

令和5年（ネ）第757号 損害賠償請求控訴事件

控訴人 （閲覧制限）

被控訴人 国

令和5年6月7日

準 備 書 面

東京高等裁判所第19民事部イ1係 御中

控訴人ら訴訟代理人弁護士 作 花 知 志

控訴人ら訴訟代理人弁護士 大 村 珠 代

第1 被控訴人の令和5年5月8日付け答弁書に対し、必要に応じて反論するとともに、控訴人らの主張を以下のとおり補充する。

- 1 被控訴人は、家事調停における面会交流に関する協議は、両親と子という三面関係であることを前提に子の福祉を最優先に考えて個別の事案に応じてなされるべきものであるとして、同居親と別居親の意思という二面関係として捉える前提は誤っていると主張する。

しかしながら、民法には子が面会交流の権利主体であることを明文で定めた規定はない。また、家事調停における面会交流に関する協議に、手続主体として子が全面的に参加できることを保障されてはいない。したがって、「家事調停における面会交流に関する協議は、両親と子という三面関係である」という被控訴人の主張が誤りであることは、明らかである。

- 2 親と子の交流（面会交流を含む）が親と子にとって人格的利益を有すること

(1) 被控訴人は、「控訴人らの主張する面会交流権が憲法13条等で保障される憲法上の権利とはいえない」と主張する。

しかしながら、控訴人らは、面会交流権が憲法上の権利であることに加え、親と子の面会交流が親と子それぞれにとって人格的利益を有することも主張している。

(2) 東京地裁令和5年4月21日判決は、親子はそれぞれ、自然的親子関係をみだりに妨げられないことに人格的利益を有することを前提として、非親権者と子との交流を、非親権者による虐待等の問題がある場合を除き、両名の自然的親子関係を維持し、非親権者が上記職分を果たすために重要な意義を有するものと位置づけて、以下のとおり判示した（以下「東京地裁令和5年4月21日判決」という。甲116）。

「原告らは、親子がその自然的関係をみだりに妨げられないことを内容とする自然的親子権がいわゆる幸福追求権の一内容として憲法13条後段により保障されると主張する。

これにつき検討するに、親と子という関係は、国家等の組織が成立する以前から存在していた、血縁等の自然発生的な結びつきから生じる自然的関係であって、人類の存続発展と文明伝承の基盤を成すものとして尊重されるべき人間関係の一つといえることができる。この自然的関係（以下「自然的親子関係」という。）は、①子の立場からみると、親の養育下で自己の人格の形成及び発達を図り、人格的成長を遂げて自立に至るという意義を有し、②親の立場からみると、自らの下で子を養育することによって、子が人格形成及び発達の過程において親の人格の影響を受けながら人格的に成長することを通じ、親自身の自己実現を図るとともに人格を発展させる意義を有するものといえる。

上記意義に鑑みると、親子はそれぞれ、自然的親子関係をみだりに妨げられないことに人格的利益を有するというべきである。」

「自然的親子関係すなわち親と子という関係自体は、離婚後の親権の得喪に

よって左右されるものではなく、非親権者も自然的親子関係をみだりに妨げられない人格的利益を有する。」

「(イ) 親権と、非親権者が有する自然的親子関係をみだりに妨げられない人格的利益」との関係について

民法は、親権の有無に関わらず、父母に対して子を扶養する義務を負わせ(民法877条1項)、また、前記の子を養育保護する職分の中核を成す監護に関し、子の利益を最も優先して考慮した上で、親権の有無とは別に監護者を定めることを許容している(民法766条1項)。これらの規定によれば、民法は、子の利益の観点から、親権者にのみ上記職分を負担させることを予定しておらず、ましてや非親権者について上記職分を免除することを予定するものではない。この点に鑑みると、親権は、子を養育保護する上記職分のために親に認められた特殊な法的地位であるものの、非親権者の親としての上記職分を否定するものでも、免除するものでもない。

そして、父母の離婚後、子は、父母の別居に伴い非親権者との別居を余儀なくされるなど非親権者との関係についての環境の変化に直面することが多い。このような状況にあって、非親権者と子との交流は、非親権者による虐待等の問題がある場合を除き、両名の自然的親子関係を維持し、非親権者が上記職分を果たすために重要な意義を有するものといえる。したがって、親権は、前記(ア)の法的性質に鑑みると、子の利益に合致する非親権者と子との交流を合理的な理由なく制限する権限ではないものといえることができる。

(ウ) 小括

以上のとおり、親権は、非親権者の親としての子を養育保護する職分を否定又は免除するものではなく、子の利益に合致する非親権者と子との交流を合理的な理由なく制限する権限でもない。

したがって、本件各規定に基づき非親権者となった者が自然的親子関係をみだりに妨げられない人格的利益は、同人が親権を失うとともに元配偶者のみが

親権を有すること自体によって侵害されるものとはいえない。」

東京地裁令和5年4月21日判決が判示したとおり、親と子はそれぞれ、自然的親子関係をみだりに妨げられないことに人格的利益を有する。言い換えれば自然的親子関係を維持するという人格的な利益を有する。そして、非親権者と子との交流は、虐待等の問題がある場合を除き、両名の自然的親子関係を維持し、非親権者が上記職分を果たすために重要な意義を有するのであるから、親と子が交流すること（面会交流を含む）を請求できる権利は、自然的親子関係をみだりに妨げられない人格的利益、言い換えれば自然的親子関係を維持するという人格的な利益を淵源として、憲法13条の幸福追求権として保障されることは明らかである。

- (3) 最高裁大法廷平成27年12月16日判決は、以下のとおり判示して、「憲法上直接保障された権利とまではいえない人格的利益」についても、憲法24条及び憲法14条の法の下での平等の適用があることを認めている。

「もともと、氏の選択に関し、これまでは夫の氏を選択する夫婦が圧倒的多数を占めている状況にあることに鑑みると、この現状が、夫婦となろうとする者双方の真に自由な選択の結果によるものかについて留意が求められるところであり、仮に、社会に存する差別的な意識や慣習による影響があるのであれば、その影響を排除して夫婦間に実質的な平等が保たれるように図ることは、憲法14条1項の趣旨に沿うものであるといえる。そして、この点は、氏を含めた婚姻及び家族に関する法制度の在り方を検討するに当たって考慮すべき事項の一つというべきであり、後記の憲法24条の認める立法裁量の範囲を超えるものであるか否かの検討に当たっても留意すべきものと考えられる。」

「そして、憲法24条が、本質的に様々な要素を検討して行われるべき立法作用に対してあえて立法上の要請、指針を明示していることからすると、その要請、指針は、単に、憲法上の権利として保障される人格権を不当に侵害するものでなく、かつ、両性の形式的な平等が保たれた内容の法律が制定されれば

それで足りるというものではないのであって、憲法上直接保障された権利とまではいえない人格的利益をも尊重すべきこと、両性の実質的な平等が保たれるように図ること、婚姻制度の内容により婚姻をすることが事実上不当に制約されることのないように図ること等についても十分に配慮した法律の制定を求めらるるものであり、この点でも立法裁量に限定的な指針を与えるものといえる。」

そして、自然的親子関係を維持するという人格的な利益を淵源とする親子が交流すること（面会交流を含む）を請求できる権利は、憲法24条及び憲法14条によって保障されることは明らかである。

(4) 親子関係を維持する権利は、人間であることにより当然に有する権利であり、普遍的な人権である。

未成年の子と同居していない父母との間の面会交流権は、ヨーロッパ人権条約（甲5）8条1項による保障されている。その目的は、親子の特に親密な結びつきを維持して疎遠にならないようにする点にあるとされる（甲4）。

ヨーロッパ人権条約（甲5）

「8条（私生活及び家庭生活の尊重についての権利）

1 すべての者は、その私的及び家庭生活、住居及び通信の権利を有する。」

8条（私生活及び家庭生活の尊重についての権利）1項において、「すべての者は、その私的及び家庭生活、住居及び通信の権利を有する。」

ドイツ民法やフランス民法においても、親と子の関係を維持する権利を原則として妨げてはならないことが明文化されている。

ドイツ民法第1684条（甲117）

「第1684条 子の両親との交流

(1) 子は、いずれの親とも交流する権利を有する。いずれの親も、子と交流

する義務を負い，権利を有する。

(2) 両親は，子と他方の親との関係を損なうこと，又は子の教育を困難にすることを一切行ってはならない。」

フランス民法（甲 1 1 8）

「第 3 7 1 条の 4（2 0 0 2 年 3 月 4 日の法律第 3 0 5 号）

① 子は，その直系尊属(ascendants)と身上の関係 (relations personnelles) を維持する権利を有する。重大な理由のみが，この権利を妨げることができる。」

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 6 0）3 1 1 頁には，「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，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理念が離婚家庭の子どもの問題に関わる人々の間では広く共有されているようになったからだとされる。」と記載されていることは，控訴理由書 1 0 頁において主張したとおりである。

親子関係を維持する人格的利益，これを淵源とする親と子が交流すること（面会交流を含む）を請求できる権利は人権の固有性（人間であることにより当然に有する権利であること）及び人権の普遍性から，親と子それぞれの人格的利益として憲法 1 3 条，憲法 2 4 条及び憲法 1 4 条によって保障されることは明らかである。

3 子が親子関係及び直接の接触を維持する権利の主体であるとの規定等がないことは国会の立法不作為であること

(1) 前記 1 で指摘したとおり、民法には子が面会交流の権利主体であることを明文で定めた規定はない。また、家事調停における面会交流に関する協議に、手続主体として子が全面的に参加できることを保障されてはいない。

(2) 日本も批准している児童の権利に関する同条約 9 条 3 項の規定は、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締約国は尊重する (shall respect) と法的拘束力ある文言で、裁判所を含めた国の義務を定めている。同規定は、別居親による子の養育の維持 (面会交流の実現を含む) と趣旨を同じくするものである。

原判決は、児童の権利に関する条約 9 条 3 項は、その文理上、あくまで子の面会交流権を尊重する旨の規定にすぎず、面会交流権に関して具体的な立法を義務付けているものとはいえないと判示した。

しかし、同項の文言からしても、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有することは明らかである。

児童の権利に関する条約はその第 4 条において「締約国は、この条約において認められる権利の実現のため、すべての適当な立法措置、行政措置その他の措置を講ずる。」と定めている。したがって、国は、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実現するために、すべての適当な立法措置をとらなければならない義務を負っていることは、明白である。

(3) また、児童の権利に関する条約の条約機関である子どもの権利委員会は、平成 31 年 (2019 年) 2 月 1 日付け採択した総括所見において、日本政府に対して、「27 (b) 子どもの最善の利益に合致する場合には (外国籍の親も含めて) 子どもの共同親権を認める目的で、離婚後の親子関係について定めた法律を改正するとともに、**非同居親との個人的関係および直接の接触を維持する**

子どもの権利が恒常的に行使できることを確保すること。」、「31. 委員会は、締約国が、子どもの不法な移送および不返還を防止しかつこれと闘い、国内法を国際的な子の奪取の民事上の側面に関するハーグ条約と調和させ、かつ、子どもの返還および面会交流権に関する司法決定の適正かつ迅速な実施を確保するために、あらゆる必要な努力を行なうよう、勧告する。委員会はさらに、締約国が、関連諸国、とくに締約国が監護または面会権に関する協定を締結している国々との対話および協議を強化するよう、勧告するものである。」との勧告を行った（子どもの権利委員会：総括所見：日本（第4～5回））（甲33の1ないし2）。

するとこの勧告が出されたことにより、日本が、日本の国内法においても、非同居親との個人的関係および直接の接触を維持する子どもの権利が恒常的に行使できることを確保する義務を負うこと、及び面会交流権に関する司法決定の適正かつ迅速な実施を確保するために、あらゆる必要な努力を行なう義務を負うことは明白である。

- (4) したがって、子を権利主体とした、面会交流権が自由に、円滑かつ滞りなく行われるための①面会交流権の実体的権利義務規定、②紛争解決の手続規定、③制裁規定が制定されていないことから、国による立法不作為は明らかである。この国の立法不作為により、原告N、P及びQは、自然的親子関係を維持するという人格的な利益を侵害され、また親と子が交流すること（面会交流を含む）を請求できる権利を侵害された。

以上