

判例研究：間接強制手続上で面会交流に対する子の拒絶 意思が考慮され、間接強制申立てが却下された事例 [大阪高裁平成24年3月29日決定（平成24年(7)223号、間接強制決定 に対する執行抗告事件、判例時報2288号36頁）]

佐藤千恵

<事案>

債権者X男と債務者Y女は平成13年〇月〇日に婚姻した夫婦であり、両者の間には平成14年〇月〇日出生の長女Zと平成16年〇月〇日出生の長男Aがいる。平成21年7月にYが未成年者ら（ZとA）を連れて実家に帰って以来、現在までXとYは別居している。Xは、平成21年8月16日に未成年者らと面会交流を行い、いったんYのもとに未成年者らを送り届けたが、AがXと帰る旨述べたため、XはAを自宅に連れ帰った。その後、XがAの引渡しに応じなかったことから、平成21年9月7日、Yは、Aの引渡し等を求める調停（後に取り下げられた）を、同年10月14日、Aの引渡しを求める審判等を申し立てた。甲家庭裁判所によりYへのA引渡しが命じられたにもかかわらず、Xはこれに応じず、強制執行の段階においてもXの父母が執行官の住居への立入りを拒んだため執行不能となった。最終的には、平成22年3月9日に甲地方裁判所に対してYが人身保護請求の申立てを行い、平成22年4月28日にYへの子の引渡しが命じられ、同日、Aの引渡しを受けた。また、Xは、平成22年3月11日、甲家庭裁判所に対し、Yを被告として離婚等請求訴訟を提起した。Yも離婚等を求める反訴を提起し、これらは現在も係属中である。そのほか、XY間の婚姻費用分担に関する調停事件等が幾度か継続し、現在は審判により、XからYへの婚姻費用分担金として月額15万円の支払が命じられている。

さらに、平成22年5月7日には、Xが未成年者らとの面会交流を求める各調停事件を申し立てた。それらはいずれも不成立となり審判手続に移行した。平成23年2月25日には、甲家庭裁判所により、Xと未成年者らとの面会交流を命じる旨の審判がなされた。これに対して、Yが即時抗告をしたが、乙高等裁判所は同年5月12日に、(1)頻度、日時、(2)時間、(3)引渡し場所、(4)引渡し方法、(5)第三者の立会いなどを具体的に定めて（以下「本件要領」とい

う)、面会交流を命ずる旨の決定をした。

Yは、本決定以降、XとAとの面会交流を継続的に実施している。XとZとの面会交流についても、Yは面会交流の方法や場所について工夫しつつ、Zにその都度働きかけているが、現在まで一度も実施されていない。そこで、Xは、平成23年10月11日、Yに対し、債務名義に記載されたとおりの面会交流をさせること、および、面会交流債務の不履行1回につき2万円の支払いを命じる間接強制の申立てをした。Yは、Xの権利濫用を主張したが、原審はこのような主張は請求異議事由になるとどまるなどとして、間接強制を命じることはやむを得ないと判示し、不履行1回につき支払いを命じる金額を8,000円とする範囲でXの申立てを認容した。Yは、間接強制ができる債務は債務者の意思のみで実現可能な債務に限られるところ、Yが面会交流実現のために努力したにもかかわらず間接強制を認めた原決定は不当であるとして、原決定の取消しと原審裁判所への差戻しを求めて執行抗告した。なお、Xは履行勧告（旧家事審判法15条の5（現行法では家事事件手続法（平成23年法律第52号）289条））の申立てはしていない。

<決定要旨>

原決定取消し。

「間接強制命令を発するためには、債務者の意思のみによって実現できる債務であることが必要である」としたうえで、「本件においてYは、Zに面会交流を働きかけているものの、Zがこれを頑なに拒否しているため、面会が実現していないことは上記認定のとおりである。

Zはすでに10歳であり、面会を拒む意思を強固に形成している場合、Yが面会に応じることを働きかけても限界があるといわざるを得ない。本件の事情に照らせば、Yに対し、ZとXの面会を実現させるためにさらなる努力を強いることは相当とはいえないし、かかる努力を強いても、それが奏功する見込みがあるとはいえないというべきである。

そうすると、本件債務名義は、Yの意思のみによって実現することが不可能な債務というべきであるから、間接強制命令を発することはできないし、これを発しても面会交流の実現に資するところはない」とした。

1 本決定の意義と問題の所在

面会交流とは、別居または離婚により未成年子（以下「子」という）を監護していない親（非監護親）などとその子が面会、文通などによって交流することをいう。面会交流は、長らくその根拠規定を欠いていたが、平成23年5月に成立した民法等の一部を改正する法律（平成23年法律第61号）によって、離婚の際に定めるべき子の監護に関する事項の例として民法766条1項に付加された（従来は、「面接交渉」や「面接交流」などの言葉も用いられてきたが、本稿では原則として同条が使用する「面会交流」を用いることとする）。また、同項後段において、子の監護に関する事項を定めるときは「子の利益を最も優先して考慮しなければならない」旨、明文化された。これにより、法的根拠および最優先考慮事項は一応明

確化したものの、面会交流の法的性質や交流方法などいまだ議論すべき課題は多々残されている。

調停または審判で定められた面会交流の履行確保と面会交流を拒絶する子の意思の尊重という2つの要請をいかに調整し実現すべきかも重要な課題である。本決定はこの点について判断したものである。

履行確保の手段には、まず、履行勧告が考えられるが、履行命令（家事事件手続法290条）のような強制力はなく実効性に欠ける。面会交流は履行命令の対象とはなっていないため、強制的に実現する方法としては、現行法上、強制執行によるしかない⁽¹⁾。面会交流を定める調停または審判は「執行力のある債務名義と同一の効力を有する」とされているが（家事事件手続法75条、268条）⁽²⁾、執行方法に関しては、明記されていない。面会交流が継続的なされるものであり非代替的作為または不作為義務であることから、学説では、間接強制によるべきであるとする説が通説的見解とされてきた⁽³⁾。判例においても最高裁平成25年3月28日決定（民集67巻3号864頁（平成24年（許）第48号））（以下、「最高裁平成25年決定」という）ほか同日付決定2件⁽⁴⁾が最高裁判所として初めて間接強制の適用可能性を肯定した⁽⁵⁾。これは従来の下級審判例の流れに沿うものである。

そして、間接強制の適用が求められる場面において、子が面会交流に消極的姿勢を示している事案では、子の拒絶意思が間接強制申立ての認否に影響を及ぼすか否かという問題が生じる。より厳密には、以下の2つの問題に分かれる。まず、(a)間接強制の発令要件の1つとされる「間接強制の対象となる債務」（債務者の意思のみで実現可能な債務）該当性が問題となる。面会交流債務が債務者である監護親の意思のみで実現可能な債務であれば、執行に際し子の意思を考慮する必要はない。(a)の問題について仮に監護親の意思のみで実現可能な債務と解される場合は、次の問題が生じる。(b)面会交流を定めた調停または審判後の子の意思に反した面会交流の実施が子の福祉を害する事情となるとき、事情変更の1つとしてこれを間接強制手続上で考慮すべきかという問題である。

本決定は、子の意思が間接強制申立ての認否に影響するかについて(a)の問題として扱っている。面会交流を拒絶する子の意思を尊重し、面会交流債務が「Yの意思のみによって実現することが不可能な債務」とであると解して、間接強制決定を発令しなかったものである。そのため、本決定は、(b)の問題には言及していない。

ところが、本決定後に登場した最高裁平成25年決定は、本決定と同様、子が面会交流を拒絶する事案で、子の心情等についても傍論で触れ、(b)の問題として処理している。ただ、面会交流を定めた「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」方法があることを示唆した。

その結果、本決定は、最高裁平成25年決定に抵触する内容となり、現時点であれば間接強制手続で子の意思を考慮することはできず、間接強制の申立てが認められた事案とも思われる。

しかし、最高裁平成25年決定の子の年齢は7歳、本決定では10歳であることから、子の年齢や発達状況等も加味した対応の相違とみる見方も考えられる⁽⁶⁾。学説・裁判例では10歳を目途にして諸般の事情を考慮し意思能力の存否を決める場合が多いという⁽⁷⁾。児童の権利に

関する条約（平成6年条約第2号）（以下「児童権利条約」という）12条においては、子の意見は「年齢及び成熟度に従って相応に考慮されるものとする」として子の意見表明権を保障する。また、平成23年1月に成立した家事事件手続法においても子の年齢および発達の程度に応じて、子の意思を考慮しなければならない旨定められている（同法65条、258条）。こうした諸規定を踏まえれば、間接強制手続上も、子の発達段階によっては履行確保の要請と調整しつつ子の意思を優先的に考慮すべき場合があると解する余地はあろう。そうであれば、本決定は子の意思を優先させるべき一場合を示し、間接強制による履行確保の限界を認めた貴重な下級審判例として、なおも意義を有するようと思われる。

そこで、本稿では、上記(a)(b)の問題に関する裁判例・学説を整理し、子の発達段階に就いた子の意思の取扱いに関する手続上の問題について検討を加えたい。

2 執行手続の段階で子の意思を考慮する必要性が生じる要因

上記(a)(b)の問題について検討する前に、まず、執行手続の段階で子の意思を考慮する必要性が生じる要因を明らかにしておきたい。いくつかの要因があろうが、その主要なものとして考えられるのは、次の2つである。

1つは、面会交流の債務名義作成後に子の気持ちが変わり面会交流を拒絶するに至る場合である。面会交流債務は継続的な債務であるから、調停または審判後、子の発達に伴う周囲の環境変化、面会交流における状況の変化、非監護親や監護親との関係の変化などに伴い、子の意思の揺らぎがみられることも考えられる。

もう1つは、調停または審判手続（本案手続）の段階で、すでに子が面会交流を拒絶しているが、子の福祉の観点から面会交流が認められた場合である。

本案手続においては、面会交流の可否や交流方法等を子の福祉に適合するか否かによって判断する。この点については、面会交流の法的性質をいかに解したとしても争いはないであろう⁶⁾。判断要素には、①非監護親が面会交流を求める目的・動機、②非監護親と子との関係、③監護親の監護状況、④監護親と非監護親との関係、⑤子の意思・年齢等、子の心身の状況などが挙げられる。このような本案手続の段階では、子の意思も考慮されるべき判断要素の1つとなっているのである。手続面においては、家事事件手続法により、家事手続上の子の地位は強化されているといえる。子の意思を考慮すべきことを裁判所に求める規定のほか、未成年子の手続行為能力の特則（同法18条）や手続代理人の職権による選任（同法23条）などの諸規定により、子の意思を手続上に反映させるための配慮がなされている。

しかし、面会交流を判断するうえでは子の客観的利益（福祉）が重視されるのであり、子の意思という主観的利益のみによって面会交流の可否は決せられない。子ははまだ発達途上であり判断能力が十分ではないから、将来的な自己の利益を判断するまでの能力はないという理由による⁹⁾。子の意思により決するとすれば、子の負担が大き過ぎるという点も子の意思に依存できない理由となる。もちろん、主観的利益が客観的利益に包含されることが望ましいが、必ずしもそのような結果に至るとは限らない。子が面会交流を拒絶する意思を本案手続上で示していたとしても、子の客観的利益に適合するとして面会交流が命じられることは

ありうるのである。

そのうえ、近頃の裁判実務の方針変更もこうした事態の増加に拍車をかけている可能性がある。従来は面会交流の可否について諸事情を総合的に比較考量して決せられていた。近年では、明白な子の不利益がない限り、面会交流を認めるという面会交流原則的実施論が主張されるようになり、裁判実務も原則的実施の傾向にある⁽¹⁰⁾。さらに、最近では「父母の離婚等の後における子と父母との継続的な関係の維持等の促進に関する法律案」(略称「親子断絶防止法案」)の国会提出を目指す動きもある。この法案のなかでは、親子関係の維持手段として面会交流の原則化が法的にも推進・強化されようとしている。このような現在の動きには、警鐘も鳴らされている⁽¹¹⁾。原則的実施傾向は子の意思の斟酌を制限し、面会交流を認める裁判所の判断(客観的利益)と子の意思(主観的利益)との間の齟齬を拡大させることも考えられよう⁽¹²⁾。

こうして面会交流の実施場面に至り、これらの要因から、初めてまたは再び子が拒絶意思を表明する場合が考えられる。理論上は、子の福祉に適合するとされた面会交流であっても、面会交流の実施場面で子が拒絶意思を示すとき、これを無視することは物理的に困難な場合が多い。そこで、非監護親はさらに間接強制の力を借りて面会交流を実現する方法を採ろうとすることがある。しかし、子に人格が認められる以上(憲法13条)、やはり子の拒絶意思を執行手続の段階でも完全に無視することはできない⁽¹³⁾。履行確保の要請との調整のあり方を検討する必要性は面会交流の定着とともにますます高まるものと思われる。

3 (a)の問題に関する裁判例・学説の整理

1) 間接強制の発令要件

通常、執行機関は債務名義作成機関と分離されているため、執行機関の判断するところは債務名義の解釈にある。解釈の資料は、原則として債務名義に限られる⁽¹⁴⁾。

間接強制が認められるためには、執行開始要件の充足だけでなく、①履行を求める債務と債務名義の表示する債務の同一性、②給付内容の特定性、③間接強制の対象となる債務の3要件をも充たす必要がある⁽¹⁵⁾。最高裁平成25年決定などでは、主に②要件該当性について判断された⁽¹⁶⁾。本決定は③要件の有無が争点とされ、③要件の充足が認められなかったものである。

2) 間接強制の対象

間接強制の③要件については文言上明示されていないが、債務者の意思のみによって実現可能な債務であることが求められる⁽¹⁷⁾。第三者の協力や承認などを必要とする場合のように、「債務者の意思のみでは実現できない債務」は間接強制の対象とされない⁽¹⁸⁾。間接強制が債務者に一定の不利益を課すことを予告して心理的圧迫を加え履行を促すものであるため、対象は債務者の自由意思のみで履行可能な債務でなければならないのである。

面会交流債務は、非監護親と子を面会交流させることを内容とするから、子の独立した人格を重視すれば子の協力または承認などが必要となる。したがって、面会交流債務も「債務者の意思のみでは実現できない債務」に該当する可能性がある。

なお、単に第三者の協力や承認などを要するとき、当然に「債務者の意思のみによって実現できない債務」に該当するか否かについては議論がある。従来は第三者の協力や承認などが必要な債務は、それだけで「債務者の意思のみによって実現できない債務」に該当するとする見解が主流であった⁽¹⁹⁾。最近では、第三者の協力や承認を要する債務というだけでは足りず、債務者側の何らかの履行のための行為を尽くす努力を求める見解が有力である⁽²⁰⁾。第三者を介する債務はきわめて多く、それだけで「債務者の意思のみによって実現できない債務」としてしまおうと間接強制の適用範囲を限定しすぎるおそれがあるからである⁽²¹⁾。

3) 裁判例

面会交流債務が「債務者の意思のみでは実現できない債務」に該当するか否かを正面から判断した裁判例は公刊されたものの中ではごく少数しかみられない⁽²²⁾。

東京高裁平成24年1月12日決定（家月64巻8号60頁）がわずかに否定例として挙げられる。この決定においては、直ちに「債務者の意思で履行することができない債務」（「債務者の意思のみによって実現できない債務」と同義）とは認められないとした。面会交流を定めた審判が非監護親に会いたくない旨の子の意向表明を前提として、子の年齢、発達段階、忠誠葛藤も見られるその心情を慎重に検討したうえでなされたものであるから、債務者がその「判断を尊重して親権者として未成年者を指導したとしても、その福祉を害することなく本件決定に表示された債務を履行することができる」ことを根拠とする。

ここで留意しなければならない点は、「債務者の意思で履行することができない債務」とは「直ちに認められない」としている部分である。否定例ではあるが、今後の事情によっては「債務者の意思で履行することができない債務」に至ることも想定された文言と読めなくはない。実際に、面会交流を拒絶する子の年齢は10歳程度であり、いまだ独立した意思としてそのみをもって決せられる段階にはないが、今後の発達状況によっては尊重せざるを得なくなる。また、この事案においては、監護親が審判で定められた面会交流の方法に従わず、監護親が面会交流に付き添うという方法を採用することで、懸念されていた子の忠誠葛藤をさらに進行させた疑いもあるなど、監護親自身が面会交流実現のための努力を尽くしたといえない状況がうかがえる⁽²³⁾。しかし、今後、監護親が面会交流審判に従い、親権者として子に面会交流について指導する真摯な姿勢を示したときには、履行のための努力を尽くしたと認められる余地もあろう。そのときには「債務者の意思のみでは実現できない債務」に至ると考えられる⁽²⁴⁾。

これに対し、本決定は、「債務者の意思のみでは実現できない債務」に該当すると判断した。その理由は、子が「すでに10歳であり、面会を拒む意思を強固に形成している」点を重視し、債務者の努力にも「限界がある」ところ、本件の事情に照らせば、「面会を実現させるためにさらなる努力を強いることは相当とはいえないし、かかる努力を強いても、それが奏功する見込みが」ないことを挙げている。本件の事案においては、面会交流を拒絶するZに対して、監護親であるYは説得等を試みているという事実がある。それだけでなく、Zの弟であるAと非監護親Xとの面会交流は実施されている事実も認められる。そのため、監護親側の履行のための努力を尽くしたことが認定されやすかったように思われる。

このように、2件の決定は、10歳程度の年齢に達した子が面会交流を拒絶している点で共

通する。しかし、本決定と異なり、前掲東京高裁平成24年1月12日決定は、面会交流債務が債務者の意思のみによって実現可能な債務であると判断し間接強制を認めた。発達の状況による相違もあろうが、結局のところ、監護親の履行努力が尽くされたか否かが結論に大きく影響したとみることができる。

4) 学説

学説では、面会交流債務は債務者の意思のみによって実現できる債務と解し間接強制の対象となるとする説が有力である⁽²⁵⁾。この説は、調停または審判で面会交流が定められた以上、監護親には子への働きかけ等によって面会交流を可能にする責務があるとの債務名義作成機関の判断も含まれているとする⁽²⁶⁾。

もちろん、「債務者の意思のみでは実現できない債務」に該当する場合があるとする説も考えられるが、面会交流債務について詳しく論じているものは見受けられない。子を連れ去るなどした非監護親が監護親に対して負う子の引渡し債務は、子の発達の状況によっては、「債務者の意思のみでは実現できない債務」に該当する場合があるとする見解がある⁽²⁷⁾。この見解によれば、子の発達段階に応じた場合分けが必要となるという。そして、発達段階を、「①未成年の子に全く物心がない場合」、「②子に物心はあるが、その判断に独立の価値を認め難い場合」、「③子の判断に独立の価値が認められる場合」の3段階に分ける。「①の場合には、子の意思を理由に間接強制を拒めない」、「③の場合は、子の引取行為の妨害禁止の債務名義については、子の独立した意思に親は影響を与えられないため、原則として親の妨害措置がないことになり、債務不履行自体がないと解されるし、子の返還や引渡しの債務名義については、子に対して可能な範囲で説得行為を行えば、期待可能なすべての行為を尽くしたことになる」という⁽²⁸⁾。「②は最も微妙な場合」としつつ、「実際の引渡しや返還がされるまでは、親として期待可能な行為をすべてしているとは言い難い」とする⁽²⁹⁾。

この見解のように、「債務者の意思のみでは実現できない債務」か否かを判断する基準は、子の発達段階によって場合分けをしたものが妥当でしょう。子の人格形成の進行に伴い、親の支援すべき行為の範囲も縮減されていくからである。このような基準は、面会交流債務の判断基準としても参考となるものである。ただし、②の場合が何歳程度を指すか明らかでないが、物心がついている以上、それでも子は意思を表明する能力があるから、実際の引渡しには物理的に限界があると考え⁽³⁰⁾。

4 (b)の問題に関する裁判例・学説の整理

1) 主張すべき手続の選択肢

子の意思を間接強制の発令要件の問題として考慮しえないとき((a)の問題)、調停または審判後に、子の福祉に反する事情が生じた事情変更の場合と捉えられることがある。面会交流債務の場合には、継続的に履行される債務であるから、子の発達による環境変化や意思の揺らぎ等、債務名義作成時とは異なる事情が生じる可能性が高い。こうした面会交流の特殊な事情を執行機関において考慮することの可否が(b)の問題となる。

主張すべき手続としては、(7)間接強制手続における債務者審尋（民事執行法172条3項）、(4)請求異議の訴え（民事執行法35条1項）、(9)面会交流の禁止または変更を求める調停または審判の申立ての3つが考えられる。事情変更の主張をどのような手続ですべきかという問題である。

2) 裁判例

(b)の問題について判示した裁判例は多数存在する（①大阪高決平成14年1月15日家月56巻2号142頁（神戸家龍野支決平成13年12月7日家月[参]56巻2号144頁の抗告審）、②神戸家決平成14年8月12日家月56巻2号147頁（前掲①決定の受差戻審）、③大阪高決平成15年3月25日家月56巻2号158頁（前掲②決定の抗告審）、④大阪高決平成19年6月7日判例タイムズ1276号338頁、⑤岡山家津山支決平成20年9月18日家月61巻7号69頁、⑥前掲東京高決平成24年1月12日（a）の問題にも言及している部分は既述した）、⑦東京高決平成26年3月13日判例時報2232号26頁等）。

このうち、子の福祉を間接強制手続上で考慮した下級審判例は少なくない（前掲①、②、④、⑥、⑦決定）。債務者保護のため、債務者審尋は必ず行われる結果、ここで事情変更について主張されることが多い。

前掲①決定は、「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」と述べた。「正当の理由」、「特別の事情」を挙げることで間接強制が例外的に認められない場合があることを示唆したのである。これを受け、前掲②決定は、『『正当の理由』とは、例えば、監護している子が面接交渉権利者である実親に対し、その従前の養育態度などに起因する強い拒否的感情を抱いていて、面接交渉が、子に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、主として子及び監護者実親の側における、間接強制を不相当とすべき諸事情をいうもの』であるとした。また、「間接強制を求めることが許されない『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、主として非監護者実親の側における、間接強制を不相当とすべき諸事情をいう」と解した。

そして、前掲②決定では、子（9歳程度）が非監護親との面接を嫌がるため面会交流を拒絶すると主張する監護親に対して「間接強制を拒み得る『正当の理由』は存しない」と判示し、間接強制を命じた。子が面会交流を拒んでいるのは、監護親に対する忠誠葛藤によるところが大きく、逆に、非監護親にもっと構ってほしいとの気持ちを有していると認定したためである。

その後の下級審判例も、監護親からの子の福祉に反する事情があるとの主張に対して、監護親が2歳になったばかりの子の意思を強調したり、調停成立前の事情を持ち出したりしたこと（前掲④決定）、子（10歳程度）の拒絶意思と子のPTSD等を示す医師の診断書の提出はあるが、監護親が定められた面会交流の方法に従わず、子の忠誠葛藤をさらに進行させた

可能性もあること（前掲⑥決定）、12歳、10歳という比較的年齢の高い2人の子の強固な拒絶意思が認められるが、幼いときからの意思形成過程に監護親（母親）の言動が強く影響しており、監護者としての適格性にも大きな問題があること等（前掲⑦決定）を理由に、面会交流債務の履行は子の福祉に反しないとしている。このように、債務者である監護親からの子の福祉に反するとの主張があれば、それに応えるため、面会交流が子の福祉を害しないかについて、間接強制手続上で検討する下級審判例がある。

しかし、最高裁平成25年決定は、子の福祉に関する事情を間接強制手続の審理対象としない姿勢を明らかにした。すでに下級審判例においても、同様の立場を示したものがある（前掲③（前掲①・②と同事案）、⑤決定（この事案の子は3人の姉妹で年齢不明だがいずれも10歳未満））。この2つの下級審判例は、最高裁平成25年決定と異なり、請求異議事由として主張し得るにとどまるとしている。また、調停または審判後の事情変更として、面会交流が子の福祉に反すると主張するならば、面会交流の禁止または内容変更を求める再調停ないし審判の申立てによるべきであるとする。最高裁平成25年決定は、再調停ないし審判の申立てによる方法を示唆しているが、請求異議の訴えによる方法については一切触れていない。これは抗告人が主張しなかったためとも解せられるが、請求異議の訴えによる方法を採用しない趣旨と捉える見解もある⁽³¹⁾。

3) 学説

学説では、間接強制手続上で子の福祉を考慮することについて否定的な見解が多数説といえる⁽³²⁾。否定説の根拠としては、おおむね次のことが挙げられる。(i)すでに面会交流を定めた調停または審判において子の福祉に関する慎重な判断がなされているので、迅速な権利実現の役割を果たすべき執行機関は再度子の福祉に関して判断する必要はないこと、(ii)間接強制手続においては、家庭裁判所調査官が関与できないため（裁判所法61条の2第2項）、子の心情の十分な把握が困難であること等である⁽³³⁾。この説に立つ者も、面会交流が子の福祉に反する旨を主張する方法は別にあると解している。その方法としては、請求異議の訴えの提起、面会交流の禁止または変更を求める再調停または審判の申立てが挙げられる。

請求異議の訴えによることができるとする見解は、面会交流の実施が子の福祉に反する場合に間接強制の申立てをすることが権利濫用または信義則違反となり、請求異議事由に該当すると解するのである⁽³⁴⁾。債務名義となる審判後に事情変更があり、間接強制により心理強制することが子の福祉を著しく害するような事態が生じたときには、債務者はその事由を主張すべきものであり、起訴責任は債務者に転換すべきであるという⁽³⁵⁾。もっとも、この見解からも、「子の福祉」という微妙な問題については、弁論主義によって十分な審理ができるのかは疑問であるとの声がある⁽³⁶⁾。そのため、子の心理状態把握のために別途調停・審判の申立てをし、家庭裁判所調査官の報告書等を含む事件記録の全部また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提案されている⁽³⁷⁾。

面会交流の禁止または変更を求める再調停または審判の申立てによるべきであるとする見解は、次のような理由による。執行手続では、子の意思を確認することが実務上困難であるのに対して、再調停または審判においては子の手続参加や家庭裁判所調査官の意向調査（家事事件手続法58条、258条1項）が可能であるから子の意思を十分に考慮することができる

という⁽³⁸⁾。

これに対して、間接強制手続上で再度子の福祉に関する事情を考慮してよい場合があると
する限定的な肯定説もある⁽³⁹⁾。面会交流審判は子の心情等を踏まえたうえでされているか
ら、原則としては、子の拒絶の問題は間接強制を妨げる理由にはならない。ただし、「子の
拒絶の意思が強固なことが明らかで、子の年齢その他の事情を考慮し、履行を強制することが
子の利益に適わず不当となる場合には、間接強制は許されるべきではない」とする見解⁽⁴⁰⁾、
子の意思も子の福祉の問題として、当事者の意向によっては間接強制手続の段階で判断でき
るのではないかとする見解⁽⁴¹⁾などがある。

しかし、前者の見解によれば、実質的にはその当否判断のために、結局、広汎な事情を間
接強制手続上で審理対象とせざるをえない。そのためには、子に十分な手続保障がなされな
ければならないが、手続上そうはなっていない点で難しいように思われる。後者の見解は、
たしかに、下級審判例のなかには間接強制手続上で子の福祉に関する事情を考慮するものも
みられるから、實際上採用可能な見解ではあるが、子の手続保障の観点からはやはり適切と
はいいがたい。

5 検討

1) 「間接強制の対象となる債務」該当性を判断する際の子の意思の考慮

本決定は、間接強制の発令要件のうち③要件（間接強制の対象となる債務）を充たす債務
か否かという観点から間接強制手続上で子の意思を考慮し、間接強制を認めないものとし
た。このように、間接強制手続上で子の意思を正面から考慮した裁判例は異例のものとい
える。

しかし、これまでの裁判例・学説を概観する限り、面会交流債務においても、「債務者の
意思のみによって実現できない債務」に該当する場合はあるとみてよいであろう。

学説が示すような、子の発達の段階により監護親側のすべき履行努力の程度を区別するこ
とによって、「債務者の意思のみによって実現できない債務」か否かを判断する基準は、面
会交流債務においても必要であると考えられる。より面会交流債務に適した判断基準を提示す
るためには、本決定を含む蓄積した裁判例を参考とすべきであろう。

まず、子の発達段階は個人差があるからおおむね次のような3つの段階に分けられると考
える。(1)十分な子の意思表示が困難であるとともに、意思形成においても依存する周囲の大
人の影響下にある段階（小学校低学年まで）、(2)意思表示が可能となるとともに、ある程度
独立した意思形成が可能な段階（10歳程度から高学年まで）、(3)意思表示および独立した意
思形成が可能な段階（12歳程度以降）の3段階である。

次に、各段階に応じて要求される監護親の履行努力の程度を検討する。

(1)の段階は、子の意思はいまだ独立した意思形成に基づくものとはいえないので、子の意
思尊重の要請は原則として履行確保の要請より劣後するものとして処理すれば足りよう。つ
まり、いまだ十分な子の意思形成は認められないから、監護親は原則として面会交流実現の
ために引渡場所に子を連れ出すなど引渡行為まで行う必要がある。

(2)の段階は、子の意思をもはや軽視することはできない⁽⁴²⁾。しかし、この段階は、いまだ周囲の大人に依存したうえでの意思形成である場合が多いから、子に対する監護親の働きかけによっては子の意思は柔軟に修正される見込みがある。履行確保の要請に応えつつ、子の意思を尊重するためには、監護親による指導など積極的な行為により努力を尽くしたのに子の意思を変えられなかったという事実が求められるであろう。本決定の事案はまさにそのような事実が認定された場合と考えられる。前掲⑥決定と本決定の子の年齢は同じ10歳であるが、前者は「債務者の意思のみによって実現できない債務」には直ちに該当しないとした。既述したように、この2例を見る限りにおいては、監護親の履行努力の程度が重要な判断要素となったといえる。

(3)の段階は、履行確保の要請は後退し、子の意思が当然尊重されねばならない。したがって、この段階で面会交流債務が妨害禁止を内容とするときは、監護親は妨害行為をしないのであればそれだけで履行の努力が認められよう。また、面会交流債務が子の引渡しを内容とするときは、子に対して可能な範囲で説得行為を行えば履行の努力が尽くされたことになると考える。

ただし、前掲⑦決定の事案のように、(2)または(3)の発達段階の子が面会交流を拒絶した場合でも、幼いときからの意思形成過程に監護親の言動が明らかに強く影響しているとみられるときには、監護親に1つ下の段階（(2)の発達段階なら(1)の段階、(3)の発達段階なら(2)の段階）と同程度の履行努力が要求されよう。

以上のような発達段階に応じた判断基準によるとき、本決定の場合は(2)の段階に当たる。本決定は子の発達段階に応じた子の意思および債務者の履行努力に配慮したもので妥当であり、結論に賛成である。しかし、債務者の履行努力が認められるには、Aの面会交流を実施していた本決定の事案のように、実際には、ある程度、明らかな事実が必要となるであろう。迅速に処理すべき間接強制手続上で債務者や子に関する事情を詳細に調査し判断することは手続の遅延を招き弊害が大きいからである。

2) 子の福祉に関する事情を考慮すべき場面

1) で示した判断基準に基づけば、子が面会交流に消極的姿勢を示す場合でも、(1)の発達段階では原則として子の意思を間接強制手続上で考慮することはない。また、(2)の段階においても、前掲⑥決定のように、監護親側の履行努力が足りないと言われた場合には、やはり子の意思を間接強制手続上で考慮しえない。

これらの場合においては、調停または審判後の子の福祉に反する事情を事情変更に含まれるものとして、考慮すべき場面はあろう。監護親が主張する方法については、おおむね間接強制手続における債務者審尋、請求異議の訴え、面会交流の禁止または変更を求める再調停または審判申立てが選択肢とされてきた。

下級審判例においては、間接強制手続上で子の福祉に関する事情を考慮したものもみられた。子の福祉に反する事情があるならば、迅速に執行排除がなされるべきであるとの理念が働いたものと思われる。たしかに子の成長発達の速度を鑑みれば一括した手続内での処理は手続の迅速性に繋がる面もあるので、この方法を必要とする見解も部分的には理解できる。

しかし、子の福祉に関する事情を適切に考慮するためには、子の人格に配慮した手続保障

が不可欠であるところ、民事執行法に基づく執行手続にはそれが欠けている。それは請求異議の訴えによる方法も同様である。少なくとも、最高裁平成25年決定は手続保障の見地から間接強制手続における債務者審尋による方法を選択肢として認めなかったものと解される。

現段階では、やはり、面会交流の禁止または変更を求める再調停または審判によって子の利益を確保する方法が最適なものと考えられよう⁽⁴³⁾。この方法によれば、子の意見陳述および家庭裁判所調査官の意向調査が可能となる。また、子に手続行為能力が認められるときには、家事事件手続法における子の手続参加と手続代理人制度の組み合わせにより、面会交流を定める手続上でさらに子の意思を代弁してもらう道も開かれている。ここで子の真意を精査することにより、客観的利益と主観的利益の整合性を図ることも可能となる⁽⁴⁴⁾。さらに、この方法によらなければ、その後も同内容の間接強制が繰り返される結果、監護親の経済的負担が増大し子が不利益を被るおそれがある。将来に向けた親子関係の発展的な再構成も見込めない。もちろん、迅速に執行を排除する必要がある。その点では、審判または調停前の保全処分（家事事件手続法157条3号）によって、執行停止を求めることが可能であり⁽⁴⁵⁾、執行排除はこれによるべきであろう。請求異議の訴えと並行して別途調停・審判の申立てをし、家庭裁判所調査官の報告書等を含む事件記録を請求異議訴訟で採用するという提案も有益であるが、いささか迂遠といえよう。

立法論的には、迅速な執行排除の機会を付与しつつ、子の手続保障にも配慮した面会交流のための執行手続規定を設けるべきである。具体的には、執行裁判所においても子の意見陳述および家庭裁判所調査官の意向調査を可能とする規定を挿入すべきである。そして、このときに考慮すべき子の福祉に関する事情は調停または審判後に生じた事情に限られよう。執行機関の迅速な執行実現の役割を考えれば、すでに面会交流を定めた調停または審判で考慮された事情を二重に調査する必要はないからである。そのためにも、本案手続の段階では、子の利益を十分に考慮した慎重な判断がなされなければならないであろう。

6 結びにかえて

以上のように、本決定は特異な判断がなされたものではなく、子の発達段階に応じた監護親の履行努力が認められたために、間接強制が否定されたものである。当事者の主張内容の相違にもよるが、子の発達の段階、監護親の履行努力の程度などによって、裁判実務では子の拒絶意思への対応を段階的に変えていると考えられる。

したがって、本決定は最高裁平成25年決定の判断と矛盾するものではないといえる。本決定の意義は、間接強制決定の発令要件である③要件（間接強制の対象となる債務）を充たさない、子の発達段階を監護親の履行努力の例を示した点にある。

しかし、本稿でみてきたように、子が面会交流に消極的姿勢を示した事案で多くの裁判例が間接強制を命じる決定を行っている。その事案の大半が監護親の言動に問題があるとされたものであった。

それでは、間接強制決定により監護親が態度を改め説得等の行為に努めた場合、意思表示しうる程度の発達段階における子らの拒否的態度を容易に変えることができるかについては

疑問が残る。実際に、日本弁護士連合会の両性の平等に関する委員会有志でなされた「司法が関与する面会交流の実情に関するアンケート調査」によれば間接強制の効果で面会が実現した件数は少ないという⁽⁴⁶⁾。むしろ子の精神的負担が増大するおそれがある。既述のとおり、経済的負担が母子家庭に及ぼす影響も看過できない。

面会交流にふさわしい履行確保手段は、本来は間接強制手続ではなく、それ以外の方法から見出すべきであろう。現行法では、強制力は乏しいものの、第一次的には履行勧告が適した方法といえよう。本決定の事案では、事前に履行勧告がなされていない。履行勧告は家庭裁判所調査官が当事者双方の言い分を調整し履行を促す方法であるから、まずはこれによるべきであったと思う。履行勧告の手続で父母間の言い分を調整するとともに家庭裁判所調査官の関与によりZの父Xに対するわだかまりの原因や母Yへの思いなどを探り、面会交流内容の修正を行うべきであったと考える。

そのほか、履行可能性を高める手段は、諸外国の制度が参考となろう。たとえば、アメリカやイギリス、韓国等では父母教育プログラムや第三者の仲介・立ち会い、家庭裁判所調査官に相当する者による履行状況の定期的調査・監督および家庭裁判所への報告などの制度が取り入れられている⁽⁴⁷⁾。虐待やDV事案の場合には、やみくもに面会交流を推進するのではなく、それに対応する厳格な手続とともに面会交流を実現していくための特別な手続も用意されている。これらを手がかりとして、立法論では、わが国の面会交流の可否・方法等の合意形成から面会交流の継続的実施までを実現する統合的な公的支援制度の構築を目指すものとする。その前提として、子が発達段階に相応する主体的な利益享受の機会を明示した面会交流規定の創設なども望まれる。面会交流に関わる全過程で、子の発達に応じた適切な意思の反映を可能とする子の関与のあり方についてもさらに議論を深めていく必要があるように思われる。

参考文献

- (1) そのほか、親権者の変更申立て、面会交流に関する取り決めの債務不履行または不法行為に基づく損害賠償請求なども間接的に履行を促す手段として用いられることがある。
- (2) 面会交流は任意的性格が強いため、強制執行自体を否定する見解もあった(梶村太市『『子のための面接交渉』再々論』『21世紀の家族と法 小野幸二教授古稀記念論集』225頁(法学書院、2007年)、島津一郎・阿部徹編[梶村太市]『新版 注釈民法(22) 親族(2)』148頁(有斐閣、2008年))。しかし、強制的に実現する手段が認められなければ、司法に対する信頼は失われることを重くみて、今日では強制執行を肯定する説が大勢である。
- (3) 二宮周平「大阪高裁平成14年1月15日決定・判批」判例タイムズ1150号106頁(2004年)、釜元修・沼田幸雄「面接交渉と強制執行」右近健男・小田八重子・辻朗『家事事件の現況と課題』179頁(判例タイムズ社、2006年)、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)』341頁(新日本法規出版、2008年)、大濱しのぶ「大阪高裁平成19年6月7日決定・判批」私法判例リマークス2009年(下)122頁(2010年)、岡部喜代子「養育費・面接交渉の強制執行」家族<社会と法>26号55頁(2010年)、本間靖規「最高裁平成25年3月

28日決定・判批」平成25年度重要判例解説154頁（2014年）、中野貞一郎・下村正明『民事執行法』814頁（青林書院、2016年）等。

否定的見解を採られる梶村説も、子の利益にかなう特別な事情があるときには例外的に間接強制も許されるとする（梶村太市「親子の面会交流原則的実施論の課題と展望」判例時報2177号11頁（2013年）。

- (4) 同日付の最高裁決定は、いずれも間接強制の可否について判示している（最決平成25年3月28日裁判集民事243号267頁（平成24年（許）第41号）、最決平成25年3月28日裁判集民事243号271頁（平成24年（許）第47号）参照）。最高裁平成25年3月28日決定3件の射程範囲は、審判および調停調書のほか、判決（人訴32条1項）や和解調書の場合にも及ぶとの見方がある（大濱しのぶ「最高裁平成25年3月28日決定（平成24年（許）第48号）・判批」私法判例リマークス49[2014年<下>]128頁（2014年））。
- (5) 最高裁平成25年決定等の評釈として、野村秀敏「最高裁平成25年3月28日決定（平成24年（許）第48号）等・判批」民商法雑誌149巻2号41頁（2013年）、本山敦「最高裁平成25年3月28日決定（平成24年（許）第48号）・判批」判例セレクト2013 I（法学教室401号別冊付録）24頁（2013年）、池田愛「最高裁平成25年3月28日決定（平成24年（許）第48号）・判批」同志社法学66巻2号283頁（2014年）、上向輝直「最高裁平成25年3月28日決定（平成24年（許）第48号）等・判批」北大法学64巻6号199頁（2014年）、大濱・前掲注(4)126頁、河野泰義「最高裁平成25年3月28日決定（平成24年（許）第48号）・判批」白鷗大学法科大学院紀要8号63頁（2014年）、小池泰「最高裁平成25年3月28日決定（平成24年（許）第48号）・判批」平成25年度重要判例解説93頁（2014年）、柴田義明「最高裁平成25年3月28日決定（平成24年（許）第48号）・判批」ジュリスト1470号76頁（2014年）、高部眞規子「最高裁平成25年3月28日決定（平成24年（許）第48号）等・判批」法の支配172号99頁（2014年）、田中壯太「最高裁平成25年3月28日決定（平成24年（許）第48号）・判批」N B L 1003号82頁（2014年）、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（2014年）、本間靖規「最高裁平成25年3月28日決定（平成24年（許）第48号）・判批」平成25年度重要判例解説152頁（2014年）、山木戸勇一郎「最高裁平成25年3月28日決定（平成24年（許）第48号）等・判批」法学研究87巻4号43頁（2014年）、高田昌宏「最高裁平成25年3月28日決定（平成24年（許）第48号）・判批」民法判例百選42頁（2015年）、二宮周平「最高裁平成25年3月28日決定（平成24年（許）第48号）・判批」法律時報88巻12号151頁（2016年）等。
- (6) 判例時報2288号コメント部分参照。
- (7) 依田久子「子どもの意見表明権一家事事件手続との関係など 調査官の立場から」家族<社会と法>10号195頁（1994年）。
- (8) 面会交流の法的性質に関する議論は次のようなものがある。学説は、おおむね権利性を肯定する見解が多数とみられる。そのなかにも諸説あり、(7)親子関係から生ずる自然権とみる説（森口静・鈴木経夫「監護者でない親と子の面接」ジュリスト314号76頁（1965年）、高橋忠次郎「子の監護と面接交渉」ジュリスト472号115頁（1971年）等）、(i)監護に関連する権利とみる説（於保不二雄編 [明山和夫]『注釈民法23巻』74頁（有斐閣、1969年）等）、(ii)子の権利とみる説（稲子宣子「子の権利としての面接交渉権」日本福祉大学研究紀要42号97頁（1980年））、(iii)子の権利であり、親の権利でもあるとする説（二宮周平「面接交渉の義務性」立命館法学298号335頁（2004

年)、若林昌子「面会交流事件裁判例の動向と課題—父母の共同養育責任と面会交流の権利性の視座から—」法律論叢85巻2・3合併号401頁(2012年)、(ホ)親権・監護権の一部とみる説(中川淳「離婚後親権を行わない父母の一方の面接交渉権」法律時報41巻9号143頁(1969年)、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号(1968年)、田中通裕「面接交渉権の法的性質」判例タイムズ747号323頁(1991年)、善元貞彦「面接交渉とその制限」判例タイムズ1064号34頁(2001年)、岡部喜代子「養育費・面接交渉の強制執行」家族<社会と法>26号55頁(2010年)等)などがある。さらに、近年では、(ア)から(ホ)説のような実体的請求権とみるのではなく、(カ)相手方当事者に面会交流について適正な協議を求める手続的請求権とみる説(適正措置請求権説)(梶村太市『子のための面接交渉』再々論『21世紀の家族と法 小野幸二教授古稀記念論集』216頁(法学書院、2007年)、横田昌紀・石川亨・伊藤彰朗・加藤幸・吉永希「面会交流裁判例の実証研究」判例タイムズ1292号6頁(2009年))も有力である。

児童権利条約9条3項は、「締約国は、児童の最善の利益に反する場合を除くほか、父母の一方又は双方から分離されている児童が定期的に父母のいずれとも人的な関係及び直接の接触を維持する権利を尊重する」と規定する。この規定に基づけば、面会交流の権利は子の立場から保障されなければならない。また、近年の心理学上支持される見解に基づけば、子の健全な成長発達のためには、できる限り父母間の高葛藤別居または離婚後も双方の親との関係を維持すべきこととなる(細久郁・進藤千絵・野田裕子・宮崎裕子「面会交流が争点となる調停事件の实情及び審理の在り方—民法766条の改正を踏まえて—」家裁月報64巻7号46頁以下(2002年))。面会交流は親子関係を維持するために必要な手段であるから、子のための権利と捉えるとともに、親の監護義務に基づいた親の権利でもあるとする見解は首肯できる。しかし、法的根拠となる民法766条1項の文言から実体法上の権利性を直接基礎づけるのは無理があるように思われる。子の権利と捉えられたとしても、現行法の規定のみでは、子自身が積極的に利益を享受するには十分とはいえない。現時点では、硬直的な権利とするよりも、より柔軟に面会交流を形成しうる適正措置請求権と捉える(カ)説を支持したい。

面会交流の権利性を否定する下級審判例もあるが(大阪高決昭和43年12月24日家月21巻6号38頁)、権利性を肯定する下級審判例が当初は多く見受けられた(東京家審昭和39年12月14日家月17巻4号55頁、東京家審昭和42年6月9日家月20巻3号67頁、東京高決昭和42年8月14日家月20巻35号64頁、大阪家審昭和43年5月28日家月20巻10号68頁等)。もっとも、最近の裁判実務では、面会交流の法的性質に言及することなく、面会交流の可否を判断する傾向にある。子の利益を最優先に考慮し子の福祉を判断基準として面会交流の可否を決する点では争いがないからであろう。

- (9) ローツ・マイア「面会交流と子供の立場—ドイツでの子供の交流拒否をめぐる議論を中心に—」法学77巻3号152頁(2013年)。
- (10) 東京家審平成18年7月31日家月59巻3号73頁、大阪高決平成21年1月16日家月61巻11号70頁等。
- (11) 齊藤秀樹「原則実施論の問題点」梶村太市・長谷川京子編『子ども中心の面会交流 ところの発達臨床・裁判実務・法学研究・面会支援の領域から考える』154頁(日本加除出版、2015年)、梶村太市「面会交流の実体法上・手続法上の諸問題」判例時報2260号3頁(2015年)、長谷川京子「子どもの監護と離別後別居親の関わり」判例時報2260号11頁(2015年)、渡辺義弘「高葛藤事案

における代理人弁護士の任務」判例時報2260号19頁（2015年）、可児康則「司法における面会交流の現実」小川富之・高橋睦子・立石直子編『離別後の親子関係を問い直す 子どもの福祉と家事実務の架け橋をめざして』106頁（法律文化社、2016年）等。わが国の法制度の現状から、特にDV事案などにおける面会交流については、慎重に対処する必要があるとされる（水野紀子「DV・児童虐待からみた面会交流原則的実施論の課題」梶村太市・長谷川京子編『子ども中心の面会交流 ころの発達臨床・裁判実務・法学研究・面会支援の領域から考える』119頁（日本加除出版、2015年））。

また、「親子断絶」防止法案に対しては、すでに研究者、実務家等の専門家の反対意見が挙げられているものとして、面会交流等において子どもの安心安全を考える全国ネットワーク『父母の離婚等の後における子と父母との断続的な関係の維持等の促進に関する法律案』への意見【10.10現在】（<http://nacwc.net/2016-10-06-06-35-18.html>）参照。

- (12) ドイツにおいては、「別居親との継続的接触が、原則として子の福祉に適うという考え方が徐々に強くな」り、子の拒絶意思が「相当に制限されている」ようにみえるという（ローツ・マイア・前掲注(9)153頁）。わが国における面会交流の強制に対する子への影響について、日本DV防止・情報センター「別居親と子どもの面会交流に関する調査報告書概要版」4頁（2012年）、長谷川京子「面会交流原則的実施政策の問題点」梶村太市・長谷川京子編『子ども中心の面会交流 ころの発達臨床・裁判実務・法学研究・面会支援の領域から考える』14頁（日本加除出版、2015年）、安部朋美「取り残される子どもの気持ち」梶村太市・長谷川京子編『子ども中心の面会交流 ころの発達臨床・裁判実務・法学研究・面会支援の領域から考える』185頁（日本加除出版、2015年）。
- (13) 河野・前掲注(5)72頁。
- (14) 中野貞一郎『民事執行法 増補新訂版6版』176頁（青林書院、2010年）。
- (15) 鈴木忠一・三ヶ月章編『富越和厚』注解除民事執行法(5)』106頁（第一法規、1985年）。
- (16) 間接強制が可能であるとしても、債務名義における給付内容が特定していなければ、債務者が履行すべきことは何か明らかでない。過酷執行を避けるためには、②要件を充たす必要があるが、その特定の程度については、学説で十分に論じられてきたとはいえない。下級審判例においては、給付の特定性が認められるとして間接強制を命じたものが多いが（大阪高決平成19年6月7日判例タイムズ1276号338頁等）、必ずしも統一した特定性基準は確立されてこなかった。最高裁平成25年決定は、債務名義に(7)面会交流の日時または頻度、(4)各回の面会交流時間の長さ、(9)子の引渡しの方法等が定められている必要があるとして、給付の特定性基準を明示している。なお、同日付の2つの最高裁決定においても、面会交流を実現するための間接強制の可否判断がなされ、それに際しほぼ同様の特定性基準が示されている。
- (17) 遠藤浩・川井健・原島重義・広中俊雄・水本浩・山本進一編『民法4債権総論 第4版補訂版』44頁（有斐閣、2000年）。
- (18) 富越・前掲注(15)26頁、98頁以下。
- (19) 我妻栄『新訂債権総論』93頁（岩波書店、1964年）。
- (20) 中野・下村・前掲注(3)810頁、山本和彦ほか編『大濱しのぶ』新基本法コンメンタール民事執行法』430頁（日本評論社、2014年）、松本博之『民事執行保全法』330頁（弘文堂、2011年）、山本和

彦「間接強制の活用と限界」法曹時報66巻10号15頁(2014年)等参照。執行方法で克服できない外的な障害の有無について間接強制決定前の審尋において判断し決すべきとする見解(中野・前掲810頁)、第三者の協力調達を強制することをも含めて相当かについて具体的な事情に照らし判断すべきであるとする見解(大濱・前掲430頁)などが主張されてきた。しかし、これらの説は柔軟な基準であるが間接強制の審判対象性の判断基準としては不明確であるとして、次のような見解も新たに主張されている。債務者が第三者の協力を得るために期待可能なことをすべて行った場合」にそれでも「第三者の協力が得られない」とき、「債務者の意思のみによって実現できない債務」に該当するとする見解(松本・前掲330頁)、「第三者の協力を容易に得る見込みがないとしても、債務者としてはその協力を得るべくなお最善の努力をすべきであり、協力の調達が容易ではなくても最善の努力をしていない債務者に対しては間接強制によってその努力を求める方が債権者に付与されるべき」であるという見解(山本・前掲25頁)等である。

- (21) 中野・下村・前掲注(3)810頁。
- (22) たとえば、最高裁平成25年決定の原審である札幌高裁平成24年10月30日決定(民集67巻3号884頁)も、面会交流の実施に子が強固な拒絶意思をみせた事案で、抗告人(監護親)が間接強制になじまない債務であると主張したが、「面会交流に係る債務名義上の義務が一般的に間接強制になじまないものとは解され」ないと述べたにとどまる。
- (23) 犬伏由子「東京高裁平成24年1月12日決定・判批」私法判例リマークス47号2013年[下]73頁(2013年)。
- (24) 梶村太市『裁判例からみた面会交流調停・審判の実務』304頁(日本加除出版、2013年)も同旨。
- (25) 釜元・沼田・前掲注(3)186頁、榮・綿貫・前掲注(3)342頁、野村・前掲注(5)61頁。
- (26) 釜元・沼田・前掲注(3)186頁。
- (27) 山本・前掲注(20)34頁。
- (28) 山本・前掲注(20)34頁～35頁。
- (29) 山本・前掲注(20)34頁～35頁。
- (30) 極端な例としては、たとえば、脅迫的言動などによって意思を制圧して面会交流を促すなどの方法は子の人格を侵害するので許されない。
- (31) 山木戸・前掲注(5)58頁。
- (32) 伊藤茂夫「大阪高裁平成14年1月15日決定・判批」判例タイムズ1184号123頁(2005年)、榮・綿貫・前掲注(3)342頁。
- (33) 伊藤・前掲注(32)123頁。
- (34) 釜元・沼田・前掲注(3)42頁、中野・下村・前掲注(3)814頁。
- (35) 釜元・沼田・前掲注(3)42頁。
- (36) 釜元・沼田・前掲注(3)42頁、花元彩「面接交渉の間接強制」判例タイムズ1155号97頁(2004年)。
- (37) 河野・前掲注(5)80頁。
- (38) 二宮・前掲注(3)106頁、花元・前掲注(36)97頁、上向・前掲注(5)214頁、本間・前掲注(5)154頁。
- (39) 河野・前掲注(5)63頁、大濱・前掲注(4)126頁、池田・前掲注(5)283頁。
- (40) 大濱・前掲注(4)129頁。
- (41) 池田・前掲注(5)283頁。

- (42) 間接強制手続の段階ではないが、10歳前後から小学校高学年までの子の意思について、「一定の判断能力ある子が表明する意思に相応の重きが置かれるべきことは当然であり、そのような年齢にない子の場合も相当な考慮が払われなければならない」とする（棚村政行「離婚と父母による面接交渉」判例タイムズ952号62頁（1997年））。
- (43) 二宮・前掲注(5)154頁。
- (44) 佐々木健「面会交流における子の意思―片親疎外（症候群）理論を巡って―」法律時報85巻4号62頁（2013年）。
- (45) 上向・前掲注(5)147頁。
- (46) 可児康則「特別寄稿 面会交流に関する家裁実務の批判的考察―「司法が関与する面会交流の実情に関する調査」を踏まえて―」判例時報2299号16頁（2016年）。
- (47) 棚村政行「アメリカの子の監護交流調整制度の実情と課題」戸籍時報603号15頁（2006年）、南方暁「面会交流の支援体制に関する一試論―イギリスの面会交流センターを素材として―」『家族と法の地平―三木妙子・磯野誠一・石田稔先生 献呈論文集』131頁以下（尚学社、2009年）、棚村政行「アメリカにおけるDV防止法制の展開と子の監護・面会交流」ジェンダー研究21 1号26頁（2011年）、犬伏由子・宋賢鐘「韓国法における親の離婚と子の養育について―子の利益（福利）を実現するシステムの構築に向けて―」法学研究86巻1号182頁（2013年）、拙稿「婚姻破綻した父母間の子の利益確保を目的としたイギリス法の取組み―『子のための取決め陳述書提出制度』の推移に着目して―」戸籍時報721号26頁（2015年）、同「父母間の子の奪い合いに対するイギリス法の予防的取組み―『子のための取決め陳述書提出制度』の廃止要因に着目して―」中京学院大学研究紀要22巻52頁-53頁（2015年）等参照。国内における父母教育プログラムを実施する試みについては、安部隆夫・樋口昇・山本廣子「面接交渉等に関する父母教育プログラムの試み」家裁月報55巻4号111頁（2003年）等参照。

【追記】校正時、子が拒絶する面会交流の間接強制が認められた大阪家決平成28年2月1日判例タイムズ1430号230頁に接した。