

〈判例研究〉

家事裁判例評釈

- 1 審判前の保全処分の執行において9歳と5歳の子の引渡しの直接強制を不能と判定した執行官の措置を相当とした事例
- 2 本案審判の執行として上記子らの引渡しの直接強制、間接強制の各困難を指摘しつつ、監護者を定めて子らの引渡しを命じた本案の原審判を相当と認めた事例

〔東京高裁平成24年6月6日決定(平24(ラ)1040号子の引渡審判に対する抗告事件、判例時報2152号44頁)〕

渡辺 義弘

I 事実の概要

1. X(妻)とY(夫)は平成10年6月婚姻し、川越市内のYの実家に近いアパートで生活しつつ長男二男の2人の未成年者を設けた。平成19年7月、X、Yと未成年者らは、Yの実家の2世帯住宅に転居したところ、XとYの親らとの折り合いが悪化した。平成22年5月、XはYに相談なしに8歳、3歳の未成年者らを連れて茨城県石岡市のXの両親方に転居してYと別居した。翌23年、水戸家裁土浦支部に属したX、Y間の離婚調停にて、X、Yは未成年者らの親権の帰属いかんで対立し、Yは同年7月同調停の申立てを取り下げた。さらにYは未成年者らの実力による連れ去りを計画し、同年8月7日の面会交流予定日にこれを実行した。Yは、同日Yの両親や親戚の協力を得て車3台でX方に赴き、Xとその父の抵抗を排除し、未成年者らを無理矢理車に乗せY方に連れ去った。

Xは同月26日、本件原審判の申立てとともに、Xを未成年者らの監護権者と仮に定め、Yに対し未成年者らの仮引渡しを求める審判前の保全処分の申立てをした。同年9月28日、同保全処分が発令された。Xの申立てにより、執行官は同年10月13日直接強制による

執行のため、Y方に赴いた。しかし、執行官は、未成年者らの引渡しの執行を不能として終了した。次の経緯と理由による。すなわち、同日、Y方に赴いた執行官は、Yの了解を得て9歳の長男の意向を聴取した。しかし長男は川越から出たくないと述べた。執行官はこれを長男の真意と認めた。そのうえで執行官は5歳の二男も長男から引き離すのは相当でないと判断した。以上により執行官の上記措置が生じた。

2. 原審さいたま家裁川越支部は平成24年4月26日、未成年者らの監護権者をXと指定し、未成年者らをXに対し引き渡すことを命ずる本案の原審判をなした。原審裁判所は、X、Y各人の収入、同居の親族の状態、連れ去り前と後の未成年者らの通学通園の実態、X、Yの同居生活中の主たる養育者、未成年者らの意向、その他の関連事情を検討のうえ、次のとおり判断した。すなわち、本件は、子の利益を最も優先して考慮しなければならない。未成年者らは主たる養育者であるXの下で継続的に養育され、石岡市での生活も安定していた。未成年者らの現在の状態は、Yの違法な連れ去りにより作出されたものである。執行不能に終わったが審判前の保全処分が発令されていることから、未成年

者らの川越市での生活は重視できない。YよりもXの監護の継続性を優先することが子の福祉に適う。以上が原審判の上記結論に至る判断である。

3. そこで、Yは原審判を不服として本件抗告をなした。Yは、その抗告理由として、そもそもXがYの了解を得ずに未成年者らを連れて別居に至った態様が違法でありYの監護開始態様のみが非難されるべきではないこと、別居後Y方に戻されるまでの未成年者らに対しX側に虐待があったこと、以前の面会交流中の未成年者らの言葉や態度によってもXによる監護は不安定であることを、各主張した。

II 判旨

抗告棄却

1. 「平成23年10月13日午前6時40分から午前7時10分にかけて行われた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、きちんと言っていると判断し、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。

2. 上記の「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。」

III 評釈

本決定の結論には賛成する。しかし、理由中で本件強制執行の評価を述べた判旨1、2のそれぞれの部分については、本件を含む同種紛争の解決につき影響が甚大であり、疑問がある。

1. 問題の所在

裁判のめざす理想が判文に表出されているからといって、それが現実になるわけではない。Xにとっては子らの引渡しを実際に受けることこそが、原審判申立ての目的をなす。本件決定は、その結論の実現に実効的であったろうか。むしろ、その理由中の判旨が先例規範として一人歩きし、他の高裁、家裁の同種事件の判断に影響を与える懸念がある。判旨1は、直接強制をめぐる時代とともに深化した実務の動向に適合しているか、判旨2が踏襲した間接強制をめぐる先行裁判例の理論構成に検討すべき点はないか、そもそも判旨2が、本事案における今後の直接強制、間接強制の実効性いのかんの展望を示す必要があったのか。これらの問題を考察する必要がある。

2. 子の引渡の直接強制における執行官の裁量

(1) 執行現場の実情

子の引渡しの強制執行方法の主流が直接強制となったことはもはや周知のことである。なぜなら引渡しを認容し又は調停成立に至る紛争の約90%が10歳児未満であり、3歳ないし5歳児を頂点とすることを統計が示している⁽¹⁾。しかも認容審判の本文のほとんどが「子を引渡せ」「子を仮に引渡せ」とされている⁽²⁾。実務上も民執法169条1項を類推適用するほかはない。そして、直接強制である限り、子の意思能力の有無を問題としないとする有力な見解⁽³⁾すら登場している。そうは言っても、直接強制を担当する執行官に子の意思能力ならびに状況判断の裁量が事実の問題として生じうることは否めない。執行の現場の動向はどうか。2007年に行われた中堅執行官の全国実務研究会に参加した執行官の発言又はその意見を聴取した次の結果が注目される。大阪高裁管内のある庁では、年間10件近い申立てがあり、内勤執行官を含め3名体制で対応し、全件に警察官の援助を要請し、また解錠技術者を用意したうえでの解錠執行もし、ほぼ全件引渡しを受けていること、さらに伝聞ではあるが、監護親が子を抱きかかえていても引き離してでも執行しているケースがあることなどが、執行官により語られている⁽⁴⁾。一方、あまり直接強制の申立てのない庁では、執行官には、「直接強制は許すべきではない」という考え方の下に申立希望者を説得し事前に却下する旨を告げたり（札幌高裁管内⁽⁵⁾）、また8歳の子の引渡につき債務者に十分に説得したがこれに応じなかったため執行不能とした執行官の処分に対する執行異議申立を却下した地裁決定⁽⁶⁾の写しを、管内執行官が持っていて、執行裁判所のスタンスを関係者に説明している（広島高裁管内⁽⁷⁾）などという、直接強制に対する消極的

傾向もある。しかし、申立件数の増大⁽⁸⁾とともに大都市部の執行官実務は、直接強制における低年齢の子の意思ならびに債務者側の抵抗に起因する執行不能の裁量の中を狭く解する方向を強化してきたといえる。当事者である若年層の親の権利意識の感性はもはや時代の流れである。強制執行にまで至る事案は、夫婦関係の破綻した親相互の人間本能に根ざす高葛藤事案が多い。執行現場での混乱の回避のため最高裁は執行の運用改善の検討を進めているとの報道もなされた⁽⁹⁾。一方で、執行官自身も「任期中には担当したくない」という意見・感想が多数であり⁽¹⁰⁾、「ともかく大変だから無事に」執行を「終えよう」という思いに終始し、債権者がようやく到達した債務名義の実現につき執行への切実な思いがあることを受け止めきれていない状況もある⁽¹¹⁾。そもそも、執行機関である執行官に、執行現場で、実体判断として専門性をともなう子の意思能力の有無の判定をさせることには問題がある⁽¹²⁾。この点は、本来は債務名義成立の裁判手続の中で既に確定されているはずである。また、裁判手続の中で、裁判官や調査官が説得を試み無理だった高葛藤事案が、執行官の説得によって支障なく任意履行されると考えること自体に無理がある⁽¹³⁾。

(2) 事案の特色と判旨1の意味するもの

本決定の事案は、まさにX、Y間の高葛藤事案である。それは、親権をめくり激しく対立のうえ、面会交流予定日に、車3台を手配し、X側の抵抗を排除し、実力をもって子らを奪取したYの違法な連れ去り行為に象徴されている。本決定の原審判の事実認定においても、Xが残した別居前の日記等から、Xが元の勤務先の上司と不貞関係にあったことをYが知り、またXは川越市での家庭生活の不満をその相手に訴えていたとされている。Yの感情的怒りの発露も推察される。しかし、その審判前の保全処分によるYに対

する仮引渡しの命令は、申立てから1か月余で発令された。それから約9か月余のX、Yの攻防の結果、引渡しを命ずることを認容する本案の原審判ならびにこれに対する不服申立てを棄却する本決定に至った。本決定は、Yの抗告理由とする事実を、認定できない（ないし、特段の問題の存在を認めない）として排除した。もし、本決定の理由中に示されるように、時の経過その他の事情により今後の直接強制・間接強制の困難がいずれも予測されるとするならば、まさに奪取後わずか約2か月でなされたYに対する仮引渡しの執行を不能とする執行官の措置を、本決定はなぜ相当と認めたのだろうか。執行官が執行可能であるにもかかわらず、執行不能を認定すれば、民執法11条1項後段の執行異議事由となる⁽¹⁴⁾。本事案においては、たしかにXから執行裁判所に執行異議の申立てはなされなかった。本決定時までには異議の利益が存続するか、また異議の期間制限があるかなどの問題はある⁽¹⁵⁾。しかし、本決定の理由中の判断は、当該「執行不能」措置の適法性の公権的な認定判断にはかならない。

（3）歴史的に見た執行官の判断をめぐる見解の動向

（ア）子の引渡しの直接強制の執行現場において、執行官の裁量が意識され理論化に向かったのは、1993年の最高裁判決（最三小判平5. 10. 19民集47巻8号5099頁）⁽¹⁶⁾をターニングポイントとする。同判決は、別居中の夫婦間の紛争で生ずる子の取り戻しの実現に人身保護法の適用を制限した。したがって、その実現をめざす多くの場合は、家事審判の執行の実効性に頼らざるをえなくなった。それ以前の実務は、子の引渡しの執行に直接強制は想定外とされていた。しかし、例外的に乳幼児が拉致誘拐されている場合などには直接強制が許されるとも解されていた（大阪高決昭30. 12. 14高民集8巻9号692頁の判示）。

すなわち、この時代の執行官の裁量は、当該事案の中身に拉致誘拐などの違法性があるか否かの限られた判定を中心とするにとどまった。しかし、次第に議論は深化した。

（イ）1995年に吉村真幸判事は、直接強制の対象となる債務の性格判断を提起した。同判事は、「子を引渡せ」との主文の債務名義は、①「与える債務」②「不代替的作為債務」③「不作為債務」のいずれを示しているかの解釈、判断を執行官に求めるとした⁽¹⁷⁾。そして、その基準は、債務者自身が幼児に言い含めるなどして債務者自身の手によって引渡さなければ、幼児の心を傷つける場合は、②の債務として直接強制の対象から除外され、債務者に不作為（引取りを妨害しない耐忍）を命ずるだけで目的を達成する場合は、③の債務として同じく除外されるとした。同基準により直接強制の対象として残る①の債務は、「諸般の事情から回復が必要な場合」であり、第三者たる債務者の拉致誘拐、不十分な監護、親たる債務者の子の虐待などが、典型例であるとした⁽¹⁸⁾（そして、①の債務でも執行着手後「幼児が意思に基づき反対したような場合」は「執行不能として処理すべき」とした）。この見解における執行官の判断は、直接強制を消極とする方向への裁量巾が大といえよう。

（ウ）1997年以降、梶村太市判事、山崎恒判事による有力な見解が登場した。「子を引渡せ」との主文の債務名義に基づく直接強制の申立てにつき、執行官は一律に「与える債務」として執行できるという見解⁽¹⁹⁾である。この見解は対象たる子の意思能力の有無の判定を執行官がするのは妥当でないと説く。意思能力の判定は、専ら、債務名義成立の裁判手続における認定事項であるとの見地⁽²⁰⁾による。この見解は、具体的な執行レベルで、「債務者の作為又は不作為なくしては」子の「精神を傷つけずに履行することができない場合」「子が意思に基づいて反対する場合」

を「執行不能」として取り扱う⁽²¹⁾。この見解は、直接強制の適用範囲をかなり広げたが、具体的結果としては、「執行不能」の範囲も大きいと見られる。

(エ) 2002年以降、(ウ)の見解に対して、第1に、執行官が子の意思能力を区別しない点、第2に、「子が意思に基づいて反対する場合」を執行不能とする点について、それぞれ批判が提起された。瀬木比呂志判事の提起である。同判事は、①直接強制にあたって、子の意思能力の判定は、執行官の職責であり、民事執行の一般論としても、意思能力の有無を問わずに執行可能とするのは解釈論の限界を超え根拠がない⁽²²⁾。②少なくとも意思能力なき子に対する執行の場合、「子が意思に基づいて抵抗した場合」といっても、現監護親の心理的影響の下に抵抗を教えこまれ、又は不安感も手伝ってその親から引き離されることに抵抗したり、泣いたりする場合もままあり、「子の意思の考慮」は慎重であるべきである。執行である以上、最後には強制の要素が全面に出ることは避けたい⁽²³⁾。一との見解を示した。

(オ) 2008年になって、第1に、直接強制の対象子に対する執行官による意思能力の判定、第2に、直接強制における実力行使とその限界、の各点につき、執行実践例の集約⁽²⁴⁾に基づき、整理された見解が遠藤真澄判事により明らかにされた。①遠藤判事は、近時の執行実践例の量的観察に基づき、執行官の判断基準として、小学校低学年(6、7歳)程度の子については、資料なしに定型的に意思能力がないとして取扱い、その年齢を超える場合は、小学校高学年(11歳、12歳)を上限として、具体的個別の事情により意思能力の有無を認定するべきであるとした⁽²⁵⁾。ちなみに、定型的運用への示唆は、2002年段階で、瀬木判事も指摘している⁽²⁶⁾。②遠藤判事は、執行官による実力行使の実践例観察も行い、実力行使の限界を「子の身体に対する危害の

おそれ」に置きつつ、債務者側の抵抗を排除するための実力行使を次の判断の下に肯定する⁽²⁷⁾。すなわち、債務者側の具体的な抵抗の態様、程度に応じ、それを排除する実力の必要最小限を判断し、相手の身体に対しては慎重な配慮をするのである。なお、執行に対する警察官の援助(民執法6条1項)、強制解錠(同法169条2項、123条2項)も認められる。ちなみに、警察官、解錠技術者を同行できる体制があるからこそ、臨場後先行してなされる任意引渡しの説得が効果を上げる場合も多いと同判事は観察する。

私は、現段階の直接強制の実態を踏まえた上記の遠藤判事の見解が、時代の要請⁽²⁸⁾に適合すると考える。

(4) 本決定の判旨1についての疑問

当該審判前の保全処分の執行不能措置を相当と認めた本決定は、その根拠として、同措置に至るまでの、次の4点の事実又は判断を挙げる。すなわち、①執行官の再三の質問及びXの質問に対し9歳の長男が「Yの下にいたい」と応答したこと、②長男のその応答は自分の意見をきちんと言えていると執行官が判断したこと、③5歳の二男も長男と引き離すのは相当でないと執行官が判断したこと、④Yは、その執行の現場において冷静慎重で妨害行為は行わなかったこと、の4点である。しかし、このような表面的な経過をもって、執行官の措置を相当と評価してよいのだろうか。相当である旨の評価は、執行不能措置の適法を意味する。本決定の評価の充足基準が同種事案の判定のために一人歩きする危険がある。当然、同種事案について申立てられた執行異議の判断基準としても影響がある。本事案において執行官の行為のどこに問題があるのかを検討したい。

(ア) 当該執行官は、当該保全処分の背景をどれだけ認識していたのであろうか。同保全処分審判の判文は公表されていない。しか

し、Yが約2か月前に親戚とともに車3台を準備してX方に赴き、実力をもってX及び同居の親族の抵抗を排除して無理矢理、子ら2人を奪取したという子の拘束につき違法性の高い事案⁽²⁹⁾である。その内実にきわめて高葛藤が予測され、まず原状回復が求められるからこそ、保全処分が1か月余で発令された背景を、執行の事前準備の中で同執行官は把握してしかるべきであった。

(イ) 当該執行官は母Xとともに執行現場に臨場し、9歳の長男にいずれに居たいかを「再三」質問し、Xにも質問をさせた。妨害行為は行わなかったとはいえ、その現場には父Yがいる。長男は、わずか30分にも満たない時間内で究極の選択をせまられた。子の意向調査の専門家である家裁調査官が「どちらの親かと選択を迫ることは、どちらを選んでもどちらかを捨てる板挟み（忠誠葛藤）を子に強いいたずらに傷つけることになる」⁽³⁰⁾と普遍的に説いている図式に該当するような問題の多い対応であった。しかもこれに対する長男の意向は正確には「川越から出たくない」（本案の原審判の判文）ということであった。同執行官の対応はあまりに表面的であったといえる。

(ウ) 9歳（小学校3年）の長男の応答を真意に基づく意見と見てよいのだろうか。その年齢は、意思能力の判定にとって微妙である。これだけの夫婦間の高葛藤事案において、違法な実力行使による奪取にまで及んだY側による長男に対する強い心理的支配がありうることはもちろん、長男は執行に対する抵抗を教えこまれている可能性すらある。本案の原審判は既に子らの意向を把握し、これを詳細に検討したうえで、その引渡しをYに命じている。意向調査の専門家でない当該執行官が、「意見をきちんと言えている」と判断したことをもって、長男の真意を把握したということにはならない。長男の表面的言語をもって、重大な執行不能の結果にまで因

果をつないだ同執行官の判断は、単純に肯定しえない。

(エ) 当該執行官は、何ら意思表示もなく、かつ意思能力を認定しえない幼児園児の5歳の二男につき、「きょうだい不分離の原則」の適用を判断のうえ執行不能措置をとった。「きょうだい不分離の原則」を執行の場で考慮するのは、きょうだいの離れがたい心理状況に基づき政策的な配慮から、年令の高い子も、相手方の物理的・心理的支配下にあると認定し、きょうだいを一律の直接強制手続で引渡しを実現する方向に機能させるのが本来的であり⁽³¹⁾、執行可能な年令の低い子を、年令の高い子にあわせて消極的な方向に機能させるのは疑問である。裁判手続ですら、「きょうだい不分離の原則」の適用は絶対的ではなく、他の要素と対比しても優先順位は劣後している⁽³²⁾。むしろ、「きょうだい不分離の原則」に向かうためには、もし仮に長男が引渡しに抵抗する事態などが生じたとしても、まず、今まさに5歳の二男の引渡しの執行を完了させ、後日の、別個の直接又は間接強制で長男の引渡しの実現を期し、当該保全処分のめざすきょうだい不分離の大局を達成するのが筋であろう。

(オ) Yはその執行現場で何らの妨害行為をしていない。当該執行官が必要最小限の実力をもって、二人の子の引渡しの実現を期すのが筋であった。その際、長男は必ず実力をもって反撃するとはいえない。むしろ、それまで冷静であったXの抵抗こそがありうる。仮に長男が実力をもって抵抗するならば、執行官は長男のみに対し執行不能の措置をとるべきであったと考える。

以上の各理由により本決定の判旨1は、当該執行官の行為に甘すぎる判定をしたという疑問をぬぐえない。

本決定は、執行官の処分（執行不能措置）に対する執行異議事件に対する裁判ではない。本決定が、抗告棄却により原審判の結論

を維持するのであれば、後記の二律背反の疑義を避けるためにも、抗告理由と関係のない判旨1を本決定にて述べる必要はなかったと考える。

3. 不作為義務違反の不存在と間接強制

(1) 先行裁判例の踏襲

本決定の判旨2が言及している間接強制に関する判示は、先行裁判例である東京高決平23. 3. 23家月63巻12号92頁（以下、先行裁判例という）⁽³³⁾を踏襲している。先行裁判例の事件は、別居中の夫婦間で7歳の長女を夫から妻に引渡すことを命じ、その不履行に対し1日当金3万円の支払いを命じた原決定である甲府家決平22. 12. 24に対する執行抗告事件である。先行裁判例は原決定を取り消し、妻の間接強制申立てを却下した。その理由は、対象となる執行債権は、妻が監護権を行使することについて、これを妨害しないことを夫に求める不作為請求権であり、夫がその不作為義務に違反するおそれがあることの立証がなされていないということを根拠とする。この事案の特色は次の点にある。妻は上記間接強制申立てに先立ち、子の引渡しを命ずる本案審判の債務名義に基づき直接強制の申立てをした。その執行にあたって妻が長女を小学校から執行官及び妻代理人弁護士との待ち合わせ場所に連れて行こうとした際に、長女が左膝打撲症を負い、執行官、妻代理人弁護士との合流後も長女は夫宅に留まることを述べ激しく泣き、説得に応じる気配がなかった。そのため、妻はその直接強制申立てを取り下げた。また、夫は、長女が妻の下に行きたいと言うのであればその気持ちを尊重すると一貫して述べ、抗告審でも長女を説得する環境作りに協力する旨述べた。以上の特色から、この事案は、夫が本音において、長女の心理に強い自信をいだいていることが容易に伺われる。

(2) 先行裁判例の理論構成に対する疑問

村上正子教授は先行裁判例の評釈において理論構成上の疑問を提起する。その第1は、民執法の改正（平成15年・平成16年）により、「与える債務」（物の引渡債務）についても、間接強制が認められる（同法173条1項前段）ので、執行債権の性格を不作為請求権と構成する必要性がないこと⁽³⁴⁾、その第2は、仮に不作為義務を想定するとしても、その不作為義務の態様の多様性を考慮に入れるべきであり⁽³⁵⁾、これを考慮に入れないで間接強制の要件である「不作為」を解釈することは形式にすぎないことがあること、の疑問である。そして、第2の点につき村上教授は、「任意の引渡しを期待するのが困難な状況にあるか否かを要件としてその必要性を判断すべきであろう」と述べる⁽³⁶⁾。この点につき、私見としては、先行裁判例の事案において、夫が口先（又は書面の記述上）において「長女の気持ちを尊重する」「説得する環境作りに協力する」と述べただけで、現実に環境改善の努力をした実績もなく、本音において長女の心理に自信を持ち、事実上何もしないならば、間接強制を必要とする上記要件を充足していると考える。また、職権探知を原則とする家事審判においては、裁判所もこのような事情の把握に敏感であるべきと考える。

(3) 本決定の判旨2の間接強制についての判示の問題点

先行裁判例における裁判所の心証形成の原因は、直接強制に臨場して当該長女が示した涙と激しい抵抗と負傷にまで及んだ実態にあると私は考える。他方、本決定の事案は、直接強制にあたって対象となる長男、二男兩名は、平穩に終始している。本決定の判旨2の上記判示は、上記の各事案の比較や理論構成における十分な検討なしに、先行裁判例の形式論理をそのまま断定的に本事案に当てはめている点に問題があると考えられる。

4. 本決定に見る二律背反

本決定は、子らの監護権者をXと定め、その引渡しをYに命ずる原審裁判所の判定は正しい（相当である）と判示した。それが「子の福祉に適う」と判断した（原審判の理由を引用）。その一方で本決定の判旨1は、保全処分の執行を担当した執行官の判定も正しいと判示した。加えて、本決定の判旨2は、今後、本案の債務名義に基づき直接強制を行っても、執行不能の確率が高く、前回と同じ態様の執行不能であれば間接強制も認められないと断定した。すなわち、今後の執行は暗い展望しかないと判示した。それならば、今後Yによる子らの任意の引渡しの展望はあるのだろうか。本事案は高葛藤事案の典型であろう。Yは実力行使によって子らを奪取し、X、Y双方とも時間と労力と費用をつぎ込んで裁判係争を争いぬいてきた。今後は離婚訴訟による親権帰属紛争が続くであろう。控訴審にまでもつれこむかもしれない。その間、子らはどんどん成長していく。奪取後、わずか約9か月後の執行が無理であると言うなら、更に時を経過してなされる強制執行は無理として取扱われるのが帰結になる。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⁽³⁷⁾。Xはそれでも係争を貫くか、争いをあきらめるしかない。本決定の本音は、そのような暗示をXに与えることにあったのであろうか。そうであるならば、本決定は子らの現状の平穩を最善の利益として、なぜYの抗告を認容しなかったのであろうか。認容しなかったのは、執行成功の確率が残っているからと見るのだろうか。本決定において、判旨1の執行官の措置に対する評価とともに判旨2の今後の直接強制、間接強制を困難と評価する部分は（仮に抗告審裁判所が内心でそのような心証をもったとしても）判示する必要があったのだろうか、これらの点に評者である私は疑問

をいだく。むしろ、本決定は、抗告理由と関連のないこれらの詳細についての判示を控え、直接強制の執行例の動向、本決定時が奪取後1年にも満たない時期であること、間接強制についての先行裁判例の理論的不備なども、考慮巾に加え、原審判の本論と結論を支持するのみにとどめるのが妥当であったと考える。

注

- (1) 杉山初江『民事執行における「子の引渡し」』60頁（民事法研究会、2010年）の〔表11〕および270頁。杉山氏の同著は、執行現場における多数の実例調査と関与執行官に対するインタビュー、中堅執行官の全国実務研究会の内容の情報、等々を紹介したこの分野における注目すべき文献である。ちなみに、同著の監修者園尾判事は、偶然にも本決定の裁判長でもある。
- (2) 山崎恒「子の引渡しと直接強制」『新・裁判実務体系12 民事執行法』395頁（青林書院、2001年）。
- (3) 梶村太市「子の引渡し請求の裁判管轄と執行方法」司法研修所論集創立50周年記念特集号第2巻348頁（1997年）、山崎前掲注(2)359頁。
- (4) 杉山前掲注(1)206頁以下。
- (5) 杉山前掲注(1)206頁。
- (6) 広島地決平18. 2. 21（未公表）（杉山前掲（注）1 49頁にて紹介）
- (7) 杉山前掲注(1)208頁。
- (8) 2012年1月9日付読売新聞1面「子供強制引渡し年120件」の見出しの記事は、2010年に子の引渡しの直接強制が全国で120件行われ、このうち58件（48%）で実際に子の引渡しを実現していたことが、最高裁の初の調査によって判明した旨を報道している。但し、同記事は35面の関連記事を含めて、その執行に動産引渡し執行の法文を類推適用すること自体を「現場混乱」の原因であるかのごとく単純化して世論に印象されかねない（「子供を物扱いするやり方は絶対に許せない」との親の談話の引用など）表現もある。むしろ同記事が真意として強調したい点は、後掲注(9)の記述にあることに留意を要する。
- (9) 前掲注(8)の記事は、「裁判所内では、直接強制

- を行うべき際に配慮すべき点をまとめた指針作りや執行官の権限や執行のルールを明確に定めて新たな立法が必要との意見も出ている。」と述べ、「最高裁は執行の運用改善に向けた検討を進める方針だ」とも報じている。次いで、2013年5月25日付朝日新聞の「ハーグ条約加盟で最高裁通知へ」とのサブ見出しの記事は、最高裁による国内事案に対するガイドラインの通知の見通しを報じている。
- (10) 杉山前掲注(1)211頁。
- (11) 杉山前掲注(1)210頁。
- (12) 山崎前掲注(2)397頁。
- (13) ちなみに、杉山前掲注(1)190頁ないし193頁における各執行官の発言は率直である。
- (14) 最高裁事務総局民事局『執行官提要（第5版）』（民事裁判資料248号）120頁（2008年）。
- (15) 最高裁事務総局民事局前掲注(14)121頁、ちなみに差押の場合の「執行不能」の評価については130頁、131頁。
- (16) 同判決の解説および評釈の代表的なものとして、野田愛子判例評論426号207頁（1944年）、水野紀子ジュリ1046号95頁（1994年）、吉田欣子判タ852号138頁（1994年）、棚村政行ジュリ家族法判例百選（第5版）106頁（1995年）、大内俊身曹時47巻2号247頁（1995年）。
- (17) 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138頁以下（1995年）、同「子の引渡の強制執行と執行官」民事執行実務26号23頁以下（1996年）。吉村判事は、「執行官は独立の執行機関であるから、直接強制の申立てがあった場合でも、発令裁判所とは別な資料を得た結果」として債務の性格判断ができる（上記家月144頁）とし、また「執行機関が裁判機関に趣旨を確認した上で、その債務名義に基づく直接強制の申立てが相当か否かも判断することも許されよう」（上記民事執行実務25頁）と述べている。
- (18) 吉村前掲注(17)家月140頁以下。
- (19) 梶村前掲注(3)345頁、山崎前掲注(2)395頁。
- (20) 梶村前掲注(3)348頁、山崎前掲注(2)395頁。
- (21) 梶村前掲注(3)351頁、ちなみに山崎前掲注(2)399頁における山崎判事の見解は、梶村判事の述べる取扱いとは表現のニュアンスは異なるが、結果的には、ほぼ同様の取扱いになると考える。
- (22) 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」判タ1081号61頁、64頁（2002年）。
- (23) 瀬木前掲注(22)63頁。
- (24) 遠藤真澄「子の引渡しと直接強制」家月60巻11号1頁（2008年）は、2006年1月1日から2007年12月31日までの3庁の地方裁判所に申し立てられた25件の直接強制による執行事件の個性と推移を量的に観察しつつ、多面的に分析し、法的見解を整理している。ちなみに青木晋「子の引渡しの執行実務」新民事執行実務4号89頁（2006年）、家月58巻7号98頁（同年）は、執行実務が直接強制説に転換していることを早い時期に紹介したものであり、東京地裁において2005年1月から12月までに実施された4事例の直接強制による執行事件の推移の実態を紹介し、2010年発行の杉山前掲注(1)103頁以下は、横浜地裁管内で2002年から2009年までに実施された20事例の直接強制による執行事件の実態と推移を紹介している。
- (25) 遠藤前掲注(24)27頁。なお、遠藤前掲注(24)の発表の翌年、東京地立川支決平21. 4. 28家月61巻11号80頁は、執行官の直接強制完了に対する執行異議事件において「執行当時7歳9か月」の対象児童につき「一般的にはその当時意思能力を有していたとは解することができない」し、「特段の事情もうかがわれない」として、当該直接強制の適法性を判示している。
- (26) 瀬木前掲注(22)64頁、65頁。
- (27) 遠藤前掲注(24)39頁、40頁。
- (28) 国際関係における時代の要請としてハーグ子の奪取条約への加入承認ならびに加入にともなう国内実施法案が国会で可決された。同法案は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、民訴法172条1項による間接強制と同法171条1項の代替執行（代替的作為義務の執行と見る）に限り（134条）、直接強制を認めていない。そして、代替執行利用には、間接強制の前置による一定の要件を義務づけた（136条）。これらは、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る（法制審議会ハーグ条約部会第8会議における朝倉幹事の発言）。そして、ドラスティックな同条約の運用の弊害を警告する世論にも配慮してなされる最高裁による統一的ガイドラインによるルールづくりは、ようやく国内事案において、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懸念がないわけではない。

- 29) 小島妙子『Q & A 離婚実務と家事事件手続法』191頁（民事法研究会、2013年）は、本決定の事案につき、「奪取行為の違法性が極めて高い事案である。このような奪取行為を敢行する者に任意の履行を期待することは不可能である。子の年齢による限界もあろうが、人身保護手続の利用を制限する以上は、審判の実効性確保が不可欠である」と、その特色を指摘している。
- 30) 依田久子「子どもの意思表示権」家族〈社会と法〉10号194頁（1994年）。
- 31) 遠藤前掲注2026頁、27頁。
- 32) 中山直子「子の引渡しの認定基準」判タ1100号183頁（2002年）、小島前掲注29201頁の〈図表20〉。
- 33) 同裁判例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の立証」（民商法雑誌146巻3号360頁（2012年）、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」戸籍時報687号98頁（2012年）がある。
- 34) 村上前掲注33363頁、364頁。しかし、他方でこの法改正により、子の引渡しの争い等に間接強制が多用されるようになった。その結果、間接強制命令を発した裁判官の予測に反し、長期間の不履行の状態が生じた場合（例えば、子の引渡しの不履行に対し、1日当3万円の間接強制金は、年間1000万円余に達し、不履行のまま離婚訴訟による親権争いの最終結着まで数年を要すれば、その金額は、数1000万円になる）、「過酷執行」の救済についての課題が生ずることを、園尾隆司判事は「破産者に対する制裁と破産者名簿調整の歴史」判タ1388号16頁以下（2013年）で指摘している。
- 35) 村上教授は、和歌山家決平22. 7. 26家月63巻3号120頁が間接強制申立てを認容する理由とした「単に債務者において」「未成年者の意思に任せ」「積極的に妨害するような行為さえしなければ足りるとするものではなく」「原因となった環境を改善し、また側面から未成年者に働きかける」義務があるとする解釈を支持している（ちなみに、同決定に対する執行抗告は棄却されている。大坂高決22. 9. 24家月63巻3号124頁）。
- 36) 村上前掲注33365頁。
- 37) 本決定判示の直接強制の執行不能の解釈や間接強制の要件設定の解釈には、そもそも、債務者自らは審判には違反していない見地に立っている。

したがって、夫婦間の子の引渡し紛争に人身保護請求が例外的に可能である（最三小判平6. 4. 26民集48巻3号992頁）いわゆる「審判等違反類型」にも該当しないことになる。本決定は、結論において理想を述べても、結果的にはこれに反し、子らの引渡しはXの任意になることを示唆したことにならないかという疑問を禁じえない。