

〔28〕 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

（平成六年(初)第一四三七号 同年一月八日第三小法廷判決 破棄差戻）  
 第一審大阪地裁堺支部 民集四八巻七号一三三七頁

## 〔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うべきである。

## 〔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 本件は、未婚の母(X)から、未認知の子の父(Y<sub>1</sub>)及びその妻(Y<sub>2</sub>)に対して、幼児(Z)の引渡しを求め、人身保護請求事件である。

## 2 事実関係

本件の事実関係の概要は、次のとおりである。

被拘束者Zは三歳九月(原審審問終結時。以下同様の幼児である。その母親である請求者Xは、三五歳の女性である。

拘束者二名のうち、Y<sub>1</sub>は、いまだに被拘束者Zの認知をしていない父親(四九歳)である。Y<sub>1</sub>は、大阪府堺市内で事業を営んでいるが、和歌山県伊都郡九度山町の自宅に妻である拘束者Y<sub>2</sub>(四五歳)及び子供二人(一男一女。いずれも高校生)がいる。

Y<sub>1</sub>は、スナックのホステスであったXと知り合い、昭和六三年夏ころから堺市内のマンションでXと同棲生活を始め、堺市のマンションと九度山町の自宅との間での二重生活を送るようになった。そのようななかで、平成二年八月、Y<sub>1</sub>とXとの間にZが出生した。

ところがその後、平成五年一〇月、Y<sub>1</sub>とXは同棲関係を解消することとなり、その際、Y<sub>1</sub>はXに対して、Xが生活基盤を整えるまでの間Zを預かることを申し出た。そこで、Xはこれを受け入れて、ZをY<sub>1</sub>に預けた。

同棲解消後、Xは、勤務先を見付け、大阪府高石市内に新たにアパートを借りるなどした上で、同年一二月、Y<sub>1</sub>に対してZを渡すように求めたが、Y<sub>1</sub>は、言を左右にしてこれを拒み、Zの居場所を明らかにしなかった。そして、Y<sub>1</sub>は、Zの存在をY<sub>2</sub>に打ち明けて、平成六年二月にZを九度山町の自宅に引き取り、その後は、主にY<sub>2</sub>がZの監護養育に当たっている。

Xは、Zの居場所を探するなどしていたが、同年四月二日、大阪地裁堺支部にY<sub>1</sub>、Y<sub>2</sub>を相手方としてZの引渡しを求め、人身保護請求の申立てをした。なお、Xの側は、親族間の宥和の面で不安な時期があったが、現在は、Xの両親も、XがZを引き取って生活することへの協力を約しており、両親宅の二階をそのために改造している。

他方、Y<sub>1</sub>、Y<sub>2</sub>夫婦は、Zを特別養子とすることを考え、本件人身保護請求が申し立てられる直前の同年三月三十一日

〔28〕 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

に、和歌山家裁に特別養子縁組の申立てをした。

### 3 裁判

原審（大阪地裁堺支部平成六年六月一日判決）は、YらによるZの拘束の違法性が顕著であるというためには、YらがZを監護することが被拘束者の幸福に反することが明白であることを要するという前提に立った上で、① Zは現在Yらの下で安定した生活を送っているところ、経済面、居住環境及び親族間の宥和の面でYらの側には不安がないのに対し、Xの側には右の点で不安が残ること、② Y<sub>2</sub>及びその二人の子とZとの間での精神的なあつれきが懸念されるものの、特別養子縁組の申立てがされている事情があることなどを指摘した上で、本件では、YらがZ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とし、Yらによる拘束には顕著な違法性があるとは認められないと判断して、Xの人身保護請求を棄却した。

これに対して、Xが上告した。

#### 二 上告理由と上告審判決

1 上告理由は、本件は幼児の監護権者から非監護権者に対する人身保護請求であるから、幼児を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、監護権者の請求を認容すべきものであるのに、これと異なる判断をした原判決には、人身保護法の解釈を誤った違法があるなどと主張するものである。

#### 2 上告審判決

本判決は、要旨次のとおり判示し、原判決を破棄して事件を原審に差し戻した。

(一) 「人身保護法に基づく幼児の引渡請求において、拘束が権限なしにされていることが顕著である場合（人身保護規則四条）に該当するかどうかの判断について、当裁判所の判例（最高裁平成五年（判）第六〇九号同年一〇月一九日第三

小法廷判決・民集四七巻八号五〇九九頁、最高裁平成六年（判）第六五号同年四月二六日第三小法廷判決・民集四八巻三九九二頁）は、請求者と拘束者とが共に幼児に対して親権を行う者である場合、拘束者による幼児に対する監護・拘束が権限なしにされていることが顕著であるということができるためには、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旨を判示している。」

(二) 「しかし、拘束が権限なしにされていることが顕著であるかどうかについての右の判断基準は、右判例の明示するように、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事案につき適用されるものであって、法律上監護権を有する者が監護権を有しない者について幼児の引渡しを請求する場合は、これと全く事案を異にする。」

(三) 「法律上監護権を有しない者が幼児をその監護の下において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しを請求するときは、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福祉の観点から著しく不当なものでない限り、非監護権者による拘束は権限なしにされていることが顕著である場合（人身保護規則四条）に該当し、監護権者の請求を認容すべきものとするのが相当である（最高裁昭和四七年（判）第四六〇号同年七月二五日第三小法廷判決・裁判集民事一〇六号六一七頁、最高裁昭和四七年（判）第六九八号同年九月二六日裁判集民事一〇六号七三五頁、最高裁昭和六一年（判）六四四号同年七月一八日第二小法廷判決・民集四〇巻五号九九一、九九六頁参照）。」

(四) 「本件においては、請求者であるXは被拘束者の親権者であり、その監護をする権利を有する者であるのに対し、Y<sub>1</sub>は被拘束者の父であるといえ、いまだにその認知をするに至っていないというのであり、また、Y<sub>2</sub>は被

(28) 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

拘束者とは血縁関係を有せず、Y<sub>1</sub>の依頼に基づいてその監護を行っているものである。したがって、被拘束者をXの監護の下に置くことがYら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、Yらによる拘束は権限なしに行われていることが顕著である場合に該当し、Xの請求を認容すべきところ、前記事実関係を照らすと、被拘束者の監護について、XはYらに比べて経済的な面においては劣る点があるものの、被拘束者に対する愛情及び監護意欲の点においては勝るとも劣らないと考えられるのであって、本件において、親権者であるXが被拘束者を看護することが著しく不当なものであるとは到底いふことができない。」

### 三 説 明

#### 1 人身保護法に基づく幼児の引渡請求についての判例

判例は、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ものであって、この点に関する最高裁判決は多数存在する。そのなかで、本判決も引用する最三小判平成五・一〇・一九民集四七巻八号五〇九九頁（以下「平成五年判決」ということがある。）は、従来の判例とは異なる観点から拘束の顕著な違法性の判断基準を明らかにしている。そこで、人身保護法に基づく幼児の引渡請求に関する判例について、まず、平成五年判決以前の判例について、(1) 夫婦間（共同親権者間）における請求、(2) 監護権者から非監護権者に対する請求、(3) 非監護権者から監護権者に対する請求の三つの類型に分類して、その内容を概観し、次いで、平成五年判決及びその後の判例の内容を紹介することとする。

#### (一) 最三小判平成五・一〇・一九以前における判例の状況

- (1) 夫婦間（共同親権者間）における幼児の引渡請求
- ① 最二小判昭和二四・一・一八民集三巻一号一〇頁

夫から別居中の妻に対して幼児ら（三歳、一歳の引渡しを求めた事案。請求棄却した原判決を是認して、上告棄却。

- ② 最一小判昭和四三・七・四民集二二巻七号一四四一頁

妻から別居中の夫に対して幼児（二歳四月）の引渡しを求めた事案。請求認容した原判決を是認して、上告棄却。

- ③ 最一小判昭和四四・四・三裁判集民事九五号四七頁（判時五五八号五二頁）

夫から別居中の妻に対して幼児（二歳）の引渡しを求めた事案。請求棄却した原判決を是認して、上告棄却。

- ④ 最三小判昭和四四・九・三〇裁判集民事九六号六七九頁（判時五七三号六二頁）

妻から別居中の夫に対して幼児（四歳七月）の引渡しを求めた事案。請求認容した原判決を是認して、上告棄却。

- ⑤ 最三小判昭和四六・二・九裁判集民事一〇二号一五七頁（家裁月報二三巻九号九九頁）

妻から別居中の夫に対して幼児ら（九歳、六歳）の引渡しを求めた事案。請求認容した原判決を是認して、上告棄却。

- ⑥ 最三小判昭和四六・一一・二一裁判集民事一〇四号七六七頁（判時六五八号三三頁）

妻から別居中の夫に対して幼児（二歳）の引渡しを求めた事案。請求認容した原判決を是認して、上告棄却。

- ⑦ 最一小判昭和五九・三・二九裁判集民事一四一号四九九頁（判時一二三三三号七二頁、判夕五四〇号一八九頁、

(28) 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

妻から別居中の夫に対して幼児(二歳三月)の引渡しを求めた事案。請求認容した原判決を是認して、上告棄却。

なお、昭和五年の家事審判法の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、家庭裁判所が子の引渡しの際処分(家事審判規則五二条の二)を命ずることが可能となったことから、上告理由のなかで「請求者は右仮処分を求めることができるから、人身保護規則四条ただし書にいう『他に救済の目的を達するのに適当な方法があるとき』に該当し、人身保護請求は許されない」旨の主張がされたが、上告審判決は、右仮処分を申請する方法によることができるとしても、人身保護法による引渡請求は許される旨を判示して、これを排斥している。

⑧ 最一小判平成二・二二・六裁判集民事一六一号二九一頁(判時一三七四号四二頁、判タ七五一号六七頁、家裁月報四三卷六号一八頁)

新興宗教の信者である妻が子供三名(A一四歳九月(中学二年生)、B一二歳八月(中学一年生)、C八歳四月(小学二年生))を連れて家出し、同宗教の施設で子供らを拘束しているとして、夫が子供らの引渡しを求めた事案。B、Cについて請求を認容した原判決に対して拘束者が上告。原判決を是認して上告棄却。

判例①は、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対して、他の一方は、人身保護法に基づいて救済を請求することができる旨を判示して、右のような場合についても人身保護法が適用されることを明らかにしたものである。そして、当該事件は、いまだ離婚のされていない夫婦間の請求であるところ、上告審判決は、「原判決は、単に母親にも監護権があるという形式的理由によるのではなく、拘束が実質的にも不当でないとして

請求を棄却したものである」旨を判示した上で、母親が暴力をもって幼児を連れ去ったとしても、その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当な拘束として、人身保護法を適用する必要はないとして、請求を棄却した原判決を是認している。

判例①を発展させたのが判例②であって、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における判断基準を示したものである。同判決は、「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、その請求の許否を決すべきである」旨を判示したが、別居中の夫婦間における共同親権に服する幼児の引渡請求に関して、その後の判例に対する指導的役割を果たすこととなった。その後の③④の判例においては、いずれも判例②の明らかにした右判断基準を前提として、引渡請求の許否についての判断がされている。

(2) 監護権者から非監護権者に対する幼児の引渡請求

⑨ 最一小判昭和二九・一二・一六民集八卷一二号二一六九頁

未婚の母(親権者)から事実上の養親に対して幼児(一歳一〇月)の引渡しを求めた事案。請求者(母)が未認知の幼児の父を介していったん幼児を拘束者の養子とすることに同意し、拘束者が幼児を実子として出生届をしていたところ、請求者(母)が翻意して幼児の引渡しを求めたというものである。請求棄却した原判決を是認して、上告棄却。

⑩ 最一小判昭和四六・一一・三〇裁判集民事一〇四号五二一頁(判時六五五号三〇頁、家裁月報一四卷七号五七頁)

(28) 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

離婚後の夫婦間で、親権者である元夫から元妻に対して幼児ら（一四歳、一二歳、一〇歳）の引渡しを求めた事案。請求棄却した原判決を是認して、上告棄却。原判決は、幼児らに意思能力を認めた上、幼児らは自らの意思で母親（拘束者）の下にとどまっているのであって、強制力をもって拘束されているのではないから人身保護法及び同規則にいう拘束に当たらないとして、請求棄却した。上告審判決は、幼児らの年齢に照らして、このような事項について意思能力を認めることができないものではないとして、原判決を是認し上告棄却した。拘束の違法性については、判断されていない。

⑩ 最三小判昭和四七・七・二五裁判集民事一〇六号六一七頁（判時六八〇号四二頁、判夕二八三号二二八頁、家裁月報二五卷四号四〇頁）

離婚後の夫婦間で、親権者である元妻から元夫に対して幼児（六歳五月）の引渡しを求めた事案。上告審判決は、次のとおり判示し、請求認容した原判決を是認して、上告棄却。

「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を求める場合には、請求者及び拘束者双方の監護の当否を比較衡量した上、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、たとえ、拘束者において自己を監護者とすることを求める審判を申し立てまたは訴えを提起している場合であり、しかも、拘束者の監護が平穩に開始され、かつ、現在の監護の方法が一応妥当なものであっても、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。したがって、原審が認定した諸般の事情のもとにおいては、親権者である被告にに対し被拘束者を引き渡すことが明らかに幸福に反するものとは認められないから、被告は原告に對し人身保護法により被拘束者の引渡しを請求することができるとした原審の判断は正当である。」

⑪ 最三小判昭和四七・九・二六裁判集民事一〇六号七三五頁（判時六八五号九五頁、家裁月報二五卷四号四二頁）

離婚後の夫婦間で、親権者である元妻から元夫に対して幼児（二歳未満）の引渡しを求めた事案。上告審判決は、次のとおり判示し、請求認容した原判決を是認して、上告棄却。

「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しを請求するときは、両者の監護状態の実質的な当否を比較考察し、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おくことが著しく不当なものと認められないかぎり、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。このことは、離婚した父母のうち子の親権者と定められた一方が法律上監護権を有しない他方に対して子の引渡しを請求する場合においても同様であって、拘束者が子の実親として養育するものであることの一事をもってその拘束を正当とすることができないものではなく、親権者に監護させることを著しく不当とする事情がないかぎり、救済の請求が認容されるものと解すべきである。」

⑫ 最二小判昭和五三・四・七裁判集民事二二三号五二五頁（家裁月報三〇卷一〇号二七頁）

内縁関係の男女間で、認知した上で家庭裁判所の審判により親権者に指定された男性から、女性に対して幼女（三歳）の引渡しを求めた事案（右女性は、親権者指定の審判に対して即時抗告を申し立てた上、幼女を連れ去ったものであるが、右審判は、人身保護手続の時点では既に確定している）。上告審判決は、次のとおり判示し、請求認容した原判決を是認して、上告棄却。

「幼児を認知し、かつ、審判によりその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

〔28〕 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

法に基づいて幼児の引渡しを求める場合には、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、たとえ、拘束開始当時、右審判が拘束者のした即時抗告の申立により未確定の状態にあり、拘束者がなお親権者の地位にあって、所論のように請求者に監護権を委ねていた事実がなく、また、現在の拘束者の監護が一応妥当なときであつても、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。」

⑭ 最一小判昭和五六・一一・一九裁判集民事二三四号二二七頁(判時一〇二四号五四頁、判夕四五六号八二頁)

離婚後の夫婦間で、親権者である元妻から、元夫及びその依頼により幼女(六歳)を監護養育しているその実兄夫婦に対して、幼女の引渡しを求めた事案。上告審判決は、次のとおり判示し、請求認容した原判決を是認して、上告棄却。

「原審が適法に確定した事実関係のもとにおいては、親権者である被上告人に対し被拘束者を引き渡すことが明らかに被拘束者の幸福に反するものとは認められないから、上告人らの被拘束者に対する拘束が権限なくされていることが顕著であるとし、被上告人は上告人らに対し人身保護法により被拘束者の引き渡しを請求することができるとした原審の判断は、正当であり、原判決に所論の違法はない。」

⑮ 最一小判昭和六一・七・一八民集四〇巻五号九九一頁

実親夫婦から、委託により事実上の監護者として養育していた親族に対して男児(一一歳一〇月(小学六年生))の引渡しを求めた事案。原判決は、男児は意思能力を有し、拘束者らのもとにとどまる意思を表明している以上、人身保護法及び同規則にいう拘束に当たらないとして、請求棄却した。上告審判決は、幼児に意思能力がある場合であっても、幼児が自由意思に基づいて親護者のもとにとどまっているとはいへ

ない特段の事情のあるときには、監護者の幼児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して、原判決を破棄して、事件を原審に差し戻したが、前記⑩⑪の判例を引用して、次のとおり判示している。

「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当該幼児の引渡しを請求するときは、両者の監護状態の実質的な当否を比較考察し、幼児の幸福に適するか否かの観点から、監護権を有する者の監護のもとにおくことが著しく不当なものと認められないかぎり、監護権を有しない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、監護権を有する者の請求を認容すべきものであるところ(最高裁昭和四七年(判)第四六〇号同年七月二五日第三小法廷判決・裁判集民事一〇六号六一七頁、同昭和四七年(判)第六九八号同年九月二六日第三小法廷判決・裁判集民事一〇六号七三五頁参照、被上告人らは右にそつた主張をしているものと解しうるから、原審としては、右主張につき判断を加えたうえで上告人らの請求の当否を決すべきものであったといふべきである。」

右によれば、離婚した夫婦間で親権者として指定された者から他方に対する請求や、子を認知した上で家庭裁判所の審判により親権者として指定された父親から母親に対する請求など、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おいては、判例は、「幼児の幸福に適するか否かの観点から、監護権を有する者の監護のもとにお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」、監護権者の請求を認容すべきものとして理解することが可能である(判例⑩⑮)。

(28) 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

人身保護法に基づいて幼児の引渡しを求める事件において、監護権の所在をどのように評価するかについては、(1) 専ら監護権の所在によって子を拘束し得る者が定まる、すなわち監護権者と非監護権者との間では「子の幸福」という判断基準を持たむ余地はないとする説、(2) 監護権の所在のみを基準として人身保護請求の可否の判断はしないが、監護権の所在を重視し、監護権者から非監護権者に対する引渡請求においては、請求者に監護させることが甚だしく不当でなければ請求を認容すべきであり、他方、非監護権者から監護権者に対する請求においては、監護権者の監護養育が甚だしく不当な場合にのみ請求を認容すべきであるとする説、(3) 裁判所は、監護権の所在を基準とするのではなく、専ら当該引渡請求が人間性に基づき衡平妥当であるかという観点から判断すべきであるとする説、という三つの見解が考えられるが、判例は右のうち(2)の見解を採っているといえる(注二)。判例が(2)の見解を採っている理由については、仮に人身保護請求の可否の判断に当たって、監護権の所在を考慮しないで、単にいずれの監護が子のために適当かを平面的に比較することで足りるとすれば、実質上人身保護裁判所が家庭裁判所又は人事訴訟の受訴裁判所に代わって親権者又は監護者の指定・変更の処分をする結果となるし、従前の判例上、親権者が親権に基づく妨害排除請求として民事訴訟により子の引渡しを請求し得ることが認められ、ただ親権の濫用にわたる場合にのみ請求が排斥されるべきものと考えられていたこととの均衡を失することになるとの考えに基づくものであらうと、説明されている(注三)。

なお、判例⑨は、未婚の母(親権者)から事実上の養親(非監護権者)に対する請求を棄却した原判決を是認したものであり、他の判例とは趣を異にする。この事件は、当初請求者(母親)自身が、幼児を拘束者の養子とすることに同意をしていた事案であつて(注三)、原判決は、当該事案について、当事者による意思があれば正式な養子縁組の手続をなし得たと推測されるが、幼児の出生届がされていなかったのと、実子として育てる方が情愛を深くすること

とができるとの考えから、拘束者が自らの実子としての出生届をしたものであるところ、母親(請求者)の翻意から家庭裁判所の審判により戸籍の抹消がされて、改めて母親の子として出生届がされたこと、人身保護請求に先立って、幼児を認知した父親から家庭裁判所に、幼児の親権者及び監護者を同人及び拘束者に変更する審判を求める申請がされているもので、これが認容されて父親の代諾により拘束者との間で正式な養子縁組が成立する可能性があることを指摘した上、右審判事件の解決までの間、暫定的に拘束者の下で幼児を引き続き養育するのが幼児の幸福にかなうものであるところ、母親(請求者)が「親権を保有している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つ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すれば、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らう」と判示しているものである。上告審判決は、理由として「原審判示の事実関係の下においては、本件は、人身保護規則四条にいう、拘束の権限なしになされていることが顕著である場合に当たらないと認めるのが相当である」と判示するとともに、原判決の請求棄却の結論を維持したものであるが、この事件では、請求者(母親)による親権に基づく幼児の引渡請求が濫用にわたるものと解する余地があり、親権者に幼児を引き渡すことが明らかにその幸福に反すると認め得るような事情の存在する事案と解することが可能と思われる。具体的事案に即した判断がされた判決と理解することができよう。

(3) 非監護権者から監護権者に対する幼児の引渡請求

⑩ 最大判昭和三三・五・二八民集一二卷八号一二二四頁

同棲関係にあった日本女性の連れ子である幼児(六歳、日本国籍)を養育していた米国人男性から、同女性の死亡後に右幼児を連れ去って監護養育している幼児の祖父母(同女性の父母)に対して、幼児の引渡し

(28) 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

を求めた事案。祖父は幼児の後見人に指定されている。上告審判決は、本件拘束には違法の顕著性がないとして、請求棄却した原判決を是認して、上告棄却。

- ⑰ 最三小判昭和四九・二・二六裁判集民事一一一号一八一頁（判時七四九号四六頁、家裁月報二六卷六号二二頁）  
 事実上の養親から、未婚の母（親権者）に対して幼児（三歳）の引渡しを請求した事案。幼児は、請求者らが出生直後に引きとって実子として出生届をして養育していたところ、親子関係不存を確認の審判により右母親の子として戸籍に記載されることとなった。まず、最初に母親が事実上の養親に対して幼児の引渡しを求める人身保護請求を申し立てたところ、請求棄却され、上告したが、上告棄却により棄却判決が確定した。すると、これに不服な母親（親権者）が実力により幼児を奪取したので、事実上の養親から逆に母親に対して、幼児の引渡しを求める人身保護請求を申し立てたというものである。請求認容した原判決を是認して、上告棄却。

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において、判例は、拘束の顕著な違法性の判断基準について明確に判示していない。しかしながら、監護権者から非監護権者に対する請求において判例の明らかになっている前記のような判断基準に照らせば、この場合には、監護権者による監護が著しく不当なときに限って、非監護権者からの請求を認容すべきものとする見解を採っていると理解することが可能と思われる（注四）。

なお、判例⑰は、事実上の養親（非監護権者）から未婚の母（親権者）に対する請求を認容した原判決を是認したものであるが、右判決においては、天野裁判官の補足意見が、母親（親権者）が確定した司法判断に敢えて逆らって幼児を実力で奪取し、事実上の養親（非監護権者）の申し立てた人身保護請求の手續においても、幼児の拘束場所を明らかにすべき旨の裁判所の命令に応じないという状況が、親権の行使としての正当な限度を超えるものと指摘し

た上、事件の最終的解決が家庭裁判所における監護者の指定の審判に委ねられることを示唆している。右判決が請求認容の原判決を是認したのは、右のような点を考慮した上での判断と解する余地がある。右事件は、親権者が、先行の人身保護請求事件における上告審判決に逆らって、家庭裁判所の審判による紛争の最終的解決を待つことなく、敢えて早急に実力により幼児を奪取したという、拘束者の手続違反の側面が重視された事案ということもでき、具体的事案に即した判断のされた判決として理解することが可能と思われる（注五）。

（二）最三小判平成五・一〇・一九以後における判例の状況

- ⑱ 最三小判平成五・一〇・一九民集四七卷八号五〇九九頁

妻から別居中の夫及びその両親に対して幼児ら（三歳、四歳）の引渡しを求めた事案。原判決が請求認容したところ、上告審判決は、次のとおり判示した上、当該事案においては、幼児らが拘束者ら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その幸福に適することが明白であるということはできないとして、原判決を破棄して、事件を原審に差し戻した。

「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当不当を定め、その請求の許否を決すべきである（最高裁昭和四二年（ホ）第一四五号同四三年七月四日第一小法廷判決・民集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・拘束が権限なしにさ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

〔28〕 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

ことを要するものといふべきである(前記判決参照)。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、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ふためには、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。

前述のとおり、夫婦間(共同親権者間)における幼児の引渡請求においては、判例は、従来、最一小判昭和四三・七四(判例②)の明らかにした「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」引渡請求の許否を決すべきものとする判断基準に従った判断を示してきたものであるが(判例②⑧参照、最一小判平成五・一〇・一九〔平成五年判決〕。判例⑩)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ふためには、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」旨を判示し、人身保護法に基づく救済の前提であるところの「拘束の違法性が顕著である」という要件の点から、同法に基づく幼児の引渡しの請求が許される場合を限定したものである(注六)。民法は、婚姻中は夫婦が共同して親権を行う旨を規定しており(民法八一八条三項)、夫婦が別居し、婚姻関係が破綻しているとしても、離婚していない限りは、夫婦各人はそれぞれ親権に基づき子を監護することができるのであるから、少なくとも監護は正当な権限に基づくものであり、違法ではないということになる。仮に、夫婦の一方が共同親権を有する他方の意思に反して独占的に子を監護することに、他方の親権行使を不可能ならしめる点において違法性が存するということができるとしても、人身保護法の適用を認め得るほどに違法性が顕著であるとはいえないであらう(注七)。右判決が、夫婦間において共同親権に服

する幼児の引渡しを請求する場合には、単に夫婦間で子の監護に関する条件の相対的優劣の比較を行うことにより判断することは許されず、拘束者が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判断基準とすべきことを明らかにしたのは、右のような点を考慮したものと解される。

その後の判例⑳が判示しているように、平成五年判決(判例⑩)の判断基準を適用した場合、共同親権者間における幼児の引渡請求において、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り、人身保護法による救済の途は事実上かなり制限されることになるが、昭和五年の家事審判法の改正により、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から、子の監護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いるものであって、このような点から、判例㉑は、右のような紛争をむしろ家庭裁判所の手続に任せようとする意図を背景としているとの説明もされている(注八)。

そして、その後、平成五年判決(判例⑩)の判示した判断基準により拘束の顕著な違法性の判断を行った判決(判例㉒)が続いて明らかにされている。以下、判例㉒の後における判例の状況を概観する。

㉒ 最一小判平成六・二・八裁判集民事一七一号四三三頁(判時一五〇二号一〇四頁、判夕八五六号二〇二頁)

妻から別居中の夫に対して乳児(六月)の引渡しを求めた事案。上告審判決は、次のとおり判示し、請求を認容した原判決を破棄して、事件を原審に差し戻した。

「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、夫婦の他方による幼児の監護・拘束が権限なしにされていることが顕著であるといふためには、その監護・拘束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であって(最高裁平成五年(六)第六〇九号同年一〇月一九日第三小法廷判決・民集四七卷八号登載予定)、この理は、子が生後一年未満の乳児である

(28) 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

との一事によって異なるものではない。」

⑳ 最三小判平成六・四・二六民集四八卷三号九九二頁

妻から別居中の夫に対して幼女ら（八歳、六歳）の引渡しを求めた事案。上告審判決は、次のとおり判示し、請求を認容した原判決を破棄して、事件を原審に差し戻した。

「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・拘束が権限なしにされていることが顕著である（人身保護規則四条）ということができるとは、右幼児が拘束者の監護の下に置かれるよりも、請求者の監護の下に置かれることが子の幸福に適することが明白であること、いいかえれば、拘束者が幼児を監護することが、請求者による監護に比して子の幸福に反することが明白であることを要すると解される（最高裁平成五年（ワ）第六〇九号同年一〇月一九日第三小法廷判決・民集四七卷八号五〇九九頁）。そして、請求者であると拘束者であるとを問わず、夫婦のいずれか一方による幼児に対する監護は、親権に基づくものとして、特段の事情のない限り適法であることを考えると、右の要件を満たす場合としては、拘束者に対し、家事審判規則五二条の二又は五三条に基づく幼児引渡しを命ずる仮処分又は審判が出され、その親権行使が実質上制限されているのに拘束者が右仮処分などに従わない場合がこれに当たると考えられるが、更には、また、幼児にとって、請求者の監護の下では安定した生活を送ることができないのに、拘束者の監護の下においては著しくその健康が損なわれたり、満足な義務教育を受けることができないなど、拘束者の幼児に對する処遇が親権行使という観点からみてもこれを容認することができないような例外的な場合がこれに当たるといふべきである。これを本件についてみるのに、……結局、原審は、被拘束者らにとっては上告

人の下で監護されるより被上告人の下で監護される方が幸福であることが明白であるとはしているものの、その内容は単に相対的な優劣を論定しているにとどまる」

㉑ 最二小判平成六・七・八裁判集民事一七二号七五一頁（判時一五〇七号一二四頁、判夕八五九号一二二頁）

妻から別居中の夫に対して幼女ら（六歳、四歳）の引渡しを求めた事案。当初、妻において幼女らを監護していたところ、妻が申し立てた離婚調停の第一回期日において、夫が調停委員に対して、保育園の冬休み期間中に限り幼女らを夫に預けるように妻を説得してほしいと要望し、これをいれた調停委員会の勧めにより、右調停期日において同趣旨の合意が夫婦間で成立した。ところが、夫が、右合意に反して約束の期日後も幼女らを妻のもとに帰さなかったばかりか、妻に無断で幼女らの住民票を夫の住所地に転移してしまつたことから、妻が人身保護請求を申し立てたというものである。上告審判決は、次のとおり判示し、請求認容した原判決を是認して、上告棄却。

「上告人（拘束者）が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被拘束者らの拘束を継続し、被拘束者らの住民票を無断で上告人の住所に移転したことなどの事情にかんがみ、本件拘束には、人身保護法二条、人身保護規則四条に規定する顕著な違法性があるものとした原審の判断は、正当としては認めることができる。」

右のうち、判例㉑は、平成五年判決（判例㉑）の判示した拘束の顕著な違法性の判断基準が、乳幼児の場合にも適用されることを明らかにしたものである。すなわち、原判決は、被拘束者は一歳に満たない幼児であるから、母親（請求者）のもとで監護されるのが最も自然で幸福であるとしたが、上告審判決は、当該事案について、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、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

(28) 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

であるとはいえないとした。

また、判例⑳は、平成五年判決(判例㉑)の明らかにした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であるが、そこでは、① 拘束者の親権の行使が家庭裁判所の審判又は審判前の保全処分により実質上制限されているのに拘束者がこれに従わない場合、② 拘束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できないような例外的な場合、が挙げられている。

これに対して、判例㉒は、夫婦間において共同親権に服する幼児の引渡請求を認容した原判決を是認したものであるが、そこでは、平成五年判決(判例㉓)の判断基準を用いての拘束の顕著な違法性についての判断は、行われていない。判例㉒の重視するのは、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点であり、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解することが可能であろう(注九)。

## 2 本判決の考え方

(一) 前記のとおり、夫婦間における人身保護法に基づく幼児の引渡し請求については、最三小判平成五・一〇・一九(判例㉔)が、拘束の顕著な違法性の判断基準として、明白性の要件を明らかにし、さらに、右判断基準に従って幼児の引渡し請求の許否を判断する判決が相次いで明らかにされた(判例㉕㉖)。このような状況の下において、本人人身保護請求が申し立てられたものであるが、本件では、夫婦間における幼児の引渡請求の事案について明らかにされた平成五年判決(判例㉗)の判断基準が、親権者(監護権者)から事実上の監護者(非監護権者)に対する請求についても適用されるかどうか、問題となった。

原審は、本件についても右判断基準を適用し、本件事案につき、「現段階においては、被拘束者が拘束者ら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、拘束者らが被拘束者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ものというべきである。」と判示して、親権者による幼児の引渡請求を棄却した。

これに対して、本判決は、前記のとおり、平成五年判決(判例㉘)の判断基準は夫婦間において共同親権に服する幼児の引渡を請求する事案につき適用されるものであって、監護権者から非監護権者に対して幼児の引渡しを請求する場合には、幼児を請求者(監護権者)の監護の下に置くことが、拘束者(非監護権者)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はない限り、監護権者の請求を認容すべきものであることを判示して、原判決を破棄した。

(二) 平成五年判決(判例㉘)の判断基準が、夫婦間において共同親権に服する幼児の引渡を請求する事案につき適用されるものであることは、右判決自身において明示されている。すなわち、この場合には、夫婦の一方による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であり、そうであればこそ、幼児に対する監護・拘束に顕著な違法性があるというためには、明白性の要件を満たす必要があるのである。このことは、最三小判平成六・四・二六(判例㉙)においても、再度明らかにされているところである。

これに対して、監護権者から非監護権者に対して幼児の引渡しを請求する場合には、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、共同親権者間における引渡請求の場合とは、全く事情が異なるものといわなければならない。本判決は、この場合には、被拘束者(幼児)を請求者(監護権者)の監護の下に置くことが、拘束者(非監護権者)の監護の

(28) 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

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、非監護権者による拘束は権限なしにされていることが顕著である場合（人身保護規則四条）に該当し、監護権者の請求を認容すべきものとするのが相当であると判示したが、本判決が判決理由中に判例⑪⑫⑬を引用していることから分かるように、これは従来の判例の立場と同様の見解を採ったものである。

(三) 本件事案においては、請求者Xは、Z（幼児）の母親であり、親権者として監護権を有する者である。これに對して、拘束者Y<sub>1</sub>は血縁上はZとの間に父子関係を有するとはいえず、いまだに認知をしておらず、法律上父としての権利を有するものではなく、また、Y<sub>1</sub>の妻である拘束者Y<sub>2</sub>は、Zとは血縁関係を有せず、単にY<sub>1</sub>の依頼に基づいてその監護を行っているにすぎないものであるから、Y<sub>1</sub>Y<sub>2</sub>によるZの監護は、法律上の監護権に基づくものということができない。Y<sub>1</sub>としては、Zを監護養育しようとするのであれば、本来、Zを認知した上で、Xとの協議なしに家庭裁判所の審判によりZの親権者となる手続を踏むべきものである（民法八一九条四項一六項）。本件におけるY<sub>1</sub>Y<sub>2</sub>は事実上Zを監護養育しているにすぎない。そして、本件では、Zの監護について、XはY<sub>1</sub>に比べて経済的な面において劣る点があるものの、Zに對する愛情及び監護意欲の点においては優るとも劣らないというのであるから、本判決がXの請求を認容すべきことを判示しているのは、当然といふべきであらう（注二〇）。

(四) 本件は、離婚した夫婦間や、認知をした父親と母親との間における請求ではなく、親権者から単なる事実上の監護者に對する請求に該当する事案であるが、本判決が判示する拘束の顕著な違法性の判断基準は、離婚した夫婦等の間における請求を含め、監護権者から非監護権者に對する幼児の引渡請求一般について妥当するものと解される（注二一）。

すなわち、従来の判例においては、離婚した夫婦間における請求の事案（判例⑪⑫⑬）や内縁関係の男女間における請求の事案（判例⑭）と、親権者から事実上の監護者に對する請求の事案（判例⑮）との間で、判示する内容に異なる点は見あたらず、これらを区別して論じているものとは認められない（このことは、判例⑮の判決理由中に判例⑩⑪が引用されていることから明らかといふべきである）。本判決は判決理由中に判例⑩⑪⑫⑬を引用しているものであって、この点からすれば、従来の判例の立場と同様に、監護権者から非監護権者に對する請求について、離婚した夫婦間における請求とそれ以外のものとを区別せずに論ずる立場を採っているものと思われる。また、判例⑯は、他方の配偶者（拘束者）の親権の行使が實質上制限されているのにこれに従わない場合には、拘束の違法性が顕著であるとして引渡請求が許されると判示し、婚姻中の夫婦間においても家庭裁判所の審判等により親権の行使が制限されている場合には、人身保護法による救済の対象となることを明らかにしているが、そうであれば、離婚した夫婦間において親権者がその一方に定められている場合には、なおのこと、人身保護法による引渡請求は許されるべきである。

これらの点からすれば、本判決は、従来の判例と同様、監護権者から非監護権者に對する請求については、離婚した夫婦間における請求の場合と事実上の監護者に對する請求の場合とを区別せずに、同様に取り扱う見解を採っているものと解される。もつとも、離婚した父母間や、認知した父親と母親の間の請求の場合には、請求者、拘束者と幼児との身分上の関係は、拘束の違法性の顕著性（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かどうか）の判断の際に、事情の一つとして考慮の対象となるということができよう。

(五) なお、本件では、Xから本件人身保護請求の申立てがされる直前に、Y<sub>1</sub>Y<sub>2</sub>は、家庭裁判所に對して、Zとの特別養子縁組の申立てをしている。本件におけるY<sub>1</sub>らの特別養子縁組の申立ては、Xからの人身保護請求の申立て

(28) 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

を予想した上で、あらかじめ自己に有利な事情として特別養子縁組の申立ての事実を作出することにより、人身保護手続を有利に進行させようと意図してのことか(注二)、あるいは特別養子縁組の実現によりZをXから完全に切り離すことによって、Zの監護を巡る紛争を一方的に解決することを目的とすることと推測され、いずれにしても、特別養子制度の本来の趣旨に沿うものではなく、濫用的な色彩の濃いものといふべきである。また、特別養子縁組の成立には幼児の父母の同意が必要であるところ(民法八一七条の六本文)、本件では、Zの母であるXが同意することは到底考えられず、父母の同意を不要とする要件(同条ただし書)も満たさないから、そもそも特別養子縁組が成立する余地のない事案である。本件においては、Yらによる特別養子縁組の申立ては、ZをXの監護の下に置くことがY<sub>1</sub>Y<sub>2</sub>の監護の下に置くことに比べて著しく不当なものでどうかを判断する際に、考慮されるべき事情に当たらないといふべきである(注三)。

本判決が、XからのZの引渡請求の当否についての判断において、Yらによる特別養子縁組の申立てに関して何ら言及していないのは、このような考えによるものと思われる。

(六) 本判決は、平成五年判決(判例⑩)の判断基準が適用される範囲を明らかとし、監護権者から非監護権者に対する請求はその射程外にあることを明示した上で、この場面においては、従来の判例により明らかにされてきた拘束の顕著な違法性の判断基準が適用されるべきことを改めて確認したものである。

本判決は、最三小判平成五・一〇・一九(判例⑪)及び最三小判平成六・四・二六(判例⑫)と共に、幼児の引渡しを求める人身保護請求事件において、今後の裁判実務の指針となるものであり、重要な意義を有するものといふことができる。

(注一) 丹野達「人身保護事件としての子の引渡請求の実際」家裁月報三二巻六号一二頁参照。

(注二) 丹野達・前掲論文・家裁月報三二巻六号一二頁。

(注三) 島津一郎・判例評論一九九号一五頁(判例時報七八三号一四五頁)は、判例⑪⑫の事案において、親権者が幼児を手放すことについて同意していなかったか、あるいは同意に瑕疵があった事案であるのに対して、判例⑨の事案においては、親権者である母親が、幼児を手放して拘束者の下で養育監護することについて同意していた点を、重視すべきものとする。

(注四) 前掲最一小判昭和四三・七・四(判例⑬)の解説(最高裁判例解説民事篇昭和四三年度(58事件))において、柳川俊一調査官は、「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、その養育監護が甚だしく不当なときに限って、容認されるときべきであろう」と述べる(同解説五二六頁)。なお、丹野達・前掲論文・家裁月報三二巻六号一三頁は、判例及び実務の大勢は、このような立場を採っているものと述べる。

(注五) 最三小判昭和四九・二・二六(判例⑭)は、「未婚の母事件」として、当時、社会的にも注目を集めた事件である。右事件は、原審に差し戻された後、当事者間において幼児を母親が養育監護する内容の調停が成立している。右判決の評釈として、川井健・昭和四九年度重要判例解説(ジュリスト五九〇号)八三頁、島津一郎・判例評論一九九号一〇頁(判例時報七八三号一四〇頁)がある。

(注六) 最三小判平成五・一〇・一九(判例⑮)の見解の内容、従来の判例との関係等については、右判決についての大内俊身調査官の解説(最高裁判例解説民事篇平成五年度(41事件)九一三頁以下)を参照されたい。本解説における従来の判例の分析も、同調査官の解説に負うところが大きい。

(注七) 本沢巳代子・私法判例リマックス一九九五年(上)(法律時報別冊)八四頁。

(注八) 大内俊身・最高裁判例解説民事篇平成五年度(41事件)九二八頁。

(注九) 最三小判昭和四九・二・二六(判例⑯)においては、拘束者(母親)が確定した司法判断に敢えて逆らって幼児

(28) 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

を實力で奪取し、人身保護手続においても、幼児の拘束場所を明らかにすべき旨の裁判所の命令に応じないという状況が、親権の行使としての正当な限度を超えるものと判断されたと理解することが可能であるが、判例④の判示する内容は、判例⑦と共通する点があるように思われる。

(注一〇) なお、本件事案では、当初、XとY<sub>1</sub>との間に、Xが生活基盤を整えるまでの間、Y<sub>1</sub>が一時的にZを預かる旨の合意がされ、これに基づいてXからY<sub>1</sub>にZが引き渡されたのであるが、Xが就職し住居を確保してZの引渡しを求めたにもかかわらず、Y<sub>1</sub>がこれを許否したことによって、X、Y<sub>1</sub>間における当初の一時的監護委託の合意は、既に解消している。

(注一一) これに対して、山口純夫・判例セレクト95(法学教室一八六号別冊付録)二六頁は、同じく監護権者から非監護権者に対して幼児の引渡しを請求する事案といっても、離婚した夫婦間において親権者から他の一方に対する請求と、親権者から事実上の監護者に対する請求とでは、性質を異にするから、拘束の顕著な違法性の判断において異なる取扱いをすべきであるとして、離婚した夫婦間の請求については、平成五年判決(判例⑧)の判断基準を適用することを提唱する。

(注一二) 原判決は、「Y<sub>2</sub>及び二人の子供とZとの間でZの精神的安定が長期的に保障されるか疑問がないではないが、和歌山家庭裁判所において特別養子縁組の審判が現在係属中であり、長期的な判断は十分な調査機構を備えた家庭裁判所の判断が尊重されるべきである。」と判示しており、Y<sub>1</sub>による特別養子縁組の申立てを、人身保護法に基づく引渡命令の発令を抑制すべき事情の一つとして考慮しているものと解される。このように、原審においては、Y<sub>1</sub>の特別養子縁組申立ての意図は、奏功したものであることができる。

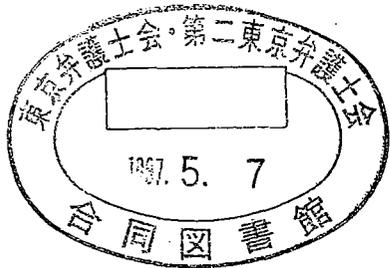
(注一三) 佐藤義彦・判例タイムズ八七八号六一頁は、特別養子縁組における試験養育(民法八一七条の八)としての幼児の監護と、人身保護請求との関係についても、言及している。試験養育は通常、養子となる子の父母と養親となる者の合意(監護委託契約)に基づいてなされるが、試験養育中における父母の恣意的な監護委託契約の解除等により子の

利益が害されることを防止する目的で、家事審判規則に、特別養子縁組の成立の申立てに伴う審判前の保全処分に関する規定が設けられている(家事審判規則六四条の五、六四条の六)(細川清・改正養子法の解説(法曹会・平成五年)一〇八頁、最高裁判所事務総局家庭局「改正家事審判法の解説」家裁月報三九卷一二号二五頁参照)。

本件においては、XからY<sub>1</sub>らに対する監護委託がなく(XのY<sub>1</sub>に対する一時的な監護委託はそのような趣旨のものではないし、既に解消されている)、Y<sub>1</sub>によるZの監護を特別養子縁組における試験養育と解する余地はないから、いずれにしても、右の点は問題となるものではない。

(後注) 本判決は、民集のほか、判例時報一五一四号七三頁、判例タイムズ八六五号二九七頁に、原判決と共に掲載されている。本判決の評釈としては、佐藤義彦・判例タイムズ八七八号五八頁、床谷文雄・民商法雑誌一一三卷一号八四頁、棚村政行・平成六年度重要判例解説(ジュリスト一〇六八号)八八頁、田尾桃二・NBL五七九号六二頁、山口純夫・判例セレクト95(法学教室一八六号別冊付録)二六頁、吉田欣子・平成七年度主要民事判例解説(判例タイムズ九一三三号)一三八頁、大村敦志・法学協会雑誌一一四卷一号一一〇頁がある。(三村 量一)

(28) 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



最高裁判所判例解説民事篇(平成六年度) 書籍番号200106

平成9年3月25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