

民事判例研究「ハーグ条約と人身保護請求」

小川 富之

「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」に基づき、拘束者（母）に対して米国に被拘束者（子）を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、被拘束者を返還せず監護している拘束者に対する人身保護請求において、意思能力のある子が拘束者の下にとどまる意思を表明しているにもかかわらず、子の釈放を命じた事例

最高裁判所第一小法廷平成三〇年三月一五日判決

（平成二九年（受）第二〇一五号、人身保護請求事件、民集七二卷一号一七頁・裁時一六九六号一頁・家庭の法一五号六五頁・判時二三七七号四七頁・判タ一四五〇号三五頁）

第一審…名古屋高等裁判所金沢支部平成二九年一月七日判決（平成二九（人ナ）第一号）

差戻第一審…名古屋高等裁判所平成三〇年七月一七日判決（平成三〇（人ナ）第四号）

参照条文…人身保護規則三条、同五条、同四条、人身保護法二条

本件は、米国に居住する上告人（夫・父）が、日本に居住する被上告人（妻・母）により、上告人と被上告人との間の二男である被拘束者（子）が法律上正当な手続によらないで身体を拘束されていると主張して、人身保護法に基づき、被拘束者を釈放することを求めた事案において、被拘束者が自由意思に基づいて被上告人の下にとどまっているとはいえない特段の事情がある以上、被上告人の被拘束者に対する監護は、人身保護法及び同規則にいう拘束に当たること、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、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「ハーグ実施法」という。）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判断された事例。

《事実》

X（夫・父）とY（妻・母）は、いずれも日本国籍を有しており、平成六年に日本で婚姻し長男（平成八年生まれ）および長女（平成一〇年生まれ）をもうけた（長男および長女は日本国籍のみを有している）後、平成一四年ころに家族四人で米国に移住した。被拘束者Aは平成一六年〇月〇日に米国で出生し、戸籍法一〇四条一項所定の日本国籍を留保する旨の届出がなされたことにより、米国籍と日本国籍の重国籍となっている。Aの出生後の平成二〇年に一家でXの現在の住所地に転居し、Xはb大学c校で薬理学の準教授として勤務し、Yは専業主婦をしていた。

X（夫・父）とY（妻・母）の關係は、平成二〇年ころから悪化し、Yは、平成二八年一月一二日ころ、Xの同意を得ることなく、A（当時一歳三ヶ月）を連れて日本に入国し、その後現在に至るまでa市内でAと共に暮らし、Aを監護している。長男は、米国の大学に通う大学生でXとは離れて暮らしており、長女は、米国の高校に通う高校生でXと共に暮らしている。

Xは、平成二八年七月、ハーグ実施法二六条に基づき、Yに対し、米国にAを返還することを命ずるよう東京家庭裁判所に申し立てた。同裁判所は、同年九月、Yに対し、米国にAを返還することを命ずる旨の終局決定（以下「本件返還決定」という。）をし、本件返還決定は、その後確定した。

Xは、本件返還決定に基づき、東京家庭裁判所に子の返還の代替執行の申立て（ハーグ実施法一三七条）をし、子の返還を実施させる決定（ハーグ実施法一三四条一項、一三八条）を得た。

Xは、本件返還決定を受けて、Yに対して任意の履行を求め、次いで間接強制の手続きを経た後、東京家庭裁判所に代替執行を申し立て、その授權決定を得て、執行官は、平成二九年五月八日に、Yの住居において、ハーグ実施法一四〇条一項に規定するYによる子の監護を解くために必要な行為をした（以下、これを「本件解放実施」という。）。Yは、本件解放実施の際、執行官による再三の説得にもかかわらず玄関の戸を開けることを拒否したため、執行官は、二階の窓を解錠して立ち入ることとなった。その後も、Yは、Aと同じ布団に入り身体を密着させるなどして、本件解放実施に激しく抵抗した。また、Aも、米国には行きたい旨を述べて、これを拒絶した。執行官は、子の監護を解くことができないとして、本件解放実施に係る事件を終了させた（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による子の返還に関する事件の手続等に関する規則八九条二項）。

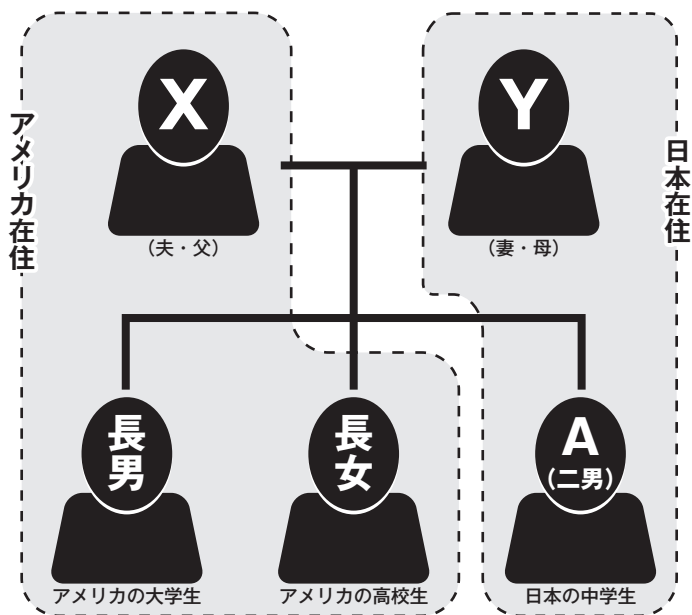
Xは平成二九年七月一日、本件人身保護請求を名古屋高等裁判所に申し立て、同月五日本件が金沢支部に回付され

た。

Xは、米国カリフォルニア州上位裁判所に対して、Yとの離婚を求める訴えを提起するとともに、Aについての監護および奪取防止に関する命令を求めたところ、同裁判所は、XにAについての法的監護権および身上監護権を単独で与え、Yに対してAを米国に同年八月一五日までに返還することを命じた。

Aは、平成二九年九月二七日および同年一〇月六日、Aの代理人と面談し、その際、日本にいることを希望する旨の意思の表明がYの圧力によるものであるかのように受け取られることは非常に不満である、自己の意思により日本での生活を希望していることを強く主張したいなどと述べた。また、Aは、このように希望する理由として、ようやく日本での生活に慣れてきたのに米国に戻って生活するのは大変である、飲酒したXから、暴言を吐かれたり、けがをする程度のものでなかったものの暴力を受けたりしたことがあり、来日してXと離れたことで安心した面もあるなどと述べた。なお、Aは、本件返還決定に関するハーグ実施法に基づく手続きや米国カリフォルニア州上位裁判所におけるAの監護権等に関する手続きなどについて、一部誤解しているところもあったが、Aの代理人の説明を受けて正しく理解した。

Yは、現在、薬剤師として勤務する傍ら、食事の支度などAの身の回りの世話をしている。Aは、来日後、a市内の小学校に通い、平成二九年四月に同市内の中学校に進学した。Aは、勉強や部活動に励み、友人や教員との人間関係も良好で、家庭においても、Yと親和し、兄、姉および他の親族とも交流をもっている。また、Aは、現在日本語による意思疎通に問題はなく、年齢相応に筋道を立てて会話をすることができる。



(人身保護請求事件)

平成六年…XY婚姻
平成八年…長男出生
平成一〇年…長女出生
平成一四年ころ…家族四人で米国移住
平成一六年…A出生
平成二〇年…Xの現住所地に転居
平成二〇年ころ…XYの関係悪化
平成二八年一月一二日ころ…YがA(当時一歳三ヶ月)を連れて日本に入国
所に申し立て
平成二八年七月…Xがハーグ実施法に基づき東京家庭裁判所に申し立て
平成二八年九月…米国のAの返還終局決定・その後確定
平成二九年五月八日…執行官による解放実施・解放不能による本件解放実施に係る事件終了
平成二九年七月一日…Xが名古屋高等裁判所に本件人身保護請求の申し立て
同じころに、Xが米国裁判所に離婚・Aの監護および奪取防止に関する命令の訴え提起
同裁判所は、XにAの単独的監護権・身上監護権を与え、YにAの米国への返還命令
平成二九年九月・一〇月…Aは代理人と面談し自己の意思で日本での生活を希望していることを強く主張
Aは来日後a市内の小学校に通い、平成二九年四月に同市内の中学校に進学

第一審名古屋高等裁判所金沢支部判決…請求棄却

1、・Aは、現在、日本での生活環境に馴染み、良好な人間関係を構築して充実した学校生活を送っており、家庭内においてもYと親和して、情緒も安定し、年齢相応に発達を遂げて健やかに生育している。

2、・AがYと日本にとどまりYと同居する現在の生活を継続したいという意見は、自由な意思に基づいて希望を表明したものである。

・Aは、YがAとの同居を望んでいることやXとの間で種々の法的争いがあることを十分認識した上で、自己の希望として引き続き日本に居住して現在の生活を継続したいと希望しており、このように希望することが事実関係から判断して不合理とはいえず、むしろ自然だと解される。

・Aには、判断能力が欠けているといった事情はうかがえず、一三歳という年齢を考慮しても、その意思はそれなりに尊重されるべきである。

・Aの言動が、監護者であるYの影響をある程度受けていることは否定できないが、成長期にある子が母親に強い愛情や同情を持つのはむしろ自然な感情の発露であると考えられるので、そのような事情があるからといって、その言動が真意に出たものではないとはいえない。

3、・以上によれば、Aは、Yによって身体の自由を拘束されている（人身保護法二条一項）とはにわかに認めがたく、Xの請求はAの自由に表示した意思に反する（人身保護規則二一条一項二号）。

4、・ハーグ実施法に基づく返還請求が確定していることは、本件（人身保護請求）の帰趨に影響しない。

・ハーグ実施法は、子の不法な連れ去りまたは不法な留置がされた場合において、子をその常居所を有していた国に迅速に返還するために必要な裁判手続等を定めた法律であり（同法一条）、現在における子の監護が人身保

護法にいう身体の自由の拘束にあたるか否か、拘束にあたるとしても顕著な違法性があるか否かなどの点が直接問題となることはなく、子をその常居所を有していた国に返還することを定めた国際的な子の奪取の民事上の側面に関する条約の的確な実施を確保するという観点から、子の返還事由等が定められているのであって（ハーグ実施法二七条、二八条）、同法に基づく返還命令が確定していることは、本件の帰趨に影響しない。

最高裁判所判決…破棄差戻し

【判示事項】

- 1、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、意思能力のある子に対する監護が人身保護法及び同規則にいう拘束に当たるとされた事例
- 2、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、拘束者が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に基づく子の返還を命ずる終局決定に従わないまま子を監護することにより拘束している場合における、拘束の顕著な違法性

【判決要旨】

- 1、拘束者（母）により国境を越えて日本への連れ去りをされた被拘束者（子）が、現在、一三歳で意思能力を有し、拘束者の下にとどまる意思を表明しているとしても、次の（１）、（２）など判示の事情の下においては、被拘束者が拘束者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いたとともに、当該意思決定に際し、拘束者が被拘束者に対して不当な心理的

影響を及ぼしているといえることから、被拘束者が自由意思に基づいて拘束者の下にとどまっているとはいえない特段の事情があり、拘束者の被拘束者に対する監護は、人身保護法及び同規則にいう拘束に当たる。

(1) 被拘束者は、出生してから来日するまで米国で過ごし、日本に生活の基盤を有していなかったところ、上記連れ去りによって一歳三箇月の時に来日し、その後、米国に居住する請求者(父)との間で意思疎通を行ふ機会を十分に有していたこともうかがわれず、来日以来、拘束者に大きく依存して生活せざるを得ない状況にある。

(2) 拘束者は、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に基づき、拘束者に対して米国に被拘束者を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、被拘束者を米国に返還しない態度を示し、子の返還の代替執行に際しても、被拘束者の面前で激しく抵抗するなどしている。

2、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、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。

【理由】

(1) YのAに対する監護が人身保護法および同規則にいう拘束にあたるか否か等について

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あたるべきである(最高裁昭和六一年(オ)第六四四号同年七月一八日第二小法廷判決・民集四〇巻五号九一九頁参照)。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、重国籍の子にあつ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ふべきである。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、上記の意思表示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。これらの点を考慮すると、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あたっては、基本的に、当該子が上記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。

これを本件についてみると、被拘束者(A)は、現在一三歳で、意思能力を有すると認められる。しかしながら、被拘束者(A)は、出生してから来日するまで米国で過ごししており、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一一歳三箇月の時に来日し、その後、上告人（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、被上告人（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。そして、上記のような状況の下で被上告人（Y）は、本件返還決定が確定したにもかかわらず、被拘束者（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、被拘束者（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。これらの事情に鑑みると、被拘束者（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、被上告人（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、被上告人（Y）は、被拘束者（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。

要旨 1

以上によれば、被拘束者（A）が自由意思に基づいて被上告人（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、被上告人（Y）の被拘束者（A）に対する監護は、人身保護法及び同規則という拘束にあたるというべきである。また、上記説示に照らすと、本件請求は、被拘束者（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）被上告人（Y）による拘束に顕著な違法性（人身保護法二条一項、人身保護規則四条）があるか否かについて

要旨 2

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、ハーグ実施法に基づき、

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ているにもかかわらず、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うべきである。

これを本件についてみると、被上告人（Y）は、本件返還決定に基づいて子（A）の返還の代替執行の手続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被拘束者（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被上告人（Y）の被拘束者（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、被上告人（Y）による被拘束者（A）に対する拘束には、顕著な違法性がある。

原審の判断には、判決に影響を及ぼすことが明らかな法令の違反がある。論旨はこの趣旨をいうものとして理由があり、原判決は破棄を免れない。そして、前記事実関係を前提とする限り、上告人（X）の本件請求はこれを認容すべきところ、本件については、被拘束者（A）の法廷への出頭を確保する必要がある、この点をも考慮すると、前記説示するところに従い、原審において改めて審理判断させるのを相当と認め、これを原審に差戻すこととする。

《研究》

離別後の子の養育問題に関しての子の意思をどのように扱うかについては、子の健全な生育に関する事情の一つとして、子の利益を最も優先することが求められる。この問題に関して、子の意思は、同居して一緒に生活している主

たる監護親の影響を受けていることは当然のことであるとして、それを踏まえたうえで、子の意思を尊重すべきであるという判断が示されている。^(注1) また、ハーグ実施法に基づく子の常居所地国への返還決定の執行が不能となった場合に人身保護法によることの可否が問題となるが、これに関しては、人身保護法による子の引渡しとハーグ実施法による子の返還とはそもそも制度目的や要件が異なるものであり、ハーグ実施法で実現できなかった事例に人身保護法を適用して子の返還を認めるという判断は、整合性を欠き、ハーグ実施法による返還決定についての理解を誤ったものであり、最高裁の理由づけと結論には反対である。

1 本判決の位置づけ

本判決は、国境を越えて日本への子の連れ去りの事件で、ハーグ実施法に基づく子の常居所地国への返還決定が確定しているがその執行が不能となった後で、拘束者に監護されているその子（被拘束者）の釈放を求める人身保護請求がなされたときに、人身保護請求による子の開放をハーグ条約との関連で（手続的に）認めたこと、および意思能力のある子が自由意思に基づいて拘束者の監護下にとどまっているとはいえない特段の事情の存否についての判断がなされた事例として重要な意義がある。

2 本判決の分析と検討

（1）分析

原審の名古屋高等裁判所では、A（被拘束者）が日本での生活環境に馴染み、良好な人間関係を構築して充実した学校生活を送り、家庭内においてもY（母）と親和して、情緒も安定し、年齢相応に発達を遂げて健やかに生育して

いるということを前提に、Aの言動が、監護者であるYの影響をある程度受けることは当然のことであり、そのことでAの言動が真意に出たものではないとはいえないとして、AがYと日本にとどまりYと同居する現在の生活を継続したいという意見を自由な意思に基づいて希望を表明したものと判断した。そして、ハーグ実施法については、子の不法な連れ去りまたは不法な留置がされた場合において、子をその常居所を有していた国に迅速に返還するために必要な裁判手続等を定めた法律であり（同法一条）、この条約に関しては、現在における子の監護が人身保護法という身体の自由の拘束にあたるか否か、拘束にあたるとしても顕著な違法性があるか否かなどの点が直接問題となることはなく、子をその常居所を有していた国に返還することを定めた国際的な子の奪取の民事上の側面に関する条約の的な実施を確保するという観点から、子の返還事由等が定められているのであつて（ハーグ実施法二七条、二八条）、同法に基づく返還命令が確定していることは、本件（人身保護請求）の帰趨に影響しないとの判断を示した。

これに対して、最高裁判所は、拘束の問題については、Yにより国境を越えて日本への連れ去りをされたAが一三歳で意思能力を有し、拘束者の下にとどまる意思を表明しているとしても、Aが出生後来日まで米国で過ごし、それまで日本に生活の基盤を有してなく、来日後、米国に居住するX（父）との間で意思疎通を行う機会を十分に有していたとはいえず、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ったこと、およびYがハーグ実施法に基づく返還命令が確定したにもかかわらず、Aの米国への返還に抵抗している事情の下では、Aが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、意思決定に際し、YがAに対して不当な心理的影響を及ぼしているといえるとして、Aが自由意思に基づいて拘束者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に対する監護が人身保護法および同規則という拘束に当たると判断した。顕著な違法性については、国境を越えて日本への連れ去りをされたAの釈放を求める人身保護請求では、ハーグ実施法に基

づく終局決定確定にYが従わないでA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判断した。

(3) 検討

原審の名古屋高等裁判所では、子の意思について、現在の安定した生活を尊重し、監護者の影響がある事は当然の前提とし、それを踏まえた上での子の意思の尊重の観点から、Aが自由な意思に基づいて希望を表明したものと判断し、子の解放に関しては、人身保護法とハーグ実施法の制度趣旨の違いを指摘した上で、同法に基づく本件返還命令が確定していることは、人身保護法の結論に影響しないとの判断を示した。

これに対して、最高裁判所は、国境を越えての日本への連れ去りという点を重視してAが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、意思決定にYが不当な心理的影響を及ぼしているといえるとして、Aが自由意思に基づいて拘束者の下にとどまっているとはいえない特段の事情を認定し、人身保護法における拘束を認定し、その拘束が、ハーグ実施法による返還決定に反している場合には、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、Yによる当該子に対する拘束に顕著な違法性があると判断したものであり、人身保護法による子の解放の要件としてハーグ条約を根拠とし、ハーグ条約による子の返還について人身保護法によりこれを実現する結果となり、不当な結論であると解される。

3 子の引渡し請求について

第三者、監護権を有しない親または親権者の一方が、違法に拘束している子の引渡し請求については、親権者が、監護・教育の権利義務（民法八二〇条）に基づいて、親権者としての職分の遂行に関して有する権利とするのが、判例・学説の立場である。子の引渡し請求の方法は、誰が子を拘束しているかによって異なる。

（1）親権・監護権による引渡し請求

① 拘束者が親権者でも監護者でもない第三者の場合には、通常の民事訴訟の手續きによる。子の引渡し請求は、親権行使についての妨害排除を請求する権利であると解される（最判昭和三五年三月一五日民集一四卷三三四三〇頁、最判昭和三八年九月一七日民集一七卷八号九六八頁）。なお、子が、自由意思で拘束者の下に滞留している場合には、監護・教育の妨害とはいえず、親権者の有する居所指定権の行使の対象とされるというのが、現在の判例・学説の立場である。

② 拘束者が親権者である場合には、拘束者も請求者もいずれも親権者であるため、拘束者の親権行使に権利濫用があり、かつ、請求者の親権行使が適正であり、請求者の監護下に子を置くことが適切であるという実態的な判断を経てのみ、子の引渡し請求は、第三者の場合と同様に、親権行使についての妨害排除請求として求めることができる。拘束者が親権者である場合には、子の引渡し請求を、調停や審判によってもすることができるとされている。

③ 拘束者と請求者が、事実上の離婚状態にある場合には、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、離婚に際しての子の監護に関する処分に準ずる問題として、調停や審判をすることができる。

④ 拘束者と請求者が(単なる)別居状態にある場合には、民法七五二条(同居、協力扶助の義務)の適用により、夫婦間の協力・扶助に関する処分の問題として、調停や審判をすることができる。

⑤ 離婚後で親権者とならなかった者が拘束している場合には、民事訴訟法の手続き、または民法七六六条(離婚後の子の監護に関する事項の定め等)の適用により、子の監護に関する処分として、子の引渡し請求をすることができる。

* 一九八〇(昭和五五)年の法改正により、審判前の保全処分の制度が設けられ、子の引渡しについても、執行力を伴う保全処分が可能となった(家事事件手続法一〇五条)。調停であれば、調停前の仮処分も可能であるが(家事事件手続法二六六条)、審判前の保全処分とは異なり、執行力がない。

* 親権者の指定および変更(民法八一九条五項・六項)に関する審判においても、審判に付随した子の引渡し請求が可能である(家事事件手続法一七一条)。

(2) 人身保護請求による引渡し請求

人身保護法による子の引渡し請求が行われることが多くある。しかしながら、本来は、不当に奪われている人身の

自由を、司法裁判より、迅速かつ容易に回復することを目的とするもの（人身保護法一条）であるが、判例により子の引渡し請求にも利用することが認められてきた（最判昭和二十四年一月一八日民集三卷一号一〇頁）。

人身保護法による請求は、拘束者が第三者であるか親権者であるかを区別しないが、実際には、親権者間のものが多い。人身保護法による子の引渡し請求が認められるか否かは、拘束の違法性で判断されるが、親権者間での子の引渡し請求については、拘束の違法性の判断について判例の変遷がある。

当初は、拘束の違法性は、親権や監護権の有無だけでなく、実質も考慮して、いずれの親が子を監護することが子の幸福に適するかということを主眼として判断されていた（最判昭和四三年七月四日民集二二卷七号一四四頁）。

その後、拘束の違法性の判断基準が変更され、親権者間の子の引渡し請求について、人身保護法によることが制限されることになった。最高裁判所は、親権者である拘束者による子の監護は「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、このような子の監護に顕著な違法性があるというためには、拘束者の「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」との判断を示した。^(注2)なお、この判決の補足意見で、「親権者間における子の引渡しに関する問題は、本来は、家庭裁判所の専属的な守備範囲に属し、科学的な調査機構を有する家庭裁判所の審判によって行うことが望ましく、また、昭和五五年の法改正で導入された審判前の保全処分を、人身保護法よりも優先して用いるべきである」との見解を示している。

さらに、最高裁判所は、一九九三（平成五）年の最高裁判所が示した「明白性の要件」を満たし、親権者である拘束者による子の監護が例外的に違法となる場合として「拘束者に対して、子の引渡しを命じる仮処分又は審判がなされているのに、拘束者がこれに従わない場合、また、子が請求者の監護の下では安定した生活を送ることができるのに、拘束者の監護の下では著しくその健康が損なわれたり、十分な義務教育を受けることができないなど、拘束者の

子に対する処遇が親権行使という観点から見て容認することができない場合」とされた（最判平成六年四月二六日民集四八卷三号九九二頁）。

監護親（親権者であり監護者）から、非監護親に対する子の引渡し請求の場合には、請求者に子を引渡すことが著しく不当なものと認められない限り、監護親による請求が認められる^{（注3）}。この監護権の存在を優先する考え方が採用される理由は、人身保護請求において裁判所が請求者と拘束者の監護について、いずれが子の最善の利益かを判断して、子の解放および子の引渡しを命ずるのは、本来家庭裁判所で判断すべき親権者または監護者指定の変更の処分をする結果となり不適切であるという考え方によるものである。これは、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請求をすることが認められ、親権濫用と判断された場合にのみその請求が排斥されるとする考え方に反することになる。家庭裁判所には調査官や医務室技官といった子の養育に関する専門家が配置されているのに対して、地方裁判所や高等裁判所における人身保護請求手続きでは、子の利益に関する判断をすることが實際上困難であることから、原則として監護権の所在により判断されることになる。

この判断枠組みによらずに、顕著な違法性が認められる例としては、家庭裁判所の調停委員会の勧めによってなされた合意に反して子の拘束を継続した事例^{（注4）}、離婚調停で調停委員会の関与の下で面会交流が合意され、それが実施された後、その機会をとらえて子を連れ去った事例^{（注5）}などがある。これらは、子の健全な生育にかかわる問題について判断が求められた事件で、その裁判所が関与した手続への違反があり、そのことから司法への信頼維持の観点からなされた判断で、監護権の所在にかかわらず、顕著な違法性を肯定したものである。

4 ハーグ条約と人身保護請求

(1) ハーグ条約

ハーグ条約の概要について、外務省のホームページでの説明を要約すると、次のとおりである。^(注6)

世界的に人の移動や国際結婚が増加したことで、一九七〇年代頃から、一方の親による子の連れ去りや監護権をめぐる国際裁判管轄の問題を解決する必要性があるとの認識が指摘されるようになった。そこで、一九七六年、国際私法の統一を目的とする「ハーグ国際私法会議(HCCH)」(オランダ・一八九三年設立)は、この問題について検討することを決定し、一九八〇年一〇月二五日に「国際的な子の奪取の民事上の側面に関する条約(ハーグ条約)」を作成し、二〇一九年一〇月現在、世界一〇一か国がこのハーグ条約を締結している。

国境を越えた子の連れ去りは、子にとって、それまでの生活基盤が突然急変するほか、一方の親や親族・友人との交流が断絶され、また、異なる言語文化環境へも適応しなくてはならなくなる等、有害な影響を与える可能性がある。ハーグ条約は、そのような悪影響から子を守るために、原則として元の居住国に子を迅速に返還するための国際協力の仕組みや国境を越えた親子の面会交流の実現のための協力について定めている。

ハーグ条約は、監護権の侵害を伴う国境を越えた子の連れ去り等は子の利益に反すること、どちらの親が子の監護をすべきかの判断は子の元の居住国で行われるべきであること等の考慮から、まずは原則として子を元の居住国へ返還することを義務付けている。これは一旦生じた不法な状態(監護権の侵害)を原状回復させた上で、子がそれまで生活を送っていた国の司法の場で、子の生活環境の関連情報や両親双方の主張を十分に考慮した上で、子の監護についての判断を行うのが望ましいと考えられているからである。

(2) 人身保護法

① 意義

人身保護法は、第一条で、「この法律は、基本的人権を保障する日本国憲法の精神に従い、国民をして、現に、不当に奪われている人身の自由を、司法裁判により、迅速、且つ、容易に回復せしめることを目的とする。」と規定し、第二条第一項で、「法律上正当な手続によらないで、身体の自由を拘束されている者は、この法律の定めるところにより、その救済を請求することができる。」、第二項で「何人も被拘束者のために、前項の請求をすることができる。」と規定している。

この法律は、憲法三四条で規定する、不法な抑留または拘禁に対する保護の趣旨を具体化したもので、不当に人身の自由が奪われている場合に、裁判により迅速かつ容易にその自由を回復させることを目的とする法律であり、典型的な例としては、出入国管理及び難民認定法に基づく退去強制のための収容、警察官職務執行法に基づく保護などの行政処分に基づく拘束があり、また、未成年婦女子の誘拐、監獄部屋や私立精神病院における拘束を挙げ、更に、別居や離婚した夫婦の一方による子の拘束など、私人による拘束が考えられると説明されている。^(注7)

この法律に基づく人身保護請求の要件としては、拘束のあること、その拘束に顕著な違法性があること、および他の救済方法の欠如の明白性(人身保護手続きの補充性)が要求されることになる。^(注8)これらについて、検討する。

② 人身保護法による救済の要件

・ 人身保護法上の拘束の有無

拘束の要件については、人身保護規則三条で、逮捕、拘留、拘禁等身体の自由を奪い、または制限する行為と定義

されている。また、同規則五条では、被拘束者の自由に表示した意思に反して人身保護請求をすることはできないとされている。これらのことから、自由な意思で被拘束者の下にとどまる場合には、拘束には該当しないとの判断、または、拘束に顕著な違法性がないとの判断がされることになり、いずれにしても、請求が認められないことになる。

そこで、子の意思が問題となり、先ず、意思能力の有無について判断される。これに関しては、自己の境遇を認識し、且将来を予測して適切な判断をする十分な能力の有無の問題であると解されている。^(注9) この年齢は、一般に一〇歳程度を基準に、諸般の事情を考慮して判断されている。この年齢を超えて、意思能力がある場合であっても、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には、監護者の監護が拘束にあたる判断され、^(注10) 意思能力のある子については、それが自由意思^(注11) といえない特段の事情があるか否かが判断基準となる。これに関しては、一歳一〇か月の子について、意思能力を認めただうえて、子の監護が意思能力の全くないときから継続され、その間に監護権のない者が監護権を有する者に子を引渡すことを拒絶するとともに、子が監護権を有する者に対して嫌悪と畏怖の念を抱かざるを得ないように教え込んだ結果、子がその意思を形成するに至ったような場合に、自由意思に基づくとはいえない特段の事情を認めたものがある。^(注12) 他には、十分な意思能力が備わっていたとはいえない一歳五か月頃に、新興宗教の信者となった拘束者によりその宗教に入信させられて、その道場に通い、一二歳四か月頃以降、拘束者らとともにその宗教の施設において社会から隔絶された集団生活が続け、監護者の選択について必要とされる資料や情報に接することの無いまま、請求者の監護を拒絶する意向を表明している場合にも、特段の事情の存在を肯定した^(注12) ものがある。

・拘束の顕著な違法性

拘束に顕著な違法性があるか否かについての判断は、親権者および監護権者を優先する判断枠組みが採用されている。そうすると、子の親権者および監護権者間の争いの場合には、それぞれが法律に基づいており、不当とはいえないので、親権者および監護権者である夫婦間での紛争に関しては、そもそも人身保護請求の対象となるかどうかが問題となる。また人身保護請求によって子の解放に加えて子の引渡しを求めることができるかどうかも問題となるが、前述のとおり判例によりこれらについては認められている。^(注13)しかしながら、これは、あくまでも例外的なものであり、その要件は、前述のとおり、拘束の違法性で判断されるが、判断基準としては比較基準から明白性への変遷がある。^(注14)監護親（親権者であり監護者）から、非監護親に対する子の引渡し請求の場合には、前述のとおり、請求者に子を引渡すことが著しく不当なものと認められない限り、監護親による請求が認められる。^(注15)この判断枠組みによらずに、顕著な違法性を判断する場合もあるが、これは子の健全な生育にかかわる問題について判断が求められた事件で、その裁判所が関与した手続への違反があり、そのことから司法への信頼維持の観点からなされた判断で、監護権の所在に関わらず、顕著な違法性を肯定したものである。

なお、補充性の要件との関係で、家庭裁判所を優先すべきであることが指摘されている。^(注16)

・人身保護手続きの補充性の要件

人身保護は、他に救済の目的を達するのに適当な方法があるときは、それによつては相当の期間内に救済の目的が達せられないことが明白な場合に限り許される（規則四条但書）。前述のとおり、家庭裁判所の審判前の保全処分を人身保護法よりも優先して用いるべきであることはいうまでもない。この方法では救済の目的が達せられないことが明

白な場合に人身保護手続きによることになる。

・ハーグ条約と人身保護請求

人身保護手続きの補充性について、国際的な子の連れ去りの場合で考えると、ハーグ条約との関係が問題となる。この判断については、人身保護の制度目的と子の引渡し執行制度の整備状況の均衡によると指摘したうえで、ハーグ実施法が独自の執行手続きを規定しており、補充性の要件を満たしていないと結論付ける見解がある。^(注17) 結論的には、ハーグ条約での返還が不能となった事例で人身保護手続きを用いるというのは、返還決定の執行にのみ重点を置き、人身保護請求の本来の意義に反することになり、これまでに構築されてきた判例の考え方に反するものであるといえる。

4 この事件と関連する判例評釈

光岡弘志・法律のひろば七一巻七号六一頁

浦野由紀子・論究ジュリスト二六号一三一頁

光岡弘志・ジュリスト一五二四号一〇〇頁

渡辺惺之・戸籍時報七七二号一三頁

遠藤隆幸・月報司法書士五六一号三六頁

大濱しのぶ・JCAジャーナル六六巻一号四三頁

山口亮子・民事判例（日本評論社）一八号一〇八頁

佐藤文彦・ジュリスト臨時増刊一五三一号二九二頁

中村肇・法の支配一九三号九八頁

長田真里・私法判例リマークス五九号一三八頁

5 結論

ハーグ実施法は、国境を越えての子の連れ去りに関して、子を常居所地国に返還し、そこで子の養育にかかわる問題について判断をするということを目的とするものである。子の養育の問題についての裁判管轄に関する条約で、監護者の同意なく子を国境を越えて移動させた場合には、原則として、「不法」な子の連れ去りとして、子の返還が命じられることになる。この判断に際しては、現在の子の監護状況の適不適や請求者の下での子の養育の適不適は問題とされない。そもそも、子の連れ去りにより生じている現在の子の養育が「違法」なものであるがどうかについては判断されないことになる。日本国内であれば、子を伴っての別居が違法かどうかについては、監護者の同意を得ずにそれまでの住所地から他の場所に子を伴って別居しただけで違法とされるわけではないとの判断が示されている。子連れ別居の評価として、母（または父）が、父（または母）の同意を得ずに子を連れて別居したとしても、子を父（または母）の監護に委ねることが困難であり、夫婦関係が破綻に瀕してあらかじめこの問題について協議をすることも困難であったと認められるような場合には、違法とはいえないと解される。^(注18)

父母の離別に際しての、子の健全な生育について子の最善の利益の観点からの判断として、子の意思をどのように考慮するかについても、子が意思能力を有している場合には、同居して一緒に生活している監護親の影響を受けていることは当然のことであり、それを踏まえた上で、子の意向を尊重すべきことが示されている。^(注19) 本件は、ハーグ実施

法に基づく返還命令の強制に関して、その実効性を担保する制度として人身保護手続きが位置づけられている。ハーグ条約を批准していることから、日本国内における子を伴っての別居の際の、子の引渡し請求にどのような影響があるかも懸念される。

この事件に関しては、ハーグ実施法での手続きがない状況で、もし人身保護法に基づく解放請求がなされていたとしたら、どのような結果になったであろうか。おそらく、その請求は認められなかった可能性が高いのではないかと思われる。このような事例で、人身保護法とは目的や要件の異なるハーグ実施法の手続きが先行した場合で、返還請求が認められた後に、子の解放や引渡しが不能となった事例でも、その後には人身保護請求の手続きによれば、ハーグ実施法の判断を前提として、子の解放や子の引渡しが実現できるという結果になるという矛盾が生じることになる。また、この事件は日本人である父母の争いである。^(注20) 父母が日本国内に居住していた場合であれば、子の引渡し請求は、人身保護請求ではなくて、子の監護に関する問題として、監護について適切な判断ができる家庭裁判所で扱われるべき事件であると解される。^(注21) それが、父母が外国に居住していたことから、ハーグ実施法の問題とされ、それによる解決ができない場合に人身保護請求により目的を達成することになるという結果を生じさせることになっている。

【注】

(注1) 東京高判平成二九年一月二六日・判時二三二五号七八頁。判例で示された子の意思についての考え方は、拙稿「判例研究『100日面会交流事件』」末川民事法研究三号六五頁を参照。

(注2) 最判平成五年一〇月一九日民集四七巻五〇九九頁。

(注3) 最判昭和四七年七月二五日判時六八〇号四二頁。

(注4) 最判平成六年七月八日判タ八五九号二二頁。

(注5) 最判平成一年四月二六日判タ一〇〇四号一九七頁。

(注6) ハーグ条約と国内ハーグ実施法の概要については https://www.mofa.go.jp/mofaj/tp/hr_ha/page22_000843.html を参照。

(注7) 金子・新藤・平井編集代表『法律学小辞典〔第四版補訂版〕』（有斐閣、二〇〇八年）

(注8) 救済の請求について、人身保護規則第四条では、「法第二条の請求は、拘束又は拘束に関する裁判若しくは処分がその権限なしにされ又は法令の定める方式若しくは手続に著しく違反していることが顕著である場合に限り、これを行うことができる。但し、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、これを行うことができない。」と規定している。

(注9) 最判昭和四十六年二月九日家月二三卷九号二三頁。

(注10) 最判昭和六一年七月一八日民集四〇卷五号九九一頁。

(注11) 前掲注10。

(注12) 最判平成二年二月六日家月四三卷一八頁、原審である大阪地判平成二年九月七日判タ七三九号二三三頁の判断を支持したものである。

(注13) 最判昭和二十四年一月一八日民集三卷一号一〇頁。

(注14) 最判平成五年一〇月一九日民集四七卷五〇九九頁。

(注15) 最判昭和四十七年七月二五日判時六八〇号四二頁。

(注16) 前掲(注2)の最高裁判所の判決の中で、なお書ではあるが、「親権者間における子の引渡しに関する問題は、本来は、家庭裁判所の専属的な守備範囲に属し、科学的な調査機構を有する家庭裁判所の審判によって行うことが望ましく、また、昭和五五年の法改正で導入された審判前の保全処分を、人身保護法よりも優先して用いるべきである」との見解を示している。

(注17) ハーグ条約との関係では、補充性の判断として次の二点が重要である。第一は、ハーグ返還決定の目的が人身保護制度により達せられるか、第二は、返還決定の執行不能が「相当の期間内に救済の目的が達せられない」という要件を満たすかである。…いずれの要件も充足していないと解される。第一については、返還決定は常居所地国への返還を命じる

もので、請求者への引渡しではない。ハーグ返還事例には請求者への引渡しが不適切な場合もある。：第二についても、確定返還決定という債務名義が既にあり、：信頼する実施者や返還実施の条件如何によれば、ハーグ実施法手続きによる返還が可能であったと思われる。と指摘している。渡辺惺之「ハーグ子奪取条約実施法による子の返還決定が執行不能に記した後に申立てられた人身保護法による子の解放請求」戸籍時報七七二号一八頁。

(注18) 拙稿「判例研究『100日面会交流事件』」末川民事法研究三号七一頁。

(注19) 前掲(注18) 七二頁。

(注20) ハーグ条約は外国人と日本人が外国で生活している場合で、日本人が子を伴って帰国したときが典型例と考えられているが、実際には、日本人夫婦の場合がかなりある。ハーグ条約に基づく国外への子の返還決定が裁判所でなされた事件も、スリランカに居住する日本人夫婦の事件であった。詳しくは、小川富之監修「わが国における初めてのハーグ条約に基づく国外への子の返還決定について」戸籍時報七二二号三二頁。

(注21) これに関しては、「子の引渡し請求と権利濫用」事件での判断を参照(投稿〔大阪経済法科大学法学論集第八七〇号〕)。

(おがわ・とみゆき 大阪経済法科大学教授)

【追記】

(1) 米国裁判所の離婚ならびに子の監護および奪取防止に関する命令について

監護親(親権者であり監護者)から、非監護親に対する子の引渡し請求の場合には、請求者に子を引渡すことが著しく不当なものと同認められない限り、監護親による請求が認められるという、監護権の所在を基に判断する考え方が採用されている(前掲(注3))。最判昭和四十七年七月二五日判時六八〇号四二頁。本件では、Xが平成二九年七月一日に名古屋高等裁判所に本件人身保護請求の申立てをしたのと、同じところに、米国カリフォルニア州オレンジ郡上位裁判所に対して、離婚ならびにAの監護および奪取防止に関する命令を求める訴えを提起していることについても、検討する必要がある。民集記載の判決理由の中で、「上告人(X)は、米国カリフォルニア州上位裁判所に、被上告人(Y)との離婚を求める訴えを提起するとともに、被拘束者(A)について

の監護等に関する命令を求めたところ、同裁判所は、平成二九年八月一五日までに、上告人（X）が被拘束者（A）についての監護を単独で行うものとする内容とする命令をした。」（民集七二卷一四二頁、理由2（5）。）と記載されているが、民集に記載された内容を見る限りでは、このことが直接結論に影響しているとは解されない（注追1）。

（2）差戻第一審の判断（名古屋高判平成三〇年七月一七日判時三三九八号八七頁）

差し戻し後の判決では、最高裁判所の判示事項（1および2）について同じ判断をするとともに、拘束の顕著な違法性阻却の特段の事情に関して、ハーグ実施法一一七条（終局決定の変更）一項の事情変更³に該当する事実の有無について審理されたが、そのような事実はないとして、YによるAの拘束に顕著な違法性が認められるとの判断がなされた。

① 被拘束者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の被拘束者に対する監護は、人身保護法及び同規則にいう拘束にあたるといふべきであり、本件請求は、被拘束者の自由に表示した意思に反してなされたものとは認められない。

② 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、ハーグ実施法に基づき、拘束者に対して当該子を常居所地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。

③ Yは、近々、本件返還決定の変更を求める申立てを行うことを検討しているが、本件返還決定後に、Yが拘束者と一緒に渡米することが不可能又は著しく困難な健康状態に陥ったことを認めるに足りる証拠資料もなく、本件返還決定の変更申立てが認容される蓋然性が高いと認めることはできない。

（3）「民事執行法及びハーグ条約実施法の一部を改正する法律案―債務者財産照会制度の創設、子の引渡しの強制執行の明確化等―」との関連について

この改正の経緯について、その第三として、次のように説明されている。

子の引渡しの強制執行に関する規律を明確にすべきであるとの指摘がある事、現行の民事執行法では、子の引渡しの強制執行に関する明文の規定がなく、かつての執行実務においては間接強制によるしかないとされていたものの、間接強制は実効性に乏しいこと、家庭裁判所の判断を尊重することが子の福祉に合致することになると考えられること、直接強制を認めないとすると自力救済を誘発することになりかねないことなどを理由として、一定の要件の下に直接強制を認める運用が始まったとされている。このため、実務上は子の引渡しを物である動産の引渡しに関する規定を類推適用して行うという運用となっており、極めて不自然な状態が続いている。実際に引渡しの対象となるのは子であり、人格尊重の観点から、実務の運用において執行官等による様々な工夫や努力が積み重ねられてきたが、同じように子を対象とする強制執行が扱われる「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「ハーグ条約実施法」という。)が平成26年4月に施行されたことに伴い、国内における子の引渡しの強制執行についても、規律を明文化する必要性がより強く認識されるようになり、国内法整備への機運の高まりがみられるところであった。

他方、ハーグ条約実施法による国境を越えた子の返還に関する強制執行も、子の返還の代替執行をするためには債務者である同居する親等の存在が要件とされていることなどが障害となつて執行ができない事例が多く、国際的にハーグ条約に基づく義務の不履行国であるとの非難がなされるなど、返還の実効性が課題であるとの指摘がなされていた。このような社会情勢の中で、平成二八年九月二二日に、法務大臣から法制審議会が試問(第一〇二号)を受けて、改正がなされることになったと説明されている(追注2)。

子の引渡しの強制執行に関する規定の明確化

- ・間接強制前置の見直し
- ・直接強制の場合の債務者審尋
- ・債務者同時存在の要件見直し
- ・執行官による威力の行使等
- ・執行裁判所と執行官の責務

この法律が施行されることによって、どのような影響が生じるかについて注目したい。

【追注】

(注追1)

米国カリフォルニア州オレンジ郡上位裁判所の判断に関しては、「…米国裁判所の決定は、カリフォルニア州オレンジ郡上位裁判所の二〇一七年九月一日命令 (No.16D001010) と思われる。この命令は、Y (妻・母) が命令に反して A (二男) (原文では Z) を裁判所に出頭させていないとし、X (夫・父) を A (原文では Z) の単独の法的及び身上監護権者と指定している。一方で、将来 A (原文では Z) と面会する前後一二時間は飲酒を禁止すること、州検察局の職員を Y A (原文では Z) のサポート役に任じる等も命令している。この命令は X の返還実施者としての適性、A (原文では Z) を X に引渡すことの適性を疑わせ、実際には A (原文では Z) を X に引渡してしまうことへの疑問を生じさせる。米国裁判所の X を監護権者とする決定も、命令内容から推測すると、家族的考慮による単独監護権者の指定ではなく、Y の命令不服従に対する制裁的意味が強く、日本での効力承認には問題が残るように思われる。X を返還実施者とした実施決定が無用な抵抗を招いたのではという疑問が残る。」との指摘がなされている。渡辺前掲 (注17) 一八頁。

(注追2)

浅野匡男「民事執行法及びハーグ条約実施法の一部を改正する法律案」債務者財産照会制度の創設、子の引渡しの強制執行の明確化等」立法と調査四一一号三〇頁。次の項目について法改正がなされ、令和元年五月一〇日に成立同一七日公布、公布の日から一年以内に政令で定める日から施行される (詳しくは法務省のホームページを参照のこと。
http://www.moj.go.jp/MINJI/minji07_00247.html。)

*

名古屋高等裁判所における本件差戻審の後で、A は裁判所職員に誘導されて法廷から出て、隣の病院に逃げ込み、そのトイレに立てこもった後で、母親 (Y) とともにタクシーで立ち去ったと報道されている (毎日新聞朝刊二〇一八年七月二一日)。X から再度の人身保護請求が申し立てられ、事件はその後も継続した。本件は、ハーグ条約や人身保護請求で子の解放や子

の引渡しが命じられたとしても、それが実現できないことを示す事例である。実際に、裁判所職員は、子の連れ去りを防ぐ有形力の行使ができず、子の意思に関して裁判所がどのように評価しようとも、それによって子の意思に変化が生じるわけではないので、子がY（母）の下にとどまる意思が強く、それに基づいて実際に行動することは避けられない。本件の判断が、民事執行法の改正の一つの契機になったのではないかと思われる。

