

**面会交流の間接強制の申立てが権利の濫用に当たらないとされた事例**

【文献種別】 決定／東京高等裁判所

【裁判年月日】 令和5年1月17日

【事件番号】 令和4年（ラ）第984号

【事件名】 間接強制決定及び同申立一部却下決定に対する執行抗告事件

【裁判結果】 一部取消自判（一部却下）・残部抗告棄却（確定）

【参照法令】 民事執行法39条1項1号・172条1項、民法766条、家事事件手続法91条

【掲載誌】 判時2599号37頁、判タ1525号94頁、家判50号60頁

◆ LEX/DB 文献番号 25620965

三重大学准教授 稲垣朋子

**事実の概要**

X（父・相手方）とY（母・原告人）は、平成23年に婚姻し、長女及び二女（以下「子ら」という。）をもうけたが、平成29年に子らの親権者をYと定めて和解離婚をした。

XとYとの間には、離婚前に成立した面会交流調停があり、平成30年に上記調停に係る調停条項を変更した審判に代わる決定（以下「平成30年決定」という。）がある。平成30年決定の主文第2項は、Xと子らとの面会交流について、面会交流実施要領（以下「本件実施要領」という。）記載の通り、原則として月2回実施すべき旨を命じていた。

Xは、Yに対し、①本件実施要領第1項に基づき、面会交流の実施を求めるとともに、②本件実施要領第2項に基づき、子らの学校行事の日程の予定及びその変更結果をXに伝えるよう求め、いずれもその不履行1回につき1人当たり10万円の支払を求める間接強制を申し立てた。

原審（甲府家決令4・4・1判時2599号42頁）は、①の申立てについては面会交流の不履行1回につき3万円の支払を命じたが、②の申立ては却下した。Yが執行抗告をした。

**決定の要旨**

一部取消自判（一部却下）・残部抗告棄却（確定）

**1 令和4年9月16日以降の面会交流の実施等について**

「一件記録によれば、①平成30年決定の主文第2項は、Xと子らとの面会交流について、本件実施要領第1項のとおりを実施すべき旨を命じていたところ、面会交流の時期、方法等については、本件実施要領第1項において具体的に定められていたこと、②Xが、新たに申し立てた面会交流の時期、方法等についての調停（甲府家庭裁判所令和元年（家イ）第624号、第625号）において、本件実施要領を変更すべきかどうか等が争われ、上記調停は審判事件（同裁判所令和2年（家）第2624号、第2625号）に移行して審判がされたが、YとXがそれぞれこれを不服として即時抗告をしたこと、③その即時抗告審（東京高等裁判所令和4年（ラ）第1007号）は、同審判を取り消した上、本件実施要領第1項及び第2項のうち、当該決定が確定した日以降の面会その他の交流に関する部分を変更するとの決定（以下「令和4年決定」という。）をし、令和4年決定は、同年9月16日に当事者に告知されて確定したことが認められる。

以上によれば、平成30年決定が命じていたXと子らとの面会交流の実施等のうち令和4年9月16日以降の実施等に係る部分については、令和4年決定の確定により失効したことが明らかである。そうすると、Yは、もはや平成30年決定の上記部分を債務名義とする強制執行（間接強制）を求めることはできないというべきであるから、本件申立てのうち、令和4年9月16日以降の面会交流の実施等を求める部分については、不適法である。」

## 2 令和4年9月15日以前の面会交流の実施等について

### (1) 本件実施要領第1項に基づく申立て

「平成30年決定は、Xと子らとの面会交流の頻度について、原則として月2回（ただし、これ以外に子ら及びXの誕生日、盆、クリスマス、年末年始等の特別の日における面会交流がある。）と定めたものとみるべきである。他方で、本件実施要領第1項が、子らの学校等の行事が予定日と重なって面会交流が実施できなかった場合に代替日を設けない旨を定めていることを踏まえ、平成30年決定は、上記場合等やむを得ない事情がある場合において例外的に面会交流の頻度が原則よりも少なくなることを許容したものと解されるものの、それ以外の場合に、専らY<sup>1)</sup>又は子らの都合によって、第1の予定日とされている毎月第1日曜日及び第3日曜日にも、その代替日とされている翌週日曜日にも面会交流が実施されないということを許容する趣旨であると解することはできない。本件実施要領第1項に、翌週日曜日にも上記面会交流が実施できないときに翌月に繰り越さない旨の定めがあるのは、翌月への繰り越しを認めると面会交流の頻度が多くなり、Yや子らの負担が増大することから、これを制限したものにすぎないとみるべきである……。

そして、面会交流の実施状況をみるに、一件記録によれば、令和3年1月から本件申立てがされた同年6月までの間について、予定されていた15回の面会交流(特別の日の面会交流を含む。)のうち11回については予定日に実施されず、そのうち5回は特別の日であるため代替日がなかったか、又は、代替日はあるものの代替日にも実施されなかったものであるところ、実施されなかった理由の多くは、子らの習い事、Yの多忙などというものであって、子らの学校等の行事が予定日と重なったことによるものではない。また、上記の期間中、面会交流が代替日に実施された日については、専らY側の都合により一方的に変更されたものである上、実施時間については、本件実施要領第1項が定める時間（午前9時半から午後1時30分まで）に実施されたことはなく、Y側の都合によって開始時間が遅れ、又は一方的に変更されたものである。

以上によれば、Yによる義務の履行状況は、平成30年決定の内容に照らしその本旨に従ったも

のであるといえないというべきである。

「Yは、仕事の都合、子らの行事、子らの病気、体調不良等により、急遽予定を変更しなければならないことは日常的に起こり得るものであって、面会交流に努力しているYに間接強制を強いることは過酷執行にほかならず、本件申立ては権利の濫用であるなどと主張する。

しかしながら、……令和3年1月から6月までの間、予定日に実施されなかった面会交流は15回中11回に及ぶところ、子らの病気や体調不良を直接の理由とするものは、Yの説明によっても同年2月14日（ただし、体調不良は二女のみ）及び同月28日（ただし、体調不良は長女のみで、花粉症というもの。なお、いずれも同月7日の不実施の代替日とされた日である。）だけであって、不実施とされた理由のほとんどは、子らの習い事、Yの多忙、子の意向などというものにすぎず、Yにおいて、やむを得ない事情により急遽予定を変更する必要が生じたものとは認められない。そうすると、Yの主張はその前提を欠くものであって、Xが、Yに対し、強制金の心理的強制の下に、平成30年決定に基づく面会交流の実施を求めることが過酷な執行に当たるとはいえず、本件申立てが権利の濫用に当たるとは認められない。」

「その不履行1回につき3万円の支払を命ずるのが相当である。」

### (2) 本件実施要領第2項に基づく申立て

「Yは、Xに対し、年度初め及び変更があった時に、こども園・学校等の行事の日時を伝えるものとし、Xが子らのこども園・学校等の保護者の参観可能な行事を参観することを認める」という本件実施要領第2項の文言に照らせば、学校等の行事の日程の予定や変更結果を伝えることを内容とする具体的な債務を定めたものと解することはできず、Yの申立てには理由がない。

## 判例の解説

### 一 本決定の意義

本事案を時系列に沿って整理すると、以下の通りである。まず、平成30年決定に対して令和元年にXが面会交流調停を申し立て、当該調停は審判事件に移行し令和2年に審判がされたが、X・Yがともに即時抗告をした。その後、令和3年6月に、Xが本件間接強制を申し立てた。間接強制

の申立てに至った経緯は決定文に詳述されていない。しかし、その時点ですでにYによる面会交流不履行の回数が累積しており（令和3年1月から6月までの間、予定日に実施されなかった面会交流は15回中11回に及ぶ。）、また、即時抗告審の判断が出るまでに一定の時間を要することが見込まれるため、Xは平成30年決定に基づく間接強制を申し立てたと考えられる。

甲府家決令4・4・1は間接強制を認め、Yがこれを不服として執行抗告をした。その抗告審よりも前に、前述の面会交流審判の即時抗告審である令和4年決定が下され、同決定は同年9月16日に確定した。そして、令和5年1月17日、本決定が平成30年決定に係る間接強制の可否を判断している。

こうした経緯から、令和4年決定の確定により債務名義である平成30年決定は失効したものと解し、平成30年決定に基づいてされた間接強制の申立てのうち、令和4年決定が告知された日以降の部分を不適法であると判断した。本決定は、後件審判等によって前件審判等が変更された場合における、前件審判等を債務名義とする間接強制の申立ての帰趨について明示的に判断した事例として意義がある<sup>2)</sup>。また、令和4年決定の確定日より前の部分については間接強制を認めているところ、三でみるように、面会交流の間接強制の申立てにつき権利の濫用を否定した公刊物掲載の事例は他に見当たらない。

## 二 面会交流の間接強制の要件

判例は、不代替的作為義務の間接強制について、債務者の意思のみによって履行できることを要件とする（大決大10・7・25民録27輯1354頁）。学説においても同様の見解が多数説であったが<sup>3)</sup>、厳格に過ぎるとの批判がなされ<sup>4)</sup>、現在では、執行方法では克服できない外的な障害の有無<sup>5)</sup>、あるいは債務者が第三者の協力を得るために期待可能なすべてのことを行ったかどうかを基準とする立場が有力である<sup>6)</sup>。

面会交流の場合、その債務の履行には子の協力を要するのが通常である。そのため、従来、面会交流の間接強制をめぐる場合は、債務者である監護親が子の協力を得るために適切な助言、働き掛けをするなど、面会交流の実現に向けて期待される行為を尽くしたかどうかという点が主に審理され

てきた<sup>7)</sup>。

もっとも、子が拒絶の意思を示したとしても、最決平25・3・28（民集67巻3号864頁）は、「子の面会交流に係る審判は、子の心情等を踏まえた上でされている」ため、「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」としている。しかし、その後も、間接強制の申立てにおいて債務者が子の拒絶を主張する事例はある<sup>8)</sup>。

本事案でも、Yが面会交流を実施しなかった理由の1つとして子の意向を挙げているが、子らの拒絶についての具体的な言動や理由は明らかでない<sup>9)</sup>。

また、前掲最決平25・3・28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ぬと命ずる審判において、面会交流の日時又は頻度、各回の面会交流時間の長さ、子の引渡しの方法等が具体的に定められているなど監護親がすべき給付の特定に欠けるところがないといえる場合は、上記審判に基づき監護親に対し間接強制決定をすることができる」旨を判示している。この点、本事案では、原審・抗告審ともに、本件実施要領第1項について、面会交流の日時、各回の面会交流時間の長さ、子らの引渡しの方法等が具体的に定められているため、給付の特定に欠けるところはないとした。

一方で、本件実施要領第2項については、原審・抗告審ともに、学校等の行事の日程の予定や変更結果を伝えることを内容とする具体的な債務を定めたものと解することはできないとする。面会交流の間接強制の申立てのみならず、それに付随する内容の間接強制についても判断した事例は、代替日条項に関する東京高決令4・10・31（家判46号56頁）を除いては類例がないと思われる。本件では月2回の面会交流に加えて行事の参観を認めていたところ、参観を実現できるようにYがXに学校等の行事の日程の予定や変更結果を伝えるものと定められていた。つまり、債務はあくまで参観を認めることである。ドイツ法のように情報提供請求権（1686条）<sup>10)</sup>として認められてい

たならば別であろうが、本件の場合には実施要領の文言に照らすと上記の判断は首肯できる。

### 三 間接強制と権利の濫用

これまでに面会交流の間接強制の申立てを権利の濫用として却下した裁判例には、①大阪高決令3・8・2（判時2518号72頁）、②前掲東京高決令4・10・31がある。

①②ともにコロナ禍の面会交流に関する事案であった。①では、毎月第3土曜日の午前10時から午後6時まで直接交流を実施する面会交流調停が成立していたが、緊急事態宣言の発令、監護親の身边での感染者の発生、非監護親やその身边での感染者の発生により、当事者の合意でビデオ通話による間接交流に度々変更された。令和3年3月頃、新型コロナウイルス感染症の動向等から、監護親が同年4月に実施予定の面会交流もビデオ通話により実施してほしい旨を申し入れたところ、非監護親は直接交流に応じなければ間接強制を申し立てるなどと回答した。そして、ビデオ通話による交流の申入れを非監護親が拒否したため、同年4月の面会交流は間接交流を含めて何ら実施されなかった。そこで、非監護親が間接強制を申し立てた。原審は間接強制を認めたが、抗告審は、監護親が間接交流に応じたり、誕生日のプレゼントを渡す際などには直接会って交流する機会を設けていることから、間接強制の申立ては過酷執行に当たり、権利の濫用であるとした。

②では、毎月第3日曜日の午前9時45分から午後1時45分まで直接交流を実施する、実施できない場合には第4日曜日の同時間帯とする、日時変更の際は事情の生じた当事者は他方に連絡をして代替日を定めるなどとする面会交流調停が成立していた。非監護親は監護親に対し、本件調停に基づき、令和2年3～5月に実施されなかった面会交流について、協議により代替日を定めて面会交流をさせるように求めるとともに、その不履行につき間接強制を申し立てた。原審は、代替日条項は監護親の給付義務の内容を具体的に定めたものとはいえないとして却下した。抗告審は、代替日条項も義務の内容は特定されているとした。しかし、調停成立後に面会交流が実施されなかったのは令和2年3～5月の3回のみであるところ、当該期間は新型コロナウイルス感染症の感染拡大により直接交流は困難であり、仮に3回分の不

実施面会交流について今後代替日を設けて実施すれば面会交流の頻度が1か月に2回以上となって子や監護親の負担が増大するとして、間接強制の申立ては過酷執行に当たり、権利の濫用であるとした。

最決平31・4・26が子の引渡しを命ずる審判に基づく間接強制の申立てが権利の濫用に当たるとしたところ、以降、面会交流の間接強制についても権利濫用法理による裁判例が複数あらわれてきていることが注目される<sup>11)</sup>。そのなかでも本決定は、従前の公表裁判例とは異なり、コロナ禍の事情とは無関係であり、かつ、不実施の理由が監護親や子のやむを得ない事情によるものとは認められないから間接強制の申立ては過酷執行に当たらず、権利の濫用ではないとしたが、妥当な判断と思われる。

#### ●—注

- 1) 決定文では相手方(X)とあるが、原告人(Y)ではないかと思われる。
- 2) 匿名コメント・判時2599号(2024年)39頁。
- 3) 鈴木忠一＝三ヶ月章編『注解民事執行法(5)』(第一法規出版、1985年)98頁【富越和厚】。
- 4) 中野貞一郎＝下村正明『民事執行法〔改訂版〕』(青林書院、2021年)859頁。
- 5) 同上。
- 6) 松本博之『民事執行保全法』(弘文堂、2011年)330頁。山本和彦「間接強制の活用と限界」曹時66巻10号(2014年)2729頁もこれに賛同する。
- 7) 甲府家決平23・10・19家月64巻8号67頁、東京高決平24・1・12家月64巻8号60頁、神戸家決平24・2・16判時2288号38頁、大阪高決平24・3・29判時2288号36頁。
- 8) 大阪家決平28・2・1判タ1430号250頁、東京高決平29・2・8判タ1445号132頁(間接強制肯定)。大阪高決平29・4・28判時2355号52頁(間接強制否定)。
- 9) 間接強制手続では、申立ての相手方を審尋しなければならないとされているが(民事執行法172条3項)、一般に子はその対象にならないと解されている。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年)152頁。
- 10) 拙稿「ドイツにおける離婚後の共同配慮の基本構造」国際公共政策研究19巻2号(2015年)33～34頁。
- 11) 大阪高判平30・12・21家判23号53頁も権利濫用法理を用いて間接強制を認めなかったが、請求異議の訴えの事案であり、間接強制の申立ての事案ではない。