令和３年１０月２８日判決言渡　同日原本領収　裁判所書記官

令和３年(ネ)第１２９７号　損害賠償請求控訴事件(原審・東京地方裁判所平成３１年(ワ)第７５１４号)

口頭弁論終結日　令和３年７月８日

判　　決

[redacted]

控　訴　人　[redacted]

同訴訟代理人弁護士　作　花　知　志

東京都千代田区霞が関一丁目１番１号

被　控　訴　人　国

同代表者法務大臣　古　川　禎　久

同指定代理人　清　平　昌　大

本　村　行　広

佐　伯　　剛

伊　藤　　修

吉　木　智　宏

倉　重　龍　輔

志　田　智　之

高　橋　あゆみ

生　部　雅　敏

山　本　勇　治

主　　文

１　本件控訴を棄却する。

２　控訴費用は控訴人の負担とする。

事　実　及　び　理　由

第１　控訴の趣旨

1　原判決を取り消す。

2　被控訴人は，控訴人に対し，１６５万円及びこれに対する平成３１年４月１８日から支払済みまで年５分の割合による金員を支払え。

第２　事案の概要（以下，理由説示部分も含め，原則として，原判決の略称をそのまま用いる。）

1　本件は，離婚訴訟において子の親権者と定められることのなかった控訴人が，裁判上の離婚の場合に裁判所が父母の一方を親権者と定めるという民法８１９条２項の規定（本件規定）は，憲法１３条，１４条１項若しくは２４条２項又は日本が批准した条約に違反することが明白であるにもかかわらず，被控訴人が本件規定を改廃する立法措置を怠っているのは国家賠償法１条１項の適用上違法であると主張して，同条項に基づき，被控訴人に対し，損害賠償金１６５万円（慰謝料１５０万円及び弁護士費用１５万円の合計額）及びこれに対する違法行為後の日である平成３１年４月１８日（訴状送達の日の翌日）から支払済みまで同法４条，民法（平成２９年法律第４４号による改正前のもの。以下同じ。）所定の年５分の割合による遅延損害金の支払を求める事案である。

原審は，本件規定は憲法１３条，１４条１項若しくは２４条２項又は日本が批准した条約に違反するとはいえず，本件規定を改廃する立法措置をとらない不作為に国家賠償法上の違法はないと判断して，控訴人の請求を棄却したところ，控訴人が控訴した。

2　前提事実，争点及び争点に関する当事者の主張は，後記３において原判決を補正するほかは，原判決「事実及び理由」欄の「第２　事案の概要」の２ないし４に記載のとおりであるから，これを引用する。

3　原判決の補正

(1)　原判決５頁２５行目の「甲８の１［６，７］」を「甲８の１［６～８］」に改める。

東　京　高　等　裁　判　所

⑵　原判決６頁２４行目の「親権は，」の次に「基本的人権としての」を，同７頁２行目の「重要であるから，」の次に「基本的人権としての」をそれぞれ加え，同頁３行目の「したがって，」から同頁４行目末尾までを次のとおり改める。「このことは，民法の家族法制の見直しを議論していた公益社団法人商事法務研究会（以下「商事法務研究会」という。）主催の有識者らによる家族法研究会（以下，単に「家族法研究会」という。）が令和３年２月にまとめた報告書において，「親権」の用語を，その本質が子の養育を受ける権利，親が子に対して果たすべき努めであることから「責務」などの別の用語に置き換えるように提案を行ったことからも明らかである（甲５５）。すなわち，両親から親権を受ける立場の子からすると，子には養育を受ける権利があるのであるから，夫婦関係の解消にすぎない離婚に際して，２人の親権者を一律に１人にしてしまうという不利益を子に与える本件規定は，憲法１４条１項や２４条２項に違反して許されないことは明白であり，この趣旨は，合理的な理由なく基本的人権を制限することを禁止した憲法１３条の解釈にも当てはまるものであり，以上を踏まえれば，親権が親子という関係から当然に発生する自然権であり基本的人権であることは明白である。

そして，基本的人権は合理的な理由なくしては制限されてはならない性質を有する権利であるところ，離婚は夫婦関係を清算させる制度であり，親子関係を終了させる制度ではないのだから，離婚を理由に基本的人権である親権を一律に制限するという本件規定は，立法目的と手段との間に論理的関係が認められず，実質的関連性も認められないことは明らかである。また，本件規定は，離婚後に親権を失った親が，離婚後に単独親権者となった親の親権の行使に伴い，子についての費用を扶養義務として負担することを義務付ける制度である点において，離婚後に親権を失った親の基本的人権を合理的な理由なく制限するものである。さらに，仮に，親から子に対する暴力行為があるなどの，一方の親の親権を失わせる必要性がある場合があるとしても，

民法には親権喪失（民法８３４条），親権停止（同法８３４条の２），管理権喪失（同法８３５条）の各審判制度が設けられているのだから，離婚に際して一方の親の親権を失わせなくても，これらの制度を用いることで対応が可能であり，離婚後も原則として共同親権とし，父母間に任意の協力関係が望めない場合には例外としてこれらの制度を用いるというより制限的でない方法が存在しているにもかかわらず，一律に一方の親の親権を失わせる規定であることから，立法目的と手段との間に合理的な関連性がないことは明らかである。

以上によれば，裁判上の離婚をした父母の一方の親権を喪失させる本件規定は，憲法１３条に違反している。」

(3) 原判決７頁２２行目の末尾の次に「また，商事法務研究会主催の家族法研究会が令和３年２月にまとめた報告書において，「親権」を別の用語に置き換えるように提案を行ったことからも明らかであるように，両親から親権を受ける立場の子からすると，子には養育を受ける権利があるのであるから，夫婦関係の解消にすぎない離婚に際して，２人の親権者を一律に１人にしてしまうという不利益を子に与える本件規定は，憲法１４条１項や２４条２項に違反して許されないことが明白であるのは，前記アで主張したとおりである。」を加える。

(4) 原判決８頁１０行目の「親権の」から同頁１２行目の「こと，」までを「仮に親から子に対する暴力行為があるなどの，一方の親の親権を失わせる必要性がある場合が存在しているとしても，前記アのとおり，民法には親権喪失，親権停止，管理権喪失の各審判制度が設けられているから，これらの制度を用いることで対応が可能であり，離婚後も原則として共同親権とし，父母間に任意の協力関係が望めない場合には例外としてこれらの制度を用いるというより制限的でない方法が存在していること，」に改め，同頁１５行目の「また，」の次に「民法８１８条３項ただし書は，父母の一方が親権を

行うことができないときは，他の一方が行うと規定しており，離婚前の夫婦の関係が良好でなく，両者の任意の協力関係が望めない場合，上記規定が柔軟に運用されているのだから，離婚後共同親権制度が採用された場合も，共同親権者である父母による親権行使について意見が対立した場合に対処するためには紛争の解決規定（手続規定）を設ければ足り，そのような規定が存在しないことは立法の不備なのであるから，そのような規定が存在しないことを理由に離婚後共同親権制度の合理性を否定することは許されない。次に，前記アのとおり，本件規定は，離婚後に親権を失った親が，離婚後に単独親権者となった親の親権の行使に伴い，子についての費用を扶養義務として負担することを義務付ける制度である点において，離婚後に親権を失った親の基本的人権を合理的な理由なく制限するものである。さらに，」を，同頁２４行目の「連れ去りを助長し，」の次に「連れ去った側の親に親権が認められ，連れ去られた側の親は月１回程度の面会しか認められず，その面会も理由をつけて拒絶され，子に全く会えなくなったり，」をそれぞれ加える。

(5) 原判決９頁１８行目の「不要であるところ，」を「不要であり，子が親権を有する一方の親の再婚相手との間で養子縁組をして共同親権に復する場合，民法８１９条６項に基づく親権者の変更をすることもできないところ，」に，同頁２０行目の「親が」を「同規定により離婚後に親権を失った親が」にそれぞれ改める。

(6) 原判決１０頁１６行目の「されたこと」の次に「，法務省は，令和元年９月２７日，離婚後共同親権制度の導入の是非などを検討する研究会を年内に設置すると発表したこと（甲２５），自由民主党政務調査会司法制度調査会は，令和２年６月２５日，離婚後の親権制度の在り方，面会交流の在り方などの課題について検討を進めていく旨を発表し（甲５１），法務大臣は，令和３年２月１０日，法制審議会に離婚後共同親権制度と面会交流制度の法改正について諮問を行い，同審議会では離婚後共同親権制度の導入の是非など

を含め議論される見通しであること（甲５９）」を加える。

(7) 原判決１４頁１４行目の末尾の次に改行の上，次のとおり加える。

「　控訴人は，本件規定が離婚後に親権を失った親に扶養義務を課すことになる点で，親権を失った親の基本的人権を合理的な理由なく制限するもので憲法１３条に違反する旨主張するが，親族間の扶養義務は，親権の有無とは関係なく一定の身分関係に基づいて認められるものであり（民法８７７条），本件規定によって非親権者である親に扶養義務を課されるという関係にはないから，控訴人の主張はその前提を欠く。

また，控訴人は，原則として離婚後も共同親権とし，例外として父母間に任意の協力関係が望めない場合には，民法上の各審判制度を用いることで対応が可能であるにもかかわらず，本件規定は離婚後に一律に単独親権とする点で，立法目的と手段との間に論理的関係が認められないなどと主張するが，離婚後の父母に任意の協力関係が望める場合が原則であるとはいい難く，本件規定により離婚時に父母の一方を親権者と定めることで，適時に適切な決定がされ，子の利益を保護することにつながるものであるから，控訴人の上記主張には理由がない。」

(8) 原判決１５頁１６行目末尾の次に改行の上，次のとおり加える。

「　控訴人は，本件規定は離婚後に親権を失った親に扶養義務を課すことになる点で，親権を失った親の基本的人権を合理的な理由なく制限するものであり，憲法１４条１項や憲法２４条２項に違反する旨主張する。しかし，控訴人の主張がその前提を欠くものであることは，前記アのとおりである。

控訴人は，商事法務研究会主催の家族法研究会において，「親権」を別の用語に置き換えるよう提案が行われた旨の新聞記事（甲５５）を根拠に，子には養育を受ける権利があるところ，本件規定は，子が自らで選び正せない両親の離婚という事柄を理由に，子を養育する立場にある者を２人から１人に減らすという不利益を子に与える点において，憲法１４条１項や

２４条２項に違反する旨主張する。しかし，上記研究会において，上記新聞記事が指摘するような，子に養育を受ける権利があるから「親権」を別の用語に置き換えるよう提案を行ったという事実はうかがわれず（乙１１の５２頁），かえって，同研究会の報告書では，親権の性質について，定まった見解はない状況である旨が記載されている（乙１１の４５頁）。この点をおくとしても，本件規定は，裁判上の離婚をする父母について，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として，子の利益の保護を図っているものであって，十分な合理性を有するものであり，控訴人の上記主張は失当である。

控訴人は，父母の婚姻中，親権の行使について両者の任意の協力が望めない場合は，民法８１８条３項ただし書により単独での親権行使が可能であるから，離婚後に父母間の任意の協力が望めない場合も同様の運用が可能であり，離婚後共同親権制度を採用したうえで，父母間の意見が一致しない場合の手続を法律で規定すればよく，そのような立法の不備を根拠として本件規定の合理性は肯定されないなどと主張する。しかし，単に婚姻中の父母間で任意の協力が見込めず，親権を共同行使できないにすぎない場合には，民法８１８条３項ただし書の適用はないと解されている上，同居協力義務を負う婚姻中の場合と，婚姻関係が破綻するなどして離婚した場合を同列に論じることはできず，離婚後共同親権制度の導入によって様々な課題が生じると考えられ，同制度の是非は，正に立法裁量に属する事項であって，本件規定が憲法１３条に違反することが明白であるとはいえない。

控訴人は，本件規定が採用する離婚後単独親権制度が，子と別居親との面会交流を否定したり著しく制限したりしており，健全な子の成長や福祉を害するという不合理な事態を生じさせている旨主張する。しかし，父母が離婚する場合は，父母が別居し，控訴人は父母の一方と同居することと

なるのが通常であるから，子と同居しない側の親は，離婚前に比べて子と接触する機会が減少することは避けられず，このことは，離婚後に父母の一方が親権者として定められる場合も父母の双方が定められる場合も変わりはないのであって，親権の帰属と面会交流の制限とは無関係であるから，控訴人の上記主張は失当である。」

第３　当裁判所の判断

１　当裁判所も，控訴人の請求は理由がないものと判断する。その理由は，後記２において原判決を補正するほかは，原判決「事実及び理由」欄の「第３当裁判所の判断」の１及び２のとおりであるから，これを引用する。

２　原判決の補正

⑴　原判決１９頁１３行目の「親権が単独行使される場合であっても，」の次に「親権行使者とならなかった親は，」を加える。

⑵　原判決２０頁２１行目の「公益社団法人商事法務研究会」を「商事法務研究会」と改め，同２１頁１８行目の末尾の次に改行の上，次のとおり加える。

「キ　商事法務研究会は，令和３年２月，家族法研究会において議論された父母の離婚後の子の養育の在り方を中心とする諸課題についての報告書をまとめた。

同報告書においては，親権，監護権，子の扶養，養育費及び面会交流に関する法的概念を整理し，これを明確化するために必要な規律を設けることについて，更に検討を進めることが提案されているが，離婚後共同親権制度を採用することの是非について，家族法研究会として一定の結論を出すに至ったことはうかがえない。

同報告書においては，「親権」の法的性質について，権利であるとともに義務であるという見解，権利性はなく純粋な義務であるという見解等があり，また，親権とは義務であるとされる場合でも，親権者が誰に対して義務を負っているかという点については，社会又は国家に対して

負う公的な義務であるという見解，子に対する私法上の義務であるという見解，それらの両方の性質を有する義務であるという見解等があり，親権の性質については，定まった見解がない状況である旨が記載されている。また，「親権」の用語の在り方について検討した結果，親権の本質は親が子に対して果たすべき「務め」，「職分」であり，親が子に対して「負っているもの」という要素が中心であることについて異論はなかったものの，「親権」との用語に代わり得る適切な用語の候補を絞り込むことができなかったこと，検討経過として，当初，「義務」という語を用いることも検討されたが，親が子に対して負っている職分は，民法における「義務」とは性質を異にするものであるとして賛同を得られなかったこと，その他に「責任」や「責務」の用語が検討されたが，その妥当性についてさらに検討を要するとされたこと，その際に留意すべき事項の一つとして，親権の代わりに「責任」や「責務」という用語を用いることとした場合，現行法における非親権者は，これらの「責務」や「責任」を負わないこととなるため，これによって，これらの者が子に対して何らの責任を負わないかのような誤解が生ずるおそれがあることが指摘されている。（以上，乙１１）」

(3) 原判決２２頁５行目の末尾の次に改行の上，次のとおり加える。

「エ　商事法務研究会主催の家族法研究会が，令和３年２月にまとめた報告書で「親権」を別の用語に置き換えるよう提案したこと，その理由として，親権は，字面から親の権利ばかりをイメージしがちだが，子には養育を受ける権利があり，本質は親が子に対して果たすべき努めのことだからであるとし，置き換え候補として「（親の）責任」や「責務」を挙げたことが報道された（甲５５）。

オ　法務大臣が令和３年２月１０日に，離婚後の共同親権の是非，養育費の支払や面会交流の確保等の，離婚後の子の養育をめぐる課題の解消に

向け関連する制度の見直しを法制審議会に諮問した旨の報道がされた（甲５９）。」

(4) 原判決２３頁１１行目の「親権が」の次に「基本的人権としての」を加え，同２５頁１３行目及び１５行目の各「有す」を「有する」にそれぞれ改める。

(5) 原判決２６頁末行の末尾の次に改行の上，次のとおり加える。

「エ　控訴人は，商事法務研究会主催の家族法研究会が令和３年２月にまとめた報告書において，「親権」を別の用語に置き換えるように提案を行っているが，これは子に親からの養育を受ける権利があることに着目したものであり，そうであれば，離婚に際し親権者を一律に１人にしてしまうという不利益を子に与える本件規定は，憲法１４条１項や２４条２項に違反して許されず，この趣旨は，合理的な理由なく基本的人権を制限することを禁止した憲法１３条の解釈にも当てはまるものであり，親権が親子という関係から当然に発生する自然権であり基本的人権である旨を主張する。

この点，控訴人が指摘する新聞記事（甲５５）によれば，上記研究会において「親権」を別の用語に置き換える旨の提案がなされたこと，その理由として，親権は，字面から親の権利ばかりをイメージしがちだが，子には養育を受ける権利があり，本質は親が子に対して果たすべき努めのことだからであるとされている旨の報道がされたことが認められるのは，認定事実(3)エのとおりである。しかし，家族法研究会がまとめた報告書（乙１１）によれば，親権の本質は親が子に対して果たすべき「務め」，「職分」のことであり，親が子に対して「負っているもの」という要素が中心であると整理し，「親権」に代わる用語として「責務」や「責任」が検討されているが，子に親からの養育を受ける権利があることに着目して用語の置き換えが検討された旨は特に記載されておらず，「責務」や「責任」という言葉を用いた場合，非親権者が子に対して何

ら責任を負わないように誤解されるおそれがあるというマイナス面にも触れられていることが認められるのは認定事実(2)キのとおりである。このように，家族法研究会における「親権」に代わる用語の検討は，子に親からの養育を受ける権利があることに着目して行われたものとは認められないばかりか，家族法研究会で検討された親権とは，離婚により親権者と定められるか否かにかかわらず，親として子に対して負うべきものを想定しているといえるから，家族法研究会において「親権」の用語を置き換えるよう提案がされたことは，離婚後単独親権制度に合理性がないことを根拠付けるものとはいえず，家族法研究会における提案を理由に本件規定が憲法１４条１項や２４条２項に違反し，親権が憲法１３条により保障されているとする控訴人の上記主張は，前提を欠き採用することができない。

オ　控訴人は，親権が憲法１３条で保障される基本的人権であることを前提として，①離婚は夫婦関係を清算させる制度であり，親子関係を終了させる制度ではないのだから，離婚を理由に親権を一律に制限する本件規定は，立法目的と手段との間に論理的関係が認められず，実質的関連性も認められない，②本件規定は，離婚後に親権を失った親が，離婚後に単独親権者となった親の親権の行使に伴い，子についての費用を扶養義務として負担することを義務付ける制度である点において，離婚後に親権を失った親の基本的人権を合理的な理由なく制限するものである，③仮に一方の親の親権を失わせる必要性があったとしても，民法には親権の喪失や停止，管理権喪失の各審判制度が設けられているのだから，離婚後も原則として共同親権とし，父母間に任意の協力関係が望めない場合に例外としてこれらの制度を用いるというより制限的でない方法が存在するにもかかわらず，一律に一方の親の親権を失わせる本件規定は立法目的と手段との間に合理的な関連性がないとして，本件規定が憲法

１３条に違反する旨を主張する。

しかし，親権が憲法１３条で保障されていると解することが甚だ困難であることは上記アで説示したとおりであるから，控訴人の上記各主張は前提を欠くものである。この点をおくとしても，上記①及び③の主張についてみると，離婚後の父母に任意の協力関係が望めない場合が例外的であるとはいい難く，むしろ，父母が離婚した場合には，通常，父母が別居し，両名の人間関係も必ずしも良好なものではない状況となることが想定されるのであって，本件規定は，そのような場合であっても，子の監護及び教育に関する事項について親権者が適時に適切な判断をすることを可能とし，もって子の利益を確保しようとするものであるから，不合理なものであるとはいえないし，また，上記②の主張についてみれば，離婚後に非親権者である親が子に対して扶養義務を負うのは，直系血族は互いに扶養する義務があるとされていること（民法８７７条１項）によるのであって，本件規定によって上記の扶養義務が課されるわけではない。

したがって，いずれにせよ，控訴人の上記各主張は採用することができない。」

(6) 原判決２７頁１行目の「エ」を「カ」に改める。

(7) 原判決３２頁２４行目の「認められない」の次に「（商事法務研究会主催の家族法研究会においても，離婚後共同親権制度の是非について一定の結論に至ったことがうかがえないのは，認定事実(2)キのとおりである。）」を加える。

(8) 原判決３３頁２３行目から２４行目にかけての「合理性がなく，」の次に「民法には親権喪失，親権停止，管理権喪失の各審判制度が設けられているから，離婚後も原則として共同親権とし，父母間に任意の協力関係が望めない場合には例外としてこれらの制度を用いるというより制限的でない他の方

法が存すること，また，共同親権者による親権行使についての意見が対立した場合に対処するためには，紛争の解決規定（手続規定）を設ければ足り，そのような規定が存しないことは立法の不備であるから，そのような規定がないことを理由に離婚後共同親権制度の合理性を否定することは許されないこと，」を加える。

(9) 原判決３４頁１４行目から１５行目にかけての「連れ去りを助長したり，」の次に「連れ去った側の親に親権が認められ，連れ去られた側の親は月１回程度の面会しか認められず，その面会も理由を付けて拒絶され，子に全く会えなくなったり，」を加え，同３５頁２行目の「同居するか」の次に「，子と同居していない親権者と子との間の面会交流をどのように取り決め，実践するか」を加える。

(10) 原判決３５頁９行目の末尾の次に改行の上，次のとおり加える。

「(エ) 控訴人は，本件規定は，離婚後に親権を失った親が，離婚後に単独親権者となった親の親権の行使に従い，子についての費用を扶養義務として負担することを義務付ける制度である点において，離婚後に親権を失った親の基本的人権を合理的な理由なく制限するものである旨を主張する。

しかし，民法は，協議上の離婚において，離婚後の子の監護に関する費用の分担についてはその協議で定めるとし（７６６条１項），協議が調わないとき又は協議をすることができないときは，家庭裁判所がこれを定めるとし（同条２項），これらの規定は裁判上の離婚においても準用されているから（７７１条），子の監護に関する費用の分担は，親権を有するか否かと直接関連するものではないし，そもそも直系血族は互いに扶養をする義務があると定められ（８７７条１項），親は親権を有するか否かにかかわらず子に対し扶養をする義務を負うのであって，本件規定によって扶養義務が課されるわけではないから，控訴人の上記主

張は採用することができない。」

(11) 原判決３５頁１０行目の「(エ)」を「(オ)」に，同３６頁４行目の「(オ)」を「(カ)」に，同頁１２行目の「できるから，」を「できるし，控訴人の指摘するような，子が親権を有する一方の親の再婚相手との間で養子縁組をして共同親権に復しているため，民法８１９条６項に基づく親権者の変更を申し立てることができない場合においても，子の保護を図るために必要であれば，親権喪失の審判（民法８３４条）や児童福祉法上の措置（児童福祉法２８条等）を行うことができるから，」にそれぞれ改める。

(12) 原判決３６頁末行の「(カ)」を「(キ)」に，同３７頁１９行目の「(キ)」を「(ク)」に，同３８頁４行目の「(ク)」を「(ケ)」にそれぞれ改め，同頁１４行目の末尾の次に改行の上，次のとおり加える。

「(コ) 控訴人は，商事法務研究会主催の家族法研究会が令和３年２月にまとめた報告書において，「親権」を別の用語に置き換えるように提案を行っているが，これは子に親からの養育を受ける権利があることに着目したものであり，そうであれば，離婚に際し親権者を一律に１人にしてしまうという不利益を子に与える本件規定は，憲法１４条１項や２４条２項に違反して許されない旨を主張する。

しかし，上記報告書における「親権」の用語の置き換えの提案が，子に親からの養育を受ける権利があることに着目して行われたわけではなく，上記の提案がされたことは，離婚後単独親権制度に合理性がないことを根拠付けるものとはいえず，上記の提案を理由に本件規定が憲法１４条１項や２４条２項に違反するとする控訴人の上記主張が前提を欠き採用し難いことは，前記第３の２(2)エに説示したとおりである。」

３ よって，争点(2)について判断するまでもなく，控訴人の請求は理由がないから，これを棄却した原判決は相当であり，本件控訴は理由がないからこれを棄却することとして，主文のとおり判決する。

東京高等裁判所

東京高等裁判所第１４民事部

裁判長裁判官　石井　浩

裁判官　塚原　聡

裁判官　小池あゆみ