

離婚後の元夫婦間における子の引渡しを求める仮処分**【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】** 抗告棄却**【参照法令】** 民法820条、家事事件手続法別表第2の3**【掲載誌】** 裁判所ウェブサイト

LEX/DB 文献番号 25449093

事実の概要

本件は、離婚した父母のうちその長男Aの親権者と定められた父である原告人Xが、法律上監護権を有しない母である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事案である。

XとYは、平成22年9月にAをもうけ、婚姻の届出をしたが、Yは平成25年2月にAを連れてXと別居し、それ以降、単独でAの監護に当たっている。そして、XとYは、平成28年3月、Aの親権者をXと定めて協議離婚をしたものの、Yは平成28年12月、東京家庭裁判所に対し、Xを相手方として、Aの親権者を母に変更することを求める調停の申立てをした。かかる状況下において、Xは平成29年4月、Yを債務者として、本件申立てを行った。

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すべきものとした。

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を相手方として長男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。

そうすると、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とい

うべきである。」

裁判官木内道祥の補足意見

「父と母のいずれが子を監護することが適切かを子の利益を基準として定め、適切な者への子の引渡しを求める手続としては、家庭裁判所の子の監護に関する処分及びそれを前提とする保全処分という手続がある。この手続においては、子が15歳以上であれば必ずその陳述が聴取され（家事事件手続法152条2項、157条2項）、子が15歳未満であっても、子の陳述の聴取、家庭裁判所調査官による調査その他の適切な方法によって子の意思の把握がはかられ、子の年齢及び発達の程度に応じて、その意思が考慮されなければならないのであり（同法65条）、実務上、ほとんどの場合に、家庭裁判所調査官が関与し、子の意思の把握に大きな役割を果たしている。更に、子に意思能力があれば、裁判所は職権で子を利害関係人として手続に参加させることができ、子の手続代理人として弁護士を選任するなどして子の意思を手続に反映させることも可能である（同法42条3項、23条2項）。このように、家庭裁判所は、子の利益のために後見的な役割を果たすことがその職責とされているのである。

これに対し、民事訴訟の手続による親権に基づく子の引渡し請求の本案訴訟及びそれを本案とする民事保全処分においては、権利の存否及び保全の必要性について、専ら、当事者（本件でいえば、子の父と母）が裁判所に対して主張と証拠の提出を行わなければならない、裁判所が子の利益のために後見的役割を果たすことは予定されておらず、そのための道具立ては用意されていない。

父と母の間における子の引渡し請求という紛争においては、子の利益という観点から、また、当事者の負担及び手続の実効性の観点からも、家庭裁判所における手続こそが本来的なものとして設けられている」とした上で、本件ではXへの子の引渡しが子の利益を害するおそれがあることを否定する事由を見いだすことはできないとして、本件請求は権利の濫用に当たるとした。

判例の解説

一 問題の所在

離婚後の元夫婦間で子の引渡しが争われる場合は、子の奪い去りがなされたり、監護状況が子の福祉に反している場合が少なくなく、当事者が激しく対立して迅速な紛争処理を求めることが多い。そこで、暫定的に子の引渡しを求める手段が必要となる。このための手段としては、民事訴訟手続による本案の裁判を予定しているか否かによって、①民事訴訟上の引渡し請求を本案とする民事保全法に基づく仮処分、および②子の監護に関する処分の家事審判事件（民766条、家事39条・別表第2の3）・家事調停事件（家事244条）を本案とする審判前の保全処分（家事157条1項3号）に分類することができる¹⁾。本件では、Xは①による申立て、すなわち、親権に基づく妨害排除請求権を被保全権利として子の引渡しを求める仮処分の申立てを行ったものの、この請求は権利濫用に当たるとして許されないものとした。この背景には、離婚後の元夫婦間における子の引渡しをめぐる仮処分は、権利者（親権者・監護者）の権利行使である以上、地方裁判所の管轄に属する民事訴訟に馴染む事項と考えるべきなのか、それとも仮処分の対象となるのは子であり、子の福祉に配慮した解決を行う必要があるため、家庭裁判所調査官の活用等の体制が整った家庭裁判所の管轄に属する家事審判事項に馴染む事項と考えるべきかという、両者の棲み分けの問題がある。この点、わが国には明文がなく、解釈に委ねられている²⁾。

二 子の引渡しに関する仮処分

1 民事訴訟上の引渡し請求を本案とする 民事保全法に基づく仮処分

子の引渡しをめぐる紛争を解決するため、民事訴訟により子の引渡しを請求することができる。親権者から非親権者に対する請求で、請求の根拠となる親権・監護権を有しており、単純な子の引渡し請求となる。同請求権の法的性質については、物の引渡し請求と同様に子に対する支配が可能であることを理由として、子の占有移転を求める引渡し請求権と解されたこともあった（大判大元・12・19民録18輯1087頁等）が、現在では子の人格を尊重すべく、親権（監護権、820条）に基づく妨害排除請求権と解されている（最判昭35・3・15民集14巻3号430頁、最判昭45・5・22判時599号29頁）。かかる請求が認められるためには、①

親権者の監護権が第三者によって侵害されていること、②子の自由意思による居住ではないこと、および③引渡請求権が権利の濫用とにならないことが必要である。①が要件事実、②および③が抗弁事実となり、これらの事実の存否こそが審理の対象となる³⁾。すなわち、引渡請求の対象となる子の福祉・子の利益になるか否かは直接的・中心的テーマではなく、それに適わないことが明らかな場合には③の要件で間接的・付随的に考慮されるにとどまる。また、家庭裁判所における家裁調査官(裁61条の2、家事58条以下)や医務室技官(裁61条、家事60条)等の活用もできない。そのため現在では、民事訴訟手続はあまり利用されていない⁴⁾。したがって、妨害排除による解決が必要となるのは、基本的に家事審判の対象とならない親権者と第三者との間における紛争に限定されるであろう。

また、妨害排除請求権に基づく子の引渡請求については、これを被保全権利として仮に子の引渡しを命じる「仮の地位を定める仮処分」を求めることができる(民保23条2項)。保全の必要性についての主たる審理は、引渡しの対象となる子ではなく、当事者について判断される。もっとも、この仮処分は断行の仮処分であって当事者や子に対する影響が大きいことから高度の疎明が要求される。そして、疎明の即時性から、民事保全手続の中では家庭裁判所調査官による調査が利用できないこともあって、そこまでの疎明をすることが困難であることが多いであろう⁵⁾。

2 子の監護に関する処分の家事審判事件等を 本案とする審判前の保全処分

民法766条1項は、協議離婚の場合における監護者の指定とともに、「その他の子の監護について必要な事項」として子の引渡しを定めることを認めているが、離婚後の元夫婦間における紛争でも、紛争当事者がともに親権者となり得ることから、同条は類推適用される⁶⁾。子の監護に関する処分は、家事事件手続法別表第二3項の審判(調停)事項とされ、家庭裁判所が管轄することになる(家事150条4号、66条1項、245条)⁷⁾。この審判を本案とする審判前の保全処分により、子の引渡しを求めることが認められる(同法157条1項3号)。審判前の保全処分は、家事審判の対象

となる事件が関係人の日常生活に極めて密接な関係を有しており、一般の民事手続に比して簡易迅速な処理が要請されていることから、審判手続終了までの保全的措置として、審判を妨害するような行為を阻止し、また、当事者等事件の関係人に生じた生活上の危険状態を排除するために設けられたものである⁸⁾。

審判前の保全処分が認められるためには、本案認容の蓋然性と保全の必要性についての疎明が必要となる(同106条2項)が、最も留意しなければならないのは子の利益・福祉に適った紛争解決がなされることである。ここでは、「従前の監護状況、現在の監護状況や父母の監護能力(健康状態、経済状況、居住・教育環境、監護意欲や子への愛情の程度、監護補助者による援助の可能性等)、子の年齢、心身の発育状況、従来環境への適応状況、環境の変化への適応性、父又は母との親和性、子の意思等、父母の事情や子の事情を実質的に比較衡量して」決められることとなる⁹⁾。この際には、家庭裁判所が管轄することから、専門的知見を有する家裁調査官等を活用することができ、後見的な解決が可能となる。

三 両手続の関係

離婚後の元夫婦間において子の引渡しの仮処分を求めようとする場合には、理論上、民事保全法に基づく仮処分と家事事件手続法に基づく審判前の仮処分とが考えられるが、両者の関係についてはいかに考えるべきであろうか。この点、事件の本質を「親権」に基づく妨害排除請求権という実体法上の請求権の行使にあるとして、できる限り民事訴訟・民事保全手続で解決すべきとの解釈も可能である¹⁰⁾。しかし、子の引渡しをめぐる紛争解決は、子の利益・福祉を第一義的なものと解すべきであり、権利の存否のみで決着を図ろうとすることは妥当ではない。子の利益・福祉を考えると、家裁調査官等の専門的知見を活用できるなどの体制の整った家庭裁判所での事件解決に馴染む。また、本件でも行われたように、子の引渡しをめぐる紛争は、単に親権者から子の引渡しを請求されるだけでなく、非親権者からは親権者変更や監護者指定の審判・調停が申し立てられることが多く、これらの併合審理(家事35条)による紛争の抜本的かつ一回的解決の可能性も考慮し

なければならぬ。それ故、一般的には現行法の解釈として可能な限り、民事訴訟事項ではなく、家事審判事項と解すべきとされている¹¹⁾。さらに、人事に関する紛争の家庭裁判所による総合的な解決を目指した人事訴訟法の思想を汲み、また審理の実際を考えると民事保全の申立てはできないと解する見解もある¹²⁾。

四 検討

本決定は、仮処分の許否の前提として、原審が子の引渡しをめぐる紛争は審判事項であって民事訴訟手続によることができないとしたのに対して、民事訴訟手続により親権に基づく妨害排除請求権として子の引渡しを求めることができるとした。その上で、親権に基づく妨害排除請求権を被保全権利とする仮処分も可能であるとした。すなわち、子の引渡しをめぐる紛争は、権利の存否や保全の必要性について専ら当事者が攻撃防御を尽くすのではなく、子の利益や子の福祉に沿うべく裁判所が後見的役割を果たすことも必要である。また、親権者の変更についても併合審理すべき場合もある。よって、家裁調査官制度等を備えた家庭裁判所による家事審判手続で取り扱うのが紛争の抜本的解決のために理想ではある。他方、「親権」という権利の行使の一場面である以上、裁判を受ける権利（憲32条）を害さないように民事訴訟の途を開いておく必要もある。この葛藤の中、本決定は、子の引渡しをめぐる紛争を民事訴訟事項であると解しつつも、子の利益や子の福祉を仮処分が認められるための要件の一つである「権利濫用とならないこと」の中で検討し、現行法の枠内で可及的に子の利益や子の福祉に配慮した。特に補足意見は、子の引渡請求という紛争について、家庭裁判所による手続こそが本来的な紛争解決処理の方途と把握した上で、権利濫用による解決を試みている点で評価できる。

●—注

1) この他、人身保護請求も理論的には可能であるが（人保16条、10条）、その要件として、他に救済方法がないことが認められること（人保規4条ただし書）等が必要であり、他の手続に先んじて同請求による保護を図らなければならない場面はほとんどないであろう。人身保護請求につき、瀬木比呂志『民事裁判実務と理論の架橋』（判例タイムズ社、2007年）393頁以下、429頁以下参照。

なお、離婚訴訟の附帯申立てを本案とするものとしては、人訴法32条1項の附帯処分を本案とする民保法に基づく仮処分がある。

- 2) 例えばドイツでは、子の引渡しは「親の一方の申立てにより家庭裁判所が判断する」ものと規定されている（BGB1632条3項）。
- 3) 申立ての当初に、抗弁が成立しないことまでの主張・立証は必要ではないが、口頭弁論も債務者審尋も経ずに仮処分が出されることは通常あり得ないことから、審理過程で当然に争点となる（佐藤道雄「幼児引渡の仮処分」丹野達＝青山善充『裁判実務大系（4） 保全訴訟法』（青林書院、1984年）308頁）。
- 4) 二宮周平編『注釈民法17巻 親族（1）』（有斐閣、2017年）344頁 [棚村政行]、梶村太市「子の引渡請求の裁判管轄と執行方法」司研創立50周年記念2巻（1997年）315頁。
- 5) なお、人訴法32条の附帯処分を本案とする民保法に基づく仮処分に関する記述ではあるが、東京家裁では、原則的に保全処分の取下げを勧告し、審判前の保全処分としての申立てを促しているようである（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）。
- 6) 石垣智子「子の引渡をめぐる家事事件」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。
- 7) ただし、調停は合意形成の手続であるため、当事者双方が比較的柔軟な姿勢を維持しており、話し合いによる解決を希望する場合で、監護状況に子の福祉に反する問題が認められず、客観的に処理する必要性が比較的低い場合などに限られる（安倍嘉人＝西岡清一郎監修『子どものための法律と実務』（日本加除出版、2013年）120頁）。
- 8) 斎藤秀夫＝菊池信男編『注解家事審判法〔改訂〕』（青林書院、1987年）641頁 [安倍嘉人]。
- 9) 石垣智子＝重高啓「子の監護者指定・引渡調停・審判事件の審理」東京家事事件研究会編『家事事件・人事訴訟事件の実務——家事事件手続法の趣旨を踏まえて』（法曹会、2015年）234頁。
- 10) 鈴木忠一「非訟事件の裁判と執行の諸問題」同『非訟・家事事件の研究』（有斐閣、1971年）26頁。
- 11) 梶村・前掲注4）316頁、318頁、石垣智子「子の引渡をめぐる家事事件」金子・前掲注6）101頁、相原佳子「子の引渡をめぐる家事事件」金子・前掲注6）132頁、佐上善和『家事事件手続法1』（信山社、2017年）82頁。
- 12) 瀬木比呂志『民事保全法〔新訂版〕』（日本評論社、2014年）28頁、福島恵子「子どもの引渡しを求める仮処分」判タ1078号（2002年）187頁。