

原告らの主張の骨子（条約と憲法の位置付け）	
児童の権利条約は「児童の権利」を保障する条約であり、親の権利を規定しない⇒親の権利侵害となるには、憲法13条に基づく親の人権が認められる必要。	
(1)	条約9条1項：親子分離の際の義務的司法審査を要求⇒司法審査のない一時保護は <u>児童の権利侵害</u> 。
(2)	条約9条3項：児童が定期的に父母のいずれとも人的な関係・直接の接触を維持する権利を規定⇒保護された児童の父母との面会通信が保障されない状況は、 <u>児童の権利侵害</u> 。
(3)	憲法13条・31条：子の一時保護における適正手続の保障の要請⇒司法審査のない一時保護（=親子分離）は、 <u>憲法上の親子の人権侵害</u> でもあり、 <u>親子の権利侵害</u> 。
(4)	憲法13条：親子の権利の保障⇒①親子分離の際の司法審査と②親子分離された場合の親子の面会通信を要請し、それらが保障されない状況は、 <u>親子の人権侵害</u> 。
(1)(3)(4)⇒適正手続として親子分離の際の司法審査を要請⇒一時保護する場合には司法審査を用意する立法措置を講じる義務があるのにそれをしなかった⇒国賠法上の違法であるとともに親子（原告ら）に対する人権侵害となる。	
(2)(4)⇒親子分離が認められる場合には、親子の面会通信保障する立法措置（=①法律で親子の面会通信の権利の明記、②面会通信の権利の告知、③親又は子が希望する場合、適切な面会通信の義務付けについての立法措置）を講じる義務があったのにそれをしなかった⇒国賠法上の違法であるとともに親子（原告ら）に対する人権侵害となる。	

I：児童の権利条約の効力		I
A：原告		
原告の主張	日本は、条約9条1項が規定する「司法の審査」と条約9条3項の「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」を実現するための立法措置等を講じる義務を負う。	A
根拠	①条約は別段の立法措置を要することなく国家機関および国民を拘束する（佐藤幸治 日本国憲法論（第2版）成文堂 101頁）。 ②憲法98条2項「日本国が締結した条約及び確立された国際法規は、これを誠実に遵守することを必要とする。」⇒我が国は、条約が要請する措置をとる義務を負う。 ③条約4条「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。」⇒我が国は、 <u>児童の権利条約上の権利実現のための立法措置等を講じる義務を負う</u> 。	①

II：児童の権利条約の基本構造		II
A：原告		
原告の主張	児童の権利条約は、家族を社会の基本的な集団であると同時に、児童の成長と福祉と保護のための自然な環境であるとし、児童の家族生活への権利を保護する。そして、父母に養育されることを児童の基本的権利とし（7条1項）、条約9条は親子分離の条件・手続（9条1項、2項）と親から分離された児童の「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」（9条3項）を規定する。	A

根拠	児童の権利条約の規定（前文、5条、7条、8条、10条、16条、18条）（甲34）	①
	児童の代替的養護に関する指針（第65回国連総会採択決議2009年12月18日）は、3.で、「 <u>家族は社会の基本的集団であると同時に、児童の成長、福祉及び保護にとって自然な環境である</u> 」ことから、「 <u>第一に、児童が両親（又は場合に応じてその他の近親者）の養護下で生活できるようにし、又はかかる養護下に戻れるようにすることを目指して活動すべき</u> 」であり、国は、「 <u>家族がその養護機能に対する様々な形態の支援を受けられるよう保障すべきである</u> 」とする。（甲35）	②

III：条約9条1項の「司法の審査」は義務的司法審査（mandatory judicial review）（=全件についての司法審査）を要請するか		III
A：原告		
原告の主張	A：9条1項は、児童を父母の意思に反して、父母から分離するに際して、義務的司法審査（=全件についての司法審査）を要請する⇒司法審査を経ない一時保護は児童の権利侵害となる。	A
	9条1項の「司法の審査」の内容については、同条約の解釈問題であるところ、以下の事実から、義務的司法審査（=全件についての司法審査）を要請するものであることは明らかである。	①
	「児童の代替的養護に関する指針」（第65回国連総会採択決議2009年12月18日）は、47で、「児童をその両親の意思に反して両親から分離するという決定は、所轄当局が法律及び手続に従い実施すべきであり、かかる決定は司法審査の対象となる。（Any decision to remove a child against the will of his/her parents must be made by competent authorities, in accordance with applicable law and procedures and subject to judicial review）」と指摘する（甲35）。	②
	国連の児童の権利委員会（2019年3月5日）は、日本において「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」を「深刻に懸念」し（28.(a)）、「 <u>児童の代替的監護に関する指針に対する締約国の注意を喚起しつつ</u> 」、「 <u>児童を家族から分離するべきか否かの決定に関して義務的司法審査（mandatory judicial review）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。</u> 」を要請する（29(a)）。（甲4）	③
	上記の「児童の代替的養護に関する指針」の47.（甲35）は「司法の審査」について条約9条1項の規定「subject to judicial review」をそのまま指摘する（②）ところ、児童の権利委員会は「 <u>児童の代替的監護に関する指針に対する締約国の注意を喚起しつつ…以下を要請する</u> 」として「 <u>児童を家族から分離する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</u> 」を要請する（③）。つまり、9条1項の「司法の審査」は「児童を家族から分離するべきか否かの決定に関して義務的司法審査」を意味するものと理解されている。	④

	<p>国連の自由権規約委員会は2022年11月3日、44で「<u>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</u>」に懸念を示すとともに、45で、「<u>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義務的司法審査(mandatory judicial review)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。</u>」を要請した(甲36、甲37)。</p> <p>本来、親子分離について具体的に規定するのは、児童の権利条約(9条)で児童の権利委員会の担当であるが、国連の自由権規約委員会が、自由権規約(市民的及び政治的権利に関する国際規約)(17条、23条、24条)について「<u>すべてのケースについて強制的な司法審査を導入</u>」するよう要請を行っており(甲37)、<u>児童の権利委員会のみならず、自由権規約委員会も、司法審査なしの親子分離を重大な人権侵害と認識していること</u>を意味するものである。</p>	⑤
	<p>9条1項の解釈として、<u>父母から分離するに際しての司法審査であることを前提に</u>、司法審査の迅速性が要請されている(甲30)。</p>	⑥
	<p>9条1項の「subject to judicial review」は、<u>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(甲7)米国の提案により加えられたものであり(甲33)</u>、その趣旨は、児童の保護に際しての義務的司法審査を要請したものであることは明らかである。</p>	⑦
根拠	<p>児童の権利条約において「<u>subject to judicial review</u>」の語が規定されているのは9条1項のみであるところ、それは、<u>(父母の意思に反する)子の親からの分離の(子への)影響の重大さから(甲32(61番))親子分離の決定に際して特に司法審査を要求したものであり、それが(特に)義務的司法審査を要請したものであることは明らかである。</u></p>	⑧
	<p>親子分離に際して<u>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</u>しており(甲10)、9条1項は親子分離の際の義務的司法審査を要請することが当然の前提とされている。</p>	⑨
	<p>日本政府は、条約44条1項に基づき、児童の権利条約の履行状況について定期的に報告を行っている(甲13)が、例えば、第1回(甲13の1)の125で「<u>父母の意思に反して児童を里親若しくは保護受託者へ委託し、又は児童福祉施設に入所させることについては、児童福祉法に基づき、都道府県が家庭裁判所の承認を得ることが必要であり、その際の手続は、家事審判法及び特別家事審判規則に従って、家庭裁判所によって行われる。</u>」等と、<u>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。</u></p> <p>⇒<u>司法審査が用意されていない一時保護が9条1項の要件を満たさないと認識していたため、一時保護こそが親子分離の判断でありながら、それを報告しなかったことは明らかである(詳細は原告ら準備書面(4)第4、2に記載)。</u></p>	⑩

	<p>「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、<u>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。</u>」と規定し（甲32）、<u>児童の権利委員会も（甲4、29(a)) 自由権規約委員会も（甲37、44番）その旨日本に要請する。</u></p> <p>他方で、児童福祉法は「<u>必要があると認めるとき</u>」という漠然とした（=不明確な）要件での一時保護を認め（児童福祉法33条1項）、厚労省も「現在の環境におくことが子どものウェルビーイング（子どもの権利の尊重・自己実現）にとって明らかに看過できないと判断されるときは、まず一時保護を行うべきである。一時保護を行い、子どもの安全を確保した方が、子どもへの危険を心配することなく虐待を行っている保護者への調査や指導を進めることができ、また、一時的に子どもから離れることで、保護者も落ち着くことができたり、援助を開始する動機付けにつながる場合もある。子どもの観察や意見聴取においても、一時保護による安全な生活環境下におくことで、より本質的な情報収集を行うことが期待できる。<u>以上の目的から必要とされる場合は、まず一時保護を行い、虐待の事実・根拠はそれから立証するという方が子どもの最善の利益の確保につながりやすい。</u>」と（最後の手段とはいえ）積極的な一時保護を推奨している（甲19（「第5章 一時保護」「1. 一時保護の目的は何か」））。</p> <p>実質的にも、行政による親子分離は濫用される危険があるとともに、実際にも濫用的に運用されており、人権保障のための適正手続（=憲法・条約を遵守した運用確保）として、義務的司法審査が不可欠である。</p>	⑪
	<p>条約9条2項は「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」と規定し、親子の分離手続に関係者の参加と意見表明を要請する。この関係当事者には子と親が含まれ、「1の規定に基づく…手続」には「司法の審査」が含まれ、<u>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。親子の親子分離の手続への参加と意見表明の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る。</u></p> <p>尚、児童の意見の表明なくして（9条1項の）「児童の最善の利益のために必要」についての判断は適正になされないというのが、条約の立場である（甲32、43番）。</p>	⑫
B：被告		
<p>被告の主張</p>	<p>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項の要請を満たす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。</p> <p>（被告第2準備書面（以下「被告第○準備書面」を「被告第○」とする）、第1、2(4)ア9頁）</p>	B
	<p>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（甲31）。これは、取消訴訟等の一般的な事後審査では不当な一時保護を阻止する機能を果たせないことを意味しており、それが条約9条1項が規定する手続的保障としての「司法の審査」たり得ないことは明らかである。</p>	⑬

原告の 反論	9条1項に特に加えられた「subject to judicial review」がなくても行政処分に対する取消訴訟等の一般的な事後審査は用意されており、同条の「司法の審査」としてそれで足りるのであれば、 <u>親子分離の条件を規定する9条1項にあえて「subject to judicial review」を加えた意味がない。</u>	⑭
	被告主張の取消訴訟等は、上記(⑫)の親子の <u>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。</u>	⑮
	親子分離に際して司法審査が行われるのであれば「その分離が児童の最善の利益のために必要である」かどうか(9条1項)の判断が行われるが、取消訴訟等の事後審査であれば、児童相談所長の裁量の範囲内かどうかを基準とする判断が行われることとなり、判断基準も異なり得る。 この点、一時保護延長の承認審判(児相福祉法33条5項)の対象は「一時保護延長の要否」とされている(実務コンメンタール 児童福祉法・児童虐待防止法(有斐閣)399頁)。	⑯
	国連の資料や児童の権利条約の解説書を見ても、取消訴訟等の一般的な事後審査が条約9条1項の「司法の審査」の要請を満たすとする文献は見当たらない。	⑰

IV：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」の実現を要請する		IV
A：原告		
原告の 主張	日本は「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」(9条3項)を実現するための立法措置等を講じる義務を負う。	A
根拠	児童の権利条約は「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」(9条3項)を有することを確認するとともに、締約国にその「権利の実現」のための措置を講じることを義務付ける(4条)→日本はそれを実現する立法措置等を行う義務を負う。	①
	児童の代替的養護に関する指針(第65回国連総会採択決議2009年12月18日)は、51で「 <u>家庭への復帰を特に目的とした児童とその家族との定期的かつ適切な接触を、所轄団体は発展させ、支援し、かつ監視すべきである</u> 」と規定し、81で「 <u>児童を代替的養護下に置く際には、児童の保護及び最善の利益に従って、<u>家族との連絡のみならず、友人、隣人及び以前の養護者など児童に近い存在のその他の者との連絡を奨励し促すべきである</u></u> 。児童が家族と連絡をとれない場合には、家族の者たちの状況について情報を得られるようにするべきである」とする。(甲35)	②
	「児童の最善の利益」についてのGeneral Comment(2013年5月29日付)は65で「 <u>分離が必要な場合、意思決定者は、子の最善の利益に反しない限り、子が両親と家族(兄弟姉妹、親戚、子が強い個人的関係をもっていた人)とのつながりや関係を維持することを確保する。子が家族外に置かれる場合、面会その他の接触の頻度と長さの決定において、関係の質とそれを維持する必要が考慮されなければならない</u> 」とする(甲32)。	③
	2019年3月5日には児童の権利委員会は日本で「 <u>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</u> 」ことを指摘し深刻な懸念を示している(28.(e))(甲4)。	④

V：分離された親子の面会通信を確保するための立法措置の内容		V
A：原告		
原告の主張	<p>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、</p> <p>(1)法律で親子の面会通信の権利を明記し、</p> <p>(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、</p> <p>(3)親又は子が（子又は親との）面会通信を希望すれば、適切な面会通信の実施を義務付ける立法措置が不可欠である。</p>	A
根拠	<p>①権利の認識なくして（＝権利の存在を知らなければ）その行使はあり得ない。</p> <p>②児童福祉関係の権利を一時保護を受けた親子が認識することを期待することはできない。</p> <p>⇒適正な権利行使（＝権利の存在を認識した上での権利行使）を確保するために、(1)（親子の面会通信の権利の明記）と(2)（親子の面会通信の権利があることの告知）が不可欠である。</p> <p>（親子分離がされた）親又は子が面会通信を希望したときに、児童の権利条約や憲法13条の親子の権利が要請する定期的かつ適切な接触が確保される必要⇒適切な面会通信の実施を義務付ける立法措置（(3)）が不可欠である。</p>	①
	<p>上記（IV④）の通り、日本は、児童の権利委員会からも「<u>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</u>」と指摘されている（28.(e)）（甲4）。</p>	②
B：被告		
被告の主張	<p>原告らが主張するように、「親にとって、子は宝であり、希望であり、自分よりも大切な存在であり、(中略)、子にとって、親は、無条件の愛情を注いでもらえ、その関係性を通じて成長する、かけがえのない存在」(訴状10ページ)なのであれば、児童が一時保護された場合において、当該児童の親が、<u>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ことは自然なことである上、かかる申出は何ら制限されていないから、仮に、原告らが主張するような権利が憲法上保障されているとしても、そもそも、原告らが主張する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は認められない。</u>（被告第3、第1、3(1)、8～9頁）</p>	B1
	<p>面会通信の希望の表明（＝拒否されたらあきらめる）と、その権利行使は全く異なり、後者は権利があることの認識を前提とする。</p>	③

原告の反論	<p>①現実に、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（甲21、甲23）るとともに、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）。</p> <p>②児相に保護された児童はもちろん、親も子を保護され返してもらえない状況での力関係の較差の存在。</p> <p>⇒ 子を一時保護された圧倒的多数の親は「面会通信の権利」についての認識がなく、そのため「権利行使」としての（面会通信の）申し出ができず、児相側の拒絶であきらめる現状がある。</p>	④
原告の反論	<p>この点、条約9条1項の父母の同意について「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30の1、314～315頁、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>	⑤
B：被告		
被告の主張	<p>児童福祉法33条に基づく一時保護は、緊急保護やアセスメント保護といった様々な場合が考えられ、一時保護された児童の精神状態等も様々であることから、当該児童の状況に鑑みて、「児童の福祉」（児童福祉法3条）の観点から、親との面会通信を認めることが適切でない場合もある。そのような場合を除外することなく、一時保護された児童及びその児童の親に対し、親又は子から子又は親への面会通信を希望すれば一律に面会通信を義務付ける立法を行うことは、一時保護が国家的、公益的、人道的見地からの高い要請に基づいて行われるものであること（被告第1準備書面第3の2（1）・6ないし8ページ）と整合せず、このような立法措置が必要不可欠ともいえない。（被告第3、第1、3（2）、9頁）</p>	B2
原告の反論	<p>親子には面会通信の権利があり、その制限には児童虐待防止法12条の要件が必要である以上、それを満たさない場合には、面会通信を保障することは当然である。にもかかわらず、「当該児童の状況に鑑みて、「児童の福祉」（児童福祉法3条）の観点から、親との面会通信を認めることが適切でない場合もある。」として児相側の裁量による不実施が正当とされること自体、条約9条3項や憲法13条に基づく親子の人権が要請する（分離された）親子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ことを示すものに他ならない。</p>	⑥

<p>この点、米国フロリダ州では「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」とされ（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>	⑦
---	---

VI：憲法13条・31条による、一時保護における適正手続としての司法審査の要請		VI
A：原告		
原告の主張	親子分離の人権侵害性⇒親子分離に際して、適正手続の保障として司法審査が必要であり、司法審査なく一時保護がなされていることは、親子の人権侵害である。	A
根拠	逮捕（勾留）では義務的司法審査が要請されているところ、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その身柄を拘束し（＝子の身体的自由の侵害）、③その期間は逮捕（＝72時間）よりはるかに長期間（2カ月）にわたる ⇒一時保護のための適正手続として逮捕（勾留）の場合と同様に司法審査が要請される。	①
	一時保護されると、身柄が拘束される以外にも、児童は、様々な人権制約を受ける状況に置かれる（甲14～甲18）⇒一時保護に際して、司法審査による適正手続が要請される。	②
	児童は「親に養育される権利」を有し（児童の権利条約7条1項、憲法13条）、親は「子を養育する権利」を有する（憲法13条）ところ、一時保護はその親子の人権侵害に他ならない⇒親子分離のための適正手続として司法審査が要請される。	③
	上記（Ⅲ①）の通り、児童福祉法は「必要があると認めるとき」という漠然とした（＝不明確な）要件での一時保護を認め（児童福祉法33条1項）、厚労省も（児童の権利条約が求める「最後の手段」（甲4、甲37、甲32）とはいえない）積極的な一時保護を推奨しているところ、要件の不明確性と児童相談所長の広範な裁量は、一時保護の濫用の危険を生じさせ、実際も児童の権利条約9条1項や憲法13条に基づく親子の人権制約として正当化されない親子分離が行われている⇒一時保護に際しての司法審査が要請される。	④
	児童の権利条約（9条1項）は親子分離に際しての適正手続として義務的司法審査を要請し、（日本国憲法の解釈においても参考とされる）米国でも、親からの隔離による子の保護は修正4条の逮捕（seizure）に該当するとされ、憲法上司法審査が要請される（甲7）。 ⇒ 仮に、憲法13条、31条により要請される適正手続が、一時保護に際しての司法審査を要請しないとすれば、日本国憲法に基づく人権保障のための適正手続のレベルが、国際標準に劣ることになり、基本的人権の保障（憲法11条）と条約・国際法規の誠実な遵守（憲法98条2項）を規定する日本国憲法の立場と整合しない。	⑤

B：被告		
被告の主張	<p>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效果である(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)。</p> <p>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、<u>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</u>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。(被告第2、第2、2(2)、17頁)</p>	B1
	<p>被告は、飽くまでも一時保護による行動制限の程度が、<u>身体を直接的に拘束するものではない</u>という意味で、<u>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る</u>。</p> <p>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。</p> <p>したがって、<u>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</u>。</p> <p>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、<u>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</u>。(被告第2、第2、2(3)、18～19頁)</p>	

	<p>人身保護法は「基本的人権を保障する日本国憲法の精神に従い、国民をして、現に、不当に奪われている<u>人身の自由</u>を、司法裁判により、迅速、且つ、容易に回復せしめることを目的とし（同法1条）、人身保護請求権は、<u>身体の自由</u>の拘束が行われている場合に、その拘束からの救済を請求する権利である（同法2条）ところ、そこでの「<u>身体の自由</u>」は「<u>行動の自由</u>」を意味すると解されている（甲20）。そして、最高裁は、「意思能力がある子の監護について、当該子が自由意思に基づいて監護者の下にとどまっているとはいえない特段の事情のあるときは、上記監護者の当該子に対する監護は、<u>人身保護法及び同規則にいう拘束に当たると解すべきである</u>（最高裁昭和61年（オ）第644号同年7月18日第二小法廷判決・民集40巻5号991頁参照）。」として、監護者（＝実母）による子の監護について、身体の自由の拘束を認めており（最高裁平成30年3月15日、判例時報2377号47頁）、「人身の自由」「身体の自由」「行動の自由」は明確に区別されているわけではなく、その違いにより要請される適正手続に差は生じない。</p>	⑥
原告の反論	<p>実務上も逮捕に当たるかどうかの判断において、手錠等による身体拘束といった、身体の直接的な拘束の有無は要件とされていない。例えば、被疑者の自由な意思に基づく任意同行について、任意同行（＝被疑者の自由な意思に基づく同行）についても、<u>途中で家に帰りたと言ったのに帰さなかったとか、途中から帰ろうとしても帰れない場合には、もはや任意同行ということとはできず、逮捕と同視すべきとされている</u>（甲39）。一時保護も、児童が希望しても帰宅することは許されないものであり、その自由の制限において逮捕と同視すべきものである。</p>	⑦
	<p>甲14によれば、「自由な外出を制限される場合があり得る」どころか、子どもの単独での外出については82%が「認めていない」とされており、甲17の意見書によれば、一時保護された児童は建物内での行動も制限されており「建物内で自由に行動することができる」との評価もできない。</p> <p>また、児童にとって、親子分離自体が重大な人権制約であり（児童の権利条約7条1項、9条1項）、<u>強制的に親から分離されて家に帰ることが許されないことが「司法の審査」を必要とする重大な人権制限である</u>。</p>	⑧
	<p>被告は「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、<u>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</u>」と指摘するところ、それは保護の必要を示すものであって、司法審査を否定する理由となるものではない。むしろ「必要があると認める時」という漠然とした（＝不明確な）要件（児童福祉法33条1項）の下「<u>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</u>」ことは、濫用の危険を意味し、司法審査を要請する。緊急性がある場合には、緊急逮捕の場合と同様、保護が先行することはあり得るが、その場合も、速やかな司法審査が要請される。</p>	⑨

B：被告		
被告の主張	<p>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4 6巻5号4 3 7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、<u>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。</u>そして、前記第1の2(5)で述べたとおり、一時保護は、<u>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ある一方、事前審査を原則とする</u>と、<u>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3 3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。</u>(被告第2、第2、2(4)、18～19頁)</p>	B2
原告の反論	<p>刑事手続きと行政手続の違いはあっても、①人権が侵害される主体(児童を含む親子)、②侵害される人権(身体的自由、親子の人権)、③濫用の危険性において、逮捕以上に司法審査が要請される状況にあり、特に児童の人権保障の観点からも、憲法1 3条、憲法3 1条が要請する適正手続として、司法審査が要請されることは明らかである。</p> <p>上記(⑤)の通り、児童の権利条約9条1項も、米国最高裁も(米国憲法の解釈として)、親子分離に際しての義務的司法審査を要請する中、憲法1 3条、3 1条により要請される適正手続が、一時保護について義務的司法審査を要請しないとすれば、日本国憲法に基づく人権保障のための適正手続のレベルが、国際標準に劣ることになり、基本的人権の保障(憲法1 1条)と条約・国際法規の誠実な遵守(憲法9 8条2項)を規定する日本国憲法の立場と整合しない。</p>	⑩ ⑪

VII：憲法13条に基づく親子の権利の保障		VII
A：原告		
原告の主張	憲法13条に基づき「親が子を養育する権利」「子が親に養育される権利」が保障される。	A
根拠	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。 <u>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。</u> (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「 <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> 」とし（甲26（278頁））、竹中勲も「 <u>親の子どもを養教育する自由</u> 」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））。	①
	日本国憲法の解釈においては、米国の憲法解釈が参考にされるところ、米国最高裁は、親の子についての権利を憲法上の基本的権利であり「財産権よりはるかに重要な権利」とであると判示する（甲5）。	②
	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。	③
	子にとっても、親は、無条件の愛情を注いでもらえ、その関係性を通じて成長する、かけがえのない存在であり、児童の権利条約7条1項も、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、「 <u>「基本的人権」は子どもも含めてすべての個人に妥当する。</u> 」とする佐藤幸治の指摘（甲25）からも、子が親に養育される権利も、憲法13条により保障される人権である。	④
	「親の子を養育する権利」と「子の親に養育される権利」は、守られるべき親子の関係を、親から見るか、子から見るかの違いであり、一方が認められる場合に、他方を否定する理由はない。米国でも、親と子の双方の権利が憲法上の権利として認められている（甲5）。	⑤
B：被告		
被告の主張	原告らが主張する「親が子を養育する権利」及び「子が親に養育される権利」は、 <u>いずれも権利の内容が不明確であり、仮に、民法上の親権と同様の権利を想定しているのであれば、親権が憲法13条で保障されるものでないことは、原告が引用する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とおりである。</u> （被告第3、3頁）	B1

原告の反論	<p>「親が子を養育する権利」と「子が親に養育される権利」の権利内容のどこが不明確なのか理解できない。</p> <p>「親が子を養育する権利」は、米国最高裁が古くから憲法上の権利として認め、裁判規範として機能してきたもので（甲5、甲6）ある。また、<u>佐藤幸治も「幸福追求権」によって補充的に保障されるものがあるといっても「基幹的自律権」の実現にかかわり、かつ、個別的条項によって保障される各種基本権と体系的関連性を有するところの、特定な明確な内実を持つものでなければならない</u>（甲24、16頁）という前提の下、<u>憲法13条に基づき「子を養育する権利」を認められるところ、それは米沢広一、竹中勲も同様であり、「親が子を養育する権利」は、明確な内実を持つ権利として成立する権利である。「子が親に養育される権利」も、米国憲法の下で憲法上の権利として認められ、長年裁判規範として機能し、さらには児童の権利条約7条1項も児童が「その父母によって養育される権利を有する。」と規定しており、権利内容が不明確という指摘は当たらない。</u></p>	⑥
	<p>そもそも民法上の親権は、親子間の調整された権利義務を内容とするものであり、対国家（公共団体）との関係を規律する憲法上の親子の人権とは別物である。原告らは、民法上の親権を主張していないし、それが憲法上の親権であると主張するものでもなく、民法上の親権は憲法上の人権ではないと判断した東京地裁の判断は本件には妥当しない。</p>	⑦
B：被告		
被告の主張	<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はできないというべきである。(被告第3、第1、2(1)イ、5～6頁)</p>	B2
	<p>上記(⑦)のとおり、被告が指摘する東京地裁の判決は、親子間の調整された権利義務を内容とする民法上の親権を憲法上の親権ではないと判断したものであり、対国家（公共団体）との関係を規律する憲法上の親子の人権を主張する本件には妥当しない。</p>	⑧

	<p>被告は「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、<u>個人の人格的生存に不可欠な利益を内容とする権利</u>をいい(芦部信喜=高橋和之「憲法(第7版)」121ページ参照)、「<u>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、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」と主張するところ、「<u>親が子を養育すること</u>」は親にとって「<u>個人の人格的生存に不可欠な利益</u>」であり、伝統的に親の「<u>自律的決定に委ねられ</u>」てきたものであり、それは、多数の国民である親が「<u>行おうと思えば行うことができる</u>」ものである。</p>	⑨
原告の 反論	<p>「<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「<u>子が親に養育されること＝親が子を養育すること</u>」(条約7条1甲)は、子を主体とすれば「<u>親に養育される権利</u>」となり、親を主体とすれば「<u>子を養育する権利</u>」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。また、米沢広一も、被告が引用する「<u>未成年者と人権</u>」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」「<u>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</u>」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>	⑩
	<p>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、「<u>親の子を養育する権利</u>」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、「<u>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。</u>」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。</p>	⑪

<p>親子の憲法上の人権を否定する被告の立場を前提とすれば、北朝鮮に子を拉致され、生涯をかけてその取戻しを図っている（甲60）拉致被害者家族には（憲法上の）人権侵害がないということになるが、被告は国としてそのような立場をとるのであろうか。（北朝鮮に）子を拉致された人達が「個人の人格的生存に不可欠な利益」を侵害されていることは明らかであり、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米国最高裁の判断こそが、正当な価値判断である。</p>	⑫
--	---

VIII：憲法13条に基づく親子の人権（VII）の効果		VIII
A：原告		
原告の主張	<p>親子の人権（親の子を養育する権利・子の親に養育される権利）⇒ (1)親子分離は親子の人権侵害であり、親子分離に際しての適正手続として司法審査が要請される。 (2)親子分離がされる場合には、親子の面会通信の保障が要請される。</p>	A1
B：被告		
被告の主張	<p>親子の面会通信する権利や親が子についての情報提供を求める権利についても、そもそも権利内容自体が不明確であり、「親が子を養育する権利」からそれらの権利が当然に導き出せるともい難く、権利として具体的に特定されているとはいえないから、憲法上保障された権利ということとはできない。（被告第3、第1、2(2)6～7頁）</p>	B1
原告の	<p>面会通信する権利について、児童の権利条約9条3項が、「父母の一方又は双方から分離されている児童」の「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」を規定しているところ、それを親と子の双方の権利として認めるものであり、内容が不明確との指摘は当たらない。尚、その内容は甲35や甲32によっても具体化されている。</p>	①
反論	<p>親の子の養育は、親子の双方向の交わりを前提とし（甲27、196頁）、親子が分離された場合には、親子の面会通信を要請する。 これは、児童の権利条約が、子の「その父母によって養育される権利」を規定し（7条1項）、親子分離がなされた場合には、それを補うものとして「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」を規定する（9条3項）ことと同じである。</p>	②
B：被告		
	<p>最高裁判所第一小法廷昭和59年7月6日決定(民集54巻5号107ページ)は、同事件の原告(上告人)が、親権者でない親がその子と面接する権利は、親子という身分関係から当然に認められる自然権であり、個人の尊厳を規定する憲法13条の幸福追求権に含まれているなどと主張した事案において、「その実質は、家庭裁判所の審判事項とされている子の監護に関する処分について定める民法766条1項又は2項の解釈適用の誤りをいうものにすぎ」と判示し、子どもの面接交渉を認めなかったことは憲法問題ではないとしており(杉原則彦・最高裁判所判例解説民事篇平成12年度(下)515ページ)、学説上も、面接交渉権という権利が認められるかどうか、その性質はどういうものかについて諸説が唱えられているところ、家庭裁判所の実務の実情に照らすと、「面接交渉権といわれているものは、面接交渉を求める請求権というよりも、子の監護のために適正な措置を求める権利であるというのが相当である」とされている(同513及び514ページ)。</p>	

<p>被告の主張</p>	<p>また、夫婦間で婚姻中に別居又は離婚して未成年の子と別居となった親(以下「別居親」という。)が、憲法上保障されている別居親と未成年の子との面会交流権の権利行使の機会を確保するために必要な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立法措置を怠ってきたとして慰謝料等の支払を求めた事案において、同事件の原告らは、面会交流が人格的生存に不可欠であるとして憲法13条を根拠として面会交流権が認められるなどと主張したが、東京地方裁判所令和元年11月22日判決(判例時報2485号30ページ)は、「別居親が面会交流の権利を有しているかどうかや、認められるとしてもその具体的内容がいかなるものであるかについて、その議論が一義的に定まっているとは評価し難」く、「別居親において、面会交流について人格的な利益を有することを前提としても、その具体的な内容を特定することは困難というほかな」く、「別居親において、子の養育に関して人格的な利益を有するとしても、これを憲法13条により保障された権利と解することは困難」であると判示し、同事件の原告らの主張を排斥している(同判決は、東京高等裁判所令和2年8月13日判決・判例時報2485号27ページでも維持されており、さらに、令和3年7月7日付けで同判決に対する上告が棄却され、上告を受理しない旨の決定がされている。)</p> <p>(以上、被告第3、第1、2(2)7～8頁)</p>	<p>B2</p>
	<p>被告が指摘する裁判例は、民法上の面会交流権(民法766条)が問題となった事案であるところ、民法上の面会交流権は(民法上の親権と同様)親子間の調整された権利義務を内容とするものであるところ、それは、対国家(公共団体)との関係を規律する、憲法上の親子の人権とは別物である。</p>	<p>③</p>
<p>原告の反論</p>	<p>原告らは、民法766条の面会交流権を主張しているわけではなく、ここで問われるのは、<u>国(公共団体)が、正当な理由なく、親(子)から子(親)を奪い、子(親)との面会通信も許さずに親子関係を断絶した場合に、親(子)は憲法上の人権を侵害されないのか</u>という問題であり、人権が侵害されるとするのが、憲法13条に基づき、親の子を養育する権利(子が親に養育される権利)を認め、親子分離がされた場合にも、子(親)との面会通信の権利を認める立場である。</p> <p>この点、親子の憲法上の権利を認める米国のフロリダ州では、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、面会交流が保障されている(甲8、9～10頁)。</p>	<p>④</p>

<p>IX：一時保護について</p>		<p>IX</p>
<p>A：原告</p>		
<p>原告の主張</p>	<p>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)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カ月)にわたる。</p>	<p>A1</p>
	<p>一時保護された児童は、以下を含む、様々な人権侵害/制約の状況に置かれることになる(甲14～甲18)</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」き、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。</p> <p>(1) ルールと罰による管理 ①私語禁止、②男女接触禁止、③所持品管理、④頭髪管理、⑤食事中の規制、⑥外出禁止等、 限られた人員により多様な児童を管理するため、児童の自由・自己決定権を尊重するのではなく、児童に対して、一般社会では到底許されないルールと罰による管理がなされる。</p> <p>(2) プライバシーが守られない 何カ月ものあいだ4人での集団生活、しかもその相部屋の子が頻繁に入れ替わるので安心して生活することは困難であり、1人であることもできず、プライバシーも守られない。</p> <p>(3) 学習権の侵害 一時保護所で保護されている子のほとんどは通学ができない。家庭からの分離不安のみならず、学校の友人や教師と、別れの挨拶もできず、なぜ突然連絡が途絶えることになるかの説明もできないまま、学校生活から切り離されることになり、大きな不安を抱く子どもも少なくない。また、一時保護所では、個々の子どもの学力やニーズにあった学習を受けることもできない。</p> <p>(4) 見通しについての説明もなされず、知る権利も保障されない 児童への情報提供がなされず、第三者委員の面接において、多くの子どもたちが、いつまで一時保護所にいるのかわからず、今後自分がどうなるのかわからないといった、見通しが不明なことへの不安を訴えている。</p>	A2
B：被告		
被告の主張	<p>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、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)。</p> <p>・・・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。 (被告第2、2(1)14頁～16頁)</p>	B1

原告の 反論	<p>児童の人権侵害との関係で重要なのは、被告が発出したガイドライン等の指針の内容ではなく、児童が一時保護された場合に、実際にどのような環境に置かれるかという現実である。</p> <p>甲14（「一時保護された子どもの権利保障の実態等に関する調査研究報告書」平成30年3月）には特定の一時保護所ではなく全国の一時保護所に対するアンケート調査の集計結果が掲載されており、それによると、個室のある施設は52%しかなく（＝プライバシーが守られない）、くつろげる空間である「リビング」がある施設も43%にとどまっている。子ども単独での外出については82%が認めていないとしており、1日の平均勉強時間も、通学している場合で、小・中学生は25.6～27.2分、高校生で40.2分、通学していない場合は、小学生で127.4分、中・高生で135.4～136.3分、その勉強も約54%が1つの部屋でみんな並行で学習するとされており、子の学習権も大きく制約されている。</p> <p>また、甲17の東京都児童相談所一時保護所を対象とする意見書には児童に対する深刻な人権侵害の実情が報告されているところ、これは弁護士で構成される第三者委員によるものであり、その内容は信頼できる。そして、甲18の記事では、甲17（東京都）とは別の神戸市で甲17の報告と同様の経験が報告されていることから、甲17で報告された東京都児童相談所一時保護所での児童の人権が制約された待遇は、例外的なものでないことが推認される。</p>	①
	<p>国連の児童の権利委員会（2019年3月5日）は、日本において「<u>いまなお多数の児童が、基準に満たない施設に措置され、多数の児童虐待の事件が報告されており、そうした施設では外部者による監視や評価のメカニズムが設けられていないこと</u>」について深刻な懸念を示しており（28(b)）（甲4）児童の権利委員会も、保護された児童に対する人権侵害を把握し、懸念を示している。</p>	②
	<p>既に主張するように、児童の権利条約と憲法に基づき、親子分離の際の司法審査や、親子分離がなされた場合の親子間の面会通信が保障されるのであり、<u>一時保護後に児童が劣悪な環境に置かれているという事実は、親子分離の際に司法審査が要請されることや親子の面会通信が要請されるための必要条件ではなく、追加的な事情として考慮されるべき事情である。</u></p>	③
B：被告		
被告の 主張	<p>①児童福祉法33条が定める「必要があると認めるとき」との要件は、<u>児童が虐待を受けるなどしている場合に当該児童を保護することが上記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ことや、②同条が刑罰法規ではなく、③同条の措置が、同法26条1項又は27条の措置を採るまでの短期的かつ暫定的な措置であること</u>などに照らせば、④過度に広範な規制を行うものとはいえない上、⑤その規定する要件も不明確なものとはいえず、⑥措置の内容も、<u>児童が自由かつ独立の人格として成長することを妨げるような内容を含むものではなく、上記要請の実現のため必要かつ合理的な範囲を超えている</u>ということとはできない。（被告第1、第3、2(3)イ(イ)、11頁）</p>	B2

	<p>対①④⑤： <u>児童福祉法33条1項が「児童相談所長は、必要があると認めるときは、・・・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」と規定し、厚労省も同規定を受けて、「現在の環境におくことが子どものウェルビーイング（子どもの権利の尊重・自己実現）にとって明らかに看過できないと判断されるときは、まず一時保護を行うべきである。一時保護を行い、子どもの安全を確保した方が、子どもへの危険を心配することなく虐待を行っている保護者への調査や指導を進めることができ、また、一時的に子どもから離れることで、保護者も落ち着くことができたり、援助を開始する動機付けにつながる場合もある。子どもの観察や意見聴取においても、一時保護による安全な生活環境下におくことで、より本質的な情報収集を行うことが期待できる。以上の目的から必要とされる場合は、まず一時保護を行い、虐待の事実・根拠はそれから立証するという方が子どもの最善の利益の確保につながりやすい。」と広範かつ積極的な一時保護を推奨している（甲19（「第5章 一時保護」「1. 一時保護の目的は何か」））。つまり、児童福祉法33条が定める「必要があると認めるとき」との要件は、被告が主張するように、「児童が虐待を受けるなどしている場合に当該児童を保護することが上記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」等と限定的に解されておらず、「必要があると認めるとき」という漠然とした（＝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。</u></p>	④
原告の 反論	<p>対①④⑤： 2019年3月5日に、国連の児童の権利委員会が「<u>児童の分離に関する明確な基準を定めること</u>」を要請し（甲4、No.29.(a)）、2022年11月3日には、国連の自由権規約委員会が「<u>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</u>」ることを要請しており、日本において、親子分離のための基準が不明確であると評価されている。</p>	⑤
	<p>対②： 刑罰法規ではなくても、一時保護された児童は、希望しても家に帰れないのであり、児童に対して、逮捕・勾留と同様の身体の拘束を伴うものである。</p>	⑥
	<p>対③： 一時保護で2か月身柄を拘束され得るのであり、義務的司法審査が要請される逮捕・勾留と比較しても、到底「短期的かつ暫定的な措置」とは言えない。</p>	⑦
	<p>対⑥： 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り（甲14より甲18）その措置はまさに「児童が自由かつ独立の人格として成長することを妨げるような内容」のものに他ならない。</p>	⑧
	<p>対⑥： 国連の児童の権利委員会（2019年3月5日）は、日本に対し「いまなお多数の児童が、基準に満たない施設に措置され、多数の児童虐待の事件が報告されており、そうした施設では外部者による監視や評価のメカニズムが設けられていないこと」について深刻な懸念を示しており（28(b)）（甲4）、児童の権利委員会も、保護された児童に対する人権侵害を把握し、深刻な懸念を示している。</p>	⑨

X：児童福祉法33条1項の「必要があると認めるとき」の要件の不明確性		X
A：原告		
原告の主張	「必要があると認めるとき」という漠然とした（＝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が、 <u>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を国賠法上違法であると主張するものではない。</u> ただ、 <u>要件の不明確性と児童相談所長の広範な裁量は、一時保護の濫用の危険を意味し、一時保護に際しての司法審査を要請する。</u>	A
根拠	上記(III①)の通り、児童福祉法は「必要があると認めるとき」という漠然とした（＝不明確な）要件での一時保護を認め（児童福祉法33条1項）、厚労省も（児童の権利条約が求める「最後の手段」（甲4、甲37、甲32）とはいえない）積極的な一時保護を推奨しており、まさに、行政による一時保護は濫用される危険があるとともに、実際に濫用的に運用されている。	①
	被告自身「一時保護の性質から、 <u>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</u> 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、 <u>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</u> （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。）」と主張し、要件が抽象的となるとともに、児童相談所長の裁量により一時保護がされることを認めており、それは濫用の危険を意味するものに他ならない。	②

XI：本件での立法不作為の違法性		
A：原告		
原告の主張	<p>①児童の権利条約9条1項の「司法の審査」は義務的司法審査であり、同条約締約（1994年4月22日批准・同年5月22日日本について同条約が発効）により、国会議員は一時保護に際しての義務的司法審査を導入するための立法措置を講じる義務を負った。</p> <p>②同条約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」を規定し、同条約締約により、国会議員は同権利を実現するための立法措置を講じる義務を負った。</p> <p>③②について、児童の代替的養護に関する指針（第65回国連総会採択決議2009年12月18日）の51、81（甲35）、「児童の最善の利益」についてのGeneral Comment（2013年5月29日付）の65（甲32）等で、繰り返し、分離された子について親との定期的かつ適切な接触の確保と関係の維持の必要性が確認され、2019年3月5日には児童の権利委員会から、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」ことを指摘された（28.(e)）（甲4）にもかかわらず、児相側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する状況が（甲21～甲23）放置され、何の立法措置も講じられてこなかった。</p> <p>④親子分離の際の義務的司法審査（憲法13条・31条）と親子分離に際しての親子の面会通信（憲法13条）は、憲法上も要請される適正手続／人権である。 ⇒本件で主張する立法措置等が講じられなかったことは国賠法上の違法となる。</p>	A

<p>根拠</p>	<p>最高裁は、昭和60・11・21民集39巻7号1512頁（在宅投票事件）で「国会議員の立法行為（立法不作為を含む。以下同じ。）が同項の適用上違法となるかどうかは、<u>国会議員の立法過程における行為が個別の国民に対して負う職務上の法的義務に違背したかどうかの問題</u>であって、当該立法の内容の違憲性の問題とは区別されるべきであり、仮に当該立法の内容が憲法の規定に違反する廉があるとしても、それ故に国会議員の立法行為が直ちに違法の評価を受けるものではない」と判示して職務行為基準説を採用し、職務行為が違法となる場合として、在外投票についての立法を違憲と判示した最高裁平成17・9・14民集59巻7号2087頁で「<u>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には、例外的に、その立法不作為は、国賠法1条1項の規定の適用上違法の評価を受ける</u>」と判示する（宇賀克也、行政法概説Ⅱ行政救済法（第7版）有斐閣、456頁）</p>	<p>①</p>
	<p>本件は、条約違反の面が存在するところ、憲法は「日本国が締結した条約及び確立された国際法規は、これを誠実に遵守することを必要とする」（98条2項）と規定し、条約は憲法と同じく、法律の上位の規範として国家機関を拘束し（佐藤幸治 日本国憲法論（第2版）成文堂 101頁）、国会議員は締結した条約が要請する立法措置を行う義務を負う。よって、上記平成17年判例の「憲法」には「条約」も妥当し得るものと解すべきであり、少なくとも、①国会が、日本が締結した条約が要請する立法措置をとらず、②その条約による要請が、憲法上も要請される人権保障である場合には、その立法不作為について、国賠法上の違法が認められるべきである。尚、日本は締結した国際条約が要請する立法措置をとる義務があり、それをとらないことは、憲法の「日本国が締結した条約及び確立された国際法規は、これを誠実に遵守することを必要とする」（98条2項）の規定を介して、憲法的にも許されないことである（佐藤幸治 日本国憲法論（第2版）成文堂 138頁）ことも、上記主張を裏付ける。</p>	<p>②</p>