

親権に関する立法不作為を理由とする 国家賠償訴訟と人権アプローチ

——東京地判 R3・2・17（平31年（ワ）7514号）——

State Redress Lawsuits for Legislative Failure to Amend the Sole Custody
System after Divorce — From a Human Rights Approach: Tokyo District
Court Decision 17 Feb 2021 (Heisei 31 (Wa) 7514)

檜 崎 みどり*

目 次

はじめに

I 事案概要

II 判 旨

III 検 討

1. 親権の概念についての人権アプローチ
2. 国家賠償訴訟における国際条約の適用または援用
3. 外国で離婚した後の戸籍上の共同親権の記載

はじめに

本判決（東京地判 R3・2・17（平31（ワ）7514号） 訟務月報67巻9号1313頁）は、裁判上の離婚の場合に裁判所が父母の一方を親権者として定めるとする民法819条2項（裁判上の離婚後の単独親権制度）を改廃する立法措置を執らない立法不作為について国家賠償法上の違法性を否定した初めての判決である。本判決による請求棄却に対し、原告側が控訴し、控

* 所員・中央大学法学部教授

訴審判決(東京高判 R3・10・28 (R3 (ネ)1297号)を経て, 上告審(最高裁判所)に係属中である(2022年7月1日時点)。

本件事案は, 日本人同士の日本での離婚訴訟により親権者に指定されなかった一方の親(父親)による訴えであるため, 涉外性を持たないが, 本判決は, 裁判上の離婚後の単独親権制度につき, 憲法の諸規定のほか, 1966年の市民的及び政治的権利に関する国際規約(以下「自由権規約」), 1989年の「児童の権利に関する条約」(以下「児童の権利条約」), そして1980年の「国際的な子の奪取の民事上の側面に関する条約」(以下「ハーグ子奪取条約」または「ハーグ条約」といった諸々の国際条約の諸規定または理念を援用して詳細に検討しており, また, 外国で離婚した日本人父母の戸籍上では離婚後の共同親権が記載される現行の戸籍実務を, 外国裁判の承認による結果としている点で, 国際私法の観点からの検討に適うところがあると思われる。以下では, 事案概要(Ⅰ), 判旨(Ⅱ), 検討(Ⅲ)の順に論じる。

Ⅰ 事案概要

原告 X は, 日本人の妻 A との間の日本での離婚訴訟において, 裁判所により, A との間に出生した子ら 2 名の親権者と定められなかった, 日本人の夫である。原告は, 一方で, 日本人の父母が日本国内で裁判上の離婚を行った場合には, 「裁判所が父母の一方を親権者と定める」との民法819条2項の規定(以下「本件規定」)に従い単独親権しか認められないのに対し, 他方で, 共同親権の制度を持つ外国で離婚した場合には, 戸籍上で「親権者を父母と定める」との記載がなされること等の比較をもって, 本件規定は憲法上で保障された権利の侵害となるほか, 自由権規約, 児童権利条約, ハーグ子奪取条約等の国際条約に反すると主張し, 本件規定の改廃を怠った立法不作為を理由に, 国家賠償法1条1項の違法があるとして, 日本国(被告 Y)に対し損害賠償の支払いを求めた。

II 判 旨

請求棄却。

「争点(1) (本件規定を改廃しなかったという立法不作為の違法性) について」

(1) 国家賠償法上の違法性について

「国会議員の立法行為又は立法不作為が国家賠償法1条1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。[…]

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、[…] 例外的に、その立法不作為は、国家賠償法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。」

(2) 憲法13条違反について

「原告が本件において問題とする「親権」は、民法819条2項の規定に基づき裁判所が親権者を定めることにより父又は母の一方に帰属することとなる「親権」、すなわち、民法上の「親権」であるから、[…] 具体的な法律制度を離れて権利利益を抽象的に論ずることも相当でないから、具体的な法律制度である「親権制度」との関係で検討する。」

「ア […] 親権についての各規定の在り方をみると、親権者たる親は、子について、当該子にとって何が適切な監護及び教育であるか、親権を行うに当たって考慮すべき「子の利益」が何かを判断するための第一次的な裁量権限及びそれに基づく決定権限を有するが、これらの権限は、子との間でのみ行使され、親とは別人格の子の自律的意思決定に対して一定の制約をもたらし得る形で行使されるものであるばかりか、その権限の行使に

当たっては、「子の利益」のために行使しなければならないという制約があり、それが親自身の監護及び教育の義務にもなっている。そうすると、親権は、あくまでも子のための利他的な権限であり、その行使をするか否かについての自由がない特殊な法的な地位であるといわざるを得ず、憲法が定める他の人権、とりわけいわゆる精神的自由権とは本質を異にするというべきである。[…] 子は、親権の法的性質をどのように考えようとも、親による親権の行使に対する受け手の側にとどまらざるを得ず、[…] 子において、原告が主張するような、父母の共同親権の下で養育される権利、ひいては成人するまで父母と同様に触れ合いながら精神的に成長する権利を有するものとは解されず、親権の特殊性についての上記判断を左右するものではない。」

「イ […] 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 […] るものの、[…] 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 […] 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。」

「エ 本件規定が憲法13条に違反することが明白であるということではできない。」

(3) 憲法14条1項違反について

「ア(ア) […] 本件規定は、裁判上の離婚をした場合に、父又は母の一方を親権者と指定することで、他方の母又は父の親権を失わせるものであり、[…] 裁判上の離婚をした父と母との間において、親権の帰属及びその行使について区別をしているということができ、[…] 父母が婚姻関係にある子と父母が裁判上の離婚をした子との間において、親権の帰属及び行使について区別をしているということができる。」

「イ […] 婚姻及び家族に関する事項は、国の伝統、国民感情を含めた社会状況における種々の要因を踏まえつつ、それぞれの時代における夫婦、親子関係についての全体の規律を見据えた総合的な判断を行うことに

よって定められるべきものである。したがって、その内容の詳細については、憲法が一義的に定めるのではなく、法律によってこれを具体化することがふさわしいものと考えられ、憲法24条2項は、このような観点から、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いう要請、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解される。」

「イ(イ) […] 本件規定の立法目的が、通常、離婚をした父母が別居することとなり、また、当該父母の人間関係も必ずしも良好なものではない状況となるであろうという實際論を前提とすると解される以上 […] このような立法政策を実現するためには、離婚後の父及び母による子の養育のあるべき姿という観念論、諸外国の状況、我が国が締結している各条約の趣旨等ばかりでなく、それとともに、我が国における離婚の実情、親権の行使の実情及びこれらを含めた親権の在り方に対する国民の意識等、更に単独親権制度を採用していることによって生じている種々の不都合、不合理な事態を踏まえ、共同親権を認めることとした場合に離婚後の父及び母による子への養育に及ぼす実際の効果を、それを認めた場合に生じ得る障害に照らし、子の利益の観点から見極める必要があると解される所、本件証拠関係をもってしては、現段階において、国会、政府はもちろん、国民一般においても、その見極め等がされている状況にあるとは認められない。 […] 我が国の家族制度の根幹をなす親子の在り方、その中で親権の内容をどのようなものとして捉えるか、それらを踏まえ、離婚後の子に対する共同親権を、又は共同親権の選択を認めるか否かについては、国家機関による親子関係への後見的な助力の在り方を含め、これを国会による合理的な裁量権の行使に委ね、その行使を待つ段階にとどまるといわざるを得ない。」

「ウ(カ) 原告は、児童の権利委員会が日本に対して共同親権制度の導入を求める勧告をしていること、諸外国において離婚後の共同親権制度を採用している国、及び離婚後の単独親権制度が法の下での平等を定めた憲法の

規定に違反するとの判断を示した国があること〔…〕、海外24か国の調査対象国のうち離婚後の共同親権が認められていない国がインドとトルコのみで、離婚後の共同親権が国際的に広く認められていること〔…〕も、本件規定の憲法適合性の解釈に影響を与える立法事実として考慮されるべきであると主張する。〔…〕原告が主張するような事情は、国会において、親権制度の在り方を検討するに際し、検討されるべき事情の一つとなるべきものであるが、現在は、離婚後の子に対する共同親権を、又は共同親権の選択を認めるか否かについては、国家機関による親子関係への後見的な助力の在り方を含め、これを国会による合理的な裁量権の行使に委ね、その行使を待つ段階にとどまるというべきである。〕

〔ク〕原告は、外国で離婚をした父母が離婚後も共同親権者として戸籍に記載され得るのに対し、本件規定により日本で裁判上の離婚をした父母がいずれか一方しか戸籍上の親権者となることができないことが差別的取扱いであると主張する。

しかし、離婚後の共同親権制度を採用している外国で離婚をした父母が離婚後も日本の戸籍上で共同親権者として記載されるのは、当該外国法に基づく判決が、民訴法118条が定める要件を満たして承認された結果にすぎず、本件規定がその文言上、外国で離婚をした父母と日本で離婚をした父母との間で法的な差別的取扱いを定めているわけではなく、本件規定自体に父母が離婚をした地による形式的な不平等が存在するわけではない。〕

〔エ〕以上で説示したところによれば、本件規定が憲法14条1項に違反することが明白であるということとはできない。〕

（4）憲法24条2項違反について

〔原告は、〔…〕本件規定が、少なくとも憲法上尊重されるべき人格的利益である親権等について、夫婦であった父と母との間等で合理的な理由なく差別的取扱いをしており〔…〕合理性を欠いた規定であるから、国会の立法裁量の範囲を超えており、憲法24条2項に違反していると主張する。〕

〔しかし、本件規定の内容及びその趣旨並びに単独親権制度を採用していることにより生ずる影響等は、〔…〕本件規定が個人の尊厳と両性の本

質的平等の要請とに照らして合理性を欠き、国会の立法裁量の範囲を超えるものとみざるを得ないような場合に当たるとは認められない。」

(5) 自由権規約、児童の権利に関する条約又はハーグ条約違反について

「ア […] 自由権規約23条4項の規定の内容は、[…] その文言上、離婚の際の配偶者の権利及び責任の平等を確保するための「適当な措置」又は児童に対する必要な保護のための「措置」については、これを各締約国の実情に応じた法制度の整備に委ねていると解され、特定の親権制度の採用を義務付けていると解することはできないし、同項が我が国の国民に対し、親権に関する具体的な権利を保障していると解することもできない。したがって、本件規定が同項に違反することが明白であるということとはできない。」

「イ […] 児童の権利に関する条約9条1項、3項及び18条1項並びに21条1項(a)の内容は、[…] これらの文言上、親権又は養子縁組の制度について、児童の最善の利益を確保するという留保の下、これを各締約国の実情に応じた法制度の整備に委ねていると解され、特定の親権制度又は後見制度の採用を締約国に義務付けているとまで解することはできない。」

「ウ 原告は、ハーグ条約が、共同監護者の決定につき、当事者の一方が一方的に行った事情の変更により影響を受けないようにするということを理念としているのに、本件規定が、父母の一方が子を不法に連れ去ることが親権の獲得にとって有利に働くという事態を生じさせているから、同理念に反し、ハーグ条約に適合しないと主張する。

しかし、ハーグ条約の各規定をみても、それらの規定が、文言上、親権制度の在り方等を直接に定めているということとはできないし、ハーグ条約の理念は、締約国相互間で国内法制度の整備等についての指針を示すにとどまるから、いずれにせよ、ハーグ条約が我が国の国民に対し、直接に、親権に関し、同理念に沿う、又は適合する具体的な権利を保障するものであるということとはできない。」

「エ よって、本件規定が、自由権規約、児童の権利に関する条約及びハーグ条約によって直接我が国の国民に対して保障された具体的な権利を

合理的な理由なく制約し、これらに違反することが明白であるということ
はできない。」

「以上のとおり、本件規定が憲法13条、14条1項若しくは24条2項又は
自由権規約、児童の権利に関する条約若しくはハーグ条約に違反すること
が明白であるとは認められないから、本件規定を改廃する立法措置をとら
ない立法不作為について、国家賠償法1条1項の違法は認められない。」

(下線部は引用者による)

III 検 討

本判決は、離婚後の単独親権を定めた民法の規定を改廃する立法措置を
執らない立法不作為について国家賠償法上の違法性を否定した初めての判
決である¹⁾。原告の請求を棄却した本判決の結論は現行法の解釈上やむを
得ないと思われるがその理由付けには疑問がある。とくに、第1に、親権
の人権アプローチを否定し、親権を親責任のような特殊な権限と捉えてい
る点、第2に、自由権規約、児童の権利条約、ハーグ子奪取条約につい
て、立法不作為を理由とする国家賠償請求の根拠として条約違反を援用す
る場合には、条約上で特定の法制度の採用を義務付けていることを要する
としている点、第3に、外国で離婚した父母の戸籍上の共同親権の記載が
外国判決の承認の結果にすぎないと述べている点についてである。今後、
日本が離婚後の単独親権から共同親権を原則とする制度への変更に踏み切
るかについて考える上で、これらの点について検討することが必要である
と思われるため、以下、順に取り上げる。

1. 親権の概念についての人権アプローチ

原告は、「親権」を、親子という関係から自然権的に生じる、子の養育

1) 本件評釈として、巻美矢紀『法学教室』489号(2021.06)166頁、嵐文字
『訟務月報』67巻9号1313頁、西村枝美『令和3年度重要判例解説』(ジュリ臨
増1570号)14頁。

親権に関する立法不作為を理由とする国家賠償訴訟と人権アプローチ

と監護に関与する親の権利、さらに、親の人格的生存に不可欠の権利であり、憲法で保障される人格権や幸福追求権に相当する権利であると主張する。

親権の概念について、このような自然権的な考え方を示した下級審判例としては、東京高決 S30・9・6 (S30 (ヲ) 198号) 家月7巻11号60頁²⁾、静岡地浜松支判 H11・12・21 (H10 (ワ) 548号) 判時1713号92頁³⁾などがある。

これに対して、本件地裁は、基本的な姿勢として、親権は、基本的人権と比肩し得る権利ではなく、むしろ、子の養育にかかわる親の裁量権や決定権限というべきものであり、その行使に際しては子の利益を尊重するという制約付きであるから、子の養育についての親の責務ないし義務を含む特殊な権限として捉えている。

本件地裁によれば、離婚後には、親権を持たない方の親は、子の人格的利益の形成にかかわる責務や義務からは切り離されないが、しかし子の養育に関する裁量権限や決定権限は持つことができない。また、親権を行使される側の子が親に対して具体的にどのような権利を持つかは、憲法上はもちろん民法上も詳らかではないとし、親に対する子の権利が、親権の特殊性についての上記の判断を左右するものではないとしている。

このように、本件地裁は、原告の主張する子の養育に関する親権について、人権のような普遍的な権利性を認めようとはせず、親権は、子との間において子の利益のために行使される裁量権や決定権を内容とする特殊な権限にすぎないと捉えている。ここでいう親権の特殊性は、日本法に特有

2) 東京高決 S30・9・6 (S30 (ヲ) 198号) 家月7巻11号60頁「元来親権は、血縁関係 […] に基く親の未成年の子を養育するという人類の本能的な生活関係を社会規範として承認し、これを法律関係として保護することを本質とするものである。」。

3) 静岡地浜松支判 H11・12・21 (H10 (ワ) 548号) 判時1713号92頁「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、 […] 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。」。

のものとして考えられているようである⁴⁾。

親権を子の利益のために行使される決定権限などへ縮小的に解体する考え方は、昨今、家族法の専門家による『家族法研究会報告書』⁵⁾でも検討されている。同報告書では、親権という語の「親の権利を想起させる」難点からの脱却をはかる必要性が説かれており、本判決の判断もその点に焦点が合わせられていると見ることができる。

もっとも、親子関係を含めた「家族」について、近時、最高裁は、日本民法の定める夫婦同氏制度の違憲性を扱った2015年12月16日の大法廷判決⁶⁾において、「家族は社会の自然かつ基礎的な集団単位」であるとし、夫婦それぞれが婚前の氏のもとで「婚姻前に築いた個人の信用、評価、名誉感情等を婚姻後も維持する利益等」は「婚姻及び家族に関する法制度の在り方を検討するに当たって考慮すべき人格的利益」として認められると述べている。

最高裁の説くように、家族が自然の集団単位⁷⁾であり、個人が家族を構成すると考えるのであれば、父母それぞれが離婚後にその子との間で家族としての関係を維持する利益も、憲法上で保障される人権にあたるまで明確にいうことはできなくても、少なくとも家族関係の立法において考慮される人格的利益として捉えることができるはずである。本判決も、子の養育に関して親と子がそれぞれ有する利益は、「憲法が予定する家族の根幹に関わる人格的な利益」であり、離婚により非親権者となる方の親の当該利益に一定の制約が生じることは、親権制度に関する具体的な法制度を構築する際に考慮されるべき要素とならしている。もっとも本判決は、

4) 親権の基本的概念が2011年の民法一部改正後も完全に明確化されていない点につき、窪田充見「親権に関する民法等の改正と今後の課題」ジュリ1430号（2011）4頁（9頁）。

5) 『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』（商事法務2021年，別冊 NBL No. 173）。

6) 最大判 H27・12・16（平26（オ）1023号）民集69巻8号2586頁。

7) 世界人権宣言第16条3項「家族は、社会の自然かつ基礎的な単位であり、社会及び国による保護を受ける権利を有する。」。

親権に関する立法不作為を理由とする国家賠償訴訟と人権アプローチ

人格的利益こそ認めておきながら、立法の検討における総合考慮の一要素とする扱いとどめており、憲法上の保障は与えられないとする⁸⁾。

本件原告は、離婚によって親権が一方の親から剝奪される点を問題としているのに対し、裁判所は、離婚と同時に親権を一方の親に専有させることが子の養育にとって必要であるとの立場を述べている。両者の間には隔たりがある。

親の側での離婚の決定とともに子の養育についての判断を行う者を同時に決定するのが子の利益に適う、との日本の現行法の考え方がある。

本判決のいうように親権が子に対する親の責務を含むものだとすると、離婚と同時に一律に一方の親に親権を集中させるのは、かえって、単独親権者とされた方の親にとっても、他に頼る者がいない等の心理的負担や孤立感の源となるのではないか。親にDVや養育の放棄などの問題がある場合に、当該の親の親権行使の制限や、他方の親への単独親権の指定を裁判所が行うことは、積極的な根拠が見いだせる。しかし現行の制度は、子の養育にあたりとくに落ち度がなくても父母の一方から離婚と同時に親としての法的立場を失わせ、非親権者となった一方への、親権者となった他方からの、離婚に伴う当座の制裁のようにになっている面がある。離婚の前後において子との間での関係は変わらないものとし、法的尊重を与えられるのが、国連など国際機関の主導により昨今注目を集めている人権アプローチの一環として望ましいと思われる。国連の人権高等弁務官事務所(OHCHR)は、世界人権宣言第16条1項の定める「家庭を持つ権利」を、国際的に認められた人権として、最近では、家族がどのような構成であっても、平等と無差別を確保するために再解釈されているとしている⁹⁾。

8) 卷・前掲評釈(前注1)166頁。

9) OHCHR, Universal Declaration of Human Rights: Article 16, [online] available in: <https://www.ohchr.org/en/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=23927&LangID=E> ("more recently, the rights laid down in Article 16 have been re-interpreted to try to ensure equality and non-discrimination for all people who want to marry, and all families, however they are constituted.").

2. 国家賠償訴訟における国際条約の適用または援用

近時、婚姻・家族の形態が多様化し、それに伴い個人の意識が変わってきたことを受けて、婚姻・家族の共同体における個人の尊重を強調し、共同体における個人の生き方に関わる権利——選択権や決定権——をそれぞれの人間の人格的利益に基づく権利として配慮すべきとする考え方が登場している。

最高裁大法廷は、近年、婚姻・家族に対する個人の意識の変遷を指摘し、個人の利益を尊重する見地から、差別的とされる法規定を違憲とする判断を下してきた。すなわち、国籍法の旧第3条1項¹⁰⁾、遺産分割における婚外子の区別¹¹⁾、女性の再婚禁止期間¹²⁾に関する判断がそうであり、夫婦同氏¹³⁾に関する司法判断でも、同様の姿勢が見られる。これらの判断については、日本の最高裁が人権グローバル化に前向きな回答を与えたとして、国際人権法の見地からは積極的に評価されたのに対し、憲法学の立場からは、厳しい批判を浴びたことが指摘されている¹⁴⁾。

婚姻・家族の共同体における個人の利益の尊重を掲げる立場においては、憲法のほかに、日本が批准した国際条約の諸規定が、個人の権利を保障するための法的根拠として援用されるのが特徴である。昨今では、婚姻・家族関係に関する立法不作為を理由とする国家賠償訴訟が増加するとともに、それらの訴訟では、諸外国の法状況や日本が批准した国際条約が、立法の要請が高まっていることを示す事実（「立法事実」）として請求

10) 最大判 H20・6・4（H19(行ツ)164号）（裁判集民228号101頁）（国籍法旧3条1項）。

11) 最大決 H25・9・4（H24(ク)984号・H24(ク)985号）（民集67巻6号1320頁）（遺産分割における婚外子の区別）。

12) 最大判 H27・12・16（H25(オ)1079号）民集69巻8号2427頁（再婚禁止期間）。

13) 最大判 H27・12・16（H26(オ)1023号）民集69巻8号2586頁（夫婦同氏）。

14) 江島晶子「グローバル化社会と『国際人権』—グローバル人権法に向けて」山元一＝横山美夏＝高山佳奈子（編著）『グローバル化と法の変容』（日本評論社2018年）69頁（74頁）。とりわけ2013年最高裁大法廷決定（遺産分割における婚外子の区別の違憲判断）について。

者の側から引き合いに出されている¹⁵⁾。

本判決は、立法不作為に基づく国家賠償請求について、憲法の諸規定のほかに、自由権規約、児童の権利に関する条約、および子の奪取に関するハーグ条約の諸規定を取り上げ、これらの条約の規定が我が国の国民に対し親権について具体的な権利を保障しているか、または特定の親権制度を定めるように我が国に命じていることが、本件規定（民法819条2項）がこれらの条約に反するというための要件であるとしている。

国際条約の活用について、最高裁は、過去にはきわめて消極的であったが¹⁶⁾、2000年以降、憲法学者の側から、民訴法312条1項など訴訟法上で条約違反を理由とする上告や特別上訴が認められていないことに対し、「条約の遵守を規定する憲法98条2項を通じて条約違反の存在を違憲と構成し、最高裁判所への上訴も可能となると考える」¹⁷⁾という見解や、「条約による保障が憲法による保障を上回ると解される場合には、国内法が憲法の人権条項に違反しないとしても、条約に違反し、そのことはひいては憲法98条2項を介して憲法上許されない事態と判断されなければならないと解される。このことは、最高裁判所への上告理由が憲法違反と判例違背に限定されている制度枠組の中にあつて、人権条約違反を最高裁判所に上告する道を開くことに通ずる。」¹⁸⁾との見解が示され、これに応えるかのよう

15) 最大判 H27・12・16（再婚禁止期間）、最大判 H27・12・16（夫婦同氏）では、自由権規約や女性差別撤廃条約が援用されている。なお、最大決 R3・6・23（R2（ク）102号）裁時1770号3頁は、最大判 H27・12・16（H26（オ）1023号）（夫婦同氏）を踏襲しているが、同決定では国際条約には言及していない。

16) 伊藤正己「国際人権法と裁判所」国際人権1号（1990）7-11頁、園部逸夫「日本の最高裁判所における国際人権法の最近の適用状況」国際人権11号（2000）2-4頁。この点は、薬師寺公夫「国際法学からみた自由権規約の国内実施」芹田ほか（編集代表）『講座 国際人権法 I 国際人権法と憲法』（信山社2006年）43頁（45頁）を参照。

17) 齋藤正彰『国法体系における憲法と条約』（信山社2002年）407頁。齋藤見解につき、薬師寺「前掲論文」58頁を参照。

18) 佐藤幸治「憲法秩序と『国際人権』に関する覚書」国際人権16号（2005）4頁、同「憲法秩序と国際人権」芹田ほか（編集代表）『講座 国際人権法 I 国

に、最高裁大法廷による立法の違憲判断が相次いで出され、自由権規約、女性差別撤廃条約、児童の権利に関する条約が援用されるようになっていく(もっとも条約違反としてではなく、立法の背景となる事実として外国法とともに取り上げられている)。このような「条約違反=憲法98条2項違反」論に対しては、日本が締結した条約すべてを憲法と同じに位置づけることはできないとの批判が出され、条約の批准については法律の制定よりも内容を精査しないため、憲法98条2項のみでは条約が国内の法律に優位する根拠としては不十分であるとの見解もある¹⁹⁾。

本判決は、とくに憲法98条2項に言及しておらず、「条約違反=憲法98条2項違反」の立場によるものかは明らかにはされていない。もっとも国家賠償法1条1項の違法による賠償が個人から国に対して請求されるときは、援用される条約において特定の国民に対して具体的な権利の創設ないし保障が定められていること(条約上の権利の具体的特定性)を要する、と述べているのは、これまでの裁判例の立場と一致している。

立法不作為の違憲は、制度改革を目的とした「現代型訴訟」としての役割を担うとして、また、国家賠償訴訟を用いる方法は、「立法不作為の違憲確認判決が立法作用への司法権の不当な容喙ではないかとの批判を招きやすい」と比べて、「立法作用に対する侵襲度が低い上に、立法不作為に対する実質的な違憲判断を導くことができる」ため利点が大きいため、学説判例において承認されてきた²⁰⁾。昨今の訴訟についていえば、国から賠償を得ることよりも、特定の立法が現実の社会に合っていないとの言質を司法から得ることに訴えの目的があり、そのために国賠訴訟を提起

際人権法と憲法』(信山社2006年)27頁(39頁)。薬師寺「前掲論文」58頁を参照。

19) 薬師寺「前掲論文」57頁。高橋和之「国際人権の論理と国内人権の論理」ジュリスト1244号(2003年)75-81頁。北村「後掲評釈」(後注21)233頁。

20) 山元一「戦後補償と立法不作為」芹田健太郎・棟居快行・薬師寺公夫・坂元茂樹(編集代表)『国際人権法と憲法』(講座国際人権法I)333頁(339-340頁)。

しているともいえる。

このような請求においては、憲法規定と比べて、条約の規定についてのみ、国民への具体的な権利の保障や特定の制度の採用を義務づけていることを要するとするのは、理由に欠けるとの指摘もある²¹⁾。私見もそのような見解に賛同する。

条約上では、その条約において認められる権利利益の実現のために必要な立法措置、行政措置その他の措置を執る義務を定める規定がある（たとえば自由権規約2条2項、児童の権利条約4条）。こうした義務は、「国内実施プロセスにおいてそのような措置が執られたかどうかを問う性質の義務」²²⁾であり、条約上で保障される権利利益の実現のためにどのような措置が必要で、どこまでそれらの措置が行われたか、締約国の側で説明する必要が生じるものとされる²³⁾。国内法上の特定の制度が改廃されていないことを理由に国家賠償法上の違法を問う昨今の国賠訴訟においては、国家的主体による深刻な人権侵害や不法が告発される状況とは異なり、現行の法律によって条約上保障される権利利益がどの程度まで実現されているか、今後の改廃がどのように見込まれるか、国に説明を求めるための根拠として、条約の規定が援用されている。そのため、本判決のように、原告の援用する条約において締約国に対し具体的な法制度を採用する義務が定められていなければ、立法の改廃の懈怠について条約違反を理由とした国賠請求の主張が認められない（主張適格を欠いている）とするのは、現代の社会的要請に追いついていない立法の改廃を求める、制度改革訴訟（公益訴訟）としての国賠訴訟の意義を損なうように思われる。そもそも人権に関する条約は、条約の保障する権利利益の実現に資するための措置の導

21) 北村朋史『令和2年度重要判例解説』（ジュリ臨増1557号）232頁（東京地裁立川支判R元・11・14（H30（ワ）1004号）判時2450=2451号85頁）。

22) 薬師寺「前掲論文」56頁。

23) 中川丈久「総括コメント：行政法からみた自由権規約の国内実施」『国際人権』23号65頁、72頁は、原告側が国際条約や外国法を援用する意味は、国の側にそのような説明責任が生じる点にある、とされる。

入を締約国に求めることはあっても、その措置の具体的内容については締約国に委ねているのが一般的であるから、本判決のこのような、具体的な内容の制度の採用まで条約が規定していることを求めるのは、ないものねだりである。条約違反を理由に立法の改廃の懈怠を追求する国家賠償訴訟は、援用される条約上で具体的な制度の採用が義務付けられていなくても、現行の法状況が条約違反ではないことを説明する国家の責任を追及するための、請求適格を損わないと考えられる。

また、本判決は、ハーグ子奪取条約については、条約の規定ではなく、条約の理念や趣旨目的を取り上げている。条約の理念が我が国の国内裁判所において取り上げられること自体、多くはない²⁴⁾ところ、ハーグ子奪取条約については、国内実施法が制定されているため、日本国内における子の返還申立事件の裁判は、国内実施法をめぐる攻防を主な争点としており、条約の趣旨や理念に言及した裁判例は少ないようである²⁵⁾。

本判決は、ハーグ子奪取条約の目的を、いずれかの締約国に不法に連れ去られ、またはいずれかの締約国において不法に留置されている子の迅速な返還を確保すること、ならびに、いずれかの締約国の法令に基づく監護の権利および接触の権利が他の締約国において効果的に尊重されることを確保することである、と確認してはいるものの、結局のところ、ハーグ子

24) 条約の理念に反するか否かが検討された裁判例として、たとえば、最一小判 H21・10・29 (H20(行ヒ)91号) 民集63巻8号1881頁(グラクソ事件)(シンガポール子会社の未処分所得を日本の親会社の所得金額の計算上で益金に算入するとした加算賦課決定に対して、租税特別措置法の規定が日本とシンガポールの間の租税条約に反するとして処分の取消しを求めた訴えが棄却された例)、また、最一小判 H23・12・8 (H21(受)602号・H21(受)603号)(北朝鮮映画事件)(未承認国がベルヌ条約に後から加盟した場合、未承認国の国民を著作者とする著作物について日本はベルヌ条約により保護の義務を負わないとした例)などが挙げられる。

25) ハーグ子奪取条約の趣旨目的に言及した裁判例として、H31・2・28 (H30(ワ)2204号)(ロシア連邦への返還申立事件)、東京高決 H27・3・31 (H27(ワ)491号)(アメリカ合衆国への返還申立事件)。

奪取条約の規定が親権制度について直接に定めているということではできず、また同条約の理念は「締約国相互間で国内法制度の整備等についての指針を示すにとどまる」ため、ハーグ子奪取条約が「我が国の国民に対し、直接に、親権に関し、同理念に沿う、又は適合する具体的な権利を保障するものであるということではできない」としている。

ハーグ子奪取条約は、直接的に子の人権について述べているわけではないが、連れ去られた子の返還を通じて間接的に子の人権の保障に役立つと解されているとされている²⁶⁾。また、ハーグ子奪取条約の理念は、一方で、子の迅速な返還、他方で、外国法上の監護権の内国における効果的な尊重という2つの方向性で構成されていると思われる。日本がハーグ子奪取条約を批准し、加盟したことで、子の常居所地にあたる外国における監護権の態様が、日本の親権と異なっても、そのような外国の監護権を前提として、日本は、子の返還を保障しなければならない義務を負っている。子の監護に関する本案については子の常居所地国の裁判所が専属的に裁判管轄を有し、返還を申し立てられた日本の裁判所が判断することはできないが、昨今の日本での返還申立事件では、返還請求の前提としての、日本法上にはない外国法上の監護権を、条約のいう監護権として認めることができるかが問われる事例も生じている²⁷⁾。

他方で、ハーグ子奪取条約への加盟は、加盟国の行政および司法の国際的な協力体制に、日本が参加することを意味する。子の連れ去りに対する

26) 大谷美紀子＝西谷祐子（編著）『ハーグ条約の理論と実務』（法律文化社2021年）5頁（西谷祐子）。なお、ハーグ条約第20条には、返還を要請された国における人権および基本的自由の保護に反する場合に、子の返還拒否を可能とする例外規定が置かれている。

27) 具体的事例として、大阪高決 H28・7・7 判時2399号18頁。同大阪高決につき、織田有基子・リマークス60号130頁、長田真里「子奪取条約（いわゆるハーグ条約）上の「監護の権利」と裁判所の監護の権利」『阪大法学』68巻3号（2018）283頁（778頁）。また、日本法上にはない外国法上の監護権をハーグ条約上の監護権として取り扱うことにつき、西谷祐子「日本における子奪取条約の運用と近時の動向について」『家庭の法と裁判』26号（2020）48頁（52頁）。

返還申立ては、一方の親による連れ去りが他方の親の監護権を侵害することを前提としているため、子の監護権を持つか否かは、返還のための国際的な協力体制に参加している他の加盟国において、子を元の居住地に戻すことを訴えることが可能か否かを左右する。たとえば親の離婚後に、親権を持つ方の親が日本から外国へ子を連れ出した場合、非親権者である他方の親は、それにより子供との面会交流ができなくなっても、条約上の監護権を持たないために、子の渡航先のハーグ子奪取条約加盟国において子の返還を申し立てることはできない²⁸⁾。言い換えれば、離婚時に一律に一方の親のみを親権者として指定される日本の制度は、親権者として指定されなかった他方の親が、日本に置き去りにされた場合に、ハーグ子奪取条約の国際協力体制の恩恵を受ける機会や資格を奪われるという点で、外国で裁判上の離婚を行った日本人親との差異を生じているといえる。このように条約の加盟による利益を日本で離婚した親の一方が損なうことになっているという点が、憲法上許容されない差別にあたるかは、なお議論の余地があるものの、日本を取り巻く国際社会の現状から日本の国内法が離れていることで、ハーグ子奪取条約加盟の意義が限定的になっている等の懸念がある。

3. 外国で離婚した後の戸籍上の共同親権の記載

日本では、裁判による離婚の場合には、裁判所が父母のいずれか一方を親権者として指定する（民法819条2項）ため、裁判所は、離婚を認容する判決を下す際には、申し立てがあれば、必ず親権者の指定を行うことと

28) 離婚後の海外転居に際し、親権者として指定されなかった方の親が国内に残される場合に面会交流権を持っていても子と会えなくなる問題は、ハーグ条約加盟前にも指摘されていた点である。大谷美紀子「別居・離婚に伴う子の親権・監護をめぐる実務上の課題」ジュリ1430号（2011）19頁（26頁）参照。条約加盟の効果としての自力救済の禁止について、早川真一郎「『ハーグ子奪取条約』断層—日本の親子法制への一視点」ジュリ1430号（2011）12頁。

親権に関する立法不作為を理由とする国家賠償訴訟と人権アプローチ
なっている（人事訴訟法32条1項²⁹⁾）。このように裁判所により父母の離婚と子の親権者指定または法的監護の帰属を同時に決定することは、子の利益のために望ましいことであると説明されている³⁰⁾。しかし、外国では、離婚後の子の監護権の帰属などの取決めなどについての決定が、必ずしも離婚判決のなかで、または離婚判決と同時になされるとはかぎらない³¹⁾。

本件判決は、戸籍に共同親権の旨が記載されるのは、父母が外国で離婚した際の、外国法に基づく決定の承認の効果にすぎないと説明している。すなわち、民事訴訟法118条の要件を満たして外国の決定が承認されたことの結果として、戸籍上に共同親権が記載されるにすぎない、とである。

かつて有力に主張された、承認国の抵触法ルールに従い適用される準拠法に従って判決国である外国の裁判所が判断を下している場合にのみ外国判決の承認を可能とする立場（準拠法要件説³²⁾ または三位一体

29) 人事訴訟法（平成30年改正）第32条。

30) 内野宗揮 編著『一問一答 平成30年人事訴訟法・家事事件手続法等改正』（商事法務2019年）52-54頁。

31) たとえば、北坂尚洋「オーストラリア離婚裁判のわが国での承認」『福岡大法学論叢』54巻1号（通号190号）（2009）11頁によれば、オーストラリアの裁判所による離婚の決定は、ただちに効力が生じるわけではなく、決定から1ヶ月が経過したとき、または、18歳未満の子に関する取決め等についての裁判所の宣言がなされたときの、いずれか遅い方の時点までに、決定の取消し等がなければ、効力が生じるとされている。

32) 外国の離婚判決の承認において離婚の準拠法を加味する立場は、当事者が自己に有利な国で離婚判決を得ようとするいわゆる法廷地漁りを防止するとの見地から、離婚の準拠法として、とくに自国法が適用される場合を念頭に置いて、できるかぎり準拠法（すなわち自国法）の適用結果としての法的状況（すなわち財産分与、監護権の帰属の分配など）の内国における確保に主眼を置くものであったといえる。そのため理論的には、婚姻の取消し又は離婚においては、内外の判決も、離婚の実体法のルールの要件事実の一部を構成するものとの説明がなされていた。代表的には、江川英文「外国離婚判決の承認」『立教法学』1巻27-46頁。

説³³⁾では、外国判決を承認する際に、当該判決が承認国の国際私法に従った準拠法を適用していなければならないとしていた³⁴⁾。これは、離婚の付随的効果としての財産分与などにおいて、自国民を保護する目的があったことが指摘されている。すなわち、自国民を当事者として外国で裁判上の離婚がなされる場合、自国民が自国で離婚した場合よりも不利な取り扱いを受けることを避けようとする趣旨があった。現在では、このような準拠法要件を課すことは、外国裁判の承認を困難にすることや、跛行的身分関係の防止を妨げることができなくなることから、不要とされるのが通説的立場であるとされている³⁵⁾。

さらにこの間に、外国の裁判所が下した離婚判決は日本の民訴法118条の要件を満たせば日本で効力を有するとの通達（昭51・1・14民2-280号通達）や、外国離婚判決中に離婚後の未成年子の親権は父母が共同で行使する旨の定めがあるときは、子の身分事項欄に親権事項の記載（「年月日に親権者を父及び母と定められる」）を要するとの行政布告（昭58・3・7民2-1797号回答）がなされており、これらは、人事訴訟法に関する平成30年の改正を経て、家事事件手続法にも反映されている（民執法24条1項、家事事件手続法第79の2条³⁶⁾）。離婚判決の承認に関する近時

33) 木棚照一「外国離婚判決の承認に関する一考察—承認規則と抵触規則の関係について—」『立命館法学』1978年1号31-65頁。学説の整理につき、中西康「涉外離婚をめぐるわが国国際私法の現状と課題」二宮周平（編集代表）渡辺惺之（編集担当）『現代家族法講座5巻 国際化と家族』（日本評論社2021年）89-114頁（110頁）、松岡博『国際家族法の理論』（大阪大学出版会2002年）191頁、193頁の解説を参照。

34) 中西「前掲論文」110頁の解説を参照。

35) 織田有基子「涉外親子関係」二宮周平（編集）大村敦志＝道垣内正人＝山本敬三（編集代表）『新注積民法（17） 親族（1）』（有斐閣平成29年）734-761頁（758頁）。

36) 家事事件手続法第79の2条「外国裁判所の家事事件についての確定した裁判（これに準じる公的機関の判断を含む）については、その性質に反しない限り、民事訴訟法第118条の規定を準用する。」。

の見解³⁷⁾も、民訴法118条に基づく承認の立場を支持していた。もっとも、離婚に伴い親権者指定の決定が同時または付随的になされる外国裁判については、その承認執行の際に、人事訴訟事件の確定判決として民訴法118条によるのか、家事事件の確定終局裁判として家事事件手続法第79条の2条により民訴法118条が準用されるかは、承認国である日本法上の単位事件類型を基準として、その外国裁判の内容や手続にそって性質決定を行うものとされている³⁸⁾。

本件判決のいう、外国の裁判の承認を通じた戸籍上の共同親権の記載については、民訴法118条のほかにも、日本の戸籍行政による広義の執行における共助の視点³⁹⁾が強調されるべきであったと思われる。公的な戸籍簿への記載は、外国の裁判が民訴法118条を通じて自動的に承認されるのとは別に、広義の執行と捉える見方もでき、本来であれば、戸籍簿への記載のために個々に裁判の執行判決を得る必要があるところ、戸籍実務上の要請から一律の取り扱いが上述のように行政布告の形でなされているのは、その妥当性につき、議論の余地のあるところともいえる。この点、外国で得た裁判に関しては個別に日本で執行判決を得てから戸籍簿に記載すべきとの考え方もあろう。本件で原告が問題としたかったのは、日本人夫婦が外国で離婚した場合に、外国の裁判所の決定の中に離婚後の未成年子の親

37) 北坂尚洋「離婚と親権者指定の同時解決」『国際私法年報』19号（2017年）109頁。なお、加藤紫帆「国際的な身分関係の継続に向けた抵触法的対応（4・完）—フランス学説の『状況の承認の方法』の検討を中心に」名古屋大学『法政論集』266号（2016年）191頁（194頁注11）は、民訴法118条に基づく外国裁判所の確定判決の承認を、外国国家行為の承認の類縁として捉えている。

38) 西谷祐子「人事訴訟事件及び家事事件の国際裁判管轄等に関する新法制（2・完）」『法曹時報』71巻4号（2019年）748頁、村上正子「外国裁判の承認・執行」『論究ジュリスト』27号（2018年）48頁、北坂尚洋・国際私法学会2022年度研究大会第135回報告要旨、北坂「前掲論文」（前注30）109頁、小林秀之＝村上正子『新版 国際民事手続法』（2020年）212頁。

39) 執行における共助の視点については、渡辺惺之「国際的な子の引渡しの執行」二宮周平（編集代表）渡辺惺之（編集担当）『現代家族法講座5巻 国際化と家族』（日本評論社2021年）327頁（348-349頁）。

権は父母が共同で行使する旨の定めがあるときは、子の身分事項欄に親権事項の記載(「親権者を父及び母と定められる」)を行うとの現行の戸籍実務⁴⁰⁾によって、戸籍上では、離婚後の親権の取り扱いの柔軟化が実現されているという点であったのではないか⁴¹⁾とも思われる。したがって、こ

40) 離婚後の戸籍において、子は、婚姻時の夫婦の戸籍に残ったままであり、妻が離婚した後に親権者になっても、妻は離婚後には婚姻時の夫婦の戸籍から出されて元の戸籍(実親の戸籍)に復籍するため、子と妻の戸籍は別々になる。妻が離婚後に婚姻時の氏を統稱しても、戸籍だけは妻が別になる。この場合、母と子の氏が同じなので、戸籍だけ別になっていることに気づかずに、長年そのままに放置されることも多いとされる。離婚後に妻が新しい戸籍を編成して、「子の氏の変更申し立て」を家庭裁判所に対して行い、子を自分の戸籍に入れることもできる。妻が婚氏を統稱している場合でも、子の氏について「申立人の氏(甲野)を、母の氏(甲野)に変更することの許可を求める」という(変更を求めながら内容は同じ)申し立てを行い、許可をもって、母(親権者)を筆頭者とする戸籍に子が入ることになる。

41) 渡辺「前掲論文」(前注39)348頁は、アメリカでは、子の監護事件に関して、州により異なる対処を整理し統一的対応をはかった統一法として、「子の監護事件の管轄及び執行に関する統一法(Uniform Child Custody Jurisdiction and Enforcement Act: UCCJEA)」および「親による子奪取防止法(Parental Kidnapping Prevention Act: PKPA)」があり、「UCCJEAが監護事件裁判開始前の6ヶ月間子が居住していた州を本拠州(Homestate)とし、その州の管轄を原則的な統一管轄として優先させ、第2に、優先管轄州の裁判手続の尊重と、その裁判の承認・執行について、PKPAが連邦憲法4条の「完全な信頼と信用(full faith and credit)」の適用を保障している。」とする(348頁)。

他方、日本の人事訴訟法および家事事件手続法では、両親の離婚請求を認容する判決とともにする親権者の指定や子の監護に関する処分についての裁判に係る事件について、子の住所が日本国内にない場合であっても、日本の裁判所が管轄権を有するものとされており(人事訴訟法第3条の4第1項、家事事件手続法第3条の8)、この点の理由として、内野『前掲書』(前注23)52-54頁によれば、離婚の訴えが係属する裁判所にはその訴えの当事者である夫婦のこれまでの家庭環境に関する資料が提出され、子の生活状況等に関する資料も含まれるため、子の住所等が日本国内になくても、当該裁判所が親権者の指定や子の監護に関する処分について適正かつ迅速に審理・裁判することができると考えられ(52頁および54頁)、子の離婚を認容する判決に伴う親権者の指定は

でも、外国で裁判上の離婚を行った日本人親には、外国裁判の承認を通じて内国法上も共同親権が認められ、かつ広義の執行における共助を通じて戸籍上も離婚後の共同親権が明記されるのに対し、日本で離婚を行った日本人親には一律に一方の親から離婚と同時に親権が失われるとされるのは、国内的にも、法的取扱いの差異があるといえる。このような差異が日本の憲法上許されない差別にあたるかは、議論の余地があろうが、外国裁判の承認を通じて離婚後の共同親権を内国法上および戸籍上認める取り扱いがすでに日本国内で定着していることから、離婚後の共同親権を原則とする制度は、日本の基本的法原理に反するとはいえず、そのため、上述の法的取扱いの差異をなくし、離婚後の単独親権制度の硬直性を緩和する立法の手当が望ましいと考えられる。

離婚の訴えに係る訴訟の当事者の申し立てがなくても職権で行わなければならない（民法819条2項）こと（53頁）が挙げられている。