

第3 拐取罪を題材に刑法と対話してみても

東北大学大学院法学研究科准教授 石綿 はる美

本特集で、親同士の子の奪い合いという題材について、刑事法・民事法の双方から検討してきた。この問題について注目が集まっている現在、特に、刑事法から詳細な検討及び問題提起がなされたことは、この問題について民事法が検討すべき課題を明らかにしたという点でも一定の意義を有するものであろう。

以下では、本特集に掲載した、第1「拐取」—刑法学会ワークショップの記録及び第2「一方の親権者が別居中の他方の親権者によって監護養育されていた自己の子を有形力を用いて連れ去る行為と未成年者略取罪の成否」に簡単にコメントをしたい。

1. 「監護権、復権。」への課題—ワークショップへのコメント

ワークショップで、刑事法から提起された問題は、「監護権、復権。」をキーワードに、拐取罪の保護法益を再検討するというものである。刑法学において、「監護権」を拐取罪の保護法益とする際に、困難が生じる点としては、監護者が存在しない場合や、子連れ別居¹の扱いが指摘されている²。刑事法の議論がさらに深まるためには、これらの点について、民事法上、一定の答えを出す必要があるといえよう。以下、民事法における今後の課題について、簡単に言及したい。

(1) 未成年後見が開始している子の監護者

ワークショップでは、未成年者拐取との関係で、未成年者の「監護権」に注目をして検討をしていたが、未成年者に対する監護者が不在であるという場合が存在するのではないか、という点が問題となる。具体的には、この問題は、未成年者に未成年後見が開始している場合に生じ得る。

¹ ここでは、離婚成立前に、一方の親が、他方の親の同意を得ることなく、子を連れて別居をすることをいう。

² 和田俊憲「はじめに」(第1.I)。

未成年後見は、「未成年者に対して親権を行う者がいないとき、又は親権を行う者が管理権を有しないとき」に開始するとされている（民法 838 条 1 号）。「未成年者に対して親権を行う者がいないとき」とは、親権者が死亡したとき、親権喪失の審判がされたとき（民法 834 条）、親権停止の審判がされたとき（同 834 条の 2）などが該当する。未成年後見人は、未成年者の身上監護について、親権を行う者と同じの権利義務を有することから（民法 857 条）、未成年後見人が選任された場合には、未成年後見人が監護権を有することになる。

未成年後見の開始について定めた民法 838 条 1 号と、成年後見が「後見開始の審判があったとき」に開始すると規定している民法 838 条 2 号を比較すると明らかかなように、未成年後見は後見開始の審判を経ることがなく開始する。しかしながら、親権者が死亡し、未成年後見が開始していても、未成年後見人が選任されていないということはあり得る。親の財産の遺産分割、親から相続した不動産の登記や子の財産の管理の必要があるような場合に未成年後見人が選任されるにとどまり、後見人の選任は行われないことが多いとの指摘が古くからなされており³、現在においても同様である⁴。つまり、未成年後見人が選任されず、祖父母等の親族が未成年者を養育しているという状況が生じる。そして、未成年後見人がいなくても、未成年者と同居している祖父母等が事実上の親権・監護権を行使すれば、あまり問題を生じることがないのかもしれない⁵。

しかしながら、今後検討すべき課題が 2 つある。

第一に、未成年後見が開始しているが、未成年後見人が選任されていない場合、子に対する監護権は誰に帰属しているのであろうか。未成年者と同居している祖父母等が行使している「事実上の」監護権のみが存在するのであろうか。あるいは、観念的に国家等、子に対して監護権を有している者がいるということになるのか。民事法上、議論の実益が必ずしもないかもしれないが、検討をすべき問題ではないだろうか。

第二に、特に必要がない限り未成年後見人が選任されないという状況を改善する必要はないのだろうか。「後見が親権の延長であるという理想からいえば、後見の開始はすなわち後見人の活動開始であるべき⁶」との指摘があるように、子の利

³ 我妻栄『親族法』（有斐閣、1961 年）355 頁。

⁴ 二宮周平『家族法〔第 5 版〕』（新世社、2019 年）253 頁、前田陽一ほか『民法Ⅵ 親族・相続〔第 5 版〕』（有斐閣、2019 年）192 頁〔本山敦〕、松川正毅＝窪田充見編『新基本法コンメンタール・親族〔第 2 版〕』（日本評論社、2019 年）281 頁〔青竹美佳〕。

⁵ 前田ほか・前掲注 4)192 頁〔本山〕。

⁶ 我妻・前掲注 3) 355 頁。

益のためには、子の監護・教育を行う法的な義務を負う者がいることが好ましいのではないか。すべてのケースで確実に未成年後見人を選任するということは難しいかもしれないが、改善策として、未成年後見人の選任を家裁の職権によって行うことができるようにすること等が提案されている⁷。

(2) 子連れ別居の問題について

なぜ子連れ別居が民事法上、必ずしも違法ではないとされているのかという点も、検討の必要があろう。「監護権」侵害という視点で考えると、子連れ別居は、他方の親権者の監護権を侵害し、拐取罪に該当するとも考えられることから、民事上、子連れ別居が必ずしも違法ではないとされている点との関係が問題になる。

民事法上、裁判例において子連れ別居は必ずしも違法とはされないとされている⁸。また、学説においても一概に違法とすることはできないとされている⁹。その背後には、①子を主に監護している親が幼い子を置いて家を去ることは難しく、子を連れて出ることは当然である・やむを得ないという価値判断、②相手方配偶者から暴力を受けている配偶者が子を連れて別居するような場合に、子連れ別居を違法・不当であるとするとはできない、そのような場合には、子を連れて逃げる権利を認めるべきであるという価値判断があろう¹⁰。確かに、②で指摘されるような事案について、一方の配偶者が子を連れて逃げることを違法であると評価することは、暴力を受けている配偶者及び子の利益が害されることになろう¹¹。

⁷ 詳細は、大村敦志『民法読解 親族編』（有斐閣、2015年）474頁。

⁸ 早川眞一郎『「子連れ里帰り」の行方』森島昭夫＝塩野宏編『変動する日本社会と法』（有斐閣、2011年）153頁、山口亮子「子の奪い合い紛争事例における判断基準について」産大法学45巻3・4号（2012年）211頁。もっとも、子連れ別居の経緯・態様によっては、それが違法ないし不当であるとされる判断も見られるようになっていくという（早川・前掲153頁）。

⁹ 二宮・前掲注4)120頁、本特集第1.I.12「平成17年決定への民事法からのコメント」(1)②参照。

¹⁰ 家庭内暴力や虐待に対する厳格な対応策が十分とは言えない日本において、当事者にとって子連れ別居はこれらの危険から逃れる唯一の手段であるとの指摘もある（佐藤千恵「子の引渡しに関する審判前の保全処分および人身保護請求の新たな役割についての検討」中央学院大学経営学部研究紀要23巻（2016年）48頁）。

¹¹ 刑事罰との関係でこの点を指摘するものとして、許末恵「『拐取罪を巡る比較法的・沿革的分析』に対する民法からのコメント（1）」法律時報91巻4号（2019年）117頁注(58)。

しかしながら、子連れ別居が、子を巡る父母の争いを激化させる側面があることは否定できない。また、子連れ別居が違法・不当ではないとされる傾向については、改めて検討すべき課題ではないかとの指摘もある¹²。

この点に関連して、2点指摘したい。

第1は、子連れ別居が違法・不当ではないとされている点について、その範囲及び理由について検討する必要があるのではないか。子連れ別居に至る事情として上述のようなものがあることから、一律に違法とすることは難しいであろう。しかし、刑事法からの指摘があるように「監護権」侵害という側面から考えた場合、子連れ別居は、他方の親の親権・監護権を侵害していると評価することは可能なようにも思われる。したがって、子連れ別居が、どのような場合には違法とは評価されず、どのような場合には違法・不当であるとされるのか、という点について検討する必要があるのではないだろうか。そして、一定の場合に子連れ別居は違法とはならないとしても、そのことを他方の親の親権・監護権との関係で、どのような法律構成で正当化するかという点は検討すべきではないだろうか。

第2に、子の利益ということを考えると、子が自らを巡る両親の争いに巻き込まれることは避けるべきである。実力による子の奪い合いを防ぐためには、まずは最初の実力による子の移動、つまり子連れ別居を認めないということが重要であり、他方の親権者の「同意または裁判所の許可を得ないでなされる一方的な」子連れ別居は極力避けるべきではないかとの指摘もある¹³。もっとも、そのような原則を設けたとしても、無断で子連れ別居をした場合でも、子の返還を命じないという例外は設ける必要はあろう¹⁴。緊急性がある事案などが該当しよう。具体的な制度設計としては、子連れ別居について、事前に家庭裁判所の許可を得ることが提示されることもある¹⁵。あるいは、事前に許可を得ることが現実的ではないのであれば、子連れ別居からできるだけ早い時期に、家庭裁判所に監護者指定の申立てをし、そこで裁判所に監護者としてどちらの親がふさわしいかの判断を求めることを促進するような制度の設計も考えられよう。

¹² 早川・前掲注8) 154頁。

¹³ 早川・前掲注8) 168頁。

¹⁴ 早川・前掲注8) 170頁。

¹⁵ 早川・前掲注8) 170頁注29、同「子の奪い合いについての一考察」中川良延ほか編『日本民法学の形成と課題(下)』(有斐閣、1996年) 1243頁。

(3) 小括

拐取罪についての比較法的検討に対するコメントとして、「刑事法の多様性には、民事法のシステムも影響している」と述べたが¹⁶、刑事法学上の解釈の多様性を可能にするのも、民事法の解釈及び制度の充実であろう。今回の対話を通じて気づかされた検討課題について、今後、検討が進んでいくことを期待したい。

2. 一方の親権者が別居中の他方の親権者によって監護養育されていた自己の子を有形力を用いて連れ去る行為と未成年者略取罪の成否(最決平成17年12月6日刑集59巻10号1901頁)(松原和彦)へのコメント

最決平成17年12月6日刑集59巻10号1901頁(以下、「平成17年決定」という)は、親権者同士の子の奪い合い事案であり、親権者である被告人が、別居中の他方親権者によって監護養育されている子を、有形力を用いて連れ去った事案である(事案の詳細や判旨等は松原評釈を参照されたい)。同決定についての民事法からのコメントは、既に述べたところであるが¹⁷、ここでは、それとは異なる点について、簡単に、2点述べることにしたい。

第一は、松原評釈において、平成17年決定の違法性阻却の判断基準として挙げられている基準Bについてである¹⁸。基準Bは、父である被告人の行為が「家族間における行為として社会通念上許容される枠内にとどまるものか」というものである。具体的に挙げられている事情は、松原評釈の整理によると3つの事情である。これらの事情は、子の親権者・監護者の指定の際の判断基準¹⁹と類似しているのではないかと。

事情a「行為の態様が粗暴で強引なものであること」は、監護開始の違法性(子の奪取の違法性)と対応するように考えられる。事情b「子が自分の生活環境についての判断・選択の能力が備わっていない2歳の幼児であること」というのは、

¹⁶ 拙稿・本特集第1.I.9「刑事法の比較法的多様性への民事法からのコメント」。

¹⁷ 拙稿・本特集第1.I.12「平成17年決定への民事法からのコメント」。

¹⁸ 松原和彦「一方の親権者が別居中の他方の親権者によって監護養育されていた自己の子を有形力を用いて連れ去る行為と未成年者略取罪の成否」(本特集第2.3.(4)③)。以下、本稿で用いる基準、事情について表記は、松原評釈の記述に基づく。

¹⁹ 梶村太市ほか『家族法実務講義』(有斐閣、2013年)170頁以下〔榊原富士子〕、二宮・前掲注4)114頁以下、拙稿・本特集第1.I.12「平成17年決定への民事法からのコメント」(1)参照。

子の年齢、心身の発育状況の判断と対応すると整理することはできないだろうか。事情 c「その年齢上、常時監護養育が必要とされるのに、略取後の監護養育について確たる見通しがあったとも認めがたいこと」というのは、父の監護態勢、監護能力を判断しているといえるのではないだろうか²⁰。事情 c について、松原評釈は、「そのような『見通し』が存在する場合、違法性が阻却される余地があるのは、『子の健全な育成』に資し得るからと推測される」と述べる²¹。見通しがある場合というのは、当該親のもとでの監護態勢が整っているということであり、子の利益から見て、当該親のもとで養育されることが監護態勢との関係では問題がないということになり、松原評釈の指摘するように「子の健全な育成」に適う場合ということになるだろう。

第二に、平成 17 年決定における、今井功裁判官の補足意見及び滝井繁男裁判官の反対意見について、簡単にコメントをしたい。両意見とも、「家庭内の法的紛争の解決における家庭裁判所の役割を重視する」という点で共通点がありながら、当該事案の行為について、違法性が阻却されるのかという点についての判断が分かれている点が興味深い。

今井裁判官は、このような行為が刑事法上許されるとすると、実力行使を助長しかねないことをおそれている（刑集 59 卷 10 号 1904 頁）。実際に、被告人である父に未成年者略取罪が成立するとした本決定は、「実力による子の奪い合いがある程度抑止する効果をもたらした」²²とも評されている。今井裁判官の述べる「実力行使」には何が含まれるのだろうか。おそらく、子連れ別居による最初の実力行使（それを「実力行使」と評価するかという点については、様々な見解であろう）は含んでいないのではないか。

それに対して、滝井裁判官は、行為が親権者によるものであるとき、現に監護に当たっている者が親権者である場合には、両者は対等に親権を行使しうるものであることを重視し（刑集 59 卷 10 号 1905 頁）、刑事法の介入は謙抑的であるべきとする。そして、「ある時期に、公の手續によって形成されたわけでもない一方の親権者の監護状態の下に在ることを過大に評価し、それが侵害されたことを理

²⁰ この点に直接関連するものではないが、裁判例の分析から、別居前に主たる監護者ではなかった父による子連れ別居に関して、父が子の今後の監護養育について、父が当面の見通しを持っているなど、子の保護の観点から問題ない場合に、別居時の連れ出しが違法性がない、違法性が低いと評価されているのではないかと推量されるところのものもある（松本哲泓「子の引渡し・監護者指定に関する最近の裁判例の傾向について」家裁月報 63 卷 9 号（2011 年）32 頁）。

²¹ 松原・前掲注 18）。

²² 梶村・前掲注 19)174 頁〔榊原〕。

由に、子の福祉の視点を抜きにして直ちに刑事法が介入すべきではない」と述べる（刑集 59 卷 10 号 1907 頁）。滝井裁判官のいう「ある時期に、公の手続きによって形成されたわけでもない一方の親権者の監護状態のもとにいること」とは、家庭裁判所による監護者指定等の手続きを経ることがなく行われている、子連れ別居等による一方の親権者による監護をさすものであろうか。つまり、この指摘は、子連れ別居がなぜ違法・不当ではないとされているのかという上記 1.(2)で検討した問題と関連するようにも思われる。

両裁判官の意見の相違の背景には、究極的には、子の奪い合いのスタートとなっている最初の行為（子連れ別居）をどのように評価するのか、子連れ別居により作出された状態を尊重するのかという点を巡る見方の差異に由来するようなこともありそうである。結局、親同士による子の奪い合いが問題になる際に、奪い合いのスタート時点をどの時点と判断するのか、いわゆる子連れ別居についてどのように評価するか、という点について検討していくことは、避けて通れない課題なのであろう。

以上、本特集について、きわめて簡単なコメントを述べた。本特集を通じて、親による子の奪い合い事案を巡る刑事法・民事法の対話、それを通じての各分野での研究がさらに進むことを願っている。