

次回期日令和3年8月16日午後1時30分

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

令和3年 月 日

東京地方裁判所民事第13部合A係 御中

原告ら訴訟代理人 弁護士 作花知志

原告ら訴訟代理人 弁護士 大村珠代

準備書面(1)

目 次

第 1	被告提出令和 3 年 4 月 2 6 日付準備書面 (1) 「第 2	被告の主張」について	3 頁
第 2	被告提出令和 3 年 4 月 2 6 日付準備書面 (1) 「第 3	結語」について	5 6 頁
第 3	被告提出令和 3 年 4 月 2 6 日付準備書面 (1) 「第 4	求釈明」について	5 6 頁
第 4	原告らの主張		5 6 頁

第1 被告提出令和3年4月26日付準備書面(1)「第2 被告の主張」について

1 1項(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)について

(1) (1)について

ア 被告が引用する判例の内容そのものは争わないが、被告が引用している最高裁平成17年9月14日大法廷判決は、国会(国会議員)の立法不作為を国賠法1条1項上違法と判断し、さらには賠償命令も出されている案件である。

また、被告は引用していないが、最高裁平成27年12月16日大法廷判決(女性の再婚禁止期間違憲訴訟)においても、当時の民法733条において6か月とされていた女性の再婚禁止期間が違憲であるとの判断が出されている。

イ この点につき、原告らが訴状で主張したように、親と子の面会交流権は、さらには祖父母と孫との面会交流権は、それぞれにとっての基本的人権である。それは、諸外国において肯定され、諸外国の立法において明記されていることである。

基本的人権とは、人が人として生まれたことで、当然に有する権利である。基本的人権は、国家により与えられたものではなく、また憲法により与えられたものでもない。憲法は、人が人として生まれたことで当然に有する基本的人権を、確認している法なのである。

そして、日本では、面会交流権が民法766条を除いては明文の規定として設けられていない。民法766条においても、ただ「父母が協議上の離婚をするときは、・・・父又は母と子との面会及びその他の交流、・・・その他の子の監護について必要な事項は、その協議で定める。この場合においては、子の利益を最も優先して考慮しなければならない。」と規定されているだけである。

つまり、日本では諸外国と異なり、親と子の面会交流権について、さらには祖父母と孫の面会交流権について、誰が誰に対していかなる権利を有し、いか

なる義務を負うのかを規定した、具体的な権利義務規定が設けられていない。

具体的権利義務規定には、①面会交流権が自由に、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續規定、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強制執行規定や制裁規定が必要である（諸外国ではそれらの規定が国会により制定された法律として存在している。）。

その結果、原告らが訴状153頁の「7 現在の面会交流権の運用の問題点について」の(1)で述べたように、「法の欠缺1」及び「法の欠缺2」が原因となり、同居親の同意が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。それは、親や祖父母にとっての重大な人権侵害であると同時に、子にとっての重大な人権侵害である。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ている事態が続いている。それも、子にとって重大な人権侵害である。

面会交流権が自由に、円滑かつ滞りなく行われることは、それが親と子の、さらには祖父母と孫の基本的な人権であることから求められることである（それが基本的な人権である以上、合理的な理由なく制限することは許されないことが、論理的結論である。）。

すると、被告が引用し、また原告らも上で引用した最高裁判例の立場からすると、国会（国会議員）による立法不作為（本件立法不作為①及び本件立法不作為②）が違法であることは明白である。

ウ さらに、離婚後単独親権制度違憲訴訟において、東京地裁令和3年2月17日判決25頁は、以下のとおり判示した（甲53）。

「親である父又は母による子の養育は、子にとってはもちろん、親にとっても、子に対する単なる養育義務の反射的な効果ではなく、独自の意義を有すものといえることができ、そのような意味で、子が親から養育を受け、又はこれをするということについてそれぞれ人格的な利益を有すといえることができる。しかし、

これらの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り、その範囲で親権の帰属及びその行使と関連するものの、親である父と母が離婚をし、その一方が親権者とされた場合であっても、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、他方の親（非親権者）にとっても、子にとっても、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。」

東京地裁令和3年2月17日判決（甲53）が判示したように、「親である父又は母による子の養育は、子にとってはもちろん、親にとっても、子に対する単なる養育義務の反射的な効果ではなく、独自の意義を有すものということができる。」「親である父と母が離婚をし、その一方が親権者とされた場合であっても、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、他方の親（非親権者）にとっても、子にとっても、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。」であり、親と子の面会交流権が親による子の養育の一場面であり、親にとっても子にとっても人格的な利益であることは明白である。

すると、仮に親と子の面会交流権が、親と子のそれぞれについて基本的人権でないとしたとしても、それが人格的な利益であることは東京地裁令和3年2月17日判決から明白である。

そして、基本的人権ではない人格的な利益についても、憲法14条1項の法の下での平等の条項や、憲法24条2項の条項の適用があり、保護の対象となることは明白である（「そして、憲法24条が、本質的に様々な要素を検討して行われるべき立法作用に対してあえて立法上の要請、指針を明示していること

からすると、その要請、指針は、単に、憲法上の権利として保障される人格権を不当に侵害するものでなく、かつ、両性の形式的な平等が保たれた内容の法律が制定されればそれで足りるというものではないのであって、憲法上直接保障された権利とまではいえない人格的利益をも尊重すべきこと、両性の実質的な平等が保たれるように図ること、婚姻制度の内容により婚姻をすることが事実上不当に制約されることのないように図ること等についても十分に配慮した法律の制定を求めるものであり、この点でも立法裁量に限定的な指針を与えるものといえる。」と判示した最高裁大法廷平成27年12月16日判決（夫婦別姓訴訟）参照）。

すると、仮に親と子の面会交流権が、親と子のそれぞれについて基本的人権でないとしたとしても、それが人格的な利益である以上、別居親と子との面会交流権について、子の同居親との間で憲法14条1項の条項の適用や、憲法24条2項の条項の適用があることは明白である。

すると、上で述べたとおり、日本では諸外国と異なり、親と子の面会交流権について、誰が誰に対していかなる権利を有し、いかなる義務を負うのかを規定した、具体的な権利義務規定が設けられていない。

人格的な利益に憲法14条1項や憲法24条2項が適用されるとした最高裁判例の立場からすると、国会（国会議員）による立法不作為（本件立法不作為①）が違法であることは明白である。

エ さらに、上で引用した東京地裁令和3年2月17日判決は、親と子の養育関係が親にとっても子にとっても人格的な利益であることを認めたものであるが、同様に、祖父母と孫との面会交流権も、祖父母にとっても、孫にとっても、人格的な利益の一場面であることは明白である。

なぜならば、祖父母と孫との触れあいの時間とその思い出は、祖父母にとっても孫にとっても互いの人格に影響を与え、人格の成長そのものを促す存在であって、「当該人格的な利益は、祖父母にとっても、孫にとっても、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。」と言えるからである。

また、原告らが訴状136頁で以下の引用をしたとおり、イタリア民法においては、子の父母に対する権利を補うものとして、祖父母や親族の役割が積極的に評価されているのであるから、親と子の養育関係（面会交流権）が人格的な利益であると評価されることは、それを補う役割である祖父母と孫との養育関係（面会交流権）が人格的な利益であることは明白である。

（訴状136頁の引用内容）

ア イタリア

床谷文雄・本山敦編『親権法の比較研究』

椎名規子「イタリア」（甲4の7）

213－214頁

「（5）尊属の権利義務

2013年の改正により、注目されるのは、親責任の第9章に、尊属の権利として、「未成年の孫と重要な関係を維持する権利」（民317条の2）が規定されたことである。イタリア民法においては、子の父母に対する権利を補うものとして、祖父母や親族の役割が積極的に評価されている。・・

そして、2012年の改正では、「親族と重要な関係を保持し、家族の中で成長する権利（民法315条の2第2項）」が、父母に対する子の権利とともに、親族等に対する子の権利として、親権の章に規定された。これは、別居・離婚の場合に限らず、祖父母などの親族と交流を保つことが、子の健全な成長のためには有用であるとされて、親権の一般原則において、保障されたものである。なお、それまでは、子の権利として規定されていたが、2013年の改正では、より積極的に尊属の権利として規定されており、尊属の子に対する役割をさらに一歩進めたものと思われる。ただし尊属の権利の行使は、もっぱら子の利益のためという制限が付されている（317条の2第2項）。」

すると、上で述べたとおり、日本では諸外国と異なり、祖父母と孫の面会交流権について、誰が誰に対していかなる権利を有し、いかなる義務を負うのかを規定した、具体的な権利義務規定が設けられていない。

人格的な利益に憲法14条1項や憲法24条2項が適用されるとした最高裁判例の立場からすると、国会（国会議員）による立法不作為（本件立法不作為②）が違法であることは明白である。

2 2項（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）について

(1) (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てないこと）について

ア 第一段落について

原告らの主張はそのとおりである。

イ 第二段落について

被告は、まず「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。」と主張する。

しかしながら、被告が引用する最高裁判例解説146－147頁（甲54）においては、学説上、「自然権説」、「自然権であり監護に関連する権利説」があることが引用されている。そこで「自然権」とされているのは、面会交流

権が「基本的人権」であるとの主張がされていることを意味している。

さらに、被告が引用するその最高裁判例解説146－147頁（甲54）においてはさらに、学説上、「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」があることが引用されている。そこで「権利」とされているのは、上で引用した東京地裁令和3年2月17日判決が、「親である父又は母による子の養育は、子にとってはもちろん、親にとっても、子に対する単なる養育義務の反射的な効果ではなく、独自の意義を有すものということができ、そのような意味で、子が親から養育を受け、又はこれをする事についてそれぞれ人格的な利益を有すということが出来る。」「親である父と母が離婚をし、その一方が親権者とされた場合であっても、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、他方の親（非親権者）にとっても、子にとっても、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。」と判示した「人格的な利益」と共通している概念だと思われる。それらの学説は、東京地裁令和3年2月17日判決と同様に、親と子の面会交流権が親による子の養育の一場面であり、親にとっても子にとっても人格的な利益であることを主張する立場であると考えられる。

さらに言えば、原告らが訴状58頁で引用したように、山口亮子『日米親権法の比較研究』（日本加除出版株式会社，2020年）316－318頁（甲1）の注78で記載されているように、「二宮周平「面会交流の権利性～人格権的構成（2）」戸籍時報787号5頁（2019年）（甲55）では、「親の権利（および義務）であると同時に子の権利であるとする複合的権利説が、面会交流に関する学説の到達点と指摘する。」とされている。二宮周平氏が「人格権的構成」と主張するとおり、その学説の到達点である複合的権利説は、親と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としての複合的権利と主張するものである。さらに言えば、その複合的権利説が、面会交

流権は「親の権利（および義務）であると同時に子の権利であるとする」ことは、上で引用した東京地裁令和3年2月17日判決（甲53）が、「親である父又は母による子の養育は、子にとってはもちろん、親にとっても、子に対する単なる養育義務の反射的な効果ではなく、独自の意義を有すものということができる。そのような意味で、子が親から養育を受け、又はこれをするということについてそれぞれ人格的な利益を有すということができる。」と判示したこと共通して、親と子の面会交流権が親による子の養育の一場面であり、親と子の双方にとっての権利であることを主張する立場であると考えられることもできる。

被告が、最高裁判例解説146－147頁（甲54）を引用した上で、「最高裁の裁判例も法的性質そのものを明示はしない。」と主張している点については、被告が引用する最高裁判例解説の同記載箇所（甲54）の注6では、「最高裁第二小法廷昭和59年7月6日決定、最高裁第一小法廷平成12年5月1日決定が引用された上で、「いずれも、その決定文において面会交流の法的性質を明示してはいない。」と記載されているのであって、そこに記載されているのは「明示はしない。」という内容であり、「否定している。」という内容ではない。

そして被告は、総合的に、「「面会交流権」の法的成立は一義的に明らかではないというべきである。」と主張するが、上で述べたところからすると、面会交流権の法的性質に争いがあると言っても、それは「面会交流権は基本的人権である」とする立場と、「面会交流権は人格的な利益である」とする立場との争いであることは明白である（上の、被告が引用する学説上の対立の箇所ですべて述べたように、権利性を否定する説は別にして、学説上主張されているのは、「面会交流権は基本的人権である」とする立場と、「面会交流権は人格的な利益である」とする立場との争いであることが分かる。）。すると、上で述べたように、「面会交流権が基本的人権である」場合には当然国会（国会議員）の立法不作為の憲法適合性が問題になる一方で、「面会交流権が人格的な利益で

ある」場合でも、やはり憲法14条1項（法の下での平等）や憲法24条2項の適合性が問題となることに何ら変わりはないのである。その点において、被告が引用する最高裁判例解説146－147頁（甲54）の内容からしても、面会交流権が「基本的人権」か「人格的な利益」かの対立があるだけで、いずれにしても、その権利が憲法適合性の問題となることに、何ら変わりはないのである。

さらに被告は、「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るべきかは具体的状況により異なるものといえる。」と主張する。しかしながら、被告のその反論は、あたかも「面会交流権が基本的人権や人格的利益ではない存在であること」を前提にしたものである。逆に、「面会交流権が基本的人権や人格的利益であること」を前提とすると、それは合理的な理由がなく制限してはならないものであることは明白であって、そこにおける「合理的な理由」とは、まさに「子の福祉を害する場合」であるといえる。すると、「法の欠缺1」「法の欠缺2」により、基本的人権や人格的な利益である面会交流権が否定される事態が生じている場合には、憲法上の保障を受ける基本的人権や人格的な利益である面会交流権を実現できるように、それが保障されるように、国会（国会議員）が立法義務を負うことは明白である。

この点につき、親の子に対する監護教育権についての、『新版注釈民法(25)』（有斐閣，改訂版，2004年）（甲26）の記載が参考にされるべきである。

76頁の「820条 V 監護教育権の性質(1)(ア)」の箇所

「ドイツ連邦共和国基本法6条2項は「子供の育成および教育は、両親の自然の権利であり、かつ、何よりもまず両親に課せられている義務である。その実行に対しては、国家共同社会がこれを監視する」と規定しているが、親が親権者としてその子に対し有する監護教育権は、民法などによって創設されるも

のとしてよりも前国家的・始原的な自然権に由来するものと見てよく（教育権につき、田中耕太郎・教育基本法の理論[昭36]154）、民法は私法上の立場においてこの権利を宣言しているものと見てよいであろう。」

ここでは、親がその子に対し有する監護教育権の具体的内容は、民法などによって規定されているものの、そのことは監護教育権が前国家的・始原的な自然権に由来することを否定するものではなく、逆に民法は私法上の立場において、監護教育権の「前国家的・始原的な自然権」としての性質を確認し、それを宣言していることは明白である。

すると、被告は「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状況により異なるものといえる。」と主張するが、面会交流権が親の子に対する監護教育権の一場面であることは明白なのであるから、被告が主張している内容は、面会交流権が前国家的・始原的な自然権に由来することを否定することにはならないことは明白である。

さらに被告は、「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って、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。」と主張する。

しかしながら、この被告の主張についても、上で引用した『新版注釈民法(25)』（有斐閣、改訂版、2004年）（甲26）の記載が参考にされるべきである。

つまり、親の子に対する監護教育権（及びその一場面としての面会交流権）の具体的内容は、民法などによって規定されているものの（被告の主張はいわば、親の子に対する監護教育権（及びその一場面としての面会交流権）が、民法で初めて権利が創造されたものである、とする立場である。）、そのことは監護教育権が前国家的・始原的な自然権に由来することを否定するものではなく、逆に、親がその子に対し有する監護教育権の具体的内容は、民法などによって規定されているものの、そのことは監護教育権が前国家的・始原的な自然

権に由来することを否定するものではなく、逆に民法は私法上の立場において、監護教育権の「前国家的・始原的な自然権」としての性質を確認し、それを宣言していることは、上で引用した『新版注釈民法(25)』（有斐閣，改訂版，2004年）（甲26）の記載内容から明白である。

すると、被告は「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はなく、これを特定することが困難なものであって、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。」と主張するが、面会交流権が親の子に対する監護教育権の一場面であることは明白なのであるから、被告が主張している内容は、面会交流権が前国家的・始原的な自然権に由来することを否定するものではないのである。

ウ 第三段落について

(ア) 被告は、「なお、最高裁判所昭和59年7月6日第二小法廷決定・集民（ママ）142号273ページにおいては、親子の面会交流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、抗告人の主張は実質は民法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。」と主張する。

しかしながら、この最高裁昭和59年7月6日決定が出された当時の民法766条には、面会交流権自体の明文の規定が設けられていなかった（『新基本法コンメンタール親族[第2版]』（日本評論社，2019年）82頁（甲56））。いわば、「親と子の面会交流権」という権利そのものが法律上明記されていなかった時代の最高裁決定である。

言い方を変えれば、その最高裁昭和59年7月6日決定は、現在の民法766条1項が規定している「この場合においては、子の利益を最も優先して考慮しなければならない。」との規定や、面会交流権について「子の利益を最も優

先して考慮しなければならない。」との規定が明記されていなかった時代の最高裁決定である。

(イ) さらに言えば、その最高裁昭和59年7月6日決定は、日本が平成6年（1994年）に「児童の権利に関する条約」を批准する前の時代に出された最高裁決定である。

原告らが訴状の204頁で述べたように、日本が締約国となっている条約の内容や、その条約機関から日本に対して出された法改正を求める勧告は、日本国憲法の解釈に影響を与える立法事実として存在している（甲43，甲44）。

この点につき、大阪高裁平成30年8月30日判決（大阪高裁平成30年（ネ）第247号）において引用されている（甲44号証6頁）、同判決の原審である神戸地裁平成29年11月29日判決（神戸地裁平成28年（ワ）第1653号）（甲43号証）では、日本が締約国となっている条約の内容や、その条約機関から日本に対して出された法改正を求める勧告が、日本国憲法の解釈に影響を与える立法事実として存在していることを、以下のように認めている（甲43号証32頁）。

「日本が締約国となっている条約・勧告の内容や諸外国における立法の内容が立法事実となり得ることは否定できない。」

すると、被告が引用する最高裁昭和59年7月6日決定は、日本国憲法に影響を与える立法事実である「児童の権利に関する条約」を日本が批准する前の時代に出された決定なのであるから、当然その決定の内容が、「児童の権利に関する条約」を日本が批准した後である現在にも妥当しないことは明白である。

児童の権利に関する条約9条1項は「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。」と規定している。

それに対して、民法819条2項は、裁判離婚に際して夫婦の一方を未成年者子の親権者と定め、その結果親権を失った親から分離される結果を容認している。そして単独親権者により、未成年者子が、親権を失った親の意思に反し

て連れ去られる事態を、しばしば生ぜしめている。それは、児童の権利に関する条約 9 条 1 項に違反することである。

また児童の権利に関する条約 9 条 3 項は、「締約国は、児童の最善の利益に反する場合を除くほか、父母の一方又は双方から分離されている児童が定期的に父母のいずれとも人的な関係及び直接の接触を維持する権利を尊重する。」と規定している。

それに対して、民法 8 1 9 条 2 項により、離婚後に単独親権者となった後、親権を失った親と未成年者子との面会交流が、通常で月に 1 回、しかも数時間のみ認められ、さらにはその月に 1 回の面会交流の実施も、親権者となった親がその実施を拒むことなどにより、しばしば困難となる状況を生じさせている。それは、児童の権利に関する条約 9 条 3 項に違反することである。

さらに、児童の権利に関する条約 1 8 条 1 項は「締約国は、児童の養育及び発達について父母が共同の責任を有するという原則についての認識を確保するために最善の努力を払う。」と規定している。

そして、民法 8 1 9 条 2 項の定める離婚後単独親権制度は、同条項の規定する「児童の養育及び発達について父母が共同の責任を有するという原則」に違反していることは明らかである。なぜならば、離婚後単独親権制度は、児童の養育及び発達について父母の片方だけが責任を有する制度だからである。その点からしても、民法 8 1 9 条 2 項は、児童の権利に関する条約 1 8 条 1 項に違反している。

憲法 9 8 条 2 項は「日本国が締結した条約及び確立された国際法規は、これを誠実に遵守することを必要とする。」と規定している。その解釈により、日本の国内法秩序において、日本が締約国となっている条約は法律よりも上位の効力を有することが認められている。

その結果、条約の規定と法律の規定が抵触する場合、条約の規定が優先して適用される。

そして、上でも述べたように、日本が締約国となっている条約の内容や、その条約機関から日本に対して出された法改正を求める勧告は、日本国憲法の解釈に影響を与える立法事実として存在している（甲43号証32頁，甲44証6頁）。

(ウ) 被告は、「また、東京高等裁判所令和2年8月13日判決（判例秘書搭載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。」と主張する。

しかしながら、その被告が引用している東京高等裁判所令和2年8月13日判決は、原告らが全て親の立場の者であったのに対して、本件訴訟における原告らには、子が含まれているのであるから、東京高等裁判所令和2年8月13日判決が、本件訴訟とは事案を異にしていることは明白である。それは、東京高等裁判所令和2年8月13日判決が、「子の利益」の観点から面会交流権を評価していないことを意味している。

さらに言えば、その東京高等裁判所令和2年8月13日判決は、上で引用した「親が子を養育することは、親にとっても、子にとっても、人格的な利益である」と判示した東京地裁令和3年2月17日判決（甲53）が出される前に出された判決である。

上で東京地裁令和3年2月17日判決（甲53）を引用して主張したように、「面会交流権が基本的人権である」場合には当然国会（国会議員）の立法不作為の憲法適合性が問題になる一方で、「面会交流権が人格的な利益である」場

合でも、やはり憲法14条1項（法の下での平等）や憲法24条2項の適合性が問題となることに何ら変わりはないのである。

(2) (2) (原告らの主張) について

原告らの主張内容はそのとおりである。

(3) (3) (被告の反論) について

ア ア (原告らの主張①に理由がないこと) について

被告の主張は争う。

被告は、「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。」と主張する。

しかしながら、原告らが訴状で引用した裁判例の判示内容を見ると、被告の反論が認められないことは明白である。

①東京家裁昭和39年（1964年）12月14日決定

「未成熟子に対する面接ないし交渉は、・・・この権利は、未成熟子の福祉を害することがない限り、制限されまたは奪われることはないものとする。」

この裁判例は、親が「未成熟子に対する面接ないし交渉」を行う権利が、未成熟子の福祉を害することがない限り、制限されまたは奪われることはない、と判示しているのであるから、その判示内容が、親の子に対する面会交流権が未成年子の福祉を害する場合を除いて制限されまたは奪われることがない性質を有する基本的人権であることを認めた内容であることは明白である。

②東京高裁昭和42年（1967年）8月14日決定

「親権者とならなかった親がその子と面接することは、親子という身分関係から当然に認められる自然権的な権利である」

この裁判例は、離婚により親権者とならなかった親が、その子と面会交流権を行うことは、親子という身分関係から当然に認められる「自然権的な権利」であることを認めたものである。基本的人権は、人が生まれることで当然に有

する権利であり、その意味で自然権であって、国が与えたものでも、憲法が与えたものでもなく、憲法はただ人が有している基本的人権を確認しているにすぎない。そのような基本的人権思想からすると、この裁判例で「自然権的な権利」と判示されたことは、離婚により親権者とならなかった親が、その子と面会交流権を行うことは、親子という身分関係から当然に認められる「基本的人権」であることを認めたものであることは明白である。

③大阪家裁昭和43年（1968年）5月28日決定は、「面接交渉権」という表現を用いながら、これについて、親が本来的に有する権利であるとしている。

この裁判例は、親が子に会う「面接交渉権」（面会交流権）が、「親が（親である以上）本来的に有する権利」であることを認めたものである。上で述べたように、基本的人権思想や基本的人権が自然権であるとされていることからすると、この裁判例で、親が子に会う「面接交渉権」（面会交流権）が、「親が（親である以上）本来的に有する権利」と判示されたことは、親がその子と面会交流権を行うことは、親子という身分関係から当然に認められる「基本的人権」であることを認めたものであることは明白である。

④大阪家裁平成5年12月22日決定

「いかなる子どもも、個人として尊重され、平和的文化国家の有用な構成員として、人格の完成をめざし、心身の健全な発達を求める基本的人権が保障されなければならない（憲法第26条第1項、教育基本法第1条）。すなわち、子は民法上親の権利の客体である以前に、憲法上の権利主体であることが看過されてはならないのである。

このような精神に照らせば、面接交渉権の性質は、子の監護義務を全うするために親に認められる権利である側面を有する一方、人格の円満な発達に不可欠な両親の愛育の享受を求める子の権利としての性質をも有するものというべきである。」

この裁判例の判示は、冒頭部分で「いかなる子どもも、個人として尊重され、平和的文化国家の有用な構成員として、人格の完成をめざし、心身の健全な発達を求める基本的人権が保障されなければならない（憲法第26条第1項、教育基本法第1条）。」と判示されていることから、憲法論・基本的人権論を述べていることは明白である。

そして、裁判例の判示の前半部分において、子が憲法上の権利主体であることを認めた上で、判示の後半部分において、面会交渉権（面会交流権）の性質が、親に認められる権利であると同時に、子の権利としての性質をも有する、と判示したのであるから、その判示は、面会交渉権（面会交流権）が、憲法論・基本的人権論として親と子の双方にとっての権利であり、それは基本的人権であることを認めたことは明白である。

⑤静岡地裁浜松支部平成11年（1999年）12月21日判決

「かくて、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、これが停止された場合に、監護に関連する権利として構成されるものといえるのであって、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。」

この裁判例は、親の子との面会交渉権（面会交流権）が、「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くものである」ことを認めている。すると、上で述べたように、基本的人権思想や基本的人権が自然権であるとされていることからすると、この裁判例では、親の子との面会交渉権（面会交流権）が、親子という身分関係から当然に認められる「基本的人権」であることを認めたものであることは明白である。

⑥東京高裁平成25年（2013年）7月3日決定

「子は、同居していない親との面会交流が円滑に実施されていることにより、どちらの親からも愛されているという安心感を得ることができる。したがって、夫婦の不和による別居に伴う子の喪失感やこれによる不安定な心理状況を回復

させ、健全な成長を図るために、未成年者の福祉を害する等面会交流を制限すべき特段の事由がない限り、面会交流を実施していくのが相当である」

この裁判例は、子の基本的人権の側面から、面会交流権を評価した内容である。「子は、同居していない親との面会交流が円滑に実施されていることにより、どちらの親からも愛されているという安心感を得ることができる。」という点は、まさに子の幸福追求権の発現であり、それは同時に、子の福祉や子の健全な成長の発現でもある。すると、この裁判例が判示ように、「夫婦の不和による別居に伴う子の喪失感やこれによる不安定な心理状況を回復させ、健全な成長を図るために、未成年者の福祉を害する等面会交流を制限すべき特段の事由がない限り、面会交流を実施していくのが相当である」ことは明白である。面会交流権は、子の幸福追求権や人格権の発現であり、同時に子の福祉や子の健全な成長の発現でもあるからである。そして、面会交流権が子の幸福追求権や人格権の発現である以上、「未成年者の福祉を害する等面会交流を制限すべき特段の事由がない限り、面会交流権が保障されるべきである」ことは明白である。この裁判例の判示からしても、子の幸福追求権や人格権の発現である面会交流権は、まさに子の福祉を害する等の面会交流を制限すべき特段の事由がない限り、制限されてはならないからである。その判示内容は、面会交流権が基本的人権であることを当然の前提としているものである。

⑦介護施設内にいる両親と三女の面会妨害行為を長女と次女2人が行った事件において、面会妨害行為禁止仮処分決定を認可した横浜地裁平成30年（2018年）7月20日決定は、「債務者の意向が両親の入居している施設等の行為に影響し、債権者が現在両親に面会できない状態にあるものといえる。」等として、人格権の一内容としての「子の両親に面会する権利」に基づき、子が親に会うことを求めることを妨げることはできないと判示した（甲7）。

⑧また、東京地裁令和元年（2019年）11月22日判決は、⑦の事件について、両親との面会妨害行為を行った長女と次女2人に対して三女が損害賠

償を求めた事件において、「親と面会交流したいという子の素朴な感情や、面会交流の利益は法的保護に値する」として賠償命令を出した（甲 8）。

⑦と⑧の裁判例も、子が両親に面会する権利を、特段の事情のない限り妨げてはならない、と判示したものである。この裁判例の判示からしても、子の幸福追求権や人格権の発現である面会交流権は、まさに子の福祉を害する等の面会交流を制限すべき特段の事由がない限り、制限されてはならないからである。その判示内容は、面会交流権が基本的人権であることを当然の前提としているものである。

以上の裁判例からも明白なように、親と子の面会交流権は、日本国憲法下では、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ことは明白である。

さらに、上でも引用した東京地裁令和 3 年 2 月 17 日判決（甲 53）は、親と子の養育関係が親にとっても子にとっても人格的な利益であることを認めたものであるが、同様に、祖父母と孫との面会交流権も、祖父母にとっても、孫にとっても、人格的な利益の一場面であることは明白である。

さらに、仮に親と子の面会交流権仮に親と子の面会交流権が、親と子のそれぞれについて基本的人権でないと言われたとしても、それが人格的な利益であることは東京地裁令和 3 年 2 月 17 日判決（甲 53）から明白である。

そして、基本的人権ではない人格的な利益については、憲法 14 条 1 項の法の下での平等の条項や、憲法 24 条 2 項の条項の適用があり、保護の対象となることは明白である（「そして、憲法 24 条が、本質的に様々な要素を検討して行われるべき立法作用に対してあえて立法上の要請、指針を明示していることからすると、その要請、指針は、単に、憲法上の権利として保障される人格権を不当に侵害するものでなく、かつ、両性の形式的な平等が保たれた内容の法律が制定されればそれで足りるというものではないのであって、憲法上直接保障された権利とまではいえない人格的利益をも尊重すべきこと、両性の実質的

な平等が保たれるように図ること、婚姻制度の内容により婚姻をすることが事実上不当に制約されることのないように図ること等についても十分に配慮した法律の制定を求めるものであり、この点でも立法裁量に限定的な指針を与えるものといえる。」と判示した最高裁大法廷平成27年12月16日判決（夫婦別姓訴訟）参照）。

すると、仮に親と子の面会交流権が、親と子のそれぞれについて基本的人権でないとしたとしても、それが人格的な利益である以上、別居親と子との面会交流権について、子の同居親との間で憲法14条1項の条項の適用や、憲法24条2項の条項の適用があることは明白である。

さらには、訴状で原告らが主張したように、親子の場合と同様に、祖父母と孫との面会交流権は、祖父母と孫のそれぞれについて、基本的人権もしくは仮に基本的人権でなくても人格的な利益であることは明白である。

なぜならば、祖父母と孫との触れあいの時間とその思い出は、祖父母にとっても孫にとっても互いの人格に影響を与え、人格の成長そのものを促す存在であって、「当該人格的な利益は、祖父母にとっても、孫にとっても、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。」と言えるからである。

なお、この点につき、孫の母親が病気で亡くなった後、母方の祖父母が孫と会えなくなったと面会交流を求める申し立てを行った案件につき、大阪高等裁判所が「父母以外でも子どもの利益にかなうのであれば、面会交流を認める余地がある」とする決定をし、子どもの父親が抗告していた事件がある。これについて最高裁令和3年3月31日決定は「第三者が面会交流を求める申し立てができるという規定はなく、第三者を父母と同一視することもできない。父母以外の第三者は申し立てができない」と判断して、大阪高裁の決定を取り消し、祖父母の申し立てを退ける決定をした。

つまり、この最高裁令和3年3月31日決定は、「第三者が面会交流を申し

立てる申し立てができるという規定がない。」という、形式的な理由（「法規
定が欠缺していること」）から、祖父母の面会交流を否定したものである。

しかしながら、現在の民法に「第三者が面会交流を申し立てる申し立てがで
きるという規定がない。」という、「法規定が欠缺していること」について、
法務省も参加して家族法の改正を検討してきた家族法研究会が令和3年2月に
発表した「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～」71頁（甲57）では、「(2) 面会交流を求めることが
できる者の範囲 イ 親以外の親族 親以外の親族（祖父母等）と子との面会
交流に関する規律を設けることについて、更に検討を進めてはどうか。」と提
言を行っているのである。

その提言を行った理由について、その「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～」72－73頁（甲57）
では、「2「(2) 面会交流を求めることができる者の範囲」について 現行民
法では面会交流の権利義務に関する規定が置かれていないため、面会交流を求
めることができる者の範囲についても明確とはいえず、実務上、その点が争い
になることもある。・(2)「イ 親以外の親族」について 現行法において、
祖父母、兄弟姉妹等、親以外の者との面会交流に関する規律はなく、実務上も、
そのような者から民法第766条に基づいて面会交流を求めることはできな
いとされているものと思われる。もっとも、本研究会においては、子の利益の観
点から見た場合に、祖父母等、親以外の親族と子との面会の必要な場合がある
との意見があった。・親以外の親族の面会交流を認める場合には、手続法の
観点からも検討を進める必要があるとの指摘がされた。そこで、本文では、面
会交流の位置付けも含め、親以外の親族と子との面会交流について整理・検討
を行うことも提案している。」と説明がされているのである。

すると、この「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～」71－73頁（甲57）の内容を通して、上で引

用した最高裁令和3年3月31日決定の「第三者が面会交流を求める申し立てができるという規定はなく、第三者を父母と同一視することもできない。父母以外の第三者は申し立てができない」との判断を見ると、最高裁令和3年3月31日決定はあくまでも、「現在の民法には、祖父母が面会交流をできるという規定がないこと」を理由として、祖父母の面会交流権を否定したにすぎないことは明白である。

逆に家族法研究会は、「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～」71－73頁（甲57）において、祖父母の面会交流を認める民法の規定を設けるべきだ、と提言を行っており、そのような提言が行われた主たる理由が、「子の利益の観点から見た場合に、祖父母等、親以外の親族と子との面会の必要な場合がある」という点にあることは、提言の趣旨が、「子の利益の観点から見た場合に、祖父母と子とが触れあい、それが子にとっても祖父母にとっても性質上求められることなのであるから、祖父母と子との面会交流を認める民法の規定を設けるべきである。」との内容にあることは明白である。

すると、以上の最高裁令和3年3月31日決定の判示内容と、家族法研究会は、「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～」71－73頁（甲57）の提言内容は、本件訴訟において原告らが主張している内容である、①祖父母と孫の面会は双方にとって基本的人権なのに、それを認める法規定がないために実施できない、②その立法を行うべき義務に国会は違反した立法不作為責任がある、という主張とまさに適合するものであることは明白である。

イ イ（原告らの主張②に理由がないこと）について

被告の主張は争う。

最高裁大法廷平成27年12月16日判決（女性の再婚禁止期間違憲判決）の趣旨は、基本的人権である女性の再婚の権利について、①民法の父子関係の

嫡出推定規定の重複を避けるために100日までの再婚禁止期間を設けることは女性の再婚の権利に対する合理的な制限であって、憲法に違反しないが、②100日を越える再婚禁止期間は、元々明治時代の立法の際に、子の嫡出推定規定の重複を避けるための再婚禁止期間だけでは、女性が妊娠しているかどうか外観からは分からないため、紛争が生じることを理由としており、それは女性の再婚の権利に対する合理的な制限ではなく、憲法に違反する、というものである。

^{まきみさき}巻美矢紀「憲法と家族—家族法に関する二つの最高裁大法廷判決を通じて」長谷部恭男編『論究憲法』（有斐閣，2017年）335頁の4項（甲58）において、最高裁判所大法廷平成27年12月16日判決（女性の再婚禁止期間違憲判決）について、以下のような解説がされている。

「4 立法目的の検討

(1) 立法目的の比重の変化

本判決は再婚禁止期間のうち100日超過部分につき、立法事実の変化により、立法目的との関係で合理性が失われたとするもので、いわゆる手段違憲であるが、違憲判断の大きな要因は、立法事実の変化による立法目的の比重の変化にある。

本判決は、憲法24条2項を受けた民法大改正後にも引き継がれた本件規定の立法の経緯、および法律上の父子関係を早期に定める父性推定の仕組みにおける本件規定の位置づけから、立法目的につき、「父性の推定の重複を回避し、もって父子関係をめぐる紛争の発生を未然に防ぐこと」と解し、父子関係の早期明確化の重要性から、合理性を肯定する。

上記立法目的は、平成7年判決（原告ら注：最高裁平成7年12月5日判決）の判示と一見同じように見えるが、父性推定の重複回避と、紛争発生を未然防止とを、「もって」という文言により媒介し、千葉補足意見が指摘するように、前者が直接の立法目的であることを強調するとともに、父性推定の重複回避の

ために必要な手段は、民法772条2項を前提に100日で足りることを示唆するものと考えられる。

立法目的の巧妙な比重の変化は、立法事実の変化に対応するもので、このことは、手段との合理的関連性の検討において示される。それによれば、旧民法起草時に厳密に100日に限定せず一定の期間の幅を設けた趣旨は、当時の医療や科学技術の水準からすると、(a)前婚後に前夫の子が生まれる可能性を減少させることによる家庭不和の回避、(b)父性の判定を誤り血統に混乱が生じることの防止という「観点」から、すなわち父子関係をめぐる紛争の未然防止という目的のためであり、現行民法に引き継がれた後も、それは国会の合理的な裁量の範囲内とされた。しかし、その後の医療や科学技術の発達により、上記「観点」からの正当化は困難になったとされる。こうして紛争の未然防止はあくまで父性推定の重複回避との関係で意味をもつにすぎなくなり、独自の意義を失い、またそれにより、立法の第一次的な受益者も子どもに限定されることになったのである。

上記立法目的のほか、平成期以降の再婚に対する制約の減少要請の高まり、それを示す事情の一つである諸外国での再婚禁止期間の廃止、さらに婚姻の自由の憲法上十分な尊重、そして妻が婚姻前懐胎子を産むことは再婚の場合に限られないことを総合して、本判決は100日超過部分につき、遅くとも上告人の前婚解消から100日後までに、手段としての合理的関連性が失われたと解し、憲法14条1項および24条2項違反と判断したのである。」

この解説において「こうして紛争の未然防止はあくまで父性推定の重複回避との関係で意味をもつにすぎなくなり、独自の意義を失い、またそれにより、立法の第一次的な受益者も子どもに限定されることになったのである。」と明記されていることからしても、両親の離婚や別居という親の紛争の発生は、子の福祉の保護を否定する理由にはならず、親の紛争の発生とは離れて、子の福祉は保護されなければならないことを、最高裁大法廷平成27年12月16日

判決（再婚禁止期間違憲判決）は判示した立場であることは明白である。

すると、原告らが訴状で主張したように、子が別居親と面会交流ができていればいるほど、子は自己肯定感が高く、また他者とのコミュニケーション能力も高いことが、心理学的調査の結果科学的に肯定されているのであるから（甲13）、国会（国会議員）としては、親の離婚や別居という親の紛争の発生から子の福祉を保護し、子の健全な成長（子が、自己肯定感が高く、また他者とのコミュニケーション能力も高くなる成長）を保護するために、面会交流権についての当事者間の具体的な法律規定の立法義務を負うことは明白である。

さらに、やはり原告らが訴状で主張したように、イタリア民法では、祖父母と孫との面会交流権が、親の別居・離婚の場合に限らず、祖父母などの親族と交流を保つことが、子の健全な成長のためには有用であるとされているのであるから（甲4の7）、やはり国会（国会議員）としては、子の福祉を保護し、子の健全な成長（子が、自己肯定感が高く、また他者とのコミュニケーション能力も高くなる成長）を保護するために、面会交流権についての当事者間の具体的な法律規定の立法義務を負うことは明白である。

ウ ウ（原告らの主張③に理由がないこと）について

被告の主張は争う。

旭川学力テスト判決において、親の子に対する基本的人権としての教育権について判示された部分を、以下で引用する。

「1 子どもの教育と教育権能の帰属の問題

（一）子どもの教育は、子どもが将来一人前の大人となり、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、実現していく基礎となる能力を身につけるために必要不可欠な営みであり、それはまた、共同社会の存続と発展のためにも欠くことができないものである。この子どもの教育は、その最も始原的かつ基本的な形態としては、親が子との自然的関係に基づいて子に対して行う養育、監護の作用の一環としてあらわれるのであるが、しかしこのような

私事としての親の教育及びその延長としての私的施設による教育をもってしては、近代社会における経済的、技術的、文化的発展と社会の複雑化に伴う教育要求の質的拡大及び量的増大に対応しきれなくなるに及んで、子どもの教育が社会における重要な共通の関心事となり、子どもの教育をいわば社会の公共的課題として公共の施設を通じて組織的かつ計画的に行ういわゆる公教育制度の発展をみるに至り、現代国家においては、子どもの教育は、主としてこのような公共施設としての国公立の学校を中心として営まれるという状態になっている。」

「そして、この観点に立つて考えるときは、まず親は、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関心をもち、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以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し、」

これらの旭川学力テスト判決の判示からも明白なように、被告が引用している判示箇所は、「学校における教育」についての問題を扱った部分であり、「家庭教育等学校以外における教育」について判示した箇所ではない（そもそも旭川学力テスト判決は、学校における全国学力テストを阻止する行為の適法性とその全国学力テストの憲法適合性が争点となった事案についての判決であり、被告が引用しているのはそれらの争点についての判示箇所である。）。

そして、旭川学力テスト判決は、以下のように判示しているのである。

「この子どもの教育は、その最も始原的かつ基本的な形態としては、親が子との自然的関係に基づいて子に対して行う養育、監護の作用の一環としてあらわれるのである」

「まず親は、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関心をもち、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以外における教育や学校選択の自由にあられるものと考えられるし，」

これらの判示からも明白なように，旭川学力テスト判決は，訴訟の争点であった学校教育についての評価を行う前に，①親が子に対して教育を行う権利は，その最も始原的かつ基本的な形態として，親が子との自然的関係に基づいて，子に対して行う養育、監護の作用の一環として現れること，そして，②親は，子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関心をもち，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こと，そして，そのような親の教育の自由は，主として家庭教育などの学校以外における教育や学校選択の自由にあられることを認めているのである。

すると，その旭川学力テスト判決の立場が，いわゆる自然権としての親の子に対する教育権を認めたものであることは明白である。それは，基本的人権としての，親の子に対する教育権を認めたことを意味している。

そしてその親の子に対する教育権は，憲法26条，憲法13条，憲法14条，憲法24条2項により，保障されていることも明白である。

エ エ（原告らの主張④に理由がないこと）について

被告の主張は争う。

被告が引用している最高裁大法廷平成27年12月16日判決（女性の再婚禁止期間違憲判決）の判示部分全体を以下で再度引用する。

「また，かつては再婚禁止期間を定めていた諸外国が徐々にこれを廃止する立法をする傾向にあり，ドイツにおいては1998年（平成10年）施行の「親子法改革法」により，フランスにおいては2005年（平成17年）施行の「離婚に関する2004年5月26日の法律」により，いずれも再婚禁止期間の制度を廃止するに至っており，世界的には再婚禁止期間を設けない国が多くなっ

ていることも公知の事実である。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が、再婚をすることについての制約をできる限り少なくするという要請が高まっていることを示す事情の一つとなり得るものである。」

そこで、「世界的には再婚禁止期間を設けない国が多くなっていることも公知の事実である。」、「再婚をすることについての制約をできる限り少なくするという要請が高まっていることを示す事情の一つとなり得るものである。」と判示されていることからすると、最高裁大法廷平成27年12月16日判決（女性の再婚禁止期間違憲判決）が、「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」こと、さらには、その結果として、外国の法制度と同様に、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ていること（外国の法制度の存在が、日本国憲法の解釈に影響を与える立法事実となること）は明白である。

この結論は、基本的人権の性質からも明白である。なぜならば、基本的人権とは、人が人として生まれたことで当然に有する権利であり、それは国が与えることで初めて生まれる権利ではなく、さらには憲法が与えて初めて生まれる権利でもない。憲法は、人が人として生まれたことで当然に基本的人権を有することを確認しているにすぎないからである。すると、基本的人権としての性質は、国を超えた普遍的なものであり、それは自然権として存在しているものである。すると、外国で基本的人権であるとされている権利が、日本においてだけ基本的人権ではないとされることは、そのような基本的人権の性質からすると背理であることは明白である。

オ オ（小括）について

被告の主張は争う。

3 3項（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）について

(1) 第一段落について

原告らの主張内容は認める。

(2) 第二段落について

ア 被告の主張は争う。

イ 被告はまず、「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のであるから、別居親等の面会交流権について同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うべきであり」と主張する。

しかしながら、被告の反論は、民法766条1項の文言に反していることは明白である。民法766条1項は、「面会交流」と規定せずに、「父又は母と子との面会及びその他の交流」と規定しているのである。

被告は、「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のであるから」と主張するが、民法766条1項は、「面会交流」と規定せずに、「父又は母と子との面会及びその他の交流」と規定しているのであるから、民法が用いている「面会交流」には、「面会」と「その他の交流」が含まれることは明白である（当然原告らも、そのような意味で「面会交流」という言葉を用いている。）。

すると、民法766条1項が「父又は母と子との面会及びその他の交流」と規定している以上、「面会交流」には、単なる「面会」だけでなく、いわゆる広い意味での「親子交流」が含まれていることは明白なのである（原告らが訴状99頁(3)において、「親子の面会交流権は、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（教育の自由），リプロダクティブ権（子を産み育てる権利）の発現としての意味を有すること。その意味で「ペアレンティング・タイム」（親として子を育てていくこと。親による子の養育時間。）であるとの評価が与えられるべきであること。」と主張を行ったのは，面会交流の「親子交流」の側面に注目した主張である。）。

とするならば，被告の，「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，」との主張が認められないことは明白である。なぜならば，同居親も，「親子交流」という「交流」（民法766条）を行っているからである。

さらには，被告の，「そもそも，同居親については，子との「面会交流」・の必要性もないのであるから，」との主張が認められないことは明白である。なぜならば，同居親も，「親子交流」という「交流」（民法766条）が必要不可欠であることは明白だからである。

例えば，『新基本法コンメンタール親族』（第2版，日本評論社，2019年）（甲56）の83頁には，以下のように記載されている。

「(2) 父または母と子との面会およびその他の交流

(ア) 面会交流の意義

離婚後に親権者または監護者として子を監護していない親が子との間で人的に（personal）交流をもつことを一般に交流（contact）という。かつては直接交流（visitation, access）という語が用いられたが，直接面会することのほか，宿泊，電話やメールでのやり取り，写真・贈り物の交換等も含まれるので，現在では，これらを含む広い意味で面会交流ということが多い。」

この『新基本法コンメンタール親族』（甲56）において，「面会交流」には，いわゆる直接面会だけではなく，宿泊，電話やメールでのやり取り，写真・贈り物の交換等も含まれると記載されていることから明白なように，「交流」を含む概念なのである（民法766条1項の文言は，そのことを前提にし

ていると言える。)

それに対して、被告が主張において前提にしている「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のであるから、」という内容は、直接面会を前提とした内容であって、直接面会に含まれない「交流」について、被告の反論が該当しないことは明白である。

同居親は、子との間で、「宿泊、電話やメールでのやり取り、写真・贈り物の交換等」の親子交流を持つことが日常的にできるのである。

それに対して、別居親は、子との間で、「宿泊、電話やメールでのやり取り、写真・贈り物の交換等」の親子交流を持つことが日常的にできず、また直接面会（それも親子交流の一場面である）も、限られた形でしかできず、さらには同居親の同意がない場合には、完全にできなくなってしまうのである。それは、別居親等と子との面会交流が、同居親の意思に従属していることを意味している。

そうすると、被告が続けて主張を行った「別居親等の面会交流権について同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うべきであり」との内容が認められないことは明白である。面会交流という親子交流（既に引用したように、東京地裁令和3年2月17日判決（甲53）は、「親が子を養育することは親にとっても子にとっても人格的な利益であり、当該人格的な利益は、他方の親（非親権者）にとっても、子にとっても、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。」と判示している。）の享受について、同居親と別居親等との間に差異があり、その状態には何ら合理的な理由がなく別居親等と子の基本的人権もしくは人格的利益を制限するものであって、憲法14条に違反しているとの原告の主張が正当であることは明白である。

なお被告は、「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のであるから、別居親等の面会交流権について同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うべきであり」と主張するが、その主張において、「子の利益」が考慮されていないことは明白である。同居親は、子との直接面会や交流を事実上同居することで日々享受できているのに対して、子は、同居親との直接面会や交流を事実上同居することで日々享受できる反面、別居親等とはそれを日々享受できないのである。子が別居親等との面会ができることは、子の人格権、幸福追求権、教育権等の基本的人権や人格的な利益の享受であり、それができないことはその制限である。また、子が別居親等と面会交流を行うことで子が健全な成長を遂げることは、別居親等の人格権、幸福追求権、教育権等の基本的人権や人格的な利益の享受でもあり、それができないことは、その制限でもある。

同居親が子と別居親等との面会交流を認めるかどうかにより、人権と人格的利益の享受や制限が行われるのであるから、「子の利益」の観点からしても、「別居親等の面会交流権について同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うべきであり」との被告の主張が認められないことは明白である。

ちなみに、被告が令和3年4月26日付準備書面(1)14頁で引用している東京高等裁判所令和2年8月13日判決は、原告らが全て親の立場の者であったのに対して、本件訴訟における原告らには、子が含まれているのであるから、東京高等裁判所令和2年8月13日判決が、本件訴訟とは事案を異にしていることは上で指摘したとおりである。

また、その東京高等裁判所令和2年8月13日判決は、東京地裁令和3年2月17日判決(甲53)が出される前の裁判例であることも、上で指摘したと

おりである。

ウ この点につき、以下の科学的調査結果の文献を改めて引用する。それらの文献は、面会交流の制限が、子の利益、子の福祉、子の健全な成長を阻害することを如実に示している。そして、そのように面会交流の制限が子への害を有むことが科学的調査から明らかになっている以上、別居親及び祖父母（別居親等）の面会交流権について同居親との間に差異がある状態が、別居親等だけでなく、子の利益、子の福祉、子の健全な成長を阻害することであって、それは不合理な差別として憲法14条に違反していることは明白である。

①野口康彦外「離婚後の面会交流のあり方と子どもの心理的健康に関する質問紙とPACK分析による研究」（甲13号証3枚目）

「4. 研究成果

(1) 質問紙による量的調査研究

国立及び私立の6つの大学に在籍する大学生を対象とし、634名の有効回答数が得られ、76名の親の離婚経験者の協力者を得ることができた。統計学的な検定を実施するうえでは、十分な人数の確保ができた。

今回の調査から、子どもが別居親と交流を持つことは、親への信頼感において重要な要因となることが確認された。また、別居親と子どもが満足するような面会交流がされている方がそうでない場合よりも、自己肯定感や環境への適応の得点が高いことも明らかになった。この結果は、離婚後も別居親が親としての役割を継続していくことが、子どもの経済的・心理的な支援につながっていくことが示された。」

②沖縄タイムス令和2年（2020年）8月20日掲載の記事「[家族のカタチ離婚の時代に] 面会交流「同居親の協力が必要」当事者ら議論」においては、離婚などで離れて暮らす親と子が会う「面会交流」について学びを深めようと、オンライン講座「こどものための面会交流支援」が令和2年8月15日に行われたことが記載されている（甲16）。そしてその記事には、「公認心

理師で東京国際大の小田切紀子教授は、「日本の家庭裁判所で決定する面会交流の頻度について「一律月1回、数時間程度」とされてることが多いと説明。

「子どもの記憶はキャパシティが小さく1カ月に1回だと（別居親）を忘れてしまう。子の年齢に応じた取り決めが重要で同居親の協力も不可欠」と述べた。面会交流の実施が対立する父母に委ねられていることを課題に挙げ、家裁と面会交流支援機関が連携し取り決めをフォローできる制度のほか、全都道府県への支援団体の設置、行政による資金助成の必要性を訴えた。」と記載されている。それに対して、現在の家裁等の司法実務では、この記事でも指摘されているとおり、同居親（監護親）の同意がない場合には、親子の面会交流は審判で認められてもせいぜい月に1回数時間程度である。小田切紀子教授は、「日本の家庭裁判所で決定する面会交流の頻度について「一律月1回、数時間程度」とされてることが多いと説明。「子どもの記憶はキャパシティが小さく1カ月に1回だと（別居親）を忘れてしまう。子の年齢に応じた取り決めが重要で同居親の協力も不可欠」と述べている。

ちなみに、その小田切紀子が作成した発表スライド「海外の共同養育に関する研究報告と日本の共同養育・面会交流の課題と提案」（法務省も参加する「家族法研究会」第4回（令和2年5月19日オンラインにて開催）の研究会資料・参考資料において、「ヒアリング資料2」として掲載されている小田切紀子氏の「海外の共同養育に関する研究報告と日本の共同養育・面会交流の課題と提案」）の7枚目には、以下の記載がされている（甲17の2の7枚目）。

「子どもの年齢に応じた面会交流

- ・日本では、裁判所が決定する面会交流の頻度は、子どもの年齢には関係なく、1ヶ月1日数時間程度と一律に決定されることが多い。

- ・諸外国では発達心理学の研究成果に基づいて、子どもの年齢に応じた面会交流の頻度と時間が決められている。

例) アメリカ・アリゾナ州 (Arizona Supreme Court, 2009)

- ・ 0 - 2 歳は平日 2 回夕方 3 - 4 時間 + 週末半日
- ・ 3 - 5 歳は平日 2 回夕方 3 - 4 時間 + 週末 1 泊
- ・ 6 歳以降は平日 1 回夕方 3 - 4 時間 + 隔週 3 泊
- ・ 長期休暇や祝日は特別スケジュールとして追加。

・ 子どもの親との愛着関係の発達，心身の発達については，外国と日本の子どもに相違はない。日本においても，子どもの年齢に応じた面会交流の取り決めがなされるべきと考える。」

エ そして，この点において，上でも引用した東京地裁令和 3 年 2 月 1 7 日判決

(甲 5 3) が「人格的な利益」について重要な判示を行ったことは明白である。同判決は，「親である父又は母による子の養育は，子にとってはもちろん，親にとっても，子に対する単なる養育義務の反射的な効果ではなく，独自の意義を有すものといふことができ，そのような意味で，子が親から養育を受け、又はこれをする事についてそれぞれ人格的な利益を有すといふことができる。」

「親である父と母が離婚をし，その一方が親権者とされた場合であっても，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，他方の親（非親権者）にとっても，子にとっても，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。」と判示した。そこに判示されている「人格的な利益」に，面会交流権が含まれることは明白である。面会交流権は，親子が会話をし，触れ合う，遊ぶ，子の学習を親が見ることで共に考える，子が自らの進路について親に相談するなどが行われる機会であり，親が子を養育することそのものである。その意味で，面会交流権は，親にとっても子にとっても人格的な利益であることは明白である。

すると，面会交流権が「人格的な利益」であった場合でも，さらにはそれを越えて基本的人権であった場合でも，いずれにせよ仮に同居親が別居親等と子との面会交流権を拒否したり，制限したりした場合には，同居親により親や祖父母と子との人格的な利益という具体的な法益が侵害される関係にある。さら

に、それに対して同居親は、日常生活において、「親による子の養育」という、「人格的な利益」を享受していることになる。そこに、人格的な利益の享受に「差異」が存在することは明白である。さらには、その「差異」が、同居親の意向により決まっていることも明白である。

その点において、別居親及び祖父母（別居親等）と同居親との間には、「親による子の養育」という権利としての「人格的な利益」の享受について差異が存在していることは明白である。

そして、別居親及び祖父母（別居親等）の面会交流権について同居親との間に差異がある状態が、別居親等だけでなく、子の利益、子の福祉、子の健全な成長を阻害することであり、憲法14条に違反していることは明白である。

オ また被告は、「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为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。」と主張する。

しかしながら、上でも述べたように、同居親が子と別居親等との面会交流を認めるかどうかにより、人権と人格的利益の享受や制限が行われるのであるから、それは「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」ではないことは明白である。子と別居親等との面会交流が、同居親の意思により制限される場合、国会（国会議員）が面会交流に関する立法を行うことで、子と別居親等との面会交流は実現され、子と別居親等は、人格権、幸福追求権、教育権等の基本的人権や人格的な利益を享受できるのである。

例えば、訴状161頁で引用したように、アメリカのカリフォルニア州では、面会交流権を行うべきかどうか紛争となった場合について、以下のように解決を行う規定が設けられている。このような規定を設けるだけで、子と別居親等との面会交流は実現され、子と別居親等は、人格権、幸福追求権、教育権等の

基本的人権や人格的な利益を享受できるのであるから、日本の法律制度において、面会交流権が自由に、円滑かつ滞りなく行われるための紛争解決の手續規定が設けられていないことは明白である。

そして、被告が主張する「面会交流に関する立法の不作为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。」との内容が認められないことも明白である。

一般財団法人比較法研究センター『各国の離婚後の親権制度に関する調査研究業務報告書』（甲2）

山口亮子「アメリカにおける離婚後の親権制度」113頁（甲2の4）

「2 親子の交流の例外一面会交流の制限

（1）立法による制限

カリフォルニア州法が、「その面会交流が子どもの最善の利益に害であるとの証明がない限り、裁判所は親に相当な面会交流を付与しなければならない

（Cal. Fam. Code § 3100(a）」と定めているように、別居後及び離婚後の親子の交流はいずれの州においても基本的に認められており、面会交流に反対する監護親は有害性の立証を行わなければならない。」

4 4項（本件立法不作为①及び本件立法不作为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）について

（1）第一段落について

原告らの主張内容は認める。

（2）第二段落について

被告の主張は争う。

4項（本件立法不作为①及び本件立法不作为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）についての原告らの反論は、3項（本件立法不作为①及び本件違法行為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）と同様の反論となる。

(3) 付言すると、憲法24条2項が、憲法14条で法の下での平等を定めた上で、特に家族に関する事項について、改めて「法律は、個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚して、制定されなければならない。」と規定していることは、本件において重視されなければならない。

(4) ア 原告らが訴状の192頁以下で引用したように、①最高裁大法廷平成27年12月16日判決（平成26年（オ）第1023号，夫婦別姓訴訟）は、憲法24条2項について、以下のように判示している。

「婚姻及び家族に関する事項は、関連する法制度においてその具体的内容が定められていくものであることから、当該法制度の制度設計が重要な意味を持つものであるところ、憲法24条2項は、具体的な制度の構築を第一時的には国会の合理的な立法裁量に委ねられるとともに、その立法に当たっては、同条1項も前提としつつ、個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚すべきであるとする要請、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見える。

そして、憲法24条が、本質的に様々な要素を検討して行われるべき立法作用に対してあえて立法上の要請、指針を明示していることからすると、その要請、指針は、単に、憲法上の権利として保障される人格権を不当に侵害するものでなく、かつ、両性の形式的な平等が保たれた内容の法律が制定されればそれで足りるというものではないのであって、**憲法上直接保障された権利とまではいえない人格的利益をも尊重すべきこと、両性の実質的な平等が保たれるように図ること、婚姻制度の内容により婚姻をすることが事実上不当に制約されることのないように図ること等についても十分に配慮した法律の制定を求め**るものであり、この点でも立法裁量に限定的な指針を与えるものと見える。」

②さらに、大阪高裁平成30年8月30日判決（大阪高裁平成30年（ネ）第247号）において引用されている（甲44号証6頁）、同判決の原審である神戸地裁平成29年11月29日判決（神戸地裁平成28年（ワ）第1653号）（甲43号証33頁）では、憲法24条2項について、以下のように判

示している。

その立場からすると、仮に親と子の面会交流権が基本的人権でないと解釈されたとしても、憲法24条2項の解釈において、「憲法上直接保障された権利とまではいえない利益であってもなお尊重すべきものについて十分に配慮した法律の制定を求めていると解すべきである。」と判示された点につき、「法の欠缺1」が憲法24条2項に違反しないかが問題となる。

「5 本件各規定の憲法24条2項適合性について

原告らは、本件各規定が、父と子及び父と妻との間で差別的な取扱いをしていることを根拠として、憲法24条2項に違反すると主張する。

憲法24条2項は、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する要請、指針を示すことによって、立法裁量の限界を画している。そして、同条は、**憲法上直接保障された権利とまではいえない利益であってもなお尊重すべきものについて十分に配慮した法律の制定を求めていると解すべきである。**」

イ この最高裁大法廷平成27年12月16日判決（平成26年（オ）第1023号、夫婦別姓訴訟）や大阪高裁平成30年8月30日判決（大阪高裁平成30年（ネ）第247号）において引用されている（甲44号証6頁）、同判決の原審である神戸地裁平成29年11月29日判決（神戸地裁平成28年（ワ）第1653号）（甲43号証33頁）の判示からすると、仮に親と子の面会交流権が基本的人権でないと解釈されたとしても、憲法24条2項の解釈において、同条が「憲法上直接保障された権利とまではいえない人格的利益をも尊重すべきこと、両性の実質的な平等が保たれるように図ること、婚姻制度の内容により婚姻をすることが事実上不当に制約されることのないように図ること等についても十分に配慮した法律の制定を求めるものであり、この点でも立法裁量に限定的な指針を与えるものといえる。」と判示された点につき、「法の欠

「欠1」が憲法24条2項に違反しないかが問題となる。

そして、東京地裁令和3年2月17日判決は、以下のように判示しており、そこに判示された「人格的な利益」に、親と子との面会交流権も含まれることは明白である。親と子との面会交流権は、親と子が直接触れ合うことで双方が互いに成長するという、「親子の養育関係」そのものだからである。

東京地裁令和3年2月17日判決25頁（甲53）。

「親である父又は母による子の養育は、子にとってはもちろん、親にとっても、子に対する単なる養育義務の反射的な効果ではなく、独自の意義を有すものということができ、そのような意味で、子が親から養育を受け、又はこれをする事についてそれぞれ人格的な利益を有すということができる。しかし、これらの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り、その範囲で親権の帰属及びその行使と関連するものの、親である父と母が離婚をし、その一方が親権者とされた場合であっても、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、他方の親（非親権者）にとっても、子にとっても、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。」

そして、「法の欠1」により親子の人格的な利益である面会交流権が制限されているのであるから、本件立法不作為①が憲法24条2項に違反することは明白である。

ウ さらに、最高裁大法廷平成27年12月16日判決（平成26年（オ）第1023号、夫婦別姓訴訟）や大阪高裁平成30年8月30日判決（大阪高裁平成30年（ネ）第247号）において引用されている（甲44号証6頁）、同判決の原審である神戸地裁平成29年11月29日判決（神戸地裁平成28年（ワ）第1653号）（甲43号証33頁）の判示からすると、仮に親と子の

面会交流権が基本的人権でないとして、憲法24条2項の解釈において、同条が「憲法上直接保障された権利とまではいえない人格的利益をも尊重すべきこと、両性の実質的な平等が保たれるように図ること、婚姻制度の内容により婚姻をすることが事実上不当に制約されることのないように図ること等についても十分に配慮した法律の制定を求めるものであり、この点でも立法裁量に限定的な指針を与えるものといえる。」と判示された点につき、「法の欠缺2」が憲法24条2項に違反しないかが問題となる。

そして、原告らが訴状でイタリア民法（甲4の7）について述べたように、祖父母と孫との面会交流権は、子の父母に対する権利を補うものとして、祖父母や親族の役割が積極的に評価されている。それは、祖父母と孫との面会交流権が、孫の健全な成長のために有益な効果を生むと評価されていることを意味している。

さらに、原告らが訴状の5項「自由な面会交流権は、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」で主張したように、祖父母の面会交流権は親の面会交流権と対となり、互いに補完して孫（子）の福祉を保護し、実現する役割を果たしている。

とすると、祖父母と孫との面会交流権がそのような効果と役割を生むにも拘わらず、祖父母と孫の面会交流権が認められないことに、何ら合理的な理由は存在しない。「法の欠缺2」は法の下での平等を定めた憲法24条2項に違反していることは明白であり、その結果本件立法不作為②が憲法24条2項に違反することも明白である。

5 5項（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）について

(1) (1)（原告らの主張）について

原告らの主張内容は認める。

(2) (2)（被告の反論について）

ア 被告の反論は争う。

イ 第一段落について

原告らが上で述べたとおり，別居親等の面会交流権が憲法上保障されていることは明白であり，その結果「具体的な権利義務規定」の必要不可欠性や明白性も認められることは明白である。

付言すると，上でも引用したように，東京地裁令和3年2月17日判決は，「親である父又は母による子の養育は，子にとってはもちろん，親にとっても，子に対する単なる養育義務の反射的な効果ではなく，独自の意義を有すものといふことができ，そのような意味で，子が親から養育を受け，又はこれをする事についてそれぞれ人格的な利益を有すといふことができる。」「親である父と母が離婚をし，その一方が親権者とされた場合であっても，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，他方の親（非親権者）にとっても，子にとっても，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。」と判示している。その判示内容からすると，親と子の面会交流権が親による子の養育の一場面であり，親にとっても子にとっても人格的な利益であることは明白である。そしてその趣旨は祖父母と孫の面会交流権についても同じように該当するものである。

すると，別居親等の面会交流権が，憲法上「人格的な利益」として保障されていることは明白である。そして，東京地裁令和3年2月17日判決が，「当該人格的な利益は，他方の親（非親権者）にとっても，子にとっても，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。」と判示したのに対して，現在では「法の欠缺1」と「法の欠缺2」のために面会交流権が同居親の意思に依存し，容易に拒否される状態にあるのであるから，そのために制限されている「人格的な利益」を実現するための「具体的な権利義務規定」の必要不可欠性や明白性も当然に認められるものである。

ウ 第二段落について

(ア) 被告の主張は争う。

(イ) 被告は、「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。」と主張する。

しかしながら、原告らが訴状において、主張したように、①面会交流権が自由に、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面会交流権が自由に、円滑かつ滞りなく行われるための強制執行規定や制裁規定が設けられて入れば、「法の欠缺1」と「法の欠缺2」を補うことができ、親と子の自由な面会交流権や、祖父母と孫の自由な面会交流権が実現できるのである。

諸外国ではそれらの規定が、国会により制定された法律として存在していることは、原告らが訴状で多くの外国の立法例を引用したとおりである。以下では、それに加えて、さらに具体的な外国の立法例を引用する。

(ウ) ①面会交流権が自由に、円滑かつ滞りなく行われるための実体的権利義務規定について

原告らが訴状で引用した外国の立法例の外に、以下の立法例が存在している。

「国立国会図書館 離婚後面会交流及び養育費に係る法制度—米・英・仏・独・韓国—」7—9頁（甲59）

「IV ドイツ

2 面会交流の意義

親子関係法改正法（1997年制定）により、父母双方との面会交流は、原則として子の福祉のために必要であることを宣言し、それまで親の権利として位置付けられていた面会交流権を、子の権利並びにそれに対応する親の義務及

び権利として構成した。

ドイツ民法第1684条第2項は、「父母は、それぞれ、子と他方の親との関係を侵害し、または養育を妨げるあらゆることを行ってはならない。」と定め、フレンドリー・ペアレント・ルール類似の規定を設けている。

この規定は、面会交流の直接的な妨害はもちろんのこと、子が他方の親に対し悪い印象や拒絶感情を持つように吹き込むといった間接的な妨害行為を行うことも禁じていると解されている。」

「国立国会図書館 離婚後面会交流及び養育費に係る法制度—米・英・仏・独・韓国—」2—4頁（甲59）

「I アメリカ（カリフォルニア州）

「2 面会交流の意義

面会交流権は、身上監護権の有無を問わず親に与えられた権利とされている。

ただし、面会交流の態様の決定及び実施においては、子の福祉が重視される。例えば、州家族法では、両親の別居や離婚後も子が双方の親と頻繁かつ継続的な接触を維持することを保障することが州の政策であると宣言されている。

・ ・

4 両親が合意に至らない場合

離婚後も、共同監護とされた場合には、子の最善の福祉に有害でない限り、裁判所は主たる養育者ではない親に適切な面会交流権を与えなければならない。また、単独身上監護の場合でも、裁判所は、身上監護権のない親と子の面会交流を認めることを、身上監護権を有する親に命じることができる。」

「国立国会図書館 離婚後面会交流及び養育費に係る法制度—米・英・仏・独・韓国—」4—5頁（甲59）

「II イギリス（イングランド及びウェールズ）

2 面会交流の意義

面会交流権は、親責任に含まれる権利である。ただし、1996年家族法（Family Law Act 1996(c.27)）は、裁判所が面会交流の態様を判断する基準を定めるに当たって、親責任を有する父母との継続的な交流が子の福祉に資するとの基本理念を明記しており、判例においても交流は子の権利であることが認められているといわれる。

・ ・

4 両親が合意に至らない場合

「子の処遇に関する陳述書」の記載事項について父母に争いがある場合や父母が提出した陳述書が子の福祉に反すると判断された場合には、裁判所が内容を決め、命令（交流命令、居所命令等）を出す。」

「国立国会図書館 離婚後面会交流及び養育費に係る法制度—米・英・仏・独・韓国—」5－7頁（甲59）

「Ⅲ フランス

2 面会交流の意義

フランス民法典において、面会交流権は親権行使の態様の一つとして位置付けられている。ただし、フランス民法典上、「父母のそれぞれは、子との人格的關係を維持し、子と他方の親との絆を尊重しなくてはならない。」と規定されており、父母はカップルとしての關係を解消した後も子の親としての關係は継続すべきであり、双方の親と關係を維持することが子の利益に適うという理念が、離別家庭の子どもの問題に関わる人々の間で広く共有されるようになったといわれている。

3 子の養育に関する合意

非同居親の訪問権及び宿泊権は、共同親権の場合には当然に、単独親権の場合には子の健康、道徳、安全を危うくする重大な事由がない限り、認められる。

また、民法典の2002年改正により、子の交替居所制度（子どもの居所について、両親の居所の間を交替で子が行き来する形態を認める制度）が導入されたことから、子の居所を交替居所とするか単独居所とするか、単独居所とする場合には訪問権及び宿泊権の態様をどのようにするかも合意の内容に含まれる。

4 両親が合意に至らない場合

両親が合意に至らない場合には、父母どちらかの申立てに基づき裁判所が子に関する約定を定めることとなる。その際の考慮事項に、フレンドリー・ペアレント・ルールを参考にした、父母の「自らの義務を果たし、かつ、他方の親の権利を尊重する姿勢」という項目がある。」

「国立国会図書館 離婚後面会交流及び養育費に係る法制度—米・英・仏・独・韓国—」9-11頁（甲59）

「V 韓国

2 面会交流の意義

1990年改正により、面会交流を、子を直接養育しない父又は母の権利と定める規定が新設された。更に、2007年改正により、面会交流の権利主体に子が加えられた。」

(エ) 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

例えば、訴状161頁で引用したように、アメリカのカリフォルニア州では、面会交流権を行うべきかどうか紛争となった場合について、以下のように解決を行う規定が設けられている。このような規定を設けるだけで、子と別居親等との面会交流は実現され、子と別居親等は、人格権、幸福追求権、教育権等の基本的人権や人格的な利益を享受できるのであるから、日本の法律制度におい

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紛争解決の手續規定が設けられていないことは明白である。そして、被告が主張する

「面会交流に関する立法の不作为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。」との内容が認められないことも明白である。

一般財団法人比較法研究センター『各国の離婚後の親権制度に関する調査研究業務報告書』（甲2）

山口亮子「アメリカにおける離婚後の親権制度」113頁（甲2の4）

「2 親子の交流の例外一面会交流の制限

（1）立法による制限

カリフォルニア州法が、「その面会交流が子どもの最善の利益に害であるとの証明がない限り、裁判所は親に相当な面会交流を付与しなければならない

（Cal. Fam. Code § 3100(a）」と定めているように、別居後及び離婚後の親子の交流はいずれの州においても基本的に認められており、面会交流に反対する監護親は有害性の立証を行わなければならない。」

(オ) 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強制執行規定や制裁規定について

原告らが訴状で引用した外国の立法例の外に、以下の立法例が存在している。

「国立国会図書館 離婚後面会交流及び養育費に係る法制度—米・英・仏・独・韓国—」2-4頁（甲59）

「I アメリカ（カリフォルニア州）

5 合意実施の強制手段

(1) 面会交流実行の強制手段

面会交流実行のための民事的強制手段としては、面会交流を妨害する親に対して子の取戻費用の担保金の積立てを命じる裁判所命令、子の居所変更通知義務を課す裁判所命令、養育計画が裁判所の決定により確定していることに基づく裁判所侮辱による最長240時間の社会奉仕活動又は収監等が定められているほか、前述のフレンドリー・ペアレント・ルールに基づく監護者変更の申立てや慰謝料請求訴訟の申立てを行うことも可能である。

また、面会交流の合意に反した場合の刑事的制裁として、誘拐罪による1年以下の拘禁刑又は1,000ドル以下の罰金が定められているほか、裁判所侮辱罪による罰金又は拘禁刑も課され得る。」

「国立国会図書館 離婚後面会交流及び養育費に係る法制度—米・英・仏・独・韓国—」4—5頁（甲59）

「II イギリス（イングランド及びウェールズ）

5 合意実施の強制手段

(1) 面会交流実行の強制手段

面会交流実行のための民事的強制手段としては、交流命令を求める申立て、履行命令（従わない場合は最長200時間の無償労働が課される）を求める申立て、裁判所命令に基づく履行の監視、履行命令に従わない者に対する相手方の面会交流費用等の損害賠償命令、裁判所命令に基づく裁判所職員又は警察官による子の取戻し、履行命令違反に対する2か月以下の収監又は1日当たり50ポンド以下の過料（履行するまでの間）若しくは総額5,000ポンド以下の過料等がある。

また、面会交流の合意に反した場合の刑事的制裁として、法廷侮辱罪による2年以下の拘禁刑又は2,500ポンド以下の罰金が課され得る。」

「国立国会図書館 離婚後面会交流及び養育費に係る法制度—米・英・仏・

独・韓国一」 5－7頁（甲59）

「Ⅲ フランス

5 合意実施の強制手段

(1) 面会交流実行の強制手段

面会交流実行のための民事的強制手段としては、居所変更通知義務や債務履行遅滞による金銭支払命令がある。

また、面会交流の合意に反した場合の刑事的制裁として、1か月以内に居所変更を通知しなかったことによる6か月以下の拘禁刑又は7,500ユーロ以下の罰金や子の引渡し拒否罪による1年以下の拘禁刑又は15,000ユーロ以下の罰金がある。」

「国立国会図書館 離婚後面会交流及び養育費に係る法制度一米・英・仏・独・韓国一」 7－9頁（甲59）

「Ⅳ ドイツ

5 合意実施の強制手段

(1) 面会交流実行の強制手段

面会交流実行のための民事的強制手段としては、裁判所による交流保護命令（面会交流実行のための子の引渡しを要求し、交流の間の子の居所を定める、期限付きの命令）、子に関する情報提供請求権、民法上の子の引渡し・返還請求、裁判所決定による秩序拘禁又は25,000ユーロ以下の過料、執行の直接強制（子に対する直接強制直の行使を除く。）、妨害する親からの身上配慮権の剥奪、共同配慮の取りやめ、父母の一方への単独配慮権委譲がある。

また、面会交流の合意に反した場合の刑事的制裁として、策略による子の奪取に対し、未成年者を隔離した罪による5年以下の拘禁刑又は罰金が規定されている。」

「国立国会図書館 離婚後面会交流及び養育費に係る法制度―米・英・仏・独・韓国―」 9－11頁（甲59）

「V 韓国

5 合意実施の強制手段

(1) 面会交流実行の強制手段

面会交流実行のための民事的強制手段としては、面会交流の実施に関する協議に違反した親に対する履行命令、義務の不履行に対する過料（1000万ウォン）がある。

また、面会交流の合意に反した場合の刑事的制裁として、保護・養育していない一方の親が暴行、脅迫又は違法な有形力を行使して子を奪取した場合の未成年者略取誘拐罪が規定されている。」

エ 第三段落について

(ア) 被告の主張は争う。

(イ) 原告らが訴状153頁以下「7 現在の面会交流権の運用の問題点について」で主張したとおり、「法の欠缺1」及び「法の欠缺2」が原因となり、同居親の同意が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。

それは、現在の民法766条1項が、「父母が協議上の離婚をするときは、
・父又は母と子との面会及びその他の交流・その他の子の監護について必要な事項は、その協議で定める。この場合においては、子の利益を最も優先して考慮しなければならない。」と「協議で定める。」とのみ規定するだけで、
①面会交流権が自由に、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續規定、
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強制執行規定や制裁規定を設けていないから生じている事態である。

具体的に述べると、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

えて、家庭裁判所に、「子の監護に関する処分」（家事審判手続法別表第2の3項）の一内容として、監護親に対し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しても、裁判所は、同居親が同意している範囲の内容でしか審判を出さないことが通常である（同居親が同意していない内容の審判を出しても、その内容を同居親が拒否すれば履行が実現できないから、意味がないからである。そのように裁判所が考えるのは、次の段落で述べるように、面会交流権についての強制執行規定や制裁規定が設けられていないことも理由となっている。やはり、同居親が同意していない内容の審判を出しても、その内容を同居親が拒否すれば履行が実現できないから、意味がないからである。）。

また、被告は最高裁判所平成25年3月28日第一小法廷を引用して、「当該審判に基づき間接強制をすることができる。」と主張するが、これも原告らが訴状の178頁以下で以下のとおり主張したように、間接強制制度や、民法の不法行為に基づく損害賠償制度は、本来面会交流権の履行確保のために設けられている制度ではなく、制度の借用にすぎないため、面会交流権の履行は実現できないのである。

原告らの訴状178頁以下の主張の要旨を以下で再び主張する。

「④同居親が、別居親と子との面会交流権の合意や審判を遵守しなくても強制執行が困難である。

④について、家裁調査官による履行勧告は強制力がない。間接強制は認められるための要件が厳格であり（最高裁平成25年3月28日決定）当然には認められない。また仮に間接強制が認められても、金銭が支払われるだけで、実際に面会ができるわけではない。損害賠償請求も認められるためには民法709条の要件を満たすことが必要である。また仮に損害賠償請求が認められても、金銭的な賠償を得るだけであり、実際に面会ができるわけではない。現行法における間接強制制度や不法行為に基づく損害賠償制度は、面会交流権の実現のためには不十分な制度である。それらは元々面会交流権の実現のために設けら

れた制度ではなく、それらの制度の借用では面会交流権は実現できないのである。

この点につき、『子どものための法律と実務』19頁（執筆者：西岡清一郎（東京家庭裁判所長））（甲41）では、以下の指摘がされている。

「また、面会交流についてみると、相手方が審判に応じなかった場合には、履行勧告、間接強制といった方法しか残されておらず、その実現には困難が伴うと言わざるを得ない状況にある。」

『同書』111頁（執筆者：進藤千絵（大阪地方裁判所判事）他）（甲41）では、以下の指摘がされている。

「(7) 面会交流の履行の確保

ア 履行勧告

他方、義務者が勧告に応じない場合は義務の履行を強制することはできず、履行勧告によって調停や審判の内容を変更することはできないなど限界もある。履行勧告が功を奏しない場合には、後述する間接強制や改めて調停を申し立てることが必要になる。」

この点につき、最高裁平成25年3月28日決定は、「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。」としつつも、「性質上、間接強制をすることが出来ないものではない。」と判示した上で、①面会交流の日時又は頻度、②各回の面会交流時間の長さ、③子の引渡しの方法の3つの要素により、監護親（同居親）の義務の内容が特定しているといえる場合は、間接強制が可能であると判示した。

その判示内容は、逆を言えば、それらの要件を備えていない場合には、間接強制すらできないということである。

なお、東京地裁令和元年（2019年）11月22日判決は、両親との面会妨害行為を行った長女と次女2人に対して三女が損害賠償を求めた事件におい

て、「親と面会交流したいという子の素朴な感情や、面会交流の利益は法的保護に値する」として賠償命令を出した（甲 8）。ところが、それを報じた日本経済新聞の記事において、三女側の弁護士は、同判決を「親に不法に会わせない行為に対し、賠償を得られることが明確になった。」と評価する一方で、「面会を実現させる命令までは現行法では困難で最大の問題として残る。」と指摘している（甲 8）。その指摘内容は、仮に損害賠償請求が認められても、金銭的な賠償を得るだけであり、実際に面会ができるわけではないことを意味している。それも、現行法においては、面会交流権が自由に、円滑かつ滞りなく行われるための強制執行や制裁規定が設けられていないために生じている問題点である。」

オ 第四段落について

被告の主張は争う。

被告は、「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。」と主張するが、原告らが上で述べたように、面会交流権を実現する為には、新たな立法措置を執ることが必要不可欠であることは明白である。

6 6 項（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）

(1) 第一段落について

被告の主張は争う。

原告らが既に主張したとおり、別居親等の面会交流権は憲法上保障された権利である。

(2) 第二段落について

被告の主張は争う。

国会議員が執るべき立法措置は上で外国の立法例を引用して、原告らが既に主張したとおりである。

(3) 第三段落について

被告の主張は争う。

原告らの「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。」との主張は、訴状第2の5（143頁以下）に主張したとおりである。面会交流権が実現することで、離婚後単独親権制度により未成年者が不利益を受けることを防ぐ効果があることは、そこで詳細に主張したとおりである。それにも拘わらず、未成年者の不利益を放置している本件立法不作為①及び本件立法不作為②が国賠法上違法となることは明白である。

被告は、「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。」と主張するが、親権者の死亡等のため未成年者に対し親権を行う者がいない場合に、家庭裁判所は、申立てにより、未成年後見人を選任するのであり（民法840条1項）、その申立と選任がされるまでの間、未成年者は後見人が存在しない状態が続くのである。別居親や祖父母と未成年者との面会交流権が円滑に行われていれば、例えば未成年者の親権者である同居親が不慮の事故でなくなるなど、未成年者に親権者がいなくなった事態に対して迅速かつ適切な対応を行うことができ、その結果、未成年者の利益や福祉が実現されることは明白である。

第2 被告提出令和3年4月26日付準備書面（1）「第3 結語」について

被告の主張は争う。

第3 被告提出令和3年4月26日付準備書面（1）「第4 求釈明」について

第4 原告らの主張

1 原告らは、本件訴訟で主張している「親と子の自由な面会交流権」と「祖父

母と孫の自由な面会交流権」を実現するために、以下の法制度の設立が可能であることを主張する。それは、国会（国会議員）が負っている立法義務の一内容に、その法制度も含まれることを意味している。

- 2 原告らが法制度の設立が可能であると主張するのは、「親子審判制度」である。
- 3 「親子審判制度」は、既に設立されている労働審判制度と同様に、申立から数か月以内で、原則として3回の期日で当事者（両親）の合意が成立することを模索し、合意が成立しない場合には裁判所による判断が行われることを念頭に置いた制度である（労働審判法15条2項及び労働審判規則13条参照。）。
- 4 「親子審判制度」は、別居して子を連れて出ることを希望する親と、その配偶者及び子が申立権者となる。
- 5 「親子審判制度」では、両親から子の養育計画案の提出を義務付け、両親と子の意見を聞いた上で、子の主たる監護者を決める一方、非監護親には自由面会交流権を付与することを原則とする。

その際、非監護者となる親の父母（子の祖父母）も原則として自由面会交流権を有することを相互に確認する。

また、養育費の金額を決めることを原則とする。子については、原則として子どもの手続代理人が就任する。

- 6 「親子審判制度」を設立した場合でも、配偶者からの暴力の被害を受けている者は、例外的に救済される（ハーグ条約13条は、「前条の規定にかかわらず、要請を受けた国の司法当局又は行政当局は、子の返還に異議を申し立てる個人、施設又は他の機関が次のいずれかのことを証明する場合には、当該子の返還を命ずる義務を負わない。・・・b 返還することによって子が心身に害悪を受け、又は他の耐え難い状態に置かれることとなる重大な危険があること。」参照。）。

そのような例外的に救済される場合でないにも拘わらず、子を連れ去った親

は、特段の事情がない限り、「親子審判制度」における主たる監護者決定の評価において不利益に扱われるだけでなく、後の監護者変更や親権者決定の評価においても不利益に扱われる。

7 子の主たる監護者に指定された親が、非監護者と子との面会交流を正当な理由（特段の事情）なく制限した場合には、後の監護者変更や親権者決定の評価において不利益に扱われる可能性がある。

8 この「親子審判制度」の結果に不服な者は、現在行われている監護者変更調停や面会交流調停を申し立てることができる。

9 この「親子審判制度」が設立されることにより、①子の連れ去りが原則的に許されなくなり、かつ②親子の面会交流は自由であることが原則で、その面会交流が子の福祉を害するなど正当な理由（特段の事情）があると主張する者が、その証拠を裁判所に提出して争う立場になる。そして③親責任を有する父母との継続的な交流が子の福祉に資するとの基本理念を実現することができる。

10 原告らが既に引用している甲13号証は、心理学者による心理学的調査から、子どもが別居親と交流を持つことは、親への信頼感において重要な要因となることが確認されたこと、また、別居親と子どもが満足するような面会交流がされている方がそうでない場合よりも、自己肯定感や環境への適応の得点が高いことも明らかになったこと、つまり、子どもが別居親と交流を持つ機会が多い子ほど、自己肯定感が高く、また他者とのコミュニケーション能力も高いことが報告されている。さらにその結果は、離婚後も別居親が親としての役割を継続していくことが、子どもの経済的・心理的な支援につながっていくことが示されたことが報告されている。「親子審判制度」は、そのような心理学的な効果において、子の利益や子の福祉、さらには子の健全な成長を生み出す制度であることは明白である。

11 「親子審判制度」が設立されることにより、①子の連れ去りが原則的に許されなくなり、かつ②親子の面会交流は自由であることが原則となる。その結

果，子の利益や子の福祉，さらには子の健全な成長が生まれることになる。

以上