

主 文

本件上告を棄却する。

上告費用は上告人らの負担する。

理 由

上告代理人小川壽朗の上告理由第二の二について

上告人らは、上告人らのDの引渡義務と被上告人らの不当利得返還義務（上告人らが負担したDの養育費等の返還義務）とは同時履行の関係にあるから、上告人らは、被上告人らが右不当利得返還義務を履行するまで、Dの引渡を拒絶すると主張し、これに対し、原審は、被上告人らの利得した額を認め得る的確な証拠はないとして、上告人らの右同時履行の抗弁を排斥した。

ところで、本件のようないわゆる幼児引渡の請求は、幼児に対し親権を行使するにつきその妨害の排除を求める訴えであつて（最高裁昭和三二年（オ）第一一六六号同三五年三月一五日第三小法廷判決・民集一四巻三号四三〇頁、同昭和三六年（オ）第八三五号同三八年九月一七日第三小法廷判決・民集一七巻八号九六八頁参照）、幼児引渡義務は、その性質上、上告人らの主張する不当利得返還義務と同時履行の関係に立つものではないから、上告人ら主張の同時履行の抗弁は、主張自体失当であるというべきである。そうすると、上告人らの同時履行の抗弁を排斥した原審の判断は、結論においては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。

その余の上告理由について

所論の点に関する原審の認定判断及び審理上の措置は、原判決挙示の証拠関係及び記録に照らし、正当として是認することができ、その過程に所論の違法はない。論旨は、ひつきよう、原審の専権に属する証拠の取舍判断、事実の認定を非難するか、又は原審で主張しない事項に基づき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。

よつて、民訴法四〇一条、九五条、八九条、九三条に従い、裁判官全員一致の意見で、主文のとおり判決する。

最高裁判所第二小法廷

| | | | | |
|--------|---|---|---|---|
| 裁判長裁判官 | 島 | 谷 | 六 | 郎 |
| 裁判官 | 木 | 下 | 忠 | 良 |
| 裁判官 | 鹽 | 野 | 宜 | 慶 |
| 裁判官 | 大 | 橋 | | 進 |
| 裁判官 | 牧 | | 圭 | 次 |