

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

控 訴 理 由 書

令和5年10月10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



目次

第1 司法審査の要請（条約9条1項の要請）について.....	2
1 条約9条1項の解釈.....	2
(1) 条約（9条1項）の解釈規範.....	2
(2) 条約9条1項の趣旨.....	2
(3) 用語の通常の意味.....	3
2 条約9条2項との整合性等.....	4
(1) 条約9条2項との整合性.....	4
(2) 原審のその他の論拠.....	5
3 結論.....	6
第2 司法審査の要請（憲法上の要請）について.....	7
1 憲法上の人権.....	7
2 憲法上の要請.....	8
3 結論.....	14
第3 一時保護後の面会通信に関する違法性について.....	14
1 条約9条3項の要請.....	14

2	憲法上の要請.....	14
3	立法不作為の違法性についての原審の判断.....	15
4	厚労省の対応と義務違反.....	16
	(1) 平成19年法改正.....	16
	(2) 厚労省の対応.....	16
	(3) 厚労省の義務違反（追加の主張）.....	17
5	立法不作為の違法について.....	19

第1 司法審査の要請（条約9条1項の要請）について

1 条約9条1項の解釈

(1) 条約（9条1項）の解釈規範

原審が判示する（14頁）ように、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、誠実に解釈すべきである（条約法に関するウィーン条約31条1項）。

(2) 条約9条1項の趣旨

原審は、条約9条1項の趣旨として「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。ただし、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。」と規定しているところ、「司法の審査に従うことを条件として」と明記したのは、父母の意思に反する親子の分離を許さないという原則に対する例外的な措置については、児童の最善の利益に反しないよう、行政や立法から独立した司法の審査による統制を図る趣旨に出たものであると解される」と判示する（14頁）。

しかしながら、9条1項は「that such separation is necessary for the best interests of the child.（その分離が児童の最善の利益のために必要である）」ことを要件とするもので、分離が許されるのは「分離が児童の最善の利益のために必要である」場合に限られ（その主張立証責任も分離する側にある）「児相の最善の利益に反しない」という消極的な要件で親子分離が認

められるものではない。「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）児童の権利委員会が勧告（甲4）するように「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」にのみ親子分離は許されるのであり、（児童の権利委員会が採択した）「児童の最善の利益」についてのGeneral Comment（2013年5月29日付）は61で「親からの分離の子への影響の大きさから、かかる分離は、子が差し迫った危険にあり、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。」と規定する（甲32）。そして、その要件を満たさない場合（＝児童の権利を不当に侵害する場合）に親子分離がなされないよう、司法審査が要求される。（条約・児童の権利委員会・自由権規約委員会・米国・児童福祉法・原審の親子分離の要件を別紙にまとめている。）

(3) 用語の通常の意味

原審は「上記規定は、権限のある当局が親子の分離を決定する場合における「司法の審査」の時期や方法については、具体的な定めを置いておらず、また、同規定の「司法の審査に従うことを条件として」の原文に当たる

「subject to judicial review」という文言が、通常、義務的司法審査（mandatory judicial review）と同じ意味で用いられることを認めるに足りる証拠もない。」と判示する（14頁）。

しかし、行動又は事柄が「subject to something」の場合、それが生じる前に「something」が起きることが必要であるという意味（甲49）であり

「用語の通常の意味」において、「subject to judicial review」は「事前に司法審査が必要」という意味である。刑事手続の緊急逮捕と同様、事前の司法審査を得る時間的余裕がない場合には司法審査が事後になることも許されるが、少なくとも司法審査は（親子分離の）要件であり、「義務的司法審査＝全件についての司法審査」を要請とするのが、上記の制度趣旨を踏まえた、用語（「subject to judicial review」）の通常の意味である。

2 条約9条2項との整合性等

(1) 条約9条2項との整合性

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.」（すべての関係当事者は、1の規定に基づき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。）であるところ、同条も条約9条1項の「subject to judicial review」が義務的司法審査であることを要請すると主張した。

これに対して、原審は「取消訴訟による事後的な審査であっても、司法的統制の手段であることは否定し得ない上に、一時保護について、最も利害関係を有する親又は子は、その意思に基づいて取消訴訟を提起することができることに鑑みると、司法審査を受ける機会が奪われているわけではない（その意味で、全ての関係当事者は手続参加及び意見表明の機会を有する旨定める児童の権利条約9条2項が、直ちに義務的司法審査を要請するものでもない。）。」と判示する（15～16頁）。

しかしながら、条約9条2項の解釈として「‘interested parties’（利害関係者）という表現は、父母、法定後見人、または子の養育に法的責任を負うその他の人にも適用される。また、祖父母や、子どもの家族の一員や、子どもの最善の利益のために分離が必要かの評価に役立つ里親など、手続に実質的な利益を示すことができる者にも適用される。」「12条（意見を表明する権利）と同様「利害関係者」は、分離手続の対象である子とその兄弟姉妹の両方に及ぶ。」「利害関係者は、第9条の下での手続に参加し、意見を表明する機会を与えられる。この権利は、権限ある当局での手続か司法の審査での手続かを問わず、すべての手続に及ぶ。」とされており（甲50）（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の利害関係者も、司法の審査に参加し、意見を表明する機会が与えられることを要請する。そして、それらの者は取消訴訟等を提起することはできず、条約9条1項の「司法の審査」を義務的司法審査としなければ（条約9条2項が規定する

‘interested parties’（利害関係者）は）司法審査において意見を述べる機会が保障されないことになる。

また、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）、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、児童は取消訴訟等を提起することもできず「司法の審査」を受ける機会は保障されない。

以上より、児童にも「司法の審査」を保障する9条1項はもちろん、（適正手続の要請から）9条1項の「司法の審査」を含む手続に全ての利害関係者に参加し意見を述べる機会を保障する条約9条2項も、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を前提とし、それを要請する。

(2) 原審のその他の論拠

原審は「一時保護は、後述するとおり、児童が親から虐待を受けている場合等に、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に、緊急的に行われるものであるから、一時保護に過度に重い司法審査を導入することによって、かえって迅速な一時保護が実施されず、児童の福祉を損なうような事態も懸念される。」と判示する（16頁）。しかしながら、条約9条1項は無理を要求するものではなく、事前の司法審査を原則としても、それを得る余裕がない場合には、一時保護を先行させ、その後に司法審査を得ればいい。義務的司法審査は「（児童の権利条約が要請する）要件を満たさない一時保護」への障害になっても「迅速な一時保護」の障害となるものではなく、原審の指摘は当たらない。

原審は「原告らは、児童の権利条約において「subject to judicial review」との表現が用いられたのは9条1項のみであり、それは、義務的司法審査を要請する趣旨である旨主張するが、原告らが提出した同条約の注釈書(甲30)その他の証拠を精査しても、同規定に限ってあえて上記表現を用いたという理解やその趣旨について明確に言及したものは見当たらないことに照

らすと、原告らの上記主張は、独自の見解といわざるを得ず、採用できない。」と判示する(17頁)。しかしながら、注釈書でその点の解説を含め、「subject to judicial review」が義務的司法審査かどうか論点とされていないのは、それが当然の理解であり、義務的司法審査を否定する解釈が存在しないからである。

3 結論

以上、①「subject to judicial review」の「用語の通常の意味」、②親子分離には「分離が児童の最善の利益のために必要である」場合(条約9条1項)「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にあり、その他必要な場合のように、最後の手段」である場合(甲32)という要件が要請される中、要件を満たさない親子分離(=不当な人権侵害)を阻止するには司法審査が不可欠であること、③義務的司法審査でなければ、保護された児童は、法定代理人である両親が取消訴訟等を提起しなければ、「司法の審査」を受けることができないこと、④条約9条2項が、司法審査を含む9条1項の手続において、(親子以外も含む)すべての利害関係者に意見表明の機会を保障することから、法9条1項の「subject to judicial review」は義務的司法審査であることが要請される。

そして、以上の解釈は、原審でも主張した、以下の事実と整合する。

- ① 児童の権利委員会(原審準備書面(4)の別紙の争点表(以下「争点表」という)Ⅲ(2頁)③)や、自由権規約委員会(同⑤)は条約9条1項が義務的司法審査を要請することを前提とし、日本に勧告する。
- ② 争点表Ⅲ②④(児童の権利委員会は条約の文言(subject to judicial review)をそのまま使用する「児童の代替的養護に関する指針」(甲35)を引き合いに出して義務的司法審査を要請(甲4))⑥(司法審査の迅速性を要請(甲30)⇒義務的司法審査を前提)⑨(義務的司法審査が存在しない締約国は9条1項について留保を表明(甲10))⑩(日本政府の条約44条に基づく報告に(親子分離が行われる)一時保護の報告も「司法の審査」としての取消訴訟等の報告もない(甲13))は、条約9条1項の「subject

to judicial review」が義務的司法審査であることを前提とする。

- ③ 争点表Ⅲ⑦（9条1項の「subject to judicial review」は、憲法上の要請から児童の保護に義務的司法審査を当然の要請する（甲7）米国の提案により加えられたもの（甲33））⑧（児童の権利条約において「subject to judicial review」の語が規定されているのは9条1項のみ＝（親からの分離の子への影響の大きさから）親子分離に特に規定されたもの）は義務的司法審査を基礎づける。
- ④ 争点表Ⅲ⑩（児童の権利条約9条1項、児童の権利委員会（甲4）、自由権規約委員会（甲37）、「児童の最善の利益」についての General Comment（2013年5月29日付）（甲32）は親子分離に厳格な実体要件を要請）は義務的司法審査を要請する。

第2 司法審査の要請（憲法上の要請）について

1 憲法上の人権

原審は「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、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。」と判示する（18頁）ところ、この判断は正当である。

原審が憲法上の人権として「子が親に養育される自由」「親が子を養育する自由」を認めたことは、次の点からも、正当な判断であり、控訴審でもこの判

断は前提とされるべきである。

- ① 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（甲5）、親子の人権は裁判規範として機能してきた。
- ② （児童の権利を規定する）児童の権利条約も、前文で「家族が、社会の基礎的な集団として、並びに家族のすべての構成員特に児童の成長及び福祉のための自然な環境として、社会においてその責任を十分に引き受けることができるよう必要な保護及び援助を与えられるべきであることを確信し、児童が、その人格の完全なかつ調和のとれた発達のため、家庭環境の下で幸福、愛情及び理解のある雰囲気の中で成長すべきであることを認め」と規定し「児童の父母によって養育される権利」を規定する（7条1項）。
- ③ 親子は生物的連結に基づく最も密接な関係であり、親子の絆は個人の人格的生存に不可欠の利益であるところ、「個人の尊重」「個人の尊厳」（憲法13条、24条）に中核的価値を置き、国民にすべての基本的人権を保障する（11条）日本国憲法の解釈として、親子の権利を憲法上の人権として認めないとする判断はあり得ない。
- ④ 親の（子についての）人権を認めなければ、北朝鮮に子を拉致された拉致被害者には人権侵害がないことになるが、彼らはその生涯をかけて子の取り戻しを図っており（甲41）、そこに（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。

2 憲法上の要請

- (1) 原審は、上記のとおり、親子の憲法上の人権を認めたが、「もっとも、子どもは、心身ともに未成熟であって傷つきやすく、成熟した大人になるために、自身の力のみでは不十分であり、また、親から受ける虐待等によって、健全な成長や発達がかえって害されるおそれがあることも否定できないから、国家による後見的な介入が必要となる場合がある。このように、「子が親に養育される自由」「親が子を養育する自由」は、子の未成熟性という特性に応じて、後見的な見地からの制約を受け得る権利というべきである。」と判示する。確かに、親子の人権は不可侵ではなく（憲法上

の親子の人権を認めてきた) 米国も、児童の権利条約も、虐待等の場合に親子分離を認めるところ、問題はそのため要件と手続である。

- (2) 原審は、「イ 児童福祉法は、「全ての児童は、児童の権利に関する条約の精神にのっとり、適切に養育されること、その生活を保障されること、愛され、保護されること、その心身の健やかな成長及び発達並びにその自立が図られることその他の福祉を等しく保障される権利を有する。」」(同法1条) という理念の下、全ての国民に対し、「児童が良好な環境において生まれ、かつ、社会のあらゆる分野において、児童の年齢及び発達の程度に応じて、その意見が尊重され、その最善の利益が優先して考慮され、心身ともに健やかに育成されるよう努めなければならない。」(同法2条1項) との努力義務を負わせるとともに、国及び地方公共団体に対し、「児童の保護者とともに、児童を心身ともに健やかに育成する責任を負う。」(同法3項) との責務を課している。そして、児童福祉法33条1項は、一時保護について、「必要があると認めるときは、同法26条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」に行われるものと定めている。このような、児童福祉法が定める理念、国民の努力義務及び国等の責務に加えて、同法33条1項の規定の内容に照らせば、一時保護は、児童の福祉を図り、児童が心身ともに健やかに育成する環境を確保するため、児童が虐待を受けるなどしている場合に、児童の安全を迅速に確保し、又は児童の心身の状況やその置かれている環境等を把握するという観点から、緊急かつ暫定的な措置として行われるものであると解するのが相当である。そうすると、一時保護は、親又は子の意思に反する場合であっても、公権力によって親子を分離するものであり、その意味において、「子が親に養育される自由」「親が子を養育する、自由」を制約する面があることは否めないとしても、子の未成熟性という特性に鑑みて、児童の安全や福祉を図り、健全な育成環境を確保するという後見的な見地から行われる、必要かつ合理的な制約であるというべきである。」と判示する(18~19頁)。

しかしながら、以上の一時保護の要件は、児童の権利条約が要請する親子分離の実体要件（別紙参照）と整合しない。児童の権利条約は、前文で「家族が、社会の基礎的な集団として、並びに家族のすべての構成員特に児童の成長及び福祉のための自然な環境として、社会においてその責任を十分に引き受けることができるよう必要な保護及び援助を与えられるべきであることを確信し、児童が、その人格の完全なかつ調和のとれた発達のため、家庭環境の下で幸福、愛情及び理解のある雰囲気の中で成長すべきであることを認め」ると規定し、7条1項で、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する。そして、親子分離は、「that such separation is necessary for the best interests of the child.（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）」であることを要件としており（9条1項）、児童の権利委員会は「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」にのみ親子分離は許され（甲4）「親からの分離の子への影響の大きさから、かかる分離は、子が差し迫った危険にあり、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。」とする（甲32）。つまり、親子分離が児童に与える人権侵害の大きさから、より非侵害的な方法で子を守ることができる場合には、そちらの方法によるべきであり、その場合には（親子分離が）「児童の最善の利益のために必要である」とは言えないというのが児童の権利条約の立場である。以上の親子分離の要件は「家族が、社会の基礎的な集団として、並びに家族のすべての構成員特に児童の成長及び福祉のための自然な環境」であり「児童が、その人格の完全なかつ調和のとれた発達のため、家庭環境の下で幸福、愛情及び理解のある雰囲気の中で成長すべきである」（条約前文）とする基本的価値観の下、児童の（父母に養育される）権利（7条1項）に基づくものである。そして、児童の権利条約が児童の権利についての国際社会における基準であり、日本も同条約を締約し、憲法も条約・国際法規の遵守を規定する（98条2項）ことから、憲法上の人権である

「子が親に養育される自由」による要請も、児童の権利条約と整合的に解釈すること（少なくとも児童の権利条約が要請するレベルより低くないこと）が要請される。よって、憲法上の人権としての「子が親に養育される自由」と「親が子を養育する自由」は、親子分離に際して、上記の、児童の権利委員会が具体化する（甲4、甲32）条約9条1項の要件を要請するというべきである。

この点、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、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、これも上記立場と整合する。

- (3) 原審は「そして、一時保護は、その緊急性に鑑みれば、過度に重い司法審査を導入することによって、かえって迅速な一時保護が実施されず、児童の権利を損なうような事態が懸念されることは、前示のとおりである。加えて、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ず、また、前記のとおり、取消訴訟や執行停止制度等の事後的な司法審査の対象となるものであり、一定の司法的統制の機会が用意されている。しかも、一時保護の制度は、刑罰を科するためのものではなく、子の安全や福祉の確保、健全な育成環境の確保を目的としており、逃亡や証拠隠滅を防止するために行われる逮捕とは、その趣旨・目的が全く異なっており、かつ、一定の行動の自由の制限を伴うとしても、逮捕とは異なり、子どもの身体の自由を直接的に拘束することは許されない（乙10）。これらの事情を総合的に勘案するならば、一時保護について、憲法13条や31条によって、憲法33条の逮捕の場合と同様に、義務的司法審査を導入することが一義的に要請されていると解するのは困難というべきである。ウ これに対して、原告らは、一時保護は、「必要があると認めるとき」という漠然とした要件の下、児童相談所長の広範な裁量によって決定されるものであり、濫用の危険性があると主張す

る。しかし、既に述べた一時保護の趣旨、目的や児童福祉法33条1項の規定の仕方に照らせば、同条項の「必要があると認めるとき」とは、児童の安全を迅速に確保し適切な保護を図る、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本条項の目的を指針として、児童の福祉の観点から一時保護の必要がある場合をいうものと解すべきであるから、これをもって漠然とした要件と評価することはできない。もちろん、一時保護の決定に当たって濫用の危険性があることは否定できないところ、取消訴訟等の事後的審査によって司法的統制を図ることができる以上、義務的司法審査が必要不可欠であると解することもできない。」と判示する（19～20頁）。

しかしながら、これは、親子分離に際しての適正手続として、いかなる手続を要請するかの問題であるところ、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）、現実には司法的統制として機能しておらず、それで憲法上の親子の人権を不当な親子分離（＝児童の権利条約／憲法が要請する実体要件を満たさない親子分離）から守ることは不可能である。そして、以下の理由からも、義務的司法審査が要請される。

- ① 上記（第1）のとおり、児童の権利条約9条1項は義務的司法審査を要請しており、児童の権利委員会や自由権規約委員会も、日本に義務的司法審査を勧告する。
- ② 児童の権利条約（児童の権利委員会や自由権規約委員会も）は、児童の権利の立場から、親子分離に際して義務的司法審査を要請するが、日本は同条約を締約し、憲法も条約・国際法規の遵守を規定する（98条2項）以上、憲法上の人権である「子が親に養育される自由」による要請は児童の権利条約と整合的に考えるべきであり（上記(2)参照）、憲法上の人権としての「親が子を養育する自由」「子が親に養育される自由」を保障する適正手続として、条約が要請する義務的司法審査を不要とする解釈はあり得ない。
- ③ 原審は「一定の行動の自由の制限を伴うとしても、逮捕とは異なり、子

どもの身体の自由を直接的に拘束することは許されない(乙10)」と指摘するが、問題は(身体の自由の)「直接的な拘束」の有無ではなく身体の自由・行動の自由の制限の有無である。任意同行(=被疑者の自由な意思に基づく同行)についても、家に帰さない場合には、逮捕と同視すべきとされており(甲39)、家に帰ることを許さない児童の一時保護についても、逮捕と同レベルの適正手続(=義務的司法審査)が要請される。

- ④ 一時保護されると、児童が、司法審査なく、2か月もの間、その意思に反して家庭から分離されるとともに、様々な人権制約を受ける状況に置かれる(甲14~甲18)もので、人権保障の観点から、72時間の身柄拘束である「逮捕」の場合より、司法審査の要請が低いという判断はあり得ない。この点、米国では、子の保護も逮捕(seizure)であるとして、当然に(逮捕についての)司法審査が要請されるとともに、親子分離については、親子の人権侵害の面があることから、より厳しい要件(=子を確保するにやむにやまれぬ州の利益)が必要とされているところ(甲7)、それは人権保障の観点から、合理的な判断である。
- ⑤ 上記のとおり、児童の権利条約や憲法上の要請として、親子分離が認められる(実体)要件は厳格で、他方で、児童の保護は「必要があると認めるとき」との要件(児童福祉法33条1項)で認められており、その濫用(=要件を満たさない保護による親子の人権侵害)の危険は高く、それを防止するには義務的司法審査が不可欠である。
- ⑥ 事前の司法審査を得る余裕がない場合には、(緊急逮捕と同様)一時保護を先行させ、その後に司法審査を得ればいいのであり、義務的司法審査は「要件を満たさない一時保護」への障害になっても「迅速な一時保護」の障害となるものではない。
- ⑦ 尚、一時保護された児童は、現実に、悲惨な人権侵害の状況におかれており(甲14~甲18)、児童の権利委員会は、日本に対して「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」を要請しており(甲4、29.(c)(8頁))、親子の人権保障の観点から、適正手続

としての義務的司法審査すら要請しないとする解釈はあり得ない。

3 結論

以上、憲法上の人権としての「親が子を養育する自由」「子が親に養育される自由」に対する直接的制限である親子分離に際しては、その適正手続として義務的司法審査が要請される。

第3 一時保護後の面会通信に関する違法性について

1 条約9条3項の要請

条約9条3項について、原審は「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。」と判示する(21頁)。

しかし「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。」とされており(甲50)、国は児童がその権利(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)を行使することを妨害しない義務を負う。

2 憲法上の要請

原審が判示する(22頁)ように「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」。

3 立法不作為の違法性についての原審の判断

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」と正当に判示する（21頁）。

控訴人らは、児童虐待防止法12条1項が「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」にもかかわらず「圧倒的多数の親が、面会通信の権利についての認識がないためにその申出ができず、児童相談所側の一方的かつ恣意的な判断で、児童虐待防止法12条1項の趣旨に反して、面会通信が事実上制限されている実情があるから、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）が不可欠であると主張する」（原審23頁）。

これに対して、原審は「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。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した(23～24頁)。

4 厚労省の対応と義務違反

(1) 平成19年法改正

従前、児童虐待防止法12条(以下「法12条」という。)について、児童虐待防止法制定時は児童福祉法28条の規定により同法27条1項3号の措置が採られた場合(すなわち、家裁承認による強制措置の場合)に限って面会通信制限を定めていたが、平成19年法律第73号(以下「平成19年法改正」という。)によって、同号の措置が採られた場合全般へと拡張したのに加え、同法33条1項・2項による一時保護を行った場合を追加した。また、同改正により2項・3項が追加された(甲51)。

(2) 厚労省の対応

厚労省は、平成19年法改正前の児童相談所運営指針にも「保護者等による虐待等のために保護者等の同意が得られずに一時保護した子どもについて、保護者等が面会や引取りを求めてきた場合には、児童相談所長又は都道府県知事等が必要と認める場合には、子どもの親権を行う者又は未成年後見人の同意が得られない場合でも、また、家庭裁判所の決定によらない場合でも一時保護を行うことができるとされていることから(昭和36年6月30日児発第158号)、これを拒む等、子どもの福祉を最優先した毅然とした対応

を行う。」と記載し、法に規定される以外に、面会・通信を拒む対応を指導してきた（甲52）。

そして、厚生労働省雇用均等・児童家庭局長は、平成19年法改正に際して、平成20年3月14日、都道府県知事、指定都市市長、児童相談所設置市市長に向けて「児童相談所運営指針等の改正について」（雇児発第0314003号）を発出し、改正後の児童相談所運営指針に「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。面会・通信制限については、児童虐待防止法第12条に基づく行政処分としての位置付けを持たず「指導」として行うものもあり得ることから、行政処分又は指導のどちらの位置付けで行うべきかについて実情に応じて判断し、対応する」と記載し、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、「行政処分としての位置付けを持たない指導による面会・通信制限を認めてきた（甲53）。尚、平成30年7月6日の「一時保護ガイドラインについて」（乙10）では「一時保護が行われている場合において、児童虐待の防止等に関する法律・第12条の規定により児童相談所長等は、児童虐待を行った保護者について当該子どもとの面会又は通信を制限することができるものとされている。」とのみ記載されており（21～22頁）、指導による面会・通信制限の記載はない。

(3) 厚労省の義務違反（追加の主張）

以上、平成19年法改正後も厚労省自身が、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、「行政処分としての位置付けを持たない指導による面会・通信制限を認めてきた。厚労省が指摘するとおり、法12条1項による面会通信制限は、行政処分（行訴3条2項、行審1条2項）に該当し、抗告訴訟（行訴3条）、都道府県知事に対する審査請求（行審2条、4条1号）が可能であるほか、その旨の教示が必要である（行訴46条、行審82条）。また、不利益処分（行手2条4号）となり、行政手続法第3章の適用を受け、弁明の機会を付与し、必要事

項（当該児童と面会又は通信の全部又は一部を制限する旨、制限を行う理由となった事実の内容等）を記載した書面を交付しなければならない（行手14条、29条1項、30条、児童虐待防止法施行規則2条1項）（甲51）。それに比べて、指導による面会・通信制限は、抗告訴訟や審査請求の対象とならず、上記手続も不要であり、厚労省がそれを認めれば、法12条1項によらない指導による「面会・通信制限」がなされることは当然であり、その結果が、児相側の一方的かつ恣意的な判断（全てのケースで制限、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、面会通信制限が行われる（甲21、甲23）とともに、そのほとんどが事実上の口頭での指導により行われ、正式な児童虐待防止法に基づく措置によるものはほとんどない（5109件中20件）（甲22）という状況である。

「子が親に養育される自由」「親が子を養育する自由」が憲法上の人権であり、児童の権利条約が「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。」と規定し（9条3項）、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。にもかかわらず、厚労省は、その運営指針より、法12条1項によることなく、指導による「面会・通信制限」を認めた（甲53の2で行政手続法等の規制のないことを指摘しており、むしろ指導による「面会・通信制限」に誘導した）ものであり、その場合には、それが法12条の脱法行為として使われることのないよう（＝親と子による真の同意がある場合に限られるよう）、指導による「面会・通信制限」場合の適正手続（①「面会・通信の権利」があることを告知した上で、②（親又は子から）面会・通信が求められた場合には、すみやかに面会・通信を認めるか、法12条の「面会・通信制限」を行うこと）を全国の児童相談所に指導する義務があったというべきである。にもかかわらず、厚労省は、それを行わなかったもので、それは国賠法上の義務違反となる。

仮に、「児童相談所運営指針等の改正について」（雇児発第 0314003号）

(甲53) 発出時に上記義務を負うことが否定されたとしても、厚労省は、自身が発した指針の結果をフォローし、法12条1項の脱法行為として「指導」による面会・通信制限が行われている事実を把握した時点で、上記①②を指導する義務があったというべきである。このことは、児童の権利条約の締約国である以上、条約9条3項の権利が保障されているかについて監督・検証すべき立場にある(条約44条参照)ことから要請される。にもかかわらず、厚労省は、それを行わなかったもので、それも国賠法上の義務違反となる。

以上、国賠法1条1項の違法行為として、本項(3)に記載する、厚労省の義務違反を、立法不作為の違法に追加して主張する。

5 立法不作為の違法について

上記3のとおり、原審は「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(24頁)。

しかしながら、上記4(2)(3)のとおり、法12条1項によらない、児相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た(甲21～甲23)のは、厚労省が、法12条1項に基づかない、指導による面会・通信制限を認め、それに誘導したことの当然の結果であり、それが、平成19年法改正の施行直後から既に生じていたことは明らかである。そして、上記4(3)のとおり、厚労省はその状況を把握していたはずであるし、把握すべき立場にあった。2019年3月5日には児童の権利委員会が日本で「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」ことに深刻な懸念を示しており（28. (e)）（甲4）、国連が把握する日本の実情を、厚労省が把握していないはずがない。

児童の権利条約は「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・・・委員会に提出することを約束する。」（44条）と規定し、国は、条約9条3項の権利が保障されているかについて監督・検証すべき立場にある。そして、国（厚労省）の行為により、指導による面会・通信制限が、法12条1項の脱法行為として行われ、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にもかかわらず、それを把握していなかった（＝国の上記の監督・検証義務違反）という主張は、立法不作為の違法を否定する理由となるべきではない。