

令和元年（ワ）第31444号 損害賠償請求事件

原告 宗像 充他11名

被告 国

準備書面 1

令和2年12月10日

東京地方裁判所民事第43部合C1係 御中

原告ら訴訟代理人弁護士 稲坂 将成

同 古賀 礼子

同 富田 隼

第1 令和2年6月30日付被告第1準備書面に対する認否

令和2年6月30日付被告第1準備書面に対する認否及び原告らからの指摘を行う。答弁書については訴状の請求原因に対する認否であるため、個別に認否の対象とはしないが、被告の主張と関連する箇所については適宜本書でも指摘する。

1 「第1 原告らの主張の概要」について

認める。詳細かつ正確な原告らの主張については訴状そのものを参照されたいが、本記載は原告らの主張が被告によってよくまとめられている。

なお、一点、「本規定及び本規定を前提として養育権保障の規定を欠くことは、憲法13条に違反し」とあり、ここでいう本規定とは民法818条3項を指すとまとめられているが（被告第1準備書面2頁3行目）、原告らが問題としているのは、民法818条3項の「父母の婚姻中は」という規律である。民法818条は、第1項では父母の婚姻の有無にかかわらず原則として「父母」が親権者であるとしながら、同条第3項で父母がともに親権を有する場合を「父母の婚姻中」に限定してしまっている。

2 「第2 被告の主張」について

(1) 「1 立法不作為における国賠法上の違法性の判断枠組みについて」について

認める。

(2) 「2 本規定を含む現行法の合理性」について

ア 「(1) 親権の法的性質について」について

書籍の記載内容については認める。

親権の法的性質論と親の養育権の人権性は、そのまま結びつく問題ではない。本件は、「親権」の人権性を訴えているわけではなく、養育権、すなわち親と子の養育関係が不当に奪われないことが保障されているはずであるという訴えである。これには親権の法的性質やその他養育に関する法制度全体が関連してはいるものの、親権の法的性質からただちに結論が導けるものではない。

この点に絡めて述べると、まず、被告は、被告第1準備書面において、「2 本規定を含む現行法の合理性」と、「4 本規定及び現行法が憲法13条に違反するものではないこと」「5 本規定が憲法14条1項に違反するものではないこと」を分けて論じている。しかし、本件では、養育権や平等権という人権保障の視点で

みること、はじめて、その規定の合理性や正当性を論じることができる。保障されるべき権利利益の視点を欠いたまま、抽象的に制度の合理性を論じても意味はないし、影響を受ける権利利益との関連でないと本来合理性は論じようがないはずである。記載の内容をみる限り、「2 本規定を含む現行法の合理性」の被告の記載も、人権性はともかく、原告らの主張する親子の養育関係を意識した記載とはなっている。それでも、「2 本規定を含む現行法の合理性」の部分は、訴状の構成のうちどの部分と関連する問題であるのか、曖昧な部分もあるため、本書では訴状の記載も引用するなどし、原告らと被告の主張の関係性を明らかにしていきたい。

次に、抽象的な親権の法的性質論について指摘すると、被告が引用する乙第4号証（内田貴「民法Ⅳ親族・相続（補訂版）」（東京大学出版））の「子に対する親の権利というより、親の社会的責務」との記載は、親子のいわば内側の関係における意味での権利性を言っているようにも読める。たとえば、親権の一内容である、居所指定権を例に挙げると、たしかに、「親の子に対する権利」としては居所指定権の権利性は疑わしい。やはり、一般的な権利の性質とは異なりこれを「権利」と捉えることに疑問があるのは同書のとおりである。しかし、親又は子が第三者（他方親も含む）に対するいわば外側の関係においては、第三者が親（ここでは親権者）の意思に反して子の居所の決定・変更をすることができない、という意味で権利的な側面があると言ってよいのではないか。親権者が親権者以外の者に対して、親権に基づいて子の引渡し請求をする例は、まさに、このような意味での権利性の現われであると思われる。

いずれにしても、被告が書籍で引用して述べるように、親権が「子を一人前の社会人として育成すべく養育保護する職分」であり、「そのために親に認められた特殊の法的地位」なのであるとすれば、親権は親が子を養育する責務を全うするために必要な法的地位である。そうであるから、原告らが訴える養育権の観点からは合理的な理由なく同法的地位を奪うことは人権侵害であるし、また、親子の養育関係にとって重要な同地位を婚姻中の親と未婚の親で不合理的に区別することも不当な差別なのである。

イ 「(2) 親権の内容」について

認める。

被告は、「親権の内容については、民法 820 条以下に定めがあり、大きく分けて身上監護権（民法 820 条ないし 823 条）と財産管理権（民法 824 条ないし 832 条）に分かれる。」「さらに詳細にみると、その内容は、民法上、監護教育、居所指定、懲戒、職業許可、財産管理と多岐にわたり（民法 820 条ないし 824 条）、実際的には、子の服装、食事、交友関係等日常生活に関する事項や、習い事、進学等教育に関する事項、ワクチン接種、投薬、手術等医療に関する事項等広範囲に及ぶ」と述べている。

以上の被告が説明するような親権の内容をみると、やはり、親権は親が子を養育する責務を全うするために必要な法的地位である。たとえば、仮に、上記のような決定・判断権限を「親権」という法的地位でなく、「親」という地位自体に認める制度も考えられるかもしれない。しかし、現行法は上記の親が子を養育する責務を全うするために必要な地位を「親権」とであると位置づけている。そうすると、当然であるが、親権は親子の養育関係が成り

立つために必要な極めて重要な法的地位であり、親がこれを合理的理由なく奪われることがあってはならない。

なお、被告は、「現行法上、父母が未婚ないし離婚後であっても、父母双方が子と交流し、父母が共同して子に関する決定をすることは何ら禁止されているものではない。」と述べる。この当たり前のことは、本訴訟においても重要な意味をもつが、仮に同記載が、養育権侵害を否定する方向のものであるとすれば、まったく無意味な記載内容である。婚姻中、非婚を問わず、正当な手続きによらず、意に反して自己以外の者によって子の養育に関わることを妨げられ、これに対して司法的な救済が受けられない、このことが本件の問題なのである。

ウ 「(3) 本規定の合理性」について

アについては認める。

イは争う。夫婦の関係と親子の関係を混同した強引な記述に思える。被告は、「婚姻関係にない父母の場合、その関係は内縁から単に子を設けたに過ぎない男女まで多様であると考えられるが、いずれにせよ、上記のように共同生活を営むなどして互いに協力して子を育てるべきとされる法律関係にないのであり」としているが、これは法に記載のない強引な解釈である。

まず、父母が共同で子を監護する実態は、何も父母が同居して協力することに限られない。それぞれが監護を分担し合って行うことで足りる。子の養育に関して「協力」や「共同」という言葉を使う際にしばしば誤解されがちであるが、「協力」や「共同」は良好な関係性や父母が揃った共同生活の実態を意味するものではない。父母それぞれが親子として子との養育関係をもつことが共同の養育活動であり、父母の協力である。むしろ、両親に同居・扶助関係の実

態や法的関係が存在しない場合の「協力」の在り方が本件の問題なのである。被告が述べるとおり、父母には「単に子を設けたに過ぎない」男女もいる。むしろ、「父母」という属性は、被告の表現を借りると、「単に子を設けた」事実のみによって成り立つ。そして、父母はそれぞれ子と親子であるから、子の養育に関わるべきことは当然であり、まさに、同属性自体をもって、原則「協力して子を育てるべきとされる法律関係」なのである。

上記被告の主張の前提として、被告は、婚姻中の父母のみが「共同生活を営むなどして互いに協力して子を育てるべきとされる法律関係」であるとし、その根拠として、嫡出推定の制度（民法772条）及び同居協力義務（民法752条、760条）を挙げている。しかし、これらの規定が「子を協力して育てるべき」関係を規定していることはありえない。嫡出子という法的な属性は、単に父母が法律婚をしたということであらわすだけであり、何らかの実際上の生活に対する価値観を含まないものである。実際に嫡出子に関して、実際上の生活に関して何らかの価値観を前提とする規定は存在しない（そうでなければ、あまりにも差別的な地位になってしまう。）。また、同居扶助協力義務は「夫婦間」の関係を規定するものであり、当然であるが、親子の在り方を規定するものではない。父母の関係が親子関係の実際の在り方について何らかの価値を示す規定はないのである。あらためて被告に問いたい、「婚姻関係にない父母の場合」「互いに協力して子を育てるべきとされる法律関係にない」と言ってしまうてよいのだろうか。訴状で指摘している児童の権利条約の内容や国の国会答弁とも矛盾しているように思える。たとえば、令和元年11月28日の参議院法務委員会における法務省民事局長の答

弁では「法務省といたしましても、一般論として、父母が離婚後も、父母の双方が子供の養育に関わることが子供の利益の観点から重要であると考えていることは、これまでも何度も申し上げさせていただいていたとおりでございます。」としている（甲29）。

次に、事実婚について、被告は、「明確な定義はなく、共同親権を認める基準として不明確と言わざるを得ない上、いつの時点で事実婚が開始し、終了したのか明確でない場合も考えられ」とする。事実婚についてはそのとおりである。ただ、被告の問題としているような「互いに協力して子を育てるべき関係」にあるか否かというのは、婚姻中でも明確ではないことは同様である。現に、婚姻中であっても、配偶者に一方的に子を連れ去られて別居され、配偶者から一切の扶助協力を放棄されこれに対して為すすべもない状況も多い。この場合なぜか形だけは共同親権である。逆に、「婚姻」の認定が困難であるからと言って、実態として夫婦としての協力関係のある父母を共同親権としなくてよいのか。以上本段落ではあえて被告の述べる前提に立って反論を行ったが、ここで述べたいのは、そもそも父母の婚姻関係を親権帰属の区別基準とすることの合理性の問題である。事実婚に関する被告の主張が浮き彫りにしているのは、婚姻関係という父母の事情で親権の帰属について区別することの不合理性の一つに、基準としての過不足（いわば、「帯に短し襷に長し」の基準）が存在するということである。

ウについて、争う。ただし、被告は同部分で極めて重要なことを指摘している。

「父母が離婚をする場合、上記のような法的関係は解消されるのであり、仮に父母の双方を親権者と定めるとすると、子の教育や医療など親権者が決定すべきこととされている事項について、父母間で適時に適切な合意を形成することができず、子の利益が害されるおそれがある。」と被告は述べる。そして、被告は「広範囲に及ぶ子に関する決定の全てを離婚した父母が共同で行うのか、一部のみ共同で行うのであればどの範囲で共同するのか、父母間で合意が整わないときは誰がどのように解決するのかなど、様々な問題が生じることが予想される。」とも述べる。

「父母の双方が親権者」の場合、養育に関する決定方法が規定されておらず、意見が異なった場合解決方法がないことは原告らも主張している。まさに、被告が述べる「父母間で合意が整わないときは誰がどのように解決するのか」という問題は、法の欠缺、インフラの未整備として原告らが主張するところである。もちろん、その解決立法は様々であり、父母それぞれの親子関係が適切に調整される範囲で立法に広範な裁量がある。しかし、同仕組み自体を欠くことや親子の養育関係を不当に侵害する立法又は立法不作為は違憲である旨述べているのである。

言うまでもないが、父母が婚姻中であっても養育に関する意見が一致しないことはある。しかし、被告は、被告が述べるような問題点を有する現行法について是としている。その理由が、同部分の2段落目に述べられており、「そして、民法819条2項や同条5項が、父母の協議が調わないときなどに裁判所が親権者を定めると規定しているのは、裁判所が後見的立場から親権者としての適格性を吟味し、その一方を親権者と定めることにより、子の監護に関わる事項について、適時に適切な決定がされ、これにより、子の利益を

保護することにつながるものである。」と述べる。これはつまり、上記のとおり父母間で意見が調わない場合の適切な調整方法が存在しないことについて、父母が非婚の場合は単独親権とすることこそが同問題の解決方法であると言っているのである。被告はこの点大変重要な問題を指摘している。被告の同説明は立法内容の是非の結論はともかく、現行法の構造の説明としては完全に正しい。この構造こそが、まさに、原告らが訴えている養育権の侵害的解決である。

訴状の記載をあらためて引用する。「加えて、これまで述べたとおり、現行法は、父母の養育権を調整する仕組みや基準が完全に欠缺している。これも上記単独親権制の在り方に由来する。我が国の単独親権制は、親であることと父母の関係を結び付け、父母同士が法律婚状態で意見が整う場合でない限り、片方の親の養育に対する決定権を否定する形をとっている。養育権の調整以前に養育権否定という形で解決するからこそ（不合理な解決であることは後述）、養育権調整の仕組みが欠缺していても一応成り立っているのである。そのため、たとえ形としては法律婚状態にあり親権を有していても、他方親に養育に関する決定権を否定され事実上関与を妨げられてしまうと、親の意思と手続保障によらず子と通常の親子関係にあること自体を奪われてしまう。親権者でありながら養育権を侵害される事態は、離婚のタイミング以上に何らの司法的判断を受けずに養育権を侵害されている点で、より深刻であるともいえる。」（訴状30頁）。以上の訴状引用部分と被告の説明は、現行法の構造の理解という観点では、驚くほど似ているのである。

その上で、同構造の問題点を、被告は被告の立場で現行法を是とする方針のようであるが、残念である。同構造に気が付いた時点

で、被告国は公益的な観点から、同構造の明らかなおかしさに目を向けてもらいたかった。現行制度上の単独親権は親のどちらかに不適格な事由があることを前提とはしていない。そうであれば、父母それぞれが親として子の利益であると判断している中でその方針が対立している状態が、基本的な親権争い状態である。その状態を前に、裁判官を含む第三者が、「親権者としての適格性を吟味し、その一方を親権者と定めることにより、子の監護に関わる事項について、適時に適切な決定」をすることができるだろうか、もし、できるとすれば、それは単に親としてのそれぞれの判断に対し、第三者の独自の価値観を物差しとして使っただけに過ぎないのではないか。また、単独親権とすることが父母の協議不調に対する立法的手当だというのであれば、そもそも、婚姻中を含むあらゆる父母を単独親権とすることが自然ではないか。被告が被告第1準備書面第2、2(2)で、「現行法上、父母が未婚ないし離婚後であっても、父母双方が子と交流し、父母が共同して子に関する決定をすることは何ら禁止されているものではない。」と述べている通り、父母の意見が直接の協議で整うときは、単独親権でも共同親権でも変わりがない。そうすると、現行法の共同親権はほぼ無意味な規定であることになってしまい、法制度全体の趣旨として説明が困難である。

以上、本件では、被告から現行法の合理性の説明がなされはじめているが、以後立法目的をより具体的に特定していただき、同構造の是非を議論していきたい。訴状では、人権制約の目的を論じる中で、被告から主張が想定される目的として父母の養育権衝突回避という目的を仮に設定している。次のとおりである。「次に、養育権の衝突による子の利益を問題としているとすれば、まず、親子関係

に直結する養育権の衝突を養育権の制約によって解決するというこ
とは背理であり、正当な目的ではない。」(訴状33頁)。被告は、
人権制約の目的について今のところ曖昧な主張を行っているが、訴
状で述べる通り、訴状における原告らの訴えは、まさに被告が説明
する現行法の単独親権構造を念頭においたものであり、養育権の衝
突を一方の養育権を根元から制約することによって解決する構造
が、「背理である」と述べているのである。

エについて争う。ここは訴状でいう人権制約の「目的」に関連す
る記載がある。ここには現行法の「目的」のような内容が2つ指摘
されている。一つ目が、「我が国における婚姻制度の意義に沿うも
のである」という点であり、もう一つが、「婚姻関係にない父母の
間で適切な合意を形成することができず、かえって子の福祉に照ら
して望ましくない事態が生じたり、子の利益が害されることを防ぐ
ため」である。

後者の視点については、まさに、養育権調整のために養育権を根
元から制限することは背理であるなどの指摘のほか、複数の指摘を
訴状でも行っている。被告により目的を正確に特定がなされた上
で、より詳細に当事者双方が主張を行う必要があると考える。前者
の「我が国における婚姻制度の意義に沿う」については今のところ
理解がしがたい。もし、これが現行法の親権その他養育権に関する
法制度の目的であるとすれば、「我が国における婚姻制度」とは、
いったいどのような制度なのか。親子の在り方についても何らかの
価値観が存するのか。この点の説明が完全に不足していると思われ
る。前記のとおり、憲法上はもちろん、現行法上も、婚姻制度の在
り方が親子の関係について何らかの価値を含むものであるとは考え
られない。

エ 「(4) 親権者変更が可能であること」

法律の内容は認める。

被告も現行法を正当化する事情として、「親権者変更が可能であること」を述べている。ここで言えることは、やはり、親権者変更の手續の存在は現行の単独親権制度の正当性の問題と密接に関わるということである。この点については訴状でも述べているため、以下、あらためて述べる。

親権が養育権行使のために必要な重要な法的地位であることは、被告の主張を踏まえても明らかであるところ、親権は、何ら親としての不適格な事由を要件とせず、婚姻関係にない父母の一方は奪われてしまう。このような現行法が養育権の不当な侵害であると考えられることはごく自然なことであるが（訴状の原告らの主位的な主張）、もし、僅かでも同制度を正当化する余地があるとすれば、親権者変更等の養育に関する各手続きが適切に父母の養育権を対等に調整する機能を有している場合である。訴状では次のように主張している。「「親権の効力」の規定を字義通りに捉えると、上記の単独親権制度は端的にそれ自体が親の養育権を侵害する制度であるといえ、本訴訟においても主位的にはこれを主張する。ただ、「親権」はあくまで養育権の調整システムとして第1次的な役割を定めたものであるに過ぎず、父母双方に潜在的な養育権が存在しこれが尊重されるのであれば、必ずしも単独親権自体が養育権侵害とはならない、とする見方もあるかもしれない。しかし、このような見方で単独親権が養育権侵害にならないといえるためには、立法上もその運用上も、父母双方の養育権が尊重され、かつ、父母間の養育権を適切に調整する制度が実現していなくてはならない。以下、予備的にこの点を述べる。」（訴状14頁）。このように、訴状では親権の効

力を法の条文通りに捉えると、親権を正当な目的なく奪われることは人権侵害であると述べている。それは、まさに、前記被告の主張である、親権の内容や法的性質論からも言えることである。だからこそ、被告も同様の視点で、親権者変更等の手続の存在を、現行法正当化の根拠に挙げているのである。

その上で、原告らが訴状で述べているのは、自らの意思によらず、親権者変更の申し立てを行う地位自体も奪われる制度になっているという問題である。この点は被告も認めている。そして、この問題は、表面的には親権者変更を申し立てる地位の喪失の形としてあらわれているが、法的な状況としては、民法818条1項が規定する「父母」親権の形が失われてしまうということである。訴状では次のように述べている。「以上の法律及び実態は紛れもなく親の養育権の侵害である。そもそも、共同親権であるか単独親権であるかにかかわらず、親権は原則的に「父母」親権の枠組みとなっており（民法818条1項）、非婚父母においても、同枠組みの中で、父母間の親権者の変更・指定の可能性を残しながら（民法819条各号）、子の監護に関する処分一般について父母間の協議事項・調停・審判事項とする（家事事件手続法39条、同法別表二、民法766条）。つまり、単独親権制の下でも、父母間の養育権の調整規定自体は設けられており（この立法が不十分であり適切に機能していないこと及びその理由は後述）、その前提の状態が民法818条1項の「父母」親権の枠組みなのである。しかし、上記の代諾養子縁組がなされると非親権者である親の意思に反して、非婚父母間の養育権調整機能の前提となる「父母」親権の枠組み（819条1項の枠組み）から外れ、養親親権の枠組み（同条2項の枠組み）に移行してしまう。」。（訴状15頁）。

このような運用がなされている中で、「親権者変更が可能であること」を現行法の正当化根拠とすることは無理がある。むしろ、訴状で述べる通り、現行法が養育権を侵害するものであることを明確にする事情である。

オ 「(5) 子の養育についての調整規定が存在すること」

争う。

被告は、「たとえ婚姻中の父母でなくても、父母が同居するなどして父母共同で子を養育することは何ら妨げられるものではないが、父母が離婚する場合等は、一般的に、父母が別居し、子は父母の一方と同居することになるものと思われる。しかし、このことは、親権者として父母の一方が定められる場合も、仮に婚姻中の父母以外にも共同親権を導入し、父母の双方が親権者として定められる場合も、変わりがない。」とする。

同主張は、原告らの主張との関係でいかなる意味をもつのか関連性が分かりにくい面がある。まず、父母が婚姻中でない場合に父母が別居していることや、子の住所が父母の一方になることが多いことはそのとおりであるが、それが、本件との関係で何の意味をもつのか不明である。父母の居所が異なることがあること及びこの場合に子が父母の一方と居所を同じくすることがあるのは当然である。そのような中でも、父母がそれぞれ子を養育する実態が保障されておらず、自己の意思に反して日常的な養育関係とはほど遠い関係においやられてしまうのが現行法の結果なのである。そして、本件で問題なのは、単独親権と共同親権の制度一般の比較ではなく、民法818条3項の「父母の婚姻中は」の規定による単独親権制をはじめとする現行法そのものの合憲性である。この点は注意していただきたい。単独親権制が一概に悪と

か、どのような共同親権制も合憲であるなどということではない。現行法の問題はまさに、前記で被告が指摘しているように、子の監護に関して「父母の協議が調わないときなどに」「裁判所が後見的立場から親権者としての適格性を吟味し、その一方を親権者と定める」ことしか実質的な解決方法が存在しないということであり、父母の養育権を尊重する形で適切に調整する仕組みが皆無であるということである。なお、被告が指摘する居所に関連して述べると、居所に関しては、親権の制度に関わらず、子の転居に際し別居親の同意を必要とするなど、両親の決定権を反映させ、調整を図っている例も多いようである。

次に被告は、「我が国の法制上、親権を有しないことを面会交流の制限理由とする規定は存在しないし、子と別居することになった親は、養育費の支払等を通じて子の養育に関与することも可能である。」とする。この点については、親権の有無にかかわらず、同居親が別居親と子の面会を拒否又は制限する場合、我が国の面会交流手続きは、「子の監護」とは程遠い内容の面会しか認めず、よくても「面会」の字義どおりの単に「会う」程度のものである。ここで問題とすべきは、親権の有無にかかわらず、子が父母双方から直接の養育を受ける環境について「子の監護に関する処分」の手続、親権者指定の手続、親権者変更の手続などが、同環境をいかに実現しているかという仕組みである。親権の有無が面会の制限事由か否かというのは問題の捉え方が違う。各手続きの問題点については、訴状で述べているとおりである。実際に、国連子どもの権利委員会は、日本政府に対して、「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）子どもの共同監護権（sheared custody of children）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。」を求める勧告を出した（総括所見27条(b)）。こうした勧告がなされている状況において、我が国が、子が父母双方と十分な交流をすることができる仕組みが用意されているとは言い難いものであり、単に「面会交流の手続が存在する」というだけで現制度を正当とするのは到底無理である。また、言うまでもないが、「養育費の支払等を通じて子の養育に関与することも可能である」とはあまりにも酷い主張である。子は父母双方から直接の養育と愛情を十分に受ける利益を有しているはずであり、同利益実現の仕組みが本訴訟で問題になっているのに対し、金銭の支払いで「関与することも可能である」と述べるのは、上記利益実現の努力を国が否定しているように読める。なお、養育費に関連して、同義務の存在は、やはり、親子の養育関係を前提にしていることを指摘する。親子の扶養義務は、生活保持義務とされ、自身の生活と同程度の生活を親が子にさせる義務であるとされる。同義務は、いわば人が人に対して負う究極の扶養義務であり、これを強制される当事者にとっては強力な義務である。このような強力な義務を人が人に対して負うのは、当該身分関係の存在がその正当性の根拠である。養育費における、当該身分関係とは、親子間の自然的養育関係にほかならない。

(3) 「3 原告らの主張する「養育権」は憲法上保障された権利ではないこと」について

争う。

被告は、「「養育権」の具体的な内容や親権との関係が判然としない。」述べる。

まず、養育権はたしかに権利として抽象的な面があるが、これが憲法上の保障される権利として否定される理由にはならない。元々、憲法が保障する人権は、思想良心の自由や表現の自由など、その内容は一義的ではなく、抽象的である。むしろ、自然権的側面が強ければ強いほど、自然的行為としては誰しもが理解できるような基本的な概念である一方で、その自然的行為の範囲（本書では「外縁」と表現する。）としては抽象的なものになる。「養育権」は、親が子を育てる、という一般人であればその基本的な内容が誰しも理解できる行為や関係性を意味することは明らかであり、これを基本的人権とすることに何ら不自然なところはなく、その内容や対象とする行為の外縁が人権性判断の場面において一義的になっている必要はない（そのような一義的な「人権」は存在しないであろう）。法学教室（No. 474）に掲載されている甲南大学櫻井智章教授が論じる「面会交流権の憲法上の権利性」（甲30）においても、東京地裁令和2年11月22日判決（平成30年（ワ）第7263号）を踏まえ、「面会交流権に限らず、権利の法的性質・基礎づけ・具体的内容などについて「議論が一義的に定まっている」ことの方が珍しいのではないか（例えばプライバシーなどは大いに争われている）。」などと同様の指摘がある。人権性の判断の場面では、一義的であるか否かという捉え方ではなく、人権として求める内容や保護すべき内容がどれだけ普遍的で人の人格的生存にとって不可欠なものであるか否か、という観点が重要であると考えられる。繰り返し述べるとおり、親子の養育関係は、自然的な関係であり、親にとっても子にとっても、その人格的生存に深く関わる関係性であることは否定しようがない。結論から言っても、このような人格的生存に深くかかわ

る親子の養育関係が不当に第三者に奪われる立法内容が許されないことは、当然である。素直に考えて、「養育権」は基本的人権と位置付けるしかないのである。

その上で、具体的なその権利の外縁の問題は、人権性の議論ではなく、「侵害の事実」の問題として吟味することが相当である。他の基本的人権を例にあげると、表現の自由の侵害が問題になるときに、表現の自由一般の外縁を一義的に確定させる必要はなく、たとえば、ある場所での演説活動を制限したなど、具体的な制約の対象となっている行為について、当該行為が表現の自由の射程に入るものか否かを問題とすればよいのである。もし、議論するのであれば、侵害対象となっている立法又は立法不作為と原告らが指摘するものに関して制約されている行為や状態が「養育権」に含まれるものであるか否かを問題とすればよい。原告らとしては、養育権の外縁をどのように捉えたとしても、明らかに侵害状態にあるといえる事情を訴状では複数挙げている。

養育権の人権性を示すものとして訴状で挙げた昭和51年最高裁の判示内容について、もちろん、養育権の人権性自体の判断はなされていない。被告が述べる「「養育権」が自然権であり、憲法13条により保障されるものであるとは判示していない」との指摘は当然である。しかし、なぜ、被告はこのことから、即「「養育権」が憲法によって保障されている基本的人権であるなどという原告らの主張はまずもって失当である。」との結論に至るのであろうか。上記判例は結論を出しているわけではないのであるから、親が子を養育する権利が人権にあたるかどうか、被告自身の結論と理由を述べるべきであると考ええる。被告（国）として、親の養育権が人権でないと言い切ってしまうことは大変疑問である。

その上で、あらためて、最高裁大法廷昭和51年5月21日判決（旭川学テ判決）を引用する。「子どもの教育は、子どもが将来一人前の大人となり、共同社会の一員としてその中で生活し、自己の人格を完成、実現していく基礎となる能力を身につけるために必要不可欠な営みであり、それはまた、共同社会の存続と発展のためにも欠くことのできないものである。この子どもの教育は、その最も始源的かつ基本的な形態としては、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あらわれるのである」との内容である。すくなくとも、親子が自然的関係に基づいて養育・監護を行うことは当然の前提となっている。この自然的な関係が、親子以外の第三者の意思や行動によって正当な理由と手続によらず侵害されないことは、親子両方の人格的生存のためにも、社会の存続と発展のためにも、欠かせない仕組みなのではないだろうか。親子間の養育関係はまさに自然権的に捉えられているのであって、基本的人権として捉えることはごく当然のことである。

(4) 「本規定及び現行法が憲法13条に違反するものではないこと」について

争う。

ア (1)について

ここでの被告の記載①から④は被告が訴状の内容をまとめたものである。被告のまとめを引用し、原告らの主張内容を確認する。

「①本件規定は、「非婚（引用者注：法律婚状態にないこと）の父母のいずれか一方は親権者となることができないようになって」おり、「非婚の父母は、単に非婚という理由だけで養育権を侵害されている」（訴状13及び14ページ）、②親権

者は、15歳未満の子の養子縁組を子に代わって承諾できる反面、非親権者の親は、子を監護する親でない限り、これを拒むための同意権もないことが親の「養育権」を侵害する（訴状14ないし16ページ）、③民法766条は、父母の養育権を対等に調整する役割を果たしておらず、また養育権に関わる判断の評価基準が設定されていない（訴状16ないし26ページ）、④子の生活の場所、生活の態様についての決定に関わることは親の基本的な養育行為で、子と暮らすものは子の親の元目に応じて子の居所を伝える義務があり、国家は親が子の居所を把握する権利を侵害してはならないところ、子の居所を把握する権利・利益が認められておらず、「養育権」が保障されていない（訴状26ないし30ページ）などと主張し、本件規定及び同規定を前提とする「養育権」保障の規定を欠くこと及び父母の養育権を調整する仕組みや基準を欠くことが「養育権」を侵害する旨主張する。」

上記の中で、①の記載については、被告の訴状引用部分の内容はそのとおりであるが、訴状全体としては結局、「加えて、これまで述べたとおり、現行法は、父母の養育権を調整する仕組みや基準が完全に欠缺している。これも上記単独親権制の在り方に由来する。我が国の単独親権制は、親であることと父母の関係を結び付け、父母同士が法律婚状態で意見が整う場合でない限り、片方の親の養育に対する決定権を否定する形をとっている。養育権の調整以前に養育権否定という形で解決するからこそ（不合理な解決であることは後述）、養育権調整の仕組みが欠缺していても一応成り立っているのである。そのため、たとえ形としては法律婚状態にあり親権を有していても、他方

親に養育に関する決定権を否定され事実上関与を妨げられてしまうと、親の意思と手続保障によらず子と通常の親子関係にあること自体を奪われてしまう。親権者でありながら養育権を侵害される事態は、離婚のタイミング以上に何らの司法的判断を受けずに養育権を侵害されている点で、より深刻であるともいえる。そのため、民法818条3項の「父母の婚姻中は、」の規定及び養育権保障の立法の欠缺は、親権を有する者の養育権をも侵害することも起こる。」（訴状30頁）として、民法818条3項の「父母の婚姻中は」という養育権衝突解消立法は「非婚」の父母のみならずすべての父母の養育権を侵害する規定であると述べている。

イ (2)について

争う。本項目は、被告が、上記①から④に対して、被告の意見を述べているところであるため、一つずつ原告らからも主張を行う。

(ア) ①について

まず、①について、養育権と親権の関係性を被告は問題にしているが、養育権の人権性のところで述べた通り、養育権一般と親権一般の関係性を確定させることが必要なのではない。そもそも、養育権はともかく、立法上規定されている親権でさえ、被告の述べるような法的性質に議論があるところである。本件でも、訴訟一般と同様、様々な法的な地位等の法理論についての議論がある中で、訴訟の争点判断に必要な範囲で結論が導かれるものである。本件で問題となっているのは、「父母の婚姻中」以外は父母の一方は親権を奪われてしまうこと及び父

母の協議の不調をこの単独親権制により解決することが、養育権の侵害にならないかというものである。

被告が述べる合理性とは、前記確認のとおり、次の引用部分である。「仮に父母の双方を親権者と定めるとすると、子の教育や医療など親権者が決定すべきこととされている事項について、父母間で適時に適切な合意を形成することができず、子の利益が害されるおそれがある。」「広範囲に及ぶ子に関する決定の全てを離婚した父母が共同で行うのか、一部のみ共同で行うのであればどの範囲で共同するのか、父母間で合意が整わないときは誰がどのように解決するのかなど、様々な問題が生じることが予想される。」「そして、民法819条2項や同条5項が、父母の協議が調わないときなどに裁判所が親権者を定めると規定しているのは、裁判所が後見的立場から親権者としての適格性を吟味し、その一方を親権者と定めることにより、子の監護に関わる事項について、適時に適切な決定がされ、これにより、子の利益を保護することにつながるものである。」（以上被告第1準備書面5頁）。

上記のような、父母間の意見の不一致を、父母の一方の養育権を根元から奪う形で「解決」する仕組みが合理的ではないことは、訴状でも本書でも原告らは繰り返し述べている。

(イ)②について

②については、被告は単に現行法の内容を説明しているだけであり、その合理性については、一切説明できていない。被告は、被告自身①の単独親権制を正当化する根拠として、「親権者変更が可能であること」（被告準備書面第2、2(4)）と謳っているのであるから、完全に矛盾している。被告が述べるとお

り、親権者変更手続の存在は、単独親権制を正当化する余地があるとすれば、非常に重要な位置づけとなる。たとえば、単独親権であっても、(民法818条3項の「父母の婚姻中」でなくとも)、あくまで「父母」に親権は帰属しており(民法818条1項)、その場合、民法819条各項により、父母の親権者変更の可能性もにらみながら、父母の養育判断が対等に反映されるのであれば、父母の養育権が確保されているといえる余地はある。しかし、もっとも判断が対立する場面の一つであろう、子の養子縁組をさせて「父母の親権」(民法818条1項)も失ってしまう場面においては、非親権者はその同意権すらもたない。上記民法819条各項の仕組みは運用上の父母の養育権の対等な調整の可否の問題以前に、肝心な場面で適用の範囲外に置かれてしまうのである。これが養育権侵害でないということは無理がある。なお、非親権者でも監護親の同意権があることを被告は指摘しており「養子縁組によって受ける影響の程度の違いによって同意の要否を定めた、合理性を有する規定である」としている。この点、訴状でも述べているとおり、ここでいう同意が監護親は運用上面会や養育費の支払いという形で監護に関わっている親は含まれないと思われる(もしそうでないというのであれば、被告からの指摘をお願いしたい)。このような親が、(養子縁組の)「影響の程度」が低いから親権者変更の地位自体を奪ってもよい、とするのだろうか。被告の主張自体が親が子を養育する地位を完全にないがしろにしている。

また、被告は、答弁書において、親権喪失の審判等を通じて、子の保護を図ることも可能である、との判例の内容や判例

解説の内容を指摘する。同記載は引用にとどまっているため、本件との関係でその意味するところは不明であるが、上記同意もないまま「父母の親権」が奪われた結果、親権者変更の地位も失ってしまうことに対して、親権喪失の審判等が代替的な保障であるというのであれば、それは、あまりにも無理のある主張である。ここには二つの意味がある。まず、そもそも、法制度として、何度も述べるように親権者変更は、「父母の親権」（民法818条1項）の形の中での手続であり、「父母の親権」でありながら特に親としての不適合事由がなくてもその一方に親権を帰属させる中で（同条3項）、常に親権者は父母の間で変更できる可能性を残すものである。このような「父母の親権」の中の制度である親権者変更の制度を、親権喪失の審判等で代替できるものであるはずがない。もう一つは、その要件の違いである。親権者変更は親の虐待等の不適合事由を要件としていないのに対し、親権喪失の審判等は親権者に親権者としての不適合な事由が存することを要件とする（民法834条、同法834条の2）。そうすると、たとえ「機能上」は親権変更の手続と親権喪失の審判等が一部重なる部分があったとしても、それぞれの手続が代替的な保障になり得るはずがない。虐待のケース等でない場合に、父母が親権者候補者として比較され、それぞれの養育方針を生かした最大限の子の利益を模索する道は親権者変更の手続固有の役割である。親権喪失の審判等で足りるなどという論法は制度の内容や性質を無視したとんでもない論法と言わざるを得ない。ところで、この「論法」が用いられるのは、現状、親権者変更の手続は、親権喪失の審判等の手続と同様に現親権者に親としての適合性がある場合のみ

しか親権者変更を認めない傾向があることを示唆している。結局、親権者変更の手続を申立てることができる場合においても、父母のそれぞれ養育環境や養育方針が対等に吟味されることはないのである。親権者変更手続は、①の単独親権制の問題の正当化根拠になりえない。

(ウ) ③について

③については、被告は、「原告らが主張する「養育権の対等な調整」が何を指すのか明らかではないが、子との面会交流を取り決めるに当たっては、子の利益を最も優先して考慮しなければならないのであり（民法766条1項）、原告らが主張するような「親の権利の対等性」を優先すべきものではない。原告らは、「子の利益」という判断基準では不十分である旨も主張するが、法文に要件がある程度抽象的であることはままたることである」と述べる。

上記被告の主張に対しては、まず、本③部分の本件での位置づけを確認してほしい。原告らは①の単独親権制が基本的に養育権を侵害するものであるとしており、その上で仮に①だけで養育権の侵害でないと言うのであれば、②や③の制度によって、父も母もそれぞれ親として対等に扱われることにより、全体として親子の養育関係が保障されていなければならないと述べているのである。これに対し、被告も被告準備書面1において、単独親権制の正当化根拠の一つとして、②や③の制度の問題を位置付けている。そうであるのに、被告は、③の説明の中で、「親の権利の対等性」を優先すべきものではない」として、子の監護に関する処分における父母の養育権保障を自ら否定している。この点だけで、③の被告の主張は、訴状で述べる

現状の養育権侵害構造を否定していないことになる。それでも、今後もまだ、現行法の面会交流の手続によって、(人権性は置いても) 父母の養育権が守られているというのであれば、具体的にどうこれを行っているのか説明されたい。「単独親権制」、「批准する児童の権利条約の内容」「勸告」の存在などを踏まえると、この点を被告が積極的に主張立証すべきである。

また、別の観点からは、被告の主張こそが、まさに、親子の養育関係をないがしろにしてきた発想であり、また、基準が曖昧な現行の立法の結果であるといえる。

被告のような考え方は、第三者がいわば裸で評価可能な絶対的な「子の利益」が存在しているかのように捉えた上で、そのために「子の利益」と「養育権」(この文脈では、父母の養育権の対等性という言い換えができる。)が対立利益であるかのように捉えてしまっているのである。ここでもあらためて訴状を引用する。

「単独親権制度における父母の養育権の調整機能は親権者の指定及び子の監護に関する処分の決定である。しかし、これらの判断のために裁判所に与えられた判断基準は、「子の福祉」「子の利益」の一言である(民法766条、同法819条)。これは司法の役割を超えた無理のある基準である。いかに家庭裁判所が後見的な機能を有するとはいえ、あくまで、立法府によって制定された法律の解釈・運用の範囲の中で行うものである。「子の利益」「子の福祉」などというその内容も不明確で価値観によってあまりにも幅のある基準は、司法の役割との関係では基準ですらない。さらにいえば、価値判断の主体を曖昧にしたままの絶対的な子の利益判断、いわば裸の「子の福

祉」判断は、親子の自然的関係を侵害する危険な枠組みであるともいえる。本来、前述の学テ判決の論理などからすると、積極的な意味での「子の福祉」は判断権者である親の評価を通じてしか存在しないはずである。たとえば、虐待など親の養育権の逸脱事例においては、子どもの人格権保護という意味において消極的な意味での「子の福祉」の形は判断しやすい。一方で、子がどのように生活し、どのような教育を受け、誰と関わっていくか、などの積極的な利益判断については、子の利益は一義的ではない。だからこそ、親がこれを評価し判断していくのであり、司法の役割との関係では、親の養育権を最大限尊重する形で調整していくことこそが「子の福祉」なのである。この意味で、親の養育権の調整の役割を果たす司法判断において、「子の福祉」が何らの基準になっていないことは明白である。」(訴状20頁～21頁)、との内容である。

ここで言いたいのは、「子の福祉」という基準は単に曖昧で幅があるということだけではなく、積極的な意味での子の利益確保にあたっては、そもそも、判断の拠り所にならず抽象的な基準としても機能していないということである。具体的には、被告が被告準備書面1の4頁で挙げた親権の内容の中の、(どれでもよいが)「子の服装」「食事」「習い事」「投薬」などについて、父母はそれぞれ、たとえば、子にはこのような衣類で生活させたい、子の食生活はこうあるべきだ、子には何を習わせるべきだ、と意見が対立する。その際、父母双方が各々の方針の根拠として「子の利益」のためであると訴えるはずであり、いずれも客観的にみて「子の利益」のための判断であることは否定できないであろう。「子の利益」だけを打ち出しても考え

方の拠り所にならず抽象的な基準にもなっていないことは明白である。

ここで、児童の権利条約を挙げる。同条約は、「児童が、その人格の完全なかつ調和のとれた発達のため、家庭環境の下で幸福、愛情及び理解のある雰囲気の中で成長すべきであることを認め、児童が、社会において個人として生活するため十分な準備が整えられるべき」（前文）とし、その7条1項では、「児童は、出生の後直ちに登録される。児童は、出生の時から氏名を有する権利及び国籍を取得する権利を有するものとし、また、できる限りその父母を知りかつその父母によって養育される権利を有する。」としている。ここで述べられている児童の「権利」は、上記被告が述べるような「裸の子の福祉」とは、次元が異なっており、すべての児童が人格的に発達するために普遍的な価値を打ち出しているといえる。父母から養育を受けることは、基本的で根源的な児童の利益なのである。この意味で、被告の言い方に当てはめて言うと、子が父母から養育されることを確保することは、当然、「裸の子の福祉」の考慮よりも優先すべきことである。というよりも、「子の福祉」は前記のとおり、父母の養育方針を基盤・拠り所にして初めて可視的なものとなるのであるから、まずは、父母の養育方針の恩恵を受ける形にまで調整することが、子の監護に関する処分の大きな役割のはずである。しかし、現行法上、その判断の拠り所すらも規定がない「裸の子の福祉」を押し付ける状態であり、また、被告が述べているように父母の養育権を対等に扱うような運用はなされていないのである。

(エ) ④について

被告は、「原告らが、「子を養育する意思と能力を有する親が子を監護・養育する権利」について「養育権」と定義しているところ、「養育権」から子と暮らす者が親の求めに応じて子の居所を伝える根拠が不明である」としている。

この点、養育権の外縁をどのように捉えたとしても、親が子の居所を把握する権利・自由が養育権の保障の範囲に含まれることは明らかである。親子の養育関係には、親が子の居所の決定に関与することが含まれていると考えるが、それ以前に、親子が養育関係を有する当然の前提として、親が子の居所を把握する権利があることは当たり前である。前記のとおり、他国では親権の有無にかかわらず、親が子の居所決定に関与することが保障されていることが多いがこれは親の養育には子の居所の判断が含まれているからである。それは、子の生育環境選択の面からも重要な決定であり、また、子の居所において同居しない親（別居親）との養育関係の在り方においても重要な意味をもつからであると考えられる。我が国では、子の居所の選択どころか、居所の把握すら、第三者の意思によって正当な手続によらず妨げられるものであることを原告らは養育権侵害して主張している。被告もこのような我が国の「現状」についてはまったく反論をしていない。

ウ (3)について

争う。

(5) 「5 本件規定が憲法14条1項に違反するものではないこと」について

争う。

区別に合理性がないことは、本書及び訴状で主張を行っている。

被告は、なお書きで、「しかしながら、仮に婚姻していない父母にも共同親権を認める制度を採ったとしても、子の監護者を父母のいずれにするか争われ得るのであり、共同親権制度にすれば父母の衝突がなくなるわけではないから、親権の制度と父母の衝突とは別問題である。」とする。ただ、被告は前記単独親権制度の合理性の根拠として「婚姻関係にない父母の間で適切な合意を形成することができず、かえって子の福祉に照らして望ましくない事態が生じたり、子の利益が害されることを防ぐため」という指摘をしている。原告らが訴状において予想的に述べた表現とは異なるものの、父母の意見の不一致の問題を単独親権制の目的と関連させていることは同様であり、これを「別問題」とすることは被告の主張とも整合しない。被告準備書面第2、2（3）の記載は重要であるためよく確認していただきたい。いずれにしても、この点については、後記求釈明に対する被告の回答を踏まえて議論をしていくべきであると考え。なお、原告らは、民法818条3項の「父母の婚姻中は」の規定による単独親権制を養育権侵害及び平等原則違反の条文であるとしているが、同条文の「父母の婚姻中は」の部分が削除されるだけで違憲状態が解消されるとは述べていない。現行法が、被告も説明する通り、父母の養育権の調整を単独親権によって解決する立法となっており、これが故に、父母の養育権を対等に調整する仕組みも立法もなされていない、というのが原告らの訴える違憲立法及び立法不作為状態である。そのため、違憲状態を解消するためには、「父母の婚姻中は」という不合理で違憲的な養育権侵害条文を解消した上で、別途、

父母双方の養育権を保障する仕組みに関する立法は必要である。そこに当然広い立法裁量はあるからいかなる立法が「正しい」とは言えるはずがない。しかし、本件で問題となっている現行の立法及び立法不作為は違憲であることは明白なのである。そのため、共同親権にしても解消されない、という方向性の被告の主張は議論がかみ合っていないことになる。

- (6) 「6 小括」について
争う。

第2 被告に対する求釈明

1 求釈明の内容

- (1) 民法818条3項の「父母の婚姻中は」の規定により、非婚の父母を単独親権とする現行法の目的を明らかにされたい。

また、上記現行の立法は具体的にいかなる仕組みにおいて同目的を達成しているか明らかにされたい。

- (2) 民法818条3項の「父母の婚姻中は」の規定により、婚姻中の父母を共同親権とすることの目的を明らかにされたい。

2 求釈明の趣旨

- (1) (1)について

本件において、民法818条3項が「父母の婚姻中は」として非婚の父母が単独親権とされていることの立法目的は重要である。被告は養育権の人権性及び養育権侵害を否定しているが、養育権の侵害の事実との関係でも上記目的は重要な関連性を有する。また、特に、憲法14条の平等原則との関係では、非婚の親と婚姻中の親に区別があることは明確であるから、この区別の目的の特定は必須である。

立法目的に関して、現状のやりとりは次のようになっている。

訴状において、原告らは、「現行法には、単独親権という形自体が存在し、かつ、単独親権制において養育権保障の不十分な前記立法内容を有している。これらの立法内容が養育権を制約する目的と親権又は養育権について非婚父母と婚姻中の父母を区別する目的は、父母の養育権の衝突による不利益を避けるためであると考えられる。この点については、他に目的が存在すれば、被告において主張されたい。」と述べている（訴状33頁）。

これに対し、被告は、答弁書において、「原告らが主張する「父母の養育権の衝突による不利益」とは具体的に何を意味するものか明らかでない。」としている。その上で、被告準備書面1では、現行の単独親権制の合理性の根拠として「我が国における婚姻制度の意義に沿うものである」という指摘（指摘1、とする。）及び「婚姻関係にない父母の間で適切な合意を形成することができず、かえって子の福祉に照らして望ましくない事態が生じたり、子の利益が害されることを防ぐため」という指摘（指摘2、とする。）を行っている（被告準備書面第2、2（3）エ）。

この点、後者の指摘2については、原告らが訴状で予想した内容と似ているが、これが単独親権制の目的ということによいか。また、単独親権制が指摘2の目的をどのように達成しているか、その具体的な仕組みをあらためて確認する必要がある。

指摘1については、単独親権制の目的としてそもそも、「我が国における婚姻制度」とはどのような制度を意識しているのか不明であり、また、単独親権制が指摘1の目的を達成する仕組みも不明である。この点は特に確認の必要がある。なお、もし指摘1が

立法目的とは異なるということであれば、被告が指摘1を記載した趣旨を別途明らかにしていただきたい。

以上の点につき、今後当事者双方が本件争点に対して無駄のない有意義な主張を行うために、前記のと通りの求釈明をさせていただくこととした。

(2) (2)について

本件の親子の養育関係の議論において、父母の婚姻中は共同親権とされていることの意義は重要である。また、前記のとおり、特に、憲法14条の平等原則との関係では、非婚の親と婚姻中の親に区別があることは明確であり、この区別の目的を明らかにすることは重要であるところ、求釈明事項(1)の非婚を単独親権とすることの目的と対になる区別として、婚姻中の共同親権の目的も明確にする必要がある。

被告は、「婚姻関係にない父母の間で適切な合意を形成することができず、かえって子の福祉に照らして望ましくない事態が生じたり、子の利益が害されることを防ぐため」を単独親権制の目的の一つであるかのように述べるが、婚姻中でも当然父母間での合意が形成できないことはあり、そのような場合、被告の言うところの「子の利益が害されることを防ぐ」には、結局婚姻関係の解消及び単独親権移行で解決するしかないことになる。他方で、被告は、「現行法上、父母が未婚ないし離婚後であっても、父母双方が子と交流し、父母が共同して子に関する決定をすることは何ら禁止されているものではない。」として、単独親権でも合意がある場合は父母共同の子育てが可能であるとする。そうであるとすれば、被告の立場に立った場合の率直な疑問として、父母の婚姻中

も共同親権とする意義は乏しく、むしろ、積極的にすべての父母を単独親権とすべきかのようにも思える。

あらためて、父母の婚姻中の共同親権の目的を明らかにされたい。

以 上