

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改正に関する試案（追加試案）に対する意見

2018年（平成30年）7月13日

日本弁護士連合会

本年7月5日に公示された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改正に関する試案（追加試案）についての意見募集に対し、以下に意見を述べる。

1 間接強制の前置に関する規律の見直し

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。）第136条の規律（間接強制の前置に関する規律）を見直し、子の返還の代替執行の申立ては、次の(1)から(3)までのいずれかに該当するときでなければすることができないものとする。

- (1) 民事執行法第172条第1項の規定による決定が確定した日から2週間を経過したとき（当該決定において定められた債務を履行すべき一定の期間の経過がこれより後である場合は、その期間を経過したとき）。
- (2) 民事執行法第172条第1項に規定する方法による強制執行を実施しても、債務者が常居所地国に子を返還する見込みがあるとはいえないとき。
- (3) 子の急迫の危険を防止するため直ちに子の返還の代替執行をする必要があるとき。

【意見】

考え方の方向には賛成する。

【理由】

1 間接強制決定の確定まで時間を要するという問題はなお存続するハーグ条約実施法に基づく事件（以下「ハーグ返還事件」という。）について、間接強制決定の確定後2週間待ってからでないと代替執行の申立てができるないという現行制度には、手續が著しく遅延するという問題があった。試案では、間接強制を実施しても返還の見込みがあるとはいえないときには、間接強制を経る必要がなく、また、子の急迫の危険を防止するために直ちに代替執行を行うことができるとされている。これにより、現在より迅速に代替執行を行うことができる

場合があると期待され、この方向性には賛同する。

しかし、試案の上記(1)の場合には、間接強制の申立ての後、債務者の審尋、間接強制決定、その後の不服申立ての期間があり、それに加えて確定から2週間というものであり、相当長期間になる可能性を否定できない。

試案では、代替執行の申立てをする場合、(2)又は(3)の要件を満たさないと裁判所が判断したときは、(1)の要件を満たさなければならなくなり、債権者としては、そのリスクを避けるべく、間接強制の申立てをせざるをえない場合も考えられる。そうすると、結局は、強制執行まで長期間を要することになってしまうという問題がある。

## 2 ハーグ返還事件の特徴

ハーグ返還事件では、子が外国から不法に日本に連れて来られ、子の常居所地とは、言語も環境も全く異なるところで暮らすことになる。このような場面では、返還決定がなされれば、一刻も早く返還し、子をもとの環境に戻す必要がある。そうでないと、子は新たな環境になじむこととなり、その後に返還することになれば、子の負担は非常に大きなものとなってしまう。子の常居所地国において監護についての判断をするという要請があり、ハーグ返還事件は、いったんは、急いで子の常居所地国に子を戻すという制度であって、この点は、国内における子の引渡しの強制執行とは大きく異なるところである。

このように、ハーグ返還事件では、迅速に子を常居所地国に返還しなければならないことから、審理期間も原則6週間とする定めを置いており、我が国の家庭裁判所は、これをかなり厳格に守っている。このような中、強制執行に長期間かかるのでは、ハーグ条約の趣旨に反することとなる。しかも、返還命令後、強制執行が不能となっている間に、事情の変更があり、返還命令の維持が不当となるに至ったとして、返還の申立ての却下を支持した最高裁決定（平成29年12月21日、裁判所時報1691号46頁）がある。いったん返還命令が出ているのに、強制執行に時間を要している間に返還ができなくなってしまうことは、極力回避すべきである。この点からも、返還命令確定後は迅速に強制執行ができるようにする必要がある。

## 3 試案の文言の解釈

試案を前提とする場合には、(2)において、「間接強制により返還される見込みがあるとはいえないとき」の解釈運用に当たっては、返還命令確定前後の返還方法についての話し合いの場等において、返還を拒絶する意思がうかがわれる場合などを相当広範に含むものとすべきである。また、間接強制決定がなされたあと、

執行抗告において、債務者がハーグ返還事件の本案と同様の主張を繰り返して、返還そのものを争っている場合などは、明らかにこの要件を満たすといえる。

なお、試案を前提としたとき、実務的には、間接強制の申立てと代替執行の申立てを同時に行い、「間接強制により返還される見込みがあるとはいえないとき」を執行裁判所が認定しない場合であっても、返還命令の確定から2週間が経過したときは、代替執行を行うことができることとし、申立てやその審理に要する時間を節約できるようにすべきである。少なくとも、試案で、「申立ては、・・・できないものとする。」とある点は、申立時において代替執行の要件を満たしていない場合においても直ちに却下することなく、時の経過を待って決定するような取扱いとすべきである。

## 2 債務者の審尋に関する規律の見直し

執行裁判所は、民事執行法第171条第3項の規定にかかわらず、子に急迫した危険があるときその他の審尋をすることにより強制執行の目的を達することができない事情があるときは、債務者を審尋しないでハーグ条約実施法第134条第1項の決定（子の返還を実施させる決定）をすることができるものとする。

### 【意見】

賛成する。

### 【理由】

代替執行においては、債務者の審尋をすることが必要とされているが、債務者において代替執行を妨害する目的で子を移動させ、審尋に応じず、あるいは、これをいたずらに遅らせるようなことがあっては、迅速な執行が実現せず、ハーグ条約実施法の趣旨を達成することができない。したがって、債務者の権利保障に配慮しつつ、強制執行の目的を達成するためには、執行裁判所の判断で、審尋しないで手続が進められるような場合も認められるべきである。

## 3 子と債務者の同時存在に関する規律の見直し

(1) ハーグ条約実施法第140条第3項の規律（子と債務者の同時存在に関する規律）を見直し、同条第1項又は第2項の規定による子の監護を解くために必要な行為は、債権者が執行の場所に出頭した場合に限り、することができるものとする。

- (2) 執行裁判所は、債権者が執行の場所に出頭することができない場合であっても、その代理人が債権者に代わって執行の場所に出頭することが、当該代理人と子との関係、当該代理人の知識及び経験その他の事情に照らして子の利益の保護のために相当と認めるときは、前記(1)の規定にかかわらず、債権者の申立てにより、当該代理人が執行の場所に出頭した場合においても、ハーグ条約実施法第140条第1項又は第2項の規定による子の監護を解くために必要な行為をすることができる旨の決定をすることができるものとする。
- (3) 執行裁判所は、いつでも前記(2)の決定を取り消すことができるものとする。

### 【意見】

子と債務者の同時存在に関する規定を見直すことには賛成する。

### 【理由】

#### 1 子と債務者の同時存在に関する規定の問題点と試案の内容

従来、代替執行の際、債務者が子と一緒にいなければならないとされていたが、これによって、債務者が子と一緒に存在しないように画策して事実上執行を妨害することが可能となっており、執行が著しく困難になることが指摘されていた。試案では、債権者が執行場所に出頭すれば、債務者がいることは必要とされないことから、上記のような問題が解消されるものと期待される。

試案では、債務者が子と一緒にいない場合でも、債権者が執行の場所に出頭した場合に限って代替執行ができることとされているから、子にとって知らない人ばかりの中で移動するという不安はなく、債権者が子に事情をよく説明することもできる。なお、子が常居所地国に返還されても、通常は、債務者と子とは面会交流をするものであり、環境の変化はあるものの、親子の交流は続くものである。したがって、ハーグ返還事件の強制執行が親子の最終的な別離であるような意識を持つべきではない。

#### 2 債権者が出頭できない場合とハーグ条約の特徴

債権者に何らかの事情があつて執行場所に出頭できないとき、たとえば病気や、日本への入国ができないような事態も想定されるところ、そのような場合には、債権者以外の者で、子と一緒にいて安心して移動できる者がいれば、債権者の出頭と同様の目的が達せられるため、執行裁判所がそのような代わりの者による出頭を決定することができるようにしておく必要がある。この点、ハーグ返還事件

の債権者は外国に居住しており、債権者の親族も外国に居住している場合が多く、これらの者のいずれかが出頭しなければならぬことになると困難を強いることになります。したがって、債権者自身の出頭が困難な場合、「債権者以外の者」を柔軟に認める必要があり、債権者の代理人である弁護士も排除すべきではないが、子との関係等を考える場合、債権者代理人より子と親しく、より望ましい者が出頭する可能性もあることから、「債権者の代理人」に限定すべきでもない。債権者の「代理人」とした場合には、債権者からの代理権の授与が問題となるが、場合によつてはこれを適時迅速に疎明等できない事態も考えられるし、このしきみの趣旨に照らしても、債権者が特定の者を認識して授權することが必須とも考えられない。ハーグ返還事件の強制執行においては、児童心理の専門家が立ち会つて子と話すことが一般的であるから、そのような形で、子が安心することができれば、たとえ債権者本人がいなくても、その趣旨を達成することができる。さまざまな事案に応じて柔軟に対応できるよう規定とすべきである。

#### 4 債務者の占有する場所以外の場所における執行官の権限等に関する規律の見直し

債務者の占有する場所以外の場所における執行官の権限等に関する規律を以下のとおりの内容に見直すものとする。

- (1) 執行官は、ハーグ条約実施法第140条第1項に規定する場所（債務者の住居その他債務者の占有する場所）以外の場所においても、子の心身に及ぼす影響、当該場所及びその周囲の状況その他の事情を考慮して相当と認めるときは、子の監護を解くために必要な行為として、債務者に対し説得を行うほか、当該場所の占有者の同意を得て又は後記(2)の規定による許可を受けて、同項各号に掲げる行為をすることができるものとする。
- (2) 執行裁判所は、子の住居がハーグ条約実施法第140条第1項に規定する場所以外の場所である場合において、債務者と当該場所の占有者との関係、当該占有者の私生活又は業務に与える影響その他の事情を考慮して相当と認めるときは、債権者の申立てにより、当該占有者の同意に代わる許可をすることができるものとする。

(3) 執行官は、前記(2)の規定による許可を受けてハーグ条約実施法第140条第1項各号に掲げる行為をするときは、職務の執行に当たり、当該許可を受けたことを証する文書を提示しなければならないものとする。

### 【意見】

債務者の占有する場所以外の場所への執行官の立入りについて、裁判所が占有者の同意に代わる許可をすることができる制度の創設には賛成する。ただし、これを「子の住居」だけにとどめず、学校や幼稚園、保育所等における執行についても、事案に応じて子の安全やプライバシーに配慮しつつ、その当否及び方法を検討する必要がある。

### 【理由】

#### 1 債務者の占有する場所以外における強制執行

債務者の住居その他債務者の占有する場所における返還命令の強制執行では、債務者が執行を困難にする心配があったところ、それ以外の場所での強制執行ができるることとすることは、強制執行の実現を容易にすると考えられる。

試案は、「子の住居」である場所の占有者については、占有者の同意に代わる許可を裁判所が行うこととすることとし、たとえ占有者が立入りに同意しないとしても、裁判所が立入りを適当と認め同意に代わる許可を行った場合には執行官の立入りを可能とした。これによって、たとえば、債務者と同居していない子の祖父母宅における代替執行が容易になったと考えられる。

#### 2 学校や保育園の場合

学校や保育園などは、「子の住居」ではないため、試案の(2)によって裁判所が占有者の同意に代わる許可をすることはできないこととなっている。学校や保育園などにおいても、子の安全やプライバシーに配慮しつつ子の返還の強制執行を行うこととすれば、平穏に返還を行うことが可能であり、諸外国においても、そのようなことは一般的に行われている。これらについては、試案では、占有者の同意が必要とされ、裁判所が占有者の同意に代わる許可をすることができないこととなっていない。学校や保育園は、裁判所からのあらかじめの連絡があるときには、これに協力することが望まれるが、占有者が「同意しない」余地があることは適切とは考えられない。諸外国において、このような場合、学校や保育園に執行官が立ち入る際、占有者が同意しないことによって執行ができない制度になっているとは考えにくく、このような場面でも、執行裁判所が占有者の同意に代わる許可を行うこととすることが望ましい。

「占有者の同意」の制度は、もともと学校や保育園等の施設その他第三者が占

有する場所の平穏を尊重する趣旨で入れられたものと考えられるが、実際には、ハーグ返還事件の対象である子が所在していることで潜在的な紛争の場になっているといえる。これら施設管理者は、できるだけ巻き込まれたくない、責任追及をされるようなことは回避したいと考えるのが普通であり、むしろ、裁判所の命令で選択の余地がない事態のほうが好都合であるといえる。そうでないと、裁判所に協力したほうがよいのか、それとも債務者からの責任追及をおそれ、自己の管理する施設には執行官の立入りを拒否したほうがよいのか、選択を迫られることとなる。子を教育・保育する施設に対し、子のための裁判所の命令か、占有する場所の平穏かを、そのたびに判断させなければならないのは酷であるといえよう。仮に後者を選択することとなれば、代替執行のための適切な場を失ってしまうことにもなりかねない。なお、学校や保育園等を執行場所とする場合は、子の心身の負担に配慮し、また他の児童等への影響を最小限にすべきである。

執行裁判所は、事案の中身を知ったうえで、学校や保育園における執行が望ましいか、その場合どのように行うかといった事項を考慮することができるのであるから、執行裁判所が占有者の同意に代わる許可の判断をすることができるような制度を検討する必要がある。

## 5 子の心身への配慮に関する規律の新設

執行裁判所、執行官及び返還実施者は、子の返還の代替執行の手続において、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、強制執行が子の心身に有害な影響を及ぼさないように配慮しなければならないものとする。

【意見】

規律を新設する場合、子の心身に対する影響への配慮と強制執行の実効性の確保とのバランスを考えたものとなるよう検討すべきである。

### 【理由】

試案の間接強制に関する規定の見直しや同時存在の規定の見直しによって、より迅速な強制執行が可能になると予測されるところ、これらにより子の心身への負担が増すとして、本試案のような規定が設けられるべきとの考えがある。

一方、ハーグ条約実施法140条5項では、執行官が子に対して威力を用いることはできず、「子以外の者に対して威力を用いることが子の心身に有害な影響を及ぼすおそれがある場合においては」子以外の者についても威力を用いることができないこととされている。このように、同法において、子の心身に有害な影響を及ぼさないようにする定めは既にあり、執行機関が「子の心身に有害な影響を及ぼさない」として子の権利を保護する立場である。

いように配慮」することは当然である。

しかし、「子の心身に有害な影響を及ぼさないように配慮する」というのは多義的であり、「子の心身に有害な影響がある」として、債務者が執行を拒絶するような事態が懸念される。その場の執行を行わないことで予定された裁判の内容が実現せず、現状維持を続けることとなるが、そのことがひいては子の心身に有害な影響を及ぼすことも考えられる。

よって、規律を新設する場合、関係者が子の心身に対する影響を配慮するよう努めるとしつつ、強制執行の実効性を減殺することができないような規定とすべきである。

以 上