

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らないとされた事例

【文献種別】 決定／最高裁判所第三小法廷

【裁判年月日】 令和4年11月30日

【事件番号】 令和3年（許）第17号

【事件名】 間接強制決定に対する執行抗告審の取消決定に対する許可抗告事件

【裁判結果】 破棄自判

【参照法令】 民法1条3項、民事執行法35条・172条・174条1項

【掲載誌】 裁時1805号3頁、判タ1506号33頁、金判1668号28頁、金判1671号41頁、
家判44号42頁、裁判所ウェブサイト

◆ LEX/DB 文献番号 25572452

琉球大学准教授 吉田英男

事実の概要¹⁾

妻Xと夫Yは2012年に婚姻し、長男A・二男Bをもうけた。その後、2020年8月、YはA・Bを連れて転居し、Xと別居した。同年12月18日、和歌山家庭裁判所は、Xの申立てに基づいて、A・Bの監護者をXと指定し、Yに対してA・BをXに引き渡すよう命ずる審判（本件審判）をした（2021年3月29日確定）。

そこでXは、2021年4月5日、A・Bの引渡しを受けるためY宅に赴き、Bの引渡しを受けたが、A（当時8歳）は、約2時間にわたる説得に応じず、Xの下に行くときYに会えなくなると述べたり、Aを抱えようとするXを強く押しのけたりするなどして、引渡しを強く拒絶したため、Xは引渡しを受けることができなかった。その後Yは、Xに対し、AがXを怖がっていることからAの引渡しについて具体的な提案をすることができないとした上で、AとBを面会させる機会を設けることを提案したので、Xはこれに同意した。ところが、同年5月30日、YがAを面会の待ち合わせ場所に連れて行ったところ、AはXが来ることを知らされていないため、Xの姿を見て強く反発し、Xのことは全部嫌だなどと述べ、Xに抱かれることを拒否し、泣きながらYに対してY宅に帰ることを強く求めるなどした。

Xは、同年6月9日、本件審判を債務名義とする間接強制の申立てをした（本件申立て）。同年7月13日、原々審は²⁾、Aの引渡しを命ずる

とともに、履行しないときは1日2万円の割合による金員をXに支払うよう命ずる決定をした（原々決定）。Yが執行抗告をしたところ、同年10月8日、原審は³⁾、Aの引渡しを拒絶する意思は明確であって、Aの心身に有害な影響を及ぼすことなく引渡しを実現するYの合理的な行為を想定できないとして、原々決定を取り消し、本件申立てを却下した（原決定）。Xが抗告許可の申立てをし、大阪高裁はこれを許可した。最高裁は以下のように述べて、原決定を破棄した（以下「本決定」という）⁴⁾。

決定の要旨

原決定破棄・原々決定に対する抗告棄却。

「4 ……家庭裁判所の審判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り、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と解される（最高裁平成30年（許）第13号同31年4月26日第三小法廷決定・裁判集民事261号247頁参照）。

そうすると、AがXに引き渡されることを拒絶する意思を表明したことは、直ちに本件申立てに基づいて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く、本件において、ほかにこれを妨げる理由となる事情は見当たらない。原審は、上記意思が現在におけるAの真意であると認められ、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相手方の行為を具体的に想定することが困難であるとして、本件申立てが権利の濫用に当たるとするが、本件審判の確定から約2か月の間に2回にわたりAがXに引き渡されることを拒絶する言動をしたにとどまる本件の事実関係の下においては、そのようにいうことはできない。したがって、本件申立てが権利の濫用に当たるとした原審の判断には、法令の解釈適用を誤った違法がある。」

判例の解説

一 はじめに

1 本決定の意義

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なされた場合に、執行裁判所は、子が引渡しを拒絶していることを理由に、間接強制の申立てを却下することができるか。

最決平31・4・26(以下「31年決定」という)は⁵⁾、子による引渡しの拒絶それ自体は間接強制を妨げる理由とはならないが、子が引渡しを拒絶する結果、「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子の引渡しを実現するため合理的に必要と考えられる債務者の行為」(以下「引渡実現行為」という)を具体的に想定することが困難な場合は、間接強制は過酷な執行として許されず、それを求める申立ては権利の濫用となる、との法理を示していた。本決定は、この法理を適用し、本件事実関係の下では引渡実現行為を想定することが困難であるとはいえないとして、間接強制を許容した事例決定である。

2 31年決定の法理

31年決定の法理は以下のようなものである。(i) 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る。(ii) この審判により子の引渡しを命ぜられた者は、子の年齢及び発達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。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。(iii) 従って、子が引渡しを拒絶する意思を表明したことは、直ちに間接強制決定を妨げる理由にはならない。(iv) しかし、当該事案の経過からみて、申立ての審理の時点において、引渡実現行為を具体的に想定することが困難な場合には、間接強制は過酷な執行として許されず、申立ては権利の濫用として却下される。

以下、31年決定の法理を分析した上で、31年決定の認定及び結論と比較しながら、本決定における認定及び結論を検討する。

二 31年決定の法理の分析

1 子の引渡義務

判例・通説は、子の引渡請求権は親権・監護権の行使に対する妨害の排除を求める権利である、と解してきた⁶⁾。もっとも、その義務の具体的な内容は、状況により、子の引渡し、子の引取りの受忍、子が権利者の下に行くことを妨害しないこと等がありえるとされ⁷⁾、妨害しないという不作為に限られない。さらに近時の判例は、義務者は「子の年齢及び発達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」とし、子の引渡義務を、子の引渡し(監護状態の移転)という結果を実現させる義務と捉え、義務者はその結果実現に必要な行為をなすべきものと解している⁸⁾。

2 家庭裁判所の審判と子による引渡しの拒絶

家庭裁判所における子の監護に関する審判は、専門的知見を利用して、監護者の適格性や養育環境、子の意思等の諸般の事情を踏まえた上で、子の利益・福祉を実現するのに必要な処分をするものであり、かりに子が引渡しを拒絶していても、そのような事情は織り込み済みであるから、審判後に大きな事情変更がない限り、審判で子の引渡

しを命じられた者は子の引渡しを真摯に実現させなければならず、また執行機関としても審判内容をそのまま実現させなければならない。

3 間接強制の制限——過酷執行

もっとも判例によると、義務履行に第三者の協力を要する場合など、その義務が債務者の意思のみで履行できるものでないときは、間接強制は許されない⁹⁾。そのような場合、第三者が協力しないときは、債務者は履行しようがないから、間接強制を受ければ強制金を支払うほかはない。このように不可能を強いる間接強制は、法は不可能を強いないという法の一般法理に反し、債務者に酷であるから、間接強制は過酷執行として許されない¹⁰⁾。しかし、債務者の働きかけ次第で第三者の協力が得られるときは、義務履行は可能であり、間接強制も許される。つまり、債務者が第三者の協力を得るために必要なすべての行為をしても、第三者が協力する見込みのない場合にはじめて、間接強制は許されないものとなる¹¹⁾。

子の引渡しも、その履行に第三者の協力を要する場合の一つといえる¹²⁾。従って、引渡実現行為をすべてしても、なお子が引渡しを受け容れる見込みがない場合にはじめて、間接強制は許されないものとなる。31年決定が、引渡実現行為を想定困難だとして間接強制を許さず、本決定が反対に引渡実現行為を想定困難とはいえないとして間接強制を許したのは、以上のような趣旨からと捉えられる¹³⁾。

4 過酷執行を判断する手続

ところで、当該間接強制が過酷執行といえるかどうかは、いかなる手続の中で判定されるべきか¹⁴⁾。強制執行の許容性は執行手続上の問題であるから、間接強制の手続(民執174条1項2号・172条)内で審理できると解するのが自然に思える¹⁵⁾。他方、引渡義務の履行の可否といった実体的事項は請求異議訴訟(民執35条)において主張すべきであり、間接強制の手続の中で主張できるとすると執行遅延の原因になりかねない、との立場もありえよう¹⁶⁾。思うに、提出書類及び債務者審尋の結果から簡単確実に過酷執行の判断をすることができる場合には、それにより執行手続が遅れることもないから、間接強制の申立ての内で判定できると解すべきである。判例の立場は

はっきりしないが、申立てが権利の濫用となる例外的場合のほかは、請求異議訴訟によるべしとの立場ではないかと推測される¹⁷⁾。なお、調停手続・審判手続を再実施し、その中で子の引渡拒絶の意思等を調査・確認して、子の引渡義務の存否・内容を再検討することはもちろん可能である¹⁸⁾。

31年決定によれば、執行裁判所は、過酷執行となる間接強制を債権者が求めてきたときは、その申立てを権利の濫用として却下できる。許容されない強制執行を求める申立ては、民事執行法の予定する申立権の行使態様から逸脱しているとみて、申立権の濫用と評価するのであろう。その限りでは、判例法理においても、間接強制の手続の中で過酷執行かどうかを審理できることになる。もっとも、権利濫用の法理は非常に対応するための例外法理であること、及び執行機関は原則として実体的事項を審査しないことに照らし、申立権の濫用の法理は、過酷執行であることが明白な場合に限り認められると解すべきであろう¹⁹⁾。

三 本決定の検討

31年決定の事案では、①先行する引渡執行において、(弟・妹は引渡しに応じたのに)長男(当時9歳3か月)は引渡しを拒絶し、泣きじゃくって呼吸困難に陥る危険が生じたため、執行不能とされたという事実、及び②先行する人身保護手続において、裁判所が、長男(当時9歳7か月)は自由意思で監護親の下に留まっていると認めて、請求を棄却したという事実が存在した。最高裁は、この経過からすれば、現時点で引渡実現行為を具体的に想定することは困難であるとし、この間接強制は過酷な執行であるから、間接強制の申立ては権利の濫用であるとし、申立てを却下した。先行する手続の記録等に頼れた事実には照らせば、子の拒絶意思は明白であり、その際の子の態度等に照らして子の翻意はほぼ不可能である²⁰⁾、と認定したものと思われる。

31年決定は、過酷執行と評価する根拠として公的機関の認定を重視したが、それが不可欠とは述べていない。そこで本件の原決定は、Aが審判確定から2か月間で2回裁判手続外で引渡しを拒絶する言動をしたという事実に基づいて、引渡実現行為の想定困難を認定した。ところが本決定は、そのような事実があるだけでは、引渡実現行為が想定困難とはいえないとして、原決定を破棄

し、間接強制を許容した。公的機関の認定が不可欠というわけではないが、間接強制の手続の中で、子の引渡拒絶の意思が強固であって翻意させる手段のないことが明白になることを要するのであり、裁判外で子が引渡しを拒絶したという事実が顕出されるだけでは不十分である、と考えたのであろう²¹⁾。

このように本決定は、31年決定の法理の下で間接強制の申立てが権利の濫用にあたることと評価されるのは、過酷執行であることが明白である場合という、かなり限定された事案に限られることを示した事例といえよう。

●—注

- 1) より詳細な事実については、安西明子「本件判批」判例秘書ジャーナル HJ100177 (2023年) 1頁以下参照。
- 2) 和歌山家決令3・7・13金判1668号37頁、LEX/DB25595347。
- 3) 大阪高決令3・10・8金判1668号35頁、LEX/DB25595346。
- 4) 最決令4・11・30裁時1805号3頁、金判1668号28頁、LEX/DB25572452。評釈として、羽生香織「本件判批」法教510号(2023年)139頁、堀清史「本件判批」法教512号(2023年)117頁、安西・前掲注1)1頁などがある。
- 5) 最決平31・4・26裁判集民261号247頁、判タ1461号23頁、LEX/DB25570221。
- 6) 最判昭35・3・15民集14巻3号430頁、最判昭38・9・17民集17巻8号968頁、中川善之助編『註釈親族法(下)』(有斐閣、1952年)46頁[山木戸克己]等。
- 7) 山崎恒「子の引渡しと直接強制」山崎恒=山田俊雄編『新・裁判実務大系(12)民事執行法』(青林書院、2001年)388頁等。
- 8) 大濱しのぶ「判批」判例秘書ジャーナル HJ100090(2020年)11頁。
- 9) 大判大10・7・25民録27輯1354頁、大判昭5・11・5新聞3203号7頁等参照。
- 10) 山本和彦「間接強制の活用と限界」曹時66巻10号(2014年)2728頁。
- 11) 松本博之『民事執行保全法』(弘文堂、2011年)330頁、山本・前掲注10)2729頁。
- 12) 今津綾子「判批」新・判例解説 Watch (法セ増刊)26号(2020年)158頁。子の引渡しは、全く物心がついていない子を除けば、子が引渡しを一定程度受け容れなければ、子の心身に悪影響を及ぼさずに実現するのは困難である。つまり債務者の子の引渡義務は、受け容れという子の協力行為を要する義務といえる。
- 13) 今津・前掲注12)158～159頁、上江洲純子「判批」重判令和元年度(2020年)133頁。
- 14) 面会交流の間接強制に関しても同様の議論がある。例えば、大濱しのぶ「判批」リマークス49号(2014年)128頁等参照。
- 15) 山本・前掲注10)2728頁50(過酷執行であることは、請求異議事由になると同時に、間接強制決定の障害事由にもなりうる)、山田文「子の引渡しの強制執行」論ジュリ32号(2020年)70～71頁(「執行手続において主張できると解する余地がある。」)。
- 16) 山田・前掲注15)70頁は、請求異議訴訟によると解する立場が通説とされる。なお、村上正子ほか『手続からみた子の引渡し・面会交流』(弘文堂、2015年)150頁以下[安西明子]、安西・前掲注1)5～6頁は、当事者間の手続負担の分配、起動責任転換の観点から、請求異議の訴えによるべきと説かれる。
- 17) 本決定の宇賀克也裁判官の補足意見参照。中野教授は、面接交渉の間接強制について「拒否についての正当の理由や特別事情の存在は債務者が請求異議の訴えをもってして主張すべきものとする」とされる一方(中野貞一郎『民事執行法〔増補新訂6版〕』(青林書院、2010年)820頁注3a)、民事執行総論の部分では、「過酷な執行申立てを強制執行請求権の濫用(民1条3項)として却下できる場合も少なくないであろう。」と説かれていた(同書10頁)。最高裁もこのような立場ではなからうか。
- 18) 本決定の宇賀克也裁判官の補足意見参照。むしろ、執行手続や訴訟手続は子の利益・福祉をめぐる問題処理の手続として不向きであり、子の意思を適切に反映できるか疑問であるとして、子の引渡拒絶をめぐる問題の処理はこの手続に集約すべきである、との立場もありえよう。
- 19) 今津・前掲注12)159頁、安井英俊「判批」法政研究87巻4号(2021年)1156頁参照。子の引渡拒絶の問題は頻繁に起きると思われるが、それを通常処理するしくみとしては権利濫用法理は適切ではない。山田・前掲注15)70頁参照。
- 20) 法廷意見は引渡実現行為を想定困難と認めた理由を述べていないが、山崎敏充裁判官の補足意見は、先行する裁判機関等の判断に照らし子に働きかけをしても奏功するとは容易に考え難く、債務者にできる行為が残されていないことは明らかだと説く。
- 21) この点、本決定の宇賀克也裁判官の補足意見は、YにはAの引渡しに協力する姿勢がみられ、またAに引渡しを拒絶するよう働きかけをしている様子も窺われないが、申立てが権利の濫用とまでいうためには、「債務者として引渡しのためにできる限りの努力を行うこと」が必要であり、その点Yには「AのXに対する強固な忌避感情を取り除く努力が十分であったとまではいえない」として、引渡実現行為の想定困難を否定した。