



最高裁判所判例解説  
民事篇(上)

昭和四十三年度



財団法人  
法曹会

借が合意解除されたという事案。

なお、東京地判昭四〇・八・三一判例時報四三〇号三九頁は、賃貸借の合意解約にさいし権利金返還の合意もされた事案についてではあるが、返還すべき金額を定めるについて同様の按分をしている。

(注一〇) 後藤清・民商三二巻二号六六頁、有泉・前掲一九一頁。しかし、昭和二九年度判例解説30では、必ずしもそうではなく、当面の問題となっていないので判断を与えなかったものとみるべきだと説明されている。

なお、後藤氏の右評釈は、この判決の結論に反対し、権利金が場所、営業設備等有形無形の利益に対する対価の性質を有する場合には、賃貸借の存続期間の長短にかかわらず、返還を認めるべきだとするが、その前提として、借家法五条の造作には無形的造作を含むと解し、権利金返還請求の性質を有益費償還請求とみているものようである。

(注一一) (注九) 掲記の福岡地方小倉支部判決はこの関係を明快に説示する。

(注一二) したがって、この点には当初の契約における当事者の意思解釈という要素も含まれ、場合によっては返還について黙示の合意を認定することもできよう。本件の原告の主張する、期限前でも明渡しときは(貸金の)返還を受ける特約というもの、権利金についても考えられないものではない。ただし、常に全額を返還する約定というものは、当事者の通常の意味からは出て来ないであろう。

(注一三) ただし、本判決は、本文のような意思解釈をしたものではない。原告は合意解除を主張したが、原審は契約終了事由を認定せず、もっぱら権利金の性質によって解決しているのである。(野田 宏)

## 58 一 意思能力のない幼児の監護と人身保護法および同規則という拘束

### 二 夫婦の一方から他方に対する人身保護法に基づく幼児引渡請求許否の判断基準

昭和四二年(第一四五五号)同四三年七月四日第一小法廷判決、上告棄却  
第一審 大阪地裁  
集第二卷第七号一四四一頁

#### 〔判決要旨〕

一 意思能力のない幼児を監護することは、監護方法の不当または愛情に基づく監護であるかどうかとはかかわりなく、人身保護法および同規則という拘束と解すべきである。

二 夫婦の一方が他方に対し、人身保護法に基づき、共同親権に服する幼児の引渡を請求した場合には、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子に対する拘束状態の不当を定め、その請求の許否を決すべきである。

#### 〔参照条文〕

人身保護法第二条第一項、同規則三条・四条

#### 〔解説〕

##### 一 事案の概要

被拘束者A女(昭和四一年七月二六日生)は、X女Y男の夫婦間に生れた嫡出子である。XとYとは、昭和四一年八月下旬別居し、以来AはXのもとで養育監護されていた。ところが、昭和四二年一〇月二二日、XがAを背負って銭湯へ行く途中、YがXの背からAを抜きとり連れ去った。同日Xは親兄弟の助けを借りて一旦はAを奪い返したが、たちまちYの強要を詐言によってAをYに引渡すの余儀なきに至った。以来YはAを自己の下宿先で養育している。

そこで、XはYに対しAの引渡を求める人身保護請求をなし、一審で勝訴の判決(昭和四二年一月三〇日言渡)をえた。Y上告。

##### 二 上告理由と判旨

1 上告理由は、まず、Yは、愛情をもってAを養育しているのであり、不穏当な方法でAを養育しているのでは

58 意思能力のない幼児の監護と人身保護法および同規則という拘束  
夫婦の一方から他方に対する人身保護法に基づく幼児引渡請求許否の判断基準

ないから、人身保護法、同規則にいう拘束に当たらないという。判決は、これに対して、次のようにいう。

「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なうものであるから、その監護自体を人身保護法および同規則にいわゆる拘束と解するに妨げないものであることは、当裁判所の判例（昭和三年（附第二七号）同三年五月二八日大法院判決民集二二卷八号一二三四頁）の趣旨とするところである。このことは、右監護の方法の当、不当または愛情にもとづくかどうかとは、かかわりのないことである。」

2 上告理由は、次に、YはAの親権者であるから法律上正当な権限にもとづいて監護しているのであるし、AがYのもとで監護されることは不幸でないから、人身保護法による救済は否定されるべきであるという。判決は、これに対して、次のようにいう。

夫婦の一方が他方に対し人身保護法にもとづきその共同親権に服する幼児の引渡を請求する場合には、「裁判所は、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その請求を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考慮して、その請求の許否を決すべきであることは、当裁判所の判例とするところであり（昭和三年（附第一三〇号）同四年一月一八日第二小法院判決民集三卷一号一〇頁参照）、右拘束状態の当、不当を決するについては、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する。」

### 三 説明

1 幼児引渡の人身保護請求事件についての最高裁判決は、本判決が引用する二つのほか、昭和二十九年二月一日の第一小法院判決（民集八卷一〇号二二六九頁）がある。前記昭和三十三年五月二八日大法院判決の事案は、第三者から後見人に対する請求であり、前記昭和二十九年二月一日第一小法院判決の事案は、親権者から第三者に対する請求

であるのに対し、前記昭和二十四年一月一八日第二小法院判決は、共同親権者である夫婦間の請求に於てされたものである。今回の判決と同様の事案に属する。この度の判決は、右の三つの判決が、いずれも請求を棄却した原判決を維持しているのに対し、請求を認容した原判決を維持している点に特異性がある。

2 人身保護規則四条は、「拘束が権限なしにされていることが顕著である場合」を請求の要件の一つとしてかかげ、同三条は、拘束について、「逮捕、抑留、拘禁等身体の自由を奪い、又は制限する行為」と定義している。したがって、拘束者が子を「拘束」しているものでなければ、請求は認容されない。

右三条の例示する「逮捕、抑留、拘禁等」は、いずれも、強制力で身体の自由に制約を加えるものであるから、幼児に対する「拘束」も、これと同程度の強制力による身体の自由の制約があることを必要とするという考え方もできないではない。また、幼児に対する監護方法が不当な場合には、「拘束」に当たるが、監護方法が相当な場合には、「拘束」に当たらないと考えることもできるであろう。この点について、前記大法院判決が、「幼児監護の場合においては、束に当たらないと考えることもできるであろう。この点について、前記大法院判決が、「幼児監護の場合においては、監護という事柄の性質からしてつねにある程度の拘束が存在するものと認められる」として、問題の解決を図ったかに見受けられる。しかし、「ある程度の拘束」という表現に、若干のあいまいさが残されていたのであった。今回の判決は、この点を明確にして、監護の方法の不当等にかかわらずなく、人身保護規則三条の「身体の自由を制限する行為」に当たるとした点に意義がある（注1）。

3 判旨二は、昭和二十四年一月一八日第二小法院判決が示した判例理論を更に発展させたものである。この判決は、今回の判決が引用している趣旨の判示（前記二二参照）をした上で、「今日母（拘束者）の膝下に平穩に養育せられていた状態が原審の認定したごとく子供のために、むしろ、幸福であるとしたならば、請求は棄却されるべきである」としている。この判決の理解の仕方には、二通りあると思われる。一つは、事件当事者である両親の監護状態を

58 意思能力のない幼児の監護と人身保護法および同規則にいう拘束  
夫婦の一方から他方に対する人身保護法に基づく幼児引渡請求許否の判断基準

比較考察して、いずれの親に監護させるのが子の幸福に適するかを考えた上、請求の当否を決しているという見方(注三)他は、拘束者の監護状態のみを考察して、その監護状態が子の幸福に適しないわけでないからとして、請求を排斥したという見方(注三)である。今回の判決は、前者の考え方によつたものといえるであらう。

我が国の人身保護法の母法である英米の Habeas Corpus において、幼児事件では両親の法律上の権利と子供の幸福との二つ、なかならず後者を尊重して監護権を決定しており、どちらの親がより子供にとって真の幸福になるかという観点から監護権をきめているといわれる(注四)。米国の判例の中には、当事者双方のいずれに監護させるのが子の幸福に適するかによつてこの種請求の当否を決すべきであるとする立場に立つものが少なからずある(注五)。この度の判決も、こうした英米の判例の傾向を参酌したものではないかと推測される。

もちろん、我が国の人身保護法二条、同規則四条の解釈としては、いささか無理があることは、否めないが、既に学説(注六)や数次の判例によつて、幼児の人身保護請求事件に英米法的配慮をすることに踏み切っている以上、両親の監護の適当さを比較衡量する立場が是認されて然るべきものと思われる(注七)。

この判旨は、本件のように共同親権者相互間の人身保護請求のみならず、法律上監護権を有する者とこれを有しない者との間にも適用をみるかについては、ふれていない。運用上の問題として一般的にいえば、法律上監護権を有しない者から監護権を有する者に対する請求は、その養育監護が甚しく不当なときに限つて、容認されるとすべきであらうし(注八)、反対に、法律上監護権を有する者から監護権を有しない者に対する請求は、請求者に監護させることが甚しく不当でなければ、容認されて然るべきであるということができるように思われる(注九)が、法律上監護権を有しない者といつても、純然たる第三者から肉親に至るまでいろいろな場合があるから、結局は具体的事案によつて、妥当な解決を図るほかないであらう。

4 人身保護規則四条は、人身保護請求は、「拘束が権限なしにされていることが顯著である場合に限り、これを行うことができる。」としている。いわゆる「顯著性の制約」について、規則制定権の範囲を超えたもので無効であるとの見解(注一〇)もあるが、これを有効とするのが、最高裁判例(昭和二年四月二六日大法廷判決民集八卷四号八四八頁、昭和三年九月二八日大法廷決定民集九卷一〇号一四五三頁、昭和三年五月二八日大法廷判決前掲)である。本件も、顯著性の制約があることを前提として、「夫婦の一方が他方の意思に反し適法な手続によらないで、その共同親権に服する子を排他的に監護することは、それ自体適法な親権の行使といえないばかりでなく、その監護の下におかれるよりも、夫婦の他の一方に監護されることが子の幸福を図ること明白であれば、これをもつて、右幼児に対する拘束が権限なしになされていることが顯著であるものというを妨げないものである。」と判示した。「顯著性の制約」は、疏明の程度の問題でなく、疏明された事実を前提として、拘束の違法が顯著であるというのであらうから、右判示の「子の幸福を図ること明白」というのは、両親を比較して、請求者のもとに監護させることが、格段に子の幸福に適するといふ意味ではないかと思われる。この判決は、英米の判例の傾向を参酌していると推測されるのはあるが、「顯著性の制約」を認めている点において、英米とは異なる取扱となつていることは、注目されるべきであらう。

5 この判決のもつ機能は、夫婦が別居してしまつた立法の盲点を救うのに役立つことである(未延・五十嵐・判民昭和二四年度二事件)。けず、結局力関係にまかせてしまつた立法の盲点を救うのに役立つことである(未延・五十嵐・判民昭和二四年度二事件)。もちろん、家事調停を申し立て、調停前の仮の処分(家事審判規則一三三條、家事審判法二八條二項)によるとか、親権の濫用を根拠に幼児引渡の民事訴訟を提起し、仮の地位を定める仮処分(民訴法七六〇條)により、目的を達することがあるかも知れない。しかし、人身保護法によるほど、適切に、迅速に、十分に救済を与えられるとはいえないのである。今回の判決は、実力行使による子の奪い合いを封じ、破綻にひんしている夫婦間の監護について、一つの法律的

解決の方法を示唆するものとしても、注目に値するといえるであろう。

(注一) 北村・判例解説昭和三三年度54参照。Sokol, A Handbook of Federal Habeas Corpus (1965), p. 28 は、幼児の人身保護請求事件においては、幼児に対する拘束が強制力をもってなれることを要件としないし、強制を拘束について何らの証明を要しないとしている。

(注二) 末延・五十嵐・判民昭和二四年度二事件、田中(和)・民商二五卷三三六〇頁。

(注三) 我妻・親族法(法律学全集)三三三頁は、この趣旨か。

(注四) 注二に掲げる文献のほか、谷口(知)・民商三八卷六号二二二頁。

(注五) Buchanan v. Buchanan, 197 S. E. 426 (1938) (離婚後父から母に対する請求); Wear v. Wear, 285 P. 606 (1930);

Application of Kuefur, 38 N. Y. Supp. 2d 927 (1942) (母子は、子供の母から父に対する請求); In re Boulware's Will,

258 N.Y.S. 522(1932); Lakey v. Gudgeal et al., 62 N.W. 2d 525(1954). 参照 American Jurisprudence, vol. 25 Habeas

Corpus, p. 205; Corpus Juris Secundum, vol. 39 Habeas Corpus, p. 570 参照。

(注六) 注二に掲げる文献のほか、小林一郎・人身保護法概論一〇〇頁以下。

(注七) 人身保護規則四条の「拘束が権限なしにされている」というのが、「拘束が違法」というのと同趣旨と理解し(土井・判

例解説昭和二九年度116)、拘束の適法違法は、拘束の実質的当否によつて定められるとすれば(最判昭和二四年一月一八日前

掲)各種の「正当性」を考慮する法規(例えば、民法一〇〇条、借家法一条ノ二)の解釈として当事者双方の事情を比較して

「正当性」を判断すべきものとする例もあるのだから、拘束の不当の判断に際し当事者双方の事情を比較衡量すべきもの

としても、文理上不可能な解釈とはいえず。

特に、共同親権者相互間の請求においては、一方が他方の意思に反して排他的に監護していることを前提とするであろうから、それ自体違法な親権の行使ということもできるのである。それだからといって、人身保護請求を認容するのでは、これが繰り返されることにより、子の利益が害されるおそれなしとしない。やはり、監護の方法の不当が結局問題とされなければなら

ないであろう。

(注八) Ex parte Inman, 89 P. 2d 421 (1939)。これは、離婚後監護権を有する母に対し父から請求した事案について、子の安全・健康・道徳・適度の安楽を (Reasonable comfort) に関するなごせまった危険のない限り請求は排斥されるべきであるとす。Ex parte Dowell, 41 P. 2d 596 (1935)。も類似の事案につき同趣旨。

(注九) 田中(英)・法協七三卷五号六六〇頁は、「拘束者が親権者でないときには、たとえ拘束者が自己を監護者とすることを求める訴を提起している場合で、しかも拘束者の監護方法が妥当なものであつても、請求者に幼児を引渡すことが明らかにその幸福に反しない限り、請求を認容している。」のが、英米の判例であるとされる。

なお、同書は、米英では、「両方が親権者ならば、現在監護している者の監護方法が極めて不当なときに限り人身保護請求が認められている。」とされる。しかし、その引用の判例からは、必ずしも、そう云い切らなくてもよいように思われる。

(注一〇) 小林一郎・前掲九三頁、田中(和)・民商三一卷三三三号七四頁、田中(英)・前掲など。(柳川 俊一)

59 問屋の破産と取戻権

〔判決要旨〕

問屋が委託の実行としてした売買により権利を取得した後これを委託者に移転しない間に破産した場合には、委託者は、右権利につき取戻権を行使することができる。

〔参照条文〕

商法五五二条、破産法八七条

〔解説〕

一 原告(被控訴人・上告人)Xは昭和三四年一〇月二一日島根証券株式会社(以下島根証券という)に対し日本通運

昭和四〇年の第二五号、同四三年七月二一日第一小法廷判決、破産差戻第一審、松江地裁、第二審、広島高裁松江支部、集第一二卷第七号一四六二頁