

令和5年（ネ）第3714号 損害賠償請求控訴事件

控訴人 宗像充外10名

被控訴人 国

控訴理由補充書

令和5年12月21日

東京高等裁判所第16民事部 御中

控訴人訴訟代理人弁護士 稲坂 将成



同 古賀 礼子



同 富田 隼



令和5年10月19日付答弁書（以下、単に「答弁書」という。）を踏まえ、以下の争点につき補充する。

第1 養育権の人権性について

本件訴訟提起段階から、親の養育権が憲法13条の幸福追求権として保障されると控訴人は訴えている。その理由はすでに述べたとおりである。原判決は、結論として養育権の人権性を否定したが、その理由の大半は、控訴人の主張していない「親権」の人権性についての議論であった。控訴人は親権以前の親の養育権が人権であると述べているのであり、具体的な

親権制度は、同人権保障状況又は人権侵害の状況の問題であると述べている。これが憲法上の人権と具体的な立法の基本的な関係性である。その上で、原審が、「養育権」の人権性を否定する理由自体が極めて薄く実質的な理由になっていないことは繰り返し指摘した。

被控訴人の答弁書の反論も基本的に上記原判決をなぞるような内容であった。

ただ、一点、控訴人が控訴審段階で提出した令和5年7月31日付大阪地方裁判所判決（令和3年（ワ）第11934号損害賠償請求事件、甲83）については、答弁書でも新たな言及がなされていた。

同判決の18頁をあらためて引用すると、

「(3) 憲法13条、31条による立法措置の要請について

ア 子どもの養育は、子どもが将来成熟した大人となり、共同社会の一員としてその中で生活し、自己の人格を完成させ、自己実現を図る基礎となる能力を身に付けるために必要不可欠な営みであり、その最も原初的かつ基本的な形態は、子が親との自然的な関係に基づいて親から受ける養育である。他方、親にとって子を養育することは、子どもがその人格を完成させ、自己実現を図る基礎となる能力を身に付けるための責務であるにとどまらず、子と自然的な関係に基づいて自己の人生をどのように築き上げるかという親自身の自己実現ないし自己表現に密接に関連するものである。したがって、国家から不当に介入されることのない自由権としての「子が親に養育される自由」「親が子を養育する自由」はいずれも個人の人格的生存に不可欠な利益というべきであり、憲法上の権利として保障される人格権の一内容として、憲法13条によって保障されると解するのが相当である。」

との内容である。これは、まさに本件で控訴人が主張する養育権であり、同大阪地裁判決は、「養育」とは何であるかを明確に認識し、その人権性

を憲法13条によって保障されるとして肯定した。

これに対して答弁書の反論は不可解である。答弁書5頁の記載によると、「当該事件の原告である母は、当該事件の原告である子の親権者であり（甲83・1頁）、非親権者、別居中の親権者あるいは未成年者の子がいない親（あるいはその相続人ら）である本件の控訴人らとは事情が異なっている」と述べる。そのため、本件で控訴人が主張する養育権の人権性が否定されるというのである。

以上の答弁書の主張は国の主張としては信じられないような法的に誤った見解である。

まず、上記大阪地裁判決が述べる「子が親に養育される自由」「親が子を養育する自由」はその字義通り、子及び親の自由であり、「親権者」の権利ではない。偶々当該事案の原告が親権者であったからと言って、人権の享有主体性に差異を見出すことは誤りであり、被控訴人の反論は大阪地裁判決をあえて誤解した無茶苦茶な論理である。当然、憲法上の人権は親であることによって保障される自由であり、これを土台として、親権制度という具体的な法制度の是非の問題となるはずであるが、被控訴人は、なぜか、憲法上の人権の上位概念に具体的な法制度である親権を位置付けてしまっているのである。その上で、被控訴人は、本件控訴人には「親権者」が存在することから、さらに強引に「別居中の親権者」は養育権の人権享有主体性がないかのように述べる。憲法上の人権と親権の先後関係を被控訴人は完全に逆転させていることは上記のとおりであるが、それだけでは反論としてならず、挙句には、「別居」という事実状態が憲法の上位概念であるかのような理屈まで展開しているのである。

以上のような明らかに法的に誤った無理のある反論を被控訴人が選択したことには次の2つの意味がある。

まず、上記のような無理のある反論しか選択できないのは、養育権の基

本的人権性を否定するまっとうな論理が存在しないことが示されていると言える。

もう一つは、別居親や非親権者に対する、差別的な固定観念を国自体が有していることである。上記論理が法的に誤りであり無理があることは、さすがに、被控訴人の答弁書起案担当者も気が付いているとは思ふ。しかし、それでも上記のような非親権者や挙句には別居という事実状態に置かれた者は親であっても養育と言う人格的な営みが保障されなくてもよい、との主張が堂々とできてしまうのは、これらの者を根本的に差別しているからである。そして、当該差別意識は、けっして子の養育から現実として排除された親だけではなく、「親」という立場そのものを尊重しない意識である。つまり、上記被控訴人の反論は、「養育が「家」や「家庭」により行われるものである」という個人の尊厳を置き去りにした固定観念から成り立っているのである。この意味で、被控訴人の上記主張は、我が国における養育権侵害の状況の酷さやその根深さを物語っていると言える。

あらためて、養育権を基本的人権として正面から捉えた上で、現行法の合理性を判断していただきたい。

第2 現行の単独親権制の合理性について

現行の単独親権制の合理性については、控訴人は様々な指摘を行ってきた。以下補足する。

1 類型による人権制約

原判決も憲法14条1項違反が問題となる「差別的取扱い」自体は認めている。非婚の父母を一律に単独親権とする現行法については、本来、憲法13条により保障される親の養育権侵害の問題でもあるが、いずれにしても、原審は、一応当該取扱いの差異自体は認め、これが親の子の養育という人格的利益の一部に関する重要な取扱いの差異であること

も認めている。しかし、原審は、「他方、子の父母が離婚するに至った場合には、父母が別居し、両名の間関係が必ずしも良好なものではない状況となることが通常想定されることから、そのような両名が共同で親権を行使し、子の養育に関する事項を決するものとしたときは、典型的に、両名の間で十分な意思の疎通をし、的確な検討を踏まえて、適時に適切な合意を形成することができず、子の利益を損なうおそれがあるものと認められる。また、法律婚に至らない父母については、父母間・親子間において良好な関係を築いており、法律婚の関係にある父母に合理的に期待される状況と同様の状況にある者から、父母の関係が破綻し、日常的なコミュニケーションが図れない者まで、多様な関係性が想定される場所、夫婦関係諸規定の適用がなく、本件法律関係と同様の関係を典型的に期待することはできないから、そのような父母が共同で親権を行使し、子の養育に関する事項を決するものとしたときは、両名の間で十分な意思の疎通をし、的確な検討を踏まえて、適時に適切な合意を形成することを典型的に期待することはできない。そこで、親権者が適時に適切な判断をすることができず、子の利益が損なわれる事態を回避するために、法律婚の関係にある父母は原則として共同して親権を行うことができるとする一方、法律婚の関係にない父母は必ずその一方が単独で親権を行うものとする本件差別的取扱いは、実効的な親権の行使による子の利益の確保という立法目的との関連において合理性を有するものと認められる。」と述べた（原判決17～18頁）。

これが、控訴人のいう、類型で人権を制約する論理、である。

この点答弁書において被控訴人は、同控訴人の指摘に対して、「「類型で人権を制約」の意味は判然としないが、その点はおくとしても」としている（答弁書10頁）。この対応は、平易に表現すると、理解できなかったふりをして議論から逃げる対応、である。原判決の上記部分は、通

常の読み方をすれば、類型で人権を制約する論理であることがわかるはずである。あまりに簡単なことであるため、あえて述べる必要性も疑問であるが、原判決は、要するに、婚姻中の父母は子の養育について適時・適切な決定ができることが多く、非婚の父母は適時・適切な決定が期待できないことが多いから、一律に後者の人権を制約してもよろしい、と言っているのである。

これが、類型による人権制約である。もちろん、この類型論自体も正しいとは言えない。何ら正しさの検証がなされておらず、「婚姻関係諸規定」も婚姻中の父母の共同意思決定機能が皆無であるからである。この点を置くとしても、類型論による人権制約は誤りである。本件の問題は、養育権の重大な制約の問題であり、かつ、(原判決も認めるとおり)親子の養育関係という重大な人格的利益に関する差別的取扱いの問題である。これを乱暴に類型で制約するという論理は絶対に成り立たない。

この点に被控訴人も気が付いているからこそ反論を避けたと思われる。

2 現行法により親が養育から排除される結果が生じること

多少俯瞰的な見方をすると、原判決が上記「類型による人権制約」の論理を正面から打ち出したことは、控訴人訴訟代理人としてはすこし意外であった。それは、上記のとおり、類型論による現行の単独親権制の正当化は、基本的人権や個人の尊厳を制約する論理として相容れない苦しい論理となるからである。

一方で、もうひとつ、現行の単独親権制を強引に正当化する道として、親が受ける権利侵害の程度を過少に捉えることで、現行法の不合理性に蓋をする方向性もあり得た。これは原審における被告(被控訴人)の反論にも同方向性を有する反論もみられた。しかし、原判決は全体として同方向性の正当化は控えめであった。これは、控訴人らが、それぞれの

体験した事実を陳述書や当事者尋問により語る中で、現行法が多くの親を養育から排除していくこと自体は否定しにくかったからかもしれない。

ただ、依然として、同方向性、すなわち、現行法の被害の過小評価には注意していただきたい。

ここで、一点参考資料 1（要望書）を指摘する。これは鈴木博人中央大学教授ら複数の研究者による法務大臣宛令和 5 年 1 1 月 2 0 日「離婚後の共同親権導入に伴う法整備についての要望書」である。同要望書は、法改正に関する意見であるが、同文書には次のような記述がある。

「日本では、毎年約 18 万件の離婚があり、そのうちの約 6 割に未成年の子がいます。婚姻中は父母が共同親権者ですが、離婚した場合は父母のどちらかが単独で親権者となります。離婚の際には必ず父母のいずれかを親権者として決定する必要があり、協議離婚の場合は父母間の協議により決定します。離婚について協議が調わない場合、家庭裁判所において調停離婚・審判離婚や和解離婚、裁判離婚が成立する際にも、必ず父母のいずれかを親権者と定めなければなりません。

そのため、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、養育にかかわることができないのではないかという不安が、親権争いを熾烈にさせ、父母の葛藤に直面して辛い思いをする子も少なくありません。中には、監護実績を作るために、協議や合意のないまま父母の一方が子との同居を確保し、別居親に会わせない、面会交流（親子交流）を著しく制限するといった事態が生じることもあります。

他方、離婚後は一切子との連絡を断ち面会しない親、養育費の支払いをしない親も少なくありません。厚労省「全国ひとり親世帯等調査結果報告」（2021 年 11 月）によると、離婚母子世帯において、離婚時に「養育費支払いの取り決めあり」は 51.2%ですが、「現在も受給」は 30.8%

です。「面会交流の取り決めあり」は 33.7%であり、「現在も実施」は 32.7%です。約 7 割の子どもたちが別居親との親子関係を断たれています。」

以上のとおり、法研究者らによる要望書でも、我が国で多くの子どもが別居親との親子関係を断たれていること、子の奪い合いにより父母の葛藤に子どもが直面すること、同意なく父母の一方が子との同居が開始されること、面会交流の著しい制限等が実際に生じている事態として指摘されており、かつ、これが現行の単独親権制に起因することも指摘されている。

現行法により親が養育から排除される結果が生じることは明らかである。この点も念のため指摘する。

3 現行法には「適時に適切な判断」要素が皆無であること

被控訴人も原判決も、現行法が子の養育に関する適時・適切な判断機能があることを当然の前提としている。

この点については、控訴理由書の「立法目的」に関する指摘で、立法過程からも、実際の機能からも、現行法が「適時に適切な判断」とほど遠いものであることを指摘した。実際、被控訴人自身が原審において、婚姻中共同親権の機能として、「慎重熟慮」機能を自ら説明しており、父母が共同で子の養育に関する決定を行うこと自体が、子の養育に関する判断内容の「適切」性につながることは明らかである。しかし、なぜか、原判決も被控訴人も、これに相反するはずの単独親権者による単独の判断に対して「適切」性を見出しているのである。もとより、「適時」性についても、上記参考資料①の「要望書」の指摘にあるとおり、子の親権・監護権奪い合いが故に子どもが葛藤状態に置かれ続けるものであり、単独親権の機能とはなり得ないが、「適切」性については、表面的な法形式上も単独親権制の機能となり得るはずがなく、むしろ完全な対立利益に

位置付けられるはずなのである。

ここで、例として、本件控訴人の一人である、控訴人竹内英治の陳述書（甲～）を再度ご覧いただきたい。また、控訴人竹内作成の「「適時に適切な判断」に関する私の意見」を参考資料②として添付する。控訴人竹内の子と同人の子は、同居中・別居後を通じて愛着関係を示しているにもかかわらず、他方親の希望や控訴人竹内を排除する姿勢によって、親子の交流は著しく制限された上、一切の養育から控訴人竹内は排除され、当該状況で、子は障害、暴力傾向、不登校などを発症するに至った。控訴人竹内は、各発症の過程、診断結果に対する評価・判断、症状への対応などから一切除外されており、ただ、他方親が子を完全に独占する状況の中、我が子を救うどころか直接愛情を示すことすらもできないまま、子の成長期間が過ぎてしまった。これは、裁判手続による控訴人竹内による懸命な努力もあつての結果である。現行法の下、現在に至る過程の中で、裁判官も家庭裁判所調査官も同人と子の親子関係を救うことなく、ただやみくもに子の成長期間が過ぎていき、親子関係及び子の状況が害されているのを見過ごすだけであつた。そうであるから、控訴人竹内も原告として本件訴えを提起したのである。

このような状況を引き起こしている現行法になぜ「適時」性「適切」性を見出すことができるのであろうか。

以 上

2023年11月20日

法務大臣 小泉龍司 様

鈴木博人（中央大学教授）
二宮周平（立命館大学名誉教授）
山口亮子（関西学院大学教授）
坂本洋子（mネット理事長）兼事務局

離婚後の共同親権導入に伴う法制度整備についての要望書

2021年2月10日の法制審議会に対する法務大臣からの諮問（「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」）を受け、以降、家族法制部会が数次にわたり開催されてきました。この間の関係各位のご努力に敬意を表するとともに、今次審議の大きな柱である離婚後の共同親権の導入に伴う具体的な規律等について、さらに検討を進めていただきたく、ここに本要望書を提出する次第です。

日本では、毎年約18万件の離婚があり、そのうちの約6割に未成年の子がいます。婚姻中は父母が共同親権者ですが、離婚した場合は父母のどちらかが単独で親権者となります。離婚の際には必ず父母のいずれかを親権者として決定する必要があり、協議離婚の場合は父母間の協議により決定します。離婚について協議が調わない場合、家庭裁判所において調停離婚・審判離婚や和解離婚、裁判離婚が成立する際にも、必ず父母のいずれかを親権者と定めなければなりません。

そのため、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、養育にかかわることができないのではないかとという不安が、親権争いを熾烈にさせ、父母の葛藤に直面して辛い思いをする子も少なくありません。中には、監護実績を作るために、協議や合意のないまま父母の一方が子との同居を確保し、別居親に会わせない、面会交流（親子交流）を著しく制限するといった事態が生じることもあります。

他方、離婚後は一切子との連絡を断ち面会しない親、養育費の支払いをしない親も少なくありません。厚労省「全国ひとり親世帯等調査結果報告」（2021年11月）によると、離婚母子世帯において、離婚時に「養育費支払いの取り決めあり」は51.2%ですが、「現在も受給」は30.8%です。「面会交流の取り決めあり」は33.7%であり、「現在も実施」は32.7%です。約7割の子どもたちが別居親との親子関係を断たれています。

子どもの最善の利益のためには、高葛藤の事案を可能な限り減少させ、父母双方の養育責任の継続を明確にし、親権者を協議で定める場合も、父母が親としての責任を自覚し、子の意思や利益を優先的に考えることができる仕組みが必要不可欠です。法制審議会家族法制部会では、離婚後の子の養育の在り方について、法改正に向けた審議が行われてきました。2022年11月

には、これまでの議論を整理した中間試案がとりまとめられました。中間試案では、基本原則として、子の最善の利益の確保、DV・暴力への配慮、未成年の子の親の養育責任の明記、子の意思の尊重という総論的な規律も提示されました。2023年4月18日、家族法制部会は離婚後の単独親権制度を見直し、共同親権を認めることを大枠で合意し、その後、具体的な検討が進んでいるようです。家族法制部会が離婚後の単独親権制度の見直しの方針を出し、共同親権の導入を提案されたことについて賛同したいと存じます。

共同親権となった父母の場合、日常の養育者、養育費の分担、面会交流、子のために父母が協議すべき事項など具体的ルールを定めておく必要があります。子どもは協議離婚や調停離婚の手続に入る前に親へ適切な情報提供を行うことが有益であると考えます。また、夫婦間の葛藤があったり、DVがあったりするなど、夫婦による合意形成が困難な場合への対処が必要で、DV事案に適切に対応できる制度の整備も必要となります。家族法制部会において、共同親権の導入に伴う具体的規律の検討を進めるとともに、これと平行して、法務省やこども家庭庁を中心とした関係省庁や裁判所において、離婚手続前、離婚手続中、離婚後の支援体制や家庭裁判所の役割についてさらに検討を進めていただくことを要望いたします。

日本が批准した国連児童の権利条約は、「児童は……できる限りその父母を知り、かつその父母によって養育される権利を有する」(7条1項)と定めます。子は、父母の婚姻の有無にかかわらず、父母に対して養育を求めることができ、父母は婚姻の如何にかかわらず、子の養育について共同の責任があります。親の関係性によって子の権利が左右されてはなりません。共同親権は、法務大臣からの諮問にもありました様に、「子の利益の確保」の観点から検討されるべきであることを申し添えたいと存じます。

「適時に適切な判断」に関する私の意見

令和5年12月12日

控訴人 竹内英治



本件控訴人の一人である竹内英治です。

私が本件訴訟を提起するに至った理由については、既に提出している竹内の陳述書をお読み頂ければと思いますが、ここでは、特に、一審の判決理由及び被告国が主張するところの「適時に適切な判断」について、長年調停・審判に係わってきた当事者として実体験を交えて意見を述べさせていただきます。一部陳述書と重複する箇所もありますが、ご容赦ください。

私は平成18年から一貫して子供との面会を裁判所に求めてきたものです。東京家庭裁判所八王子支部（当時）の調停で、本間陽子という審判官からいきなり言われた言葉は以下の通りです「審判になっても月1回以上出ませんよ」です。また相手方が調停で定められた面会に応じず、再度申し立てた面会交流の調停中にさいたま家裁の調査官から言われた言葉は以下の通りです「竹内さん、裁判所は何もできません。相手がお子さんに会わせてくれるように、私がお祈りをしますから、竹内さんも一緒に祈ってください。アーメン」ちょっとおどけた表情で私にそう言いました。

裁判所や国が子どもにとって適時適切な決定をしていると自画自賛する具体的な根拠はなんですか。お示し下さい。私が身を以て経験した事実とあまりにもかけ離れており納得できません。そもそも子どもにとって適時適切な決定をしているのであれば、控訴人竹内は本件訴訟を提起するには至っておりません。上記審判官や調査官の言葉からも分かるように、今の単独親権制度では限界があることを一番よく分かっているのは裁判所の関係者ではないのですか。

もし裁判所関係者や国が本気で適時適切と言っているのであれば、それはあまりにも家裁実務を知らないものの言ですし、承知の上で確信犯的に発言しているのであれば、本件控訴人を含む国民全体を欺く許し難い言辞であると思います。

適時適切な決定をしているというのであれば、なぜ内容も精査する前から月に1回しか面会ができないと裁判官がいうのか。また調査官が裁判所はなんにもできないというのでし

ようか。またなぜ小学校低学年の息子が同居親に暴力をふるったり、精神病院の隔離病棟にいれられなければならなかったのでしょうか。

私は自らの離婚事件から本件訴訟までを通じて、国民の幸福を考えず、言い訳のみに終始している国の態度に接して愛国心がすっかりなくなりました。またその国の肩を持つ司法に対しては不信感が拭えません。

「適時・適切な決定」、全く事実と異なります。私には「時に適わぬ、不適切な決定」にしか思えません。

以 上