

審判前の保全処分による 子の引渡しの判断基準

弁護士 福市 航介

1 はじめに

子を巡る紛争は激しさを増している。それに伴い、子の引渡しを巡る争いも増加しているというのが実感である。そこで、今回は、子の引渡しを巡る争いの当初から問題となり、かつ、最終的な結論に大きな影響を与える審判前の保全処分による子の引渡しについて、その判断基準を概観し、今後の実務の指針としたい。

2 子の引渡しの判断基準

(1) 審判前の保全処分の要件

審判前の保全処分が認められるためには、I 本案審判において一定の具体的な権利義務が形成される蓋然性とII保全の必要性の要件を満たす必要がある¹。Iが必要なのは、審判前の保全処分が暫定的な処分でありながら、強制力が付与されているからである(家事事件手続法109条3項、民事保全法43条、同52条。以下、単に「法」という。)。IIが必要なのは、審判の効力が生じるまでの間に、事件の関係人の財産に変動が生じて後日の審判に基づく強制執行による権利の実現が困難になったり、あるいは、その間における関係人の生活が困難や危険に直面するという事態が生ずることが少なくないことから、これに対処する必要があるからである(法115条、民事保全法20条1項、同23条2項、法157条1項)。

これを子の引渡しの審判前の保全処分についてみると、Iとは、申立人が監護者として適格である判断とされる蓋然性であると解される²。子の引き渡しの前提として引き渡しを請求する者が監護者として適格である必要があるからである。なお、監護者として適格であるかどうかは、父母側の諸事情や子の事情を総合的に比較衡量して判断される³。IIに関しては、法157条1項柱書に特則があり、「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に必要があるとき」とされていることから、子の事情も当然に斟酌される(なお、当該規定は、従前の家事審

判規則52条の2でいう「事件関係人の急迫の危険を防止する必要があるとき」とほぼ同様の意味に解釈されると思われる。)。もっとも、その具体的な内容は、事案により異なると考えられる。

- (2) 子の引渡しにかかる審判前の保全処分の裁判例
子の引渡しにかかる審判前の保全処分について、前記I及びIIの要件を検討する。この点については、東京高等裁判所平成15年1月20日決定・家裁月報55巻6号122頁(裁判例①)と東京高等裁判所平成20年12月18日決定・家裁月報61巻7号59頁(裁判例②)が参考になる。

裁判例①は、審判前の保全処分の要件としてI及びIIが必要であり、IIの意味は、「子の福祉が害されているため、早急にその状態を解消する必要があるときや、本案の審判を待っては、仮に本案で子の引渡しを命じる審判がされてもその目的を達することができないような場合がこれに当たり、具体的には、子に対する虐待、放任等が現になされている場合、子が相手方の監護が原因で発達遅滞や情緒不安を起こしている場合など」であると判示している。これに対し、裁判例②は、Iの要件について特に触れることなく、IIの要件に関し、「従前監護していた親権者による監護の下に戻すと未成年者の健康が著しく損なわれたり、必要な養育監護が施されなかったりするなど、未成年者の福祉に反し、親権行使の態様として容認することができない状態となることを見込まれる特段の事情がない限り、その申立てを認めるべき」と判示している。

これらの判示から分かれるとおり、両者では、IIの要件に関する原則と例外が逆転している。前者は原則として保全の必要性を認めないという判断であるのに対し、後者は原則として保全の必要性を認めるという判断だからである。これをどのように考えればよいかは、実務上の指針を知る上で重要である。

- (3) 実務における子の引渡しの判断基準

審判前の保全処分が認められるためには、前述のとおり、I 本案審判において一定の具体的な権利義務が形成される蓋然性とII保全の必要性の要件を満たす必要がある。Iが要求される理由からすれば、この点を解釈だけで不要と変更することは難しい。裁判例②も、Iの要件を明示的に判示はしていないが、当然の前提として監護開始の態様の違法性が顕著であることを理由として本案審

判の蓋然性を認めているものと思われる^{4,5}。

問題なのは、Ⅱの要件である。前記のとおり、裁判例①と裁判例②では、原則と例外が逆だからである。しかし、実際には裁判例①が提示したような基準が使用される事例が多いのではないかと思われる。なぜなら、子の引渡しを求める審判前の保全処分は、満足的仮処分であり、保全の必要性の要件について高度の疎明が要求されるため、疎明の成功に相当程度のハードルの高さが想定されるからである⁶。確かに、裁判例②は原則として保全の必要性を認めるとの判示を行っているが、裁判例②の事案は連れ去りの違法性が相当顕著であったという特殊な事案であったから、安易に一般化することはできない⁷。実際、裁判例②は、前述の基準の前に「共同親権者である夫婦が別居中、その一方の下で事実上監護されていた未成年者を他方が一方的に連れ去った場合において、従前未成年者を監護していた親権者が速やかに未成年者の仮の引渡しを求める審判前の保全処分を申し立てたときは」と判示し、前述の基準が適用されるケースを限定している。裁判例②のような事案では、自力救済を禁止し、違法行為者に有利な地位を与えないようにすることで、実力による子の奪い合いを助長しないようにする高度の必要性があり、その意味で例外的に保全の必要性が認められたものと解することができる⁸。

そうすると、実務上は、裁判例①のような判断構造が原則となるものと思われる⁹。

(4) 数次の引渡執行を避けるという視点

ところで、近時、子の引渡しにかかる審判前の保全処分の「保全の必要性」の判断について、数次の引渡執行を避ける必要性という新たな観点を取り入れた決定がなされた。すなわち、東京高等裁判所平成24年10月18日・判例タイムズ1383号327頁は、子の利益のために数次の強制執行をできる限り避けるという観点から、「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理し、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ものというべきである。」と判示したのである。裁判例③が示した「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」とは、数次の強制執行を避けて子の利益を確保する必要性を根拠におくものと理解できる。前記のとおり、子の引渡しの審判前の保全処分での「保全の必要性」とは、「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に必要があるとき」を意味するから、利害関係人たる子の事情を考慮することができるので、裁判例③のような判断は十分に可能である。実務を担当していると、強制執行が繰り返されることで子の生活が安定しないといった懸念がある事例は実際に経験したりすることから、上記の判断構造は必要である。今後は、このような観点からの検討も行った上で実務での事件処理をする必要がある。

3 おわりに

以上、極めて簡単に子の引渡しの基準について概観した。ここでは、多くの事例で子の引渡しに関する審判前の保全処分の「保全の必要性」の判断は厳格になされる可能性が高いこと、しかし、子の奪取の違法性が顕著な事例では原則として子を元に戻す等の別の対応がなされる可能性があること、今後は数次の強制執行を避けて子の利益を確保する必要性をも考慮に入れた対応が必要であることが判明したように思われる。課題としては、審判前の保全処分で子の引渡し認められるだけの子の奪取の違法性の程度や早期の申立ての時期とはいかなるものか、子の引渡しの方法をいかにあるべきかという点であると思われるが、紙面の都合と筆者の能力もあり、別の機会に検討することとしたい。

- 金子修『一問一答 家事事件手続法』（商事法務、2012年5月）170頁参照。
- 中山直子「子の引渡しの判断基準」判例タイムズ1100号72頁参照。
- 中山・前掲2・72頁参照。なお、具体的には、父母側の事情としては、監護能力、精神的・経済的家庭環境、居住環境、教育環境、子に対する愛情の度合い、従来の監護状況、親族等の援助等が挙げられ、子の側の事情としては、子の年齢、性別、心身の発育状況、兄弟姉妹との関係、従来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ている。
- 松本哲弘「子の引渡し・監護者手に関する最近の裁判例の傾

- 向について」家裁月報63巻9号28頁参照。
- 5 なお、同決定の基準を「本案の結論との関連を考慮しない基準である」と評価する見解も提示されているが(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」産大法学第45巻第3、4号207頁以下参照。)、本文で述べた理由で、そのような評価は難しいのではないと思われる。
 - 6 松山昇平「子どもの引渡しを求める仮処分」門口正人・須藤典明編『新・裁判実務体系第13巻民事保全法』(青林書院、2002年)341頁以下参照。
 - 7 親や代理人に相談することなく、未成年者を保育園から連れて帰ることを計画し、未成年者が通園していた保育園を訪れたところ、未成年者が他の園児ともども園庭で遊んでいるのを見つけ、保育士がいないすきをついて門のかんぬきを外して園内に入り込み、未成年者を連れ出したという事案であり、裁判例②も、「未成年者略取罪の成立を認めた最高裁平成17年12月6日第二小法廷決定・刑集59巻10号1901頁の事案にも類する事案である」等と評価している。
 - 8 丹野達『民事保全手続の実務』(酒井書店、1999年)481頁、487頁参照。
 - 9 ただし、子連れ別居のとの関係で監護開始の適法性については、もう少し検討の必要があるように思われる。現在、子連れ別居は当然のように適法視されている。確かに、別居時に子を連れ出すことが常に違法とは考えられないが、常に適法とも思われない。両親が等しく愛情をもって子の養育に参加しており、子も既に確立した生活関係を構築しているにもかかわらず、子の意思に反して、子が新たな生活関係をはじめから作らなければならないような遠く離れた場所へ移動させたという事案を考えると、単純に適法性を肯定するには躊躇を覚える。このような事例で早期の審判前の保全処分が申し立てられた場合は、簡単に申立てを却下することは躊躇される。