

副 本

令和5年(ネ)第902号 損害賠償請求控訴事件

控訴人 (閲覧制限) ほか12名

被控訴人 国

答 弁 書

令和5年6月5日

東京高等裁判所第1民事部口B係 御中

被控訴人指定代理人

〒102-8225 東京都千代田区九段南一丁目1番15号

九段第二合同庁舎

東京法務局訟務部 (送達場所 別紙のとおり)

部 付 本 村 行 広

部 付 橋 本 政 和

法 務 事 務 官 松 平 育 磨

〒100-8977 東京都千代田区霞が関一丁目1番1号

法務省民事局

局 付 松 波 卓 也 (代)

局 付 寺 下 征 司 (代)

局 付 太 田 健 介 (代)

局 付 廣 瀬 智 彦 (代)

局 付 岡 本 和 香 (代)

民事法制管理官付法制第一係長

村 上 岳 (代)

民事法制管理官付法制第一係員

伊 集 浩 平 (代)

第1 控訴の趣旨に対する答弁

- 1 本件控訴を棄却する。
- 2 控訴費用は控訴人らの負担とする。
- 3 仮執行の宣言は相当でないが、仮に仮執行宣言を付する場合は、
 - (1) 担保を条件とする仮執行免脱宣言
 - (2) その執行開始時期を判決が被控訴人に送達された後14日経過した時とする
こと
を求める。

第2 被控訴人の主張

被控訴人の主張は、被控訴人が原審口頭弁論で述べたとおりであり、控訴人らの請求を棄却した原審の判断は正当である。

これに対し、控訴人らは、令和5年3月29日付け控訴理由書（以下「控訴理由書」という。）において、原判決に誤りがある旨主張するが、それらの内容は、いずれも原審における主張の繰り返しか、あるいは控訴人ら独自の見解に基づいて原判決を論難するものにすぎず、いずれも理由がないことは、原審における被控訴人の主張及び原判決の判示から明らかである。

したがって、本件控訴は、理由がないものとして、速やかに棄却されるべきであるが、以下、控訴理由書における控訴人らの主張に対し、必要と認める範囲で反論する。

なお、略語等は、本書面において新たに用いるもののほかは、原審における被控訴人の準備書面の例による。また、原審における被控訴人の準備書面については「一審被告準備書面(1)」等と表記する。

第3 控訴人らの主張にいずれも理由がないこと

1 控訴人らが主張する「権利」は、いずれも憲法上保障された権利ではないこと

(1) 親権、監護権及び教育権が憲法上保障されている権利ではないこと

ア 控訴人らは、親権や、親権とは独立した権利としての監護権及び教育権が、憲法13条の保障する人格権や幸福追求権に含まれる基本的人権である旨を主張する（控訴理由書12ないし14ページ）。

しかしながら、親権が親の「職分」や「社会的責務」であると理解されており、憲法上保障された人権とはいえないことは、被控訴人が一審被告準備書面(2)（7及び8ページ）等で主張したとおりである。

この点、原判決も「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、（中略）憲法上の他の人権とは性質を異にするものといわざるを得ない。」と判示して、親権が憲法上保障された基本的人権であることを明確に否定しているところである（原判決18ページ）。

控訴人は、原判決の上記判断について、最高裁判所平成17年9月14日判決（民集59巻7号2087ページ）が、「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」ことからすれば、親権が権利及び義務の2つの側面を有していることは、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旨も主張する（控訴理由書15ページ）。

しかし、選挙権、すなわち公務員を選定することが国民固有の権利であることは、憲法15条1項に明記されているのに対し、親権については、そのような規定はないから、親権が「権利」としての側面を有していると

しても（民法820条）、選挙権と同列に論じることができないことは明らかである。

したがって、控訴人らの上記主張は理由がない。

イ なお、控訴人らは、子の養育という人格的利益は非親権者である親にとっても失われないから、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旨主張する（控訴理由書8ページ）。

しかし、非親権者である親も上記の「人格的利益」を有するとしても、かかる「人格的利益」が親権の一内容であることに変わりはなく、これが憲法上保障された権利であるか否かについては、親権について述べたところと同様の指摘が当てはまるのであり、親権とは別の検討が必要であるとはいえない。

したがって、控訴人らの上記主張は理由がない。

(2) 面会交流を行うことが憲法上保障されている権利ではないこと

控訴人らは、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、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旨主張する（控訴理由書19ページ）。

しかし、別居親が離れて暮らす子と面会交流を行うことが憲法上保障された権利であると認められないことは、被控訴人が一審被告準備書面(3)（8ページ）で主張したとおりである。

なお、東京高裁令和2年8月13日判決（判例時報2485号27ページ）は、「別居親が面会交流の権利を有していることが明らかであるとは認められないから、（中略）別居親の面会交流権が憲法上の権利として保障されているとはいえない。」と判示し、面会交流の権利行使の機会を確保するための立法措置を怠ったことに基づく国賠法1条1項に基づく請求を棄却してお

り、その上告審である最高裁令和3年7月7日第二小法廷決定（判例秘書登載）も、上告棄却及び上告不受理の決定をしている。

したがって、面会交流が憲法上保障される権利であるとする控訴人らの上記主張は理由がない。

(3) リプロダクティブ権に関する控訴人の主張に理由がないこと

控訴人らは、リプロダクティブ権が、出産に関する事項に加え、子の養育に関する事項も含む権利であると位置づけた上で、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旨主張する（控訴理由書17ページ）。

控訴人らが主張するリプロダクティブ権の内容は必ずしも明確ではないが、リプロダクティブ権を、子の出産のみならず、子の養育に関する事項についての親の自己決定権を含むものと捉えても、かかる子の養育に関する親の自己決定権は、既に述べた親権（監護権や教育権を含む。）と実質的に重なり合うものである。したがって、前記のとおり、親権が憲法上保障された権利であるといえない以上、リプロダクティブ権も憲法上保障された権利であるとはいえず、リプロダクティブ権との関係においても、子の連れ去りを防ぐ法律がないことが、憲法上保障された権利を侵害するものとはいえない。

よって、控訴人らの上記主張は、理由がない。

2 子の連れ去りを防ぐ法律のないことが憲法14条1項に違反するとする控訴人らの主張に理由がないこと

控訴人らは、面会交流の頑強な拒否に対する実効的な法的対抗手段がほとんどなく、子を連れ去られた別居親は、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として、子の連れ去りを防ぐ法律がないことが憲法14条1項に違反することは明白である旨主張する（控訴理由書20ないし24ペ

ージ)。

しかし、憲法14条1項は、法の下での平等を定め、法的な差別的取扱いを禁止するものであるところ、別居親と同居親はいずれも親権及びその一内容としての監護権を有しており、子の連れ去りを防ぐ法律がないことによって、両者の法的地位に差異を設けたり、異なる取扱いをしているわけではない。また、別居親は、子の引渡しや子との面会交流の実現を図るため、人身保護法に基づく請求のほか、子の引渡しの調停や審判の申立て、面会交流調停の申立てなどの手段を講じることができる。

したがって、子の連れ去りを防ぐ法律がないことが憲法14条1項に違反しているとはいえないから、控訴人らの上記主張は、理由がない。

3 子の連れ去りを防ぐ法律が制定されていないことが、憲法に明白に違反しているとの控訴人らの主張に理由がないこと

控訴人らは、控訴人らが主張する親権や監護権等が憲法上の基本的人権であることを前提に、憲法上の基本的人権は多数決でも奪うことができないから、原判決のいう、子の連れ去りを防ぐ法規制が必要であるとの国民の共通認識が形成されているとはいえないとの理由で少数者の基本的人権である上記親権ないし監護権等に対する救済を否定できないことは明白であること、子の連れ去りは子に対する虐待行為等であって、国民の共通認識の形成いかんに関わらず許されないこと、現実には子の連れ去りを防ぐ法規制が必要であるとの国民の共通認識が形成されていることを述べ、子の連れ去りを防ぐ法律がないことが憲法違反であることは明白である旨主張する(控訴理由書30ないし39ページ)。

しかしながら、控訴人らの主張する親権ないし監護権等が憲法上の基本的人権でないことは前記1で述べたとおりである。

また、この点をおくとしても、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おいては、事例ごとに様々な背景事情があると考えられ、一律に子の連れ去りを違法と判断することはできず、また、子の連れ去りを防ぐ法律を制定するかどうか、仮に制定するとした場合の立法の具体的な内容をどのように定めるかについては、立法政策として様々な選択肢があり得ることは、被控訴人が一審被告準備書面(3)(15、16、19及び20ページ)等で主張したとおりであり、子の連れ去りを防ぐ法規制の要否に関する国民の認識は立法裁量の中で考慮される一要素というべきである。

そして、控訴人らの主張や控訴人らが控訴審で提出した証拠を踏まえても、子の連れ去りを防ぐ法規制が必要であるとの国民の共通認識が形成されているとはいえない。

そうすると、子の連れ去りを防ぐ法律を制定していないことについて、憲法の規定に違反することが明白であるということとはできず、立法裁量を逸脱しているともいえないから、控訴人らの上記主張は理由がない。

第4 結語

以上のとおり、控訴人らの主張はいずれも理由がなく、控訴人らの請求を棄却した原判決は正当である。したがって、本件控訴は理由がないから、速やかに棄却されるべきである。

なお、原判決は、「子の連れ去りを防ぐ法規制が存在せず、国会は、かかる立法を怠っている」ことをもって「本件立法不作為」と定義した上で(原判決2ページ)、「本件立法不作為が認められる」と判示しているが(原判決17ページ)、原判決の判示内容に照らせば、原判決は、一審原告らが主張した子の連れ去りを防ぐ法規制が存在しないとの事実関係について「本件立法不作為」という言葉を用いているものであり、国会が立法措置を「怠っている」ことまで含めて認めたものではないと解される。そのため、控訴審判決において原判

決を引用する場合には、上記の点に御留意いただきたい。

以 上