

子の返還を命ずる終局決定に違反した子の監護と人身保護請求

【文 献 種 別】 判決／最高裁判所第一小法廷

【裁判年月日】 平成 30 年 3 月 15 日

【事 件 番 号】 平成 29 年（受）第 2015 号

【事 件 名】 人身保護請求事件

【裁 判 結 果】 破棄差戻し

【参 照 法 令】 人身保護法 2 条 1 項、人身保護規則 3 ～ 5 条

【掲 載 誌】 民集 72 卷 1 号 17 頁、裁時 1696 号 1 頁、判時 2377 号 47 頁、判タ 1450 号 35 頁、
家庭の法と裁判 15 号 65 頁、裁判所ウェブサイト

◆ LEX/DB 文献番号 25449323

京都大学教授 西谷祐子

事実の概要

夫 X と妻 Y（ともに日本国籍）は、平成 6 年に日本で婚姻し、長男と長女をもうけた後、平成 14 年頃に家族 4 人で米国に移住した。平成 16 年には、米国で二男 A（日米の重国籍）が出生した。X と Y の関係は次第に悪化し、Y は、平成 28 年 1 月 12 日頃に X に無断で A（当時 11 歳 3 ヶ月）を日本に連れ帰って以来、日本で A を監護している。

X は、平成 28 年 7 月 25 日に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（以下、「実施法」という）¹⁾に基づいて東京家裁に子の返還を申し立てた。同家裁は、同年 9 月 16 日、Y に対して A の米国への返還を命ずる終局決定（以下、「本件返還決定」という）をし、同決定は同年 11 月 30 日に確定した。執行官は、平成 29 年 5 月に Y 宅で子の監護を解くための行為をしたが（以下、「本件解放実施」という）、Y は玄関の戸を開けず、執行官が二階の窓を錠錠して立ち入った後も激しく抵抗し、A も米国行きを拒否したため、本件解放実施に係る事件は、不能のために終了した。X は、米国の裁判所から同年 8 月 15 日までに A の単独監護命令を得た。

A は、平成 29 年 9 ・ 10 月に代理人と面談した際に、Y の圧力はなく、自らの意思で日本での生活を希望していると強く主張した。A は、現在、日本での生活や学校になじんでおり、友人や教員との関係も良好で、家庭でも Y と親和している。

X は、平成 29 年 7 月 1 日に人身保護法に基づいて、名古屋高裁に A の釈放を求めた。原審（名古屋高金沢支判平 29 ・ 11 ・ 7 判時 2398 号 91 頁）は、

Y の監護の拘束性を否定し、請求を棄却した。最高裁は、X からの上告を受理した。

判決の要旨

破棄差戻し（以下、下線は原文）。

1 Y の A に対する監護の拘束性

「意思能力がある子の監護について、当該子が自由意思に基づいて監護者の下にとどまっているとはいえない特段の事情のあるときは、上記監護者の当該子に対する監護は、人身保護法及び同規則にいう拘束に当たると解すべきである（最判昭 61 ・ 7 ・ 18 民集 40 卷 5 号 991 頁参照）。本件のように、子を監護する父母の一方により国境を越えて日本への連れ去りをされた子が、当該連れ去りをした親の下にとどまるか否かについての意思決定をする場合、当該意思決定は、自身が将来いずれの国を本拠として生活していくのかという問題と関わるほか、重国籍の子にあっては将来いずれの国籍を選択することになるのかという問題とも関わり得るものであることに照らすと、当該子にとって重大かつ困難なものというべきである。また、上記のような連れ去りがされる場合には、一般的に、父母の間に深刻な感情的対立があると考えられる上、当該子と居住国を異にする他方の親との接触が著しく困難になり、当該子が連れ去り前とは異なる言語、文化環境等での生活を余儀なくされることからすると、当該子は、上記の意思決定をするために必要とされる情報を偏りなく得るのが困難な状況に置かれることが少なくないといえる。」
「当該子による意思決定がその自由意思に基づく

ものといえるか否かを判断するに当たっては、基本的に、当該子が上記の意思決定の重大性や困難性に鑑みて必要とされる多面的、客観的な情報を十分に取得している状況にあるか否か、連れ去りをした親が当該子に対して不当な心理的影響を及ぼしていないかなどといった点を慎重に検討すべきである。」

「Aは、現在13歳で、意思能力を有していると認められる」が、「出生してから来日するまで米国で過ごしており、日本に生活の基盤を有していなかったところ、上記のような問題につき必ずしも十分な判断能力を有していたとはいえない11歳3箇月の時に来日し、その後、Xとの間で意思疎通を行う機会を十分に有していたこともうかがわれず、来日以来、Yに大きく依存して生活せざるを得ない状況にあるといえる。」「Yは、本件返還決定が確定したにもかかわらず、Aを米国に返還しない態度を示し、本件返還決定に基づく子の返還の代替執行に際しても、Aの面前で本件解放実施に激しく抵抗するなどしている。」それゆえ、「Aは、本件返還決定やこれに基づく子の返還の代替執行の意義、本件返還決定に従って米国に返還された後の自身の生活等に関する情報を含め、Yの下にとどまるか否かについての意思決定をするために必要とされる多面的、客観的な情報を十分に得ることが困難な状況に置かれており、また、当該意思決定に際し、Yは、Aに対して不当な心理的影響を及ぼしているといわざるを得ない。」

「以上によれば、Aが自由意思に基づいてYの下にとどまっているとはいえない特段の事情があり、YのAに対する監護は、人身保護法及び同規則にいう拘束に当たるといべきである。また、上記説示に照らすと、本件請求は、Aの自由に表示した意思に反してされたもの（人身保護規則5条）とは認められない。」

2 Yによる拘束の顕著な違法性

「国境を越えて日本への連れ去りをされた子の釈放を求める人身保護請求において、実施法に基づき、拘束者に対して当該子を常居所地国に返還することを命ずる旨の終局決定が確定したにもかかわらず、拘束者がこれに従わないまま当該子を監護することにより拘束している場合には、その監護を解くことが著しく不当であると認められるような特段の事情のない限り、拘束者による当該子に対する拘束に顕著な違法性があるといべき

である。」

「Yは、本件返還決定に基づいて子の返還の代替執行の手續がされたにもかかわらずこれに抵抗し、本件返還決定に従わないままAを監護していることが明らかである。他方で、米国への返還のためにYのAに対する監護を解く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。したがって、YによるAに対する拘束には、顕著な違法性がある。」

判例の解説

一 はじめに

国際的な子の奪取の民事上の側面に関するハーグ条約（以下、「子奪取条約」という）は、国境を越えた不法な子の連れ去り又は留置があったときに、子を迅速に常居所地国に返還し、同国の当局に監護権の本案に関する判断を委ねる仕組みを整えている。子奪取条約は、平成26年4月1日に日本について発効し、同日に実施法が施行された²⁾。本判決は、本件返還決定が下されて確定したものの、子の返還の強制執行が奏功せず、YがAの監護を継続していた事案において、最高裁として初めて人身保護請求の可能性を認めたもので、多数の評釈がある³⁾。差戻審・名古屋高判平30・7・17（判時2398号87頁）は、人身保護請求を認容した。しかし、このような結論には批判もある。

二 人身保護請求の要件

1 総説

人身保護請求は、不当に侵奪された人身の自由を司法裁判によって迅速に回復することを目的とし（人身保護法1条）、最判昭24・1・18（民集3巻1号10頁）以来、子の引渡し紛争において頻繁に利用されてきた（最大判昭33・5・28民集12巻8号1224頁、最判昭43・7・4民集22巻7号1441頁ほか）。人身保護請求の要件は、①拘束性、②顕著な違法性、及び③補充性である（人身保護法2条1項、人身保護規則4条）。

本件は、問題なく③補充性要件を満たしていた。なぜなら、子の返還の強制執行は奏功せず、米国単独監護命令の承認執行にも実効性はなく、日本の裁判所には監護者指定等の管轄権もなかった（実施法152条参照）からである。検討を要するのは、①②の要件である。

2 意思能力のある子の監護と拘束性

①拘束性要件に関する先例によれば、10歳程度以上の子には意思能力があり、自らの意思で監護に服するため、原則として拘束性は否定される（最判昭46・11・30民集24巻7号57頁、最判昭60・2・26家月37巻6号25頁ほか）。そして、子の自由意思による監護とはいえない特段の事情がある場合にかぎり（11歳10ヶ月の子が生後まもない頃から拘束者の監護下にあり、親権者への憎悪や恐怖を植え付けられた事案〔最判昭61・7・18民集40巻5号991頁〕（本判決も引用）や、12歳8ヶ月の子が新興宗教に入信した親と集団生活していた事案〔最判平2・12・6家月43巻6号18頁〕など）、拘束性が肯定されてきた⁴⁾。

本判決は、当時13歳であったAの意思能力を認めたとうえで、監護開始当時の判断能力の不十分さ及びその後の意思形成段階における情報不足を理由に、特段の事情によって拘束性を肯定した。これは、基本的に先例の枠組みに沿っているが、実際には、国際的な子の連れ去り事案における子の意思決定の重大性及び困難性、並びに親による影響の大きさを強調することで、子の自由意思の認定基準を引き上げている⁵⁾。しかもその考慮要素には、Aの将来の生活地や国籍の選択、Xとの接触の困難、Yの本件解放実施への抵抗による心理的影響など、現在の監護状態の選択とは直接関係しない事情も含まれる。それゆえ、本判決は、先例のように「子が現在の監護状態を自由に選択しているか」を問うよりも、実施法上の返還拒否事由としての子の異議（実施法28条1項5号）と同様に、「子が中長期的な視点から真意で米国への返還を拒否しているか」を問うものといえよう⁶⁾。本判決の結論は、本件返還決定が子の異議を否定していたのと整合的であるが⁷⁾、同決定の確定後1年以上経過しており、Aが13歳という高年齢であったことに照らせば、特段の事情によって拘束性を認めうる限界事例であったろう⁸⁾。

3 拘束の顕著な違法性

②顕著な違法性要件に関する先例は、当初、共同親権者間の子の奪い合いに関しても、夫婦のいずれに子を監護させるのが子の福祉にかなうか（当該拘束の実質的な当不当）を基準としていた（前掲最判昭43・7・4）。しかし、最判平5・10・19（民集47巻8号5099頁）による判例変更後は、別居中の夫婦間での監護権をめぐる紛争は本来、家庭

裁判所の守備範囲にあることを前提に、親権・監護権の存在を重視している⁹⁾。

そこで、(ア)監護権者から非監護権者に対する人身保護請求においては、子を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と比べて子の幸福の観点から著しく不当なものでないかぎり、拘束に顕著な違法性が認められる（最判平6・11・8民集48巻7号1337頁）。それに対して、共同親権者間の争いにおいては、(イ)原則として一方の親による監護は適法であり、請求者の監護に比べて拘束者による監護が「子の幸福に反することが明白である」場合に初めて、顕著な違法性が認められる（前掲最判平5・10・19）。この明白性の要件は、拘束者が子の引渡しを命ずる家庭裁判所の仮処分や審判に従わずに子を監護している場合や、拘束者による監護が子の健康を害するなど親権濫用に当たる場合に満たされる（最判平6・4・26民集48巻3号992頁）。また、(ウ)家庭裁判所での離婚調停中の合意に反して子を拘束し続けている又は面会交流時に子を連れ去ったなど、拘束開始手段が不当で手続違反に当たる場合には、明白性の要件に触れることなく、顕著な違法性が肯定されている（最判平6・7・8家月47巻5号43頁、最判平11・4・26家月51巻10号109頁）。

本判決は、米国単独監護命令の承認如何を論じておらず、共同親権者間の争いであり、(ア)類型ではない¹⁰⁾。また、本判決は、(イ)類型のように、家庭裁判所又は米国の裁判所による監護権に関する公権的判断や、拘束者による親権濫用等を根拠とせず、子の幸福にも触れていない。もとより明白性の要件は、当該子の監護における「具体的な子の福祉」を基準とし、子の迅速な返還によって「抽象的な子の福祉」を実現する子奪取条約とは趣旨を異にする。その点では、本判決は、明白な手続違反を理由とする(ウ)類型に近いといえよう¹¹⁾。ただし、本判決は、先例のように拘束開始手段としてのYによる不法な子の連れ去りを問題とするのではなく、その後に確定した本件返還決定に基づく子の返還義務の不履行に顕著な違法性を認めており¹²⁾、監護を解くことが著しく不当となる特段の事情¹³⁾もないとした。この点に鑑みれば、本判決は、本件返還決定の実効性を担保するために、先例の枠組みを超えて、新たに人身保護請求を認めたものといえるのではなかろうか。

三 子の返還の強制執行と本判決の意義

本判決の背景には、子の返還の強制執行の限界もあったと思われる。制定当時の実施法は、子の利益に配慮して間接強制前置主義を採用し（改正前実施法 136 条）、代替執行への移行後も、解放実施時の執行官の威力行使を制限し（同 140 条 1 項以下）、子と債務者の同時存在を要件とした（同条 3 項）¹⁴⁾。そこで、債務者が子を離さずに強く抵抗したり、子を祖父母等に預けたりすれば、解放実施が実現しなかった。本判決が子の返還の強制執行を補うのに人身保護請求の道を開いたことは、積極的に評価されるが、併せてその限界にも留意する必要がある。

第 1 に、人身保護請求の認容判決は、子の釈放及び請求者への引渡しを命ずる。それゆえ、実施法上の返還決定と異なって、連れ去り親（TP）による子の監護は制約され、自ら子を連れて常居所地国に戻ることはできない。他方、残された親（LBP）には子の監護が委ねられるため、その適格性の審査方法や、常居所地国の当局による監護権の本案に関する判断との整合性が問題となりうる。第 2 に、人身保護手続は、通常裁判所（地裁又は高裁）の職分管轄に属するため（人身保護法 4 条）、家庭裁判所のように、子の心身の状態を綿密に調査する手段がない。第 3 に、人身保護請求の認容判決には民事上の執行力がなく、直接強制は認められない¹⁵⁾、勾引・勾留もしくは過料又は刑罰による制裁（同 18・26 条）もほとんど用いられていない¹⁶⁾。したがって、人身保護手続には限界があるといわざるを得ず、本来の趣旨からすれば、実施法に基づく子の返還の強制執行によって、子の常居所地国への返還を実現すべきであろう¹⁷⁾。

折しも令和元年には、子の返還の強制執行に関する法整備がなされた¹⁸⁾。改正実施法は、間接強制前置に例外を設け、間接強制が奏功しない又は急迫の危険がある場合には、直ちに代替執行を行いうるとした（改正実施法 136 条 2・3 号）。また、子と債務者の同時存在の要件を廃止し、代わりに債権者（又は代理人）の執行現場への出頭を求めることで、子の心理的負担を緩和している（同 140 条 1 項による民執法 175 条 5・6 項準用）。今般の改正を契機として、子の返還の強制執行がより実効的に行われるようになれば、③補充性要件に鑑みても人身保護請求の認容判決は限定され、本

判決の射程も狭いものとなろう。今後の発展に期待したい。

●——注

- 1) 平成 25 年法律第 48 号（平成 25 年 6 月 19 日公布、平成 26 年 4 月 1 日施行）。
- 2) 平成 26 年条約第 2 号（平成 26 年 1 月 24 日署名及び受諾、同年 4 月 1 日効力発生）。
- 3) 調査官解説として、光岡弘志「最判解」曹時 71 巻 10 号 2199 頁（同・ジュリ 1524 号 100 頁、同・ひろば 71 巻 7 号 61 頁も参照）、評釈として、浦野由紀子・論ジュリ 26 号 131 頁、遠藤隆幸・司法書士 561 号 36 頁、大濱しのぶ・JCA66 巻 1 号 43 頁、古賀絢子「判例解説」道垣内弘人＝松原正明編『家事法の理論・実務・判例〔第 3 版〕』（勤草書房、2019 年）171 頁、佐藤文彦・ジュリ 1531 号（平成 30 年度重判解）292 頁、高杉直・WLJ 判例コラム 144 号 1 頁、長田真里・リマークス 59 号 138 頁、中村肇・法支 193 号 98 頁、長谷川俊明・国際商事法務 46 巻 11 号 1504 頁、山口亮子・民事判例 18 号 108 頁、渡辺惺之・戸時 772 号 13 頁（以下、著者名で引用）。拙稿「日本における子奪取条約の運用と近時の動向について」家庭の法と裁判 26 号（2020 年）55 頁以下も参照。
- 4) 田中壯太・最判解民事篇（昭和 61 年度）370 頁以下参照。
- 5) 浦野 135 頁以下、大濱 45・48 頁以下、古賀 177 頁以下、高杉 6 頁以下、長田 141 頁、渡辺 16 頁。
- 6) 渡辺 16 頁、長田 141 頁。
- 7) 光岡 2216 頁注 4。
- 8) 光岡 2215 頁。
- 9) 大村敦志『家族法〔第 3 版〕』（有斐閣、2010 年）175 頁以下参照。
- 10) 山口 110 頁。
- 11) 光岡 2214 頁のほか、浦野 138 頁、遠藤 42 頁、古賀 183 頁、中村 108 頁。
- 12) 山口 110 頁。本判決前の見解として、法曹会編『〔例題解説〕DV 保護命令・人身保護・子の引渡し』（法曹会、2016 年）328 頁及び村上正子ほか『手続からみた子の引渡し・面会交流』（弘文堂、2015 年）209 頁。
- 13) たとえば、確定した返還決定が変更された場合（実施法 117 条 1 項）等を指すという。光岡 2214 頁以下。
- 14) 金子修編『一問一答・国際的な子の連れ去りへの制度的対応——ハーグ条約及び関連法規の解説』（商事法務、2015 年）169 頁以下ほか。
- 15) 丹野達「子の引渡しに関する人身保護請求の補充性——とくに家事審判前の保全処分との関係について」家月 38 巻 10 号（1986 年）21 頁、法曹会編・前掲注 12）書 273 頁以下ほか。
- 16) 光岡 2208 頁。
- 17) 長田 140 頁以下、山口 111 頁、渡辺 17 頁参照。
- 18) 令和元年法律第 2 号（令和元年 5 月 17 日公布、令和 2 年 4 月 1 日施行）。