

次回期日令和4年3月7日午後2時00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4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(2)

原告らは、被告提出令和3年11月30日付準備書面(2)に対して、以下のとおり反論を行う。

目 次

第1 「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」について	3頁
第2 「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」について	44頁
第3 「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」について	49頁
第4 「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」について	55頁
第5 (プライバシー)	59頁
第6 原告らの主張	59頁

第1 「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」について

1 1項（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）について

(1) 第一段落について

被告の主張は争う。

原告らの主張する親子等の面会交流権が憲法により保障されている基本的人権であることは、原告らが訴状及び準備書面(1)で述べたとおりである。

また、仮に原告らの主張する親子等の面会交流権が、憲法により保障されている基本的人権でないとして評価された場合でも、それが「人格的な利益」（東京地裁令和3年2月17日判決及びその控訴審である東京高裁令和3年10月28日判決）であることは明白である。それも、原告らが訴状及び準備書面(1)で述べたとおりである。

(2) 第二段落について

被告の主張は争う。

原告らが準備書面(1)で述べたとおり、被告が引用する東京高裁令和2年判決は、原告に子が含まれていない判決であったし、親による子の養育を親と子のそれぞれにとっての「人格的な利益」であり、「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。」と判示した東京地裁令和3年2月17日判決及びその控訴審である東京高裁令和3年10月28日判決が出される前の判決であった（その意味で、東京地裁令和3年2月17日判決及びその控訴審である東京高裁令和3年10月28日判決は、被告が引用する東京高裁令和2年判決（東京高裁令和2年8月13日判決。その第一審は東京地裁令和元年11月22日判決。）

の際とは異なる判断を行ったことになる。)。東京地裁令和3年2月17日判決及びその控訴審である東京高裁令和3年10月28日判決は既に最高裁への上告がされており、上告審の判断が出されることになる。

2 2項（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）について

(1) (1)（原告らの主張）について

原告らの主張内容自体は争わない。

(2) (2)（原告らの主張には理由がないこと）について

ア アについて

被告の主張は争う。

被告は、「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。」と主張する。

しかしながら、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権利がいわゆる「国家からの自由」に含まれ、憲法上も権利として保障されていることは、憲法の歴史からすると明白なことである。

中でも、親による子の養育とその一態様である面会交流権は、親にとっても、子にとっても、基本的人権であり、また人格的利益であることは、原告らが訴状と準備書面(1)で述べた内容から明白である。

この点につき、被告が引用する東京高裁令和2年判決と、東京地裁令和3年2月17日判決及びその控訴審である東京高裁令和3年10月28日判決が出された後に公表された論文である、井上武史「別居後の親子の面会交流権と憲法：面会交流立法不作為違憲訴訟の検討」（甲60）の310－311頁には、以下の記載がされている。その内容からしても、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ことは明白である。

井上武史「別居後の親子の面会交流権と憲法：面会交流立法不作為違憲訴訟の検討」（甲60）の310－313頁

「本件（原告ら注：被告が引用する東京高裁令和2年判決の事件）でも，高裁判決（原告ら注：被告が引用する東京高裁令和2年判決）が「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」とし，また，地裁判決でも，「別居親が面会交流の権利を有しているかどうかや，認められるとしてもその具体的内容がいかなるものであるかについて，その議論が一義的に定まっているとは評価し難い」と述べているが，これらは従来の民法学説や立法経緯を考慮したものであると考えられる。

しかし，憲法学説から，「面会交流権は，実現内容・方法に具体的な形成が必要なだけで，例えば環境権のように具体的に何を求める権利なのかが明確ではないというものではない」と指摘されるように，面会交流権の主体や内容については，地裁判決が言うような「議論が一義的に定まっているとは評価し難い」というものではない。比較法的に見ても，離婚後に別居親が子と会って交流できることは，諸外国では訪問権（**Visitation rights**）や訪問・宿泊権と呼ばれ，すでに別居親の権利として確立しているといえる。

その理由は，父母の双方と交流を維持することが，子の利益になると考えられるからである。例えばフランスでは，子が双方の親と人格的關係を維持することは子の利益に適うというという理念が離婚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からだとされる。日本でも東京高裁が，「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（注11

（東京高裁決定平成25年7月3日）。」と述べており、面会交流が子の利益になるという基本的な考え方が示されている。

面会交流が権利として確立すれば、面会交流は実施されることが原則となり、子の利益にならないというような例外的な場合に限り不実施という法的判断が行われる（注13（行政法学の横田光平は、面会交流は厳密な関係にある特定の他者との「親密な人的結合の自由」（憲法上の権利）に含まれるため、それを制限するには特別の正当化理由が求められるのではないかという試論を述べている。横田は同時に、「このような考え方を展開する上でも憲法理論によるサポートが期待される」とも言う（横田光平『子ども法の基本構造』[信山社、2010年]613頁）。）また、山口亮子は、面会交流権が親固有の権利であるという観点から、「面会交流が全面的に否定されるときには、児童虐待等による親権制限の場合と同じような、厳しい基準での審査を受けなければならないものと考えられる」と述べる（山口・前掲注(4)320頁）。しかし、面会交流が権利でなければ、法論理的には、別居親は子との交流を正当に要求できないことになる。この場合、面会交流は同居親や裁判所が許す場合にのみ別居親に与えられる「恩寵」という位置づけにならざるを得ないだろう（原告ら注：（甲60）の294頁の注(4)で引用されているように、山口亮子は、「親権者は非親権者となった親の面会交流権を拒絶するだけの力を事実上有している」[山口亮子『日米親権法の比較研究』[日本加除出版、2020年]321頁]と述べている。）。

この点が妥当かどうかは、離婚後の親子関係のあり方とも関わる。離婚後の父母の一方のみが親権者となる現行法上の離婚後単独親権制度のもとでは、非親権者・非監護親となった親は子の監護養育に関わることが法的に許されていない。そこで、面会交流は監護権を有しない別居親にとって子と交流できる唯一の手段となる。

それにもかかわらず、現行制度は面会交流を別居親の権利として認めていな

い。つまり、実体法上、別居親は子と会うことすらも正当に要求できない。このような現行制度は、離婚後の別居親と子との人格的關係は一切断絶されるべきという家族観によれば理解可能であるかもしれないが、民法はそのような家族観に基づいているのだろうか。そうだとすると憲法や人権の理念に適合するのだろうか。もしそうでないのであれば、子と面会交流できる権利は別居親の最低限の要求として、法律で明確に位置付けられることが必要である。」

この井上論文（甲60）を踏まえると、被告が引用する東京高裁令和2年判決の事件では、日本の民法の「面会と交流」という言葉にとらわれた結果、諸外国では「訪問権」という異なる言葉で「面会交流権」が基本的人権として保障されていることを看過したものと思われる。

なお原告らは、上で引用した井上武史「別居後の親子の面会交流権と憲法：面会交流立法不作為違憲訴訟の検討」（甲60）の312頁の注13で引用されている「行政法学の横田光平は、面会交流は厳密な関係にある特定の他者との「親密な人的結合の自由」（憲法上の権利）に含まれるため、それを制限するには特別の正当化理由が求められるのではないかとされている内容について、憲法13条の人格権及び幸福追求権に基づき親と子の、さらには祖父母と孫の「親密な人的結合の自由」が保障されていることを主張する。

イ イについて

(ア) 被告の主張は争う。

(イ) 被告は、「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。」などと主張する。

(ウ) しかしながら、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ことは、原告らが訴状及び準備書面(1)で述べたとおりである。

(エ) まず被告は、「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（中略），「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は，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」ともいうべきものである（内田貴「民法Ⅳ親族・相続（補訂版）209ページないし210ページ）」等と主張する。

しかしながら，被告の主張する内容は，親権が基本的人権であることを否定する理由にならない。

なぜならば，例えば選挙権の性質についてみても，それを選挙人としての地位に基づいて公務員の選挙に関与する「公務」とみるか，国政への参加を国民に保障する「権利」とみるかについて争いがあり，多数説は，両者をあわせもつと解している（二元説と呼ばれる）（芦部信喜[高橋和之補訂]『憲法』（岩波書店，第七版，2019年）271頁（甲61））。選挙権は「国家への自由」としての性質を有する基本的人権であり，自らのために行使するのではなく，あるべき国家の構築のために行使される点において，親権と同様に，「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地位である。」と言える。さらに言えば，選挙権はその具体的内容が，憲法ではなく，国会の立法で定まる（憲法44条）という特殊な地位を有している。それは精神的自由権とは異なる点である。しかしながら，上で述べたとおり選挙権が基本的人権であることは争いがないところである。すると，親権が権利としての側面と共に，子に対する責務としての側面を有しているとしても，それにより親権が基本的人権であることを否定する理由とはならないことは明白である（最高裁大法廷平成17年9月14日判決は，公務としての性格と権利としての性格の両者をあわせもつと解されている選挙権について，国会（国会議員）

の立法不作為責任を認めて、国に対する賠償命令を出しているのである。)。そして、親権の具体的内容が民法で定まる点も、やはり選挙権の具体的内容が、憲法ではなく国会の立法で定まるのと同様なのであるから、その点においても、親権が基本的人権であることを否定する理由にならないことは明白である。

また、被告が引用する内田貴『民法Ⅳ親族・相続（補訂版）』の210頁（甲62）では、「親権は権利か」というテーマについて、「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うべきものである」との説明がされた後で、同記載に続く説明として、「親権は権利だけでなく義務を伴う、などと言われるが、そもそも財産法的な権利・義務では捉えきれないということ認識しておく必要がある。」と記載されている。そこで「捉えきれない」と書かれているように、乙3号証における著者の説明の趣旨は、親権には純粋な「権利・義務」としての性質に、さらに異なる性質の側面が加わっている（付加されている）、という意味であることが分かるのである。それは、親権が「権利」としての性質を有することを認める記載であることは明白である。被告が引用する内田貴『民法Ⅳ親族・相続（補訂版）』の記載内容は、親権が基本的人権であることの根拠となるものである。

さらに、例えばフランスでは、フランス民法典の1993年改正によって両親の共同親権が原則となり、更に2002年改正により、別居・離婚が親権の態様に影響を及ぼさないことが確認された。そして、親権は、「子の利益を目的とする権利と義務の総体である。」と規定されている（「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—」5—6頁の「1 親権」（甲59））。

すると、被告が主張したように、「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ること」が、親権の権利性を否定したり、親権が基本的人権であることを否定する理由にならないことは明白である。

この点につき、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）は、諸外国での立法が、日本国憲法の解釈に影響を与える立法事実であることを認めている。すると、上で引用したように、フランスでは、フランス民法典の1993年改正によって両親の共同親権が原則となり、更に、親権は、「子の利益を目的とする権利と義務の総体である。」と規定されていることが（「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」5-6頁の「1 親権」（甲59））、日本国憲法の解釈に影響を与える立法事実であることは明白である。

(オ) また被告は、「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。」と主張する。

しかしながら、以下で再度引用するが、『新版注釈民法(25)』（有斐閣、改訂版、2004年）（甲26）には、以下の記載が明記されている。その内容からすると、被告の反論とは異なり、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。

①69頁の「820条 III 監護教育の程度方法(1)」の箇所

「ただ、親権者の監護教育権は、子供の監護教育を受ける基本的人権に対応しつつ、親が子に対して有する前国家的・始原的な自然権であると見られるけれども（→V）」

②76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・始源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。」

なお、そのことは、原告らが既に引用した、文部科学省のHPにおいて、教育基本法第4条（第4条（義務教育）第1条 国民は、その保護する子女に、九年の普通教育を受けさせる義務を負う。第2条 国又は地方公共団体の設置する学校における義務教育については、授業料は、これを徴収しない。）の「義務を負う」の解説において、「親には、憲法以前の自然権として親の教育権（教育の自由）が存在すると考えられているが、この義務教育は、国家的必要性とともに、このような親の教育権を補完し、また制限するものとして存在している。」と解説されていることから明白である（甲25）。

そこで「親には、憲法以前の自然権としての親の教育権（教育の自由）が存在すると考えられている」と指摘されていることは、日本法においても、親の未成年者子に対する親権は、憲法が保障する基本的人権であることを国自身が認めていることを意味している。

そしてその記載内容からすると、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。

付言すると、原告らが既に引用した静岡地裁浜松支部平成11年（1999年）12月21日判決においても、以下のように判示されている。その判示内容からすると、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。

「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。」

(カ) ちなみに、井上武史「別居後の親子の面会交流権と憲法：面会交流立法不作為違憲訴訟の検討」(甲60)の313頁以下においても、以下のとおり指摘がされている。

「2 面会交流の憲法上の位置付け

(中略)

そこで問題となるのは、面会交流権が憲法で保障された権利であるかどうかである。

最高裁は、面会交流を認めなかった裁判所の決定が憲法13条に違反するのではないかが争われた事件において、面会交流を認めるかどうかは、子の監護に関する処分について定める民法766条1項または2項の解釈適用の問題であって、憲法13条に違背するかどうかの問題にあたらぬとし、憲法論には踏み込まなかった(注(15)最高裁昭和59年7月6日判決)。もっとも、下級審には、原審審判が面会回数を年2回に限定したことが憲法13条に違反するとの父の主張について、「親権者とならなかつた親は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的な権利であり、監護する機会を与えられなかつた親として最低限の要求であり、親の愛情、親子の関係を事実上保障する最後のきずなどもいうことができる」と述べて、子との面会交流が親の「自然的な権利」であると判断したものがある(注(16)東京高裁昭和42年8月14日決定)。

(中略)

一方、民法学説からは最近、二宮周平が、面会交流権を憲法13条の個人の尊厳および幸福追求権で保護される人格権として構成する見解を詳細に提示している。二宮の見解の特徴は、親と子の両面から、面会交流の憲法的基礎づけを行っていることである。まず、「子の面会交流は、親を知ることを通じて自己のアイデンティティを確立するという人格的利益を保障するものであり、子の人格権として法的に構成することができる」とし、次いで、「非監護親の面会交流も、親としてのアイデンティティを確立するという人格的利益を保障するものであり、非監護親の人格権として法的に構成することができる」とされる。そのうえで、面会交流と憲法の関係について、次のように述べている。

「(非監護親の面会交流を一本稿筆者) 人格的権利として法的構成することができるのであれば、次のステップとして、憲法13条の個人の尊重、幸福追求権で保護される人格権、すなわち、人格的生存にとって不可欠の権利に展開する可能性も出てくる。子にとっては、親を知ること、親の援助を受けて自己の人格を形成することは、まさにこの人格的生存にとって不可欠のことであり、非監護親にとっては、子の成長を見守り、関わることは、親のアイデンティティであり、まさに親の人格的生存にとって不可欠のことである。したがって、憲法で保障される人格権と解釈することができるのではないだろうか。

二宮によれば、面会交流は、別居親にとっても子にとっても人格的利益が認められ、それは人格権として憲法13条で保障されるものである。この見解によると、面会交流を権利として認定しない法状況は、立法不作為と評価されることになるだろう。」

(キ) 仮に、親権や監護権、又は「監護教育権」が憲法上の基本的人権でないと評価された場合であっても、それが「人格的な利益」に該当し、憲法14条1項及び憲法24条2項における保護を受けることは明白である。

東京地裁令和3年2月17日判決及びその控訴審である東京高裁令和3年1

0月28日判決は、以下のように判示している。同判決は、「親の子に対する養育」が、親にとっても、子にとっても「人格的な利益」であると判示しており、親権や監護権、又は「監護教育権」がその「人格的な利益」に含まれることは明白である。

「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、独自の意義を有する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、又はこれをする事についてそれぞれ人格的な利益を有する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。」

(ク) この点につき、「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)においても、「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。」とされていることは、原告らが既に引用したとおりである。東京地裁令和3年2月17日判決及びその控訴審である東京高裁令和3年10月28日判決は、この二宮教授の立場と親和的である。

(ケ) なお、井上武史「離婚した父母と子どもとの法的関係―夫婦の別れは親子の別れなのか?」(甲63)の103～104頁には、欧州人権裁判所の2つの判決が紹介されている。その内容は、日本国憲法においても、子と別居親の、さらには孫と祖父母の面会交流権が、基本的人権や人格的な利益として保障さ

れていることの根拠となることである（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訴訟）は、外国法の変遷を、日本国憲法の解釈の根拠となる立法事実であることを認めている。さらに、基本的人権や人格的な利益は、人が人として生まれたことで当然に有する権利であり、国や憲法が権利として承認したことで初めて認められる権利ではないこと（基本的人権や人格的な利益の普遍性、自然法的性質）も根拠となることである。）。

①子と別居親との面会交流権について（甲63号証103頁）

欧州人権裁判所は、面会交流権を「家族生活の尊重を受ける権利」（欧州人権条約8条）に含まれる権利であることを認めている。さらに、面会交流権の実現についても踏み込んだ判断を示している。

ここでは、最近の一つの判例を紹介したい。イタリアの父と母との間には5歳の息子がいたが、夫婦の不仲により、母が子を連れて別居し、別居後、母は子が父と関わることに強く反対していた。父の提訴を受けた裁判所は、子については父母の共同親権とするものの、子は母と暮らすものとし、他方、父には週2日の面会交流を認めた。しかし、母は自らが立ち会わない方法での面会交流を認めなかったため、父は面会交流に困難があるとして、再び裁判所に訴えを提起した。裁判所は、父に2週に1度の週末と毎週2日の午後の面会交流を認めるとともに、母が非協力的なことを考慮して、関係当局に対してルールの遵守を求めた。それでも母は自らの立会いのない面会交流を拒否し続けたため、父は裁判所で決められたとおりの内容で面会交流権を行使することができなかった。

この事件について、欧州人権裁判所は、次のように判断し、人権条約違反を認めた。

「父母が葛藤状態にある場合でも、国は、親と子が再統合するための措置をとらなければならない。この国家の義務は、子が親と合流すること又は親と連絡をとることへの配慮に限定されず、そのような結果に至るための準備的措置

にまで及ぶ。さらには、子と親を再統合する措置が十全になるためには、それらの措置は迅速に実施されなければならない。というのも、時の経過によって、子と非同居親との関係は取り返しのつかない結果になるかもしれないからである。」

「申立人[父]は、2006年以来、息子との接触を試みたが、訪問権[面会交流権]を認めた裁判所の判決にもかかわらず、母親の強い反対によって極めて限られた方法でしか訪問権を行使することができなかった。」

「離婚した父母に協力関係がないことは、家族関係を維持するあらゆる手段を講じなければならない国の責任を免除しない。」

「国は、申立人の訪問権を実現するために必要かつ十分な努力をしておらず、当事者の家族生活を尊重される権利を侵害している。以上から、欧州人権条約8条違反が認められる（（注31）欧州人権裁判所2016年9月15日判決。）。」

②孫と祖父母の面会交流権について（甲63号証104頁）

さらに、欧州人権裁判所は、前記「家族生活の尊重を受ける権利」には祖父母の面会交流権が含まれるとしており、祖父母と孫との関係も人権問題として捉えられている。

ここでも最近の判決を一つ紹介したい。イタリア人の祖父母は、息子夫婦の別居を契機として孫娘と会うことができなくなった。祖父母は裁判所に面会交流を求めたが、その許可の決定まで4年を要した。また、裁判所の決定後、孫娘の父親に対する恐怖を理由として面会交流の停止決定がされたことで、結局、祖父母は一度も孫娘と面会することができなかった。祖父母はイタリアの最高裁である破毀院まで争ったが棄却されたため、条約違反を理由として欧州人権裁判所に提訴した。

欧州人権裁判所は、家族生活の尊重を受ける権利は、親子だけでなく、祖父母と孫との関係にも及ぶこと、国家は面会交流を実施するために必要な措置を

とる積極的な義務を負うことを確認した。そのうえで本件では、祖父母が約12年も孫娘と会えていないこと、祖父母が関係当局の指示に従って行動してきたこと、それにもかかわらず祖父母と孫娘との家族関係を再構築する措置が採られてこなかったとし、国の当局が祖父母と孫娘との家族関係を維持するために適切かつ十分な努力を怠ったことが祖父母らの家族生活の尊重を受ける権利を侵害するとして、条約違反にあたることとされた（（注34）欧州人権裁判所2015年1月15日判決。）。この判決では、子の親に対する感情などの親子の事情から独立して、祖父母固有の面会交流権を認める判断がなされており、注目される。

(3)(3) (小括) について

被告の主張は争う。

3 3項（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）について

(1) (1) (原告らの主張) について

原告らの主張内容自体は争わない。

(2) (2) (原告らの主張には理由がないこと) について

ア アについて

被告の主張は争う。

被告が引用する最高裁昭和59年7月決定は民法において面会交流の規定が存在しない中、いわば「面会交流」の権利の性質について議論がある中で出された決定である。

そして、その被告が引用する最高裁昭和59年7月決定の判例評釈（判例時報1131号79頁（甲64））には、次の記載がされている。「面接交渉権という権利を肯定し、その権利の性質について親の自然権ないしは固有権であ

るとする見解に従うならば、面接交渉を全く認めない場合には、憲法問題が生じる余地があるであろう。」

さらに、その被告が引用する最高裁昭和59年7月決定について、後に出された最高裁平成12年5月1日決定の判例解説（甲65）では、次の記載がされている。「（三）面接交渉について判示した最高裁の判例としては、前掲最高二小決昭和五九・七・六があるが、同決定は、「所論は、協議上の離婚をした際に長女の親権者とされなかった同女の父である原告人に同女と面接交渉をさせることは、同女の福祉に適合しないとして面接交渉を認めなかった原決定は、憲法一三条に違反すると主張するが、その実質は、家庭裁判所の審判事項とされている子の監護に関する処分について定める民法七六六条一項又は二項の解釈適用の誤りをいうものにすぎない」とするものであって、親と子の面接交渉の権利性等に関して直接判示するものではなかった。（中略）また、同判例は、面接交渉を認めなかったことが憲法問題ではないとしているが、仮に前記（一）の③のように面接交渉権は親の自然権ないしは固有権であるという見解に従うならば、面接交渉を全く認めない場合には、憲法問題が生じる余地があるという指摘がされている（前記判例時報コメント参照）。」（甲65号証514－515頁）。と記載されている。

これらの判例評釈（甲64）や判例解説（甲65）からすると、①被告が引用する最高裁昭和59年7月決定は、親と子の面接交渉の権利性等に関して直接判示するものではなかった、②面接交渉権は親の自然権ないしは固有権であるという見解に従うならば、面接交渉を全く認めない場合には、憲法問題が生じる余地があるという指摘がされていたことが分かる。

そして、上でも主張したとおり、諸外国では訪問権（Visitation rights）や訪問・宿泊権と呼ばれ、すでに別居親の権利として確立しているといえる（井上武史「別居後の親子の面会交流権と憲法：面会交流立法不作為違憲訴訟の検討」（甲60）の310－313頁）。被告が引用する東京高裁令和2年判決の事

件では、日本の民法の「面会と交流」という言葉にとらわれた結果、諸外国では「訪問権」という異なる言葉で「面会交流権」が基本的人権として保障されていることを看過したものと思われる。

また、最高裁は、面会交流を認めなかった裁判所の決定が憲法13条に違反するのではないかが争われた事件において、面会交流を認めるかどうかは、子の監護に関する処分について定める民法766条1項または2項の解釈適用の問題であって、憲法13条に違背するかどうかの問題にあたらぬとし、憲法論には踏み込まなかった（「脚注（15）最判昭和59年7月6日家月37巻5号35頁」）。もっとも、下級審には、原審審判が面会回数を年2回に限定したことが憲法13条に違反するとの父の主張について、「親権者とならなかった親は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的な権利であり、監護する機会を与えられなかった親として最低限の要求であり、親の愛情、親子の関係を事実上保障する最後のきずなどもいうことができる」と述べて、子との面会交流が親の「自然的な権利」とであると判断したものがあつた（脚注（16）東京高決昭和42・8・14家月20巻3号64頁）（井上武史「別居後の親子の面会交流権と憲法：面会交流立法不作為違憲訴訟の検討」（甲60）の313－314頁）。

すると、被告が引用する最高裁昭和59年7月決定が、面会交流権が基本的人権であることを否定する根拠とならぬことは明白である。逆に、原告らが主張した「民法766条1項の法改正」が行われたことは、面会交流権が基本的人権であることの根拠規定が設けられたと評価できること（憲法解釈の根拠となる立法事実の発現である。）なのであるから、その「民法766条1項の法改正」が行われる前に出された最高裁昭和59年7月決定が、面会交流権が基本的人権であることを否定する根拠とならぬことは明白である（ちなみに、被告が引用する乙3号証91頁においても、「結局要綱試案および要綱案では「子の利益を最も優先して考慮しなければならない」という一般的な指針が示

されることになり、これによって面会交渉権の性質が明示されたわけではないものの、その権利性は現行法に比べ相対的に強められたとみることができる」と指摘する学説（大村説）が引用されている。）。

イ イについて

(ア) 第一段落について

被告の主張は争う。

被告は、「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、それに続いて、「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、上記ただし書き及び留保を含めた各規定の趣旨を踏まえられないものである。」と主張する。

しかしながら、被告はまず、「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、それに続いて、「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。」と主張するが、夫婦の別居や離婚に伴う子の連れ去りの場合には、「司法の審査」は行われぬ。

また、被告は続いて、「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。」と主張するが、夫婦の別居や離婚に伴う子と別居親との面会交流の拒否や制限の場合には、原告らが既に主張したとおり、面会交流が子の福祉や子が両親と同じように触れあい思い出を作りながら成長することにとって必要不可欠であり、「児童の最善の利益に適う」ことは明白であり、何ら「児童の最善の利益に反しない」ことは明白である。

以上のとおり、夫婦の別居や離婚に伴う子の連れ去りや子と別居親との面会拒否・面会制限は子と別居親にとって基本的人権や人格的な利益である「親による子の養育」や親子の面会交流権を制限することであり、それは憲法に違反するだけでなく、児童の権利条約9条1項及び3項にも違反している。

そのような、児童の権利条約9条1項及び3項に違反する夫婦の別居や離婚に伴う子の連れ去りや子と別居親との面会拒否・面会制限を生んでいるのが、現在の民法819条が規定する離婚後単独親権制度である。

その点につき、二宮周平『多様化する家族と法Ⅱ』（株式会社朝陽会、2020年）47－49頁（甲34）には、次の指摘がされている。

「3 単独親権の問題点と共同親権の可能性

したがって、父母双方が子の親権者でありたいと思い、調停や審判になった場合には、お互いの監護能力の優劣を争う。そのために過去の言動を事細かに指摘して相手方の人格を誹謗中傷する。監護実績を作るために子との同居を確保し、別居親に会わせない、実力行使で子を連れ去るといった事態が生じることがある。親権者になれないと、子と会うことができなくなるのではないかと不安が、親権争いをより熾烈にする。子は父母の深刻な葛藤に直面し、辛い思いをする。

離婚に詳しい弁護士は、離婚紛争にあっても、「父母がそれぞれ、子に対し

てその責任や役割をどう果たしていくべきか」と発想する前に、「いずれが親権者として適当か」の熾烈な争いを招く現行法の枠組みは、時代に合わないと指摘する。」

この二宮周平『多様化する家族と法Ⅱ』（株式会社朝陽会，2020年）47－49頁（甲34）の記載からすると，現在の離婚後単独親権制度（民法819条）が激しい親権争いを生んでいること，さらには親権者になるためにはその段階で子を実際に監護養育していることが有利になる実務の運用がそれに拍車をかけていることは明白である。

(イ) 第二段落について

被告の主張は争う。

被告は，「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。」と主張する。

しかしながら，『[逐条解説]子どもの権利条約』（日本評論社，2009年）（甲66）125頁以下（引用箇所は125～126頁）には，以下の記載がされている。

「第18条（中略）

親の養育責任

本条で規定されている親の養育責任のあり方については，次の点が重要である。

第一に，子どもの発達・養育に対する第一次的責任は，親が有する。これは単なる道徳的責任にとどまらない法的責任であり，国や第三者がこの責任を脅かしたり，子どもの養育に不当に介入したりすることも禁止されている。国はこのような介入を防止するために適切な措置をとらなければならない（8条・11条・16条・35条など）。ただし，親がこの責任を適切に果たせない，果たさない場合に介入することもまた国の義務である（3条2項・9条1項・

19条～21条など)。」

この内容からすると、児童の権利条約18条1項に基づき、国は「親が子どもの発達・養育に対する第一次的責任を適切に果たせない、果たさない場合に介入する義務」を負っているのであるから、親による子の養育の実現として実施される面会交流権について、同居親の拒否などにより、別居親が親子の面会交流権を適切に実現できない(適切に責任を果たせない)場合には、介入することが、国の義務であることは明白である。

さらに、『[逐条解説]子どもの権利条約』(日本評論社、2009年)(甲66)125頁以下(引用箇所は126頁)には、以下の記載もされている。

「第二に、子どもの発達・養育に対しては、親双方が共同の責任を有する。審議過程に照らし、このことは必ずしも親双方が同一・平等の役割を果たさなければならないことを意味しない。ただし、父母の負う法的責任は同一・平等である(女性差別撤廃条約16条1項(d)、自由権規約23条4項)。このような責任は、婚姻しているかいないかにかかわらず存在する(女性差別撤廃条約16条1項(d))。』

すると、現在の民法819条が規定する離婚後単独親権は、離婚後は父母の子に負う法的責任を同一・平等としていないのであるから、それが児童の権利条約18条1項に違反することは明白である。

なお、上で述べた児童の権利条約9条と18条に共通することとして、児童の権利条約は、「個人の権利・義務を直接・具体的に定めている」いわゆる「自動執行的条約」であるから、国際法、とくに条約を一般に「受容」している我が国の憲法体制の下では、国内法に「変型」することなく、批准・公布によってそのまま国内に適用される(横田洋三「子どもの権利条約の国内実施—国際法の観点から—」『自由と正義』平成3年(1991年)2月号(VOL.42, NO.2)(甲67)5頁、『Sシリーズ国際法』(有斐閣、第5版、2018年)(甲68)21頁「表1-1 各国の現行憲法における条約の位置」「タイプ② 条

約に、憲法より下であるが法律より上位の効力を認めるもの」に日本も位置付けられている。また、同書（甲68）19～20頁には「これに対して、現在では多くの国が一般的受容方式をとっており、このような国では条約締結手続以外に特別の措置をとることなく、条約の国内的適用が可能である。もっとも、このような国においても裁判所において条約が直接適用可能なためには、つまり条約に裁判規範性を認めるためには、当該条約が国内法上の問題について内容が明確で国の裁量の余地がないような規定をおいていることが必要であり、このような条件をそなえて直接適用が可能な条約を自動執行的な条約（self-executing treaties）という。なお、条約の国内的適用を認める国では、国内法の階層秩序のなかに条約をどのように位置づけるのかが問題となるが、この点に関するいくつかの国の憲法規定を整理したのが、表1-1である。」と記載されている。

(ウ) 第三段落について

被告の主張は争う。

原告らが既に述べたとおり、東京高裁令和2年判決は、原告に子がない訴訟である。また、東京高裁令和2年判決は、「親による子の養育は親にとっても子にとっても人格的な利益であり、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。」と判示した東京地裁令和3年2月17日判決及びその控訴審である東京高裁令和3年10月28日判決が出される前の判決である。さらに言えば、上で述べたとおり、おそらく東京高裁令和2年判決においては、日本法における「面会交流権」の文言と、諸外国では「訪問権」という異なる言葉で「面会交流権」が基本的人権として保障されていることを看過したものと思われる。

ちなみに、東京高裁令和2年判決はあくまでも高裁の判決であり、最高裁の

判断が出されたわけではない（同判決は、被告が主張するとおり、上告棄却・上告不受理決定により確定している。）。

(エ) 第四段落について

被告の主張は争う。

『[逐条解説]子どもの権利条約』（日本評論社，2009年）（甲66）93～95頁には，児童の権利条約9条3項について，以下の記載がされている。

（93～94頁）

「親との関係・接触の維持（3項）

3項は，国に対し，親から分離された子どもが，定期的に親双方との個人的な関係および直接の接触を保つ権利を尊重するよう求めている。本項は，親子の面接・交流が親のみならず子どもの権利でもあることを明確にした点で，意義が大きい。」

（95頁）

「第三に，国内法では本条3項に規定する子どもの面接交渉権が明文で規定されていない。民法に規定を置くとともに，離婚等の際にこの権利が確保されるようにするため，子どもがいる夫婦の別居・離婚にはなんらかのかたちで家庭裁判所が関与するようにすることが望ましい。」

以上の記載からすると，児童の権利条約9条3項により，国には①子どもの面接交渉権についての明文の規定を設けることと同時に，②離婚等の際に面接交渉権が確保されるようにするために，子どもがいる夫婦の別居・離婚にはなんらかのかたちで家庭裁判所が関与するような法制度の創設を行う立法義務があることは明白である。

なお付言すると，平成31年（2019年）に出された児童の権利に関する条約委員会による日本の第4回第5回政府報告に関する総括所見（甲45）は，日本政府に対して，「27(b)児童の最善の利益である場合に，外国籍の親も含めて児童の共同養育を認めるため，離婚後の親子関係について定めた法令を改

正し、また、非同居親との人的な関係及び直接の接触を維持するための児童の権利が定期的に行使できることを確保すること。」を求めているのであるから、その点からしても、国が児童の権利条約9条3項に基づいて、①子どもの面接交渉権についての明文の規定を設けることと同時に、②離婚等の際に面接交渉権が確保されるようにするために、子どもがいる夫婦の別居・離婚にはなんらかのかたちで家庭裁判所が関与するような法制度の創設を行う立法義務があることは明白である。

なお、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号証6頁）。

(オ) 第五段落について

被告の主張は争う。

東京高裁令和3年10月28日判決が判示した児童の権利条約についての内容についての原告らの主張内容は、東京高裁令和2年判決について主張した内容と同様である。

なお付言すると、東京高裁令和3年10月28日判決は、被告が引用している児童の権利条約に基づく立法義務の議論を別にして、以下の判示を行っている。同判決は、「親による子の養育」が、親にとっても子にとっても人格的な利益であり、「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。」と判示したのであるから、同判決は、現段階で既にその「人格的な利益」が実定法上の法的利益であり法的権利であることを認めている。

すると、別居親と子との面会交流権が、「親による子の養育」に含まれていること、それが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。

ところが、原告らが既に主張したとおり、現在別居親と子との面会交流権は、同居親の意向等により容易に制限または不実施とされ、それを実現させるための執行手続等も整備されていないのであるから、東京高裁令和3年10月28日判決の判示からすると、国は、別居親と子との人格的な利益が実現されるための立法義務を負っていることは明白である。それは東京高裁令和3年10月28日判決の結論なのである。

(東京高裁令和3年10月28日判決の引用)

「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、独自の意義を有する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、又はこれをする事についてそれぞれ人格的な利益を有する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。」

(カ) 第六段落について

被告の主張は争う。

児童の権利条約が、国内法による補完ないし具体化といった措置をとることなく、直接個人の所属国に対する権利を保障したものとして、国内の裁判所において適用可能であることについては、上でも引用した『[逐条解説]子どもの権利条約』（日本評論社、2009年）（甲66）93～95頁、125～1

26頁や、横田洋三「子どもの権利条約の国内実施—国際法の観点から—」『自由と正義』平成3年（1991年）2月号（VOL.42, NO.2）（甲67）5頁に明確に記載されている。

また、近時出された裁判例である名古屋地方裁判所令和3年3月30日（甲69）は、以下のように判示し、児童の権利条約が日本の国内裁判所において直接適用されることを認めている。

「（2）原告園児らの被侵害利益等

児童の権利に関する条約（子どもの権利条約）は、子どもの基本的な人権を国際的に保障するために定められた条約であり、既に発効済みの条約であって、我が国も批准している。同条約3条1項には「児童に関するすべての措置をとるに当たっては、公的若しくは私的な社会福祉施設、裁判所、行政当局又は立法機関のいずれによって行われるものであっても、児童の最善の利益が主として考慮されるものとする」と規定されており、同趣旨に基づき、我が国も児童の最善の利益を考慮した施策を実施する責務を負っているといえる。

そして、児童福祉法には「全て国民は、児童が・・・社会のあらゆる分野において、児童の年齢及び発達の程度に応じて、その意見が尊重され、その最善の利益が優先して考慮され、心身ともに健やかに育成されるよう努めなければならない。」（2条）、「前2条に規定するところは、児童の福祉を保障するための原理であり、この原理は、すべて児童に関する法令の施行にあたって、常に尊重されなければならない」（3条）と規定されており、児童には最善の利益が保障されなければならないとの趣旨は、本件において、日照障害等が受忍限度を超えるか否かを判断するに際しても考慮すべきものであると解される。」

「6 争点（5）（原告教会の損害賠償請求の可否）について

（1）原告教会は、本件マンションが建築されたことによって、牧師館を解体・撤去せざるを得なくなったとして、被告らに対し、牧師館の解体・撤去に

要した費用の損害賠償請求をしている。

先に認定したように、被告プレサンスは、本件マンションを建築にするに際し、本件マンションによって発生する日影が本件幼稚園における保育にどのような影響を与えるか十分に配慮した上でマンション建築をすべきであったところ、本件幼稚園への日照について一定の配慮をした社内検討案で、本件幼稚園の日照への配慮としては十分であると判断し、日照阻害が園児らに与える影響を園児らの立場に立って最も考えることのできる原告園長らの意見を聴くなどして、本件幼稚園における保育のカリキュラムに与える影響度合いなどの検討を十分にすることなく、本件マンションを建築することを決め、そのため、午後の「クラス活動」は、半年以上園庭に日差しがない状況で実施せざるを得なくなり、何らの対応策も講じなければ園児らに受忍限度を超える保育環境の悪化が発生することが予測される事態となったため、原告教会は、本件幼稚園における日照を確保するための対応策として基本財産である牧師館を撤去・解体することを行わざるを得なかったことが認められる。被告プレサンスは、本件マンションを建築した場合には、本件幼稚園の園庭の日照が阻害されることは自ら作成した日影図等によって把握しており、その結果、園庭の外遊びを中心に実施されていた本件幼稚園における午後の「クラス活動」に支障が生じることも把握可能であった。そのような状況で本件マンションを建築することになれば、園児らの最善の利益を重視する原告教会が午前中の日照を改善して1日を通じての日照環境を確保するため牧師館の解体・撤去の決断をせざるを得なくなるということについても認識可能であったといえる。

したがって、被告プレサンスは、本件幼稚園の日照について配慮すべき義務を十分に尽くすことを怠ったため、原告教会に牧師館の解体・撤去の費用を負担させるといふ損害を被らせたものであるから、原告教会は、被告プレサンスに対し、不法行為に基づき、牧師館を解体・撤去するために要した費用259万2000円及びこれに対する不法行為の後（訴状送達の日翌日）である平

成30年9月13日から支払済みまで平成29年法律第44号による改正前の民法所定の年5分の割合による遅延損害金の支払を求めることができる。」

すると、名古屋地方裁判所令和3年3月30日は、「(2)原告園児らの被侵害利益等 児童の権利に関する条約(子どもの権利条約)は、子どもの基本的な人権を国際的に保障するために定められた条約であり、既に発効済みの条約であって、我が国も批准している。同条約3条1項には「児童に関するすべての措置をとるに当たっては、公的若しくは私的な社会福祉施設、裁判所、行政当局又は立法機関のいずれによって行われるものであっても、児童の最善の利益が主として考慮されるものとする」と規定されており、同趣旨に基づき、我が国も児童の最善の利益を考慮した施策を実施する責務を負っているといえる。」と判示して、具体的な損害賠償責任を肯定したのであるから、児童の権利条約が、国内法による補完ないし具体化といった措置をとることなく、直接個人の所属国に対する権利を保障したものとして、国内の裁判所において適用可能であることは明白である。

被告は東京高裁令和2年判決を引用するが、上で述べたとおり、同判決は最高裁の判断が出された判決ではないのである。

さらに言えば、被告の主張を前提としても、上で述べたとおり、東京高裁令和3年10月28日判決は、①「親による子の養育」が、親にとっても子にとっても人格的な利益であり、「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。」と判示したこと、②同判決は、現段階で既にその「人格的な利益」が法的権利であることを認めていること(最高裁大法廷平成27年12月16日判決(夫婦別姓訴訟)では、「人格的な利益」が憲法24条2項の適用上保護される権利であることが認められている。憲法14条1項の適用上も同様であることを、

原告らは主張するものである。）、③別居親と子との面会交流権が、「親による子の養育」に含まれていること、それが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こと、④原告らが既に主張したとおり、現在別居親と子との面会交流権は、同居親の意向等により容易に制限または不実施とされ、それを実現させるための執行手続等も整備されていないのであるから、東京高裁令和3年10月28日判決の判示からすると、国は、別居親と子との人格的な利益が実現されるための立法義務を負っていることは明白である。

よって結論として、被告の反論の内容が、原告らの主張内容を否定するものでないことは明白である。

ウ ウについて

(ア) 第一段落について

原告らの主張内容自体は争わない。

(イ) 第二段落について

被告の主張は争う。

東京高裁令和2年判決が最高裁の判断が出た案件でないことは、原告らが上で述べたとおりである。

また、被告は「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（東京高裁令和2年判決）が本件にも妥当することは明白であり、事案を事にするものでもないことはもとより、同判決（東京高裁令和2年判決）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。」等と主張する。

しかしながら、原告らが上で東京高裁令和3年10月28日判決について主張したとおり、東京高裁令和3年10月28日判決は、「親が子を養育すること」が、親にとっても子にとっても人格的な利益であり、「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。」と判示しており、別居親と子との面会交流権が「親が子を養育すること」に含まれること、それは親と子のそれぞれの人格的な利益であることは明白である。

すると、被告は東京高裁令和2年判決の原告らに子が含まれていないことは、原告らに子が含まれている本件と事案と異にしない、と主張するが、別居親と子との面会交流権が「子の人格的な利益」である以上、本件と東京高裁令和2年判決との事案を異にしていることは明白である。

あえて原告らから指摘をさせていただくと、東京高裁令和3年10月28日判決（その原審判決である東京地裁令和3年2月17日判決）が出されるまでは、「親による子の養育」が、親にとっても子にとっても人格的な利益であり、「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、親による子の養育が、親と子の双方にとって人格的な利益であることを明確に認めた判示は存在しなかったのである。それは、東京高裁令和3年10月28日判決（その原審判決である東京地裁令和3年2月17日判決）によって初めて認識されたことなのであるから、当然本件と東京高裁令和2年判決とは異なる判断が行われなければならないことは明白である。

なお、被告は、東京高裁令和3年10月判決について、「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）。」と主張するが、同判示部分は、あくまでも「父母の共同親権の下で養育される権利」につ

いての判示部分である。同判決は、「父母の共同親権の下で養育される権利」を否定した上で、その一方で、①「親による子の養育」が、親にとっても子にとっても人格的な利益であり、だからこそ、②「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。」と判示したのである。

そして、「親による子の養育」に別居親と子との面会交流権が含まれることは明白である。すると、この点についても被告の反論の内容が、原告らの主張内容を否定するものでないことは明白である。

4 4項（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）について

(1) (1)（原告らの主張）について

原告らの主張内容自体は争わない。

(2) (2)（原告らの主張には理由がないこと）について

ア アについて

(ア) 被告の主張は争う。

原告らが準備書面（1）で主張したとおり、旭川学力テスト判決は、親の子に対する基本的人権としての教育権を認めたものである。

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、以下で再度引用する。

「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、この観点に立って考えるときは、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、上で引用したとおり、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、基本的人権として保障されていることも明白である。

(イ) この点につき、大森貴弘「翻訳：ドイツ連邦憲法裁判所の離婚後単独親権違憲判決」常葉大学教育学部紀要<報告>425頁（甲24）においても、「諸外国に目を転じると、ドイツでは子を育成する親の権利は自然権とされ、憲法でも明文化されており、アメリカでは平等原則と適正手続により親の権利が人権として認められている。日本国憲法には親の権利についての明文の規定はないが、親子の自然的関係を論じた最高裁判決（旭川学テ判決）が存在しているこ

とや人権の普遍性等を根拠として、憲法上認められうると解される。」と指摘されている。

その内容は、親の子に対する教育権（教育の自由）が憲法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基本的人権であることを認めた解説内容である。

(ウ) さらに、旭川学テ訴訟最高裁大法廷昭和51年5月21日判決の判例評釈(甲70)では、以下のとおり、教育権（教育の自由）が基本的人権であることを認めている。

「大阪教育法研究会

羽山健一

親の教育権の検討—教師の教育権との関わりから—

一 親の教育権（教育の自由）

親は子どもを扶養する義務を負うのと同様に、精神的文化的な意味で、子どもを教育する義務を負い権利を有する。この親の教育権は「人間性の中に深く根ざしているところの人類普遍の原理である自然法上の権利」であるとされる（註1）。日本法においては、親の教育権の自然法的性格についての直接の規定を欠いているが、理論上これを承認せざるを得ないと考えられる。最高裁学テ判決（最大判昭五一年五月二一日）も、「教育は、親が子の自然法的関係に基づいて子に対して行う養育・監護の一環としてあらわれる」として、その自然法的性格を述べているといえよう。

民法八二〇条は、「親権を行う者は、子の監護及び教育をする権利を有し、義務を負う」として、親が子を心身ともに健全な社会人として育成する義務と権利を定めている。これを自然法的権利というかは別にしても、ともかく、親の教育権はこの条項によって承認される。親の教育権の「権利」としての意義は、他人を排して第一次的に子を教育する優先権と理解することができよう。

この点について、世界人権宣言二六条三項が「親はその子どもに施されるべき教育の種類を選択するについて、優先的権利を有する」としているのも同趣旨である。

親の教育権が自然法上の権利であることからすれば、憲法にこれを保護する明文の規定がないといっても、この権利は憲法上保障されるものとみななければならない。憲法上の権利であることを主張する際には、憲法上の根拠を次のような点に求める。①憲法的自由（註2）、②プライバシー権・自己決定権（一三条）、③学問の自由・学習の自由（二三条）（註3）、④憲法上の市民的自由（一四条・一九条・二〇条・二一条など）（註4）。

親が子どもを教育することは、権利であるとともに義務でもあるが、義務たる要素の方がより本質的内容を成していると解される。たとえば西ドイツ基本法六条二項は、「子の養育および教育は両親の自然の権利であって、何よりも先に両親に課せられた義務である」とする。このことは、現行憲法によって家父長制的家族制度が否定され、親権概念が変容したことによるものであり、親権は「親の子に対する身分上の支配権」から、「子の保護のための権利」であると考えられるようになったのである（註5）。つまり親権とは、「子を監護教育する義務を第一次的に履行する権利」と捉えられる（註6）。したがって、親の教育権は子どもの学習権を実現する責務を第一次的に履行する権利であるといえよう。

ただし、親の教育権のすべてが子どもの権利からの派生物であるとはいえない。いいかえれば、「親の教育権の存在根拠のすべてが、子どもの福祉の保護にあるわけではない」（註7）。親が自己の信念や価値観を子どもに伝え、子どもの可能性を実現させることは、親が子どもの教育を通じて自己実現することであり、これは、憲法一三条に基づく親自身の権利である。」

そして、この判例評釈の最後から二段落目以下の部分において、「親権とは、「子を監護教育する義務を第一次的に履行する権利」と捉えられる（註6）。

したがって、親の教育権は子どもの学習権を実現する責務を第一次的に履行する権利であるといえよう。ただし、親の教育権のすべてが子どもの権利からの派生物であるとはいえない。いいかえれば、「親の教育権の存在根拠のすべてが、子どもの福祉の保護にあるわけではない」（註7）。親が自己の信念や価値観を子どもに伝え、子どもの可能性を実現させることは、親が子どもの教育を通じて自己実現することであり、これは、憲法一三条に基づく親自身の権利である。」と記載されている。それは、親権が「子を監護教育する義務を第一次的に履行する権利」と捉えられる以上、教育権だけでなく、それを履行する権利である親権についても、親が自己の信念や価値観に基づいて、子どもの親権を行使し、子どもを通じて自己実現することは、憲法13条に基づく親自身の権利であることは明白である。

(エ) ちなみに、西原博史「親の教育権と子どもの権利保障」（早稲田社会科学総合研究第14巻第1号（2013年7月））（甲71）71～72頁においても、「2.4 書かれざる憲法上の権利としての親の教育権 民法学においては、私法的観点における親権の位置づけが主として問題になり、子どもとの関係と第三者との関係それぞれにおける性質が問われる。しかし、親権の限界を定め、様々な親権制限措置を授けられた国会は、単に第三者のうちの一者としてそこに関わるわけではない。それを考えた場合、民法における親権保障の裏に、憲法上の基本的人権としての実質を持った親の教育権が不文ながらも存在していることが伺える。」とした上で、親の教育権の憲法上の根拠条文について、「根拠条文の一つに、憲法13条が挙げられることがある。」、「13条+19条を教育権の根拠と捉える方向性があり得る。」、「それに対して、家族の自律的保障という観点を純化させ、憲法13条による基礎づけを拒絶し、親の教育権を憲法24条で保障されると見るのが横田光平である。」などの立場を紹介している。

イ イについて

被告の主張は争う。

被告は、旭川学力テスト判決の最高裁判所調査官解説を引用する（甲 7 2）。

その最高裁判所調査官解説（甲 7 2）の被告が引用している箇所（甲 7 2 号証の 2 1 3 頁）の前の箇所（甲 7 2 号証の 2 1 2 頁）には、「歴史的にみて、教育はまず親とその子どもとの間に見られる事象であることから解るように、子どもの教育は本来、親子の自然的関係から当然発生するところの親の権利であり義務であったもので、私事性を有したものと見える。」

そして最高裁判所調査官解説（甲 7 2 号証の 2 1 2 頁以下）では、次のように記載が続くのである。

「ところが、近代の科学の進歩、文化の向上、社会生活の複雑多様化等に伴い、親が独力では十分な教育をすることが實際上不可能となったことにより、親義務のいわば共同化として、公、私の学校を設立して、これに子どもの教育を委ね、専門の教師をして子どもの教育を担当させるようになり、一方国家としても次代の国民の育成はその重大関心事であり、国家の将来は教育に負うところが大きいことから、公教育を確立し、その整備に努めるようになったのであるが、現代の民主主義国家においては、教育は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なければならなくなってきたことは、おそらく争いのないところであろう。憲法 2 6 条は、このような公教育制度を前提として、国民の教育を受ける権利を保障したものと解することができる。」

すると、この最高裁判所調査官解説（甲 7 2 号証の 2 1 2 頁以下）において、「歴史的にみて、教育はまず親とその子どもとの間に見られる事象であることから解るように、子どもの教育は本来、親子の自然的関係から当然発生するところの親の権利であり義務であったもので、私事性を有したものと見える。」と記載された上で、さらに「親義務のいわば共同化として、公、私の学校を設立して、これに子どもの教育を委ね、」と記載されていることから明らかな

とおり、旭川学力テスト判決は、①「歴史的にみて、教育はまず親とその子どもとの間に見られる事象であることから解るように、子どもの教育は本来、親子の自然的関係から当然発生するところの親の権利であり（中略）、私事性を有したものと見える。」ということ（つまり、親の子の教育権を基本的人権として認めたこと）と、②公、私の学校を設立して、これに子どもの教育を委ねたのは、親義務のいわば共同化であること、の2点を認めた判決だということが理解できる。

すると、被告が引用している最高裁判所調査官解説（甲72号証の213頁）の内容は、あくまでも②の「親義務の共同化」について記載された箇所であり、さらにその箇所は、①の親の子の教育権を基本的人権として認めたことを否定する内容ではないことは明白である。

なお、被告は最高裁判所調査官解説（甲72号証の213頁）の「このような理解に立って考えると、親の教育についての権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。）」との箇所を引用するが、原告らが上で選挙権について述べたとおり、基本的人権であることに争いが無い選挙権についても、権利としての側面と公務としての側面があるのであるから（選挙権の性質について、それを選挙人としての地位に基づいて公務員の選挙に関与する「公務」とみるか、国政への参加を国民に保障する「権利」とみるかについて争いがあり、多数説は、両者をあわせもつと解している（二元説と呼ばれる）（芦部信喜[高橋和之補訂]『憲法』（岩波書店、第七版、2019年）271頁（甲61））、親の子に対する教育権に、権利としての側面と義務としての側面があることは、何ら親の子に対する教育権が基本的人権であることを否定するものでないことは明白である。

ウ ウについて

被告の主張は争う。

東京高裁令和2年判決の判示についての原告らの主張は、上で述べたとおりである。

逆に、東京高裁令和3年10月28日判決は、「親が子を養育すること」が、親にとっても子にとっても人格的な利益であり、「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。」と判示していること、別居親と子との面会交流権が「親が子を養育すること」に含まれること、それは親と子のそれぞれの人格的な利益であることは、原告らが上で述べたとおりである。すると、東京高裁の立場としては、別居親と子との面会交流権が、少なくとも「人格的な利益」であること（基本的人権でなくとも人格的な利益であれば、憲法14条1項や憲法24条2項の保障が及ぶのである（最高裁大法廷平成27年12月16日判決（夫婦別姓訴訟））。）を認めていることは明白である。

エ エについて

被告の主張は争う。

原告らの主張は上で述べたとおりである。

(3) (3) (小括) について

被告の主張は争う。

原告らの主張は上で述べたとおりである。

5 5項（祖父母と孫との面会交流権が基本的人権又は人格的な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）について

(1) (1) (原告らの主張) について

原告らの主張内容自体は争わない。

(2) (2) (原告らの主張には理由がないこと) について

ア 第一段落及び第二段落について

被告の主張は争う。

最高裁令和3年3月29日決定は、「民法766条1項前段は、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交流その他の子の監護について必要な事項は、父母が協議をして定めるものとしている。そして、これを受けて同条2項が「前項の協議が調わないとき、又は協議をすることができないときは、家庭裁判所が、同項の事項を定める。」と規定していることからすれば、同条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。以上によれば、民法766条の適用又は類推適用により、上記第三者が上記の申立てをすることができるかと解することはできず、他にそのように解すべき法令上の根拠も存しない。」と判示したものであり、①民法766条は、父母の申立てを予定した規定であること、②祖父母の申立てを認める法令上の根拠規定がないこと、を判示した内容である。つまり 最高裁令和3年3月29日決定の判示は、「祖父母と孫の面会交流権」については、現在「法が欠缺していること」を認めた内容である。

そして、その 最高裁令和3年3月29日決定の判示が、「祖父母と孫の面会交流権が基本的人権であること」自体を否定した内容でないことは明白である。それは、本書面でも引用したとおり、民法766条に「面会交流」の規定がなかった時代に出された最高裁昭和59年7月決定の判例評釈（判例時報113

1号79頁（甲64））に、「面接交渉権という権利を肯定し、その権利の性質について親の自然権ないしは固有権であるとする見解に従うならば、面接交渉を全く認めない場合には、憲法問題が生じる余地があるであろう。」と記載されていたことから明白である。

すると、原告らが準備書面（1）22～24頁で述べたとおり、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。

ちなみに、最高裁令和3年3月29日決定についての判例解説（甲73）の3頁には、「2 祖父母の面会交流権が認められてきた背景（1）祖父母と子との関係」として、フランスでは、「また社会学的側面として、子が自我同一性を形成するために祖父母と孫の相互作用が必要とされ、また、祖父母の関わりは子の心理面や愛情面の発達にとって重要であり、父母の衝突時には中立的な立場から子を支援できる存在であるとされている。」、アメリカでは、「そのような現実を踏まえ、祖父母の面会交流が法律上で権利として承認されたのは、子を親の所有物としてみなしていた親の権利優先原理から、子の最善の利益原理へと法理論が動いてきたためであった。」と指摘されている。そのフランスにおける「祖父母の関わりは子の心理面や愛情面の発達にとって重要であること」や、アメリカにおける「子の最善の利益原理へと法理論が動いてきたこと」は、日本においても、全く同様であることは言うまでもないことである。

イ 第三段落について

被告の主張は争う。

被告は、「家族法研究会は、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」していない、と主張する。

しかしながら、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。」と明確に提言を行っている。

家族法研究会報告書の同箇所について記載された新聞の社説(甲74)においても、「法制審に先立ち、家族法制の見直しを議論した有識者の研究会は、2月に公表した報告書で、(中略)祖父母と孫の面会交流権を設けることの検討を提言した。」と、原告らの主張内容と同一の指摘が行われていることは、原告らの主張の正当性の根拠となることである。

(3)(3)(小括)について

被告の主張は争う。

6 6項(憲法13条に関する主張の小括)について

被告の主張は争う。

第2 「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」について

1 1項(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)について

(1) 第一段落について

被告の主張は争う。

(2) 第二段落について

原告らの主張内容自体は争わない。

(3) 第三段落について

被告の主張は争う。

被告が引用している甲56号証の83頁の記載は、「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)交流を持つことを一般に交流(contact)という。」と説明している内容であり、親権者ま

たは監護者として子を監護している嫌が、子との間で人的な交流を持っていること自体を否定する内容ではないことは明白である。

また、面会交流権が子の福祉や子の利益のために行われる制度であることは明白であり（民法766条1項「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。」）、子の福祉や利益を考慮すると、子が親の別居や離婚後も、両親と同じように「人的な交流」を行うことが望ましく、その理念に基づいて行われるのが面会交流なのであるから、その理念を踏まえると、子は別居親だけでなく、同居親とも「人的な交流」を行っていることを前提としていることは明白である。

2 2項（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）について

(1) (1)（原告らの主張）について

原告らの主張自体は争わない。

(2) (2)（原告らの主張が失当であること）について

ア 第一段落について

最高裁判例の内容自体は争わない。

イ 第二段落について

(ア) 被告の主張は争う。

(イ) 現在の民法は、離婚に際して離婚後単独親権制度を採用している（民法819条）。そして、離婚後単独親権者となった親は、非親権者である別居親や祖父母と子（孫）を面会させるかどうかの決定権限が与えられる。

さらに、主たる監護者に指定された親も、非親権者である別居親や祖父母と子（孫）を面会させるかどうかの決定権限が与えられる。

例えば、『判例タイムズ1100号 臨時増刊 家事関係裁判例と実務245題』（判例タイムズ社、2002年）190～191頁に掲載されている遠

藤富士子（東京家庭裁判所調停委員）「面接交渉の時期・方法・履行確保」（甲75）においては、以下の記載がされている。

①「1 時期・方法（中略）わが国では、昭和39年に面接交渉を認める審判が出されて以来普及し、実務でも学説でも面接交渉は子にとって有益であり、子の福祉に反しない限り認めるべきであるとするのが大勢である。しかし、監護親の中には、非監護親が面接交渉を要求しても拒否する者、ごく僅かしか応じない者も多く、家庭裁判所に申し立てられる事件が増大している。」（190頁）

②「2 履行確保 面接交渉は、子の利益でもあるから監護親・子の側からこれに応じない非監護親に履行を求めることもありえるわけであるが、実務上多いのは非監護親から監護親に履行を求める場合である。

調停または審判で面接交渉が決まっても子の生活や心身状況の変化など正当な事由があれば変更を求めることが可能であるが、そのような事由がないにもかかわらず履行に応じない監護親が多く、その履行確保は昨今家庭に関する最も解決困難な問題の一つとなっている。不履行に対抗する手段としては次のようなものが考えられる。

(1)履行勧告 調停または審判で決まったことについては、当該家庭裁判所に履行勧告を申し出ることができる。実際には調査官が担当し、双方（権利者・義務者）の言い分をよく聴いて調査を図り履行を促すが強制力はなく、頑として応じない義務者に対してはどうにもならない。

(2)再調停 権利者はさらに話し合いを求めて調停を申し立てることがある。話し合いの結果不信感が軽減されるとか新たな条件で合意ができるとかすれば履行が期待できるが、調停でできることには限界がある。

(3)強制執行 面接交渉条項は家事審判法第15条により執行力ある債務名義となる。しかし直接強制はできないというのが通説である。遅滞の期間に応じて一定の賠償をすべきことを命じる間接強制はできるという説が多いが、有

力な反対説がある。

(4) 損害賠償請求 面接交渉を拒否した監護親に対し不法行為責任を認め、損害賠償を命じた判例がある（最近では静岡地浜松支判平11・12・21判時1713号92頁）。しかし損害賠償を命じても面会交渉が実現するわけではなく、子の福祉に益することもない。

(5) 親権者・監護者の変更 面接交渉の拒否に対して親権・監護権の変更を肯定する説もあるが、面接交渉の拒否と親権者・監護者としての適格性は別のことであろう。」（191頁）

③「3 問題の所在と対応 以上でみたように、面接交渉の頑強な拒否に対する法的な対抗手段はほとんどないと言ってよい。」（191頁）

(ウ) そして、原告らが主張したとおり、親子の面会交流権が基本的人権や人格的な利益であり、さらには祖父母と孫との面会交流権も基本的人権や人格的な利益である以上、それは本来合理的な理由なく妨げてはならないものである。

再度引用するが、東京地裁令和3年2月17日判決及びその控訴審である東京高裁令和3年10月28日判決は、以下のとおり判示している。

「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、独自の意義を有する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、又はこれをする事についてそれぞれ人格的な利益を有する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。」

すると、東京地裁令和3年2月17日判決及びその控訴審である東京高裁令和3年10月28日判決によって「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。」と判示されているにも拘わらず、離婚後単独親権者や、主たる監護者の意思（決定）により、別居親と子との、さらには祖父母と孫との面会交流権とが失われないようにするための立法を、国会（国会議員）は行っていないのである（本件立法不作為①及び本件立法不作為②）。

(エ) 同居親は、子と別居親、子（孫）と祖父母とが面会交流を行うことを許可する権利を有しているのに対して、別居親や祖父母はそのような権利を有していないのであるから、同居親が有するその権利は「特権」であり、同居親のみがその権利を有することは、憲法14条1項に違反することは明白である。

そして、そのような不平等が生じているにも拘わらず、その差別を是正する立法を行っていない国会（国会議員）による本件立法不作為①及び本件立法不作為②が憲法14条1項に違反することは明白である。

(オ) また、以下の「第3 「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」について」の2項(2)エで述べるとおり、両親の離婚や別居という、別居親や祖父母からすると自ら選び、正せない、やむをえない事柄であるにも拘わらず、夫婦関係の清算等とは関係がない、基本的人権や人格的な利益である子と別居親の、さらには孫と祖父母との面会交流権が同居親の同意なくして行えないという不利益が及ぼされることは、個人の尊厳と両性の本質的平等の要請に照らしても合理性を欠くことは明白である。それは、憲法14条1項にも違反することである。

そしてその結果、それを是正しない国会（国会議員）の立法不作為①及び立法不作為②は、憲法14条1項に違反することは明白である。

3 3項（憲法14条1項に関する主張の小括）について

被告の主張は争う。

第3 「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」について

1 1項について

被告の主張は争う。

2 2項について

(1) 第一段落について

原告の主張内容自体は争わない。

(2) 第二段落について

ア 被告の主張は争う。

イ 原告らの主張は、憲法14条1項について述べた、本書面第2の2項(2)イ(1)及び(ウ)と同様である。

ウ 同居親は、子と別居親、子(孫)と祖父母とが面会交流を行うことを許可する権利を有しているのに対して、別居親や祖父母はそのような権利を有していないのであるから、同居親が有するその権利は「特権」であり、同居親のみがその権利を有することは、憲法24条2項に違反することは明白である。

そして、そのような不平等が生じているにも拘わらず、その差別を是正する立法を行っていない国会(国会議員)による本件立法不作為①及び本件立法不作為②が憲法24条2項に違反することは明白である。

エ(ア) なお、被告は、「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。」と主張する。

(イ) しかしながら、国会(国会議員)による本件立法不作為①及び本件立法不作為②が、まず子(孫)の立場からして、「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こと」は明白である。

最高裁大法廷平成25年9月4日決定は、当時の民法900条4号但書が規

定していた、非嫡出子の相続分を嫡出子の2分の1とする規定について、15名の裁判官全員一致の意見により、違憲であると判断した。その理由の要旨は以下のとおりである。

「①戦後、日本では家族の形や結婚、家族に対する意識が多様化していること、②法定相続分の平等化の問題も早くから意識され、平等とする旨の法改正案が作成されるなど、法改正準備が進められたこと。その法案の国会提出には至らず、改正は実現していないが、民法の規定の合理性は、個人の尊厳と法の下での平等を定める憲法に照らし、非嫡出子の権利が不当に侵害されているか否か、という観点から判断されるべき法的問題であること、③国連の委員会は、日本の差別的規定を問題にして、法改正の勧告等を繰り返してきたこと、④海外でも1960年代から相続差別廃止が進んだこと。⑤子が自ら選び、正せない事柄を理由に不利益を及ぼすことは許されない、との考えが確立されてきていること、⑥以上を総合すれば、遅くとも本件の相続が開始した2001年7月当時、立法府の裁量権を考慮しても、嫡出子と非嫡出子の法定相続分を区別する合理的根拠は失われており、規定は憲法14条1項に違反していたというべきである。」

すると、親の離婚や、親の別居は、子の立場からすると、「子が自ら選び、正せない事柄を理由」であることは明白である。

さらに、親の離婚や、親の別居に伴い、子が、別居親や祖父母と面会交流権を実現できなくなることは、子の立場からすると、「子が自ら選び、正せない事柄を理由に不利益を及ぼすこと」であることも明白である。

すると、最高裁大法廷平成25年9月4日決定は、「子が自ら選び、正せない事柄を理由に不利益を及ぼすことは許されない」と判示したのであるから、親の離婚や、親の別居に伴い、子が、別居親や祖父母と面会交流権を実現できなくなるにも拘わらず、それを是正しない国会（国会議員）の立法不作為①及び立法不作為②は、憲法14条1項に違反するだけでなく、憲法24条2項に

も違反することは明白である。

そして、原告らが既に主張したとおり、基本的人権や人格的な利益である子と別居親、孫と祖父母との面会交流権が、子（孫）に心理的な好影響を与えて、子（孫）が自己肯定感やコミュニケーション能力を身に付ける効果を生むにも拘わらず、それが、子（孫）が自ら選び、正せない事柄である両親の離婚や別居によって、子の意思に拘わらず一方的に奪われ、その結果子が不利益を受けることは、憲法24条2項が規定する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ことは明白である。そしてその結果、それを是正しない国会（国会議員）の立法不作為①及び立法不作為②は、憲法14条1項に違反するだけでなく、憲法24条2項にも違反することは明白である。

(ウ) さらに、上の(イ)で述べた内容は、基本的人権や人格的利益である子（孫）との面会交流権を、子（孫）の両親の離婚や別居によって奪われる別居親や祖父母についても言えることである。なぜならば、両親の離婚や別居は、夫婦関係の清算等であるにすぎず、親子関係の清算を意味しないからである。

この点につき、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訴訟）において、女性についてだけ、嫡出推定の重複を避ける意味での100日を越える再婚禁止期間を課すことは、男女差別であり、憲法14条1項及び憲法24条2項に違反するとの判決が出されたことは、上で引用した最高裁大法廷平成25年9月4日決定が、「子が自ら選び、正せない事柄を理由に不利益を及ぼすことは許されない」と判示したことと同趣旨の立場が採用されたと評価することができる。

すると、両親の離婚や別居は、夫婦関係の清算等であるにすぎず、親子関係の清算を意味しないにも拘わらず、両親の離婚や別居により、別居親や祖父母が子（孫）との面会交流権を実現できないことは、「自ら選び、正せない事柄を理由に不利益を及ぼすことは許されない」ことの該当することは明白である（両親の離婚や別居という、別居親や祖父母からすると自ら選び、正せない、

やむをえない事柄であるにも拘わらず、夫婦関係の清算等とは関係がない、基本的人権や人格的な利益である子や孫との面会交流権を同居親の同意なくして行えないという不利益が及ぼされることは、許されない。)。

それが、憲法 24 条 2 項が規定する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ことは明白である。そしてその結果、それを是正しない国会（国会議員）の立法不作為①及び立法不作為②は、憲法 24 条 2 項に違反することは明白である。

(3) 第三段落について

ア 被告の主張は争う。

イ 被告は、「この点においても、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、」と主張するが、上で引用した『判例タイムズ 1100 号 臨時増刊 家事関係裁判例と実務 245 題』（判例タイムズ社、2002 年）190～191 頁に掲載されている遠藤富士子（東京家庭裁判所調停委員）「面接交渉の時期・方法・履行確保」（甲 75）において「3 問題の所在と対応以上でみたように、面接交渉の頑強な拒否に対する法的な対抗手段はほとんどないと言ってよい。」（191 頁）などと記載されていることから、被告が主張する内容について、「面接交渉の頑強な拒否に対する法的な対抗手段はほとんどない」（191 頁）とされているのであるから、面会交流権の実現のための有効な法律制度は存在していないことは明白である。

ウ また被告は、「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), 」と主張するが, 原告らが訴状178頁「ウ強制執行や制裁のための規定について」で述べた内容を, 原告らの反論として再度主張する。

「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。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。

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、上でも引用した東京地裁令和元年（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。」

エ　すると、被告は「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、」と主張するが、その主張が認められないことは明白である。

オ　また、被告は「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）。」と主張するが、上で述べたとおり、親の別居や離婚という夫婦関係の精算と、親子関係や孫と祖父母の関係は何ら関係がないにも拘わらず、親の別居や離婚により、親と子や孫と

祖父母との面会交流権が実現できない不利益が課せられているのであるから、それは子（孫）にとっては、「子が自ら選び、正せない事柄を理由に不利益を及ぼすことは許されない」ことに該当し、別居親や祖父母にとっては、「自ら選び、正せない事柄を理由に不利益を及ぼすことは許されない」に該当し、それ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いていることは明白である（最高裁大法廷平成25年9月4日決定及び最高裁大法廷平成27年12月16日判決（女性の再婚禁止期間違憲訴訟））。

3 3項について

被告の主張は争う。

第4 「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」について

1 1項について

原告らの主張内容自体は争わない。

2 2項について

被告の主張は争う。

原告らが主張したことから、子と親の、孫と祖父母の面会交流権が、基本的人権もしくは人格的な利益として憲法上保障されていることは明白である。

3 3項について

(1) 被告の主張は争う。

(2) 被告は、「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續規定」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）19ページで述べたとおりである一方、」と主張するが、現行制度では、面接交渉の履行に応じない監護親が多く、その履

行確保は昨今家庭に関する最も解決困難な問題の一つとなっていること、面接交渉の頑強な拒否に対する法的な対抗手段はほとんどないと言ってよいことは、上で述べたとおりである（『判例タイムズ1100号 臨時増刊 家事関係裁判例と実務245題』（判例タイムズ社，2002年）190～191頁に掲載されている遠藤富士子（東京家庭裁判所調停委員）「面接交渉の時期・方法・履行確保」（甲75））。

- (3) また被告は、「原告らが挙げる諸制度の立法例（原告ら準備書面（1）45ないし52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）58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。」と主張する。

しかしながら，原告らが主張する「親子審判制度」では，他方配偶者の同意なく子を連れ去った親は，後の子の監護者や子の親権者の決定の評価において不利益を受ける。さらには別居親と子との自由面会交流を保障しなかった親も，監護者変更や親権者変更の決定の評価において不利益を受ける。そのことで，「子の連れ去り」が抑制でき，「自由面会」が実現できることは明白である。現在の日本の法律制度では，「他方配偶者の同意なく子を連れ去った親は，後の子の監護者や子の親権者の決定の評価において不利益を受ける。さらには別居親と子との自由面会交流を保障しなかった親も，監護者変更や親権者変更の決定の評価において不利益を受ける。」ことについて，明文の規定がなく，さらには実務上の運用がそのようにされていないために，「子の連れ去り」が行われ，「自由面会交流」が阻害されていることは明白である。

- (4) さらに被告は，「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ますとしても，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、」と主張するが、やはり現行制度では、面接交渉の履行に応じない監護親が多く、その履行確保は昨今家庭に関する最も解決困難な問題の一つとなっていること、面接交渉の頑強な拒否に対する法的な対抗手段はほとんどないと言ってよいことは、上で述べたとおりである（『判例タイムズ1100号 臨時増刊 家事関係裁判例と実務245題』（判例タイムズ社、2002年）190～191頁に掲載されている遠藤富士子（東京家庭裁判所調停委員）「面接交渉の時期・方法・履行確保」（甲75））。原告らが主張する「親子審判制度」は、その現行制度の不合理な面を補って余りあることは、原告らが主張した内容から明白である。

(5) また被告は、「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。」と主張するが、国会（国会議員）による本件立法不作為①及び本件立法不作為②により、基本的人権もしくは人格的な利益である子と別居親の、孫と祖父母の面会交流権は、同居親の意向で拒否され、同居親の頑強な拒否に対する法的な対抗手段はほとんどないと言ってよいのであるから（『判例タイムズ1100号 臨時増刊 家事関係裁判例と実務245題』（判例タイムズ社、2002年）190～191頁に掲載されている遠藤富士子（東京家庭裁判所調停委員）「面接交渉の時期・方法・履行確保」（甲75））、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「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」と言えることは明白である。

(6) さらに被告は、「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

を採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(最高裁令和3年6月23日大法廷決定・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。」と主張するが、被告が引用している最高裁令和3年6月23日大法廷決定は、選択的夫婦別姓についての最高裁判例であり、選択的夫婦別姓制度をどのように法制度として実現するかの問題は、民法上の夫婦別姓(最高裁大法廷平成27年12月16日判決や最高裁令和3年6月23日大法廷決定の事案で主張されたもの)を採用すべきか、それとも戸籍法上の夫婦別姓(現在国会議員の稲田朋美氏が主張している法制度案)を採用すべきかなど、複数の選択肢が考えられるのに対して、基本的人権もしくは人格的な利益である子と別居親の、孫と祖父母の面会交流権は、同居親の意向で拒否され、同居親の頑強な拒否に対する法的な対抗手段はほとんどないと言ってよいのであり(『判例タイムズ1100号 臨時増刊 家事関係裁判例と実務245題』(判例タイムズ社、2002年)190～191頁に掲載されている遠藤富士子(東京家庭裁判所調停委員)「面接交渉の時期・方法・履行確保」(甲75))、国会(国会議員)による本件立法不作為①及び本件立法不作為②により、子と別居親の、孫と祖父母の基本的人権や人格的な利益は侵害されていることは明白なのであるから、何ら「どのような制度を採るのが立法政策として相当かという問題」は生じない。基本的人権や人格的な利益を保護するためには、子と別居親の、孫と祖父母の面会交流権を保護し実現する制度を創設する義務が、国会(国会議員)にあることは明白である。

(7) なお、被告は「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ます」と主張し、被告自身「親子審判制度」の法制度自体が実現可能であること自体は争っていないばかりか、「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ますと認めている。それは、基本的人権や人格的な利

益を保護するために、子と別居親の、孫と祖父母の面会交流権を保護し実現する制度としての「親子審判制度」を、国会（国会議員）が制定することが可能であることを、事実上認める内容である。

4 4項について

被告の主張は争う。

第5 (プライバシー)

第6 原告らの主張

1 児童の権利に関する条約が日本の国内法秩序において、直接適用されることについて

(1) 夫婦別姓訴訟の最高裁大法廷令和3年6月23日決定の裁判官宮崎裕子、同宇賀克也の反対意見では、以下の指摘がされている。

「ウ 我が国が女子差別撤廃条約に基づいて夫婦同氏制の法改正を要請する3度目の正式勧告を平成28年に受けたという事実は夫婦同氏制が国会の立法裁量を超えるものであることを強く推認させること

(ア) 女子差別撤廃条約は1981年（昭和56年）に発効しており、我が国は1980年（昭和55年）にこれを締結し、1985年（昭和60年）には国会で批准され、公布もされている。我が国においては、憲法98条2項により、条約は公布とともに国内的効力を有すると解されており、条約が締約国に対して法的拘束力がある文言で締約国の義務を定めている場合には、かかる義務には、国家機関たる行政府、立法府及び司法府を拘束する効力があると解される。したがって、立法府は、女子差別撤廃条約についても、法的拘束力がある文言で規定されている限り、同条約が定める義務に違反する法律を改廃し、義務に反する新規立法を回避し、もって同条約を誠実に遵守する義務がある。

(イ) 女子差別撤廃条約2条、16条1項は、「締約国は、・・・合意し (agree to) ・・・約束する (undertake)」、 「締約国は、・・・適当な措置をとるものとし (shall) ・・・確保する (ensure)」と規定し、締約国自身が所要の措

置をとること（国内法の整備）を通じて定められた権利を確保する義務を負うことを定めている。因みに、条約において、「agree to～（～に合意する）」、「shall～（～ものとする）」、「undertake～（約束する）」、「ensure～（～を確保する）」という用語が使われる場合、法的拘束力があることを示すことに疑問の余地はない。女子差別撤廃条約はアラビア語、中国語、英語、フランス語、ロシア語及びスペイン語を等しく正文とする（つまり日本語版は仮訳にすぎない）ところ、英語では、同条約2条は「agree to」、16条1項は「shall」をもって規定されているから、法的拘束力を持たせる趣旨であることは明確といえる。

(ウ) なお、これらの条項は、我が国の国民に対して直接何らかの権利を付与するものではないので、国民に対する直接適用可能性はないと解されるが、そのことは、これらの条項が国内的効力を有することを否定する理由にはならない。今日の国際法学においては、直接適用可能性は国内的効力の前提ではなく、逆に、国内的効力が直接適用可能性の前提と一般に解されているからである。」

(2) これを児童の権利に関する条約にあてはめると以下のとおりになる。

「(ア) 児童の権利に関する条約は1990年（平成2年）に発効しており、我が国は1990年（平成2年）にこれに署名し、1994年（平成6年）には国会で批准され、公布もされている。我が国においては、憲法98条2項により、条約は公布とともに国内的効力を有すると解されており、条約が締約国に対して法的拘束力がある文言で締約国の義務を定めている場合には、かかる義務には、国家機関たる行政府、立法府及び司法府を拘束する効力があると解される。したがって、立法府は、児童の権利に関する条約についても、法的拘束力がある文言で規定されている限り、同条約が定める義務に違反する法律を改廃し、義務に反する新規立法を回避し、もって同条約を誠実に遵守する義務がある。

(イ) 児童の権利に関する条約9条1項、同条2項、同条3項、18条1項は、

「締約国は、・・・確保する (shall ensure) 」, 「すべての関係当事者は・・・・機会を有する (shall be given) 」, 「締約国は、・・・尊重する (shall respect) 」, 「締約国は、・・・最大限の努力を払う (shall use their best efforts) 」と規定し、締約国自身が所要の措置をとること (国内法の整備) を通じて定められた権利を確保する義務を負うことを定めている。因みに、条約において、「shall～ (～ものとする) 」, 「ensure ～ (～を確保する) 」という用語が使われる場合、法的拘束力があることを示すことに疑問の余地はない。児童の権利に関する条約はアラビア語、中国語、英語、フランス語、ロシア語及びスペイン語を等しく正文とする (つまり日本語版は仮訳にすぎない) ところ、英語では、同条約9条1項は「shall ensure」, 同条2項, 同条3項, 18条1項は「shall」をもって規定されているから、法的拘束力を持たせる趣旨であることは明確といえる。」

(3) そして、①児童の権利に関する条約は、「個人の権利・義務を直接・具体的に定めている」いわゆる「自動執行的条約」であるから、国際法、とくに条約を一般に「受容」している日本の憲法体制の下では、国内法に「変形」することなく、批准・公布によってそのまま国内に適用されること、そして、②児童の権利に関する条約4条は、「締約国は、この条約において認められる権利の実施のためのあらゆる適当な立法上、行政上およびその他の措置をとる」と規定していることから、日本の現行法令の中で文言上明らかに児童の権利に関する条約の規定と抵触すると解される条文があればそれを改正して条約の規定に合致させることが義務付けられること、また、③児童の権利に関する条約4条の趣旨としては、条約の目的をより良く実現するための新たな法律の制定を講じることを、批准国に期待していることは、原告らが引用した甲67号証 (横田洋三「子どもの権利条約の国内実施—国際法の観点から—」『自由と正義』1991年2月号5—10頁) で指摘されているところである。

(4) すると、被告は、準備書面 (2) の7頁以下3項において、東京高裁令和2

年判決の第一審である東京地裁令和元年11月判決が、「児童の権利条約が、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えず、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。」と判示していることを引用し、さらには「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。」と主張し、要旨「児童の権利条約は、権利又は利益の実現の確保の在り方については各締約国に委ねられていると解される」との主張を行っているが、その主張が認められないことは明白である。

2 同居親が別居親と子との面会交流権を拒んでいる場合には、実現が著しく困難であること

(1) 被告は、準備書面(2)21頁以下「第3」において、「この点においても、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)。」と主張する。

(2) しかしながら、ここで被告が「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、」

と主張しているが、その主張はあくまでも「法律上の手段は存在すること」のみを意味しており、真に別居親が求めている「面会交流が早期かつ現実に認められること」が保障されていないことを意味していることは明白である。

この点につき、法制審議会家族法制部会第2回会議（令和3年4月27日開催）で配付された最高裁判所提出参考資料2-11「子の監護に関する処分事件の事件動向について」には、以下の内容が記載されている（甲76）。

子の監護に関する処分事件（面会交流）・終局区分別割合（全家庭裁判所）によると、令和2年の認容・調停成立率は $7.5\% + 57.8\% = 65.3\%$ にとどまっている（甲76の2の11枚目）。

また、子の監護に関する処分事件（面会交流）の平均審理期間の推移（全家庭裁判所）によると、令和2年の平均審理期間は10.3か月であるから、この間、子と定期的に会うことは、相手方が任意に応じない限りできないことになる（甲76の2の12枚目）。

子の監護に関する処分事件（面会交流）・面会交流の回数（全家庭裁判所）によると、令和2年の面会交流回数は、認容・調停成立により終結した事件の集計件数 $144 + 751 + 3472 + 895 + 268 = 5530$ 件のうち、「月1回」も含めたより低頻度の面会交流が約84%（ $3472 + 895 + 268 = 4635$ 件）、月2回を含めると約97%であり（ $4635 + 751 = 5386$ 件）、ほとんどを占めている。週1回以上の面会交流が実現できたのは、144件であり、全体の僅か0.027%にすぎない（甲76の2の13枚目）。

そして、子の監護に関する処分事件（面会交流）の新受件数の推移（全家庭裁判所）では、調停の新受件数が平成23年の8714件から令和2年は1万2929件に増加し、平成23年の件数の約1.5倍に増えている（甲76の2の10枚目）。面会交流についての紛争が増加していることが分かる。

子の監護に関する処分事件（面会交流）の平均審理期間の推移（全家庭裁判

所)も、平均審理期間が平成23年の6.8か月から令和2年は10.3か月と長期化していることが分かる(甲76の2の12枚目)。面会交流についての紛争が増加したことも、審理期間の長期化に影響していると考えられる。

この法制審議会家族法制部会第2回会議(令和3年4月27日開催)で配付された最高裁判所提出参考資料2-11「子の監護に関する処分事件の事件動向について」(甲76号証)に記載された事実は、法律制度として面会交流調停や審判が存在するものの、その法律制度を利用すれば、全ての事案で別居親と子との面会交流が、即時かつ現実に実現できるわけではないことを示している。真に別居親が求めている「面会交流が即時かつ現実に実現できる結果」は、それらの法律制度で実現が保障されていないことは明白である。

3 法務省のHPのサイト「お父さん・お母さんが別れるのかな～家族のことで悩んでいるあなたへ～」について

法務省のHPのサイト「お父さん・お母さんが別れるのかな～家族のことで悩んでいるあなたへ～」(甲77)では、両親が離婚するのではないかと心配している子供達へのメッセージが記載されている。そしてそのサイトには、「家族のかたちは変わるかもしれないけれど、お父さん・お母さん、おじいちゃん、おばあちゃんとあなたとの関係は変わりません。」と記載されている。すると、両親が離婚しても、子と父・母・祖父・祖母との関係が変わらないために、国会(国会議員)は立法を行う義務を負っていることは明白である。原告らが主張したとおり、現在の法律制度では両親の離婚により、別居親と祖父母は子(孫)との面会交流自体が同居親の同意なくできなくなり、「子と父・母・祖父・祖母との関係が変わってしまう」ことを余儀なくされているのであるから、国会(国会議員)に立法不作為責任が肯定されることは明白である。

以上