

令和2年(ワ)第4920号 損害賠償請求事件

原 告 (閲覧制限)ほか13名

被 告 国

## 準 備 書 面 (2)

令和2年9月25日

東京地方裁判所民事第50部合は係 御中

### 被告指定代理人

清 平 昌



本 村 行 広



君 塚 知 弥



大 野 史 純



倉 重 龍



志 田 智 之



高 橋 あ ゆ



三 島 大 介



山 本 勇 治



第1 原告らの主張の概要	4
第2 被告の主張	4
1 国会議員の立法不作為が国賠法上違法と評価される場合	4
2 本件立法不作為が憲法の諸規定に違反せず、国賠法1条1項の適用上違法とならないこと	5
(1) 親権及び監護権について	5
ア 親権の法的性質について	6
イ 親権の内容	6
ウ 監護権の内容	6
(2) 親権や監護権は憲法上保障された権利ではないこと	7
ア 憲法13条について	7
イ 憲法24条1項について	8
(3) 日本の国内法には、子の連れ去りを防ぐ法律規定が不存在である旨の原告らの主張が失当であること	9
ア 子の連れ去りを処罰する刑事法の規定が存在しない旨の原告らの主張が失当であること	9
イ 子の連れ去りを違法とする民事上の法律規定が存在しない旨の原告らの主張が失当であること	9
ウ 子の連れ去りを防ぐ手続規定が存在しない旨の原告らの主張が失当であること	11
(4) 本件立法不作為が憲法違反であるとの原告らの主張が失当であること	
ア 憲法13条に違反するものではないこと	12
イ 憲法14条1項に違反するものではないこと	12
ウ 憲法24条1項及び2項に違反するものではないこと	13
(5) 現行の法制度が条約等に違反する旨の原告らの主張が失当であること	

.....	14
ア ハーグ条約についての原告らの主張が失当であること（訴状55ないし 60ページ）	14
イ 児童の権利条約についての原告らの主張が失当であること（訴状60な いし62ページ）	15
ウ 総括所見についての原告らの主張が失当であること（訴状62及び63 ページ）	16
エ 自由権規約（B規約）についての原告らの主張が失当であること（訴状 63及び64ページ）	17
第3 結論	17

被告は、本準備書面において、原告らの主張の概要（後記第1）を整理し、原告らの主張に理由がないことについて述べる（後記第2）。

なお、略語等については、本準備書面で新たに用いるもののほか、従前の例による。

## 第1 原告らの主張の概要

原告らは、原告らが憲法13条及び憲法24条1項によって基本的人権であるリプロダクティブ権、親権及び監護権を有しているところ、共同親権を有する一方配偶者が他方配偶者の同意を得ずに未成年の子を連れ去る（引き離すこと）（以下「子の連れ去り」という。）を防ぐ刑事上・民事上の規定等が不存在であるにもかかわらず、国会（国會議員）が、子の連れ去りを防ぐ立法措置を執らなかつたこと（以下「本件立法不作為」という。）により、原告らの配偶者によって子の連れ去りの被害に遭い、上記の権利が侵害されたとして、かかる立法不作為が、憲法13条、憲法14条1項並びに憲法24条1項及び2項に違反し、国家賠償法（以下「国賠法」という。）1条1項の適用上違法である旨主張するものと考えられる。

## 第2 被告の主張

### 1 国会議員の立法不作為が国賠法上違法と評価される場合

(1) 国賠法1条1項にいう「違法」とは、国又は公共団体の公権力の行使に当たる公務員が個別の国民に対して負担する職務上の法的義務に違背することをいう（最高裁昭和60年11月21日第一小法廷判決・昭和53年（オ）第1240号・民集39巻7号1512ページ、最高裁平成17年9月14日大法廷判決・平成13年（行ツ）第82号、平成13年（行ツ）第83号、平成13年（行ヒ）第76号、平成13年（行ヒ）第77号・民集59巻7号2087ページ）。

(2) このような国賠法1条1項の意義からすれば、国会議員の立法行為（立法不作為も含む。）が同項の適用上違法となるかどうかは、国会議員の立法過程における行動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であって、当該立法等の内容の違憲性の問題とは区別されるべきものである。

そして、国会議員は、立法に関しては、原則として、国民全体に対する関係で政治的責任を負うにとどまり、個別の国民に対応した関係での法的義務を負うものではない。したがって、国会議員の立法行為は、立法の内容が憲法の一義的な文言に違反しているにもかかわらず、あえて当該立法を行うというごとき、容易に想定し難いような例外的な場合でない限り、国賠法1条1項の適用上、違法の評価を受けないものというべきである（前掲最高裁昭和60年11月21日第一小法廷判決）。

具体的には、例えば、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の極めて例外的な場合に限り、国会議員の立法行為又は立法不作為は、国賠法1条1項の適用上違法の評価を受けるものというべきである（前掲最高裁平成17年9月14日大法廷判決）。

(3) そして、国賠法1条1項にいう違法を基礎づける事実の主張立証責任は、原告にあるものと解されており、従来の裁判例においても、原告に主張立証責任があることを前提とした処理がされている（井上繁規「最高裁判所判例解説民事篇平成5年度（上）」・114ページ以下参照）。

## 2 本件立法不作為が憲法の諸規定に違反せず、国賠法1条1項の適用上違法とならないこと

(1) 親権及び監護権について

### ア 親権の法的性質について

親権は、未成年の子を健全な一人前の社会人として育成すべく養育保護する職分であり、そのために親に認められた特殊の法的地位である（於保不二雄ほか編「新版注釈民法（25）〔改訂版〕」53ページ）。

このように、親権とは「権」という用語を用いてはいるものの、その概念は、民法上に規定された他の権利とは異なる独特のものである。すなわち、未成熟の子と親との関係は非対等なものであるところ、このような非対等な人間関係を、市民法的な権利・義務の概念を用いて規律しようとすることには無理があり、子に対する親の権利というより、親の社会的責務とでもいべきものである（内田貴「民法IV親族・相続（補訂版）」209及び210ページ）。

### イ 親権の内容

親権の内容については、民法820条以下に定めがあり、大きく分けて身上監護権（民法820条ないし823条）と財産管理権（民法824条ないし832条）とがある。

また、民法818条3項本文は、婚姻中の親権者に関して、「親権は、父母の婚姻中は、父母が共同してこれを行う。」として、婚姻中における共同親権共同行使の原則を定めている。別居しても、父母が子どもに対して共同で親権を行使するという状態は変わらない。

### ウ 監護権の内容

監護権とは、一般的には親権の一内容と理解されている。

監護権の内容として理解される監護教育は、あくまで子の利益・福祉のために行われなければならず、監護教育の職分を不当に行使したり、また行使しなかったりして、子の利益を害する場合には、親権喪失（民法834条）や親権停止（民法834条の2）の審判がなされ得る（「新基本法コンメンタール親族（第2版）」243ページ）。また、監護教育義務の

懈怠によって、損害賠償責任が生じることもあり得る（大阪高等裁判所平成4年1月30日判決・平成3年（ネ）第2127号・判例タイムズ78号205ページ参照）。

日常の監護教育のような比較的重要でない事務については、父又は母が独立してなし得る。ただし、親権者の方の独断で不当な監護教育を行った場合には、他方は共同親権に基づいてその差止めを請求することができるとされる（「新基本法コンメンタール親族（第2版）」233ページ）。

## （2）親権や監護権は憲法上保障された権利ではないこと

### ア 憲法13条について

原告らは、親権及び監護権が憲法13条により保障されている基本的人権であると主張し、その根拠として、①旭川学力テスト判決の判示内容、②東京高等裁判所昭和30年9月6日決定の判示内容、③仙台地方裁判所令和元年5月28日判決の判示内容、④文部科学省のホームページの記載（甲8号証）、及び、⑤新版注釈民法（甲9号証）の記載等を挙げる（訴状32ないし39ページ）。

しかしながら、令和2年7月20日付け被告準備書面（1）（以下「被告準備書面（1）」という。）で述べたとおり、前記①ないし③の判例、裁判例は、いずれも、親権や監護権が自然権であり、憲法13条により保障されている権利であるとは判示しておらず、また、上記④のホームページの記載も、親権や監護権が同条の保障する基本的人権であるか否かについて述べたものではない。

また、原告らは、上記⑤において、注釈民法の記載を根拠に、民法820条の規定により親権が基本的人権として保障されていることが明白であると主張するようであるが、前述のとおり、親権は親の「職分」や「社会的責務」であると理解されており、同条も親権の内容について定めた規定にすぎないから、「権利」と記載されていることの一事をもって、親権が

基本的人権であることを前提にした規定であるとは到底いうことができないし、甲9号証69ページの記載は、飽くまで「親権者の監護教育権は、子供の監護教育を受ける基本的人権に対応しつつ、親が子に対して有する前国家的・始源的な自然権であると見られる」旨記載されているものであり、親権や監護権それ自体が憲法上の基本的人権であると記載されているものではない。また、原告らの引用する箇所に引き続き「社会公共的見地から各種の公法規定が、親権者の監護教育義務履行について補完的・代替的・監督的機能を果たすための規制を設定している」と記載されていることからすれば、かかる記載は、全体として、親権者による監護教育の実施について社会公共的見地からの制約を受けるものであることを前提にしていると解される。

以上のとおり、上記①ないし⑤を根拠に、親権者の親権や監護権が憲法13条によって保障されている旨の原告らの主張は理由がない。

#### イ 憲法24条1項について

原告らは、親権及び監護権が憲法24条1項により保障されている基本的人権である根拠として、平成27年再婚禁止期間違憲判決の判示内容を挙げる（訴状39ページ）。しかしながら、同判決は、憲法24条1項は、「婚姻をするかどうか、いつ誰と婚姻をするかについては、当事者間の自由かつ平等な意思決定に委ねられるべきであるという趣旨を明らかにしたものと解される」と判示するにすぎず、親権や監護権の法的性格に言及するものではなく、親権及び監護権が同項により保障されている権利であると判示していないのであるから、同判決を根拠として親権者の親権や監護権が同項により保障されている旨の原告らの主張は失当である。

ウ もっとも、原告らは、親権及び監護権が仮に憲法により保障されている基本的人権でないとしても、親権及び監護権が憲法上尊重されるべき人格的利益であるとも主張していることから、以下では、未成年の子の連れ去

りを防ぐ法律規定がないことが憲法に違反しているなどという原告らの主張に対して、かかる法律規定が存在すること及び現行民法が憲法に違反するものではないことについて述べる。

(3) 日本の国内法には、子の連れ去りを防ぐ法律規定が不存在である旨の原告らの主張が失当であること

ア 子の連れ去りを処罰する刑事法の規定が存在しない旨の原告らの主張が失当であること

原告らは、「刑法224条は、一方親が、他方親の同意を得ずに子を連れ去ること（引き離すこと）については適用されない、とするのが、日本政府の立場である」と主張する（訴状41ないし45ページ）が、被告準備書面(1)6ページで述べたとおり、未成年者略取及び誘拐罪（刑法224条）は、行為の主体が親権者であるからといってその適用が排除されるものではないから、原告らの主張は失当である。

イ 子の連れ去りを違法とする民事上の法律規定が存在しない旨の原告らの主張が失当であること

原告らは、「子の連れ去り（引き離し）を、日本の民事法において、他方親の権利を侵害する行為であり許されないとする法律規定を設ければ、子の連れ去り（引き離し）は発生しない」とし、原告らが配偶者による子の連れ去りの被害を受けたのは、そのような民事法の規定が不存在だからである旨主張する（訴状45ないし48ページ）。

しかしながら、被告準備書面(1)6ページで述べたとおり、父母の一方が、離婚前に、他方の同意を得ずに未成年の子と共に転居する事例には、事例ごとに様々な背景事情があると考えられ、また、法規制をすることにより直ちに法律違反の行為がなくなるものではないから、原告らの主張のように過度に単純化することは不相当である。

その点をおくとして、確かに、民法上、父母間での子の連れ去りが違法

であることを直接明言する規定はないものの、同居をしていた父母の一方が、相手方の承諾を得ずに子どもを連れて別居を開始した場合に、民事法上違法となるか否かは、その具体的な経緯及び態様、子どもの年齢や意思等の事情を総合的に考慮して判断されることになる。そして、裁判実務においても、子の連れ去りが不法行為に該当する旨判示した判決やそれにより損害賠償を認めた裁判例が現に存在するところである（大阪地裁平成9年7月28日判決・平成3年（ワ）第4016号・判例タイムズ964号192ページ、名古屋地裁平成14年11月29日判決・平成14年（ワ）第63号・判例タイムズ1134号243ページ、東京地裁平成17年4月25日判決・平成16年（ワ）第6849号・判例秘書搭載、東京地裁平成18年12月22日判決・平成16年（ワ）第21574号・判例秘書搭載）。このように、現行の法制度の下でも、親権者による子の連れ去りが民事法上違法と評価され得ることは明らかであって、原告らの主張は失当である。

また、原告らは、離婚後の親権者指定に際して、相手方の承諾を得ずに未成年の子を連れて別居を開始した親について不利な扱いを受ける制裁規定が定められていないことについての主張する。

しかしながら、裁判所における親権者の指定については、裁判の直前の現実の監護者が父母のいずれかであるかだけでなく、父母の監護能力、精神的・経済的家庭環境（資産、収入、職業、住居、生活態度）、居住・教育環境、子に対する愛情の度合い、従来の監護状況、実家の資産、親族の援助の可能性、子の年齢・性別・心身の発育状況・意向、従来の環境への適応状況、父母及び親族との結び付き等諸般の事情が考慮されるとされている（乙2号証、松原正明「家裁における子の親権者・監護権者を定める基準」判例タイムズ747号305ページ、「新基本法コンメンタール親族」第2版239ページ）。したがって、父母間での子の連れ去りの事実

をそのまま是認した親権者の指定が行われる裁判実務が行われているわけではない。このように、現行制度の下でも、父母間での子の連れ去り事案について適切な対応がとられており、原告らの主張するように、離婚後の親権者指定に際して、相手方の承諾を得ずに未成年の子を連れて別居を開始した親について不利な扱いを受ける制裁規定を定める必要性も合理性もない。

#### ウ 子の連れ去りを防ぐ手続規定が存在しない旨の原告らの主張が失当であること

原告らは、「民法818条3項は、(中略)親権行使について、父母の意見が一致しない場合の手続規定を、何も設けていない」とした上で、「仮に、その手続規定が設けられていれば、子の連れ去り(引き渡し)が発生しても、手續規定により問題が解決されることになる。その結果、子の連れ去り(引き離し)を行う意味は失われるため、それを防ぐことができる」旨主張する(訴状48及び49ページ)。

しかしながら、前述のとおり、現在の法制度において、親権者による子の連れ去りが刑事上又は民事上違法とされ得るにもかかわらず、親権行使について父母の意見が一致しない場合に子を連れ去る事例があるというのであるから、仮に、父母の意見が一致しない場合の親権行使に関する手続規定が存在する場合であっても、その規定に反して子を連れ去る親権者が生じ得ることは避け難いと思われ、民法818条3項が共同親権における父母の意見が一致しない場合の手続規定を定めていれば、子の連れ去りを防ぎ得る旨の原告らの主張は理由がない。

また、原告らの主張を、配偶者に子を連れ去られた場合におけるその後処理のための手続規定が存在しないことが不當である旨の主張であると善解しても、被告準備書面(1)7及び8ページでも指摘したように、子を連れ去られた親は、家庭裁判所に対して、親権停止の審判の申立てや子の

監護者指定及び子の引渡し調停等を申し立てることができ、また、人身保護法に基づく子の引き渡し請求も行い得る（最高裁平成5年10月19日第3小法廷判決、民集47巻8号5099ページ等参照）のであるから、子を連れ去られた親が、子を取り返すための法的手続が整備されていないという主張は、失当である。

それらの点をおくとしても、そもそも、民法が親権行使に関する父母の意見が一致しない場合の解決方法についての規定を設けていないのは、子の利益から考えて、意見不一致の場合には親権が行使されないほうがよいことが多いと考えられたためであるといわれているところ（「新版注釈民法(25)親族(5)」32及び33ページ）、このような立法判断には、子の利益の観点から合理性が認められる。よって、その点からも原告らの主張には理由がない。

#### (4) 本件立法不作為が憲法違反であるとの原告らの主張が失当であること

##### ア 憲法13条に違反するものではないこと

原告らは、子の連れ去りを防ぐ法律規定の不存在によって、原告らのリプロダクティブ権、親権及び監護権が侵害されたところ、本件立法不作為はその目的や手段において合理性や合理的関連性が認められず、幸福追求権及び人格権を保障した憲法13条に反する旨主張する（訴状49及び50ページ）。

しかしながら、前述のとおり、原告らの主張する権利が憲法上の権利であるとは認められない上、現在の法制度においても子の連れ去りを違法とし、連れ去られた子を取り戻すことを可能とする法規定が存在していることは明らかであること等からすると、同条に違反する旨の原告らの主張は失当である。

##### イ 憲法14条1項に違反するものではないこと

憲法14条1項違反であるとの原告らの主張（訴状50ないし52ペー

ジ) の内容は必ずしも判然としないが、要するに、子の連れ去りを防ぐ法規定の不存在により、原告らは、「配偶者によって子が連れ去られた結果、性質上夫婦に平等に保障されるべき①リプロダクティブ権、②親権、③監護権の基本的人権が配偶者にだけ保障され、原告らには保障されなくなつた」のであるから、子を連れ去った配偶者にのみそれらの権利を「特権」として認めるものであり、同項に違反するというものであると思われる。

しかしながら、原告らの主張する「子を連れ去った（引き離した）配偶者」と他方の親はいずれも親権及びその一内容としての監護権を有しているのであり、また、一方配偶者に子を連れ去れた他方配偶者は、人身保護法等により連れ去られた子の返還請求をなし得ること等の前述の事情につき、両者の間に法的な取扱いの違いはなく、同項に違反している旨の原告らの主張は失当である。

#### ウ 憲法24条1項及び2項に違反するものではないこと

原告らは、本件立法不作為により、子を連れ去った配偶者が、「特権」を認められたことになり、憲法24条1項及び2項に反する旨主張する（訴状50ないし55ページ）。

しかしながら、前記のとおり、原告らの主張する「子を連れ去った（引き離した）配偶者」と他方の配偶者は、いずれも親権及びその一内容としての監護権を有しているのであり、また、一方配偶者に子を連れ去られた他方配偶者は、人身保護法等により連れ去られた子の返還請求をなし得ること等からすると、両者の間に法的な取扱いの違いはないのであって、同条1項及び2項に違反している旨の原告らの主張は失当である。

その点をおくとして、同条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とともに、その立法に当たっては、同条1項も前提としつつ、個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚すべきであるとする要請、指針を示すことによつ

て、その裁量の限界を画したものといえる。

他方で、婚姻及び家族に関する事項は、国の伝統や国民感情を含めた社会状況における種々の要因を踏まえつつ、それぞれの時代における夫婦や親子関係についての全体の規律を見据えた総合的な判断を行うことによって定められるべきものである。したがって、憲法24条の要請、指針に応えて具体的にどのような立法措置を講ずるかの選択決定が国会の多方面にわたる検討と判断に委ねられているものであることからすれば、婚姻及び家族に関する法制度を定めた法律の規定が同条に適合するものとして是認されるか否かは、当該法制度の趣旨や同制度を採用することにより生ずる影響につき検討し、当該規定が個人の尊厳と両性の本質的平等の要請に照らして合理性を欠き、国会の立法裁量の範囲を超えるものとみざるを得ないような場合に当たるか否かという観点から判断すべきものとするのが相当である（平成27年再婚禁止期間違憲判決、民集69巻8号2427ページ参照。）。

しかるに、現在の法制度は、個人の尊厳と両性の本質的平等の要請に照らして合理性を欠き、国会の立法裁量の範囲を超えるものとみざるを得ないような場合に当たるとは言えないから、憲法24条2項に違反するものではない。

#### (5) 現行の法制度が条約等に違反する旨の原告らの主張が失当であること

##### ア ハーグ条約についての原告らの主張が失当であること（訴状55ないし60ページ）

原告らは、ハーグ条約3条の規定等を根拠として、日本がハーグ条約を批准したこと、さらには、日本から他の批准国に対してハーグ条約上の「不法な連れ去り」に基づいて子の引き戻しを請求していることなどから、日本の国内法において、子の連れ去りが他方配偶者の監護権を侵害する行為（不法な行為）であることを明示し、それを防ぐ立法を行う義務が国會議

員にあることは明白である旨主張するものようである。

しかしながら、前述のとおり、子の連れ去りが常に「適法行為」とされているものではなく、原告らの主張はその前提を欠くものである。

その点をおくとして、ハーグ条約は、子の監護に関する紛争は、子の居住国において解決されることが望ましい等との考慮から、国境を越えて不法に連れ去り又は留置されている子を原則として元の居住国へ返還することは規定しているが（同条約1条及び3条），各締約国内における子の連れ去りの不法性やその法的な捉え方については規定していない。したがって、日本が同条約を締結したことにより、日本の国内法において、子の連れ去りが他方配偶者の監護権を侵害する行為（不法な行為）であることを明示し、それを防ぐ立法を行う義務が生じたわけではなく、原告らの主張は失当である。

#### イ 児童の権利条約についての原告らの主張が失当であること（訴状60ないし62ページ）

原告らは、児童の権利に関する条約9条1、同条3及び18条1が、「いずれも子が両親から共同親権、共同監護を受ける権利、さらには子が両親と同じように触れ合いながら成長する権利を有していることを認めているところ、日本は、上記の条項に規定された義務を負っているのであるから、日本の国会議員が、日本の国内法において、子の連れ去りを防ぐ立法（法改正）を行う義務があることは明白である」り、「また、現在の家裁の実務上、子を連れ去られた親は、子の親権行使することや子の養育及び発達について関わることが困難になるが、それは同条約9条3項及び18条1項に反する。」旨主張するものようである。

原告らの主張する、「子が両親から共同親権、共同監護を受ける権利、さらには子が両親と同じように触れ合いながら成長する権利」が具体的に何を意味するのかは不明であるが、その点をおくとしても、児童の権利に

関する条約9条1、同条3及び18条1のいずれの条文においても、同条約に規定された権利の実現の確保のあり方について具体的に規定しておらず、権利の実現の確保のあり方については、各締約国に委ねられていると解されることから、原告らの主張は失当である。

なお、原告らは、現在の家庭裁判所の実務が同条約9条3及び18条に反する旨主張するが、いずれも権限ある司法機関による児童の利益を考慮した判断の結果であって、各条項に反するものではない。

#### ウ 総括所見についての原告らの主張が失当であること（訴状62及び63ページ）

原告らは、総括所見のパラグラフ3.1により、日本は、「子どもの不法な移送および不返還を防止しあつこれと闘う」義務を負い、また日本は「国内法を国際的な子の奪取の民事上の側面に関するハーグ条約と調和させ、かつ、子どもの返還および面会交流権に関する司法決定の適正かつ迅速な実施を確保するために、あらゆる必要な努力を行なう義務を負ったものであり、日本が、日本の国内法においても、ハーグ条約と同様に、子の連れ去りが他方親の監護権を侵害する行為であることを明示し、それを防ぐ立法を行う立法義務が国会議員にあることは明白であり、また、同総括所見のパラグラフ2.7を根拠に、日本の国会議員が、「非同居親との個人的関係および直接の接触を維持する子どもの権利が恒常的に行使できなくなることを防ぐために」日本の国内法において、子の連れ去りを防ぐ立法を行う義務を負ったことは明白である旨主張するものようである。

しかしながら、同総括所見は飽くまで勧告にとどまるものであり、同総括所見を根拠に直ちに国会議員に何らかの立法義務が生じることはない。また、同総括所見のパラグラフ3.1は、文理上、日本の国内法において、日本における子の連れ去りが他方配偶者の監護権を侵害する行為（不法な行為）であることを明示し、それを防ぐ立法を行うよう求めた内容である

とは解されないのであって、原告らの主張は失当である。

また、同総括所見のパラグラフ 27 (b) の内容は、乙1号証7ページのとおりであるところ、文理上、日本の国内法において、日本における子の連れ去りを防ぐ立法を行うよう求めた内容であるとは解されないのであって、その点からも原告らの主張は失当である。

なお、日本政府は、2019年5月に、裁判の実効性を確保しつつ、子の利益に配慮する等の観点から、国内の子の引渡しの強制執行に関する規律を明確化するため、民事執行法を改正し、更に、ハーグ条約に基づく国際的な子の返還の強制執行においても同様の規律を採用するため、国際的な子の奪取の民事上の側面に関する条約の実施に関する法律も改正したところである（2020年4月1日施行）。

#### エ 自由権規約（B規約）についての原告らの主張が失当であること（訴状63及び64ページ）

原告らは、自由権規約（B規約）23条4により、親の子に対する①リプロダクティブ権、②親権及び③監護権を両親が平等に確保するために、日本の国会議員が、日本の国内法において、子の連れ去りを防ぐ立法を行う義務があることは明白である旨主張するが、同条項は、取るべき措置のあり方について具体的に規定しておらず、そのあり方については、各締約国に委ねられていると解されることから、原告らの主張は失当である。

### 第3 結論

以上より、原告らの主張はいずれも失当であることから、本件請求は速やかに棄却されるべきである。

以上

令和2年(ワ)第4920号 損害賠償請求事件

原 告 (閲覧制限)ほか13名

被 告 国

## 証拠説明書(2)

令和2年9月25日

東京地方裁判所民事第50部合は係 御中

被告指定代理人	清 平 昌	大
	本 村 行	広
君 塚 知 弥 子	子	士
大 野 史	史	絵
倉 重 龍	龍	輔
志 田 智 之	之	助
高 橋 あ ゆ	あ ゆ	み
三 島 大 介	大 介	三
山 本 勇 治	勇 治	泰

略語等は、準備書面の例による。

号 証	標 目 (作成者等)	原本・ 写しの別	作 成 年月日	立 証 趣 旨
乙2	「家裁における子の親権者・監護者を定める基準」 (抜粋) (松原正明)	写し	平成3年3月20日	裁判所における親権者の指定については、裁判の直前の監護者が父母のいずれであるかだけでなく、父母の監護能力、精神的・経済的家庭環境（資産、収入、職業、住居、生活態度）、居住・教育環境、子に対する愛情の度合い、従来の監護状況、実家の資産、親族の援助の可能性、子の年齢・性別・心身の発育状況・意向、従来の環境への適応状況、父母及び親族との結び付き等諸般の事情が考慮されるとされていること

## 乙第2号証

③ 親子間の紛争　山親権・監護権

126

## 家裁における子の親権者・監護権者を定める基準

松原正明

新潟地方裁判所新潟田支那部

## I 序論

夫婦・親子215題  
 近年の離婚の増加に伴い、父母間の子の監護をめぐる紛争が著しく増加している。のみならず、家族を含む社会関係の複雑多様化を反映して、紛争も深刻化しており、解決の困難性も増大している(昭和41「子の監護・引渡しおよび面接交渉に関する家裁の審判権」新・東京民訴院座)。(三三頁以下)。

子の父母が婚姻中のときは、父母が共同して親権を行使するが(民法八一八条三項)、離婚に際してはどちらかの親を親権者と指定しなければならず(同法八一九条一項)。父母が婚姻していない場合は、母が親権者となるが、認知した父を親権者と指定することもできる(同法四項)。親権者の指定はまず父母

の協議でなされるが、協議ができないか、協議が調わないときは、家庭裁判所の協議にかかる審判あるいは調停によることとなる(民法八一九条五項)。家庭裁判所は、このようにして一旦決まった親権者も、子の利益のため必要があるときは、子の親族の請求によって、他方の父母に変更することができる(民法八一九条六項)。

なお、親権者と異なる者を監護権者と指定し、あるいは監護権者のみを変更する場合もあるが(民法七六六条第一項・二項)、その場合の親権者の指定変更の問題とはほぼ同じと考へられるので、以下は特に区別せずに論ずる。

## 2 親権者の指定変更の基準——総説

親権者の指定変更是親の利益や家族系の繼承の認否等からではなく、むづびら子の利益ないし福祉の増進という観点から行われるべきことは言うまでもない(民法八一九条六項)。問題は何が子の利益になるかということであり、父母のいずれが親権者として適格かを踏まえ、事情を総合的に比較衡量して決定することになる。

裁判例にあらわれた比較衡量すべき具体的な事情をみると、父母側の事情として、監護能力、精神的・経済的家庭環境、居住・教育環境、子に対する愛情の度合、従来の監護状況、実家の資産、親族の援助の可能性等、子の側の事情として、年齢、性別、心身の発育状況、從来の環境への適応状況、環境の変化への適応性、子の意向、父母おとどけの意向等である。

これら諸事情を的確に把握することも難しいことはあるが、各事情を如何に比較衡量するかが極めて困難な問題である。父の経済的監護能力は母より高いが、子との結びつきは母の方が強いというような場合に、どのように判断すべきかであり、比較衡量の基

について対立がある。肯定説は、指定の場合は双方の事情の相対的比較で足りるが、変更の場合は實際に監護養育している者があり、その監護の実績を考慮しなければならず、双方の事情の比較衡量に加えて、変更すべき特段の事情が存する必要があるとする(北野俊光「離婚・東京審判法」)。(二二三頁)同旨の判示する審判例として東京高法院61・12・5東月三九卷五号(二十五頁等)。妥当であろう。むづとも否定説といえども監護養育の実態を全く無視するわけではなく、實際上はさほどの差異は生じないのでないかとも考えられる。

親権者の指定変更の審判は、過去の事実を確定して法的評価を下すという通常の司法判断と異なり、将来を予測して子の健全な育成に適う条件をみいだすという後見的役割を有している。したがって、前記の諸事情について、心理学的あるいは社会学的な専門的事実調査が不可欠であり、通常は家庭裁判所調査官による調査がおこなわれる。これらの諸事情を的確に把握することも難しいことはあるが、各事情を如何に比較衡量するかが極めて困難な問題である。父の経済的監護能力は母より高いが、子との結びつきは母の方が強いというような場合に、どのように判断すべきかであり、比較衡量の基

準の問題である。

具体的な事案における妥当性の問題であるので、これまでの裁判例に現われた基準を中心に検討する。

### 3. 比較衡量の基準

#### 1. 母親優先の基準

乳幼児については、特別の事情がない限り、母親の監護権者にゆだねることが子の福祉に合致するとの考え方である。

幼兒期の母親的養育の必要性に基づくものであり、常識的な判断とも一致する。この基準に従う裁判例も多い(札幌高判昭40・11・27(第1回)「八巻七号四」頁、東京高判昭53・11・20(タ三八〇号)「一五〇頁等)。しかし、母親に親権者として不適格な事情の存することもあり、父親に適切な監護養育権者がいる場合もあり、安易な一般化は許されないところであろう。のみならず、この基準の適用を考慮する際には、子の監護養育における父母の役割が変化をしつつある状況も念頭に置く必要がある。

2. 現状尊重の基準(親権の原則)

子の健全な成長のためには親と子の不斷の心理的結びつきが重要である。養育監護者の変更は子の心理的不安定をもたらすことを理由に、現実に子を養育監護する者を優先させるべき

であるとする(コールドシャーティン・セミナー報告(その1)「調査紀要二五号」五百頁)。

単なる現場追認ではなく、精神分析学的考察を背景に、心理学的にみた親子間の情緒的結びつきを重視する考え方である(北野前掲「一五〇頁)。この基準に従う裁判例も多い(東京高判昭55・5・26判時「一〇〇九号六七頁、大阪家審昭50・3・17(家月)「八号三号八三頁等)。米国ウエストバージニア州・ミネソタ州の判例に示された「主たる監護者優先の推定則」はその一つの適用例である(五島京子「主たる養育者と監護権の決定」判タ六「八号」三五頁以下参照)。

「わざと」と「この基準を採用した場合、子の意思を考慮する以上、分別能

力が問題となるが、概ね満一〇歳以上

の子を「うど」と考へてよからう(この点に關する専門的研究として、家庭裁判所調査官修習所講「親権(監護権)の帰すりが問題になった事件における子の福祉について」三三頁)。一般的には、子の意思の尊重の必要性も子の年齢が高まるほど、もに高くなるといえよう。

また、子の意思の確認方法もその場所、面接方法等に適切な配慮が望まれる。紛争の渦中に置かれた子の場合、その言葉と真意とにずれがあることも多い。したがって、親権者指定変更の紛争に新たに生じる子の争い合いの事件については、迅速な処理が要請される。

3. 子の意思尊重の基準

「子が満一五歳以上であるときは、家庭裁判所は、親権者指定変更の審判をする前に、その子の陳述を聞くなければならない。」と定められているとおり(家審規七二条・七〇条・五四号)、子の意思もまた親権者指定変更についての有力な基準である。

子の年齢に差はあるが、この基準に

従う裁判例も多く(鳥取家米子支審昭

43・9・17(家月)「一卷」号「一四頁、佐賀

家審昭55・9・13(家月)三四号五六頁等)、裁判例のなかれとしては、子の意思を尊重する方向にある(砂川憲吉「別

号四五頁もあるなど、他に「基準と目すくものがあること」も指摘しておくる必

要があろう。

また、各基準が矛盾対立した場合に、

「いずれを優先させるべきかも困難な問

題である。母親優先の基準と子の意思尊重の基準とは問題とされる子の年齢に差があるため対立することは少ない

と思われるが、両基準と現状尊重の基

準とは矛盾対立することがある。前掲

札幌高決昭和四〇年一月二七日は、

母親優先の基準と現状尊重の基準とが

対立した場合につき、前者が優先する

としたが、これに批判的な見解もある

(野田「前掲書」一八五頁)。個々判断の分

も高くなるといえよう。

また、子の意思の確認方法もその場

所、面接方法等に適切な配慮が望まれる。

紛争の渦中に置かれた子の場合、

その言葉と真意とにずれがあることも

ある。したがって、子の年齢にもよ

るが、審判官による直接の審問よりも、専門的知識を有する家庭裁判所調査官の調査に委ねるのが相当とされる場合

も多い。

4. まとめ

これらの基準は親権者指定変更の判断をするうえでの有力な基準であるが、いずれも原則であつて例外が多く