

法制審議会
民事執行法部会
第13回会議 議事録

第1 日 時 平成29年11月17日(金) 自 午後1時30分
至 午後5時17分

第2 場 所 法務省第1会議室

第3 議 題 民事執行法制の見直しについて

第4 議 事 (次のとおり)

議 事

○山本（和）部会長 それでは、予定された時刻になりましたので、法制審議会民事執行法部会第13回会議を開会いたします。

本日も御多忙の中、御出席を頂きまして誠にありがとうございます。

本日は山田幹事が所用のため御欠席というふうに伺っております。

本日の審議に入ります前に、配布資料の確認をさせていただきます。事務局からお願いいたします。

○内野幹事 事前送付資料といたしまして、部会資料13-1と13-2を送付させていただいております。また、席上には本日の議事次第や資料目録などをお配りさせていただいております。

また、中間試案に対する意見募集の手続を11月10日まで実施しておりまして、本日はその1週間後となりますので、本日の議題に関連しておるところの子の引渡しの強制執行に関する規律の明確化に関する部分と、不動産競売における暴力団員の買受け防止の方策に関する部分について、暫定版という形でまとめたものをお配りさせていただいております。ここで意見募集の結果の概要について、一言触れさせていただければと思っております。

この中間試案につきましては、意見募集をしました結果、企業や大学などを含む39団体から御意見を提出していただきました。また、弁護士、司法書士、学者、臨床心理士を含む161名の個人の方から御意見を頂きまして、合計が200ということでありました。その意見の概要を本日の議題に関連する部分のみ暫定版としてお配りしたというところがございます。

また、意見募集で寄せられた意見書のコピーをつづった紙ファイルを2、3名に1セットずつ、席上に置かせていただいております。本日は、この意見の概要の暫定版ないしは意見書のコピーを適宜御参照いただきながら、御検討、御審議賜れればと思っております。

この暫定版でございますが、文字通り暫定版でございます。実際には、名前の掲載順序をそろえるなどの形式的な修正をしたものが最終的な公表資料となる予定ですので、この暫定版の取扱いには御留意いただければと思っております。

冒頭、資料に関しましては、御説明は以上でございます。

○山本（和）部会長 それでは、本日の審議に入りたいと思います。

本日は、部会資料13-1、これが子供の引渡しの関連、それから部会資料13-2が暴力団員の買受け防止の関係で、二つの資料が用意されております。前半で部会資料13-1、後半で部会資料13-2を取り扱いたいと思いますが、13-1の方はかなり重い課題が多いので、時間配分は多分半々ということではないと思いますけれども、一応そういう形で審議をしたいと思っております。

そこで、まず、部会資料13-1の方でありますけれども、これについての御議論をお願いしたいと思います。まず、事務局から資料の御説明をお願いいたします。

○吉賀関係官 御説明いたします。

今回の部会資料では、大きく三つの論点を取り上げております。

まず、第1では間接強制前置の要否について、3ページ以下の第2では、いわゆる同時

存在の要否について、6ページ以下の第3では、前回の部会に引き続き、子が第三者に預けられている場合についてそれぞれ取り上げております。

第1につきましては、1ページから2ページにかけて試案の内容と部会のこれまでの議論の状況について簡単に整理し、2ページの意見募集の結果というところでは、意見の概要の暫定版を基に意見分布の状況を簡単に御紹介しております。

子の引渡しの強制執行に関する規律の明確化に関しましては、団体、個人を合わせて合計53件の意見が寄せられたところをごさいます、間接強制の前置に関しては、これを必要とする試案の本文に賛成する意見と、試案の本文に反対して（注1）や（注2）の考え方に賛成する意見が寄せられております。

このうち試案の本文に反対する意見においては、部会資料にも記載しておりますが、実効性の観点や子の福祉の観点から、間接強制の前置を必要とすることには問題があるのではないかといった指摘がされております。また、ハーグ条約実施法との関係につきましても、債務者の負う義務の内容や債務者の協力を得る必要性に違いがあるのではないかという指摘がされている一方、ハーグ条約実施法と民事執行法の規律を異にすべきではないという意見も寄せられております。

以上を踏まえまして、今回の部会では間接強制前置の要否や、仮に例外を設けるとした場合には、その要件の在り方について御議論いただければと存じます。

次に、第2につきましては、3ページから4ページにかけて試案の内容と部会のこれまでの議論について簡単に整理しております。意見募集の結果につきましては5ページに記載しておりますが、同時存在についても一定の要件の下で例外を設けるとする試案の本文に賛成する意見と、試案の本文に反対して同時存在を不要とする意見や、逆に同時存在を必要とする意見も寄せられております。

このうち同時存在を不要とする意見においては、間接強制前置と同様に実効性の観点や、子の福祉の観点から、同時存在を執行条件とすることには問題があるとの指摘がされております。また、ハーグ条約実施法との関係につきましても、間接強制と同様に国内法の規律との違いの有無については意見が分かれております。

以上を踏まえまして、今回の部会では同時存在を不要とすることの当否や、仮に原則として同時存在を必要としつつ一定の要件の下で例外を設けるとした場合には、その要件の在り方について御議論いただければと存じます。

最後に、第3につきましては、子が第三者に預けられている場合における強制執行につき、前回の部会の議論の状況の整理を試みております。前回の部会では、部会資料の6ページ以下の基本的な考え方にございまして、債務者による子の監護が存在しているか否かによって、債務者に対する債務名義に基づく強制執行の可否が分かれるのではないかということの基本としつつ、子を事実上監護している第三者について「固有の利益」というものがあれば、債務者に対する債務名義に基づく強制執行をすることはできないといった方向性が示されたように思われます。

他方で、部会資料8ページの「上記（1）と異なる考え方」というところに記載しておりますが、債務者による子の監護が存在するか否かにかかわらず、債務者からの委託を受けて子を監護している第三者については、「特殊執行文」といったものによって強制執行を可能とするという考え方も示されたように思われます。

以上を踏まえまして、今回の部会では、債務者による監護の有無と執行力はどのような関係にあるのか、「固有の利益」という概念は実体法的に見てどのような概念なのか、この固有の利益の概念と執行力の範囲というのはどういう関係にあるのかといった点について、御議論いただければと存じます。あわせて、執行場所を占有する第三者の同意の問題につきましても、執行裁判所の許可や「特殊執行文」によって、その同意を不要とすることができるか、仮にできるとした場合には、その要件や手続の在り方についても御意見を伺えればと存じます。

○山本（和）部会長 ありがとうございます。

それでは、適宜項目を区切って御議論を頂きたいと思います。

まず、「第1 直接的な強制執行と間接強制との関係について」という部分であります。この部分につきまして、どなたからでも結構ですので、御意見を頂ければと思います。

○阿多委員 間接強制前置との関係で例外を設ける説、ないしはそもそも不要とする説のいずれも、実効性ということを問題にしているかと思うのですが、もし、間接強制が実際、今、実務でどういう形で利用されているのかというようなことについて、具体的にその統計的なものがあれば、法務省でも御紹介いただきたいと思うのですが。

○山本（和）部会長 裁判所の方から、石井幹事、お願いします。

○石井幹事 家庭裁判所に申し立てる間接強制の事件ということで申し上げさせていただきますと、手元に正確な統計がないので概数で申し上げますが、子供の引渡しに限らず、恐らく家庭裁判所に申し立てられる間接強制の事件については、近年はおおむね年間200件弱ぐらいというふうに承知をしております。

そのうち子の引渡しを目的とするものがどれぐらいなのかというのが御関心になるかと思えますけれども、これについては正確な統計を有しておりませんので、正確なことは申し上げられないのですが、時期を限った実情を調査したところなどから推測いたしますと、おおむね年間30件前後ではないかというふうに推測しているところであります。

○山本（和）部会長 ありがとうございます。

○阿多委員 その30件って申立て件数かと思うのですが、実際に間接強制で決定される事例というのは、全件やはり認められているのですか。

○石井幹事 今の30件前後というのは申立て件数のことでございますけれども、このうち認容、あるいは一部認容といった形で申立てが認められているケースというのが、これも概数になりますけれども、大体5割強ぐらいの事案と認識しております。

○阿多委員 ありがとうございます。

○山本（和）部会長 ありがとうございます。

ほかにいかがでしょうか。どうぞ、積極的に御発言を頂ければと思いますが。

○谷幹事 どなたも御発言がないようですので、口火を切るという意味で発言をさせていただきますけれども、間接強制前置については、日弁連はそれは必要ないということで、多くの弁護士会もそういうことだろうと思えますけれども、その背景には、やはり実務の中で子の引渡しがどういうふうに行われているのかというようなことについての、前提となる基本的な認識の下に、そういう意見が弁護士会では多数だったであろうというふうに認識をしているところでございます。

国内の子の引渡しの事案では、現在の法律上は間接強制前置しなければならないという

ような規律はございませんので、多くの場合は、これは直接強制の申立てをするというようなことが一般的にはなされているところがございます、それによって子の引渡しの債務名義が実現されているというのが実務の実情だと思います。

これもハーグ条約実施法の場合と異なりますのは、今申し上げたように現状では間接強制前置という規律がございませんし、実務の実情としても間接強制をまずやってから直接強制をやるというようなことではなくて、間接強制の申立ても年間30件前後あるということですが、数としては間接強制、それもその後に直接強制をやっているかどうかというようなことも、多分恐らく統計としてはないだろうと思います。

そういう実情の中で、これは仮に間接強制前置を必要的とするような立法をするということになれば、かなり実務に与える影響というのは大きいということになると思います。間接強制で2週間経なければならないということになれば、それだけ債務名義の実現が当然遅れるわけがございますし、またその後に控える直接的な執行の手続をどうするかにもよるのでございますが、ハーグ条約実施法のように代替執行ということになれば、代替執行の授權決定に対しては執行抗告ができるというようなことで、ハーグ事案では、実情としては代替執行の決定があった場合には執行抗告等がなされることによって、2か月なり3か月なりの期間を要しているというふうな事案もあるというふうに承知しておりますので、もし仮にそういうふうな制度になるとすれば、かなり今行われている、そういう意味では速やかに、迅速に行われている執行の手続というものが変容するということになり、私どもの感覚からすれば執行力が非常に弱まるのではないかというふうな懸念を持っているところであります。その点が、今回の意見募集の結果を見た上での私自身の感想であります。

それと、部会資料ではハーグ条約実施法の場面との異同というようなこととか、あるいは、とりわけ部会資料の検討すべき事項として、間接強制を前置しないことの当否についてどのように考えるかとかいうような論点設定があるのですが、むしろ間接強制を前置しなければならないという立場からすると、その必要性がどこにあるのか、これは実情を踏まえた、現実に現在の直接強制からできるような今の仕組みというものに、こういう問題点があるのだというふうな具体的なもし指摘があれば、それはそれで検討をすべきだと思いますけれども、これまでの部会の中では必ずしもそういう実情を踏まえた指摘、ある意味で言うと、間接強制前置を必要的とすべき立法事実が示されていないかと思っておりますので、そういう意味では、ここで論点設定されているような間接強制を前置しないことの当否というものはそれほど問題となるのかどうか、むしろ必要的というのであれば、それを示す立法事実を示していただく必要があるのではないのかなと思っております。

○山本（和）部会長 ありがとうございます。

谷幹事の御意見としては、この中間試案で言えば（注2）の考え方、基本的には間接強制の前置は一切要らないという考え方を採られるというふうに伺いましたが、そういうふう考えたときに、言うまでもないことですが、ハーグ条約実施法では、強制執行が子の心身に与える影響を最小限にとどめるためには、任意に履行されることが望ましいと。そのために間接強制を前置して、そういう債務者に対して任意の履行を促して、子の心身に与える負担を最小限にしようという考え方を採ったのだと思いますが、谷幹事からは、それが立法事実としてあったかどうかという御指摘だと思いますが、仮にこの間接強制の前

置を国内の執行については全面的に不要だという立場に立った場合に、子の福祉と申しますか、あるいは子の心身の保護という観点から、間接強制の前置とは違う何か採るべき措置と申しますか、そういうようなものは必要だというふうにお考えなのか、そうだとすれば、どのような措置が考えられるのかということについて、もし御意見があればお伺いしたいと思います。

○谷幹事 まず前提として、間接強制を前置することによって子の心身に与える影響を和らげると申しますか、というような効果があるのかどうかということについては基本的には疑問でございます、むしろそういうことがあるというふうな実情というものが、今まで具体的な事案の中でこういうことがあったというような実情が示されたことはないというふうに理解をしております、したがって、ハーグ条約実施法で、そういう立法趣旨で間接強制前置が定められているということについては、振り返ってみれば、立法事実はなかったのではないのかなというふうに認識をしているところでございます。

逆に、それによる弊害というのは、先ほど申し上げたとおり間接強制を前置した上で、かつ代替執行でということによって非常に期間が伸びているというような問題、弊害が生じているということだと思います。翻って、国内法で間接強制、子の心身に与える影響を最小限にとどめる何らかの方策があるのかということですが、それは正しく直接強制なら直接強制、直接的な執行の場面でどういうふうな制度設計をするのか、そこにどういうふうに心理的なケアも含めてやるのか、それからこれは執行法の場面とは少し異なる、少し超える部分ではあるかとは思いますが、要するに執行した後の子どもとそれまでの監護者との関わりというものが完全に絶たれてしまうというふうなことになる、それはそれで一つの大きな子供に対する心理的な影響というものはあるだろうと思っておりますから、それはある意味で実体法、あるいは実態判断の問題なのかもしれませんけれども、そのような辺りも全体的に本来は考えていくべきだろうと思っております、単に間接強制前置をすれば心理的な影響が最小限にとどまるだろうということではないし、逆に弊害があるので、それに代わる直接的な執行の場面での手当てというものを考えるべきだろうというふうには考えているところでございます。

○山本（和）部会長 分かりました。

ほかにいかがでしょうか。

○今井委員 今回の谷幹事の発言に補足ですが、任意の履行ができればそれに越したことはないのですけれども、そもそも債務名義になっているというところで、任意の履行がなかった状態がもう既に生まれているということが出発点だと思うのです。とはいえ、今、部会長がおっしゃられたとおり、子の福祉という点、正確に言えば、私は子の福祉というのは実態的判断の問題であって、要は強制執行の在り方が子供の心に与える心理的影響、それをどうやって和らげることができるのか、これの点だと思うのです。そのことは、だからこそ任意の履行ができればいいに越したことはないのですけれども、それが間接強制前置という原則的な制度設計にすることが、そういうことに寄与するかという点、それは違ふだろうというのが谷幹事の意見でもあり、私どもの意見でございます。

むしろ考え方によれば、それはできる限り速やかに、そういう心理的な影響のある場面、時間は短いほうがいいだろう。とはいえ、直接強制や代替執行について、それほど機械的に執行官がしゃにむにやるのが実務ではございませんので、そこはそこで直接強制なり

代替執行の具体的な場面による工夫の問題であって、制度の問題、なかんずく間接強制前置がそれを制度的に担保するという関係にはないだろうというのが意見でございます。

○山本（克）委員 1点、今の御発言で非常に違和感を感じていた立法事実を強調されることなのですが、この手のものの立法事実はどうやって集めて、何が立法事実だというふうにお考えなのかよく分からないと。つまり、むしろ私は、こういう法制審議会でやる民事基本法については、立法事実というよりも理念の方がはるかに大事であって、立法事実をうんぬんするというのは基本的に政策立法の話であるというふうに考えております。余り立法事実があるかないかとか、極めて件数が少ないものについて立法事実の有無、それもきちんとしたデータ調査をする専門家がやったような調査がないにもかかわらず、立法事実は私の考えるところではこうだという議論をすることに意味があるとは思えないというのが私の感想です。

それで、結局は、子の引渡しの強制執行が早く終わるのがいいのか、それとも、できるだけこの負担を和らげるワンクッションを置くのがいいのかという理念の問題として議論すべきなのではないかというのが私の感想です。

○山本（和）部会長 ありがとうございます。是非その続きも伺いたいのですが。

○山本（克）委員 それはもう以前から申し上げているように、前置でいいというのが……

○山本（和）部会長 そういことですね、はい。ありがとうございます。

○今井委員 立法事実というのは谷幹事からの言葉ですけれども、私が代弁するのは変ですけども、多分、立法事実というよりは、ハーグ条約実施法との関係で、それと同様にするのがいいというのであれば、なぜいいのか、そういう意味では、それを立法事実というかどうかはともかく、ハーグ条約実施法の下において、それが非常にワークしている、奏効しているという事実があれば、では、それに横並びしましょうというのは分かるけれども、そういう実態はあるのですかという意味だなと立法事実のことについて聞いていました。

しかるところ、実施法では、過去に僅か4件しかなくて、いずれも執行不能になっているということからすると、それはハーグ条約実施法に横並びするという前提が見えてこないのではないかと、こういうふうなことではないかと思えます。

○山本（克）委員 今回の執行不能というのはどの段階の執行不能をおっしゃっているのでしょうか。

○成田幹事 最高裁でございます。

今、今井委員の方から出ました4件、いずれも執行不能というのは代替執行の申立てがあったもの、平成26年4月から29年3月までの3年間のものがございます。ですから、間接強制がどれぐらいあったかというのは、少なくとも民事局の方では把握をしていないということになります。

○山本（克）委員 ということで、間接強制をかませたから代替執行が執行不能になったということが言えないと、間接強制が有害であるという立法事実は何もないというわけですし、しかも4件という、たった4件で事柄を判断するというのが、立法事実と言われるものが果たしてその程度のものなのかというのは、やはり疑問であるように思います。むしろ代替執行がなぜ失敗したのかということをもっと精緻に分析した上で、立法事実を語るなら、そういう形で語っていただきたいと。

○道垣内委員 日弁連の意見書がこちらにとじられているのですけれども、ここで示されている立場、あるいは、委員・幹事の弁護士の皆さんの立場でも結構なのですが、間接強制を必須のものとして前置するというに反対であり、（注1）、つまり、間接強制前置というのを原則として、例外として一発で直接強制するというのを認めるというものですが、そのような原則を採ることは妥当でないというお立場だというのはよく分かるのですけれども、裁判所の判断によって、当該事案ではまずは間接強制にしてください、ということとは排除されていないということなのでしょう。

○谷幹事 排除されているかどうかという点で言えば、排除はしていないというのがこの意見書の内容だろうと思いますが、逆に裁判所にその辺りの判断を委ねるべきだということろまでは言っておりませんで、そこは制度設計、今後の議論によって、いずれもあり得るというのが日弁連の現在の意見書の立場だろうと思います。

○内野幹事 ただ今、道垣内委員がおっしゃっていた部分も含めた意見分布を紹介させていただきます。

○松波関係官 本日席上にお配りさせていただきました暫定版は、飽くまで暫定的に意見の概要をまとめたものですので、全ての意見を精緻に分類しているわけではございませんけれども、試案の第3の2に対する意見の概要の部分では、注2の考え方に対する意見の分布を簡単にまとめております。そこで、ざっと各団体、個人の意見を見てみますと、間接強制を完全に廃止すると書いてある意見の中にも、二つの種類あるようでした。

一つは、間接強制と直接的な強制執行の先後関係については、基本的には債権者の選択に委ねるべきだという発想のものでして、日弁連などの幾つかの団体、個人から、そのような意見が寄せられました。

他方で、間接強制を原則として前置するわけではないけれども、ただ、直接的な強制執行との先後関係を完全に債権者の裁量に委ねるというわけではなく、裁判所において、間接強制から実施した方がいいのか、それとも、いきなり直接的な強制執行から始めていいのかというのを、個別具体的な事案ごとに判断すべきだという御意見もありました。これは早稲田大学研究会や大阪弁護士会といった団体や、個人から意見があったというものでございます。

このように、意見募集の結果としては、試案の注2の考え方を支持する意見の中にも、二つの異なる意見があるように感じております。

○山本（和）部会長 そういうことなのですが、道垣内委員、更に何かございますか。

○道垣内委員 それはいずれになるのかという話を抜きに、間接強制前置をやめようという結論というのは出せないような気がします。意味が全然違いますよね。

また、試案の（注1）に賛成しているというのは、実は必然的に試案本文に賛成することになるのですね。そうすると、本日の暫定版の取りまとめでは、（注1）に賛成している家庭問題情報センターは、本文に賛成している者として掲げられていませんが、やはりここにも家庭問題情報センターを入れるべきではないかという気がします。これでは、試案本文への賛成意見がいかにも少なそうではないですか。

○山本（和）部会長 ありがとうございます。

いかがでしょうか。

今の道垣内委員の御指摘は誠にそのとおりで、谷幹事の方から、まだそこは今後の制度

設計次第ということですが、そういう方向性を採るのであれば、当然そこはかなり考えていかなければいけない問題になろうかと思えます。その辺りの議論も、あるいはやはりこの本文でいいのだという御意見も、今回のこのパブリックコメントの結果を見て、今まで御発言あった委員、幹事からも再度御発言をしていただいで結構ですので、是非。

○道垣内委員 もう1点、日弁連などの意見で、債権者は、子の心身の状況や債務者の行動について最もよく知っているのだから、債権者が執行方法を選択するのに最も適した人なのだという意見は少し無理があると思えます。引き渡してもらいたいと思っている人が、多くの人の利害関係の判断について最も優れた判断できる人たちなのだというのは、おかしいと思えます。

○山本（和）部会長 ありがとうございます。

○阿多委員 日弁連の委員は、当然、債務者側の代理人を経験している者もおりますので、その辺も踏まえた意見かと思えますが、ちょっと別というか、先ほどお話いただいた、御紹介いただいた大阪弁護士会の意見のところ少し、日弁連意見とのニュアンスの違いがあるものですから。

この二つ目のぼつで入れていただいでいますように、元々の試案自体が必ず間接強制を前置しなければいけないのかということであったものですから、それに対してはその必要はないのだという形の、まず回答をさせていただいているつもりです。その上で、結局、僕は逆に道垣内委員が御指摘された、裁判所の方が間接強制の方が望ましいのではないかと、それは途中、債権者の申立ての際にいろいろ審尋、面談して、そういうほうが望ましいというのであれば、それは当然、谷幹事とはちょっと違って、それはあり得る手続だと思っていまして、裁判所が何が最も望ましい、子の福祉も含めて望ましいのかということ判断いただくのが、制度としては、個別の案件の処理も含めていいのではないかという形で、大阪弁護士会の意見は作成させていただいています。

ただ、実際判断できるのかという多分御疑問が出てきて、この上のぼつからすると、一番分かっているのは債権者ではないかというふうに引きずられるのではないかということについては、従前からもろもろの資料、調査官の報告なり、さらには批判はありましたけれども、審判の際の当事者のやり取り等を踏まえた上で御判断いただくというような形で、その他の情報も入った上で判断はされている形で、ある程度情報の客観化というのも図れるのではないかなというふうに。

今回の必ず、必置についてのお話ですので余り深入りしませんけれども、考えている制度としてはそのようなものですので、一応触れておきたいと思えます。

○山本（和）部会長 ありがとうございます。

○村上委員 私どもの団体としては、パブリックコメントでは試案本文に賛成の立場での意見をさせていただきました。執行の場面で、なかなか債務者がお子さんを引き渡してくれないという問題が様々生じているのだらうということは、これまで御意見も頂いているので承知はしており、理解もしているのですけれども、ただやはりこの手続法として定めるときには、山本委員からもありましたけれども、在るべき姿はどういう姿が望ましいのか規律した上で、例外はどこまで認めるのかというような議論をしていくべきではないかと思いました。

その際、引き渡すのが人間であって子供であるということを考えれば、お子さんへの影

響だとか、やはり動産ではなく人間であるということを考慮した上で規律を考えていくべきだろうと。前から申し上げていますがけれども、任意の履行をどうやって促していくのかということも、なかなか難しいのだというお話もありますけれども、そこを置いた上で、いろいろな方策を考えていくべきではないかと思っております。

○**谷幹事** 先ほど、道垣内委員から御指摘のありました日弁連の意見の理由付けをどういふふうを読むかという点なのですけれども、確かに誤解を招く表現ではあるだろうとは思いますが。子の年齢や性格や心身の状況を最もよく知る者が債権者だというのは、何の理由もなしにこういうふうには書けば誤解を招くのかなと思うのですが、ただ、ここで想定しているのは、要するに執行の場面で、それについて意見を述べることができる者の範囲で言うと、やはり債権者が、その中では最もよく知っているだろうということだろうと思えます。裁判所がよく知っているかということ、これは当然そうではないわけですし、出てきた証拠で判断をするというようなことをございますので、やはり最も、その範囲で言うと、よく知っているのは債権者という意味で、こういうふうに申し上げたのだろうと思えます。

若干釈明になりますけれども、以上でございます。

○**今井委員** 間接強制前置を、先ほど言ったことの繰り返しになりますけれども、これを原則でマストとすることについては弁護士会は反対しているということであって、それは共通していると思うのですね。それは先ほど申し上げたとおり、それが果たして執行の円滑で心理的な抵抗の影響のないやり方として、任意の明渡しが可能かということについて、原則化するほどの理由はないのではないかとこのところだと思うのですね。

道垣内委員から御指摘のとおり、私もやはり債権者が「最も良く知る立場」というのはちょっと謙虚さが足りなかったかなと思えますし、「最も」は取るべきだとは思いますが、ただ、実際の事件に、債権者なり債務者の代理人になりますと、やはり事件をよく知っていることは間違いないので、そういう程度のことを言いたかったことだというふうには御理解いただければと思います。

それから、以後は私の個人的な意見ですが、債権者の判断によるということの意味ですが、これは従前から申し上げておき、やはり場面、場面によって最適な執行というのはいろいろあると思うのですね。そこについて、債権者が執行の手段として現行法でどれを選ぶかというのは原則ですので、そのことを言ったことで、それもより執行が円滑で実効性があるという選択を債権者の判断に委ねるというのが、この債権者という意味だと思います。

それから、これはむしろ私は個人的にはそっちの方に近いのですが、執行機関を裁判所にさせていただいて、執行計画みたいなものを関係者と協議し、その都度、そういう中で、もしかしたら間接強制がいいという選択肢があるのかもしれないというようなところで整理を個人的にはしてございます。ただ、それにしても、間接強制自体が、選択肢といえども、本当にいろいろな場面で任意の履行に寄与するのか、どうもその辺のイメージが湧かないというのも実感でございます。

○**阿多委員** 村上委員の方から、できるだけ任意の履行をというお話が出ましたので、御承知だと思いますが、一応念のための確認なのですけれども、この執行の場面になるまでに、任意の引渡しの話合いが一切なされていないわけではなくて、ハーグでも途中、調停が入りますし、こちらの手続でも、当然本案の審判の段階での話合いがなされて、結局それが

うまくいかなくて債務名義ができていますと、そういう状況ですので、それまで何度も試みられている、それでも実現しない場面で強制執行としてどうするのかということだと思いますので、いきなり子の引渡しについて強制執行が任意の話合いなく試みられているわけではないということは御理解いただけたらと、それはちょっと補足しておきたいと思います。

○山本(和)部会長 ほかにかがでしょうか。

○道垣内委員 私が債権者に判断させるということの理由がよく分からないということに対して、谷幹事の方からの御説明を頂きましたが、債権者が一番よく知っているのであり、裁判所は証拠しか見ることができないのだからというのだったら、そもそも引渡請求も、債権者が主張すれば引渡しを認めていいではないか、裁判所が判断しなくてもということになりそうで、全ての破壊ではないかと思います。やはり無理がある論理だろうと思います。

もっとも、私が発言を求めたのは、そのことが言いたいわけではありません。意見分布の整理の仕方です。意見書本体を読みますと、広島弁護士会は、個別事案ごとに個々の子の福祉を考えた強制執行を採用すべきであると言っているわけですし、債権者に判断させるとは言っていないのではないのでしょうか。これに対して、二弁は確かにそう言っています。ということですので、弁護士会の意見分布としても、債権者に判断させるべきだと主張されている団体だけではないということは申し上げておきたいと思います。

○谷幹事 別に正面からかみ合った反論をさせていただくものではないのですけれども、そういうことではなくて、ここでやはり債権者の選択に委ねるべきかどうかという観点から見るときには、やはり債権者というのは具体的な状況を踏まえて間接強制がふさわしいと思えば、やはり間接強制をしているのだらうと思うのですね。それが年間30件というところに表れているのだらうと思います。

いずれにしても、それはもう具体的な状況によるわけで、とりわけ恐らく債務者が応じるかどうかとかいうようなこと、あるいは逆に直接強制をやろうと思っても、いろいろな障害があるなというふうな判断で間接強制をやるというようなことなのだろうと思いますので、であるとするならば、それはもう本当に具体的な状況によるわけで、何というか、こういう言い方をすると非常に不遜な言い方になるかも知れませんが、立法者が間接強制がまずいのだというふうに決め付ける根拠というのは、私は基本的にはないのだらうと思うのです。それが、やはり今までの実務が示していることだらうと思います。

○垣内幹事 大変難しい、悩ましい問題で、この部会が始まった当初から私も難しいと思って悩み続けているところなのですからけれども、間接強制が仮に実施されて、それに応じて債務者が、これを任意と呼ぶかどうかというのはやや言葉遣いを気を付ける必要があるかもしれませんが、直接的な強制によらずに引渡しをしたという場合については、それは執行官が行って直接的な強制をするという場合よりも、子の心身に与える影響が小さいという評価は、一応、抽象的にはあり得るものであって、ハーグ条約実施法はそのような評価を前提にしているということではないかというふうに理解をしております。

その限りでは、間接強制によって当該債務名義に記載された結果が実現されるということは、子の福祉にかなう側面が抽象的にはあり得るということなのですからけれども、問題が非常に悩ましくなるのは、いろいろなところで出てきております、実効性の問題がやはり

一番大きいのではないかと感じておりました、債務名義の内容も、また子の福祉はいかに在るべきかという点をも考慮した上で、子を引き渡すべきであるという権利義務を確定しているということであって、それが実現されることが子の福祉に資するという側面ももちろんあることは否定できないと思います。

そうしますと、問題は、間接強制が前置されることによって当該債務名義の結果の実現が損なわれるということが仮にあるのだとしますと、これは子の福祉という観点から見て、結局子の福祉は害されるということになるのではないかというのが、この本文の考え方に反対する意見の主要な根拠ではないかと思っております、私はその考え方自体、つまり強制過程において子に与える影響と、実際にその結果が実現されることによる子の福祉の実現ということ、この双方を見なければいけないということではあると思いますので、一方だけを取り出して問題を論ずるということは適切ではないのだろうというように思います。

ただ、実効性の問題については、先ほど山本克己委員の方からも御指摘ありましたように、立法事実と申しますか、実情については、まだ事案は比較的乏しい状況にあって、その詳細についても必ずしも解明されていない部分があるということがありますし、またその間接強制に債務者が応ずるかどうかということを考えてときに、後に控えているのであろう直接的な強制執行の手続は、どの程度実効性のあるものとして用意されているかということがやはり非常に重要な問題で、仮に、その直接的な強制執行が非常に実効性があって、その段階に至れば、もういや応なく引き渡さざるを得ないのだというように考えざるを得ない状況であったとすれば、間接強制の段階で応じるということも、今の状況よりは合理的に考えられるということもあり得るわけですので、そこは直接的な強制執行の手続がどの程度実効性のあるものとして整備されるかということとも関わる問題かと思えますけれども、しかし、仮にそちらには限界があるということであるとしますと、少なくとも常に間接強制を前置しなければならないということではよいのかどうかというのは、私自身は疑問があるのではないかというように現段階では感じておりました、少なくとも注1でしたか、一定の例外を設ける、あるいはその例外の内容についても、なお検討の余地があるのではないかというように現段階では考えております。

○**松下委員** このパブリックコメントの結果を拝見していると、少し強い言い方をすれば、間接強制ってそれほど頼りにならないものかという感想を抱きます。

間接強制というのは、先ほど垣内幹事から御指摘があったとおり任意の履行という言葉は使われますけれども、それは、しかし、強制された結果なのであって、債務名義があるだけでは、当然その権利が実現されるわけではない、子を引き渡すまで1日幾ら払えという強制をかけられて、初めて子供を引き渡す立派な強制執行になります。それで、子の心身への影響を考えると、任意の履行、任意の引渡しが見たいというのは恐らく異論のないところでしょうし、そうだとすると、執行官の有形力の行使のない間接強制を原則としては優先するというのは、それは、まずそこからスタートすべきなのだろうというふうに考えます。

もう既に少し古い話になりますが、平成15年、16年の民事執行法の改正でも、そのときにも、間接強制の補充性を一部排除して、やはり直接強制できる債務、あるいは代替執行できる債務であっても、間接強制で括弧付きで「任意」で履行されるのであれば、そ

れが望ましいという考え方があったわけで、それと通底する考え方であろうと思います。

その上で、しかし、例外がやはり必要な場合があるわけで、その実効性に疑問があるという御指摘は、それはそれでよく分かりますので、注1のような例外を設けるということは考えられます。また、これまでの立法でも、扶養料等に関わる強制執行で間接強制を選択する場合に、例外として、支払能力を欠くために金銭債務を弁済できないとか、債務を弁済すると生活が著しく窮迫するというような場合には間接強制は選べないという規定がありますけれども、特に後半の方ですね、お金がない人に間接強制を掛けても意味はありません。ただ、過酷な執行になるだけですので、例えばそういう事情を例外として考えるなら、それは今後考えるべきことなのだろうと思います。

さらに、今日の資料では、1ページから3ページにかけてハーグ条約実施法との関係、その整合性が議論されていますけれども、既に3ページの上の方で書かれているとおり、債務者の負う義務の内容や、債務者の協力を得る必要性の違いで、これは説明できるのではないかと思います。その資料の後の方で、それで説明が足りているのかという疑問が提起されていますけれども、しかし、どのような場面でも子の福祉が最優先事項であって、だから原則は間接強制優先で、ただしその次の段階で、もし子の福祉が間接強制前置に勝るものであれば、注1、あるいは更に増えた例外が認められるということで整理するのでよろしいのではないかと考えます。

長くなりましたが、以上です。

○阿多委員 垣内幹事、更に松下委員の方から、間接強制についての実際の効力なりのお話がありました。15年の改正のとき、なぜ入れられたのかも思い出しながら……。

ただ、ここでやはり理念とは違って実際にどれだけ、先ほど統計的なものも、数が少ないから分析しなければいけないというお話もありましたけれども、弁護士だけではなくて裁判所側からのパブリックコメントの回答においても、この暫定版に裁判所の回答が挙げられているのですが、私が読むのもあれですが、「子に対する愛情があって任意に子を引き渡さない債務者に対する執行方法として、間接強制による実効性には疑問がある上」と、裁判所も実際には効果がないというような形で整理されていて、さらには「債務者による執行抗告等を招いて、執行の実現に至るまでの期間が長期化するおそれが高いとの指摘があった。」という御指摘があります。

経済的な問題であれば、経済的合理性を前提に人が判断するわけで、いわゆる強制金の高とか、それが積み重なっていくことの意味で、「任意」と括弧が付いた履行を選択するというのは分かるのですが、聞きしに及ぶ限りにおいて、正に強制執行の場面では経済的合理性うんぬんではなくて、正に感情的な部分で判断されることが多くて、間接強制を前置することによって、正に目的が実現できるのか、そこが問題なのではないかなと思っています。

ですから、理念は理解した上でも、やはりそのために実際は本案の部分の、本案で意図している子の福祉が実現できないというのが実情なのではないかということ踏まえて、やはり制度というのは、新しく制度を考える上ではお考えいただきたいと。よその意見を引っ張ってきて補足するのもあれですが、そのように考えます。

○山本（和）部会長 ありがとうございます。

いかがでしょう。

○柳川委員 子供を引き渡しなさいという債務名義が存在していますので、正当な権利者は当然守られなければならないと考えますが、子供の権利が実現されることが大前提だと思います。

それから、個々のケースが個別具体的な処理をしなければとても対応できないものではないかとも思っています。債務者にしろ、債権者にしろ、いろいろな人がいて、いろいろなケースがありますので、一律に線を引くというのはなかなか難しいだろうと思っています。

私は間接強制を前置していただきたいと思っているのですが、例えば直接強制を導入するにしても、債務者と債権者の状況、その行動、現在置かれている子供の環境、学校の状況などを知っているのは、実際に事件を扱った家庭裁判所であるので、執行裁判所と家庭裁判所の連携——執行裁判所にそういう権限や機能を持たせるのかどうかは疑問ですが——きちんと整理されておれば今後双方の親がどういうふうに関わっていくかということも踏まえた判断ができるのではないかと思っています。ですから、子供の将来を見据えた、子供にとってよい選択は何かという観点で処理をしていける、そういう手続になればよいと思っています。

○成田幹事 阿多委員から裁判所のパブリックコメントの結果についてコメントがありましたので、一応、言い訳だけはしておきたいと思います。

本文の規律について問題点の指摘は相当数あったとありますが、これは実を言うと賛否は結構拮抗しておりまして、庁によっていろいろな意見があったところがございます。そして、実務上の指摘事項として掲げさせていただいた意見というのは、ある特定の庁の意見ということになりますので、みんながみんなこういうふうに思っているわけではないということだけ、一応コメントしておきたいと思います。

○今井委員 今の意見と阿多委員の意見に関係するのですが、こういう話をしようと思っていたら、ちょうど裁判所の意見を阿多委員が読んでくれました。

実効性という観点と、それから任意の履行を促すのにふさわしいかどうかという観点があると思うのですが、間接強制は結局、履行しなければ間接強制金がかさんでいきますよということですので、それが正に任意の履行を促す動機付けに果たしてなるのかどうか、逆に言えば、それほどかさむのであれば、今、子を抱えている、絶対渡さないというお母さんが抱えていて、間接強制金が増えますよと、では、お母さんが渡すという、そういうような制度として執行力を担保する制度として、当該債務名義の中身が金銭ではなくて子の引渡しだということに、この間接強制金という制裁というか、担保機能というか、そういうものが果たしてフィットするかどうかということは従前から疑問であったのですが、そういう意味では、裁判所の御説明が今ありましたけれども、こういう言い方にもなるんだなというふうに考えまして、要するに、子の引渡しの債務についての間接強制が、果たしてそれが非常にふさわしいのかどうかという観点、実効性という点を考えますと、私は大いなる疑問があるということはずっと考えていまして、少なくともこれを前置しなければならないという制度設計をするまでの合理的な理由はどうしても見当たらないと、そういうところでございます。

○青木幹事 簡単ですが、意見を申し上げさせていただきます。

私は、直接強制の前にワンクッション置くといいますか、債務者の背中を強く押す機会

を設けたほうがよいと考えまして、その手段としては、ハーグに倣って間接強制がよいのではないかと考えました。間接強制による方法の実効性ということが問題になっているのですけれども、確かに間接強制だけだと、お金を払い続ければ維持できるということもあるかと思えますけれども、2週間経てば直接強制も控えているということもありますので、セットで考えれば、これも実情に基づかない、頭で考えただけですけれども、債務者自身による引渡しを実現されるという場合も、ある程度あるのではないかなというふうに考えております。

それで、例外を設けるかどうかというのはちょっとまだ考えているのですけれども、事情に多様な場合が考えられるので例外を設けると、あるいは事情に応じて判断するということが望ましいようにも思いますが、意見の中にも出てきているように、例外を設けることで、それをめぐって争われて、結局引渡し、直接強制まで長期化するということになるのであれば、もう一律に間接強制を設けるということもあり得るのではないかなというふうに考えております。

○阿多委員 青木幹事から、審理期間のこともお話がありましたので。

御指摘のとおりハーグに倣うのであれば2週間なのですが、もう既に御発言の中にもありましたように、谷幹事の発言にもありましたように、執行抗告と、それで記録が行き交いして、そのために数か月を要するというような報告まで受けていますので、この2週間、一部、2週間待てばそれで終わるではないかというお話があるのですが、必ずしもそれは、何度も出てきます実効性というところでは、意味を持たないのではないかと考えています。むしろ、これは垣内幹事からもありましたけれども、後の直接強制をどう構成するのかわかると、それがプレッシャーになって間接的に実効性を高めるのではないかとということも、今後また同時存在のところでも議論等が出てくるとは思うのですが、やはり弁護士会として御提案しているのは、これは柳川委員の御質問に対する回答も含めてなのですが、やはり執行機関を執行裁判所と位置付け、執行裁判所の方にいろいろな情報を集めて、私自身は債務者審尋も、今の間接強制を前提とすると入るんだと思うのですが、債務者からの事情も聞き、債権者の申立ても踏まえて、それで裁判所の方がこの方法がいいというふうに判断した方法に基づいて執行するのが望ましいのであって、必ずまず間接強制を前置した上でないと次に進めないというふうにする必要はないと、そういうふうに思っています。

○山本（克）委員 執行抗告の件ですが、これは私はハーグ条約実施法のときにここを十分に検討しなかったのがまずかったのだろうというふうに考えています。というのは、間接強制は必置なのですよね、必ずやれと言いながら、執行債務者側の方の執行抗告を認めるというやり方、しかも執行停止効があるというやり方が本当によかったのかどうかということを議論すべきだというふうに考えます。

つまり私は、間接強制が必置なんだから、申し立てられたら基本的に裁判所は受けるべきであって、例外事由の場合はちょっとまた別途考えなければいけません、間接強制を必置だというふうにしてしまう以上は、仮に執行抗告に意味があるとすれば金額の問題だけです。金額については執行抗告で争うことを認めるけれども、執行停止効はないというような形で組むということ、これはハーグの方も合わせてやらざるを得ないと思いますが、そういう手段というのも十分あるのではないのでしょうか。

○山本（和）部会長 ありがとうございます。

おおむね意見の分布は確認できたのではないかと思います。ただ、収束を見ているかという、あるいはより拡散している部分もあるように思いましたけれども、パブリックコメントを経た第一段階の議論としては、この程度ということによろしいかと思います。

○佐成委員 一言だけ発言させていただきたいと思います。

余り産業界として定見があるわけではないのですけれども、一つ申し上げたいのは、先ほど谷幹事から御指摘いただいているとおり、現状、ハーグ条約実施法とは異なる取扱いが長年行われてきた事実があるということは、やはり実務家として非常に重く受け止めております。そういう意味で、ハーグ条約実施法があるということとどう調和させるのかというのが、非常に悩ましい問題だと感じておまして、うまく調和ができるのであれば、(注1)のような形で、何とかここを調整できないかというのが、私の現時点での意見でございます。

○山本(和) 部長 ありがとうございます。

それでは、もう既にこの問題、直接的な強制執行の手続がどの程度実効的なものかということによっても左右されるという御意見もございましたが、それとの関係で、資料の第2の部分ですね、いわゆる同時存在、子が債務者と共にいることというのが直接的な強制執行の手続の要件となるかどうかと。

これも、またかなり議論が従来二分、三分されてきた問題かと思いますが、この点についても、今回のパブリックコメントを踏まえてどの点からでも結構、どなたからでも結構ですので、御意見を頂戴できればと思います。

いかがでしょうか。

○勅使川原幹事 所属大学の研究会でもパブリックコメントは出ているところですが、ハーグ条約実施法との関係ですが、ハーグ条約実施法は同時存在を要求しているということにも、やはり子の精神的負担の一番緩やかな状況でということだとすれば、逆に同時存在することが余計な高葛藤を生んでしまうというシーンですね、資料で申しますと5ページの2段落目ぐらいにあるという事柄があるのだとすれば、その部分としては同時存在はむしろ外すほうが、子供の心的負担を軽減できるということで、本文の3の(1)のイにあるような、こういう規律の方が望ましくて、それは別にハーグ条約実施法の精神とも矛盾するものではないのではなかろうかというふうに考えているところでございます。

○山本(和) 部長 ありがとうございます。

ほかにいかがでしょうか。あるいは裁判所の方で、この実務の状況等について、もし御紹介していただけることがあるのであれば。

○成田幹事 分かりました。従前も申し上げていたところかもしれませんが、繰り返しをいとわず申し上げたいと思います。

裁判所としましては、平成22年以降、各庁から報告を求めておまして、平成22年の完了率は48.3%だったようでございます。ところが、これが少しずつ下がっていきまして、ハーグ条約実施法の施行されたのが26年4月ですが、26年は25.2%まで落ちております。その後、27、28年と若干戻り、27.8%ずつになっていると。今年、平成29年の9月までの数値ではありますが、完了率33.3%という状況でございます。なお、事件数としましては、100件弱から150件ぐらいのところを行き来している状況です。

それから、国内執行に関する執行不能の理由につきまして、若干御紹介させていただきますと、やはり債務者の抵抗又は子の拒絶がやはり多うございまして、大体全体の、複数回答もありなので、ちょっと両方とも拒絶している、ないしは抵抗しているという場合もあり得るのかもしれませんが、執行の事案の大体6割ぐらいが、そういった債務者の抵抗又は子の拒絶で不能に至っているというのが、平成27年、28年辺りの状況でございます。

平成29年から、債務者の不在がどれぐらい影響するのかというのも調査をしてみたのですが、平成29年9月までの段階で不能の件数は31件ありますが、そのうちの6件が、債務者の不在で執行不能に至っているという回答を得ているところでございます。

○山本（和）部会長 ありがとうございます。

今のような状況ということでありますけれども、いかがでしょうか。この同時存在というのについて、パブリックコメントの意見もかなり分かれているように見受けられますけれども。

○阿多委員 成田幹事の方から数字を頂いたのですが、ちょっと数字についての受け止め方を確認させていただきたいのですが、29年度の途中の分として31件中6件が債務者の不在が理由でという説明がありましたが、これは債務者の不在が理由で執行できなかったという理解でよろしいのですか。

○成田幹事 執行不能の理由として挙げられたものの中で6件が債務者が不在であったということになります。

○阿多委員 そうすると、残りの25件は債務者がいらっしゃるところで執行しようとしたけれども、先ほどの御説明では、不能理由の6割が債務者自身の御抵抗ないしは子の拒絶という形になるのですか。年度が違うから、もしかしたら捉え方としては違うのかもしれないのですが。

○成田幹事 年度が違うので、ちょっとそこは、必ずしもそこまではいきませんが、平成29年だけを見ますと、債務者の抵抗で不能に終わったのが10件というふうに聞いていますので、それほど多くはないのかなど。他方、子の拒絶につきましては18件、これは複数回答もありますので一概には言えないのですが、そういう状況でございます。

○阿多委員 気にしていますのは、債務者の抵抗で不能になったというのが、この同時存在を、変な言い方ですが、要件としなければ、執行が実現できたというふうに捉えるのか、全くそれは別の問題なのかというところで、執行不能率についてもお話があったのですが、一つは不在が理由でできないというのと、いらっしゃるけれども、債務者の抵抗があるためにできないというのが、仮に同時存在要件が外れることによって執行が実現できるんだという形で受け止めるのであれば、かなり執行率は上がるふうに理解をしますが、そういう数字の捉え方でいいのか。非常に変な質問ですけれども、この数字の意味がどうということになるのかということなのですが。

○成田幹事 なかなかお答えが難しいところなのですが、結局、阿多委員の御発言をストレートに受け取れば、債務者がいない状況で連れて行ってしまえば執行ができるのではないかとということになるかと思うのですが、果たしてそのような執行が本当に相当なのかというのはまた別途考えなければいけない問題でございまして、多分、子供から見ればほとんど拉致に近いのではないかとこの嫌いがありますので、やはり子の精神の安定という観点

からすると、かなり難しいところなのかなと思うところであります。

○阿多委員 続けての発言よろしいですか。

もちろん拉致にならないように、従前から山本克己委員等から、債権者自身が正に臨場して同席しているところでの執行というか、むしろどういう形で執行の方法を組んでいくのかというお話だと思うのですが、今の数字の受け止め方として、少なくとも6件とか、さらには債務者の抵抗うんぬんについて、物理的に執行ができなかった部分がかかり、その他の要件を整備することによって実現できるのではないかと。やはりそうすると、同時存在というのは、現時点では実効性を妨げている要素になっているのであって、同時存在は要求すべきではなく、他の要件で代替していくべきではないかと、そういうふうな形で結びだけしておきたいと思いますが。

○内野幹事 結びだけではなく、どのような要件及び条件の下でやるのかというところがないと、恐らく結論を披露しあうだけになってしまい、成案が見えてこないと思われまので、是非、もう一言そこを付け加えていただければと思っています。

○阿多委員 これは、今日の後のところの執行力の話は全く度外視してという形になると思うのですが、結局執行方法として、子に対する影響が、ここでも、先ほどの御指摘でもありましたけれども、高葛藤の場面とかがやはり問題になるわけで、そうならないようにというので従前から出ているのは、拉致ではない、債権者自身の存在、さらには専門家の臨席とかというような形で、また、執行場所についてもどこでもいいということではなくて、私自身はやはり執行裁判所が債権者から子供の生活状況等についての情報を得て、どこで執行するのが適切なのかと。執行裁判所が中核となつていろいろな執行方法について検討していただいて、最も子の負担が小さい方法を選択すると。抽象的な形で申し上げていますが、そうすることによって同時存在で考えていた、同時存在することによって債務者が子供を安心させるという部分に代替する要件は充足できるのではないかと、そういうふうに思っています。皆さんからの御意見を、たくさん頂いてもらったらと思います。

○山本（和）部会長 ほかにいかがでしょうか。

○谷幹事 この同時存在の関係も、ハーグ条約実施法ができる前の国内の引渡しにおいては、別に同時存在ではない場面での執行というのはかなり行われていたというのは実情だろうと思います。私自身も何件か経験をしたことがあります。具体的には保育所とか学校へ行って、そこで執行するというので、現実に監護する債務者がいない場面で執行している。

問題は、そういう場合に、では、その子供が混乱をすとか、様々な形で子供の心身に悪影響を及ぼしているのかどうかということが問題なのだろうと思うのですけれども、これは恐らく場面として、単に抽象的に考えれば、今までの環境から全く切り離すというふうに単純に思われるのかも分かりませんが、国内の引渡しの場面では、大体親同士の争いであって、それでいずれかが監護者としてふさわしいと。そういう判断がなされる前提としては、債権者と子供とのつながりというのが、やはり基本的にはあるという前提の下で判断がなされて、それで引渡しの債務名義が定められるということになると思いますので、そもそも全く知らないところへ子供を連れていくわけではなくて、子供との間のかかりの高い親和性がある債権者の下へ子供を連れていくという場面を想定していただければいいのだらうと思うのです。

だから、そういう場面では、債権者の方が、執行が終わった後で子供に説明をするとか、様々な形で普通はやると思いますし、それで特段、何らかの子供に混乱が生じるとかいうふうなことが、それは今までの、取りあえず昨日まで寝泊まりしていたところから離れるという意味では、それは混乱が生じないわけではないだろうとは思いますが、それほど悪影響を与えるような混乱が生じるというものではないというふうには考えるべきだろうと思います。

それで、あわせて、先ほどからの議論にありますように、執行場面における子供の福祉と、債務名義の実現という意味での、ある意味では長い目で見た子供の福祉という両面を見ないといけないという観点から見ても、債務名義が成立して、それでそれを迅速に執行するということが、長い目で見た子供の福祉に資するということからすると、全体として、執行の場面で債務者がいる場面でないと、心身にそれほど、長い目で見た子供の福祉との関係に、更にそれに勝るほどの執行場面での債務者と一緒にいることが子供の福祉に必要なというような状況ではないだろうというふうには、今までの実務的な感覚からすれば思います。

○山本（和）部会長 谷幹事の御意見としては、同時存在は基本的には不要であるということですね。

○谷幹事 そういうことです。

○山本（和）部会長 それは執行官の判断に委ねるというか、どこでどういう形で執行するかというのは、執行官が判断をするということで構わないということですか。

○谷幹事 立て付けとしてはそういうふうになるのだろうと思います。これも恐らく債権者との相談の上で、具体的な場面を想定しつつ、いつ、どの場所で、どういうふうに執行するのが妥当かということと相談しつつ、最終的には執行官が判断ということになるのだろうと思います。

○山本（和）部会長 そうすると、阿多委員が言われている案とはやはりかなり違う案を想定されているという理解でよろしいでしょうか。

○谷幹事 そこは必ずしも、これも具体的に誰が判断するのかということについても幾つかの考え方があられると思いますので、取りあえず現状の下での、現状といいますか、ハーグ条約実施法ができる前の実務の在り方、執行官が判断するという在り方だったのですが、それに特段の問題はないというふうには今考えているところでございます。

○山本（和）部会長 分かりました。

ほかにいかがでしょうか。

○山本（克）委員 私は前から言っているように、債権者が少なくとも、直ちに渡してもらえという状態であれば、同時存在というのは必ずしも必要がないのではないのかなという感じがしております。ただそれで、では、同時存在していれば、債権者が近くにいないのかということ、そうではないので、知らないおじさんに連れて行かれるわけですね、執行官は今のところ女性ゼロだそうなので、おじさんと言っておきますが、知らないおじさんに連れていかれることって、ある程度の年代の子になるとやはり怖いんですよね。中学生ぐらいになったらまた平気かもしれませんし、2歳児だともう駄目だと思います。1歳児未満だったら平気かもしれませんけれども、やはりすごく怖いことだと思うのですね。そういう意味では、直ちに債権者である新たな監護権を有する者というふうにされた

者が、やはり執行場所に立ち会って直ちに子を受け取るということは必須なのではないのかなという気がします。執行場所に出向けないような横着な債権者は、私は相手にすべきではないのではないかという感じがしております。

○山本（和）部会長 そうすると、この中間試案で言えば、債権者の執行場所への出頭という規定がありますが、ここは代理人も一応認めているけれども、これはあんまりだということでしょうか。

○山本（克）委員 代理人は駄目だという立場です。

○山本（和）部会長 債権者本人でなければいけないということですか。

○山本（克）委員 はい。債権者本人ではないと、やはり駄目だと。

○山本（和）部会長 それがあれば、（1）の同時存在の部分はもうなくてもよいという御意見ということですね。

○山本（克）委員 ええ、なくても構わないということですね。

先ほど、執行官の裁量性を強くやっていたからうまくいっていたというのですが、私はそれがいいのかどうかというのは、やはりちょっと検討する余地があるのではないかな。余りにも裁量権を与えると、裁量権を与えたら何でもうまくいくように見えますけれども、それは裁量権をうまく行使してくれたという場合の話であって、裁量権は必ずしも適切に行使されないというのは日常経験が教えるところですので、裁量に任せておいたらうまいこといくという議論はちょっと納得しかねるので、必ずしも谷さんとは意見は違いますが、しかし、結論においては今のような、債権者が執行の現場近くにいる必要があると。債務者が同時に存在する場合に現場に入っていくというのがいいのかどうかという問題は、これはまた別の話ですので、そこの辺りについてはもう現場で執行官に判断してもらわなければいけないと思いますが、即時に渡せるという状況の下で執行すべきだというふうに考えます。

○山本（和）部会長 そうすると、執行官が裁量を持たないということは、債権者が指定するということですか。ここで執行してくれということを経済者が指定して、執行官はそれに従ってやるということですね。

○山本（克）委員 はい、そうですね。あるいは、執行裁判所が執行機関であれば、あらかじめ執行裁判所とその辺りについて債権者が相談されて、執行裁判所が決めるというのもあり得ると思います。とにかく執行官に、あらゆる丸投げをしてしまうというのは反対であるということです。

○山本（和）部会長 分かりました。

○今井委員 山本克己委員に御確認なのですが、債務者の同時存在ではなくて、債権者が執行場所にいることは大事であるという趣旨は分かったのですが、代理人についてはそこに同席することは、それは構わないのですか。

○山本（克）委員 それは何も排除していません。債権者がいることであって、債権者以外の者がいてはいけないなんていうことは普通ないと思いますが。

○今井委員 理屈は抜きに考えると、同時に、何度も繰り返すのですが、債務名義で子の引渡しという債務名義ができてしまったという段階では、任意の引渡しができなかった状態ですから、そういう場面でジャッジされたので、引渡しの場面で債権者と債務者がいるという場面、これは理屈抜きに考えると、それは無理でしょうという印象が、その場面

で執行のところに両方がいたら、それは債務名義をとるまでの裁判手続の再現そのものであって、感覚で言っているのですけれども、執行という場面で、特に債務者がいなければならぬという必要性なりの理由が感覚的にはちょっと分かりにくい、もちろん執行の実効性という意味ですけれども。そういうところで、ただ、その方が子供に安心感を与えるというような説明があるのですけれども、本当にそうでしょうか。安心を与えるからといって、最終的には引き渡すわけですから、だから安心して今のお母ちゃんのところにいるのだよということであれば、それは安心になると思うのですけれども、結局安心をしているお母さんが、お父さんに渡すという場面の実効性が、本当に円滑に子供の心の影響を与えずにできるのかという場面から考えると、同時存在、それは無理でしょうというのが感覚的な印象です。

○山本（克）委員 それは私に対する質問なんですか。

○今井委員 違います。意見です。

○山本（克）委員 違うのですか、分かりました。

○今井委員 結局反対だということです。

○谷藤関係官 裁判所ですけれども、先ほどの成田幹事の発言を補足したいのですが、裁判所として同時存在を要求していることと不能の理由について、どういう関係があるのかというのをきちんと分析しているわけではございません。それで、先ほど債務者の不在で6件ほど、今年分について不能の理由になっているということを申し上げましたが、債務者が恣意的に立ち会わなかったかどうかについては、きちんと把握しているわけではございません。ただ、現場からは、債務者が子を抱え込んで離さなかったりとか、あるいは債務者が子に選択を迫るといったような例も聞いておまして、それが子の心身に悪影響を与えているという話は聞いているのですが、それが子の拒否につながっているのかどうかということは、まだはっきり分析しているわけではないですけれども、そういう可能性はなくはないのかなというところは認識しているところでございます。

○山本（和）部会長 ありがとうございます。

ほかにいかがでしょうか。これも重要な問題ですので、できるだけ多くの委員、幹事の現段階の感触をお伺いしたいところですが。

○谷幹事 ちょっとハーグ条約実施法との関係だけ、少し補足的に発言をさせていただきたいと思います。

先ほど、ハーグ条約実施法の執行がうまくいっていないかどうかという問題もあるのですが、いっていないとしたらどこに原因があるのかという議論が少しありましたけれども、これは一つはやはりハーグ条約実施法で同時存在の原則があるからというところは指摘されるんだろうと思っております。といいますのは、先ほども出ておりましたように、4件の代替執行の解放実施の申立てがあり、いずれも奏功していないということでございますけれども、経験をされた方などから聞くと、やはり債務者が子どもを抱え込んで離さないとか、あるいは子どもが債務者の顔色を伺って拒否をすとかいうふうなことで、やはり債務者と子どもが一緒にいるということに起因する理由といいますか、原因で奏功しなかったというふうな実情がやはりあるというふうな考えざるを得ないのかなと思っております。

したがって、それをハーグ条約実施法があるから、それと違った立法をするのは別の理

由が要するというふうな議論にはならない。今のハーグ条約実施法自体にやはり問題があるというふうに認識をした上で、立法を考えるべきだろうというふうに考えております。

○道垣内委員 私、結論として、債務者の同時存在というのが必要でないということになっても、別段何の異論も持つわけではありません。と申しますか、私には十分な判断能力がないわけですし、必要ないと皆さんがおっしゃるならば、あえて反対をするつもりはないということです。ただ、先ほどのハーグ条約実施法との関係で言うと、やはり日本の法律なわけですから、日本の法律としてコンシステンシーを持った説明ができなければならぬと思うのです。しかるに、他方で、ハーグ条約実施法の方が条約との関係で、そこら辺りを改正することができないということであるならば、その違いについては、それなりの説明を施すというのが必要で、ハーグ条約実施法はやはりうまくいっていない、あれはまじりかたのよねということでは、やはりまずいのではないかという気がします。

そして、その上で、本日の部会資料における5ページで、債務者の協力を得る必要の程度の違いに着目した説明が考えられているのですが、これですと、債務者をどうやって協力させるかという問題であって、例えば、国際的な執行ですから過程かもしれないが、現在の監護者のところから引き離すという手続をする際に、債務者が同席が必要であるという理由には、必ずしもなっていないのではないのではないかという気がします。

では、どういうふうに説明をすべきなのかということ、私に結論があるわけではないのですが、ハーグ条約実施法に従って子の引渡し認められるのは、やはり非常に制限された状態、要件の下でのみ国際的に認めるということになっているのであって、理論的に考えると、本当は同時存在というのは国際的な子の引渡しでも必要ないのかもしれないけれども、各国が共助して、行政機関みたいなものも共助義務を負って執行するという制度枠組みにおいては、より慎重な、何の文句も出ないような状況だけで認められるとか、そういった説明をせざるを得ないのではないかなという気がしています。ハーグではうまくいっていないからという理由は、必ずしも、日本の法を説明するに当たってはどうかかなという気がしております。

○阿多委員 道垣内委員の意見、十分理解はしているつもりなのですが、ハーグ条約に拘束された内容としての立法の部分なのか、そうではなくて、ハーグ条約の実施法を制定する際の議論の結果、こうなったのかという問題は、要件、要件で異なる答えになるかと思えます。ちょっと手元に資料がないのですが、同時存在原則が条約の内容になっていて、その実現になったかどうかというのは、必ずしもそうではなかったように思っていますので、それだけ補足しておきたいと思えます。

○山本（克）委員 同時存在は条約上の要求ではない。国内法で独自に作った。

○道垣内委員 その点は、私の勘違いです。失礼しました。

○垣内幹事 今回のハーグ条約実施法との関係に関してなのですが、私自身は前にもこの会議で発言をさせていただいたかと思えますけれども、5ページに書かれていることよりは、むしろ3ページの方で、間接強制前置の関係で記載がありますけれども、義務の内容がやはり違うということが一つはあるのではないかというふうに考えておまして、ハーグ条約実施法の場合ですと、要は債務者から子を引き離すということに主眼があるのではなくて、その子が元の国に戻るということに主眼があるのであって、それは別に債務者は共に戻るということも全く差し支えがないということであり、むしろ、それがもし仮に実現で

きるのであれば、その方が子の福祉にもかなうのではないかと考えられますので、そういう観点から、債務者と子が同時にいるときにそうした強制に及ぶという、そこで最後の説得も含めてということになりますけれども、ということに、一定の合理性があるという説明もあり得るのではないかとこのように考えておりました。ただ、どの程度それで区別が正当化、合理的に説明できるのかというのはいろいろ御議論があるところかと思えますけれども、この5ページの場面でもそういうことは言えるのではないかとこのように私自身は考えておりますので、その点が一つと、あと関連しまして、この部会ではもちろん民事執行法の問題ですけれども、実効性等々の観点でハーグ条約実施法について、同時存在の原則を維持するということが本当にいいのかどうかというのは、また別途問題としてはあろうかと思えますので、一応、区別は可能であるとしても、だからハーグの方はそれでいいということにこの部会で決めましたということでは、ないのだろうというふうに理解しておりますので、その点もちょっと付言させていただきたいと思えます。

○山本（和）部会長 その点は言うまでもなく、本部会はそもそもその点については諮問されていませんので、そのハーグの問題は、もし仮にそこに問題があるとすれば、別途どこかで検討していただくということになるのだろうと思えますが。

それで、垣内幹事の御意見としては、この問題はどのような感じでお考えかということまでお話を頂ければ。

○垣内幹事 結論としては、同時存在は、少なくとも絶対に必要ということではないだろうというふうに考えておまして、中間試案のような規定振りでもそれなりの合理性はあるのではないかとこのように私自身としては考えていたところです。

○山本（和）部会長 ありがとうございます。

ほかにいかがでしょうか。

○柳川委員 私は、子供は双方の親に愛されて育っていく権利を持っているものだと思います。ですから、今回大人の争いで子供が非常に厳しい、高葛藤状況に置かれることになるわけですが、今後子供に対して親たちがどういうふうに関わっていくかという話合いがきちっとできていることが非常に大事だと思います。今後の見通しについて双方が確かなものを持っていれば、話合いができていますので、同時存在でなければという必要はなくなります。親たちがどういうふうに関わり合って、子供をしっかりと大人に育てていくかという話合いを持つことがとても大事ですが、現実にはそういったシステムがうまく機能していない実態があります。子を巡る争いをしたまま、強制的に子供を片一方の親に渡してしまえば、もう一方の親は拒否された形になっている現実があるので、面会交流等についてきちんとしたシステムとルールづくり大事ではないかと考えます。

○佐成委員 現時点での感触ですけれども、私は基本的には、この試案本文の考え方がよろしいのではないかと感じております。ハーグ条約実施法があるものですから、やはり実定法として存在しているものを無視するというのはなかなか難しく、いきなりこれを併せて改正ということにもならないでしょうから、そうすると、現在の実務との連続性とか、そういったところも踏まえ、やはり試案本文の考え方というのは実務的な感覚からすると非常にバランスがいいのではないかとこのように認識でございます。

○山本（和）部会長 ありがとうございます。

ほかにいかがでしょうか。

○内野幹事 それでは、意見募集の結果などを踏まえました感想なども含めてですが、日弁連からの御意見は、原則不要だというふうなところは出ているところはあるのですが、一方で、単位会の意見なども参照してみますと、むしろ原則例外という区分けの仕方が問題だというような表現振りになっていたりもしております。ただ、中間試案そのものは、ある程度裁判所の考慮事情を例示するなどして、相当と認めるときは不要だというような、つまり裁判所が執行条件を定めていくに当たって、一定の指針を与えようとしているわけですが、そういう観点から見ますと、日弁連の御意見と中間試案との違いはどの辺りにあるのでしょうか。本日も冒頭、阿多委員から、執行裁判所が裁量的にいろいろな執行条件を定めていくことの可能性について言及されたように認識しているのですが、そうしますと、やはり日弁連の御意見と中間試案との違いがどこにあるのかという部分が論点となり得るように思われます。これまでの部会の中では裁判所から同時存在を要求しない場面として、どういった事案を想定しているのかという点について議論してもらいたいという御発言が何度かあったように認識していきまして、この論点は、そこにつながる議論だと思っております。ですので、日弁連の御意見のうち、どの部分が中間試案と異なってくるのかということについて、若干補足の御説明を頂けると有り難いと思っております。

○山本（和）部会長 いかがでしょうか。

○阿多委員 阿多でございます。

御指摘のとおり、分析結果もそうなのですが、同時存在の要否というようなところで、これは間接強制と違うのは理解をしているのですが、どうしても整理として、一旦同時存在が、これも言葉として適切ではないですが、必置が、例外を認めないのかというニュアンスでは、どうしても受け止めて、そうではないです。ただ、中間試案自体は、その例外要件について、例外要件という言葉も適切かどうか分かりませんが、イのところで判断する要件を入れられていますので、それについて、そういう事情がある場合は、同時存在が必ずしも必要がないという意味で、それは……。そういう原則、要件の場合とするのか、総合判断というニュアンスであるのかというところで、日弁連、さらには単位会の意見のニュアンスが違ってくる。私自身は、単位会の意見は踏まえているつもりですが、裁判所の総合判断であって、ただ、示されているように、要件の重い、軽いというか、重点の置き方というところについては更に議論をしていただく必要があるのかなと。今日の部会資料13-1でも、5ページのところで御指摘いただいていますように、並列なのか、そうではなくて、まず前提とした上で、更に次の要件を考えるのかというのは、むしろこれから議論していく話なのかなと。非常に抽象的な話ですが、弁護士会としては、このイのことを全く無視して意見を述べているわけではないと、そこだけちょっと強調しておきたいと思えます。

○谷幹事 まず、弁護士会がどういう意見なのかというの、ある意味で全弁護士会の意見を私が述べるような立場にはないのですけれども、ざっと見た限りでは、少なくとも同時存在が必要だということを原則とするということには反対だということでは、恐らくほぼ弁護士会では異論はないのかなと思っております。その上で、意見によっては、同時存在のところでは執行するのか、あるいは別のところで執行するのかは、執行裁判所の判断に委ねるといふふうなところもあれば、そうでもないところもあるというようなことで、少なくとも原則とすべきだと、それで、原則とした上で例外要件が立証できて、初めて同時存

在ではないところで執行できるというような、そういう立て付けは反対ということなのだろうと思います。

したがって、その上で、では、どういう場面で同時存在ではないところで執行するというような場面を想定するのかという議論があり得るのかも分かりませんが、それは、それぞれ具体論の議論のところでやるべきものなのかなと思っております。

○山本（克）委員 今、同時存在の原則に反対しつつ、どういう要件の下で、同時存在がなくて執行できるかということを考えるべきだと言われたのですが、後半は同時存在の原則があって例外要件を立てるという発想でしかないように思うのです。結局、例外要件がどれだけ広いか、狭いかの問題だというだけの話で、これは昔、破産法の改正のときに経験したことなのですが、最後配当か簡易配当か、どちらが原則かという話で、法律上の原則は最後配当の手続によると。でも、実務は簡易配当でやっている。だから、それは例外要件が広いからです。ですから、それと同じことで、一応、同時存在というものでやるということを書くことと、例外的にどういう場合にできるかということを書くことは、そこは無理なのです。変えることは、ですから、例外要件としてどれだけ広いものを取るべきかという議論をすべきであって、同時存在の原則はけしからんという議論はおかしいのではないのでしょうか。同時存在なら必ず執行できるという、同時存在でも執行できない場合があるというふうにおっしゃるなら、同時存在の原則を否定したことになりますけれども。

ですから、何が言いたいかということ、同時存在の原則に反対か、賛成かという議論なんというのは余り意味がなくて、どういう場合に、では、同時存在がなくても執行できるのかという要件を詰めるほうが、はるかに生産的だという印象を持ちました。

○山本（和）部会長 恐らくそれは趣旨としてそういうことなので、ただ、先ほどの山本克己委員の御意見も、そうすると、そういう趣旨だったという。

○山本（克）委員 いや、私はそういう趣旨ではないので、同時存在の必要はそもそもないという立場です。

○山本（和）部会長 という考え方ですね。

○山本（克）委員 はい。例外を認めるという一々とにかく私は常に執行債権者が近く、すぐに引き渡せる状態で執行すべきだと、それだけでいいという立場です。

○山本（和）部会長 そういうことですね。

○谷幹事 ちょっとおっしゃっている趣旨がよく分からなかったところもあるのですが、ただ、少なくとも私の意見は、申しあげましたように、同時存在の原則は立てるべきではないということであって、弁護士会の意見がどうなのかというふうに問われたときに、少なくとも同時存在というのは原則とすることには反対というのが大体一致しているところであった、ただ、具体的な場面で、それも含めて裁判所が判断するという制度も考えているところもあると、こういうふうに申しあげただけで、特に意見が違ふということでもないのかなと思います。

○山本（和）部会長 谷幹事と山本克己委員は、私はかなり似た意見を言われているような、結論としてはですね、そういう印象を持っております。ただ、むしろ阿多委員などの方の方に深い溝があるような印象があります。つまり執行裁判所が判断をするという、一定の要件の下で判断するということになれば、その要件がどの程度抽象的なものなのか、あ

るいはこの中間試案のような形の要件か、結局、要件の立て方の問題ではないか、それは山本克己委員が多分言われたことだと思うので、そこを詰めることの方が恐らく重要なのだと思います。

○阿多委員 よろしいでしょうか。中間試案を作るときに、ここで原則という言葉を残す、残さないという、そこからの議論の延長みたいな話で、この書き振りが、アが「限り」となっていて、イが「アの規定にかかわらず」となっているのを、この原則という言葉がなくなったにもかかわらず、原則と呼ぶのかどうかと。だから、余り、山本克己委員の指摘は十分理解はしているつもりなのですが、書き振りとの関係で、アの例外としてイというのをどう考えるのか、それをまたイの並び方、さらには（注1）のところではそもそもそういうことなく総合判断的な形が入っていますので、私としては原則を、裁判所の立場に立って、まず、在るべき姿、その例外はどうするのかという、この書き振りを前提に発言をさせていただいたつもりで、原則例外でなければ駄目だと、そういうことを申し上げているつもりはありませんので。

○今井委員 フォローするわけではないのですが、山本克己委員と谷幹事と、基本的には同じことをおっしゃっているんだろうなと思いますし、今の阿多委員も、基本的には同じではないかと思っております。同時存在自体は、強制執行の要件から言えば、本来、強制執行はできるけれども、同時存在という要件を付け加えるならば、更に付加した執行条件というふうに位置付けられるんだとすれば、このような条件はあえて必要ないだろうというのが今日の方の議論であったように思います。そうだとすれば、それがなくなったら原則に戻るだけで、それがいない状態で本来強制執行できるということだろうと思います。ただ、そういう場面の中で、同時存在とはまた別に執行機関を裁判所とすれば、その場面、場面によって、どこで誰に対してどんな形でやるか、こういうような、私の言い方だと執行計画と言っているのですけれどもその中で、場合によってはお母さんがいるところ、お母さんが住んでいるところということの指定もあるかもしれない。これは、しかし、同時存在の問題とはまた別の執行計画の問題として考えていいのではないかと、こんなふうに整理してございます。

○山本（和）部会長 分かりました。

○山本（克）委員 大変申し訳ないのですが、同じだとおっしゃったのですが、私は債権者がいることというのを前提にしているので、そこはもう全然違うということです。この点は、ハーグ条約実施法との差別化ということとの関係でも意味があるのではないかと思います。つまりハーグ条約実施法は債権者が近くにいなくても、誰かが連れていけばいいわけですね、その当該国に。ですので、それとはコンテキストが違っていると、だから差別化ができるというふうにも、そういう要件の設定をすることで、そういう差別化も可能なのではないかと考えています。

○山本（和）部会長 ありがとうございます。

○阿多委員 私もこの前の前の発言では、今日の発言ですけれども、債権者の同席というのは申し上げたつもりなのですが、弁護士会が申し上げたのは、正にこの同時存在という場面での議論であって、逆に山本克己委員に伺いたいのですが、債権者が同席していれば、間接強制前置は手続の問題ですけれども、この同時存在その他はもう要件としては考慮しなくていいと。例えば、このイで書かれている事案の性質、子の心身に及ぼす影響という

ようなことは、もう一切考慮しなくていいという御意見なのでしょうか。

○山本（克）委員 いや、それは組み方ですよ。まず、執行機関を決めないといけませんので、執行機関が執行裁判所だとすれば、執行場所ぐらひは、大体の時刻ぐらひは決めていただくということになるのではないのでしょうか。

○阿多委員 ですから、そうしますと、弁護士会も債権者が同席するということについて、それが少なくとも不要だということをお願いしているつもりはなくて、正に要件の場面の一つのところで意見を申し上げているつもりですので、それほどその意味では違いはないということだけ申し上げておきたいと思います。違うと言われてしまったものですから、一応弁解です。

○山本（和）部会長 代理人を認めるかどうかというところは、ひょっとしたら違うかもしれないですね。

○阿多委員 そこは弁護士間で分かれているのかもしれませんが。

○今井委員 すいません、補足で。

代理人の臨場について先ほど御質問した趣旨は、個人的なことで恐縮ですけれども、強制執行は、債権者若しくは代理人が必ず付くものだというような、個人的にはいつもそう思っていましたので、ただ、特に子の引渡しについては、代理人が付くかどうかは別として、債権者は必ずマストで、知らないおじさんに連れていかれるのは困るという山本克己委員の趣旨には全く賛成ですし、それを前提に先ほど申し上げていたというふうに考えていただければと思います。

○石井幹事 御議論いただいたとおり、裁判所が判断するという枠組みを仮に採用するのであれば、同時存在を不要とすべき具体的な場面について御議論いただきたいというところは従前から申し上げていたとおりで、引き続きお願いしたいと思いますけれども、本日の御議論を聞いていて感じたところを申し上げます。ハーグ条約実施法に同時存在の原則が入りまして、それに合わせて国内の執行でもおおむねそういう運用をされているというふうに承知していますけれども、そもそも同時存在の原則が採用されたのは、それが子の利益になるだろうからというところかと思うのですが、その後の国内事案を特に見ていると、おおむね強制執行まで至る事案というのは葛藤の高い事案になりますので、なおかつ両親がいる場面ということになりますと、冒頭に勅使川原幹事からも御指摘があったと思うのですけれども、かなり両親が、そのお子さんがいる前で言い合いをすとかということ、同時存在の原則を採用することがかえって子の利益の観点から問題になっているのではないかとといったような指摘もあるのかなと思っておるところであります。

そうすると、仮にそういう認識を前提とするのであれば、例外要件というのを設定するにしても、果たして例外というものを想定するのがなかなか難しいような気がしますので、そういったところも含めて御検討いただければなと思います。

○山本（和）部会長 ありがとうございます。

それでは、よろしければ、ちょっと時間の関係もありますので、部会資料13-1では最後ということになりますけれども、「第3 子が第三者に預けられている場合における強制執行について」という部分で、この部分は前回、特出して御議論を頂いたところで、かなり御議論の内容は錯綜していたのではないかという印象を受けますが、事務当局の理解として、その試みまでの整理というような書き方がされていますが、事務当局の理解と

しては大体こういったような議論がされたのではないかということをございまして、こういうような整理でそもそもよかったのか、自分はこんなことを言ったつもりはないとか、そういうことがあればお伺いしたいと思いますし、それを踏まえた検討、執行力の範囲、9ページ以下で執行力の範囲、それから10ページ以下では第三者の場所についての同意という問題について、それぞれ一定の検討がなされているところではありますが、これもどの点からでも結構ですので、御意見を頂戴できればと思います。

○垣内幹事 3点ほど申し上げたいと思っていることがございまして、ただ、3点目は私の意見にわたる部分で、ちょっと長めの意見になります。

まず、2点を先に申し上げさせていただいたほうがいいかなと思うのですが、まず、第1点ですけれども、今日の資料を拝見いたしまして、基本的には二つの異なる考え方が前回の議論では浮かび上がってきたという整理をされており、そのこと自体は大筋そうなのかなという印象を私も持ったのですけれども、一つは、これが1点目なのですが、言葉遣いに関しまして、例えば9ページの執行力の範囲についてというところで、(1)の考え方は、第三者に債務名義の執行力が及ぶことを前提にうんぬん、(2)の考え方は第三者が執行力の範囲外にあることを前提に特殊執行文による執行力の拡張によってうんぬんという説明がされているのですけれども、執行力が誰に及ぶかという言葉そのものが多義的なところがありますので、こういう表現になるのもやむを得ないところもあるのかなという感じもいたしますけれども、最も一般的に言えば、民事執行法23条で債務名義によって誰のために、あるいは誰に対して強制執行ができるかということを決めており、そこに規定されている者については執行力は及ぶというように整理をしているのかなというように思います。

他方で、(1)で想定している第三者というのは、そもそも補助者にすぎないものであって、執行手続上、独自の主体としてはそもそも出てこないものですから、この者について執行力が及ぶとか、拡張されるとかという議論は、従来は普通してこなかったのではないかと思います。かつ、(2)の方で特殊執行文ということが言われておりますが、この執行文を付与できるのは飽くまで執行力が及ぶからですので、執行力が及ぶということを前提にして、しかし、実際に強制執行を行う際には、その者に対する執行文が必要であるという見解という、そういう整理になるのかなと思っておりまして、この辺りちょっと一般的な用語法と少し異なるところがあるかなと思いましたが、ちょっと感想ですけれども、それが1点目です。

それから、2点目なのですが、債務者による子の監護のあり、なしということでも大きく考え方が分かれるということですが、その更に監護がある場合に第三者が登場し、それが債務者から委託を受けた者なのかどうかということによって、更に場合分けができるということで、債務者による子の監護があつて、しかし、第三者も関与して、かつ第三者というのが債務者から委託を受けたわけではないという場合についての記載がされていますが、部会資料によると委託を受けた第三者というのは子に対する事実上の関わりを維持することを正当化する固有の利益がないとの整理をされているのかなと思ひまして、これとは別に、占有補助者、監護補助者ではない人、すなわち委託を受けたわけではない人というものを想定しているのかなというふうに読んだのですが、そうしたときに、部会資料の第3の2(1)の考え方と(2)の考え方の何か違いについて、占有補助者、

監護補助者ではない人、すなわち委託を受けたわけではない人に対しては、(1)の基本的には考え方は執行不能となるが、(2)の考え方は特殊執行文により執行可能となるとの整理をされているようですけれども、特に委託を受けたわけでもない第三者で、何かどういふ場合に固有の利益があるのかということが問題ですけれども、何か固有の利益があるという人が出てきたときに、これに対して第3の2の(2)の考え方を採ったからといって執行文が付与できるのかということ、どうも付与できないのではないのかという感じもいたしまして、つまり、何らか債務者から伝来的にその地位を取得しているようなものでなければ、そもそもその債務名義の執行力が及ぶということはないのではないかと思います。この点について具体的にどういふ事例を想定しておられるのかというのが少し理解が及ばなかったというのが2点目で、その点、質問ということになるかと思ひますので、一旦ちょっとここで切らせていただくのがいいかと思ひます。

○内野幹事 要するに、実体法的にはどのように位置付けられるのかというのが必ずしも理解ができていないという前提の下で、「固有の利益」という概念が前回出てきましたものですから、それを一つ試みまでに部会資料では取り上げてみました。そうすると、固有の利益がある場面でも、債務者からの委託を受けたという事実関係が問題にされ、一方で債務者による監護がないという場面でも、債務者からの委託があるというような、そういったある場面があるのではないのかというような発言があったものですから、このように単純に整理してみたということがあります。したがって、今、垣内幹事から御指摘のあった事例というのは何なのかという部分について、今直ちにこういう例がありますということをお願いすることができないという状況です。飽くまで一つの前回の議論の整理として、債務者の委託というその事実関係ないしは法律関係に着目して、その執行力の範囲というのを議論していたのではないのかということをお示ししたかったところでございます。また、部会資料についての御指摘につきましては、前回の部会での御議論をまとめようとしたものではあります。その表現に不適切なところがあるのはおっしゃるとおりかと思ひます。

○垣内幹事 分かりました。

では、続けてよろしいでしょうか。

それで、前回の議論で、ベースとしては動産の引渡しの場合とどこが共通で、どこが異なるのかということが一つの議論の手掛かりとなっていたように思ひまして、私自身はそのこと自体は理由のあることかなというふう考えたのですけれども、今回、動産の場合と、しかし、何が違うのかということにつきまして少し考えてみたということなのですが、やはり子の場合というのは、物と同じような形では、ある人の子に対する占有というものを、それ自体、そのものとしては観念できないところがあるのだらうと思ひます。

そのことの具体的な意味なのですけれども、その点が非常によく表れるというふうには私と思ひましたのは、本件というか、この関係で言うと監護権ということかと思ひますが、その監護権を持っている者から、何か伝来的にその地位を取得して、この子を預かってくれと言われたとか、そういうことなのですけれども、そういうものではあるのだけれども、しかし、なお固有の利益を持っていて、したがって、これが債務名義成立後に委託を受けたということであれば承継人になるかもしれないけれども、債務名義成立前ということであると、固有の利益があるがゆえに、その債務名義によっては執行できないというような

タイプの人というのが、これは動産ですと、債務名義成立前に動産を賃借していた人というのはこれに当たるというように通常考えられていると思いますが、子の場合に、その種の関係者というものはあり得るのだろうかというところを考えますと、どうもこの場合には想定しにくいのではないかとこのように考えます。

動産の賃借人の場合には、当該目的物の使用による利益、あるいは果実の収取等々の利益を物から得られると、そして、そのことについて対価を払っているという関係があつて、それがその固有の利益を持っていると評価されるわけですけれども、この場合、もちろん子供を働かせて収益を得るとかいったことは考えるべきでないということでありまして、監護権がないにもかかわらず、固有の権限というか、利益があるということがないのではないか。したがって、子についての法律上の地位としては、監護権があるということか、ないということか、この両者だけであつて、その中間的な賃借権、動産における賃借権に類比されるような地位というのを想定しにくいのではないかとこの感じがいたします。

そうなつてきますと、債務者、この場合の債務者というのは監護権がないものとされて、引渡しを求められている債務者ですので、法律上は監護権がないということかと思ひますけれども、その者から何か伝来的に子との関係を取得したと、子を事実上、監護するような地位を取得したものであるというときには、これは固有の利益ということは想定できないということだとすると、監護権がない以上は保護に値する地位がないのであつて、債務名義の成立の先後を問わず、その債務名義の執行力は及ぶということに、どうもそう考えればなるのではないかと。常に、少なくとも所持人と同レベルでしかないということかと思ひます。

そう考えたときに、次の問題は、その動産の場合に、固有の利益がないけれども、独自の占有を持っているというのが所持人であつて、これについては、執行力は及ぶけれども、しかし、いきなり強制執行するのではなくて、執行文の付与が必要だということになっておりますので、この種のもので、この場合に想定できるかというのが次の問題ということになるかと思ひます。

この問題を考えるに当たっては、なぜ、そもそも動産の場合の所持者という者が、固有の利益がないにも関わらず、執行文の付与が必要だとされているのかということを考える必要があるように思ひまして、この点も、どこまで私自身の理解と一般的な理解が一致しているのかというような問題がありますが、私の考えるところでは、二つほどの観点があるのかなというふうに考えております。

一つは、動産の場合ですと、ある動産をある者が占有しているということがあつて、これはある程度、外形上、判断が可能であると。その先に、その占有が固有の利益に基づくのか、そうでないのかという問題が出てくるという関係にありまして、その占有が外形上、あるというときに、その占有の性質がどういうものであるのかということについて、執行機関限り、動産の場合ですと執行官限りで判断させるということは、必ずしも適切でないということがあるのではないかと。したがって、これは執行文の付与という形で場合によっては判決手続もあり得るといふ形で一旦判断をして、その上で初めて執行ができると考えることに合理性があるのではないかとこの一つです。

もう一つは、強制執行がそのものに、少なくとも占有を持っているという者に対してされるということになりますと、その者の占有という地位が侵襲を受けるということになる

ので、その者に対して執行手続上、当事者として一緒の手続保障を付与するということが必要であり、そのための手立てとして執行文を付与し、その者を執行債務者として執行するということが行われているのではないかと考えられます。この後半の部分は、青木幹事などの御研究が既にあるところかと思えます。

以上の観点の子について見たらどうかということが更に問題になるわけですが、第1の点、占有が外形上あるけれども、その性質が執行機関限りで判断させるべきものではないのではないかという点についてですが、この点については、子の場合には必ずしも当てはまらないのではないかと考えられます。というのは、先ほど申しましたように、外形上、事実上、監護しているというような関係が認められたとしても、それが賃借権とか所有権に類すべきような正当な監護権に基づくものでないということは、この場合にはもう明白になっているという前提だと思えますので、その点をわざわざ執行文の付与という手続を踏んで確認させるべき必要性に乏しいのではないかと考えられます。

また、そもそもその子と一緒にいる者が、債務者から何か伝来的な関係なく勝手に誘拐していったというようなものであるというときには、その者に執行力が及ぶのかどうかというのはまた別途問題になりますけれども、そういう状況であるかどうかということについては、これは当該者と債務者との関係等から、これも外形上、通常は判断が可能であって、その点を確認するために執行文付与の訴え等を問題とする必要もないのではないかと考えられます。

ただ、先ほど申し上げた第2の点で、つまり執行手続上、誰を当事者として処遇すべきかという問題なのですけれども、この点については、子と一緒に暮らしている者というのは確かに占有と全く同視できるということではないのですが、しかし、債務者とは独自に生活を営んでいて、それが子と共に平穏に営まれていると。そこから子を奪っていくということになりますと、これはそうした当該第三者の子と共にそこで形成されている関係に対する侵襲を意味するということにはなるように思われまして、その生活というのが債務者とは独立したものである、別のところに住んでいて、債務者が日常的にそこに行っているというような関係にはないということであったといたしますと、それは動産の場合における占有と類似の保護を考える余地というのは全くあり得ないものではないのかなという気もいたします。この辺りは、実体法上そういったもの、そういった事実上の関係について、どこまでの保護を与えるべきかというところの評価に依存することかと思えますので、そこまでの保護は必要ないのだということであれば、それは占有者と同一に考える必要はないということかと思えますけれども、その点の一つ問題としてあるのではないかと考えられます。もし仮にそういう評価が成り立つといたしますと、少なくともそういった状態にある者については執行文の付与が必要であると、執行力は及ぶのだけれども、執行文を付与して執行債務者として扱うべきだという議論はあり得るのかもしれないという気がしております。

ただ、この種の手続上の地位の問題ですので、今後新たに子の引渡しの強制執行の規定を整備するという場合には、執行文の付与という形ではなくて、何かそういった第三者について手続上きちんと関与の機会を与えるというようなことがもし別にできるのであれば、それは執行文付与という方法だけが唯一の解決ではないといったような議論はなおあり得るのかなということを考えております。ですので、まとめますと、基本的には債務者と一

定の関係にあって、子を預かっているというような者であれば、それは少なくとも執行力は及ぶのであって、あとは執行文の付与を要するかどうかの問題であり、多くの場合にはそれは要しないのではないかと。ただ、なお先ほど最後に申し上げたようなところで問題が残っている部分もあるのではないかとというのが現状での私の意見ということになります。

すいません、長くなりまして、失礼いたしました。

○山本（和）部会長 ありがとうございます。

○成田幹事 垣内幹事の第3の見解の前半部分と重なる部分があって、その裏返しというか、その観点からの質問なのですけれども、ここで言うところの固有の利益というのはにわかには想定し難いなと思ったものですから、固有の利益とはどういうものを想定されているのかというのがあれば、教えていただきたいなというのが1点あります。

それと、後の方で申し上げますと、固有の利益というのは想定し難いという前提でいったときには、債務者から委託を受けた第三者というのは基本的に監護補助者ということになりますので、そうであれば、飽くまで債務名義そのもので執行可能であっても、あえて承継執行文、特殊執行文までは要らないのではないかとというのが第一感ではあります。ただ、山本克己委員が従前からおっしゃっておられたように、第三者の支配領域のところの入っていくという部分、その部分はちょっと悩ましいところかとは思いますが、ただ、債務者がそこに入っていけるような状態であれば、今回の部会資料でもありましたけれども、その辺りは、もうプライバシーが開いている状態と見ることもできるのではないかなというふうには考えております。

○山本（和）部会長 それでは、事務局からお願いします。

○内野幹事 ここも定見があるわけではなく、正に部会資料の中に書かせていただきましたとおり、「固有の利益」というものの、ここでは特に実体法上の位置付け、裏付けとして何か援用できるものがあるかということ自体が論点かなと思っておりまして、この固有の利益に想定するものとして何があるかということは、論点であると感じている次第であります。

既に、垣内幹事の方からも御指摘が出ておりましたとおり、子との事実上の関わりを法律上裏付けするというものは、基本的には監護権というものに実体法上集約されるものだとし、それに至らない事実上の関わりというのは、実体法的に見ると法的に保護されていないものだとなれば、この固有の利益というのが、前回の議論で出ていましたけれども、やはり概念として観念できないのかもしれないというところは事務局としても感じております。そのため、仮に固有の利益というふうな議論をするのであれば、成田幹事の方からも御示唆いただいているところかもしれませんが、一体何があるのかということが議論の対象となって、今述べたような概念だとしたら、むしろ不要だという整理になっていくのかなというふうに感じております。

○山本（克）委員 私は前回、承継執行の話とか、目的物の所持者の執行の場に対する引渡し執行のようなことを前提にするのがおかしいと言いつつ、自分もそれに毒されていたなというのが、今日、先ほどの垣内幹事の御発言を聞いていてよく分かったということであす。

結局、執行裁判所、執行機関にしたら、必ずしも執行文付与ということが必要かどうかという点は、やはりよく考えなければいけない問題なのだろうと思います。それで、別の

方法として、やはり先ほど来出ています、今井委員のお言葉で言えば執行計画のようなものの中で、どこで執行するかということも定めるのだとすれば、そこで裁判、司法審査が入った上で、例えば、子の祖父母の家で執行するというをそこで明示していれば、それはいいんだ。ただ、そこで裁判所の決定を送達して、不服申立ての機会を与えるべきかどうかということを検討すべきだということになり、私の立場から言えば、当然そういう場合には送達をした上で、少なくとも執行異議は認めるべきだという立場になろうかと思えます。

刑事の場合を直接憲法は考えて、住居の平穏というものを守る立場を採っていますが、やはり国の強制力を働かせる場面ですので、一定の司法審査というのは私は必要であろうというふうに考えます。ただ、そのときに、住居と学校のような比較的開かれた施設と同列に考えるべきかどうかは、なお検討の余地があるのではないかというふうに考えております。

○道垣内委員 まず前提としてお断り申し上げますけれども、私は固有の利益が、例えば祖父母に存在するとは考えておりません。しかしながら、固有の利益という話が前回出たことの背景には、久保野幹事からお話を頂いたほうがいいのだと思えますけれども、例えば面会交流権等についても、祖父母に独自の面会交流権を認めるべきであるという意見が、日本法の話としても説かれ、あるいは外国法においてもそれが認められるところがあるということが存在し、それを背景にしたときに、例えば祖父母のところにいるときに、祖父母には固有の利益が存在しないと決め付けることが、私自身としては、現在の日本の民法の解釈としては、それが穏当なところであると考えられるのですけれども、一定の解釈の可能性を排除する前提を採っているのではないかという問題だろうと思うのですね。したがって、現在の監護権、親権という概念を中核としたところの話として説明を付けるならば、完全に説明が付くわけですが、それがあつた種の類推適用なり拡張解釈なりの芽を摘んでいり、あるいは摘むことを前提にしているということ認識すべきであるということかなと思えます。それが第1点です。

2番目は、私は前から申し上げているところであつて、位置付けのところがこの話とは違うのかもしれませんが、保育所や学校に難しい判断をするというふうな責任を負わせないでやってほしいというわけでありまして、試案の第3の4の2の(2)というところを見ると、同意があるときに限って中に立ち入ることができるというわけですが、裁判所から来ましたといつて学校に来たり、保育所に来れば、それは同意がないから入れませんというふうに、それぞれの保育士さんが対応できるかという、私は無理ではないかと思えますので、その点についての問題というのはなお残っていると思っております。

○山本(克)委員 その意味でも、先ほど申し上げたような執行計画のようなところで、保育園なら保育園で何時頃執行するというのを書いて、裁判所がこう言っていて、あなたに拒む権利はありませんと言ってあげるほうが親切であるというふうに私は考えます。

○道垣内委員 ちょっと1点いいですか。

保育士さんは、誰も裁判所の書類なんて見たことないのですよ。自分は弁護士だという人が来て、その資格証明の何らかの形式があるとしても、分からないですよ。それを裁判所の書類を持ってくれば、それであなたは拒めませんというふうに言うというのは、私は現場に非常に負担だと思うのですけれども。

○山本（克）委員 いや、それを言い出すと、搜索差押令状というのは全部執行するのが困難ですよ。搜索差押令状をしょっちゅう見ている人というような極端な場合を除けば、ほとんどの人は搜索差押令状を見たことがないので、このことを理由に搜索差押えを無にするよなという話は、やはりちょっとここで避けたほうがいいのではないかと思います。

○道垣内委員 一応は分かりました。

○佐成委員 今回の御議論自体に全く異論はないのですけれども、異論はないというのは、基本的に今の法体系では、監護権あるいは親権といったものに依存するので、第三者が例えば委託を受けていたとしても、固有の利益というのを法律上観念するのは非常に難しいとは感じております。ただ、私が申し上げたいことは、今までの議論を聞いていると、どうしてもやはり人間の子供を対象にしているにもかかわらず、何かやはり動産扱いで、今までの実務がそうだったというところもあるのかもしれないのですけれども、そういった子供の人格的なところがややもすると少しなおざりにされているような印象を受けております。

親権にしる、あるいは監護権というものも、基本的には親の固有の権利ではなくて、やはり子供の利益を実現するために親権が行使される、あるいは教育権が行使されるというものだと思うので、究極的に親の自己満足のために行使されるものではないわけでありませう。それから第三者であっても、当然のことながら第三者に固有の権利を設けるとか、先ほど何か児童労働のような話が出ましたけれども、そんな話では全くないと思います。ですので、ここで問題になるのはやはり執行法上の子供の利益ということなので、やはり執行過程でそういった子供の人格的な利益が損なわれないということが大事だと思います。

その上で、私が申し上げたいのは、特に最後の方に出てきた学校についてです。学校で執行するということについては、子供の人格に対してはかなりの侵襲を与えるのではないかと感じております。特に初等教育の段階に入りますと、やはり教師の側もそれなりに全人格的な触れ合いを求めてくるわけですから、かなりいろいろな社会関係も生まれますし、例えば級長選をやるとか、早熟な子供だとかかなり社会的な関係を築くわけでありませう。先輩後輩、師弟、それから同輩、友達関係などさまざまな社会的な関係が築かれており、特に学校関係の中で執行力が及ぶからといって、みだりにそこに踏み込んでいくというのは非常に問題があると感じております。この部分への配慮は是非必要だと思います。

その意味で、第三者の固有の利益という概念は、法律上はかなりあやふやだと思いますし、非常に不確かな概念だとは感じますけれども、やはりそこには子供の利益というものが前提・バックにあって、特にそこではやはり子供の人格的な利益というのが中核にあるかと思っています。その人格的利益の中にはプライバシーというものも入りますけれども、特にそういう友人関係、先輩後輩、師弟関係、そういったものがあるわけでありませう。これを、子供自身が、その執行過程で主張できるはずはございません。また、親がそういうものに配慮できるわけでもなくて、特に学校関係者に対しては、やはり一定の事務上の関与を与え、例えばこの子は学校でこういう役割をしているとか、この時期にはこうやっているとか、そういったような学校における具体的な生活状況も、執行裁判所での判断にもやはり反映させる必要があるのではないかと印象を受けます。理論的なところは非常によく分かるのですけれども、やはり何らかの形で承継文を付与するか、あるいは違う形を採るか、また、執行計画の中に組み込むかどうかは別にして、やはりそういった配慮は是非必要だろうと感じております。

○山本（和）部会長 ありがとうございます。

○竹下関係官 ちょっとよろしいですか。

私、前回この議論をされたときに、多分聞いていなかったと思いますので、それからまた先ほど垣内幹事が説明されたことも、具体例に即して十分に理解できなかったのですが、そういうことを前提としながら議論を混乱させるようで申し訳ないのですが、基本的な民事執行法の考え方と、どうも整合しないのではないかというのは、今日の資料の9ページの先ほどから問題になっている（2）の考え方というのですね。今回、9ページの、本来は8ページのところに書いてあるわけですが、表現としては9ページのところの方が押さえやすいので、真ん中に（1）で「執行力の範囲について」とあって、そこから5行目の終わりの辺でしょうか、初めの方もですか、「（2）の考え方は、債務者による子の監護の有無にかかわらず、一定の範囲の第三者が債務者に対する債務名義の執行力の範囲外にあることを前提に、特殊執行文による執行力の拡張によって強制執行をすることができるものとする考え方である」というのですが、私はこの考え方は民事執行法の基本的な構成に反していると思うのですね。

ここで言われている特殊執行文というのは、27条2項のいわゆる承継執行文とも言われる執行文だと思うのですが、あれは23条の執行力の主観的範囲の中に入っている理由について強制執行の当事者にするために、手続上の当事者とするために付与する執行文なのです。ですから、債務名義の執行力の範囲外にあるということを前提としながら、27条2項の執行文を付与すると。そうすれば執行できることになるという記載だとすると、今の民事執行法の基本的な考え方と合っていないと思うのです。今日の御議論を聞いていても、この点について皆さんがおかしいという指摘を、最初の垣内幹事の御発言は、あるいはそういう趣旨を含むものだったのかもしれないのですけれども、ちょっと私そこがよく聞き取れなかったもので、もしこのまま、それがここの部会の議論として通ってしまうとなると、民事執行法部会で民事執行法の基本的な考え方と相容れないような考え方がまかり通っているということになってしまうのではないかと、その点だけ申し上げたい。

それから、ついでに申し上げますと、今、佐成委員の方から御指摘がありました、私も学校に子供がいるというときに、学校から見れば保護者になるのだと思うのですが、保護者に対する債務名義を持っているというときに、学校の同意さえあれば、同意さえあればというより学校が既に同意することが法律上、許されるかどうか分からないと思っているわけですね。要するに保護者との関係で、学校としては子供を受け入れているわけですから。それをほかの人間が、保護者は引き渡す義務があるのだからというふうに言ってきたからといって、同意をしてその執行を認めなければいけないということになるのかどうか。私、その辺りは前からちょっと申し上げているのですが、やはり教育関係のいろいろな法なり解説なりを見て、よほどよく確かめてからでないで軽々に議論はできないのではないかと思いますので、議論を混乱させたら申し訳ありませんけれども、ちょっとそれだけ申し上げます。

○山本（和）部会長 ありがとうございます。

第1点については、恐らく先ほど垣内幹事の御指摘のところだと思います。先ほどもありましたとおり、恐らくこの表現が不適切であるということは間違いのないところだろうと思いますけれども。

それでは、恐縮ですけれども、ここで休憩をとらせていただいで、ちょっと短くて申し訳ないのですけれども、4時15分に再開ということにさせていただきたいと思います。

(休 憩)

○山本（和）部会長 それでは、審議を再開したいと思います。

ちょっと今日は資料の13-2の方にも入らないといけませんので、取りあえずあと何人かの方に御発言を頂いて、それで取りあえずはこの点は、申し訳ないですが打ち切りをしたいと思いますけれども、先ほど挙手いただいていた村上委員、お願いいたします。

○村上委員 前回も申し上げたのですが、保育所の例示が出ていたので、そのことについて。

結論としては道垣内委員とか佐成委員の意見と同様なのですけれども、具体的な少し懸念点を申し上げたいと思います。

まず、保育所が例として出されておりますが、保育所の形態も様々で、公設公営の保育所もありますけれども、公設民営のように委託をしている場合もあって、その場合どう考えるのかということもありますし、純粋な民間の経営によるところもあり、保育所も様々であるということであるとか、保育所以外にも、習い事ですとか塾とか学童保育とか、そういう様々なケースが考えられてきまして、その場合もどう考えるのかということがあると思います。

それから、前回申し上げたのですが、保育士さんが引渡しの当事者となる場合には、債務者がなぜ子供を渡したのかと責任を追及されるのは保育士さんになると思います。そういうことについてどのように、そのような負担を負わせていいのかということはありません。負わせるべきでないとは私はそのように考えております。

それから、場所の問題については、後ろの方で同意の問題がありますけれども、例えば保育士であれば、公園にお散歩に出掛けたときに、そこで執行されたといった場合に、引率した保育士が責任を追及されるのではないかとといったこと、またそこで判断できるのかということもございます。そういったことを考えていくと、なかなか保育所というものも学校と同様に難しい部分があるのではないかと思います。

あとプライバシーの問題ということで、お子さん二人を保育所へ預けていて、片方だけ親権がお父さんの方に移るとかということも考えられるわけで、様々なことを考えていくと、この説明であるように、7ページに委託の場合は、子の監護につき、固有の利益がないから債務名義に基づく強制執行をすることができるというふうなことは、なかなか難しいのではないかと考えております。

○山本（和）部会長 ありがとうございます。

○久保野幹事 すいません、戻ってしまって恐縮なのですけれども、先ほど道垣内委員が、祖父母について、権利ではないけれども、何らかの法的保護に値する事実といったものが観念できるかといったことについて、前半の方で解説としてお話くださったことについて、意見というか、考えていることを述べさせていただきます。

ただ、今から申し上げることは、結論としては執行手続の中で固有の利益と認めるのかですとか、執行文付与に値する何らかの要保護事実があると評価すべきことなのかということについては、私自身は結論は出ておりません。ただ、こういう考え方もあり得るので

はないかという趣旨の発言です。

まず、民法上につきましては、本権に当たるような親権や監護権があるかないか、子供の関わりについて考えていくことができるのは、それがあつかないかであつて、権利に至らない要保護関係といったものはなかなか観念しづらいというのはそのとおりだと考えています。それで、立法論として、ここでそれを封じてしまうことは立法の方向性として慎重であつてもいいという考慮といったようなことについては、言葉が正確か分かりませんが、先ほど御示唆があつたようなことについては、それはそこまで重視すべきことかというのは分からないので、必ずしもそのことを懸念して発言しているというわけではありません。

ただ、むしろ気になっておりますのは、民法ではない法律を見ましたときに、児童福祉法とか少年法におきまして、現に監護をする者というものについて、保護者として指導の対象ですとか、少年の監護に関する責任を自覚させるような措置を少年法上採るといったことの対象になっているということがありまして、これらの規定の性質をどう見るかということ自体、かなり難しいように感じていまして、私自身も必ずしも詰まっていますけれども、ただ、法律の中で、子供の利益なり、子供を保護する立場、あるいは関係として、一定の法的な意味を与えられている関係だということとは言えるのではないかと考えていまして、そのようなことを考えますと、子供と継続的に同居している者の固有の利益などという議論をするときには、子供から同居している人が受ける利益、物に対比して、そこから、物から利益を得るといふようなことだけが問題になるのではなくて、先ほど、子供の人格的な利益の話も出ましたけれども、子供を保護するという責任、責務を負うという関係自体が、あるいはそれが垣内幹事のおっしゃつた子供と一緒に暮らしている人が平穩に生活している、形成されている関係というものが、その子供を保護する関係として一定の法的な意味を持ち得るといふことはあり得るのではないかといふようなことが考えていることの趣旨です。

それで、冒頭に申し上げましたとおり、それが執行文付与を必要とするような利益といふふうに見えるかどうかといふところについては、すいません、見解があるわけではありませんが、そのような見方もあり得るといふことで。

○勅使川原幹事 私自身は前回も申し上げたとおり、債務者の監護は、こういう第三者の場合であつたとしても及んでいるといふふうを考えているところです。

先ほどあつたような、久保野幹事からも説明があつたようなものについて、そういう法的かどうか分かりませんが、何らかの利益があるといふのを否定する趣旨ではありませんが、それが執行文を要求するかどうかといふところでは、そういう意味の固有の利益ではないのではないかと。卑近な言い方をすれば、債務者がちょっと私のところに返してくださいよと言つたら、返さなければいけないような場所には、やはり監護が及んでいるといふふうを考えるべきなのではなからうかと。

ただ、その場合に、執行場所の財産権等の保障といふところで、執行をやるなら相手の同意でやるのかと。ただ、同意だと、同意を得られなかつた場合はどうするのかといふ話になりますので、執行裁判所の許可といふ方向がよろしいかと思つたのですが、同意は要求できないのだけれども、協力は必要だといふシーンでは、例えば民訴になりますけれども、弁論準備手続に付する決定のときに、意見を聴いて付する決定をするといふシーンがあつ

たかと思うのですが、この場合もやはり執行裁判所の許可をする際には、必ずその意見を聞くというプロセスを踏む。それから、先ほども出ていた執行計画というのと重なる部分があるのかないか、ちょっとよく分かりませんが、必ずそういう形でもって何らかの子の福祉に影響を与えないような形での許可という形が、仕組みとしては考えられないかどうかということをおっしゃって考えております。

○山本（和）部会長 ありがとうございます。

いかがでしょうか。

○山本（克）委員 学校とか保育所とか、そういうところで授業中になにか入って行って執行するなんていうことは、多分皆さんイメージしておられなくて、校門のところまで待っていて、出てきたら連れて行きますというときに、教員が、保育所ですと、送り出している保育士さんとかが、「あなた何者ですか」と言われたときに、「この印籠が目に入らぬか」という形で命令書を出すということぐらいのことしか考えていないのではないのかなと思います。その辺はあれです。ただ、学校の寮に入っている場合とか、その辺りはかなり難しい問題があって、そこはやはり居宅に、おじいちゃん、おばあちゃんのところに預けられているのと同様に考えていくべきだろうと思います。

もうちょっと総論的なことをちょっとだけ言わせていただいてもよろしいでしょうか。

従来、子の引渡しという言葉を使ってきましたが、もう引渡しという言葉をやめるというのはいかがかと。つまり監護状態の移転の強制執行だと、それがそれ以外にもっと適切なワーディングはあるかもしれませんが、やはり引渡しは、人を引き渡すというのは何か犯罪者の引渡しみたいで、非常に何かネガティブなイメージが強過ぎるので、従来そういうふうに言い続けてきましたけれども、せつかく立法するのでですから、そこも改めていただきたいという気がします。

それと、先ほど竹下関係官がおっしゃったように、当然執行力が及んでいなければ執行文は付与できませんが、執行文付与要件として現行の要件以外に、きちんとやはり、ここで言う子の引渡しに特化した執行文付与要件というのを法律上、明文化すべきだと、仮に特殊執行文が必要だとしてもですね。そういう形にすべきなのではないか。先ほど申しましたように、私は特殊執行文が必ずしも必要ではないというふうに今日は考えていますが、また次に違うことを言うかもしれませんが、一応そういうふうに考えていますが、もし特殊執行文が必要だという場合があるのであれば、それは独自に書き下ろすべきであろうというふうに考えています。

それと、より広いあれですが、ハーグ条約実施法の立法論的妥当性についてはいろいろと議論がありましたが、これは法制審議会で決めるような話ではないと思うのですが、何年後かに両方、この民事執行法の本体とハーグの実施法の見直しというものが、検証して見直すという機会があるのがやはり望ましいのではないのかと。それが何年なのか、件数がそれほど多くないので、検証するのにどれぐらいの期間が必要なのかというのは私は定見を持ちませんが、やはり何かそういうことがあってもいいのではないかと。

たくさん申し上げて申し訳ありませんが、以上です。

○山本（和）部会長 ありがとうございます。

○阿多委員 時間がないところ申し訳ありません。

2点ございまして、1点は、先ほど山本克己委員が今日はということでおっしゃった特

殊執行文との関連ですが、先回、私自身は、執行文の承継か特殊かは別にして付与という形になると、本案裁判所に行かなければいけないので、むしろ執行裁判所の方で執行方法として考えてもらえないかという意見を述べたつもりなのですが、かなり少数だったという記憶なのですけれども、先ほど勅使川原幹事も執行裁判所の許可というお言葉を使われましたけれども、むしろ従前同様、執行裁判所の方において、手続保障も含めて考えていただくというような形の制度を御検討いただきたいと思いますので、まずその点、これはもう質問というよりも意見という形で述べたいと思います。

2点目は、垣内幹事の説明で1点確認をさせていただきたいのですが、いわゆる所有者概念との類似性で2点御指摘されて、まず、外形上の判断の先の固有利益の問題と、もう一つは占有への侵襲との比較を御指摘されたのですが、それとの関係で手続保障という言葉があり、それで、御説明の中では、共同生活者が子を奪われていくということについて、それは侵襲をある意味では意味するところがあるから、それについての手続が必要かどうか、そこから議論は分かるといふふうに御説明いただいたと思うのですけれども、恐らく先ほどの久保野幹事のお話のとき、逆にそこにいくとまた固有の利益と同じ話なのかなというふうに実は思っていました。今回の資料でもそうなのですから、8ページのところの(2)の第一段落のところの特殊執行文の位置付けとして、いわゆる財産権等の保障との関係で、もっと言うと立ち入りとの関係で、先回は執行文というのが位置付けることができるのではないかという議論があったかと思うのですが、垣内幹事のお考えは、第三者の方が入ることについての手続保障ではなくて、飽くまでも子供を奪われるところの手続保障と、そういう御説明になるのでしょうか。それは御質問です。

○垣内幹事 はい。私はそういう趣旨で、例えば建物の外の路上で連れていくからいいんだという話ではないということがあり得るかどうかの問題だということで、私はどう考えたらいいかちょっとそこはよく分からないのですけれども、単に立ち入る不動産の所有権や利用権の問題と別の問題を考える必要があるのではないかという趣旨です。

○阿多委員 そうしますと、今日、本来、後半の議論になっていたかと思うのですが、実家である祖父母のところでは子供が監護されている状態の場合は、やはりそれはもう執行文とか執行の方法の議論ではなくて、同意がないと駄目だというのが垣内幹事の意見ですか。

○垣内幹事 私は、仮にそういった祖父母が子と営んでいる生活について、何か少なくとも執行手続上、当事者として扱うべきような要保護性というものがあるのだとすれば、それは執行手続上、当事者として扱う必要がある。したがって、執行文の付与が必要であると。しかし、執行力は及ぶので、執行文の付与をして、手続上それなりの地位を与えて処遇すれば、強制執行を妨げるものではないという理解です。

○阿多委員 分かりました。執行文で、執行の当事者になるということで、分かりましたので。

○垣内幹事 更に付け加えますと、その執行文という方法は、そういった形で手続保障を与えるための手段であるので、そうであるとすれば、執行文の付与という形ではなく、阿多委員も先ほどおっしゃっていましたが、執行裁判所が何か手続保障の機会を付与するというような別の方策というのも考えられるのではないかということも、最後に申し上げたところかと思えます。

○阿多委員 ありがとうございます。

○山本（和）部会長 執行文の付与ということになった場合に、建物へ入っていく場合の同意というのは別途必要なのですか、それともそれは要らなくなるのですか。

○垣内幹事 これは執行債務者に対して一般的にどうなっているかということが、パラレルに、その執行文を付与された場合には及んでいくということで。

○山本（和）部会長 そうすると、執行債務者については同意が要らないとすれば、要らない。

○垣内幹事 ということではないかと思っております。

○山本（和）部会長 分かりました。

それでは、恐縮ですけれども、この部分は依然としてやや生煮えと言う言葉が悪いのですかね、更に議論を要する状態であるということが確認できたのではないかと思いますけれども、取りあえず本日はこの程度にさせていただきます、ちょっと時間が押していて恐縮なのですが、部会資料13-2の暴力団員の買受け防止の方策について御議論、御審議を頂きたいと思えます。

まず、資料の御説明をお願いいたします。

○山本関係官 まず、中間試案のうち、不動産競売における暴力団員の買受け防止の方策に関しまして、パブリックコメントの結果の概要をかいつまんで御説明したいと思えます。

不動産競売における暴力団員の買受け防止の方策に関しましては、団体、個人を合わせて合計16件の意見が寄せられました。いずれの規律についても、おおむね賛成意見が寄せられている状況でございます。

なお、買受けを制限するものの範囲について、暴力団員ではなくなった日から5年を経過しない者を制限するという規律を提案していることに対しましては、指定暴力団員ではなくなった日から5年を経過しない者とするべきとの意見ですとか、暴力団員ではなくなった日から3年を経過しない者とするべきとの意見が一部ございました。

続きまして、部会資料13-2の御説明をいたします。

まず、1ページの「第1 買受けを制限する者の該当性を判断する基準時について」の箇所ですが、買受けを制限する者の要件の該当性につきまして、買受けの申出の時点を基準として判断するか、売却決定期日の時点を基準として判断するかという問題について取り上げておりますので、御意見いただければと思っております。

次に、2ページの「第2 「計算において」買受けの申出をした者について」の箇所ですが、暴力団員が第三者を利用して買受けを申出する場面につきまして、「計算において」の意義を踏まえ、その買受けを制限することができる範囲の整理を試みたものです。執行手続における円滑性を確保するという観点も踏まえまして、計算において買受けの申出をしたものによる買受けを制限することにつきまして、御意見を頂ければ幸いです。

最後に、5ページの「第3 人定事項を証する文書の提出について」の箇所ですが、部会のこれまでの議論を踏まえまして、買受けの申出をしようとする者が法人である場合には、役員の氏名、生年月日及び性別その他警察への照会に必要な事項を記載した一覧表を提出することによって、個々の役員の住民票の写しの提出に代えることができるようにするべきであるという考え方を取り上げております。この点につきましても、御意見を頂ければと思っております。

説明は以上になります。

○山本（和）部会長 ありがとうございます。

それでは、これも順次御議論いただきたいと思いますが、まず「第1 買受けを制限する者の該当性を判断する基準時について」の問題、その買受け申出時を基準時とするのか、売却決定時点を基準時とするのかということ、結論が異なり得るのではないかという場合、事例①、事例②というのが挙げられているところでありませけれども、どのように考えるべきかということについて、御自由に御発言を頂ければと思います。

○今井委員 この基準時の問題ですけれども、まず理屈の問題から言えば、この不動産競売において、暴力団員が入札をするということを禁止するという大きな趣旨から言えば、これは買受けの申出時だろうか売却時だろうか、やはり買い受けること自体が許されないということになるかと思えます。そういう意味なので、買受け申出の時に分かれば、若しくは売却決定期日の時点で分かれば、いずれにしても、これは排除するということになるかと思えます。これは理屈の問題で、現実問題のことをもう少し考えますと、現実問題というか、要は、暴力団員による買受けがなされなければいいと思えますので、そういう意味では、最終的に売却決定の時に最高価買受申出人が暴力団員かどうかということが最終的な基準になるのかなという感じがいたします。

更に言うと、実際には御案内のとおり、御承知のとおり、買受けの申出と売却決定期日というのはせいぜい2週間から3週間ですので、余りこういうことが問題になることがあるのかなという感じがしますが、事例②について言いますと、売却決定期日のときに暴力団員ではなくなったというケースは仮にあるとすると、これ自体がやはり問題だと思えますので、やはり偽装である可能性がむしろ高いだろうと思うのですね。

いずれにいたしましても、理屈から言えば、買受けの申出だろうが、売却決定期日であろうが、暴力団員だと分かたら、これを排除するというのは制度趣旨だと思います。ただ、実践的に言うと、それから裁判所の手間暇を考えますと、現実問題、それが警察からの問い合わせによるのだということになれば、売却決定期日の時点で判明したときに排除できれば、いずれにしても実害はないのかな、目的は達成できるのかなと、こんなふうに思います。

○山本（和）部会長 そうすると、結論的には売却決定期日を基準にするということではないかという御意見と伺っていますか。

○今井委員 理屈から言えば、買受けの申出を基準にするか売却決定期日を基準とするのかという意味の二者択一ではなくて、いずれでもいいわけですが、現実問題からすれば、やはり売却決定期日、つまり最高価買受申出人について警察に問い合わせして判明しますので、そこだけを問題にすればいいのかなというふうに考えております。ただ、確かこれは表明保証ではなくて何かするようなことがあれば、虚偽誓約ということにすれば、平仄的にはやはりその申出のときに暴力団員かどうかということは、そのための誓約ですから、やはりどちらの段階でも、暴力団員と分かった段階で排除するということだろうと思えます。

○山本（和）部会長 そうということですね。だから、選択肢としてはどちらかということでもなくて、買受けの申出時か、あるいは売却決定時か、どちらかで暴力団員だというのがあれば、もう不許可になるという考え方ですか。両方とも白でなければ駄目という選択肢

もあるけれども、そういうお考えだということですか。

○今井委員 ええ、そういうことです。ただ、買受けの申出の時には、多分まだ警察に問合せする段階ではないと思いますので、やはりその段階では分からないことが多いのではないかなど。ただ、たまたま分かった場合には、理屈から言えば、それは誓約違反にもなります、ということだろうと思います。

○山本（和）部会長 分かりました。

○阿多委員 説明の仕方の違いだけなのかもしれませんが、暴力団員、元暴力団員というのは、別に申立て要件とか、ないしは執行の要件ではない、むしろ不許可事由の判断事項の対象だと思っていますので、裁判所が判断する時点での問題というふうに考えます。私自身は裁判所の決定時を基準にすべきなのだろうと思っています。

ただ、御指摘の問題の事例①は結局5年要件の位置付けの問題で、やはり更生ということを考えて、5年を満たさなくなったという本当に事実があるのであれば、私自身は買受けを認めてもいいのではないかと考えているものですから、事例①はそれほどあれなのですが、問題は事例②のパターンで、これは暴力団員ではなくなったというのが、例えば役員から外したというような、多分、今井委員のイメージはそういうふうな、意図的に外したという場合もあるし、考えられるのはたまたま亡くなったとか、いろいろなことがあるかと思うのですが、それは個別で、何でも要件ではなくて、そういう事情を考慮して判断するので、判断時でたまたま欠員が生じて、それは裁判所としては不許可という判断は私自身は、どういう理屈を付けるかちょっとまだ整理できていませんが、可能だろうというふうには思っています。ですから、判断基準時としては決定時でよいのではないかと考えていますので、その旨、意見を述べたいと思います。

○山本（和）部会長 分かりました。

○山本（克）委員 売却不許可決定に対して執行抗告がされちゃったという場合において、抗告審はどの時点を基準として判断すると考えるのでしょうか。

○阿多委員 多分、その時点で時点がずれていくのかというお話かと思いますが、執行手続における抗告審の位置付けと関連するのだと思うのですが、もちろん続審だと言われるとあれなのですが、本案の決定段階の執行不許可についての判断の当否という形で、もう最初の段階を、原審裁判所の判断時を基準に、それとおりの判断をするという形の整理ができるのではないかと考えています。

○山本（克）委員 難しい話ですね、あんまり考えたことがないことなので。両方あり得るような気がしますね。

○谷幹事 御承知のとおり、弁護士の委員、幹事が全て同じ意見ではないというのはこれまでの議論で御理解を頂いているかと思えます。

この論点については何というかどちらもあり得るし、いろいろな考え方があり得るのだらうと思いますけれども、論点を明確にして、是非議論を活発にさせていただくという意味で、私の意見を申し上げたいと思いますけれども、これは理論的な問題だと思うのです。實際上、これは事例①の場合に、警察からの回答において該当すると返ってきたときに、売却許可決定の時点で5年経っているということを誰がどうやって立証するのかという問題が現実問題としてはあって、最高価買受申出人なりが何らかの証拠を提出して立証することになるのでしょうかけれども、それがどれほど効果的なのかとか、功を奏するの

かとかいう問題は、現実にはあるのだろうと思いますが、そういう意味では非常に理論的にどう考えるのかというのを整理するというのが、この論点の主眼なのかなと思っております。

そういうふう考えたときに、理論的には、この暴力団員の買受け防止の目的というものが、暴力団員による競売での利益の享受というようなことを排除するというように考えるのであれば、やはり売却許可決定の時点で要件に該当しないということになっているのであれば、それはもう認めるということに、理屈上はなるのかなと思っております。

あわせて、要するに暴力団員でなくなった日から5年経過したかどうかという問題をどう考えるかということとも関係するのですけれども、これは5年を経過、本来的には暴力団員でなくなれば、買受けを認めてもいいのではないかなという論点がありつつ、なおかつ5年経過を要件にするというのは、これは実質的な潜脱を防止するとかいうような趣旨で認めたのだろうと思うのですね。それはそれで、その趣旨は妥当だとした場合に、一方で、暴力団から抜けた人に対する経済的な更生の機会を保障しなければならないというような要請もあるわけですし、それとのバランスで5年という要件を定めたというのが、これまでの議論だと思います。そういうバランスを考えて、5年という要件を定めるということによって合憲性もクリアできるということだったと思いますので、そうだとするならば、売却許可決定の時点で5年を経過した者に、なおかつ駄目ですよというのは、今申し上げた合憲性を担保するという意味での立法趣旨に照らして、なかなか説明は付きにくいのではないかなと思いますので、理論的な問題としては、売却許可決定の時点で要件に満たさない5年を経過したという意味で、要件を満たさないということになっているのであれば、これはやはり認めるということではないと、理論的な整合性はないのではないのかなというのが私の意見でございます。

それと、先ほど山本克己委員が御指摘になった論点、執行抗告したときにどうなるのかということについては、これもちょっといろいろな御意見をお聞きしたいと思うのですけれども、今の実務上は、執行抗告というのは、いわゆる続審構造だというふうな前提で運営をされているのだと思います。そうだとするならば、売却許可決定の時点では5年は経っていなかったけれども、執行抗告がなされて、執行抗告の決定時点で5年経過したということであれば、これは認めるということに理論的にはなるのかなと。特段それで、実務的にはあんまり問題はないのではないかと、むしろ立法趣旨にかなうのではないかなと思っております。

○成田幹事 私には真逆でございまして、売却決定時を基準としますと、執行妨害を誘発するおそれがあるのではないかと危惧しております。そもそも警察からの情報を基に決定するので、売却決定時のところは必ずしも確実な証拠があるわけではなく、推認という話になっていくかと思いますが、売却決定期日にそれこそ債務者、所有者等が最高価買受申出人は暴力団関係者であるというような資料をどさっと持ってくる、そういう形で執行妨害をする可能性は当然想定されますし、更に許可決定に対する執行抗告といった形で時間稼ぎないし執行妨害をしてくる可能性は相当あるのではないかと考えていまして、執行妨害防止の観点から、売却決定時を基準とするのは賛成しかねる部分があります。

そうなると、立法趣旨との兼ね合いにはなってきますけれども、要は競売に暴力団員を関与させないという趣旨と捉えるのであれば、買受けの申出時を基準とすることはできる

のではないかと思いますので、また警察への照会は飽くまで買受けの申出時を基準としていますし、あと宣誓及び陳述の部分も買受け申出時のところを基準としていたかと思えますので、その辺りの整合性を考えますと、買受けの申出時を基準として判断するということになるのではないかなと思っております。

○山本（和）部会長 事例②のような場合は、もう売却してしまっても仕方がないということですか。

○成田幹事 ぎりぎりやむを得ないかなと思っておりますが、先ほど今井委員がおっしゃっておられましたように、実際に2週間、3週間の世界ですので、そこでいきなり暴力団員になりますということがどれほど想定できるのかというのは、やはり疑問がありますので、それでいいのではないかなと思っております。

○青木幹事 私も、売却許可決定時にして執行抗告を認めた場合に、その基準日が更に先になるということになりますと、法人が最高価買受申出人になって、その構成員に役員がいて、役員が暴力団員に該当するということで不許可になった場合に、暴力団員を辞任させましたということで結論が変わるのかというと、その場しのぎ対応で許可決定が得られるというのは疑問があります。

それから、ここでは問題になっていないのですが、恐らく「計算において」の方も基準時というのは一応問題になり得て、こちらの方は文言上、恐らく申出の時点で「計算において」ということになるのだと思うのですが、それとの平仄を合わせるという意味では、暴力団員性についても買受けの申出時を基準日にするということがあり得るのではないかなと思います。他方で「計算において」の方も、例えば開札期日に最高価買受申出人が決まって、その段階で暴力団員が接触してきて、代金を払うから不動産を転売してくれというような話になって、それで代金が納付されるというようなことがあった場合に、それも対応を考えなければならないのかなと思うのですが、実際には分からないと思うので、そこまで考えれば買受けの申出時を基準ということでのよいのかなという気もいたします。

○山本（和）部会長 ありがとうございます。

○中原委員 買受けの申出時と売却許可決定時の両方でチェックするのが一番確実とは思いますが、現実的には手続の遅延への懸念や、今井委員からお話がありましたように、買受け申出時点から売却許可決定期日まで、大体通常1か月もあれば足りると聞いていること、さらに、最低限暴力団員に競落されるのを防止するという観点からすれば、売却決定期日の時点のみのチェックでも良いのではないかと考えます。

○山本（和）部会長 ありがとうございます。

ほかにいかがでしょうか。

○今井委員 ちょっと補足で、今、中原委員から意見等、私、同じだったと思うのですが、買受けと決定のいずれかでも該当することが不許可事由ということは先ほど申し上げましたけれども、ちょっと具体的なイメージで、では、こういう事例①とか②というようなことがどんな場面であり得るのかなということを今考えていたのですが、例えば当該暴力団からは、入札ないし開札にしても、その6年前に、実はある組の破門状が出ていましたというふうに、この当該暴力団員が言ったときに、警察の照会の仕方にもよるのですが、最高価買受申出人が該当しますかと問い合わせたときに、該当なし、ただし、

何年の段階では警察では何々組組員であるという把握をしているという、こういう回答があったときですよね。そのときに、6年前に破門されてしまったということを組と本人が言ったときに、警察の方の照会で、そういう照会があるのかどうか、また今後の運用によりますけれども、5年前に、ちょっとためにする議論ですけれども、要するに買受けの申出と売却期日の中間ぐらいから遡って5年の時、その段階では警察では逮捕しているし、そのときの調書によれば、本人は何々組組員であるというような、かなり確かな裏付けがあったとき、その日が買受けから遡ると5年以内、売却からすると5年をちょっと過ぎていくという、非常にレアなケースだと思いますが、そういうときにどうするかというのがこの問題で、事例①と②でどうするのかというところが、現実はそのようなことも滅多にないとは思いますが、あるとすればそういう段階で。そういう段階でも、両方とにかく買受けのときから遡っても5年を過ぎていなければ駄目ですよというのが私の意見だということでございます。

○山本（和）部会長 ありがとうございます。

ほかにはいかがでしょうか。

○垣内幹事 先ほど、とりわけ谷幹事の方から理論的には非常にすっきりした立場が示されたところで、とにかく売却許可決定、あるいはその確定のときにもう5年を過ぎていたということであれば、売却をすべきであるというお話があつて、それは一つの考え方かなというふうには思うのですけれども、他方で、今回の規律ですと、宣誓して暴力団員等でないことについての陳述をするというようなことがあるわけですし、この陳述の際には現に自分がどうかということについて陳述をするものと考えられますから、その場合には、買受け申出の時点では虚偽の陳述をしていたというものが、その後、時間が経過したので、事後的には虚偽ではなくなったということになるわけですけれども、しかし、そうした、少なくともその時点において虚偽の陳述をしていた者について、適法に買受けをさせるということが必要なかどうかということ、そこはこの全体のスキームの趣旨からしても疑問があるようにも思われまして、少なくとも事例①については買受けの対象としないというほうが適切ではないかという感じがしております。

事例②の方は、趣旨を徹底すればこれも排除するということが望ましいのかもしれませんが、しかしここは、先ほど何人かの方から御指摘のありました手続上の問題等もありますので、これについてはもう目をつぶるということでもやむを得ないのかなというふうに考えますと、結論としては、基準時は買受け申出時ということになるのかなというのが、現段階での私の意見です。

○山本（和）部会長 ありがとうございます。

○谷幹事 今、垣内幹事がおっしゃった、宣誓の上での陳述との関係をどう見るかというのは、正に御指摘のような問題があるのだらうと思います。買受けの申出の時点では虚偽の陳述であった、しかし、買受けができる。一方で、サンクションを設けるのだとすれば、それとの関係で処罰するのかどうかという問題もあるのだらうと思いますが、そこはただ、もう技術的に割り切ってクリアするしかないのかなと思っておりますので、そもそも宣誓の上での陳述というのは証拠方法だというふうな位置付けですので、その時点では確かに虚偽の陳述であったけれども、売却許可決定の時点では5年を経過していたということであれば、証拠上、それが認定されるのであれば、特にそれが問題とされるものではないと

ということになるだろうと思いますし、あと、罰則との関係でも、売却許可がなされた場合には処罰されないというふうな何らかの立て付けというものが可能だろうと思いますので、そこは立法的には整理ができるのかなと思っております。

○山本（和）部会長 ありがとうございます。

○阿多委員 今、谷幹事が後半おっしゃったのですが、虚偽陳述は故意が前提で制度を作っていて、それでペナルティーをどうするかという議論になっていたかと思うのですが、事例①のケースというのは、もちろん虚偽で、故意に事実と反することを述べた場合もありますけれども、結局本人の認識と警察情報とが違うような形で、それが黒だったけれども、たまたまこの間に白に、5年経過したという場合もありますので、常に事例①のケースで売却を不許可にしないといけないのかというのは疑問で、谷幹事が発言したように、故意に不正のことを述べていて、それ自体が別途刑事罰の対象になるときに、そういうものについて売却するのがいいのかという別の問題で処理することは可能なので。ただ、実際は刑事に該当するかどうかというのは事後的な判断で、その時点では分からない。では、一旦売却許可したのを後で取り消すのかという問題が起こるとは思うのですがけれども、事例①って常に駄目だとまではなかなか言えないのではないかと、そこだけ補足しておきたいと思います。

○山本（和）部会長 ありがとうございます。

○垣内幹事 今の点については、考え方が双方あるということかと思えますけれども、期間について1点付け加えますと、もし買受け申出時を基準時とするというのであれば、その後、通常、売却許可決定までにかかるような期間も想定した上で、その制限期間を定めたというふうに、そこも含めて制限の期間を考えるべきであって、それが例えば1年かかるということであれば、4年とするとかといったようなことも考えられるかと思えますので、その点も踏まえて、その期間そのものについての考慮をする余地というのものもあるのかなという気がしております。

○山本（和）部会長 分かりました。

○今井委員 ちょっと聞き漏らしたかもしれませんが、事例②について、これはやむを得ないという結論があるやに聞こえたのですけれども、事例②の場合には、売却決定の時には暴力団員になっているわけですね。その段階で照会を受けて、一般には、それで該当ありといったら不許可事由に思うのですけれども、それに対して、例えば執行抗告等の手続で、買受けの申出のときは違いますよということが抗弁になってしまうということになるわけですか。現実問題、買受けの申出自体にすると、先ほど実害と申し上げましたけれども、要するに暴力団員を競売に参入させないというのは、競落させないということが最終目的であり、売買を成立させないということですから、事例②についてはやむを得ないという御意見の方については、どうしてそうなるのかちょっと理解ができませんけれども。

○垣内幹事 今の説明というのは、売却が許可されたときに、本当は暴力団員であるからという理由で執行抗告が提起されるという、そういう事例において、新たに暴力団員になったという事実を考慮なくていいのかと、そういう御趣旨なのでしょう。

○今井委員 だから、捉え方ですけれども、売却決定期日、つまり最高価買受申出人をチェックしたら暴力団員でしたと。だけれども、買受けの申出の時は、それに該当すると言え

るかどうか、立証はともかく、買受けの申出の時に白だったら、その売却決定期日の時に黒でも、これはしようがないよねという選択肢の判断がよく分からないという、そういう問題設定ではなかったとしたら私の誤解ですけれども。

○垣内幹事 通常は、照会についても買受け申出をしたこの人が申出の段階でどうかというふうに、その基準時を申出時と考えるのであれば、それについて照会をし、その結果を見て判断をするということで、それから改めてまた照会を掛けるというようなことが、手続上、余り重い負担になるのではないかとというようなことを私は考えていたところです。

○山本（和）部会長 よろしいですか。

それでは、この点については基本的には買受け申出の時点を目安とすべきだという考え方と、売却決定期日の時点を目安とすべきだという考え方、それぞれの御意見があるということが分かりましたし、それぞれ論点を示していただいたと思います。更に執行抗告があった場合の取扱い等、詰めないといけない問題というのも指摘を頂いたところだと思いますので、これは今回初めて正面から議論を頂いたので、今後更に詰めて、事務当局の方で御検討を頂きたいと思います。

引き続きまして、第2の「計算において」という問題です。

これにつきましては、民事執行法上、存在する概念ではあるということですが、必ずしも従来、それほど詰めた議論がされていたわけではないということもあり、本部会でも若干その意義について議論があったということで、今回、事務当局としては現段階での理解を示して、それについてどのように考えられるかということをお伺いしたいという趣旨で、このような論点を設定したということかと思えます。

そういうことですので、これについてもこの事務局が一応示された考え方について、どこか違和感があるのかなのか、おかしいという点があれば御指摘を頂ければと思います。

○勅使川原幹事 この「計算において」という文言で、前回随分、出捐という言葉にこだわったような資料だったかと思うのですが、これは今回出てきたような経済的損益の帰属ということで、会社法の自己株式の取得の方だったと思いますが、一応その行為によって経済的な損益、経済的な効果が帰属するという趣旨だというふうにつとに言われているところだったかと思うので、これはこれでよろしいかなというのと、それと、もうちょっと執行に近いというものでは、形式競売のところ、建物区分所有法の59条の4項、この59条というのは共用部分の利益のうんぬんかんぬんというものの維持が図れないという場合の競売請求のものですけれども、59条4項の「計算において」に関して、コンメンタールでも一応、あらかじめ転売の約束を得ているなど、実質的な買受人が禁止されている者である場合がこれに該当するというような解釈がなされているところでもありますので、当局が御提示になっているこの事例の①でも②でも③でも、やはり全て「計算において」に含み得るという解釈は成り立ち得る、従来からも成り立っているところではないかと。ただ、コンメンタールはまだ1冊しか確認していませんので、これは一般的な解釈なのかどうかよく分かりませんが、取りあえずそういう考え方は成り立つのであろうということですので。

○阿多委員 「計算において」について、いろいろな解釈の幅のあることの御指摘はこのとおりかなと思って、最初どこまでにするのかという答えを出す必要があるのかどうか分からないのですが、むしろ3ページで指摘されている、ほかの法律で使われているような暴

力団員だか実質的に支配する法人というような概念をあえてこちらの方で入れる必要はなくて、むしろ今の「計算において」というので対応するのが望ましいのではないかと思います。「実質的に支配する法人」は、実質という非常に評価が入る概念ですので、今のまま、こういう形に置き換えるのではなくて、「計算において」のままでいいと思いますので、そのことだけ発言しておきたいと思います。

○山本（和）部会長 ほかにいかがでしょうか。

それほどここでの説明には違和感はないというふうにお伺いしてよろしいのですかね。

それでは、現段階、今日の時点においては、取りあえず事務当局からはこのような理解があったということで、完全に受け入れられているかどうかという自信はありませんけれども、そういうことがあったということをそういう形で理解させていただければと思います。

それでは、最後になりますが、「第3 人定事項を証する文書の提出について」ということでありますけれども、この買受け申出の際に、あらかじめ警察への照会が必要となる事項について明らかにしなければならないということであるわけですけれども、その事項につきましては、特に法人等の負担が著しく課題にならないために、一種の一覧表のようなものの提出で足りるという考え方が示された、そういう指摘がされていたかと思います。

それに対しては、それで本当に真実性が担保できるのかという指摘もあったところですが、その法人の代表者の陳述については、虚偽陳述に対する制裁というものが機能すれば、その一覧表の真実性も担保できるのではないかという反論といいますか、考え方が提示されているという、それがこれまでの議論であったのではないかということ、それを踏まえて、この人定事項、住民票の写し、その他の文書というものについて、どのように考えるのか、どのように考えればいいのかということがここでの資料の趣旨ということになります。

この点について、従来、議論としては余り詰められていなかったかもしれませんが、このような考え方について賛成、反対、いずれでも結構ですので御意見を頂ければと思います。

○阿多委員 私、従前から賛成意見を述べさせていただいていますので、あえて重ねるまでは。

従前は、ただ、住民票に代わる証明力があるのかというところで、どこまでその証明、この役員リストプラス代表者の多分申請の証明、原本証明になると思うのですが、十分対応できると思いますし、他と照合する形でチェックは役員がどうかうんぬん含めて、比較する情報はほかにすぐ入りますので、これで代替するという形で構わないと今でも思っていますので、それだけ意見を述べておきます。

○山本（和）部会長 いかがでしょうか。

○中原委員 参考までに、銀行取引において法人と取引をする場合は、法人の役員全員をチェックしていますが、全員について住民票の提出までは求めておりません。商業登記簿謄本等で役員を確認し、少なくとも各銀行が保有している反社データとの照合を行なっています。ヒットすれば、別途の手段により詳細な確認を行ないませんが、ヒットしなければそれで完了させています。

したがって、本件においても、表明保証がなされるのであればそれで良いと思います。

ただし、役員リストの誤記載に関して、故意の場合は何らかの制裁が考えられると思いますが、過失の場合には一切制裁がないという点については、若干の懸念をしております。

○山本（和）部会長 ありがとうございます。

ほかにいかがでしょうか。

○阿多委員 今回の過失の点ですが、ここでの人定事項を証する文書で証明しようとする内容ですけれども、いわゆる現在事項証明書等で記載されている、通常、取締役、監査役等の役員及びその氏名、さらに、多分生年月日ということが証明情報の内容であって、暴力団でないということの証明も、この役員リストの中で記載させることを意図しているのでしょうか。そこは確認したいのですが。

○内野幹事 恐らく部会のこれまでの議論を踏まえれば、御指摘の役員のうち暴力団員等に該当する者がいないという部分は、宣誓の上で陳述するという部分で議論していた話かと思えます。

○阿多委員 今回この人定事項を証する文書というのでの証明対象としては、多分一枚の書類になるのかもしれませんが、宣誓の上で、暴力団員ではない旨の陳述をするとした場合の、陳述をした書面というのは、一応、別の議論として今考えているということによろしゅうございますか。そこだけ確認したかったのですが。

○内野幹事 はい。これまでの議論を踏まえれば、別で議論されていたというふうに認識しています。

○山本（和）部会長 よろしいでしょうか。

○阿多委員 結構です。

○山本（和）部会長 ほかにいかがでしょうか。

おおむねこのような認識を前提にするということについて、御異論は特段ないということによろしいでしょうか。

ありがとうございます。

これで一応、本日予定をしていた議事は終了しましたが、時間がちょっとまだありますので、もし先ほど、もうちょっと言いたかったということがあれば、言っていただいても構いませんけれども、よろしいでしょうか。また先ほどの問題については今後議論していただく時期というのは当然あるかと思しますので、それでは、本日の審議はこの程度とさせていただきますと思います。

それでは、次回の議事日程等について、事務局から説明をお願いいたします。

○内野幹事 次回は12月15日の金曜日、午後1時半から午後5時半までを予定しております。場所は現在調整中でありまして未定でございますが、これはまた御連絡を申し上げます。

次回は、今回御紹介することができなかった部分を含めて、パブリックコメントの結果を御紹介するなどしたいと思っております。それに対応したところで、次回、取り上げるべき課題、これをこちらで整理いたしまして、後日また適宜の方法でお知らせしたいというふうに考えております。

○山本（和）部会長 それでは、これで本日の審議は終了したいと思います。

熱心な御審議をありがとうございました。

—了—

