

子の引渡し請求事件手続の多重化に伴う 子の負担軽減に関する一考察

—— 人身保護請求事件判例（最高裁平成 30 年 3 月 15 日判決）を素材として ——

佐 藤 千 恵

目次

第 1 章 はじめに

第 2 章 手続の多重化要因と課題

第 1 節 複数の手続利用の状況

第 2 節 各手続の概要と課題

第 3 章 子の引渡し請求事件における人身保護手続の役割の変化

第 1 節 人身保護手続併用の理由

第 2 節 判例の変遷に伴う役割の変化

第 3 節 子の意思の評価基準への影響

第 4 章 最近の判例から示唆される人身保護手続の今後の役割と限界

第 1 節 事実関係と裁判所の判断

第 2 節 事件の分析

第 3 節 若干の検討

第 5 章 むすび

第 1 章 はじめに

未成年の子の監護をめぐる父母間の争いは近年増加傾向にある¹。婚姻破綻した父母間における子の奪い合いもその一例である。こうした争いは子の心理的負担を増大させ、子の健全な成長発達を阻害するおそれがある

ため、その解決は、子を実力で奪い返すといった自力救済ではなく司法救済に委ねるほかない。ただし、司法救済が信頼を得られるものでなければ、当事者は自力救済を選ばざるをえない。

司法救済に対する当事者の信頼を高めるためには、子の引渡しを命じる裁判所の判断に従わない親に対し強制執行を用いて司法が子の引渡しを実現する必要がある。

しかし、実際には、執行段階で子の拒絶意思が明確に表明され子の引渡しの実現が困難となる事案が裁判例のなかに散見される²。「児童の権利に関する条約」（以下「児童権利条約」という）が前提とするように、子は独立した主体的人格を有する存在であるから、執行段階で顕在化する子の意思を無視することはできないであろう。特に意思能力のある子の意思は、判定は難しいが裁判手続上も古くから配慮、尊重される傾向にある³。一般に、意思能力とは「自己の境遇を認識し、かつ将来を予測して適切な判断をする」ことができる能力をいう（最判昭和46年2月9日家裁月報23巻9号99頁）。学説・判例においては、10歳を目途にして諸般の事情を考慮し意思能力の存否を決める場合が多いという⁴。そのため、裁判例において、意思能力の有無の判断が難しい10歳前後の子の意思が問題となるケースが多いのも致し方ないであろう。

近年では、このような子の拒絶意思に起因して子の引渡しの強制執行が

-
- 1 最高裁判所事務総局「子の監護に関する処分事件の事件動向について（参考資料2-11）」（家族法制部会第2回令和3年4月27日開催）（<https://www.moj.go.jp/content/001347793.pdf>）参照。
 - 2 次章で取り上げる事件のほか、東京高決平成23年3月23日家裁月報63巻12号92頁、東京高決平成24年6月6日判例時報2152号44頁、最決平成29年12月21日裁判集民257号63頁等。
 - 3 親権者から第三者に対する子の引渡し請求事件であるが、意思能力のある子の自由意思を認め子の引渡し請求を棄却している（大判大正12年11月29日民集2巻642頁（当時17歳）、大判昭和13年3月9日民集17巻378頁（当時13、14歳程度）等）。
 - 4 丹野達「人身保護事件としての子の引渡し請求の実際」家裁月報32巻6号15頁（1980年）、田中英夫「人身保護手続」鈴木忠一・三ヶ月章監修『新民事訴訟法講座8』454頁（日本評論社、1981年）。

不能となる場合に、さらに人身保護手続が利用されることも少なくない。最近の裁判例においても、本来子の引渡し請求を行うための家事審判手続等のほか、追加的に人身保護手続を利用するという手続の多重化事案がいくつかみられる。たとえば、最高裁平成 30 年 3 月 15 日判決（民集 72 卷 1 号 17 頁）も、国際的な子の返還申立て事件に人身保護手続が追加的に用いられた事案のため、その判断が注目された。人身保護手続は、昭和 23 年に制定された人身保護法（昭和 23 年法律第 199 号）に基づき、不当な身柄拘束からの解放を目的として設けられた非常応急的な救済手続である。管轄裁判所は高等裁判所もしくは地方裁判所である（人身保護法 4 条）。迅速な裁判が義務づけられている点（同法 6 条・同規則 11 条）、執行力は認められないものの、人身保護命令に対する勾引や勾留（同法 18 条）、さらに刑事罰等の威嚇（同法 26 条）による強力な実効性を備えている点に特徴がある。実務上では、人身保護命令により拘束者は被拘束者である子を裁判所に出現させなければならないから（同法 12 条 2 項）、当日の判決次第では不意打ち的ではあるがその場で子の釈放がなされることも多い⁵。そのため、請求者は人身保護手続に執行手段の役割を期待しやすい。

これは複数の裁判手続に子が長期的に関与させられることを意味する。子が精神的に疲弊し大きな不利益を被ることが懸念されよう。人身保護手続は、執行手続そのものではない点にも留意しなければならない。人身保護法独自の基準により請求認否の判断がなされるため、他の手続とは異なった結論が導かれる余地もある。10 歳前後の子を対象とする場合には、人身保護手続を利用するまでの時間経過とともにとりわけ子の意思尊重の重要性が高まるように思われる。

子の奪い合いによって犠牲となった子の利益を回復し子の福祉を実現するために司法救済がなされる以上、子に二次的被害が生じうる手続の多重

5 永末秀伸・境博英「人身保護手続—子の引渡しを求める事件を中心として—」新民事執行実務 13 号 175 頁（2015 年）。

化運用は本末転倒であろう。そこで、本稿では、まず第2章で、人身保護手続を利用せざるをえない手続の多重化要因と課題を明らかにしておきたい。次に、第3章では、人身保護手続が手続の多重化に関わるに至った経緯（役割の変化）をたどり、第4章では、前掲最高裁平成30年3月15日判決を素材としながら人身保護手続の今後の役割とその限界について考察する。そのうえで、人身保護手続の利用抑制に結びつく方策として、執行前の判断機関における子の意思尊重の重要性に立ち返り、手続代理人制度の活用も視野に入れた子の意思の把握および評価のあり方について若干の検討を加えたい。

第2章 手続の多重化要因と課題

本章では、子の拒絶意思により子の引渡しが行われなかった裁判例のうち、人身保護手続が追加的に利用された3つの事件、[事件1]（那覇地名護支判平成29年2月20日D1-Law.com判例体系[28250942]を含む）、[事件2]（最決平成31年4月26日裁時1723号3頁⁶を含む）、[事件3]（最判平成30年3月15日民集72巻1号17頁を含む）を取り上げ、手続経過の概略から子の心理的負担の増大に繋がる手続の多重化要因を把握したい。

第1節 複数の手続利用の状況

[事件1] [事件2] は、国内における子の連れ去り事案である。これに対して [事件3] は、米国から日本への国境を越えた子の連れ去り事案である。なお、国際事案においては、日本が平成25年に「国際的な子の奪

6 この判例の評釈として、今津綾子「判批」法学教室467号130頁（2019年）、中村肇「判批」法の支配196号80頁（2019年）、山木戸勇一郎「判批」私法判例リマークス61（下）134頁（2020年）、稲垣朋子「判批」判例評論740号10頁（2020年）、今津綾子「判批」速報判例解説26巻157頁（2020年）、上江州純子「判批」令和元年度重要判例解説・ジュリスト1544号132頁（2020年）、安井英俊「判批」法政研究87巻4号85頁（2021年）、小川富之「判批」戸籍1009号1頁（2022年）等参照。

取の民事上の側面に関する条約」(以下「ハーグ条約」という)に加盟したため、米国を含む締約国間の子の連れ去り事案には、平成25年6月19日公布、平成26年4月1日施行の「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(平成25年法律第48号)」(以下「条約実施法」という)に基づく子の返還手続が適用される。

[事件1]

平成27年9月から夫Yが長男A(平成19年出生)、長女B(平成21年出生)を連れ去り、妻Xに無断で生活拠点を転々とし、同年11月頃には北海道から沖縄に移転するなどしたため、Xが子の引渡し請求を行った事件である。手続の経過は、次のとおりである。

まず、(1)家事審判手続により子の監護者指定および子の引渡し命令がなされた(平成28年3月25日確定)(その後、家事調停係属)。続いて、(2)民事執行手続により子の引渡し命令を債務名義とする直接強制が試みられたが(執行官は臨床心理士ら専門家とY宅を訪問している)、A、Bが明確な拒否の意思を示したため執行不能となった(同年10月7日)。さらに、(4)人身保護手続によりA、Bの意思能力は認められずXの人身保護請求が認容された(前掲那覇地名護支判平成29年2月20日)。このとき、Aは9歳3箇月、Bは7歳10箇月であった。そのほかYの方からも子の監護者指定の審判や審判前の保全処分等の申立て等を行っている(平成28年11月4日等)。

[事件2]

平成27年12月、夫Yが長男A(平成20年4月出生)を含む本件子ら3名を連れて実家に転居し妻Xと別居した後、XがYに対して子の引渡し請求を行った事件である。手続の経過は、次のとおりである。

(1)家事審判手続により子の監護者指定および子の引渡し命令がなされた(平成29年7月確定)。次に(2)民事執行手続により直接強制の申立てがなされたが(同年同月)、執行官がY宅を訪問しXの元へ行くように促したところ、Aは自身の引渡しを明確に拒絶し泣き

じゃくり呼吸困難に陥りそうになったので執行不能となった（Aは当時9歳3箇月）。さらに（3）人身保護手続によりAの意思能力が認められたため、Aの意思を尊重し人身保護請求が棄却された（平成30年2月確定）（Aは当時9歳7箇月）。（4）民事執行手続により、（2）（3）の事情から子の引渡し命令を債務名義とする間接強制の申立てがXよりなされたが、権利濫用になるとして却下された（前掲最決平成31年4月26日）。

[事件3]

平成14年、XY夫婦は2名の子A（平成8年出生）、B（平成10年出生）を連れて渡米した。その後、夫婦関係が悪化したので、平成28年1月12日頃、妻Yは、夫Xの同意を得ることなく、米国・日本の二重国籍を有する当時11歳3箇月の次男C（平成16年出生）のみを連れて日本へ帰国した。そこで、XがYに対して子の返還申立ておよび子の引渡し請求を行った事件である。手続の経過は、次のとおりである。

まず（1）条約実施法に基づく子の返還手続により米国へのCの返還命令がなされた（平成28年11月30日確定）。続いて（2）同手続による子の返還命令に基づく間接強制を経た後、平成29年5月8日、代替執行として執行官による解放実施（条約実施法140条）が試みられたが（執行官がY宅を訪問したが、Yが玄関の戸を開錠しなかったので2階から立入った）、YとCの激しい抵抗、さらにCの拒絶意思の表明により執行不能となった。（3）米国の子の監護等に関する手続では、米国裁判によりCに対するXの単独監護権の決定等がなされ、同年8月15日までに単独監護を行うものとする命令が出された。（4）人身保護手続により、当時13歳のCの意思能力が認められ、原審ではCの意思を尊重し人身保護請求が棄却されたが（名古屋高金沢支判平成29年11月7日民集72巻1号50頁）、最高裁で破棄差し戻された（前掲最判平成30年3月15日）。差戻審でCの意思能力は認められたが自由意思は認められないとして人身保護請求が認容

された（名古屋高判平成 30 年 7 月 17 日判例時報 2398 号 87 頁）。

このように、いずれの事件も（2）の執行段階で子は自身の引渡しまたは返還を拒否している。先行する（1）の手続段階ですでに拒絶意思を示していたかは明らかでないものの、後述するようにその蓋然性は高い。また、いずれも（3）または（4）の人身保護手続の段階まで子は拒絶意思を示しており、遅くとも（2）の手続段階からその意思は一貫したものである。子は幾度もその意思を表明する機会を与えられるのではあるが、これが結論や執行の対応に十分反映されていないことがわかる。多重化の要因は、第一に子の引渡し執行の実効性の不安にあるであろう。しかし、その背後には、第二の要因として、執行前の判断機関で把握、評価された子の意思に関する情報が円滑に執行機関に共有されない連携の不十分性、もしくは、執行前の手続上における子の意思の把握、評価の不十分性が関わっているように思われる。そこで手続上での子の意思の評価基準および把握方法、執行方法等を整理しつつ、人身保護手続に依存せざるをえない諸手続の課題を次節で明確にしたい。

第 2 節 各手続の概要と課題

1 国内事案における手続

国内事案においては、父母間の子の引渡し請求事件を処理する手続は複数存在する⁷。現在では、(ア)子の引渡し請求の認否を判断する本案手続は、家事審判手続が主たる手続となろう⁸。別居、離婚時の監護者指定やその

7 実体法上に子の引渡し請求権は明記されていないが、戦前から親権に基づく妨害排除請求という構成を採り民事訴訟手続による解決がなされてきた。現在も父母間の子の引渡し請求事件において民事訴訟手続の利用の余地は残されているが、極めて制限的である（最判平成 29 年 12 月 5 日民集 71 卷 10 号 1803 頁参照）。

8 子の監護に関する処分¹の審判事件（子の引渡し）の新受件数は、平成 23 年は 1,410 件であったのに対して、平成 28 年は 1,956 件、令和 3 年は 2,469 件と年々増加傾向にある（最高裁判所事務総局・前掲注（1）参照）、同「令和 3 年司法統計年報 3 家事編」（令和 4 年 8 月）26 頁（<https://www.courts.go.jp/app/files/toukei/597/012597.pdf>）参照）。

後の変更が付随する処分として子の引渡しを命じうる旨を定める家事事件手続法（以下「家事法」という）39条別表第2の3項が法的根拠となる。家事審判手続においては、家事法105条の定める審判前の保全処分（仮処分）の利用も多い。なお、子の監護者指定および子の引渡しを求める家事審判事件のほか、家事調停事件（同法244条）、離婚訴訟等の際の子の監護に関する処分（附帯処分）を求める人事訴訟事件（人事訴訟法32条）としても解決する道がある。管轄はいずれも家庭裁判所である（家事法3条の8、同条の13、人事訴訟法3条の4）。（ア）の手続に続く（イ）子の引渡し債務を強制的に実現する執行手続は、民事執行手続である⁹。ここでは前節の2件に関わる家事審判手続、民事執行手続を中心にみていくこととする。

1) 家事審判手続

[事件1][事件2]では、XはYに対してまず家事審判手続により子の引渡し請求を行っている。子の引渡し請求の認否は、子の福祉を基準に判断され、父母および子の諸事情を総合的に比較衡量していずれが監護者として適格かを決定するものである¹⁰。父母側の事情として監護能力や健康状態、精神的・経済的家庭環境、居住環境、教育環境、従来¹¹の監護状況、親族の援助等、子の側の事情として、子の年齢、性別、心身の発育状況、兄弟姉妹との関係、従来¹¹の環境への適応状況、環境変化への適応性、子自身の意向等が挙げられる¹¹。子の意向に包含される子の意思も子の福祉を基準とする考慮要素の1つであり、重要度の高い考慮要素といえよう。そして、子の年齢および発達程度に応じて比重が高まるものと考えられる

-
- 9 家庭裁判所の履行勧告（家事法289条1項）等も子の引渡しの実現を促進する有益な執行手段である。このような履行確保制度の枠内に執行手続を取り込む提案として、今津綾子「家事事件における執行手続—子の引渡しを中心に」東北ローレビュー6号53頁（2019年）参照。
- 10 中山直子「子の引渡しの判断基準」判例タイムズ1100号182頁（2002年）。
- 11 中山・前掲注（10）182頁、吉村真幸「子の引渡しと人身保護請求」判例タイムズ1100号177頁（2002年）、若林昌子「親権者・監護者の判断基準と子の意見表明権」野田愛子・梶村太市『家族法実務大系②』226頁、383頁（新日本法規、2008年）。

(児童権利条約 12 条 1 項、家事法 65 条)。

原則として職権探知主義を採用しているため、子の意思の把握についても、職権による事実調査、証拠調べを義務とする(家事法 56 条 1 項)。子は審判結果により大きな影響を受けることから、子の監護に関する処分事件では、子が 15 歳以上の場合には必ず陳述を聴取されるものとされている(同法 152 条 2 項、157 条 2 項)。15 歳未満であっても、子の年齢および発達程度に応じて裁判所は子の意思を考慮しなければならない(同法 65 条)。子の意思の把握方法には、「子の陳述の聴取、家庭裁判所調査官による事実調査その他の適切な方法」が挙げられている(同条)。適切な方法か否かは、子の発達程度の個人差、子の置かれている状況等への配慮の必要性から、家庭裁判所の判断に委ねられている¹²。子の表出する言動だけでなく子の非言語的な表現をも踏まえた分析・評価が必要となるから、家裁調査官の事実調査は行動諸科学の知見を駆使した有用なものと解されている¹³。

2つの事件の子も 15 歳未満であるから、陳述聴取は必要ではない。[事件 2] は実際の子の意思の把握方法は不明であるが、[事件 1] は(1)の手続段階で家裁調査官が A と B の面接調査も行っている¹⁴。調査報告上では、A(当時約 8 歳 3 箇月)は Y のもとではなく X と沖縄で暮らしたい旨明確な意思を述べている。その一方、父母のいずれと一緒に暮らすかは「相撲で決めればいい」とも述べている。最終的に子の引渡し請求は認められた。

2) 民事執行手続

[事件 1] [事件 2] は(2)の手続、[事件 2] では(4)の手続も民事執行手続である。この手続を規律する民事執行法(以下「民執法」という)

12 金子修編著『逐条解説 家事事件手続法』223 頁(商事法務、2013 年)。

13 石垣智子「第 33 章 子の引渡しをめぐる家事事件」金子修・山本和彦・松原正明編著『講座 実務家事事件手続法 下巻』106 頁、111-113 頁(日本加除出版、2017 年)。

14 前掲那覇地裁名護支部平成 29 年 2 月 20 日判決によれば、引渡しに対する一貫した A の拒絶意思が(3)の人身保護手続上でも読み取れる。

は条約実施法の執行手続部分とともに、令和元年5月7日公布、令和2年4月1日施行の「民事執行法及び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の一部を改正する法律」（令和元年法律第2号）によって改正された¹⁵。これにより、執行の強化が図られ、かつ事情に応じて柔軟に対応することができるように改善された¹⁶。

[事件1][事件2]は民執法改正前の規定に基づくものである。改正前は、子の引渡しの強制執行に関する明文規定を欠いていたため、執行方法について学説が対立していた。解釈上、間接強制のほか、直接強制（改正前民執法169条類推適用）も積極的に用いようとする執行実務が浸透していた¹⁷¹⁸。また、条約実施法が子の監護を解くために必要な行為を行うのは債務者と子が共にいる場合に限られるとする同時存在の原則（同法140条）

-
- 15 たとえば、内野宗揮「民事執行法等の改正の概要—子の引渡しを中心に」論究ジュリスト32号55頁以下（2020年）、柳沢雄一「子の引渡しの強制執行に関する日本の民事執行法の改正」三木浩一・山本和彦・中西正・山本研・勅使川原和彦編『民事手続法の発展 加藤哲夫先生古稀祝賀論文集』309頁以下（成文堂、2020年）等参照。民事執行法および条約実施法の改正に関してはその他多数の文献がある。
- 16 内田義厚「子の引渡しの強制執行と人身保護請求—民事執行法等の改正と判例を踏まえて—」三木浩一・山本和彦・中西正・山本研・勅使川原和彦編『民事手続法の発展 加藤哲夫先生古稀祝賀論文集』230-233頁（成文堂、2020年）。最近の判例に対する改正規定適用の検討について、安西明子「民事執行法改正による子の引渡し—最近の裁判例を題材に—」三木浩一・山本和彦・中西正・山本研・勅使川原和彦編『民事手続法の発展 加藤哲夫先生古稀祝賀論文集』212頁、214頁等（成文堂、2020年）参照。また、木柵照一「子の奪取をめぐる国際的問題に関する若干の考察—ハーグ子奪取条約上の基準と従来の人身保護法上の基準との峻別—」家庭の法と裁判21号44頁（2019年）は、極端な事件の解決は疑わしいとしながらも、本改正に期待を寄せる。
- 17 山崎恒「子の引渡しと直接強制」『新裁判実務大系12民事執行法』384頁（青林書院、2001年）、同「子の引渡しの強制執行」判例タイムズ1100号186頁（2002年）、青木晋「子の引渡しと執行実務」新民事執行実務4号87頁（2006年）、遠藤真澄「子の引渡しと直接強制—主に家裁の審判、保全処分と直接強制の在り方について—」家裁月報60巻11号1頁（2008年）、村上正子・安西明子・上原裕之・内田義厚『手続からみた子の引渡し・面会交流』118頁以下（弘文堂、2015年）、小川恵輔・片山真一・徳田崇「東京地方裁判所における子の引渡しの強制執行事件の運用について」ケース研究344号2頁（2022年）等。
- 18 しかし、明確な規律の整備をすべきであるとされていた（中西正・中島弘雅・八田卓也『民事執行・民事保全法 第2版』276頁（有斐閣、2021年））。

を採用したことに倣い、条約実施法制定以降、国内事案も同様の運用がなされてきた¹⁹。しかし、根拠規定を欠く不安定さや実施基準を条約実施法に合わせたことによる不都合が生じていたとされる²⁰。

これを受けて、前述したとおり、民執法は改正された。具体的には、執行裁判所の決定により執行官に子の引渡しを実施させる直接的な強制執行の方法と間接強制の方法（改正民執法 172 条 1 項）のいずれかによることが規定された（同法 174 条 1 項）。子の引渡しの強制執行は、子の心身への負担を最小限にするため、直接的な強制執行を選択することができる場合を限定するが（同条 2 項）、規律の明確化は大きな前進である。また、改正法は同時存在の要件を不要とし、代わりに、子の不安を軽減するため、原則として債権者または代理人の出頭を要求している（改正民執法 175 条 5 項・6 項）。そのほかにも執行を強化する諸規定（同条 2 項・3 項等）が設けられるとともに、子の心身への影響等に配慮する規定（改正民執法 176 条）も挿入された。

2 国際事案における手続

ハーグ条約締約国間の子の連れ去り事案である〔事件 3〕は、条約実施法に基づく子の返還手続が用いられている。

1980 年に採択され 1983 年に発効したハーグ条約は、締約国間で不法な子の連れ去りや留置が生じた場合の対応に関する国際的な枠組みを定めている。常居所地国への子の迅速な返還が子の利益に資するとの考え方に基づくものである。ハーグ条約の解決構造は、原則として奪取された子を常居所地国へ即時返還をさせようとして（ハーグ条約 12 条 1 項・2 項、条約実施法 27 条）（第一段階）、常居所地国の司法機関等で改めて子の監護者指定等の終局的解決を目指すものである（第二段階）。条約実施法に基づく子の返還手続も第一段階における即時返還を原則とするため、国内事

19 中西・中島・八田・前掲注（18）279 頁。

20 中村さとみ・目代真理・天野雅裕「東京地方裁判所における債務者財産の調査・子の引渡しの運用状況」法の支配 205 号 58 頁（2022 年）。

案における本案手続とは異なる原状回復の手続である。原状回復のための執行手続も条約実施法に基づく。

なお、手続は迅速性が求められ、手続開始から6週間以内に決定を行う6週間の審理モデルが採用されている（ハーグ条約11条2項、条約実施法151条）。そのため、管轄は事件の専門性、効率性から東京家庭裁判所と大阪家庭裁判所の2つに集中させている（条約実施法32条）²¹。

1) 条約実施法に基づく子の返還申立て認否に関する手続

子の返還申立て事件は、家事審判事件に準じた非訟事件である（条約実施法60条）。

条約実施法27条の定める4つの子の返還事由に該当し、かつ同法28条1項各号の子の返還拒否事由に該当しないことが認められれば、子の返還申立てが認容される。子の返還申立ての認否は実体的審理とは切り離されており（条約16条、条約実施法152条）、直接的に子の福祉を基準として子の監護者適格を判断するものではない²²。

子の返還申立て事件も職権探知主義の下、職権による事実調査、証拠調べを義務とする（同法77条1項）²³。子はこの決定によって大きな影響を受けるから、子の年齢および発達程度に応じて裁判所が子の意思を考慮しなければならない（同法88条）。もっとも、子の意思は主に子の返還拒否事由の該当性判断においてより積極的に考慮されることになる。

返還拒否事由の中でも、常居所地国への子の返還拒否（以下「子の異議」という）（同法28条1項5号）は、特に子の意思の把握が重要となる。子の意思の把握方法は、「子の陳述の聴取、家庭裁判所調査官による調査

21 西谷祐子「日本における子奪取条約の運用と近時の動向について」家庭の法と裁判 26号 49頁（2020年）、同「子の奪取に関するハーグ条約の運用をめぐる課題と展望」二宮周平編集代表・渡辺愷之編集担当『現代家族法講座 第5巻 国際化と家族』60頁（2021年）等参照。

22 早川眞一郎『『ハーグ子奪取条約』断想——日本の親子法制への一視点』ジュリスト 1430号 13頁（2011年）。

23 堂蘭幹一郎・西岡達史「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（いわゆるハーグ条約条約実施法）の概要」法律のひろば 2013年9月号 61頁（2013年）。

その他の適切な方法」が挙げられている（同法 88 条）。多くの場合、家裁調査官の調査が行われる。ただし、条約実施法に基づく子の返還手続は短期間で調査を終える必要があるため、調査命令においては調査内容、調査対象の限定が適切であるとされている²⁴。「調査官調査は諸科学を応用した総合調査でなければ目的は達せられない」として、部分調査に対しては懸念の声もある²⁵。子の意思の把握方法として限界があるといえる。

子の異議に関しては、ハーグ条約 13 条 2 項に即し「子の年齢及び発達程度に照らして子の意見を考慮することが適当である場合」にのみ認められる（同法 28 条 1 項 5 号）。そのため、「子の年齢及び発達程度」が返還拒否事由認否の鍵を握る。子の意思を考慮するのが適当とされる年齢に関しては、個人差があるが、6 歳以上 10 歳未満の例は多くなく、10 歳以上の例が多いという²⁶。発達程度は、家裁調査官の調査時の子の回答内容や態度、学校での成績表等の資料から判断されている²⁷。特に家裁調査官の問いかけの趣旨を理解し適切な事実認識の下で、自身の独立した意向を生活体験をもとに回答できているか、中長期的な観点から常居所地国へ帰国した場合と日本に留まった場合の比較検討により戻りたくない理由の具体的な説明ができていないか、などが考慮されるという²⁸。要するに、子の異議の認否判断は、基本的に、家裁調査官の調査結果を踏まえ、「子がその意見を考慮に入れることが適当な年齢及び成熟度に達しているか、子の意見が常居所地国に返還されることに対する異議といえるか」により判断される²⁹。

24 金子修「ハーグ条約と裁判手続に関する国内条約実施法」大谷美紀子・西谷祐子編著『ハーグ条約の理論と実務—国境を越えた子の奪い合い紛争の解決のために』50 頁（法律文化社、2021 年）。

25 梶村太市『裁判例からみた「子の奪い合い」紛争の調停・裁判の実務』381 頁（日本加除出版、2015 年）。

26 依田吉人「ハーグ条約実施法に基づく子の返還申立事件の終局決定例の傾向について」家庭の法と裁判 12 号 35 頁（2018 年）。

27 依田・前掲注（26）35 頁。

28 依田・前掲注（26）35 頁。

29 依田・前掲注（26）34-35 頁。

[事件 3] では、(1) の手続について詳細な情報を欠くが、前掲最高裁平成 30 年 3 月 15 日判決の X の上告受理申立理由に示された家裁調査官の調査報告書の一部等を参考にしたい³⁰。これによれば、子 C の「抽象的思考能力ははまだ発展途上と判断され」、その「年齢及び発達程度に照らし」、C の「意見を考慮するのが適当であることはできず」、「中長期的な視点で冷静に検討したうえで返還に関する意見を形成することができる」とされている³¹。(1) の手続段階から C の異議による 5 号の返還拒否事由が主張されていたが認められなかったことがわかる。

2) 条約実施法に基づく子の返還命令の執行手続

子の返還命令に関する執行手続は民事執行法の特則に位置づけられている(条約実施法 134 条以下)。前述したとおり、令和 2 年から改正条約実施法が施行されているが、[事件 3] は施行前の事件であるので改正前の規定が適用されている。執行方法は、代替執行の方法(民執法 171 条)および間接強制の方法(同法 172 条)がある。改正前は、間接強制を前置とする代替執行(同法 136 条)、債務者と子が共にいる場合に限るとする同時存在の原則(同法 140 条)などが定められていた。

しかし、前者に関しては時間を要し子の利益を害する場合まで適用するのは硬直的である点、後者については、民執法と同様の不都合がある点が問題とされていた³²。

これを受け、条約実施法も改正され、実効性の向上が図られている³³。間接強制前置を廃止し国内事案と同様、例外的に代替執行を先行しうる場合を定め、間接強制前置を緩和した(条約実施法 136 条)。また、同時存在の原則を廃止し、解放実施の際に子が不安を覚えないう原則として債

30 そのほか、光岡弘志「最高裁平成 30 年 3 月 15 日判決・判解」法曹時報 71 巻 10 号 2216 頁(2019 年)参照。

31 民集 72 巻 1 号 34 頁(上告受理申立理由上の引用部分)。

32 内野・前掲注(15) 61-62 頁、小川・片山・徳田・前掲注(17) 5、8 頁等。

33 山川一陽・松嶋隆弘編著『民事執行法及びハーグ条約実施法等改正のポイントと実務への影響』231 頁以下(日本加除出版、2020 年)。

権者（子の返還申立人）または代理人の出頭を求めることとした（条約実施法 140 条 1 項・民執法 175 条 5 項・6 項準用）。さらに、民執法と同様、一方、代替執行の場面での子に対する心身への配慮規定（同法 140 条 1 項・3 項）等も挿入された。これらの改正と実務の努力・工夫によって、代替執行を含む裁判手続による返還実現率も向上しているようである³⁴。

3 課題

〔事件 1〕〔事件 2〕〔事件 3〕のいずれの子も (2) の手続段階で直接強制または代替執行が試みられた際、これに対する拒絶意思を示していた。手続の多重化を招く直接的要因はすべて執行不能であるが、子の意思が執行の障害となった要因および今後の課題は次の 3 つが考えられる。

一つめは、執行場所における Y の存在が子の忠誠葛藤に影響を及ぼした可能性が挙げられる。いずれの事件も Y 宅における執行であり、いずれも同時存在の原則に従ったものである。しかし、債務者の同時存在は子が激しく抵抗するなど執行不能の要因になりやすい。

二つめは、判断機関と執行機関との連携が不足していた可能性である。少なくとも〔事件 1〕では (1) の手続で子は拒絶意思を有していたことは明らかである。(2) の手続段階で子が執行を拒否することが予測可能である。執行が奏功するためには、(1) の手続により得られた子に関する情報を (2) の手続で引き継ぎ事前準備に活かす必要がある。実務では、執行完了のために執行官が債権者から実情を聴取したり、家裁調査官の調査報告書を読覧したり、専門家を活用したり、入念な事前準備を行っているという³⁵。それでもやはり、これで足りるかは検討の余地がある。調査官の調査、調査報告書に子を引き渡さなければならない合理的理由やその

34 内野・前掲注 (15) 62 頁、外務省領事局ハーグ条約室「ハーグ条約（国際的な子の奪取の民事上の側面に関する条約）の実施状況（2022 年 7 月 1 日）」5 頁 (<https://www.mofa.go.jp/mofaj/files/100012143.pdf>)。

35 大塚慶之「子の引渡執行の実務—一事案をもとにした完了要因の分析を中心に—」新民事執行実務 15 号 170-171 頁（2017 年）。

根拠となる事実を過不足なく明記すれば、任意引渡しの促進、執行回避の効果がありうるとの指摘もある³⁶。[事件 1]では専門家が同伴しているが、それで十分であったかは疑わしい。[事件 3]では、YCの信頼する返還実施者、返還実施の条件によっては返還は可能であったとの見方もある³⁷。局所的な家裁調査官の調査等による子の意思の把握だけでなく、継続的に子の意思を身近に把握しうる代理人からの情報共有も必要であるように思われる³⁸。

三つめは、(1)の手続上での子の意思の把握、または評価が不十分であった可能性である。むろん、専門的な知見に基づき適切な子の意思の把握、評価が総合的に行われているのが通常であるが、時間、調査範囲・対象等からの限界はあろう。調査報告書の「表現ぶり」が事件解決に影響があるとの指摘もある³⁹。現段階で子の意思が強固である場合には本案を見直すべきことも考えられよう⁴⁰。

[事件 1] [事件 2] [事件 3]に改正規定の適用があれば、執行場所における債務者Yの影響を軽減、除去するなどの措置によって子の引渡しを実現する余地はある。したがって、一つめの要因には改正法による改善がある程度期待できよう。しかし、執行場所で子が拒絶意思を表明する場合すべてに改正法による対応で解決することはできない。結局、二つめ、三つめの要因は、今後の課題に結びつくものとする。一貫して子が拒絶意思を有している場合は、子の利益を確保するために子の意思に沿う結論、または子の意思に配慮を示す執行準備が不可欠である。具体的には、子に関する有益な情報を共有をしうる判断機関と執行機関の連携強化、子の意

36 相原佳子「国内家事手続の概要と引渡しが問題となる場面」山本和彦編著『子の引渡手続の理論と実務』62頁（有斐閣、2022年）。

37 渡辺惺之「最高裁平成30年3月15日判決・判批」戸籍時報772号18頁（2018年）。

38 代理人の執行手続への関与について言及するものとして、山田文「子の引渡しへの強制執行」論究ジュリスト32号69頁（2020年）。

39 相原・前掲注（36）61頁。

40 池田清貴ほか「座談会 子の引渡しをめぐって」道垣内弘人・松原正明編『家事法の理論・実務・判例4』90頁【松原正明発言】（勁草書房、2020年）。

思の把握方法および評価基準の整備は今後も引き続き課題となろう。このような課題が解決されるまでは、人身保護手続の追加的利用のニーズは生じてこよう。

第3章 子の引渡し請求事件における人身保護手続の役割の変化

手続の多重化を防ぐ方策として、当初から人身保護手続を用いることも考えられよう。実際に、戦後、長期間、父母間の子の引渡し請求事件に多用されてきたのは、前述した家事審判手続ではなく、人身保護手続であった。母法である英米法のヘイビラス・コーパス (Habeas Corpus) が子の引渡し請求事件にも適用されてきたことに由来するものである⁴¹。しかし、人身保護手続は前述のとおり非常応急的な手続であり、人身保護法に基づく民事訴訟手続の一種であるから、管轄も家庭裁判所ではない。それにもかかわらず、利用され続けてきた理由を確認するとともに、判例の動きを追いながら執行手段としての役割を期待されるに至った経緯を確認する。それに伴う子の意思の評価基準への影響にも言及したい。

第1節 人身保護手続併用の理由

子の引渡し請求事件を処理する裁判手続は、(ア) 本案手続と (イ) 執行手続の2つに分けられることは前述した。いずれも財産権に関する手続などとは異なり、「当事者」よりも「子」の健全な成長発達、つまり子の福祉への配慮が不可欠となる。そのため、子の引渡し請求事件の解決に求められる特有の諸要請がある⁴²。大まかに述べれば、以下の諸要請である。

41 田尾桃二「最高裁平成5年10月19日判決・判批」NBL579号64頁(1995年)、山口亮子「子どもの引渡しに関する人身保護請求—アメリカのヘイビラス・コーパスの変遷からの考察—」上智法学45巻4号100-101頁(2002年)参照。なお、人身保護手続に関する本章の内容は、拙稿「子の引渡しに関する審判前の保全処分および人身保護請求の新たな役割についての検討」中京学院大学研究紀要23巻47頁(2016年)と一部重複する。

42 水野紀子「最高裁平成6年4月26日判決・判批」民商法雑誌113巻2号116頁(1995年)。

(ア)の場合、適切かつ迅速な解決がなされなければならない。子の成育環境の安定のためにはできる限り子の福祉に適合した適切な結論となる一回的な処理が望まれる一方（以下「適切性の要請」という）、大人と異なり時々刻々と成長する子特有の時間感覚に見合う短時間の処理が求められる（以下「迅速性の要請」という）。次に、(イ)執行手続の場合は、人格を尊重しつつ確実な執行がなされなければならない。執行の対象が子の引渡しであるため、人格に配慮する必要がある一方（以下「人格尊重の要請」という）、子の引渡しを実現しなければ司法救済の意味がないため、強力な実効性を有する確実な執行が要請される（以下「確実性の要請」という）。

(ア)の段階では、家事審判手続が子の福祉を判断基準とした適切な判断、結論を導きやすい手続であり、適切性の要請に応えられるものとして期待されている。その一方で、子の福祉の観点からの慎重な判断は手続の長期化を招きやすく迅速性の点で不安が残る。また、(イ)の段階では、民事執行手続は子の人格への配慮から前述のとおり間接強制が従来主流であった。実効性の見地から直接強制（改正後の直接的な強制執行）または代替執行も行われるようになったが、改正規定（民執法 176 条、条約実施法 140 条 1 項・3 項）にも盛り込まれたように、やはり子の人格を尊重すれば強力な実力行使を控えざるをえず確実性の要請に応えきれない面がある。このように、(ア)の手続における適切性と迅速性の各要請は相矛盾する内容であり、同時に 2 つの要請を充足することは極めて難しいとされる。(イ)の手続における人格尊重と確実性の各要請の充足についても同様のことがいえる。

日本においては、諸要請をすべて充足しうる子の引渡し請求事件に最適な手続をいまだ見いだせていない。前章の事件例からも明らかなように、国内事件の場合は、複数の手続が併存し補完し合っている状況にある。そのなかでも、迅速性、実効性を特徴とする人身保護手続による補完の意義は大きい。国際事案においては、ハーグ条約締約国間の適用場面に限り、条約実施法に基づく子の返還手続に一本化がなされているようにもみえる。しかし、これはあくまでも原状回復を目的とする手続であるから、原

状回復後の（ア）、さらに（イ）の手続が控えており、その要請は国内事案と異なるところはない。また、条約実施法に基づく子の返還命令の執行に関しては、原状回復の段階から（イ）の手続における諸要請に応える必要がある。条約実施法改正前は執行不能件数が多かった⁴³。人身保護手続の補完的利用のニーズが高かったといえる。

第2節 判例の変遷に伴う役割の変化

1 人身保護手続の積極的活用期

人身保護手続の利用は、人身保護法制定直後の最高裁昭和24年1月18日判決（民集3巻1号10頁）により共同親権者間の子の引渡し請求事件に人身保護法の適用が認められたことに始まる。

その後の判例によって、子の引渡し請求事件に人身保護法をあてはめていくための努力が重ねられた。人身保護請求は、①身体の自由の「拘束」、②「拘束の違法性」、③「顕著な違法性」、④そのほかに目的を達する方法がないという「補充性」の要件を充たすときに認容される（人身保護法2条、人身保護規則3条・4条）。

幼児に対する監護が①「拘束」要件に当たるか否かについては、最高裁昭和43年7月4日判決（民集22巻7号1441頁）が、「意思能力のない幼児を監護するときには、当然幼児に対する身体の自由を制限する行為が伴うものであるから」、その監護自体を「拘束」と解した。もっとも、意思能力のある子であっても、その自由意思に基づいて監護者のもとどまっているとはいえない特段の事情がある場合には、被拘束者に対する監護は「拘束」に該当するとされた（最判昭和61年7月18日民集40巻5号991頁、最判平成2年12月6日判例時報1374号42頁）。

②の「拘束の違法性」要件については、「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定めるのを相当と」し、共同親権者

43 内野・前掲注(15)61頁。ハーグ条約の実施状況については、以下の外務省ホームページ参照 (https://www.mofa.go.jp/mofaj/ca/ha/page25_000833.html)。

間の子の引渡し請求認否の主たる判断基準を子の幸福においた（前掲最判昭和43年7月4日）。この判断基準は、家事審判手続における子の福祉基準と同視してよいものと考えられる。共同親権者間における子の引渡し請求認否については、「子を拘束する夫婦の一方が法律上監護権を有することのみを理由として排斥すべきものでなく、子に対する現在の拘束状態が実質的に不当であるか否かをも考慮して判断すべき」ものとされたことによる。

次に、③の「顕著な違法性」要件については、最高裁昭和47年7月25日判決（判例時報680号42頁）が、離婚後、親権を有する一方が、親権・監護権を有しない他方に対し、人身保護法により、幼児の引渡しを請求する場合にも、どちらが子の幸福に適するか否かを判断基準としつつ、親権・監護権を有する「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」として、子の幸福度を比較考量する要素として親権・監護権の有無に重きをおいた点が注目された。

こうした判例の積み重ねにより、子の引渡し請求事件に人身保護手続を用いる場合は、親双方の監護状態を比較し子の幸福を基準としていずれの親に監護させるのが適するかを決することにより子の引渡し請求の認否が判断されることが明らかとなった（最判昭和44年9月30日判例時報573号62頁、最判昭和47年9月26日家裁月報25巻4号42頁、最判昭和53年6月29日判例タイムズ368号206頁等）。人身保護手続の枠内で家庭裁判所と同様の判断がなされていたことになる⁴⁴。

④の「補充性」要件に関しては、昭和55年の（旧）家事審判法改正により、執行力を有する審判前の保全処分が新設されたため、この時点で補充性を充たさなくなったのではないかという疑問が生じた。しかし、最高裁昭和59年3月29日判決（家裁月報37巻2号141頁）は、「一般的には、

44 瀬木比呂志「子の引渡しと人身保護請求」判例タイムズ919号8頁（1996年）、吉田彩「子の引渡しをめぐる人身保護請求と家裁における保全処分の関係」判例タイムズ1038号38頁（2000年）。

そのような方法によっては、人身保護法によるほどに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」とし、従来どおり、人身保護手続の利用を肯定した⁴⁵。結果として、人身保護手続がその後も積極的に活用され続けることとなった。

この時期の人身保護手続は、暫定的解決手段でありながら、適切性の要請を充足する努力もなされていた。終局的な解決手段としての役割をも果たしていたといえる⁴⁶。

2 人身保護手続の利用制限期

人身保護手続はもとより子の引渡し請求事件を想定したものではないから、その積極的な活用には当初から多くの批判もあった⁴⁷。

これを受けて、最高裁平成5年10月19日判決(民集47巻8号5099頁)は、②の「拘束の違法性」要件は、従来どおり、子の幸福を主眼としていづれが監護者に適するかで判断すべきであるとしたが、③の「顕著な違法性」要件の充足には、幼児に対する拘束者の監護が「子の幸福に反することが明白であること」を要するという、いわゆる「明白性の要件」を新たに付加した。共同親権者(共同監護者)である「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」であることを理由とする。こうして、共同親権者の一方が他方に対して子の引渡しを求める人身保護請求は容易に認められないものとなった。この実質的な判例変更には、「本件にみられるような共に親権を有する別居中

45 犬伏由子「最高裁昭和59年3月29日判決・判批」民商法雑誌91巻3号112頁(1984年)。

46 拙稿・前掲注(41)51頁。

47 野田愛子「未成年の子の監護・養子縁組をめぐる紛争の処理と展望」ジュリスト540号47頁(1973年)、加藤永一「子の引渡しと人身保護法の適用基準」法学セミナー221号69頁(1974年)、川井健「最高裁昭和49年2月26日判決・判批」昭和49年重要判例解説・ジュリスト590号85頁(1975年)、山崎正男「離婚と子の奪い合い」ジュリスト665号47頁(1978年)、山口純夫「最高裁昭和59年3月29日判決・判批」判例タイムズ551号293頁(1985年)、吉田欣子「子の奪い合いと人身保護請求手続」判例タイムズ747号334頁(1991年)。

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のである」との可部裁判官の補足意見がある。

続く最高裁平成6年4月26日判決（民集48巻3号992頁）は、「明白性の要件」をより具体化している。この要件を充たす場合として、(a)「拘束者に対し、(旧)家事審判規則52条の2又は53条（家事法105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等に従わない場合」、(b)「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るのに、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、拘束者の幼児に対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場合」の2つを挙げる。これにより、共同親権者間の子の引渡し請求事件において人身保護手続の利用が認められるのは、(b)親権濫用に相当する場合（親権濫用型）を除き、(a)仮処分または家事審判に従わない場合（家事審判等違反型）に限定されることとなったと解される。結局のところ、共同親権者間の子の引渡し請求事件は、実質上子の福祉を基準とした家庭裁判所の判断に委ねられることになったのである。換言すれば、人身保護手続は家事審判等の執行手段の1つに位置づけられるに至ったとみることができる⁴⁸。

その後、親権・監護権を有する親からそうでない親に対する子の引渡し請求事件は、従来どおりの「子の幸福」基準により人身保護手続が用いられるとする判例が現れた（最判平成6年11月8日民集48巻7号1337頁）。このとき、考慮要素である親権・監護権の有無に重きが置かれることは前述した。見方を変えれば、人身保護手続によっては親権者・監護権者の実

48 水野・前掲注（42）126頁。強制執行後に用いられる手段とされている（山口亮子「子の引渡し（監護紛争）の解決手法」二宮周平編集代表・犬伏由子編『現代家族法講座 第2巻 婚姻と家族』369頁（日本評論社、2020年）。

質的変更を行えず、家庭裁判所の判断が優先することを表している。

したがって、いかなる親どうしの争いの場合にも、人身保護手続においては子の幸福に関する実体的判断は実質上回避され、家事審判手続との明瞭なすみ分けがなされたことになる⁴⁹。ただし、こうした一連の判例による人身保護手続の判断枠組みは、「子の幸福」基準を払拭したものではないから、「子の福祉に反しない限りという大前提の下で」適用されてきた⁵⁰。結局、人身保護手続においても子の引渡しをめぐる争いの実体法上の問題核心は子の福祉にあるところ変動はないことになる⁵¹。

これらの判例が登場して以降、共同親権者間の事件への人身保護手続の利用は制限的である⁵²。もっとも、実際には人身保護手続に対するニーズはいまだに高い。例外的に許容される範囲は徐々に拡大しつつあるようにもみえる。前掲最判平成6年4月26日の示す(a)(b)の例外的場合のほか、その後、父母間の調停の際の合意に違反する子の連れ去り事案に関しても人身保護請求を認めた判例が登場している（最判平成6年7月8日家裁月報47巻5号43頁、最判平成11年4月26日家裁月報51巻10号109頁）。これらの場合と従来の判例が示す例外的場合との関係については2つの見解がある。1つは、(i) 違法な奪取行為に対して人身保護手続の利用が認められるものであるから、従来の判例の射程内とはいえ、新たな例外的場合に加えられるとする見解（新類型説）である⁵³。もう1つは、(ii)

49 山口亮子「子の奪い合い紛争事件における判断基準について」産大法学45巻3・4号202頁（2012年）。

50 水野・前掲注（42）114-115頁。

51 早川眞一郎「子の引渡しをめぐる実体法上の問題」論究ジュリスト32号75頁（2020年）。

52 瀬木・前掲注（44）4頁。

53 瀬木・前掲注（44）11頁、島田充子・丹羽敦子「最高裁平成11年4月26日判決・判批」判例タイムズ1036号169頁（2000年）、中山直子「別居中の夫婦間の子の引渡し請求」判例タイムズ1100号175頁（2002年）、山口純夫「最高裁平成11年4月26日判決・判批」判例時報1694号192頁（2000年）、遠藤隆幸「最高裁平成11年5月25日判決・判批」朝日法学31号161頁（2004年）、本間靖規「東京高決平成24年10月18日・判批」判例時報2196号158頁（2013年）、棚村政行「最高裁平成6年4月26日判決・判批」民法判例百選Ⅲ91頁（2015年）等。

子の幸福を主眼とする家庭裁判所の公権的判断に違反する場合に類似するものとして従来の判例の射程内と捉える見解（準類型説）である⁵⁴。その合意違反は家庭裁判所におけるものであるから、すでに別稿で述べたように、審判等に從わない（a）の場合の延長上にあるとする後者の見解を支持したい⁵⁵。

第3節 子の意思の評価基準への影響

前節1の積極的活用期においては、子の幸福を基準として子の引渡し請求認否が積極的に判断されていたが、子の幸福と子の意思との関係は明らかでない。この点、両者は関連性を有するものと考えられる。判例は適切な判断（子の幸福を基準とした判断）を子自身が行うことができるか否かを意思能力や意思形成過程から見極めていたとみられるからである⁵⁶。そうであれば、年齢や発達の程度に応じて子の意思が裁判所の子の幸福判断に徐々に大きな影響を及ぼすに至るとみてよいであろう。したがって、前節1の時期における子の意思は、子の幸福を基準とした請求認否判断の際の総合的な比較衡量の範囲内で相対的に評価されていたと考える。

前節2の制限期は、子の幸福を基準とした積極的な実体的判断の機会が失われたことから、子の意思も考慮要素として斟酌する必要はなくなったとみてよい。しかし、意思能力のある子の意思は、前節1、2のいずれの時期も、原則として「拘束」要件該当性の判断を左右するものである。判例に従えば、意思能力のある子が拘束者の監護下にとどまる自由意思を有していれば、原則として子の意思が尊重され「拘束」に該当しないというものである。判定は難しいが、明確な評価基準のようにみえる。ただし、

54 吉田・前掲注(44) 40頁、瀬木比呂志「子の引渡しに関する家裁の裁判と人身保護請求の役割分担—子の引渡しに関する家裁の裁判の結果の適正な実現のために—」判例タイムズ1081号60頁(2002年)(同・前掲注(44) 11頁の改説)、中川淳「別居中の子の連去りと人身保護法—最判平成11・4・26を中心として」戸籍時報627号137頁(2008年)。

55 拙稿・前掲注(41) 63頁。

56 床谷文雄「最高裁平成2年12月6日判決・判批」法学セミナー441号137頁(1991年)。

子の自由意思に基づいて監護者のもととどまっているとはいえない「特段の事情」の内容については、解釈の余地がある⁵⁷。

子の意思の把握方法は、被拘束者の国選代理人による調査が中心となる⁵⁸。人身保護手続は、被拘束者である子の代理人が選任される点が特徴的である(人身保護法 14 条 1 項)。代理人は弁護士である必要があるが(同規則 31 条)、年少の被拘束者が自ら代理人を選任することは事実上困難であるので、通常は国選代理人が選任される⁵⁹。国選代理人は子の現在の監護状況などの聴取や観察を通じて把握した事実を調査報告書にまとめ裁判所に提出する。この点については、国選代理人は弁護士であり家裁調査官のような専門家ではないことから、「その調査及び幼児の監護状態に対する評価には必ずから限界がある」ともいわれてきた⁶⁰。裁判所の機能的限界も自覚されている⁶¹。このようななかにおいても、国選代理人は当事者間の調整役的、橋渡し役的な役割を担い、任意の子の引渡し実現に向けた各種調整や環境調整も行うことがある⁶²。国選代理人は独立した第三者的立場から手続に参加し事実関係の調査等に協力するため、裁判所では有益な情報をもたらす貴重な存在とみられている⁶³。

第 4 章 最近の判例から示唆される人身保護手続の今後の役割と限界

第 3 章の判例の動向から、人身保護手続は原則として家庭裁判所の判断またはそれに準じる一定の場合の執行手段としての役割を果たすものと

57 右近健男「最高裁昭和 61 年 7 月 18 日判決・判批」民商法雑誌 97 巻 1 号 113 頁 (1997 年)。

58 家裁調査官の調査報告書が提出されることもある。

59 法曹会編『例題解説 DV 保護命令／人身保護／子の引渡し』249 頁 (法曹会、2017 年)。

60 中田昭孝・斎藤聡「子の監護をめぐる人身保護請求事件の諸問題」判例タイムズ 950 号 87 頁 (1997 年)。

61 古谷健二郎・安江一平・原啓晋ほか「東京地方裁判所における近時の人身保護請求の実情について—子や高齢者に関する事件を中心として—」家庭の法と裁判 23 号 44-45 頁 (2019 年)。

62 永水・境・前掲注 (5) 165 頁。

63 中田・斎藤・前掲注 (60) 86-87 頁。

なったことを確認した。本章では第2章で挙げた〔事件3〕(4)の人身保護手続における前掲最高裁平成30年3月15日判決を分析する。執行手段の新たな範囲拡大の動きから今後期待される人身保護手続の役割とその限界を明らかにしたい。そのうえで、手続の多重化に伴う子の心理的負担を軽減するための方向性として、子の意思の評価基準、把握方法について検討を加えたい。

第1節 事実関係と裁判所の判断

1 事実関係

すでに〔事件3〕の手続経過の概略は述べた。本章では人身保護手続の経過について詳述する。平成29年7月1日、夫Xは、妻Yに対する人身保護請求を名古屋高等裁判所金沢支部（原審）に申し立てた。

本件では、①の「拘束」要件と③の「顕著な違法性」要件の該当性が争点となった。特に「拘束」要件の該当性の有無が問題となった。

本件では、当時13歳のCの代理人が平成29年9月23日にスカイプで、さらに同月27日および10月6日に直接Cと面談している。原審確定の事実関係によれば、その際、Cの意思表示が「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」。その理由として、「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では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、本件返還命令や別件米国裁判を含めた種々の法的手続について、Cは「一部誤解していたところもあったが、C代理人の説明を受けて正しく理解した。」

Cの代理人の報告に基づき、原審は、Cの「意思はそれなりに尊重されるべきであるし、判断能力が欠けているなどといった事情はうかがえない」とし、「その言動が真意に出たものでないとはいえない」とした。そして、Cは自由な意思に基づいて日本での生活の継続を希望したというべきであ

るから、人身保護法・同規則にいう「拘束」には該当するとは認められないこと、また、「拘束」に該当するとしても、Cに対する監護状況、Cの年齢および意向などを考慮するとYによる監護がCの福祉に反するとはいえず、監護（拘束）の違法性が顕著であるとも解されないこと等から、同年11月7日、Xの請求を棄却した。これに対して、Xが上告した。

2 裁判所の判断

破棄差戻し。

1) 「拘束」要件の該当性

前掲最判昭和61年7月18日を引用し、「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当たると解すべきである」としている。そのうえで、国境を越えた子の連れ去りの場合には、子の「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」であること、また、「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、上記の意思決定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」を指摘する。これらを考慮し、子の意思決定が自由意思に基づくか否かの判断に当たっては、⑦「その自由の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」、⑧「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」などを慎重に検討するべきものとする。

本件では、現在13歳のCの意思能力を認めた。しかし、「Cは、出生してから来日するまで米国で過ごしており、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 11 歳 3 箇月の時に来日し、その後、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、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 Y は、本件返還決定が確定したにもかかわらず、C 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、C 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、C 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、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、Y は、C 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」とした。

以上から、「C 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 C に対する監護は、・・・拘束に当たるといふべきである」と述べた。

2) 「顕著な違法性」要件の該当性

「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、条約実施法に基づき、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いふべきである」と判示した。

以上から、「原判決は破棄を免れない」とし、「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、C の法廷への出頭を確保する必要があり、この点をも考慮すると」、「原審において改めて審理判断させるのを相当と認め、これを原審に差し戻すことと」した。

その後、差戻審である前掲名古屋高裁平成30年7月17日判決は、「C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C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すべきである」として、人身保護請求を認容した。

第2節 事件の分析

本判決は条約実施法と人身保護法との関係について初めて最高裁が判断を示したことから、注目された判例である⁶⁴。以下では、2つの争点であった「拘束」要件および「顕著な違法性」要件の該当性判断を中心にみることにする。

1 「拘束」要件該当性の判断

子の監護が「拘束」に該当するか否かに関しては、原審と本件上告審で判断が分かれた。自由意思を認められないとする「特段の事情」の解釈に相違が生じたことによる。

意思能力を有する子がその自由意思に基づいて監護者のもとにとどまっている場合には、原則として監護者の監護は「拘束」に該当しない。しかし、「当該子が自由意思に基づいて監護者のもと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、「拘束」に該当することは前述した（前

64 浦野由紀子「子の奪取と人身保護」論究ジュリスト26号131頁（2018年）、遠藤隆幸「子の引渡し紛争—手続的構造とその課題」月報司法書士561号36頁（2018年）、光岡弘志「判解」ジュリスト1524号100頁（2018年）、同「判解」法律のひろば71巻7号13頁以下（2018年）、高杉直「判批」WLJ判例コラム臨時号144号（2018年）、長谷川俊明「判批」国際商事法務46巻11号1504頁（2018年）、渡辺・前掲注（35）13頁以下、大濱しのぶ「判批」JCAジャーナル66巻1号43頁（2019年）、木棚・前掲注（16）31頁、野村秀敏「人身保護請求と子の引渡し」実務精通120離婚・親子・相続事件判例解説118頁以下（2019年）、志田博文「判批」公証法学48号57頁（2019年）、中村肇「判批」法の支配193号98頁（2019年）、長田真理「判批」私法判例リマークス59・2019下138頁（2019年）、佐藤文彦「判批」平成30年度重要判例解説・ジュリスト1531号292頁（2019年）、光岡・前掲注（30）2199頁、西谷祐子「判批」速報判例解説27巻283頁（2020年）、山口真由（東京大学判例研究会）「判批」法学協会雑誌138巻9号1776頁（2021年）等参照。

掲最判昭和 61 年 7 月 18 日)。意思能力については、9 歳 6 箇月の子に「いまだ十分な能力を有するものとはいえない」としているものがある（前掲最判昭和 46 年 2 月 9 日）。本件の場合、13 歳という年齢、その発言等の資料から、原審、上告審ともに C に意思能力を認めたのは当然であろう。

自由意思の有無に関しては、原審は、従来の判例どおりの評価基準および考慮要素によって子の意思能力とその自由意思を認め、「拘束」要件該当性を否定した。過去の判例によれば、出生直後より監護養育する拘束者らから実親に対する誹謗等を聞かされて成長した被拘束者(11 歳 10 箇月)の意思（前掲最判昭和 61 年 7 月 18 日）、オウム真理教に入信している母親とともに 11 歳 5 箇月頃より教団施設で社会から隔離されて生活していた被拘束者（12 歳 8 箇月）の意思（前掲最判平成 2 年 12 月 6 日）については、意思形成過程に第三者が影響を及ぼしている等本人の自由な意思形成が妨げられていることから、例外的場合に該当するとして自由意思を認めなかった。11 歳まで X および Y と生活してきた C の成育環境や日本での生活状況をみる限り、2 つの上記判例と比較すれば、その意思形成に対する Y の影響は少ないうえ、社会から隔離した環境にも置かれていない。Y の強い心理的束縛の下にあることを否定した原審の判断根拠もそこにあるものと思われる。

これに対して、上告審は、本件の場合、「特段の事情」に該当するとして、原審と異なる判断を示している。上告審は、国境を越えた子の奪い合い事案の場合であることを重視し、子の意思決定すべき内容は将来の国籍選択の問題等とも関わる「重大かつ困難なもの」であり、また子の連れ去り前とは異なる言語、文化環境での生活を余儀なくされることが他者との接触を著しく困難にし拘束者側の情報のみにも偏るなどの「困難な状況」を生じさせることを指摘する。そして、このような状況に鑑みれば、自由意思の認定は、⑦「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」、④「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」などを慎重に検討しなければ判断できないとする。

本判決は従来の評価基準の枠内にあるようにみえる。しかし、実質的に

は「特段の事情」判断に関わる検討事項に先例とは異なる[㊦][㊧]などを追加したために、自由意思が認められるハードルが上がったとの指摘もある⁶⁵。国際事案においては、ほとんどの子の自由意思が認められず、「拘束」要件が具備されることになるとの見解もある⁶⁶。結局 [事件 3] (1) の手続に基づく子の返還命令に影響を受けた判断ということになる⁶⁷。そして、本判決は、人身保護法の「拘束」要件の該当性判断に関わる子の意思の評価基準と条約実施法の返還拒否事由「子の異議」(同法 28 条 1 項 5 号) 該当性判断に関わる評価基準との整合性を考慮したとする見方もある⁶⁸。そうであれば、長期間を要したものの、別手続で子の意思を二度も同評価したにすぎない。手続上不経済であるとともに、子に対し徒に多大な負担を課している点に疑問が残る。

2 「顕著な違法性」要件該当性の判断

条約実施法と人身保護法との関係については、上記判旨のなかで、「顕著な違法性」要件該当性に関し、「条約実施法に基づき、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」、原則として「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」という部分に示されている。本判決により、条約実施法に基づく子の返還命令に従わない場合に人身保護手続の利用が認められることが明らかとなった。

これは、人身保護手続の利用を制限してきた判例（前掲最判平成 5 年 10 月 19 日等）との関係ではどのように位置づけられるのであろうか。

[事件 3] (3) の手続である米国裁判により子の監護権が X に帰属するとした点を判決理由の基礎としていない。外国判決の承認はなされていない

65 浦野・前掲注 (64) 135 頁。

66 長田・前掲注 (64) 141 頁。

67 山口・前掲注 (64) 110 頁。

68 西谷・前掲注 (64) 285 頁。

いため、本件の判断は、親権・監護権の有無に重きを置いた前掲最判昭和47年7月25日、前掲最判平成6年11月8日等の判断基準を踏襲したものであるのではないと考えられる。

次に、共同親権者間の子の引渡し請求事件に属するとすれば、前掲最判平成5年10月19日以降の判断基準により、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」を要するという「明白性の要件」を充たす必要がある。そのような場合とは、前掲最判平成6年4月26日が挙げる2つの例外的場合(a)(b)またはその後登場した(a)に準じる場合である。そこで、本件の条約実施法に基づく子の返還命令に拘束者が従わない場合が、これらの例外的場合に該当するかについて検討する。

1) 例外的場合の位置づけ

前述したように、人身保護手続が利用しうる場合は、(a)家事審判等違反型、または(b)親権濫用型の場合に限定されてきた。この点、前章第2節で挙げた(ii)準類型説に従えば、本判決の立場も家庭裁判所の判断に違反する点を重視し人身保護請求が執行の補強になるが、このような示唆は無理があるとする見方もある⁶⁹。たしかに、従来より例外的場合を限定的に解してきた結果、人身保護手続は実質的な子の福祉基準に基づく実体的判断から退き執行の補強的役割を果たしてきた。しかし、子の福祉基準の枠内で適用されてきたことも前述した。これに対し、本件が前提とする条約実施法に基づく判断は、ハーグ条約を根拠とするものであるから子の福祉基準に裏付けられていない。また、本件は不法な連れ去りではなく返還決定に従わずCをそのまま監護している状態(拘束開始後の態様)に対して顕著な違法性を認めている。こうした点から、従来 of いずれの例外的場合にも該当しないと考える。

したがって、本判決により、人身保護手続の利用を許容する新たな例外的場合が追加されたものと捉えるべきである⁷⁰。

69 山口(東京大学判例研究会)・前掲注(64)1786-1787頁。

70 西谷・前掲注(64)285頁、山口・前掲注(64)110頁。

2) 執行手段の役割の評価

こうして、例外的場合の追加は、人身保護手続に原状回復としての執行手段の役割を認めその範囲を拡大することになった。本判決の判断枠組みがハーグ条約の理念に適合して好意的に評する見解もある⁷¹。たしかに、このようなハーグ条約に関する国際事案においても、執行手続を補強する人身保護手続の役割を認めれば、司法救済に対する信頼確保に繋がるとも考えられる⁷²。

しかし、条約実施法と人身保護法の趣旨・目的は異なる⁷³。子の返還命令は締約国への返還を命じるものであるのに対して、人身保護は請求者への子の引渡しを想定している。子の返還命令が請求者への子の引渡しを不適切とする場合も含むため、人身保護請求を認めることが司法への信頼確保になり子の利益に反しないといえるか疑問であるとする見解もある⁷⁴。

3 まとめ

人身保護手続は、判例の蓄積により、子の福祉基準の枠内で適用されてきたという理解からすれば、やはり本判決は異質である。国際的な子の返還申立て事件には、国内の子の引渡し請求事件判例とは異なる判断枠組みを採用したと解する余地はあるが、返還の対象は国内事案と同じく子である。それゆえに、「拘束」要件該当性を判断する際に子の自由意思を実質的に考慮せず、子の福祉基準を完全に切り捨てることはできないはずである。やはり、人身保護手続は執行手段には徹しきれないものといえる。

実際のところ、差戻審後のCはXの代理人弁護士に引き渡されたが、その後逃走した事実がある⁷⁵。意思能力を有する子がすでに強固な拒絶意

71 光岡・前掲注(30) 2220頁、志田・前掲注(64) 77頁。

72 浦野・前掲注(64) 138頁。

73 木棚・前掲注(16) 42頁。

74 村上正子「子の返還執行と人身保護請求の役割分担」山本和彦編著『子の引渡し手続の理論と実務』213頁(有斐閣、2022年)。

75 野村阿由子「ハーグ条約 息子引き渡し、確定へ 母親が上告断念 名古屋高裁」毎日新聞朝刊中部版2018年7月21日25頁。

思を形成している場合には、人身保護手続でさえ執行手段としての役割を果たすことは難しいことを看過してはならない。時間とともに子ども発達し年齢も高くなるのであるから、手続を重ねる時間も加味すれば、早期解決が必須である。国内事案ではあるが、[事件 2]における(3)の人身保護手続は、(1)の家事審判手続による判断とは異なり、意思能力のあるAの自由意思を認め子の引渡し請求を棄却している点を想起すべきである。したがって、執行手段の役割が期待される範囲は拡大したが、人身保護手続は構造上、解釈上限界がある。このような役割を果たしきれないといえる。

第3節 若干の検討

1 子の意見の把握・評価のあり方についての検討

以上のように、人身保護手続の執行手段の役割には限界があることがわかった。

手続の多重化に伴う子の心理的負担を軽減する道は、当然人身保護手続に依存しないことである。そのために検討すべき方向性は二つある。

一つは、人身保護手続に依存しないための確実な執行、つまり子の引渡し実現の実効性向上がまず挙げられる⁷⁶。第2章で示したとおり、これについては民執法および条約実施法改正によってある程度、改善されたと考えられる。

もっとも、執行時に子が拒絶意思を表明すれば、子の心身への配慮から執行不能とせざるを得ない場面は改正によっても依然として生じる。現に、直接強制の奏効率は改正後も改善されていないという⁷⁷。子の意思は執行前から執行時までの短期間に揺れ動き変化する場合もありうる⁷⁸。単に子

76 内田・前掲注(16) 234頁。

77 松浦由加子「執行法改正後の子の引渡し執行の運用と今後の課題」法の支配 205号 96頁(2022年)。

78 子の引渡しに対する拒絶意思は「必ずしも真意であるとは限らず」、また子の「発言が状況に応じて変化することもよくあること」に留意すべきであるという(松浦由加子「当事者からみた国内引渡し手続の現状と課題」山本和彦編著『子の引

の拒絶意思のみで執行不能とすることはできず、①拒絶意思の生じた時期、②独立の意思・意見、③債権者による調整の余地、④一時的な問題か否か等から検討すべきとする見解もある⁷⁹。実際には、執行前から子が一貫して拒絶意思を有しているのに十分に斟酌されないまま執行段階に至った場合も考えられる。そうした子の拒絶意思が執行の障害となる事態を回避するためには、判断機関で子の意思が的確に把握、評価され、結論や執行準備に十分反映されることが肝要である。したがって、もう一つの解決の方向性としては、判断機関と執行機関との連携強化も含めた、執行前の手続段階における子の意思の把握および評価のあり方についての再検討も考えられてよい。

意思能力を有する子の意思を把握する方法は、これまでみてきたとおり、基本的には家裁調査官の事実調査によるところが大きい。しかし、少なくとも意思能力を有する子に対しては、主体的関与の機会が十分与えられるべきである。その点から、本節では、子の意思の把握方法として手続代理人制度の活用について若干検討を加えてみたい。

2 手続代理人制度の意義

手続代理人とは、手続追行のための包括的な代理権を有する代理人をいい（家事法 24 条）、原則として弁護士に限られる（同法 22 条 1 項、条約実施法 50 条 1 項）。これは、「子」の代理人に特化したものではない。子が主体的に手続に参加しうる特定の事件（子の監護者指定等に関する事件も含む）においては、子に対しても付することができる制度である（家事法 118 条準用・252 条）。

渡手続の理論と実務』92 頁（有斐閣、2022 年）。また、「子の意思や状況については、家庭裁判所の審理等で相当に慎重に調査・検討がなされている」から、「よほどのことがない限り本案の判断を尊重すべきであって、子が引渡しを拒否しても直ちに執行不能とすべきではない」との見解を示す（松浦・前掲 93 頁）。さらに、山田文「子の引渡しへの強制執行」ケース研究 344 号 63 頁（2022 年）参照。

79 山田・前掲注（38）67-68 頁。

しかし、平成 26 年の制度導入から現在まで、実務上、手続代理人制度は積極的に活用されていないようである⁸⁰。子の陳述(主として 15 歳以上)や家裁調査官の事実調査(家事法 58 条、条約実施法 79 条)など他の方法により子は意見聴取の機会を与えられているからというのが 1 つの理由であろう。家裁調査官の事実調査の充実・強化によって、従来から子の利益確保のしくみとしては十分との見解も示されてきた⁸¹。

しかしながら、年齢および発達が進むにつれて、子に対して裁判所の後見的な役割が徐々に後退する一方、子の主体的地位をより重視する手続保障の要請は高まるものといえよう。いかなる発達段階の子も調査対象としてのみ扱う措置は、意見表明権を保障する児童権利条約 12 条 1 項の趣旨に反するおそれがある⁸²。やはり意思能力を備えているであろう年齢の子が奪い合いの対象となっている場合には、子の手続参加および手続代理人制度の利用も視野に入れる必要がある。子のための手続代理人の職務は、子の意思の代弁、子への適切な情報提供、子の利益に合う合意解決の促進、子の随時のニーズ対応などが挙げられている⁸³。

1) 子の意思把握への貢献

前述のとおり、人身保護手続を用いる場合には子に国選代理人が選任される。[事件 3]においても C の代理人が数回面談し、子の意思や生活状況等を把握するとともに裁判手続に関する説明を行い誤解を解くなど情報提供の面でも活躍をしていた。家事事件における手続代理人も同様に子と面談し、寄り添いつつ適宜子の心情や意向を把握することができる。実際

80 佐々木健「子の利益に即した手続代理人の活動と家事紛争解決」立命館法学 369・370 号 1554 頁 (2016 年) は選任件数が少ない理由として、選任すべき事例の不透明さ、家裁調査官との役割異同を踏まえた選任有用事例の不明確さ、費用負担などの 3 つを挙げる。

81 金澄道子「子ども代理人制度への疑問 自由と正義 61 巻 4 号 64 頁 (2010 年)。

82 大谷美紀子「子どもの権利条約」二宮周平編集代表・渡辺惺之編『現代家族法講座 第 5 巻 国際化と家族』54 頁 (日本評論社、2021 年)。

83 池田清貴「子どもの意思の代弁～家事事件手続法における子どもの手続代理人」二宮周平・渡辺惺之編著『離婚紛争の合意による解決と子の意思の尊重』77-80 頁 (日本加除出版、2014 年)。

に、子との面会を重ね子の信頼を獲得するとともに、裁判所も子の真意を把握しやすくなったという報告もある⁸⁴。このような子を主体とした第三者支援を早期の手続段階から利用することができれば、子の心理的負担の軽減にも役立つはずである。

2) 連携強化への貢献

執行前から揺れ動く子の意思等子に関する情報を継続的に把握しうるのはやはり手続代理人であろう。執行機関との情報共有等執行の事前準備に役立てられれば、執行前の手続と執行手続との架け橋となり、そこに連続性が生じ、任意の引渡しや執行の成功に繋げられるのではなかろうか⁸⁵。

3 3つの事件適用の可否

現行法では、少なくとも、手続行為能力が認められる子は、権利主体として手続に参加すれば自己の意思を表明することができる。手続行為能力は、「家事事件の手続における手続上の行為をすることができる能力」であり、民事訴訟法（以下、民訴法という）の定める訴訟能力と同様のものである（家事法 17 条 1 項、民訴法 28 条・31 条本文）。民法上、制限行為能力者である未成年者は、原則として手続行為能力を有しない。ただし、子の身上に関わりその将来に影響が及ぶであろう家事事件として子の監護に関する処分の審判事件およびその保全処分・調停事件（ただし、財産上の給付を求めるものは除く）（家事法 151 条 2 号・252 条 1 項 2 号）においては、未成年者であっても意思能力を有するとき手続行為能力が認められるとされている（家事法 118 条準用・252 条）。子の利益確保の見地から、できる限りその意思を尊重する必要があるためである。

本稿で取り上げた事件〔事件 2〕〔事件 3〕の子は意思能力が認められ

84 加藤靖「金沢家庭裁判所における子の手続代理人の選任の実情及び課題」家庭の法と裁判 22 号 44 頁（2019 年）。

85 小学校高学年くらいの子の意思が裁判所の判断と異なる場合においては、「執行がどの程度、実効性があるのか」という問題があるため、手続代理人の関与により「なんらかの着地点を見つける」ことも考えられるとする（池田清貴ほか・前掲注（40）〔佐野みゆき発言〕76 頁）。

ているから、手続行為能力も認められる。そうであれば、「審判の結果により直接の影響を受ける者」として利害関係参加（家事法 42 条、条約実施法 48 条）、手続代理人の選任（家事法 23 条、条約実施法 51 条）が可能である。もっとも実際には、条約実施法適用の国際事案では時間の制約があるため、手続代理人の活用はより消極的であろう⁸⁶。

ここで、手続代理人制度の利用が有用な事案を、日本弁護士連合会（以下、「日弁連」という）が取りまとめ公表した 6 類型が参考となる⁸⁷。（ア）事件を申し立て、又は手続に参加した子が、自ら手続行為をすることが実質的に困難であり、その手続追行上の利益を実効的なものとする必要がある事案、（イ）子の言動が対応者や場面によって異なると思われる事案、（ウ）家裁調査官による調査の実施できない事案、（エ）子の意思に反した結論が見込まれるなど、子に対する踏み込んだ情報提供や相談に乗ることが必要と思われる事案、（オ）子の利益に適う合意による解決を促進するために、子の立場からの提案が有益であると思われる事案、（カ）その他子の手続代理人を選任しなければ手続に関連した子の利益が十分確保されないおそれがある事案の 6 類型である。本稿で取り上げた事件も（エ）または（カ）の類型に該当しうると考える。今後は、該当事例には手続代理人の選任も積極的に行えるようにすべきである。

もっとも、[事件 1] の子については意思能力が認められなかった点に留意する必要がある⁸⁸。時間の経過とともに子は成長発達するのであるから、徐々に子の意思の重みが増すことを考慮しなければならない。現に、人身保護法の定める被拘束者の代理人制度は子の意思能力の有無を問わない。意思能力の有無で手続参加、手続代理人制度の利用を明確に区切る現

86 池田・前掲注（83）90 頁。

87 池田清貴「子どもの手続代理人制度の充実」自由と正義 67 巻 4 号 61-62 頁。詳しくは、同「親の離婚紛争における子どもの最善の利益—子どもの手続代理人として」家庭の法と裁判 5 号 17-18 頁参照。

88 意思能力を欠く子に関して任意代理の構成をとることは難しいが、特別代理人などの法定代理による構成はありえたとする（高田裕成ほか「総則(3) 当事者」高田裕成編『家事事件手続 理論・解釈・運用』[山本発言] 92-93 頁（有斐閣、2014 年））。

引渡し手続については今後見直しも検討すべきである。

手続代理人制度は、手続の多重化を防ぎ子の心理的負担を軽減する手だての1つとして今後活用を期待すべきものとする。

第5章 むすび

本稿では、子の引渡し請求事件における手続の多重化に伴う子の心理的負担の軽減に向け、現在多重化に加担してしまっている人身保護手続の役割とその限界について考察した。前掲最高裁平成5年10月19日判決以降、人身保護手続の役割は、主に家庭裁判所の判断等の不服従に対する執行手段に限定されてきた。

しかし、人身保護手続は、戦後の判例蓄積からも示されるように子の引渡し請求事件を解決する上で欠かせない手続として浸透している。執行手段の役割にとどまるに至っても、親のニーズは高い。その一方、この手続への依存により、子は複数の手続に長期的に関与させられ、子にかかる負担も増大する。こうした状況を解決するために、まずは人身保護手続が執行手段としての役割を担うのに適した手続か否かについて、前掲最高裁平成30年3月15日判決を素材として考察した。人身保護手続は子の自由意思を「拘束」要件該当性判断に必要なものとする解釈が判例上確立している。また、その趣旨・目的から、執行手段には徹しきれないものである。やはり子の引渡し請求事件の解決は人身保護手続に依存しないことが子の利益に適うと考える。

解決の方向性として、最後に2つの方向性に触れた。1つは子の引渡し実現の実効性向上、もう1つは執行前の手続における子の意思の把握および評価のあり方の再検討である。前者は、民執行法改正および条約実施法改正により、執行の強化に伴う実効性の向上に今後すべきである。後者については、子の意思の把握方法についての改善案として、手続代理人制度の活用を挙げた。手続代理人制度は、家裁調査官の局所的・一時的な調査と比較し、継続的な子の意思の把握が可能となる。家裁調査官の調査と協働することにより、よりの確に子の意思を把握、評価することができるも

論 説

のと考える。さらに、執行段階も含め子の代理人制度の活用のための整備を望む声もある⁸⁹。執行段階でも積極的に利用しうる制度の検討導入も必要と思われる。

本稿では手続上で犠牲となる子の問題を扱ったが、手続外においても、子の奪い合いなど父母間の争いでは子が不利益を被ることが多い。今後は「子」の代理人制度の創設も含め、家族法改正の議論とともに子を主体的地位に位置づけるための実体法と手続法の連動した見直しも検討していく必要があるだろう。

89 村上・前掲注(74) 215頁。棚村政行「ハーグ子奪取条約の運用状況と今後の課題—研究者の立場から」家庭の法と裁判 20号 32頁(2019年)は、手続代理人制度の活用も含め、子の代弁、聞き取りをする者について十分議論する必要があるとする。