

民事判例研究「子の引き渡し請求と権利濫用」

小川 富之

離婚した父母のうち、子の親権者と定められた父が、法律上は監護権を有しない母に対して、親権に基づく妨害排除請求として、子の引き渡しを求めることが、権利の濫用にあたりとされた事例

最高裁第三小法廷平成二九年一月五日決定

(平成二九年(許)第一七号、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、民集七一巻一〇号一八〇三頁・裁時一六八九号一三頁・判タ一四四六号六二頁・判時二二六五号六七頁・家庭の法一五号九七頁)

第一審・那覇地方裁判所平成二九年四月二六日決定(平成二九(ヨ)第三一号)
抗告審・福岡高裁那覇支部平成二九年六月六日決定(平成二九(ラ)第二一号)

参照条文…民法一条三項、八二〇条

本件は、離婚した父母のうち、長男の親権者と定められた父（抗告人）が、法律上監護権を有しない母を債務者とし、親権に基づく妨害排除請求権を被保全権利として、長男の引渡しを求めた仮処分命令の申立てをしたところ、原審が、本件申立ての本案は家事事件手続法別表第二の三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したため、抗告人が許可抗告した事案において、抗告人が母に対して親権に基づく妨害排除請求として長男の引渡しを求めることは、民事訴訟の手続きできるとしたうえで、この請求を権利の濫用に当たるとし、本件申立ては却下すべきものであり、これと同旨の原審の判断は、結論において是認することができるとして、抗告を棄却した事例。

《事実》

X（父）とY（母）の間に平成二二年九月に子A（長男）が誕生した後、同月に婚姻の届出をした。Yは、平成二五年二月に、Aを連れてXと別居し単独でこれまで四年以上にわたってAの監護をしている。その間、平成二八年三月に、XとYはAの親権者をXと定めて協議離婚した。

協議離婚に際して、離婚後に作成された平成二八年四月二日付の「誓約書」には、Yは、XをAの親権者と認めて一切争わないこと、Yが同日から平成二九年三月三十一日までの間、Aを監護することとし、その後の監護についてはXの別途承認が必要であると認めることなどの記載がある。

Yは、平成二八年五月一八日頃、Xを被告として、Xとの協議離婚届けをする際にしたAの親権者をXと指定する

協議の無効確認の訴えを那覇家庭裁判所に提起し（同裁判所平成二八年（家ホ）第一四号親権者指定協議無効確認事件）、その訴状で、YがAを連れて別居しその監護を続けている状態で、Yに事前の相談もなくAの親権者をXとする協議離婚届けがXにより提出されたこと、離婚後に作成された「誓約書」が錯誤無効または詐欺により取消し得べきものであるとの主張をしていたが、平成二八年九月二三日に、この訴えを取り下げた。

Yは平成二八年二月八日頃、現在YがAと同居して養育しており、親権者をYに変更しないと不便であり、そもそも親権者指定自体、十分な協議が行われず、ほとんど監護を行ってこなかったXの希望によつてなされたものであることなどを理由として、Xを相手方として、Aの親権者をYに変更することを求める調停を東京家庭裁判所に申し立てた。

Xは、平成二九年四月、Yを債務者として、本件申立て（子の引き渡し請求）をしたが、YはAの引渡しを拒絶している。

第一審（那覇地裁）決定…却下（抗告）

1. 離婚後の親権者である親から非親権者である親に対する子の引き渡し請求は、子の監護に関する処分として家事審判事項に該当する（民法七六六条二項・三項、家事事件手続法三九条・別表二第三項）。

2. 家事審判事件は、家事審判の手続きにおいて定められている、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り、子の意思を把握するように努め、審判をするに当たり、子の年齢及び発達の程度に応じ、その意思を考慮して（家事事件手続法六五条）、家庭の平和と健全な親族共同生活の維持を図るといふ家事事件手続法の趣旨により、通常の民事訴訟の手続きによることは、認められない（宮崎地方裁判所都城支部昭和三五年

九月二九日判決家庭裁判月報一二卷一一号一三六頁。最高裁判所昭和四二年二月一七日第二小法廷決定民集二一巻一
号一三三頁参照。

3. 債権者が指摘する判例（大審院大正一〇年一〇月二九日判決民録二七輯一八四七頁、最高裁判所昭和三五年三月一五日第三小法廷判決民集一四巻三号四三〇頁、最高裁判所昭和三八年九月一七日第三小法廷判決民集一七巻八号九六八頁及び最高裁判所昭和五九年九月二八日第二小法廷判決家庭裁判月報三七巻五号三九頁）は、いずれも離婚後の父母以外の第三者に対する子の引渡請求を通常の民事訴訟により認めた事案に關するものであって、本件と事案を異にするから、本件に適切でない。

4. 本件の本案は、家事審判事項であり、地方裁判所に管轄権がない不適法なものであり、家事審判事項については、審判又は調停が係属する家庭裁判所が審判前の保全処分をすることができるとした家事事件手続法一〇五条、一五七条一項三号の趣旨に照らすと、本件申立ても、やはり地方裁判所に管轄がない不適法なものである

5. (なお、) 本件申立てについては、債務者と同居している子の所在を管轄する地方裁判所である当庁に管轄を認める余地がなくはないとしても（*民事保全法二二条一項）、本案が不適法であり、本案認容の蓋然性が認められないのであるから、保全の理由が認められないことが明らかである。

6. したがって、本件申立ては、審尋を経るまでもなく、却下するほかない。

7. (なお、) 本件申立ての趣旨及び理由に照らし、本件を家事事件手続法に基づく審判前の保全処分の申立てと見る余地はないから、本件を家事事件手続法九条一項により家庭裁判所に移送することもできない。

*民事保全法二二条一項

保全命令事件は本案の管轄裁判所又は仮に差し押さえるべき物若しくは係争物の所在地を管轄する地方裁判所が

管轄する。

原告審（福岡高等裁判所那覇支部）決定・原告棄却（許可抗告）

1. 本件は、被告人（父・X）が、相手方（母・Y）に対し、親権に基づく妨害排除請求権を被保全権利として、現在Yの下にいるXとYとの長男（A）の仮の引き渡しを申し立てた民事保全の事案である。
2. XとYは、Aの親権者をXと定めて協議離婚しているが、実際には親権者であるXとAを連れて別居後監護を続けてきたYとの間で、Aの監護に関し、いずれがAの監護をするにふさわしいかをめぐる紛争が存在している。
3. Yから親権者変更の調停の申立てがあり、別居後現在に至るまでYがAの監護を継続していることに照らしても、Aの引渡しの可否の判断にあたっては、父母のいずれの監護に服することが子の福祉に沿うかという観点からの検討が不可欠であり、その判断は親権者変更の調停の審理経過及び結果をも踏まえてなされることが望ましい。
4. 本件の本案については、子の監護に関する処分（民法七六六条二項・三項、家事事件手続法三九条・別表第二第三項）として、家事審判事項に該当する。
5. 地方裁判所に対してされた家事審判事項を本案とする本件申立ては不適法で、審判又は調停が係属する家庭裁判所に対する審判前の保全処分（家事事件手続法一〇五条、一五七条一項三号）によるべきである。
8. （なお、）本件申立ての趣旨及び理由に照らし、本件を家事事件手続法に基づく審判前の保全処分の申立てと見る余地はないから、本件を家事事件手続法九条一項により家庭裁判所に移送することもできない。

最高裁判所の判断…原告棄却

1. 判決要旨

離婚した父母のうち子の親権者と定められた父が法律上の監護権を有しない母に対し親権に基づく妨害排除として子の引き渡しを求めることは、次の(1)～(3)など判示の事情の下においては、権利の濫用に当たるとする。

(1) 子が七才であり、母は、父と別居してから四年以上、単独で子の監護に当たってきたものであって、子の利益の観点から相当なものではないことの疎明がない。

(2) 母は、父を相手方として子の親権者の変更を求める調停を申し立てている。

(3) 父が、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子の引き渡しを求める合理的な理由を有することはどうかはわからない。

* 木内道祥裁判官の補足意見がある。

2. 理由

(1) 離婚した父母のうち子の親権者と定められた一方は、民事訴訟の手続きにより、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き渡しを求めることができる(最高裁昭和三二年(オ)第一一六六号同三五年三月一五日第三小法廷判決・民集一四卷三号四三〇頁、最高裁昭和四五年(オ)第一三四号同年五月二二日第二小法廷判決・判例時報五九九号二九頁)。

(2) 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(民法八二〇条)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。

(3) 本件においては、長男が七才であり、母は、抗告人と別居してから四年以上、単独で長男の監護に当たってき

たものであって、母による上記監護が長男の利益の観点から相当なものではないとの疎明はない。そして、母は、抗告人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、長男において、仮に抗告人に対し引き渡された後、その親権者を母に変更されて、母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、抗告人は、母を相手方とし、子の監護に関する処分として長男の引渡しを求めることができると解され、上記申立てにかかる手続きにおいては、子の福祉に対する配慮がはかられているところ（家事事件手続法六五条）、抗告人が、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長男の引き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。

* 木内道祥裁判官の補足意見

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をその職責としていること等を基に、父と母との間における子の引き渡し請求の紛争は原則として、家庭裁判所における手続きによるべきである。

《研究》

第一審と原審が、本件の申立ての本案である、離婚後の親権者である親から非親権者である親に対する子の引き渡し請求は、子の監護に関する処分として家事審判事項に該当する（民法七六六条二項・三項、家事事件手続法三九条・別表二第三項）ので、民事訴訟法の手続きによることができないとして、不適法却下としたのに対して、最高裁判所では、離婚した父母のうち子の親権者と定められた一方は、民事訴訟の手続きにより、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き渡しを求めることができると解したうえで、その請求を権利濫用

としたものであり、最高裁判所の判断に基本的には賛成である。

1 本判決の位置づけ

民法では、親権者による子の引き渡し請求についての明文での規定はないが、判例^(注1)、および学説ともに、親権者の有する監護教育の権利義務を行使するために、親権者による子の引き渡し請求を認めており、この点に関しては、異論がないといえる。

子の引き渡し請求権をどのように解するかについて、かつては物権的請求権または準物権的請求権と同視していたが、現在では、子の人格尊重の立場から、親権者の監護教育権行使を妨害しないことを請求する「妨害排除請求権」と解するのが、判例^(注2)、学説^(注3)の立場である。

したがって、親権者が、第三者に対してこの請求をする場合には民事訴訟の手続きによることになるが、家事審判手続きにおいて、親権者でない親や非監護親が、単独親権者や監護親に対して、親権者の指定・変更、子の監護に関する処分としての監護者の指定を求めるとともに、子の引き渡しができるものとされていること^(注4)から、離婚の際に親権者と定められた者が、子を監護している他方の親に対して、監護者の指定その他の子の監護に関する処分を求めないまま、子の監護に関する処分として子の引き渡し請求をすることができるか否かについては、学説および判例ともに対立があった^(注5)。しかしながら、現在では家事審判による子の引き渡し請求の申立てを単独ですることができるとい^(注6)うのが通説となっている^(注6)。判例も家事審判事項説と解され^(注7)、現在ではこの点については異論がないといえる。

この家事審判事項説に立った場合に、離婚の際に親権者と定められた一方の親が、民事訴訟の手続きで親権に基づく妨害排除請求として子を監護している他方の親に対して、子の引き渡しを求めることができるかどうか^(注8)が問題とな

る。第一審および原審ともにこの請求は家事審判手続きによつてのみ可能であるという立場をとつたのに対して、最高裁は、手続法上、民事訴訟によることもできるといふ立場を採用したうえで、その請求の可否について、実体法上、権利濫用を理由に否定したものである。

2 本判決の分析と検討

(1) 分析

第一審および原審ともに、手続法的観点から、親権者による子の引き渡し請求を否定したのに対して、最高裁判所は、手続法的観点からはこれを認めたとうえで、実体法的観点から、一般原則である「権利濫用法理」を用いてその請求権の行使を否定したものである。

本件における次のような具体的事情の下においては、権利の濫用にあたるとしてその判断基準が示された。

- ① 子が七才であり、母は、父と別居してから四年以上、単独で子の監護に当たってきたものであつて、子の利益の観点から相当なものではないことの疎明がない。
- ② 母は、父を相手方として子の親権者の変更を求める調停を申し立てている。
- ③ 父が、子の監護に関する処分ではなく、親権に基づく妨害排除請求として子の引き渡しを求める合理的な理由を有するとはうかがわれない。

(2) 検討

① 民事訴訟手続きで親権に基づく子の引き渡し請求が認められること（手続法上の問題）
最高裁判例は、親権者が民事訴訟の手続きにより法律上監護権を有しないで事実上子を監護している者に対して、

親権に基づく妨害排除請求として子の引き渡しを求めることができるとし、これは離婚後の父母のうちの一方に対するものであっても同様である。^(注9)

学説上は、離婚後の父母間であっても、親権者が民事訴訟の手続きにより親権に基づく妨害排除請求として子の引き渡しを求めることができるとする見解と、民事訴訟の手続きを否定する見解がある。^(注10)

民事訴訟の手続きにより子の引き渡し請求ができるか否かと、子の監護に関する処分として子の引き渡し請求をすることができるか否かと、既存の権利の発見（民事）訴訟事項」と権利義務の形成（審判事項）」という次元の異なるものであり、形成裁判の請求ができることを理由に給付訴訟を求めることを否定する理由にはならないと解される。したがって、家事審判事項説を採用することは、離婚の際に親権者と定められた者が民事訴訟の手続きにより親権に基づく妨害排除請求として他方の親に対し子の引き渡しを求めることの妨げにはならない。^(注11)

親権は、平成二三年法律第六一号による民法改正により、民法八二〇条（監護及び教育の権利義務）に「子の利益のために」という文言が付加され、八二四条の二（親権停止の審判）が新設され、八二二条（懲戒権）に「第八二二条の規定による監護及び教育に必要な範囲で」という文言が付加された。この改正により「親権」の内容が子に対する「権利」ではなく、子の利益を実現する「義務」を履行するために親権者に賦与された「権限」に変容したので、排他的な権利でなくなつたと解釈すれば、その行使を妨げる者に対する妨害排除の請求も認められないこととなる。そうすると、親権者は第三者による子の拘束があつた場合でも、民事訴訟法の手続きで、親権に基づく子の引渡し請求が否定されてしまうという結果を生じさせることになる。そうすると、民法七六六条（離婚後の子の監護に関する事項の定め等）の類推適用により家事審判の手続きに従い家庭裁判所に対して、監護に関する処分として子の引き渡しを求める以外に手段がないことになる。子の健全な成育（生育）、子の最善の利益という観点からすると、このように

解することには問題がある。したがって、親権の内容については、依然として排他的な「権利」であると解さざるを得ない。^{注13}そこで、親権の排他的権利の行使として、民事訴訟の手続きにより、法律上監護権を有しない他方に対して、その妨害排除請求として子の引き渡し請求をすることができる^{注14}と解したものである。

② 子の引き渡し請求権の行使の可否（実体法上の問題）

親権は子の利益のために行使されなければならないと規定され（八二〇条）、親権の行使が困難または不適當であることにより子の利益を害するときには、家庭裁判所は申立てにより当該親権者について親権停止の審判をすることができる（八三四条の二）とされている。これらのことから、当然、子の利益を害する親権の行使が権利の濫用として制限されることはいうまでもない。そこで、本件の具体的事情に照らして、子の引き渡し請求権という形で親権行使が子の利益を害するかどうかについて検討することが求められる。

本件において、Aは七歳と年少であり、少なくとも四年間はYが単独で監護に当たってきたことなどの判示の事情からすると、Xが協議離婚においてAの親権者に指定されているものの、その親権者がYに変更される蓋然性がある程度見込まれるものと考えられる。^{注15}

Aの年齢やYの単独監護の期間等を考慮すると、親権者の変更に伴いAの引き渡しが繰り返された場合におけるAの利益侵害の程度は相当地に大きいものと考えられ、これに加え、前記の蓋然性をも総合すると、AのXへの引き渡し請求が認容されることによって、親権者変更が生ずる懸念が大きい。その一方で、離婚後の父母のうち親権者と定められた一方は、法律上監護権を有しない他方を相手方として、独立の子の監護に関する処分として子の引き渡しを求めることもできると解される。^{注16}そして、子の監護に関する処分としてAの引き渡しを求める申立てであれば、家事事

件手続法に基づき審理することになるから、子の意思を把握し審判をするに当たりこれを考慮しなければならぬ旨を定める同法六五条が適用されるなど、子の福祉に対する配慮が図られ、前記のとおり懸念されるAの引き渡しを繰り返されることを回避しやすい。しかしながら、Xは、あえて前記申立てをせず、民事訴訟の手続きにより親権に基づく妨害排除請求としてAの引き渡しを求めている。そして、そのことにつき合理的な理由を有することはどうかかわれず、その権利行使の方法の選択にはAの福祉に対する配慮がないとみられても致し方ないといえる。したがって、XのYに対する親権に基づく妨害排除請求としてのAの引き渡し請求権の行使が権利の濫用にあたりとされたと解される。

3 この事件と関連する判例評釈

秋山靖浩・法学教室四五三号一三九頁

田中寛明・ジュリスト一五二一〇七頁

羽生香織・民商法雑誌一五四巻五号一〇三六頁

遠藤隆幸・月報司法書士五六一〇三六頁

田中寛明・法曹時報七〇巻一〇二二三三頁

松浦聖子・法学セミナー七六八号一二六頁

合田篤子・司法判例リマックス五八号五〇頁

木村敦子・ジュリスト臨時増刊一五三一〇七七頁

白須真理子・判例時報二四〇五号一五八頁

田中寛明・最高裁判所判例解説民事篇平成二九年度五八七頁

吉田英男・流大法学一〇一号八七頁

山口真由・法学協会雑誌一三八巻八号一八一頁

4 結論

本決定は、親権を排他的権利として、その権利行使に対する妨害の排除をするために、子の引き渡しを請求する手続きとして民事訴訟手続きによることを（も）認めたくうで、その権利行使が権利濫用にあたるとした事例判決である。権利濫用とされる要件として、本件の具体的事情との関係で、次の三点を挙げている。

（一）子が七才であり、母は、父と別居してから四年以上、単独で子の監護に当たってきたものであって、子の利益の観点から相当なものではないことの疎明がない。

（二）母は、父を相手方として子の親権者の変更を求める調停を申し立てている。

（三）父が、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子の引き渡しを求める合理的な理由を有するとはうかがわれない。

離婚後の父母間で子の引き渡しの問題となる事案において、親権者が地方裁判所で行われる民事訴訟の手続きを選択した場合に、家庭裁判所における手続きでなければならぬとして手続法上排除することはしないものの、その内容に照らして民事訴訟の手続きに適しない事案については、親権に基づく妨害排除請求として子の引き渡しを求める合理的な理由を有するとはうかがわれず、権利濫用にあたるとして、民事訴訟の手続きから排除するという判断枠組みを用いたものであり、実務上、重要な意義を有すると考えられると評価されている。^(注17)しかしながら、本件の場合、

協議離婚の際に親権者とならなかった母が、離婚の前後を通じて子を四年以上にわたり監護を継続してきており、離婚後の子の監護に関して父母間での協議でも、(永続的か長期的かは明確ではないが)少なくとも一定期間は母の下での監護が容認されていると解される。したがって、親権に基づく子の引き渡し請求を認めなければならないといった緊急の必要性は存在しないと解される。そもそも、本件の第一審での申立ては、Aの仮の引渡しであり、仮処分申立ての適法要件は、被保全権利の存在と保全の必要性であるから、保全の必要性の欠缺を理由として却下されたと解する余地も指摘されており、筆者もこの点の重要性を指摘しておきたい。

【注】

(注1) 最一小判昭和三五年三月一五日民集一四卷三号四三〇頁、最一小判昭和三八年九月一七日民集一七卷八号九六八頁および最一小判昭和五九年九月二八日家月三七卷五号三九頁。

(注2) 前掲(注1) 最一小判昭和三八年九月一七日。

(注3) 於保不二雄Ⅱ中川淳『新版注釈民法(二五)(改訂版)』(有斐閣、平成一六年) 八五頁〜八六頁。意思能力のない子の場合には端的にこれを引き渡し請求権であると解する見解もある。

(注4) 家事事件手続法一五四条三項(家庭裁判所は、子の監護に関する処分の審判において、子の監護をすべき者の指定又は変更、父又は母と子との面会及びその他の交流、子の監護に要する費用の分担その他の子の監護について必要な事項の定めをする場合には、当事者に対し、子の引渡し又は金銭の支払その他の財産上の給付その他の給付を命ずることができる。)、一七一条(家庭裁判所は、親権者の指定又は変更の審判において、当事者に対し、子の引渡し又は財産上の給付その他の給付を命ずることができる。〔即時抗告〕)。

(注5) 親権を有する者による、その権利行使であることから、第三者に対するものと区別する必要はなく、訴訟事項であると解する見解が主張されていた(鈴木忠一『非訟・家事事件の研究』(有斐閣、昭和四六年) 二六頁等)。

(注6) 家事審判事項説。能見善久Ⅱ加藤新太郎編『論点体系民法九(第二版)』(第一法規、平成二五年) 一四〇頁(宮崎幹朗)等。

(注7) 最一小判平成二二年五月二五日判時二〇八五号二二頁。離婚訴訟により子の親権者となった父から母に対する子の引渡し申し立て事件でこれを認容する判断を示している。

(注8) 前掲(注1)の裁判例。

(注9) 最二小判昭和四五年五月二二日判時五九九号二九頁。

(注10) 高橋朋子他『民法七(親族・相続)(第四版)』(有斐閣、二〇一四年)一〇三―一〇四頁、梶村太市他編『ブラクティス 民事保全法』(青林書院、二〇一四年)二九三頁(堀田隆)。

(注11) 福島恵子「子供の引き渡しを求める仮処分」判タ一〇七八号一八七頁。離婚後の父母間であれば、親権者が非親権者と相手方として、監護者指定とは独立した子の監護に関する処分として子の引き渡しを求める申立てをすることができるので、民事訴訟の手続きによる子の引き渡し請求を認める必要がないことを理由としている。

(注12) 田中寛明「最高裁判所判例解説【二五】離婚した父母のうち子の親権者と定められた父が法律上監護権を有しない母に対し親権に基づく妨害排除請求として子の引き渡しを求めることが権利の濫用にあたりとされた事例」法曹時報七〇巻一一号二四五頁。

(注13) 民法八二二条(懲戒権)の規定自体は残されており、他の規定を含めて捉えた場合、親権の権利性を否定することは難しいと解される。

(注14) 本決定では、Yが親権者変更の調停を申し立てている点を指摘するが、Yが前記調停ないし審判の申立て意思を喪失していなければ足りるように思われ、前記申立てが権利濫用と判断するために必須のものとは解されないと指摘されている。判時二三六五号六八頁。

(注15) 能見善久・加藤新太郎編 前掲(注6)一四〇頁(宮崎幹朗)。

(注16) 合理的理由の例として、親権者変更の蓋然性がほとんどないこと、子の奪取方法が明らかに違法であること等を挙げ、子の福祉に対する配慮を特段しなくても適切な結論が得られる場合には、合理的な理由があると指摘する。前掲(注14)六八頁。

(注17) 前掲(注12) 田中寛明二四八頁。

(注18) 前掲(注12) 田中寛明二五〇頁。この中の(注29)での言及である。下級審の判例として東京高決昭和五六年七月三〇日判夕四五三号八六頁を紹介している。