

# 子の引渡請求の執行方法 についての一試論

安井英俊\*

## 目次

- I はじめに
- II 子の引渡請求の執行方法についての実務と理論の状況
  - 1 裁判例
  - 2 学説の状況
- III 子の引渡請求の執行方法についての試論
  - 1 子の引渡請求権の性質について
  - 2 直接強制が執行不能となった後での間接強制の妥当性について
  - 3 具体的な執行方法についての検討
  - 4 ハーグ条約実施法との関係
- IV おわりに

## I はじめに

親権者による、いわゆる子の引渡請求権の法的性質は、親権行使妨害排除請求権であると解されている。しかし、その強制執行をいかなる方法によって行うかについては、明文規定を欠くために、裁判例・学説において見解が分かれている。すなわち、その債務名義は、判決や審判の主文においては、

---

\*福岡大学法学部准教授

「子を引き渡せ」、和解や調停等においては「子を引き渡す」と表現されることが多いが、このような表現がされた債務名義の強制執行として直接強制が可能かどうか、それとも間接強制によるべきか否かについて争いがある。

子の引渡請求の執行方法をめぐる見解の対立は、子の引渡債務が「与える債務（債務者が金銭や有体物などを引き渡す債務）」であるのか「為す債務（債務者の作為または不作為を目的とする債務）」であるのかという理論的問題と、人格に対する直接強制が許されるべきではないとする政策的な問題がある<sup>1</sup>。直接強制を認める立場からすると、子の引渡債務は、債務者の関与なしに引渡しが可能なる「与える債務」に属するため、直接強制が可能ということになる。これに対して間接強制を認める立場では、あくまで子の引渡請求権は親権（監護権）に基づく妨害排除請求権であり、非代替的性質を有していることを根拠とする。

本稿の目的は、そのような子の引渡請求の強制執行の方法について、妥当性および実効性を確保するためにいかなる方法によるべきか検討を試みることである。

## II 子の引渡請求の執行方法についての実務と理論の状況

### 1 裁判例

子の引渡請求の執行方法が問題となった事例は戦前から現在に至るまで多数存在している。ここでは、まず裁判例の変遷を辿り、実務の動向を確認する。以下では、子の引渡請求の執行方法が問題となった主な裁判例について、間接強制の事例と直接強制の事例、そして執行が不能となった事例（間接強

---

<sup>1</sup> 遠藤真澄「子の引渡と直接強制 - 主に家裁の審判、保全処分と直接強制の在り方について」家月60巻11号（2008年）14頁参照。

制・直接強制がともに失敗した事例、あるいは間接強制・直接強制が許可されなかった事例)に分類して検討する。

### (1) 間接強制の事例

#### ①【大判大正元年12月19日民録18輯1087頁】

大審院時代の事例であり、子の引渡請求の執行方法について触れた最も古い事例である。本件では、幼児引渡は給付の訴えとしつつも、強制しても目的が達成でき、その性質が強制履行を許さないものではないから、間接強制によるべきであるとした。

#### ②【大阪高決昭和30年12月14日高民集8巻9号692頁】

本件は、子の引渡請求についての強制執行は、直接強制の方法によることが一般の道義感情からも、幼児の人格尊重の観点からも相当と認められない場合には、間接強制によるべきものであるとした事例である。

すなわち、本件決定は「意思能力のない幼児と雖も一個の人格者であるから、これを直ちに動産に準ずるものとし、凡て執行吏の実力をもつて引渡義務者から取上げしめて、可なりと断じ去るわけにはいかない」としたうえで、「幼児でも通常好悪親疎の感情によりたとえ一時的にせよ、その居住すべき場所を選択し、且これを表示する能力を有するものであるから、かかる幼児をも強制執行上動産に準ずるものとして、直接強制により執行吏の実力支配下に移すことは人権尊重の見地からは是認し難いものがある。更に幼児引渡義務者と幼児との間に存する支配関係は、動産に対する人の占有関係と同一に目することはできない。幼児の養育監護は多くの場合利害の打算を超えた強い愛情に基づくものであるから、縦令親権者に対する関係において、自己の養育監護を主張し得ないにしても、局外者たる執行吏の実力をもつてこの愛情を蹂躪し去ることは、特段の事由のある場合は格別、一般の道義感情と相

容れない」と判示した。

③【最三小判昭和38年9月17日民集17巻8号968頁】

幼児についてあたかも物と同様の引渡しを認めるのは、憲法13条にいう個人の尊厳を侵すものであるという上告理由に対し、「原判決は右判決の強制執行の方法として（旧）民訴730条の動産引渡請求権の執行方法によるべき旨を判示しているわけではなく、そのような強制執行があったわけでもない」として、直接強制を否定した事例である。

④【札幌地決平成6年7月8日家月47巻4号71頁】

審判前の保全処分として幼児引渡の債務名義を得た申立人が、執行官に対してその直接強制を求めたところ、却下処分を受けたため、執行裁判所に執行異議を申し立てた事案である。

「いわゆる幼児の引渡請求というも、その実質は親権行使妨害排除請求と解すべきであり（・・・その意味で、本件においては、親権者たる地位の暫定的形成と親権行使妨害禁止の不作为命令とを内容とする仮処分命令が事案に適する債務名義の形態であると考える。）、本件債務名義における前記主文の記載をもって直ちに引渡請求権を肯定する趣旨のものとは解することはできない。」

「上記のような本件債務名義の性格からすると、その実質は親権の行使についての妨害排除ないし妨害禁止という不作为命令にあると解されるから、かかる債務名義表示の請求権実現の方法として、間接強制によることは可能である。」

「引渡執行が許される実質的根拠は、目的物に対する債務者の支配を解いてそれを債権者に引き渡すことにより、債務者と目的物との関係を債権者と目的物との関係に置換することが可能であることから、国家が強制的にこれ

を実施しても債務者の人格尊重の理念に抵触せず、かつ、最も効果的な方法であることに求められると考える。そうだとすると、たとえ幼児であってもそこには人格の主体もしくは少なくともその萌芽を認めるのが相当であって、その引渡執行を許容するときは、親の子に対する占有ないし支配関係なるものを想定するのと同一の結果をもたらすことになり相当ではなく（本件では親権者の意思をも無視することにもなる。）、物と幼児とを同一視することはできないというべきである。」

「執行の本質が国民の権利等に対する制限ないしその剥脱にあることに鑑みると、執行機関としては、規定の存在しない分野に踏み込んでその権限行使を行うには極めて慎重にならざるを得ないと考える。したがって、民事執行法上、幼児の引渡を許容する明文の規定は存在しないといわざるを得ない以上、子の引渡を直接的に求める執行は許されないというべきである。」

## （２）直接強制の事例

### ①【広島高松江支判昭和28年7月3日高民集6巻6号356頁】

「親権者、後見人等の如く、法律上当然に幼児を監護、教育すべき権利を有し、義務を負担する地位に在る者が右請求権を行使せんとする場合、右請求権はその性質上強制履行を許す場合に該当し、而かも強制執行の方法としては、（旧）民事訴訟法第730条により直接強制執行をなし得るものと解する。仮に、或る幼児が略取され若しくは誘拐された場合、親権者、後見人等の地位に在る者が法律上の強制力を用いて右侵害を排除することができないとするならば、監護、教育すべき権利を完全に実行し、又、その義務を完うすることが不可能に陥り、惹いては、幼児に対する保護が十分に行われないうこととなろう。」

以上のように判示し、直接強制をなしうるとした。幼児の人権を尊重していないとする批判に対しては、「幼児は固より独立の人格者であつてその人

権を尊重すべきは言を俟たないところであるけれども未だ独立人としての意思能力を備えないのであるから、右執行の方法としては、便宜上特定の有体動産の引渡の場合と同一の強制執行方法によらざるを得ないに過ぎず、これ亦幼児自身の利益、幸福を守るためには、まことに已むを得ないところである。現行法上何等特別の規定がないため便宜上そのような強制執行方法によることを以て、直ちに幼児を有体物と同一視したものとなし、憲法の精神に違背するということとはできない」としている。

②【東京地立川支決平成21年4月28日家月61巻11号80頁】

母が父と子との面会手続に反対する等の理由から父を監護者に指定し、父から申し立てられた子の引渡請求の認容審判につき、その直接強制を申し立てた事案である。執行官の処分に対して母から執行異議がなされたが、執行官が行った処分は違法または不当なものとはいえないとして、異議申立ては却下された。

「子の監護者指定及び子の引渡しは、子の監護に関する問題について、家庭裁判所調査官や医務室技官等の専門的知見を有するスタッフが配置され、心理テストその他の実施が可能な諸施設の整備された家庭裁判所が、その専門性を生かして判断するものであるから、このような専門性の高い家庭裁判所の審判が確定し、夫婦の一方が子の監護者としての地位を認められた以上は、その判断は最大限尊重されるべきであって、可及的速やかに審判結果が実現され、監護親の下において子の監護養育をさせることが、子の不安定な立場を解消し、その心情の安定や健全な成長に資するものであって、子の最善の福祉に合致するものというべきである。

したがって、親権ないし監護権に基づく子の引渡請求の法的性質は、単なる妨害排除請求権にとどまらず、引渡請求権としての性質をも有すると解すべきであり、その実現にあたっては、民事執行法169条に基づく動産の引渡

執行の規定を類推適用して、直接強制を行うことが許されると解するのが相当である。

仮に、子の引渡請求について間接強制しか許されないとすると、間接強制の制裁を受けても頑なに引渡しに応じない者に対しては、子の引渡しを命ずる審判がなされても、何ら実効性を伴わない画餅に帰することになりかねず、また、人身保護請求制度を利用するにしても、さらに多大な時間、費用等を要することとなり、そのような結果は、家庭裁判所の審判制度への信頼を損ない、ひいては自力救済を助長することにもなりかねず、著しく相当性を欠くものというべきである。

もっとも、動産の引渡執行の規定を類推適用するとはいえ、執行対象が人格の主体である児童である以上、児童の人格や情操面への配慮を欠くことはできないから、執行官は、直接強制にあたり、児童の人格や情操面へ最大限配慮した執行方法を採用すべきことはもとより当然のことである。」

「一般的にいえば、小学校低学年の年齢程度の児童は、多少の個体差が存在するとしても、客観的に善悪、適否の判断力を備えているとはいいがたく、意思能力を有していないと解すべきである。本件の未成年者は、執行当時7歳9か月の児童であり、小学校2年生に進学したばかりであるから、一般的には、その当時意思能力を有していたものと解することはできない。

また、本件処分当時、未成年者が意思能力を有していたと認め得る特段の事情もうかがわれなから、執行官が未成年者をB（父）に引渡した本件処分が違法、不当なものであるということとはできない。」

### 〈小括〉

執行実務においては、従来は間接強制が主流であったが、現在は直接強制へと転換したとされる。いち早く直接強制により権利を実現することが、「子の福祉」に合致するとされるようになった。

なお、子の引渡請求の裁判手続については、これまで大別して、①親権(監護権)の妨害排除請求権の行使としての子の引渡請求の民事訴訟、②子の引渡しを求める人身保護請求訴訟、③親権者指定変更審判等の付随処分あるいは子の監護に関する処分としての子の引渡し審判の3類型が認められ、年代的にはほぼその順序で排他的または併行的に採用されてきた<sup>2</sup>。すなわち、大きな動向として、民事訴訟→人身保護請求→家事審判という流れがある。この流れの特色は、子の引渡紛争の解決基準について、「子の利益(子の福祉)」について権利概念を軸として形式的に判断するという傾向から、「子の利益」を実質的に判断する傾向に変わってきている点にあると指摘されている<sup>3</sup>。

### (3) 執行不能の事例、あるいは直接強制・間接強制が認められなかった事例

ここでは、執行不能等により、結果的に執行が失敗に終わった事例について検討する。執行が失敗に終わった事例には、現在の子の引渡し実務の抱える問題点を見出すことができるため、以下の二つの事例について詳細に分析する。

#### ①【東京高決平成23年3月23日家月63巻12号92頁】

##### 〈事実の概要〉

X男(抗告人・債務者)とY女(相手方・債権者)は、平成12年×月×日に婚姻し、その間には長男D(平成13年×月×日生)および長女C(平成15年×月×日生。本件未成年者)がいるが、平成21年×月×日以降、YがDおよびCを連れて実家へ帰り、現在は別居状態にある。その後、CはXに引き

<sup>2</sup> 梶村太市『裁判例からみた「子の奪い合い」紛争の調停・裁判の実務』(日本加除出版、2015年)1頁参照。

<sup>3</sup> 梶村・前掲注(2)1頁。



取られ、以降、Xに監護されている。

Cは平成22年4月に〇〇小学校に入学したが、Yは同年×月末までの間に、同小学校において、約20回Cと会うなどCとの交流を継続しており、Xがこれを妨害したことはなかった。

平成22年×月×日に離婚訴訟が提起され、その後、Cの監護者指定の申立てがなされ、同年×月×日、東京高裁はCの監護者をYと定める決定を下した。同時に、Cの引渡しを命じる甲府家庭裁判所の審判（以下、本件審判という。）も確定した。Yはその後もXが任意にCを引渡さなかったため、甲府地方裁判所執行官に対し、本件審判に基づき、直接強制の申立てをし、同年×月×日にこれを執行することとなった。

同日、Yが〇〇小学校校舎内でCを迎えたが、CはY宅へ行くことを拒否し、YがCを執行官およびYの代理人との待ち合わせ場所へ連れて行こうとした際に、Cが右膝部打撲傷を負い、さらに、両名が執行官および代理人と合流した後も、CがX宅に留まる旨を述べて激しく泣くなどし、説得に応じる気配がなかったため、Yは執行官および代理人と相談のうえ、直接強制に着手することを断念し、前記申立てを取り下げた。なお同日、XまたはXの母が、この直接強制の場に立ち会うことはなかった。

Xは、裁判所の決定に従ってCをYに引渡さなければならないことは理解しており、Cが母親であるYの所へ行きたいのであれば、その気持ちを理解する旨を一貫して述べている。

その後、Yは甲府家庭裁判所に対して、本件審判に基づき、間接強制の申立てをした。原審（甲府家裁平成22年12月24日決定）は、Yの間接強制の申立てを認め、1日あたり3万円の強制金を課す決定を下した。原審の決定理由は以下の通りである。

「監護権は、子を監護養育する権限であって、本件では、離婚訴訟中であって、離婚に伴い父母のどちらかに親権者を指定する（民法819条2項）、争い

の最中である。裁判所の決めた監護者のもとに移すべき行為が不能に終わったとしても、未成年者の引渡しにあらかじめ受け取りの場での両親及び関係者の言動につき打合せもなく適切な配慮がなされていない状況で執行されているところからすれば、7歳の年齢相応に複雑な心境に突き動かされて動揺することはあり得ることで、その反応だけで監護者の適格性を判断することはできない。子の意思を尊重することは、極めて重要なことであるが、7歳の子の意思にすべての判断を委ねる債務者は、監護者として適切でなく、未成年者を引渡したうえ、その監護状況を見守るべきである。そうであれば、債務者が、未成年者を適切に説得すべき義務があるというべきである。債務者は、そのための引き渡す方法を主張していない。

以上のように、上記執行が不能になった事実だけでは、上記確定審判を債務名義とする債務者本人の引渡しの執行を妨げる事由とはいえず、債務者は監護者である債権者に対し、速やかに未成年者を引き渡す義務があることは明らかである。そして、未成年者は7歳になったばかりであり、その引渡しを速やかに実現する必要があるところ、債務者は未成年者の意思を優先する旨述べ、これを現実には拒否している状況から、もはや任意の方法による引渡しを期待するのは困難な状況にあり、間接強制の方法により実現をはかる必要がある。なお、前記離婚訴訟において、親権者の適格性の判断がなされるのであれば、それまでの間、違法性を解消するために、未成年者を債権者に引渡し、双方による監護状況を把握する必要があるだろう。」

この決定に対して、Xが執行抗告を申立てたのが本件である。Xの抗告理由は以下の通りである。①Cを違法に拘束している事実はない、②CがYの所へ行きたいとの意思を示せばいつでも引渡す準備はできているので、任意に引渡さないという事実はない、③XにCを説得する義務はないし、引渡すための具体的方法を主張する義務もない、④Yは事前に連絡することなく、Xおよびその家族がその場にはいない状況でCを連れ去ろうとしており、その

際Cに全治5日の怪我を負わせていることから、YにCを監護する資質はない。

#### 〈決定要旨〉

原決定取消し、本件申立て却下

「本件間接強制申立ての執行債権は、相手方の監護権に基づく子の引渡請求権であるところ、この権利は、監護権を行使することについて、これを妨害することの排除を原告人に対して求めるものであり、これにより原告人の妨害が排除されとしても、未成年者に対し相手方の監護下に入ることを強制し得るものではないのであるから（最高裁昭和32年（オ）第1166号・同35年3月15日第三小法廷判決・民集14巻3号430頁参照）、原告人に対し相手方の子の引取りを妨害しないことを求める不作為請求権であると解すべきである。

そして、不作為を目的とする債務につき間接強制決定（民事執行法172条1項）をするためには、債権者において、債務者が現にその不作為義務に違反していることを立証するまでの必要はないものの、債務者がその不作為義務に違反するおそれがあることを立証することを要するというべきである（最高裁平成17年（許）第18号・同年12月9日第二小法廷決定・民集59巻10号2889頁）。

これを本件についてみると、相手方は、平成22年×月×日の本件審判に基づく直接強制の際に、〇〇小学校校舎内で未成年者を迎えたが、未成年者は相手方宅へ行くことを拒否し、相手方が未成年者を連れて行こうとした際に、未成年者が、左膝部打撲傷を負い、さらに、原告人宅に留まる旨を述べて激しく泣くなどし、説得に応じる気配がなかったため、相手方は、代理人弁護士及び執行官と相談の上、直接強制に着手することを断念し、前記申立てを取り下げたこと、この間、原告人又は原告人の母は、これに立ち会うことはなかったことは前判示のとおりであり、かかる事実を照らしてみるならば、

原告人が上記執行を妨害したものは認められない。

そして、原告人に対して未成年者の引渡しを命じる本件審判は、既に確定しており、その実現が図られるべきであるところ、原告人も、裁判所の決定に従って未成年者を相手方へ引き渡さなければならないことは理解しており、未成年者が母親である相手方の所へ行きたいのであれば、その気持ちを尊重する旨、一貫して述べ、当審においても、相手方が未成年者を説得する環境作りに協力する旨述べているところであることに照らすと、現時点においては、相手方が、代理人弁護士の助言と協力の下、未成年者の意思を正確に認識し、これに十分配慮しながら、未成年者の福祉を損なうことがないように本件審判の実現を図るならば、原告人がこれに協力することが期待できないとまで認めるに足りる資料はないというべきである。

もっとも、未成年者が相手方に引き渡されることを拒んだ原因として、原告人による心理的な影響が考えられないではないが、相手方も、平成22年4月以降、未成年者と上記のように交流を重ね、原告人がこれを妨害したとは認められないことも考え併せると、原告人が通常の父子の交流を超えて不相当な影響力を行使して相手方の監護権の行使を妨害したり、これをするおそれがあるとは、現時点においては認めるに足りる資料はないというべきである。

以上判示の点に照らせば、現時点において、原告人が相手方の監護権の行使としての未成年者の相手方への引渡しを妨害していることも、そのおそれのあることも認めるに足りる資料はないというべきである。

以上によれば、原告人がその不作為義務に違反するおそれについての相手方の立証がないといわざるを得ず、本件申立ては、間接強制決定の要件を欠き、却下を免れない。」

〈検討〉

本決定は、別居中の夫婦間の子（未成年者）の引渡請求権が、子の引き取りを妨害しないことを求める不作為請求権であること、および不作為を目的とする債務について間接強制決定をするためには、債務者がその不作為義務に違反するおそれがあることを債権者が立証しなければならないことを前提として、本件事情の下では、抗告人が相手方による子の引取りを妨害しているとも、そのおそれがあるともいえず、抗告人が相手方による子の引取りを妨害しないという不作為義務に違反するおそれについての相手方の立証がないとして、間接強制の申立てを却下した<sup>4</sup>。

このように、本件においては、直接強制を試みるも成功しなかったため、間接強制に切り替えたのであるが、原決定に対して執行抗告がなされ、本決定は間接強制決定の要件を欠くとして、原決定が取り消されたわけである。そうすると、もはや当事者は本件未成年者を説得し、債権者のもとに引き渡すように努めるしかないことになる。すなわち、本件は、直接強制が執行不能となった後での間接強制を認めなかった事例であり、実務上注目される事例であるが、間接強制の許否についての本決定の判断が妥当であったかについては疑問が残る。

本決定は、直接強制が執行不能となった後で間接強制が申し立てられた事案であり、いかなる場合に間接強制が認められるかが争点となっている。すなわち、本決定は、別居中の夫婦間の子（未成年者）の引渡請求権が、子の引き取りを妨害しないことを求める不作為請求権であること、および不作為を目的とする債務について間接強制決定をするためには、債務者がその不作為義務に違反するおそれがあることを債権者が立証しなければならないこと

<sup>4</sup> 本件の評釈として、村上正子「子の引渡請求権の間接強制と不作為義務違反の立証」民商法雑誌146巻3号360頁、村重慶一「別居中の夫婦間の子の引渡しを命じた審判に基づく間接強制の申立てが却下された事例〈戸籍判例ノート246〉」戸籍時報687号98頁、内田哲也＝旗手健「家事事件の処理に参考となる裁判例の紹介（5）間接強制に関する裁判例」ケース研究315号230頁、上田竹志「子の引渡しにおける間接強制」法学セミナー728号128頁等。

を前提として、本件事情の下では、抗告人が相手方による子の引取りを妨害しているとも、そのおそれがあるともいえず、抗告人が相手方による子の引取りを妨害しないという不作為義務に違反するおそれについての相手方の立証がないとして、間接強制の申立てを却下している。

本決定では、間接強制決定の要件を検討する際に、不作為請求権であることから、営業差止請求訴訟についての事例を先例として引用している。本決定が引用した【最二小決平成17年12月9日民集59卷10号2889頁】は、フランチャイズ契約を解約した後も従前の名称と類似する名称で居酒屋の営業を継続していた者に対して、同契約中の競合禁止条項に違反することを理由に、営業差止請求訴訟が提起され、営業禁止を認める確定判決を債務名義として間接強制が申し立てられた事案である。この引用事案における不作為義務とは、居酒屋営業またはこれに類似する営業をしないというものである。

本決定は、これを先例として引用し、子の引渡請求について間接強制が認められるかどうかを検討しているが、営業差止請求と子の引渡請求は、どちらも不作為請求ではあるが、実質的には大きく異なっている。すなわち、本決定では、債務者たる抗告人が、未成年者の意思を尊重する旨を主張しており、未成年者が相手方のもとへ行くことを希望するのであればそのための環境作りに協力すると述べており、相手方が未成年者に面会する際にも妨害はしていないし、直接強制による執行の際にもそれを妨害するような具体的な行為はしていないと認定している。この本決定の認定によると、債務者が何もしていないので不作為義務違反はないとされたかのようであるが、逆に、何もしないことが、不作為義務から派生する作為義務（この場合、債務者が未成年者に働きかけ、債権者のもとに行くことの抵抗感を取り除くよう努める等の作為義務が想定される）に違反しており、債権者の権利実現に対する妨害行為となるのではないか。したがって、子の引渡請求権を、単なる親権妨害排除請求権だけでなく、引渡しの実現に協力する義務をも含む引渡請

求権と解すべきであろう<sup>5</sup>。

この場合、債務者としては、未成年者が債権者のもとにいくことを拒否しているならば、そのような心境に至った環境を改善するなど、未成年者の抵抗感を除去すべく働きかけて、引渡しが円滑に実現するように努力すべき義務を負うと解すべきではないか<sup>6</sup>。本件原審において、「子の意思を尊重することは、極めて重要なことであるが、7歳の子の意思にすべての判断を委ねる債務者は、監護者として適切でなく、未成年者を引渡したうえ、その監護状況を見守るべきである。そうであれば、債務者が、未成年者を適切に説得すべき義務があるというべきである。」と判示されているように、債務者には未成年者を適切に説得すべき義務があり、債務者が何もしないということは、実質的には引渡しを拒否していることになりうるのであるから、もはや任意の引渡しを期待するのは困難であるといえる。それゆえ、間接強制決定の要件について判断する際には、任意の引渡しへの期待が困難であるかどうかを判断要素とすべきである。

## ②【東京高決平成24年6月6日判時2152号44頁】

### 〈事実の概要〉

妻が夫に無断で2児を連れて実家に帰ったが、夫は面会交流予定日に両親や親族の協力を得て車3台で妻方に赴き、妻とその父の抵抗を排して無理やり2児を車に乗せて夫方に連れ去ったため、妻の審判前の保全処分の申立てに基づき、第一審は妻を仮の監護権者と定め、2児の仮の引渡しを命じた事案である。

妻の直接強制の申立てに対し、執行官は執行不能と判断し、かつ第一審は

<sup>5</sup> 山崎恒「子の引渡しと直接強制」山崎恒＝山田俊雄編『新・裁判実務体系12 民事執行法』（青林書院、2001年）384頁、395頁参照。

<sup>6</sup> 村上正子「子の引渡請求の強制執行再考のための覚書」筑波法政53号（2012年）41頁参照。



同様の本案審判をしたため、夫が抗告したのに対して、抗告審は、執行官の措置を相当とし、本案審判の執行として2児の引渡しの直接強制・間接強制の困難を指摘しつつ、監護者を定めて子の引渡しを命じた本案の原審判を相当と認めて、抗告を棄却した。

#### 〈決定要旨〉

##### 抗告棄却

「……審判前の保全処分としての未成年者らの引渡命令の強制執行においては、執行官によって未成年者らの意向の聴取が行われ、執行官としては、長男は9歳であるが、その応答から、自分の意見はきちんと言えていると判断し、自らの再々の質問及び母親である相手方からの質問に対して、抗告人の下にいたいと述べたことから、5歳の二男も長男と引き離すのは相当でないとの判断の下に、未成年者らについての引渡しの強制執行を不能として終了した。この強制執行における執行官の判断は、冷静かつ慎重で、相当と認められ」る。

「強制執行が不能となったのは、未成年者らの意向を配慮した執行官の判断に基づくものであり、抗告人に妨害行為があったものでないこと及びこの強制執行は抗告人による未成年者らの連れ去りの約2か月後に行われており、その後既に7か月が経過していることを考えると、仮に原審判確定後、未成年者らの引渡しの強制執行が再度行われたとしても、強制執行が再度執行不能になる可能性が相当程度あるといえる。そして、強制執行が不能となった原因が抗告人の妨害行為によるものではない場合には、抗告人が債務名義により命じられた義務の履行を怠っていると認めることは困難であるから、債務者が不作為義務に違反するおそれを欠くものとして間接強制は認められないことになる。にもかかわらず、当裁判所も、原審判と同様に、抗告人に対し、未成年者らを相手方に引き渡すように命ずるものであり、抗告人におい



て、未成年者らの福祉に配慮した上、裁判所の判断に従うことを求めるものである。」

#### 〈検討〉

本決定は、子らの監護権者をXと定め、その引渡しをYに命ずる原審の判断を相当であると認定したわけであるが、結果的に直接強制も間接強制も認められないとする判断を下した。すなわち、本決定も前述の東京地裁平成23年3月23日決定と同様に、任意の引渡しがなされない以上、引渡し紛争が放置されてしまうケースである。

今後は離婚訴訟による親権の帰属紛争が続くことになるだろうが、その間にも子らは成長していくのであり、本件においてYによる奪取の約9か月後の執行が無理であるとされるならば、さらに時間経過した後での強制執行が認められる可能性は極めて低いといえよう<sup>7</sup>。

このように、本決定は結論部分においては「理想」を述べておきながら執行不能という判断をしており、結果的に子の奪い合い紛争が放置されてしまっている。より早い段階で、粘り強い直接強制の実施がなされていれば、いたずらに紛争が長期化される事態は回避できたのではないだろうか。

## 2 学説の状況

かつては間接強制説が主流であったが、近時においては直接強制説や不作為執行説が有力に主張されてきている。以下、学説の状況について検討する。

---

<sup>7</sup> 本件評釈である渡辺義弘「判批」青森法政論叢14号（2013年）170頁は、Yはよほどのハプニングがない限り任意の引渡しなどするはずがないと指摘する。

### (1) 間接強制説（従来の説）

義務者が子を引き渡すまでの間、金銭支払いを命じるとする説である<sup>8</sup>。子の人格は尊重すべきであり、人格者に対する占有を認めるのは不当であり、債務名義に「引き渡せ」という文言があるからといって、執行官による直接的な力の行使は許されないとする。

### (2) 直接強制説

動産執行と同じく、執行官が義務者から子を取り上げ、親権者へ引き渡すとする説である<sup>9</sup>。裁判によって子の利益のため引き渡すべきものと決まった以上、それを現実的に実現することこそ、子の人権や人格を尊重することになる、という点を根拠としている。

そして、民事上の請求権が認められながらも、法的処理ではその実現ができないならば、結局のところ頼りになるのは自力救済だけとなる危険性があり、子の監護をめぐることは、皮肉なことにも自力救済をした者が有利になる結果を生みやすい状況にあるため、直接強制が有効であるとされる<sup>10</sup>。

また、最近の見解では、「幼児を実力で奪取された場合に、正当な権利者が正当な手続により引渡執行をすることができないというのでは正義に反する結果となる」として、「直接強制によって本来のあるべき監護状態を実現することによる利益が、直接強制という手段を執ることによる不利益を上回る場合には、子の福祉に適うとされた判断を直接強制によっても実現するこ

<sup>8</sup> 香川保一監修『注釈民事執行法（7）』（1989年）239頁〔高世三郎〕、本間義信「子の引渡請求の執行方法」民事執行・保全判例百選（2005年）176頁。

<sup>9</sup> 梶村太市「別居中の夫婦間における幼児引渡をめぐる諸問題」家月28巻8号（1976年）39頁、高野耕一「人事・家事事件における保全処分」中野貞一郎ほか編『民事保全講座（1）』（法律文化社、1996年）457頁、佐藤道雄「幼児引渡の仮処分」丹野達＝青山善充編『裁判実務大系第4巻』（青林書院、1999年）315頁。

<sup>10</sup> 吉村真幸「直接強制による幼児の引渡執行の可否」家月47巻8号（1995年）115頁。

とこそ、むしろ子の福祉に合致するというべきであって、直接強制をおよそ否定することにより権利の実現ができないということでは、自力救済を誘発する危険性を招くことになりかねない」と指摘し、直接強制による執行実務への転換を主張するものもある<sup>11</sup>。

他にも、直接強制を支持するものとして、「子を人格のある人間としてとらえた上で、相手方に優先して子を監護する権限を有する者が、その権限を行使するために、現に右権利者を排除して子を手元に置いている者に対して、子をその支配下から自己の現実の監護化に移しうる」として、子の引渡請求を引渡債務の執行としてとらえる見解<sup>12</sup>もある。そして、子の意思能力の有無にかかわらず（意思能力のある子に対しては、それなりの執行方法をとればよい）とする。

また、家庭裁判所の審判の迅速性が極力追求されるべきであるとしたうえで、裁判所や相手方の信頼を裏切るような形で子を奪った者には、ただちに現状復帰を強力に命じなければならず、家裁の審判の迅速性と強制力の必要性を、地裁や高裁も尊重する慣行の形成が望ましいとして、人身保護法の活用の慣行化や、宿泊や交流などの多様な命令を出すといったことを提案する見解<sup>13</sup>もある。

### （3）折衷説

直接強制と間接強制を併用する説である<sup>14</sup>。意思能力のない子に対しては直接強制を認めるとするものである。

---

<sup>11</sup> 青木普「子の引渡しの執行実務」家月58巻7号（2006年）93頁。

<sup>12</sup> 山崎・前掲注（5）384頁。

<sup>13</sup> 水野紀子「判批」民商113巻2号（1995年）276頁。

<sup>14</sup> 兼子一『強制執行法〔増補〕』（弘文堂、1951年）278頁。

#### （４）不作為を目的とする債権執行説（不作為執行説）

基本的には直接強制であるが、意思能力のある子の場合はその意に反してその行動を束縛できないから、債務者に債権者の引取を妨害せずを受忍すべき不作為義務の執行が認められるにすぎないとする説である<sup>15</sup>。相手方がこの不作為義務に違反した場合には、裁判所が授権決定をもって「将来のための適当な処分」（違反ごとに一定の賠償金の支払い、執行官の立会委任、引渡しの妨害に対して執行官の実力による排除など）を命ずる方法（民法414条3項、民執171条）によって、子の引渡を強制できる。

また、直接強制と間接強制とのいずれが適切かは、家庭裁判所がケース・バイ・ケースで判断すればよく、どちらかを原則とする必要はないとする見解<sup>16</sup>もある。すなわち、単純な直接強制説では、直接強制の際に家庭裁判所の判断を制度的に介在させることは不可能であるため、家庭裁判所調査官が所属し、かつ、子の引渡しの裁判をした家庭裁判所が執行裁判所となって、執行の可否、方法を判断することのできる不作為執行説をとるべきとする。

他にも、間接強制による執行は、資力のない者に対する実効性を欠くのみならず、場合によっては両親の金銭紛争に子を巻き込むおそれがあるので、間接強制以外の手段を許容する方向への転換それ自体は妥当であるとする見解<sup>17</sup>もある。現行法下での解釈としては、執行裁判所の授権決定を介在させる不作為執行説によることが穏当であるとする。

#### 〈小括〉

執行実務が直接強制を支持する方向へと転換していったのと同様に、近時

<sup>15</sup> 山木戸克己「幼児の引渡」中田淳一＝三ヶ月章編『民事訴訟法演習（2）』（1964年）241頁。中野貞一郎『民事執行法〔増補新訂6版〕』（青林書院、2010年）799頁。

<sup>16</sup> 野村秀敏「審判前の子の引渡しの保全処分の執行と執行期間」小島武司先生古稀祝賀『民事司法の法理と政策（上）』（商事法務、2008年）1058頁。

<sup>17</sup> 園田賢治「子の引渡請求の執行方法」民事執行・保全判例百選〔第2版〕（2012年）142頁。

の学説においても、間接強制以外の手段を許容する傾向にある<sup>18</sup>。直接強制説とともに、不作為執行説も主張されている。特に直接強制説の根底にある理念は以下のようなものである。すなわち、子を実力で奪取された場合に、正当な権利者が正当な手続により執行ができないというのは、正義に反する結果となるため、直接強制によって迅速に引渡しを実現することこそが子の福祉に合致するというものである。

### Ⅲ 子の引渡請求の執行方法についての試論

#### 1 子の引渡請求権の性質について

子の引渡請求権の法的性質は、親権（監護権）に基づく妨害排除請求である、とするのが判例・通説の立場である。そのため、間接強制を支持する見解は、この点を根拠としており、かつては間接強制が非代替的作為義務か不作為債務にしか認められていなかったため、「物」ではなく人格を有する「子」に対する直接強制は許されないとしていた。しかし、現行法においては、間接強制の補充性が緩和され、執行方法の選択について債権者に選択権が認められ、引渡請求権や代替的作為請求権であっても間接強制による執行が認められている（民事執行法173条1項）。

事案の態様に応じて債権者に執行方法の選択権を与えるという現行法の理念は、執行債権の性質から執行方法を導き出すのではなく、事案に即した執行方法による実現を追求すべきという立場を支持するものと解されている<sup>19</sup>。もはや、「直接強制の可否」自体は問題ではなく、具体的な執行方法のあり

<sup>18</sup> 松本博之『民事執行保全法』（弘文堂、2011年）323頁は、幼児は人である以上、動産に準じて幼児に対して直接強制力を行使することは適切でないとして、間接強制によるべきとする。

<sup>19</sup> 村上・前掲注（6）43頁参照。

方が検討されるべき段階にきているのである。

## 2 直接強制が執行不能となった後での間接強制の妥当性について

前述の東京高裁平成23年3月23日決定のように、直接強制ができる場合に間接強制の申立てをすることが可能なのかという問題がある。一般論として、子の引渡しの執行については、第一に「子の福祉」に適った執行方法を選択すべきであり、直接強制が可能であるとしても「子の福祉」の面で妥当でない場合や、妥当かどうか判明しない場合は、間接強制を行うことができるという見解も学説上みられる。

しかしながら、東京高裁平成23年決定のように、直接強制が執行不能となった後に間接強制の申立てを認めるという判断は、実効性の点からはたして妥当であるといえるのか。そもそも直接強制は最も強力な執行方法であり、その直接強制が失敗した後で間接強制を実施することにどれほどの実効性があるのだろうか。

東京高裁平成23年決定のように、直接強制が失敗したから次は間接強制というような重ねての執行は、直接強制によってショックを受けているであろう未成年者に対して、新たに間接強制による金銭の紛争の渦中に置くこととなり、ますます精神的なダメージを与えてしまうことになる。そのため、本件のように次々と執行を重ねることは、「子の福祉」の面からも避けるべきであろう<sup>20</sup>。間接強制にしても直接強制にしても、強制執行をせざるをえない状況においては、子にとって最も精神的負担の少ない方法によって可能な限り速やかに終わらせることが望まれる。

---

<sup>20</sup> 村上・前掲注（6）45頁は、執行方法の段階的实施が許されるからといって、無暗に執行を重ねることは避けるべきなのは当然であると指摘する。

### 3 具体的な執行方法についての検討

#### （1）具体的な執行方法をどの段階で判断するか

裁判機関と執行機関の分離という観点からは、できるだけ債務名義作成段階で具体的に判断することが望ましいが、審判や審判前の保全処分の中で、具体的な執行方法まで定めることは、迅速性や当事者感情の面で一定の限界があり、具体的な執行方法は、実際に執行に着手する段階でなければ分からない。それゆえ、単に「引き渡せ」と命じる主文も許容されうると解する<sup>21</sup>。債務名義中に具体的執行方法が明示されていない限りは、債務名義に抽象的引渡請求権が表示されていると解して、執行手続の中で執行方法の具体化が図られるべきであろう。

#### （2）実務の対応～直接強制の可能性～

子の引渡しの問題については、「子を引き渡せ」という審判等が存在する以上、やはり正当な権利者の権利は守られねばならない。手をこまねいている間に子が大人になってしまっは本末転倒なのであるから、子の人格を尊重することを大前提として、権利は実現されるべきである。直接強制と間接強制のどちらが適切であるかは、裁判所がケース・バイ・ケースで判断すればよく、場合によっては双方を並行して行ったり、段階的实施も可能であろう。単純な直接強制説よりも、不作為執行説による柔軟な対応が妥当であると解する。

ただし、注意すべきは、子の引渡しの問題については、執行不能になるケースが少なからず存在する点である。執行不能となってしまった場合、もはや当事者は未成年者を説得し、債権者のもとに子を引渡すように努めるしかないことになり、結果的に「子の奪い合い紛争」が放置される事態となって

<sup>21</sup> なお、野村・前掲注（16）1060頁は、抽象的引渡請求権に関する裁判の主文は「子に対する事実的支配への移転へ協力せよ」として区別するのが適当であるとする。

しまう。そのため、直接強制によって迅速な対応をすることが優先されよう。単に一度だけ直接強制を実施して失敗したらすぐ執行不能と判断するのではなく、粘り強く直接強制を実施することが必要である。

では、実務の現場では、どのように直接強制が行われているのか確認しておきたい<sup>22</sup>。たとえば東京地裁では、①事前準備、②事前ミーティング、③事後ミーティングという段階に分けて、執行を実施している。すなわち、①事前準備においては、執行官は、債権者に対して家事事件の調査報告書の写しの提出を求めるなどして、情報収集に努める。次に、②事前ミーティングは、執行官が、必要があると判断する場合に家裁調査官とミーティングを行うというものである。事前ミーティングでは、「当該子の状態からみて、直接強制を実施することが子の福祉に反するような事情はないか」、「子が通常所在する場所と監護環境」、「現に監護をしている者の性格、行動傾向」、「直接強制を実施するにあたって特に注意すべき事項」について検討が行われる。そして、③事後ミーティングでは、直接強制の実現に関する問題点、改善点などについて意見交換がなされる。

このように、東京地裁と東京家裁においては連携システムが生まれており、実効的な執行のためのモデルとなっている。従来制度では、間接強制であれば債務名義を作成した家裁が執行も担当するが、直接強制の場合は地裁の執行官が執行機関となるため、連携が充分にとれない状況にあった。それゆえ、全国的に家裁と地裁執行官の連携システムが構築されることが強く望まれる。子の引渡執行の実効性を確保するために、家裁と地裁の連携は必要不可欠であろう。

---

<sup>22</sup> 青木普「子の引渡しの実務」家月58巻7号（2006年）99頁参照。



### （3）執行段階での具体的対応

次に、執行段階において、どのような具体的対応がとられているのか検討する<sup>23</sup>。まず、説得によって相手方が子を引き渡すようにさせることを基本としており、相手方が引き渡さない場合、人身に対する有形力の行使は、対象となる子に対しても、相手方その他の監護者に対しても、すべきではないとされる。また、相手方が住戸の入口を施錠して執行官を入れさせない場合、強制開錠は可能（民執169条2項、同123条2項）と解されるが、子に恐怖心を与えるような場合は避けるべきであるとされる。

執行不能となる場合の判断として、子が泣き出したり、口では嫌がっても、執行官又は権利者にさしたる抵抗なく従うときは執行可能だが、子が逃げ出すような場合や明確に拒否した場合は執行不能とされる。また、当事者同士が興奮して争うような場合は執行不能となる。ただし、子が引渡しに拒否的な意向を示したとしても、それは現在の監護親から心理的影響を受けて、執行に抵抗するように教え込まれている可能性もあるため、そのような場合に、安易に執行不能とするべきではない。

以上のように、私見は不作為執行説を支持するが、子の奪い合い紛争は、あくまで迅速な解決が必要不可欠であるため、早い段階で直接強制を粘り強く実施することが求められよう。

## 4 ハーグ条約実施法との関係

ところで、「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）が、わが国でも2013年5月の国会で承認され、2014年4月から発効された<sup>24</sup>。ハーグ条約の国内実施法としての「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、実施法という）によ

---

<sup>23</sup> 山崎・前掲注（5）396頁参照。

ると、同条約の対象となる16歳未満の子の引渡しの執行につき、民事執行法172条1項による間接強制と同法171条1項の代替執行に限定されており、直接強制は認められていない（実施法134条）。そして、代替執行の利用には、間接強制の前置による一定の要件が義務づけられた（実施法136条）。

実施法が直接強制を認めていないのは、国際事案の子の引渡しの執行を、その特殊性から国内事案よりも謙抑的に扱う考え方によるものと解されている。この点については、国内事案において直接強制の強化を志向してきた解釈の積極面にブレーキをかけることになるのではないかと批判がある<sup>25</sup>。

## VI おわりに

たとえば前述の東京高裁平成23年3月23日決定では、直接強制を試みたが成功しなかったため、これを取り下げ、間接強制に切り替えたものの、原決定に対して執行抗告がなされ、本決定は間接強制決定の要件を欠くとして、原決定が取り消されたわけである。このような場合、もはや当事者は未成年者を説得し、債権者のもとに子を引き渡すように努めるしかないことになり、結果的に「子の奪い合い紛争」が放置される事態となってしまう。

子の引渡しの問題については、「子を引き渡せ」という審判等が存在する以上、やはり正当な権利者の権利は守られねばならない。手をこまねいている間に子が大人になってしまっただけでは本末転倒なのであるから、子の人格を尊重することを大前提として、権利は実現されるべきである。直接強制と間接

---

<sup>24</sup> ハーグ条約が国内事案に与える影響について検討された論考として、安西明子「子の引渡しをめぐるとの判断・執行手続」本間靖規＝中島弘雅＝菅原郁夫＝西川佳代＝安西明子＝渡部美由紀〔編〕『民事手続法の比較法的・歴史的研究 - 河野正憲先生古稀祝賀』（慈学社、2014年）403頁、福島政幸「ハーグ条約および国内実施法における解放実施事務が国内における子の引渡執行に与える影響」新民事執行実務12号（2014年）40頁等がある。

<sup>25</sup> 渡辺義弘「判批」青森法政論叢14号（2013年）171頁。

強制のどちらが適切であるかは、裁判所がケース・バイ・ケースで判断すればよく、場合によっては双方を並行して行ったり、段階的实施も可能であろう。単純な直接強制説よりも、不作為執行説による柔軟な対応が妥当ではなかろうか。

なお、残された課題として、ハーグ条約実施法が国内事案に与える影響についても検討すべき必要があるが、この論点については今後の検討課題としたい。

※本稿は、平成27年度科学研究費助成事業〈若手研究(B)〉課題番号15K16969の研究成果の一部である。