子の引渡しの強制執行に関する規律の明確化に関する意見書

２０１７年（平成２９年）２月１７日
日本弁護士連合会

現在，法制審議会民事執行法部会において検討されている，子の引渡しに関する強制執行に関する規律の明確化に関し，当連合会は次のとおり意見を表明する。

第１　意見の趣旨

子の引渡しに関する強制執行に関し，

１　直接強制または代替執行などの直接的な強制執行を行うに際し，間接強制の前置を一律に必要的とすべきではない。

２　子が債務者と共にいる場合に限って引渡しをすることができるとする，いわゆる子と債務者の同時存在原則については，事案に応じて柔軟に例外を認めるべきである。

３　直接的な強制執行を行う場合の執行場所を債務者の住居とすることについては，事案に応じて柔軟に例外を認めるべきである。

第２　意見の理由

１　はじめに

子の引渡しの強制執行の手続についてはこれまで明文の規定がなく，今般，規定の導入が検討されている。この中では，様々な論点が検討されているところであるが，いくつかの重要な論点について，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（以下「ハーグ条約実施法」という。）の規律に倣う形で制度を整備するという考え方が示されている。しかし，この点については問題があり，少なくとも上記意見の趣旨に記載した点について，同法とは異なる規律を採用すべきである。

個別の検討に入る前に，まず当連合会は，子の引渡しの強制執行の制度を考えるうえでは，子どもの最善の利益，子どもの福祉の観点が最重要の考慮要素として考えられるべきことを強調しておきたい。

そもそも，子の最善の利益や子の福祉が十分考慮された上で審判や決定等の債務名義が作られているのであるから，子の引渡しの執行に当たっては，債務名義に従い子の引渡しが実現することが「子の最善の利益」に資することになるはずである。したがって，子の引渡しの執行の規定を検討するに当

たっては，子の引渡しの実現が重要な視点となる。

ただ，執行の場面では，これが一定の強制力をもって行われるものである以上，その方法や態様等に関しては，子の心身に与える悪影響，危険，プライバシー及び子が一定の意思を有する年齢の場合における子の意思などについても考慮する必要がある。もっとも，これらの要請への対応のために子の引渡しの実現に不合理な障害となる制度を設けることは，審判や決定等における子の最善の利益についての考慮，判断を無に帰せしめるものであり誤りである。執行の場面では，子の引渡しの実現を図ることを前提に，高葛藤状態や心身の危険が発生する可能性の高い状況に子どもを置くことを避けるための方策はいかにあるべきかという観点を重視して制度を構築すべきである。このことが，ひいては債務者の任意の履行を確保することにもつながるものと考える。

これらの点を踏まえ，以下個別の論点について検討する。

2　間接強制の前置について

(1) ハーグ条約実施法における子の引渡しの強制執行については，直接的な強制執行を行う前に間接強制を必要的に行わなければならないとする，いわゆる間接強制前置の法制が採用されている。これは，実力行使を伴う強制執行が子の心身に好ましくない負担を与えることのほか，国際的な子の返還に伴う様々な事情をも考慮し，具体的な返還の進め方を関係者間で話し合うよう促す立法趣旨によるものであると説明されている。

裁判が確定した後においても，双方当事者がその具体的な実現方法について話し合うことは，もとより望ましいことである。しかし，国内事件の子の引渡しについていえば，裁判が確定した後で，かつ，債務者が自ら任意に引き渡さないときに，間接強制によって子の引渡しを実現することは，実際には困難であることも多い。すなわち，審判等で子を引き渡すように命じられても任意に履行せず，履行勧告にも応じない義務者が，強制金を支払うことを避けるために履行に向けた話合いに応じ，自発的に引き渡すことは期待できない場合が少なくない。特に，金銭執行が不可能ないし困難な債務者に対しては強制金を課しても意味がない。こうした場合にまで間接強制を必要的とするのは，徒らに債権者の手間，費用等の負担を課すものと言わざるを得ない。

(2) 間接強制の前置を必要的にすると，直接的な強制執行までに時間を要することになる。子の最善の利益を考慮して子の引渡しが命じられているにもかかわらず，その実現に時間を要することは，子の福祉に適うとはいえない。

さらに，直接的な強制執行までに時間を要することになると，その間に債務者等子の引渡しを望まない人によって子の所在が隠されるなどし，執行の実現がより困難となるおそれがある。このように，間接強制の前置を必要的にすることによって弊害が生じる可能性が否定できない。

したがって，間接強制を一律に必要的とすべきではない。

3　同時存在原則について

(1) ハーグ条約実施法における子の引渡しの強制執行については，直接的な強制執行を行う際に子と債務者が同時に存在することを要求するいわゆる同時存在原則が採られている。

かかる同時存在原則の導入を支持する立場は，子の不安や衝撃を緩和し，子の心身に与える負担を最小限にとどめる観点から，執行官が債務者を直接説得し，債務者に自発的に子の監護を解かせ，必要な協力をさせることを期待していると説明する。

しかしながら，そもそも裁判の最終的な実現方法である強制執行について，債務者の協力を前提に制度を構築することが適当であるとは思われない。そもそも強制執行に至る事案は，裁判確定後において実施されることが多い当事者間の話し合いや説得が効を奏しなかった場合が多く，こうした事案における直接的な強制執行の場面において，債務者に自発的な引渡しを求めることを前提とする制度をとることは，強制執行の実効性を損なうことになりかねない。

任意の履行は，むしろ最終的に実効性のある強制執行手段が予定されているからこそ期待できる。最終的な実現手続においても実効性を伴わない制度しかないのであれば，任意の履行への期待は失われる。

また，同時存在原則をとれば，債務者が子と同時に存在しないような対応をとることにより結果的に執行不能の状態を作出することが容易に可能となるおそれがある。また，債務者の勤務時間が不規則であるなど，子といる時間の把握が困難である場合にも，執行が困難となるおそれがある。

(2) 次に，同時存在原則を支持する立場からは，債務者不在の場面で直接的な強制執行をすることにより子が混乱する可能性を避ける意味があるとの説明もなされる。しかしながら，債務者不在の場面で子の身柄を確保したとしても，子を速やかに債権者に引き渡すこととすれば，債権者が子に説明をすることなどによって子の混乱を回避することができる場合もあろう。

むしろ，債務者の立会下において強制執行を実施すると，債務者が取り乱す状況を子が目撃したり，債務者が子に忠誠を迫ったりするなど，子をいた

ずらに高葛藤の場面に直面させることになり，かえって子の福祉を害する場合もあると思われる。

以上から，債務者のいる場での執行が相当困難であることが予測される場合には，子の福祉を害するような執行につながるおそれのある債務者の同時存在を要件とすべきではない。

したがって，同時存在原則を採用するとしても，事案に応じて柔軟に例外を設けるなど同原則を緩和するべきと考える。

4　執行場所について

ハーグ条約実施法においては，直接的な執行が行われるに当たり執行の場所を原則として「債務者の住居その他債務者の占有する場所」としている。

ハーグ条約実施法において，かかる制度を導入した立法趣旨は，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点にあるとされている。

しかし，この執行場所の制限は，同時存在原則と相まって，強制執行の実効性を妨げている。債務者には，これらの制度を利用して執行不能にしようとする企ても生じるところであり，そのようなことが可能となれば，任意の履行には期待できなくなるであろう。

したがって，執行場所に関しても，事案に応じて柔軟に対応できる法制度及び運用が望ましいものと考えられる。

なお，「債務者の住居その他債務者の占有する場所」以外の場所での執行については，事案に応じて子の安全やプライバシーの侵害に配慮しつつ，その当否及び方法を検討できる法制度及び運用とする必要がある。

5　ハーグ条約実施法と同様の規律を採用することについて

元来，国内事案においては，ハーグ条約実施法が適用される場面と異なり，いずれの監護者が子の監護者として適切なのかが，先に裁判所において審理され判断が下されているのであり，国内事案においてハーグ条約実施法と同等の規律を導入する理由はない（ハーグ条約実施法の国内に対する影響に関して，法制審議会ハーグ条約（子の返還手続関係）部会事務局から，「理屈上は（注・国内事案とハーグ条約実施法の規律では）切り分けができると思っています。事実上の効果というのはやってみないと分かりませんが，理屈の上では切り分けることができる。つまり，それが非代替的作為義務と考えて，かつ子どもの利益にも配慮した特殊な執行手続というのを，このハーグ，プロパーなものとして作る。それによって国内との事案との区別はできると考えているところ」と説明されていた（同部会第８回議事録４５頁の金子修幹事の発言）。）。

したがって，民事執行法制の改正に当たり国内の規律を論じる際に，当然にハーグ条約実施法の規律に準ずるべきではない。

民事執行法制の改正に当たっては，ハーグ条約実施法の規律から離れて，いわばゼロから検討して適切な法制度を構築することが望ましい。

第３　その他の検討事項

「民事執行手続に関する研究会報告書」（２０１６年６月）では，子の所在を調査するための制度を整備する必要があるとの個別的意見があったと記載されている。

子の所在が不明であれば，そもそも執行の申立てすらできないが，子の所在の調査に当たっては，プライバシー性が高いため弁護士法２３条の２に基づく照会では回答が得られないケースが多く，裁判所が関与する手続の整備が不可欠である。

そこで，当連合会においては，債務名義がある場合には，強制執行の申立ての前後を問わず，たとえば調査嘱託と類似の制度，すなわち公署・学校その他の団体（電話会社，警察等も含む）に対し，子の所在の調査を嘱託することができるといった制度の整備に向けた検討がなされるべきと考える。

こうした点を含め，子どもの引渡しを求める強制執行手続として，どのような制度が望ましいかについて，慎重に検討されるべきである。決して，ハーグ条約実施法の制度を前提とした，安易で拙速な議論が行われるべきではない。

以上