

令和元年（ワ）第31444号 損害賠償請求事件

原告 宗像充ほか10名

被告 国

準備書面 4

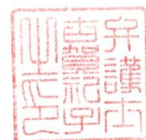
令和4年 2月17日

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



頭書事件について、令和3年12月3日付「事務連絡」に関し、原告らの対応は、次のとおりである。

1 憲法14違反にかかる主張について

(1) 比較対象及び差別を生じさせる根拠となる規定条文

「事務連絡」の記載では、「ア 親権の原則的な帰属主体に関する規律に着目する見解」、である。

民法818条1項は、「成年に達しない子は、父母の親権に服する。」と規定し、同条3項本文は、「親権は、父母の婚姻中は、父母が共同して行う。」と定める。これはつまり、(同条2項の子が養子である場合を除き)原則親権は「父母」に帰属し、同条3項で「父母の婚姻中は」親権行使を共同としていることから、婚姻中は原則父母の共同親権である一方で、父母が非婚である場合には一律に父母の一方だけが親権者となる。そのため、民法818条3項の「父母の婚姻中は、」の規定は、法律婚にある父母と非婚の父母という「社会的身分」により、親権の帰属において差別しているといえる。なお、被告は、被告第2準備書面9頁において、裁判例として、東京高等裁判所平成30年9月27日判決(D1-LAW判例ID28265275)を挙げるが、同判決における別訴控訴人の主張は、「裁判離婚において親の一方のみを親権者とし、もう一方の親の親権を失わせる民法819条2項」についての憲法14条1項及び憲法24条2項違反をいうものであり、法律婚から非婚に移行する段階で親権者となる者と非親権者となる者の対比を問題としているようである。これはいわば、本件で指摘する「差別」の結果として、父母が「非婚」に移行する状態で発生する法的な事象であり、本件とは着目する区別の対象がまったく異なっている。

その上で、「事務連絡」「イ 親権の帰属又は行使を否定する規律に着目する見解」に関連して、イの記載は、上記アの親権帰属主体に関する法の差別の具体的内容の一つである。そのため、訴状でも差別の内容として記載した。すなわち、婚姻中の父母は、原則、親権喪失・停止という親としての資質や行為に絶対的な問題のある場

合のみにしか親権を奪われないことに対して、非婚の父母は親としての資質や行為に関わらず、父母のうち一方は当初から親権者となることができないことは、民法818条3項の「父母の婚姻中は、」の差別の具体的内容である。

(2) いかなる権利に係る差別であるか

ア 差別される権利

まず、民法818条3項の「父母の婚姻中は、」の規定により、「親権」に関して差別があることは明白である。この点、親権は、具体的な法制度として設けられたものである点において、親権そのものは憲法上の人権でないとしても、その内容において親が子を養育する利益と責務を全うするにあたり不可欠な地位であるから、「親権」において差別することは、これは憲法14条の「政治的、経済的又は社会的関係」における「差別」にあたる。

また、同時に、本件差別は「養育権」に対する差別にあたる。養育権が憲法13条により保障される憲法上の人権であることはこれまで原告が述べてきたとおりであるが、憲法14条の主張との関係では、必ずしも養育権そのものが憲法上の人権である必要はないと考える。

イ 上記差別される権利によって、主張の意味合いが異なるか。

意味合いにおいて異なるところはない。直接的には、「親権」における差別であるが、それが結局親が子を養育する権利を侵害されている実態には変わりがない。これは、具体的には、次の「ウ 差別の内容立法の不合理性」で説明する。

ウ 差別の内容及び立法の不合理性

まず、民法818条の「父母の婚姻中は、」の規定により、非婚の父母は、そのうち一方が必ず親権を有することができない

という点で、子の養育に必要不可欠な地位を奪われており、ここに憲法14条違反の人権侵害があることは明らかである。

その立法の不合理性は、その立法目的及び手段は、養育権侵害で述べたものとまったく同様であり、訴訟や準備書面3までで述べたとおりである。この意味で、訴状においても、立法目的と合理性を憲法13条違反の点も、憲法14条違反の点も併せて主張している。強いていえば、特に立法手段として、非婚の父母と婚姻中の父母を分けることの合理性が憲法14条違反との関係ではより重要になってくるものであり、これは、原告準備書面3の第2、2、(2)、ウ(22頁～)に記載している。

もう一点、合わせて、本書で強調したい点は、不合理な「差別」によって侵害を受ける者は、取扱いにおいて区別を受ける片側の身分・地位にある者だけにとどまらないことがある、ことである。準備書面3別紙で述べたとおり、現行法は、現行法の単独親権制とはすなわち、父母間に子の養育に関する意見の対立があってもこれを調整する仕組みを一切用意せず、事実上の父母間の力関係に解決を委ねるか(これを解決というのかどうかはともかく)、当初からの単独親権(認知等の場合)及び単独親権への移行(離婚の場合)によって養育に関する決定権そのものを一人の親に集中させることによって解決する制度、である。つまり、憲法14条との関係で見れば、現行法の単独親権制という不合理な差別こそが、親の養育権の調整方法ということであり、これによって結局婚姻中の親権を有する父母であっても非婚の父母であっても、自身の養育権が他方親等により侵害をされた場合、適切にこれを回復する手段を持たない、と

ということである。というよりも、現行法が上記「差別」によって父母の立場を調整するのは、根本的に、すべての親に実は養育権を認めていない、ということのあらわれである。上記差別は、法律婚状態にある者だけ「互いに協力して子を育てるべき関係」（被告第1準備書面5頁等）として、国家が法律婚として想定するあるべき形にある者にだけいわばシンボリックな意味で共同親権を付与するものである。このように現行法は親個人としての養育権を前提にした親権制度になっていないことから、結局、「互いに協力して子を育てるべき関係にない」状態になれば単独親権への移行と言う乱暴な方法による解決でも問題がないことになる。この意味で、本件差別は、親としての養育権を根本的に認めていないことが、不合理な差別と言う形であらわれたものである。この意味で、本件原告らは婚姻中の者も含めて、すべて現行の不合理な法により、憲法14条違反の人権侵害も受けている。

以上、原告準備書面3で主張してきたことと合わせて、単独親権制による人権侵害についての原告らの主張は、中央大学の鈴木博人教授の意見書からも裏付けられる（甲48）。

主張及び原告からの説明としてはここまでであるが、この点は、現行法の評価や法改正における議論でしばしばみられる誤った対立構造にも関連している。議論の中で、親権や監護状態を有する側の都合を訴える立場や監護を奪われている者の中でも法律婚にある（あった）者だけを救うべきとする立場、などの様々な対立構造があり「分断」とも呼べる状況になっている。しかし、これは現行法の内容や実際の運用を見誤った無意味な分断ともいえる。準備書面3で指摘した立法過程からも明

らかなように、現行法は、法律婚の有無、性別などにかかわらず実際は「誰の」養育権も尊重せず事実状態に委ねてしまっているものである。法が法律婚の父母と非婚の父母を差別するのは明らかに憲法14条違反の差別であるとしても、この構造は見失ってはならないと考える。

2 立法不作為にかかる主張について

(1) 立法不作為の内容

①現行法の民法818条3項の「父母の婚姻中は、」の記載はこれまで述べたとおり明らかに違憲であるから削除すべきである。そうすると、父母は婚姻中か否かに関わらず原則親権者となるから（民法818条1項）、819条も削除される。その上で、民法819条は、父母が子を養育する地位の（不合理な）解決策であったのであるから、これが削除されることにより、必然的に、父母の地位を調整する規定が必要となる。その際、②共同親権者たる父母の養育権を保障しこれを適切に調整するための立法が必要となる。

(2) 作為（立法）可能であること

以上の立法（改正）を怠っていることが立法不作為の内容である。②については、当然広範な立法裁量があり、父母の養育権が保障され適切な調整を行うものであれば、幅広い内容の立法が考えられる。当然、本訴訟で下される違憲の判断は、その改正後の立法の具体的内容にまで及ぶものではない。ただし、現実的に可能であるか否かは不作為の違憲判断においても重要であるから、これまでの民法研究者らによる、実際の改正案を挙げる（時系列順に、水野案（甲49）、許案（甲50）、犬伏案（甲51）、山口案（甲52-6））。各案は現行法が改正が必要であることははっきりと指摘した上で、親の養育権の尊重を意識し調整するものであるから、合憲の

範囲内であると考えられる。この意味で、実際の改正は可能である。

加えて、原告訴訟代理人の具体的な意見を述べると、各案はいずれも最終的に裁判所への調整を委ねており、多くを裁量に委ねているが、実際の家裁実務を体験した原告訴訟代理人や原告らからすると、「子の福祉」の曖昧さで不安は残る。訴状で「裸の子の福祉」と表現したものである。結果として、国家や他の私人（他方親を含む）によって養育に関する親の利益に不当に踏み込まれることのないよう十分な注意は必要である。特に我が国においては、現行法の内容やこれまでの運用がそうであるように、曖昧な「子の福祉」だけが独り歩きすることで、重要な利害関係人であるはずの「親」の立場・利益を半ば無意識的に捨て去ってきた歴史と現在がある。現行法が、親個人の地位を無視して、非婚時一律単独親権とすることはまさに本件で訴えていることの中核である。親の養育意思や能力を一切問題にすることなく、非婚時は一律に父母の一方は親権を奪っても構わないという現行法の価値判断は、親という立場・利益を元々無視しているからこそなせる業なのである。それ以外にも法解釈の前提として、親個人の子を養育する利益を完全に無視した考え方も横行してきた。顕著な例として、本件答弁書3頁から4頁では、「非親権者の同意不要の代諾養子縁組について」の議論の中で、最高裁平成26年4月14日第一小法廷決定（平成25年（許）第26号、民集68巻4号279ページ）の判示の内容として（非親権者からの親権者変更を申立てることができないことに関して）、
「親権者による親権行使が不適切なもので子の保護の観点から何らかの措置をとる必要があるときは、親権喪失の審判を通じて子の保護を図ることも可能である。」としている。この判断は、親の養育判

断を阻害する面で子の保護にとっても極めて不十分な考え方であるが、それ以前に、子を養育する親という立場を完全に認識の外に置いてしまっていることが顕著である（この点に関し、代諾養子縁組制度の一連の問題について詳しい研究も過去存在していることが改めて、参考になる。たとえば、「子ども法の課題と展開」（石川稔教授）等（甲53-3））。また、民法だけの問題にとどまらず、訴状でも記載したとおり、各種立法と運用の中で、親は何らの手続保障もなく子の居所を知る機会すらも奪われてしまうことも横行しており、これは親子関係の基本法である民法が親の地位・利益を無視したことの結果であるといえる。

以上のように、我が国における「親」の地位・利益が認識されてこなかった歴史と現状の中では、親の養育権調整のために最終判断を裁判所に委ねたとしても、その価値判断基準が曖昧なままでは、実際の運用上親の養育権保護が骨抜きになりかねない。この点は、我が国の特徴的な問題として法改正においても十分注意すべきと原告は考える。ここで、以下では、多少長くなるが、関連する文献等の指摘を別紙で挙げる（甲54～甲59）。

（3）立法における原告らの考え方・案

以上、別紙で、訴状における原告の主張と同趣旨または類似の趣旨の指摘を引用した。原告らにおいても、各指摘のように、これまで我が国が子を養育する「親」という地位・利益に向き合ってこなかった歴史の中で、現行の明らかに不合理な法が改正されるとしても、真に、②共同親権者たる父母の養育権を保障しこれを適切に調整するための立法、になるか否かは強く懸念する。「子の福祉」概念が曖昧なまま、最終的には広汎な司法の裁量に委ねるのであれば、結局、現状のように、親が子を養育する地位が、国家や（他方親も

含む) 他の私人に不当に介入され制限させることがおこってしまう。ここが大きな懸念であり、ここを意識して上記引用した各見解の視点を十分に取り入れた立法が求められる。

そこで、特に我が国では、「親権」という法が作出した地位以前に、これが「父母」に属するケースにおいては、「父母」が子を養育する親の立場にあることが親権帰属の基礎となっていることを宣言的に明記することが望ましいと考える。たとえば、親権の父母帰属を規定する民法818条1項を、「父母が子を養育する利益及び責務をまっとうするため、成年に達しない子の親権は子の父母に帰属する。」とするなどである。これは、親権の内容である、子の「監護」「教育」(民法820条)以前に、これらの行為を親(父母)がなす場合、より広範な子の養育という行為の中にあることを明記するとともに、以下に述べる各判断において父母の親としての地位の尊重を確保する趣旨である。なお、親の尊厳についての宣言的規定の導入については、民法改正私案を掲載している後藤富士子弁護士のコラムの理解と重なる(甲60)。

その上で、以下は、親の養育権との関連で子の福祉を具体化する考えである。これは立法で明記されるか、あるいは、上記のような養育権の宣言規定の下で運用面の注意とするかなど考え方はあるが、提示したい。

大雑把な考え方として、まずは判断の対象事項を、養育判断の範囲外の事項(消極的な子の福祉)と、養育判断の中での事項(積極的な子の福祉)に分けることは必須であると考ええる。

前者の消極的な子の福祉、典型的には子が親から明らかな虐待行為を受けている事案などは、そもそも、養育判断を逸脱した養育権の枠外の事案であるから、司法や行政による判断も行いやすく、ま

た、その判断になじむ。たとえば、犬伏案（甲51）の改正819条3項は面会交流について「ただし、他方の親は、子の利益を害する特別な事情がない限り子との面会交流をすることができる。」として、消極的な子の福祉判断を行うべき事案以外は、面会交流権を尊重する形となっている。原告訴訟代理人としては、頻度や方法において、「他方親」の判断権の範囲をより明確に規律する必要はあると考えるが、これも裁判所の判断の対象事項を消極的な子の福祉に限定することを明記した例である。

後者の積極的な子の福祉については、子の養育判断を第1次的に行うのは親であることから、原則、親の判断の調整に判断事項を絞る意識が必要である。この点も各案は工夫がみられ、親が養育判断権者であることが現行法よりも意識された内容となっているが、それでも最終的には司法の「子の福祉」という基準に委ねている面があり、懸念は残る。この点、考え方案としては、まず、親の判断の不一致が両立可能な日常生活に関する監護の分担の多寡に関する「事項」の場合、司法はその内容にできるだけ立ち入らず親の養育権の調整だけを考えればよい（現状は曖昧な「子の福祉」の概念で、この内容に過度に立ち入っているために親子の断絶がおこることがある。）。公平な養育機会の確保、効率的かつ現実的な監護分担の在り方を踏まえ、たとえば、実質的な監護比率を年間で半々とすることを可能とする中で、具体的な年間の日数分担としては2：1とするなどの複数の選択肢があらかじめ例示され、その上で必要な場合に司法が分担の具体的な割合や方法を調整することが考えられる。なお、たとえば、一方の親が完全な交代監護を主張し、一方の親が他方親の面会を月1回に制限したいとしている場合などについては、これは、一見非両立に見えるが、これは監護分担の程度の間

題として日常の監護分担多寡に関する争いであり、「事項」としては両立可能である。他方で、完全に方針自体が非両立の事項はどうか。たとえば、ある予防接種を受けるか否かなどである。この場合、割合的な問題でもないため、司法が最終的には養育判断の内容に立ち入らざるを得ない。このような場合はおそらく諸外国もその価値判断の在り方に議論と課題が残っており、明確なものはないかもしれない。このような事項がもっとも難しい判断の場面であり、たとえば、このような場合こそ一定の年齢以上の子の意思表示や手続参加を義務付けるか、また、科学的知見の取り入れ方をどうするかなど、様々な選択が考えられるが、絶対の解決策は見出しがたい。ただ、それでもここで重要なことは、このような非常に難しい司法の介入「事項」であることを認識・区別することである。別紙の大村教授の指摘にもあるように、現状はこのような司法の積極的判断が必要な事項でもないのに、なぜか、曖昧で判断者の恣意的な子の福祉や（実際は根拠不明な）科学先にありきの判断を無批判に行っていることが、親子の立場を置き去りにする現象を起こしている。すくなくとも、このような限られた「事項」であるか否かを場合分けする形の立法がなされることが望ましい。

以上、原告らの考えは、あくまで、方向性としての考えであり、前記①及び②の立法行為がなされれば、その具体的立法内容自体は合憲の範囲内で完全な立法裁量があることは当然である。それでも、現状我が国の親子法と運用の最大の特徴は、親の個人の尊厳をほぼ無視し、重要なステークスホルダーの一人としての立場を否定してきたことである。このような状況が長く続いた我が国においては、その異常さを正面から見つめ、その反省を踏まえた立法がなされることが必要である。そのためには、原告が何度も訴えているよ

うに、現行法の在り方や問題点を冷静に分析することが出発点であり、本訴訟もこの役割を微力ながら担うものでありたいと考えている。

以 上

別紙

1. 原告準備書面4における立法案の検討に際しての参考文献

(1) 大村敦志「家族法第3版」(甲54—5, 6)

大村敦志教授による2010年出版の家族法第3版181頁において、「3理念の再考—「子の利益」の神話性」と題して、本件原告らの主張に沿う記述が見られる。「親権・監護権の帰属が問題となる場合に・・・、子供にとっては父親と暮らす方が望ましいとか母親と暮らす方が望ましい・・・といった判断が軽々に下されてよいのだろうか。家庭裁判所の判断に疑問があるといっているのではない。家裁は慎重な判断を下しているにちがいない。しかし、慎重で適正な判断が下されれば下されるほど問題は大きくなるともいえるのである。どんな親がよい親か、誰がよい親か、といった実体的な判断を国家の名において行うことの是非、それがここでの問題なのである。・・・誰もが子どもをもちうるというのが原則だとするならば、「子の利益」による判断が正当化されるのはいかなる場合かはそれこそ慎重に検討される必要があるだろう。そうだとすれば、面接交渉や共同監護についても、親の権利としての側面をも十分に考慮に入れた議論が必要ではないだろうか。そして、「子の利益」はそれを積極的にはかるのではなく、それが著しく害される場合に機能する制約的な原理として位置づけるべきではないかと思われるのである。」

また、304頁の「三 家事事件の特色」として、次のようにもいう。「親権者の指定・変更についても、当事者が納得しない限り、紛争は終結しない・・・家庭裁判所における審判(あるいは調停)は、当事者間の紛争を法的にのみならず心理的に解決するものでなければならない。・・・以上のような心理学的・社会福祉的アプローチには大きなメリットがあることは確かである。しかし、反面で、その危険性にも十分に注意を払う必要がある。・・・子の奪い合いについても、・・・決定的な基準とされるのは「子の利益」である。そし

て、この点に関する家裁の判断は、心理学などにもとづく「科学的判断」によって正当化される。子どもにとって何が幸福かを、裁判所が科学の名において宣言するのである。この科学主義は、戦後の新しい考え方として、・・・支配してきた・・・。しかし、過剰な科学主義によって、過度に介入主義的な決定がなされることに全く問題がないかどうかは、考えてみるに値することがらである。・・・離婚紛争においても監護紛争においても、当事者の関係調整が必要だということは否定しがたい事実だろう。しかし、調整はあくまでも「法」にもとづく権利配分を前提としたものでなければならないのではなかろうか。

「法」の基本的な判断を前提としたうえで、当事者にとってベターな解決が模索されるべきなのであり、「法」を無視した心情的な、あるいは「科学的な」解決がなされるのは望ましいことではなかろう。・・・「子の利益」を基準に掲げるだけで、その適用については家裁に大きな裁量権限を与えている現行法のあり方に、全く問題がないかどうか、問題として考えてみる必要があるだろう。」

(2) 古賀絢子「オーストラリア家族法における離婚後の共同養育推進と「子の利益」」(甲55)

「子の利益」に関しては、豪州における共同養育法制の変遷を分析した、古賀絢子「オーストラリア家族法における離婚後の共同養育推進と「子の利益」」も参考になる。

「2019年改正提案がそのまま、法改正へ結びつくかは分からないが、現時点で、2006年改革の共同養育推進に対し、一つの評価を下したものと言える。とはいえ、それは1995年法以来整えられてきた共同養育法制、つまり共同養育の法的承認自体を否定するものではない。・・・離婚後の共同養育法制が、「子の利益」のために、「できないこと／してはいけないこと」・「できること／すべきこと」とは何かを検討し、日本法制の検討作業への示唆を求める。・・・共同養育法制における「子の利益」規範の意義について、・・・つま

り、その意義とは、「共同養育による子の利益」などの特定の実体的価値へ社会を導くことよりも、「子の利益」に関わる多様な価値について当事者が具体的に検討・調整するための手続的機会を確保し、その手がかりを提供することに在る、と。・・・というのも、「子の最善の利益」は直接には養育紛争裁判の解決規範であるが、裁判外の合意形成プロセスにおいても重要な指針となる。養育紛争解決における合意形成重視の意義については、・・・共同養育における父母の対立抑制を図るためであると共に、各家族における真の「子の利益」の追求は、当事者の自律的な解決によってこそ実現できるとの考えも示されている。

とすると、「子の利益」規範の内容及び提示の在り方を組み立てる際には、当事者による「子の利益」の自律的な追求を促し支えるという意義への意識が求められよう。つまり、「子の利益」規範は、裁判官だけでなく、当事者の理解に配慮した形で規定される必要がある。・・・以上を踏まえて、日本の親権・監護法制をみるに、「子の利益」は親権行使における指針という行為規範（民法820条）、及び、離婚後の親権者変更における裁判紛争解決規範（民法819条6項）などとして定められているが、離婚後の親権者指定における基準としては明記されていない。そもそも豪州が改革前から一貫して置いてきた、「子の利益」の最重要性の原則及びその具体的構成事由の定めはない。もちろん裁判実務においては「子の利益」が最重要視され、その具体的検討をもとに適切な解決が図られている。とはいえ、上述の通り、裁判外での当事者の「子の利益」の自律的な追求と実現を重視すれば、当事者への規範提示の観点から、日本でも、「子の利益」の最重要性の原則及びその具体的構成事由を条文上明記することを検討しても良いのではないだろうか。」

(3) 山口亮子「離婚後の共同親権の可能性」(甲56)

そして、2009年頃にはすでに、山口亮子「離婚後の共同親権の可能性」の論考において、子どもの利益の考察に際しての指針を示している。「親の子どもに対する権利性を否定するのみでは子どもの利益や子どもの権利を確保でき

ないのであり、親の不当な権利支配に国家がどのように介入し得るかという、親と国家との権利の拮抗関係において子どもの利益を考察していく必要がある。欧米ではその土壌があるからこそ子どもの利益について一定の共通理解が成立し得ている。欧米で共同親権が成立した背景には、単に子どもの利益のみからではない、強い「権利」の視点が存在しているのである。「子どもの利益」という同じ言葉を用いても、日本の面接法理がアメリカとは正反対の方向を向いているのは、「権利」のとらえ方が異なるためである……。日本の面接交渉について法学者の中にも非権利的なアプローチをとり、子の福祉を全面に出す形を取る者が多いことを指摘し、そこにはもっと深いところで権利的な構成を嫌う日本社会の体質が影響を与えている……。その非権利性については、……「にほんの伝統や習俗に基礎を置く日本の家族法」を尊重すべきとの主張にも表れるが、その自然な関係と思われている伝統や習俗により如何に家庭の中で弱者が顧みられなかったか……。これに対しては、「法は文化ではなく文明であるとし、文化の言葉によって思考停止することなく、法の言葉によって具体的な問題ごとに深く思考すること」を主張……。支持したい。」

同論文において、山口亮子は、「今日において親権とは何かという問題も再び離婚後の共同親権についての議論を成熟させる必要があると思われる。ただしこの場合、諸外国が改正しているからとか、共同親権が子どもの利益にかなうからという理由のみでは、もはや立法化の正当性を満足させることはできない。離婚後の子どもの利益概念については法律家の間でも一定の共通理解ができていない現状にあるわが国で必要なことは、その規定が法的に正当であるか否かを検証することである。そのためには憲法との整合性が検討される必要がある。」としており、本件における、単独親権制の違憲訴訟の意義をも示唆するものである。その時点で、やはり、次の点も指摘していた。「わが国においてしばしば調停などの実務上、面接交渉の調整において「子どもの利益」という視点から両親が説得されて面接交渉が取り決められたり、あるいは反対に面接交

渉が制限されたりしており、また離婚後の共同親権の正当性についても子どもの利益の視点から議論されることも多い。離婚時に父母が子どもの利益に従って親子の交流を認め合うようになることは当然非常に効果的ではあるが、法的にいまだこの概念の定義は共通認識を得ていないように思われる。その場合、何が子どもの利益かということは畢竟価値観の対立に陥りがちとなり、ほとんど好き嫌いの類を脱しないものとなるという欠点がある。たとえば、梶村太市教授は、「子どもを面接交渉のわずらわしきから解放し、自由にのびのびと生活させたい、子が自由意思を持つようになって自分から会いたいと願うようになった段階で自由に会えばよい、とにかくそれまではそっとしておいてやりたい」という監護親の想いを「わが国の伝統的な法文化」とし、これを「無価値なものとして否認し、近代的あるいは現代的といわれるアメリカ的な、あるいはヨーロッパ的な面接交渉原則肯定論にたってそれを基本的な解釈指針として家裁実務を運用することがベターだとは、どうしても思えない」と主張する……。子どもの自由意思がいかなるものであるかがまずここで問われるべきであるが、未だそれに対する研究に欠けている段階では、「そっとしてやる」ことが子どもの意思にかなうものだと理解されるのが国民の大多数の傾向であろう。それは、民法が離婚後の家族の方向性について無言であるためであり、協議離婚を許し、法が離婚後の家族の幸福について積極的に示してこなかった証である。……諸外国においては「子どもの利益」の視点から離婚後の共同親権へと改正された経緯があるが、それはその背景に親の権利に関する法的観念が存し、かつ離婚後の子どもについての科学的な研究成果があり、一定の法的考察が存在しているからである。」

(4) 水野紀子「親族法・相続法の特殊性について」(甲57)

2007年の水野紀子「親族法・相続法の特殊性について」という論文では、「親権者間の意見の不一致などの子の問題は、子の福祉を至上のものとする観点からは、当事者の合意が無条件に結論となつては困るため、当事者主義的運用

に適さない領域であり、かといって客観的な一律の基準は設けがたい、西欧法ももつとも難問とする領域である」として、「いずれにせよ家事調停で互譲の精神による合意形成を待つことが適切な手続とはいえず、裁判所が強制力をもって早期に介入しないと、裁判所外の自力救済による悲惨が募るばかりであり、「裁判官が、従来以上に広範に介入して、家族の調整を行わざるを得ない」と指摘していた。

とりわけ、内田貴著書における「共同で親権を行う場合に、意見が一致しなかったらどうするのだろうか。・・・家庭裁判所はどのように介入するのだろうか。『進学させなさい』などと口を出すのもおかしい。かといって、『母の意見に従え』などと決定すると、両親の関係が破綻してしまうかもしれない。もつとも、父母の意見の調整がつかず、裁判所に問題を持ち出さざるを得ない事態になれば、実際上は父母の婚姻関係は破綻していることが多いだろう。そうなれば、あとは離婚の際の親権者の決定という形で処理するほかない」という記述について、「従来の日本社会における家事紛争への消極的関与を前提とする、いわゆる「常識的」判断であるのかもしれないが、賛成できない」と意見している。

2. その他これまでの原告らの訴状等の主張に関連する参考文献

(1) 養育権について

訴状等において原告らが主張していた「養育権」が憲法上の人権として保障されるものとする理解に親和する論文として、2013年の早稲田大学西原博史教授の「親の教育権と子どもの権利保障」では、民法における親権保障の裏に、憲法上の基本的人権としての実質を持った親の教育権が不文ながらも存在していることが伺え、根拠条文としては、憲法13条、19条、24条が挙げられることを論証している（甲58）。

親固有の権利義務に関しては、関西学院大学の山口亮子教授の「日米親権法の比較研究」においても詳しい（甲52—1～5）。

(2) 戦後の民法改正の実情について

原告らは、準備書面3において、単独親権制の立法目的の検討に際し、戦後の民法改正の実情を明らかにしてきたが、2004年、東京経済大学の依田精一名誉教授の「家族思想と家族法の歴史」内の「補論 占領政策における家族制度改革」という論文内、「二 民法改正における日本側の対応・三 民法改正に関するGHQと司法省の会談 むすび」において、「戦後の民法改正の実情に関し、我妻栄を中心とした日本側の起草委員、幹事が改革の当初に考えていたのは、三世代同居を前提にした、氏を同じくし、家族成員全員の労働の寄与による財産を形成している家族像だったようであり、この点に関する改正を指摘されたが、彼等には、それが、なぜGHQ側の家族観と衝突して譲歩せざるを得なかったのかは、ついにわからなかったようであり、日本の改革推進者の限界を見る思いがする」とむすんでいる（甲59）。

以上