

令和5年（ ）第 号 損害賠償請求上告受理申立事件

申立人 (閲覧制限) 外16名

相手方 国

令和5年 月 日

## 上告受理申立理由書

最 高 裁 判 所 御 中

申立人ら訴訟代理人弁護士 作 花 知 志

申立人ら訴訟代理人弁護士 大 村 珠 代

## 目 次

- 第1 原判決が訴えの利益の解釈について重要な問題を含むものであることについて（争点（1）（本件訴えの提起が信義則に反するか）について） 3 頁
- 第2 原判決が面会交流権の解釈について重要な問題を含むものであることについて（争点（3）（親と子の面会交流権についての立法不作為の違法性）について） 3 頁
- 第3 原判決が面会交流権の解釈について重要な問題を含むものであることについて（争点（4）（祖父母と孫の面会交流権についての立法不作為の違法性）について） 5 1 頁
- 第4 原判決が面会交流権の解釈について重要な問題を含むものであることについて（2 項（当審における控訴人らの主張に対する判断）について） 5 8 頁

第1 原判決が訴えの利益の解釈について重要な問題を含むものであることについて（争点（1）（本件訴えの提起が信義則に反するか）について）

1 プライバシー

第2 原判決が面会交流権の解釈について重要な問題を含むものであることについて（争点（3）（親と子の面会交流権についての立法不作為の違法性）について）

1 (1) 原判決は、以下のとおり判示した（原判決5頁，第一審判決17頁）。

「3 争点（3）（親と子の面会交流権についての立法不作為の違法性）及び争点（4）（祖父母と孫の面会交流権についての立法不作為の違法性）について

（1）国家賠償法1条1項の違法性について

控訴人らは、立法不作為1及び立法不作為2がいずれも国家賠償法1条1項の適用上違法になる旨主張するところ、国会議員の立法行為又は立法不作為が同項の適用上違法となるかどうかは、国会議員の立法過程における行動が個別の国民に対して負う職務上の法的義務に違反したかどうかの問題であって、立法の内容又は立法不作為の違憲性の問題とは区別されるべきであり、仮に当該立法の内容又は立法不作為が憲法の規定に違反するものであるとしても、そのゆえに国会議員の立法行為又は立法不作為が直ちに違法の評価を受けるものではない。しかしながら、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これを怠る場合などには、例外的に、国会議員の立法行為又は立法不作為は、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いうべきである（最高裁昭和53年（オ）第1240号同60年11月21日第一小法廷判決・民集39巻7号1512頁，最高裁平成13年（行ツ）第82号，第83号，同年（行ヒ）第76号，第77号同17年9月14日大法廷判決・

民集59卷7号2087頁，前掲最高裁平成25年（オ）第1079号同27年12月16日大法廷判決参照）。

(2) 争点(3)（親と子の面会交流権についての立法不作為の違法性）について  
ア 立法不作為1の憲法13条違反をいう点について

(ア) 控訴人らは、別居親につき親子間の面会交流権に関する権利義務規定を設ける立法措置を講じていない立法不作為1が、憲法13条により保障される親子間の面会交流権を侵害するとし、この権利は、親と子の立場にあることから前国家的、始原的な自然権であること、外国の法制度等から、同条により保障される憲法上の権利であると主張する。

(イ) しかし、控訴人らが主張する前国家的・始原的な自然権という概念は必ずしも明確ではない。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格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。」

(2) しかしながら、基本的人権や人格的な利益は、国家が成立する前から、さらには憲法が成立する前から存在するものである。それは、人が人として生まれたことで当然に有する権利・利益である。憲法は、人がその前国家的・始原的な自然権を有することを、確認しているにすぎない。

そして、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）311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、すでの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。」「日本でも東京高裁（申立人ら注：東京高裁平成25年7月3日決定）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。」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。」と明言されている。

すると、①親が子と会って交流できることは、国家が成立する前から、さらには憲法が成立する前から存在するものであって、それは、人が人として生まれたことで当然に有する権利・利益であることは明白である。原判決は、「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ではない。」と判示したが、親と子が面会すること以上に具体的なことがあるであろうか。それは国家が成立する遙か彼方の時代から、当然のこととして行われてきた人類の営みである。

また、②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、すでの別居親の権利として確立している。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。それは、申立人らが訴状を始めとする本件主張書面において諸外国の立法例を引用しているとおりでである。この点につき原判決は、「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。」と判示したが、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、外国法の変遷が、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のであるから、原判決の判示内容は、この最高裁大法廷平成27年12月16日判決（女性の再婚禁止期間違憲判決）という最高裁判所の判例法に違反することは明白である。さらに言えば、親と子が面会すること以上に具体的なことはなく、それは日本であろうとも、外国であろうとも同様である。付言すると、近年の国際結婚の増加からすると、日本と外国における親子法制が当然に別異であってはならないことも、また明白である。

③既に、東京高裁平成25年7月3日決定において、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。東京高裁令和3年10月28日判決も、「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ふことができ、そのような意味で、子が親から養育を受け、又はこれをするこゝについてそれぞれ人格的な利益を有するといふことができる。

（中略）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つても、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）にとつても、子にとつても、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。

以上のことからすると、親が子と面会をする面会交流権が、前国家的・始原的な自然権であり、それは憲法上保障される権利・利益であつて、外国の法制度において権利として確立していることからしても、我が国の憲法上保障される権利・利益であることは明白である。

そして、そのような趣旨である別居親と子との面会交流権は、個人の人格権や幸福追求権などを保障した憲法13条により保障されていることが明白である。なぜならば、それが別居親の人格権や幸福追求権を増幅するだけでなく、何よりも子の人格権や幸福追求権を増幅するからである。

2(1) 原判決は、以下のとおり判示した（原判決5頁，第一審判決19頁）。

「控訴人らは、旭川学テ判決が、自然権としての親の子に対する教育権を認めたと解釈できることから、親と子の面会交流権も、前国家的・始原的な自然権に由来している旨主張する。しかしながら、旭川学テ判決は、子の教育の最も始原的かつ基本的な形態は、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現れるという社会的事実を指摘するにとどまっております、自然権としての親の子に対する教育権が認められることを判示する趣旨と解することはできない。」

(2) しかしながら、旭川学テ判決の評価については、原判決の判示が誤りであることは、以下で引用する証拠から明白である。

ア 大森貴弘文「ドイツ連邦憲法裁判所の離婚後単独親権違憲判決」（甲24）

425頁において、以下のとおり親の権利（親の子に対する教育権）が人権であり、日本国憲法上も認められることが明記されている。

「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。」

イ 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）（親の子に対する教育権）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。

ウ 『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、親の子に対する教育権が、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。」

このことは、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。

付言すると、申立人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。」

エ さらに、近時判決が出された大阪地裁令和5年7月31日判決においては、

「親が子を教育する自由は憲法13条で保障される」との判示がされている。

3(1) 原判決は、以下のとおり判示した(原判決5頁, 7頁, 第一審判決19頁)。

「(ウ) この点をおき, 仮に控訴人らが主張する親と子の面会交流権が憲法13条により保障される権利であると解したとしても, こうした自由権は, 国又は公共団体の統治行動に対して個人の基本的な自由と平等を保障する目的に出たもので, 専ら国又は公共団体と個人との関係を規律するものであり, 私人相互の関係を直接規律することを予定するものではないと解される(前掲最高裁昭和48年12月12日大法廷判決参照)ことに照らすと, 面会交流権を具体的に私人間において保障する法律を国が立法する義務を負うとは, 直ちに解することができない。

この点に関し, 控訴人らは, ①最高裁判決(前掲最高裁平成25年(オ)第1079号同27年12月16日大法廷判決)に, 親子法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旨の判示があり, こうした判示に照らすと立法義務があると解すべきである, ②前掲最高裁昭和48年12月12日大法廷判決からすれば, 私人による人権侵害の態様, 程度が社会的に許容し得る限界を超えるときは, 立法措置によって是正を図る立法義務がある, ③現行法は, 同居親の同意がなければ別居親と子との自由な面会交流権が実現しないことに照らして立法義務がある旨を主張する。

しかし, 上記①については, そうした判示を見出すことはできない。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。」

(2) しかしながら, 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)の趣旨は, 基本的人権である女性の再婚の権利について, ①民法の父子関係の嫡出推定規定の重複を避けるために100日までの再婚禁止期間を設けることは女性の再婚の権利に対する合理的な制限であって, 憲法に違

反しないが、②100日を越える再婚禁止期間は、元々明治時代の立法の際に、子の嫡出推定規定の重複を避けるための再婚禁止期間だけでは、女性が妊娠しているかどうかは外観からは分からないため、紛争が生じることを理由としており、それは女性の再婚の権利に対する合理的な制限ではなく、憲法に違反する、というものである。

<sup>まきみさき</sup>巻美矢紀「憲法と家族—家族法に関する二つの最高裁大法廷判決を通じて」長谷部恭男編『論究憲法』（有斐閣，2017年）335頁の4項（甲58）において、最高裁判所大法廷平成27年12月16日判決（女性の再婚禁止期間違憲判決）について、以下のような解説がされている。

#### 「4 立法目的の検討

##### (1) 立法目的の比重の変化

本判決は再婚禁止期間のうち100日超過部分につき、立法事実の変化により、立法目的との関係で合理性が失われたとするもので、いわゆる手段違憲であるが、違憲判断の大きな要因は、立法事実の変化による立法目的の比重の変化にある。

本判決は、憲法24条2項を受けた民法大改正後にも引き継がれた本件規定の立法の経緯、および法律上の父子関係を早期に定める父性推定の仕組みにおける本件規定の位置づけから、立法目的につき、「父性の推定の重複を回避し、もって父子関係をめぐる紛争の発生を未然に防ぐこと」と解し、父子関係の早期明確化の重要性から、合理性を肯定する。

上記立法目的は、平成7年判決（上告人ら注：最高裁平成7年12月5日判決）の判示と一見同じように見えるが、父性推定の重複回避と、紛争発生を未然防止とを、「もって」という文言により媒介し、千葉補足意見が指摘するように、前者が直接の立法目的であることを強調するとともに、父性推定の重複回避のために必要な手段は、民法772条2項を前提に100日で足りることを示唆するものと考えられる。

立法目的の巧妙な比重の変化は、立法事実の変化に対応するもので、このことは、手段との合理的関連性の検討において示される。それによれば、旧民法起草時に厳密に100日に限定せず一定の期間の幅を設けた趣旨は、当時の医療や科学技術の水準からすると、(a)前婚後に前夫の子が生まれる可能性を減少させることによる家庭不和の回避、(b)父性の判定を誤り血統に混乱が生じることの防止という「観点」から、すなわち父子関係をめぐる紛争の未然防止という目的のためであり、現行民法に引き継がれた後も、それは国会の合理的な裁量の範囲内とされた。しかし、その後の医療や科学技術の発達により、上記「観点」からの正当化は困難になったとされる。こうして紛争の未然防止はあくまで父性推定の重複回避との関係で意味をもつにすぎなくなり、独自の意義を失い、またそれにより、立法の第一次的な受益者も子どもに限定されることになったのである。

上記立法目的のほか、平成期以降の再婚に対する制約の減少要請の高まり、それを示す事情の一つである諸外国での再婚禁止期間の廃止、さらに婚姻の自由の憲法上十分な尊重、そして妻が婚姻前懐胎子を産むことは再婚の場合に限られないことを総合して、本判決は100日超過部分につき、遅くとも上告人の前婚解消から100日後までに、手段としての合理的関連性が失われたと解し、憲法14条1項および24条2項違反と判断したのである。」

この解説において「こうして紛争の未然防止はあくまで父性推定の重複回避との関係で意味をもつにすぎなくなり、独自の意義を失い、またそれにより、立法の第一次的な受益者も子どもに限定されることになったのである。」と明記されていることからしても、**両親の離婚や別居という親の紛争の発生は、子の福祉の保護を否定する理由にはならず、親の紛争の発生とは離れて、子の福祉は保護されなければならないことを、最高裁大法廷平成27年12月16日判決（再婚禁止期間違憲判決）は判示した立場であることは明白である。**

すると、申立人らが訴状等で主張したように、子が別居親と面会交流ができ

ていればいるほど、子は自己肯定感が高く、また他者とのコミュニケーション能力も高いことが、心理学的調査の結果科学的に肯定されているのであるから（甲13）、国会（国会議員）は、親の離婚や別居という親の紛争の発生から子の福祉を保護し、子の健全な成長（子が、自己肯定感が高く、また他者とのコミュニケーション能力も高くなる成長）を保護するために、面会交流権についての当事者間の具体的な法律規定の立法義務を負うことは明白である。

4(1) 原判決は、以下のとおり判示した（原判決5頁，第一審判決20頁）。

「上記②の判示は、立法による是正の余地があることをいうにすぎず、直ちに国会に立法義務を課するものとは解し得ないし、仮に何らかの立法義務を課し得るとしても、控訴人らが前記第2の3(3)の控訴人らの主張ウ(ウ)で指摘する諸外国の状況や我が国における近時の検討状況（甲40の1から3まで，甲48の1，2，甲49，57）を踏まえても、制度の在り方については様々なものが想定されるため、立法義務の存在が明白であるとは認められない。」

(2) しかしながら、最高裁大法廷昭和48年12月12日判決が、「私的支配関係においては、個人の基本的な自由や平等を著しく侵害またはそのおそれがあり、その態様、程度が社会的に許容しうる限度を超えるときは、これに対する立法措置によってその是正を図ることが可能であるし、また、場合によっては、私的自治に対する一般的制限規定である民法一条，九〇条や不法行為に関する諸規定等の適切な運用によって、一面で私的自治の原則を尊重しながら、他面で社会的許容性の限度を超える侵害に対し基本的な自由や平等の利益を保護し、その間の適切な調整を図る方途も存するのである。」と判示した趣旨は、「私的支配関係においては、個人の基本的な自由や平等を著しく侵害またはそのおそれがあり、その態様、程度が社会的に許容しうる限度を超えるときは、当然に国としてその許容しうる限度を超えている私的支配関係を是正しなければならない。」という意味である（是正しなければならない、という点を、「是

正を図ることが可能である」と表現した最高裁判例である。それは、その判示に続いて「また、場合によっては」として、民法一条、九〇条や不法行為に関する諸規定の適切な運用による是正について限定的な場合を念頭において判示されていることから明白である。「また、場合によっては」に該当せず、さらに国の立法措置も行われなければ、「個人の基本的な自由や平等を著しく侵害またはそのおそれがあり、その態様、程度が社会的に許容しうる限度を超える私的支配関係」が永続することになるからである。）。

この点、最高裁大法廷昭和48年12月12日判決の最高裁判例解説では、最高裁大法廷昭和48年12月12日判決が、「私的支配関係においては、個人の基本的な自由や平等を著しく侵害またはそのおそれがあり、その態様、程度が社会的に許容しうる限度を超えるときは、これに対する立法措置によってその是正を図ることが可能である」と判示した趣旨について、「そして、右の(3)の点は、私的支配関係において生ずる新しい事態の法的処理は、第一次的には立法者の課題であるとする趣旨と思われる。」との解説が行われている(甲109号証314頁)。この最高裁判例解説の内容は、申立人らの主張の内容と合致している。

付言すると、最高裁大法廷昭和48年12月12日判決の内容を要約した有斐閣『判例六法』(令和5年版18頁判例番号8)においても、その判示箇所は、「その侵害の態様、程度が社会的に許容し得る限界を超えるときは、立法措置によって是正を図り」と明記されている(甲110)。この有斐閣『判例六法』(令和5年版18頁判例番号8)の内容も、申立人らの主張の内容と合致している。

- (3) また、申立人らが既に引用した『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（安倍嘉人・西岡清一郎監修『子どものための法律と実務 裁判・行政・社会の協同と子どもの未来』）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回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）

(4) 申立人らが訴状168頁で以下の主張を行ったとおり、現在の日本法では、同居親が面会交流を拒否した場合に、それを早期かつ実効的に解決する手段が存在しないのである。

（申立人ら提出訴状168頁以下の引用）

「ウ 強制執行や制裁のための規定について

①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のための規定が設けられていない。

②同居親の同意がないと、別居親と子との面会交流権を行うこと自体が困難である。また、同居親の意向で一方向的に面会交流権の拒否ができる。

③子が、別居親との面会交流権を希望しても、別居親の同意がなければ面会交流権を行うこと自体が困難である。また、別居親の意向で一方向的に面会交流権の拒否ができる。

④同居親が、別居親と子との面会交流権の合意や審判を遵守しなくても強制執行が困難である。

また別居親が、別居親と子との面会交流権の合意や審判を遵守しなくても強

制執行が困難である。

④について、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。」

(5) 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、別居親と子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、別居親及び子の基本的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。

5(1) 原判決は、以下のとおり判示した（原判決5頁，第一審判決20頁）。

「上記③については、民法その他の現行法を通覧しても、監護権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とは解されないから、その前提を欠く。

（エ）したがって、立法不作為1が憲法13条に違反するとはいえない。」

(2) しかしながら、上で引用した甲75号証に、「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。」（甲75号証191頁）と明記されているとおり、同居親の同意がなければ、面会交流権は実現できないことは明白である。それは、同居親の親権と監護権による同意である。

(3) 繰り返しになるが、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可能性がある。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、別居親と、子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、別居親及び子の基本的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。

(4) また、原判決は、以下のとおり判示した（原判決5頁，第一審判決20頁）。

「この点に関し、控訴人らは、（中略）③現行法は、同居親の同意がなければ別居親と子との自由な面会交流権が実現しないことに照らして立法義務がある旨を主張する。しかし、（中略）上記③については、民法その他の現行法を通覧しても、監護権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とは解されないから、その前提を欠く。」

しかしながら、原判決（原判決5頁，7頁，第一審判決22頁）が「子は発達の途上にあり、単独で面会交流の当否を適切に判断することには困難があると考えられる。こうしたことに照らすと、面会交流を私法上の権利として構成せず、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」と判示したとおり、面会交流については、民法766条1項により父母の協議で定めることとされていることから、「監護権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」とことと実質的・結果的に同じことである。

また、原判決（原判決5頁，第一審判決19頁）も「その（上告人ら注：面会交流）実現に相手方の対応が必要と解される」と判示しているように、子が乳児、幼児である場合は面会交流の実現には同居親の協力が不可欠であるから、同居親の同意がなければ別居親と子との自由な（子の福祉に反しない限り、同居親から妨げられることのない）面会交流権が実現しないことは明らかである（控訴人らが主張する「自由な面会交流権」は、基本的人権もしくは人格的な利益としての、「自由な（子の福祉に反しない限り、同居親から妨げられることのない）面会交流権」である。）。これらの点においても、原判決の判示が誤っていることは明白である。

現行の法制度は、離婚後単独親権制度であるため、離婚後に子の親権者となるために夫婦は争い、高葛藤となる。夫婦が高葛藤にならざるを得ない制度のもとで、別居親と子の面会交流についての協議を夫婦に全面的に委ねることは、別居親と子の面会交流、ひいては別居親と子との親子関係が危殆に瀕することにほかならない。したがって、民法766条だけでは立法として不十分であり、控訴人らが主張する立法①②③が必要であることは明白である。

6(1) 原判決は、以下のとおり判示した（原判決5頁，第一審判決20頁）。

「イ 立法不作為1の憲法14条1項違反をいう点について

(ア) 控訴人らは、現行法が、別居親と子の面会交流を同居親が許可する特権を認めているのに対して別居親がこうした特権を有しないこと、この許可の有無によって、子の養育という権利としての人格的な利益の享受の点で別居親と同居親とに差異が生じていると主張する。

(イ) しかし、上記ア(ウ)に説示したとおり、現行法が同居親に子の面会

交流の許可権を付与したと解される規定は見当たらないから、上記の「特権」の有無の点で同居親と別居親とに法的な差異はないし、上記の利益の享受の点でも法的な差異はないといわざるを得ない。むしろ、同居親と別居親との間において、子との人的な交流について、時間や方法等の面に差異が生じるのは、子との同居の有無という社会的事実起因するのであって、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。憲法14条1項が絶対的な平等を保障したものではなく、事柄の性質に応じた合理的な根拠に基づくものでない限り、法的な差別的取扱いを禁止する趣旨であると解すべきであるとする判例（最高裁昭和37年（オ）第1472号同39年5月27日大法廷判決・民集18巻4号676頁，最高裁昭和45年（あ）第1310号同48年4月4日大法廷判決・刑集27巻3号265頁）の趣旨に照らすと、これをもって同居親と別居親との間で同条項によって禁止されるべき法的な差別的取扱いがされていると評価することはできない。

（ウ）したがって、立法不作为1が法の下での平等を定めた憲法14条1項に違反しているとはいえない。」

(2) しかしながら、民法766条1項は、「面会交流」と規定せずに、「父又は母と子との面会及びその他の交流」と規定しているのであるから、民法が用いている「面会交流」には、「面会」と「その他の交流」が含まれることは明白である（当然申立人らも、そのような意味で「面会交流」という言葉を用いている。）。

すると、民法766条1項が「父又は母と子との面会及びその他の交流」と規定している以上、「面会交流」には、単なる「面会」だけでなく、いわゆる広い意味での「親子交流」が含まれていることは明白なのである（申立人らが訴状99頁(3)において、「親子の面会交流権は、両親により行われるべき親の子に対する親権、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）の発現としての意味を有すること。その意味で「ペ



アレンティング・タイム」(親として子を育てていくこと。親による子の養育時間。)であるとの評価が与えられるべきであること。」と主張を行ったのは、面会交流の「親子交流」の側面に注目した主張である。)

例えば、『新基本法コンメンタール親族』(第2版, 日本評論社, 2019年)(甲56)の83頁には、以下のように記載されている。

「(2) 父または母と子との面会およびその他の交流

(7) 面会交流の意義

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)交流をもつことを一般に交流(contact)という。かつては直接交流(visitation, access)という語が用いられたが、直接面会することのほかに、宿泊、電話やメールでのやり取り、写真・贈り物の交換等も含まれるので、現在では、これらを含む広い意味で面会交流ということが多い。」

この『新基本法コンメンタール親族』(甲56)において、「面会交流」には、いわゆる直接面会だけではなく、宿泊、電話やメールでのやり取り、写真・贈り物の交換等も含まれると記載されていることから明白なように、「交流」を含む概念なのである(民法766条1項の文言は、そのことを前提にしていると言える。)

同居親は、子との間で、「宿泊、電話やメールでのやり取り、写真・贈り物の交換等」の親子交流を持つことが日常的にできるのである。

それに対して、別居親は、子との間で、「宿泊、電話やメールでのやり取り、写真・贈り物の交換等」の親子交流を持つことが日常的にできず、また直接面会(それも親子交流の一場面である)も、限られた形でしかできず、さらには同居親の同意がない場合には、完全にできなくなってしまうのである。それは、別居親等と子との面会交流が、同居親の意思に従属していることを意味している。

そうすると、面会交流という親子交流(既に引用したように、東京地裁令和

3年2月17日判決（甲53）は、「親が子を養育することは親にとっても子にとっても人格的な利益であり、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。）の享受について、同居親と別居親等との間に差異があり、その状態には何ら合理的な理由がなく別居親等と子の基本的人権もしくは人格的利益を制限するものであって、憲法14条に違反しているとの申立人らの主張が正当であることは明白である。

なお、原判決の立場では、「子の利益」が考慮されていないことは明白である。同居親は、子との直接面会や交流を事実上同居することで日々享受できているのに対して、子は、同居親との直接面会や交流を事実上同居することで日々享受できる反面、別居親等とはそれを日々享受できないのである。子が別居親等との面会ができることは、子の人格権、幸福追求権、教育権等の基本的人権や人格的な利益の享受であり、それができないことはその制限である。また、子が別居親等と面会交流を行うことで子が健全な成長を遂げることは、別居親等の人格権、幸福追求権、教育権等の基本的人権や人格的な利益の享受でもあり、それができないことは、その制限でもある。

同居親が子と別居親等との面会交流を認めるかどうかにより、人権と人格的利益の享受や制限が行われるのであるから、「子の利益」の観点からしても、別居親等の面会交流権について同居親等との間に差異があり、その状態が憲法14条に違反していることは明白である。

(3) 原判決（原判決5頁，第一審判決20頁）は、「むしろ、同居親と別居親との間において、子との人的な交流について、時間や方法等の面に差異が生じるのは、子との同居の有無という社会的事実起因するのであって、」と判示した。

しかしながら、現在の家裁をはじめとする裁判所の実務では、子の福祉を害しない限り、子と過ごす時間が長い同居親を監護者、親権者として指定するこ

とが通常である。そして、監護者、親権者は子の住居所、通学先、習い事など子に関するさまざまな事柄を決定できる。その結果、例えば同居親が子を連れて別居親の住居地から遠隔地に転居すれば、別居親と子の人的交流は影響を受ける。子と同居の有無が監護権、親権の獲得につながり、同居親と別居親との間において、子との人的な交流について、時間や方法等の面に差異が生じるのであるから、「子との同居の有無という社会的事実起因する」わけではなく、親権や監護権という法律上の権利の有無によって区別が生じていることは明白である。

(4) この点につき、以下の科学的調査結果の文献を改めて引用する。それらの文献は、面会交流の制限が、子の利益、子の福祉、子の健全な成長を阻害することを如実に示している。そして、そのように面会交流の制限が子への害を生むことが科学的調査から明らかになっている以上、別居親及び祖父母（別居親等）の面会交流権について同居親との間に差異がある状態が、別居親等だけでなく、子の利益、子の福祉、子の健全な成長を阻害することであって、それは不合理な差別として憲法14条に違反していることは明白である。

①野口康彦外「離婚後の面会交流のあり方と子どもの心理的健康に関する質問紙とPACK分析による研究」（甲13号証3枚目）

#### 「4. 研究成果

##### (1) 質問紙による量的調査研究

国立及び私立の6つの大学に在籍する大学生を対象とし、634名の有効回答数が得られ、76名の親の離婚経験者の協力者を得ることができた。統計学的な検定を実施するうえでは、十分な人数の確保ができた。

今回の調査から、子どもが別居親と交流を持つことは、親への信頼感において重要な要因となることが確認された。また、別居親と子どもが満足するような面会交流がされている方がそうでない場合よりも、自己肯定感や環境への適応の得点が高いことも明らかになった。この結果は、離婚後も別居親が親とし

での役割を継続していくことが、子どもの経済的・心理的な支援につながっていくことが示された。」

②沖縄タイムス令和2年（2020年）8月20日掲載の記事「[家族のカタチ離婚の時代に] 面会交流「同居親の協力が必要」当事者ら議論」においては、離婚などで離れて暮らす親と子が会う「面会交流」について学びを深めようと、オンライン講座「こどものための面会交流支援」が令和2年8月15日に行われたことが記載されている（甲16）。そしてその記事には、「公認心理師で東京国際大の小田切紀子教授は、「日本の家庭裁判所で決定する面会交流の頻度について「一律月1回、数時間程度」とされることが多いと説明。「子どもの記憶はキャパシティが小さく1カ月に1回だと（別居親）を忘れてしまう。子の年齢に応じた取り決めが重要で同居親の協力も不可欠」と述べた。面会交流の実施が対立する父母に委ねられていることを課題に挙げ、家裁と面会交流支援機関が連携し取り決めをフォローできる制度のほか、全都道府県への支援団体の設置、行政による資金助成の必要性を訴えた。」と記載されている。それに対して、現在の家裁等の司法実務では、この記事でも指摘されており、同居親（監護親）の同意がない場合には、親子の面会交流は審判で認められてもせいぜい月に1回数時間程度である。小田切紀子教授は、「日本の家庭裁判所で決定する面会交流の頻度について「一律月1回、数時間程度」とされてることが多いと説明。「子どもの記憶はキャパシティが小さく1カ月に1回だと（別居親）を忘れてしまう。子の年齢に応じた取り決めが重要で同居親の協力も不可欠」と述べている。

ちなみに、その小田切紀子が作成した発表スライド「海外の共同養育に関する研究報告と日本の共同養育・面会交流の課題と提案」（法務省も参加する「家族法研究会」第4回（令和2年5月19日オンラインにて開催）の研究会資料・参考資料において、「ヒアリング資料2」として掲載されている小田切紀子氏の「海外の共同養育に関する研究報告と日本の共同養育・面会交流の課題と

提案」)の7枚目には、以下の記載がされている(甲17の2の7枚目)。

「子どもの年齢に応じた面会交流

・日本では、裁判所が決定する面会交流の頻度は、子どもの年齢には関係なく、1ヶ月1日数時間程度と一律に決定されることが多い。

・諸外国では発達心理学の研究成果に基づいて、子どもの年齢に応じた面会交流の頻度と時間が決められている。

例) アメリカ・アリゾナ州 (Arizona Supreme Court, 2009)

- ・0-2歳は平日2回夕方3-4時間+週末半日
- ・3-5歳は平日2回夕方3-4時間+週末1泊
- ・6歳以降は平日1回夕方3-4時間+隔週3泊
- ・長期休暇や祝日は特別スケジュールとして追加。

・子どもの親との愛着関係の発達、心身の発達については、外国と日本の子どもに相違はない。日本においても、子どもの年齢に応じた面会交流の取り決めがなされるべきと考える。」

(5) そして、上でも引用した東京高裁令和3年10月28日判決が「人格的な利益」について重要な判示を行ったことは明白である。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うことができる。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。そこに判示されている「人格的な利益」に、面会交流権が含まれることは明白である。面会交流権は、親子が会話をし、触れ合う、遊ぶ、子の学習を親が見ることで共に考える、子が自らの

進路について親に相談するなどが行われる機会であり、親が子を養育することそのものである。その意味で、面会交流権は、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。

すると、面会交流権が「人格的な利益」であった場合でも、さらにはそれを越えて基本的人権であった場合でも、いずれにせよ仮に同居親が別居親等と子との面会交流権を拒否したり、制限したりした場合には、同居親により親や祖父母と子との人格的な利益という具体的な法益が侵害される関係にある。さらに、それに対して同居親は、日常生活において、「親による子の養育」という、「人格的な利益」を享受していることになる。そこに、人格的な利益の享受に「差異」が存在することは明白である。さらには、その「差異」が、同居親の意向により決まっていることも明白である。

その点において、別居親と同居親との間には、「親による子の養育」という権利としての「人格的な利益」の享受について差異が存在していることは明白である。

そして、別居親の面会交流権について同居親との間に差異がある状態が、別居親等だけでなく、子の利益、子の福祉、子の健全な成長を阻害することであり、憲法14条に違反していることは明白である。

(6) また原判決は、「むしろ、同居親と別居親との間において、子との人的な交流について、時間や方法等の面に差異が生じるのは、子との同居の有無という社会的事実起因するのであって、憲法14条1項が絶対的な平等を保障したのではなく、事柄の性質に応じた合理的な根拠に基づくものでない限り、法的な差別的取扱いを禁止する趣旨であると解すべきであるとする判例（最高裁昭和37年（オ）第1472号同39年5月27日大法廷判決・民集18巻4号676頁、最高裁昭和45年（あ）第1310号同48年4月4日大法廷判決・刑集27巻3号265頁）の趣旨に照らすと、これをもって同居親と別居親との間で同条項によって禁止されるべき法的な差別的取扱いがされていると

評価することはできない。」と判示した。

しかしながら、上でも述べたように、同居親が子と別居親等との面会交流を認めるかどうかにより、人権と人格的利益の享受や制限が行われるのであるから、それは「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」ではないことは明白である。子と別居親等との面会交流が、同居親の意思により制限される場合、国会（国会議員）が面会交流に関する立法を行うことで、子と別居親等との面会交流は実現され、子と別居親等は、人格権、幸福追求権、教育権等の基本的人権や人格的な利益を享受できるのである。

例えば、申立人らが提出した訴状161頁で引用したように、アメリカのカリフォルニア州では、面会交流権を行うべきかどうか紛争となった場合について、以下のように解決を行う規定が設けられている。このような規定を設けるだけで、子と別居親等との面会交流は実現され、子と別居親等は、人格権、幸福追求権、教育権等の基本的人権や人格的な利益を享受できるのであるから、日本の法律制度において、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が設けられていないことは明白である。

一般財団法人比較法研究センター『各国の離婚後の親権制度に関する調査研究業務報告書』（甲2）

山口亮子「アメリカにおける離婚後の親権制度」113頁（甲2の4）

## 「2 親子の交流の例外—面会交流の制限

### （1）立法による制限

カリフォルニア州法が、「その面会交流が子どもの最善の利益に害であるとの証明がない限り、裁判所は親に相当な面会交流を付与しなければならない（Cal. Fam. Code § 3100(a)）」と定めているように、別居後及び離婚後の親子の交流はいずれの州においても基本的に認められており、面会交流に反対する監護親は有害性の立証を行わなければならない。」

7(1) 原判決は、以下のとおり判示した（原判決5頁，第一審判決21頁）。

「ウ 立法不作為 1 の憲法 24 条 2 項違反をいう点について

(ア) 控訴人らは、別居親と子の面会交流を同居親が許可する特権を認めているのに対して別居親がこうした特権を有しないことなどの上記イ（ア）の事由により、別居親と子が相互に触れ合うことが制限されており、同居親と子との関係と別居親と子との関係の区別に合理的な理由がないから、立法不作為 1 が個人の尊厳と両性の本質的平等について定めた憲法 24 条 2 項に違反すると主張する。

しかし、この主張は、結局、上記の事情が憲法 14 条 1 項に違反することから 24 条 2 項にも違反することをいうものと解されるところ、上記イ説示のとおり、上記の事情は憲法 14 条 1 項に違反するとはいえないから、控訴人らの上記主張は前提を欠くものというほかない。

(イ) この点をおくとしても、控訴人の主張する別居親と子との面会交流権は、単に人と人との間の面会交流をいうのではなく、別居親と子という関係にある者の面会交流をいうものであるから、憲法 24 条 2 項にいう「婚姻及び家族に関するその他の事項」に該当するものと解される。

こうした事項は、国の伝統や国民感情を含めた社会状況における種々の要因を踏まえつつ、それぞれの時代における夫婦や親子関係についての全体の規律を見据えた総合的な判断を行うことによって定められるべきものである。したがって、その内容の詳細については、憲法が一義的に定めるのではなく、法律によってこれを具体化することがふさわしいものと考えられる。憲法 24 条 2 項は、このような観点から、婚姻及び家族に関する事項について、具体的な制度の構築を第一次的には国会の合理的な立法裁量に委ねるとともに、その立法に当たっては、個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚すべきであるとする要請、指針を示すことによって、その裁量の限界を画したものといえる。（前掲最高裁平成 25 年（オ）第 1079 号同 27 年 12 月 16 日大法院判決参照）

(ウ) ところで、現行の法制度の下では、別居親と子の面会交流については、



民法766条1項により、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、上記の協議により定めることができないときは、同条2項により、家庭裁判所がこれを定めることとされている。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）。

親と子の面会交流は、仮にこれを親の人格的な権利や利益であるとみても、それが他方で養育を受ける子の利益となることも必要となると考えられる一方、子は発達の途上にあり、単独で面会交流の当否を適切に判断することには困難があると考えられる。こうしたことに照らすと、面会交流を私法上の権利として構成せず、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直ちに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制度であるということとはできない。そうすると、国会による現行法の制定が裁量を逸脱しているとはいえない。

(エ) 控訴人らは、現行の法制度では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旨主張し、「親子審判制度」なるものを導入すべきである旨主張する。しかしながら、現行の法制度に不十分な点があり、より適切な法制度が存在し得るとしても、上記(ウ)説示のとおり、現行の法制度自体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ものとはいえない以上、立法不作為1を補う立法をすべきかどうか、言い換えれば「親子審判制度」なるものを導入すべきかどうかは、国会の立法裁量の範囲内に属するのであって、控訴人らの主張は上記の判断を左右しない。

(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すると、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、親と子との面会交流権は、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）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。

（カ）したがって、立法不作為1が憲法24条2項に違反するとはいえない。」

(2) しかしながら、この憲法24条2項についての判示については、上で述べた立法不作為1が憲法14条1項に違反していることについての申立人らの主張内容をここでも引用する。

(3) なお、原判決は、以下のとおり判示した。

「（イ）この点をおくとしても、控訴人の主張する別居親と子との面会交流権は、単に人と人との間の面会交流をいうのではなく、別居親と子という関係にある者の面会交流をいうものであるから、憲法24条2項にいう「婚姻及び家族に関するその他の事項」に該当するものと解される。

こうした事項は、国の伝統や国民感情を含めた社会状況における種々の要因を踏まえつつ、それぞれの時代における夫婦や親子関係についての全体の規律を見据えた総合的な判断を行うことによって定められるべきものである。したがって、その内容の詳細については、憲法が一義的に定めるのではなく、法律によってこれを具体化することがふさわしいものと考えられる。憲法24条2項は、このような観点から、婚姻及び家族に関する事項について、具体的な制

度の構築を第一次的には国会の合理的な立法裁量に委ねるとともに、その立法に当たっては、個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚すべきであるとする要請、指針を示すことによって、その裁量の限界を画したものと見える。（前掲最高裁平成25年（オ）第1079号同27年12月16日大法廷判決参照）

（ウ）ところで、現行の法制度の下では、別居親と子の面会交流については、民法766条1項により、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、上記の協議により定めることができないときは、同条2項により、家庭裁判所がこれを定めることとされている。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）。

親と子の面会交流は、仮にこれを親の人格的な権利や利益であるとみても、それが他方で養育を受ける子の利益となることも必要となると考えられる一方、子は発達の途上にあり、単独で面会交流の当否を適切に判断することには困難があると考えられる。こうしたことに照らすと、面会交流を私法上の権利として構成せず、面会交流については、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、直ちに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制度であるということとはできない。そうすると、国会による現行法の制定が裁量を逸脱しているとはいえない。」

しかしながら、この判示内容は、結局面会交渉（面会交流）が実現するかどうかは、同居親の意向次第であるという意味であり、そのことを前提とすると、原判決が判示した「こうしたことに照らすと、面会交流を私法上の権利として構成せず、子の扶養、監護に第一次的な義務を負う（民法818条、820条）

父母の協議により定めることとしたことが、直ちに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制度であるということとはできない。」と評価できないことは明白である。

現行の法制度は、離婚後単独親権制度であるため、離婚後に子の親権者となるために夫婦は争い、高葛藤となる。夫婦が高葛藤にならざるを得ない制度のもとで、別居親と子の面会交流についての協議を夫婦に全面的に委ねることは、別居親と子の面会交流、ひいては別居親と子との親子関係が危殆に瀕することにほかならない。したがって、民法766条だけでは立法として不十分であり、控訴人らが主張する立法①②③が必要であることは明白である。

そして、申立人らが何度も引用したとおり、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、「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）との指摘がされているのである。面会交渉の頑固な拒否が行われた場合に、「法的な対抗手段」はほとんどない状態なのである。これは、結局面会交渉（面会交流）が実現するかどうかは、同居親の意向次第であるという意味であり、原判決が判示した「こうしたことに照らすと、面会交流を私法上の権利として構成せず、子の扶養、監護に第一次的な義務を負う（民法818条、820条）父母の協議により定めることとしたことが、直ちに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制度であるということとはできない。」と評価できないことは明白である。同居親の面会交渉の頑強な拒否に対して別居親も、子も有効な面会交渉（面会交流）実現のための手段を法律上保障されていないということである。そのような事態、そのような現行法の法制度は、もはや憲法24条2項が国会（国会議員）に与えた裁量を逸脱濫用していることは明白である。

具体的に述べると、現在、同居親が面会交流を頑強に拒否することによる、別居親と子の親子関係の断絶が社会問題となっている。さらには、面会交流が

できない間に、同居親の影響により子が片親疎外となって面会交流を拒否するようになり、たとえ同居中に子と親密な関係にあった親でも、別居後に子に全く会えないという絶望的な事態も生じている。

この点につき、「『離婚後の共同親権提案へ』法務省」と題する令和4年6月29日の毎日新聞の記事（甲81）においても、親子断絶が社会問題となっていることについて、以下のとおり大きく指摘がされているところである。

「日本では近年、年間20万組前後、おおよそ3組に1組が離婚しており、離婚後の養育費不払や親子交流の断絶が社会問題化している。」

(4) また、原判決は、以下のとおり判示した。

「(エ) 控訴人らは、現行の法制度では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旨主張し、「親子審判制度」なるものを導入すべきである旨主張する。しかしながら、現行の法制度に不十分な点があり、より適切な法制度が存在し得るとしても、上記(ウ)説示のとおり、現行の法制度自体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ものとはいえない以上、立法不作為1を補う立法をすべきかどうか、言い換えれば「親子審判制度」なるものを導入すべきかどうかは、国会の立法裁量の範囲内に属するのであって、原告らの主張は上記の判断を左右しない。」

しかしながら、上告人らが主張した「親子審判」は、子がいる夫婦が別居する前に、短い期日の間に子の監護者を定める一方で、他方親には子との自由な面会交流を保障するものであり、その取り決めに遵守しなければ後の親権等の判断において不利益を受ける制度なのであるから、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）との指摘がされているような事態は生じないのである。

上で述べたとおり、現在の法律制度は、その「面会交渉の頑強な拒否に対す

る法的な対抗手段」を用意していないのであり、そのことが憲法24条2項が国会（国会議員）に与えた立法裁量を逸脱濫用しているものである。すると、控訴人らが主張した「親子審判」が、その「面会交渉の頑強な拒否に対する法的な対抗手段」に該当し、その「親子審判」の法制度化を行わない国会（国会議員）の立法不作為が、やはり憲法24条2項が国会（国会議員）に与えた立法裁量を逸脱濫用していることは明白である。

ちなみに、東京地裁令和5年1月25日判決（子の連れ去り違憲訴訟）は、同訴訟の原告ら側から主張された「親子審判」について、「以上の事情によれば、日本の家族法制度については、国内でその在り方が議論されているにとどまらず、国際的にみても、条約の規定との整合性という観点等から問題視する立場があり、憲法98条2項が定める条約遵守義務に照らしても、他方親の同意なき子の連れ去りを違法とする規定、その他原告らが主張する法規制の制定は、今後の国内法の在り方の一つの選択肢として、議論されるべきものということができる。」と判示している。この判示は、東京高裁令和5年9月27日判決（令和5年（ネ）第902号）でも維持されている。

(5) 原判決は、以下のとおり判示した。

「(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すると、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、親と子との面会交流権は、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）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。

(カ)したがって、立法不作為1が憲法24条2項に違反するとはいえない。」

しかしながら、原判決は「子との同居の有無という社会的事実起因する面会交流」と位置づけるけれども、民法766条1項及び2項の文理上明らかなおおりに、面会交流は「父母が協議上の離婚をするとき」に定めるとされ「父母の離婚」という法的効果に起因するものである。確かに、婚姻中であっても子と同居していない親と子の面会交流についても同条が類推適用されるが、それは、父母が離婚を前提に別居しているために面会交流について定める必要があるからである。例えば、片親の単身赴任や子の通学を理由として親と子が別居することはあり得るが、父母の夫婦関係が円満であれば、面会交流について定める必要がないことは明白である。面会交流がやはり父母の離婚に起因することは明らかである。

面会交流が「父母の離婚」という法的効果に起因することをさらに敷衍して説明する。我が国は、離婚後単独親権制度を採用しており、諸外国のような離婚後共同親権・共同監護の制度を採用していない。そのため離婚後に親権を得られなかった親は、監護権をも失い、面会交流の時間しか子どもと過ごすことができなくなる。だから、離婚後も子どもとともに過ごしたい、子どもを養育したいと希望する親は、離婚後の単独親権者として指定されるべく、別居時に子どもを連れ去る。離婚次に親権者を指定する際には、子どもの監護状態によほどの問題がない限り、現に子と同居している親が親権者として指定されることがほとんどであるからである。また、我が国では、諸外国と異なり、別居時に他方配偶者の同意なく子どもを連れ去っても違法とはされず、離婚時の親権者指定の際に不利となることはないからである。子どもを連れ去った親は、子どもと連れ去られた親との面会交流を拒絶することにより、子どもの監護の継続を確保する。同居親が面会交流を頑強に拒否した場合には、面会交流を実現

することはできない。子の引渡しや、子の監護者指定の保全の制度はあるが、この判断には時間を要し、その間に子どもは新たな環境に適応していくため、その状態から子どもを連れ去られる前の環境に戻すことはほぼ困難である。そして、時間が経過すれば経過するほど、子の「主たる監護者」は現在の同居親になる。そして「主たる監護者」が「離婚後の親権者」に指定される。それが目的で、子の親権者に指定されることを希望する親は、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。

時間の経過が親子関係に取り返しのつかない結果をもたらすために、ハーグ条約では、迅速に子どもを常居所地国に戻すことが最優先とされている。ハーグ条約と対比すれば、「子の福祉」を実現する手段としての日本法の不備は明白である。原判決は、「子との同居の有無」と単に事実面にだけ着目しているが、子との別居が生じる背景にはこれだけの法制度の不備が背後にあるのである。

また、申立人らは、面会交流について第一義的に父母の協議により定め、それができないときに家庭裁判所の調停、審判により定める法制度が不合理であるなどという主張はしていない。面会交流をどのようにして定めるのかではなく、同居親の頑強な拒否にあうと面会交流を実質的に実現できないこと、この問題を解決するために必要な立法が欠けていることを主張するものである。原判決は、申立人らの主張を正しく理解していない。

8 (1) 原判決は、以下のとおり判示した（原判決5頁，第一審判決23頁）。

「エ 立法不作為1の条約違反をいう点について

(ア) B規約23条4項（前提事実（2）ア）

控訴人らは、立法不作為1はB規約23条4項前段が規定している「婚姻に係る配偶者の権利及び責任の平等」に反しており、同項後段が「その解消の場合には、児童に対する必要な保護のため、措置がとられる。」と規定していることから、国会が立法不作為1を補う立法を行う義務を負う旨主張する。



しかしながら、同項前段の内容は、結局のところ、個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚した法律の制定を求める憲法24条2項と同様の趣旨をいうものとみられるところ、立法不作為1が同項に違反しないことは上記ウ説示のとおりである。同項後段も同様にみることはできるが、仮にそうでないとしても、現行の民法766条は、上記ウ（ウ）説示のとおり、子の利益を最も重視して面会交流について定めるべきことを規定しているから、同項後段の要請を満たしているといえることができる。

したがって、B規約が立法不作為1を補う立法を行うことを義務付けているにもかかわらず、我が国がこれを怠り、B規約に違反しているとはいえない。」

(2) しかしながら、この原判決の判示については、上の立法不作為1が憲法24条2項に違反していることについて申立人らが述べた内容と同様の主張を行うものである。

(3) ア なお、憲法98条2項は「日本国が締結した条約及び確立された国際法規は、これを誠実に遵守することを必要とする。」と規定している。その解釈により、日本の国内法秩序において、日本が締約国となっている条約は法律よりも上位の効力を有することが認められている。

その結果、条約の規定と法律の規定が抵触する場合、条約の規定が優先して適用される。

イ(ア) そして、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。

(イ) この点につき、大阪高裁平成30年8月30日判決(大阪高裁平成30年(ネ)第247号)において引用されている(甲44号証6頁)、同判決の原審である神戸地裁平成29年11月29日判決(神戸地裁平成28年(ワ)第1653号)(甲43号証33頁)では、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が、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ことを、以下のように認めている（甲4号証32頁）。

「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。」

ウ これらの点からしてもB規約23条4項により、国会（国会議員）が立法不作為1を補う立法を行う義務を負うことは明白である。

9(1) 原判決は、以下のとおり判示した（原判決5頁，第一審判決24頁）。

「(イ) 児童の権利に関する条約（前提事実（2）イ）

a 控訴人らは、児童の権利に関する条約3条2項から、児童の父母が児童の福祉に必要な保護及び養護を確保できる立法義務が国会にあるため、国会が立法不作為1を補う立法義務を負う旨主張する。

しかしながら、上記ウ（ウ）説示のとおり、現行の法制度は、児童の福祉に必要な保護及び養護を確保できないものとはいえないのであって、同項の要請を満たしているといえることができる。」

しかしながら、上で述べたとおり、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）との指摘がされている以上、現在の法制度が子の福祉や別居親の権利の保護に十分でないことは明白である。

(2) 原判決は、以下のとおり判示した（原判決5頁，第一審判決24頁）。

「b 控訴人らは、児童の権利に関する条約9条1項から、両親の別居や離婚により、児童がその父母から分離されないように、国会が立法不作為1を補う立法義務を負う旨主張する。

しかしながら、同項は、子が親から引き離されることのできる場合を限定した規定であって、面会交流について定めたものとみることはできないのであるから、同項により、国会が立法不作為1を補う立法義務を負うとはいえない。」

しかしながら、この点も、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）との指摘がされている以上、同居親の頑強な面会交渉の拒否にあえば、容易に「子が別居親から引き離される」ことは明白である。

(3) ア 原判決は、以下のとおり判示した（原判決5頁，第一審判決25頁）。

「c 控訴人らは、児童の権利に関する条約9条3項から、両親の別居や離婚により父母の一方から分離されている児童が、別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を定期的に行使できるように、国会が立法不作為1を補う旨主張する。

しかしながら、同項は、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。

d 控訴人らは、児童の権利に関する条約18条1項は、両親の別居や離婚をした場合であっても、児童がその父母から「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」状態が解消されないように、国会が立法不作為1を補う立法義務を負う旨主張する。

しかしながら、同項の内容は具体的なものではなく、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状態を維持するために、別居親と子の面会交流権についての定めを設ける必要があるか、また、どのような内容の定めを設ける必要があるかは必ずしも明らかであるということとはできず、同項の規定により国会が立法不作為1を補う立法義務を負うとはいえない。」

イ しかしながら、上でも述べたとおり、憲法98条2項は「日本国が締結した条約及び確立された国際法規は、これを誠実に遵守することを必要とする。」と規定している。その解釈により、日本の国内法秩序において、日本が締約国

となっている条約は法律よりも上位の効力を有することが認められている。

その結果、条約の規定と法律の規定が抵触する場合、条約の規定が優先して適用される。

ウ(ア) そして、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。

(イ) この点につき、大阪高裁平成30年8月30日判決(大阪高裁平成30年(ネ)第247号)において引用されている(甲44号証6頁)、同判決の原審である神戸地裁平成29年11月29日判決(神戸地裁平成28年(ワ)第1653号)(甲43号証33頁)では、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が、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ことを、以下のように認めている(甲43号証32頁)。

「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。」

(4) ア 原判決は、以下のとおり判示した(原判決5頁, 第一審判決25頁)。

「e 控訴人らは、児童の権利に関する委員会が採択した総括所見における勧告(前提事実(2)エ)により、国会が「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」する立法義務を負い、「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」ことを内容とする立法措置を行う立法義務を負うことに照らせば、国会が立法不作為1を補う立法義務を負う旨主張する。

しかしながら、我が国が締約国となっている条約上の条約機関から我が国に対して法改正を求める勧告がされたからといって、当該条約の枠内でいかなる立法措置を採るかは各締約国の裁量に委ねられるべきものであるから、これに

よって直接何らかの具体的な立法義務が生じるということとはできない。

f したがって、児童の権利に関する条約が立法不作為1を補う立法を行うことを義務付けているにもかかわらず、我が国がこれを怠り同条約に違反しているとはいえない。」

イ(ア) しかしながら、上で述べたとおり、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。

(イ) この点につき、大阪高裁平成30年8月30日判決(大阪高裁平成30年(ネ)第247号)において引用されている(甲44号証6頁)、同判決の原審である神戸地裁平成29年11月29日判決(神戸地裁平成28年(ワ)第1653号)(甲43号証33頁)では、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が、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ことを、以下のように認めている(甲43号証32頁)。

「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。」

(5) これらの点からしても、児童の権利に関する条約により、国会(国会議員)が立法不作為1を補う立法を行う義務を負うことは明白である。

10(1) 原判決は、以下のとおり判示した(原判決5頁, 第一審判決25頁)。

「(ウ) ハーグ条約5条(前提事実(2)ウ(ア))

控訴人らは、ハーグ条約5条の「接触の権利」には面会交流権が含まれると解されるところ、我が国の国内法では面会交流権についての具体的な権利義務規定が設けられておらず、同居親の同意がなければ面会交流権が実現できないのであるから、国会が立法不作為1を補う立法義務を負う旨主張する。

確かに、ハーグ条約5条の「接触の権利」には、面会交流権が含まれると解されるが、ハーグ条約は、「接触の権利」の実現に関して、中央当局の役割や

関与について定めているものの（21条（前提事実（2）ウ（イ））），裁判手続については何ら具体的な規定を置いておらず，現行の法律制度とは別の新たな具体的な立法を義務付けるものとはいえない。

したがって，ハーグ条約が立法不作為1を補う立法を行うことを義務付けているにもかかわらず，我が国がこれを怠りハーグ条約に違反しているとはいえない。」

(2) しかしながら，ハーグ条約第1条bは，「一の締約国の法令に基づく監護の権利及び接触の権利が他の締約国において効果的に尊重されることを確保すること。」との批准国の義務を規定している（甲111）。

また，ハーグ条約第2条は，「締約国は，自国の領域内においてこの条約の目的の実現を確保するため，全ての適当な措置をとる。このため，締約国は，利用可能な手続のうち最も迅速なものを用いる。」と規定している（甲111）。

それらの規定は，（日本とは別の）他の批准国の国内法における「接触の権利」を，日本の国内法においても効果的に尊重されることを確保する義務が，日本には義務付けられていることを意味している。

すると，ハーグ条約の（日本とは別の）他の批准国の国内法では，親と子との面会交流権は基本的人権であるとされ，自由な面会交流権が国内法制度上保障されているのであるから，同様の国内法制度を日本においても保障されるべき義務を，ハーグ条約の批准国である日本が（日本の国会（国会議員）が）負っていることは明白である。

(3) ちなみに，原判決が引用する「中央当局」についても，ハーグ条約7条fは，以下の規定を設けている（甲111）。

「子の返還を得るための司法上若しくは行政上の手続を開始し，又は当該手続の開始について便宜を与えること，及び適当な場合には接触の権利について内容を定め，又は効果的な行使を確保するように取り計らうこと。」

また，原判決が引用する「中央当局」についても，ハーグ条約21条は，以

下の規定を設けている（甲 1 1 1）。

「中央当局は、接触の権利が平穩に享受されること及び接触の権利の行使に当たり従うべき条件が満たされることを促進するため、第 7 条に定める協力の義務を負う。中央当局は、接触の権利の行使に対するあらゆる障害を可能な限り除去するための措置をとる。」

すると、ハーグ条約は「中央当局」についても、子の返還を得るための司法上の（若しくは行政上の）手続を（日本において）開始すること、適当な場合には（日本において）接触の権利について内容を定め、又は効果的な行使を（日本において）確保するように取り計らうことが義務付けているのであるから、それは日本の国内法で実現すべきことは明白である（日本の国内法が制定されていないならば、日本の中央当局は義務を履行できないからである。）。

すると、やはり、上で述べたとおり、ハーグ条約の（日本とは別の）他の批准国の国内法では、親と子との面会交流権は基本的人権であるとされ、自由な面会交流権が国内法制度上保障されているのであるから、同様の国内法制度を日本においても保障されるべき義務を、ハーグ条約の批准国である日本が（日本の国会（国会議員）が）負っていることは明白である。

- (4) ちなみに、ハーグ条約第 1 条 b が、「一の締約国の法令に基づく監護の権利及び接触の権利が他の締約国において効果的に尊重されることを確保すること。」との批准国の義務を規定していること（甲 1 1 1）を踏まえて外国法を見ると、例えばフランスにおける、フランス民法典旧 3 7 3 - 2 「他方の訪問権・・・を妨げない」、現行フランス民法典 3 7 3 - 2 - 1 条 2 項「訪問権および宿泊させる権利は、重大な事由によるのでなければ、他方の親に対して拒否できない。」と同様に、日本においても法律で「面会交流を妨げてはならない」という具体的な権利義務規定が必要であることは明白である。

栗林佳代『子の利益のための面会交流』263頁以下（甲 9）には、以下の記載がされていることから、それは明白である。

「民法典373-2-1条（2010年7月9日法律第2010-769号による改正）（上告人中：例外的に単独親権が行われる場合にのみ適用される規定）

子の利益が命ずるならば、裁判官は、両親の一方に親権の行使を委ねることができる。

**訪問権および宿泊させる権利は、重大な事由によるのでなければ、他方の親に対して拒否できない。**

親権の行使をしない親と子との関係が、連続的で実質的であり、かつ、それを要求する場合には、家族事件裁判官は、このために指定された面会場における訪問を命ずることができる。

子の利益が命ずるか、一方の親に対する子の直接の引き渡しが子と他方の親のどちらかに危険をもたらす場合、裁判官は、訪問権の態様を定めるにあたって、必要なあらゆる保障を与えなければならない。裁判官は、訪問権が、指定された面会場において、または、信頼できる第三者あるいは資格のある法人の代表の立会いのもので、実行されることを命ずることができる。

**親権の行使をしない親は、子の養育および育成を監督する権利と義務を保持する。この親は、子の生活に関する重要な選択を通知されなければならない。この親は、第371-2条により課される義務を遵守しなければならない。」**

11 なお、立法不作為1と条約違反について、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）103頁に記載されている欧州人権裁判所の先例（2016年9月15日付）を、日本国憲法に影響を与える立法事実として改めて引用する。

欧州人権裁判所は、イタリア人父母の間で母が面会交流を拒否続けた案件において、父がイタリアを相手方にした訴訟で、イタリアの条約違反を認めている。

この欧州人権裁判所の判決は、親子の面会交流権が基本的人権である「訪問



権」として保障されており、その保護を国家が国民に対して負っている論理的帰結である。人権は国や憲法が与えたものではなく、人が人として生まれたことで当然に有する権利である。それは欧州であっても、日本であっても変わらない。まさに控訴人らは、この欧州人権裁判所のような判決こそが、日本の裁判所においても出されるべきであると主張するものである。

「父母が高葛藤状態にある場合であっても、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、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（注）違反が認められる。」

（注）：欧州人権条約8条（甲5）

1項 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。

2項 この権利の行使については、法律の基づき、かつ国の安全、公共の安全若しくは国の経済的福利のため、また、無秩序若しくは犯罪防止のため、健康若しくは道徳の保護のため、又は他の者の権利及び自由の保護のため民主的  
社会において必要なもの以外のいかなる公の機関による干渉もあってはならな

い。

1 2 (1) 原判決は、以下のとおり判示した（原判決 5 頁，第一審判決 2 6 頁）。

「オ 小括

このほか，控訴人らは，諸外国の立法の動向や各判例の趣旨に照らし，立法不作為 1 を補う立法を行う義務が国会に認められることは明らかであると主張するが，上記に説示するところによれば，控訴人らの上記主張は採用することができない。

以上のとおりであるから，別居親と子の面会交流権がそれぞれ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採ることが必要不可欠であって，それが明白であるということとはできない。したがって，別居親と子の面会交流権についての立法不作為 1 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ではない。」

(2) しかしながら，申立人らが訴状などで主張したとおり，諸外国の国内法では，親と子との面会交流権は基本的人権であるとされ，自由な面会交流権が国内法制度上保障されているのである。諸外国で基本的人権であるとされている「訪問権」（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。」と明記されている。）が，日本においてだけ「基本的人権」ではない，とされることは背理である。

そのことは，日本においても国際結婚が増え，国際カップル間の面会交流権を巡るトラブルも増えていることを考量すると，殊更背理である。

さらには，最高裁大法廷平成 2 7 年 1 2 月 1 6 日判決（女性の再婚禁止期間違憲訴訟）では，以下の判示のとおり，諸外国の立法の動向が，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示している。

「また，かつては再婚禁止期間を定めていた諸外国が徐々にこれを廃止する

立法をする傾向にあり、ドイツにおいては1998年(平成10年)施行の「親子法改革法」により、フランスにおいては2005年(平成17年)施行の「離婚に関する2004年5月26日の法律」により、いずれも再婚禁止期間の制度を廃止するに至っており、世界的には再婚禁止期間を設けない国が多くなっていることも公知の事実である。それぞれの国において婚姻の解消や父子関係の確定等に係る制度が異なるものである以上、その一部である再婚禁止期間に係る諸外国の立法の動向は、我が国における再婚禁止期間の制度の評価に直ちに影響を及ぼすものとはいえないが、再婚をすることについての制約をできる限り少なくするという要請が高まっていることを示す事情の一つとなり得るものである。」

以上からすれば、立法不作為1を補う立法義務を、国会(国会議員)が負っており、そして、それにも拘わらず継続されてきた立法不作為1が、国家賠償法1条1項の適用上、違法の評価を受けることは明白である。

第3 原判決が面会交流権の解釈について重要な問題を含むものであることについて(争点(4)(祖父母と孫の面会交流権についての立法不作為の違法性)について)

1(1) 原判決は、以下のとおり判示した(原判決5頁, 第一審判決26頁)。

「(3) 争点(4)(祖父母と孫の面会交流権についての立法不作為の違法性)について

ア 立法不作為2の憲法13条違反をいう点について

上告人らは、別居親と子との面会交流権と同様の根拠により、祖父母と孫の面会交流権が憲法13条によって保障される権利であると主張する。しかし、この点についても、前記(2)ア(イ)及び(ウ)説示のとおり、そもそも個人の人格権や幸福追求権として保障されると解することに疑問がある上、仮にこうした権利として保障されるとしても、国会に立法義務があると直ちに解することはできない。」

(2) しかしながら、申立人らが訴状（訴状134頁以下）などで主張したとおり、諸外国においては、親と子との面会交流権だけでなく、祖父母と孫との面会交流権も、基本的人権として保障され、国内法において当事者の具体的な権利義務規定が設けられている。

その理由について、やはり、申立人らが訴状などで主張したように、例えばイタリア民法では、祖父母と孫との面会交流権が、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のである（甲4の7）。

すると、そのような趣旨である祖父母と孫との面会交流権は、個人の人格権や幸福追求権などを保障した憲法13条により保障されていることが明白である。なぜならば、それが祖父母の人格権や幸福追求権を増幅するだけでなく、何よりも孫の人格権や幸福追求権を増幅するからである。

そして、国会（国会議員）としては、孫の福祉を保護し、孫の健全な成長（孫が、自己肯定感が高く、また他者とのコミュニケーション能力も高くなる成長）を保護するために、立法不作為2を補う立法として、面会交流権についての当事者間の具体的な法律規定の立法義務を負うことは明白である。

2(1) 原判決は、以下のとおり判示した（原判決5頁，第一審判決27頁）。

「イ 立法不作為2の憲法14条1項違反をいう点について

控訴人らは、この点についても、別居親についてと同様に、現行法が同居親に子とその祖父母との面会交流を許可する特権を認めているのに対して、祖父母はこうした特権を有しないこと、この許可の有無によって子（孫）の養育という人格的利益の享受の点で祖父母と同居親との差異が生じていると主張する。しかし、前記（2）イ（イ）及び（ウ）説示と同様のことが当てはまるというべきである。

したがって、立法不作為2が憲法14条1項に違反しているとはいえない。」

(2) しかしながら、立法不作為2についても、申立人らが立法不作為1と憲法1

4条1項との関係について主張した内容が、ここにも当てはまる。

上でも引用したとおり、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）との指摘がされている以上、同居親の頑強な面会交渉の拒否にあえば、容易に「孫が祖父母との面会交流権を拒否され、祖父母から引き離される」のである。

それが、祖父母と孫の人格権や幸福追求権などを侵害する行為であることは明白である。

そして、国会（国会議員）としては、孫の福祉を保護し、孫の健全な成長（孫が、自己肯定感が高く、また他者とのコミュニケーション能力も高くなる成長）を保護するために、立法不作為2を補う立法として、面会交流権についての当事者間の具体的な法律規定の立法義務を負うことは明白である。

3(1) 原判決は、以下のとおり判示した（原判決5頁，第一審判決27頁）。

「ウ 立法不作為2の憲法24条2項違反をいう点について

控訴人らは、この点についても、別居親についてと同様の理由から、立法不作為2が憲法24条2項に違反すると主張する。

しかし、前記（2）ウ（ア）説示のとおり、この主張はその前提を欠く。

この点をおくとしても、前記（2）ウ（イ）説示のとおり、祖父母と子との面会交流は、憲法24条2項の「婚姻及び家族に関するその他の事情」に該当するものと解される。現行の法制度は、父母にのみ親権を付与し、子の監護に関する権利及び義務を有するものとしていて、この点は、子との近接性に照らし、直ちに不合理なものということとはできない。そして、これを前提とした場合において、前記説示のとおり、面会交流を私法上の権利として構成せず、父母の協議により定めるという規定を置くにとどめたことが、直ちに祖父母と子の個人の尊厳等の要請に照らして合理性を欠く制度であるということとはでき

ない。

したがって、立法不作為2が憲法24条2項に違反するとはいえない。」

(2) しかしながら、やはり立法不作為2についても、申立人らが立法不作為1と憲法24条2項との関係について主張した内容が、ここにも当てはまる。

上でも引用したとおり、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）との指摘がされている以上、同居親の頑強な面会交渉の拒否にあえば、容易に「孫が祖父母との面会交流権を拒否され、祖父母から引き離される」のである。

それが、祖父母と孫の人格権や幸福追求権などを侵害する行為であることは明白である。

そして、国会（国会議員）としては、孫の福祉を保護し、孫の健全な成長（孫が、自己肯定感が高く、また他者とのコミュニケーション能力も高くなる成長）を保護するために、立法不作為2を補う立法として、面会交流権についての当事者間の具体的な法律規定の立法義務を負うことは明白である。

面会交流権について当事者間の具体的な法律規定を設けていない現行法は、憲法24条2項が国会（国会議員）に与えた裁量の逸脱濫用に該当することは明白である。

4 (1) 原判決は、以下のとおり判示した（原判決5頁，第一審判決28頁）。

「エ 立法不作為2の条約違反等をいう点について

控訴人らは、立法不作為1におけるのと同様、B規約，児童の権利に関する条約及びハーグ条約が立法不作為2を補う立法を行うことを義務付けているにもかかわらず、我が国がこれを怠っている旨主張するが、上記各条約（前提事実（2）アからエまで）の文理上、祖父母と孫との面会交流については言及されていないから、控訴人らの上記主張はその前提を欠く。この点はおくとして

も、我が国が上記各条約に違反しているとはいえないことは、前記（２）エ説示のとおりである。

また、控訴人らは、立法不作為１におけるのと同様、諸外国の立法の動向や各判例の趣旨に照らし、立法不作為２を補う立法を行う義務を国会に認められることは明らかであると主張するが、これまで説示してきたところによれば、控訴人らの上記主張は採用することができない。」

(2) しかしながら、ハーグ条約の趣旨は、「国境を越えた子の連れ去りは、子にとって、それまでの生活基盤が突然急変するほか、一方の親や親族・友人との交流が断絶され、また、異なる言語文化環境へも適応しなくてはならなくなる等、有害な影響を与える可能性があります。ハーグ条約は、そのような悪影響から子を守るために、原則として元の居住国に子を迅速に返還するための国際協力の仕組みや国境を越えた親子の面会交流の実現のための協力について定めています。」と記載されている（外務省HP [ハーグ条約の仕組み]（甲112））。そこには、親と子との関係だけでなく、孫と祖父母の関係も同様に保護されていることは明白である。

(3) すると、上で引用したとおり、ハーグ条約第1条bは、「一の締約国の法令に基づく監護の権利及び接触の権利が他の締約国において効果的に尊重されることを確保すること。」との批准国の義務を規定している（甲87）。

また、ハーグ条約第2条は、「締約国は、自国の領域内においてこの条約の目的の実現を確保するため、全ての適当な措置をとる。このため、締約国は、利用可能な手続のうち最も迅速なものを用いる。」と規定している（甲111）。

それらの規定は、（日本とは別の）他の批准国の国内法における「接触の権利」を、日本の国内法においても効果的に尊重されることを確保する義務が、日本には義務付けられていることを意味している。

すると、ハーグ条約の（日本とは別の）他の批准国の国内法では、祖父母と孫との面会交流権は基本的人権であるとされ、自由な面会交流権が国内法制度

上保障されているのであるから、同様の国内法制度を日本においても保障されるべき義務を、ハーグ条約の批准国である日本が（日本の国会（国会議員）が）負っていることは明白である。

(4) ちなみに、「中央当局」についても、ハーグ条約7条 f は、以下の規定を設けている（甲111）。

「子の返還を得るための司法上若しくは行政上の手続を開始し、又は当該手続の開始について便宜を与えること、及び適当な場合には接触の権利について内容を定め、又は効果的な行使を確保するように取り計らうこと。」

すると、ハーグ条約は「中央当局」についても、子の返還を得るための司法上の（若しくは行政上の）手続を（日本において）開始すること、適当な場合には（日本において）接触の権利について内容を定め、又は効果的な行使を（日本において）確保するように取り計らうことが義務付けているのであるから、それは日本の国内法で実現するべきことは明白である（日本の国内法が制定されていなければ、日本の中央当局は義務を履行できないからである。）。

すると、やはり、上で述べたとおり、ハーグ条約の（日本とは別の）他の批准国の国内法では、祖父母と孫との面会交流権は基本的人権であるとされ、自由な面会交流権が国内法制度上保障されているのであるから、同様の国内法制度を日本においても保障されるべき義務を、ハーグ条約の批准国である日本が（日本の国会（国会議員）が）負っていることは明白である。

(5) B規約は、まず、その17条において、「1 何人も、その私生活、家族、住居若しくは通信に対して恣意的に若しくは不法に干渉され又は名誉及び信用を不法に攻撃されない。2 すべての者は、1の干渉又は攻撃に対する法律の保護を受ける権利を有する。」と規定している。祖父母と孫との面会交流権が妨害されることは、「私生活、家族に対する不法な干渉又は攻撃」に該当することである。

そしてB規約は、その26条において、「すべての者は、法律の前に平等で



あり、いかなる差別もなしに法律による平等の保護を受ける権利を有する。このため、法律は、あらゆる差別を禁止し及び人種、皮膚の色、性、言語、宗教、政治的意見その他の意見、国民的若しくは社会的出身、財産、出生又は他の地位等のいかなる理由による差別に対しても平等のかつ効果的な保護をすべての者に保障する。」との規定が設けられている。

すると、B規約の批准国である日本（日本の国会（国会議員））は、諸外国と同様に（諸外国におけるのと平等に）、祖父母と孫との面会交流権を基本的人権として保障し、国内法において具体的な権利義務規定を設ける立法義務があることは明白である。

- (6) 児童の権利条約についても、「1 　いかなる児童も、その私生活、家族、住居若しくは通信に対して恣意的に若しくは不法に干渉され又は名誉及び信用を不法に攻撃されない。2 　児童は、1の干渉又は攻撃に対する法律の保護を受ける権利を有する。」と規定している。祖父母と孫との面会交流権が妨害されることは、「私生活、家族に対する不法な干渉又は攻撃」に該当することである。

すると、児童の権利に関する条約の批准国である日本（日本の国会（国会議員））は、諸外国と同様に（諸外国におけるのと平等に）、祖父母と孫との面会交流権を基本的人権として保障し、国内法において具体的な権利義務規定を設ける立法義務があることは明白である。

- 5 　なお、立法不作為2と条約違反について、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）103－104頁に記載されている欧州人権裁判所の先例（2015年1月15日付）を、日本国憲法に影響を与える立法事実として改めて引用する。

欧州人権裁判所は、イタリア人祖父母が、息子夫婦の別居を契機として孫娘に会うことができなくなった案件において、祖父母がイタリアを相手方にした訴訟で、イタリアの条約違反を認めている。

この欧州人権裁判所の判決は、祖父母と孫の面会交流権が基本的人権として保障されており、その保護を国家が国民に対して負っている論理的帰結である。人権は国や憲法が与えたものではなく、人が人として生まれたことで当然に有する権利である。それは欧州であっても、日本であっても変わらない。まさに控訴人らは、この欧州人権裁判所のような判決こそが、日本の裁判所においても出されるべきであると主張するものである。

「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年も孫娘に会えていないこと、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取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。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。」

6 (1) 原判決は、以下のとおり判示した（28頁）。

#### 「4 結論

以上によれば、その余の点について判断するまでもなく、控訴人らの訴えのうち控訴人15の請求に係る部分は不適法であるから却下することとし、その余の控訴人らの請求はいずれも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。」

(2) しかしながら、申立人らが主張した内容からすると、原判決が不当であることは明白である。

第4 原判決が面会交流権の解釈について重要な問題を含むものであることについて（2項（当審における控訴人らの主張に対する判断）について）

1 原判決は、以下のとおり判示した（8頁）。

「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整備については，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、国会賠償法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。」

2 ①原判決は「民法その他の現行法を通覧しても、監護権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点について

(1) 原判決は、以下のとおり判示した（原判決5頁，第一審判決19頁）。

「この点に関し、控訴人らは、（中略）③現行法は、同居親の同意がなければ別居親と子との自由な面会交流権が実現しないことに照らして立法義務がある旨を主張する。

しかし、（中略）上記③については、民法その他の現行法を通覧しても、

監護権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とは解されないから、その前提を欠く。

(エ) したがって、立法不作為1が憲法13条に違反するとはいえない。」

(2) しかしながら、仮に原判決が判示したように、「民法その他の現行法を通覧しても、監護権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とは解されない」とされるのであれば、その点に関連して国会(国会議員)は立法義務を負っており、その違法な不履行が継続していることを、申立人らは主張する。

なぜならば、現在の家裁の面会交流の実務では、原判決が判示したような、「民法その他の現行法を通覧しても、監護権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とは解されない」との立場に基づかずに行われているからである。

現在の家裁の面会交流の実務では、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内ですか、面会交流が認められないことが通常だからである。

そのため、現在の家裁の面会交流の実務では、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て、続けて、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。

さらには、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行うことはできない。

このような家裁の面会交流の実務の運用は、全て「民法その他の現行法を通覧しても、監護権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」ことを前提としたものである。それは、原判決が判示した法律の解釈と矛盾した運用である。

すると、当然国会（国会議員）としては、そのような家裁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、その運用を法律に適合するような立法義務を負っていることは明白である。具体的には以下の内容の立法義務を、国会（国会議員）は負っていることは明白である。

①「民法その他の現行法を通覧しても、監護権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。

②「民法その他の現行法を通覧しても、監護権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」を前提とした、同居親による面会拒否を違法行為と評価した明文規定。

③「民法その他の現行法を通覧しても、監護権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」を前提とした、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。

3 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点について

(1) 原判決は、以下のとおり判示した。

「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

により定めるといふ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しなければならないが、現行法においても、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。」

- (2) しかしながら、繰り返しになるが、申立人らが既に引用した『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(安倍嘉人・西岡清一郎監修『子どものための法律と実務 裁判・行政・社会の協同と子どもの未来』)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) 申立人らが、このように、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）を引用して、調停委員を務められた方が、「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）と指摘されている、と主張しているにも拘わらず、原判決は、その甲75号証において、「対抗手段にならない」と指摘されている諸制度を引用した上で、申立人らの主張は認められないと判示したのである。これでは、申立人らの主張に正面から答えたことにならないことは明白である（原判決の判示は、その点において「トートロジー」であることは明白である。）。

例えば、原判決が判示した、「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。」との点は、調停や審判で合意や決定がされても、面会交流ができないことは、甲75号証全体で指摘されているとおりである。

また、原判決が判示した「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），」との点も，履行勧告がされたとしても，面会交流が拒否されれば，面会交流ができないことは，甲75号証で指摘されているとおりである（甲75号証「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。」）。

さらに，原判決が判示した「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。」との点も，損害賠償請求が認められても金銭的な賠償を受けることができるだけで，子との面会交流が実現されるわけではないことは，甲75号証で指摘されているとおりである（甲75号証「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。」）。

そして，原判決が判示した「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しなければならないが，現行法においても，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。」との点についても，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が、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を意味している。これは申立人らが提出した訴状168頁以下で既に指摘したとおりである。

(4) 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、別居親と子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が容易に認識しうることである。

そして、そのような事態が、別居親及び子の基本的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）としては、「**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。

4 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ことについて

(1) 原判決は、「(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、国会賠償法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、双方の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。」と判示した。

(2) しかしながら、原判決が「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、双方の有効な物質が分泌されるとしても、」と認めながらも、「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。」と判示したその理由は、何も判示されていない。

(3) 直接親子が触れ合うことは、親にとっても、子にとっても、互いの成長にとって有効な物質が分泌されることが、医学的な研究で指摘されている。その意味においても、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。

(4) 直接親子が触れ合うことにより、物質「オキシトシン」が分泌されることについて、以下の内容の科学的な報告がされている。

①ニューロサイエンスニュース掲載2020年9月9日付記事

「両親が離婚したときに子供だった人はオキシトシンが少ない」（甲113号証の1。甲113号証の2に、甲113号証の1の日本語訳が掲載されている。

「両親が離婚したときに子供だった人はオキシトシンが少ない

子どもの頃に親の離婚を経験した成人は、家族一緒に暮らしていた人と比較し、オキシトシンのレベルが大幅に低かった。

米ベイラー大学の調査によると、両親が離婚したときに子供だった人は、両親がいたまま大人になった人よりもオキシトシン—「愛のホルモン」とも呼ばれる—のレベルが低い事が分かった。

オキシトシンレベルの低い人は、その人が成長し親になった場合に、その子どもとの愛情を形成する際に問題を引き起こすかも知れない。

オキシトシン—脳内で分泌され、出産や性的な交流、授乳、さらにはロマンチックなパートナーに抱かれるなどの体験の際にも放出される—以前の研究では、早期の社会的行動や感情的な愛着に重要であることが示されている。オキシトシン系はまた、子育て、愛着および不安にも関連している。

Journal of Compare (控訴人ら注：Comparative) Psychology 誌に掲載された新しい研究は、オキシトシンと幼少期における体験とその後の影響についての関連について、十分に研究されていない領域を掘り下げている。

ベイラー大学のマリア・ボッチャ (Maria Boccia) 博士は以下のように述べている。

「私たちの社会で離婚の割合が増加し始めて以来、離婚が子どもに与える影響について懸念されてきました。ほとんどの研究は、学業成績のような短期的な影響、または人間関係への影響のような長期的な結果に焦点を当てています。しかし、離婚がこれらの影響をどのように引き起こすかについては分かっていません。」

「オキシトシンは、これらの行動を調節する上で重要な神経ホルモンであり、早期の人生におけるストレスの多い出来事の影響にも敏感に反応します。これは、どのようなメカニズムが関与しているのかを理解するための最初のステップです。」と彼女は続けた。

ボッチャ博士によると、両親が離婚した子供たちを対象としたこれまでの研究では、その経験が気分障害や薬物乱用がオキシトシンと関連していることが判明している行動、ということが分かっている。

さらに、離婚や親の死などの幼少期の経験は、思春期や成人期のうつ病や不安と関連しており、成人期における子育ての質の低下、親の感受性や温かさの低下、過剰反応や体罰等使用の増加などが挙げられる。

ベイラー大学の研究者らは、幼少期における親の離婚経験が、その後の成人のオキシトシン濃度に及ぼす影響を調べた。また、参加者には、愛着スタイルやその他の尺度に関する一連の質問票に回答してもらった。

「私たちが発見したことは、オキシトシンが、親の離婚を経験した人では、経験しなかった人と比較して大幅に低く、愛着のいくつかの尺度での反応と相関していました。」

「これらの結果は、オキシトシンのレベルが親の離婚によって悪影響を受け、親の離婚を経験した人々に記録されている他の影響にも関連している可能性があることを示唆しています。」とボッチャ博士は述べた。

動物研究では、早期の親離れの負の影響に寄与する1つのメカニズムが、オキシトシン活性の抑制である可能性が示唆されている。

最新の研究では、米国南東部にある2つの高等教育機関で、18歳から62歳までの128人を募集した。そのうち、27.3%が両親が離婚していると回答した。両親が離婚したときの参加者の平均年齢は9歳だった。

調査地に到着した参加者は、膀胱を空にするように求められたあとに、16オンス（約500ml）のボトルの水を飲まされた。その後、幼少期の両親や仲間、現在の社会的機能に関する質問票に答えた。

質問項目は、愛情、保護、無関心、過剰なコントロール、虐待を含み、それらに対する両親の取り組み方、そして、彼ら自身の（両親に対する）信頼性、親密性やそれに対しての不快感や承認欲求、彼らとの関係性や子育てのスタイルを含んだ。

参加者が質問票に回答した後、尿サンプルを採取し、オキシトシン濃度を分析した。両親の離婚を含む幼少期の経験を持つ人では、オキシトシン濃度が大幅に低かった。

さらに分析すると、それらの人たちは、彼らの両親をより思いやりがなく、無関心であると評価している事が分かった。

また、彼らは父親をより虐待的であると評価していた。幼少期に親の離婚を経験した人は、自信がなく、親密さに対して不快で、人間関係に安心感を持てなかった。彼らは、両親が離婚していない参加者よりも、自分自身の子育てスタイルを感受性が低く、親密なものと評価していた。

「この研究を他の科学者に発表するときに私が最初に尋ねられる質問の1つは、『離婚したときに子供は何歳であるかは問題なのか』ということです。それは私たちが調査する必要がある、最も差し迫った質問です」とボッチャ博士は述べた。」

②Biological Psychiatry(生物学的精神医学)誌掲載2012年12月10日付記事「新しい研究報告「オキシトシンは、より熱心な父親と、より反応の良い乳児を生み出す」(甲114)

「このたび、イスラエル・バーアイラン大学のルース・フェルドマン博士が主導する新しい研究が、Biological Psychiatry(生物学的精神医学)誌の最新号に掲載され、オキシトシンを父親に投与すると、父親の親としての関与が増し、その乳児にも同様の効果が観察されることが明らかにされました。

オキシトシンは、愛着の絆の形成に重要な役割を果たす神経ペプチドである。オキシトシンの鼻腔内投与は、信頼、共感、社会的互惠性を高めることが研究で示されている。

(中略)

「オキシトシン投与後、父親の唾液オキシトシンは10倍以上と劇的に上昇し、さらに乳児のオキシトシンにも同様の上昇が見られることがわかりました。オキシトシン投与条件では、父親との触れ合いや社会的互惠関係などの主要な育児行動が増加したが、社会的視線や探索行動などの乳児の社会行動も増加した」とフェルドマンは説明する。」

(5) このように、子との面会を拒否されることは、別居親にとって、「オキシト



シン」(愛情ホルモン)の分泌の機会を失うと同時に、子にとっても、「オキシトシン」(愛情ホルモン)の分泌の機会を失うことを意味している。

甲113号証の1及び甲113号証の2に、「両親の離婚を含む幼少期の経験を持つ人では、オキシトシン濃度が大幅に低かった。さらに分析すると、それらの人たちは、彼らの両親をより思いやりがなく、無関心であると評価している事が分かった。」と記載されているとおり、「オキシトシン」(愛情ホルモン)の分泌の機会を得ることは、人としての人格形成の機会を得ることそのものである。それは「人格権」の内容そのものであり、また「幸福追求権」の内容そのものであり、「人格的な利益」の内容そのものなのである。

(6) この点につき、2023年1月12日付で、アジア初の画期的な研究結果が公表された(甲115)。

乳児期における父親の育児への関わりが多いことが、子供が16歳時点でのメンタルヘルスの不調を予防する可能性がある、という研究結果である。

国立成育医療研究センターは、2023年1月12日付で、父親の育児への関わりが多い群と少ない群とで比較すると、最も多い群では、子供のメンタルヘルスの不調のリスクが10%下がっていた研究結果を公表した。本研究の結果、乳児期における父親の育児への関わりが多いことが、長期的に子供のメンタルヘルスの不調を予防する可能性が示唆されたものである。

この研究結果を踏まえると、やはり、別居親と子とが直接触れ合う機会を得ることが、人としての人格形成の機会を得ることそのものであることは明白である。それは「人格権」の内容そのものであり、また「幸福追求権」の内容そのものであり、「人格的な利益」の内容そのものなのである。

(7) すると、上で述べたとおり、本件立法不作為1により、別居親と子は、子の同居親の同意がなければ面会交流権が実現できないのであるから、国会(国会議員)には本件立法不作為1について、立法義務の不履行が認められることは明白である。

(8) さらに、例えばイタリア民法では、祖父母と孫との面会交流権が、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のであるのに対して（甲4の7）、本件立法不作為2により、祖父母と孫は、孫の同居親の同意がなければ面会交流権が実現できないのであるから、国会（国会議員）には本件立法不作為2について、立法義務の不履行が認められることは明白である。

以上