

## 判例研究

### 面会交流の間接強制

(最高裁平成25年3月28日第一小法廷決定(平成25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、裁判所時報1577号6頁、家庭裁判月報65巻6号96頁、判例時報2191号39頁、判例タイムズ1391号122頁)、抗告棄却

河野 泰 義

(判示事項)

- 1 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基づき間接強制決定をすることができる場合
- 2 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基づき間接強制決定をすることができることとされた事例

【事実】

未成年者Aの父Xが、Aの母でAを単独で監護するYに対し、XとAとの面会交流に係る審判に基づき、間接強制の申立てをした事案である。

1 X(父)とY(母)は、平成16年5月に婚姻し、その間に平成18年1月長女Aが誕生したが、平成22年11月、Aの親権者をYと指定する離婚判決が確定した。

2 平成24年5月、Yに対し、以下の内容の本件要領のとおり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する本件審判がされ、同年6月確定した。

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を引き渡す場面のほかは、XとAの面会交流には立ち会わないこと

③A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

④Y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

3 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、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。そこで、Xは、同年7月、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などと主張している。

4 原審は、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決定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ぬと命ずるとともに、Yがその義務を履行しないときは、不履行1回につき5万円割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。

### 【決定要旨】

抗告棄却。

1 子を監護している親(監護親)と子を監護していない親(非監護親)との間で、非監護親と子との面会交流について定める場合、子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、監護親と非監護親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)。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き渡し、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、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と解するのが相当である。

そして、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ぬ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。

2 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。Y主張の事情は、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。

(参照条文)

民法766条1項、家事審判法(平成23法律第53号による廃止前のもの)  
15条、家事事件手続法75条、民事執行法172条1項

## 【評釈】

### 1 はじめに

本決定は、子の拒絶という困難な事案について面会交流の間接強制を認める最高裁決定である。本決定については、後掲文献一覧のとおり、既に優れた評釈が多々あり、本稿は、家事事件担当の経験を有する一元実務家の感想の域を出るものではないが、敢えて気になる点をまとめてみたものである。

### 2 本決定の意義

面会交流を命ずる審判及びこれを定める調停調書に関し、①間接強制ができるか否か、また、いかなる要件の下にできるのか、その際、②子の面会拒絶意思等が間接強制を妨げる事情となり得るか否かの各点につき、従来から学説や裁判例上争いがあったが、間接強制そのものは認めるのが実

務の大勢であった。本決定は、同日にされた他の2件の決定<sup>(1)</sup>とともに、これらの点について判示した最高裁決定である。本稿は、まず、面会交流の権利性など法的性質についての議論を見た上で、面会交流の調停・審判の実情に触れ、上記①、②（この点が本件の核心と考えられる。）の各点につき検討し、最後に、その影響と残された問題について考察する。

### 3 面会交流の権利性・法的性質

#### (1) 面会交流の意義と根拠法条

面会交流（従来は「面接交渉」と呼称された。）とは、非監護親（親権者又は監護親として子を監護教育していない親）が子と会ったり（直接的交流）、手紙、電話、メール及びインターネットなどで連絡を取り合ったり（間接的交流）することを総称する。周知のとおり、平成23法律第61号で改正され、平成24年4月1日に施行された民法766条1項が「父母が協議上の離婚をするときは、子の監護をすべき者、父又は母と子との面会及びその他の交流、子の監護に要する費用の分担その他の子の監護について必要な事項は、その協議で定める。この場合においては、子の利益を最も優先して考慮しなければならない。」と、同条2項が「前項の協議が整わないとき、又は協議することができないときは、家庭裁判所が、同項の事項を定めることができる。」と規定している。これは、上記改正前の民法766条1項が「父母が協議上の離婚をするときは、子の監護をすべき者その他の監護について必要な事項は、その協議で定める。協議が整わないとき、又は協議することができないときは、家庭裁判所が、これを定める。」としていたのを改め、定めるべき事項を具体化したものである。

---

(1) 最高裁平成25年3月28日第一小法廷決定民集67巻3号864頁（同年（許）第41号事件）（債務名義は家事審判。結論は否定）。最高裁同日第一小法廷決定民集67巻3号頁（同年（許）第47号）（債務名義は家事調停調書。結論は否定）。以下「41号事件」、「47号事件」として引用する。

## (2) 面会交流の権利性・法的性質

従来から種々の見解があるが<sup>(2)</sup>、近時では、子の監護のために適正な措置を求める権利であるとの説が有力であるとされる<sup>(3)</sup>。この説は、面会交流は、上記改正前から、家庭裁判所が、旧家事審判法9条1項乙類4号(現行家事事件手続法39条別表第2の3項)により、必要に応じて面会交流の方法を定め、又はこれを制限するという取扱いが定着しており、家裁実務において面会交流については子の福祉に適合するかどうかの観点からその許否が決められているという実情に照らし、その内容は監護者の監護教育内容と調和する方法と形式において決定されるべきものであり、面会交流を求める請求権というより子の監護のための適正な措置を求める権利というのが相当であるとする<sup>(4)</sup>。

なお、面会交流は実体的権利＝実体的請求権ではなく、上記改正規定はこれを確認するものである、との見解がある<sup>(5)</sup>。これに対し、上記改正は面会交流に明文の根拠規定を与えたものであり、面会交流は、親の権利であり、子の権利でもあった方がメリットが大きい、との見解が対立している<sup>(6)</sup>。

上記のような面会交流を権利として構成するか、いかなる権利とみるかの基本的見解の違いは、調停や審判における面会交流の原則的実施論が相当かどうかという、運用上の問題に影響し<sup>(7)</sup>、また、そこで面会交流が約されあるいは命ぜられた場合に、その強制執行の可否や要件など具体的事

---

(2) ①自然権説、②監護に関連する権利説、③自然権かつ監護に関連する権利説、④潜在的な親権・監護権説、⑤子の権利説、⑥親の権利かつ子の権利説、⑦子の権利に対応する親の義務説など。詳しくは、山口亮子「面接交渉の権利性と家族性」(野田愛子=梶村太市総編：新家族法大系②318頁(新日本法規出版・平成20年2月)、善元貞彦「面接交渉とその制限(事例の分析を中心として)」(判例タイムズ1064号32頁)など参照。

(3) 高部真規子・本件評釈(日本法律家協会民事判例研究会判例研究)法の支配No.172 104頁(平成26年1月)。

(4) 杉原則彦・最高裁判所判例解説民事編平成12年度514頁。

(5) 梶村太市「裁判例からみた面会交流調停・審判の実務」(日本加除出版・平成25年4月)1頁。

(6) 棚村政行編著「面会交流と養育費の実務と展望」(日本加除出版・平成25年5月)13頁。

(7) 詳細は、梶村前掲注5 3頁以下参照。

案の処理に影響があると考えられる。

#### 4 面会交流の家事調停・審判での取扱いの実情<sup>(8)</sup>

##### (1) 面会交流の実情

面会交流に関する審判又は調停は、多くは家庭裁判所調査官の関与の下、子の福祉を第1に考え、その年齢や心情、置かれた環境、両親の關係等を十分考慮してされなければならないし、そのように運用されているのが実情である。

特に家事調停においては、裁判所その他の場所（FPIC等を利用する場合もある。）における試行面接を相当期間継続したり、子と非監護親との手紙や写真のやり取りなどのいわゆる間接的交流を試みたりした上で、監護親及び非監護親双方の納得を得て定められるのが普通である。このような試みを粘り強く継続することで、それまで子に動揺を与えることを懸念して面会交流に否定的だった監護親が、子が非監護親に相当の親しみを示すことを目の当たりにし、また、非監護親の側でも、監護親が子に対し非監護親のことを悪く言っているのではないか、というような監護親に対する不信感が氷解して、円満に調停に至る例は、数多く経験するところである。

また、上記のような試みが奏功せずに審判に至った場合においても、裁判所は家庭裁判所調査官による双方当事者と子に対する調査報告等を十分に踏まえて、個別的事案に相応しい主文内容を定めることが期待され、運用されているのが実情である。

##### (2) 本決定の基本的立場

本決定も、【決定要旨】のとおりその冒頭で、監護親と非監護親との間で、非監護親と子との面会交流について定める場合、子の利益が最も優先

---

(8) 水野有子＝中村晴行「第6回 面会交流の調停・審判事件の審理」法曹時報66巻9号1頁（平成26年1月）は、本決定も踏まえた実務運用の在り方に関する研究報告である。また、民間の支援活動も含めた実情等に広く触れたものとして、棚村政行「面会交流の実情と課題」ケース研究316号85頁（平成25年8月）。

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、監護親と非監護親の協力の下で実施されることが望ましい、と説示している。このことは、上記のような運用の在り方を肯定し、確認しているものと解される。

## 5 面会交流の間接強制の可否

### (1) 間接強制の可否の基準

給付を命ずる審判及び給付意思を表示した調停調書は執行力を有する(家事事件手続法75条、268条1項)。面会交流については、直接強制は子の福祉を害する過酷執行となるし、代替執行もできないので、間接強制によるしかない。間接強制は、一般に不代替的作為義務について認められ、債務を履行しない債務者に対し、債務の履行を確保するため一定額の金銭支払を命じて心理的強制を加えて請求権を実現させる強制執行の方法である(民事執行法172条)。もっとも、不代替的作為義務といっても種々のものがあり、その性質によっては間接強制によることができないものがある<sup>(9)</sup>。面会交流では、さしあたり、①債務者の自由意思に反して履行を強制すると債務本来の内容の実現を期することができない場合、②債務者の意思だけでは履行することができない場合であるかどうか、が問題になる。

上記①は、通常、債務者の特別の技能や学識などによる給付が挙げられ、面会交流は、これに当たらない。しかし、前記3のとおり、面会交流は子の福祉の観点から実現されるべきものであるから、監護親の自発的な意思で、非監護親との一定の信頼関係の下で実行されてこそ、子ども安心して非監護親との自由な交流ができ、その福祉が実現できるものである。面会交流の任意履行的性質を理由に間接強制を否定する見解<sup>(10)</sup>はこの観点か

(9) 深沢利一「民事執行の実務〔補訂版〕(下)」854頁(新日本法規出版・平成19年2月)など。

(10) 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。また、後掲神戸家庭裁判所龍野支部家庭裁判月報56巻2号144頁は、面会交流の強制執行はできないとして却下した。



らも説得性がある。ただ、面会交流の重要性を考えると、子が拒否的でない以上、監護親の自由意思に反しているとの一事だけで、履行強制を一律に否定すべきものでもなく、子の福祉に反するかどうかは、これとは別の観点から総合的に判断されるべきものと考えられ、本決定もこの点を特に問題にしていない。

## (2) 債務者の意思のみによる実現可能性

### ア 従来の学説・裁判例

上記(1)②の場合としては、通常、その履行実現が第三者の意思にかかっているような給付が挙げられる。面会交流においては、子が非監護親との面会を頑なに拒絶しているという場合がある。この場合、子の意思如何に関わらず、債務者の意思のみで実現できる義務であるといえるのか。

この点については、審判又は調停調書が作成されている以上は、面会交流を可能にするのが監護親の責務とされたのであり、監護親が子の心身に配慮して働きかければ、子の心理的動揺などは取り除かれると期待できるという債務名義作成機関の判断があるというべきである<sup>(11)</sup>、あるいは、監護親には、面会を嫌がる子の気持ちを十分に受け止め非監護親と会っても監護親の機嫌を損ねることはないと理解させて子が葛藤を感じないように面会交流を確保すべき義務があり、債務名義がある以上は、子が拒否しても親権者の指導で意思を覆させることが可能との債務名義作成機関の判断があるから、債務者の意思のみによって実現できる債務といって妨げない<sup>(12)</sup>、などの理由で肯定するのが一般である。

また、面会交流も間接強制の対象となり得ることについては、従来、高裁レベルではほぼ確定した取扱いであると解されてきた<sup>(13)</sup>。

(11) 榮春彦＝綿貫義昌「面接交渉の具体的形成と執行」野田愛子＝梶村太市総編「新家族法大系②」342頁（新日本法規出版・平成20年）。

(12) 釜本修＝沼田幸雄「面接交渉と強制執行」判例タイムズ1087号40頁（平成14年6月）。

(13) 大濱しのぶ・私法判例リマックス39(2009下)124頁、池田愛・後掲本件評釈291頁。

## イ 本決定

本決定・原決定ともに、子が面会を拒否していても、債務者である監護親の指導さえあれば履行はできるとの前提に立つものと考えられる。本決定は、【決定要旨】のとおり、監護親が、引渡場所において非監護親に対して子を引き渡し、非監護親と子との面会交流の間これを妨害しないなどの内容の給付について、性質上、間接強制をすることができないものではない、としてこの立場を採るものと考えられる<sup>(14)</sup>。

## ウ 検討

子自身が面会を拒否している場合、監護親といえども、その身体に物理的な強制を加えて面会させることには限界があるし、子に対する心理的な働きかけによって翻意させることは、専門家等の関与なしには困難な場合もある。しかし、執行機関としては、給付命令である以上、債務名義作成機関の判断を尊重し、これに従って執行するほかなく、子の意思の点は「子の福祉」という観点から、別途問題にすべきものと考えられる。

## 6 面会交流の債務名義性の要件

### (1) 給付条項か確認条項か(条項・主文の文言)

調停条項で「面会させる」や「妨害しない」というもの、審判主文で「面会させよ」、「面会させなければならない」又は「妨害してはならない」というものは、給付意思が表示された給付条項であることは問題がない。このほかに、本決定及び41号事件の事案と同じく「面会交流を許さなければならない」あるいは「面会交流を認めなければならない」などの裁判例もある<sup>(15)</sup>。実務上は、調停条項としては「面会させることを認める」との文言が用いられるのが通常である。「認める」という確認的な文言だけから給付意思が否定されるものではなく、条項全体からみて、給付内容の特

---

(14) ただし、子が年長で、自分の判断で非監護親の下に赴くことができるような場合は、これを「妨害しない」という内容につき、間接強制を想定し難いであろう(水野＝中野・前掲注8 37頁)。

(15) 花元彩「面接交渉の間接強制」判例タイムズ1155号94頁(平成16年10月)に詳しい紹介がある。

定性と相まって間接強制等の強制執行の可否が決まるものである(47号事件の決定もこのことを認める。)

## (2) 給付内容の特定

41号事件及び47号事件の各決定は、給付の不特定性を理由に間接強制を否定した。すなわち、面会交流の給付内容が特定されているといえるためには、面会の日時・場所、頻度、面会の時間(長さ)のほか、子の引渡しの方法などの要素が一義的に定まっていることが必要であるところ、上記各事件の事案では、これらを肯定することができないからである。実務上は、当事者の任意履行を期待する意味で、敢えてこれらを十分に特定せず、例えば当事者の協議に委ね、あるいは、子の成長に応じて何年か後の協議を促すなど、曖昧な部分を残す方法が、調停のみならず審判でも行われているところである。

## 7 間接強制における子の意思あるいは子の福祉の考慮

本件の真の争点は、子が面会交流を拒絶している場合の間接強制の許否である<sup>(16)</sup>。前記のとおり、面会交流が債務者の意思のみによって実現できる義務であって、本決定の説示するとおり、面会交流が性質上間接強制の対象にならないとはいえないとしても、子の利益ないし福祉をいかに考えるべきか、どのような手続で考慮されるのかは問題である。そこで、間接強制の手続中でこれらを考慮することができるかについての見解を概観する。

### (1) 学説

#### ア 肯定説

(ア) 面会交流原則実施論のように、子の心情を踏まえたとはいえない画一的・形式的判断に立つ審判などは間接強制を認める前提を欠き、認めるべきではないし、調停でも、子の心情を踏まえてしっかりと納得いく

---

(16) 大濱しのぶ「面会交流の間接強制」(本件評釈)法学教室判例セレクト2013 [II] 34頁。

まで話し合い合意したことが前提であり、そのような前提を欠く調停・審判によって形成された面会交流債務に基づく間接強制の申立てはその要件を欠き認められない、とする説がある<sup>(17)</sup>。この説は、本決定が「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といえる」と判示する点を重くとらえて、この前提を欠く審判・調停は間接強制の債務名義たり得ないとするものである。

(イ) 子の拒絶の意思が強固なことが明らかで、他に判明している事情を総合的に考慮し、間接強制によることが子の福祉に適わず不適當であるときは、間接強制を発令すべきでない、とする説がある<sup>(18)</sup>。この説も、間接強制段階で再度子の福祉に合致するかどうかを審理することを前提にしている。

#### イ 否定説

間接強制決定段階での審理の対象にはならず、もし履行拒否の理由について主張するのであれば、これを請求異議の訴えなどで主張すべきであるとの説があり、多数説と考えられる<sup>(19)</sup>。この説の根拠としては、子の福祉等の事由は債務名義作成段階で考慮済みであるから、間接強制段階で仮に子の福祉を著しく害することになるとすれば、それは権利濫用又は信義則違反等になり、審判後の事情変更として、債務者が主張すべきであることなどが考えられる。

### (2) 裁判例

#### ア 肯定的な裁判例

(ア) 神戸家庭裁判所龍野支部平成13年12月7日決定家庭裁判月報56巻2号144頁は、具体的な実現方法について合意した面接交渉を認める旨

---

(17) 梶村・前掲注5 301頁。なお、面会交流原則的実施論の問題点を指摘する最近の論考として、渡辺義弘「面会交流原則的実施方針に対する疑問」青森法政論叢15号34頁(平成26年)。

(18) 大濱・前掲注15 34頁。

(19) 中野貞一郎「民事執行法〔増補新訂6版〕」820頁(青林書院・平成22年9月)、榮=綿貫・前掲注11 343頁、釜元=沼田・前掲注12 42頁、花元・前掲注15 97頁など。ただし、後2者は、請求異議で「子の福祉」という微妙な問題を審理できるか疑問とし、請求異議では将来継続する債務名義の効力を否定できないとする。

の調停調書について、面接交渉においては、子の意向を出来る限り尊重する必要がある、また、現に未成年者を監護している親の反対を押し切って面接交渉を強制的に実現することが子の福祉に反する結果となる可能性が高いから、面接交渉の義務については、その方法の如何を問わず、強制執行をすることは許されないものと解するのが相当である、とした。

(イ) 上記(ア)の抗告審である大阪高裁平成14年1月15日決定家庭裁判月報56巻2号142頁は、家庭裁判所の調停又は審判によって、面接交渉権の行使方法が具体的に定められたのに、面接交渉義務を負う者が、正当の理由がないのに義務の履行をしない場合には、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、権利の実現を図ることができるというべきである、とした。そして、その差戻審である神戸家裁平成14年8月12日決定家庭裁判月報56巻2号147頁は、上記「正当の理由」とは、例えば子が非監護者実親に対し従前の養育態度などに起因する強い拒否的感情を抱き、面接交渉が子の情緒的混乱を生じさせ、子と監護者実親との生活関係に悪影響を及ぼすなど、子の福祉を害する恐れがあるといった、主として子と監護者実親との側における間接強制を不相当とすべき諸事情をいうとし、上記「特別の事情」とは、例えば、非監護者実親の面接交渉が、もっぱら監護者実親に対する復縁を目的とするものであるとか、その方法、手段が不相当であるなど、面接交渉が権利の濫用に当たるといった非監護者実親側における間接強制を不相当とすべき諸事情をいう、とした。

(ウ) 東京高裁平成24年1月12日決定家庭裁判月報64巻8号60頁は、監護親が親権者として子を指導したとしても、その福祉を害することなく面会交流を命ずる東京高裁決定(債務名義)に表示された債務が監護親の意思で履行することができない債務であるとか、その履行の強制が許されないとは認められず、また、本件申立てが権利濫用に当たるとも認めるには足りず、他に本件申立てを却下すべき事由を認めるに足りる資料は

ない、とした。この決定は、子の福祉を害することなく、債務名義となった面会交流を命ずる決定に表示された債務を履行することができないとまでは認めるに足りない、として、子の福祉の観点を考慮しているが、間接強制の要件として子の福祉に適うことを積極的な要件としたものとまでは読めず、間接強制の要件である、債務者の意思で履行することができるものであるかどうかを検討する中で間接的に言及されたものと考えられる<sup>(20)(21)</sup>。

#### イ 否定的な裁判例

本件の原決定ほか多数の裁判例が採る見解である。

(ア) 上記ア(イ)の神戸家裁決定の再抗告審である大阪高裁平成15年3月25日家庭裁判月報56巻2号158頁は、Yは、上記義務を履行しないことにつき正当な理由がある旨主張するが、同主張は請求異議の事由として主張し得るにとどまる、とし、また調停成立後の事情の変更によりXと未成年者の面接交渉が未成年者の福祉に反するに至ったと主張するならば、本件条項の取消しを求めるべき(調停ないし審判の申立て)である、とした<sup>(22)</sup>。

(イ) 岡山家庭裁判所津山支部平成20年9月18日決定家庭裁判月報61巻7号69頁は、債務者が、①未成年者ら自身が、債権者を怖がり、試行的面接交渉の場で見られたように債権者との接触を拒否しており、裁判所外で面接交渉を行うことは未成年者らの情操に悪影響を及ぼすこと、②債権者は、未成年者らの養育費を支払わないこと、③債権者は、面接交渉の為の交通費の負担を債務者に求めるなど不当な要求をしていること、④債権者は、債務者宅へ、着払いで債務者らが不要な物品を送りつけるなどの

---

(20) 評釈として、犬伏由子・私法判例リマークス47(2013)下71頁。

(21) なお、子の引渡しに関するものであるが、大阪高裁平成22年9月24日決定家庭裁判月報63巻3号124頁は、結論として間接強制を認め、子の福祉に反することはないことを理由として挙げている。

(22) 許可抗告事件では、「所論の点に関する原審の判断は、是認することができる。論旨は採用することができない。」と判示して、棄却決定がされている(最高裁平成15年8月6日第三小法廷決定家庭裁判月報56巻2号160頁、判例時報1866号12頁)。以上の経緯を含む裁判例の分析につき、池田・後掲本件評釈297頁参照。

嫌がらせをしていることを理由に挙げて、面接交渉を拒否しているのに対し、家庭裁判所調査官の調査も含む審理を経た結果、面接交渉の要領が審判事項として決定され、その内容は、上記のとおり面接交渉実施に関して必要かつ重要な事項が特定されており、債務者としては、上記要領に従って未成年者らを債権者に面接させる債務を負っているのだから、債務者が面接交渉を拒否することにつき正当な理由として挙げる事情は、請求異議の事由として主張し得るにとどまり、面接交渉を命じた高裁決定後に生じた新たな事情によって面接交渉を行うことが子の福祉を害することになったなどという理由も、事情変更による面接交渉禁止又は内容の変更を求める調停、審判の中で、その具体的事情を明らかにして主張すべきものである、とした。

### （３） 本件の抗告理由で主張された諸事情

子の福祉に合致するかどうかというのは事実認定の問題であるが、「子の福祉」は一種の規範的要件であるから、それ自体が要件事実となるものではなく、その存在を基礎づける具体的事実（評価根拠事実）あるいはその不存在を基礎づける具体的事実（評価障害事実）が要件事実となる<sup>(23)</sup>。原審の確定した事実関係では、子の福祉を判断するのに十分でない場合は、さらにその点について審理を尽くさせることが必要になる。

子が面会を拒否するのはそれなりの理由があるはずであり、特に、面会交流が決まった後に、非監護親と監護親との間でトラブルとなって子が面会を拒否するケースは実務上多く見られる。本件では、平成24年6月2日に面会交流を認める審判が確定しているが、その後も当事者間での葛藤は継続していることが窺われる。以下、Yの原審抗告理由から引用する<sup>(24)</sup>。

「離婚判決後、Xは未成年者を申立人に引渡すことを拒否しながら、女性と同居を開始し、ようやく引渡す際には、「おとうさん結婚するんだっ

(23) なお、阿部潤「離婚訴訟の審理と運営—初めて離婚訴訟を担当する裁判官のために」家庭裁判月報59巻12号26頁参照（平成19年）。

(24) 許可抗告理由は、判例時報2191号42頁以下に掲載されている。

て。そうしたら、新しい子が生まれるから、A(未成年者のこと)はいいんだって。」と未成年者が発言する状態にし、平成24年1月の面会の際、申立人に相談無く、再婚相手との子供が生まれることを未成年者に勝手に話し、まさに上記の状態を現実にし、未成年者の心を傷つけ、どんなに申立人が説得しても、未成年者が「(会うのは)絶対にいや!」と断固として面会を拒絶する状態になるまで、信頼関係を壊し続けた。それでも、申立人は、平成24年6月9日にXが未成年者と電話で直接話し、説得する機会を設けたが、その際にも未成年者を説得するどころか、未成年者の話も聞かずに怒鳴り、更には警察に虐待と虚偽の通報をすることによって、未成年者を更に脅えさせ、いよいよ拒絶の意思を強固にさせ、「二度と5分でも会いたくない」、「どうしても会わなければならないなら)一歩も外を出ない」と発言させ、通学や外出の際に、Xに似た男性の姿やXの所有する車に似た車を見る度に怯えるまでになった未成年者を、「騙してでも連れて来て、審判内容を実現させろ!」と調停委員に主張するXの態度は、面会交流権の濫用に他ならず、到底子の福祉にかなうものではない。」

#### (4) 検討

前記のとおり、本決定は、【決定要旨】の冒頭で、面会交流の定めは子の利益が最も優先して考慮されるべきで、柔軟に対応できる条項に基づき、監護親と非監護親の協力の下で実施されることが望ましいとしている。面会交流が「子の利益」ないし「子の福祉」に適合するかどうかは面会交流の許否あるいは方法の基準であることに異論はない。一方、【決定要旨】にいう「子の心情等」は子の福祉の考慮要素と考えられるが、本決定は、この点はすでに審判や調停で考慮済みであるのが一般であるから、間接強制の段階でさらに再審査することは相当でなく、子が面会を拒絶するような事態は事情の変更として捉え、新たな審判・調停の事由となることを認めたとはいえる。子の心情や福祉という観点は、迅速性を旨とする執行手続になじまず、また家庭裁判所調査官を利用できないことから、この結



論自体は肯認せざるを得ないのかも知れない。しかし、子の心情等が債務名義作成段階で考慮済みであるからといって、執行段階では絶対に審理対象にならない、との必然性はあるだろうか。子が審判時も間接強制決定時にも同じく拒絶の意思を表明しているとしても、その態様、程度及びそこに至る過程や理由等が異なり、債務名義作成段階の判断が、明らかにそのまま妥当しない事態もあり得ることを考えると、なお疑問が残る。

## 8 残された問題と本決定の影響

以上のとおり、本決定は、従前の多数説や裁判例・実務の主流に沿ったものであって、概ね肯定的に受け止められていると思われるが、残された若干の問題と影響について触れる。

### (1) 請求異議訴訟の可能性と審理

本決定は、子の面会拒絶がそれをもって審判時と異なる状況といえるときに、新たな調停や審判の理由になることに言及している。子の福祉の観点の間接強制の決定自体の中で審理の対象となることには否定的な説示である。では、子の拒絶意思等は請求異議事由になる(原決定)のか。面会交流を命ずる家事審判には、執行力を有する債務名義と同一の効力があり、家事調停調書についても同一の効力がある(家事事件手続法75条、21条)。しかし、既判力についての議論はあるとしても<sup>(25)</sup>、請求異議事由について確定判決のような民事執行法35条2項の時的制限は受けないと解されている<sup>(26)</sup>。また、特定の債務名義を利用しての強制執行が信義則に反し又は権利濫用に当たる場合は請求異議事由となると解される<sup>(27)</sup>。

(25) 裁判所職員総合研修所編「家事審判実務講義案(六訂再訂版)」136頁、318頁(司法協会・平成21年5月)。

(26) 婚姻費用分担の審判において分担義務の存否につき異議事由は審判確定の前後を問わないとするのは、東京高判昭58年9月28日判例時報1095号112頁。ただし、民執法22条7号の債務名義のうち、裁判的性質を有するものは債務名義成立後の事由に限り請求異議事由となるとの説が多数とされる(注解民事執行法(1)609頁(吉井直昭)第一法規・昭和59年)なお、司法研修所編「執行関係等訴訟に関する実務上の諸問題」76頁、60頁(法曹会・平成元年6月)参照。

(27) 前掲注26「執行関係等訴訟に関する実務上の諸問題」41頁。

本決定が、原決定とは異なり請求異議について言及を避けたのは、慎重を期したものととも考えられる。すなわち、そもそも「子の福祉」という微妙な問題が請求異議の審理になじむのか、また、面会交流は将来にわたって何回も継続し、各回ごとに別個の債務名義が成立していると解されるところ、請求異議事由である「子の福祉に反する」という状態が、一体将来のいつまで継続するのか、その予測は困難であること、などの理由が挙げられる。しかし、仮に、前記の本件の抗告理由記載のような事情が認められれば、債務名義に係る請求権の内容について強制執行が権利の濫用に当たった場合として、請求異議事由になると解して妨げないと考えられる<sup>(28)</sup>。

そこで、請求異議訴訟で子の福祉の観点の対象となるとすれば、現行法の下で、子の意思を確認するための方法としてどのようなことが考えられるか。さしあたり、① 債務者本人尋問、② 利害関係人の尋問、③ 鑑定の活用（元家庭裁判所調査官などを活用する。）などの手段が考えられる。子の心理状態の把握のため別途調停・審判の申立てをし、家庭裁判所調査官の報告書などを含む事件記録の全部又は一部を家庭裁判所の許可を得て閲覧・謄写し、請求異議訴訟で援用することも考えられる。また、最終的には担当裁判官が子の意思を確認するが、子の真意や利益を独自に判断することは難しく、家庭裁判所調査官の関与が不可欠である。ところが、請求異議訴訟への関与は家庭裁判所調査官の職務ではない（裁判所法61の2参照）。国民からみて、同じ家庭裁判所であるのに、執行機関となった途端に家庭裁判所調査官が関与できなくなるというのは不可解で、家庭裁判所と当事者との信頼関係にひびが入りかねない事態であり、立法的手当が必要である<sup>(29)</sup>。

## (2) 調停・審判に与える影響

ア 非監護親側が、間接強制ができるような条項等を求めてくること  
従前から間接強制の可否について、実務は一般に理論としては積極的で

(28) この点に触れたものとして、梶村・前掲注5 306頁。

(29) 立法的提言をするものとして、釜谷=沼田・前掲注12 45頁。

はあったが、実際上は、葛藤のある父母間でそこまで特定することが適当かは問題であり、具体的事案として間接強制となることまで意識して条項や主文を構成する例は、どちらかというとな少ないというのが実務感覚である。ある裁判例も、面接交渉を子の福祉に適うように実施するためには、親権者と親権者でない親の意向のみではなく、子の年齢、子の心身の状況、子の意向、子の社会生活上の予定等を考慮に入れることが必要不可欠であり、子の年齢以外の事項はしばしば短期間に変化することから、変化に応じた頻度、時刻、方法で、いわば緩やかな枠組みの中で面接交渉が行われることが望ましい、と明言する<sup>(30)</sup>。

本決定で最高裁が間接強制を認めたことにより、高葛藤の事案で、非監護親から間接強制の可能な条項や主文を求められる事案が増えるのではないかと考えられるが、そのような事案では、間接強制を視野に入れるかどうか、裁判所や調停委員会として慎重な配慮が求められる<sup>(31)</sup>。

イ 「審判時とは異なる状況」を巡って

本決定は、「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」を敢えて取り上げ、「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」を想定している。すなわち本決定は、子の拒絶の意思も、それをもって「審判時とは異なる状況が生じたといえる」かどうかを新たな調停・審判を求めることができる事情変更の一要素としている。具体的には、子が審判時から成長して自分の意思を明確に示すことができるようになったときなどが考えられる。しかし、子が幼児で、審判時において既に拒絶の意思を示していて、執行時においても引き続き拒絶の意思を示しているような事案であれば、執行時において審判時と異なる状況が生じたものではないとして、間接強制を命じる余地を残す。この点は傍論ではあるが、一定の影響力があると思われるので取り上げる。

---

(30) 東京高裁平成18年8月7日決定判例タイムズ1268号268頁。

(31) 中野晴行「面会交流の間接強制の可否に関する最高裁決定をめぐる考察」ケース研究320号32頁(平成26年8月)は、本決定を受けて調停・審判においてどう対処すべきかを丁寧に説いた現職裁判官の論考である。

「審判時と異なる状況」というのは、事情変更の法理であり、事実認定を基にした評価を含む法的判断である。同じく子の監護に関する処分でも、例えば養育費の増減というような事案であれば、通常的事情変更の法理に親しみやすく、前回の調停・審判時からの事情変更の有無が争点となる。これに対して、面会交流が子の福祉に適うか否かという問題は、その時々状況に応じて流動性を有するものであり、例えば子の拒絶の意思は、調停・審判時におけるその他の客観的状況と同列に論じられるものではない。子が拒否的な場合に敢えて面会交流を認めた調停・審判がされ、これに従った面会交流が開始されて子が非監護親と面会し、その結果一層拒否的となるようなケースでは、監護親としては窮地に追い込まれる。しかし、子の拒絶という点で事情の変更はない。そもそも、審判となる事案は高葛藤の場合が多いから、面会交流開始後にある程度のトラブルがあっても、それは想定範囲内であり、面会交流の間接強制を拒むほどの事情の変更はないとの判断もあり得る。

子の心情等は、関係者のほんの些細な言動に影響を受ける流動的なものであり、面会交流拒否の態様、程度及びそこに至る過程や理由等を、他の状況と同列に扱うことは不相当である。その意味で、「審判時と異なる状況」とは、あくまで現時点において、「子の福祉に反する事情があるとき」というと同義に解するのが相当である。監護親と非監護親が、現時点における子の状態を素直に見ようとせず、前回の審判・調停時との事情の変更の有無という視点のみで論争を繰り返すなら、子の福祉という観点からは意味をなさなばかりか有害であり、調停委員会や裁判所がこのような不毛な論争に巻き込まれないよう留意する必要がある。

## 9 おわりに

以上の次第で、本決定は、面会交流の間接強制の許否と許されるための要件を判示した点で家裁実務への影響は大きい。

子の監護をめぐる処分に関する手続においては、たとえそれが迅速を旨とする執行手続であっても、家庭裁判所の行うものである以上、可能な限り子の福祉に配慮した手当を行うことが必要である。面会交流の不履行が間接強制にまで及ぶのは、監護親・非監護親の間に高度の葛藤がある事案であるが、本決定に従えば、この場面で子の福祉に配慮することができないという難点がある。実際の監護親の立場を考えると、面会に従わない子に対し、間接強制による制裁金の負担を負いながら説得を試み、それが成功しなければ、非監護親から、事実上(法律上はともかく)、審判で決まった養育費から制裁金を控除した金額しか受け取れなくなるかも知れない。また、子が非監護親との接触を固く拒んでいる場合、強制執行によって面会を実現することは、子の福祉に合致しないし、監護親・非監護親双方にとって子との将来的関係に禍根を残すかも知れない。再三述べたとおり、面会交流は両親双方の子の福祉に対する理解と自覚があって初めてスムーズに実現できるものである。間接強制は、最後の手段で、実効性も大きくはなく、調停に当たって当事者を説得する材料として使用されるかも知れないが、使用法を誤ればかえって紛争を悪化させる恐れがある。

本決定以後の運用については、現場の裁判官、家庭裁判所調査官及び裁判所書記官の意見なども聴取して、さらなる検証が必要であると考える。

## 【主要参考文献】

(単行著書)

- ・梶村太市著 裁判例からみた面会交流調停・審判の実務(平成26年 日本加除出版)
- ・棚村政行編著 面会交流と養育費の実務と展望 子どもの幸せのために(平成26年 日本加除出版)

(本件評釈)

- ・池田 愛;同志社法学66巻2号283頁
- ・大濱しのぶ;法学教室 判例セレクト2013 [II] 34頁
- ・金 亮完;TKCローライブラリー新・判例解説Watch民法(家族法) No.67
- ・高部真規子;法の支配No.172 99頁
- ・野村秀敏;民商法雑誌149巻2号41頁
- ・本間靖規;ジュリスト1466号152頁(平成25年度重要判例解説)
- ・本山 敦;法学教室 判例セレクト2013 [I] 24頁

(本学法科大学院教授)