

# 子の引渡しに関する審判前の保全処分および 人身保護請求の新たな役割についての検討

佐藤千恵

## 目次

- I はじめに
- II 子の引渡し請求事件における暫定的解決手段利用の推移
- III その後の保全処分申立て事件判例の動向
- IV その後の人身保護請求事件判例の動向
- V 迅速な原状回復に向けた解決構造の検討
- VI むすび

## I はじめに

婚姻破綻した父母間による子の監護をめぐる争いは、子に大きな精神的苦痛を与え、健全な成長発達を阻害するおそれがある<sup>(1)</sup>。このような争いが協議により解決できない場合には、本来司法による解決を待つべきである。一方の親がもう一方の親に無断で子を連れ去る自力救済は、父母間の対立をさらに激化させ子の負担を増大させることになるから解決策とはなりえない。

こうした事態に発展してしまった場合には、やはり司法救済による解決（以下「事後救済」という）に期待するほかない。しかし、以下のように事後救済にはいくつかの問題がある。

子の引渡し請求事件を処理する司法手続は、(ア)子の引渡し請求の認否を判断する本案手続と(イ)子の引渡し請求が認容された場合に子の引渡しを強制的に実現する執行手続の2つに分けられる。いずれも「当事者」よりも「子」の健全な成長発達への配慮が不可欠となる点で財産権に関する手続などとは大きく異なる。

(ア) 本案手続の場合、子の生育環境の安定のためにはできる限り適切な結論となる一回的な処理が望まれる一方、大人と異なり時々刻々と成長する子特有の時間感覚に見合う短時間

の処理を必要とするから、「適切かつ迅速な解決」が要請される<sup>(2)</sup>（以下「適切性の要請」、「迅速性の要請」という）。もっとも、この2つの要請は相矛盾した内容ともいえ、両要請の同時充足は極めて困難とされる。次に、(イ)執行手続では、執行の対象が子の引渡しであるため、人格に配慮する必要がある一方、確実に子の引渡しを実現しなければ司法救済の意味がないから、「人格を尊重しつつ確実な執行」が要請される<sup>(3)</sup>（以下「人格尊重の要請」、「確実性の要請」という）。しかし、この2つの要請も両立しづらい内容であり、両要請の充足は非常に難しいといわれる<sup>(4)</sup>。

国内の子の引渡し請求事件を処理するわが国の手続は後述するように複数併存するが、いずれも一長一短があり、いまだ1つの手続に一本化することができない。諸要請を同時充足しうる理想的な手続の確立が至難の業であることを意味している<sup>(5)</sup>。それは、子の仮引渡しを求める審判前の保全処分（家事事件手続法105条以下）や不当な身柄拘束から被拘束者の解放を求める人身保護請求（人身保護法2条）などの暫定的解決手段にも当てはまる事柄である。

その点、国境を越えた子の奪い合いに対する場面では、最近、新たな展開がみられる。わが国も「国際的な子の奪取の民事上の側面に関する条約」（以下「ハーグ条約」という）に加盟し、「国際的な子の奪取の民事上の側面に関する条約の実施に関する法律」（平成25年法律第48号。以下「ハーグ条約実施法」という）が平成25年6月19日に公布、平成26年4月1日に施行されている。これにより、国際的な子の引渡し請求事件に対する司法救済の場面では、ハーグ条約の解決構造が採用されることとなった。この条約の構造は、原則として奪取された子を常居所地国へ即時返還させよう（ハーグ条約12条1項・2項、ハーグ条約実施法27条）（第一段階）、常居所地国の司法機関等で改めて子の監護者決定等の終局的解決を目指すものである（第二段階）。子の引渡し請求に関する問題は第一段階における即時返還で一応の解決をみるが、本来の争点は子の監護問題であるから慎重な判断により第二段階で解決するしくみである。子の引渡し請求に関する問題については、適切性の要請充足よりも迅速性の要請を優先的に充足させる考え方を採用しているといえる。そして、即時返還の原則は、子の連れ去り行為が無意味であることを親たちに知らしめることによって最終的には子の奪取を抑止する目的をも有すると解されている<sup>(6)</sup>。

近年、ハーグ条約の考え方に同調し、国内での子の引渡し請求事件の処理にも、ひとまず速やかな原状回復を実現する枠組みの導入を主張する見解もある<sup>(7)</sup>。また、最近の判例のなかには、審判前の保全処分ないし人身保護請求の用法がハーグ条約の即時返還の役割に近接していると指摘されるものも登場してきた<sup>(8)</sup>。しかし、ハーグ条約の解決構造によれば、わが国で一般的に容認されてきた子連れ別居も、自力救済の一種として即時返還の対象となりうる。子連れ別居が容認されてきた理由は明らかではないものの、家庭内暴力や虐待に対する厳格な対応策が十分とはいえないわが国では、当事者にとって子連れ別居がそれらの危険から逃れる唯一の手段であることは間違いない。ハーグ条約実施法では、子連れ別居を即時返還の適用されない返還拒否事由に含めようとする努力がみられるが（ハーグ条約実施法28条1項2号参照）、迅速な処理をするうえで、そのような判断は容易ではない。このような課題が残るまま、国内事件においてもハーグ条約に類似した解決構造を性急に採用する向き

には慎重でなければならない。こうした構造を採用するには前提条件に関する議論がまだ不足しているように思われる。そこで本稿では、ハーグ条約に類似する迅速な原状回復の役割を暫定的解決手段が担うための前提条件について、判例などを手がかりに若干の検討を行いたい。そのために、まず現行法上の主要な暫定的解決手段である審判前の保全処分と人身保護請求のこれまでの役割とその推移を概観する。そのうえで、真に即時返還類似の役割を果たす方向への移行が可能なものなのかについて、判例・学説の状況を整理しつつ明確にしたい。

なお、本稿における判例は審判前の保全処分に関する抗告審等も含めた広義の判例を指すものとする。

## II 子の引渡し請求事件における暫定的解決手段利用の推移

### 1 人身保護手続の積極的活用期

#### 1-1 人身保護法適用の経緯

戦後、子の引渡し請求事件には人身保護手続が積極的に利用されてきた。人身保護手続は、昭和23年に制定された人身保護法に基づく手続であり、不当な身柄拘束からの解放を目的とした非常応急的な救済手続である。その利用の由来は、母法であるヘイビアス・コーパスが子の引渡し請求手段に用いられたことによるが、もとより、子の引渡し請求事件への利用を想定して制定されたものではない<sup>(9)</sup>。それにもかかわらず、この手続が多用されたのは以下の理由による。

わが国には子の引渡し請求権を明記した条文はないが、戦前から親権行使の妨害排除請求権として構成することによって、民事訴訟手続による救済の道は開かれていた<sup>(10)</sup>。また、戦後は民法改正により、夫婦は子の対等な親権者と位置づけられ(民法818条)、離婚時の親権者・監護者指定やその後の変更に伴う処分として子の引渡しを命じる旨の規定が設けられるとともに(家事審判法9条1項乙類4号(現行法では家事事件手続法39条別表第二の3項)等)、家庭裁判所が創設されて、家事審判手続の利用も可能となった。

しかし、民事訴訟手続と家事審判手続には、子の引渡し請求事件を取り扱ううえで、従来いくつかの難点があった。それは、①親権者から第三者に対する子の引渡し請求は民事訴訟事件、離婚の際の父母間の子の引渡し請求は家事審判事件(民法766条、家事事件手続法39条別表第二の3項(旧法9条1項乙類4号))であることに争いはないが、その他の場合、とりわけ共同親権者間の争いについてはいずれの手続によるのか明らかでなかったため、広い意味での裁判管轄の競合が生じていた点(近時は共同親権者間の子の引渡し請求事件は家庭裁判所の管轄とするのが実務の大勢)<sup>(11)</sup>、②両手続ともに慎重な判断が求められるため、迅速性の要請に十分にこたえることができなかった点<sup>(12)</sup>、③本案段階が民事訴訟、家事審判手続による場合、執行段階は民事執行手続によるが、子の引渡しの執行に関する明確な規定がなく執行方法が不明確となっている点<sup>(13)</sup>、④子の引渡しを命ずる審判前の仮処分の可否とその執行力の有無が当初は明確に規定されていなかった点、などがある。

それに対して、人身保護手続はこれらの手続の欠点を補完しうるものとして注目された。

管轄裁判所は高等裁判所もしくは地方裁判所であるが（人身保護法4条）、迅速な裁判が義務づけられており（同法6条）、証拠は疎明で足りるものとされている（同法5条、15条）。そのため、他の手続よりも比較的迅速な解決が可能である。また、執行力は認められないものの、人身保護命令に対する勾引や勾留（同法18条）、さらに刑事罰等の威嚇（同法26条）による強い実効性があるとされてきた<sup>14)</sup>。人身保護手続は、(7) 本案手続の「迅速性の要請」、(4) 執行手続の「確実性の要請」に比べられる解決手段として期待されたのである。

## 1-2 判例の蓄積

人身保護手続の利用は、最高裁昭和24年1月18日判決（民集3巻1号10頁）により共同親権者間の子の引渡し請求事件に人身保護法の適用が認められたことに始まる。

その後の判例によって、子の引渡し請求事件に人身保護法をあてはめていくための努力が重ねられた。人身保護請求は、①身体の自由の「拘束」、②「拘束の違法性」、③「顕著な違法性」、④そのほかに目的を達する方法がないという「補充性」の要件を充たすときに認容される（人身保護法2条、人身保護規則3条・4条）。

最高裁昭和43年7月4日判決（民集22巻7号1441頁）は、意思能力のない幼児の監護が要件①の「拘束」に当たるか否かについて「意思能力のない幼児を監護するときには、当然幼児に対する身体の自由を制限する行為が伴うものであるから」、その監護自体を「拘束」と解した。また、この事件が別居中の夫婦間の争いであったことから、類似の事件を扱った前掲最高裁昭和24年1月18日判決に続いて、共同親権者間の子の引渡し請求事件に人身保護法が適用される場合のあることが改めて示されることとなった。それとともに、共同親権者間における子の引渡し請求認否については、子を拘束する夫婦の一方が法律上監護権を有することのみを理由として排斥すべきものでなく、子に対する現在の拘束状態が実質的に不当であるか否かをも考慮して判断することが確認されている。そして、要件②の「拘束の違法性」については、「夫婦のいずれに監護せしめるのが子の幸福に適するかを主眼として定めるのを相当とし、共同親権者間の子の引渡し請求認否の主たる判断基準を子の幸福においた。

次に、最高裁昭和47年7月25日判決（判例時報680号42頁）は、離婚後、親権を有する一方が、親権・監護権を有しない他方に対し、人身保護法により、幼児の引渡しを請求する場合にも、どちらが子の幸福に適するか否かを判断基準としつつ、親権・監護権を有する「請求者に幼児を引き渡すことが明らかにその幸福に反するものでない限り」、「当該拘束はなお顕著な違法性を失わない」として、子の幸福度を比較考量する要素として親権・監護権の有無に重きをおいた。

判例の積み重ねによって、やがて、比較考量の要素としては、親権・監護権の有無、発達段階に応じた父母の監護養育の必要性の比重、子の意思（意思能力）、子の生育環境の継続性、請求者・拘束者の経済力、監護補助者の有無、過去の監護状況などの事項が考慮されることが明らかとなった（最判昭和44年9月30日判例時報573号62頁、最判昭和47年9月26日家裁月報25巻4号42頁、最判昭和53年6月29日判例タイムズ368号206頁、最判昭和61年7月18日民集40巻5号991頁、最判平成2年12月6日判例時報1374号42頁等）。大まかには、親権・監護権尊重の原則、母親優先の原則、継続性の原則等が形成されていったとする見方が

ある<sup>(15)</sup>。

学説は、当初から判例の立場に賛同するものが多かった<sup>(16)</sup>。このような判例による考慮要素の蓄積は、適切かつ迅速な解決を実現するうえで有益なものとして評価されていたからである。しかし、その一方、人身保護手続では、子の監護という重大な問題を安易に判断しすぎてしまわないかとの批判もあった<sup>(17)</sup>。それは、専門機構を備えた家庭裁判所による家事審判手続こそが慎重な調査・判断を可能とし適切な解決に繋がるとする見解からのものであった<sup>(18)</sup>。

それでも人身保護手続が多用されたのは、家事審判手続によってはこの手続ほどには迅速な解決が困難とされてきたからである。

ところが、昭和55年に家事審判法が改正され、執行力を有する審判前の保全処分が新設されたため、もはや人身保護請求の要件④の補充性（人身保護規則4条但書）を充たさないのではないかという疑問が生じた。その点について、最高裁昭和59年3月29日判決（家裁月報37巻2号141頁）は、「一般的には、そのような方法によっては、人身保護法によるほどに迅速かつ効果的に被拘束者の救済の目的を達することができないことが明白である」とし、従来どおり、人身保護手続の利用を肯定した<sup>(19)</sup>。結果として、人身保護手続がその後も積極的に活用され続けることとなった。人身保護請求は、暫定的解決手段でありながら、適切性の要請を充足する努力もなされていたことから、長い間、子の引渡しに関する面では終局的な解決手段の役割さえ担っていたといえる。

## 2 人身保護手続の利用制限期—最高裁平成5年10月19日判決以降の動き—

### 2-1 共同親権者間の子の引渡し請求事件

人身保護請求の役割をようやく変えるものとして、次のような新たな判例が登場した。

最高裁平成5年10月19日判決（民集47巻8号5099頁）は、要件②の「拘束の違法性」は、従来どおり、子の幸福を主眼としていずれが監護者に適するかで判断すべきであったとした。そのうえで、要件③の「顕著な違法性」の判断には、幼児に対する拘束者の監護が「子の幸福に反することが明白であること」を要するという、いわゆる「明白性の要件」を新たに付加した。共同親権者である「夫婦の一方による右幼児に対する監護は、親権に基づくものとして、特段の事情がない限り、適法」であることを理由とする。さらに、可部恒夫裁判官の補足意見には、共同親権者間の争いは、「本来、家庭裁判所の専属的守備範囲に属し、家事審判の制度、家庭裁判所の人的・物的の機構・設備は、このような問題の調査・審判のためにこそ存在する」とある。そして、「審判前の保全処分の活用を差し置いて」、「人身保護法による救済を必要とする理由は、とうてい見出し難い」とも述べている。

続く最高裁平成6年4月26日判決（民集48巻3号992頁）は、「明白性の要件」をより具体化している。この要件を充たす場合として、①「拘束者に対し、(旧)家事審判規則52条の2又は53条（家事事件手続法105条）に基づく幼児引渡しを命ずる仮処分又は審判が出され、その親権行使が実質上制限されているのに拘束者が右仮処分等に従わない場合」、②「幼児にとって、請求者の監護の下では安定した生活を送ることができるのに、拘束者の監護の下においては著しくその健康が損なわれたり、満足な義務教育を受けることができないなど、

拘束者の幼児に対する処遇が親権行使という観点からみてもこれを容認することができないような例外的場合」の2つを挙げる。

したがって、原則として共同親権者間の争いでは人身保護手続による解決は認められない。ただし、例外的に①家事審判手続を利用したが拘束者がその判断に従わないという、家事審判違反類型（以下「①類型」という）、②拘束者が親権濫用に該当するような明らかに子を拘束者のもとに置くことが容認できないという、親権濫用類型（以下「②類型」という）にのみ、人身保護手続を利用しうることが明らかとなった。要するに、①類型は、拘束者の監護が子の幸福に反することが家庭裁判所の判断によりすでに明白であり、②類型は、拘束者の監護が子の幸福に反することが客観的・外観的に明白である。その結果、共同親権者間の争いの場合、人身保護手続では、その請求認否につき従来どおり子の幸福を主眼とした判断基準が採られながらも、実体的判断は実質上回避されるようになったといえる。これまで人身保護手続の利用に批判的であった学説からは、これらの判決に対し一応好意的な評価がなされている<sup>(20)</sup>。しかし、人身保護手続の利用を極端に制限する判例の動きには懸念の声もある<sup>(21)</sup>。

## 2-2 監護権者・非監護権者間の子の引渡し請求事件

監護権者・非監護権者間の子の引渡し請求事件は、離婚後の父母間の争いが典型となるが、親権者（監護権者）・非親権者（非監護権者）間の争いのほか、親権・監護権の分属によって非親権者が監護権者となり親権者が非監護権者となる場合の争いも含まれる。これらの監護権者から非監護権者に対する子の引渡し請求事件では、最高裁判平成6年11月8日判決（民集48巻7号1337頁）が、従来判例（前掲最判昭和47年7月25日、前掲最判昭和47年9月26日等）を踏襲し、「請求者による監護が親権等に基づくものとして特段の事情のない限り適法であるのに対して、拘束者による監護は権限なしにされているものであるから、被拘束者を監護権者である請求者の監護の下に置くことが拘束者の監護の下に置くことに比べて子の幸福の観点から著しく不当なものでない限り、非監護権者による拘束は権限なしにされていることが顕著である場合（人身保護規則4条）に該当し、監護権者の請求を認容すべきものとするのが相当である」とした。

結果として、監護権者から非監護権者に対する子の引渡し請求事件においては、変わらず人身保護手続を用いることができることが確認された。逆に、非監護権者から監護権者に対する子の引渡し請求事件では、拘束者による監護養育が著しく子の幸福に反する特別の事情がある場合に限り、認容されると解されている<sup>(22)</sup>。こうしたことも、見方を変えれば、人身保護手続によっては親権者・監護権者の実質的変更を行わず、家庭裁判所の判断が優先することを表している。もっとも、協議離婚が大半であるわが国では、離婚後の単独親権者の決定も原則として当事者間の協議に委ねられているので（民法819条1項）、なかには、その協議自体も不十分なまま双方の力関係等が反映された取り決めとなるおそれもある。したがって、判例が重視する親権・監護権の所在は、子の立場に配慮した判断に裏付けられているとは必ずしもいえない点には留意する必要があるだろう。

## 2-3 家事審判手続における問題点の克服

いかなる親どうしの争いの場合にも、人身保護手続においては子の幸福に関する実体的判

断は実質上回避され、家事審判手続との明瞭なすみ分けがなされたことになる<sup>(23)</sup>。その結果、人身保護請求は、明白性の要件①類型に着目すれば執行手段の1つに位置づけられるに至ったとみることもできる<sup>(24)</sup>。

この間、家事審判手続における問題点も徐々に克服されてきた。

家事審判の対象範囲については、すでに述べたとおり、裁判管轄との関連で従来から争いがあったが、ある程度収束しつつある。まず、離婚後の父母間、特に親権者・監護権者からそうでない親に対して子の引渡し請求がなされる場合は、③親権者・監護権者対第三者と捉えて民事訴訟事項とする見解<sup>(25)</sup>、⑥子の監護そのものが争点となっていることを重視して家事審判事項とする見解<sup>(26)</sup>があり、近時は⑥説が多数説とみられている。次に、婚姻中の父母間、すなわち共同親権者間の場合については、近時、家事審判事項と解する見解が支配的であるが、その場合、①事実上離婚状態のときのみ民法766条、家事事件手続法39条別表第二の3項を類推適用することができるとする見解<sup>(27)</sup>、②広く婚姻中の夫婦間に民法766条、家事事件手続法39条別表第二の3項を類推適用することができるとする見解<sup>(28)</sup>、③事実上離婚状態の場合を別として、婚姻中の夫婦間には、協力扶助に関する処分として民法752条、家事事件手続法39条別表第二の1項によるとする見解<sup>(29)</sup>がある。近時、実務においては、⑥説が大勢といわれている<sup>(30)</sup>。

子の引渡し請求が家事審判事項として扱われる場合には、調停・審判において、どちらの親の監護下におくことが子の利益（人身保護請求事件における「子の幸福」とほぼ同義）に合致するか否かを基準としながら、家庭裁判所調査官等の努力により、監護の意思・養育能力、家庭環境、監護実績、今後の監護の仕方等の父母側の事情、子の意向、年齢、性別、環境変化への適応性等子側の事情などが総合的に考慮されて、妥当な結論が導き出されることになる<sup>(31)</sup>。そして、ここでも、当初は、母親優先の原則、継続性の原則等が重視されることとなった。しかし、そのような性別役割分担による硬直的な捉え方は見直されてきており、現在では子の出生以来の監護実績等から検討する「主たる監護者」原則が重視されるに至っている<sup>(32)</sup>。また、従前に比べ、面会交流の拒絶や監護開始の態様の違法性が監護者の不適格性を示す一要素として考慮されることが多いという<sup>(33)</sup>。

最も重要な変化は、審判前の保全処分が設けられたことによる。審判前の保全処分により、暫定的ではあるが迅速な解決も期待できるとされた。それまでの人身保護請求の役割は、審判前の保全処分とそれに続く本案審判に取って代わられたのである。

### Ⅲ その後の保全処分申立て事件判例の動向

#### 1 保全処分の基本的な役割

##### 1-1 迅速性の要請充足を妨げる要因

前掲最高裁平成5年10月19日判決以降、家事審判手続の利用は増加傾向にある。子の仮引渡しに関する保全処分の利用件数も増加している<sup>(34)</sup>。保全処分が人身保護請求に代わる役割を果たすというならば、当然、迅速性の要請にも応えられるものでなければならない。実際に保全処分の審理期間は1か月半から3か月程度が平均といわれており、迅速性の要請を

充足するものが多い<sup>(35)</sup>。そこから、迅速な原状回復手段という即時返還に類似した役割を担わせることができるという見解も生じてくる。

しかし、保全処分にはそのような役割を担わせることが困難な要因がある。それは、保全処分の申立て自体が認容されにくいという点である。実際に保全処分全体の既済件数からの数値によれば、保全処分の認容率はそれほど高くはない<sup>(36)</sup>。保全処分申立てが認容されるためには、実質的要件である①本案認容の蓋然性、②保全の必要性という2つの要件を充たす必要があるとされている<sup>(37)</sup>。実務上、要件を厳しく解するために認容率の低下を招いていると考えられる。これらの要件に関する家庭裁判所の心証の程度は疎明で足りるが（家事事件手続法106条2項、109条1項）、要件②の疎明が不十分とされることが認容率の低下に関わっているといわれる<sup>(38)</sup>。

### 1-2 要件該当性の厳格化

審判前の保全処分は、本案審判に附従する関係にある（家事事件手続法105条1項）。そのため、基本的には、保全処分の役割を本案審判の先取りと捉える立場が支配的である。保全処分の結論が本案と逆になることがあってはならないという。その結果、保全処分を認めるための要件該当性の基準を厳格に解することになる。

要件①の「本案認容の蓋然性」は、申立人に本案で監護者適格があるとの判断がなされる蓋然性と解されている。いずれの親が監護者として適格かについては、本案審判の場合と同様、子の利益に合致するか否かを基準として判断される<sup>(39)</sup>（民法766条1項・2項参照）。そのときの考慮要素についても、本案審判の場合とほぼ同様とされる。実務では、本案で一定の具体的な権利義務を形成しうるかが重要な鍵となるので、保全処分においても実質的な審理にある程度入り込まざるを得ない<sup>(40)</sup>。暫定的な解決といえども、迅速な判断は決して容易なものではない。

要件②の「保全の必要性」に関しては、「強制執行を保全し、又は子その他の利害関係人の急迫の危険を防止するための必要があるとき」（家事事件手続法157条1項（旧家事審判規則52条の2））に充足するというのが実務の大勢である<sup>(41)</sup>。そのほか、さらに「著しい損害又は急迫の危険を避けるために必要とするとき」（家事事件手続法115条（旧家事審判法15条の3第7項）の準用する民事保全法23条2項）に要件②を充足するとの見解もある<sup>(42)</sup>。いずれにせよ、例外的に保全処分を認める構成を採る点では同様である。ただ、審判前の保全処分の通則規定（家事事件手続法115条）を適用する後者の見解よりも、子の監護に関する処分の特則規定（同法157条1項）を適用する前者の見解の方が家事事件手続法の趣旨に沿うものとする<sup>(43)</sup>。

### 1-3 要件該当性を厳格に解した事例

以下に挙げる2つの事例は、子の仮引渡しを求める保全処分に関する事件であり、その主な争点は、要件②の該当性である。これらの判例は、特に要件②を厳格に解することにより、保全処分を認めなかったものである。

事例① 東京高決平成15年1月20日家裁月報55巻6号122頁

<事実の概要>



X女とY男は別居中の夫婦であり、その間には子A（昭和64年1月4日出生）、B（平成3年5月3日出生）、C（平成5年12月13日出生）がいる。Xが単身別居した後、YはXと離婚するにあたり協議離婚届に子ら3人の親権者をYと記載して届出をした（平成12年11月29日）。それに対してXは離婚無効確認等請求事件を提起し（平成13年2月22日）、当時も係属中であった。当初はXと子らとの面会交流が円滑に実施されていたが、あくまでも子らを引き取りたいXとの話し合いがつかず、その後、Yは、面会交流の実施を拒むようになった。そこで、平成13年5月16日、Xが事件本人らの引渡しを求める審判の申立てをした（本案事件）。平成14年5月7日、Xはさらに子の仮引渡しを求める審判前の保全処分を申し立てた（本件）。原審は母親の存在の不可欠性、子らの意向、心理的環境の改善の重要性等から現状放置は子の福祉に著しく反するとしてXの申立てを認容したので、Yが抗告した。

<決定要旨>

抗告審は原審判を取り消し、次のように述べた。

「審判前の保全処分を認容するには、民事保全処分と同様に、本案の審判申立てが認容される蓋然性と保全の必要性が要件となるところ、家事審判規則52条の2は、子の監護に関する審判前の保全処分に関わる保全の必要性について『強制執行を保全し、又は事件の関係人の急迫の危険を防止するための必要があるとき』と定めている。そして、子の引渡しを求める審判前の保全処分の場合は、子の福祉が害されているため、早急にその状態を解消する必要があるときや、本案の審判を待っては、仮に本案で子の引渡しを命じる審判がされてもその目的を達することができないような場合がこれに当たり、具体的には、子に対する虐待、放任等が現になされている場合、子が相手方の監護が原因で発達遅滞や情緒不安を起こしている場合などが該当するものと解されている」。

そうすると、「事件本人らは、現在、Yの下で一応安定した生活を送っていることが認められ、上記保全の必要性を肯定すべき切迫した事情を認めるに足りる疎明はないから」、「本件審判前の保全処分の申立ては理由がない」とした。

事例⑥ 東京高決平成24年10月18日判例タイムズ1383号327頁

<事実の概要>

X女とY男は婚姻中の夫婦であるが、Xが子Aを連れて実家に帰り両親らと生活していた。Yは、別居後、Aと面会するためAを連れ出し、Y宅に連れ帰った。その夜は、Yが電話で「子どもが『パパがいい、帰りたくない』と知っている」と連絡してきたため、Xは「それなら泊まってきてもいいよ」と答えた。翌日、YがAをXの実家に連れてきたが、Aが泣きながら「パパがいい」といい、Yも涙を流して手放さななかったので、Xの父は、「一日二日面倒を見てやりなさい」とYに声をかけた。それ以降、Yは実家の両親の助力を得て、Aを養育している。その後、XはY宅を訪れYと口論となったが、Aを返してもらうことは叶わなかった。そこで、Xは、平成24年6月14日、本案の審判申立てと同時に仮の監護者指定および子の仮引渡しを求める本件保全処分を申し立てた。原審判は、XとYの監護養育の適格性を子の福祉の見地から比較考量したうえ、AをXに引き渡す緊急の必要が認められるとして、保全処分の申立てを認容した。そこでYが即時抗告したものである。

### <決定要旨>

抗告審は、次のように述べて原審判を取り消した。

「審判前の保全処分としての子の引渡命令は、仮の地位を定める仮処分に準じた命令であるから、著しい損害又は急迫の危険を避けるために必要とするときに限り発することができるものである（家事審判法15条の3第7項（家事事件手続法115条）において準用する民事保全法23条2項）。しかも、審判前の保全処分としての子の引渡命令が発せられると、強制執行が可能となり（家事審判法15条の3第6項（家事事件手続法109条3項）において準用する民事保全法43条及び52条）、未成年者に大きな精神的緊張と精神的苦痛を与える可能性が生じている上、後の裁判において審判前の保全処分と異なる判断がされる場合には、複数回にわたって未成年者に精神的苦痛を与えることになる。」「したがって、審判前の保全処分により未成年者の引渡しを命じる場合は、後の処分によりこれとは異なる判断がされて複数回未成年者の引渡しの強制執行がされるという事態を可能な限り回避するような慎重な配慮をすることが必要である。加えて、審判は非訟手続であり、口頭弁論制度と三審制の中で審理される訴訟手続とは異なり、事案に応じて柔軟に審理し、即時抗告審の裁判により迅速に権利関係の確定が図られることも考慮する必要がある。

審判前の保全処分としての子の引渡命令についての以上の法的性質及び手続構造からすれば、審判前の保全処分として未成年者の引渡しを命じる場合には、監護者が未成年者を監護するに至った原因が強制的な奪取又はそれに準じたものであるかどうか、虐待の防止、生育環境の急激な悪化の回避、その他の未成年者の福祉のために未成年者の引渡しを命じる必要があるかどうか、及び本案の審判の確定を待つことによって未成年者の福祉に反する事態を招くおそれがあるといえるかどうかについて審理し、これらの事情と未成年者をめぐるその他の事情とを総合的に検討した上で、審判前の保全処分により未成年者について引渡しの強制執行がされてもやむを得ないと考えられるような必要性があることを要するものというべきである」。

認定事実から検討すると、「XがAを監護するに至った原因が強制的な奪取又はそれに準じたものであるということとはできず」、「虐待の防止、生育環境の急激な悪化の回避、その他の未成年者の福祉のために未成年者の引渡しを命じる必要があると認めることもできず、また、本案の審判の確定を待つことによって未成年者の福祉に反する事態を招くおそれがある」と認めることもできず、その他一件記録を精査しても、本件において、審判前の保全処分により未成年者について引渡しの強制執行がされてもやむを得ないと考えられるような必要性があると認めることはできない」とした。

事例①および②は、根拠条文の解釈の点で相違はあるが（事例①では家事事件手続法157条1項（旧家事審判規則52条の2）を根拠とするが、事例②では家事事件手続法115条（旧家事審判法15条の3第7項）の準用する民事保全法23条2項も根拠条文に含む）、いずれも要件②の「保全の必要性」の有無が主な争点となっており、いずれも保全処分が認められる場合を限定的に解している。

事例①の決定では、保全の必要性が認められる場合として「子に対する虐待、放任等が現

になされている場合、子が相手方の監護が原因で発達遅滞や情緒不安を起こしている場合など」を挙げている。これは相当に限定的な場合を指しているといえる。「保全の必要性を肯定すべき切迫した事情」を必要とすることは、人身保護手続における明白性の要件に該当する②類型と同様の事由を要求することになってしまうとの指摘もある<sup>(44)</sup>。

事例⑥の決定では、数次の強制執行によって子の精神的安定が害されることを懸念する観点から、監護に至る経緯、虐待の防止、生育環境の急激な悪化の回避等の諸事情を総合的に検討したうえで、審判前の保全処分により子の引渡しの強制執行がなされてもやむを得ないと考えられるような場合に保全の必要性があるとしている。もちろん、それは本案認容の蓋然性との相互関係によるであろう<sup>(45)</sup>。抗告審では「本案認容の蓋然性」には言及していないが、このときの蓋然性は高い位置に設定されていると考えられる。子の生育環境の変化はできる限り少ない回数となるように本案の結論と一致させるための配慮が必要とされるからである。したがって、事例③に比して裁判所の裁量範囲は広いようにみえるが、こちらも保全の必要性が認められる場合をかなり限定的に捉えているといえよう。

このような厳格な解釈傾向は、本案審判との関係で適切性の要請を強く意識しているからである。これでは迅速な解決につながらないと批判は多い<sup>(46)</sup>。実際に、厳格な解釈によって保全処分の認容率が低くなるのであれば、暫定的な解決手段としての審判前の保全処分の存在意義が失われてしまう。学説上では、要件②に関しては比較的緩やかに解する見解が有力となっている<sup>(47)</sup>。

## 2 保全処分の役割の分化

### 2-1 要件該当性を考慮しない事例

迅速性を重視し監護開始の態様に違法性がある場合には、保全処分は一時の違法状態を除去する役割を有するものとして、本案審判とは切り離し原状回復手段として用いるべきであるとの見解もある<sup>(48)</sup>。最近では、以下に示すように、原状回復手段とみているとされる判例が登場している。こうした動きは、保全処分の役割の分化、さらには原状回復手段への転換を促すものとも考えられる。

事例◎ 東京高決平成20年12月18日家裁月報61巻7号59頁

<事実の概要>

X男とY女は婚姻中の夫婦であり、平成17年×月×日出生のAとともにXの実家でXの両親と同居していた。Yが平成20年×月から睡眠薬を使用したり心療内科を受診したりするようになり、心療内科で環境を変えるよう勧められたため、Yは一人で実家に帰った。その後、XとYとの間で離婚の話が出るようになり、YはAに会いにもしくは連れにX宅や保育園に向かうようになった。同年×月×日、夫婦関係調整調停は不成立となったうえに、YはXがなかなか面会交流に応じてくれなかったことから、これ以上待てないと思い、同年×月×日、保育園を訪れ、園庭で遊んでいるAを見つけ、保育士がいないすきにAを連れ出した。Aの居場所については現在も明らかにしていない。そこで、Xは、Aの監護者の仮指定と仮の引渡しを命ずる審判前の保全処分を申し立てた。原審は、「子の引渡しは、未成年者

の保護環境を激変させ、子の福祉に重大な影響を与えるので監護者が頻繁に変更される事態は極力避けるべきであり、2つの要件について慎重な判断が必要であるとして、申立てを却下した。これに対して、Xが抗告した。

<決定要旨>

抗告審は、原審判を変更し、次のように述べて子の仮引渡しの保全処分について認容した。

まず、審判前の保全処分による方法と人身保護請求による方法との関係について言及した。最高裁平成11年4月26日判決（判例タイムズ1004号107頁）（後述する事例◎）は、調停における父母間の取り決めに基づく面会時の子の連れ去り事案で「その拘束には人身保護法2条1項、人身保護規則4条に規定する顕著な違法性があるとして、幼児の引渡請求を認めている。また、最高裁判例は、共に親権を有する別居中の夫婦の間における監護権をめぐる紛争は、まずは、こうした問題の調査、裁判のためにふさわしい家事審判制度を担当し、また、そのための人的、物的な機構、設備を有する家庭裁判所における審判前の保全処分によるのが相当であるとの考え方に立っているものと解される」（人身保護請求事件の前掲最判平成5年10月19日、前掲最判平成6年4月26日に基づく）。

そして、「本件は、Yによる未成年者の連れ去りがあった後、Xから直ちに申し立てられたものであるところ、このような場合、人身保護法による請求の場合における法的枠組みをも考慮して、申立ての当否を判断することが上記の最高裁判例の趣旨に沿うものと考えられる。特に、既に説示したようなYによる連れ去りの態様は、上記最高裁平成11年4月26日判決の事案と比しても違法性が顕著であるというべきところ」（本件は、別居中の共同親権者の一方が他方の監護下にある幼児を連れ去った行為について未成年者略取罪の成立を認めた最高裁平成17年12月6日決定（刑集59巻10号1901頁）の事案に類する事案とも述べている）、「申立ての根拠とする法令の選択によって裁判規範が著しく異なることとなれば、結局、人身保護請求に先んじて審判前の保全処分が活用されるべきであるとする最高裁判例の趣旨が没却されてしまう」とした。

そのうえで、「本件のように共同親権者である夫婦が別居中、その一方の下で事実上監護されていた未成年者を他方が一方的に連れ去った場合において、従前未成年者を監護していた親権者が速やかに未成年者の仮の引渡しを求める審判前の保全処分を申し立てたときは、従前監護していた親権者による監護の下に戻すと未成年者の健康が著しく損なわれたり、必要な養育監護が施されなかったりするなど、未成年者の福祉に反し、親権行使の態様として容認することができない状態となることを見込まれる特段の事情がない限り、その申立てを認め、しかる後に監護者の指定等の本案の審判において、いずれの親が未成年者を監護することがその福祉にかなうかを判断することとするのが相当である」とした。

事例◎は、保全処分の要件該当性の判断を避けたものということができる。同趣旨のものは事例◎以外にもある。東京高裁平成18年10月6日決定（ウェストロージャパン 文献番号2006WLJPCA10068001）も、共同親権者間の争い（別居中の母親の下で事実上監護されていた小学校3年生の女兒が下校途中に父親に連れ去られたために、母親が子の仮引渡しを求めて審判前の保全処分を申し立てた事案）において、事例◎と同趣旨の判断を示している。

この2つの判例は、具体的には、原状回復が認められる場合とは、(i) 共同親権者である夫婦が別居中、(ii) その一方の下で事実上監護されていた子を他方が一方的に連れ去った場合、(iii) 従前子を監護していた親権者が速やかに子の仮の引渡しを求める審判前の保全処分を申し立てたとき、という3つの要件に該当する場合をいうとする。要件(ii)に該当する行為は、違法性の程度が強い奪取行為が想定されている。判旨に示されているような調停の取り決めに基づく面会交流の機会を利用した場合や未成年略取罪(刑法224条)の成立が認められる場合である。したがって、日本では容認されがちな子連れ別居は、原状回復が認められる場合に含まれないことになるであろう。要件(iii)の「速やかに」は、どの程度の期間を指すのかは不明であるが、ハーグ条約との均衡からすれば、国内事件においても連れ去り後1年以内と解すべきであろうか(ハーグ条約12条1項、ハーグ条約実施法28条1号参照)。

このような3つの要件に該当する場合であっても、「従前監護していた親権者による監護の下に戻すと未成年者の健康が著しく損なわれたり、必要な養育監護が施されなかったりするなど、未成年者の福祉に反し、親権行使の態様として容認することができない状態となることが見込まれる特段の事情」がある場合、いわば被奪取親の親権濫用事例においては原状回復は認められないという。

## 2-2 事例㉔の位置づけ

事例㉔と㉕は厳格に2つの要件に該当する場合のみ例外的に保全処分を認めるのに対して、事例㉔や前掲東京高裁平成18年10月6日決定は原則として保全処分を認めるものと読むこともできる。事例㉔などの判例をいかに位置づけたらよいかは今後の保全処分の役割を考えるうえで重要である。

保全処分の役割について、学説は、おおむね2つの見解に分かれる。1つは、審判前の保全処分を即時返還類似の原状回復手段と捉えることに積極的な立場(以下「原状回復積極説」という)である<sup>(49)</sup>。この立場は、ハーグ条約との整合性を重視し、原状回復手段としての一般化を望む見解である<sup>(50)</sup>。もう1つは、審判前の保全処分を原状回復手段と捉えることに消極的な立場(以下「原状回復消極説」という)である。この立場は、事例㉔を「連れ去りの違法性が相当顕著であったという特殊な事案であったから、安易に一般化することはできない」とする<sup>(51)</sup>。たしかに、事例㉔が子の仮引渡しを認めるのは3つの要件(i)から(iii)に該当する場合で、かつ申立人側の親権濫用事例を除外するから、やはりかなり限定的な場合となる。また、事例㉔も決定要旨のなかで「審判前の保全処分が対象とする事案は様々であり、事案に応じて審理判断の在り方は異なるから、これを原審のように一律に解することは失当であるといわざるを得ない」としており、事案ごとに区別した扱いを前提としていることは明らかである。家事事件手続法改正過程では、本案との切り離しも提案されていたが、結局、本案との附従性は維持されていることからみても、現行法上では本案と切り離して保全処分を認める解釈には無理であろう。実際に、本案と切り離して安易に原状回復を認めれば、事例㉕の決定要旨でも述べられているように、その後の司法判断でふたたび子を奪取親の下に移す必要が生じる等、子は不安定な状況に長期間置かれるおそれがある。後者の見解を支持したい。

ただし、原状回復消極説においても、要件を緩やかに解し「自力救済を禁止し、違法行為者に有利な地位を与えないようにすることで、実力による子の奪い合いを助長しないようにする高度の必要性があり、その意味で例外的に保全の必要性が認められたもの<sup>(52)</sup>」とする見方がある。これには賛同できない。保全処分において、あくまでも回復を図るべきは「子」の利益であり、子を奪われた「親」の利益ではない（家事事件手続法157条1項参照）。違法行為者に有利な地位を与えないために子の返還を認める必要性があるとすると、奪取された子に急迫の危険があるから保全の必要性があるとするとでは、やや次元が異なる事柄ではなからうか。家事審判の性質からすれば、監護開始の態様の違法性は、監護者としての不適格性を示す重要な一要素となるにすぎない<sup>(53)</sup>。審判前の保全処分の役割を監護開始の態様によって切り替えるような役割の分化も困難であろう。

原状回復消極説からすれば、事例㉔の示す（i）から（iii）の要件に当てはまる事案は容易に保全処分の要件①・②該当性が認定され、保全処分が即時に認められたと解するのが適当である。

しかし、この事案は本案認容の蓋然性の判断に関して微妙な面を有している。事例㉔の母親は、別居前の「主たる監護者」である。病気療養のための別居後、面会交流の協議もままならず追い詰められた状況下で奪取行為に及んでいる。この事案で留意すべきは、母親が奪取に至らないための予防装置が欠けていた点である<sup>(54)</sup>。そうした監護実績、監護開始の経緯に照らせば、母親が監護者不適格であるとは安易に結論づけられないのではなからうか。事実、原審（甲府家審平成20年11月7日家裁月報61巻7号65頁）は、抗告審（事例㉔）とは異なり、「申立人（父親）と相手方（母親）のどちらが子の監護者にふさわしいか即断することはできず、本案認容の蓋然性があるとまではいえないし、本案で保全処分の判断が覆る可能性があるのに敢えて本案の結論を待たずに保全処分をしなければならぬような事情も見当たらず、保全の必要性も認められない」として、保全処分の申立てを却下している。やはり、本案審判との関わりからすれば、監護開始の違法性の程度や奪取後の期間などから即座に保全処分の認否を結論づけることは危険であろう。

さらに付け加えるならば、保全処分は執行面でもいまだ不安を抱えている。これまで人格尊重性の要請に応えるため間接強制が主流とされてきたが、実効性に欠けるところがあった。確実性の要請に応えるため直接強制をも積極的に用いようとする最近の実務の努力は認められるが、直接強制によっても執行不能となる場面も多く、大きく前進したとはいえない<sup>(55)</sup>。事例㉔の決定要旨が執行時における子の精神的負担に言及するのもそのような背景があるからであろう。

そうした状況下で、審判前の保全処分を即時返還類似の原状回復手段とみるのは困難と思われる。ただ、あまりに慎重な判断がなされては保全処分の基本的な役割も果たせない。要件②に関して比較的緩やかに解することにより、保全処分を認容しやすいものにしていく必要はあろう。

## IV その後の人身保護請求事件判例の動向

### 1 人身保護請求の基本的な役割とその範囲の拡張の意義

#### 1-1 その後の判例の動向

前掲最高裁平成5年10月19日判決以降、人身保護手続を子の引渡し請求事件に用いることは制限されるようになった。共同親権者間の争いでは、人身保護請求は、家庭裁判所の判断を実行する執行手段的な役割を主に担うこととなったのである。これは、当事者に和解や訴えの取下げを促すなどの実務の働きかけにもよる<sup>(56)</sup>。しかし、その後も人身保護手続を利用した子の引渡し請求事件は著しく減少したとまではいえない<sup>(57)</sup>。

新たな判例の動きとしては、調停手続での取り決めに反した子の奪取事案に、共同親権者間の争いにもかかわらず人身保護手続の利用を可能とするものが現れたことが注目される。即時返還類似の原状回復手段としての役割を人身保護請求に担わせる意図がそこにあるのが問題となる。これに関連し、まず次の2つの事例を取り上げることとする。

#### 1-2 「顕著な違法性」要件に該当するとされた事例

以下の事例は、いずれも離婚調停において面会交流に関する取り決めがなされていたが、その取り決めに反して面会交流の際に一方の親が子を連れ去った、または面会交流後に子を返さなかった事案で人身保護請求を認めている。

近年は、調停の過程で試行的面会交流を実施するための暫定的な合意形成を調停委員等が当事者らに働きかける例が増加している<sup>(58)</sup>。それは、双方の親と子との継続的な関係の維持が子の成長発達に良い影響を与えるとともに父母間の対立を緩和させ争いを終局させるものと考えられてきたからである。面会交流を行わせる親（監護者）がその取り決めに反して面会交流の義務を履行しないときは、これをいかに強制するかが重大な課題とされている。また、面会交流を行う親（非監護者）が取り決めに反し子を返さない等、取り決めに遵守しないときにも、履行勧告（家事事件手続法289条7項）等のほかに取り決めに遵守させるための強制的な返還手段が必要となる。2つの判例はまさに後者の場面で人身保護手続が用いられたものである。

事例④ 最高裁平成6年7月8日判決（家裁月報47巻5号43頁）

<事実の概要>

X女とY男は別居中の夫婦であり、両者の間には被拘束者である子A（昭和62年6月27日出生）およびB（平成元年12月27日出生）がいる。Yの単身転居後、Yと被拘束者A、Bの冬休み期間中（平成6年1月15日まで）における面会交流実施の合意が離婚調停期日にXY間で成立し（平成5年12月1日）、実施された（平成5年12月11日）。しかし、Yは合意された期間経過後もA、Bを返さずその後の調停期日にも引渡しを拒否し、Xに無断で住民票を移動し、A、Bの小学校の入学手続等を進めたため、XがYを相手方としてA、Bの引渡しを求める人身保護請求を行った。

原審は、前掲最高裁平成5年10月19日判決に従えば、「Yが、女兒である被拘束者らの父親として適さないと、一般的に断定すべき証拠はなく、Yによる監護が被拘束者らの幸福に

反することが明白であるとは、特に、長期的な視野でみた場合には、一概にはいえない」とした。しかし、「このようなYの性急な行為は、一般的に、幼児にとって居住環境を安定させること、感じやすい年齢の女兒にとって母親の存在が大切であることについて配慮しないものであることに加えて、いたずらに紛争が複雑化することを顧みず、単に被拘束者らを自らの手もとにとどめて家事事件手続を自己の望む方向へ進行させようとするものとみられても仕方がないものである。Yによる被拘束者らに対する監護・拘束は、父親によるものとはいえ、現時点では、子の幸福を希求する法の趣旨にそわず、すでに開始された家事事件手続の裁判所による運用に対する信頼を損なうものであって、著しく信義則に反し、許されないものというべきである」として請求を認容した。これに対してYが上告した。

<判旨>

上告棄却。

最高裁判所は、「原審の適法に確定した事実関係の下において、Yが調停委員会の面前でその勧めによってされた合意に反して被拘束者A、Bの拘束を継続し、被拘束者A、Bの住民票を無断でYの住所に移転したことなどの事情にかんがみ、本件拘束には、人身保護法2条、人身保護規則4条に規定する顕著な違法性があるものとした原審の判断は、正当として是認することができ、その過程に所論の違法はない」とした。

事例◎ 最高裁平成11年4月26日判決（家裁月報51巻10号109頁）

<事実の概要>

X女とY男は別居中の夫婦であり、両者の間には被拘束者A（平成8年1月1日出生）のほか、B（平成9年12月27日出生）がいる。XはA、Bを連れて婦人保護施設に入寮していた。離婚および面会交流調停が併せて行われていたところ、Yの強い要望もあり、期日においてYとA・Bとの面会交流を実施する旨の合意が成立した（平成10年11月26日）。面会交流は弁護士事務所で行われたが（平成10年12月19日）、Yは外部に通じる扉を封鎖していた机を除去して扉を開け、Aを強引に連れ去った。その後の調停期日にも出頭しなかったため、離婚調停は不成立となった。Xは、Yを相手方として人身保護法に基づき子の引渡しを請求した。

原審は、YによるAの監護が同人の幸福に反することが明白であるということはず、YによるAの拘束が権限なしにされていることが顕著であるとは認められないとして、請求を棄却した。そこで、これを不服としてXは上告した。

<判旨>

破棄差戻し。

最高裁判所は、「Yの右行為は、調停手続の進行過程で当事者の協議により形成された合意を実力をもって一方的に破棄するものであって、調停手続を無視し、これに対するXの信頼を踏みにじたものであるといわざるを得ない。一方、本件において、Xが被拘束者Aを監護することが著しく不当であることをうかがわせる事情は認められない。右の事情にかんがみると、本件においては、Yによる被拘束者Aに対する拘束には法律上正当な手続によらない顕著な違法性があるというべきである。被拘束者Aが、現在、良好な養育環境の下にあ



ることは、右の判断を左右しない」と判示した。

人身保護手続の利用を制限する従来の判例（前掲最判平成5年10月19日等）と事例④・⑤との関係をいかに解するかについては見解が分かれる。

1つは、従来の判例の射程内とはいえ、人身保護手続の利用が認められる新たな例外的場合に加えられとする見解である（以下「新類型説」という）<sup>(59)</sup>。従来の判例に従えば、既述のとおり、「明白性の要件」に該当する類型①・②はいずれも子の幸福を主眼とした判断基準のもとに奪取親の監護下に置かれると子の幸福に反することが明白であるから拘束の「顕著な違法性」があるとして、人身保護請求が認容される。それに対して、事例⑤は、拘束開始時の経緯、奪取行為の態様から、直接、拘束の「顕著な違法性」があるとしており、従来の判例とは異なる観点から判断しているとされる<sup>(60)</sup>。事例④ではその点が不明瞭ではあるが、拘束開始の経緯を重視していることから、やはり事例④も事例⑤と同様の立場に立つという。そして、この見解からは、事例④・⑤は人身保護請求によってひとまず速やかな子の原状回復を認めるものであるから、即時返還を原則とするハーグ条約の考え方に一步近づいたとの評価もある<sup>(61)</sup>。

もう1つは、子の幸福を主眼として判断する従来の判例の射程内と捉える見解である（以下「準類型説」という）<sup>(62)</sup>。調停委員の関与に基づく当事者間の取り決めであるから、その取り決め違反は、家庭裁判所における仮処分の審判等に従わない場合に準じる程度の違法性があるというのである。後者の見解に賛成である。

事例④・⑤においても、調停で形成される合意の一方的破棄、請求者の監護の当否等の事情を考慮しており、その根底には子の幸福に関する一応の事前判断があるとみるべきである。具体的には、父母だけでなく調停委員を介した適正な合意形成過程を経た取り決めは、子の立場に配慮した客観的に適切な内容のものとみることができる。そうした当事者間の取り決めに対し面会交流時に当事者の一方が子を奪取すれば、子の幸福に反する状態が公権的判断に違反するほど明白とまではいえないが、そのような状態が作出される可能性が高いといえる。そこから拘束の顕著な違法性が導かれることとなる。

しかし、実際の調停は、当事者の意思が調停委員に理解されないまま合意の譲歩が求められたり、裁判官や調停委員によって調停の運営に相違が出てきたりするなど問題点も指摘されてきた<sup>(63)</sup>。調停は「人身保護請求を正当化できるだけの実質的に妥当な結論を必ずしも保障しない」ともいわれる<sup>(64)</sup>。試行的面会交流も当事者双方が互いに調停進行を有利な方向へ運ぶための手段として用いられ、子の利益を最優先に実現しようとするものではない場合も多分にある<sup>(65)</sup>。それでもなお、婚姻破綻した父母と子との関係を再構築するうえで試行的面会交流は有意義な結果をもたらしている面があることも否定できない<sup>(66)</sup>。少なくとも当事者間だけで協議、合意形成を行うよりも、調停手続による方が子の利益に配慮した取り決め内容となる可能性は高まるであろう。また、合意形成に向けた調停の努力・実績を子の奪取によって無に帰してはならない。取り決めを遵守させるための継続的な裁判所等の監督制度などが存しない現時点では、人身保護手続の利用も有効な遵守手段の1つと解すべきである。

これらのことを考慮すれば、調停における取り決め違反状態については拘束の顕著

な違法性があるとの一応の推定がはたらくとみるべきである<sup>(67)</sup>。調停手続が本来期待される調整機能を果たさなかった場合には、これを拘束者側が主張・立証することによって違法性の推定が覆されるしくみを構築すれば調停の不備にも対処していくことができると考える。加えて、その後の家事審判等で調停による取り決めに反する結論が出た場合、請求者による子の監護に著しく不当とうかがわせる事情がある場合、そのほかの事情の変更がある場合等も、その主張・立証により違法性推定を覆すことができるものでなければならないであろう。

## 2 新類型説の限界例

### 2-1 「顕著な違法性」要件に該当しないとされた事例

新類型説の立場に立ちつつ、人身保護請求を認容しなかった下級審判例を次にみておきたい。これも、調停手続での取り決め違反から生じた子の奪取事案であるが、人身保護請求を認めなかったものである。

事例① 札幌地裁平成13年12月20日判決（ウェストロー・ジャパン 文献番号2001WLJPCA12209014）  
＜事実の概要＞

別居中の夫婦であるX男とY女は、夫婦関係調整の調停において被拘束者である子A（平成10年8月20日出生）の親権者指定をめぐる対立していた。調停委員の勧めで面会交流を行う際にはXの了解を得ることを条件として、YとAとの面会交流に応じることをXY間で取り決めた（平成13年3月27日）。その取り決めに基づいて同年4月11日にAと面会交流をしたYが、そのままAを連れ帰り監護養育を続けている。そのため、同年5月10日、Xは家庭裁判所にYを相手方としてAの引渡しおよびAの監護者指定の審判を求める申立てを行うとともに引渡しについて仮処分を申し立てた。いずれの申立ても却下されたので、同年8月24日にXがYに対し人身保護法に基づきAの引渡しを求めたというものである。なお、Yは、同年11月2日にXを相手方として監護者指定の審判を申し立て、同年12月18日、家庭裁判所はYをAの監護者と定める審判をしている。

＜判旨＞

請求棄却。

「拘束を開始した経緯に違法行為があるという一事をもって、その違法性の程度や具体的な事情を何ら考慮せず、直ちに『拘束がその権限なしにされていることが顕著である場合』（人身保護規則4条）という要件を充足するということとはできない。人身保護請求手続は、現に、不当に奪われている人身の自由を、司法裁判により、迅速、かつ、容易に回復させることを目的とするのであり（人身保護法1条）、現在の拘束状態が法律上正当な手続によらないものであることを前提としていて（同法2条）、必ずしも拘束を開始した経緯のみによって常に現在の拘束状態の違法性が判断できるものではないからである。

したがって、本件拘束が、現在の状態において『拘束がその権限なしにされていることが顕著である場合』というためには、本件拘束を開始した経緯に違法行為があるということのほか、その違法性の程度や、その他現在の拘束状態の違法性を基礎づける具体的な諸事情を

総合的に考慮して判断する必要がある。具体的には、本件拘束を開始した経緯に違法行為があつて、その違法性の程度等から直ちに現在の監護・拘束が権限なしにされていることが顕著であると認めることができるのであれば格別、そうでない場合において、本件拘束が権限なしにされていることが顕著であるというためには、夫婦の一方が他方に対し共同親権に服する幼児の引渡しを請求する事案である以上、拘束者がAを監護することが、請求者による監護に比して子の幸福に反するかどうかという事情も勘案して判断することを要するというべきである。そして、本件の場合には、「夫婦間の幼児の引渡しに人身保護法を適用するにあたっては、基本的に子の幸福の観点の主眼として判断すべきであり、前述の拘束開始の違法性の程度も考え併せると、本件において、拘束者の上記行為の違法性のみによって、現在の監護・拘束が権限なしにされていることが顕著であるとまで認めることはできない」とした。

事例①は、「拘束を開始した経緯に違法行為があつて、その違法性の程度等から直ちに現在の監護・拘束が権限なしにされていることが顕著であると認めることができるのであれば格別」、それ以外は、拘束の「顕著な違法性」が認められるかについては、監護者による監護に比して拘束者の監護が子の幸福に反するか否かの事情に関して判断し、拘束開始の違法性の程度も併せて考慮するという。事例②の場合は、面会交流の機会を積極的に利用し子を実力で奪っており、違法性の程度はかなり強いものであったといえ、前者の「格別」な場合に当たることになる。事例①の場合は、単に面会交流後に子を引き渡さないのであるから違法性の程度はそれほど強いものではなく、後者に当たるとしている。事例①は、事例④・⑤の位置づけについて新類型説の立場に立ち、事例④・⑤との整合性を維持しようとしていることは明らかである。

## 2-2 判断基準に対する問題点

新類型説を採る事例①の判断基準には問題があると考えられる。事例①は事例④のように拘束者が住民票の移動等の行為は行っていないものの、面会交流後に返還しなかったという点では事例④の拘束開始の経緯とさほど相違はないように思われる。違法性の程度で区別する事例①の二重基準は、曖昧さを含み判断基準として不明瞭であろう。これまでの判例が子の幸福に着眼した判断によっているのは、請求者の問題を解決するためではなく被拘束者である子の問題を解決するためである<sup>(68)</sup>。拘束開始手段の違法性も子の問題を解決する目的の範囲内で考慮される要素とすべきである。

事例①で人身保護請求が認められなかった背景には、本判決前にすでに家庭裁判所の判断が示されていたという事情があり、むしろそれが大きく影響していたように思われる。本件の係属中、すでに父親（請求者）の申し立てた監護者指定の審判は却下されていたうえに、その後、母親（拘束者）の申し立てた監護者指定の審判は認容されている。後者の審判は本判決直前に出たものであるから判断材料とされたかは不明であるが、少なくとも前者の審判は判断の基礎とされたものと考えられる。事例①の判決は、子の幸福の観点から家庭裁判所が行った判断に従う結果となっている。このような結論は、従来からの監護権者から非監護権者に対する子の引渡し請求事件で親権・監護権の所在が重要な考慮要素とされてきた判例

の流れからも首肯できよう<sup>(69)</sup>。

結局、解決の適切性への配慮を捨象した原状回復手段と解する新類型説の限界性を、事例①が示唆している。その点からも従来の判例に沿った準類型説が妥当しよう。そして、事例①では、先行する家事審判の存在の主張・立証によって「顕著な違法性」の推定が覆ったとみるべきであったと考える。

したがって、人身保護請求に関しても即時返還類似の役割を担わせることは難しいといえる。

## V 迅速な原状回復に向けた解決構造の検討

### 1 暫定的解決手段の役割

以上のように、判例・学説の状況を踏まえ、現行法上の暫定的解決手段がハーグ条約における即時返還類似の役割を果たす方向に移行しうるかについて検討してきた。

まず、審判前の保全処分については、現行法の規定する保全処分の性質、強制執行の実効性に対する不安等から即時返還類似の役割を期待することまではできないことを示した。また、人身保護請求についても、これまでの判例の蓄積から子の引渡し請求事件特有の判断基準が確立しており、即時返還のような役割までは果たしえないことが明らかとなった。現行制度の下では、迅速性の要請のみを優先的に充足させる暫定的解決手段には移行しえない。

しかし、ハーグ条約における即時返還の原則が、子の奪取を抑止する効果を見込めるとされる視点は軽視すべきでない。なぜなら、事後救済のみでは子の心の傷は完全に払拭できないのであって、子の奪い合いを根本的になくす方向からのアプローチが何よりも子の利益確保に結びつくからである。事後的な司法救済を中心とする方向からの取り組みだけでは十分な解決策は得られない。子の奪い合いの予防に重点を置けば、事後救済を求める数の減少にも貢献するはずである。やはり、子の奪い合い自体を事前に予防するための取り組みとの連動性が不可欠といえる。

その点をも考慮すると、事後救済の場面で司法における解決の適切性判断は必要であるが同時に奪取行為を無意味化する迅速な原状回復をも実現しうる解決構造が理想といえよう。それを実現させるための前提条件として、奪取前の子の監護状況が子の利益に適切であったであろうと簡易な審理で容易に認められる状態を事前に作出しておくことが求められる。そのような状態を事前に作り出すことができれば、たとえ子の奪取が発生したとしても、その状態に戻すことが通常、適切な解決となるうえに迅速な解決につながるからである。

### 2 新たな解決構造導入の検討

#### 2-1 子の利益に適った監護状況の作出方法

適切かつ迅速な解決を実現する前提条件は、いかなる方法によって作り出されるべきものであろうか。

その手がかりは、これまでみてきた人身保護請求に関する諸判例から得ることができよう。共同親権者間の争いでは、離婚までの父母間の子の監護分担について①家事審判または

審判前の保全処分がなされた場合、もしくは②調停による当事者間の取り決めがなされた場合が挙げられる。監護権者・非監護権者間の争いにおいても、親権・監護権の所在が①家事審判または審判前の保全処分、もしくは②調停による当事者間の取り決めて定められた場合に限り、それが子の引渡し請求の認否判断の基礎となる。そのほか、第三者を介さない当事者間のみでの取り決めも考えられるが、親の利益が子の利益に優先される危険を回避できないから、このような取り決めがなされても適切性を容易に判断しうる前提条件には欠けるであろう。

したがって、事前に今後の子の監護について裁判所の公権的判断による決定または調停等の第三者を介した当事者間の取り決めがなされたということが、適切かつ迅速な解決を実現する前提条件となると解すべきである。この前提条件が父母の行為規範となるはずであるから、これを作出することがまず第一に子の奪い合いの事前予防となりうる。たとえそれに反して一方の親が子を奪取したとしても、第二に事後救済段階で決定または取り決め内容に従った迅速な原状回復がなされることとなる。

## 2-2 遵守手段としての役割を担う暫定的解決手段

こうした解決構造を確立するために、事後救済の段階での決定ないし取り決めの遵守手段としての役割を担うのは、現行法上、審判前の保全処分なのか、それとも人身保護請求なのかについては改めて確認しておきたい。

まず、審判前の保全処分の場合には、たとえ、第三者を介し子の利益を十分考慮した当事者間の取り決めが存在したとしても、それは監護者適格を判断する重要な要素となるにすぎないと思われる。保全処分の要件を緩やかに解することにより、ある程度、迅速な判断はなしうであろうが、それでも本案審判との附従関係からまずは実質的審理に入らねばならない。執行方法の点でもいまだ不安が残る以上、保全処分が遵守手段としての役割を担うことは現時点では難しいといえる。

次に、人身保護手続の場合には、すでに述べたとおり、現時点では一定の限度で、遵守手段としての役割を期待することができると考える。共同親権者間の争いの場合、前掲最高裁平成5年10月19日判決以降、子の幸福を主眼として人身保護請求の認否が判断されるが実質上子の幸福に関する実体的判断は回避される。また、監護権者・非監護権者間の争いの場合も、親権・監護権の所在が重要な考慮要素となり、原則として実体的判断は回避されているに等しい。いずれの場合も、子の引渡し実現のための強力な実効性を発揮することができれば、公権的判断による決定または当事者間の取り決めに遵守させる役割を果たす面は大きいといえる。

## 3 制度環境の重要性

### 3-1 前提条件を作出するための法制度の不備

現行制度では、裁判所による決定のほか、当面、調停での子の監護に関する取り決めがなされた状態が解決の適切性を迅速に判断するための前提条件となりうることはすでに述べた。ただし、これは調停委員等が子の利益を十分考慮する中立な立場で合意形成過程に関与する手続であることが大前提となる。その点、家事事件手続法の下では、当事者らが主体的

に手続に関与するための新規定が設けられている。そのうえ、子の意向に着目した調停運営が求められるので、旧法下よりも子の利益に適った合意形成支援制度としての充実が期待されよう<sup>(70)</sup>。さらには、取り決め内容の適切性担保として、少なくとも家庭裁判所調査官の調査や調停委員会の評議を経ること、合意形成過程を調書にきめ細かく記録することなどを条件として要求すべきであろう<sup>(71)</sup>。

もっとも、わが国では、婚姻破綻した親たちが調停を利用し子の監護に関する取り決めを行う件数自体はいまだ少ないという現状がある<sup>(72)</sup>。他の民事紛争に比べ離婚に関連する調停等の利用は多いとされるが、その利用は一般的とまではいえない<sup>(73)</sup>。そもそも父母らが別居または離婚後の子の監護事項について十分に協議さえしない場合も多い<sup>(74)</sup>。対立感情によるところも大きいであろうが、伝統的な家族観が影響を与えているものと解される。わが国では、別居または離婚後は一方の親と子との結びつきが維持・強化され、他方の親が疎外される傾向がいまだに強い<sup>(75)</sup>。子連れ別居が容認される土壌もそこにあるように思われる。こうした父母の意識が取り決め件数の増加を阻む要因ともいえよう。

より重大な要因は、法制度の不備にある。家族関係の多様化が進むとされながら離婚後はいまだに単独親権以外の親権形態は認められていない点も国民意識に影響を及ぼしているように思う。また、離婚後の単独親権者となる親の指定（民法819条1項）以外に子の監護に関する取り決めを義務づける、もしくは取り決めを強力に促進・支援する法制度が欠けている。従来からの当事者自治の尊重という表向きはよいが、あまりに当事者任せの領域が広い。平成24年の民法766条改正、離婚届の一部改正により、ようやく今後の子の監護者、面会交流等の監護事項に関する取り決めの必要性が明示されるようになったばかりである。これにより取り決めを行う親たちが増えたとしても、当事者間だけの取り決めでは夫婦間の力関係が反映された取り決め、子の利益を軽視した取り決め等になってしまうおそれがある。そもそも取り決めの必要性が明示されても、家庭内暴力や虐待行為を阻止できない状況では取り決め自体行うことは不可能である。そのため、「親たちに事実上子連れ里帰り以外の合理的な選択肢がないことが多いのではないか」との指摘もある<sup>(76)</sup>。

したがって、今後の子の監護に関して、すでに述べた裁判所の公権的判断による決定または調停による取り決めがなされたことにより前提条件が備わる場合に限って、適切かつ迅速な解決の実現可能性が高まるにとどまる。

### 3-2 制度環境の検討

人身保護請求を実際に遵守手段制度として運用するには、その前提条件となる子の利益を十分に考慮した事前の取り決めをより多くの親たちが行いうる制度環境が必要である。もちろん、そこには家庭内暴力や虐待などの防止措置とも直結した取り決め促進制度が含まれていなければならない。

その点、諸外国では、近年、別居または離婚後も双方の親と子の関係が継続維持されることが子の利益に資するという心理学上の見解が支持され、それに基づいた法整備がなされている<sup>(77)</sup>。これに関連したイギリスやドイツの取り組みに関してはすでに別稿で触れた<sup>(78)</sup>。これらの国も含め、別居または離婚後も双方の親と子の継続的な関係を法的に支援するため、離婚後の共同親権を制度化する国は多い<sup>(79)</sup>。離婚後も子の監護養育に双方の親が携わ

ることが求められる法制度の下では、父母らの間で今後の子との関わり方を事前に取り決める必要性が広く認識されており、その取り決め率も高い<sup>(80)</sup>。しかし、当事者自治に委ねるだけでは親本位の取り決めとなるおそれは当然ある。子の利益を十分に考慮した適切な取り決め内容とするために、離婚手続の場面のほか、さまざまな角度から国家自らもしくは民間団体等を通じ調停や親教育プログラムを取り入れるなどして合意形成を支援する取り組みがなされている<sup>(81)</sup>。家庭内暴力や児童虐待の問題が内在する家庭に関しては、その一方の親(加害親)を分離した後、今後の子の監護のあり方・分担等を司法・行政の関与により取り決められる連続的なしくみが構築されてきている<sup>(82)</sup>。そうした取り組みを行っている国では、ハーグ条約の解決構造は受け入れられやすいように思われる。制度環境が整っておりこれを簡単に利用しうるにもかかわらず、親の一方が他方に無断で子を連れ去る行為は、子の立場を顧みない独善的な行為と断じやすいであろう。子連れ別居の場合も、第三者の支援が得られ冷静に取り決められる環境があり、その利用を促される公的な支援があったにもかかわらず子を連れ出したのであれば責められる余地は大いにある。

ただし、こうした国々は伝統的に公的介入の機会を確保しうる裁判離婚のみを認めている点でわが国とは異なる。

わが国でも、別居前の段階、遅くとも協議離婚を含む離婚手続の段階から公的な介入の機会が確保されるべきであろう。

まず、実体法の面では、別居後の子の監護に関しての取り決めの努力が可能な限り早期からなされるよう、当事者間の意識変化に作用する法体制の整備が必要となる。その代表的なものとして、離婚後の共同親権の選択化、または原則化制度の導入が考えられる<sup>(83)</sup>。

手続法の面では、父母間の対立度を把握するために双方各自に今後の監護計画、家庭内暴力や虐待の有無等について申告させる制度があつてよい。そこから判明する対立度に応じた取り決め促進制度を設けておく必要がある。このときの当事者間の協議、合意形成は親本位の取り決めを防止するため、子の問題に専門的知識を有する第三者の関与を要する。このとき成熟度に応じた子の参加も当然考えられる。取り決めをより多くの親に行ってもらうためには、既存の調停制度の改善を図るだけでは限界がある。調停以外の身近な相談所の必要性も高いと考える<sup>(84)</sup>。行政はもちろんのこと、民間の力も活用する必要がある。また、父母間の対立度が大きい場合には、子の監護者指定や面会交流等に関する家庭裁判所の判断・決定へ円滑に移行しうよう、一定の強制も必要と考える。家庭内暴力や虐待等の問題を抱えているために対立度が大きい場合には、刑事罰も躊躇しない厳格な対応によりその要因を除去することが何よりも先決である<sup>(85)</sup>。そのうえで、裁判所や行政等の公的機関が当事者間の合意形成の余地を速やかに調査し、それが困難であると判断された場合には、すぐに家庭裁判所の決定によってその後の子の監護に関するあり方を取り決めるのがよりよい方法と考える。

しかし、こうした制度環境が整ったとしても、当事者間の取り決めも家庭裁判所の判断もなされていない場合には、適切かつ迅速な解決の実現は困難となる。それでは、子を奪取した者勝ちを生む危険性がある。事例◎においてもこの点が懸念されていた。適切かつ迅速な解決を実現するとともに、子の奪い合いの発生自体を根本的に予防していくためには、事前

の子の監護に関する取り決めを強力に推進しなければ意味がないであろう。親の争いに巻き込まれた子の負担を少しでも軽減・除去するためには、障害は多いであろうが、別居前、究極的には婚姻破綻前からの監護計画の推進（父母の婚姻破綻を想定した取り決めも含む）、その後の事情変化にも対応しうる柔軟な修正なども視野に入れた早い時期からの継続的な取り組みがより効果的であり有益と考える。これにより、家庭の自治領域に国が積極的に介入することになるが、危機的状況下の子の不利益を回避するためには許容されるべきものと考ええる。最終的には、国内事件においてもハーグ条約の示す即時返還の原則に類似した返還手段を立法化することも考えられてよい。容易に対立度に応じた支援を受け子の監護に関して取り決められるのに取り決め等を行わないで子を奪取する親に対しては、即時返還で対応することも決して非情ではないからである。

## VI むすび

以上のように、国内の子の引渡し請求事件に関して、ハーグ条約に類似した解決構造の採用は現時点では難しいといえる。そもそも現行法上の暫定的解決手段は、日本の法制度の現状から返還手段に徹し切れるものとはなっていない。しかしながら、子の引渡し請求事件を迅速に解決するためには、既述の事前予防策と連動した解決構造を定着させるべきである。

当面、婚姻破綻した父母が今後の子の監護について取り決め、子の利益に適った監護状況を早期に作出するために現行制度上の家事審判や調停の円滑な利用を促進するほかない。しかし、これにより救済されるのは、家事審判や調停の利用により事後救済の前提条件が備わった場合に限られる。さらに、一般的に迅速な原状回復を可能とする解決構造を確立するためには、事前予防の視点から取り決めを促進する制度環境を整備するための立法の見直しが必要となる。これまで述べてきた親権制度の見直し、家庭内暴力や虐待への厳格な対応を前提とした取り決め促進制度等、父母間の婚姻破綻前後からの公的介入が切望される。

子の利益に適った監護状況を早期に作出できる制度環境を整えるために、これらの具体策を早急に講じていく時期に来ていることをわれわれは自覚すべきである。取り決め等を遵守させるための手段は、やはり抑止的な手段として強力な執行手段が必要である。事前予防策となる法制度の整備とともに、今後は人身保護手続で補完せずともよい子の引渡し実現に相応しい返還手段の創設が立法上求められよう。

### 〈註〉

- (1) 棚瀬一代『離婚と子ども 心理臨床家の視点から』118頁以下（創元社、2007年）。
- (2) 拙稿「婚姻が破綻した父母による子の奪い合いと事後の司法的解決の限界」中京学院大学研究紀要14巻1・2号33頁（2007年）参照。
- (3) 拙稿・前掲注（2）33頁参照。
- (4) 木村正子「子の引渡し請求の強制執行再考のための覚書」筑波法政53号43頁（2012年）。
- (5) 拙稿・前掲注（2）42-43頁参照。



- (6) 堂蘭幹一郎・松田敦子・今井康彰ほか「ハーグ条約に基づく子の返還のための裁判手続等の概要」NBL1006号25頁(2013年)。しかし、家庭内暴力を受ける親が子を置き去りにして国境を越えることは考えにくいとして、ハーグ条約の限界性も指摘されているという(半田吉信『ハーグ条約と子の連れ去り ドイツの経験と日本への示唆』203頁以下(法律文化社、2013年))。
- (7) 早川眞一郎「子の奪い合いにおいての一考察」中川良延ほか編『日本民法学の形成と課題(下)』1209頁以下(有斐閣、1996年)参照。
- (8) 山口亮子「東京高裁平成20年12月18日決定ほか・判批」判例タイムズ1312号63頁(2010年)、野村秀敏「東京高裁平成20年12月18日決定・判批」民商法雑誌141巻6号109頁(2010年)、若林昌子「子の監護法制の動向と現代化への課題―面会交流の実務、国際間の子奪取ハーグ条約問題を中心に―」法律論叢84巻2・3合併号517頁(2012年)、新井弘明「子の引渡を求める審判前の保全処分・東京高裁平成24年10月18日決定・判批」白鷗大学法科大学院紀要7号178頁(2013年)、本間靖規「東京高決平成24年10月18日・判批」判例時報2196号159頁(2013年)、棚村政行「最高裁平成6年4月26日判決・判批」民法判例百選Ⅲ91頁(2015年)等。
- (9) 田中英夫「人身保護手続」鈴木忠一・三ヶ月章監修『新・実務民事訴訟講座8』415頁(日本評論社、1984年)、山口亮子「子どもの引渡しに関する人身保護請求―アメリカのヘイピアス・コーパスの変遷からの考察―」上智法学45巻4号99頁(2002年)。
- (10) 当初は、物の引渡し請求と同様とされたが(大判大正元年12月19日民録18輯1087頁)、その後の判例では、親権行使の妨害排除請求として構成されるようになった(大判大正10年10月29日民録27輯1847頁等)。だが、家事審判手続や人身保護手続の利用増加に伴い、父母間の争いにおいては民事訴訟手続における親権行使の妨害排除請求という構成はあまり採られなくなっている。
- (11) 山島正男「子の引渡し請求」別冊判例タイムズ8号・家族法の理論と実務279頁(1980年)、牧山市治「別居中の夫婦間の子の引渡をめぐる紛争解決手続」判例タイムズ747号324頁(1991年)。
- (12) 梶村太市「別居中の父母間における幼児引渡をめぐる諸問題」家裁月報28巻4号1頁(1976年)。
- (13) 丹野達「子の引渡しに関する人身保護請求の補充性」家裁月報38巻10号11頁(1986年)。
- (14) 事実上の運用としては、審問期日当日に出頭した被拘束者を裁判所職員が預かり、判決言渡し後に釈放して請求者に引き渡すための努力がなされている(中田昭孝・斎藤聡「子の監護をめぐる人身保護請求事件の諸問題」判例タイムズ950号89頁(1997年))。しかし、人身保護命令および制裁としての延べ8日間の勾留にもかかわらず子を裁判所に出頭させない事例もある(東京地判平成2年8月3日判例時報1365号88頁参照)。
- (15) 加藤永一「子の引渡と人身保護法の適用基準」法学セミナー221号66頁(1974年)、石川稔「最高裁昭和49年2月26日判決・判批」家族法判例百選<第三版>130頁(1980年)、五島京子「主たる養育者と監護者の決定」判例タイムズ628号135頁(1987年)。
- (16) 田中和夫「最高裁昭和24年1月18日判決・判批」民商法雑誌25巻3号60頁(1950年)、国府剛「最高裁昭和43年7月4日判決・判批」法律時報40巻13号121頁(1968年)、桜田勝義「子の引渡しと人身保護法」判例タイムズ249号12頁(1970年)等。
- (17) 野田愛子「未成年の子の監護・養子縁組をめぐる紛争の処理と展望」ジュリスト540号47頁(1973年)、加藤・前掲69頁(1974年)、川井健「最高裁昭和49年2月26日判決・判批」昭和49年重要判例解説・ジュリスト590号85頁(1975年)、山島正男「離婚と子の奪い合い」ジュリスト665号47頁(1978年)、吉田欣子「子の奪い合いと人身保護請求手続」判例タイムズ747号334頁(1991年)。
- (18) 山口純夫「最高裁昭和59年3月29日・判批」判例タイムズ551号293頁(1985年)、島田・前掲注

- (26) 331頁、井上薫「別居中の夫婦間で子の引渡しを求める人身保護請求の客観訴訟的再構成—最三小平成5年10月19日の評釈を兼ねて—」判例タイムズ832号49頁（1994年）、瀬木比呂志「子の引渡しに関する家裁の裁判と人身保護請求の役割分担—子の引渡しに関する家裁の裁判の結果の適正な実現のために—」判例タイムズ1081号49頁（2002年）等。
- (19) 犬伏由子「最高裁昭和59年3月29日判決・判批」民商法雑誌91巻3号112頁（1984年）。
- (20) 野田愛子「最高裁平成5年10月19日判決・判批」判例時報1494号207頁（1994年）、吉田欣子「最高裁平成5年10月19日判決・判批」判例タイムズ852号139頁（1994年）、山口純夫「最高裁平成5年10月19日判決・判批」判例タイムズ846号106頁（1994年）、棚村政行「最高裁平成5年10月19日判決・判批」家族法判例百選<5版>106頁（1995年）、山口純夫「子の引渡しと人身保護法の適用—最近の二つの最高裁判決を機縁として—」甲南法学40巻3・4号215頁（2000年）、棚村・前掲注（8）90頁。
- (21) 小川栄治「最高裁平成6年4月26日判決・判批」法学教室171号123頁（1994年）、水野紀子「最高裁平成5年10月19日判決・判批」ジュリスト1046号95頁（1994年）、本沢己代子「最高裁平成5年10月19日判決・判批」法律のひろば47巻5号54頁（1994年）、田尾桃二「最高裁平成6年4月26日判決等・判批」NBL579号66頁（1995年）、半田吉信「最高裁平成6年4月26日判決・判批」ジュリスト1060号104頁（1995年）。
- (22) 梶村太市「子の引渡請求の裁判管轄と執行方法」司法研修所論集・創立50周年記念特集号第2巻332頁（1997年）。
- (23) 山口亮子「子の奪い合い紛争事件における判断基準について」産大法学45巻3・4号202頁（2012年）。
- (24) 水野紀子「最高裁平成6年4月26日判決・判批」民商法雑誌113巻2号126頁（1995年）。
- (25) 鈴木忠一「非訟事件の裁判と執行の諸問題」法曹時報13巻11号20頁（1961年）、田中加藤男「家事審判と民事訴訟の交錯する面における実務上の問題（上）」ケース研究67号9頁（1961年）、石川明「乙類審判事項の争訟性—子の引渡請求事件を例にして—」別冊判例タイムズ8号・家族法の理論と実務57頁（1980年）。
- (26) 田中加藤男「身分法研究」ジュリスト290号74頁（1963年）（同・前掲注（25）9頁の改説）、野田愛子「未成年の子の監護・養子縁組をめぐる紛争の処理と展望」ジュリスト540号47頁（1973年）、島田充子「子の引渡し請求と審判前の保全処分の活用」判例タイムズ747号330頁（1991年）、梶村太市・青木晋ほか「子の引渡し保全処分事件の処理をめぐる諸問題」家裁月報47巻7号6頁（1995年）。
- (27) 田中・前掲注（26）76頁、梶村・青木ほか・前掲注（26）7頁。
- (28) 梶村太市「別居中における夫婦間における幼児引渡をめぐる諸問題」家裁月報28巻4号8頁（1976年）、佐久間重吉[島津一郎編]『判例コンメンタール民法 増補版』716頁（三省堂、1985年）、島田充子[川井健・利谷信義ほか編]講座 現代家族法 第3巻 親子』183頁（日本評論社、1992年）。
- (29) 牧山市治「別居中の夫婦間における子の引渡しをめぐる紛争解決手続」判例タイムズ747号324頁（1991年）。
- (30) 島田・前掲注（26）330頁。
- (31) 長秀之「子の監護をめぐる諸問題」ケース研究240号173頁（1994年）。
- (32) 松本哲弘「子の引渡し・監護者指定に関する最近の裁判例の傾向について」家裁月報63巻9号5

- 頁以下(2011年)、石垣智子・重高啓「第7回 子の監護者指定・引渡調停・審判事件の審理」法曹時報66巻10号44頁(2014年)。
- (33) 石垣・重高・前掲注(32) 46頁。
- (34) 石垣・重高・前掲注(32) 42頁。
- (35) 中山直子「別居中の夫婦間の子の引渡請求」判例タイムズ1100号173頁(2002年)。
- (36) 杉山初江『子の引渡し』54頁(民事法研究会、2010年)、小田正二「家事事件手続法の趣旨と新しい運用の概要」法曹時報66巻4号7頁、23頁(2014年)、石垣・重高・前掲注(32) 42頁参照。
- (37) 島田充子・荒又和子・大貫充「別居中の夫婦間の子の引渡しに関する人身保護請求と審判前の保全処分」判例タイムズ996号76頁(1999年)。
- (38) 小田・前掲注(36) 23頁。
- (39) 梶村・青木ほか・前掲注(26)45頁、梶村太市『家事事件法』177頁(日本加除出版、2010年)。
- (40) 中山・前掲注(35) 173頁。
- (41) 東京高裁平成11年5月6日決定(判例タイムズ1017号265頁)等参照。
- (42) 福岡高裁平成6年9月22日決定(判例タイムズ881号274頁)参照。
- (43) 新井・前掲注(8) 176頁も同旨。
- (44) 平田厚「東京高裁平成15年1月20日決定・判批」民商法雑誌129巻2号117頁(2003年)。保全処分を認めなかった原審に対する前掲東京高判平成20年12月18日もほぼ同旨。そのほか、前掲東京高裁平成15年1月20日決定の評釈として、秋武憲一「東京高裁平成15年1月20日決定・判批」判例タイムズ1154号236頁(2004年)、山口・前掲注(8) 63頁等がある。
- (45) 事例㉔の原審(甲府家審平成20年11月7日家裁月報61巻7号65頁)も、「子の引渡しは、未成年者の保護環境を激変させ、子の福祉に重大な影響を与えるので監護者は頻繁に変更される事態は極力避けるべきであり、保全の必要性と本案認容の蓋然性については慎重に判断すべきもの」と述べている。
- (46) 学説では、事例㉔に関しては、平田・前掲注(44) 117頁、渡邊雅道「別居夫婦間の子供の引渡保全処分に関する2つの疑問」判例タイムズ1148号45頁(2004年)等、事例㉔に関しては新井・前掲注(8) 179頁等がある。審判例のなかにも、事例㉔のような解釈に反対の態度をとるものがある(東京家八王子支審平成11年2月26日判例タイムズ1017号268頁(東京高決平成11年5月6日判例タイムズ1017号265頁の原審)参照)。
- (47) 梶村・青木ほか・前掲注(26) 45頁、島田・荒又・大貫・前掲注(37) 76-77頁。
- (48) 最高裁判所事務総局家庭局「平成7年度家事事件担当裁判官協議会における協議結果の概要—子の引渡事件の処理に関し考慮すべき事項—」家裁月報48巻11号27頁以下(1996年)。
- (49) 山口・前掲注(8) 63頁、野村・前掲注(8)109頁、新井・前掲注(8)178頁、若林・前掲注(8) 517頁参照。
- (50) 本間・前掲注(8) 159頁。
- (51) 福市航介「審判前の保全処分による子の引渡しの判断基準」OIKE LIBRARY 37号30頁(2013年)。
- (52) 福市・前掲注(51) 30頁。
- (53) 梶村・青木ほか・前掲注(26) 46頁、中山・前掲注(35)175頁、石垣・重高・前掲注(32) 46-47頁もほぼ同旨。
- (54) 若林・前掲注(8) 517頁も、本決定の事案は、Yが病氣療養のため単身別居した経緯から「Xの

単独監護に抵抗を示した事情も考慮すると、抗告審の判断にも割り切れないものを残すといわざるを得ず、「現行法制度の限界を象徴する事案」と指摘されている。

- (55) 山崎恒「子の引渡しと直接強制」『新裁判実務大系12 民事執行法』384頁（青林書院、2001年）、同「子の引渡しの強制執行」判例タイムズ1100号186頁（2002年）、青木晋「子の引渡しと執行実務」新民事執行実務4号87頁（2006年）、遠藤真澄「子の引渡しと直接強制—主に家裁の審判、保全処分と直接強制の在り方について—」家裁月報60巻11号1頁（2008年）、村上正子・安西明子・上原裕之・内田義厚『手続からみた子の引渡し・面会交流』118頁以下（弘文堂、2015年）等、子の引渡しの執行に関しては多数の文献がある。
- (56) 東京地方裁判所民事部第9部人身保護研究会「東京地裁における最近の人身保護請求事件の処理状況」判例時報1961号5頁（2007年）。
- (57) 東京地方裁判所民事部第9部人身保護研究会・前掲注（56）3頁以下参照。
- (58) 佐藤千裕「家庭裁判所における面接交渉の紛争調整の実情と課題—試行的面接交渉を中心として—」『21世紀の家族と法：小野幸二教授古稀記念論集』117頁（法学書院、2007年）、東京家事調停協会「夫婦と子の状況から考える面会交流調停—離婚訴訟中・自己主張の激しい当事者・乳幼児期の子のケース—」ケース研究307号166頁（2011年）、細矢郁・進藤千絵・野田裕子・宮崎裕子「面会交流が争点となる調停事件の実情及び審理の在り方—民法766条の改正を踏まえて—」家裁月報64巻7号26頁（2012年）等参照。ただし、面会交流原則実施論に批判的な見解もある（梶村太市『面会交流調停・審判の実務』286頁（日本加除出版、2012年）、同『新家事調停の技法』186頁（日本加除出版、2012年）、同「親子の面会交流原則的実施論の課題と展望」判例時報2177号3頁（2013年）等参照）。
- (59) 瀬木比呂志「子の引渡しと人身保護請求」判例タイムズ919号11頁（1996年）、島田充子・丹羽敦子「最高裁平成11年4月26日判決・判批」判例タイムズ1036号169頁（2000年）、中山・前掲注（35）175頁、山口純夫「最高裁平成11年4月26日判決・判批」判例時報1694号192頁（2000年）、遠藤隆幸「最高裁平成11年5月25日判決・判批」朝日法学31号161頁（2004年）、棚村・前掲注（8）91頁、本間・前掲注（8）158頁。
- (60) 島田・丹羽・前掲注（59）169頁。
- (61) 本間・前掲注（8）159頁。
- (62) 吉田彩「子の引渡しをめぐる人身保護請求と家裁における保全処分の関係について」判例タイムズ1038号40頁（2000年）、瀬木・前掲注（18）60頁（同・前掲注（59）11頁（1996年）の改説）、中川淳「別居中の子の連去りと人身保護法—最判平成11・4・26を中心として」戸籍時報627号137頁（2008年）参照。
- (63) 二宮周平・渡辺惺之編『離婚紛争の合意による解決と子の意思の尊重』26頁以下（日本加除出版、2014年）、水野紀子「DV・児童虐待からみた面会交流原則的実施論の課題」梶村太市・長谷川京子編『子ども中心の面会交流』117頁（日本加除出版、2015年）。そのほか、水野紀子「日本の離婚手続について—比較法的観点から家事調停の将来を考える—」ケース研究286号55頁以下（2006年）等参照。
- (64) 水野・前掲注（24）114頁。
- (65) 梶村・前掲注（58）286頁。
- (66) 岡山調停協会「ケース研究 離婚及び子の監護に関する処分（子の引渡し等）」ケース研究263号111頁以下（2000年）等。

- (67) ドイツでは、父母間であらかじめ子の日常居所について取り決めをしている場合にその取り決め違反して一方の親が子を連れ去ったときには、その親の監護は違法性が推定されるとし、もう一方の親の子の引渡し請求を認めている(拙稿「婚姻が破綻した父母による子の奪い合いに対する取り組み—ドイツ法の場合—」中京学院大学研究紀要15巻1・2号37頁(2008年)参照)。
- (68) 瀬木・前掲注(59)9頁(1996年)は、通常の人身保護請求はまさに拘束開始手段の違法性を問題とするところ、監護権者どうしの子の引渡しに関する請求の場合には「通常の請求とはいくらか異質な部分がある」とされている。
- (69) 最近では、東京地裁平成16年6月22日判決(ウエストロージャパン 文献番号2004WLJPCA06220002)は、監護権者・非監護権者間の子の引渡し請求事件と同様の論理的帰結をさらに明確に採用する。共同親権者間の子の引渡し請求事件で、すでに請求者が平成15年11月25日に被拘束者の監護者を請求者と定めるとともに、拘束者に対して被拘束者を請求者に引き渡すことを命ずる審判を得ており、また被拘束者の仮引渡しを命ずる審判前の保全処分も同日に得ているという場合に、これに拘束者が従わないことが明白性の要件①類型に該当するとした。そのうえで、「このような場合には、被拘束者を監護権者である請求者の監護下に置くことが拘束者の監護下に置くことに比べて子の幸福の観点から著しく不当なものでない限り、拘束者による拘束は権限なしにされていることが顕著である場合(人身保護規則4条)に該当し、請求者の請求を認容すべきものとするのが相当である」としている。
- (70) 二宮・渡辺・前掲注(63)27頁以下参照。
- (71) 岡山調停協会・前掲注(66)151頁参照。
- (72) 法務省『「親子の面会交流を実現するための制度等に関する調査研究報告書」の概要』5頁(<http://www.moj.go.jp/content/000076355.pdf>)。
- (73) 南方暁・田巻帝子「離婚問題における当事者支援とニューズ—実態調査を素材として」家族<社会と法>29号80頁(2013年)。
- (74) 義務づけられている離婚の際の親権者指定に関してさえ、協議が不十分または不存在を主張する事例は多い(東京高判平成15年6月26日判例時報1855号109頁、東京高判平成20年2月27日判例タイムズ1278号272頁等)。
- (75) 背景として、夫婦よりも親子のつながりを中心として直系家族を重視する日本の伝統的家族観が強く影響しているように思われる(上子武次・増田光吉『日本人の家族関係—異文化と比較して<新しい家族像>をさぐる—』101頁(有斐閣、1981年))。
- (76) 早川眞一郎『「国際的な子の監護」をめぐる問題について」判例タイムズ1376号50頁(2012年)。
- (77) 拙稿「父母間の子をめぐる争いに対するイギリス法の予防的取り組み—『子のための取り決め陳述書提出制度』の廃止要因に着目して—」中京学院大学紀要22巻39頁(2015年)参照。
- (78) ドイツに関しては、拙稿・前掲注(67)33頁以下、同「ドイツにおける家事事件手続等の改革について—子の奪い合いに対する取り組みに関連して—」中京学院大学研究紀要59頁以下(2009年)、イギリスに関しては、拙稿・前掲注(77)29頁以下、同「婚姻破綻した父母間の子の利益確保を目的としたイギリス法の取組み—『子のための取決め陳述書提出制度』の推移に着目して—」戸籍時報721号19頁以下(2015年)参照。
- (79) 最近の各国の法制度に関しては、大村敦志・河上正二・窪田充見・水野紀子編『比較家族法研究—離婚・親子・親権を中心に—』(商事法務、2012年)、床谷文雄・本山敦編『親権法の比較研究』41頁以下(日本評論社、2014年)が詳しい。

- (80) 山口亮子[床谷文雄・本山敦編]『親権法の比較研究』41頁以下（日本評論社、2014年）等参照。
- (81) 二宮周平「当事者支援の家族紛争解決のモデルの模索—ドイツ、オーストラリア、韓国の動向から—」ケース研究307号5頁以下（2011年）等参照。親教育プログラムを紹介する文献としては、たとえばアメリカに関するものとして、棚村政行「アメリカにおける子の監護事件処理の実情」判例タイムズ1176号55頁以下（2005年）、同「アメリカの監護交流調整制度の実情と課題」戸籍時報603号15頁以下（2006年）、渡部信吾「子の監護を巡る親教育プログラムについて—米国ネブラスカ州ダグラス郡の実情—」ケース研究303号225頁以下（2010年）等参照。
- (82) 拙稿・前掲注（77）50頁以下参照。
- (83) 許末恵「親権をめぐる法規制の課題と展望」家族＜社会と法＞24号130頁（2008年）、水野紀子「家族法改正—婚姻・親子法を中心に—親権法」ジュリスト1384号63頁、66-77頁（2009年）、犬伏由子「親権・面会交流権の立法課題」家族＜社会と法＞26号42-48頁（2010年）等参照。
- (84) 許・前掲注（83）135頁。
- (85) 水野・前掲注（63）121頁。