

家事事件における執行手続—子の引渡しを中心に

東北大学大学院法学研究科准教授 今津 綾子

- 一 はじめに
 - (3) 権利としての子の引渡し？
 - (4) 小括
- 二 家事事件手続内での履行確保手段
 - 1 制度の概要
 - 2 履行勧告と履行命令
 - (1) 履行勧告
 - (2) 履行命令
 - 3 強制執行とのすみ分け
- 三 給付の目的と執行方法
 - 1 金銭の支払を目的とする給付
 - 2 金銭の支払以外を目的とする給付
- 四 子の引渡しと強制執行
 - 1 問題状況
 - 2 子の引渡し
 - (1) 子の引渡しとは
 - (2) 子の引渡しを基礎づける実体法上の根拠
- 3 子の引渡しを命ずる手続
 - (1) 民事訴訟手続
 - (2) 家事事件手続
 - (3) 人身保護手続
- 4 子の引渡しの強制執行
 - (1) 間接強制
 - (2) 直接強制の可否
 - (3) 直接強制の実施方法
 - (4) 新たな立法とその影響
- 五 実効性ある執行のために
 - 1 執行手続の展望
 - 2 裁判所による給付内容の具体化
 - (1) 執行裁判所による具体化の可能性
 - (2) 家庭裁判所による具体化の可能性
- 六 おわりに

一 はじめに

財産権をめぐる紛争（財産事件）を処理する一般の民事訴訟手続においてそうであるのと同様、家庭に関する紛争（家事事件）を処理する家事事件手続においても、裁判所によって当事者が一定の給付を命じられる場合がある（家事事件手続法 154 条 2 項・3 項・171 条・185 条・196 条・284 条参照）。この場合、給付を命ずる裁判（審判）は債務名義、すなわち強制執行の基礎たる文書となる（家事事件手続法 75 条）。また、一定の給付をなすべきことにつき当事者間で合意に至り、合意内容が調停調書に記載されると、当該調書は

確定判決や審判と同一の効力を有するものとされており（同法 268 条 1 項）¹、こちらも債務名義として機能する。

そして、財産事件においては裁判所によって命じられた給付を強制的に実現する手段として民事執行法の定める執行手続が利用されるが、家事事件においても同法の適用は排除されない。ただ、民事執行法がもともと財産事件を念頭に設計されていることに加え、家事事件には①給付の有無が給付義務者のみならず第三者にも重大な影響を及ぼしうる、②個人の感情を尊重し、将来にわたる人間関係に配慮する必要がある、③給付の根拠や性質、内容がはっきりしない、といった特有の事情が存在していることから、民事執行法の規定を用いることが事案適合的であるのかどうか、場合によってはそれを用いることが解釈上可能であるかどうかにはさえ疑義が生ずる場面がある。

家事事件の処理に特化した「家事執行法」のようなものが存在しない以上²、家事事件における給付の確実な履行を望む当事者は、一般法たる民事執行法の定める強制執行手続に頼るほかない。本稿では、家事事件において問題となる給付のそれぞれについて、その実現のために用いられる強制執行の手続を概観する。とりわけ金銭では解決できない種類の給付に関しては、上に述べたような疑義が生ずる場面も多いが、そうした場面では①ないし③に掲げる家事事件に特有の事情を踏まえつつ、「家庭の平和と健全な親族共同生活の維持を図る」（旧家事審判法 1 条参照）という家事事件処理の基本的な理念にふさわしい執行手続のあり方を明らかにしていきたい。

二 家事事件手続内での履行確保手段

1 制度の概要

民事執行手続について論ずるに先立って、家事事件手続内で用意されている履行確保のための手段に触れておきたい。

家事事件手続法は、家事事件手続における審判や調停で定められた給付の履行を確保するため³、民事執行手続とは異なる独自の制度を用意している（履行確保制度）。具体的には、

¹ 調停調書の場合、家事事件手続法別表第二に掲げる事項については審判と同一の効力（すなわち「執行力のある債務名義と同一の効力」。家事手続 75）を有し、それ以外の事項については確定判決と同一の効力を有するものとされている（同 268 I）。後者は訴訟上の和解に対するのと同様の規律である。本文に述べたとおりいずれも債務名義となるが、執行文の要否に違いがある（前者は不要、後者は必要と解されている）。金子修編著『一問一答家事事件手続法』（商事法務、2012）805 頁以下参照

² 民事執行法上の特則という形で設けられた規律については本文後述三 1 で、新たな立法に向けた動きについては本文後述四 4（4）②で、それぞれ言及する。

³ なお、人事訴訟手続において附帯処分としての裁判により定められた義務についても、家事事件手続におけるのと同様の履行確保制度が設けられている（人訴 38・39 参照）。

履行状況の調査及び勧告をおこなうこと（家事事件手続法 289 条以下）、並びに履行の命令を発すること（家事事件手続法 290 条以下）ができる。昭和 31 年の旧家事審判法改正に伴い導入された制度であり、現行の家事事件手続法にもほぼそのままの形で引き継がれている⁴。

履行確保制度は、家庭裁判所の本質的な特徴である後見的機能の表れであり⁵、しばしば家庭裁判所によるアフターケア・サービスと表現される。家事事件手続は、形式的には審判や調停の成立をもって終了するが、当事者間の紛争はそれだけで完結するわけではなく、とりわけ継続的給付が命じられるような事件類型では定められた給付が将来にわたってきちんと得られるかどうか当事者は強い関心をもつし、またそれ以外の事件類型でも当事者間の人的関係はなお続いていくことが多い（一に挙げた家事事件の特徴②参照）。家事事件がこのような性質を帯びるものであることにかんがみれば、審判等が成立したからそれで終わりではなく、家庭裁判所には「その後」への配慮をも含む包括的な支援が期待されよう。このような理由から、家事事件手続法の中で（地方裁判所による一般の民事執行手続とは別に）履行確保のための制度を設けているのである。

2 履行勧告と履行命令

履行確保制度としては、現在、履行勧告と履行命令の 2 つの方法が用意されている。

(1) 履行勧告

履行勧告は、権利者の申出にもとづいて家事債務の履行状況を調査し、その結果を踏まえて、義務者に対して自発的に義務を履行するよう促すものである（家事事件手続法 289 条 1 項）。

履行勧告の実務を担うのは、裁判官の命令を受けた家庭裁判所調査官（裁判所法 61 条の

⁴ 家事事件手続法制定に際して、本文に挙げた履行状況の調査及び勧告、そして履行命令については、規則事項の一部を法律に取り入れるなどして規律を明確化したほかは、実質的な変更が加えられることはなかった。他方、旧家事審判法下における履行確保制度の一つであった寄託の制度は廃止された。この制度は、家庭裁判所が義務者から金銭を受け取ってそれを保管し、権利者に交付することによって金銭の授受をめぐる紛争を回避するためのものであったが（旧家審 15 の 7）、利用が低調だったこともあり、家事事件手続法には引き継がれなかった。金子・前掲注 1)247 頁以下参照。

⁵ 日本弁護士連合会家事法制委員会編『家事事件における保全・執行・履行確保の実務』（日本加除出版、2017）324 頁〔加藤祐司〕は、履行確保制度は家庭裁判所にもともと期待されていた役割を具体化したものにすぎず、制度にない方法による履行確保のための支援も妨げられないとする（例として、権利者以外の者の申出にもとづく履行勧告）。これに対して、佐上善和『家事事件手続法 I 〔家事審判・家事調停〕』（信山社、2017）392 頁注 5 は、当事者の自己責任との関係において履行確保のような後見的活動がどこまで維持されるべきかは検討を要すると述べており、法律の規定を超えた支援には消極的である。

2. 以下単に「調査官」という。)である場合が多い(家事事件手続法 289 条 3 項)。権利者の申出(書面に限らず、口頭、電話でもよい)があると、調査官はまず権利者に連絡して履行状況、義務者の住所や勤務先等に関する情報提供を受けるとともに、履行勧告の具体的方法や履行勧告以外の選択肢(強制執行)に関する説明をおこなう。調査官は社会福祉機関との連絡(家事事件手続法 289 条 4 項)、官公庁への調査嘱託や銀行等からの報告(同 5 項)なども用いながら履行状況を調査し、その結果にもとづいて義務者に対して書面の送付、架電、家庭裁判所における面接、住居への訪問等を通じて履行を勧告することになる⁶。

履行勧告は、手続が簡易で費用もかからないため、権利者にとって負担なく利用することができる利点がある。また、面会交流など履行のために当事者間の調整や協力が不可欠な事案では、当事者の行き違いにより履行ができていない場合もあり、そうした場合には調査官の介在により円滑に履行できるようになることが期待できるという⁷。実際に相当数の利用があり、そのうち 3 割以上が義務の履行に応じている。

ただし、あくまで勧告、つまり義務者による任意の履行を促すものであって、裁判としての効力はなく、強制力も伴わない。義務者が応じなければ、それまでである。

(2) 履行命令

履行命令は、権利者の申立てにもとづいて、審判や調停「で定められた金銭の支払その他の財産上の給付を目的とする義務の履行を怠った者がある場合において、相当と認めるとき」に、審判をした家庭裁判所が「義務者に対し、相当の期限を定めてその義務の履行をすべきことを命ずる審判をする」ものである(同 290 条 1 項・3 項)。

履行命令は、財産上の給付を目的とする義務についてしか発せられない。家事事件手続法の制定過程で対象を拡大することも検討されたが、見送られたという経緯がある⁸。

義務者が命令に従わない場合は 10 万円以下の過料に処せられることになり(同条 5 項)、その意味で履行に向けた心理的強制を伴うものではある。しかし、義務者が過料の支払いさえいとわなければそれ以上に給付の実現を強いられることはないため、実効性が高いとはいえない。そのこともあってか、利用はきわめて低調である。

⁶ 履行勧告の方法につき、渋谷真理子「養育費支払い義務の履行確保手続」判タ 1100 号(2002) 68 頁参照。

⁷ 水野有子＝中野晴行「面会交流の調停・審判事件の審理」東京家事事件研究会編『家事事件・人事訴訟事件の実務—家事事件手続法の趣旨を踏まえて—』(法曹会、2015) 224 頁。

⁸ 金子・前掲注 1)249 頁。とりわけ面会交流を定める義務について新たに対象とすべきとの意見もあったが、この種の義務について履行命令を発するには相当の調査を要すること、実効性に乏しく利用も低調であること等から見送られたという。

※履行勧告・履行命令事件数⁹

	履行勧告			履行命令
	金銭債務その他	人間関係調整	計	
H27 年度	14413	2186	16599	85
H28 年度	14185	2314	16499	95
H29 年度	13224	2226	15450	67

※履行勧告（金銭債務その他）の終局時の履行状況

	総数	全部履行	一部履行	その他・不詳
H27 年度	14413	4956	2705	6752
H28 年度	14185	4974	2481	6730
H29 年度	13224	4820	2197	6207

※履行勧告事件（人間関係調整）の終局時の履行状況

	総数	目的達成	一部目的達成	目的不達	その他・不詳
H27 年度	2186	558	251	894	483
H28 年度	2314	572	281	965	496
H29 年度	2226	501	267	914	544

※履行命令事件の終局区分

	総数	履行命令	却下	取下げ
H27 年度	85	46	11	28
H28 年度	95	58	12	25
H29 年度	67	27	10	30

3 執行手続とのすみ分け

強制執行手続と履行確保制度はいずれも給付の実現を目的とするものであるが、それぞれ異なる特徴をもっている。

履行確保制度は、①一回あたりの給付は少額であることが多く、執行費用をまかなえない、②当事者は法律の知識に乏しかったり精神状態が不安定であったりして法的手続へのアクセスが容易でない、③相手方との人的関係から強制的な手段の利用を躊躇してしまう、といった理由から強制執行手続を使えない（使わない）ことの多い家事事件当事者のために設けられたものであり、その特徴は①'手続費用がかからない又は僅少であり、②'審判や調停と同じく家庭裁判所が担う手続であり、かつ、③'強制力がないところにある。こうした利用のしやすさから相当数の利用があり（直近の資料によると、年間1万3千件超）、一

⁹ 司法統計による。なお、人間関係調整事件の大部分は面会交流に関するものとみられる。

定の成果を上げている。

ただ、履行確保制度には、履行の意欲が少しでもある義務者に対してはそれを促す契機になるが、何があっても履行しないという強固な意思をもつ義務者との関係ではほとんど機能しないという弱みがある（2 参照）。それゆえ、強制執行に完全に代替するものではなく、義務者の意に反してでも給付を実現するためにはやはり強制執行が第一の選択肢とならざるをえないであろう¹⁰。

とはいえ、強制執行を実施するにも困難な課題は多くあり、現状では一概に履行確保より実効性ある手段ともいえないのが歯がゆいところである¹¹。本稿の 2 は強制執行の利用による給付の実現にあるが（一参照）、履行確保制度それ自体の充実や、履行確保と強制執行との連携という観点も不可欠であり、今後の検討課題になると考えられる¹²。

三 給付の目的と執行方法

1 金銭の支払を目的とする給付

家事事件における給付のうち金銭の支払を目的とする給付については、文字どおり金銭を支払うだけのものであるから、基本的には財産事件における執行手続と同様に考えればよい。

もっとも、問題の給付が権利者の生活保障という意味合いのものである場合、例えば、婚姻費用（民法 760 条）、あるいは子の監護費用（同 766 条。いわゆる養育費）としての給付である場合は、その確実な履行が特に要請されることから、民事執行法においてその点に配慮した規定が置かれている。すなわち、強制執行は確定期限の到来をまっしておこなわなければならないところ（民事執行法 30 条 1 項）、婚姻費用や養育費としての確定期限付の定期金債権の一部について不履行がある場合には債権者は将来部分についても債権執行の手続を開始できる（同 151 条の 2）。また、債権執行においては給与債権のうち 4 分の 3 は差押えを禁じられているが（同 152 条 1 項）、執行債権者がこの種の確定期限付定期金債権を請求する場合においては差押禁止の範囲が 2 分の 1 に縮減される（同 152 条 3 項）。さ

¹⁰ 強制執行それ自体の実効性についても、義務者にみるべき財産がなければ強制執行は無意味であるし、申立てをするうえで必要な義務者の住所や対象財産を特定すること自体容易でないこともある。

¹¹ 実務上は、強制執行が奏功する見込みのない場合に履行確保を試みることや（高田裕成編著『家事事件手続法 理論・解釈・運用』（有斐閣、2014）412 頁〔増田勝久〕）、履行確保によって強制執行申立てに必要な情報を得ようとすることもあるという（日本弁護士連合会家事法制委員会編・前掲注 5）330 頁参照）。

¹² 高田・前掲注 11）412 頁・413 頁〔高田裕成〕も、家事事件手続法で履行確保制度に係る実質的な改正がなかった経緯を踏まえつつ、両制度の機能分担や制度の再構築が今後の課題となることを示唆している。

らに、金銭を目的とする債務については間接強制ができないはずのところ（同 172 条 1 項参照）、この種の確定期限付定期金債権についての強制執行に関する限り、間接強制によることも許されている（同 167 条の 15）¹³。これらは平成 15 年及び同 16 年の法改正により実現したものであり¹⁴、権利者はより少ない手間と費用で、より多くの成果を得ることが可能となった。

このように、金銭給付に関しては、家事事件における執行手続の利用促進、実効性確保のための法整備は進んでいるが、現実にはなお履行に至らない例も少なくない。今後も、家事事件当事者の抱える強制執行への事実上の障壁（二 3①ないし③参照）を取り除くための啓発や支援を進めることのほか、権利者が義務者の居所や財産状況を確実に把握できるような制度の整備といった（民事執行手続一般に妥当する）課題に引き続き取り組んでいく必要がある¹⁵。

2 金銭の支払以外を目的とする給付

金銭の支払以外を目的とする給付については、実現すべき給付の内容が多様であるだけに、その執行方法も画一的、定型的に捉えることが難しい。財産事件における非金銭給付の執行手続に関しては、民事執行法も規律を設けているが（民事執行法 168 条以下）、上述のような非金銭給付の性格上その内容は概括的なものとどまっており、家事債務の実現を目指すうえでは不満足な規律であるといわざるを得ない。

この種の給付の代表例が「子の引渡し」である。民事執行法には直接その実現を図るための規律が用意されていないため、民事執行法の手続が利用できるのか、利用できるとして具体的にどのような方法により実施するのか等、法解釈や運用に迷うところが多くある。

以下では、この代表的な非金銭給付を取り上げ、その強制的実現のための執行手続のあり方について検討することとする。

四 子の引渡しと強制執行

¹³ 財産事件における金銭給付の場合、執行は確定期限の到来をまっておこなわなければならない（民執 30 I）、給与債権のうち 4 分の 3 は差押えが禁止され（同 152 I）、また間接強制は許されていない。本文に掲げる措置はその例外として、特定の家事債務との関係で特に認められているものである。

¹⁴ 改正趣旨等について、詳しくは谷口園恵＝筒井健夫編著『改正担保・執行法の解説』（商事法務、2004）100 頁以下、小野瀬厚＝原司編著『一問一答平成 16 年改正民事訴訟法・非訟事件手続法・民事執行法』（商事法務、2005）149 頁以下参照。

¹⁵ 本文後述四 4（4）②で言及する法制審議会の民事執行法部会においては、債務者財産の開示制度（民執 196 条以下）の実効性向上に向けた審議もおこなわれており、家事債務に係る金銭執行との関係でもその成果が期待されるところである。

1 問題状況

子の引渡しが問題となるのは、一方（これを便宜上同居親¹⁶と称する。）のもとで養育されている子について、他方（これを便宜上別居親と称する。）もまたその養育を望む場合である¹⁷。このとき、別居親は裁判手続を通じて同居親に対して子の引渡しを求めることができる、裁判所はそれに応じて同居親に対して別居親への子の引渡しを命ずる裁判¹⁸をなすことができる。同居親がこれを受け入れないとき、子の引渡しを求める裁判の強制執行という問題が生ずるのである。

これは、条文にない子の引渡しの強制執行が可能であるか、可能であるとしてその具体的方法いかんという手続法の解釈問題であるとともに、子の引渡しとは何かという実体法の解釈問題でもある。というのも、実体法（民法）には子の引渡しの直接の根拠となる条文はなく、現状ではその点もやはり解釈にゆだねられているからであり、しかも実体法の解釈次第で強制執行の可否や方法という手続法の解釈問題への取り組み方も左右されうるからである。

以下では、まず実体法の観点から子の引渡しとは何かを問うことから始める（2）。次に、子の引渡しに係る債務名義の作成過程について整理し（3）、それを踏まえて子の引渡しを実現するための執行手続について検討する（4）。

2 子の引渡し

（1）子の引渡しとは

一般に、有体物についての「引渡し」といえば、対象物の現実の支配（直接占有）を義務者から権利者へと移転する内容の給付として理解されている¹⁹。このとき、義務者から権利者への有体物の引渡しを支える根拠となるのは、所有権にもとづく返還請求権や契約にもとづく引渡請求権といった実体法上の請求権である。

¹⁶ 本文にいうような、子を自らの手元で養育する親を「監護親」と表現する文献も散見される。ただ、この意味での「監護親」が、つねに法的な意味でも監護権者（民 766 I にいう「監護をすべき者」）であるとは限らない。本文では、（法的に監護権者と認められるかどうかと切り離して）単に事実として子を養育する者という意味で、同居親と称した。

¹⁷ 子の引渡しをめぐる紛争の当事者は必ずしも父母に限らないが（祖父母やおじ・おばといった第三者であることも少なくない）、叙述の都合上いずれも「親」と称している。

¹⁸ 叙述の都合上裁判所が子の引渡しを命ずる場合を念頭に置いているが、子の引渡しを合意する調停についても、基本的に同様に解することができる。以下の本文についても同様。

¹⁹ 兼子一『増補強制執行法』（酒井書店、1955）276 頁。

子の引渡しをこれと同じように、つまり同居親の支配下にいる子を別居親の支配下に移す内容のものと理解することは、適当でない。子は単なる物ではなく一個の人格的存在であるから、誰かの（それがたとえ親であっても）支配下にあるという考え方自体がふさわしくない。また、子は成長するにつれ自らの意思を表明し、それにもとづいて行動するようになるから、物と同一に扱うことは実際上不可能でもある。

では、物の引渡しとは異なる意味における、子の引渡しとは何か。民法上その根拠となるべき「子の引渡請求権」のようなものは見当たらず、また家事事件手続法も「子の引渡し」という以上の具体的な内容は規定しない（家事事件手続法 154 条 3 項など参照）。実務において裁判所の発する裁判も、端的に「子を引き渡せ」と命ずるにとどまり、具体的な給付内容や特定の実施方法を指示するものではない²⁰。そのため、法律上も実務運用上も、子の引渡しがいかなる根拠で、誰に何をさせようとするものなのかは必ずしも明確でないのが現状である。

(2) 子の引渡しを基礎づける実体法上の根拠

別居親が同居親を被告として子の引渡請求訴訟を提起すること²¹は、明文規定はないものの、大審院においてすでに認められていた。大審院の考え方は、若干の変遷を経たが²²、子の引渡請求は親権（民法 818 条以下）や監護権にもとづく妨害排除請求であるとの立場で固まった。なお、ここにいる「監護権」とは、父母の協議又は家庭裁判所により「子の監護をすべき者」（同 766 条 1 項）と定められた者のもつ権限を指している。この意味での監護権の帰属は、親権の帰属と必ずしも一致しない（離婚後の夫婦のうち一方が親権者、他方が監護権者とされる場合や、子の祖父母等の親権者でない親族が監護権者に指定される場合がある）²³。

²⁰ 家事事件手続として子の引渡しを求める場合も、権利者から特定の引渡し方法が提示されることはないのが通例であるし、そのことで申立てが内容不特定として斥けられることはない（もっとも、抽象的に「子の監護に関する処分」とだけ記載するのでは足りない。金子修編著『逐条解説家事事件手続法』（商事法務、2013）174 頁）。

²¹ 戦前は家庭裁判所における家事事件手続という選択肢が存在しなかったため（家事審判法の成立は昭和 23 年、家庭裁判所の設置はその翌年である）、子の引渡しを求めるには通常の民事訴訟によるほかなかった。

²² 当初は物におけるのと同じような意味での引渡請求権を前提としていたようである。（大判明治 34・9・21 民録 7 輯 8 巻 25 頁、大判大正 1・12・19 民録 18 輯 1087 頁など）。その後、大判大正 10・10・29 民録 27 輯 1847 頁が引渡請求は「〔子〕ニ対スル監護教育権ニ基キ其行使ノ妨害ヲ排除スル為メ」のものであるとの判断を示すに至り、以降は一貫して妨害排除請求との法律構成が採用されている。

²³ 親権と監護権が分属する場合における親権の内容については、民法学説上必ずしも明確でなく、分属そのものに反対する見解もある（川田昇「親の権利と子の利益」中川善之助先生追悼現代家族法大系編集委員会編『現代家族法大系 3 親子・親権・後見・扶養』（有斐閣、1979）234 頁。許末恵『親権と監護—民法第 766 条、第 818 条及び第 819 条の成立』（日本評論社、2016）246 頁・255 頁は立法段階での検討不足を指摘する）。監護権があれば子の引渡請求が可能であり（清水節「親権と監護権の分離・分属」判タ

その後、最高裁においてもこの立場が踏襲された。子 A の母 X が A を養育する Y (子の叔父) に対してその引渡しを求めた事案において、最高裁は、「X の本件 (子の引渡) 請求は、X の親権に服する子 A に対し、X がその親権を行使するにつき、Y の妨害の排除を求むるに在る」とし、X の引渡請求を認容したのである²⁴。なお、Y は上告理由において引渡請求を認める原判決は A の居住の自由 (憲法 22 条) を侵害するものであると主張したのであるが、それに対しては「本件請求は、右 A に対し、民法 821 条に基く居所指定権により、その居所を定めることを求めるものではなくして、X が同人に対する親権を行使するにつき、これを妨害することの排除を、Y に対し求めるものである」と上記と同様の説示を繰り返したうえで、「本件請求を認容する判決によつて、X の親権行使に対する妨害が排除せられるとしても、右 A に対し、X の支配下に入ることを強制し得るものではなく、居住移転の自由とは関係がないとして、これを斥けている。

このように、親権を有する者はその行使を妨害しないことを求める権利 (妨害排除請求権²⁵) を有し、それにもとづいて子の引渡しを求めることができるというのが確立した判例である。学説上もこのような考え方 (妨害排除請求権説) が通説的地位を占めているとされる。ただ、そこにいう妨害排除 (としての子の引渡し) の具体的な内容は、判例からはなお明らかにならない。学説には、物権的請求権類似の引渡請求権という理解は排除されているという見解²⁶、あるいは権利者による子の引き取りを義務者が妨げない (受忍する) という不作為であるとの見解もあるが²⁷、通常用いられる「子を引き渡せ」という判決主文の文言とは必ずしも整合しない。他方、主文に忠実な執行方法として直接強制が排除され

1100 号 (2002) 144 頁)、その半面、親権者であっても監護権がなければ子の引渡請求は許されない (本文後述四 3 (1)、後掲注 42) 参照)。

²⁴ 最判昭和 35・3・15 民集 14 巻 3 号 430 頁。事案は、子の養育をめぐる実母と叔父との争いである。A は X と B の間に生まれた子であるが、その後 X と B が別居するに至り、A は B のもとで養育された。その後 B が死亡したため、B の実弟である Y が A を引き取ったところ、親権者である X が Y に対して A の引渡しを求め、民事訴訟を提起するに至った。原審 (東京高判昭和 32・9・17 民集 14 巻 3 号 447 頁) は「X が未成年者 A の親権者として同人の監護及び教育をする権利を有し、義務を負い、同人の居所を定めることができることは、いうまでもないところであつて、Y は正当の事由のない限り X の本件引渡の要求を拒むことのできないものというべきである」と述べ、X による引渡請求を認容した。Y が上告するも、最高裁は本文のように結論した。

²⁵ 物権的請求権にみられる表現と同一だが、整理の仕方はやや異なる。物権的請求権の場合、物権侵害の態様が占有剥奪であれば引渡請求権、それ以外であれば妨害排除請求権により侵害の除去を求めるものと整理されているが、親権にもとづく請求権の場合は妨害排除としての子の引渡請求を基礎づけることができるのであり、これと別個に「親権にもとづく引渡請求」を概念する余地はないと考えられる。したがって、親権の場合は、あらゆる態様の行使妨害に対して妨害排除請求という法律構成をもって対応することになる。引渡請求という用語を回避した背景には、物に対する支配権と同一視しないこと (本文四 2 (1) 参照) を強調する意図があったのかもしれない。

²⁶ 窪田充見『家族法 (第 3 版)』(有斐閣、2017) 303 頁。

²⁷ 中野貞一郎＝下村正明『民事執行法』(青林書院、2016) 802 頁、佐上・前掲注 5) 392 頁。

ないことから、翻って妨害排除請求権に加えて引渡請求権としての性質をも認めるという見解も主張されており²⁸、議論は錯綜している。

(3) 権利としての子の引渡し？

通説・判例は、子の引渡しを求める「権利」を認めるが、同時に子の引渡しをめぐる紛争を家事事件手続において処理することも認める。判例²⁹はかつて、家事事件手続の合憲性について、「法律上の実体的権利義務自体につき争があり、これを確定するには、公開の法廷における対審及び判決によるべき」であり、これを家事事件手続により裁判することは許されない一方、「実体的権利義務の存することを前提として、…家庭裁判所が後見的立場から、合目的の見地に立つて、裁量権を行使してその具体的内容を形成すること」は対審公開の手続は不要である、と説明した。これに従うならば、子の引渡しを基礎づける親権にもとづく妨害排除請求権自体の存否を確定するには訴訟手続によらなければならない、家事事件手続においては当該請求権の存することを前提として、その具体的内容を形成しているにすぎないということになる。

しかし、家事事件手続とは別に親権にもとづく妨害排除請求権を主張する訴訟の余地があるというのはいかにも不都合であるし、そもそもこの場面で妨害排除請求権自体の問題とその具体的内容の問題とを切り離して考えることができるのだろうか³⁰。いっそ、端的に子の引渡しを命ずるかどうかは家庭裁判所の裁量的判断にゆだねられる事項であって「実体的権利」の問題ではない、つまり家事審判事項であって訴訟事項ではない³¹、と割り切ってしまうことはできないだろうか。

民法上、親権は子の監護教育の「権利」であると同時に「義務」でもあると規定されており（民法 820 条）、民法学説では相当以前から権利としての側面よりむしろ義務としての側面が強調されている³²。国民の一部には親権があたかも子に対する独占的・排他的支配権

²⁸ 山崎恒「子の引渡しの強制執行—直接強制の可否」判タ 1100 号（2002）188 頁。

²⁹ 最大決昭和 40・6・30 民集 19 卷 4 号 1089 頁。この決定で問題となったのは夫婦の同居義務であり、多数意見によれば同居の具体的態様とは別に同居義務自体を観念することができ、前者は家事審判事項、後者は訴訟事項であるという。

³⁰ 前掲注 29)最大決昭和 40・6・30 の田中二郎裁判官の意見でも、同様の疑問が呈されている。なお、この決定における多数意見のように（夫婦であることと具体的な同居の態様の中間にある）夫婦の同居義務それ自体を観念することについては学説上批判が強く、またこの決定以降実際に同居義務自体が訴訟で争われた例もほとんどない。

³¹ 学説には、家事事件手続に取り込まれた範囲では、家庭裁判所が子の引渡しを命ずる法的地位を形成するのだと解する見解がある（佐久間重吉「子の引渡請求」『判例コンメンタール民法IV親族』（三省堂、1978）713 頁、沼辺愛一「子の引渡」阿部浩二編『現代家族法大系 2 離婚・親族』（有斐閣、1980）272 頁、山崎・前掲注 28)187 頁）。しかし、判例・通説のいう親権にもとづく妨害排除請求権を承認する限り、家事事件手続で完結的にそうした法的地位の形成をおこなう解釈には無理があるように思われる。そのため、本文では、妨害排除請求「権」自体を認めないことで訴訟事項性を排除する方向を模索した。

³² 戦前はともかく戦後は一貫してそうである。我妻栄『親族法』（有斐閣、1961）316 頁は、親子関係を「親

であるかのような誤解があるといわれるが³³、本来は「子の利益のために」行使されるべきものであり（同）、現在では「権利」としての親権は国家に対する文脈で語られるにすぎないところをみると³⁴、子の引渡しは一方親から他方親に対する妨害排除請求によるという法律構成を放棄することもあながち不合理ではないように思われる。

他方、子の引渡しをめぐる紛争を訴訟事項とみることは、この種の紛争に特有の事情（一に挙げた①ないし③）にかんがみれば、必ずしも適切でない。というのも、二当事者対立構造に立脚する民事訴訟において訴外第三者である子の利益や福祉という観点は表出しにくく、配慮されるとしても付随的な位置づけにとどまる。また、判例は引渡請求の当否を決するうえで子の意思を確認する必要があるとしているが³⁵、裁判官は法律の専門家であっても子どもの心理や発達の専門家ではないため、その意思の確認は必ずしも容易でないからである。これに対して、家事事件として扱われる場合、子の福祉に配慮することは当然とされ、そのための諸規定が整備されているほか（家事事件手続法 65 条・151 条 2 号・152 条 2 項・252 条 2 号等参照）³⁶、家庭裁判所には医学、心理学、教育学、社会学、社会福祉学等の行動科学の専門家である家庭裁判所調査官が配置され、裁判官は専門的知見を活用した調査報告や意見の提供を受けることが可能となっている（家事事件手続法 58 条・59 条）。こうした差異に着目すると、子の引渡事件を民事訴訟として扱うことはこれを単な

が子を哺育・監護・教育する職分」と表現し、その内容は権利であると同時に義務でもあるのだから「親権と呼ぶことがすでに不適當（傍点ママ）」という。実際に、法制審で親権という概念の廃止が議論されたこともある（久貴忠彦「親権後見統一論について」川井健ほか編『講座・現代家族法第 4 巻』（日本評論社、1992）12 頁）。また、大塚正之『臨床実務家のための家族法コンメンタル（民法親族編）』（勁草書房、2016）246 頁は、海外で親権という用語法を廃し「親の配慮 elterliche Sorge」（独）や「親責任 parental responsibility」（英）などに置き換える動きがあることを引き合いに出しつつ、日本においても義務や責任を主要な側面とした概念へと転換する必要性を説く。

³³ 飛澤智行編著『一問一答平成 23 年民法等改正一児童虐待防止に向けた親権制度の見直し』（商事法務、2011）16 頁。平成 23 年民法改正で「子の利益のために」との文言が挿入された背景にはこうした誤解を払拭する狙いがあったという。

³⁴ 窪田・前掲注 26)282 頁は、「親権の権利としての側面を語るとすれば…社会や国家との関係における権利としての性格だ」とする。

³⁵ 前掲注 22)大判大正 10・10・29、大判大正 12・1・20 民集 2 巻 19 頁（いずれも子が幼児である事案）では、親権者の意に反する養育を妨害と解し、子の意思能力の有無や現在の養育が子の自由意思に出たものかどうかを問わず引渡請求ができるとしていた。しかし、大判大正 12・11・29 民集 2 巻 642 頁（子が 17 歳の事案）は、被告方への居住が子の自由意思によるものかどうか、子が親権者たる原告のもとへ帰ることを望んでいるかどうかを問うことなく引渡請求を認容した原判決を違法であるとし、子の自由意思で被告方にとどまる場合には親権妨害が成立しないとの立場を明らかにした。以降はこの立場が踏襲され（大判大正昭和 13・3・9 民集 17 巻 378 頁）、最高裁にも引き継がれている（前掲注 24)昭和 35・3・15。山口亮子「幼児引渡請求の性質」水野紀子ほか編『民法判例百選Ⅲ親族・相続（第 2 版）』（有斐閣、2018）90 頁参照）。

³⁶ 金子・前掲注 1)32 頁参照。

る親同士の争いに矮小化してしまうおそれがあり、子の存在を正面から認める家事事件手続での処理の方が望ましいことは明らかである³⁷。しかし、現状では訴訟事項とされ家事事件手続に服さない領域が残っている（後述 3（2）参照）。

このようにみると、子の引渡しを親権にもとづく妨害排除請求権によって根拠づけることは実体法的に必然というわけではなく、また手続的には不都合でさえあるのだから、ここからの転換を図ることも全くの見当違いとはいえないだろう。現状でも家事事件手続による例が大半を占めており、また近時の判例³⁸によって民事訴訟の活用場面は相当限定され、家事事件手続へと誘導されてはいる³⁹。しかし、民事訴訟の可能性が全面的に排除されているわけではないため、子の引渡しを求める者が救済方法の選択に迷う（その結果選択を誤り、救済を否定される）例が皆無ではない。そうした手続選択上のリスクを負わせないためにも⁴⁰、子の引渡しは親の権利であるという法律構成に固執することをやめてもよいのではないだろうか。

（4）小括

子の引渡しとは何か、という問いに対する明確な答えを、判例も学説も用意できていないのが現状である。ただ、別居親への子の引渡しは別居親のもつ親権や監護権を背景として命じられるものであることにかんがみれば（訴訟の場合に限らず、家事事件においてもそうである。）、子の引渡しの目的は単なる子の物理的移動にあるのではなく、子をその養

³⁷ 沼邊愛一「子の引渡しに関する家裁の審判権」同ほか編『家事審判事件の研究(1)』（一粒社、1988）239頁。高野耕一「人事・家事事件における保全処分—子の引渡しを求める事件をめぐる—」中野貞一郎ほか編『基本理論と法比較』（法律文化社、1996）463頁も、家庭裁判所が事件処理に最もふさわしいこと自体に反対の論者はいないであろうとする。

³⁸ 最決平成 29・12・5 民集 71 巻 10 号 1803 頁。子の単独親権者である父 X が、子を養育する母 Y に対して親権にもとづく妨害排除請求（正確には、妨害排除請求権を被保全権利とする仮処分）として子の引渡しを求めた事案において、Y が X の提訴に先立って親権者変更を求める審判申立てをしていたことを踏まえ、「〔Y の〕申立てに係る手続においては、子の福祉に対する配慮が図られているところ（家事手続 65 等）、X が、子の監護に関する処分としてではなく、親権に基づく妨害排除請求として長男の引渡しを求める合理的な理由を有することはうかがわれない」と述べて X の請求を斥けている。なお、原審（福岡高那覇支決平成 29・6・6 民集 71 巻 10 号 1811 頁）は本案（単独親権者である父から非監護権者である母に対する子の引渡請求）は家事審判事項であるとの理由で仮処分申立てを却下したのに対して、最高裁は前掲注 24）最判昭和 35・3・15 等を引用して訴訟事項であること自体は肯定した。

³⁹ 秋山靖浩「離婚後の夫婦間における子の引渡請求と権利濫用」法学教室 453 号（2018）139 頁、羽生香織「離婚した父母のうち子の親権者と定められた父が法律上監護権を有しない母に対し親権に基づく妨害排除請求として子の引渡しを求めることが権利の濫用に当たるとされた事例」民商法雑誌 154 巻 5 号（2018）1050 頁。

⁴⁰ 梶村太市ほか「子の引渡し保全処分事件の処理をめぐる諸問題」家月 47 巻 7 号（1995）14 頁。ここでは、リスク回避のための方策として、家庭裁判所に申立てがあれば可能な限り家事審判事項に属するとの解釈を取ることを挙げる。

育にふさわしい者又は環境のもとに置くことまでを含むといえよう。そうであれば、子の引渡しという給付は、その内容を画一的な行為として表現することは適当でなく、それぞれの子の養育環境に応じて柔軟に形を変えうるものだと理解するのが自然である⁴¹。このように解することで、事案に応じた給付内容の具体化が可能になり、具体化された給付との関係で適切な執行方法を導くことができるようになる。

現在の実務では単に「子を引き渡せ」と命じられるのが通例であるが、裁判所にはこの実務を改め、事案に応じたより具体的な文言を用いることを要請したい。そして、それを可能にする意味で、子の引渡しを命ずる手続としては家事事件手続が最も望ましいものとする（次の3参照）。

3 子の引渡しを命ずる手続

子の引渡しをめぐる紛争の処理方法としては、通常の民事訴訟手続、家事事件手続及び人身保護手続の3つの可能性がある。これらの相互関係は必ずしも明確でなく、事案によっては複数の手続を選択しうる場合もある。

もともとは民事訴訟しか認められていなかったが、家事事件手続及び人身保護手続が新設されて以降は次第にそちらの利用が増加した。その後、人身保護手続が頻用された時期もあったが、現在では家事事件手続を選択する事案が最も多くなっている。

(1) 民事訴訟手続

すでに述べたように、判例は訴訟における子の引渡し請求の根拠は親権又は監護権にもとづく妨害排除請求権であると考えているため、この方法は別居親が親権者であり、又は監護権を有する場合に選択できる。もっとも、親権者であっても、それとは別に監護権者が指定され、その者が子を養育している場合には、親権にもとづく妨害排除請求として子の引渡しを求めることはできない⁴²。

原告に親権又は監護権があること、及び被告による親権行使の妨害があることが認められたときは、親権の濫用にあたらない限り、子の引渡しを命じられる。ここにいう妨害とは子が原告の意に反して被告のもとに留め置かれていることを指すが、子の自由意思にも

⁴¹ 家事審判における権利関係の形成について述べる文脈であるが、佐久間・前掲注31)718頁、沼辺・前掲注31)276頁。丹野達「子の引渡しに関する人身保護請求の補充性」家月38巻10号(1986)14頁注25も参照。

⁴² この場合、親権者は家事事件手続として監護権者指定の変更の申立てをし、併せて子の引渡しを求めることになる(佐久間・前掲注31)717頁、梶村太市「子の引渡しの裁判管轄と執行方法」同『家族法学と家庭裁判所』(日本加除出版、2008)146頁、佐上・前掲注5)81頁)。

とづくものであるときはこの限りでない⁴³。

請求認容判決の主文には、一般に、「被告は、原告に対し、原告と被告の間の子〇〇を引き渡せ」といった文言が用いられる。この給付判決が確定すると、債務名義となる（民事執行法 22 条 1 号）。

(2) 家事事件手続

当事者が子の引渡しを求める場合、家事事件手続法の審判及び調停の対象となる。なお、実務ではこれと同時に審判前の保全処分（同法 105 条以下）の申立てがなされる例もあるが、両者の手続に（訴訟手続における本案と保全処分のような）大きな違いはなく、運用上も重複するところが多いため⁴⁴、以下の叙述では保全処分に関する説明は省略する。

現行法上、子の引渡しを求めることができるのは、①離婚又は婚姻取消しに伴う監護権者指定・変更の場面（民法 766 条・749 条・771 条、家事事件手続法別表第二の 3 の項）、②父の認知に伴う監護権者指定・変更の場面（民法 788 条、家事事件手続法別表第二の 3 の項）、③親権者の指定・変更の場面（民法 819 条 5 項・6 項・749 条、家事事件手続法別表第二の 8 の項）がある（なお、これらは離婚訴訟等の附帯処分等ともなりうる。人事訴訟法 32 条参照）。これに加えて、④別居中の夫婦（いずれも親権者）の間に子の引渡しを求める場面、⑤離婚後の元夫婦（一方が単独親権者、他方が非親権者）の間に子の引渡しを求める場面⁴⁵についても、民法 766 条等の規定の類推適用により家事事件手続として扱うことができると解するのが一般的である⁴⁶。

他方、⑥親権者が父母以外の第三者に対して子の引渡しを求める場面については、家事事件手続によることを認める少数説もあるが⁴⁷、民事訴訟によるべきものとする見解が多数説である⁴⁸（第三者が監護権者である場合はこの限りでない。上記（1）参照）。確かに、事

⁴³ 要件事実としては、被告が子をとどめおくことが請求原因事実になり、それが子の自由意思にもとづくことが抗弁事実となるものと解されている（梶村・前掲注 42）143 頁）。

⁴⁴ 金子・前掲注 20）343 頁。実務上は、本案を発する段階で保全命令の申立てを促したり、本案と保全処分の同時発令で処理したりする例もあるという（中山直子「婚姻中の夫婦間の子の引渡事件について」判タ 1042 号（2000）52 頁参照）。

⁴⁵ 別居親が親権者、同居親が非親権者であれば、別居親は端的に子の引渡しを求めることになる。別居親が非親権者、同居親が親権者であれば、別居親は親権者を自己に変更するよう求めるのと同時に子の引渡しを求めることになる。別居親が親権者、同居親が非親権者かつ監護権者であれば、別居親は監護権者の変更とともに子の引渡しを求めることになる。

⁴⁶ 面会交流についての事案であるが、婚姻関係が破綻して別居状態にある父母間で子の監護について協議が調わないときは、家庭裁判所が民法 766 条を類推適用し、旧家事審判法 9 条 1 項乙類 4 号（現家事手続別表第二の 3 の項）により相当な処分を命ずることができると解するものとして、最判平成 12・5・1 民集 54 巻 5 号 1607 頁がある。

⁴⁷ 高野・前掲注 37）463 頁（ただし、訴訟との競合を認める）、梶村・前掲注 42）148 頁・155 頁。

⁴⁸ 沼辺・前掲注 31）271 頁、梶村太市ほか「子の引渡し保全処分事件の処理をめぐる諸問題」家月 47 巻 7 号（1995）6 頁、中山直子「第三者に対する子の引渡請求」判タ 1100（2002）180 頁も同旨。

案の性質からみれば家事事件手続がふさわしいと考えられるが（2（3）参照）、現行民法及び家事事件手続法の解釈論としてここまで認めるのはやはり難しい⁴⁹。夫婦や父母という枠を超えて家事事件手続の利用を認めるには、立法により家事審判事項を拡充することが必要であろう⁵⁰。

審判において子の引渡しが命じられるための要件は、「子の利益」が最先順位の考慮要素であること以外、民法上具体的な定めがない（民法 766 条等参照）。したがって、家庭裁判所に広範な裁量が認められるのであるが、主な判断基準として以下のものがある⁵¹。

（a）監護者としての適格性

具体的には、養育能力、心身の健康や性格、子への愛情、経済力、居住環境、監護補助者その他の援助の有無などが勘案される。

基本的には、これらを総合的に比較衡量して決することになるが、各項目は質的に異なるため単純な比較は困難であり、甲乙つけがたい場合も多い。そのため、次の（b）以下の事情をも加味して最終的な監護者の決定に至ることになる。

（b）母性優先の原則

とりわけ子が乳幼児である場合。かつては母親優先の原則といわれていたが、現在では父母のいずれであっても子の情緒的安定をもたらすような母性的なかわりをもつ養育者を優先する原則として捉えられている。

（c）継続性の原則

現在の監護者を優先すべきであるとの原則。監護環境の変更は子の心理的不安定をもたらすとの理由による。もっとも、監護が実行使により開始された場合にこれを適用することは不都合であるとの批判から、子の出生時から現在に至るまでを全体的にみて評価するようになっている。

（d）子の意思

少なくとも 15 歳以上の子については、その意思を尊重する必要がある（家事事件手続法 152 条 2 項括弧書参照）。子がそれ以下の年齢であっても、意思能力がある場合は（おおむね 10 歳以上だが、個々の事案による。）、それを尊重する。もっとも、子の表示する意思が必ずしもその自由意思によるものでないことに注意を要する。

⁴⁹ 沼邊・前掲注 37)239 頁参照。これに対して、梶村・前掲注 42)154 頁以下は解釈論としても可能であると説く。

⁵⁰ ただし、およそ「子の監護に関する処分」を求める家事事件手続になじまない事案も想定できないわけではなく、例えば、親権者の借金を返済するために子が債権者方で芸妓稼業をさせられている事案（前掲注 22）明治 34・9・21、大判大正 10・10・29 参照）や、子が身代金目的で拉致監禁されている事案などにまで広げるとは適当でない。これらは人身保護手続や刑事手続の範疇にあるものと思われる。

⁵¹ 最高裁判所事務総局家庭局「平成 7 年度家事事件担当裁判官協議会における協議結果の概要—子の引渡事件の処理に関し考慮すべき事項—」家月 48 巻 11 号（1996）18 頁以下、梶村ほか・前掲注 40)47 頁、中山直子「子の引渡しの判断基準」判タ 1100 号（2002）182 頁以下、杉井静子「当事者から見た家事事件における要件事実」伊藤滋夫編『家事事件の要件事実』（日本評論社、2013）154 頁以下参照。

(e) 寛容性の原則（フレンドリー・ペアレント・ルール）

自らが子を監護することになった場合に他方親に寛容である（子に対して他方親の存在を否定しない、子と他方親との面会交流に協力する等）ことを積極的に評価すること。一般論としては寛容であるほど子の引渡しを認められやすくなるが、これだけが絶対的な基準となるわけではない⁵²。

審判で子の引渡しが命じられれば、当該審判が強制執行の基礎となる（家事事件手続法 75 条。調停の場合につき、268 条）。

(3) 人身保護手続

人身保護手続は、戦後、英米法に倣って導入されたものである。これは「法律上正当な手続によらないで、身体を拘束されている者」を救済するための手続である（人身保護法 2 条参照）。人格権にもとづく回復・妨害排除請求権を根拠とし、「無権限又は違法な物理的拘束から被拘束者を釈放する」ことを目的とする。請求が認められるには、①拘束者が被拘束者を拘束していることのほか、②その拘束の違法性が顕著であること（人身保護規則 4 条本文）、及び③他の方法によっては相当の期間内に救済の目的が達せられないことが明白であること（同但書）が要求される。

この手続は「民事又は刑事の裁判とは異つた非常応急的な特別の救済方法である」から⁵³、訴訟や審判とは別次元に属し、その適用に際して当該事件が訴訟事項か審判事項かは問題とならない⁵⁴。このことは、両者のいずれとも判断しづらい事件（上記（2）⑥参照）の救済において特に意味をもつ。

人身保護手続が設けられて間もない昭和 24 年からすでに子の引渡しをめぐる争いへの利用は認められており⁵⁵、その後の実務において子の引渡しをめぐる紛争の主戦場は人身保護手続であったといってよい。その理由は手続の迅速性と実効性⁵⁶に求められており、判例でも「〔家事事件手続の利用は〕人身保護法によるほど迅速かつ効果的に…救済の目的を達することができないことが明白である」といわれるほどであった⁵⁷。この判断に先立ち、旧家

⁵² 東京高判平成 29・1・26 判時 2325 号 78 頁。父母の離婚訴訟に際して、父が母に対して子の引渡しを求めた事案であるが、第一審（千葉家松戸支判平成 28・3・29 判時 2309 号 121 頁）では父が子の引渡しを認められれば年間 100 日の面会交流を認めると主張したことが重視され、母に子の引渡しを命じられた。これに対して、控訴審は、面会交流の移行は「総合的に考慮すべき事情の一つ」であり「他の諸事情より重要性が高いともいえない」として、第一審の判断を覆した（その後、事件は上告不受理で決着した。最決平成 29・7・12 LEX/DB 25547054）。

⁵³ 最大判昭和 33・5・28 民集 12 巻 8 号 1224 頁。

⁵⁴ 佐久間・前掲注 31)719 頁、高野・前掲注 37)462 頁。

⁵⁵ 最判昭和 24・1・18 民集 3 巻 1 号 10 頁。

⁵⁶ この手続は「速やかに裁判しなければならない」とされており（人保 6。人保規 11 は「他の事件に優先して、迅速に」裁判するものと定める）、履行確保に勾引・勾留・刑事罰が科される（人保 10Ⅱ・18・26）。

⁵⁷ 最判昭和 59・3・29 判時 1133 号 72 頁。被告側が家事事件手続を利用できる以上補充性要件（人身保護

事審判法においても迅速性、実効性確保のための方策は講じられていたが⁵⁸、それでも人身保護手続の優位は揺るがなかった。

ところがその後、判例は、別居中の夫婦（共同親権者）の一方から他方への人身保護請求において上掲要件②を認めるには「監護が子の幸福に反することが明白であること」を要するとし⁵⁹、要件判断を厳格化した。ここには、人身保護手続に代えて家事事件手続の利用を促す意図があったものと考えられる⁶⁰。

他方、離婚後の夫婦の間のうち親権者から非親権者に対して人身保護請求がなされた事案においては、「拘束者による監護は権限なしにされているものであるから、被拘束者を監護権者である請求者の監護の下に置くことが拘束者の監護の下に置くことに比べて子の幸福の観点から著しく不当なものでない限り…監護権者の請求を認容すべきものとするのが相当である」と判断されており⁶¹、しかも子が同居親（拘束者）のもとで長期にわたり安定的な生活を送っているとしても別居親（請求者）による子の監護が著しく不当なものとはならないとされているから⁶²、親権（監護権）のない同居親との関係では人身保護手続が有効な手段となりうる。

もともと人身保護手続が好んで用いられたのは、利用者からみて他に適当な手段が存在しなかったためである。しかし、家事事件手続の規律や運用が改善されていき、また人身保護手続そのものの迅速性や実効性にも懐疑的な見方が出てくるにつれ⁶³、人身保護手続を用いる意義は相対的に低下しており、子の引渡しをめぐる紛争という事案との適合性からいえば、むしろ「子の利益」⁶⁴を判断基準とする家事事件手続を第一の選択肢を位置づける

規 4 但書）を欠くと主張したのに対して、最高裁は本文のように述べて人身保護請求を是認した。

⁵⁸ 審判前の保全処分につき、従前の実務を明文化するとともに、執行力があることを明確にした（旧家審 15 の 3・旧家審規 52 の 2。家事手続 105 に相当）。

⁵⁹ 最判平成 5・10・19 民集 47 巻 8 号 5099 頁。

⁶⁰ 前掲注 59)最判平成 5・10・19 の可部恒雄裁判官補足意見（園部逸夫裁判官も同調）参照。

⁶¹ 最判平成 6・11・8 民集 48 巻 7 号 1337 頁。

⁶² 最判平成 11・5・25 家月 51 巻 10 号 118 頁。最判平成 11・4・26 家月 51 巻 10 号 109 頁も、子が現に良好な養育環境にあるという理由で要件（イ）を認めなかった原審の判断を否定する。

⁶³ 法律の建前として迅速性が掲げられてはいるが（人保 12IV 本文・15・20・21、人保規 11 ないし 13・29・36 本文など参照）、例外規定もあり（人保 12IV 但書、人保規 36 但書）、また準備調査（人保 9）や弁護士強制（人保 3・14、人保規 31）は運用次第で遅延を招くことになると指摘される（高野・前掲注 37）450 頁以下）。家事事件手続においても迅速化が進んでいることを考えると、これを人身保護法の強みとして強調しづらくなっている。他方、実効性についても、本文に述べたように人身保護請求が認容されれば事実上の執行に期待することができるが、そもそも認容のハードル自体が高くなっており、いかなる状況の子についても確実に引渡しを実現できるような手続ではない。

⁶⁴ 人身保護法の母国であるイギリスでは、判例により父母が人身保護手続により子の監護権を争う場合にはいずれに監護させるのが子にとって真の幸福となるかという観点から判断することとされているが、日本の（実定法としての）人身保護法の解釈としてそうした観点を持ち込むことは難しい（前掲注 59)最判平成 5・10・19 の可部恒雄裁判官補足意見参照）。

べきであろう。今後、人身保護手続を活用すべき場面があるとすれば、判例⁶⁵の示唆するように、①家事事件手続を履践したが奏功しない事案⁶⁶、あるいは②DV・虐待が強く疑われる緊急性の高い事案⁶⁷、に限られる。

人身保護請求の要件を充足する場合、認容判決が下される（主文には「被拘束者を釈放し、請求者に引き渡す」との文言が用いられる）。この判決に執行力はないものの、審問期日には必ず被拘束者（子）が出頭することになっていることとの関係で（人身保護規則 30 条柱書）、事実上認容判決と同時に子の引渡しも完了する⁶⁸（これが、人身保護手続に実効性があるといわれるゆえんである）。

4 子の引渡しの強制執行

上記 3 で言及した手続のうち、(1) や (2) により債務名義を獲得した別居親は、その後どのように子の引渡しを実現することになるのであろうか（なお、(3) については上述のように執行は事実上問題とならないため、ここでは省略する）。

まず、家事事件手続における履行確保手段として履行勧告が用意されているが（2 (1) 参照）、ここでは調査官が任意の履行を促すにとどまるから、実効性は高くない。

次に、同じく家事事件手続として、再度の審判や調停を求めることも考えられる。ただ、より現実的かつ具体的な方法による引渡しを命じあるいは合意することができるとも

⁶⁵ 最判平成 6・4・26 民集 48 巻 3 号 992 頁。棚村政行「人身保護法による子の引渡請求と拘束の顕著な違法性」水野紀子ほか編『民法判例百選Ⅲ親族・相続〔第 2 版〕』（有斐閣、2018）93 頁も参照。

⁶⁶ 学説には、強制執行の不能をまつまでもなく任意の引渡しに応じないことをもって足りるとの立場があり（中山・前掲注 44）53 頁。梶村ほか・前掲注 40）12 頁も同旨）、実務上も審判や保全処分に応じなければ人身保護手続に移行するのが実情であるとされているが、強制執行の手続を経ないで人身保護手続を用いることに懐疑的な見解もある（杉山初江『民事執行における「子の引渡し」』（民事法研究会、2010）25 頁）。なお、ハーグ条約実施法（本文後述 4 (4)）にもとづく返還決定への違背についても、審判へのそれと同様に解される（最判平成 30・3・15 民集 72 巻 1 号 17 頁）。

⁶⁷ もっとも、DV や虐待の事実があってもそれを立証することは容易でない（瀬木比呂志「子の引渡しに関する家裁の裁判と人身保護請求の役割分担—子の引渡しに関する家裁の裁判の結果の適正な実現のために—」判タ 1081 号（2002）58 頁）。他方、引渡しや面会交流を嫌う一方親が他方親の DV 等をでっちあげの可能性も否定できず、裁判例には審判にもとづく面会交流を回避する目的で虚偽の DV 支援措置申出をおこなったとして妻に対して夫への損害賠償を命じたものもある（名古屋地判平 30・4・25LEX/DB 25560553。ただし、報道によれば、控訴審である名古屋高判平成 31・1・31 は地裁判決を取り消し、請求を棄却したとのことである）。

⁶⁸ 審問の間は子を（同居親と引き離して）別室に待機させておき、認容判決が言い渡された場合は別居親にその子を引き渡すこととしているという（杉山・前掲注 66）24 頁）。こうした運用との関係で、上告審で請求認容との判断に至っても、被拘束者の出頭を確保する必要から原審に差し戻す扱いである（前掲注 62）最判平成 11・5・25、前掲注 66）最判平成 30・3・15 など参照）。

かく、再度の審判等でも抽象的に「子を引き渡せ」としか命じられないとすれば、履行可能性が高まることはほとんど期待できない。

さらに、損害賠償請求による救済の可能性もないではないが⁶⁹、この方法ではたとえ請求が認められたとしても子の引渡しは実現されない。

結局、わずかでも実現に至る可能性があるのは、民事執行法にもとづく強制執行の手続を利用することだけである。問題はその具体的な手続であるが、有体物の引渡しの場合には、権利者は直接強制、間接強制のいずれかの方法によりその強制的な実現を図ることができる。直接強制の場合、対象物が動産であれば「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、不動産であれば「執行官が債務者の不動産等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」による（民事執行法 168 条 1 項・169 条 1 項）。間接強制の場合は、権利者への間接強制金の支払を義務者に命ずる方法による（同 173 条・172 条 1 項）。もちろん、対象物がどのような形状・性質のものであるかによって具体的な執行の手順に差異が生ずる可能性はあるが、少なくとも執行債権者が方法選択に迷うことはない。

これに対して、子の引渡しの場合、権利者はいかにしてその強制的な実現を図ることができるのだろうか。民事執行法の用意する方法を用いるとすれば、直接強制、代替執行、間接強制の 3 通りの可能性があるが、民事執行法にも、あるいは家事事件手続法にも、権利者がこのうちいずれを用いることができるのか定めた規定は見当たらない。それゆえ、現状では執行方法の選択もその具体的な手続過程も解釈によらざるを得ないのであるが、四 2 (4) で指摘したように子の引渡しは何を意味するのかという点にさえ理解の一致がないために、その解釈もやはり一致をみていない。

子の引渡しの強制執行において最も重視すべきは、実効性の確保である。学説には、実効性を後退させてでも当事者間の会合を重視すべきとの主張もあるが⁷⁰、子を引き渡すかどうかを協議・審理する段階であればともかく、「子の利益を最も優先して考慮」（民法 766 条 1 項）した結果として「子を引き渡せ」という債務名義が作成された以上は、その内容を実現することこそが、当事者の（別居親・同居親のみならず、子にとっても）最善の利益になると解する。仮に債務名義が画餅に帰すことになれば、「子の利益」が実現されないばかりか、司法への信頼性が損なわれ、ひいては自力救済という名の力づくでの子の奪取

⁶⁹ 子を引き渡すよう命ずる審判及び保全処分に従わないことが別居親に対する不法行為を構成するものとした裁判例（東京地判平成 24・6・29 LEX/DB25495235）、あるいは同居親が（間接強制金決定にもかかわらず）面会交流を命ずる審判に従わないことが別居親に対する不法行為を構成するものとした裁判例（東京地判平成 29・11・10 LEX/DB25550353）参照。

⁷⁰ 村上正子ほか『手続からみた子の引渡し・面会交流』（弘文堂、2015）141 頁〔安西明子〕。ここでは、ハーグ条約実施法（本文後述四 4 (4) 参照）に「単に結果を実現するのではなく、今後…継続していく当事者間の関係に配慮した手続像」が見出されけるとするが、本稿では実効性を確保することこそが将来の「当事者間の関係に配慮」することになるものと考えている。

を誘発するおそれもある。また、究極的には強制執行で子の引渡しが実現されるという確たる見込みがあることで、引渡しを求められている側が不毛な争いを回避し、妥協点を探る気持ちになれる場合もあろう⁷¹。

子という生身の人間を執行の対象とするがゆえの限界もあるが、以下では実効性ある手続を志向することを基本的な視座としつつ、間接強制及び直接強制の2つの方法を軸に⁷²子の引渡しの強制執行の現状について検討する。

(1) 間接強制

間接強制が可能である点については、実務上も学説上も異論はみられない。

なお、判例は、面会交流を命ずる審判・調停にもとづく間接強制を実施するには「監護親がすべき給付の特定に欠けるところがないこと」を要するとするが⁷³、子の引渡しとの関係では特定性を厳格に要求していない。

間接強制はもともと債務者に心理的圧迫を加えて任意の履行を促すという意味で文字どおり間接的な執行方法であるが、子の引渡しを強制する手段としてみた場合には別の意味でもその実効性に疑問符がつく。というのも、有体物（財物）の場合、間接強制金の負担が当該物を保有しておくことによる経済的価値に釣り合わなければ債務者は物の引渡しに応ずるであろうが、子の引渡しの場合、債務者は経済的利益のために子を手元に置いているわけではないため、金銭的負担が重くなったからといって直ちに子を手放すという判断には結びつかないからである。

さらにいえば、強制執行にまで至るというのは、子の引渡しをめぐる審判の各過程及び履行勧告における調査官の度重なる働きかけにも応じなかったということであり⁷⁴、債務者の履行拒絶の意思は相当強固であると見込まれる。そのような者に対して間接強制という手段のみをもって対峙しても、子の引渡しの確実な履行が確保されるとはいいがたい。

(2) 直接強制の可否

学説には、直接強制を認める立場と、認めない立場に大別できる。前者は直接強制肯定説といえるが、論者もあらゆる事案で直接強制ができるのではなく、一定の範囲、

⁷¹ 加藤誠＝宮下節子「家庭裁判所における子の引渡しをめぐる紛争とその解決の実情」新民事執行実務 14号(2016) 11頁。ごねても結局は拒めないと確信すれば、引渡しを争うことに代えて別の妥協点（例えば、面会交流の充実）を見出す方向に気持ちを切り替えやすいであろう。このほうが、子にとっても親にとっても、実現されるのかされないのか不透明な状況が続くよりよほど望ましい。

⁷² 代替執行は、子の引渡しの強制執行の方法としては従前ほとんど顧みられてこなかった。ただし、ハーグ条約実施法（本文後述四4(4)参照）において採用されたこととの関係で、この方法が将来的な選択肢の一つとして浮上している（本文後述四4(4)②・後掲注102参照）。

⁷³ 最決平成25・3・28民集67巻3号864頁、最決平成25・3・28判時2191号46頁（平成24年（許）第41号事件）、最決平成25・3・28判時2191号46頁（平成24年（許）第47号事件）。

⁷⁴ 加藤＝宮下・前掲注71)16頁参照。

要件のもとで認めるとしている。こちらが学説上は多数派であるといつてよい⁷⁵。それに対して、後者は、間接強制しか認めないという立場⁷⁶と、不作為執行によるべきという立場⁷⁷とに分かれる。不作為執行説は、(子の引渡しが不作為義務であることを前提に)「債務者の費用で、債務者がした行為の結果を除去し、または将来のため適当な処分をすること」(改正前民法 414 条 3 項)ができると解する立場であり、直接強制を否定しつつ、実質的にそれと同じ結果を求めようとするものである。

直接強制を全面的に又は部分的に認めない理由として挙げられるのは、子の引渡しは不作為債務であること(不作為執行説)、根拠条文がないこと、(直接強制肯定説が動産引渡しの規定を準用又は類推適用することに対して)子と物とを同視すべきでないこと、などである。しかし、子の引渡しを不作為債務に限定することに必ずしもコンセンサスがあるわけではないため(四 2 (3) 参照)、第一の理由は決定的な理由とはならない。また、第二の理由についても、直接の根拠条文が存在しないことは確かであるが、直接強制を明確に否定しているわけではないし、手がかりとなる規定はあるから(民事執行法 169 条)、これも決定的な理由とはならないであろう⁷⁸。第三の理由は、直接強制の可否の問題と(それが可能である場合の)方法の問題とを混同しているものであって、これも十分な理由とはならない。

(1) にみたように、間接強制だけでは実効性に不安がある以上、より直接的な手段を選択する余地を認めることは不可欠である。間接強制説の懸念する点(上記第三の理由)は、直接強制を否定することによってではなく、適用範囲や実施方法を工夫することによって解消すればよい。

実務でも、かつては直接強制を認めない裁判例の存在もあって⁷⁹、直接強制の可能性を否

⁷⁵ 兼子・前掲注 19)278 頁、三ヶ月章『民事執行法』(弘文堂、1981) 413 頁、高野・前掲注 37)457 頁、梶村・前掲注 42)169 頁、斎藤和夫『民事執行法—非金銭執行編』(信山社、2017) 68 頁、佐上・前掲注 5)391 頁など。

⁷⁶ 沼辺・前掲注 31)279 頁(ただし、訴訟による引渡請求の場合)、香川保一監修『注釈民事執行法〔第 7 巻〕』(金融財政事情研究会、1989) 239 頁(高世三郎)。

⁷⁷ 山木戸克己「幼児の引渡」中田淳一=三ヶ月章『民事訴訟法演習Ⅱ』(有斐閣、1964) 241 頁、石川明編『民事執行法』(青林書院新社、1981) 282 頁(斎藤和夫)、中野=下村・前掲注 27)802 頁、斎藤・前掲注 75)81 頁(村上ほか・前掲注 70)120 頁以下〔上原裕之〕も同趣旨か)。もっとも、子の引渡しの執行における問題の核心は「引き渡せ」と命じられた債務名義の扱いであり(不作為義務を掲げる債務名義が形成された場合に不作為執行をなしうることはだれしも否定しないであろう。佐久間・前掲注 31)719 頁参照)、その文言を乗り越えて一律に不作為義務であることを前提に執行するというのは、強引な印象を拭えない。

⁷⁸ 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) 394 頁〔山崎〕、本間義信「子の引渡請求の執行方法」伊藤眞ほか編『民事執行・保全判例百選』(有斐閣、2005) 177 頁。なお、現在立法化に向けた議論が進行中である点について、本文後述四 4 (4) ②参照。

⁷⁹ 古くは前掲注 22)大判大正 1・12・19 が、最高裁では最判昭和 38・9・17 民集 17 巻 8 号 968 頁が、直接強制が否定されるべきことを示唆している。また、下級審裁判例では、札幌地決平成 6・7・8 判タ 851 号 299 頁がある(この決定は実務に強く影響した。とりわけ札幌高裁管内では直接強制に否定的な運用が

定する運用がされていたが⁸⁰、現在では直接強制を認めたうえで試行錯誤しながらその適切なあり方を模索する運用に変わっているといわれている⁸¹。

(3) 直接強制の実施方法

子の引渡しの直接強制が許されるとして、次に検討すべきは、その具体的な実施方法である。基本的な流れは動産引渡執行に準ずるとはいうものの、子の引渡しという事件のもつ性質上（この事件類型は本稿の冒頭一で挙げた家事事件に特有の事情①ないし③をすべて備えている）、その手続は財産事件の執行とはかなり様相を異にするものとならざるをえず、多くの部分が運用上の工夫の積み重ねにより形づくられている⁸²。

以下では、議論の多い点のいくつかを取り上げる。

(a) 直接強制の適用範囲

一般論として直接強制が可能であるとしても、あらゆる事案で許されるわけではない。

まず、債務名義に掲げられた給付が直接強制になじまない場合、例えば主文に「Yは、Xが子を引き取ることを妨害してはならない」と記載されている場合⁸³、Xが直接強制を求めることはできない（この場合は、間接強制によるべきことになる）。

次に、子に意思能力がある場合、直接強制の可能性を否定する見解が少なくない⁸⁴。意思

地地域よりも長く続いていたようである。杉山・前掲注 66)98 頁・99 頁・206 頁参照)。

⁸⁰ 直接強制の申立てがあっても窓口で受理できない（受理しても却下される）ことを説明して引き取ってもらうか、どうしても申立てをするという場合には受理した後に却下する扱いであった（山崎＝山田編・前掲注 78)393 頁〔山崎〕）。なお、最高裁判所事務総局民事局の監修する『執行官提要』においても第 4 版（平成 10 年）までは直接強制が否定されており、民事局がそうした見解に立つ以上、現場も消極的にならざるをえなかったであろうと思われる（杉山・前掲注 66)97 頁）。

⁸¹ 小津亮太「国内の子の引渡しの強制執行における専門家の関与の取組みと留意点」新民事執行実務 14 号（2016）3 頁。直接強制が認められるようになった時期は地域によって異なるが、例えば東京地裁では平成 18 年にはそうした方針での運用がなされていた（青木晋「子の引渡しの執行実務」新民事執行実務 4 号（2006）89 頁。同 94 頁では大阪地裁の執行官室においても同様の取扱いであると紹介されている）。

⁸² 村上ほか・前掲注 70)186 頁〔内田義厚〕は、家事債務としての特殊性に配慮した運用を「ソフトな強制執行」と称する。

⁸³ 実務上こうした例がないわけではない。札幌家審平成 8・8・5 家月 49 卷 3 号 80 頁では、申立人が子を引き渡せとの審判を求めたのに対し、妨害排除の限度で申立てを認めるとして（一部認容との趣旨か？）、本文に掲げたような主文を用いて審判を下した。その理由は、「〔子〕の年齢（満 7 歳の小学 1 年生）や心身の発達程度に鑑み、その情操面に与える影響を考えると、本件において〔子〕の引渡しにつき直接強制を肯定するのは相当でないから」とであるとされている。なお、梶村ほか・前掲注 40)27 頁は、「妨害してはならない」との申立ての趣旨に対して「引き渡せ」との主文を用いることも（あるいはその逆も）可能としている。

⁸⁴ 兼子・前掲注 19)278 頁（実体上引渡請求が成立せず、執行吏も子の意に反してその行動を束縛できないから）、三ヶ月・前掲注 75)413 頁（子に意思能力があり執行に反抗する場合には「執行を差し控える（執行不能とする）」と述べており、強制執行の実施自体は認める趣旨か）。また、斎藤・前掲注 75)68 頁（意思能力がある子が引渡しを拒む場合には執行適格を欠くとする）、佐上・前掲注 5)391 頁（意思能力のない

能力がある子に対して（その意に反して）直接強制するのは人権擁護の観点から問題がある、というのである。しかし、意思能力のある子であっても執行の態様次第ではその子の権利・利益を害することなく執行を了することは可能であろうし、反対に意思能力のない子であれば物と同視してよいわけでもなく、その人権に配慮すべきことは当然である。結局はやり方の問題であって、一律に執行の対象から外す必要はないであろう。また、意思能力の有無で区別する場合、それをいつ、だれが、どのように判断するかという問題も浮上するが、仮に執行段階で執行機関（執行官）に判断させるべきものと考えているとすれば妥当でない⁸⁵。意思能力の有無という、法的知見はもとより児童心理学的知見をも必要とするような判断は、家庭裁判所にこそ担わせるべきであろう。

したがって、債務名義に「子を引き渡せ」と記載されている限り、執行機関としてはそれに従って直接強制の手続をとることができるものと解する。もちろん、その前提として、子の意思能力の有無及び意思の内容が家庭裁判所における調査官の調査等を通じてきちんと吟味され、その結果が正確に債務名義に反映されていなければならないことはいうまでもない⁸⁶。

(b) 有形力の行使

動産引渡執行においては、執行官は「債務者の住居その他債務者の占有する場所に立ち入り…目的物を搜索することができ」、「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ができる」（民事執行法 169 条 2 項・123 条 2 項）。また、「職務の執行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」もできる（同 6 条 1 項本文）。

では、子の引渡執行に際しても、執行官は同様に債務者の住居⁸⁷に立ち入って子を搜索し

子にしか「子の引渡しの執行」ができないとする）は、子に意思能力がある限り、（直接強制はもちろん）間接強制も認めない趣旨であると思われる。

⁸⁵ 梶村ほか・前掲注 40)67 頁、梶村・前掲注 42)168 頁、青木・前掲注 81)89 頁。なお、山崎＝山田編・前掲注 78)395 頁〔山崎〕も本文の理由から意思能力にかかわらず直接強制を認めるが、これは直接強制においても有形力の行使はすべきでないとの立場をとる（同 397 頁）こととも関連するのであろう。以上に対して、瀬木・前掲注 67)61 頁は、執行方法の適法性を審査するのは執行機関の職責であるとする。

⁸⁶ 引渡しを命ずる家庭裁判所が直接強制を適当でないと判断するならば、債務名義の記載からそれが明らかになるよう、（不作為義務の形をとるなどして）主文の表現を工夫すべきである（梶村ほか・前掲注 40)68 頁、最高裁判所事務総局家庭局「平成 7 年度家事事件担当裁判官協議会における協議結果の概要—子の引渡事件の処理に関し考慮すべき事項—」家月 48 巻 11 号（1996）49 頁、梶村・前掲注 42)173 頁、杉山・前掲注 66)273 頁）。なお、学説には、「子を引き渡せ」という債務名義について執行機関が諸般の事情から義務の内容（なす債務か、与える債務か）を判断し、それに応じて執行方法を選択すべきと解するものもあるが（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）143 頁）、義務の内容は裁判機関が判断すべきものであって執行機関にゆだねることは不可能ないし不適當であろう（同 145 頁でもその不都合は指摘されている）。

⁸⁷ 子の引渡しの強制執行の場合、子が債務者の住居にいないために、あるいは債務者の妨害を避けるために、債務者の住居以外で執行することがある。例えば、債務者に頼まれて子の面倒を見ている祖父母の家、

たり、施錠された戸を開扉したり、抵抗（債務者が執行官に対して直接暴力・脅迫行為に及ぶ場合のほか、バリケードを設置するなどして立入りを妨げる行為なども含む）を力づくで排除したりすることができるのだろうか。動産執行の規定を準用ないし類推適用するとされていることからいえば、可能と解されるであろう。

もっとも、債務者本人に対してはもとより、ここでは子に対する影響をも考慮する必要があるため、抵抗排除といっても例えば債務者と執行官とで子の両手を引っ張り合うような態様での有形力の行使は、やはり認めるべきではないだろう。その半面、およそ債務者や子の身体への有形力の行使を認めないというのでは⁸⁸、直接強制という執行方法を認めた意義がない。債務者に寄り添って離れない子を抱きかかえて連れ出す程度の有形力の行使は、状況にもよるが、認められてよいのではなかろうか⁸⁹。

(c) 事前準備の必要性

事前準備というのは動産引渡執行においてはあまり耳慣れない言葉であるが、子の引渡しの直接強制の実務ではその必要性が強く認識されているものであり、その内容は文字どおり子の引渡しの直接強制に先立っておこなう準備作業である。具体的には、手続を円滑に進めるために必要な情報の収集及び関係機関との情報共有を主な内容とする⁹⁰。情報収集として、執行官は債権者や代理人から執行場所（同居親の住居等）の間取りや周辺の状況、生活時間等を聞き取ったり、家事事件における調査報告書の写しの提出を受けたりする。また、情報共有のために債権者及び代理人と当日の手順等について綿密な打ち合わせをしているほか、家庭裁判所調査官との事前ミーティングをおこなう例もある⁹¹。

(d) 子の拒絶と説得

債務者本人は子の引渡しに納得していても、子自身が債務者と離れて債権者のもとへ行くのを拒むことがある。このようなとき、（拒絶の意思を表せるということから一応言語的コミュニケーションは取れるものとして）執行官はまず子の説得⁹²を試みることになるが、

子の通う保育園や幼稚園、学校などである。そうした場所に立ち入ることは執行官の権限（民執 169Ⅱ・123Ⅱ）に含まれないため、当該建物の管理者の承諾を要する。

⁸⁸ 山崎＝山田編・前掲注 78)398 頁。

⁸⁹ どこまでの有形力行使が認められるかは、裁判所や執行官によっても感じ方が異なるようであり、難しい問題である。杉山・前掲注 66)206 頁では、大阪高裁管内の実務として全件で警察官の援助を得、解錠執行をし、監護親から引き離してでも執行する方針が紹介されているが、同時にこれを聞いた他地域の執行官の「かなり強烈な印象を受けた」との声も紹介されている（同 209 頁）。

⁹⁰ 稲田知江子「子の引渡しの強制執行―事例を基に―」新民事執行実務 14 号（2016）20 頁、竹田光広ほか「座談会 国内の子の引渡執行の実情―子奪取条約実施法施行以降の動向―」同 45 頁以下参照。

⁹¹ 青木・前掲注 81)90 頁が東京地裁の実務として紹介する。また、杉山・前掲注 66)283 頁では神戸、横浜の各地裁でも家裁との連携を進めていることが紹介されている。もっとも、運用上の工夫であって制度上の連携が確保されているわけではないから、例えば調査官が執行の現場に臨場して子を説得するというようなことは難しいと思われる（山崎＝山田編・前掲注 78)401 頁、瀬木・前掲注 67)64 頁、青木・前掲注 81)95 頁注 10、杉山・前掲注 66)210 頁）。

⁹² 子の扱いについて専門的な教育を受けているわけではない執行官が「説得」としてできることには、子

ある程度の時間をかけて説得しても子の拒絶⁹³が続く場合はどのように処理すべきか。

一部には、説得に応じなければそれまで（執行不能）、という考え方も存在するところである⁹⁴。確かに、執行官が臨場して説得にあたること自体に（単なる履行の促し以上の）一定の効果があることは否定できないが、直接強制がこれに尽きるというのではやはり実効性の点で不満が残り、あえてこの方法を選択する意義の大半が失われてしまう。また、家庭裁判所において子の意思を慎重に確認し、専門家の意見も踏まえて吟味した結果が「引き渡せ」という判断である以上、それを実現することが最も子の真意や子の福祉に沿うはずである。そうであれば、執行の場で重ねて子の意思を問うことは、一見すると子の人格を尊重するようにみえて、結果的には子の利益に反する事態を招く可能性がある。

また、仮に直接強制に際しては執行官による子の意思の確認を必須とし、それにより執行の成否が左右されるということになれば、子は事実上その場で父母のいずれを取るかの選択を迫られることになり、子にとっては（ある意味ではその意に反した執行以上に）残酷な仕打ちである。家庭裁判所における調査官の調査に際してもこうした形での質問（「パパとママ、どっちと暮らしたい？」等）は差し控えるのが通常であり、児童心理の領域に関して専門外である執行官であればなおさらこうした発問や意向確認をすることは慎むべきであろう。

したがって、ここでも、上記（a）で述べたのと同様、「引き渡せ」という債務名義がある以上は、執行段階での子の意思にかかわらず執行できると解する。債務名義作成時点と執行時点とで子の意思が変わっていることは、再審判や再調停申立ての理由にはなっても、直接強制を妨げるものではない。ただし、拒絶の意思の発露として子なんらかの行為に出た場合（執行場所から逃げ出す、抵抗して暴れる等）、子や関係人の安全確保のためにそれ以上執行を続けられないという事態はありえよう。

（4）新たな立法とその影響

現在実施されている子の引渡しの直接強制は、前述のように、法律の規定のないところから実務が工夫を重ねて運用してきた成果であるが、近時、日本が「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」）へ加盟し、その実施のための内国法である「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

の年齢や理解力にもよるが、やはり限界があろう。

⁹³ 何をもって「拒絶」とみるかは、難しい問題である。子が「別居親のもとには行かない」と明言したとしても、それは同居親への遠慮からくるものかもしれないし、あるいは同居親が事前に覚え込ませたものかもしれない、子の真意であるとは限らない。発言の裏にある子の真意を読み取ることは専門家にとってさえ簡単なことではなく、その意味でも（本文後述のように）子の拒絶を理由にそれ以上の執行を諦めるという態度は適当でないように思われるのである。

⁹⁴ 山崎＝山田編・前掲注 78)399 頁。杉山・前掲注 66)182 頁では、執行官の中にも子の意思を尊重したいという立場と債務名義に従いたいという立場の両方があることが紹介されている。

グ条約実施法」)が成立したことに伴い、その規律が同法の適用のない(国内の)子の引渡しの強制執行の実務にも少なからず影響することが予想されるとともに、運用頼みの現状から脱して法律をもって明確な規律を設ける機運が高まっている。

(a) 国内の実務に及ぼす影響

ハーグ条約とは、国境を越えた子の不法な連れ去りや留置をめぐる紛争に対応するための国際的な枠組みとして、子をもとの居住国(常居所地国)に返還するための手続や国境を越えた親子の面会交流の実現のための協力等について定めたものであり、日本では平成25(2013)年に国会で条約の締結が承認され、翌年に署名、発効した⁹⁵。

ハーグ条約では、締約国において条約実施の中心となるべき「中央当局」を定めること(6条)、及び子の返還のために締約国の司法当局(裁判所)がなすべき手続⁹⁶が定められており(12条以下)、それらを定める国内法として新たにハーグ条約実施法が制定された。本稿との関連で重要なのは子の返還のための執行手続を定める部分であるが、そこでは(ア)子の返還の強制執行は代替執行⁹⁷又は間接強制によりおこなうものとし(ハーグ条約実施法134条)、(イ)間接強制金決定の確定から2週間を経過した後でないとして代替執行申立てはできないものとした(間接強制前置。同136条)。また、(ウ)子の引渡しを「債務者による子の監護を解くために必要な行為」と「債務者に代わって常居所地国に子を返還する」行為とに分けたうえ、前者(解放実施行為)を執行官に、後者(返還実施行為)を返還実施者(債権者が想定される)に担わせることとし(ハーグ条約実施法137・138条)、解放実施行為に際しての執行官の権限を明確化している(同140条)。

国内での子の引渡しにおいてはもっぱら直接強制の可否が議論されてきた経緯があり、ハーグ条約実施法がそれとは別の代替執行という方法を選択したことが従来の議論に影響を及ぼす可能性も否定できないが、子の引渡しと子の返還との差異⁹⁸にかんがみれば両者の

⁹⁵ 条約の締結に至る経緯について、詳しくは金子修編集代表『一問一答 国際的な子の連れ去りへの制度的対応——ハーグ条約及び関連法規の解説』(商事法務、2015)参照。

⁹⁶ 面会交流に関しては、中央当局への援助申請に係る規定はあるものの、実施のための裁判及び執行手続に関する規定は置かれていない。ハーグ条約実施法においても同様であり、同法施行後も面会交流の実施に係る紛争は引き続き家事事件手続法の定める手続に服している。

⁹⁷ 立法作業の過程では、代替執行に準ずる仕組み(代替執行類似執行)と整理されていたが、最終的に民事執行法171条を適用しつつ必要な範囲で特則を設けるという形に落ち着いた。経緯の詳細は、村上ほか・前掲注70)37頁ないし52頁〔村上正子〕参照

⁹⁸ 子の引渡しが法的な監護権の所在が明らかになっていることを前提に子をその監護下に置くことであるのに対して(本文四2(3)参照)、子の返還は子を常居住地国に入国させることに尽き、監護権の所在は返還手続の外で扱われる(福島政幸「ハーグ条約及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)43頁。村上ほか・前掲注70)59頁〔村上〕では、このような差異ゆえに子の返還は子の引渡しに比して後者は直接強制を認める正当化根拠が弱いとの考え方が紹介されている)。なお、山本和彦「ハーグ条約実施法の概要と子の返還執行手続」新民事執行実務12号(2014)33頁・34頁は、子の返還を代替的作為義務と解することで代替執行という執行方法が導かれたと分析するが、村上ほか・前掲注70)60頁では請求権(義務の性質)と執行方法の連結を否定するこ

執行方法を揃えることは必然ではなく、国内執行では引き続き直接強制の方法によるという考え方も十分成り立ちうる。

着目すべきはむしろ、この法律が子の引渡し（ハーグ条約実施法でいえば解放）を担う執行官の権限を明確化した点であり、一方では上記（3）で述べたような国内の運用を引き継ぎながら（ハーグ条約実施法 140 条 1 項柱書・同 1 号・同 2 項・4 項など）、他方では新たな規律を設けている（同 140 条 3 項・5 項など）。実務の積み重ねてきた成果を享受しつつも、それを漫然と引き継ぐだけでなく改善、改良を模索するという今次の立法における姿勢は、今後の国内における実務の方向性を定めるうえでも踏襲すべきものである。すなわち、ハーグ条約実施法の規律から示唆を得、それとの整合性を確保するような運用を目指すことが必要になるとともに⁹⁹、その規律にもとづく運用の改善点の模索、検討もなされていく必要がある¹⁰⁰。

（b）新たな立法への動き

子の引渡しの強制執行について明文規定を設けるべきであるという主張は目新しいものではないが、ハーグ条約実施法の成立（及びそれに至るまでの議論の蓄積）が一つの契機となり、ようやくその実現へと動き始めた。

平成 28 年に法務大臣の諮問機関である法制審議会において民事執行法部会が設置され、子の引渡しの強制執行の規律の明確化に関する審議が進められており、平成 29 年 6 月には「民事執行法の改正に関する中間試案」¹⁰¹が、平成 30 年 8 月には「民事執行法制の見直しに関する要綱案」がそれぞれ公表された。

その概要をみると、子の引渡しの強制執行は「直接的な強制執行」¹⁰²と間接強制のいずれかによるものとし、前者としては執行裁判所が執行機関となり、執行官が子の引渡しを実施する方法を想定する。そして、間接強制の前置、債務者審尋を定めるとともに、執行に際しては執行裁判所が決定をもって執行官に子の監護を説くために必要な行為を命ずる旨の規律を置いている（同時に、ハーグ条約実施法についても、この新たな規律に合わせる形での見直しが図られている）¹⁰³。

とによって代替執行という可能性が拓かれたと解しており、子の返還とは何であるかという点については、内国における子の引渡しは何であるかという問題（本文四 2 参照）と同様、見解の一致はみられていないようである。

⁹⁹ 村上ほか・前掲注 70)192 頁〔内田〕、竹田ほか・前掲注 90)49 頁〔竹田〕。

¹⁰⁰ 福島・前掲注 98)51 頁。

¹⁰¹ 「中間試案」及び法務省民事局による補足説明の内容については、株式会社きんざい『民事執行法の改正に関する中間試案』（きんざい、2017）15 頁以下参照。

¹⁰² 直接強制（執行機関を執行官にする）と代替執行（執行機関を執行裁判所にする）の双方を排除しない概念として、このような表現が用いられている。前掲注 101)75 頁参照。

¹⁰³ 本文で紹介した要綱案にもとづいて作成された「民事執行法及び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一部を改正する法律案」は平成 31 年 2 月に国会に提出され、目下衆議院で審議中とのことである（同年 3 月現在）。

五 実効性ある執行のために

1 執行手続の展望

本稿の問題関心は、家事事件に特有の事情を踏まえた執行手続、つまり、紛争当事者以外の者の利益をも尊重し、将来に及ぶ人的関係を断ち切ることのないよう配慮し、かつ、事案ごとに多様な内容をもちうる給付を確実に実現できるような執行手続とはどのようなものか、という点にある（一参照）。

家事事件の中でも上記の事情が際立っているのが子の引渡しであり、これが叙述の大半を占めることとなったが、そこでは適用すべき法律の規定が存在しないという状況のもと、より実効性ある手続を求めて直接強制の可能性が模索され、運用上の工夫が重ねられてきた。そして、実務が試行錯誤の末に集積したノウハウは、ハーグ条約実施法の成立過程での議論及びその適用下での運用からの影響を受けつつ、新たな立法に結実しようとしている（四4（4）参照）。

執行の対象が物ではなく人であり、その利益に配慮すべきであることを明確にする意味でも、また「現場任せ」による執行官の負担¹⁰⁴を軽減する意味でも、規律を設けること自体の必要性は疑う余地がない。ただ、この種の事案は画一的な処理になじまないがゆえに、詳細な手続規定を置くことがむしろ引渡しの実効性や子の利益への配慮を欠く事態を招きかねないという難しさがある。ハーグ条約実施法が採用するいわゆる同時存在の原則（同法140条3項）は、債務者の自発的履行の機会を確保し、子を恐怖や混乱に陥れる事態を回避してその利益を図るためのものであるが¹⁰⁵、これを厳格に要求すると執行に抵抗する債務者とのトラブルを招いたり、執行できる場合が限定されたりするおそれがあり¹⁰⁶、かえって子の利益を害し、場合によっては執行自体できなくなってしまう。したがって、規定を置くにしてもそこには一定の例外や解釈の余地を残しておく必要があるから¹⁰⁷、子の引渡しの強制執行が法律の根拠を得てもなお、執行官にその場その場での裁量的判断が求

¹⁰⁴ 杉山・前掲注66)202頁には、明文規定のないまま子の引渡しの直接強制を実施している現状に対する執行官の声として、「財産についてだけでなく人についても執行官にやらせるのであれば、それに見合った法整備をすべき」、「すべて執行官の判断に任せられてしまうのはどうかと思う」、といったものが紹介されている。

¹⁰⁵ 竹田ほか・前掲注90)36頁〔関述之〕。

¹⁰⁶ 例えば、引渡しを命じられた同居親が日中不在の事案では、同時存在原則を厳格に適用すると（幼少の子に特に負担のかかる）夜間執行しかできないことになる（竹田ほか・前掲注90)35頁〔吉田隆〕参照）。

¹⁰⁷ 進行中の立法作業においてもこの点は意識されている。前掲注101)81頁以下参照。

められる点は変わらない。そうであれば、立法という制度面の整備に加えて、執行官の人材育成の面での改善・拡充が同時に図られる必要がある¹⁰⁸。

将来的な展望としては、さらに、家事事件手続における履行確保制度を取り込んだ一体的な執行手続の構築に向けた動きが出てくるかもしれない（二 3 参照）。現状では、執行機関（地方裁判所）の担う手続に調査官（家庭裁判所）を介在させることは難しいが、民事執行法の枠を超えた手続を構築することができるのであれば、そうした協働が制度的な裏づけをもって可能になるであろう。あるいは、家事事件手続との連続性を確保し、当事者の心理的障壁を取り払うことを考えるならば（二 3②'参照）、家庭裁判所における履行確保制度の枠内に執行手続を取り込み、履行勧告・履行命令と並ぶ新たな履行確保の手段を用意することも選択肢の一つである。民事執行法の中に新たなメニューを加えようとしている今はまだ現行制度を抜本的に作り替えるような議論を持ち出す時機ではないが、いずれその新たな立法のもとでの強制執行の実務が定着し、そこに不便や不都合が出てくることがあれば、上記のような構想が現実感をもって語られることもあるだろう。

2 裁判所による給付内容の具体化

（1）執行裁判所による給付内容の具体化

本来、執行手続は債務名義に掲げられた給付の内容を実現する手続であるから、その内容が抽象的で不明確であれば、強制執行はできないというのが通常のルールである¹⁰⁹。これに対して、子の引渡しの強制執行の基礎となるべき判決や審判は、主文において「子を引き渡せ」と命ずるにとどまり、債務者がなすべき行為を特定していないのが通例である。同じく非金銭的給付である面会交流の実施に関しては、相当詳細な面会要領を定めているのでない限り給付の不特定を理由に間接強制を認めないのに対して¹¹⁰、子の引渡しの強制執行に際してはそうした理由で強制執行を否定する考え方は実務、学説ともに採らないようである（四 4（1）参照）。

子の引渡しを命ずる債務名義が必ずしも具体的な内容を伴わないことは、明文の手続規

¹⁰⁸ 杉山・前掲注 66)285 頁。なお、山本・前掲注 98)39 頁注 60 は、女性執行官を登用する必要性に言及する（三上照彦ほか「執行官のイメージと現状について—女性法律家の視点を交えて—」新民事執行実務 7 号（2009）34 頁によれば、執達吏時代から現在に至るまで女性執行官が存在したことはなく、採用選考への応募すらないという）。

¹⁰⁹ 中野＝下村・前掲注 27)164 頁。記載内容の解釈は執行正本たる文書に限られ、少なくとも直接強制の手続による限り、他の資料（債務名義作成手続で利用された文書、債務者の審尋等）を斟酌することはできない。

¹¹⁰ 前掲注 73) 参照。もっとも、審判や調停において間接強制をなしうるほどに詳細な要領が設けられることはほとんどない。ある程度抽象的な文言で定めておくほうがその時々親や子の都合に合わせてやすく、事情の変化にも対応しやすいからである。

定を欠くことと並んで、直接強制の手続を担う執行官に裁量的判断を強い、負担感を生じさせる要因となっている。この負担を解消することにつながる一つの方策が、強制執行に際して執行裁判所の決定を介在させることであり、進行中の立法作業においては「直接的な強制執行」についてそれを導入する構想がある¹¹¹。

ただ、「子を引き渡せ」をどう具体化して執行するかを、執行裁判所の判断にゆだねることには不安も残る。子の引渡しの具体的態様を決するうえで、執行裁判所は必ずしも適任とはいえないからである。具体性に乏しい債務名義の強制執行に際して執行裁判所がその内容を具体化すること自体の当否については、抽象的差止判決にもとづく強制執行（代替執行）に際して執行裁判所が「将来のため適当な処分」（改正前民法 414 条 3 項）として具体的な作為を命ずることができるとする見解があるから¹¹²、それと同様に解すれば、子の引渡しの強制執行に際してもその達成に必要となる具体的な作為を執行裁判所が特定し、執行官にこれを命ずることができるといえそうである。しかし、この見解には権利判定機関と執行機関の分離に反するという批判¹¹³が可能であることに加え、子の引渡しの強制執行に特有の問題として権利判定機関（ほとんどの場合、家庭裁判所）と執行機関（地方裁判所）とが同一でないことがある。執行機関による実体的判断を許すことになれば、子の引渡しをめぐる紛争の処理を家庭裁判所において一元的に処理することの意義（四 2（3）参照）は大きく減殺されるであろう。

（2）家庭裁判所による給付内容の具体化

執行裁判所や執行官が判断に適さないと考えるとすると、給付内容の具体化は家庭裁判所が審判において子の引渡しを命ずる段階でおこなうよりない。判断時点と現実の執行時点とが離れている点において、より接着した時点での執行裁判所の判断にゆだねるほうがよいのではないかの疑問も生じうるが、子の引渡しについては時間を置かずに執行されることが多いため¹¹⁴、上記（1）に言及する不安を抱えてまで執行裁判所の判断にゆだねるだけの理由にはならないと思われる。

¹¹¹ 本文四 4（4）（b）で言及した中間試案では、「直接的な強制執行」（前掲注 101）参照）として、執行裁判所が「執行官に対し、債務者による子の監護を解くために必要な行為をすべきことを命ずる」仕組みを構想している（前掲注 101）23 頁参照）。

¹¹² 中野＝下村・前掲注 27）820 頁。違反行為が物的状態を残す場合にその除去を命ずるにとどまらず、そうでない場合にもなお具体的な措置を講ずることを命じうるとする。

¹¹³ 松本博之『民事執行法全法』（弘文堂、2011）337 頁。どのような作為を命ずるか（申立債権者の求める措置が適切か）という判断は執行裁判所には困難であり、むしろ判決裁判所の任務であるとする（これに対して、中野＝下村・前掲注 27）825 頁注 12 は、執行機関は訴訟記録を保管し又は債務名義を作成した裁判所なのだから、権利判定機関と執行機関の分離にこだわる必要性は高くないと反論する）。

¹¹⁴ 実務で活用される審判前の保全処分の場合、2 週間しかない（家事手続 109Ⅲ、民保 43Ⅱ）。また、審判から時間が経過すると引渡しを実現することの妥当性そのものへの疑義も生ずるため（本文四 3（2）（c）参照）、債権者はなるべく早期に執行に着手しようとする。

学説ではかねてより引渡しが作為義務なのか不作為義務なのかを書き分けるべきであると主張されており¹¹⁵、実務がこのような審判を発する運用に転ずれば、少なくともどの執行方法によるべきかは債務名義の記載から一義的に明らかになる。これをより具体的に、例えば作為義務として特定の場所において子を引き渡せと命ずることにより、執行段階で執行場所の選択に悩まなくて済むようになる¹¹⁶。不作為義務の形をとる場合も、単に債権者の行為を妨害しないということだけでなく、例えば債権者による引取り行為に際して子を脅したり困惑させたりする言動を弄しないことを命じておけば、執行の実施が円滑に進むことが期待されるほか、間接強制の申立てを容易にすることにもつながる¹¹⁷。

また、子本人の引渡しとともに、子の身の回りの品（特に、幼稚園の制服や学校の教科書など権利者側で代替品を用意することが難しい物）をまとめて引き渡すよう命ずること¹¹⁸、引渡し完了後の監護に支障が生ずる事態を回避できる。

さらに、事案によっては、同居親の別居親に対する行為だけでなく、別居親の同居親に対する行為を命ずることにも一定の効果があると考えられる。子の引渡しは、子が移動した先で適切な監護を受けることを当然の前提とするから（本文四 2 (4)）、その執行を全うするうえでは、同居親による送り出しだけでなく別居親の受け入れ準備も不可欠のものとなるから、同居親、別居親のそれぞれにつき引渡しの実現に向けてなすべき行為を明らかにすることには一定の意味がある。もちろん、多くの事案では、裁判所からの指示・命令がなくとも別居親は子の引渡しのために必要となる行為を進んで実行するであろうが、別居親と同居親との感情的対立が深刻な場合には（強制執行にまで至る事案ではこうした場合が多いと見込まれる）、別居親の態度に起因して子の引渡しがいかにうまくいかないこともある。例えば、次のような例が想定される。

「家事審判において、同居親から別居親への子の引渡しを命じられた。子は幼少期より数年にわたって同居親のもとで養育されており、別居親との交流がほとんどなかったため、別居親にはあまり懐いていない。同居親は子の引渡しには応ずる意向を示したが、子の意思に配慮し、引渡しに先立って子と交流の機会を持つことを提案した。具体的には、短時間の面会から宿泊を伴う面会へと段階を踏みながら、時間をかけて子の気持ちをほぐした

¹¹⁵ 前掲注 86) 参照。

¹¹⁶ 基本的には債務者の住所で執行するが、債務者の抵抗を予期して子の通う保育園・幼稚園・学校などを選ぶことがあるほか、それら施設の協力が期待できない場合は（その適否はともかく）通学路上で執行される事案まであったようである。現状では事前準備（本文四 4 (3) (c) 参照）の段階で執行官と債権者（代理人）が協議して選定しているが（なお、ハーグ条約実施法 140Ⅱも参照）、引渡しを命ずる際に明示されていれば協議の手間が省けるほか、保育所等での実施に際して施設管理者の承諾（前掲注 87) 参照）を得られやすくなる利点もある。

¹¹⁷ 不作為義務に係る間接強制の場合、強制金決定を得るには不作為義務に違反するおそれの立証を要する（最決平成 17・12・9 民集 59 巻 10 号 2889 頁）。義務の内容が明確であれば、義務違反のおそれを立証することは容易になる。

¹¹⁸ 調停の場合は、こうした福岡家裁平成 26 年 1 2 月 4 日判時 2260 号 92 頁参照。

うえで引渡しの日を迎えることが望ましいと提案したのであるが、別居親は強硬に即時の引渡しを主張したため、直接強制に至った。執行当日、執行官は子に別居親のところへ行こうと説得を試みたが、子は拒絶し、戸外に連れ出されまいと激しく抵抗したため、執行は不能に終わった。」¹¹⁹

仮に、上記の例で、①別居親に子との事前交流の機会をもつことを命ずるとともに、②同居親には①に掲げる事前交流をさせること、及び特定の場所において自らも立ち会う形で子を引き渡すことを命ずるなどしていれば、結果は違っていたかもしれない。もとより①は、調停や審判の過程で別居親に対して働きかけることを通じて自発的な実施に至ることが望ましい事柄であり、これを付加したから確実に引渡しが実現するという保証もないが、やみくもに引渡しを求める別居親に対して子の心情に配慮する必要性を認識させる一助にはなろう。

親権にもとづく妨害排除請求として子の引渡しを命ずる方法では、こうした給付は実現しえない。訴訟ではその構造上、被告が原告に対して一定の行為をなすよう命ずることしかできないからである。しかし、家庭裁判所の定める「子の監護について必要な事項」としての給付であれば（家事事件手続法 154 条 3 項）、文字どおり子の監護に必要である限りは、その方向や内容を柔軟に定めうる。別居親の同居親に対する権利主張であるという発想から離れることには（四 2（3）参照）、こうした給付内容の柔軟化を説明しやすくする意味もある。

六 おわりに

強制執行の実効性を確保するにはどうすればいいかと考えたとき、執行手続をより直接的かつ強力なものとするのがまず頭に浮かぶであろう。

子の引渡し強制執行についても同様であり、執行手続（とりわけ直接強制の実施方法）をより明確かつ強力なものとするのが必要であるとの認識が早くから共有され、現にそうした方向の議論が進んでいることはすでに述べたとおりである。

しかし、子の引渡しという事件類型の特殊性にかんがみれば、執行手続だけを強化しても救済の実は挙がらないということもまた、多くの論者によって共有されている問題意識である。ここでは、解決の目的を引渡しの執行という一点に定めるのではなく、現在の監護から引渡しを経て将来のより適切な監護につなげるという展望的視野に立ったうえで、家庭裁判所における紛争処理から引渡しの実現に至るまでを一連のものとして実効性確保のための方策を考えなければならない。本稿では、家庭裁判所の果たすべき役割を重視し、

¹¹⁹ 最判平成 18・10・12 判時 1950 号 173 頁の事案を参考にした。この事案では、直接強制による執行を強行したことにより引渡しの目的が達せられなかったばかりか、以降は子が連れ去りを恐れて外出を拒む状態になるなど、事態がさらに悪化した。

紛争処理を一元化するとともに、執行を見据えてより具体的な給付内容を形成することを提言した。当初は執行手続だけに着目した近視眼的発想から出発したが、研究を進めていくにつれ、上記のような前提があってこそ執行手続を通じてより迅速かつ確実に給付内容を実現することができるということに思い至ったからである。

執行手続の実効性への信頼は、子の引渡しを命じられた親を任意履行へと導く動機づけになり、ひいては家庭裁判所の判断をまたず親が実力で子を奪い合うような泥仕合を抑止する効果をもたらすことも期待される。それだけでなくとも父母のいさかいに心を痛めているであろう子にかかる負担を少しでも減らすには、そして父母の双方が将来にわたり子との良好な関係を維持していくためには、紛争の解決のみならず拡大防止に意を用いることもまたきわめて重要であろう。

なお、本稿では触れることができなかったが、非金銭的家事債務としては面会交流も大きな柱である。子の引渡しの実現には、事前に面会交流の機会を設けておくこととともに¹²⁰、事後の面会交流についての取り決めとその実効性確保も非常に重要な意味をもつ¹²¹。仮に子を引き渡しても面会交流がきちんとでき、子とのつながりは失われないのだと納得すれば、同居親も引渡しに応じやすいからである。面会交流については、直接強制の可能性が否定されるなど、子の引渡しとは問題状況が大きく異なっているが、その履行確保の必要性は子の引渡しに勝るとも劣らない。これについては、今後の検討課題としたい。

※本研究は JSPS 科研費 JP16H01985、JP17H06508 及び JP18H03611 の助成を受けたものです。

¹²⁰ 高野・前掲注 37)478 頁。

¹²¹ 前掲注 71)も参照。