

判例研究 面接交渉を認めた審判等が履行されない場合の間接強制の可否

——最(一)小決平成25年3月28日(裁判所時報1577号4頁、同6頁)

田中 宏

I	決定要旨	54
II	参照条文	55
III	事案の概要	55
IV	原審の判断	57
V	本決定	57
VI	検討	59
VII	結語	67

I 決定要旨

[1] 平成24年(許)第41号(以下「第1事案」という。)

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、面会交流の頻度等につき1箇月に2回、土曜日又は日曜日に1回につき6時間とする旨定められているが、子の引渡しの方法については何ら定められていないなど判示の事情の下では、監護親がすべき給付が十分に特定されているとはいえず、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はできない。

[2] 平成24年(許)第47号(以下「第2事案」という。)

非監護親と監護親との間において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、調停調書に次の(1)、(2)のとおり定められているなど判示の事情の下では、監護親がすべき給付が十分に特定されているとはいえず、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はできない。

- (1) 面会交流は、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)とするが、最初は1時間程度から始めることとし、子の様子を見ながら徐々に時間を延ばすこととする。
- (2) 監護親は、上記(1)の面会交流の開始時に所定の喫茶店前で子を非監護親に合わせ、非監護親は終了時間に同場所において子を監護親に引き渡すことを当面の原則とするが、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、監護親と非監護親間で協議して定める。

[3] 平成24年(許)第48号(以下「第3事案」という。)

- 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。
- 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おいて、次の(1)、(2)のとおり定められているなど判示の事情の下では、監護親がすべき給付の特定に欠けるところはないといえ、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。

- (1) 面会交流の日程等は、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、子の福祉を考慮して非監護親の自宅以外の非監護親が定めた場所とする。
- (2) 子の受渡場所は、監護親の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、所定の駅改札口付近とし、監護親は、面会交流開始時に、受渡場所において子を非監護親に引き渡し、子を引き渡す場面のほかは、面会交流に立ち会わず、非監護親は、面会交流終了時に、受渡場所において子を監護親に引き渡す。

II 参照条文

第1事案 民法766条1項、家事審判法（平成23年法律第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

第2事案 民法766条1項、家事審判法（平成23年法律第53号による廃止前のもの）15条、家事審判法（平成23年法律第53号による廃止前のもの）21条1項ただし書、家事事件手続法75条、家事事件手続法268条1項、民事執行法172条1項

第3事案 民法766条1項、家事審判法（平成23年法律第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

III 事案の概要

- 1 第1ないし第3事案は、いずれも、未成年者の父であるX（第1、第2事案では原告人、第3事案では相手方）が、未成年者を単独で監護する未成年者の母（第1、第2事案では相手方、第3事案では原告人）に対し、Xと未成年者との面会その他の交流（以下「面会交流」という。）にかかる間接強制の申立てをした事案である。
- 2 第1事案と第3事案は審判、第2事案は調停に基づいて間接強制の申立てがなされているが、各事案の審判および調停条項の内容は、おおむね以下のとおりである。

第1事案（審判主文）

相手方は、原告人と長男及び二男が、1箇月に2回、土曜日又は日曜日に、1回につき6時間面会交流をすることを許さなければならない

第2事案（調停条項）

- ア 相手方は、抗告人に対し、長男と、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、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 相手方は、前項に定める面接の開始時にa県b市のc通りの喫茶店の前で長男を抗告人に会わせ、抗告人は終了時間に同場所において長男を相手方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、抗告人と相手方で協議して定める。
- ウ 抗告人と相手方は、上記アに基づく1回目の面接交渉を、平成22年1月末日までに行うこととする。
- エ 抗告人と相手方は、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1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。

第3事案（審判主文の引用する面接要領）

- 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、長女の福祉を考慮して相手方（父Y）自宅以外の相手方が定めた場所とする
 - ② 面会交流の方法として、長女の受渡場所は、抗告人（母X）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、抗告人は、面会交流開始時に、受渡場所において長女を相手方に引き渡し、相手方は、面会交流終了時に、受渡場所において長女を抗告人に引き渡し、抗告人は、長女を引き渡す場面のほかは、相手方と長女の面会交流には立ち会わない
 - ③ 長女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、相手方と抗告人は、長女の福祉を考慮して代替日を決める
 - ④ 抗告人は、相手方が長女の入学式、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
- 3 ところが、いずれの事案についても、審判・調停内容に基づく面会交流は実現されなかったため、Xが、間接強制の申立てをするに至った。

IV 原審の判断

第1事案「本件審判は、面会交流の大枠を定めたものにとどまり、相手方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」として審判に基づく面接強制決定を認めなかった。

第2事案「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、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、調停調書に基づく面接強制決定を認めなかった。

第3事案「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、長女が面会交流を拒絶する意思を示していることが面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、原告人に対し、本件要領のとおり相手方が長女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、原告人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相手方に支払うよう命ずる面接強制決定を認めた。

そこで、第1事案、第2事案では父Xが、第3事案では母Yが、原告した。

V 本決定

1 共通の説示事項

第1ないし第3事案を通じて、以下のような共通の説示がなされた（調停調書に基づく第2事案と審判書に基づく第1・第3事案で若干表現が異なっているため、異なる部分を【 】で括り、第1・第3事案については審：第2事案については調：と附記してある）。

「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、【審：給付を命ずる審判 / 調：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【審：家事審判法21条1項ただし書、15条／調：家事審判法15条】。】

「【審：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／調：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。」

2 間接強制をなし得るための審判・調停の要件

(1) 審判内容の要件（第1・第3事案）

「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」

(2) 調停条項の要件（第2事案）

「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」

3 各事案の結論

(1) 第1事案

「本件条項は、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るといえるものの、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、相手方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、申立てを退けた原審判断を維持した。

(2) 第2事案

「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、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ないのであって、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、抗告人と相手方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、抗告人と長男との面会交流の大枠を定め、その具体的な内容は、抗告人と相手方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、相手方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。」として、申立てを退けた原審判断を維持した。

(3) 第3事案

「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抗告人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。」として、申立てを認めた原審判断を維持した⁽¹⁾。

VI 検討

1 はじめに

本件各事案の主たる問題点は、面会交流について、調停・審判など裁判所の関与によって定められた決定事項に監護親が従わない場合に、面会交流を求める非監護親による強制執行の申立てが認められるか、ということであるが、面会交流については、①そもそも、面会交流の法的根拠は何か（法的性質）、②いかなる場合に面会交流は認

(1) 第3事案については、子が面会交流を拒んでいることが、間接強制の申立てを退ける理由となるかも問題となったが、裁判所は「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ない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。」として、面会交流の可否は格別、執行の可否を左右するものではないとした。

められるべきなのか（許容基準）、そして、③本件のように面会交流が認められるべき場合であるにもかかわらず、当事者がそれに従わない場合に、強制執行による履行確保は認められるのか（強制執行による履行確保の可否）、という問題がある。

本稿では、③強制執行による履行確保の当否について主に検討し、その前提として、①面会交流の法的性質について若干論及し、②許容基準については、割愛する。

2 面会交流の法的性質

(1) 面会交流とは

面会交流とは、親権者又は監護者として自ら子の監護養育をしていない親が、子と個人的に面接したり電話や手紙で交流することである⁽²⁾。

面会交流については、かつては明文規定がなかったものの、家庭裁判所の実務においては、昭和39年に「未成熟子に対する面接ないし交渉は、親権もしくは監護権を有しない親としての最低限の要求であり、父母の離婚…によつて…、一方の親が親権者もしくは監護者と定められ、単独で未成熟子を監護養育することになつても、他方の親権もしくは監護権を有しない親は、未成熟子と面接ないし交渉する権利を有し、この権利は、未成熟子の福祉を害することがない限り、制限されまたは奪われることはない…。そしてこの権利は、監護そのものではないが、監護に関連のある権利といふべきであり、この面接交渉権行使のため必要な事項は、正に民法第七六六条第一項による監護について必要な事項と解されるから、離婚に際し親権もしくは監護権を有しないことになつた親は、未成熟子との面接交渉権行使に必要な事項につき他方の親権もしくは監護権を有する親との協議で定めることができ、その協議が調わないとき、またはできないときは、家庭裁判所がこれを定めるべきものであり、また家庭裁判所は、離婚後子の利益のため必要があると認めるときは、未成熟子との面接交渉権行使に必要な事項について相当な処分を民法第七六六条第二項による監護に関する処分として命ずることができると解すべきである。」という形で認められた（東京家審昭39.12.14 家月17巻4号55頁 LEX/DB 27451109）。これを皮切りに、最高裁も、「父母の婚姻中は、父母が共同して親権を行い、親権者は、子の監護及び教育をする権利を有し、義務を負うものであり（民法八一八条三項、八二〇条）、婚姻関係が破綻して父母が別居状態にある場合であっても、子と同居していない親が子と面接交渉する

(2) これまで「面接交渉」と呼ばれてきたが、親子間に交渉という用語は必ずしも適切ではないので、面会交流と呼ばれるようになった（梶村ほか「家族法実務講義」（有斐閣・2013）・186頁以下）。

ことは、子の監護の一内容であるということが出来る。そして、別居状態にある父母の間で右面接交渉につき協議が調わないとき、又は協議をすることができないときは、家庭裁判所は、民法七六六条を類推適用し、家事審判法九条一項乙類四号により、右面接交渉について相当な処分を命ずることができると解するのが相当である。」として別居中をも含めて広く面会交流を認めてきた（最（一小）決平 125.1 民集 54 卷 5 号 1607 頁 LEX/DB 28050871）⁽³⁾。

そして民法・家事事件手続法の改正により、民法 766 条および家事事件手続法別表第二の 3 項には、父母の離婚に際して定められる事項として「父又は母と子の面会及びその他の交流」という文言が附加された。

(2) 面会交流の法的性質

面会交流については、かつて明文規定がなかったことから、面会交流を「法的権利」として認めるのか、その法的性質はいかなるものなのか、について議論の対立があった。面会交流が、これを求める親の心情と密接であることは否定できないとしても、その可否や方法については、親の要望よりも子の福祉を第一に考えるのが相当であると考えられる。そうすると、面接交渉の内容は、監護者の監護教育内容と調和する方法と形式で決定されるべきものであり、親の面会交流を求める自然権または固有の権利ではなく、子の監護のために適正な措置を求める権利⁽⁴⁾というべきであろう。

3 調停又は審判で定められた面会交流の履行確保

(1) 面会交流の実現

法的性質のとらえ方について争いがあるものの、面会交流は「子の監護に関する処分」として調停または審判で定められることとなるが、定められたとおりに実施されない場合の履行確保の方法としては、次のようなものが考えられる。

① 履行勧告・再調停

微温的な手段としては、履行勧告（手続法 289 条 1 項 [旧家審法 15 条の 5・25 条の 2]）がある。履行勧告には強制力がないから、債務者が定められた面接に強硬に反対する

(3) 最（二小）決昭 59.7.6（集民 142 号 273 頁）は、面接交渉を認めなかった原決定が憲法 13 条に反するとの抗告理由を退けるに際し「家庭裁判所の審判事項とされている子の監護に関する処分について定める民法 766 条 1 項又は 2 項の解釈適用の誤りを言うものに過ぎない」としたが、これは離婚後の面接交渉の可否が 766 条の解釈問題であることを認めたものと評価できる（杉原「最高裁判所判例解説民事編 12 年度（下）」（法曹会・2003 年）515 頁）。

(4) 杉原・前掲・514 頁。

ときには限界がある⁽⁵⁾。

履行勧告が功を奏しないときは面会交流の再調停を行うことが考えられるが、再調停も不調となった場合には、家事事件手続法（旧家事審判法）の領域での実現は不能と言えるので、強制的実現を図るべく、強制執行を考えることとなる。

② 強制執行

確定した審判や成立した調停は「執行力ある債務名義と同一の効力」を有する（手続法75条〔家審法15条〕、手続法268条1項〔家審法21条1項但書〕）から、執行文付与の手続を経る必要は無く、強制執行への移行を考えることとなる。

問題は、いかなる方法で強制執行を行うかである。強制執行の手段としては、直接強制・代替執行・間接強制の3つの方法が考えられるが、直接強制は、一回的に完了する子の引渡しの場合であれば格別、継続的に実施すべき面会交流においては、不適切である。また代替執行については面会交流という行為の性質からみて他者が替わって行いうる性質のものではない。そうなると、この問題は、専ら「面会交流の間接強制の可否」という観点から検討していくこととなる。

(2) 間接強制の可否

① 間接強制になじむ法律関係か

家族法上の権利義務関係には、実体法レベルで認められても、強制執行になじまないとされるものもある。夫婦の同居義務（民法752条）がそれである⁽⁶⁾。そこで、面会交流についても、強制執行になじまないとする見解もあるが、「一つ屋根の下に起居すること」（夫婦の同居義務）と「時間を区切って子を非監護親に会わせること」（面会交流）とを同列に論ずることは出来ず、強制によって債務者の人格や自由を著しく害するとは言えない。「面会交流は強制執行に親しまない」というそもそも論は妥当ではなく、面会交流を強制することが相応しくない場面があることは認めつつも、およそ執行力のある債務名義が存在している限り、間接強制の方法による強制執行は認められると考えるべきであろう⁽⁷⁾。

② 判例

判例も、一般論として間接強制による面会交流の実現を認めないという立場には立

(5) もっとも、履行勧告といっても面会交流に応ずることを漫然と勧めるわけではなく、裁判所は、環境の調整を行うために家庭裁判所調査官に社会福祉機関との連絡その他の措置をとらせることができる（手続法289条4項〔家審規7条の5〕）から、実効性は相応に認められるとの評価もある（釜本・沼田「面接交渉と強制執行」〔判タ1087号40頁〕）。

(6) 大決昭5.9.30（民集9巻926号）。

(7) 富永編「子の監護をめぐる法律実務」（2008年・新日本法規）226頁以下・同260頁以下。

っておらず、個別の要件が充たされれば、間接強制を認めている。たとえば、大阪高決平 14.1.15（家月 56 卷 2 号 142 頁 LEX/DB 28090366）は、債権者と債務者の間の子の監護に関する処分調停事件において、債権者と未成年者（9 歳）との面接交渉及びその具体的な実現方法について合意がされたにもかかわらず、債務者がこれを履行しないとして、債権者が間接強制の方法による強制執行を申し立てた事案で、「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（家事審判法 15 条、21 条但書き参照。）」と説示し「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と、申立てを却下した原審（神戸家裁龍野支部決平 13.12.7 家月 56 卷 2 号 144 頁 LEX/DB 28090367）を取り消した。

以下、間接強制を実現するにあたって問題となる点について検討を加える。

4 間接強制の実現にあたっての問題点

(1) 何が問題か

債務名義とは、強制執行によって実現されるべき給付請求権（執行債権）の存在と内容とを明らかにし、それを基本としてその請求権についての強制執行をすることを法律が認めた、一定の格式を有する文書である⁽⁸⁾。

そして、強制執行の開始に際しては、債務名義の特定が当然の前提となり、執行裁判所にとって、債務名義の内容が一義的かつ明確でなければならないことは、面会交流の場合も同様である（義務の特定性）。また、債務名義が給付条項を対象とすることから、給付意思を明確に表現しなければならず、「○○を『認める』」といった表記は、義務の負担についての合意の効力は認められても、給付意思を表現したことにならないから債務名義とはならないとされている⁽⁹⁾（債務名義性）。

調停条項と審判主文は法律上「執行力ある債務名義と同一の効力」を有すると規定されているし、一般論としては強制執行（間接強制）を否定する理由はない。

(8) 中野貞一郎「民事執行・保全入門（補訂版）」（2013 年 有斐閣）45 頁。

(9) 裁判所職員総合研修所「書記官事務を中心とした和解条項に関する実証的研究」21 頁（2010 年・法曹会）。

しかし、面会交流は、財産上の給付等と異なり、本来は監護親と非監護親との協議によって具体化されるべきものであるため、その性質上、面会交流の実現に至る詳細についてまでを事前に詳細に規定して、面会交流時の協議の余地を無くしてしまうことは困難である。そのため、審判主文にせよ、調停条項にせよ、抽象的な形をとらざるを得ない。

そこで、面会交流を定めることに不可避の属性と、強制執行の要件との関係をどう考えるかが問題となり、今回の3つの事案においても、この「特定性」と「債務名義性」が問題となっている。そこで、この2つの要件に分けて、過去の先例、および第1ないし第3事案について検討する。

(2) 債務名義性

① 高松高決 H14.6.25 (家裁月報 55 巻 4 号 66 頁 LEX/DB28080946)

相手方(妻)が、原告人(夫)の有する当事者間の親権者指定、子の監護に関する処分(面接交渉)調停事件の執行力ある調停調書の調停条項に基づき、原告人は、相手方に当事者間の長男 A と面接交渉させる義務があるのに、その義務を履行しないとして、その履行と不履行 1 回につき 10 万円の支払を求める審判を申し立てたところ、原審判が債務の履行と不履行 1 回につき 5 万円の支払を命じたため、執行抗告を申し立てた。

抗告審は、「調停条項のうち、債務名義として執行力を有するのは、当事者の一方が他方に対し、特定の給付をなすことを合意の内容とする給付条項のみであり、特定の権利若しくは法律関係の存在又は不存在を確認する旨の合意を内容とする確認条項については、債務名義にはならない。そして、ある調停条項が、当事者の給付意思を表現した給付条項であるか、権利義務の確認にとどまる確認条項であるかは、当事者の内心の意思によって決まるものではなく、調停条項全体の記載内容をも参酌しつつ、当該調停条項の文言から客観的に判断すべきものである。」としたうえで、「原告人は、相手方に対し、相手方が長男 A (平成 11 年 4 月 20 日生) と毎月 2 回面接することを認め」とある条項について「その文言から直ちに原告人が特定の給付をなすことを合意したことを読み取ることはできない。かえって、同調停条項で使用されている『認め』との表現は、裁判所において調停条項や和解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、仮に給付条項とするのであれば当然『面接させる』等の給付意思を明確にした表現がされるべきものであるから、特段の事情のない限り、上記調停条項第 2 項は給付条項ではなく確認条項にとどまると解される。」から、「これを債務名義として強制執行の申立てをすることはできないといわざるを得ない」とし

て、原審判を取り消し、本件面接強制の申立てを却下した⁽¹⁰⁾。

この決定に対しては、そもそも面会交流に関する調停調書作成の際に、調停当事者が面接強制の可否まで踏まえた上で条項に同意しているとは限らないのであって、当事者にそれを要求するならば、少なくとも代理人が出頭していない案件の場合には、「面会交流を認める」という文言を使うにあたっては、裁判所側から、面会交流が履行されない場合でも、強制執行はできない可能性があることを教示すべきではないかという批判がある⁽¹¹⁾。

② 第2事案

第2事案は、調停調書に基づく面接強制の事案であるが、原審は、調停条項に、面会交流することを「認める」という文言を使用していることに照らして、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ができないとして、面接強制決定を認めなかった。

これに対して、最高裁は、「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」であると説示し、「認める」という文言の有無による債務名義性の認定に拘泥することなく、給付の特定性があれば原則として債務名義性は認められるとした。第2事案は、次の「義務の特定性」が不十分であるという理由で、結論としては、面接強制を認めなかったのだが、調停条項の「認める」という文言に過剰な意味を持たせないという点で意義がある。

(3) 義務の特定性

① 第1事案

第1事案は、審判に基づく面接強制の事案であるが、審判の内容は「原告人と長男及び二男が、1箇月に2回、土曜日又は日曜日に、1回につき6時間面会交流をするこ

(10) 同条項には、面接の方法、場所等について相手方に選択権が定められており、その意義も問題となったが、同決定は「現実に未成年者と面接を行うに当たっては、事前の連絡、調整等が当然必要になるものであること、上記調停条項には、今後の諒介の監護に関し、当事者間の協議を予定していることが明らかな条項（第4項）も存することなどを考慮すると、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、上記調停条項第2項をもって確認条項ではなく、給付条項であると解することはできない。」とした。しかし当事者間の協議を要求する条項は、子の福祉を第一としつつ継続的に行われる面会交流においては、条項をある程度抽象的にせざるを得ないこととあわせて不可避とも言うべき条項であり、これを面接強制否定の理由とすることは許されない（二宮・榊原「離婚判例ガイド」[第2版] 254頁（2005年・有斐閣））。

(11) 花元「面接交渉の面接強制」95頁（判タ1155号）。

とを許さなければならない。」というものであった。これは、本件第1ないし第3事案の共通説示事項である要件のうち「面会交流の日時又は頻度、各回の面会交流時間の長さ」については定められているが、子の引渡の方法等が具体的に定められていないことから、「相手方がすべき給付が十分特定されているとはいえない」として間接強制決定はできないとされた。

② 第2事案

本件第2事案は、(2)で述べたとおり、面会交流をすることを認めるという文言が用いられていても、給付の特定について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としたが、調停条項について面会交流時間の長さが特定されておらず(「最初は1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」という内容であった。)、面会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、原告人と相手方で協議して定める。」というものであって、「面会交流の大枠を定め、その具体的な内容は、原告人と相手方との協議で定めることを予定しているものといえる。」ことから、「相手方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、調停調書に基づく間接強制決定はできないとされた。

③ 第3事案

第3事案は、第1事案と同様、審判に基づく間接強制の事案であるが、面会交流要領と題する書面が引用され、要領には、(i)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、長女の福祉を考慮して相手方自宅以外の相手方が定めた場所とすること、(ii)面会交流の方法として、長女の受渡場所は、原告人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、原告人は、面会交流開始時に、受渡場所において長女を相手方に引き渡し、相手方は、面会交流終了時に、受渡場所において長女を原告人に引き渡すこと、原告人は、長女を引き渡す場面のほかは、相手方と長女の面会交流には立ち会わないこと、(iii)長女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、相手方と原告人は、長女の福祉を考慮して代替日を決めること、(iv)原告人は、相手方が長女の入学式、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。これは面会交流日時・各回の面会交流時間の長さ・子の引渡方法のさだめ等全てが具体的に定められていて「原告人がすべき給付の特定に欠けるところはない」として、間接強制決定を認めた。

なお、第3事案については、抗告人側から、「子が面会交流を拒絶する意思を示していること」が主張されたが、これが実体法レベルで面会交流を禁止し又は改めて調停ないし審判の申立て事由になりうることは格別として、審判を維持したまま執行段階で間接強制決定のみを妨げる理由にはならないとした。子が面会交流を拒絶する意思を示していることがどこで考慮されるかについては、前掲の大阪高決平 14.1.15（家月 56 卷 2 号 142 頁 LEX/DB 28090366）の差し戻し審である神戸家裁 H14.8.12（家月 56 卷 2 号 147 頁 LEX/DB 28090368）が、「裁判所法 4 条により、当裁判所は、抗告審決定の上記判断に拘束されるから、本件面接条項により、面接交渉義務を負う債務者が、『正当の理由』がないのに義務の履行をしない場合には、特別の事情がない限り、民事執行法 172 条に基づき、債務者に対し、間接強制として、その義務の履行を確保するために相当と認める額の金銭を債権者に支払うべき旨を命じるべきこととなる。」「そして、非監護者である実親の子に対する面接交渉権は、子の福祉のために認められるべきものと解されることからすれば、面接交渉義務者である監護者実親が間接強制を拒むことができる『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り」としており、これは、請求異議事由にあたる旨を説示したものと解される。

しかし、第3事案においては、「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。」として、間接強制の積極要件とはしないことはもとより、請求異議事由にもあたらないという結論を示したものと評価される。

VII 結語

1 本決定の意義

以上、本件第1事案ないし第3事案は、面会交流の間接強制にあたり、①子の利益を優先しつつ、柔軟に対応できる条項に基づいて両親の協力の下で実施されることが

のぞましい、としつつ、形式的には執行力ある債務名義と同一の効力を有すること、実質的には、監護親の子の引渡（作為）＋面会交流を妨げない（不作為）という給付を内容とするものであることから性質上間接強制を許さないものではない、という一般論を述べた上で、②給付の特定性について、(i)面会交流の日時又は頻度、(ii)各回の面会交流時間の長さ、(iii)子の引渡しの方法等が具体的に定められていることを給付の特定の要件としたこと、③第2事案固有の判断事項として、調停条項の「面会交流を認める」という文言のみによって給付の意思を否定するのではなく、②で述べた給付の特定が充たされていれば給付の意思が表示されていると解すること、そして、④第3事案固有の判断事項として、子が面会交流を拒絶していることは、少なくとも間接強制という「執行段階の手續」を妨げる事由とはならないこと、を説示した決定例として、実務に大きな影響を与えたと考えられる。

2 実務における留意点

審判・調停を問わず、面会交流について間接強制まで見据えて申立を行う場合には、本件第1事案ないし第3事案が共通して求める要件（上記②）を充たした審判事項や調停条項を獲得できるように配慮しておく必要がある。調停条項については、「認める」という文言にさほど拘泥する必要はなくなったといえるが、②の要件の必要性はむしろ明確になったといえるから、条項作成の際に十分留意する必要がある。また審判については、本件第3事案のように、面会交流について上記②の要件を充たすような要件を別紙として添付した上で申立てをするなどが必要となるだろう。