

次回期日令和4年1月19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 9月 15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 (7)

原告らは、被告提出令和3年8月19日付準備書面(5)に対して、以下のとおり反論を行う。

目 次

第1 「第1 行政のHPにおいて、『配偶者から子を取り上げること』や『配偶者と子の交流を制限すること』が『ドメスティック・バイオレンス(DV)の『暴力』に該当する違法行為である』『してはいけない行為である』と記載されていること』に係る原告らの主張が失当であること(原告準備書面(3)3ないし37ページ)」について	3頁
第2 「第2 「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』について諮問したことなど」に係る原告らの主張には理由がないこと(原告準備書面(3)37及び38ページ)」について	4頁
第3 「第3 東京地裁令和3年2月17日判決に係る原告らの主張には理由がないこと(原告準備書面(3)・39ページ, 原告準備書面(4)5ないし7, 9, 13ないし17ページ)」について	11頁
第4 「第4 「児童相談所による一時保護について, 親と子どもの両方の手続保障の観点からの法改正が検討されていることを踏まえると, 一方親による子どもの連れ去りについても, 他方親と子どもの両方の手続保障の観点からの法改正が必要であることは明白である」との原告らの主張(原告準備書面(5)1ないし4ページ)には理由がないこと」について	18頁
第5 原告らの主張	24頁

第1 「第1 行政のHPにおいて、『配偶者から子を取り上げること』や『配偶者と子の交流を制限すること』が『ドメスティック・バイオレンス(DV)の『暴力』に該当する違法行為である』『してはいけない行為である』と記載されていること』に係る原告らの主張が失当であること(原告準備書面(3)3ないし37ページ)」について

1 1項(原告らの主張)について

原告らの主張の内容自体は争わない。

2 2項(原告らの主張が失当であること)について

(1) 被告の主張は争う。

(2) 被告は、「原告らが引用する各ホームページの記載は、原告らの主張する「子の連れ去り」についての法的評価などに関する政府などの法的見解を明らかにしたのではなく、原告らのいう「子の連れ去り」について、被告が立法義務を負うことの法的根拠にはならない。原告らの主張は、論理に飛躍があるといわざるを得ず、失当である。」と主張する。

しかしながら、例えば、福島県のHPの「ドメスティック・バイオレンスとは？」の頁には、「ドメスティック・バイオレンス(DV)とは、配偶者や恋人・パートナーなど親密な関係にある者から振るわれる暴力のことをいいます。」「DVは、犯罪ともなり得る行為を含む重大な人権侵害です。」と記載した上で、「DVの形態と内容」として、「子どもを利用した暴力」「子どもを取り上げる」ことが挙げられている(甲A64)。

本件訴訟で原告らが主張しているとおおり、一方配偶者が他方配偶者の同意なく子を連れ去ることは、「子供を取り上げる」に該当することは明白である。また、本件訴訟で原告らが主張しているとおおり、「子の連れ去り」がされた後、連れ去った配偶者が他方配偶者と子との面会交流を制限することが多いことが指摘されており(甲A41)、それが「子どもを利用した暴力」に該当することは明白である。

すると、福島県のHPには、明白に「ドメスティック・バイオレンス（DV）」「暴力」「重大な人権侵害」と明記された上で、「DVの形態と内容」として、「子どもを利用した暴力」「子どもを取り上げる」ことが挙げられており（甲A64）、一方で国会（国会議員）は、憲法13条（人格権，幸福追求権），憲法25条（生存権），憲法14条1項（法の下での平等），憲法24条2項（家族生活における法の下での平等）などにより，国民を配偶者による「暴力」や「重大な人権侵害」から保護すべき法的義務を負っていることは明白である（国が被用者の生命及び健康等を危険から保護するよう配慮すべき義務である安全配慮義務を認めた最高裁昭和56年2月16日判決参照。）。

上で述べたように，一方配偶者による「子の連れ去り」が「子どもを利用した暴力」「子どもを取り上げる」に該当することは明白である。「子の連れ去り」によって，他方配偶者は子と離ればなれの生活を余儀なくされ，子と会えなくなる可能性さえ生じるのであるからである。

そのような事態は，憲法13条（人格権，幸福追求権），憲法25条（生存権），憲法14条1項（法の下での平等），憲法24条2項（家族生活における法の下での平等）が容認しているはずがない。

ところが，現在はその一方配偶者による「子の連れ去り」が「子どもを利用した暴力」「子どもを取り上げる」に該当することは明白であるにも拘わらず，「子の連れ去り」を刑事法・民事法・手続法上違法とする立法がされていないのである。

それは，まさに国会（国会議員）が国民に対して負う立法義務の不履行に他ならない。政府や各地方公共団体が「暴力」であり「違法」であると評価して国民を保護しようとしている行為を，国会（国会議員）が規律せずに容認しているのであるから，それが国会（国会議員）の立法不作為であることは明白である。

第2 「第2 「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』について諮問したことなど」に係る原告らの主張には理由がないこと（原告準備書面(3) 37及び38ページ）」について

1 1項（原告らの主張）について

原告らの主張の内容自体は争わない。

2 2項（原告らの主張に理由がないこと）について

(1) (1)（法制審議会に対する諮問は「子の連れ去り」を一律に違法とするとの実体的な規律を設けることを前提としたものではないこと）について

ア 第一段落について

被告の主張は争う。

被告は、「令和3年2月10日に「離婚及びこれに関連する家族法制の見直しに関する諮問113号」が法制審議会に諮問されているものの、同諮問は、

「父母の離婚に伴う子の養育への深刻な影響や子の養育の在り方の多様化等の社会情勢に鑑み、子の利益の確保等の観点から、離婚及びこれに関連する制度に関する規定等を見直す必要があると思われるので、その要綱を示されたい。」

（乙第8号証）というものであって、原告らのいう「子の連れ去り」を一律に違法とするとの実体的な規律を設けるということを前提としているわけではない。」と主張する。

しかしながら、その法制審議会への諮問（乙第8号証）は、法務省も参加した家族法研究会においてまとめられた「家族法研究会報告書～父母の離婚後の子の養育の在り方を中心とする諸課題について～」（甲A145）を踏まえて行われたものである。

また、法制審議会家族法部会第1回会議（令和3年3月30日開催）において、家族法研究会報告書が参考資料として配付されている（法制審議会家族法部会第1回会議（令和3年3月30日開催）「参考資料1-8「公益社団法人商事法務研究会「家族法研究会報告書」（令和3年2月）」（甲A146の1）、甲A146の1に掲載されている議事録（甲A146の2）の1頁「参考資料

1－8として商事法務研究会「家族法研究会報告書」をお配りしております。))。

そして、その「家族法研究会報告書～父母の離婚後の子の養育の在り方を中心とする諸課題について～」（甲 A 1 4 5）の127頁以下では、「第7 両親が別居をする場合の規律の在り方」について記載されている。

そして、その「第7 両親が別居をする場合の規律の在り方」において、「家族法研究会報告書～父母の離婚後の子の養育の在り方を中心とする諸課題について～」（甲 A 1 4 5）の129頁の（注3）では、「我が国では、婚姻中の両親の関係が悪化等した場合には、その一方が他方の同意なく、子を連れて又は子を置いて別居を開始することがあるところ、民法第821条が、「子は、親権を行う者が指定した場所に、その居所を定めなければならない。」と規定していることとの関係が問題となり得る。」と記載されている。

また、その「第7 両親が別居をする場合の規律の在り方」において、「家族法研究会報告書～父母の離婚後の子の養育の在り方を中心とする諸課題について～」（甲 A 1 4 5）の131頁の（注1）では、「両親の一方が他方の同意なく子を連れて別居を開始した場合に、そのような別居の事実状態を無条件に追認することは相当でないとの指摘があり、そのような立場からは、別居開始から一定期間が経過するまでに、上記1の取決め（原告ら注：甲 A 1 4 5号証129頁の「1 別居時の養育計画の作成を促進する方策」）が迅速にされるべきであり、かつ、一定期間前に上記1の請求がされた場合、又は離婚の訴えが提起された場合には、別居後の環境に対する子の適応状況を重視してはならないとの規律を設ける方向性も考えられることになる」と記載されている。

それらの記載を前提にして、法制審議会への諮問（乙第8号証）が行われているのであるから、それが原告らが本件訴訟で主張している「子の連れ去り」を問題として捉え、「子の連れ去り」を追認することは相当でなく、「子の連れ去り」が生じないようにするための法制度の構築を検討することを含んだ諮問であることは明白である。

なお、「第7 両親が別居をする場合の規律の在り方」において、「家族法研究会報告書～父母の離婚後の子の養育の在り方を中心とする諸課題について～」（甲A145）の133頁の「3 別居時の養育計画を適切に定めるための手続的規律」では、原告らが準備書面(6)の27頁「第3 原告らの主張」で主張を行った「親子審判制度」と類似した「手続の特則として特別の規律を設けること」について記載がされている。その内容は、原告らの主張である「親子審判制度」の立法が可能であることと、そのような制度の構築が求められていることを如実に示す内容である。

イ 第二段落について

被告の主張は争う。

被告は、「また、原告らが引用するインターネット上の記事は、正確には、「また、単独親権制度による親子の引き離しで精神的苦痛を受けたなどとして国家賠償請求訴訟が起きており（括弧内省略）、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。」（甲A119）というものであり、訴訟が起きていることに関する当該記事の筆者の意見を述べるにすぎず、「『親子の引き離しが起きないような法律制度の構築』が必要であることについて、政府と国会（国会議員）の共通の認識となっている」という原告の主張の根拠たり得ない。したがって、法制審議会への諮問等を根拠に立法不作為の違法をいう前記1の原告らの主張には理由がない。」と主張する。

しかしながら、原告らが準備書面(1)の107頁で引用したように、自由民主党調査会司法制度調査会が、令和2年6月25日に発表した2020提言（甲A57）の19頁において、以下で引用する提言がされている。

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

議員)が立法を行うべきである。」という意味である。

その内容からしても、「親子の引き離し起きないような法律制度の構築」が必要であることについて、国会(国会議員)が認識していることは明白である。

「4 離婚をめぐる子の養育に関する問題

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

そして、法制審議会への諮問(乙第8号証)は、法務省も参加した家族法研究会においてまとめられた「家族法研究会報告書～父母の離婚後の子の養育の在り方を中心とする諸課題について～」(甲A145)を踏まえて行われたものであり、原告らが本件訴訟で主張している「子の連れ去り」を問題として捉え、「子の連れ去り」を追認することは相当でなく、「子の連れ去り」が生じないようにするための法制度の構築を検討することを含んだ諮問であることは明白である。

そして、その法制審議会への諮問(乙第8号証)を行った上川法務大臣は、自民党に所属する国会議員なのであるから、①自由民主党調査会司法制度調査会が、令和2年6月25日に発表した2020提言(甲A57)の19頁、②「家族法研究会報告書～父母の離婚後の子の養育の在り方を中心とする諸課題について～」(甲A145)、③法制審議会への諮問(乙第8号証)によって、

「『親子の引き離しが起こらないような法律制度の構築』が必要であることについて、政府と国会（国会議員）の共通の認識となっている」ことは明白である。その意味において、甲 A 1 1 9 号証の筆者の指摘は正当なものであることは明白である。

付言すると、2021年8月14日付の、シドニー・モーニング・ヘラルド紙の記事（甲 A 1 4 7）は、次のように記載している。

「ほとんどの西側諸国の重要な外交同盟国である日本は、現在、その立場をめぐって継続的に国際的圧力にさらされている。オリンピック期間中、フランス人の父親であるヴィンセント・フィショは、東京のオリンピックスタジアムの外で、約3週間のハンガーストライキを行った。彼の妻が突然子供と一緒に姿を消した後、彼は3年間彼の子供に会えていない。

フランスのエマニュエル・マクロン大統領はオリンピックを祝うために東京にいたが、7月に訪問した菅義偉首相に直接問題を提起した。オーストラリアのマライズ・ペイン外相は、5月の日本の茂木敏充外務大臣と岸信夫防衛大臣との会談で同じことをした。

「これは確かにオーストラリアのやり方と日本のやり方が一致しない問題です。」と東京のオーストラリア大使館職員は6月に親に語った。

オーストラリアの外務省は昨年、旅行に関するアドバイスを更新し、日本の親権に関する法律はオーストラリアの法律とは大きく異なることを警告した。

「日本の裁判所は一般的に、子供たちが「通常の居住地」に留まることが子供の最善の利益であると考えています。」と述べた。「したがって、裁判所は通常、最も近時に、子供の世話をした親に単独親権を与えます。」

しかし、オリンピックでのフィショの抗議、何年にもわたる親によるロビー活動、そして同盟国からの強い言葉が、日本の指導者たちに圧力をかけている。

安倍晋三前首相の弟である岸防衛大臣は、東京でのシドニー・モーニング・ヘラルド紙とザ・エイジに紙よるインタビューで「修正が必要な場合、修正に

ついて話し合い、議論しなければならない。」と語った。

「そして、政府は何が必要なのかを話し合い、議論しなければならない。」と彼は言った。

日本の野党党首の枝野幸男氏は、圧力が高まっていると述べた。「オーストラリアや他の国々を含むいくつかの先進国がこの問題を指摘していることを、私はそれを真剣に受け止めています。」と彼は言った。」

この記事（甲 A 1 4 7）の内容からしても、日本における「子の連れ去り問題」が、もはや国際問題とされており、その結果、「『親子の引き離しが起きないような法律制度の構築』が必要であることについて、政府と国会（国会議員）の共通の認識となっている」ことは明白である。

(2) (2) (原告らの主張は菅内閣総理大臣の答弁を正解したものではないこと) について

被告の主張は争う。

被告は、「令和3年3月3日の予算委員会における、真山勇一参議院議員の提言に対する菅内閣総理大臣の答弁は、（中略）離婚に伴う親子の交流の問題について述べた上で、そうした問題が多くあることを憂慮している旨述べているのであって、原告らが指摘するように「（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。」とは述べていない。よって、原告らの前記1の主張は、菅内閣総理大臣の答弁を正解せず、誤った理解を根拠に立法不作為の違法をいうものであり、理由がない。」と主張する。

しかしながら、甲 A 1 2 1号証において記載されているとおり、真山勇一参議院議員の「総理にちょっとお伺いしたいんですけども、離婚に際して、これまでは女性が、やっぱりいろんな理由で女性が子供を連れ去っちゃうというケースが多かったんですけども、最近、やはり、私も実感しているんですが、男性が子供を連れていってしまってなかなか我が子に会えない女性が増えてい

るといふのも事実なんですけれども、こうしたことは認識していらっしゃるでしょうか。」との質問に対して、菅内閣総理大臣は、まず「統計上については定かではありませんけれども、離婚に伴い子供と会えなくなった親や、一方の親に会えなくなった子供たちがつらい思いをすることがあることは理解しております。」と答弁を行っているのであるから、その答弁で述べられている「離婚に伴い子供と会えなくなった親や、一方の親に会えなくなった子供たちがつらい思いをすることがあること」は、当然真山勇一参議院議員の質問である「配偶者に子を連れ去られてしまい、なかなか我が子に会えない人がいる問題を認識しているか。」との内容に答えたことは明白である。

すると、その上で菅内閣総理大臣は、「こうした問題が多くあることを私自身も承知をして、憂慮しています。」と答弁しているのであるから、そこにおける「こうした問題」も、当然真山勇一参議院議員の質問である「配偶者に子を連れ去られてしまい、なかなか我が子に会えない人がいる問題を認識しているか。」との内容に答えたことは明白である。

甲 A120号証の筆者は、そのような質問と答弁の内容を踏まえて、「菅首相は「(連れ去り問題については)私自身の承知して、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。」と記載しているのであり、その記載内容が正確であることは明白である。

そして、「菅首相は「(連れ去り問題については)私自身の承知して、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。」という、原告らの主張も正当であることは明白である。

第3 「第3 東京地裁令和3年2月17日判決に係る原告らの主張には理由がないこと(原告準備書面(3)・39ページ, 原告準備書面(4)5ないし7, 9, 13ないし17ページ)」について

1 1項（原告らの主張）について

(1) (1)について

原告らの主張内容自体は争わない。

(2) (2)について

原告らの主張内容自体は争わない。

2 2項（原告らの主張には理由がないこと）について

(1) (1)（東京地裁令和3年判決においても、原告らの主張する人格的利益は憲法上の権利とは認められていないこと）について

ア 第一段落について

東京地裁令和3年判決の内容自体は争わない。

イ 第二段落について

(ア) 被告の主張は争う。

(イ) 原告らが訴状で引用したように、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。」

この最高裁大法廷平成27年12月16日判決（平成26年（オ）第1023号、夫婦別姓訴訟）の判示からすると、東京地裁平成3年判決が「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、又はこれをするについてそれぞれ人格的な利益を有すということが出来る。」「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「人格的な利益」は、一方配偶者による他方配偶者の同意のない「子の連れ去り」によって失われることは明白であり、またその「子の連れ去り」によって、連れ去った（引き離れた）配偶者は親と子双方が人格的な利益を享受でき、連れ去られた（引き離された）配偶者は親も子も人格的な利益を享受できないのであるから、そこに不平等が生じていることは明白である。

すると、法の欠缺1ないし3により、子を連れ去った（引き離れた）配偶者のみが人格的利益を享受する結果が生じているのであるから、それは「婚姻及び家族に関するその他の事項に関しては、法律は、個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚して、制定されなければならない。」と規定した憲法24条2項が許容しない「特権」に該当するものであることは明白であり、法の欠缺1ないし3が、①目的についても、②手段についても、いずれも合理性や合理的関連性が認められず、憲法24条2項に違反していることは明白である。

(ウ) また、やはり原告らが訴状で引用したように、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。」

この、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）の判示（甲21号証33頁）からすると、東京地裁平成3年判決が「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、又はこれをするについてそれぞれ人格的な利益を有すということが出来る。」「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「人格的な利益」は、一方配偶者

による他方配偶者の同意のない「子の連れ去り」によって失われることは明白であり、またその「子の連れ去り」によって、連れ去った（引き離れた）配偶者は親と子双方が人格的な利益を享受でき、連れ去られた（引き離された）配偶者は親も子も人格的な利益を享受できないのであるから、そこに不平等が生じていることは明白である。

すると、法の欠缺1ないし3により、子を連れ去った（引き離れた）配偶者のみが人格的利益を享受する結果が生じているのであるから、それは「婚姻及び家族に関するその他の事項に関しては、法律は、個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚して、制定されなければならない。」と規定した憲法24条2項が許容しない「特権」に該当するものであることは明白であり、法の欠缺1ないし3が、①目的についても、②手段についても、いずれも合理性や合理的関連性が認められず、憲法24条2項に違反していることは明白である。

(2) (2)（「子の連れ去り」により、父母間で「親が子を養育する権利」等につき、法の下での平等に反する事態が生ずることが明白であるとはいえないこと）について

ア 第一段落について

被告の主張は争う。

東京地裁令和3年判決により、「子が親から養育を受け、又はこれを行うことについて」の「人格的な利益」が認められることは明白となった。

そして、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）が、「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。」と判示したことからすると、その東京地裁令和3年判決が判示した親と子の人格的な利益が、憲法24条2項において、国会（国会議員）の立法裁量に限定的な指針を与えることは明白である。

なお、教育の自由（教育権）は、原告らが既に主張したように、憲法26条1項により保障される基本的人権である（最高裁大法廷昭和51年5月21日判決（旭川学テ事件））。

また、面会交流権も、原告らが既に主張したように、諸外国では親と子の双方にとっての基本的人権であると保障されている以上、日本においても同様に親と子の双方にとっての基本的人権であると解釈されるべきである。基本的人権は、人が人として生まれたことで有する権利であり、国や憲法が与えて初めて有する権利ではなく、憲法は人が有する基本的人権を確認しているにすぎないからである。基本的人権である性質は、国家や憲法を越えた普遍的なものである。

さらに、仮に教育の自由（教育権）や面会交流権が基本的人権でないと評価された場合でも、それらが、東京地裁令和3年判決が判示した、「子が親から養育を受け、又はこれをする事について」の「人格的な利益」に含まれることは明白である。その結果、教育の自由（教育権）や面会交流権についても、やはり東京地裁令和3年判決が判示した親と子の人格的な利益が、憲法24条2項において、国会（国会議員）の立法裁量に限定的な指針を与えることは明白である。

イ 第二段落について

被告の主張は争う。

原告らが既に引用したように、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）には，次の指摘がされている。

「3 単独親権の問題点と共同親権の可能性

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

そして，東京地裁平成3年判決が「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出来る。」「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「人格的な利益」は，一方配偶者による他方配偶者の同意のない「子の連れ去り」によって失われることは明白であり，またその「子の連れ去り」によって，連れ去った（引き離れた）配偶者は親と子双方が人格的な利益を享受でき，連れ去られた（引き離された）配偶者は親も子も人格的な利益を享受できないのであるから，そこに不平等が生じていることは明白である。

すると，法の欠缺1ないし3により，子を連れ去った（引き離れた）配偶者のみが人格的利益を享受する結果が生じているのであるから，それは「婚姻及び家族に関するその他の事項に関しては，法律は，個人の尊厳と両性の本質的

平等に立脚して、制定されなければならない。」と規定した憲法24条2項が許容しない「特権」に該当するものであることは明白であり、法の欠缺1ないし3が、①目的についても、②手段についても、いずれも合理性や合理的関連性が認められず、憲法24条2項に違反していることは明白である。

第4 「第4 「児童相談所による一時保護について、親と子どもの両方の手続保障の観点からの法改正が検討されていることを踏まえると、一方親による子どもの連れ去りについても、他方親と子どもの両方の手続保障の観点からの法改正が必要であることは明白である」との原告らの主張（原告準備書面(5)1ないし4ページ）には理由がないこと」について

1 1項（原告らの主張）について

原告らの主張内容自体は争わない。

2 2項（原告らの主張には理由がないこと）について

(1) (1)（一時保護は、児童の安全を迅速に確保し適切な保護を図る等のため、都道府県知事等の行政機関が一時的に保護者等から子を分離するものであること）について

ア 第一段落について

児童福祉法3条の2の内容自体は争わない。

イ 第二段落について

児童福祉法33条1項の内容自体は争わない。

ウ 第三段落について

一時保護の一般的な説明内容自体は争わない。

(2) (2)（児童福祉法に基づき行政機関が強制的に親権者等から子を分離する一時保護において想定される状況と親権者間における「子の連れ去り」の状況とは異なり、一時保護の手続に関する同法改正の議論は、「子の連れ去り」に係る立法不作為の違法を根拠付けるものではないこと）について

ア 第一段落について

児童福祉法の一般的な説明内容自体は争わない。

イ 第二段落について

被告が引用する「一時保護の判断に対する司法の関与を導入すべきであるとの指摘が存するところである。」こと自体は争わない。それは原告らが準備書面(5)で引用した内容である。

ウ 第三段落ないし第六段落について

(ア) 被告の主張は争う。

(イ) まず、児童福祉法33条2項に基づく一時保護処分について、取消訴訟を提起したとしても、一時保護処分後に児童福祉法27条1項又は2項の措置がとられれば、一時保護処分は効力を失い、一時保護処分の取消を求める訴えの利益は失われると解されている（大阪地裁平成17年10月14日判決）。

その一方で、吉田恒雄「児童福祉法における一時保護の法的諸問題」『白鷗法学』第8号（1997年）（甲A148）において、以下の指摘がされている。

①すなわち、現在の一時保護制度は、要保護児童を緊急に保護するとの要請から、事前・事後の何らの手続保障もなく、また一時保護中の児童の養育責任についても、児童福祉法には規定されていない。このため、国が強制力をもって児童を「保護」する場合、これにより、児童および親の権利侵害が生ずるおそれがあるという点である。（中略）それでは、児童福祉法上の一時保護においては、児童の生命や身体、安全を緊急に保護する一方で、児童および親の養育に関する権利（児童の権利に関する条約5条、7条1項）を手続的にも実体的にも尊重しなければならないという二つの利益をどのように調整すべきなのだろうか（280頁）。

②わが国の一時保護制度は、児童の緊急の保護、短期の保護という目的のため、一時保護開始手続の段階で、法的には、児童および親権者等の同意も、裁判所の承認も必要とされていない。このため、児童および親権者等の権利制限

の法的根拠が不明確になっている。(中略)立法論的には、一時保護開始後すみやかに保護の正当性を司法的に判断し、かつ親権者等の権利制限および一時保護中の児童の権利を保障するための制度が検討される必要がある(290頁)。

つまり、児童福祉法33条2項に基づく一時保護処分は、①それが親権等の親の権利を制約すること、②それが子の権利を制約すること、③そして一時保護処分について、司法審査が保障されていないために、親の言い分や希望、子の言い分や希望を述べる機会そのものが保障されておらず、その点について、司法の関与を導入すべきとの指摘がされているのである。

(ウ)日本が1994年に批准した児童の権利に関する条約は、以下のとおり規定している。

3条1項は、「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。」と規定している。

9条は、1項において、「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。ただし、権限のある当局が司法の審査に従うことを条件として適用のある法律及び手続に従いその分離が児童の最善の利益のために必要であると決定する場合は、この限りでない。このような決定は、父母が児童を虐待し若しくは放置する場合又は父母が別居しており児童の居住地を決定しなければならない場合のような特定の場合において必要となることがある。」と規定し、同条2項は、「すべての関係当事者は、1の規定に基づくいかなる手続においても、その手続に参加しかつ自己の意見を述べる機会を有する。」と規定している。

12条は、1項において、「締約国は、自己の意見を形成する能力のある児童がその児童に影響を及ぼすすべての事項について自由に自己の意見を表明す

る権利を確保する。この場合において、児童の意見は、その児童の年齢及び成熟度に従って相応に考慮されるものとする。」と規定し、同条2項は、「このため、児童は、特に、自己に影響を及ぼすあらゆる司法上及び行政上の手続において、国内法の手続規則に合致する方法により直接に又は代理人若しくは適当な団体を通じて聴取される機会を与えられる。」と規定している。

そして、それらの規定に反する日本の現状に対し、国連子どもの権利委員会は2019年の総括所見で、以下のとおり求めている（甲25、乙1）。

「C、 一般原則（第2条、第3条、第6条及び第12条）

（中略）

児童の最善の利益

19. 委員会は、最善の利益が第一次的に考慮されるべき児童の権利が、特に教育、代替的監護、家族争議及び少年司法において適切に取り入れられず、また、一貫して解釈及び適用されていないこと、並びに、司法、行政及び立法機関が、児童に関連する全ての決定において児童の最善の利益を考慮していないことに留意する。最善の利益が第一次的に考慮されるべき児童の権利に関する一般的意見第14号（2013年）を想起しつつ、委員会は、締約国が、児童に関連する全ての法律及び政策の影響評価を事前又は事後に実施するための義務的手続を確立するよう勧告する。委員会はまた、児童に関わる個別の事案で、児童の最善の利益に関する評価が、多職種から成るチームによって、児童本人の義務的参加を得て必ず行われるよう勧告する。」

（中略）

児童の意見の尊重

21. 2016年の児童福祉法の改正が児童の意見の尊重に言及していること、また、家事事件手続法が当該手続における児童の参加に関わる規定を統合していることに留意しつつ、委員会は、自己に関わるあらゆる事柄について自由に意見を表明する児童の権利が尊重されていないことを依然として深刻に

懸念する。

22. 聴取される児童の権利に関する一般的意見第12号(2009年)を想起しつつ、委員会は、締約国に対し、児童に対する脅迫及び処罰を防止するための保護措置をとりつつ、意見を形成することのできるいかなる児童に対しても、年齢制限を設けることなく、その児童に影響を与える全ての事柄について自由に意見を表明する権利を保障し、また、児童の意見が正当に重視されることを確保するよう要請する。委員会はさらに、締約国が、聴取される権利を児童が行使できるようにする環境を提供するとともに、家庭、学校、代替的監護及び保健医療の現場、児童に関わる司法及び行政手続、並びに地域コミュニティにおいて、環境問題を含むあらゆる関連の問題に関して、全ての児童が影響力を持つ形で参加することを積極的に促進するよう要請する。

(中略)

29. 児童の代替的監護に関する指針に対する締約国の注意を喚起しつつ、委員会は、締約国に対し以下を要請する。

(a) 児童を家族から分離するべきか否かの決定に関して義務的司法審査を導入すること、児童の分離に関する明確な基準を定めること及び親からの子の分離が最後の手段としてのみ、それが児童の保護のために必要かつ子どもの最善の利益に合致する場合に、子及びその親の意見を聴取した後に行なわれるよう確保すること。」

そして、日本が締約国となっている条約の内容や、その条約機関から日本に対して出された法改正を求める勧告は、日本国憲法の解釈に影響を与える立法事実として存在している。

この点につき、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、日本が締約国となっている条約の内容や、その条約機関から日本

に対して出された法改正を求める勧告が、日本国憲法の解釈に影響を与える立法事実として存在していることを、以下のように認めている（甲21号証32頁）。

「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。」

(エ) すると、再度引用するが、二宮周平『多様化する家族と法Ⅱ』（株式会社朝陽会、2020年）47－49頁（甲A41）には、次の指摘がされている。

「3 単独親権の問題点と共同親権の可能性

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

このように、現行法上「子の連れ去り」を違法とした刑事法規定も、民事法規定も、手続法規定も存在しない（法の欠缺）ために、一方配偶者により「子の連れ去り（引き離し）」が行われ、その「子の連れ去り（引き離し）」について、①それが親権等の親の権利を制約すること、②それが子の権利を制約すること、③そして「子の連れ去り（引き離し）」について、それを禁止する刑事法や民事法が存在せず、さらには解決規定による司法審査が保障されていないために、連れ去られる（引き離される）他方配偶者は、言い分や希望を述べる機会そのものが与えられず、さらには連れ去られる（引き離される）子も、言い分や希望を述べる機会そのものが与えられていないのであるから、司法の関与を始めとする法的な規制が必要とされている点で、まさに、児童福祉法33条2項に基づく一時保護処分について、司法の関与を導入すべきとの指摘が

されている点と同様の関係が認められるものである。

第5 原告らの主張

以上