

令和4年（ネ）第902号 損害賠償請求控訴事件

控訴人 （閲覧制限） 外12名

被控訴人 国

令和5年 3月 29日

控 訴 理 由 書

東京高等裁判所第1民事部ロB係 御中

控訴人ら訴訟代理人弁護士 作 花 知 志

控訴人ら訴訟代理人弁護士 大 村 珠 代

目 次

第 1 争点 1 (子の連れ去りを防ぐ法規制に係る国会の立法不作為の違法性) について	3 頁
第 2 争点 2 (控訴人らの損害) について	3 9 頁

第1 争点1（子の連れ去りを防ぐ法規制に係る国会の立法不作為の違法性）について

1 (1) 原判決は、以下のとおり判示した（14頁）。

「2 争点1（子の連れ去りを防ぐ法規制に係る国会の立法不作為の違法性）

(1) 判断枠組み

国賠法1条1項は、国又は公共団体の公権力の行使に当たる公務員が個々の国民に対して負担する職務上の法的義務に違反して当該国民に損害を加えたときに、国又は公共団体がこれを賠償する責任を負うことを規定するものであるところ、国会議員の立法行為又は立法不作為が同項の適用上違法となるかどうかは、国会議員の立法過程における行動が個々の国民に対して負う職務上の法的義務に違反したかどうかの問題であり、立法の内容の違憲性の問題とは区別されるべきものである。そして、上記行動についての評価は原則として国民の政治的判断に委ねられるべき事柄であって、仮に当該立法の内容が憲法の規定に違反するものであるとしても、それゆえに国会議員の立法内容又は立法不作為が直ちに国賠法1条1項の適用上違法の評価を受けるものではない。もっとも、法律の規定が憲法上保障され又は保護されている権利利益を合理的な理由なく制約するものとして憲法の規定に違反するものであることが明白であるにもかかわらず、国会が正当な理由なく長期にわたってその改廃等の立法措置を怠る場合などにおいては、国会議員の立法過程における行動が上記職務上の法的義務に違反したものとして、例外的に、その立法不作為は、国賠法1条1項の規定の適用上違法の評価を受けることがあるというべきである（最高裁平成25年（オ）第1079号同27年12月16日大法廷判決・民集69巻8号2427頁参照）。

この理は、法律の規定が存在しないことにより、憲法上保障され又は保護されている権利利益が合理的な理由なく制約され、それが明白であるにもかかわらず、国会が正当な理由なく長期にわたってその立法措置を怠る場合にも、妥

当すると解すべきである。

そこで、前提として、本件立法不作為が認められるか（下記（２））を検討した上で、原告らが主張する権利が憲法上保障され、本件立法不作為により制約されているといえるか（下記（３））、本件立法不作為が、原告らの主張す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か（下記（４））を検討する。

（２）本件立法不作為が認められるか

ア 刑事法

刑法２２４条は、「未成年者を略取し、又は誘拐した者」について刑罰を科しており、未成年者の親権者や監護者も、同条の行為主体となり得ると解されている。

しかし、同条に規定する犯罪が成立するためには、暴行、脅迫、欺罔又は誘惑を手段とすることを要し、これらの手段を用いない行為は不可罰とされている。親権者による子の連れ去りには様々な態様があり得るところ、配偶者の不在等の際に、暴行、脅迫、欺罔又は誘惑を手段とせず、単に子を連れて住居を離れるといった態様のものも想定され、同条は、このような態様による連れ去りには、適用されないものと解される。

原告らの主張する刑事法の規定は、諸外国の法律の規定（認定事実(1)）にみられるように、手段を問わず、他方親の同意のない子の連れ去りを処罰するものであると解されるが、刑法２２４条は、上記のとおり、本件で問題となっている子の連れ去りの一部に適用し得るにすぎず、手段を問わずに他方親の同意のない子の連れ去りを処罰するものではないから、同条をもって、原告らの主張する刑事法の規定が存在するとはいえない。

イ 民事法

民法その他の民事法において、他方親の同意のない子の連れ去りを違法とする旨定める明文の規定はない。そして、上記の子の連れ去りが他方親に対する

不法行為を構成するか否かは、行為態様に加え、経緯、目的等を総合考慮して判断されるものであり、裁判実務上、違法と評価することを原則とするとの運用が定着しているとまではいえない。

そうすると、原告らの主張する民事法の規定が存在するとはいえない。

これに対し、被告は、民法が、離婚の際、子の利益の観点から面会交流を定めるべきことを明文化している上、いわゆるハーグ条約実施法は、ハーグ条約に基づく子の返還の強制執行に係る規律を設けているから、原告らが主張する民事法の規定が存在すると主張する。しかし、被告が主張する各規定は、子の連れ去りを違法とする旨明言するものではないし、いわゆるハーグ条約実施法は、外国から日本に連れ去られた子の返還に係る規定にとどまり、日本から外国に連れ去られた子の返還について規定するものではないから、原告らが主張する民事法の規定には該当しない。

ウ 親権の行使に係る手続規定

民法その他の民事法において、親権行使に係る父母の意見が一致しない場合の手続（子を連れ去られた場合における事後処理のための手続を含む。）を定める明文の規定はない。そして、子の監護者指定の調停・審判制度や子の引渡の調停・審判制度が上記の手続規定に当たるとはいえない。

そうすると、原告らが主張する親権行使に係る手続規定が存在するとはいえない。

これに対し、被告は、親権行使に係る父母の意見が一致しない場合の手続規定の制定によって子の連れ去りを防ぎ得るわけではないから、かかる規定は、子の連れ去りを防ぐ手続規定に当たらないと主張する。しかし、諸外国の法制度には、子の連れ去りを違法とした上で、親権行使に係る父母の意見が一致しない場合の手続規定が設けられているものがあるところ（認定事実(1)）、子の連れ去りが行われるケースには、親権行使に係る父母の意見が一致しないことを背景とするものも含まれているのであり、かかる手続規定の制定によって子

の連れ去りを一切防ぎ得ないとまで断ずることはできない。

エ 小括

したがって、原告らが主張する刑事法、民事法及び親権の行使に係る手続規定が現に存在するとはいえず、本件立法不作為が認められるというべきである。」

(2) この原判決の判示内容について、控訴人らは以下の(3)で述べる点を除き争わない。

(3) 原判決は明記していないが、「子の連れ去り」の態様には「留置」も含まれる。

ハーグ条約第3条では、「連れ去り」だけではなく、「留置」も不法とされている。

ハーグ条約は、国を跨いだ子の連れ去り・留置についての条約であるが、監護権の侵害が不法の実質であるため、国内においても、子の連れ去りだけでなく、留置（具体的には、一方の親が実家に子を連れて一時的に帰省することに他方の親が容認したにすぎないのに、約束の期限を過ぎても自宅に子を連れて帰って来ない）が規制の対象となることは、明白である。

以下において、関連する条文を引用する。

①ハーグ条約第3条

「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。」

②ハーグ条約実施法第2条4号

「留置

子が常居所を有する国からの当該子の出国の後において、当該子の当該国への渡航が妨げられていることをいう。」

③ハーグ条約実施法第2条7号

「不法な留置

常居所地国の法令によれば監護の権利を有する者の当該権利を侵害する留置であって、当該留置の開始の時に当該権利が現実に行使されていたもの又は当該留置がなければ当該権利が現実に行使されていたと認められるものをいう。」

2 (1) 原判決は、以下のとおり判示した（17頁）。

「(3) 権利①～⑤が憲法上保障され、本件立法不作為によりこれらが制約されているか

ア 権利②～④（親権、監護権及び教育権）について

原告らは、権利②～④が、憲法上保障されると主張する。

親権の主たる内容は、子の監護及び教育であって（民法820条）、監護権や教育権は、親権の一内容とみるべきであり、原告らが本件で問題とする監護権や教育権も、親権と独立する内容をいうものであるとは解されない。親権が憲法上保障されるか否かが明らかになれば、監護権や教育権が憲法上保障されるか否かも自ずと明らかになるというべきであるから、以下では、親権が憲法上保障されるか否かについて検討する。」

(2) しかしながら、原判決は「原告らが本件で問題とする監護権や教育権も、親権と独立する内容をいうものであるとは解されない。」等と判示したが、その判示内容が認められないことは明白である。

(3) そもそも、東京高裁令和3年10月28日判決は、以下のとおり判示している。

「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る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。」

- (4) すると、東京高裁令和3年10月28日判決が判示したとおり、非親権者であっても、非親権者による子の養育という人格的な利益は、非親権者である親にとっても、子にとっても失われぬのであるから、原判決の「監護権や教育権も、親権と独立する内容をいうものであるとは解されない」との判示が認められないことは明白である。

それはつまり、「親権」とは独立した権利として、監護権や教育権が憲法上保障されているかどうかの検討が必要であるということである（そもそも、東京高裁令和3年10月28日判決によると、「親権」とは「親の権利」というよりも、むしろ「親の社会的責任」である、とされている。）。

- (5) 監護権や教育権は、人が人として生まれたことで当然に有する自然権であり基本的人権である。仮にそれが基本的人権でないとしたとしても、それは人格的な利益である。監護権や教育権は日本において憲法上保障されている。

上で述べたとおり、非親権者でも、監護や教育はできることから、それは明白である。

- (6) ア 大森貴弘文「ドイツ連邦憲法裁判所の離婚後単独親権違憲判決」（甲A7）425頁において、以下のとおり親の権利（親の子に対する教育権）が人

権であり、日本国憲法上も認められることが明記されている。

「諸外国に目を転じると、ドイツでは子を育成する親の権利は自然権とされ、憲法でも明文化されており、アメリカでは平等原則と適正手続により親の権利が人権として認められている。日本国憲法には親の権利についての明文の規定はないが、親子の自然的関係を論じた最高裁判決（旭川学テ判決）が存在していることや人権の普遍性等を根拠として、憲法上認められうると解される。」

イ 旭川学テ訴訟最高裁大法廷昭和51年5月21日判決の判例評釈（甲A28）では、以下のとおり、教育権（教育の自由）（親の子に対する教育権）が基本的人権であることを認めている。

「大阪教育法研究会

羽山健一

親の教育権の検討—教師の教育権との関わりから—

一 親の教育権（教育の自由）

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

民法八二〇条は、「親権を行う者は、子の監護及び教育をする権利を有し、義務を負う」として、親が子を心身ともに健全な社会人として育成する義務と権利を定めている。これを自然法的権利というかは別にしても、ともかく、親の教育権はこの条項によって承認される。親の教育権の「権利」としての意義

は、他人を排して第一次的に子を教育する優先権と理解することができよう。この点について、世界人権宣言二六条三項が「親はその子どもに施されるべき教育の種類を選択するについて、優先的権利を有する」としているのも同趣旨である。

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

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

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

そして、この判例評釈の最後から二段落目以下の部分において、「親権とは、

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

ウ 『新版注釈民法(25)』（有斐閣，改訂版，2004年）（甲A9）には、以下の記載が明記されている。その内容からすると、親の子に対する教育権が、憲法13条の幸福追求権の一内容として保障されており、またそれは憲法13条により保障されている人格権の一内容を構成することは明白である。

①69頁の「820条 III 監護教育の程度方法(1)」の箇所

「ただ、親権者の監護教育権は、子供の監護教育を受ける基本的人権に対応しつつ、親が子に対して有する前国家的・始源的な自然権であると見られるけれども（→V）」

②76頁の「820条 V 監護教育権の性質(1)(ア)」の箇所

「ドイツ連邦共和国基本法6条2項は「子供の育成および教育は、両親の自然の権利であり、かつ、何よりもまず両親に課せられている義務である。その実行に対しては、国家共同社会がこれを監視する」と規定しているが、親が親権者としてその子に対し有する監護教育権は、民法などによって創設されるものとしてよりも前国家的・始源的な自然権に由来するものと見てよく（教育権

につき、田中耕太郎・教育基本法の理論[昭36]154)、民法は私法上の立場においてこの権利を宣言しているものと見てよいであろう。」

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

そこで「親には、憲法以前の自然権としての親の教育権(教育の自由)が存在すると考えられている」と指摘されていることは、日本法においても、親の未成年者子に対する親権は、憲法が保障する基本的人権であることを国自身が認めていることを意味している。

付言すると、控訴人らが既に引用した静岡地裁浜松支部平成11年(1999年)12月21日判決においても、以下のように判示されている。その判示内容からすると、親の未成年者子に対する親権、監護権、養育権、教育権(教育の自由)、リプロダクティブ権(子を産み育てる権利)が、憲法13条の幸福追求権の一内容として保障されており、またそれは憲法13条により保障されている人格権の一内容を構成すると解釈する立場であることは明白である。

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

(7) 監護権や教育権が日本において憲法上保障されていることは、控訴人らが既に述べたとおり、親と子との直接の触れ合によって、オキシトシン(愛情ホル

モン) が分泌されることについての科学的報告からも明白である (甲 A 1 6 7 ないし甲 A 1 7 0)。逆を言えば, 親と子が直接触れ合うことができなければ, 「オキシトシン」 (愛情ホルモン) の分泌の機会を失うと同時に, 子にとって, 「オキシトシン」 (愛情ホルモン) の分泌の機会を失うことを意味している。

甲 A 1 6 7 号証の 1 及び甲 A 1 6 7 号証の 2 に「両親の離婚を含む幼少期の経験を持つ人では, オキシトシン濃度が大幅に低かった。さらに分析すると, それらの人たちは, 彼らの両親をより思いやりがなく, 無関心であると評価している事が分かった。」と記載されているとおり, 「オキシトシン」 (愛情ホルモン) の分泌の機会を得ることは, 人としての人格を形成し, 持続的な人間関係や社会的関係を築く基礎となる機会を得ることそのものである。それは「人格権」の内容そのものであり, また「幸福追求権」の内容そのものであり, 「人格的な利益」の内容そのものなのである。

また, この点につき, 2023年1月12日付, アジア初の画期的な研究結果が公表された (甲 A 1 7 0)。

乳児期における父親の育児への関わりが多いことが, 子どもが16歳時点でのメンタルヘルスへの不調を予防する可能性がある, という研究である。

国立成育医療研究センターは, 2023年1月12日付で, 父親の育児への関わりが多い群と少ない群とで比較すると, 最も多い群では, メンタルヘルスの不調のリスクが10%下がっていたことを公表した。本研究の結果, 乳児期における父親の育児への関わりが多いことが, 長期的に子どものメンタルヘルスの不調を予防する可能性が示唆されたものである。

この研究結果を踏まえると, やはり, 親と子どもとが直接触れあう機会を得ることが, 人としての人格形成の機会を得ることそのものであることは明白である。

それは「人格権」の内容そのものであり, また「幸福追求権」の内容その

ものであり、「人格的な利益」の内容そのものなのである。

3 (1) 原判決は、以下のとおり判示した（17頁）。

「(ア) 原告らは、親権は、婚姻や子との関わりにより発生する自然権であるから、日本においても憲法上保障されると主張する。

親権には、子の居所の指定、懲戒、職業の許可、財産の管理などが含まれる（民法821条～824条）。親権の行使は、子の監護及び教育を通じて次世代の人格の形成や発展に寄与する営みであり、かかる営みは、子の人格形成のみならず、親権者自身の自己実現にも資するものといえることができる。その意味で、親権は、子の出生により当然に行使し得るものとして、自然権に類似する側面を有することは否定し難い。

しかし、親権の行使は、いずれも、子の利益のためにされなければならない（同法820条、834条～835条参照）、そうであるからこそ、親権は、権利であると同時に親権者の義務であるとされているのであって（同法820条）、例えば、信教の自由（憲法20条1項）が宗教を信仰する自由を保障すると同時に、信仰しない自由を保障しているのと異なり、親権については、これを行行使さないという事態は、原則として許容されていない。そうすると、親権は、本来的には、親権者に対して子の利益となる監護及び教育を行わせるという、いわば利他的な行為を要求し、その中で、監護及び教育の内容等について一定程度の裁量を与えたものにすぎないといえ、上記のとおり、その営みが親権者自身の自己実現にも資するものであって、単なる機械的な利他行為にとどまらないという点を考慮したとしても、憲法上他の人権とは性質を異にするものといわざるを得ない。このような性質を有する親権が、憲法上保障された基本的人権であると解することはできない。

(イ) 原告らは、親権が諸外国においても憲法上保障されていると主張するが、諸外国の制度が日本の憲法の解釈に直ちに影響を与えるということとはできず、前記(ア)の結論を左右する事情には当たらない。

(ウ) そうすると、権利②～④が憲法上保障されているということはいえない。」

(2) しかしながら、例えば選挙権の性質については、それを選挙人としての地位に基づいて公務員の選挙に関与する「公務」とみるか、国政への参加を国民に保障する「権利」とみるかについて争いがあり、多数説は、両者をあわせもつと解している（二元説と呼ばれる）（芦部信喜[高橋和之補訂]『憲法』（岩波書店、第七版、2019年）271頁（甲A29））。とすると、仮に親権が権利としての側面と共に、子に対する責務としての側面を有しているとしても、それにより親権が基本的人権であることを否定する理由とはならない（最高裁大法廷平成17年9月14日判決は、公務としての性格と権利としての性格の両者をあわせもつと解されている選挙権について、国会（国会議員）の立法不作為責任を認めて、国に対する賠償命令を出している。）。

また、例えばフランスでは、フランス民法典の1993年改正によって両親の共同親権が原則となり、更に2002年改正により、別居・離婚が親権の態様に影響を及ぼさないことが確認された。そして、親権は、「子の利益を目的とする権利と義務の総体である。」と規定されている（「国立国会図書館 離婚後面会交流及び養育費に係る法制度一米・英・仏・独・韓国一」5－6頁の「1 親権」（甲A171））。

すると、原判決が判示したように、「親権は、権利であると同時に親権者の義務であるとされているのであって（同法820条），」との性質が、親権の権利性を否定したり、親権が基本的人権であることを否定する理由にならないことは明白である。

4 (1) 原判決は、以下のとおり判示した（18頁）。

「イ 権利①（リプロダクティブ権）について

リプロダクティブ権は、主として性及び生殖に関する自己決定権を意味する用語であり、第一次的には、子の出産に焦点を当てた権利であると解される。

権利①が人の幸福の源泉となり得るとしても、出産それ自体と子の連れ去りとの関連性が乏しく、本件立法不作為によって権利①が直接制約されているとは言い難い。

なお、子を産むという点のみを権利①の対象とし、出産に引き続く子の養育をその対象外としたのでは、性及び生殖に関する自己決定権の保護として不十分であるとして、権利①には、出産に関する事項に加え、第二次的に、子の養育に関する事項も含まれていると解する余地もある。しかし、そのように解したとしても、権利①のうち子の養育に関する事項は、権利②～④の内容と実質的に重なるものであり、権利②～④が憲法上保障されているといえないことは、前記アのとおりである。

そうすると、権利①のうち、出産に関する事項は、本件立法不作為によって制約されている権利であるとはいえず、養育に関する事項は、憲法上保障されているとはいえない。」

(2) しかしながら、まず原判決は、「リプロダクティブ権は、主として性及び生殖に関する自己決定権を意味する用語であり、第一次的には、子の出産に焦点を当てた権利であると解される。権利①が人の幸福の源泉となり得るとしても、出産それ自体と子の連れ去りとの関連性が乏しく、本件立法不作為によって権利①が直接制約されているとは言い難い。」と判示したが、原判決自身も判示しているとおり、子を産むという点のみを権利①の対象とし、出産に引き続く子の養育をその対象外としたのでは、性及び生殖に関する自己決定権の保護として不十分であり、権利①には、出産に関する事項に加え、第二次的に、子の養育に関する事項も含まれていると解するべきは明白である。そうでなければ、子が生まれた直後に、子を連れ去られたような場合も、権利①の問題ではなくなり、権利①が侵害したと考えることができないからである。それが不合理であることは明白である。

(3) 原判決は続けて、「なお、子を産むという点のみを権利①の対象とし、出産

に引き続く子の養育をその対象外としたのでは、性及び生殖に関する自己決定権の保護として不十分であるとして、権利①には、出産に関する事項に加え、第二次的に、子の養育に関する事項も含まれていると解する余地もある。しかし、そのように解したとしても、権利①のうち子の養育に関する事項は、権利②～④の内容と実質的に重なるものであり、権利②～④が憲法上保障されているといえないことは、前記アのとおりである。」と判示したが、権利②～④（親権、監護権及び教育権）がそれぞれ独立した権利として憲法上保障されていること、その結果本件立法不作為により、その権利②～④が制約されていることは、上で述べたとおりである。

- (4) リプロダクティブ権が、性及び生殖に関する自己決定権を意味する権利であり、それは、親が子を産み育てて親と子の直接の触れ合いを持つことそのものが、人格や幸福に影響を与えることであって、自己決定権によりそれを選択する権利が保障されていることは、結局親と子の直接の触れ合いが、人格や幸福に影響を与えるからである。すると、リプロダクティブ権には、当然出産に関する事項に加え、第二次的に、子の養育に関する事項も含まれていると解すべきは明白である。

そして、子の連れ去りにより、親と子との直接の触れ合いが侵害されることは控訴人らが既に述べたとおりなのであるから、子の連れ去りにより、リプロダクティブ権が侵害されることも明白である。

- 5 (1) 原判決は、以下のとおり判示した（19頁）。

「ウ 権利⑤（面会交流権）について

原告らは、面会交流権が憲法上保障されると主張する。しかし、面会交流をどのような内容及び方法で実現すべきかについては、子の利益ないし福祉に配慮して検討されるべきものであって、その観点から、面会交流を全面的に制限すべき場合もある。このような性質に照らすと、面会交流権の実質は、それが親自身の自己実現にも資するものである点を含め、権利②～④の内容と重なる

というべきである。そして、権利②～④が憲法上保障されるとはいえないことは、前記アのとおりである。

原告らは、面会交流権が諸外国においても憲法上保障されていると主張するが、前記ア(イ)のとおり、諸外国の制度が日本の憲法の解釈に直ちに影響を与るということとはできない。

そうすると、権利⑤が憲法上保障されているとはいえない。」

(2) しかしながら、井上武史「別居後の親子の面会交流権と憲法：面会交流立法不作為違憲訴訟の検討」(甲A172)311頁には、「比較法的に見ても、離婚後に別居親が子と会って交流できることは、諸外国では訪問権や訪問・宿泊権と呼ばれ、すでの別居親の権利として確立しているといえる。」「その理由は、父母の双方と交流を維持することが、子の利益になると考えられるからである。例えばフランスでは、子が双方の親と人格的關係を維持することは子の利益に適うという理念が離婚家庭の子どもの問題に関わる人々の間では広く共有されているようになったからだとされる。」「日本でも東京高裁(控訴人ら注：東京高裁平成25年7月3日決定)が、「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。」と述べており、面会交流が子の利益になるという基本的な考え方が示されている。」と明言されている。

すると、①親が子と会って交流できることは、国家が成立する前から、さらには憲法が成立する前から存在するものであって、それは、人が人として生まれたことで当然に有する権利・利益である。

また、②比較法的に見ても、離婚後に別居親が子と会って交流できることは、諸外国では訪問権や訪問・宿泊権と呼ばれ、すでの別居親の権利として確立し

ている。その理由は、父母の双方と交流を維持することが、子の利益になると考えられるからである。それは、控訴人らが訴状を始めとする本件主張書面において諸外国の立法例を引用しているとおりである。

③そして、既に、東京高裁平成25年7月3日決定において、面会交流が子の利益になるという基本的な考え方が示されている。東京高裁令和3年10月28日判決も、「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るということができる。（中略）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。

以上のことからすると、親が子と面会をする面会交流が、前国家的・始原的な自然権であり、それは憲法上保障される権利・利益であって、外国の法制度において権利として確立していることからしても、我が国の憲法上保障される権利・利益であることは明白である。

そして、そのような趣旨である別居親と子との面会交流権は、個人の人格権や幸福追求権などを保障した憲法13条により保障されていることが明白である。なぜならば、それが別居親の人格権や幸福追求権を増幅するだけでなく、何よりも子の人格権や幸福追求権を増幅するからである。

6(1) 原判決は、以下のとおり判示した（20頁）。

「エ 原告らは、子を連れ去られた親は権利①～⑤を行使し得ず、子を連れ去った親のみが権利①～⑤を行使し得るから、本件立法不作為は憲法14条1項に違反することが明白であるとも主張するようである。

しかし、憲法14条1項は、事柄の性質に即応した合理的な根拠に基づくも

のでない限り、法的な差別的取扱いをすることを禁止する趣旨と解すべきである（最高裁昭和37年（オ）第1472号同39年5月27日大法廷判決・民集18巻4号676頁等参照）。子を連れ去られたとしても、その時点における法的地位には何ら影響がなく、権利①～⑤を法的に主張又は行使し得なくなるわけではないから、子を連れ去った親との間で法的な差別的取扱いがされているということとはできない。

そうすると、本件立法不作為が憲法14条1項に違反するということができない。」

(2) しかしながら、この点につき、『判例タイムズ1100号 臨時増刊 家事関係裁判例と実務245題』（判例タイムズ社，2002年）190～191頁に掲載されている遠藤富士子（東京家庭裁判所調停委員）「面接交渉の時期・方法・履行確保」（甲A158）においては、以下の記載がされている。

①「1 時期・方法 （中略） わが国では、昭和39年に面接交渉を認める審判が出されて以来普及し、実務でも学説でも面接交渉は子にとって有益であり、子の福祉に反しない限り認めるべきであるとするのが大勢である。しかし、監護親の中には、非監護親が面接交渉を要求しても拒否する者、ごく僅かしか応じない者も多く、家庭裁判所に申し立てられる事件が増大している。」（190頁）

②「2 履行確保 面接交渉は、子の利益でもあるから監護親・子の側からこれに応じない非監護親に履行を求めることもありえるわけであるが、実務上多いのは非監護親から監護親に履行を求める場合である。

調停または審判で面接交渉が決まっても子の生活や心身状況の変化など正当な事由があれば変更を求めることが可能であるが、そのような事由がないにもかかわらず履行に応じない監護親が多く、その履行確保は昨今家庭に関する最も解決困難な問題の一つとなっている。不履行に対抗する手段としては次のようなものが考えられる。

(1) 履行勧告 調停または審判で決まったことについては、当該家庭裁判所に履行勧告を申し出ることができる。実際には調査官が担当し、双方（権利者・義務者）の言い分をよく聴いて調査を図り履行を促すが強制力はなく、頑として応じない義務者に対してはどうにもならない。

(2) 再調停 権利者はさらに話し合いを求めて調停を申し立てることがある。話し合いの結果不信感が軽減されるとか新たな条件で合意ができるとかすれば履行が期待できるが、調停でできることには限界がある。

(3) 強制執行 面接交渉条項は家事審判法第15条により執行力ある債務名義となる。しかし直接強制はできないというのが通説である。遅滞の期間に応じて一定の賠償をすべきことを命じる間接強制はできるという説が多いが、有力な反対説がある。

(4) 損害賠償請求 面接交渉を拒否した監護親に対し不法行為責任を認め、損害賠償を命じた判例がある（最近では静岡地浜松支判平11・12・21判時1713号92頁）。しかし損害賠償を命じても面会交渉が実現するわけではなく、子の福祉に益することもない。

(5) 親権者・監護者の変更 面接交渉の拒否に対して親権・監護権の変更を肯定する説もあるが、面接交渉の拒否と親権者・監護者としての適格性は別のことであろう。」（191頁）

③「3 問題の所在と対応 以上でみたように、面接交渉の頑強な拒否に対する法的な対抗手段はほとんどないと言ってよい。」（191頁）

(3) ア また、安倍嘉人・西岡清一郎監修『子どものための法律と実務 裁判・行政・社会の協同と子どもの未来』（甲A173号証）においても、同趣旨の指摘がされているので、以下で引用する。

イ この点につき、『同書』19頁（執筆者：西岡清一郎（東京家庭裁判所長））（甲A173号証）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。」

ウ また、『同書』111頁（執筆者：進藤千絵（大阪地方裁判所判事）他）（甲A 173号証）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。

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

そして東京地裁令和元年（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A33）。

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A33）。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。それも、現行法においては、面会交流権が自由に、円滑かつ滞りなく行われるための強制執行や制裁規定が設けられていないために生じている問題点である。

(5) 現在の民法が採用している離婚後単独親権制度が、離婚後における子の親権争いを生んでおり、「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。」

（甲A41号証48頁）という事態が生じる一方で、子を連れ去った同居親が「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」という手段を用いた場合には、「面接交渉の頑強な拒否に対する法的な対抗手段はほとんどないと言ってよい。」（甲A158号証191頁）のである。

現行法上離婚後単独親権制度が採用されており、さらには、離婚後の親権争いのために子の連れ去りを行っても違法とはされていないのであるから、当然その結果、別居親と子との間の面会交流権が同居親の頑強な拒否により阻害され、別居親と子が分断される事態が生じることは容易に認識しうることである。

そして、そのような事態が、別居親及び子の基本的人権や人格的な利益を侵害することは容易に認識しうることである。

すると、国会（国会議員）としては、「面接交渉の拒否に対する法的な対抗手段はほとんどない」（甲A158号証191頁）以上、子を連れ去られ、その後の面会交流の拒否による親と子との分断が生じないために、子の連れ去りそのものを規制する法制度の立法義務を負うことは明白である。

(6) 付言すると、日本が批准している市民的及び政治的権利に関する国際規約（B規約）の23条4項は、「この規約の締約国は、婚姻中及び婚姻の解消の際に、婚姻に係る配偶者の権利及び責任の平等を確保するため、適当な措置をとる。その解消の場合には、児童に対する必要な保護のため、措置がとられる。」と規定している。

日本が締約国となっている条約の内容は、憲法解釈に影響を与える立法事実である（甲21，甲22）。

すると、原判決の判示とは異なり、子を連れ去られた別居親は、子との面会交流を拒否されると子との接触そのものを断たれてしまうのであるから、それが日本が批准している市民的及び政治的権利に関する国際規約（B規約）の23条4項における「婚姻に係る配偶者の権利及び責任の平等を確保するため、適当な措置」が取られていないこと、「その解消の場合には、児童に対する必要な保護のため、措置」が取られていないことに、それぞれ該当することは明白である。その結果、本件立法不作為が憲法14条1項に違反することは明白である。

7(1) 原判決は、以下のとおり判示した（20頁）。

「(4) 本件立法不作為が原告らの権利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ことが明白であるか

ア 日本において、一方親の同意を得ない子の連れ去りを違法とする規定、その他原告らが主張する法規定は存在しないところ（前記(2)）、学者や国会議員等の一部から、遅くとも令和元年頃以降、現行の法制度の下で、不当な子の連れ去りが発生し得ることが指摘されるようになった。令和3年には、公益財

団法人商事法務研究会により、両親が別居する際に子の養育計画等を定める手続規定を創設することなどの提言をまとめた報告書が公表されているが、その報告書には、同意なき連れ去りがあった場合の事実状態を無条件に追認することは相当でないとの見解があることを前提に、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いう規律を設ける方向性についても言及されている。さらに、ハーグ条約及び児童の権利に関する条約との整合性を確保する観点からの国内法の再検討も、提案されている。（認定事実(4)）

また、国際機関は、遅くとも平成31年以降、日本に対し、複数回にわたり、日本法を児童の権利条約やハーグ条約等と整合させるよう勧告している（認定事実(3)）。国際機関が指摘する各条約（認定事実(2)）が、子の常居所国の法令によれば個人の監護権を侵害するなどの場合、子の連れ去りが原則として違法になる旨規定するほか（ハーグ条約）、締約国に対して、児童の意思に反する父母からの分離を防ぐための立法措置等を講ずること（児童の権利に関する条約）、及び婚姻に係る配偶者の権利等の平等を確保するための適切な措置をとることを求めていること（自由権規約）に照らすと、国際機関によるこれらの勧告が、日本の家族法制度に一定の問題提起をするものであることは明らかである。

以上の事情によれば、日本の家族法制度については、国内でその在り方が議論されているにとどまらず、国際的にみても、条約の規定との整合性という観点等から問題視する立場があり、憲法98条2項が定める条約遵守義務に照らしても、他方親の同意なき子の連れ去りを違法とする規定、その他原告らが主張する法規制の制定は、今後の国内法の在り方についての一つの選択肢として、議論されるべきものといえることができる。」

(2) この原判決の判示内容について、控訴人らは以下の(3)(4)で述べる点を除き争わない。

(3) 日本の第7回定期報告書に対する国連自由権規約委員会の最終見解が出され

ている（甲 A 1 7 4）。以下で引用するその内容からすると、原判決が判示したとおり、「国際的にみても、条約の規定との整合性という観点等から問題視する立場があり、憲法 9 8 条 2 項が定める条約遵守義務に照らしても、他方親の同意なき子の連れ去りを違法とする規定、その他原告らが主張する法規制の制定は、今後の国内法の在り方についての一つの選択肢として、議論されるべきものといえることができる。」ことは明白である。

日本の第 7 回定期報告書に対する国連自由権規約委員会の最終見解（甲 A 1 7 4）

国連自由権規約「委員会は、国内および国際的な親による子の奪取の事例が頻繁に報告され、締約国が適切な対応をとっていないことに懸念を抱いている（第 1 7 条、第 2 3 条、第 2 4 条）」（4 4 項）、「子どもを家族から連れ去るための明確な基準を設けるために法律を改正し、連れ去ることが正当であるかどうかを判断するためにすべての事例について強制的な司法審査を導入し、子どもの親からの分離が最後の手段としてのみ、子どもおよび親の意見を聞いた上で、子どもの保護と子どもの最善の利益に必要な場合に用いられることを確認すること。」（4 5 項 (b)）、「親による子の奪取の事例に適切に対応するために必要な措置を導入し、子の監護に関する決定が、国内・国際の事例を問わず、子の最善の利益を考慮し、実際に十分に実施されることを確保すること。」（4 5 項 (c)）などを求める勧告をすることを含んだ日本の第 7 回定期報告書に対する最終見解を、令和 4 年 1 0 月 2 8 日に採択した。

(4) 原判決は、「学者や国会議員等の一部から、遅くとも令和元年頃以降、現行の法制度の下で、不当な子の連れ去りが発生し得ることが指摘されるようになった。」と判示したが、日本のハーグ条約の批准に際し、平成 2 5 年に国会において、不当な子の連れ去りが発生し得ることが既に指摘されていた（第 1 8 3 回国会衆議院法務委員会平成 2 5 年 4 月 1 9 日議事録（甲 A 1 7 5））。例えば甲 A 1 7 4 号証の議事録の 1 2 枚目「0 0 6・渡辺泰之」の箇所では、渡辺

参考人が、妻に子連れ去られた時の体験を話しているほか、子どもを奪われて会えない母親が多数傍聴に来ていること、国際的に連れ去りを禁止しながら国内における子の連れ去りを放置しておくことはできないと訴えた。また、同議事録の19枚目以下「010・棚瀬孝雄」の箇所では、棚瀬参考人が、「もう既に、一九八一年にはアメリカで共同監護法ができるように、むしろ両方の親が離婚後も共同で子供を監護することが大切だ、そして、親の誘拐、英語ではペアレンタルアブダクションと言いますが、そういうものも犯罪である、それこそが子供の方から片親を失わせるものであるというふうな認識が急速に広まっていて、現在のハーグ条約の運用を形づくっています。」と述べ、なぜ連れ去りがいけないのかについて端的に三つの弊害、①子と親の両方にとっても愛着対象の剥奪でありトラウマとなること、②子の奪い合いが父母間の対立を激化させること、③連れ去り勝ちが必ず起きることを確認している。)

8(1) 原判決は、以下のとおり判示した(21頁)。

「イ しかし、前記アで指摘した条約の規定や国際機関の勧告は、「締約国は、(略)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。」、「日本の国内法を国際公約と整合させ、訪問権と面会権が児童の権利に関する条約の下での義務を反映していることを確保するために、日本の法制度に必要な変更を導入することを求める。」など、抽象的なものにとどまっている。加えて、子の連れ去りを防ぐ法規制を制定するか否か、また仮に制定するとした場合の立法の具体的内容をどのように定めるかについては、締約国の伝統、親子・婚姻関係に係る国民の価値観等を総合的に考慮すべきであり、立法の是非の判断やその具体的内容は、各締約国の裁量に委ねられているといえるから、これらの条約の規定や国際機関の勧告が、直ちに憲法違反の明白性を基礎付けるものとはいえない。」

(2) しかしながら、仮に条約の規定や国際機関の勧告が、立法の是非の判断やそ

の具体的内容について、各締約国の裁量に委ねているとしても、控訴人らが被害にあった「配偶者による子の連れ去り」の内容及びその後の面会交流の拒否と、原判決も認めるとおり、国際的にみても、条約の規定との整合性という観点等から問題視する立場から大きな非難がされていることや、国際機関の勧告が繰り返し出されていることからすると、日本法には「配偶者による子の連れ去り」を規制する刑事法・民事法・手続法が存在しておらず（本件立法不作為）、その本件立法不作為が、国際的に非難されて続けている「配偶者による子の連れ去り」を生み続けていることを考慮すると、国会議員による本件立法不作為は、もはや裁量の逸脱・濫用が認められることは明白である。

9 (1) 原判決は、以下のとおり判示した（22頁）。

「また、家庭裁判所は、親権者や監護者の指定に当たり、現状の監護者がいずれであるかのみならず、父母の監護能力、居住・教育環境、子の年齢・性別・心身の発育状況・意向、従来環境への適応状況など、親側の事情及び子側の事情を総合的に考慮しており、別居後の監護状況を特に重視する判断をしているわけではない。このことについて、旧来重視していたとされるいわゆる継続性の原則（別居後の監護状況の継続性を重視する考え方）は、現在の裁判実務において限定的に考えられ、むしろ子の出生から現在までの生活環境及び監護の状況を重視しているとの指摘もされている（乙7）。」

(2) しかしながら、原判決は乙7号証を引用するが、乙7号証の内容には表現上の誤解がある。なぜならば、乙7号証66頁では、「現状の監護状況を盲目的に追認するような、いわば「連れ去り得」を容認する判断はされていないものと考えられる。」と記載されているが、その乙7号証の64頁に記載されている裁判例[1]及び[2]は、最初に母が子を連れて父と別居した後で、父が面会交流の機会に子らを連れ去った案件において、「連れ戻した」父の監護者指定の請求を否定した案件である。逆に母について裁判例[2]では、「母による連れ去りは監護者の指定において重大視する点とは言い難いとした原審判の判断

を是認した。」と記載されている。つまり、その裁判例[1]及び[2]は、最初に連れ去りを行った母を監護者として指定した案件なのである。

また、やはり乙7号証の64頁に記載されている裁判例[3]及び[4]も、最初に母が子を連れて父と別居した後で、父が面会交流後に子を留め置いていた案件において、やはり「留め置いた」父の監護者指定の請求を否定した案件である。つまり、その裁判例[3]及び[4]は、最初に連れ去りを行った母を監護者として指定した案件なのである。

ちなみに、やはり乙7号証の64～65頁に記載されている裁判例[5]及び[6]も、最初に母が子を連れて父と別居した後で、父が監護者指定の請求を行ったが、やはり最初に連れ去りを行った母を監護者として指定している。

以上の裁判例[1]ないし[6]は、全てが高裁で確定している案件である。

つまり、乙7号証の66頁では、「現状の監護状況を盲目的に追認するような、いわば「連れ去り得」を容認する判断はされていないものと考えられる。」と記載されているが、その根拠として引用している裁判例には、「連れ戻した」案件が含まれており、「連れ戻した」者について、監護者指定の請求が認められなかったことを含めて、「現状の監護状況を盲目的に追認するような、いわば「連れ去り得」を容認する判断はされていないものと考えられる。」と記載しているのである。

よって、控訴人らの主張を否定する根拠としては、乙7号証は不正確な内容であって、信用性に欠けることは明白である。

10(1) 原判決は、以下のとおり判示した(22頁)。

「上記の各状況を踏まえると、日本国内において、子の連れ去りを防ぐ法規制が必要であることにつき、国民に共通認識が形成されているとはいい難く、立法の具体的内容についても、なお検討すべき事項が多数存在するものといえ、国民の議論が十分にされている状態であるとはいえない。」

(2) しかしながら、基本的人権や人格的な利益が保障されている趣旨は、多数決

でも奪うことができないものがある，多数決でも決めることができないものがある，それを保障するのが憲法である，という点にある。

すると，「日本国内において，子の連れ去りを防ぐ法規制が必要であることにつき，国民に共通認識が形成されているとはいいい難く，」という理由によって（言い換えると，「日本国内において，子の連れ去りを防ぐ法規制が必要であることについて，国民の多数意見に支えられた国民の共通認識が形成されているとはいいい難い」との理由によって），少数派の基本的な人権や人格的な利益の救済を否定できないことは明白である。

(3) そして，子の連れ去りは①連れ去られる親に対する暴力及び②子どもに対する虐待行為であること（「配偶者暴力（DV）」や「虐待行為」が，仮に多数意見に基づいていた場合であっても，許されない行為であることは明白である。）からすると，国民の共通認識の形成如何に関わらず許されないことは明白である。

その点は，控訴人らが原審において，以下のとおり主張しているとおりにである。

①控訴人ら準備書面（1）「第3 原告らの主張」3項から引用

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

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

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

5. 親による子どもの連れ去り（実子誘拐）は，子どもの健康に悪影響を与え，長期的な悪影響につながる可能性があることを指摘し，子どもの連れ去り

(実子誘拐)は、子どもだけでなく、取り残された親にとっても、精神的な不健康問題を引き起こすことを強調する。

6. 1980年ハーグ条約の主な目的の一つは、親による子どもの連れ去り(実子誘拐)の有害な影響から子を保護することであることを強調し、子どもの連れ去り(実子誘拐)の直前に子どもが常住国に速やかに戻ることを確実にする手続きを確立することによって、子どもを保護することである。」

2020年7月8日 EU 本会議において採択された決議(2020年7月1日付)(甲A59)

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

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

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

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

②控訴人ら準備書面(3)「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」

例えば、埼玉県警が作成したDVDリーフレットには、「どんなDVがあるの？」とした上で、「子どもを利用した暴力」として「子どもを取り上げる」ことが挙げられている（甲A68）。

③連れ去りが虐待に該当する理由について、外務省のHP「ハーグ条約（国際的な子の奪取の民事上の側面に関する条約）」の頁の「ハーグ条約の仕組み」の箇所に、以下のとおり解説がされている（甲A176）。

「国境を越えた子の連れ去りは、子にとって、それまでの生活基盤が突然急変するほか、一方の親や親族・友人との交流が断絶し、また、異なる言語文化環境へも適応しなくてはならなくなる等、有害な影響を与える可能性があります。ハーグ条約は、そのような悪影響から子を守るために、原則として元の居住国に子を迅速に返還するための国際協力の仕組みや国境を越えた親子の面会交流の実現のための協力について定めています。」

④1999年6月9日に、国連の子どもの権利委員会（特別セッション）で発表されたナンシー・フォークナー氏の論文「親による子の奪取は児童虐待である」には、以下の内容が記載されている（甲A177，甲A178）。

「一瞬にして慣れ親しんだ世界全体から奪われた子どもへの結果としてのトラウマが、感情的にも発達のにも心理的にも破壊的であることには、ほとんどの人が同意するだろう。」

「親による誘拐の場合、被害者はなぜ誘拐されたのか分からず、状況をコントロールできないことが多く、怒りや不満、混乱といった非常に強い感情があっても、無力感の総体として、状況に屈服してしまうことがあります。このように状況に屈服し、表面的に解決したように見えるのは、受け入れるというより、完全に打ちのめされ、コントロールできず、完全に無力になった結果かもしれませぬ。」

「誘拐された子どもたちは、おもちゃ、持ち物、遊び仲間、親戚、先生、近所、遊び場、お気に入りの買い物や食事場所、日常生活、そして親など、慣れ親しんだものをほとんどすべて奪われてしまったのです。慣れ親しんだものから突然引き離され、十分な準備もなく全く新しい環境に置かれると、未知のもの、将来の出来事、心の安全、身体の安全に対する恐怖が暴走し、非合理的になってしまうことがあります。現実の脅威がさらに誇張され、その脅威に対処する能力が完全に不十分であると思われます。"これは恐ろしいことだ、自分ではどうしようもないことだ、対処できない" 新しい刺激のストレスに圧倒され、状況を理解できないまま、子どもは過度の不安や恐怖を感じ、それが慢性的な不安、ストレス反応、うつ病、パラノイア、そして次のセクションで述べるその他の合併症へと発展する可能性があります。」

「日常的なストレス要因が、子供の誘拐のような非日常的でトラウマ的な出来事にまで拡大すると、短期的および長期的な影響により、発達と機能が著しく損なわれる可能性があります。」

「誘拐された子どもは、誘拐犯から別の人物に怒りを向けますが、この場合、救助して生活を元に戻さなかった見捨てられた親に怒りを向けることがあります。もうひとつの変位は、内的変位です。敵意を他者に向けるのではなく、自分自身に対して向けるのです。これは、うつ病や自殺では珍しいことではありません。」

「親子間の誘拐事件では、非難されるような証拠がないにもかかわらず、誘拐した親を完全に拒絶し非難するほど、誘拐した親と同一視する子どもがいることが知られています。」

「離婚に関する文献には、子供が両親の間に何らかの形で困難をもたらし、家族の分裂の頂点に達したのは自分のせいだと感じたという記述が散見されます。誘拐された子供たちの罪悪感も、これと同じようなものです。」

「片親訴外と過重な負担を強いられる子どもたち」

「物理的な誘拐の場合、子どもはターゲットとなる親に対する洗脳を受ける可能性が極めて高くなります。多くの場合、その作戦は、子供を怖がらせて、親、子供、あるいはその両方がターゲットとなる親から与えられる曖昧な危害から逃れることだけが存在する唯一の方法であると信じさせることです」
(Clawar & Rivlin, p. 115)。」

「分離不安と見捨てられへの恐怖。

分離不安と見捨てられることへの恐怖は、恐怖や学習性無力感とは別に言及するに値するほど注目すべきものです。この問題の症状は、小児期の過剰不安障害の基準を満たすこともありますが、この例では、親から引き離され、見捨てられたと思われることに特化しているのが特徴です。前述のように、子どもは見捨てられた親がどのような救出を試みているのか知る由もなく、その親に見捨てられたと思い込んでいる可能性があり、誘拐した親によって、見捨てられた親が亡くなっているか、もう子どものことなど気にしていないと思い込んでいる可能性があります。

DSM-IV (1994) によると、分離不安は、以下の3つ（またはそれ以上）によって証明されるように、家庭または個人が愛着を持っている人からの分離に関する発達上不適切で過剰な不安によって示されます。

1 家庭や主な愛着者からの分離が起こる、または予想される時、過度の苦痛が繰り返し起こります。

2 主な愛着者を失うこと、または主な愛着者に危害が及ぶ可能性について、持続的で過剰な心配をすること。

3 不都合な出来事が主要な愛着人物との分離につながるのではないかと持続的かつ過度に心配する（例えば、迷子になる、誘拐されるなど）。

4 分離を恐れて、学校やその他の場所に行くことを持続的に嫌がる、または拒否する。

5 一人でいること、家庭で主要な愛着者がいないこと、または他の環境で

重要な大人がいないことを、持続的かつ過度に怖がる、または嫌がる。

6 主要な愛着者の近くにいないと眠れない、または家から離れて眠ることを持続的に嫌がる、または拒否する。

7 分離をテーマとする悪夢を繰り返し見る。

8 主要な愛着者からの分離が起こったとき、または予想されるときに、身体症状（頭痛、腹痛、吐き気、嘔吐など）を繰り返し訴えます。」

(4) さらに、控訴人らが既に主張したとおり、以下を代表とする、「日本国内において、子の連れ去りを防ぐ法規制が必要であることについて、国民の多数意見に支えられた国民の共通認識が形成されていること」を示す事実が存在しているのであるから、原判決はその点においても認められないことは明白である。

①令和4年5月18日に、共同養育支援議員連盟の国会議員が、古川禎久法務大臣宛に、子どもの連れ去りを防ぐ共同養育総合的パッケージ（甲A153号証の1に記載されていたもの）を提案した（甲A159）。

②共同養育支援議員連盟の議員が、令和4年5月16日に取りまとめた10頁にわたる提言を、政府各所に申し入れた。令和4年5月24日は、二之湯国家公安委員長を訪問した上で、警察庁幹部同席のもと、正当な理由なき子供の連れ去りは親権者の監護権を侵害するものであり、未成年者略取誘拐罪に該当するものであることを再確認した。二之湯委員長からは「これまでの考えじゃダメやな。国際的にも問題なんやろ。」「警察は国民に寄り添わなアカン。」と理解を示した（甲A161）。

③弁護士・大学教授などがつくる民間法制審議会の家族法制部会が、国際ルールに合わせた共同親権・共同養育を認める内容の「中間試案」を発表し、自民党の高市政調会長にも提出した。試案を受け取った自民党サイドは、法務省の法制審案と比較検討して今後の立法化を進めるという異例の対応をする方針を示した（甲A162）。

④法務省が、家族法制の見直しを議論している法制審議会（法相の諮問機関）

の部会に、離婚した父母双方を親権者にできる「離婚後の共同親権」の導入を提案する方針を決めた。民法の規定する離婚後単独親権制度の下では、親子交流の断絶が社会問題化している。離婚後の親権の奪い合いや他方の親の同意を得ずに子と家を出る「子の連れ去り」も頻発している。国際的には離婚後共同親権が主流になっている。離婚しても子が普段は同居親と生活し、休暇中は別居親と過ごすといった良好な親子関係もあるため、共同親権を前提に、両者が監護者になる「離婚後の共同監護」も選択肢として示される見通しである（甲A163）。

⑤自民党の山田美樹法務部会長は令和4年6月21日、法務省で古川禎久法相と面会し、同部会の「家族法制のあり方検討プロジェクトチーム」がまとめた父母が離婚した後の子供の養育に関する提言を手渡した。提言は「子の最善の利益を確保する」として、離婚後の父母が共に親権や子供の身の回りの世話や教育をする「監護権」を持つ「共同親権・共同監護」制度を導入するよう求めた（甲A164）。

同席者によると、古川禎久法相は「子供の最善の利益を追求することは共通した思いだ」と応じた（甲A164）。

⑥自民党のHP「法務部会 家族法制のあり方検討プロジェクトチーム 提言」の頁に、「法務部会の「家族法制のあり方検討PT（プロジェクトチーム）」は、6月21日に提言を古川法務大臣に申し入れた。」と記載された（甲A165の1）。

同頁に掲載された令和4年6月20日付「自民党法務部会家族法制のあり方検討プロジェクトチーム提言」には、次のように記載された（甲A165の2）。

「父母の離婚後の子の養育については、子の最善の利益を確保するため、子を真ん中に置いた議論をしなければならない。また、家族の分断を生じさせるような法改正がなされることがあってはならない。これらの課題に関する法改正を検討する上では、次のような点に基づき、具体的な規律の在り方を検討す

べきである。

1 ハーグ条約及び児童の権利に関する条約との整合性を確保する観点から国内の法制度についての再検討を行うべきである。

2 離婚後単独親権・単独監護制度を定める現行民法の規定は、離婚後も父母の双方が子の養育に責任を負うべきであるという原理・原則に反するものである。従って、父母が離婚した場合、原則として、父母がそれぞれ、引き続き、子に対して親としての責務を果たすため、離婚後共同親権（監護権を含む）制度を導入すべきである。

3 父母が離婚する場合、父母が共同して子の養育を適切に行うために、父母の監護割合や養育費、親子交流などについて定める「共同養育計画」の作成や「離婚後養育講座」の受講など、必要な事項について、一定の責務を課すべきである。

（中略）

5 法改正前に両親が離婚している場合、一定の場合に離婚に伴い親権を喪失した父母の親権の回復を認めるなど、子のための救済措置を講ずるべきである。」

⑦読売新聞令和4年8月31日付記事（甲A166）は以下のとおり報じている。

「離婚後の親権のあり方などを議論してきた法制審議会（法相の諮問機関）の部会は、令和4年8月30日、「共同親権」の導入を巡る中間試案のとりまとめを先送りした。現行の「単独親権」維持を併記した内容に、自民党から反発が出ているためだ。

（中略）

現行法では、離婚後に父母の一方のみが親権を持つ単独親権となっている。離婚時の親権争いの一因になっているほか、海外では共同親権を採用している国が一般的だ。自民内には「親権を確保するための子どもの連れ去りが起こる

など、単独親権は、家族をバラバラにする制度だ」との声が根強い。」

4 (1) 原判決は、以下のとおり判示した（22頁）。

「原告らは、そのほか、両親が離婚した子は愛情ホルモンであるオキシトシンが少ないことや、片親との交流の断絶が子の心理的、人格的成長にも悪影響を及ぼすことなど、多数の事実を指摘するが、これらの事実及び認定事実の内容を精査しても、子の連れ去りを防ぐ法規制が必要であることについて、国民に共通認識が形成されているとまではいえず、本件の結論を左右しない。」

(2) しかしながら、この点につき、上でも引用した、2023年（令和5年）1月12日付で、日本の国立成育医療研究センターにより、以下の研究結果が公表された（甲A170）。

乳児期における父親の育児への関わりが多いことが、子供が16歳時点でのメンタルヘルスへの不調を予防する可能性がある、という研究である。

国立成育医療研究センターは、2023年（令和5年）1月12日付で、父親の育児への関わりが多い郡と少ない郡とで比較すると、最も多い郡では、メンタルヘルスの不調のリスクが10%下がっていたを公表した。本研究の結果、乳児期における父親の育児への関わりが多いことが、長期的に子どものメンタルヘルスへの不調を予防する可能性が示唆されたものである。

この研究結果を踏まえると、やはり、親と子どもとが直接触れ合う機会を得ることが、人としての人格形成の機会を得ることそのものであることは明白である。それは「人格権」の内容そのものであり、また「幸福追求権」の内容そのものであり、「人格的な利益」の内容そのものなのである。

5 (1) 原判決は、以下のとおり判示した（22頁）。

「ウ そうすると、仮に、本件立法不作為が、原告らの憲法上保障され又は保護されている権利利益を制約するものであるとしても、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うこととはできない。

(3) 争点1の総括

以上によれば、原告らの主張する権利が憲法上保障されているとはいえず、又は本件立法不作為により制約されているとはいえず（前記(3)）、本件立法不作為が、原告らの権利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ことが明白であるともいえない（前記(4)）。

したがって、その余の点を検討するまでもなく、本件立法不作為が国賠法1条1項の適用上違法になるとはいえない。」

(2) しかしながら、控訴人らが上で述べた内容からすると、原判決の立場が不当であり、判示内容が認められないことは明白である。

第2 争点2（控訴人らの損害）について

1 (1) 原判決は、以下のとおり判示した（23頁）。

「第4 結論

よって、争点2を判断するまでもなく、原告らの請求はいずれも理由がないから棄却する。」

(2) しかしながら、控訴人らが上で述べた内容からすると、原判決の立場が不当であり、判示内容が認められないことは明白である。

(3) 争点2についての控訴人らの主張は、原審で主張したとおりである。

(4) その外、本件における控訴人らの主張は、本書面で主張したものに加えて、原審で主張したとおりである。

以上