

子の引渡しの強制執行に関する規律の明確化に関する 要綱案の取りまとめに向けた検討（１）

（前注）この資料では、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執行力の問題と執行場所を占有する第三者の同意の問題については、取り扱っていない。

第１ 直接的な強制執行に関する規律の明確化

- １ 子の引渡しの直接的な強制執行は、執行裁判所が、執行官に債務者による子の監護を解くために必要な行為を実施させる決定をする方法により行うものとする。
- ２ 前記１の執行裁判所は、民事執行法第３３条第２項第１号又は第６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ものとする。
- ３ 執行裁判所は、前記１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ものとする。
- 〔４ 執行裁判所は、前記１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ものとする。〕
- ５ 前記１の強制執行の申立て〔又は前記４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ものとする。

（説明）

１ 本文の概要

本文は、部会のこれまでの議論を踏まえ、子の引渡しの直接的な強制執行に関する規律について、差し当たり、執行裁判所が、執行官に債務者による子の監護を解くために必要な行為を実施させる決定をする方法により行うものとして、その具体的な規律を提案している。

なお、部会のこれまでの議論においては、子の引渡しの直接的な強制執行は、執行官が債務者による子の監護を解くために必要な行為を実施することが想定されているため、執行官以外の者が民事執行に関する職務を行う場合に関する民事執行法第６条第２項を準用すること（同法第１７１条第６項に相当）はしていない。

２ 検討を要すると考えられる事項

- （１）間接強制前置の可否や子と債務者の同時存在の可否等についての判断に関する手続（本文第２以下）との関係

前記１のとおり、本文第１の規律は、差し当たり、執行裁判所が、執行官に債務者による子の監護を解くために必要な行為を実施させる決定をする方法により子の引渡しの直接的な強制執行を行うことを内容とするものであるところ、例えば、その性質を代替執行であると捉えれば、上記決定をする執行裁判所の管轄は、債務名義の区分に応じて定まり（本文第１の２）、上記決定をする場合には債務者の審尋を要し（同３）、直接的な強制執行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（同５）ものと考えられるように思われる。

もっとも、執行裁判所の管轄といったこれらの点については、本文第１の１の決定において、間接強制前置の要否（本文第２）や子と債務者の同時存在の要否等（同第３の１及び２）についても同時に判断することとするか、仮に同時に判断するとしてその判断の資料として何を想定するかといった点によっても、規律の在り方についての評価は異なってくるように思われる。

したがって、本文第１においては、差し当たり、部会のこれまでの議論を踏まえた規律を提示しているが、その規律の在り方については、本文第２以下の検討結果を踏まえ、更に検討することになるものと考えられる。

(2) 費用前払決定に関する規律の要否（本文第１の４）

国際的な子の奪取の民事上の側面に関する条約の実施に関する法律（以下「ハーグ条約実施法」という。）の規定による子の返還の代替執行に関しては、執行裁判所が、執行費用のうち作為実施費用（注１）につき、申立てにより、債務者に前払を命ずる決定をすることができることを踏まえれば（民事執行法第１７１条第４項）、国内における子の引渡しの直接的な強制執行についても、同様の規律が必要であるとの考え方があり得る。

他方で、①子の引渡しの直接的な強制執行について従来の実務が類推適用してきた民事執行法第１６９条（動産の引渡しの強制執行）のほか、不動産の引渡し等の強制執行に関する同法第１６８条が、いずれも作為実施費用の前払決定に関する規律を設けていないこと（注２）、国内における子の引渡しの直接的な強制執行に必要な作為実施費用については、その費目等に照らし、高額になることが想定し難く、将来生ずべき作為実施費用についてあらかじめ債務者に支払わせる必要性の程度は必ずしも高くないとも考えられること（注３）等を踏まえると、費用前払決定に関する規律を設ける実質的な必要性は余りないとの考え方もあり得る。

以上を踏まえ、費用前払決定に関する規律の要否について、どのように考えるか。

（注１）代替執行における作為実施費用としては、作為の準備から完了までに支出した費用（補助者の人件費、資材、器材費を含む。）のうち、作為の実施に必要であったものとされており、執行官が作為実施者である場合には、執行官の手数料（執行官法第

8条第1項第20号)、費用(同法第10条〔送付に要する費用、立会人の日当及び旅費、執行官の旅費及び宿泊料等〕)であると解されている。なお、作為実施費用が執行費用(民事執行法第42条第1項)であるか否かについては争いがあるが、執行費用であるとするのが通説であるとされている。

(注2) 動産の引渡しの強制執行や不動産の引渡し等の強制執行における作為実施費用の例としては、執行官の手数料(執行官法第8条第1項第7号、第8号)、執行官の旅費及び宿泊料等(同法第10条第1項第11号)が挙げられる。

(注3) 執行費用については、一般に、執行裁判所の裁判所書記官による執行費用額確定処分(民事執行法第42条第4項)を得た上で、この処分(確定したものに限る。同条第8項)を債務名義(同法第22条第4号の2)とする金銭執行により取り立てることが予定されているところ、費用前払決定については、申立ての内容(作為の内容及びこれに要する費用を明らかにしたもの)及び費用支出の必要性を証する資料を基に、将来生ずべき債権の取立てを許容するものであって、執行費用の予納と異なり、債権者に債務名義を付与する手続であるとされている。

第2 直接的な強制執行と間接強制との関係

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

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

(説明)

1 本文の概要

本文は、部会のこれまでの議論を踏まえ、部会資料15の本文第2の甲案に若干の修正(後記(2)参照)を加えた規律を提案している。

(1) 部会資料15での提案

ア 部会資料15の本文第2の甲案及び乙案の概要

直接的な強制執行と間接強制との関係に関し、部会資料15の本文第2の甲案は、「子の引渡しの直接的な強制執行の申立ては、次の(1)から(3)までの事由のいずれかに該当するときでなければすることができないものとする。」とした上で、「(1) 民事執行法第172条第1項の規定による決定が確定した日から2週間を経過したとき(当該決定において定められた債務を履行す

べき一定の期間の経過がこれより後である場合は、その期間を経過したとき)。」、「(2) 民事執行法第172条第1項の規定による強制執行を実施しても、債務者が子の監護を解く見込みがないとき。」、「(3) 子の急迫の危険を防止するために直ちに子の引渡しの直接的な強制執行をする必要があるとき。」としている。

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

イ 第15回会議における意見の概要

部会資料15の本文第2の甲案については、債務者の審尋や執行抗告の要否等の具体的な手続についての検討が必要であるとの指摘があったほか、「(2) 民事執行法第172条第1項の規定による強制執行を実施しても、債務者が子の監護を解く見込みがないとき」との要件については、これに該当するとまで判断し得る場面が余りないのではないかという懸念が示された一方、同乙案に比べて同甲案の方が当事者による主張立証の構造や執行裁判所による審理・判断の対象がより明確である（同乙案では、執行裁判所において、執行方法の選択という観点にとどまらず、広く子の福祉や利益の観点から総合的な判断をすることが予定されていると理解されてしまうのではないか）との指摘がされたところである。

部会資料15の本文第2の乙案については、同甲案の(1)に該当するような場合にも更に再度間接強制しか許されないことがあり得るように理解できるところに問題があるのではないかと指摘や、一般論として間接強制を前置した仕組みの方が、子の心身に与える負担が小さく、子の利益に資することになるとの認識を前提として、同乙案の「直接的な強制執行の実施に先立って同項の規定による強制執行（間接強制）を実施することが子の利益に照らして相当である」との要件が間接強制前置の要否を決しうる実質的な判断基準として機能し得るか疑問があるとの指摘がされた。また、同乙案は、その要件として、間接強制を実施すれば債務者が子の監護を解く見込みがあることや、間接強制を実施することが子の利益に照らして相当であることなどを内容としており、基本的に（直接的な強制執行の申立てをしている）債権者側において主張立証することが困難なものとなっていると考えられるとの指摘があったほか、要件自体については（債務者の審尋において）債務者側が主張立証することが可能なものであると考えられるとしても、実際には、債務者側に子の利益を適切に反映する形で主張立証することを期待することが

できないのではないかとの指摘もあった。

(2) 本文の規律の具体的内容について

子の引渡しの直接的な強制執行と間接強制との関係を検討するに当たり、物の引渡債務等に係る強制執行の方法について定める民事執行法第173条第1項に照らせば、債権者は、直接的な強制執行の申立てをするか間接強制の申立てをするかを任意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と考えることができる。

しかし、強制執行が子の心身に与える負担を最小限にとどめる観点からは、できる限り、債務者に自発的に子の監護を解かせることが望ましく、手続的にもそのような機会を設ける必要があると考えられるほか、子の心身に与える負担がより小さい強制執行の方法から順次実施することが相当であると考えられる。このような観点からすれば、直接的な強制執行の方法を選択するには一定の必要性や相当性が認められることを要するものとするのが相当であると考えることができる。

そこで、本文は、そのような必要性等が認められる場合を抽出する趣旨で本文(1)から(3)までの事由を掲げ、そのいずれかに該当するときでなければ、子の引渡しの直接的な強制執行の申立てをすることができない旨の規律を提案している。

ア 本文(1)について

本文(1)(民事執行法第172条第1項の規定による決定が確定した日から2週間を経過したとき等)の場合には、間接強制を既に実施しているにもかかわらず子が債権者に実際に引き渡されていない以上、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を考慮しても、更に間接強制を実施すべきものとする合理性は見だし難く、直接的な強制執行の方法を選択する必要性や相当性があると考えることができる。

イ 本文(2)について

本文(2)(民事執行法第172条第1項の規定による強制執行を実施しても、債務者が子の監護を解く見込みがあるとはいえないとき)の場合には、子の心身に与える負担がより小さい強制執行の方法である間接強制によってはそもそも子の引渡しが実現するとはいえない局面であり、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を考慮しても、間接強制を実施すべきものとする合理性は見だし難く、直接的な強制執行の方法を選択する必要性や相当性があると考えることができる。

なお、部会資料15の本文第2の甲案では、「民事執行法第172条第1項の規定による強制執行を実施しても、債務者が子の監護を解く『見込みがない』とき」とされていた。しかし、第15回会議では、この要件に該当するとまで判断し得る場面が余りないのではないかといった懸念が示された。

また、債務者が子の監護を解く見込みがないことを裏付ける事情は、主として債務者側の事情であるから、その立証の場面で債権者に過度の負担を求めるべきではないとの評価もあり得ると思われる。そこで、本文では「見込みがあるとはいえないとき」との要件に改めている。

前記要件に該当する具体的な場面の例としては、部会のこれまでの議論を踏まえれば、債務名義の成立後において、債権者が債務者との間で任意による子の引渡しを求める交渉をし、債務者が債権者に対して子を引き渡す機会を有していたにもかかわらず、その引渡しを拒絶したような場合が考えられるほか、債務者に資力がない等、間接強制金の支払を命じられることが債務の履行につながるというべき事情が認められないような場合などが考えられるが、上記要件に該当するか否かは、個別具体的な事案の事情によって判断されることになる。

ウ 本文(3)について

本文は、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一定の事由がなければ子の引渡しの直接的な強制執行の申立てをすることができないとする考え方に基づくものである。しかし、本文(3)（子の急迫の危険を防止するため直ちに子の引渡しの直接的な強制執行をする必要があるとき）の場合には、そのような考え方に基づいて子の引渡しの直接的な強制執行の申立てを制約することがかえって子の利益の観点から相当ではなく、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を考慮しても、間接強制を実施すべきものとする合理性は見いだし難く、直接的な強制執行の方法を選択する必要性や相当性があると考えられることができる。

前記要件に該当する具体的な場面の例としては、債務者によって子の利益（生命又は身体の安全等）に反するような態様を伴う不適切な監護がされているような事案（部会資料15の6頁参照）が考えられるほか、親権又は監護権を有しない一方の親が、子との面会交流中に子を他方の親に返還せずにそのまま留置したといった場合や違法な態様により子を連れ去るなどした上で事実上の監護を開始したといった場合など、子の生命又は身体の安全等に悪影響を及ぼす監護状態が推認される事案などが該当し得るものと考えられるが、上記要件に該当するか否かは、個別具体的な事案の事情によって判断されることになる。

なお、第15回会議では、「子の急迫の危険を防止するため直ちに子の引渡しの直接的な強制執行をする必要があるとき」との要件につき、その該当性の判断に当たっては、子に対する虐待の有無といった事情（これらは、例えば誰が子の監護権者として適切かという本案の判断に必要となる事情である。）について判断せざるを得ないとして、執行裁判所において適切に判断することができないのではないかという趣旨の懸念も示された。しかし、本

文(3)の要件は、直接的な強制執行と間接強制のいずれの執行方法を選択するか
の判断に当たり、子の急迫の危険を防止するという観点から直ちに子の引
渡しの直接的な強制執行をする必要性の有無を問題とするものであるから、
そのような懸念は必ずしも当たらないように思われる。

2 検討を要すると考えられる事項

(1) 債務者の審尋の要否

ア 問題の所在

本文は、子の引渡しの直接的な強制執行の申立てをすることができる場合
の要件について定めるものであるところ、当該要件を満たすか否かについて
は、執行裁判所が執行官に債務者による子の監護を解くために必要な行為を
実施させる決定を行う中で（本文第1の1参照）判断されることが想定され
ている。

そこで、子の引渡しの直接的な強制執行の申立てがされた場合に、本文(1)
から(3)までの事由のいずれかに該当するか否かの判断をするために、債務者
の審尋を要するか否かが問題となり得る。

この点、民事執行法第5条が執行裁判所において簡易迅速に判断資料を収
集することができるようにする観点から、執行裁判所が職権により利害関係
を有する者その他参考人を審尋することができるものと定め、審尋の要否の
判断を執行裁判所の裁量に委ねている一方で、同法第171条第3項がその
例外として債務者の審尋を必要的なものと規定している趣旨については、代
替執行における執行処分が一定の裁量的な判断を含むものであることから、
その判断の適正性を確保するため、債務者に対して意見陳述の機会を付与し
たものであるとの考え方がある。

イ 本文(1)から(3)までの事由と債務者の審尋の要否

まず、本文(1)の要件（民事執行法第172条第1項の規定による決定が確
定した日から2週間を経過したとき等）との関係では、間接強制決定の確定
の有無等についての事情（債務者による執行抗告の有無、その審理状況等）
について、債務者に対して意見陳述の機会を付与する必要があるものと考え
られる。

また、本文(2)の要件（民事執行法第172条第1項の規定による強制執行
を実施しても、債務者が子の監護を解く見込みがあるとはいえないとき）と
の関係では、債務者が子の監護を解く見込みに関する債務者側の事情（債権
者と債務者との間の従前のやり取りの状況、債務者の資力等）について、債
務者に対して意見陳述の機会を付与する必要があるものと考えられる。

そして、本文(3)の要件（子の急迫の危険を防止するために直ちに子の引渡
しの直接的な強制執行をする必要があるとき）との関係では、直ちに子の引
渡しの直接的な強制執行をする必要性に関する事情（債務者による子の監護

状況、債務者が子を事実上監護するに至った経緯等）について、債務者に対して意見陳述の機会を付与する必要があるものと考えられる。

以上によれば、本文(1)から(3)までの事由のいずれかに該当するか否かの判断をするには債務者の審尋を要するとするのが相当であると考えられ、本文第1の3のとおり、執行裁判所が執行官に債務者による子の監護を解くために必要な行為を実施させる決定を行う際に、債務者の審尋を要するものとするのが考えられるが、この点についてどのように考えるか。

(2) 執行抗告の可否

民事執行法は、不服申立ての対象となる個別の執行処分の要件や手続上の意義には多種多様なものがあるため、その実質的差異に応じて不服申立ての審判方式等に差異を設け、執行手続の適正と迅速な進行という二つの相反する要請の調整を図ったものであり、上級審の審理に服せしめることが適当な執行裁判所の処分を個別に選び出し、その処分に対しては執行抗告をすることができる旨を定めたものと解されている。

そして、本文は、子の引渡しの直接的な強制執行の申立てをすることができる場合の要件について定めるものであるところ、前記のとおり、当該要件を満たすか否かについては、執行裁判所が執行官に債務者による子の監護を解くために必要な行為を実施させる決定を行う中で（本文第1の1参照）判断されることが想定されている。

このような判断内容の重要性等に照らせば、本文の規律を前提とした、執行官に債務者による子の監護を解くために必要な行為を実施させる執行裁判所の決定（又はその申立ての却下の決定）に対しては、本文第1の5のとおり、執行抗告をすることができるものとするのが相当であるものと考えられるが、この点についてどのように考えるか。

(3) 管轄裁判所について

一般に、代替執行の管轄裁判所については、債務名義の区分に応じ、確定判決等の裁判の場合には第一審裁判所、和解調書等の場合にはその和解等が成立した裁判所であるとされている（民事執行法第171条第2項、第33条第2項参照）。これは、代替執行における執行処分の判断には、具体的事情を考慮した裁量的判断が必要であることから、代替執行の管轄裁判所については、債務名義の成立過程を最もよく知り得る裁判所とすることが相当であるとの趣旨によるものと解されている。そして、ハーグ条約実施法に基づく子の返還の直接的な強制執行については、代替執行の方法によることとされており（同法第134条第1項）、その管轄に関する規律は、上記代替執行に関する規律に従うこととなっている。

このような趣旨は、執行裁判所が執行官に債務者による子の監護を解くために必要な行為を実施させる決定を行う中で、本文のような判断を執行裁判所が

行うべきものとする規律を想定する場合には、同様に当てはまるものと考えられる。

そうすると、執行官に債務者による子の監護を解くために必要な行為を実施させる決定をする執行裁判所の管轄については、本文第1の2のとおり、代替執行の管轄裁判所と同様の規律を採用することが相当であるものと考えられるが、この点についてどのように考えるか。

第3 直接的な強制執行の手続の骨格

【乙案】

1 子が債務者と共にいること（同時存在）の要否

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

ア 執行官による子の監護を解くために必要な行為は、子が債務者と共にいるときに限り、することができるものとする

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

(2) 執行裁判所は、前記(1)の決定後に生じた前記(1)の事情を考慮して相当と認めるときは、前記(1)ア又はイの事項に関する定めを変更することができるものとする。

2 債権者等の執行場所への出頭

執行官は、債権者又はその代理人が執行場所に出頭したときに限り、債務者による子の監護を解くために必要な行為をすることができるものとする。

【丙案】

1 子が債務者と共にいること（同時存在）の要否

執行官は、子が債務者と共にいるか否かにかかわらず、債務者による子の監護を解くために必要な行為をすることができるものとする。

2 債権者等の執行場所への出頭

(1) 執行官は、債権者が執行場所に出頭した場合に限り、債務者による子の監護を解くために必要な行為をすることができるものとする。

(2) 債権者が執行場所に出頭することができない場合であって、債権者の代理人が執行場所に出頭することが子の利益に照らして相当であると認めるときは、執行裁判所は、債権者の申立てにより、前記(1)にかかわらず、当該代理人が出頭したときにも、執行官が債務者による子の監護を解くた

- めに必要な行為をすることができる旨の決定をすることができるものとする。
- (3) 執行裁判所は、いつでも前記(2)の決定を取り消すことができるものとする。

(説明)

1 本文の概要等

(1) 部会資料15での提案の概要とこれらに関する部会のこれまでの議論

ア 部会資料15においては、その本文第3の1の甲案と乙案の二つの規律を提案していた。それぞれの概要としては、①同甲案は、原則として子が債務者と共にいること（同時存在）を要することとしつつも、債権者の申立てにより、同時存在を要しないで子の引渡しの直接的な強制執行を行うこととする（同時存在に代えて、債権者が執行場所に出頭することとする）場合を認めた上で、その場合に該当するか否かは、執行裁判所の個別具体的な事案における総合的な判断に委ねることとするものであり、②同乙案は、同時存在の要否につき原則・例外という形で規律する甲案では、結果としてその要否につき硬直的な判断がされることとなり、子の心身に与える負担の軽減を図る観点から適切な配慮をし得ない事案が生じてしまうおそれがあるとの考え方に基づき、同時存在の要否自体を執行裁判所の個別具体的な事案における総合的な判断に委ねることとするものである。

イ 第15回会議の議論においては、部会資料15の本文第3の1の甲案につき、執行裁判所が同時存在を要しないとの判断をするに当たって、債権者の申立てによる必要はないのではないかとの指摘がされた。また、このような指摘を踏まえ、同甲案について、執行裁判所が上記判断をするに当たって債権者の申立てを要しないこととするのであれば、同甲案と乙案は、実質的には同様の規律であると評価し得るとの指摘もされた。なお、同甲案と乙案のいずれの立場に立つとしても、子と債務者の同時存在が執行の条件となっている場面において、債務者が恣意的に執行場所に立ち会わないなどした結果、執行不能となった場合などを念頭に、上記条件についての定めを事後に変更することができる旨の規律を設けること（部会資料15の12頁参照）については、特段の異論は見られなかった。

そして、第15回会議においては、子と債務者の同時存在を要するものとする自体に否定的な立場から、強制執行が子の心身に与える負担を最小限にとどめることは子と債務者の同時存在によってしか実現できないものではなく、債務名義において子の引渡しを受けることが認められている債権者本人等の執行場所への出頭によっても実現し得るとして、債権者本人等の出頭を要するものとした上で子と債務者の同時存在を全面的に不要とすべきではないかとの指摘が複数あった。

(2) 本文乙案について

本文乙案 1 (1)は、部会資料 1 5 の本文第 3 の 1 の乙案である。概要としては、事案の性質、子の心身に及ぼす影響並びに既に行った強制執行の手続における債務者の言動及び当該手続の結果その他の事情を考慮して、執行官による子の監護を解くために必要な行為の実施の条件として、①子が債務者と共にいるときに限るものとするか、②子が債務者と共にいるときのほか、債権者が執行場所に出頭したときもすることができるものとするかを定めるものとする旨の規律を提案している。

前記(1)イのとおり、第 1 5 回会議において同時存在の要否については執行裁判所の個別具体的な事案における総合的な判断に委ねるという点においては、部会資料 1 5 の本文第 3 の 1 の甲案と乙案は同様の提案であるといった指摘があったことや、第 1 5 回会議においても子と債務者の同時存在を要することを原則とすべきであるという認識が共有されるまでには至らず、やはり個別具体的な事案における判断によらざるを得ないとの見方が示されたことなどを踏まえ、子と債務者の同時存在の規律を採用する場合の規律として同乙案と同様の規律を提案している。

また、本文乙案 1 (2)は、第 1 5 回会議での議論を踏まえ、一旦は子と債務者の同時存在を実施の条件としたものの、実際に強制執行を実施してみた結果、同時存在を不要とした方がよいとの判断に至る場合等も想定し得ることから、執行裁判所がその後の事情を考慮して相当と認めるときは、同時存在の要否に関する定めを変更することができる旨の規律を提案している。

そして、本文乙案 2 は、執行官等が長期間にわたって子を監護するなどの事態を想定すべきではなく、執行官が債務者による子の監護を解いた際には、債権者又はその代理人が執行場所で子を実際に監護する状態に至っていることが望ましいものと考えられることから、債権者又はその代理人が執行場所に出頭することを必要とする旨の規律を提案している。なお、本文乙案においては、子と債務者の同時存在を不要とする場合には債権者本人の執行場所への出頭を要することから（本文乙案 1 (1)イ）、その場合には、本文乙案 2 の規律をも充足することとなる。

(3) 本文丙案について

本文丙案は、第 1 5 回会議での議論を踏まえ、概ね以下のような考え方から、債権者本人等の出頭を前提に（本文丙案 2）、子と債務者の同時存在を不要とする旨の規律（本文丙案 1）を提案するものである。

ア 子と債務者の同時存在を不要とすることについて

子の引渡しの直接的な強制執行の規律において、子と債務者の同時存在を要とする考え方は、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などを考慮し、強制執行が子の心身に与える負担を最小限にとどめようとするも

のいうことができる（ハーグ条約実施法第140条第3項参照）。

しかし、部会のこれまでの議論においては、実際の子の引渡しの直接的な強制執行（直接強制）の場面を念頭におくと、債務者による抵抗や子への働き掛けにより、子が親の選択を迫られるなど高葛藤の場面に直面することが少なくないとの指摘があった。このような指摘を重視すれば、子と債務者の同時存在は、必ずしも強制執行が子の心身に与える負担を最小限にとどめることにはなっていないとの評価があり得ると考えられる。そして、部会のこれまでの議論においては、子と債務者との同時存在を要するものとするところによって、債務者が恣意的に執行場所に立ち会わないことなどによって当該強制執行を不能に至らせる蓋然性があることが指摘されてきたところである。

また、債権者は、債務名義において、債務者による子の監護を解いて自己に子を引き渡すことを求めることができる者（監護権者）であることが認められていることを踏まえれば、子の引渡しの直接的な強制執行の場面での子の恐怖や混乱については、その債権者本人が執行場所に出頭することにより緩和されるとの考え方があり得るものと考えられる。

加えて、事案によっては、債権者本人が執行場所に出頭することができない場面（長期入院中である場合など）も想定されるところであるため、このような場面においても子の恐怖や混乱を緩和する観点から、執行裁判所が諸般の事情を考慮して債権者の代わりにその代理人が執行場所に出頭することが子の利益に照らして相当であると認めるのであれば、その代理人が執行場所に出頭することとすれば、強制執行が子の心身に与える負担を最小限にとどめることが可能であると考えられる。

イ 債権者の代理人の出頭について

子と債務者の同時存在の観点からは、債権者の代わりに執行場所に出頭する者が債権者の代理人であることは必要不可欠ではないと考えられるものの、執行官等が長期間にわたって子を監護するなどの事態を想定すべきではなく、執行官が債務者による子の監護を解いた際には、債権者又はその代理人が執行場所で子を実際に監護する状態に至っていることが望ましいものと考えられることに照らせば、上記の債権者の代わりに執行場所に出頭する者については、債権者に代わって執行官から子の引渡しを受ける観点から、債権者の代理人としての性質を有することを要する可以考虑することができる。

なお、本文丙案2(2)については、「債権者が執行場所に出頭することができない場合」との要件ではなく、「債権者が執行場所に出頭することが困難である場合」との要件とすることも考え得るが、部会のこれまでの議論では、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債権者本人が執行場所に出頭するのが相当であるとの指摘がされたことを踏まえ、「出頭することができない場合」との要件を提案している。

(4) 小括

以上を踏まえ、子が債務者と共にいること（同時存在）の要否や債権者等の執行場所への出頭について、どのように考えるか。

2 不服の申立ての在り方（執行抗告の可否）について

(1) 本文乙案について

ア 執行官に債務者による子の監護を解くために必要な行為を実施させる執行裁判所の決定（本文第1の1参照）において子と債務者の同時存在の要否に関する判断（本文乙案1(1)）をすることとなるため、当該判断に対する不服申立ては、上記決定に対する執行抗告によることとなる（具体的には、上記決定において本文乙案1(1)アの事項が定められた場合には債権者から、同イの事項が定められた場合には債務者から執行抗告がされることが想定される）ものと考えられる（前記第1の5参照）。

イ また、本文乙案1(2)は、執行裁判所がその後の事情を考慮して相当と認めるときは、同時存在の要否に関する定めを変更することができる旨の規律を提案しているところ、この変更の判断がされた場合においても、当該判断は、子と債務者の同時存在の要否に関するものであるため、当該判断に対する不服申立ては、執行抗告によるものとする考えられる。

(2) 本文丙案について

ア 子と債務者の同時存在を不要とするため、この点について執行官に債務者による子の監護を解くために必要な行為を実施させる執行裁判所の決定に対する執行抗告（前記第1）によって争うことは想定されないこととなる。

イ 他方、債権者の代理人が執行場所に出頭したときにも、執行官が債務者による子の監護を解くために必要な行為をすることができるものとするか否かの判断については、①執行官に債務者による子の監護を解くために必要な行為を実施させる執行裁判所の決定の中で行うこととするか、当該決定とは別個にすることとするか、②当該判断に対して執行抗告をすることができるものとするか否かが別途問題となり得る。

①の点については、本文の規律が基本的には債権者本人による出頭を念頭に置いており、債権者の代理人が執行場所に出頭したときにも、執行官が債務者による子の監護を解くために必要な行為をすることができるものとするか否かの判断は、子の引渡しの直接的な強制執行の申立てに際して必ずされるものとはいえず、実際にも、当該申立てがされた後や、執行官に債務者による子の監護を解くために必要な行為を実施させる執行裁判所の決定がされた後に、当該判断を受ける必要が生ずる場合も想定されるため、執行官に債務者による子の監護を解くために必要な行為を実施させる執行裁判所の決定とは、別個にされ得るものと考えられる。

また、②の点については、本文丙案2の規律は、その判断を執行裁判所の

裁量的判断に委ねようとしているものであり、仮に債権者が選任した代理人についての申立てを執行裁判所が却下した場合には、債権者自らが出頭するか、他の者を代理人に選任した上で執行裁判所の判断を受ければ足りるとも考えられ、当該執行裁判所の判断につき、執行抗告を認める必要性は乏しいと考えられることからすれば、本文丙案2(2)の決定に対しては執行抗告をすることはできないものとし、この場面での不服の申立ては、執行異議によるものとするのが考え得る。

- (3) 以上を踏まえ、本文乙案及び丙案を踏まえた不服の申立ての在り方（執行抗告の可否）についてどのように考えるか。

3 執行場所

- (1) 執行官は、債務者の住居その他債務者の占有する場所において、債務者による子の監護を解くために必要な行為をすることができるものとする。
- (2) 執行官は、前記(1)に規定する場所以外の場所においても、子の心身に及ぼす影響、当該場所及びその周囲の状況その他の事情を考慮して相当と認めるときは、債務者による子の監護を解くために必要な行為をすることができるものとする。

(説明)

1 規律の概要

本文は、部会資料15の本文第3の3と同内容の規律を提案するものであり、執行官が債務者による子の監護を解くために必要な行為をすることができる場所について、ハーグ条約実施法第140条第1項柱書きと同様に、債務者の住居その他債務者の占有する場所を原則とすることを提案するとともに、その例外として、同条第2項と同様の要件（執行官が「子の心身に及ぼす影響等その他の事情を考慮して相当と認めるとき」）を満たす場合には債務者の住居その他債務者の占有する場所以外の場所とすることを認めるものとするを提案している。

2 部会のこれまでの議論及び意見募集の結果を踏まえた検討

本文の規律については、第16回会議においても、その方向について特段の異論はみられなかったものである。

なお、部会のこれまでの議論や意見募集の結果では、執行場所を原則として債務者の住居等に限るとすれば、債務者が子をその祖父母等に預けることにより、容易に執行不能の状態を作出することができる旨の指摘がされているが、この点については、債務者の住居その他債務者の占有する場所以外の場所における強制執行に係る当該場所の占有者の同意の要否の問題と密接に関連すると思われることから、当該問題を取り扱う際に併せて検討することとする。

第4 執行場所における執行官の権限等

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

(説明)

本文は、部会資料15の本文第4の1と同内容の規律を提案するものであり、ハーグ条約実施法第140条第1項と同様に、債務者による子の監護を解くために必要な行為としては、執行官の債務者に対する説得が原則とした上で、執行場所である債務者の住居その他債務者の占有する場所における執行官の権限として、①債務者の住居等における子の検索（閉鎖した戸を開くために必要な処分をすることを含む。）、②債権者又はその代理人と子や債務者を面会させること、③執行場所に債権者又はその代理人を立ち入らせることができることを規定することを提案している。

本文の規律については、第16回会議においても、その方向について特段の異論はみられなかったものである。

- 3 執行官は、前記1又は2の規定による子の監護を解くために必要な行為をするに際し抵抗を受けるときは、その抵抗を排除するために、威力を用い、又は警察上の援助を求めることができるものとする。
- 4 執行官は、前記3の規定にかかわらず、子に対して威力を用いることはできないものとし、子以外の者に対して威力を用いることが子の心身に有害な影響を及ぼすおそれがある場合においては、当該子以外の者についても、同様とするものとする。

(説明)

本文は、部会資料15の本文第4の3、4と同内容の規律を提案するものであり、ハーグ条約実施法第140条第4項、第5項と同様に、債務者が説得に応じず、抵抗する場合に、執行官が、債務者等の子以外の者による抵抗を排除するために威力を行使したり、警察上の援助を求めたりすることができるものとするこ

とを提案する一方で、子に対して威力を行使してはならず、子以外の者に対する威力の行使も、それが子の心身に有害な影響を及ぼすおそれがある場合にはすることができないものとすることを提案している。

本文の規律については、第16回会議においても、その方向について特段の異論はみられなかったものである。

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

(説明)

本文は、部会資料15の本文第4の5と同内容の規律を提案するものであり、子の監護を解くために必要な行為に、債権者又はその代理人と子や債務者を面会させることが含まれることなどから、執行場所における秩序を維持するなどの観点から、執行官が債権者又はその代理人に対し、必要な指示をすることができることを提案している。

本文の規律については、第16回会議においても、その方向について特段の異論はみられなかったものである。