

次回期日令和3年6月16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3年5月26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（4）

原告らは、被告提出令和3年2月17日付準備書面（3）に対して、以下のとおり主張を行う。

目 次

第1 「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」について	3頁
第2 「第2 原告準備書面(1)第3(105ページないし128ページ)に対する認否・反論」について	34頁
第3 「第3 被告の主張」について	41頁

第1 「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」について

1 1項（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））について

(1) (1)について

原告らの主張の内容は認める。

(2) (2)について

ア 被告の主張は争う。

被告は、縷々旭川学力テスト判決を引用するが、それはいわば学校教育について判示された箇所であり、親の子に対する基本的人権としての教育権について判示された部分を引用していない。

旭川学力テスト判決の親の子に対する基本的人権としての教育権について判示された部分を以下で引用する。

「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ができないものである。この子どもの教育は、その最も始原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、しかしこのような私事としての親の教育及びその延長としての私的施設による教育をもってしては、近代社会における経済的、技術的、文化的発展と社会の複雑化に伴う教育要求の質的拡大及び量的増大に対応しきれなくなるに及んで、子どもの教育が社会における重要な共通の関心事となり、子どもの教育をいわば社会の公共的課題として公共の施設を通じて組織的かつ計画的に行ういわゆる公教育制度の発展をみるに至り、現代国家においては、子どもの教育は、主としてこのよう

な公共施設としての国公立の学校を中心として営まれるという状態になっている。」

「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以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、」

これらの旭川学力テスト判決の判示からも明白なように、被告が引用している判示箇所は、「学校における教育」についての問題を扱った部分であり、「家庭教育等学校以外における教育」について判示した箇所ではない（そもそも旭川学力テスト判決は、学校における全国学力テストを阻止する行為の適法性とその全国学力テストの憲法適合性が争点となった事案についての判決であり、被告が引用しているのはそれらの争点についての箇所である。）。

そして、旭川学力テスト判決は、以下のように判示している。

「この子どもの教育は、その最も始原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」

「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以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、」

これらの判示からも明白なように、旭川学力テスト判決は、訴訟の争点であった学校教育についての評価を行う前に、①親が子に対して教育を行う権利は、その最も始原的かつ基本的な形態として、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現れること、そして、②親は、子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こと、そして、そのような親の教育の自由は、主として家庭教育などの学校以外における教育や学校選択の自由にあらわれることを認めているのである。

すると、その旭川学力テスト判決の立場が、いわゆる自然権としての親の子に対する教育権を認めたものであることは明白である。それは、基本的人権としての、親の子に対する教育権を認めたことを意味している。

そしてその親の子に対する教育権は、憲法26条、憲法13条、憲法14条、憲法24条2項により、保障されていることも明白である。

イ(ア) さらに、いわゆる離婚後単独親権制度違憲訴訟において、東京地裁令和3年2月17日判決は、以下のとおり判示した(甲A123)。

「イ また、親である父又は母と子とは、三者の関係が良好でないなどといった状況にない限り、一般に、子にとっては、親からの養育を受け、親との間で密接な人的関係を構築しつつ、これを基礎として人格形成及び人格発達を図り、健全な成長を遂げていき、親にとっても、子を養育し、子の受容、変容による人格形成及び人格発展に自らの影響を与え、次代の人格を形成することを通じ、自己充足と自己実現を図り、自らの人格をも発展させるという関係にある。そうすると、親である父又は母による子の養育は、子にとってはもちろん、親にとっても、子に対する単なる養育義務の反射的な効果ではなく、独自の意義を有するものといえることができ、そのような意味で、子が親から養育を受け、又はこれをする事についてそれぞれ人格的な利益を有すといえることができる。

しかし、これらの人格的な利益と親権との関係についてみると、これらの人格的な利益は、離婚に伴う親権者の指定によって親権を失い、子の監護及び教

育をする権利等を失うことにより、当該人格的な利益が一定の範囲で制約され得ることになり、その範囲で親権の帰属及びその行使と関連するものの、親である父と母が離婚をし、その一方が親権者とされた場合であっても、他方の親（非親権者）と子の間も親子であることに変わりがなく、当該人格的な利益は、他方の親（非親権者）にとっても、子にとっても、当然に失われるものではなく、また、失われるべきものでもない。慮るに、当該人格的な利益が損なわれる事態が生じるのは、離婚に伴って父又は母の一方が親権者に指定されることによるのではなく、むしろ、父と母との間、又は父若しくは母と子との間に共に養育をする、又は養育を受けるだけの良好な人間関係が維持されなくなることにより生じるものではないかと考えられる。

そうすると、親及び子が、親による子の養育についてそれぞれ上記の人格的な利益を有し、親権の帰属及び行使がそれに関連しているからといって、親権が憲法13条で保障されていると解することが甚だ困難であるという前記アの判断を左右するものではない。

なお、離婚に伴う親権者の指定によって親権を失い、子の監護及び教育をする権利等を失うことにより、親及び子がそれぞれ有する上記の人格的な利益に対する一定の範囲での制約については、当該人格的な利益が、憲法が予定する家族の根幹に関わる人格的な利益であると解されるから、我が国の憲法上の解釈としては、後述するとおり、憲法24条2項の「婚姻及び家族に関するその他の事項」に当たる、親権制度に関する具体的な法制度を構築する際に考慮されるべき要素の一つとなり、国会に与えられた裁量権の限界を画すものと位置づけられるのが相当である。」

このように、東京地裁令和3年2月17日判決（甲A123）は、「イ また、親である父又は母と子とは、三者の関係が良好でないなどといった状況にない限り、一般に、子にとっては、親からの養育を受け、親との間で密接な人的関係を構築しつつ、これを基礎として人格形成及び人格発達を図り、健全な

成長を遂げていき、親にとっても、子を養育し、子の受容、変容による人格形成及び人格発展に自らの影響を与え、次代の人格を形成することを通じ、自己充足と自己実現を図り、自らの人格をも発展させるという関係にある。そうすると、親である父又は母による子の養育は、子にとってはもちろん、親にとっても、子に対する単なる養育義務の反射的な効果ではなく、独自の意義を有するものといえることができ、そのような意味で、子が親から養育を受け、又はこれをする事についてそれぞれ人格的な利益を有すといえることができる。」と判示しているのであるから、親が子を養育することが、親にとっても、子にとっても、それぞれ人格的利益として保障されており、そのような意味において、親の子に対する教育権が人格的な利益であることは明白である。

さらに東京地裁令和3年2月17日判決（甲A123）は、「しかし、これらの人格的な利益と親権との関係についてみると、これらの人格的な利益は、離婚に伴う親権者の指定によって親権を失い、子の監護及び教育をする権利等を失うことにより、当該人格的な利益が一定の範囲で制約され得ることになり、その範囲で親権の帰属及びその行使と関連するものの、親である父と母が離婚をし、その一方が親権者とされた場合であっても、他方の親（非親権者）と子の間も親子であることに変わりがなく、当該人格的な利益は、他方の親（非親権者）にとっても、子にとっても、当然に失われるものではなく、また、失われるべきものでもない。」と判示しているのであるから、その親が子を養育すること、親の子に対する教育権が、親にとっても、子にとっても、それぞれ人格的利益として保障されており、それは、両親の関係の変化によっても、当然に失われるものではなく、また、失われるべきものでもないことは明白である。

(イ) 既に原告らが主張したように、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）は、憲法24条2項について、以下のように判示している。

「婚姻及び家族に関する事項は、関連する法制度においてその具体的内容が

定められていくものであることから、当該法制度の制度設計が重要な意味を持つものであるところ、憲法24条2項は、具体的な制度の構築を第一時的には国会の合理的な立法裁量に委ねられるとともに、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と見える。

そして、憲法24条が、本質的に様々な要素を検討して行われるべき立法作用に対してあえて立法上の要請、指針を明示していることからすると、その要請、指針は、単に、憲法上の権利として保障される人格権を不当に侵害するものでなく、かつ、両性の形式的な平等が保たれた内容の法律が制定されればそれで足りるというものではないのであって、憲法上直接保障された権利とまではいえない人格的利益をも尊重すべきこと、両性の実質的な平等が保たれるように図ること、婚姻制度の内容により婚姻をすることが事実上不当に制約されることのないように図ること等についても十分に配慮した法律の制定を求めるものであり、この点でも立法裁量に限定的な指針を与えるものと見える。」

さらに、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）において引用されている（甲22号証6頁）、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）では、憲法24条2項について、以下のように判示している（甲21号証33頁）。

「5 本件各規定の憲法24条2項適合性について

原告らは、本件各規定が、父と子及び父と妻との間で差別的な取扱いをしていることを根拠として、憲法24条2項に違反すると主張する。

憲法24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、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、立法裁量の限界を画している。そして、同条は、憲法上

直接保障された権利とまではいえない利益であってもなお尊重すべきものについて十分に配慮した法律の制定を求めていると解すべきである。」

これらの最高裁判例や裁判例の立場からすると、東京地裁令和3年2月17日判決（甲A123）が、「しかし、これらの人格的な利益と親権との関係についてみると、これらの人格的な利益は、離婚に伴う親権者の指定によって親権を失い、子の監護及び教育をする権利等を失うことにより、当該人格的な利益が一定の範囲で制約され得ることになり、その範囲で親権の帰属及びその行使と関連するものの、親である父と母が離婚をし、その一方が親権者とされた場合であっても、他方の親（非親権者）と子の間も親子であることに変わりがなく、当該人格的な利益は、他方の親（非親権者）にとっても、子にとっても、当然に失われるものではなく、また、失われるべきものでもない。」と判示した以上、子の父と母との間で子の連れ去りが行われて、人格的利益である親が子を養育する権利が損なわれることは、憲法14条1項や憲法24条2項が規定する法の下での平等に反する事態であることは明白なのであるから、国会（国会議員）がそれを防ぐための刑事法・民事法・手続法の立法義務を負うことは明白である。

2 2項（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））について

(1) 被告の主張は争う。

(2) 被告は、「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。」と主張する。

しかしながら、面会交流権が憲法13条で保障された基本的人権であることは、本書面別紙に記載したとおりである。

(3) また被告は、「また、原告らの引用する前記質問主意書には、「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」と主張する。

しかしながら、その質問主意書に「調停や裁判による離婚の場合」とは、「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「調停や裁判による離婚が行われた場合」の意味であり、被告の主張が反論として認められないことは明白である。

また被告は、「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」ことの原因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。」と主張する。

しかしながら、原告らが準備書面(1)で引用したように、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％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
ような法の不存在的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。」

以上からすると、「子の連れ去り（引き離し）は連れ去られた側（引き離し
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」ことは明
白である。

(4) なお、上でも引用したように、いわゆる離婚後単独親権制度違憲訴訟におい

て、東京地裁令和3年2月17日判決は、以下のとおり判示した(甲A123)。

「イ また、親である父又は母と子とは、三者の関係が良好でないなどといった状況にない限り、一般に、子にとっては、親からの養育を受け、親との間で密接な人的関係を構築しつつ、これを基礎として人格形成及び人格発達を図り、健全な成長を遂げていき、親にとっても、子を養育し、子の受容、変容による人格形成及び人格発展に自らの影響を与え、次代の人格を形成することを通じ、自己充足と自己実現を図り、自らの人格をも発展させるという関係にある。そうすると、親である父又は母による子の養育は、子にとってはもちろん、親にとっても、子に対する単なる養育義務の反射的な効果ではなく、独自の意義を有するものということができ、そのような意味で、子が親から養育を受け、又はこれをする事についてそれぞれ人格的な利益を有すということができる。

しかし、これらの人格的な利益と親権との関係についてみると、これらの人格的な利益は、離婚に伴う親権者の指定によって親権を失い、子の監護及び教育をする権利等を失うことにより、当該人格的な利益が一定の範囲で制約され得ることになり、その範囲で親権の帰属及びその行使と関連するものの、親である父と母が離婚をし、その一方が親権者とされた場合であっても、他方の親(非親権者)と子の間も親子であることに変わりがなく、当該人格的な利益は、他方の親(非親権者)にとっても、子にとっても、当然に失われるものではなく、また、失われるべきものでもない。慮るに、当該人格的な利益が損なわれる事態が生じるのは、離婚に伴って父又は母の一方が親権者に指定されることによるのではなく、むしろ、父と母との間、又は父若しくは母と子との間に共に養育をする、又は養育を受けるだけの良好な人間関係が維持されなくなることにより生じるものではないかと考えられる。

そうすると、親及び子が、親による子の養育についてそれぞれ上記の人格的な利益を有し、親権の帰属及び行使がそれに関連しているからといって、親権

が憲法13条で保障されていると解することが甚だ困難であるという前記アの判断を左右するものではない。

なお、離婚に伴う親権者の指定によって親権を失い、子の監護及び教育をする権利等を失うことにより、親及び子がそれぞれ有する上記の人格的な利益に対する一定の範囲での制約については、当該人格的な利益が、憲法が予定する家族の根幹に関わる人格的な利益であると解されるから、我が国の憲法上の解釈としては、後述するとおり、憲法24条2項の「婚姻及び家族に関するその他の事項」に当たる、親権制度に関する具体的な法制度を構築する際に考慮されるべき要素の一つとなり、国会に与えられた裁量権の限界を画すものと位置づけられるのが相当である。」

このように、東京地裁令和3年2月17日判決（甲A123）は、「イ また、親である父又は母と子とは、三者の関係が良好でないなどといった状況にない限り、一般に、子にとっては、親からの養育を受け、親との間で密接な人的関係を構築しつつ、これを基礎として人格形成及び人格発達を図り、健全な成長を遂げていき、親にとっても、子を養育し、子の受容、変容による人格形成及び人格発展に自らの影響を与え、次代の人格を形成することを通じ、自己充足と自己実現を図り、自らの人格をも発展させるという関係にある。そうすると、親である父又は母による子の養育は、子にとってはもちろん、親にとっても、子に対する単なる養育義務の反射的な効果ではなく、独自の意義を有するものといえることができ、そのような意味で、子が親から養育を受け、又はこれをするについてそれぞれ人格的な利益を有すといえることができる。」と判示しているのであるから、親が子を養育することが、親にとっても、子にとっても、それぞれ人格的利益として保障されており、そのような意味において、親の子に対する面会交流権が人格的な利益であることは明白である。

さらに東京地裁令和3年2月17日判決（甲A123）は、「しかし、これらの人格的な利益と親権との関係についてみると、これらの人格的な利益は、

離婚に伴う親権者の指定によって親権を失い、子の監護及び教育をする権利等を失うことにより、当該人格的な利益が一定の範囲で制約され得ることになり、その範囲で親権の帰属及びその行使と関連するものの、親である父と母が離婚をし、その一方が親権者とされた場合であっても、他方の親（非親権者）と子の間も親子であることに変わりがなく、当該人格的な利益は、他方の親（非親権者）にとっても、子にとっても、当然に失われるものではなく、また、失われるべきものでもない。」と判示しているのであるから、その親が子を養育すること、その発現である親と子の面会交流権が、親にとっても、子にとっても、それぞれ人格的利益として保障されており、それは、両親の関係の変化によっても、当然に失われるものではなく、また、失われるべきものでもないことは明白である。

イ 既に原告らが主張したように、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）は、憲法24条2項について、以下のように判示している。

「婚姻及び家族に関する事項は、関連する法制度においてその具体的内容が定められていくものであることから、当該法制度の制度設計が重要な意味を持つものであるところ、憲法24条2項は、具体的な制度の構築を第一時的には国会の合理的な立法裁量に委ねられるとともに、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と見える。

そして、憲法24条が、本質的に様々な要素を検討して行われるべき立法作用に対してあえて立法上の要請、指針を明示していることからすると、その要請、指針は、単に、憲法上の権利として保障される人格権を不当に侵害するものでなく、かつ、両性の形式的な平等が保たれた内容の法律が制定されればそれで足りるというものではないのであって、憲法上直接保障された権利とまではいえない人格的利益をも尊重すべきこと、両性の実質的な平等が保たれるよ

うに図ること、婚姻制度の内容により婚姻をすることが事実上不当に制約されることのないように図ること等についても十分に配慮した法律の制定を求めるものであり、この点でも立法裁量に限定的な指針を与えるものといえる。」

さらに、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）において引用されている（甲22号証6頁）、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）では、憲法24条2項について、以下のように判示している（甲21号証33頁）。

「5 本件各規定の憲法24条2項適合性について

原告らは、本件各規定が、父と子及び父と妻との間で差別的な取扱いをしていることを根拠として、憲法24条2項に違反すると主張する。

憲法24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、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、立法裁量の限界を画している。そして、同条は、憲法上直接保障された権利とまではいえない利益であってもなお尊重すべきものについて十分に配慮した法律の制定を求めていると解すべきである。」

これらの最高裁判例や裁判例の立場からすると、東京地裁令和3年2月17日判決（甲A123）が、「しかし、これらの人格的な利益と親権との関係についてみると、これらの人格的な利益は、離婚に伴う親権者の指定によって親権を失い、子の監護及び教育をする権利等を失うことにより、当該人格的な利益が一定の範囲で制約され得ることになり、その範囲で親権の帰属及びその行使と関連するものの、親である父と母が離婚をし、その一方が親権者とされた場合であっても、他方の親（非親権者）と子の間も親子であることに変わりがなく、当該人格的な利益は、他方の親（非親権者）にとっても、子にとっても、当然に失われるものではなく、また、失われるべきものでもない。」と判示し

た以上、子の父と母との間で子の連れ去りが行われて、人格的利益である親が子を養育する権利が損なわれ、その人格的利益の発現である親と子の面会交流権が損なわれることは、憲法14条1項や憲法24条2項が規定する法の下での平等に反する事態であることは明白なのであるから、国会（国会議員）がそれを防ぐための刑事法・民事法・手続法の立法義務を負うことは明白である。

3 3項（共同親権下にある子は、その不利益を訴訟上自らの権利義務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））について

(1) 被告の主張は争う。

(2) ア 被告は、「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。」と主張する。

イ しかしながら、上でも引用したように、東京地裁令和3年2月17日判決（甲A123）は、「イ また、親である父又は母と子とは、三者の関係が良好でないなどといった状況にない限り、一般に、子にとっては、親からの養育を受け、親との間で密接な人的関係を構築しつつ、これを基礎として人格形成及び人格発達を図り、健全な成長を遂げていき、親にとっても、子を養育し、子の受容、変容による人格形成及び人格発展に自らの影響を与え、次代の人格を形成することを通じ、自己充足と自己実現を図り、自らの人格をも発展させると

いう関係にある。そうすると、親である父又は母による子の養育は、子にとってはもちろん、親にとっても、子に対する単なる養育義務の反射的な効果ではなく、独自の意義を有するものといえることができ、そのような意味で、子が親から養育を受け、又はこれをする事についてそれぞれ人格的な利益を有すといえることができる。」と判示しているのであるから、「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」であることは明白である。

ウ また、上でも引用したように、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。」

つまり、子の連れ去りを違法とする刑事規定・民事規定・手続規定が存在しないために、子の連れ去り自体が許され、逆にその子の連れ去りの結果子の監護時間が増えれば増えるほど、調停や裁判での離婚における親権者決定に際して有利になるのであるから、被告が主張するように、子の連れ去りについて家庭裁判所に対して親権の喪失ないし停止を申し立てても意味がないことは明白である。

また、二宮周平『多様化する家族と法Ⅱ』64頁（甲A43）において、以下の指摘がされている。

「5 親権の規制 (注14) 2018年度で、親権喪失認容28 (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。」

このように、被告は「子の連れ去りについて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」と主張するが、親権の喪失や停止自体が、申し立てても認められる可能性が極めて少ない制度なのであるから、被告が主張するように、子の連れ去りについて家庭裁判所に対して親権の喪失ないし停止を申し立てても意味がないことは明白である。

4 4項 (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)) について

(1) 被告の主張は争う。

(2) 被告はまず、「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。」と主張する。

しかしながら、その被告の立場を前提とすると、ハーグ条約を日本が批准したことは過ちだったことになる。ハーグ条約は、同条約13条の例外的な場合を除き、一律に連れ去った(引き離れた)子を常居所国に戻す義務を日本が負う条約だからである。ハーグ条約は、被告の表現を用いると、「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ものの、子の連れ去りを一般的一律に違法とした」条約である。

ハーグ条約の批准国である日本が、ハーグ条約のその「子の連れ去りを一般

的一律に違法としていること」を批判している事実はない。

また、ハーグ条約の批准国である日本が、ハーグ条約のその「子の連れ去りを一般的一律に違法としていること」を理由として、同条約から脱退を検討している事実もない。

すると、日本はその国際的な制度であるハーグ条約の枠組みに国として参加し、その制度の運用に参加しているのであるから、同様の枠組みの国内法を日本の国内で制定することに問題はないことは明白である。それに問題があるのなら、そもそも日本はハーグ条約を批准してその条約の枠組みに国として参加すること自体ができなかったはずだからである。

- (3) また被告は、「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。」と主張する。

しかしながら、例えば最近発表された、西谷祐子「子の奪取に関するハーグ条約の運用をめぐる課題と展望」『現代家族法講座第5巻国際化と家族』（日本評論社、2021年）68頁（甲A124）には以下の指摘がされている。

「(3) 監護の権利

子奪取条約に基づく子の返還については、子の連れ去り又は留置が、常居所地国法上の監護の権利を侵害することも要件となる。

監護の権利の存否を判断するには、まず常居所地国の法令に基づく親責任 (parental responsibility) や監護権等の内容を確定したうえで、それが条約上の監護の権利に該当するか否かを判断する。」

ここで西谷氏が指摘するように、ハーグ条約に基づく子の返還を求めるためには、常居所地国法上の監護の権利を侵害していることが要件であり、さらにその要件である監護の権利の存否を判断するためには、まず常居所地国の法令に基づく親責任 (parental responsibility) や監護権等の内容を確定したうえで、それが条約上の監護の権利に該当するか否かを判断するのであるから、日本から

外国への子の連れ去りについて、ハーグ条約に基づいて子の返還を求めるためには、子の連れ去りが常居所地である日本の国内の法律に基づいて監護の権利を侵害するものでなければならないことになる。

それに対して、既に原告らが主張したように、日本の国内の法律では、片親による子の連れ去り（引き離し）は他方親の監護権を侵害しない適法行為であるとされている。

ところが、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。

(4) さらに被告は、「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。」と主張する。

しかしながら、再度引用するが、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。

- (5) 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。

- 5 5項（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））について

- (1) 被告の主張は争う。
(2) 被告はまず、「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。」と主張する。

しかしながら、再度原告らの主張を繰り返すが、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ところ、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（引き離す）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 A 1 9，甲 A 2 0），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わ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わせるべきだという意見の対立（それは，民法 8 2 1 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（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（その結果，徒労に終わる子の連れ去り行為（引き離し行為）は行われなくなることになるのである。）。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（引き離し）が発生していることは明白である。

つまり，民法 8 1 8 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（引き離し）が発生していることは明白なのである。

訴状や準備書面(1)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 2 5 年）3 8 4 頁（甲 A 1 9）においては，民法 8 1 8 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，2 0 1 0 年）1 0 2 頁（甲 A 2 0）においても，民法 8 1 8 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**手続規定**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。

(3) また被告は、「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。」と主張する。

しかしながら、原告らが既に引用した、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 A4 1 号証の指摘からも明白なように、民法 8 1 9 条 2 項の離婚後単独親権制度を前提として、子連れ去られた（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、①一方親による子の連れ去り（引き離し）が適法とされていること、②裁判所の実務では、子の監護者として指定されるためには、現在子を養育していることが最重視されており、その親が子を連れ去った（引き離した）ことは否定的な評価を与えないことから生じている社会問題である。

すると、被告は、「この点においても、被告準備書面(2)（1 1 及び 1 2 ページ）で述べたとおり、子連れ去られた親は、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、」と主張するが、子を連れ去った（引き離した）親が監護者として指定されるのが通常なのであるから、そのような申立を行っても意味がないことは明白である。

また被告は、「親権停止の審判の申立て・・・を申し立てることができ、」と主張するが、やはり裁判所の実務では、①一方親による子の連れ去り（引き離し）が適法とされていること、②裁判所の実務では、子の監護者として指定されるためには、現在子を養育していることが最重視されており、その親が子を連れ去った（引き離した）ことは否定的な評価を与えないのであるから親権停止の申立が認められる可能性は極めて低い。

また、その被告が主張する「親権停止の審判の申立て」については、原告ら

が既に述べたように、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。）。

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、原告らの主張を繰り返すが、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。」

つまり、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。

さらに言えば、人身保護法に基づく請求は、単なる子の連れ去り（引き離し）が行われただけではできずに、最高裁第3小法廷平成5年10月19日判決が判示するように「子の幸福に顕著な違法性」が要件として必要なのであるから、その点においても被告の主張には理由がないことは明白である。

6 6項（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））について

- (1) 被告の主張は争う。
- (2) 被告は、「ハーグ条約は、・・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。」と主張する。
- (3) しかしながら、原告らが訴状などで主張したように、ハーグ条約上「不法な連れ去り」とは、各国（常居所国）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 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項には、「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）。

そのことは、最近発表された、西谷祐子「子の奪取に関するハーグ条約の運用をめぐる課題と展望」『現代家族法講座第5巻国際化と家族』（日本評論社、2021年）68頁（甲A124）においても、以下のとおり同趣旨の指摘がされているところである。

「(3) 監護の権利

子奪取条約に基づく子の返還については、子の連れ去り又は留置が、常居所地国法上の監護の権利を侵害することも要件となる。

監護の権利の存否を判断するには、まず常居所地国の法令に基づく親責任 (parental responsibility) や監護権等の内容を確定したうえで、それが条約上の監護の権利に該当するか否かを判断する。」

ここで西谷氏が指摘するように、ハーグ条約に基づく子の返還を求めるためには、常居所地国法上の監護の権利を侵害していることが要件であり、さらにその要件である監護の権利の存否を判断するためには、まず常居所地国の法令に基づく親責任 (parental responsibility) や監護権等の内容を確定したうえで、それが条約上の監護の権利に該当するか否かを判断するのであるから、日本から

外国への子の連れ去りについて、ハーグ条約に基づいて子の返還を求めるためには、子の連れ去りが常居所地である日本の国内の法律に基づいて監護の権利を侵害するものでなければならないことになる。

それに対して、既に原告らが主張したように、日本の国内の法律では、片親による子の連れ去り（引き離し）は他方親の監護権を侵害しない適法行為であるとされている。

ところが、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。

7 7項（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））について

(1) 被告の主張は争う。

(2) まず被告は、「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。」と主張する。

しかしながら、原告らが甲A54号証を引用したのは、児童の権利条約がいわゆる「自動執行的条約」であり、国際法、とくに条約を一般に「受容」している我が国の憲法体制の下では、国内法に「変型」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ことを示すためである（甲A54号証5頁）。

そしてその児童の権利条約が「自動執行的条約」である結果、甲A54号証の6頁で記載されているように、「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・・・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。」のである。原告らがその箇所を引用したのは、児童の権利条約9条が、やはり児童の権利条約の規定として「自動执行的」であり、日本の国内法秩序において法律への変型を経ずに直接執行可能であることを示すためである。

なお被告は、東京高裁平成25年4月10日判決を引用するが、その裁判例で問題とされたのは、「法律に基づく退去強制手続の内容が日本が批准する条約の内容に反するか」であり、甲A54号証に記載されているのは、「運用の仕方によっては子どもの権利条約第9条の条約規定違反を生ずる場合も出てきうる。」という内容である。その点で両者は異なる問題である。

なお付言すると、被告が引用する東京高裁平成25年4月10日判決の判示は、「退去強制手続という不利益を課すためには法律に基づく手続が必要であり、法律に基づく手続を設けていることで日本が批准している条約に反しない状態となる。」ことを認めた内容であり、その判示からすると、原告らが主張しているように、子の連れ去り（引き離し）が一方親に対して不利益を課す行為なのであるから、それに対しては法律の手当が必要であり、それは日本の国内法秩序において自動执行的効力を有する児童の権利条約9条の要請であるとの解釈の根拠となるものである。

(3) また被告は、「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、各締約国の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。」と主張する。

しかしながら、原告らが既に述べたように、児童の権利条約9条は、日本の国内法秩序において、具体的な法律への変型なく適用される「自動执行的条約」の規定である。すると、具体的な法律への変型なく適用される規定について、

被告が主張するように「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、各締約国の委ねられていると解される」との主張が認められないことは明白である。日本が批准した児童の権利条約が具体的に規定しているからこそ、児童の権利条約 9 条は、日本の国内法秩序において、具体的な法律への変型なく適用される「自動執行的条約」の規定とされているのである（ちなみに被告は、児童の権利条約が「自動執行的条約」であることを争っておらず、また児童の権利条約が「自動執行的条約」でないことを立証してもいない。）。

そして、原告らが既に述べたように、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 A 4 1，甲 A 5 0，甲 A 5 1，甲 4 0 の 2 の 1 0 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、「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。」と規定する児童の権利に関する条約 9 条 1 項に違反することは明白である。

(4) さらに被告は、「また、原告らは、児童の権利条約 1 8 条違反についても主張するが、児童の権利条約 1 8 条 1 は、「児童の養育及び発育」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を直ちに求める規定と解することは困難である。」と主張する。

しかしながら、児童の権利条約 1 8 条 1 も、日本の国内法秩序において、具体的な法律への変型なく適用される「自動執行的条約」の規定である。

そして、原告らが既に主張したように、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 A 4 1，甲 A 5 0，甲 A 5 1，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である。そしてそれが、連れ去られる親による養育と発達を妨げる行為であることも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、「締約国は、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ために最善の努力を払う。」と規定する児童の権利に関する条約18条に違反することは明白である。

(5) なお被告は、「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。」と主張する。

しかしながら、被告が述べている「平成23年の民法改正における面会交流を条文に明記するなどの法改正」とは、民法766条のことであるが、同条は「父母が協議上の離婚をするときは、父又は母と子との面会・・その他子の監護について必要な事項は、その協議で定める。」とだけ規定されている。そこには、離婚に際して親子の面会交流について、当事者の誰が誰に対していかなる権利義務を負うのかの規定はなく、紛争が生じた場合の解決規定もなく、また面会交流が拒否された場合の執行規定や罰則規定も設けられていない。

その結果、離婚後の面会交流や、離婚を前提にした別居時の面会交流は同居親の意向に委ねられる(同居親が同意しない面会は事実上行えない)運用(そ

これは私人間の合意でも裁判実務でも同様である)が続いている。その結果、同居親が別居親と子との面会を行わせない例が多発し、社会問題となっている。

そのような社会問題を解決するためめに、令和3年2月10日上川法務大臣は法制審議会に、離婚後共同親権と面会交流の実現のための法改正の諮問を行ったのである。それは、①子の連れ去りを防ぐ意味と②離婚の前後を通して親子の面会交流を実現するという2つの意味を持つ法改正の諮問である。

そのような経緯からすると、被告が十分な法改正を行っているとの主張が認められないことは明白である。

(6) なお、近時出された名古屋地裁令和3年3月30日判決では、幼稚園の日照権を巡り、児童の権利条約の理念である「児童の最善の利益」を基に、「(不動産会社が)日照について配慮すべき義務を十分尽くすことを怠った」と認めた(甲A125)。

同判決について中日新聞掲載の記事では、「同条約(原告ら注:児童の権利条約)は日本も1994年に批准しながら、長らくたなざらし同然だったが、判決はこの条約の意味する重みに改めて光りを当てた。」と指摘している(甲A125)。

すると、本件で争点となっている「子の連れ去り」についても、当然に、児童の権利条約の理念である「児童の最善の利益」を基に、国会(国会議員)が児童の利益を保護すべき義務を怠った結果生じていることは明白である。

第2 「第2 原告準備書面(1)第3(105ページないし128ページ)に対する認否・反論」について

1 1項(原告準備書面(1)第3の1(105ないし107ページ)について)について

(1) (1)について

被告の主張は争う。

(2) (2)について

ア 被告はまず、「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ことはできない。」と主張する。

しかしながら、その被告の立場を前提とすると、ハーグ条約を日本が批准したことは過ちだったことになる。ハーグ条約は、同条約13条の例外的な場合を除き、一律に連れ去った(引き離れた)子を常居所国に戻す義務を日本が負う条約だからである。ハーグ条約は、被告の表現を用いると、「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ものの、子の連れ去りを一般的一律に違法とした」条約である。

ハーグ条約の批准国である日本が、ハーグ条約のその「子の連れ去りを一般的一律に違法としていること」を批判している事実はない。

また、ハーグ条約の批准国である日本が、ハーグ条約のその「子の連れ去りを一般的一律に違法としていること」を理由として、同条約から脱退を検討している事実もない。

すると、日本はその国際的な制度であるハーグ条約の枠組みに国として参加し、その制度の運用に参加しているのであるから、同様の枠組みの国内法を日本の国内で制定することに問題はないことは明白である。それに問題があるのなら、そもそも日本はハーグ条約を批准してその条約の枠組みに国として参加すること自体ができなかったはずだからである。

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 また被告は、「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。」と主張する。

しかしながら、原告らが訴状などで主張したように、ハーグ条約上「不法な連れ去り」とは、各国（常居所国）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項には、「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）。

そのことは、近時発表された、西谷祐子「子の奪取に関するハーグ条約の運用をめぐる課題と展望」『現代家族法講座第5巻国際化と家族』（日本評論社、2021年）68頁（甲A124）においても、以下のとおり同趣旨の指摘がされているところである。

「(3) 監護の権利

子奪取条約に基づく子の返還については、子の連れ去り又は留置が、常居所地国法上の監護の権利を侵害することも要件となる。

監護の権利の存否を判断するには、まず常居所地国の法令に基づく親責任（parental responsibility）や監護権等の内容を確定したうえで、それが条約上の監護の権利に該当するか否かを判断する。」

ここで西谷氏が指摘するように、ハーグ条約に基づく子の返還を求めるためには、常居所地国法上の監護の権利を侵害していることが要件であり、さらにその要件である監護の権利の存否を判断するためには、まず常居所地国の法令に基づく親責任（parental responsibility）や監護権等の内容を確定したうえで、それが条約上の監護の権利に該当するか否かを判断するのであるから、日本から外国への子の連れ去りについて、ハーグ条約に基づいて子の返還を求めるためには、子の連れ去りが常居所地である日本の国内の法律に基づいて監護の権利を侵害するものでなければならないことになる。

それに対して、既に原告らが主張したように、日本の国内の法律では、片親による子の連れ去り（引き離し）は他方親の監護権を侵害しない適法行為であるとされている。

ところが、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。

ウ また被告は，「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険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）。」と主張する。

しかしながら，被告は「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，」と主張するが，原告らが既に主張したように，現在の法律上単なる連れ去り（引き離し）は民法上違法と評価されていない。被告の主張は，「親権者による子の連れ去りが民法上違法と評価されるべき場合については既に法律規定が設けられているのだから，国会（国会議員）の立法不作為責任はない。」との内容であるが，そうではなく，逆に，以下で述べるように，「親権者による子の連れ去りが民法上違法と評価されるべきであるが，それについて法律規定が設けられていないのだから，国会（国会議員）の立法不作為責任がある。」ことは明白である。

この点につき，原告らが準備書面(3)の第1で主張したように，現在，政府を始めとして全国の都道府県や市町村において，いずれも政府や全国の都道府県や市町村の立場として，「子どもを奪ったり，連れ去る。」，「子どもを取

り上げる」，「家族や友人に会わせない」，「家族との付き合いを制限する」，「家族や友人に会わせない」などを「家庭内暴力（DV）」に該当する「犯罪となる行為をも含む重大な人権侵害」，「違法な暴力行為」，「してはいけない行為」であるとされている。ところが，それにも拘わらず，日本にはそれに対応した①刑事法，②民事法，③手続法が，未だに何も存在していないのである。

それに対して，被告が引用している金子修編集代表「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頁（甲A44）で記載されているのは，配偶者に対する暴力が，子の心身にも悪影響を及ぼすような場合のことであって，単なる連れ去り（引き離し）について記載されたものではない。

そして，配偶者暴力防止法（DV防止法）について，令和3年（2021年）3月18日付共同新聞配信の記事（甲A126）に記載されているように，現在の配偶者暴力防止法（DV防止法）では，通報や保護命令の対象である「身体的暴力」には「精神的暴力」は含まれていない（内閣府が今後「精神的暴力」も含めるかどうかについて，法改正を検討する予定であるにすぎない。）。

すると，原告らが準備書面(3)の第1で主張したように，現在，政府を始めとして全国の都道府県や市町村において，いずれも政府や全国の都道府県や市町村の立場として，「子どもを奪ったり，連れ去る。」，「子どもを取り上げる」，「家族や友人に会わせない」，「家族との付き合いを制限する」，「家族や友人に会わせない」などを「家庭内暴力（DV）」に該当する「犯罪となる行為をも含む重大な人権侵害」，「違法な暴力行為」，「してはいけない行為」であるとされているにも拘わらず，現在の配偶者暴力防止法（DV防止法）ではそのような「精神的暴力」が通報や保護命令の対象である「身体的暴力」には含まれていないのである。

すると，被告は「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険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」と主張するが、そこで主張している配偶者暴力防止法（DV防止法）には、「子どもを奪ったり、連れ去る。」、「子どもを取り上げる」、「家族や友人に会わせない」、「家族との付き合いを制限する」、「家族や友人に会わせない」などの精神的暴力が含まれていないことは明白である。

それはつまり、「子どもを奪ったり、連れ去る。」、「子どもを取り上げる」、「家族や友人に会わせない」、「家族との付き合いを制限する」、「家族や友人に会わせない」などが「家庭内暴力（DV）」に該当する「犯罪となる行為をも含む重大な人権侵害」、「違法な暴力行為」、「してはいけない行為」であるにも拘わらず（そのことは、それらの行為を違法とするべき立法義務を国会（国会議員）が負っていることを意味している。）、日本にはそれに対応した①刑事法、②民事法、③手続法が、未だに何も存在していないことは明白である。その結果、国会（国会議員）が立法不作為責任を負うことは明白である。

2 2項（原告準備書面(1)第3の2（107ページ）について）について

(1) (1)について

被告の主張は争う。

(2) (2)について

被告は、「正確には、2020提言は、離婚を巡って夫婦観で子の連れ去りが起きることで、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。」と主張する。

しかしながら、原告らが準備書面(3)第2で主張したように、2020提言が出された後、令和3年2月10日に上川法務大臣が法制審議会に「離婚後共同親権、面会交流」について諮問した。その諮問について解説記事では、「親子の引き離しが起きないような制度の構築に向け、各省連携した抜本的な対応が求められている。」と指摘されている。

さらに、その上川法務大臣による諮問が行われたことを受けて、国会の予算委員会で立憲民主党の真山勇一参議院議員は同年3月3日に、共同親権への検討について、菅首相に答弁を求めた。真山議員は、離婚の際に、女性が子どもを連れ去る問題があること、最近では男性が子どもを連れ去ることも増えていることを指摘した。それに対して菅首相は、「(連れ去り問題については)私自身も承知して、憂慮している。今後子どもの利益を始め、幅広い観点から検討したい。まずは法制審の検討を見守りたい。」と答弁した(甲A121, 甲A122)。

これらの2020提言が出された政府や自民党の動きからすると、2020提言が、子の連れ去りを防ぐ立法や子の連れ去りを一般的一律に違法とする立法を前提として、親子の引き離しが起きないような制度の構築を目指す内容であることは明白である。

第3 「第3 被告の主張」について

1 1項(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)について

(1) 被告の主張は争う。

(2) まず被告が、「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。」、
「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ある。」と主張している点について述べる。

上でも述べたように、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。

逆に、被告は「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か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心情的に難しく、やむを得ず子を連れて別居したような場合・・・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。」と主張しているが、この主張は不合理であることは明白である。なぜならば、日本が批准しているハーグ条約は、上で引用したハーグ条約13条が規定する例外的場合を除いて、全ての子の連れ去りについて、一般的一律に違法としているからである（上で述べたように、ハーグ条約の批准国である日本が、そのことに異議を述べたり、そのことを理由にハーグ条約からの脱退を検討してい

る事実は存在しない。) 。

では、なぜハーグ条約では行えることが、日本の国内法では実施できないのか。その答えは、上でも述べた「両親の親権行使が不一致の場合の解決規定の不存在」（手続規定の不存在）にあるのである。

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続規定を、何も設けていない（「法の欠缺 3」）。それが「立法の不備」であることは、以下の論文においても指摘されているところである。繰り返しになるが、再度引用する。

『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 A 19）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 A 20）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解決のための手続規定を、何も設けていないのである（「法の欠缺3」）。

それに対して、ハーグ条約の場合は、例えばフランス人夫と婚姻した日本人妻が子を連れて日本に戻り、ハーグ条約に違反しているとして子を連れてフランスに戻った場合、フランス人夫と日本人妻との関係をどう清算するか、子の監護をどうするかなどの家族の法律関係の問題が、フランス法に基づいて「解決」されるのである。だから、ハーグ条約では、ハーグ条約13条が規定する例外的場合を除いて、全ての子の連れ去りについて、一般的一律に違法として、何ら問題は生じないのである。

ところが、日本法では、上で述べたように、両親の親権行使の意見が一致しない場合の親権行使の解決のための手続規定を、何も設けていないのである（「法の欠缺3」）。

つまり、仮に日本法で、両親の親権行使の意見が一致しない場合の解決のための手続規定が設けられていれば、別居を考えている親が他方親と話し合いを行い、子の居所の決定（それは民法821条及び民法818条3項本文により、両親の親権行使の合致により定められる事柄である。）について合意が成立しない場合には、その親権行使の解決のための手続規定に基づいて、意見の一致の問題を「解決」してから、（その解決の結果、子は別居する親の家に同居することになった場合には）子を連れて別居することができるのである（さらに言えば、被告も主張している面会交流についての法規定が、民法766条1項のように「父又は母と子との面会・・・その他の子の監護について必要な事項は、その協議で定める。」などという規定だけでなく、①面会交流権が自由に、円滑かつ滞りなく行われるための実体的権利義務規定、②面会交流権が自由に、円滑かつ滞りなく行われるための紛争解決の手続規定、③そして面会交流権が自由に、円滑かつ滞りなく行われるための制裁規定が制定されることで、離婚に際する別居についての法制度としては理想的

な形になるはずである。)

ところが、日本法で、両親の親権行使の意見が一致しない場合の解決のための手続規定が設けられていないために、子を連れて別居を希望する親は、法律上の解決規定に基づく解決を経ずに、いわば自力救済的に子を連れて別居するのである。そして、現在の裁判実務が、①自力救済的に子を連れて別居したこと自体は違法ではない、としていること、②監護者指定や親権者指定についてその段階で子を監護していることを重視していることから、その自力救済的に子を連れて別居する例が後を絶たないのである。

このハーグ条約の枠組みと、日本法において両親の親権行使の意見が一致しない場合の親権行使の解決のための手続規定が、何も設けていないこと（「法の欠缺3」）を対比することで、問題の所在は明白となる。日本法においても、子の連れ去りを禁止する刑事法（法の欠缺1）と子の連れ去りを禁止する民事法（法の欠缺2）を設ければ、いわばハーグ条約に基づいて、子を連れ去る前の国（上の例ではフランス）に戻った妻と子が、夫との間で家族関係を法律に基づいて解決するプロセスと同じことになるのである。そして、日本の国内法において、刑事法、民事法、手続規定の3つの「法の欠缺」についての法律規定を設ければ、日本が批准しているハーグ条約と同じ解決プロセスが実現できることが理解できる。

このような対比を前提として被告の主張を見ると、その不合理性が明白となる。まず被告は、上でも引用したように、「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か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情的に難しく、やむを得ず子を連れて別居したような場合・・・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。」と主張しているが、親が子を連れて別居した後、被告が懸念

している「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かと思うかもしれないと心配したりするなど」した別居親が，同居親の家に行き，子を連れて別居親の家に戻ることは，刑事法の未成年者誘拐罪が適用されるし（被告が準備書面(1)6頁で引用している最高裁平成17年12月6日第二小法廷決定は別居親が子を連れ戻した事案である。），同居親は監護権侵害として子を連れ去った別居親に対して慰謝料を請求できる（被告が準備書面(2)10頁で引用している名古屋地裁平成14年11月29日判決，東京地裁平成17年4月25日判決及び東京地裁平成18年12月22日判決はいずれも別居親が同居親と同居している子を連れ去った案件である。被告は準備書面(3)15頁において，「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」として同じ裁判例を引用している（原告らが既に指摘したが，大阪地裁平成9年7月28日判決は宗教団体の事案の判決である。）。なお，被告が引用する乙3号証の120頁においても，「父母が別居中の場合には，双方とも親権者ではあるが，一方が監護を継続している方に無断で子を連れ去ったり，実力行使をするなど違法性が高いときには，原則として他方からの引渡請求が認められている（仙台高秋田支決平17[2005]・6・2家月58巻4号71頁，札幌高決平17[2005]・6・3家月58巻4号84頁，大阪高決平17[2005]・6・22家月58巻4号93頁などで確定した法理となっている，と記載されている。）。逆に，両親が同居している家から一方親が子を他方親の同意なく連れ去っても（引き離しても），刑事法の未成年者誘拐罪が適用されることはないし（原告らが調査し

た限り、そのような案件は存在しない。）、子を連れ去られた（引き離された）親は監護権侵害として子を連れ去った（引き離した）親に対して慰謝料を請求できないことが通常である。

この日本法における事案と結果の不平等さが不合理であることは明白である。また、ハーグ条約の枠組みに照らすとその不合理さはより鮮明なものとなることも明白である。全ては、日本法において両親の親権行使の意見が一致しない場合の親権行使の解決のための手続規定が何も設けていないこと（「法の欠缺3」）、さらに、日本法において、子の連れ去りを禁止する刑事法（法の欠缺1）と子の連れ去りを禁止する民事法（法の欠缺2）が設けられていないことから生じた不合理さであることは明白である（なお、乙3号証と乙4号証には被告が引用する記載がされているが、おそらくは日本法において両親の親権行使の意見が一致しない場合の親権行使の解決のための手続規定が、何も設けていないこと（「法の欠缺3」）を「立法の不備」を考えずに記載がされたものと思われる。なお、乙3号証の121頁には、「他方の親の同意を得ないで子を連れて別居すること」について、「ただし、弁護士事務所等連絡先を伝え、他方の親と子との関係性を断つものではないことを示す工夫もいる。」と規定されている。すると、原告らが繰り返し引用している二宮周平『多様化する家族と法Ⅱ』（株式会社朝陽会、2020年）47－49頁（甲A41）では、「**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。**」と指摘されているように、現在大きな社会問題となっている子の連れ去り問題では、子を一方的に連れ去った親が子と他方親との関係を断絶する点が大きな問題点として指摘されているのであるから、被告が自らの根拠として引用している乙3号証は、全面的に被告の主張の根拠となる内容ではないことは明白である。）。

以上からすると、被告の「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、一般的に一律に違法と規律するのは合理性がなく、不相当である。」との主張は認められないことは明白である。

2 2項（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）について

(1) 被告の主張は争う。

(2) 被告は、「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。）」と主張する。

しかしながら、まず乙5号証の235頁(1)「乳幼児期における「主たる監護者」による監護について」には、「最近では、子の健全な成長・発達のために不可欠である養育者との愛着関係や心理的絆を満たす者は生物学的母や女性に限定されるものではないとの発想から、性別を問わない「主たる監護者」による監護継続の必要性を検討するアプローチに転換されている傾向にあるといえる。」と指摘されている。

さらに乙5号証の235頁(2)「監護環境の変化について」では、「従前、監護の継続性の考え方は、・・子の奪い合いを助長し、また、その結果を追認しかねないとして非難されてきた。現在では、監護環境の変化については、出生以来の生育歴全体の中で考慮し、特に子が幼少の場合は、主たる監護者

に戻すための環境変化を避けることよりも、主たる監護者との精神的つながりを継続することが重視され、一方で就学後は、監護環境（住居や学校、友人関係等）の継続性がより尊重される。」と指摘されている。就学後は現在の監護環境が尊重され、子が幼少の場合は、主たる監護者との精神的つながりを継続することが重視される、という指摘であるが、上でも引用した乙5号証の235頁(1)「乳幼児期における「主たる監護者」による監護について」では、「最近では、子の健全な成長・発達のために不可欠である養育者との愛着関係や心理的絆を満たす者は生物学的母や女性に限定されるものではないとの発想から、性別を問わない「主たる監護者」による監護継続の必要性を検討するアプローチに転換されている傾向にあるといえる。」と指摘されているのであるから、結局子が幼少の場合でも「主たる監護者」による監護継続の必要性が重視されていることに変わりないのである。

(3) また被告は、「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）。」として乙第6号証を引用するが、それは決して「現在の親権者指定の実務」についてのものではなく、今から約30年前の実務の説明である。何度も引用するが、現在の親権者指定の実務については、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、次のように指摘がされているのである。

「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。」

このように、現在の裁判実務では、離婚後単独親権制度（民法819条2項）が採用されていることと、親権者になれなかった親（非親権者（別居親））は子とほとんど会えなくなる（離婚後の非親権者（別居親）と子との面会交流は通常月に1回数時間程度とされるのが現在の裁判実務である。）こと、さらには日本の法制度では単なる連れ去り（引き離し）は違法とはされていないことが相まって、離婚後に子の親権者となることを希望する親が、子を連れ去り（引き離し）、監護実績で別居親よりも優位に立とうとして面会も拒否をすることが多く見られるのである。すると、被告の反論が現在の裁判実務に基づいていないことは明白である。

- (4) さらに被告は、「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、父母の監護者指定・引き渡しについて判断しており、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））。」と主張する。

しかしながら、被告の主張とは反対に、乙7号証の63頁には、著者である山岸秀彬東京地方裁判所判事による裁判例の評価として、以下の記載がされている。

「以上の議論の進展を踏まえ、松本哲弘元判事は、・・・その上で、「最近の主な裁判例は、子の福祉について判断するに当たり、子の精神的かつ身体的な

ニーズを満たす存在としての適格性を備えた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展開していることが分かる。つまり、主たる監護者であった者による従来の監護に問題がなく、その監護能力や監護態勢等に問題がなければ、今後の監護は主たる監護者であった者に委ねるのを、基本的な姿勢とし、主たる監護者であった者以外の者を監護者とした事例では、その他に重視すべき事情が存在するものであったといえる。」と分析している。ここでの「主たる監護者」の考慮要素は、中山判事が「子の出生時からの生育歴を全体的に見て判断」すべきとしているところの「継続性」におおむね対応するものということができるように思われる。以上のような考慮要素の整理は、民法766条の改正や家事事件手続法の制定後もおおむね維持されている」

さらに、乙7号証の75頁には、やはり著者である山岸秀彬東京地方裁判所判事による裁判例の評価として、「8 裁判例のまとめ」として、以下の記載がされている。

「8 裁判例のまとめ

(1) 裁判例の傾向とまとめ

ここまで、子の監護者指定・引渡しをめぐる最近の裁判例を紹介してきたが、改めて裁判例の傾向をまとめると、次のとおりである。

すなわち、裁判例は、子の出生以来の主たる監護者が父母のいずれであったかを重視しており、主たる監護者による監護態勢に問題がなければその者による監護を継続することが子の福祉に適うものとして、主たる監護者による子の引渡しの申し立てが認められる傾向にある。」

以上の乙7号証の記載からすると、子の監護者指定・引渡しをめぐる最近の裁判例では、「主たる監護者による監護体制に問題がなければその者による監護を継続することが子の福祉に適うもの」とされていること、つまり子の監護の継続性こそが最も重視されていることが分かるのである。

そのことと、日本では単なる子の連れ去り（引き離し）が、刑事上も民事上も違法とされていないことから、子の監護者や親権者となることを希望する親が、子を連れ去る（引き離す）ことが多発しているのである。それは、何度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）に指摘されていることである。そして、そのように多発している子の連れ去り（引き離し）が連れ去られる（引き離される）親の基本的な人権を侵害する行為であるだけでなく、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は明白である。それは子の福祉を害する行為である。

(5) なお、被告は東京高裁平成17年6月28日決定を引用するが、同決定の事案は、子を連れて別居した同居親の家から、他方親が子を奪取した、というものであるから、原告らの主張に対する反論の根拠とならないことは明白である。

また、被告は横浜家裁横須賀支部平成28年11月9日審判を引用するが、同審判も、子と同居している同居親の留守の間に、別居親が子を連れて出たという事案なのであるから、原告らの主張に対する反論の根拠とならないことは明白である。

3 3項（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は明白であるとはいえないこと）について

(1) (1)について

最高裁大法廷平成27年12月16日判決（女性の再婚禁止期間違憲訴訟）の判示自体は争わない。

(2) (2)について

ア 被告の主張は争う。

イ 被告の主張に対して、原告らは、上でハーグ条約と関連して述べた内容を

再度ここで主張することで、本書面を終えたいと考える。

被告は、「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。」と主張する。

この点、「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、」との被告の主張は、いわば国家として自力救済を容認する内容であって、原告らは到底容認できない。

さらに、被告が「過度に単純化することは不相当である。」と主張する点は、ハーグ条約ではハーグ条約 13 条の例外的な場合を除き、一律に子の連れ去り（引き離し）が違法であるとされていることと矛盾している。

上でも述べたように、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。

この点について、被告は、「加えて、前記1で述べたとおり、・・・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。」と主張するが、それはハーグ条約でも13条により子の連れ去り（引き離し）が許される場合に該当するのである。

さらに、被告は「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ができない上、子を主に監護している親が子を置いて家を出るのが心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・・・に、子の連れ去りを違法であると評価することは、・・・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。」と主張するが、そこで被告が例として挙げている内容（事情）は、ハーグ条約ではハーグ条約13条に該当せず、子の連れ去り（引き離し）が許されない場合に該当する。問題は、日本の国内法において、これを「一般的一律に違法とすることができないのか。その結果子の連れ去り（引き離し）を防ぐことができないのか。」という点にある。

この点につき、被告の「一律に違法と判断することができない」との主張が不合理であることは明白である。なぜならば、日本が批准しているハーグ条約は、上で引用したハーグ条約13条が規定する例外的場合を除いて、全

ての子の連れ去りについて、一般的一律に違法としているからである（上で述べたように、ハーグ条約の批准国である日本が、そのことに異議を述べたり、そのことを理由にハーグ条約からの脱退を検討している事実は存在しない。）。

では、なぜハーグ条約では行えることが、日本の国内法では実施できないのか。その答えは、上でも述べた「両親の親権行使が不一致の場合の解決規定の不存在」（手続規定の不存在）にあるのである。

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続規定を、何も設けていない（「法の欠缺3」）。それが「立法の不備」であることは、以下の論文においても指摘されているところである。繰り返しになるが、再度引用する。

『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解決のための手続規定を、何も設けていないのである（「法の欠缺3」）。

それに対して、ハーグ条約の場合は、例えばフランス人夫と婚姻した日本人妻が子を連れて日本に戻り、ハーグ条約に違反しているとして子を連れてフランスに戻った場合、フランス人夫と日本人妻との関係をどう清算するか、子の監護をどうするかなどの家族の法律関係の問題が、フランス法に基づいて「解決」されるのである。だから、ハーグ条約では、ハーグ条約13条が規定する例外的場合を除いて、全ての子の連れ去りについて、一般的一律に違法として、何ら問題は生じないのである。

ところが、日本法では、上で述べたように、両親の親権行使の意見が一致しない場合の親権行使の解決のための手続規定を、何も設けていないのである（「法の欠缺3」）。

つまり、仮に日本法で、両親の親権行使の意見が一致しない場合の解決のための手続規定が設けられていれば、別居を考えている親が他方親と話し合いを行い、子の居所の決定（それは民法821条及び民法818条3項本文により、両親の親権行使の合致により定められる事柄である。）について合意が成立しない場合には、その親権行使の解決のための手続規定に基づいて、意見の一致の問題を「解決」してから、（その解決の結果、子は別居する親の家に同居することになった場合には）子を連れて別居することができるのである（さらに言えば、被告も主張している面会交流についての法規定が、民法766条1項のように「父又は母と子との面会・・・その他の子の監護について必要な事項は、その協議で定める。」などという規定だけでなく、①面会交流権が自由に、円滑かつ滞りなく行われるための実体的権利義務規定、

②面会交流権が自由に、円滑かつ滞りなく行われるための紛争解決の手続規定、③そして面会交流権が自由に、円滑かつ滞りなく行われるための制裁規定が制定されることで、離婚に際する別居についての法制度としては理想的な形になるはずである。) 。

ところが、日本法で、両親の親権行使の意見が一致しない場合の解決のための手続規定が設けられていないために、子を連れた別居を希望する親は、法律上の解決規定に基づく解決を経ずに、いわば自力救済的に子を連れて別居するのである。そして、現在の裁判実務が、①自力救済的に子を連れて別居したこと自体は違法ではない、としていること、②監護者指定や親権者指定についてその段階で子を監護していることを重視していることから、その自力救済的に子を連れて別居する例が後を絶たないのである。

このハーグ条約の枠組みと、日本法において両親の親権行使の意見が一致しない場合の親権行使の解決のための手続規定が、何も設けていないこと（「法の欠缺3」）を対比することで、問題の所在は明白となる。日本法においても、子の連れ去りを禁止する刑事法（法の欠缺1）と子の連れ去りを禁止する民事法（法の欠缺2）を設ければ、いわばハーグ条約に基づいて、子を連れ去る前の国（上の例ではフランス）に戻った妻と子が、夫との間で家族関係を法律に基づいて解決するプロセスと同じことになるのである。そして、日本の国内法において、刑事法、民事法、手続規定の3つの「法の欠缺」についての法律規定を設ければ、日本が批准しているハーグ条約と同じ解決プロセスが実現できることが理解できる。

このような対比を前提として被告の主張を見ると、その不合理さが明白となる。まず被告は、上でも引用したように、「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か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・・・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。」と主張しているが、親が子を連れて別居した後、被告が懸念している「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かと思うかもしれないと心配したりするなど」した別居親が、同居親の家に行き、子を連れて別居親の家に戻ることは、刑事法の未成年者誘拐罪が適用されるし（被告が準備書面(1)6頁で引用している最高裁平成17年12月6日第二小法廷決定は別居親が子を連れ戻した事案である。）、同居親は監護権侵害として子を連れ去った別居親に対して慰謝料を請求できる（被告が準備書面(2)10頁で引用している名古屋地裁平成14年11月29日判決、東京地裁平成17年4月25日判決及び東京地裁平成18年12月22日判決はいずれも別居親が同居親と同居している子を連れ去った案件である。被告は準備書面(3)15頁において、「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」として同じ裁判例を引用している（原告らが既に指摘したが、大阪地裁平成9年7月28日判決は宗教団体の事案の判決である。）。なお、被告が引用する乙3号証の120頁においても、「父母が別居中の場合には、双方とも親権者ではあるが、一方が監護を継続している方に無断で子を連れ去ったり、実力行使をするなど違法性が高いときには、原則として他方からの引渡請求が認められている（仙台高秋田支決平17[2005]・6・2家月58巻4号71頁、札幌高決平17[2005]・6・3家月58巻4号84頁、大阪高決平17[2005]・6・22家月58巻4号93頁

などで確定した法理となっている、と記載されている。)。逆に、両親が同居している家から一方親が子を他方親の同意なく連れ去っても（引き離しても）、刑事法の未成年者誘拐罪が適用されることはないし（原告らが調査した限り、そのような案件は存在しない。）、子を連れ去られた（引き離された）親は監護権侵害として子を連れ去った（引き離した）親に対して慰謝料を請求できないことが通常である。

この日本法における事案と結果の不平等さが不合理であることは明白である。また、ハーグ条約の枠組みに照らすとその不合理さはより鮮明なものとなることも明白である。全ては、日本法において両親の親権行使の意見が一致しない場合の親権行使の解決のための手続規定が何も設けていないこと（「法の欠缺3」）、さらに、日本法において、子の連れ去りを禁止する刑事法（法の欠缺1）と子の連れ去りを禁止する民事法（法の欠缺2）が設けられていないことから生じた不合理さであることは明白である（なお、乙3号証と乙4号証には被告が引用する記載がされているが、おそらくは日本法において両親の親権行使の意見が一致しない場合の親権行使の解決のための手続規定が、何も設けていないこと（「法の欠缺3」）を「立法の不備」を考えずに記載がされたものと思われる。なお、乙3号証の121頁には、「他方の親の同意を得ないで子を連れて別居すること」について、「ただし、弁護士事務所等連絡先を伝え、他方の親と子との関係性を断つものではないことを示す工夫もいる。」と規定されている。すると、原告らが繰り返し引用している二宮周平『多様化する家族と法Ⅱ』（株式会社朝陽会、2020年）47-49頁（甲A41）では、「**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。**」と指摘されているように、現在大きな社会問題となっている子の連れ去り問題では、子を一方的に連れ去った親が子と他方親との関係を断絶する点が大きな問題点として指摘されているのであるから、被告が自らの

根拠として引用している乙3号証は、全面的に被告の主張の根拠となる内容ではないことは明白である。)

以上からすると、被告の「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。」との主張は認められないことは明白である。

ウ また被告は、「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、子の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。」と主張するが、上で見たとおり、被告が引用している裁判例の分析では、現在の親権者や監護者指定の審判においては、別居後の監護の継続性を最重要視していることが明記されているのであるから、この点についても被告の主張が認められないことは明白である。

エ そして被告は、「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。」と主張するが、原告らがこれまで述べてきたところからも、日本が批准しているハーグ条約の枠組みと同様の日本の国内法を制定すれば、ハーグ条約13条が規定する親の子に対する暴力等がある場合を例外として、一般的一律に子の連れ去り（引き離し）を刑事法と民事法において違法とし、同時に両親の親権行使の

不一致の際の紛争解決規定を設けることで、ハーグ条約に基づいて外国に戻った親と子が現地の法律で家族関係の「解決」がされるように、日本の国内法においても、紛争解決規定で両親の親権行使の不一致の「解決」がされるのである。日本の法律において、刑事法（法の欠缺1）、民事法（法の欠缺2）、そして紛争解決のための手続規定（法の欠缺3）が存在しないために、子の連れ去り（引き離し）が行われ、他方親と子の基本的人権に重大な侵害がされていることは、原告らが本件で引用した以下の国会議員の指摘において既にされている。その国会議員の指摘では、「子を連れ去られ、面会も拒絶され、子に全く会えなくなった苦痛から自殺する親もいる。」とされており、「子の連れ去り」によって、最も重要な基本的人権である「生命」が失われる事態が生じていることが指摘されているのである。それにも拘わらず、国会（国会議員）は「子の連れ去り」を防ぐための刑事法（法の欠缺1）、民事法（法の欠缺2）、紛争解決のための手続規定（法の欠缺3）の立法を行ってこなかったのである。以上からすると、国会（国会議員）の本件立法不作為について、「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」に該当することは明白である。

原告らが本件で引用した以下の国会議員の指摘を再度引用する。

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）。

「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。」

以上

(別紙)

1 親子の面会交流権が、親の基本的人権であると同時に、子の基本的人権であることについて

(1) 総論（親子の面会交流権は、親の基本的人権であると同時に子の基本的人権であることについて）

親子の面会交流権は、親の基本的人権であると同時に子の基本的人権であることは、以下の諸文献、外国の立法、裁判例などにおいて指摘されているとおりである。

ア アメリカについて

①山口亮子『日米親権法の比較研究』（日本加除出版株式会社，2020年）
316－318頁（甲A127）

「2 面会交流権の権利性

面会交流権の権利性について、学説は民法的側面から、監護に関連する権利とする説、親権の一権能であり監護権の一部とする説が主張されてきた。

他方、民法の視点から離れて考えると、離婚後の非親権者の子との面会交流は、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り、監護する機会を与えられていない非親権者の子との面会交流は、親子という身分関係から当然認められる自然権的な権利であり、監護する機会を与えられていない非親権者の愛情、親子の関係を事実上保障する最後の絆であるとする自然権説が早くから主張されていた。また、面会交流権を幸福追求権、自己決定権、親子の親交権として憲法13条に求める説も主張されており、近年は、憲法上の権利たる「子どもとの人的結合それ自体への権利」の一つとする説、人格的権利とする説がある。さらに、子どもの権利説、親の権利であり子どもの権利である説（注78：二宮周平「面会交流の権利性～人格権的構成（2）」戸籍時報787号5頁（2019年）は、親の権利（および義務）であると同時に子

の権利であるとする複合的権利説が、面会交流に関する学説の到達点と指摘する。)との主張もされてきた。

面会交流権を、離婚時の非親権者という親権を有しない親が有する親固有の権利とする観点からみていくと、この権利の根拠は、親権・監護権という民法上の権利に基づかない自然権および憲法上の権利に求めることができる。面会交流権を親固有の権利とみなすことで、親権喪失および親権停止時においても否定されない権利ということができる。これは民法等改正の立案担当者も認めるところである。

欧米をはじめ諸外国では、面会交流については、離婚後に親権または身上監護権を有しない親の固有の権利とみなしている国が多い。第I部第4章でみてきたように、アメリカでは、面会交流権は親の憲法上の権利であり、国家の介入を排除する親のプライバシー権から構成される権利としている。離婚という夫婦間の法的関係解消があっても、親子の関係から導かれるこの権利の主張は妨げられない。したがって、この考えによると、親が子と関わる権利は、子への有害性が証明されない限り確保されるべき権利であり、親権者により否定されないのはもちろん、国家からも原則として否定されるべきではない権利とされている。面会交流権を民法上の制度である親権とは別のものと把握することで、その制限の在り方も異なってくる。」

②一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A128）

山口亮子「アメリカにおける離婚後の親権制度」106－107頁（甲A128の4）

「IX 面会交流

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 contact", "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だから、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。」

イ ドイツについて

上のアの①で引用した山口亮子『日米親権法の比較研究』（日本加除出版株式会社、2020年）316－317頁（甲A127）においては、以下のとおり指摘されていた。

「2 面会交流権の権利性・・・

面会交流権を、離婚時の非親権者という親権を有しない親が有する親固有の権利とする観点からみていくと、この権利の根拠は、親権・監護権という民法上の権利に基づかない自然権および憲法上の権利に求めることができる。面会交流権を親固有の権利とみなすことで、親権喪失および親権停止時においても否定されない権利とすることができる。これは民法等改正の立案担当者も認めるところである。

欧米をはじめ諸外国では、面会交流については、離婚後に親権または身上監護権を有しない親の固有の権利とみなしている国が多い。・・・」

ここで指摘されている、「欧米をはじめ諸外国では、面会交流については、離婚後に親権または身上監護権を有しない親の固有の権利とみなしている国が多い。」とされている国の1つがドイツである。

ドイツでは、以下で引用する高橋由紀子「ドイツ婚外子の父の交流権」（甲A129の1）に記載されているとおり、親権を有しない親も、さらには法律上の親ではない生物学上の親についても、子との面会交流権が「親の自然権から生じたもの」であるとして、認められているのである。特に、法律上の父ではなく、生物学上の父に、子との面会交流権が認められたということは、それは法律上の制度であることを超えて、人が人として生まれたことで当然に有する基本的人権（自然権、自然的権利）であることを意味している。

また以下では、ドイツに続いて、オーストリア、スイス、韓国において、親と子の面会交流権が基本的人権であるとされていることを引用する。

高橋由紀子「ドイツ婚外子の父の交流権」（甲A129の1）

① 69頁以下

「（69頁）

3 連邦憲法裁判所判決・・・

婚外子の父の交流権もまた、2つの連邦憲法裁判所判決により大きく前進した。・・・

（73頁以下）

1 1995年3月7日決定・・・

本決定は母あるいはその夫による婚外子の養子収養への実父の同意権を扱っているが、その判断の基礎となっているのは基本法6条2項1文の親の権利の担い手である婚外子の父と子の交流である。連邦憲法裁判所は交流権が親の自然権から生じると考えていることが本決定では明白である。そして、連邦憲法裁判所のこの考えが1997年の法改正の基礎となったのである。

（74頁）

2 2003年4月9日決定

1995年3月7日の連邦憲法裁判所決定で、法的に父と確認されている婚外子の父はすべて基本法6条2項1文にもとづく親の権利の担い手であること

が確認された。

2003年4月9日の決定はさらに一步進めて、実の父であるが法的な父でないいわゆる「生物学的父」も基本法上の保護を受けることを認めた。」

②67頁以下

「(3) 「父性取消に関する規定（および子と結びつきのある者の交流権）の変更のための法律」

連邦憲法裁判所は2003年4月9日の決定で、実父ではあるが、法律上の父でないいわゆる生物学的父と子との間に社会的家族関係が存在しているのに、実父に交流権を認めなかった限りにおいて、1685条は基本法6条1項（婚姻および家族の特別の保護）に反し違憲であると宣言した。そして、立法府に対して、2004年4月30日までに関連条文を基本法に合致させるように改正することを求めた。議会はそれに応じ2004年の「父性取消に関する規定（および子と結びつきのある者の交流権）の変更のための法律」で民法の関連規定を改正した。」

参照：高橋由紀子「ドイツ婚外子の父の交流権」（甲A129の1）67頁以下で引用されている「基本法6条1項（婚姻および家族の特別の保護）」の条文は、以下のとおりである。

ドイツ憲法6条（婚姻、家族、母および子の保護）(1)

「婚姻および家族は、国家秩序の特別の保護を受ける。」（甲A129の2号証178頁）。

ウ オーストリアについて

①床谷文雄・本山敦編『親権法の比較研究』（甲A130）

渡邊泰彦「オーストリア」（甲A130の5）

164頁

「Ⅷ 人的コンタクト権

1 概説

未成年の子とこの者と同居していない父母の一方の間の面会交流の権利は、基本権および人権に含まれ、子の権利であるとともに、親の権利でもある。私的生活および家庭生活の保護（ヨーロッパ人権条約8条）のもとにある人権であるとともに、子の権利に関する連邦憲法2条1項は「すべての子は、父母双方との規則的な関係及び直接のコンタクトへの請求権を有する。ただし、これが子の福祉に反する場合にはその限りではない」と定めている。また、子の福祉の判断基準として、新138条9号は、子と父母などのコンタクトと結び付きを明示している。

コンタクト権の目的は、血族またはその他の者との特に親密な結びつきを維持して、疎遠とならないようにする点にあり、子の福祉が決定的なものである。

旧148条以下でも人的交流、訪問権を定めており、2001年改正までは、未成年の子の教育と教育が帰属していない父母の一方の権利とされていた（旧148条1項1文）。2001年改正では、未成年の子と共同の家政において生活していない父母の一方と子は相互に人的に交流する権利を有し（旧148条1項1文）、子の権利でもあることを明確にした。」

参照：ヨーロッパ人権条約（甲A131）

「8条（私生活及び家庭生活の尊重についての権利）

1 すべての者は、その私的及び家庭生活、住居及び通信の権利を有する。」

エ スイスについて

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A128）

渡邊泰彦「スイスにおける離婚後の親の配慮」（甲A128の6）

① 213 - 214 頁

「v 離婚後の親子の人的交流

1 離婚後の共同配慮と人的交流の関係

人的交流への請求権は、判例によれば、父母の一般的人格権から導き出される。親の配慮から生じるのではなく、親子関係の効果によって発生する。また、人的交流権は、ヨーロッパ人権条約8条による家族生活の尊重の一部として保障される。

人的交流には、実際に父母の一方と子が会うという訪問（Besuch）のほかに、手紙や電話でのやりとり、インターネットでのやりとりも含まれる。

民法273条から275条までの人的交流の規定は、2000年から施行された離婚法改正によって現在の形となっている。・・・

子の側から見た人的交流の目的は、父母双方と定期的に人的なコンタクトを有することである。それにより、子のアイデンティティの探求を促すとともに、配慮又は監護を有しない父母の他方を理想化すること、悪人と思うことを妨げるものとされる。

配慮又は監護を有しない父母の一方及び子は、適切な人的交流への請求権を相互に有する（民法273条1項）。」

② 186 - 187 頁

「(4) ヨーロッパ人権裁判所

スイスは、EU加盟国ではないが、欧州評議会には1963年から加盟しており、ヨーロッパ人権裁判所の対象となっている。スイス連邦憲法13条1項の婚姻と家族に関する規定はヨーロッパ人権条約8条1項とほぼ同じ文言であり、その解釈にはヨーロッパ人権裁判所の判例が大きく影響を及ぼしている。

例えば、親の配慮の定めの際に父母の一方の不利益は私的利益と家族生活の尊重への権利（ヨーロッパ人権条約8条）との関連における差別禁止（同14条）に違反するとしたヨーロッパ人権裁判所2009年12月3日判決（ツァ

ウネガー対ドイツ事件) と、2011年2月3日判決(シュポラー対オーストリア事件) は、2014年民法改正に導く一つの要因となった。」

参照：スイス憲法(甲A132)

「13条(私的領域の保護)

1 全ての人は、私生活及び家族生活、住居並びに信書、郵便及び電気通信の交換の尊重を要求する権利を有する。」

参照：ヨーロッパ人権条約(甲A131)

「8条(私生活及び家庭生活の尊重についての権利)

1 すべての者は、その私的及び家庭生活、住居及び通信の権利を有する。」

オ 韓国について

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A128)

金亮完「韓国における離婚後の親権制度」236頁(甲A128の7)

「2 面会交流

(1) 実体法上の根拠

1990年改正により、面会交流(韓国法では「面会交渉」という用語が用いられている。)を子を直接養育しない父又は母の権利を定めた837条の2が新設された。その立法趣旨は、「保護と養育をしない親といえども、自己の未成年の子と接触をもち、順調な成長を見守りたい心情は、親としての自然な情であり、したがって、そのような接触の機会を親から剥奪するのは、極めて酷なことである。しかしながら、今日の親子法の理念が、いわゆる『子の福祉的な性格』強調している以上、親の主観的な主張のみを考慮することはできない。したがって、面会交流権の問題を考える際には、子の福祉という観点を優

先的に考慮しなければならない」というものであった。

その後の2007年改正により、韓国民法837条の2の1項は、「子を直接養育しない父母の一方と子は、互いに面会交流をする権利を有する」と改められ、父母及び子を面会交流の権利主体として認めている。」

カ 親子の面会交流権は、親と子のそれぞれの基本的人権であることについては、以下の日本の裁判例においても認められている。

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大阪家裁昭和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25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A133）。

⑧また、東京地裁令和元年（2019年）11月22日判決は、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」として賠償命令を出した（甲A134）。

⑨これらの裁判例からも明白なように、親と子の面会交流権は、日本国憲法下では、憲法13条が保障する人格権や幸福追求権に含まれる「基本的人権」として保障されているものである。

キ 外国法においては、親と子の面会交流権についての、当事者の具体的な権利

義務規定が設けられていることについて

(ア) 総論

最高裁大法廷平成27年12月16日判決（平成25年（オ）第1079号，女性の再婚禁止期間違憲訴訟）は，当時の民法733条で6箇月とされていた女性の再婚禁止期間の内，100日を超える部分を違憲とした理由を，外国法を引用した上で，次のように判示している。それは，諸外国の立法の動向が，日本国憲法の解釈に影響を与える立法事実であることを示している。

「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。」

この最高裁大法廷平成27年12月16日判決（平成25年（オ）第1079号，女性の再婚禁止期間違憲訴訟）の立場からすると，親と子の面会交流権について具体的権利義務規定を設けて保障している，以下で引用する諸外国の法制度の存在は，日本国憲法の解釈に影響を与える立法事実として存在するものである。

(イ) アメリカ

①山口亮子『日米親権法の比較研究』（甲A127）

134頁

「このように法的，社会科学的検証の両面より，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。現在アメリカ各州法では，離婚後に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基本政策として，離婚後の親子の交流を積極的に認めている。そしてすべての州法で，別居時および離婚時に別居親には相当程度交流する訪問権（reasonable visitation）が付与されており，アメリカでは離婚後の親子の交流は当然のこととして受け止められている。このため，親子の交流を促進させるよう，監護権者決定基準においても，一方配偶者と子どもとの頻繁かつ継続した関係を促進できる親を要件に挙げている州もある。」

(ウ) フランス

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』

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」（甲A128の3）

39頁

「(iv) 訪問権

訪問権は，両親の離別後に，親権が共同行使されるが交代居所が認められない場合，また，親権が単独行使される場合にも認められる。そして，後記の育成扶助の措置において親権が制限される場合にも認められる。なお，訪問権は，親だけでなく，祖父母・継親などの第三者（民法典371-4条），兄弟姉妹（民法典371-5条）にも認められる。」

②栗林佳代『子の利益のための面会交流 フランス訪問権論の視点から』（法律文化社，2011年）（甲A135）

263-264頁

「(263頁)

4 2007年法および2010年法による訪問権の改正

(1) 父母の訪問権

(264頁)

民法典373-2-1条(2010年7月9日法律第2010-769号による改正)

子の利益が命ずるならば、裁判官は、両親の一方に親権の行使を委ねることができる。

訪問権および宿泊させる権利は、重大な事由によるのでなければ、他方の親に対して拒否できない。

親権の行使をしない親と子との関係が、連続的で実質的であり、かつ、それを要求する場合には、家族事件裁判官は、このために指定された面会場における訪問を命ずることができる。

子の利益が命ずるか、一方の親に対する子の直接の引き渡しが子と他方の親のどちらかに危険をもたらす場合、裁判官は、訪問権が、指定された面会場において、または、信頼できる第三者あるいは資格のある法人の代表の立会いのもので、実行されることを命ずることができる。

親権の行使をしない親は、子の養育および育成を監督する権利と義務を保持する。この親は、子の生活に関する重要な選択を通知されなければならない。この親は、第371-2条により課される義務を遵守しなければならない。」

(エ) ドイツ

①床谷文雄・本山敦編『親権法の比較研究』(日本評論社、2014年)(甲A130)

床谷文雄「ドイツ」(甲A130の4)

130頁

「IV 子との面会交流

1 子と父母双方との面会交流の制度的保障

(1) 面会交流権

子は、父母双方と交流する権利を持つ。他方、配慮権の有無とは関係なく、父母は子と交流する義務を負い権利を有する（1684条1項）。また父母は、子と他方の交流・関係を侵害してはならない（同条2項）。」

(オ) オーストリア

①床谷文雄・本山敦編『親権法の比較研究』（甲A130）

渡邊泰彦「オーストリア」（甲A130の5）

164－166頁

「Ⅷ 人的コンタクト権

1 概説

未成年の子とこの者と同居していない父母の一方の間の面会交流の権利は、基本権および人権に含まれ、子の権利であるとともに、親の権利でもある。私的生活および家庭生活の保護（ヨーロッパ人権条約8条）のもとにある人権であるとともに、子の権利に関する連邦憲法2条1項は「すべての子は、父母双方との規則的な関係及び直接のコンタクトへの請求権を有する。ただし、これが子の福祉に反する場合にはその限りではない」と定めている。また、子の福祉の判断基準として、新138条9号は、子と父母などのコンタクトと結び付きを明示している。

コンタクト権の目的は、血族またはその他の者との特に親密な結びつきを維持して、疎遠とならないようにする点にあり、子の福祉が決定的なものである。

旧148条以下でも人的交流、訪問権を定めており、2001年改正までは、未成年の子の教育と教育が帰属していない父母の一方の権利とされていた（旧148条1項1文）。2001年改正では、未成年の子と共同の家政において生活していない父母の一方と子は相互に人的に交流する権利を有し（旧148条1項1文）、子の権利でもあることを明確にした。・・

2 人的コンタクト

2013年改正により、訪問権は、人的コンタクト権と改められた（186

条以下)。子と父母それぞれは、規則的、かつ、子の需要に相応した人的コンタクトへの権利を有する(新187条1項1文)。父母それぞれは子と人的コンタクトを含めた人的関係を絶やさないようにしなければならない(人的コンタクトを含めて個人的に親しくしなければならない)として(新186条)、父母の義務と構成している。そして、人的コンタクトという用語によって、特に親密な関係が開かれ、保障されることを表している。

まず、人的コンタクトは、子の休日や休暇中に行われる。・・

さらに、日常においても行われる点で、旧法の訪問権と大きく異なる(新187条1項3文)。日常における人的コンタクトとして、子の学習や宿題をみてやり、監督することなどを、父母で分け合うことが考えられる。コンタクトをとおして、父母の一方と子との間の人的関係を保障するのみならず、子を世話する父母の他方の負担が軽減される。

このように日常生活にまで拡大されたコンタクト権は、個々の事業の状況によって可能な限りで実現される。」

参照：ヨーロッパ人権条約(甲A131)

「8条(私生活及び家庭生活の尊重についての権利)

1 すべての者は、その私的及び家庭生活、住居及び通信の権利を有する。」

(カ) スウェーデン

①床谷文雄・本山敦編『親権法の比較研究』(甲A130)

千葉華月「スウェーデン」(甲A130の8)

266-267頁

「3 面会交流

(1) 親との面会交流

子どもは、子どもと同居していない親との面会交流権を有する。子どもの両

親は、同居していない親との子どもの面会交流の必要性が可能な限り満たされるようにする共同責任を有する（同法6章15条）。子どもが両親双方の監護に服し、同居しない親と面会交流する場合には、他方の親は、特別な事情がない限り面会交流を促進しうる子どもに関する情報を提供しなければならない。監護権を有しない親または子どもと特に親しい者との面会交流を行う場合、監護親は、子どもに関する情報を（注47：子どもの転居，学校教育，健康に関する情報等さまざまな情報が含まれる。），提供しなければならない（同法6章15条）。

子どもが両親の共同監護または単独監護に服している場合、両親は、子どもと同居していない親と子どもとの面会交流に関する契約を締結できる。両親が契約に至らない場合には、面会交流を求める一方の親または社会福祉委員会の申立てにより裁判所は面会交流に関する決定を行うことができる（同法同章15条a条）。」

(キ) スイス

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A128）

渡邊泰彦「スイスにおける離婚後の親の配慮」（甲A128の6）

① 213頁

「v 離婚後の親子の人的交流

1 離婚後の共同配慮と人的交流の関係

人的交流への請求権は、判例によれば、父母の一般的人格権から導き出される。親の配慮から生じるのではなく、親子関係の効果によって発生する。また、人的交流権は、ヨーロッパ人権条約8条による家族生活の尊重の一部として保障される。

人的交流には、実際に父母の一方と子が会うという訪問（Besuch）のほかに、手紙や電話でのやりとり、インターネットでのやりとりも含まれる。

民法273条から275条までの人的交流の規定は、2000年から施行された離婚法改正によって現在の形となっている。・・

子の側から見た人的交流の目的は、父母双方と定期的に人的なコンタクトを有することである。それにより、子のアイデンティティの探求を促すとともに、配慮又は監護を有しない父母の他方を理想化すること、悪人と思うことを妨げるものとされる。

配慮又は監護を有しない父母の一方及び子は、適切な人的交流への請求権を相互に有する（民法273条1項）。」

②186－187頁

「(4) ヨーロッパ人権裁判所

スイスは、EU加盟国ではないが、欧州評議会には1963年から加盟しており、ヨーロッパ人権裁判所の対象となっている。スイス連邦憲法13条1項の婚姻と家族に関する規定はヨーロッパ人権条約8条1項とほぼ同じ文言であり、その解釈にはヨーロッパ人権裁判所の判例が大きく影響を及ぼしている。

例えば、親の配慮の定めの際に父母の一方の不利益は私的利益と家族生活の尊重への権利（ヨーロッパ人権条約8条）との関連における差別禁止（同14条）に違反するとしたヨーロッパ人権裁判所2009年12月3日判決（ツァウネガー対ドイツ事件）と、2011年2月3日判決（シュポラー対オーストリア事件）は、2014年民法改正に導く一つの要因となった。」

参照：スイス憲法（甲A132）

「13条（私的領域の保護）

1 全ての人、私生活及び家族生活、住居並びに信書、郵便及び電気通信の交換の尊重を要求する権利を有する。」

参照：ヨーロッパ人権条約（甲A131）

「8条（私生活及び家庭生活の尊重についての権利）

1 すべての者は、その私的及び家庭生活、住居及び通信の権利を有する。」

(ク) オーストラリア 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A128）

小川富之、室戸育世「オーストラリアの離婚後の親権制度」（甲A128の5）

① 133頁

「5 子の監護及び養育

親子関係に関する規定は、1996年にオーストラリアでの改正があり、連邦家族法の親子に関する紛争を扱う第7章が改正された。この改正により、後見及び面会交流に関する従来の考え方が大幅に変更された。連邦家族法第7章は、60条のBの1項（S60B（1））から始まっており、本章の目的について次のように規定している。

「・・・本章の目的は、子どもが適切かつ十分に父母からの監護・教育を受けることを確保し、子どもが有する自己の能力を十分に発揮することを援助し、子どもの監護、福祉及び発達に関し、父母がその義務を果たし、その責任に応えることを確保することにある。」

これらの目的（目標）の基礎をなす諸原則については60条のBの2項（S60B（2））で、次のように明確に規定されている。

・子どもは、父母の現在の婚姻関係若しくは同居・別居、又は、これまでの婚姻関係若しくは同居・別居にかかわらず、自分の父母について知る権利を有し、また、自分の父母による監護・教育を受ける権利を有する。

・子どもは、自分の父母並びに監護、福祉及び成長に重大なかわりを有するその他の者と定期的に会う（**contact**）権利を有する。

・父母は共に、子どもの監護、福祉及び成長に関する義務と責任を有する。

・父母は、子どもの将来の監護・教育に関して合意を形成しなければならない。」

② 142頁

「4. 監護に関する事項

(1) 養育命令

養育命令及び養育計画は、親責任及び子どもの世話、福祉及び成長発達に関する一切の事項について取り決めることができる（養育命令について、64条B、及び、養育計画について、63条C）。具体的には、親責任の付与割当（c号）の他、子どもが共に暮らす（live with）べき者（a号）、子どもが他者と共に過ごす時間（spend time with）（b号）、複数の親責任者間における親責任の負担を果たす上での協議の形態（d号）、子どもが他者で行うべき通信（communication）（e号）、子どもの扶養（f号）等である。このうち「子どもが共に暮らす」・「子どもが共に時間を過ごす」・「通信」は、2006年改正法により、従来の「居所（residence）」及び「面会交流（contact）」に替えて導入された概念である。ただし、「子どもが共に時間を過ごす」は「面会交流」の完全な代替概念ではなく、共同養育推進の理念のもと、従来の居所（包括的監護）/面会交流（限局的監護）という区別を横断する（又は超越する）中立的な概念として位置づけられている。」

③ 145頁

「5. 面会交流

2006年法改正により、「面会交流（contact, 1995年法改正により導入）」概念は廃止され、代わりに、「時間を共に過ごす（spend time with）及び（communication）」という用語をもって表現することになった。」

(ケ) オーストラリア2

メルボルン日本領事館オーストラリア家族法の頁（甲A136）

「Q2. 共同親権とは何ですか。

豪州では日本と異なり、そもそも法原則として親権の概念を採用していません。

1995年、Family Law Amendment Act 1995（以下「連邦家族法改正法令」）の施行以来、豪州ではそれまでの、父母の別居後、一方の親に子どもに対する権利や責任を与える監護権（Custody）の原則が廃止され、それ以降は別居後も父母双方が平等に義務と責任を有する共同監護養育責任（Joint/shared parental responsibility）の基準が採用されました。これは、子どもとの面会交流においても同じで、豪州では、親の子どもとの面会権（Access, Visitation）という概念を排除し、子どもが父母の別居後、どちらか一方の親と同居したとしても、子どもはもう一方の親は子どもと共に時間を過ごし（Time Spent）、実質的に子どもが父母双方とも生活を共にできるよう配慮した施策を取り入れ、子どもが父母双方とも充実した交流（Communication）を持つことを目的としています。これによって、親には子どもを所有する権利があるかのようなそれまでの基準を一掃し、別居後の単独親権や監護者指定から、むしろ子どもに親と面会する権利がある「子どもの権利」へと基準が移行したと同時に、子どもが父母と平等に面会する（時間を過ごす）という取り組みが実質的に始まりました。このため現在、豪州には日本では認知されている親権や単独親権の概念はありません。

共同監護養育責任は、子どもと居住しているか否かに関わらず、18歳未満の子どもに適用し、実際には父親と母親とが子どもの人生に係わる大きな決断を共に話し合っ決めていくこととなります。子ども教育に関して取り上げると、例えば進学先の学校の選択から、スポーツや文化的な習い事の決定まで、父母双方が子どもの成長に係わり、一方の親が他方の親の関与を一方的に拒否することを禁止しています。

その一方で、「父母双方に子どもを監護養育する義務があり、子どもは父親からも母親からも監護養育を受ける権利がある」とするのは推定理論に過ぎず、

裁判になれば子どもの監護養育責任の分担は「子どもの最善の利益」を前提に審理されます。

父母双方に子どもの監護養育責任が課されているとはいえ、それは「子どもの最善の利益」の実現の為であって、親がアルコール中毒や麻薬中毒であったり、家庭内暴力を振ったりと子どもの安全と健やかな成長に寄与しないようであれば、その親は裁判所の命令によって子どもの監護養育への関与が禁止されることもあり得ます。

子どもにとって何が最善の利益であるかは、子どもを巡る父母間の訴訟では常に争点になります。豪州では子どもの権利を守るため、裁判所の任命によって子どもを代理する弁護士 (**Independent Children's Lawyer**) が就けられるのが一般的です。このため、子どもの監護養育に関する裁判で、裁判官はこの **Independent Children's Lawyer** の見解を重視します。」

「Q8. 面会交流 (Visitation) とは何ですか。なぜ、離婚した後も子どもを相手親に会わせないといけないのですか。

豪州では、親の子どもに対する面会交流権 (**Access, Visitation**) を排除し、子どもが父母の別居後、どちらか一方の親と同居したとしても、子どもはもう一方の親とも時間を過ごし (**Time Spent**)、実質的に子どもが父親とも母親とも生活を共にできるよう配慮した施策を取り入れ、子どもが両親とも充実した交流 (**Communication**) を持つことを目的としています。これによって、子どもが父母と平等に面会する (時間を過ごす) 取り組みが実質的に始まりました。

子どもが父母それぞれといつどれ程の時間を過ごすかについては、何が「子どもの最善の利益」かつ「合理的に実行可能」かを最大限に考慮して決定することになります。週末や誕生日、クリスマスやイースター、父の日、母の日、祖父母との面会、学校の各行事、電話やスカイプでの通話や E メール、SMS、Line、フェイスブックなどの SNS を通じた交流など、父親と母親は監護養育計

画（Parenting Plan）を立て、子どもの面倒を見る上で、相当綿密で詳細な日程を立てることになります。

子どもにとって何が最善の利益であるかを検討するに当たり、豪州では子どもの権利を守るため、裁判所の任命によって子どもを代理する弁護士（Independent Children's Lawyer）が就くのが一般的です。このため、子どもの監護養育に関する裁判で、裁判官はこの Independent Children's Lawyer の見解を重視します。」

(コ) 韓国

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A128）

金亮完「韓国における離婚後の親権制度」236頁（甲A128の7）

「2 面会交流

（1）実体法上の根拠

1990年改正により、面会交流（韓国法では「面会交渉」という用語が用いられている。）を子を直接養育しない父又は母の権利を定めた837条の2が新設された。その立法趣旨は、「保護と養育をしない親といえども、自己の未成年の子と接触をもち、順調な成長を見守りたい心情は、親としての自然な情であり、したがって、そのような接触の機会を親から剥奪するのは、極めて酷なことである。しかしながら、今日の親子法の理念が、いわゆる『子の福祉的な性格』強調している以上、親の主観的な主張のみを考慮することはできない。したがって、面会交流権の問題を考える際には、子の福祉という観点を優先的に考慮しなければならない」というものであった。

その後の2007年改正により、韓国民法837条の2の1項は、「子を直接養育しない父母の一方と子は、互いに面会交流をする権利を有する」と改められ、父母及び子を面会交流の権利主体として認めている。」

(ク) カナダ，ブリティッシュ・コロンビア州

大塚正之『臨床実務家のための家族法コンメンタール（民法親族編）』（勁草書房，2016年）104頁（甲A137）

「(7) カナダ

カナダは，米国同様，州ごとに法律も異なっていますが，例えば，ブリティッシュ・コロンビア州では，親子の面会交流だけではなく，祖父母との面会交流も認められています。」

ク 以上からすると，親と子との面会交流権は，親と子のそれぞれについて，日本国憲法において，憲法13条が保障する人格権や幸福追求権に含まれる基本的人権として保障されていることは明白である。

