

論 説

子の引渡しの間接強制と権利の濫用

——最決平成31年4月26日と面会交流の間接強制が
認容された最決平成25年3月28日との比較を通して——

渡 邊 典 子

論 説

子の引渡しの間接強制と権利の濫用 —最決平成31年4月26日と面会交流の間接強制 が認容された最決平成25年3月28日との比較を 通して—

渡 邊 典 子*

目次

- 1 はじめに
- 2 最決平成31年4月26日の事実の概要と決定要旨
 - (1) 事実の概要
 - (2) 決定要旨
- 3 最決平成25年3月28日の事実の概要と決定要旨
 - (1) 事実の概要
 - (2) 決定要旨
- 4 最決平成31年4月26日と最決平成25年3月28日の比較及び問題点
 - (1) 最決平成31年4月26日と最決平成25年3月28日との比較
 - (2) 問題点の整理
- 5 間接強制が権利の濫用となるとの判断について考察
 - (1) 強制執行を権利の濫用とする法理の位置づけ
 - (2) 強制執行が権利の濫用にあたるかが問題となった裁判例
 - (3) 最決平成31年4月26日における権利濫用の判断方法
 - (4) 子の監護に関する処分において債務者が負う給付内容と権利の濫用の判断方法

* 本学非常勤講師

- 6 債務名義成立後の事情の考慮方法
 - (1) 手続きの選択についての立場
 - (2) 最決平成 31 年 4 月 26 日及び最決平成 25 年 3 月 28 日での手続きの選択についての考察
- 7 債務名義の内容の変更が否定されることと間接強制が却下されることとの整合性
- 8 まとめ

1 はじめに

最決平成 31 年 4 月 26 日判タ 1461 号 23 頁は、子の引渡しを命じる債務名義に基づき、債権者が間接強制を申立てたところ、当該子の引渡しの直接強制が執行不能となり、人身保護請求事件の審問期日でも当該子が債権者へ引き渡されることに拒絶する意思を明確に示していたことを理由に、間接強制の申立てが権利の濫用に該当すると判示⁽¹⁾した。

これに先立つ最決平成 25 年 3 月 28 日民集 67 卷 3 号 864 頁は、面会交流を許さなければならないとする債務名義に基づきなされた間接強制の申立てにつき、子が非監護親と面会交流を拒絶する意思を示していることにつき、審判時とは異なる状況が生じたときは面会交流を禁止・変更する調停・審判を申し立てる理由となり得るが、間接強制決定を妨げる理由とはならないと判示⁽²⁾した。

子の監護に関する処分の債務名義に基づく間接強制において、子が引渡しや面会を拒絶している事情は、債権者の権利の実現を妨げる理由となるのか、特に、前掲最決平成 31 年 4 月 26 日と前掲最決平成 25 年 3 月 28 日では、子が拒絶している事情は共通しているが、間接強制の可否についての判断が異なっているため、その整合性について検討してみる必要がある。

(1) 判タ 1461 号 23 頁、裁判集民事 261 号 247 頁、判時 2425 号 10 頁等

(2) 裁判集民事 67 卷 3 号 864 頁、家月 65 卷 6 号 96 頁、判時 2191 号 39 頁、判タ 1391 号 122 頁等

る。

また、前掲最決平成 25 年 3 月 28 日では、子が拒絶している事情は、債務名義を変更する手続申立の理由となるにとどまり、間接強制の可否には影響しないとされているが、前掲最決平成 31 年 4 月 26 日では間接強制の可否を判断する事情として用いられているから、その整合性についても検討する必要がある。その検討を通じて、さらに、債務名義成立後の事情（特に子が拒絶している事情）を、いかなる手続きで考慮すべきか考察してみようと思う。

2 最決平成 31 年 4 月 26 日の事実の概要と決定要旨

まず、前掲最決平成 31 年 4 月 26 日の事実の概要と決定要旨を確認しておこう。

(1) 事実の概要

X（父）と Y（母）には、長男 A（平成 20 年 4 月生）、二男 B（平成 22 年 10 月生）、長女 C（平成 25 年 4 月生）がおり、平成 27 年 12 月、Y が X に「死にたいいやや。こどもらもすてたい。」というメールを送信したことなどから、X が子ら三人を連れて実家に転居し別居した。Y が奈良家庭裁判所に、Y を子らの監護者と指定し、X に対して、子らの引渡しを命じる審判を申立てたところ、平成 28 年 5 月、奈良家裁は却下する決定をした。これに対し、Y が即時抗告をし、同年 8 月、大阪高等裁判所が原審判を取り消して、差し戻す決定をし、平成 29 年 3 月、差し戻後の奈良家裁が、Y を監護者と指定し、X に対し子らの引渡しを命じる審判（以下「本件審判」という。）をした。X が即時抗告したが、大阪高裁が抗告棄却の決定をして、平成 29 年 7 月、本件審判が確定した。

本事案では、本件審判を債務名義とする執行手続きのほか、当事者双方が複数の手続きをとっており、その経過は以下のとおりであった。

ア 本件審判に基づく強制執行申立て（直接強制）

Yが、平成29年7月、本件審判を債務名義として、子らの引渡執行を申し立て、執行官がX宅を訪問して子らに対してYのもとへ行くように促した。B及びCはこれに応じてYに引き渡されたが、長男A（当時9歳3箇月）が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ため、執行官が執行を続けると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て、Aの引渡執行を不能として終了させた。

イ 人身保護請求

Yは、平成29年8月、X及びX方両親らを拘束者として、Aの人身保護請求をしたところ、A（当時9歳7箇月）は人身保護請求事件の審問期日において、X等のもとで生活を続けたい旨の陳述をした。裁判所は、Aは十分な判断能力に基づいてX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X等からの影響によるものではなく、Aが自由意思に基づいてX等のもとにとどまっていると認め、X等によるAの監護は人身保護法及び人身保護規則による拘束に当たらないとして、Yの請求を棄却した。Yはこれを不服として、最高裁判所に上告及び上告受理を申し立てたが、平成30年2月、上記棄却判決が確定した。

ウ 間接強制申立て

Yは、平成29年12月21日、Xに対しAの引渡しを求める間接強制を申し立て、奈良家裁は、Xが任意にAを引き渡すことは期待できないから、間接強制を認めることが相当であるとして、当該決定の日から7日以内に引渡し債務を履行しないときは、一日につき1万円の割合による金員を支払えとの決定をした（奈良家裁平成30年5月8日決定）。

この奈良家裁の決定の審理においては、Xは、Aが自らの自由意思でYの下に行くことを拒否しており、Aの年齢（平成29年12月当時9歳）からこれ以上無理強いすることは子の福祉を害す

ることは明らかであるから、間接強制は信義則に反し許されないと主張していたが、奈良家裁は「本件審判前に示した未成年者の意向については、それを踏まえて本件審判の判断がされており、本件審判後の事情であれば、子の監護に関する調停・審判を再度申し立てる等の事由となる余地があるとしても、間接強制を否定する事由とすることはできない。」（傍線筆者）として、間接強制の申立てを認めて、間接強制金の支払いを命じた。

これに対し、Xが執行抗告を申立てたところ、大阪高裁は、平成30年9月、当該執行抗告を棄却した（大阪高裁平成30年9月3日決定）。

Xの執行抗告申立てに対し、大阪高裁は「本件審判が、Xに対しAの引渡しを命じたのは、その年齢（当時8歳〇〇か月）を踏まえると、Aが拒否的な態度を示したとしても、Xによる適切な働きかけによって、Yへの引渡しが十分可能であるとの判断が含まれていると解することができる。本件審判に基づく引渡義務の内容には、単にAがYの許へ行くことを妨害しないというだけでなく、可能な限り、Aに対し適切な働きかけをし、Yへの引渡しを円滑に実現するよう努めることも含まれるというべきである」（傍線筆者）とし、「ところが、Xは、引渡執行の当日まで、本件審判の内容についてAに説明した形跡はないし、その後も専らその意思に反するとしてAに対する適切な働きかけを避ける態度を終始していた。このようなXにおいては、上記義務の履行を尽くしたと認めることはできない。」（傍線筆者）として、本件審判に基づくAの引渡義務に違反するような行為はしていないとのXの主張を排斥した。

エ 監護権者の変更と執行停止

Xは平成30年5月11日、Aの監護者をYからXに変更する審判を求める監護者変更の申立て及び審判前の保全処分（監護権者等の職務執行停止）を申立て、奈良家裁は、同年6月19日、本案

の審判が効力を生ずるまで、原決定に基づく執行を停止する旨の審判（以下「本件執行停止審判」という。）をした。Yがこれを不服として即時抗告をしたところ、大阪高裁は、前掲最決平成31年4月26日の原審である間接強制を認めた決定と同日である同年9月3日、本件執行停止審判を取消し、Xの審判前の保全処分の申立てを却下する決定をした。

(2) 決定要旨

間接強制を是認した大阪高裁の判断に対し、Xが許可抗告を申立てたところ、これが許可され、前掲最決平成31年4月26日は、次のとおり判示して、原決定を破棄し、原々決定を取消し、Yの間接強制の申立てを却下した。決定要旨は以下のとおりである。

「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ないものである。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る。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、二男及び長女が相手方に引き渡されたにもかかわらず、A（当時9歳3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問期日において、A（当時9歳7箇月）は、相手方に引

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、AがX等の影響を受けたものではなく自由意思に基づいてX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X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、X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ほかない。」（傍線筆者）

3 最決平成25年3月28日の事実の概要と決定要旨

次に、関連判例である最決平成25年3月28日の事実の概要と決定要旨を簡単に紹介しよう。

(1) 事実の概要

離婚したX（父）とY（母）間の子A（当時6歳）について、Yは、月1回非監護親Xとの面会交流を許さなければならないとする審判が確定していたが、Aが面会交流に応じないという態度に終始して、Aに悪影響を及ぼすとして監護親Yが面会交流を許さなかったところ、Xが札幌家庭裁判所に対し、間接強制決定を求める申立てをした。札幌家裁は、Yがその義務を履行しないときは、不履行1回につき5万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。Yは、札幌高等裁判所に執行抗告を申立てたが、棄却された（札幌高決平成24年10月30日民集67巻3号884頁）。

原審では、Yは、現時点において面会交流を強制することは、Aに情緒的混乱を生じさせ、その生活に悪影響を及ぼすため義務の履

行を行えない正当な事由があると主張したが、札幌高裁は、Yが主張する事由は、請求異議の事由として主張し得るにとどまり、審判後に生じたものであるならば、審判後に生じた新たな事情によって面会交流を行うことが子の福祉を害するものとして事情変更による面会交流禁止を求める調停・審判の中で具体的に主張すべきものであるとした。また、Yは、原審において、YはAが面会交流を拒絶する意思を強く示しているが、翻意のため努力したにもかかわらず、Aの意思が変わらず、それどころかXがAを怒鳴るなどしたことで、拒絶の意思を強固にしたのであるから、間接強制になじまず、XがAとの信頼関係を損なう言動をとり続けながら間接強制を申し立てるのは権利の濫用であると主張していたが、札幌高裁は、請求異議事由あるいは審判後の変更事情として主張すべきとして、権利の濫用との主張を排斥している。

なお、「審判時とは異なる状況」がいかなるものかについて、原審では、AがXに対する強い拒否的感情を示すとともに断固として応じない態度に終始しているとの主張がYからなされているが、かかる事由は、請求異議事由ないし審判後の変更事情として主張すべきであるとして、争点にはならないとの位置づけであるため、Aの具体的な態度について事実認定はされていない。

これに対し、Yが許可抗告を申し立て、許可決定により最高裁が判断したものが最決平成25年3月28日である。

(2) 決定要旨

最高裁は、子の監護に関する処分に関する間接強制の可否についてその給付の特定の問題を判断した上で、子が拒絶している事情については、以下の通り判断した。

「子の面会交流に関する審判は、子の心情等を踏まえた上でされているといえる。したがって、監護親に対し非監護親が子と面会交流をすることを許さなければならないと命ずる審判がされた場合、子が非監護親との面会交流を拒絶する意思を示していることは、これ

をもって、上記審判時とは異なる状況が生じたといえるときは上記審判に係る面会交流を禁止し、又は面会交流についての新たな条項を定めるための調停や審判を申し立てる理由となり得ることなどは格別、上記審判に基づく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。」

4 最決平成 31 年 4 月 26 日と最決平成 25 年 3 月 28 日の比較及び問題点

両決定は最高裁として整合性のとれた判断といえるのか、また、両決定の違いから浮かび上がる問題点について考察を試みたい。

(1) 最決平成 31 年 4 月 26 日と最決平成 25 年 3 月 28 日との比較

ア 前述の最決平成 25 年 3 月 28 日は、「子が非監護親との面会交流を拒絶する意思を示していることは、(中略)、上記審判に基づく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。」と明確に述べており、最高裁判所判例解説⁽³⁾でも「審判の段階において考慮されているといえる子の意向について、間接強制決定の申立ての手續（民事執行法 172 条 3 項）において、主張されたとしても、考慮されることがないことが示されたといえる。」と述べられており、子の意向を間接強制決定で考慮すること自体を否定する決定であると位置づけられている。

前掲最決平成 31 年 4 月 26 日も、「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。」として、「直ちに」という留保はつけられているが、子の監護に関する処分において、子の利益にかなうとの判断がなされた上で債務名義がある以上、子が拒絶する意思を示していたとしても、間接強制決定

(3) 柴田義明「最高裁判所判例解説」法曹時報 67 卷 11 号 350 頁（2015 年）

を妨げる事情とはならないとの原則を示している。この原則は、前掲最決平成25年3月28日を踏襲したものである。

もっとも、前掲最決平成31年4月26日では、結論として間接強制決定を否定しており、上記原則においても「直ちに」という留保が付されている点で、前掲最決平成25年3月28日よりトーンが下がっている印象を受ける。

イ そして、前掲最決平成31年4月26日は、子の引渡しの実現においては、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が要求されていることを踏まえ、そのような行為が具体的に想定できない場合は、間接強制決定により引渡しを強制することが過酷な執行として権利の濫用となると判断している。

他方、前掲最決平成25年3月28日では、債務名義の成立過程において既に子の福祉が考慮されているとし、間接強制の手続きでは、子が拒絶する場合に、Yにおいて具体的に何をすべきかという点は特に検討されておらず、間接強制が権利の濫用になり得るかについては、Yからは主張されていたものの、一切触れられていない。

ウ 前掲最決平成25年3月28日では、子が拒絶していることは、新たな調停や審判申立ての理由となり得るとして、債務名義成立後の事情については、審判後の変更事情とすべきと述べ、子がどのように拒絶しているかについては認定していない。認定する必要がないとの立場をとったと解される。これに対し、前掲最決平成31年4月26日では、①直接強制が執行不能であったこと、②人身保護請求が棄却されたことという債務名義成立後の事情を踏まえて「以上の経過からすれば、現時点において」として、間接強制が権利の濫用となるとしている。このように、債務名義成立後の事情を権利の濫用の判断において考慮している点について、前

掲最決平成 25 年 3 月 28 日と前掲最決平成 31 年 4 月 26 日は整合しているとはいえないようである。

- エ これに付随して、前掲最決平成 25 年 3 月 28 日では、子が拒絶していることは、新たな調停や審判申立ての理由となり得るとして、新たな手続きをとるべきであると示唆しているが、前掲最決平成 31 年 4 月 26 日の事案では、子の引渡しの債務名義成立後、実際に A の監護者を Y から X に変更する旨の申立がなされており、かかる申立ての審判前の保全処分の申立てが否定されていることは、前掲最決平成 25 年 3 月 28 日の示唆と整合しないのではないかという疑問が生じる。すなわち、前掲最決平成 25 年 3 月 28 日が示唆するように、前掲最決平成 31 年 4 月 26 日事案の X は、子が拒絶していることなどを踏まえて子の監護者を変更する旨の申立てをしており、前掲最決平成 25 年 3 月 28 日の考え方によれば、債務名義を変更する判断がなされることで、子が拒絶していることを結論に反映させることが可能であったこととなる。しかし、前掲最決平成 31 年 4 月 26 日の事案では、X が申し立てた債務名義を変更する申立ての保全事件において、X の申立ては認められていない。子が拒絶していることで、子の引渡しが適当でなくなったのであれば、債務名義を変更する申立てが認容されるべきであるところ、子の引渡しの債務名義は維持されながら、間接強制のみが否定されるという状況は、前掲最決平成 25 年 3 月 28 日が想定する解決策とは矛盾するように思われる。

(2) 問題点の整理

このような比較から生じる問題点を整理すると、大きく以下の三つの問題点に分けることができる。

ア 間接強制が権利の濫用となるとの判断についての考察

子の監護に関する処分の債務名義に基づく間接強制において、子が引渡しや面会を拒絶している事情は、債権者の権利の実現を妨げる理由となるのか、子の処分に関する債務名義に基づく間接

強制が権利の濫用になるとの判断について考察すべきであろう。

イ 債務名義成立後の事情の考慮方法

債務名義成立後の事情をどの手続きで考慮したのか、またその可否を検討する。

強制執行が不当である場合の救済手段としては、前掲最決平成25年3月28日がいうように新たな審判・調停で債務名義を変更すべきとの説のほか、有力説として請求異議訴訟によるべきとの見解⁽⁴⁾があり、前掲最決平成31年4月26日のように強制執行の申立てを却下する方法での判断が妥当であるか、各立場の整理を踏まえて検討しなければならないであろう。

ウ 債務名義の内容の変更が否定されることと間接強制が却下されることの整合性

前掲最決平成25年3月28日では、子の監護に関する処分の債務名義成立後の事情は、新たな審判・調停手続きで債務名義の内容を変更すべきと示唆したが、前掲最決平成31年4月26日の事案では、子の引渡しの債務名義成立後、子の監護者をYからXに変更する旨の申立の保全事件の申立てが否定されながら、間接強制が権利の濫用とされているため、その整合性が問題となるであろう。

5 間接強制が権利の濫用になるとの判断についての考察

(1) 強制執行を権利の濫用とする法理の位置づけ

まず、強制執行を権利の濫用とする法理について、法の趣旨や見解を簡単に検討してみよう。

民事執行法では、執行機関が簡易迅速に債権者の権利の実現を図るため、債務名義を必要としている。債務名義の役割は、強制執行

(4) 中野貞一郎『民事執行法』820頁（青林書院、増補新訂六版、2010年）

によって実現される請求権（執行債権）の存在・範囲を証明する公の文書であり、この文書が債権者から提出されると執行機関は、もはや自ら執行債権の存在・範囲を調査する責めをまぬがれ、その調査をしてはならないという制約をこうむる⁽⁵⁾。実体法上の請求権の存在について執行機関が実質的に審査できるとすると、時間や労力が必要となるが、債務名義があれば、そこに記載された請求権（執行債権）が存在することを前提として、執行機関は執行手続を進めることができ、かつ、進めなければならないとすることで、簡易迅速に債権者の権利が実現できるようになっている。このように、債務名義作成機関と、債務名義執行機関の役割を分けることで、例えば、確定判決を得るための民事訴訟での実体的な審理を、執行手続で繰り返すことがないように構成されている。

このような民事執行法の原則から考えると、債務名義が存在するにもかかわらず、執行手続きで、その請求権の実現の可否を執行機関が判断することは、制度上想定されていない。民事執行法上もそのような条文の根拠はない。

そこに一般原則を用いて、請求権の実現を妨げる法理が、「権利の濫用」ということになる。

強制執行が権利の濫用にあたることを理由として、確定判決の執行力の排除を求めることができるというのは、一般原則に基づき、権利の実現を否定するという論理であり、結局のところ、当事者間の権利関係の性質・内容、債務名義成立の経緯、執行に至った経緯その他、諸般の具体的事情を総合して判断するしかないと考えられている⁽⁶⁾。後述のとおり、債務名義に基づく強制執行が権利の濫用であるとして、その執行力を排除することを肯定する裁判例は、かなり特殊な事案である。権利の存在が裁判所の公権的判断によって確定

(5) 浦野雄幸編『基本法コンメンタール民事執行法』64頁（日本評論社、新版、1991年）

(6) 中野貞一郎『民事執行法』246頁（青林書院、増補新訂六版、2010年）

されたあるいは裁判所の認証のもとに当事者間で合意されている（和解調書、調停調書など）のであるから、その債務名義に基づく強制執行が権利の濫用に当たるとされるのは極めて例外的な場合であるべきであるとの考え⁽⁷⁾が示されており、この考えは前述の民事執行法の原則と整合し、異論がないところであろう。

(2) 強制執行が権利の濫用に当たるかが問題となった裁判例

次に、子の監護に関する処分以外で、強制執行が権利の濫用に当たるかが問題となった裁判例を通して具体的な判断内容を概観したい。なお、下記裁判例はいずれも請求異議の訴えをもって、債務名義の強制力を排除しているが、請求異議訴訟によるべきか、前掲最決平成31年4月26日のように強制執行申立手続きで申立てを却下することが妥当であるかは後述する。

ア 最判昭和37年5月24日民集16巻5号1157頁

交通事故の被害者が将来の営業活動が不能であるとして、損害賠償の確定判決を得たが、後に負傷は予期に反して快癒し自らの力で堂々と営業を發展させており、他方債務者は損害賠償を苦に自殺した事案で、債権者が、債務者の親に対する承継執行文の付与を受けて強制執行を申し立てた。最高裁は、確定判決上の権利と雖も信義に従い誠実に行使すべきであって、これを濫用してはならないとして、当該事案では、事情の変更があるため、権利の濫用について判断すべきとして、単に既判力等の問題とした原判決を破棄差戻しとした。債務名義成立時から事情変更がなされていることを前提として、権利の濫用の判断がなされている。

イ 最判昭和43年9月6日民集22巻9号1862頁

請求異議訴訟において、建物取去土地明渡の強制執行が権利の濫用に当たるとされた事案である。建物の強制競売を申し立てた土地の所有者が、建物の競落人に対し、建物を地上に維持できる

(7) 匿名解説「裁判上の和解調書に基づく強制執行が権利の濫用に当たらないものとされた事例」判タ655号109頁（1988年）

との希望を抱かせるような言動を示し、納付された競落代金から金銭債権の満足を得た上で、さらに建物収去明渡の強制執行を申し立てたことが、競落人に莫大な損害が生じることなどから、権利の濫用に当たると判断した。特段規範に言及することなく事例判断がなされたものと解される。

ウ 最判昭和 62 年 7 月 16 日判タ 655 号 108 頁

X と Y 間の境界紛争において、建築工事禁止の仮処分が申し立てられ、一定の線を越えて建物を建築せず、和解成立時すでに当該線を越えて設置されていた構築物を撤去するなどの条項で和解が成立していた（以下「本件和解条項」という。）。しかし、X は、和解に反して建築を続行し、一棟三戸建て鉄骨造の建物を完成させてしまった。X は、本件和解条項に基づき、本件物件の撤去を求めることは権利の濫用であることなどを異議事由として請求異議訴訟を提起したものである。最高裁は、「確定判決、裁判上の和解調書等の債務名義に基づく強制執行が権利の濫用と認められるためには、当該債務名義の性質、右債務名義により執行し得るものとして確定された権利の性質・内容、右債務名義成立の経緯及び債務名義成立後強制執行に至るまでの事情、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、債権者の強制執行が、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であると認められる場合であることを要する」（傍線筆者）との規範を示した。

そのうえで、X が、和解条項に反して、建物建築を続行、完成させたことは、本件和解の約旨に反するものであり、強制執行は正当な権利行使であって、何ら権利の濫用に当たるものではないと判断した。

債務名義に基づく強制執行が権利の濫用となる場合を、「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」として、民法第 1 条 2 項の「信義に従い誠実に行わなけ

ればならない」との文言より限定的に解している。

(3) 最決平成 31 年 4 月 26 日における権利濫用の判断方法

上記(2)の判例に即してみると、強制執行が権利の濫用となる場合は、限定的に解されているところ、「子の監護に関する処分」においての間接強制が権利の濫用となるか否かについては、どのように判断されているかを検討してみよう。

前掲最決平成 31 年 4 月 26 日は、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合理的に必要と考えられる X の行為は、具体的に想定することが困難（傍線筆者）というべきであるとして、X 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判断している。

すなわち、間接強制によって債務者に強制しようとする具体的な行為を検討し、その検討において、子の心身への有害な影響を及ぼさないことが考慮されている。

子の監護に関する処分の特性として子の心身への有害な影響を考慮する必要があることは、直接強制において、子が引渡しを拒絶した場合に執行不能とされてきた実務の運用からも明らかである。また、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（令和元年法律第 2 号）施行後の民事執行法（以下「改正民事執行法」という。）第 176 条で「子の引渡しの強制執行の手続において子の引渡しを実現するに当たっては、子の年齢及び発達の程度その他の事情を踏まえ、できる限り、当該強制執行が子の心身に有害な影響を及ぼさないよう配慮しなければならない」と定められていることから同様である。

そうすると、債務者に対し金銭支払というペナルティによって子の引渡しを強制する間接強制の場合であっても、子の心身への有害な影響を無視することは相当ではなく、債務者の具体的な行為を想定する上で、子の心身への有害な影響を考慮することは直接強制の

執行手続きでそれを考慮するのと平仄が合うともいえる。

前掲最決平成31年4月26日では、間接強制によって債務者が具体的にいかなる給付を行うかを想定し、子の心身への有害な影響を及ぼすことなく給付できる行為が想定できないことをもって権利の濫用であると判断しており、直接強制におけるのと同様、債務名義成立過程のみならず、執行手続きにおいても子の心身への有害な影響の有無を考慮することができるのと立場をとったものと思われる。

なお、同決定の評価については、このほかに、請求異議によらずに救済した実質的意義は大きい、迅速に子の引渡しの執行を止めることが子の福祉にとり重要と考えられたゆえの、救済的な判断であったと解されるとの評価もある⁽⁸⁾。また、「現時点において」という文言に着目して、「一時的履行不能」ととらえて、再度の強制執行の申立ての余地が残されているという解釈をされているものもある⁽⁹⁾。

(4) 子の監護に関する処分において債務者が負う給付内容と権利の濫用の判断方法

このように前掲最決平成31年4月26日では、執行手続きにおいて、債務者が負う給付内容を具体的に想定できるか否かで、権利の濫用を判断しているが、権利の濫用を否定した前掲最決平成25年3月28日では、どのように債務者が負う給付内容を想定しているのか、間接強制が妥当する債務の内容がいかなるものであるかの議論を踏まえて、検討してみよう。

ア 前掲最決平成25年3月28日では、「監護親に対し、非監護親が子と面会交流をすることを許さなければならないと命ずる審判は、少なくとも、監護親が、引渡場所において非監護親に対して子を引渡し、非監護親と子との面会交流の間、これを妨害しないなど

(8) 山田文「子の引渡しの間接強制」論究ジュリスト2020年冬号32号64頁（2020年）

(9) 山木戸勇一郎「子の引渡しを命じ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」私法判例リマークス61号2020年下137頁（2020年）

の給付を内容とするものが一般である」として、給付内容の特定性の問題の議論の場面で、債務の内容について判断している。同決定で判示されている債務者が負う給付の内容は、①引渡し場所まで子を連れて行く、②子を引き渡す、③面会交流を妨害しないという点が最低限含まれるということである。

面会交流の債務名義において債務者が負う一般的な給付の内容については言及されているが、子が拒絶する場合に子の心身に有害な影響を及ぼすことなく債務者に何ができるかについての検討は特になされていない。

前掲最決平成 25 年 3 月 28 日が形式的に給付内容を認定して履行可能性を判断しているのに対し、前掲最決平成 31 年 4 月 26 日では、現在の子の事情を踏まえて具体的な行為を想定し得るか否かを検討しており、より踏み込んで行為の内容を検討していると整理できる。

仮に、面会交流の債務名義において給付内容が特定されている事案で、さらに子が明確な拒絶の意思を示した場合、間接強制によって給付を強制することが、子の心身に有害な影響を及ぼすことなく①引渡し場所まで子を連れて行き、②子を引き渡す行為が想定できない場合というのは十分あり得よう。

このように、前掲最決平成 31 年 4 月 26 日は、子が拒絶している場合の具体的な行為を検討している点、前掲最決平成 25 年 3 月 28 日は債務者の抽象的行為を検討するにとどまる点では、行為の検討の程度に大きな違いがあるといえる。

イ 前掲最決平成 25 年 3 月 28 日を引用しつつ、子が拒絶の意思を示している場合に権利の濫用にあたるとして強制執行を却下した裁判例として、大阪高決平成 29 年 4 月 28 日判タ 1447 号 102 頁がある。この大阪高決平成 29 年 4 月 28 日では、前掲最決平成 25 年 3 月 28 日を引用しながらも、間接強制の手続きにおいて、①間接強制は「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」に可能であると述べた点、②債務者が子に強制することが子の福祉に反するか否かを執行手続きで判断した点が参考になる。

同事案では、非監護親 Y が、監護親 X らに対し、Y を未成年者 A（15 歳）と面会交流させる義務を履行しなかったとして、間接強制の申立てをし、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（傍線筆者）であるが、A のような年齢の場合は子の協力が不可欠である上、A は Y 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、A の精神的成熟度を考慮すれば、X らにおいて A に面会交流を強いることは A 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 A の福祉に反することから、本件債務は X 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（傍線筆者）などとして、Y の間接強制の申立てを却下した。

この大阪高決平成 29 年 4 月 28 日では、「X らの意思のみによって履行することができず履行不能」との表現も用いられており、「債務者の意思のみによって履行できる債務」でなければ間接強制はできないとの前提のもと、債務者が子に強制することで債務を履行する場合に、子の福祉を考慮したものと解される。

そこで、前掲最決平成 25 年 3 月 28 日、前掲最決平成 31 年 4 月 26 日では言及されていないが、前掲大阪高決平成 29 年 4 月 28 日のように、間接強制が可能な債務を「債務者の意思のみで履行可能」なものに限定すべきかという議論について考察しておこう。

もっとも、そもそも、①引渡しを実現する引渡義務（＝与える債務）か、②合理的に必要と考えられる行為を行う作為義務（＝なす債務）なのかと言う視点から債務者の義務の内容を分析する論稿もあるが、本稿ではその方向での考察は行わない⁽¹⁰⁾。

ウ 「債務者の意思のみで履行可能」なものに限って間接強制ができ

(10) 山木戸・前掲論文 137 頁

るという考え方について、古い判例（大決昭和5年11月5日新聞3203号7頁）の中に、質権者が占有していた株式が関東大震災で焼失したため、質権者が債務者に対し、当該会社から新株券の発行を受け、質権者に交付すべき債務の強制執行を求めた事案で、旧民法734条の「債務ノ性質カ強制執行ヲ許ス場合」とは債務の履行が債務者の意思のみに係る場合に限り適用されるものであり、債務者に履行の意思があっても他の事情のためにこれを履行できない場合その適用はないとし、株券の二重発行について会社の協力が得られるか速断できないとして、間接強制を否定したものがある⁽¹¹⁾。同判例では、間接強制が認められる債務とは「債務者の意思のみに係る債務」とされている。この見解の理由は債務者に心理的強制を加えても、単に債務者を苦しませるだけで、その行為をさせる目的は達成できないからと解される⁽¹²⁾。

下級審の裁判例（東京地判昭和63年5月12日判時1282号133頁）として、雨天中止となったマドンナのコンサートの再演を求める請求について、第三者であるマドンナの協力が必要であるとの理由で、債務者がどのような努力をしたかは問題としないまま、間接強制を否定しているものもある。

エ ドイツ法は、非代替的作為義務の強制執行について強制金を課す要件として「その行為が排他的に債務者の意思に係っている」ことを求めているが、日本法では明示の規定はない⁽¹³⁾。

また、特に法文にない間接強制の限界として、債務者のみによっては排除できない障害が存在するときは間接強制を行うことができないとするテーゼがあるとの指摘もある⁽¹⁴⁾。この指摘について詳

(11) 山本和彦「間接強制の活用と限界」法時66巻10号16頁（2014年）

(12) 我妻栄『新訂債権総論』93頁以下（岩波書店、1964年）

(13) 匿名解説「子の引渡しを命ずる審判を債務主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」判タ1461号24頁（2019年）

(14) 山本・前掲論文2頁

述すると、第三者の協力や承認等を要する債務に係る間接強制について、法の規定にない障害を認めており、第1の考え方は、第三者の協力を要する場合は当然に間接強制が許されないというもの、第2の考え方は、第三者の協力を要する場合においては、その第三者の協力を容易に得られる見込みがないときに限って間接強制が許されないというものである¹⁵⁾。

中野貞一郎教授は「裁判例には、旧規定（中略）の表現にこだわって『債務者が其の意思のみに因り為し得べき行為』であることを間接強制の要件とみるものがあるが（中略）、債務者がその作為債務の履行に第三者の協力を要する場合はきわめて多く、この要件限定を文字どおりに受けるわけにはいかない。（中略）執行方法で克服できない外的な障害があるのかどうかを、間接強制申立てについての決定前に審尋を経て審査すべきであるが、その証明責任は原則として債権者にあるにしても、債務者の主張する特段の事情については、その不存在の証明責任は債務者にあると解すべきであろう」として「執行方法で克服できない外的な障害」の有無をメルクマールとしておられる。¹⁶⁾

また、大濱しのぶ教授は、「第三者の協力を要することから直ちに間接強制の適用を否定すべきではない。第三者の協力調達を含めて強制することが相当か否かにつき、具体的な事情に照らして判断すべきである」と主張されておられる¹⁷⁾。

さらに、松本博之教授は「間接強制が可能とされるのは、当該債務の実行が債務者の意思のみに係る場合である。そのため、債務の履行のために第三者の協力を要するが、これが得られる見込みがない場合には、間接強制は不適法である。ただし、作為義務

(15) 山本・前掲論文 13 頁以下

(16) 近時の有力な見解として山本・前掲論文 14 頁が指摘

(17) 山本和彦ほか編『新基本法コンメンタール民事執行法』430 頁（日本評論社 2014 年）

の履行にあたって第三者の協力を要する場合が多いが、債務者が第三者の協力を得るために期待可能なことをすべて行った場合に初めて、第三者の協力が得られないために作為を実行することができない、ということができるとされている¹⁸⁾。

オ 上記エで紹介した見解を整理するならば、間接強制が可能な場合についての判断基準として、①債務者の意思のみに係る債務である場合、②第三者の協力が容易に得られる場合、③第三者の協力を得るために債務者が作為を実行できる場合の三つに整理することが可能である。

これを子の監護に関する処分について強制執行の場面にあてはめると、子が拒絶している場合に子の年齢が幼い場合であっても、面会を拒絶する子に面会交流をさせることは、①債務者である監護親の意思のみによって債務を履行できない、②子の協力が容易に得られない、③子の協力を得るために監護親にできることはない、との評価も可能であるから、上記判断基準の整理の①ないし③のいずれの立場であっても、間接強制を否定する余地がある。子が6歳で面会交流を拒否した前掲最決平成25年3月28日の事案でも、債務者（監護親）の意思のみでは履行できない債務であるとして間接強制を否定することもあり得たこととなる。

この点、上記判断基準の整理③に整合する考え方として、面会交流の間接強制においては、「面接交渉の審判によって債務者が負うべき義務は、単に債権者と未成年者とを面接させれば足りるというものではなく、断片的に非監護親と接触することによって心理的に動揺する未成年者を包括的な身上監護の義務者として十分にケアし、面接を嫌がるような状況にあれば未成年者の気持ちを十分に受け止めて非監護親と会っても別段、監護親の機嫌を損ねることがないことを理解させて葛藤を感じることなく非監護親と

(18) 山本・前掲論文15頁に松本博之『民事執行保全法』330頁（弘文堂、2011年）を紹介しておられる。

面接してよいことを伝えるなどして、積極的に非監護親との交流を確保すべき義務なのであって、表面的に子の意思に反する事実のみを理由として面接交渉の審判申立てが却下されることがないのもこのような事情によっても考えられる。そうすると、債務名義として面接交渉認容の審判が確定していることは、未成年者が面接を嫌がるとしても親権者の指導によってその意思を覆させることが可能である旨の債務名義作成裁判所の判断がなされたことを意味していると理解すべきであり、なお、債務者の意思のみによって実現可能な作為であるというに妨げない。」との指摘がある⁽¹⁹⁾。

監護親が面会交流実施のために上記のように心を砕いて義務の履行に向けた子への働きかけをすることにより面会交流の実現は可能であるとなれば、監護親からの働きかけが奏功しないほど自我を備えた年齢か否かによって、債務者の意思のみにより履行可能な債務か否かを判断することも可能であろう。

子の拒否がある場合の間接強制の可否について、子の発達段階に応じた場合分けをした上で、少なくとも子の判断に独立の価値が認められる場合（概ね15歳 家事事件手続法第152条2項）、子に対し可能な範囲で説得（働きかけ）を行えば、債務者として期待可能なすべての行為をつくしたことになり、債務者が説得行為等を行ったことを主張立証すれば、間接強制決定はできないとの指摘もあり⁽²⁰⁾、上記判断基準の整理③と矛盾しない。

カ 前掲最決平成31年4月26日においては、間接強制の要件として、「債務者の意思のみに係る債務である」ことまでは要求していないが、子の監護に関する処分の特性においては、債務を給付する際に、子の心身への有害な影響が及ぶかを考慮して具体的な給付の可否を検討している。上記判断基準の整理では、②や③の第三者の協

(19) 釜元修＝沼田幸雄「面接交渉と強制執行」判タ1087号42頁（2002年）

(20) 山本・前掲論文34頁以下

力や協力を得るための債務者の行為を検討する上で、子の福祉を考慮したと位置づけることができる。

なお、前掲最決平成31年4月26日の原審では、子への働きかけが不十分であるから給付義務が尽くされていないとされ、間接強制は認容されており前掲最決平成31年4月26日とは結論が異なっている。この原審の考え方は上記判断基準の整理③第三者の協力を得るために債務者に作為を実行できる場合か否かという基準に近いと思われる。

キ 小括

前掲最決平成31年4月26日は、間接強制が許されるか否かの判断において、「債務者の意思のみで履行可能な債務」とまで債務を限定したものではなく、具体的な行為を想定する上で、子の心身への有害な影響の有無を考慮し、行為が想定されない場合は、間接強制が権利の濫用になると判断した。直接強制において子の福祉を考慮することと平仄が合うものであり、債務者が第三者の協力を得るとしてもその限界について判断したものと評価できる。

もっとも、前掲最決平成25年3月28日のように面会させるといふ債務の履行がなければ間接強制が許される場合、金銭による強制力により、債務者が子に面会や引渡しを表面的に働きかけるにとどまらず、真摯に子を説得するような働きかけを強制することで、面会や引渡しという給付の実現が期待できる点も無視できず、前掲最決平成31年4月26日のように債務者の行為の限界を認めることには慎重であるべきと考えられる。

6 債務名義成立後の事情の考慮方法

(1) 手続きの選択についての立場

債務名義成立後の子の拒絶などの事情をいかなる手続きで考慮すべきかを検討する上で、まず、債務名義が成立しているにもかかわらず

らず、子が面会交流や引渡しを拒絶している場合、子の拒絶の意思や子の福祉に反することを理由に、債務者が間接強制の是非について争う主張がなされるが、その争い方（手続き）を整理すると以下のように分類できる。

ア 請求異議の訴えで主張すべきであるという立場

有力な学説として、中野貞一郎教授は、面会交流の間接強制を肯定しつつ、拒否についての正当の理由や特別の事情の存在は債務者が請求異議の訴えをもって主張すべきとしておられる⁽²¹⁾。

釜元修判事らは「権利の濫用又は信義則違反に該当する事由は一般に請求異議事由にあたるものと解されているところ、(中略)債務名義である面接交渉審判のなされた後に事情変更があり、その審判の命じる面接交渉を間接強制によって心理強制することが子の福祉を著しく害するような事態になった場合には、当該事由が請求異議事由に該当するものというべき」との見解を示されている⁽²²⁾。

梶村太市教授は、間接強制が子の利益に反するとの主張の争い方について、「一般的には、債務名義成立後の事情変更等を理由として請求異議の訴え（民事執行法 35 条）を提起すべきことになろうが、履行すべき義務の消滅等が一義的に明白である場合には、間接強制の申立てに対する債務不履行の不存在あるいは権利濫用等を主張して争うことができることになろう」として、原則請求異議訴訟、例外的に強制執行手続きでの権利の濫用の主張を認める見解を示しておられる⁽²³⁾。

イ 家裁調査官を活用し得る調停・審判によるのが適切であるという立場⁽²⁴⁾

(21) 中野貞一郎『民事執行法増補新訂六版』820 頁（青林書院、2010 年）

(22) 釜元＝沼田・前掲論文 42 頁

(23) 梶村太市「親子の面会交流原則的実施論の課題と展望」判時 2177 号 11 頁（2013 年）

裁判例として、面会交流を実施しない正当な理由がある旨の主張は請求異議の事由として主張し得るにとどまり、調停成立後の事情変更により面会交流が未成年者の福祉に反するにいたったのであれば、当該条項の取消を求める調停ないし審判を申し立てるべきとするものがある（大阪高決平成15年3月25日家月56巻2号158頁、岡山家津山支部決平成20年9月18日家月61巻7号69頁）。

釜元修判事らは、請求異議事由であるとの立場をとりつつも「子の福祉に反するか否か」という点はもともと『子の監護に関する処分（面接交渉）』申立事件の中心的な審理対象事実であり、審理事項そのものであるから、これを請求異議事由と位置付けた場合には、そのような本来的に非訟事項である審理対象事実を訴訟の要件事実として民事訴訟の規制に従って審理すべきこととなり、ことが「子の福祉」というデリケートな問題であるだけに、弁論主義によって十分な審理ができるのかはいささか疑問が残る」としている²⁵⁾。

花元教授は、これを踏まえて「子の福祉に関する問題を請求異議の事由と位置付けた場合には、はたして「子の福祉」という微妙な問題を弁論主義によって十分に審理できるのか」という疑問を抱かざるを得ない。それゆえ、債務者が、調停成立後に債権者と子との間に行われる面接交渉が、子の福祉に反することを理由に将来に向かって継続する面接交渉の債務名義の全てを拒否したいのであれば、請求異議の訴えによるのではなく（中略）、家庭裁判所の調査官を活用できる調停・審判によるのが望ましい」とされている²⁶⁾。

ウ 間接強制手続で審理できるという立場

(24) 花元彩「面接交渉の間接強制」判タ1155号91頁（2004年）

(25) 釜元＝沼田・前掲論文42頁

(26) 花元・前掲論文97頁

面会交流に関する間接強制手続において、間接強制を拒むことができる「正当の理由」や、間接強制を求めることが許されない「特別な事情」として審理している裁判例（大阪高決平成14年1月15日家月56巻2号142頁、神戸家決平成14年8月12日家月56巻2号147頁）がある。また、面会交流の債務名義につき、債務名義となる決定が考慮しない新たな事情が発生したとまではいえず、子の福祉を害することなく債務を履行することができないとまではいえず、間接強制の申立てが権利の濫用に当たるとも認められないなどとして間接強制を命じる裁判例（東京高決平成24年1月12日家月64巻8号60頁）がある。

子の引渡しについての間接強制においても、未成年者が拒否しているから間接強制になじまないとの主張に対し、子の引渡しに応じる作為義務は実行可能だが、未成年者の拒否的な態度を考慮して間接強制のための金額を減額した裁判例がある（東京高決平成20年7月4日家月61巻7号53頁）。このほか、子が拒絶的な態度を示していることを、間接強制申立事件及びその執行抗告事件の中で考慮したものがある（和歌山家決平成22年7月20日家月63巻3号120頁、東京高決平成23年3月23日家月63巻12号92頁）。

以上の裁判例では、執行手続きの中で、子の拒絶の意思を考慮しており、権利の濫用や間接強制の可否もしくは債務者に課する強制金の金額を判断する事情として考慮している。

このような強制執行手続きで考慮する根拠としては、直接強制が執行に着手しても不能となれば終了するのに対し、間接強制決定は、これによりただちに金銭支払義務を生じ、履行の不能等の事由があっても債務者の方から請求異議の訴えを提起するなどしなければならず、しかも、執行停止が認められない限り、その審理の間も金銭支払義務が累積することになるため、過酷な執行となりかねないとの指摘がなされている²⁷⁾。ほかに、「一般論として、

子の面会交流の拒否は、間接強制決定を妨げる事情にならないとして、債務者の間接強制金の支払を命じた上、このような事由は別途、請求異議訴訟や事情変更に基づく調停・審判を申し立てさせ、そこでしか判断できないというのでは、迂遠であるし、債務者にとって苛酷な執行となる場合がある。監護親に課せられた金銭的な負担は、生計を圧迫し、子の福祉を害する虞もある。」²⁸⁾との指摘もある。

(2) 最決平成 31 年 4 月 26 日及び最決平成 25 年 3 月 28 日での手続きの選択についての考察

前掲最決平成 31 年 4 月 26 日は、子の監護に関する処分に対する債務主義成立後の子の拒絶等の事情を執行手続きで考慮しているのに対し、前掲最決平成 25 年 3 月 28 日は、審判後の変更事情として考慮すべきと示唆しており手続きの選択の点で、前掲最決平成 31 年 4 月 26 日と前掲最決平成 25 年 3 月 28 日とは整合しない。

前掲最決平成 31 年 4 月 26 日は、子が拒絶的態度を示していることを、間接強制手続きで考慮し、間接強制申立を却下している。上記(1)ウの立場と解される。

他方、前掲最決平成 25 年 3 月 28 日は、子の拒絶的態度は、新たな条項を定めるための調停や審判を申し立てる理由となり得るとしており、上記(1)イの立場と解される。なお、前掲最決平成 25 年 3 月 28 日の原審は、より明確に、非監護親が主張する未成年者に情緒的混乱を生じさせ、その生活に悪影響を及ぼすため義務の履行を行えない正当な事由があるとの主張に対して、かかる事由は、請求異議の事由として主張し得るとどまり、審判後に生じたものであるならば、審判後に生じた新たな事情によって、面会交流を行うことが

²⁷⁾ 大濱しのぶ「子との面会交流を許さなければならないと命ずる審判に基づく間接強制が認められた事例」私法判例リマックス 49 号 129 頁（2014 年）

²⁸⁾ 匿名解説「相手方が、抗告人らに対し、相手方を未成年者（15 歳）と面会交流させる義務を履行しなかったとして（以下略）」判タ 1447 号 103 頁（2018 年）

子の福祉を害するものとして事情変更による面会交流禁止を求める調停・審判の中で具体的に主張すべきものであるとして、子の福祉に反する事情は「請求異議の事由」または「審判後の変更事情」として主張すべきとしており上記(1)アイの立場をとっている。

民事執行法の原則からいくと、債務名義成立後、債務に変更があった場合は、請求異議訴訟が提起されない限り、実体法上の権利の存否を執行機関が判断することは想定されていない。かかる原則に沿って考えると、債務名義成立後の事情を執行手続きで考慮することは、妥当ではないこととなる。他方、迅速性の問題を重視すると、請求異議訴訟や新たな審判・調停手続きを経ることなく、執行を許さないことで、債務者を救済することも妥当ということとなる。

また、執行手続きで判断することに否定的立場をとった場合も、請求異議訴訟によるべきか、再調停・再審判によるべきかとの視点では、家裁の調査官調査が活用できる再調停・再審判によるべきとの見解に注意が必要である。

この点について、直接強制においては、改正民事執行規則 161 条 2 項、3 項で、執行官に対し、子の引渡しの申立てに係る事件の係属した裁判所の協力や、家庭裁判所調査官、裁判技官が意見を述べることができる旨規定されていることから、調査官の意見を反映させることが可能であるとの意見や、執行裁判所である家庭裁判所が間接強制決定に際し家庭裁判所調査官による事実の調査を実施することも考えられるとの意見もあり、解釈論として調査官の活用を肯定する見解もある²⁹⁾。

7 債務名義の内容の変更が否定されることと間接強制が却下されることとの整合性

前掲最決平成 31 年 4 月 26 日の事案では、X から Y に対し、A の監護

(29) 山本・前掲論文 34 頁以下脚注 77

権者変更の保全申立てがなされているが、申立ては否定されている。上記6の(1)イの立場によれば、子が拒絶している事情は、再調停・再審判を申し立てることで、債務名義の内容を変更すべきとなる。本件事案のXも監護権者を変更することで子の引渡しを拒むという方法を試みた結果、保全事件では変更にはいたらなかったのである（ただし、監護者変更の本件事案についての経過や結論は不明である。）。

その結果、債務名義の内容の変更は相当ではなく、XからYへのAの引渡しは是認するが、引渡し債務を履行させるための間接強制は否定するという矛盾する結果になっている。当事者がとった手続き上、債務名義を維持することの是非と、かかる債務名義に基づく強制執行の是非を一致させることが可能であったにもかかわらず、前掲最決平成31年4月26日の事案では少なくとも保全事件については一致していないのである。

上記6の(1)イの立場をとらずとも、債務名義そのものの検討において、債務の履行のための具体的な行為が想定されないというのであれば、債務名義そのものが是正されるべきではないのかとの疑問を禁じ得ない。かかる疑問が生じる理由は、債務名義の内容を強制させることが不当なのであれば、債務名義そのものを変更することが妥当であるはずであり、債務名義の作成・変更機関が肯定している債務名義の内容について、執行機関がいわば越権的に不当であると判断しているとも解されるからではないだろうか。

債務名義の作成・変更の判断では、審判手続きにおいて、家庭裁判所の家事調査官による調査が命じられることが多い。家事調査官の業務は、専門的技能や知識をもって子の意向や心情を把握することも含まれており、家事事件での裁判官の判断に先立つ事実の調査として、重要な役割を占めている。

前掲最決平成31年4月26日の執行機関による子の意向等の判断では、このような家事調査官による事実の調査を経たおらず、いわば専門的技能や知識をもった家事調査官による調査を経ることなく判断していることとなり問題なしといえない。また、民事執行法が執行機関として、原則、債

務名義自体の当否を判断しないこととなっている原則からも、執行機関が、債務名義作成機関の判断と反する判断をすることは、執行機関として行き過ぎた判断ではないかとも考えられる。

この点、執行手続きとは別に、債務名義の内容を変更するための手続きが取られているにもかかわらず執行機関が判断した事案として、前掲大阪高決平成29年4月28日がある。前掲大阪高決平成29年4月28日では、係属している調停で行われた家事調査官調査での子の意向調査を強制執行手続きで判断要素としているが、そのような調査がなされているのであれば、本来、調停・審判手続きで判断されることが期待されており、それを先取りして執行手続きが判断することは、債務名義作成機関と執行機関の役割を曖昧にすることになる。

よって、家事調査官により事実の調査がなされずに債務名義と異なる子の福祉に対する判断がなされることへの危惧と、債務名義作成機関と執行機関の役割分担において執行機関による立ち入った判断が妥当かという点で、債務名義の変更に対する判断と整合しない結論を執行機関がとることについては、問題があると思われる。

8 まとめ

権利の濫用はあくまで法の一般原則であり限定的に用いるべきこと、民事執行法は、債務名義が存在する場合に債務名義の当否を判断することなく簡易迅速に権利を実現できることが原則であることから、間接強制が許されない場合を広く認めることには賛成できない³⁰⁾。同様に、前掲最決平成31年4月26日の判断については賛成するものの、事後の子の拒絶を執行の障害と判断する際に、権利濫用の枠組みを常態化するのは相当ではないとの意見もある³¹⁾。

間接強制の当否においては、債務者の意思のみで実現できない第三者の協力が必要な債務か否かの視点を無視することはできない。なぜなら、経済的なペナルティを課して心理的圧迫をかけても権利が実現できないよう

な場合にまで、間接強制を認めることは債務者にとって苛酷であると言わざるを得ないからである。

そうすると、前掲最決平成31年4月26日のように、具体的な債務者の行為を想定し得ない場合には、一般原則である権利の濫用との法理を用いて、間接強制を否定すべき場合があることは認めざるを得ない。

もともと、直接強制ではなく間接強制である以上、金銭の支払が債務者に課されることでは、子の心身に有害な影響が直接及ぶものではなく、債務者による債務履行のための具体的な努力をさらに促すためにも、具体的な債務者の行為を想定し得ないか否かは慎重に判断すべきであり、債務者の行為を想定し得ない場合とは、債務者による努力が十分に主張立証された場合に限定すべきである。つまり、債務者が考え得るあらゆる手を尽くしても、子が拒絶の意思を示し、もはやほかに手段がないような限定的な場合に限り、間接強制を否定すべきである。

次に、強制執行が不当となる場合があるとしても、その事情が債務主義成立後の事情であれば、執行手続きで間接強制を排除することは例外的にとらえるべきであると考えられる。

債務主義が成立する過程において、子の福祉は十分検討されており、そ

(30) 同趣旨の評釈として安井英俊教授は「子の引渡しを命ずる債務主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。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、安易に間接強制決定を否定することはさけるべきであろう。」とされている（安井英俊「民事手続判例研究 子の引渡しを命ずる審判を債務主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」法政研究 87 巻 4 号 85 頁（2021 年））。

また、同趣旨の評釈として上江州純子教授も「民事執行法が執行機関と債務主義作成機関を分離している趣旨に照らせば、本決定のように権利の濫用を認めることには慎重であるべきであろう。」とされている（上江州純子「子の引渡しを命ずる審判を債務主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る事情」ジュリスト 1544 号 132 頁（2020 年））。

(31) 山田・前掲論文 70 頁

の後、子の拒絶の意思が強固な場合に、債務名義成立後の事情として考慮せざるを得ない場合は、改めて債務名義の内容を消滅、変更させる手続きを履踐することが相当であり、それを原則とすべきである。具体的には、再調停・審判手続きにおいて事情変更に基づく債務名義の消滅、変更の申立てをすることで、改めて家事調査官による調査を踏まえて判断することが望ましい。

この点、前掲最決平成31年4月26日では、家事調査官の調査ではなく、直接強制手続、人身保護請求手続に表れた事情に基づき、子の心身への有害な影響について判断している。仮に、子が明確に拒絶する場合であっても、表面的な言動のみによらず、子の真意を調査することが家事調査官の使命であり、かかる調査官調査なく、拒絶の意思の表明のみにおいて子の福祉を判断することは適当といえない。

前掲最決平成31年4月26日の原審においても「子の置かれた状況等を踏まえて言語的に表明された意思を総合的に評価することが必要」として、子の拒絶イコール子の福祉に反するとの結論に至ることへの注意が促されている。このような子の福祉に反するか否かの判断を、執行裁判所が単独で行うことは疑問である。

これに関し、子の利益の実現のためには、債務名義形成過程のみならず執行過程においても、形成後に生じた事情変更を顧慮すべきかを検討する際に、子の事情や意思の表出を助け、その複雑な声を聴く手続上の仕組みが要請されるとの意見も参考になる³²⁾。

もちろん、債務名義を消滅・変更させる調停・審判を待つのは迂遠であるから、執行機関によって、執行自体の妥当性を判断することが迅速性において優るとの考えもあり得るが、迅速性を重視することで、確定した権利の執行力を軽視することは相当ではないのではなかろうか。迅速性の問題であれば、保全処分を申し立てて、本案を待つことなく面会交流を禁止したり、子の引渡しを取り消したりすることで対応することも可能である。

32) 山田・前掲論文 64頁

間接強制が認められた後、債務名義が消滅・変更した場合、間接強制金が不当利得になり得るため、執行手続きで判断することで、事後的な不当利得返還請求を回避することができることも執行手続きで当否を判断すべき理由となろう。

その点については、保全処分も含めて他の手続きをとることで慎重に判断すべき要請と、他の手続きを取るという迂遠な方法をとらなければならない当事者の負担、事後的に債務名義が遡って消滅・変更された場合の不当利得の問題を考慮し、執行手続きで迅速な判断が優先される場合に限定すべきである。

具体的には、執行機関において、債務名義成立後の子の拒絶の意思を考慮して、執行手続きで間接強制を排除できるのは、子の年齢においてもその表面的な言動のみで子の意向を判断することができること、子の拒絶の意思がその真意を慎重に推し量る必要がないほど明確であり、債務名義の消滅・変更の申立てがなされれば認められる蓋然性が高く、強制金を課することが不当利得返還請求を待つのでは酷である場合など、限定的な場合に限り、他の手続きによって債務名義を変更するまでもなく、執行手続きで間接強制を排除することができるということが相当ではないだろうか。その際、債務名義を作成した裁判所の協力や、係わった家事調査官の意見を十分活用すべきである。

そして、他の手続きにおいて債務名義を変更することが否定されているような場合は、執行機関において矛盾する判断をすることは避けるべきである。また、既に他の手続きがとられている場合は、当該手続きでの債務名義の変更の当否の判断を優先させるべきであり、執行機関が判断を先取りすることは控えるべきである。

以上

Reprinted from

KITAKYUSHU SHIRITSU DAIGAKU HOU-SEI RONSHU

Journal of Law and Political Science. Vol. XLIX No. 3 / 4

March 2022

**Indirect Compulsory Execution Orders Concerning
Handover of Child Custody and Abuse of Rights**

WATANABE Noriko