

## 「国際的な子の奪取の民事上の側面に関する条約（仮称）」を実施するための 子の返還手続等の整備に関する個別論点の検討(4)

### 1 子の返還を求める申立ての法的性質

申立人は、条約に基づき、子を常居所地国に返還するよう求めることができる地位を有し、そのため条約を実施するための担保法の枠組みの中で子の返還の申立てをすることができるが、申立人と相手方との間の具体的な権利義務関係は申立てに対する裁判によって初めて形成され、子の常居所地国への返還命令は相手方に義務の履行を命ずるものと整理することができる。

(補足説明)

条約は、締約国や中央当局の責務、国家間共助の仕組みを定めているものの、申立人と子を返還する者との関係について直接触れておらず、子の返還を求める申立てについて、誰が誰に対し、どのような法的性質を有するものとして行うことができるのかは各締約国における解釈に委ねられている。この点については、条約の規定及び我が国の従来の手続法における考え方に照らして、次のように考えることができる。

まず、申立人が子の返還を求めることができる「権利」を有するの否かについては、ハーグ条約に基づく常居所地国への子の返還は条約締結によって初めて請求し得るものであり、何らかの権利が発生するとすれば条約に根拠を求める必要があるが、条約は、申立人が中央当局への援助申請をすることができる」と規定しているものの（第8条第1項）、申立人の実体的権利については何ら規定していない。そうすると、常居所地国への子の返還をめぐる権利義務関係は、裁判前から存在しているものと考えすることはできず（したがって、連れ去り親から連れ去られ親への返還債務不存在確認の訴えは認められない。）、ハーグ条約の枠組みの中で判断されて初めて具体的な権利義務関係が形成される。

もっとも、条約上、監護権を侵害されて子を連れ去られた者は、中央当局に対する援助申請権が認められていること（第8条第1項）などから、そのような者は条約によって子の常居所地国への返還についての権利義務関係の形成を求めることのできる法的地位が与えられ、この地位に基づき子の常居所地国に子を返還することを求めることができる。なお、その場合、相手方のな

い事件として構成することも考えられるが、返還を実現するためには子を返還し得る者を相手方とすべきであるという要請や、条約が返還に異議を申し立てる個人等の存在について規定していること（第13条第1項）、対立する者の間の協議による解決に親しむことというような事件の性質等に照らして、子の返還のための裁判は二当事者対立の手續構造とするのが相当であり、申立人は前記子の返還を求めることができる法的地位を背景に、二当事者対立構造を前提とした担保法に基づいて、子を返還できる地位にあり返還義務を負わせることができるであろう者に対して、返還の裁判の申立てを行うことができるものとするのが相当である。そして、裁判所は、この申立てに対して、返還事由・返還拒否事由等の要件を審査した上、特定の相手方との間で、子の常居所地国への返還をめぐる権利義務を形成する原因を認めた場合に、具体的な権利義務を裁判によって形成し、形成された権利義務関係の実現のために相手方に対し返還を命ずることになる。

このように整理すると、申立人には裁判前には実体的な権利があるものではないから、子の返還申立事件のための手續は訴訟である必要はないことになる。また、裁判後は権利義務関係が形成され、それを実現するための返還命令が出されていることから、形成された権利に基づいて申立人自身がその実現のために執行申立てを行うことが可能となる。

なお、このように、申立人と相手方との間の権利義務関係は裁判によって初めて形成されると考えたとしても、子を返還すべきかどうかは当事者間で協議し自由に決めることができる事項であることから、話し合いにより解決することは何ら否定されない（家事事件手続法の別表第2に掲げる事項についての審判の多くと同じである。）。

## 2 子の返還の裁判の主文

子の返還を求める申立てを認容する裁判の主文は、相手方に対し、子を常居所地国に返還することを命ずるものとする。

（補足説明）

条約は、本案つまり監護権に関する紛争は、連れ去りの前に子が常居所を有していた国において処理されるべきであり、子の利益は常居所地国への返還によって最もよく実現されるという考え方によっている。条約上も、「子が常居所を有していた国への当該子の迅速な返還を確保する」と規定しており（前文）、常居所地国への返還を原則形態として予定しているものといえる。そうだとすると、常居所地国への返還を命じるのが条約の趣旨及び規定に合致するものといえる。多くの締約国でも、常居所への返還を命ずれば足りると解されている。

これに対し、申立人への引渡しを命ずることについては、条約で明確に否定されているものではないものの、子を申立人に引き渡すことは必ずしも子を常居所地国へ返還することと等しい関係にあるものではないこと、申立人への引渡しは、申立人に事実上の監護状態を認めることとなり、子の常居所への返還以上の状態を与えることとなることから、条約の趣旨及び規定に合致せず、適当ではない。

他の締約国で、申立人への引渡しを認めている例として、ドイツでは、第一段階の命令として常居所地国への返還を命じつつ、相手方が一定期間に子を連れ帰る義務を履行しない場合に、第二段階の命令として、申立人への引渡しが命じられていることが挙げられる。これは、ドイツでも、申立人への引渡しを命ずることは条約の枠組みを超えてしまうとの解釈はとりつつ、強制執行の対象とするために第二段階の命令を認めているものであり、一般的に自己への引渡しを求めるところを条約上の権利として認めているものではないと考えられる。

また、相手方に対し、申立人が子を常居所地国に返還することを妨害しないよう命ずる主文というものも考えられるが、申立人が常居所地国に自ら返還することを当然の前提としている点で、やはり条約の趣旨及び規定に合致せず適当ではない。

### 3 子の返還手続における調停及び和解

子の返還申立て事件の手続における調停及び和解として、子の監護権の帰属や、子の監護に関するその他の事項（養育費の支払や面会交流等）を含め、広く合意をすることができるものとするについては、どのように考えるか。

（補足説明）

#### 1 子の返還申立事件における調停・和解

ハーグ条約は、子の監護に関する事項は、子が返還された後、子が常居所を有した国で決定されるべきとの考え方に立脚するものであり、条約第16条も、子が返還されないことが決定されるまでは、監護の権利についての決定を行うことを禁止している。このこととの関係で、子の返還申立事件における手続の調停及び和解において、合意の対象となる事項に制限があるのかが問題となる。

#### 2 子が返還されないことを前提とした調停・和解の場合

子が返還されないことを前提に、すなわち、返還の申立てを取り下げを前提に、日本における監護権の帰属や監護権の内容、行使について調停や和解で取り決めることは、調停や

和解の成立時には同時に子が返還されないことが決定されているのであるから問題がないと思われる（注）。

### 3 子が返還されることを前提とした調停・和解の場合

#### (1) 監護権の帰属について取り決めることについて

返還を前提とした調停・和解において、返還後の監護権の帰属そのものについて取り決めることは、ハーグ条約の趣旨及び第16条との関係で問題があるとも考えられるが、当事者の自由な意思に基づく限り、効力の問題は別にして合意をすること自体は禁止されないといえそうである。そこで、合意できる事項を制限せず、広く解決を図るために、これについても合意をすることができるものとするについて、どのように考えるか。

#### (2) 子の監護に関するその他の事項について取り決めることについて

返還を前提とした調停・和解において、養育費の支払や面会交流等、子の監護に関する事項について調停・和解で取り決めることについては、第16条で禁止される「監護の権利の本案についての決定」に、監護の帰属そのもの以外の、子の監護に関する裁判が含まれるか否かによるものと解される。これについて、子が返還されるまでの間の暫定的な養育費や面会交流について裁判をすることは禁止されないと解されるが（「国際的な子の奪取の民事上の側面に関する条約（仮称）」を実施するための子の返還手続等の整備に関する中間取りまとめの補足説明」の「27 ハーグ条約第16条関係」参照）、返還後に行われるようなものについては、別途検討を要するものといえる。そして、これについては実質的には返還後、子が常居所を有していた国においてされるべき監護権に関する判断を含むものであるから、裁判によってされることは相当ではない。このように考えると、子の返還申立事件における調停・和解において、子の監護に関する事項について取り決めることの可否は、(1)と同様に、裁判と同じ効力を有するものとする以上禁止されるべきであるとも考えられそうである。もっとも、当事者の自由な意思に基づく限り、合意をすること自体は禁止されないと考えられ、合意ができる事項を制限せず、広く解決を図るためにも、これらについて調停や和解で取り決めることができるものとするについて、どのように考えるか。

(注) 養育費や面会交流の取り決め等、本来的な家事審判事項についても本手続で広く和解を行うことができるものとするために、法律上特別の規律を設ける必要があるか否かは検討が必要である。

#### 4 子の返還の裁判の効力

子の返還を求める申立てについての裁判については、執行力のある債務名義と同一の効力を有するものとしてはどうか。

(補足説明)

子の返還を求める申立てについての裁判の効力については、確定判決と同一の効力を有するものとする事又は執行力ある債務名義と同一の効力を有するものとする事が考えられる。執行力ある債務名義と同一の効力を有するものとするれば、執行文の付与を要することなく強制執行が可能となる。どのような場合に、執行力ある債務名義と同一の効力を有するものとして執行文の付与が不要とされるかについては、執行に極度の簡易迅速性、密行性が要求される場合、又は執行力の存在が明白である場合が多いとされている。家事事件手続法においても、給付を命ずる審判は、執行力のある債務名義と同一の効力を有するものとされている（家事事件手続法第75条）。本件では、返還命令から執行がされるまでの間に月日が経過すれば、子は新たな環境になじんでしまい、その環境からの離脱が子にとって有害となることが考えられるから、返還が命ぜられた以上速やかに執行されることが必要であり、簡易迅速性の要請が高い。そこで、子の返還を命ずる裁判については執行力ある債務名義と同一の効力を有するものとし、執行文の付与を要しないとするのが相当である。

《参照条文》

○ 家事事件手続法

(審判の執行力)

第七十五条 金銭の支払、物の引渡し、登記義務の履行その他の給付を命ずる審判は、執行力のある債務名義と同一の効力を有する。

#### 5 子の返還拒否事由

(1) 裁判所は、次に掲げるいずれかに該当すると認めるときは、子の返還を求める申立てを却下するものとする。

- ① 子の返還を求める申立てが子の連れ去り又は留置から1年を経過した後にされたものであって、子が新たな環境に適応していること。
- ② 申立人が子の連れ去り又は留置の時に子に対して現実に監護権を行使してい

なかったこと（ただし、子の連れ去り又は留置がなければ、申立人が子に対して現実に監護権を行使し得た場合は除く。）。

- ③ 申立人が子の連れ去り又は留置の前にこれに同意し、又は子の連れ去り又は留置の後にこれを承諾したこと。
- ④ 子が常居所を有していた国に子を返還することが、子に対して身体的若しくは精神的な害を及ぼし、又は子を耐え難い状況に置くこととなる重大な危険があること。
- ⑤ 子が返還されることを拒んでいる場合であって、子の年齢及び発達の程度に照らし、子の意見を考慮することが適当であること。
- ⑥ 子が常居所を有していた国に子を返還することが我が国における人権及び基本的自由の保護に関する基本原則により認められないものであること。

## (2) 【甲案】

次に掲げるいずれかに該当する場合は、(1)④に該当するものとする。

- a 〔子が申立人から身体に対する暴力又はこれに準ずる心身に有害な影響を及ぼす言動（以下「暴力等」という。）を受けたことがあり、〕子が常居所を有していた国に子を返還した場合、子が〔更なる〕暴力等を受ける明らかなおそれがあること。
- b 〔相手方が申立人から子が同居する家庭において子に著しい心理的外傷を与えることとなる暴力等を受けたことがあり、〕子が常居所を有していた国に子を返還した場合、子と共に帰国した相手方が〔子と同居する家庭において〕子に著しい心理的外傷を与えることとなる〔更なる〕暴力等を受ける明らかなおそれがあること。
- c 相手方以外の者〔(里親や施設その他の者を含む。)〕が子が常居所を有していた国において子を監護〔養育〕することが明らかに子の利益に反し、かつ、相手方が子が常居所を有していた国において子を監護〔養育〕することが不可能又は著しく困難な事情があること。

## 【乙案】

裁判所は、(1)④を判断するに当たっては、次に掲げる事情その他一切の事情を考慮するものとする。

- a 子が常居所を有していた国に子を返還した場合、子が申立人から身体に対す

る暴力又はこれに準ずる心身に有害な影響を及ぼす言動（以下「暴力等」という。）を受けるおそれの有無

b 子が常居所を有していた国に子を返還した場合、子と共に帰国した相手方が子と同居する家庭において子に心理的外傷を与えることとなる暴力等を受けるおそれの有無

c 【A案】

相手方以外の者〔（里親や施設その他の者を含む。）〕が子が常居所を有していた国において子を監護〔養育〕することが子の利益に反し、かつ、相手方が子が常居所を有していた国において子を監護〔養育〕することが困難な事情の有無

【B案】

子が常居所を有していた国において、子を監護〔養育〕することができる者〔（里親や施設その他の者を含む。）〕の状況

(3) 裁判所は、(1)①から⑥までに掲げる事由がある場合であっても、一切の事情を考慮して子を返還することが相当と認めるときは、子の返還を命ずることができる。

(補足説明)

1 子の返還拒否事由④の表記方法について

子の返還拒否事由のうち④について、これまでの部会における【甲案】、【乙案】の考え方を前提として、【甲案】、【乙案】の表記の仕方につき、子の返還拒否事由としては、「子が常居所を有していた国に子を返還することが、子に対して身体的若しくは精神的な害を及ぼし、又は子を耐え難い状況に置くこととなる重大な危険があること」を(1)に掲げ、その上で、【甲案】についてはこれに該当する事情を、【乙案】についてはこれを認定する考慮要素を、(2)のとおり規定したものである。

また、【甲案】においては、aにおいて、子が常居所を有していた国に子を返還した場合、子が暴力等を受ける明らかなおそれがあることに加え、また、bにおいては、子が常居所を有していた国に子を返還した場合、子と共に帰国した相手方が子に著しい心理的外傷を与えることとなる暴力等を受ける明らかなおそれに加え、それぞれ、子が常居所を有する国において、子あるいは相手方が暴力等を受けたことを要件として掲げている。しかしながら、条約第13条第

1 項 b にいう「返還することによって子が身体的若しくは精神的な害を受け、又は他の耐え難い状態に置かれることとなる重大な危険があること」の認定にとって必要な要件としては、子を常居所地国に返還した場合に、子あるいは相手方が暴力等を受ける明らかなおそれの有無であって、過去の暴力等の有無は、あくまで、そのおそれの有無を推認させる事情にすぎない。したがって、これらの過去の暴力等を、条約第 13 条第 1 項 b の認定にとって必須の要件とすることは、加重な要件を付すことになる点で疑問もあることから、亀甲括弧を付している。

さらに、【甲案】の b 及び【乙案】の b においては、子に心理的外傷を与えることとなる相手方に対する暴力について、「子と同居する家庭において」という限定を付している。しかしながら、子に対する重大な危険があるかどうかについては、子に心理的外傷を与えることとなる暴力があるかどうかの問題であって、子と同居する家庭における暴力かどうかは必ずしも必須な事情ではないものとも考えられる。したがって、【甲案】の b 及び【乙案】の b においては、「子と同居する家庭において」という文言に亀甲括弧を付している。

## 2 【甲案】及び【乙案】の問題点について

### (1) 【甲案】の問題点について

従前の【甲案】については、これまでの部会において、条約第 13 条第 1 項 b と整合しないおそれがあるのではないかとの意見が出され、また、パブリックコメントにおいても、その旨の指摘が見受けられたところである。

【甲案】は、あくまで、子に対する重大な危険があることと同視できる事情を、(2)の a から c までに記載のとおり書き出した案であるが、a のように、子が常居所を有していた国において子が暴力等を受ける明らかなおそれがある場合や、b のように、子が常居所を有していた国において子に対して著しい心理的外傷を与えることとなる暴力等を相手方が受ける明らかなおそれがある場合には、まさに子に対する重大な危険があると評価できるものと思われる。もっとも、a や b に該当する事情が、重大な危険に該当すると言い得ても、その逆、すなわち条約の要請する重大な危険としては、a や b であると言い得るのか、重大な危険の程度として、仮に現在の【甲案】の a や b に満たないものも許容している場合に、国内担保法として a や b を列挙することで、それらに満たないものは重大な危険とは認めないという認定をせざるを得ないことにならないか、なお検討する必要がある。

また、c は、子を常居所を有する国に返還しても、子を監護する者が誰も存在しないような場合について規定するものであるが、そのような場合について、子が常居所を有していた国に子を返還しなければならないとするのは、子に対する重大な危険が認められると評価しても差

し支えないものと思われ、実際に外国の裁判例もある。もっとも、cについては、「相手方以外の者が子が常居所を有していた国において子を監護することが明らかに子の利益に反し」との規定について、これは、例えば申立人が薬物中毒であって、子が常居所を有する国の児童福祉関係施設も一時的にでも子を養育することができないような場合を想定したものであるが、その規定ぶりからして、これまでの部会においては、本手続において本案の裁判を先取りするものであるように見える、「子の利益」は本来「重大な危険」の認定において用いるべき基準として不適当であるといった懸念が示されたところである。もとより、当該規定は、それ自体、相手方以外の者による子の監護が、「明らかに子の利益に反」する場合を想定しており、本案の裁判を先取りしたり、誰が子を監護することが子の利益にかなうかの比較衡量をするものではないが、上記指摘の趣旨を踏まえ、ここでは、監護という用語以外に「養育」という文言を用いることが適切ではないかとも考え、また、相手方以外の里親や施設等が子を監護できる場合には、それが明らかに子の利益に反すると認められない限り、なお子を返還すべきとする趣旨を明確にすべく、相手方以外の者について、「(里親や施設その他の者を含む。）」とする点を注記し、これらに亀甲括弧を付して提案している。

(2) 【乙案】の問題点について

【乙案】は、(1)④の事由を裁判所が認定する際の考慮要素を規定したものであるが、【乙案】のcの【A案】の考慮要素は、α) 相手方以外の者が子を監護することが明らかに子の利益に反することと、β) 申立人が子を監護することが不可能又は困難な事情があることという2つの事情からなるものであり、これらのいずれもが認められてはじめて重大な危険をうかがわせる考慮要素とするものである。そのため、裁判所が子に対する重大な危険の有無を総合的に考慮するに当たって、他の要素とは異なる特殊な考慮が必要となる。また、cの考慮要素は子の利益に反するといった評価を含むものであり、このような評価を含むものを考慮要素としてさらに子に対する重大な危険の有無を評価することが適切かどうかについては懸念される場所である。そこで、cの【B案】では、【A案】で考慮される事情を、「子が常居所を有していた国において、子を監護〔養育〕することができる者〔(里親や施設その他の者を含む。)]の状況」とまとめる形で提案している。もっとも、【B案】では、a、bに比べ、cが価値中立的な考慮要素となっており、【A案】に比べ、考慮要素のそれぞれの重みが明確でなく、裁判所において判断がしづらいのではないかと懸念される。

また、そもそも、条約第13条第1項bに相当する④の子の返還拒否事由について、具体的な規定を設けようとした趣旨は、裁判規範としての明確性や当事者の予測可能性を確保する点

にあるところ、現在の【乙案】においては、考慮要素は明記されているものの、具体的にどの程度の事情があれば、子に対する重大な危険に該当するののかという点が【甲案】と比べて不明確であり、裁判規範としての明確性や当事者の予測可能性の点で問題があるように思われる。

(3) 以上を踏まえ、【甲案】と【乙案】のいずれがより適切か、なお検討する必要がある。

### 3 子の返還拒否事由が認められても、なお子の返還を命じ得るかどうかについて

(1) 子の返還拒否事由については、(1)の①から⑥までの子の返還拒否事由が認められたとしても、裁判所は、具体的な事案における事情を勘案し、なお裁量により返還を認める余地があることを前提としている。

子の返還拒否事由に該当する場合について、②、③及び④に相当する条約第13条第1項は、司法当局は「子の返還を命ずる義務を負わない」と規定し、また⑤及び⑥に相当する同条第2項及び条約第20条は、司法当局は「子の返還を命ずることを拒むことができる」と規定されていることから、返還拒否事由があることが認定された場合であっても、さらに裁判所の裁量により子の返還を命ずる余地があると解されている。また、①に相当する条約第12条第2項については、条約の規定上は、条約第13条及び第20条のように明示的に裁判所に裁量権があるものとはされていないが、同項についても、子の返還を命ずるかどうかについては裁判所に裁量権があると解されており、いくつかの締約国の裁判例においては、この場合にも裁判所が裁量権を行使し、子の返還を命じている例が見受けられる（参考資料9 P56参照）。

なお、各国の裁判例からは、返還拒否事由があると認めた後で、裁量により返還を命ずる例としては、上記①の場合のほか、③に相当する条約第13条第1項aや⑤に相当する条約第13条第2項については、いくつかの締約国の裁判例においては、返還拒否事由を認めた上で、子の返還を命じているものがある。他方、④に相当する条約第13条第1項bではほとんど見当たらない。条約第20条の返還拒否事由が認められること自体、ほぼ皆無といってよい（参考資料9 P56参照）。

(2) その上で、(1)の①から⑥までの子の返還拒否事由が認められたとしても、裁判所は、なお裁量により返還を認める余地がある点については、子の返還の許否という重大な事項であるから、具体的な規定のないままこれを裁判所の裁量に委ねることになることは相当ではないと考えられる。そこで、(3)のとおり、この点を具体的に明記することとしている。

《参照条文》

○ 民法

(裁判上の離婚)

第七百七十条 夫婦の一方は、次に掲げる場合に限り、離婚の訴えを提起することができる。

- 一 配偶者に不貞な行為があったとき。
- 二 配偶者から悪意で遺棄されたとき。
- 三 配偶者の生死が三年以上明らかでないとき。
- 四 配偶者が強度の精神病にかかり、回復の見込みがないとき。
- 五 その他婚姻を継続し難い重大な事由があるとき。

2 裁判所は、前項第一号から第四号までに掲げる事由がある場合であっても、一切の事情を考慮して婚姻の継続を相当と認めるときは、離婚の請求を棄却することができる。

○ 配偶者からの暴力の防止及び被害者の保護に関する法律

(定義)

第一条 この法律において「配偶者からの暴力」とは、配偶者からの身体に対する暴力（身体に対する不法な攻撃であって生命又は身体に危害を及ぼすものをいう。以下同じ。）又はこれに準ずる心身に有害な影響を及ぼす言動（以下この項において「身体に対する暴力等」と総称する。）をいい、配偶者からの身体に対する暴力等を受けた後に、その者が離婚をし、又はその婚姻が取り消された場合にあっては、当該配偶者であった者から引き続き受ける身体に対する暴力等を含むものとする。

2・3 (略)

○ 児童虐待の防止等に関する法律

(児童虐待の定義)

第二条 この法律において、「児童虐待」とは、保護者（親権を行う者、未成年後見人その他の者で、児童を現に監護するものをいう。以下同じ。）がその監護する児童（十八歳に満たない者をいう。以下同じ。）について行う次に掲げる行為をいう。

- 一 児童の身体に外傷が生じ、又は生じるおそれのある暴行を加えること。
- 二 児童にわいせつな行為をすること又は児童をしてわいせつな行為をさせること。
- 三 児童の心身の正常な発達を妨げるような著しい減食又は長時間の放置、保護者以外の同居人による前二号又は次号に掲げる行為と同様の行為の放置その他の保護者としての監護を著しく怠ること。
- 四 児童に対する著しい暴言又は著しく拒絶的な対応、児童が同居する家庭における配偶者に対する暴力（配偶者（婚姻の届出をしていないが、事実上婚姻関係と同様の事情にある者を含む。）の身体に対する不法な攻撃であって生命又は身体に危害を及ぼすもの及びこれに準ずる心身に有害な影響を及ぼす言動をいう。）その他の児童に著しい心理的外傷を与える言動を行うこと。

## 6 子の返還を命ずる裁判の実現方法

- (1) 子の返還を命ずる裁判によって相手方に課される義務（子を常居所地国に返還する義務）は、どのような作為義務と整理することができるか。
- (2) 強制執行として、間接強制にとどめることについてどのように考えるか。また、これに加えて、より強い心理的強制となるような執行以外の手段を設けることは考えられるか。
- (3) 間接強制以外の強制執行として、代替的な作為義務の執行に通常用いられる代替執行を応用し、本手続に合った強制執行の仕組みを考えることはできないか。

(補足説明)

## 1 子の返還義務の法的性質

「2 子の返還の裁判の主文」で検討したとおり、子の返還を命ずる裁判の内容は、相手方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と考えられる。

そして、部会においては、子の常居所地国への返還は、相手方が連れ帰る方法となるため、非代替的作為義務と整理する見解も見られたところ、子の常居所地国への返還の方法自体について、相手方が連れ帰る方法に限定されるものではないと考えるならば（例えば、返還命令を受けて、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のではないか。）、相手方以外の者によっても子の返還を実現させることは可能であるから、相手方の義務は代替的な作為義務（債務者自身によってなされるか第三者によってなされるかによって債権者の受ける経済的又は法的な結果に差異を生じない種類の債務）であると整理することも考えられる（もっとも、債務者自身が返還する必要はないとしても、子に与える影響を考えると、誰がしてもよいというものではなく、やや特殊な側面を有する。また、返還先において子を適切に養育できるのは相手方のみの場合で、相手方が子を連れ帰らざるを得ないこともあり得るといえそうである。）。

このように、子の返還義務を代替的作為義務（又は非代替的作為義務）であると整理すると、強制執行のうち、いわゆる「与える債務」に対応した強制執行手段である直接強制を行なうことは解釈上困難である。

## 2 間接強制及びその他の強制手段について

子を子が常居所を有していた国に返還することを命ずる裁判の強制執行として、直接的な強制執行を認めることについては、理論上の問題があるほか、子に与える悪影響の観点

から間接強制（履行するまで金銭の支払を命ずることにより強制するもの）にとどめることも考えられ、パブリックコメントにおいてこれに沿う意見もあった。

その一方で、部会においては、任意の履行を促す上でも、相手方に対する心理的強制となるような他の手段を設けられないかとの意見があり、これと同様のパブリックコメントもあった。

そこで、この点について、本件で考えられる有効な手段はないか。

### 3 代替執行を応用することについて

間接強制以外のより直接的な執行手段も検討すべきであるという議論はこれまでの部会においてもされ、また、パブリックコメントにおいても間接強制のみでは実効性に欠けるとして、直接的な強制執行を支持する意見もあった。そこで、間接強制以外の執行方法について検討すると、上記1のように相手方の義務を代替的な作為義務であると整理すれば、代替執行（執行裁判所が、債権者に対し、債務名義の作為を実現する行為を債務者以外のものにさせることを授権し、指定された実施者をして債務名義の作為を実現させる執行方法）に準じた仕組みを導入することが考えられるかどうか。

仮に代替執行に準じた仕組みを考えると、子を扱うという特殊性から、民事執行法上の代替執行そのものとは異なる配慮が必要になると考えられるが、どのような点に留意すべきか。