権利の発生する前提である社会現象または生活関係等と説明している。例えば、訴えは当事者の利益主張のための手段であるから、「請求の基礎」の同一性は、訴えによって主張する「利益」が同一であることを意味し、「請求の利益」の同一性は経済的概念であるから、裁判所は四圍の状況を斟酌して決定すべきであるという利益説がそのひとつである」と指摘する。そして、本件における利益は「親子の面会・通信」の利益であり、その第1の争点は「親子の面会・通信」が憲法上の人権又は児童の権利条約上の権利として保障されるかである。それが肯定される場合、それを確保するための立法が要請されるとともに、（児童虐待防止法12条1項は、一時保護が行われた場合に親子の面会通信を制限することができる場合を「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」に限定したものであり、その趣旨に反する行政指導による面会・通信制限は許されないという）原審

の判断を踏まえ、児童相談所運営指針（甲53）で、法12条に基づくものは行政処分に該当し行政手続法等の対象となることを指摘した上で、法12条に基づかない指導による面会・通信制限を認めた厚労省の義務違反を主張するものである。これは、いわば、病院を被告とする医療過誤訴訟で、一審の判決を踏まえて、別の医療従事者の注意義務違反を追加的に主張するのと平行であり、請求の基礎の同一性は認められるべきである。

- 5 被控訴人は「本件は、原審において書面による準備手続に付されて同手続が終結しており、かかる手続中に前記訴えの追加的変更ができなかった特段の事情は見受けられない上、かかる追加的変更において、新たに争点や立証の必要が生じるから、著しく訴訟手続を遅滞させる場合（民事訴訟法143条1項ただし書）に該当する。」と主張する。しかしながら、控訴人らの主張は、上記の通り、原審の判断を踏まえてのものであり、控訴審での追加的変更の合理性がある。また、その主張は、厚労省の児童相談所運営指針（甲53）という客観的事実に基づくもので、それ以上に（人証等の）証拠調べが必要となるものでもなく「著しく訴訟手続を遅滞させる」という被控訴人の主張も当たらない。

第2 被控訴人の実体的反論について

- 1 被控訴人は、答弁書において、「控訴人らの前記主張からは、いかなる根拠により被控訴人が全国の児童相談所に対して前記(2)の①②の内容について指導する義務を負うのか(そもそも、原判決(23及び24ページ)が正当に判示するとおり、一時保護後の親子の面会通信に関し、前記(2)の①②の内容の立法措置を執ること自体が必要不可欠であるとは認められないのに、いかなる根拠により行政指導に基づく面会通信制限に限って、控訴人らの主張するような面会・通信の権利の告知が適正手続として義務付けられるというのか)、かかる義務の懈怠が、控訴人らに対して負担するいかなる職務上の法的義務に違反し、控訴人らのいかなる権利・利益を害したというのか、何ら明らかではない。」と主張する。しかしながら、立法不作為については、「立法の内容又は立法不作為が国民に憲法上保障され又は保護されている権利利益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、国会議員の立法過程における行動が上記職務上の法的義務に違反したものとして、例外的に、その立法不作為は、国賠法1条1項の適用上違法の評価を受けることがある」とされるところ、原審は「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（＝法12条1項）の趣旨に反して行われることが常態化していた」が（令和3年4月の時点においては）それが「明白であったとまではいえない」として、立法不作為の違法を認めなかったものである。実際、厚労省の子ども家庭局過程福祉課調べの「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、面会通信制限について、児童虐待防止法による措置が20件であるのに対し、児童福祉司指導によるものが102件、行政指導によるものが4987件であり、合計5109件の面会通信制限のうちその99.6%が法12条1項によらない指導による制限である。また、全225児童相談所の実態調査の結果、児童相談所によって「すべてのケースで制限」から「制限しない」まであり（甲22）、面会通信制限が「児童相談所側の一方的かつ恣意的な判断で上記規定（＝法12条1項）の趣旨に反して行われることが常態化していた」ことが明らかとなっている。

- 2 法12条1項による面会通信制限は、不利益処分として、行政手続法上の適正手続が要請されるとともに、抗告訴訟や審査請求の対象となる。それに対して、指導による面会・通信制限は、行政手続法が規定する適正手続も要請されず、抗告訴訟や審査請求の対象ともならない。また、法12条1項による制限は「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」場合に「当該児童虐待を行った保護者」についてのみ認められるのに対して、指導による面会・通信制限には、そのような要件もない。かかる状況において、厚労省が「児童虐待防止法条、児童相談所長、施設長のいずれもが面会・通信を制限することができる」とされているが、当該制限は行政処分に該当すると考えられることから、行政手続法等の対象となるものである」と指摘した上で、法12条1項によらない指導による面会・通信制限を認める児童相談所運営指針（甲53）を発出すれば、児童相談所の恣意的判

断によって、法12条1項によらない、指導による面会・通信制限が行われることは必然であり、現実には、上記のとおり、「児童相談所側の一方的かつ恣意的な判断で上記規定（＝法12条1項）の趣旨に反して行われることが常態化して」いる状況に陥っている。また、子が一時保護された親子が自分たちに（子又は親との）面会・通信の権利があることを知る由もなく、児童相談所に面会を拒否されれば、それ以上権利主張をすることもできない立場にある。かかる状況において、厚労省が、児童相談所運営指針（甲53）で指導による面会・通信制限を認めるのであれば（（面会・通信の）権利があることの認識も期待できない）親子に「面会・通信の権利」があることを告知した上で、その制限に同意した場合に（指導による面会・通信制限を）限定するよう指導する義務があったという主張である。また、仮に児童相談所運営指針（甲53）発出時に上記義務を負わないとしても、日本は児童の権利条約を締結するところ、同条約は9条3項において「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」を規定し、日本は、定期的に「この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」義務を負う（同条約44条）以上、厚労省は、平成20年3月14日の児童相談所運営指針（甲53）の発出後、すみやかに、同運営指針が一時保護された児童と父母との面会・通信（＝条約9条3項の「人的な関係及び直接の接触を維持する権利」の保障状況）に与えた影響や（面会・通信制限の）実態について調査する義務があったというべきであり、（令和2年10月－3月を対象とする）甲22の調査よりはるか前に、その実態を把握し「児童相談所側の一方的かつ恣意的な判断で」の指導による面会・通信制限が行われないよう対応する義務があったというべきである。

- 3 控訴人らは、令和2年7月6日に一時保護されて以来、児童相談所の指導により、同年12月11日まで、親子の面会をすることができなかったという権利・利益の侵害を被った。