

子の引渡しの強制執行に関する規律の明確化に関する検討

第1 総論的事項

1 規律を明確化する意義等

民事執行法には、子の引渡しの強制執行に関する明文の規定がないが、これに対しては、子の引渡しを命ずる裁判（注）の実効性を確保するとともに、子を扱うという特殊性に鑑み、子の福祉に十分な配慮をする等の観点から、明確な規律を整備すべきであるとの指摘がされている。このような指摘を踏まえ、子の引渡しの強制執行に関してどのような規定を設けるかが問題となり、とりわけ直接的な強制執行（直接強制・代替執行）に関する規律の在り方が主な検討課題となる。

議論の進め方としては、民事執行法では実体法上の請求権の性質に応じて執行方法が定められていることから、まず子の引渡しを求める請求権の性質を踏まえて現行法の下での位置付けを検討し、その後立法論として目指すべき具体的な規律の在り方について検討を進めることが考えられる。また、具体的な規律を検討するに際しては、平成25年に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（ハーグ条約実施法）が成立し、国際的な子の返還を強制する場面について、強制執行による子の心身への負担を軽減する方策を講ずるなど、具体的な規律が整備されていることから、これを参照し、対比することが必要であると考えられる。

（注） 子の引渡しを求める裁判手続としては、基本的に、①人事訴訟法に基づき、離婚訴訟等の附帯処分等（親権者又は監護者の指定）に付随して子の引渡しを求めるもの（同法第32条）、②家事事件手続法に基づき、子の監護についての相当な処分として、又は親権者若しくは監護者の指定・変更の審判に付随して子の引渡しを求めるもの（同法第171条、第154条第3項）、③民事訴訟において、親権又は監護権に基づく妨害排除請求として子の引渡しを求めるものなどがある。また、②の家事事件手続法に基づくものとしては、親権者又は監護者の指定・変更を本案とする審判前の保全処分として子の引渡しを求めるもの（同法第175条、第157条）があり、①の人事訴訟や③の民事訴訟による場合には、仮の地位を定める仮処分により子の引渡しを求めるもの（民事保全法第23条第2項）があり得る。このほか、④人身保護法に基づいて子の救済を請求するもの（同法第2条）もあるが、これは判決によって被拘束者の釈放の状態を形成することが予定されており、執行力がないと理解されている。

他方、子の引渡しをめぐる紛争の実態としては、離婚の前後を問わず、両親の間で子を奪い合う場面が典型であると考えられるが、そのほか、祖父母が子を監護しているケースのように、一方の親の近親者などが当事者となる場合もあり得る。さらに、例えば、誘拐犯など近親者でない第三者に対して子の引渡しを求めようとする場面も、理論上はあり得ることに留意する必要がある。

2 子の引渡しを求める請求権の性質と強制執行の方法

(1) 民事執行法が定める強制執行の方法

民事執行法は、金銭の支払を目的としない請求権についての強制執行（非金銭執行、同法第2章第3節）に関し、「与える債務」では直接強制の方法により（同法第168条から第170条まで）、代替的な作為・不作為義務のような「為す債務」では代替執行の方法により（同法第171条）、不代替的な作為・不作為義務では間接強制の方法によることとして（同法第172条）、請求権の性質に応じて異なる強制執行の方法を用意している。このほか、非金銭執行に関しては、直接的な強制執行である直接強制や代替執行が可能なきときであっても、間接強制の方法を選択することもできるとされている（同法第173条）。

したがって、現行法の解釈論としては、子の引渡しの強制執行においては、間接強制の方法によることは可能であるが、これに加えて、直接的な強制執行によることができるか否かが問題となる。この点を考えるに当たって、まず、子の引渡しを求める請求権の性質について検討することが必要であると考えられる。

(2) 直接的な強制執行の方法によることの可否等

子の引渡しを求める請求権の性質については、大審院の判例には子の引渡請求権であるとするものもあったが、今日では、親権者・監護者による親権・監護権の行使に対する妨害の排除を求める請求権であると理解する考え方が一般的であり、判例も同様の立場をとっているとされている（注1）（注2）。もっとも、親権・監護権の行使に対する妨害排除請求権として捉えるとしても、子の引渡しを命じられた債務者が負う具体的な義務内容については、まず、①債権者が子を連れていくことや子が債権者の下に行くことを債務者が妨害しないという不作為義務のみであるとの考え方があり得る（注3）。これは、物の引渡請求権との類似性を否定しようとする考え方であり、その権利の実現は、不作為債務に関する「適当な処分」等（民法第414条第3項、民事執行法第171条第1項）を用いて、代替執行の方法により行われることとなる。また、②不作為義務に加えて、債務者が債権者に対して子を引き渡す義務をも負うとの考え方があり得る。これは、子の人格尊重の観点から、

子の引渡しを求める請求権の性質は物の引渡請求権とは異なるという整理をしつつも、機能的・実質的には動産の引渡しに類似する性質を有していると見る考え方である。このような考え方によれば、その権利の実現は、直接強制の方法により行われるべきこととなる。

現在の実務は、上記②の考え方に基づき、審判等の主文を「相手方は、申立人に対し、A（子）を引き渡せ。」などとした上で、動産の引渡しに関する規定（民事執行法第169条第1項）の類推適用（直接強制）により運用されている。かつては間接強制のみを認める運用がされていた時期もあったが、その後、債務名義の内容を确实適切に実現する観点から直接的な強制執行の方法も許されるとの考え方が有力となったことを受けて、実定法上の手がかりとなる規定に依拠して直接強制の方法が採られたものと考えられる。

以上のような子の引渡しを求める請求権の性質に関する議論状況等を踏まえ、子の引渡しの直接的な強制執行の可否や、基本的に直接強制と代替執行のいずれの方法によるべきかという問題について、どのように考えるか。なお、直接的な強制執行を比較すると、例えば、直接強制では、執行官が執行機関となるのに対し、代替執行では、執行裁判所が執行機関となり、債務者の審尋を経て、裁判所が「適当な処分」等を決定することとなり、執行機関や手続が異なるが、執行機関については、以下で検討する個別の論点とも関わることから、後記第2の5において改めて取り上げている。

(注1) かつての大審院判例（大判明治34年9月21民録7輯8巻25頁など）は、子に対しても事実上の支配が可能であることを理由に、子の引渡しを求める請求権の性質を子の占有移転を求める引渡請求権であるとしていた。このような考え方に対しては、子の人格尊重に反するとして批判があった。その後、最判昭和35年3月15日民集14巻3号430頁は、子の唯一の親権者が第三者に対して子の引渡しを求めた事案において、子の引渡し請求が親権者の子に対する親権行使に対する妨害排除権に基づくものであるとしている。

(注2) 本文のような整理に対しては、当初から親の一方に請求権が存在する場合のみ妥当するものであって、家事審判等によって形成的に子の引渡しが命じられる場合については、個々の具体的な事件について妥当な内容の権利を形成すればよいかから、本文記載の請求権の性質に関するいずれかの見解による必要はないとの指摘がある。

(注3) 債務者が負う義務は債権者が子連れを妨害しないという不作為義務のみであるとの考え方に基づく場合には、審判等の主文を「相手方は、申立人がA（子）を引き取ることを妨害してはならない。」などとするのが考えられ

る。

3 ハーグ条約実施法を参考にする際の留意点

国内の子の引渡しの強制執行と国際的な子の返還の強制執行とは、どちらも子を対象とするものであり、裁判の実効性の確保と子の福祉への配慮が必要となる点では共通している。そこで、ハーグ条約実施法の各規律の基礎となる考え方が国内の子の引渡しの強制執行の場面にも同様に当てはまるのであれば、ハーグ条約実施法と同様の規律を設けることが考えられる。

もっとも、国際的な子の返還と国内の子の引渡しとの間には、留意すべき違いもある。例えば、国際的な子の返還を命ずる裁判によって債務者に課される義務は、子を常居所地国に返還する義務であり、代替的作為義務であると解されているのに対し、国内の子の引渡しの場面において債務者が負う義務の内容・性質については前記2で取り上げたような複数の考え方がある（注1）。また、国境を越える移動を伴う国際的な子の返還と国内の子の引渡しでは、当該手続において子の心身に与える負担・影響の程度も異なると考えられる。このほか、国際的な子の返還を命ずる裁判においては、親権・監護権の帰属についての実体的判断をしていないのに対し、国内における子の引渡しを命ずる裁判においては、基本的に、債権者に親権・監護権が帰属することを前提に判断しているという違いもある（注2）。

以上のほか、国内における一般的な子の引渡しの強制執行に関する規律の在り方を検討するに当たり、ハーグ条約実施法の規律を参照し、対比する際に留意すべき点には、どのようなことがあるか。

（注1） 国際的な子の返還のプロセスは、債務者による子の監護を解いて返還実施が可能な状態にすること（解放実施）と、債務者に代わって常居所地国に子を返還すること（返還実施）に区分されている。これに対し、国内の子の引渡しでは、債務者による子の監護を解くところは同様であるが、その後は、子を債権者に引き渡すことになる。

（注2） 子の返還申立事件においては、常居所地国の法令によれば、「子の監護の権利」を侵害するものであることが必要となる（ハーグ条約実施法第27条第3号）。この「監護の権利」とは、一般的に、子の身上監護に関する権限を意味すると考えられており、具体的には、子に対する日常的な世話や教育、居所の決定等に関する権限が含まれるのに対して、子の財産に関する管理権は含まれないと解されている。他方で、民法上の「親権」には、一般に、子の身上監護権のほか、子の財産管理権等が含まれると理解されている。

第2 規律の具体的な在り方

1 直接的な強制執行と間接強制との関係（間接強制の前置）

民事執行法は、金銭の支払を目的としない請求権についての強制執行（非金銭執行）において直接的な強制執行（直接強制・代替執行）によることができる場合には、債権者の選択により直接的な強制執行と間接強制とのいずれの申立てをすることもできることとしている（同法第173条第1項）。そのため、子の引渡しについても、直接的な強制執行が可能であると考えれば、債権者は、直接的な強制執行の申立てをするのか間接強制の申立てをするのかを自由に選択することができ、その申立ての順序には制約がないのが原則である。

もっとも、子の引渡しの強制執行においては、その手続が子の心身に与える負担を最小限にとどめる観点から、できる限り債務者の任意の履行を促すことが望ましいという考え方がある。ハーグ条約実施法においては、このような考え方に基づき、子の返還の代替執行の申立ては、債務者以外の者によって返還が実現される点で子に与える心理的負担が大きいことから、より負担の小さな間接強制の方法による強制執行がされた後でなければすることができないものとされている（間接強制の前置、同法第136条）。このことを踏まえると、国内の子の引渡しの強制執行についても、直接的な強制執行の申立ては、間接強制の方法による強制執行の後でなければすることができないとの規律を設けるとの考え方があり得る（注）。

これに対して、子の引渡しを速やかに実現する観点から、国内の子の引渡しの強制執行においては間接強制を前置することは適当でないとの考え方もあり得る。特に、審判前の保全処分や仮処分を債務名義とする強制執行では、債権者に保全命令が送達された日から2週間を経過したときは執行ができなくなるとされており（家事事件手続法第109条第3項、民事保全法第43条第2項）、迅速な引渡しが要請されている。もっとも、このように、国内の子の引渡しと国際的な子の返還とで規律を異なるものとする場合には、両者の差異を整合的に説明する必要があると考えられる。

以上を踏まえ、子の引渡しの強制執行における一般的な規律として、間接強制の前置という規律を採用することの要否について、どのように考えるか。

（注） ドイツの制度では、直接強制を行う前提として、秩序金の決定が先行することを原則としつつも（ドイツ家庭事件及び非訟事件の手続に関する法律第90条第1項第1号）、秩序金の支払を命ずる決定が功を奏する見込みがない場合や即時に執行することが必要不可欠である場合にその例外を認めている（同項第2号、第3号）。直接強制については、子の福祉に鑑みて正当と認められ、かつ、より平穏な方法によっては義務の履行強制が不可能である場合に限られている（同条第2項後段）。なお、秩序金は、義務者の意思に働きかける目的だけでなく、制裁の目的をも併有しているため、義務者がすべき作為等の履行が不可能となっても、課すことが

可能であるとされている。また、秩序金の決定には予めの審尋が必要とされており（同法第92条第1項前段）、直接強制の命令にも、審尋によって執行が不可能または著しく困難となる場合を除いて、予めの審尋が必要とされている（同項後段）。さらに、秩序金の賦課が功を奏する見込みがないときは、裁判所は、決定により、秩序拘禁を命ずることができる（同法第89条第1項）。

2 直接的な強制執行に関する規律の在り方

(1) 直接的な強制執行における執行官の権限

ハーグ条約実施法は、解放実施の場面に関して、強制執行が子の心身に与える負担を最小限にとどめる観点から、できる限り債務者の任意の履行を促すことが望ましいという考え方に基づき、債務者に対する説得が執行官の任務に含まれることを明記し（同法140条第1項柱書き、第2項柱書き）、また、子の利益の観点から、子に対して威力を行使してはならず、子以外の者に対する威力の行使も、それが子の心身に有害な影響を及ぼすおそれがある場合にすることができないこととしている（同条第5項）。

国内の子の引渡しにおいて直接的な強制執行をする場面では、仮に直接強制の方法によれば執行官が執行機関となり、代替執行の方法によっても、ハーグ条約実施法第138条と同様に、授權決定を経て実際に引渡しの行為を行うのは執行官となることが想定される。そこで、ハーグ条約実施法における上記のような規律を民事執行法にも設けることが考えられるが、どうか。

このほか、ハーグ条約実施法は、債務者による子の監護を執行官が解くために必要な行為として、返還実施者（注）を子や債務者と面会させること、債務者の住居等に返還実施者を立ち入らせることができる旨を規定しており（同法第140条第1項第2号・第3号）、これらと同様の規律を設けることが考えられるが、どうか。

（注） 返還実施者については、この者による監護が子にとって負担とならないよう、子との間に密接な関係があることが必要であるため、通常は、子の返還申立事件の申立人（債権者）や親族等を指定することが想定されている。

(2) いわゆる同時存在の原則

ハーグ条約実施法は、執行官が解放実施をすることができる場合を「子が債務者と共にいる場合」に限っている（同法第140条第3項）（注）。これは、強制執行が子の心身に与える負担を最小限にとどめる観点から、できる限り、債務者に自発的に子の監護を解かせ、移動に必要な協力をさせることが望ましいとの考え方に基づくものである。具体的には、債務者

が不在の場で子連れ帰ることを認めると、子が事態を飲み込むことができずに恐怖や混乱に陥るおそれがあること等が考慮されたものである。

国内の子の引渡しにおいて直接的な強制執行をする場面に関しても、このような子の心身に与える負担をより少ないものとする必要があると考えられるため、子が債務者と共にいる場合に限るのが相当であるとの考え方があり得る。現在の執行実務においても、子が債務者と共に行うのが相当であるとされている。

もっとも、債務名義の内容をより確実に実現する観点からは、例えば、子が債務者ではなく、債務者の父母（子の祖父母）等の親族と共にいる場合を想定すると、常に子が債務者と共にいること（同時存在）を要求することは、子の引渡しの直接的な強制執行が可能な場面を相当に狭めることになるなどの批判があり得る。

このような指摘を踏まえ、国内の子の引渡しの直接的な強制執行においても、執行官がその権限を行使することができる場合を子が債務者と共にいる場合に限るとする規律を設けることの可否について、どのように考えるか。

(注) 債務者の住居等における子の搜索（閉鎖した戸を開くための必要な処分を含む。）については、現在の執行実務でも民事執行法第169条第2項において準用される第123条第2項の類推適用により行うことができるものとされている。もっとも、ハーグ条約実施法上の子の搜索（同法第140条第1項第1号）は、子が債務者と共にいる場合でなければ許されないとしている（同条第3項）。

(3) 執行場所

ハーグ条約実施法は、債務者や子のプライバシーを保護し、子の通学先の教員などの第三者を巻き込む危険を回避するという観点から、原則として「債務者の住居その他債務者の占有する場所」において解放実施をすることとしつつ、それ以外の場所については、執行官が「子の心身に及ぼす影響、当該場所及びその周囲の状況その他の事情を考慮して相当と認めるとき」には、当該場所を占有する者の同意を得ることによって解放実施をすることができるものとしている（同法第140条第1項、第2項）。この「当該場所」（債務者が占有する場所以外の場所）の例としては、債務者の親族の自宅のほか、学校、保育所などの施設や、公道、公園なども想定されている。もっとも、学校、保育所などの施設における解放実施は、施設を占有する者の同意を得る必要があるほか、プライバシーの確保や子の心身への影響を考慮すると、他の児童の目に触れないような場所を提供してもらうことが相当であり、さらに、前記(2)のとおり、子が債務者と共にいる場合でなければすることがで

きないため、これらの条件を充足して解放実施が可能となるのは極めて例外的な事例であると理解されている。また、公道や公園における解放実施については、公衆の面前で行うこととなって子の心身に悪影響を与えるおそれがあること、子が予想外の行動をして不測の事態が生ずるおそれがあることを踏まえ、原則として相当性の要件を欠くものと理解されている。

以上のように債務者や子のプライバシーを保護し、第三者を巻き込む危険を回避する等の必要性は、国内における子の引渡しの直接的な強制執行の場面に関しても同様に当てはまると考えられており、現在の執行実務では、学校や保育所などの施設での直接強制や、公道、公園などの場所での直接強制は、ほとんど行われることはないとされている。もっとも、債務名義の内容を確実に実現する観点から、学校や保育所などの施設や公道での直接的な強制執行も行いやすくする必要のあるとの考え方もあり得る。

このような指摘を踏まえ、直接的な強制執行をする場所に関し、例えば、債務者の住居その他債務者の占有する場所を原則とするなど、債務者や子のプライバシーを保護する等の観点からの制限を行う規律を設けることの要否について、どのように考えるか。

3 子の年齢等による制限

現在の執行実務では、子が意思能力を有する場合には直接強制をすべきでないという考え方にに基づき、直接強制をする場面では、執行官が執行現場において子の意思能力の有無を判断する取扱いがされている。このような取扱いの根拠の説明としては、実体法的な観点から、意思能力を有する子には引渡請求権が成り立たないこと（注）等を挙げるもののほか、手続法的な観点から、動産の引渡しの強制執行の規定（民事執行法第169条）を類推適用する可否を決する基準として意思能力の有無を用いるものなどがある。

ハーグ条約実施法には、子の意思能力に関する規定はないが、子の返還事由として子が16歳に達していないことが必要とされているほか（同法第27条第1号）、裁判所の授権決定に基づいて子の返還を実施する時点で16歳に達した子については、子の返還の強制執行をすることができないとされている（同法第135条）。これはハーグ条約の明文の規定を踏まえたものであるため、国内の子の引渡しに関してこれと同様の規律を設ける必然性はない。もっとも、ハーグ条約においてこのような規律が採用されたのは、その起草過程において、16歳に達した子は、一般に、自己の居所を選択する判断能力と意思を有しているものと認められ、子の意思を尊重する観点からすれば条約の枠組みにより解決することが適切ではないとされたからであり、このような子の意思を尊重する考え方は、国内の子の引渡しの直接的な強制執行の場面にも当てはまるとも考えられる。

そこで、子の引渡し一般に関する規律として、年齢その他の一定の基準に基づき、対象となる子の範囲を限定するとの考え方があり得るが、どのように考えるか。

(注) かつての大審院判例（大判大正7年3月30日民録24輯609頁，大判大正12年1月20日民集2巻1号19頁）は、子の弁識能力の有無又はその居住が子の自由意思によるものか否かにかかわらず、親権者はその親権行使の妨害を除去する手段として、子の引渡請求をすることができるとしていた。もっとも、その後、子が自由意思に基づいて第三者方に居住する場合には親権行使の妨害があるとはいえないとするに至り（大判大正12年11月29日民集2巻12号642頁），最高裁も、同様の立場を前提としているとされている（最判昭和35年3月15日民集14巻3号430頁など）。

4 専門家の関与

ハーグ条約実施法においては、子の返還の代替執行に関し、中央当局が立会いその他の必要な協力をすることができるものとされており（同法第142条）、具体的には、児童心理等に関する専門的知見を有する中央当局の職員が解放実施の場面に立ち会うことなどが想定されている。また、現在の執行実務においても、立会人（民事執行法第7条）や執行補助者（執行官規則第12条）として、児童心理等の専門的知見を有する者の協力を得る場合がある。このように、子の引渡しの直接的な強制執行において、児童心理等の専門的知見を有する者の協力を得ることは有益であると考えられる。

以上を踏まえ、児童心理等の専門的知見を有する者の協力を得ることに関して、特段の規定を設けることの要否について、どのように考えるか（注）。

(注) ドイツの制度では、行政機関である青少年局が、相当な場合に裁判所に援助を与える旨の規定が設けられている（ドイツ家庭事件及び非訟事件の手續に関する法律第88条第2項）。これは、国際的な子の返還に関して定めるドイツ国際家庭事件手続法と同様の規定を国内の子の引渡しに関しても設けることとしたものとされている。

5 執行機関

民事執行法は、基本的に、事実的行為を必要とする執行手続（動産執行、物の引渡執行等）については執行官の担当とし、複雑な権利関係について法律判断を必要とする執行手続（不動産執行、債権執行、代替執行等）については執行裁判所の担当としており、複数の執行機関が機能に応じて手続を分担することで、効率的な執行手続を実現することを目的としているとされて

いる。

子の引渡しの強制執行に関して、基本的に直接強制と代替執行のいずれの方法によるかという問題（前記第1の2）は、執行機関を執行官とするか（直接強制）、執行裁判所とするか（代替執行）という点において、主な議論の実益があると考えられる。そこで、これまでに検討した個別の論点における議論をも踏まえ、改めて、子の引渡しの強制執行の規律を新たに設ける場合に、執行官と執行裁判所とのいずれを執行機関とするのが相当であるかについて、どのように考えるか。