

副本

令和2年(ワ)第28563号損害賠償請求事件

原 告 (閲覧制限)ほか16名

被 告 国

準 備 書 面 (1)

令和3年4月26日

東京地方裁判所民事第13部合A係 御中

被告指定代理人 本 村 行
君 塚 知 弥 子
尾 形 信 周
波 多 野 紀 夫
藤 田 直 規
西 生 部 臨 太 郎
山 本 雅 敏 治
山 本 勇 治



第1 請求の原因に対する認否	5
1 「1 当事者について」(8ページから51ページまで)について	5
2 「2 総論」(52ページから57ページまで)について	5
3 「3 親子の面会交流権が、親の基本的人権であると同時に、子の基本的人権であることについて」について	5
(1) 「(1)」(58ページから80ページまで)について	5
(2) 「(2)」(81ページから98ページまで)について	5
(3) 「(3)」(99ページから133ページまで)について	5
4 「4 祖父母と孫の面会交流権が、祖父母の基本的人権であると同時に、孫の基本的人権であることについて」(134ページから142ページまで)について	6
5 「5 面会交流権は、民法819条が規定する離婚後単独親権制度の欠陥を補う働き（役割と効果）を果たすことについて」(143ページから150ページまで)について	6
6 「6 小括」(151, 152ページ)について	6
7 「7 現在の面会交流権の運用の問題点について」(153ページから188ページまで)について	6
8 「8 「法の欠缺1」及び「法の欠缺2」が憲法に違反していることについて」(189ページから200ページまで)について	8
(1) 「(1)」(189ページ2行目から12行目まで)について	8
(2) 「(2)」(189ページから194ページまで)について	8
(3) 「(3)」(195ページから200ページまで)について	8
9 「9 「法の欠缺1」及び「法の欠缺2」について国会（国會議員）に立法義務が認められることについて」について	9
(1) 「(1)」から「(3)」まで(201ページ)について	9
(2) 「(4)」から「(6)」まで(201ページから213ページまで)について	

	9
(3) 「(7)」(213ページから215ページまで)について	9
(4) 「(8)」(215ページから219ページまで)について	9
(5) 「(9)」(220ページから222ページまで)について	10
(6) 「(10)」(222ページから242ページまで)について	10
(7) 「(11)」(242ページから244ページまで)について	10
(8) 「(12)」(244ページから248ページまで)について	11
10 「10 小括」(249ページ)について	11
11 「11 「法の欠缺1」及び「法の欠缺2」についての国会（国會議員）の立法不作為が国家賠償法上違法であることについて」(249ページから253ページまで)について	11
12 「12 国会（国會議員）の立法不作為は漫然と行われた違法な行為である（以下では「本件違法行為」という。）」(253ページ)について	11
13 「13 原告らの損害」(253ページから256ページまで)について	11
14 「14 結論」(256ページから258ページまで)について	12
第2 被告の主張	12
1 立法不作為における国家賠償法（以下「国賠法」という。）の違法性の判断枠組みについて	12
2 親子等の面会交流権は憲法13条で保障される基本的人権ではなく、本件立法不作為①及び本件立法不作為②が国賠法上違法と評価される余地がないこと	13
(1) 面会交流の権利性については見解の対立があり、原告らの主張する親子等の面会交流権が憲法上の権利であるとは解されないこと	13
(2) 原告らの主張	14
(3) 被告の反論	15

3 本件立法不作為①及び本件立法不作為②が憲法 14 条に違反する旨の原告ら の主張に理由がないこと	16
4 本件立法不作為①及び本件立法不作為②が憲法 24 条 2 項に違反する旨の原 告らの主張に理由がないこと	17
5 国会議員が設けるべき規定に係る原告らの主張に理由がないこと	18
(1) 原告らの主張	18
(2) 被告の反論	18
6 本件立法不作為①及び本件立法不作為②が国賠法上違法とはなり得ないこと	19
第 3 結語	20
第 4 求釈明	20

被告は、本準備書面において、訴状記載の請求の原因に対する認否をするとともに、被告の主張を明らかにする。

第1 請求の原因に対する認否

1 「1 当事者について」(8ページから51ページまで)について

原告らの主張する事実は不知、原告らが基本的人権としての面会交流権を侵害されているとの法的主張は争う。

2 「2 総論」(52ページから57ページまで)について

争う。

3 「3 親子の面会交流権が、親の基本的人権であると同時に、子の基本的人権であることについて」について

(1) 「(1)」(58ページから80ページまで)について

訴状66ページ及び67ページにおいて、「③大阪高裁昭和43年」とあるのを「③大阪家裁昭和43年」の誤記と、「⑥東京高裁平成23年」とあるのを「⑥東京高裁平成25年」の誤記とそれぞれ解した上で、原告らの掲げる書証に原告らの引用する記載があること並びに原告らの引用する判例及び裁判例の判示内容は認め、親と子の面会交流権がそれぞれ憲法13条により保障されているとの原告らの法的主張は争う。

(2) 「(2)」(81ページから98ページまで)について

原告らの掲げる書証に原告らの引用する記載があることは認め、親と子の面会交流権が憲法により保障される子の基本的人権（人格権、幸福追求権）であり、また、祖父母と孫の面会交流権が憲法により保障される孫の基本的人権であって、国会議員にこれに応える立法義務があるとの原告らの法的主張は争う。

(3) 「(3)」(99ページから133ページまで)について

原告らの掲げる書証に原告らの引用する記載があること並びに原告らの引用する判例及び裁判例の判示内容は認める。親と子の面会交流権が両親により行われ

るべき親の子に対する親権、監護権、養育権、教育権、リプロダクティブ権の発現としての意味を有し、その意味で「ペアレンティング・タイム」であるとの評価が与えられるべきであるとの原告らの主張の趣旨は判然としないが、親と子の面会交流権が憲法13条により保障される親の基本的人権であるとの法的主張であると解した上で、争う。

4 「4 祖父母と孫の面会交流権が、祖父母の基本的人権であると同時に、孫の基本的人権であることについて」(134ページから142ページまで)について

原告らの掲げる書証に原告らの引用する記載があることは認め、祖父母の面会交流権が、祖父母と孫のそれぞれについて、憲法13条により保障される基本的人権(人格権、幸福追求権)であるとする原告らの法的主張は争う。

5 「5 面会交流権は、民法819条が規定する離婚後単独親権制度の欠陥を補う働き(役割と効果)を果たすことについて」(143ページから150ページまで)について

民法819条等の規定の存在及び原告らの掲げる書証に原告らの引用する記載があることは認め、その余は争う。

6 「6 小括」(151, 152ページ)について

争う。

7 「7 現在の面会交流権の運用の問題点について」(153ページから188ページまで)について

原告らの掲げる書証に原告らの引用する記載があることは認め、原告らの主張するところの「法の欠缺1」(引用者注: 親子間の面会交流権についての具体的な権利義務規定が法律で設けられていないこと。訴状57ページ参照。以下「本件立法不作為①」という。) 及び「法の欠缺2」(引用者注: 祖父母と孫の間の面会交流権についての具体的な権利義務規定が法律で設けられていないこと。訴状57ページ参照。以下「本件立法不作為②」という。) が親及びその子や祖父母及びその孫の人権を侵害するものであるとするなどの原告らの法的主張は争う。

なお、原告は、訴状179ページにおいて、最高裁判所平成25年3月28日第1小法廷決定・民集67巻3号864ページの判示を引用しているものと解されるが、その判示は、正確には、「子を監護している親（以下「監護親」という。）と子を監護していない親（以下「非監護親」という。）との間で、非監護親と子との面会交流について定める場合、子の利益が最も優先して考慮されるべきであり（民法766条1項参照）、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。一方、給付を命ずる審判は、執行力のある債務名義と同一の効力を有する（平成23年法律第53号による廃止前の家事審判法15条）。監護親に対し、非監護親が子と面会交流をすることを許さなければならないと命ずる審判は、少なくとも、監護親が、引渡場所において非監護親に対して子を引き渡し、非監護親と子との面会交流の間、これを妨害しないなどの給付を内容とするものが一般であり、そのような給付については、性質上、間接強制をすることができないものではない。したがって、監護親に対し非監護親が子と面会交流をすることを許さなければならないと命ずる審判において、面会交流の日時又は頻度、各回の面会交流時間の長さ、子の引渡しの方法等が具体的に定められているなど監護親がすべき給付の特定に欠けるところがないといえる場合は、上記審判に基づき監護親に対し間接強制決定をすると解するのが相当である。そして、子の面会交流に係る審判は、子の心情等を踏まえた上でされているといえる。したがって、監護親に対し非監護親が子と面会交流をすることを許さなければならないと命ずる審判がされた場合、子が非監護親との面会交流を拒絶する意思を示していることは、これをもって、上記審判時とは異なる状況が生じたといえるときは上記審判に係る面会交流を禁止し、又は面会交流についての新たな条項を定めるための調停や審判を申し立てる理由となり得ることなどは格別、上記審判に基づく間接強制決定をすることを妨げる理由となるものではない。」である。

8 「8 「法の欠缺1」及び「法の欠缺2」が憲法に違反していることについて」

(189ページから200ページまで)について

(1) 「(1)」(189ページ2行目から12行目まで)について

争う。

(2) 「(2)」(189ページから194ページまで)について

ア 「ア」(189ページ)について

憲法13条が親と子の面会交流権を保障するものであり、本件立法不作為①がこれを制限するものであって、憲法13条に違反するとの原告らの法的主張は争う。

イ 「イ」(189ページから191ページまで)について

本件立法不作為①が子と同居する親(以下「同居親」という。)と子と別居する親(以下「別居親」という。)とを合理的な理由なく区別するものであって、憲法14条1項に違反するとの原告らの法的主張は争う。

ウ 「ウ」(191ページから194ページまで)について

憲法24条2項の規定の存在並びに原告らの引用する判例及び裁判例の判示内容は認め、本件立法不作為①が同居親と別居親とを合理的な理由なく区別するものであって、憲法24条2項に違反するとの原告らの法的主張は争う。

(3) 「(3)」(195ページから200ページまで)について

ア 「ア」(195ページ)について

憲法13条が祖父母と孫の面会交流権を保障するものであり、本件立法不作為②がこれを制限するものであって、憲法13条に違反するとの原告らの法的主張は争う。

イ 「イ」(195ページから196ページまで)について

本件立法不作為②が同居親と祖父母とを合理的な理由なく区別するものであって、憲法14条1項に違反するとの原告らの法的主張は争う。

ウ 「ウ」(196ページから200ページまで)について

憲法24条2項の規定の存在並びに原告らの引用する判例及び裁判例の判示内容は認め、本件立法不作為②が同居親と祖父母とを合理的な理由なく区別するものであって、憲法24条2項に違反するとの原告らの法的主張は争う。

9 「9 「法の欠缺1」及び「法の欠缺2」について国会（国会議員）に立法義務が認められることについて」について

(1) 「(1)」から「(3)」まで（201ページ）について

本件立法不作為①及び本件立法不作為②により、基本的人権である親と子の面会交流権及び祖父母と孫の面会交流権が制限されており、国会議員にこれらを補うための立法を行う義務があることが憲法13条、憲法14条1項及び憲法24条2項から明白であるとする原告らの法的主張は争う。

(2) 「(4)」から「(6)」まで（201ページから213ページまで）について

憲法98条2項の規定の存在、原告らの掲げる各条約に原告らが引用する規定があること、原告らの掲げる書証に原告らの引用する記載があること及び原告らの引用する裁判例の判示内容は認め、これらの規定により、国会議員が本件立法不作為①及び本件立法不作為②を補うための立法措置を行う義務を負うとする原告らの法的主張は争う。

(3) 「(7)」（213ページから215ページまで）について

法務省が令和2年4月に父母の離婚後の子の養育に関する海外法制調査結果を公表したこと及び原告らの掲げる書証に原告らが引用する記載があることは認め、この調査結果から、国会議員が本件立法不作為①及び本件立法不作為②を是正する立法措置を行う義務を負うことは明白であるとする原告らの法的主張は争う。

(4) 「(8)」（215ページから219ページまで）について

公益社団法人商事法務研究会の主催する「家族法研究会」に法務省の担当者が参加していること、同研究会において、面会交流の法的性質や面会交流の取決めの実効性を高める方策について議論がされていること、原告らの掲げる書証に原

原告の引用する記載があることは認め、このことから国会議員が本件立法不作為①及び本件立法不作為②を補うための立法措置を行う義務を負うことは明白であるとする原告らの法的主張は争う。

なお、同研究会においても、面会交流の法的性質については、親の権利として理解する見解や子の権利として理解する見解、親子双方の権利であるとする考え方や面会交流に権利性を認めない考え方があり、この点について検討を進めるに当たっては、権利の主体や内容、義務を負う主体について更に検討をする必要があるものとされている（甲48の2・19ページ）。

(5) 「(9)」(220ページから222ページまで)について

自由民主党政務調査会「司法制度調査会2020提言 新たな「共生社会」へ、求められる司法の役割」（令和2年6月25日付け）に原告の引用する記載があることは認め、これにより国会議員が本件立法不作為①及び本件立法不作為②を補うための立法措置を行う義務を負うことは明白であるとする原告らの法的主張は争う。

(6) 「(10)」(222ページから242ページまで)について

欧州議会請願委員会において、令和2年6月16日に「日本におけるEUの子どもの国際的・国内的な親による子どもの連れ去り（実子誘拐）に関する欧州議会の決議」と題する決議がされたこと、欧州議会本会議において、同年7月8日に「日本におけるEU加盟国籍児童の国際的、国内的子どもの連れ去り（実子誘拐）についての欧州議会決議」と題する決議がされたことは認め、これらの決議から、国会議員が本件立法不作為①及び本件立法不作為②を補うための立法措置を行う義務を負うことは明白であるとする原告らの法的主張は争う。

(7) 「(11)」(242ページから244ページまで)について

最高裁判所昭和48年12月12日大法廷判決・民集27巻11号1536ページに原告らが訴状に引用する判示があることは認め、本件立法不作為①及び本件立法不作為②により、親、子、祖父母及び孫（以下「親子等」という。）の基

本的的人権である面会交流権が制限されており、国會議員がそれを補う立法措置を行ふ義務を負うとの原告らの法的主張は争う。なお、原告らの引用する最高裁判決は、私人間において憲法が直接的に適用されないと解される根拠の一つとして、私人間において個人の自由が侵害されるときは、これに対する立法措置によって是正を図り、又は民法1条や90条、不法行為に関する諸規定等の適切な運用によって解決を図る方法が存在することを説示するものであり、私人による人権侵害について（そもそも、原告らの主張を前提としたとしても、本件立法不作為①及び本件立法不作為②は私人による人権侵害ではないが、その点をおくとしても）直接国會議員の立法義務を導くものではない。

(8) 「(12)」(244ページから248ページまで)について
争う。

10 「10 小括」(249ページ)について
争う。

11 「11 「法の欠缺1」及び「法の欠缺2」についての国会（国會議員）の立法不作為が國家賠償法上違法であることについて」(249ページから253ページまで)について

最高裁判所平成17年9月14日大法廷判決・民集59巻7号2087ページ及び最高裁判所平成27年12月16日大法廷判決・民集69巻8号2427ページ（以下「平成27年再婚禁止期間違憲判決」という。）に原告らが引用する判示があることは認め、本件立法不作為①及び本件立法不作為②が国家賠償法上違法であるとの原告らの法的主張は争う。

12 「12 国会（国會議員）の立法不作為は漫然と行われた違法な行為である（以下では「本件違法行為」という。）」(253ページ)について
争う。

13 「13 原告らの損害」(253ページから256ページまで)について
不知。

14 「14 結論」(256ページから258ページまで)について
争う。

第2 被告の主張

1 立法不作為における国家賠償法（以下「国賠法」という。）の違法性の判断枠組みについて

(1) 国賠法1条1項にいう「違法」とは、国又は公共団体の公権力の行使に当たる公務員が個別の国民に対して負担する職務上の法的義務に違背することをいう（職務行為基準説。最高裁判所昭和60年11月21日第一小法廷判決・民集39巻7号1512ページ。最高裁判所平成17年9月14日大法廷判決・民集59巻7号2087ページ。）。したがって、公務員の職務行為が国賠法1条1項の適用上違法の評価を受けるのは、当該公務員が職務上通常尽くすべき注意義務を果たすことなく、漫然と当該行為をしたと認め得るような事情がある場合に限られる。

(2) そして、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別の国民に対して負う職務上の法的義務に違背したかどうかの問題であって、当該立法の内容又は立法不作為の違憲性の問題とは区別されるべきであり、仮に当該立法の内容又は立法不作為が憲法の規定に違反するものであるとしても、そのゆえに国会議員の立法行為又は立法不作為が直ちに違法の評価を受けるものではない。

もつとも、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（前

掲最高裁判所昭和60年11月21日第一小法廷判決、最高裁判所平成17年9月14日大法廷判決及び平成27年再婚禁止期間違憲判決参照)。

2 親子等の面会交流権は憲法13条で保障される基本的人権ではなく、本件立法不作為①及び本件立法不作為②が国賠法上違法と評価される余地がないこと

(1) 面会交流の権利性については見解の対立があり、原告らの主張する親子等の面会交流権が憲法上の権利であるとは解されないこと

原告らは、親子等の面会交流権は、いずれもそれぞれ憲法13条が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主張する(訴状第2の3及び4・58ないし142ページ)。

しかしながら、面会交流の法的性質や権利性については、「学説上、自然権説、監護に関連する権利説、自然権であり監護に関連する権利説、親権・監護権の一部説、子の権利説、親の権利であり子の権利である説等があつて、また、権利性を否定する説もあり、諸説がある状況といえる。また、民法766条も法的性質を明示するものではなく、最高裁の裁判例も法的性質そのものを明示はしない。」(柴田義明・最高裁判所判例解説民事篇平成25年度146及び147ページ)とされており、「面会交流権」の法的性質は一義的に明らかではないというべきである。また、面会交流の問題は、両親の別居等という社会的な事実を前提として発生するものであり、そのような状況の下、面会交流をどのような内容でどのような方法により実現すべきかは具体的な状況により異なるものといえる。このように、原告らの主張する親子等の面会交流権の内実は、そもそも具体的な権利内容、法的効果が一義的なものでなく、これを特定することが困難なものであつて、そのような曖昧な「権利」が憲法13条によって保障されているといえないことは明らかである。

なお、最高裁判所昭和59年7月6日第二小法廷決定・集民142号273ページにおいては、親子の面会交渉権がお互いにとって憲法13条により保障

されている権利であり、面会交渉を認めなかった原決定が同条に違反するとする抗告人の主張に対し、抗告人の主張の実質は民法766条1項又は2項の解釈適用の問題であって、適法な抗告理由に当たらない旨判示されている。また、東京高等裁判所令和2年8月13日判決（判例秘書登載L07520276。以下「東京高裁令和2年判決」という。）においても、「面会交流権は、子の利益の実現としての側面を併せ持つ、別居親が面会交流を求める権利であり、（中略）権利としての一義的明確性を有しており、憲法13条により保障されている」旨の控訴人の主張に対し、「そもそも、面会交流の法的性質や権利性自体について議論があり、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、控訴人らの主張する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」と判示されている。

以上のとおり、原告らが主張する面会交流権が憲法13条が保障する基本的人権として保障されているといえないことは明らかであるが、以下においては、原告らの主張に対して補足して反論する。

（2）原告らの主張

原告らは、①種々の裁判例を引用した上で、「これらの裁判例からも明白なように、親と子の面会交流権は、日本国憲法では、憲法13条が保障する人格権や幸福追求権に含まれる『基本的人権』として保障されている」旨主張し（訴状第2の3(1)カ・66ないし68ページ）、②親子法は、子の福祉の保護のために制定され、運用されることが求められるところ、「最高裁判例（引用者注：平成27年再婚禁止期間違憲判決）の立場を踏まえると、親子の自由な面会交流を求めるることは、憲法が子に保障している人格権及び幸福追求権の行使そのものであり、「祖父母と孫の自由な面会交流を求めるることは、憲法が子（孫）に保障している人格権及び幸福追求権の行使そのものである」」旨主張し（訴状第2の3(2)ウ・97及び98ページ）、また、③最高裁判所昭和51年5月21日大法廷判決（刑集30巻5号615ページ。以下「旭川学力テスト判決」

という。) の立場等からすると、「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」などと主張し(訴状第2の3(3)・99ないし133ページ)、さらに、④平成27年再婚禁止期間違憲判決の判示を引用し、「外国法の存在が、日本国憲法の解釈に意味を与える立法事実であることを示している」とした上で、外国の法制度に基づき親子等の面会交流権が日本国憲法13条が保障する人格権や幸福追求権に含まれる基本的人権として保障される旨主張する(訴状第2の3(3)ア(6)・101及び102ページ並びに第2の4・134ないし142ページ等)。

(3) 被告の反論

ア 原告らの主張①に理由がないこと

原告らは、種々の裁判例を引用して主張①のとおり主張するが、そのいずれも、親子の面会交流権が憲法上の権利である旨判示したものではないのであって、原告らの主張には理由がない。

イ 原告らの主張②に理由がないこと

原告らは、主張②のとおり主張するところ、原告らの主張によつても、親子等の面会交流権が人格権ないし幸福追求権の内容となる根拠は明らかではなく、前記(I)において述べたとおり、原告らの主張には理由がない。

ウ 原告らの主張③に理由がないこと

原告らは、主張③のとおり主張するところ、そもそも、原告らの主張のように旭川学力テスト判決が「親の子に対する親権、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)は、憲法13条が保障する人格権及び幸福追求権に含まれる基本的人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」としても、そのことから親の面会交流権が同様に憲法13条で保障されるとする原告らの主張の根拠は明らかではない。また、その点をおくとしても、旭川学力テスト判決は、憲法26条が定める教育の権利につき、「親は、子どもに対する自然的関係により、子どもの将来に対して最も深い关心をもち、かつ、配慮をすべき立場にある者として、子どもの教育に対する一定の支配権、すなわち子女の教育の自由を有すると認められるが、このような親の教育の自由は、主として家庭教育等学校外における教育や学校選択の自由にあらわれるものと考えられる」と判示しているのであって、親の教育権（教育の自由）が同条により保障されているものとは判示しておらず、ましてや、同判決の判示内容から、原告らの主張する上記権利が憲法13条により保障されているなどという解釈を導き出すことはできない。

エ 原告らの主張④について

原告らは、主張④のとおり外国の法制度について主張するが、諸外国と我が国とでは、採用する家族・親子法制が同一でないと解される以上、諸外国における立法の動向が、我が国の憲法の解釈に直ちに影響を与えるものとは認められない。原告らの引用する平成27年再婚禁止期間違憲判決において、「それぞれの国において婚姻の解消や父子関係の確定等に係る制度が異なるものである以上、その一部である再婚禁止期間に係る諸外国の立法の動向は、我が国における再婚禁止期間の制度の評価に直ちに影響を及ぼすものとはいえない」と判示されているのも、このような理解を前提としているものと考えられる。

オ 小括

以上によれば、憲法13条が親子等の面会交流権を保障しているなどという原告らの主張は理由がない。

3 本件立法不作為①及び本件立法不作為②が憲法14条に違反する旨の原告らの

主張に理由がないこと

原告らは、「同居親は子と共に生活をして、子と触れあいながら、子の養育や教育等を行っている」のに対し、本件立法不作為①及び本件立法不作為②により「別居親は子と触れあうことが制限され、子は別居親と触れあうことが制限される」、また、「祖父母は孫と触れあうことが制限され、孫は祖父母と触れあうことが制限される」のであり、法の下の平等を定めた憲法14条1項に違反するものと主張する（訴状第2の8(2)イ及び(3)イ・189ないし191、195及び196ページ）。

しかしながら、別居親及び祖父母（以下「別居親等」という。）と同居親とは、もともとその置かれている状況や立場が異なり、そもそも、同居親については、子との「面会交流」などというものを観念することができず、またその必要性もないであるから、別居親等の面会交流権について同居親と別居親等との間に差異があり、その状態が憲法14条に違反している旨の原告らの主張は失当といるべきであり、また、仮に、原告らの主張する同居親と別居親等との対比が可能であるとしても、その差異は、社会的事実としての別居の有無や親と祖父母という地位の違いにより生ずるものであって、面会交流に関する立法の不作為によって交流の機会に不平等が生じたものではないから、その差異を法的差別とみることはできない。

4 本件立法不作為①及び本件立法不作為②が憲法24条2項に違反する旨の原告らの主張に理由がないこと

原告らは、本件立法不作為①及び本件立法不作為②は、法の下の平等を定めた憲法24条2項に違反していると主張する（訴状第2の8(2)ウ及び(3)ウ・191ないし194及び196ないし200ページ）。

原告らの当該主張は、結局のところ、憲法14条に違反するゆえに憲法24条2項に違反するという点に尽きるものと解されるが、上記3で述べたとおり、同居親と別居親等は、もともとその置かれた状況や立場が異なるし、その差異を差

別的取扱いとみることはできないから、立法不作為①及び立法不作為②が憲法24条2項に違反する旨の原告らの主張は失当である。

5 国会議員が設けるべき規定に係る原告らの主張に理由がないこと

(1) 原告らの主張

原告らは、本件立法不作為①及び本件立法不作為②により、「同居親の同意がなければ、自由な面会交流が実現せず、または容易に妨げられる事態が続いている。それは、親や祖父母にとっての重大な人権侵害であるとともに、子にとっての重大な権利侵害である。また、子が希望しても、別居親が希望しなければ自由な面会交流権が実現せず、または容易に妨げられる事態が続いている。それも、子にとって重大な権利侵害である。」とした上で、「そのような、面会交流権が制限されている点を改善し、基本的人権の行使を保証するためには、面会交流について具体的な権利義務規定を設けることが必要であることは、国会（国会議員）にとって明白であった。具体的義務規定には、①面会交流が自由に、円滑かつ滞りなく行われるための実体的権利義務規定、②面会交流権が自由に、円滑かつ滞りなく行われるための紛争解決の手続規定、③そして面会交流権が自由に、円滑かつ滞りなく行われるための制裁規定が必要であることも明白である。」などと主張する（訴状第2の10・249ページ）。

(2) 被告の反論

しかしながら、前記2で述べたとおり、別居親等の面会交流権が憲法上保障されているとは認められず、「具体的な権利義務規定」の必要不可欠性や明白性について検討する前提を欠くのであるから、原告らの主張は前提において失当というべきである。

その点をおくとしても、原告らが設けるべきと主張する上記①ないし③の規定の内容をみても、その内容が甚だ曖昧・不明確で、原告らにおいて被告にどのような立法措置を執るべき必要性があると主張しているのかが明らかでないといわざるを得ず、その必要不可欠性や明白性は到底認められない。

なお、「②面会交流権が自由に、円滑かつ滞りなく行われるための紛争解決の手続規定」について付言すれば、民法766条1項（あるいはその類推適用）により、子の監護に関する事項として、「子の利益を最も優先して考慮し」て父母の協議で定めるものとされ、協議により定めることができないときは、家庭裁判所がこれを定めることとされており、別居親が子と面会交流することが子の利益にかなうと考えるのであれば、家庭裁判所に、「子の監護に関する処分」（家事事件手続法別表第2の3項）の一内容として、監護親に対して別居親と子の面会交流をさせるよう命じる審判の申立てをすることができる。また、「③面会交流権が自由に、円滑かつ滞りなく行われるための制裁規定」についていえば、別居親が子と面会交流することが子の利益にかなうと考えるのであれば、家庭裁判所に、「子の監護に関する処分」（家事事件手続法別表第2の3項）の一内容として、監護親に対して別居親と子の面会交流をさせるよう命じる審判の申立てをすることができ、当該審判において面会交流の日時又は頻度、各回の面会交流の長さ、子の引渡しの方法等が具体的に定められ、監護親がすべき給付の特定に欠けることがないといえる場合には、当該審判に基づき間接強制をすることができる（最高裁判所平成25年3月28日第一小法廷決定・民集67巻3号864ページ）。

したがって、新たな立法措置を執ることが必要不可欠であるとは認められない。

- 6 本件立法不作為①及び本件立法不作為②が国賠法上違法とはなり得ないこと
- 前記1で述べたとおり、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ものというべきである

ところ、前記2ないし4で述べたとおり、別居親等の面会交流権は憲法上保障されている権利ではないことから、本件立法不作為①及び本件立法不作為②が国賠法上違法である旨の原告らの主張は、その前提を欠くもので理由がない。

また、原告らは、国会議員が執るべき立法措置に関する主張するが、上記6のとおり、原告らの主張によても、国会議員が執るべき立法措置としてどのような規定を想定しているのかは判然としないものといわざるを得ないし、また、その立法措置の必要不可欠性や明白性も認められない。

なお、原告らは、面会交流権が、民法819条が規定する離婚後単独親権制度の欠陥を補う働きを果たすものであると主張する（訴状第2の5・143ページ）が、そもそも、この主張が、本件立法不作為①及び本件立法不作為②が国賠法上違法となるとの原告らの主張とどのように結びつくのかが不明確であるし、その点をおくとしても、未成年者に対して親権を行う者がいないときには、審判を経ずに当然に後見が開始することとされているのであるから（民法838条1号）、未成年者の保護は同号によって図られているのであって、原告らの主張には理由がない。

第3 結語

以上のとおり、原告らの請求はいずれも理由がないことが明らかであるから、速やかに棄却されるべきである。

第4 求訟明

以 上

- 21 -