

**離婚後の親権者たる父から母に対する子の引渡請求と権利の濫用**

- 【文献種別】 決定／最高裁判所第三小法廷  
【裁判年月日】 平成29年12月5日  
【事件番号】 平成29年（許）第17号  
【事件名】 子の引渡し仮処分命令申立て却下決定に対する抗告棄却決定に対する許可抗告事件  
【裁判結果】 棄却  
【参照法令】 民法820条、家事事件手続法65条  
【掲載誌】 裁判所ウェブサイト、裁時1689号13頁

LEX/DB 文献番号 25449093

**事実の概要**

平成22年にX（父）とY（母）の間にAが生まれ、X・Yは婚姻の届出をした。平成25年にYはAとともに家を出てXと別居し、以後YがAを単独で監護している。平成28年3月にXとYはAの親権者をXと定めて協議離婚したが、同年12月にYは家庭裁判所にAの親権者をYに変更することを求める調停を申し立てた。この調停係属中である平成29年4月に、XはYを債務者とし親権に基づく妨害排除請求権を被保全権利としてAの引渡しを求める仮処分命令の申立てをした。原審（福岡高那覇支決平29・6・6（平成29年（ラ）第21号））は、本件申立ての本案は家事事件手続法別表第2の3の項所定の子の監護に関する処分の審判事件であり、民事訴訟の手続によることができないから、本件申立ては不適法であるとして却下した。そこでXが抗告。

**決定の要旨**

「離婚した父母のうち子の親権者と定められた一方は、民事訴訟の手続により、法律上監護権を有しない他方に対して親権に基づく妨害排除請求として子の引渡しを求めることができると解される（最高裁昭和32年（オ）第1166号同35年3月15日第三小法廷判決・民集14巻3号430頁、最高裁昭和45年（オ）第134号同年5月22日第二小法廷判決・判例時報599号29頁）。

もっとも、親権を行う者は子の利益のために子

の監護を行う権利を有する（民法820条）から、子の利益を害する親権の行使は、権利の濫用として許されない。

本件においては、Aが7歳であり、Yは、Xと別居してから4年以上、単独でAの監護に当たってきたものであって、Yによる上記監護がAの利益の観点から相当なものではないことの疎明はない。そして、Yは、Xを相手方としてAの親権者の変更を求める調停を申し立てているのであって、Aにおいて、仮にXに対し引き渡された後、その親権者をYに変更されて、Yに対し引き渡されることになれば、短期間で養育環境を変えられ、その利益を著しく害されることになりかねない。他方、Xは、Yを相手方とし、子の監護に関する処分としてAの引渡しを求める申立てをすることができるものと解され、上記申立てに係る手続においては、子の福祉に対する配慮が図られているところ（家事事件手続法65条等）、Xが、子の監護に関する処分としてではなく、親権に基づく妨害排除請求としてAの引渡しを求める合理的な理由を有することはうかがわれない。」

「上記の事情の下においては、XがYに対して親権に基づく妨害排除請求としてAの引渡しを求めることは、権利の濫用に当たる。」

**判例の解説****一 本判決の意義****1 離婚後の父母間の子の引渡し請求**

民法は未成年子につき父母の婚姻中はその共同

親権を原則としつつ（民818条3項）、離婚後は父母のいずれか一方を親権者と定めることを要するとし（民819条1項2項）、婚姻状態にない父母について単独親権制度をとる。そして、離婚後に単独親権者となった親は親権の効力として子の監護を行う権利義務を有する（民820条）。ただし、離婚後様々な事情により、親権者とならずまた監護者としての指定（民766条）もされていない親が事実上子を監護することも稀ではなく、そのような場合、本件のように親権者である親が親権を根拠に非親権者たる親に対して子の引渡しを求め、裁判手続をとるといことが起こりうる。

現行法上、父母間で子の引渡しを求める手段として以下の3種類が考えられる。すなわち、①民事訴訟による引渡し請求とこれを本案とする保全処分、②家事事件手続による方法（子の監護に関する処分の審判における引渡命令と審判前の保全処分〔家事154条3項、157条1項3号、別表第23項〕、親権者の指定・変更審判における引渡命令と審判前の保全処分〔家事171条、175条、別表第28項〕等<sup>1)</sup>）、③人身保護請求である。そのうち③の人身保護法に基づく請求は、他の方法と比べて手続が簡易であり迅速な救済が可能であることから、従来より子の引渡しに多用されてきた<sup>2)</sup>。ただし、人身保護請求は、拘束の顕著な違法性ととも、救済の目的を達するのに適当な他の方法によっては相当の期間内に救済の目的が達せられないことが明白であるという補充性の原則に服し（人保規4条）、現在の判例も、人身保護法による子の引渡し請求は例外的場合に認められる手段との立場を明確にする<sup>3)</sup>。さらに、家庭裁判所の手続でも審判前の保全処分の活用等迅速な対応をとる工夫が進められていることもあって、子の引渡し請求は②を原則とすべきであり、人身保護法による請求は緊急を要する例外的場合の非常手段にとどめるべきとの立場が主流となっている<sup>4)</sup>。

一方、①の民事訴訟手続による子の引渡し請求は、親権者たる親が民法820条を根拠に、親権の行使を妨げている者に対してなす妨害排除請求と解されている。この請求は地方裁判所の管轄に属し、調停手続や調査官、医務室技官の利用等家庭裁判所に備えられた家事事件への後見の対応のための仕組みによることなく、民事訴訟の手続に従って処理されるものであり、今日では父母間の

争いで用いられることはほとんどないといわれている<sup>5)</sup>。そのようななか、本件XのYに対するAの引渡し請求はこの親権に基づく妨害排除請求を本案とする民事保全法上の仮処分という①の方法でなされたものであり、離婚した父母間で民事保全として子の引渡し請求ができるかという観点からまず注目される。

## 2 親権者変更の申立てと子の引渡し請求

本件におけるAの親権者は父Xであって母Yは事実上Aを養育してきたにとどまるため、その意味においてAを監護養育する正当な権限を持つのはXであり、Yはそのような権限を持たない親である。しかし、離婚の約9ヶ月後にYは自らへの親権者の変更を求めて調停を申し立てており、本件のXによるAの引渡しに関する仮処分命令申立てはこの調停係属中にYへの対抗措置としてなされた意味合いを持つ（それまでは、YによるAの監護にXが同意していたことがうかがえる）。

離婚時に父母の協議ないし裁判により一方の親を親権者と定めたとしても、子の利益のため必要があるときは子の親族の請求により家庭裁判所は親権者を他方の親に変更することができ（民819条6項）、この請求には原則として回数等の制限はない<sup>6)</sup>。そこで、離婚後に親権者たる親が非親権者たる親に子の引渡しを請求する一方で、非親権者たる親は親権者を自らに変更することを求めて家庭裁判所に申立てをするケースも多い。その場合、親権者変更に関する審判の帰趨との関係をめぐり子の引渡し請求についていかに解すべきか、審理の構造が問題となる。本件では、原審が本件申立ての本案は子の監護に関する処分の審判事件であるから民事訴訟の手続によることができないとしてXの申立てを却下したのに対して、本決定は、このような場合でも親権に基づく妨害排除請求を本案とする仮処分として子の引渡し請求ができると説示した上で、親権を行う者は子の利益のためにその監護を行う権利を有するのであり、子の利益を害する親権の行使は権利の濫用として許されないとし、結論としてXの請求を棄却した。この論旨に本決定の意義があると考えられる。

## 二 検討

### 1 親権に基づく妨害排除請求

子の親権者が法律上の監護権を有しない者に対して親権に基づく妨害排除として子の引渡しを請求する場合、(i) 子がその自由意思によって事実上の監護者のもとに居るときは親権行使への妨害があるとはいえず<sup>7)</sup>、また、(ii) 親権者による子の引渡し請求が親権行使の濫用に当たる場合には引渡しは認められない。この民事訴訟手続による子の引渡し請求は、親権者である親から親ではない第三者に対する請求はもちろんのこと<sup>8)</sup>、父母間であっても離婚により親権者となった親と非親権者・非監護者である親との争いのケースで用いることも妨げられないと解されており<sup>9)</sup>、本決定もこれを肯定する。

ただし、非親権者たる親も親権者変更手続により親権者となる可能性を維持していることから、裁判実務の大勢は、父母間の子の引渡し請求は一方が非親権者・非監護者であっても家庭裁判所の管轄のもとでの家事事件手続によるべきであるとする<sup>10)</sup>。その場合、民法 766 条の子の監護に関する処分又はその審判前の保全処分として家庭裁判所に子の引渡しを申し立てることになる<sup>11)</sup>。民法 819 条 6 項の親権者変更や民法 766 条の監護者指定の申立てがされているときは、家庭裁判所は親権者変更・監護者指定に付随して(家事 171 条、154 条 3 項)又はこの変更・指定の審判前の保全処分として(家事 175 条、157 条)子の引渡しを命じることができる。特に、親権者変更・監護者指定の申立てと子の引渡しの審判の申立ては併合することができ(家事 49 条 3 項)、同一手続での審理によって統合的解決が可能となる<sup>12)</sup>。

### 2 子の引渡し請求と権利の濫用

本決定は、妨害排除請求権を被保全権利とする民事保全としての子の引渡しの仮処分ができることを肯定しつつ、本件では、特に、Y が親権者変更調停を申し立てている事実とそのことにより X の本件申立てを認めても A の引渡しを繰り返され短期間に養育環境の変化を A に強いその利益を著しく害するおそれがあること、X は民法 766 条に基づき A の引渡しを求めることもできたことを指摘して、X の本件申立てには合理的理由がなく権利の濫用であると判示した。すなわち、子の監

護に関する処分等子の福祉に配慮する措置の整った家事事件手続によらず、民事訴訟である妨害排除に基づく子の引渡し請求をなすことは、合理的理由がない限り子の利益を害する親権行使であり、権利の濫用であるという見解を最高裁として示したといえる。(本決定の木内裁判官の補足意見は、X が家事事件手続によらずあえて民事訴訟における民事保全処分として A の引渡しを請求したことが子の利益のためにしたことといえず、権利の濫用であると述べる。)

なお、本決定が、原審のように本件申立ての本案は子の監護に関する処分の審判事件であり民事訴訟の手続によることはできないとして一律に斥けるのではなく、権利の濫用の判断内で対処したのには、子の引渡し請求が親権行使の一内容をなすものであり民事訴訟手続による方法を閉ざさないという意味があったと解することが可能である<sup>13)</sup>。

### 3 子の引渡し請求の本案と仮処分

なお、家事事件手続による子の引渡し請求であっても、審判前の保全処分が申し立てられた場合に子の引渡しを命じるべきかどうかについて、本案の帰趨次第で子の引渡しを繰り返されるという問題は残る。一般に、審判前の保全処分では本案の認容の蓋然性と保全の必要性を実質的要件とし、特に子の引渡しに関する保全処分では、緊急性(監護の継続性)と終局性(本案審判と異なる結論となることの回避)が求められる<sup>14)</sup>。裁判例には、別居中の父母間の争いの事案で、「審判前の保全処分としての子の引渡し命令は、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り(家事 115 条)、「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ことが必要であるかどうか、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」としたものである<sup>15)</sup>。しかし、本件のようにYによる強制的な子の奪取やXの虐待等の事情が認められず父母いずれも子の監護につき適格を有すると考えられるような場合には、本案に関する判断と考慮要素を大きく異にするものではないと考えられ<sup>16)</sup>、子の福祉と利益の観点からの判断が要請される。近時重視されているのが子の意思であり、本決定も特にこの点（家事65条）に言及する。

家事事件手続法は、家庭裁判所が子の意思を把握するように努めこれを考慮すること（65条、258条1項）、15歳以上の子については陳述を聴取すること（152条2項、169条2項）を規定する。家庭裁判所の実務では子の監護事件の新受件数がここ10年以上一貫して増加傾向にあり、特に子の監護者指定や引渡し、面会交流事件の増加が著しい（2007年の10,006件から2016年は22,257件<sup>17)</sup>）。これらの事件では平均審理期間も長期化し、2007年は6ヶ月であったのが2016年は7.7ヶ月となっている。また、子の監護に関する全事件についてであるが2016年の既済件数35,035件中42%強の事件で調査命令が出されており、他の家事事件よりもその割合は格段に高い。子の意思の把握に調査官の役割が大きいことはもちろんであるが、調査官にとどまらず家事紛争における当事者支援システムのいっそうの向上が求められよう。

●—注

- 1) 他に、離婚の訴えの附帯処分としての子の引渡し請求（人事訴訟法32条）とこれを本案とする保全処分等がある。秋武憲一＝岡健太郎編『離婚調停・離婚訴訟〔改訂版〕』（青林書院、2013年）105頁参照。
- 2) 吉村真幸「子の引渡しと人身保護請求」判タ1100号（2002年）176頁。
- 3) 最判平5・10・19民集47巻8号5099頁（可部裁判官の補足意見が、ともに親権を有する父母間の子の監護権をめぐる紛争は家庭裁判所の審判ないし審判前の仮処分の活用によって解決すべきとの立場を明示していた）、最判平6・4・26民集48巻3号992頁等。
- 4) 棚村政行「人身保護法による子の引渡し請求と拘束の顕著な違法性」民法判例百選Ⅲ（2015年）91頁。2011年の家事事件手続法の制定により、子の監護に関する処分を含め一定の家事事件については調停の申立てがあれば

- 審判前の保全処分申立てが可能となった（家事157条、175条、187条、200条）。
- 5) 二宮周平編『新注釈民法(17)』（有斐閣、2017年）345頁〔棚村〕。
- 6) ただし、具体的事案の判断において子の利益にそぐわないとして親権者変更の申立てが却下されることはありうる。仙台高決平7・11・17家月48巻9号48頁（3歳の子につき離婚の約3週間後に母が親権者変更を申し立てた事例）等。
- 7) かつての大審院判例は、物ではないものの幼児は引渡しの目的となりえ、その際幼児の意思能力や自由意思は問わないとしていた（大判大10・10・29民録27輯1847頁、大判大12・1・20民集2巻19頁）。親権に基づく妨害排除としての子の引渡し請求の性質に関する判例の理解の変遷につき、山口亮子「幼児引渡し請求の性質」民法判例百選Ⅲ（2015年）88頁参照。
- 8) 最判昭35・3・15民集14巻3号430頁、最判昭38・9・17民集17巻8号968頁、最判昭59・9・28家月37巻5号39頁等。
- 9) 最判昭45・5・22判時599号29頁等。
- 10) 梶村太市ほか「子の引渡し保全処分事件の処理をめぐる諸問題」家月47巻7号（1995年）6頁、石垣智子「子の引渡しをめぐる家事事件」金子修ほか編『講座実務家事事件手続法（下）』（日本加除出版、2017年）101頁、瀬木比呂志『民事保全法〔新版〕』（日本評論社、2014年）28頁。
- 11) 離婚後の父母間の子の引渡し請求は民法766条に該当するとするのが従来からの実務の多数説であり、本決定も決定理由中でこれを認める。梶村ほか・前掲注10）6頁、石垣・前掲注10）101頁。
- 12) 金子修『一問一答家事事件手続法』（商事法務、2012年）107頁。
- 13) 岡田洋一「離婚後の元夫婦間における子の引渡しを求める仮処分」新・判例解説 Watch 文献番号z18817009-00-060921574（Web版2018年2月9日掲載）4頁。家事審判事件と憲法82条、32条に関する最大決昭40・6・30民集19巻4号1089頁等参照。
- 14) 梶村ほか・前掲注10）43頁以下。
- 15) 東京高決平24・10・18判時2164号55頁。
- 16) 若林昌子「共同親権者間の子の引渡し保全処分執行不能後の本案監護者指定と子の引渡し」リマックス47号（2013年）69頁、梶村ほか・前掲注10）45頁。
- 17) 以下、「家庭裁判所における家事事件の概況及び実情並びに人事訴訟の概況等」[http://www.courts.go.jp/vcms\\_lf/hokoku\\_07\\_04kaji.pdf](http://www.courts.go.jp/vcms_lf/hokoku_07_04kaji.pdf)（2018年2月21日閲覧）108頁以下。

横浜国立大学教授 常岡史子