

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 (3)

令和4年6月6日

東京地方裁判所民事第12部乙合A係 御中

被告指定代理人	藤	枝	祐	人
	市	原	麻	衣
	三	森	久	舟
	大	庭	陽	子
	西		臨	太 郎
	森		香	太
	治	部	宏	樹
	村	上		岳
	伊	集	浩	平

第1	請求の趣旨に対する答弁（変更）	4
第2	原告の本訴訟における請求は信義則に反し却下されるべきこと	4
1	原告らの主張	4
2	原告の本訴訟における訴えは却下されるべきこと	5
第3	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ないし人格的利益ではなく、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	6
1	東京地裁令和3年2月判決及び東京高裁令和3年10月判決においても、原告らの主張する人格的利益は憲法上の権利とは認められておらず、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	6
(1)	原告らの主張	6
(2)	被告の反論	7
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理由がないこと	9
(1)	親子等の面会交流権は、前国家的な自然状態において有すべき権利であつて、憲法上も権利として保障されている旨の原告らの主張に理由がないこと	10
(2)	「国家への自由」である選挙権との比較等において、親権が基本的人権であることを主張する原告らの反論には理由がないこと	11
3	現行制度が児童の権利条約に違反する旨の原告らの主張に理由がないこと	12
(1)	原告らの主張	13
(2)	被告の反論	13
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	16
(1)	原告らの主張	16
(2)	被告の反論	16

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	17
	(1) 原告らの主張	17
	(2) 被告の反論	17
6	小括	18
第4	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 原告らの主張	18
	2 被告の反論	18
第5	本件立法不作為①及び本件立法不作為②は憲法24条2項に違反しないこと	19
	1 原告らの主張	19
	2 被告の反論	19
第6	本件立法不作為①及び本件立法不作為②が国賠法上違法とはなり得ないこと	21
	1 原告らの主張	21
	2 被告の反論	21
第7	結語	22
第8	求釈明	22

被告は、本書面において、原告らの令和4年2月24日付け準備書面(3)（以下「原告ら準備書面(3)」という。）における原告らの主張を踏まえ、請求の趣旨に対する答弁を変更して、その理由を述べるとともに（後記第1及び第2）、原告らの同月14日付け準備書面(2)（以下「原告ら準備書面(2)」という。）と合わせて、必要と認める限度で反論する（後記第3ないし第6）。

なお、略語等については、本書面に定義するもののほか、従前の例に従う。

## 第1 請求の趣旨に対する答弁（変更）

被告は、令和3年2月1日付け答弁書における請求の趣旨に対する答弁を、下記のとおり変更する。

### 記

- 1 原告 の訴えを却下する
- 2 その余の原告らの請求を棄却する
- 3 訴訟費用は原告らの負担とする
- 4 仮執行の宣言は相当でないが、仮に仮執行宣言を付する場合は、
  - (1) 担保を条件とする仮執行免脱宣言
  - (2) その執行開始時期を判決が被告に送達された後14日経過したときとすること  
との判決を求める。

## 第2 原告 の本訴訟における請求は信義則に反し却下されるべきこと

### 1 原告らの主張

原告らは、原告 についてPTSD（心的外傷後ストレス傷害）の診断がされていなかった東京高裁令和2年判決に係る前訴控訴審口頭弁論終結時には、原告 の症状は固定していなかったと理解した上で、最高裁判所昭和42年7月18日第三小法廷判決（民集21巻6号1559ページ）を挙げ、原

告 が「子らとの面会交流ができなくなったこと」により負ったPTSD（心的外傷後ストレス傷害）は、「東京高裁令和2年判決（中略）の後に発症した後遺障害」であり、「前訴において（中略）損害として主張していなかった」ものであるし、また、後遺障害の特質からしても、前訴は「一個の債権の一部についてのみ判決を求める旨を明示していたと認めうる」ものであるから、原告 が本訴訟においてこれを損害として主張することは、前訴判決の既判力に抵触しない旨主張する（原告ら準備書面(3)1ないし3ページ）。

## 2 原告 の本訴訟における訴えは却下されるべきこと

本訴訟において、原告 が主張する損害の前提となる責任原因が、前訴と共通することは、前記1の原告らの主張からも明らかである。

そして、前訴である東京高裁令和2年判決は、原告 を含む当該原告らが、別居親の子との面会交流権の権利行使の機会を確保するために立法措置を執ることが必要不可欠であり、それが明白であるにもかかわらず、国会が正当な理由なく長期にわたり立法措置を怠ってきたことが国賠法1条1項の適用上違法と評価される旨主張して慰謝料の支払等を求めたのに対し、「別居親の面会交流権が憲法上保障されており、その権利行使のために所要の立法措置を執ることが必要不可欠であって、それが明白であるとは認められないから、別居親の面会交流権についての立法不作為は、国家賠償法1条1項の適用上、違法の評価を受けるものとはいえない」（下線は引用者。）などとして、その請求を棄却したものである（上告棄却・上告不受理決定により確定。乙2）。

以上の判示に明らかなおり、東京高裁令和2年判決は、原告 を含む当該原告らの主張をもってしては、国賠法1条1項の違法があると認めることができない、すなわち、そもそも責任原因を認めることができない旨判断したものであり、その審理判断は、原告 が主張した損害賠償（国家賠償）請求権の存否の全部について及ぶということができ、当該請求権は全く現存しないとの判断を示すものであって、換言すれば、後に残部として請求し得る部分が存

在しないとの判断を示すものというべきである。

そうすると、前記1の原告らの主張を踏まえたとしても、本訴訟における原告の訴えは、実質的には前訴で認められなかった請求及び主張を蒸し返すものといわざるを得ないのであり、原告について本訴訟の提起を許容し、原告が主張する損害賠償（国家賠償）請求権の存否について審理されれば、東京高裁令和2年判決の確定により当該債権の全部について紛争が解決されたという被告の合理的な期待を裏切り、被告に二重の応訴の負担を強いることとなる。このような本訴訟における原告の訴えは、信義則に反し不適法である（金銭債権の数量的一部請求訴訟で敗訴した原告が、当該判決確定後に残部請求の訴えを提起することは、特段の事情のない限り、信義則に反し許されない旨を判示したものとして、最高裁判所平成10年6月12日第二小法廷判決・民集52巻4号1147ページ参照）。

以上のとおり、原告長迫の訴えは却下されるべきである。

### 第3 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ないし人格的利益ではなく、本件立法不作為①及び本件立法不作為②が国賠法上違法と評価される余地がないこと

#### 1 東京地裁令和3年2月判決及び東京高裁令和3年10月判決においても、原告らの主張する人格的利益は憲法上の権利とは認められておらず、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

##### (1) 原告らの主張

被告は、東京高裁令和2年判決に照らし、原告らの主張する親子等の面会交流権が憲法上の権利であるとは解されないことを述べた（被告準備書面(2)4ページ）。

これに対し、原告らは、東京高裁令和2年判決に係る訴訟の事案は当該事件原告らに子が含まれず、本件とは事案を異にし、「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」は、東京高裁令和2年判決より後に出された東京地裁令和3年2月判決及び東京高裁令和3年10月判決によって初めて認識されたのであるから、本件は東京高裁令和2年判決とは異なる判断がされなければならない旨繰り返し主張する（原告ら準備書面(2)3及び4ページ、24及び25ページ、30ないし33ページ）。

## (2) 被告の反論

ア 東京高裁令和3年10月判決は、配偶者との離婚訴訟において子の親権者と定められなかった原告が、裁判上の離婚の場合に裁判所が父母の一方を親権者と定める民法819条2項の規定が憲法13条等に違反することは明白であるから、同項を改廃する立法措置をとらない立法不作為が国賠法1条1項の適用上違法であるとして、損害金などの支払を求めた事案に係るものであるところ、同判決は、親権が憲法13条で保障されるとする原告の主張について、東京地裁令和3年2月判決を引用して、「親権は、あくまでも子のための利他的な権限であり、その行使をするか否かについての自由がない特殊な法的な地位であるといわざるを得ず、憲法が定める他の人権、とりわけいわゆる精神的自由権とは本質を異にするというべきである。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ず、親権の特殊性についての上記判断を左右するものではない。そうすると、このような特質を有する親権が、憲法13条で保障されていると解することは甚だ困難である。」と判示した上で、「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  
をすることについてそれぞれ人格的な利益を有するということができる。」  
と判示している。

しかしながら、仮に親と子において東京高裁令和3年10月判決が判示  
するような、又はそれに類する人格的な利益を有するとしても、同判決は、  
当該親と子の人格的な利益について、東京地裁令和3年2月判決を引用し  
て、「親権の帰属及び行使がそれに関連しているからといって、親権が憲  
法13条で保障されていると解することが甚だ困難であるという（中略）  
判断を左右するものではない。」としているから、この点において、東京  
地裁令和3年2月判決及び東京高裁令和3年10月判決は、「面会交流権  
は（中略）憲法13条により保障されている」旨の控訴人らの主張に対し、  
「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。」と判示した東京高裁令和2年判決と異なる価値判  
断に立つものではない。

したがって、東京地裁令和3年2月判決及び東京高裁令和3年10月判  
決が東京高裁令和2年判決と異なる価値判断に立つものであることを前提  
に、本件は東京高裁令和2年判決とは異なる判断がされなければならない  
とする原告らの前記(1)の主張は、東京地裁令和3年2月判決及び東京高  
裁令和3年10月判決を正解しないものであり、理由がない。

イ なお、原告らは、最高裁昭和59年7月決定は、面接交渉の権利性につ  
いて直接判示するものではなく、面会交流権が基本的人権であることを否  
定する根拠とならないし、また、「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の指摘がされている」（杉原則彦・最高裁判  
所判例解説民事篇平成12年度（下）・515及び516ページ、甲65

の2)とした上で(原告ら準備書面(2)18ページ)、東京高裁令和2年判決は、「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」、「訪問・宿泊権」として面会交流権が別居親の権利として確立し、基本的人権として保障されていることを看過したものであるとも主張する(原告ら準備書面(2)7ページ、18及び19ページ)。

しかし、最高裁昭和59年7月決定が、親子の面接交渉を認めなかった原決定は憲法13条に違反する旨の抗告人の主張について、適法な抗告理由に当たらない旨判示したものであることは従前述べたとおりである(被告準備書面(1)13及び14ページ)。また、原告らの指摘する前記杉原・最高裁判所判例解説民事篇平成12年度(下)(甲65の2・515及び516ページ)は、原告らの指摘する前記記載に続けて、面接交渉が子の福祉に反するときには面接交渉を全面的に否定する審判例に触れて、「結果的には、権利性を否定するに等し」いなどと述べた上で、「そうすると(中略)面接交渉権といわれているものは、面接交渉を求める請求権ではなく、子の監護のために適正な措置を求める権利であるというのが相当である。」(下線は引用者。)と結論づけているのであって、面会交流権ないし面接交渉権が基本的人権であるとするものではない。そして、諸外国における立法の動向は我が国の憲法の解釈に直ちに影響を与えるものとはいえず、平成27年再婚禁止期間違憲判決も同様の理解を前提としていると考えられることについては、被告準備書面(1)16ページに述べたとおりである。

以上からしても、東京高裁令和2年判決を論難する原告らの主張には理由がないことは明らかであって、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解することはできない。

## 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理由がないこと

- (1) 親子等の面会交流権は、前国家的な自然状態において有すべき権利であつて、憲法上も権利として保障されている旨の原告らの主張に理由がないこと

ア 原告らの主張

原告らは、「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」とし、「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」と主張する（原告ら準備書面(2) 4ページ以下）。

イ 被告の反論

しかし、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ないこと、また、そもそも原告らは、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いないことは、被告準備書面(2) 5ページに述べたとおりである。この点、原告らは、「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」とも主張するが（原告ら準備書面(2) 7ページ）、その論拠は「憲法理論によるサポートが期待される」「試論」（甲60・312ページ脚注13）にとどまり、その他具体的根拠が示されているものでもない。

また、仮に親子等の面会交流が、「前国家的・始原的な自然権に由来する」ものであることを前提にしたとしても、原告ら準備書面(2) 10ページにおいて引用される「新版注釈民法(25)」（甲26）においても、「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」(下線は引用者。)とあるとおり、前国家的・始原的な自然権と、基本的人権は明確に書き分けられた上で、親の監護教育権は基本的人権とはされていない。このことから明らかなように、憲法以前の、前国家的・始原的な自然権である(ないしこれに由来する)ことが、直ちに憲法上保護される基本的人権であることに結び付くわけではない。そうすると、文部科学省のホームページ上の記載に関する原告らの指摘(原告ら準備書面(2) 11ページ)もまた当を得ないものである。

以上のとおりであるから、親子等の面会交流権は、前国家的な自然状態において有すべき権利であつて憲法上も権利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。

(2) 「国家への自由」である選挙権との比較等において、親権が基本的人権であることを主張する原告らの反論には理由がないこと

ア 原告らの主張

原告らは、被告準備書面(2) 5及び6ページにおける被告の主張への反論として、「国家への自由」としての性質を有する基本的人権である選挙権との比較において、親権が「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」こと及びその「具体的内容が民法で定まる」ことは、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とし、かつ、親権は「権利と義務の総体」であるとするフランス民法典の規定の存在は、立法事実として日本国憲法の解釈に影響を与えるものである旨主張する(原告ら準備書面(2) 8ないし10ページ)。

イ 被告の反論

しかし、親権が、憲法13条で保障されていると解することができないことは、被告準備書面(1) 13ないし16ページ及び前記1(2)アで述べたとおりである。

また、フランス民法典の規定をいう点については(原告ら準備書面(2)

10ページ)、前記1(2)イで述べたとおり、諸外国における立法の動向は我が国の憲法の解釈に直ちに影響を与えるものとはいえない。この点、東京高裁令和3年10月判決も、「諸外国の法制度及び裁判例の状況は、(中略)我が国の憲法の解釈に直ちに影響を及ぼす事情であるとはいえない旨判示しているところである(東京地裁令和3年2月判決の引用。)

なお、原告らは、被告が引用した内田貴「民法IV親族・相続(補訂版)」の記載について、「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(中略)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」とも主張するが(原告ら準備書面(2)9ページ)、原告らの引用箇所にもあるように、同書においては、親権について明確に、「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(傍点は引用者。)」とされ、一般的な権利としての性質では捉えられないものである旨が述べられているのであって、原告らの上記主張は、その趣旨を正解しないものというほかない。

以上の点に鑑みると、親権は、「国民の国政への参加の機会を保障する基本的権利として、議会制民主主義の根幹をなす」ものであり(最高裁判所昭和51年4月14日大法院判決・民集30巻3号223ページ)、「憲法は、国民主権の原理に基づき、両議院の議員の選挙において投票することによって国の政治に参加することができる権利を国民に対して固有の権利として保障して」いるとされる選挙権(最高裁判所平成17年9月14日大法院判決・民集59巻7号2087ページ)と同様のものといえないのは明らかであって、憲法上明記されている選挙権につき基本的人権と理解することに争いが無いから親権も同様に基本的人権であることを否定されないという原告らの主張には、飛躍があるといわざるを得ない。

### 3 現行制度が児童の権利条約に違反する旨の原告らの主張に理由がないこと

## (1) 原告らの主張

原告らは、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ず、また、面会交流が「児童の最善の利益に適う」ことは明白であるところ、子の連れ去りや同居親による別居親と子の面会拒否・面会制限を生む離婚後単独親権制度（民法819条）は、児童の権利条約9条1項及び3項に反するのであって、同条3項により、被告は「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」などと主張する（原告ら準備書面(2)20及び21ページ、25ページ）。

## (2) 被告の反論

ア しかし、児童の権利条約9条1項及び3項は、同条項に規定された権利又は利益の実現の確保の在り方について具体的に規定していない上、同条3項は、締結国に対し、定期的に父母のいずれとも人的関係及び直接の接触を維持する子の権利を尊重するよう求めているにすぎず、親の親権の在り方等を具体的に規定したものと解することはできないのであって、権利又は利益の実現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。

この点、被告は、こうした児童の権利条約の趣旨に照らし、子どもの最善の利益を確保する観点から、これまでも必要な対応を講じてきたところである。具体的には、平成23年の民法改正において、離婚後も、適切な親子の面会交流や監護費用の支払が行われることが子の利益の確保の観点からは必要であることから、協議上の離婚の際に子どもの利益の確保の観点から定めるべき事項の一つとして「面会及びその他の交流」や「子の監護に要する費用の分担」を条文に明記するなどの法改正をしたところであ

る（民法766条1項参照）。そして、離婚後も、未成年者の父母は、その子に対し等しく生活保持の義務（子に対し父母と同等程度の生活水準を維持させる義務）を負うと解されており（「新版注釈民法(22)親族(2)」149ページ）、民法766条においても、父母の双方が適切な形で子の養育に関わることが必要であることが前提とされている。このように、現行法においても、親権者でない親も子に対し等しく生活保持の義務を始めとする責任を負うことは明らかである。

イ 以上に対し、原告らは、名古屋地裁令和3年3月30日判決（D1-Law掲載〔判例ID28291807〕）が、「(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旨主張し、これを根拠に「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。」とも主張する（原告ら準備書面(2)28ないし30ページ）。

しかしながら、前記名古屋地裁令和3年3月30日判決は、原告である教会、教会が経営する幼稚園の園児であった者ら（以下「園児ら」という。）、園長等が、同幼稚園の園庭の南隣にマンションが建築されたことによって、日照障害、風害、圧迫感等により人格権（子どもの権利）が侵害されたと主張して、不法行為に基づく損害賠償等を求めた事案について、園庭の日

照状況、幼稚園の保育への影響等の具体的事情を総合考慮して、日照阻害等が園児らの受忍限度を超えるか否かを検討する前提として、児童の権利条約、児童福祉法、学校教育法の規定等を参考としたにとどまる。また、同判決は、マンション建築の施主である被告が、「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」たことにつき、幼稚園を経営する教会との関係で、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に牧師館の解体・撤去の費用を負担させるという損害を被らせたとして、教会に対する損害賠償責任を肯定したにすぎない。

以上のとおり、同判決は、児童の権利条約を直接の根拠として園児らの具体的な権利・利益の発生や、その侵害による損害賠償責任を認めたものではないから、同判決を根拠に、児童の権利条約が個人の国に対する権利を保障したのものとして裁判所において適用可能であるとする原告らの前記主張には理由がない。

ウ 原告らは、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）の反対意見をも引用し、児童の権利条約4条の規定からすると、被告には、「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られることが義務付けられ」、被告には、「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」が「期待」されているとも主張するが（原告ら準備書面(2)59ないし61ページ。傍点は引用者。）、前記最高裁令和3年6月23日大法廷決定は、児童の権利に関する条約について何ら判示するものではなく、また、原告らが主張するところの「期待」が法的義

務を生じさせるとは解されない。むしろ、「同条約（引用者注：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」旨判示した東京高裁令和2年判決（東京地裁令和元年11月判決を引用。）は、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から、原告らの主張が失当であることは一層明らかである。

エ その他、原告らは、離婚後単独親権制度は、婚姻しているか否かにかかわらず存在する父母の子に負う法的責任を同一・平等としていない点で、児童の権利条約18条にも違反するともいうが（原告ら準備書面(2)23ページ）、同条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のであって、原告らの主張する立法措置を設けることを締約国に直ちに求める規定と解することは困難であるし（以上につき、被告準備書面(2)7ないし9ページ）、前記アのような現行法の制度からしても、離婚後単独親権制度が、婚姻しているか否かにかかわらず存在する父母の子に負う法的責任を同一・平等としていない点で、児童の権利条約18条に違反するとの原告らの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り（原告ら準備書面(2)35ページ）、「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。」旨主張する（原告ら準備書面(2)38ページ）。

##### (2) 被告の反論

しかしながら、旭川学力テスト判決が親の教育権を認めた判例とは解されないことは、被告準備書面(2) 11ページ以下に述べたとおりであるし、親権が「あくまでも子のための利他的な権限である」とされ(東京高裁令和3年10月判決及び東京地裁令和3年2月判決)、「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」とされていることは、前記2(2)イのとおりである。

## 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、最高裁令和3年3月決定は、祖父母と孫の面会交流権について、現在「法が欠缺していること」を認めたものであって、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ものではないし、最高裁昭和59年7月決定の判例評釈からしても、少なくとも祖父母と孫の面会交流権は人格的な利益であることが明白である旨主張する(原告ら準備書面(2) 42及び43ページ)。

### (2) 被告の反論

しかし、祖父母と孫の面会交流権が憲法上の権利である旨の原告らの主張に理由がないことは、前記第3の2(1)イのとおりであるし、最高裁令和3年3月決定は、父母以外の第三者は、事実上子を監護していた者であっても、面会交流に関する審判の申立てをすることができないと判示したものであって、現行法では、父母以外の第三者が、子との面会交流を直接求めるための法的手続がないことを明らかにしたものの、原告らが主張するような祖父母と孫の面会交流権について判示するものではない。

したがって、最高裁令和3年3月決定を根拠に、祖父母と孫の面会交流権が人格的な利益である旨の原告らの主張には理由がないし、これが憲法上の権利であるということもできない。

## 6 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ないし人格的利益ではなく、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4 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 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ないし人格的な利益であるから、「本来合理的な理由なく妨げてはならないものである」ところ、現行民法の制度である離婚後単独親権制度において、離婚又は別居後、親権者ないし監護者となった親は、「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」ており、「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」という「特権」を有している点で、別居親や祖父母と不平等が生じており、憲法14条1項に違反する旨主張する(原告ら準備書面(2)45ないし48ページ)。

#### 2 被告の反論

しかし、そもそも民法は、同居親に対して、原告らのいうような「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」を特権として付与したものではないから、原告らの前記主張は前提を欠く。

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、離婚した両親が別居するのであれば、その子は通常、いずれか一方と同居せざるを得ないのであるから、同居親等と別居親等の差異はこうした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生ずるものではないから、その差異を法的差別とみることはできない。このことは、被告準備書面(1)17ページ及び被告準備書面(2)18ないし20ページにも述べたとおりである。

したがって、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。

さらにいえば、以上の社会的事実、原告らの主張する離婚後共同親権制度であっても生じ得るのであるから、これを離婚後単独親権制度特有の問題として指摘する原告らの主張は一層根拠を欠くものである。

## 第5 本件立法不作為①及び本件立法不作為②は憲法24条2項に違反しないこと

### 1 原告らの主張

原告らは、「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」、別居親及び祖父母は、「自ら選び、正せない、やむをえない事柄である」子の両親の離婚や別居によって、子や孫と面会交流ができないという不利益が及ぼされるものであって、このような事態は、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き（原告ら準備書面(2)51及び52ページ）、また、最高裁判所平成25年9月4日大法廷決定（民集67巻6号1320ページ。以下「非嫡出子法定相続分違憲判決」という。）に照らせば、子の立場からしても「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」ものであると主張する（原告ら準備書面(2)49ないし51ページ）。

### 2 被告の反論

しかし、原告らの前記主張は、結局のところ、憲法14条に違反するゆえに憲法24条2項に違反するというものとも解されるところ（原告ら準備書面(2)51ページ）、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は前記第4のとおりである。

加えて、父母にとって離婚や別居が「自ら選び、正せない、やむをえない事柄」だとすることへの疑問をおくとしても、父母が離婚ないし別居により離れて暮らすこととなる以上は、前記第4の2のとおり、子は通常、父母の一方の

みと同居することになるのであって、同居親等と別居親等の差異はこうした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、民法の規定により生ずるものでもない。また、原告らが子について「個人の尊厳と両性の本質的平等の要請」をいう点は、子の側から見た場合でも、社会的事実に応じて、同居親等と別居親等の差異が生じるものであることは上記同様である。

原告らは、被告が、面会交流に関する現行制度は、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から、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旨反論したこと（被告準備書面(2) 21ページ以下）について、「法律上の手段は存在すること」のみを意味して」いるにすぎず、「こ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」から、これらの法律制度によっても「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」は保障されていないと主張する（原告ら準備書面(2) 63及び64ページ）。しかしながら、別居親等が求めれば即時かつ現実に面会交流が実現するという制度は、面会交流に必要な事項が「子の利益を最も優先して」定められるべきこと（民法766条1項）との関係で、それ自体合理性につき疑問なしとしないし、個人の尊厳と両性の本質的平等の要請に照らしてなぜそれが合理的であるといえるのかも不明である。

その他、原告らが、法務省のホームページ上の記載について、「現在の法律制度では両親の離婚により（中略）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」から、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と指摘する点についても（原告ら準備書面(2) 64ページ）、法務省のホームページ上の当該記載は、原告らの主張するような点について国の法的見解を明らかにしたものではなく、原告らの主張する「親子審判制度」について、被告が

立法義務を負う根拠とはならない。この点においても、原告らの前記主張は論理に飛躍があるといわざるを得ず、失当である。

結局、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き主張していないのであって、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6 本件立法不作為①及び本件立法不作為②が国賠法上違法とはなり得ないこと

### 1 原告らの主張

(1) 以上述べたことからすれば、そもそも本件に憲法違反はなく、国賠法上違法となり得ないことは明らかである。

(2) これに対し、原告らは、原告らの主張する「親子審判制度」によれば、「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」ことによって、子の連れ去りを抑制し、自由面会が実現できるとし、被告はこのような「親子審判制度」の制定が可能であることを認めていると主張する（原告ら準備書面(2)56ないし58ページ）。

### 2 被告の反論

しかし、現行制度によっても、子の監護に関する事項は、「子の利益を最も優先して考慮し」て決定されなければならないのであって(民法766条1項)、親権者や監護者の指定について、子の出生からこれまでに主にその子を監護してきた者が誰かということのほか、父母の側の事情（それぞれの養育能力、子に対する愛情、監護に対する熟意、居住環境、面会交流に対する姿勢、監督補助者の有無及びその体制）及び子の側の事情（その年齢、心情や意向等）を総合的に考慮して、子の利益の観点から判断されており、原告らの主張する子の

連れ去りをした親が無条件に有利になるような考え方は採られていない。また、調停又は審判において決定された面会交流の実現を妨げた同居親は、間接強制等を受け得ることは、被告準備書面(1)19ページに主張したとおりである。さらに、原告らの主張を踏まえても、「親子審判制度」が現行制度を補うものとして、原告らの主張する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である状態を実現するものであるか否かは、明らかでないというほかない。

原告らは、被告が、原告らの主張する「親子審判制度」が一般的な意味で別居親と子との面会交流を促進する場合がありますと認めるともいうが(原告ら準備書面(2)58ページ)、被告は「あり得るとしても」と主張するにすぎないから、そもそも被告の主張を曲解するものであるし、被告は子と別居親の、孫と祖父母の面会交流権を保護し実現する制度としての「親子審判制度」の制定が可能であることを認めているものでもない。

また、もし仮に当該「親子審判制度」の制定が可能であることを前提にしたとしても、そ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審査の問題とは、次元を異にするものであり、区別して検討されるべきことも既に述べたとおりである(被告準備書面(2)23ページ)。

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、国賠法上違法とはなり得ない。

## 第7 結語

よって、原告の訴えは却下されるべきであり、その余の原告らの請求は速やかに棄却されるべきである。

## 第8 求釈明

本件原告らのうち、原告 〇〇 が、原告 〇〇 同様、東京地方裁判所平成 30年（ワ）第7263号事件の原告であったことが確認された（乙5の1ないし3）。

同事件と本件とは訴訟物が同一であり、原告 〇〇 による本訴訟における訴えは、前訴確定判決の既判力に抵触すると思われるところ、同原告がこの点をいかに解されているのか、釈明を求める。

以 上

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

証拠説明書(3)

令和4年6月6日

東京地方裁判所民事第12部乙合A係 御中

被告指定代理人

藤 枝 祐 人

市 原 麻 衣 

三 森 久 舟 

大 庭 陽 子 

西 臨 太 郎 

森 香 太 

治 部 宏 樹 

村 上 岳 

伊 集 浩 平 

略語等は被告の準備書面の例による。

号証	標 目 ( 作 成 者 )	作 成 年月日	立 証 趣 旨
乙5 の1	上告状兼上告受理申立書 (上告人兼上告受理申立 人訴訟代理人)	写し R2.8.25	原告 が令和2年 8月25日付けで最高裁判所 に上告及び上告受理申立てを 行っている事実
乙5 の2	上告状兼上告受理申立書 訂正申立書 (上告人兼上告受理申立 人訴訟代理人)	写し R2.8.30	原告 が令和2年 8月25日付けで最高裁判所 に上告及び上告受理申立てを 行っている事実
乙5 の3	決定正本 (最高裁判所第二小法廷 裁判所書記官)	写し R3.7.7	原告 が行った上 告及び上告受理申立て(乙5 の1及び乙5の2)は、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 いる事実

副 本

# 上告状兼上告受理申立書

令和2年8月25日

最高裁判所 御中

上告人兼上告受理申立人訴訟代理人

同

同

同

同

同

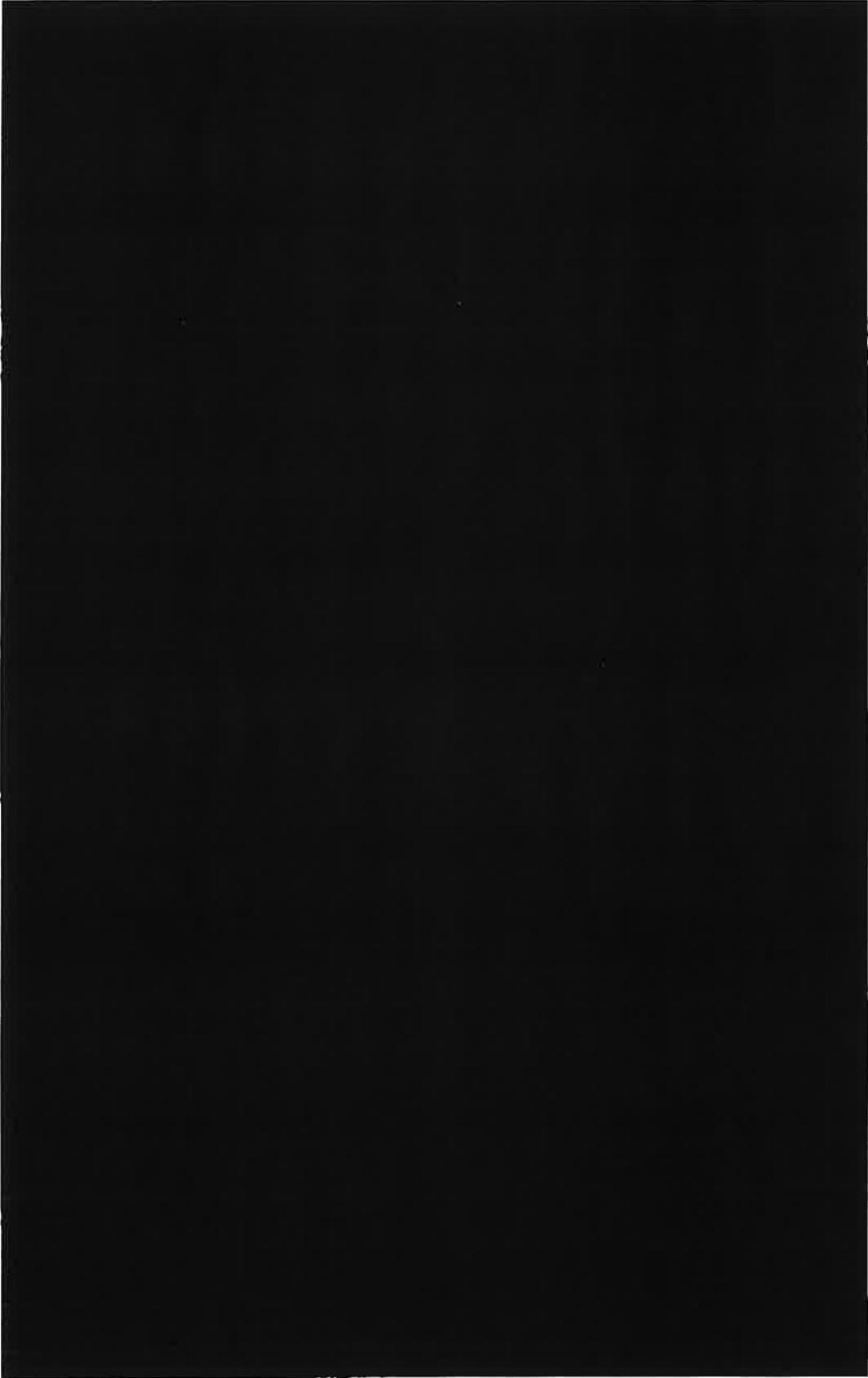
国家賠償請求上告兼上告受理申立事件

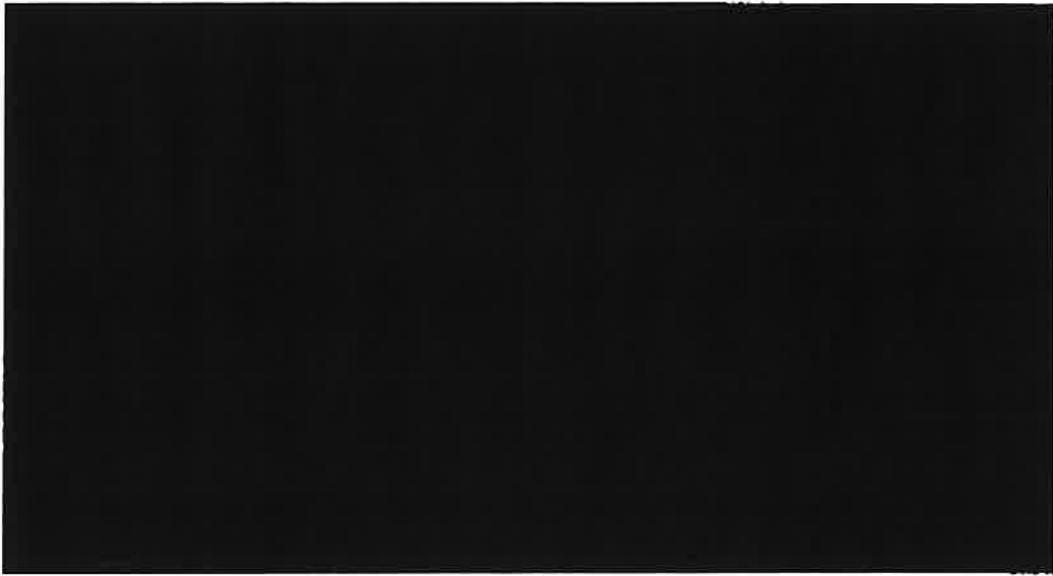
訴訟物の価額

[Redacted]

貼用印紙額

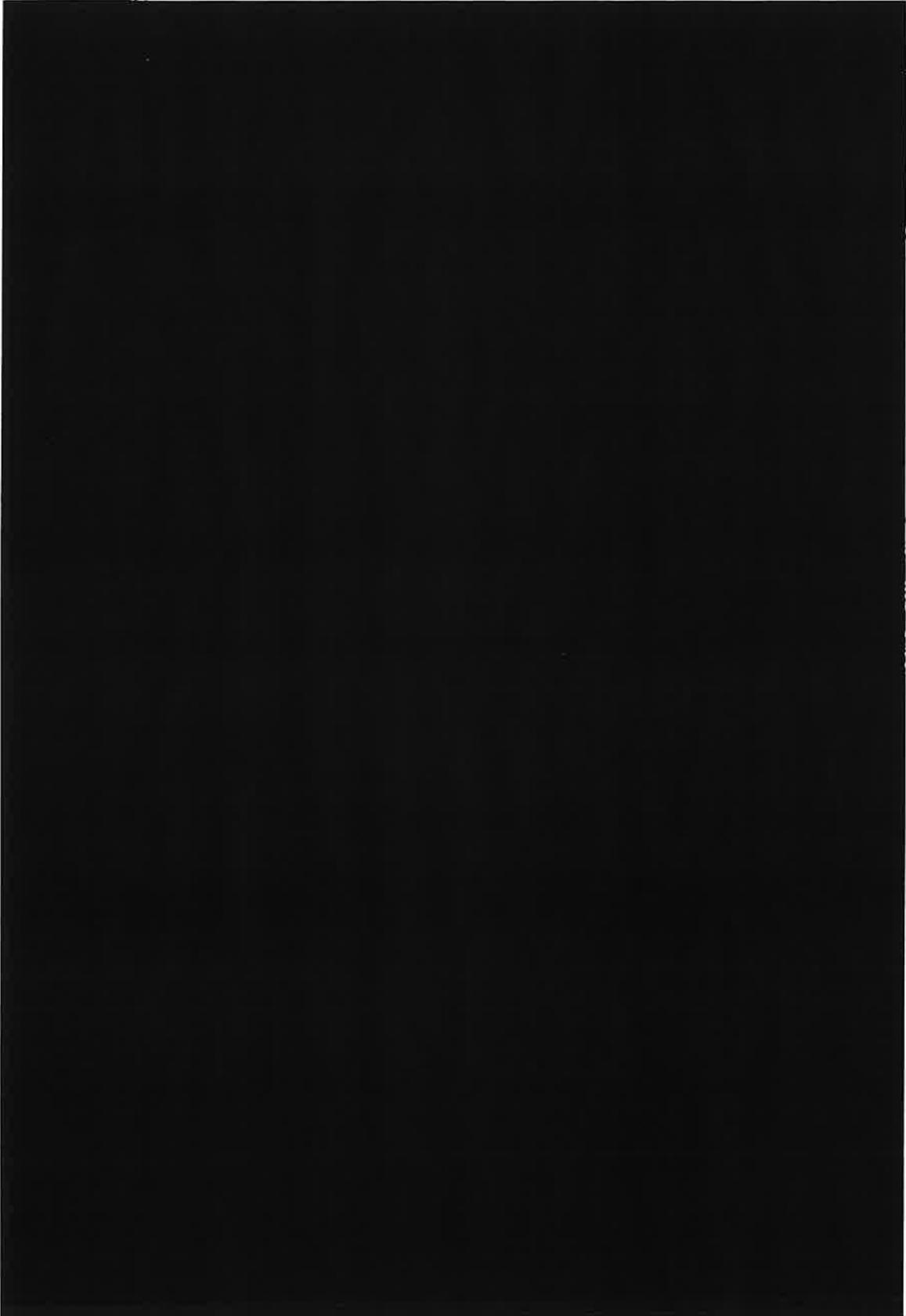
[Redacted]

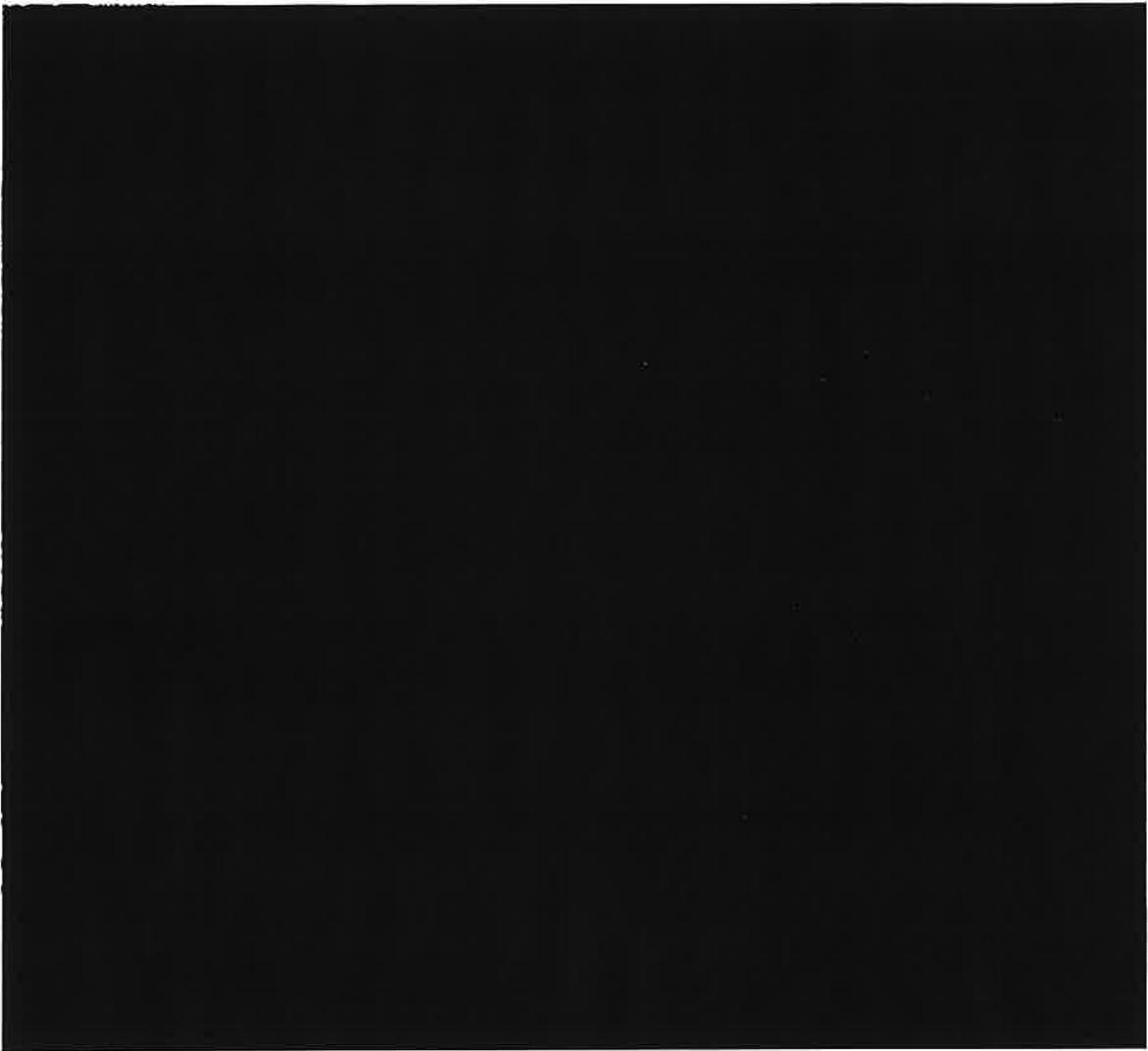




上告人兼上告受理申立人







被上告人兼相手方  
代表者法務大臣

国  
森 雅子 こと 三好 雅子

上記当事者間の東京高等裁判所令和2年（ネ）第45号国家賠償請求事件について、令和2年8月13日に言い渡された下記判決は、不服であるから上告及び上告受理申立をする。

第1 原判決の表示

- 1 控訴人らの請求をいずれも棄却する。
- 2 控訴費用は控訴人らの負担とする。

第2 上告・上告受理申立の趣旨

- 1 本件上告を受理する。
- 2 原判決を破棄し、さらに相当の裁判を求める。

第3 上告・上告受理申立の理由

追って、理由書を提出する。

以上

附 属 書 類

- |                  |     |
|------------------|-----|
| 1. 上告状兼上告受理申立書副本 | 1通  |
| 2. 訴訟委任状         | 14通 |

副 本

国家賠償請求上告事件

国家賠償請求上告受理申立事件

上告人兼上告受理申立人

被上告人兼相手方 国

## 上告状兼上告受理申立書訂正申立書

令和2年8月30日

最高裁判所 御中

上告人兼上告受理申立人訴訟代理人

同

同

同

同

同

令和2年8月25日付上告状兼上告受理申立書のうち、第1原判決の表示

(6頁)の1項を、次の通り訂正する。

記

第1 原判決の表示

1 本件各控訴をいずれも棄却する。

以上

裁判長  
認印



調 書 (決定)	
事件の表示	[REDACTED]
決定日	令和3年7月7日
裁判所	最高裁判所第二小法廷
裁判長 裁判官 裁判官 裁判官	菅 野 博 之 三 浦 守 草 野 耕 一 岡 村 和 美
当事者等	別紙当事者目録記載のとおり
原判決の表示	東京高等裁判所令和2年(ネ)第45号(令和2年8月13日判決)
<p>裁判官全員一致の意見で、次のとおり決定。</p> <p>第1 主文</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1 本件上告を棄却する。</li> <li>2 本件を上告審として受理しない。</li> <li>3 上告費用及び申立費用は上告人兼申立人らの負担とする。</li> </ol> <p>第2 理由</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1 上告について 民事事件について最高裁判所に上告をすることが許されるのは民訴法312条1項又は2項所定の場合に限られるところ、本件上告の理由は、明らかに上記各項に規定する事由に該当しない。</li> <li>2 上告受理申立てについて 本件申立ての理由によれば、本件は、民訴法318条1項により受理すべきものとは認められない。</li> </ol> <p style="text-align: center;">令和3年7月7日 最高裁判所第二小法廷 裁判所書記官 井 山 泰 彦</p>	





これは正本である。

令和 3 年 7 月 7 日

最高裁判所第二小法廷

裁判所書記官 井山 泰彦

