

琉球大学学術リポジトリ

離婚した父母のうち、親権者である父が、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渡しを求めることが、権利の濫用に当たるとされた事例：最高裁判所平成29年12月5日第3小法廷決定民集71巻10号1803頁

メタデータ	言語: 出版者: 琉球大学人文社会学部・琉球大学大学院法務研究科 公開日: 2020-06-08 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 吉田, 英男 メールアドレス: 所属:
URL	http://hdl.handle.net/20.500.12000/46072

離婚した父母のうち、親権者である父が、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渡しを求めることが、権利の濫用に当たるとされた事例

— 最高裁判所平成 29 年 12 月 5 日第 3 小法廷決定民集 71 卷 10 号 1803 頁 —

吉田英男

[1] 本件の概略

本件は、離婚後に子の事実上の監護をしていた母が、親権者たる父を相手方とする親権者の変更を求める調停を申し立てたところ、父が子の引渡しを求める仮処分命令の申立てをした事件である¹。最高裁は、大要以下のように判断した。

1. 親権を有する親は、法律上監護権のない他方の親に対して、民事訴訟手続により、親権に基づく妨害排除請求として子の引渡しを請求できる。
2. もっとも、親権は子の利益のために行使されなければならないから、子の利益を害する親権行使は権利の濫用として許されない。
3. 以下のような事情が認められる本件において、母に対して親権に基づく妨害排除請求として子の引渡しを求めることは、権利の濫用に当たる。
(i) 長男が 7 歳であり、母は、父と別居してから 4 年以上単独で長男の監護に当たってきたものであり、母による監護が子の利益の観点から相当なものでないことの疎明がない。

1 本件評釈としては、田中寛明「判解」曹時 70 卷 11 号 233 頁(2018 年)、田中寛明「判解」ジュリ 1521 号 107 頁(2018 年)、吉田健司「判批」会報(公証人会)平成 30 年 2 月号 17 頁(2018 年)、常岡史子「判批」新・判例解説 Watch 115 頁(2018 年)、岡田洋一「判批」新・判例解説 Watch 155 頁(2018 年)、秋山靖浩「判批」法教 453 号 139 頁(2018 年)、梅澤彩「判批」道垣内弘人=松原正明編『家事法の理論・実務・判例(2)』(勁草書房、2018 年) 164 頁、遠藤隆幸「判批」月報司法書士 561 号 36 頁(2018 年)、羽生香織「判批」民商 154 卷 5 号 1036 頁(2018 年)、松浦聖子「判批」法セ 64 卷 1 号 126 頁(2019 年)、合田篤子「判批」リマークス 58 号 50 頁(2019 年)等がある。

- (ii) 母が、父を相手方として、長男の親権者の変更を求める調停を申し立てており、もし長男が父に引き渡された後に、その親権者を母に変更され、母に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。
- (iii) 子の監護に関する処分は、子の福祉に対する配慮が図られた手続であるが、原告が、これによらずに、親権に基づく妨害排除請求として子の引渡しを求める合理的な理由があることは伺われない。

本件最高裁決定は、実体法の観点からは、親権の行使が濫用となる場合を例示した意味があるが、手続法の観点からは、離婚した父母間で民事訴訟手続により子の引渡しを請求できるかについて、限定的にこれを肯定した意味がある。この点について本件原々審および原審は、本件事案は子の監護に関する処分の審判事件であって民事訴訟手続によることはできないとの立場をとったが、最高裁はこれを覆して民事訴訟を認めたものである。

それでは、原々審・原審と最高裁とで結論が分かれた理由はいかなるところにあるのだろうか、以下において簡単に考察してみたい。

[2] 事案

(1) 事実

2010年9月、X（父・1961年生）とY（母・1989年生）は、その間に長男Aをもうけ、婚姻届を提出したが、Yは2013年2月にAを連れて別居しそれ以降単独でAを監護している。2016年3月、XYはAの親権者をXと定めて協議離婚をした。なお、これに関して、①YがXをAの親権者と認めて一切争わないこと、②2017年3月31日まではYがAを監護すること、③その後の監護についてはXの別途の承認が必要であること、の記載された2016年4月2日付けの「誓約書」が存在する。2016年5月18日頃、Yは、Xを被告として、協議離婚届出をする際に親権者をXと指定する協議が無効であることの確認を求める訴訟を那覇家庭裁判所に提起し、「誓約書」の錯誤無効または詐欺取消しを主張したが、同年9月23日に訴えを取り下げた。同年12月8日頃、Yは、現在自分がAと同居して養育しており親権者を変更しないと不

便であること、そもそも親権者の指定したい十分な協議もなしにほとんど監護をしてこなかったXの希望により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、親権者の変更を求める調停を東京家庭裁判所に申し立てた。2017年4月11日、Xは、Y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、Aの仮の引渡しを求める仮処分命令の申立て（本件申立て）を那覇地方裁判所に行った。

原々審（那覇地決平成29・4・26）は、本件申立ての本案は、家事事件である子の監護に関する処分の審判事件であり、民事訴訟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、として申立てを却下した²。Xは即時抗告をしたが、原審（福岡高那覇支決平成29・6・6）も同様の理由により抗告を棄却した³。Xが許可抗告の申立てをし、原審がこれを許可した。

-
- 2 那覇地決平成29・4・26民集71巻10号1809頁（「2 ところで、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渡請求は、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766条2項、3項、家事事件手続法39条、別表第2第3項）。そして、上記請求を家事審判事項とし、家事審判の手続において、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、子の年齢および発達の程度に応じて、その意思を考慮しなければならないこと（家事事件手続法65条）などを定め、もって家庭の平和と健全な親族共同生活の維持を図ることとした家事事件手続法の趣旨に照らすと、離婚後の親権者である親が、非親権者である親に対し、親権に基づく妨害排除請求として、通常の民事訴訟の手続によって子の引渡しを請求することは、認められていないと解すべきである（宮崎地裁都城支判昭和35・9・29家月12巻11号136頁。最判昭和42・2・17民集21巻1号133頁参照。）」。
- 3 福岡高那覇支決平成29・6・6民集71巻10号1811頁（「（2）以上の認定事実には照らせば、長男の親権者をXと定めた上で協議離婚がされているものの、実際には親権者で父であるXと別居後長男を監護してきた母であるYとの間で、長男の監護に関し、いずれが長男の監護をするにふさわしいかをめぐる紛争が存在する状況にあることができる。しかも、Yから親権者の変更の調停の申立てがされていることや、別居後現在に至るまでYが長男の監護を行っていることに照らしても、本件において長男をXに引き渡すべきか否かの判断を行うに当たっては、父又は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を加えることが必要不可欠であり、かつその判断は上記の親権者変更の調停の審理の経過及び結果をも踏まえてされることが望ましいものである。そうすると、本件の本案については、子の監護に関する処分（民法766条2項、3項、家事事件手続法39条、別表第2第3項）として、家事審判事項に該当するというべきである。そうである以上、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あるというほかない（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105条、157条1項3号）によるべきである。）」。

(2) 最高裁決定

最高裁は、原々審・原審と異なり、離婚後に親権者とされた一方の親が法律上監護権を有しない他方の親に対して、民事訴訟手続により子の引渡しを求めることができるとしながらも、本件決定が判示する事情の下では、民事訴訟手続による子の引渡請求は親権濫用となり許されないとし、抗告を棄却した（木内道祥裁判官の補足意見がある⁴）。

4 木内道祥裁判官の補足意見

「親権は、子の監護及び教育をする権利であると同時に義務であって、子の利益のために行使されるべきものである（民法820条）。所有権が対象に対する排他的支配権であって、権利であるが故にその行使を妨害されないという妨害排除請求権が認められるのは異なり、単に親権者であることからその親権の行使が認められるのではなく、その行使が子の利益のためにするものであってはじめて権利の行使として許容される。親権の行使が『子の利益を害するとき』は民法834条の2による親権の停止の事由となり、親権そのものが停止されるに至るのであるから、親権を行使する個々の場面でも、子の利益を害するものが許されないことはいうまでもない。

父と母のいずれが子を監護することが適切かを子の利益を基準として定め、適切な者への子の引渡しを求める手続としては、家庭裁判所の子の監護に関する処分及びそれを前提とする保全処分という手続がある。この手続においては、子が15歳以上であれば必ずその陳述が聴取され（家事事件手続法152条2項、157条2項）、子が15歳未満であっても、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って子の意思の把握がはかられ、子の年齢及び発達の程度に応じて、その意思が考慮されなければならないのであり（同法65条）、実務上、ほとんどの場合に、家庭裁判所調査官が関与し、子の意思の把握に大きな役割を果たしている。更に、子に意思能力があれば、裁判所は職権で子を利害関係人として手続に参加させることができ、子の手続代理人として弁護士を選任するなどして子の意思を手続に反映させることも可能である（同法42条3項、23条2項）。このように、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がその職責とされているのである。

これに対し、民事訴訟の手続による親権に基づく子の引渡請求の本案訴訟及びそれを本案とする民事保全処分においては、権利の存否及び保全の必要性について、専ら、当事者（本件でいえば、子の父と母）が裁判所に対して主張と証拠の提出を行わなければならない、裁判所が子の利益のために後見的役割を果たすことは予定されておらず、そのための道具立ては用意されていない。

父と母の間における子の引渡請求という紛争においては、子の利益という観点から、また、当事者の負担及び手続の実効性の観点からも、家庭裁判所における手続こそが本来的なものとして設けられているのである。

本件では、現在7歳となる子は、平成25年2月の別居以来、4年以上、母が単独で監護に当たっており（少なくとも本年3月末までは）母による監護について抗告人である父があらかじめ同意しており、その監護態様に異議が述べられたことがあると

「4 しかしながら、離婚した父母のうち子の親権者と定められた一方は、民事訴訟の手續により、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渡しを求めることができると解される（最判昭和35・3・15民集14巻3号430頁、最判昭和45・5・22判時599号29頁）。

もっとも、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820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。

本件においては、長男が7歳であり、母は、Xと別居してから4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ことの疎明はない。そして、母は、X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X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、X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申立てをすることができるものと解され、上記申立てに係る手續においては、子の福祉に対する配慮が図られているところ（家事事件手続法65条等）、X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。

は認められない。本件の申立てにおいても、母による監護が子にとって不相当であるという疎明はされていない。すると、そのような監護状態にある子を主たる監護者である母から引き離してXに引き渡すことは、Xが親権者であるとはいえ、子の利益を害するおそれがあるというべきである。

Xが家庭裁判所における子の監護に関する処分としての子の引渡しを求めるのであれば、子の利益を害するおそれについて十分な審理を行った上で家庭裁判所の認定・判断が期待できるが、Xは、あえてその方法によることなく、民事訴訟の手續による親権に基づく子の引渡請求を本案とする民事保全処分としての子の引渡しを求めているのであり、そのことから、Xへの子の引渡しが生ずるおそれがあることを否定する事由を見いだすことはできない。

このようなXの親権に基づく母に対する子の引渡請求は、子の利益のためにするものということではできず、権利の濫用として許されないものである。」

そうすると、上記の事情の下においては、X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、権利の濫用に当たるといふべきである。」

[3] 検討

(1) 親権者（監護者）が子の引渡しを求める方法

親が子の引渡しを求める手続としては、①民事訴訟手続、②家事審判手続、③人身保護手続がある。戦前は、子の引渡しを請求する手段が民事訴訟手続しかかったが、戦後、家事審判手続と人身保護手続が新たに導入された。もともと当初、家事審判手続は審判前の仮処分⁵に執行力がないためにあまり利用されず、人身保護手続が多用され、民事訴訟手続の利用は減少した。その後、審判前の仮処分⁶に執行力が認められ、また判例法により人身保護手続の利用に制限が加えられた後は⁵、家事審判手続の利用が急増し、今日に至っている⁶。

(a) 民事訴訟による子の引渡請求

親権者（監護者）は、他者が子を抑留し親権者（監護者）による監護教育を違法に妨害するときには、その妨害排除として子の引渡しを請求できる⁷。こ

5 最判平成 5 年 10 月 19 日民集 47 卷 8 号 5099 頁（別居中の夫婦（共同親権者）の一方から他方へ人身保護請求がなされた事案において、「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」（人身保護規則 4 条）というためには、「監護が子の福祉に反することが明白であること」が必要である、と判示した。）。

6 島津一郎＝阿部徹編『新版注釈民法(22) 親族(2)』（有斐閣、2008 年）128 頁〔梶村太一〕、梶村太市「子の引渡請求の裁判管轄と執行方法」司法研修所論集 1997 年 2 号 313 頁（1997 年）等参照。

7 親権者とは別に監護者がいる場合には、親権のうち身上監護権が監護者に移転しているものと解されるので、子の引渡請求権を行使できるのは親権者ではなく監護者であるということになる。

もともと、誰が誰に対して引渡しを求めるかで、利用できる手続が異なる（一般的に、『新版注釈民法(22) 親族(2)』・前掲注 6）130 頁〔梶村〕を参照）。まず、共同親権に服する子について一方の親が他方の親に子の引渡しを請求する場合は、民事訴訟手続によることができず（相手方も親権を有するため）、家事審判手続による（東京高決昭和 49・6・19 判時 747 号 59 頁）。他方、親権者（監護者）が親でない第三者に対して引渡請求する場合は、民事訴訟手続によることができる（最判昭和 35・3・

れを認める明文規定はないが、判例・通説は古くから、民事訴訟を通じて、親権（監護権）に基づく妨害排除請求として子の引渡しを求めることができること解してきた。また親権者（監護者）は、暫定的な引渡しを実現するために、上記の民事訴訟を本案とする仮処分¹⁵の申立てをすることができる（民事保全法23条2項）。

この訴えの請求原因事実は、①親権者の監護教育権が第三者によって妨害されていることであり、抗弁事実は、②子の自由意思による居住であること、③引渡請求が権利の濫用であること、等である。このような構造から、この手続には、以下のような難点があるとされる。

- (i) 請求の当否の判断をする際に、子の養育環境に関する具体的事情を考慮できないから、結果的に子の福祉に反する結論に至るおそれがある。
- (ii) 親権者変更や監護者指定の申立てがなされている場合にこの訴えを許すと、審理の重複や結論の食い違いが生ずるおそれがあり、とりわけ請求認容判決に基づいて引渡執行がなされ子の監護環境が変更された後に、子の親権者が変更されまたは親権者以外の者が監護者に指定されることになれば、再び子の監護環境の変更を余儀なくされ、子の利益が著しく害される結果となる。

このような難点もあってか、実務では家事審判手続が本則的な手続であると理解されており、民事訴訟手続はほとんど利用されていないようである⁸。

(b) 家事審判手続による子の引渡請求

家庭裁判所は、監護をすべき者、面接交渉、監護費用の分担等の「子の監護について必要な事項」について、父母間に協議が整わない場合には、これを定めることができ（民法766条3項）、その審判をする際には、当事者に対して、

15 民集14巻3号430頁、最判昭和38・9・17民集17巻8号968頁）。そして、離婚後に親権（監護権）を有する親が法律上の監護権を有しない親に対して民事訴訟手続により子の引渡しを求めることができるかについては、本件決定を含む判例がこれを認めている（本件決定のほか、最判昭和45・5・22判時599号29頁）。

8 二宮周平編『新注釈民法(17)親族(1)』（有斐閣、2017年）345頁〔棚村政行〕、梅澤・前掲注1）169頁、遠藤・前掲注1）43頁。

子の引渡しを命ずることができる（家事法 154 条 3 項）。また親権者の指定・変更の審判においても、子の引き渡しを命ずることができる（同法 171 条）。そして学説および裁判例は、監護者の指定等の子の監護に関する処分の審判を求めず、ただ子の引渡しを命ずる審判のみを求めることもできると解している⁹。また親は、離婚時ではなく、離婚前の別居段階あるいは離婚後にも、子の監護のための処分の申立てをすることができる¹⁰と解されている¹⁰。

家庭裁判所は、子の監護に関する処分の審判又は調停の申立てがあったとき、強制執行を保全し、又は子その他の利害関係人の急迫の危険を防止するため必要があれば、申立てにより、仮差押え、仮処分その他の必要な保全処分を命ずることができる（同法 157 条 1 項 3 号）¹¹。

9 能見善久＝加藤新太郎編『論点体系 判例民法 (10) 親族』（第一法規、2019 年）155 頁 [宮崎幹朗]、田中「判解」ジュリ・前掲注 1）108 頁。

10 『論点体系』・前掲注 9）154-155 頁 [宮崎]。

11 この保全処分の制度は、家事審判の対象となる事件が関係人の日常生活にきわめて密接な関係を有しており、一般の民事手続に比して簡易迅速な処理が要請されていることから、審判手続終了までの保全的措置として、審判を妨害するような行為を阻止し、また当事者等の事件の関係人に生じた生活上の危険状態を排除するために設けられている（斎藤秀夫＝菊池信男編『注解家事審判法 [改訂版]』（青林書院、1987 年）641 頁 [安倍嘉人]）。この保全処分を発するためには、本案が認容される蓋然性の疎明のほか、強制執行を保全し又は子その他の利害関係人の急迫の危険を防止するため必要であることの疎明が必要である（家事法 157 条 1 項 3 号・106 条 2 項・115 条、民事保全法 23 条 2 項）（保全の必要性につき、厳格な基準を示す裁判例として、東京高決平成 28・6・10 家判 12 号 91 頁、東京高決平成 24・10・18 判時 2164 号 55 頁等がある。）。この保全処分についても子の利益を中心に判断される（羽生・前掲注 1）144 頁）。例えば、ある裁判例は、「審判前の保全処分として未成年者の引渡しを命じる場合には、監護者が未成年者を監護するに至った原因が強制的な奪取又はそれに準じたものであるかどうか、虐待の防止、生育環境の急激な悪化の回避、その他の未成年者の福祉のために未成年者の引渡しを命じる必要があるかどうか、及び本案の審判の確定を待つことによって未成年者の福祉に反する事態を招くおそれがあるといえるかどうかについて審査し、これらの事情と未成年者をめぐるその他の事情とを総合的に検討した上で、審判前の保全処分により未成年者について引渡しの強制執行がされてもやむを得ないと考えられるような必要性があることを要する」と判示している（上掲・東京高決平成 24・10・18）。家庭裁判所は、職権で事実の調査と証拠調べをすることができるほか（家事法 106 条 3 項）、子が 15 歳以上のときは必ず

家庭裁判所は、「子の監護について必要な事項」を定める際には、「子の利益を最も優先して考慮しなければならない。」（同条 1 項参照）。どのような措置が子の利益に適うかは、「従前の監護状況、現在の監護状況や父母の監護能力（健康状態、経済状況、居住・教育環境、監護意欲や子への愛情の程度、監護補助者による援助の可能性等）、子の年齢、心身の発育状況、従来への環境への適応状況、環境の変化への適応性、父又は母との親和性、子の意思等、父母の事情や子の事情を実質的に比較衡量して」決せられる¹²。その判断のために家庭裁判所は、家庭裁判所調査官や裁判所技官などの科学的調査機構を活用し（同法 258 条・58 条 1 項・60 条 1 項）、明らかとなった父母や子の諸事情を考慮でき、また子の陳述の聴取、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て、その意思を考慮しなければならない（同法 65 条。子が 15 歳以上の場合には、子の陳述を聴取しなければならない。同法 152 条 2 項・157 条 2 項）。

家事審判手続を利用する利点は、民事訴訟手続による場合の欠点の裏返しとなるが、以下のようなものである。

- (i) 子の陳述聴取、家庭裁判所調査官による調査その他適切な方法により、子の意思を把握するように努め、審判をするにあたり、子の年齢及び発達の程度に応じて、その意思を尊重しなければならない旨の規定（同法 65 条）がある家事事件手続法に基づき審理が行われ、子の利益を最大の考慮事情として、その結論に直接反映することができる。
- (ii) 親権者変更や監護者指定の申立てがされ、これらの事件が係属している場合、子の引渡しの審判ないし調停事件をその係属する家庭裁判所に移送しこれらの事件と併合すること（同法 35 条 1 項）で審理の重複や結論の食い違いを防止できる。

以上のように家事審判手続は、子の利益を反映した家事事件の処理を可能化

子の陳述を聴かなければならない（同法 157 条 2 項）。この保全処分は、確定を待たず、発令すると同時に執行することができる（同法 109 条 2 項）。

12 東京家事事件研究会編『家事事件・人事訴訟事件の実務』（法曹会、2015 年）234 頁〔石垣智子＝重高啓〕。

するための、様々な制度と人的設備を用意しており、子の引渡しを求める場合には、この手続によることがほとんどである。

(c) 人身保護手続による子の引渡請求

人身保護法は、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る（人身保護法 1 条参照）。「何人も」「法律上正当な手続によらないで、身体を拘束されている者」の救済を請求できる（同法 2 条）。つまり、請求者・拘束者・被拘束者に制限がない。同法は、英米法のヘイビラス・コーパス（habeas corpus）の制度に倣い戦後導入されたもので、当初は刑事事件での活用が予想されていたが、実際には刑事面では活用されず、子の引渡請求などに利用されてきた¹³。

子の引渡しとの関連で注目すべきは、手続の迅速性と実効性であろう。裁判所は請求について「速かに裁判しなければなら」ず（同法 6 条）、他の事件に優先して審理・裁判される（人身保護規則 11 条）。事実の立証は疎明で足りる（同法 5 条・15 条）。裁判所は、審問期日に当事者を召還するとともに、拘束者には被拘束者を特定の場所に出頭させるよう命じるが（同法 12 条 2 項）、拘束者が命令に従わないときは、命令に従うまで、拘束者を勾留しまたは過料を科することができる（同法 18 条）。また、拘束者が被拘束者を移動・蔵匿・隠避等し救済を妨げる行為をしたり、虚偽の答弁をしたときには、2 年以下の懲役又は 5 万円以下の罰金に処することができる（同法 26 条）。もっとも、刑事罰を科するためには別途刑事裁判手続が必要であり、また命令違反があっても当然に制裁が科されるわけでもない。また、被拘束者の釈放を命ずる判決には執行力がない。

人身保護請求が認められるためには、①被拘束者の拘束者による拘束があること、②拘束が違法であること（同法 2 条 1 項）、③その違法性が顕著であること（同規則 4 条本文）、④他の救済の目的を達する適当な手段がないこと（同規則 4 条但書）が必要である。最も問題となるのが顕著な違法性の存在であるが、これにつき判例は当初、親権や監護権の有無ではなく、拘束状態が子の

13 田中英夫「人身保護手続」鈴木忠一＝三ヶ月章監修『新・実務民事訴訟講座 (8) 非訟・家事・人事事件』（日本評論社、1981 年）415 頁以下参照。

幸福に適うかどうかを基準に判断すべきものと解した¹⁴。しかしその後、基準を一部修正し、夫婦の一方が他方に対して共同親権に服する子の引渡しを請求する場合には、原則として顕著な違法性は認められないから、顕著な違法性があるというためには、その監護が子の幸福に反することが明白であることが必要であるとした¹⁵。現在、人身保護手続を利用できる場合はかなり限定され¹⁶、子の引渡しを命ずる司法判断があるのにこれに従っていない場合や、拘束者の子に対する処遇が親権行使の観点から見て容認できない場合など、限定された場合に限りこの手続を利用することができる。

（２）民事訴訟によることの意義

以上の手続を比較すると、家事審判手続は子の利益を十分に反映できる手続設計となっており、民事訴訟手続はそうであるとはいえない（そして、人身保護手続は非常の場合の手続である。）。子の引渡しの是非を判断する場合、最も重視されるべきは子の利益であるから、子の引渡しに関する事件は、原則的に家事審判手続によるべきであり¹⁷、民事訴訟手続による解決を求めることは一

14 最判昭和43・7・4民集22巻7号1441頁。

15 最判平成5・10・19民集47巻8号5099頁。

16 例えば、拘束者に引渡しを命じる仮処分・審判が出されたのにこれに従わない場合や、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十分な義務教育を受けることができない場合（最判平成6・4・26民集48巻3号992頁）、また離婚調停での夫婦間の合意に基づく子との面会交流の機会に子を強引に連れ去った場合（最判平成11・4・26家月51巻10号109頁）、ハーグ条約実施法の返還決定に従わず拘束を続けている場合（最判平成30・3・15民集72巻1号17頁）には、子の幸福に反することが明白であるとされている。

17 本件・木内道祥裁判官の補足意見のほか、松川正毅＝窪田充見編『新基本法コンメンタール 親族』（日本評論社、2015年）80頁〔許末恵〕、梅澤・前掲注1）172-173頁、田中「判解」曹時・前掲注1）243頁、『新版注釈民法（22）親族（2）』・前掲注6）129頁〔梶村〕など。

また本件と同様に、離婚後に親権者が非親権者に子の引渡し請求をする場合には、同時に非親権者側から親権者変更・監護者指定の審判・調停が求められることが多く、両方とも審判手続で審理される場合には、両手続を併合することができるため（家事法35条1項）、抜本的な解決を図ることができる、という利点もある。岡田・前掲注1）157頁。

一般的に合理的ではないだろう。このような考慮から、子の引渡しを求めるためには、民事訴訟手続は利用できず、もっぱら家事審判手続によらねばならない、と解する説もある¹⁸。同説は、(i) 親同士の間では、親権者・監護者の有する引渡請求権は抽象的なものであり、具体的には当事者間の協議または家庭裁判所の審判・調停により子の監護に関する処分として形成されるべきである、(ii) 民事訴訟手続では、公開法廷で当事者主義的に要件事実を主張・立証するという手続構造をとっており、子の利益は中心的なテーマとはならないし(それに合致しない場合には権利の濫用になるという形で間接的・付随的に考慮されるにとどまる)、また地方裁判所は、家庭裁判所のような科学的調査機構を持っていないから、子の利益に関する事実・証拠を収集するのが困難である。従って、子の引渡しに関する事件は、もっぱら家事審判手続により審理・裁判すると解することは、家事審判制度創設の精神に適い、民法766条の解釈としても可能である、と説く¹⁹。

18 『新版注釈民法(22)親族(2)』(前掲注6)129頁[梶村]、瀬木比呂志『民事保全法[新訂版]』(日本評論社、2014年)28-29頁、福島恵子「子供の引渡しを求める仮処分」判タ1078号187頁(2002年)。沼邊愛一「子の引渡しに関する家裁の審判権」沼邊愛一ほか編『家事審判事件の研究(1)』(一粒社、1988年)237-238頁、田中加藤男「身分法研究」ジュリ290号75頁(1964年)もその趣旨か。

19 田中「判解」曹時・前掲注1)239-240頁参照。なお、本件の原々決定は、離婚後に父母間で子の引渡しを請求する事案は、専ら家事審判手続で解決されるべきであるとしたのであるが、先例として④宮崎地都城支判昭和35年9月29日家月12巻11号136頁を挙げている。

④宮崎地都城支判昭和35年9月29日家月12巻11号136頁

[事実] X(母)とY(父)は、1960年6月10日の判決確定により離婚し、子A(1958年2月1日出生)の親権者はXと定められた。そこでXは、Yに対してAの引渡しを請求したが、Yが応じないので本件訴訟を提起した。

[判旨] 訴え却下 「(2) 一方ひるがえつて、家庭裁判所乙類審判事件の性質を考えると、法はこの種紛争事件が、訴訟により一刀両断的劃一的に解決されることを不適当とし、その法律関係を、合目的的に具体的妥当性をもつた解決に導かれることを理念としていることが判る。従つて、この事件を処理する家庭裁判所は、広汎な自由裁量権を行使して、具体的妥当な法律関係を形成することを使命としている。

(3) 子の監護の問題は、前述のとおり、子の利益のため臨機な措置を必要とし、又それは、単に民法上の権利者を確定するというより、具体的に誰が親権者となり、或は監護権者となるのが適当か、子の監護のためどのような方法をとるのが、相当かというように、子の利益を規準に自由裁量により決すべき面が多いわけで、法が、広く子の監護に関する処分

しかし、このような問題状況にもかかわらず、本件最高裁は、限定付ながらも、家事審判手続によることなく、民事訴訟を通じて子の引渡しを請求できると判示した。その理由は何か。本決定の文言からははっきりしないが、以下のような要因が考えられよう。

（親権の権利性） 第一に、親権者による妨害排除請求が、親権の一内容である請求権として認められる以上は、民事訴訟を通じた行使を許さざるを得ない、という理由が考えられる²⁰。家庭裁判所が審判手続において子の引渡しを命じた場合、命じられた者の引渡義務はこの命令により形成された義務であり、親権に基づく妨害排除請求権に対応する義務そのものではない。従って、民事訴訟手続による行使を認めなければ、裁判上行使する機会がなくなる。実際、過去の判例も、民事訴訟を通じた親権に基づく妨害排除請求権の行使を認めてきた。例えば、本件最高裁決定も引用する、①最判昭和35年3月15日、②最判昭和38年9月17日、③最判昭和45年5月22日²¹などである。これら

をも家庭裁判所の乙類審判事件に含ませた趣旨は、ここにあるといえる。これをうけて家事審判規則第53条は、家庭裁判所が子の監護について相当な処分を命ずる審判をするときは、子の引渡又は扶養料その他の財産上の給付を命ずることができるとしている。

（4）そのうえ、人事訴訟手続法第15条は、離婚の訴において、裁判所は、子の監護について必要な事項を定めて、子の引渡を判決主文に掲げて命ずることができると規定しているから、同条から、離婚の訴に附随して子の引渡を請求することは可能であるが、これに反し、このような場合離婚の訴と切り離して独立に子の引渡を訴求することは許されない趣旨であることが窺知できる。そこで、この点からしても、本件のような監護のための子の引渡を求めるとは訴訟によるのではなく、家庭裁判所の調停又は審判による道を拓く必要がある。

（5）従つて、本件の子の監護のための引渡も家庭裁判所乙類審判事件に属させ、同裁判所で、子の利益を規準に自由裁量によつて具体的妥当な法律関係を形成し、それに伴い子の引渡を命ずる方法しか許されていないことに帰着する。」

20 田中「判解」ジュリ・前掲注1）110頁、梅澤・前掲注1）173頁、羽生・前掲注1）154頁、合田・前掲注1）52頁。

21 ①最判昭和35年3月15日民集14巻3号430頁

〔事実〕X（母）とB（父）は、1947年に婚姻し、子A（1947年5月出生）をもうけたが、Xの養母との折り合いが悪く夫婦の円満を欠いたため、1949年8月に、XはAの監護をBに任せて別居するに至った。その後、X B間で離婚手続がなされないまま、1950年1月にBが死亡した。Bの死後、AはBの弟であるYのもとで養育された。同年2月にXがAの引渡し等を求める調停を家庭裁判所に申し立てたが、その後これを取り下げた。その後、Xは、Yに対して、親権に基づく子Bの引渡しを求め訴えを提起した。原々審は請求を棄却したが、原審は原判決を取り消し、YにAの

の三つの判例は、民事訴訟手続と家事審判手続の関係を論じたものではないが、幼児の近親者等が養育している場合に、家事審判手続を経ずに親権者が子連れ

引渡しを命ずる判決をした。Yが上告。

〔判旨〕上告棄却 「Xの本件請求は、Xの親権に服する子Aに対し、Xがその親権を行使するにつき、Yの妨害の排除を求むるに在ること明かである。……Aは昭和22年5月10日生であり、父B死亡直後、XがYに対し、右Aの引渡しを求むる調停を申立てた昭和25年2月14日には、いまだ3才に満たない幼児であり、Yはその頃より引続き右Aを手許におき、或は実姉Eに託して養育を続けて来たとのことであるから、Y或はその実姉E方に留つたことが、右Aの自由意思に基いたものとは、到底解し得ない。」また、「本件請求は、右Aに対し、民法821条に基く居所指定権により、その居所を定めることを求めるものではなくして、Xが同人に対する親権を行使するにつき、これを妨害することの排除を、Yに対し求めるものであること、多言を要しない所である。したがつて、本件請求を認容する判決によつて、Xの親権行使に対する妨害が排除せられるとしても、右Aに対し、Xの支配下に入ることを強制し得るものではない。それは、同人が自ら居所を定める意思能力を有すると否とに關係のない事項であつて、憲法22条所定の居住移転の自由とも亦何等關係がない。」

②最判昭和38年9月17日民集17巻8号968頁

〔事実〕X(母)は、1952年頃からB(父。他者と婚姻済み)と同棲を始め、Bとの間に子A(1956年1月出生)をもうけてその親権者となった。1959年4月にBが死亡したので、Aをつれて実兄Cの元に身を寄せた。ところがCは、Xが就職口を探しに1ヶ月ほど出かけている間に、Xに無断で子Aを父Bの兄Dに預け、さらにDは養子を欲していたYに預けた。Xは、1959年7月にYを相手方として調停の申立てをしたが不調に終わったため、Aの引渡しを求める訴えを提起した。原々審および原審はXの請求を認容した。Yが上告。〔判旨〕上告棄却 「本件請求は、XがAに対する親権を行使するにつき、これを妨害することの排除を、Yに対し求めるものであつて、本件請求を認容する判決によつて、Xの親権行使に対する妨害が排除せられるとしても、Aに対しXの支配下に入ることを強制し得るものではなく、これはAが自ら居所を定める意思能力を有すると否とに關係のない事項であつて、憲法13条の個人の尊重とも何ら關係のないものである。また原判決は右判決の強制執行の方法として民訴730条の動産引渡請求権の執行方法によるべき旨を判示しているわけではなく、そのような強制執行があつたわけでもない。所論は、いずれもその前提を欠き採るを得ない。」

③最判昭和45年5月22日判時599号29頁

〔事実〕X(母)とY₁(父)は、1964年12月に婚姻し、子A(1964年11月出生)をもうけたが、1967年9月14日に調停により離婚し、親権者をXと定めた。ところで子Aは、1年6か月にすぎない頃から、父Y₁の監護の下でY₁の妹夫婦Y₂・Y₃に養育されていた。Xは、子Aの引渡しを求めたがY₁・Y₂・Y₃が応じないので、3人に対してAの引渡し等を求める訴えを提起した。原々審および原審は請求を認容した。Yらが上告。〔判旨〕上告棄却 「Aが自分の自由意思に基づいてYらのもとにいる等特段の事情のなにかぎり、XがAに対する親権者として監護養育の職分を完遂するためAの引渡請求権を有することは、当裁判所の判例(最判昭和35・3・15)に照らして明らかであり、そして、右特段の事情を認めることができないとした原審の判断は是認することができる。」

れ出すことを容認している。とりわけ③判決は、離婚後の母から父に対する子の引渡請求を認めている²²。このことから、判例は従来から、離婚後に親権者となった親が監護権のない他方の親に対して民事訴訟手続により子の引渡しを請求することを認めていたといえ²³、本件決定は、それに従ったものと見ることができる。

（訴訟と非訟に関する理論） 第二に、裁判を受ける権利との兼ね合いが考えられる²⁴。判例によれば、当事者間に実体的権利についての争いがあるときにその権利義務の存否を確定する裁判は性質上純然たる訴訟事件であって、公開の対審及び判決による裁判を保障しなければならないが（憲法 32 条・82 条）、実体的権利義務の存在を前提として、裁判所が後見的立場から、裁量権を行使してその具体的内容を形成する裁判は本質的に非訟の裁判であり、公開の対審及び判決によって行うことを要しない²⁵。

とりわけ夫婦の同居の審判の合憲性が問われた事件において、最高裁が以下のように説いている点が注目される。

「家事審判法 9 条 1 項乙類は、夫婦の同居その他夫婦間の協力扶助に関する事件を婚姻費用の分担、財産分与、扶養、遺産分割等の事件と共に、審判事項として審判手続により審判の形式を以て裁判すべき旨規定している。その趣旨とするところは、夫婦同居の義務その他前記の親族法、相続法上の権利義務は、多分に倫理的、道義的な要素を含む身分関係のものであるから、一般訴訟事件の如く当事者の対立抗争の形式による弁論主義によることを避け、先ず当事者の協議により解決せしめるため調停を試み、調停不成立の場合に審判手続に移し、非公開にて審理を進め、職権を

22 もっとも、昭和 45 年当時は審判前の保全処分に執行力がなかったため、民事訴訟手続が選択されたのであろうが、審判前の保全処分に執行力が認められた昭和 55 年以降の状況とは異なる、との指摘がある。羽生・前掲注 1）150 頁。

23 田中「判解」曹時・前掲注 1）241 頁、同「判解」ジュリ・前掲注 1）109 頁。

24 岡田・前掲注 1）158 頁、遠藤・前掲注 1）44 頁、羽生・前掲注 1）154 頁。

25 最大決昭和 35・7・6 民集 14 巻 9 号 1657 頁、最大決昭和 40・6・30 民集 49 巻 4 号 1089 頁、最大決昭和 40・6・30 民集 49 巻 4 号 1114 頁等、ほぼ確立した判例理論である。

以て事実の探知及び必要な証拠調を行わしめるなど、訴訟事件に比し簡易迅速に処理せしめることとし、更に決定の一種である審判の形式により裁判せしめることが、かかる身分関係の事件の処理としてふさわしいと考えたものであると解する。しかし、前記同居義務等は多分に倫理的、道義的な要素を含むとはいえ、法律上の実体的権利義務であることは否定できないところであるから、かかる権利義務自体を終局的に確定するには公開の法廷における対審及び判決によつて為すべきものと解せられる（旧人事訴訟手続法〔家事審判法施行法による改正前のもの〕1条1項参照）。……審判確定後は、審判の形成的効力については争いえないところであるが、その前提たる同居義務等自体については公開の法廷における対審及び判決を求める途が閉ざされているわけではない。従つて、同法の審判に関する規定は何ら憲法82条、32条に牴触するものとはいひ難く、また、これに従つて為した原決定にも違憲の廉はない。」（下線筆者）²⁶

そもそも、夫婦であれば同居義務があることは明らかであつて（民法752条）、同居義務の具体的内容の形成と離れて権利義務の存否それ自体を判決で確定する必要があるかどうか疑わしいにもかかわらず²⁷、最高裁は、公開の口頭弁論を前提とする民事訴訟を通じて、家事審判法9条1項乙類（現在は家事事件手続法39条別表第二）の事件に含まれる権利義務の確定を求めることができる、と判示しているのである。そしてこの理論の下では、審判事件に含まれる権利義務につき裁判の公開と当事者権の厳格な保障のある民事訴訟手続を通じての権利行使が認められる以上、審判手続では合目的な簡易かつ柔軟な審理方法を採用することが許され、そのために当事者権の保障を後退させたとしても裁判を受ける権利の侵害にはならない、とされるのである²⁸。

26 最大決昭和40・6・30民集49巻4号1089頁。

27 同上・最大決昭和40・6・30における田中次郎裁判官の意見。この点の賛否については、本間靖規「判批（最判昭和40・6・30）」『民事訴訟法判例百選〔第5版〕』（2015年）9頁参照。

28 最決平成20・5・8民集49巻4号1089頁は、家事審判手続において抗告のあったことを相手方に知らせることなく相手方に不利益な裁判をしたとしても、憲法32条違反とはならない、との判断を示した。もっとも、このような判例理論に対しては、

本件最高裁が、家事審判手続とは別に民事訴訟手続の利用を認めるという結論を採ったことは、上記のような、裁判を受ける権利を実現すべき民事訴訟手続と、裁判を受ける権利の保障とは切り離された、合目的な裁量権行使により妥当な結論を導く審判手続との、手続二分論を採用する従来の判例理論にとり素直な帰結であると解されよう²⁹。

（権利濫用論）第三に、本件最高裁決定が、民事訴訟手続の利用を認めつつも、親権という権利の特性から権利濫用論を導き出して、それにより民事訴訟手続の利用を大幅に制限できた点が挙げられる。

子の引渡請求権は、親権（又は監護権）に基づく請求権であるとされ、その請求権の内容は、親権者（又は監護権者）による監護教育の実施を妨害する行為の排除である³⁰。そして親権とは、未成年の子を健全な一人前の社会人として育成すべく養育保護する職分であって、そのために親に認められた特殊な法的地位であるとされる³¹。このように親権は、主として子の利益を実現するた

口頭弁論主義、公開主義、双方審尋主義、弁論権・立会権等の当事者権、弁論主義、処分権主義、判決形式による裁判、控訴・上告という二度の不服申立て、などの諸原理・諸制度と結びついた訴訟手続と、公開主義・口頭弁論主義の不採用、職権探知主義、決定形式による裁判、抗告という不服申立て、状況に応じた裁判の取消し・変更という特徴をもつ非訟手続とを、対極的な手続構造として措定して、各種の事案をそのどちらで処理するかを定めるという二者択一的な思考であって、各事件類型に適切な審理方式による裁判を保障していくべきだと批判されている。『注釈民事訴訟法(1)』（有斐閣、1991年）67-70頁〔小島武司〕参照。

29 古い文献であるが、家事審判研究会編『判例家事審判法(1)』（新日本法規、1974年）1339頁〔高木積夫〕がこの理論を示していた。

なお、田中「判解」曹時・前掲注1）245-246頁は、子の引渡請求権について、民事訴訟手続により子の引渡請求をすることができるか否かと、子の監護に関する処分として子の引渡しを求める申立てをすることができるか否かとは、既存の権利の実現を求める給付訴訟と権利義務の形成を求める形成裁判というように次元の異なるものであり、同じ当事者間において形成裁判を求めることができるからといって、直ちに同様の結果を生じさせる給付訴訟を提起することができないものと解することはできない、と説いている。

30 大判大正10・10・29民録27輯1847頁、最判昭和35年3月15日民集14巻3号430頁等参照。

31 於保不二雄＝中川淳編『新版注釈民法(25)〔改訂版〕』（有斐閣、2004年）53-54頁〔明山和夫＝國府剛〕。

めに認められた親の権利であって、子の利益に適うよう行使されなければならないから（民法 820 条・834 条参照）、子の引渡請求権を行使するにあたっては、子の利益を最も効果的に実現する手続を選ばなければならない。従って一般的には、家事審判手続により、専門家の知見を利用して親と子の状況を詳細に調査し、子をどのような環境で育成するのが適切かを総合的に判断して、家庭裁判所が裁量的に当事者間の権利義務の内容を具体的に形成することが望ましく、そのような仕組みのない民事訴訟手続をあえて選択することは、一般的には子の利益に適わず、親権の濫用の行使と評価される。

もっとも、家庭問題は個別性が高いため、当該事案に最適な手続を選択するためには、事案の内容による選別も必要である。本決定も、(i) 子が 7 歳であり、母は父と別居してから 4 年以上単独で子の監護に当たってきたものであり、母による監護が子の利益の観点から相当なものでないことの疎明がない、(ii) 母が、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、(iii) 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渡しを求める合理的な理由を有することは伺われない、という事情を挙げて、親権に基づく妨害排除請求として子の引渡しを求めることは親権の濫用に当たる、と判断している。

このように本件最高裁決定は、従来の訴訟・非訟の理論と整合的な解釈により民事訴訟手続の利用を肯定しながらも、権利濫用論を利用して民事訴訟手続の利用を大きく制限することで、事実上、家事審判手続が原則的な手続であるとの結論を導いており、その点では、具体的妥当性が確保されているといえる。もっとも、この権利濫用論については、いくつかの疑問がありえる。

第一に、権利濫用には、実体法上の親権の行使を権利濫用とみる理論構成と、訴えの提起という訴訟行為を権利濫用とみる理論構成（いわゆる訴権の濫用）³²と

32 個人が訴えを提起して裁判を受けられる関係を、個人の権能とみて訴権という。新堂幸司『民事訴訟法〔第 5 版〕』（弘文堂、2011 年）241 頁、高橋宏志『重点講義民事訴訟法（下）〔第 2 版補正版〕』（有斐閣、2014 年）21 頁、『注釈民事訴訟法（5）』（有斐閣、1998 年）29 頁〔中野貞一郎〕等。この訴権をどう理解するかについては、従来より、抽象的訴権説、具体的訴権説等の対立があり、現在の日本では、本案判決を請求できる権利であると解す本案判決請求権説が多数説であるが、訴権の概念は不要であると説く説もある。訴権の性質論やその意義についての議論はともかく、一般に、

がありえる。本件最高裁決定は、親権者である父が事実上の監護をする母に対して親権に基づく妨害排除請求として子の引渡しを求めることが権利濫用になるとし、本件仮処分の上申立ては却下すべきであると説く。この権利濫用はどちらを意味するものか³³。

この点、本件最高裁決定の使用する文言を見ると、「上記の事情の下においては、X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、権利の濫用に当たるといふべきである。」と言っており、「民事訴訟の手続により」という言葉が入られていないことから、実体法上の権利濫用として理論構成していることが伺える。また、訴権濫用論は、訴えを提起して権利主張をすることじたいを拒絶するという、裁判を受ける権利の保障という観点からはいささかドラスティックな理論であるし、これが問題となる事案においては実体権の濫用があると認められることも多く、あえて訴権の濫用という構成をとる必要はない、との批判もありうる³⁴。さらに、下級審の裁判例の

訴えの提起が濫用と見られる場合を訴権の濫用と呼ぶ習わしがある。高橋・前掲23頁。当事者は、信義に従い誠実に民事訴訟を進行しなければならないから（民訴法2条）、権利の救済や紛争の解決を真摯に望むのではなく、紛争の相手方に不当な圧力を与えるためなどの不当な目的で訴えを提起することは、権利の濫用にあたり許されない。

最高裁の判例にも、権利の濫用を認定して訴えを却下したのものがある（最判昭和53・7・10民集32巻5号888頁）。その事案において、原告Xは、被告Y有限会社の持分をAに譲渡し、その対価を取得したにもかかわらず、その3年後に、右持分譲渡は社員総会において承認されていないと主張して、社員総会決議不存在確認の訴えを提起した。最高裁は、Xは、社員総会決議において社員権譲渡の承認を得る義務をAに負っており、また当時支配的な社員であったXがそれを得るのは容易であったにもかかわらず、3年後にその決議の不存在の確認を求める訴えを提起するというのは、正当な理由なくY社の支配の回復を図る意図であると認められ、甚だしく信義を欠く行為であり、また本請求の認容判決は第三者であるAにも及ぶことに鑑みれば、「本件訴訟提起は訴権の濫用にあたるといふべき」であるとして、訴えを却下した。

- 33 実体関係上のものだと解する場合、親権に基づく妨害排除請求の訴えにおいて権利濫用の抗弁が認められる結果、請求棄却判決を言い渡すことになるか、またはそれを本案とする仮処分手続において、被保全権利の疎明に失敗するため、申立ての却下を招く、ということになる。他方、民事訴訟の提起または仮処分の申立てという訴訟行為がそれ自体が権利濫用となれば、申立てが不適法として却下されることとなる。
- 34 例えば、山本和彦「判批（最判昭和53・7・10）」『民事訴訟法判例百選Ⅰ』（1992年）17頁。

中には訴権の濫用となる要件を説くものがあるが、その要件論によると、本件事案は訴権の濫用に当たらないように思われることも、そのような結論を支持するだろう³⁵。

第二に、本件最高裁決定が挙げた、権利濫用をもたらす複数の事情の関係が明確ではない。すなわち、本件最高裁決定は、親権濫用の該当性につき、(i) 現在の監護の状況、(ii) 親権者変更の可能性と変更が子に与える影響、および (iii) 家事審判手続でなく民事訴訟手続を選択する合理性(「合理的な理由」)、を判断要因として挙げているが、これらはいかなる関係にあるのか。(iii) の民事訴訟手続を選択する合理的な理由としては、家事審判手続でのみ実施できる調査を必要としない場合、例えば家事審判手続により親権者の変更・監護者の指定の可能性がほとんどない場合がそれにあたると考えられる³⁶。そうすると、上記(i)(ii)の要因は、親権者変更・監護者指定の可能性に関する一事情といえるから、(iii)における「合理的な理由」の存否を判断するための要因と位置付けられそうである³⁷。

35 東京地判平成 12・5・30 判時 1719 号 40 頁は、訴権濫用の要件を以下のように示した。すなわち、(i) 訴えの提起において、提訴者が実体的権利の実現ないし紛争の解決を真摯に目的とするのではなく、相手方当事者を被告の立場に立たせることにより訴訟上又は訴訟外において有形、無形の不利益・負担を与えるなど不当な目的を有し、(ii) 提訴者の主張する権利又は法律関係が事実的、法律的根拠を欠き権利保護の必要性が乏しいなど、(iii) 民事訴訟制度の趣旨・目的に照らして著しく相当性を欠き、信義に反すると認められる場合には、訴権濫用となる。そして、その認定のためには、提訴者の意図・目的、提訴に至るまでの経過、法律上または事実上の主張の内容、訴訟追行の態度、訴え提起により相手方に生ずる負担・不利益等を総合的に考慮すべきであるが、訴権は、国民の実体権実現のために保障された重要な権利であって、訴権濫用の認定には慎重でなければならないから、訴権濫用というためにはその権利保障を否定できる程度の不当性が必要である。

このように、提訴者の意図・目的および勝訴可能性が訴権濫用を認定する重要な要因となっていると見られるところ、本件 X は、親権者でありながら別居後 4 年間にわたり子の監護をしておらず、母 Y が親権者の変更を求める調停を申し立てたのに対抗する形で、子の引渡しを求める訴訟を提起している。このような訴え提起は、子の利益を無視した権利行使であるかもしれないが、司法制度を悪用し、不当な目的遂行に裁判所を加担させるものとはまではいえないであろう。

36 梅澤・前掲注 1) 174 頁、遠藤・前掲注 1) 44 頁等。

37 遠藤・前掲注 1) 44 頁もこの理解か。

第三に、家事審判手続でなく民事訴訟手続を選択する「合理的な理由」には、いかなるものがありえるのか。一説によれば、例えば、請求者から相手方に親権者が変更される蓋然性がほとんどないとか、明らかに子の奪取方法が強暴で違法であるなど、子の福祉に対する配慮をしなくても適切な結論を得られる場合には、「合理的な理由」があるとされる³⁸。例えば、子の監護に関する処分がなされた直後に、親権者に指定された親の元から他方の親が子を奪い取った場合には、あらためて調停・審判による権利内容の具体的形成は必要ないから、民事訴訟により子の引渡しを請求したとしても、不合理であるとはいえないかもしれないが、暴力的な奪取がなされた事案については、なお家事審判手続によるのが合理的とはいえないだろうか。

38 田中「判解」曹時・前掲注1）247頁。もっとも、それでも民事訴訟によることが子の利益に適うといえる場合があるのか、疑問視する見解もある。羽生・前掲注1）153頁。

