

**「国際的な子の奪取の民事上の側面に関する条約（仮称）」を実施するための
子の返還手続等の整備に関する個別論点の検討(5)**

1 利害関係参加

次のような規定とすることでどうか。

- ① 子〔裁判の結果により直接の影響を受ける者〕は、家庭裁判所の許可を得て、子の返還申立事件の手続に参加することができるものとする。
- ② 家庭裁判所は、相当と認めるときは、職権で、①に規定する者を、子の返還申立事件の手続に参加させることができるものとする。
- ③ ①による参加の許可の申立てについては、当事者参加の申出等の方式と同様の規律を設けるものとする。
- ④ 家庭裁判所は、①により子の返還申立事件の手続に参加しようとする者が未成年者である場合において、その者の年齢及び発達の程度その他一切の事情を考慮してその者が当該子の返還申立事件の手続に参加することがその者の利益を害すると認めるときは、①による許可の申立てを却下しなければならないものとする。
- ⑤ ①による参加の許可の申立てを却下する裁判に対しては、即時抗告することができるものとする。
- ⑥ ①及び②により子の返還申立事件の手続に参加した者（以下「利害関係参加人」という。）は、当事者がすることができる手続行為（子の返還を求める申立ての取下げ並びに終局決定に対する不服申立て及び裁判所書記官の処分に対する異議の取下げを除く。）をすることができるものとする。ただし、終局決定に対する不服申立て及び裁判所書記官の処分に対する異議の申立てについては、利害関係参加人が不服申立て又は異議の申立てに関するこの法律の他の規定によりすることができる場合に限るものとする。

（補足説明）

利害関係参加をすることができる者としては、返還を求められている子が想定される（ただし、子の年齢や成熟度に照らし、参加を認めることが子の福祉の観点から好ましくない場合には裁判

所は参加の申立てを却下できるものとするとも考えられる。)

部会においては、当事者適格を有する者を広く認める方向性についておおよその合意が得られているが、そのような前提の下で、なお子以外に利害関係参加を認めるべき者があるか問題になるが、余り広汎に参加を認めることは本手続の迅速処理の要請に反し、相当ではない。そこで、家事事件手続法と同様、利害関係参加人は、当事者とほぼ同様の権能を有するものとし、このような権能を有する利害関係参加人として想定される者は、基本的には子であると考えられることから、①では、「子」が利害関係参加をすることができるものとしているが、「子」と同程度に利害関係参加をさせるべき地位にある者が具体的に想定される場合には、「裁判の結果により直接の影響を受ける者」として抽象化する必要があることから、亀甲括弧でその旨記載している。

2 記録の閲覧等

記録の閲覧等については、次の①ないし③及び⑤の規定を置くことを前提として、相手方又は子の住所又は居所に関する④の規定を設けることでどうか。

- ① 当事者又は利害関係を疎明した第三者は、家庭裁判所の許可を得て、裁判所書記官に対し、子の返還申立事件の記録の閲覧若しくは謄写、その正本、謄本若しくは抄本の交付（以下「閲覧等」という。）又は子の返還申立事件に関する事項の証明書の交付を請求することができるものとする。
- ② ①は、子の返還申立事件の記録中の録音テープ又はビデオテープ（これらに準ずる方法により一定の事項を記録した物を含むものとする。）に関しては、適用しないものとする。この場合において、当事者又は利害関係を疎明した第三者は、家庭裁判所の許可を得て、裁判所書記官に対し、これらの物の複製を請求することができるものとする。
- ③ 家庭裁判所は、当事者から①及び②による許可の申立てがあったときは、これを許可しなければならないものとする。
- ④ 家庭裁判所は、相手方若しくは子の住所地又は居所地が記載され、又は記録された部分（以下「住所等表示部分」という。）についての閲覧等又はその複製は、③にかかわらず、③の申立てを許可しないものとする。ただし、次に該当する場合はこの限りでない。
 - 一 当該住所等表示部分の閲覧等又はその複製に対する相手方の同意があるとき

二 子の返還を命ずる決定が確定したとき

- ⑤ 家庭裁判所は、事件の関係人である未成年者の利益を害するおそれ、当事者若しくは第三者の私生活若しくは業務の平穩を害するおそれ又は当事者若しくは第三者の私生活についての重大な秘密が明らかにされることにより、その者が社会生活を営むのに著しい支障を生じ、若しくはその者の名誉を著しく害するおそれがあると認められるときは、③にかかわらず、③の申立てを許可しないことができるものとする。審理の状況、記録の内容等に照らして当該当事者に③の申立てを許可することを不適当とする特別の事情があると認められるときも、同様とするものとする。

(補足説明)

援助申請を受けた中央当局においては、子及び相手方の所在を確認するため関係機関から必要な情報の提供を受けることが予定されているが、収集した情報については、原則として第三者には一切提供しないとするにより、関係機関から確実に情報の提供を受けられるようにする仕組みとすることを検討している。こうした中央当局の仕組みを前提とするとき、子の返還申立事件の手続においても、記録の閲覧等を通じて相手方又は子の住所地又は居所地の記載部分が一律に開示されないような規定を設け、特にDV被害者等の懸念に配慮して、中央当局における子の所在確知の活動を担保することが必要とも考えられる。

そこで、閲覧等の許可の申立てがあった場合に、住所等表示部分については、家庭裁判所の裁量を入れることなく、開示を許可しないものとする④の規定を置くことを提案するものである。

ただし、相手方が、自己又は子の住所等表示部分について開示されることについて同意する場合にまで秘匿する必要はないことから、ただし書において、この場合を除外することを提案している。

また、子の返還を命ずる決定が確定した後については、申立人は、強制執行の申立ての段階においては、相手方等の住所を知る必要がある場合が生ずる。執行方法としてどのような規律を置くかについては現在検討中であるが、子の返還を命ずる決定が確定した後、例えば、申立人が間接強制金支払決定の申立てをする場合には相手方の住所地を知る必要があるのではないか（間接強制金支払決定を債務名義とする強制執行に支障を来たすのではないか）、また、例えば、申立人が代替執行の申立てをする場合には場合には子の住所地を知る必要があるのではないか（子の住所地が判明しないと、代替行為を行うため子に会うことができないのではないか）と考えられる。

以上のような事情を考慮し、「子の返還を命ずる決定が確定したとき」を不許可の場合から除外している。もっとも、子の返還を命ずる決定が確定した後であっても、他の閲覧謄写不許可事由（⑤に記載されるもの）が認められる場合には、閲覧謄写等が許されないことを前提としている。

なお、相手方又は子の住所等表示部分そのものではなく、住所又は居所を推知させる情報の扱ひも問題になるが、何をもって推知させるのかについて裁判所が判断することは困難であることを考えれば、原則不許可の対象とすることは相当ではないから、住所又は居所を推知させる情報は、「住所等表示部分」には含まれないことを前提としている。

3 子の即時抗告権

子の返還を命ずる裁判に対しては、子に即時抗告権を認めるものとするかどうか。

（補足説明）

家事事件手続法においては、子の監護者の指定又は変更の申立てや親権者の変更の申立てについての審判に対しては、子に即時抗告権を認めていない（同法第156条第4号参照）が、本手続における子の常居所地国への返還を命ずる裁判に対しては、子に即時抗告権を認めるものとするのが相当と考えられる。理由は、次のとおりである。

家事審判事件においては、子の監護者の指定又は変更等の子の監護に関する処分や親権者の変更等については子に申立権が認められておらず（改正後の民法第766条第2項、第819条第6項参照）、15歳以上の子について陳述聴取が義務付けられているのみである（家事事件手続法第152条第2項）。

本手続においては、子に申立権が認められていない点では子の監護者の指定等の審判と同じであるが、本条約第13条第2項の規定により、「子が返還されることを拒み、かつ、その意見を考慮に入れることが適当である年齢及び成熟度に達していると認める場合」には常居所地国への返還を命じないことができるものとされており、条約上、子の返還拒否の意思が返還拒否の理由になり得ることが明文で定められている点で、いわば、条約が子に独自の権限（条約において原則とされている常居所地国への返還命令を阻止し得る権限）を特別に与える効果を有するものと考えられるから、子の監護者の指定等の審判とは異なるといえる。

また、児童の権利条約における子の意見表明権の趣旨や、返還命令により子が常居所地国に返還されれば子に対して我が国の裁判権が及ばなくなるといった事情を総合的に考慮すれば、子に

は本手続においてその権限を十分に行使する機会を与えるために、即時抗告権を認めるのが相当である。もっとも、条約上、子に自己を常居所地国に返還するよう求める権限が与えられているわけではないことからすると、子の即時抗告権は、子の返還を命ずる裁判に対してのみ認めるものとするのが相当と考えられる。

《参照条文》

○ 家事事件手続法

(陳述の聴取)

第五十二条 家庭裁判所は、夫婦財産契約による財産の管理者の変更等の審判をする場合には、夫及び妻（申立人を除く。）の陳述を聴かなければならない。

2 家庭裁判所は、子の監護に関する処分の審判（子の監護に要する費用の分担に関する処分の審判を除く。）をする場合には、第六十八条の規定により当事者の陳述を聴くほか、子（十五歳以上のものに限る。）の陳述を聴かなければならない。

(即時抗告)

第五十六条 次の各号に掲げる審判に対しては、当該各号に定める者は、即時抗告をすることができる。

- 一 夫婦間の協力扶助に関する処分の審判及びその申立てを却下する審判 夫及び妻
- 二 夫婦財産契約による財産の管理者の変更等の審判及びその申立てを却下する審判 夫及び妻
- 三 婚姻費用の分担に関する処分の審判及びその申立てを却下する審判 夫及び妻
- 四 子の監護に関する処分の審判及びその申立てを却下する審判 子の父母及び子の監護者
- 五 財産の分与に関する処分の審判及びその申立てを却下する審判 夫又は妻であった者
- 六 離婚等の場合における祭具等の所有権の承継者の指定の審判及びその申立てを却下する審判 婚姻の当事者（民法第七百五十一条第二項において準用する同法第七百六十九条第二項の規定による場合にあつては、生存配偶者）その他の利害関係人

(即時抗告)

第七十二条 次の各号に掲げる審判に対しては、当該各号に定める者（第一号から第三号まで及び第五号にあつては、申立人を除く。）は、即時抗告をすることができる。

- 一 親権喪失の審判 親権を喪失する者及びその親族
- 二 親権停止の審判 親権を停止される者及びその親族
- 三 管理権喪失の審判 管理権を喪失する者及びその親族
- 四 親権喪失、親権停止又は管理権喪失の申立てを却下する審判 申立人、子及びその親族、未成年後見人並びに未成年後見監督人
- 五 親権喪失、親権停止又は管理権喪失の審判の取消しの審判 子及びその親族、子に対し親権を行う者、未成年後見人並びに未成年後見監督人
- 六 親権喪失、親権停止又は管理権喪失の審判の取消しの申立てを却下する審判 申立人並びに親権を喪失し、若しくは停止され、又は管理権を喪失した者及びその親族
- 七 親権又は管理権を回復するについての許可の申立てを却下する審判 申立人

- 八 養子の離縁後に親権者となるべき者の指定の審判 養子の父母及び養子の監護者
 - 九 養子の離縁後に親権者となるべき者の指定の申立てを却下する審判 申立人、養子の父母及び養子の監護者
 - 十 親権者の指定又は変更の審判及びその申立てを却下する審判 子の父母及び子の監護者
- 2 (略)

○民法

(離婚後の子の監護に関する事項の定め等)

第七百六十六条 父母が協議上の離婚をするときは、子の監護をすべき者、父又は母と子との面会及びその他の交流、子の監護に要する費用の分担その他の子の監護について必要な事項は、その協議で定める。この場合においては、子の利益を最も優先して考慮しなければならない。

- 2 前項の協議が調わないとき、又は協議をすることができないときは、家庭裁判所が、同項の事項を定める。
- 3 家庭裁判所は、必要があると認めるときは、前二項の規定による定めを変更し、その他子の監護について相当な処分を命ずることができる。
- 4 前三項の規定によつては、監護の範囲外では、父母の権利義務に変更を生じない。
(離婚又は認知の場合の親権者)

第八百十九条 父母が協議上の離婚をするときは、その協議で、その一方を親権者と定めなければならない。

- 2 裁判上の離婚の場合には、裁判所は、父母の一方を親権者と定める。
- 3 子の出生前に父母が離婚した場合には、親権は、母が行う。ただし、子の出生後に、父母の協議で、父を親権者と定めることができる。
- 4 父が認知した子に対する親権は、父母の協議で父を親権者と定めたときに限り、父が行う。
- 5 第一項、第三項又は前項の協議が調わないとき、又は協議をすることができないときは、家庭裁判所は、父又は母の請求によつて、協議に代わる審判をすることができる。
- 6 子の利益のため必要があると認めるときは、家庭裁判所は、子の親族の請求によつて、親権者を他の一方に変更することができる。
(親権喪失の審判)

第八百三十四条 父又は母による虐待又は悪意の遺棄があるときその他父又は母による親権の行使が著しく困難又は不適當であることにより子の利益を著しく害するときは、家庭裁判所は、子、その親族、未成年後見人、未成年後見監督人又は検察官の請求により、その父又は母について、親権喪失の審判をすることができる。ただし、二年以内にその原因が消滅する見込みがあるときは、この限りでない。

4 子の返還を命ずる裁判の実現方法

債権者が授權決定を受け、裁判所において指定された実施者をして、債務者に代

わって子の返還を実現するという代替執行を応用した強制執行（以下「代替執行類似執行」という。）の仕組みを検討するに当たり、以下の点についてどのように考えるか。

(1) 授權決定のための手続

ア 申立ての要件

子の返還を命じられた者が自ら履行することを促すため、間接強制が功を奏しなかったことを代替執行類似執行の申立ての要件とすることについてどのように考えるか。

イ 実施者の選任

(7) 実施者について

代替執行類似執行の実施には、子を空港に連れて行くなどして返還行為そのものを行う実施者（以下「返還実施者」という。）の他、返還の実施を行うために、子を相手方の監護状態から解放する実施者（以下「解放実施者」という。）が関与するものと整理してはどうか。

(イ) 返還実施者の選任

- a 子の利益に対する配慮から、申立人は、返還実施者を特定して申立てをするものとし、返還実施者の選任を必要的とすることでどうか。また、返還実施者として想定されるのは、第一次的には申立人とすることでどうか。
- b 申立人が返還実施者として相当ではない場合、又は申立人が日本に来ることができない場合、裁判所は、申立人に他の者を返還実施者として特定させた上、その者を指定できるものとするについてどのように考えるか。この場合、申立人が返還実施者として相当でないと認められるのはどのような場合か。また、その場合、申立人と同等の者が返還実施者となることが望ましいと考えられるが、どのような者が考えられるか。

また、申立人が適切な返還実施者を特定することができない場合には、申立てを却下するものとするかどうか（申立人の特定によらずに、裁判所が職権で返還実施者を見つけ、指定をすることまでは認めないということかどうか。）。

- (ウ) 解放実施者としては、公的機関にこれを委ねるのが相当であり、例えば執行官とすることが考えられるがどうか。

ウ 対象となる子

(7) 代替執行類似執行によって返還することができる子について、子に対する心理的影響を考慮し、一定の年齢を超えた子については対象としないものとするについてどのように考えるか。

(4) 授権決定の段階においては、子の意思は考慮しないものとするかどうか。

エ 授権決定の手続

授権決定を行うためには、相手方に対する審尋を要するものとするかどうか。

(2) 解放実施者及び返還実施者の権限

解放実施者及び返還実施者の権限の規律について以下のように整理することについてどのように考えるか。

ア 解放実施者の権限

- ① 相手方の子の監護を終了させ、返還実施者が子の監護を開始するまでの間、手続に関与することができるものとする。
- ② 子を相手方の監護状態から解放する際に、解錠・立入りができるものとする。
- ③ 相手方の抵抗を排除するため、有形力を行使することができるものとする。
また、抵抗排除のために警察の援助を求めることができるものとする（民事執行法第6条第1項）。
- ④ 相手方及び子と接触し、説得することができるものとする。
- ⑤ 子に有形力を行使することができないものとする（注）。
- ⑥ 相手方が子を抱えて離さないとか、子自身が相手方と離れない場合など、子の心身に悪影響を与えるおそれがある場合には、相手方に有形力を行使することができないものとする（注）。

(注) 子に対する有形力や、子の心身に悪影響を及ぼすおそれのある相手方に対する有形力を行使しなければ解放を実施できないような場合には、解放実施者の判断により、執行不能とすることができるものとする。

イ 返還実施者の権限

- ① 常居所地国への返還のための実施行為（飛行機に乗せるなど）をすること

ができる。

② 返還の間，子を監護できるものとする。

③ 解放実施の際，子に悪影響を与えない相当な方法により，子や相手方と接触し，説得できるものとする。

(3) 中央当局

代替執行類似執行の実施に当たって，中央当局が立ち会う等何らかの形で関与する仕組みとすることについてどのように考えるか。

(4) 作為の実施方法

ア 実施準備行為

具体的な実施に当たっては，子を適切に監護できる状態で実施できるか，必要な宿泊施設や交通手段が用意されているかなどを確認した上で行うことが必要であるものとする。

イ 執行場所

解放行為の実施を行うことができる場所は，原則として相手方宅とし，公道等での実施は例外的に行うことができるものとするかどうか。

ウ 執行の終了時期

子を飛行機に乗せるなどして国内で返還のために必要な行為を終えたときに作為の実施が終了するものと整理することかどうか。

(補足説明)

1 代替執行類似執行の基本的な考え方

民事執行法上の代替執行の手続においては，債権者が代替的作為義務の給付を命ずる判決正本に基づき，債務者の費用をもって債務名義表示の行為を実現する行為を債務者以外の者にさせることを債権者に授権する旨の決定（授権決定）を求める申立てを行い，授権決定を得た上で作為を実施するということが行われる。授権決定の発令に当たっては，債務者への審尋が必要とされ，審尋を通して債務者の同一性を確認し，また，債務名義に表示された義務を特定化，明確化するためにその趣旨を解釈するものとされている。授権を受ける者は債権者であり，債権者は，授権決定に基づいて代替行為の実行に当たる。民事執行法上，授権決定の際に作為実施者の指定をすることは必要的ではなく，指定がないときは債権者自身が行い，又は任意の第三者たる私人にさせることもできる。他方，作為実施者の指定がされているときは，債権者は

これに拘束され、指定された作為実施者にさせなければならないと解されている。授權決定がされると、債務者以外の者に作為を実施する権能が与えられ、その反面として、債務者に作為に関する受忍義務が課される。授權決定が確定すると代替執行事件は終結に至るが、代替執行の終了は作為実施の完了時であると解されている。

これを本手続で応用し、申立人に授權決定をした上、指定された実施者をして、相手方に代わって子を返還するということが考えられる。この場合、子の引渡しの直接強制とは異なり、子を執行の対象として債務者の下から取り上げ、債権者に引き渡すことは代替執行類似執行の要素とはならない。あくまで、実施者が子の監護を開始し、相手方に代わって返還行為を行うことが代替執行類似執行の要素であって、相手方が受忍義務に反して抵抗し、実施者が子に対する監護を開始できない場合に、その抵抗を排除して監護状態を終了させることはあっても、実力を行使して子を取り上げるものではない。

このような理論的整理ができるものとするが、代替執行類似執行には、子を扱うという特殊性から、授權決定の発令に際し、申立人を返還実施者とすることが相当か等を審理して授權決定の可否を判断することとし、実施にあたっては、子の安全が害されないことが制度上担保されるような規律を定めることが必要であると考えられる（注）。

そこで、以下具体的な問題について検討する。

（注）代替執行以外の制裁的手段について

子の返還の実現を確保するための代替執行以外の手段として、部会においては、相手方を勾引・勾留するという手段について意見が出された。これについては、民事上の裁判に従わない者に対する制裁の手段としてとらえた場合には、より一般的・多角的な議論が必要であって、子の返還命令に従わない場合に限局した議論に止まらないという基本的な問題がある。また、いかなる状況になった場合にどのような目的で勾引・勾留するものとするのか、子の目前においても勾引・勾留することを認めるのか、相手方を勾引・勾留する場合に子はどうか、勾引・勾留によって具体的にどのようにして子の返還の実現を図るのかなどの問題があり、勾引・勾留によっても、相手方以外の者が子をどこかに連れて行くという作用が避けられないとすれば、問題の根本的な解決にはならないと考える。

2 授權決定のための手続

(1) 申立ての要件

民事執行法上、代替執行及び間接強制のいずれも行うことができる場合、優劣なく選択的に申立てをすることが可能である（民事執行法第173条参照）。本件においても、同様に選択的とすることも考えられるが、子の返還を命じられた者による履行を促し、できる限り相手方自身による返還を実現させることが望ましいという観点から、履行がない場合に直ちに代替執行類似執行を申し立てることができるものとはせず、代替執行類似執行を申し立てるためには、間接強制が功を奏しなかったことを要件とすることが考えられる。この場合、例えば間接強制決定から2週間を経過しても履行がないときに代替執行類似執行を申し立てることができるものとするのが考えられる。

(2) 実施者の選任

ア 代替執行類似執行の実施者

代替執行類似執行の実施行為を考えると、まず、子を相手方の監護状態から解放し、相手方に代わって返還させることが可能となる状況を作成することが必要であり、次に、子を現実に監護しながら空港等に連れて行き、常居所地国に返還させる行為が想定できる。

そして、前者の相手方の監護を終了させる行為は、相手方を説得し、又はその抵抗を排除することがその行為の中心となるのに対し、後者の子を返還させる行為は子の監護を伴うものであって質的に異なるといえる。

そこで、この二つの実施行為を分けて考え、それぞれについて異なる実施者を選任できるものとするのが相当である。

イ 返還実施者の選任

(ア) 民事執行法上の代替執行手続においては、授權決定の要件は一般の執行要件及び代替執行の要件（債務名義に表示された作為内容が特定され、代替性を有すること及び債務名義表示の作為内容と申立てにかかる作為内容が同一性を有すること。）であり、実施者の指定は必要的ではない。しかしながら、子の返還を代替執行により実現する場合、安全な返還を確保し、子に与える心理的負担を軽減する観点から、適切な実施者の選任を要するものとするのが相当である。

そして、返還実施者の選任について、具体的にどのような者がふさわしいかを考えると、申立人が、子の安全な返還について最も関心が高く、また、子の監護権者（少なくとも子の連れ去り前には監護権を有していた者）であって子とのつながりも強く、一般的に、最も子を安心して委ねることができる者であるといえる。そこで、第一次的には、申立人が返還実施者となると考えるのが相当である。

(イ) もっとも、例えば、返還の裁判において、申立人に暴力的傾向が認められると判断された事案等、申立人に子を委ねるのが相当ではない事案や、申立人の適格には問題がないものの申立人が日本に来ることができない事案が考えられる。これらの事案において、他の返還実施者の選任を行うかが問題となる。

この点については、返還後の子の生活を考えると、申立人自身が返還実施者となる場合のほかは、代替執行を認めないという考え方もあり得る。しかしながら、安全に子を返還できる適任者がおり、返還後も適切な者に引き渡す準備が整っているのであれば、申立人のみに限定する必要がないと考えられる。そこで、例えば、申立人から依頼を受けた者等を指定することが考えられるが、子の監護を伴うことから、想定される返還実施者については類型的に整理し、限定するのが望ましいといえる。具体的には、親族や申立人代理人等が考えられるがどうか。

また、このような指定を認める場合でも、裁判所が適切な返還実施者を職権で探さなければならないとすることは困難であり、申立人が申立てにおいて適切と思われる返還実施者を自ら特定し（又は審理の途中で指定を追加・変更し）、返還実施者に選任すべき理由について主張することが必要であり、裁判所は特定された返還実施者の選任の拒否について審理・判断し、相当でない場合には申立てを却下するものとするのが相当であると考えられる。

ウ 解放実施者

解放実施者の行う実施行為は、上記のように、相手方や子と直接の接触をし、相手方を説得したり、その抵抗を排除したりすることが想定されるから、不測の事態を防止するためにも公的機関とするのが相当である。そこで、具体的な例としては、現行法上の執行機関であり、また、威力を行使することが認められている執行官を解放実施者とするのが考えられるがどうか。

(3) 対象となる子

ア 代替執行類似執行は、直接子を執行の対象とするものではないが、相手方を説得し、又はその抵抗を排除して相手方の監護状態から解放することを伴うものであるところ、年齢の高い子を、その自由意思を問わない執行によって返還させることの相当性についても考慮しなければならないといえる。そこで、このような観点から、代替執行類似執行の対象となる子を一定の年齢までの子に限ることが考えられるがどうか。

イ 子の人格を尊重し、子の利益を害することがないよう配慮する観点から、代替執行類似

執行において、授権決定の判断に際して子の意思を考慮するかが問題となる。これについては、返還の裁判において、子が返還を拒んでいるか否かという子の意思は既に考慮されているから、執行の段階で改めて返還に対する子の意思を問うのは、不当な蒸し返しとなつて相当ではないといえる。

そこで、授権決定の段階においては、子の意思は考慮しないものとするのが相当である
と考えるがどうか。

(4) 授権決定の手続

代替執行類似執行を行う場合、民事執行法上の代替執行同様、授権決定をする際に、相手方の審尋を要するものとするのが考えられる（民事執行法第171条第3項）。民事執行法上の代替執行においては、この審尋は債務名義に表示された債務者と申立てに係る債務者との同一性について意見を述べる機会を与えたものと解されている。本手続で審尋を行う場合、これに加えて、実施者の選任についての意見を聴くということも考えられるがどうか。

3 実施者の権限

返還実施者及び解放実施者がいかなる権限を有するか、どのような行為をすることが認められないかについて、適切な規律を設けておくことは、不測の事態を防止し、子の安全に配慮した適正な執行を実施するために不可欠であるといえる。

そこで、具体的には本文に記載したような規律を設けることが考えられるがどうか。

4 中央当局

返還実施者を申立人とし、自ら連れ帰る場合を原則とするものとしても、上記のように返還実施者が申立人以外で、飛行機に乗せるところまでしか立ち会うことができない場合も想定され、返還後の子の安全を確保し、安全な返還を実現するためには、中央当局間の連絡調整が不可欠であると思われる。

また、申立人が返還実施者となる事案であっても、執行裁判所が責任を負うべき作為の実施行為である以上、申立人のみに委ねるとするのは相当ではなく、子の安全が確保できるよう、常に第三者の監督下にあるものとするのが望ましい。そこで、ハーグ条約第7条において中央当局は直接又は仲介者を通じて子の安全な返還を確保するとされていることから、中央当局が、必要に応じて、解放実施の現場に立ち会い、返還実施者が常居所地国に向かう交通機関に乗せるまでの間、返還実施者に同行するなど各実施者を補助することなども考えられるがどうか。

5 作為の実施方法

(1) 実施準備行為

授權決定後、代替執行類似執行の実施に当たっては、子の利益を害することなく、安全な返還を確保する観点から、各実施者及び他の補助者の臨場体制が確保でき、子を適切に監護できる状態で実施できるかどうか、常居所に帰るために必要な交通手段、宿泊施設等の手配ができていないか等を確認した上で実施に移すという運用が必要であると思われる。

これについては、授權決定の段階で判断し、具体的作為を詳細に指定して授權決定を行うものとするのは、かえって作為の実施を困難にし相当でない。そこで、授權決定では、具体的作為の詳細までは特定せず、実施前に入念な打合せを行うなど、運用面における工夫によって安全で適切な子の返還の実現を図るのが相当であると考えられる。

(2) 実施場所

公道や保育園等で解放実施を行うことができるとすると、第三者を巻き込むおそれがあり、また、衆人環視の下で行うことはプライバシーの侵害や子に与える影響等を考えても相当ではない。そこで、解放実施行為は原則として相手方宅で行うものとするのが相当である。もっとも、具体的な事案によっては、公道等で行わざるを得ない場合や、公道で行うことによる不利益がほとんど生じない場合も考えられる。そこで、例外的には公道等で行うことも認められるものとするが、事案は限られることとなると思われる。

また、執行場所については、相手方（又はその補助者）が不在の場所で解放実施行為に着手できるか（現実には解放実施行為は不要となる。）という問題がある。これについては、執行は相手方の許可を受けて行うものではないから、相手方が不在であってもよいともいえそうである。しかしながら、子をさらうようにして連れて行くというのは手段の相当性との関係で問題があるといえるから、原則としては相手方（又はその補助者）が子を監護しているときに解放実施行為を行うものとするのが相当ではないか。

(3) 執行の終了時期

民事執行法上の代替執行の終了は作為の実施の完了時であるといわれる。本件代替執行類似執行における執行の終了時期について検討すると、子の返還という作為は、常居所に向かう交通手段を利用可能な場所に子を連れて行き、子を当該交通機関に乗せることで実現するものといえ、通常そこまですれば、その後は特段の作用がなくても、交通機関が常居所に向かって移動し、子は常居所に上陸できるものといえる。我が国の執行管轄権が外国には及ばない点に照らしても、外国において子が入国手続をとるところまでを執行の実施と捉えるのは困難である。そうすると、子を常居所に向かう交通機関に乗せたところで実施行為は終了し、代替執行類似執行も終了するものとする。

《参照条文》

○民事執行法

(執行官等の職務の執行の確保)

第六条 執行官は、職務の執行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。ただし、第六十四条の二第五項（第一百八十八条において準用する場合を含む。）の規定に基づく職務の執行については、この限りでない。

- 2 執行官以外の者で執行裁判所の命令により民事執行に関する職務を行うものは、職務の執行に際し抵抗を受けるときは、執行官に対し、援助を求めることができる。

(代替執行)

第一百七十一条 民法第四百十四条第二項 本文又は第三項 に規定する請求に係る強制執行は、執行裁判所が民法の規定に従い決定をする方法により行う。

- 2 前項の執行裁判所は、第三十三条第二項第一号又は第六号に掲げる債務名義の区分に応じ、それぞれ当該各号に定める裁判所とする。
- 3 執行裁判所は、第一項の決定をする場合には、債務者を審尋しなければならない。
- 4 執行裁判所は、第一項の決定をする場合には、申立てにより、債務者に対し、その決定に掲げる行為をするために必要な費用をあらかじめ債権者に支払うべき旨を命ずることができる。
- 5 第一項の強制執行の申立て又は前項の申立てについての裁判に対しては、執行抗告をすることができる。
- 6 第六条第二項の規定は、第一項の決定を執行する場合について準用する。

5 相手方及び子の所在が当初から不明である場合の手續と裁判の取消し又は変更

相手方及び子の所在が当初から不明である場合について、公示送達の方法で子の返還申立事件の手續を進めることができるとした上で、子の利益保護の観点から、条約第13条第1項b又は第2項の返還拒否事由が認められるときは、申立てにより裁判の取消し又は変更をすることができるものとする事について、どのように考えるか。

また、上記の規律に代えて、相手方及び子の所在が当初から不明である場合には、公示送達の方法で子の返還申立事件の手續を進めることができないこととした上で、相手方及び子の所在が判明した後に改めて子の返還を求める申立てがされたときは、当初の申立ての時等に申立てがあったものとみなすものとする事について、どの

ように考えるか。

(補足説明)

1 公示送達の方法により手続を進めることができることを前提とした規律について

中央当局の所在調査によっても手続の当初から相手方及び子の所在が判明しない場合における子の返還申立事件の取扱いについては、子の返還を求める申立てが子の連れ去り又は留置のときから1年を経過した後にされ、かつ、子が新しい環境になじんだことが子の返還拒否事由とされていること(条約第12条第2項)との関係で、申立人が不利益を被らないようにするためには、公示送達の方法によっても手続を進めることができるようにしておく必要があると考えられ、また、このような場合には、自己に対して子の返還を求める申立て等がされることが合理的に予測し得たにもかかわらず、通常期待される程度の調査をすれば所在地を知り得るような措置(例えば、住民基本台帳法による転入届、転出届、転居届。これにより中央当局による調査によって所在が判明することが期待される。)を講じていなかった以上、公示送達の方法が採られたことについて相手方自身に帰責事由がないとはいえないのが通常であると考えられるから、公示送達の方法によって手続を進めることができることも許容されると考えられる。

しかし、本手続による子の返還は、子の利益を最も重要な目的とするものであるところ、上記のとおり公示送達の方法により相手方の現実の関与なく手続を進めることができるとすると、本来であれば返還による子の重大な危険(条約第13条第1項b)や子の返還拒否の意思(同条第2項)が認定されて申立てが却下されるべき事案であったにもかかわらず、相手方の現実の関与がなかったためにこれらが認定されないまま子の返還が命じられてしまう場合もあり得ると考えられ、このような裁判の効力をそのまま維持することは、たとえ、公示送達の方法で手続が進んだことについて相手方に帰責事由があるとしても、上記のような条約の規定の趣旨に反することになりかねず、相当でないと考えられるから、このような場合の救済手段について検討する必要がある。

返還による子の重大な危険や子の返還拒否の意思が裁判時に既に存した事情であれば、形式的には裁判の取消し又は変更の事由とはならないが、このような事情については、それが裁判時に認定されていれば子の返還を命じなかったであろうことが明らかであると一般的には考えられるから、裁判の取消し又は変更の要件を実質的に解釈して救済を図ることも可能であると考えられ、取消し又は変更の規律に関して特別な規律を設ける必要はないと考えることもでき

る。

もつとも、上記のように裁判の取消し又は変更の対象にすべき例外的な場合が生じることが予め想定される以上は、その救済について、解釈による運用に委ねるのではなく、明文の規律を設けて対応するのが相当であるとも考えられるのであり、当初から公示送達の方法で手続が進められたことについて一般的には子に帰責事由は認められないと考えられることや、条約が、子の利益を最も重要な目的である旨を明記し、上記のような規定を設けているという特殊性から、公示送達により手続が進み、子の返還を命ずる裁判が確定したとしても、返還による子の重大な危険又は子の返還拒否の意思が認められるときは、申立てにより、裁判の取消し又は変更をすることができるものとする規律を設けて救済を図るのが相当であるとも考えられる。

2 公示送達の方法により手続を進めることを前提としない規律について

1 のとおり、当初から相手方及び子の所在が不明であった場合について、公示送達の方法により子の返還申立事件の手続を進めることができるとした上で、返還による子の重大な危険や子の返還拒否の意思が認められるときは、申立てにより子の返還を命ずる裁判の取消し又は変更をすることができるものとする規律を設けるとすると、条約第12条第2項の適用を受けない点では公示送達の方法により手続を進めることができるとした意味は残るものの、結局、手続自体は当初からやり直すこととなる点で、あえて公示送達の方法によってでも手続を進めることができるとした意味が大幅に失われることになるとも考えられる。もともと、相手方及び子の所在が分からないまま公示送達により手続を進めても、その後の執行が困難であるということを考えれば、当初から相手方及び子の所在が不明であった場合には公示送達によって手続を進めることはできないものとしつつ、条約第12条第2項の適用については、相手方及び子の所在が判明した後に子の返還を求める申立てがされたときは当初の申立ての時等に申立てがあったものとみなすものとするにより対応することも考えられるが、どうか。