

令和2年(ワ)第4920号 損害賠償請求事件

原告 (閲覧制限) ほか13名










被告 国

準備書面(3)

令和3年2月17日

東京地方裁判所民事第50部合は係 御中

被告指定代理人

清	平	昌	大	
本	村	行	広	
君	塚	知	弥子	
大	野	史	絵	
倉	重	龍	輔	
志	田	智	之	
高	橋	あ	ゆみ	
三	島	大	介	
山	本	勇	治	

第1	原告準備書面(1)第1及び第2 (3ないし105ページ) に対する反論	—4
1	教育の自由についての原告らの主張が失当であること (原告準備書面(1)4及び5ページ)	4
2	面会交流権についての原告らの主張が失当であること (原告準備書面(1)16ページ)	8
3	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旨の原告らの主張が失当であること (原告準備書面(1)18ないし32ページ)	9
4	ハーグ条約13条についての原告らの主張が失当であること (原告準備書面(1)34, 35, 47ないし51ページ等)	9
5	子の居所を巡る紛争についての手続規定がないことについての原告らの主張が失当であること (原告準備書面(1)43ないし47ページ等)	10
6	ハーグ条約についての原告らの主張が失当であること (原告準備書面(1)97ないし99ページ)	11
7	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 (原告準備書面(1)99ないし101ページ)	12
第2	原告準備書面(1)第3 (105ないし128ページ) に対する認否・反論	—13
1	原告準備書面(1)第3の1 (105ないし107ページ) について	13
2	原告準備書面(1)第3の2 (107ページ) について	14
第3	被告の主張	—15
1	子の連れ去りの違法性については、様々な事情や要素を考慮して慎重に判断されるべき事柄であり、一般的一律に違法と規律するのは合理性がなく、不相当であること	15
2	現在の親権者や監護者指定の審判においては、個別具体的な諸事情を総合的に考慮して判断がされており、子の連れ去りをした親が無条件に有利になるよ	

うな考え方は採られていないこと	16
3 本件立法不作為が憲法上保障され又は保護されている権利利益を合理的な理由なく制約するものであることが明白であるとはいえないこと	18
(1) 立法不作為における国賠法上の違法性の判断枠組み	18
(2) 本件立法不作為が憲法上保障され又は保護されている権利利益を合理的な理由なく制約するものであることが明白であるとはいえないこと	19
第4 結語	20

被告は、本準備書面において、原告らの令和2年11月4日付け準備書面(1)（以下「原告準備書面(1)」という。）に対し、必要と認める範囲で反論するとともに、被告の主張を補充する。

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

第1 原告準備書面(1)第1及び第2（3ないし105ページ）に対する反論

1 教育の自由についての原告らの主張が失当であること（原告準備書面(1)4及び5ページ）

(1) 原告らは、旭川学力テスト判決を引用して、子の連れ去りによって、子を連れ去られた側の親（以下「別居親」ということがある。）がその子をそれまでと同様に教育することができなくなるから、子の連れ去りが別居親の教育の自由を侵害する行為であることは明白であると主張する。

(2) しかしながら、同判決は、国が有する子どもに対する教育内容の決定権能の範囲を判示したものであり、本件とは全く事案を異にする。同判決は、上記決定権の範囲を画する観点から、子どもの教育の結果に利害と関心をもつ関係者ら（親、教師、地方公共団体、国家等）の意見の対立の解決は、それぞれの主張の憲法上の根拠に照らして各主張の妥当すべき範囲を画するのが最も合理的であるとして、親が一定の範囲において子に対する教育の自由を有する旨を判示したのであって、親の教育の自由が憲法26条により保障されているものとは判示していない。憲法上、教育を受ける権利の内容は、子どもの学習権を保障したものと解されており（芦部信喜著「憲法第六版」273ページ）、旭川学力テスト判決は、このような子どもの教育を受ける権利に対応して、親は一定の範囲においてその子女の教育の自由を有すると判示しているのであるから、同判決は、原告らのいう「親の教育の権利」の存在を認めたものとは解されない。以下、判示内容を引用し、詳述する。

まず、同判決は、憲法26条について、親に対し、その子女に普通教育を受けさせる義務を課すことなどを宣言したものであると判示しつつ、同規定の解釈として、「子どもの教育は、教育を施す者の支配的権能ではなく、何よりもまず、子どもの学習する権利に対応し、その充足をはかりうる立場にある者の責務に属するものとしてとらえられている」と判示しており、教育を受ける権利の内容が、子どもの学習権を保障したものであり、親や国は、その充足をはかる立場の者として、子どもの学習する権利に対応して、その教育を施す責務を果たすために、子どもの教育をする権能を有するものであることを明らかにしている。

また、同判決は、憲法26条が、子どもに与えるべき教育の内容について、いずれの者により、どのように決定されるべきかなどについて、直接一義的に決定していると解する根拠はない旨を明示した上で、「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つ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。それ故、子どもの教育の結果に利害と関心をもつ関係者が、それぞれそ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、極めて自然な成行きということができる。子どもの教育は、前述のように、専ら子どもの利益のために行われるべきものであり、本来的には右の関係者らとその目的の下に一致協力して行うべきものであるけれども、何が子どもの利益であり、また、そのために何が必要であるかについては、意見の対立が当然に生じうるのであつて、そのために教育内容の決定につき矛盾、対立する主張の衝突が起こるのを免れることができない。憲法がこのような矛盾対立を一義的に解決すべき一定の基準を明示的に示していないことは、上に述べたとおりである。そうであるとすれば、憲法の次元におけるこの問題の解釈としては、右の関係

者らのそれぞれの主張のよつて立つ憲法上の根拠に照らして各主張の妥当すべき範囲を画するのが、最も合理的な解釈態度というべきである。」(傍点は引用者)とし、「この観点に立つて考えるときは、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、また、私学教育における自由や前述した教師の教授の自由も、それぞれ限られた一定の範囲においてこれを肯定するのが相当であるけれども、それ以外の領域においては、一般に社会公共的な問題について国民全体の意思を組織的に決定、実現すべき立場にある国は、国政の一部として広く適切な教育政策を樹立、実施すべく、また、しうる者として、憲法上は、あるいは子ども自身の利益の擁護のため、あるいは子どもの成長に対する社会公共の利益と関心にこたえるため、必要かつ相当と認められる範囲において、教育内容についてもこれを決定する権能を有するものと解さざるをえず、これを否定すべき理由ないし根拠は、どこにもみいだせないのである。」と判示している。

以上のとおり、旭川学力テスト判決は、親が子どもの教育を受ける権利に対応する形で一定の教育の自由を有するが、その内容については、主として家庭教育や学校選択の自由等に表われると抽象的に示すにとどまり、むしろ、憲法が、親の教育の自由について、国の教育内容の決定権能の範囲を一義的に画するような基準を明示的に示していない旨を判示しているといえるのであって、親の教育の自由が、具体的な憲法上の権利ないし自由として保障されたものであると判示しているとはいえない。

(3) 旭川学力テスト判決の最高裁判所調査官解説は、この点について、「教育に関しては、親、教師、地方公共団体、国家等さまざまな者がさまざまな形で

これに関係するが、それは、すべて究極においては、前記のような（引用者注：教育が子どもの人格の形成をめざすものとして子どもの学習をする権利を中心として考えられること）教育を受ける権利の十分な実現を目的とするものとして理解されなければならない。したがって、これらの者の教育に関する権能は、その者自身の固有の利益のために存在するものではなく、国民特に子どもの学習をする権利を保障するためのものであるというべきであろう。」、「このような理解に立って考えると、親の教育についての権能も権利というよりはむしろ子どもの学習する権利を保障すべき責務という実質を持つものといわなければならない（民法の「親権」も現在では義務的色彩の強いものとして理解されている。）」（今井功・最高裁判所判例解説刑事篇昭和51年度・213ページ参照）としている。

(4) また、東京高裁令和2年8月13日判決（原審・東京地裁令和元年11月22日判決・いずれも判例秘書登載。上告・上告受理申立中。）も、控訴人が旭川学力テスト判決等を根拠に憲法26条により親の子に対する監護養育の権利が保障されていると主張した事案について、旭川学力テスト判決は、「子の教育の最も基本的な形態が親の監護としてあらわれるという社会的事実を指摘するにとどまり、それ以上に憲法上の権利として親の監護権等が保障されていることを判示する趣旨とは認められない」としている。

(5) 以上によれば、旭川学力テスト判決は、憲法上、原告らが主張するような「親の教育の自由」が保障されていることを認めたものとは解されず、また、被告の令和2年9月25日付け準備書面(2)（以下「被告準備書面(2)」という。）（5ないし8ページ）において詳述したとおり、他にこれを認めるべき根拠も見当たらないこと（前記(4)の東京高裁判決も同様に判示している。）からすると、原告らが主張する親の教育の自由は憲法上保障されたものとはいえず、子の連れ去りが、憲法上保障された別居親の教育の自由を侵害する行為ではないことは明らかである。

なお、旭川学力テスト判決が、上記のとおり「憲法がこのような矛盾対立を一義的に解決すべき一定の基準を明示的に示していない」と判示していることからすれば、両親の間で子の教育内容について意見が対立した場合の調整について、憲法上、ある特定の制度を設けることが予定されているとはいえないと解するべきであり、その点についての立法不作為が憲法に違反するという事態は、容易には想定し難い（後記第3の2）。

2 面会交流権についての原告らの主張が失当であること（原告準備書面(1)16ページ）

原告らは、第183回国会（常会）参議院において浜田和幸議員が提出した質問主意書（甲A第31号証）を引用して、子の連れ去りが、別居親の面会交流権を侵害する行為であることを意味し、面会交流権は親子という関係から当然に認められる自然権的な権利であるとして、子の連れ去りが人格権及び幸福追求権（憲法13条）を侵害する行為であることが明白であると主張する。

しかしながら、面会交流の法的性質や権利性自体については様々な見解があるものの、上記1のとおり、旭川学力テスト判決は、子の教育の最も基本的な形態が親の監護としてあらわれるという社会的事実を指摘するにとどまり、それ以上に憲法上の権利として面会交流権が保障されていることを判示する趣旨とは認められず、憲法13条及び26条が、面会交流権を憲法上の権利として保障しているとする根拠はないから、別居親の面会交流権が憲法上保障された権利であるとは認められないのであって（前掲東京高裁令和2年8月13日判決）、原告らの上記主張はその前提に誤りがあり、理由がない。

また、原告らの引用する前記の質問主意書には、「調停や裁判による離婚の場合」と記載されているのであって、そもそも、原告らの主張するような、離婚しておらず親が別居し、一方親が子と同居して監護する場合について想定しているものではない上、原告らの主張するような「子の連れ去りがされた後、（中略）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」ことの理由が子の連れ去りにあるか否かは不明であるから、到底「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あることを意味している」と解することはできない。

3 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旨の原告らの主張が失当であること（原告準備書面(1) 18ないし32ページ）

原告らは、「子が連れ去ら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なものとして発生する被害であること、その意味で子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であるから、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。」とした上で、片親疎外などの事例を引用し、「親が子を連れ去ることは、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を侵害する」などと主張する。

しかしながら、原告らの主張を前提にしても、「子が連れ去ら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なもの」という法的意味やその根拠は判然とせず、原告らが子の権利を主張し、あるいは、子の権利を原告らの権利として主張する法的根拠はない。その点をおくとしても、子は、父又は母による親権の行使が不相当である場合には、家庭裁判所に対して、親権の喪失ないし停止を申し立てることができるのであるから、仮に子を連れ去った親により何らかの不利益が子に生じた場合には、このような制度を通じて適切に対応し得るのであって、「共同親権下にある子は、連れ去られることで受けた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」であるとはいえない。

4 ハーグ条約13条についての原告らの主張が失当であること（原告準備書面

(1) 34, 35, 47ないし51ページ等)

原告らは、片親から子に対する暴力等がある場合でも、ハーグ条約13条の規定内容を国内法として制定すれば、ハーグ条約と国内法の適合性は保たれるから、子の連れ去りを違法とする国内法を制定することには問題も存在せず、立法義務があることは明白であると主張する。

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るところ、子の連れ去りを一般的一律に違法とする国内法を制定することに何の問題も存在しないなどと単純化することはできない。その点をおき、仮に、原告らの主張するような法制化に問題がないとしても、それが直ちに規律制定を義務付けるものとは到底いえず、原告らの主張には論理の飛躍があるのであって、失当である。

また、原告らは、書籍(甲A第44号証)を引用し、ハーグ条約に基づき日本から外国への子の返還を申し立てるには、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ることが必要であるのは明白であるから、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があることは明白であると主張するが(原告準備書面(1)49及び50ページ)、甲A第44号証の内容を前提にしても、立法義務があることの根拠は判然とせず、上記同様、原告らの主張には論理の飛躍があるといわざるを得ない。

5 子の居所を巡る紛争についての手続規定がないことについての原告らの主張が失当であること(原告準備書面(1)43ないし47ページ等)

原告らは、子を連れ去られた際の解決手続が法律上で定められていないために、子の連れ去りが発生していることは明白であり、これにより別居親の親権が実質的に行使できなくなると主張する。

しかしながら、原告らの主張を前提にしても、子を連れ去られた際の解決手続が法律上で定められていないために、子の連れ去りが発生しているということ

が明白とまでいえる根拠は明らかでない。この点においても、被告準備書面(2) (11及び12ページ)で述べたとおり、子を連れ去られた親は、家庭裁判所に対して、親権停止の審判の申立てや子の監護者指定及び子の引渡し調停等を申し立てることができ、また、人身保護法に基づく子の引き渡し請求も行い得る(最高裁平成5年10月19日第三小法廷判決、民集47巻8号5099ページ等参照)のであるから、子を連れ去られた際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。またそもそも、民法が親権行使に関する父母の意見が一致しない場合の解決方法についての規定を設けていないのは、子の利益から考えて、意見不一致の場合には親権が行使されないほうがよいことが多いと考えられたためであるといわれているところ(「新版注釈民法(25)親族(5)」32及び33ページ)、このような立法判断には、子の利益の観点から合理性が認められる。よって、その点からも原告らの主張には理由がない。

6 ハーグ条約についての原告らの主張が失当であること(原告準備書面(1)97ないし99ページ)

原告らは、ハーグ条約の批准後、他の締約国に対して、同条約に基づく子の返還請求がされているのであるから、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が明白であると主張する。

しかしながら、ハーグ条約は、①一方の親によって子が国境を越えて不法に連れ去られ、又は留置されることにより、子が異なる言語又は異なる環境での生活を余儀なくされる等、有害な影響から子を国際的に保護すること及び②子の監護に関する事項は子の元の居住国において決定されるべきとの理念に基づき(前文、1条、16条、19条参照)、元の居住国に子を迅速に返還することを確保するための手続及び国境を越えた親子の面会交流等接触の権利の保護を確保する手続について定めたものであり、各締約国の一方親による子の連れ

去りの法規制の在り方について何ら定めたものではない。

7 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(原告準備書面(1) 99ないし101ページ)

原告らは、学者の論文(甲A第54号証)を引用して、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、児童の権利条約9条1に違反する可能性があるから、子の連れ去りについても、他方親の意思に反して子が他方親から分離される点で、出入国管理及び難民認定法の制度と同様であって、このような分離が行われないよう法改正と法制定の義務を負うと主張する。

しかしながら、そもそも、子の連れ去りに関する違法性判断を、出入国管理及び難民認定法の制度と同様に扱うこと自体に合理性がなく、その前提自体を採用することができない。また、東京高裁平成25年4月10日判決(平成24年(行コ)第351号各退去強制令書発付処分取消等請求控訴事件)は、「児童の権利に関する条約、市民的及び政治的権利に関する国際規約(B規約)は、いずれも、法律に基づく退去強制手続を禁止するものではなく、退去強制の措置の結果、父母と児童とが分離されることも禁止するものとは認められないこと(同条約9条4項、同規約13条1文各参照)」などと判示しており、その点からも、原告らの主張は前提を欠く。

その点をおくとしても、被告準備書面(2)(16ページ)で述べたとおり、児童の権利条約9条1は、同条約に規定された権利の実現の確保の在り方について具体的に規定しておらず、権利の実現の在り方については、各締約国に委ねられていると解されることから、原告らの上記主張は失当である。

また、原告らは、児童の権利条約18条違反についても主張するが、児童の権利条約18条1は、「児童の養育及び発達」について父母が「共同の責任」を有するという原則についての認識を確保するよう、締約国が最善の努力を払うことを規定したものにすぎず、「子の連れ去りを防ぐ立法措置」を設けることを締約国に直ちに求める規定と解することは困難である。

また、被告は、児童の権利条約の趣旨に照らし、子どもの最善の利益を確保する観点から、これまでも必要な対応を講じてきたところであり、児童の権利条約を誠実に遵守している。具体的には、平成23年の民法改正において、離婚後も、適切に親子の面会交流等が行われることを促進する趣旨で、離婚の際に子どもの利益の観点から定めるべき事項の一つとして面会交流を条文に明記するなどの法改正をしている。

以上のとおりであって、子の連れ去りによって親や子の基本的人権が侵害されていることが明白であり、子の連れ去りを防ぐ立法措置を講じないことが、児童の権利条約に違反し、違法であるとの原告らの主張は、失当である。

第2 原告準備書面(1)第3(105ないし128ページ)に対する認否・反論

1 原告準備書面(1)第3の1(105ないし107ページ)について

(1) 原告らが引用する学者の論文(甲A第56号証)の記載内容については認め、その余は知らないし争う。

(2) 原告らは、学者の論文(甲A第56号証)を引用し、配偶者からの暴力から守る必要性がある場合には、配偶者からの暴力の防止及び被害者の保護等に関する法律(以下「DV防止法」という。)に基づき保護を受けることができるから、他方親の同意なく子を連れ去ることを一般的一律に違法とする国内法を制定することには問題も存在せず、立法義務があることは明白であると主張する(なお、原告準備書面(1)58ないし60ページも同旨と思われる)。

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るところ、DV防止法に基づく保護を受けられるから、他方の親の同意なく子を連れ去ることを一般的一律に違法とする国内法を制定することに何の問題も存在しないなどと単純化する

ることはできない。その点をおき、仮に、原告らの主張するようにDV防止法に基づく保護を受けられるため子の連れ去りを一般的一律に違法とする法制化に問題がないとしても、それが直ちに規律制定を義務付けるものとは到底いえず、原告らの主張には論理の飛躍があるのであって、失当である。

なお、被告準備書面(2)(10ページ)で述べたとおり、現行の法制度の下でも、親権者による子の連れ去りが民法上違法と評価され得るところ、子の連れ去りが起こった夫婦間において、「配偶者からの暴力」(配偶者からの身体に対する暴力〔身体に対する不法な攻撃であって生命又は身体に危害を及ぼすものをいう。〕又はこれに準じる心身に有害な影響を及ぼす言動〔DV防止法1条])があったことは、子の連れ去りの違法性判断における考慮要素になり得る(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」155及び156ページ参照)。

2 原告準備書面(1)第3の2(107ページ)について

(1) 原告らが引用する令和2年6月25日発表の自由民主党政務調査会司法制度調査会の提言(以下「2020提言」という。甲A第57号証)及び令和2年6月16日に請願委員会において採択された決議(甲A第58号証)の記載内容については認め、その余は知らないし争う。

(2) 正確には、2020提言は、離婚を巡って夫婦間で子の連れ去りが起きること、子と別居親との関係が遮断されるケースが少なくないことに言及した上で、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よう提言するものである。したがって、原告らの主張する、子の連れ去りを防ぐ立法を行うべきなどという提言までは行われておらず、ましてや、子の連れ去りを一般的一律に違法とするような規律を設ける提言がされているわけではなく、上記提言は原告らの主張を裏付けるものではない。

第3 被告の主張

- 1 子の連れ去りの違法性については、様々な事情や要素を考慮して慎重に判断されるべき事柄であり、一般的一律に違法と規律するのは合理性がなく、不当であること

原告らは、子の連れ去りを一般的一律に違法とする立法をすべきであると主張するが（原告準備書面(1)79, 106ページ等）、子の連れ去りの違法性やその判断枠組みについては様々な見解があるところである。そして、例えば、一方親が夫婦間の強い葛藤から同居に耐えられなくなった際に、自身が主に監護していた幼い子を置いて家を出ることにより子の監護に支障が生ずることを懸念したり、子が親に捨てられたと思うかもしれないと心配したりするなどして、子を置いて家を出るのが情形的に難しく、やむを得ず子を連れて別居したような場合や、相手方の家庭内暴力が原因で子を連れて別居した場合にまで、これを一般的一律に違法とするのが相当でないのは明らかである（二宮周平「家族法第5版」〔乙第3号証〕120ページ、石綿はる美「第3 拐取罪を題材に刑法と対話してみて」東北大学ローレビュー7巻（2020年3月）東北大学ローレビュー〔乙第4号証〕46, 133ページ参照）。加えて、やむを得ず子を連れて別居することは、家庭内暴力や虐待に対する当事者にとって、その危険から逃れる有効な手段でもある。

他方で、被告準備書面(2)（10ページ）で述べたとおり、現行の法制度の下でも、子を連れ出す具体的な経緯及び態様、子の年齢や意思等の個別の事情を総合的に考慮して、親権者による子の連れ去りが民法上違法と評価され得るところであり、実際に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る損害賠償を認めた裁判例も存在するから（二宮周平「家族法第5版」〔乙第3号証〕120ページ、大阪地裁平成9年7月28日判決・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・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・判例秘書登載，東京地裁平成18年12月22日判決・判例秘書登載)，子の連れ去りを一般的一律に違法とする立法を講じないことにつき大きな不都合はないといえる。

以上によれば，子の連れ去りは，個別具体的な事情や要素を総合的に考慮して，慎重に判断されるべき事柄であり，一般的一律に違法と規律するのは合理性がなく，不相当である。

2 現在の親権者や監護者指定の審判においては，個別具体的な諸事情を総合的に考慮して判断がされており，子の連れ去りをした親が無条件に有利になるような考え方は採られていないこと

原告らは，親権者や監護者指定の審判の実務において，子の連れ去りによる監護の継続性が，親権や監護権の獲得に有利になるために，子の連れ去りが行われる結果，親や子の基本的人権が侵害されていることが明白であると主張する（原告準備書面(2)89ページ）。

しかしながら，裁判実務においては，親権者や監護者の指定について，子の出生からこれまで主にその子を監護してきた者が誰かということのほか，父母の側の事情（それぞれの養育能力，子に対する愛情，監護に対する熱意，居住環境，面会交流に対する姿勢，監督補助者の有無及びその態勢）及び子の側の事情（その年齢，心情や意向等）を総合的に考慮して，子の利益の観点から判断している（石垣智子＝重高啓「子の監護者指定・引渡調停・審判事件の審理」〔乙第5号証〕）ところであり，別居後の監護の継続性を偏重し，子の連れ去りをした親が無条件に有利になるような考え方は採られていない。

この点，最高裁判所事務総局家庭局長は，令和元年11月27日，衆議院法務委員会において，現在の親権者指定の実務について，以下の答弁をした（乙第6号証）。

「家庭裁判所におきまして親権者の指定をするに際しましては，子の利益を

最も優先して考慮しているものと承知しております。家庭裁判所において子の利益を考慮するに当たりましては、父母の側の事情や子の側の事情を総合的に考慮しておりまして、従前からの子の養育状況に加え、現在の監護状態がどのような態様で開始されたかといった事情についても適切に考慮しているものと承知しております。いわゆる子の連れ去りや連れ戻しがされる事情はさまざまございまして、例えば、配偶者から家庭内暴力を受けていた親がやむにやまねず子を連れて別居するといった事案もあるものと認識しておりますが、他方で、一方の親が子を連れ去った際の態様等が悪質である場合に、そのことをその親に不利益な事情として考慮することもあるものと承知しております。」

そして、監護者指定の審判においては、主たる監護者による監護の継続が、子の成長に重要であるという考え方を基本にして、それとともに、現状の監護開始の態様、双方の監護態勢、監護意欲、子の意思、面会交流の許容性、父母の異性関係が子の監督に与える影響、きょうだい不分離等の要素を考慮して子の監護者指定・引渡しについて判断しており、さらに、主たる監護者がいずれかということ以外に、現状の監護開始の態様が重視されており、不適切な子の連れ去りにより現状の監護が開始された場合にも現状の監護状況を盲目的に追認するような、「連れ去り得」を容認する判断は行われていない（山岸秀彬「子の監護者指定・引渡しをめぐる最近の裁判例について」『家庭の法と裁判』26号・2020年6月〔乙第7号証〕）。

現に、東京高裁平成17年6月28日決定（判例秘書登載）は、監護状態がどのような態様で開始されたかといった事情を考慮した事案であり、監護開始の違法性が高い場合に、現状を容認することは、明らかな違法行為の追認になりかねないのであるから、特にそれをしなければ子の福祉が害されることが明らかといえるような特段の事情がない限り、子の引渡しを認めるべきである旨判示している（なお、同決定は、当初母が子を連れて別居したことについては、別居を明らかに不当とするまでの事情は見当たらず、本人の年齢やそれまでの

監護状況に照らし、別居とともに子を同行することはやむを得ないと判断して、その違法性を否定している。)

また、横浜家裁横須賀支部平成28年11月9日審判(判例秘書登載・抗告審東京高裁平成29年2月21日決定〔判例秘書登載〕)は、子の連れ去りをした父親に対し、母親が監護者の指定及び引渡しを求めた事案において、父親による一方的な子の連れ去りが、未成年者に環境を激変させる負担を与え、父親の監護者の適格性に疑問を抱かせるものであることから、監護の実情や継続性を尊重できないとして、母親の監護権を著しく侵害し、違法である旨判示し、無断で子どもを連れ去った事実を連れ去った親に不利な事情として考慮している。

以上のとおり、現在の親権者や監護者指定の審判においては、個別具体的な諸事情を総合的に考慮して判断がされており、別居後の監護の継続性を偏重し、子の連れ去りをした親が無条件に有利になるような考え方は採られていない。

3 本件立法不作為が憲法上保障され又は保護されている権利利益を合理的な理由なく制約するものであることが明白であるとはいえないこと

(1) 立法不作為における国賠法上の違法性の判断枠組み

被告準備書面(2)(5ページ)で述べたとおり、国会議員の立法行為又は立法不作為が直ちに国賠法1条1項の適用上違法の評価を受けるものではない。もっとも、法律の規定が憲法上保障され又は保護されている権利利益を合理的な理由なく制約するものとして憲法の規定に違反するものであることが明白であるにもかかわらず、国会が正当な理由なく長期にわたってその改廃等の立法措置を怠る場合等においては、国会議員の立法過程における行動が上記職務上の法的義務に違反したものとして、例外的に、その立法不作為は、国賠法1条1項の適用上違法の評価を受けると解される(平成27年再婚禁止期間違憲判決参照)。

この点、本件立法不作為が憲法上保障され又は保護されている権利利益を

合理的な理由なく制約するものでないことについては、被告準備書面(2)(5ないし17ページ等)で述べたところであるが、以下では、念のため、上記違法性の判断枠組みにおけるいわゆる明白性の要件を欠くことについても述べておく。

(2) 本件立法不作為が憲法上保障され又は保護されている権利利益を合理的な理由なく制約するものであることが明白であるとはいえないこと

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「子の連れ去り(引き離し)を、日本の民事法において、他方親の権利を侵害する行為であり許されないとする法律規定を設ければ、子の連れ去り(引き離し)は発生しない。」と過度に単純化することは不相当である。加えて、前記1で述べたとおり、子の連れ去りの違法性やその判断枠組みについては様々な見解があり、一律に違法と判断することはできない上、子を主に監護している親が子を置いて家を出るのが情情的に難しくやむを得ず子を連れて別居するに至った場合や、相手方の家庭内暴力が原因でやむを得ず子を連れて別居するに至った場合に、子の連れ去りを違法であると評価することは、暴力を受けている一方親及び子の利益が不当に害されたり、一方親や他方親からの暴力の危険から逃れる手段が絶たれたりするなどの重大な問題が生じることが考えられる。一方で、被告準備書面(2)(9及び10ページ)及び前記1で述べたとおり、子の連れ去りについては、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た結果、違法であると判断されることがあり、実際に、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存在し、子の連れ去りを一般的一律に違法とする立法を講じないことにつき重大な不都合はないといえる。加えて、前

記2で述べたとおり、現在の親権者や監護者指定の審判においては、個別具体的な諸事情を総合的に考慮して判断がされており、別居後の監護の継続性を偏重し、子の連れ去りをした親が無条件に有利になるような考え方は採られていないのであるから、子を連れ去られた側の親が、親権者や監護者の指定において、子を連れ去られたことによる不利益を不当に受けているとはいえない。したがって、本件立法不作為が不合理とはいえない。

被告としても、立法政策として、様々な選択肢があり得ることは否定しない。しかしながら、我が国において現行制度が不合理とはいえないことは先述のとおりである一方、仮に子の連れ去りにつき一般的一律に規制する立法をする場合に克服しなければならない重大な課題があることからすれば、本件立法不作為が、「憲法上保障され又は保護されている権利利益を合理的な理由なく制約するものとして憲法の規定に違反するものであることが明白である」といえないことは、明らかである。

第4 結語

以上のとおり、原告らの主張にはいずれも理由がないから、本件請求は速やかに棄却されるべきである。

以 上