

裁判長  
認印



調 書 (決定)

|                                 |  |
|---------------------------------|--|
| 事件の表示                           | 平成 [REDACTED] 号  |
| 決定日                             | 平成 31 年 1 月 21 日   |
| 裁判所                             | 最高裁判所第一小法廷   |
| 裁判長<br>裁判官<br>裁判官<br>裁判官<br>裁判官 | 池 上 政 幸<br>小 池 克 裕<br>木 澤 卓 厚<br>山 口 卓 也<br>深 山 卓 也  |
| 当事者等                            | 抗 告 人 [REDACTED]<br>同 代 理 人 弁 護 士 [REDACTED]<br>相 手 方 士 [REDACTED]<br>同 代 理 人 弁 護 士 [REDACTED] |
| 原裁判の表示                          | 東京高等裁判所平成 [REDACTED]<br>[REDACTED] 決定)   |

裁判官全員一致の意見で、次のとおり決定。

第1 主文

- 1 本件抗告を棄却する。
- 2 抗告費用は抗告人の負担とする。

第2 理由

本件抗告の理由は、違憲をいうが、その実質は単なる法令違反を主張するものであって、特別抗告の事由に該当しない。

平成31年1月21日

最高裁判所第一小法廷

裁判所書記官 森 田 高 弘



これは正本である。

同日同庁

裁判所書記官 森 田 高 弘



平成 [ ] 号

特別抗告事件

抗告人 [ ]

相手方 [ ]



### 特別抗告理由書

平成 [ ] 年 [ ] 月 [ ] 日

最高裁判所 御中

抗告人訴訟代理人弁護士



頭書の特別抗告事件について、抗告人は、下記の通り特別抗告理由書を提出する。

#### 第1. はじめに

本書では、以下の順で本件に特別抗告理由があることを示す。

- (1) 事案について . . . . . P 0 2
- (2) 原決定の問題点について . . . . . P 0 3
- (3) 特別抗告理由 . . . . . P 0 5
  - 1 連れ去りと保全申立 . . . . . P 0 6
  - 2 連れ去りによる抗告人の「子と一緒に暮らす権利」（人格権、憲法13条後段）への侵害 . . . . . P 0 7
  - 3 連れ去りによる夫婦間の平等及び協力義務の違反（憲法24条違反） . . . . . P 0 9
  - 4 連れ去りによる子の居住移転の自由（憲法22条1項）及び「親と一

|                                  |     |
|----------------------------------|-----|
| 「一緒に暮らす権利」（人格権、憲法13条後段）への侵害・・・   | P10 |
| 5 連れ去りによる子の個人の尊重（憲法13条前段）違反・・・   | P12 |
| 6 連れ去りによる児童の権利条約違反（第9条、第18条）・・・  | P13 |
| 7 連れ去りとハーグ条約違反・・・・・・・・・・・・・・・・・・ | P14 |
| 8 適用違憲について・・・・・・・・・・・・・・・・・・     | P16 |
| 9 運用違憲について・・・・・・・・・・・・・・・・・・     | P17 |
| (4) まとめ（結論）・・・・・・・・・・・・・・・・・・    | P19 |

## 第2. 事案について

本件は、原告人、相手方、未成年者の3人が同居中、相手方が未成年者を原告人の了解なく連れ去り、原告人が相手方に対し、子の監護者指定及び子の引渡し事件の審判確定に至るまで、未成年者を原告人へ仮に引き渡すことを求めたものである。

原告人と相手方は、平成■■■年■■月頃に同居を開始し、同年■■月■■日に入籍し、同年■■月■■日に結婚式をした。その後、平成■■■年■■月■■日、未成年者が出生した。

本件の発端は、原告人の了解を得ない、相手方による未成年者を連れ去った上での別居にある。

したがって、連れ去



しかしながら、原決定が、「保全の必要性を裏付ける違法性」の判断要素として、専ら行為態様のみに着目し、相手方が事件本人を連れて別居した行為（連れ去り行為）それ自体が内包する違法性を不問にしている点には重大な疑問がある。仮に、連れ去りの態様が平穏であったとしても、別居した行為自体の評価次第では、「保全の必要性を裏付ける違法性」を認定すべきことは十分可能である。とりわけ、本件のような同居中における未成年者の主たる監護者を決めることができない事案において、連れ去り行為それ自体が内包する違法性を不問とすることは、未成年者を連れ去った相手方が単独で監護の実績を積むことを容認した上、いわゆる継続性の原則（現状維持の原則）をあてはめて監護者指定をすることとなり、それは、違法行為をしてまで確保した監護の実績を前提にして、それを相手方に有利に評価し、結果的に連れ去り勝ちとなることから、極めて不合理である。これは、いわば違法な行為に裁判所が荷担していることに等しい事態と言わざるを得ない。

この点、いわゆる継続性の原則（現状維持の原則）について、平成24年10月17日付け朝日新聞の記事（添付資料1）を指摘しておきたい。それは、「争いが家庭裁判所に持ち込まれると、実際に子どもと暮らしている『実績』が重視されることがある。この判断基準は『継続性の原則』と呼ばれるが、問題もある。協議前に子どもを連れ去り『実績作り』をすれば良い、ということになるからだ。……昨年5月、国会での民法改正の審議の中でも、この原則の問題が指摘され、当時の江田五月法相は『合意ができる前に無理して子どもを移動させて自分の管理下に置けば、後は継続性の原則で守られる、ということがあってはならない』と答弁している。」というものであり、子の連れ去りにおいて、安易に継続性の原則をあてはめてはならないのである。

その上、本書で指摘するとおり、未成年者を連れ去った上での別居は、未成年者の人権及び抗告人の人権を侵害するものであるから、違憲な行為である。そうであれば、仮に、連れ去りの態様が平穏であったとしても、別居行為その

ものが内包するのは違憲性であり、これが「保全の必要性を裏付ける違法性」を超えるものであることは明らかと言わざるを得ない。後述するとおり、本件のような事案について、保全の必要性を認めない裁判所の運用とそれを前提とする本件の決定（適用）は、それ自体、憲法違反と言わざるを得ない。

この点、日本国内での子の連れ去りについては、国連人権委員会でも問題とされていることは無視できない。すなわち、「子の連れ去り」は、子に対する人権侵害であって、かかる前提の下、平成30年9月17日、スイス・ジュネーブ国連欧州本部第39会期国連人権理事会において、国際キャリア支援協会は国連人権理事会に対し、日本において増え続けている「子供の連れ去り」に関して調査をし、この人権侵害を終わらせるために至急「国連特別報告者」を日本へ派遣する旨の請願、日本政府に対し「子供の権利条約」および「民法第766条」に規定されているように法律によって「子供たちの人権」を保護するように促す決議の採択の請願をした（添付資料2）。また、平成30年6月25日の国連人権理事会では、「人権理事会に対して心より親から引き離される苦悩にある子供達を助けていただきたい」（添付資料3）との請願がなされたのである。もし、日本が、「子の連れ去り」問題を自ら解決することができないならば、外国の日本国に対する信頼がより低下することは明らかであり、裁判所が子の連れ去りを放置したり許容したりすることは決して許されないのである。

#### 第4 特別抗告理由

本書では、まず、本件の発端である相手方による未成年者の連れ去り行為に対し保全申立がなされた場合に留意すべき点を指摘し、その上で、連れ去り行為が原告人の人権及び未成年者の人権を侵害し、違憲であることを指摘する。そして、原決定がそのような連れ去り行為の違憲性を看過して原告人による保全申立を認めなかった解釈適用の違憲性を指摘しつつ、そのような原決定の解釈適用は、家庭裁判所における連れ去り行為に対する保全申立の運用の違憲性

によるものであることも指摘する。

## 1 連れ去りと保全申立

そもそも、家事事件手続法157条は、「……強制執行を保全し、又は子その他の利害関係人の急迫の危険を防止するため必要があるときは、当該申立てをした者の申立てにより、当該事項についての審判を本案とする仮差押え、仮処分その他の必要な保全処分を命ずることができる。」と定める。この点、婚姻が円満を欠くに至ったために、夫婦の一方が、共同生活を営んでいた場所から離れて別居するにあたって、夫婦間の子を連れていく行為（以下、「連れ去り」という。）に対して、保全処分の申立てがあったときに、連れ去り後の状況を現状として優先することはできない。なぜなら、夫婦の他方のみならず、連れ去られた子からみても、連れ去り後の状況は、それまでの慣れ親しんだ環境とは異なる新たな環境であり、連れ去り前の状況こそが、基本的に回復されるべき現状だからである（原則と例外の逆転。なお、東京高決平成20年12月18日家月61巻7号59頁参照）。この現状の回復を認めない判断は、子の利益を侵害するものといわざるを得ない。すなわち、上記東京高決平成20年12月18日の原審である甲府家決平成20年11月7日家月61巻7号65頁は、保全処分を行うことが「未成年者の保護環境を激変させ、子の福祉に重大な影響を与えるので」と述べるが、連れ去りは、子にとって、突然、両親の一方によって他方の親がいない生活を強いられることになるのであり、しかもそれまでの居所から隔たった新たな環境におかれるのであるから、保全処分に先行する連れ去りこそが、そもそも「激変」というべきである。すなわち、連れ去りにおいて保全申立がなされた場合、連れ去り後の状況を原則とするのではなく、連れ去り前の状況こそを原則とし、その解釈、適用、運用がなされなければならないのである。

この点、夫婦の一方が別居ないし離婚を前にして、先んじて子を連れ去る目的は、少なくとも日本においては、離婚後の単独親権獲得のため（民法819条1項、2項、5項）、その手段としてなされていることは明らかである。そ

して、それは、日本の家庭裁判所が離婚時の親権の帰属判断において、現状維持ないし継続性の原則という点を重視しているからと理解される。結果的に当事者は、先んじて子連れ去り、離婚前に単独での監護の実績を作り、その後、一定期間を経過させてから、それまでの監護の実績を主張し、現状維持ないし継続性の原則を踏まえて、離婚後の単独親権を獲得しようとするのである。よって、連れ去りを容認ないし許容することは、夫婦（父母）における一方当事者の不当かつ計画的な協議によらない子の離婚後の親権獲得を容認ないし許容することに等しいことが十分に留意されなければならない。

## 2 連れ去りによる原告人の「子と一緒に暮らす権利」（人格権、憲法13条後段）への侵害

子連れ去られた親は、突然、一方的に子との関係が遮断される。これは、もともと親密な人間関係というべき親子の関係が絶たれるもので、憲法13条後段が保障する人格権の侵害というべきである。

この点、憲法13条後段が保障する幸福追求権は、個人の人格的生存に不可欠な利益を内容とする権利である。ここには、個人のアイデンティティーの維持や人格形成も含まれる。そして、個人のアイデンティティーや人格形成にとって、他者との関係は重要な意味をもつ。すなわち、人は他者との関係において自己の存在を規定し（たとえば、子との関係において親となるなど）、存在意義を確認し（子育てに生きがいを感じるなど）、人格を形成していくのである。

これに関連して、子連れ去られた親が自殺に追い込まれている事実を見過ごすことはできない。この点、平成29年3月8日の衆議院法務委員会では、朝日新聞の記者がDVの嫌疑をかけられて、屈辱のうちに、非常につらい思いをして自殺したことが言及された。平成29年2月14日衆議院予算委員会では、「私、SNSを見ておりますと、この二月の頭にも、自分はDVはでっち上げなんだとおっしゃって、敗訴されて苦しんでいた方が自殺をされたというよ



うな痛ましい記事がSNSの上にも載っております」との言及があり、同事件について平成29年3月8日の衆議院法務委員会においても「二月十四日も、私の地元の支持者の方でもこうした方がいらっしやいまして、その方のよく見ているSNSで、私の質問の直前にも、この問題で同じ悩みを持っている方が、本当に親しい仲間が、明るい人だったけれども、この問題に耐え切れずについて自殺をなさったというようなことも予算委員会的时候には取り上げさせていただきました。」との言及がある。さらに、平成25年4月4日の衆議院本会議においても、自殺者への言及があった。平成22年1月12日の東京新聞の記事（添付資料4）には、子を連れ去られた片親が自室で自死したことが記載されている。

このように、子を連れ去られた親の中には、もはや生きる望みすら失う者が出る程に、親にとって子の存在は、人格の中枢を構成する重要なものである。また、親と子の関係は、人間関係の中でも最も親密な関係ということができ、個人のアイデンティティーや人格形成に及ぼす影響も極めて強いといえることができる。そして、そのような親子関係は、通常、同居（一緒に暮らす）というような物理的に接着した生活によって支えられている。つまり、親と子が同居するということは、両者の人格権と密接に結び付くものであり、親の人格権から「子と一緒に暮らす権利」が導かれる。ところが、子の連れ去りは、そのような人格権としての「親が子と一緒に暮らす権利」を、突然、一方的に奪う行為であり、残された親の人格権としての「親が子と一緒に暮らす権利」（憲法13条後段）を侵害する違憲な行為である。

ちなみに、諸外国の例として、連れ去りを犯罪とするドイツでは、その「未成年者の引離し」罪において、基本となる保護法益は親の権利であると解されている。

よって、本件における相手方の未成年者の連れ去りは、前記の通り原告の人格権としての「子と一緒に暮らす権利」を侵害する違憲・違法なものであり、

家事事件手続法157条にいう「利害関係人の急迫の危険を防止するため必要があるとき」あたり、抗告人による保全処分を認めるべきである。

### 3 連れ去りによる夫婦間の平等及び協力義務の違反（憲法24条違反）

憲法24条1項は、「婚姻は、……夫婦が同等の権利を有することを基本として、相互の協力により、維持されなければならない。」と定める。これは夫婦関係の平等を保障するとともに、協力義務を定めるものであり、ここにいう「協力義務は、婚姻解消の際にも、協力によって得た財産の分配又は将来の生活の保障の意味で、考慮する必要がある」（法学協会『注釈日本国憲法上巻（2）』475頁）とされる。この趣旨は、婚姻が破綻したとしても、婚姻の解消を、必要な法的手続きを経るなどして、双方の権利の平等、さらに子がいるときには、その子の権利も最大限尊重するよう協力して、いわば「ソフト・ランディング」できるよう協力することを含むと解すべきである。

また、民法819条1項は、「父母が協議上の離婚をするときは、その協議で、その一方を親権者と定めなければならない。」とし、同2項は、「裁判上の離婚の場合には、裁判所は、父母の一方を親権者と定める。」とする。これらの民法の規定によれば、離婚に際して一方を親権者と定めるときは、協議または裁判によることとされている。協議には、狭義の協議である当事者の話し合いのみでは離婚が整わない場合の、調停や審判も含むと考えられる。つまり、親権者を定めるには、狭義の協議から裁判に至るまでの段階的に設けられた法的な手続のいずれかによることが前提されている。そして、先にみた憲法24条1項の定める夫婦間の平等及び協力義務は、夫婦間の子の権利を尊重するために必要といえる、親権者を定めるについての法的な手続に従うことも含むと解すべきである。

よって、本件における相手方による未成年者の子の連れ去りは、共同生活を営んでいた夫婦の一方である相手方が、共同生活を離脱する際に未成年者を連れ去っていくということによって、抗告人の未成年者に対する親権の行使を事

実上制限することになり、憲法24条1項から導かれる夫婦間の平等及び協力義務に反するとともに、同条同項及び民法819条1項2項が前提する法的手続きに従って親権者を定めるとする趣旨にも反するものである。

#### 4 連れ去りによる子の居住移転の自由及び「親と一緒に暮らす権利」（人格権、憲法13条後段）への侵害

連れ去りは、連れ去る親の意思により、子をそれまでの生活環境から引きはがす行為である。このような連れ去りは、いわゆるDV（家庭内暴力）が子にも及んでいるような例外的な場合を除き、子に重大な不利益を与える。すなわち、夫婦関係の破綻がそのまま親子関係の破綻と結びつくものではない以上、子にとっては、連れ去る親によって他方の親との関係を著しく損なわれることになるのであり、仮に手段が平穏であったとしても、望まない移動が強制されたことになるからである。これは、子の消極的移動の自由、あるいは当該共同生活の場所に居続けるという意味での居住の自由の侵害の問題となる（憲法22条1項）。また、これを居住場所と切り離れた親子関係から見れば、子が親と一緒に暮らす権利の侵害の問題となる。

このうち、居住移転の自由は、「職業選択の自由と結びつく経済的自由の性格を有することは明らかである。しかし、居住移転の自由は、……他者との精神的交流が物理的移動を前提とする場合には、精神的自由と関わる（芦部・憲法〔6版〕230頁）。さらに、居住移転が人格形成に及ぼす影響からすれば、居住移転の自由は個人の尊厳にも直結する。」（宍戸常寿「§22 III 居住移転の自由」長谷部恭男編『注釈日本国憲法（2）』473頁）つまり、居住移転は、人格形成ともかかわる意義を有する。

この点、子は、親の監護を受けているとはいえ、親との関係においてのみ生活しているわけではない。たとえば、近隣住民（とりわけ「幼馴染」）や、幼稚園・保育園等も含む学校に通えば、その先生や同級生との交流もある。子は、親との共同生活において、親のみならず、その共同生活の場所における様々

な人との交流を通じて人間的精神的に成長し、人格を形成していくのである。この点で、連れ去りは、そのような交流を一方向的に突然断ち切るものである。

「子の福祉という観点から見ても、一方の親権者の下で平穩に生活している子を実力を行使して自らの支配下に置くことは、子の生活環境を急激に変化させるものであって、これが、子の身体や精神に与える悪影響を軽視することはできない」（最決平成17年12月6日（刑集59巻10号1901頁）における今井功裁判官の補足意見）。すなわち「人格形成に及ぼす影響」、「精神に与える悪影響」からみて、子の「個人の尊厳」あるいは人格形成の権利という意味での人格権を侵害するものというべきである（憲法13条後段）。この場合、とりわけ、「幼児はきわめて可塑性に富み時々刻々成長するので環境の影響が非常に大きく、本来の適正な生育環境から離された場合の精神的傷や刻印はわずかの間にいやしがたいものとなる」（水野紀子「別居夫婦間での幼児引渡請求と人身保護法」平成5年度重要判例解説95頁以下（96頁））ことに留意すべきである。もっとも、子の居住移転の自由は、親権者による居所の指定（民法821条）の制約は受けるが、連れ去りは、共同して親権を行使すべき親のうち、一方の親のみによる、他方の親の意に反する子の居所の移転であるから、この制約の場合には当たらないというべきである。

人格形成が憲法上保護すべき利益であることは、たとえば「個人が言論活動を通じて自己の人格を発展させるという、個人的な価値」（芦部・憲法〔6版〕175頁）を有する表現の自由（21条1項）や、「個人が人格を形成し、社会において有意義な生活を送るために不可欠の前提をなす」（芦部同273頁）教育を受ける権利（26条1項）が保障されていることから明らかである。そして、表現や教育というような個別の人格形成のための行為に限らず、人格形成一般については、それが個人の幸福追求に結び付くことから、包括的人権である幸福追求権（13条後段）で保障されるということができよう。

すなわち、本件における、相手方による未成年者の連れ去りは、未成年者に

憲法22条1項で保障される現に生活を営んでいる場所における人格形成権の前提としての(消極的)移動の自由及び13条後段で保障される人格権としての「親と一緒に生活する権利」のいずれも侵害する行為というべきである。

#### 5 連れ去りによる子の個人の尊重(憲法13条前段)違反

連れ去りは、子の個人の尊重(憲法13条)そのものとの関係でも問題がある。というのは、連れ去りにおいては、子の個人としての人格が十分に尊重されているとはいえないからである。

この点、「両親の間での子の取り合いは、離婚をめぐる葛藤もからんで、きわめて深刻になる。両親は、子に対する愛着もさることながら、相手方に対する恨みや憎悪や執着も複雑に働いて、相手方を完全に排除し子を私物化することをめざしがちである。しかもわが国の伝統的慣行としては、離婚後は親権を持たない親は子との交流を断つことが多く、親権者による子の私物化がむしろ一般化する傾向にあった。離婚後の共同親権も立法化されていないから、離婚後の親権獲得へ向けても、親は離婚成立前に事実上の監護権取得を既成事実化しておこうとする。しかし子本人にとっては、よほど例外的に悪影響を与える親でもない限り、両親双方と交流をもつことが望ましい。それどころか実力行使による奪い合いの対象となったり、一方の親への憎悪を吹き込まれることは、児童虐待であるといえよう。」(水野前掲論文96頁)という指摘がある。

憲法13条前段にいう「『個人として尊重』するとは、『個人の尊厳と人格の尊重を宣言したもの』(最大判昭和23・3・24裁判集刑1号535頁)であり、一人ひとりの人間を人格として承認し、尊厳ある存在として配慮し、その個性の自由な発展を重んずることを意味する。」そして、ここにいう「『人格』とは、何よりもまず、専ら管理、利用または処分などの支配の客体となる『物』ではなく、自らの存在を主張し、その存在意義・目的を実現するために活動することができる主体的な地位を示すものである」(土井真一「§13 II 個人の尊重」長谷部恭男編前掲69頁)。つまり、一人の子を個人として尊重するとは、

「何よりもまず、専ら管理、利用または処分などの支配の客体となる『物』」としてはならないということの意味する。特に、基本的人格の形成期にある未成年者においては、仮に「物」として扱われるならば、自尊心等の基本的人格の形成に障害を与えかねず、個人として尊重されることが基本的人格を成長させる土台としてとても重要なのである(水野前掲論文も同趣旨と思われる。)

ところが、連れ去りは、上記引用のとおり、子を手元において「私物化」し、事実上の監護権取得の既成事実化のための手段とする面のあることを否定できない。このことは、とくに「自らの存在を主張」する能力の十分に備わっていない幼児の場合には、留意すべきである。また、奪い合いの対象となるときは、子は親の実力行使の客体となりかねない。

すなわち、本件においては、未成年者を連れ去った相手方によって、未成年者は個人として十分に尊重されなかったことになるのである。これは、憲法13条前段に反するといわざるを得ない。

## 6 連れ去りによる児童の権利条約違反(第9条、第18条)

連れ去りは、わが国が平成6年(1994年)に批准した児童の権利条約からみても問題がある。

まず、憲法98条2項は、わが国が締結した条約を誠実に遵守することを定めており、このことから、批准・公布した条約は、それを具体化する立法を必要とする場合でない限り、国法の一形式として法律に優位する国内的効力を有する。

その上で、児童の権利条約9条1項1文は、「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。」と定める。この規定は、「その父母の意に反して」と定め、文言上は父母に分離についての同意権を付与する形になっているが、本質は、子が親と共にいる権利と解されている。すなわち、子は「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」（同条同項2文）を除いて、父母のもとにいる権利を有するのである。

ところが、連れ去りは、そのような手続きを経ることなく、一方の親が、子を他方の親から、その意思に反して分離するものであり、しかもすでに述べたように「児童の最善の利益のため」ということはできないから、児童の権利条約9条の理念に違反するものである。

また、児童の権利条約18条1項2文は、「父母……は、児童の養育及び発達についての第一義的な責任を有する。」と定め、さらに同項3文で「児童の最善の利益は、これらの者の基本的な関心事項となるものとする。」と定める。すなわち、条約によれば、父母は、児童の最善の利益を基本に据えて、子の養育及び発達についての責任を果たさなければならない。

ところが、連れ去りは、それが平穏な方法であったとしても、すでにみたように「人格形成に及ぼす影響」、「精神に与える悪影響」があり、「児童の最善の利益を基本に据え」た行為ということとはできない。すなわち、児童の権利条約18条の理念にも反するものである。

よって、本件における相手方による未成年者の連れ去りは、児童の権利条約第9条及び18条に反するものと言わざるを得ない。

## 7 連れ去りとハーグ条約違反

連れ去りは、わが国が平成25年に批准した、いわゆるハーグ条約（国際的な子の奪取の民事上の側面に関する条約）からみても問題がある。この条約の趣旨は、「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され、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。」とされる（外務省

ホームページ)。この条約も、連れ去りが、子に与える悪影響を問題として、原則として子を元の住環境へ返還することとしているのである。つまり、この条約からすれば、最初の連れ去り（「一番目の移転」）が子にとって深刻な問題なのであって、連れ去り後の居所から元の居所へ戻すという「二番目の移転」は、保護すべき現状への復帰と位置付けることになる。子にとって、二番目の移転は不慣れな新たな環境から慣れ親しんだ元の環境へ戻るのであるから、通常、一番目の移転に比べて精神に与える悪影響は小さいと考えられる。この意味で、子の利益からみて問題とすべきなのは、二番目ではなく一番目の移転、すなわち連れ去りである。

したがって、本件における相手方による未成年者の連れ去りは、ハーグ条約の理念からみて基本的に許されるものではなく、未成年者を元の居所に戻すべきものということになる。

この点、ハーグ条約は国境を越えた子の連れ去りを対象とするものであり、本件のような国内における子の連れ去りは対象外であるとし、その理念すら無視するという事とするなら、それは何ら合理的な理由なく、国境を越えた子の連れ去りと国内における子の連れ去りについて、全く異なった扱いをすることとなり、明らかな不合理な差別（憲法14条1項違反）と言わざるを得ない。

これについて、日本国内における連れ去り勝ちの現状が、ハーグ条約の正式加盟（平成26年4月1日）以降も変わらないことが指摘されている。例えば、平成29年4月15日付け産経ニュース（添付資料5）では以下の報道がなされた。

「一方の親による子供の連れ去りをめぐり、日本の予防・解決態勢の不備を指摘する声が国内外で強まっている。今国会では『現状のままでは連れ去りが続く』との危惧が提起されたほか、子供を連れ去られた親でつくる団体も国に対策を求めた。……日本はハーグ条約に加盟しながら、国内では連れ去りが実質的に容認され、むしろmv連れ去った者勝ちkvの状態だ」（添付資料5第1頁）



さらに、そもそも、ハーグ条約の運用そのものが諸外国からの批判を受けている事実を見過ごすことはできない。すなわち、具体的には、米務省による義務の不履行国認定及び制裁の可能性を指摘することができる。すなわち、平成30年5月16日、米務省は、日本のハーグ条約加盟（平成26年4月1日）後初めて、日本をハーグ条約に基づく義務の不履行国に認定した（添付資料6）。かかる認定に対して、日本のマスコミでは、「子供『連れ去り』対応迫る」（添付資料7）などの改善を求める声が上がっているのである。

以上のとおり、連れ去りは、子の憲法22条1項が保障する居住の自由を侵害するのみならず、人格形成に深刻な影響を与える点で憲法13条後段の保障する人格権としての親と一緒に生活する権利を侵害し、さらに個人の尊重（憲法13条前段）にも反するものである。そして、児童の人権条約やハーグ条約の理念に反し、さらに諸外国の例に鑑みても、強い違法性を有する。

したがって、本件における相手方による未成年者の連れ去りは、家事事件手続法157条にいう「子……の急迫の危険を防止するため必要があるとき」にあたり、抗告人による保全処分を認めるべきである。

## 8 適用違憲について

第一審である [ ] は、本件において、連れ去りが、上記のとおり、抗告人及び未成年者の各人権を侵害しうるものであることを看過して解釈している。本件において、連れ去りがなされるまでは、抗告人と未成年者とは、親子として親密に平穏に暮らしていたのであり、両者の人権保障を上回る、未成年者を抗告人から引き離すべき正当な理由があるということはない。それにもかかわらず、第一審である [ ] は、連れ去られた未成年者を抗告人の手元に戻す保全処分を認めなかった。第一審である [ ] 及び原決定は、本件の相手方による未成年者の連れ去りについて「保全の必要性を裏付けるほどの違法性がるとは認めがたい」とすることによって、抗告人及び未成年者の前記各人権を侵害する形で

家事事件手続法157条を解釈適用したのであり、この解釈適用行為は違憲無効と言わざるを得ない。

## 9 運用違憲について

第一審の [REDACTED] 及び原決定による前記家事事件手続法157条の解釈適用は、そもそも、これまで専ら家庭裁判所が、家事事件手続法157条を離婚協議に先立って一方の親が子を連れ去る行為に適用するにあたって、保全処分を基本的に認めないという運用をしてきたからに他ならない。このような運用をしてきたことは、子の人格権（憲法13条）を侵害し、子を連れ去られた他方の親の人格権（憲法13条）をも侵害し、さらに離婚協議における当事者対等の原則（憲法32条、82条）に反するものである。そして、このような運用の一環としてなされた本件は、違憲無効なものである。

すなわち、憲法32条の裁判を受ける権利は、政治権力から独立の公平な司法機関に対して、すべての個人が平等に権利・自由の救済を求める権利であるが、ここにいう裁判は、「一定の手続的保障をも、その内実として含んでいるものと解すべきものである。そのような手続きとしてとくに重要なものは、歴史的に形成されてきた公開・対審の原則である。憲法は、別に82条で対審及び判決の公開を定めている……が、この公開原則を含めて、公正な裁判のための手続による『裁判』を受ける権利をこそ、本条は保障するものである。」（樋口、佐藤、中村、浦部『注解法律学全集2 憲法Ⅱ』285頁（浦部））この対審の原則には、双方審尋主義（当事者対等の原則）が含まれる。すなわち、「双方審尋主義は、当事者が請求について自己に有利な判決を求めるためになす行為、すなわち事実および証拠を含む攻撃防御方法の提出について、両当事者に平等な機会を与えなければならないとする原則である。……憲法82条の対審は、この原則を意味し、したがって87条1項にもとづく口頭弁論においては、双方審尋主義が貫かれる。双方審尋主義は、裁判所と当事者との関係だけでなく、両当事者間において互いに相手方の主張・立証を直接に聴取し、それに対応する

攻撃防御方法を提出する機会を保障する趣旨を含んで」いる（伊藤眞『民事訴訟法〔第5版〕』有斐閣263頁）。

最高裁判例によれば、純然たる訴訟事件、すなわち事実を確定し当事者の主張する権利義務の存否を確定するような裁判について、憲法32条、82条の保障が及ぶとされる（最大判昭和35年7月6日民集14卷9号657頁）。たしかにこの判例によれば、純然たる訴訟事件とはいえない家事審判には、憲法32条、82条の保障は及ばない。しかし、憲法32条にいう「裁判」には家庭裁判所で行われる家事審判のような、実体的な権利義務の存否を確認する純然たる訴訟事件ではないけれども、国民が紛争の解決のために裁判所で当該事件にふさわしい適正な手続きの保障の下で受ける非訟事件に関する裁判をも含むと解することができる。そして、ここで問題としている監護権（親権）の帰属をめぐる争いは、訴訟事件における原告と被告のように両親が対立しており、いずれかに監護権（親権）が帰属すれば他方にはないことになるのであり（民法819条）、権利の存否を争うものといえることができるから、実質的に訴訟事件に近い性質を有する。審判という手続きの性質上、たしかに82条の定める公開原則にはなじまないといえようが、両親が監護権（親権）を巡って争うという事柄の性質からみて、裁判官の前での当事者の対等な関係、機会が平等に与えられなければならないという当事者対等の原則は、この家事審判にも妥当するというべきである。

ところが、連れ去りについて家事事件手続法157条の保全処分を認めない家庭裁判所の決定は、結果として、連れ去った親について、単独での監護の実績を積むという監護権（親権）の帰属判断に関わる行為を、離婚協議前に行うことを認めている。これは、連れ去った親が、自己に有利な判決を求めるためにする事実上の行為を、離婚協議に先立って行うことを容認するものであり、訴訟の両当事者に平等な機会を与えなければならないとする、当事者対等の原則に反するものといわなければならない。

## 第5 まとめ（結論）

以上のとおり、本件における相手方による未成年者の連れ去り行為は、抗告人の人権（13条後段、24条）及び未成年者の人権（13条前段、13条後段、22条1項）を侵害し、違憲である。また、日本が批准した条約（児童の権利条約）にも違反するものである。にもかかわらず、原決定がそのような連れ去り行為の違憲性を看過して抗告人による保全申立を認めなかった解釈適用は違憲である。さらに、そのような原決定の解釈適用は、家庭裁判所における連れ去り行為に対する保全申立の運用の違憲性によるものである。原決定は、違憲である未成年者の連れ去り行為を容認し、別居や離婚に瀕した夫婦間の子を巡る問題の解決において、いわゆる早く連れ去った者勝ちを許容する論理構成により主文を導き出しているから、即刻に破棄されなければならない。

以上

### 添付資料

- ・添付資料1：平成24年10月17日 「別居後の子育て誰が養育、実情見て判断を」朝日新聞記事
- ・添付資料2：平成30年9月17日 第39会期国連人権理事会記録
- ・添付資料3：平成30年6月26日 第38会期国連人権理事会記録
- ・添付資料4：平成22年1月12日 「きずな裂かれ自死」東京新聞記事
- ・添付資料5：平成29年4月15日 「子供mV連れ去りkV 国内外から日本の姿勢批判『英語では『誘拐・拉致』だ』 ハーグ条約発効3年」産経ニュース
- ・添付資料6：平成30年5月18日 「日本を『不履行国』認定」日本経済新聞記事
- ・添付資料7：平成30年8月29日 「子供『連れ去り』対応迫る」日本経済新聞記事