

## 子の引渡しの強制執行に関する規律の明確化に関する補足的な検討

### 1 はじめに

民事執行法の改正に関する中間試案（以下「試案」という。）では、債務者が子と共にいること（同時存在）という執行条件に関し、一定の要件の下、執行官は子が債務者と共にいる場合でなくとも債務者による子の監護を解くために必要な行為をすることができるとする規律（試案第3の3(1)イ）や子が債務者と共にいることを要求しない考え方（試案第3の3の注1）が取り上げられている。部会のこれまでの議論においては、これらの規律等を採用する場合には、子が債務者と共にいる場合でない場合のうち、子が債務者以外の第三者（以下単に「第三者」という。）に預けられているときについて、子の引渡しの直接的な強制執行を行うことができるかどうかを特に問題となることが指摘されている（注）。

（注） この問題については、(a)子が第三者に預けられている場合に、債務者に子の引渡しを命ずる債務名義の執行力との関係において子の引渡しの直接的な強制執行に着手することができるか否かの問題と、(b) (a)の観点からの問題がないとしても、執行場所を占有する者の財産権等の保障の観点から何らかの手立てを要するか（具体的な規律としては、その者の同意を要するものとするか）否かの問題という性質の異なる問題が含まれていることが指摘されている。この部会資料は、(a)の問題を取り扱おうとするものである。

なお、(b)の問題については、執行場所を占有する者の財産権等の保障の観点からハーグ条約実施法第140条第2項の規定が設けられていることなどから、試案第3の4(2)(7頁)では、債務者の住居その他債務者の占有する場所以外の場所において、子の引渡しの直接的な強制執行を行うには、当該場所を占有する者の同意を要するものとする規律を提案している。

### 2 問題の所在等

#### (1) 部会のこれまでの議論等

部会のこれまでの議論においては、上記「子が債務者以外の第三者に預けられている」場合といっても、子と第三者との事実上の関係には様々なものがあるとの認識を前提として、例えば、債務名義（以下、便宜上確定判決を念頭に置くこととする。）の成立後に、①子Aが昼間、債務者Bから保育士等の第三者Cに預けられ、C所有の敷地内にいる場合（以下「事例①」とい

う。)や、②子 $\alpha$ が債務者 $\beta$ から子 $\alpha$ の祖父母 $\gamma$ に長期間預けられ、 $\gamma$ の自宅内で監護されている場合(以下「事例②」という。)が指摘されたところ、それぞれの場合について、債務者に子の引渡しを命ずる債務名義に基づき、第三者Cや祖父母 $\gamma$ との関係で子の引渡しの直接的な強制執行を行うことができるものとするべきなのか、できるものとするればどのような手当てを要するかなどが問題となる。

そして、部会のこれまでの議論においては、事例①については、基本的には債務者Bに対する債務名義に基づく直接的な強制執行を可能とすべきであるとの考え方のほか、子A又は債務者Bとの関係に照らして第三者Cには子Aとの事実上の関係を維持する利益を観念し得るとして、当該強制執行が直ちに可能であるかどうかは慎重に検討すべきであるとの考え方が示されたように思われる。また、事例②については、事実上、祖父母 $\gamma$ が債務者 $\beta$ とは独立して子 $\alpha$ の監護をするに至っており、基本的には債務者 $\beta$ 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ものとするのは困難であるとの考え方が示されたように思われる。

しかし、これらの考え方には、事例①及び事例②についての直接的な強制執行の可否を検討するに当たり、子の引渡しを命ずる債務名義の執行力の範囲をどのように理解するのか、第三者に対しても債務者に対する債務名義に基づく強制執行を可能なものとするすれば、それを許容する第三者の範囲を画する考慮要素は何かといった、いくつかの論点についての異なる考え方が背景となっているように思われる。

そこで、現在の民事執行実務が、子の引渡しの直接的な強制執行について、動産の引渡しの直接強制に係る民事執行法の規定を類推適用しているとされていることに鑑み、飽くまで参考として、動産の引渡しを命ずる債務名義の執行力の範囲についての考え方を踏まえつつ、債務者の目的物に対する占有の変動が動産の引渡しの直接強制に影響を与え得る場面について概観することが有益であると考えられる。

## (2) 債務者の目的物に対する占有の変動が動産の引渡しの直接強制に影響を与え得る場面について

### ア 原則的な考え方

動産の引渡しの直接強制は、「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方法により行う」とされ(民事執行法第169条第1項)、目的物を債務者が占有していることが要件とされている。これは、動産の引渡しの直接強制における「引渡し」が目的物に対する直接占有の移転を意味し、その執行は、執行官が債務者から目的物を取り上げて債権者に引き渡すという直接強制の方法によることを前提としていることに基づくものとされている。したがって、債務者が目的物に対する直接占有を失っ

ている場合（間接占有を有しているにすぎない場合を含む。）には、直接強制の前提である債務者による目的物の直接占有がない以上、当該直接強制は、執行不能となる。このことについて債務名義の執行力の範囲との関係で説明を試みれば、執行力をもって実現すべき実体状態の変更は、債務者から債権者への直接占有の変更であるところ、変更すべき債務者の直接占有が既に存在しないこととなったことに基づく、との説明が考えられる。

また、第三者が目的物を直接占有している場合には、当該第三者に対する目的物の引渡しの直接強制を行うためには、原則として、第三者に対する債務名義を取得することが必要となるとされている。これは、強制執行の前提となる債務名義が、債務者の関与する手続を経て作成されるものであり、このような債務名義に表示された給付請求権については強制執行による実現（執行力）を認めることが正当化されることから、債務名義の成立に係る手続に関与していない第三者に対し、別途、債務名義の成立に係る手続への関与の機会を付与することなく強制執行を認めることは、原則として相当性を欠くこととなるからであるとされている。

#### イ 現行法における手当て

(ア) しかし、このような原則的な考え方を貫いた場合、債権者は、自ら取得した債務名義に基づく強制執行により給付利益を享受し得る地位を得ていたにもかかわらず、債権者が関知しない又は関知したとしても介入し得ない債務者側の事情（目的物に対する債務者の占有状況の変動）によって、新たに債務名義を得なければならない事態にもなり得る一方で、債務者は自らの意思により債権者による強制執行を免れるという利益を容易に享受することができることとなり、債権者と債務者又は（これを承継した）債務者側の第三者との間の衡平が害されることとなる。

そこで、現行法は、債権者において新たに債務名義を取得するよう要求することが当事者間の衡平に反するような事情がある場合に、新たに債務名義を取得することを必要とせずに債務者に対する債務名義の機能を維持するため、その執行力を拡張し、当該債務名義に基づく第三者に対する強制執行を許容しているものとされている（民事執行法第23条第1項第3号、同条第2項）。

もともと、このような直接強制を許容するためには、当該第三者に対しても、対象となる動産に対する直接支配を根拠付ける占有権原の存在といった自己の法的地位を主張する手続上の機会を保障することが債権者と当該第三者との間の衡平の観点から相当であることから、一定の手続保障が図られている（注）。

(イ) いわゆる承継執行について

民事執行法第23条第1項第1号及び第2号に該当する者（債務名義

に表示された当事者等)の「債務名義成立後の承継人」(同項第3号)については、債務名義に表示された債務者の法的地位を前提に自己の法的地位を取得したものであり、既存の債務名義の機能を維持し、これに基づく強制執行を認めることが債権者と当該承継人との間の衡平上必要であることなどから、債務者に対する債務名義の執行力の主観的範囲に含まれるものとされている。

また、民事執行法第23条第1項各号に掲げる者のために「請求の目的物を所持する者」(同条第3項)については、専ら債務者のために目的物を所持しているにすぎず、自己固有の利益のために占有するものではないため、上記承継人と同様に、債務者に対する債務名義の執行力の主観的範囲に含まれるものとされている。なお、当該「請求の目的物を所持する者」には、自己の権利に基づき自己固有の利益のために占有する者を含まないとされており、例えば、確定判決の被告から目的物の寄託を受けるなどして当該被告のために占有しているにすぎない者(倉庫業者等)が当該「請求の目的物を所持する者」に該当することとなる。そのため、確定判決の被告から目的物を借り受けるなどして自己固有の利益のために占有する者(賃借人等)については、「請求の目的物を所持する者」ではなく、上記「債務名義成立後の承継人」(同条第1項第3号)に該当し得ることとなる。そして、上記「債務名義成立後の承継人」及び「請求の目的物を所持する者」に対する強制執行の手段としては、承継執行文の付与(民事執行法第27条第2項)を受けて強制執行をすることができるものとされ、「債務名義成立後の承継人」及び「請求の目的物を所持する者」はこれに対して異議の申立て(同法第32条)ができるものとされているなど、一定の手段保障が図られている。

#### ウ 不動産の引渡し又は明渡しの直接強制における目的不動産の「占有補助者」について

なお、事案は異なるが、強制執行の目的物に対し、第三者の事実上の関わりがある局面としては、不動産の引渡し又は明渡しの直接強制における目的不動産の占有補助者の取扱いの局面がある。

すなわち、不動産の引渡し等の直接強制は、「執行官が債務者の不動産に対する占有を解いて債権者にその占有を取得させる方法により行う」とされているところ(民事執行法第168条第1項)、その目的不動産において債務者と同居している者については、同人が債務者の占有補助者として独自の占有を有していないものということができる場合には、債務者に対する債務名義に基づいて、当該同居者を目的不動産から退去等させることができることとされている。このことを債務名義の執行力の範囲との関係で説明を試みれば、そのような同居者が目的不動産にいたとしても、当該同

居者による独自の占有を観念することができない以上、債務名義に表示された債務者の占有の態様に本質的な変更がないから、当該同居者に対する執行（当該同居者を目的不動産から退去等させること）は、既存の債務名義の有する執行力の範囲に含まれているとの説明が考えられる。

（注） 執行文付与段階における手続保障としては、承継の事実が明白でなくこれを証明する文書の提出もすることができないときに債権者側が提起する執行文付与の訴え（民事執行法第33条）のほか、承継執行文の付与に対して債務者側が行う異議の申立て（同法第32条）及び異議の訴え（同法第34条）が挙げられる。また、給付義務の存否確定に関する手続保障としては、請求異議の訴え（同法35条）が挙げられる。

### 3 検討

#### (1) 子が「債務者以外の第三者に預けられている」場合における子の引渡しの直接的な強制執行の可否について

ここで事例①についてみるに、動産の引渡しの直接強制に関する上記2(2)アを参考にすれば、債務者Bによる子Aの監護が失われている場合（注）には、債務者Bに対する子Aの引渡しの直接的な強制執行は、執行不能となるものと思われる。ただ、上記2(2)イを参考にすれば、子の引渡しの直接的な強制執行についても、債務者に対する債務名義に基づく強制執行を許容し得る第三者の範囲を画することができるのであれば、一定の手当てを行うことにより、第三者Cに対する強制執行が可能となるものと思われる。もっとも、上記2(2)ウを参考に、事例①については、第三者Cの子Aに対する事実上の関わりは、債務者Bによる子Aの監護と独立に評価し得ず、その監護に本質的な変更がないなどとして債務者Bによる子Aの監護が失われていないものとした上で、第三者Cに対する執行は、債務者Bに対する債務名義の執行力の範囲に含まれているものと理解して、特段の手当てを必要とすることなく、直接的な強制執行を可能とする考え方もあり得ると思われる。

また、事例②についても、債務者βによる子αの監護が失われている場合には債務者βに対する子αの引渡しの直接的な強制執行は執行不能となるものと思われること、債務者に対する債務名義に基づく強制執行を許容し得る第三者の範囲を画することができるのであれば、一定の手当てを行うことにより、祖父母γに対する強制執行が可能となることは、事例①と同様である。もっとも、事例②においては、祖父母γが長期間、自宅内で子αを監護していることを踏まえると、祖父母γの子αとの事実上の関わりについては、どの程度その養育に深く関わっているかといった子との関係性や、債務者による子の監護とは別の独自の監護が行われているものと評価することができる

のかといった債務者との関係性などの点において、事例①での第三者Cの子に対する事実上の関わりとの間に違いがあるものと思われる。そうすると、仮に、債務者に対する債務名義に基づく強制執行を許容し得る第三者の範囲を画する何らかの手当てを行うものとしても、事例①を念頭においたものと同様でよいのかどうか問題となり得ると思われる。さらに、子の監護については、物の（直接的な）占有とは異なり、複数の者（債務者 $\beta$ と祖父母 $\gamma$ 等）が共同して子 $\alpha$ の世話をしている場合があり得るが、このような場合において、第三者の子に対する事実上の関わりが独自の監護とはいえず、債務者の監護を補助するにすぎないものといえるときには、事例②についても、上記2(2)ウを参考にした考え方があり得るのかが検討され得る。

(注) なお、例えば、子が保育所に一時的に預けられているといった事案について、債務者による子の監護が失われているとされることは、実際には少ないものと思われる。

## (2) 債務者に対する債務名義に基づく強制執行を許容し得る第三者の範囲について

以上を踏まえ、第三者に対しても債務者に対する債務名義に基づく強制執行を可能なものとするのであれば、それを許容する第三者の範囲について、どのように考えるか。

また、その範囲を画するための考慮要素（要件）については、事例①及び事例②を念頭に置くと、以下のような観点から検討することが考えられるが、どのように考えるか。

### ア 子の監護と物の占有との異同（監護の「承継」が観念し得るか）という観点

動産の引渡しの直接強制に関する上記2(2)イの考え方を参考にすれば、例えば、第三者による子の監護を物の占有と類似したものと理解して、子の監護の「承継」を観念することが考えられる。そうすると、債務名義成立後に債務者とは独立して子の監護を開始した第三者に対しては、民事執行法第23条第1項第3号に規定する「債務名義成立後の承継人」に係る規律を参考として、債務者に対する債務名義に基づく強制執行を可能とする規律を検討することが考えられる。また、債務者から委託を受けて一時的に子を預かり、身の世話をしているにすぎないものといえる第三者に対しては、同条第3項に定める「請求の目的物を所持する者」に係る規律を参考として、当該強制執行を可能とする規律を検討することが考えられる。

しかし、部会のこれまでの議論を踏まえると、子の監護を物の占有と類

似したものと観念すること自体に批判があり得ると思われるほか、子の「監護」について、債務名義上の債務者から第三者に対する「承継」という評価を可能とする事実関係を具体的に想定し得るのかという点も問題となり得ると思われる。また、第三者と債務者が共同して子の世話をしている場合があり得るが、このような事実状態があった場合について、債務名義上の債務者から第三者に対する「承継」とはどのような事実関係を具体的に想定するのが問題となり得るように思われる。

## イ 債権者と第三者との間の衡平の観点

また、上記2(2)イの考え方を参考にすれば、債権者と第三者との間の衡平の観点から、子又は債務者と第三者との関係性といった点に着目することが試みとして考えられる。

### (ア) 第三者と子との関係性

例えば、事例①において、第三者Cが幼稚園や保育所（注）において子Aを一時的に預かり、身の世話をしているにすぎないものといえるような場合には、子との事実上の関わりが尊重されるべき固有の利益ないし地位を観念する必要はないものとして、債務者に対する債務名義に基づく強制執行を許容するとの考え方があり得ると思われる。

他方、事例②において、子 $\alpha$ の監護権が祖父母 $\gamma$ に付与され得る事実があるといえるような場合には、特に子との事実上の関わりが尊重されるべき固有の利益ないし地位を観念することができるものとして、基本的には債務者に対する債務名義に基づく強制執行を許容しないとの考え方もあり得ると思われる。もっとも、第三者と子との関係がどのようなものであるかを考慮するとしても、上記祖父母 $\gamma$ と子 $\alpha$ のように、それが何らかの法律上の地位に関連したものに限るのか否かといった点も問題となり得ると思われる。また、債務名義の機能維持の観点からは、事例②におけるような祖父母 $\gamma$ に対してもなお、債務者に対する債務名義に基づく強制執行を許容することができないかが問題となり得ると思われる。

### (イ) 第三者と債務者との関係性

例えば、事例①のように、子を債務者から委託（準委任）契約に基づいて預かり、債務者による子の監護を補助的に行っているものといえるような第三者Cには、独自に子との事実上の関わりが尊重されるべき固有の利益ないし地位を観念する必要はないものとして、債務者に対する債務名義に基づく強制執行を許容するとの考え方があり得ると思われる。

他方、例えば、事例②において、債務者 $\beta$ が子 $\alpha$ と別居しており、両者の間に全く交流がなく、祖父母 $\gamma$ のみが債務者 $\beta$ から独立して子 $\alpha$ の監護をしているような場合には、祖父母 $\gamma$ には独自に子との事実上の関

わりが尊重されるべき固有の利益ないし地位を観念することができるものとして、基本的には債務者に対する債務名義に基づく強制執行を許容しないものとする考え方もあり得ると思われる。

### (3) 具体的な執行の手続について

債務者に対する債務名義に基づいて第三者に対する直接的な強制執行をすることができるものとした場合、そのための手続をどのように整理するかという点も問題となり得る。

部会のこれまでの議論においては、子の監護と物の占有とを類似したものと理解として、子の監護の「承継」を観念した上で、承継執行文の付与の制度（民事執行法第27条第2項参照）の利用を可能とする考え方のほか、執行裁判所の決定により、第三者に債務名義の執行力を及ぼして強制執行を可能とする考え方が示された。

(注) 「幼稚園」は、国，地方公共団体，学校法人等が，幼児を保育し，適当な環境を与えて，その心身の発達を助長することを目的として，満3歳から小学校就学の始期に達するまでの幼児を対象に，学校教育法第1条，第77条に基づいて設置されるものであり，就園を希望する保護者は，幼稚園設置者との間で契約を締結する方法により子を入園させることとなる。一方，「保育所」（保育園）は，保育を必要とする乳児（1歳未満），幼児（1歳から小学校就学の始期まで）を日々保護者の下から通わせて保育を行うことを目的として，児童福祉法第39条第1項に基づいて設置される施設であり，保護者が自ら施設を選択し，施設（私立保育所については市町村）との間で契約を締結する方法により子を入所させることとなる。