

## Ⅳ 子の引渡し of 強制執行

村上正子

### 1 はじめに

本稿では、令和元年民事執行法改正のうち、子の引渡し of 強制執行を取り上げる。改正では、民事執行法において子の引渡し of 強制執行に関する規律が明確化され、債権者の迅速な権利実現と子の福祉に配慮した手続の構築が目指された。手続の大まかな流れは、①執行裁判所が執行機関となり、②執行官に子の引渡し of 実施を命ずる旨を決定し、③執行官が執行場所へ赴き、債務者による子の監護を解いて債権者に引渡し、というものである。

以下では、まず改正に至るまでの経緯（1）、改正の概要を説明する（2）。そのうえで、利用者である当事者の視点から手続の流れを追い、債権者の立場からはどこまで迅速な権利実現が可能なのか、あるいは迅速な権利実現のために何をする必要があるのか、また債務者はどの程度手続関与が保障されているのか、さらには子の福祉に配慮した、子の利益に合う手続になっているのか、などを具体的に検証していきたい（3）。

## 2 改正に至るまでの経緯

### (1) 従前の子の引渡し

#### 1) 子の引渡請求権の法的性質と執行方法

民事執行法は、請求権の目的や性質に応じて、異なる強制執行の方法を用意しているが、子の引渡しについてはこれまで明文の規定がなかったため、どのような執行方法をとるかについては長らく議論されてきた。ここでは、子の引渡しに関する請求権の法的性質が執行方法を決定づけるとする考え方が一般的であった（内田義厚「子の引渡執行の過去・現在そして未来」村上正子＝安西明子＝上原裕之＝内田義厚『手続からみた子の引渡し・面会交流』（弘文堂・2015）197頁以下、今津綾子「家事事件における執行手続—子の引渡しを中心に」東北ローレビュー6号（2019）31頁以下、山本・論点解説208頁以下〔久保野恵美子〕などを参照）。

#### 2) 子の引渡しの実現方法の変遷

子の引渡しの実現方法は、人身保護請求による解決から間接強制を経て直接強制を原則とする方法へと変遷を遂げている（以下の説明は西岡清一郎「民事執行法改正後の子の引渡執行」特集12頁以下、内田・前掲171頁以下を参照）。人身保護請求による解決が主流だった時代には、子の引渡しを命じる裁判所の裁判（地裁の離婚請求の付帯処分としての子の監護に関する処分、家裁の子の監護に関する処分（審判）、審判前の保全処分）は、直接強制のための債務名義とはならないと考えられていた。その後最判平成5年10月19日（民集47巻8号5099頁）を契機に、子の引渡しを含め監護権をめぐる紛争は家庭裁判所で解決されるべきであるとの考え方のもと、間接強制の方法が主流になった。ここでは、子の引渡し請求は金銭の支払を目的としない非代替的な作為請求である、あるいは子どもは物ではないとして、間接強制（173条）しかできないと考えられていた。しかし間接強制による実現には限界もあり、平成12年ごろから、徐々に直接強制を原則

とする運用が主流となっていった(169条の類推適用。執行官が執行機関となる)。ここでは、子の引渡し義務は与える債務(債務者の監護から子を解放し、債権者に引き渡す義務)であるとされ、その対象は0歳から12歳の意思能力のない幼児とするのが一般的であったが、執行場所など具体的な方法は子の福祉に配慮して様々であった(園尾隆司監修・杉山初江『民事執行における「子の引渡し」』(民事法研究会・2010)、「座談会・国内の子の引渡し執行の実情」新民事執行実務14号37頁参照)。

これに対して学説では、子の引渡しを命じられた債務者が負う義務について、不作為義務のみか、それに加えて引渡し義務も負うのか、さらには執行方法についても、直接強制によるかどうかの基準として、意思能力の有無のほか、子が奪取されたかどうか、間接強制に実効性がない場合などを挙げたり、子の引渡し請求の法的性格を不作為義務としたうえで、債務者が子の引取りを妨害する場合には、執行裁判所が間接強制のほか、将来のための適当な処分を命じることができる(民法414条3項、民執法171条1項)とする考え方など、様々な議論が見られた(内田・前掲184頁他)。

## (2) ハーグ条約締結と条約実施法の制定

### 1) ハーグ条約締結

この状況を大きく変えたのが、日本が2014年(平成26年)に「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」とする)の締約国となったことである。これに伴い、国内法に先行して、「国際的な子の奪取の民事上の側面に関する条約の実施法」(以下、「実施法」とする)において、国際的な子の返還命令の強制執行の手続が規定され、同年4月から施行された。ハーグ条約とは、国境を越えて不法に留置または連れ去られた子を、直前までの常居所地国に速やかに返還させ、そこで子の監護権についての本案の審理を行わせることが、子の最善の利益に適うとするもので、これによって子の奪取を未然に防止することを目的としている(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』(商事法

務・2015) 21頁他参照)。この目的を実現するためには、奪取された子を速やかに返還することが重要であるが、ハーグ条約は、国内法でとり得る最も効果的な実現方法をとるべきとするのみで、具体的な手続は各締約国に委ねられている。そこで実施法において、返還のための裁判手続と併せて、連れ去り親が任意に返還しない場合に返還命令を強制的に実現するための手続を整備することになった。

## 2) 実施法立案の経緯

実施法立案の過程では、返還命令の執行について、どのような手続を設けるかが議論された（以下は、村上正子「条約実施法の施行とその影響」村上ほか・前掲21頁以下による）。当初の事務局提案は、間接強制に加えて家庭裁判所の履行勧告制度を活用するものであり、返還申立ての相手方である連れ去り親（債務者）の任意の履行を促すための手段を充実させるという考え方が主流であった。ここでは、子の返還は「為す債務」であり、返還を命じる裁判の主文も「子を〇〇国に返還せよ」となると想定されていたことから、直接強制はこれに対応しないのではないかと（執行官が常居所地国まで連れて行くというのは非現実的）と考えられていた。しかしこれに対しては、条約上の義務との関係で、実効性として不十分ではないのか、直接強制が主流となっている国内執行とのバランスから、直接強制も認めるべきではないかという意見も有力であり、中間試案までは、間接強制しかできないか、それとも直接強制も認めるかを中心に議論されてきた。ところが、審議会後半になって、子の返還義務は、代替的な作為義務であるとして、相手方以外の者によっても子の返還を実現することは可能であり、これに対応した強制執行手段である代替執行の制度を、執行対象が子であることに配慮してアレンジするという提案がされ、最終的にはこの提案に基づいて具体的な手続が整備されたのである。

## 3) 実施法における手続の枠組み（特徴）

実施法施行当時の執行手続は、子の返還申立事件の第一審裁判所である家庭裁判所を執行裁判所として、債権者に授權決定をするとともに、債務

者に代わって常居所地国に子を返還する返還実施者を指定し、債務者による子の監護を解くために必要な行為をする解放実施者として執行官を指定するという第一段階と、執行官による実際の解放実施が行われる第二段階に分かれていた。その手続には以下の2つの特徴があった(山本和彦「ハーグ条約の概要と子の返還執行手続」新民事執行実務12号(2014)33頁以下、西岡・特集13頁以下他参照)。1つは、債権者は上記の代替執行の前に、まず間接強制を申し立てなければならないという間接強制前置の原則である。これは、子の利益の観点から、子の心身に与える負担がより小さい執行方法から順次実施するべきであるという考え方によるものである。間接強制の前置を義務付けることにより、手続が遅滞する恐れも懸念されたが、子を監護する債務者自身が返還することによる子の心理的負担の軽減の可能性をより重視したものである。今1つは、執行官による解放実施は、「債務者の住居その他債務者の占有する場所」で、「子が債務者と共にいる場合」に限ってできるという、債務者同時存在の原則である。これは、債務者の協力を得たうえで返還を実施することが子の利益に資するという考え方によるものであり、債務者にできるかぎり自発的に子を解放させ、常居所地国への移動に必要な準備をするのに協力してもらうためである。また、債務者不在のところでは子を連れだすと、子が状況を把握できず、恐怖や混乱を感じる事が懸念されるためである。

さらに実施法においては、円滑な解放実施のための規定が整備された。具体的には解放実施の際の執行官の権限、専門家(中央当局職員)の立ち合い、執行裁判所又は債務名義作成機関である家庭裁判所と執行官(地方裁判所)との連携などである。これらについては、そのまま改正法に引き継がれているので、詳細については後述する。

### (3) 改正前の執行実務とそれに対する批判

実施法施行後は、国内執行も、実施法を前提とする運用がなされ(ただし間接強制前置はなく、直接強制の執行機関は従前どおり執行官)、事前準備

を充実するという従前の実務運用を継続するとともに、子と債務者の同時存在の原則がとられ、執行場所の選定について従来の運用が見直された（西岡・特集14頁以下、渡邊隆浩＝片山真一「東京地方裁判所執行官による子の引渡しの強制執行の実務運用について」家庭の法65頁以下参照）。

しかし、上述のような特徴をもつ実施法における返還命令の強制執行は必ずしも奏功しなかった（我が国における条約実施状況については外務省領事局ハーグ条約室のHP（[https://www.mofa.go.jp/mofaj/ca/ha/page25\\_000833.html](https://www.mofa.go.jp/mofaj/ca/ha/page25_000833.html)）、織田有基子「ハーグ子奪取条約の履行確保の一側面―条約実施法等改正を中心に―」国際法外交雑誌119巻3号（2020）2頁以下他参照）。実施法に対しては、間接強制前置を一律に要求すると、運用が硬直的になる、同時存在の原則が適用されることが債務者の執行妨害を助長する（子を祖父母に預けるなどして意図的に同時存在の状況を回避しようとしたり、わざと留守にするなど）、債務者が執行場所で激しく抵抗したり、子が執行場所でどちらの親と生活したいか意見表明を迫られたりするなど、子の心身に過度な負担を与えるような状況につながる、等の批判があり（座談会・前掲37頁以下、39頁）、国内外から規定の見直しが要請されていた。国内の子の引渡しについても、特に同時存在の原則が適用されたことが、執行の完了率の低下に影響したとの指摘もある（西岡・特集17頁）。また、平成29年に行われた子の引渡しの直接強制のうち、執行不能は約4割に達し、債務者の抵抗や不在によって執行不能となっている割合はそのうちの4割を占め、子の拒絶によって執行不能となる割合に並んでいる（内野・Q&A271頁）。

### 3 改正民事執行法のもとでの規律

#### （1）基本的な考え方

2016年に始まった民事執行法改正作業においては、ハーグ条約実施法の規律をたたき台として、国内における子の引渡しの強制執行に合わせて必要な改正又は新たな規定を設けるとともに、最終的にはハーグ条約実施法

も国内の規律に合わせて改正された（改正法の下での東京家裁の運用については、村井壮太郎「東京家庭裁判所における子の引渡しの強制執行事件の運用について」家庭の法28号（2020）32頁以下を参照）。

国内における子の引渡しの強制執行に関する規律を明確化するにあたっては、請求権の性質から一義的に執行方法を定めるのではなく、あくまでも手続法の観点から合目的的に執行方法を検討するという考え方を前提とし、子の引渡しを命ずる裁判の実効性の確保を図ると同時に、子の福祉に十分な配慮をするという観点から、子を扱う強制執行であるという特性を考慮して、手続を構築することが目指された（山本・論点解説208頁〔久保野〕）。

## （2）手続の枠組み

改正法における子の引渡しの強制執行は、直接的な強制執行の方法（174条1項）をとっている。具体的には、債権者が執行裁判所に申立てをし、執行裁判所が執行官に子の引渡しの実施を命ずる旨を決定する。その後債権者は執行官に申立てをし、執行官が執行場所に赴き、債務者による子の監護を解いて債権者に引渡すという流れである。国内執行にあわせた実施法からの主な改正点は以下の通りである。

### 1) 間接強制前置の緩和

上述の条約実施法に対する批判を受けて、間接強制前置の原則を緩和した。173条では間接強制と他の執行方法とを債権者が選択できるとしているが、子の引渡しの場合は、子の心身に与える負担がより小さい執行方法から順次実施することが相当であること、そして間接強制がより小さい執行方法であるとの観点から、直接的な強制執行の必要性・相当性について、執行裁判所の判断を経ることとされた（内野・Q&A237頁）。174条2項は、直接的な強制執行の申立てに一定の要件を付加し、間接強制決定が確定した日から2週間経過した後（1号）、間接強制では引渡しの見込みがあるとは認められない場合（2号）、子の急迫の危険を防止するために必

要がある場合（3号）には、間接強制を経ずに直接的な強制執行が認められる。

なお、正確には緩和とは、間接強制前置を義務付けていたハーグ条約実施法との関係であり、国内執行については、改正前は、間接強制と動産執行の類推適用による直接強制のいずれを選択するかは完全に債権者に委ねられていたので、その意味では制限ともいえる。このことから、実効性強化（債務名義の迅速な実現）の観点からは、直接的な強制執行の申立て要件は広く解釈されるべきであるとする見解もある（谷英樹「改正民事執行法における子の引渡し—弁護士実務の対応を中心に」家庭の法76頁）。

## 2) 債務者の必要的審尋の緩和

直接的な強制執行の決定の際には、債務者を審尋することが原則であり（174条3項）、裁判所は、債権者の主張立証に対する反論等の聴取のほか、子の引渡しについての債務者の意向やこれまでの対応状況、債務者による子の監護状況等について聴取する（内野・Q&A247頁）。ただし、子に急迫した危険があるときなど、審尋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不要とされる（同ただし書き）。

## 3) 引渡実施の条件の緩和（債務者同時存在原則の不適用）

子と債務者の同時存在の原則を不適用とし（175条2項、3項）、その代わりに債権者の出頭が義務付けられた（175条5項）。債権者は実体的な判断を経たうえで、監護権者として認められていることから、執行現場で生じうる子の恐怖や混乱は、債権者本人が執行場面に出頭することで緩和できるからであるとされる（内野・Q&A273頁、谷・家庭の法80頁他）。債権者が出頭できない場合には、例外的に、裁判所が子の利益の観点から、子との関係や代理人の知識及び経験その他の事情に照らして、相当であると認めた代理人が出頭してもよい（175条6項）。

## 4) 執行場所の選択肢の拡大

執行官が債務者から子を解放するのは、原則として、債務者の住居その他債務者の占有する場所とされる（175条1項柱書）。ただし、一定の要件



の下で債務者以外の第三者が占有する場所での実施も可能である。立案過程では、債務者同時存在の原則を不要とし第三者の占有場所で執行する場合、子を預かる第三者に債務名義の執行力が及ぶのか、それとも特殊執行文の付与が必要かが問題となったが、子が第三者に預けられている場合の直接的な強制執行の規律は、執行力の主観的範囲の問題ではなく（よって執行文付与は不要とされ）、執行場所の問題として整理された（中間試案以後の議論の経過については、法制審議会民事執行法部会第18回会議部会資料18-2の2頁以下参照。また、山本・論点解説231頁以下〔山田〕、垣内秀介「子の引渡しを命じる債務名義の執行力の主観的範囲」曹時70巻10号（2018）1頁以下も参照）。

債務者の住居等以外の場所で強制執行するためには、執行官が相当と認め、かつ、当該場所の占有者の同意またはこれに代わる執行裁判所の許可があることが必要とされている（175条2項）。さらに、子の住居が債務者の住居以外の場所である場合には、執行裁判所が相当と認め、かつ占有者の同意に代わる許可があることが必要である（同3項）。これは、特に子が債務者以外の者と住んでいる場合には、そこで執行する必要性が高いが、その場所の占有管理者（祖父母が典型例とされる）が同意しない場合もありうることから、債権者の申立てにより、裁判所は同意に代わる許可をすることができるものとされたものである（内野・Q&A268頁）。同意が必要なのは、執行官による権限の行使（立ち入りや戸の開錠など）は、場所の占有者の財産権等の侵害を伴うものだからである（内野＝剣持・運用実務58頁。したがって、公道や公園については同意は問題とならないが、子のプライバシーや心身への影響等を考慮して相当性が認められる必要がある）。この裁判所の許可は、第三者（占有者）に対する執行文の代わりに、債務者の委託により監督義務を負う第三者の行為（他人に子を引き渡すこと）を正当化する。そして、当該場所が子の住居である場合には、執行の必要性と財産権等の制約の許容性が認められるのであれば、同意に代わる許可によって執行官が必要な行為をすることができる（前掲部会資料18の2の4頁

以下)。改正前のハーグ条約実施法の下では、債務者の住居等以外の場所で執行する場合には、当該場所の占有者の同意が必要であり、かつ、債務者がその場にいないと執行ができなかった（改正前実施法140条2項・3項）。改正により、占有者の同意に代わる裁判所の許可があれば、債務者不在でも執行ができることになり、実効性が強化されている。

なお、175条3項の裁判所の許可の要件として、子の住居であることと相当性の2つが求められていることから、子の住居以外の場所（保育所や幼稚園、学校等）については許可の対象とならず、当該場所の管理者の同意がない限りはそこで執行することはできないとするのが一般的な見解である（村井・前掲40頁、谷・家庭の法81頁、内野・剣持・運用実務58頁は、保育所・幼稚園や学校での強制執行は、当該場所の管理者の同意を得ることが必要となるため、実際にはあまり想定されないとする）。しかしこれに対しては、児童虐待防止のために子を保育所や学校で一時保護している場合に、監護親からの非難を恐れて同意をためらっている場合にも、裁判所の許可があれば任意の引渡しに協力することが正当化されるとして、強制執行の実効性の強化という改正の趣旨をふまえて、事案に応じた最適な方法を柔軟に検討すべきであるとする見解もある（山川＝松嶋・改正ポイント255頁〔佐野みゆき〕）。

### 5) 執行官の権限の明文化

執行官は、執行機関である執行裁判所の授権決定に基づき（174条1項1号）、その裁量権の範囲で、子の利益に配慮した臨機かつ実効的な執行行為をすることが求められる。175条1項は、執行官が子の監護を解くために必要な行為が列挙されている。具体的には、債務者の説得（柱書）、債務者の住居その他債務者の占有する場所における権限として、立ち入り、搜索、解錠等の処分（1号）、債権者・代理人と子の面会、債権者・代理人と債務者の面会（2号。スムーズな執行を可能とするためであり、面会により子や債務者の納得を得ることが目的である）、債権者・代理人の立ち入り（3号。債務者の同意は不要）、債権者・代理人に対する指示（9項）などで

ある。これらの規定は上述のように実施法において既に規定されていたが、改正により執行場所の選択肢が拡大したことに伴い、新たな権限が明文化された。同条2項は、債務者の占有する場所以外の場所における権限として、執行官が子の心身に及ぼす影響や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、占有者の同意または裁判所の許可を得れば、上記各号の行為ができる」と規定する。

#### 6) 執行官による威力の行使の制限

6条1項で執行官による威力行使は認められているが、子に対する威力の行使は禁じられている。子以外の者に対しては威力の行使は可能だが、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、それも認められない(175条8項。西岡・特集23頁も参照)。これについては、改正前実施法の規定をそのまま採用したものである。

改正前は同時存在の原則があったため、子が債務者にしがみついているなどの場合には、債務者に対する威力の行使が子の心身に有害な影響を与える可能性がある場合に該当し(内野・Q&A283頁)、執行できなかったが、同時存在の原則がない改正法の下では、債務者不在の場でも子に事情を説明し、債権者と面会させるなどして、威力を用いずに引渡しの実施ができるようになったと指摘されている(西岡・特集23頁)。

#### 7) 子の心身への配慮の明文化

176条は、子の心身への配慮を執行裁判所及び執行官の責務として明文化した。具体的には、児童心理学等の専門家に執行補助者(執行官規則12条)又は立会人(7条)として関与してもらうのが有用とされている(内野・Q&A284頁)。なお、執行補助者と立会人の役割の違いなど、専門家の関与については、前掲座談会39頁以下、下坂節男「子の引渡しの強制執行における実務の実情—FPICでの立会人等の事例を中心に—」家庭の法84頁以下を参照)。ちなみに、子の引渡しの強制執行に関与する専門家を推薦できる全国的な団体としては、日本臨床心理士会、日本臨床発達心理士会とFPICの3団体があり、これまでの実務でも、約6割の事件において、児童心理の専門

家が執行現場に立ち会っているとされる（下坂・家庭の法83頁以下参照）。

#### 8) 引渡実施を円滑に行うための規定の整備

子の引渡しの円滑な実施にあたっては、執行官による事前の情報収集・準備が不可欠である（西岡・特集21頁）。改正ではこの点についても民事執行規則で詳細に規定している。規則161条は、債権者に対する協力要請（1項）、事件の係属した受訴裁判所や執行裁判所に対する協力要請（2項）、家裁調査官、裁判所技官からの意見聴取（3項）などである（詳細については、条解733頁以下を参照）。また条文にはないが、執行現場に立ち会う児童心理の専門家とも、事前に十分な情報交換・現場での役割分担などの打ち合わせをしておくことが重要とされている（西岡・特集24頁）。これらにより、執行官は引き渡し実施計画を立て、チームによる準備・実施体制を組むことができる。

このような連携は、ハーグ条約実施規則に準じて、改正前から実務ですで行われていたが（東京家裁の取組について、前掲座談会45頁以下参照）、改正（176条、規則161条2項・3項）を契機として、東京家裁では、引渡実施決定を行った事案における執行官に対する適切な情報提供の在り方について、改めて検討を行うなど改善に努めているとされる（村井・前掲42頁）。

## 4 当事者からみた手続の流れ

改正法は、債権者の迅速な権利実現、すなわち子の引渡しの実現を重視し、債務者の関与を最小限にする制度を設計したといえる。以下では、子の引渡しを命じる家事審判を有する債権者が、子の引渡しをスムーズに実現するためにはどのように手続を進めていくのか（以下で説明する債権者の各種申立てに係る申立書の記載事項や添付書類（書式を含む）については、村井・前掲34頁以下に詳しい）、そして債務者はどの段階で手続に関与することが想定されているのか、という観点から、現行法の手続の流れを見て

いくこととする。

### (1) 債権者による執行方法の選択と執行裁判所に対する申立て

債権者は、執行裁判所（第一審の家庭裁判所）に対して、①間接強制の申立て（174条1項2号）、もしくは②執行官に子の引渡しを実施させる決定（直接的な執行）の申立て（174条1項1号）をする。①の申立ては、②の要件を充足するために行われることが多いが、それぞれ別の申立てである。

①の申立てに基づき間接強制決定を行うためには、債務者の審尋が必要とされる（172条3項）。実務では書面による審尋で足りる場合が多いとされ、子の引渡しの状況、引渡しの意向、所有財産や収入・支出の状況などの記載を求める書面を、審尋書到達日から10日程度をめぐりに提出させる（村井・前掲36頁）。①の申立てについての裁判に対しては執行抗告が認められている（同5項）。

②の直接的な執行を申し立てた場合には、債権者は申立書に、子の住所（債務者と同居しているか、それ以外の場所に居住しているか）の他、子の引渡しの直接的な強制執行を求める理由につき、174条2項各号のいずれに該当するか（規則157条1項2号）、及び具体的な事情（同3号）を記載しなければならない（条解720頁）。

直接的な強制執行の申立ての審理においては、特に「間接強制では引渡しの見込みがあるとは認められない」（174条2項2号）という要件の解釈が問題となる。これについては、単なる任意の不履行ではなく、債務者が子に関する情報提供や子との面会その他の接触の求めに応じない、子の引渡しに向けた協議の働きかけに協力しないなどを主張する必要があるとされる（内野・Q&A243頁、中島ほか・論点104頁〔安西明子〕、山川＝松嶋・改正ポイント129頁〔長濱晶子〕）。2号要件は申立人の立証負担を軽減する趣旨であることに鑑み、引渡しの見込みがあるという積極的な事情の存在が資料や審尋の結果から認められない限りは、要件を充たすとする見解もあ

る（内田義厚「子の引渡しの強制執行と人身保護請求—民事執行法等の改正とを踏まえて—」三木浩一他編『民事手続法の発展 加藤哲夫先生古稀祝賀論文集』（成文堂・2020）231頁）。また、間接強制決定に対して債務者が執行抗告をしたときは、その理由も加味して2号の要件充足性を判断するとされる（山川＝松嶋・改正ポイント129頁〔長濱〕、谷・家庭の法79頁は執行抗告があるだけで2号要件の該当性を認める）。

他方で、本案審理における引渡拒絶の意思表示だけでは不十分で、あくまでも成立した債務名義に対する債務者の態度に限って判断材料とされるべきとする見解もある（谷・家庭の法79頁）。この見解に立つと、債権者としては、本案審理の段階から引渡しを拒絶されている場合、即座に間接強制を申し立てるか、債務者とある程度交渉し、2号の要件を充たすための実績を作ったうえで直接強制の申立てをすることになる。ただ前者を選択した場合、間接強制の申立てに関する裁判に対しては執行抗告が認められているので、それを待って、改めて直接的な強制執行の申立てをし、2号要件の充足を主張することになる。債権者にとっては、どちらがより迅速な執行につながるかを見極めるのが困難なケースもありえよう。

なお、家事手続法157条1項の要件のもとに子の引渡しの保全処分が発せられる場合は、174条2項3号の子の急迫の危険に該当することが多いので、直ちに直接的な強制執行の申立てをすることができる（谷・家庭の法78頁）。

## （2）引渡実施決定と債務者の審尋

②の申立てに基づき引渡実施決定を行うためには、債務者の審尋が原則とされている（174条3項）。ただし執行の目的を達するための例外が認められているのは上述の通りである。この例外は、執行妨害を懸念する立場から提案された無審尋の要請と、代替執行手続における必要的審尋との整合性の要請との中間をとって規定されたものである（谷・家庭の法75頁、中島ほか・論点96頁〔安西〕）。債務者審尋の要否及びその方法は、審尋をど

う位置付けるかによって、その判断基準が異なりうる。すなわち、裁判所が直接的な執行の要件の充足性を適切に判断するための情報収集手段と位置付けるのであれば、174条2項2号3号との関係では、子の引渡しや解放についての債務者の対応状況など、債務者側の事情を直接本人から聞く必要性は高いともいえる（法制審議会民事執行法部会第17回会議部会資料17-2の7頁以下、同第19回会議部会資料19-2の32頁）が、書面による審尋で把握すれば足りる場合も多いとの指摘もある（村井・前掲39頁）。債権者としては、迅速な引渡の執行のために、申立書に十分な情報を記載しておけば、書面審尋で足りるとされるかもしれない。これに対して、債務者の手続関与という観点からは、執行裁判所が直接債務者側の事情を聴く機会として審尋を積極的に活用することこそが、裁判所を執行機関とした意義であるとする見解もある（中島ほか・論点109頁〔安西〕、内田・前掲加藤古稀233頁）。さらには、審尋が債務者に対して任意の引渡を促す機会になりうるという指摘もあり（前掲部会資料19-2の33頁、山川＝松嶋・改正ポイント131頁〔長濱〕）、これらの立場からは、書面ではなく期日を開いて審尋を行うことが求められる。なお、②の申立ての裁判に対しては執行抗告が認められている（174条6項）。

以上を踏まえると、債権者としては、本案審理の段階から子の監護状況をできるだけ正確に把握しておく必要がある。特に審判が出てから、実際に執行されるまでの間隔が長い場合には、子の監護状況が変わることもあるので注意が必要であろう。

### （3）執行場所や代理人出頭に関する申立て

子が債務者と同居していない場合には、執行が債務者の占有場所以外の場所で行われる可能性があることから、175条3項の裁判所の許可を得るために、併せて申立てをしておくことが望ましい（第三者の占有する場所での執行の許可申立て。175条3項）。申立書には、申立ての理由として、子の住所地とその占有者の氏名・名称、その占有者と債務者との関係や、子

の住居で強制執行を行った場合に占有者の私生活又は業務に与える影響などに照らして、当該住居で強制執行を行うことが相当であることを具体的に記載する必要がある（規則159条1項・2項、27条の2第2項）。

さらに、現行法では、債権者が執行場所に出頭することが義務づけられているが、やむを得ない場合には、債権者の申立てに基づき、執行裁判所が代理人の出頭を認める（175条6項）。債権者代理人の出頭の下での執行を認める決定申立書には、代理人の氏名住所の他、申立ての理由として、①債権者が出頭できない理由、②代理人と子の関係や代理人が子に関して持っている知識や経験に照らして、その代理人が債権者の代わりに出頭することが子の利益の保護のために相当であることを、具体的に記載する必要がある（規則160条）。

175条3項の執行場所についての許可は、後述の執行官に対する申立てをする際に添付することが必要とされている（規則158条1項5号）ので、債権者としては、直接的な強制執行の申立てと同時に、遅くとも執行官に対して引渡し実施の申立てをするまでに、裁判所の許可を得ておくことが望ましい。執行場所については執行官とよく相談することも重要であるが、迅速な引き渡しを望むのであれば、あらかじめ許可を得ておくべきであろう。ただ、執行官が相当でないと判断した場合（175条2項）には、裁判所の許可があってもそこでは執行しないということもありうる。また、子が債務者宅と祖父母宅を行ったり来たりしていて、いずれも子の住居と認められる場合や、債務者が交際相手が契約する賃貸住宅において子と居住しているような場合には、占有者の同意に代わる執行裁判所の許可の対象となり得る（村井・前掲40頁）。このように判断が難しい場合には、執行官と協議をしたうえで、裁判所に対して許可の申立てをするということも考えられる。

同条6項の代理人の出頭に関する許可は、実際に執行する前に得ていけばよいので、執行官が具体的な執行方法をつめてからでも遅くはないが、あらかじめわかっているのであれば、早めに得ておくにこしたことはな



い。

#### (4) 債権者による執行官に対する申立て

債権者は、執行裁判所による執行官に子の引渡しを実施させる旨の決定(174条1項1号、4項)を得たあと、さらに、子の所在地(引渡実施を行う場所)の管轄区域内の地方裁判所に所属する執行官に対して、引渡実施の申立てをする必要がある(規則158条)。

この申立書には、当事者や子に関する基本情報の他(同条1項1号乃至3号)、引渡実施を行うべき場所について、債務者の住居等(4号)、それ以外の場所で行う場合は、債務者の占有場所以外での執行の相当性を判断する事情の理由並びに裁判所の許可がある旨(5号)、代理人の出頭(6号)、引渡実施を希望する期間(7号)を記載するとともに、債務者及び子の生活状況等に関する資料(同条2項2号)等を添付する必要がある。

改正法の下での直接的な強制執行は、改正前にとられていた直接強制とは異なり、執行機関は執行裁判所であり、しかも家事審判の場合には家庭裁判所となっているが、実際の引渡し実施をするのは、地方裁判所に所属する執行官である。家庭裁判所が執行官に子の引渡しを実施させる旨の決定をしても、そこからダイレクトに(職権で)執行官に引き継ぎがされるわけではなく、債権者自らが改めて執行官に申立てをすることで、初めて執行官が引渡しの執行手続に関与してくることになる。執行官は、債権者による申立書記載の情報に加え、本案審理をした受訴裁判所、家裁調査官等から得た情報をもとに(規則161条2項・3項)、具体的な執行方法を詰めていくことになる(なお実務では、スケジュールの調整・管理等の観点から、引渡実施の申立てをするに当たっては、あらかじめ執行官室に事前相談をするよう求めているとのことである。渡邊=片山・家庭の法67頁参照)。

従って、ここでも債権者は出来るだけ詳細な情報を収集し、申立書に記載しておくこと、その後の手続が迅速に進むことになる。具体的には、事件記録の写し(家裁調査官作成の調査報告書を含む)を提出し、①債務者また

は子の抵抗が予想されるか、②債務者及び子の性格、言動、心身の状況、危害の可能性、対応の際の注意点、③債務者及び子の生活パターン、債務者が不在となる時間帯、祖父母等の同居者の有無や状況、④執行場所として検討する債務者または祖父母などの居宅の状況、⑤紛争の経緯など、出来るだけ詳細な情報を早期に提供することが重要とされる（西岡・特集21頁）。このように一次的な情報源は債権者であるが、これらの情報を全て債権者が把握しているとは限らないことに加え、中立的な第三者からの情報の方が信頼度が高い場合もあることから、債務名義作成機関である家庭裁判所と連携し、情報を得ることが大変重視されている（改正前からの東京地裁の取組みについて、前掲座談会45頁以下を参照）。

このほか、債権者が、債務者が占有する場所以外の場所で執行することを希望する場合は、自ら当該場所の占有者と調整をしたうえで、同意を得られる見込みがあるかを確認しておくべきとされる（西岡・特集22頁）。実際には、同意が得られる場合でも、それに加えて占有者や管理者の協力が不可欠となるため、執行官主導で具体的な執行方法について、事前に十分な理解を得ておくことが重要とされる（渡邊=片山・家庭の法70頁）。

## 5 子の福祉への配慮

今回の改正では、迅速な執行とともに、執行の際に子の利益を適切に実現することが目指された。具体的には、強制執行が子の心身に与える負担を最小限にとどめるために、手続の各段階において次のような配慮がされている。①間接強制を実施することなく直接的な強制執行ができるのは裁判所が相応の必要性があると認めた場合に限定されていること（174条2項）、②債権者又は裁判所が子の利益の保護のために相当と認める代理人の出頭が義務付けられていること（175条5項、6項）、③子に対する威力行使が禁止されていること（同条8項）、④執行裁判所及び執行官に子の心身への配慮義務が課せられていること（176条）などである。

本来子の引渡しの強制執行は、裁判所が子の最善の利益に合致すると判断した監護状態を早期に実現するためのものであり、それこそが子の利益に沿うといえる（西岡・特集20頁）が、迅速な執行と子の福祉への配慮（子の利益の実現）は時として対立することもある。例えば、執行に立ち会う児童福祉の専門家からは、受任してから執行までの期間が短いと、事前準備段階での打ち合わせが不十分で、結果として執行現場で子の利益に十分配慮できないこともあると指摘されている（下坂・家庭の法86頁）。

債権者でも債務者でもない子の利益を、執行手続でどこまで考慮できるのかは、特に引渡しの実施において子が拒絶の意思を示している場合に深刻である（阿多博文「国内における子の返還の強制執行に関する規律の明確化と国際的な子の返還の強制執行に関する規律の見直し」ひろば72巻9号（2019）33頁、山田文「子の引渡しの強制執行」論究ジュリ32号（2020）67頁以下参照）。子の拒絶は子の引渡しの強制執行における不能事由で最も高い割合を占めている（内野・Q&A272頁）が、子が拒否しているだけで執行不能とされるべきではなく、①子の拒絶の意思がいつ生じたか、②独立の意思・意見か、③債権者による調整の余地がないか（転校しなくてすむように債権者が引っ越しする、祖父母に会えるようにする、債務者との面会交流を実現するなど）、④一時的な問題か後々まで残る障害か、などが検討されるべきであると指摘されている（山田・前掲67頁以下）。もちろん、裁判所は子の意見を聴取したうえで、子の最善の利益に合致すると判断して子の引渡しの債務名義を作成しているが、その後の時間の経過に伴い、執行手続の段階で子が翻意したり、その拒絶の意思がより強固になったりして、そのまま執行を続けることが子の利益に反するという場合、それをどのように執行手続に反映させるかについては議論がある（詳しくは、山田・前掲69頁以下を参照）。子の拒絶の意思や理由につき、必要に応じて家裁調査官による事実調査を経て、さらには子の意見聴取も実施して、執行障害事由の存否を判断すべきとする見解もある（山田・前掲71頁）が、具体的にこれまで述べた執行手続のどの段階で行うことを想定しているのかは明らかでは

ない。子どもは手続の当事者ではないので、特に執行手続に関与する機会が保障されているわけではない。となると、職権によるか、子を監護している債務者のアクションに任せるしかないが、債務者の手続関与が最小限（審尋があっても書面のことが多い）となっている現行制度で可能なのか、債務者が改めて調停や審判の申し立てをするべきなのか、請求異議訴訟を提起させるのか、今後さらに検討する必要がある。

子の利益を適切に代弁し、手続に反映させる道を確保するためには、債務名義作成過程で想定されている子の代理人制度を、執行手続においても認めるなど、より充実させることも必要かもしれない。

## 6 おわりに

今回の改正では、債権者の権利の迅速な実現を重視し、債務者の手続関与が最小限にされている点に特徴がある。例えば、債権者が債務者の住居以外の場所を執行場所として選択し、当該場所の占有者の同意に代わる許可の申立て（175条3項）をした場合、許可に対する不服申立ては執行異議とされるが（内野・Q&A269頁）、許可については債務者や当該場所を占有する第三者への告知は不要とされているので（山川＝松嶋・改正ポイント161頁〔芳仲美恵子〕）、実際に不服を申し立てられるのは、債権者に限られるとの指摘もある（中島ほか・論点110頁〔安西〕）。債務者の事前の手続関与も同時存在もなしに、債務者の住居および債務者が占有する場所以外の場所で子の引渡しを実現されるとすれば、これ自体が過酷執行と評価される可能性もあるし、過酷執行を適時に主張する手続がないことを問題とする見解もある（中島ほか・論点224頁〔西川佳代〕）。

他にも、判断機関（債務名義作成裁判所）と執行機関（執行裁判所）が一致したことも特徴であり、債務名義を作成した家庭裁判所が執行機関となり、執行官と連携して事前準備を十分にすることで、適切な執行ができると期待されている。とはいっても、執行機関である家庭裁判所の関与は限

定的であるし（手続の前半のみ）、債権者が執行官に対して引渡実施の申立てをするまでは、両者の連携は行われないようにも見える。また、実際に執行場所で債権者、債務者、さらには子と対峙するのは、地方裁判所に所属する執行官である。従って、執行機関となった家庭裁判所が、本案からの連続性をどう確保するか、その役割が注目される。理想を言えば、本案審理の段階から、執行を見据えて準備をしておくのが望ましいし、今後は家庭裁判所に執行官をおくことも検討すべきではないか。さらには、事情変更があった場合に合わせて執行方法を柔軟に調整できる、非訟的な執行手続も今後は考える必要がある。

今回の改正で制度の枠組みが明文化されたことの意義は大きいだが、上述のように、直接的な強制執行の許容性や債務者審尋の要否、執行場所の選択の際の執行官・執行裁判所の相当性の判断や同意に代わる許可等、その解釈については様々な議論がある。個々の事案ごとに、子の利益に適う態様で適正迅速に執行するためにそれをどのように運用していくか、そしてそこにつながる債務名義作成手続（実体判断）はどうあるべきか、実務を積み重ねながら徐々に明確にしていくことが期待される。

付記：最高裁判所に問い合わせたところ、令和2年の国内の子の引渡しの強制執行既済件数は51件であり、その内訳は、執行完了が17件、取下げ（任意の引渡しを含む）が13件、執行不能が21件とのことである。昨年4月から施行された改正法の成果がどのように現れるのか、今後の動向に注目したい。