

令和5年8月31日判決言渡 同日原本領収 裁判所書記官

令和5年(ネ)第757号 損害賠償請求控訴事件

(原審・東京地方裁判所 令和2年(ワ)第28563号)

口頭弁論終結日 令和5年6月8日

判 決

当事者 別紙当事者目録記載のとおり

主 文

- 1 本件控訴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。

事 実 及 び 理 由

第1 控訴の趣旨

- 1 原判決を取り消す。
- 2 被控訴人は、控訴人らに対し、それぞれ10万円及びこれに対する令和2年12月29日から支払済みまで年5分の割合による金員を支払え。

第2 事案の概要(略語は、特に断りがない限り、原判決の例による。)

- 1 本件は、婚姻中の別居若しくは離婚に伴う別居により、未成年の子と自由に面会することができなくなった親(以下「別居親」といい、他方の親を「同居親」という。)、子ども夫婦の別居により、孫と自由に面会することができなくなった祖父母、又は、両親の別居若しくは離婚に伴う別居により、別居親と自由に面会することができなくなった子若しくはそのような立場にあった子である控訴人らが、親と子又は祖父母と孫との面会交流が自由に、円滑かつ滞りなく行われるための実体的権利義務規定や手続規定等の立法措置を怠った国会(国会議員)の違法な立法不作為により、基本的人権としての面会交流権が侵害され、精神的苦痛を被ったとして、被控訴人に対し、国家賠償法1条1項に基づき、それぞれ慰謝料10万円及びこれに対する不法行為の後である令和2年12月29日(訴状送達の日)の翌日から支払済みまで平成29年法律第4

4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た事案である。

原判決は、控訴人15の訴えを却下し、その余の控訴人らの請求をいずれも棄却したことから、これを不服とした控訴人らが控訴した。

2 前提事実、争点及び争点に関する当事者の主張は、次のとおり補正し、後記3のとおり当審における控訴人らの主張を付加するほかは、原判決「第2 事案の概要」の2及び3（原判決2頁3行目から15頁15行目まで）に記載のとおりであるから、これを引用する。

(1) 原判決2頁8行目の末尾に改行の上、次のとおり加える。

「原告13は、平成26年2月に長男を出産した後、夫及び長男と別居し、現在まで別居の状態が継続している。（甲97、弁論の全趣旨）」

(2) 原判決2頁16行目の「平成28年の両親の離婚に伴い」から17行目末尾までを次のとおり改める。

「平成28年3月からは、控訴人15が同居して監護養育するようになった子である。なお、控訴人15は、同年5月に離婚している。（甲98、99、104、106、弁論の全趣旨）」

(3) 原判決5頁4行目の「国に対して」を「被控訴人に対して」に改める。

(4) 原判決5頁22行目の「争う。」を「ア 争う。」に改める。

(5) 原判決6頁2行目の末尾に改行の上、次のとおり加える。

「イ 控訴人13は、子との面会交流が令和2年2月23日までは実施できていたが、その後は実施がままならなくなり、同年3月の履行勧告も功を奏さなかった。その後、同年7月にオンライン面会が、同年8月には日帰り面会が実施できたが、同年9月の家庭裁判所における調停期日において、裁判所に対し、夫に面会交流を実施するよう伝えることを求めたところ、調停委員等から、夫が聞き入れず面会交流の実施は困難であると言われた。

ウ 控訴人15は、本件前訴において、平成23年4月2日に妻が長男(控

訴人16)及び二男(控訴人17)を連れて実家に戻って以降、子らと別居状態になったこと、その後、2度の面会交流調停の申立てを経て、平成25年2月に面会交流を認める調停が成立したが、別居から1年半にわたり子らと面会できなかったこと、同年4月から二男の面会交流が実現されなくなり、平成28年3月22日に長男及び二男が控訴人15の下に戻ってくるまでの間、二男と面会交流することができなかったことなどを主張した。

これに対し、控訴人15は、本件訴訟では、以上と異なり、平成23年10月、家庭裁判所での面会交流調停の初回期日において、調停委員から「子どものことを忘れて新しい人生を歩んだらどうでしょうか。」と言われ、この言葉から受けたショックで、当該調停を取り下げざるを得なかったこと、子らを母親に連れ去られた後、単に子らと面会できなくなっただけでなく、母親と母親の代理人弁護士により、度重なる面会交流の遅延・妨害行為を受けたこと、その結果、後遺症であるPTSD(心的外傷後ストレス障害)と診断されたことを主張している。

不法行為の違法性判断は、被侵害利益の種類と侵害行為の態様とを相関関係的に衡量して決定されるものであり、本件前訴では生じていなかった後遺障害であるPTSDが生じた結果、国会の立法不作為責任の違法性評価も変化することになる。控訴人15には、後遺障害であるPTSDが生じた結果を踏まえた、国会の立法不作為責任の違法性評価を受ける法律上の利益がある。」

(6) 原判決6頁15行目の「(心的外傷後ストレス障害)」を削除する。

(7) 原判決7頁16行目及び13頁10行目の「同法」を削除する。

3 当審における控訴人らの主張

- (1) 原判決は、「民法その他の現行法を通覧しても、監護者その他の同居親に、他人と子の面会に同意の権利、権限が付与されていない」と判示しているが、現在の家庭裁判所における面会交流の実務は、これと異なり、同居親に別居

親と子との面会の同意の権利、権限が付与されていることを前提として、同居親が同意する範囲でしか面会交流が認められていない。すなわち、まずは同居親がどの範囲ならば別居親と子との面会交流に同意するか意思確認が行われ、次に、その同居親の同意内容に、別居親が応じるかどうかの意思確認が行われる。また、面会交流の際のルールは、原則として同居親が決め、それを守らない別居親は、「同居親と高葛藤である」として、子との面会交流が制限される。さらに、面会交流の合意が存在しているか、審判が出されている場合には、同居親の面会交流の不履行について、別居親からの損害賠償請求が認められるが、そのような場合を除けば、同居親が面会交流を拒否し続けても、別居親は同居親に対して損害賠償請求をすることができない。以上は、原判決の上記判示した内容と異なるものである。

そうすると、国会は、家庭裁判所の面会交流の実務の運用の結果、国民の基本的な人権や人格的な利益が制限されているのであるから、「民法その他の現行法を通覧しても、監護者その他の同居親に、他人と子の面会に同意の権利、権限が付与されていないこと」を明確にし、周知させるための明文規定、これを前提とした、同居親による面会拒否を違法行為とした明文規定、同居親による面会拒否について損害賠償責任を負わせる明文規定について立法義務を負っている。

(2) 面会交流に関する文献（甲41、75）では、同居親による面会交流の頑強な拒否に対する法的な対抗手段はほとんどない旨記載されているから、面会交流権の拒否による親と子、祖父母と孫との分断が生じないために、国会が、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。

(3) 親子が直接触れ合うことにより、双方にとって有効な物質(オキシトシン)が分泌されることは、医学的な研究で指摘されている。その意味において、立法不作為1（親と子の面会交流権について、面会交流が自由に、円滑かつ

滞りなく行われるための実態的権利義務規定、手続規定、強制執行規定及び制裁規定といった具体的な権利義務規定を設ける立法措置が採られていない状態)を補う立法が必要不可欠であることは明白である。

第3 当裁判所の判断

1 当裁判所も、控訴人15の請求に係る訴えは不適法であり、その余の控訴人らの請求はいずれも理由がないものと判断する。その理由は、次のとおり原判決を補正し、後記2のとおり当審における控訴人らの主張に対する判断を付加するほかは、原判決「第3 当裁判所の判断」の1(原判決15頁17行目から28頁12行目まで)に記載のとおりであるから、これを引用する。

(1) 原判決15頁19行目及び16頁10行目の各「一件記録によれば、」をいずれも削除する。

(2) 原判決17頁11行目の末尾に改行の上、次のとおり加える。

「また、控訴人15は、平成23年10月の面会交流調停において、調停委員から「子どものことを忘れて新しい人生を歩んだらどうでしょうか。」と言われたショックで、面会調停を一旦取り下げざるを得なかったとか、母親とその代理人弁護士により、度重なる面会交流の遅延・妨害行為を受けたなどとも主張する。

しかし、控訴人15は、本件前訴においても、本件訴訟と同様に、平成23年4月から平成28年3月頃までの間、子である控訴人16及び17との面会交流をすることができなかったことを基本的な事実関係として主張した上で、別居親と子との面会交流に関する具体的な規定を設ける立法措置を怠った違法な立法不作為により、基本的人権としての面会交流権が侵害されたと主張していたものであるところ、控訴人15が本件訴訟において主張する上記事情は、いずれも本件前訴の口頭弁論終結時(令和2年6月23日)までに主張することができたものであって、これを主張することができなかつたとすべき特段の事情は認められない。そうすると、本件前訴と基本的な事

実関係が同一でありながら、本件前訴で主張しなかった派生的な事情を新たな権利等の侵害及び損害発生的基础となる事実として主張することは、本件前訴の確定判決によって当該請求権の全部について紛争が解決されたとの被控訴人の合理的期待に反して、被控訴人に二重の応訴の負担を強いるものであり、許されない。」

- (3) 原判決19頁1行目の「明確ではなく」から9行目の「解することには疑問がある。」までを次のとおり改める。

「明確ではない。また、面会交流の法的性質については、学説上、控訴人らが主張する自然権説のほかにも、監護関連権説、自然権・監護関連権説、親権・監護権の一部説、子の権利説等の諸説がある上、権利性を否定する見解もある（甲48の2、54から57まで）。さらに、民法766条1項は、父母が協議上の離婚をするときには、父又は母と子の面会その他の交流について必要な事項は、子の利益を最も優先して考慮して、父母の協議で定める旨規定しているが、同項でも面会交流の法的性質は明らかにされていない。このように、現時点で、面会交流権の法的性質や権利性の有無は、一義的に明らかなものではない。

また、諸外国と我が国では、採用する家族・親子法制が同一ではないと解されるから、諸外国における立法の動向が、我が国の憲法の解釈に直ちに影響を与えるものとは認められない。

さらに、控訴人らが主張する面会及び交流の具体的な内容も明らかなものではない。また、仮に、別居親や子に面会交流権が認められるとしても、面会交流の問題は、両親の別居という社会的な事実を前提として発生するものであり、そのような状況の下で、どのような面会及び交流が実現されるべきかは具体的状況に応じて異なるものと考えられ、これを実現するためには相手方の対応が必要となる場合や、子の利益又は福祉の観点からこれを制限すべき場合も想定され得るから、実現されるべき権利の内容が一義的に定まっ

ているものとも認められない。

以上によれば、控訴人らが主張する面会交流権が別居親又は子の個人の人格権や幸福追求権として憲法13条で保障されているものと解することはできない。」

- (4) 原判決20頁8行目の末尾に「また、別居親と子との面会交流が子の福祉の保護のために運用されることが求められるとしても、そのことから直ちに面会交流についての国会の立法義務が基礎付けられるものとも認められない。」を加える。
- (5) 原判決21頁3行目から4行目にかけての「社会的事実起因するのであって、」の次に「面会交流に関する立法の不作为によって親子の交流の機会に不平等が生じたものとみることはできない。」を加える。
- (6) 原判決21頁9行目から10行目にかけての「同居親と別居親との間で」の次に「同条項によって禁止されるべき」を加える。
- (7) 原判決21頁12行目の「立法不作为1が」の次に「法の下での平等を定めた」を加える。
- (8) 原判決21頁18行目から19行目にかけての「立法不作为1が」の次に「個人の尊厳と両性の本質的平等について定めた」を加える。
- (9) 原判決22頁17行目の末尾に「具体的には、別居親は、家庭裁判所に面会交流に関する調停の申立てをすることができ、調停が成立しなかったときは、審判手続に移行して、家庭裁判所において別居親と子との面会交流について判断することになる（家事事件手続法39条、244条、別表第2の3の項、272条4項）。」を加える。
- (10) 原判決22頁22行目の「子の扶養」から23行目から24行目にかけての「父母の協議により定めることとしたことが」を次のとおり改める。
「面会交流について、第一義的には、子の利益のために子を監護すべき義務を負う（民法820条）父母の協議により定めることとし、父母の協議に

より定めることができないときは、家庭裁判所の調停、審判によりこれを定めることとしたことが」に改める。

(11) 原判決23頁9行目の末尾に改行の上、次のとおり加える。

「(オ) 控訴人らは、親による子の養育は子と親の双方にとって人格的な利益であり、親と子の面会交流が親による子の養育の一場面であることから、親と子の面会交流権も子と親の双方にとって人格的な利益であるから、親と子の面会交流権は、人格的な利益として、憲法14条1項や24条2項の適用上考慮されるべきであるとも主張する。

しかし、子との同居の有無という社会的事実起因する面会交流について、第一義的に父母の協議により定め、父母の協議により定めることができないときは、家庭裁判所の調停、審判によりこれを定めるという法制度が、合理性を欠くものではないことは、上記（補正の上引用する原判決22頁13行目から26行目まで）のとおりである。親による子の養育が子と親の双方にとって人格的な利益であるとしても、面会交流に関する現行法の規定が、憲法14条1項又は24条2項に反するものとは認められない。」

(12) 原判決23頁10行目の「(オ)」を「(カ)」に改める。

2 当審における控訴人らの主張に対する判断

(1) 控訴人らは、①原判決は「民法その他の現行法を通覧しても、監護者その他の同居親に、他人と子の面会に同意の権利、権限が付与されていない」と判示しているが、面会交流の実務では、同居親に別居親との子の面会の同意の権利、権限が付与されていることを前提として、同居親が同意する範囲でしか面会交流が認められないことが通常であるとした上で、国会は、原判決が上記判示した事項を明確にし、周知させるための明文規定、同居親による面会拒否を違法行為とした明文規定、同居親による面会拒否について損害賠償責任を負わせる明文規定について立法義務を負っているとか、②面会交流に関する文献（甲41、75）では、同居親による面会交流の頑強な拒否に

対する法的な対抗手段はほとんどない旨記載されているから、面会交流権の拒否による親と子、祖父母と孫との分断が生じないために、国会が、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旨主張する。

控訴人らの上記主張は、監護者その他の同居親に、他人と子の面会に同意の権利、権限が付与されているものでないとしても、面会交流の実務では、同居親が同意する範囲でしか別居親と子との面会交流は実現することができないから、そうした状況を解決するためには、国会による立法が必要である旨主張するものであると解されるところ、確かに、同居親が別居親と子との面会交流を頑強に拒否するような場合には、面会交流を実施することができない状況があることは否定できない。

しかし、別居親と子との面会交流について、まずは父母の協議により定めることとし、協議により定めることができないときは、家庭裁判所の調停、審判により定めるという法制度は不合理なものとはいえない。また、別居親と同居親との間で調停、審判により面会交流の具体的日時、場所、方法等が決定されていれば、同居親がその履行を怠った場合には、家庭裁判所に対し、履行勧告の申出を行うこともできるし（家事事件手続法289条1項）、これを履行しなかった同居親に対しては、別居親から不法行為に基づく損害賠償請求をすることができる場合もある。さらに、調停、審判において面会交流の日時又は頻度、各回の面会交流の長さ、子の引渡しの方法等が具体的に定められ、同居親がすべき給付の特定に欠けることがないといえる場合には、当該調停、審判に基づき間接強制決定（民事執行法172条）をすることもできる（最高裁平成24年（許）第47号同25年3月28日第一小法廷決定・集民243号271頁、平成24年（許）第48号同25年3月28日第一小法廷決定・民集67巻3号864頁）。もとより、面会交流の実現に当たっては、子の利益を最も優先して考慮されなければならないが、現行法に

においても、別居親と子との面会交流が不当に制約されないようにするための法的手段は設けられているものといえる。

そして、これらの法的手段を用いてもなお面会交流が実現できない場合のための法的整備の必要性があるとしても、上記（補正の上引用する原判決18頁20行目から20頁18行目まで）のとおり、面会交流権の法的性質や面会及び交流の具体的な内容は明らかなものではなく、諸外国の状況や我が国における近時の検討状況を踏まえても、面会交流の制度の在り方については、様々なものが想定され、具体的な制度の構築については、国会の合理的な立法裁量に委ねられていると解されるから、控訴人らが主張する立法がされていないことが、立法府としての裁量を逸脱したものと評価することはできない。

以上のとおり、面会交流に関する現在の法制度については、①立法の内容又は立法不作為が国民に憲法上保障されている権利を違法に侵害するものであることが明白な場合や、②国民に憲法上保障されている権利行使の機会を確保するために所要の立法措置を採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って怠る場合に当たるものとは認められないから、控訴人らの主張する立法不作為1が、国家賠償法1条1項の規定の適用上、違法の評価を受けるものであるとは認められない。

(2) 控訴人らは、親子が直接触れ合うことにより、双方にとって有効な物質（オキシトシン）が分泌されることは、医学的な研究で指摘されているから、立法不作為1を補う立法が必要不可欠であることは明白であると主張する。

しかし、上記のとおり、控訴人らの主張する立法不作為1が、国家賠償法1条1項の規定の適用上、違法の評価を受けるものであるとは認められない。親と子の触れ合いが、互いの人格的利益に適うものであって、双方に有効な物質が分泌されるとしても、そのことは当裁判所の上記判断を直ちに左右す

るものではない。

第4 結論

以上によれば、控訴人15の訴えを却下し、その余の控訴人らの請求を棄却した原判決は相当であり、本件控訴は理由がないから、これを棄却することとして、主文のとおり判決する。

東京高等裁判所第19民事部

裁判長裁判官

脇 博人 

裁判官

鈴木 順子 

裁判官

齋 藤 巖 

(別紙)

当事者目録

控 訴 人

(以下「控訴人1」という。)

控 訴 人

(以下「控訴人2」という。)

控 訴 人

(以下「控訴人3」という。)

控 訴 人

(以下「控訴人4」という。)

控 訴 人

(以下「控訴人5」という。)

控 訴 人

(以下「控訴人6」という。)

控 訴 人

(以下「控訴人7」という。)

控 訴 人

(以下「控訴人8」という。)

控 訴 人

(以下「控訴人9」という。)

控 訴 人

(以下「控訴人10」という。)

控 訴 人

(以下「控訴人11」という。)

控 訴 人

(以下「控訴人12」という。)

控 訴 人

(以下「控訴人13」という。)

控 訴 人

(以下「控訴人14」という。)

同法定代理人親権者母

控 訴 人

(以下「控訴人15」という。)

控 訴 人

(以下「控訴人16」という。)

控 訴 人

(以下「控訴人17」という。)

上記17名訴訟代理人弁護士 作 花 知 志
同 大 村 珠 代

東京都千代田区霞が関1-1-1

被 控 訴 人	国			
同代表者法務大臣	齋	藤		健
同 指 定 代 理 人	橋	本	政	和
同	市	原	麻	衣
同	三	森	久	舟
同	大	庭	陽	子
同	森		香	太
同	村	上		岳
同	伊	集	浩	平

これは正本である。

令和5年8月31日

東京高等裁判所第19民事部

裁判所書記官 上 田 香 織

