

Title	〔最高裁判事例研究四三八〕平二五2〔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ないとされた事例(最高裁平成二五年三月二八日決定)〔②事件〕一 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二 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(最高裁平成二五年三月二八日決定)〔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(最高裁平成二五年三月二八日決定)
Sub Title	
Author	山木戸, 勇一郎(Yamakido, Yuichiro) 民事訴訟法研究会(Minji soshoho kenkyukai)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	2014
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.87, No.4 (2014. 4), p.43- 66
Abstract	
Notes	判例研究
Genre	Journal Article
URL	<a href="https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20140428-0043">https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20140428-0043</a>

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the Keio Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

## 〔最高裁判事例研究 四三八〕

平二五二

### 〔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ないとされた事例

最高裁判平成二五年三月二八日第一小法廷決定・平成二四年(許)第四一号間接強制決定に対する抗告審の取消決定等に対する許可抗告事件(集民二四三号二六一頁、裁時一五七七号四頁、判時二一九一四六頁、判タ一三九一号一二六頁)

### 〔②事件〕

一 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とき

二 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とき

制決定をすることができるとされた事例

最高裁判平成二五年三月二八日第一小法廷決定・平成二四年(許)第四八号間接強制決定に対する執行抗告棄却決定に対する許可抗告事件(民集六七卷三三三号八六四頁、裁時一五七七号六頁、家月六五卷六号九六頁、判時二一九一三九頁、判タ一三九一号一二二頁)

### 〔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

最高裁判平成二五年三月二八日第一小法廷決定・平成二四年(許)第四七号間接強制申立ての却下決定に対する執行抗告棄却決定に対する許可抗告事件(集民二四三号二七一頁、裁時一五七七号四頁、判時二一九一四六頁、判タ一三九一号一二六頁)

〔事 実〕

本稿の対象である三つの事件は、未成年者である子の父（非監護親）が、その子を単独で監護する母（監護親）に対して、父と子との面会交流の実施に関する事項を定めた審判又は調停調書に基づいて、間接強制の申立てをした事案である。

一 ①事件

X（抗告人・父）とY（相手方・母）は、平成二二年二月に婚姻の届出をし、平成一四年九月に長男を、平成一八年七月に二男をもうけた。平成二四年二月、高知家庭裁判所において、Yに対し、Xと長男及び二男が、月に二回、土曜日又は日曜日に、一回につき六時間面会交流をすることを許さなければならぬ旨の審判がなされ、同年三月確定した。

Xと長男及び二男との面会交流は、同審判後の平成二四年三月に二回行われたが、同年四月以降は行われなかったため、Xは、平成二四年五月、高知家庭裁判所に対し、前記審判に基づいて、間接強制決定（Yに対して、本件条項のとおりXが長男及び二男と面会交流をすることを許さなければならぬと命じるとともに、その義務を履行しないときは一定の金員をXに支払うよう命ずる旨の決定）を求める申立てをした。原審は、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、同審判に基づき間接強制決定をすることは

できないとしたため、Xは許可抗告の申立てをした。

二 ②事件

X（相手方・父）とY（抗告人・母）は、平成一六年五月に婚姻の届出をし、平成一八年一月に長女をもうけた。平成二二年一月、XとYを離婚し、長女の親権者をYとする旨の判決が確定した。平成二四年五月、札幌家庭裁判所において、Yに対し、面会交流要領の通りXが長女と面会交流をすることを許さなければならぬとする審判がなされ、同年六月確定した。面会交流要領の内容は、概ね以下のとおりである。

ア 月一回、毎月第二土曜日の午前一〇時から午後四時まで、長女の福祉を考慮してX自宅以外のXが定めた場所で実施する。

イ 長女の受渡場所は、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甲斐東口改札付近とする。Yは、面会交流開始時に、受渡場所において長女をXに引き渡し、Xは、面会交流終了時に、受渡場所において長女をYに引き渡す。Yは、長女を引き渡す場面のほかは、Xと長女の面会交流には立ち会わない。

ウ 長女の病気などやむを得ない事情により上記アの日程で面会交流を実施できない場合は、XとYは、長女の福祉を考慮して代替日を決める。

エ Yは、Xが長女の入学式、卒業式、運動会等の父兄参

観日以外の学校行事に参列することを妨げてはならない。

Xは、平成二四年六月、長女と面会交流をすることを求めたが、Yは、長女が面会交流に応じないという態度に終始していて長女に悪影響を及ぼすとして、面会交流をすることを許さなかったため、Xは、平成二四年七月、札幌家庭裁判所に対し、前記審判に基づいて、間接強制決定（Yに対して、本件面会交流要領のとおりXが長女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、その義務を履行しないときは一定の金員をXに支払うよう命ずる旨の決定）を求め申立てをした。これに対して、Yは、長女がXとの面会交流を拒絶する意思を示していることから、間接強制決定が許されないなどと主張した。原審は、このような事情は請求異議事由ないし審判後の変更事情として主張されるべきものであつて、間接強制決定を妨げる事由とはならないとして、Yに対して、本件面会交流要領の通りXが長女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一回につき五万円の割合による金員をXに支払うよう命ずる旨の間接強制決定をしたため、Yは許可抗告の申立てをした。

### 三 ③事件

X（抗告人・父）とY（相手方・母）は、平成八年一二月に婚姻の届出をし、平成二三年四月に長男を、平成一七年六

月に二男をもうけた。平成一九年三月、XとYは別居し、その後、Yが長男及び二男を監護している。平成二一年一月、福島家庭裁判所郡山支部において、XとYとの間でXと長男及び二男との面会交流についての調停が成立した。その調停調書の条項の内容は、概ね以下の通りである。

ア Yは、Xに対し、長男と、二箇月に一回程度、原則として第三土曜日の翌日に、半日程度（原則として午前一時から午後五時まで）面接をすることを認める。ただし、最初は一時間程度から始めることとし、長男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、前項に定める面接の開始時に甲県乙市の丙通りの喫茶店の前で長男をXに会わせ、Xは終了時間に同場所において長男を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、XとY間で協議して定める。

ウ XとYは、上記アに基づき一回目の面接交渉を、平成二二年一月末日までに行うこととする。

エ XとYは、二男については、将来的に長男と同様の面接交渉ができるようになることを目標にして、面接交渉の是非、方法等について協議する。なお、この協議は、本調停成立日の一年後を目安として始め、その後は二男の成長に配慮しながら適宜行い、双方は、二男の面接交渉の開始に向けて真摯に協力することとする。

Xは、平成二二年一月、上記イの喫茶店において長男と面会交流をしたが、その後、長男との面会交流は実現していない。XとYは、平成二二年一二月、仙台高等裁判所において、訴訟における和解により離婚し、長男及び二男の親権者をYと定める一方、上記合意内容が実現されていないことを確認し、長男及び二男の福祉を慎重に配慮しつつ、上記合意内容が早期に実現されるよう努力することを約束する旨の合意をした。

Xは、平成二三年三月、Yに対し、長男との面会交流の再開及び二男との面会交流に関する協議の申入れを行ったが、いずれも実現しなかったため、Xは、平成二四年四月、福島家庭裁判所郡山支部に対し、前記調停調書に基づいて、間接強制決定（Yに対して、本件調停条項アのとおりXと長男との面会交流をさせることを命ずるとともに、その義務を履行しないときは一定の金員をXに支払うよう命ずる旨の決定）を求める申立てをした。原審は、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すと相手方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できないとしたため、Xは許可抗告の申立てをした。

〔決定要旨〕

一 ①事件

「(一) 子を監護している親（以下「監護親」という。）と子を監護していない親（以下「非監護親」という。）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（民法七六六条一項参照）、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（平成二三年法律第五三号による廃止前の家事審判法一五条）。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。

(二) これを本件についてみると、本件条項は、一箇月に二回、土曜日又は日曜日に面会交流をするものとし、また、一回につき六時間面会交流をするとして、面会交流の頻度や各回の面会交流時間の長さは定められていないといえるものの、長男及び二男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。」

## 二 ②事件

上記①事件の決定要旨の(一)の部分の末尾に続けて、以下のように説示した。

「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。

(二) 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。」

## 三 ③事件

「(一) 子を監護している親(以下「監護親」という。)と子を監護していない親(以下「非監護親」という。)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(民法七六六条一項参照)、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(平成二三年法律第五三号による廃止前の家事審判法二一条一項ただし書、一五条)。監護親と非監護親との間における非監護親と子との面会交流についての定めは、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。そして、調停調書において、監護親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、監護親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。したがって、非監護親と監護親との間

で非監護親と子が面会交流をすることを定める調停が成立した場合において、調停調書に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ときは、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。

(二) 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「二箇月に一回程度」とし、各回の面会交流時間の長さも、「半日程度(原則として午前十一時から午後五時まで)」としつつも、「最初は一時間程度から始めることとし、長男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ませんのであつて、本件調停条項イにおいて、「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、XとY間で協議して定める。」として、XとY間にも照らすと、本件調停調書は、Xと長男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。」

### 〔評 釈〕

本件②・③決定の結論には賛成するが、①決定の結論には疑問がある。

#### 一 本件各決定の意義及び問題の所在

面会交流とは、夫婦の離婚や別居の場合において、親権者や監護者ではないなどのために自らその子を監護養育することができない親(非監護親)が、直接面会する方法や文通などの間接的な方法によってその子と交流することである(本件各決定は直接面会する方法に関するものである)。平成二三年民法改正前においては、調停又は審判において面会交流に関する事項を定めることができるものと一般に考えられており、同改正後の現行法においては、この旨が明文化されている(民七六六条一項、二項、家事三九条別表第二第三項)。本件各決定は、面会交流の実施に関する事項を定めた調停が成立し、又は、面会交流の実施に関する事項を定めてこれを命じる審判がなされたにもかかわらず、監護親がこれを履践しない場合において、いか

なる場合に非監護親が当該調停調書ないし審判に基づいて強制執行（間接強制）をなし得るかという点に関して、最高裁として初めて判断をしたものである。本件各決定の意義は、以下の三つに整理される。

第一は、面会交流義務の強制執行親和性（権利義務の性質上強制履行に親しむものであるか否か）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」として肯定説を採用することを明らかにした点である。以前から、調停や審判において面会交流の実施に関する事項が定められた場合には、その内容に応じた実体法上の給付請求権の成立が認められ得る点については格別の争いはなかったものの、このような給付請求権が強制執行親和性を有するかという点については若干の争いがあった。この点について、本件各決定は最高裁として初めて立場を明確にしたものである。

第二は、面会交流の実施に関する事項の定め給付命令性・給付条項性（債務名義性）が認められる基準——面会交流の実施に関する事項の定めほどの程度の特定性（具体性）が必要か——を、最高裁として初めて明らかにした点である。この点が本件各決定の中心的な論点であるが、本件各決定は、「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」必要があるという基準を定立して、間接強制決定の可否を判断している。

第三は、面会交流を拒絶する正当事由（間接強制決定を妨げる事由）として、調停又は審判後に新たに面会交流を実施することが子の福祉を害することになる恐れが生じた（例えば、子が非監護親との面会を拒絶している）といった事情が主張された場合に、このような事情が間接強制手続の中で審理判断の対象となるか否かという問題（下級審裁判例で取扱いが分かれていた）について、②決定が傍論としてではあるものの、これを否定することを明確にした点である。

以下では、本件各決定において問題となった以上の三点（面会交流の強制執行親和性、給付命令性・給付条項性、調停・審判後に生じた面会交流拒絶の正当事由の主張）について、順次検討をしていくこととする。

## 二 面会交流の強制執行親和性について

面会交流の強制執行親和性については、従来からこれを肯定する見解が一般的であったものの<sup>3)</sup>、これを否定する見解（面会交流はいかなる場合にも強制執行に親しまない）



も有力に主張されていた。<sup>(4)</sup>

代表的な否定説であった梶村説の主な理由としては、面会交流の任意履行的性格（監護親の任意の協力なしに面会交流を強行することは、一般的・定型的・類型的に子の利益を害する<sup>(5)</sup>）、面会交流の継続的性格（定期的に継続する上では最小限の信頼関係が不可欠であり、面会交流を強行することはこれを破壊することになる）、面会交流の流動的性格（子・監護親・非監護親を巡る事情は常に変化・変動しているから、一般的・定型的・類型的に完全な強制執行は本来不可能である）、間接強制の経済紛争適合性・人格的紛争不適合性（少なくとも主観的には面会交流が子のためにならないと思っっているという監護親の愛情と強制金の支払いとを天秤にかけさせるのは相当ではなく、間接強制は経済的合理性の原理が支配する財産紛争にのみ適合的である）、面会交流の親権帰属紛争的性格（正当な理由に基づかずには面会交流を拒絶するのは子の利益を害するものであって、このような監護親は親権者・監護者として不適合であるから、親権者・監護者の変更で対処すべきである）などの点が挙げられていた。<sup>(6)</sup>

これに対して、本件各決定は肯定説に従ったものであるが、この点については本件各決定の判断は妥当であると思

われる。確かに、面会交流を巡る監護親と非監護親との間の争いを解決する上で、強制執行（間接強制）という手段を採ることが適切かという疑問は理解できなくはないが、<sup>(7)</sup>面会交流の拒絶に至る原因は様々なものが考えられ、その原因によっては強制的に履行させるのが適している場合もあり得るわけであるから、強制的な履行確保手段も選択肢の一つとしておく必要があると考えられる。しかるに、現行法では面会交流は家事事件手続法上の履行命令（家事二九〇条一項）の対象とはならず、履行勧告（家事二八九条一項）に応じない場合に採り得る強制的な履行確保手段は強制執行しかないため、強制執行という選択肢を面会交流であるという一事を以て否定すべきではないと考えられるからである。

なお、最近の梶村説が、「債務者側や子どもの事情等から考えて、間接強制してでも面会交流を実現することが子の利益に適う特別の事情がある場合には、極めて例外的に間接強制も許される」として、面会交流一般に関して強制執行親和性を否定するという見解を放棄しているのも、何を以て例外と考えるかはさておき、面会交流であるという一事を以て強制執行という選択肢を排除すべきではないことを示唆していると言えよう。<sup>(8)</sup>

## 三 給付命令性・給付条項性について

## (一) 給付内容の特定性に関する下級審裁判例

## (ア) 否定例

面会交流の実施に関する事項を定めた調停調書に基づく間接強制の申立てについて、給付条項性を否定して却下した例として、高松高決平成一四年六月二五日家月五五巻四号六六頁がある。同決定は、「Yは……Xが長男と毎月二回面接することを認め、その方法、場所等については、Xにおいて良識にかなった面接方法を選択することができる……。／面接場所は、Yの自宅以外の場所とする。」という調停条項について、「認め」との表現は確認条項の常套文句であつて、特段の事情のない限り明確な給付意思が表現されたものとは言えず、事前の調整や協議が必要な事項があることから特段の事情も認められない、としている。

また、面会交流の実施に関する事項を附帯処分として定めた離婚訴訟の確定判決に基づく間接強制の申立てについて、特定性の欠如を理由として給付条項性を否定して却下した例として、東京高決平成一八年八月七日判タ一二六八号二六八頁がある。同決定は、「Yは、Xに対し、Xが長男一郎、二男二郎と月二回程度の面接をすることを許さな

ければならず、当事者は、その具体的日時、場所、方法について、事前に協議しなければならない。」という附帯処分について、主文の記載上、面接の回数が特定されておらず、面接の実施の具体的日時、場所、方法などの詳細が事前の協議事項とされていることから、特定の具体的な給付を命じたものではなく、抽象的な法律関係を形成するにとどまるものであり、詳細を事前の協議事項としているのは任意の履行にゆだねる趣旨である、としている。

## (イ) 肯定例

大阪高決平成一五年三月二五日家月五六巻二号一五八頁は、「毎月少なくとも二回面接することを認める。／面接は毎月第二土曜日からその翌日の日曜日、及び第四土曜日からその翌日の日曜日に行く……。／父は……土曜日の午前九時頃から午前十時頃までの間に母の住所において……未成年者を引き取り、母は翌日の日曜日の午後五時台……の特急……に乗ることができるような時間帯に、父から未成年者を引き取る……。」という内容の調停調書に基づく間接強制の申立てについて、「面接交渉権の行使方法を具体的に定めたもの」として間接強制を肯定した。

大阪高決平成一九年六月七日判タ一二七六号三三八頁は、「Yは……Xが毎週一回一〇時間程度、面接することを認

める。ただし、平成一九年五月以降、宿泊をとまなう面接においては、長男の福祉に配慮して、その時点で当事者双方は協議する。／面接日は原則として土曜日又は日曜日とする。ただし、当事者及び長男らに支障のあるときには、事前に連絡の上、面接日を変更することができる。／面接日における長男の引渡しについては、当分の間、面接開始時にXがY方において長男を引き取り、面接終了時にXがY方において長男を引き渡すこととする。」という内容の調停調書に基づく間接強制の申立てについて、Y側から「認める」との文言が用いられていることから給付条項性を欠いている旨が主張されたものの、「全体としてみれば、面接の頻度、時間、面接日、面接の方法について具体的かつ明確に規定されており、給付条項として合意されたものであることは明らかである」として間接強制を肯定した。

東京家決平成二〇年九月一日（公刊物未掲載）<sup>9</sup>は、毎月第一日曜日（一月と五月及びやむを得ない事情がある月は第二日曜日）の午前一〇時から午後五時までの間、子と面会交流することを認め、午前一〇時に某駅改札口で子を引き渡す、という内容の調停調書に基づく間接強制の申立てについて、「面接交渉権の行使方法を具体的に定めたものである」として間接強制を肯定した。

岡山家津山支決平成二〇年九月一八日家月六一卷七号六九頁は、三ヶ月に一回、午後一時三〇分から午後四時までの間、某市及びその周辺の監護親が指定した場所において面会交流の開始時に子を引き渡す、という内容の調停調書に基づく間接強制の申立てについて、「面接交渉権についての内容を具体的に特定して定めたものである」として間接強制を肯定した。

(ウ) 整理

肯定例と否定例を比較すると、肯定例に共通する要素としては、面会交流の頻度及び実施時間の長さが定められていること、子の引渡方法・場所に関する定めがあることが挙げられる。また、否定例においては、以上の点について純粋な協議事項とされている（協議が整わない場合の決定方法の定めがない）点が問題視されている。このように観察すると、面会交流の頻度・実施時間の長さ・子の引渡方法の定めの有無が、肯定例と否定例を分ける要素であったと言えそうである。<sup>10</sup>

なお、面接することを「認める」という文言が用いられていることが問題とされた事案もあるが、この点については(四)で改めて検討する。

(二) 給付内容の特定性に関する学説の議論の状況

面会交流に関する給付内容の特定性に関しては、それほど多く議論がなされてきたわけではないが、その程度は緩やかで足りると解される傾向にある。

一つの考え方として、間接強制をする上では面会交流の義務を履行したか否かを判断できれば足りることを前提に、一定期間における頻度が明確になっていれば、具体的な履行方法に関しては解釈の問題としても義務違反の認定は可能であるから、調停調書や審判においては頻度のみを定めれば足りるといふ考え方がある<sup>(1)</sup>。

もう一つの考え方として、面会交流に関する義務の内容が抽象的に定められていたとしても、債務名義において命じられた義務内容を超えない限りにおいて、間接強制手続においてその具体化をした上で、間接強制決定をすべきであるという考え方がある<sup>(2)</sup>。この考え方は、面会交流の実現過程において当事者間での具体的な協議の余地を封じることとは、面会交流の円滑な実施や子の福祉の尊重の観点から望ましくないため、比較的紛争性の高い事案を除いては、面会交流の頻度のみを定める抽象的なものとするのが一般的であって、このような面会交流の性質からは抽象性を理由に間接強制を否定することは許されず、このような場合には具体的な特定の作業の余地は認めざるを得ない、とい

う考慮に基づくものである。

前者の考え方は、当初の債務名義（調停調書又は審判）と同一の義務内容が間接強制決定における履行命令で定められるという前提で、当初の債務名義及び履行命令においては頻度のみを抽象的な義務内容の定め方で足りる、というものであるのに対し、後者の考え方は、当初の債務名義の義務内容の具体化を認めることによって、当初の債務名義の段階では抽象的な義務内容の定め方で足りるものとする（履行命令の段階では具体的な義務内容の定めが必要）、というものである。

### (三) 本件各決定の検討

(ア) 給付内容の「特定性」の間接強制の要件における位置づけ

まず、面会交流に関する給付内容の「特定性」が欠けることによって、間接強制のどのような要件が欠けることになるかと把握されているのか、という点を確認しておきたい。

調停調書に関する③決定は、面会交流の日時・実施時間の長さ・子の引渡方法が具体的に定められている場合には、「通常、監護親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」としており、給付内容の特定性を給付の意思表示の有無という契約の成立要件の問題、すなわち（契

約上の) 給付請求権の成否の問題として明確に位置づけて  
いる。

これに対して、審判に関する①・②決定は、この点につ  
いての理論構成を必ずしも明確にしていない。さしあたり  
考え得る理論構成としては、(i) 特定性の有無を問わず  
審判で命じられた内容通りの給付請求権の成立は認めたと  
して、給付内容の特定性の有無の問題を、性質上強制執行が  
可能であるか否かの判断の要素として位置づけているとい  
う見方と、(ii) 給付内容の特定性を給付請求権の成否の  
問題として位置づけているという見方(③決定と類似の構  
図)がある。決定理由からはどのような理論構成を採って  
いるかを判断するための要素は見当たらないが、③事件と  
同日同小法廷の決定であることや、調停と審判の差異につ  
いて格別触れられていないことからすると、後者の構成を  
採っていると見るのが自然であるように思われる。

以上を前提にすると、本件各決定は、面会交流の実施に  
関する事項の定めが給付請求権として成立するためには、  
面会交流の日時又は頻度・実施時間の長さ・子の引渡方法  
が具体的に定められていなければならない、と考えている  
ということになる。

(イ) 給付内容の特定性を肯定するために必要な要素

本件各決定は、(i) 面会交流の日時又は頻度、(ii) 実  
施時間の長さ、(iii) 子の引渡方法が具体的に定められて  
いる必要があるとしており、これは概ね下級審裁判例の傾  
向(本節(ウ)参照)に沿ったものであるといえる。その上  
で、①決定では(iii)の要素が欠けていること、②決定で  
は協議不調の場合の引渡場所が明示されている、③決定  
では(ii)の要素が欠けていること(最初は一時間程度  
から始め……長男の様子を見ながら徐々に時間を延ばす)  
とされている点が問題視されている)などから、間接強制  
を否定している。

まず、給付請求権の成立に必要なとされる給付内容の特定  
性の程度については、当該給付について選択されるべき執  
行方法によって異なるものと考えられる。<sup>13)</sup> 選択されるべき  
執行方法が直接強制や代替執行である場合には、給付の結  
果を国家や第三者の手によって実現することが可能な程度  
に、給付内容が具体化されていなければならないのに対し  
て、面会交流のように選択されるべき執行方法が間接強制  
である場合には、間接強制決定における履行命令に対する  
履行(給付の結果の実現)の有無の判断が観念的に可能で  
あれば足りると考えられるからである。

このような観点から検討すると、間接強制決定における

履行命令に対する履行の有無の判断のためには、まず、(i) は必要な要素であると思われる。なぜなら、面会交流は定期的・継続的な性格を有するから、少なくとも一定期間内の頻度が確定していなければ、何回面会させれば履行したことになるのかが不明確となるからである。<sup>(14)</sup>

また、(ii) も必要な要素であると思われる。なぜなら、実施時間の長さに関する定めが全く欠けている場合は、面会交流が実現したと評価するためには、当該面会交流の目的に照らしてその実質が備わっているか否かの判断が必要となるが、<sup>(15)</sup>このような判断は容易ではないため、履行の有無の判断に困難をきたす恐れがあるからである。また、③ 決定の事案のように実施時間が確定していない場合は、各回の面会交流がどの程度の時間実施されるべきかが明らかではないため、同じく履行の有無の判断に困難をきたす恐れがあるからである。

これらに対して、(iii) については、必要と言えるかどうかには問題があるように思われる。本件各決定が引渡場所の定めを必要な要素としているのは、「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……などの給付を内容とするものが一般」という説示から察するに、おそらく、監護親が負う義務を、監護親が所定

の引渡場所まで子を連行して引き渡すという作為義務(所定の引渡場所における反復継続的な子の引渡義務)と捉えていることによるものと思われる(このように捉えるのであれば、引渡場所に関する定めは監護親が負う義務の本質的な内容に関わることから、(iii) を満たさなければ作為義務として成立し得ないという帰結になるのも首肯できる)。しかし、監護親の義務をこのように捉える必然性は必ずしも明らかではなく、(面会交流の実現という意味での)履行の有無の判断の可能性という観点からは、現に非監護親と子との面会交流が既定の頻度と時間で実施されたか否かが明らかであれば十分であるから、引渡場所の定めは必ずしも必要とは言えないように思われる。<sup>(16)</sup>

そうすると、当初の債務名義(調停調書又は審判)と同一の義務内容が間接強制決定における履行命令で定められるという前提に立つとしても(次で述べるような義務内容の具体化の余地を認めないとしても)、① 決定のように、調停調書や審判において引渡場所が定められなかったという一事を以て、債務名義としての効力(給付請求権の成立)を否定すべきではないように思われる。

(ウ) 間接強制手続における義務内容の具体化の余地  
面会交流の実施に関して微細な点まで定めるのは、比較

的紛争性の高い事案で用いられる形態であるようである。<sup>(17)</sup>これを前提にすると、本件各決定の判断は、両親の任意の協議を前提にできないような元々紛争性の高い事案であれば、強制執行で解決することもやぶさかではない、という趣旨のものと捉えることが可能である。これに対して、当初紛争性が比較的低かった事案に関しては、両親の任意の協議を前提にした柔軟性のある定めがなされることになり、後に紛争が生じた際には、非監護親は再度新たな調停や審判を申し立てて、前述のような紛争性の高い事案に用いられる定めを求め、なお履行がない場合には（履行勧告を経るなどして）最終的には強制執行をする、ということになる。以上が、本件各決定から描かれる紛争解決の構図である。

このように、面会交流を巡る紛争性の程度の進展に応じて漸次対応していくという紛争解決の方法は、面会交流が基本的には任意の協議によって実現されるべきという観点からは理解できないものではない。しかし、これは非監護親にとって相当程度に手続的負担が大きいものであるから、常に再度の調停や審判を要するものとするのは、適切とは言えないように思われる。また、間接強制決定における履行命令に対する履行の有無が判断できればよいのであるか

ら、間接強制手続における義務内容の具体化（特定化）の余地を認めれば、調停調書又は審判の債務名義性を直ちに否定する必要はないと考えられる。そこで、その性質上抽象的な定めがなされることが多い面会交流の事案に関して<sup>(18)</sup>は、このような義務内容の具体化の余地を認めた上で、再度の調停又は審判を経ずに当初の債務名義の義務内容を具体化するのを相当として間接強制決定をするか、それとも、再度の調停又は審判を行うのを相当として間接強制の申立てを却下するかは、執行裁判所を構成する家庭裁判所の裁判官の裁量にゆだねて、柔軟に手続を運営していくのが望ましいように思われる。<sup>(20)</sup>

このような観点から本件各決定の否定例を検討すると、まず、③決定の事案については、面会交流の実施を定めた調停が成立した当時長男は八歳（次男は四歳）であったのに対して、間接強制の申立てがなされた時点では長男は一歳（次男は七歳）になっている計算になるから、面会交流や子の福祉を巡る事情は大きく異なっていることが想像される。そうすると、以前の調停で定められた事項を具体化しても子の福祉に適合するとは限らず、再度の調停や審判での解決に適しているように思われるから、義務の具体化の余地を認めるという前提に立つても、同決定の結論は

支持することができるように思われる。

これに対して、①決定の事案については、間接強制の申立てにまで至った詳細は明らかではないものの、面会交流を命じる審判の約三ヶ月後に間接強制の申立てがなされていることや、間接強制決定をするためには引渡場所のみを定めれば足りることからすると、特別な事情がない限り、再度の調停や審判を経る必要性はないように思われる。そうすると、仮に本件各決定のように引渡場所の定めが必要であるという前提に立つても、審尋において既に実施された二回の面会交流の実施状況や両者の希望を聴取した上で、引渡場所を定めて間接強制決定をするという手段もあり得たように思われる（この結論を採るのであれば、破棄差戻しということになる）。

(四) 調停条項の「認める」という文言について (③決定)

下級審裁判例の中には、「面会することを認める」という調停条項について、「認める」という文言は確認条項の常套文句であって、給付条項の言い回しとして一般的ではないということを理由に、給付条項性が（評価のレベルの問題として）著しく減殺されるとして、結論的に給付条項性を否定したものがあ（高松高決平成一四年六月二五日

家月五五卷四号六六頁、③決定の原審など）。しかし、強制執行が可能か否かの判断に際して決定的なのは、債務名義自体の解釈で定まる債務名義の内容であって、言い回しではないから、<sup>(21)</sup>「認める」という文末になっているか否かといった文章の形式の問題は、その条項が給付の意思を表明したものであるか否かの解釈にとつて、決定的な意味を持つものではないはずである。<sup>(22)</sup>したがって、③決定が「面会交流をすることを『認める』との文言の使用によつて直ちに相手方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」としているのは、極めて正当であると思われ。<sup>(23)</sup>

四 調停・審判後に生じた面会交流拒絶の正当事由の主張について (②決定)

(一) 下級審裁判例及び学説の状況

監護親側から面会交流の拒絶の正当理由として、面会交流を実施することが子の福祉を害することになる恐れがある（例えば子が非監護親との面会を拒絶している<sup>(24)</sup>）などの事情が主張された場合に、このような事情が間接強制決定を妨げる事由となるか。

この点について、下級審裁判例の中には、このような事



情を審理判断の対象としたものもある(もつとも、その主張を認めて間接強制の申立てを却下したものはない)<sup>(25)</sup>。これに対して、このような事情が調停又は審判後に新たに生じたことを主張するのであれば、面会交流に関する条項の取消しや面会交流の禁止ないし面会交流の内容の変更を求めて、別途審判や調停を申し立てるべきであるとして、この点について明確に否定するものもある<sup>(26)</sup>。

この点について評釈等では、否定説として、(a)このような事情は請求異議事由になるとどまるとする説<sup>(27)</sup>と、(b)調停や審判で形成的に設定された義務の内容は、審判・調停後に事情の変更が生じたとしても、実体法上当然に変更をきたすものではないため、このような事情の変更は請求異議事由とはならず、新たな審判や調停の申立ての理由となるにとどまるとする説<sup>(28)</sup>が主張されている。また、肯定説として、(c)代替執行や間接強制が問題となる状況においては、債務名義上に表示された権利義務に対する判断は中間的なものに過ぎず、執行手続内で判断を更新し直す余地があるから、間接強制決定を妨げる理由となり得るとする説<sup>(29)</sup>が主張されている。

(二) ② 決定の検討

② 決定は、子が面会交流を拒絶する意思を示しているこ

とを以て、審判時とは異なる状況が生じたといえる場合であっても、間接強制決定を妨げるものではないとして、否定説を採用している。もつとも、決定理由を形式的に読む限り、否定説を採用する理由付けは「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」という点だけであり、この点が何を意味するのかが判然としないため、否定説を採用する理論的な根拠は不明確なままである。このような結論を導くための理論的構成としては、(i) 審判時と異なる事情の発生が給付請求権の実体法上の帰趨に影響するとしても、この点は間接強制決定の審理の対象とはならない、(ii) 審判時と異なる事情の発生は、既に生じている給付請求権の実体法上の帰趨には影響しない、<sup>(30)</sup> という二つが考えられる。(i) の理論構成によればこのような事情の発生は請求異議事由となり得るが、② 決定は請求異議の訴えには触れておらず、このような事情の発生を主張する手段として再度の調停や審判を挙げているだけであることからすると、② 決定は(ii) の理論構成により親和的であると見ることもできよう。

いずれにせよ、② 決定について確実に言えることは、審判時とは異なる事情が生じたとしても、間接強制の申立てを却下するという選択肢は採らないということ、また、請

求異議の訴えという選択肢については、あえて触れないことで否定したか、少なくとも積極的に推奨しなかったということがある。これを検討するに、まず、子の福祉に関する問題を審理・判断するのに、訴訟手続は基本的になじまないと考えられるため、請求異議の訴えという選択肢を挙げなかったことは、この観点から首肯することができよう。また、請求異議の訴えや間接強制の申立ての却下という選択肢を否定したとしても、新たな調停や審判の申立てを行うことで、強制執行の停止を命じる保全処分（家事一〇五条一項）を得て、間接強制手続を停止する（民執三九条一項六号）ことが可能であると考えられるので、<sup>(33)</sup> 監護親は強制執行を阻止する手段を奪われるわけではない。そして、これを前提にすれば、強制執行を阻止したい監護親によって、新たな調停や審判の申立てが行われることになるため、家庭裁判所調査官等の関与の下で、子の意思など<sup>(34)</sup>の諸般の事情に基づいた新たな内容の解決を得ることを期待することもできる。以上のことからすると、この点に関する②決定の説示は、支持することができるものであるように思われる。

## 五 おわりに

本件各決定において示された命題——面会交流義務を強制執行するためには、債務名義において面会交流の日時・実施時間の長さ・子の引渡方法が具体的に定められていなければならぬ——は、面会交流に関する調停や審判の全てに妥当するものと考えられるため、今後の家事事件実務に与える影響力は非常に大きいものと思われる。

なお、本件各決定によって、面会交流の実施に関して具体的な内容を定めなければ間接強制ができないという認識が一般化すると、非監護親の側から面会交流の具体的な内容を定めてほしい旨の希望が出される事例が増加し、調停の成立にかかる負担が相当程度に増大することが予想される。両親の任意の協議を前提に面会交流の実施に関する事項を定めるのが望ましいという観点からすれば、このような事態に対してどのような対策を講じていくかが、今後の家事事件実務の課題ということにもなりそうである。

しかし、そもそも強制執行を念頭に面会交流の実施に関する事項を定めるということが、面会交流という事柄の性質に合致しているかという問題は考えておかなければならないであろう。面会交流を巡る紛争に関しては、履行の促進・確保のための手段を家庭裁判所が家事事件として一括

して引き受けるという構図の方が、事柄の性質には合致しているように思われる。<sup>(35)</sup> 面会交流を巡る紛争解決手段に關しては、面会交流の特質に配慮した新たな立法的な手当てが期待される<sup>(36)</sup>ところである。

(1) このような考え方は、東京家審昭和三十九年二月四日家月一七卷四号五五頁を皮切りに、多くの下級審裁判例の集積を経て実務として定着したものである(条文の解釈としては、民法旧七六六条一項の「その他監護について必要な事項」又は旧同条二項の「その他監護について相当な処分」に含まれるため、旧家事審判法九条一項乙類四号の家事審判の対象となるものと考えられていた)。また、このような家裁実務の考え方を前提にした最高裁決定として、最決昭和五十九年七月六日家月三七卷五号三五頁(協議離婚の場合)、最決平成二二年五月一日民集五四卷五号一六〇七頁(夫婦の別居の場合に民法旧七六六条を類推適用)がある。

なお、以前は面会交流の審判対象性を否定する説も有力に主張されていた。この説を主張していた梶村説の論旨は、面会交流は子の利益のためにあるべきものであって、非監護親に権利としての面会交流権があるわけではなく、面会交流はそのような権利の行使として強行すべきものではないという考え方(いわゆる権利性否定説)

から、面会交流の実施に關する事項は専ら家事調停で定められるべきである、というものであった(梶村太市「子のための面接交渉」同『家族法学と家庭裁判所』(日本加除出版、二〇〇八年)一九九頁以下〔初出・ケ研一五三号(一九七六年)〕)。後に梶村説は、面接交流の審判対象性を肯定する方向に改説しているものの、非監護親は審判を求めることができるという手続法的権利を有するにすぎず、面接交渉を強行的に求めることができる実体法上の面会交流権を有するわけではない、と主張している(同「子のための面接交渉」再論」同『家族法学と家庭裁判所』二一五頁以下〔初出・二二世紀の民法(小野幸二還暦記念)』(法学書院、一九九六年)〕)。梶村説の根底には、面会交流を非監護親の権利と構成することによって、個々の事案についての具体的な配慮を欠いたまま、典型的に面会交流の実施及びその実施に關する事項を定めようとするような事件処理がなされることに對する危惧があるように感じられる。

(2) 前注で紹介した権利性否定説、すなわち調停・審判等の成立以前の段階における面会交流を求める実体法上の権利を認めない立場も、これらの成立以後については、それらの内容に応じた給付請求権の成立を肯定している(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」『民商一三一巻三号』(二〇〇四年)四八〇頁)。

- (3) 森口静一・鈴木経夫「監護者でない親と子の面接」  
 ジュリ三二四号(一九六五年)七六頁、高橋忠次郎「子の  
 監護と面接交渉権」ジュリ四七二二号(一九七一年)一二〇  
 頁、田中實「面接交渉権」現代家族法大系編集委員会編  
 『現代家族法大系2』(有斐閣、一九八〇年)二六一頁、沼  
 邊愛一「家事事件の実務と理論」(日本評論社、一九九〇  
 年)一三四頁、棚村政行「離婚と父母による面接交渉」判  
 タ九五二号(一九九七年)六三頁、二宮周平「判批」判タ  
 一一五〇号(二〇〇四年)一〇八頁、釜元修・沼田幸雄  
 「面接交渉と強制執行」右近健男他編『家事事件の現況と  
 課題』(判例タイムズ社、二〇〇六年)一七九頁、花元彩  
 「面接交渉の面接強制」右近他編・前掲一九七頁、田中壯  
 太・三宅康弘「家事抗告審からみた家事審判」家月五八卷  
 七号(二〇〇六年)三六頁、榮春彦・綿貫義昌「面接交渉  
 の具体的形成と執行」若林昌子・床谷文雄編『新家族法実  
 務大系2』(新日本法規、二〇〇八年)三四一頁、二宮周  
 平「家族法(第三版)」(新世社、二〇〇九年)一二九頁、  
 梶村太市・徳田和幸編『家事事件手続法(第二版)』(有斐  
 閣、二〇〇七年)五〇三頁(岡部喜代子)、古谷健二郎  
 「面接強制が面接交渉事件に及ぼす影響について」ケ研二  
 九二二号(二〇〇七年)一七六頁、大濱しのぶ「判批」リ  
 マークス三九号(二〇〇九年)一二三頁、岡部喜代子「養  
 育費・面接交渉の強制執行」家族二六号(二〇一〇年)五  
 六頁、中野貞一郎『民事執行法(増補新訂第六版)』(青林  
 書院、二〇一〇年)八二〇頁注三a。
- (4) 梶村・前掲(注2)四七八頁以下、同「子のための  
 面接交渉」再々論」同『家族法学と家庭裁判所』二三三頁  
 以下(初出…)二世紀の家族と法(小野幸二古稀記念)』  
 (法学書院、二〇〇七年)所収、神戸家龍野支決平成一三  
 年一月七日家月五六卷二号一四四頁。また、昭和五六年  
 七月一七日大阪高等裁判所管内家事審判官有志協議会・家  
 月三四卷九号二二三頁。
- (5) 神戸家龍野支決平成一三年二月七日(注4)は、専  
 らこの点を理由に否定説を採用している。なお、抗告審で  
 ある大阪高決平成一四年一月一五日家月五六卷二号一四二  
 頁によって、この判断は取り消されている。
- (6) 本文で紹介した理由の他に、面接交渉の法文化親和的  
 性格(犯罪率・離婚率が低く、社会が安定し、面会交流の  
 頻度が低いというのが日本の特性であって、欧米文化に染  
 まった理性的な第三者による法的な観点からの理性的な説  
 得に情緒的な日本国民は納得しない)、といった点も挙げ  
 られていた。
- (7) 釜元・沼田・前掲(注3)一八三頁注五では、大阪高  
 等裁判所管内家事審判官協議会において、参加者全員の  
 一致でこのような疑問が呈されている旨の紹介がある。また、  
 北村俊光「面接交渉権」村重慶一編『裁判実務大系25』

(青林書院、一九九五年) 二〇二頁参照。

(8) 梶村太市「民法七六六条改正の今日的意義と面会交流原則実施論の問題点」戸時六九二号(二〇一三年)二九頁、同「親子の面会交流原則の実施論の課題と展望」判時二一七七号(二〇一四年)一〇一一頁。

梶村説が「例外的に」と述べているのは、おそらく、「法律家とか医者、僧侶、教師など社会的地位のあるものに限って、母親(妻)を強引に追い出し頑として子を引渡さず、母親からの面会交流の申立てにも親権・監護権を盾にして、頑強にこれに応じない」といったケースを念頭に置いているように思われる(梶村・前掲兩論文同頁)。もっとも、子の利益のために強制執行をしても面会交流を実現すべきという価値判断の問題に大きく関わるため、強制執行の例外性を理論的に維持することができるかは疑問である。

(9) 磯尾俊明「面会交流事件と間接強制について」ケ研三〇八号(二〇一二年)一五〇頁以下に紹介されている裁判例である。

(10) 下級審裁判例の詳細な分析として、磯尾・前掲(注9)一五五頁以下。

(11) 古谷・前掲(注3)一八四頁以下。同論文は、原則として日時・場所・時間について監護親の側に選択権があると解しても、その選択権の行使が不相当であれば、履行の

提供として不十分であるから、義務違反の認定は可能であるとす。岡部・前掲(注3)五九頁も、これに賛成している。

(12) 釜元Ⅱ沼田・前掲(注3)一八四頁、一九三―一九四頁、花元・前掲(注3)二〇五頁、大濱・前掲(注3)一二五頁、岡部・前掲(注3)六〇頁、石川明「子との面会交渉を定めた調停条項と間接強制」愛学五一巻二号(二〇一〇年)三八二―三八三頁。

なお、竹下守夫「生活妨害の差止と強制執行・再論」判タ四二八号(一九八一年)二七頁以下においては、不作為請求の場合は、被告の行動の自由を保障するために、結果による特定で足りるものとし、執行機関が受訴裁判所であるという特性から、将来のための適当な処分(民四一四条三項後段)として不作為義務の具体化(作為義務化)をすることができると説かれており、この考え方に従うべく、釜元Ⅱ沼田・前掲(注3)一九二頁は面会交流義務の不作為義務の側面の存在を強調している。これに対して、大濱・前掲(注3)一二五頁は、作為義務であっても具体化は可能であると主張する。

(13) 奥田昌道『請求権概念の生成と展開』(創文社、一九七九年)三〇五頁、三〇九頁注三は、「請求権」とは、個別的・具体的行為を請求する権利であり、その「行為」をどのようなものとして捉えるかは、給付訴訟及びそれに統

く執行を考慮して合目的に決定されるべきであるとし、合目的に選択されるべき執行方法が間接強制ではなく直接強制や代替執行の場合は、より具体性のある請求の構成が要求されるとする（奥田昌道編『新版注釈民法(10)Ⅰ』（有斐閣、二〇〇三年）一三三—一三四頁（金山直樹）も同様の説明をする）。また、訴訟法上の「請求の特定」についても、同じように執行方法との関係を念頭に置いて議論されてきている（例えば、新堂幸司『福永有利編』『注釈民事訴訟法(5)』（有斐閣、一九九八年）一〇五—一〇六頁（新堂幸司））。

(14) 磯尾・前掲（注9）一五七—一五八頁。

(15) 岡部・前掲（注3）五九頁は、「面会の態様にしても、単に顔を合わせる事が目的ではなく、子の監護の様子を見守るという内容に合致したものでなければ履行ないし提供したものとはいえない」とする。

(16) 確かに、面会交流が実現していない場合に、監護親が履行の提供をしていたかの判断をするためには、引渡場所の定めがある方が便宜であるものの、監護親側が面会交流の実現に協力的な場面（履行の提供をしている場面）において、強制執行が問題になるような紛争が生じるという事態を想定してまで、このような定めを必須のものとしなければならぬかは疑問である。

また、釜元Ⅱ沼田・前掲（注3）一九〇頁では、非監

護親を玄関先に立たせたまま会わせたり、テレビ画像付きのインターホン越しに会わせたりして、審判にはそれではいけないとは書いていなかったと監護親が主張するというような例が紹介されており、一定の場所で引き渡すべき旨を明示しておくことは、このような事態を防止するという効果はあるように思われるが、これが引渡場所の定めを必須のものとしなければならぬほどの要請であるかは疑問である。

(17) 釜元Ⅱ沼田・前掲（注3）一八三—一八四頁。

(18) 釜元Ⅱ沼田・前掲（注3）一八四頁、磯尾・前掲（注9）一三九頁。本件各決定においても、「子の利益が最も優先して考慮されるべきであ」って、「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」という説示がなされている。

(19) 間接強制決定は債務者を審尋した上で新たな債務名義を作出する手続であるから（民執一七二条三項）、当初の債務名義に表示された実体法上の権利義務を超える新たな権利義務を作出しない限り、必要に応じて作為義務を具体化することが可能な場合があると考えたい。

そして、義務内容の具体化が認められるような間接強制を執行方法とするのであれば、当初の債務名義（調停調書や審判）の段階における（給付請求権の成立を認め

る上での) 給付内容の特定性は、義務内容の具体化をするのに支障のない程度のものであれば足りることになる。例えば、当初の債務名義に頻度や実施時間の長さについてある程度の目安となる定めがあれば、それを超えない限度で頻度や実施時間の長さを確定することが許されると考えられるから、当初の債務名義の特定性はこのような目安が読み取れるものであれば足りるように思われる。また、仮に間接強制決定において引渡場所を定める必要があるという前提に立つとして、当初の債務名義に引渡場所の定めが欠けていても、子を引き渡す義務自体は当初の債務名義に含まれていると見ることができから、引渡場所の定めを新たに作出することは許されると考えられる(そうすると、当初の債務名義において引渡場所の定めがないことは、その一事を以て間接強制決定をする上での障害になることはないと考えられる)。

(20) なお、釜元<sup>11</sup>沼田・前掲(注3)一九五頁以下では、履行勧告がなされた後、再度の調停や審判が必要と認められた事件に関しては職権でこれらを開始し、また、強制執行が可能なのは強制執行に移行する、という制度が提案されている(この提案には、大濱・前掲(注3)一二五頁の賛成がある)。

(21) 文脈は異なるが、中野・前掲(注3)八一七頁参照。

(22) 給付の意思を表示する場合は「認める」という文末に

は通常ならない、というような経験則は、この場面では意味をなさないはずである。確認条項は、権利・義務ないし法律関係の存在を挙げた上で、それを「認める」という形で記載されるのが通常であるが、「面会すること」というのは権利・義務ないし法律関係が表現されていない単なる名詞句である。それを「認める」という条項になっているのであれば、「面会することを許す」ないし「面会させる」という意味の給付条項と捉える方が、日本語の解釈として自然であろう。

(23) 本文で紹介した高松高決平成一四年六月二五日家月五五卷四号六六頁に反対するものとして、釜元<sup>12</sup>沼田・前掲(注3)一八〇頁、花元・前掲(注3)二〇四頁、大濱・前掲(注3)一二四頁、岡部・前掲(注3)五七頁(同「判批」民商二二九卷六号(二〇〇四年)九四〇頁以下では賛成していたが改説)。釜元<sup>13</sup>沼田・前掲(注3)一八〇頁は、「家裁の実務慣行からすれば、通常裁判所とは異なつて『面接交渉を認める』という表現が常套的である」として反対している。なお、「認める」という文言が常套的であったことについては、古谷・前掲(注3)一七九頁や松山家決平成一六年三月二五日(公刊物未掲載・釜元<sup>14</sup>沼田・前掲(注3)一八〇頁参照)も指摘するところである。また、花元・前掲(注3)二〇四頁は、「文言の相違のみを過度に強調することは、あまり生産的な議論とは思

えない」とする。

(24) 子が面会交流の拒絶の意思を示しているという一事を以って、直ちに面会交流を行うことが子の福祉に反するとは言えないことは、監護親側が子の拒絶意思を形成ないし助長しているような場合を考えれば当然である(釜元Ⅱ沼田・前掲(注3)一八六一一八七頁本文及び注八参照)。

(25) このような事情について審理・判断をしたものとして、神戸家決平成一四年八月二日家月五六卷二号一四七頁(大阪高決平成一四年一月一日(注5)の受差戻審、大阪高決平成一五年三月二五日(本文の三(イ))の原審)、大阪高決平成一九年六月七日判タ一二七六号三三八頁、東京高決平成二四年一月二日家月六四卷八号六〇頁など。

(26) 大阪高決平成一五年三月二五日家月五六卷二号一五八頁、岡山家津山支決平成二〇年九月一八日家月六一卷七号六九頁。これらの決定は、子の福祉以外の面会交流の拒絶の正当事由については、請求異議事由になるとどまるとする。

(27) 釜元Ⅱ沼田・前掲(注3)一八八頁、花元・前掲(注3)二〇七頁、中野・前掲(注3)八二〇頁注三a。

(28) 榮Ⅱ綿貫・前掲(注3)三四九頁注三七。

(29) 野村秀敏「判批」民商一四七号五号(二〇一三年)四八二頁。

(30) この理論構成は、強制執行の手続においては実体上の

理由を斟酌することは許されないという伝統的な思考に基づく理由づけによって、比較的容易に根拠づけることが可能である。もつとも、間接強制決定の手続において、基準時後の実体上の理由を斟酌することが一切できないかという問題は別途検討を要するものであり、ここで軽々に結論を出すことはできないが、間接強制は債務名義を作成した裁判所が執行裁判所になるという特殊性があるし、また手続経済の観点からも(独連邦通常裁判所二〇〇四年一月五日決定[NJW2005, 367]はこの観点を指摘する)、肯定説も十分にあり得るものと思われる。

(31) この理論構成は、前述の(b)説の考え方と同一の方向のものである。(b)説は、婚姻費用分担の場合は審判や調停で形成的に義務が設定されるものであるから、調停・審判後の事情の変更は当然には権利の内容に影響を与えないという考え方を前提に、面会交流の場合と婚姻費用分担の場合とパレルに考察して結論を導いている(榮Ⅱ綿貫・前掲(注3)三四九頁注三七)。

子の福祉を第一義に考えるべき面会交流においては、事後的に子の拒絶意思の発生など子の福祉に反する事情が生じた場合は、非監護親による権利行使は権利の濫用ないし信義則違反となるという考え方も十分に可能である(釜元Ⅱ沼田・前掲(注3)一八七一一八八頁)、また、従前の定めによる面会交流の実施は(社会通念上)



履行不能となるという考え方も不可能ではないように思われるが、この理論構成を前提とすると、これらは間接強制決定を債務名義とした強制執行の際に、各回の面会交流について不履行と評価すべきか否かを争うための法

であることから、家庭裁判所調査官を関与させることができず、これは不合理であるとの意見が出されたようである(釜元Ⅱ沼田・前掲(注3)一八二頁注五)。

律構成となり得るにとどまることにならう。

(35) 例えば、面会交流を履行命令の対象にした上で、履行勧告から履行命令までの流れを一本化し、必要に応じて義務の内容を具体化する手続をその流れの中に組み込むといったことが考えられる。

(32) 釜元Ⅱ沼田・前掲(注3)一八八頁、花元・前掲(注3)二〇七頁は、子の福祉というデリケートな問題について、弁論主義によって十分な審理ができるかは疑問が残るとする。また、後掲(注34)参照。

(36) 本件各決定の評釈として、本間靖規「判批」ジュリ臨増一四六六号一五二頁(平成二五年重要判例解説・民訴一三事件)、小池泰「判批」ジュリ臨増一四六六号九三頁(平成二五年重要判例解説・民法一三事件)、本山敦「判批」法教別冊四〇一号二四頁(付録・判例セレクト二〇一三一)、大濱しのぶ「判批」法教四〇二号三四頁(付録・判例セレクト二〇一三二)、高部真規子「判批」法の支配一七二号九九頁、田中壯太「判批」NBL一〇〇三号七九頁、田中宏「判批」大宮ロー一〇号五三頁、金亮完「判批」新・判例解説 Watch 一四号一〇九頁、上向輝宜「判批」北法六四卷六号一六二頁などがある。

(33) 榮Ⅱ綿貫・前掲(注3)三四九頁注三八。

(37) 以上

(34) 義務設定後の再調停における家裁調査官の重要性については、花元・前掲(注3)二〇七―二〇八頁や梶村・前掲(注4)二五三頁が指摘するところである。

なお、裁判所法六一条の二第二項の規定上は、家庭裁判所調査官は請求異議の訴えや間接強制の手続に関与することができないため、これを前提にすれば、これらの手続は子の福祉に関する審理をするのには適していないということができよう。

間接強制手続への家庭裁判所調査官の関与の可否については、大阪高等裁判所管内家事審判官協議会で議論がなされたようであり、家庭裁判所は民事執行法上の執行裁判所であって、法律上の根拠がないという理由で反対する意見や、これとは反対に、家庭裁判所が執行裁判所

山木戸勇一郎