

## 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（２）

### 第１ 子の引渡しの強制執行に関する規律の明確化

子の引渡しの強制執行に関して、直接的な強制執行（直接強制又は代替執行）により行う場合の規律を明確化することとしてはどうか。

（補足説明）

民事執行法には、子の引渡しの強制執行に関する明確な規定がないが、金銭の支払を目的としない請求権についての強制執行（非金銭執行）に関しては、直接的な強制執行（直接強制・代替執行）が可能なときであっても、間接強制の方法を選択することもできるとされている（同法第173条）。したがって、子の引渡しの強制執行においては、間接強制の方法によることは可能であるが、これに加えて、直接的な強制執行によることができるか否かが問題となる。

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

もっとも、動産の引渡しに関する規定を類推適用するという現状に対しては、子の福祉に十分な配慮をする等の観点から、直接的な強制執行に関する明確な規律を整備すべきであるとの指摘がある。また、平成25年に国際的な子の奪取の民事上の側面に関する条約の実施に関する法律（ハーグ条約実施法）が成立し、国際的な子の返還を強制する場面については直接的な強制執行（代替執行）に関する規律が整備されたことから、国内における子の引渡しを強制する場面についても、直接的な強制執行に関する明確な規律を整備する必要があると考えられる。

### 第２ 直接的な強制執行と間接強制との関係（間接強制の前置）

子の引渡しの直接的な強制執行の申立ては、間接強制の決定が確定した日から一定の期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という考え方があがる（ハーグ条約実施法第136条参照）、どのように考えるか。

(補足説明)

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

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

2 これに対して、子の引渡しを速やかに実現する等の観点から、国内の子の引渡しの強制執行においては、間接強制を前置するのではなく、原則どおり債権者の選択に委ねるべきであるとする考え方がある。

もっとも、このように、国内の子の引渡しと国際的な子の返還とで規律を異なるものとする場合には、両者の差異を整合的に説明する必要があると考えられる。この点に関しては、まず、債務者の協力を得る必要の程度の違いに着目して、両者の差異を説明するアプローチがある。具体的には、ハーグ条約実施法に基づく国外への返還では、出国に伴う諸手続や宿泊も含む長時間の移動が想定されており、これらの準備のために債務者の協力を得る必要性が極めて高いが、国内における子の引渡しでは債務者の協力を得る必要性が相対的に低いという違いがあり、このため、国内の子の引渡しの場面では、国際的な子の返還の場面ほどには、間接強制によって債務者に対して任意履行を促す必要性も相対的に低いという説明を試みる考え方である。

また、第4回会議では、債務者の負う義務の内容の違いに着目して、両者の差異を説明するアプローチも提示された。すなわち、国際的な子の返還の場面では、債務者に課される義務は子を常居所地国に返還するというものであって、債務者自身が子と共にその常居所地国に戻る方法によって任意履行が可能であるのに対し、国内の子の引渡しの場面では、債務者の義務の内容に争いがあるものの、いずれにせよ任意に履行すれば、債務者は子と共に居続けることができなくなるという違いがある。このため、国内の子の引渡しの場

面では、間接強制を前置することとしても、国際的な子の返還の場面ほどには、債務者に対して任意履行を促す動機付けが働きにくいという説明を試みる考え方である。

このほか、子に与える心理的負担を軽減するための措置に着目するアプローチも提示された。このアプローチは、間接強制を前置することに代え、直接的な強制執行を現実に行う場面において専門家を関与させるなどの措置を講ずることによって、方法論は異なるものの、子の心理的負担を国際的な子の返還の場面と同程度まで軽減することができるとして、実質的な差異はないとの説明を試みるものと考えられる。

もっとも、これらのアプローチについては、間接強制をすることなく直接的な強制執行をすることになるが、ハーグ条約実施法で採られている考え方は子に与える心理的負担がより小さい方法から「順次」実施するというものであり、このこととの関係を説明することができていないといった批判があり得る(注)。

- 3 ところで、間接強制の前置に肯定的な立場からも、間接強制を一律に前置すると、個別事案によっては権利実現の実効性を損なうおそれがあるとして、前置を要しない例外を設けるべきであるとの考え方がある。もっとも、この考え方には、具体的な例外の要件をどのように定めるかという難点がある。

(注) 上記いずれの考え方とも異なるものとして、子の返還を命ずる裁判においては、親権・監護権の帰属についての実体的判断をしていないのに対し、国内における子の引渡しを命ずる債務名義においては、基本的に、債権者に親権・監護権が帰属することが前提となっているとの違いに着目するアプローチも示されている。このアプローチは、子の返還に関する債務名義の内容を実現する必要性が相対的に低いことを前提として、差異の説明を試みるものと考えられるが、これに対しては、親権等の確定的な帰属を前提としない審判前の保全処分命令を債務名義として子の引渡しの強制執行をする場合をどのように説明するかが問題となるほか、債務名義の内容を実現する必要性は親権等の帰属を確定するものか否かで異ならないのではないかとの批判がある。

### 第3 直接的な強制執行に関する規律の在り方

#### 1 直接的な強制執行における執行官の権限

ア 執行官は、子の引渡しの直接的な強制執行のために必要な行為として、債務者に対し説得を行うことができるものとするという考え方があるが、どのように考えるか。

イ 執行官は、子の引渡しの直接的な強制執行のために必要な行為として、債権者を子や債務者と面会させること、債務者の住居等に債権者を立ち入らせることができるものとするという考え方があるが、どのように考えるか。

- ウ 執行官は、子の引渡しの直接的な強制執行の際に、子に対して威力を行使してはならず、子以外の者に対する威力の行使も、それが子の心身に有害な影響を及ぼすおそれがある場合にすることができないものとしてはどうか。
- エ 以上のほか、直接的な強制執行における執行官の権限等として必要な規律として、どのようなものがあるか。

(補足説明)

1 本文アについて

- (1) ハーグ条約実施法は、解放実施の場面（注1）に関して、執行官が債務者に対し説得をすることができる旨を明記している（同法140条第1項柱書き、第2項柱書き）。この規定は、子の心理的負担を軽減する観点から、解放実施の場面において、債務者を説得して任意に子の解放を実現することが特に重要であるとの考え方にに基づき、債務者に対する説得が原則であることを明示する趣旨のものである。国内の子の引渡しにおいて直接的な強制執行をする場面では、仮に直接強制の方法によらずれば執行官が執行機関となり、代替執行の方法によらずとも、ハーグ条約実施法第138条と同様に、授權決定を経て実際に引渡しの行為を行うのは執行官となることが想定される。このようなことを踏まえて、国内の子の引渡しの強制執行についても、執行官の権限に関してハーグ条約実施法と同様の規定を設けるべきであるとの考え方があり得る。
- (2) これに対して、一般に、有形力の行使が許されている強制執行の場面においても、執行官が債務者を説得するなどして、有形力を行使せずに権利内容の実現をはかることができるのであれば、その方が望ましいと考えられることから、国内の子の引渡しの直接的な強制執行においてのみ、執行官の説得に関する規定を設ける必要性には疑問があるとする考え方があり得る。この立場からは、国際的な子の返還と国内の子の引渡しとで規律を異なるものとする理由の説明振りとして、間接強制の前置に関する議論と同様に（前記第2の2参照）、債務者の負う義務の違いに着目するアプローチが提示された。すなわち、ハーグ条約実施法における執行官の説得は、解放実施の場面において、任意に子の監護を解くことの説得にとどまらず、債務者自身が子と共に子の常居所地国へ戻る方法による返還義務の任意履行の説得をも含む点で、執行官による一般的な説得とは異なる特別の意義があるため（注2）、特に規定を設ける意義があったという説明を試みるものである。もっとも、このアプローチについては、ハーグ条約実施法が、「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(中略)次に掲げる行為をすることができる。」と規定し、文言上は解放実施のための説得のみが予定されているとも考え得ることとの関係をどのように説明す

るのかといったことに関して、更に検討する必要があると考えられる。

## 2 本文イについて

ハーグ条約実施法は、解放実施を実効的なものにし、また、子の解放後、円滑に返還実施に移行することを可能にするため、執行官は、返還実施者(注3)を子や債務者と面会させることや、債務者の住居等に返還実施者を立ち入らせることができることとしている(同法第140条第1項第2号、第3号)。そこで、国内の子の引渡しに関しても、直接的な強制執行を実効的なものとするため、このような規律を設けるべきであるとの考え方があり得る。もっとも、このような考え方に対しては、国際的な子の返還の場面における返還実施者は、執行裁判所の授権決定を得ており、返還実施者が返還実施の前提として債務者の住居等に立ち入ることに関して債務者は受忍義務を負うと考えられるのに対して、国内の子の引渡しの場面においては、債権者による債務者の住居等への立入りについて債務者に受忍義務があるとは直ちにいえず、その正当化が困難ではないかとの指摘があり得る。

## 3 本文ウについて

民事執行法第6条は、執行官の「職務の執行」に際しての抵抗を受けるときに、威力を用いてその抵抗を排除することができる旨を規定している(注4)。この場合に排除の対象とされる者の範囲は、同条の文言からは明らかでないが、一般的には、債務者、その法定代理人又はその補助者に限られると解されている。もっとも、子の引渡しの場面においては、子による抵抗も想定されるため、子の利益の観点から、ハーグ条約実施法第140条第5項と同様に、執行官は、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旨の規定を設ける意義があると考えられる。

## 4 本文エについて

(1) 国内の子の引渡しの直接的な強制執行における執行官の権限等に関しては、本文アからウまでの事項のほか、必要に応じてその規律を明確に整備することが望ましい。このような観点から、ハーグ条約実施法のほか、民事執行法上の他の強制執行の規定も参照し、特別な規定の要否等を更に検討する必要があると考えられる。

(2) 債務者の住居等における執行官による子の搜索(閉鎖した戸を開くための必要な処分を含む。)については、国内の子の引渡しに関する現在の執行実務でも、民事執行法第169条第2項において準用される第123条第2項の類推適用により、行うことができるものとされている。また、ハーグ条約実施法第140条第1項第1号も、執行官の権限として、同様の規定を設けている。そこで、子の引渡しに関する規律を明確化するにあたって、このような規律を設ける意義があると考えられる。

- (3) 債権者又はその代理人の出頭を要するか否かについては、民事執行法上、不動産の引渡しに関しては必要とされているが（同法第168条第3項）、動産の引渡しに関しては特段の規定がない。動産に関しては、その取扱いに特別な知識・技能を要せず、運搬・保管も比較的容易であることから、執行官が債権者に適宜の場所及び方法で占有を移転すれば足りることに基づいている。もっとも、動産であっても、特殊なものについては、債権者の立会いが必要となる場合もあり得ると解されている。このようなことを踏まえて、国内の子の引渡しの直接的な強制執行についても、債権者又は代理人の出頭がなければすることができないものとするかどうかが問題となると考えられる。
- (4) ハーグ条約実施法は、子の監護を解くために必要な行為をするに際し、執行官が、立ち会っている返還実施者に対し必要な指示をすることができることとしている（同法第140条第6項）が、本文イのように債権者を子や債務者と面会させること等ができるものとしたり、上記(3)のように債権者又はその代理人の出頭を必要なものとしたりする場合には、執行官が債権者等に対し指示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。

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

(注2) 債務者が代替的作為義務を負う事案において、執行裁判所の授権に基づいて執行官等が代替行為（作為）を実施する場合については、債務者は一般に受忍義務を負うが、他方で、債務者は、自ら作為を実施する権利まで奪われるものではなく、代替執行によって当該作為が実施されてしまうまで任意の履行をすることができると解されている。

(注3) ハーグ条約実施法は、子の返還申立事件において子の返還を命じられた者（債務者）が負う義務を常居所地国に子を返還する義務（作為義務）であるとする考え方にに基づき、その義務に対応する強制執行の方法として子の返還の代替執行を認めており、執行裁判所が「第三者に子の返還を実施させる決定をする」（授権決定）こととし（同法第134条第1項）、解放実施をする者として執行官を、返還実施をする者として返還実施者を指定することとしている（同法第138条）。この「返還実施者」については、この者による監護が子にとって負担とならないよう、子との間に密接な関係があることが必要であるため、通常は、子の返還申立事件の申立人（債権者）や親族等を指定することが想定されている。

(注4) 子の引渡しの直接的な強制執行について、直接強制の方法によるものとして執

行官が執行機関となる場合については民事執行法上の「職務の執行」に該当し、執行官が代替執行における授権決定に基づいて子を債権者に引き渡す場合についても、執行官法上の「職務」（同法第1条第2号、第8条第1項、第20条）に該当するから、いずれの場合であっても、執行官は、民事執行法第6条第1項に基づき、職務の執行に際しての抵抗を排除するために威力を用いることができると考えられる。

## 2 いわゆる同時存在の原則

子の引渡しの直接的な強制執行は、子が債務者と共にいる場合に限り、することができるものとするという考え方があるが、どのように考えるか。

(補足説明)

- 1 ハーグ条約実施法は、執行官が解放実施をすることができる場合を「子が債務者と共にいる場合」に限っている（同法第140条第3項）（注）。これは、強制執行が子の心身に与える負担を最小限にとどめる観点から、できる限り、債務者に自発的に子の監護を解かせ、移動に必要な協力をさせることが望ましいとの考え方に基づくものである。具体的には、債務者が不在の場で子を連れ帰ることを認めると、子が事態を飲み込むことができずに恐怖や混乱に陥るおそれがあること等が考慮されたものである。

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

- 2 これに対しては、例えば、子が一時的に債務者の父母（子の祖父母）等の親族に預けられているような事例などを指摘し、常に子が債務者と共にいること（同時存在）を要件とすることは、子の引渡しの直接的な強制執行が可能とされる場面を著しく狭めているとして、このような要件を課すべきではないとする考え方がある。

この立場からは、国際的な子の返還と国内の子の引渡しとで規律が異なる理由の説明振りとして、ハーグ条約実施法において同時存在が必要とされる趣旨に着目するアプローチが提示された。すなわち、ハーグ条約実施法において債務者と子の同時存在が必要とされる趣旨は、解放実施の場面において執行官による債務者への説得（債務者自身が子と共に子の常居所地国へ戻る方法によることの説得をも含む。）が行われることから（同法140条第1項柱書き、第2項柱書き）、この説得を通じて、債務者の協力の下に返還を実現しようとするところにあると理解した上で、国内の子の引渡しにおいては、国際的な

子の返還ほどには、執行官の説得による任意履行の動機付けが働きにくい面があるとして（間接強制の前置に関する前記第2の2参照）、両者の差異の説明を試みるものと考えられる。

もっとも、このアプローチについては、ハーグ条約実施法で同時存在が必要とされている趣旨の理解に関して、ある一面を過度に強調しているのではないかという批判があり得るほか、国内の子の引渡しを強制する場面においても、子の心身に与える負担をより小さなものとするために、任意の引渡しをすることの説得を重視することも十分あり得ることから、更に検討することが必要であると考えられる。

- 3 ところで、同時存在の原則を採用するかどうかを議論するにあたっては、この原則を採らなければ本来することができる強制執行が、この原則を採ることによってどのように制約されるかを整理する必要があると考えられる。これは困難な課題であるが、試みに動産の引渡しの強制執行に関する議論から類推してみると、例えば、子が債務者の父母（子の祖父母）と共にいる場面に関しては、①子が債務者の父母とは同居しているが債務者とは別居している事案と、②子が債務者及び債務者の父母と同居している事案とを区別することが考えられる。前者①の事案であれば、債務者の父母と子との具体的な生活状況によっては、債務者に対する債務名義に基づく直接的な強制執行は不能となる場合があり得るため（注1）、このような場合に強制執行をすることができないことは、同時存在の原則からの帰結ではないと考えられる。他方で、後者②の事案では、同時存在の原則を採用しなければ、債務者に対する債務名義に基づく直接的な強制執行をすることができる場合があり得るため（注2）、このような事案に関しては、同時存在の原則を採用した上でそれを緩和するかどうかといった問題もあり得る。

もっとも、動産の引渡しにおける債務者の占有との対比で、子の引渡しの場面における「占有」関係をどのようなものと捉え、あるいは、債務名義に表示された債務者以外の者との関係で承継執行文の付与を受けることなく強制執行をすることができる範囲をどのように考えるかについては、子の引渡しを求める請求権の性質や子と動産との差異等を踏まえ、更に検討する必要があると考えられる（注3）。

（注1） 動産の引渡しの強制執行においては、目的物を債務者が占有していることが要件とされており（民事執行法第169条第1項、第170条第1項参照）、第三者が占有している場合には、執行不能となる。この場合には、目的物の引渡しを実現するためには、原則として、第三者に対する債務名義が必要となる。ただし、債務名義上の当事者のために「請求の目的物を所持する者」（民事執行法第23条第3項）については、承継執行文の付与を受けて強制執行をすることができる。このこ

との対比では、子の引渡しの場面における債務者の親族についても、子に対する「占有」に類する関係が独立している場合には、新たな債務名義を取得するのが原則となると考えられる。第4回会議においては、このような観点から、現行法における承継執行文とは異なるが、執行文の付与を介して債務名義に表示された請求権及び当事者を債務者の親族に対して拡張することにより、同時存在の原則をも満たそうとするアイデアが提示された。もっとも、このような執行文の付与を可能とする理論的根拠については、子と動産との差異等を踏まえ、更に検討する必要があると考えられる。

(注2) 動産の引渡しの場面における同居の親族については、一般に債務者の所持機関に過ぎず、独自の占有がないと解されているため、債務名義上の債務者を当事者として強制執行をすれば足りるとされている。他方で、債務名義上の当事者のために請求の目的物を所持する者で独立の占有があるものについては、上記(注1)のとおりに、承継執行文の付与を受けて強制執行をすることとなる。

(注3) このような検討は、子の引渡しの直接的な強制執行の規定の文言をどのようなものとするかとも関連すると考えられる。例えば、動産の引渡しに関しては「執行官が債務者からこれを取り上げて債権者に引き渡す」(民事執行法第169条第1項)と、解放実施に関しては「債務者による子の監護を解く」(ハーグ条約実施法第138条)とそれぞれ表現されている。

### 3 執行場所

子の引渡しの直接的な強制執行は、原則として「債務者の住居その他債務者の占有する場所」において行わなければならないものとし、それ以外の場所においては、執行官が子の心身に及ぼす影響、当該場所及びその周囲の状況その他の事情を考慮して相当と認めるときに、当該場所を占有する者の同意を得ることによって行うことができるものとするという考え方があるが、どのように考えるか。

(補足説明)

- 1 ハーグ条約実施法は、債務者や子のプライバシーを保護し、子の通学先の教員などの第三者を巻き込む危険を回避するという観点から、原則として「債務者の住居その他債務者の占有する場所」において解放実施をすることとしつつ、それ以外の場所については、執行官が「子の心身に及ぼす影響、当該場所及びその周囲の状況その他の事情を考慮して相当と認めるとき」には、当該場所を占有する者の同意を得ることによって解放実施をすることができるものとしている(同法第140条第1項、第2項)。このような債務者や子のプライバシーを保護し、第三者を巻き込む危険を回避する等の必要性は、国内における子の引渡しの直接的な強制執行の場面に関しても同様に当てはまると考えられて

おり、現在の執行実務では、学校や保育所などの施設での直接強制や、公道、公園などの場所での直接強制は、ほとんど行われることはないとされている。

- 2 これに対しては、債務名義の内容を確実に実現する観点から、学校や保育所などの施設や公道においても、直接的な強制執行を行いやすくする必要があるとの指摘がある。もっとも、ハーグ条約実施法の執行場所に関する規律は、学校や保育所等での解放実施を否定しているわけではないことから、この指摘については、ハーグ条約実施法において、いわゆる同時存在の原則が採用されている関係で、債務者の住居等以外での解放実施を行うことが事実上困難となっていることを問題とするものとも考えられる。

#### 4 子の年齢等による制限

子の引渡しの直接的な強制執行の対象となる子の範囲は、年齢その他の一定の基準に基づいて限定するものとするという考え方があるが、どのように考えるか。

(補足説明)

- 1 現在の執行実務では、子が意思能力を有する場合には直接強制をすべきでないという考え方にに基づき、直接強制をする場面では、執行官が執行現場において子の意思能力の有無を判断する取扱いがされている。このような取扱いの根拠に関しては、複数の説明振りが考えられる。
- 2 まず、意思能力を有する子には、実体法上、子の引渡請求が認められないと解されること（注1）等を前提として、執行方法の選択が適法であるか否かの審査は執行機関の職責であることを根拠とするものがある（注2）。この説明を前提とする場合には、新たに子の引渡しの強制執行に関する規定を設けるにあたり、執行機関による判断を容易にする等の観点から、年齢その他の形式的な何らかの基準を規定するという考え方があり得る。他方で、本来は実体法上の基準であるものを、専ら民事執行法のみ法定することが適当かどうかという問題もあることから（注3）、このような基準については、明文を設けず、引き続き、解釈に委ねるべきであるという考え方もあり得る。

もっとも、このような説明に対しては、そもそも子の引渡しを命ずる判決等の内容を執行機関が覆すに等しい結果となり、不当であるとして、意思能力等の有無については、民事執行法上は「請求権の存在又は内容」についての異議事由（同法第35条第1項）となり得るかという問題として整理すべきであるという考え方あり得る。このように整理する場合には、強制執行の対象となる子の範囲を限定する要件として、年齢等の規定を設ける必要はないこととなる。

- 3 執行官が子の意思能力の有無を判断するという上記取扱いの根拠に関する他

の説明振りとして、実体法上の議論を前提とせず、動産の引渡しの強制執行の規定（民事執行法第169条）を類推適用する関係で、引渡しの対象となる子を「動産」と同視することができるかどうかの基準として、意思能力の有無を用いているとするものがある。

今般、子の引渡しの強制執行に関する規定を新たに設ける場合には、動産の引渡しに関する規定を類推適用する必要がなくなるため、意思能力の有無をこのような観点で用いる必要もなくなるものと考えられる。もっとも、「動産」と同視することができないほどに育成した子であっても、今後は直接的な強制執行の対象になるとすると、執行場所に臨場した執行官に対して、引き渡されることを自らの意思に基づいて拒絶する事態が容易に想定される。

そこで、このような子について、人格尊重の観点から、直接的な強制執行になじまないとして、年齢その他の一定の基準に基づき予め強制執行の対象から除外する規律を設けるという考え方があり得る。他方で、上記のような事態については、子の拒絶という外形的な事情により執行不能とすることができることを前提に、執行不能かどうかを事案毎に判断することによって対処すれば足りるという考え方もあり得る。

（注1） 子の引渡しを求める請求権の性質については、大審院の判例には子の引渡請求権であるとするものもあったが、今日では、親権者・監護者による親権・監護権の行使に対する妨害の排除を求める請求権であると理解する考え方が一般的であり、判例も同様の立場をとっているとされている。学説には、意思能力のない子については、妨害排除請求ではなく引渡請求であると解するものなどもある。

子の自由意思との関係について、大審院は、当初「幼者ノ意思能力ノ有無ヲ問ハス又其ノ居住カ幼者ノ自由意思ニ出テタルト否トニ拘ラス…親権行使ノ妨害ヲ排除スル爲」引渡請求権を有するとしていた（大判大正12年1月20日民集2巻12頁）が、「意思ニ基クモノナル以上ハ…作爲ニヨリテ親権ノ行使ヲ妨ケラレタリト爲スコト能ハス」とするに至った（大判大正12年11月29日民集2巻642頁）。最高裁も、同様の立場を前提としていとされている（最判昭和35年3月15日民集14巻3号430頁など）。もっとも、妨害事実の存在に関する判断基準を子の自由意思にかからせることに対しては、判断を困難にさせるとの指摘がある。

なお、親権者変更について、民法は「子の利益のため必要があると認めるとき」と規定する（同法第819条第6項）のみで、具体的な基準は解釈に委ねられている。一般的には、従前の監護状況、兄弟姉妹関係、子の発育状況、子の意向など様々な事情を考慮要素として総合的に判断するものと考えられている。

（注2） 例えば、9歳の子について、家庭裁判所が意思能力はないと判断して「子を引渡せ」との主文の審判をしたが、執行官が債務名義その他から意思能力があると

判断して直接強制の申立てを却下する可能性や、逆に、家庭裁判所が意思能力はあると判断して間接強制を想定しながら「子を引き渡せ」との主文の審判をしたのに、執行官が直接強制の申立てを受理して執行する可能性があるなどとされている。

(注3) ハーグ条約実施法には、子の意思能力に関する規定はないが、子の返還事由として、子が16歳に達していないことが必要とされている(同法第27条第1号)ほか、裁判所の授権決定に基づいて子の返還を実施する時点で16歳に達した子については、子の返還の強制執行をすることができないとされている(同法第135条)。

## 5 専門家の関与

執行機関は、子の引渡しの直接的な強制執行に関し、児童心理等の専門的知見を有する者を立ち合わせることができるものとするという考え方があるが、どのように考えるか。

(補足説明)

ハーグ条約実施法においては、子の返還の代替執行に関し、中央当局が立会いその他の必要な協力をするることができるものとされており(同法第142条)、具体的には、児童心理等に関する専門的知見を有する中央当局の職員が解放実施の場面に立ち会うことなどが想定されている。子の引渡しの直接的な強制執行において、児童心理等の専門的知見を有する者の協力を得ることは有益であると考えられることから、これらの者を立ち合わせることができる旨の規定を設けるという考え方がある。

このような考え方による場合には、現在の執行実務においても、立会人(民事執行法第7条)や執行補助者(執行官規則第12条)として、児童心理等の専門的知見を有する者の協力を得ていることから、子の引渡しの場面に関して特に明文化をする必要性などについて、更に検討する必要があると考えられる。この点に関しては、第4回会議において間接強制を前置しないことを正当化するためという観点で、第5回会議において本案の事件記録を専門家に閲覧させることを法的に正当化するためという観点などが指摘された。以上のほか、例えば、DVなど児童心理以外の専門家が立ち会うことの要否等についても検討する必要があるとの意見があった。

## 6 執行機関

子の引渡しの直接的な強制執行の執行機関については、これを執行官とするという考え方と、執行裁判所とするという考え方とがあるが、どのように考えるか。

(補足説明)

民事執行法は、金銭の支払を目的としない請求権についての強制執行（非金銭執行、同法第2章第3節）に関し、「与える債務」では直接強制の方法により（同法第168条から第170条まで）、代替的な作為・不作為義務のような「為す債務」では代替執行の方法により（同法第171条）、不代替的な作為・不作為義務では間接強制の方法によることとして（同法第172条）、請求権の性質に応じて異なる強制執行の方法を用意している。このような枠組みを前提とする場合には、基本的には、請求権の性質との関係で直接強制と代替執行のいずれの方法によるかによって、執行機関を執行官とするか（直接強制）、執行裁判所とするか（代替執行）が定まると考えられる（注1）（注2）。

これに対して、子を取り扱う手続である等の特殊性に基づいて、現行法の枠組みを前提とせず、子の引渡しに特有の手続を構想すべきであるという考え方がある。このような考え方には、仮に、子の引渡しが、その請求権の性質からすると、理論的には代替執行によって実現すべきものであるとしても、執行官を執行機関とすることを説明し得るとする考え方がある。このほか、子の福祉のための適切な判断という観点から、執行機関を執行裁判所とすべきであるとの考え方もある。

(注1) 子の引渡しを求める請求権の性質については、親権者・監護者による親権・監護権の行使に対する妨害の排除を求める請求権であると理解する考え方が一般的である。もっとも、親権・監護権の行使に対する妨害排除請求権として捉えるとしても、子の引渡しを命じられた債務者が負う具体的な義務内容については、まず、①債権者が子連れを連れていくことや子が債権者の下に行くことを債務者が妨害しないという不作為義務のみであるとの考え方があり得る。これは、物の引渡請求権との類似性を否定しようとする考え方であり、その権利の実現は、不作為債務に関する「適当な処分」等（民法第414条第3項、民事執行法第171条第1項）を用いて、代替執行の方法により行われることとなる。また、②不作為義務に加えて、債務者が債権者に対して子を引き渡す義務をも負うとの考え方があり得る。これは、子の人格尊重の観点から、子の引渡しを求める請求権の性質は物の引渡請求権とは異なるという整理をしつつも、機能的・実質的には動産の引渡しに類似する性質を有しているとする考え方である。このような考え方によれば、その権利の実現は、直接強制の方法により行われるべきこととなる。

(注2) ハーグ条約実施法は、子の返還申立事件において子の返還を命じられた者（債務者）が負う義務を常居所地国に子を返還する義務（作為義務）であるとの考え方に基づき、その義務に対応する強制執行の方法として子の返還の代替執行を認めており、その申立ては、子の返還申立事件の第一審裁判所である家庭裁判所に対してすることとなる（民事執行法第171条第2項、同法第33条第2項第1号、第6号、

同法第22条第3号, 第7号)。

#### 第4 その他

以上のほか, 子の引渡しの強制執行に関する規律の明確化に関連して検討すべき点について, どのように考えるか。

(補足説明)

第1回会議及び第5回会議では, 子の引渡しに関する債務名義を有する債権者が, 裁判所に申立てをすることによって, 「公署・学校その他の団体(電話会社, 警察等も含む)に対し, 子の所在の調査を囑託することができる」といった制度」を設けることを検討すべきであるとの意見があった。

これに関しては, 具体的にどのような情報の取得を想定しているのか, そのような情報を取得する必要性が高いといえるか, 第三者に情報提供を義務付ける根拠はどのようなものかなどについて, 更に検討が必要であると考えられる。また, 同様の問題は, 動産の引渡しの強制執行の場面にも存在すると思われるが, 子の引渡しの強制執行に限って制度を設けることの合理性等についての検討も必要であると考えられる。さらに, 例えば, 弁護士に委任すれば住民票の写し等の交付を受けることが可能である(住民基本台帳法第12条の3)が, このような手段によって子の所在が判明しない場合には, 例えば, DVなどの特別の事情のために転出の届出をしていない可能性も考えられるため, 情報取得の必要性について慎重な検討を要すると考えられる。