

子の引渡請求の強制執行再考のための覚書

村上 正子

- 1 はじめに
- 2 東京高裁平成23年3月23日決定（家月63巻12号92頁）
 - （1）事実の概要
 - （2）決定要旨
 - （3）本決定が提起する問題点
- 3 問題点の整理・分析
 - （1）民事執行法改正との関係
 - （2）ハーグ条約担保法案との関係
 - （3）執行の種類・内容・範囲の特定 ～債務名義作としての審判のあり方～
- 4 結びに代えて

1 はじめに

子の引渡請求権の実現については、子の人格を尊重する必要性から、かつては間接強制しか認められないとする説が有力であった。しかし近時の民事執行実務においては、直接強制によって権利の実現を図ることこそが、むしろ子の福祉に合致することなどを理由に、直接強制を認める立場が主流になりつつあるとされる¹。とはいえ、直接強制による執行に問題がないわけではなく、いまだ議論が錯綜している中で、その議論に少なからぬ影響を与えると思われる動きが2つある。1つは、平成15年及び16年の民事執行法の改正（以下、法改正とする）によって、間接強制の補充性が大幅に緩和され、強制執行の方法について債権者が自由に選択できるよ

1 青木晋「子の引渡しの実務」家月58巻7号93頁（2006）。また東京地裁民事第21部及び執行官室においては、平成17年以降直接強制を肯定して執行実務の運用にあたることとされ、各地方裁判所においても同様の方向にあるとされる。西川佳代「家事事件における執行一判断機関と執行機関の連携」法律時報81巻3号52頁、57頁（2009）参照。

うになったこと²、今1つは、国際的な子の奪取の民事上の側面に関する条約（以下、ハーグ条約とする）³に加盟することを前提として、当該条約を国内で実施するために作成された担保法案（正式名称は、「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案」（以下、担保法案とする）⁴）において、子の引渡の実現方法について明文の規定が設けられたことである。

本稿では、近時の家事審判例の検討と、上記2つの動きを踏まえたうえで、子の引渡の強制執行についての問題点をあらためて整理することを目的とする。以下ではまず、東京高裁平成23年3月23日決定をとりあげ、その検討を通して問題点を提示する。そしてその問題点を検討するうえで、上記2つの動きがどのように影響するのかを整理し、今後検討すべき論点を整理することとする。

2 東京高裁平成23年3月23日決定（家月63巻12号92頁）

（1）事案の概要

X（抗告人・債務者）とY（相手方・債権者）は平成12年×月×日に婚姻。二人の間には、長男D（平成13年×月×日生）及び長女C（平成15年×月×日生。本件未成年者）がいるが、平成21年×月×日、YがD及びCを連れて実家へ帰り、現在は別居中である。その後CはXに引き取られ、それ以降Xが監護している。Cは平成22年4月に〇〇小学校に入学し、Yは同年×月末までに、同小学校において約20回Cと会うなどCとの交流を継続していたが、Xがこれを妨害するようなことはなかった。

平成22年×月×日に離婚訴訟が提起され、その後Cの監護者指定の申立てがなされ、同年×月×日東京高裁は、Cの監護者をYと定める決定を下した。これと

2 平成15年の間接強制の改正については、谷口園恵＝筒井健夫編著『改正担保・執行法の解説』（商事法務、2004）126頁以下、道垣内弘人ほか『新しい担保・執行制度（補訂版）』（有斐閣、2004）155頁以下〔山本和彦）、大濱しのぶ「間接強制と他の執行方法の併用の許否—間接強制と代替執行の併用が問題になった事例を手掛かりとして—」判タ1217号73頁、83頁以下（2006）等を参照。

3 Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction, [http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.text&cid=24&zoek=Child Abduction](http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.text&cid=24&zoek=Child%20Abduction). 条約の仮訳文については、<http://www.moj.go.jp/content/000076987.pdf> を参照。

4 平成23年7月から法制審議会ハーグ条約（子の返還手続関係）部会で審議がされ、平成24年3月に法律案が第180回国会に提出された。http://www.moj.go.jp/MINJI/minji07_00112.html を参照。

同時に、Cの引渡しを命じる甲府家庭裁判所の審判（以下、本件審判）も確定した。Yはその後もXが任意にCを引き渡さなかったため、甲府地方裁判所執行官に対し、本件審判に基づき、直接強制の申立てをし、同年×月×日にこれを執行することとなった。

同日、Yが〇〇小学校校舎内でCを迎えたが、CはY宅へ行くことを拒否し、YがCを執行官及びYの代理人との待ち合わせ場所へ連れて行こうとした際に、Cが右膝部打撲傷を負い（全治5日）、さらに両名が執行官及び代理人と合流した後も、CがX宅に留まる旨述べて激しく泣くなどし、説得に応じる気配がなかったことから、Yは執行官及び代理人と相談のうえ、直接強制に着手することを断念し、前記申立てを取り下げた（直接強制執行不能）。なお、この直接強制の場に、X又はXの母が居合わせる（立ち会う）ということにはなかった。Xは、CがYの所に行きたいのであれば、その気持ちを尊重すると主張していた。

その後Yは、甲府家庭裁判所に対して、本件審判に基づき、間接強制の申立てをした。原審は平成22年12月24日、Yの間接強制の申立てを認め、1日あたり3万円の強制金を課す決定を下した。その理由は以下の通りである。

「監護権は、子を監護養育する権限であって、本件では、離婚訴訟中であって、離婚に伴い父母のどちらかに親権者を指定する（民法819条2項）、争いの最中である。裁判所の決めた監護者のもとに移すべき行為が不能に終わったとしても、未成年者の引渡しにあらかじめ受け取りの場での両親及び関係者の言動につき打合せもなく適切な配慮がなされていない状況で執行されているところからすれば、7歳の年齢相応に複雑な心境に突き動かされて動揺することはあり得ることで、その反応だけで監護者の適格性を判断することはできない。子の意思を尊重することは、極めて重要なことであるが、7歳の子の意思にすべての判断を委ねる債務者は、監護者として適切でなく、未成年者を引渡したうえ、その監護状況を見守るべきである。そうであれば、債務者が未成年者を適切に説得すべき義務があるというべきである。債務者は、そのための引き渡す方法を主張していない。

以上のように、上記執行が不能になった事実だけでは、上記確定審判を債務名義とする債務者本人の引渡しの執行を妨げる事由とはいえ、債務者は監護者である債権者に対し、速やかに未成年者を引き渡す義務があることは明らかである。そして未成年者は7歳になったばかりであり、その引渡しを速やかに実現する必要があるところ、債務者は未成年者の意思を優先する旨述べ、これを現実には拒否してい

る状況から、もはや任意の方法による引渡しを期待するのは困難な状況にあり、間接強制の方法により実現をはかる必要がある。なお、前記離婚訴訟において、債権者の適格性の判断がなされるのであれば、それまでの間、違法性を解消するために、未成年者を債権者に引渡し、双方による監護状況を把握する必要がある。」

この決定に対して X が執行抗告を申立てたのが本件である。

X は抗告理由として、① C を違法に拘束している事実はない、② C が Y の所へ行きたいとの意思を示せばいつでも引き渡す準備はできているので、任意に引き渡さないという事実はない、③ X に C を説得する義務はないし、引き渡すための具体的方法を主張する義務もない、④ Y は事前に連絡することなく、X 及びその家族がその場にいない状況で、かなり強引な方法で C を連れ去ろうとしたようで、その際 C に怪我まで負わせていることから、Y に C を育てる資格はない等を主張したうえで、Y が公平な場所で C と会い、説得する環境を作るのに協力するし、公正な裁判所の立ち会いのもとで、説得に加わることもやぶさかではないと主張した。

（2）決定要旨

原決定を取り消し、本件申立てを却下する。

「本件間接強制申立ての執行債権は、相手方の監護権に基づく子の引渡請求権であるところ、この権利は、監護権を行使することについて、これを妨害することの排除を原告人に対して求めるものであり、これにより原告人の妨害が排除されとしても、未成年者に対し相手方の監護下に入ることを強制し得るものではないのであるから（最高裁昭和32年（オ）第1166号・同35年3月15日第三小法廷判決・民集14巻3号430頁参照）、原告人に対し相手方の子の引取りを妨害しないことを求める不作為請求権であると解すべきである。

そして、不作為を目的とする債務につき間接強制決定（民事執行法172条1項）をするためには、債権者において、債務者が現にその不作為義務に違反していることを立証するまでの必要はないものの、債務者がその不作為義務に違反するおそれがあることを立証することを要するといふべきである（最高裁平成17年（許）第18号・同年12月9日第二小法廷決定・民集59巻10号2889頁）。

これを本件についてみると、相手方は、平成22年×月×日の本件審判に基づく直接強制の際に、〇〇小学校校舎内で未成年者を迎えたが、未成年者は相手方宅へ行くことを拒否し、相手方が未成年者を連れて行こうとした際に、未成年者が、左膝

部打撲傷を負い、さらに、原告人宅に留まる旨を述べて激しく泣くなどし、説得に応じる気配がなかったため、相手方は、代理人弁護士及び執行官と相談の上、直接強制に着手することを断念し、前記申立てを取り下げたこと、この間、原告人又は原告人の母は、これに立ち会うことはなかったことは前判示のとおりであり、かかる事実を照らしてみるならば、原告人が上記執行を妨害したものと認められない。

そして、原告人に対して未成年者の引渡しを命じる本件審判は、既に確定しており、その実現が図られるべきであるところ、原告人も、裁判所の決定に従って未成年者を相手方へ引き渡さなければならないことは理解しており、未成年者が母親である相手方の所へ行きたいのであれば、その気持ちを尊重する旨、一貫して述べており、当審においても、相手方が未成年者を説得する環境作りに協力する旨述べているところであることに照らすと、現時点においては、相手方が、代理人弁護士の助言と協力の下、未成年者の意思を正確に認識し、これに十分配慮しながら、未成年者の福祉を損なうことがないように本件審判の実現を図るならば、原告人がこれに協力することが期待できないとまで認めるに足りる資料はないというべきである。

もっとも、未成年者が相手方に引き渡されることを拒んだ原因として、原告人による心理的な影響が考えられないではないが、相手方も、平成22年4月以降、未成年者と上記のように交流を重ね、原告人がこれを妨害したとは認められないことも考え併せると、原告人が通常の父子の交流を超えて不相当な影響力を行使して相手方の監護権の行使を妨害したり、これをするおそれがあるとは、現時点においては認めるに足りる資料はないというべきである。

以上判示の点に照らせば、現時点において、原告人は相手方の監護権の行使としての未成年者の相手方への引渡しを妨害していることも、そのおそれのあることも認めるに足りる資料はないというべきである。

以上によれば、原告人がその不作為義務に違反するおそれについての相手方の立証がないといわざるを得ず、本件申立ては、間接強制決定の要件を欠き、却下を免れない。」

（3）本決定が提起する問題点

冒頭で示した近時の動きに照らしてみると、本決定は今後議論すべき様々な論点を考える契機となる素材を孕んだ事案であるといえるが、ここでは純粋に本決定の問題点を指摘する。

子の引渡の実現について、いかなる執行方法が妥当かという問題には、子の引渡債務が、債務者が金銭や有対物などを引き渡す債務である「与える債務」であるのか、それとも債務者の作為又は不作為を目的とする債務である「為す債務」であるのかという理論的な問題と、引渡の目的が「子＝人間」であることから、人格を有する子を動産に準じて扱い、動産の引渡執行の方法である直接強制をすることが許されるのかという政策的な問題が併存している⁵。直接強制を認める立場からすると、子の引渡義務は、債務者の関与なしに引渡し可能な与える債務であり、従って直接強制が可能ということになる（ただしこの立場も子の意思能力を考慮するかどうかで分かれる）。これに対して間接強制を支持する立場は、子の引渡請求権は親権（監護権）に基づく妨害排除請求権であり、非代替的性質を有するものであることを根拠とする。このような議論の対立がある中で、本決定は、別居中の夫婦間の子（未成年者）の引渡請求権が、子の引き取りを妨害しないことを求める不作為請求権であること、不作為を目的とする債務について間接強制決定をするためには、債務者がその不作為義務に違反するおそれがあることを債権者が立証しなければならぬことの二点を前提としたうえで、本件事情の下では、原告が相手方の監護権の行使としての子の相手方への引渡しを妨害しているとも、そのおそれがあるともいえず、原告が相手方による子の引取りを妨害しないという不作為義務に違反するおそれについての相手方の立証がないとして、相手方による間接強制の申立てを却下した。

本件では、子の引渡しにつき直接強制が可能かどうかは問題となっておらず、直接強制が執行不能となった後で間接強制が申し立てられた事案で、いかなる場合に間接強制が認められるかが争点となっているが、本決定の問題点は、子の引渡請求権が不作為請求権であるということから間接強制の要件を導き出した点にある。そもそも本件では、間接強制が申し立てられていたことから、不作為請求権であることを根拠に間接強制の要件を検討したこと自体は、従来判例・学説に従うものである（ただし、この考え方が必然ではないことについては後述する）。問題は、間接強制の要件を検討する際に、不作為請求権であるということから、営業差止請求訴訟についての事案を先例として引用した点である。本件が引用した最決平成17年12月9日民集59巻10号2889頁は、フランチャイズ契約を解約した後も従前の名称と

5 遠藤真澄「子の引渡と直接強制—主に家裁の審判、保全処分と直接強制の在り方について」家月60巻11号1頁、15頁（2008）参照。

類似する名称で居酒屋営業を継続していた者に対して、同契約中の競合禁止条項に違反することを理由に、営業差止請求訴訟が提起され、営業禁止を認める確定判決を債務名義として間接強制が申し立てられた事案である⁶。ここでの不作為義務は、「居酒屋営業またはこれに類似する営業をしない」というものであり、営業をすることが違反行為となる。本決定は、この最高裁決定を先例として、子の引渡請求について間接強制が認められるか否かを検討しているが、この事案は先例として適切であるとはいえないのではないかと。営業差止請求と子の引渡請求は、同じ不作為請求であっても、その実質は大きく異なるものである。本決定は、債務者である原告人が、未成年者の意思を尊重する旨一貫して主張し、未成年者が相手方のもとへ行くことを望むのであればそのための環境作りに協力すると述べており、相手方が未成年者に面会する際や、直接強制による執行を試みた際にも何らそれを妨害するような具体的な行為はしていない、と認定した。これによれば、何もしていないから義務違反はないとしたとも読めるが、実際には妨害の態様や子の状況に応じて様々の作為義務が想定できるのであり⁷、未成年者の意思を尊重するとして何もしないことが、不作為義務から派生する何らかの作為義務違反＝債権者の権利実現を妨害していることになるとも解せられる。子の引渡しを命じられた債務者としては、本件のように未成年者が債権者のもとに行くことを拒んでいる場合には、そのような心境に至った環境を改善するなり、その抵抗感を取り除くべく働きかけるなどして、引渡しが円滑に実現するように努める義務を負っていると解すべきである⁸。子の引渡請求権に、親権（監護権）に基づく妨害排除請求権の性質があることは否定しないが、それにとどまるものではなく、何らかの作為義務を包含する引渡請求権の性質も併せ持っているとして解すべきである⁹。

以上要するに、営業差止請求についての先例は、本件事案の検討としては適切な事案とはいえ、本決定の示した「不作為」の解釈は形式的にすぎるものである。

6 この事案については、大濱しのぶ「不作為義務の間接強制の要件」民事執行・保全判例百選〈第2版〉148頁（2012）及びそこに挙げられた文献を参照。

7 中野貞一郎・民事執行法〔増補新訂6版〕（青林書院、2010）799頁は、引き渡されるべき子およびその周辺の状況によって不作為義務の履行態様は異なるとする。

8 和歌山家裁決定平成22.7.20家月63巻3号120頁、大阪高決平成22.9.24家月63巻3号124頁参照。

9 山崎恒「子の引渡しと直接強制」山崎恒＝山田俊雄編・新裁判実務大系12・民事執行法（青林書院、2001）384頁、395頁は、このことを根拠として、子の引渡請求について引渡義務（与える債務）の執行、すなわち直接強制を行うことを肯定する。

仮に平成17年最決の示した要件を適用するのであれば、債務者に課せられている「不作為義務」の内容を、事案の態様に則して明らかにするべきである。本件事案についていえば、むしろ原審が示すように、「子の意思を尊重することは極めて重要なことであるが、7歳の子の意思にすべての判断を委ねる」のは適当ではなく、債務者には未成年者を適切に説得すべき義務があるのであり、未成年者の意思を優先するとして何もしないことが、既にその引渡しを現実には拒否しているとみなされ、もはや任意の方法による引渡しを期待することはできないと言わざるを得ない。従って、間接強制の申立てに際しては、任意の引渡しを期待するのが困難な状況にあるかどうかを要件として、その必要性を判断すべきであろう¹⁰。

以上、本決定の問題点を指摘したが、次に、冒頭で示した2つの動き、すなわち法改正による間接強制補充性の緩和と、ハーグ条約担保法案において、子の返還の執行手続について明文規定が設けられたことを踏まえて、本決定が示す問題点を整理し、もう少し詳細に分析してみることとする。

3 問題点の整理・分析

（1）民事執行法改正との関係

1）子の引渡請求権の法的性質と強制執行の方法

子の引渡請求権の法的性質が妨害排除請求権であるということから、強制執行の方法、さらにはその要件を導き出すという本決定の理論構成に疑問があることは既に述べた通りである。確かに判例・通説によれば、子の引渡請求権の実質は、親権（監護権）に基づく妨害排除請求権である¹¹。これを前提とすると、親権の行使（例

10 例えば、東京高決平成20年7月4日家月61巻7号53頁は、子の引渡を命じる債務名義は、親の監護権の行使に対する妨害排除請求権に基づいて子の引渡を債務者に命じるものであり、妨害の態様に応じて種々の作為義務が想定されるとしたうえで、間接強制ではその目的を達することができない事情として、「実行について第三者の協力が必要でそれが容易に得られる見込みがないとか、債務者の意思を抑圧したのでは本来の権利が実現できない」ことを挙げている。そして、10歳という未成年者の年齢と、相手方の下に行くことについて拒否的な態度をとっていることとをしんしゃくし、債務者がその意思だけで履行するのは困難な面もあるとして、1日10万円の強制金を命じた原審決定を変更し、間接強制金を1日3万円とした。

11 本決定も引用している最判昭和35年3月13日民集14巻3号430頁。中川善之助編・註釈親族法（下）（有斐閣、1952）46頁（山木戸克己）、中川淳「幼児の引渡」立命館法学60号115頁、119頁以下（1965）。

えば申立人が子を引き取ること）を妨害しない不作為（受忍）請求権であるから、強制執行の方法としては間接強制しか許されないという考え方に結びつきやすい。しかし現行法の下では、この理論構成はもはや必然ではない。従来、非代替的作為義務及び不作為義務については間接強制の方法しか認められていなかった。そして子の引渡について間接強制を支持する説は、まさにこのことを根拠としていたのである。そうすると、人格を有する子に対する直接強制は許されるべきではないという政策的な判断を裏付ける根拠として、子の引渡請求権の法的性質を、間接強制のみが許される非代替的作為義務ないしは不作為義務とする必然性があったともいえる。しかし現行法の下では、民執法173条1項前文により、執行方法の選択について債権者の自由が認められ、実現対象となる債権が物の引渡請求権や代替的作為であっても間接強制が認められるようになった¹²。債権者が事案の態様によって執行の方法を選択することができるという現行法の立場は、執行債権の性質から強制執行の方法を特定（限定）するのではなく、事案に即した執行方法による実現を追求すべきであるという立場を支持するものと評価される。今検討すべきは、直接強制の可否ではなく、その具体的な方法であり¹³、またいずれかの択一的な執行方法の選択ではなく、執行方法の併用あるいは段階的な実施も視野に入れた柔軟かつ実効性のある実現手段のあり方なのである¹⁴。

2) 債権者による執行方法の選択

次に議論すべきは、債権者に選択権が認められたことに付随して生じる問題である。具体的には、①直接強制ができる場合に間接強制の申立てができるか、②債権者が申立てた執行が不奏功のまま終了した後に、別の執行方法を申立てるという段階的な執行の実施はどこまで許されるか、③直接強制と間接強制というように、二つの執行を並行して実施するという執行方法の併用は許されるか、という問題である。

12 執行方法の選択を債権者の自由に委ねた趣旨は、間接強制と他の執行方法のいずれが効果的かは一義的に決められず、またこれを法律で一律に規定するのは困難であること、執行裁判所による判断も困難であるし迅速な執行の妨げになること、権利実現に最も利害関係を有する者の判断に委ねるのが相当であることにあるとされる。大濱・前掲論文（注2）83頁以下、特に86頁を参照。

13 山崎・前掲論文（注9）395頁参照。

14 間接強制と他の執行方法の併用の可否については、大濱・前掲論文（注2）73頁以下を参照。

①の問題点は既に指摘されているところである¹⁵。かつては、間接強制の補充性から、直接強制ができるならばこれによるべきであり、間接強制はできないとする考え方が一般的であったとされる¹⁶が、法改正により間接強制の補充性が緩和されたことから、理論上はこのような制約はないといえる。学説においても、子の引渡しに関しては、子の福祉に合致した執行方法を選択すべきであり、直接強制が可能としても相当でないような場合、相当かどうか判明しない場合には、間接強制を行うことができるとする説もみられる¹⁷。

では、②の段階的な執行の実施についてはどうか。確かに、子の引渡しの実現の際には、それぞれの事案において子の福祉に合致した執行方法を選択するべきであるという指摘はもつともである。しかし、本決定の事案のように、直接強制が執行不能に終わった後に間接強制の申立てを認めることについては、その実効性においても、妥当性においても、子の福祉の観点から慎重な検討が必要であると思われる¹⁸。本来直接強制は、最も強力な執行方法のはずであり、それが不奏功に終わった後に間接強制による執行を試みることに、どれだけの実効性があるのかは疑問である。本件のように、直接強制がダメなら次は間接強制というように、重ねて執行を試みるような事態は、直接強制によって少なからず精神的なショックを受けている未成年者に対して、間接強制による金銭紛争に巻き込むことでさらに悪影響を与えるおそれがあり、出来るだけ避けるべきであろう。この点について本決定が、間接強制決定の要件を充たしていないとして、間接強制の申立てを認めなかった理由が、債務者の協力が得られるとの予想のもとで、和解等による子の引渡しが行われることを期待して、さらなる執行を避けたというのであれば、その限りで本決定は妥当な判断をしたと評価できる。子の福祉に合致する執行方法が、間接強制なのか直接強制なのかは一概に決められるものではないが、何らかの方法で強制執行をせざるを得ないのであれば、執行は最も精神的負担のない方法で、出来るだけ速やか

15 山崎・前掲論文(注9)403頁、梶村太市「子の引渡請求の裁判管轄と執行方法」司法研修所論集創立50周年記念特集号第2巻312頁、354頁(1997)。

16 大決昭和5年10月23日民集9巻982頁。

17 山崎・前掲論文(注9)403頁、梶村・前掲論文(注15)354頁。

18 この点、山崎・前掲論文(注9)403頁は、直接強制が執行不能に終わった場合には、間接強制を行うことができるとする。また半田吉信「幼児引渡請求とその強制方法—通常訴訟、人身保護手続、家事審判—(1)」千葉大法学論集1巻2号41頁(1987)、同(3)千葉大法学論集2巻2号100頁(1988)は、まず直接強制を試みるべきであり、幼児又は相手方の抵抗により円滑に運ばない場合に、間接強制の方法によらせるべきであるとする。

に終わらせるべきである。執行方法の段階的实施が許されるからといって、無暗に執行を重ねるのは避けるべきなのは当然であろう。その意味では、少なくとも直接強制と間接強制の段階的实施は、原則としてこれを認めるべきではない。

それでは、間接強制を先に申立て、その後で他の執行方法を試みるという場合はどう考えるべきか。この問題を考える際には、抽象的不作為請求の執行方法についての従前の議論が参考になる。この問題を早くから議論されてきた竹下教授は、生活妨害の差止の場合に、不作為判決に基づき、まず間接強制によって債務者に最も適当と思う侵害防止手段の選択を強制し、それが効を奏しないときは、債権者の申立により将来のための適当の処分として、侵害防止設備の設置を求めうるとされる¹⁹。この考え方は、ハーグ条約担保法案における子の返還の執行方法にも影響を与えているが、これについては後述する。

最後に、③の執行方法の併用はどう考えるべきか。現行法の下では、間接強制と他の執行方法を併用することも理論的には可能である²⁰。また民事執行法が改正される前から、子の引渡しの強制執行について、不作為執行の方法によるべきであるとする説は、間接強制と直接強制の併用を認めていた。すなわち、債務者が子の引取りを妨害する場合には、執行裁判所は、妨害の抑圧のために間接強制として金銭の支払を命じ、あるいは（場合によりこれと重ねて）、将来のための適当の処分（民執法171条、民法414条3項）として、執行官による子の取上げ、債権者への引渡しを命ずることもできるとしていた²¹。

19 竹下守夫「生活妨害の差止と強制執行・再論」判タ428号27頁以下（1981）。

20 併用を認める裁判例として広島高松江支決平成17年2月24日は、ウラン残土の撤去債務の強制執行として、間接強制と代替執行とが併存的に申し立てられた事案において、以下のように判示した。「権利実現の実効性を高める見地から、いわゆる間接強制の補充性を排してその適用範囲を拡張し、代替的な作為債務等についても間接強制の方法によることを認めることとし、その際、執行方法の選択については権利実現に最も利害関係を有する債権者の判断に委ね、債権者が自由にこれを選択して申し立てることができるようにした改正法の立法経過・趣旨に照らせば、代替執行と間接強制との併存的申立ては可能であると解するのが相当である」（ただし、結論としては撤去債務の代替性が無いことを理由に、申立てを却下した）。この事案については、大濱・前掲論文（注2）75頁以下を参照。

21 山木戸克己「幼児の引渡」中田淳一・三ヶ月章編・民事訴訟法演習Ⅱ（有斐閣、1964）233頁、241頁、中野・前掲書（注7）799頁以下など。ただし中野教授は、「債務者にとって過酷な結果となりかねない間接強制を後順位とし、代替執行を先に実施すべきである」とし、「先に代替執行の授權決定がされたときは、債務者が自ら作為債務の履行に着手したのと同視できる状態にあるといえるから、代替執行の不奏功が判明しないかぎり、間接強制の強制金決定をすることは許されない」とする。以上のことからすると、中野教授は、子の引渡請求に限って執行方法の併用を認めているとも解される。

複数の執行方法の段階的な実施と、併用とで、具体的にいかなる違いがあるかは今後さらに検討を要する問題であり²²、ここでは問題点の指摘にとどめるが、後述するハーグ条約担保法案で示されているように、今後は、直接強制か間接強制かという二者択一の議論ではなく、そのいずれもの適用ないし併用を認める折衷説を中心に議論が展開されていくことになろう。

（2）ハーグ条約担保法案との関係

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）は、婚姻関係の破綻後に、父母の一方が他方の了解を得ずに子を国外に連れ去った場合等、国際的な子の奪取の事案において、子をそれまで生活していた国（常居所地国）に迅速に戻すための国際協力の仕組み等を定めるものであり、1980年にハーグ国際私法会議で制定、1983年に発効され、2012年9月現在、88カ国が加盟している²³。欧米諸国を中心とする同条約締約国から我が国に対して批准の強い要望がなされていたが、ついに2011年5月、政府としてハーグ条約の締結に向けた準備を進めること、そのためハーグ条約を実施するために必要となる法律案を作成することが閣議了解された。その後法制審議会で具体的な返還手続についての制度のありかたが議論され、2012年3月に内閣から国会に条約及び関連法案が提出されるに至ったのである²⁴。法案作成にあたっては、常居所地国への子の返還命令という仕組みが、わが国の既存の国内法制には馴染みのないものであることから、様々な議論が短期間のうちになされたが、本稿の関心事である子の返還の実現方法は、特に活発な議論が交わされた論点の1つであった。ここでは議論の詳細には立ち入らないが、当初議論の中心は、直接強制の許否であった。すなわち、ハーグ条約の目的が、子を常居所地国に返還させ、そこで監護についての本案の判断をさせることにあるとすれば、「子を常居所地国へ返還せよ」という主文が最もその要請に適うとされていたが、その

22 さしあたりは、大濱・前掲論文（注2）89頁を参照。

23 ハーグ条約については、その紹介を含め多数の文献があるが、最近のものとして、横山潤「国際的な子の奪取の民事面に関する条約について」曹時63巻3号529頁以下（2011）、大谷美紀子「この連れ去りに関するハーグ条約—国際人権法の視点から—」法時83巻12号36頁以下（2011）を参照。

24 我が国におけるハーグ条約の批准をめぐる近時の動向については、鳥澤孝之「国際的な子どもの連れ去り—「ハーグ条約」の批准をめぐる—」国立国会図書館調査及び立法考査局・レファレンス平成24年4月号54頁以下（http://dl.ndl.go.jp/view/download/digidepo_3488877_po_073504.pdf?contentNO=1）を参照。

場合、実務上は直接強制はまず考えられず、強制執行の方法としては間接強制しかありえないとする議論が、当初はかなり有力に主張されていたのである²⁵。しかし、国内の子の引渡請求の強制執行として、議論はあるものの実務上はとられている直接強制の方法が、なぜハーグ条約事案においては認められないのか²⁶、また間接強制という方法しか認めないという制度が、外国からみて条約上の義務を果たしているといえるのか、等の疑問が提示され、より柔軟な執行方法の模索が続いた。その結果、現行法の下での代替執行を活用するという案に落ち着いたのである。以下はその概要である。

担保法案においては、「第四章 子の返還の執行手続に関する民事執行法の特則」134条以下で、子の返還を命ずる裁判の実現方法について具体的に規定している。その際前提として、子の返還を命ずる裁判の内容は、相手方（子を現に監護している者）に子を常居所地国に返還するよう命ずるものとなり、返還命令によって相手方は、何らかの方法で子を常居所地国に返すという作為を行う義務を負うものであり、これは相手方が連れ帰る方法に限定されない（例えば任意に申立人その他の第三者に引き渡して連れ帰ってもらっても履行したことになる）ことから、相手方の義務は代替的な作為義務であると整理している。そして代替執行に準じた独自の仕組みを設けている。すなわち、代替執行の申立てをする前にはまず間接強制の申立てをする必要があり、間接強制決定が確定した日から二週間を経過した後でなければ代替執行の申立てをすることができない（136条）とする。そして、代替執行の申立ての際には、債務者に代わって常居所地国に子を返還する者（返還実施者）を特定しなければならず、子の返還を実施させる決定は、債務者による子の監護を解くために必要な行為をする者として執行官を指定してなされる（138条）。執行官には、債務者による子の監護を解くために必要な行為として、債務者を説得する、あるいは債務者の住居その他債務者の占有する場所に立ち入り、子を捜索すること等

25 当初は、子の返還債務を履行できるのは債務者本人に限られることから、これは非代替的作為義務であるとされていた。法制審議会ハーグ条約（子の返還手続関係）部会第1回会議事録（PDF版）23頁〔朝倉幹事発言〕。

26 これについては、通常の子の引渡請求事件においては、いずれの当事者に監護権を認めるべきかという判断を踏まえたうえで引渡請求がなされるので、正当な権利者が正当な手続により実力を行使するという意味で、直接強制を正当化しやすくなる。これに対してハーグ条約の事案では、とりあえず奪取された子どもを常居所地国へ返し、そこでいずれの当事者に監護権を認めるべきかを判断させるという仕組みであることから、直接強制までも認める正当化根拠は弱いともいえよう。法制審議会ハーグ条約（子の返還手続関係）部会第3回会議事録（PDF版）27頁〔朝倉幹事発言〕を参照。

をする、それ以外の場所においても、その場所を占有する者の同意を得て、必要な行為をすることができる。ただし、これらの行為は、子が債務者と共にいる場合に限りすることができる（140条）。要するに、子の返還を命ずる裁判の内容を実現するためには、間接強制前置主義がとられているとはいえ、代替執行が認められ、実質的には執行官が返還実施者とともに直接強制をすることが認められている。ただしその際には、子が債務者と共にいる場合でなければ直接強制はできないこととされている。

それではこの案はどのように評価されるか。まずは間接強制を求め、一定期間経過しても奏功しない場合には代替執行の申立てができるとした方法については、間接強制を経ずに、直接代替執行の申立てをさせる方がよいのではないかと考えられる。この点については、間接強制決定が確定した日から2週間という期間を明文で設けることにより、子の返還の実現を不必要に遅らせない配慮がされていること、また間接強制をして、債務者に子を常居所地国へ返還するための最も適当と思う手段を選択させる（返還対応の裁量を与える）余地を認め、任意の履行を促すというメリットが認められることなどから、このような段階的な執行方法の実施にも意味があると思われる。さらに、代替執行の申立ての際には、債権者は、債務者に代わって常居所地国に子を返還する者（返還実施者）となるべき者を特定し、具体的な返還の実施について綿密な計画をあらかじめ立てておく必要があり、間接強制の前置はその準備期間ととらえることもできる。その意味で、債権者は間接強制を申し立てる際に、代替執行の申立てをすることを想定しているともいえよう。また、立法段階の議論では、代替執行の申立てをしても、間接強制決定は失効しないとする考え方が示されていた²⁷。すなわち、代替執行によっても子の返還が実現されない場合もないとはいえ、その時のために間接強制決定の効力を存続させておく必要がある。以上のことからすると、本法案における執行では、間接強制と代替執行の併用が認められていると考えられる。

担保法案で規定された方法はハーグ条約事案に限定されるものであり、またハーグ条約事案における審判の主文は「子を常居所地国へ返還せよ」という表現とされ、厳密には「子を引き渡せ」という表現とは異なる。この点をして、子の引渡債務は非代替的作為義務であるが、子の返還債務は代替的作為義務であり、両者はその性

27 法制審議会ハーグ条約（子の返還手続関係）部会第11回会議議事録（PDF版）16頁〔竹下関係官発言〕。

質を異にするという考え方もあり得る。しかし、現行法の下では、執行債権の性質によって執行方法を限定する必然性はもはやなく、担保法案において具体的な執行方法が規定されたことは、今後の国内事案における強制執行にも少なからず影響を与えるのではないか。特に担保法案では執行官の協力を得た執行方法が詳細に規定されており、その運用にあたっては、従来直接強制による執行の具体的方法をめぐって展開されてきた議論が参照されることになると思われる²⁸。この点、担保法案においては、執行官の、債務者による子の監護を解くために必要な行為をする権限は、子が債務者と共にいる場合に限られている。このような制約は、人格を有する子に対する直接強制という執行方法に内在する制約といえるかもしれないが、執行実務における子の引渡しの直接強制の場合には、債務者の立ち会いは要件とされていないことに照らすと、その妥当性については今後議論の余地があるかもしれない。

（3）執行の種類・内容・範囲の特定 ～債務名義作としての審判のあり方～

以上、子の引渡請求の強制執行をめぐる問題点を、民事執行法改正とハーグ条約担保法案との関係で整理しなおしたが、最後に従前から問題となっていた、審判の主文のあり方についての議論を整理しておく。現在の家裁実務では、家事審判において子の引渡しが求められた場合、審判の主文を「子を引き渡せ」とするケースが大半であるとされる。この点については、妨害行為が一樣ではなく、妨害排除請求権の行使においても、その妨害行為の態様に応じて、これを除去し、原状を回復し、耐忍を求め、妨害行為の禁止を求めることが出来ると解される²⁹ことから、その態様を一々列挙せずに、「引き渡せ」という形で代表させたという説明がされる³⁰。それにもかかわらず、子の引渡請求権の性質は妨害排除請求であり、債務者としては、相手方が権利者の子の引取りを受忍し、妨害しない、あるいは、相手方が、子（意

28 直接強制のあり方については、山崎・前掲論文（注9）396頁以下、遠藤・前掲論文（注6）22頁以下を参照。

29 丹野達「子の引渡しに関する人身保護請求の補充性」家月38巻10号14頁（1986）、谷口安平「幼児引渡請求権の性質」家族法判例百選〈第三版〉129頁（1980）参照。

30 山崎・前掲論文（注9）389頁。したがって、「子を引き渡せ」という主文から、直ちに直接強制が認められるわけではなく、また相手方が権利者の子の引取りを受忍し、妨害しないという引渡の態様、あるいは意思能力を有する子が権利者のもとに行くことを相手方が妨害しないという態様を排除することにもならない。中野教授は、債務名義における表現にかかわらず、子を手元におく者に対し権利者の引取りを妨害しないことを求める不作為請求権にほかならないとする。中野・前掲書（注7）799頁。

思能力を有する)が権利者のもとに行くことを妨害しないという不作為義務を負うとされるにとどまり、何もしないことで義務を履行したことになるのか、はたまた何もしないだけでは義務を履行したことにはならないのかが不明確であるといわざるを得ない³¹。

いずれにせよ、子の引渡請求権の性質と主文の表現は連動しているものではなく(もしそうであるならば、主文は「相手方は、申立人が事件本人を引き取ることを妨害してはならない」となるべきであろう)、また主文の表現と強制執行の方法も連動しているわけではない。ここで重要なのは、子の引渡債務が不作為義務であるとしても、債務者は何もせずにすまされるわけではなく、何らかの作為義務を負っているはずであり、債務者及び執行裁判所にそのことを明確に伝える必要があるということである。

問題は、それを審判の主文で特定するのか、換言すれば債務名義作成機関がその役割を負担するのか、それとも具体的な執行の段階で、執行裁判所が明らかにするのかである(また、「子を引き渡せ」という裁判内容を実現する場合に、具体的にその方法を債務者と債権者のいずれが特定しなければならないのか、債務者の協力義務をどこまで認めるべきなのかについても、通常の物の引渡し・明渡しや不作為義務の執行の場合とは異なる特別な考慮をする必要がある)。間接強制については、家事事件の特殊性から、判断・執行二分論を厳格に解する必要はなく、間接強制一般についていかに判断手続と執行手続が連携するか、あるいはそれぞれの手続の中に相互に組み込みあいながら進行させていくかが重要であることが指摘されている³²。この考え方によれば、間接強制の場合には、執行裁判所は当事者の審尋も行うことから(第二次的な)債務名義作成機関であるとされ、「債務名義の解釈」(債務名義に基づいてどのような種類・内容・範囲の執行がなされるべきか明確にする)の範疇とされ、債務名義の解釈にあたってその作成手続の経過、両当事者の交渉・協議内容を審尋の結果として参酌するのが当然であるとする。

この問題は、かねてより抽象的不作為請求の強制執行の方法の問題として議論さ

31 直接強制説によれば、「引き渡せ」という表現をとる以上、作為義務ないし引渡義務の履行を第一義的に考えるのが筋であるとされる。山崎・前掲論文(注9)389頁参照。また同395頁は、現実の子の引渡事件において、ほとんどの主文が「子を引き渡せ」という表現を用いていることは、実務が長年にわたり、子の引渡請求の性質を妨害排除請求権とともに引渡請求権の性質を併せ持つものとしてもとらえてきていると評価する。

32 西川・前掲論文(注1)56頁。

れてきた。そこでの議論を鑑みると、子の引渡請求についても、直接強制によるよりも、間接強制を中心的執行方法としながらも、具体的な事案には相当とされる直接強制を認める余地も残す代替執行の方法もとりうる折衷説（不作為執行説）の方が、裁判所の裁量の余地を認めるという点でより優れているともいえる。不作為執行説を支持する中野教授は、執行裁判所の判断を介して、引渡しの態様に応じた多様な手段を用いることができ、調査のうえで債務名義を作成した家庭裁判所との連携を図ることも可能であるとする³³。この家庭裁判所との連携については、子の引渡しの現実の執行に当たっても、家庭裁判所における債務名義作成過程で表れていた事情を考慮することが、円滑な執行、子の福祉に合致した執行となるという指摘がされている³⁴。ハーグ条約担保法案においては、上述のとおり、代替執行の枠組みの中で、債務者による子の監護を解くために必要な行為をする権限をもつ執行官と、債務者に代わって常居所地国に子を返還する役割を担う返還実施者（債権者本人やその親族、代理人などが想定される）とが協力しあって、直接的な執行に臨むことになる。このような枠組みにおいては、執行裁判所である家庭裁判所と執行官、さらには返還実施者との連携が不可欠であり、その連携を通して執行の具体的な内容や範囲が特定されていくことになる。

4 結びに代えて ー今後の議論の方向性

本稿における問題提起の多くは、子の引渡請求の強制執行に限定されるものではなく、かねてから議論され、いまだに決着を見ていない積年の問題でもある。子の引渡しの強制執行の場合、子の意思能力の有無に関わらず対象が物ではなく人格のある子であることを最大限尊重する必要性があることから、通常の執行よりもはるかに困難を伴うし、慎重さが求められる。しかし本文で述べたとおり、ハーグ条約

33 中野・前掲書（注7）799頁。

34 山崎・前掲論文（注9）400頁参照。具体的には、子の引渡しの直接強制の申立てがあった段階で、執行官が希望した場合には、家裁の協力を得られるようなシステムの導入が望ましいとされる。また、債務名義作成機関と執行機関が分断されていることから生じる弊害の1つに、両者との間で子の意思能力の有無に関する判断が異なることが挙げられるが、そのような弊害を避ける方策として、遠藤・前掲論文（注6）34頁以下は、執行官の判断に資するよう、審判書の理由中に来るだけ情報を記載し、例えば子に意思能力がないと判断したのであれば、その判断に至った合理的理由を審判書に明示することを提案している。

担保法案において具体的な規定が示されたことは、子の引渡請求の強制執行のためのより柔軟かつ機動性のある手続を可能とする理論の構築へ向けて、これまでの議論を大きく動かす（転換させる）契機となると思われる³⁵。債務名義作成機関と執行機関とを明確に区別してきた我が国の枠組みの下では、状況に応じた措置をとるために必要な執行機関の判断権限の理論的根拠が不明確であるために、執行段階で適切な対応をとることが出来ず、本来は迅速であるべき権利の実現が遅延したり、あるいは執行不能という形で実現されなかったりするということがしばしばあることが問題視されていた。子の引渡（返還）請求に関する議論の進展を突破口として、より汎用性のある理論へとつなげられるよう、本稿で示した問題点の検討をさらに進めていきたい。

【付記】 本稿は、平成24年度科学研究費助成事業（学術研究助成基金助成金）（挑戦的萌芽研究）課題番号：24653011の研究成果の一部である。

（人文社会系准教授）

35 例えば、ハーグ条約の下では、より柔軟な実現方法として調停、ADR等の積極的な活用も期待される。また、執行機関が柔軟かつ機動的な役割を果たすようになれば、仮に執行自体は不能となったとしても、執行機関が行った利害調整等を前提として、最終的には任意の履行につながることも期待できると思われる。