

副本

令和元年（ワ）第31444号 損害賠償請求事件

原 告 岡直幸ほか10名

被 告 国

第5準備書面

令和4年5月23日

東京地方裁判所民事第43部合C1係 御中

被告指定代理人	安 實 涼 子
	本 村 行 広
楠 幸 太	捕
松 波 隆 也	捕
寺 下 征 司	捕
安 部 賢	捕
高 橋 あ ゆ み	捕
村 上 岳	捕
伊 集 浩 平	捕

被告は、本準備書面において、原告らの令和3年1月25日付け準備書面3（以下「原告ら準備書面3」という。）及び令和4年2月17日付け準備書面4（以下「原告ら準備書面4」という。）に対し、必要と認める範囲で反論する。
なお、略語は従前の例による。

第1 民法818条3項の立法趣旨について

1 原告らの主張

原告らは、被告が、民法818条3項の立法目的について、「子の利益の確保に主たる目的があるが、その背景には両性の本質的平等という基本原則があり、このような意味で子の利益の確保及び両性の本質的平等にあると解され、また、その立法目的に合理性が認められる」と主張したこと（被告の令和3年9月14日付け第4準備書面（以下「被告第4準備書面」という。）第1の3(1)ア・5ページ）に対して、「被告のいうところの「子の利益の確保」は、正当な目的とはいえない。」（原告ら準備書面3第2の1(1)ア・11ページ）、「現行の婚姻中共同親権の目的が両性の本質的平等であると捉えることは適切ではない。」（同準備書面第2の1(1)イ・11ページ）、「法として目的のための機能を欠いている場合は、目的の正当性の不存在と捉えることが適切である。」（同準備書面第2の1(2)・12ページ）と主張する。

2 被告の反論

しかしながら、民法818条3項も含め、民法の定める親権制度の立法目的が「子の利益」の確保及び両性の本質的平等にあることについては、被告第4準備書面第1の3(1)ア（3ないし5ページ）で主張したとおりである。また、本件と同種の事案に係る東京地裁令和3年2月17日判決（平成31年(ワ)第7514号・判例秘書登載）及びその控訴審判決である東京高裁令和3年10月28日判決（公刊物未登載。乙9）においても、関連する民法の諸規定を指摘するなどし、民法は、「親権の中核をなすと考えられる子の監護及び教育を

する権利が「子の利益」の為に行使されなければならず、また、親権者の義務でもあることを明示している。」、民法においては、「民法の定める親権制度が「子の利益」のためのものであることが明示されている。」などと判示した上で、「親権は、あくまでも子の利益のための利他的な権限であり、その行使をするか否かについての自由がない特殊な法的な地位である」旨判示されているところである。

したがって、原告らの前記主張には理由がない。

第2 現行法の理解に関する原告らの主張が誤りであること

1. 原告らの主張

原告らは、婚姻中共同親権について、「父母の意見が不一致の場合の解決方法がないことは法文上も明らかであり、被告も認めている。」などと主張する（原告ら準備書面3第2の1(1)ア・9ページ）。

2 被告の反論

(1) しかしながら、以下に述べるとおり、父母が親権を共同で行使すべき場合に、父母が共同で子に関する適切な判断をすることができないときについては、この問題を直接的に規律する明文の規定がなくても、現行民法上、種々の制度を活用することでその解決を図ることができる。

(2) 例えば、父母が共同で子に関する適切な判断をすることができない場合、父母の一方は、民法766条を類推適用して、家庭裁判所に対し、子の監護権者を指定するための調停・審判を申し立てることができ、特に迅速に定める必要がある場合には、保全処分を申し立てることもできる（家事事件手続法157条1項3号）。

加えて、父母の一方による監護権行使、親権行使が子の利益を侵害するものであると考える他方親は、親権停止・親権喪失等の申立てを行うことができ（民法834条、同条の2）、更に必要な場合には、保全処分として、仮

の監護権者指定や、職務執行停止・職務代行者の選任等の裁判を得ることもできる（家事事件手続法157条1項3号、同法174条1項、175条1項及び同3項）。また、親権の一部である管理権のみを喪失させる手続も存在する（民法835条）。

(3) 現行法においては、以上のような各種制度が設けられ、子の利益を尊重すべく運用されているから、父母の意見が不一致の場合の解決法がないとの原告らの前記主張には理由がない。

第3 憲法14条違反に関する主張について

1 原告らの主張

原告らは、「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。」、「「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」に当たる」、「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。」などと主張する（原告ら準備書面4の1・1ないし6ページ）。

2 被告の反論

(1) 原告らの主張する「子の養育に必要不可欠な地位」の意味するところは判然としないが、要するに、法律婚にある父母とそれ以外の父母では、親権又は原告らの主張する「養育権」や「子の養育に必要不可欠な地位」において不合理な差別があり、かかる差別は、「社会的身分」又は「政治的、経済的又は社会的関係」による差別である旨主張するものと解される。

(2) しかしながら、憲法14条1項が規定する法の下の平等とは、個人と個人の間の平等をいい、同項が禁止する不合理な差別も、個人と他の個人との間

の不合理な差別をいうものと考えられる（例えば、芦部信喜教授は、法の下の平等は「個人権」であり、「個人尊重の思想に由来」すると説明している（芦部信喜〔高橋和之補訂〕「憲法第七版」129ページ）。）。原告らは、法令上の区別として「法律婚にある父母」という人的関係と「非婚の父母」という人的関係との間の差異について述べるところ、このような差異が、そもそも憲法14条1項の禁止する不合理な差別に該当し得ること及び理由については明らかにされていないのであって、原告らの主張には理由がない。

(3) 他方、原告らの主張が、個々の国民という個人を主体とする法令上の区別をいうものと解したとしても、被告第1準備書面第2の2(3)（4ないし6ページ）で述べたとおり、婚姻中の父又は母とそれ以外の父又は母とでは、その置かれている状況が法律上も事実上も異なり、本件規定は十分に合理性を有するのであるから、これが憲法14条に違反している旨の原告らの前記主張には理由がない（同準備書面第2の5・10及び11ページ）。

また、現行法においても、親権の有無にかかわらず、法律上、親子であることに変わりがなく、親は子に対する扶養義務を負い、子は扶養を受け得るものであり（民法877条1項）、子と同居していない親でも、監護に要する費用（養育費）について、少なくとも抽象的な支払義務は原則として負っているものと解される（乙9）。さらに、たとえ父母の一方しか親権を有していない状態であっても、父母が相互に協力し合って養育に関与することが現行法上禁止されるものでもない。仮に、父母が婚姻中であるか否かを問わず、上記のような父母間の協力が見込めない場合もすべからく父母双方が親権を有することとし、子に関する事項について父母が共同して決定することとすると、被告が既に主張しているとおり、親権行使に関する父母の合意が適時適切に得られないおそれがあり、子の利益の確保に重大な支障が生じることが想定されるものであり、このような事態を防止するという点でも本件規定は合理性を有している。

(4) したがって、法律婚にある父母とそれ以外の父母では、親権又は原告らの主張する「養育権」や「子の養育に必要不可欠な地位」において不合理な差別がある旨の原告らの前記主張には理由がない。

第4 立法不作為に関する主張について

1 原告らの主張

原告らは、「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、(中略)819条も削除される。」、「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。」旨主張した上で、「以上の①及び②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、(中略)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な内容にまで及ぶものではない。」と主張する(原告ら準備書面4の2(1)及び(2)・6ページ)。

2 被告の反論

(1) 被告第1準備書面第2の1(2及び3ページ)で述べたとおり、国会議員の立法行為又は立法不作為が国賠法1条1項の適用上違法となるかどうかについて、仮に当該立法の内容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同項の適用上違法の評価を受けるものではない。法律の規定が憲法上保障され又は保護されている権利利益を合理的な理由なく制約するものとして憲法の規定に違反するものであること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その改廃等の立法措置を怠る場合等に、例外的にその立法不作為が同項の適用上違法の評価を受けることがあると解される。

(2) 本件については、被告第2準備書面第4の2(3)(12ページ)で述べたとおり、仮に離婚後共同親権制度を導入するとした場合に克服しなければならない課題が多いことからすれば、原告らの主張するような本件規定の「父母の婚姻中は、」を削除して共同親権者たる父母の「養育権」を保障する立法の不作為が国賠法上違法と評価される、すなわち、法律の規定が憲法上保障され又は保護されている権利利益を合理的な理由なく制約するものとして憲法の規定に違反するものであることが明白であるといえるためには、当該制度の導入により生ずる多くの課題を克服し、一定の合理性を有する現行の親権制度と対比して合理的な制度となるような立法措置を執り得ることの明白性が、その具体的な立法内容とともに主張立証されなければならないというべきである。

これに対し、原告らは、前記のとおり「②(引用者注: 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)については、当然広範な立法裁量があり、(中略)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、その改正後の具体的な内容にまで及ぶものではない。」と主張する。この主張が、原告が主張するところの立法不作為が国賠法上違法と認められるために、上記のような執られるべき立法措置の具体的な内容を何ら主張立証する必要はないとの趣旨であるとすれば、それは、立法不作為が国賠法上違法と認められるための要件を正解しないものであり、失当である。

また、これまで主張してきたとおり、そもそも親権及び原告らの主張する「養育権」が憲法上保障されている権利利益であるとは認められないのであるから、原告らの主張する立法不作為は、憲法上保障され又は保護されている権利利益を合理的な理由なく制約するものではなく、国賠法上の違法性は認められない。

(3) なお念のため、以下、現行の親権制度につき憲法の規定に違反するもので

あることが明白であるとは到底いえず、したがって前記(1)の例外的な場合に当たらないことについて、従前主張したところに加え、補足して主張する。

ア 原告らは、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の具体的な内容について、例えば、⑦原告らが主張する各意見書（甲4 ないし5 1、5 2の6）を根拠とする「親の養育権調整のために最終判断を裁判所に委ね」る方法（原告ら準備書面4の2(2)・6ないし8ページ）及び①「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」方法（原告ら準備書面4の2(3)・10ページ）を提案しつつ、他方で、⑦予防接種を受けるか否かなどの事項については、絶対の解決策は見出し難い、などと述べる（原告ら準備書面4の2(3)・11ページ）。

イ しかしながら、⑦についていえば、そもそも、そのような決定を裁判所が行うことについて、法の解釈適用によって解決できる問題といえるかなどといった裁判所の能力の面でも、裁判所が子の成長について責任を負うことができるのかという面でも、慎重な検討を要する。例えば、子の進学先につき、父母の一方がA学校、他方がB学校を主張して折り合いがつかない場合、裁判所が適切に判断することができるのかという問題が生じ得るし、その判断が下されるまで子はどの学校にも進学することができないのかという問題が生じ得る。また、一たびそのような重大事項についての判断を第三者が行った後、なお、子に関する決定を父母が共同で行うことというのが子の利益に適うのかという点についても慎重な検討を要する。この点については、例えば、ドイツなどでも、裁判所自身が判断するのではなく、父母のいずれかを決定権者として定めるという法制を採用してい

るなど、比較法的にも様々な制度があるようであり、少なくとも、裁判所が決定を代行するような制度が、唯一の適正な制度であるということができないことは明らかである。

ウ また、①については、現行法においても、父母が相互に話し合い、監護を任意の割合で分担することは婚姻中であるか否かを問わず可能であるし、また、面会交流についても、個別の事案に応じ、例えば月の半分や3分の1などの割合で行うことも制度上可能である。原告らは、そのような父母間の話し合いができない状態も含め、原則として一律に何らかの監護の分担割合や面会交流の頻度等を父母に法令で強制することを求めるものと解されるが、それが、子の監護に関する父母の希望や適性の有無・程度及び子の意見や心情の内容等にかかわらず、一律に、「実質的な監護比率を年間で半々とする」こととなるような監護の分担を強制しようとするものだとすれば、そのような法制度が子の利益に適うものといえるかには疑問があるといわざるを得ない。

エ さらに、⑦については、ある事項について父母の合意が得られない場合、かえって子の利益に反するおそれがあることは、かねてから被告が主張するところである。

オ 以上のとおり、原告らの前記アの主張には理由がない。

(4) 結局、原告らのいう共同親権者たる父母の「養育権」を保障する立法が一般的な意味で子の福祉を促進する場合が仮にあり得るとしても、具体的な制度設計はなお明らかとはいえない上、その導入のデメリットや、現行の調停・審判手続や民事執行手続との整合性を含め多くの検討を要することからすれば、我が国の現行制度が不合理とはいえない現状にあって、原告らが主張する共同親権者たる父母の「養育権」を保障する法的整備をしないことが、「憲法上保障され又は保護されている権利利益を合理的な理由なく制約するものとして憲法の規定に違反するものであることが明白である」といえない

ことは、明らかである。親権制度に伴う子の養育の在り方についてどのような制度を探るのが立法政策として相当かという問題と現行の制度が憲法の条項に違反するか否かという憲法適合性の審査の問題とは、次元を異にするものであり（最高裁令和3年6月23日大法廷決定・判例タイムズ1488号94ページ参照）、区別して検討されるべきである。

- (5) 以上のとおり、原告らの主張する立法不作為は、国賠法上違法とはなり得ない。

以上