

民事手続判例研究

福岡民事訴訟判例研究会

安井, 英俊
福岡大学法学部 : 教授

<https://doi.org/10.15017/4370934>

出版情報 : 法政研究. 87 (4), pp.85-99, 2021-03-15. 九州大学法政学会
バージョン :
権利関係 :

判例研究

民事手続判例研究

福岡民事訴訟判例研究会

子の引渡しを命ずる審判を債務名義とする間接強制の申立てが権利の濫用に当たるとされた事例

最高裁判所平成三一年四月二六日第三小法廷決定―破棄自判

平成三〇年（許）第一三号・間接強制決定に対する執行抗告棄却決定に対する許可抗告事件
裁時一七二三号三頁、集民二六一号二四七頁、判時二四二五号一〇頁、判タ一四六一号二三頁、家庭の法二二号六七頁

安井英俊

【事実の概要】

X（妻、相手方）とY（夫、被告人）は、平成一九年六月に婚姻し、平成二〇年四月に長男Aを、平成二二年一〇月に二男Bを、平成二五年四月に長女Cをもうけた（以下、上記の子ら三名をあわせて「本件子ら」という）。平成二七年一二月、Xは、Yに対し「死にたいいやや。こどもらもすてたい」という内容のメールを送信した。これを契機に、Yは、本件子らを連れて実家に転居し、現在までXと別居している。

平成二九年三月、奈良家庭裁判所は、Xの申立てにもとづき、本件子らの監護者をXと指定し、Yに対して本件子らの引渡しを命ずる審判（以下、「本件審判」という。）をした。本件審判は、同年七月に確定した。

Xは、平成二九年七月、奈良地方裁判所執行官に対し、本件審判を債務名義として、本件子らの引渡執行の申立てをした。同執行官がY宅を訪問し、本件子らに対して相手方のもとへ行くよう促したところ、BおよびCはこれに応じてXに引き渡されたが、Aは、Xに引き渡されることを明確に拒絶して泣きじゃくり、呼吸困難に陥りそうになった。そのため、同執行官は、執行を続けるとAの心身に重大な悪影響を及ぼすおそれがあると判断し、Aの引渡執行

を不能として終了させた。

Xは、平成二九年八月、大阪地方裁判所に対し、Yおよびその両親を拘束者とし、Aを被拘束者とする人身保護請求をした。Aは、同年一二月、その人身保護請求事件の審問期日において、BやCと離れて暮らすのは嫌だが、それでもYらのもとの生活を続けたい旨の陳述をした。同裁判所は、Aが十分な判断能力にもとづいてYらのもともとどまっていると認め、YらによるAの監護は人身保護法および人身保護規則という拘束に当たらないとして、Xの請求を棄却した（平成三〇年二月に確定）。

Xが本件審判を債務名義としてAの引渡しについて間接強制の申立てをしたところ、原々審（奈良家決平成三〇年五月八日家庭の法二二二号八五頁）はYに対し、AをXに引き渡すよう命ずるとともに、これを履行しないときは一日につき一百万円の割合による金員をXに支払うよう命ずる間接強制決定をした。これに対してYが執行抗告したが、原審（大阪高決平成三〇年九月三日家庭の法二二二号八〇頁）がYの抗告を棄却する決定をした。原審の決定要旨は以下のとおりである。

「子の履行拒絶の意思が強固であり、その年齢や精神的成熟度を踏まえ、債務者に義務の履行を強いることが却って

子の福祉に反することになる場合には、債務者の意思のみによっては履行することができないと考える余地がある」

「しかし、本件の未成年者は現在一〇歳の児童であり、親との心理的距離を持ち、親の紛争について、自分なりの考えを言語的に表明できるように一方で、対処困難な場面では親に迎合したり、その考えとは異なる発言をすることが考えられる。このような精神的成熟度にある未成年者の意思を把握するためには、子の置かれた状況等を踏まえて言語的に表明された意向を総合的に評価することが必要である。加えて、その意向に沿うことが子の福祉に適うかについても考慮の上で慎重に検討すべきである。

この点に関し、本件のAは、Yと同居することを希望し、Xに引き取られることを拒絶する意向を一貫して表明している。しかし、その状況を見ると、二年以上もの長期にわたって父母間の紛争下に置かれ、相手方との面会交流が途絶えているのであって、強制執行や人身保護請求といった対処困難な場面で、果たして自らを事実上監護しているYに迎合することなく、自らの意向を正確に言語的に表明することができたか疑問なしとしない。しかも、・・・Yは、原審判に基づく引渡義務に違反し、Aに対し適切な働きかけを全く行っていないのである。このようなAの置かれた

状況等に照らせば、未成年者が表明した意向に沿うことが子の福祉に適うのか甚だ疑問である」

原審は上記のように述べたうえで、間接強制決定をすることを妨げる理由を認めることはできないと判示した。これに対し、Yが許可抗告の申立てをしたところ、原審はこれを許可した。

【決定要旨】

破棄自判

「子の引渡しを命ずる審判は、家庭裁判所が、子の監護に関する処分として、一方の親の監護下にある子を他方の親の監護下に置くことが子の利益にかなうと判断し、当該子を当該他方の親の監護下に移すよう命ずるものであり、これにより子の引渡しを命ぜられた者は、子の年齢及び発達の程度その他の事情を踏まえ、子の心身に有害な影響を及ぼすことのないように配慮しつつ、合理的に必要と考えられる行為を行って、子の引渡しを実現しなければならぬものである。このことは、子が引き渡されることを望まない場合であっても異ならない。したがって、子の引渡しを命ずる審判がされた場合、当該子が債権者に引き渡されることを拒絶する意思を表明

していることは、直ちに当該審判を債務名義とする間接強制決定をすることを妨げる理由となるものではない。

しかしながら、本件においては、本件審判を債務名義とする引渡執行の際、B及びCがXに引き渡されたにもかかわらず、A（当時九歳三箇月）については、引き渡されることを拒絶して呼吸困難に陥りそうになったため、執行を続けるとその心身に重大な悪影響を及ぼすおそれがあるとして執行不能とされた。また、人身保護請求事件の審判期日において、A（当時九歳七箇月）は、Xに引き渡されることを拒絶する意思を明確に表示し、その人身保護請求は、長男がY等の影響を受けたものではなく自由意思に基づいてY等のもとにとどまっているとして棄却された。

以上の経過からすれば、現時点において、Aの心身に有害な影響を及ぼすことのないように配慮しつつAの引渡しを実現するため合理的に必要と考えられるYの行為は、具体的に想定することが困難というべきである。このような事情の下において、本件審判を債務名義とする間接強制決定により、Yに対して金銭の支払を命じて心理的に圧迫することによってAの引渡しを強制することは、過酷な執行として許されないと解される。そうすると、このような決定を求める本件申立ては、権利の濫用に当たるといふか

ない。」

なお、山崎敏充裁判官の補足意見がある。補足意見は、次のとおりである。

「間接強制の申立てを受けた執行裁判所は、提出された債務名義に表示された義務についてその履行の有無や履行の可否など実体的な事項を審査することはなく、当該義務の履行があったことや当該義務が履行不能であることなどを理由として申立てを却下することはできないのが原則である。

しかしながら、本件においては、次のような事情が認められる。すなわち、本件審判を債務名義として申し立てられた引渡執行の際、AがXに引き渡されることを頑強に拒絶し身体の不調を示すまでに至ったことから、執行官は、執行を続けるとAの心身に重大な悪影響を及ぼすおそれがあると判断し、引渡執行を不能として終了させた。次いで、Y等を拘束者、Aを被拘束者として申し立てられた人身保護請求につき、裁判所は、Aが十分な判断能力に基づいてY等のもとで生活を続けたいという強固な意思を明確に表示しており、その意思はY等の影響によるものではなく、Aの自由意思であるとし、Y等によるAの監護は人身保護法等にいう拘束に当たらない

いとして請求棄却の判決をした。以上の経過をたどった後、更に間接強制の申立てがされたのが本件である。

以上のような事情に照らすと、本件において、Yが、実力により長男をその意思に反して相手方の監護下に移すようなことはAの心身に有害な影響を及ぼすおそれが大きく、さりとて、Aの意思を変えるための働き掛けをしたとしてもそれが奏功するとは容易に考え難い上、自由な意思によりYのもとにとどまりたいと希望するAに対し、その希望を断念するように強いるとなれば、これまたAの心身に有害な影響を及ぼすことが懸念される。そうすると、現時点において、Aの心身に有害な影響を及ぼすことのないように配慮しつつAの引渡しを実現するために合理的に必要と考えられる行為をYにおいて具体的に採り当てることは非常に困難であり、このことは、上記の裁判機関等の判断により明白になっていることができるともいえる。それにもかかわらず、Yに対し、AをXに引き渡すことを命ずるとともに、これを履行しないときは一日につき一百万円の割合による金員の支払を命ずる旨の間接強制決定をすることは、Yを窮地に追い込むものであって、過酷な執行として許されないものといわざるを得ない。

本件は、間接強制決定が過酷執行として許されないこと

が、間接強制の申立てに先行する手続における裁判機関等の判断により明白になっているといえる事案であつて、このような場合には、執行裁判所は、例外的にそうした事情を考慮して間接強制の申立てを却下すべきであり、このように解したとしても、執行手続の迅速性を害することはないと考える。」

【評釈】

一 はじめに

本件は、婚姻中の父母のうち父に対して長男A、二男Bおよび長女Cを母に引き渡すよう命ずる審判を債務名義とするAの引渡しについての間接強制の申立てが、「権利の濫用」に当たるとされて斥けられた事案である。¹⁾子の引渡しを命ずる審判は、家庭裁判所が、子の年齢および発達の程度に応じてその意思を考慮した上で（家事事件手続法六五条）、子を引き渡すことが当該子の利益にかなうか否かを判断してなされるものである。それゆえ、子が引き渡されることを拒絶する意思を表明しているということだけでは、直ちに強制執行を妨げる理由とはならない。

しかし、そもそも間接強制は金銭の支払義務を課すことによつて債務者を心理的に圧迫して給付を実現させるもの

であるため、債務者に対する不当な圧迫とならぬよう注意しなければならぬ。執行裁判所による審尋の中で債務者が、「子が引渡しを拒んでおり、履行したくてもできない」と主張するような実現が極めて困難な場合にまで履行を強制するのは債務者にとつて過酷であるから、間接強制を命ずることは許されないとことになる。

債務者から「子が引渡しを拒んでいる」と主張された場合における間接強制の可否の判断は非常に困難な問題であるが、本決定は、本件における間接強制は「過酷な執行」であるから「権利の濫用」に当たるとして、間接強制を否定した。子の引渡し執行の事案において間接強制が許されないケースを例示したものととして重要な事例であると思われるが、はたして本件の事案は、「過酷な執行」に該当するといえるであろうか。以下では、主に本決定における間接強制の可否の判断について検討する。

二 子の引渡請求の執行方法についての従来の判例・学説の状況

二〇一九年の民事執行法改正により、子の引渡し執行方法等が明文化されたわけであるが、参考までに以前の議論状況を確認しておく。かつては判例・学説ともに間接強

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るようになってい

る。まず間接強制説とは、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。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。³⁾

次に、直接強制説とは、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。⁴⁾ 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、それを現実に実現することこそ、子の人格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、子の監護をめぐっては、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。⁵⁾

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とこそ、むしろ子の福祉に合致するといふべきであつて、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。⁶⁾

また、不作為を目的とする債権執行説（不作為執行説）という見解もある。不作為執行説とは、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⁷⁾に受忍すべき不作為義務の執行が認められるとする説である。相手方がこの不作為義務に違反した場合には、裁判所が授權決定をもって「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）を命ずる方法によって、子の引渡しを強制できるとされる。

判例の流れとしても、元来は間接強制説が主流であったが、直接強制によって権利の実現を図ることこそが、むしろ子の福祉に合致することなどを理由に、直接強制を認め

る立場へと転換されていくこととなった。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り、直接強制説とともに、不作為執行説も主張されている。⁸⁾ 総じて、近時の判例・学説の根底にある理念は、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、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。

三 間接強制の可否の判断について

間接強制は、債務者が債務を任意に履行しない場合、執行機関が債務の履行を確保するために相当と認める一定額の制裁金の支払いを命じて債務者に対して心理的圧迫を加え、債務者自身をして債務を履行させようとする執行方法⁹⁾である。このように間接強制は債務者に心理的圧迫を加えるものであるため、事件の状況によっては間接強制が認められないこともある。間接強制の可否を判断する基準として、判例上は、債務名義の性質、これにより確定された権利の性質・内容、その成立の経緯および成立後の事情、強制執行が当事者に及ぼす影響等諸般の事情を総合して、強

制執行が「著しく信義誠実の原則に反し、正当な権利行使の名に値しないほど不当なものと認められる場合」は、強制執行が権利の濫用に当たるとされている。¹⁰⁾

学説上も、債務者にとって債務の履行が社会通念上不可能な場合には履行を強制すべきではなく、このような場合には請求異議事由が認められうるだけでなく、過酷執行禁止という執行法上の原則にもとづき間接強制決定の障害事由にもなりうる¹¹⁾と解してよいとする見解や、過酷な執行申立てについては強制執行請求権の濫用（民法一条三項）として却下できる場合も少なくないとする見解¹²⁾がある。

では本決定における「権利の濫用」の判断はいかなるものだったのか。本決定は、本件審判の命ずる子の引渡し¹³⁾が、子の心身に有害な影響を及ぼすことのないよう配慮しつつ履行しなければならぬという特殊な性質の義務であることを前提として、判示の事実経過の下においては、Aの心身に有害な影響を及ぼすことのないように配慮しつつAの引渡しを実現するために合理的に必要と考えられる行為をYにおいて想定することが困難であるため、間接強制によってYに心理的圧迫を加えてAの引渡しを図ることは過酷な執行として許されないとした。すなわち、本決定は、本件の具体的事情の下における間接強制が過酷な執行にな

るとしたものであり、強制執行自体が権利濫用に当たるとしたわけではない。

ところで、子の引渡しの間接強制の可否の判断に際しては、債務者に履行の実現に向けた行為をどれだけ期待できるかという点が重視されていると解される。面会交流の事案であるが、参考になると思われる裁判例を以下にとりあげたい。まず、①【大阪高決平成二四年三月二九日判時二二八八号三六頁】は、間接強制命令を発するためには、債務者の意思のみによって実現できる債務であることが必要であるとして、本件では子（一〇歳）が面会交流を拒む意思を強固に形成しており、債務者が働きかけても限界があるため、間接強制を否定した事例である。本決定は、「未成年者はすでに一〇歳であり、面会を拒む意思を強固に形成している場合、原告人が面会に応じることを働きかけても限界があるといわざるを得ない。本件の事情に照らせば、原告人に対し、未成年者と相手方の面会を実現させるためにさらなる努力を強いることは相当とはいえないし、かかる努力を強いても、それが奏功する見込みがあるとはいえない」と判示した。

次に、②【大阪高決平成二九年四月二八日判タ一四四七号一〇二頁】は、子（一五歳）の精神的成熟度を考慮すれ

ば債務者が面会交流を強いることは本人の判断能力や人格の否定となり、かえって子の福祉に反するとして間接強制を否定した事例である。本決定は、「間接強制をするためには、債務者の意思のみによって債務を履行することができる場合であることが必要であるが、幼児のような場合であれば、子を面会交流場所に連れて行き非監護親に引き渡すことは監護親の意思のみでできるが、未成年者のような年齢の場合は子の協力が不可欠である上、未成年者は相手方との面会交流を拒否する意思を強固に形成しているところ、未成年者は平成二九年■月より高等学校に進学しており、その精神的成熟度を考慮すれば、原告人らにおいて未成年者に相手方との面会交流を強いることは未成年者の判断能力ひいてはその人格を否定することになり、却って未成年者の福祉に反するということができる。したがって、本件債務は債務者らの意思のみによって履行することはできず履行不能というべきである」と判示した。

上記①事件では、債務者に「未成年者と相手方の面会を実現させるためにさらなる努力を強いることは相当とはいえないし、かかる努力を強いても、それが奏功する見込みがあるとはいえない」と判断され、②事件においても「債務者らの意思のみによって履行することはできず履行不

能」であるとされて、執行不能となっている。上記のどちらの事例も、債務者は履行の実現にむけた努力を尽くしたため、それ以上は債務者の行為を期待できないとの判断がなされている。これらの事例のように、子が面会交流を拒絶している場合にも子の引渡しの場合と類似の問題が発生することになる。⁽¹³⁾ 子の引渡しの間接強制にも同様のことがあてはまるとする見解⁽¹⁴⁾もあり、子の引渡し事案の場合を考察するうえで参考になりうると解される。

四 本決定の検討

(一) 原審と本決定の相違点

子が引渡しを拒絶している場合の判断として、原審は、「子の履行拒絶の意思が強固であり、その年齢や精神的成熟度を踏まえ、債務者に義務の履行を強いることが却つて子の福祉に反することになる場合には、債務者の意思のみによつては履行することができないと考える余地がある」としながらも、Aが一〇歳の児童であり「自分なりの考えを言語的に表明できるようになる一方で、対処困難な場面では親に迎合したり、その考えとは異なる発言をすることが考えられる」ため、「強制執行や人身保護請求といった対処困難な場面で、果たして自らを事実上監護しているYに

迎合することなく、自らの意向を正確に言語的に表明することができたか疑問」であることに加え、Yは長男に対して引渡しの円滑な実現に向けた適切な働きかけを全く行っていないことを理由として、間接強制を許容している。

これに対して本決定は、「長男の心身に有害な影響を及ぼすことのないように配慮しつつ長男の引渡しを実現するため合理的に必要と考えられるYの行為は、具体的に想定することが困難というべきである」と、原審とは対照的な判断となっている。

本決定の判断の前提を支えているのは、先行する引渡執行および人身保護手続におけるAの態度や意思表示、それに対する裁判官の評価である。特に本決定は、人身保護請求事件の棄却判決において、AがY等の影響を受けたものではなく自由意思にもとづいてY等のもとにとどまっていると判断されたことを本件審判後の経過として重要視していると解される。

人身保護請求事件の経緯をふまえながらも間接強制を認めた原審の判断にはやや疑問が残るが、やはり原審は一〇歳というAの年齢を重視しているようである。一般的に、一〇歳前後以上であれば意思を表明する能力に問題はないとされており、子の意思を重視するのは一〇歳前後からと

されている。¹⁵⁾ まさに本件におけるAが一〇歳であるため、別居親に対して激しい拒絶反応を示しても、同居親の影響を受けやすいという理解にもとづき、拒絶はAの真の意思ではないと判断したものと思われる。

(二) 子の年齢と意思能力

本件におけるAは、先行する直接強制の時点で九歳三箇月、人身保護請求の時点で九歳七箇月であり、このAの年齢をいかに評価するかが問題となる。従来の議論によれば、子の年齢が高いほど、子の意思を尊重すべき蓋然性は高くなり、逆に、子の年齢が低く、年齢のみから意思を考慮することが困難な場合でも、付随的な事情を考慮して子の意思を尊重する必要がある場合もあるし、また、子の年齢が高くても、付随的な事情を考慮すると、「子の利益」の観点から、その意思を尊重することが適切ではない場合もある。¹⁶⁾

何歳を基準とするかについては様々な見解があるが、たとえば人身保護請求における議論では、子が自らの意思でとどまっているか否かについての判断の前提となる子の意思能力は、「自己の境遇を認識し、かつ将来を予測して適切な判断をする十分な能力」とされており、一〇歳を基準として、諸般の事情を考慮して意思能力の存否が決定され

ると解されている。¹⁷⁾ しかしながら、当然ながら個人差があるため、一括りに線引きを行うのは困難でもあるため、ケース・バイ・ケースで執行官が判断したほうがよいとの見解もある。¹⁸⁾

それでは、上記の議論からすると本件におけるAの年齢をいかに評価すべきだろうか。先行する直接強制の時点で九歳三箇月であり、人身保護請求の時点で九歳七箇月であるが、きょうだいであるB・C達と離れてもYのもとにいたいと主張している点を考慮すると、ある程度の明確な意思をもっていると解されよう。

(三) 債務者の「合理的に必要なと考えられる行為」

近時の議論においては、子の引渡し事件においては、子が引渡しを拒絶しているだけでは執行不能と評価されるわけではなく、債務者には子の引渡しを実現するための努力をする義務があるとされている。本件において、最高裁は、子の年齢及び発達の程度その他の事情を踏まえ、子の心身に有害な影響を及ぼすことのないように配慮しつつ、合理的に必要なと考えられる行為を行うことを要求している。そのうえで、本件の事実経過の下では、Yにとって「合理的に必要なと考えられる行為」は、「具体的に想定することが

困難」であると評価され、過酷な執行であるから許されないと判断された。山崎裁判官の補足意見においても、Aの意思を変えるための働き掛けをしたとしてもそれが奏功するとは容易に考え難いとされている。

しかし、本件において、はたして債務者たるYが「合理的に必要と考えられる行為」、すなわち子の引渡しを実現するための期待可能な努力を果たしたといえるだろうか。子の引渡し執行の事案においては、債務者には子を説得する義務があると解したり、子の拒絶の意思が形成される原因となった環境の改善や、側面からの子への働きかけなどが求められており、本件の事情だけで果たして債務者がかかる義務を履行したといえるかは明白でないように思われるとの指摘もある¹⁹⁾。

子の引渡し紛争においては、子が小さいほど、現に同居している方の親の影響を受けやすく、引渡しを拒否するようい債務者（同居親）から求められてそのような拒絶行動をとっているケースもある。本件のAも一〇歳ではあるが、原審が指摘しているように、自分なりの考えを言語的に表明できるようになる一方で、対処困難な場面では債務者に迎合したり、その考えとは異なる発言をすることも考えられよう。

また、子の引渡しを命ずる債務名義があるにもかかわらず執行不能と評価することは、子が本来の権利者から引き離されている現状を追認することになるため、過酷執行に該当するかどうかの判断はより慎重にすべきであると解される²⁰⁾。債務者にとってみれば、間接強制を阻止できさえすれば、子を維持し続けて債権者との協議を拒絶し続けることが可能となるため²¹⁾、安易に間接強制決定を否定することは避けるべきであろう。

したがって、本件においてYは、Aに対しての粘り強い説得を試みたり、Xの元へ行くことについて抵抗感をなくすように努力したりする余地はまだあるのではなからうか。前述のように子の意思能力の基準は一〇歳前後であり、まさに本件のAはその一〇歳前後の年齢であるし、YがAに対して適切な働きかけを全く行っていないという状況を考慮すると、Yの「合理的に必要と考えられる行為」を行う義務はまだ尽くされていないと評価することもできると解される。

（四）家裁の実体判断について

ところで、本件では、引渡執行の際にAが拒絶して泣きじゃくり、呼吸困難に陥りそうになったり、人身保護請求

の審問期日においてもAは明確にXへ引き渡されることを拒絶されたにもかかわらず、なおもXは本件の間接強制を申立てたわけである。しかし、そもそもXは当初は「死にたいいやや。こどもらもすてたい。」とのメールをYに送っており、具体的な事情は当事者間にしか理解できない面はあるにせよ、メールの文面からは子ども達を遺棄するかのような、育児に対する不熱心な姿勢も垣間見える。Xの育児に対する不熱心さからみると、そもそも奈良家裁の実体判断に問題はなかったであろうか。

すなわち、本件審判からの事件の一連の経過をたどっていくと、家事審判について家裁の判断と人身保護請求での地裁の判断が矛盾し、実質的には地裁が家裁の判断を否定したようなかたちにも見え、そして奈良家裁と大阪高裁が間接強制をしようとしたところ、最高裁がこれを否定したという流れにも見える。本件では、子の利益、子の人権等についての判断について高い専門性をもつ家裁や高裁・家事抗告集中部のほうが間接強制を認めているため、なぜAの意思がくみ取られなかったのかは疑問が残るところである。

(五) 本決定の射程

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。)における規律に揃えるかたちで、国内の子の引渡しについての強制執行の規律が二〇一九年の民事執行法改正により明文化された。本件の事案は、上記改正の前の事案であり、本件における特有の事情が考慮された事例ではあるが、改正法のもとでも、「過酷な執行」の例として参考になるものと解される。

ところで、二〇一九年改正民事執行法では間接強制前置が原則とされているが(同法一七四条二項一号参照)、たとえば債権者がまず間接強制を申し立てた場合でも、本決定と同様の理由で申立てを斥けることはできるのだろうか。この点については、債務者が先行する執行・裁判手続における結果に準ずるような客観的かつ信頼性のある判断資料を提供することができのならば、裁判所がただちに過酷執行、権利濫用として間接強制の申立てを斥けることは可能であると解される。²²⁾

なお、本決定は、本件審判後の「経過からすれば、現時点において」間接強制が許されないとしているため、本件審判にもとづく間接強制の可能性を全面的に否定したわけ

ではない。そのため、本決定の前提とされた状況に変化（Aの成長に伴う心情の変化等）があれば、間接強制が認められるようになる余地もあると解される。⁽²³⁾ また、間接強制以外の執行方法が当然に否定されるのではないと解されるので、たとえば直接強制の再度申立てが認められる余地もあると思われる。

五 おわりに

わが国では年間約三組に一組の夫婦が離婚しており、離婚件数は増加傾向にある。離婚件数の増加や家族観の変化にとまない、国内の子の奪い合い紛争も増加してきている。子の引渡し事件において執行不能となった場合、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、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成長し、大人になつてしまつては本末転倒なのであるから、もちろん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。そのため、極力、「過酷な執行」に該当するか

否かについての判断はより慎重になされるべきであろう。

本決定においても、間接強制決定が過酷執行として許されない判断されたが、YがAに対して適切な働きかけを全く行っていないという状況であるため、さらにYにAに対して説得を試みたり、引渡しを円滑に行われるような環境づくりを期待する余地はまだあると解される。それゆえ、本件における「過酷な執行」の該当性について、より慎重に判断されるべきであったと解される。

なお、本件は国内事案であったが、国際的な子の奪い合い紛争（ハーグ条約実施法の事案）における子の引渡しの問題についても、今後の検討課題としたい。

(1) 本件の評釈として、今津綾子「判批」法学教室四六七号（二〇一九年）一三〇頁、今津綾子「判批」新・判例解説Watch二六号（二〇二〇年）一五七頁、上江洲純子「判批」令和元年度重要判例解説（二〇二〇年）一三二頁、山木戸勇一郎「判批」私法判例リマックス六一号（二〇二〇年）一三四頁、中村肇「判批」法の支配一九六号（二〇二〇年）八九頁等。なお、子の引渡し執行に関する最新の論考として、安西明子「民事執行法改正による子の引渡し―最近の裁判例を題材に―」加藤哲夫先生古稀祝賀論文集「民事手

- 統法の発展」(成文堂、二〇二〇年)二〇五頁、内田義厚「子の引渡ししの強制執行と人身保護請求―民事執行法等の改正と判例を踏まえて―」加藤哲夫先生古稀祝賀論文集『民事手続法の発展』(成文堂、二〇二〇年)二一九頁、柳沢雄二「子の引渡ししの強制執行に関する日本の民事執行法の改正」加藤哲夫先生古稀祝賀論文集『民事手続法の発展』(成文堂、二〇二〇年)三〇九頁等。
- (2) 香川保一監修『注釈民事執行法(七)』(一九八九年)二二九頁(高世三郎)。
- (3) 【大判大正元年二月一九日民録一八輯一〇八七頁】は、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り、本件では間接強制によるべきであるとした。また、【大坂高決昭和三〇年二月四日高民集八巻九号六九二頁】は、直接強制の方法によるの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。
- (4) 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」家月二八巻八号(一九七六年)三九頁、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(二)』(一九九六年)四五七頁、佐藤道雄「幼児引渡の仮処分」裁判実務大系(第四巻)(青林書院、一九八四年)三一五頁。
- (5) 吉村真幸「直接強制による幼児の引渡執行の可否」家月四七巻八号(一九九五年)一一五頁。
- (6) 青木普「子の引渡ししの執行実務」家月五八巻七号(二〇〇六年)九三頁。
- (7) 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(二)』(有斐閣、一九六四年)二四一頁、中野貞一郎『民事執行法「増補新訂六版」』(青林書院、二〇一〇年)七九九頁。
- (8) 松本博之「民事執行保全法」(弘文堂、二〇一一年)三二二頁は、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。
- (9) 松本・前掲注(8)五三頁。
- (10) 最小判昭和六二年七月一六日判時一二六〇号一〇頁。
- (11) 山本和彦「間接強制の活用と限界」法曹時報六六巻一〇号(二〇一四年)二四頁参照。
- (12) 中野貞一郎「下村正明『民事執行法』(青林書院、二〇一六年)八頁。
- (13) 村上正子「安西明子」上原裕之「内田義厚『手続から見た子の引渡し・面会交流』(弘文堂、二〇一五年)一三二頁以下(安西明子)は、子の引渡しと面会交流に関して、ハーグ条約実法による引渡執行の特色と国内事案への影響について詳細に検討されている。
- (14) 大濱しのぶ「判批」私法判例リマークス四九号(二〇一四年)一二九頁。
- (15) 二宮周平「家族法『第四版』(新世社、二〇一四年)一

一一頁。

(16) 中村・前掲注(1) 九七頁。

(17) 丹野達「人身保護請求事件としての子の引渡請求の実際」
家月三三卷六号(一九八〇年) 一五頁。

(18) 杉山初江『民事執行における「子の引渡し」』(民事法研
究会、二〇一〇年) 一八五頁以下。

(19) 中村・前掲注(1) 九八頁。

(20) 中村・前掲注(1) 九八、九九頁参照。

(21) 村上ほか・前掲注(13) 一五五頁(安西明子) 参照。

(22) 今津・前掲注(1) 新・判例解説Watch二六号一五九頁は、
強制金決定前の審尋では第三者(子)の意見を聴くことは
想定されず、家裁調査官による事実調査(家事五八
条一項)も活用できないことにかんがみれば、その種の判
断資料を揃えることは容易ではなく、上記のような処理が
可能となる事例は限定的であると指摘する。

(23) 今津・前掲注(1) 新・判例解説Watch二六号一五九頁
参照。