

最高裁判所判例解説

民事篇 (下)

平成五年度 (四月～十二月分)

財団法人

法

曹

会

理者。筆者注)が協議して清算する。」と規定する。

(注一〇) 加藤雅信・前掲(注九)七〇頁は、下請負人の注文者に対する償金請求は転用物訴権の典型であるが、転用物訴権は被請求者の無償の利得以外に認め得ないとし、本件の二審判決はこの点でも問題であるとしている。なお、最一小判平成七・九・一九民集四九卷八号二八〇五頁は、建物賃借人から修繕工事を請け負った者が賃借人の無資力を理由に建物所有者に対して不当利得の返還を請求することができるのは、建物所有者が、賃借人との賃貸借契約を全体としてみて対価関係なしに利益を受けた場合に限られる、とした。

(注一一) 可部裁判官の補足意見は、注文者と下請負人の間に格別の合意がない限り、注文者が下請負人の存在を知っていたか否かによって結論が左右されることはない」と述べている。なお、鎌田薫・前掲(注九)九九頁も下請負人の存在を知っていたか否かは注文者の保護と関係はないとする。

(注一二) 本判決との関係では下請負人に留置権を認めるべきかがとりあえず問題にならう。鎌田薫・前掲(注九)一〇一頁は、下請負人に留置権を認めることは注文者に事実上二重払いを強いるものとして容認し得ないとするのに対し、滝沢津代・前掲(注九)三五頁は、下請負人に留置権を認める。藤原正則「建築下請負人の注文主に対する請求」北大法学論集三八巻五、六号下一五七一頁は、下請負人の債権をいかに確保すべきかという視点から論述している。

(後注) 本判決に対する解説・評釈として、滝沢津代・判例評論四二二六号三一頁(判時一四九四号一九三頁)、湯浅道男・ジュリスト平成五年度重要判例解説八八頁、小林久起・登記研究五五六号六頁、吉岡祥充・法律時報六六卷九号九四頁、松尾知子・産大法学二八巻二二号三五頁、鎌田薫・NBL五四九号六九頁、奥田昌道・私法判例リマックス一九九五(上)三八頁、坂本武憲・法学教室一六四号一〇四頁、同・法学協会雑誌一一二巻四号五五三頁、森田宏樹・法学教室一七四号別冊付録判例セレクト九四年二七頁、内田勝一・判夕八四六号八四頁、後藤勇・判夕八四七号四頁、同・判夕八八二二号八二頁、丸山絵美子・法学五九巻三号一二三頁などがあり、控訴審判決に対する解説・評釈として、加藤雅信・判夕七〇七号六八頁、青野博之・ジュリスト九四四号一二五頁がある。

(大橋 弘)

#### 〔41〕 夫婦の一方が他方に対して人身保護法に基づき幼児の引渡しを請求する場合と拘束の顕著な違法性

(平成五年(判)第六〇九号 同年一〇月一九日第三小法廷判決 破棄差戻)  
第一審神戸地裁 民集四七巻八号五〇九九頁

##### 〔判決要旨〕

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しを請求する場合において、幼児に対する他方の配偶者の監護につき拘束の違法性が顕著であるというためには、右監護が、一方の配偶者の監護に比べて、子の幸福に反することが明白であることを要する。

(補足意見がある)

##### 〔参照条文〕

人身保護法二条一項、人身保護規則四条

##### 〔解説〕

##### 一 事案の概要

1 妻(X)が夫(Y<sub>1</sub>)とその両親(Y<sub>2</sub>, Y<sub>3</sub>)に対し、人身保護法に基づき、夫婦間の子A、B(三歳及び四歳の女子)の引渡しを請求した事件。事実関係の概要は、次のとおり。

XとY<sub>1</sub>は昭和六三年二月一七日に婚姻し、同人らの間には同年七月一七日Aが、平成元年七月一日Bが出生した。XとY<sub>1</sub>は、平成二年に県営住宅(Xの現在の住所地)に転居し同所で生活していたが、夫婦関係は次第に円満を

〔41〕 夫婦の一方が他方に対して人身保護法に基づき幼児の引渡しを請求する場合と拘束の顕著な違法性

欠くようになり、 $Y_1$ は平成四年八月二日、 $A$ 、 $B$ を連れて岡山県の伯母の家に暮参に行き、帰途そのまま、 $A$ 、 $B$ と共に $Y_1$ の実家である $Y_2$ ( $Y_1$ の父宅)で生活するようになった。 $X$ は、平成四年九月一日、その母と共に $Y_2$ 宅に赴いて $A$ 、 $B$ の引渡しを求めたが、これを拒否されたため $A$ 、 $B$ を連れ出したところ、追いかけてきた $Y_2$ 及び $Y_3$ ( $Y_1$ の母)と路上で $A$ 、 $B$ の奪い合いとなり、結局、 $A$ 、 $B$ は $Y_2$ 及び $Y_3$ によって $Y_2$ 宅に連れ戻された。 $X$ は、平成四年九月末ころ、神戸家庭裁判所に対して $Y_1$ との離婚を求める調停を申し立てたが、親権者の決定等について協議が整わず、右調停は不調に終わった。

2 原審(神戸地裁平成五年三月二日判決)は、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しを請求した場合、当該拘束に顕著な違法性(人身保護規則四条)があるかどうかは、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判断すべきであるとし、また、 $A$ 、 $B$ のように三、四歳の幼児にとっては、母親がその監護・養育をする適格性、育児能力等に著しく欠けるなど特段の事情がない限り、父親よりも母親の下で監護・養育されるのが適切であり、子の福祉に適うものとする前提に立った上で、 $X$ 側と $Y$ 側の事情を対比し、(1)  $A$ 、 $B$ に対する愛情、監護意欲、居住環境の点で $X$ と $Y$ らとの間に大差は認められないが、 $Y_1$ は仕事のため夜間及び休日しか $A$ 、 $B$ と接触する時間がないのに対し、 $X$ は $A$ 、 $B$ が幼稚園に通うようになるまで育児に専念する考えを持っていることからすれば、 $A$ 、 $B$ は、 $X$ の下で監護・養育される方がその福祉に適する、(2) 経済的な面で $X$ の自活能力は十分でないが、 $X$ の両親が援助を約束していることからすれば、 $Y$ 側と比べて幾分劣るとはいえさしたる違いはないとし、本件においては、 $A$ 、 $B$ を $X$ の下で養育することが $A$ 、 $B$ の福祉に適うものと考えられるから、本件拘束には顕著な違法性があるといわざるを得ないと判断して、 $X$ の請求を認容した。

3  $Y$ らが上告。

## 二 上告理由と上告審判決

1 上告理由は、原審は「 $A$ 、 $B$ のように三、四歳の幼児にとっては、母親がその監護・養育をする適格性、育児能力等に著しく欠けるなど特段の事情がない限り、父親よりも母親の下で監護・養育されるのが適切であり、子の福祉に適うもの」とした上で、本件拘束に顕著な違法性があると判断したが、これは一般論に拘泥したものであり、本件においては右判示にいう特段の事情が認められるべきである、というものである。

### 2 上告審判決

本判決は、要旨次のとおり判示し、原判決を破棄して本件を原審に差し戻した。

(一) 「夫婦の一方(請求者)が他方(拘束者)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し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(最高裁昭和四二年(判)第一四五号同四三年七月四日第一小法廷判決・民集三二卷七号一四四一頁)。そして、この場合において、拘束者による幼児に対する監護・拘束が権限なしに置かれていることが顕著である(人身保護規則四条参照)ということができるときには、右幼児が拘束者の監護の下に置かれるよりも、請求者に監護されることが子の幸福に適することが明白であることを要するもの、いかえれば、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ものというべきである(前記判決参照)。ただし、夫婦がその間の子である幼児に対して共同で親権を行使している場合には、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、適法といふべきであるから、右監護・拘束が人身保護規則四条にいう顕著な違法性があるというためには、右監護が子の幸福に反することが明白であることを要するものといわなければならないからである。」

(41) 夫婦の一方が他方に対して人身保護法に基づき幼児の引渡しを請求する場合と拘束の顕著な違法性

(二) 「これを本件についてみるのに、原審の確定した事実関係によれば、A、Bに對する愛情、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。そうだとすると、前示したところに照らせば、本件においては、A、BがYらの監護の下に置かれるよりも、Xに監護されることがその幸福に適することが明白であるということとはできない。換言すれば、YらがA、B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のである。結局、原審は、右に判示した点を十分に認識して検討することなく、単にA、Bのように三、四歳の幼児にとっては父親よりも母親の下で監護・養育されるのが適切であるということから、本件拘束に顕著な違法性があるとしたものであって、右判断には人身保護規則四条の解釈適用を誤った違法がある」。

(補足意見)

本判決には、可部恒雄裁判官の詳細な補足意見が付され、園部逸夫裁判官がこれに同調されている。

右補足意見は、最高裁の判例が早くから、夫婦間における幼児の引渡請求についても人身保護法の適用を肯定してきたことを述べた後、それまでの先例を集大成したものとみられる昭和三三年五月二八日の大法廷判決に即して、最高裁が人身保護制度の趣旨・目的、特に人身保護法二条、人身保護規則四条の解釈適用につきどのような見解を示しているかを検討し、人身保護法の適用に当たっては、拘束の違法性が顕著であることの制約が重要な意義を有することを述べる。そして、右大法廷判決の後、夫婦の一方から他方に対する人身保護法に基づく幼児の引渡請求許否の判断基準を示した昭和四三年七月四日第一小法廷判決が、夫婦の一方の「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、これをもって、右幼児に對する拘束が権限なしになされていることが顕著であるというを妨げない」として、前記の制約の意味を明らかにしていたにもかかわらず

ず、右判決については、別居中の「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」人身保護請求の許否を決すべきであるとの論点のみが強調され、拘束の違法性が顕著であること(請求者に比し、拘束者による幼児の監護がその幸福に反することが明白であること)の要件について右判決の示唆したところは、実務上の注目を惹くことなく推移したことを指摘する。そして、補足意見は最後に、昭和五五年の家事審判法の一部改正により、執行力を有する審判前の保全処分の制度が新設されたことに言及し、「本件にみられるような共に親権を有する別居中の夫婦(幼児の父母)の間における監護権を巡る紛争は、本来、家庭裁判所の専属的守備範囲に属し、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」とし、「このような審判ないし審判前の仮処分は、正しく家庭裁判所の表芸ともいべきものであり、制度改正にもかかわらず、なおこれが活用されることなく、地方裁判所による人身保護請求が頻用されるとすれば、一面その安易な運用につき反省を要するとともに、他面、家庭裁判所の存在理由にかかわる底の問題として認識されることを要する」と述べる。

### 三 説 明

#### 1 人身保護法に基づく幼児の引渡請求(判例の概観)

判例が早くから幼児の引渡請求についても人身保護法の適用を認めてきたこと及びその要件等については、補足意見においても詳しく紹介され検討されているが、以下には簡単にその流れを概観する。

#### (一) 最一小判昭和二四・一・一八民集三卷一号一〇頁

夫が別居中の妻に對し夫婦間の子である幼児の引渡しを請求したものと(請求棄却)。「夫婦離婚等の場合において、不法に子を拘束する夫婦の一方に對して、法律上子の監護権を有する他の一方は、人身保護法に基いて救済を請求

(41) 夫婦の一方が他方に対して人身保護法に基づき幼児の引渡しを請求する場合と拘束の顕著な違法性

することができる」(判決要旨一)として、右のような場合についても人身保護法を適用することが肯定されたが、当該事案については、「母が暴力をもって満二歳に達しない幼児を連れ去ったとしても、子が現在平穩に養育され幸福である場合には、現在の状態をもって不法の拘束として、人身保護法を適用する必要はない」(判決要旨二)とし、請求は棄却すべきものとされた。なお、判文中、論旨を排斥して、「原判決は論旨のいうように、ただ人身保護法第二条の『法律上正当な手続によらないで』という意義を、チヅ子(母)にも子に対する監護権があるといふ一論旨のいわゆる『形式的』にのみ判断して、本件はこれに当らぬとしたのではなく、論旨のいわゆる『その拘束が、その時の状態において、実質的に不当であるか否か』を考量した上で、本件の拘束は実質的にも不当にあらず、従って、同法第二条の場合に該当しないものとして、本件請求を排斥したのである」と判示されている。

後述するように、後記(三)の昭和四三年最判は右判例を発展させたものといわれる。

(二) 最大判昭和三三・五・二八民集一二卷八号一二二四頁

幼児の引渡請求と人身保護制度の関係について判示した唯一の大法廷判決であり、判示事項は二点にわたる。判示事項一は人身保護法による救済請求の要件を示したもので、人身保護法によって救済を請求することができるのは、人身保護規則四条本文の規定するとおり、違法性が顕著な場合に限られる旨を判示したものである。判示事項二は幼児の引渡請求と人身保護制度の関係について、「人身保護制度は、同棲関係のあった婦女の連れ子として幼児を養育していた者から、その幼児を連れ去って監護養育している幼児の祖父母につき、養育監護者としての適否を争って幼児の釈放と引渡を求める場合にも適用があり、その請求についても、人身保護規則第四条本文の制約が適用される」旨を判示したものである。内縁の妻の連れ子である被拘束者を養育していた夫が、内縁の妻の死後、被拘束者の祖父母(内縁の妻の実父母)が被拘束者を連れ去ったためその引渡しを請求したが、請求は棄却すべきものとされた。な

お、拘束者である祖父は被拘束者の後見人に選任されていた。

判示事項一の点は右判決に先立つ最大決昭和二九・四・二六民集八卷四号八四八頁及び最大判昭和三〇・九・二八民集九卷一〇号一四五三頁によって明らかにされていたが(前者は日本との平和条約及びこれに基づいて拘束されている戦争犯罪人の釈放を請求したもの、後者は不法入国を理由に国外退去を命じられた外国人の釈放を請求したもの)、この点が更にふえんして判示されている。すなわち、人身保護規則四条本文に規定されているように、「人身保護法による救済の請求については、拘束又は拘束に関する裁判等の無権限になされたこと又は方式若しくは手続が著しく法令に違反すること及びこれらの事実は顕著でなければならぬことの諸制約が存在している」が、「それらの制約は、人身保護法の目的とするところが、司法裁判による被拘束者の自由の回復が迅速且つ容易に実現されなければならぬことに存することからして理解できる」こと、したがって、「人身保護法による救済は……民事刑事等の他の救済手続とは異って、簡易迅速なことを特色としている」こと、これを要するに、「人身保護の制度は事実及び法律の問題に深く立ち入って審理するところの、民事又は刑事の裁判とは異った非常応急的な特別の救済方法である」ことが説示されている。

ただし、右の点については、五名の裁判官の補足意見及び一名の裁判官の少数意見が付されている。補足意見はいずれも、人身保護法による救済の請求は拘束の違法性が顕著な場合に限られるとする多数意見に反対する。小林裁判官の補足意見は、人身保護規則四条は人身保護法二条の請求の性質を明らかにしたにすぎず、法二条の規定を拡張又は制限するものでないとし、多数意見の「顕著」の解釈は法二条の本来の趣旨を狭く変更するものであるとする。藤田・河村裁判官の補足意見は、規則四条が法二条の要件を制約するものと解するのは違法の解釈であるとすし、河村裁判官は、「顕著」とは「明白」と同意義であり、人身保護請求につき違法の事由が「明白」に表示される

[41] 夫婦の一方が他方に対して人身保護法に基づき幼児の引渡しを請求する場合と拘束の顕著な違法性

ことを手続上の形式的要件としたものと解すべきであるとする。奥野裁判官の補足意見も、規則四条が顕著性を要件とすることにより法二条の要件を制約・変更するものとすれば違法な規則といわなければならないとした上で、規則四条の「顕著」とは疎明の程度で明瞭になる場合の意味に解すべきであるとする。下飯坂裁判官の少数意見は結論に反対し、右事案は拘束者らが法の埒外において実力を行使し被拘束者を拘束しているのであるから、拘束の違法性が顕著な場合に該当するものである。

右大法廷判決により、拘束の違法性が顕著であること（人身保護規則四条）が人身保護法による救済請求の要件であることが明らかにされた。そして、判文からは必ずしも明らかでないが、右の要件は、補足意見が述べるように「手続上の形式的要件」あるいは「疎明の程度」を意味するものではなく、実体上の要件と解すべきものであろう。もっとも、補足意見が述べるように、右のような制約・要件を定めることは、最高裁判所の規則制定権の範囲を超えるとの議論もあり得るが（注二）、多数意見が述べるように、右の要件は、人身保護制度が簡易・迅速を特色とする非常応急的な特別の救済方法であることから導かれるものであって、いわば人身保護法二条に内在する要件と解すべきものであろう。

(三) 最一小判昭和四三・七・四民集二二巻七号一四四一頁

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可否の判断基準を示したものであり、前記(一)の判例を引用した上で、「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幼児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、その請求の可否を決すべきである」旨が判示されている。別居中の妻が夫に対し、両者の間に出生した幼児の引渡しを請求したものであるが、拘束者である父親は被拘束者に対する愛情が不足していることが窺われ、被拘束者の監護を止宿先の住人にゆだねていることなどから、被拘束者を拘束者（父親）の下に置くよりも母親である請求者に監護させることが「被拘束者の幸福を図るゆえんであること明白」であるとして、請求を認容すべきものと判断された。

柳川俊一調査官の判例解説は、右判決は前記(一)の「判決が示した判例理論を更に発展させたもの」であるが、前記(一)の判決「の理解の仕方には、二通りあると思われる」とし、「一つは、事件当事者である両親の監護状態を比較考察して、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、請求の可否を決しているという見方、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である」が、「今回の判決は、前者の考え方によったものといえるであろう」と述べる（最高裁判所判例解説民事篇昭和四十三年度(五)五二五―五二六頁）。

以後、右判決が別居中の夫婦間における人身保護法に基づく幼児の引渡請求に関する指導的な判例となるが、右判決において違法の顕著性の要件がどのように位置づけられるのか、また、本判決との関係をどのように考えるべきかなどについては、後に検討する。

(四) 監護権者と非監護権者との間における幼児の引渡請求に関する判例

別居中の夫婦間における幼児の引渡請求は、共同親権に服する幼児の引渡請求であり、監護権者同士の争いであるが、それ以外の場合、すなわち監護権者と非監護権者との間における人身保護法に基づく幼児の引渡請求についても、——後に本判決の射程を考える際に必要となるので——判例を概観する。

(1) 最一小判昭和四七・七・二五裁判集一〇六号六一七頁（判時六八〇号四二頁）

「離婚した男女の間で、親権を有する一方が、他方に対し、人身保護法により、その親権に服すべき幼児の引渡し

(41) 夫婦の一方が他方に対して人身保護法に基づき幼児の引渡しを請求する場合と拘束の顕著な違法性

を求める場合には、請求者および拘束者双方の監護の可否を比較衡量したうえ、請求者に幼児を引き渡すことが明らかにその幸福に反するものでない限り、……当該拘束はなお顕著な違法性を失わないものと解するのが相当である。」(請求認容)

(2) 最三小判昭和四七・九・二六裁判集一〇六号七三五頁(判時六八五号九五頁)

「法律上監護権を有しない者が幼児をその監護のもとにおいてこれを拘束している場合に、監護権を有する者が人身保護法に基づいて幼児の引渡を請求するときは、両者の監護状態の実質的な可否を比較考察し、幼児の幸福に適するか否かの観点から、監護権者の監護のもとに置くことが著しく不当なものと認められなにかぎり、非監護権者の拘束は権限なしにされていることが顕著であるものと認めて、監護権者の請求を認容すべきものと解するのが相当である。」(離婚した父母のうち子の親権者と定められた一方が他方に対して幼児の引渡しを請求したもの。請求認容)

(3) 最二小判昭和五三・四・七裁判集一一三号五二五頁(家裁月報三〇卷一〇号二七頁)

「幼児を認知し、かつ、審判により親権者と定められた父が、右幼児を拘束する母に対し、人身保護法に基づいて幼児の引渡を求める場合には、請求者に幼児を引き渡すことが明らかにその幸福に反するものでない限り、……その拘束は違法性が顕著であると解するのが相当である。」(請求認容)

(4) 以上の各判例が判示するように、監護権者から非監護権者に対する人身保護法に基づく幼児の引渡請求は、「幼児の幸福に適するか否かの観点から、監護権者の監護の下に置くことが著しく不当なものと認められない限り」、あるいは「請求者に幼児を引き渡すことが明らかにその幸福に反するものでない限り」、認容されるべきものである(他に、監護権者から非監護権者に対する人身保護法に基づく幼児の引渡請求につき、右(1)、(2)の判例を引用した上請求を棄却した原判決を破棄した最二小判昭和六一・七・一八民集四〇卷五号九九一頁がある)。

これを裏返せば、非監護権者が監護権者に対して幼児の引渡しを請求した場合でも、幼児を監護権者の監護の下に置くことが子の幸福の観点から著しく不当なものと認められるときは、その請求は認容されるべきことになる(注二)。

2 本判決の立場——昭和四三年最判(前記(三)の判例)との関係について

(一) 夫婦間において、人身保護法に基づき、共同親権に服する幼児の引渡しを請求する場合の判断基準は、前記(三)の昭和四三年最判(以下「昭和四三年最判」という。)の示すところである。原審は本件に右基準を適用して判断したが、請求者と拘束者らとの間には被拘束者らに対する愛情、監護意欲及び居住環境の点において大差がなく、経済的な面では請求者は自活能力が十分でなく拘束者らに比べて幾分劣る、という事実関係を認定しながら、被拘束者らのように三、四歳の幼児にとっては父親よりも母親の下で監護・養育されるのが適切であるとして本件請求を認容した。

本判決はこのような判断方法を問題としたものである。すなわち、人身保護請求の要件としては、拘束の顕著な違法性が必要とされる(人身保護規則四条参照)、夫婦間で共同親権に服する幼児の引渡しを請求する場合において、右のような違法性を肯定するには、拘束者による幼児の監護が、請求者による監護に比べて、子の幸福に反することが明白であることを要するものとした。「けだし、夫婦がその間の子である幼児に対して共同で親権を行使している場合には、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、適法といふべきであるから」である。

したがって、「結局、原審は、右に判示した点を十分に認識して検討することなく、単に被拘束者らのように三、四歳の幼児にとっては父親よりも母親の下で監護、養育されるのが適切であるということから、本件拘束に顕著な

[41] 夫婦の一方が他方に対して人身保護法に基づき幼児の引渡しを請求する場合と拘束の顕著な違法性

違法性があるとしたものであって、右判断には、人身保護法一条、人身保護規則四条の解釈適用を誤つた違法がある。

(二) 本判決は、夫婦間で共同親権に服する幼児の引渡しを請求する場合につき、人身保護規則四条にいう拘束の顕著な違法性を肯定するには、明白性の要件が必要であることを明らかにした。昭和四三年最判は、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を示したが、「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る」というその基準の適用については、実務上のささか安易な判断に流れる傾向がなかったとはいえない。本件原審のように、幼児にとっては父親よりも母親の下で監護・養育されるのが適切であるといった判断の仕方がその典型であろう。

昭和四三年最判の事案においては、拘束者である父親は被拘束者に対する愛情が不足していることが窺われ、幼児の監護を止宿先の住人にゆだねており、右幼児を拘束者(父親)の下に置くよりも母親である請求者に監護させることが「被拘束者の幸福を図るゆえんであること明白」であると判示され、また、拘束の顕著な違法性の要件について、「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、これをもって、右幼児に対する拘束が権限なしになされていることが顕著であるものというを妨げない」とも判示されていた(注三)。本判決が、前記のような明白性の要件を判示するに当たり、昭和四三年最判を参照すべきものとしているのは、昭和四三年最判自体が右要件を内包するものであったことを指摘するものと解される。

この点につき補足意見は、昭和四三年最判については、「別居中の『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』人身保護請求の許否を決すべきであるとの論点のみが強調され、拘束の違法性が顕著であること(請求者に比し、拘束者による幼児の監護がその幸福に反することが明白であること)の要件について右判決の示唆したところは、実務上の注目を惹くことなく推移したのである」と述べる。

(三) 昭和四三年最判及びこれに先立つ前記1(一)の昭和四四年最判が、人身保護法に基づく幼児の引渡請求につきいわゆる子の幸福の観点を導入したのは、英米法の人身保護手続における監護権決定の基準を参考としたものではないかと推測されている(注四)。

ただし、昭和四三年最判に対しては、その当初から、「子の幸福を判断の至上基準として請求の許否を決すべし」ということになる、子の事実上の監護養育は家裁の慎重な非訟手続による子の幸福判断を脱して地裁の仮処分的判断によって決められることになる」が、「平穩に話合により養育を定め、家裁の審判による解決が常道であるべきなのに、何はともあれ、実力的に子を奪取し膝下に先ず置くことが子の養育実現のために効果的であり、これが常態になるということには疑問があり、どこまでも非常特別の場合の例外的な救済として人身保護法の適用を認むべきだ」というべきではなからうか」という批判があった(注五)。また、その後においても、人身保護手続において父母の「何れに監護させるのが子の幸福になること明白である、と断定することは、……極めて困難であり」、「幸福の明白な優劣など、当座の措置の観点からはつけられるものではなく」、「この種事案にあつての子の監護問題は、家事専門機関の慎重な専門的非訟手続に任せられるのが好まし」とする見解が説かれ(注六)、さらには、子の引渡しについて人身保護手続が多用されていることにつき、「家族間の紛争の処理について専門的機関として家庭裁判所があり、同裁判所では事件処理のための科学的調査機関を備えていることから、これらの手段をもたない地方裁判所又は高等裁判所が、人身保護手続を介して家族間の紛争の典型的なものの一つである子をめぐる紛争の処理に当たることについて強い批判が生じている」とも指摘されていた(注七)。

右のような批判には人身保護制度と家庭裁判所の機能する領域いかんといういわば制度論にわたる論点も含まれ

[41] 夫婦の一方が他方に対して人身保護法に基づき幼児の引渡しを請求する場合と拘束の顕著な違法性



ているが、その点はともかくとして、昭和四三年最判の判断基準については、その基準と人身保護規則四条にいう拘束の顕著な違法性の要件との関係が必ずしも明確でなかったように思われる。例えば、その後の学説において、「別居中の父母の争いのように」双方が監護権者の場合には、監護権の有無ということは、本来問題になりえない。裁判所は、諸般の事情を考慮して、どちらに子を監護させるのが適当かを判断し、それに従って人身保護手続の判決をしなければならぬ」と説かれる場合(注一の田中論文四五頁)、顕著性の要件はもはや脱落しているようにみえる(なお、注一記載のとおり、同論文は顕著性の要件を定めた人身保護規則四条を無効とする)。

もつとも、昭和四三年最判も、「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顕著であるものというを妨げない」とし、人身保護規則四条いう顕著性の要件を念頭に置いた判示をしていることは、前述したとおりである。しかし、右判示部分については、「人身保護規則四条が厳存するために、やむなく附加的に立言せられたものという感を免れない」と評されている(注五の谷口評釈四一四頁)。

(四) 本判決は、人身保護法に基づき、共同親権に服する幼児の引渡しを夫婦間で請求する場合において、拘束者による監護につき拘束の違法性が顕著であるということができるときには、右監護が請求者による監護に比べて、子の幸福に反することが明白であることを要するものとした。

昭和四三年最判が顕著性の要件を考慮しなかったわけではないが、右判例については、ともすれば、単に請求者と拘束者による子の監護状態を比較考量して人身保護請求の許否を決すべきものとする理解ないし運用がみられたことにかんがみ、本判決は顕著性の要件の判断基準を明確にしたものであると解される。

本判決も昭和四三年最判と同様、父母のいずれが幼児を監護するのが子の幸福に適するかという判断基準、すなわち比較考量の立場を維持している。もつとも、右基準自体は、人身保護手続においてのみならず、子の監護権者を決定する際の基準一般として妥当すべきものである。しかし、人身保護制度は監護権者を決定する手続ではなく、また、そのための十分な機能を備えているものでもないから、右基準の適用の仕方は、右のような手続における場合とはおのずから異なったものとならざるを得ないであろう。

人身保護法によって救済を請求することができるのは、拘束の違法性が顕著である場合に限られる(人身保護規則四条)。その理由は、前記1(二)の大法廷判決が判示するように、人身保護制度が簡易・迅速を特色とする非常応急的な特別の救済方法だからである。言い換えれば、人身保護制度においては、違法な拘束一般について救済が与えられるのではなく、違法性が顕著な拘束についてのみ救済が与えられるにすぎない。そして、本判決が判示するように、「夫婦がその間の子である幼児に対して共同で親権を行使している場合には、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、適法といふべきであるから、右監護・拘束が人身保護規則四条にいう顕著な違法性があるというためには、右監護が子の幸福に反することが明白であることを要するもの」といふべきこととなる。すなわち、右のような場合、いわゆる子の幸福の観点は、人身保護手続においては、父母の一方による監護が他の一方による監護と比べて子の幸福に反することが明白であるかどうかという形で、また、その限度においてしか機能しないこととなるが、それは人身保護制度に内在する制約(顕著性の制約)に基づくものといわなければならないであろう。本判決の示す判断基準の意味はそのようなものであると解されるのであり、この点が昭和四三年最判によっては必ずしも十分には明らかにされていなかった点であると考えられる。そして、本判決後の後記3(二)の判決が判示するように、本判決の判断基準を適用した場合、拘束の違法性が顕著であるとき限るのは例外的な場合に限られることになる。

[41] 夫婦の一方が他方に対して人身保護法に基づき幼児の引渡しを請求する場合と拘束の顕著な違法性

(五) 本判決が示した判断基準の意味、また、それと昭和四三年最判との関係は以上のようなものであると考えられる。しかし、本判決の示した判断基準は、単に右のような解釈論ないし論理的操作のみに基づくものではなく、おそらくは、昭和四三年最判が示した判断基準ないしその後の運用に対して加えられた前記のような批判をも考慮したことによるものではないかと推測される。

補足意見はこの点について触れ、「本件にみられるような共に親権を有する別居中の夫婦(幼児の父母)の間における監護権を巡る紛争は、本来、家庭裁判所の専属的守備範囲に属し、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」と述べる。

昭和五五年の家事審判法の一部改正により、執行力を有する審判前の保全処分制度が新設された(その説明につき補足意見の五参照)。従来、別居中の夫婦の子の引渡請求につき人身保護制度が利用されてきた理由の一つとして、家事審判制度には強制力を有する手段が欠けているのに対し、人身保護制度を利用した場合には、より迅速かつ効果的に目的を達成することができるとされれていたが、昭和五五年の家事審判法の改正後も、その利用状況に著しい変化はなかったように思われる。補足意見はこの点を指摘し、今後における家事審判制度の活用を示唆するのである(注八)。

本判決の示した判断基準を適用した場合、別居中の夫婦間における幼児の引渡請求については、人身保護制度による救済の途は事実上かなり制限される結果となるが、子の監護権をめぐる紛争については、家庭裁判所の手続を利用することが期待されており、本判決は右のような紛争を家庭裁判所の手続に誘導しようとする意図をも有しているように思われる(注九)。

### 3 本判決後の判例について

本判決後も、第三小法廷は人身保護法に基づく幼児の引渡請求につき相次いでいくつかの重要な判断を示しているので、若干のコメントを加えてこれを紹介する。

#### (一) 最三小判平成六・二・八裁判集一七一号四三三頁(判時一五〇二号一〇四頁)

妻が夫及びその両親に対して乳児の引渡しを求めた人身保護請求において夫の側による監護・拘束が乳児の幸福に反することが明白であるとはいえないとされた事例

(裁判要旨) 被拘束者に対する監護能力という点では、請求者である妻と被拘束者である夫及びその両親との間に差異があるとは断定できず、双方の経済状態及び居住環境という点では、夫の側がむしろ優れているといえるなど判示の事実関係の下においては、被拘束者が生後一年未満の乳児であることを考慮に入れても、夫及びその両親による監護・拘束が乳児の幸福に反することが明白であるといえることはできない。

(コメント) 本判決の判断基準が乳児の場合にも適用されることを明らかにした。すなわち、原審は、被拘束者は一歳に満たない幼児であるから母親(請求者)の下で監護されるのが最も自然で幸福であるとしたが、右判決は、当該事案について、被拘束者が一年未満の乳児であることを考慮に入れても、なお拘束者らによる監護・拘束がその幸福に反することが明白であるとはいえないとした。

#### (二) 最三小判平成六・四・二六民集四八巻三九二頁

共同親権者間における幼児の人身保護請求につき被拘束者が拘束者に監護されることが請求者による監護に比べて子の幸福に反することが明白であるものとして拘束の違法性が顕著であるとされる場合

(判決要旨) 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しを請求するに際し、他方の配偶者の親権の行使が家事審判規則五二条の二の仮処分等により実質上制限されているのに右配偶者がこれ

[41] 夫婦の一方が他方に対して人身保護法に基づき幼児の引渡しを請求する場合と拘束の顕著な違法性

に従わない場合、又は幼児が、一方の配偶者の監護の下で安定した生活を送ることができると、他方の配偶者の監護の下においては著しくその健康が損なわれ、若しくは満足な義務教育を受けることができないなど、他方の配偶者の幼児に対する処遇が親権の行使という観点からも容認することができないような例外的な場合には、幼児が他方の配偶者に監護されることが一方の配偶者による監護に比べて子の幸福に反することが明白であるものとして、拘束の違法性が顕著であるということができる。

(コメント) 本判決の判断基準を適用して拘束の違法性が顕著であるとされる場合を具体的に示したもの。判示されているように、幼児が他方の配偶者に監護されることが一方の配偶者による監護に比べて子の幸福に反することが明白であるとして拘束の違法性が顕著であるとされるのは、例外的な場合に限られる。

(三) 最三小判平成六・一一・八民集四八卷七号一三三七頁

子の監護権を有する者が監護権を有しない者に対し人身保護法に基づき幼児の引渡しを請求する場合における拘束の顕著な違法性

(判決要旨) 子の監護権を有する者が監護権を有しない者に対し、人身保護法に基づき幼児の引渡しを請求する場合には、幼児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に比べて子の幸福の観点から著しく不当なものでない限り、拘束の違法性が顕著であるといふべきである。

(コメント) 本判決の判断基準が監護権者から非監護権者に対する幼児の引渡請求の場合には適用されないことを明らかにしたものの(事案は、親権者である認知されていない子の母からその父に対する人身保護法に基づき幼児の引渡請求)。この場合には、「請求者による監護が親権等に基づくものとして特段の事情のない限り適法であるのに対して、拘束者による監護は権限なしにされているものであるから、被拘束者を監護権者である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に比べて子の幸福の観点から著しく不当なものでない限り、……監護権者の請求を認容すべきものである。同様の趣旨は既に1(四)掲記の各判例によって明らかにされていたが、本判決後、その理解について混乱がみられたことから、改めて右の趣旨が確認された(注一〇)。

(注一) 学説においても、例えば、田中英夫「人身保護手続」新・実務民事訴訟講座8(昭和五六年)四三三頁は、「規則

四条は裁判所規則によって法律の定めを変更しようとしたものとして、無効とみざるをえない」とする。

(注二) この点を明確に判示した判例はないが、非監護権者から監護権者に対する人身保護法に基づく幼児の引渡請求が認容された事例として、最三小判昭和四九・二・二六裁判集一一一号一八一頁(家裁月報二六卷六号二二頁)がある。

事案は、未婚の母(親権者)が事実上の養親(非監護権者)に対して人身保護法に基づき幼児の引渡請求をし、請求を棄却されたにもかかわらず(上告棄却により確定)、その後右幼児を実力で奪取したため、事実上の養親がその引渡しを請求したもの。簡潔に判示するにとどめられているが、天野裁判官の補足意見が付されており、それによれば、拘束者(親権者)による拘束は「親権の行使としての正当な限界を超え、とうてい是認し難い状況」にあった。

なお、未婚の母(親権者)から事実上の養親(非監護権者)に対する人身保護法に基づく幼児の引渡請求が棄却された事例として、最一小判昭和二九・一二・一六民集八卷二二二号二一六九頁がある。請求を棄却した原審の判断が是認されているが、原審は、親権者が「親権を保有しているということだけに頼ってその行使を急ぐの余り、幼児の生活環境を屢々変更し、精神的、肉体的な危険にさらす誤りを犯すようなことがあってはならないこと当然」であり、「これを予想しながら敢えて右の危険を意に介しなとなれば、それは決して親権の適正な行使ということはできないであろう」と判示していた。

(注三) 柳川調査官の前記判例解説五二七頁は、判示にいう「子の幸福を図ること明白」というのは、両親を比較して、

(41) 夫婦の一方が他方に対して人身保護法に基づき幼児の引渡しを請求する場合と拘束の顕著な違法性

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う意味ではないかと思われる」と述べる(傍線筆者)。

(注四) 柳川調査官の前記判例解説五二六頁。

英米法における best interest of child (あるは welfare of the minor) の基準については、注一の田中論文四五頁以下参照。「この原理は、裁判所が、parens patriae (国の親)として未成年者の利益を図るエクイティ上の権限をもつという觀念に由来する。人身保護手続は本来権限の有無を問題にしていたが、子供の引渡しの問題になった場合には、人身保護手続でもこのようなエクイティの原理を適用すべきであるとされるようになった」と説明されている。なお、同論文は、「イギリスでは、子供の監護をめぐる争いをより合理的に解決するための立法をしたが、人身保護手続によることも依然として可能である」とするが(四四九頁)、「実際には、最近では子供の監護のために人身保護手続を用いることは少なくなっている由である」と述べる(四六一頁注(73))。

英国における最近の児童法 (Children Act) の改正について、簡単には野田愛子・判例評論四二六号二一〇頁(本判決の評釈)及び同所引用の文献参照。

アメリカの最近の状況については、吉田邦彦「子の監護紛争をめぐる日米の法状況(上・下)」ジュリスト一〇四八号五七頁、一〇四九号八五頁参照(子のベスト・インタレスト基準をめぐる問題状況などが紹介されている)。

(注五) 谷口知平・民商法雑誌六〇巻三三〇号四一六頁(昭和四三年最判の評釈)。

(注六) 明山和夫・判例評論一三三三号一七頁(最三小判昭和四四・九・三〇の評釈)。

(注七) 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——」家裁月報三八巻一〇号一頁(昭和六一年)。批判的見解については、同論文三頁注(2)掲記の文献参照。

(注八) 改正後の面制度を比較検討したものとして、注七の丹野論文参照。

なお、人身保護規則四条ただし書は、人身保護法に基づく請求は、「他に救済の目的を達するのに適当な方法があるときは、その方法によって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なければ、これをすることができない。」

として、いわゆる補充性の原則を定めている。昭和五五年の家事審判法の一部改正により審判前の保全処分の制度が新設されたことよって、人身保護制度は補充的のみ機能すべきことになるのではないかと疑問も生じたが、最一小判昭和五九・三・二九裁判集一四一四号九九頁(判時一一三三三七二頁)は、夫婦の一方から他方に対する人身保護法に基づく子の引渡請求につき、「家庭裁判所に被拘束者の監護者の指定の審判を申し立て、家事審判規則五二条の二に従い被拘束者の引渡の仮処分を申請する方法によることができるとしても、一般的には、そのような方法によっては、人身保護法によるほど迅速かつ効果的に被拘束者の救済の目的を達することができないことが明白であるというべきである」と判示し、その請求を認めた。

右判決については、山口純夫「子の引渡しに関する審判前の保全処分と人身保護法」判例タイムズ五五二号二八七頁、長谷部由起子・ジュリスト八六二二号(昭和六〇年度重要判例解説)一四〇頁など参照。

(注九) 本判決に対しては、「現在の『監護が子の幸福に反することが明白であることを要する』ことを要件とすると、ともかく現状が肯定されることになり、当事者の司法的解決への不信と絶望を招き、自力救済による子の奪い合いの悪循環に陥る危険性が大きい」という指摘がされている(水野紀子・ジュリスト平成五年度重要判例解説九七頁)。確かに、本判決後の最三小判平成六・四・二六(本文後述3(二)の判決)が判示するように、本判決が示す判断基準を適用する場合、共同親権者間における幼児の引渡請求については、人身保護制度は、「他方の配偶者の親権の行使が家事審判規則五二条の二の仮処分等により実質上制限されているのに右配偶者がこれに従わない場合」といった例外的な場合にしか機能しないこととなる。しかし、右の例示からも明らかなように、人身保護制度には家事審判制度の機能を補充し補充する役割が期待されているのである。今後、子の監護をめぐる紛争の解決について両制度が円滑に機能するかどうかは、家庭裁判所の果たす役割によるところが大きいといわなければならないであろう。

(注一〇) この間にあつて、第二小法廷の次の判決がある(最二小判平成六・七・八裁判集一七二七五二頁(判時一五〇七号一二四頁))。事案は、離婚調停において調停委員会の勧めによってされた合意に反する幼児の拘束に顕著な違法

(41) 夫婦の一方が他方に対して人身保護法に基づき幼児の引渡しを請求する場合と拘束の顕著な違法性

性があるとして、夫婦の一方(妻)から他方(夫)に対する人身保護法に基づく幼児の引渡請求が認められたもの。  
 (裁判要旨)「離婚調停において調停委員会の勧めによってされた合意により、夫婦の一方が他方に対してその共同親権に服する幼児を期間を限って預けたが、他方の配偶者が、右合意に反して約束の期日後も幼児を拘束し、右幼児の住民票を無断で自己の住所に移転したなど原判示の事実関係の下においては、右拘束には顕著な違法性がある。」

右判決においては、——少なくとも判文の上では——拘束者による監護が請求者による監護に比べて子の幸福に反するかどうかという観点は採られていない。右判決が重視するのは、拘束者が離婚調停において調停委員会の面前でその勧めによってされた合意に反して幼児を拘束しているということである。いわば拘束者が、裁判所が関与した合意に反する明白な手続違反を犯しているということ自体に、人身保護規則四条に規定する拘束の顕著な違法性があるとしたものといえることができるであろう。

(後注) 本判決の評釈等として、野田愛子・判例評論四二六号二〇七頁、水野紀子・ジュリスト一〇四六号(平成五年度重要判例解説)九五頁、本沢巳代子・法律のひろば四七巻五号四八頁、同・私法判例リマックス一九九五(上)八二頁、大村敦志・法学協会雑誌一一二巻八号一一六二頁、井上薫・判例タイムズ八三二号四〇頁、吉田欣子・判例タイムズ八五二号(平成五年度主要民事判例解説)一三八頁、棚村政行・ジュリスト家族法判例百選「第五版」一〇六頁などがある。  
 (大内 俊身)

#### 〔42〕 約束手形の振出人に対する満期前の手形金請求訴訟の提起ないし訴状の送達と遡求権行使の要件である支払のための呈示としての効力の有無

(平成三年(初)第一四七六号 同五年一〇月二二日第二小法廷判決 棄却)  
 第一審 広島地裁尾道支部 第二審広島高裁 民集四七巻八号五一三六頁)

##### 〔判決要旨〕

約束手形の振出人に対する満期前の手形金請求訴訟の提起ないし訴状の送達は、裏書人に対する満期後の遡求権行使の要件である支払のための呈示としての効力を有しない。

##### 〔参照条文〕

手形法四三条、七七条一項四号

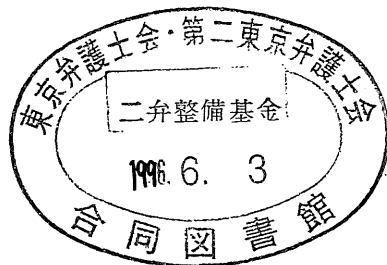
##### 〔解説〕

##### 一 事実の概要

1 本件は、約束手形の所持人が振出人及び裏書人を共同被告として満期前に将来の給付の訴えとして約束手形金請求訴訟を提起し、口頭弁論終結前に満期が到来したため現在の給付請求となった場合に、振出人に対する右訴訟の提起ないし訴状の送達が、裏書人に対する遡求権行使の要件である「支払呈示期間内における振出人に対する適法な支払呈示(手形法四三条、七七条一項四号)」としての効力を有するか否かという法律問題が争われた事件である。事実経過の概要は、次のとおりである。

(一) Xは、次の記載のある約束手形(以下「本件約束手形」という。)を所持している。

〔42〕 約束手形の振出人に対する満期前の手形金請求訴訟の提起ないし訴状の送達と遡求権行使の要件である支払のための呈示としての効力の有無



最高裁判所判例解説民事篇  
平成5年度(下)(4月~12月分)

書籍番号200105

平成8年3月20日 第1版第1刷発行

編集 財団法人 法曹会  
発行人 石垣 君 雄

発行所 財団法人 法曹会

〒100 東京都千代田区霞が関1-1-1  
振替 00120-0-15670番・電話 03-3581-2146

落丁・乱丁はお取替えいたします。

印刷・製本/大日本法令印刷

裁判月日	法廷	判例集 号	判例集 頁	解説 番号	本書 頁数	裁判月日	法廷	判例集 号	判例集 頁	解説 番号	本書 頁数
六月二五日	二	六	四五八五	29	六七八	二月一六日	一	一〇	五四三三	46	一〇二五
七月二〇日	三	七	四六二七	30	六九二	一七日	三	一〇	五〇八	47	一〇三八
二〇日	三	七	四六五二	31	七一八	一七日	三	五三〇	五三〇	48	一〇五二
九月七日	三	七	四六六七	32	七二八						
九月七日	三	七	四七四〇	33	七六一						
九月七日	一	七	四七五五	34	七八二						
七月七日	一	七	四八一四	35	七九五						
一〇日	二	七	四九三九	36	八一九						
一〇日	二	七	四九五五	37	八四〇						
二四日	二	七	五〇〇九	38	八六〇						
一〇月一九日	三	八	五〇六一	39	八七一						
一九日	三	八	五〇九九	40	八九五						
二二日	二	八	五一三六	41	九一三						
二二日	二	八	五一四七	42	九三五						
二二日	二	九	五二五五	43	九五二						
二五日	一	九	五二七八	44	九七六						
一月二五日	一	九	五二七八	45	九九一						