

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(2)

令和3年11月30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	市 原 麻 衣
君 塚 知 弥 子	(印)
服 部 文	手 取
波 多 野 紀	夫
藤 田 直 規	(印)
西 臨 太 郎	(印)
生 部 雅 敏	服
山 本 勇 治	月 取

第1 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など ..... 4

1 親子等の面会交流権は憲法上保障される権利ではないこと ..... 4

2 親子等の面会交流権が「前国家的・始原的な自然権に由来する」憲法上の権利である旨の原告らの主張には理由がないこと ..... 4

3 最高裁昭和59年7月6日第二小法廷決定・集民142号273ページ（以下「最高裁昭和59年7月決定」という。）及び児童の権利に関する条約（以下「児童の権利条約」という。）に関する原告らの主張には理由がないことなど ..... 7

4 旭川学力テスト判決に関する原告らの主張には理由がないこと ..... 11

5 祖父母と孫との面会交流権が基本的人権又は人格的利益として保障されている旨の原告らの主張には理由がないこと ..... 15

6 憲法13条に関する主張の小括 ..... 17

第2 本件立法不作為①及び本件立法不作為②が憲法14条1項に違反しないこと ..... 18

1 面会交流について、同居親と別居親等との対比はできないため、本件立法不作為①及び本件立法不作為②は憲法14条1項に違反しないこと ..... 18

2 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、その差異が法的な差別的取扱いであるとは認められないから、本件立法不作為①及び本件立法不作為②は憲法14条1項に違反しないこと ..... 18

3 憲法14条1項に関する主張の小括 ..... 20

第3 本件立法不作為①及び本件立法不作為②が憲法24条2項に違反しないこと ..... 21

第4 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 ..... 22

第5

—23

第6 結語

—24

被告は、本準備書面において、原告らの令和3年7月20日付け準備書面(1)（同年8月4日付け準備書面(1)訂正申立書及び同月10日付け準備書面(1)訂正申立書による訂正後のもの。以下「原告ら準備書面(1)」という。）に対し、必要な範囲で反論する。

なお、略語は、本準備書面に新たに定義するもののほか、従前の例に従う。

第1 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など

1 親子等の面会交流権は憲法上保障される権利ではないこと

原告らが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  
ことについては、被告の令和3年4月26日付け準備書面(1)（以下「被告準備書面(1)」という。）13ないし14ページで述べたとおりである。

加えて、「面会交流権は、子の利益の実現としての側面をも併せ持つ、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」旨の控訴入らの主張に対し、「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、控訴入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。」と判示し、控訴入らの各控訴をいずれも棄却した東京高裁令和2年判決が、令和3年7月7日、上告棄却・上告不受理決定により確定していることからすれば（乙2）、原告らが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は、一層明らかである。

2 親子等の面会交流権が「前国家的・始原的な自然権に由来する」憲法上の権利である旨の原告らの主張には理由がないこと

(1) 原告らの主張

原告らは、親子等の面会交流権は、「それぞれにとっての基本的人権である。」ところ、「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。」とし（原告ら準備書面(1) 3 ページ）、親子等の面会交流権が「前国家的・始原的な自然権に由来する」権利である旨主張する（同書面1 2ないし1 3 ページ）。

(2) 原告らの主張には理由がないこと

ア しかしながら、一般的に、ある事柄が、人が人として生きていく中で前国家的ないわゆる自然状態において有すべきものであるからといって、直ちにその事柄について権利が発生するというものではないから、原告らの主張には飛躍があるといわざるを得ない。

イ また、原告らは、原告らの主張する親子等の面会交流権が、「前国家的・始原的な自然権に由来する」権利であるといえるのかについて、法的な根拠に基づく合理的な説明をしておらず、原告らの主張には理由がない。この点、原告らは、「監護教育権」が「前国家的・始原的な自然権」であることを前提に、「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、（中略）面会交流権が前国家的・始原的な自然権に由来する」旨主張する（原告ら準備書面(1) 1 2 ページ）。しかし、民法上、監護権とは、一般的には親権の一内容であると理解されており、親権は、未成年の子を健全な一人前の社会人として育成すべく養育保護する職分であって、そのために親に認められた特殊の法的地位であり（於保不二雄ほか編「新版注釈民法(25) [改訂版]」53 ページ）、「権」という用語を用いてはいるものの、その概念は、民法上に規定された他の権利とは異なる独特のものである。すなわち、未成熟の子と親との関係を、市民法的な非対等なものであるところ、このような非対等な人間関係を、市民法的な権利・義務の概念を用いて規律しようとすることには無理があり、子に対

する親の権利というより、親の社会的責務とでもいべきものである（内田貴「民法IV親族・相続（補訂版）」209ないし210ページ）。そして、監護権の内容として理解される監護教育は、あくまで子の利益・福祉のために行われなければならない。監護教育の職分を不当に行使したり、又は行使しなかったりして、子の利益を害する場合には、親権喪失（民法834条）や親権停止（民法834条の2）の審判がされ得る（「新基本法コンメンタール親族（第2版）」243ページ）。また、監護教育義務の懈怠によって、損害賠償責任が生じることもあり得る（大阪高裁平成4年1月30日判決・判例タイムズ788号205ページ参照）。

原告らは、注釈民法の記載を根拠に、民法820条が規定する「監護教育権」が「前国家的・始原的な自然権」として憲法上保障されており、その一場面としての面会交流権も憲法上保障されていると主張するようであるが（原告ら準備書面(1)11ないし13ページ）、前記のとおり、親権は親の「職分」や「社会的責務」であると理解されており、同条も親権の一内容として監護権について定めた規定にすぎないから、同条が定める監護権の内容に前国家的な自然状態に由来する性質のものが含まれているかといつて、同条が、監護権が基本的人権であることを前提にした規定であるとは到底いうことができないし、原告らが引用する注釈民法の該当箇所（甲26・76ページ）も、親権や監護権、又は「監護教育権」が憲法上の基本的人権であるという理解の下で記載されているものとは解されない。

したがって、注釈民法の記載を根拠に、「監護養育権」が憲法上の権利であることを前提として、面会交流権が憲法上の権利であるとする原告らの主張には理由がない。

### (3) 小括

以上のとおり、親子等の面会交流権が「前国家的・始原的な自然権に由来

する」憲法上の権利である旨の原告らの主張には理由がない。  
最高裁昭和59年7月6日第二小法廷決定・集民142号273ページ（以下「最高裁昭和59年7月決定」という。）及び児童の権利に関する条約（以下「児童の権利条約」という。）に関する原告らの主張には理由がないことなど

### (1) 原告らの主張

(2) 原告らの主張には理由がないこと

2) 原告らの主張には理由がないこと  
ア しかしながら、第一に、法改正があったからといって、当該法律に関し最高裁決定が示した規範の妥当性が当然に失われるものではないから、原告らの主張には理由がない。この点をおいても、最高裁昭和59年7月決定時も、子の監護に関する処分を行うにあたって子の福祉を優先すべきことは当然の前提とされていたから、原告らの主張はその前提を欠くものである（乙3・91ページ）。

イ 第二に、児童の権利条約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。」と規定するが、それに續いて、「ただし、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は、この限りでない。」と規定している。また、同条3項も、締約国は「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。」と規定するにとどまる上、それに「児童の最善の利益に反する場合を除くほか」との留保を付している。民法819条2項による離婚後単独親権制度や、同制度に伴う面会交流の現状が、これら児童の権利条約の規定に違反しているとの原告らの主張は、上記ただし書及び留保を含めた各規定の趣旨を踏まえないものである。

また、児童の権利条約18条1項は、「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よう、締約国が最善の努力を払うことを規定したものにすぎない。

これらの点に関し、東京高裁令和2年判決（前記のとおり、同判決は上告棄却・上告不受理決定により確定している。）は、「同条約9条1項は、面会子が親から引き離されることのできる場合を限定した規定であって、面会交流について定めたものとみることはできない。また、同条約9条3項は、あくまで子の面会交流の権利を尊重する旨の規定にすぎないと解され、同項と9条1項を併せてても、別居親の面会交流権を保障したものとは解されない」旨判示している。

また、同判決は、「(引用者注：児童の権利条約) 3条2項及び9条1項については、その文言上面会交流について定めたものとみることはできない。同条3項については、別居親と子との交流について規定する条項であるところ、同項は、父母の一方と分離されている児童について、『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。』と定めており、あくまで児童の別居親との面会交流の権利を尊重する旨を定めているにすぎず、別居親に対して直接権利を保障する旨の文言はなく、児童に与えられる権利の内容も具体的で明白とはいえないから、

同条約が、国内法による補完ないし具体化といった措置を執ることなく国内において適用可能なものとはいはず、あくまで子の面会交流の権利を尊重する旨約したものにすぎないと解される。」旨判示している（第一審である東京地裁令和元年11月22日判決（判例秘書登載L07430295。以下「東京地裁令和元年11月判決」という。）を引用。）。

さらに、東京高裁令和3年10月28日判決（乙4。以下「東京高裁令和3年10月判決」という。）は、事案を異にし、また、我が国の法整備の状況が締約国が負っている条約上の義務に違反しているか否かという観点からの判示と解されるが、児童の権利条約9条1項、3項及び18条1項が、親子の分離を防止し、別居後の交流を確保する法制度の構築を締約国に求めているのに、民法819条2項が、裁判上の離婚により親権を失った親から子が分離され、その交流の機会が限定的なものに制限されることを容認している点で、同条約に違反する旨の原告の主張に対し、「児童の権利に関する条約9条1項、3項及び18条1項（中略）の規定の内容は、

（中略）児童の権利委員会の総括所見（中略）にかかわらず、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」旨判示している（第一審である東京地裁令和3年2月17日判決（判例秘書登載L07630035。以下「東京地裁令和3年2月判決」という。）を引用。）。

なお、原告らは、「憲法98条2項（中略）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。」旨主張する（原告ら準備書面(1)15ページ）が、東京高裁令和2年判決は、「特定の条約が、

国内法による補完ないし具体化といった措置を執ることなく、直接個人の所属国に対する権利を保障するものとして、国内の裁判所において適用可能であるというためには、当該条約によって保障される個人の権利内容が条約上具体的で明白かつ確定的に定められており、かつ、条約の文言及び趣旨等から解釈して、個人の権利を定めようという締約国の意思が確認できることが必要であると解するのが相当である。」とした上で、前記のとおり、児童の権利に関する条約9条1項、3項については、国内法による補完ないし具体化といった措置を執ることなく国内において適用可能なものとはいはず、あくまで子の面会交流の権利を尊重する旨約したものにすぎないと判示しており（東京地裁令和元年1月11月判決を引用。）、その判断は正当であって、原告らの上記主張には理由がない。

ウ その他、原告らは、東京高裁令和2年判決について、「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、（中略）本件訴訟とは事案を異にしていることは明白である。」旨主張する（原告ら準備書面(1) 16ページ）。

しかしながら、本件において、原告らは、親の子に対する面会交流権が憲法上の権利である旨主張しているところ、この点において、同判決が本件にも妥当することは明白であり、事案を異なるものでもないことはもとより、同判決の原告らに子が含まれていないこと自体は、子の親に対する面会交流権が憲法13条により保障されている旨の原告らの主張の根拠になり得るものではない。むしろ、同判決の「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。」との判示からすれば、その趣旨は、子の別居親との面会交流権についても妥当するというべきである。すなわち、同判決の上記判示及び「面会交流の

法的性質についての議論の状況は、これを子の権利として構成する見解、親権・監護権の一部と解する見解、親の権利であるとともに子の権利であるとする見解があり、さらに、過去の有力説として、面会交流権を法的に承認することは、かえって子の利益に反するとして、権利性を否定する見解も紹介されるなど、（中略）議論が一義的に定まっているとは評価し難い。」との判示（東京地裁令和元年1月11月判決の引用。）からも明らかなとおり、面会交流の法的性質や権利性については議論があり、一義的に定まった見解があるわけではなく、子が別居親との面会交流権を有していることもまた明らかであるとはいえないから、子の別居親との面会交流権が憲法上の権利として保障されていると解することも困難である。

なお、東京高裁令和3年1月10月判決は、「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（中略）とは本質を異にするというべきである。また、親権を、その行使を受ける子の側から検討をしても、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、憲法上はもちろん、民法上も、子が親に対し、具体的にいかなる権利を有するかも詳らかでないから、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ない旨判示している（東京地裁令和3年2月判決の引用〔傍点は引用者による。以下同じ。〕）。

エ 以上のとおり、原告らの前記各主張には理由がない。

#### 4 旭川学力テスト判決に関する原告らの主張には理由がないこと

##### (1) 原告らの主張

原告らは、「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。」旨主張する（原告ら準備書面(1)27ないし29ページ）。

## (2) 原告らの主張には理由がないこと

ア しかしながら、旭川学力テスト判決は、国が有する子どもに対する教育内容の決定権能の範囲を判示したものであり、当該決定権能の範囲を画する観点から、子どもの教育の結果に利害と関心をもつ関係者ら（親、教師、地方公共団体、国家等）の意見の対立の解決は、それぞれの主張の憲法上の根拠に照らして各主張の妥当すべき範囲を画するのが最も合理的であるとして、親が一定の範囲において子に対する教育の自由を有する旨を判示したのであって、親の教育の自由が憲法26条により保障されているものとは判示していない。憲法上、教育を受ける権利の内容は、子どもの学習権を保障したものと解されており（芦部信喜著「憲法第七版」283ページ）、旭川学力テスト判決は、このような子どもの教育を受ける権利に対応して、親は一定の範囲においてその子女の教育の自由を有すると判示しているのであるから、原告らのいう「親の教育の権利」の存在を認めたものとは解されない。以下、判示内容を引用し、詳述する。

まず、旭川学力テスト判決は、憲法26条について、親に対し、その子女に普通教育を受けさせる義務を課すことなどを宣言したものであると判示しつつ、同規定の解釈として、「子どもの教育は、教育を施す者の支配的権能ではなく、何よりもまず、子どもの学習をする権利に対応し、その充足をはかりうる立場にある者の責務に属するものとしてとらえられている」と判示しており、教育を受ける権利の内容が、子どもの学習権を保障したものであり、親や国は、その充足をはかる立場の者として、子どもの学習をする権利に対応して、その教育を施す責務を果たすために、子どもの教

育をする権能を有するものであることを明らかにしている。

また、同判決は、憲法26条が、子どもに与えるべき教育の内容について、いずれの者により、どのように決定されるべきかなどについて、直接一義的に決定していると解すべき根拠はない旨を明示した上で、「思うに、子どもはその成長の過程において他からの影響によって大きく左右されるいわば可塑性をもつ存在であるから、子どもにどのような教育を施すかは、その子どもが将来どのような大人に育つかに対して決定的な役割をはたすものである。それ故、子どもの教育の結果に利害と関心をもつ関係者が、それぞれその教育の内容及び方法につき深甚な関心を抱き、それぞれの立場からその決定、実施に対する支配権ないしは発言権を主張するのは、極めて自然な成行き」ということができる。子どもの教育は、前述のように、専ら子どもの利益のために行われるべきものであり、本来的には右の関係者らがその目的の下に一致協力して行うべきものであるけれども、何が子どもの利益であり、また、そのために何が必要であるかについては、意見の対立が当然に生じうるのであって、そのために教育内容の決定につき矛盾、対立する主張の衝突が起こるのを免れることができない。憲法がこのような矛盾対立を一義的に解決すべき一定の基準を明示的に示していないことは、上に述べたとおりである。そうであるとすれば、憲法の次元におけるこの問題の解釈としては、右の関係者らのそれぞれの主張のよって立つ憲法上の根拠に照らして各主張の妥当すべき範囲を画するのが、最も合理的な解釈態度というべきである。」とし、「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、また、私学教

育における自由や前述した教師の教授の自由も、それぞれ限られた一定の範囲においてこれを肯定するのが相当であるけれども、それ以外の領域においては、一般に社会公共的な問題について国民全体の意思を組織的に決定、実現すべき立場にある国は、国政の一部として広く適切な教育政策を樹立、実施すべく、また、しる者として、憲法上は、あるいは子ども自身の利益の擁護のため、あるいは子どもの成長に対する社会公共の利益と関心にこたえるため、必要かつ相当と認められる範囲において、教育内容についてもこれを決定する権能を有するものと解さざるをえず、これを否定すべき理由ないし根拠は、どこにもみいだせないのである。」と判示している。

以上のとおり、旭川学力テスト判決は、親が子どもの教育を受ける権利に対応する形で一定の教育の自由を有するが、その内容については、主として家庭教育や学校選択の自由等に表れると抽象的に示すにとどまり、むしろ、憲法が、国の教育内容の決定権能の範囲を一義的に画するような基準を明示的に示していない旨を判示しているといえるのであって、親の教育の自由が、具体的な憲法上の権利ないし自由として保障されたものであると判示しているとはいえない。

イ 旭川学力テスト判決の最高裁判所調査官解説は、この点について、「教育に関しては、親、教師、地方公共団体、国家等さまざまの者がさまざまの形でこれに関係するが、それは、すべて究極においては、前記のような（引用者注：教育が子どもの人格の完成をめざすものとして子どもの学習をする権利を中心として考えられること）教育を受ける権利の十分な実現を目的とするものとして理解されなければならない。したがって、これらの者の教育に関する権能は、その者自身の固有の利益のために存在するものではなく、国民特に子どもの学習をする権利を保障するためのものであるというべきであろう。」「このような理解に立って考えると、親の教育につい

ての機能も権利というよりはむしろ子どもの学習する権利を保障すべき責務という実質を持つものといわなければならない（民法の「親権」も現在では義務的色彩の強いものとして理解されている。）。（今井功・最高裁判所判例解説刑事篇昭和51年度・213ページ参照）としている。

ウ また、東京高裁令和2年判決（前記のとおり上告棄却・上告不受理決定により確定している。）も、控訴人が旭川学力テスト判決等を根拠に憲法26条により親の子に対する監護養育の権利が保障されているとの主張について、旭川学力テスト判決は、「子の教育の最も基本的な形態が親の監護としてあらわれるという社会的事実を指摘するにとどまり、それ以上に憲法上の権利として監護権や面会交流権が保障されていることを判示する趣旨とは認められない」としている。

エ 以上によれば、旭川学力テスト判決は、憲法上、原告らが主張するような「親の子に対する教育権」が保障されていることを認めたものとは解されない。

### (3) 小括

以上のとおり、旭川学力テスト判決に関する原告らの主張には理由がない。

5 祖父母と孫との面会交流権が基本的人権又は人格的利益として保障されている旨の原告らの主張には理由がないこと

#### (1) 原告らの主張

原告らは、「祖父母と孫との触れ合いの時間とその思い出は、祖父母にとつ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」ことから、「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。」旨主張し（原告ら準備書面(1) 6ない

レ7, 22ページ), 「最高裁令和3年3月31日決定(引用者注: 最高裁令和3年3月29日第一小法廷決定〔判例秘書登載L07610016〕の誤りであると思料する。)の判示内容」及び家族法研究会の提言内容(甲57)は、「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」という原告らの主張に適合するものである旨(原告ら準備書面(1)22ないし24ページ)主張する。

## (2) 原告らの主張には理由がないこと

原告らが主張する祖父母と子との面会交流を含む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については、被告準備書面(1)13ないし14ページ及び前記1で述べたとおりであり、前記(1)の原告らの主張は、その前提を欠く。この点をおいても、原告らは、祖父母と孫の交流に関する一般的な事実上の利点を述べるにすぎず、祖父母と孫との面会交流権が憲法上の権利として認められ得る法的な根拠を示していないから、前記(1)の原告らの主張には理由がない。

また、最高裁令和3年3月29日第一小法廷決定(判例秘書登載L07610016。以下「最高裁令和3年3月決定」という。)は、未成年者の祖父母が、未成年者の父に対し、未成年者との面会交流について定める審判を申し立てた事案において、原審が「父母以外の事実上子を監護してきた第三者が、子との間に父母と同視し得るような親密な関係を有し、上記第三者と子との面会交流を認めることができが子の利益にかなうと考えられる場合には、民法766条1項及び2項の類推適用により、子の監護に関する処分として上記の面会交流を認める余地がある。」と判示したのに対し、「同条(引用者注: 民法766条)2項は、同条1項の協議の主体である父母の申立てにより、家庭裁判所が子の監護に関する事項を定めることを予定しているものと解される。他方、民法その他の法令において、事実上子を監護してきた第三者が、家庭裁判所に上記事項を定めるよう申し立てることができる旨を定め

た規定はなく、上記の申立てについて、監護の事実をもって上記第三者を父  
母と同視することもできない。なお、子の利益は、子の監護に関する事項を  
定めるに当たって最も優先して考慮しなければならないものであるが（民法  
766条1項後段参照）、「このことは、上記第三者に上記の申立てを許容す  
る根拠となるものではない。」として、「父母以外の第三者は、事実上子を  
監護してきた者であっても、家庭裁判所に対し、子の監護に関する処分とし  
て上記第三者と子との面会交流について定める審判を申し立てることはでき  
ないと解するのが相当である。」と判示しているのであって、「『第三者が面  
会交流を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（中略）から、祖父母の面会交流を否定した」（原告ら準備書面(1) 2  
2ページ）というだけの事案ではなく、前記(1)の原告らの主張は、その前  
提に誤りがある。

そして、「家族法研究会」は、民事法研究者や裁判実務家を主なメンバー  
とし、父母の離婚後の子の養育の在り方、普通養子制度、財産分与制度等の  
幅広い論点について検討するものであり、各論点について方向性を定めるこ  
となく議論しているものであるところ、面会交流に関しては、原告らの引用  
するとおり、「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。」にすぎず（甲57・73  
ページ）、「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」  
(原告ら準備書面(1) 24ページ) しているものではないのであって、やは  
り原告らの主張を根拠づけるものではない。

### (3) 小括

以上のとおり、祖父母と孫との面会交流権が基本的人権として保障されて  
いる旨の原告らの主張には理由がない。

### 6 憲法13条に関する主張の小括

以上のとおり、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が同条に違反するものとして  
国賠法上違法と評価される余地はない。

## 第2 本件立法不作為①及び本件立法不作為②が憲法14条1項に違反しないこと

### 1 面会交流について、同居親と別居親等との対比はできないため、本件立法不作為①及び本件立法不作為②は憲法14条1項に違反しないこと

被告準備書面(1)16ないし17ページで述べたとおり、別居親等と同居親とは、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ないのであるから、面会交流につき、同居親と別居親等とを対比してその差異が憲法14条1項に違反しているという原告らの主張は失当というべきである。

この点、原告らは、「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、民法が用いていいる『面会交流』には、『面会』と『その他の交流』が含まれていることは明白である」として、『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であるから、被告の前記主張が認められないのは明白である旨主張する(原告ら準備書面(1)31ないし32ページ)。

しかしながら、原告らが引用する「新基本法コンメンタール親族【第2版】」(甲56)が、面会交流の意義につき、「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。」と記載しているとおり(甲56・83ページ)、同条項の「面会及びその他の交流」とは、子を監護していない親たる別居親を主体として規定されたものであると認められるから、原告らの前記主張は失当である。

### 2 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、 その差異が法的な差別的取扱いであるとは認められないから、本件立法不作為

①及び本件立法不作為②は憲法14条1項に違反しないこと

(1) 原告らの主張

原告らは、親子等の面会交流権は基本的人権ではないとしても人格的な利益であり、「人格的な利益についても、憲法14条1項の法の下の平等」の「保護の対象となることは明白である」とした上で（原告ら準備書面(1)4ないし6ページ）、「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」に対し、「別居親は、子との間で、（中略）親子交流を持つことが日常的にできず、また直接面会（中略）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り、そうすると、「面会交流という親子交流（中略）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」旨主張し、また、「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り、憲法14条に違反していることは明白である旨主張する（原告ら準備書面(1)33ページ、38ページ）。

(2) 原告らの主張が失当であること

しかしながら、憲法14条1項が定める法の下の平等は、事柄の性質に応じた合理的な根拠に基づくものでない限り、法的な差別的取扱いを禁止する趣旨のものであると解すべきである（最高裁昭和39年5月27日大法廷判決・民集18巻4号676ページ、最高裁昭和48年4月4日大法廷判決・刑集27巻3号265ページ、最高裁平成27年12月16日大法廷判決・民集69巻8号2586ページ〔以下「平成27年夫婦別姓訴訟最高裁判決」という。〕）。

被告準備書面(1) 17ページで述べたとおり、原告らが主張する前記「差異」は、本質的には、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換の機会に不平等が生じたものではないから、その差異が法的な差別的取扱いであるとは認められない。また、憲法14条1項が実質的平等まで保障した規定であることは認められないところ（平成27年夫婦別姓訴訟最高裁判決参照）、原告解することはできないところ（平成27年夫婦別姓訴訟最高裁判決参照）、原告らの前記主張は、同居親と別居親等との間の、子（孫）と交流する機会に係る実質的不平等を是正するために積極的な立法措置を執る義務がある旨をいうものにすぎず、失当である（東京高裁令和2年判決（東京地裁令和元年11月判決引用部分）参照）。

なお、原告らは、「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。」旨主張するが（原告準備書面(1) 38ページ）、原告らは、同居親と別居親等との間で存在するという「差異」が、法的な差別的取扱いであるとする根拠を明らかにしていないことはもとより、そもそも、当該「差異」がいかなる違いにより生じるものかについて何ら主張しておらず、失当である（「人権と人格的利益の享受や制限が行われる」という原告らの主張は、当該「差異」により生じる状態をいうものにすぎない。）。

### (3) 小括

以上のとおり、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、その差異が法的な差別的取扱いであるとは認められないから、本件立法不作為①及び本件立法不作為②は憲法14条1項に違反しない。

### 3 憲法14条1項に関する主張の小括

以上のとおりであるから、本件立法不作為①及び本件立法不作為②は憲法14条1項に違反しない。

### 第3 本件立法不作為①及び本件立法不作為②が憲法24条2項に違反しないこと

- 1 本件立法不作為①及び本件立法不作為②が憲法24条2項に反するという原告らの主張（原告ら準備書面(1)5ないし6ページ、39ないし43ページ）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も解されるが、前記第2で述べたとおり、本件立法不作為①及び本件立法不作為②は憲法14条1項に違反しないから、原告らの主張は失当である。
- 2 なお、原告らは、「憲法24条2項が、憲法14条で法の下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。」旨主張する（原告ら準備書面(1)39ないし40ページ）。

しかしながら、家族に関する法制度を定めた法律の規定が憲法13条、14条1項に違反しない場合に、更に憲法24条にも適合するものとして是認されるか否かは、当該法制度の趣旨や同制度を採用することにより生ずる影響につき検討し、当該規定が個人の尊厳と両性の本質的平等の要請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か否かという観点から判断すべきものとするのが相当であるところ（平成27年夫婦別姓訴訟最高裁判決参照）、原告らは、本件立法不作為①及び本件立法不作為②が個人の尊厳と両性の本質的平等の要請に照らして合理性を欠くかについて、何ら主張していない。

この点をおいても、別居親と子との面会交流については、民法766条により、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る一方で、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、別居親は、家庭裁判所に監護親に対し別居親と子と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、また、当該審判において監護親が命じられた給付の特定に欠けることがない場合には、当該審判に基づき間接強制をすることができるものとされていることからすると（最高裁平成25年3月28日第一小法廷決定・民集67巻3号864ページ）、面会交流に関する上記の制度は、別居親と子との面会交流が不当に制約されることがないようにされているものといえ、個人の尊厳と両性の本質的平等の要請に照らして合理性を欠くものとはいえない（東京高裁令和2年判決参照）。

3 以上のとおり、本件立法不作為①及び本件立法不作為②は憲法24条2項に違反しない。

#### 第4 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 原告らは、「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ることは明白である。」旨主張し（原告ら準備書面(1)44ページ）、また原告らが主張する「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「親子審判制度」の設立が可能であって、これは「国会（国會議員）が負っている立法義務の一内容に（中略）含まれる」と主張する（原告ら準備書面(1)54ないし58ページ）。

2 しかしながら、これまで主張してきたとおり、親子等の面会交流権が憲法上保障されているとは認められないのであるから、本件立法不作為①及び本件立法不作為②は、いずれも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ではないことはもとより、原告らの主張を踏まえても、本件立法不作為①及び本件立法不作為②につき、いわゆる明白性の要件を欠くことが明らかであることに変わりはなく、国賠法上の違法性は認められない。

3 また、父母の離婚後の子の養育の在り方について、立法政策として、様々な選択肢があり得るとしても、現状においても原告らの主張する「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」や「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」  
(原告ら準備書面(1) 4 ページ) に相当する一定の制度が存在することは、被告準備書面(1) 1 9 ページで述べたとおりである一方、原告らが挙げる諸外国の立法例(原告ら準備書面(1) 4 5ないし5 2ページ)も一様でないところ、原告らの主張する「親子審判制度」により、原告らが「子の連れ去りが原則的に許されなくなり、かつ」「親子の面会交流は自由であることが原則となる」(原告ら準備書面(1) 5 8 ページ) ことが実現できると主張する根拠は明らかでなく、原告らの主張には論理の飛躍があるといわざるを得ない。仮に、原告らのいう「親子審判制度」が一般的な意味で別居親等と子との面会交流を促進する場合があり得るとしても、具体的な制度設計はなお明らかとはいえない上、その導入のデメリットや、現行の調停・審判手続や民事執行手続との整合性を含めなお多くの検討を要することからすれば、我が国の現行制度が不合理とはいえない現状にあって、原告らが主張する「親子審判制度」を導入する法的整備をしないことが、「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」といえないことは、明らかである。父母の離婚後の子の養育の在り方についてどのような制度を探るのが立法政策として相当かという問題と現行の制度が憲法の条項に違反するか否かという憲法適合性の審査の問題とは、次元を異にするものであり(最高裁判令和3年6月23日太法廷決定・判例タイムズ1488号94ページ参照)，区別して検討されるべきである。

4 以上のとおり、本件立法不作為①及び本件立法不作為②は、国賠法上違法とはなり得ない。

## 第6 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。

以上