

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

佐藤 千恵

1. はじめに
2. 子の奪い合いと子の福祉の要請
 - 1) 父母の婚姻破綻と子の福祉の危殆化
 - 2) 子の奪い合いと事後の司法的解決における諸要請
3. 子の奪い合いに関する本案処理と事後の司法的解決における諸要請
 - 1) 子の奪い合いに関する本案処理の手續
 - 2) 子の奪い合いに関する本案処理の実情
 - 3) 小 括
4. 子の引渡の執行と事後の司法的解決における諸要請
 - 1) 子の引渡の実現方法
 - 2) 子の引渡に関する執行の実情
 - 3) 小 括
5. まとめ
6. おわりに

1. はじめに

離婚率の上昇に伴い、別居・離婚の際の子をめぐる争いも増加している。その際、父母による子の奪い合いなどがあると、子の精神的負担は大きくなりやすい。

もちろん、子どもは、いずれの親の専有物でもなく、一個人として尊重されなければならない（憲法13条）。その理念に、子の福祉の要請が含まれることはいうまでもない。

そこで、かりに奪い合いになってしまった場合、子の福祉の観点から、司法による事後的な調整・救済がなされる。子を奪取された親が、奪取した親に対して提訴する子の引渡請求事件で、司法が子の福祉に配慮した処理をする形をとる。

しかしながら、このような司法の事後的関与によって、子の福祉を実現するには、限界があるように思われる。司法によっても十分な解決がもたらされず、ときには子の奪い合い

を終結させることさえ難しい場合もある。司法の判断が出て、これに従わず、なお子を奪い合う親もいないわけではないのである¹。こうして、事後の対処・救済の現場は、試行錯誤を続けており、混乱している状況だといえる。

本稿は、父母による子の奪い合いについて、司法による事後の司法的救済の現状を概観し、そうした解決方法における子の福祉実現の限界性を検証しようとするものである。

2. 子の奪い合いと子の福祉の要請

1) 父母の婚姻破綻と子の福祉の危殆化

a) 子の福祉と父母の婚姻破綻による子の奪い合い

子が個人として健全に成長・発達していくためには、子の福祉への配慮が重要である。しかし、父母の婚姻破綻による別居・離婚時には、父母間の対立に巻き込まれ、子の利益は害されることが多い。子の奪い合いが生ずることすらあり、その場合の被害は甚大だといえる。こうした事情が、その後の成長・発達に重大な影響を及ぼすこともある²。

父母の婚姻破綻は、この観点からは、基本的にないに越したことはない。しかし、さまざまな事情から、婚姻の破綻が避けられないこともある。

b) 子の奪い合いの事前予防

婚姻の破綻が避けられなくても、事前に子の奪い合いなどを防ぐことができれば、まだ子の被害はそれだけ少なくて済む。離婚後も共同親権とする余地を残すなど³、奪い合いを誘発しないような法制度を整備することが考えられよう。また、まだ離婚にいたる前の時点で、早期に公的な介入・支援を行うなど⁴、父母間で事前の調整が円滑に行われるような制度を構築することも考えられる。これらの工夫により、子の負担は軽減できよう。

しかし、現在のところ、わが国ではそのような法制度は実現されていない。

c) 子の奪い合いと事後の司法的解決

実際に、子の奪い合いが生じた場合にも、速やかに適切で有効な事後的解決が、司法によりもたらされるのであれば、それでもまだ子の負担は少ないかもしれない。

たしかに、一方の親による奪取、それに起因してすでに生じてしまった子の心の傷は、もはや完全に消えるわけではない。司法の事後的な関与のみによって、奪い合いに伴う子の負担を解消するのは、限界があるといえる。

しかし、そうした司法の事後的関与によって、父母の反目が解消され、奪い合い状態が持続する負担から解放される。不合理な奪取から速やかに回復されることにより、無益な子の奪い合いを、あらかじめいくらか抑制しようという期待もある。司法は、子の福祉に適った、当事者からの信頼も得られる、速やかな終局的解決をもたらすよう求められている。

問題は、司法がそのような要求に応えることは可能かである。

2) 子の奪い合いと事後の司法的解決における諸要請

a) 事後の司法的解決における諸要請

実際、父母間における子の引渡請求事件では、父母である当事者の利害だけでなく、子の

福祉を重視して判断しているようである。

具体的には、次の2つの場面で問題となっている。(ア)子の奪い合いに関する本案処理(請求許否)の段階では、「迅速」かつ「適切」な解決を見出すという要請(おのおの、以下「迅速性の要請」「適切性の要請」と呼ぶ)として、(イ)子の引渡の執行段階では、「子の人格尊重」と「確実な執行」という要請(おのおの、以下「人格尊重の要請」「確実性の要請」と呼ぶ)として、である。これらの諸要請は、子の精神的ダメージを最少に抑制し、子の福祉を実現するために要請されるものである。なお、当事者についても、司法への信頼によって自力救済の悪循環を抑止する効果をもつものである。

(ア)子の奪い合いに関する本案処理における諸要請

子は、奪取親と長期間、一緒にいれば、その親との安定した関係を形成してしまう。子を奪取された親は、裁判が長引けば、業を煮やして、自ら子を奪還する行動に出る危険も生まれてくる。そのため、裁判所は、「迅速」に解決すべきである(迅速性の要請)。

他方、子は、安定した成育環境からの離脱により深い傷を負うので、子のそうした環境変化は、できるだけその回数を少なくしなければならない。司法による処理によって、子が父母の間をさまようことは避けるべきである。最初の司法介入から、終局的解決を目指して、子にとって「適切」な内容の解決が図られなければならない。一回的な処理に向けて、慎重に「適切」な最終結論を導き出す必要があるわけである(適切性の要請)。

しかし、これらの2つの要請をともに実現することは、一般論としては非常に難しいといわなければならない⁵。裁判所は、「適切」な終局的解決を見出すため、慎重に調査・判断しなければならないとすれば、短期間では結論が出せない。逆に、「迅速」な解決を目指せば、慎重な調査・判断に要する時間が不足し、終局的解決を目指すことは難しくなる。

つまり、解決の「適切」性を追求すれば、「迅速」性が後退し、「迅速」性を追求すれば、「適切」性が犠牲になってしまうのである。

(イ)子の引渡の執行における諸要請

執行の対象となるのは、子の引渡である。無用な負荷をかけず、子のダメージを最少にするには、「人格を尊重」した執行方法でなければならない(人格尊重の要請)。

他方、子の福祉に適った裁判所の判断を現実のものとするためには、「確実」な引渡が要求される(確実性の要請)。しかも、司法による引渡が「確実」に実現されなければ、当事者間の自力救済を誘発するおそれもある。

しかし、執行の段階において、これら2つの要請をともに実現することも、やはり容易ではない。確実な執行手段としては、直接強制が挙げられよう。だが、子の人格を尊重すれば、子の年齢等にもよるが、子の意思を重視しなければならなくなる。執行の態様も配慮しなければならない。その結果、執行方法として直接強制を選択することが難しい場合もある。かといって、金銭的制裁による間接強制によれば、債務者である奪取親の中には、経済的出捐に耐える者もいる。強制として、あまり効果がない場合も考えられる。

つまり、「確実」性を追求すれば、直接強制によることになるが、「子の人格を尊重」すれば、「確実」な実現を図ることは難しい場面がありうるのである。

b) 事後の司法的解決方法と解決の際の諸要請

結局のところ、一般論としては、子の奪い合いを解決する際に要請される内容は、相矛盾した要求からなっている。裁判所が、それらの諸要請にともに応えるのは、難しいことが予測される。

それでは、実際にもそうなのであろうか。

子の引渡請求事件で利用される現行の手續としては、①民事訴訟手續、②人身保護手續、③家事審判手續⁶が挙げられる。

こうした手續によって、現実には、事後的解決において要請される内容が実現されているのかどうか、その実情が問題である。

なお、もし子の奪い合いについて、事後の司法的解決では、それらの諸要請を充たすのが困難であり、子の福祉の実現に大きな制約があるとすれば、翻って、子の奪い合いの事前予防の面についても、検討を加える必要のあることが示唆されることになる。その意味でも、事後的解決の有用性について、検討することが必要なのである。

3. 子の奪い合いに関する本案処理と事後の司法的解決における諸要請

1) 子の奪い合いに関する本案処理の手續

a) 民事訴訟手續とその特徴

本案処理の手續として戦前から利用されているのは、通常の民事訴訟手續である。

民事訴訟手續による場合の特徴は、①公開の法廷において、②当事者主義的な訴訟構造のもとに審理が展開され、③請求の認容か否かというだけの、柔軟性に欠けた、画一的な解決となる点である。

民事訴訟手續による場合、管轄裁判所は通常の民事裁判所である。民事訴訟による場合、権利の存在とその妨害が認められれば、原則として請求は認容されることになる。そのため、「子の引渡しが子の利益に合致するかどうかは少なくとも直接的・中心的テーマではな」いことになる⁷。

b) 人身保護手續とその特徴

人身保護手續は、人身保護法によるもので、戦後まもなくから利用されている⁸。人身保護法は、昭和23年に制定されたものである。国民が人身の自由を不当に奪われているときに、憲法34条に基づき、司法裁判を通して、迅速かつ容易に回復させることを目的としている。

人身保護手續による場合の特徴は、①証拠資料は疎明で足りるなど、緊急手段として短期処理が可能である点、②公開法廷で行われる点、③画一的な解決となる点などである。

管轄裁判所は、通常の民事裁判所である。人身保護手續による場合には、「拘束」の顕著な違法性（人身保護法2条、同規則4条）が認められれば、請求が認容されると解されている。だが、その文言の解釈については、のちにみるように、子の福祉を判断基準としつつも、判例の変遷がみられる。

c) 家事審判手續とその特徴

戦後の民法改正を受けて、離婚時の親権者、監護者指定等に付随する処分として、子の引

渡を命じうる旨の規定が、家事審判法に設けられた(家審法9条1項乙類4号、7号、家審規53条、70条、民法766条、819条等)。これにより、家事審判手続での解決も可能となった。

なお、別居中で、まだ共同親権者である父母間の場合については、この点に関する明確な規定がない。だが、この場合も、家事審判事項となると解する見解が支配的である。そして、婚姻中の夫婦間にも民法766条、家事審判法9条1項乙類4号を類推適用することができるとの見解が、実務の大勢である⁹。

家事審判手続の特徴は、①非訟手続であり非公開となる点、②職権探知主義を採用している点、③家裁調査官や医務室技官による科学的調査を期待できる点、④柔軟な解決をなしうる点などである¹⁰。

家事審判手続による場合、管轄裁判所は家庭裁判所である。この手続による場合、子の引渡請求権の内容は、個々の事件ごとに具体的に形成される。この手続では、子の福祉を最重要事項として判断されることになると解されている。

なお、昭和55年には、執行力を有する審判前の保全処分(家審法15条の3、家審規52条の2)が新設された。これにより、家事審判手続でも、迅速性の要請を充足することが期待されるようになった。

2) 子の奪い合いに関する本案処理の実情

a) 民事訴訟手続に関する検証

戦後も、大審院判例¹¹を踏襲し、親権ないし監護権行使の妨害排除請求という構成をとって、通常の民事訴訟手続を用いた判例がある¹²。だが、戦後は、あらたに家事審判手続や人身保護手続が登場してきたため、通常の民事訴訟手続は、父母間の争いにはあまり利用されなくなっている。

民事訴訟手続は、人身保護手続と異なり、通常の訴訟手続であるから、時間をかけ慎重に判断される。そのため、迅速性の要請には十分応えられない。また、家事審判手続のように、子の福祉に関して、家庭裁判所の科学的調査を行うシステムともなっていない。そのため、適切性の要請にも応えきれないといえよう。

b) 人身保護手続に関する検証

(ア) 迅速性の検証

従来、多用されてきたのは、人身保護手続である。本来の目的からすると、人身保護法が子の引渡請求事件に利用されることは、予定されていなかったはずである。それにもかかわらず、人身保護手続が多用されたのは、以下の理由からである。

子の引渡請求事件を解決するうえで、子を対象とする以上、前述の迅速性の要請と適切性の要請に応えなければならない。しかし、民事訴訟手続および家事審判手続では、終局的判断を目指すために、慎重な手続となり、「迅速」性に欠ける。これらの手続は、迅速性の要請に応えられるものではなかったのである。

それに比べて、人身保護手続は、緊急の暫定的手段であるから、短期間で審理され、ある程度、「迅速」性が期待できる。実際に、緊急を要するときには、申立から1、2ヶ月で判決言渡しに至った例もある¹³。

人身保護手続は、他の2つの手続で弱点となる迅速性の要請を充たす手続として、多用されるようになったといえよう。

(イ) 適切性の検証

i) 適切性充足の努力

人身保護手続で問題なのは、「適切」性の側面である。非常応急的・暫定的な手続であるから、適切性の要請に十分に答えるのは難しいのである。

もっとも、子の心身の安定を考慮すると、人身保護手続による場合にも、一次的解決を目指して、適切な終局的判断と同じ結論になることが望まれる。

実際にも、適切性の要請に応えるため、人身保護法を子の引渡請求事件にあてはめていく努力が、判例において積み重ねられてきたといえる¹⁴。

リーディングケースとなった最判昭和43年7月4日民集22巻7号1441頁は、以下の重要な判断を示している。まず、意思能力のない幼児の監護自体が人身保護法および同規則にいう「拘束」に当たりうると解した。さらに、拘束状態の当・不当は、いずれの親に監護させるのが子の幸福に適するかを主眼として判断するものとした。

さらに、その後の判例の積み重ねによって、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など、子の福祉（幸福）の程度を比較し、優劣を判断する際に考慮される要素を明らかにした¹⁵。

また、裁判所は、判断の資料を法廷に顕出させるため、運用上、被拘束者の代理人による調査報告や陳述、裁判所による準備調査を、積極的に活用するなどの工夫もしてきた¹⁶。

こうした適切性を充足させる努力を示す典型的なものとして、次の事例がある。

[事例A]（最判平成3年7月15日判例時報1428号129頁¹⁷）

<事案の概要>

開業医の夫Yとその医院の婦長である妻Xとの間には、長女Z₁（裁判時8歳）、次女Z₂（裁判時6歳）がいた。Yの潔癖性、不倫などが原因で、夫婦仲が悪化し、平成2年10月16日、Xが単身、家を出て、別居状態となった。Xが家を出た後、Yは、愛人に、Z₁、Z₂の身の回りの世話をさせている。小学生のZ₁は、登校拒否状態となり、うつ症状を治療中である。保育園児のZ₂は、登園していない。XからYに対して、子の引渡を求めて、人身保護請求がなされた。

原審は、人身保護法が暫定的手段であることを重視して、「子の幸福についての判断は、遠い将来にわたる長期の監護を想定してなすべきではな」と判示し、Xの請求を棄却した。

<判旨>

破棄差戻。

「幼児に対する拘束状態の当、不当を判定するについては、夫婦のいずれに監護させるのが子の幸福に適するかを主眼として定めるべきである（昭和42年（オ）第1455号同43年7月4日第1小法廷判決・民集22巻7号1441頁）」。本件では、「母親の監護を重視する視点も必要である」。Yの監護下では、Z₁らの育成にとって良好な状況になく、子らは母親不在により、精神的に不安定な状態になっている。

本件では、応急性、暫定性に傾くことなく、子の福祉の観点から、適切性を重視した判断をするよう努力すべきことが、明らかにされているといえる¹⁸。

ii) 適切性充足の限界

こうした適切性を充足させるための努力は、要するに、家庭裁判所の監護者指定の判断を、実質的に人身保護手続の枠内で行っていかうとするものである。しかし、あくまでも本来主眼とするものが異なる手続を代用するわけであるから、限界もある¹⁹。そのため、子の引渡請求事件は、子の監護の問題の一部であるから、家庭裁判所で一元的に処理すべきである、との批判もあったのである²⁰。

実際、人身保護手続において適切性の要請に的確に応えるのは非常に難しい。それをよく表している事例として、次のようなものがある。

[事例B] (最判平成5年10月19日民集47巻8号5099頁)

<事案の概要>

妻Xと夫Yは、長女Z₁(裁判時5歳)、次女Z₂(裁判時4歳)の二子をもうけたが、不仲となった。Xは、不満のはけ口を友人との交際や飲酒に求め、それが夫婦関係をさらに悪化させた。平成4年8月頃、Yが、Z₁らとを連れて実家で暮らし始めた。Xは、Z₁らとを連れ戻すため、Yの実家に赴いたが、Yの両親に強固に引渡を拒絶された。離婚調停も不調に終わり、Xは、人身保護法に基づく子の引渡を求めた。

原審は、X、Yいずれの下で暮らすのが子の幸福にどうかで、拘束の違法性を判断した。そして、母親のもとで養育されることが子の幸福に適うとして、Xの請求を認容した。

<判旨>

破棄差戻。

拘束の違法性は、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る。ただ、拘束の顕著な違法性(人身保護規則4条本文)の判断には、「拘束者が右幼児を監護することが子の幸福に反することが明白であること」を要する。「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」であるからである。

本件についてみると、「Z₁らに対する愛情、監護意欲及び居住環境の点において、XとYらとの間には、大差がなく、経済的な面では、Xは自活能力が十分でなくYらに比べて幾分劣るというのである」。とすると、「YらがZ₁らを監護することがその幸福に反することが明白であるということとはできない」。

(可部恒夫裁判官の補足意見)

共同親権者間の子の監護に関する争いは、「本来、家庭裁判所の専属的守備範囲に属」する。「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」。「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」。

本件では、顕著な違法性の判断にあたって、その拘束(監護)が子の福祉に反することが明白であることを要求した。いわば、「明白性」の要件を付加することで、請求認容を困難

にしている²¹。その意図は、可部裁判官の補足意見から理解しうる。家事審判への言及には、家庭裁判所の手続への期待が窺える。

本件は、子の福祉のために、いずれの親が監護者に適するかの判断が、とくに難しい事案であったようである。慎重できめ細かい対応を要したことから、家庭裁判所の判断を仰ぐ方が適切な解決となる、と判断されたものと思われる。最高裁が、人身保護手続による解決の限界を、自認するような判決だといえよう。

なお、本判決で示された明白性の要件を、さらに具体化する判例も出ている。最判平成6年4月26日民集48巻3号992頁は、明白性の要件を充たす場合として、2つの場合を挙げている。①「拘束者に対し、家事審判規則52条の2又は53条に基づく幼児引渡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に従わない」場合、②「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、十分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」場合、である。

そこでは、人身保護手続の利用が、あたかも例外的に認められるものであるかのように扱われている。これにより、別居中の夫婦間での子の奪い合い紛争に人身保護手続が利用されるケースは、いっそう限定されることとなったといえる²²。結局、②のような極端なケースを除けば、基本的に家事審判手続が優先され、その手続では救済されなかったという事実（①の場合）を待たなければ、人身保護手続は利用できないのである。

なお、以上のような共同親権者間の場合とは異なり、親権者（監護権者）から非親権者（非監護権者）に対する子の引渡請求では、人身保護手続が広く利用されうる²³。非親権者による「監護は権限なしにされ」るもので、直ちに拘束の顕著な違法性があるとされるからである（最判平成6年11月8日民集48巻7号1337頁²⁴）。このことも、見方を変えれば、人身保護手続によっては、親権者・監護権者の実質的な変更を行えず、家庭裁判所の判断が優先されることを示しているといえる。要するに、家事審判の方が適切性の要請に応えられるということであろう。

c) 家事審判手続に関する検証

(ア) 迅速性の検証

i) 迅速性充足の努力

家事審判手続において、迅速性の面で注目されるのは、審判前の子の引渡保全処分の手続である。このような制度が、昭和55年から新設されたこと自体、迅速性に向けた努力の表れといってよい。が、運用面でも、この保全処分が申立てられた家庭裁判所では、審理期間の短縮を図っている。

迅速に判断することができるよう、いずれの親が子の監護者として適するかの判断を行う際に考慮する要素も、再検討のうえ整理されつつある²⁵。そうした考慮要素としては、①乳幼児期の母性優先²⁶、②継続性の尊重、③子の意思の尊重、④面接交渉の許容性、⑤兄弟の不分離、⑥奪取手段の違法性などが挙げられる。

その成果というべきか、審判前の保全処分の発令までに要する期間は、本案と同時発令で処理されたものでも、1ヶ月半から3ヶ月程度であるとの報告がある²⁷。

ii) 迅速性充足の限界

はたして、審判前の保全処分は、本当に「迅速」な解決を実現させているのであろうか。もし、そうであれば、もはや子の引渡を求める事件において、人身保護手続を利用することは認められないであろう。人身保護規則4条但書の「他に救済の目的を達するのに適当な方法があるとき」に該当し、人身保護請求は認められないと考えられるからである。

しかし、最判昭和59年3月29日家裁月報37巻2号141頁²⁸は、従前どおり、人身保護法の利用を肯定した。すなわち、「一般的には、そのような方法(審判前の保全処分)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目的を達することができない」と判示したのである。

最近でも、調停過程の合意に反して子を奪取した場合に、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認めた判例が出ている²⁹。こうしたことは、家事審判手続の「迅速」性に、結局は問題があるからではないのか。

実際に、「迅速」な解決は、やはり難しいといえよう。具体的には、以下に挙げるような実態があるからである。

1つ目は、子を奪われてから、審判前の保全処分が申し立てられるまでに、すでに長時間が過ぎている場合がある点である。

子を奪取された親が、司法に対し救済を求めること自体を躊躇して、保全処分の申立までに時間が経過してしまうことがある。また、審判の係属なく調停が続くと、審判前の保全処分を利用できず、保全処分の申立がなされるまでに時間がかかることもある³⁰。審判前の保全処分は、本案に付随するうえ(家審法15条の3第1項)、子に関する争いは、実質的に調停前置主義のような取扱いとなっているからである³¹。

2つ目は、審判前の保全処分が認容されるには、一定の要件を充足しなければならない点である。すなわち、①本案認容の蓋然性と、②保全の必要性の、2つの要件が必要とされるのである(家審規52条の2)。

前者の要件との関連では、子の環境変化が起こる回数を極力少なくするため、保全処分でも、本案³²と逆の判断になることは避けなければならないことが、重要である³³。そうになると、結局、審判前の保全処分でも、かなりの実質的審理を要することになって、迅速な処理は難しくなってくるわけである³⁴。保全の必要性に関しては、それが認められる場合を限定的に解しすぎて、迅速な解決につながらないケースもある。次の事例は、そうした例といえる。

[事例C](東京高決平成15年1月20日家裁月報55巻6号122頁)

〈事案の概要〉

長男Z₁(裁判時14歳)、二男Z₂(裁判時12歳)および長女Z₃(裁判時10歳)がいる夫婦が、夫Yの暴力、不倫行為などにより不和となった。妻Xは、心身の衰弱もあり、平成12年10月24日、単身、家を出て、Yと別居した。Z₃は寂しさから、一時学校生活が不安定になったが、Xが学校まで会いに行くようになって、徐々に回復している。

Xは、ある程度の収入がある職を得て、生活が安定したので、Yに子らの引渡を求めた。

Yが応じないため、Xは、Yに対して、子の引渡を求め、家庭裁判所に審判前の保全処分を申立てた。

原審は、子の意向や心理的環境改善の必要性から、これを認めた。そのため、Yが抗告したところ、原審判が取消され、Xの申立は却下された。

<決定要旨>

保全の必要性は、「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」る。「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している場合などが該当する」。

「Z₁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」るので、保全の必要性は認められない。

本件抗告審のように、保全の必要性を厳格に捉えるならば、極限的なケースでしか、保全処分を利用できないことになる³⁵。それでは、審判前の保全処分の制度があっても、迅速性の要請に応えることは、ほとんどできないであろう。

(イ) 適切性の検証

家事審判手続によって、適切性の要請に応えることはできるか。この点では、本案も含めた家事審判手続においては、家裁調査官等の専門スタッフを備えているなど、ある程度は、子の福祉に適った「適切」な判断につながる制度が用意されているといえよう。

たしかに、最終的に子の福祉に適った審判をしたかどうかは、どのような要素に重きを置くかによって評価に違いが出る³⁶。微妙な事案では、実際に、客観的に「適切」な判断がなされることは、見方によっては、非常に難しいともいえよう³⁷。しかし、適切性を保障する制度の設計としては、家事審判手続が一定の水準にあることは認めてよからう。

ただ、運用の実際においては、なかには、審理を尽くしたといえず、手続的保障の見地から問題の残るケース³⁸があるとの指摘もある³⁹ことに、留意しなければならない。

3) 小 括

以上のように、現時点における本案処理の手続の中では、迅速性の要請と適切性の要請について、ともに応えられる手続は存しない。

人身保護手続は、ある程度、迅速性の要請に応えられるものの、適切性の要請には十分応えられない。しかし、家事審判手続によっても、適切性の要請にはいちおう応えられるものの、迅速性の要請には応えきれていない。なかには、2つの要請は、同時に応えられない要請であるとして、まず先に迅速性の要求に応えるべきであるとする見解さえ出てきている⁴⁰。司法の実情は、迅速性と適切性という2つの要請のはざままで、人身保護手続と家事審判手続との間を揺れ動いているようにもみえる。

こうして、本案処理の段階で、迅速性の要請および適切性の要請に、ともに応えられるような手続は、見出せないように思われる。

4. 子の引渡の執行と事後の司法的解決における諸要請

1) 子の引渡の実現方法

執行の段階では、現在、子の引渡を執行の対象とすることを念頭に置いた執行手続規定は存しない。そのため、これに適した執行手段がない状況にある。

そうした中で、これに利用される手続としては、民事訴訟手続と家事審判手続では、民事執行手続である⁴¹。そのほか、家事審判手続の場合、家事債務の履行確保制度がある。また、人身保護手続では、判決に執行力はないが、刑罰による威嚇等で、子の引渡の実現には一定の実効性がある。

a) 民事執行手続とその特徴

子の引渡実現には、民事執行法に基づく執行が可能であると解されている(民事保全法52条、家審法15条、15条の3)。しかし、子の引渡を実現するための明確な執行方法を定めた規定はない。

執行方法と関連して、子の引渡請求の性質が問題となる。判例・通説は、民事執行の対象となるのは、親権ないし監護権に基づく妨害排除請求権だと解している⁴²。なかには、引渡請求権の性質をも有するとする見解もある⁴³。実際、主文においては、「債務者は、債権者に対し、子を引渡せ」とされることが多い。この場合の強制執行の方法を、いかに解するかについては、議論がある。

民事執行手続の特徴は、①裁判機関と執行機関が分離しており、その連携が必要となる点、②典型的な執行手段であるが、子の引渡に関する固有の執行規定は存しない点、である。

b) 人身保護手続とその特徴

人身保護手続は、緊急手段であるから、人身保護命令のほか、場面により、勾留と刑事罰という即効性を有する武器が用意されている。

人身保護命令(12条)は、拘束者に対し、審問期日に被拘束者を出頭させることを命ずるものである。この命令に従わない場合に備え、「命令に従うまで勾留すること」ができてとされている(18条)。また、被拘束者を移動・蔵匿・隠避等した場合には、2年以下の懲役または5万円以下の罰金に処せられるという刑事罰も予定されている(26条)。

人身保護手続の特徴は、執行力はないが、刑事罰等の強力な実効性担保の手段がある点である。

c) 家事債務の履行確保制度とその特徴

子の引渡を実現する方法としては、本案処理の段階で家事審判手続によった場合、まず、家事債務の履行確保制度が挙げられる(家審法15条の5、25条の2、家審規143条の2以下)。原則として、まずはこちらによるべきであろう。

だが、家事審判法15条の6、25条の2の規定により、子の引渡に関しては、履行調査・履行勧告(家審法15条の5、25条の2)は可能でも、履行命令をなすことまではできない。それでは、過料による制裁(家審法28条1項)を科すこともできない。子の引渡の強力な実現方法とはいえない。

家事債務の履行確保制度の特徴は、やはり家裁調査官の調査、立会い等による穏やかな履行促進手段とされている点である。

2) 子の引渡に関する執行の実情

a) 民事執行手続に関する検証

前述のとおり、民事執行手続における執行方法については、議論があるところである。

従来は、人格尊重の要請を重視して、実務では、間接強制が主流であった。だが、間接強制にはまったく動じない親もいるため、直接強制が付言される審判例も出ている⁴⁴。最近では、学説・実務ともに、直接強制を認める傾向にある⁴⁵。直接強制によれば、ある程度、確実性の要請には応えられるはずである。家事審判手続の利用は増加したが、執行段階がとくに不安であるとの声に基づく動きと考えられる。

もっとも、子の発達状況によっては、その人格に配慮し、子の意思を重視する必要がある。その点、直接強制は、子の心情を軽視するもので、子が精神的負担を負いやすい方法であるから、子の人格尊重の要請に応えるものとはいえない。それゆえ、直接強制の方法によるべきでなく、間接強制によるべき場合もある。札幌家審平成8年8月5日家裁月報49巻3号80頁は、「子の年齢（満7歳の小学1年生）や心身の発達程度に鑑み、その情操面に与える影響を考えると、本件において子の引渡しにつき直接強制を肯定するのは相当でない」とした。

こうして、民事執行手続において、人格尊重の要請と確実性の要請という相矛盾する2つの要請の間で、執行方法の微妙な選択に苦悩している状況が窺える。

b) 人身保護手続に関する検証

従来は、本案処理の関係で人身保護手続が多用されてきたことから、自動的に子の引渡実現の役割も人身保護手続が担うことが多かった。だが、近年では⁴⁶、本案処理の面では家事審判手続が重視されるようになり、人身保護手続には、主に実効性確保の役割が期待されるようになってきている。子の引渡を実現するうえでの機能が重視されるようになってきているのである。

(ア) 人格尊重性の検証

人身保護手続においても、子の引渡実現の場面では、子の人格尊重の要請に応えられるよう、実務上の配慮はなされている。実際、裁判所職員等の支援を得て、子に恐怖感を抱かせないよう、請求者への引渡を円滑に進めている⁴⁷。

すなわち、まず、人身保護命令に基づき審問期日に出頭した被拘束者を、審問開始前に裁判所側が保護する。そして、即日、判決を言渡して、被拘束者を釈放し、請求者に引き渡すという運用が行われているのである⁴⁸。

ただ、親が人身保護命令に従わず、勾留がなされた場合には、拘束（監護）者が不在となる結果、かえって子の監護に悪影響が及ぶとの懸念もある⁴⁹。

(イ) 確実性の検証

i) 確実性充足の努力

人身保護手続による場合には、すでにふれたように、確実性の要請にある程度応えられる、強力な実効性担保の手段がある。家事債務の履行確保制度や民事執行手続と比較しても、「確実」性を備えているといえる⁵⁰。そのうえ、さらに運用面においても、工夫がなされている。前述の子の引渡に関する実務の運用は、確実性の側面でも役立つものなのである。

このようにして、人身保護手続については、実効性確保の役割に対して、一定の評価がな

されているのである。

ii) 确实性充足の限界

もっとも、拘束者が人身保護手続に従わないケースもある。

東京地判平成2年8月3日判例時報1368号88頁の事例では、人身保護命令および延べ8日間の勾留にもかかわらず、子を出頭させなかった。最近では、母親からの人身保護請求が認められながら、祖父母がこれに従わなかったため、未成年者略取等罪に発展したケースもある⁵¹。

なお、実際には、人身保護手続において、長期間の勾留はなされていない。また、その刑事罰は、ほとんど用いられたことがないのが実情である⁵²。ただ、悪質な親に対しては、長期勾留など厳しい対応をすることで、确实性の要請には応えられるとの見解もある⁵³。

c) 家事債務の履行確保制度に関する検証

家事審判法特有の履行確保制度では、家裁調査官の活躍により、子の人格尊重の要請には十分応えられよう。子の状況を家裁調査官が確認しつつ、子の心情にも配慮したうえで、履行勧告をすることになるからである。

しかし、履行命令を出すことができず、确实性の要請には応えられない。

したがって、より強力な強制執行に基づく審判内容・調停内容の実現が期待されることになる⁵⁴。

3) 小 括

以上のように、子の引渡実現の段階では、人格尊重および确实性の両要請にともに応えられる適当な執行手段は確立されていない。

家事審判法特有の履行確保制度によれば、子の人格尊重の要請には応えられるが、确实性の要請には応えられない。民事執行手続によっても、人格尊重の要請を重視して間接強制を用いれば、确实性の要請には十分応えられない。しかし、逆に、确实性の要請に応えられるよう、直接強制を用いるとすれば、人格尊重の要請との抵触がありうる。

その点、人身保護手続によれば、運用の面から人格尊重の要請に応えようとしつつ、強力な手段で确实性の要請にも応えられる。だが、家庭の問題に勾留や刑事罰を持ち込むなど、積極的に適用するにはあまりにも強力な手段であるので、十分に活用されていない。确实性の要請に応えきれていないのが実情である。

やはり、子の引渡実現の段階も、混乱している状況である。もっとも、本案処理の段階と異なり、こちらの段階は、実現方法の段階的な適用・運用により、ある程度、人格尊重の要請および确实性の要請にともに応えられなくはないと考えられる。

5. まとめ

以上のように、本案処理の段階では、いずれの手続も、迅速性、適切性の双方の要請にともに応えることができるには至っていない。子の引渡実現の段階でも、やはり現状では、人格尊重、确实性の双方の要請に十分には応えられていない。

結局、現時点での手続は、司法の絶え間ない努力にもかかわらず、事後の司法的解決にお

ける諸要請に応えることはできていないといえる。司法の現場は混乱した状況にあることが検証されたと思われる。これでは、別居・離婚時における子の福祉を実現することは困難である。

なお、このような状況に陥っているのは、事後的解決の場面における諸要請の実現が、一般論として困難なことの表れである。したがって、新規に有効な手続を考案することも、容易ではないであろうと予測される。

やはり、子の奪い合いに発展してから、司法が事後的に関与するだけでは、子の福祉はなかなか実現できないと思われる。

6. おわりに

これまでみてきたとおり、婚姻が破綻して、別居・離婚時に起こる子の奪い合いは、司法による事後的関与によっても、十分に解決しきれていない。新しい有効な制度の考案も、すでにみたように容易ではないと予想される。こうした事情は、このような問題が吹き出す別居前から、これを予防する方向で解決を図る必要があることを示唆しているように思われる。

わが国では、従来、家庭の問題は私的領域の問題であるとして、その自律に委ねられることが多かった。そのため、ややもすると、これに関する予防的な法整備が遅れ、また、これに対する事前の公的な支援が不十分であった。しかし、子の福祉の観点からは、やはり実情に見合うよう、必要に応じて、子の監護や双方の親との継続的関係の維持に向けて、社会が援助すべきである。

今後は、法環境の改善として、父母による子の共同監護や子の利益の視点に立った早期の公的介入などを検討すべきであると思われる。

〈注〉

- 1 札幌地判平成5年5月20日判例タイムズ858号252頁等。
- 2 野田愛子「親の離婚の子どもに及ぼす長期的影響 —ワラーシュタイン教授の研究から—」ケース研究256号2頁（1998年）。
- 3 二宮周平『家族法第2版』124頁（新世社、2006年）。
- 4 内田貴・大村敦志・角紀代恵・窪田充見・高田裕成・道垣内弘人・中田裕康・水野紀子・山本敬三・吉田克己「特別座談会 家族法の改正に向けて（下）—民法改正委員会の議論の現状—」ジュリスト1325号148頁（2006年）（水野報告）。
- 5 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110頁（1995年）。
- 6 そのほか、調停が利用される場合、調停委員会が調停前に調停のために必要な処分として、子の引渡を命ずることができるという方法がある（家審規133条、142条）。ただし、違反しても、10万円以下の過料に処せられる（家審法28条2項）のみで、執行力はない。
- 7 梶村太市『新版注釈民法（23）』〔中川善之助・米倉明〕556頁（有斐閣、2004年）。
- 8 最判昭和24年1月18日民集3巻1号10頁。

- 9 島田充子「子の奪い合い紛争 その1」『講座現代家族法3』[川井健ほか編] 183頁(日本評論社、1992年)、佐久間重吉『判例コンメンタル』[島津一郎編] 718頁(三省堂、1985年)、梶村太市「別居中の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1頁(1976年)。
- 10 大橋真弓『家事事件手続法』[徳田和幸・梶村太市] 344頁(有斐閣、2005年)。
- 11 大判大正12年11月29日民集2巻12号642頁、大判昭和13年3月9日民集17巻4号378頁等。
- 12 最判昭和35年3月15日民集14巻3号430頁、最判昭和38年9月17日民集17巻8号967頁等。
- 13 東京地裁民事部第九部人身保護研究会「東京地裁における人身保護事件の処理状況」判例時報1431号14頁(1992年)。
- 14 最判昭和44年9月30日判例時報573号62頁、最判昭和46年11月30日判例時報655号30頁、最判昭和47年7月25日判例時報680号42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。
- 15 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)、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3版]130頁(1980年)、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)、島津一郎「子の利益とは何か(一)」判例評論175号2頁(1973年)。
- 16 東京地裁民事部第九部人身保護研究会・前掲15頁参照。
- 17 本件の原審は、神戸地判平成3年3月27日判例時報1428号124頁、差戻審は、神戸地判平成3年8月21日判例時報1428号124頁である。
- 18 本件では、原審の判決後、子がYのもとへ戻ることを拒絶したため、Xの下にいた。だが、上告審係属中に、Yが奪取している。原審と結論が異なったのは、そのような事情も影響しているかもしれない。
- 19 東京地裁民事部第九部人身保護研究会・前掲25頁。
- 20 小林三衛「最高裁昭和24年1月18日判決・判批」法学16巻3号138頁(1952年)、明山和夫「最高裁昭和44年9月30日判決・判批」判例評論133号17頁(1970年)。
- 21 野田愛子「最高裁平成5年10月19日判決・判批」判例評論426号45頁(1994年)。
- 22 棚村政行「最高裁平成6年4月26日判決・判批」家族法判例百選[第6版]76頁(2002年)、同「最高裁平成6年4月26日判決、最高裁平成6年11月8日判決・判批」平成6年度重要判例解説・ジュリスト1068号88頁(1995年)、水野・前掲110頁、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101頁(1995年)、早川眞一郎「子の奪い合いについての一考察」中川良延ほか編『日本民法学の形成と課題(下)』1209頁(有斐閣、1996年)。
- 23 大内俊身「最高裁平成5年10月19日判決・判解」最高裁判例解説47巻2号247頁(1995年)、床谷文雄「最高裁平成6年11月8日判決・判批」民商法雑誌113巻1号84頁(1995年)、本沢巳代子「最高裁平成6年11月8日判決・判批」私法判例リマックス1996(上)76頁(1996年)。
- 24 前掲昭和47年7月25日判決を踏襲したものである。なお、最近の最判平成11年5月25日家裁月報51巻10号118頁でも、親権者からの人身保護請求が認容されている。
- 25 中山直子「子の引渡しの判断基準」判例タイムズ1100号182頁(2002年)、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74頁(1999年)。

- 26 必ずしも生物学上の母親ではない（島津一郎『新版注釈民法（23）』〔中川善之助・米倉明〕70頁（有斐閣、2004年））。
- 27 中山直子「婚姻中の夫婦間の子の引渡事件について」判例タイムズ1042号51頁（2000年）。
- 28 本件は、判例集等に事実関係についての詳細な記載がなく、本件を担当された山田利輔弁護士に直接、お目にかかって御教示をいただいた。記して心から御礼を申し上げる。
- 29 最判平成6年7月8日判例時報1507号124頁、最判平成11年4月26日判例時報1679号33頁。
- 30 内田貴『民法Ⅳ（補訂版）親族・相続』218頁（東京大学出版会、2006年）。
- 31 梶村太市『家事事件手続法』〔梶村太市・徳田和幸編〕47頁（有斐閣、2005年）、同『夫婦の法律相談 新・法律相談シリーズ』〔梶村太市・棚村政行編〕432頁（有斐閣、2004年）。
- 32 家事審判手続による解決は、終局的判断となるため、慎重を期し、時間がかかる。
- 33 むしろ、本案の終局的判断と逆の結論になっても構わないとする見解もある（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））。
- 34 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172頁（2002年）。
- 35 なお、人身保護における明白性要件②と同様の事由を要求することになるとする指摘として、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）。
- 36 こうした要因により、原審の判断が抗告審で覆された事例として、東京高決平成11年9月20日家裁月報52巻2号163頁、仙台高秋田支決平成17年6月2日家裁月報58巻4号71頁、東京高決平成17年6月28日家裁月報58巻4号105頁等がある。なお、前者の事例につき、原審と抗告審の結論の違いを、原審は福祉の視点に立ち、抗告審は法的正義を実現する司法的視点も入れて判断していると分析するものとして、南方暁「東京高裁平成11年9月20日決定・判批」民商法雑誌123巻6号144頁（2001年）。
- 37 梶村太市「東京高裁平成15年3月12日決定・判批」法の支配131号96頁（2003年）、同「東京高裁平成15年7月15日決定・判批」判例タイムズ1154号100頁（2004年）。
- 38 東京高決平成15年7月15日判例タイムズ1131号228頁。
- 39 本山敦「東京高裁平成15年7月15日決定・判批」判例タイムズ1144号101頁（2004年）、渡辺義弘「子の監護・引渡をめぐる紛争の法的解決の今日的課題」青森法政論叢5号71頁（2004年）、田中壯太・三宅康弘「家事抗告審からみた家事審判」家裁月報58巻7号1頁（2006年）。
- 40 早川眞一郎「子の奪い合い紛争解決のためのわが国の課題 —子の奪取に関するハーグ条約の適用事例に照らして—」法学65巻6号1頁（2001年）、同「子の奪い合い紛争の解決 —国際的な取り組み（条約）の観点から—」家族＜社会と法＞18号134頁（2002年）、同「国境を越える子の奪い合い（一）」名大法政論集164号49頁（1996年）。
- 41 調停調書、審判を債務名義として執行力が付与されている（家審法15条、21条）。
- 42 大判大正元年12月19日民録18巻1087頁、大阪高決30年12月14日高民集8巻9号692頁、最判昭和35年3月15日民集14巻3号430頁、最判昭和38年9月17日民集17巻8号968頁。学説では、山木戸克己『注釈親族法（下）』〔中川善之助編〕46頁（1952年）など多数。
- 43 山崎恒「子の引渡しの強制執行」判例タイムズ1100号186頁（2002年）、同「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）。
- 44 東京家審平成8年3月28日家裁月報49巻7号80頁。
- 45 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）、山崎恒「子の引渡しの強

- 制執行」判例タイムズ1100号186頁(2002年)、同「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)。
- 46 前掲最判平成5年10月19日、前掲最判平成6年4月26日。
- 47 中田昭孝・斉藤聡「子の監護をめぐる人身保護請求事件」判例タイムズ950号81頁(1997年)。
- 48 中田・斉藤・前掲87頁。
- 49 瀬木・前掲57頁。
- 50 中田・斉藤・前掲89頁。
- 51 最判平成18年10月12日判例時報1950号173頁。なお、婚姻中の父母間における子の奪取につき、奪取親に未成年者略取罪が成立するとしたものとして、最判平成17年12月6日刑集59巻10号1901頁。
- 52 瀬木・前掲56頁。
- 53 島津一郎『新版注釈民法(23)』[中川善之助・米倉明編]62頁(有斐閣、2004年)
- 54 林賢一「履行勧告の実状と問題点」家族〈社会と法〉18号55頁(2002年)。