

次回期日令和2年11月18日午後1時30分

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

令和2年11月4日

東京地方裁判所民事50部合は係 御中

原告ら訴訟代理人 弁護士 作花知志

原告ら訴訟代理人 弁護士 大村珠代

準備書面(1)

目 次

第 1	被告提出令和 2 年 7 月 2 0 日付準備書面（1）について	3 頁
第 2	被告提出令和 2 年 9 月 2 5 日付準備書面（2）について	6 0 頁
第 3	原告らの主張	1 0 5 頁

第1 被告提出令和2年7月20日付準備書面(1)について

1 「第1 請求の原因に対する認否」について

(1) 4項(「4 リプロダクティブ権について(31及び32ページ)について)について

ア (2)(「(2)」について)について

被告の主張は争う。

被告は、「少なくとも令和元年仙台地裁判決における「リプロダクティブ権」は、親の未成年者子に対する権利とは解されず、本件において問題になるものではない。」と主張する。

しかしながら、訴状で引用したように、仙台地裁令和元年5月28日判決は、以下の判示を行った。

「人が幸福を追求しようとする権利の重みは、たとえその者が心身にいかなる障がいを負う場合であっても何ら変わるものではない。子を産み育てるかどうかを意思決定する権利(リプロダクティブ権)は、これを希望する者にとって幸福の源泉となり得ることなどに鑑みると、人格的生存の根源に関わるものであり、上記の幸福追求権を保障する憲法13条の法意に照らし、人格権の一内容を構成する権利として尊重されるべきである。」

「そして、憲法13条は、国民一人ひとりが幸福を追求し、その生きがいが最大限尊重されることによって、それぞれが人格的に生存できることを保障しているところ、前記のとおり、リプロダクティブ権は、子を産み育てることを希望する者にとって幸福の源泉となり得ることなどに鑑みると、人格的生存の根源に関わるものであり、憲法上保障される個人の基本的権利である。それにもかかわらず、旧優生保護法に基づく不妊手術は、不良な子孫の出生を防止するなどという不合理な理由により、子を望む者にとっての幸福を一方的に奪うものである。本件優生手術を受けた者は、もはやその幸福を追求する可能性を奪われて生きがいを失い、一生涯にわたり救いなく心身ともに苦痛を被り続け

るのであるから、その権利侵害の程度は、極めて甚大である。そうすると、リプロダクティブ権を侵害された者については、憲法13条の法意に照らし、その侵害に基づく損害賠償請求権を行使する機会を確保する必要性が極めて高いものと認められる。」

このように、仙台地裁令和元年5月28日判決が、「子を産み育てるかどうかを意思決定する権利（リプロダクティブ権）は、これを希望する者にとって幸福の源泉となり得ることなどに鑑みると、人格的生存の根源に関わるものであり、上記の幸福追求権を保障する憲法13条の法意に照らし、人格権の一内容を構成する権利として尊重されるべきである。」と判示している。

そこでは、「親が子を育てることを意思決定する権利」を、憲法13条により保障された基本的人権であることを認めている。

そして、一方親による他方親の同意を得ない連れ去り（引き離し）によって、子を連れ去られた側（引き離された側）の他方親は、その子をそれまでのように育てることができなくなるのであるから、それは「親が子を育てることを意思決定する権利」を侵害する行為であることは明白である。子の連れ去り（引き離し）がリプロダクティブ権を侵害する行為であることは明白である。

(2) 5項（「5 親権及び監護権について」（32ないし39ページ）について）

ア (3)（「(3)」について）について

(ア) まず被告は、最終段落において、「甲第8号証は、・・・同号証の「親には、憲法以前の自然権としての親の教育権（教育の自由）が存在すると考えられている」との記載は、親の教育の自由について記載されたものにすぎず、親の子に対する親権が憲法が保障する基本的人権であるか否かについて述べているものではない。」と主張する。

被告は、親の教育権（教育の自由）が基本的人権であることは認め、さらに甲第8号証の記載はそれについての内容であることも認める立場である。

その被告の主張も踏まえて、原告らは、「一方親による他方親の同意を得ない連れ去り（引き離し）は、他方親の教育権（教育の自由）を侵害する人権侵害行為であることを主張する。子を連れ去られた側（引き離された側）の他方親は、その子をそれまでと同様に教育することができなくなり、教育権（教育の自由）を享受することができなくなるのであるから、子の連れ去り（引き離し）が連れ去られた側（引き離された側）の教育権（教育の自由）を侵害する行為であることは明白である。

教育権（教育の自由）は、憲法13条の人格権及び幸福追求権、さらには憲法26条により保障されている基本的人権である。

原告らが既に引用している旭川学テ訴訟最高裁大法廷昭和51年5月21日判決は、「親は、子どもに対する自然的関係により、子女の教育の自由を有するが、この自由は、主として家庭教育等学校以外における教育や学校選択の自由に表れる」と判示している。それは、教育権（教育の自由）が憲法13条の人格権及び幸福追求権、さらには憲法26条により保障されている基本的人権であることを認めた判示である。

この点につき、大森貴弘「翻訳：ドイツ連邦憲法裁判所の離婚後単独親権違憲判決」常葉大学教育学部紀要〈報告〉425頁（甲A7）においても、「諸外国に目を転じると、ドイツでは子を育成する親の権利は自然権とされ、憲法でも明文化されており、アメリカでは平等原則と適正手続により親の権利が人権として認められている。日本国憲法には親の権利についての明文の規定はないが、親子の自然的関係を論じた最高裁判決（旭川学テ判決）が存在していることや人権の普遍性等を根拠として、憲法上認められうると解される。」と指摘されている。それは、教育権（教育の自由）が憲法13条の人格権及び幸福追求権、さらには憲法26条により保障されている基本的人権であることを認めた解説内容である。

また、旭川学テ訴訟最高裁大法廷昭和51年5月21日判決の判例評釈（甲

A28) では、以下のとおり、教育権（教育の自由）が基本的人権であることを認めている。

「大阪教育法研究会

羽山健一

親の教育権の検討―教師の教育権との関わりから―

一 親の教育権（教育の自由）

親は子どもを扶養する義務を負うのと同様に、精神的文化的な意味で、子どもを教育する義務を負い権利を有する。この親の教育権は「人間性の中に深く根ざしているところの人類普遍の原理である自然法上の権利」とであるとされる（註1）。日本法においては、親の教育権の自然法的性格についての直接の規定を欠いているが、理論上これを承認せざるを得ないと考えられる。最高裁学テ判決（最大判昭五一年五月二一日）も、「教育は、親が子の自然法的関係に基づいて子に対して行う養育・監護の一環としてあらわれる」として、その自然法的性格を述べているといえよう。

民法八二〇条は、「親権を行う者は、子の監護及び教育をする権利を有し、義務を負う」として、親が子を心身ともに健全な社会人として育成する義務と権利を定めている。これを自然法的権利というかは別にしても、ともかく、親の教育権はこの条項によって承認される。親の教育権の「権利」としての意義は、他人を排して第一次的に子を教育する優先権と理解することができよう。この点について、世界人権宣言二六条三項が「親はその子どもに施されるべき教育の種類を選択するについて、優先的権利を有する」としているのも同趣旨である。

親の教育権が自然法上の権利であることからすれば、憲法にこれを保護する明文の規定がないといっても、この権利は憲法上保障されるものとみななければならない。憲法上の権利であることを主張する際には、憲法上の根拠を次のよ

うな点に求める。①憲法的自由（註2）、②プライバシー権・自己決定権（一三条）、③学問の自由・学習の自由（二三条）（註3）、④憲法上の市民的自由（一四條・一九條・二〇條・二一條など）（註4）。

親が子どもを教育することは、権利であるとともに義務でもあるが、義務たる要素の方がより本質的内容を成していると解される。たとえば西ドイツ基本法六条二項は、「子の養育および教育は両親の自然の権利であって、何よりも先に両親に課せられた義務である」とする。このことは、現行憲法によって家父長制的家族制度が否定され、親権概念が変容したことによるものであり、親権は「親の子に対する身分上の支配権」から、「子の保護のための権利」であると考えられるようになったのである（註5）。つまり親権とは、「子を監護教育する義務を第一次的に履行する権利」と捉えられる（註6）。したがって、親の教育権は子どもの学習権を実現する責務を第一次的に履行する権利であるといえよう。

ただし、親の教育権のすべてが子どもの権利からの派生物であるとはいえない。いいかえれば、「親の教育権の存在根拠のすべてが、子どもの福祉の保護にあるわけではない」（註7）。親が自己の信念や価値観を子どもに伝え、子どもの可能性を実現させることは、親が子どもの教育を通じて自己実現することであり、これは、憲法一三条に基づく親自身の権利である。」

そして、被告は「旭川学力テスト判決は、原告ら主張の権利（親権及び監護権）が憲法により保障されているものであるとは判示していない。」と主張する。しかしながら、この判例評釈の最後から二段落目以下の部分において、「親権とは、「子を監護教育する義務を第一次的に履行する権利」と捉えられる（註6）。したがって、親の教育権は子どもの学習権を実現する責務を第一次的に履行する権利であるといえよう。ただし、親の教育権のすべてが子どもの権利からの派生物であるとはいえない。いいかえれば、「親の教育権の存在根拠のすべてが、子どもの福祉の保護にあるわけではない」（註7）。親が自己の信

念や価値観を子どもに伝え、子どもの可能性を実現させることは、親が子どもの教育を通じて自己実現することであり、これは、憲法一三条に基づく親自身の権利である。」と記載されていることは、親権が「子を監護教育する義務を第一次的に履行する権利」と捉えられる以上、教育権だけでなく、それを履行する権利である親権についても、親が自己の信念や価値観に基づいて、子どもの親権を行使し、子どもを通じて自己実現することは、憲法13条に基づく親自身の権利であることは明白である。

さらにいえば、「親権とは、「子を監護教育する義務を第一次的に履行する権利」と捉えられるのであり、その親権が基本的人権であり、教育権（教育の自由）も基本的人権であるのであるから、「教育権」とともに「親権」の一内容である「監護権」も同様に、基本的人権であることは明白である。

旭川学テ訴訟最高裁大法廷昭和51年5月21日判決の判例評釈(甲A28)からすると、親権、監護権及び教育権（教育の自由）はいずれも基本的人権なのであるから、一方親による他方親の同意を得ない連れ去り（引き離し）によって、子を連れ去られた側（引き離された側）の他方親は、その子をそれまでのように同居して家庭教育を与えることができなくなるのであるから、その意味において、子の連れ去りが連れ去られた側の親権、監護権及び教育権（教育の自由）を侵害する行為であることは明白である。

また被告は、「東京高裁昭和30年9月6日決定も原告ら主張の権利（親権及び監護権）が憲法により保障されているものであるとは判示していない。」と主張する。

しかしながら、東京高等裁判所昭和30年9月6日決定は、「<要旨>元来親権は、血縁関係（養親子にあつては血縁関係が擬制されている）に基く親の未成年の子を養育するという人類の本能的生活関係を社会規範として承認し、これを法律関係として保護することを本質とするものである。」と判示している。その判示内容は、「親権」が、「親の未成年の子を養育するという人類の本能

的生活関係」を社会規範として承認し、これを法律関係として保護することを本質とする、としているのであるから、「親権」と「監護権」が密接不可分の権利として、いわゆる自然権としての基本的人権として保障されていることを認めたことは明白である。

そして、憲法13条は包括的な人権保障規定であり、他の条項で保障されていない基本的人権は包括的に憲法13条で保障が根拠付けられることは、最高裁判例においても認められているところである（芦部信喜[高橋和之補訂]『憲法』（岩波書店、第七版、2019年）120－121頁（（甲A29）））。とすると、憲法の他の条項で保障されていない基本的人権である親権と監護権が、包括的な人権保障規定である憲法13条で保障されていることは明白である。

(イ) ちなみに、仮に被告が、「親権は基本的人権ではない。」と主張する立場であれば、それは誤りである。

なぜならば、まず日本の裁判例において、親権は自然権であり、基本的人権であることが認められているからである。以下の裁判例である。

静岡地裁浜松支部平成11年（1999年）12月21日判決

「かくて、子との面接交渉権は、親子という身分関係から当然に発生する自然権である親権に基き、これが停止された場合に、監護に関連する権利として構成されるものといえるのであって、親としての情愛を基礎とし、子の福祉のために認められるべきものである。」

さらに、既にドイツとルクセンブルクでは、それまでに採用されていたいわゆる離婚後単独親権制度が、「離婚に際して親権を失う親の人権を侵害するものであり、憲法に違反している」との判断が裁判所に出されているからである。

「親権は基本的人権ではない」のであれば、「憲法違反」の判断が出るはずがないからである。

そして、基本的人権とは、人が人として生まれたことで当然に有する権利で

あり、それは国や憲法によって与えられて初めて有する権利ではない。憲法は、人が人として生まれたことで当然に有する権利を確認しているにすぎないのである。すると、ドイツやルクセンブルクで人権であるとされた権利が、日本で人権ではないとされることは、基本的人権の性質そのものに反することである。

さらに、最高裁平成27年12月16日大法廷判決（平成27年再婚禁止期間違憲判決）は、外国における立法の動向が日本国憲法の解釈に影響を与える存在であることを認めている。すると、ドイツとルクセンブルクでいずれも離婚後単独親権制度が、離婚に際して親権を失う親の人権を侵害するものであり、憲法に違反しているとの判断が裁判所で行われたことも、当然に日本国憲法の解釈に影響を与える事実である。

①ドイツについて

ドイツでは、かつては日本と同様に裁判離婚後は単独親権制度が採用されていたものの、1982年に連邦憲法裁判所において、離婚後の例外なき単独親権を定めたドイツ民法1671条4項1文の規定が、親の権利を定めたドイツ基本法6条2項1文の権利を侵害するとの判決が出された。

同判決後、ドイツでは離婚後の例外なき単独親権は違憲となり、個別事例での対応が続いていたが、1998年に親子法改正法（1997年制定）が施行され、離婚後共同親権（共同配慮権）が法制化されたのである（大森貴弘「翻訳：ドイツ連邦憲法裁判所の離婚後単独親権違憲判決」常葉大学教育学部紀要〈報告〉第38号2017年12月409－425頁（甲A7。訳者による解説は甲A7号証の425頁。））。

この点につき、訴状36頁(3)アでも引用したが、大森貴弘「翻訳：ドイツ連邦憲法裁判所の離婚後単独親権違憲判決」常葉大学教育学部紀要〈報告〉425頁（甲A7）において、「諸外国に目を転じると、ドイツでは子を育成する親の権利は自然権とされ、憲法でも明文化されており、アメリカでは平等原則と適正手続により親の権利が人権として認められている。日本国憲法には親の権

利についての明文の規定はないが、親子の自然的関係を論じた最高裁判決（旭川学テ判決）が存在していることや人権の普遍性等を根拠として、憲法上認められうると解される。」と指摘されている点が、本件について参考になる。それは、離婚後単独親権制度が憲法違反であるとされたドイツ憲法裁判所の判決について書かれた評釈であり、そこで「ドイツでは子を育成する親の権利は自然権とされ」と記載されている「子を育成する親の権利」や、「アメリカでは平等原則と適正手続により親の権利が人権として認められている。」と記載されている「親の権利」に「親権」が含まれることは明白である。すると、評釈で続けて「日本国憲法には親の権利についての明文の規定はないが、親子の自然的関係を論じた最高裁判決（旭川学テ判決）が存在していることや人権の普遍性等を根拠として、憲法上認められうると解される。」と記載されている「親の権利」に「親権」が含まれることも明白である。

②ルクセンブルクについて

ルクセンブルクで施行されていた民法（以下「ルクセンブルク民法」という。）における離婚後単独親権の規定が、法の下での平等を規定した憲法（以下「ルクセンブルク憲法」という。）に違反するとの判断（ルクセンブルクにおいては決定）が、2008年12月12日にルクセンブルク憲法院で出されている（甲A30。以下では「ルクセンブルク違憲決定」という。）。

ルクセンブルク違憲決定では、①ルクセンブルク民法（民法第302条第一段落および第378条第一段落）が、離婚の場合、両親の一人に親権の単独行使を付与し、また、従って、監督権と訪問権を保留して、他方の親を親権から排除することについて、法の下での平等を定めたルクセンブルク憲法第10条の2(1)（「ルクセンブルク人は法の下で平等である」）に違反しないか、②ルクセンブルク民法は、離婚の場合、共同親権を維持または設定する可能性を認めていない（民法第302条第一段落および第378条第一段落）のに対して、両親によって認知された非嫡出子の場合、婚外の共同親権の設定の可能性を

認めている（民法第380条）ことについて、法の下での平等を定めたルクセンブルク憲法第10条の2(1)（「ルクセンブルク人は法の下で平等である」）に違反しないか、が問題とされた。

ルクセンブルク違憲決定は、以下のように判示している。

「I. 共通の子に対する単独親権を行使する離婚した親と親権を剥奪された親が客観的に異なる状況にあること

2619

それにもかかわらず、離婚した父と母がその共通の子に対して同一の親子関係を有しているとして、二つのカテゴリーが比較可能であることを考慮し、憲法第10条の2(1)のなかで適用された平等概念は検討に付される権利と義務の内容および存在理由を参照して理解されなければならないことを、親権は子をその安全、健康、道徳性において保護するために設定されていることを、父と母は子に対して保護、監督、教育の権利と義務を有していること

子に対するそれぞれの関係に関する両親の平等の評価は子の利益を考慮してなされなければならないことを考慮し、

一般的な規則として、親権はその両親によって行使され、父または母によって単独で行使されるのではないことは子の利益に即してであることを、

その結果、民法第302条第一段落および第378条第一段落に制定されているように保護権を付与されていない親の監督権および訪問権を保留して、父または母による離婚後の親権の単独行使の原則は合理的に正当化されなくなることを、

憲法第10条の2(1)の平等概念は、子との関係における両親の平等がルクセンブルク大公国によって承認された国際規約により是認されているが故に、なおさら上記に留意された意味に沿って解釈されなければならないことを、

1989年11月20日の国連総会で採択され、1993年12月20日の法

によって承認された子供の権利条約に基づけば、その第18条第1文で、「当事者国は、子を養育し、その発育を保証することにおいて両親が共通の責任を有しているとの原則の承認を保証すべく最善を尽くす」ことを、締約国に課せられたこの義務は両親が結婚しているか離婚しているか、共同生活しているか別居生活しているかによって区別してはならないことを、

1984年11月22日、ストラスブールで作成され、1989年2月27日法で承認された人権と基本的自由の保護の条約の第7議定書は第5条第1文で、「夫婦は、結婚期間において、またその解消時において、結婚の観点で夫婦相互に、また、子との関係で市民的性格の権利と責任の平等を享受する」と規定していることを考慮する

II. 結婚し、別居していない両親は子に対する親権を共同で行使することを考慮し、

民法第380条は非嫡出子の両親に、彼らが後見人判事の前で合同宣言をすれば、父と母によって認知された非嫡出子に対する親権を共同で行使することを可能にすることを、また、判事は両親の一人または社会権保護省の請求により、非嫡出子に対する親権は、両親が一緒に生活していようと別居していようと、子を認知した結婚していない両親によって共同で行使されると決定できることを考慮、

夫婦の決定的原因による離婚または別居の場合、両親のただ一人が共通の子の保護の被付与者であることを、この付与は民法第378条第1段落に基づいて子の人格に関して親権の単独行使と、判事の相反する規定がなければ、子の財産の法律上の管理とを含むが故に、

親の異なるカテゴリー、結婚、離婚、別居している親、結婚することのなかった親等のカテゴリー間で客観的不平等が存在していることを考慮、

結婚で生まれた子の親は、よしんば彼らが結婚し、離婚し、または別居してい

ようと、共通の子に対して同一の親子関係にあることを、結婚し、離婚し、または別居していようと、彼らが彼らの認知した共通の子に関して結婚しなかった親と同一の、子に対する親子関係にあることを、

人的カテゴリーすなわち、結婚、離婚、または別居している親と結婚しなかった親は、共通の子に対して同一の親子関係によって比較可能であることを考慮、一方で、よしんば離婚が夫と妻を結合する法的結婚を解消するとしても、離婚は離婚した父と母の親である役割を終わりにするものでないことを、結婚したが、事実上離別した親は共通の子に対して一緒に親権を行使し続けることを考慮し、

他方で、共通の子に対する離婚または別居した両親による親権の共同行使を設定する不可能性を正当化する決定的な理由は存在していないにも関わらず、法は、両親が一緒に暮らしていようと別れて生活していようと、いわゆる私生児（非嫡出子）を認知した結婚していない両親にそうした設定を可能にしていることを、

従って、離婚または別居した両親の状況と結婚している両親の状況との親権の行使に関する差別は、共通の子の離婚または別居した両親の状況といわゆる私生児（非嫡出子）を認知した両親の状況との間の差別と同じように、これもまた合理的に正当化されないことを考慮する

2620

Ⅲ. 最後に、両親が認知したいわゆる私生児（非嫡出子）の両親による親権の共同行使を許容しつつ、他方で結婚で生まれた子は離婚した両親による親権の共同行使を享受できないのであって、民法第302条第1段落と第378条第1段落は、結婚で生まれた子の状況と婚外で生まれた子との間に合理的に正当化されない差別化を生み出していることを、

そうした考慮の帰結として、民法第302条第1段落と第378条第1段落は、

その条文が共通の子に対する親権の離婚した両親による共同行使を許容していない限りにおいて、憲法第10条の2(1)に適合しないことを考慮して当決定を下す。

上述の理由によって、

民法第302条第1段落と第378条第1段落は、その条文が共通の子に対する親権の離婚した両親による共同行使を許容していない限りにおいて、憲法第10条の2(1)に適合しないことを示し、

当言い渡しから30日以内に判決が法令集「メモリアル」に公表されるように命じ、

「メモリアル」への判決の公表時にX氏とY夫人の氏名を捨象するように命じ、当判決の送付は提訴がそこから発出した控訴院第1法廷に憲法院の書記によって行われるように、また、原本が当裁判所の関係当事者に送達されるように命じる。

憲法院裁判長により公判廷で言い渡され、冒頭と同じ日付を記入する。」

(ウ) さらに、子の連れ去り（引き離し）問題について、第183回国会（常会）（平成25年）に浜田和幸議員が参議院議長に提出した質問主意書には、以下の内容が指摘されている（甲A31）。

「一 調停や裁判による離婚の場合、国内の家庭裁判所では、連れ去った親の側に親権が与えられ、連れ去られた側の親は月一回程度の面会しか認められない判決が圧倒的に多く、その面会も理由を付けて拒絶され、子に全く会えなくなった苦痛から自殺する親もいる。」

この質問主意書の内容は、子の連れ去り（引き離し）は、連れ去られた側（引き離された側）の親が自殺するほどの問題であることを意味している。そしてそれは、子の連れ去り（引き離し）が、連れ去られる側（引き離される側）の親の人格権や幸福追求権（憲法13条）を侵害する行為であることを意味して

いる。

(エ) 加えて、原告らが訴状で述べ、さらには上で引用した第183回国会（常会）（平成25年）に浜田和幸議員が参議院議長に提出した質問主意書（甲A31）でも指摘されているとおり、子の連れ去り（引き離し）がされた後、連れ去られた側（引き離された側）の親は月一回程度の面会しか認められない判決が圧倒的に多く、その面会も理由を付けて拒絶される。それはつまり、子の連れ去り（引き離し）は連れ去られた側（引き離された側）の親の面会交流権を侵害する行為でもあることを意味している。

そして、従来の日本の裁判例においても、面会交流権は親子という関係から当然の認められる自然権的な権利であることが判示されている。以下の裁判例である。これらの裁判例の内容は、一方親による子の連れ去りは、連れ去られる側の親の人格権や幸福追求権（憲法13条）を侵害する行為であると同時に、次の「(3) 6項（「6」（39及び40ページ）について）について」で述べる予定の子の権利侵害でもあること（子の人格権や幸福追求権（憲法13条）を侵害する行為であること）を如実に示している。

①東京家裁昭和39年（1964年）12月14日決定

「未成熟子に対する面接ないし交渉は、・・・この権利は、未成熟子の福祉を害することがない限り、制限されまたは奪われることはないものとする。」

②東京高裁昭和42年（1967年）8月14日決定

「親権者とならなかった親がその子と面接することは、親子という身分関係から当然に認められる自然権的な権利である」

③大阪高裁昭和43年（1968年）5月28日決定は、「面接交渉権」という表現を用いながら、これについて、親が本来的に有する権利であるとしている。

④大阪家裁平成5年（1993年）12月22日決定

「いかなる子どもも、個人として尊重され、平和的文化国家の有用な構成員

として、人格の完成をめざし、心身の健全な発達を求める基本的人権が保障されなければならない（憲法第26条第1項，教育基本法第1条）。すなわち，子は民法上親の権利の客体である以前に，憲法上の権利主体であることが看過されてはならないのである。

このような精神に照らせば，面接交渉権の性質は，子の監護義務を全うするために親に認められる権利である側面を有する一方，人格の円満な発達に不可欠な両親の愛育の享受を求める子の権利としての性質をも有するものというべきである。」

⑤静岡地裁浜松支部平成11年（1999年）12月21日判決

「かくて，子との面接交渉権は，親子という身分関係から当然に発生する自然権である親権に基き，これが停止された場合に，監護に関連する権利として構成されるものといえるのであって，親としての情愛を基礎とし，子の福祉のために認められるべきものである。」

⑥東京高裁平成23年（2013年）7月3日決定

「子は，同居していない親との面会交流が円滑に実施されていることにより，どちらの親からも愛されているという安心感を得ることができる。したがって，夫婦の不和による別居に伴う子の喪失感やこれによる不安定な心理状況を回復させ，健全な成長を図るために，未成年者の福祉を害する等面会交流を制限すべき特段の事由がない限り，面会交流を実施していくのが相当である」

⑦介護施設内にいる両親と三女の面会妨害行為を長女と次女2人が行った事件において，面会妨害行為禁止仮処分決定を認可した横浜地裁平成30年（2018年）7月20日決定は，「債務者の意向が両親の入居している施設等の行為に影響し、債権者が現在両親に面会できない状態にあるものといえる。」等として，人格権の一内容としての「子の両親に面会する権利」に基づき，子が親に会うことを求めることを妨げることはできないと判示した（甲A32）。

⑧また，東京地裁は，⑦の事件について，両親との面会妨害行為を行った長

女と次女2人に対して三女が損害賠償を求めた事件において、「親と面会交流したいという子の素朴な感情や、面会交流の利益は法的保護に値する」として、令和元年（2019年）11月22日判決で賠償命令を出した（甲A33）。

(ウ) (ウ)及び(エ)で引用した内容からすると、一方親が他方親の同意なく子を連れ去る行為（引き離す行為）は、基本的人権である親権、監護権及び教育権（教育の自由）だけでなく、人格権及び幸福追求権（憲法13条）をも侵害する行為であることは明白である。

(3) 6項（「6」（39及び40ページ）について）について

ア 被告は、「なお、最高裁昭和37年11月28日大法廷判決（昭和30年（あ）第995号，刑集16巻11号1577ページ又は昭和30年（あ）第2961号，刑集16巻11号1593ページ）は、本件とは明らかに事例が異なり、原告らの主張を裏付けるものではない。」と主張するが、その具体的な理由を何も述べていない。

子が連れ去られたこと（引き離されたこと）で受ける不利益は、子を連れ去られた親が受ける不利益と不可分一体のものとして発生する被害であること、その意味で子ども被害者であることを考慮しなければならないことは明白である。そして、その子の連れ去り（引き離し）を子の片親が行っているのだから、共同親権下にある子は、その不利益を訴訟上自らの権利侵害として主張できない状態にあることも明白である。

イ この点につき、心理学における研究と調査によって、離婚後の親子関係及び面会交流がスムーズで満足度が高い学生は親への信頼度が高く、そして自己肯定感も強く、また周囲の環境への適応度も高いと、さらに積極的な他者関係ができている結果が明らかとなっている。

以下の(ア)で引用する第200回国会参議院法務委員会において、嘉田由紀子議員から「離婚後の親子関係及び面会交流がスムーズで満足度が高い学生は親への信頼度が高く、そして自己肯定感も強く、また周囲の環境への適応度も高

いと、さらに積極的な他者関係ができています。」という内容の心理学的調査と研究が行われていることを取り上げた上で、政府の見解を問うたところ、政府参考人からは、「法務省といたしましても、一般論として、父母が離婚後も、父母の双方が子供の養育に関わることが子供の利益の観点から重要であると考えていることは、これまでも何度も申し上げさせていただいてきたとおりでございます。」との答弁が行われている（甲A34）。

また、以下の(イ)(ウ)で引用する心理学者の研究結果において、「離婚後の親子関係及び面会交流がスムーズで満足度が高い学生さんは親への信頼度が高く、そして自己肯定感も強く、また周囲の環境への適応度も高いと、さらに積極的な他者関係ができていますこと」（(イ)(ウ)）や、「両親の別居をきっかけに、子どもが良好な関係を構築していた別居親に対して強い拒否反応を起こし、別居親への見方が極端な見方に激変する子どもの状態である「片親疎外」は、親権が一人の親にしか宛てられない法制度のもので生じやすいこと」（ウ）が指摘されている（(イ)は甲A35号証、(ウ)は甲A36号証）。

さらに、(エ)で引用する心理学者の意見においては、「自殺願望や性依存が強かった男子大学生の事例において、小学生の頃に親が離婚し、大好きな父親と説明もなく離ればなれになった見捨てられ不安が背景にあったこと、親は子どもの年齢に応じて離婚理由や今後の生活について説明しなければいけないこと、適切な説明がないと子どもの心に大きなしこりが残り、人格形成にも悪影響を与えかねないこと」が指摘されている（甲A37）。

そして、(オ)で引用するアメリカ法の研究においては、「（原告ら注：アメリカでは）1970年代より発達した子どもの心理学や行動科学の研究・調査により、子ども期における親との愛着は子どもの成長のために必要であり、離婚後も子どもが両親から愛され、大事にされていることを確信するために、両親が共に一層子どもとかかわり養育していくことが重要であるということが明らかになったこと、これらの調査・研究により、離婚後の親子の交流は子どもの

最善の利益にかなうというコンセンサスが形成された。そこでアメリカ各州法では一般に、離婚後、子どもと両親との頻繁かつ継続した交流を確保することを州の公的政策としており、離婚後の親子の交流を積極的に認めている。そして、全ての州において別居時及び離婚時に非監護親には相当な面会交流が付与される旨規定されており、離婚後の親子の交流は当然のこととされていること」

(ウ)①甲 A 3 8 号証の 3 の 1 0 6 頁) , 「(原告ら注:アメリカでは) 単独監護の制度が勝者と敗者を生むことの問題が顕在化し, 1 9 7 0 年代後半には各州で離婚後の共同監護 (joint custody) 立法が成立し始めた。この立法化の背景は, 2 つの方面からとらえることができる。・・ 2 つ目の子の利益からの主張は, 以前より単独監護者下においても親の訪問権 (Visitation) が認められていたことに加え, 親子の交流が子の成長にとって有効であることが心理学, 精神医学の研究において明らかにされたことも影響している。離婚後も訪問を通して親と交流してきた子ども達は数年後, 交流のなかった子ども達と比べ, 精神的にも安定し健全に成長してきており, 国民の間でも, 子は父母双方から愛情を受け養育されることが子の利益に適うと認識されていった。」 (ウ)②甲 A 3 9 号証 3 6 頁) などが指摘されている。

さらに, (カ)で引用する, 法務省も参加する「家族法研究会」第 4 回 (令和 2 年 5 月 1 9 日オンラインにて開催) の研究会資料・参考資料において, 「ヒアリング資料 2」として掲載されている小田切紀子氏の「海外の共同養育に関する研究報告と日本の共同養育・面会交流の課題と提案」においても, 「欧米諸国では, 離婚後も子どもが両方の親との関係を維持することが, 子どもの健全な人格形成に資するという実証的知見を蓄積している。」とした上で, 複数の研究者による研究結果が報告されている (甲 A 4 0 の 2 の 2 枚目) 。

(ア) 第 2 0 0 回国会 参議院 法務委員会 第 8 号 令和元年 1 1 月 2 8 日 (甲 A 3 4 号証 1 9 頁)

「○嘉田由紀子君

私の方は、一貫して今回は、離婚後の子供の言わば暮らしと、そして生活水準を維持するためということで共同親権のお話をさせていただいておりますけれども、両親が離婚後に子供が別居している親と交流を持つ、面会交流あるいはペアレンティングと言っていますけれども、この結果を心理学なり、あるいは様々な社会学的なところで調査をするというのはかなり難しいんです。

海外ではかなりあるんですけれども、日本の例では余りないんですけれども、実は有り難いことに、小田切紀子さんたちが、大学生六百三十四名を対象にして平成二十八年に論文を出しております。ここでは、離婚後の親子関係及び面会交流がスムーズで満足度が高い学生さんは親への信頼度が高く、そして自己肯定感も強く、また周囲の環境への適応度も高いと、さらに積極的な他者関係ができているというような結果もございますけれども、ここについて、面会交流の心理学的な、社会的な重要性などお伺いできたらと思います。

○政府参考人（小出邦夫君） お答えいたします。

父母の離婚後の子の養育の在り方につきましては、今委員御指摘の面会交流に関する研究も含めまして、国の内外において様々な観点からの研究がされているということは承知しております。

法務省といたしましても、一般論として、父母が離婚後も、父母の双方が子供の養育に関わることが子供の利益の観点から重要であると考えていることは、これまでも何度も申し上げさせていただいてきたとおりでございます。

父母の離婚後の養育の在り方につきましては、現在、法務省の担当者も参加しております家族法研究会において議論されている状況でございますが、委員御指摘のこの面会交流の重要性、こういった点も踏まえまして、どのような法制度が子供の利益にかなうのかを多角的に検討する必要があります。そのための様々な分野の実証的な研究についての情報集積、こういったことを引き続き行ってまいりたいというふうに考えております。」

(4) 野口康彦外「離婚後の面会交流のあり方と子どもの心理的健康に関する質問

紙とPACK分析による研究」(甲A35号証3枚目)

「4. 研究成果

(1) 質問紙による量的調査研究

国立及び私立の6つの大学に在籍する大学生を対象とし、634名の有効回答数が得られ、76名の親の離婚経験者の協力者を得ることができた。統計学的な検定を実施するうえでは、十分な人数の確保ができた。

今回の調査から、子どもが別居親と交流を持つことは、親への信頼感において重要な要因となることが確認された。また、別居親と子どもが満足するような面会交流がされている方がそうでない場合よりも、自己肯定感や環境への適応の得点が高いことも明らかになった。この結果は、離婚後も別居親が親としての役割を継続していくことが、子どもの経済的・心理的な支援につながっていくことが示された。」

この心理学的研究と調査を踏まえると、突然一方親に連れ去られ(引き離され)、他方親と引き離れされた生活を余儀なくされる子に、その連れ去り(引き離し)が与える心理学的影響が重大であることは、容易に想像できることである。

(ウ) 小田切紀子・町田隆司編著『離婚と面会交流』(金剛出版、2020年) vii 頁(甲A36号証)

「面会交流についての心理学的知見

子どもにとっての面会交流の意義は、親から愛されていることの確認、親離れの促進、アイデンティティの確立、自尊心の形成である(小田切、2009; 棚瀬、2010)。すなわち、子どもは離れて生活する親からも慈しまれ愛されているという体験を通して自尊心を持ち、他者を尊重する気持ちを育む。また価値観の違う二人の親との交流を通して、父親と母親の意見や感情に巻き込まれず、両親から等距離を置くことで、思春期の課題である親離れが可能となる。さらに、父親と母親という性別も性格も価値観も異なる大人が自分の人

格形成にどのような影響を与えたかを知って初めて、親とは異なる自分らしさを発見することができる。

父母の離婚後も子どもが双方の親と安定・継続した交流をすることの重要性は、内外の多数の学術的研究によって指摘されている。それらによると、離婚が子に及ぼす悪影響として、抑うつ、喪失感、混乱と困惑、見捨てられ感、寂しさ、怒り、学業成績不振、攻撃性、自己肯定感の低下、他者信頼感の低下などが実証されているが、父母が連携して、面会交流と養育費の支払いが実施されれば、父母がそろった家庭に育っている子の群と比較して統計的有意差がないことも明らかになっている（Wallerstain et.al,2002; Bauserman,2002; Clark-Stewart&Brentano,2006;Amato,2010）。つまり、父母の離婚後は、面会交流が子どもの健全な成長において極めて重要であり、面会交流が実施されないことは、子どもの精神発達に上述のような悪影響を与える最大の危険因子であるといえる。

東京家庭裁判所の判事により、「一方の親との離別が子どもにとって最も否定的な感情体験の一つであり、非監護親との交流を継続することは子が精神的な健康を保ち、心理的・社会的な適応を改善するために重要である」（細矢他、2012）との基本的認識が示され、子の福祉の視点から面会交流を有益なものにとらえる意識が社会の中で定着してきている。子どもが、自分のアイデンティティを形成するにあたり、同居、別居にかかわらず親がどういう人物であるかが子ども自身の認識に与える影響は大きい。子どもが一方の親によってもう一方の親との関係を遮断され、交流の機会が十分に与えられなければ、それは子どもにとって負の財産となり、子どもが健全な愛着関係を築くうえで、取り返しのつかない誤りを犯していることになる。

さらに、家庭裁判所調査官の小澤真嗣（小澤、2002）によると、一方の親が面会交流の重要性を理解せず、利己的な判断により、面会交流を妨害、実施しない場合、子の精神状態は、以下のような重大な影響を被る。①拒絶のプ

ロセスに巻き込まれた子どもは、別居親との関係が失われる結果、同居親の価値観のみを取り入れ、偏った見方をするようになる、②同居親が子どものロールモデルとなる結果、子どもは自分の欲求を満たすために他人を操作することを学習してしまい、他人と親密な関係を築くことに困難が生じる、③子どもは、完全な善人（同居親）の子である自分と完全な悪人（別居親）の子である自分という二つのアイデンティティを持つことになるが、このような極端なアイデンティティを統合することは容易なことではなく、結局、自己イメージの混乱や低下につながってしまうことが多い。④成長するにつれて物事がわかってくると、自分と別居親との関係を妨害してきた同居親に対し怒りの気持ちを抱いたり、別居親を拒絶していたことに対して罪悪感や自責の念が生じたりすることがあり、その結果、抑うつ、退行、アイデンティティの混乱、理想化された親を作り出すといった悪影響が生ずる。」

⑨ x ii 頁

「片親疎外のリスク

両親の別居をきっかけに、子どもが良好な関係を構築していた別居親に対し強い拒否反応を示し、別居親への見方が極端な見方に激変する子どもの状態を片親疎外 (Parental Alienation) という (Berner, 2010)。高葛藤の夫婦や面会交流紛争や親権・監護権紛争で起こる病的現象であるが、子どもが別居親に対して激しい一連の誹謗中傷を繰り返すことによって明らかになる。ウォーシャック (Warshak, 2017) は、次の3要素の立証を、片親疎外認定の条件として示した。①別居親に対する一連の誹謗中傷や拒絶（エピソードが単発的ではなく、持続的）、②不合理な理由による拒絶（別居親の言動に対する正当な反応といえない疎外）、③同居親の言動に影響された結果としての拒絶。さらに、片親疎外の認定においては、①子が別居親を拒否するようになった時期や、その前後の出来事、②現在の子の拒否の程度や、子が述べる拒否の理由を確認し、子の拒否が現実的な体験に基づくものであるか否か、③子の拒否の背景要因の3点を

検討する。

片親疎外の状態に陥ると、子どもは、同居親は「すべて良くて大好き」、別居親は「すべて悪くて大嫌い」という考え方になり、同居親の別居親への敵意や嫌悪を無批判に支持して取り入れ、それは自分の意見、考えであり、本心だと主張する。子どもは、別居親への苛烈な発言や態度に罪悪感を持たず、別居親の親（子どもの祖父母）や親戚も批判するようになる。

片親疎外は、同居親が自分の考えを子どもに吹き込むこと、子どもが同居親の意向をくみ取り、自分の考えだと表明すること、つまり同居親と子ども双方の行動によって生じる。子どもが同居親の意向を自分の意向だと主張するのは、両親の離婚紛争に巻き込まれ、一方の親と引き離され、頼りになるのは同居親だけである状況で、同居親の愛情を失いたくないという気持ちが働き、忠誠葛藤を抱えきれなくなるためである。

片親疎外は精神疾患の診断名として主要な診断基準への登録が検討されてきた。いまだ診断名としての登録はされていないが、『精神疾患の分類と診断の手引き第5版（DSM-5）』（American Psychiatric Association, 2014）からは、「臨床的関与の対象となることがある他の状態」として「両親の不和に影響されている児童」（CAPRD, V61.29）が設けられ、専門家による支援が必要であることが精神科医やサイコロジストらの共通認識となっている（例えば、中村, 2018）。片親疎外は診断名となりうるかどうかには議論があるものの、臨床的関与の対象として広く認識されている。

ウォーシャック（Warshak, 2017）は、一般的に拒絶された親と十分な面会交流を続けていれば、年齢の低い子どもの方が年齢が高い子どもよりも片親疎外の症状を緩和させることが容易であること、片親疎外に陥りやすいのは9～12歳であることを指摘している。例えば、同居親が「あなたは別居親から虐待を受けていた」と繰り返し聞かせれば、偽りの虐待の記憶を植え付けることは簡単であり、ひとたび偽りの記憶を植え付けられてしまうと、子どもは虐待加

害者の嫌疑をかけられた別居親からの働きかけを一切拒否してしまう。その他多くの研究者が、親の離婚や死別よりも、片親疎外に陥った子の方が健全な成長・発達により強い悪影響を受けることを報告している（Barnet, 2010）。また日本では離婚後の単独親権制度をとっているが、クルック（Kruk, 2018）は、片親疎外は親権が一人の親にしか与えられない法制度のもとで生じやすいことを指摘しており、日本では片親疎外の高リスクが高いことが予測される。

同居親が別居親への悪意から子どもに意図的に働きかける場合は、子どもの健全な成長を阻害する心理的虐待といってもよい状況であるが、前述のように、片親疎外は同居親と子ども双方の行動から生じるため、子どもと別居親との面会に気が進まない同居親の態度を子どもがくみ取り、それを同居親が子ども自身の意思と解釈することでも生じうる。結果として子どもの福祉が著しく害されることになるため、正当な理由なく面会交流を制限する態度・行為が子どもに与える影響について、離婚する親たちへの情報提供が必須である。」

この心理学的研究と調査を踏まえると、突然一方親に連れ去られ（引き離され）、他方親と引き離れされた生活を余儀なくされる子に、その連れ去り（引き離し）が与える心理学的影響が重大であることは、容易に想像できることである。

(エ) 沖縄タイムス令和2年（2020年）8月20日掲載の記事「[家族のカタチ離婚の時代に] 面会交流「同居親の協力が必要」当事者ら議論」においては、離婚などで離れて暮らす親と子が会う「面会交流」について学びを深めようと、オンライン講座「こどものための面会交流支援」が令和2年8月15日に行われたことが記載されている（甲A37）。そしてその記事には、その講座における講師の1人である名城教授の話の内容として、「名城教授は自殺願望や性依存が強かった男子大学生の事例を挙げ、小学生の頃に親が離婚し、大好きな父親と説明もなく離ればなれになった見捨てられ不安が背景にあったとおもんばかった。「親は子どもの年齢に応じて離婚理由や今後の生活について説明し

なければいけない。適切な説明がないと子どもの心に大きなしこりが残り、人格形成にも悪影響を与えかねない」と訴えた。」と記載されている。

その名城教授の話の内容からしても、突然一方親に連れ去られ(引き離され)、他方親と離れた生活を余儀なくされる子に、その連れ去り(引き離し)が与える心理学的影響が重大であることは明白である。

(オ) ①一般財団法人比較法研究センター『各国の離婚後の親権制度に関する調査研究業務報告書』(甲A38)

山口亮子「アメリカにおける離婚後の親権制度」106頁(甲A38の3)

「IX 面会交流

アメリカの面会交流の特徴として、子どもの利益の確保、親の権利の保障、家族の自律性(autonomy)の尊重、そして家族の多様性の認容という点を挙げることができる。以下では、婚姻解消後の親子の交流の原則と、それが制限されるその例外について考察する。

1 親子の交流の原則

(1) 面会交流の権利性

アメリカで、面会交流は一般に訪問(visitation)と呼ばれるが、その他にも、"access", "possession", "partial custody", "parent-child- contract", "period of physical placement"と呼ばれることから、非監護親が単に外で子どもと会うことではなく、子どもと会う期間に養育を行うことも含まれていることが分かる。一般に、隔週末に泊まりがけで子どもが一方の親の元を訪れるパターンが多い。例えば、金曜日と土曜日を父親の家で過ごして日曜日に帰るか、月曜日の朝に父親が学校まで連れて行き、下校時に母親の家へ帰るパターンである。父母の家が離れている場合は、長期の夏休み、冬休みに非監護権者の家に住む場合もあり、身上共同監護と変わらない。

合衆国最高裁判所において、親には子を養育する自由があること、子の教育を管理する権限があることが示された。Meyer v. Nebraska, 262 U.S. 390

(1923) では、婚姻し、家庭を設け、子を養育することが合衆国憲法第 14 条修正の自由に当たることが宣言され、*Pierce v. Society of Sisters*, 268 U.S. 510

(1925) は、「子を養育し、その運命を決定する者は、子自身が将来になうべき義務を認識させ、その準備をさせる義務を伴う権利を有している」としている。直接に婚姻外の面会交流が指摘されたことはないが、学説は、非監護親の面会交流の性質について、婚姻し生物学的繋がりもあり、なおかつ養育を通じて精神的繋がりのある親子は、離婚によっても親子の血縁関係及び心理的結びつき、扶養、法的監護権が消失するはずはないのであるから、両親とも離婚後においても子どもと会い、子どもを育てる権利と義務を憲法上保障される権利として依然として持ち続けていると主張している。

また、1970年代より発達した子どもの心理学や行動科学の研究・調査により、子ども期における親との愛着は子どもの成長のために必要であり、離婚後も子どもが両親から愛され、大事にされていることを確信するために、両親が共に一層子どもとかわり養育していくことが重要であるということが明らかになった。離婚により半数の子どもは親から捨てられたと感じており、3分の2の子どもは父親を思慕し、2分の1の子どもは特にそれが激しいという。これらの研究は、離婚後初期の面会交流は、その怖れを和らげるために特に重要であるとしている。一方、40%の子どもは親と会うことを楽しみにしているが、不満を持っている子どもも実際には多い。その原因は、面会交流が予定どおりに行われなかったり、期間が空きすぎるために期待を外されることによる。これらの調査・研究により、離婚後の親子の交流は子どもの最善の利益にかなうというコンセンサスが形成された。そこでアメリカ各州法では一般に、離婚後、子どもと両親との頻繁かつ継続した交流を確保することを州の公的政策としており、離婚後の親子の交流を積極的に認めている。そして、全ての州において別居時及び離婚時に非監護親には相当な面会交流が付与される旨規定されており、離婚後の親子の交流は当然のこととされている。」

②床谷文雄・本山敦編『親権法の比較研究』

山口亮子「アメリカ」（甲 A 3 9）36頁

「2 Custody—監護権

婚姻中父母は子に対し養育する権利と義務を負う。・・・

子に対する監護権は父母の婚姻外の場合に争われる。なお、婚姻外とは必ずしも離婚とは限らない。すでに子については、未婚で生まれた子にも法的差別はないため、今日では親の権利および監護権は父母の婚姻とは連動していない。そこで、父母の監護権の行使が問題になる場合は、未婚、別居、離婚後を含めて婚姻外ということにする。

監護権訴訟では従来、裁判所は子の最善の利益を基準として単独監護権—日本法でいう単独親権を判断してきた。・・・

当初、単独監護者の決定に用いられるこの基準は、幼い子に対しては母親が監護者となることを子の利益とする母親優先の原則（tender years doctrine）が広く裁判所で採られていた。しかし、性別により監護権を判断することが連邦憲法の平等条項違反とする州裁判所の判断が下されるようになり、さまざまな要件を子の利益に従って比較検討するものへと移り変わっていった。そこで今日では、他方親と協力的なフレンドリー・ペアレント要件や、子の選考要件、ドメスティック・バイオレンス（以下、DVとする）要件などが検討されている。これらの各種要件はわが国でも採用されているものもある。

その後、単独監護の制度が勝者と敗者を生むことの問題が顕在化し、1970年代後半には各州で離婚後の共同監護（joint custody）立法が成立し始めた。この立法化の背景は、2つの方面からとらえることができる。1つは親の権利の側面、もう1つは子の利益の側面である。憲法上、親は子を養育する権利を保障されているのであるから、それは離婚という夫婦間の関係の終了にかかわらず、監護を通して子を養育する権利を保障されていると考えられた。なお、法改正に当たっては、現行州法が連邦憲法に照らして違憲であるとする訴えか

ら改正されることが多いが、共同監護法制においては連邦憲法判断を待つまでもなく、各州の改正が先行していった。

2つ目の子の利益からの主張は、以前より単独監護者下においても親の訪問権（Visitation）が認められていたことに加え、親子の交流が子の成長にとって有効であることが心理学、精神医学の研究において明らかにされたことも影響している。離婚後も訪問を通して親と交流してきた子ども達は数年後、交流のなかった子ども達と比べ、精神的にも安定し健全に成長してきており、国民の間でも、子は父母双方から愛情を受け養育されることが子の利益に適うと認識されていった。」

(カ) 法務省も参加する「家族法研究会」第4回（令和2年5月19日オンラインにて開催）の研究会資料・参考資料において、「ヒアリング資料2」として掲載されている小田切紀子氏の「海外の共同養育に関する研究報告と日本の共同養育・面会交流の課題と提案」においても、「欧米諸国では、離婚後も子どもが両方の親との関係を維持することが、子どもの健全な人格形成に資するという実証的知見を蓄積している。」とした上で、複数の研究者による研究結果が報告されている（甲A40の2の2枚目）。

(キ) (カ) (カ)の外国法についての解説内容からしても、突然一方親に連れ去られ（引き離され）、他方親と離れた生活を余儀なくされる子に、その連れ去り（引き離し）が与える心理学的影響が重大であることは明白である。

ウ これらの心理学的研究と調査を踏まえると、突然一方親に連れ去られ（引き離され）、他方親と引き離れされた生活を余儀なくされる子に、その連れ去り（引き離し）が与える心理学的影響が重大であることは、容易に想像できることである。

さらにその面会交流の拒否・制限は、現在の民法819条が採用している離婚後単独親権制度により増幅されることになる（現在の民法819条が採用している離婚後単独親権制度により、離婚後の子の親権者となることを希望して

いる親が子の連れ去り（引き離し）を行っていることについては、甲 A 1 8 号証で引用した国会議員の質問においても指摘されている。）。なぜならば、離婚後に子の親権者となることを希望する親（連れ去った（引き離した）親）は、現在の裁判所での実務が、子との監護時間の長短を重視して親権者を決めるため、連れ去った（引き離した）後に、他方親と子を会わさないようにする（他方親と子との監護時間を短くしようとする）傾向が強いからである。

その点については、まず二宮周平『多様化する家族と法Ⅱ』（株式会社朝陽会、2020年）47－49頁（甲A41）において、次の指摘がされている。

「3 単独親権の問題点と共同親権の可能性

したがって、父母双方が子の親権者でありたいと思い、調停や審判になった場合には、お互いの監護能力の優劣を争う。そのために過去の言動を事細かに指摘して相手方の人格を誹謗中傷する。監護実績を作るために子との同居を確保し、別居親に会わせない、実力行使で子を連れ去るといった事態が生じることがある。親権者になれないと、子と会うことができなくなるのではないかという不安が、親権争いをより熾烈にする。子は父母の深刻な葛藤に直面し、辛い思いをする。」

また、第200回国会 参議院 法務委員会 令和元年11月26日において、嘉田由紀子議員により、以下の指摘がされている（甲A42）。

「○嘉田由紀子君 ありがとうございます。

いろいろ配慮していただいても、実は裁判所での様々な経験者の皆さんの意見というのはかなり厳しくて、自分たちの面会交流、あるいは途中での意見を聞いてもらえないというようなことが親のグループが調べた調査結果などもございますので、そういうところもきめ細やかに対応していただけたらと思います。

そして、私、やはり気になるのは、これまでも何度か申し上げているんですが、子の引渡しに関するところで、先ほど、僅か一一%しか、つまり九割近く

のケースで引渡しが実現できていない。これは、これまでも裁判所では継続性の原則というのではないと言っているんですけど、やはり一旦連れ去ったり、あるいは一旦実効支配を続けた親に親権を与えるという裁判実務を生み出し、そしてそれが、家族やあるいは家庭の領域を完全に、子供たちの意見も届かないような法の不存在の状態にしているのではないのかと現場からの大きな声があることも指摘をさせていただきたいと思います。そして、この継続性の原則こそが、逆にこれを主張するために、虚偽の配偶者暴力あるいは児童虐待を捏造してもう一方の親を有利にするというようなことも現場であると聞いております。」

エ 以上からすると、親が子を連れ去ること（引き離すこと）は、重大な悪影響を子の心理面に与える点において、子の人格権や幸福追求権（憲法13条）を侵害する基本的人権を侵害する行為であること、そしてその子が受ける基本的人権侵害で受ける不利益は、子を連れ去られた親が受ける不利益と不可分一体のものとして発生する権利侵害であることは明白である。

(4) 7項（「7 日本の国内法には、（中略）法律規定が不存在であることについて（法の欠缺1. 2及び3について）」（40ないし49ページ）について）について

ア (2)（「(2)子の連れ去り（引き離し）を防ぐ刑事法の規定の不存在について（法の欠缺1について）」）について

被告は、「なお、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（最高裁平成17年12月6日第二小法廷決定、刑集59巻10号1901ページ参照）。」と主張する。

しかしながら、その最高裁平成17年12月6日決定の具体的な事案及び判示内容は、「母の監護下にある2歳の子を有形力を用いて連れ去った略取行為は、別居中の共同親権者である父が行ったとしても、監護養育上それが現に必

要とされるような特段の事情が認められず、行為態様が粗暴で強引なものであるなど判示の事情の下では、違法性が阻却されるものではない。」とされたものである。つまりそれは、既に別居中の状態で、母が監護している子を、父が有形力を用いて連れ去った、という事案である。

それは「一方親により子が連れ去られた後に、他方親がその子を連れ戻す場合」（いわゆる「連れ戻し」の場合）であり、原告らが問題としている両親と子が同居している状態で子を連れ去る行為（「配偶者の単なる子の連れ去り（引き離し）（最初の連れ去り（引き離し））」）についての事案ではない。両親と子が同居している状態で子を連れ去った行為（最初の連れ去り（引き離し））について、未成年者略取及び誘拐罪（刑法224条）が適用されて有罪判決を受けた刑事裁判の先例は存在しないはずである。

また、さらに言えば、被告が引用した未成年者略取及び誘拐罪（刑法224条）における「略取」とは、暴行、脅迫等を手段として、未成年者を現在の生活環境から離脱させ、自己または第三者の実力支配下に置くことをいう。また、同罪における「誘拐」とは、欺罔または誘惑を手段として、現在の生活環境から未成年者を誘い出し自己または第三者の実力的支配下に置くことをいう。原告らが問題にしているのは、そのような「略取行為」「誘拐行為」を伴わない、「単なる連れ去り（引き離し）」である。

原告らが既に訴状41頁(2)アで引用している以下の2つの国家機関によるHP上の説明からしても、「単なる連れ去り（引き離し）」を禁止する日本の国内における刑事法規は存在しないことは明白である。その点において、被告の主張は、原告らの主張に正面から答えたものではない。

① 仏日本大使館のHP「フランスと日本の親権制度の相違点」（甲A10）

「3 いわゆる子供の連去りの問題・・・日本にも「未成年者略取・誘拐罪」という犯罪が規定されていますが（刑法第224条）、連れ去られた未成年者の行動の自由と安全が侵害されたかどうかは重視され、夫婦間の協議が調わな

いまま、一方の親が他方に無断で子供を連れ去る行為は、通常は犯罪とされません。このような両国の法制度の相違には、十分注意する必要があります。」

②外務省HPの「ハーグ条約」を解説した「子どもを連れて渡航することを考えている方へ」の頁（甲A11）

「1 子の連れ去りにより起こりうること・・・

(2) 刑事訴追を受ける可能性があります

(ア)子の連れ去りの違法性

日本においては、親による子の連れ去りは略取又は誘拐の罪にあたるような場合を除き犯罪を構成しませんが、国によっては、父母の双方が親権を有する場合に、一方の親が、子をもう一方の親の同意を得ずに国外に連れ出すことを刑罰の対象としていることがあります（国によっては州外に連れ出す場合でも刑事罰の対象となる可能性があります。）。実際に、居住していた国への再入国に際し、子を誘拐した犯罪被疑者として逮捕されたり、ICPO（国際刑事警察機構）を通じて国際手配されたりする事案も生じています。

子を連れて国外へ移動することを考えている方は、御自分の滞在国の法制度を御確認の上、行動してください。」

イ (3)（「(3)子の連れ去り（引き離し）を防ぐ民事上の法律規定の不存在について（法の欠缺2について）」）について

(ア)「ア（「ア」について）」について

被告は、「なお、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、」と主張する。

しかしながら、まず「なお、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」の点について検討すると、離婚前に、他方の同意を得ずに未成年の子と

共に転居すること自体が、民法821条が親権者に与えた子の居所指定権の侵害であることは明白である。

被告は、「事例ごとに様々な背景事情がある」と主張するが、仮にそれが配偶者から子への虐待や、配偶者から配偶者への暴力がある事例を意味しているのだとすれば(被告は、準備書面(1)15頁2段落目下から5行目において、「例えば配偶者から虐待されている子を虐待から守るために子と共に転居するなど、事例ごとに様々な背景事情があると考えられ、」と主張している。)、その被告の反論は認められない。

なぜならば、まず配偶者から子への虐待がある場合には、ハーグ条約13条は、「前条の規定にかかわらず、要請を受けた国の司法当局又は行政当局は、子の返還に異議を申し立てる個人、施設又は他の機関が次のいずれかのことを証明する場合には、当該子の返還を命ずる義務を負わない。・・b 返還することによって子が心身に害悪を受け、又は他の耐え難い状態に置かれることとなる重大な危険があること。」と規定しているのであるから、このハーグ条約13条の規定の内容を日本の国内法として制定すれば足りるのである。被告が主張する「事例ごとに様々な背景事情がある」ことに「配偶者から虐待されている子を虐待から守る必要性がある場合」が含まれるのであれば、そのような特別な場合に子を保護するための法律規定を設ければ手当を行うことができるのである。よって、他方親の同意なく子を連れ去ること(引き離すこと)を違法とする日本の国内法を制定することに、何の問題も存在しない。

また、仮に配偶者から配偶者への暴力がある場合には、既に法律として制定されている配偶者暴力防止法に基づく保護命令により、保護を受けることができる。その場合、配偶者だけでなく子への接近を禁止することを求めることもできる。被告が主張する「事例ごとに様々な背景事情がある」ことに「配偶者から配偶者への暴力がありその暴力から守る必要性がある場合」が含まれるのであれば、そのような特別な場合には、既に法律として制定されている配偶者

暴力防止法に基づく保護命令により、保護を受けることができるのである。よって、その点からも、他方親の同意なく子を連れ去ること（引き離すこと）を違法とする日本の国内法を制定することに、何の問題も存在しない。

以上からすると、他方親の同意なく子を連れ去ること（引き離すこと）を違法とする日本の国内法を制定することに、何の問題も存在しないことは明白である。

つまり、被告は「事例ごとに様々な背景事情があると考えられ、」と主張するが、夫婦関係には事例ごとに様々な背景事情があるとしても、それと、「他方親の同意なく子を連れ去ること（引き離すこと）を違法とする日本の国内法を制定すること」は別の問題なのである。配偶者から子や他方配偶者に対する虐待や暴力があったとしても、それを防ぐ国内法が制定可能（子について）もしくは既に制定されているのであり（配偶者について）、それらの国内法を利用することで、子や配偶者は保護されるのであるから（それは個別事情であり特段の事情である。）、一般的に、他方親の同意なく子を連れ去ること（引き離すこと）を違法とする日本の国内法を制定することには、何の問題も存在しないことは明白である。

再度引用するが、子の連れ去り問題について、第183回国会（常会）（平成25年）に浜田和幸議員が参議院議長に提出した質問主意書には、以下の内容が指摘されている（甲A31）。

「一 調停や裁判による離婚の場合、国内の家庭裁判所では、連れ去った親の側に親権が与えられ、連れ去られた側の親は月一回程度の面会しか認められない判決が圧倒的に多く、その面会も理由を付けて拒絶され、子に全く会えなくなった苦痛から自殺する親もいる。」

この内容からしても、子の連れ去り（引き離し）が、連れ去られる（引き離される）側の親の基本的人権を侵害する行為であることは明白である。また、連れ去られた（引き離された）子が連れ去られた（引き離された）親に会えな

くなることによって心理面に与える悪影響は甚大であり（甲 A 3 4 ないし甲 A 3 9，甲 A 4 0 の 2 の 2 枚目），子の連れ去り（引き離し）が，連れ去られる（引き離される）子の基本的人権を侵害する行為であることは明白である。そのような重大な基本的人権侵害行為が発生することを防止することは，国会（国会議員）の責務であるにも拘わらず（最高裁大法廷昭和 4 8 年 1 2 月 1 2 日判決。後に最高裁判所判例解説（甲 A 4 5）を引用して原告らの主張を行う。），国会（国会議員）は法律（民事上の法律規定）を制定せずに放置してきたのである。

さらに被告は，「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」と主張する。しかしながら，法律違反の行為がなくなるから，法律を制定しなくてよい，というのは本末転倒である。前段落でも指摘したように，子の連れ去り（引き離し）は，連れ去られる（引き離される）側の親の基本的人権を侵害する行為であることは明白である。また，連れ去られた（引き離された）子が連れ去られた（引き離された）親に会えなくなることによって心理面に与える悪影響は甚大である（甲 A 3 4 ないし甲 A 3 9，甲 A 4 0 の 2 の 2 枚目）。そのような重大な基本的人権侵害行為が発生することを防止することは，国会（国会議員）の責務であるにも拘わらず（最高裁大法廷昭和 4 8 年 1 2 月 1 2 日判決。後に最高裁判所判例解説（甲 A 4 5）を引用して原告らの主張を行う。），国会（国会議員）は法律（民事上の法律規定）を制定せずに放置してきたのである。

連れ去り（引き離し）によって，連れ去られる（引き離される）親と連れ去られる（引き離される）子の基本的人権への侵害が発生しているにも拘わらず，「法律違反の行為がなくなるから，法律を制定しなくてよい」という主張を，憲法が容認しているはずがない。憲法は，連れ去られる（引き離される）親と連れ去られる（引き離される）子の基本的人権への侵害が発生している以上，それを防ぐための法律（民事上の法律規定）の制定を国会（国会議員）に義務

づけているのである。

そして、後に引用する法学文献（甲A41）や記事（甲A50，甲A51）や資料（甲A40の2の10枚目）においても指摘されているように、子の連れ去り（引き離し）は、離婚に際して親権者や主たる監護者の決定において有利になるために行われていることは明白である。

すると、原告らが、訴状の45頁「(3)子の連れ去り（引き離し）を防ぐ民事上の法律規定の不存在について（法の欠缺2について）」で主張したように、フランスの法律制度のように、両親の一方が他方の親に転居を知らせることなく、子を連れ去れば、その後の親権行使の態様の裁判官による裁定の際に不利になるような内容の法律制度を立法することで、子の連れ去り（引き離し）の発生を防ぐことができることは明白である。

なぜならば、そのフランスの法律制度の立法趣旨は、他方の親と子の関係を尊重できない親は、親としての適性（民法典373-2-11条3号）に欠けると判断されることにあり、それは、子を勝手に連れ去った親に対する、刑事罰とは別の民事上の制裁であるとされているのであり（一般財団法人比較法研究センター「平成26年度法務省委託 各国の離婚後の親権制度に関する調査研究業務報告書」栗林佳代「フランスの親権制度—両親の離別後の親権行使を中心として」（2014年）38頁，43頁（甲A17）），同様の立法趣旨を持つ日本の法律制度を立法することで、離婚に際して親権者や主たる監護者の決定において有利になるために行われている子の連れ去り（引き離し）の発生动機を失わせることができるからである。

(イ) なお被告は、「(2)子の連れ去り（引き離し）を防ぐ刑事法の規定の不存在について（法の欠缺1について）」については、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（最高裁平成17年12月6日第二小法廷決定，刑集59巻10号1901ページ参照）。」と主張する一方で、「(3)子の連れ去り（引き離し）

を防ぐ民事上の法律規定の不存在について（法の欠缺2について）」については、「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、」と主張する。

しかしながら、その被告の主張は相互に矛盾した関係にあることは明白である。

なぜならば、未成年者略取及び誘拐罪（刑法224条）における「暴行行為」は、未成年者に対する有形力の行使を意味するところ、それは親が子を抱いて車に乗せて家から立ち去る行為も含まれる（被告が引用している最高裁平成17年12月16日決定は、「父親が未成年者子を抱きかかえて、自分の自動車に乗せ走り去った」という行為について、未成年者略取及び誘拐罪（刑法224条）の成立を認めたものである。）。そしてそれは、家族が住む家から親の一方が子を連れて出る際に、通常行われる行為である。

すると、刑事法によって違法であるとの評価がされる行為は、当然民事法においても違法の評価がされるべきであるところ（刑事法は日本の法秩序における公序として存在している（民法90条参照）。）、行為類型として「親が未成年者子を抱きかかえて、自分の自動車に乗せ走り去った」行為が刑事法上違法な行為であると主張する被告が、「親が未成年者子を抱きかかえて、自分の自動車に乗せ走り去った」行為が民事上は適法である、と主張することは、矛盾しているからである。

被告がそのような行為を刑事法上違法であると主張するのであれば（よって、単なる連れ去り（引き離し）にも未成年者略取及び誘拐罪（刑法224条）の適用があり、その結果刑事法の規制がされている、と主張するのであれば）、当然そのような行為は民事上も違法であり、よって単なる連れ去り（引き離し）も民事上違法とされ、その結果、民事法の規制もされているのだ、との主張内容となるはずである。上でも述べたように、刑事法は日本の法秩序における公序として存在している法なのであるから、刑事法上違法な行為は、当然に民事

上も違法とされなければならないはずである。その意味で被告の主張が矛盾していることは明白である。

逆を言えば、被告が、一方親による子の連れ去り（引き離し）に刑法の未成年者略取及び誘拐罪（刑法224条）が適用されると主張したことは、それが刑事法が適用される程度に法益保護の要請（それは他方親と子の人権保護の要請である。）があることを意味している。それにも拘わらず、被告が、一方親による子の連れ去り（引き離し）を一般的に禁止する民事法がないことを認めたことは、法益保護の要請が存在している行為が行われているにも拘わらず、その行為を禁止する民事法を国会（国家議員）が制定していないこと（国会（国会議員）が立法義務を怠っていること）を意味することである。

ウ（4）（「(4)子の連れ去り（引き離し）を防ぐ手続規定の不存在について（法の欠缺3について）」

(ア) まず被告は、「なお、共同親権の場合、父又は母による親権の行使が困難又は不適當であることにより子の利益を著しく害するときは、一方親は、家庭裁判所に対して、他方親について親権停止の審判等の申立てをすることができる場合があり」と主張する。

しかしながら、被告が「親権停止の審判等」と主張しているのは、民法834条が規定する親権喪失の審判、民法834条の2が規定する親権停止の審判、民法835条が規定する管理権喪失の審判であるが、それらの審判が認められることは、極めて少なく、極めて限定された場合である（二宮周平『多様化する家族と法Ⅱ』（株式会社朝陽会、2020年）61－64頁（甲A43）には、「5 親権の規制（注14）2018年度で、親権喪失認容28件（認容率21.4%）、親権停止認容79件（同33.5%）、管理権喪失認容2件（同22.2%）。申し立てても認容されないことが多い。（注15）2018年度、子が申し立てた件数は、親権喪失4件（うち認容1件）、親権停止27件（うち認容10件）である。審理の途中で取り下げるケースが多い。」

と記載されている。)

そして、その審判が認められた限定的な場合を除く、ほとんどの場合には、民法818条3項が「親権は、父母の婚姻中は、父母が共同して行う。」と規定している、両親による共同親権の行使において両親の意見が対立した場合に、その解決手段を民法等の法令は設けていないのである。その結果、子の連れ去り（引き離し）が発生していることは明白である。

なぜならば、本来であれば子の居所を決めることは親権者の権限であるところ（民法821条）、子をそれまでの家族の上で住まわせるのか、それとも別居を希望している親の住む家で住まわせるのかについての両親の意見が対立する際に、外国のように裁判所がそれを決めて解決する手続規定が設けられていれば（甲A19, 甲A20）、その手続に基づいて解決がされるはずのところ、そのような解決のための手続規定が設けられていないために、日本では、一方親が子を連れ去る（引き離す）という自力救済手段によって、両親の意見の対立が生じている状態から自力救済的手段によって自らの意向を優先させようとするのである。

また、外国のように親権行使についての両親の意見が対立する場合の解決のための手続規定が設けられていれば（甲A19, 甲A20）、仮に親が子を連れ去った（引き離した）としても、その①連れ去った（引き離した）親と子を一緒に住まわせたいという意見と、②連れ去られる（引き離される）前に子が住んでいた家に子それまでどおり子を住まわせたいという意見の対立（それは、民法821条が規定する子の居所の指定についての共同親権者である両親の意見の対立である。）を、裁判所等の解決機関が解決のための手続規定に基づいて解決することができるのであるから、自力救済的に子を連れ去る（引き離す）ことは、何の意味も持たない無駄な行為となるのである。その意味においても、解決のための手続規定が設けられていないために、日本では子の連れ去りが発生していることは明白である。

(イ) さらに被告は、「また、離婚前別居中の父母間の紛争の場合、民法766条の類推適用により、父母の一方を監護者と定め、子の引渡しを命じる審判をすることができるとする学説や裁判例のほか、民法752条の類推適用によりこれを認める見解等がある。」と主張する。

しかしながら、そこで引用されているのは「別居後」の問題であり、別居前に子が連れ去られる（引き離される）問題ではない。そして、原告らが主張している「配偶者の単なる子の連れ去り（引き離し）（最初の連れ去り（引き離し））は、別居前に行われる連れ去り行為（引き離し行為）である。よって、被告が引用している制度は、別居前に共同親権行使の解決のための手続規定が設けられてないことから子の連れ去り（引き離し）が生じることを防ぐ存在ではない。

なお、この被告の反論については、訴状でも引用した、ハーグ条約の注釈として、エリザ・ペレスーヴェラ氏による解説報告書の28頁の「71」項の箇所を参照することが重要である。同箇所では、以下の記載がされている（甲A23の2）。

「ところで、本条約が採用した見解においては、共同監護権を有する者の1人が、他方の監護権者の同意なしに子を連れ去ることも、不法とされている。この場合において、この不法性は、法律に反することに根拠を有するものではなく、その行為がこれも法律により保護されているところの他方の親の権利を無視し、当該権利の通常の行使を妨害したという事実に基づくものである。本条約の真の性質は、このような状況において、より明瞭に示されることになる。すなわち、本条約は、将来において子の監護が誰に託されるべきかという点や、かつて下された共同監護の決定をその前提となった事情が変わったため修正する必要があるかという点について決めようとするのではなく、監護に関する終局的な決定が、当事者のひとりが一方的にもたらした事情の変更によって影響されてしまうという事態を避けようとしているにすぎない。」

つまり、ハーグ条約が目的としていることは、子を連れ去ること（引き離すこと）により、その連れ去った（引き離した）親が、子の監護に関する終局的な決定において、その「当事者のひとりが一方的にもたらした事情の変化によって影響されてしまう事態を避けること」である。そこからすると、当然子の連れ去り（引き離し）によって、「主たる監護者指定」の評価やその終局的な決定において、連れ去った（引き離した）親が有利になること自体が忌避されなければならないこと、つまり「連れ去ること（引き離すこと）自体」が忌避されるべきであって、被告の反論である「主たる監護者指定の制度がある」という内容が、何ら原告らの主張に対する反論にならないことは明白である。

とすると、上で引用した被告の反論が、「子の連れ去り（引き離し）が許されないこと」に対する反論になっていないことは明白である。

(ウ) さらに被告は、「その点をおくとしても、原告らは、民法818条3項が「親権行使について、父母の意見が一致しない場合の手續規定を、何も設けていない」とした上で、「仮に、その手續規定が設けられていれば、子の連れ去り（引き離し）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」旨主張するが、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、手續規定があれば直ちに解決するものではないから、親権行使について父母の意見が一致しない場合の手續規定を設けることで、子の連れ去り（引き離し）を行う意味は失われるなどと過度に単純化することは不相当である。」と主張する。

しかしながら、「事例ごとに様々な背景事情があると考えられ、手續規定があれば直ちに解決するものではない」という被告の反論は、何ら原告らが主張している内容を論破するものではない。夫婦間の関係に様々な背景事情があることとは別に、「解決のための手續規定」を設けることによって、子の連れ去

り（引き離し）が行われなくなることは明白だからである（夫婦間の関係に様々な背景事情があることは、離婚等の法的手続の中で解決が図られるべき問題であって、夫婦間の関係に様々な背景事情があることが、子を連れ去ること（引き離すこと）を容認する理由とはならないのである。）。

なぜならば、上でも述べたように、子の居所を決めることは親権者の権限であるところ（民法821条）、①子をそれまでの家族の家に住ませるのか、それとも②別居を希望している親の住む家で住ませるのかについての両親の意見が対立する際に、外国のように裁判所がそれを決めて解決する手続規定が設けられていれば、その手続に基づいて解決がされるどころ、そのような解決のための手続規定が法律上設けられていないために、日本では、一方親が子を連れ去るという自力救済手段によって、その両親の意見が対立している状態から逃れる行動に出ていることは明白だからである。

逆を言えば、外国のように親権行使についての両親の意見が対立する場合の解決のための手続規定が設けられていれば（甲A19、甲A20）、仮に一方親が他方親の同意なく子を連れ去ったとしても、①子をそれまでの家族の家に住ませるべきだという意見と、それとも②別居を希望している親の住む家で住ませるべきだという意見の対立（それは、民法821条が規定する子の居所の指定についての共同親権者である両親の意見の対立である。）は、裁判所等の解決機関が解決のための手続規定に基づいて解決がされる結果となるのであるから、自力救済的に子を連れ去ることは、何の意味も持たない無駄な行為となるのである（その結果、徒労に終わる子の連れ去り行為は行われなくなるのである）。その意味においても、解決のための手続規定が設けられていないために、日本では子の連れ去りが発生していることは明白である。

つまり、民法818条3項が、「親権は、父母の婚姻中は、父母が共同して行う。」と規定しているにも拘わらず、両親の意見が対立した場合の解決のための手続規定を設けていないために、子の連れ去りが発生していることは明白

なのである。

(エ) 訴状でも引用したが、『論点体系 判例民法9 親族』（第一法規，第2版，平成25年）384頁（甲A19）においては，民法818条3項が規定する夫婦の共同親権の解説として「親権行使について父母の意見が一致しない場合の取り得る手続きについては、現行法は何も規定しておらず、立法の不備であると指摘されている。」と記載されている。

また，大村敦志『家族法』（有斐閣，第3版，2010年）102頁（甲A20）においても，民法818条3項が規定する夫婦の共同親権の解説として，「（イ）親権行使の方法 それでは，このような親権を現実に行使するのは誰か。嫡出子の場合には，父母の婚姻中は，父母が共同して親権を行使するのが原則である（民法818条3項）。ただし，共同行使ができない場合には単独行使が許される（同項但書）。民法は，父母の意見が一致しない場合の取扱いについては沈黙している。諸外国の法では，このような場合に対応するための規定を置いている例が多い（フランスやドイツでは最終的には裁判所の決定にゆだねている）。日本でも，立法論としては規定を置くことが必要だといわれている。」と記載されている。

つまり，現行の民法818条3項は，「親権は，父母の婚姻中は，父母が共同して行う。」と規定する一方で，その共同して行うこととされている親権行使について，両親の意見が一致しない場合の手續規定を，何も設けていないのである（「法の欠缺3」）。その立法の不備が，子の連れ去り（引き離し）を生んでいることは明白である。

(5) 8項（「8 小括」（49ページ）について）について

被告は，「なお，原告らの主張によっても，原告らがいずれも親権を有していることは自認しているのであるから，親権が原告らに保障されなくなった旨の原告らの主張の趣旨は明らかではない。」と主張する。

しかしながら，原告らの「親権侵害」の主張は，一方親が他方親の同意なく

子を連れ去ること（引き離すこと）自体が，他方親の子に対する親権に対する妨害行為であると同時に親権に対する侵害行為である，というものである。

上でも引用した，二宮周平『多様化する家族と法Ⅱ』（株式会社朝陽会，2020年）47－49頁（甲A41）には，次の指摘がされている。

「3 単独親権の問題点と共同親権の可能性

したがって，父母双方が子の親権者でありたいと思い，調停や審判になった場合には，お互いの監護能力の優劣を争う。そのために過去の言動を事細かに指摘して相手方の人格を誹謗中傷する。監護実績を作るために子との同居を確保し，別居親に会わせない，実力行使で子を連れ去るといった事態が生じることがある。親権者になれないと，子と会うことができなくなるのではないかという不安が，親権争いをより熾烈にする。子は父母の深刻な葛藤に直面し，辛い思いをする。」

この甲A41号証の指摘からも明白なように，民法819条2項の離婚後単独親権制度を前提として，子を連れ去られた（引き離された）親は，その子と会うこともできなくなり，子の住所地も知らされず，子の通学先の学校も学校行事も知らされず，子に手紙を出すこともできず，子の教育や養育について意見を述べることもできなくなるのである。それは連れ去られた（引き離された）親の親権に対して，連れ去った（引き離した）親が妨害行為を行っていることに他ならない。子の連れ去り（引き離し）によって，連れ去られた（引き離された）親の親権は形式上は存在しても，実質的には行使ができなくなるのである。

また，被告が刑事法の欠缺（法の欠缺1）の箇所（被告準備書面(1)6頁）において被告は，「なお，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（最高裁判平成17年12月6日第二小法廷決定，刑集59巻10号1901ページ参照）。」と主張したが，そこで被告が引用した未成年者略取罪及び誘拐罪（刑

法224条)は、保護法益の1つが親権者の親権であるとされているところ、未成年者が犯人によって略取及び誘拐された場合であっても、親権者は親権を失うことはないのである。原告らの主張の趣旨もそれと同じことである。

(6) 9項(「9 『法の欠缺1ないし3』が憲法違反であることについて」(49ないし55ページ)について)

ア (1)について

被告の主張は争う。

原告らが既に主張したように、「親の未成年者に対するリプロダクティブ権」「親権」及び「監護権」は憲法上の権利である。

また、原告らが既に主張したように、「親の未成年者に対する教育権(教育を行う自由)」や、「人格権」や「幸福追求権」も、憲法上の権利である。

さらに、原告らが既に主張したように、憲法14条1項及び憲法24条2項は、憲法上の権利とはいえない「利益」についても適用されることが認められている。

これらの点は、原告らが訴状及び本書面で既に詳しく述べ、さらには本書面の後の箇所で詳しく述べるとおりである。

(7) 10項(「10 『法の欠缺1ないし3』を補う法の立法義務が、国会(国会議員)に認められることについて」(55ないし70ページ)について)

ア (2)について

(ア) 被告の主張は争う。

(イ) 被告は、「なお、原告らは、ハーグ条約上の「不法な連れ去り」について、「この不法性は、法律に反することに根拠を有するものではなく、その行為がこれも法律により保護されているところの他方の親の権利を無視し、当該権利の通常の行使を妨害したという事実に基づくものである」と主張するが(訴状57ページ)、他方では、「ハーグ条約上の『不法な連れ去り』とされるため

には、その子が生活をしてきた国の国内法により『不法な連れ去り』とされていなければならない」とも主張しており（訴状58ページ）、原告らの主張は明らかではない。」と主張する。

この被告の主張は、事実を重視する考え方と、法律を重視する考え方の2つの考え方を取り込むことは、矛盾した主張である、という内容である。

しかしながら、まず原告らが訴状で引用した、ハーグ条約の注釈である、エリザ・ペレスーヴェラ氏による解説報告書の28頁の「71」項の箇所を再度引用するが、そこには以下の記載がされている（甲A23の2）。

「ところで、本条約が採用した見解においては、共同監護権を有する者の1人が、他方の監護権者の同意なしに子を連れ去ることも、不法とされている。この場合において、この不法性は、法律に反することに根拠を有するものではなく、その行為がこれも法律により保護されているところの他方の親の権利を無視し、当該権利の通常の行使を妨害したという事実に基づくものである。本条約の真の性質は、このような状況において、より明瞭に示されることになる。すなわち、本条約は、将来において子の監護が誰に託されるべきかという点や、かつて下された共同監護の決定をその前提となった事情が変わったため修正する必要があるかという点について決めようとするのではなく、監護に関する終局的な決定が、当事者のひとりが一方的にもたらした事情の変更によって影響されてしまうという事態を避けようとしているにすぎない。」

そして、そのハーグ条約の注釈であるエリザ・ペレスーヴェラ氏による解説報告書の4頁の第1部本条約の基本的性格「9」項の箇所には、以下の記載がされているのである（甲A23の2）。

「第1部 本条約の基本的性格

9 本条約は、全体として、達成されるべき目的についての部分的に異なる2つの考え方との間の妥協を反映している。実際、準備作業からは、子の不法な連れ去り又は留置により変更される前の事実状態を保護したいとする考え方

と、そのような事実状態を基礎づける法律関係を何より尊重すべきであるとする考え方との間に存在する緊張関係を見てとることができる。」

この点につき、ハーグ条約では、共同監護権を有する者の1人が、他方の監護権者の同意なしに子を連れ去ること（引き離すこと）も、不法とされている。

その理由は、一方親が、「自分は親権者であるから、法律上子を連れ去る（引き離す）権利がある。」という主張を認めてしまうと、「**監護に関する終局的な決定が、当事者のひとりが一方的にもたらした事情の変更によって影響されてしまうという事態**」が発生してしまい、そのような事態が規制されないのであれば、ハーグ条約が締結される趣旨が完全に失われるからである。そのためにハーグ条約は、「親権者による子の連れ去り（引き離し）は親権者という権利を有する者によるものではあるが、その者による子の連れ去り（引き離し）が、法律により保護されているところの他方の親の権利を無視し、当該権利の通常の実行使を妨害したという「**事実状態の発生**」そのものをハーグ条約は許さないこととし、親権者が行った子の連れ去り（引き離し）もハーグ条約における「不法」に含める。」という意味である。つまり、ハーグ条約の趣旨を完全に実現するために、「不法」の定義を広げたのである（「**事実状態**」をも「不法」という法律関係に含めたのである。）。

その意味で原告らの主張は何ら矛盾しておらず、それはハーグ条約に合致しているものである。

(ウ) 金子修編集代表『一問一答 国際的な子の連れ去りへの制度的対応 ハーグ条約及び関連法規の解説』（商事法務，2015年）27頁（甲A44）には、以下の記載がされている。

「Q14 条約及び実施法上の「監護の権利」とは、どのようなものですか。これは、日本の民法上の「親権」と同じ意味ですか。

A 条約及び実施法上の「監護の権利」の意義、「監護の権利」と日本の民法上の「親権」との関係は、次のとおりです。・・・

1 「監護の権利」の意義

子の連れ去り又は留置が不法とされるためには「監護の権利」が侵害されていることが要件となります（条約第3条）。・・

なお、子の返還申立事件においては、常居所地国において子の監護の権利を有していたことが子の返還事由の前提とされていますが（第27条第3号）、この要件を満たすか否かについては、常居所地国の法令（国際私法を含みます）を基準に判断されることになります。

2 日本の民法上の「親権」との関係

日本の民法においては、親権は一般に子の身上監護権と子の財産の管理権からなるものと理解されています。そして、前者については、「親権を行う者は、子の利益のために子の監護及び教育をする権利を有し、義務を負う。」と規定した上で（民法第820条）、その具体的内容として、居所の指定等に関する規定を置いています（民法第821条から第824条まで）。したがって、一般的には、条約における「監護の権利」は、日本の民法上の身上監護権に近いものと考えられ、親権者は、原則として、条約上の監護の権利を有する者に該当すると考えられます（日本の民法上の「親権」は、上記のとおり、子の財産の管理権を含む概念なので、条約における「監護の権利」よりも広い概念ということになります）。

以上の記載からすると、「ハーグ条約に基づく子の返還申立事件においては、常居所地国において子の監護の権利を有していたことが子の返還事由の前提とされており、条約における「監護の権利」は、日本の民法上の身上監護権に近いものと考えられ、親権者は、原則として、条約上の監護の権利を有する者に該当すると考えられる。よって、日本がハーグ条約を批准して、さらにはハーグ条約に基づく日本から外国への子の返還申立を行うためには、日本の国内法において、親権者の同意なく子を連れ去ることが違法とされていることが必要である」ことは明白である。その点で国会（国会議員）が、日本の国内法とし

て、親権者の同意なく子を連れ去ることを違法とする法律の立法義務を負うことは明白である。

(エ) なお、ハーグ条約13条は、「前条の規定にかかわらず、要請を受けた国の司法当局又は行政当局は、子の返還に異議を申し立てる個人、施設又は他の機関が次のいずれかのことを証明する場合には、当該子の返還を命ずる義務を負わない。・・・b 返還することによって子が心身に害悪を受け、又は他の耐え難い状態に置かれることとなる重大な危険があること。」と規定している。

よって、仮に片親から子に対する暴力等の問題行為がある場合でも、このハーグ条約13条の規定の内容を日本の国内法として制定すればハーグ条約と日本の国内法との適合性は保たれるのであるから、他方親の同意なく子を連れ去ること（引き離すこと）を違法とする日本の国内法を制定することに、何の問題も存在しないのである。その点で国会（国会議員）が、日本の国内法として、親権者の同意なく子を連れ去ることを違法とする法律の立法義務を負うことは明白である。

イ (7)について

(ア) 被告の主張は争う。

(イ) 最高裁大法廷昭和48年12月12日判決が、「私的支配関係においては、個人の基本的な自由や平等を著しく侵害またはそのおそれがあり、その態様、程度が社会的に許容しうる限度を超えるときは、これに対する立法措置によってその是正を図ることが可能であるし、また、場合によっては、私的自治に対する一般的制限規定である民法一条、九〇条や不法行為に関する諸規定等の適切な運用によって、一面で私的自治の原則を尊重しながら、他面で社会的許容性の限度を超える侵害に対し基本的な自由や平等の利益を保護し、その間の適切な調整を図る方途も存するのである。」と判示した趣旨は、「私的支配関係においては、個人の基本的な自由や平等を著しく侵害またはそのおそれがあり、その態様、程度が社会的に許容しうる限度を超えるときは、当然に国としてそ

の許容しうる限度を超えている私的支配関係を是正しなければならない。」という意味であり（是正しなければならない，という点を，「是正を図ることが可能である」と表現した最高裁判例である。それは，その判示に続いて「また，場合によっては」として，民法一条，九〇条や不法行為に関する諸規定の適切な運用による是正について限定的な場合を念頭において判示されていることから明白である。「また，場合によっては」に該当せず，さらに国の立法措置も行われなければ，「個人の基本的な自由や平等を著しく侵害またはそのおそれがあり，その態様，程度が社会的に許容しうる限度を超える私的支配関係」が永続することになるからである。），被告が主張するように，「私的支配関係においては，個人の基本的な自由や平等を著しく侵害またはそのおそれがあり，その態様，程度が社会的に許容しうる限度を超えるときでも，国としてその許容しうる限度を超えている私的支配関係を是正するかどうかは立法裁量の問題であって，どちらでもよい。」という意味ではないことは明白である。

この点，最高裁大法廷昭和48年12月12日判決の最高裁判例解説では，最高裁大法廷昭和48年12月12日判決が，「私的支配関係においては，個人の基本的な自由や平等を著しく侵害またはそのおそれがあり，その態様，程度が社会的に許容しうる限度を超えるときは，これに対する立法措置によってその是正を図ることが可能であるし」と判示した趣旨について，「そして，右の(3)の点は，私的支配関係において生ずる新しい事態の法的処理は，第一次的には立法者の課題であるとする趣旨と思われる。」との解説が行われている（甲A45）。この最高裁判例解説（甲A45）の内容は，原告らの主張の内容と合致している。

付言すると，最高裁大法廷昭和48年12月12日判決の内容を要約した有斐閣『判例六法』（令和2年版18頁判例番号8）（甲A46）においても，その判示箇所は，「その侵害の態様，程度が社会的に許容し得る限界を超えるときは，立法措置によって是正を図り」と明記されている。この有斐閣『判例

六法』(令和2年版18頁判例番号8)(甲A46)の内容も、原告らの主張の内容と合致している。

(ウ) なお被告は、令和2年7月20日付準備書面(1)6頁(2)において、「なお、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(最高裁平成17年12月6日第二小法廷決定、刑集59巻10号1901ページ参照)。」と主張する。

その被告の主張は、親権者による子の連れ去り(引き離し)の内、「暴行、脅迫」を行為態様とするものは、刑法の適用がある、というものである。そしてその被告の立場は、そのような行為態様による子の連れ去り(引き離し)が行われる場合には、もはや親権者であっても「個人の基本的な自由や平等を著しく侵害またはそのおそれがあり、その態様、程度が社会的に許容しうる限度を超えている。よって、刑法の未成年者略取及び誘拐罪(刑法224条)の適用がある。」との立場である。

すると、そのような「暴行、脅迫」を行為態様としない親権者による子の連れ去り(引き離し)についても、それが多発し、かつそれが連れ去られる(引き離される)親の基本的な人権を侵害し、さらには連れ去られる(引き離される)子の基本的な人権を侵害する行為であることが社会的に指摘される段階に至っては、それが最高裁大法廷昭和48年12月12日判決における「個人の基本的な自由や平等を著しく侵害またはそのおそれがあり、その態様、程度が社会的に許容しうる限度を超えている」場合に該当することは明白である。

(エ) また被告は、「その点をおくとしても、原告らの引用する判示は、「私的支配関係」を前提としたものであるところ、原告らの主張によっても、本件において、誰と誰との間でこのような私的支配関係が認められるのかは明らかではない。」と主張する。

この点につき、上でも引用した、二宮周平『多様化する家族と法Ⅱ』(株式会社朝陽会、2020年)47-49頁(甲A41)には、次の指摘がされて

いる。

「3 単独親権の問題点と共同親権の可能性

したがって、父母双方が子の親権者でありたいと思い、調停や審判になった場合には、お互いの監護能力の優劣を争う。そのために過去の言動を事細かに指摘して相手方の人格を誹謗中傷する。監護実績を作るために子との同居を確保し、同居親に会わせない、実力行使で子を連れ去るといった事態が生じることがある。親権者になれないと、子と会うことができなくなるのではないかという不安が、親権争いをより熾烈にする。子は父母の深刻な葛藤に直面し、辛い思いをする。」

この甲A41号証の指摘からも明白なように、民法819条2項の離婚後単独親権制度を前提として、子を連れ去られた（引き離された）親は、その子と会うこともできなくなり、子の住所地も知らされず、子の通学先の学校も学校行事も知らされず、子に手紙を出すこともできず、子の教育や養育について意見を述べることもできなくなるのである。それは連れ去られた（引き離された）親の親権に対して、連れ去った（引き離した）親が妨害行為を行っていることに他ならない。子の連れ去り（引き離し）によって、連れ去られた親の親権は形式上は存在しても、実質的には行使ができなくなるのである。

そしてそれは、それまでは対等であった夫婦関係が、一方親により子が連れ去られた（引き離された）ことで、他方親は、連れ去った（引き離した）親に、子をめぐって従属する地位に置かれることを意味している。上で述べたように、子を連れ去られた（引き離された）親は、その子と会うこともできなくなり、子の住所地も知らされず、子の通学先の学校も学校行事も知らされず、子に手紙を出すこともできず、子の教育や養育について意見を述べることもできなくなるが多い。離婚調停や離婚訴訟において、子を連れ去った（引き離した）親が、他方親に対して、「子に会いたいのなら、その前に離婚してください。」「離婚をするのなら、子に合わせる。」との主張を行う姿は、珍しくない。そ

れはいわば、子が人質に取られているのと同じ状態である。憲法は、そのような状態を許容していないことは明白である。

このように、「暴行，脅迫」を行為態様としない親権者による子の連れ去り（引き離し）についても、連れ去った（引き離した）親の意向によって、連れ去られた（引き離された）親の基本的人権が侵害され、さらには連れ去られた（引き離された）子の基本的人権もが侵害される関係が発生しているのであるから、そこには最高裁大法廷昭和48年12月12日判決における「私的支配関係」が認められることは明白である。

被告は、令和2年7月20日付準備書面(1)6頁(2)において、「なお、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（最高裁平成17年12月6日第二小法廷決定，刑集59巻10号1901ページ参照）。」と主張しているが、そこで引用されている最高裁平成17年12月6日第二小法廷決定の事案（親が他方親から子を連れ戻した事案）においても、連れ去った（引き離した）親によって、連れ去られた（引き離された）親の基本的人権が侵害され、さらには連れ去られた（引き離された）子の基本的人権もが侵害される関係が発生している。そこには、最高裁大法廷昭和48年12月12日判決における「私的支配関係」が認められるのである。だから最高裁大法廷昭和48年12月12日判決は、連れ戻した（連れ去った（引き離した））親に、未成年者略取及び誘拐罪（刑法224条）を適用したのである。

ウ (10)について

(ア) 被告の主張は争う。

(イ) ^{まきみさき}巻美矢紀「憲法と家族—家族法に関する二つの最高裁大法廷判決を通じて」長谷部恭男編『論究憲法』（有斐閣，2017年）335頁の4項（甲A47）において，最高裁判所大法廷平成27年（2015年）12月16日判決（女性の再婚禁止期間違憲訴訟）について，以下のような解説がされている。

「4 立法目的の検討

(1) 立法目的の比重の変化

本判決は再婚禁止期間のうち100日超過部分につき、立法事実の変化により、立法目的との関係で合理性が失われたとするもので、いわゆる手段違憲であるが、違憲判断の大きな要因は、立法事実の変化による立法目的の比重の変化にある。

本判決は、憲法24条2項を受けた民法大改正後にも引き継がれた本件規定の立法の経緯、および法律上の父子関係を早期に定める父性推定の仕組みにおける本件規定の位置づけから、立法目的につき、「父性の推定の重複を回避し、もって父子関係をめぐる紛争の発生を未然に防ぐこと」と解し、父子関係の早期明確化の重要性から、合理性を肯定する。

上記立法目的は、平成7年判決の判示と一見同じように見えるが、父性推定の重複回避と、紛争発生を未然防止とを、「もって」という文言により媒介し、千葉補足意見が指摘するように、前者が直接の立法目的であることを強調するとともに、父性推定の重複回避のために必要な手段は、民法772条2項を前提に100日で足りることを示唆するものと考えられる。

立法目的の巧妙な比重の変化は、立法事実の変化に対応するもので、このことは、手段との合理的関連性の検討において示される。それによれば、旧民法起草時に厳密に100日に限定せず一定の期間の幅を設けた趣旨は、当時の医療や科学技術の水準からすると、(a)前婚後に前夫の子が生まれる可能性を減少させることによる家庭不和の回避、(b)父性の判定を誤り血統に混乱が生じることの防止という「観点」から、すなわち父子関係をめぐる紛争の未然防止という目的のためであり、現行民法に引き継がれた後も、それは国会の合理的な裁量の範囲内とされた。しかし、その後の医療や科学技術の発達により、上記「観点」からの正当化は困難になったとされる。こうして紛争の未然防止はあくまで父性推定の重複回避との関係で意味をもつにすぎなくなり、独自の意義を失

い、またそれにより、立法の第一次的な受益者も子どもに限定されることになったのである。

上記立法目的のほか、平成期以降の再婚に対する制約の減少要請の高まり、それを示す事情の一つである諸外国での再婚禁止期間の廃止、さらに婚姻の自由の憲法上十分な尊重、そして妻が婚姻前懐胎子を産むことは再婚の場合に限られないことを総合して、本判決は100日超過部分につき、遅くとも上告人の前婚解消から100日後までに、手段としての合理的関連性が失われたと解し、憲法14条1項および24条2項違反と判断したのである。」

この解説において「こうして紛争の未然防止はあくまで父性推定の重複回避との関係で意味をもつにすぎなくなり、独自の意義を失い、またそれにより、立法の第一次的な受益者も子どもに限定されることになったのである。」と明記されていることからしても、原告らの主張が正当であり、被告の主張が認められないことは明白である。

被告が引用する最高裁判所判例解説民事篇平成27年度（下）677ページ頁の記載も、^{まきみさき}巻美矢紀「憲法と家族—家族法に関する二つの最高裁大法廷判決を通じて」長谷部恭男編『論究憲法』（有斐閣、2017年）335頁4項（甲A47）と同趣旨を記載したものと考えるべきである。

(ウ) 原告らの、この最高裁判所大法廷平成27年（2015年）12月16日判決（女性の再婚禁止期間違憲訴訟）における「もって」の判示についての主張内容は訴状で述べたとおりである。

原告らは、被告が主張するように、原告らはそれを「離婚した原告」に限定して主張しているのではない。上で引用したハーグ条約の注釈としての、エリザ・ペレスーヴェラ氏による解説報告書の28頁の「71」項の箇所（甲A23の2）にも「監護に関する終局的な決定が、当事者のひとりが一方的にもたらした事情の変更によって影響されてしまうという事態を避けようとしているにすぎない。」と記載されているとおり、一方親による子の連れ去り（引き離

し)は、子を連れ去り(引き離し)て子の監護者としての地位を得ることで、その後の主たる監護者の決定や離婚後の親権者の決定に有利な地位を獲得するために行われるのである。しかしながら、それが子を連れ去る(引き離す)親の一方的な判断で行われる行為であり、他方親(子を連れ去られる(引き離される)親)の同意も意見も聞かず、また子の意見も聞かず、さらに言えば裁判官の意見も聞かずに行われる独善的なものであることは明白である。それが、他方親(子を連れ去られる(引き離される)親)と子の基本的人権を侵害する行為であることは明白である

(エ) 被告は、準備書面(1) 15頁2段落目下から5行目において、「例えば配偶者から虐待されている子を虐待から守るために子と共に転居するなど、事例ごとに様々な背景事情があると考えられ、」と主張している。

しかしながら、その主張は逆に、「配偶者から虐待されている子を虐待から守る」という事情がない場合には、子を連れ去る(引き離す)必要性がないことを認める内容である。

被告は、「事例ごとに様々な背景事情がある」と主張するが、まず被告がその一場合として引用している、配偶者から子への虐待がある場合には、ハーグ条約13条は、「前条の規定にかかわらず、要請を受けた国の司法当局又は行政当局は、子の返還に異議を申し立てる個人、施設又は他の機関が次のいずれかのことを証明する場合には、当該子の返還を命ずる義務を負わない。・・・b 返還することによって子が心身に害悪を受け、又は他の耐え難い状態に置かれることとなる重大な危険があること。」と規定しているのであるから、このハーグ条約13条の規定の内容を日本の国内法として制定すれば、ハーグ条約と日本の国内法との適合性は保たれるのである。被告が主張する「事例ごとに様々な背景事情がある」ことに「配偶者から虐待されている子を虐待から守る必要性がある場合」が含まれるのであれば、そのような特別な場合には、子を保護するための特別な法律規定を設ければ手当を行うことができるのである。よ

って、他方親の同意なく子を連れ去ること（引き離すこと）を違法とする日本の国内法を制定することに、何の問題も存在しない。

また、被告が「事例ごとに様々な背景事情がある」と主張する内容に、「配偶者から配偶者への暴力がありその暴力から守る必要性がある場合」が含まれると主張するのであれば、そのような場合には、既に法律として制定されている配偶者暴力防止法に基づく保護命令により、保護を受けることができる。そしてその場合、配偶者だけでなく子への接近を禁止することを求めることもできる。被告が「事例ごとに様々な背景事情がある」と主張する内容に、「配偶者から配偶者への暴力がありその暴力から守る必要性がある場合」が含まれるのであれば、そのような特別な場合には、既に法律として制定されている配偶者暴力防止法に基づく保護命令により、保護を受けることができるのである。よって、他方親の同意なく子を連れ去ること（引き離すこと）を違法とする日本の国内法を制定することに、何の問題も存在しない。

これらからすると、他方親の同意なく子を連れ去ること（引き離すこと）を違法とする日本の国内法を制定することに、何の問題も存在しないことは明白である。その点で国会（国会議員）が、日本の国内法として、親権者の同意なく子を連れ去ることを違法とする法律の立法義務を負うことは明白である。

つまり、被告は「事例ごとに様々な背景事情があると考えられ、」と主張するが、夫婦関係には事例ごとに様々な背景事情があるとしても、それと、「他方親の同意なく子を連れ去ること（引き離すこと）を違法とする日本の国内法を制定すること」は別の問題なのである。配偶者から子や他方配偶者に対する虐待や暴力があったとしても、それを防ぐ国内法が制定可能（子について）もしくは既に制定されているのであり（配偶者について）、それらの国内法を利用することで、子や配偶者は保護されるのであるから（それは個別事情であり特段の事情である。）、一般的に、他方親の同意なく子を連れ去ること（引き離すこと）を違法とする日本の国内法を制定することには、何の問題も存在し

ないことは明白である。その点で国会（国会議員）が、日本の国内法として、親権者の同意なく子を連れ去ることを違法とする法律の立法義務を負うことは明白である。

第2 被告提出令和2年9月25日付準備書面（2）について

1 「第2 被告の主張」について

(1) 1項（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）について

ア 被告が引用する判例の内容そのものは争わないが、被告が引用している最高裁平成17年9月14日大法廷判決は、国会（国会議員）の立法不作為を国賠法1条1項上違法と判断し、さらには賠償命令も出されている案件である。

イ また、被告は引用していないが、最高裁平成27年12月16日大法廷判決（女性の再婚禁止期間違憲訴訟）においても、国会（国会議員）の立法不作為を国賠法1条1項上違法と判断している。

ウ 本件において原告らが主張している内容を踏まえると、最高裁判例の立場からすると、国会（国会議員）による、①刑事法、②民事法、③手続法における「法の欠缺」が子の連れ去り（引き離し）を生んでいることや、その「法の欠缺」を長期間放置し続けてきた国会（国会議員）の立法不作為が、国賠法1条1項上違法と評価されることは明白である。

(2) 2項（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）について

ア (1)（親権及び監護権）について

(ア) ア（親権の法的性質について）

ア（親権の法的性質について）の第一段落において、被告は『新版注釈民法(25)[改訂版]』53頁を引用する。

原告らが訴状で引用したが、その被告が引用している付言すると、被告が乙2号証として引用している『新版注釈民法(25)[改訂版]』（甲9）には、以下

の記載が明記されている。その内容からすると、親の子に対する親権が自然権（自然的権利）であり、日本国憲法においても基本的人権として保障されていることは明白である。

①69頁の「820条 III 監護教育の程度方法(1)」の箇所

「ただ、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・始原的な自然権であると見られるけれども（→V）」

②76頁の「820条 V 監護教育権の性質(1)(7)」の箇所

「ドイツ連邦共和国基本法6条2項は「子供の育成および教育は、両親の自然の権利であり、かつ、何よりもまず両親に課せられている義務である。その実行に対しては、国家共同社会がこれを監視する」と規定しているが、親が親権者としてその子に対し有する監護教育権は、民法などによって創設されるものとしてよりも前国家的・始原的な自然権に由来するものと見てよく（教育権につき、田中耕太郎・教育基本法の理論[昭36]154）、民法は私法上の立場においてこの権利を宣言しているものと見てよいであろう。」

(イ) ア（親権の法的性質について）の第二段落において、被告は内田貴『民法Ⅳ親族・相続（補訂版）』209及び210頁を引用して、「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、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うべきものである。」と主張する。

しかしながら、被告が引用する内田貴『民法Ⅳ親族・相続（補訂版）』209及び210頁（甲A48）では、「むしろ子に対する親の権利というより、親の社会的責務と言った方が通りがよい。」と記載されているのであり、「いうべきものである。」とは記載されていない。

また同書（甲A48）210頁では、被告が引用している箇所に続いて、「親

権は権利だけではなく義務を伴う、などと言われるが、そもそも財産法的な権利・義務では捉えきれないということを認識しておく必要がある。」と記載されているのであり、「財産法的な権利・義務を前提として、それだけでは捉えきれない」という説明をしているのである。そこで「捉えきれない」と書かれているように、同書（甲 A 4 8）における著者の説明の趣旨は、親権には純粋な「権利・義務」としての性質に、さらに異なる性質の側面が加わっている、という意味であることが分かるのである。それは、親権が「権利」としての性質を有することを認める記載である。また、著者が被告が主張するように「親権は権利ではない。」という内容を記載していないことは明白である。

付言すると、例えば選挙権の性質については、それを選挙人としての地位に基づいて公務員の選挙に関与する「公務」とみるか、国政への参加を国民に保障する「権利」とみるかについて争いがあり、多数説は、両者をあわせもつと解している（二元説と呼ばれる）（芦部信喜[高橋和之補訂]『憲法』（岩波書店、第七版、2019年）271頁（（甲 A 2 9））。ちなみに甲 A 2 9号証271頁において著者は、「選挙権は、人権の一つとされるに至った参政権の行使という意味において権利であることは疑いないが、公務員という国家の機関を選定する権利であり、純粋な個人権とは違った側面をもっているので、そこに公務としての性格が付加されていると解するのが妥当である。」として「純粋な個人権とは違った側面を持っているので、そこに公務としての性格が付加されている」と記載している。その説明内容は、内田貴『民法IV親族・相続（補訂版）』（甲 A 4 8号証）210頁における「財産法的な権利・義務を前提として、それだけでは捉えきれない」という親権についての説明と同趣旨である。

とすると、仮に被告が主張するように、親権が権利としての側面と共に、子に対する責務としての側面を有しているとしても、それにより親権が基本的人権であることを否定する理由とはならないことは明白である（最高裁大法廷平成17年9月14日判決は、公務としての性格と権利としての性格の両者をあ

わせもつと解されている選挙権について、国会（国会議員）の立法不作為責任を認めて、国に対する賠償命令を出しているのである。）。

(ウ) イ（親権の内容）の法律の規定自体は争わない。

(エ) ウ（監護権の内容）の第一段落は特に争わない。

ウ（監護権の内容）の第二段落は、第一文は特に争わない。第二文は、被告が引用している新基本法コンメンタール親族（第2版）243頁には、被告が主張するように「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788号205ページ）。」と記載されているのではなく、「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ろう（大阪高判平成4・1・30判タ788号205ページ参照）。」と記載がされているのである（甲A49号証243頁）。また、そこで引用されている大阪高裁平成4年1月30日判決は、出奔した父に対して子が養育監護を受けられなかったことによる慰謝料請求を行った事案において、母が生存中の期間については認められないが、母が死亡した後の期間については認められる、とした裁判例である。

ウ（監護権の内容）の第三段落は、被告が引用している新基本法コンメンタール親族（第2版）233頁（甲A49）には、「日常の監護教育のような比較的重要な事務については、父又は母が独立してなし得る。ただし、親権者の一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し止めを請求することができる」と記載されており、そこで引用されているのは「我妻栄・改正親族相続法解説[1949, 日本評論社] 113頁, 中川・前掲注釈民法（下）43頁[山木戸克己], 松坂・前掲39頁」の学説である。

イ（2）（親権や監護権は憲法上保障された権利ではないこと）について

(ア) ア（憲法13条について）

被告の主張は争う。

まず第一に指摘しなければならないのは、被告が準備書面(2)10頁で掲載している4つの民事裁判判決（大阪地裁平成29年7月28日判決，名古屋地裁平成14年11月29日判決，東京地裁平成17年4月25日判決，東京地裁平成18年12月22日判決）は，いずれも片親に子を連れ去られた親の「親権」（大阪地裁平成29年7月28日判決，名古屋地裁平成14年11月29日判決，東京地裁平成18年12月22日判決）や「監護権」（東京地裁平成17年4月25日判決）への侵害行為を認めた上で，賠償命令を連れ去った側に命じている判決であることである。

被告は，「親権も監護権も憲法上保障される権利ではない」と主張しているが，被告が引用しているその4つの民事裁判判決からすると，親の子に対する親権や監護権が，親にとっては人としての生存に不可欠な基本的人権として保障されているからこそ権利侵害が肯定されて賠償命令が出されたことは明白である。また，監護権侵害が問題となった東京地裁平成17年4月25日判決では，監護権侵害を理由として500万円の賠償命令が出されている。その金額の大きさからしても，監護権もやはり親にとっては人としての生存に不可欠な基本的人権として保障されているからこそ権利侵害が肯定されて賠償命令が出されたことは明白である。

また，親の子に対する親権や監護権が，仮に基本的人権ではないとされた場合であっても，憲法14条や24条2項の平等原則では，基本的人権といえない法律上の利益についても，憲法に違反する差別かどうかの判断がされるのであるから（最高裁大法廷平成27年12月16日判決（平成26年（オ）第1023号，夫婦別姓訴訟）及び大阪高裁平成30年8月30日判決（大阪高裁平成30年（ネ）第247号）（甲22号証6頁），と同判決の原審である神戸地裁平成29年11月29日判決（神戸地裁平成28年（ワ）第1653号）

(甲21号証33頁)。), 親権と監護権が「憲法上保障される権利であること」は, 被告が引用している民事裁判判決からも明白である。

さらに言えば, 静岡地裁浜松支部平成11年(1999年)12月21日判決は, 親権が「自然権である親権」であることを, 以下のとおり認めている。親権が基本的人権であることは, 裁判例において認められていることなのである。その判示内容は, 原告らが主張している内容そのものである。

「かくて, 子との面接交渉権は, 親子という身分関係から当然に発生する自然権である親権に基き, これが停止された場合に, 監護に関連する権利として構成されるものといえるのであって, 親としての情愛を基礎とし, 子の福祉のために認められるべきものである。」

そして, 原告らが本書面で引用したドイツとルクセンブルクでの「離婚後単独親権制度」を違憲とした判決(甲A7)と決定(甲A30)からすると, 「親権」が憲法上保障された基本的人権であることは明白である。憲法上保障された基本的人権の侵害がなければ, 「違憲判決」や「違憲決定」は出されないからである。そして, 基本的人権は人が人として生まれたことで当然に有する権利であり, それは国家によって与えられたものでもなく, 憲法によって与えられたものでもない。憲法はその人が有する権利を確認したにすぎないのである(それは自然権である。)。すると基本的人権は人であることで有する普遍的な権利なのであるから, ドイツやルクセンブルクでは保障されて, 日本では保障されないということは, 基本的人権の性質そのものに反することである(ドイツ人やルクセンブルク人が現実に日本で生活をしていることを考えると, その不合理性は明白である。)

さらに, 原告らが本書面で引用したアメリカの監護権についての解説(甲A

39号証の38頁)では、以下のように記載されている。

「その後、単独監護の制度が勝者と敗者を生むことの問題が顕在化し、1970年代後半には各州で離婚後の共同監護(joint custody)立法が成立し始めた。この立法化の背景は、2つの方面からとらえることができる。1つは親の権利の側面、もう1つは子の利益の側面である。憲法上、親は子を養育する権利を保障されているのであるから、それは離婚という夫婦間の関係の終了にかかわらず、監護を通して子を養育する権利を保障されていると考えられた。なお、法改正に当たっては、現行州法が連邦憲法に照らして違憲であるとする訴えから改正されることが多いが、共同監護法制においては連邦憲法判断を待つまでもなく、各州の改正が先行していった。」

ここで、「なお、法改正に当たっては、現行州法が連邦憲法に照らして違憲であるとする訴えから改正されることが多いが、共同監護法制においては連邦憲法判断を待つまでもなく、各州の改正が先行していった。」とされていることは、監護権が基本的人権であることを明白に示している。憲法上保障された基本的人権の侵害がなければ、「違憲であるとする訴え」も起きず、「連邦憲法判断」も出されないからである。

また、「憲法上、親は子を養育する権利を保障されているのであるから、それは離婚という夫婦間の関係の終了にかかわらず、監護を通して子を養育する権利を保障されていると考えられた。」とされている点からしても、監護権が人として生まれたことで当然に有する権利であることを示している(それが自然権(自然的権利)であることは明白である。)。親が子を養育することは、法律制度前から当然に行われた営みであるからである。その基本的人権である監護権が離婚によって失われないことは明白である。

それに対して被告は、「①旭川学力テスト判決の判示内容は、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い

ない。」と主張する。

しかしながら、旭川学力テスト判決は、以下のように判示している。

「1 子どもの教育と教育権能の帰属の問題

(一) 子どもの教育は、子どもが将来一人前の大人となり、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、実現していく基礎となる能力を身につけるために必要不可欠な営みであり、それはまた、共同社会の存続と発展のためにも欠くことのできないものである。この子どもの教育は、その最も始源的かつ基本的な形態としては、親が子との自然的関係に基づいて子に対して行う養育、監護の作用の一環としてあらわれるのであるが、」 (①)

「思うに、子どもはその成長の過程において他からの影響によって大きく左右されるいわば可塑性をもつ存在であるから、子どもにどのような教育を施すかは、その子どもが将来どのような大人に育つかに対して決定的な役割をはたすものである。その故、子どもの教育の結果に利害と関心をもつ関係者が、それぞれの教育の内容及び方法につき深甚な関心を抱き、それぞれの立場からその決定、実施に対する支配権ないしは発言権を主張するのは、極めて自然な成り行きといえることができる。・・

そして、この観点に立って考えるときは、まず親は、子どもに対する自然的関係により、子どもの将来に対して最も深い関心をもち、かつ、配慮をすべき立場にある者として、子どもの教育に対する一定の支配権、すなわち子女の教育の自由を有すると認められるが、このような親の教育の自由は、主として家庭教育等学校外における教育や学校選択の自由にあらわれるものと考えられるし、」 (②)

「もとより、政党政治の下で多数決原理によってされる国政上の意思決定は、さまざまな政治的要因によって左右されるものであるから、本来人間の内的価値に関する文化的な営みとして、党派的な政治的観念や利害によって支配されるべきでない教育にそのような政治的影響が深く入り込む危険があることを

考えるときは、教育内容に対する右のごとき国会的介入についてはできるだけ抑制的であることが要請されるし、殊に個人の基本的人権を認め、その人格の独立を国政上尊重すべきものとしている憲法の下においては、子ども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国家的介入、例えば、誤った知識や一方的な観念を子どもに植えつけるような内容の教育を施すことを強調するようなことは、憲法26条、13条の規定上からも許されないと解することができるけれども、これらのことは、前述のような子どもの教育内容に対する国の正当な理由に基づく合理的な決定権能を否定する理由になるものではないといわなければならない。」(③)

このように、旭川学力テスト判決の要点は、以下の3点にあると言える。

「この子どもの**教育**は、その最も始源的かつ基本的な形態としては、親が子どもの自然的関係に基づいて子に対して行う**養育**、**監護**の作用の一環としてあらわれるのであるが、」(①)

「そして、この観点に立って考えるときは、まず親は、子どもに対する自然的関係により、子どもの将来に対して最も深い関心をもち、かつ、配慮をすべき立場にある者として、子どもの**教育**に対する一定の支配権、すなわち子女の**教育**の自由を有すると認められるが、このような親の**教育**の自由は、主として家庭教育等学校外における教育や**学校選択の自由**にあらわれるものと考えられるし、」(②)

「殊に個人の基本的人権を認め、その人格の独立を国政上尊重すべきものとしている憲法の下においては、子ども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国家的介入、例えば、誤った知識や一方的な観念を子どもに植えつけるような内容の教育を施すことを強調するようなことは、**憲法26条**、**13条**の規定上からも許されないと解することができるけれども、」(③)

旭川学力テスト判決は、①の判示において、「教育」が「養育、監護」の作用として現れる、として「教育」と「監護」が不可分一体のものとして用いら

れている。

また、②の判示においては、「教育」と「学校選択の自由」の言葉が用いられている。そしてそこにいう「学校選択の自由」は、親の子に対する親権の行使を意味することは明白である。なぜならば、子に対する教育の自由は、子の父母が各自で行うことができるのに対して（それは教育の自由や監護権の発現である。）、「学校選択の自由」は、子の父母が各自で行うことはできず、父母の婚姻中は、父母が共同して行わなければならないからである（民法818条3項）。また、離婚後単独親権者となった親は、非親権者となった親の同意なく、子の学校を選択する自由を有するからである（民法819条）。逆に、離婚後非親権者となった親は、子に対して教育を行う自由を有するが、親権の発現である「学校選択の自由」を有しないのである。

さらに、③の判示においては、①②で述べられた「教育」「養育、監護」「学校選択の自由」により、「子ども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国家的介入、例えば、誤った知識や一方的な観念を子どもに植えつけるような内容の教育を施すことを強調するようなことは、憲法26条、13条の規定上からも許されない」と主張することが許されることが判示されている。それは、「教育の自由」「監護権」「親権」がいずれも憲法13条の規定により保障されていることを意味している。

このように、「教育の自由」「親権」「監護権」はいずれも基本的人権であり、その性質上、密接な関係にあることが分かる。それを示したのが、旭川学力テスト判決であった。つまり、旭川学力テスト判決により、親権及び監護権が憲法13条により保障された基本的人権であることが確認されたのである。

そのことは、旭川学力テスト判決の判例評釈である以下の文献により明白である（甲A28）。

「大阪教育法研究会

羽山健一

親の教育権の検討—教師の教育権との関わりから—

一 親の教育権（教育の自由）

親は子どもを扶養する義務を負うのと同様に、精神的文化的な意味で、子どもを教育する義務を負い権利を有する。この親の教育権は「人間性の中に深く根ざしているところの人類普遍の原理である自然法上の権利」であるとされる（註1）。日本法においては、親の教育権の自然法的性格についての直接の規定を欠いているが、理論上これを承認せざるを得ないと考えられる。最高裁学テ判決（最大判昭五一年五月二一日）も、「教育は、親が子の自然法的関係に基づいて子に対して行う養育・監護の一環としてあらわれる」として、その自然法的性格を述べているといえよう。

民法八二〇条は、「親権を行う者は、子の監護及び教育をする権利を有し、義務を負う」として、親が子を心身ともに健全な社会人として育成する義務と権利を定めている。これを自然法的権利というかは別にしても、ともかく、親の教育権はこの条項によって承認される。親の教育権の「権利」としての意義は、他人を排して第一次的に子を教育する優先権と理解することができよう。この点について、世界人権宣言二六条三項が「親はその子どもに施されるべき教育の種類を選択するについて、優先的権利を有する」としているのも同趣旨である。

親の教育権が自然法上の権利であることからすれば、憲法にこれを保護する明文の規定がないといっても、この権利は憲法上保障されるものとみななければならない。憲法上の権利であることを主張する際には、憲法上の根拠を次のような点に求める。①憲法的自由（註2）、②プライバシー権・自己決定権（一三条）、③学問の自由・学習の自由（二三条）（註3）、④憲法上の市民的自由（一四条・一九条・二〇条・二一条など）（註4）。

親が子どもを教育することは、権利であるとともに義務でもあるが、義務た

る要素の方がより本質的内容を成していると解される。たとえば西ドイツ基本法六条二項は、「子の養育および教育は両親の自然の権利であって、何よりも先に両親に課せられた義務である」とする。このことは、現行憲法によって家父長制的家族制度が否定され、親権概念が変容したことによるものであり、親権は「親の子に対する身分上の支配権」から、「子の保護のための権利」であると考えられるようになったのである（註5）。つまり親権とは、「子を監護教育する義務を第一次的に履行する権利」と捉えられる（註6）。したがって、親の教育権は子どもの学習権を実現する責務を第一次的に履行する権利であるといえよう。

ただし、親の教育権のすべてが子どもの権利からの派生物であるとはいえない。いいかえれば、「親の教育権の存在根拠のすべてが、子どもの福祉の保護にあるわけではない」（註7）。親が自己の信念や価値観を子どもに伝え、子どもの可能性を実現させることは、親が子どもの教育を通じて自己実現することであり、これは、憲法一三条に基づく親自身の権利である。」

この判例評釈の最後から二段落目以下において、「親権とは、「子を監護教育する義務を第一次的に履行する権利」と捉えられる（註6）。したがって、親の教育権は子どもの学習権を実現する責務を第一次的に履行する権利であるといえよう。ただし、親の教育権のすべてが子どもの権利からの派生物であるとはいえない。いいかえれば、「親の教育権の存在根拠のすべてが、子どもの福祉の保護にあるわけではない」（註7）。親が自己の信念や価値観を子どもに伝え、子どもの可能性を実現させることは、親が子どもの教育を通じて自己実現することであり、これは、憲法一三条に基づく親自身の権利である。」と記載されていることは、親権が「子を監護教育する義務を第一次的に履行する権利」と捉えられる以上、教育権だけでなく、それを履行する権利である親権についても、親が自己の信念や価値観に基づいて、子どもの親権を行使し、子どもを通じて自己実現することは、憲法13条に基づく親自身の権利であるこ

とは明白である。

また被告は、②東京高等裁判所昭和30年9月6日決定の判示内容は、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判示していない、と反論している。

しかしながら、東京高等裁判所昭和30年9月6日決定は、「〈要旨〉元来親権は、血縁関係（養親子にあつては血縁関係が擬制されている）に基く親の未成年の子を養育するという人類の本能的生活関係を社会規範として承認し、これを法律関係として保護することを本質とするものである。」と判示している。その判示内容は、「親権」が、「親の未成年の子を養育するという人類の本能的生活関係」を社会規範として承認し、これを法律関係として保護することを本質とする、としているのであるから、「親権」と「監護権」が密接不可分の権利として、いわゆる自然権としての基本的人権として保障されていることを認めたことは明白である。

そして、憲法13条は包括的な人権保障規定であり、他の条項で保障されていない基本的人権は包括的に憲法13条で保障が根拠付けられることは、最高裁判例においても認められているところである（甲A29号証120-121頁）。とすると、憲法の他の条項で保障されていない基本的人権である親権と監護権が、包括的な人権保障規定である憲法13条で保障されていることは明白である。

また被告は、③仙台地方裁判所令和元年5月28日判決の判示内容には、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されていない、と主張する。

しかしながら、再度引用するが、仙台地裁令和元年5月28日判決では、以下の判示がされている。

「人が幸福を追求しようとする権利の重みは、たとえその者が心身にいかなる障がいを負う場合であっても何ら変わるものではない。子を産み育てるかどうかを意思決定する権利（リプロダクティブ権）は、これを希望する者にとって幸福の源泉となり得ることなどに鑑みると、人格的生存の根源に関わるものであり、上記の幸福追求権を保障する憲法13条の法意に照らし、人格権の一内容を構成する権利として尊重されるべきである。」

「そして、憲法13条は、国民一人ひとりが幸福を追求し、その生きがいが最大限尊重されることによって、それぞれが人格的に生存できることを保障しているところ、前記のとおり、リプロダクティブ権は、子を産み育てることを希望する者にとって幸福の源泉となり得ることなどに鑑みると、人格的生存の根源に関わるものであり、憲法上保障される個人の基本的権利である。それにもかかわらず、旧優生保護法に基づく不妊手術は、不良な子孫の出生を防止するなどという不合理な理由により、子を望む者にとっての幸福を一方的に奪うものである。本件優生手術を受けた者は、もはやその幸福を追求する可能性を奪われて生きがいを失い、一生涯にわたり救いなく心身ともに苦痛を被り続けるのであるから、その権利侵害の程度は、極めて甚大である。そうすると、リプロダクティブ権を侵害された者については、憲法13条の法意に照らし、その侵害に基づく損害賠償請求権を行使する機会を確保する必要性が極めて高いものと認められる。」

このように、仙台地裁令和元年5月28日判決は、「子を産み育てるかどうかを意思決定する権利（リプロダクティブ権）は、これを希望する者にとって幸福の源泉となり得ることなどに鑑みると、人格的生存の根源に関わるものであり、上記の幸福追求権を保障する憲法13条の法意に照らし、人格権の一内容を構成する権利として尊重されるべきである。」などと判示しているのであるから、子を産み育てること、さらには子の成長と養育に関わることである親の子に対する親権及び監護権も、やはり幸福追求権を保障する憲法13条によ

り保障されており、またそれは憲法13条により保障されている人格権の一内容を構成すると解釈されるべきことは、明白である。

また被告は、④文部科学省のホームページの記載（甲A8号証）には、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はない、と主張する。

しかしながら、再度引用するが、文部科学省のHPでは、教育基本法第4条（第4条（義務教育）第1条 国民は、その保護する子女に、九年の普通教育を受けさせる義務を負う。第2条 国又は地方公共団体の設置する学校における義務教育については、授業料は、これを徴収しない。）の「義務を負う」の解説において、「親には、憲法以前の自然権として親の教育権（教育の自由）が存在すると考えられているが、この義務教育は、国家的必要性とともに、このような親の教育権を補完し、また制限するものとして存在している。」と解説されている（甲A8）。

すると、上で述べたように、旭川学力テスト判決は親権、監護権、教育権を不可分一体の権利ととらえて、それが憲法13条により保障されていることを認めている。

また、旭川学力テストの判例評釈（甲A28）の2枚目の「一 親の教育権（教育の自由）」の最後の部分において、「親権とは、「子を監護教育する義務を第一次的に履行する権利」と捉えられる（註6）。したがって、親の教育権は子どもの学習権を実現する責務を第一次的に履行する権利であるといえよう。ただし、親の教育権のすべてが子どもの権利からの派生物であるとはいえない。いいかえれば、「親の教育権の存在根拠のすべてが、子どもの福祉の保護にあるわけではない」（註7）。親が自己の信念や価値観を子どもに伝え、子どもの可能性を実現させることは、親が子どもの教育を通じて自己実現することであり、これは、憲法一三条に基づく親自身の権利である。」と記載され

ていることは、親権が「子を監護教育する義務を第一次的に履行する権利」と捉えられる以上、教育権だけでなく、それを履行する権利である親権についても、親が自己の信念や価値観に基づいて、子どもの親権を行使し、子どもを通じて自己実現することは、憲法13条に基づく親自身の権利であることを意味している。またそれは当然、その親権の内容である「監護権」もが、憲法13条に基づく親自身の権利であることを意味している。

付言すると、甲A8号証では、「親には、憲法以前の自然権として親の教育権（教育の自由）が存在すると考えられているが、この義務教育は、国家的必要性とともに、このような親の教育権を補完し、また制限するものとして存在している。」と、国の義務教育が「親の教育権を・・・制限するものとして存在している。」と記載されている意味は、当然親が子の親権者として学校を選択する自由を有しているところを、法律で義務教育を課すことで制限する、という意味なのであるから、その記載内容は、親の親権が「憲法以前の自然権として存在する」ことを前提としたものである。それが憲法13条により保障されることは、憲法13条が包括的な人権保障規定であることから明白である（甲A29号証120－121頁）。

さらに被告は、「また、原告らは、⑤新版注釈民法（甲A9号証）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と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6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つき「社会公共の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の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。」と主張する。

しかしながら、上でも述べたように、例えば選挙権の性質については、それを選挙人としての地位に基づいて公務員の選挙に関与する「公務」とみるか、国政への参加を国民に保障する「権利」とみるかについて争いがあり、多数説は、両者をあわせもつと解している（二元説と呼ばれる）（芦部信喜[高橋和之補訂]『憲法』（岩波書店，第七版，2019年）271頁（（甲A29））。選挙権が二元的性質を有することは、決して選挙権が基本的人権であることを否定することではない（最高裁大法廷平成17年9月14日判決は、公務としての性格と権利としての性格の両者をあわせもつと解されている選挙権について、国会（国会議員）の立法不作為責任を認めて、国に対する賠償命令を出しているのである。））。

そして、再度引用するが、『新版注釈民法(25)』（有斐閣，改訂版，2004年）（甲A9）には、以下の記載が明記されている。その内容からすると、親の子に対する親権及び監護権が自然権（自然的権利）であり、日本国憲法においても基本的人権として保障されていることは明白である。

①69頁の「820条 III 監護教育の程度方法(1)」の箇所

「ただ、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・始原的な自然権であると見られるけれども（→V）」

②76頁の「820条 V 監護教育権の性質(1)(ア)」の箇所

「ドイツ連邦共和国基本法6条2項は「子供の育成および教育は、両親の自

然の権利であり、かつ、何よりもまず両親に課せられている義務である。その実行に対しては、国家共同社会がこれを監視する」と規定しているが、親が親権者としてその子に対し有する監護教育権は、民法などによって創設されるものとしてよりも前国家的・始原的な自然権に由来するものと見てよく（教育権につき、田中耕太郎・教育基本法の理論[昭36]154）、民法は私法上の立場においてこの権利を宣言しているものと見てよいであろう。」

(イ) イ（憲法24条1項について）

被告は、「平成27年再婚禁止期間違憲判決は、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。」と主張する。

しかしながら、平成27年再婚禁止期間違憲判決は、「ところで、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、その内容の詳細については、憲法が一義的に定めるのではなく、法律によってこれを具体化することがふさわしいものと考えられる。憲法24条2項は、このような観点から、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、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って、その裁量の限界を画したものと見える。また、同条1項は、「婚姻は、両性の合意のみに基いて成立し、夫婦が同等の権利を

有することを基本として、相互の協力により、維持されなければならない。」と規定しており、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。婚姻は、これにより、配偶者の相続権（民法890条）や夫婦間の子が嫡出子となること（同法772条1項等）などの重要な法律上の効果が与えられるものとされているほか、近年家族等に関する国民の意識の多様化が指摘されつつも、国民の中にはなお法律婚を尊重する意識が幅広く浸透していると考えられることを併せ考慮すると、上記のような婚姻をするについての自由は、憲法24条1項の規定の趣旨に照らし、十分尊重に値するものと解することができる。そうすると、婚姻制度に関わる立法として、婚姻に対する直接的な制約を課すことが内容となっている本件規定については、その合理的な根拠の有無について以上のような事柄の性質を十分考慮に入れた上で検討をすることが必要である。そこで、本件においては、上記の考え方にに基づき、本件規定が再婚をする際の要件に関し男女の区別をしていることにつき、そのような区別をすることの立法目的に合理的な根拠があり、かつ、その区別の具体的内容が上記の立法目的との関連において合理性を有するものであるかどうかという観点から憲法適合性の審査を行うのが相当である。以下、このような観点から検討する。」と判示している。

すると、平成27年再婚禁止期間違憲判決において、憲法24条1項が、「婚姻は、両性の合意のみに基いて成立し、夫婦が同等の権利を有することを基本として、相互の協力により、維持されなければならない。」と規定していることから、「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。」と判示されたことを踏まえると（その判示は、憲法24条1項前半の「婚姻は、両性の合意のみに基づいて成立し」との規定についてのものである。）、憲法24条1項後半が、「婚姻は、・・・夫婦が同等の権利を

有することを基本として、相互の協力により、維持されなければならない。」と規定していることからすると、婚姻について夫婦は同等の権利を有すること、その権利は相互の協力により維持されなければならないことを憲法24条1項は規定し、さらに憲法24条2項において、国会はその権利を個人の尊重と両性の本質的平等に立脚して、法律を制定しなければならないことを規定していることは明白である。

そうであれば、婚姻における夫婦の権利である親権や監護権も、それが夫婦が同等の権利を有することを基本として、相互の協力により、それらの権利が維持されるよう、国会は法律を制定しなければならないことは、憲法24条1項及び憲法24条2項から明白である。

そのような観点からすると、憲法24条1項は、夫婦の平等の権利である親権及び監護権の根拠規定となることが明白である。

ウ (3) (日本の国内法には、子の連れ去りを防ぐ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) について

(ア) 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) について

被告の主張は争う。

この点についての原告らの主張は、本書面の32頁「(4)ア」で述べたとおりである。

(イ) イ (子の連れ去りを違法とする民事法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) について

被告の主張は争う。

まず被告は、「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制度を設ければ、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存在しなからで

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単純化することは不相当である。」と主張する。

この点についての原告らの主張は、本書面の34頁「(4)イ」で述べたとおりである。

また被告は、「その点をおくとして、確かに、民法上、父母間で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。」

しかしながら、被告が引用する裁判例4件は、その全てが、原告らが述べている「配偶者の単なる子の連れ去り（引き離し）（最初の連れ去り（引き離し）」を、他方親の権利を侵害する行為であり違法としたもの」ではない。

まず、大阪地裁平成9年7月28日判決は、宗教団体への出家が問題とされ

た事案である。

また、名古屋地裁平成14年11月29日判決は、既に夫婦が別居中に、監護親の下で生活をしている子を、非監護親が連れ去った事案である。

さらに、東京地裁平成17年4月25日判決は、離婚後に子の親権者となる親と監護者となる親が分かれ、子は監護者の親と生活をしていたところ、子が親権者の親と面会をした後で、監護者の親の元に戻されなかった（引き離された）事案である。

そして、東京地裁平成18年12月22日判決は、既に離婚後の夫婦について、非親権者であり非監護者である親が、親権者であり監護者である親の元で生活をしてきた子を連れ去った事案である。

以上により、被告が引用している裁判例は、その全てが原告らが述べている「配偶者の単なる子の連れ去り（引き離し）（最初の連れ去り（引き離し）」を、他方親の権利を侵害する行為であり違法としたもの」ではない。よって、「配偶者の単なる子の連れ去り（引き離し）（最初の連れ去り（引き離し）」を、他方親の権利を侵害する行為であり違法とした」裁判例は存在しないことは明白である。

さらに被告は、「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。」と主張して乙2号証を引用するが、乙2

号証は現在から約30年前である平成3年に発表された文献であり、特に近時多く発生し問題であることが指摘されている「連れ去り（引き離し）問題」についての言及がされていない文献である。

それに対して、上でも引用したが、家族法が専門である二宮周平氏が2020年（平成30年）に発表した著書『多様化する家族と法Ⅱ』（株式会社朝陽会、2020年）47－49頁（甲A41）には、次の指摘がされている。

「3 単独親権の問題点と共同親権の可能性

したがって、父母双方が子の親権者でありたいと思い、調停や審判になった場合には、お互いの監護能力の優劣を争う。そのために過去の言動を事細かに指摘して相手方の人格を誹謗中傷する。監護実績を作るために子との同居を確保し、同居親に会わせない、実力行使で子を連れ去るといった事態が生じることがある。親権者になれないと、子と会うことができなくなるのではないかという不安が、親権争いをより熾烈にする。子は父母の深刻な葛藤に直面し、辛い思いをする。」

甲41号証で二宮周平氏も指摘しているように、①現在の家裁の親権者決定や主たる監護者決定においては「監護実績（事実上の監護時間の多さ、監護の継続性）」が重視されており、②さらに親権者や主たる監護者となれなかった親は、子と会いたくても面会交流調停を申し立てて月に1回数時間程度の面会が認められる程度となり、親権者や主たる監護者となった親が非親権者や非監護者の親と子との面会交流を拒否した場合には、面会交流自体ができなくなる可能性があるのである。そのために親が親権争いや主たる監護者争いで優位になるために、子の連れ去り（引き離し）を行い、さらには他方親の監護時間を減らすために面会も拒否することがあるのである。

「子連れ去り（引き離し）の問題」については、2020年10月7日付朝日新聞掲載の記事「離婚後の養育，子どもの目線で，面会交流を求めて，母親

ら訴え」（甲A50）においても、以下のように指摘されている。

「結婚が破綻（はたん）した夫婦の子どもの養育について、法務省の参加する研究会が議論をしています。父母の一方が子どもを連れて別居すると、もう片親の親と子どもが会えなくなったり、養育費が支払われなかったりすることが問題になっているためです。子どもにとって望ましい離婚後の養育制度について探りました。（杉原里美）

親権争いで連れ去りも「精神的な虐待では」

「ママにも会わせて」

「我が子に会いたい」

9月半ば、子どもと別れて暮らしている親らでつくる「親子の面会交流を実現する全国ネットワーク」（親子ネット、会員512名）が、都内で記者会見を開いた。夫婦の離婚や別居で子どもと引き離された母親ら23名が参加。子どもとの面会を訴えるプラカードを掲げ、苦しい胸の内を語った。

3年間、3人の子と会えていない30代の母親は、子連れで夫と別居しようとした日に、夫と義母が子どもを実家に囲い込み、引き離された。

家庭裁判所に申し立てたが、家裁は「現在子どもは問題なく生活している」と現状を認め、別居中に子どもを監護するのは夫と指定した。

女性は面会交流が認められず、手紙や写真だけに。夫から送られてきた写真には、子どもが母親からの手紙を破っていたり、「しね」「ババア」などと書かれた紙を持っていたりする姿が写っていた。学校に相談しようとしたが、子どもと同居していないため、離婚の成立前なのに保護者として認めてもらえず、話も聞いてもらえなかった。「子どもへの精神的な虐待ではないか」と児童相談所に調査を依頼したが、「身体的な虐待ではない」と対応してもらえなかったという。

別の30代の母親は、離婚協議中だった7年前、夫と義父母、義兄夫婦によって、当時5歳と2歳だった子どもを義兄の運転する車に押し込められて連れ

去られた。夫から「有利な離婚の仕方を知っているから」と言われたことを思い出し、「このことだったのか」と気づいたという。

彼女の場合は連れ去りが悪質だとして、家裁の審判で1年後に子どもが引き離されたが、これは異例なことだ。

日本では1960年代半ば以降、親権を母親が持つ離婚が増え、9割にのぼる。そのため、親子ネットは従来、子どもと会えない父親会員が主流だった。だが近年、母親会員が急増し、約3割いる。アンケートに協力した母親50人のうち、離婚や別居前に主な養育者だった人は90%、夫から暴力を受けていた人は76%にのぼる。家裁の手続きなどで子どもの引き渡しを求めたのは42人。そのうち引き離された人は3人に過ぎない。

武田典久代表(52)は、「子どもを手元に確保すれば、監護の継続性で親権や監護権の獲得に有利になるという情報が知られるようになり、父親による連れ去りも増えたのではないか。」と話す。」

また、フランス人記者(レジス・アルノー氏)が書いた記事「親による「誘拐」が容認されている日本の異常 なぜ離婚後の共同親権が認められないのか」(甲A51)においてその記者は、以下のように記載している。

「日本では親による「子の連れ去り」が社会問題となっている。実際、配偶者と別れることを考えている相談者から、子どもの親権を確実に取るためにはどうしたらよいかと聞かれたら、「日本では子どもを連れて家を出るのがいちばんだとアドバイスせざるをえない」とある弁護士は明かす。・・・片方の親が子どもを連れ去った場合、裁判所や警察は介入しない。しかし、連れ去られた側が子どもを取り戻した場合、介入が起こる。このシステムでは、子どもを連れ去った親が有利となる。連れ去った期間が長ければ長いほど、連れ去られた側の立場は弱くなる。・・・父親は養育費を支払っているが、父親が子どもに会えるのは月に1回、2時間。父親は裁判所で親権を求めたが、裁判官は、母親

の行った連れ去りは違法ではなく、母親に引き続き監護養育を継続させることが子の福祉に合致するとして、彼の求めを拒否した。妻が再婚した場合、彼女の新しい夫は、子の父親の同意なしに子の親権者となることができる。・・・こうした連れ去りでは、多くの場合、別居を通じ、子どもを連れ去られた親は子へのアクセスを失う。連れ去った親は事実上、残された親への訪問をどの程度許可するか、あるいは、訪問を認めないかなども決めることができる。連れ去った親が面会を拒否した場合、残された親が面会権を得られたとしても、1カ月2、3時間、場合によっては連れ去った親の監視下など、とんでもなく厳しい条件下での面会となる。親権や面会をめぐる係争中の場合は、面会はさらに制限的にしか認められないことが多い。一方、日本で事実上容認されている連れ去りは、海外でも大きな問題となっている。・・・こうした連れ去りが頻繁に起きる背景には、日本では離婚後の共同親権は認められていないことがあるだろう。」

法務省も参加する「家族法研究会」第4回（令和2年5月19日オンラインにて開催）の研究会資料・参考資料において、「ヒアリング資料2」として掲載されている小田切紀子氏の「海外の共同養育に関する研究報告と日本の共同養育・面会交流の課題と提案」においても、以下の指摘がされている（甲A40の2の10枚目）。

「子どもの連れ去り・引き離し

・親権者指定の裁判では、「継続性の原理」が優先される傾向から、監護実績を確保するために、子どもを連れ去り、同居親が子どもに別居親を拒絶するように仕向けることも生じている。

・現行民法では、面会交流の権利が明確に認められていないので、同居親は面会交流を拒否しても、親権者としての適格性を問われたり、親権を変更されることはない。

・結果として、さまざまな理由から元配偶者との関係を断ちたい親の都合によって、子どもと別居親との交流が断絶される傾向がある。」

以上で引用した上で引用した法学文献（甲A41）や記事（甲A50，甲A51）や資料（甲A40の2の10枚目）において、被告が主張している「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。」との内容は，一言も書かれていない。

以上からすると，現在の裁判実務において，親権者や主たる監護者の決定に際して，監護の継続性で親権や監護権の獲得に有利になることは明白であり，その情報が知られるようになった結果，子の連れ去り（引き離し）が発生していることも明白である。

すると，被告は続いて「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。」と主張するが，その主張が認められないことは明白である。

また，被告は続いて「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。」と主張するが，その主張が認められないことも明白である。

上で引用した法学文献（甲A41）や記事（甲A50，甲A51）や資料（甲A40の2の10枚目）においても指摘されているように，子の連れ去り（引き離し）は，離婚に際して親権者や主たる監護者の決定において有利になるた

めに行われていることは明白である。

すると、原告らが、訴状の45頁「(3) 子の連れ去り（引き離し）を防ぐ民事上の法律規定の不存在について（法の欠缺2について）」で主張したように、フランスの法律制度のように、両親の一方が他方の親に転居を知らせることなく、子を連れ去れば、その後の親権行使の態様の裁判官による裁定の際に不利になるような内容の法律制度を立法することで、子の連れ去り（引き離し）の発生を防ぐことができることは明白である。

なぜならば、そのフランスの法律制度の立法趣旨は、他方の親と子の関係を尊重できない親は、親としての適性（民法典373-2-11条3号）に欠けると判断されることにあり、それは、子を勝手に連れ去った親に対する、刑事罰とは別の民事上の制裁であるとされているのであり（一般財団法人比較法研究センター「平成26年度法務省委託 各国の離婚後の親権制度に関する調査研究業務報告書」栗林佳代「フランスの親権制度—両親の離別後の親権行使を中心として」（2014年）38頁，43頁（甲A17）），同様の立法趣旨を持つ日本の法律制度を立法することで、離婚に際して親権者や主たる監護者の決定において有利になるために行われている子の連れ去り（引き離し）の発生动機を失わせることができるからである。

(ウ) 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）について

被告の主張は争う。

被告はまず、「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。」と主張する。

この点についての原告らの主張は、本書面の40頁「(4)ウ」で述べたとおりである。

そして、上でも述べたように、被告が引用している刑事事件と民事事件の裁判例は、いずれも「配偶者の単なる子の連れ去り（引き離し）（最初の連れ去り（引き離し））を、他方親の権利を侵害する行為であり違法としたもの」ではない。よって、被告のこの反論は、その前提を失うものであり、認められないことは明白である。

また被告は、「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事後処理のための手続規定が存在しないことが不当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き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、不当である。」と主張する。

まず、原告らの「子の連れ去りを防ぐ手続規定が存在しない」主張にはその「配偶者に子を連れ去られた場合におけるその事後処理のための手続規定が存在しないこと」の主張を含むものである。

そして、被告が主張する「親権停止の審判の申立て」については、上で述べたとおり、民法834条が規定する親権喪失の審判、民法834条の2が規定する親権停止の審判、民法835条が規定する管理権喪失の審判であるが、これらの審判が認められることは、極めて少なく、極めて限定された場合である（二宮周平『多様化する家族と法Ⅱ』（株式会社朝陽会、2020年）61-

64頁（甲A43）には、「5 親権の規制（注14）2018年度で、親権喪失認容28件（認容率21.4%）、親権停止認容79件（同33.5%）、管理権喪失認容2件（同22.2%）。申し立てても認容されないことが多い。

（注15）2018年度、子が申し立てた件数は、親権喪失4件（うち認容1件）、親権停止27件（うち認容10件）である。審理の途中で取り下げるケースが多い。」と記載されている。）。

また、被告が続いて主張する「子の監護者指定及び子の引き渡し調停等を申し立てること」についても、上で述べたとおり、現在の裁判実務では、「監護の継続性で親権や監護権の獲得に有利になる」（甲A41、甲A50、甲A51、甲40の2の10枚目）のであるから、「子の監護者指定及び子の引き渡し調停等を申し立てること」も、何ら子の連れ去り（引き離し）を防ぐ手段とならない（逆に、「子の監護者指定」や親権指定で有利な地位を得るために、子の連れ去り（引き離し）は行われているのである。）ことは明白である。

さらに被告が主張する「人身保護法に基づく子の引き渡し請求」についても、そこで被告が引用している最高裁平成5年10月19日第3小法廷判決は、「幼児ら（被拘束者ら）の母である妻（請求者、被上告人）が、幼児を監護養育している別居中の夫及びその父母（拘束者ら、上告人ら）に対し、人身保護法2条及び人身保護規則4条に基づき、幼児の釈放・引渡を求めた事案の上告審で、夫婦の一方（請求者）が他方（拘束者）に対し人身保護法に基づき共同親権に服する幼児の引渡しを請求した場合において、拘束者による監護・拘束に人身保護規則4条にいう顕著な違法性があるというためには右監護が子の幸福に反することが明白であることを要するところ、本件においては、上告人らが被拘束者らを監護することがその幸福に反することが明白であるということとはできないとして、「幼児にとっては父親よりも母親の下で監護養育されるのが適切であるということから本件拘束に顕著な違法性がある」とした原判決を破棄し、差し戻した事例である。以下で最高裁第3小法廷判決を引用する。

「三 しかしながら、本件拘束に顕著な違法性があるものとした原審の右判断は、是認することができない。その理由は、次のとおりである。

1 夫婦の一方（請求者）が他方（拘束者）に対し、人身保護法に基づき、共同親権に服する幼児の引渡しを請求した場合には、夫婦のいずれに監護させるのが子の幸福に適するかを主眼として子に対する拘束状態の当不当を定め、その請求の許否を決すべきである（最高裁昭和四二年（オ）第一四五五号同四三年七月四日第一小法廷判決・民集二二卷七号一四四一頁）。そして、この場合において、拘束者による幼児に対する監護・拘束が権限なしにされていることが顕著である（人身保護規則四条参照）ということができるためには、右幼児が拘束者の監護の下に置かれるよりも、請求者に監護されることが子の幸福に適することが明白であることを要するもの、いいかえれば、拘束者が右幼児を監護することが子の幸福に反することが明白であることを要するものというべきである（前記判決参照）。けだし、夫婦がその間の子である幼児に対して共同で親権を行使している場合には、夫婦の一方による右幼児に対する監護は、親権に基づくものとして、特段の事情がない限り、適法というべきであるから、右監護・拘束が人身保護規則四条にいう顕著な違法性があるというためには、右監護が子の幸福に反することが明白であることを要するものといわなければならないからである。

2 これを本件についてみるのに、原審の確定した事実関係によれば、被拘束者らに対する愛情、監護意欲及び居住環境の点において被上告人と上告人らとの間には大差がなく、経済的な面では被上告人は自活能力が十分でなく上告人らに比べて幾分劣る、というのである。そうだとすると、前示したところに照らせば、本件においては、被拘束者らが上告人らの監護の下に置かれるよりも、被上告人に監護されることがその幸福に適することが明白であるということとはできない。換言すれば、上告人らが被拘束者らを監護することがその幸福に反することが明白であるということとはできないのである。結局、原審は、右

に判示した点を十分に認識して検討することなく、単に被拘束者らのように三、四歳の幼児にとっては父親よりも母親の下で監護・養育されるのが適切であるということから、本件拘束に顕著な違法性があるとしたものであって、右判断には人身保護法二条、人身保護規則四条の解釈適用を誤った違法があり、右違法が判決の結論に影響を及ぼすことは明らかである。」

とすると、被告が引用する最高裁第3小法廷平成5年10月19日判決の事案においても、結局連れ去られた（引き離された）親が人身保護法に基づく子の引き渡し請求を行ったものの、「子の幸福に顕著な違法性はない」として請求自体が認められなかったのであるから、被告が主張するように、「子を連れ去られた親は人身保護法に基づく子の引き離し請求も行い得るのであるから、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。」とは言えないことは明白である。

さらに被告は、「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てい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。」と主張する。

しかしながら、被告が引用している「新版注釈民法(25)親族(5)」32頁33頁の引用箇所直後には「しかし、現実には、親権が行使されなければ、子の不利益となる場合が少なくないであろう。」と明記されているのであるから（甲A52）、「新版注釈民法(25)親族(5)」32頁33頁を引用して行われた被告の主張が認められないことは明白である。

また、本件訴訟において被告が度々引用している『新基本法コンメンタール親族（第2版）』（甲A49）の233頁においては、「父母の意見の不一致」

の場合について、「父母の婚姻中、両者の意見が一致しないときにはどのような手続をとり得るか。現行法には何ら定めがない。この点は立法者も問題を認識しながらも、理屈で決められるものではなく、また実際には父母の意見は一致するだろうから日本の社会では不都合が生じないと考えていたようである（我妻栄編・戦後における民法改正の経過[1956, 日本評論社]167頁[我妻栄発言]）。・・・しかし、実際には、意見不一致のため親権が行使されないと、子の利益に反することも少なくない。法の不備との指摘もある[松坂・前掲38頁]。」と明記されている。その点でも、被告の主張が認められないことは明白である。

エ (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) について

(ア) ア (憲法13条に違反するものではないこと) について

被告の主張は争う。

原告らの主張は、これまで述べたとおりである。

子の連れ去り（引き離し）により、他方親の親権、監護権、リプロダクティブ権、人格権、幸福追求権、教育権が侵害されることは明白である。

また、連れ去られる（引き離される）ことにより子の基本的人権が侵害されることも、原告らが主張してきたとおりである。

(イ) イ (憲法14条1項に違反するものではないこと) について

被告の主張は争う。

原告らの主張は、これまで述べたとおりである。

被告は、「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、」と反論する。しかしながら、子の連れ去り（引き離し）により、他方親の子に対する親権、監護権、リプロダクティブ権、人格権、幸福追求権、

教育権は行使が制限されたり行使できなくなるのであるから、それが子連れ去った（引き離れた）親と比較して不合理な差別であり、憲法14条1項が許容しない状態であることは明白である。

ちなみに、被告が本件訴訟で「子の連れ去り（引き離し）は日本法においても違法とされる場合がある」として引用している刑事裁判例や民事裁判例の事案においても、連れ去られた（引き離された）親は子に対する親権、監護権、リプロダクティブ権、人格権、幸福追求権、教育権を法律上は失っていない。しかしながら、子の連れ去り（引き離し）によって、権利の行使が制限されたり行使できなくなったことについて、それが刑事上違法と評価されたり、民事上違法と評価されたのである。原告らの主張はその意味である。

ちなみに、被告が引用するそれらの裁判例は、全てが原告らが述べている「配偶者の単なる子の連れ去り（引き離し）（最初の連れ去り（引き離し））を、他方親の権利を侵害する行為であり違法としたもの」ではないことは上で述べたとおりである。

(ウ) ウ（憲法24条1項及び2項に違反するものではないこと）について

被告の主張は争う。

原告らの主張は、これまで述べたとおりである。

被告は、「しかしながら、前記のとおり、原告らの主張する「子連れ去った（引き離れた）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、」と主張するが、この点の原告らの主張は、上の(イ) イ（憲法14条1項に違反するものではないこと）について述べたとおりである。

また被告は、「また、一方配偶者に子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のであること等からすると、両者の間に法的な取り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。」と主張するが、この点の原告

らの主張は、上の(ウ)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）について述べたとおりである。現在の裁判実務では、「監護の継続性で親権や監護権の獲得に有利になる」（甲A41，甲A50，甲A51，甲40の2の10枚目）のであり，そのために子の連れ去り（引き離し）が行われており，その結果他方親や子の基本的人権が侵害されていることが明白なのであるから，国会（国会議員）が子の連れ去り（引き離し）を防ぐ立法措置を設けないことが，憲法24条2項に違反することは明白である。

また被告は、「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って，その裁量の限界を画したものであるといえる。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，指針に忠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ゆだ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。」と主張する。

しかしながら、被告が引用している平成27年再婚禁止期間違憲判決では、被告が引用した判示部分を前提にして、当時の民法733条1項で6か月と規定されていた女性の再婚禁止期間について、「本件規定のうち100日超過部分については、民法772条の定める父性の推定の重複を回避するために必要な期間ということとはできない。・・・本件規定のうち100日超過部分は合理性を欠いた過剰な制約を課すものとなっているというべきである。以上を総合すると、本件規定のうち100日超過部分は、遅くとも上告人が前婚を解消した日から100日を経過した時点までには、婚姻及び家族に関する事項について国会に認められる合理的な立法裁量の範囲を超えるものとして、その立法目的との関連において合理性を欠くものになっていたと解される。(3)以上の次第で、本件規定のうち100日超過部分が憲法24条2項にいう両性の本質的平等に立脚したものでなくなっていたことも明らかであり、上記当時において、同部分は、憲法14条1項に違反するとともに、憲法24条2項にも違反するに至っていたというべきである。」と判示している。

すると、上で引用したように、子の連れ去り問題について、第183回国会（常会）（平成25年）に浜田和幸議員が参議院議長に提出した質問主意書には、以下の内容が指摘されており（甲A31）、子を連れ去られること（引き離されること）が自殺者が出るほどの基本的人権を侵害する問題であることは、国会（国会議員）にとって明白であった。

「一 調停や裁判による離婚の場合、国内の家庭裁判所では、連れ去った親の側に親権が与えられ、連れ去られた側の親は月一回程度の面会しか認められない判決が圧倒的に多く、その面会も理由を付けて拒絶され、子に全く会えなくなった苦痛から自殺する親もいる。」

また、その第183回国会（常会）（平成25年）に浜田和幸議員が参議院

議長に提出した質問主意書（甲A31）には、子の連れ去り（引き離し）の後、連れ去られた側と子との面会は月一回程度しか認められない場合は圧倒的に多く、その面会も理由を付けて拒絶されることが指摘されている。そして、第200回国会 参議院 法務委員会 第8号 令和元年11月28日（甲A34号証19頁）においては、嘉田由紀子議員によって、「離婚後の親子関係及び面会交流がスムーズで満足度が高い学生は親への信頼度が高く、そして自己肯定感も強く、また周囲の環境への適応度も高いと、さらに積極的な他者関係ができていたというような心理学調査の結果があること」が指摘されていたのであるから、子の連れ去り（引き離し）が子の基本的人権を侵害する問題であることも、国会（国会議員）にとって明白であった。

「○嘉田由紀子君

私の方は、一貫して今回は、離婚後の子供の言わば暮らしと、そして生活水準を維持するためということで共同親権のお話をさせていただいておりますけれども、両親が離婚後に子供が別居している親と交流を持つ、面会交流あるいはペアレンティングと言っておりますけれども、この結果を心理学なり、あるいは様々な社会的なところで調査をするというのはかなり難しいんです。

海外ではかなりあるんですけれども、日本の例では余りないんですけれども、実は有り難いことに、小田切紀子さんたちが、大学生六百三十四名を対象にして平成二十八年に論文を出しております。ここでは、離婚後の親子関係及び面会交流がスムーズで満足度が高い学生さんは親への信頼度が高く、そして自己肯定感も強く、また周囲の環境への適応度も高いと、さらに積極的な他者関係ができていたというような結果もございますけれども、ここについて、面会交流の心理学的な、社会的な重要性などお伺いできたらと思います。」

それらからすると、子の連れ去り（引き離し）を防ぐ規定を設けていない現在の法制度が、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場合に該当することは明

白である。

オ (5) (現在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) について

(ア) 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)) について

被告の主張は争う。

被告は、「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。」と主張するが、被告が引用する裁判例は、全てが原告らが述べている「配偶者の単なる子の連れ去り(引き離し)(最初の連れ去り(引き離し))を、他方親の権利を侵害する行為であり違法としたもの」ではないことは上で述べたとおりである。現行法は「配偶者の単なる子の連れ去り(引き離し)(最初の連れ去り(引き離し))を、他方親の権利を侵害する行為であり違法である」とはしていないことは明白であり、被告の主張はその点で認められないことも明白である。

また被告は、「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、国境を超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。」と主張する。

しかしながら、ここで原告らが55頁「(2) ハーグ条約における「不法な連れ去り」は、締約国の国内法における不法な連れ去りを意味していること」で

主張した内容を再度引用する。

まず、ハーグ条約上「不法な連れ去り」とは、子の常居所を有していた国の国内法において「不法な連れ去り」とされる行為を意味している。

ハーグ条約3条は、「子の連れ去り又は留置は、次のa及びbに該当する場合には、不法とする。a 当該連れ去り又は留置の直前に当該子が常居所を有していた国の法令に基づいて個人、施設又は他の機関が共同又は単独で有する監護の権利を侵害していること。b 当該連れ去り若しくは留置の時にaに規定する監護の権利が共同若しくは単独で現実に行使されていたこと又は当該連れ去り若しくは留置がなかったならば当該権利が共同若しくは単独で現実に行使されていたであろうこと。」と規定している。

また外務省 HP のハーグ条約関連資料の頁（甲 A 2 3 の 1）に掲載されている「エリザ・ペレスーヴェラ氏による解説報告書(和訳, 早川眞一郎教授翻訳監修)」46頁119項においても、「本条約によれば、子の連れ去りが不法であるかどうかは、それが子の常居所の法令により付与された監護の権利の現実の行使を侵害してなされたかどうかによるのであるから」と記載されている（甲 2 3 の 2）。

すると、日本がハーグ条約を批准した後、日本側から他の締約国に対して、ハーグ条約に基づく子の返還請求が行われているのであるから（甲 A 2 4）、日本の国内法においても、一方親が他方親の同意を得ずに子を連れ去る（引き離す）ことにより他方親の権利（監護の権利）を侵害する行為を防ぐ法改正が行われなければならないこと、国会（国会議員）がその立法義務を負うことは明白である。

そのような日本の国内法の改正が行われずに、日本から他のハーグ条約の批准国である国に対して、ハーグ条約に基づく子の返還請求が行われるとすれば、それは、ハーグ条約上「不法な連れ去り」とは、子の常居所を有していた国の国内法において「不法な連れ去り」とされる行為を意味していることとの関係

で、矛盾が生じる。その意味においても、国会（国会議員）がその立法義務を負うことは明白である。

被告の主張の立場では、子の常居所を有していた国である日本の国内法において「不法な連れ去り」とされていない行為なのに、日本から他のハーグ条約の批准国である国に対して、「ハーグ条約上の不法な連れ去りである」と主張した子の返還請求が行われることになる。表現を変えれば、被告の主張の立場では、なぜ日本の国内法上「不法な連れ去り」とされていない行為について、それが「ハーグ条約上の不法な連れ去りである」と主張して他のハーグ条約の批准国に対して子の返還請求が行われていること（甲A24）を合理的に説明できない。その点において、被告の主張はハーグ条約の立場に反していることは明白である。

(イ) 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））について

被告の主張は争う。

被告は、「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、各締約国にゆだ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。」と主張する。

しかしながら、日本国憲法98条2項の解釈により、日本が批准した条約は、日本の国内法秩序において、憲法より下位ではあるが法律より上位の効力が認められている。「日本国憲法98条は、憲法の最高法規制を規定するとともに、「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」（同条2項）と定め、この規定は一般に、慣習法を含めて表1-1の②のタイプに属すると解されている。この規定は、行政・司法当局は条約を遵守しまたその遵守を確保しなければならず、条約は国内法より高い地位を有するものであって、裁判所が国内法と条約が矛盾すると判断した場

合には後者が優先し、当該国内法は無効とされるか改正されなければならないことを意味する、と説明されている。」（甲A53号証20-21頁）。

そして、児童の権利に関する条約は、「個人の権利・義務を直接・具体的に定めている」いわゆる「自動執行的条約」であるから、国際法、とくに条約を一般に「受容」している日本の憲法体制の下では、国内法に「変形」することなく、批准・公布によってそのまま国内に適用される（横田洋三「子どもの権利条約の国内実施—国際法の観点から」『自由と正義』1991年（平成3年）2月号（甲A54）5頁）。そして、児童の権利に関する条約4条は、「締約国は、この条約において認められる権利の実施のためのあらゆる適当な立法上、行政上およびその他の措置をとる」と規定していることから、日本の現行法令の中で文言上明らかに児童の権利に関する条約の規定と抵触すると解される条文があればそれを改正して条約の規定に合致させることが義務付けられる。また児童の権利に関する条約4条の趣旨としては、条約の目的をより良く実現するための新たな法律の制定を講じることも、批准国に期待している（甲A54）6頁）。

そして、横田洋三「子どもの権利条約の国内実施—国際法の観点から」『自由と正義』1991年（平成3年）2月号（甲A54）の6頁では、児童の権利に関する条約9条について、「第三に、我が国の出入国管理及び難民認定法は、子どもの権利条約第9条の親からの分離禁止規定や第10条の家族の再会に関する規定を十分に反映する規定を持たないため、運用の仕方によってはこれらの条約規定違反を生ずる場合も出てきうる。」と指摘されている。

さらに言えば、渋谷秀樹「地方公共団体の条例と国際条約」『立教法学』第73号（甲A55）232-233頁では、児童の権利に関する条約において批准国が負う義務について、「実際、日本の憲法・法律の水準からみれば、低いものがあるので（例えば、義務教育に関する28条）、いわばミニマム（原告ら注：最低限、最低基準）の義務を定めたものと解される。」と記載されて

いる。

とすると、横田洋三「子どもの権利条約の国内実施—国際法の観点から」『自由と正義』1991年（平成3年）2月号（甲A54）の6頁で、「第三に、我が国の出入国管理及び難民認定法は、子どもの権利条約第9条の親からの分離禁止規定や第10条の家族の再会に関する規定を十分に反映する規定を持たないため、運用の仕方によってはこれらの条約規定違反を生ずる場合も出てきうる。」と指摘されたのは、出入国管理及び難民認定法における退去強制などの制度について、児童の権利に関する条約9条1項が規定した「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。」に違反する可能性がある、という意味である。

そうであれば、子の連れ去り（引き離し）について、他方親の意思に反して子が他方親から分離されることは、出入国管理及び難民認定法の制度と同様である。児童の権利に関する条約9条1項により、日本国として、このような分離が行われないような法改正と法制定の義務を負ったのであるから、国会（国会議員）が、子の連れ去り（引き離し）を防ぐ立法義務を児童の権利に関する条約に基づいて負っていることは明白である。

また被告は、「なお、原告らは、現在の家庭裁判所の実務が、児童の権利条約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。」と主張するが、上で述べたように、現在の裁判実務では、「監護の継続性で親権や監護権の獲得に有利になる」（甲A41，甲A50，甲A51，甲40の2の10枚目）のであり、そのために子の連れ去り（引き離し）が行われており、その結果他方親や子の基本的人権が侵害されていることが明白なのであるから、国会（国会議員）が子の連れ去り（引き離し）を防ぐ立法措置を設けないことが、児童の権利条約9条3項及び18条に違反することは明白である。

(ウ) 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)) について

被告の主張は争う。

まず被告は、「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。」と主張する。

しかしながら、原告らが既に主張したように、日本が締約国となっている条約の内容や、その条約機関から日本に対して出された法改正を求める勧告は、日本国憲法の解釈に影響を与える立法事実として存在している（「日本が締約国となっている条約・勧告の内容や諸外国における立法の内容が立法事実となり得ることは否定できない。」（甲21号証32頁，甲22号証6頁））。原告らは総括所見を日本国憲法の解釈に影響を与える立法事実として主張しているのであり、その反論として「総括所見は飽くまで勧告にとどまる」という内容は失当である。

また被告は、「また、同総括所見のパラグラフ31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ページ記載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。」と主張する。

しかしながら、児童の権利に関する条約の条約機関である子どもの権利委員会は、平成31年（2019年）2月1日付で、日本政府に対して、「31. 委員会は、締約国が、子どもの不法な移送および不返還を防止しかつこれと闘い、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よう、勧告する。委員会はさらに、締約国が、関連諸国、とくに締約国が監護または面会権に関する協定を締結している国々との対話および協議を強化するよう、勧告するものである。」と勧告を行った（子どもの権利委員会：総括所見：日本（第4～5回）31条（甲25））。

そして、上でも述べたように、ハーグ条約上「不法な連れ去り」とは、子の常居所を有していた国の国内法において「不法な連れ去り」とされる行為を意味している。

ハーグ条約3条は、「子の連れ去り又は留置は、次のa及びbに該当する場合には、不法とする。a 当該連れ去り又は留置の直前に当該子が常居所を有していた国の法令に基づいて個人、施設又は他の機関が共同又は単独で有する監護の権利を侵害していること。b 当該連れ去り若しくは留置の時にaに規定する監護の権利が共同若しくは単独で現実に行使されていたこと又は当該連れ去り若しくは留置がなかったならば当該権利が共同若しくは単独で現実に行使されていたであろうこと。」と規定している。

また外務省 HP のハーグ条約関連資料の頁（甲23の1）に掲載されている「エリザ・ペレスーヴェラ氏による解説報告書（和訳，早川眞一郎教授翻訳監修）」46頁119項においても、「本条約によれば，子の連れ去りが不法であるかどうかは，それが子の常居所の法令により付与された監護の権利の現実の行使を侵害してなされたかどうかによるのであるから」と記載されている（甲23の2）。

すると，日本がハーグ条約を批准した後，日本側から他の締約国に対して，ハーグ条約に基づく子の返還請求が行われているのであるから（甲24），日本の国内法においても，一方親が他方親の同意を得ずに子を連れ去る（引き離す）ことにより他方親の権利（監護の権利）を侵害する行為を防ぐ法改正が行われなければならないこと，国会（国会議員）がその立法義務を負うことは明

白である。

さらに被告は、「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）。」と主張するが、上で述べたように、①現在の裁判実務では、「監護の継続性で親権や監護権の獲得に有利になる」（甲A39、甲A49、甲A50、甲A40の2の10枚目）のであり、子の連れ去り（引き離し）の結果、連れ去った者（引き離した者）が子の親権者や主たる監護者に指定される可能性が高くなるために子の連れ去り（引き離し）が発生しているのであるから、子の連れ去り（引き離し）の結果、子を連れ去った者（子を引き離した者）が子の親権者や主たる監護者に指定されるのである。それが問題であると原告らは主張しているのであるから、被告が主張している強制執行法分野の法改正がされたこと（親権者が非親権者に対して、または主たる監護者が非監護者に対して子の引き渡しを求めて行うのが、強制執行である。）は、その議論に何ら影響を与えるものではないことは明白である。

(エ) 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ページ及び64ページ））について

被告の主張は争う。

被告は、「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、各締約国にゆだ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。」と主張する。

しかしながら、上で引用したルクセンブルク違憲決定（甲A30）のI.では、「1984年11月22日、ストラスブールで作成され、1989年2月27日法で承認された人権と基本的自由の保護の条約の第7議定書は第5条第1文で、「夫婦は、結婚期間において、またその解消時において、結婚の観点で夫婦相互に、また、子との関係で市民的性格の権利と責任の平等を享受する」と規定していることを考慮する」と判示されているが、そこで引用されているのは、欧州人権条約第7議定書5条である。同条約を日本は批准していないが、引用されている同条約第5条で規定されている「夫婦は、結婚期間において、またその解消時において、結婚の観点で夫婦相互に、また、子との関係で市民的性格の権利と責任の平等を享受する」との規定と同趣旨の内容が、日本が昭和54年（1979）年に批准した国際人権条約である市民的及び政治的権利に関する国際規約（自由権規約）規約（B規約）の23条4項において、「この規約の締約国は、婚姻中及び婚姻の解消の際に、婚姻に係る配偶者の権利及び責任の平等を確保するため、適当な措置をとる。その解消の場合には、児童に対する必要な保護のため、措置がとられる。」として規定されているのである。

とすると、ルクセンブルク違憲決定（甲A30）においては、自由権規約（B規約）23条4項と同趣旨の欧州人権条約第7議定書5条に基づいて、離婚後単独親権制度を採用していた法律を違憲と判断したのであるから、自由権規約（B規約）23条4項が、具体的な法律規定を違憲と判断したり、国民の基本的人権を保障するための法律規定がないことを違憲と判断したりする根拠規定となることは明白であるし、自由権規約（B規約）23条4項が国会（国会議員）の立法義務の根拠となることも明白である。

すると、原告らが自由権規約（B規約）23条4項に基づいて行った主張を踏まえると、国会（国会議員）が子の連れ去り（引き離し）を防ぐ立法義務を、自由権規約（B規約）23条4項に基づき負っていることは明白である。

第3 原告らの主張

1 アメリカ法の家族法研究で知られる山口亮子氏は、「13 子の引渡し（監護紛争）の解決方法」二宮周平編集代表『現代家族法講座 第2巻 婚姻と離婚』341頁以下所収（甲A56）において、以下で引用するとおり述べている。

この論文の内容は、①子にとっては父と突然に引き離され、住み慣れた地域や友人、親戚等との関係性を切り取られることは、奪取であることに変わりないこと、そして②法律制度の不備のために、無断別居を正当化することも許されないこと、これについては根本的対策が必要となってくるのが指摘されている。

また、この論文の内容において、「このように、別居時に母が子を連れて出ることが、夫の暴力等から逃れる手段である場合等は、裁判所は奪取とみなさない傾向にある。」とされている点は、原告らが本書面で述べたように、配偶者から子への虐待がある場合には、ハーグ条約13条は、「前条の規定にかかわらず、要請を受けた国の司法当局又は行政当局は、子の返還に異議を申し立てる個人、施設又は他の機関が次のいずれかのことを証明する場合には、当該子の返還を命ずる義務を負わない。・・・b 返還することによって子が心身に害悪を受け、又は他の耐え難い状態に置かれることとなる重大な危険があること。」と規定しているのであるから、このハーグ条約13条の規定の内容を日本の国内法として制定すれば足りるし、仮に配偶者から配偶者への暴力がある場合には、既に法律として制定されている配偶者暴力防止法に基づく保護命令により、保護を受けることができる。それらの法律上の手当を行うことができるのであるから、この論文で「法律制度の不備のために、無断別居を正当化することも許されないこと、これについては根本的対策が必要となってくるのが指摘されている。」とされている点について、他方親の同意なく子を連れ去

ること（引き離すこと）を違法とする日本の国内法を制定することに、何の問題も存在しないことになる。

すると、この論文の内容からすると、子の連れ去り（引き離し）が、連れ去られた（引き離された）親と子の両者の基本的人権を侵害する行為であること、さらに「法の欠缺1, 2, 3」について国会（国会議員）に立法義務があることは明白である。

山口亮子「13 子の引渡し（監護紛争）の解決方法」二宮周平編集代表『現代家族法講座 第2巻 婚姻と離婚』361頁（甲56）

「このように、別居時に母が子を連れて出ることが、夫の暴力等から逃れる手段である場合等は、裁判所は奪取とみなさない傾向にある。しかし、子にとっては父と突然に引き離され、住み慣れた地域や友人、親戚等との関係性を切り取られることは、奪取であることに変わりない。夫婦間の暴力から、被害者と子が法的に保護される仕組みが確立していないわが国において、制度の不備に対する負担を暴力の被害者に課すことができないが、その不備のために、無断別居を正当化することも許されない。これについては根本的対策が必要となってこよう。」

2 自由民主党調査会司法制度調査会が、令和2年6月25日に発表した2020提言（甲A57）の19頁において、以下で引用する提言がされている。

その提言の内容は、「日本では、離婚を巡って夫婦間で子の連れ去りが起きたり、子と別居親との関係が遮断されるケースも少なくない。日本の宝である子の権利や将来を守るために、そのような事態が起きないように、国会（国会議員）が立法を行うべきである。」という意味である。

その内容からしても、「親による子の連れ去り（引き離し）」が親と子の基本的人権を侵害する行為であること、さらに「法の欠缺1, 2, 3」について国会（国会議員）に立法義務があることは明白である。

「4 離婚をめぐる子の養育に関する問題

そのほか、当調査会犯罪被害者等支援PTにおいては、離婚をめぐる子の養育に関する問題についてもヒアリングを行った。父母が様々な理由で離婚する場合であっても、子が両親の十分な情愛の下で養育されることが、子の成長ひいては日本の未来にとって重要であることはいうまでもない。しかしながら、日本では、離婚を巡って夫婦間で子の連れ去りが起きたり、子と別居親との関係が遮断されるケースも少なくない。また、養育費の不払いが子の貧困を招いている。日本の宝である子の権利や将来を守るため、離婚後の親権制度の在り方、養育費の確保、面会交流の改善など、それぞれの課題について、諸外国の取組に学びつつ党内の関係組織とも連携して、引き続き検討を進めていく。」

3 EUによる日本を非難する決議の採択について

(1) EUにおいて、2020年6月16日に請願委員会で、2020年7月8日にEU本会議において、いずれも「親の子の連れ去り（引き離し）」につき日本の国内法による規制がされていない点について、日本の立法不作為責任を問う非難決議が採択されている。

その内容からしても、「親による子の連れ去り（引き離し）」が親と子の基本的人権を侵害する行為であること、さらに「法の欠缺1, 2, 3」について国会（国会議員）に立法義務があることは明白である。

(2) 2020年6月16日請願委員会において採択された決議（2020年5月28日付）（甲A58）

「欧州議会

2019-2024

請願委員会

2020/2621 (RSP)

28. 5. 2020

決議案の原案

手続規則第227条第2項に基づき

日本におけるEUの子どもの国際的・国内的な親の奪取について

(2020/2621 (RSP))

ドロール・モンセラット

請願委員会を代表して

B9-0000/2020

日本におけるEUの子どもの国際的・国内的な親による子どもの連れ去り（実子誘拐）に関する欧州議会の決議(2020/2621(RSP))

欧州議会,

- ・世界人権宣言第1条を考慮する,
- ・1989年国連子どもの権利条約（原告ら注：以下では「UNCRC」と略される。）第9条を考慮する,
- ・国際的な子の奪取の民事的側面に関する1980年のハーグ条約を考慮す

る,

- ・ 欧州連合条約第 2 条, 第 3 条(1), 第 3 条(5)及び第 3 条(6)を考慮する,
- ・ EU 基本権憲章第 2 4 条を考慮する,
- ・ 1 9 6 3 年の領事関係に関するウィーン条約を考慮する,
- ・ 欧州議会に宛てられた請願に基づき, EU 全域で子どもの最善の利益を保護することに関する 2 0 1 6 年 4 月 2 8 日の欧州議会決議で強調された原則を考慮する,
- ・ 子どもの権利の促進と保護のための EU ガイドライン (2 0 1 7 年) を踏まえる,
- ・ 日本における EU 市民権を持つ子どもの親による子の連れ去り (実子誘拐), 親権とアクセスの問題について, 子どもの権利に関する欧州議会調整官の役割と活動を考慮する,
- ・ 2 0 2 0 年 2 月 1 9 日～2 0 日の請願委員会の会合での審議を考慮する,
- ・ 代理人は, 訴訟規則の第 2 2 7 条(2)を考慮する。

A. 2 月 1 9 日の請願委員会では, EU・日本関係における親による子どもの連れ去り (実子誘拐) と面会権に関する請願 **0594/2019, 0841/2019, 0842/2019, 0843/2019** が審議された。

B. これらの請願は, 1 9 8 0 年のハーグ条約手続きの下での子どもの返還に関する裁判所の決定の執行に関する日本の劣悪な記録, さらには, 面会権と面会権を執行する可能性がないため, EU の親が日本に住む子どもとの有意義な関係を維持することができないことへの懸念を提起している。

C. 両親の一方が EU 市民で, もう一方が日本市民である場合の未解決の親による子どもの連れ去り (実子誘拐) 事件の数の多さは憂慮すべきものである。

D. 日本の法律では、共有・共同親権を取得する可能性がないのに対し、親による子どもの連れ去り（実子誘拐）は児童虐待の強い形態であることが様々な情報源から示されている。

E. 日本におけるいわゆる「取り残された」親の面会権は非常に制限されているか、存在しない。

F. すべての EU 加盟国が 1980 年のハーグ条約と UNCRC に加盟している。

G. 日本は 2014 年に 1980 年条約にアクセスし、1994 年から UNCRC に加盟している。

H. 日本にいる EU の子どもたちは、その福祉のために必要な保護と手当を受ける権利を有する。子どもたちは自由に意見を表明することができる。そのような意見は、その年齢及び成熟度に応じて、彼らに関係する事項について考慮されなければならない。

I. 親は、児童の育成及び発達について第一義的責任を有する。国は、双方の親が児童の育成及び発達について共通の責任を有するという原則の認識を確保するために最善の努力を払わなければならない。

J. 日本における EU の子どもに関するすべての行動において、子どもの最善の利益を第一に考慮しなければならない。

K. 日本にいるすべての EU の子どもは、子どもの利益に反する場合を除き、定期的に個人的な関係を維持し、両親と直接接触する権利を有する。

L. 各国は、司法審査を受ける権限のある当局が、適用法及び手続に従って、子どもの最善の利益のために必要であると判断した場合を除き、子どもが両親の意思に反して分離されてはならないことを確保しなければならない。このような決定は、両親による子どもの虐待又は育児放棄を伴う場合、又は両親が別居しており、子どもの居住地について決定を下さなければならない場合等の特定の場合に必要となる場合がある。

M. 国は、一方又は双方の両親と別居している子どもが、子どもの最善の利益に反する場合を除き、定期的に双方の両親との間で個人的な関係及び直接の接触を維持する権利を尊重しなければならない。

N. 子どもの迅速な返還を確保するために、1980年ハーグ条約のすべての締約国は、条約上の義務及び義務に適合する国内措置及び立法を実施することを約束しなければならない。

O. 両親が異なる国に居住する子どもは、例外的な状況を除き、両親双方との個人的な関係及び直接の接触を定期的に維持する権利を有する。

P. フランスのエマニュエル・マクロン大統領、イタリアのジュゼッペ・コンテ首相、ドイツのアンゲラ・メルケル首相は、フランス、イタリア、ドイツの両親を代表して日本の安倍晋三首相と会談し、駐日欧州大使は、親による子どもの連れ去り（実子誘拐）に関する日本の法務大臣への共同書簡を書いた。

Q. 一方で、2019年8月に、影響を受けた子どもたちを代表して親権者から国連人権理事会への正式な申し立てが開始された。

R. 一方、子どもの権利に関する EP コーディネーターは、2018年10月には日本の法務大臣、2019年5月には駐 EU 日本大使を含め、2018年から日本の当局との間で、個々の保護者を支援し、欧州市民が関与する親による子どもの連れ去り（実子誘拐）および親権とアクセスの紛争に関連する具体的な問題を提起してきた。

S. 2020年3月6日に請願委員会、2020年2月5日には、子どもの権利に関する EP コーディネーターがジョゼップ・ボレル外務・安全保障政策連合上級代表に書簡を送り、日欧間の戦略的パートナーシップ協定の一環として開催される次回の合同会議の議題に、1980年ハーグ条約及び UNCRC の下での日本の国際的義務を含めることを要請した。

T. 2020年1月31日に開催される EU・日本戦略的パートナーシップ協定に基づく第2回合同委員会において、EUは、日本に対し、司法判断の尊重及び児童の権利条約や1980年ハーグ条約等の日本の国際的な約束を確保するために、国内の法的枠組み及びその効果的な実施を改善するよう求めた。また、EUは、子どもの最善の利益を確保し、親に与えられた面会権を尊重する必要性を主張した。

U. 2020年2月19-20日の会合の結果を受けて、請願委員会は、日本の当局に対し、子どもの権利及び国際的な子の奪取の民事面に関する国内法及び国際法を遵守するよう求める書簡を駐欧州連合日本代表部に送付した。

1. 日本において親による子どもの奪取（実子誘拐）の結果として苦しんでおり、関連する法律及び司法判断が執行されていない子どもたちの状況に懸念を表明し、日本にいる EU の子どもたちは、彼らの権利を保護する国際協定に規定された保護を享受することを想起する。

2. EU の戦略的パートナーとしての日本が、子の連れ去り（実子誘拐）事件において国際的なルールを遵守していないように見えることを遺憾に思う。

3. 子どもの人権の原則は、日本政府の国内行動に依存していることを指摘する。子どもの人権の原則は、例えば親と子の双方の権利を保護するために役立つ、立法上および非立法上の様々な措置を必要とする。日本に住む子どもとの有意義な接触を維持するために、日本に住む「別居親」に与えられた面会権と面会権に関する裁判所の決定を、常に子供の最善の利益を念頭に置いて効果的に執行することを日本の当局に要請する。

4. 児童誘拐事件は、時間の経過により、子どもにとっても、子どもと「別居」親との間の将来の関係にとっても、長期的に悪影響を及ぼす可能性があるため、迅速な対応が必要であることを強調する。

5. 親による子どもの連れ去り（実子誘拐）は、子どもの健康に悪影響を与え、長期的な悪影響につながる可能性があることを指摘し、子どもの連れ去り（実子誘拐）は、子どもだけでなく、取り残された親にとっても、精神的な不健康問題を引き起こすことを強調する。

6. 1980年ハーグ条約の主な目的の一つは、親による子どもの連れ去り（実子誘拐）の有害な影響から子を保護することであることを強調し、子ども

の連れ去り（実子誘拐）の直前に子どもが常住国に速やかに戻ることを確実に
する手続きを確立することによって、子どもを保護することである。

7. この状況に対処するための欧州議会の子どもの権利調整官の支援と関与
を歓迎し、請願者が提起したケースでの委員会との協力を継続するよう要請す
る。

8. すべての児童保護制度は、国境を越えた紛争の特殊性を考慮した、国境
を越えたメカニズムを持つべきであると主張する。

9. ハーグ会議の協力を得て、国境を越えた家族紛争における親のために、
市民に優しい欧州の情報支援を開発することを提案する一例えば、第三国への
親の子どもの奪取やその他の子どもの権利に関する情報を提供する e-Justice ポ
ータルの完成など。

10. 離婚や別居の際に日本のような国で遭遇する可能性のある困難につい
ての警告を含め、家族法や子どもの権利に関する信頼できる第三国の情報を市
民が利用できるようにすることを加盟国に推奨する。

11. EU・日本スパの合同委員会を含む、あらゆる可能なフォーラムでこの
問題を提起するという欧州委員会のコミットメントを歓迎する。

12. 外務・安全保障政策上級代表に対し、EU・日本戦略的パートナーシッ
プ協定の一環として開催される次回の会合の議題にこの問題を盛り込むよう求
める。

13. 中央当局が1980年のハーグ条約第6条及び第7条に定められた義務を確実に履行することを確保するためのハーグ条約の下での義務を日本の当局に想起させる。

14. 特に、子どもたちの最善の利益と親であるEU市民の権利を守ることが危機に瀕している場合には、EU諸国の代表者が領事の義務を果たすことを可能にするために、領事関係に関するウィーン条約の規定を尊重することを日本の当局に想起させる。

15. 親の面会や面会の権利を制限または完全に拒否することは、UNCRC第9条に違反した状態であることを強調する。

16. UNCRCの下での国の義務、特に、定期的に個人的な関係を維持し、両方の親と直接接触することが子どもの最善の利益に反する場合を想定して、子どもの権利を向上させるよう、欧州委員会と理事会に要請する。

17. この点に関し、日本の当局に対し、日本の国内法を国際公約と整合させ、訪問権と面会権がUNCRCの下での義務を反映していることを確保するために、日本の法制度に必要な変更を導入し、両親の関係が解消された後に共同養育の可能性を導入するための国際的な勧告に従うことを求める。

18. 日本の当局に対し、EUとのより良い協力を求め、また、裁判所の決定によって認められた面会権と面会権の効果的な執行を可能にするよう求める。

19. 欧州委員会に対し、国内および欧州レベルのすべての関係者による国

境を越えた調停に関する勧告に特に注意を払うよう求める。

20. 子どもの保護に関するすべての国際法，特に国際的な子どもの連れ去り（児童誘拐）の民事面に関する1980年ハーグ条約を実施するために，加盟国間および第三国との間で国際協力を強化することを求める。

21. 判決後の状況の適切な監視が，親との接触が関与している場合も含めて極めて重要であることを強調する。加盟国に対し，日本における子どもの連れ去り（実子誘拐）のリスク及びこの問題に関する日本の当局の行動について，日本の外務省及び大使館のウェブサイトを通じて情報交換するよう求める。

22. 理事会に対し，加盟国に設置されている国境を越えた意味合いを持つ子の奪取警報システム間の協力を強化すること，また，加盟国に設置されていない子どもの奪取警報システムの設置について欧州委員会と協力して支援すること，および欧州委員会のガイドラインに基づき，国境を越えて行われる子どもの連れ去り（実子誘拐）事件に対処する関連協力協定の締結について報告することを要請する。

23. 加盟国に対し，子どもの保護に関する国際法の下での義務を完全に履行するよう日本当局に圧力をかけるため，日本とのすべての二国間または多国間会議の議題にこの問題を盛り込み，共同で努力するよう求める。

24. 本決議案を理事会，欧州委員会，加盟国の政府及び議会，並びに日本の政府及び議会に送付するよう，理事長に指示する。」

(3) 2020年7月8日 EU 本会議において採択された決議（2020年7月1

日付) (甲 A 5 9)

「欧州議会

2 0 1 9 - 2 0 2 4

本会議

B 9 - 0 2 0 5 / 2 0 2 0

1 . 7 . 2 0 2 0

決議を求める動議

手続き規則第 2 2 7 (2) 準拠

日本における E U 加盟国籍児童の国際的, 国内の実子誘拐について
(2 0 2 0 / 2 6 2 1 (R S P))

ドロールス・モントセラト

請願委員会代理人

R E / 1 2 0 9 1 3 5 J A . docx

P E 6 4 7 . 7 0 2 v 0 1 - 0 0

B 9 - 0 2 0 5 / 2 0 2 0

日本における E U 加盟国籍児童の国際的, 国内の子ども連れ去り (実子誘

拐) についての欧州議会決議 (2020/2621 (RSP))

欧州議会は、

—世界人権宣言第1条を考慮して、

—1989年11月20日の児童の権利に関する条約 (UNCRC) 第9条を考慮して、

—1980年10月25日の国際的な子どもの連れ去り (実子誘拐) の民事上の側面に関する条約 (以下1980年ハーグ条約) を考慮して、

—欧州連合条約 (TEU) 第2条, 第3条第1項, 第3条第5項ならびに第3条第6項を考慮して、

—欧州連合基本憲章第24条を考慮して、

—1963年の領事関係に関するウィーン条約を考慮して、

—欧州議会宛の請願に基づいて欧州連合全体で子どもの最善の利益を保護することに関する2016年4月28日の欧州議会決議 (注1: OJC66, 21. 2. 2018, p. 2) によって明示された原則を考慮して、

—2017年の子どもの権利と促進と保護に関する欧州連合ガイドラインを考慮して、

—日本における欧州連合市民権のある子どもに係る子どもの連れ去り (実子誘拐) と監護権ならびに面会権についての紛争における, 子どもの権利に関する欧州議会調整官の役割と活動を考慮して、

—2020年2月19日~20日の請願委員会の会議における審議を考慮して、

—当議会の手続き規則第227(2)を考慮して、

A. 請願委員会が2020年2月19日の会議で, 片方が欧州連合市民でもう片方が日本国民である多国籍夫婦が関与する, 子どもの連れ去り (実子誘拐)

と訪問権に関する請願0594/2019, 0841/2019, 0842/2019ならびに0843/2019について議論したものであるところ,

B. これらの請願は日本が, 裁判所が1980年ハーグ条約の手続きに従って子どもを返還する決定をした際の執行がずさんであること, また面会権と訪問権の強制執行の方法が未整備であることにより, 以って欧州連合市民である親が, 日本に居住する彼らの子どもたちと有意義な関係を維持することを阻害していることについてであるところ,

C. 片親が欧州連合市民でもう片方が日本国民である未解決の子どもの連れ去り(実子誘拐)事件が相当件数にのぼることは憂慮すべきであるところ,

D. 複数の情報源によって子どもの奪取は深刻な児童虐待の一種であると明らかになっているにも拘わらず, 日本法に於いて共有あるいは共同養育をなし得ないところ,

E. 日本では, 子どもの奪取の被害者である親の面会権と訪問権は大幅に制限されているか存在しないものであるところ,

H. 日本に居住する欧州連合市民の子どもは, 彼らが身体的, 精神的, 社会的に良好な状態であるために必要な保護や監護を受ける権利を享受できなければならないところ, 彼らは自由に意見を表明して良いものであるところ, そのような見解は, 彼らの年齢と成熟度に応じて, それらに関係する問題について考慮に入れられなければならないところ,

I. 両親は子育てと子供の成長の主たる責任者であるところ, 加盟国は, 両

方の親が子育てと子供の成長に共通の責任を負うという原理原則が確実に認識されるために最善を尽くす義務があるところ、

J. 日本での欧州連合市民である子どもに関する処置は、子どもの最善の利益を第一に考慮されなければならないところ、

K. 欧州連合市民である全ての子どもには、彼らのためにならない場合を除き、恒常的に、彼らの両方の親と個人的な関係と直接的な接触機会を維持する権利があるところ、

L. 加盟国は、司法審査の対象となる適格な当局が、然るべく法律および手続きに従って、子どもの最善の利益のためにそのような引き離しが必要であると決定した場合を除き、子どもが自分の意思に反して親から引き離されないことを保障する義務があるところ、そのような決定が必要な場合とは、例えば親による子どもの虐待や遺棄を伴う場合、または両親が別居していて、子供の居所に関して決定を下さなければならない場合など、特段の事情によるところ、

M. 加盟国は、子どもの最善の利益に反する場合を除き、片方または両方の親から離れた子供が、両方の親と個人的な関係と直接的な接触機会を維持する権利を尊重する義務があるところ、

N. 子どもの迅速な返還を保障するために、1980年ハーグ条約のすべての加盟国は、条約の責任を義務に適合した国内法や措置を導入することを請け合わなければならないところ、

Q. 両親が異なる国に住んでいる子どもには、特例的な事情がある場合を除

き、両方の親と個人的な関係と直接的な接触機会を維持する権利を持たせなければならぬところ、

P. フランスのエマニュエル・マクロン大統領、イタリアのジュゼッペ・コンテ首相、ドイツのアンゲラ・メルケル首相がフランス、イタリア、ドイツの親たちを代表して日本の安倍晋三首相と話し合い、駐日欧州連合大使が子どもの奪取に関する共同書簡を日本の法務大臣に送ったところ、

Q. 2019年8月、子どもをもう一方の親に連れ去られた（実子誘拐された）親から正式な苦情が国連人権理事会に申し立てられているところ、

R. 子どもの権利に関する欧州議会調整官が、個別に親たちを支援し、欧州連合市民の子どもの連れ去り（実子誘拐）、監護権、そして面会権に係る紛争に関わる特定の問題について、2018年10月の日本の法務大臣、2019年5月の駐欧州日本大使を含む日本の当局に対し問題提起してきたところ、

S. 2020年3月6日には請願委員会が、2020年2月5日には子どもの権利に関する欧州議会調整官が、欧州委員会副大統領/欧州外務・安全保障政策上級代表（VP/HR）であるジュゼッペ・プレイに、1980年ハーグ条約とUNCRCに基づく日本の国際社会に対する義務をEU・日本戦略的パートナーシップ協定の一環として組織された次の合同会議の議題に含めるよう要求する書簡を送付したところ、

T. 2020年1月31日、欧州連合は、EU・日本戦略的パートナーシップ協定に基づく第2回合同委員会会議において、日本に対し国内法の枠組みとその効果的な実施を改善することにより、以て司法の決定と、UNCRCおよ

び1980年ハーグ条約などの日本の国際公約の尊重を確保するよう求めた。また欧州連合は、子どもの最善の利益を確保し、親に与えられた訪問権を尊重する必要性を強調したところ、

U. 2020年2月19～20日の会合の結果を受けて、請願委員会は欧州連合日本政府代表宛てに書簡を送り、日本当局に対し、国際的な子の連れ去りの民事上の側面に関する国内法および国際法を遵守するよう要請したところ、

1. 日本における子どもの連れ去り（実子誘拐）と、関連する法律や司法決定が全国的に施行されていないという事実による結果として苦しんでいる子どもたちの状況について、懸念を表明する。日本にいる欧州連合市民の子どもたちが、自分たちの権利を守る国際協定の規定による保護を享受できなければならぬと勧告する。

2. 欧州連合の戦略的パートナーたる日本が、子どもの連れ去り（実子誘拐）の件において国際法規を遵守する気がない様子である事に遺憾を表明し注目する。たとえば、1980年のハーグ条約に基づく子どもの返還に関する手続など、日本および関連国のその他の裁判所から言い渡された決定が日本で効果的に執行されるように、国の法的枠組みを改善する必要があると勧告する。

3. 子ども達のための人権原則は日本政府による国家的行動に依存しているという事実を強調する。多くの立法および非立法措置が、両方の親に対する子どもの権利を保護するために、ことさら必要であることを強調する。日本の当局に対し、子どもの連れ去り（実子誘拐）の被害者である親に裁判所が認めた面会権と訪問権、及びそのような親が日本に居住する子どもたちとの有意義な接触を維持する権利について、効果的に執行するよう要請する。これらの決定

は常に子どもの最善の利益を念頭に置いて行われるべきであることを強調する。

4. 時間の経過が子どもにとって、また子どもと子どもの連れ去り（実子誘拐）の被害者である親の間の将来の関係に長期的な悪影響を及ぼす可能性があるため、子どもの連れ去り（実子誘拐）は、迅速な対応が必要であることを強調する。

5. 子どもの連れ去り（実子誘拐）は、子どもが身体的、精神的、社会的に良好な状態であることに害を及ぼすことがあるとともに、長期的に有害な影響を与えることがあるという事実を指摘する。子どもの連れ去り（実子誘拐）は、子どもと奪取の被害者である親の両方にとって精神障害の問題を引き起こすことがあることを強調する。

6. 1980年ハーグ条約の主たる目的の1つは、子どもの連れ去り（実子誘拐）の直前の常居所たる国への迅速な返還を確実なものにするための手順を確立することにより、以て子どもの連れ去り（実子誘拐）の有害な影響から子どもたちを保護することであることを強調する。

7. 子どもの権利に関する欧州議会調整官による支援とこの状況への取り組みへの彼女の関与を歓迎するとともに、引き続き彼女に請願委員会と協力して請願者が提起した事件に対処するよう要請する。

8. すべての子どもの保護の制度には、国境を越えた紛争の特異性を考慮に入れた、多国間の国境を越えた仕組みを導入する必要があると強調する。

9. ハーグ会議と連携して、国境を越えた家族紛争で両親に支援を提供できるようにするために、一般人にわかりやすい情報支援プラットフォームを確立することを提言する。（例：第三国における子どもの奪取及びその他の子どもの権利に関する情報を含むオンライン司法情報サイトの完成）

10. 離婚または別居の場合に日本のような国々で遭遇する可能性のある困難に関する警告を含む、第三国における家族法および子どもの権利に関して、信頼できる情報を欧州連合加盟国が市民に提供することを推奨する。

11. EU・日本戦略的パートナーシップ協定の合同委員会を含む検討可能なあらゆる場面での、欧州委員会の献身的な問題提起を歓迎する。

12. 戦略的パートナーシップ協定の一環として企画されたEUと日本の次の会議の議題にこの問題を含めるよう欧州委員会副大統領/欧州外務・安全保障政策上級代表（VP/HR）に要請する。日本の当局に対し、刑法及び民法を適用するよう要請する。

13. 1980年ハーグ条約に基づき、同条約第6条と第7条に規定される通り、中央当局が負う、子どもとの接触機会を維持できるように子どもの連れ去り（実子誘拐）の被害者の親を支援する義務などを、日本当局は確実に果たさせる義務がある旨を勧告する。

14. 日本の当局は、領事関係に関するウィーン条約の規定を尊重し、ことさら、（例えば欧州連合加盟国籍の）子どもの最善の利益とその親の権利を危機から守る時の場合、加盟国の代表が領事の職務を遂行できるようにする義務がある旨を勧告する。

15. 親の面会権と訪問権を制限または完全に拒否することは、UNCRCの第9条に違反する行為であることを強調する。

16. 欧州委員会と欧州理事会がUNCRC締約国の義務、特に、子どもの為にならない場合を除き、恒常的に、両方の親と個人的な関係と直接的な接触機会を維持する権利を強調するよう要請する。

17. この点に関して、日本の当局に対し、国の法制度に必要な変更を導入せよとの国際的な勧告に従い、親の関係が解消した後に共有または共同監護の可能性を導入し、以て国内法を国際公約と合致させるとともに、面会権と訪問権についてUNCRCにおける日本国の義務を確実に反映させるよう勧告する。日本当局に対し、自ら批准したUNCRCにおける約束を守るよう勧告する。

18. 日本当局に対し、EUとの協力を強化し、子どもの連れ去り（実子誘拐）の被害者の親に対して裁判所が認めた面会権と訪問権を効果的に執行することが可能になるよう、欧州連合に対する協力を強化するよう勧告する。

19. 欧州委員会に対し、各国内や欧州連合全域におけるすべての該当する利害関係者から国境を越えた調停について受け取った提案に特段の注意を払うよう勧告する。

20. 子どもの保護に関するすべての国際法と、ことさら1980年ハーグ条約の要件を満たすために、欧州連合加盟国間及び第三国との国際協力の強化を勧告する。

21. 親との接触に関わる場合を含め、判決後の状況の適切な監視が極めて重要であることを強調する。欧州連合加盟国に対し、外務省及び大使館のウェブサイトを通じて、日本国内における子どもの奪取のリスク及び本件に関する日本当局の素行について伝達するよう勧告する。

22. 欧州理事会に対し、子どもの権利と促進と保護のための委員会指針に基づき、欧州連合加盟国で確立された国境を越えるような児童拉致への警報システム間の協力を強化し、子どもに関わる警報制度につき欠如するものは設置について欧州委員会と協力すること、関連する国境を越えた拉致事件に対処する協力協定の結論を報告するよう勧告する。

23. 子どもの保護に関する国際法に基づく義務を完全に履行するよう日本当局に圧力をかけるために、日本との二国間また多数国会議の全てにおいて議題にこの問題を含めるべく共同の取組を行う事を欧州連合加盟国に勧告する。

24. この決議を欧州理事会、欧州委員会、欧州連合加盟国の政府及び議会、ならびに日本の政府及び議会に送付するように欧州議会議長に指示する。」

(4) 訴状でも引用したが、最高裁判所大法廷平成27年(2015年)12月16日判決(女性の再婚禁止期間違憲訴訟)は、女性の再婚禁止期間の旧規定の内、100日を超える部分を違憲とした理由に外国法を引用した上で、次のように判示している。それは、外国法の存在が、日本国憲法の解釈に意味を与える立法事実(事情)であることを示している。

そしてその最高裁判所大法廷平成27年(2015年)12月16日判決(女性の再婚禁止期間違憲訴訟)は、「(外国法で女性の再婚禁止期間が廃止され

ていることは)再婚をすることについての制約をできる限り少なくするという要請が高まっていることを示す事情の一つとなり得るものである。」と判示しているのであるから、日本の国内法で子の連れ去り(引き離し)についての規制を設けていないことを非難する上の2つのEUによる決議(甲A46, 甲A47)が採択されたことも、日本国憲法の解釈に影響を与える立法事実(事情)となる存在である。

最高裁判所大法廷平成27年(2015年)12月16日判決(女性の再婚禁止期間違憲訴訟)

「また、かつては再婚禁止期間を定めていた諸外国が徐々にこれを廃止する立法をする傾向にあり、ドイツにおいては1998年(平成10年)施行の「親子法改革法」により、フランスにおいては2005年(平成17年)施行の「離婚に関する2004年5月26日の法律」により、いずれも再婚禁止期間の制度を廃止するに至っており、世界的には再婚禁止期間を設けない国が多くなっていることも公知の事実である。それぞれの国において婚姻の解消や父子関係の確定等に係る制度が異なるものである以上、その一部である再婚禁止期間に係る諸外国の立法の動向は、我が国における再婚禁止期間の制度の評価に直ちに影響を及ぼすものとはいえないが、再婚をすることについての制約をできる限り少なくするという要請が高まっていることを示す事情の一つとなり得るものである。」

以上