

次回期日令和4年8月8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（4）

原告らは、被告提出令和4年6月6日付準備書面（3）に対して、以下のとおり反論を行う。

目 次

第1 「第1 請求の趣旨に対する答弁（変更）」について	3 頁
第2 「第2 原告〇〇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」について	3 頁
第3 「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な利益ではなく、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」について	4 頁
第4 「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」について	19 頁
第5 「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」について	21 頁
第6 「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」について	24 頁
第7 「第7 結語」について	31 頁
第8 「第8 求釈明」について	31 頁
第9 原告らの主張	32 頁

第1 「第1 請求の趣旨に対する答弁（変更）」について

1 認否，反論の限りではない。

第2 「第2 原告〇〇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」について

1 1項（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項（原告〇〇の本訴訟における訴えは却下されるべきこと）について

(1) 第一段落について

被告の主張は争う。

原告〇〇が前訴において主張していた事実関係は，本件訴訟において主張している事実関係と類似した点はあるが，完全に一致はしていない。

特に，面会交流が実施できなかった，との事実と，その面会交流不実施が係属したことで原告〇〇が精神疾患としての後遺障害を発症したとの事実は，明白に請求原因としては異なっている。

さらに，原告〇〇が受けた後遺障害は，前訴の既判力の及ばない別損害であることは，原告らが準備書面（3）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。

上の2項(1)で述べたとおり，前訴と本件訴訟における原告〇〇の請求原因における事実主張は異なっている。

また，原告〇〇が受けた後遺障害は，前訴の既判力の及ばない別損害であることは，原告らが準備書面（3）で述べたとおりである。

さらにいえば，被告が引用する東京高裁令和2年判決（前訴判決）はあくまでも基本的人権としての面会交流権についての国会（国会議員）の立法不作為責任が争点とされたものであったのに対して，その後出された，東京高裁令和3年10月28日判決は，以下のように判示して，「親による子の養育関係は

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。被告が引用する東京高裁令和2年判決（前訴判決）では，親子の面会交流権が人格的な利益に含まれることを前提とした国会（国会議員）の立法不作為責任は争点とされておらず，さらには判示もされていないのである。よって，東京高裁令和2年判決（前訴判決）との関係で原告〇〇による本件訴訟の請求が信義則違反にならないことは明白である。原告〇〇は，少なくとも親子の面会交流権が人格的な利益に含まれることを前提とした国会（国会議員）の立法不作為責任について，法的判断を求める法的利益を有するからである。

なお，被告は最高裁判所平成10年6月12日第二小法廷判決を引用するが，同判決の事案は，金銭債権につきあえて数量的一部を請求する前訴を提起した者が，敗訴判決後に再度残部について請求する後訴を提起したという内容であり，本訴訟とは事案を異にしていることは明白である。

東京高裁令和3年10月28日判決

「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，又はこれをするという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。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。」

第3 「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

格的な利益ではなく、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」について

1 1項（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）について

(1) (1)（原告らの主張）について

原告らの主張の内容自体は争わない。

(2) (2)（被告の反論）について

ア アについて

被告の主張は争う。

被告が引用する東京地裁令和3年2月判決及びその控訴審である東京高裁令和3年10月判決は、それまではえてして「離婚後単独親権制度＝離婚後単独養育」と考えられがちであった離婚後の両親と子との関係について、「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。」と判示することにより、「離婚後単独親権制度」であっても、離婚後は共同養育であることを認めた判例である。同判例は、いわば「離婚後単独親権制度」は例外的な規定なのだ、と判示したものである。それが分かるのが、「しかし、本件規定により離婚に伴って父母の一方が親権者となることが、直ちに他方と子の親子関係の終了を意味しないし、仮に父母の一方が一旦親権を失っても、その後の親権者の変更によって再び親権者となる可能性もある。離婚後も父母間で任意の協力が望める場合が必ずしも多くないから、父母の離婚後に親権を実効的に行使するためにはいずれか一方の単独親権とすることが合理的である」の判示部分である。

とすると、被告が引用する東京地裁令和3年2月判決及びその控訴審である

東京高裁令和3年10月判決は、逆に、「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、独自の意義を有する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る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。」と判示した親と子との「人格的な利益」が、両親の離婚によっても「失われないこと」を前提として、例外的に離婚後単独親権制度を合憲とした判例でもあるのである。

そうであれば、原告らが主張してきたとおり、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ること、その結果親と子との「人格的な利益」に含まれることは明白である。面会交流において、別居親は、子に愛情を注ぎ、子と時間を共に過ごし、触れ合い、楽しく遊び、会話し、子の最近の出来事や関心事を知り、子の相談にのり、分からないことや知らないことを教え、時には注意し、叱り、励まし、褒めて、子の成長を促し、見守る。別居親が子と面会交流をすることは、子を養育することそのものである。別居親との面会交流を通して、子は別居親からも愛されていると感じながら成長することができるのである。それは、子の福祉と健全な成長に必要不可欠なことである。

すると、これも原告らが主張してきたとおり、外国法と異なり、日本では別居親と子、祖父母と孫との面会交流権を保障した具体的な国内法規定が存在していない。そのために、別居親と子、祖父母と孫との面会交流権が同居親の意思によりいとも簡単に制限されているのである。それが、別居親と子の、さらには祖父母と孫との間の「人格的な利益」としての面会交流権の侵害であることは明白である。

イ イについて

被告の主張は争う。

原告らの主張内容は、従前述べたとおりである。

なお、被告が本書面で行っている主張の内容は、最高裁昭和59年7月決定及び最高裁判所判例解説民事篇平成12年度（下）についてのものであって、①平成23年に、民法766条1項において、「父又は母と子との面会及びその他の交流」と初めて「面会及びその他の交流」について明記された上で、それは「子の利益を最も優先して考慮しなければならない。」と規定されたこと、②東京地裁令和3年2月判決及びその控訴審である東京高裁令和3年10月判決が、「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、独自の意義を有する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る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。」と判示したこと、③そして、社会の変化に伴う立法事実の変化（離婚件数の増加（現在では婚姻した夫婦の約3分の1が離婚していること）、男女雇用機会均等法の制定、女性の社会進出、男性の育児参加が進んだこと（令和4年（2022年）4月に改正育児・介護休業法が施行され、企業による男性育休の周知・意向確認が「義務化」されたこと。）、国際結婚及び国際離婚が増えたこと、海外諸国ではほぼ離婚後共同親権制度が採用されていること（離婚後単独親権制度を採用している国は数カ国程度の極めて少数であること））からすると、少なくとも本件訴訟においては、もはや有効な反論ではないことは明白である。

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理由がないこと) について

(1) (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って、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) について

ア ア (原告らの主張) について

原告らの主張の内容自体は争わない。

イ イ (被告の反論) について

(ア) 第一段落について

被告の主張は争う。

原告らは、既に訴状において、外国法等を引用した上で、諸外国では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」権利であることを主張・立証している。

「前国家的・始原的な自然権に由来する」権利は、人が人として生まれたことで当然に有する権利であり、国家により初めて与えられる権利でもなく、また憲法により初めて与えられる権利でもない。憲法は、ただ人が有するその権利を確認しているにすぎない。

すると、諸外国において「前国家的・始原的な自然権に由来する権利」であるとされている親子等の面会交流権が、日本だけ、「前国家的・始原的な自然権に由来する権利」ではないとされることは背理であることは明白である。

また、被告は甲60号証を引用して「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。」と主張するが、被告が引用する甲60号証312頁脚注13で述べられている「試論」とは、行政法学の横田光平氏が、「面会交流は親密な関係にある特定の他者との「親密な人的結合の自由」(憲法上の自由)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「解釈論」の「試論」を述べているの

であって（その「解釈論」の「試論」について「憲法理論によるサポートが期待される。」と述べているのである。）、「面会交流権は、「前国家的・始原的な自然権に由来する」権利や基本的人権に含まれているではないか。」という「本質論」の「試論」を述べているのではない。横田光平氏は、「面会交流権は、「前国家的・始原的な自然権に由来する」権利や基本的人権に含まれていること」は当然の前提として、その解釈論を述べているのである。

ちなみに、被告が引用する甲60号証の312頁脚注13には、横田光平氏の意見だけでなく、「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。」との記載がされている。

また、甲60号証の311頁には、原告らが既に引用したとおり、「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、諸外国では訪問権や訪問・宿泊権と呼ばれ、既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。」と記載されている。

さらに、甲60号証の316頁には、「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規定していない法状況は、立法不作為と評価されることになるだろう。」と記載され、さらに317頁には、「しかし、地裁判決も指摘するように、面会交流が人格的利益にかかわるのであれば、現行法が面会交流を阻害していなければよいというのではなく、むしろ、法（国）はその実現に向けて適切な法的枠組みを整備するなどの積極的な措置をとるべきであるという考え方も成り立つであろう。」と記載されている。具体的な根拠は既に提示されているのである。

(イ) 第二段落について

被告の主張は争う。

被告は、「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、前子会的・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つくわけではない。」と主張する。

しかしながら、基本的人権も、「前国家的・始原的な自然権に由来する」権利と同様に、人が人として生まれたことで当然に有する権利であり、国家により初めて与えられる権利でもなく、また憲法により初めて与えられる権利でもない。憲法は、ただ人が有するその権利を確認しているにすぎない、と定義付けられる存在である。すると、「前国家的・始原的な自然権に由来する」権利は、基本的人権として、憲法に具体的な条項が設けられているものはその条項により、具体的な条項が設けられていないものは憲法13条の幸福追求権を根拠として、いずれも憲法上保障されていることは明白である。

なお、被告が引用する「注釈民法（25）」（甲26）の記載は、その甲26号証の76頁に、「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、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。」と記載されていることから明白なとおり、「実体法上の権利」に対比した意味での「前国家的・始原的な自然権」との表現が用いられていることは明白である。その意味で、「注釈民法（25）」（甲26）の記載は、親の監護教育権が基本的人権であることを否定する趣旨ではないことも明白である。

そうすると、被告が引用する文部科学省のホームページ上の記載（甲25号証。「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」との内容。）に関する反論も認められないことは明白であ

る。「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」（甲25）以上、親の監護教育権が基本的人権であることは明白である。

(2) (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）について

ア ア（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。

イ イ（被告の反論）について

(ア) 被告の反論は争う。

(イ) 被告は、「また、フランス民法典の規定をいう点については、（中略）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。」と主張する。

しかしながら、上で述べたとおり、基本的人権は、人が人として生まれたことで当然に有する権利であり、国家により初めて与えられる権利でもなく、また憲法により初めて与えられる権利でもない。憲法は、ただ人が有する基本的人権を確認しているにすぎない。

すると、諸外国において基本的人権とされている権利が、日本だけ、基本的人権ではないとされることは背理であることは明白である。

すると、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が存在している以上（甲59号証5～6頁）、日本においても、同様の性質の権利であるとされるべきことは明白である。

(ウ) 被告は、「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、（中略）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。」と主張する。

しかしながら、『新版注釈民法（25）』（甲26）の70頁にはまず、「V 監護教育権の性質（1）監護教育の権利（中略）まず監護教育の機能ないし職分が権利であるというのは、親権者とされる者が他者を排斥して監護教育をする地位を有すること、あるいは、この職分を遂行するについて他人に濫りに干渉されない地位を有すること、を意味する（中略）ことは間違いないであろう。」と記載されている。

そして、『新版注釈民法（25）』（甲26）の71頁では続けて、「(2) 監護教育の義務（ア）つぎにこの権利が同時に義務でもあるというその義務性に関して学説の説明するところは、必ずしも一致して明確であるとはいえない状況にある。」と記載されており、「親権」が「権利であると同時に義務でもある」と明記されている。

そして『新版注釈民法（25）』（甲26）の72頁ではさらに、「子を立派な人間に育て上げるよう監護教育するという本条の機能は、親権の本質をなすものであって、（中略）本条が「義務を負う」と特に規定するのはかかるこの職分の特性を示したものと解するのが正確かつ妥当であると見られよう。」と記載された上で、『新版注釈民法（25）』（甲26）の81頁では、「本条の監護教育も、その義務履行を訴求する手段に不明確なものがあるにしろ、民法の規定する限りでは子に対する私法上の義務であると解されよう。」と記載されているのである。

すると、「親権」は「社会的責務」であって「権利」ではない、との被告の主張が認められないことは明白である。親権は「権利が同時に義務でもある」のであって（『新版注釈民法（25）』（甲26）の71頁）、それはまさに、フランス民法典が親権を「権利と義務の総体」と規定していることと同趣旨なのである（甲59号証5～6頁）。

(エ) すると、被告は「親権は選挙権と同様のものといえないのは明らかであって」と主張するが、親権が「権利が同時に義務である」とされている理由は、「子を立派な人間に育て上げるよう監護教育するという本条の機能」を前提として、親による親権の行使が権利としての性質と同時に、子に対する私法上の義務としての性質を併せ有することにあるのであるから、それは選挙権が、自らの権利を行使する性質と同時に、国民の国政への参加という義務としての性質を併せ有することと何ら変わりがないことは明白である。

3 3項（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）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)（被告の反論）について

ア アについて

(ア) 第一段落について

被告の主張は争う。

原告らの主張は従前のおりである。

原告らが既に主張したとおり、児童の権利条約は、日本の国内法秩序において直接適用される自動執行条約（self-executing treaties）である（甲68）。

また、児童の権利条約は、憲法よりは下位ではあるが、法律よりも上位の効力を有する法規範である（甲68）。

さらに、原告らが既に主張したとおり、児童の権利条約と条約機関から日本政府に出された法改正を求める勧告意見は、憲法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）。

また、被告は「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」と主張するが、児童の権利条約9条1項及び3項を踏まえて、児童の権利に関する条約の条約機関である児童の権利委員会が平成31年（201

9年) 2月1日付で、日本政府に対して出した勧告(権利委員会:総括所見:日本(第4~5回)) 27条(b)では、「委員会は、締約国が、以下を行うため、十分な人的資源、技術的資源及び財源に裏付けられたあらゆる必要な措置をとるよう勧告する。(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。」とされており(甲45)、親の親権の在り方等を具体的に規定することを求めていることは明白である。

よって、児童の権利条約が、「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。」との被告の主張が認められないことは明白である。

(イ) 第二段落について

被告の主張は争う。

民法766条1項は、「父母が協議上の離婚をするときは、子の監護をすべき者、父又は母と子との面会及びその他の交流、子の監護に要する費用の分担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。」と規定しているのであって、それは父と母が協議で定める、との内容であり、面会交流権にが現実に実現できるための法制度が創造されたわけではない。

イ イについて

(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。

名古屋地裁令和3年3月30日判決は、児童の権利条約が直接的に適用された結果、子どもの権利が侵害されたと評価された判決であることは明白である。

それは、上でも述べたとおり、児童の権利条約は、日本の国内法秩序におい

て直接適用される自動執行条約（self-executing treaties）とされていることから明白である（甲 6 8）。

(ウ) 第三段落について

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。

ウ ウについて

被告の主張は争う。

最高裁令和 3 年 6 月 23 日大法廷決定は、児童の権利条約について判断されたものではないが、児童の権利条約と同様の国際人権条約である女性の差別撤廃条約について判示されたものである。

そして、上でも述べたとおり、児童の権利条約は、日本の国内法秩序において直接適用される自動執行条約（self-executing treaties）とされていることから明白である（甲 6 8）。

被告は、「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 1 1 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。」と主張するが、同様に児童の権利条約の国内法上の効力が争点となった大阪高裁平成 30 年 8 月 30 日判決（原審：神戸地裁平成 29 年 1 1 月 29 日判決）では、「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。」と判示されて、児童の権利条約と条約機関から日本政府に出された法改正を求める勧告意見は、憲法解釈に影響を与える立法事実として存在していることが認められている。（甲 4 3，甲 4 4。同判決も、最高裁において上告棄却・上告不受理決定により確定している。）。

エ エについて

被告の主張は争う。

原告らの主張は従前のおりである。

離婚後単独親権制度の合憲性については、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日判決が判示した内容は、上でも引用したとおりである。上で述べたとおり、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。」「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。」と判示した親と子との「人格的な利益」が、両親の離婚によっても「失われないこと」を前提として、例外的に離婚後単独親権制度を合憲とした判例である。

言い換えれば、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日判決の立場を前提とすると、「離婚後単独親権制度」が合憲であるためには、両親の離婚後に子の親権を単独にしても、別居親（非親権者）と子との人格的な利益である「親による子の養育関係」が保障されていることが必要である、ということである。逆を言えば、「親による子の養育関係」が損なわれる「子の連れ去り」や「別居親と子との面会の拒否」が許されている現在の法律制度は、「離婚後単独親権制度」が合憲であるために必要な前提（条件）が満たされていないことになるのである。

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) (被告の反論) について

被告の主張は争う。

旭川学力テスト判決についての原告らの主張は従前のとおりである。

被告が「親権が「あくまでも子のための利他的な権限であ」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」との主張については、原告らが上で述べたとおり、『新版注釈民法（25）』（甲26）の71頁では、「(2) 監護教育の義務 (ア) つぎにこの権利が同時に義務でもあるというその義務性に関して」と記載されていることから、「親権」は「社会的責務」であって「権利」ではない、との被告の主張が認められないことは明白である。親権は「権利が同時に義務でもある」のであって（『新版注釈民法（25）』（甲26）の71頁）、それはまさに、フランス民法典が親権を「権利と義務の総体」と規定していることと同趣旨なのである（甲59号証5～6頁）。

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) (被告の反論)

(ア) 第一段落について

被告の主張は争う。

原告らの主張は従前のとおりである。

原告らが主張したとおり、イタリア民法では、祖父母と孫との面会交流権について、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。

基本的人権は、人が人として生まれたことで当然に有する権利であり、国家により初めて与えられる権利でもなく、また憲法により初めて与えられる権利でもない。憲法は、ただ人が有する基本的人権を確認しているにすぎない。

すると、諸外国において基本的人権とされている権利が、日本だけ、基本的人権ではないとされることは背理であることは明白である。

そして、被告が引用する最高裁令和3年3月決定は、祖父母と孫との面会交流権について民法上の規定が存在しないことを理由とした判示であり、その判示は、祖父母と孫との面会交流権が基本的人権や人格的な利益であることを否定したものではない。

(イ) 第二段落について

被告の主張は争う。

原告らの主張は従前のおりである。

原告らが主張したとおり、イタリア民法では、祖父母と孫との面会交流権について、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。

基本的人権は、人が人として生まれたことで当然に有する権利であり、国家により初めて与えられる権利でもなく、また憲法により初めて与えられる権利でもない。憲法は、ただ人が有する基本的人権を確認しているにすぎない。

すると、諸外国において基本的人権とされている権利が、日本だけ、基本的人権ではないとされることは背理であることは明白である。

そして、被告が引用する最高裁令和3年3月決定は、祖父母と孫との面会交流権について民法上の規定が存在しないことを理由とした判示であり、その判示は、祖父母と孫との面会交流権が基本的人権や人格的な利益であることを否定したものではない。

6 6項（小括）について

被告の主張は争う。

原告らの主張は従前のおりである。

第4 「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」について

1 1項（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項（被告の反論）について

(1) 第一段落について

被告の主張は争う。

被告は、「そもそも民法は、同居親に対して、原告らのような「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。」と主張する。

しかしながら、離婚後単独親権者である同居親は、子の居所を指定する権利を有している（民法821条）。そして、離婚後単独親権者と離婚後の監護権者が別の者とされていない限り、離婚後単独親権者は、子の監護権を有している。その離婚後単独親権者兼監護権者は、親権及び監護権の内容として、当然に子と別居親との面会交流を行うことを許可する権利を有している。また、面会交流調停や審判の制度では、別居親は、同居親を相手方として面会交流調停や審判を申し立てることを義務付けられており、それは現行の法制度が、離婚後単独親権者兼監護者である同居親に、子の面会交流についての同意権を付与していることを示している。その離婚後単独親権者兼監護権者である親の同意なく、子と別居親、子（孫）と祖父母とが面会交流を行うことはできない。

また、判例法に基づく制度である「主たる監護者」である親も、子を自らの居所に住ませる権利を有している。また、面会交流調停や審判の制度では、別居親は、同居親を相手方として面会交流調停や審判を申し立てることを義務付けられており、それは現行の法制度が、主たる監護者である同居親に、子の

面会交流についての同意権を付与していることを示している。その主たる監護者である親の同意なく、子と別居親、子（孫）と祖父母とが面会交流を行うことはできない。

現在の実務上行われている「面会交流調停」や「面会交流審判」においては、同居親による面会交流の拒否が行われた場合には、仮に「面会交流審判」で面会交流を命じる審判が出されても、相手方である子（孫）と同居している親が面会交流を拒否した場合には、直接強制は極めて困難であり、さらに面会交流不履行の慰謝料を得た場合でも、結局面会交流自体はできないのである（甲 4 1, 甲 7 5）。

なお、最高裁大法廷平成 2 5 年 9 月 4 日決定は、非嫡出子の相続分差別を憲法 1 4 条の法の下での平等に違反すると判断した根拠について、「本件規定の存在自体がその出生時から嫡出でない子に対する差別意識を生じさせかねないことをも考慮すれば、本件規定が上記のように補充的に機能する規定であることは、その合理性判断において重要性を有しないというべきである。」「上記制度の下で父母が婚姻関係になかったという、子にとっては自ら選択ないし修正する余地のない事柄を理由としてその子に不利益を及ぼすことは許されず、子を個人として尊重し、その権利を保障すべきであるという考えが確立されてきているものといえることができる。」と判示している。

すると、「法律の規定が事実上差別意識を生じさせかねないこと」や「自ら選択ないし修正する余地のない事柄を理由として不利益を及ぼすことは許されない」との最高裁大法廷平成 2 5 年 9 月 4 日決定の判示は、離婚後単独親権制度（民法 8 1 9 条）や主たる監護者制度（判例法）によって「事実上差別が生じること」や「子（孫）の両親が離婚・別居したという自ら選択ないし修正する余地のない事柄を理由として不利益を及ぼすことは許されない」との理由に結びつくことは明白である。それは、別居親、祖父母、さらには子（孫）のそれぞれにとって生じている差別である。

(2) 第二段落について

被告の主張は争う。

上で述べたとおり，離婚後単独親権制度（民法819条）や主たる監護者制度（判例法）によって，子を自らの居所に住ませる権利を有する離婚後単独親権者である同居親や主たる監護者である同居親の同意なく，子と別居親，子（孫）と祖父母とが面会交流を行うことはできないのであるから、それは民法や判例法により生じる法的差別であることは明白である。

(3) 第三段落について

被告の主張は争う。

原告らの主張は従前のとおりである。

(4) 第四段落について

被告の主張は争う。

被告は，「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。」と主張する。

しかしながら，原告らが訴状で引用している別居親と子，祖父母と孫の自由な面会交流権が保障されている外国諸国は，全てが離婚後共同親権制度の国である。それは，離婚後共同親権制度の外国諸国では，離婚後共同親権・共同養育が保障されているからに外ならない。逆に，離婚後単独親権制度兼単独監護権制度の現在の日本法では，「離婚後共同親権・共同養育」が法律制度上保障されていないからに外ならない。

すると，被告は「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」と主張するが，その主張する内容は，原告らが訴状で引用した外国の法制度の内容そのものと矛盾していることは明白である。

第5 「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」について

1 1項（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項（被告の反論）について

(1) 第一段落について

被告の主張は争う。

原告らの主張は本書面の第4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。

原告らの主張は本書面の第4で述べたとおりである。

(3) 第三段落について

ア 被告の主張は争う。

イ 被告はまず、「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、」と主張する。

しかしながら、東京地裁令和3年2月判決及びその控訴審である東京高裁令和3年10月判決は、「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、独自の意義を有する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。」「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、親と子との「人格的な利益」は、両親の離婚によっても「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。」とされたのであるから、

当然に親と子の、「人格的な利益」である面会交流権についても、両親の離婚によっても「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。」ことは明白である。

また、祖父母と孫の「人格的な利益」である面会交流権についても、両親の離婚によっても「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。」ことは明白である。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からである。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することだからである。

被告は、「それ自体合理性につき疑問なしとしないし、」と主張する。そこで念頭に置かれているのは、おそらく親が子に対して暴力を振るうなどの例だと思われるが、そのような例があるからといって、そのような問題がない親と子の、さらには祖父母と孫との面会交流権が制限されることが不合理であることは明白である。基本的人権や人格的な利益は、合理的な理由なく制限されてはならないのであり、問題がある例があるから、制限されることが原則であるという被告の主張は、基本的人権や人格的な利益の保障からすると、原則と例外が逆になっていることは明白である。

ウ 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なぜそれが合理的であるといえるのかも不明である。」と主張する。

この点についても、上で引用した東京地裁令和3年2月判決及びその控訴審である東京高裁令和3年10月判決が、「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、独自の意義を有する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。」「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、親と子との「人格的な利益」は、両親の離婚によっても「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。」とされたのであるから、当然に親と子の、さらには祖父母と孫との「人格的な利益」である面会交流権についても、両親の離婚によっても「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。」ことは明白であるから、基本的人権や人格的な利益である親と子の、さらには祖父母と孫との面会交流権が制限されないことが、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」の要請に適合することは明白である。

(4) 第四段落について

被告の主張は争う。

原告らの主張は従前のおりである。

(5) 第五段落について

被告の主張は争う。

原告らの主張は従前のおりである。

第6 「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」について

1 1項（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項（被告の反論）について

(1) 第一段落について

ア 被告はまず、「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。」と主張する。

しかしながら、二宮周平『多様化する家族と法Ⅱ』（株式会社朝陽会、20

20年) 48頁(甲79)には、次の指摘がされている。その内容からすると、現在の法制度の下において、離婚後に子の単独親権者となることを希望する親が、裁判所は子の監護実績(分かりやすく言えば、離婚時に子を監護している親の監護状態に問題があるかどうか、で親権者が指定されるのが、現在の裁判所の実務の立場である。だから、子の親権者になることを希望する親が、子を連れ去り、別居親と子との面会交流を拒否するのである。)を作るために子を連れ去り、別居親と子との面会交流を拒否している例が多発していること、それが大きな社会問題となっていることは明白である。

「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いう不安が、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。」

この「離婚後に子の単独親権者となることを希望する親が、裁判所は子の監護実績を作るために子を連れ去り、別居親と子との面会交流を拒否している例が多発していること」は、国会においても繰り返し取り上げられている問題なのである。以下で引用する。

①第183回国会(常会)(平成25年)に浜田和幸議員が参議院議長に提出した質問主意書には、以下の内容が指摘されている(甲32)。

「一 調停や裁判による離婚の場合、国内の家庭裁判所では、連れ去った親の側に親権が与えられ、連れ去られた側の親は月一回程度の面会しか認められない判決が圧倒的に多く、その面会も理由を付けて拒絶され、子に全く会えなくなった苦痛から自殺する親もいる。」

②第200回国会の令和元年11月14日の参議院法務委員会において、嘉田由紀子議員が、親権を付与する基準が法的にないことの結果、裁判所が「継続性の原則」を適用するため、親の一方が強制的に子の連れ去りを行い、「継続性の原則」により離婚後に子の単独親権者となるための実態を作っていると指摘されている。議事録における以下の内容である（甲42号証15頁）。

「○嘉田由紀子君　・・既に法律に、民法の八百十九条には、離婚後は単独親権という規定があるわけです。その規定を変える必要があるだろうことを私どもは申し上げておるわけです。

しかも、単独親権でありながら、親権を付与する基準が法的にございませぬ。例えば、アメリカのニューヨーク州などでは子供を養育する親の能力やあるいは親の心身の健康状態、そこに親のお互いに協力し合う能力、フレンドリーペアレントルールというようなものがございます。これはフランスあるいはドイツでもございますけれども、この辺りの基準なしに単独親権というものがある。そうすると、法の実務、裁判所の現場ではどうなるかということ、実は継続性の原則、これは全くルールとして原則ではないんですけれども、法の実務上、継続性の原則というところで、例えば強制的に連れ去りをしたりということから実態をつくっていくということが起きているわけでございます。」

③第200回国会　参議院　法務委員会　令和元年11月26日において、嘉田由紀子議員により、以下の指摘がされている（甲80号証21頁）。

「○嘉田由紀子君　ありがとうございます。

いろいろ配慮していただいても、実は裁判所での様々な経験者の皆さんの意見というのはかなり厳しくて、自分たちの面会交流、あるいは途中での意見を聞いてもらえないというようなことが親のグループが調べた調査結果などもございますので、そういうところもきめ細やかに対応していただけたらと思います。

そして、私、やはり気になるのは、これまでも何度か申し上げているんです

が、子の引渡しに関するところで、先ほど、僅か一一%しか、つまり九割近くのケースで引渡しが実現できていない。これは、これまでも裁判所では継続性の原則というのではないと言っているんですけど、やはり一旦連れ去ったり、あるいは一旦実効支配を続けた親に親権を与えるという裁判実務を生み出し、そしてそれが、家族やあるいは家庭の領域を完全に、子供たちの意見も届かないような法の不存在的状態にしているのではないのかと現場からの大きな声があることも指摘をさせていただきたいと思います。そして、この継続性の原則こそが、逆にこれを主張するために、虚偽の配偶者暴力あるいは児童虐待を捏造してもう一方の親を有利にするというようなことも現場であると聞いております。」

イ また被告は、「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。」と主張する。

しかしながら、間接強制は要件が厳格で、それを用いて面会交流を実現することが非常に困難であることは、原告らが訴状１７８～１８０頁「ウ 強制執行や制裁のための規定について」及び準備書面（１）５４～５５頁で述べたとおりである。また、現在の法制度の下では、仮に調停や審判において面会交流が決定されても、それを同居親が実現を妨げれば、現実の面会交流を行うことができないことについても、原告らが同じ訴状１７８～１８０頁「ウ 強制執行や制裁のための規定について」及び準備書面（１）５４～５５頁で述べたとおりである。

その内の証拠の１つである『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）においては、結論として、「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）と記載されている。いわば、同居親が実現を拒んだ場合には、仮に調停や審判において面会交流が決定されても、いわば「絵に描いた餅」になるのが、現在の法制度における面会交流権なのである。その点からすると、被告の主張が認められないことは明白である。

付言すると、上でも引用した甲60号証の316頁には、「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規定していない法状況は、立法不作為と評価されることになるだろう。」と記載され、さらに317頁には、「しかし、地裁判決も指摘するように、面会交流が人格的利益にかかわるのであれば、現行法が面会交流を阻害していなければよいというのではなく、むしろ、法（国）はその実現に向けて適切な法的枠組みを整備するなどの積極的な措置をとるべきであるという考え方も成り立つであろう。」と記載されている。その点からしても、被告の主張が認められないことは明白である。

ウ さらに被告は、「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。」と主張する。

しかしながら、原告らが準備書面（1）56頁「第4 原告らの主張」で述べたとおり、「親子審判制度」は、両親の別居前に早期に監護親を決めると同時に、別居親に自由面会交流権を認める制度なのであって、①親子審判制度が設けられているにも拘わらずそれを利用せずに子を連れ去った親は、その後の監護者や親権者の決定において不利益を受ける点で、子の連れ去りが原則的に許されなくなることは明白であるし、②親子審判制度では、制度が利用された結果子の監護権を失う別居親には、自由面会交流権が認められるのであるから、親子の面会交流が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こと

は明白である。

(2) 第二段落について

被告の主張は争う。

「親子審判制度」の制定は可能である。それは、原告らが提出した家族法研究会報告書（甲 5 7）の 1 3 3 頁の「3 別居時の養育計画を適切に定めるための手続的規律」において、「親子審判制度」と類似した「手続の特則として特別の規律を設けること」について記載がされていることから明白である。以下の内容である。

「家族法研究会報告書」（甲 5 7） 1 3 3 頁

「3 別居時の養育計画を適切に定めるための手続的規律

家庭裁判所が上記 1 の判断を適切かつ迅速に行う観点から、この事項を判断する審判において、手続の特則として特別の規律を設けること（保全手続を含む。）について、更に検討を進めてはどうか。

例えば、上記 1 の事項を判断する審判において、家庭裁判所調査官による子の現状確認及び親子の交流の様子の観察の結果（当該確認及び確認のための調査に対する両親それぞれの協力性に関する事情を含む。）を考慮することができるとの規律を設けることについて、更に検討を進めてはどうか。

（補足説明）

両親の別居が子に重大な影響を与えるものであることからすると、両親が別居をする場合には、子の利益の確保を図る観点から、速やかに子の状況を把握した上で、早急に子の監護に必要な事項が定められる必要がある。両親の別居後の子の監護の在り方については、第一次的には、両親の間で、子の利益を最も優先して取り決められることになるが、それが現実的に困難な場合も少なく、そのような場合には、両親の別居開始後速やかに、家庭裁判所において必要な解決が図られることが望まれる。この迅速性の観点からは、保全手続の活用も考えられるところである。

そして、家庭裁判所が「1」の判断をするに当たっては、子の現状や親子の交流に関する様子等を適切かつ迅速に把握する必要があるところ、そのための方法の一つとして、現在の実務でも用いられている、試行的面会交流を含めた調査官調査が考えられる。そして、それら調査に対する両親それぞれの協力性も、「1」の判断をするに当たって一つの考慮要素となるとともに、協力性を考慮要素として明示することにより、調査官調査において両親からの自発的な協力が促され、より適切かつ迅速な判断にもつながり得ると考えられる（もっとも、親子の交流の在り方等は各家庭の事情に応じて様々であることから、非協力的であることのみをもって不利に扱うのではなく、協力しない理由等を慎重に調査・把握することが必要であることはいうまでもない。）。

そこで、家庭裁判所が「1」の判断を適切かつ迅速に行う観点から、この事項を判断する審判においては、本文に掲げたような手続の特則を設ける ことなどが考えられる。」

(3) 第三段落について

被告の主張は争う。

被告は、「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の問題とは、次元を異にするのであり、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）。」と主張する。

しかしながら、原告らが準備書面（2）57頁（6）で述べたとおり、被告が準備書面（2）23頁で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。

(4) 第四段落について

被告の主張は争う。

原告らの主張は従前のおりである。

第7 「第7 結語」について

被告の主張は争う。

原告らの主張は従前のおりである。

第8 「第8 求釈明」について

原告〇〇が本件で主張する請求原因事実は、東京高裁令和2年8月13日判決の口頭弁論終結時である令和2年6月23日以後の事実である(それ以前の事実の記載は、経緯の理解のために記載した事情である)。

特に原告〇〇は、訴状36頁「ウ」で記載した、令和2年9月8日に行われた第2回目の面会交流調停期日において、原告〇〇が調停委員に対して「面会交流審判上の義務を相手方(夫)が遵守しないので、裁判所に対処を求めた」にも

拘わらず、調停委員は、「決められた通りに実施するよう何度も伝えているが、聞き入れない。調停は時間も決まっているし、これ以上説得しても時間ばかり過ぎて行ってしまうため、調停期日内ではもう無理ですので、弁護士の先生方でやり取りをしていただくか、調停以外でなんとかしていただくしかない」と発言したことや、原告〇〇が調査官に対しても「相手方（夫）にきちんと履行してもらうためにはどうすればよいか。」と聞いてみたが、他に手段はなくどうすることも出来ないと言ったことなどについて、国会（国会議員）の立法不作為責任を問うているものである。

なお、原告〇〇についてと同様に、被告が引用する東京高裁令和2年判決（前訴判決）はあくまでも基本的人権としての面会交流権についての国会（国会議員）の立法不作為責任が争点とされたものであったのに対して、その後出された、東京高裁令和3年10月28日判決は、「親による子の養育関係は親にとっても子にとっても人格的な利益である」ことを認めている。被告が引用する東京高裁令和2年判決（前訴判決）では、親子の面会交流権が人格的な利益に含まれることを前提とした国会（国会議員）の立法不作為責任は争点とされておらず、さらには判示もされていないのである。よって、東京高裁令和2年判決（前訴判決）との関係で原告〇〇による本件訴訟の請求が既判力に抵触しないことは明白である。原告〇〇は、少なくとも親子の面会交流権が人格的な利益に含まれることを前提とした国会（国会議員）の立法不作為責任について、法的判断を求める法的利益を有するからである。

第9 原告らの主張

1 (1) 原告らが既に引用したように、二宮周平『多様化する家族と法Ⅱ』（株式会社朝陽会、2020年）48頁（甲79）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いう不安が、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。」

(2) さらに、原告らが既に引用した『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）においては、以下の記載がされている（なお、甲41号証においても、同趣旨の指摘がされている。）。

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)

(3)現在の民法が採用している離婚後単独親権制度が、離婚後における子の親権争いを生んでおり、「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いう不安が、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。」

(甲80号証48頁)という事態が生じる一方で、子を連れ去った同居親が「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」という手段を用いた場合には、「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。」（甲75号証191頁）のである。

現行法上離婚後単独親権制度が採用されており、さらには、離婚後の親権争いのために子の連れ去りを行っても違法とはされていないのであるから、当然その結果、別居親や祖父母と、子（孫）との間の面会交流権が同居親の頑強な拒否により阻害され、分断される事態が生じることは容易に認識しうることである。

そして、そのような事態が、別居親、祖父母及び子（孫）の基本的な人権や人格的な利益を侵害することは容易に認識しうることである。

すると、国会（国会議員）は、「面接交渉の拒否に対する法的な対抗手段はほとんどない」（甲75号証191頁）以上、面会交流権の拒否による親と子、そして祖父母と孫との分断が生じないために、面会交流権が実質的に実現されるための法制度の立法義務を負うことは明白である。

2 「離婚後共同親権・共同監護」の導入の提案が、法務省と自民党から行われたこと

(1) 法務省が、家族法制の見直しを議論している法制審議会（法相の諮問機関）の部会に、離婚した父母双方を親権者にできる「離婚後の共同親権」の導入を提案する方針を決めた（甲81）。

甲82号証の記事には、民法の規定する離婚後単独親権制度の下では、親子交流の断絶が社会問題化していること、離婚後の親権の奪い合いや他方の親の同意を得ずに子と家を出る「子の連れ去り」も頻発していること、国際的には離婚後共同親権が主流になっていること、離婚しても子が普段は同居親と生活し、休暇中は別居親と過ごすといった良好な親子関係もあるため、共同親権を前提に、両者が監護者になる「離婚後の共同監護」も選択肢として示される見通しであることなどが記載されている。

(2) 自民党の山田美樹法務部会長は令和4年6月21日、法務省で古川禎久法相と面会し、同部会の「家族法制のあり方検討プロジェクトチーム」がまとめた

父母が離婚した後の子供の養育に関する提言を手渡したこと。提言は「子の最善の利益を確保する」として、離婚後の父母が共に親権や子供の身の回りの世話や教育をする「監護権」を持つ「共同親権・共同監護」制度を導入するよう求めた（甲 8 2）。

同席者によると、古川禎久法相は「子供の最善の利益を追求することは共通した思いだ」と応じた（甲 8 2）。

(3) 自民党の HP「法務部会 家族法制のあり方検討プロジェクトチーム 提言」の頁に、「法務部会の「家族法制のあり方検討 PT（プロジェクトチーム）」は、6 月 2 1 日に提言を古川法務大臣に申し入れました。提言は、父母の離婚後の子の養育については「子の最善の利益を確保するため、子を真ん中に置いた議論をしなければならない」として、原則として、離婚後の父母がそれぞれ、引き続き、子に対して親としての責務を果たすため、離婚後共同親権（監護権を含む）制度を導入するよう提案しています。」と記載された（甲 8 3 の 1）。

同頁に掲載された令和 4 年 6 月 2 0 日付「自民党法務部会家族法制のあり方検討プロジェクトチーム提言」には、次のように記載された（甲 8 3 の 2）。

「父母の離婚後の子の養育については、子の最善の利益を確保するため、子を真ん中に置いた議論をしなければならない。また、家族の分断を生じさせるような法改正がなされることがあってはならない。これらの課題に関する法改正を検討する上では、次のような点に基づき、具体的な規律の在り方を検討すべきである。

1 ハーグ条約及び児童の権利に関する条約との整合性を確保する観点から国内の法制度についての再検討を行うべきである。

2 離婚後単独親権・単独監護制度を定める現行民法の規定は、離婚後も父母の双方が子の養育に責任を負うべきであるという原理・原則に反するものである。従って、父母が離婚した場合、原則として、父母がそれぞれ、引き続き、子に対して親としての責務を果たすため、離婚後共同親権（監護権を含む）制

度を導入すべきである。

3 父母が離婚する場合、父母が共同して子の養育を適切に行うために、父母の監護割合や養育費、親子交流などについて定める「共同養育計画」の作成や「離婚後養育講座」の受講など、必要な事項について、一定の責務を課すべきである。

(中略)

5 法改正前に両親が離婚している場合、一定の場合に離婚に伴い親権を喪失した父母の親権の回復を認めるなど、子のための救済措置を講ずるべきである。

(4) 以上のとおり、「離婚後共同親権・共同監護」の導入の提案が、法務省と自民党から行われた。それぞれの内容からすると、民法の規定する離婚後単独親権制度の下では親子交流の断絶が社会問題化していること、子どもの最善の利益を確保するためには、「離婚後共同親権・共同監護」が求められていることは明白である。

そして、国会（国会議員）の法改正により「離婚後共同親権・共同監護」制度を導入することにより、「自由面会交流権」を保障できることは明白である。それは、離婚後だけでなく、離婚前についても同様であることは明白である。

以上