

主 文
本件控訴を棄却する。
控訴費用は控訴人の負担とする。
事 実

控訴代理人は「原判決を取消す。被控訴人国は控訴人に対し金五万円を支払うべし。訴訟費用は第一、二審共被控訴人国の負担とする」との判決を求め、被控訴代理人は、主文同旨の判決を求めた。当事者双方事実上の陳述並びに証拠は双方代理人がそれぞれ左記のとおり陳述し、又、控訴代理人において、当審における控訴人の親権者母A本人の供述を援用せる外、いずれも原判決摘示のとおりであるから、すべて茲に引用する。

控訴代理人の陳述

一、 憲法第一三条には「すべて国民は個人として尊重される」と規定し、又、家事審判法も「個人の尊厳」ということを以てその基本とする。凡そ、国家公務員就中裁判所職員その他司法事務に携わる者は、常に憲法の精神を体し、国民の基本的人権を尊重しなければならないのであるから、苟くもその職務の執行に当つては、憲法の精神に違背することがないように意を用いなければならない特別の注意義務を負担するものといわなければならない。本件において控訴代理人が主張する、関係機関の一連の不法行為は、各機関において、幼児たる控訴人Bを有体動産と同様に取扱い、以て憲法の精神に違背し、人を人として尊重しなかつたために発生したものである。即ち、関係機関の職員が叙上の注意義務を怠つたという点に、公務員の職務執行上の不法行為の要件としての過失がある。

二、 本件幼児引渡等調停事件につき、当事者間に調停が成立した当時既に生後四年二ヶ月に達していた控訴人Bには、事物に対する好悪を判断してこれを表現する能力が備わっていた筈である。又、母たるAが親権者として控訴人Bを養育するにつき、芳しからざる事由は全く存しなかつた。然るに、父と母とが交互に養育に当ると定めるのなら格別、祖父にも母と同等の権利ありとし、六ヶ月交替で控訴人Bを養育することを以て内容とする調停を成立せしめるが如きは、俗にいわれる「腹は借り物、子は家の物」という封建的思想が払拭されていない証左である。

仮に、本件調停が有効なりとしても、右調停により、親権者たるAが負担するに至つた義務は一種の自然債務に属し、固より右調停条項は債務名義となり得べきものではない。

然るに、これについて執行文を付与し、夜間執行の許可を与え、当時既に生後四年一ヶ月に達していた控訴人Bを有体動産と同様に取扱い、これをAから取り上げるべく、敢て有体動産の引渡を目的とする強制執行における同様の挙に出でたことは畢竟、一旦調停が成立した以上、たとえ個人の尊厳を無視しても調停の内容たる事項は絶対に実現させなければならないという態度に外ならない。

裁判所の態度が、叙上の如きものであればこそ、執行吏において控訴人Bを有体動産と同様に取扱い、これを母の手から取り上げるにつき、毫も人情を顧慮することなく、遂に、本件の如き旧憲法時代にも見られなかつた地獄絵図が展開されるに至つたのである。

三、 たとえ、幼児引渡請求権について、直接強制執行が許されるか否につき、議論の余地ありとしても、意思能力が全くない幼児なら格別、然らざる場合、幼児も亦国民の一人である以上、幼児が自ら応じない限り、これを以て有体動産と同様に取扱い、その母親から取り上げることはできない。苟くも司法事務に携わる公務員が、生後五年に近い幼児を有体動産と同様に取扱い、これを強制執行の対象としたこと自体、憲法に違反し、特に反証がない限り既に、これのみを以て過失を推定するに十分である。

四、 本件強制執行に当り、控訴人Bは号泣の結果、発声困難に陥り、肉体上の苦痛をも蒙つたものである。

被控訴代理人の陳述

控訴代理人主張に係る右第四の事実これを否認する。

理 由

控訴代理人の主張事実中（１）控訴人Bが亡父C、母A間の長男として、昭和二〇年三月二六日、父方の祖父たる訴外D方（鳥取市a b番地）において出生したこと（２）翌昭和二一年五月三〇日Cは病死したが、Aはその当時既に控訴人BをD方に預け置いた儘、単身実家たる訴外米子市c町d番地E方に帰つていたこと

（３）その後Aは控訴人Bを手許に引取るべく、Dを相手方とし、鳥取家庭裁判所に幼児引渡等調停の申立をなし（同庁昭和二三年家（イ）第一〇六号）昭和二四

年五月二三日右調停当事著聞に、控訴代理人主張の如き調停が成立し、その調停条項第二項に「Bの監護、教育は、親権者たる申立人と祖父たる相手方とが六ヶ月交替で、その居所においてこれを行使し、最初の六ヶ月は申立人よりこれをなすことと、ただし、その始期は昭和二十四年六月一日とする」と定められたこと（４）よつて、控訴人Bは、同年六月二日D方からAの許に引取られるに至つたこと（５）然るに、六ヶ月を経過しても、AはDに対し控訴人Bの引渡をなさなかつたので、Dは右調停条項によつて強制執行をなさんとし、その申立に基き、昭和二十五年二月一日、鳥取家庭裁判所書記官補Fは、右調停条項第二項を以て債務名義となし、債権者Dのため執行文を付与し、更に、同裁判所裁判官はこれが夜間執行を許可し、よつて、鳥取地方裁判所執行吏Gにおいては、同日午後八時三〇分頃、亡Cの実姉たる訴外H、同女の従弟たる訴外I、同J以上三名の男女を伴つて、控訴人B及びその母Aの寄寓先たる前記E方に臨み、右調停条項第二項に基く強制執行として、民事訴訟法第七三〇条により、実力を以て控訴人BをAから取り上げんとしたところ、同女の抵抗により、右執行の目的を達するに至らなかつたことは、いずれも当事者間に争がないところである。

さて、右調停条項第二項を以て債務名義となし、これに基いて強制執行をするこゝとができるか否を判断するには、先ず、条項の内容につき合理的な解釈を試みなければならぬが、そのためには、右調停が成立するに至つた経緯、事情に対する考察を等閑に附することはできない。原審証人H、I、Eの各証言及び成立につき当事者間に争がない乙第一乃至第五号証を綜合すれば、凡そ、次に掲げるような事実を認めることができる。

一、 控訴人Bの父亡Cは、Bが出生した当時は応召不在中であつたけれども、その後復員してから病死したこと。

二、 Aがその実家に帰つたのは、病氣療養のためという名目であつたけれども、それは控訴人Bの生後三ヶ月位の頃であつたこと。

三、 そのような事情のため、控訴人Bは、元来母と離れ、祖父たるD方において生育したものであるが、亡Cの生前からの希望もあつたので、Cの実姉でありBの伯母に当るHにおいてBの出生当初から、事実上の実母としてその養育に当り、母としての愛情を傾け尽し、日常の養育については、同女として能う限り最大の努力を惜しまず、只管B成人の日のみを夢みていたものであること。

四、 従つて、控訴人Bにおいては、Hを真実の母と信じてこれを慕いつつ生育したものであつて、H等としては、如何なる事情によるとも、到底Bを手離すに忍びない心境に在つたものであること。

五、 これに反し、前叙のように病氣療養のためという名目で実家に帰つていたAは、折に触れD方を訪れることはあつたけれども、控訴人Bに対し、その真実の母としての愛情を十分に注ぐ機会に恵まれることができない実情に在つたこと。

六、 Aの申立に係る本件調停事件において、当初当事者双方の主張は鋭く対立した儘、毫も互譲の気色なく、調停が不成立に了らんとしたとき、Aの申立代理人たる弁護士武井正雄から実情に即した解決方法として、前叙調停条項と同趣旨の提案があり、茲に本件調停が成立するに至つたものであること。

叙上のような経緯、事情を念頭に置き、且つ、親権の本質に鑑み、本件調停条項第二項を検討するに、その文言は稍々明確を欠く嫌があるけれども、その趣旨は結局、次に掲げる各点に帰着することが窺われる。

一、 控訴人Bの監護、教育については、親権者たるAにおいて、先ず、六ヶ月間自らこれに当ること。

二、 Aは次の六ヶ月間祖父たるDをしてこれに当らせるべく委託すること。

三、 監護、教育を六ヶ月毎に交替するという右委託関係は、AがD方を離れて実家に在る期間中継続すること。

四、 交替時期には、AはBの幸福のために、DをしてBの監護、教育に当らせるため、BをDに引渡さなければならないこと。

五、 Bの引渡を受けたDは、交替期間中、親権者におけると同程度の愛情及び熱意を以て、Bの監護、教育に当らなければならない義務をAに対して負担すること。

叙上の如き趣旨の条項を以て内容とする調停は、極めて異例に属するけれども、右のような委任類似の委託契約関係は、巷間においてその事例必ずしも絶無ではない。一般社会において、各人のその子に対する愛情或は子を養育する能力には自ら差異あり、或る場合には、子の養育につき、右のような委託契約関係を通じ、他人の協力を期待することが、子の幸福のため理想的であることもあり得よう。本件に

において、Aは元来控訴人Bの親権者であつて当然にBに対する監護、教育の権利を有すると共に義務を負担する者であるから殊更調停においてこれを確認する必要は毫もない点から考えても、右調停条項第二項は、Bの幸福のため、主としてBに対する祖父たるDの愛情に基づく希望を容れBの養育に関するDの地位を明確にせんとするに在ることは明らかであり、調停が成立するに至つた前叙のような経緯、事情を基礎として考察すれば、調停委員会においては、Aの健康状態、近親者のBに対する愛情及び責任観念の程度、B本人の生立、その他一切の事情を勘案して、専らBの幸福のため最善の解決方法を発見すべく、尠からざる配慮を払い、併せて、Aに比し、これに勝るとも決して劣ることなきD等のBに対する愛情に期待し、且又、申立人たるA側の意向をも尊重して、遂に当事者間に合意が成立したものであることが窺われる。

〈要旨第一〉されば、右調停は決して控訴人Bを家畜同然に取扱つたものでないことは言を俟たず、又、右調停条項第二項は、決してAのBに対する親権に対して不当な制限を加えんとしたものでない。その他、右条項中或いは憲法の精神に違背し、或いは広く公序良俗に反する点は、全くこれを発見することができないので、右調停条項は有効であると断ぜざるを得ない。

尤も、右調停条項第二項を以て債務名義となし、これに基いて強制執行をなし得るか否は自ら別個の問題に属する。右条項の趣旨は、前叙認定のとおりであるけれども、Dが控訴人Bの監護、教育に当つている間、D〈要旨第二〉は親権者たるAの指揮、監督に服しなければならない地位に在ることは言を俟たない。前叙委託関係に基き〈要旨第二〉交替時期にはDはAに対し一応権利としてBの引渡を請求することができけれども、その権利の性質上、これを実現せんがため、右条項を債務名義として強制執行をすることは許されないものといわなければならない。蓋し、Dの右権利の存立はあくまで双方の道義心とDのBに対する愛情とを基盤としAの親権行使に妨げなきことを前提としてその行使の一態様としてののみ是認せられるものであるからAがDに対して負担する控訴人Bを引渡すべき給付義務の実現については、その義務の性質上、Aの任意の履行を俟つ外なく、これを強制することは、Aの親権に対する著しい侵害となり、惹いては、Bの幸福を破壊し、前叙委託関係の本来の目的に副わざるに至るからである。

ちなみに、一般的の問題として、幼児の引渡を目的とする請求権についての強制執行が許されるか否、仮に許されるとすれば、直接執行と間接執行のいずれによるべきか等の点については、夙に学説、判例の区々に岐〈要旨第三〉れるところであるけれども、当裁判所としては、親権者、後見人等の如く、法律上当然に幼児を監護、教育すべき権利を有し、義務を負担する地位に在る者が右請求権を行使せんとする場合、右請求権はその性質上強制履行を許す場合に該当し、而かも強制執行の方法としては、民事訴訟法第七三〇条により直接強制執行をなし得るものと解する。仮に、或る幼児が略取され若しくは誘拐された場合、親権者、後見人等の地位に在る者が法律上の強制力を用いて右侵害を排除することができないとすれば、監護、教育すべき権利を完全に実行し、又、その義務を完うすることが不可能に陥り、惹いては、幼児に対する保護が十分に行われないこととならう。唯、幼児は固より独立の人格者であつてその人権を尊重すべきは言を俟たないところであるけれども未だ独立人としての意思能力を備えないのであるから、右執行の方法としては、便宜上特定の有体動産の引渡の場合と同一の強制執行方法によらざるを得ないに過ぎず、これ亦幼児自身の利益、幸福を守るためには、まことに已むを得ないところである。現行法上何等特別の規定がないため便宜上そのような強制執行方法によることを以て、直ちに幼児を有体物と同一視したものとなし、憲法の精神に違背するということとはできない。ところで、前叙のように、本件において、Dは単に親権者たるAの受託者として控訴人Bの監護、教育に当るべき地位に在り、決して親権そのものを行使するのではない。即ち、Bの監護、教育に当るものは、専らAの親権を以てその根拠となすものであるから、たとえ、Aに対し、幼児たる控訴人Bの引渡を求める権利ありとしても、これが強制執行をすることは、実体法上の障害により、許されないところである。さればDの申立に基き、鳥取家庭裁判所書記官補Fが、前叙のように、公証機関として、調停条項第二項につき執行文を付与したのは、債務名義としての効力を有しないものに執行文を付与したものであり、結果から評価すれば右執行文の付与は正に違法な措置であることに帰するものと断ぜざるを得ない。併しながら、調停条項の趣旨そのものは、AがDに対して控訴人Bを引渡すべき給付義務を負担する旨の事項をも包含すること前叙認定のとおりであつて、債務名義としての一応の形式を整えているものというべく、而か

も、一般的に幼児の引渡を目的とする請求権について強制執行が許されるか否等については夙に学説、判例が区々に岐れるけれども、前叙のように、これを積極的に解すべきものであることを考えれば、右書記官補が調停条項第二項を以て債務名義となり得るものと認め、これについて執行文を付与したのは、その職務上寧ろ当然の措置であつてこれが実体法上違法であることは到底認識し得ぬ状況にあり、まことに已むを得ない過誤に陥つたものであるというべく、これを捉えて当然に過失を推定しなければならぬとの控訴代理人の所論は当らない。その他、控訴代理人が提出、援用するすべての証拠を以てするも、右執行文付与につき、公証機関たる右書記官補に過失があつたということは、到底これを認めることができない。

次に、裁判官が執行裁判所として与えた夜間執行の許可、及び執行吏の直接強制執行の着手につき、その適否を按ずるに、本来、執行裁判所及び執行吏は、執行法規上いずれも独立の機関であり、決して一般裁判所その他の機関の単なる補助機関ではない。従つて、債務名義としての一応の形式を整えているものに執行文が付与されている以上、執行裁判所としても、又、執行吏としても、債務名義に表示された請求権の存否、債務名義自体の執行力の有無等、債務名義の実体法上の効力の有無につき、原則としてこれを判断すべき権能を有しない。されば、本件において、裁判官が執行裁判所として夜間執行を許可し、又、執行吏が直接強制執行に着手したのは、いずれも執行法規上独立の権能に伴う職務を遂行したものには過ぎず、寧ろ執行法規上適法な措置であるというべきである。唯、前叙のように、本件執行文の付与は、債務名義としての効力を有しないものに執行文を付与したものであるから、本件夜間執行の許可及び執行吏の直接強制執行の着手、実体法上の関係においては、結果においていずれも違法な措置たるに帰するものといふことができるけれども、前叙のように、苟くも債務名義としての一応の形式を整えているものに執行文が付与された以上、爾後の経過は執行機関として当然の措置に出でた結果であつて実体法上障害となるべき事由を以て右措置を非難するのは当らない。その他、控訴代理人の提出、援用するすべての証拠を以てするも、右措置が執行法規に照し違法であつたと非難するに足る事由は、全くこれを窺うことができない。従つて裁判官が執行裁判所として夜間執行を許可し且又執行吏が直接その執行を為さんとしたことにつき不法行為としての故意は勿論何等の過失もないものと断ぜざるを得ない。

却つて、原審証人G、I、H、K、Lの各証言を綜合すれば、執行吏の本件執行に当り、執行吏としても又債権者側においても平穩裡にAの任意の履行を期待していたこと、控訴人B本人としては、当時生後四年一〇箇月余にて、未だ完全な意思能力を有してはいなかつたけれども、伯母Hを慕い自発的にHの腕に抱き上げられていたのに、常規を逸したAは、Hに抱かれていたBを取戻さんとて、矢庭にこれに抱きつき、この騒ぎでBが泣き出したため、Hが手を離すに至つたことが窺われ、この点に関し、当審における控訴人の親権者母A本人の供述中、右認定に反する部分は、到底措信するに足らない。本件の場合、Aとしては、執行文付与に対する異議申立の方法によつて、前記調停条項につき、その執行力を争う方途が開かれている。然るに、同女においては右手続をとらないで、徒に叙上認定のような挙動を以て反抗したことは、寧ろ公務執行妨害を以て目すべく、控訴人の親権者自ら事態を混乱せしめ置きながら、その非を他に転嫁せしめんとするが如きは、当らざるも甚しいものというべきである。又控訴代理人は、関係機関の職員がその職務の執行に当り、憲法の精神に違背することがないように意を用いなければならない特別の注意義務を怠つたと縷々主張するけれども、凡そ、憲法の精神を体し、国民の基本的人權を尊重しなければならないことは、すべての国民共通の義務であるというべく、殊更国家公務員就中裁判所職員その他司法事務に携わる者が特別の注意義務を負担するというのは当らない。

しかし仮に控訴代理人主張の如き特別義務があるとしても本件において関係職員が憲法の精神に違背し国民の基本的人權の尊重を怠つたという如き形跡は毫も発見することができない。

叙上の説示によつて明らかなように、控訴人の本訴請求は、爾余の争点について判断するまでもなく失当であるといわざるを得ない。

されば、これと同趣旨に出で、控訴人の本訴請求を排斥せる原判決はまことに相当であつて、控訴人の本件控訴は、その棄却を免れない。よつて、民事訴訟法第三八四条第一項、第八九条を適用して主文のとおり判決をする。

(裁判長判事 平井林 判事 藤間忠顕 判事 組原政男)

