



イタリアから連れ去られた子の 人身保護請求事件

～最高裁（三小）昭和60年2月26日判決～

東京大学助教授 道垣内 正 人

一 事 実

一 イタリア国籍を有するX女（請求者・上告人）と日本国籍を有するY₁男（拘束者・被上告人）は、昭和四五年三月二〇日、イタリア共和国トリノ市で婚姻し、その間に、長男Z₁（被拘束者）が同年一月一四日に、長女Z₂（被拘束者）が同五年四月一六日に、二男A（訴外）が同五年八月八日にそれぞれ生まれ、三人の子は、日本国籍及びイタリア国籍を有している。

Xはピアノリスト、Y₁はギタリストであつて、それぞれ、昭和四七年以降、トリノ市で音楽学校の教師及び個人教授をして生計を営んでいた。

しかし、XとY₁は、互いに相手の仕事につき理解を欠き、子の養育方針についても意見を異にする等、性格の不一致とあいまって次第に夫婦関係の円満を欠き、このためY₁は精神的に疲労し、神経衰弱症状を呈し、治療や静養のため、十分に働けない状態であつた。

Xは、昭和五六年一〇月ころまで、トリノ市内で働いていたが、将来における生活の安定を意図し、ミラノ市内の音楽学校の教師に転職し、毎週二、三日Z₂とAを連れて通勤し、同五七年一月一七日以降は、ミラノ市内に借家し

て、毎週月曜日から金曜日までの間、同所に三人で滞在し、土曜日にトリノ市の自宅に帰り、日曜日にミラノ市に戻るといふ多忙な生活を繰り返していた。

Y₁は、三人の子の養育を中心とした家庭生活に悪影響を及ぼすことなどの考慮から、Xのミラノ市における勤務に反対した。

当時、Z₁は、Z₂ら弟妹と別居することを痛く悲しみ、かつ、Y₁の病氣の原因がXのY₁に対する無理解な生活態度にあるものと思ひ込み、Xに反感を抱き、Y₁に同情していた。

また、Z₂は、ミラノ市に連れて行かれるよりも、トリノ市でY₁、Z₁と暮らすことを欲していた。

Xは、昭和五七年一月一七ころ、Y₁の非協力的な態度に憤慨し、その神経衰弱症状は仮病ではないかとの疑いから、Y₁と激しい口論となり、もはや婚姻関係は破綻したものと考え、離婚を決定するに至り、同年二月三日、トリノ民事刑事裁判所に、身上別居の訴えを提起した。

右口論の後、Y₁とXとの間には全く対話がなくなり、Y₁もそのころ離婚を決意して日本への帰国を計画し、同年三月一〇日ころ、Xに事前に相談することなく、Xの不在中に、Z₁、Z₂に自己の心情を打ち明け、同人らを連れ、身の回り品を持って帰国の途についた。

トリノ民事刑事裁判所は、そのころ既に日本

に帰国したY₁を審尋することができないまま、同年三月一六日、三人の子をXの監護に付する旨の緊急的・暫定的な命令を下した。

二 Z₁、Z₂は、来日後、Y₁及びY₁の父母であるY₂（七七歳）、Y₃（七五歳）（ともに拘束者、被上告人）とともに生活している。

Xは、来日したY₁と手紙、電話で接触を計ったが、同人は、これに応じなかった。そこで、Xは、Z₁、Z₂を取り戻すため、昭和五九年八月四日に来日し、Z₁らの住居地に赴き面接しようとしたが、Z₁は、Y₃から母に会うよう勧められたのに、それを拒否して身を隠し、Z₂は、不在等の事由で、Xと会わなかった。

Y₁ら側の事情及びZ₁らの生活状態は以下の通りである。

帰国時には神経衰弱症状を呈していたY₁は、その後も継続して治療を受け、間もなく回復し、ギターの演奏活動及び個人教授をして、月平均一七万円の収入を得、Y₂、Y₃は、駐車場経営による収入月五万円及び厚生年金等を得て、生計の資としている。

また、来日直前、トリノ市内の小学校六年生であったZ₁は、学業成績が芳しくなかったが、日本語の個人教授を受けていたため、来日後の昭和五七年四月、住居地の小学校五年に転入することができ、現在、中学校一年生であって、成績はやや向上した。

Z₂は、来日当時、日本語を殆んど理解できなかったが、間もなく習得し、保育園に入り、現在、小学校一年生であって、成績はクラスの上位である。

右兩名とも、現在の学校及び家庭生活によく適合し満足しており、この状態の継続を強く希望している。すなわち、学校では友達に恵まれ、かつ、学校から帰ればY₁らのいづれかの者が在宅し、監護養育を受けられることから、イタリヤ在住当時比して精神的に安定した日々を送っており、Xの許へ行くことを嫌っている。

他方、X側の事情としては、Xはミラノ市でピアノ教師として十分な収入を得ており、二男Aと二人で生活しているが、Z₁、Z₂を引き取り、三人の子と同居しZ₁らに専門的な音楽教育を受けさせたいと希望している。

三 以上の事情から、XがY₁、Y₂、Y₃を相手どり、Z₁、Z₂を釈放し、Xに引き渡すことを求めたのが本件人身保護請求事件である。

第一審の東京高裁昭和五九年一〇月三十一日判決（昭和五九年人ナ第一〇号、人身保護請求事件、判例集未登載）は、以下の理由により、請求を棄却した。

まず、長女Z₂の拘束の有無について、Z₂は現在七歳六か月の児童であるから、意思能力を有しないものというべく、Y₁らはZ₂を拘束してい

ると判断した上で、その違法性の有無について、「来日後におけるZ₂の監護環境は、以前のそれよりも良好なものであり、Y₁らのもとにおけるZ₂の生活は既に二年七か月余に及び、その間、精神的に安定した生活を営み、現在の家庭的、社会的環境に順応しているものといえるのであるから、いま、請求者に引き渡されることにより、Z₂に生ずるおそれのある諸々の生活環境の急変に伴う心理的な動揺を避け、かつ、XとY₁間に今後不可避と思われる離婚に伴う親権者の指定等が最終的に結着するまでの間、父親の監護下での現状の生活を継続させることが、Z₂の福祉により適うものといえることができる」ので、「トリノ民事刑事裁判所の緊急的、暫定的な命令（同命令が、Xの離婚を前提とする身上別居の訴えに基づき、あらかじめY₁を審尋することなく一方的に発せられたものであることは、前認定のとおりである。）の存在を考慮しても、Y₁らのZ₂に対する拘束に人身保護法上違法性があるといえることはできない。

次に、長男Z₁については、「現在一三歳一〇か月のZ₁は、既に自己の置かれた状況について弁別するに足る意思能力を有し、X側及びY₁ら側の前認定のごとき諸事情を感じた上、自らの意思で、Y₁ら方に居住し、Y₁らの監護に服しているものと認定するのが相当であり、したがって右監護は、『拘束』に該当しないものとい

わざるを得ない(付言するに、仮りに、 Z_1 の年齢及び資質の点から、その弁別能力に多少の不安があるとしても、…… Z_1 に関する事実関係と全く同一の根拠に基づき、 Z_1 についても、 Y_1 らの拘束に違法性があるということはできない。)

四 Xは上告して、次の三点を主張した。

第一に、原判決が Z_1 に対する Y_1 らの監護が「拘束」に該らないとした点は、人身保護法二条、同規則三条に照らし、判決に影響を及ぼすこと明らかなる法令の違背である。 Z_1 は、母親の愛情を誤解し、かつ、母親との接触を一切断たれた状態の下で父親への依存度を強めている。このような状況の下で形成された Z_1 の「意思」を論ずることは極めて危険である。なぜなら、一方の親がある一定の年齢に達した子供を無理矢理連れ去り完全に自分の支配下において、帰りたいと言わせればそれで後は問題とされないことになるからである。

第二に、原判決には、拘束の違法性を判断するにつき審理不尽、理由不備ないし理由齟齬の違法があり、また従来の最高裁判所の判例に反し破棄を免れない。破綻状態にある夫婦の一方が他方に対し人身保護法に基づき共同親権に服する幼児の引渡を請求した場合は、夫婦のいずれに監護させるのが幼児の幸福に適するかを主眼として、客観的基準により拘束の不当を判断するのが従来の判例であるところ、原判決

は、意思能力のない Z_1 の主観・意思に判断の基礎を置いている。従来より判例が採用してきた客観的基準の第一は、拘束開始の態様である。

これを問題とするのは、実力による子の奪取が既成の事実を作り上げ、現に子を自らの支配下に置くものが著しく有利となり不公平な結果を招来することを防止するためである。本件における子供の連れ去り方は、Xの共同親権を侵害するものであり、また、その時期もトリノの裁判所において審理が開始される直前であって、子の監護についての親の責任を放棄する卑劣な行為であり、一国の司法作用に対する重大な挑戦でもあった。このようなことが認められれば、到底法秩序は保たれなくなるであろう。次に、客観的基準の第二として、母性優性の原則がある。子を養育するに十分な経済力と愛情をもった母親が子の監護を熱望して子の引渡を求めているにもかかわらず、これが認められないということは、子の福祉に反するといふべきである。

第三に、原判決には、外国裁判所の下した命令を不当に無視する判断遺脱、理由不備の違法がある。Xは、本件拘束の違法性を裏付ける最大の根拠として、トリノ民事刑事裁判所が昭和五十七年三月一六日に発した緊急的・暫定的命令の存在をあげ、民法二〇〇条の下でその効力を承認することを求めた。これに対して、原判

決は、右命令の存在自体は認めながら、その日本における効力については何ら明確な判断を示していない。イタリア、日本いずれにおいても、破綻した夫婦間でどちらが子を監護すべきかは、最終的には離婚に伴う親権者の指定等によって決せられるが、右命令は、それまでの間、暫定的に子を監護すべき親を、主として子の幸福を基準として判断したものであり、子の奪い合いの法的解決手段として人身保護法が利用される際には、右命令の内容は同じく子の幸福を基準としてなされる拘束の違法性の判断において最大限尊重されるべきである。原判決は、最終結着までの間現状を続けるべきだとするが、これではとり返しのつかない子の不幸を招来しかねない。なぜなら、イタリア離婚法の下では、裁判上別居が認められてから五年間を経過することによって婚姻解消の効果が生じるが、 Y_1 がイタリアでの裁判手続を一切無視している現状からして、子の監護に関しては現在の命令の内容がそのまま離婚の条件となるのは確実である。そうなった段階で、あらためて外国判決の承認・執行を求めることはXに二重の時間・労力・経費の負担を強いることになり、なによりもその間に子供はさらに日本の環境になじみ、原判決の懸念する「生活環境の急変に伴う心理的動揺」のおそれは一層大きくなるであろう。

上告理由第一点について

「原審が適法に確定した事実関係のもとにおいて、Y₁らがZ₁を拘束しているとはいえないとした原審の判断は、正当として是認することができる。原判決に所論の違法はなく、論旨は採用することができない。」

同第二点について

「原審が適法に確定した事実関係のもとにおいて、Y₁がZ₁らの監護にあたることとZ₁らの福祉に適うものであるとした原審の判断は、正当として是認することができる。Y₁がZ₁らを連れて来日するにあたりXの承諾をえなかったことと、Xが母であること等はいずれも右判断を左右する事由とはいえない。所論引用の判例は、事案を異にし、本件に適切でない。論旨は、採用することができない。」

同第三点について

「所論の命令は、民法二〇〇条にいう確定判決にあたらないから、原判決が右命令と異なる判断をしたことに所論の違法があるとはいえない。論旨は、独自の見解に基づいて原判決を論難するものにすぎず、採用することができない。」

1 本判決の地位づけ

一 人身保護法（昭和二十三年法律一九九号）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」（同法二条）として制定されたものである。子の引渡請求事件に同法を適用することに対しては、学説上、根強い批判があるが（明山和夫・判例評論一三三号一一七頁（一九七〇）、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」ジュリスト五四〇号四九頁（一九七三）、山畠正男「離婚と子の奪い合い」ジュリスト六六五号五二頁（一九七八）等）、同法制定の翌年、最高裁が一般論として子の引渡請求を同法に基づいてなし得ることを認めて以来（最判昭和二十四年一月一八日民集三卷一号一〇頁）、特に、別居夫婦間の子の奪い合い紛争において同法が多く利用されてきている（判例の分析については、櫻田勝義「子の引渡しと人身保護法」判タ二四九号二頁（一九七〇）、丹野達「人身保護事件としての子の引渡請求の実際」家裁月報三二卷六号一頁（一九八〇）参照）。

人身保護法に基づく請求が認容されるための

要件として、同法二条は、①「拘束」があること、②その拘束が違法であること、を定め、また同規則四条は、③その違法性が顕著であること、④他に相当の期間内に救済の目的を達する適当な方法がないこと、を要すると定めている（なお、①・②と③・④の関係につき、丹野・前掲一〇一一頁参照）。そして、子の引渡請求事件の場合には、判例によると、③の要件については、子の引渡を認めることが子の幸福に合致することが明白であれば、拘束の違法性が顕著であることを妨げないとされ（最判昭和四三年七月四日民集二二卷七号一四四一頁、最判昭和五三年六月二九日家裁月報三〇卷一一号五〇頁）、また、④の要件についても、特に、離婚前の別居中の夫婦間での子の引渡請求事件においては、他の方法では人身保護法によるほどの適切かつ迅速な被拘束者の救済の目的を達することのできないことは明白であるとされている（最判昭和四四年九月三〇日判時五七三三六二頁）。従って、子の引渡請求事件において多く問題となるのは、①及び②の要件であり、本件でもこれらの点が問題となった。

二 本判決は、後述のように、従来の判例法理に従い、右の①及び②の要件についての原判決の判断を是認したものであり、その限りでは、目新しい点はない。

しかし、本件は、イタリアにおいてX、Y₁間で別居及び親権者指定の裁判が開始された直後にY₁がZ₁らを日本へ連れ帰ったという国際的な子の連れ去りの事件であり、しかも、その後、イタリアの裁判所はZ₁らをXの監護に付す旨の命令を下しているという事情がある。本判決は、裁判係属中の子の国外連れ出しである点は無関係と判旨し、イタリアの裁判所の右命令も確定判決ではないのでわが国の外国判決承認の要件を具備しないと簡単に判旨しているが、子の福祉・幸福を大局的に考えた場合、これらの事情は十分に検討すべき重要性を有していると思われる。

以下、判旨に沿って、「拘束」の有無、拘束の違法性（イタリアでの裁判の評価を含む）、を順次検討し、最後に、国際的子の連れ去り一般について若干触れることとする。

2 「拘束」の有無

一 人身保護規則三条は、「拘束とは、逮捕、抑留、拘禁等身体の自由を奪い、又は制限する行為をい」うと規定している。

子の引渡請求事件においては、「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、その監護自体を人身保護法および同規則にいわゆる拘束と解するに妨げない」（前掲最

判昭和四三年七月四日。なお、最判昭三三年五月二八日民集一二巻八号一二四頁参照）とされ、このことは、「右監護の方法の当、不当または愛情にもとづくかどうか」（前掲最判昭和四三年七月四日）、また、「右監護が法律上監護権を有する者によるものであるかどうか」（最判昭和四九年二月二六日家裁月報二六巻六号二二頁）にかかわりないとされている。従って、判例によれば、その子が監護されているという状態にある限り、問題は、その子の意思能力の有無ということになる。

本判決は、右の判例法理を踏襲し、本件の事情のもとで、原審終結時一三歳一〇か月のZ₁は意思能力を有するのでその監護は「拘束」に該当しないと、同七歳六か月のZ₂は意思能力を有さないものでその監護は一応「拘束」に該当した原判決の判断を是認した。意思能力の有無の判断は、個々のケースにより異なるものであり、一般的に判定し得る性質の問題ではないが、年齢の点では、九一〇歳前後が過去の判例における一応のメルクマールになっているようであり（石川稔・家族法判例百選〔第三版〕一三〇頁〔一九八〇〕、丹野・前掲一五頁）、本判決もこれを逸脱するものではない。

二 しかし、子の引渡請求事件における「拘束」の有無の判断にあたって、単にその子の意思能力の有無のみを問題とすることに對して

は、疑問がないわけではない。というのは、この場合に問題とすべきは、その子が自ら希望すれば、現に監護している者のもとを離れて、請求者のもとへ行くことができる状態にあるかどうかであると思われるからである。従って、単に意思能力を有するだけでは足りず、自ら請求者のもとへ行く手段・方法を知り、かつそのための金銭的能力を有するか、もしくは、請求者に迎えに来てもらうために請求者の連絡先を知り、かつ現実に連絡をとり得る場合（脱出可能性がある場合）にはじめて、その子は「拘束」されていないというべきではあるまいか。そして、このような状態にない限り、その子は一応「拘束」されているというべきであり、その子（意思能力を有する子）の意思の内容は、その拘束の違法性の判断の際に問題とすべきであると解される（人身保護規則五条。後述三③参照）。

もちろん、判例も、意思能力ありとして「拘束」に該当しないと判断する際には、抽象的に意思能力の存在していることだけを根拠としているわけではなく、本件原判決が「意思能力を有し、……諸事情を感得した上、自らの意思で、Y₁ら方に居住し、Y₁らの監護に服しているものと認定」しているように、その意思の内容も同時に判断している（最判昭和四六年一月三〇日家裁月報二四巻七号五七頁）。しかし、「拘

束」の有無の判断と被拘束者の意思の内容を分けて考え、後者を子の幸福の判断の一環として考慮する方が、より妥当な結論を導くことができるのではないと思われる。

「拘束」の有無について、右の判断基準（意思能力と脱出可能性）によれば、本件では、 Z_1 が自ら望めばXのもとへ行くことができる状態にあるか否かが問題とされるべきであり、本件が国際的な子の連れ去りであることを考えると、はたして Z_1 が「拘束」されていないといつてよいかどうか疑問が残る。

3 拘束の違法性

一 別居夫婦間の子の引渡請求事件においては、「拘束状態の当、不当を決するについては、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する」（前掲最判昭和四三年七月四日）とされ、

この基本的立場は確立した判例法理となっているが、これだけでは抽象的にすぎるので、具体的に、どのような事情をいかに考慮するかということが問題となる（なお、判例は子の利益よりも親の側の事情を重視する傾向があるとの批判がある。島津一郎「子の利益とはなにか——人身保護法による子の引渡請求——」（一）判例評論一七五号六頁（一九七三））。

本件では、原判決が、①生活環境、②監護の

継続性、③子の意向を考慮して、「現状の生活を継続させることが、 Z_2 の福祉により適う」として拘束の違法性を否定したのに対し、上告理由では、④拘束開始の態様、⑤Xが母であること、⑥イタリアでの裁判といった事情が拘束を違法ならしめる根拠として主張されている。

以下、これらの点を検討することとするが、その前に明らかにしておくべき問題がある。それは、将来及び過去の事情を考慮すべきか否かの問題である。人身保護手続の性質上、現在の事情だけを考慮すべきであるとの立場もあるが、この種の人身保護事件にあっては、裁判所は後見的立場から「子の幸福」を判断すべきであり、その子について将来生ずる事情の変化は重視すべきであると思われる（二①・②・⑥参照）。また、一国の司法制度として、無視し得ない過去の事情もあるのではないと思われる（二④参照）。

二 ①生活環境

原判決は、 Z_2 が、学校では友達に恵まれ、家庭では Y_1 らのいづれかが在宅し監護養育を受けられる環境にあることを認定し、「来日後における Z_2 の監護環境は、以前のそれよりも良好なものである」と判示している。しかし、 Y_2 、 Y_3 の年齢（七七、七五歳）を考えると、現在の環境に変化が生ずることが予想され（但し、このような予想はすべきではないとの見解もある。島津・前掲七頁）、また、

三人の兄弟のうちAはイタリアに居住しているという事情もある（ただ、 Z_1 が日本に居住することになれば、兄弟が一緒に生活できないという点では同じである）。もっとも、原判決においても、この生活環境という点は決定的事情とはされていないようであり、②の事情の前提とされているにすぎないと解される。

②監護の継続性 原判決で最も重視されているのは、日本での Z_2 の生活が二年七か月余に及び、現在の家庭的・社会的環境に順応して精神的に安定しているという事情であると解される。この点が「子の幸福」にとって極めて重要であることは児童精神医学上も裏付けられており（丹野・前掲一三頁）、特に、 Z_2 が四歳一か月（来日時）から七歳六か月までという成長の重要な期間に日本で Y_1 らに養育されたということは、ほとんど決定的ともいえる事情といふべきであろう。ただ、イタリアでの裁判の動向（⑥参照）を考え、近い将来、 Z_2 をXに引渡すということになると予想されるのであれば、これ以上 Z_2 を Y_1 らのもとにとどめておくべきではなく、一刻も早くXのもとへ引渡すべきではないかとも考えられる。

③子の意向 上告理由第二点では、原判決は意思能力のない Z_2 の主観・意思に判断の基礎を置いているが、むしろ客観的基準によるべきである旨主張されている。この点について、学

説の中には、意思能力がなくても、年齢が高く
なれば、子の意向は子の側の事情として重視す
べきであるとするものがある（島津・前掲四
頁、丹野・前掲一五頁）。しかし、意思能力のな
い子に、父母どちらを選ぶかを判断させ、自ら
の運命の決定についての責任の一端を負わせる
ことは酷であると考えられる。裁判所として
は、意思能力のない子の意向に判断の根拠を求
めるべきではなく、①・②の事情を後見的立場
から検討し、「子の幸福」を図るべきであると
思われる。もっとも、原判決がZ₂の意向に拘泥
し、これに判断の基礎を置いていたとは解され
ない。原判決の判断の根拠は②の事情であり、
これを本判決は是認したと解すべきであろう。

ところで、以上はZ₂についてであるが、前述
のように意思能力のあるZ₁も脱出可能性がない
ので「拘束」されていると解する場合（2二参
照）、その違法性の判断においてはZ₁の意思が
重要となる。人身保護規則五条は、人身保護請
求は「被拘束者の自由に表示した意思に反して
これを行うことができない」と規定しているの
で、被拘束者に意思能力があれば、この規定に
より引渡請求はできないと割り切る立場もある
（丹野・前掲一六頁）。しかし、この種の事件で
は裁判所は後見的立場から「子の幸福」を判断
すべきであり、上告理由第一点で主張されてい
るように、Z₁の意思が真に自由に形成されたと

いえるか否かを検討するとともに、本件のZ₁
のように、意思能力があるとはいっても一三歳
一〇か月の学童の場合には、判断の根拠をZ₁の
意思に求めZ₁に自らの運命の選択の責任を負わ
せるべきではなく、結果的に拘束の違法性を否
定するとしても、その根拠は他の事情に求める
べきであると思われる。

④ 拘束開始の態様 判例によると、拘束が
暴力による奪い去りによって開始したとして
も、現在の監護状態に悪影響を与えていない限
り、現在の状態が「子供のためにむしろ幸福で
あるとしたならば、その暴力行為に対する刑事
上の問題はともあれ、人身保護法の適用の問題
としては」、無関係であるとしている（前掲最判
昭和二十四年一月一八日、前掲最判昭和四三年七
月四日等。但し、東京地判昭和五三年八月二四
日家裁月報三一巻七号八四頁参照）。しかし、こ
のような立場は、その子自身を再度実力によっ
て連れ戻すことを放任することになるという点
で「子の幸福」に合致しないおそれがあるのみ
ならず（石川・前掲一三二頁）、社会秩序の維持
を任務とすべき司法制度として、実力による子
の連れ去りの濫発を許す（但し、刑事罰のあり
得ることは判例の指摘する通りであるが）結果
となり相当ではないと思われる。本件の場合、
単なる無断連れ去りであり、その態様が著しく
妥当を欠くわけではないが、イタリアでの裁判

を免れるために日本へ連れ去ったとも解される
事案であり、この事情を全く無視してしまふこ
とは、各国の司法制度の協調によって維持すべ
き国際的な私法秩序の潜脱を容認することにな
ってしまふ点で妥当ではないと解される。

⑤ Xが母であること 従来の判例の数の上
では、母親を優先するものが多いが、これは被
拘束者がごく幼い場合にみられる傾向であり
（最判昭和四六年一月二二日判時六五八号五
五頁）、おおむね学齢期以上の子の場合は必ず
しも母親が優先されるというわけではないよう
である（丹野・前掲一三頁）。本件のZ₂が女の子
であることを考慮しても、その年齢から考え
て、Xが母であることはさほど重要な事情とは
いえないと思われる。

⑥ イタリアでの裁判 本判決は、イタリア
の裁判所の下した命令は確定判決ではないとの
理由で、この命令と異なる判断をした原判決を
是認した。確かに、民訴法二〇〇条によりわが
国で効力が認められる外国判決は「確定判決」
のみである。しかし、右命令の性質については
十分に調査検討する必要があると思われる。と
いうのは、右命令は、X、Y₁の別居を認めると
ともに、三人の子の監護をXに託すこと、トリ
ノ市所在の家屋をXに譲渡すること、Y₁はXに
毎月扶養費を支払うことなどを命ずるもの
であり、後にこれらを変更することも予定され

てはいるが、その暫定性は別居判決という性格上必要とされているにすぎず、本件のような場合に、未だ「確定判決」でないという扱いが妥当か否かの問題となり得るからである。

そして、仮に、右命令が民法二〇〇条の要件を具備しないとしても、なお、後見の立場から「子の幸福」を図るべき裁判所としては、予想されるイタリアでの裁判の動向とその本件における「子の幸福」に及ぼす影響を全く考慮の外に置くことは妥当ではないと思われる。イタリア離婚法（一九七〇年一月一八日施行）三条二項bによれば、別居後五年を経過すれば離婚を請求できるとされているので、本件の場合、早ければ二年余後に離婚を認めるとともに、Xを親権者とする判決が確定することが予想される（但し、離婚訴訟の裁判管轄がイタリアに認められ、準拠法がイタリア法になることを前提とする）。もっとも、右のような判決がイタリアで下されるときも、その段階になれば、日本で子の引渡請求が認められるというわけでは必ずしもない。というのは、Y₁が日本に住所を移してから提起されることになる離婚訴訟につきイタリアの裁判所が裁判管轄権を認めるとしても（イタリア離婚法四条一項は、被告となる配偶者の住所が外国にある場合には申立人の住所地の裁判所に管轄がある旨規定している）、その国際的裁判管轄権がわが国からみて

認められるものか否か問題となるし、また、仮にそのイタリア判決の効力をわが国で承認するとしても、わが国の判例上、たとえ親権者からの子の引渡請求であつても、子がその自由な意思で第三者のもとに居住している場合には（Z₂も一〇歳前後になつてゐる）、子の引渡請求は認められないとされ（大判昭和十三年三月九日民集一七卷三七八頁）、さらに最近では、子の利益を総合的に考慮するとされているからである（久貴忠彦他・民法講義七二六二頁（阿部徹）（一九七七））。従つて、本件で「子の幸福」を判断するにあつて、イタリアの裁判をどのように考慮するかは困難な作業ではある。しかし、この点を全く度外視することは、「子の幸福」の点からも、また、国際的私法秩序維持の点からも、妥当ではないと思われる（なお、原判決は、イタリアの命令についての言及の中で、「あらかじめY₁を審尋することなく一方的に発せられたものである」と述べている。これが、民法二〇〇条との関連での言及であれば妥当ではないが、仮に、Z₁らの監護権者をXとする旨の判示内容が「子の幸福」についての十分な考慮を経たものでなく、参考とするに足りないとの趣旨であれば、ひとつの見方であるといえよう）。

三 以上検討してきたように、本判決の判断結果が真に「子の幸福」に適うものであったか

否かの評価は極めて困難といわざるを得ない（とすると、一で触れた人身保護規則四条の違法性が顕著であることという要件が問題となるが、この種の事件では、あくまで「子の幸福」を基準とすべきであり、安易に違法の顕著性を云々すべきではないと思われる。なお、丹野・前掲一六一一七頁参照）。結局、②監護の継続性・④拘束開始の態様・⑥イタリアの裁判がポイントであり、②と④・⑥とを比較衡量して「子の幸福」を判断することになると思われる。本件訴えの提起がもっと早ければ、またはZ₁らがずっと幼ければ（後掲最判昭和五三年六月二十九日参照）、④・⑥を重視して請求を認めるべきであろうが、本件のように二年七か月余を経過し、かつそれが成長にとって重要な時期にあたつてゐる場合には、②の比重が大きくなつており、本判決の結論も已むを得ないのではないかとも思われる。いずれにしても、④・⑥の事情についての判断を尽していない点は遺憾である。

4 国際的な子の連れ去り

一 国境を越えて連れ去られた子の引渡を請求するというケースは、わが国の判例上、いくつか見出しことができる。

人身保護請求事件ではないが、大判大正六年五月二二日民録二二輯七九三頁は、マサチュー

セツ州に居住していた米国人夫婦間において、同地の検認裁判所が子の教育監護権者を母とする裁判 (decree) を下した直後、父が実力でその子連れ去り来日したため、母が子の引渡を求めたという事案について、「右裁判へ仮処分タルノ性質ヲ有スルニ止マリ……日本ニ於テ効力ヲ是認スヘキ筋合ニ非サルコト固ヨリ当然ナリ」として、日本法により (親権の効力は公益に関する事項だから常に日本法によるとする) 請求を棄却した原判決を支持して上告を棄却したものである (田村精一・涉外判例百選一 二八頁、一九七〇年参照)。

また、東京地判昭和八年七月二八日国私例集 (上八二七頁は、父の不在に乗じて母が子とともに日本を去りニューヨーク州へ赴いたため、父が母と離婚後子の引渡を求めたという事案について、母の日本における最後の住所地を理由に管轄を認め、監護権については反致により日本法を適用して請求を認めたものである)。

人身保護請求事件としては、昭和四八年から五二年までの間に、子が居住していた国から連れ去られ来日した事件が三件あるとされている (大森政輔「離婚後における親による子の国際的奪い去りについて」(一) 家裁月報三二巻四号七一八頁、一九八〇)。なお、そこにはそのうち二件の事案の概要が紹介されている。

そして、昭和五三年には、日米養育争いとし

て本件と同じくマスコミにもとり上げられ、最高裁まで争われたケースがある (最判昭和五三年六月二九日判タ三六八号二〇六頁)。これは次のような事案である。米国人女 (母) (請求者) は日本人男 (父) (拘束者) と婚姻し日本に居住していたが、里帰りにことよせて子 (被拘束者) を連れて米国に赴いたまま、日本へ戻ることを拒否したため、父は渡米して母が目を離している隙に、ベジヤマ姿の子を日本へ連れ去った。そこで、母は米国で訴訟を提起し、父との離婚、子の親権者 (監護権者) を母とすること等を内容とする確定判決を得た上、来日して、子の人身保護請求訴訟を提起した。原審 (大阪地判昭和五三年三月八日判タ三六八号二一〇頁) は、右の米国判決は民訴法二〇〇条一号の要件を具備しないので承認できないとしながらも、三歳である子の将来を巨視的に展望すれば母である請求者のもとで養育されるのが幸福であり、かつ、子が連れ去られた手段・方法を併せ考えれば、現在の拘束には顕著な違法性があるとして、請求を認容した。そして、最高裁も、同様の考慮から、父からの上告を棄却したのである。

また、東京地判昭和五四年六月一四日判タ三九六号一三五頁は、西ドイツ人母が三人の子を連れて日本から西ドイツへ帰国し、日本人父が面接通交の際にその子らを日本に連れ戻したた

め、母から父及びその姉に対して子らの人身保護請求の訴えを提起したという事案のようである (丹野・前掲三四頁)。裁判所は、子らにとつての幸福は生活の安定であるとして、請求を棄却した。

二 以上のように、日本でも、国際的な子の連れ去りは、かなり古くからいくつかみられるようであるが、諸外国 (特に欧米) では、相当数の事例が報告されている (大森・前掲八頁以下参照)。

そのため、この問題に関する国際立法の必要性が認識され、既にいくつかの成果が生まれている。たとえば、ヨーロッパ評議会 (Council of Europe) は、一九七〇年五月二八日に「未成年者の送還に関するヨーロッパ条約 (European Convention on the Repatriation of Minors)」 (1970 Yearbook of Human Rights 327) を作成し (未発効)、また、一九八〇年五月一日には、「子の監護に関する決定の承認・執行及び子の監護の回復に関するヨーロッパ条約 (European Convention on Recognition and Enforcement of Decisions concerning Custody of Children and on Restoration of Custody of Children)」 (Cmd. 8155) を作成している。そして、後者は、フランス・ルクセンブルグ・ポルトガルの批准を得て、一九八三年九月一日に発効している。さらに、ベーク国

際私法会議においても、一九八〇年一〇月二五日、「国際的な子の奪取の民事面に関する条約 (Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction)」が採択されている。これは未発効ではあるが、カナダ・フランスが批准し、ベルギー・ギリシャ・ポルトガル・スイス・アメリカ合衆国が署名している（なお、アメリカには、州際の子の連れ去りに対処するため、Parental Kidnaping Prevention Act of 1980 (94 STAT. 3568) がある）。

右の条約は、それぞれ若干異なるが、基本的には、各国の機関が協力して、不法に国境を越えて連れ去られた子を容易にかつ迅速にもとの国へ戻すことを目的とするものである。このうち、ハーグ条約について敷衍すると、各締約国が「中央当局」を指定し、子が連れ去られたと主張する者は、子の常居所の中央当局または他の締約国の中央当局に援助の申立をし、その中央当局が子の所在を発見し、子の返還のために必要な措置をとるのである（この条約については、南敏文「ハーグ国際私法会議第一四回会期の概要」民事月報三八巻二号三頁（一九八三）参照）。

本件において、Xの人身保護請求が遅れた理由のひとつは、日本でどのような方法をとることができのかわかるまでに時間を要したためと考えられる。今後、本件のような子の日本へ

の連れ去り、逆に、日本からの連れ去りが増加するであろうことを考えると、前記ハーグ条約の批准を日本も前向きに検討する必要があるのではあるまいか。

