

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
の改正に関する試案（追加試案）に関する補足説明

目 次

はじめに	1
ハーグ条約実施法に基づく子の返還の強制執行に関する規律の見直し	3
1 間接強制の前置に関する規律の見直し	4
2 債務者の審尋に関する規律の見直し	7
3 子と債務者の同時存在に関する規律の見直し	8
4 債務者の占有する場所以外の場所における執行官の権限等に関する規律 の見直し	12
5 子の心身の負担への配慮に関する規律の新設	13

平成30年7月

法務省民事局参事官室

はじめに

昭和54年に制定された民事執行法には、子の引渡しの強制執行に関する明文の規定がないため、子の引渡しを命ずる裁判の実効性を確保するとともに、強制執行が子の心身に与える負担に十分な配慮をするなどの観点から、明確な規律を整備すべきであるとの指摘がされている。

このような指摘を踏まえ、平成28年9月、法制審議会第177回会議において、法務大臣より、子の引渡しの強制執行の規律の明確化等を含む民事執行法制の見直しについての諮問がされ（諮問第102号）、その調査審議のため、民事執行法部会（部会長・山本和彦一橋大学大学院教授。以下「本部会」という。）が設置された。

本部会では、子の引渡しの強制執行の規律の明確化に関しては、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。）の規律を参照しながら審議を重ね、平成29年9月8日の第11回会議において、「民事執行法の改正に関する中間試案」を取りまとめ、これを事務当局において同月29日から同年11月10日までの間、意見募集の手續に付した。

その後、本部会においては、この中間試案に対する意見募集で寄せられた意見等を踏まえた調査審議が重ねられた結果、子の引渡しの強制執行に関する規律について、ハーグ条約実施法に基づく子の返還の強制執行に関する規律とは異なる規律を設けることを視野に審議が続けられている。このような審議の状況を踏まえ、本部会では、子の返還の強制執行に関する同法の規定につき、子の引渡しの強制執行に関する規律と同様の規律とする方向での見直しを行うべきか否かについて、改めて意見募集の手續に付した上で審議を行うのが相当であるとされ、平成30年6月29日の第20回会議において、「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の改正に関する試案（追加試案）」（以下「追加試案」という。）が取りまとめられた。

本部会では、今後、追加試案に対して寄せられた意見等を踏まえ、ハーグ条約実施法に基づく子の返還の強制執行に関する規律の見直し等について、

引き続き審議を行うことが予定されている。

なお、この文書は、追加試案の内容の理解に資するため、追加試案を掲載した上で、更に項目ごとにその趣旨等を事務当局である法務省民事局（参事官室）の責任において補足的に説明する目的で作成したものであり、その文責は法務省民事局（参事官室）にある。

ハーグ条約実施法に基づく子の返還の強制執行に関する規律の見直し

(検討の必要性)

本部会においては、ハーグ条約実施法の規律を参照しながら国内の子の引渡しの強制執行に関する規律の明確化に向けた調査審議が重ねられ、中間試案に対する意見募集の手続で寄せられた意見やハーグ条約実施法の実施状況等(注1)も踏まえた検討の結果、国内の子の引渡しの強制執行に関する規律について、同法に基づく子の返還の強制執行に関する規律とは異なる規律を設けることを視野に審議が続けられている(注2)。

また、本部会では、国内の子の引渡しの強制執行と国際的な子の返還の強制執行は、いずれも子の身柄の移動を内容とする債務名義を実現するという点で共通しているため、その規律は基本的に同内容であることが望ましいとの指摘がされ、ハーグ条約実施法に基づく子の返還の強制執行に関する規律につき、国内の子の引渡しの強制執行に関する規律と同様の規律とする方向で見直しを行うべきであるとの意見が多く示されている。

そして、国際的な子の奪取の民事上の側面に関する条約(以下「ハーグ条約」という。)第2条(注3)は、締約国に対して当該国内法上最も迅速な手続を用いることを求めているところ、本部会において、国内の子の引渡しの強制執行に関する規律の明確化が検討されていることからすれば、当該規律の検討状況等を踏まえて、強制執行が子の心身に与える負担に配慮するというハーグ条約実施法の理念を前提に、子の心身の負担への配慮と強制執行の実効性の確保との調和の観点から、同法に基づく子の返還の強制執行の手続の在り方についても検討する必要があると考えられる。

(注1) ハーグ条約実施法の施行から4年が経過した現在においては、同法に基づく子の返還の代替執行の手続において子と債務者の同時存在の要件が必要とされているところ、子が債務者と共にいなかったことから執行不能となった事案が生じていることが指摘されている。

また、現在までハーグ条約実施法に基づく子の返還の代替執行(解放実施)の手続が実施された結果として子の返還が実現した例がない。こうした状況を踏まえ、日本弁護士連合会の意見書(平成29年2月17日付け)やハーグ条約の実施に関する外務省領事局長主催研究会の「参加有識者による議論のとりまとめ」(同年4月)においては、子の返還の強制執行の手続に関し、間接強制の前置については、返還決定の確定後に債務者が任意に子を返還しないときは、たとえ間接強制を用いたとしても任意の履行は期待することができない場合も多いのが現実である、子が債務者と共にいる場合に限り解放実施をすることができるとする、いわゆる同時存在の原則については、債務者が子と同時に存在しない

ように画策すれば結果的に執行不能とすることも可能となるため、強制執行を事実上妨げる目的で利用されるおそれがある上、子が高葛藤の場面に直面し、かえって子の福祉を害するおそれもある等の指摘がされている。

(注2) 国内の子の引渡しの強制執行については、直接的な強制執行の申立てに一定の要件を付すことにより間接強制の前置を不要とする、執行裁判所が執行官に子の引渡しを実施させる決定をする場合に、一定の要件の下で債務者の審尋を不要とする、執行の場所に子が債務者と共にいること(同時存在)を不要とした上で、原則として債権者の出頭を必要とする、債務者の住居等以外の場所で強制執行をする場合に、一定の要件の下で、執行裁判所が当該場所の占有者の同意に代わる許可をすることにより、執行官による立入り等を可能とするといった規律を設けることを視野に検討が続けられている。

(注3) ハーグ条約第2条は、「締約国は、自国の領域内においてこの条約の目的の実現を確保するため、全ての適当な措置をとる。このため、締約国は、利用可能な手続のうち最も迅速なものを用いる。」と定めている。

1 間接強制の前置に関する規律の見直し

ハーグ条約実施法第136条の規律(間接強制の前置に関する規律)を見直し、子の返還の代替執行の申立ては、次の から まで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。

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)。

民事執行法第172条第1項に規定する方法による強制執行を実施しても、債務者が常居所地国に子を返還する見込みがあるとはいえないとき。

子の急迫の危険を防止するため直ちに子の返還の代替執行をする必要があるとき。

(補足説明)

1 追加試案の概要

現行のハーグ条約実施法は、子の返還の代替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の考え方にに基づき、子の返還の代替執行の申立ての要件として、間接強制の前置を必要的なものとしている(同法第136条)。

これに対しては、間接強制によっても債務者が子の返還に必ず見込みがあるとはいえないときには間接強制の前置をすることにより子の返還が実現することが期待できず、また、債務者によって子の生命又は身体の安全等に悪影響を及ぼすような不適切な監護がされているようなときには、直ちに子の返還を実現する必要があるため、強制執行の実効性を確保する観点からは、間接強制の前置をすることなく、子の返還の代替執行の申立てをすることができるようにすべきであるとの意見がある。

確かに、民事執行法は、その強制執行の方法については、基本的に債権者の任意の選択によることを原則としていると考えられる（同法第173条第1項参照）。しかし、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いう観点からは、債権者が子の返還の強制執行の方法として代替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るものとするのは相当でなく、子の返還の代替執行の申立てを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られる。

そこで、追加試案は、子の心身の負担への配慮と強制執行の実効性の確保の調和の観点から、間接強制の前置を必要なものとする現行のハーグ条約実施法の規律を見直し、子の返還の代替執行の申立ては、本文 から まで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規律を設けることを提案するものである。

2 本部会での検討過程において示された本文 から までの適用場面等についての考え方

本文 について

本文 に該当するとき（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）には、間接強制を既に行っているにもかかわらず債務者が常居所地国に子を返還していない以上、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、代替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。

本文 について

本文 に該当するとき（民事執行法第172条第1項に規定する方法による強制執行を実施しても、債務者が常居所地国に子を返還する見込みがあるとはいえないとき）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返還が実現するとは見えない局面であり、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、

代替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。

本文 の要件に該当するか否かは、ハーグ条約実施法に基づく子の返還の代替執行が行われる事案の性質を踏まえ、個別事案における具体的な事情に基づき判断されることとなるものと思われるが、具体的な適用場面の例としては、常居所地国への子の返還を命ずる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返還を求める交渉をし、債務者が債権者に対して子を返還する機会を有していたにもかかわらず、その返還を拒絶したような場合のほか、債務者に資力がないなどの理由により間接強制金の支払を命じられることが債務者の履行につながるというべき事情が認められない場合などが想定されるものと考えられる。

なお、本文 の要件を満たすか否かの判断に当たっては、子の返還を命ずる決定がされた後、債務者が自発的に子の返還をすることなく相当の期間が経過したという事情も、他の事情とともに考慮されるものと考えられる。この点に関連して、本部会のこれまでの議論では、上記決定後、長期間が経過したことをもって、直ちに子の返還の代替執行の申立てをすることができるようにすべきではないかとの意見もあった。しかし、そのような意見に対しては、子の心身に与える負担がより小さい強制執行の方法によって子の返還が実現する見込みがあるにもかかわらず、一定の期間の経過により、債権者の任意の選択によって子の心身に与える負担がより大きい強制執行をすることができるものとする合理性をどのように説明するのが不明であるとの批判があり得る。

本文 について

本文 に該当するとき（子の急迫の危険を防止するため直ちに子の返還の代替執行をする必要があるとき）には、子の返還の代替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だし難く、代替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。

本文 の要件に該当するか否かは、ハーグ条約実施法に基づく子の返還の代替執行が行われる事案の性質を踏まえ、個別事案における具体的な事情に基づき判断されることとなるものと思われるが、具体的な適用場面の例としては、債務者によって子の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場合や、国境を越えた子の連れ去りがされるに至った経緯等から、債務者が子の生命又は身体の安全等に悪影響を及ぼす状態で監護していることが推認される場合等が考えられる。

なお、本部会のこれまでの議論では、国際的な子の返還の強制執行の場

面において本文 の要件を満たすのはどのような場合であるのかを議論するに当たっては、国際的な子の返還の事案と国内の子の引渡しの事案では債務名義の作成過程における審理の対象が異なることなどを念頭に置く必要があるのではないかとの意見があった（注）。これに対しては、債務名義の作成過程における審理の対象の違いを踏まえたとしても、上記の適用場面の例は、子の連れ去りが国境を越えて行われたものであるか否かを問わず想定し得るとの意見が示された。

また、国際的な子の返還の強制執行に特有の場面としては、上記の適用場面の例に加え、子を日本に連れ去った債務者が、子の返還を命ずる裁判所の決定に背いて更に子をその常居所地国以外の国へ連れ去り又は日本国内においてその住居所を変更しようとしているといった事情がある場合なども想定されることから、このような事情も本文 の要件の考慮の対象となることが文言上明らかになるように本文 の文言を修正すべきではないかとの意見が示された。これに対しては、追加試案の規律によっても、このような事情は本文 の要件の考慮の対象になり得るのではないかとの考え方も示された（なお、このような事情については、本文 の要件の判断に当たっても考慮の対象となるとの考え方があり得る。）。

（注） 例えば、国内の子の引渡しの強制執行においては、その債務名義が審判前の保全処分であることが多いが、審判前の保全処分をするためには「子・・・の急迫の危険を防止するため必要がある」ことが要件とされている（家事事件手続法第157条第1項等）のに対し、ハーグ条約実施法に基づき子の返還を命ずる決定に関しては、「子の急迫の危険」は直接の要件となっているわけではない。

2 債務者の審尋に関する規律の見直し

執行裁判所は、民事執行法第171条第3項の規定にかかわらず、子に急迫した危険があるときその他の審尋をすることにより強制執行の目的を達することができない事情があるときは、債務者を審尋しないでハーグ条約実施法第134条第1項の決定（子の返還を実施させる決定）をすることができるものとする。

（補足説明）

1 追加試案の概要

現行のハーグ条約実施法第134条第1項は、民事執行法第171条第1項の規定により執行裁判所が第三者に子の返還を実施させる決定（いわゆる授權決定）をする方法により子の返還の代替執行を行うと定めており、当該決定をする場合には、債務者を審尋しなければならないこととされている（同

条第3項)。

これに対しては、債務者の審尋をすることが、結果として、債務者に対し、子の所在場所を変更するなどの執行妨害を行う機会を与えることとなり、債務者が執行妨害を行うおそれのある事案では、債務者が子の利益に配慮した適切な主張をすることを期待し得ないため、債務者の審尋をしても執行裁判所の判断の適正性の確保につながるとは限らず、かえって強制執行の目的の達成を困難とすることとなるおそれがあるとの意見がある。

そこで、追加試案は、「子に急迫した危険があるときその他の審尋をすることにより強制執行の目的を達することができない事情があるとき」は、債務者を審尋しないでハーグ条約実施法第134条第1項の決定(子の返還を実施させる決定)をすることができるものとする旨の規定を設けることを提案するものである(注)。

(注) 本部会においては、追加試案の規律に関し、子に急迫した危険があるものの、審尋をしたとしても強制執行の目的を達することは可能である場合をどのように位置付けるのが問題となるとの指摘があった。もっとも、ここでいう「強制執行の目的を達すること」とは、子を迅速かつ適切に常居所地国へ返還することを意味するものであり、子に急迫した危険がある場合には、可能な限り迅速に子の返還を実現すべきであると考えられるから、一定の期間を要する債務者の審尋を経ていたのでは「強制執行の目的を達することができない」ものと考えられる。この意味で、追加試案の本文の「子に急迫した危険があるとき」とは、「審尋をすることにより強制執行の目的を達することができない事情があるとき」の代表的な例を示すものであると整理することができる。

2 本部会での検討過程において示された追加試案とは異なる考え方

本部会においては、追加試案とは異なり、債務者の審尋を必要的なものとはせず、執行裁判所が、上記の決定をするに際し、必要があると認めるときに審尋をすることができる(民事執行法第5条参照)ものとするれば足りるとの意見があった。これに対しては、一般に、代替執行の手続においては、執行裁判所が債務者以外の者に対して一定の権限を授与する決定(授權決定)をする場合には、債務者の審尋が必要的とされていることとの整合性を説明することが困難であるとの批判があり得る。

3 子と債務者の同時存在に関する規律の見直し

ハーグ条約実施法第140条第3項の規律(子と債務者の同時存在に関する規律)を見直し、同条第1項又は第2項の規定による子の監護を解くために必要な行為は、債権者が執行の場所に出頭した場合に限り、することができるものとする。

執行裁判所は、債権者が執行の場所に出頭することができない場合であっても、その代理人が債権者に代わって執行の場所に出頭することが、当該代理人と子との関係、当該代理人の知識及び経験その他の事情に照らして子の利益の保護のために相当と認めるときは、前記の規定にかかわらず、債権者の申立てにより、当該代理人が執行の場所に出頭した場合においても、ハーグ条約実施法第140条第1項又は第2項の規定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。

執行裁判所は、いつでも前記の決定を取り消すことができるものとする。

(補足説明)

1 追加試案の概要

現行のハーグ条約実施法は、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は債務者にできる限り自発的に子の監護を解かせることが望ましく、債務者不在の場で執行官が子を連れ出すことを認めると、子が事態を飲み込めず恐怖や混乱を感じることを想定されたとの考え方にに基づき、子が債務者と共にいる場合(同時存在の場合)に限り、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ものと定めている(同法第140条第3項)。

これに対しては、実際に子の返還の強制執行が行われる場面では、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の大きな葛藤を感じる場面に直面することが少なくなく、子が債務者と共にいること(同時存在)が必ずしも強制執行による子の心身への負担を軽減することにはなっておらず、むしろ、子の心身に悪影響を及ぼすおそれがある事案もあるとの指摘がある。また、子が債務者と共にいること(同時存在)を要件とすることにより、債務者が恣意的に執行の場所に立ち会わないことなどによって当該強制執行を容易に不能に至らせることができてしまい、強制執行の実効性を確保することが困難となっているとの意見がある。

そして、債務者不在の場で子を連れ出すこととした場合であっても、子の返還を命ずる終局決定の審理において子を監護する権利を有していたと認定されている債権者(注1)又はこれと同視し得る者が執行の場所に出頭していれば、子が執行の現場において事態を飲み込めず恐怖や混乱を感じるような事態を避けることができるものと考えられる(注2)。

そこで、追加試案は、子の心身の負担への配慮と強制執行の実効性の確保の調和の観点から、子が債務者と共にいること(同時存在)を強制執行の要

件としている現行法の規律を見直し、債権者が執行の場所に出頭することを原則として必要とするとともに、債権者が執行の場所に出頭することができない場合であっても、その代理人（注3）が債権者に代わって執行の場所に出頭することが、当該代理人と子との関係、当該代理人の知識及び経験その他の事情に照らして子の利益の保護のために相当と認められるときは、当該代理人が執行の場所に出頭した場合においても、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規定を設けることを提案するものである。

（注1） 子の返還を命ずる終局決定に当たっては、子の返還事由（ハーグ条約実施法第27条）や子の返還拒否事由（同法第28条）の有無が審理されるが、子の返還事由として「常居所地国の法令によれば、当該連れ去り又は留置が申立人の有する子についての監護の権利を侵害するものであること。」（同法第27条第3号）が掲げられていることや、子の返還拒否事由として「申立人が…子に対して現実に監護の権利を行使していなかったこと」（同法第28条第1項第2号）が掲げられていることに照らせば、これらの事由についての審理を通じて、債権者は子を監護する権利を有していたことが認定されているものと考えられる。

（注2） 債権者は、実務上も、返還実施者に指定されることが多いとされているが、現行のハーグ条約実施法においては、債権者を返還実施者に指定することが必要とされているものではない（もっとも、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による子の返還に関する事件の手續等に関する規則第84条第1項第3号によれば、代替執行の申立書に、返還実施者となるべき者が債権者と異なるときは、返還実施者となるべき者と子との関係その他のその者を返還実施者として指定することの相当性に関する事項を記載しなければならないとされている。）。そのため、追加試案は、返還実施者に関する規律とは別に、執行の現場において子が事態を飲み込むことができず恐怖や混乱を感じるような事態を避ける観点から債権者等の出頭を必要とするものであるが、これらの者が返還実施者に指定されることを排除するものではない。

（注3） ここでいう「代理人」とは、いわゆる訴訟代理人のように能動的に手續上の行為を行う者に限る趣旨ではなく、債権者の依頼を受けて債権者に代わって執行の場所に出頭する者を指すものと考えられる。強制執行が子の心身に与える負担を軽減する観点からは、債権者本人が執行の場所に出頭することができない場合であっても、子の返還を命ずる終局決定の審理において子を監護する権利を有していたと認定されている債権者本人が依頼した者が執行の場所に出頭することが望ましいことから、このような規律を設けることを提案している。

なお、本部会においては、ここでいう「代理人」には債権者の代理人弁護士も含まれ得るのかという点についても議論がされた。この点については、個別事案

における具体的な事情に基づき判断されることとなるものと思われるが、執行裁判所が本文の要件に基づいて相当と認める場合には、債権者の代理人弁護士を本文の「代理人」とすることも排除されないものと考えられる。

2 本部会での検討過程において示された追加試案とは異なる考え方等

本文の「債権者が執行の場所に出頭することができない場合」については、本部会において、国際的な子の返還の場面では、国内の子の引渡しの場面とは異なり、債権者やその親族等は子の常居所地国（日本国外）に居住しているのが通常であることから、国内の子の引渡しに関する規律よりも緩やかな要件とすべきではないかとの意見が示された。この意見は、「債権者が執行の場所に出頭することができない」という要件では、国内の子の引渡しに関する規律についての議論を前提とする限り、債権者が長期入院中であるなどの限られた場面にしか適用されなくなり、例えば、常居所地国での事情等により債権者が日本に渡航するための査証を取得することができないような場面等が除外されてしまうのではないかと懸念に基づくものであると思われる。そして、追加試案の規律よりも緩やかな要件としては、例えば、「債権者が執行の場所に出頭することが困難である」とすることなどが考えられるのではないかと意見があった。

もっとも、これに対しては、追加試案における「債権者が執行の場所に出頭することができない」との要件の解釈に当たっては、生活の本拠が国外にあるといった債権者の属性が考慮されるべきであり、仮に、国内の子の引渡しの強制執行に関する規律が追加試案の規律と同じ文言であったとしても、「出頭することができない」との要件を満たす場面にはおのずと差異が生じ得るため、追加試案の規律によっても特段の不都合は生じないのではないかと考え方も示された。このような考え方を前提とすれば、追加試案の提案する上記要件に該当するか否かは、ハーグ条約実施法に基づく子の返還の代替執行が行われる事案の性質を踏まえ、常居所地国での事情等により債権者が日本に渡航するための査証を取得することができず、又は取得するまでに長期間を要することや、日本への渡航に当たっては日本国内における移動に比べて相当高額な費用や長時間を要すること等の事情も考慮するなどして判断されることになるものと考えられる。

また、これらの指摘に加えて、本部会においては、債権者が日本国外に居住しているという事態は、国内の子の引渡しの強制執行の場面においても生じ得るものであるから、債権者等が子の常居所地国（日本国外）に居住しているのが通常であるという理由のみをもって、国際的な子の返還に関する規律を国内の子の引渡しに関する規律と異なるものとするには合理性がないとの指摘もされた。

なお、本部会においては、国際的な子の返還の場面では、国内の子の引渡しの場合と異なり、執行の場所に執行官や返還実施者以外の専門家等が出頭することが制度上予定されているといった事情の違いもあるとの指摘があったが、このような事情は、本文の「その他の事情」に当然含まれ得るとの考え方が示された。

4 債務者の占有する場所以外の場所における執行官の権限等に関する規律の見直し

債務者の占有する場所以外の場所における執行官の権限等に関する規律を以下のとおりの内容に見直すものとする。

執行官は、ハーグ条約実施法第140条第1項に規定する場所（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、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、当該場所の占有者の同意を得て又は後記の規定による許可を受けて、同項各号に掲げる行為をすることができるものとする。

執行裁判所は、子の住居がハーグ条約実施法第140条第1項に規定する場所以外の場所である場合において、債務者と当該場所の占有者との関係、当該占有者の私生活又は業務に与える影響その他の事情を考慮して相当と認めるときは、債権者の申立てにより、当該占有者の同意に代わる許可をすることができるものとする。

執行官は、前記の規定による許可を受けてハーグ条約実施法第140条第1項各号に掲げる行為をするときは、職務の執行に当たり、当該許可を受けたことを証する文書を提示しなければならないものとする。

（補足説明）

1 現行法の規定とこれに対する意見等

現行のハーグ条約実施法は、債務者の住居等以外の場所を執行の場所とする場合において、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ためには、その適法性を確保する観点から、当該場所の占有者の同意を得ることを必要的なものとしている（同法第140条第2項）。

これに対しては、当該占有者が債務者の親族等である場合には、執行を妨害するためにあえて同意をしないことにより、強制執行の実効性の確保が困難となるおそれがあるとの意見がある。

2 追加試案の概要

執行の場所を占有する第三者の同意を得ることを要するものとする根拠については、子の返還の代替執行の実現の要請（執行の必要性）と、執行の場所を占有する第三者の財産権等の保障の要請との調和を図ることにあると考えられる。そうすると、少なくとも子が当該場所に居住しているときであれば、子は、基本的に当該場所において日常生活を送っているため、当該場所において子の返還の代替執行（解放実施）をするほかなく、執行官が当該場所に立入り等を行う必要性が高いといえる。そして、当該第三者が、債務者の親族等であるなど実質的に債務者と近い立場にある場合については、執行官による説得がされたとしても、債務者と同様に、執行官による立入り等に抵抗し、同意をしないことが一般的に想定され、当該場所における執行の必要性の程度が高いものといえる一方、当該第三者が、保育所や学校であるなど債務者とは独立した中立的な立場にある場合については、執行官による説得がされた場合に債務者と同様に執行官による立入り等に抵抗し、同意をしないことが一般的に想定されるとまではいい難い上、執行官による立入り等によって制約を受ける財産権等の内容（他の児童等にも配慮した形で保育所や学校等の建物及びその敷地を管理することなども含まれ得ること）に照らせば、当該財産権等を制約することは許容され難いものと思われる。

そこで、追加試案は、執行官は、当該場所の占有者の同意を得て又は当該同意に代わる許可を受けて上記行為をすることができるものとした上で、執行裁判所は、「債務者と当該場所の占有者との関係、当該占有者の私生活又は業務に与える影響その他の事情を考慮して相当と認めるとき」は、債権者の申立てにより、当該許可をすることができる旨の規律を設けることを提案するものである。

5 子の心身の負担への配慮に関する規律の新設

執行裁判所、執行官及び返還実施者は、子の返還の代替執行の手続において、子の年齢及び発達の程度その他の事情を踏まえ、できる限り、強制執行が子の心身に有害な影響を及ぼさないように配慮しなければならないものとする。

（補足説明）

1 追加試案の概要

追加試案は、子の心身の負担への配慮と強制執行の実効性の確保の調和の観点から、間接強制の前置を必要なものとはしないこと（本文1）、子が債務者と共にいること（同時存在）の要件を不要とすること（本文3）等を提案するものであるが、現行のハーグ条約実施法が定める間接強制の前置

や子と債務者の同時存在に関する規律の根底にある考え方（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を返還させることが望ましいとの考え方）自体についてはなお一定の意義があるとの指摘があり得る。

そこで、追加試案は、子の返還の代替執行においては、執行官が執行裁判所の決定に基づき債務者による子の監護を解いて返還実施者に引き渡すという一連の過程で子の心身に負担が生じ得ることに鑑み、当該代替執行の手続において一定の判断や権限の行使をすることが予定されている執行裁判所、執行官及び返還実施者は、子の年齢及び発達程度その他の事情を踏まえ、できる限り、強制執行が子の心身に有害な影響を及ぼさないように配慮しなければならない旨の規律を設けることを提案するものである（注）。

具体的には、執行裁判所が子の返還の代替執行の申立ての要件（本文1から まで参照）を満たすか否かを判断するに際し、子の年齢及び発達程度等の事情を踏まえて子の心身への影響につき配慮することや、債務者の審尋の要否（本文2）や債権者に代わってその代理人が執行の場所に出頭することの相当性（本文3）を判断するに際し、強制執行が子の心身に及ぼす影響につき配慮することなどが求められるほか、執行官が債務者の占有する場所以外の場所において執行を行う場合に、その執行の場所としての相当性（本文4）を判断する際にも、当該場所での強制執行が子の心身に及ぼす影響につき配慮することが求められるものと考えられる。また、執行官や返還実施者が執行の場所においてその権限（ハーグ条約実施法第140条、第141条参照）を行使する際にも、その権限の行使が子の心身に及ぼす影響につき配慮することが求められるものと考えられる。

（注） 本部会においては、追加試案の規律を設けることについては、児童福祉法第3条が、全て児童に関する法令の施行に当たっては、同法第1条所定の児童福祉の理念（全て児童は、児童の心身の健やかな成長及び発達並びにその自立が図られることその他の福祉を等しく保障される権利を有するとするもの）及び同法第2条所定の児童育成の責任（国及び地方公共団体は、児童の保護者と共に、児童を心身共に健やかに育成する責任を負うとするもの）という二つの原理が、常に尊重されなければならないと定めていることとも整合するのではないかと指摘があった。

2 本部会での検討過程において示された追加試案とは異なる考え方等

本部会においては、追加試案のような規律を設けることに特段の異論は見られなかったが、子の心身の負担への配慮の必要性は、子の返還の代替執行の手続のみではなく、間接強制を含む子の返還の強制執行の手続全体を通じて存在するため、「子の返還の代替執行の手続において」ではなく「子の返還の強制執行の手続において」とすべきであるとの意見が見られた。本部会

では、この意見の主な根拠として、間接強制を経ずに子の返還の代替執行を申し立てることの当否を判断する場面（本文1 から まで参照）やその判断のための審尋をする場面でも、子の心身の負担への配慮が必要であることが指摘されたが、このような指摘に対しては、当該判断は「子の返還の代替執行の手続において」されるものとして本文の規律における配慮の対象となっているため、追加試案の文言によっても特段の不都合は生じないとの考え方があり得る。

なお、間接強制の手続においては、執行裁判所が債務者に間接強制金の支払を命ずるという手続の性質上、執行裁判所が「強制執行が子の心身に有害な影響を及ぼさないように配慮」しなければならない場面は想定し難いとの指摘があり得る。

また、追加試案では、「配慮しなければならない」との文言が用いられているが、このように執行裁判所等が一定の義務を負うかのような形で規律を設けてしまうと、債務者側がこの規定を盾にして執行妨害に及ぶおそれがあるのではないかと懸念が指摘され、そのような執行妨害のおそれがないような文言にすべきではないかとの意見もあった。この意見は、子の返還の代替執行の決定（授權決定）がされた場合に、債務者がこの規定を根拠に執行抗告をすることなどを念頭に置いたものと思われる。しかし、これに対しては、追加試案においても「できる限り」との文言が用いられていることなどからすれば、追加試案の文言から直ちに執行裁判所等が一定の義務を負うものではないと解される上、授權決定に対する執行抗告には執行停止効が認められていないことも踏まえると、追加試案の規律によっても特段の執行妨害のおそれは生じないとの考え方もあり得る。

そして、追加試案の規律における配慮の対象についても、「子の心身に有害な影響を及ぼすこと」にとどまらず、「子の福祉」といったより広い概念を対象にすべきであるとの意見があった。これに対しては、「子の福祉」という概念は、どちらの親に監護されるのが相当かという本案の内容（監護権者としての適格性という実体法上の問題）をも含むものと考えられるが、強制執行の手続においては、そのような実体法の観点からの「子の福祉」を再度考慮するのは相当ではなく、強制執行が子の心身に与える負担への配慮を問題とすべきであるとの意見が示された。

加えて、配慮の対象に関しては、上記の意見のほかに、子の返還を命ずる終局決定が早期に実現しないことによって子の福祉が害される（例えば、子が連れ去られた先の国に滞在する期間が長くなればなるほど、子は、常居所地国の言語を忘れてしまうといった問題が生じ得る）という側面があるため、強制執行によって子の返還を迅速に実現することが子の福祉に資するとの考

え方に基づき、強制執行の実効性の確保（子の返還の迅速な実現）と強制執行による子の心身の負担への配慮という二つの要素を配慮の対象とすべきではないかとの意見も見られた。これに対しては、強制執行の実効性の確保（子の返還の迅速な実現）の要請については、子の返還の強制執行に関する諸規定によって具体化されているため、別段の規律を設ける必要はなく、強制執行が子の心身に与える負担への配慮については特に規律を設ける意義があるといえるので、追加試案の規律によっても特段の不都合はないとの考え方もあり得る。