

援給付に相当するものが行われたときはその限度において、行わないと規定した上、障害者自立支援法施行令二条が、健康保険法の規定による療養の給付や、国民健康保険法の規定による療養の給付等を規定するなどし、他の法令に基づき自立支援給付に相当する給付を受けることができるときは、当該給付を優先しているところ、通達で定められていた看護の内容も考慮すれば、健康保険法六三条一項五号及び国民健康保険法三六条一項五号に規定する看護は、障害者自立支援法五三条三項及び障害者自立支援法施行規則一条の三に規定する便宜とそのほとんどにおいて重なっていることが認められる。

(5) 以上のような①健康保険法、国民健康保険法及び保険医療機関及び保険医療担当規則の各規定や、②通知で定められていた看護の内容、③付添看護を解消した改正法の趣旨に加え、④障害者自立支援法七条が他の法令による給付との調整について規定し、他の法令に基づき受けることができる給付を優先しているところ、健康保険法六三条一項五号及び国民健康保険法三六条一項五号に規定する看護は、障害者自立支援法五三条三項及び障害者自立支援法施行規則一条の三に規定する便宜とそのほとんどが重なっていることからすれば、支給決定障害者が病院に入院した場合には、患者である支給決定障害者に対し、健康保険法又は国民健康保険法が規定する療養の給付として保険医療機関の従業員により看護が全て行われることが予定されているため、病院は、重度の肢体不自由者であつても、

常時介護を要する障害者であつても、障害者自立支援法五三条三項に規定する重度訪問介護として、障害者入浴、排泄又は食事の介護その他の便益の供与を受けなければ自立した日常生活又は社会生活を営むことができない場所には該当せず、同項に規定する「居室」には該当しないと解すべきである。

したがつて、障害者自立支援法は、支給決定障害者が入院に入院した場合に、支給決定障害者が入院中に重度訪問介護を受け、これに関して介護給付費を支給することを予定していないものと解される。

三 以上によれば、原告の主位的請求は、理由がない。

また、原告の予備的請求に係る訴えは、支払決定が行政処分であることを前提とするところ、上記一のとおり支払決定は行政事件訴訟法三二条二項にいう処分とはいえないから、その前提を欠き、被告が原告の介護給付費の請求に応じないという回答も処分とはいえないのであり、取消訴訟の対象とすることができないものについてその取消しを求めるものであつて、不適法である。

第四 結論

よつて、原告の主位的請求は、理由がないからこれを棄却し、原告の予備的請求に係る訴えは、不適法であるからこれを却下することとし、主文のとおり判決する。(裁判長裁判官 定塚 誠 裁判官 竹林俊憲 馬場俊宏)

別紙 関係法令の定め(略)

民事

○ 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された事例

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、最高裁判二四附四八号、平25・3・28一小法廷決定、抗告棄却、民集登載予定原々審札幌家裁平二四家四〇一〇一、平24・9・12決定、原審札幌高裁平二四(二)七一号、平24・10・30決定

一 本件は、未成年者の父であるXが、未成年者の母であり、未成年者を単独で監護するYに対し、Xと未成年者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。

二 事実関係の概要等は、次のとおりである。

XとY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、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され、同審判は、同年六月確定した。その審判には、① 面会交流の日程等について、月一回、毎月第二土曜日の午前一〇時から午後四時までとし、場所は、長女の福祉を考慮してX自宅以外のX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、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、所定の駅の改札口付近とすること、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に引き渡すこと、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ことなどが定められていた。

Xは、平成二四年七月、本件審判に基づき、間接強制決定を求める申立てをした。これに対し、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などから、間接強制決定が許

されないなどと主張した。

三 原審は、Yに対し、審判において定められたとおり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、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間接強制決定をすべきものとした。

四 本決定は、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こと、また、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ること、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ことを述べた。そして、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を挙げ、これら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とした。

その上で、本件については、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た。

なお、本件において、Yは、子が面会交流を拒絶する意思を表示していることを主張し、間接強制決定をすることができない旨主張していたのであるが、この点について、本決定は、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るものであり、面会交流を許さなければならぬ審判は、子の心情等を踏まえた上で、監護親に対して、上記の給付を命ずるものであることから、子の心情等は、間接強制決定をすることを妨げる理由とならないと述べた。もつとも、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る余地があることも指摘した。

五 給付を命ずる審判は、執行力を有する（家事事件手続法七五条。なお、本件については、家事審判法が適用される。）

面会交流をすることを命ずる審判は、多種多様な内容のものがあり得る、その内容に応じ給付の内容は異なるとはいえるが、審判、調停において面会交流が問題となることが多い子の

年齢との関係で、本決定が示したような、監護親に対し、引渡場所において非監護親に子を引き渡し、非監護親と子との面会交流の間、これを妨害しないなどという給付を命じているものが多いと考えられる。

このような面会交流を命ずる審判は一定の給付を命じているといえるものである以上、強制執行が可能なのではないかが問題となる。もつとも、前記の給付について代替執行は考えられない。また、面会交流では基本的には反復継続する子の引渡しの問題となり、直接強制の反復は子の福祉に反する苛酷な執行になる可能性が高いとして、直接強制は許されないと考えられている。そこで、間接強制の可否が問題となる。この点、面会交流は関係者の協力の下に実行されてこそ子の福祉に合致するなどとして、間接強制も許されないとする説もあった。もつとも、学説上は、間接強制を肯定する説が多く、肯定説が通説であると評されていた（大濱しのぶ・私法判例リマックス二〇〇九(一)二二二等）。この点を直接判断した最高裁判例はなかつたといえるが、下級審裁判例は、肯定説を前提としていたといえる（最近の下級審裁判例として、例えば、東京高決平24・1・12家月六四・八・六〇）。本決定は、最高裁として、前記のとおりの内容の給付について、性質上許され

ないものではないとして、肯定説に立つことを明らかにしたものと見える。

六 執行が可能であるためには、給付の内容が特定されていることが前提であるといえる。本決定も、監護親がすべき給付の特定に欠けることがないといえる場合に、間接強制が可能であると述べた。そして、面会交流についての前記の給付を念頭に、監護親がすべき給付の特定に欠けることがない場合として、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必要があることを挙げており、本決定は、最高裁として、一般的に問題となる類型の面会交流について、特定に欠けるところがないといえる場合を示したものと見える。面会交流において間接強制が可能であるために必要な特定性の程度を論じたものとしては、二宮周平・判タ一一五〇・一〇三、古谷健二郎・ケース研究二九二・一七四、石川明・愛知学院大学法学研究五一・二・三七五、磯尾俊明・ケース研究三〇八・一三八等があった。

なお、本件では、審判についての説示がされているが、調停調書において面会交流が定められた場合においても同様に考えられることが、本決定と同日にされた決定（最一決平25・3・28平成二四年第第四七号。本号後掲四六(②事件)）で示されている。

七 本件において、Yは、子が面会交流を拒絶している」と主張して、間接強制決定ができないと主張していた。

しかし、具体的な給付が審判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、本決定が述べるとおり、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、子の利益を総合的に考え、審判において、面会交流を命ずることもあり得るところである。本決定は、間接強制決定の申立てがあった段階（既に審判という債務名義が作成された後の段階）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とならないことを述べた。ただし、面会交流について審判時とは異なる状況が生じ、従前の審判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。本決定は、上記のような状況の発生は、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ることを指摘している。

八 本決定は、一定の内容が定められている審判に基づき間接強制決定をすることができることを示したものであり、どのような事情があるときに間接強制決定をすることができる審判をなすのが相当であるかを示したもので

はない。本決定は、一定の内容が定められている審判に基づき間接強制決定をすることができるという判断を示すに先立ち、非監護親と子との面会交流について定める場合には、子の利益が最も優先して考慮されるべきであり、面会交流は、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ことを述べている。このことに照らしても、面会交流が全て間接強制によって実現されることが望ましいと考えているものでないことは明らかであると思われる。

また、面会交流については、その権利性の有無等の性質、内容については、諸説がある。もともと、面会交流の性質等についての説にかかわらず、審判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といえる。本決定は、審判において面会交流に係る給付が具体的に定められたといえる場合には、その審判に基づき間接強制決定をすることができるとしたものであり、そのことを超えて、一般的に面会交流の性質、内容を示したものでないと考えられる。

九 本決定は、最高裁が面会交流に係る審判に基づき間接強制決定をすることができる場合を示したものと、重要な意義を有するとともに、審判に基づいて間接強制決定をすることができる具体的な事例を示したものと

実務の参考となると考えられる。

(仮名)

#### 《参照条文》

一、二につき、民法七六六条一、家事審判法(平二

三法五三号による廃止前

のもの)一五九条、家事事件手続法七五条、民執法

一七二条一

#### 《当事者》

原告人 Y

同代理人弁護士

相手方 X  
祖母井 里重子

#### 【主文】

本件抗告を棄却する。

【理由】 抗告代理人祖母井里重子の抗告理由について

一 本件は、未成年者の父である相手方が、未成年者の母であり、未成年者を単独で監護する原告人に対し、相手方と未成年者との面会及びその他の交流(以下「面会交流」という。)に係る審判に基づき、間接強制の申立てをした事実である。

二 原審の適法に確定した事実関係の概要等は、次のとおりである。

(1) 相手方と原告人は、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。

(2) 平成二二年一月、相手方と原告人を離婚し、長女の親権者を原告人とする判決が確定した。

(3) 平成二四年五月、札幌家庭裁判所に

において、原告人に対し、原々決定別紙面会交流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ぬとする審判がされ、同審判は、同年六月確定した(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、月一回、毎月第二土曜日の午前一〇時から午後四時までとし、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、② 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、J R札幌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、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、相手方と原告人は、長女の福祉を考慮して代替日を決めること、④ 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。

(4) 相手方は、平成二四年六月、長女と面会交流をすることを求めたが、原告人は、長女が面会交流に応じないという態度

に終始して、長女に悪影響を及ぼすとして、相手方が長女と面会交流をすることを許さなかった。

(5) 相手方は、平成二四年七月、札幌家庭裁判所に対し、本件審判に基づき、抗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ぬと命ずるとともに、その義務を履行しないときは抗告人が相手方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申立てをした。これに対し、抗告人は、長女が相手方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ている。

三 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、長女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、抗告人に対し、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ぬと命ずるとともに、抗告人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相手方に支払うよう命ずる間接強制決定をすべきものとした。

四(1) 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な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。抗告人主張の事情は、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。

五 これと同旨の原審の判断は、正当として是認することができる。論旨は採用することができない。

よって、裁判官全員一致の意見で、主文のとおり決定する。

(裁判長裁判官 櫻井龍子 裁判官 金築 誠志 横田尤孝 白木 勇 山浦善樹)

抗告代理人祖母井里重子の抗告理由

第一 抗告許可申立理由の骨子

原決定は、申立人が本件審判に基づき「面会交流を実現させる義務」を負うことを前提に、民事執行法一七二条に基づき、この義務を履行しない場合につき一回五万円の支払を命じている。

しかしながら、夫婦の同居義務については、債務者の自由意思に反してその履行を強制することが社会通念上是認できないと

して間接強制が許されないように、同条の形式的要件を満たしていても、その性質上、間接強制が認められない事案も存在するところ、本件のように、「未成年者が拒絶している場合の面会交流」については、同条に基づく間接強制が認められないと解されるべきであるし、仮に、認められる事案があるとしても個別具体的な事情を勘案し、未成年者の最善の利益に適うかを慎重に検討してなされるべきである。

未成年者の利益について検討することなく、間接強制を認めた原決定は、同条の解釈を逸脱しているといわざるを得ない。

以下、詳述する。

第二 申立人の主張

一 原審における申立人の主張  
原々決定は、本件審判が面会交流の内容について具体的に特定したとして、申立人が「相手方による面会交流を許さなければならぬ義務」を負うとともに、この「義務を履行しない場合には、相手方に対し、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の支払いを命じることができるとした。

これに対して、申立人は、原審において、申立人としては本件審判で定められた義務を履行する意思を有しており、その履行のために努力をしたものの、未成年者自身が極めて強固に面会交流を拒絶する意思を表示し、申立人としてこれを実現できなくなった経緯について説明した上、(1)「監護親自身は面会交流を実現する意向を有し

ており、ただ、未成年が面会交流の実現を拒絶する意思を強く示しており、監護親においてその翻意のために努力したもののこれを實現できなかった」場合については、

間接強制制によつてその履行を強制するという方法がなじまず、間接強制制が認められるべきではないこと、(2)本件審判が定める面

会交流を許さなければならぬ義務とは、実質的には、面会交流を妨げてはならないという不作為義務であるところ、申立人において、本件審判が定めた面会交流を妨害した経緯など一切なく、今後についても、未成年者の相手方との面会交流を妨げる意思など一切有していないのであり、申立人において、面会交流を妨げないという不作為義務に違反する恐れなど存しないこと、(3)申立人が「直接面会交流することを許さなかつた」事実など一切なく、この存在を前提とする原々審の判断は明確な誤りを含むものであることを主張した。

## 二 原決定について

第一項記載の主張に対して、原決定は、「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」こと、「本件審判が定める申立人の義務が不作為義務ではない」ことを理由として申立人の主張を排斥した。併せて、本件審判により申立人が負担する義務の内容については、「被抗告人と未成年者との面会交流を實現すべき義務」であると判示した。

## 三 未成年者が面会交流を拒絶している

場合に、親権者に「面会交流を實現させる義務」を課した上で、「間接強制」によつてその履行の確保を図ることは社会通念上は認められないこと

(1) 原決定が申立人に課す義務の内容について

第一項、第二項記載のとおり、原々決定及びこれを一部変更した原決定は、申立人は、本件審判に従つて、作為義務たる「面会交流を實現すべき義務」を負うものであるとしたうえで、その具体的義務内容については、本件審判の面会交流要領のほかに特段その内容を具体化する指摘は一切していない。

これらの判示からすると、原々決定及び原決定は、同人に対して「面会交流の實現」そのものを義務づけているものである。申立人が、同要領所定の日時・場所で未成年者を引き渡すことができなかつた場合には、直ちに申立人が「義務を履行しない」として、一回につき五万円の支払義務を負うことを内容とするものと解さざるを得ない。

(2) 原決定によつて生じる不利益・弊害

ア 面会交流の實現自体を間接強制により履行させようとするものについて  
上記のとおり、原々決定及び原決定は「面会交流の實現」までを義務内容としたうえで、これを間接強制によつて履行確保することを認める決定をしている。

これにより、申立人は、未成年者が、現在ののように、相手方との面会交流の實現を

拒絶する意思を明確かつ強固に示し続けるなどしていても、未成年者を力づくで、定められた日時・場所に未成年者を引っ張つていき、相手方に引き渡さなければならぬ義務を負い、このような方法によつても「面会交流を實現」しない限り、本件審判事項の「不履行」として、一回につき五万円の金員を支払う義務を負うという心理的な強制を継続的に受け続けることにな

る。しかしながら、そもそも、未成年者が面会交流に対して強い拒絶の意思を示している場合、このような力づくの方法によつて面会交流を實現することは物理的に困難であり、執行官ですら實現が困難な事項を申立人において實現するよう強いこととなる。そして、母親である申立人に対して、未成年者に上記のような行為を行うよう心理的な強制を与え続けることは、同人に常にか、金員を払うのか」という選択を迫り続けることに他ならず、今後の申立人と未成年者の関係及び平穏な生活に悪影響を及ぼしかねないし、このような心理的負荷を課した上で未成年者と日々接することを強いることで、未成年者の健全な育成にまで重大な悪影響を及ぼしかねない。

そして、申立人が、「面会交流を實現させる義務」を履行する決意をした場合について考えても、裁判所が通常未成年者への重大な精神的負担・衝撃の存在を勘案して認めない「直接強制」による方法と何ら変

わらず、未成年者の意向を完全に無視する強引な方法で、申立人が未成年者を所定の日時・場所に引っ張つていくという直接的な方法によるほかはない。しかしながら、当然ではあるが、このような方法によつて面会交流を實現した場合、未成年者に継続的かつ著しい精神的負担、精神的衝撃を与え続ける結果となるし、未成年者は、当然申立人に対して「お金のために自分の希望を無視して力づくで相手方に自分を渡した」との感情を抱くことは当然であり、自然申立人に対する不信任感を強め、むしろ、直接強制の方法で第三者である執行官によつて強制された場合よりも、その後の健全な育成に重大な悪影響を及ぼすことは明らかである。

他方、上記のとおり、未成年者の意思が変わらず、申立人が面会交流を實現できなかった場合や、嫌がる未成年者を力づくで引っ張つていくことを断念し申立人が間接強制による金銭の負担を受け入れた場合には、申立人と相手方との収入を勘案し定められた養育費が減少される結果となり、事実上、未成年者が本来享受できた生活を享受できなくなるといふ不利益を生じさせることとなるのであるが、やはり、未成年者の利益に沿うとは考えがたいし、未成年者が拒絶した結果、未成年者の生活費を減少させるという結果は明らかに不当である。

以上の次第であり、本件のように、未成年者が面会交流を拒絶している場合につい

ては、債務の履行の可否が第三者の協力を要するにもかかわらず、当該協力につき容易に得られる見込みがない事案として、間接強制になじまないというべきであるし、この場合に親権者に「面会交流を実現させる義務」を課した上で、「間接強制」によってその履行を確保しようとするのは、まさに保護を図るべき未成年者にこそ、不当かつ重大な不利益を生じさせる結果を招来するのであるから、社会通念上是認できないと解されるべきは明らかである。

#### イ 義務内容について

なお、原決定は、「面会交流を実現すべき義務」、「面会交流を円滑に実現すべき義務」という判示の他には、申立人の義務が「不作為義務ではない」としか判示していないため、「面会交流が実現しなかった場合に直ちに不履行と評価される義務ではない」と解釈する余地がないわけではない。

しかしながら、申立人に「面会交流を実現すべき義務」があるとしたうえで、その具体的内容について一切説明しておらず、「面会交流の実現に至らないまでも相当程度の努力をすることにより不履行には当たらないと評価される範囲・可能性」等にも一切言及していない原決定の判示からすると、少なくとも、申立人としては、面会交流を実現させない限り、毎月五万円の支払いを義務づけられると受け止めるを得ない（現に、相手方は、面会交流が実現していない理由について勘案することなく、

何らの連絡もなく、平成二四年一〇月分以降養育費から五万円を差し引いて支払ってきた。）。  
そうすると、仮に、原々決定及び原決定が、面会交流が実現しなかった事実のみをもって申立人に五万円の支払を命じる趣旨ではなかったとしても、未成年者や申立人から、当事者がそのように捉えざるを得ない以上、これによって未成年者や申立人に生じるものとして申立人が主張する不利益・弊害の存在は、面会交流の実現そのものを義務とした場合と何ら相違するものではないことは明らかである。

四 原決定が未成年者の利益を考慮していないこと  
第三項記載のとおり、申立人としては、未成年者が面会交流を拒絶している場合において、親権者に「面会交流を実現させる義務」を課した上で、「間接強制」によってその履行を確保しようとするところではないことを主位的に主張するものではあるが、これに反する判断がなされることも考えられるため、以下、予備的に主張する。

#### (1) 骨子

第三項記載のとおり、申立人としては、未成年者が面会交流を拒絶している場合において、親権者に「面会交流を実現させる義務」を課した上で、「間接強制」によってその履行を確保しようとするところは、民事執行法一七二条が予定するところではないことを主位的に主張するものではあるが、これに反する判断がなされることも考えられるため、以下、予備的に主張する。

既述のとおり、民事執行法一七二条は、第三項記載のように、形式的な文言は満たしていても、間接強制を命じることが不適当な事案が存在することを前提とする規定である。  
であるならば、同条は、同条の要件を満たすか否かという点を文言のみから形式的

に判断して間接強制を命じることは予定しておらず、むしろ、必要に応じて、間接強制命令が適する事案か否かにつき、執行裁判所が個別具体的な事情に応じて検討することを予定していることは明らかである。そして、特に、未成年者が拒絶している場合の面会交流について間接強制を命じるにあたっては、第三項に記載したような重大かつ回復困難な不利益が未成年者に生じることが予想される以上、債務名義確定後に生じた事情も含め、当該間接強制命令をなすことが「未成年者の利益にとつて最善」の決定であるかが慎重に検討されることが求められることは明らかである。

にもかかわらず、原々決定及び原決定は、本件において間接強制を命じることが、未成年者の最善の利益に適合するかを一切検討していないのであり、民事執行法一七二条が予定する検討を行わずに、同条に基づき間接強制を命じたものとして、同条の解釈を逸脱した判断であるといわざるを得ない。

以下詳述する。  
(2) 原々決定及び原決定の判断理由  
ア 本件における判断内容  
原々決定や原決定は、いずれも、その判示内容において「より未成年者の利益に適合する方法の有無」についての検討を含め、「未成年者の利益」について一切言及していない。

ついで、あくまで請求異議訴訟等で主張すべき事情であるとする。

これらの判示内容からして、原々決定や原決定は、未成年者にとつての最善の利益が何かという点についてはその考慮要素とすることなく、あくまで「一般的に間接強制になじまないものとは解されない」との点と、「審判後の事情については請求異議訴訟等で主張すべき」との点のみに基づき、間接強制を認める判断をしたものであることは明らかである。

#### イアの判断理由における問題点

この点、確かに、本件審判後の事情については、本来、請求異議訴訟や、現在継続している審判変更を求める審判によって主張すべき事情であるし、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と解されないと判示にも異論はなく、申立人として、この一般論を積極的に争うものではない。

しかしながら、他方、既述のとおり、「面会交流を実現する義務」につき「間接強制」によってその履行を確保しようとする場合については、第三項記載のとおり、最も保護されるべき未成年者にこそ甚大かつ回復困難な不利益が生じ得るといふ特殊な事情も存在するのであり、この事情を勘案するならば、間接強制決定をするにあたって、十分に「未成年者の利益」を勘案したうえで判断する必要があるというべきであるし、一律に「まずは間接強制命令をした後、不利益の発生が継続してもな

お、時間をかけて請求異議訴訟内で争われば足りる」という対応のみでは、未成年者の最善の利益を図ることはできないことは明らかである。

面会交流に係る申立に関しては、直ちに間接強制命令を出して金銭の支払いを命じる必要性が大きいとはいえない事案もあり、未成年者の最善の利益を図るためには、間接強制による実効性や、間接強制による弊害の有無を個別具体的に検討すべき事案が存することは明らかである。

本件においては、申立人において面会交流を妨げるような事実は一切なく逆にこれを実施できるような限りの努力を行っているにもかかわらず未成年者自身が強く拒絶しているという事情のみならず、(ウ)相手方が、未成年者が面会交流を拒絶した後を含め、相手方と未成年者との別居後、未成年者に対して、手紙等により未成年者とのコミュニケーションを図ったり、時機(誕生日、クリスマス、正月、保育園卒園、小学校入学等々)に応じた贈り物をしたり未成年者の成長を祝う気持ちを伝えるなど、未成年者の面会交流への抵抗を和らげるための努力を一切してこなかったこと、(イ)本件審判後の第一回面会に際して、申立人の再三の説得にもかかわらずこれを拒絶する未成年者をなんとか説得して相手方と未成年者が電話で話をするを納得させ、相手方に直接未成年者を説得する機会を設けたにも関わらず、相手方は未成年者の話を聞くこともせず怒声を浴びせた

り、その後警察に通報するなどして、未成年者を更に萎縮させ、面会交流の実現を困難にしたこと、(ウ)相手方は、上記のとおり、未成年者から電話で直接面会交流に応じたくない旨の意向を告げられた後には、直ちに間接強制の申立をしたうえ、その後行われた申立人申立に係る調停手続においても、申立人のみならず裁判所が、何とかして未成年者の意思に沿った円満な形で面会交流を実現できるよう話し合いを求めたにもかかわらず、未成年者の実情を聴こうともせず調停委員に対し審判のとおり実行させよとの主張に終始したこと、(エ)平成二四年一〇月分以降は、未成年者の生活を勘案しようともせず何らの連絡もなく養育費を五万円減額して支払ってきたことといった諸事情からも明らかとなり、相手方が、未成年者の気持ちにやささかも意を払ったり、未成年者の利益に合う方法を探ることでも何とか円満に面会交流を実現しようとする姿勢を一切示してこなかったという事情がある。

であるならば、このような事案においては、未成年者の最善の利益を適えるためには、面会交流に係る債務名義上の義務についての間接強制申立事件においては、一律に「一般的になじまないと解されないから間接強制決定をしてもよい」との判断をするべきではなく、特に未成年者の意思、未成年者の利益と深く、かつ、直接的に関わる事情が存する場合には、子どもの権利

条約第三条、第九条三項のいう「児童の最

善の利益」にどうかという点を十分に考慮し、間接強制によって未成年者に如何なる不利益が生じるか、未成年者の意思については請求異議訴訟の段階で主張させる方法によっても未成年者に不利益は生じないか、より未成年者の利益になる方法は存しないかといった点についても十分に勘案の上、間接強制を命じることの適否が検討されるべきであるし、このような事案に応じた検討を一切行うことなく間接強制を命じることが民事執行法一七二条が予定していないことは明らかである。

この観点からして、未成年者の利益について一切検討することなく、「一般的に間接強制になじまないものとは解されない」、「本件審判後の未成年者の意思は請求異議訴訟等において主張すべき事情」というご形式な理由のみで、間接強制を命じた原々決定、原決定が、民事執行法一七二条の解釈に適用ものとはいえず、間接強制命令をなすべき事案か否かという判断の検討が不十分であることは明らかである。

#### ウ 小括

原々決定、原決定は、本件において民事執行法一七二条に基づく間接強制を命じるか否かの判断をするにあたり、当然要すべき検討を行うことなく間接強制を命じたものであり、同条の解釈を逸脱しているといわざるを得ない。

#### 四 結語

民事執行法一七二条は、間接強制によることが社会通念上是認できない場合につい

ては、その適用対象外とする規定であるところ、本件のように、未成年者が相手方との面会交流を明確かつ再三に渡り拒絶しており、申立人においてこれを実現するためには相当の努力をしてもこれを実現できなかったという事案においては、「面会交流を実現させる義務」の履行がおよそ不可能でかつ、履行を強制した場合には未成年者に深刻な精神的負担や、親権者に対して深刻な不信感を抱かせかねない危険を含むのであるから、当該義務につき間接強制によってその履行確保を図るところは同条の予定することではない。

また、仮に、このような間接強制が命じられる事案があるにしても、民事執行法一七二条は、当該事案において、間接強制による履行確保を図ることが適当か否かにつき、単に形式的要件の充足の有無だけでなく、その実効性、未成年者に与える影響、不利益が生じる場合の回復可能性、未成年者にとってより利益になる方法の存否等、「未成年者の最善の利益」を慎重に検討したうえで初めてなされることを予定する規定であり、この検討を欠く、原々決定及び原決定は、同条の解釈を逸脱しているといふべきである。

以上の次第であり、原々決定及び原決定が、民事執行法一七二条の解釈を逸脱していることは明らかであることから、申立人は、抗告訴可申立書記載のとおり、抗告訴可の申立をするものである。

第三 〱略〱