

次回期日令和3年9月8日午前11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8月11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(6)

原告らは、被告提出令和3年5月28日付準備書面(4)に対して、以下のとおり反論を行う。

## 目 次

第 1	「第 1 原告準備書面(1)に対する反論」について	3 頁
第 2	「第 2 原告準備書面(2)に対する反論」について	1 7 頁
第 3	第 3 原告らの主張	2 7 頁

第1 「第1 原告準備書面(1)に対する反論」について

1 1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(訴状60ないし62ページ, 原告準備書面(1)99ないし101ページ))について

(1) (1)について

原告らの主張内容は争わない。

(2) (2)について

ア 被告の主張は争う。

イ(ア) 被告は、「しかしながら、児童の権利条約9条1, 同条3及び同条18条1のいずれの条文においても、各条項に規定された権利又は利益の実現の確保の在り方について具体的に規定していない上、同条約9条3は、締約国に対し、定期的に父母のいずれとも人的関係及び直接の接触を維持する子の権利を尊重するよう求めているにすぎず、親の親権の在り方等を具体的に規定したものと解することはできないし、同条約18条1も、締約国に対し、児童の養育及び発達について父母が共同の責任を負うとの認識を確保するために最善の努力を払うよう求めるにとどまっており、いずれにせよ、権利又は利益の実現の確保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、原告らの主張は失当である。」と主張する。

しかしながら、原告らが準備書面(4)34頁7項(6)において引用した名古屋地方裁判所令和3年3月30日(甲A124)は、以下のように判示している。

「(2) 原告園児らの被侵害利益等

児童の権利に関する条約(子どもの権利条約)は、子どもの基本的な人権を国際的に保障するために定められた条約であり、既に発効済みの条約であって、我が国も批准している。同条約3条1項には「児童に関するすべての措置をとるに当たっては、公的若しくは私的な社会福祉施設、裁判所、行政当局又は立法機関のいずれによって行われるものであっても、児童の最善の利益が主として考慮されるものとする」と規定されており、同趣旨に基づき、我が国も児童

の最善の利益を考慮した施策を実施する責務を負っているといえる。

そして、児童福祉法には「全て国民は、児童が・・・社会のあらゆる分野において、児童の年齢及び発達の程度に応じて、その意見が尊重され、その最善の利益が優先して考慮され、心身ともに健やかに育成されるよう努めなければならない。」（2条）、「前2条に規定するところは、児童の福祉を保障するための原理であり、この原理は、すべて児童に関する法令の施行にあたって、常に尊重されなければならない」（3条）と規定されており、児童には最善の利益が保障されなければならないとの趣旨は、本件において、日照阻害等が受忍限度を超えるか否かを判断するに際しても考慮すべきものであると解される。」

「6 争点（5）（原告教会の損害賠償請求の可否）について

（1）原告教会は、本件マンションが建築されたことによって、牧師館を解体・撤去せざるを得なくなったとして、被告らに対し、牧師館の解体・撤去に要した費用の損害賠償請求をしている。

先に認定したように、被告プレサンスは、本件マンションを建築にするに際し、本件マンションによって発生する日影が本件幼稚園における保育にどのような影響を与えるか十分に配慮した上でマンション建築をすべきであったところ、本件幼稚園への日照について一定の配慮をした社内検討案で、本件幼稚園の日照への配慮としては十分であると判断し、日照阻害が園児らに与える影響を園児らの立場に立って最も考えることのできる原告園長らの意見を聴くなどして、本件幼稚園における保育のカリキュラムに与える影響度合いなどの検討を十分にすることなく、本件マンションを建築することを決め、そのため、午後の「クラス活動」は、半年以上園庭に日差しがない状況で実施せざるを得なくなり、何らの対応策も講じなければ園児らに受忍限度を超える保育環境の悪化が発生することが予測される事態となったため、原告教会は、本件幼稚園における日照を確保するための対応策として基本財産である牧師館を撤去・解体

することを行わざるを得なかったことが認められる。被告プレサンスは、本件マンションを建築した場合には、本件幼稚園の園庭の日照が阻害されることは自ら作成した日影図等によって把握しており、その結果、園庭の外遊びを中心に実施されていた本件幼稚園における午後の「クラス活動」に支障が生じることも把握可能であった。そのような状況で本件マンションを建築することになれば、園児らの最善の利益を重視する原告教会が午前中の日照を改善して1日を通じての日照環境を確保するため牧師館の解体・撤去の決断をせざるを得なくなるということについても認識可能であったといえる。

したがって、被告プレサンスは、本件幼稚園の日照について配慮すべき義務を十分に尽くすことを怠ったため、原告教会に牧師館の解体・撤去の費用を負担させるといふ損害を被らせたものであるから、原告教会は、被告プレサンスに対し、不法行為に基づき、牧師館を解体・撤去するために要した費用259万2000円及びこれに対する不法行為の後（訴状送達の日翌日）である平成30年9月13日から支払済みまで平成29年法律第44号による改正前の民法所定の年5分の割合による遅延損害金の支払を求めることができる。」

すると、名古屋地方裁判所令和3年3月30日は、「（2）原告園児らの被侵害利益等 児童の権利に関する条約（子どもの権利条約）は、子どもの基本的な人権を国際的に保障するために定められた条約であり、既に発効済みの条約であって、我が国も批准している。同条約3条1項には「児童に関するすべての措置をとるに当たっては、公的若しくは私的な社会福祉施設、裁判所、行政当局又は立法機関のいずれによって行われるものであっても、児童の最善の利益が主として考慮されるものとする」と規定されており、同趣旨に基づき、我が国も児童の最善の利益を考慮した施策を実施する責務を負っているといえる。」と判示して、具体的な損害賠償責任を肯定したのであるから、日本の法律制度において、児童の権利に関する条約が、その条約自体における各条項に規定された権利又は利益の実現の確保の在り方について具体的に規定した条約

であること、さらには、権利又は利益の実現の確保のための規定を全く設けな  
いことまでが各締約国に委ねられているものではないことは明白である（児童  
の権利に関する条約3条2項は、「締約国は、児童の父母、法定保護者又は児  
童について法的に責任を有する他の者の権利及び義務を考慮に入れて、児童の  
福祉に必要な保護及び養護を確保することを約束し、このため、すべての適当  
な立法上及び行政上の措置をとる。」と規定しているのであるから、同条約の  
締約国である日本の国会（国会議員）が、児童の福祉に必要な保護及び養護を  
確保するための立法上の措置をとる立法義務を負っていることは明白であ  
る。）。

(イ) この点につき、夫婦別姓訴訟の最高裁大法廷令和3年6月23日決定の裁判  
官宮崎裕子、同宇賀克也の反対意見では、以下の指摘がされている。

「ウ 我が国が女子差別撤廃条約に基づいて夫婦同氏制の法改正を要請する  
3度目の正式勧告を平成28年に受けたという事実は夫婦同氏制が国会の立法  
裁量を超えるものであることを強く推認させること

(ア) 女子差別撤廃条約は1981年（昭和56年）に発効しており、我が国  
は1980年（昭和55年）にこれを締結し、1985年（昭和60年）には  
国会で批准され、公布もされている。我が国においては、憲法98条2項によ  
り、条約は公布とともに国内的効力を有すると解されており、条約が締約国に  
対して法的拘束力がある文言で締約国の義務を定めている場合には、かかる義  
務には、国家機関たる行政府、立法府及び司法府を拘束する効力があると解さ  
れる。したがって、立法府は、女子差別撤廃条約についても、法的拘束力があ  
る文言で規定されている限り、同条約が定める義務に違反する法律を改廃し、  
義務に反する新規立法を回避し、もって同条約を誠実に遵守する義務がある。

(イ) 女子差別撤廃条約2条、16条1項は、「締約国は、・・・合意し（agree  
to）・・・約束する（undertake）」、「締約国は、・・・適当な措置をとるも  
のとし（shall）・・・確保する（ensure）」と規定し、締約国自身が所要の措

置をとること（国内法の整備）を通じて定められた権利を確保する義務を負うことを定めている。因みに、条約において、「agree to ～（～に合意する）」、「shall～（～ものとする）」、「undertake ～（約束する）」、「ensure ～（～を確保する）」という用語が使われる場合、法的拘束力があることを示すことに疑問の余地はない。女子差別撤廃条約はアラビア語、中国語、英語、フランス語、ロシア語及びスペイン語を等しく正文とする（つまり日本語版は仮訳にすぎない）ところ、英語では、同条約2条は「agree to」、16条1項は「shall」をもって規定されているから、法的拘束力を持たせる趣旨であることは明確といえる。

(ウ) なお、これらの条項は、我が国の国民に対して直接何らかの権利を付与するものではないので、国民に対する直接適用可能性はないと解されるが、そのことは、これらの条項が国内的効力を有することを否定する理由にはならない。今日の国際法学においては、直接適用可能性は国内的効力の前提ではなく、逆に、国内的効力が直接適用可能性の前提と一般に解されているからである。」

これを児童の権利に関する条約にあてはめると以下のとおりになる。

「(ア) 児童の権利に関する条約は1990年（平成2年）に発効しており、我が国は1990年（平成2年）にこれに署名し、1994年（平成6年）には国会で批准され、公布もされている。我が国においては、憲法98条2項により、条約は公布とともに国内的効力を有すると解されており、条約が締約国に対して法的拘束力がある文言で締約国の義務を定めている場合には、かかる義務には、国家機関たる行政府、立法府及び司法府を拘束する効力があると解される。したがって、立法府は、児童の権利に関する条約についても、法的拘束力がある文言で規定されている限り、同条約が定める義務に違反する法律を改廃し、義務に反する新規立法を回避し、もって同条約を誠実に遵守する義務がある。

(イ) 児童の権利に関する条約9条1項、同条2項、同条3項、18条1項は、

「締約国は、・・・確保する (shall ensure) 」, 「すべての関係当事者は・・・・機会を有する (shall be given) 」, 「締約国は、・・・尊重する (shall respect) 」, 「締約国は、・・・最大限の努力を払う (shall use their best efforts) 」と規定し、締約国自身が所要の措置をとること (国内法の整備) を通じて定められた権利を確保する義務を負うことを定めている。因みに、条約において、「shall～ (～ものとする) 」, 「ensure ～ (～を確保する) 」という用語が使われる場合、法的拘束力があることを示すことに疑問の余地はない。児童の権利に関する条約はアラビア語、中国語、英語、フランス語、ロシア語及びスペイン語を等しく正文とする (つまり日本語版は仮訳にすぎない) ところ、英語では、同条約9条1項は「shall ensure」, 同条2項, 同条3項, 18条1項は「shall」をもって規定されているから、法的拘束力を持たせる趣旨であることは明確といえる。」

そして、①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こと、そして、②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こと、また、③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を、批准国に期待していることは、原告らが既に引用した甲A54号証 (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2月号5—10頁で指摘されているところである。

すると、被告による「児童の権利条約9条1, 同条3及び同条18条1のい



ずれの条文においても、各条項に規定された権利又は利益の実現の確保の在り方について具体的に規定していない上、同条約9条3は、締約国に対し、定期的に父母のいずれとも人的関係及び直接の接触を維持する子の権利を尊重するよう求めているにすぎず、親の親権の在り方等を具体的に規定したものと解することはできないし、同条約18条1も、締約国に対し、児童の養育及び発達について父母が共同の責任を負うとの認識を確保するために最善の努力を払うよう求めるにとどまっており、いずれにせよ、権利又は利益の実現の確保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、原告らの主張は失当である。」との主張が認められないことは明白である。

ウ また被告は、「なお、原告らは、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が児童の権利条約9条1に反する可能性があることが、本件における立法不作為を基礎付けると主張するが(原告準備書面(1)100及び101ページ)、その根拠は不明である。その点をおくとしても、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・判例秘書搭載)が、「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項文各参照)」などと判示するように、退去強制などの制度は児童の権利条約に反するといえないことから、退去強制などの制度が同条約に反する可能性があることを前提とする原告らの主張は失当である。」と主張する。

しかしながら、原告らが引用した甲A54号(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2月号5-10頁)は、日本が児童の権利に関する条約を批准することが決まった段階で、その効力が日本について発生した後に、生ずるであろう問題点を指摘した論文である。

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。

なお、被告は東京高裁平成25年4月10日判決を引用しているが、同判決が「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項文各参照）」と判示したのには理由がある。それは、日本は児童の権利に関する条約の批准にあたり、「日本政府は、児童の権利に関する条約第9条1は、出入国管理法に基づく退去強制の結果として児童が父母から分離される場合に適用されるものではないと解釈するものであることを宣言する」との解釈宣言を行っているのである（荒牧重人「国際人権条約からみた「強制退去」問題」山梨学院大学法学論集38-40頁（甲A140）。以下では、甲A140号証の内容を引用する。

「解釈宣言とは、条約法に関するウィーン条約には明文の規定がないものの、「採択された条約の特定の規定、文言または事項の適用について複数の解釈が許容されている場合に、自国の了承を示しまたはそのなかの一つの解釈に限り拘束されるとの意思を表示するための一方的な宣言」であり、「このように自国の立場を明確化するためだけのものであり、採択された条約の文言の適用を変更したり排除したりするものではないと理解されている国際慣行である（条約法に関する国連国際法委注釈：山本草二『国際法[新版]』有斐閣・605～606頁）。

留保は、「日本国は」が主語であり、国会の批准承認案件の内容になっているが、当該解釈宣言は、「日本国政府は」を主語にし、批准承認案件に含まれていない。このことから明らかなように、日本政府の認識としても、当該解釈宣言はあくまで政府による条約9条1項の解釈・運用を示したものにすぎず、その解釈の妥当性は当然司法審査の対象となる。しかも、解釈宣言は国際法上有効かどうか疑念が持たれるところであり、当該解釈宣言が行われた事実のみ

をもって条約9条1項の本案における適用を排除することはできない。解釈宣言とは「複数の解釈が許容されている場合に」認められるものであるところ、9条1項が「退去強制の結果として児童が父母から分離される場合」に適用されないという解釈は成り立つ余地がないためである。家族の再統合を目的とした出入国申請の取扱いについて定めた条約10条において9条1項への明示的言及が見られるように、親子の分離禁止原則が退去強制を含む出入国管理制度に適用されることは条約において前提とされている。親子の分離禁止原則を考慮してもなお退去強制が正当であるという判断が成り立つ可能性はあるものの、はじめから親子の分離禁止原則を適用しないとすることは許されない。かかる解釈宣言は、9条1項の事項的適用範囲の一部を適用除外にする効果を有する実質的な留保であり、かつ条約51条2項にいう「この条約の趣旨及び目的と両立しない留保」にあたる可言えよう。

このような日本政府の解釈が成り立つ余地がないことは、これまでの子どもの権利委員会の議論においても明らかである。たとえば、イギリスが、同国に  
入国・滞在する資格のない者の出入国については適宜必要と思われる法律を適用する権利を留保していることに対し、子どもの権利委員会は、「委員会は、締約国が条約に対して行った留保が幅広い性質のものであることを懸念する。このことは、条約の趣旨および目的との両立性に関して疑念を生ぜしめるものである。とくに、国籍・出入国法の適用に関わる留保は、第2条、第3条、第9条および第10条も含む条約の原則および規則と両立しないように思える」として、条約9条に明示的に触れながら懸念を表現し（イギリスの第1回報告書に対する総括所見、パラグラフ7）、留保の再検討（同、パラグラフ22）および関連の法律・手続の見直し（同、パラグラフ29）を勧告・提案している。また、カナダに対しては、「条約第9条に照らし、家族の分離を生ぜしめる追放を避けるための解決先も模索されるべきである」（カナダの第1回報告書に関する総括所見、パラグラフ24）との勧告も行われている。条約の規定

の解釈・適用にあたって条約機関の判断を尊重する義務が締約国にあることは前述のとおりであり、このことから、9条1項を退去強制手続に適用しないとする政府の解釈宣言は許されない。

さらに、子どもの権利委員会は、日本の第1回政府報告書を審査した後に採択した総括所見（1998年6月、CRC/C/15/Add.90）において当該解釈宣言に懸念を表明し（パラグラフ6）、その撤回を勧告している（パラグラフ28）。国際人権条約に対する留保・解釈宣言の妥当性を判断する権限と責任が条約機関に存することは、自由権規約との関連で自由権規約委員会が述べているとおりである（自由権規約委員会の一般的意見24号。パラグラフ18）。実際、これまでにノルウェー、パキスタン、イギリス、ユーゴスラビア等の国々が、子どもの権利条約から勧告を受けた後に条約に対する留保・解釈宣言（またはその一部）を撤回しており、国際的にも子どもの権利委員会の判断は尊重されている。したがって日本政府が行った9条1項に関する解釈宣言は本来撤回されるべきものである。」

このように、日本において退去強制手続に児童の権利に関する条約が適用されないのは、あくまでも日本が行った「解釈宣言」の結果である。東京高裁平成25年4月10日判決が、「児童の権利に関する条約は、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」と判示したのも、日本が行った「解釈宣言」の結果である。

それは逆に、日本が「解釈宣言」を行っていない「子の連れ去り」については、児童の権利条約9条1項が適用されることを意味している。

さらに言うと、上で引用した荒牧重人「国際人権条約からみた「強制退去」問題」山梨学院大学法学論集38-40頁（甲A140）においても指摘されているように、日本は児童の権利に関する条約の批准にあたり、「日本政府は、児童の権利に関する条約第9条1は、出入国管理法に基づく退去強制の結果と

して児童が父母から分離される場合に適用されるものではないと解釈するものであることを宣言する」との解釈宣言を行ったことについては、条約の委員会である子どもの権利委員会から非難され、その解釈宣言の撤回を求められているのである。日本が行った解釈宣言が、児童の権利条約9条1項と両立しないからである。

既に原告らが主張したように、条約委員会の勧告意見は、憲法解釈に意味を与える立法事実である（甲21。甲22。「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。」）。すると、そのような児童の権利委員会の勧告意見を考慮すると、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。」との指摘が、国際法的には正当なものであることが理解できるのである。

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が、児童の権利に関する条約9条1項に違反していることは明白である。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）を防ぐ立法義務を負うことは明白である。

2 2項（欧州議会の決議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)107ページないし127ページ））について

(1) (1)について

原告らの主張内容は争わない。

(2) (2)について

被告は、「しかしながら、そもそも、欧州議会は、27の加盟国から直接選挙された議員で構成され、特定分野の立法におけるEU理事会との共同決定権等を有するEUの機関であるところ、同議会は、決議を採択することはできるが、同議会の議決は、EU理事会や欧州委員会に対してすら法的拘束力を有するものではなく、まして、我が国に対して何ら法的効果を有するものではない。したがって、欧州議会の決議等が、我が国が子の連れ去りを防ぐ立法義務を果たす必要があることの法的根拠にはなり得ないのであり、原告らの主張は失当である。」と主張する。

しかしながら、上でも引用したように、条約委員会の勧告意見は、憲法解釈に意味を与える立法事実である（甲21。甲22。「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。」）。条約委員会の勧告意見は、法的拘束力を有しないが、それが日本に対して出された権威ある機関による法的な意見であるために、「日本が締約国となっている条約・勧告の内容」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が認められているのである（甲21，甲22）。

ここで再度最高裁大法廷平成27年12月16日判決（女性の再婚禁止期間違憲訴訟）の判示を引用する。

「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。」

この判示の最後の部分において、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）は、「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。」と判示している点が重要である。それは、最高裁大法廷平成27年12月16日判決は、「諸外国の立法」が、「諸外国で法的拘束力を有する」ことを理由にして、憲法解釈に影響を与えることを認めたのではなく、「諸外国の立法の動向」により、「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。」からこそ、憲法解釈に影響を与えることを認めたのである。

すると、原告らが引用している欧州決議等が、「日本における子の連れ去りを防ぐべきである」「日本における子の連れ去りを防ぐための立法を日本の国会（国会議員）は行うべきである」という要請が高まっていることを示す事情であることは明白である。

すると、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）が、「諸外国の立法の動向により、世界において、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、日本国憲法の解釈に影響を与える事情として認めたのであるから、欧州決議等により、「日本における子の連れ去りを防ぐべきである」「日本における子の連れ去りを防ぐための立法を日本の国会（国会議員）は行うべきである」という要請が高まっていることを示す事情は、当然に日本国憲法の解釈に影響を与える事情として存在していることは明白である。



## 第2 「第2 原告準備書面(2)に対する反論」について

### 1 1項（原告らの主張）について

原告らの主張内容は争わない。

### 2 2項（被告の反論）について

#### (1) (1)について

被告は、「しかしながら、本件記載は、「他方の親と子どもとを会わせたくないという理由だけで子どもを連れて転居する（傍点は引用者による。）といったことをしてはいけません。」という文言のとおり、子どもの利益のために親権を行使すべきであるという立場から、他方の親と子どもを会わせたくないという親権者の意向だけでなく、子どもの利益を考慮する必要があるという当然のことを述べたものであって、子どもを連れて転居する際の留意事項に言及したことにすぎず、原告らの主張する「子の連れ去り」について言及しているものではない。さらにいえば、本件記載は、子どもを連れて転居する際の留意事項に言及したものにすぎず、原告らの主張する「子の連れ去り」について言及しているものではない。さらにいえば、本件記載は、子どもを連れて転居することについて、理由を問わず常に禁止される旨を述べているものでもない。」と主張する。

しかしながら、本件記載の「他方の親と子どもとを会わせたくないという理由だけで子どもを連れて転居するといったことをしてはいけません。」は、自然に読むと、まさに「他方配偶者から子を連れ去り、面会交流を拒否するという転居は『してはいけません。』」と記載されているのであるから、その内容は原告らの主張どおり「子の連れ去りをしてはいけない」という提言がされたものとして理解されるべきである。そしてそれが、子の福祉や子の利益を保護するために必要なことであることは明白である。

また、本件記載の内容は、単なる法務省による提言にとどまらず、原告らが準備書面(3)で引用した、以下の内容とも合致している。その意味においても、

本件記載の内容が、原告らの主張どおり「子の連れ去りをしてはいけない」という提言がされたものとして理解されるべきであることは明白である。

①令和3年2月10日に上川法務大臣は法制審議会に「離婚後共同親権、面会交流」について諮問を行ったことを受けて、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。外務省の24か国を対象にした親権問題に関する調査のデータを示し、単独親権しか選べないのは日本などの3か国のみで、「子どもにとっては離婚してもお父さんでありお母さんであり、両親がいるのは大切なこと。共同親権か単独親権かどちらか選べる選択的親権制度があってもいいのでは。」と提言した。

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A120，甲A121）。

その菅首相による、「（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。」との答弁は、「連れ去り問題を憂慮し、なくさなければならない。」という意味において、「他方の親と子どもとを会わせたくないという理由だけで子どもを連れて転居するといったことをしてはいけません。」との本件記載の内容と合致している。

②離婚後単独親権違憲訴訟の東京地裁令和3年2月17日判決は、以下のよう  
に判示した（甲A122）。

「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  
こと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。」

その東京地裁令和3年2月17日判決の判示は、「親と子の人格的な利益を失わせてはならない」という趣旨において、「他方の親と子どもとを会わせたくないという理由だけで子どもを連れて転居するといったことをしてはいけません。」との本件記載の内容と合致している。

(2) ア 被告は、「この点においても、原告らが指摘する文献（甲 A 第41号証）は、正確には、「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。」と記載しており、あくまでも親権争いが生じた場合に当事者がとることがある行動の一つとして子の連れ去りを例示しているものにすぎない。」と主張する。

しかしながら、「親権争いが生じた場合に当事者がとることがある行動の一つとして子の連れ去りが生じる」ということは、日本の民法819条は離婚後単独親権制度を採用しているのであるから、離婚に際しては常に「親権争いが生じた場合に当事者がとることがある行動の一つとして子の連れ去りが生じる」ことを意味している。それが、連れ去られる親と共に、連れ去られる子の基本的人権を侵害し、不利益を与えていることを指摘したのが、甲 A 第41号

証であることは明白である。

イ さらに被告は、「また、原告らは、子の連れ去りがされた場合、別居親は子との自由な面会が一切できないかのように主張するが、別居親は、家庭裁判所に対し、「子の監護に関する処分」（家事事件手続法別表第2の3項）の一内容として、監護親に対して別居親と子の面会交流をさせるよう命じる審判の申立てをすることができるから、少なくとも相当な方法により面会交流が認められる手段は存在する。よって、上記のような「子の連れ去りの実態」が存在するという原告らの主張は、その前提に誤りがある。」と主張する。

しかしながら、ここで被告が「少なくとも相当な方法により面会交流が認められる手段は存在する。」と主張している点自体が、あくまでも「法律上の手段は存在すること」のみを意味しており、真に親が求めている「面会交流が早期かつ確実に認められる結果」は保障されていないことを意味していることは明白である。加えると、真に親が求めている「子との間で、連れ去られる前のような、親子の養育関係を復活させること」は保障されていないことを意味していることは明白である。

この点につき、法制審議会家族法制部会第2回会議（令和3年4月27日開催）で配付された最高裁判所提出参考資料2-11「子の監護に関する処分事件の事件動向について」には、以下の内容が記載されている（甲A141）。

子の監護に関する処分事件（面会交流）・終局区分別割合（全家庭裁判所）によると、令和2年の認容・調停成立率は7.5%+57.8%=65.3%にとどまっている（甲A141の2の11枚目）。

また、子の監護に関する処分事件（面会交流）の平均審理期間の推移（全家庭裁判所）によると、令和2年の平均審理期間は10.3か月であるから、この間、子と定期的に会うことは、相手方が任意に応じない限りできないことになる（甲A141の2の12枚目）。

子の監護に関する処分事件（面会交流）・面会交流の回数（全家庭裁判所）

によると、令和2年の面会交流回数は、認容・調停成立により終結した事件の集計件数 $144 + 751 + 3472 + 895 + 268 = 5530$ 件のうち、「月1回」も含めたより低頻度の面会交流が約84%（ $3472 + 895 + 268 = 4635$ 件）、月2回を含めると約97%であり（ $4635 + 751 = 5386$ 件）、ほとんどを占めている。週1回以上の面会交流が実現できたのは、144件であり、全体の僅か0.027%にすぎない（甲A141の2の13枚目）。

そして、子の監護に関する処分事件（面会交流）の新受件数の推移（全家庭裁判所）では、新受件数が平成23年の8714件から令和2年は1万2929件に増加し、平成23年の件数の約1.5倍に増えている（甲A141の2の10枚目）。子の連れ去り問題を解決するための法律がないために、そこから生じる面会交流についての紛争が増加していることが分かる。

子の監護に関する処分事件（面会交流）の平均審理期間の推移（全家庭裁判所）も、平均審理期間が平成23年の6.8か月から令和2年は10.3か月と長期化していることが分かる（甲A141の2の12枚目）。子の連れ去り問題を解決するための法律がないために、そこから生じる面会交流についての紛争が増加したことも、審理期間の長期化に影響していると考えられる。

この法制審議会家族法制部会第2回会議（令和3年4月27日開催）で配付された最高裁判所提出参考資料2-11「子の監護に関する処分事件の事件動向について」（甲A141号証）に記載された事実は、被告が「また、原告らは、子の連れ去りがされた場合、別居親は子との自由な面会が一切できないかのように主張するが、別居親は、家庭裁判所に対し、「子の監護に関する処分」（家事事件手続方別表第2の3項）の一内容として、監護親に対して別居親と子の面会交流をさせるよう命じる審判の申立てをすることができるから、少なくとも相当な方法により面会交流が認められる手段は存在する。」と主張した内容が、法律制度として面会交流調停や審判が存在するものの、その法律制度

を利用すれば、即時にかつ全ての事案で子との面会交流が実現できるわけではないことを示している。それは、真に親が求めている「面会交流が早期かつ確実に認められる結果」は保障されていないことを意味していることは明白である。さらに、真に親が求めている「子との間で、連れ去られる前のような、親子の養育関係を復活させること」は保障されていないことを意味していることは明白である。

さらに、原告らが既に引用している甲 A 5 1 号証は、フランス人記者が書いた週間東洋経済オンラインの記事「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」では、「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。」と問題点が指摘されている。

この甲 A 5 1 号証の記事における指摘は、上でも引用した甲 A 第 4 1 号証において、「父母双方が子の親権者でありたいと思い、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。」と記載されている内容と共通している。

そしてそれらの文献は、①日本の民法 8 1 9 条が採用している離婚後単独親権制度が、離婚に際して激しい子の親権争いを生んでいること、②法律上は親子の面会交流を求める手段は存在していても、結果として、現実には子に会える

かどうかは、同居している親の意思によること、③その結果、離婚後も子と確実に会うことを希望する親は、子の親権者になることが必要であり、さらに現在の裁判実務では、親による監護状態や監護時間を重視して子の親権者が決められる傾向にあることが、子の連れ去りと、他方配偶者に子との監護時間を与えないための面会拒否を生んでいることを指摘したものである。

付言すると、仮に面会交流について合意や審判が出されても、それを子の同居親に拒否された場合には、面会交流の実現を求める別居親は、以下で述べるように、その実現が著しく困難である。

まず、家裁調査官による履行勧告は強制力がない。間接強制は認められるための要件が厳格であり（最高裁平成25年3月28日決定）当然には認められない。また仮に間接強制が認められても、金銭が支払われるだけで、実際に面会ができるわけではない。損害賠償請求も認められるためには民法709条の要件を満たすことが必要である。また仮に損害賠償請求が認められても、金銭的な賠償を得るだけであり、実際に面会ができるわけではない。現行法における間接強制制度や不法行為に基づく損害賠償制度は、面会交流権の実現のためには不十分な制度である。それらは元々面会交流権の実現のために設けられた制度ではなく、それらの制度の借用では面会交流権は実現できないのである。

この点につき、『子どものための法律と実務』19頁（執筆者：西岡清一郎（東京家庭裁判所長））（甲 A 1 4 2）では、以下の指摘がされている。

「また、面会交流についてみると、相手方が審判に応じなかった場合には、履行勧告、間接強制といった方法しか残されておらず、その実現には困難が伴うと言わざるを得ない状況にある。」

『同書』111頁（執筆者：進藤千絵（大阪地方裁判所判事）他）（甲 A 1 4 2）では、以下の指摘がされている。

「(7) 面会交流の履行の確保

ア 履行勧告

他方、義務者が勧告に応じない場合は義務の履行を強制することはできず、履行勧告によって調停や審判の内容を変更することはできないなど限界もある。履行勧告が功を奏しない場合には、後述する間接強制や改めて調停を申し立てることが必要になる。」

この点につき、最高裁平成25年3月28日決定は、「面会交流は、柔軟に対応することができる条項に基づき、監護親と非監護親の協力の下で実施されることが望ましい。」としつつも、「性質上、間接強制をすることが出来ないものではない。」と判示した上で、①面会交流の日時又は頻度、②各回の面会交流時間の長さ、③子の引渡しの方法の3つの要素により、監護親（同居親）の義務の内容が特定しているといえる場合は、間接強制が可能であると判示した。

その判示内容は、逆を言えば、それらの要件を備えていない場合には、間接強制すらできないということである。

なお、東京地裁令和元年（2019年）11月22日判決は、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 A143）。ところが、それを報じた日本経済新聞の記事において、三女側の弁護士は、同判決を「親に不法に会わせない行為に対し、賠償を得られることが明確になった。」と評価する一方で、「面会を実現させる命令までは現行法では困難で最大の問題として残る。」と指摘している（甲 A143）。その指摘内容は、仮に損害賠償請求が認められても、金銭的な賠償を得るだけであり、実際に面会ができるわけではないことを意味している。

以上からすると、被告が主張する「少なくとも相当な方法により面会交流が認められる手段は存在する。よって、上記のような「子の連れ去りの実態」が存在するという原告らの主張は、その前提に誤りがある。」との内容が認めら



れないことは明白である。

ウ なお、被告は令和2年9月25日付準備書面(2)11-12頁ウにおいて、「子を連れ去られた親は、家庭裁判所に対して、・・・子の監護者指定及び引き渡し調停等を申し立てることができる」と主張している。

しかしながら、上でも引用した法制審議会家族法制部会第2回会議（令和3年4月27日開催）で配付された最高裁判所提出参考資料2-11「子の監護に関する処分事件の事件動向について」には、以下の内容が記載されている（甲A141）。

子の監護に関する処分事件（監護者の指定）の新受件数の推移（全家庭裁判所）では、新受件数が平成23年の段階では調停が1312件、審判が1658件であったのに対して、令和2年の速報値では、調停が2244件、審判が2854件となり、ともに1.7倍の数まで増加している（甲A141の2の3枚目）。子の連れ去り問題を解決するための法律がないために、紛争が増加していることが分かる。

子の監護に関する処分事件（監護者の指定）の平均審理期間の推移（全家庭裁判所）では、平均審理期間が平成23年は6.0か月だったものが、令和2年では8.2か月と長期化している（甲A141の2の5枚目）。子の連れ去り問題を解決するための法律がないために、紛争が増加し、さらに紛争が複雑化・深刻化したことも、審理期間の長期化に影響していると考えられる。

子の監護に関する処分事件（監護者の指定）・終局区分割合（全家庭裁判所）では、令和2年の認容率は20.9%であり、認容されたのは5分の1にすぎないことが分かる。調停成立率は20.9%、調停に代わる審判率は2.5%であるが、監護者の指定についての結論は不明である。却下率が11.1%であり、また取下げ率が42.7%であり、申立をしても、却下と取下げになる案件が、合計すると53.8%と半数を超えていることが分かる（甲A141の2の4枚目）。

他方、子の監護に関する処分事件（子の引渡し）の新受件数の推移（全家庭裁判所）では、新受件数が平成23年の段階では調停が989件、審判が1410件であったのに対して、令和2年の速報値では、調停が1578件、審判が2462件とともにそれぞれ約1.7倍に増加している。なお、調停は令和元年と令和2年ではほぼ横ばいであるのに対して、審判はその間の数字が急増している（甲A141の2の14枚目）。子の連れ去り問題を解決するための法律がないために、紛争が増加していることが分かる。

子の監護に関する処分事件（子の引き渡し）の平均審理期間の推移（全家庭裁判所）では、平均審理期間が平成23年の段階では6.0か月だったものが、令和2年では8.0か月と長期化している（甲A141の2の16枚目）。子の連れ去り問題を解決するための法律がないために、紛争が増加し、さらに紛争が複雑化・深刻化したことも、審理期間の長期化に影響していると考えられる。

子の監護に関する処分事件（子の引き渡し）・終局区分割合（全家庭裁判所）では、令和2年の認容率は10.7%であり、認容されたのは10分の1にすぎないことが分かる。調停成立率は15.5%、調停に代わる審判率は1.1%であるが、監護者の指定についての結論は不明である。却下率が21.2%であり、また取下げ率が49.4%であり、申立をしても、却下と取下げになる案件が、合計すると70.6%と7割になっていることが分かる（甲A141の2の15枚目）。

この法制審議会家族法制部会第2回会議（令和3年4月27日開催）で配付された最高裁判所提出参考資料2-11「子の監護に関する処分事件の事件動向について」（甲A141号証）に記載された事実からすると、被告が主張する、子の監護者指定の調停・審判制度や子の引渡しの調停・審判制度があるから、子の連れ去りを防ぐ法律規定は不要だ、という主張は成り立たないことは明白である。

(3) 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）。」と主張するが、原告らが令和2年11月4日付準備書面(1)32頁アで主張したように、最高裁平成17年12月6日第二小法廷決定は、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、という事案であった。

それに対して、一方配偶者が最初に子を連れ去ること自体は、未成年者略取及び誘拐罪（刑法224条）が適用されないのである。

この点につき、福岡地裁令和3年8月5日判決は、妻が先に長男を連れ去り別居した後、夫が長男との面会交流後に長男を引き渡さずに連れ去り自宅に寝泊まりさせた案件において、被告人である夫に有罪判決を下している。被告人である夫の弁護人は、「妻が正当な理由なく長男を連れて別居したことが違法で、あるべき状態への回復を図った」と無罪を主張したが、判決では退けられている（甲A144）。

同判決の内容からしても、日本には子の連れ去り（引き離し）を防ぐ刑事法の規定が不存在であることは明白である（法の欠缺1）。

### 第3 原告らの主張

- 1 原告らは、本件訴訟で主張している「子の連れ去り」を防ぐための刑事法規、民事法規、手続法規の内、手続法規について、以下の法制度の設立が可能であり、その法制度を設ければ、「子の連れ去り」を防ぐことができることを主張する。その法制度の設立が可能であることは、国会（国会議員）が「子の連れ去り」を防ぐため負っている立法義務の一内容に、その法制度も含まれることを意味している。
- 2 原告らが法制度の設立が可能であると主張するのは、「親子審判制度」である。

3 「親子審判制度」は、既に設立されている労働審判制度と同様に、申立から数か月以内に、原則として3回の期日で当事者（両親）の合意が成立することを模索し、合意が成立しない場合には裁判所による判断が行われることを念頭に置いた制度である（労働審判法15条2項及び労働審判規則13条参照。）。

4 「親子審判制度」は、別居して子を連れて出ることを希望する親と、その配偶者及び子が申立権者となる。

5 「親子審判制度」では、両親から子の養育計画案の提出を義務付け、両親と子の意見を聞いた上で、子の主たる監護者を決める一方、非監護親には自由面会交流権を付与することを原則とする。

また、養育費の金額を決めることを原則とする。子については、原則として子どもの手続代理人が就任する。

6 「親子審判制度」を設立した場合でも、配偶者からの暴力の被害を受けている者は、例外的に救済される（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。」参照。）。

そのような例外的に救済される場合でないにも拘わらず、子を連れ去った親は、特段の事情がない限り、「親子審判制度」における主たる監護者決定の評価において不利益に扱われるだけでなく、後の監護者変更や親権者決定の評価においても不利益に扱われる。

7 子の主たる監護者に指定された親が、非監護者と子との面会交流を正当な理由（特段の事情）なく制限した場合には、後の監護者変更や親権者決定の評価において不利益に扱われる可能性がある。

8 この「親子審判制度」の結果に不服な者は、現在行われている監護者変更調

停や面会交流調停を申し立てることができる。

9 この「親子審判制度」が設立されることにより、①子の連れ去りが原則的に許されなくなり、かつ②親子の面会交流は自由であることが原則で、その面会交流が子の福祉を害するなど正当な理由（特段の事情）があると主張する者が、その証拠を裁判所に提出して争う立場になる。そして③親責任を有する父母との継続的な交流が子の福祉に資するとの基本理念を実現することができる。

10 原告らが既に引用している甲 A35号証は、心理学者による心理学的調査から、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こと、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と、つまり、子どもが別居親と交流を持つ機会が多い子ほど、自己肯定感が高く、また他者とのコミュニケーション能力も高いことが報告されている。さらにその結果は、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とが報告されている。「親子審判制度」は、そのような心理学的な効果において、子の利益や子の福祉、さらには子の健全な成長を生み出す制度であることは明白である。

11 「親子審判制度」が設立されることにより、①子の連れ去りが原則的に許されなくなり、かつ②親子の面会交流は自由であることが原則となる。その結果、子の利益や子の福祉、さらには子の健全な成長が生み出されることになる。

以上