HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	民事判例研究
Author(s)	上向, 輝宜
Citation	北大法学論集, 64(6), 162 [199] -146[215]
Issue Date	2014-03-31
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/54905
Type	departmental bulletin paper
File Information	lawreview_vol64no6_14.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

判例研究

民　事　判　例　研　究

上　向　輝　宜

子との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又は調停に基づく間接強制の可否が争われた事例

①事件

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に基づき間接強制決定をすることができる場合

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に基づき間接強制決定をすることができるとされた事例

最高裁第一小法廷平成25年３月28日決定

（平成24年（許）第48号　間接強制に対する執行抗告棄却決定に対する許可抗告事件）

民集67巻３号864頁、裁時1577号122頁、家月65巻６号96頁、判タ1391号122頁、判時2191号39頁

②事件

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に基づき間接強制決定をすることができないとされた事例

最高裁第一小法廷平成25年３月28日決定

（平成24年（許）第41号　間接強制に対する執行抗告棄却決定に対する許可抗告事件）

集民243号261頁、裁時1577号120頁、判タ1391号126頁①事件、判時2191号46頁①事件

③事件

非監護親と子が面会交流をすることを定める調停調書に基づき間接強制決定をすることができないとされた事例

最高裁第一小法廷平成25年３月28日決定

（平成24年（許）第47号　間接強制に対する執行抗告棄却決定に対する許可抗告事件）

集民243号271頁、裁時1577号120頁、判タ1391号126頁②事件、判時2191号46頁②事件

①事件

【事案】

相手方Ｘ（以下「X」という。）と抗告人Ｙ（以下「Y」という。）は、平成16年に婚姻の届け出をし、平成18年に長女Ａ（以下「A」という。）をもうけた。その後、XY 間で不和が生じ、平成22年にＸとＹを離婚し、Ａの親権をＹとする判決が確定した。

平成24年５月、札幌家庭裁判所において、Ｙに対し、原々決定別紙面会交流要領のとおりＸがＡと面会交流を許さなければならないとする審判がされ、同審判は、同年６月確定した（以下この審判を「本件審判」といい、原々決定別紙面会交流要領を「本件要領」という。）。

本件要領には、〔１〕面会交流の日程等について、月１回、毎月第２土曜日の午前10時から午後４時までとし、場所は、Ａの福祉を考慮してＸ自宅以外のＸが定めた場所とすること、〔２〕面会交流の方法として、Ａの受渡場所は、Ｙ自宅以外の場所とし、当事者間で協議して定めるが、協議が調わないときは、JR 甲駅東口改札付近とすること、Ｙは、面会交流開始時に、受渡場所においてＡをＸに引き渡し、Ｘは、面会交流終了時に、受渡場所においてＡをＹに引き渡すこと、Ｙは、Ａを引き渡す場所のほかは、ＸとＡの面会交流には立ち会わないこと、〔３〕Ａの病気などやむを得ない事情により上記〔１〕の日程で面会交流を実施できない場合は、ＸとＹは、Ａの福祉を考慮して代替日を決めること、〔４〕Ｙは、ＸがＡの入学式、卒業式、運動会等の学校行事（父兄参観日を除く。）に参列することを妨げてはならないことなどが定められていた。

そして、Ｘは、平成24年６月、Ａと面会交流をすることを求めたが、Ｙは、

Aが面会交流に応じないという態度に終始していて、Aに悪影響を及ぼすとして、XがAと面会交流をすることを許さなかったため、Xは、同年7月、札幌家庭裁判所に対し、本件審判に基づき、Yに対し本件要領のとおりXがA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とともに、その義務を履行しないときは、YがXに対し一定の金員を支払うよう命ずる間接強制決定を求める申立てをした。これに対し、Yは、AがXとの面会交流を拒絶する意思を示していることなどから、間接強制決定が許されないと主張した。

原審（札幌高決平成24年10月30日民集67巻3号880頁）は、本件要領は、面会交流の内容を具体的に特定して定めており、また、Aが面会交流を拒絶する意思を示していることが間接強制をすることになじまない事情となることはないなどとして、Yに対し、本件要領のとおりXがA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とともに、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すべきものとした。Y許可抗告。

【決定要旨】抗告棄却。

「AをYとAを監護していないXとの間で、XとAとの面会交流について定める場合、Aの利益が最も優先して考慮されるべきであり（民法766条1項参照）、面会交流は、柔軟に対応することができる条項に基づき、YとXの協力の下で実施されることが望ましい。一方、給付を命ずる審判は、執行力のある債務名義と同一の効力を有する（平成23年法律第53号による廃止前の家事審判法15条）。Yに対し、XとAとの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、Yが、引き渡し場所においてXに対してAを引渡し、XとAとの面会交流の間、これを妨害しないなどの給付を内容とするものが一般であり、そのような給付については、性質上、間接強制をすることができないものではない。したがって、Yに対しXがA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Y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Yに対し間接強制決定をすることができると解するのが相当である。

そして、Aの面会交流に係る審判は、A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、Yに対しXがA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、AがX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をすることを妨げる理由となるものではない。

これを本件についてみると、本件要領は、面会交流の日時、各回の面会交流時間の長さ及び子の引渡しの方法の定めによりYがすべき給付の特定に欠けるところはないといえるから、本件審判に基づき間接強制決定をすることができる。」

②事件

【事案】

本件は、未成年者の父である抗告人X（以下「X」という。）が、未成年者の母であり、未成年者である長男及び二男（以下、長男を「A」、二男を「B」という。）を単独で監護する相手方Y（以下「Y」という。）に対し、XとA及びBとの面会及びその他の交流（以下「面会交流」という。）に係る審判（以下「本件審判」という。）に基づき、Yに対し本件条項のとおりXがA及びB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とともに、その義務を履行しないときはYがXに対し一定の金員を支払うよう命ずる間接強制決定を求める申立てをした事案である。

なお、本件審判の内容は、「１箇月に２回、土曜日又は日曜日に面会交流をするものとし、また、１回につき６時間面会交流をする」というものであり、本件審判に基づき、A及びBの面会は、平成24年３月に２回行われたが、同年４月以降は行われていない。

原審（高松高決平成24年９月24日）は、本件審判は、面会交流の大枠を定めたものにとどまり、Yが履行すべき義務内容が具体的に特定されているとは認められないから、本件審判に基づき間接強制決定をすることはできないとした。X許可抗告。

【決定要旨】抗告棄却。

①事件と同様に、「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Ｙに対し間接強制決定をすることができる」としたうえで、「Ａ及びＢの引渡しの方法については何ら定められてはいない。そうすると、本件審判においては、Ｙがすべき給付が十分に特定されているとはいえないから、本件審判に基づき間接強制決定をすることはできない。」とした。

③事件

【事案】

本件は、未成年者である長男及び二男（以下、長男を「Ａ」、次男を「Ｂ」という。）の父である抗告人Ｘ（以下「Ｘ」という。）が、Ａ及びＢの母であり、Ａ及びＢを単独で監護する相手方Ｙ（以下「Ｙ」という。）に対し、ＸとＹとの間で成立したＸとＡ及びＢとの面会及びその他の交流（以下「面会交流」という。）についての合意を記載した調停調書（以下「本件調停調書」という。）に基づき、間接強制の申立てをした事案である。本件では、平成22年１月に、下記イの喫茶店においてＸとＡは面会交流をしたが、その後、Ａとの面会交流は実現していない。Ｂについては一度も実現していない。

本件調停調書の内容には、次のような条項（以下「本件調停条項」という。）がある。

ア　Ｙは、Ｘに対し、Ａと、２箇月に１回程度、原則として第３土曜日の翌日に、半日程度（原則として午前11時から午後５時まで）面接をすることを認める。ただし、最初は１時間程度から始めることとし、Ａの様子を見ながら徐々に時間を延ばすこととする。

イ　Ｙは、前項に定める面会の開始時にａ県ｂ市のｃ通りの喫茶店の前でＡをＸに会わせ、Ｘは終了時間に同場所においてＡをＹに引き渡すことを当面の原則とする。ただし、面接交渉の具体的な日時、場所、方法等は、子の福祉に慎重に配慮して、ＸＹ間で協議して定める。

原審（仙台高決平成24年10月29日）は、本件調停条項は、面会交流をすることを「認める」という文言を使用していることに照らして、Ｙの給付の意思が明確に表示されたものと直ちにはいうことはできず、また、面会交流の内容について強制執行可能な程度に具体的に特定するものということもできないなどとして、本件調停調書に基づき間接強制決定をすることはできないとした。Ｘ許可抗告。

【決定要旨】抗告棄却。

「給付の意思が表示された調停調書の記載は、執行力のある債務名義と同一の効力を有する（平成23年法律第53号による廃止前の家事審判法21条１項ただし書、15条）。…Ｙ とＸとの間におけるＸとＡ及びＢとの面会交流についての定めは、少なくとも、Ｙが、引渡場所においてＸに対してＡ及びＢを引き渡し、ＸとＡ及びＢとの面会交流の間、これを妨害しないなどの給付を内容とするものが一般であり、そのような給付については、性質上、間接強制をすることができないものではない。そして、調停調書において、Ｙの給付の特定に欠けるところがないといえるときは、通常、Ｙの給付の意思が表示されていると解するのが相当である。」。そして、①②事件と同様に、調停調書の給付の特定がなされている場合には、「間接強制を許さない旨の合意が存在するなどの特段の事情がない限り、上記調停調書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と解するのが相当である。」とした。

「これを本件についてみると、本件調停条項アにおける面会交流をすることを「認める」との文言の使用によって直ちにＹの給付の意思が表示されていないとするのは相当ではないが、本件調停条項アは、面会交流の頻度について「２箇月に１回程度」とし、各回の面会交流時間の長さも、「半日程度（原則として午前11時から午後５時まで）」としつつも、「最初は１時間程度から始めることとし、Ａの様子を見ながら徐々に時間を延ばすこととする。」とするなど、それらを必ずしも特定していないのであって、本件調停条項イにおいて、「面会交流の具体的な日時、場所、方法等は、子の福祉に慎重に配慮して、ＸとＹ間で協議して定める。」としていることにも照らすと、本件調停調書は、ＸとＡとの面会交流の大枠を定め、その具体的な内容は、ＸとＹとの協議で定めることを予定しているものといえる。そうすると、本件調停調書においては、Ｙがすべき給付が十分に特定されているとはいえないから、本件調停調書に基づき間接強制決定をすることはできない。」

【検討】

１．本件諸決定の問題の所在

本件諸決定は、審判及び調停に基づく面会交流[1]についての間接強制決定を

[1] 面会交流とは、親権者又は監護者として、現実に自ら子を監護および教育で

するにあたり、給付をすべき義務が特定されていることが要求された、はじめての最高裁決定である[2]。また①事件は、審判後の子の心情の考慮について判断した点にその特殊性がある。③事件は、①②事件とは異なり、調停調書に基づく間接強制決定の申し立てであったという特殊性から、給付の特定性に付随して、「認める」との文言が給付の意思が表示されたものであるかが問題とされた[3]。

近年の面会交流の状況としては、平成23年法律61号による民法766条改正で、親と子の面会交流が明文化され、平成24年４月１日に施行された[4]。実務においても、面会交流を原則的に実施する方針が台頭してくるなど、面会交流の重要性は増してきている[5]。

きない親が、その子と個人的に面会・交通・接触することをいい、これを権利として観念するときには、面会交流権という。二宮周平『家族法』（新世社、2006年）128頁など。なお、面接交渉とするものもあるが、本稿では、民法766条の文言から、面会交流という表記を用いた。

[2] 下級審において、面会交流についての間接強制を認めたものとして、大阪高決平成14年１月15日（家月56巻２号142頁）、岡山家津山支決平成20年９月18日（家月61巻７号69頁）、東京高決平成24年１月21日（家月64巻８号60頁）がある。面会交流についての間接強制を否定したものとして、神戸家龍野支決平成13年12月７日（家月56巻２号144頁）（但し、前掲大阪高決平成14年１月15日により、取消・差戻となった。）がある。

[3] 給付条項として肯定した事例として、大阪高決平成19年６月７日（判タ1276号338頁）、岡山家裁津山支決平成20年９月18日前掲（注２）。給付条項として否定した事例として、高松高決平成14年６月25日（家月55巻４号66頁）、東京高決平成18年８月７日（判タ1268号268頁）。

[4] それと同時に、2011年制定の家事事件手続法は、面会交流を審判事項とした（家事事件手続法154条３項）。また、後述のような権利性の性質の議論状況から、民法766条１項は、子の監護について必要な事項の例示として面会交流を明示したが、いずれの権利であるかは、明示しなかった。飛澤知行編著『一問一答　平成23年民法等改正－児童虐待防止に向けた親権制度の見直し』（商事法務、2011年）12頁参照。

[5] 面会交流の原則的実施については、平成24年６月23日開催のシンポジウム「面会交流の理論と実務」戸時688号、690号、691号所収参照。また、面会交流の原則的な実施に対して、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３頁以下が、詳細に問題点を指摘している。

このような面会交流の状況の中で、上記のような、監護親が審判又は調停で定められた面会交流を正当な理由なく拒絶する場合に、面会交流の履行を確保する手段が必要となる。

その他、本件では非監護親から監護親に対して求められたものであるところ、そもそも非監護親に面会交流を行う権利があるのか、その権利の根拠やその性質などの実体法上の問題はある[6][7]。もっとも、面会交流の性質等にかかわらず、

---

[6] 従来より、面会交流を明文で規定する条文が存在していなかったため、非監護親と子との面会交流については、親の権利か、子の権利か、その法的性質について、議論が分かれていたが、この議論は、面会交流が明文化された現在でも続いている。すなわち、面会交流について、学説は、その実体的な権利性を肯定するものが存在する一方で、権利性を否定する見解も存在する。権利性を肯定するものとして、久貴忠彦「面接交渉覚書」阪大法学63号117頁、山本正憲「面接交渉権について― 我が国およびイギリスにおける若干の事例を中心に」岡山大学法経学会雑誌18巻２号185頁、佐藤義彦「離婚後親権を行わない親の面接交渉権」同志社法学110号55頁、二宮周平「面接交渉の義務性― 別居・離婚後の親子・家族の交流の保障―」立命館法学298号334頁、大村敦志『家族法〔第３版〕』（有斐閣、2010年）176頁など。権利性を否定するものとして、島津一郎「子の利益とはなにか―人身保護法による子の引渡請求－ ２ 完－」判時718号117頁、梶村太市「『子のための面接交渉』再論」小林忠正ほか編『21世紀の民法〈小野幸二教授還暦記念論集〉』（法学書院、1996年）425頁、鈴木禄弥『親族法講義』（創文社、1988年）167頁、泉久雄『親族法』（有斐閣、1997年）159頁、内田貴『民法Ⅳ　親族・相続〔補訂版〕』（東京大学出版会、2004年）135頁など。

[7] 裁判例としては、東京家決昭和39年12月14日（家月17巻４号55頁）で認められて以降、明確にではないにしろ面会交流の権利性を肯定するものが多くある。東京高決昭和42年８月14日（家月20巻３号64頁）、大阪家審昭和43年５月28日（家月20巻10号68頁）、東京家審昭和44年５月22日（家月22巻３号77頁）、大分家中津支部審昭和51年７月22日（家月29巻２号108頁）、浦和家審昭和57年４月２日（家月35巻８号108頁）、東京家審昭和62年３月31日（家月39巻６号58頁）、千葉家審平成１年８月14日（家月42巻８号68頁）、岡山家審平成２年12月３日（家月43巻10号38頁）、大阪家審平成５年12月22日（家月47巻４号45頁）、福岡高決平成11年10月26日（民集54巻５号1607頁）、最高裁のものとして、最二小決昭和59年７月６日（家月37巻５号35頁）、最一小決平成12年５月１日（民集54巻５号1607頁）。

他方で、面会交流の権利性を否定したうえで、面会交流が家事審判法９条（現行家事事件手続法別表）の審判事項に規定されていないことを理由に、面会交

審判及び調停においては面会交流について具体的な内容を定めることができる。

そこで本稿では、面会交流の履行を確保するための手段についての、手続法上の問題を検討したい。

そして、それぞれの事案で問題となった、審判後の子の心情の問題、債務名義性について検討したい。

2．債務名義の特定性の問題

（1）面会交流の強制執行は可能か

面会交流の審判主文又は調停条項はいずれも「執行力ある債務名義と同一の効力」を有する（旧家事審判法15条及び21条１項但書、家事事件手続法75条及び同法268条１項）から、審判については民事執行法22条３号（以下、民執法とする。）、調停については民執法22条７号に基づき原則として強制執行を開始することが予定されている[8]。そして多数説は、審判や調停で慎重な手続を経て決められたことは、司法により強制的に実現される保障を与えられるべきであり、強制執行をさせるべきであるとしている[9]。父母が離婚した後などに、子を

流は当事者間で協議もしくは調停において調整されるべきであり、家事審判の手続において判断を受ける事項ではないとしたものもある。大阪高決昭和43年12月24日（家月21巻６号38頁）、高松高決平成４年８月７日（判タ809号193頁）。

[8] 他方で、面会交流の履行確保については、面会交流の債務は、執行力のない「責任なき債務」あるいは「自然債務」であるとして、面会交流を命ずる判決があっても強制執行はできないとして全面的に否定する考え方もある。梶村・前掲（注６）432頁、梶村太市「面接交渉を定める調停・審判に基づく間接強制の可否」民商131巻３号478頁参照。しかしながら、後に梶村説は、例外的に子の利益に適う特別の事情がある場合には、例外的に間接強制は肯定されるとした。梶村・前掲（注５）29頁。

[9] 積極説として、中野貞一郎『民事執行法〔増補新訂六版〕』（有斐閣、2010年）804頁、沼邊愛一『家事事件の実務と理論』（日本評論社、1990年）134頁、家事審判研究会編『判例家事審判法（１）』（新日本法規、1974年）1403頁、高橋忠次郎「子の監護権と面接交渉権―とくに、離婚後の親権・監護権を有しない親の面接交渉権について―」ジュリ472号120頁、釜元修＝沼田幸雄「面接交渉と強制執行」判タ1087号40頁、犬伏由子「子との面会交流を許さなければならないことを命じた決定に基づく間接強制の申立てが認められた事例」私法判例リマークス47巻70頁参照。消極説としては、（注８）に掲げる文献参照。

監護しない父母の一方と子が定期的に面会等の交流を持つことは、一般的には、子の利益を害しない限り、子の健全な成長のために好ましいことである。そして、審判又は調停により定められた面会交流が、監護親によって頑として実現されない場合には、審判又は調停を無駄にしないために、それを強制的に実現する方法が必要となる[10]。

（２）強制執行の方法

そこで問題となるのは、その強制執行の方法である[11]。

本件諸決定の判旨は、「少なくとも、Ｙが、引き渡し場所においてＸに対してＡを引渡し、ＸとＡとの面会交流の間、これを妨害しないなどの給付を内容とするものが一般であり、そのような給付については、性質上、間接強制をすることができないものではない。」として、間接強制による方法を肯定している。

子の面会交流について、考えられる強制執行の方法としては、動産の引渡しの強制執行（民執法169条１項）があるが、一般に引渡執行は、債務者による目的物に対する排他的全面的支配関係が存在することが前提であるが、子は、たとえ幼児であっても人格の主体若しくはその萌芽を認めるべきであって、親の子に対する占有ないし支配関係なるものを想定するべきではなく、物と子を同一視することはできない。以上から、面会交流は、直接強制にはなじまないだろう[12]。

---

[10] その他の履行確保の手段としては、履行勧告措置（家事事件手続法289条、286条５項）、監護者または親権者の変更（民法819条６項、家事事件手続法別表第二、七又は民法766条２項、家事事件手続法別表第二、三）、再調停の申立てなどが考えられるが、本稿は、面会交流の強制執行に関するものに限定した。

[11] 学説は、面会交流を定める審判又は調停に基づく間接強制の可否について、肯定説が有力である。間接強制を肯定するものとして、前掲（注９）の積極説として掲げた文献参照。ただし、間接強制が面会交流の履行確保に適しているとまでは述べていない。なお、否定説としては、梶村・前掲（注８）481頁以下参照。

[12] 遠藤富士子「面接交渉の時期・方法・履行確保」判タ1100号190頁は、これが通説であるとする。また、二宮周平「面接交渉権を行使できる者は、特別の事情がない限り、間接強制により権利の実現が図ることができるとした事例」判タ1150号106頁は、「継続的に実施すべき面接交渉において、直接強制は不適切」であるとする。なお、直接強制を認める事例もない。

また、代替執行（民執法171条）という執行方法は問題とならないと考えられるため[13]、間接強制（民執法172条）によるほかないということになる[14]。

そして、現実に、間接強制を命ずることができるかどうか、という段階になると、債務名義性、債務名義の特定性の有無、不履行の有無、各種条件の解釈などが問題となる。本件諸決定は、債務名義の特定性が問題となった。

（3）債務名義の特定性

強制執行を行う場合には、執行裁判所である家庭裁判所にとって、面会交流を債務者に命じる債務名義の内容は、一義的かつ明確でなければならない[15]。なぜなら、実体的権利が存在していても、形式上執行権が与えられることによってはじめて執行は許されるのであり、それを表象する債務名義が一義的かつ明確でなければ、その執行の範囲が不明確となるためである。

他方で、面会交流の具体化は、監護親と非監護親との協議によるべきであり、協議が調わずに家庭裁判所の審判又は調停によって面会交流の具体的な形成処分を行うときですら、現実の面会交流の実現は、監護親と非監護親との協力によって最大限、子の利益を尊重する形態で行われることがその権利の性質上要

---

[13] 本件①事件は、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をしている。この文言からは、非監護親との面会交流時及びその間において、これを妨害しないなどの給付を内容とする不作為債務としての性質を有する。他方で、当該未成年子が債務者の監護下にあることを考慮すると、面会交流は、義務者による、面会をさせるという作為がなければ面会交流を実現できないため、作為債務の性質を有する。そしてこの義務は、基本的に、義務者以外の者による実現が困難であるから、義務者に対して、いわゆる不代替的作為義務を課したことになる。このため、代替執行（民執法171条）は、その債務の性質から困難となる。他方で、釜元＝沼田・前掲（注9）47頁は、「義務者がしなければならないことは、決まった時刻に子供を権利者に渡すだけ、という程度にまで具体的に特定していれば、債務の内容が質的に変化し、不代替性がなくなり、代替債務となり、この段階になると、面会交流のための『子の引き渡し』の強制という問題になり、これについては、代替執行はもちろんのこと、直接強制も可能となるのではないか」と指摘する。

[14] 学説では、「親が金銭的価値と子との面会交流を天秤にかけ、金銭的価値が勝ったという事実は、子の福祉にとって望ましいことではないのではないか」という指摘がある。梶村・前掲（注6）425頁参照。

[15] 右近健男ほか編『家事事件の現況と課題』（判例タイムズ社、2006年）183頁。

請されるというべきであって、面会交流の表現にあたっての細目の協議まですることは、かえって好ましくない。

その意味では、他の給付判決等の債務名義と異なり、面会交流の審判主文又は調停条項は、抽象的な作為義務又は不作為義務の形を採ることをその権利の性質上原則とせざるを得ない。そしてこれは、強制執行後の監護親と非監護親との協議、交渉過程の復活を保障するために認められるにすぎないから、これを理由として間接強制を否定することまでは許されない。

そこで、間接強制を認めるためには、どの程度の債務名義の特定性が必要とされるかが問題となる。

本件諸決定は、その特定性の判断基準として、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Y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に、間接強制決定を認める。

そして、①事件は、給付の特定性を認め、間接強制決定を肯定し、②事件は、A及びBの引渡しの方法については何ら定められてはいないとして、③事件は、「本件調停調書は、XとAとの面会交流の大枠を定め、その具体的な内容は、XとYとの協議で定めることを予定していることから、本件調停調書においては、Yがすべき給付が十分に特定されているとはいえない」として、間接強制決定を否定する。

一般的に面会交流の内容は、先述のように、当事者の選択や協議に委ねる部分も含まれている。また実務では、年齢の低い子ほどその頻度について一定の枠組みの取り決めがされているが、その反対に、年齢が高くなるにつれて当事者間でその都度協議するといった柔軟な取り決めがされる割合が高くなる[16]。これは、年齢が高くなるにつれて、子の意思表現能力の増大、単独で行動できる範囲が拡大していることがその背景として考えられる。面会交流のこのような事情から、執行裁判所は、給付の特定性を画一的に解するのではなく、子の成長による心情の変化など、面会交流が求められている事件の背景にまで考慮しながら、面会交流の間接強制決定において判断する必要があるとの推測も成り立ちうる。

[16] 細矢郁ほか「面会交流が争点となる調停事件の実情及び審理の在り方－民法766条の改正を踏まえて－」家月64巻7号12頁。

本件諸決定は、具体的な給付が審判又は調停において定められた場合、執行が可能であるといえるし、子の心情等は、債務名義を作成する段階で考慮されているはずであり、間接強制決定の申立てがあった段階において、子の心情等が間接強制決定をすることを妨げる理由にはならないとしてこれを否定する。

確かに、子の心情等は、債務名義を作成する段階で考慮されているはずであり、例えば、面会交流について子が消極的な意向を示していたとしても、裁判所が、子の利益を総合的に考慮して、審判又は調停において面会交流を命ずることもあり得るところである。しかし、面会交流について審判又は調停時とは異なる状況が生じ、従前の審判又は調停で示された内容の面会交流を強制することが相当でなくなるといえる場合もあり得る。それでは、そもそも、面会交流について審判又は調停時とは異なる状況が生じた場合に、間接強制決定の審理において、子の心情等を考慮することができるのであろうか。

3．審判又は調停後の子の心情の問題

（1）面会交流の特殊性

一般に、権利判定機関と執行機関との分離から、執行要件として債務名義を要求した民執法の趣旨に照らして、債務名義の解釈資料は債務名義に限られ、原則としてそれ以外の資料を参酌できないから、執行裁判所が新たに証拠調べをするなどして得た資料をもとにして間接強制決定をすることは許されない[17]。

一方、面会交流は、継続的な法律関係を規律する審判又は調停である。そこで、債務名義である面会交流の審判又は調停のなされた後に事情変更があり、その審判又は調停の命じる面会交流を間接強制によって心理強制することが、子の利益を著しく害するような事態になった場合には、当該事由を考慮する必要がある。

（2）執行裁判所によるその後の事情変更の考慮の可否

本件①事件は、A は、面会交流に応じないという態度に終始しているにもかかわらず、子の面会交流に応じないとする態度が、審判時以後に生じたものであるかを考慮せずに、給付の特定に欠けるところがないとして、本件審判に

[17] 中野･前掲（注９）８頁以下、近藤完爾『執行関係訴訟:実務の観点から』（判例タイムズ社、1955年）33頁以下、右近ほか編・前掲（注15）183頁。

基づく間接強制決定をしている。

確かに、このような事情変更の主張は、債務名義に表示された実体的権利の当否の争いであると解されるから、執行裁判所が判断できる事項とはいえない。また、間接強制の支払予告決定をするに際して、未成年者の意思に反するかどうかを常に審理しなければならないと仮定すると、現実の手続法の問題として、民執法の予定する口頭弁論や利害関係人としての審訊（民執法５条）の方法が考えられるが、これらによったときには、児童が思ったことを素直に表現できる雰囲気を確保できない。また、子の意向調査にとって最適な機関とされる家庭裁判所調査官は、裁判所法61条の２第２項によって関与できる事件が明確に限定されており、執行事件に関与することができない。結局、間接強制決定の審理に際しては手続法上、子の意向調査をすることは予定されていないというほかはなくなる[18]。

したがって、相手方債務者として考えられうる手段としては、請求異議の訴え（民執法35条１項）及び執行停止（民執法36条１項）を求める方法か、事情変更を理由とする面会交流の禁止を求める審判又は調停を申立て、これらの事件の中で子の利益を害する事実を明らかにして、審判又は調停前の保全処分（旧家事審判規則52条の２、家事事件手続法157条３号）で執行停止を求めて、強制執行を阻止する方法が考えられる[19]。

---

[18] 釜元＝沼田・前掲（注９）42頁。

[19] 裁判例においては、間接強制許否の事情ではなく請求異議事由として主張するか、事情変更を理由とする面会交流の禁止又は内容の変更を求めて申し立てた審判又は調停の中で主張すべきであるとするものが多い。岡山家津山支決平成20年９月18日・前掲（注２）、甲府家審平成22年８月10日（家月64巻８号83頁）。他方で、神戸家平成14年１月14日（家月56巻２号147頁）、東京高決平成24年１月12日・前掲（注２）は、間接強制決定にあたって、このような事情を考慮することに肯定的な立場を示している。学説においても、間接強制許否の判断において考慮するべきではなく、請求異議事由又は事情変更を理由とする面会交流の禁止を求める審判又は調停を申立てることになるとするものが多い。中野・前掲（注９）820頁、釜元＝沼田・前掲（注９）184頁、右近ほか編・前掲（注15）179頁、榮春彦＝綿貫義昌「面接交渉の具体的形成と執行」野田愛子＝梶村太市編『新家族法実務大系（２）』（新日本法規、2008年）341頁。しかし、請求異議事由であったとしても、間接強制の手続で主張を許容するものもある。大濱しのぶ『フランスのアストラント：第二次世界大戦後の展開』（信山社、

（3）請求異議の訴えと事情変更を理由とする面会交流の禁止を求める審判又は調停との関係

それでは、相手方債務者としては、請求異議の訴え（民執法35条1項）及び執行停止（民執法36条1項）を求める方法か、事情変更を理由とする面会交流の禁止を求める審判又は調停を申立て、これらの事件の中で子の利益を害する事実を明らかにして、審判又は調停前の保全処分（旧家事審判規則52条の2、家事事件手続法157条3号）で執行停止を求める方法のいずれを主張するのが妥当であろうか。

本件①事件は、事情変更について、「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をすることを妨げる理由となるものではない」として、新たな条項を定めるための審判又は調停については言及しているが、請求異議の訴えについては言及していない。

そこで、請求異議の訴えと事情変更を理由とする面会交流の禁止を求める審判又は調停との関係が問題となる。

すなわち、面会交流は、先述のように、義務が審判又は調停により具体的に形成されるもので、実体上事情変更が生じたとしても当然に義務の内容に変更を生ずるものではないため、事情変更を直接請求異議事由とすることはできない[20]。また、このように事情変更を審判又は調停で取り扱うことで、請求異議が通常の訴訟手続で行われるために、児童が思ったことを素直に表現できる雰囲気を確保できないという状況[21]を少なくすることができるという利点も挙げ

2004年）496頁以下。

[20] 同旨、榮＝綿貫・前掲（注19）349頁。

[21] 釜元＝沼田・前掲（注9）42頁は、子の福祉について、請求異議事由となるとしながら、「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』申立事件の中心的な審理対象事実であり、審判事項そのものであるから、これを請求異議事由と位置づけた場合には、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法の規則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。」という点を指摘する。

られる[22]。

以上より、相手方債務者としては、事情変更を理由とする面会交流の禁止を求める審判又は調停を申立て、これらの事件の中で子の利益を害する事実を明らかにして、審判又は調停前の保全処分[23]（旧家事審判規則52条の２、家事事件手続法157条３号）で執行停止を求める方法を主張することが妥当である。

４．債務名義性

強制執行の開始に際して、債務名義は、その内容を明確にするため、解釈することができ、その権限は執行機関に属する。債務名義が当事者の合意を基礎とする場合には、その合意自体の解釈と無関係ではないが区別するべきであり、資料は、債務名義ないし執行文に限られる[24]。また、その際の解釈は、債務名義たる調書等における給付を定めた部分の文言であるが、それのみにとどまらず、債務名義たる調書の全体が解釈の資料となる[25]。

この点について本件③事件は、調停条項における面会交流をすることを「認める」との文言の使用によって直ちにＹの給付の意思が表示されていないとするのは相当ではないとした。

確かに、本来「認め」との表現は、裁判所において和解条項や調停条項が作成される場合に確認条項を表示する場合の常套文言であり、権利義務の確認にとどまるものである[26]。

---

[22] 榮＝綿貫・前掲（注19）349頁。

[23] 家庭裁判所が相当な処分をすることの是非について、最高裁は、民法766条、家審９条乙類３号（家事事件手続法別表二、２）を類推適用してこれを肯定する。最一小決平成12年５月１日・前掲（注７）。学説においては、根拠条文に相違はあるが、家庭裁判所が相当な処分をすることについて、肯定的な意見が多い。なお、この問題の議論状況としては、杉原則彦・最判解説民事篇平成12年度（下）511頁以下参照。

[24] 中野・前掲（注９）147頁。

[25] 中野貞一郎「債務名義の解釈」『判例問題研究　強制執行法』（有斐閣、1975年）８頁以下参照。

[26] 高松高決平成14年６月25日・前掲（注３）事件は、「認める」の表記は、特段の事情のない限り、給付条項ではなく、確認条項にとどまると解したうえで、問題となった条項を検討し、相手方が面接の方法、場所等について選択することができるとされているからといって、確認条項ではなく、給付条項として認

しかし、本件の「面会することを認める」との文言は、現実には面会交流を実現するという権利を認めるものであり、その給付の意思が認められる。

加えて、面会交流の性質から、文言により一律に排除した後に、相手方があくまで強制執行を求めるというのであれば、改めて子の監護に関する処分の審判又は調停を申立て、未成年者との面会交流につき給付条項を含む調停の成立を目指すか、給付を命じる審判を求めるほかはなくなる。これは、手続の長期化を招くとともに、子の利益の観点から、できるだけ早く安定的な解決を実現する必要性があるため、妥当ではない。よって、給付が特定していれば、間接強制を肯定するべきである。以上より、本件③事件が、文言から直ちに否定するのではなく、給付の特定性を問題とすることは、妥当であった[27]。

＊本件解説および評釈として、注で掲記したもののほか、髙部眞規子・法の支配172号99頁、田中壯太・NBL100号79頁、田中宏・大宮ローレビュー 10号53頁、本山敦・法教別冊401号24頁（付録・判例セレクト2013 Ⅰ）がある。

めることはできないとした。

[27] 高松高決平成14年６月25日･前掲（注３）事件の評釈である、岡部喜代子「面接を認める旨の調停調書に基づく間接強制の可否」民商129巻６号164頁は、これを否定する。すなわち、調停条項をみると、２箇月に１回程度面会をすることを認めることによって、権利者には、２箇月に１回程度の面会交流を行う具体的権利が形成される。しかしながらこれは、形成条項にあたるものであり、執行力を生じるものではない。また、形成と給付は人事訴訟法32条において区別されていることからも、形成と給付は区別されるべきであると主張する。また、家事部会「面接交渉権」調時132号47頁は、監護親の自主的な協力が得られないため、間接強制による方法を否定する。