

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（４）

第１ 直接的な強制執行に関する規律の明確化

子の引渡しの直接的な強制執行に関する規律の明確化を行うこととし、この強制執行は、執行裁判所が、執行官に債務者による子の監護を解くために必要な行為を実施させる決定をする方法により行う（民事執行法第１７１条第１項参照）ものとする考え方があるが、どのように考えるか。

（説明）

１ 子の引渡しの直接的な強制執行の規律の明確化

「民事執行法の改正に関する中間試案」（以下「試案」という。）第３の１は、子の引渡しの強制執行に関する規律の明確化として、直接的な強制執行の規律につき、現行法の見直しをすることを提案するものであるが、部会のこれまでの議論や意見募集の結果においては、この点につきおおむね異論はないものと思われる。

２ 子の引渡しの直接的な強制執行の方法の位置付け

試案第３の１における「直接的な強制執行」は、執行官が債務者による子の監護を解くために必要な行為をするための手続を想定したものであるが、その規律を設けるに当たっては、基本的に、代替執行の方法として設ける方向と、直接強制の方法として設ける方向とが考えられる（注）。試案では、第３の５において、この問題を、その執行機関をどのように理解するかの問題として取り上げており、前者の方向が甲案（執行裁判所を執行機関とし、債務者による子の監護を解くために必要な行為を実施する者として執行官を指定する考え方）として提示されるとともに、後者の方向が乙案（執行官を執行機関とする考え方）として提示されている。

部会のこれまでの議論や意見募集の結果によれば、子の引渡しの直接的な強制執行の執行機関を執行裁判所とすることに賛成する意見が示された一方で、これに反対する意見はほとんど見られなかった。

また、この資料の本文の第２（直接的な強制執行と間接強制との関係）や第３（子が債務者と共にいることの要否等）に関する実質的な規律の内容についても、部会のこれまでの議論や意見募集の結果を踏まえ、執行裁判所が一定の判断をすることを想定した規律が検討されている。

以上からすると、最終的な規律の定め方にもよるところではあるものの、今後の議論においては、差し当たり、子の引渡しの直接的な強制執行については、執

行裁判所を執行機関とし、執行裁判所が、執行官に債務者による子の監護を解くために必要な行為を実施させる決定をする方法により行う（民事執行法第171条第1項参照）ものとする考え方を前提として検討していくことが考えられるが、どのように考えるか。

（注） 部会のこれまでの議論では、子の引渡しの強制執行の方法について、現行法の枠組みを前提とせず、子の引渡しに特有の手續を構想すべきであるとの考え方も示された。

第2 直接的な強制執行と間接強制との関係

部会のこれまでの議論や意見募集の結果を踏まえると、次のような考え方があるが、どのように考えるか。

【甲案】

子の引渡しの直接的な強制執行の申立ては、次の(1)から(3)までの事由のいずれかに該当するときでなければすることができないものとする。

- (1) 民事執行法第172条第1項の規定による決定が確定した日から2週間を経過したとき（当該決定において定められた債務を履行すべき一定の期間の経過がこれより後である場合は、その期間を経過したとき）。
- (2) 民事執行法第172条第1項の規定による強制執行を実施しても、債務者が子の監護を解く見込みがないとき。
- (3) 子の急迫の危険を防止するために直ちに子の引渡しの直接的な強制執行をする必要があるとき。

【乙案】

執行裁判所は、子の引渡しの直接的な強制執行の申立てがされた場合において、民事執行法第172条第1項の規定による強制執行を実施すれば債務者が子の監護を解く見込みがあり、直接的な強制執行の実施に先立って同項の規定による強制執行を実施することが子の利益に照らして相当であると認めるときは、当該申立てを却下しなければならないものとする。

（説明）

1 試案の概要

(1) 試案第3の2の本文

試案第3の2の本文は、子の引渡しの直接的な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は、できる限り、債務者に自発的に子の監護を解かせることが望ましく、手続的にもそのような機会を設ける必要があり、子の心身に与える負担がより小さい強制執行の方法から順次実施することが相当であるとの考え方にに基づき、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。）第136条と同様に、間接強制の決定が確定した日から2週間を経過した後でなければすること

ができないものとする旨の規律を提案するものである。

(2) 試案第3の2の注1

試案第3の2の注1は、子の引渡しをできる限り速やかに実現することを重視する立場から、試案第3の2の本文の考え方を維持することが子の利益の観点から相当ではなく、直ちに直接的な強制執行をすべきものと考えられる場合を例外として扱うこととし、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（家事事件手続法第157条、第175条）の規定を参考に、「子の急迫の危険を防止するために直ちに子の引渡しの直接的な強制執行をする必要があるとき」との要件により、間接強制の前置に例外を設けるものとする考え方を提示するものである。

(3) 試案第3の2の注2

試案第3の2の注2は、間接強制を前置することとなれば、直接的な強制執行までに時間を要することとなるが、債務名義で命じられている子の引渡しを迅速に実現することが子の福祉にかなうと考えるべきであり、間接強制金が累積したとしても、資力のある債務者に対しては任意の履行を促す実際上の効果があるか疑問であるとして、間接強制を前置しないものとする考え方を提示するものである。

2 部会のこれまでの議論及び意見募集の結果を踏まえた検討

(1) 試案について

ア 試案第3の2の本文の考え方に関する検討

間接強制前置を必要的とする試案第3の2の本文に賛成する立場は、できる限り子の心身に与える負担が小さい強制執行の方法から順次実施することが相当であることなどを主な理由としているものと考えられる。

これに対しては、部会のこれまでの議論や意見募集の結果において、間接強制の手続を経ることが、必ずしも子の心身に与える負担をより小さくすることにつながる場面があるのではないかとの批判がされ、そのような場面として考えられる具体例として、⑦債務者にほとんど資力がないような事案又は十分な資力があるような事案においては、間接強制を実施しても、債務者に対する心理的な圧迫の効果がほとんどないため、債務者による履行を期待することができないのではないかとの指摘がされたほか、⑧債務者によって子の利益（生命又は身体の安全等）に反するような態様を伴う不適切な監護がされているような事案においては、間接強制の決定の確定から2週間が経過するまでの間に、子の生命又は身体に危険が生ずるおそれがあるのではないかとの指摘がされた。特に、⑧の指摘は、間接強制の決定をするための審尋（民事執行法第172条第3項）に要する期間や、同決定に対する執行抗告がされた場合の抗告審の審理期間を踏まえれば、間接強制の決定が確定するまでに、実際には相当の長期間を要する事案があり得ることを念頭に

置いた上で、その間の債務者による上記のような不適切な監護が子の心身に与える負担は、直接的な強制執行が子の心身に与える負担と比較して、必ずしも小さいとはいえないことを指摘しようとするものと思われる。そして、これらの指摘に関連して、部会のこれまでの議論や意見募集の結果においては、債務名義で命じられている子の引渡しを迅速に実現することこそが、子の福祉にかなうというべきであるとの意見があった。

上記の指摘や意見を踏まえれば、個別具体的な事案によっては、間接強制を前置せずに直ちに直接的な強制執行を実施した方が、間接強制を前置した場合に比べて、子の引渡しを命ずる債務名義を実現するための一連のプロセスとして子の心身に与える負担が小さいといえる場合があるとの指摘があり得る。

イ 試案第3の2の注2の考え方に関する検討

間接強制を前置しないこととする試案第3の2の注2の考え方に賛成する立場は、その理由として、①試案第3の2の本文に対する批判（前記ア参照）に加えて、②間接強制を前置するものとしなくても、債務者に自発的な履行を促すための何らかの規律を設けることなどによって、子の心身に与える負担については配慮することができること（後記(4)参照）などを挙げている。

これに対しては、まず、①試案第3の2の本文に対する批判（前記ア参照）に対する反論として、事案によっては、間接強制を経ることで債務者による自発的な履行を期待することができる場合があるとの指摘があり得る。また、国際的な子の返還の事案において間接強制の決定後に子の返還が実現した事例が存在することも踏まえれば、間接強制を前置することが無意味であるとはいえないとの指摘がある。

そして、上記②の点については、部会のこれまでの議論においては必ずしもその規律に関する具体的な提案があるわけではない。

これらの指摘等を踏まえれば、個別具体的な事案によっては、間接強制を経ることで債務者による自発的な履行を期待し得るため、やはり直接的な強制執行を実施しない（間接強制を実施する）方が、子の引渡しを命ずる債務名義を実現するための一連のプロセスとして子の心身に与える負担が小さい場合があることは否定し難いと思われる。そうすると、上記①、②の事情をもって、できる限り子の心身に与える負担が小さい強制執行の方法から順次実施することが子の心身に与える負担に対する配慮の観点から相当であるという試案第3の2の本文の考え方を一切否定し得るかについては、なお検討の必要があるものと思われる。

ウ 今後の検討の方向

以上のような試案第3の2に対する議論の状況等を踏まえれば、間接強制前置を例外なく必要的なものとする考え方（試案第3の2の本文）や、いか

なる場合であっても直接的な強制執行の申立てのために間接強制を前置する必要がないものとする考え方(試案第3の2の注2)については、いずれも、個別具体的な事案に応じつつ、子の心身に与える負担を最小限にとどめる形で子の引渡しを実現することができないおそれがあるとの指摘があり得る。

そこで、今後の検討においては、子の引渡しを命ずる債務名義を実現するための一連のプロセスとして、個別具体的な事案に応じ、子の心身に与える負担をより小さくすることができるような規律を目指し、引き続き検討することが考えられる。そのような検討の方法としては、直接的な強制執行によることが必要ないし相当であるといえるのはどのような場合かを検討するアプローチと、これが必要ないし相当ではないといえるのはどのような場合かを検討するアプローチがあり得る。

(2) 甲案について

まず、子の引渡しの強制執行の在り方を検討する上では、子の心身に与える負担を最小限にとどめる必要があることや、子の引渡しの直接的な強制執行が実施されれば、通常、子の心身に一定の負担を与えるおそれがあることについては、おおむね異論がないものと思われる。そして、この観点からは、子の引渡しの直接的な強制執行は、その手続を行う必要性や相当性がある場合に限りて実施するのが相当であると考えられる立場があり得ると思われる。

この資料の甲案は、このような立場から、直接的な強制執行の申立てをするためには、強制執行を実施するための一般的な要件が備わっていることに加えて、一定の事由が備わっていることが必要であるとする考え方に基づくものである。そして、この「一定の事由」をどのように定めるかについては、これを個別的に検討することが考えられる。

ア 既に間接強制が実施された場合

直接的な強制執行を実施する必要性や相当性がある場合としては、まず、間接強制の手続が実施されたにもかかわらず、債務者が子の引渡しをしないというような場面が考えられ、このことについてはおおむね異論がないのではないかと思われる。

イ 間接強制が奏功する見込みがない場合

次に、前記(1)ア⑦の事案のように、債務者にほとんど資力がない事案(債務者が支払能力を欠くために民事執行法第172条第1項に基づき一定の額の金銭を債権者に支払うべき旨を命じてもその支払をすることができないとき等)を念頭に置いた場合には、間接強制の決定を債務名義として債務者の財産に強制執行を実施するなどして債務者に対して心理的な圧迫を与えることは困難であり、債務者が自発的に子の監護を解く見込みがないのではないかとの指摘があり得る。このほか、債務者が子の引渡しを強く拒絶しているような場面等においても、間接強制を実施したとしても、債務者が自発的に

子の監護を解く見込みがないのではないかとの指摘もあり得る。

ウ 子の急迫の危険を防止する必要がある場合

また、前記(1)ア④の事案のように、債務者によって子の利益（生命又は身体の安全等）に反するような態様を伴う不適切な監護がされているような事案を念頭に置いた場合には、直接的な強制執行の実施によって子の心身に負担がかかることを考慮してもなお、債務者による子の監護を解いて債権者に引き渡すことを命じた債務名義をできる限り早期に実現し、子を債務者の監護下から解放することが必要であり、相当であると考えられるとの指摘があり得る。

また、部会のこれまでの議論においては、子の引渡しを命ずる審判前の保全処分（家事事件手続法第157条又は第175条参照）は、債権者に対する送達の日から2週間が経過したときは、その執行をすることができないとされているから（同法第109条第3項、民事保全法第43条第2項）、先に間接強制を実施しなければ直接的な強制執行の申立てをすることができないものとする、このような審判前の保全処分に基づいて子の引渡しの直接的な強制執行をすることができなくなってしまうとの不都合が指摘された。また、部会のこれまでの議論においては、子の引渡しを命ずる審判前の保全処分が発令されるのは、子の急迫の危険を防止するため必要があるときであるから（家事事件手続法第157条第1項、第175条第1項）、このような場面においては、直接的な強制執行を行う必要性や相当性が高いのではないかと指摘がされた（ただし、部会のこれまでの議論においては、実務上、審判前の保全処分で子の引渡し認められるのは、債務者の子に対する暴力等が認められる場合に必ずしも限られないとの指摘があった。）。そこで、直接的な強制執行の申立てが子の引渡しを命ずる審判前の保全処分に基づくものであるときについて、類型的に前記(1)ア④の事案と同様に評価し得るものであるとすれば、特にそれに対応した規律を設けることも考え得る。

エ 検討すべき事項

このように、債権者の選択により一旦間接強制を実施したものの子の引渡しに至らなかった場合のほか、前記(1)ア⑦や④の事案を念頭に、間接強制を実施しても債務者が子を引き渡す見込みがないものといえる場合や、直ちに債務者による子の監護を解くべき緊急性があるような場合には、子の心身に与える負担を考慮してもなお、子の引渡しの直接的な強制執行の申立てを認め、これを実施する必要性や相当性があるように思われる。

そこで、この資料の甲案においては、これらの場面を念頭に置いて、直接的な強制執行を実施することができる場合として、試みに、甲案(1)から(3)までの各場合を提示しているところ、子の引渡しの強制執行について、直接的な強制執行によることが必要ないし相当であるといえる場面としてはどのよ

うな場合があるか。

(3) 乙案について

この資料の乙案は、甲案と同様に、子の引渡しの直接的な強制執行は、その手続を行う必要性や相当性がある場合に限って実施するのが相当であると考えて立場に立ちつつも、その規律の在り方については、直接的な強制執行によることが必要ないし相当である場合を定めようとする甲案と異なり、子の引渡しの直接的な強制執行の申立てをするためには、基本的には、強制執行を実施するための一般的な要件が備わっていれば足りるものとした上で、例外的に、直接的な強制執行によることが必要ないし相当ではない場合を定めようとする考え方に基づくものである。前記(1)ア⑦のとおり、間接強制の実効性が認められる事例は限られるとの指摘もあり得ることを踏まえると、例外的に間接強制を経ることとすることもあり得るように思われる。部会のこれまでの議論においては、このような考え方に基づく規律として、例えば、一定の事由がある場合には、執行裁判所がこの申立てを却下しなければならないものとするとの意見が示された。

そして、この「一定の事由」をどのように定めるかについても、これを個別的に検討する必要があると思われる。例えば、部会のこれまでの議論においては、事案によっては、間接強制を経ることで債務者による自発的な履行を期待することができる場合があるとの指摘がされたが（前記(1)イ）、この指摘によれば、あらかじめ間接強制を実施すれば債務者が（自発的に）子の監護を解く見込みがあるにもかかわらず、直ちに直接的な強制執行を実施するのは相当ではないとの考え方があり得る。他方で、部会のこれまでの議論によれば、そのような見込みがある場合であっても、事案によっては、子の急迫の危険を防止するために直ちに直接的な強制執行を実施する必要がある場面も否定し難いため（前記(1)ア）、最終的には、執行裁判所が、直接的な強制執行の実施に先立って間接強制を実施することが子の利益に照らして相当であるか否かを、個別具体的な事情に基づいて判断せざるを得ないのではないかとこの考え方もあり得る。

そこで、この資料の乙案では、試みに、直接的な強制執行を実施することができない場合を定めるものとする規律の枠組みを提示しているところ、子の引渡しの強制執行について、直接的な強制執行によることが必要ないし相当ではないといえる場面としては、どのような場合があるか。

(4) 他の考え方について

部会のこれまでの議論においては、例えば、直接的な強制執行の手続の過程において、できる限り債務者による任意の履行を促すことを目指し、その契機や機会を確保すれば直接的な強制執行を認める方向での検討を示唆する意見があった。そのような意見を踏まえると、直接的な強制執行によることが必要な

いし相当であるといえるのはどのような場合かというアプローチではなく、直接的な強制執行の手続において、例えば、任意の履行を促す契機を設ける趣旨として、執行裁判所が債務者に対して履行の催告をするものとし、また、任意の履行を行う機会を確保する趣旨として、執行官は、授権決定が確定した日から一定の期間が経過した後でなければ、債務者による子の監護を解くために必要な行為を実施することができないものとする考え方があり得る。

このような考え方については、例えば、全ての事件において執行裁判所が履行の催告をしなければならないものとするか（一定の例外的な事由がある場合には、催告を不要とするか）や、催告の期間をどのように定めるかなどの点について、更に検討する必要があると思われる。

4 小括

以上を踏まえ、この資料の本文の規律において提示した、直接的な強制執行によることが必要ないし相当であるといえる場面についての整理の当否や、当該場面を念頭に置いた具体的な要件の在り方のほか、前記3に提示した異なる規律の当否やその要件の在り方について、どのように考えるか。

第3 直接的な強制執行の手続の骨格

1 子が債務者と共にいること（同時存在）の要否

部会のこれまでの議論や意見募集の結果を踏まえると、次のような考え方があるが、どのように考えるか。

【甲案】

- (1) 執行官による子の監護を解くために必要な行為は、子が債務者と共にいるときに限り、することができるものとする。ただし、(2)の決定がされた場合には、この限りでないものとする。
- (2) (1)の規律にかかわらず、事案の性質、子の心身に及ぼす影響並びに既に行った強制執行の手続における債務者の言動及び当該手続の結果その他の事情を考慮して相当と認めるときは、執行裁判所は、申立てにより、執行官に債務者による子の監護を解くために必要な行為を実施させる決定において、執行官による子の監護を解くために必要な行為は、子が債務者と共にいるときのほか、債権者が執行場所に出頭したときも、することができるものとする旨の定めをすることができるものとする。

【乙案】

執行裁判所は、執行官に債務者による子の監護を解くために必要な行為を実施させる決定において、執行官による子の監護を解くために必要な行為の実施の条件として、事案の性質、子の心身に及ぼす影響並びに既に行った強制執行の手続における債務者の言動及び当該手続の結果その他の事情を考慮して、次のいずれかの事項を定めなければならないものとする。

- (1) 執行官による子の監護を解くために必要な行為は、子が債務者と共にいるときに限り、することができるものとする
- (2) 執行官による子の監護を解くために必要な行為は、子が債務者と共にいるときのほか、債権者が執行場所に出頭したときも、することができるものとする

(説明)

1 試案の概要

(1) 試案第3の3の本文(1)

試案第3の3の本文(1)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は、できる限り、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が望ましく、債務者が不在の場で子を連れ帰ることを認めると、子が事態を飲み込めずに恐怖や混乱に陥るおそれがあるとの考え方にに基づき、原則として、ハーグ条約実施法第140条第3項と同様に、子が債務者と共にいること（同時存在）を要することとしつつ、債務者が恣意的にその執行場所に立ち会わないことなどによって当該強制執行を不能に至らせる蓋然性があるとの懸念を踏まえ、例外的に、同時存在を要しないこととする旨の規律を提案するものである。

(2) 試案第3の3の注1

試案第3の3の注1は、債務者が恣意的に強制執行を不能に至らせる蓋然性があるとの懸念を強調し、子が債務者と共にいること（同時存在）を要しないこととする考え方を提示するものである。

2 部会のこれまでの議論及び意見募集の結果を踏まえた検討

(1) 試案について

ア 試案第3の3の本文(1)の考え方に関する検討

一定の要件の下で同時存在の例外を認めることとする試案第3の3の本文(1)の考え方に賛成する立場は、ハーグ条約実施法が、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同時存在を要求していることを踏まえ、債務者による抵抗や子への働き掛けにより、子が親の選択を迫られるなど高葛藤の場面に直面するような場面では同時存在を要求することが子の心身に与える負担に対する配慮の観点から相当でない面があることや、国際的な子の返還においては、子が元の国に戻ることに主眼があるため、債務者が共に戻る方が子の福祉にかなうとも考えられるが、国内における子の引渡しにおいては、債務者から子を引き離すことに主眼があり、債務者の債務の内容に違いがあるため、一律に同時存在を要求するハーグ条約実施法の規定の趣旨が必ずしも妥当しないことを主な理由としているものと考えられる。

イ 試案第3の3の注1の考え方に関する検討

同時存在を要しないこととする試案第3の3の注1の考え方に賛成する立場は、債務者の抵抗により物理的に強制執行が不能となった事例が一定数あるため、強制執行の実効性確保の観点から、同時存在によって実現しようとしている子の心身に与える負担の軽減については、他の条件（債権者本人の出頭、児童心理の専門家の立会い、執行場所の限定等）によって代替すべきであるし、代替することができるものと考えられることなどを主な理由としているものと考えられる。

もっとも、部会のこれまでの議論では、試案第3の3の注1の考え方に賛成する立場の理由は、実質的には個別具体的な事情を考慮せずに一律に同時存在を要することとするのは相当でない旨を指摘するものであって、同時存在の例外を認めるための要件の具体的な定め方についての考え方の違いであるとの指摘もされている。このことからすれば、直接的な強制執行に当たって同時存在を要求することが相当といえるか（あるいは、不相当であるというべきか）が問題となり得る事案を意識しつつ、同時存在の要否について検討することが有益であるように思われる。

(2) 具体的な規律の検討

ア 検討の題材となる事例

改めて、部会のこれまでの議論等を踏まえると、例えば、以下のような事例においてそれぞれ同時存在を要求することの相当性が問題となり得ることが意識されたものと思われる。

- ㊶ 子が自らの置かれた状況を把握・理解する能力を十分に有していない場合
- ㊷ 現に債務者が子に虐待を加えていることがうかがわれる場合
- ㊸ 債務者が既に行われた強制執行の手続において恣意的にその執行場所に立ち会わなかったことがうかがわれ、その結果、執行不能となった場合、又は、債務者の勤務時間や生活状況が不規則で自宅を不在にしがちであるなど執行可能な時間帯を見定めることが困難である場合（注）
（注） これらの場合の中には、債務者が債務者方におらず、債務者と同居する祖父母と子だけが在宅している場合も含まれる。
- ㊹ 執行官が直接的な強制執行に着手したものの、債務者が、債権者に対して強い敵意を有しており、あえて子を抱きかかえて離さないなどした場合
- ㊺ 債務者が、上記㊹のような子を抱きかかえるなどの物理的な抵抗まではしないものの、子の面前であえて「子は債権者の下には行かないと思う」と述べるなどし、これに呼応した子が執行官に抵抗した場合

イ 甲案について

この資料の本文の甲案は、試案第3の3の本文(1)と同様に、同時存在を要求することに一定の意義を認め、原則として同時存在を要することとしつつ

も（甲案の1(1)）、前記アのとおり、同時存在を要することの相当性が問題となり得る事案は、実際には様々なものがあり得、いずれも形式的な要件によって同時存在を要しない場合を規律することは困難であるとして、同時存在を要しないこととするか否かは執行裁判所の個別具体的な事案における総合的な判断に委ねることとする（同(2)）考え方に基づくものである。

もっとも、甲案は、試案第3の3の本文(1)と異なり、同時存在を要しないこととする場面につき、単に同時存在を要しないこととするのではなく、「債権者が執行場所に出頭」することを要するものとしている。これは、確かに前記アの事例⑩のような事案などにおいて債務者不在のまま強制執行がされるにしても、執行官など子にとって全く面識のない者しか執行場所にいない状態でその引渡しが行われることとなれば、やはり、子の心身に多大な負担が生ずるおそれがあると考えられることを踏まえ、債権者本人が執行場所に出頭するということが執行の条件として確保されるならば、より子の心身に与える負担の軽減を図ることが可能であると考えられることに基づくものである。

ウ 乙案について

一方、部会のこれまでの議論及び意見募集の結果では、前記アのとおり、同時存在を要することの相当性が問題となり得る事例には様々なものがあり得ることを踏まえれば、原則として同時存在を要することとしつつ、その例外を定める（あるいは、原則として同時存在を要しないこととしつつ、その例外を定める）といった形で規律を設けることとするのではどうしても硬直的な帰結となり、子の心身に与える負担の軽減を図る観点から適切な配慮をし得ない事案が生じてしまうおそれがあるとの指摘がされた。そこで、乙案は、これと同様の観点から、同時存在の要否自体を執行裁判所の個別具体的な事案における総合的な判断に委ねることとする考え方に基づくものである。

また、上記考え方を支える指摘としては、直接的な強制執行に至る事案の多くにおいては、債務者と債権者の間の対立関係が相当程度強いものであると予想されるため、原則として同時存在を要することとする旨の規律を設けるとなると、かえって子が親の選択を迫られるなどして高葛藤の場面に直面することが原則となってしまうとの懸念があるとの指摘も考えられる。ハーグ条約実施法が適用される事案との違い（特に、債務者の負う義務の内容の違いや、本案において債権者に子の監護権が認められていること）などを強調すれば、国内における子の引渡しの強制執行においては、同時存在を要することを原則とする必要性に乏しいとの指摘も考えられるところである。

なお、乙案についても、同時存在を要しない場合には、甲案と同様に、子の心身に与える負担を軽減する観点から、債権者本人が執行場所に出頭することを執行の条件とすることを要するものとしている。

(3) 関連する論点

ア 同時存在を要しないこととする場面において執行場所への出頭を要する者の範囲

前記(2)イ、ウのとおり、この資料の本文の甲案、乙案いずれの立場に立つとしても、同時存在を要しないこととする場面においては、子の心身に与える負担を軽減する観点から、債権者本人が執行場所に出頭することを執行の条件とするものとしている。

この点、意見募集の結果においては、債権者等の執行場所への出頭の問題（この資料の本文の第3の2参照）に関してではあるものの、事案によっては債権者本人が執行現場に出頭することができない場合もあり得ること等の指摘があった。また、例えば、子との間に面識や親和性のある者など、個別具体的な事案によるものの、子の心身に与える負担を軽減する観点から債権者本人に代わり得ると評価することができる者を想定し得るようにも思われる。

そこで、この資料の本文の規律について、同時存在を要しないこととする場面につき、常に「債権者」の出頭を要するものとはせず、例えば、子の心身に与える負担を軽減する観点から「その他執行裁判所が指定した者」の出頭でもよいものとするといった考え方もあり得るが、この点についてどのように考えるか。

イ 事情の変更があった場合への対応

この資料の本文の甲案、乙案いずれの立場に立つとしても、子と債務者の同時存在が執行の条件となっている場面において、執行官が強制執行を試みたものの、債務者が恣意的に執行場所に立ち会わない（前記(2)アの事例③の前段）などした結果、執行不能となった場合、再度の強制執行の際には同時存在を執行の条件としないことが相当であるとの判断に至る可能性が生ずることも想定されるところ、現行の民事執行法の下では、執行裁判所が、確定した授權決定の内容を事後に変更することができる旨の仕組みは設けられていないため、授權決定において付された同時存在の要否に関する定めを変更するためには、債権者に改めて代替執行の申立てをしてもらう必要がある。

しかし、債権者が改めて代替執行の申立てをすることが必要であるとする、子の引渡しの実現までに相当の期間を要することとなる。この点を重視すれば、当該強制執行事件の中で個別の事案における事情の変化に応じて同時存在の要否についての定めを変更することができるようにすべきであるとの考え方もあり得る（注）。

そこで、この資料の本文の規律に加え、事情の変更があったときは、執行裁判所が、申立てにより、同時存在に係る定めを変更することを内容とする決定をすることができる旨の規律を設けることも考えられるが、この点につ

いてどのように考えるか。

(注) 子の引渡しを命ずる審判前の保全処分及び仮処分命令は、債権者に対する送達の日から2週間が経過したときは、その執行をすることができないとされているため(家事事件手続法第109条第3項、民事保全法第43条第2項参照)、当該審判前の保全処分等を債務名義とする場合には、執行官による強制執行が執行不能となる前の段階においても、同時存在に係る定めの変更をすることができるようにすべきであるとの指摘もあり得る。

3 小括

以上を踏まえ、子が債務者と共にいること(同時存在)の要否に関する規律の在り方等について、どのように考えるか。

2 債権者等の執行場所への出頭

執行官は、債権者又はその代理人が執行場所に出頭したときに限り、債務者による子の監護を解くために必要な行為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。

(説明)

1 試案の概要

試案第3の3の本文(2)(この資料の本文の第3の2)は、執行官が債務者による子の監護を解くために必要な行為をするためには、債権者又はその代理人が執行場所に出頭することを必要とする旨の規律を提案するものである。

2 部会のこれまでの議論及び意見募集の結果を踏まえた検討

試案第3の3の本文(2)は、執行官等が長期間にわたって子を監護するなどの事態は想定すべきでなく、執行官が債務者による子の監護を解いた際には、債権者自ら又はその代理人が執行場所で子を実際に監護する状態に至っていることが望ましいとの考え方にに基づき、債権者又はその代理人が執行場所に出頭することを必要とする旨の規律を提案している。

部会のこれまでの議論や意見募集の結果においては、債権者と債務者の対立状況によっては債権者本人が執行場所に出頭しない方がよい場合も考えられることなどを理由に、その代理人のみの出頭をも許容する試案の規律に賛成する意見がみられた一方、現在同居する親である債務者と別れる子の不安を最小化するためには債権者本人の出頭が必要であることなどを理由に、試案に反対する意見もみられたところである。

なお、この点については、同時存在を要しないこととする場面において執行場所への出頭を要する者の範囲(債権者本人に限るのか、債権者に代わって一定の者の出頭で足りるものとするのか)の問題(この資料の本文の第3の1の(説明)2(3)ア参照)とも密接に関連するため、当該問題についての議論も踏まえて検討

する必要がある。

以上を踏まえ、債権者等の執行場所への出頭に関し、どのように考えるか。

3 執行場所

次のような規律を設けるものとするについて、どのように考えるか。

- (1) 執行官は、債務者の住居その他債務者の占有する場所において、債務者による子の監護を解くために必要な行為をすることができるものとする。
- (2) 執行官は、(1)に規定する場所以外の場所においても、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ことができるものとする。

(説明)

1 試案の概要

試案第3の3の本文(3)（この資料の本文の第3の3）は、執行官が債務者による子の監護を解くために必要な行為をすることができる場所について、ハーグ条約実施法第140条第1項柱書きと同様に、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ことを提案するとともに、その例外として、同条第2項と同様の要件（執行官が「子の心身に及ぼす影響等その他の事情を考慮して相当と認めるとき」）を満たす場合には債務者の住居その他債務者の占有する場所以外の場所とすることを認めるものとするを提案するものである。

なお、試案第3の3の本文(3)では、執行官は、執行場所が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ある場合において当該場所に立ち入るなどするときには、当該立ち入り等についての適法性を確保する観点から、当該場所を占有する第三者の同意を得る必要があるものとしている（この資料の本文の第4の2参照）。

2 部会のこれまでの議論及び意見募集の結果を踏まえた検討

試案第3の3の本文(3)については、強制執行の存在を第三者に知られたくないという債務者や子の心情への配慮等を理由に賛成する意見があった。

なお、執行場所に関する規律について、意見募集の結果では、執行場所を原則として債務者の住居等に限定すると、債務者が子をその祖父母等に預けることにより、容易に執行不能の状態を作出することができる旨の指摘があった。しかし、当該指摘は実質的には、債務者の住居その他債務者の占有する場所以外の場所における強制執行に係る当該場所の占有者の同意の要否の問題（この資料の本文の第4の2）を指摘するものと思われる。

以上を踏まえ、この点については、試案第3の3の本文(3)の提案する方向で検討してはどうか。

第4 執行場所における執行官の権限等

- 1 執行官は、債務者による子の監護を解くために必要な行為として、債務者に対し説得を行うほか、債務者の住居その他債務者の占有する場所において、次に掲げる行為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。
 - (1) 債務者の住居その他債務者の占有する場所に立ち入り、その場所において子を検索すること。この場合において、必要があるときは、閉鎖した戸を開くため必要な処分をすること。
 - (2) 債権者若しくはその代理人と子を面会させ、又は債権者若しくはその代理人と債務者を面会させること。
 - (3) 債務者の住居その他債務者の占有する場所に債権者又はその代理人を立ち入らせること。

(説明)

1 試案の概要

試案第3の4(1)(この資料の本文の第4の1)は、ハーグ条約実施法第140条第1項と同様に、債務者による子の監護を解くために必要な行為としては、執行官の債務者に対する説得が原則であることを明示した上で、執行場所である債務者の住居その他債務者の占有する場所における執行官の権限として、①債務者の住居等における子の検索(閉鎖した戸を開くために必要な処分を含む。)、②債権者又はその代理人と子や債務者を面会させること、③執行場所に債権者又はその代理人を立ち入らせることができることを規定することを提案するものである。

2 部会のこれまでの議論及び意見募集の結果を踏まえた検討

(1) 説得についての明文規定の要否

試案第3の4(1)の柱書き(この資料の本文の第4の1の柱書き)は、強制執行が子の心身に与える負担を軽減する観点から、債務者に対する説得が原則であることを明示するものである。

部会のこれまでの議論や意見募集の結果においては、①民事執行法上、不動産の引渡し等や動産の引渡しの強制執行に関する規定(同法第168条、第169条)には執行官による債務者に対する「説得」に関する明文の規定がないことと平仄が合わないこと、②ハーグ条約実施法第140条の「説得」は、債務者自身が子と共に子の常居所地国へ戻る方法によって返還義務を任意に履行し得る旨の説得をも含む点で特別の意義があったが、国内における子の引渡しにおいて想定される説得にはそのような特別の意義はないことなどを理由に、「説得」に関する規定を設けることに反対する意見があった。

これに対しては、子の引渡しの直接的な強制執行においては、強制執行が子の心身に与える負担を小さいものとする観点から、できる限り債務者による任意の引渡しが行われることに向けた規律とすることがふさわしく、債務者に対する説得によって子の監護が解かれるようにすることを執行官の原則的な行為態様とすることには意義があるとの指摘がされた。

以上を踏まえ、説得についての明文規定の要否については、試案の提案する方向で検討してはどうか。

(2) 債権者又はその代理人の立入りに関する規定の要否

試案第3の4(1)ウ（この資料の本文の第4の1(3)）は、子の引渡しの直接的な強制執行を実効的なものにし、また、円滑に債権者による監護に移行することを可能にするため、執行官が、債務者の住居その他債務者の占有する場所に債権者又はその代理人を立ち入らせることができる権限を明確化するものである。

部会のこれまでの議論や意見募集の結果においては、債務者の住居その他債務者の占有する場所に債権者又はその代理人が立ち入ることは、債務者の私的領域への侵入を受けない利益を過度に害する可能性があるとの理由から、このような規定を設けることに反対する意見があった。

しかし、債権者又はその代理人は、常に債務者の住居等に立ち入ることができるものではなく、執行場所における個別の事情に応じた執行官の判断に基づき、立ち入ることができるものにすぎず、部会のこれまでの議論においても、個別の事案によっては、債権者が執行場所に立ち入ることにより、子が自らとの間に面識や親和性のある債権者の存在を執行場所において認識することができ、子の心身に与える負担に配慮した円滑な強制執行の実施が可能となる結果、直接的な強制執行を実効的なものとするに資する場合があるといえることなどから、本文の規律を設けることの正当化は可能であるとの意見があった。

以上を踏まえ、債権者又はその代理人の立入りに関する規定の要否については、試案第3の4(1)の提案する方向で検討してはどうか。

2 執行官は、債務者の住居その他債務者の占有する場所以外の場所において、債務者による子の監護を解くために必要な行為として、債務者に対し説得を行うほか、当該場所を占有する者の同意を得て、1(1)から(3)までに掲げる行為（以下「立入り等」という。）をすることができるものとしつつ、一定の場合に当該場所を占有する者の同意に代えて執行裁判所の許可等の手続を経れば足りるものとするについて、どのように考えるか。

また、以下のような事例において、それぞれ占有者の同意に代えて執行裁判所の許可等の手続を経れば足りるものとするべきか否かについて、どのように考えるか。

- (a) 子が債務者から子の祖父母に長期間預けられ、当該祖父母の自宅内にいる場合
- (b) 子が、全寮制の学校の寮に居住している場合
- (c) 子が昼間、債務者から子の祖父母に預けられ、当該祖父母の自宅内にいる場合
- (d) 子が昼間、債務者から保育士等の第三者に預けられ、保育所の敷地内にいる場合

(説明)

1 試案の概要

ハーグ条約実施法第140条第2項は、執行官は、債務者の占有する場所であっても、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は、解放実施を行うことができる旨を規定しているが、当該場所が第三者の占有する場所である場合には、(債務者に対する債務名義の執行力が及んでいることは前提とした上で)立入り等についての適法性を確保する観点から、当該第三者の財産権等を保障するため、当該場所を占有する第三者の同意を得ることが必要であるとしており、試案第3の4(2)も、これと同様の考え方にに基づき、当該場所を占有する第三者の同意を必要とする旨の規律を設けている。

2 意見募集の結果やこれを踏まえた部会での議論の概要

意見募集の結果においては、債務者以外の第三者が占有する場所への立入り等につき当該場所を占有する第三者の同意を必要とすることは合理的であるとの指摘や、保育所及び学校のような場所を執行場所とする場合には、その管理者の承諾を必要とすべきであるとの指摘があった一方、当該場所を占有する第三者の同意を得ることができない限り執行をすることができないのであれば、子の引渡しを命ずる債務名義の実現の実効性が妨げられるとの指摘や、執行場所の占有者が明らかでないとき、その占有者の速やかな同意を得ることが困難であるときは、同意不要とすべきであるとの意見、同意が得られなくても執行可能となるような対応策が検討されるべきであるとの意見も寄せられた。

また、部会のこれまでの議論においては、執行場所に訪れた者が子の引渡しの強制執行につき正当な権限を有する者であるか否か(執行官であるか否か等)を判断するために必要な知識や能力等を有しない場合があると考えられる保育所や学校に対し、執行官の立入り等についての同意・不同意の判断をさせることは負担であり、そのような事態は極力避けるべきであるとの指摘があった。そして、このような指摘を踏まえ、執行場所を占有する第三者の同意を要せずに執行場所への立入り等を可能とする余地を認めるべきであるとの意見や、一定の場合には当該第三者の同意に代わって執行裁判所が許可を与えることとするのが相当であ

るとする意見もみられた。

他方、学校内での執行については子の人的関係やプライバシーに与える影響が大きいことから、仮に、執行場所を占有する第三者の同意を得ることなく、子の引渡しの直接的な強制執行を行うことを認める場合には、学校関係者に対しても一定の手続上の関与を与える必要があるとの指摘もあった。なお、この第三者の関与に関しては、当該第三者の意見聴取をすればよいのではないかとの指摘もあった。

3 前記2を踏まえた検討

(1) 検討に当たっての前提

部会のこれまでの議論を踏まえれば、債務者の住居その他債務者の占有する場所以外の場所において強制執行を実施する場面としては、第三者が当該場所を占有し、子を事実上監護している場合を念頭に置いて、①子が債務者と共にいるときに強制執行を実施する場面のほか、②子が債務者と共にはいないときに強制執行を実施する場面が想定されてきた。

このうち、①の場面については、子と債務者の同時存在があることから、当該強制執行の可否に関し、債務名義の効力（執行力）が当該第三者に及ぶのかという点は問題とならず、専ら、当該場所についての当該第三者の財産権等の保障の観点から、当該場所への立入り等に関する同意の要否が問題となる。

他方、②の場面については、子と債務者の同時存在がないことから、当該強制執行の可否に関し、債務者に対する債務名義の効力（執行力）が当該第三者に及ぶのかという点も問題となり得る。この点について、部会のこれまでの議論においては、子が債務者と共におらず、第三者（祖父母や保育士等）と共にいる場面（事実上監護されている場面）であっても、債務者による子の監護は失われておらず、当該第三者は、債務者による子の監護を補助する立場にあるとの理解を前提として、このような場面においても、（当該第三者を債務者とする債務名義を改めて取得することなく）強制執行を実施することができるはずであるとの考え方が示された。もっとも、このような考え方に立ったとしても、当該場所についての当該第三者の財産権等の保障の観点から、当該場所への立入り等に関する同意の要否が問題となる。

そこで、この資料においては、以上の理解を前提に、債務者の住所その他債務者の占有する場所以外の場所を占有する第三者が、債務者による子の監護を補助する者である場面を念頭に置いて、当該場所への立入り等をするための当該第三者の同意の要否について検討を進めることとする。

(2) 執行場所を占有する第三者の同意を得ることを要する根拠

前記1のとおり、試案第3の4(2)は、執行官による当該場所への立入り等の適法性を確保する観点から、当該場所を占有する第三者の同意を必要とする旨の規律を提案するものであるが、これと同様の規律を設けているハーグ条約実

施法第140条第2項の規定も踏まえると、その趣旨は、子の引渡しの直接的な強制執行の目的の実現の要請と、執行場所を占有する第三者の財産権等の保障の要請との調和を図る点にあると考えることができる。

他方、債務者の住居その他債務者の占有する場所において、執行官が立入り等を行うことについては、ハーグ条約実施法上も、債務者の同意は必要とされておらず（同法第140条第1項）、試案第3の4(1)も同様の規律を提案している。これは、子が居住しているものと考えられる債務者の住居その他債務者の占有する場所は、子の引渡しの直接的な強制執行の目的を実現するために、執行官が立入り等を行う必要性が高い場所であるといえることのほか、執行官には、執行の目的を実現するため、債務者の支配領域に直接介入して、その意に反してでも執行することのできる権限が与えられているから、少なくとも当該債務者の占有する場所に係る債務者の財産権等が制約されることは当然に予定されていると考えられることに基づくものと考えられることができる。

このような理解を前提にすれば、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あっても、上記債務者の占有する場所における執行官の立入り等に同意を要しないとされる趣旨が当てはまる事情があれば、債務者の占有する場所以外の場所を占有する第三者の同意に代わって執行裁判所の許可等の手続を経ることにより、執行官が当該場所への立入り等を行うことができるものとするといった考え方もあり得るように思われる（なお、当該手続の強制執行手続上の位置付けや当該場所を占有する第三者に対する意見聴取の要否といった手続の内容等については、別途更なる検討を要するものと思われる。）。

(3) 前記(1)及び(2)を踏まえた検討に当たっての視点

この問題を検討するに当たっては、この資料の本文の(a)ないし(d)の各事例を題材にすることが有用であると思われるところ、試みまでに検討に当たっての視点を提示するとすれば、例えば、以下のような点が挙げられるのではないかとと思われる。

ア 事例(a)及び(b)は、いずれも子が長期間にわたって祖父母方や寮で生活をしている点で共通しており、当該祖父母方や寮が子の住所に当たると評価することができるものと思われるが、事例(c)及び(d)のように子が昼間、祖父母や保育士等に預けられているにとどまるのであれば、当該祖父母方や寮が子の住所に当たると評価することはできないものと思われる。そして、執行場所が子の住所に当たると評価し得る場所であるか否かによって、強制執行の実現（当該場所への立入り等）の必要性や当該場所の占有者の財産権等の保障の必要性の程度も異なり得ると考えられる。

イ 事例(a)及び(c)は、執行場所の占有者が子の祖父母であるのに対し、事例(b)及び(d)は、執行場所の占有者が学校や保育所の管理者であるところ、これらの者は、いずれも債務者から委託等を受けて子を預かっている点では共通す

る。しかし、学校や保育所には、当該子以外の者（他の児童や幼児）が存在するため、当該子が好奇の目にさらされてその心身に悪影響を及ぼすおそれがあり、また、これらの場所への立入り等が、当該子以外の者の校内や施設内における活動の平穩等に影響を与え得るのに対し、執行場所の占有者が子の祖父母である場合にはそのような事情がないため、このような差異によって、当該場所の占有者の財産権等の保障の必要性の程度も異なり得るとも考えられる。

4 小括

以上を踏まえ、どのような場合であれば、執行場所を占有する第三者の同意を得ることは要しないものといえるかについて、どのように考えるか。

3 執行官は、1又は2の規定による子の監護を解くために必要な行為をするに際し抵抗を受けるときは、その抵抗を排除するために、威力を用い、又は警察上の援助を求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。

4 執行官は、3の規定にかかわらず、子に対して威力を用いることはできないものとし、子以外の者に対して威力を用いることが子の心身に有害な影響を及ぼすおそれがある場合においては、当該子以外の者についても、同様とするものとするについて、どのように考えるか。

(説明)

1 試案の概要

試案第3の4(3)及び(4)（この資料の本文の第4の3及び4）は、債務者が説得に応じず、抵抗する場合に、執行官が、債務者等の子以外の者による抵抗を排除するために威力を行使したり、警察上の援助を求めたりすることができるものとするを提案する一方で、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はすることができないものとするを提案するものである。

2 部会のこれまでの議論及び意見募集の結果を踏まえた検討

部会のこれまでの議論や意見募集の結果においては、子に対する威力行使は許されないことを前提としつつ、それは当然のことであるから規定の必要性がないと考えられることや、執行官が有形力行使に関して萎縮をする弊害があると考えられることなどを理由に、試案第3の4(4)のような規定を設けることに反対する意見があった。しかし、これに対しては、当然のことであれば、規定上これを明確化することに不都合はないとの批判や、相当する規定が存在するハーグ条約実施法との対比上、規定を設けない場合には実務上混乱が生じかねない旨の批判がされた。

以上を踏まえ、子や債務者に対する威力行使に関する規律の在り方については、

試案第3の4(3)及び(4)の提案する方向で検討してはどうか。

- 5 執行官は、1又は2の規定による子の監護を解くために必要な行為をするに際し、債権者又はその代理人に対し、必要な指示をすることができるものとする
ることについて、どのように考えるか。

(説明)

1 試案の概要

試案第3の4(5)（この資料の本文の第4の5）は、子の監護を解くために必要な行為に、債権者又はその代理人と子や債務者を面会させることが含まれることなどから、執行場所における秩序を維持するなどの観点から、執行官が債権者又はその代理人に対し、必要な指示をすることができることを提案するものである。

2 部会のこれまでの議論及び意見募集の結果を踏まえた検討

部会のこれまでの議論や意見募集の結果においても、このような規律を設けることについては、これに反対する意見はなかった。そこで、この点については、引き続き、試案第3の4(5)の提案する方向で検討してはどうか。