

東北大学ローレビュー冒頭特集 拐取

和田 俊憲・佐藤 陽子・松原 和彦・石綿 はる美

- 第 1 「拐取」 和田 俊憲・佐藤 陽子・松原 和彦・石綿 はる美
一 刑法学会ワークショップの記録
I. 論稿
II. レジюме
III. 参考資料
- 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（最決平成 17 年 12 月 6 日刑集 59 卷 10 号 1901 頁） 松原 和彦
- 第 3 拐取罪を題材に刑法と対話してみても 石綿 はる美

本特集は、「親による子の奪い合い」という問題について、刑事法・民事法の双方の視点から、さらに比較法的視座も含めて検討するというものである。

本特集は、以下の 3 つのパートからなる。

第 1 が 2019 年 5 月に行われた日本刑法学会第 97 回大会のワークショップの記録である。これは、読み上げ原稿をもとにして作成された論稿部分、レジюме部分、その他参考資料部分の 3 つのパートからなる。原稿部分とレジюме部分を統合することも考えたが、学会の臨場感を残すため、また議論のポイントをわかりやすくするために、この形式とすることにした。したがって、3 つの資料を合わせながら、読み進めていただけると幸いである。

第 2 が、最決平成 17 年 12 月 6 日刑集 59 卷 10 号 1901 頁の評釈である。これは、拐取のワークショップを巡る議論を通じて得ることができた視座も含めて、平成 17 年決定を改めて分析したものである。

第 3 は、これらを踏まえて、刑事法学から民事法学に投げかけられた問は何かという点を、簡単にまとめたものである。

（石綿 はる美）

第 1 拐取

和田 俊憲・佐藤 陽子・松原 和彦・石綿 はる美

I. 論稿

はじめに

第 1 部 未成年者拐取罪の一般論

1. 3つの法益の確認と監護権に対する評価
2. 監護権の重要性—比較法的視座から—
3. 3つの法益の検討（その 1）—自由の実体、身体の安全の適否—
4. 明治民法における親権・監護
5. 3つの法益の検討（その 2）—刑法における監護権の意義—
6. 権利としての監護権とその制約
7. 現行民法における親権・監護権

第 2 部 親による子の奪い合い事案の検討

8. 権利保護類型の比較法的検討
9. 刑事法の比較法的多様性への民事法からのコメント
10. 日本における民事法の制度概要
11. 平成 17 年決定の検討
12. 平成 17 年決定への民事法からのコメント

第 3 部 国外拐取の特殊性

13. 国外拐取に関する諸外国の状況
14. 平成 15 年決定の検討
15. 民事法からのコメント—ハーグ条約を中心に—

はじめに

本稿は、2019 年 5 月に一橋大学で開催された日本刑法学会第 97 回大会におけるワークショップ「拐取」の記録である。共同研究の準備および担当者における東北大学との強い縁に基づいて、本誌への掲載をお認めいただいた。

このワークショップでは、いわゆる親による子の奪い合い事案（最決平成 15 年

3月18日刑集57巻3号371頁、最決平成17年12月6日刑集59巻10号1901頁)を特に念頭において、拐取罪のあり方を多方面から検討した。その際に依拠したのは、わが国における拐取罪の沿革研究および子の奪い合いに係る比較法研究についてのリレー連載「拐取罪を巡る比較法的・沿革的分析」法律時報89巻11号(2017年)～91巻11号(2019年)である。この共同研究に参画した和田俊憲(慶應義塾大学)、佐藤陽子(北海道大学)および松原和彦(白鷗大学)が、そこで得られた比較法的・沿革的知見をさらに深化・展開させ、未成年者を客体とする拐取罪について、「監護権、復権。」をキーフレーズとしつつ解釈論の再構成を試みるとともに、それに対して、石綿はる美(東北大学)が民事法の観点からの相対化を図り、刑事政策的に望ましい「監護権」のあり方を探った。

ワークショップでの報告は3部構成で行われた。第1部では未成年者拐取罪の一般論を扱い、それに基づいて第2部では親による子の奪い合い事案に限定した検討を行い、さらに第3部では国外拐取の特殊性を確認した。各部の概要をあらかじめ示すと、次のとおりである(括弧内は、各ブロックの報告担当者を表している)。

第1部 未成年者拐取罪の一般論

1. 3つの法益の確認と監護権に対する評価〔松原〕

明治期からみられた監護権を保護法益とする見解が、時代とともに弱まってきたことが整理・確認された。

2. 監護権の重要性—比較法的視座から—〔佐藤〕

比較法的には監護権のみを保護する犯罪類型を定めるのが通常であり、我が国の規定は極めて特殊であること、そして、わが国の監護権説はドイツ由来であるが、必ずしもこれを盲目的に導入したのではないといいうるとの分析が示された。

3. 3つの法益の検討(その1)—自由の実体、身体の安全の適否—〔松原〕

拐取罪における自由は監禁罪のそれよりも具体性が高く、他方で、拐取罪における安全は遺棄罪のそれよりも弱いことが指摘された。

4. 明治民法における親権・監護〔石綿〕

明治民法における親権および監護に関する規定および概念の解説がなされた。

5. 3つの法益の検討(その2)—刑法における監護権の意義—〔松原〕

刑法における監護権の実質は、未成年者が自身では実現できない包括的かつ長期的な利益を図る点にあり、対世的な権利の側面だけでなく、未成年者に対する義務の側面もあることが述べられた。

6. 権利としての監護権とその制約〔佐藤〕

監護権の権利としての側面を強調すると、わが国においては保護の欠缺が生じるため、義務としての側面を強調することで権利を制約する必要があることが指摘された。

7. 現行民法における親権・監護権〔石綿〕

現行民法における親権・監護権の規定、監護権の内容および監護権の帰属主体に関する解説がなされた。

第2部 親による子の奪い合い事案の検討

8. 権利保護類型の比較法的検討〔佐藤〕

拐取罪のうち、被拐取者の自由等ではなく監護権等の権利を保護対象とするいわゆる権利保護類型について、保護対象たる監護権の具体的内容は比較法的に多様であることが確認され、また、各国における処罰範囲の政策決定はいわば成り行きであることが指摘された。

9. 刑事法の比較法的多様性への民事法からのコメント〔石綿〕

諸外国とわが国では民法にも違いがあることが指摘され、刑事法にみられる比較法的多様性の分類が示された。

10. 日本における民事法の制度概要〔石綿〕

親による子の奪い合いにつき民法で用意されている解決手段および判断方法の解説がなされた。

11. 平成17年決定の検討〔松原〕

平成17年決定における構成要件該当性判断および二段階の違法性阻却否定判断は、権利および義務としての監護権という視座から合理的に分析・整理できることが説明された。

12. 平成17年決定への民事法からのコメント〔石綿〕

民法で親権者・監護者を決定する際の判断基準が解説され、それに照らした平成17年決定の分析がなされた。

第3部 国外拐取の特殊性

13. 国外拐取に関する諸外国の状況〔佐藤〕

親による子の国外への連れ去り事案には、特別な対応をしている国が多いこと

が説明された。

14. 平成 15 年決定の検討〔松原〕

平成 15 年決定に対する、国外拐取事案であることに特に着目した分析・検討が提示された。

15. 民事法からのコメントーハーグ条約を中心にー〔石綿〕

ハーグ条約に表れた国外拐取の特殊性が指摘され、ハーグ条約と刑事法の関係についての分析がなされた。

このワークショップに結実した共同研究では、監護権を中核に据えて拐取罪を構成することのメリットとデメリットが確認された。

たしかに、監護権を中心にして再構成しても、未成年者を客体とする拐取罪のすべてが合理的に説明できるようになるわけではない。特に、監護権者が存在しない場合や、(とりわけ母親による)子連れ別居の扱いが問題である。前者については、拐取罪を認めるにあたって親権者や後見人による具体的監護までは不要だとしても、後見開始原因があるだけの場合は国家による後見に対する侵害というほかないであろうか。後者については、監護権侵害はあるといわざるを得ないが、違法かどうかは立ち入った検討が必要である。

そうであっても、監護権構成にはメリットが多い。同罪で真に問題にすべきは子の長期的利益であることが示せたり、権利者の義務的側面が考慮しやすくなったり、未成年者の承諾が相対化できたり、さらには、親による子の奪い合い事案において、自由 vs 監護権ではなく、子の利益のための監護義務 vs 監護義務という構成にできたり、といった点が容易に挙げられるところである。

そして最大のポイントは、民事法における監護権・監護の扱いを正面から参照できること、あるいは、参照すべきであるということが示せることである。未成年者を客体とする拐取罪については、やはり監護権を中心に据え、かつ、民事法における監護の扱いに刑事法側からも強い興味をもって、民刑の相互交流を深めながら正しい理解を広げていくことが決定的に重要である。

なお、本共同研究は継続中である。その全体像については、深町晋也＝樋口亮介編『子の奪い合いと拐取罪の総合研究(仮題)』(日本評論社、2020 年刊行予定)を参照いただきたい。

(和田 俊憲)

第 1 部 未成年者拐取罪の一般論

1. 3つの法益の確認と監護権に対する評価※

まず、「第 1 部 未成年者拐取罪の一般論」の報告の前提として、未成年者拐取罪（224 条。以下「本罪」という。）¹の法益を確認し、そのうち監護権に対する評価の変化を見ておきたい。

従前より、本罪の法益として想定されてきた主なものは、自由、監護権および身体の安全の 3 つである²。それらのうち、まず、自由および監護権の各法益は、古くから本罪の法益として挙げられてきたものである。その一例が判例①である（レジュメ 1. (1) ① (i) 参照）。判例①によれば、まず自由が本罪の法益であり、「幼者」に「監督者」（以下「監護者」という。）が存在する場合には、自由に加えて、「監督権」（以下「監護権」という。）も本罪の法益である。

また、判例①は、自由と監護権の位置づけについて、次の 2 点を示唆してもいるように思われる。第 1 に、自由という法益は、本罪を含む拐取罪の実行行為である拐取の一要素である、行為者が客体を自己または第三者の事実的な支配下に置くこと（以下「支配の設定」という。）という要素と関係するものだという点である。第 2 に、監護権という法益は、客体が「未成年者」であることと関係するものだという点である。

とすれば、本罪には、実行行為が拐取であるという点で他の拐取罪と共通する側面と、客体が「未成年者」であるという点で他の拐取罪と異なる側面の 2 つがあることになる。

次に、身体の安全という法益は、自由および監護権の各法益と比較すれば、最近になって主張されたものである。その端緒と推測されるのが学説①である（レジュメ 1. (1) ② (i) 参照）。なお、学説①で挙げられているのは生命・身体等の安全であるが、学説①の系譜に連なると思われる近時の学説に倣い³、以下では

※ 報告原稿に最低限の注を付す等の加筆修正を施した。なお、松原和彦「我が国における拐取罪の沿革（下）一親が主体の事案を念頭に」法時 90 巻 1 号（平成 30 年）116 頁以下、同「日本法の地層一拐取罪を巡る（裁）判例および学説の各状況の粗描」同 91 巻 10 号（令和元年）103 頁以下参照。

¹ 松原和彦「資料 1. 刑法（日本）条文」参照。

² 拐取罪一般の法益につき、町野朔ほか編『刑法・刑事政策と福祉一岩井宜子先生古稀祝賀論文集』（尚学社、平成 23 年）429 頁〔杉山博亮〕以下参照。

³ 西田典之（橋爪隆補訂）『刑法各論〔第 7 版〕』（弘文堂、平成 30 年）85 頁参照。

身体の安全とする。

さて、学説①には注目すべき点が1点ある。それは、客体が「未成年者」である場合には、身体の安全という法益に対する危険が「保護者」からの引離しによって惹起されるという点である。

本罪の法益として想定されてきた主なものは以上の3つの法益であるが、それらのうち監護権という法益は、近時、否定的に評価されているようである。それは、大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法』（青林書院）における評価の変遷から確認することができる（以下、レジュメ 1. (2) ① (i) ないし (iii) 参照）。

まず、平成3年に出版された初版では、判例①と同様の見解が「通説とされている」と評価されていた。平成14年に出版された第2版でも、そのような評価だった。しかし、平成26年に出版された第3版では、判例①と同様の見解が「かつては……通説とされていた」と評価されている。つまり、判例①と同様の見解の評価は低下しているのである。他方で、本罪の法益の1つを自由と理解することに対して、異論が唱えられることはほとんどない⁴。

とすれば、判例①と同様の見解の評価が低下した原因は、監護権という法益に対する否定的な評価にあると言えよう。その背景の1つには、判例①と同様の見解の場合、例えば、非監護者が監護者から「未成年者」、特に成年に近い者を拐取する場合、たとえ「未成年者」が拐取に同意していたとしても、監護者が同意しない限り、本罪の成立が肯定される可能性があるということに対する疑念があるのかも知れない⁵。そして、それは、監護権が「未成年者」のためのものであるという考え方の表れなのかも知れない⁶。

しかし、監護権という法益は否定的に評価されるべきなのだろうか。

（松原 和彦）

2. 監護権の重要性—比較法的視座から—

（1）日本の未成年者拐取罪の特徴

松原和彦「3つの法益の確認と監護権に対する評価」では、法益論に関する我が国の従来の議論が確認されたが、法益論とも関係して、我が国の未成年者拐取

⁴ 例外的に、井上正治＝江藤孝『新訂刑法学〔各則〕』（法律文化社、平成6年）56頁以下参照。

⁵ 西田（橋爪補訂）・前掲注3）87頁参照。

⁶ 山口厚『刑法各論〔第2版〕』（有斐閣、平成22年）92頁、93頁参照。

罪の規定には諸外国と異なる大きな特徴がある。すなわち、ドイツ、オーストリア、イギリス、アメリカ、カナダ、フランス、スイスといった欧米諸国では、未成年者を監護者等の下から連れ去る行為に関して、①親の子に対する監護権などの民事上の権利を保護する犯罪類型（権利保護類型）と、②被拐取者の自由ないし安全を保護する犯罪類型（自由・安全保護類型）の二類型がそれぞれ別個の罪として存在している¹のに対し、我が国には未成年者拐取罪（224条）の一罪しか規定されていないということである。

そして前項で確認した我が国のかつての通説的見解は、諸外国において二つの条文で保護しているものを、一つの条文で保護しようとしているように見える。これに対して、近年の通説的見解は、224条の法益から①監護者の権利を排し、②未成年者の自由ないし安全に特化させようとしているものといえる。

（2）異なる二つの法益と被害者の承諾

異なる二つ法益を一つの構成要件で保護しようとした場合、被害者の承諾との関係で、誰が当該法益の侵害に有効に承諾しうる承諾権者なのかが問題になる。この点について、かつての通説的見解は、犯罪の成立を否定しうる承諾権者として、監護者のみを想定していた²。

これは、被害者の承諾論の一般的な理解に基づけば、奇妙なところがある。というのも、被害者の承諾論でこれまで発展してきた理解に基づけば、一つの構成要件で二つの法益を平等に保護する場合には、犯罪成立のためにどちらか片方の法益侵害で十分とする択一的保護と犯罪成立のためにどちらの法益侵害も必要とする重層的保護の可能性があるが、前者の場合には、いずれもの法益所有者の承諾がなければ犯罪の成立は否定されず、後者の場合には、いずれかの法益所有者の承諾があれば犯罪の成立は否定されることになるからである³。すなわち、224条の成立を否定するためには、監護者と未成年者の承諾が必要か、監護者又は未成年

¹ 樋口亮介「比較法の地図—家族間における子の奪い合いに関する刑事法的対応」法律時報 91 巻 1 号（2019）106 頁以下を参照。なお、本企画の趣旨は、深町晋也「企画趣旨」法律時報 89 巻 11 号（2017）127 頁を参照。以下で「特集 拐取罪を巡る比較法的・沿革的分析」の研究成果を引用するときは、連載の著者姓（又は姓名）、担当国、上・下の区別、及び頁数のみを記す。

² 団藤重光『刑法綱要各論』（第 3 版、弘文堂、1990）476 頁、福田平『全訂刑法各論』（第 3 版増補、有斐閣、2002）173 頁などを参照。

³ この点については、拙稿「被害者の承諾—各論的考察による再構成（二）」北大法学論集 58 巻 4 号 46 頁以下を参照。

年者の承諾が必要だということになり、監護者の承諾のみが犯罪の成立を否定するという帰結にいたることはない。他方で、未成年者の承諾能力を否定すれば、かかる帰結は導けるが、少なくとも性的自由に関しては13歳以上が承諾できると解されていること⁴、また監禁罪に関する8歳児の承諾が問題となった事例⁵も存在することに鑑みれば、移動の自由についても一律に未成年者の承諾能力を否定することには説得力がないように思われる⁶。そうすると残されるのは、二つの法益のうち片方が優越する、すなわち224条では未成年者の保護よりも監護者の保護の方が本質的であると解し、監護者の承諾のみが224条の成立を否定できると解する方法になるが、当時の通説において、法益の優劣に関する記述は管見の限り見当たらない。

それではなぜかつての通説がこのような、すなわち自由と監護権を保護法益としつつ、監護者の承諾のみ有効であるという一見納得がいかないようにみえる解釈を行っていたのだろうか。結論から言えば、大正及び昭和初期の頃のこの点に関する学説に、当時のドイツの学説が強い影響を与えたからであると思われる。

たとえば、神谷健夫＝神原甚造『刑法詳論』では、拐取罪により侵害されるのは、監督権者の監督の下に立つ未成年の自由であるとしながら、その法益を処分できるのは監督権者だけであると記述し、そこでリストとフランクの名をあげている⁷。また、新保勘解人『日本刑法要論各論（増訂再版）』は、本罪の保護法益を

⁴ 確かに、児童福祉法や青少年保護育成条例では、18歳未満の者との合意的な性的行為をも処罰する規定があるが、ここでの保護法益はより広範で長期的な利益である未成年者の健全な育成と解されている。

⁵ 大阪高判平成27年10月6日判時2293号139頁（上告審：最決平成28年1月15日）を参照。

⁶ たとえばオーストリアにおいては、自由保護類型である刑法101条（児童拐取罪）との関係で、たとえ14歳未満であっても、移動の自由に関しては真意の承諾をしようとの理解が存在する（佐藤陽子・塙・下・99頁）。

⁷ 神谷健夫＝神原甚造『刑法詳論』（清水書店、1913）974頁以下：「未成年者は父母後見人感化院主教育所主の如き監督者の監督の下に在ると浮浪の状態に在りて何人の監督をも受けさるとを問はず均しく拐取罪の客体たるを得へし而して拐取罪により未成年者は自ら此等監督権者の監督の下に立つの自由を侵害せらるるものなりと雖とも此等の監督権者のみか法律に抵触せざる範囲に於て（例へは次条以下の規定）未成年者の斯る法益を処分するを得べきものなるか故に監督権者の承諾を得たるときは拐取罪成立せずと雖とも未成年者のみの承諾は拐取行為の違法性を阻却することと云はさる可らず（同説リスト、フランク）監督の下に在らざる少年に対し

未成年者の自由及び保護者の監督権であると解しながらも、未成年者の自由は絶対的なものではないとし、監督権の濫用に至らない限りでの監督者の承諾にのみ有効な犯罪阻却効果を認めるとして、リスト、フランク、アルフェルトを引用している⁸。

そこで以下では、当時のドイツ議論についてまず確認してみたい。

(3) かつての通説に影響を与えたドイツの議論

ドイツの未成年者拐取罪の規定たる刑法 235 条の基本的な構成要件(1 項)は、1872 年にライヒ刑法典が制定された当初から 1998 年の改正までほとんど変わっていない。235 条 1 項は次のようなものであった(レジュメ 2(3)も参照)。

ドイツ刑法第 235 条⁹

(1) 未成年者を策略、脅迫又は暴行により、その両親、後見人又は世話人(Pfleger)から分離した者は、禁錮(Gefängnis)に処する。

かかる構成要件の下、1900 年代初期にはすでに本条の保護法益と承諾権者に関

ては本人の承諾を得ずして擅に事実上の支配関係を設定するに因りて成立すべし」(原文の片仮名書きを平仮名に、旧字体を新字体に改めた)。

⁸ 新保勘解人『日本刑法要論各論(増訂再版)』(敬文堂書店、1929) 428 頁以下：「本罪の客体は未成年者にして其行為は略取又は誘拐なり。然れども未成年者は保護者の監督の下に立つものにして未成年者の自由なるものは絶対的なものに非ずして保護者の監督の範囲内に於て存するものなれば本罪の行為は常に一面に於ては保護者の監督権を侵害するの性質を有するものとす。」「従て縦令未成年者の承諾あるも之か保護者の意思に反するときは本罪の成立を妨げざるべきも之に反し保護者の承諾あるときは其承諾にして適法なる監督権の行使と認むべき範囲内に於ては縦令未成年者の意思に反する場合と雖も本罪成立せざるべし。何となれば此場合未成年者の自由を侵害したるものと言うを得されはなり。但し其承諾か監督権の乱用に出てたるものと認むべき場合に於ては縦令保護者の承諾あるも本罪成立すべし【獨逸刑法に於ける幼者の略取罪(Kinderraub)に付[リスト]亦刑法典の意味に於ては此犯罪は未成年者に対する自由犯として規定せられ監督権者の親族権に対する犯罪として規定せられざるも未成年者の承諾か犯罪の成否に何等の影響なきに拘らず監督権者の承諾は其違法性を阻却すと解し[フランク]は本罪の行為の客体は未成年者なれども保護の客体は親権者後見人等なるを以て未成年者の承諾は其違法性を阻却せざるも親権者後見人等の承諾は之を阻却すと為し[アルフェルト]亦結果に於て之と同説なり】」(原文の片仮名書きを平仮名に、旧字体を新字体に改めた)。

⁹ 1912 年 7 月 5 日から 1969 年 9 月 1 日まで用いられていた条文を翻訳した。それ以前の条文も構成要件の基本的部分は同じである。

する議論は一定の方向性を獲得していた。すなわち、235 条の法益は監護権であり、それゆえ承諾権者は監護者であるとの理解である。フランク¹⁰やその他多くの論者¹¹がこのように主張していた。

これに対して、独自の見解を主張していたのはリストである。1900 年に出版されたリストの教科書によれば、ドイツ刑法 235 条の保護法益は未成年者の自由であるが、違法性を阻却しうるのは、監護者の承諾のみである¹²。

特徴的なのは、ドイツでは 235 条の法益をいかに解そうと、未成年者拐取罪に承諾できるのは監護者のみであると解されている点であろう。なぜ当時のドイツでは、監護権者のみが法益を処分できると解されていたのだろうか。

そこで以下ではドイツの学説をよりよく理解するためにドイツ法を二つの視点から観察してみたい。すなわち、第一に沿革的な視点であり、第二に条文の文言を基礎においた解釈学的な視点である。

まず、第一の視点から検討する。そもそも未成年者拐取罪に関する規定はローマ時代のかかなり初期から存在していたが、とりわけ構成要件が明確化したのは、紀元 4 世紀のコンスタンティヌス 1 世の時代であるという¹³。その本質的なメルクマールは、親族（Angehörige）の意思に反して拐取が行われるということであった。そのため親族の同意は、構成要件を排除するが、被拐取者の意思傾向は重視されないと理解されていた¹⁴。この時代のいわゆる拐取罪は、キリスト教的価値観に基づいて、拐取されている間に被拐取者が墮落することを理由に処罰されていた。それゆえ、仮に被拐取者が拐取に同意した場合には、拐取者の刑が軽くなるのではなく、拐取者と共に被拐取者にも刑罰が科されていたという。このように、本罪はあくまで家族権の行使者たる家長が所有物たる妻や娘を墮落させることなく管理するための規定だったのである。

これに対して、中世、具体的には 13 世紀になってようやく北ドイツのいくつか

¹⁰ Vgl. *Frank*, Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 1926, S. 477.

¹¹ Vgl. *Merkel*, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 1889, S. 313; *Berner*, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 1898, S. 543; *Ebermayer/Lobe/Rosenberg*, Das Reichs-Strafgesetzbuch, 1922, S. 628 f.; *Maurach*, Deutsches Strafrecht Besonderer Teil ein Lehrbuch, 1953, S. 98.

¹² Vgl. *Liszt*, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 1900, S. 344. *Meyer*, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 1907, S. 418 f. も同旨。

¹³ 拐取罪の沿革に関しては、基本的に、*Schwarz*, Entwicklung und Reform der Entführungsdelikte (§ § 235-238), 1972 に依拠した。

¹⁴ Vgl. *Schwarz*, a.a. O. (Anm. 13), S. 9 f.

の都市¹⁵で初めて拐取に二つの類型が現れた。すなわち、被拐取者が拐取を受け入れれば *Entführung*、拒絶すれば *Raub* として区別され、前者は、拐取者が未成年者又は既婚女性でない限り、刑が減輕されたという¹⁶。たとえばフリースラントでは、裁判で拐取者と監護者が並びたてられ、被拐取者に対し「誰のところに行きたいか」という問いがなされ、被拐取者が拐取者を選べば *Entführung*、監護者を選べば *Raub* と結論付けられていたという。その後 16 世紀のカロリーナ刑法典ではローマ法が継受されたため両者の区別はなされなかったが、18 世紀末のプロイセン一般ラント法及びそれを継承したプロイセン刑法典（19 世紀中ごろ）では、その区別を確認することができる¹⁷。

具体的に、プロイセン刑法典では、まず自由に対する罪として、204 条に自らの支配下に置くなどの目的で暴行・策略等の手段を用い、人を拐取するいわゆる *Menschenraub*（拐取罪）が規定され¹⁸、同様に自由に対する罪として、205 条に物乞い又は利欲的若しくは反良俗的な目的等に利用するため 16 歳未満の者を策略又は暴行で拐取する罪が規定され、最後に 205 条の受け皿構成要件で、監護権に対する罪として、206 条に策略又は暴行で未成年者をその両親又は後見人から拐取する罪が規定されていた¹⁹。

¹⁵ Vgl. *Schwarz*, a.a. O. (Anm. 13), S. 19. フリースラント、ケルン、ボヘミアがその例としてあげられている。

¹⁶ Vgl. *Schwarz*, a.a. O. (Anm. 13), S. 19.

¹⁷ Vgl. *Temme*, *Lehrbuch des Preussischen Strafrechts*, 1863, S. 872 ff.

同時期にドイツの一部において適用されていた *Gemeines Recht* においても、解釈において両者の区別は確認できる（vgl. *Feuerbach*, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 1832, S. 173. 「拐取は違法な方法で行われなければならない、それは、1）人的自由の侵害としてか—その人の意思に反して—、2）その意思に合致しているときは、第三者のその者に関する法的権力の侮辱（*Beleidigung*）としてである」。また、後者は、「1）既婚女性の場合にはその夫との関係で、2）子どもの場合にはその者について父権を有する者との関係で行われる。」）。

¹⁸ *Menschenraub* も未成年者拐取罪と同様にローマ法に起源を有する規定である。とりわけ自由人の売買などを問題としていた（vgl. *Haars*, *Menschenraub und Kinderraub*, 1899, S. 5 f.）。

¹⁹ 205 条は未成年者に策略や暴行がなされることが前提となっており、206 条はそれが両親又は後見人になされることが予定されている。この点で、後者は、*Menschenraub* とは性質が異なり、第一義的に親権と配慮権を保護する規定だとされたのだという（vgl. *Schwarz*, a.a. O. (Anm. 13), S. 33 ff. *Hälschner*, *Das*

その後、拐取罪との関係ではプロイセン刑法典と変わらない北ドイツ連邦のための刑法典が作られ、それを継受したライヒ刑法典ができた²⁰。ライヒ刑法典では、234 条に一定の目的で、かつ策略又は暴行・脅迫の手段を用いて人を拐取する Menschenraub が規定され、235 条に未成年者を策略又は暴行・脅迫により親権者や後見人から拐取する罪が規定され、236 条にわいせつ等の目的で婦女を策略又は暴行・脅迫で拐取する罪が規定され、最後に 237 条にわいせつ等の目的で未成年、かつ未婚の婦女をその意思に合致し、しかしそれらの監護者等の意思に反して拐取する罪が規定されている。

以上で紹介した沿革に基づき考えるに、そもそも未成年者拐取罪というのは、未成熟な者を監護者の権力に服させるための条文であったといえる。それがやがて自由に対する罪になり、他方で自由には解消されない部分も残った。つまり上述の法益論にまで遡れば、①の類型が原初形態であり、その後、(場合によっては監護されていない)被拐取者の自由を重視した②の類型が派生したことになる。また、②類型の拐取罪が派生する際に、①類型が削除されることはなく、①類型の独自の重要性は維持されている。

そして、①類型の条文として受け止められやすいのは、「A から (B を) 奪う」という構造になっており、かつ被拐取者の意思に反する拐取を必ずしも要件としていない²¹構成要件であった。この点でライヒ刑法典 235 条はまさにそのような条文であったといえよう。実際に立法者もそのような趣旨で規定したものと考えられる。ライヒ刑法典 235 条の保護法益は監護権であり、その承諾権者は監護者であるという結論は、この点で分かりやすい。

これに対してリストが保護法益を未成年者の自由と解した点は疑問であるが、場合によっては、条文が分類された章が自由に対する罪の章であったこと及び、拐取の目的が婚姻目的に限られない²²ことを重視したのかもしれない²³。

preußische Strafrecht Teil. 3, 1868, S. 190 f.も参照)。また、*Haars. a.a.O.* (Anm. 18), S. 39 f.も参照。

²⁰ Vgl. *Schwarz, a.a. O.* (Anm. 13), S. 38.

²¹ この点は、後述する第二の点と関係する。

²² リストは婚姻目的による、被拐取者の意思に合致し、かつ後見を侵害する拐取行為に家族に対する罪たる特徴を見出す (Vgl. *Liszt, a.a. O.* (Anm. 12), S. 351)。

²³ リストがプロイセン一般ラント法の伝統を批判的に見ていることも重要であろう (vgl. *Liszt, a.a. O.* (Anm. 12), S. 351 f.)。また、*Gemeines Recht* の伝統からみれば、235 条が Menschenraub から分岐した新設条文であるという点については、*Meyer, a.a.O.* (Anm. 12), S. 418 f.を参照)。

しかし、たとえリストのように、235 条の法益を被拐取者の自由と解しても、ドイツには 235 条の承諾権者を監護者と解するべき理由があった。それは第二の視点、すなわち文言を基礎においた解釈学的な視点からみたときに明らかになる。その際には、同じく拐取を規定する 236 条と 237 条もあわせて観察しなければならない（レジュメ 2（3）も参照）。

ライヒ刑法典第 236 条²⁴

(1)わいせつの目的で、婦女をその意思に反して策略、脅迫又は暴行で拐取した者は 10 年以下の懲役に処する、また被拐取者と婚姻するために、拐取が行われた場合には禁錮に処する。

同第 237 条²⁵

(1)わいせつ又は婚姻の目的で、未成年、かつ未婚の婦女をその意思と合致して、しかしその両親又は後見人の同意なしに拐取した者は禁錮に処する。

これらの規定の特徴は、被拐取者の意思・同意の有無を明記している点にある。すなわち、236 条は「被拐取者の意思に反すること」が前提になるのに対し、237 条は「被拐取者の意思に合致し、しかし監護者の意思に反すること」を前提とする。法益との関係でみれば、前者を②に分類し、後者を①に分類するのが一般的である²⁶。

その上で 235 条を見ると、235 条には被拐取者の意思・同意に関する記述がない。つまり、235 条では、「被拐取者の意思に合致しても、しなくても」と読まれることになる。それゆえ、決定的なのは監護者の意思であるとの理解につながるようになるのである。この点で、たとえばリストがそうであったように、本罪の保護法益を監護権だと解さなくても、承諾権者は監護者であるとの帰結に至るのは理由のあることだったといえよう。

(4) かつての通説の理論的根拠？

我が国の 224 条を見てみると、ドイツの条文のように、「A から（B を）奪う」という条文の作りになっておらず、また未成年者の承諾を制限する文言を条文上に見出すことはできない。しかし、それにも拘らず、先に紹介した我が国の文献

²⁴ 1872 年 1 月 1 日から 1953 年 10 月 1 日まで用いられていた条文を翻訳した。

1998 年に本質的に変更を加えられるまでは、ほとんど内容的な変更はない。

²⁵ 1896 年 9 月 7 日から 1953 年 10 月 1 日まで用いられていた条文を翻訳した。それ以前の条文も構成要件の基本的部分は同じである。また、1997 年に削除されるまでは、ほとんど内容的な変更はない。

²⁶ Vgl. *Frank*, a.a.O. (Anm. 10), S. 479 und 480; *Maurach*, a.a.O. (Anm. 11), S. 99. ただし、236 条については身体的自由というよりも、性的自由が重視されている。

はドイツ刑法 235 条に関するドイツの解釈を手がかりに、監護者の承諾のみの重要性を主張してきた。では、我が国のかつての学説が、ドイツと我が国の条文の違いを認識せずにこのような解釈をしてしまったと見るべきなのだろうか。

私見によれば、かつての学説は、ドイツの条文と我が国の条文が異なっていることを理解しながらも、あえてこのような理解を取り入れたものである。

たとえば、大正 6 年 (1917) に公刊された藤波元雄「略取誘拐罪ニ於ケル被害者ノ承諾ヲ論ス」法曹記事 27 卷 8 号 1 頁以下は、当時のドイツやフランスなどの外国法についてかなり詳細な検討を経たのち、わが国の条文とこれらの条文が異なっていることを認識しながらも、「社会生活の実状に参酌し且法文の用語が甚だ簡単なる点は反て多少の斟酌を加ふる余地あるものと」して、監護権と未成年者の自由のいずれもを保護するとの見解を「穩健なる見解と認む」として支持している²⁷。ここでいう社会生活の実状というのは、ここで挙げられた例に基づけば、未成年者の承諾を常に有効とすれば、監護者が受けさせたい教育や世話を受けさせることができなくなる²⁸ことである。監護者の決めた場所に子が所在しているということが、監護者が子に対する権利や義務を行使する前提になる。それ

²⁷ なお、本罪が未成年者の自由を保護していることは前提となっている。それは、条文の位置や法定刑から、その他の拐取罪と罪質が同じであることを考慮してのことであると思われる（藤波元雄「略取誘拐罪ニ於ケル被害者ノ承諾ヲ論ス」法曹記事 27 卷 8 号 24 頁を参照）。また、明文上、本罪の客体が監護権に服する未成年者であると明記していないこと（旧刑法に関する記述として、同・22 頁を参照）及び旧刑法からの伝統もその理由とされる（同・16 頁以下を参照）。当時の学説が拐取罪一般の法益を被拐取者の自由とし、未成年者拐取についてはそれに加えて監護権としていた点については、松原・沿革・下・117 頁を参照。

引用部分は、原文の片仮名書きを平仮名に、旧字体を新字体に改めている（以下、同じ）。

²⁸ 「監護権に属する未成年者に対して監護権者は其処分権限に基き未成年者の意思に反し之を甲教育家に托し監護を受けしめたる時悪友乙か未成年者の承諾を得て之を自己の支配内に入るに當り監護権者に暴行脅迫を加へ又は詐欺誘惑を加へて其結果未成年者を引取りたりとし此場合に未成年者の単独の承諾か法益侵害の適法性(ママ)を阻却するものとせば監護権者は未成年者の意思に反して安全に処分権限を行使する能はさるに至るへし故に本罪に於て監護権も亦法の保護する利益と解すべく此場合には監護権者の承諾は以て犯罪の成立を阻却するに足るも被拐取者の承諾の有無は没交渉なり」(26 頁以下)。ただし、略取も誘拐も存在しない場合は、処罰することはできないとも主張している。

はまさに、民法上、子の居所指定権²⁹が親権者に与えられていることの理由であり、そこには親のみならず子の利益があるといえる。

すなわち、②類型だけでは保護できない①類型の重要性を顧慮し、具体的には教育等を考慮に入れた長期的な子の利益に関する保護の欠缺は許されないとして、224条に二つの保護法益を詰め込んだといえる³⁰。安易な、しかし承諾能力のある未成年者の承諾を許さないために①監護権という法益が加えられたという点で、①監護権を保護する罪が②自由に対する罪に分化していったドイツとは沿革的に異なっており、また理論的に多少の無理が生じているが、それはまさに我が国の未成年者拐取罪が一つしか規定されていなかったためにやむを得ない解釈であったといえよう。

(5) 小括

ドイツと我が国の未成年者拐取に関する規定は、沿革も条文も異なるものである。この点で、ドイツの学説に強い影響を受けたように見える我が国のかつての通説には問題が内在する。しかし、我が国のかつての学説は必ずしも盲目的にドイツの学説に従ったのではなく、その違いを認識しつつも、親が子に対して教育を受けさせる利益など、長期的な要素に着目して、ドイツの理解を取り入れていったものといえる。このような理解は現在においても傾聴に値するであろう。実際諸外国においては、現在においても①類型の規定が存在している。逆に、現在の通説のように、①類型に関する法益の排除は、そう簡単に決断することはできないように思われる。仮に①を排除するのであれば、②に関する法益論又は違法性阻却論の中で、子の長期的利益を取り込む工夫が必要となろう。

(佐藤 陽子)

²⁹ 民法 821 条：子は、親権を行う者が指定した場所に、その居所を定めなければならない。

³⁰ 旧刑法時代において、未成年者（ただし、12 歳未満）拐取罪が監護権に対する罪だと解されていたのも、このことに影響を与えていたものと思われる（松原・沿革・上・272 頁以下。佐野文彦「「家族」間における子の奪い合いに関する未成年者拐取罪の適用に関する試論」東大ロー11号（2016）89 頁も以下）。

3. 3つの法益の検討（その1）—自由の実体、身体の安全の適否—※

佐藤陽子「2. 監護権の重要性—比較法的視座から—」で、監護権も重要であることが明らかとなった。それを承けて、ここでは、監護権それ自体について検討したい。また、松原和彦「1. 3つの法益の確認と監護権に対する評価」で確認した監護権以外の法益、つまり、自由および身体の安全についても、自由の内実や身体の安全の、法益としての適否については、なお検討すべき点があるように思われる。

以下では、まず自由および身体の安全の各法益について検討し、次に、石綿はる美「4. 明治民法における親権・監護」を挟んで、監護権について検討することとしたい。

まず、未成年者拐取罪（224条。以下「本罪」という。）¹における拐取罪としての側面に関係する自由について検討する。

戦前の教科書等では、現在とは異なる形で、拐取罪と逮捕及び監禁罪（220条）²の差異が説明されることがあった。学説②はその例である（レジュメ3. (1) ①（i）参照）。学説②によれば、拐取罪と逮捕及び監禁罪は、客体の場所的移動の要否で区別される。

また、学説②のような見解を徹底すれば、実行行為である拐取には、客体の場所的移動という要素が必要となる。学説③は、そのような見解の例である（レジュメ3. (1) ①（ii）参照）。学説③を敷衍すれば、客体が場所的に移動すること等によって、自力でまたは第三者の「救援」によって、客体が「帰還」することが困難になるという。

現在、学説②のような見解は忘れ去られ、また、学説③のような見解は、特に学説④のような批判があって（レジュメ3. (1) ①（iii）参照）、否定されているのではないだろうか。しかし、それでもなお、それらの見解は、次の2点を示唆しており、それらの点は、拐取罪の本質を捉えているように思われる。

第1に、客体には、自力でまたは第三者の「救援」によって「帰還」すべき「場

※ 報告原稿に最低限の注を付す等の加筆修正を施した。なお、松原和彦「日本法の地層—拐取罪を巡る（裁）判例および学説の各状況の粗描」法時91巻10号（令和元年）103頁以下参照。

¹ 松原和彦「資料1. 刑法（日本）条文」参照。

² 松原（資料）・前掲注1）参照。

所」、つまり、居るべき「場所」があると想定されているのではないかという点である。そうであれば、客体にとっては、その「場所」に居ること自体が利益だということになる。それは、客体が「未成年者」の場合、特に非監護者との関係では、監護者の下だろう³。客体が居るべき「場所」に居るという利益が自由の実体であるように思われる⁴。

第2に、第1点に関連して、支配の設定には、客体が「帰還」すべき「場所」へ「帰還」することを妨害するという意義があるのではないかという点である。学説③は、支配の設定によっても、「帰還」が困難になる点に着目している（レジュメ3. (1) ① (ii) 参照）。

なお、逮捕及び監禁罪の場合、客体の場所的移動の自由をその罪の法益と理解するとき、それには居るべき「場所」に居る利益までは含まれず、また、「逮捕」および「監禁」には、客体が「帰還」することの妨害までの意義は存在しないと言えよう⁵。

次に、客体が「未成年者」の場合に特徴的な形で危殆化される身体の安全について検討する。

戦前の教科書等では、現在とは異なり、拐取罪と遺棄罪（217条以下）⁶の差異が説明されることがあった。学説⑤はその例である（レジュメ3. (2) ① (i) 参照）。学説⑤によれば、拐取罪と遺棄罪は支配の設定の要否で区別されるという。しかし、現在、学説⑤のような見解も忘れ去られているように思われる⁷。

もっとも、学説⑤のような見解は、次の点を示唆しているように思われる。それは、例えば、客体が「未成年者」の場合、本罪と遺棄罪は類似しているという点である。具体的に言えば、非監護者つまり「保護する責任のある者」（以下「保護責任者」という。）でない者が、監護者つまり保護責任者から、「未成年者」つまり「幼年」の者を引き離すという点で、類似している。その場合、遺棄罪（217

³ 拐取罪の法益を自由とのみ解釈する見解ではあるが、内田文昭『刑法各論〔第3版〕』（青林書院、平成8年）128頁参照。

⁴ 解釈の方向性が同一の見解として、山中敬一『刑法各論〔第3版〕』（成文堂、平成27年）144頁以下、橋本正博『刑法各論』（新世社、平成29年）100頁、101頁参照。

⁵ 橋本・前掲注4）96頁（逮捕及び監禁罪）、103頁（拐取罪）が意識しているかのようである。

⁶ 松原（資料）・前掲注1）参照。

⁷ ただし、西田典之＝山口厚編『刑法の争点〔第3版〕』（有斐閣、平成12年）142頁〔島田聡一郎〕は、看取しているかのようである。

条)は成立するだろう。なぜなら、「幼年」の者が保護責任者から引き離されることによって、判例②によれば(レジュメ 3. (2) ② (i) 参照)、その生命・身体という法益に対する危険が惹起されるからである。

しかし、そうであるのは、次の2つの条件があるからだと思われる⁸。第1の条件は、客体が生命・身体に対する危険を内包していることである。遺棄罪(217条以下)の場合、客体は、「扶助を必要とする」状態であることとその原因が「幼年」等であることのように、二重に限定されている。第2の条件は、特定の者が客体の生命・身体に対する危険が惹起されないように保護する、あるいはそうすることが期待されていることである。遺棄罪の場合、特定の者として保護責任者が予定されている。

以上のような遺棄罪に対して、本罪の場合、監護者が存在する点で第2の条件は充足される。しかし、本罪の場合、客体が「未成年者」という以上には限定されていない点で第1の条件は充足されない。とすれば、本罪の場合で「未成年者」を監護者から引き離すとき、その身体に対する危険が惹起されるとは限らない。そして、その限りで、身体の安全を本罪の法益と理解することは適切でないと言えよう⁹。

次に、監護権について検討するが、その前提として、石綿はる美「4. 明治民法における親権・監護」で明治民法における親権等について確認する。それは、松原和彦「5. 3つの法益の検討(その2) 一刑法における監護権の意義一」の通り、戦前の教科書等の中には、監護権として、まずは親権を想定していたようだからである。

(松原 和彦)

4. 明治民法における親権・監護

明治民法における親権・監護について簡単に説明したい。

⁸ 松原和彦「保護責任者遺棄罪における『保護責任』についての一考察(3・完)」北法 58 卷 1 号(平成 19 年) [329] 頁以下参照。

⁹ 本罪の法益を身体の安全と解釈することに対する批判として、中森喜彦『刑法各論〔第4版〕』(有斐閣、平成 27 年) 55 頁参照。また、山中・前掲注 4) 144 頁は、拐取罪と逮捕及び監禁罪ならびに強要罪(223 条。松原(資料)・前掲注 1) 参照)を比較して、そのような解釈を批判する。

(1) 親権

明治民法下においては、明治民法 877 条 1 項が「子ハ其家ニ在ル父ノ親権ニ服ス但独立ノ生計ヲ立ツル成年者ハ此限ニ在ラス」と規定し、親権は原則として父に帰属するとされていた。母が親権を有するのは、父が知れないとき、死亡したとき、家を去ったとき、親権を行うことができないときといった、例外的な場合に限定される（明治民法 877 条 2 項）。つまり、現行法とは異なり、親権者は一人ということになる。親権を行使するのは、父母の一方ということになり、親権の内容は身上及び財産上の監督保護とされていた¹。

明治民法における親権の身上監護に関する規定は、現行法とほとんど共通していた²。

(2) 監護

明治民法 879 条は、親権の効力として、「親権ヲ行フ父又ハ母ハ未成年者ノ子ノ監護及ヒ教育ヲ為ス権利ヲ有シ義務ヲ負フ」と規定をする。この条文は、現行民法 820 条とほぼ同じ内容となっている³。条文では、監護・教育をなす権利及び義務と規定されているが、学説では、それぞれについて内容を具体化しようとしている。例えば、「監護とは監督保護の意であって、子の身体及び精神の発達を監督し、之れに危害又は不利益の発生したる場合に於ては之れを防衛保護することを謂ひ、教育とは教導養育の意であって、子の身体及び精神の発育完成を企図する行為である」などと説明されている⁴。

では、監護はだれが行うのか。まず、上記で確認したように、監護は、親権の効力であることから、親権者が監護を行うことはできる。次に、子の監護は通常、

¹ 穂積重遠は、「父又は母が家に在る子に対して有する身上及び財産上の監督保護を内容とする権利義務を包括して親権と云う」とする（穂積重遠『親族法』（岩波書店、1933 年）549 頁）。

² 明治民法は、879 条で監護教育について包括的に規定したうえで、居所指定権（880 条）、懲戒権（882 条）、職業許可権（883 条）について定める。現行法との一番の違いは、881 条に未成年者が兵役を志願する場合の父又は母の許可権が規定されていたことである（兵役許可権については、大村敦志『民法読解 親族編』（有斐閣、2015 年）255 頁以下）。詳細は、明治民法の条文を確認されたい。

³ 平成 23 年改正により、民法 820 条には、「子の利益のために」という文言が追記されている。

⁴ 和田于一『親子法論』（大同書院、1927 年）554 頁。その他の見解につき、大村・前掲注 2)245 頁以下。

夫婦がこれを共同して行うものだという前提から、婚姻している場合には、父母の双方に監護が帰属しているものと考えられてきた⁵。また、離婚後は、当事者の協議により監護者を定めることが原則であるが、定めがない場合には父が監護を行うとされていた（以上、明治民法 812 条 1 項）。なお、父が離婚によって婚家を去る場合には、監護は母に帰属する（明治民法 812 条 2 項）

以上の説明から、「監護」は、①親権行使の一内容である場合と、②親権を有しない者により行われる監護である場合（父に親権がある場合の婚姻中の母の監護、離婚後に親権を有しない父又は母が行う監護）があることが明らかになる。

このため、特に②に関して、親権を有しない者が、どこまでのことを行うことができるかという点を明らかにするために、「監護」の内容を明確化する必要があった⁶。狭義の監護は、明治民法で規定する 879 条の規定する身上監護のうち教育を除いたものであるとする考え方である。次いで、監護教育の双方を包含する広義の監護を指すものがある。最も広義のものは、身上監護のみならず、身上監護に必要な財産管理も含むという考え方である。学説は、当初は狭義であったが、徐々に広義の遣い方も有力となっていったとされるが、必ずしも用法が一致していたというわけではないという状況であった。

（石綿 はる美）

5. 3つの法益の検討（その2）—刑法における監護権の意義—※

では、石綿はる美「4. 明治民法における親権・監護」（以下「石綿報告」という。）に言及しつつ、未成年者拐取罪（224 条。以下「本罪」という。）¹の客体が

⁵ 大村敦志『民法のかたちを描く』（東京大学出版会、2020 年）79 頁（初出、「親権・懲戒権・監護権—概念整理の試み」能見善久他編『民法の未来』（商事法務、2014 年）573 頁）。

⁶ 以下の点について、大村・前掲注 5)80 頁、また明治民法下から現在までの学説の詳細について、於保不二雄＝中川淳編『新版注釈民法(25)〔改訂版〕』（有斐閣、2004 年）65 頁以下〔明山和夫＝國府剛〕。

※ 報告原稿に最低限の注を付す等の加筆修正を施した。なお、松原和彦「我が国における拐取罪の沿革（下）—親が主体の事案を念頭に」法時 90 巻 1 号（平成 30 年）116 頁以下、同「日本法の地層—拐取罪を巡る（裁）判例および学説の各状況の粗描」同 91 巻 10 号（令和元年）103 頁以下参照。

¹ 松原和彦「資料 1. 刑法（日本）条文」参照。

「未成年者」であるという側面に関係する監護権について検討する。

まず、監護権の目的（内容）という観点から、監護権とは何かという問題へ迫りたい。監護権を本罪の法益の1つと理解することの多かった戦前の教科書等の中には、石綿報告で確認された明治民法上の親権に関する規定を引用するものがあった。学説⑥はその例である（レジュメ 5. (1) ① (i) 参照）。学説⑥が引用する規定のうち、最も重要なのは、石綿報告で確認された明治民法 879 条²である。

他方、戦前の教科書等の中には、明治民法上の親権に関する規定を引用していないが、記述の内容上、監護権を親権の意味で使用しているものもあった。学説⑦はその例である（レジュメ 5. (1) ① (ii) 参照）。学説⑦が言及する「感化院」について定める感化法を確認すると（レジュメ 5. 注 1）参照）、学説⑦中の「監督権」は親権の意味であると言って差し支えないだろう。

更に、戦前の教科書等では、監護者の例として父母（親権者）、後見人が挙げられていた³。

確かに、石綿報告の通り、明治民法上でも、親権と関係のない事実上の監護がある。また、明治民法にも関係のない純粋に事実上の監護も想定することができる。事実、戦前の教科書等の中には、事実上の監護者（監護権）というものを肯定するものもあった⁴。しかし、監護権の典型あるいは中核は親権ではあるだろうから、以下では、それを前提とする。

さて、石綿報告で確認された明治民法 879 条中の「監護」および「教育」の各定義から、次の2点を確認することができる。第1に、目的（内容）の点では「未成年者」の保護という消極的なものに限定されていないという点である。第2に、保護および発達の対象は「未成年者」の自由や身体の安全に限定されないという点である。なお、明治民法 879 条に相当する現行民法 820 条⁵中の「監護」および「教育」の各定義は、それに関する争いはあるものの、明治民法 879 条のそれら

² 「親権を行ふ父又は母は未成年の子の監護及び教育を為す権利を有し義務を負ふ」（読み易くするために、表記を編集した。）

³ 大日本百科辞書編輯所編『法律大辞書 第6冊』（同文館、明治44年〔日本図書センター復刻版〕）2605頁〔山岡萬之助〕参照。

⁴ 佐瀬昌三『刑法大意（第2分冊）〔改訂増補第2版〕』（清水書店、昭和16年）271頁、近時では、松宮孝明『刑法各論講義〔第5版〕』（成文堂、平成30年）103頁参照。

⁵ 石綿はる美「資料5. 現行民法の関連条文」参照。

と径庭がないかのようである⁶。したがって、前述の2点は現在でも妥当するのではないだろうか。

以上を前提にすれば、監護権の目的（内容）は、大雑把に言えば、「未成年者」の包括的かつ長期的な利益を実現することと理解することができる⁷。

次に、監護権の性質という観点から、監護権とは何かという問題へ再度迫りたい。監護権の性質という観点からは、学説⁸が注目に値する（レジュメ 5. (2) ① (i) 参照）。というのも、学説⁸は次の2点を示唆しているように思われるからである。第1に、監護権には、権利としての性質と義務としての性質があるという点である。第2に、義務としての監護権は、監護者が「未成年者」に対して負うものだという点である。

では、権利あるいは義務としての監護権とは何か。また、権利としての監護権は、監護者が誰に対して有するのか。それらは、次のように考えることができるのではないだろうか⁸。すなわち、権利としての監護権は、監護者が第三者に対して有するものであって、監護者が、第三者に容喙されることなく、「未成年者」の包括的かつ長期的な利益を実現するものである。他方、義務としての監護権は、前述の通り、監護者が「未成年者」に対して負うものであって、監護者が「未成年者」の包括的かつ長期的な利益を適切に実現するものである。

最後に、包括的かつ長期的な利益の享受の要否の判断主体について、簡単に検討したい。なぜなら、学説⁸のように義務としての監護権を徹底すると、包括的かつ長期的な利益の享受の要否は、受益者である「未成年者」が判断すべきとなるかも知れないからである。

しかし、「未成年者」がそのような判断を行うことができるのか、また、そうすべきなのかには、疑問がある。なぜなら、「未成年者」は精神的に未成熟だからで

⁶ 於保不二雄＝中川淳『新版注釈民法（25）親族（5）〔改訂版〕』（有斐閣、平成16年）64頁以下〔明山和夫＝國府剛〕参照。また、石綿はる美「7. 現行民法における親権・監護権」も参照。

⁷ 深町晋也「親による未成年の子の奪い合いと拐取罪の成否を巡る諸問題—日本法の新たな地層」法時91巻11号（令和元年）119頁は、「未成年者の健全な発達・成長といった長期的なスパンによる判断が不可欠な利益」と主張する。

⁸ 民法学における親権の性質を巡る議論につき、於保＝中川編・前掲注6）76頁以下〔明山＝國府〕、窪田充見『家族法—民法を学ぶ〔第4版〕』（有斐閣、令和元年）287頁以下参照。

あり、また、そうだからこそ、監護者が存在するからである⁹。とすれば、包括的かつ長期的な利益の享受の要否は、監護者こそが判断すべきである¹⁰。

(松原 和彦)

6. 権利としての監護権とその制約

(1) 良俗に反した監護者の承諾に関するドイツの理論

松原和彦「5. 3つの法益の検討（その2）—刑法における監護権の意義—」で明らかになったように、監護権には権利としての側面と義務としての側面がある。しかし拐取罪に関していえば、それを侵害する第三者との関係が問題となっているのであるから、むしろ権利の側面が重要で、義務としての側面は考慮されていないのではないか、具体的には、監護者は自由にこの法益を、場合によっては子の利益に反してでも放棄できるのではないかという問題が生じうる。

かつて、この点についてはドイツにおいて、刑法 235 条との関係で論じられていた¹。

良俗に反した親権者の承諾が無効であるとの理解はたとえば、マウラッハが採用していた。ここでは、当時の刑法 226 条 a（現行の刑法 228 条²）、すなわち良俗に違反した傷害行為を同意にも拘わらず処罰することの規定の準用が主張された³。これに対して、良俗に反した親権者の承諾は有効であり、その承諾に基づく

⁹ 藤波元雄「略取誘拐罪に於ける被害者の承諾を論ず」法記 27 巻 8 号（大正 6 年）32 頁参照（なお、読み易くするために、論文名の表記を編集した。）。また、拐取罪の法益を自由とのみ解釈する見解ではあるが、中村勉『刑法各論要義 I』（北樹出版、平成 10 年）302 頁も参照。

¹⁰ 深町・前掲注 7）119 頁は、前述のような利益の性質から、同一の帰結を導出する。

¹ Vgl. *Schwarz*, Entwicklung und Reform der Entführungsdelikte (§ § 235-238), 1972, S. 139 f. なお、この論点は、かつて、「義務を忘れた親権者（pflichtvergessener Erzieher）」という名称で呼ばれていた。

² 228 条（同意）：被害者の同意を得て傷害を行った者は、その行為が同意にも拘わらず良俗に違反しているときにのみ違法に行為したものとする。

³ *Maurach*, Deutsches Strafrecht Besonderer Teil ein Lehrbuch, 1953, S. 98; *Binding*, Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts, Besonderer Teil, Bd 1, 1969, S. 116 は、理由を明言しないものの、義務を忘れた父親の承諾は犯罪の成立

行為には 235 条は成立しないとの見解も有力に主張されていた⁴。

しかし、この点は現在ではほとんど争われていない。なぜならば、228 条は傷害に関する規定以外には適用できないと解するのが現在の通説的解釈なため⁵、前者の見解は法律上の根拠を失ったからである⁶。

つまり、ドイツでは監護権は純粋に監護者に処分可能な法益として扱われており、義務的側面がほとんどないことが分かる。しかし、重要なのはドイツにおいては、刑法 171 条（旧 170 条 d:配慮義務、教育義務の侵害）⁷や 180 条（未成年者の性的行為の促進）⁸が、場合によっては起こりうる処罰の欠缺を補いうるということである⁹。良俗に反した親権者の承諾に基づく拐取は、その本質が監護権侵害ではなく、親権者による配慮義務の侵害や健全な性的発展の侵害に見いだされることになり、親権者は 171 条や 180 条で、235 条よりも重く処罰され¹⁰、拐取者はその共犯になりうるのである。

（2）我が国におけるありうる方策

を阻却しないと述べている。*Schönke*, Strafgesetzbuch Kommentar, 5. Auflage, 1951, § 235, S. 546 も同旨。

⁴ *Schönke/Schröder*, Strafgesetzbuch Kommentar, 12. Auflage, 1965, § 235 Rn. 5. *Schwarz*, a.a.O. (Anm. 1), S. 139 f. も参照。

⁵ Vgl. *Sternberg-Lieben*, in: *Schönke/Schröder* Kommentar, 30. Auflage, 2019, § 228, Rn. 1.

⁶ 最近では、*Sonnen*, in: *NomosKommentar*, 5. Auflage, 2017, § 235 Rn. 30 が良俗に反する承諾の無効性を、*Gribbohm*, in: *Leipziger Kommentar*, 11. Auflage, 2001, § 235 Rn. 96（正確には Rn. 95 であると思われる）を引用して主張しているが、*Krehl*, in: *Leipziger Kommentar*, 12. Auflage, 2015, § 235 Rn. 96 ff. は、かかる見解を明確に否定している。

⁷ 刑法 171 条（配慮義務又は教育義務の侵害罪）：16 歳未満の者に対する配慮義務又は教育義務を著しく侵害し、それによって被保護者を、身体的若しくは精神的発展が著しく害される、犯罪的素行（kriminellen Lebenswandel）に至る、又は売春を行う危険に至らしめた者は、3 年以下の自由刑又は罰金刑に処する。

⁸ 詳細は、拙稿「ドイツにおける性犯罪規定」刑ジャ 45 号（2015）92 頁以下を参照。

⁹ これまでその有効性が問題視されていた良俗に反する承諾は、それ自体が犯罪を構成するものである（*Schwarz*, a.a.O. (Anm. 1), S. 139 や *Krehl*, a.a.O. (Anm. 6), Rn. 98 を参照）。

¹⁰ ただし、いずれの条文も保護年齢が 16 歳未満であるので、16 歳、17 歳の未成年者に対して保護の欠缺は起こりうる。

これに対して、わが国においては、少なくともドイツ刑法 171 条に該当するような条文が存在しない¹¹。それゆえ、監護者が恣意的に処分できる法益として監護権を構成すれば、未成年者にとって非常に不都合な、つまり保護の欠けた状況になる可能性がある。

たとえば、近年の学説のように保護法益として未成年者の生命・身体等の安全を想定することでこの欠缺が補えるのかといえ、それも難しいであろう。なぜなら、監護権により保護されている未成年者の利益は教育的側面を含んだ長期的な未成年者の利益であり、拐取行為により侵害されうる短期的な生命・身体等の安全を保護するだけではこれを十分に保障することができないからである。そうだとすれば、ドイツとは異なり、義務としての監護権を前面に出して、監護者の承諾を制限する、すなわち義務としての監護権が許容する範囲でのみ権利としての監護権を行使することができると解するのもありうる選択肢なのかもしれない¹²。

(3) 小括

監護者が子との関係で監護の義務を課せられる代わりに、第三者との関係で子に対する権利が保障されているのだとすれば、この権利と義務は非常に密接な関係にあるものといえる。そのため、義務と権利を一体とし、義務が許容する範囲で権利を保障するという方法はあるように思われる。そしてこのような範囲において、監護権は、身体の枢要部分と同じように、放棄不可能な法益となるのである。なお、かかる理解によれば、良俗に反して子の拐取に承諾した監護者に未成年者拐取罪の共犯が成立しないかが問題になりうる。しかし、少なくとも、本罪において保護法益としての監護権を強調する限り、共犯の成立は認められな

¹¹ 180 条に関しては、児童福祉法 34 条 7 号（罰則は同 60 条 2 項）がこれに当たりうる。

¹² 実際、わが国の裁判例は、拐取罪における監護者の承諾を無制限に認めているわけではないようである。たとえば、高松高判平成 26 年 1 月 28 日高刑速報（平 26）号 213 頁は、「そもそも、未成年者略取罪における保護者の承諾に関しては、その真摯な承諾が存在するというだけでなく、承諾を得た動機、目的や、略取の手段、方法等を総合考慮し、当該行為が社会的に見て相当といえる場合に初めて違法性が阻却されるものと解され、保護者の真摯な承諾があったといえるためには、単に子を連れ去るということのみならず、その連れ去りの動機、目的や手段、方法等の少なくとも概要についても承諾を得ていることを要すると考えられる」とする。これは、被害者の承諾論における社会的相当性説の立場であるといえるだろう。

いであろう¹³。

(佐藤 陽子)

7. 現行民法における親権・監護権

(1) 親権・監護権の内容

本項では、現行民法における監護権とは何かということを、簡単に説明したい。まず、監護権の内容について確認する。監護権とは、親権の一内容である。明治民法と同様に、親権は身上監護権（民法 820 条）と財産管理権（同 824 条）からなるが、そのうちの身上監護権の部分を、監護権と呼ぶことが一般的である。

身上監護権について包括的に規定するのは民法 820 条である。同条は、「子の監護・教育に関する権利義務」を規定する。具体的には、監護とは、子に衣食住等を与え、子を養育すること、教育とは、子の知育・徳育・体育など子の成長に必要な教育を子に施すことと説明される¹。ただし、両者を区別することは難しいことから、不可分一体のものとして学説上は扱っている²。

身上監護の内容を具体的に規定するものとして、居所指定権（民法 821 条）、懲戒権（同 822 条）³、職業許可権（同 823 条）がある。子の奪い合いには、821 条の居所指定権が関連する。具体的には、第三者の関与によって子が指定された居所に居住できない場合には、妨害排除請求が行われる。

親権・監護権を有する者の間で、その権利行使の態様に争いがある場合、例えば子どもの居所についての争いがあった場合に、どのように最終決定をするのか

¹³ なお、スイスには、一方親権者の同意なく子を国外に連れ出た事案において、居所指定権の限界を根拠に、親権者たる行為者に前記②類型（自由・安全保護類型：「2 監護権の重要性—比較法的視座から—」を参照）の犯罪の成立を認めた例がある（深町・瑞・下・110 頁以下）。その際に、居所指定権の限界は子の福祉から導かれた。

¹ 前田陽一ほか『民法VI〔第5版〕』（有斐閣、2019年）172頁〔本山敦〕。

² 前田ほか・前掲注1)173頁〔本山〕。より詳細な学説の検討については、於保不二雄＝中川淳編『新版注釈民法(25)〔改訂版〕』（有斐閣、2004年）65頁以下〔明山和夫＝國府剛〕。

³ 懲戒権については、2019年7月から、法制審議会民法（親子法制）部会において、児童虐待が社会問題となっている現状を踏まえてその規定等の見直しについての議論が行われている。

という点について、民法には直接定める条文はない。そのため、離婚後の親権者の決定についての規定（民法 819 条 5 項、家事事件手続法 39 条・別表第 2⑧）を類推適用したり、夫婦の協力扶助義務等を定めた規定（民法 752 条、家事事件手続法 39 条・別表第 2①）を手掛かりにしたりして、家事審判が行われている⁴。

（2）親権・監護権の帰属者

では、監護権を行使する者は誰だろうか。監護権は親権の一内容ということから、基本的には、親権者が監護権を有することになる。ただし、例外的に親権者が監護者とはならない場合がある。それは、離婚後に親権者と監護者を別に定める場合（民法 766 条）、そして、別居中にともに親権者である父母の間で監護者を定める場合（同 766 条の類推適用）である。後者の場合は、親権者ではあるが監護権を有しない親と、親権者であり監護権を有する親がいるということになる⁵。

なお、離婚時の親権者・監護者の決定の基準、別居中の監護者の決定の基準、その後の親権者・監護者の変更の基準は、子の奪い合いが問題になる際の判断基準となることがある（後記 12.参照）。

（石綿 はる美）

第 2 部 親による子の奪い合い事案の検討

8. 権利保護類型の比較法的検討

（1）権利保護類型で保護される権利の内実

これまで、近年軽視されがちであった監護権（監護者の権利）が 224 条において実は重要な意味を有しており、特に保護法益にあたりうることについて検討してきた。以上のような議論を前提に、ここからはさらに親による子の奪い合い事例に限定して議論を続けたい。

親による子の奪い合い事例に関しては、保護法益に監護権を加えたところで、すぐに何らかの結論が出るわけではない。そこで以下ではまず、諸外国において親による子の奪い合い事例がどのように解決されているのかについて紹介する。

諸外国においては、一般的に可罰的な子の連れ去りについて、①権利保護類型

⁴ 窪田充見『家族法〔第 4 版〕』（有斐閣、2019 年）310 頁。

⁵ 詳細は、後掲資料 6「親権者・監護者の具体的な決定方法」参照。

と②自由・安全保護類型があるが、親による子の奪い合い事例は①類型として扱われることが多いように思われる¹。それゆえ、ここでは主として①類型のみを扱うこととする。

諸外国の例を考察する際にまず問題になるのは、そもそも①類型で保護されている権利とは具体的に何かということである。先に示されたように、民法的に監護権といってもその内実には様々なものが含まれている。

監護権の中でもまず重視されるのが居所指定権、すなわち、親が子の滞在場所を決める権利であろう²。未成年者の連れ去りは典型的には子の場所的移動により親との断絶が生じ、親の権利が行使できなくなるという性質の犯罪であると思われるが、その際には一般的に、監護者と一緒に暮らしている状況から子だけの連れ去りというのが観念されることになるだろう。この場合には、監護者の意思に反する子の移動、つまり監護者の居所指定権の侵害により、子に対するその他の権利も同時に行使できなくなる。この意味で、居所指定権こそがまさに未成年者拐取の中核をなす重要な監護権の内実といえることができる³。

しかし、監護権、そしてそれに含まれる居所指定権は、場合によっては複数の者によって共有されることがある。典型的には両親によって共有されうる。その場合には、一方の権利者の権利が他方の権利者から保護されるのかという問題が別個に生じることになる。その典型例が親による子の奪い合い事例である。すなわち、一方の監護者が他方の監護者のみと同居している子を連れ去ったときに犯罪が成立しうるか（類型1⇒レジュメ8（1）参照）、さらに二人の監護者と一緒に暮らしていた子を、1人の監護者が自分の移動にあわせて連れ去った場合（類型2⇒レジュメ8（1）参照）に犯罪となりうるのかが問題となる⁴。なお、海外

¹ 樋口亮介「比較法の地図—家族間における子の奪い合いに関する刑事法的対応」法律時報 91 巻 1 号（2019）106 頁を参照。なお、②自由・安全保護類型との関係では、同 111 頁以下を参照。特にイギリス法については、樋口・英・上・105 頁以下を参照。

² 樋口・前掲（注1）108 頁を参照。

³ ただし、ドイツは子の移動がなくても（親の移動による引離し）①類型の成立を認めている（深町・独・下・113 頁以下を参照。BGHSt 59, 307:「ドイツ刑法 235 条によって第一次的に保護されているのは若年者に対して責任を有する立場にある者の配慮権及びそこから導かれる監護養育権・居所指定権である。」）。

⁴ 多くの国では、子の不引き渡しや留め置き行為も処罰の対象であり、親による子の奪い合い事例の場合に犯罪となるかが問題となる類型もそれに応じて増えること

への連れ去りについては、特別な配慮が必要であるため（第13項を参照）、ここではまず国内事犯のみ検討する。

ドイツ、イギリス、アメリカ（連邦法）、カナダ、フランス、スイスにおいて、類型1は一般的に処罰の対象となっている⁵。他方で、類型2を処罰していることが確認できる国としては、フランス、スイスがある⁶。これに対して、オーストリアは、いずれの類型も不可罰である⁷。同じ監護権を保護すると解しても、処罰範囲には明らかな違いが生じているのである。

さらに監護権だけでなく、その周辺にある権利も保護するという選択をした国がある⁸。ドイツ、アメリカ（連邦法）、カナダ、フランスは、監護権に加えて、監護権の外側、その延長線上にある面会交流権（訪問権）も保護する立場をとっている⁹。典型的には現在、子と共同に暮らしている監護者が、場所的な移動やその他の妨害行為により面会交流権者と子との断絶を試みる類型（類型3⇒レジュメ8（1）参照）が可罰的となりうる。

類型3は、面会交流権者の交流権を侵害すると同時に、片親とのコンタクトの遮断により子の健全育成へ悪影響が生じうること、場合によっては起こりうる配

になるが、本稿ではこの点については割愛する（なお、樋口・前掲（注1）107頁以下を参照）。

⁵ 深町・独・下・111頁以下、佐伯・米・上・89頁、和田・加・144頁以下、佐藤結美・仏・105頁以下、深町・瑞・上・111頁。なおイギリスは、②類型における拐取罪が成立しうる（樋口・英・下・105頁以下）。ただし、各国においてそれぞれ犯罪の成立に必要な要件があることに注意が必要である。

⁶ 佐藤結美・仏・105頁以下、深町・瑞・上・111頁以下。

⁷ 佐藤陽子・奥・下・101頁を参照。ただし、オーストリア刑法196条（官庁により命令された教育的援助から未成年者を引き離す罪）が成立する場合もある。

また、デンマーク法も同様の状況にある。デンマークにおいては、両親が共同親権を有している場合、①類型の規定である刑法215条の成立は認められない（外国への連れ去りはのぞく）。ただし、社会サービス法156条および157条に抵触する可能性がある（松澤・丁・95頁以下を参照）。

⁸ このような国の理解に基づけば、①類型で保護される利益は、居所指定権を中心とした監護権のみならず、より広い監護権やその周辺の権利ということになるであろう。

⁹ 深町・独・下・111頁以下、佐伯・米・上・89頁、和田・加・145頁以下、佐藤結美・仏・105頁以下、同109頁。

慮権者の円滑な交代を阻害しうることを根拠として¹⁰、処罰に値すると判断されている。

ところで、居所指定権（を中心にした監護権）のみを保護法益とするオーストリアは、先述の通り、そもそも権利者の対立については、未成年者拐取罪は成立しないという態度をとっている¹¹。かかる立場からすれば、基本的に権利者同士の対立が問題になっている類型3を子の引き離しの罪として処罰しないのは当然といえる。

これに対して、スイスでは、類型1も類型2も処罰の対象とするのに対し、類型3は処罰の対象としない¹²。この点、スイスでは、2014年の刑法の改正に際して、親の面会交流権を妨げる行為を処罰する規定の導入が前草案において提案され、その後この提案自体が撤回されたことが注目に値するだろう。撤回に至った理由としては、①訪問権を巡る争いは激しい感情の高まりの中でなされるので、新規定が抑止力にならないこと、②親の一方の処罰が、間接的に子に対しても悪影響を生じさせることが危惧されること、③（裁判所の命令への違反として）面会交流権を保護する措置がすでにあること¹³があげられている¹⁴。

結局、子に対する権利を保護するとして、何を保護するか、どこまで処罰範囲に含めるかは理論的に当然導かれるようなものではなく、どこかの時点で決定しなければならない問題であるといわざるを得ない。

（2）犯罪成立要件の外側での配慮

さらに、親による子の奪い合い事例については、裁判手続きや法定刑といった

¹⁰ BGHSt 44, 355 は、「配慮権を有しない親の面会交流権は、今日ではもはや身上配慮の構成要素の残部とは理解できず、むしろ基本法6条2項第1文によって保障された親の自然的権利から導かれるものである。」「面会交流権は、子の身体的・精神的状態やその発達を顔を見て相互に会話を交わすことによって継続的に確かめ、子との親族としての関係を保ち、疎遠になることを防止して相互の愛情の必要性を考慮することを可能としている。・・・（中略）配慮権のない親はいつでも再び配慮権を取得して子の更なる養育に責任を持つべき可能性があるため、配慮権が帰属しない親と子とが疎遠になることを防止し、親子の交流の継続性を保障しなければならない」と述べている。深町・独・上・130頁を参照。

¹¹ 佐藤陽子・奥・下・101頁。

¹² 深町・瑞・上・108頁。

¹³ スイス刑法292条により、命令違反に罰金を科すことができる（深町・瑞・上・108頁）。

¹⁴ 深町・瑞・上・108頁

犯罪成立要件の外側で、何らかの特別な配慮をすることを決定した国もある。

イギリスやカナダでは、未成年者の連れ去りは、それぞれ検察局長、検事総長の同意がなければ訴追することができず¹⁵、またスイスでは、告訴権の濫用の理論により一定の告訴が受け付けられないため¹⁶、親による子の奪い合い事例に柔軟に対処することができる。他方、フランスでは、権利者による行為の法定刑を軽くするという特別な配慮が加えられている¹⁷。

(3) ドイツ法とオーストリア法の分岐点？一条文の解釈と拐取罪の成立範囲

親による子の奪い合い事例に関する処罰範囲については、確かに刑事政策的な決定が重要であるが、しかし、それぞれの法領域で必ずしもすべてが意図的に決定されてきたわけではないだろう。この点について、過去に類似の構成要件を持ち、しかし現在は構成要件も保護傾向も全く異なるドイツ法とオーストリア法¹⁸を比較することで検討してみたい。

先述のように、ドイツは処罰範囲をかなり広く認め、オーストリアは狭い。かかる傾向は、両国において、すでに 19 世紀後半の段階で確認することができる。その頃のオーストリアの条文は、次のようなものであった（ドイツ法の条文もあわせて、レジュメ 8（3）を参照）。

オーストリア刑法 96 条¹⁹

女性が、婚姻又はわいせつに向けた意図で、その意思に反して暴行又は策略を用いて拐取された場合；又は、既婚女性が、彼女の意思に合致していても、その夫から；子がその親から；未成年被後見人がその未成年後見人又は配慮者（*Versorger*）から、策略又は暴行を用いて拐取された場合、その意図の達成の有無は問わない。

¹⁵ 樋口・英・上・107、下・122 も、和田・加・146 頁（ただし、カナダにおいては監護命令違反を伴わない場合に限る）。

¹⁶ 深町・瑞・下・105 頁。

¹⁷ 佐藤結美・仏・111 頁の表を参照。

¹⁸ *Janka/ Rulf, Das österreichische Strafrecht*, 2. Auflage, 1890, S. 227 f.では、拐取罪がドイツ法の中で発展してきたことが述べられている。

¹⁹ 法定刑は刑法 97 条が定める。

オーストリア刑法第 97 条：被拐取者の意思に関した拐取又は 14 歳未満の者の拐取は、用いられた手段又は意図された若しくは結果として生じた害悪の程度に応じて 5 年以上 10 年以下の重懲役に処する。被拐取者が 14 歳を越えており、その同意があった場合には、6 月以上 1 年以下の重懲役とする。

オーストリア刑法 96 条第 2 文（ただし、既婚女性の拐取部分を除く）は、未成年者を親権者等から策略や暴行を用いて拐取する行為を規定している点で、かつてのドイツ刑法 235 条と類似している。しかし、ドイツでは 1891 年（RGSt, 22, 166）²⁰に、オーストリアでは 1924 年（SSt. 4/ 44）に、それぞれ親による子の奪い合いに関する有罪判決と無罪判決がでておりこの時点ですでに両国は異なる道を歩んでいることが分かる。

まず、オーストリア刑法に目をやると、同法 96 条第 2 文の特徴として、同規定の手段たる策略又は暴行が 19 世紀に入る前からすでに要求されなくなっていたことをあげることができる。たとえば、Entsch. Nr. 2276 (1898)は、自らの意思で家を出た子にひそかに協力する行為を可罰的だと解しており、その際、子の強取の「本質は、第三者の無権限な侵襲による親の保護権力（Schutzgewalt）の停止である」と述べている。

他方で興味深いのは、類似の表現が、上述 SSt. 4/ 44、つまり両親による子の奪い合い事例において、今度は犯罪の成立を否定する根拠として述べられていることである。SSt. 4/ 44 は、次のように述べている。「96 条の文言とその法意によれば、拐取の前提は、権限ある両親又は片親の意思決定に対する第三者の権限なき侵襲により子が引離されること、そしてその者が権限なき者に服せられることである」。

オーストリア刑法 96 条において重要なのは無権限者による親の権限への介入である。それに該当すれば、いかなる些細な手助けであっても同条は成立するし、該当しなければ、およそ同条は成立しない。すなわち、オーストリア法では、手段における制限を骨抜きにして処罰範囲を広げる代わりに、主体が狭められるのだと解することができるだろう²¹。

親権者による子の拐取については、できる限り処罰を控えるべきであるという理解が前提にあり、それと矛盾しうるような手段の拡張が第三者による拐取事例との関係で生じたため、親権者を主体から落としたのだと考えることができる。

これに対して、ドイツでは解釈学的にこのような手法はとられなかった。この点、当時のドイツ法における拐取規定を俯瞰すると、オーストリア法と同じ手法が使えない状況にあったことが分かる。

²⁰ RGSt 17, 91 (1883 年) に妻による夫への子の不引渡し事例で有罪判決を下したものがあがるが、これは、子を夫に引き渡すべき決定がすでに後見裁判所により下されており、妻の側に権利が認められない事案であった。

²¹ この点については、佐藤・塙・上・121 頁を参照。

すなわち、当時の条文は、237 条が、一定の目的で、しかし手段を問わず、未成年者の意思に合致し、監護者の意思には合致しない拐取を処罰していたが、この 237 条はかなりの範囲で 235 条の処罰範囲と重なっていた。235 条は、目的を問わず、策略又は暴行で、未成年者の意思に合致してもしなくても²²、監護者の意思に合致しない拐取を処罰していたことから、235 条は成立しないが 237 条が成立するという場面として、未婚の未成年者を所定の目的で策略又は暴行を用いずに拐取する事例しか残っていなかった（レジュメ 8（3）を参照）。

ドイツでも確かに以前から 235 条の手段の緩和は行われていた²³が、237 条を空文にしないために²⁴、真の意味で 235 条の拐取の手段の制限を骨抜きにすることは叶わなかったといえよう。それゆえ、235 条は手段の面でなおその悪質性が担保されたままであり、オーストリアほどには、主体を限定するきっかけは十分には得られなかったのではないだろうか。

この手段の制限の有無と主体の制限の有無のリンクは、その後のドイツにおける 1962 年刑法改正案で明確になるように思われる。すなわち、1962 年の改正案では、235 条と 237 条を一つの条文にし、手段の制限をなくすことで構成要件を拡張する代わりに、主体から権利者（共同親権者も含む）を排除する構成要件が提案されていたのである²⁵。この改正案は結局受け入れられなかったが²⁶、235 条

²² この点については、佐藤陽子「2. 監護権の重要性—比較法的視座から—」を参照。

²³ ドイツにおいても、拐取の手段の一つである「策略」はかなり緩やかに解されていたが（深町・独・上・133 頁以下）、それでも乳児窃盗を 235 条で捕捉できなかった点に鑑みれば、手段の制限を完全に排除することはできなかったものといえよう。

²⁴ *Schönke*, Strafgesetzbuch Kommentar, 15. Auflage, 1970, § 236, Rn. 1 は、237 条について、「本質的に無駄な条文（235 条を参照）」と言及する。

²⁵ 1962 年改正刑法草案（後見破棄罪：Muntbruch）（1）未成年者をその人的配慮の権限者から拐取した者、又は暴行、著しい害悪の告知による脅迫又は策略により引離した者は、自らが人的配慮の権限を与えられていない限りで（ohne selbst zur Personensorge berechtigt zu sein）、3 年未満の禁錮又は拘留若しくは罰金刑に処する。

²⁶ この点については、*Schwarz*, Entwicklung und Reform der Entführungsdelikte (§ § 235-238), 1972, S. 153 を参照。

連邦司法省は、特別委員会において、注 25 に示した改正草案をいわゆる第 3 の選択肢として議題にのせた。しかし、第 119 回会議の委員会は法定刑を下げるだけの

が本格的に改正された 1998 年改正では、手段を限定しない第三者による未成年者の連れ去りがすべて処罰される一方で、親族による連れ去りは、暴行・脅迫・策略といった手段が用いられた場合か、国外に連れ去る目的に限られている²⁷。

ここには、最終的にドイツの政策的決定があるが、開始時点において、過去の条文とその解釈が決定の方向に一定程度の影響を与えた可能性は否定できないように思われるのである²⁸。

(4) 小括

親による子の奪い合い事例の解決のためには、一定の決定が重要といえるだろう。しかし、その決定は無限定にあらゆる選択肢からなされたわけではなく、現行法の文言や運用状況等を加味しつつ判断されたものである。

ただし、諸外国の例に鑑みれば、少なくとも両親による子の奪い合い事例について一般的に次の二つのことをいうことができるだろう。第一に、両親による子の奪い合いは、通常の未成年者拐取よりも処罰の必要性が低いものであること、第二に、しかし悪質な行為については、処罰の余地があることである。

実際に、諸外国においては、権利者による行為と第三者による行為は、前者において何らかの悪質性を担保する要件が必要になるという点で後者と区別されていることが多い²⁹。

(佐藤 陽子)

第 1 選択肢を受け入れた。それにより、もっとも抵抗のない道、すなわち主体の範囲の制限を討議させないための道が準備されたのだという。

²⁷ 深町・独・下・111 頁以下を参照。

²⁸ なお、条文の文言だけでなく、親による子の奪い合い事例を民事法で解決できると裁判所が解していたかも当時の解釈に重要な影響を与えていたように思われる。たとえば、オーストリアでは、SSt 4, 44 で母親による父親の権利侵害は民事法で解決すべきことが述べられている。

そして現在、石綿はる美「9. 刑事法の比較法的多様性への民事法からのコメント」で明らかにされるように、オーストリアにはかなり厳格な間接強制の手段が用意されている。このような状況においては、親による子の奪い合い事例において刑法の拐取罪を用いる必要性が見いだされないのも理由のあることであろう。

²⁹ この点については、樋口・前掲（注 1）109 頁以下を参照。

9. 刑事法の比較法的多様性への民事法からのコメント¹

(1) 前提の確認—佐藤報告で取り上げられた各国と日本の制度の違い²

佐藤報告の比較法研究に対して、若干視点が異なるが、外国法における刑事法の多様性について、民事法の視点から簡単にコメントをしたい。

その前提として、以下の 3 つの点を指摘したい。佐藤報告で紹介された国は、以下の 3 つの点で、日本法との違いがある。第 1 が、離婚後も、原則としては父母が共同して親権を有することから、離婚後の事案において、父母双方が子に対して権限を有していることが多い。第 2 に、保護法益として面会交流権（訪問権）を挙げる国があるが、これらについても、民法に詳細な規定が置かれていることが多い。第 3 に、子の奪い合いに関する紛争を事前に防止するために、居所を変更する際に、相手方の親に通知をすること等が民法上規定されている。

(2) 刑事法の多様性へのコメント—フランス・ドイツ・スイス・オーストリア

佐藤報告の中で紹介のあった大陸法の国々について、その刑事法の多様性は大きく 3 つに分類できよう。

第一が、刑事法と民事法が密接に関連し、家族間の問題を広く処罰している国である。具体的には、フランスが該当する。刑事法が積極的に家族の問題に介入ができるのは、民法に十分な規定があることも一因といえよう。例えば、刑法上、住所の不告知行為が処罰されるが（刑法典 227-6 条）、民法においても、親権者は居所の変更について他方の親権者に通知する義務がある（民法典 373-2 条 3 項）。

第二が、国外事案以外については処罰に謙抑的な国である。具体的には、ドイツ・スイスが該当する。特にスイスにおいては、刑法の立法時の議論などで、刑罰の適用をしたとしても紛争の解決・回避にはならないという問題意識が見られる³。これは、子の奪い合いの問題について、根本的には、両親が冷静に話し合う機会を持ち、冷静に行動をすることで、紛争を回避することが子の利益になるという考え方にも通じるところがあるろう。

この類型の国々においては、刑事法が謙抑的であったとしても、民事法の規定

¹ 本項目について、詳細は、拙稿「『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（2）—大陸法」法律時報 91 巻 4 号（2019 年）118 頁以下。

² より詳細な各国の比較は、レジュメ 9.（1）参照。

³ 深町晋也「スイス刑法における未成年の子の奪い合いを巡る議論状況（上）」法律時報 90 巻 11 号（2018 年）108 頁以下。

や執行手続により、紛争解決が期待できる。ただし、国外事案については、私人が子の返還を求めることは事実上難しいことから、刑事法が介入をしている。

第三が、刑事法が家族間の子の奪い合いの問題に一切介入しない国であり、オーストリアが該当する。オーストリア法の特徴として、民事執行手続のみならず、民法に、子が連れ去られた場合に、官庁や治安機関が子の連れ戻しに協力するという規定（民法 162 条 1 項第 2 文）があることが挙げられる。これにより、子の奪取が生じた場合にも、子の迅速な返還が実現するという。また、執行のための強制手段も準備されている（非訟事件手続法 79 条 2 項）。

各国の多様性は何に由来するだろうか。第二、第三の類型を選択する背景には、刑事法が介入しなくても民事法で対応が可能であるということがあろう。他方で、第一の類型のように積極的な介入が可能であるのも、民法の規定が充実しており、少なくとも民事上、何が違法であるかということの判断が可能であることがあろう。つまり、刑事法の多様性には、民事法のシステムも影響しているのではないだろうか。

そこで、日本の刑事法について検討する前提として、次の項目では、まず、日本の民事法の制度について確認することとしたい。

（石綿 はる美）

10. 日本における民事法の制度概要

本項では、子の奪い合い事案において子の返還を求めるために民事法にはどのような手段があるのか、という点を紹介したい。

（1）子の返還を求めるための民事手続の手段

まず、子の返還を求めるための民事手続の方法について説明する。詳細は、レジュメ 10（1）に表を掲載しているが、国内案件への対応方法として、全部で 4 種類の方法がある。これに加えて、国境を越えた子の返還請求については、ハーグ条約が適用される（後掲 15. 参照）。ここでは、国内事案への対応方法に限定して説明をする。

具体的には、Ⅰ. 親権に基づく妨害排除請求、Ⅱ. 家事事件手続における子の監護に関する処分、Ⅲ. 子の監護に関する処分の審判前の保全処分、Ⅳ. 人身保護請求の 4 つの方法がある。

Ⅰ. 親権に基づく妨害排除請求は、親権という権利に基づく方法であり、双方が親権を有している場合には、利用することが難しい。Ⅳ. 人身保護請求は、かつ

ては迅速な手続であるとして、広く利用されていた。また、親権者でなくても、拘束の違法性を主張して利用することができる。ただし、拘束の違法性の判断の際に、拘束の根拠として権利があるかということが判断される。したがって、Iと同じく、ともに権利を有する親権者同士の事案には、利用しにくい方法である。

それに対して、II・IIIは、親権という権利ではなく、子の利益を判断基準とする。IIは子の監護に関する処分として家事事件手続法に基づき審判を行う方法、IIIは、多くの場合、IIの内容を本案として、審判前の保全処分を行う方法であり、IIより迅速性があるとされている。これらの手続は、I・IVの方法と異なり、家庭裁判所において行われる。子の奪い合いの背景には、子を誰が養育するのが適切かという争いもあることから、子の親権者・監護者の決定・変更とともに判断を行うことができるということが、II・IIIの家事事件手続法の特徴として指摘されることもある¹。そして、これらの手段の特徴として、子を返還するのか否かの判断の際の基準が、親権者・監護者の指定の基準と重複するということがあげられよう。つまり、請求者が親権者等としてふさわしいということになれば、子の返還が命じられる。それに対して、現に子を監護している者が親権者等としてふさわしいということになれば、子の返還は命じられない。なお、II・IIIにおける判断基準の詳細については、後ほど12.で紹介する。

また、それぞれの手続が、誰から誰に対する請求で用いることができるかという点についても確認をしたい。詳細は、レジュメ10(1)の表に記載してあるが、親権者同士の紛争に利用できるのは、現在は、事実上、II及びIIIの方法である²。I.親権に基づく妨害排除請求は、最決平成29年12月5日民集71巻10号1803頁を受けて、親権者から非親権者である親に対する請求の紛争への利用が難しくなったのではないかと解される³。

結果として、子の奪い合いを巡る紛争については、II・IIIの方法を用いて、家事事件手続によって子の返還を求めることが多くなっている。これらの方法は、家庭裁判所の調査官による調査・意見の提示を行うことが可能であり、より子の利益に即した判断をすることができるという特徴もある。

¹ 田中寛明「判解」法曹時報70巻11号(2018年)3217頁。

² IV.人身保護請求は、最判平成5年10月19日民集47巻8号5099頁以降の一連の最高裁判決を受けて、親権者同士の紛争に利用されることが減少したとされている。詳細は、レジュメ10(1)注8参照。

³ 詳細は、レジュメ10(1)注9参照。

(2) 子の返還を求める事案類型

民事上、子の返還が求められる類型には様々なものがある。実際に物理的に子を奪い合う場合のみならず、一方の親が、他方の親に無断で子を連れて別居を開始したことに対して、子の返還を求めるような場合もある。また、一度は一方の親が子を監護することで同意をし、別居や離婚をした後に、他方の親が子の引渡し請求をする場合もある。

(3) 執行方法

(1) で紹介した方法により請求をし、子を引渡すようにという判断がなされた場合に、その執行方法はどのようなものになるのであろうか。概要だけ述べると、家事事件手続内での履行確保の方法がある(家事事件手続法 289 条以下)。また、民事執行手続としては、間接強制及び直接強制が利用されてきた。従前は、必ずしも明文規定が十分でない中で運用されてきたが、2019 年 5 月に民事執行法の改正法が成立し、子の引渡しの強制執行について規定が新設された(民事執行法 174 条等)。これらの点については、レジュメ 10.(3)を確認されたい。

(石綿 はる美)

11. 平成 17 年決定の検討※

両親(親権者)間における子の奪い合い事案(以下「奪い合い事案」という。)は、本質的には、どちらの親(親権者)が子を監護養育すべきかという問題である。石綿はる美「10. 日本における民事法の制度概要」によれば、現在の民事判例の動向から、家庭裁判所がその問題を処理することへの期待が窺われ¹、それは、家庭裁判所に置かれている家庭裁判所調査官によって子に関する事実の調査を行うことができるからである。

とすれば、奪い合い事案は刑事司法によって処理されるべきだということには

※ 報告原稿に最低限の注を付す等の加筆修正を施した。なお、松原和彦「日本法の地層一拐取罪を巡る(裁)判例および学説の各状況の粗描」法時 91 巻 10 号(令和元年)103 頁以下参照。また、本特集第 2 の同「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)」も参照。

¹ 法曹会編『最高裁判所調査官解説刑事篇(平成 15 年度)』(法曹会、平成 18 年)179 頁以下〔福崎伸一郎〕参照。

ならないだろう。その点は、奪い合い事案について未成年者拐取（略取）罪（224条（当時）。以下「本罪」という。）²の成否が争点となった最決平成 17・12・6 刑集 59 卷 10 号 1901 頁（以下「平成 17 年決定」という。）に付された補足意見（裁判官今井功）でさえ、「別居中の夫婦の間で、子の監護について争いがある場合には、家庭裁判所において争いを解決するのが本来の在り方」というのである。

しかし、反対意見（裁判官滝井繁男）でさえ、奪い合い事案が刑事司法によって処理される場合のあることまでは否定している訳ではないように思われる³。他方で、補足意見でさえ、「家庭内の紛争に刑事司法が介入することには極力謙抑的であるべき」というのである⁴。

とすれば、結局、奪い合い事案は本罪で処罰される場合があるとしても、その範囲は限定されるべきだということになる。しかし、本罪の処罰範囲の限定は如何にしてなし得るのだろうか。結論から言えば、条文上あるいは解釈上、少なくとも、構成要件該当性の段階、特に行為主体および実行行為（行為手段）で処罰範囲を限定することができるかには、疑問がある。なぜなら、佐藤陽子「8. 権利保護類型の比較法的検討」の通り、ドイツおよびオーストリアでは、行為主体を限定する場合には実行行為（行為手段）は限定しない、実行行為（行為手段）を限定する場合には行為主体は限定しないという関係が看取し得るが、我が国の場合、いずれの点でも限定することはできるとは考えられないからである。

まず、行為主体は、条文上は「者」とのみ定めている⁵。また、法益の 1 つを監護権と理解しても、監護者が複数存在する場合、一方の監護者が他方の監護者の監護権を侵害することができると理解されている⁶。それゆえ、行為主体の点で本罪の処罰範囲を限定することができるかには、疑問がある。

次に、実行行為の 1 つである「略取」は、解釈上は通常、暴行または脅迫を行為手段とするものと理解されている⁷。行為手段が限定されるから、本罪の処罰範囲が限定される余地はある。しかし、監護者にも乳児にも暴行または脅迫を用い

² 松原和彦「資料 3. 最決平成 17・12・6 刑集 59 卷 10 号 1901 頁」参照。

³ なお、反対意見は、最決平成 15・3・18 刑集 57 卷 3 号 371 頁（以下「平成 15 年決定」という。）は是認している。

⁴ なお、両意見の差異につき、本特集第 3 の石綿はる美「拐取罪を題材に刑法と対話してみて」2. 参照。

⁵ 岡田好史「判批（平成 15 年決定）」現刑 66 号（平成 16 年）90 頁参照。

⁶ 阿部純二ほか編『刑法基本講座＜第 6 巻＞—各論の諸問題』（法学書院、平成 5 年）84 頁〔吉田敏雄〕参照。

⁷ 西田典之（橋爪隆補訂）『刑法各論〔第 7 版〕』（弘文堂、平成 30 年）85 頁参照。

ずに乳児を、例えば優しく抱いて連れ去るような乳児窃盗事案は、通常、「略取」に該当すると理解されている⁸。また、乳児を優しく抱くことが暴行に該当するとすれば⁹、暴行の意義は極めて広いことになる。それゆえ、「略取」の行為手段を暴行または脅迫だと理解しても、それで本罪の処罰範囲を限定することができるかには疑問がある。

また、もう1つの実行行為である「誘拐」は、解釈上は通常、欺罔または誘惑を行為手段とするものと理解されている¹⁰。やはり、行為手段が限定されるから、本罪の処罰範囲が限定される余地はある。しかし、客体である「未成年者」が低年齢の場合、そのような者に対する誘惑は容易に肯定することができ、「誘拐」に該当しない場合を想定することは容易でないだろう。それゆえ、「誘拐」の行為手段を欺罔または誘惑だと理解しても、やはり、それで本罪の処罰範囲を限定することができるかには疑問がある。

以上の通り、構成要件該当性の段階で本罪の処罰範囲が限定され難いとすれば、平成17年決定のように、本罪の処罰範囲の限定は違法性阻却の段階で行うということもやむを得ないだろう。

では、平成17年決定は違法性を阻却するかの判断をどのように行ったのか。以下、その点を中心に、平成17年決定を検討する¹¹。

事案は、簡潔に言えば、被告人が、別居中の妻（以下「B」という。）が養育している子（2歳）（以下「C」という。）を連れ去ることを企て、Bの母、つまりCの祖母（以下「D」という。）に連れられて保育園から帰宅しようとしていたCを抱きかかえて、自動車に同乗させた上、発進させてCを連れ去り、Cを自分の支配下に置いたというものだった。

平成17年決定は、まず、本罪の構成要件該当性について、次のように判断した。

「被告人は、Cの共同親権者の1人であるBの実家においてB及びその両親に監護養育されて平穩に生活していたCを、祖母のDに伴われて保育園から帰宅する途中に前記のような態様で有形力を用いて連れ去り、保護されている環境から引き離して自分の事後的支配下に置いたのであるから、その行為が未成年者略取罪の構成要件に該当することは明らかであり、被告人が親権者の1人であることは、その行為の違法性が例外的に阻却されるかどうかの判断において考慮される

⁸ 前田雅英ほか編『条解刑法〔第3版〕』（弘文堂、平成25年）656頁参照。

⁹ 高橋則夫『刑法各論〔第3版〕』（成文堂、平成30年）111頁参照。

¹⁰ 西田（橋爪補訂）・前掲注7）85頁参照。

¹¹ 松原（資料）・前掲注2）参照。

べき事情であると解される」。

次に、違法性阻却について、次のように判断した。

「本件において、被告人は、離婚係争中の他方親権者である B の下から C を奪取して自分の手元に置こうとしたものであって、そのような行動に出ることにつき、C の監護養育上それが現に必要とされるような特段の事情は認められないから、その行為は、親権者によるものであるとしても、正当なものということとはできない。また、本件の行為態様が粗暴で強引なものであること、C 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、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難いことなどに徴すると、家族間における行為として社会通念上許容され得る枠内にとどまるものと評することもできない。以上によれば、本件行為につき、違法性が阻却されるべき事情は認められないのであり、未成年者略取罪の成立を認めた原判断は、正当である。」

まず、本罪の構成要件該当性の判断のうち「保護されている環境」について検討する。「保護されている環境」とは、C がそ「の共同親権者の1人である B の実家において B 及びその両親に監護養育されて平穏に生活していた」ことである。それは、次の3点を含意しているように思われる¹²。第1に、C が「生活」しているのは、非親権者ではなく B という親権者の下であるという点である。第2に、C が「平穏」に「生活」しているのは、B が C を適切に監護養育しているという点である。第3に、C が「平穏」に「生活」しているのは、第1点および第2点のような「生活」が1年強の間継続しており、安定しているという点である。とすれば、C の居るべき場所に居る利益はもとより、B の監護権にも、十分な保護価値があると言える。

次に、違法性阻却の判断について検討する。平成17年決定は、まず、「被告人が親権者の1人であることは、その行為の違法性が例外的に阻却されるかどうかの判断において考慮されるべき事情」という。それは、被告人の行為が親権の行使として許容することができる場合があるからだろう。その点に関する調査官解説は、解説①の通りである（レジュメ 11. (2) ② (i) 参照）。解説①を前提にすれば、被告人の行為は、違法性が阻却されたとすれば、平成17年決定は明言してはいないものの、法令行為（35条）¹³だからということになるだろう。

¹² なお、佐野文彦『『家族』間における子の奪い合いに対する未成年者拐取罪の適用に関する試論』東大ロー11号（平成28年）134頁参照。

¹³ 松原和彦「資料1. 刑法（日本）条文」参照。

次に、平成 17 年決定は、被告人の行為の違法性が阻却されるかを 2 つの基準で判断しているように思われる¹⁴。第 1 に、「C の監護養育上それが現に必要とされるような特段の事情」（以下「特段の事情」という。）があるかという基準である（以下「第 1 基準」という。）。第 2 に、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得る枠内にとどまるもの」という基準である（以下「第 2 基準」という。）。以下、各基準について検討する。

まず、第 1 基準では、「特段の事情」とは何かが問題となる。その点について調査官解説は明言していない。しかし、「特段の事情」は、解説②のようなものではないかと推測される（レジュメ 11. (2) ② (ii) α) 参照¹⁵。

とすれば、仮に、平成 17 年決定の事案とは異なり、「特段の事情」がある場合に違法性が阻却されるのは、被告人に義務としての親権があるからだと考えられる。なぜなら、解説②が言う「処遇が低劣で、子が過酷な状態に置かれている」状況を解消することは、C の包括的かつ長期的な利益を、消極的に、適切に実現することだからである。それは、他でもなく、義務としての親権を有する被告人のみが行うことができるし、被告人こそが行うべきである。逆に言えば、「特段の事情」がある場合、B は、義務としての監護権を行使していない以上、同じく義務としての親権を有する被告人との関係では、たとえ B は、権利としての監護権が妨害されとしてもやむを得ないだろう。その限りで、B の監護権の保護価値は減殺され、また、C の居るべき「場所」に居る利益の保護価値も同様に減殺されると言える。

それに対して、平成 17 年決定は、「特段の事情」がないとして、違法性阻却を淡泊に否定した。それは、平成 17 年決定の事案では、前述の通り、「保護されている環境」が存在するからだろう¹⁶。それは、前述の通り、B の監護権にも C の利益にも十分な保護価値があるということである。他方、被告人には義務としての親権を行使する余地がない。したがって、違法性が阻却されることはないのである。

次に、第 2 基準について検討する。第 2 基準は、第 1 基準によっては違法性が阻却されない場合、つまり「特段の事情」がない場合でも、なお違法性阻却の余

¹⁴ なお、池田修＝金山薫編『新実例刑法〔各論〕』（青林書院、平成 23 年）428 頁〔若園敦雄〕参照。

¹⁵ 橋爪隆「実質的違法性の判断」警論 69 巻 7 号（平成 28 年）132 頁参照。

¹⁶ 橋爪・前掲注 15) 132 頁参照。

地を認めるものと理解することができる¹⁷。それは、被告人に、第三者に容喙されることなく、Cの包括的かつ長期的な利益を実現するという権利としての親権があるからだと考えられる。

しかし、「特段の事情」がない場合、CはBによる適切な監護養育を受けられなくなり、また、安定性も喪失することになる。そこで、被告人には、義務としての親権もあるから、そのようなCにおける不利益を埋め合わせるために、積極的に、Cの包括的かつ長期的な利益を適切に実現しなければならないだろう。逆に言えば、そうしなければ、被告人の行為を親権の行使とは評価できない。また、Cの居るべき「場所」に居る利益の保護価値も減殺されない。

さて、平成17年決定は、次の3つの事情を挙げて、やはり違法性阻却を否定した。第1に「本件の行為態様が粗暴で強引なものであること」である。第2に「C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」である。第3に「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難いこと」である。

それらのうち、まず、第2の事情はC側の事情として位置づけられると考えられる。Cは、現にBによって適切に監護養育されている一方で、被告人によってはそうされていない。「自分の生活環境についての判断・選択能力」のある者であればいざ知らず、そうでないCに、将来被告人によって適切に監護養育されないリスクを負担させることは適切でないだろう。それゆえ、Cが現在の「保護されている環境」に留まる必要性は大きい。そして、その限りで、Cの居るべき「場所」に居る利益の保護価値は増大すると言えるから、被告人はそのように増大したCの利益を侵害していることになる。

次に、第1の事情と第3の事情は被告人側の事情として位置づけられると考えられる¹⁸。第1の事情は、「粗暴」および「強引」という評価がDではなくCに対する被告人の行為についてのものであるとすれば、被告人が将来Cを適切に監護養育しない可能性、つまり、Cの包括的かつ長期的な利益を適切に実現しない可能性を窺わせる事情として位置づけられるのではないだろうか。他方、第3の事情は、被告人が将来Cを適切に監護養育しない可能性を端的に示す事情として位置づけられるだろう。いずれの事情によっても、被告人には将来Cの包括的か

¹⁷ なお、法曹会編『最高裁判所調査官解説刑事篇（平成17年度）』（法曹会、平成20年）692頁以下〔前田巖〕参照。

¹⁸ 第1の事情の理解につき、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」曹時63巻9号（平成23年）27頁以下、第3の事情の理解につき、石綿・前掲注4）2. 参照。

つ長期的な利益を適切には実現する可能性がないと言える。それゆえ、被告人の行為によって C の居るべき「場所」に居る利益の保護価値は減殺されないのである。

以上から、被告人は義務としての親権を行使していないから、違法性は阻却されないと言えよう。

(松原 和彦)

12.平成 17 年決定への民事法からのコメント

(1) 親権者・監護者の決定・変更の判断基準¹

①親権者・監護者の決定の際の判断基準

平成 17 年決定について民法からコメントをする前に、まず、前提として、子の引渡しについての判断基準について紹介したい。これは、先ほど 10 (1) で紹介した、I～IVの民事手続の方法のうち、II.家事事件手続における子の監護に関する処分、III.子の監護に関する処分の審判前の保全処分という方法を利用した場合の判断基準である。権利の有無が主たる基準になるのではなく、どちらの親に実際に養育されることが子の利益になるのかという視点から判断される。

最優先の基準は、「子の利益」である（民法 766 条 1 項後段）。この「子の利益」に適う、親権者・監護者としての適格性を有するのはどちらか、ということが判断される。詳細は、後掲レジュメ 12.(1)①に掲載しているが、その際の考慮要素は、次のようなものになる。父母側の事情としては、監護の実績、監護能力、監護開始の違法性、そして最近では別居親との面会交流についての許容性も考慮さ

¹ この点についての参考文献は、石垣智子・重高啓「子の監護者指定・引渡調停・審判事件の審理」東京家事事件研究会編『家事事件・人事訴訟事件の実務』（法曹会、2015 年）234 頁以下（初出、法曹時報 66 巻 10 号（2014 年）43 頁）、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〕、棚村政行「親権者・監護者の決定とフレンドリー・ペアレント（寛容性）原則」家族＜社会と法＞33 号（2017 年）3 頁、二宮周平『家族法〔第 5 版〕』（新世社、2019 年）115 頁以下、前田陽一ほか『民法 VI〔第 5 版〕』（有斐閣、2019 年）169 頁以下〔本山敦〕、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」家月 63 巻 9 号（2011 年）1 頁、山口亮子「子の奪い合い紛争事件における判断基準について」産大法学 45 巻 3・4 号（2012 年）197 頁。

れることがある²。子の側の事情としては、子の意思、年齢、性別、心身の発育状況、従来の養育環境への適応状況、環境の変化への適応性等が考慮される。

②本WSとの関係で特に問題になる考慮要素

次に、上記の考慮要素のうちのいくつかについて、特に今回のテーマとの関係で問題になる点について説明をする。

第一に、監護の実績・継続性の尊重という要素についてである。この趣旨は、子の利益の視点から、現実の監護者と子の継続的な心理的結びつきを尊重しようとする点にある。親権者・監護者の決定に際してこの考慮要素が特に重視されているともいわれる³。ただし、この要素を重視すると、結局、子と長く一緒にいることが重要であるということになり、子どもを連れての別居や、物理的に子を奪い合うことが誘発される⁴。そこで、最近では、違法な奪取により始まった監護については、必ずしも監護の実績としては評価をしない、との指摘もある⁵。

第二に、奪取の違法性という要素である。面会交流中に無断で連れ去る、調停や審判、あるいは当事者間の合意を無視して無断で連れ去る、同居親に対して暴力をふるって実力で子を奪うような場合には、奪取行為に違法性があると判断される傾向にあるとされる⁶。

この点と関連して、いわゆる「子連れ別居」は違法か否かという問題がある⁷。子連れ別居の場合は、相手方に黙って、承諾を得ずに子を連れて別居を開始するということが多いが、その奪取の開始の態様は、物理的には穏当な場合も多い。子連れ別居は、日本においてしばしば行われており、学説・裁判例も多くが、この行為自体が一概に違法であるとは言えないとする見解にたつものと思われる。その背景には、親が子を置いて家を出ることは感情的に難しいのではないか、家庭内でDV等がある場合には子を連れて出ていく必要があるのではないか、といった考え方があるように思われる。なお、子連れ別居の違法性の有無の判断は、子連れ別居を開始した際の子の年齢や意向、連れ出すにあたっての経緯・態様な

² フレンドリー・ペアレントルールについて、前田ほか・前掲注 1)170 頁〔本山〕。

³ 母親優先原則との関係も含め、前田ほか・前掲注 1)169 頁以下〔本山〕。また、梶村ほか・前掲注 1)171 頁以下〔榊原〕。

⁴ この点を指摘するものとして、梶村ほか・前掲注 1)171 頁以下〔榊原〕、二宮・前掲注 1)115 頁。

⁵ 梶村ほか・前掲注 1)173 頁〔榊原〕。

⁶ 梶村ほか・前掲注 1)173 頁〔榊原〕、二宮・前掲注 1)116 頁。

⁷ 以下、二宮・前掲注 1)120 頁以下。より詳細には、松本・前掲注 1)30 頁以下、山口・前掲注 1) 210 頁。

どを総合的に考慮するものとされている。

③親権者・監護者の変更の際の判断基準

親権者・監護者の変更の判断の際の考慮要素は、基本的には、親権者の決定・監護者の決定の際と同様である。子の利益が最優先基準であるが（民法 819 条 6 項）、特に重視される考慮要素が、現状の尊重と子の意思である⁸。親権者・監護者の変更が申してられる場合というのは、すでに一度、親権者・監護者の決定を当事者あるいは家庭裁判所によって行っている。特に、家庭裁判所において判断されている場合には、①の考慮要素を用いて子の利益を考慮したうえで、親権者ないし監護者が決定されている。したがって、その決定内容を変更するには、著しい事情変更や、既に指定されている親権者等に子の監護を行わせることが子の利益に反することが明らかであるなどの事情が必要であると考えられている⁹。

(2) 平成 17 年決定へのコメント

次に、刑事法の判断と民事法の判断の比較のために、平成 17 年決定の事案を、民法の視点からはどのように評価しうるかという点について検討してみたい。

①平成 17 年決定の判断について

松原報告における違法性阻却の点について、民事法の視点からコメントをする。まず、子の奪い合い紛争における監護権（親権）に基づく実力行使の評価についてである。民事法上は、「実力行使」に対しては、慎重な評価がなされる。例えば、「急迫的な事情がある場合には親権者は自力で強制的に取り戻したり加害を阻止することも、自力救済の要件に反しない限り可能であろう¹⁰」とする見解は、実力行使が認められるのは、限定的な場合であると考えていると言えよう。

次に、松原報告における第一基準、「C の監護養育上それが現に必要とされているような特段の事情」の存否についてである。民事上、どのような場合に特段の事情が認められるのだろうか。これについて、最判平成 6 年 4 月 26 日民集 48 巻 3 号 992 頁が参考になるのではないか。同判決は、「幼児にとって、請求者の監護の下では安定した生活を送ることができるのに、拘束者の監護の下においては著しくその健康が損なわれたり、満足な義務教育を受けることができないなど、拘束者の幼児に対する処遇が親権行使という観点からみてもこれを容認することが

⁸ 梶村ほか・前掲注 1)176 頁〔榊原〕、二宮・前掲注 1)120 頁。

⁹ 梶村ほか・前掲注 1)175 頁以下〔榊原〕。

¹⁰ 於保不二雄＝中川淳編集『新版注釈民法（25）〔改訂版〕』（有斐閣、2004 年）90 頁〔明山和夫・國府剛〕。

できないような例外的な場合」が該当すると述べる。そして、ここでいう例外的な場合とは、調査官の解説によると、具体的には、親権の濫用に該当するような場合であるという¹¹。

第2基準の「家族間における行為として社会通念上許容され得る枠内にとどまるもの」か否かという点について、民事上、どのようなものが許容されているか。まず、「子連れ別居」に関しては、上述したように、現状では、社会通念上許容されると判断される傾向にある。他方、これも既述のように、面会交流中に無断で連れ去る、審判・調停・(裁判所が関与せずなされた当事者間の)合意を無視して無断で連れ去る、同居親に対して暴力をふるって実力で子を奪うなどの場合には、社会通念上許容されないと判断される可能性が高いといえよう。

②もしも平成17年決定の事案を民事法の視点で評価すると…

平成17年決定の事案を民事法の視点で評価すると、どのようなものだろうか。

(ア)平成17年決定の事実を前提に評価(Xが子を奪った時点の評価)

まず、平成17年決定の事実を前提に評価してみる。つまり、Xが子を奪った後、BからXに対し、家事審判の子の監護に関する処分として引渡請求(前記10(1)方法Ⅱ)がなされると想定する。

この場合、監護開始の違法性(奪取の違法性)が高いと判断されて、BからXに対する引渡請求は認められるのではないかと考える。特に次の2点から、監護開始の違法性が高いと判断されるのではないかと考える。第一に、Xの奪取は、二度目の奪取である。一度目は、同居女性と共に、子を沖縄まで連れていき、未成年者略取罪で逮捕され、起訴猶予となっている。第二に、二度目の奪取の行為も、保育園の送迎のすきをついてのもので、行為の違法性が高いと判断される傾向が高い行為である。例えば、本件と類似するような事案において、東京高決平成17年6月28日家月58巻4号105頁は、6歳の長男が、母方の祖母と共に通園バスを待っていたところ、父が自らの両親と共に自動車で待ち伏せをし、子を父が強引に抱きかかえて、車に乗せて奪取をしたという行為について、「事件本人に衝撃を与える態様で同人を奪取する行為」と判断している¹²。

(イ)平成17年決定の事実を前提に、Xが子を奪わずに子の引渡請求をした場合

¹¹ 西謙二「判解」法曹会編『最高裁判所判例解説民事篇(平成6年度)』(法曹会、1997年)345頁。

¹² 詳細は、レジュメ12.(2)②(ア)参照。

を想定しての評価

次に、平成 17 年決定の事実を前提に、X が子を奪わずに子の引渡請求をした場合に、どのように評価されるだろうか。本件は離婚前の別居中の事案であることから、X から子の監護者指定の申立て及び子の監護に関する処分として引渡請求（前記 10(1)方法Ⅱ）がなされると想定する。この場合について、上記(1)①の判断基準に基づいて判断してみると、次のようになるのではないかな。

まず、父母側の事情である。第一に、監護の実績について言えば、1 年以上にわたる母の監護があり、監護養育状況に特に問題があったことをうかがわせる事情もない。第二に、監護能力、居住環境、保育あるいは教育環境、監護補助者の状況など監護体制、性格や生活態度、子に対する愛情、監護意思、暴力や虐待の有無について検討する。母は、就労中で、両親と同居しており、車で 5 分程度のところに保育所がある。それに対して、父は、同居女性とともに C の沖縄県への連れ去ったという過去がある。現在は、子を共同して監護する人がいない。また、かつては、母に対して暴力をふるっていた。第三に、監護開始の違法性については、監護の開始は B による子連れ別居である。本件は、別居に至ったきっかけは X の暴力であり、また子連れ別居について一般的に社会的に許容される行為とされていることもあることから、違法性が低いと判断されるのではないかな。第四に、面会交流についての許容性（フレンドリー・ペアレント・ルール）である。本件において、母は面会交流について非協力的である。ただし、面会交流についての許容性は、監護者の決定の際の考慮要素として小さいのではないかなともいわれている¹³。第五に、申立ての真摯さ（復縁や恨みなど他の目的の有無）については、父には真摯さはあると考えられよう。

次に、子の側の事情である。第一に、子の意思、年齢、性別、心身の発育状況については、子は、2 歳男子と年少であり、鼠経ヘルニアを患っている。第二に、従来の養育環境への適応状況については、不適応についての明確な事情はない。第三に、監護環境の継続（＝親の監護の実績）については、子は、1 年以上にわたり母のもとで監護されている。第四に、環境の変化への適応性についても、特に事情は読み取れない。ただし、鼠経ヘルニアの継続的な治療からは、変化を避けた方がよいのではないかなとも考えられる。第五に、父母および親族との情緒的結びつきは、母とその祖父母との情緒的結びつきがあるといえよう。

これらの事情を総合的に考慮すると、監護の実績、主たる監護者が母であり、監護開始の違法性もないと考えられること、父母の監護能力を比べた時には、母に監護能力があると考えられることから、本件においては、母が監護者と指定さ

¹³ 二宮・前掲注 1)116 頁。

れる可能性が高いのではないだろうか。

(石綿 はる美)

第3部 国外拐取の特殊性

13. 国外拐取に関する諸外国の状況

(1) 国外連れ去りの特殊性

佐藤陽子「8. 権利保護類型の比較法的検討」で言及したように、諸外国においては、手段の悪性や目的の悪性がある場合にのみ、親による子の連れ去りの可罰性を認めることがある¹。そして、目的の悪性はとりわけ国外連れ去り目的に認められる。

国外への連れ去りを目的とする拐取を特別に処罰する国としては、ドイツ、イギリス、アメリカがある²。また、スイスには、国外連れ去りに関する特別な規定は存在しないが、離婚訴訟における両親間の争いの道具として拐取の規定³が利用されることを回避するため、1989年に同規定の主体から親権者を排除するかが争われた際、同規定の適用される事例が、外国人が自分の子を国外（自分の母国）に連れ出す事例に集中している状況を根拠に、主体の限定を行うべきではないとした⁴。

これらの国はなぜ、国外連れ去りを重視しているのだろうか。

(2) 国外連れ去りの重要性？

たとえば、イギリス及びドイツは、①自国の裁判権の管轄が及ばなくなり⁵、また自国の司法機関による決定の執行が不可能又は著しく困難になること⁶を国外連れ去りを重視する根拠としてあげている。さらに、②（自国では承認しづらい）

¹ 樋口亮介「比較法の地図—家族間における子の奪い合いに関する刑事法的対応」法律時報 91 巻 1 号（2019）109 頁を参照。

² 深町・独・下・112 頁、樋口・英・上・104 頁、佐伯・米・上・89 頁を参照。また、デンマークは国外連れ去りの場合のみ、共同親権者も処罰の対象となる（1990 年の新設条項。松澤・丁・95 頁以下を参照）。

³ スイス刑法 220 条。条文の詳細は、深町・瑞・上・108 頁を参照。

⁴ 深町・瑞・上・108 頁を参照。

⁵ 樋口・英・上・109 頁を参照。

⁶ 深町・独・下・112 頁（BT-Drs. 13/8587, S. 39 も参照）。

異なる文化があること（例：強制結婚、割礼）、③親子関係断絶の恐れなども国外連れ去りを特別に処罰する理由として考えられるだろう⁷。

これに対して、オーストリアは国外連れ去りも一切処罰の対象には含まない。オーストリアでは、そもそも未成年者拐取の規定は、「実務的に、民法又は行政法的な第一次的規範がうまく作用しないか、無に帰される又はかいくぐられる時のみ、法的な制裁へと至る第二次的な規範」⁸であるとして、第一次的な規範で解決可能な場合は処罰の必要はないと解されている。そして、親による子の国外連れ去りについてはハーグ条約やその他の諸外国との協定が存在しているために、刑法的介入の必要はないこととなる⁹。

(3) 小括

一方の親が他方の親の意思に反して、子を国外に連れ去ることは、少なくともその国において期待しえた他方の親の権利を重大に侵害しうるし、また自国の価値観に基づけば子の不利益だと判断しうる状況も生じうる。この点で、国外連れ去りに一定の重要性があることは事実だろう。

そのことを認識しながらも、オーストリアのように、ハーグ条約など子の取り返しについて実効的な手段があることを根拠に、親による子の奪い合い事例を処罰範囲から外すという選択はあるかもしれない。しかし、ハーグ条約が本当に実効的かどうかは、検討を要するところである。

（佐藤 陽子）

14. 平成 15 年決定の検討※

我が国の場合、最決平成 15・3・18 刑集 57 巻 3 号 371 頁（以下「平成 15 年決

⁷ ②③については、イギリスにおける Kayani 事件（被告人が面会交流中に息子をパキスタンに連れさった事案）において、親による児童の連れ去りの重大性を論じる際に用いられた根拠が参考になる（樋口・英・下・120 頁以下）。

⁸ *Schick*, Der Strafrechtliche Schutz des Kindeswohls, in Rauch-Kallat/ Pichler, Entwicklungen in den Rechten der Kinder im Hinblick auf das UN-Übereinkommen über die Rechte des Kindes, 1994, S. 488.

⁹ 国外に連れ去られた子の返還に関する協定等については、*Hübner/ Mitgutsch*, Rechtlicher Schutz in Familie und Partnerschaft, 2007, S. 129 f.を参照。

※ 報告原稿に最低限の注を付す等の加筆修正を施した。

定」という。)がまさに、国外への連れ去りを目的とした子の奪い合い事案に関するものだった。以下、平成 15 年決定について検討する¹。

事案は、妻（日本国籍）と婚姻していた被告人（オランダ国籍）が、別居中の妻によって監護養育されていた 2 人の間の長女（2 歳 4 か月）（以下「Y」という。）を、オランダへ連れ去る目的で、Y が妻に付き添われて入院していた病院のベッド上から、両足を引っ張って逆さにつり上げ、脇に抱えて連れ去り、自動車に乗せて発進させたというもので、国外移送目的略取罪（226 条 1 項（当時）。以下「本罪」という。）²の成否が問題となった。

平成 15 年決定は、本罪の構成要件該当性を肯定しつつ、次のように違法性の阻却を否定した。

「その態様も悪質であって、被告人が親権者の 1 人であり、〔Y〕を自分の母国に連れ帰ろうとしたものであることを考慮しても、違法性が阻却されるような例外的な場合に当たらない」。

平成 15 年決定で注目すべき点は、「〔Y〕を自分の母国に連れ帰ろうとしたものであること」（以下「本件事情」という。）である。なぜなら、平成 15 年決定は、本件事情を、違法性阻却を肯定する方向へ働く事情の 1 つとして位置づけているからである。つまり、平成 15 年決定は、「移送」先が被告人の「母国」であることをそのような事情として位置づけていると理解することができるからである。

では、なぜそのように位置づけることができるのだろうか。本罪は、未成年者拐取罪（224 条（当時））³と比較すると、重く処罰されている。その根拠は、要件上は、「移送」先が「国外」であることにありと理解することができる。そして、被告人の「母国」（オランダ）は「国外」の 1 つである。とすれば、本件事情を、違法性阻却を肯定する方向へ働く事情として位置づけることができるかは、本罪が重く処罰される実質的な根拠との関係で、検討されなければならないだろう。

では、本罪が重く処罰される実質的な根拠は何だろうか⁴。それを検討するに当たり、判例③は示唆に富む（レジュメ 14. (2) ② (i) 参照）。判例③によれば、本罪が重く処罰されるのは、客体が国内（日本）へ「帰還」することが事実的に困難だからである。それは、松原和彦「3. 3つの法益の検討（その 1）—自由の

¹ 松原和彦「資料 2. 最決平成 15・3・18 刑集 57 巻 3 号 371 頁」参照。

² 松原（資料）・前掲注 1）参照。

³ 松原和彦「資料 3. 最決平成 17・12・6 刑集 59 巻 10 号 1901 頁」参照。

⁴ なお、佐野文彦『『家族』間における子の奪い合いに対する未成年者拐取罪の適用に関する試論』東大ロー 11 号（平成 28 年）139 頁も参照。

実体、身体 of 安全の適否」で検討した法益との関係で言えば、客体が居るべき「場所」に居る利益がより侵害されるということである⁵。

しかし、なぜ「帰還」が事実的に困難なのだろうか。客体である「帰還」する者からすれば、「国外」が国内（日本）から地理的に離れているからだろう。他方、客体を「救援」して「帰還」させる者からすれば、そもそも客体の所在を把握することが困難だからではないだろうか⁶。

では、本件事情はどのように理解することができるのだろうか。まず、前者の観点からは理解することができない。なぜなら、被告人の「母国」であっても、地理的な離隔が縮小されるとは限らないからである。次に、後者の観点からは理解することができるかも知れない。なぜなら、被告人の「母国」であれば、実家等その立ち回り先を把握することができるために、それを通じて、Y の所在も把握することがなお可能であると言えるからである。

とすれば、その限りで、Y の「帰還」の事実的な困難さは、減殺されるだろう。つまり、被告人の行為によって Y が居るべき「場所」に居る利益が侵害される程度は減殺されると言えよう。

（松原 和彦）

15. 民事法からのコメントーハーグ条約を中心にー

松原報告においては、母国への連れ去りであれば違法性阻却を肯定する余地があるのではないかという指摘があったが、民事法においては、国際的には異なる考え方がされているということを紹介したい。

（1）ハーグ条約の目的

民事法の領域では、国境を越えた子の奪い合いに関して、1980 年に「国際的な子の奪取の民事上の側面に関する条約」、いわゆる「ハーグ条約」が採択された。日本においては、2014 年 4 月 1 日に発効し、同日に「国際的な子の奪取の

⁵ なお、類似の視点は、所在国外移送目的拐取罪（226 条。松原和彦「資料 1. 刑法（日本）条文」参照）では、指摘されている（久木元伸ほか「『刑法等の一部を改正する法律』について」曹時 57 巻 11 号（平成 17 年）45 頁参照）。

⁶ 安田拓人「判批（名古屋高判平成 28・11・22 高刑速（平成 28 年）220 頁）」法教 453 号（平成 30 年）141 頁参照。

民事上の側面に関する条約の実施に関する法律」、いわゆる「実施法」も施行されている¹。

ハーグ条約の目的は、①いずれかの締約国に不法に連れ去られ、又はいずれかの締約国において不法に留置されている子の迅速な返還を確保すること（条約第1条 a）、②締約国の法令に基づく監護の権利及び接触の権利が他の締約国において効果的に尊重されることを確保すること（条約第1条 b）である。

ハーグ条約の特徴は、国境を越えて子が不法に連れ去られ、又は留置されていた場合に、子を迅速に居住していた国に返還するということである。それは、子が元いた国に「迅速に」戻ることが子の利益であるという考えに基づく。なぜ、それが子の利益につながるのかという理由としては、異なる言語圏・文化環境への移動は子にとって有害であること、子の奪取の背景にある子の監護に関する紛争は、常居所地国で解決することが望ましいこと、が挙げられている²。

例えばアメリカで父母と子で暮らしていた場合に、母が父に無断で子を日本に連れ帰ったということは、ハーグ条約においては、「不法な連れ去り」と判断される。しかし、この考え方は、今まで紹介してきた国内事案において、子連れ別居を監護の違法性の評価に際して違法と判断しないという考え方と、大きく異なっている。

(2) ハーグ条約と刑事法＝民法の視点から

最後にハーグ条約と刑事法の関係について、民法の視点から、簡単に述べたい。

まず、ハーグ条約が発効したことにより、国外事案はハーグ条約で問題が解決するので、刑事処罰は不要ということにはならない、という点を指摘したい。第一に、ハーグ条約はすべての国境を越えた子の奪い合いに適用されるわけではなく、ハーグ条約の非締約国に子が連れ去られた場合等、ハーグ条約の適用対象外の事案において私人が子の返還を求めるのは困難である。第二に、仮に返還決定が確定したとしても、返還が実現できない場合がある³。第三に、ハーグ条約は、あくまでも連れ去りがあった後の事後的な解決のための手段である。したがって、刑事法の未遂処罰により、子の連れ去りを事前に防ぐことができることは、子の

¹ これらの概要については、後掲資料 8「ハーグ条約・実施法の具体的な仕組み」参照。

² 金子修編集代表『一問一答・国際的な子の連れ去りへの制度的対応—ハーグ条約及び関連法規の解説』（商事法務、2015 年）21 頁。

³ 最判平成 30 年 3 月 15 日民集 72 巻 1 号 17 頁の事案などが該当する。詳細は、レビュー 15. (2) ①参照。

利益の点からも魅力であろう。

他方で、刑事法の存在により、ハーグ条約に基づく子の返還が行われにくくなるということが、指摘されることもある。具体的には、子を奪取した親が、子を連れて常居所地国に帰国することで逮捕される恐れがあること、その結果、子の返還を行わなくなるのではないかという点である⁴。この点については、運用を工夫することで解決することもできるのではないかと考えられるが⁵、問題の所在は指摘しておきたい⁶。

(石綿 はる美)

⁴ 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。特に、ドイツ法に関してこれを指摘するものとして、西谷裕子『『国際的な子の奪取の民事上の側面に関する条約』の調査研究報告書』46-47 頁、半田吉信『ハーグ条約と子の連れ去りードイツの経験と日本への示唆』(法律文化社、2013 年) 174 頁以下。

⁵ 諸外国においては、申立人が子の返還に関する事項について一定の義務を負う旨を約束し、裁判所がこれを考慮して子の返還を命じるということがあるという。このような約束をアンダーテイキングといい、申立人の義務としては、刑事訴追の放棄や告訴の取下げが含まれることがあるという(金子・前掲注 2)150 頁以下)。

⁶ 実施法 28 条 1 項 4 号との関係については、レジュメ 15(2)②参照。

II. レジюме

第1部 未成年者拐取罪の一般論

1. 3つの法益の確認と監護権に対する評価
2. 監護権の重要性—比較法的視座から—
3. 3つの法益の検討（その1）—自由の実体、身体の安全の適否—
4. 明治民法における親権・監護
5. 3つの法益の検討（その2）—刑法における監護権の意義—
6. 権利としての監護権とその制約
7. 現行民法における親権・監護権

第2部 親による子の奪い合い事案の検討

8. 権利保護類型の比較法的検討
9. 刑事法の比較法的多様性への民事法からのコメント
10. 日本における民事法の制度概要
11. 平成17年決定の検討
12. 平成17年決定への民事法からのコメント

第3部 国外拐取の特殊性

13. 国外拐取に関する諸外国の状況
14. 平成15年決定の検討
15. 民事法からのコメント—ハーグ条約を中心に—

第1部 未成年者拐取罪の一般論

1. 3つの法益の確認と監護権に対する評価※

(1) 3つの法益の確認

①自由および監護権

(i) 判例①（大判明治43・9・30刑録16巻1569頁〔下線は松原。以下同じ〕）

刑法第224条に所掲未成年者の略取罪は暴行又は脅迫を加へ幼者を不法に自己の実力内に移し一方に於て監督者（若し監督者ある場合に於ては）の監督権を侵害すると同時に他の一方に於て幼者の自由を拘束する

※ 配布したレジюмеに最低限の修正を施した。

の行為を云ふものとす¹

(ii) 判例①が示唆する点

α) 自由という法益と拐取(支配の設定)の関係

☞ 未成年者「拐取」罪

β) 監護権という法益と客体(「未成年者」)の関係

☞ 「未成年者」拐取罪

② 身体 of 安全

(i) 学説①(平野龍一「刑法各論の諸問題 4」法セ 201 号(昭和 47 年) 69 頁)

たしかに、略取誘拐罪は、人を自己の管理下におくものである。しかし、逮捕監禁と違い、脱出がいちじるしく困難であることは必要でない。自由の侵害の程度は、はるかに低いのである。したがって、それだけで犯罪とされるのではなく、自由がある程度拘束されている状態が、その者の生命・身体等の安全にとって危険なものであることが加わって、はじめて犯罪となるものと思われる。未成年者の場合は、保護者から引きはなすこと自体、このような危険を伴うと考えてよいであろう。

(ii) 学説①で注目すべき点

☞ 客体が「未成年者」の場合、身体 of 安全に対する危険の惹起は「保護者」からの引離しによる

(2) 監護権に対する評価

① 大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法』(青林書院)における評価の変遷

(i) 初版(平成 3 年) 595 頁〔山室恵〕

③ 説〔「被拐取者の自由と保護監督者の監護権の両方を保護法益とする見解」=判例①と同じ見解—松原による補足。以下同じ〕が通説とされている。

(ii) 第 2 版(平成 14 年) 378 頁〔山室恵〕

第 3 説〔「略取・誘拐された者の自由と保護監督者の監護権の両方を保護法益とする見解」=判例①と同じ見解〕が通説とされている。

(iii) 第 3 版(平成 26 年) 523 頁〔山室恵〕

かつては第 3 説〔「略取・誘拐された者の自由と保護監督者の監護権の両方を保護法益とする見解」=判例①と同じ見解〕が通説とされていた。

¹ 松原が作成したレジュメ(1.、3.、5.、11.、14.)および資料(1.、ないし 3.)では、読み易くするために、表記を編集した。

☞法益の1つが自由であることに対する異論はほぼなし

☞監護権という法益に対する否定的な評価

②背景の1つ？

☞「監護者の意思＞『未成年者』（特に成年に近い者）の意思」に対する疑念？

☞監護権は「未成年者」のためのものという考え方の表れの1つ？

（松原 和彦）

2 監護権の重要性—比較法的視座から—

（1）日本の未成年者拐取罪の特徴

・法律時報「特集 拐取罪を巡る比較法的・沿革的分析」

⇒欧米諸国において未成年者拐取（連れ去り）に関しては、次の二つの類型がそれぞれ規定されている

①親の子に対する監護権などの民事上の権利を保護する犯罪類型（**権利保護類型**）

②被拐取者の自由ないし安全を保護する犯罪類型（**自由・安全保護類型**）

・我が国における未成年者拐取の規定は224条の一つしかない。

⇒かつての通説的理解：諸外国において2つの条文で保護されているものを、一つの条文で保護しようとしている（①+②類型）

現在の通説：①を排除しようとしている（②類型）

（2）異なる二つの法益と被害者の承諾

・かつての通説：保護法益＝被拐取者の自由及び監護権、承諾権者＝監護者のみ
⇒一つの条文で二つの法益が保護されている場合

a. どちらか片方の法益侵害で十分：両方の法益所有者の承諾があれば犯罪不成立

b. どちらの法益侵害も要求する：いずれかの法益所有者の承諾があれば犯罪不成立

・かつての通説：①②のいずれの法益も保護する

①に関する承諾（監護者の承諾）だけが有効

・未成年者は承諾無能力者？

⇒性的自由に関しては13歳以上が承諾できる

監禁罪に関する8歳児の承諾が問題となった事例がある

・一見納得がいけないかつての通説の理解は、ドイツの学説（とりわけリスト、フランク）が強い影響を与えていたことが原因

⇒神谷健夫＝神原甚造『刑法詳論』（清水書店、大正2年）974頁以下：「未成年者は父母後見人感化院主教育所主の如き監督者の監督の下に在ると浮浪の状態に在りて何人の監督をも受けさるとを問はず均しく拐取罪の客体たるを得へし而して拐取罪により未成年者は自ら此等監督権者の監督の下に立つの自由を侵害せらるるものなりと雖とも此等の監督権者のみか法律に抵触せざる範囲に於て（例へは次条以下の規定）未成年者の斯る法益を処分するを得べきものなるか故に**監督権者の承諾を得たるときは拐取罪成立せずと雖とも未成年者のみの承諾は拐取行為の違法性を阻却することと云はざる可らず（同説リスト、フランク）監督の下に在らざる少年に対しては本人の承諾を得ずして擅に事実上の支配関係を設定するに因りて成立すへし**」。

新保勘解人『日本刑法要論各論（増訂再版）』（敬文堂書店、昭和4年）428頁以下：「本罪の客体は未成年者にして其行為は略取又は誘拐なり。然れども未成年者は保護者の監督の下に立つものにして未成年者の自由なるものは絶対的のものに非ずして保護者の監督の範囲内に於て存するものなれば本罪の行為は常に一面に於ては保護者の監督権を侵害するの性質を有するものとす。」「従て**縦令未成年者の承諾あるも之か保護者の意思に反するときは本罪の成立を妨げざるべきも之に反し保護者の承諾あるときは其承諾にして適法なる監督権の行使と認むべき範囲内に於ては縦令未成年者の意思に反する場合と雖も本罪成立せざるへし**。何となれば此場合未成年者の自由を侵害したるものと言うを得されはなり。但し其承諾か監督権の乱用に出てたるものと認むべき場合に於ては縦令保護者の承諾あるも本罪成立すへし【獨逸刑法に於ける幼者の略取罪（Kinderraub）に付〔リスト〕亦刑法典の意味に於ては此犯罪は未成年者に対する自由犯として規定せられ監督権者の親族権に対する犯罪として規定せられざるも未成年者の承諾か犯罪の成否に何等の影響なきに拘らず監督権者の承諾は其違法性を阻却すと解し〔フランク〕は本罪の行為の客体は未成年者なれども保護の客体は親権者後見人等なるを以て未成年者の承諾は其違法性を阻却せざるも親権者後見人等の承諾は之を阻却すと為し〔アルフェルト〕亦結果に於て之と同説なり】」。

※注 太字は筆者。また、原文の片仮名書きを平仮名に、旧字体を新字体に改めた。

(3) かつての通説に影響を与えたドイツの議論

§ 235 [1912/7/5-1969/9/1]

- (1) 未成年者を策略、脅迫又は暴行により、その両親、後見人又は世話人 (Pfleger) から引離した者は、禁錮 (Gefängnis) に処する
- (2) 情状のより軽い事情が存在する場合には、三千マルク以下の罰金とすることができる
- (3) その行為が、物乞いをさせる又は利欲的若しくは良俗に反する目的又は仕事をさせる意図で行われたときは、10 年以下の懲役に処する

・フランク：保護法益＝監護権、承諾権者＝監護者のみ

リスト：保護法益＝未成年者の自由、承諾権者＝監護者のみ

・「沿革的理由」

⇒コンスタンティヌス 1 世の時代 (4 世紀)：親族の意思に反して拐取が行われること

13 世紀の北ドイツの都市 (例：フリースラント)：Raub と Entführung の区別ができる。被拐取者が拐取を受け入れる＝Entführung、拐取を拒絶する＝Raub

カロリーナ刑法典 (16 世紀)：Raub と Entführung の区別がなし

⇒プロイセン一般ラント法⇒プロイセン刑法典 (18 世紀末⇒19 世紀)

(204 条：策略又は暴行で人を拐取する)

205 条：物乞い又は利欲的若しくは反良俗的な目的等に利用するため 16 歳未満の者を策略又は暴行で拐取する

206 条：策略又は暴行で未成年者をその両親又は後見人から拐取する

204 条、205 条：②類型、206 条：①類型

⇒①の類型が原初形態、その後②の類型が派生した

②類型の未成年者拐取罪が派生しても、①類型の独自の重要性は維持されている

・「条文上の理由」

§ 236 [1872/1/1-1953/10/1]

- (1) わいせつの目的で、婦女をその意思に反して策略、脅迫又は暴行で拐取した者は 10 年以下の懲役に処する、被拐取者と婚姻するために拐取が行われた場合には禁錮に処する

(2) 訴追は親告に基づいてのみ行われる

§ 237 [1896/9/7-1953/10/1]

わいせつ又は婚姻の目的で、未成年、かつ未婚の婦女をその意思と合致して、しかし、その両親、後見人又は世話人の同意なしに拐取した者は禁錮に処する

※注 下線は筆者

⇒235 条は「被拐取者の意思に合致しても反しても」と読める

⇒A から (B を) 奪うという条文の構造は①類型として受け止められやすい

そうでなくても文言上、承諾権者は未成年者ではなく、監護者であるという帰結に至る

(4) かつての通説の理論的根拠？

・かつての学説は、ドイツの条文と我が国の条文が異なっていることを理解しながらも、このような理解を取り入れた

⇒藤波元雄「略取誘拐罪ニ於ケル被害者ノ承諾ヲ論ス」法曹記事 27 卷 8 号（大正 6 年）1 頁以下：「**社会生活の実状に参酌**し且つ法文の用語が甚だ簡単なる点は反て多少の斟酌を加ふる余地あるものと」し、監護権と自由のいずれもを保護するとの見解を「**穏健なる見解と認む**」。

※注 太字は筆者。また、原文の片仮名書きを平仮名に、旧字体を新字体に改めた。

⇒社会生活の実状＝未成年者の承諾を単独で有効とすれば、監護者が受けさせたい教育や世話を受けさせることができなくなる

・子が親の決めた場所にいることには、②の類型だけでは保護できない①の類型の重要性＝教育等を考慮に入れた長期的な子の利益がある。

(5) 小括

・①類型は重要。仮に①類型を 224 条から排除する場合には、②類型における法益論又は違法性阻却論の中で、子の長期的利益をどこかに取り込む工夫が必要になる？

（佐藤 陽子）

3. 3つの法益の検討（その1）—自由の実体、身体の安全の適否—※

(1) 自由の実体

①客体の場所的移動？

(i) 拐取罪と逮捕及び監禁罪（220条）の差異

- ・学説②（岡田庄作『刑法原論（各論）〔第20版〕』（明治大学出版部、昭和4年）483頁以下）

本罪〔拐取罪〕は有形的自由剥奪の一種なりと雖とも逮捕監禁罪と異なる。逮捕監禁罪は被害者所在の場所を移転するを要せざるも本罪は之れを必要とす。

(ii) 拐取の定義

- ・学説③（宮本英脩『刑法学粹〔第5版〕』（弘文堂書房、昭和10年）572頁）

本罪〔拐取罪等〕は人の所在を移すことに因りて其者に対する自己又は第三者の支配を設定する罪なり。等しく人の自由に対する罪なれども、其之を侵害する方法か移転と支配に由りて被害者の帰還又は之に対する救援を困難ならしむるに在ることを特色とす。

(iii) 批判

- ・学説④（木村亀二『刑法各論〔復刊版〕』（法文社、昭和32年）64頁）

然し、若し通説〔学説③のような見解〕に従ふならば、保護者又は監督者を欺罔して立去らしめることに因り未成年者を自己の支配内に置くが如き場合を処罰し得ざることとなり不合理なる結果となるが故に、特に場所的移転を犯罪の要素と解することは妥当ではない。

②学説②、学説③が示唆する点

- ☞客体には、自力でまたは第三者の「救援」によって「帰還」すべき「場所」があることを想定
- ☞客体が居るべき「場所」に居るという利益＝自由の実体
- ☞客体が「未成年者」の場合、非監護者との関係では、居るべき「場所」は監護者の下
- ☞支配の設定は、離脱ではなく「帰還」することの妨害（学説③参照）
- ☞逮捕及び監禁罪の法益は、居るべき「場所」に居る利益までは含まず、「逮捕」および「監禁」は、「帰還」の妨害という要素までは含まず

※ 配布したレジュメに最低限の修正を施した。

(2) 身体の安全の適否—客体が「未成年者」の場合—

①本罪と遺棄罪（217条、218条）

(i) 学説⑤（岡田・前掲484頁）

本罪〔拐取罪〕は遺棄罪と異なる〔。〕本罪〔拐取罪〕は被害者に対し
実力支配を為すものなるも遺棄〔罪〕は否らさるのみならず却て実力支
配を抛棄するものなり。

(ii) 学説⑤が示唆する点

☞本罪と遺棄罪の類似性

☞非監護者（非保護責任者）が監護者（保護責任者）から「未成年者」（「幼年」の者）を引き離す場合（217条）

②遺棄罪の構造

(i) 判例②（大判大正4・5・21刑録21巻670頁）

刑法第217条の罪は扶助を要すべき老者、幼者、不具者又は病者を遺棄するに因りて直ちに成立し其行為の結果か現実に生命身体に対する危険を発生せしめたるや否やは問ふ所に非ず

☞非保護責任者が保護責任者から「幼年」の者を引き離す場合、生命・身体に対する危険の惹起あり（217条）

(ii) 客体の生命・身体に対する危険が惹起される条件

☞客体が生命・身体に対する危険を内包していること（客体における二重の限定）

☞特定の者が客体の生命・身体に対する危険が惹起されないように保護する（ことが期待されている）こと（保護責任者の存在）

③本罪の構造

☞特定の者が客体の身体への危険が惹起されないように保護する（ことが期待されている）こと（監護者の存在）

☞客体が身体への危険を内包しているとは言えず（「未成年者」以上の限定なし）

（松原 和彦）

4. 明治民法における親権・監護¹

(1) 親権

・親権は、原則として父に帰属する（明治民法 877 条 1 項）。＝婚姻中も、単独親権

→父が知れないとき、父が死亡したとき、家を去ったとき、親権を行うことができないときは、家にある母が親権行使を行う（明治民法 877 条 2 項）。ただし、母が親権行使する場合には、財産に関する行為については、親族会の同意が必要（明治民法 886 条、887 条）。

→「父又は母が家に在る子に対して有する身上及び財産上の監督保護を内容とする権利義務を包括して親権と云う」（穂積重遠『親族法』（岩波書店、1933 年）549 頁）

→親権の内容は、身上監護＋財産管理であり、これは基本的に現行法と共通。

(2) 監護

・明治民法 879 条「親権ヲ行フ父又ハ母ハ未成年者ノ子ノ監護及ヒ教育ヲ為ス権利ヲ有シ義務ヲ負フ」cf)現行法 820 条

・「監護とは監督保護の意であって、子の身体及び精神の発達を監督し、之れに危害又は不利益の発生したる場合に於ては之れを防衛保護することを謂ひ、教育とは教導養育の意であって、子の身体及び精神の发育完成を企図する行為である」（和田于一『親子法論』（大同書院、1927 年）554 頁）

・監護は誰に帰属するのか？

・親権者は監護を行いうる。

・監護に関しては、「子の監護は通常夫婦共同して之を為すべきものとす」という前提から、婚姻し同居している場合には、父母の双方に監護が帰属している

¹ 大村敦志『民法のかたちを描く』（東京大学出版会、2020 年）67 頁以下（初出、大村敦志「親権・懲戒権・監護権—概念整理の試み」能見善久他編『民法の未来』（商事法務、2014 年）573 頁以下）、大村敦志『民法読解 親族編』（有斐閣、2015 年）245 頁以下、許末恵『親権と監護』（日本評論社、2016 年）13 頁以下、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）111 頁。

ものとされていた²。

・離婚後は、当事者の協議により監護者を定めるが、協議がなかった場合には、監護は父に帰属する（明治民法 812 条 1 項）。※現行法 766 条 1 項に対応

・父が離婚によって婚家を去る場合は母に属する（明治民法 812 条 2 項）。

→明治民法における「監護」は①親権行使の一内容である場合と、②親権を有しない者により行われる監護である場合（父に親権がある場合の婚姻中の母の監護、離婚後に親権を有しない父又は母が行う監護）がある。

→特に②との関係で、「監護」が何かということを明確にする必要性がある。どのレベルの「監護」が用いられているのか³？

- ・狭義の監護：身上監護のうち教育を除いたもの
- ・広義の監護：身上監護全般（教育を包含するもの）
- ・最広義の監護：身上監護に必要な財産管理も含む

（石綿 はる美）

5. 3つの法益の検討（その2）—刑法における監護権の意義—※

（1）監護権の目的（内容）

①親権（明治民法）との関係

（i）学説⑥（新保勘解人『日本刑法要論各論〔増訂再版〕』（敬文堂書店、昭和4年）430頁）

【未成年者の意義に付ては〔明治〕民法第3条の規定に依るべく又保護者の何人なるか及び其監督権の範囲如何に付ては〔明治〕民法第879条乃至第883条第900条第921条其他行政法規によりて決定すべきものとす】

（ii）学説⑦（勝本勘三郎『刑法各論』（明治43年度）150頁）

父母後見人も誘拐罪を犯すことを得、例へは未成年者か感化院に收容さ

² 大村・前掲注1)『民法のかたちを描く』79頁。

³ 大村・前掲注1)『民法のかたちを描く』80頁、於保不二雄＝中川淳編『新版注釈民法(25)』（有斐閣、2004年）65頁以下〔明山和夫＝國府剛〕。

※ 配布したレジュメに最低限の修正を施した。

れ居るを連れ行くか如し、監督権を剥奪され居ればなり¹。

(iii) 監護者の具体例としての父母（親権者）、後見人

(iv) 事実上の監護者（監護権）？

②「監護」および「教育」（明治民法 879 条）の定義

(i) 確認できる点

☞ 目的（内容）は「未成年者」の保護という消極的なものに限定されず

☞ 保護および発達の対象は「未成年者」の自由や身体に限定されず

(ii) 現行民法 820 条の場合

☞ 「監護」および「教育」の定義に大きな変化なし？

③ 目的（内容）

☞ 「未成年者」の包括的かつ長期的な利益を実現すること

(2) 監護権の性質

① 性質

(i) 学説⑧（宮本・前掲 573 頁）

本罪の性質を論ずる者、或は被害者に監督者ある場合に於ては、其監督権を以て被害法益と為す。然れども若し此見解か此場合に監督者の権利のみを以て被害法益と見るものとせば、斯かる思想は親か其子を私有物視することを得たる時代には妥当なるも、今日に於ては不通の論なり。蓋し監督者の権利は寧ろ其義務性に重きを置き、主として被監督者の為めの権利と見るべきか故なり。従て本罪は、其れか監督者ある場合に行はれたると否とに拘らず、直接に被監督者の法益に対する侵害として重要視すべきものとす。

(ii) 学説⑧が示唆する点

☞ 監護権には、監護者の権利としての性質と義務としての性質があること

☞ 義務としての監護権は、監護者が「未成年者」に対して負うものであること

② 監護権の二面性

(i) 権利としての監護権

☞ 第三者に対して有するもの

☞ 第三者に容喙されることなく、「未成年者」の包括的かつ長期的な利益を

¹ 感化法は、その 8 条 1 項で「感化院長は在院者及仮退院者に対し親権を行ふ」と、2 項で「在院者の父母又は後見人は在院者及仮退院者に対し親権又は後見を行ふことを得す」と定めていた。

実現するもの

(ii) 義務としての監護権

☞ 「未成年者」に対して負うもの

☞ 「未成年者」の包括的かつ長期的な利益を適切に実現するもの

(3) 「未成年者」の包括的かつ長期的な利益の享受の要否の判断主体

① 義務としての監護権の徹底化（学説⑧参照）？

☞ 「未成年者」こそがその包括的かつ長期的な利益の享受主体

☞ 「未成年者」こそがそのような利益の享受の要否を判断すべき？

② 「未成年者」による判断の可能性

☞ 「未成年者」の精神的な未熟さ

③ 監護者という存在

☞ 「未成年者」が精神的に未熟だから（判断し得ないから）こそその監護者
(松原 和彦)

6. 権利としての監護権とその制約

(1) 良俗に反した監護者の承諾に関するドイツの理論

・ 良俗に反した監護者の承諾：監護者が、子を彼の保護下から連れ去る行為に承諾しさえすれば、その拐取行為はすべて正当化されるか

⇒ マウラッハ：刑法 226 条 a（現行の 228 条¹）の準用により、良俗に反した監護者の承諾を無効にできる。

・ 通説的には、たとえ良俗に反した監護者の承諾であっても有効であり、その承諾に基づく行為には 235 条は成立しない

⇒ ドイツにおいては、刑法 171 条（旧 170 条 d: 配慮義務、教育義務の侵害）² などがある

¹ ドイツ刑法 228 条：被害者の同意を得て傷害を行った者は、その行為が同意にも拘らず良俗に違反しているときにのみ違法に行為したものとする。

² ドイツ刑法 171 条（配慮義務又は教育義務の侵害罪）：16 歳未満の者に対する配慮義務又は教育義務を著しく侵害し、それによって被保護者を、身体的又は精神的発展が著しく害される、又は犯罪的素行（kriminellen Lebenswandel）に至る、若しくは売春を行う危険に至らしめた者は、3 年以下の自由刑又は罰金刑に処する。

良俗に反した監護者の承諾に基づく拐取行為の本質は、監護権侵害ではなく、親権者による配慮義務の侵害にある

(2) 我が国におけるありうる方策

・我が国には刑法 171 条のような規定がない

⇒義務としての監護権が許容する範囲でのみ権利としての監護権を行使できる³?

(3) 小括

・監護の権利と義務は密接な関係にある。両者を一体と解し、義務が許容する範囲で権利を保障するという方法はあるように思われる

(佐藤 陽子)

7. 現行民法における親権・監護権

(1) 親権・監護権の内容

・監護権とは何か?

・親権の一内容。

・親権＝「子を適切に管理するための親の権利かつ義務であり¹、同時に、親から適切な養育を受ける子の権利かつ義務²」

→親権＝身上監護権(民法 820 条で包括的に規定)＋財産管理権(民法 824 条)

³ 実際、わが国の判例においては、拐取罪における監護権者の承諾を無制限に認めているわけではないようである。たとえば、高松高判平成 26 年 1 月 28 日高刑速報(平 26) 号 213 頁：「そもそも、未成年者略取罪における保護者の承諾に関しては、その真摯な承諾が存在するというだけでなく、承諾を得た動機、目的や、略取の手段、方法等を総合考慮し、当該行為が社会的に見て相当といえる場合に初めて違法性が阻却されるものと解され、保護者の真摯な承諾があったといえるためには、単に子を連れ去るということのみならず、その連れ去りの動機、目的や手段、方法等の少なくとも概要についても承諾を得ていることを要すると考えられる」。

¹ 民法 820 条の「子の利益のために」という文言は、平成 23 年改正時に追記された。もっとも、それ以前から、親権は親の権利であると同時に、義務であり、子の利益のためのものであるということは認識されていた。

² 前田陽一ほか『民法 VI〔第 5 版〕』(有斐閣、2019 年) 167 頁〔本山敦〕。

・(身上)監護権の具体的内容³

・民法 820 条が定めるのは、「子の監護・教育に関する権利義務」

・監護：子に衣食住等を与え、子を養育すること。

＝肉体的な生育を図る（我妻栄『親族法』（有斐閣、1961 年）330 頁）

・教育：子の知育・徳育・体育など子の成長に必要な教育を施すこと。

＝精神的な向上を図る（我妻栄『親族法』（有斐閣、1961 年）330 頁）

→ただし、両者を明確に区別することは難しいことから、不可分一体のものとして捉えられている。

・民法 820 条は身上監護の内容を包括的に規定し、具体例として民法 821 条～823 条の規定がある。

・居所指定権（民法 821 条）

第三者の関与によって子が指定された居所に居住できない等の場合には、（親権に基づく）妨害排除請求の問題になる。

・懲戒権（民法 822 条）

・職業許可権（民法 823 条）

・監護権の権利行使の態様に争いがある場合どうなるのか⁴？

ex)子どもの居所に争いがあった場合

→直接定める条文はない。

・離婚後の親権者に関して協議が整わない場合について定めた民法 819 条 5 項（及び家事事件手続法 39 条・別表第 2⑧）を類推適用。

・夫婦の同居・協力・扶助義務について定めた民法 752 条、家事事件手続法 39 条・別表第 2①を手掛かりにする。

(2) 親権・監護権の帰属者

・誰が監護者になるのか？

・基本的には、親権者が監護権を有する。親権者＝監護者

・例外的に、親権者≠監護者であるのは、

・離婚後、親権者と監護者を別に定める場合（民法 766 条）。

・別居中に、共同親権を持つ父母間で監護者を定める場合（民法 766 条の類推適用）。

³ 前田ほか・前掲注 2)172 頁以下〔本山〕。

⁴ 窪田充見『家族法〔第 4 版〕』（有斐閣、2019 年）310 頁。

・離婚時の親権者・監護者の決定の基準、別居中などの監護者の決定の基準、その後の親権者・監護者の変更の基準は、子の奪い合いの際の判断基準となっている。

☞「12.平成 17 年決定への民事法からのコメント(1)親権者・監護者の決定・変更の判断基準」参照。

(石綿 はる美)

第 2 部 親による子の奪い合い事案の検討

8 権利保護類型の比較法的検討

(1) 権利保護類型で保護される権利の内実

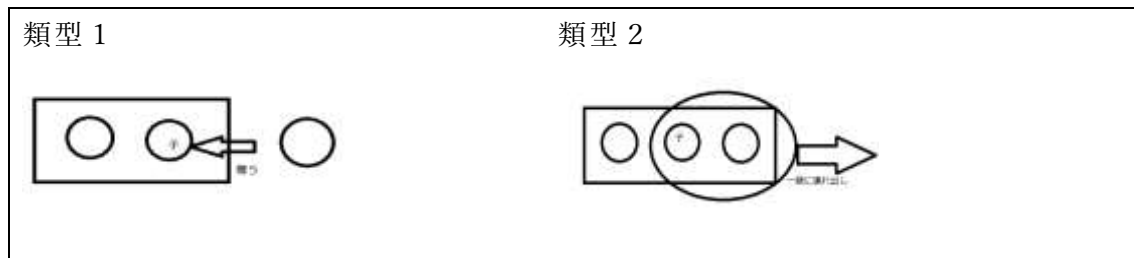
・親による子の奪い合い事例は①類型(権利保護類型:「2 監護権の重要性—比較法的視座から」を参照)として扱われることが多い

⇒主として①類型に着目

・諸外国において、①類型で保護されている権利は具体的に何か?

⇒監護権の中でも、とりわけ居所指定権が重視される¹。

複数権利者の場合は²?



類型 1 : ドイツ、イギリス、アメリカ(連邦法)、カナダ、フランス、スイスにおいて処罰対象

¹ ただしドイツでは、居所指定権を重視せず、子の移動がなくても(親の移動による引離し)、①類型の成立を認めている(深町・独・下・113 頁以下を参照)。

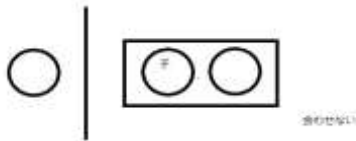
² 多くの国において、子の不引き渡しや留め置き行為も処罰の対象であり、親同士の子の奪い合いの場合に犯罪となるかが問題となる類型もそれに応じて増えることになるが、本報告ではこの点については割愛する(なお、樋口亮介「比較法の地図—家族間における子の奪い合いに関する刑事法的対応」法律時報 91 巻 1 号(2019) 107 頁以下を参照)。

類型 2：フランス、スイスにおいて処罰対象であることが確認できる

※オーストリアは、いずれの類型も処罰なし³

⇒ドイツ、アメリカ（連邦法）、カナダ、フランスは、監護権に加えて面会交流権（訪問権）も保護する

類型 3



類型 3：ドイツ、アメリカ（連邦法）、カナダ、フランスにおいて処罰対象

面会交流権者の交流権侵害＋子の健全育成への悪影響＋（場合によっては起こりうる）配慮権者の円滑な交代の阻害

・スイスでは事例 3 は処罰しない

⇒①訪問権を巡る争いは激しい感情の高まりの中でなされるので、面会交流権保護規定は抑止力にならない

②親の一方の処罰が、間接的に子に対しても悪影響を生じさせる

③面会交流権を保護する措置がすでにある⁴

・何を保護するか、どこまで処罰範囲に含めるかは理論的に当然導かれるようなものではなく、「決定」しなければならない問題である

（2）犯罪成立要件の外側での配慮

・裁判手続きや法定刑といった犯罪の成立要件の外側で、何らかの特別な配慮をする国もある

⇒イギリス・カナダ：検察局長（英）、検事総長（加）の同意がなければ訴追できない

³ ただし、オーストリア刑法 196 条（官庁により命令された教育的援助から未成年者を引き離す罪）による処罰は考えられる。

⁴ スイス刑法 292 条により、命令違反に罰金を科することができる（深町・瑞・上・108 頁）。

スイス：告訴権の濫用の理論が適用されうる

フランス：法定刑を軽くする

(3) ドイツ法とオーストリア法の分岐点？一条文の解釈と拐取罪の成立範囲

独刑法 235 条

(1) 未成年者を策略、脅迫又は暴行により、その両親、後見人又は世話人から分離した者は、禁錮に処する

同 236 条

(1) わいせつの目的で、婦女をその意思に反して策略、脅迫又は暴行で拐取した者は 10 年以下の懲役の処する、被拐取者と婚姻するために拐取が行われた場合には禁錮に処する

同 237 条

わいせつ又は婚姻の目的で、未成年、かつ未婚の婦女をその意思と合致して、しかしその両親、後見人又は世話人の同意なしに拐取した者は禁錮に処する

奥刑法 96 条

女性が、婚姻又はわいせつに向けた意思で、その意思に反して暴行又は策略を用いて拐取された場合；又は既婚女性が、彼女の意思に合致していても、その夫から；子はその親から；未成年被後見人がその未成年後見人又は配慮者（Versorger）から、策略又は暴行を用いて拐取された場合、その意図の達成の有無は問わない

同 97 条

被拐取者の意思に反した拐取又は 14 歳の者の拐取は、用いられた手段又は意図された若しくは結果として生じた害悪の程度に応じて 5 年以上 10 年以下の重懲役に処する。被拐取者が 14 歳を越えており、その同意があった場合には、6 月以上 1 年以下の重懲役とする

⇒ 親による子の奪い合い

ドイツ：RGSt, 22, 166（1891 年）に有罪判決

オーストリア：SSt. 4/ 44（1924 年）に無罪判決

・オーストリア刑法 96 条：策略又は暴行という手段が意味をなさなくなっていた。

⇒ Entsch. Nr. 2276（1898）：子の強取の「本質は、第三者の無権限な侵襲による親の保護権力（Schutzgewalt）の停止である」

⇒SSt. 4/ 44 : 「96 条の文言とその法意によれば、拐取の前提は、権限ある両親又は片親の意思決定に対する第三者の権限なき侵襲により子が引離されること、そしてその者が権限なき者に服せられることである」

・オーストリアでは、手段における制限を骨抜きにして処罰範囲を広げる代わりに、主体を狭めた

⇒なぜドイツはこの道をとらなかったか？

ドイツ

条文	客体	拐取等に関する被拐取者の意思	手段 実行行為	目的	通説的な 保護法益
235	未成年者 (男女)	(反する＋ 合致する)	策略、脅迫 又は暴行 両親又は後 見人からの 引離し	不問（ただし、目的による加重はあり）	親権
236（参考）	女性（年齢 問わず）	反する	策略、脅迫 又は暴行 拐取	わいせつ行為を行わせるため、結婚させるため	自由
237	未成年、かつ未婚の女性	合致する	不問 拐取	わいせつ行為又は結婚をさせるため	親権

⇒235 条と 237 条

客体：未成年者については同じ

被拐取者の意思：235 条は合致してもしなくても、237 条は合致する

手段：235 条は策略、脅迫又は暴行、237 条は不問

目的：235 条は不問、237 条はわいせつ行為等

⇒「235 条と 237 条は矛盾しない」⁵というためには、策略、脅迫又は暴行はある

⁵ Schönke, Strafgesetzbuch Kommentar, 15. Auflage, 1970, § 236, Rn. 1 は、237 条について、「本質的に無駄な条文（235 条を参照）」と言及する。

程度厳格に解さなければならない（それゆえの「乳幼児窃盗」の不可罰？）。

親権侵害のうち手段の性質の悪い 235 条と目的の性質の悪い 237 条という関係⁶。

オーストリア（参考）

条文	客体	拐取等に関する被拐取者の意思	手段 実行行為	目的	保護法益
96 条（狭義の拐取）	女性（年齢問わず）	反する	暴行又は策略 拐取	婚姻又はわいせつに向けた意図	女性の移動の自由
96 条（広義の拐取・婦女の強取）	既婚女性（年齢問わず）	不問	策略又は暴行 夫から拐取	不問	夫権
96 条（広義の拐取・子の強取）	子（家族法的権力下にある未成年）	不問	策略又は暴行 親から拐取		親権
	未成年被後見人	不問	策略又は暴行 未成年後見人又は配慮者から拐取		後見的権力

⇒ドイツ法のような問題は生じない。

・手段の制限の有無と主体の制限の有無に密接な関係あり？

⇒1962 年の刑法改正案：196 条（後見破棄罪：Muntbruch）

(1)未成年者をその人的配慮の権限者から拐取した者、又は暴行、著しい害悪の告知による脅迫若しくは策略により引離した者は、自らが人的配慮の権限を与えられていない限りで（ohne selbst zur Personensorge berechtigt zu sein）、3 年未満

⁶ ただし、わいせつ目的は 235 条 2 項ですでに規定されている。 Vgl. *Maurach*, *Deutsches Strafrecht Besonderer Teil ein Lehrbuch*, 1953, S. 98.

の禁錮（Gefängnis）、拘留（Strafhaft）又は罰金刑に処する。

※注 下線は筆者

⇒1998 年改正

第三者による未成年者の連れ去りはすべて処罰

親族による連れ去りは、暴行・脅迫・策略といった手段が用いられた場合か、国外に連れ去る目的があった場合に処罰⁷。

・オーストリアにおいては、親による子の奪い合いは民事法で解決されるべき問題として認識されている。

⇒オーストリアには民事法の領域にかなり強度な間接強制の手段が用意されている。

（4）小括

・親による子の奪い合い事例を解決するための「決定」には、現行法の文言や運用状況、また民事法との連携の有無が影響を与えうる。

・両親による子の奪い合いについて言えること

⇒①両親による子の奪い合いは、通常の未成年者拐取よりも処罰の必要性が低い

②悪質な行為については、処罰の余地がある。

（佐藤 陽子）

9. 刑事法の比較法的多様性への民事法からのコメント¹

（1）前提の確認－佐藤報告で取り上げられた各国と日本の制度の違い

・離婚後も原則として、父母の共同親権。

→離婚後の事案においても、父母の双方が子に対する権限を有している。

・面会交流権（訪問権）について、民法上に詳細な規定がある。

・子の奪い合いという紛争を予防するための制度（居所の変更通知など）が、民法に用意されている。

⁷ 条文は参考資料を参照。

¹ 本項目に関して、詳細は、拙稿『『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（2）－大陸法』法律時報 91 巻 4 号（2019 年）118 頁以下。

【参考】各国の比較表

	共同親権	面会交流権	居所の変更防止・対応	ハーグ条約
フランス	1987 年導入 1993 年～原則、共同親権 (373-2 条 1 項)	1970 年～明文規定 (373-2 条 2 項、373-2-1 条 2 項、373-2-9 条 3 項)	2002 年～親権者の居所変更の通知義務 (373-2 条 3 項)	1980 年 10 月署名 1982 年 9 月批准 1983 年 12 月発効
ドイツ	1982 年：単独配慮の強制の違憲判決 1997 年：共同配慮が原則 (1626 条 1 項、1671 条 1 項)	1896 年 BGB 制定当時から条文あり	規定なし	1987 年 9 月署名 1990 年 9 月批准 1990 年 12 月発効
スイス	2000 年導入 2014 年～原則共同配慮 (296 条 2 項)	2000 年：訪問権も含む人的交流 (273 条)	子の居所の変更は、父母の同意が必要 (301 条 a 第 2 項) + 単独配慮であっても通知義務 (同 3 項)	1980 年 10 月署名 1983 年 10 月批准 1984 年 1 月発効
オーストリア	2001 年導入 2013 年～原則、共同配慮 (179 条 1 項第 1 文)	2001 年：訪問権 2013 年～人的コンタクト権 (186 条)	別居時は、配慮が委ねられた親に居所指定権 (162 条 2 項)。立法者によると他方の親に転居を通知し、同意を得るよう努めなければならない。	1987 年 5 月署名 1988 年 7 月批准 1988 年 10 月発効
日本	離婚後は単独親権 (819 条 1~3 項)	766 条 1 項。	規定なし	2014 年 1 月署名 2014 年 1 月批准 2014 年 4 月発効

※条文番号はいずれも民法・民法典

(2) 刑事法の多様性へのコメントーフランス・ドイツ・スイス・オーストリア

・ 3 つに分類することができるのではないか。

①フランス

・ 刑法と民法が密接に連動。家族の問題に積極的に介入。

ex)住所の不告知行為の処罰 (フランス刑法典 227-6 条)

→そもそも、民法典において、親権者は、居所の変更について、他方の親に告げる義務がある (フランス民法典 373-2 条 3 項)。

→刑法が積極的に家族の問題に介入できるのは、民法に十分な規定があることも一因。

※子の引渡しの履行強制のために、間接強制金(アストラント)という制度があるが、機能的に類似するということから罰金刑が利用されている。

②ドイツ・スイス

・ **基本的に、国外事案以外については処罰に謙抑的。**

→ ・ 子の引渡請求権をはじめ、民事手続の実効性が評価されている。

・ スイスにおいては、立法時の議論などで、刑罰規定が離婚訴訟における両親の争いの道具として利用されること、刑罰の適用が紛争の解決・回避・抑止にはならないという点が指摘される²。

→ 刑法が謙抑的であっても、民法の規定・執行手続により、紛争解決が実現できる。

国外案件に関しては、民事手続での対応が難しいことから刑事法が介入。

③オーストリア

・ **家族間の問題を民事法に委ねており、行為者に親権がある限り原則不可罰。**

・ 子の返還を実現するための民事法上の制度が存在することも理由の一つ？

ex) ・ 執行手続を利用することなく、子が同居親から連れ去られた場合に、居所指定権を有する親の求めに応じて、官庁及び公的な治安機関は、滞在地の搜索、必要であれば子の連れ戻しに協力しなくてはならない(民法 162 条 1 項第 2 文)。

・ 非訟事件手続法 79 条 2 項に基づく「適切な強制手段」により執行。

= 罰金、1 年以内の強制拘禁、強制拘引

→ 「謙抑的な刑事法の立場」の背景には、充実した民事法上の制度。

積極的な介入が可能であるのも、民法の規定が充実しており、何が民事上違法であるかということの判断が可能であるから。

→ 刑事法の多様性には、民事法のシステムも影響している。

→ 日本の刑事法について検討する前提として、まず、民事法の制度について確認する必要性。

(石綿 はる美)

² 深町晋也「スイス刑法における未成年の子の奪い合いを巡る議論状況(上)」法律時報 90 巻 11 号(2018 年) 108 頁以下。

10. 日本における民事法の制度概要

(1)子の返還を求めるための民事手続の手段¹

方法	I 親権に基づく妨害排除請求（民820条）	II 家事事件手続① 子の監護に関する処分（民766条2項又は3項及び家事事件手続法39条・別表第2③の類推適用 ² ）or 親権者の指定・変更の審判の申立て（民法819条5項・家事事件手続法39条・別表第2⑧）	III 家事事件手続② 審判前の保全処分 ³ （家事事件手続法105条）	IV 人身保護請求
第一審裁判所	地方裁判所	家庭裁判所	家庭裁判所	地方裁判所 or 高等裁判所
要件	①親権を有すること ②相手方による子の拘束（相手方の行為が親権に対する妨害と評価されること） ⁴	【判断基準】 ・親権者・監護者の指定と同様。 →12.(1)参照 ・すでに指定されている場合は、親権者・監護者の変更の基準と同様。	①強制執行を保全し、又は子その他の利害関係人の急迫の危険を防止するため必要があること（家事事件手続法157条1項） ⁵ 。 ②本案認容の蓋然性があること。その際の【判断基準】はIIと同様。	①子が拘束されていること。 ②拘束が違法であること。 （基準は、紛争類型によって異なる。） ③救済の目的を達成するために、他の適正な方法がないこと。 （以上、人身保護規則4条） ④非拘束者の自由な意思に反していないこと ⁶ 。（人身保護規則5条）
効果	子の引渡し	子の引渡し	子の引渡し	子の引渡し
親権者→親権者	（実質的に）× ⁷	○ （監護者指定 or 変更と併合審理が可能）		（実質的に）× ⁸
親権者→非親権者の親	（実質的に）× ⁹	○		○
親権者→第三者	○	×（少数だが、第三者が監護者に指定されている場合等に利用を肯定する見解も）		○
非親権者の親→親権者	×	○（親権者変更 or 監護者指定・変更と併合審理が可能）		×
メリットなど		家庭裁判所調査官による調査。	・（現在は）迅速性。 ・家庭裁判所調査官による調査。	迅速性 （人身保護法12条4項、人身保護規則36条）と 実効性 （人身保護法12条2項等）。

-
- ¹ 田中寛明「判解」法曹時報 70 巻 11 号（2018 年）3226 頁も参照。
- ² 離婚に至っていない夫婦の場合は、民法 752 条、家事事件手続法 39 条・別表第 2 ①の夫婦間の協力扶助に関する処分として、家事審判で扱われる。
- ³ 本案は、別居中であれば、子の監護者指定又は監護権に基づく子の引渡請求となる。離婚後であれば、非親権者からの親権者の変更又は監護者指定の申立て、あるいは親権又は監護権に基づく子の引渡請求となる（二宮周平『家族法〔第 5 版〕』（新世社、2019 年）121 頁）。
- ⁴ 子が自らの意思で相手方のもとにいる場合は、親権行使に対する妨害を当然には認められない。子の自由意思を尊重する基準となる年齢は、9～10 歳であるとされている（窪田充見『家族法〔第 4 版〕』（有斐閣、2019 年）313 頁以下）。
- ⁵ ただし、子の年齢が上がると、子が安定した生活を送っている場合には、保全の必要性が認められにくいという。保全が認められた事案は、連れ去り行為に違法性の高いものが多いという。例えば、神戸家審昭和 59 年 11 月 27 日家月 37 巻 8 号 61 頁（父が 1 歳 3 か月の乳幼児を母の制止にもかかわらず強引に連れ去る）、東京高決平成 20 年 12 月 18 日家月 61 巻 7 号 59 頁（母が 3 歳の子を保育園から連れ去る）（以上、二宮・前掲注 3）121 頁以下）。
- ⁶ 子が意思能力を有していれば、その意思が尊重される。一応の基準は 10 歳程度であるという。
- ⁷ 一方の親権行使を権利濫用として行使を制約し、他方の親権行使を適正な行使として、その者の監護下に置くことで、利用できるという見解もある（窪田・前掲注 4）316 頁）。
- ⁸ 以下で紹介する 2 つの判例により、親権者同士の子の奪い合いに関しては、人身保護請求が利用できる場面が限定的になると解されている。

最判平成 5 年 10 月 19 日民集 47 巻 8 号 5099 頁は、共同親権者間で人身保護請求が争われた事案において、「夫婦がその間の子である幼児に対して共同で親権を行使している場合には、夫婦の一方による右幼児に対する監護は、親権に基づくものとして、特段の事情がない限り、適法というべきであるから、右監護・拘束が人身保護規則四条にいう顕著な違法性があるというためには、右監護が子の幸福に反することが明白であることを要するものといわなければならない」とした。

その後、この明白性の要件を具体化したのが、最判平成 6 年 4 月 26 日民集 48 巻 3 号 992 頁である。同判決は、明白性の「要件を満たす場合としては、ア拘束者に対し、家事審判規則五二条の二又は五三条に基づく幼児引渡しを命ずる仮処分又は審判が出され、その親権行使が実質上制限されているのに拘束者が右仮処分等に従わない場合がこれに当たると考えられるが、更には、また、イ幼児にとって、請求者の監護の下では安定した生活を送ることができるのに、拘束者の監護の下においては著しくその健康が損なわれたり、満足な義務教育を受けることができないなど、拘束者の幼児に対する処遇が親権行使という観点からみてもこれを容認することができないような例外的な場合がこれに当たるといえるべきである。」と述べる。なお、アの事情

に関しては、調停における合意に反して実力行使をした場合も該当する（最判平成6年7月8日家月47巻5号43頁、最判平成11年4月26日家月51巻10号109頁）。

⁹ 事例決定ではあるが、最決平成29年12月5日民集71巻10号1803頁は「親権に基づく妨害排除請求として子の引渡しを求めることは、権利濫用に当たる」という判断した。このため、今後はこの類型において、請求が認容される可能性が低くなるとも考えられる。なお、平成29年決定の事案では、親権者である父が、子と生活をしている非親権者・非監護権者である母を債務者として、親権に基づく妨害排除請求権を被保全権利として、子の引渡しを求める仮処分を申し立てた。同決定は、①7歳の子が4年以上母に監護されてきたこと、②母が親権者変更を求める調停を申し立てていること、③父が監護に関する処分として長男の引渡しを求めることができるのに、親権に基づく妨害排除請求により引渡しを求める合理的な理由を有することがうかがわれないこと、という事情を挙げている。

①・②は親権者が母に変更される蓋然性が高いことを示す事情といえよう。③の「合理的な理由」がある場合として、請求者から監護者に親権が変更される蓋然性がほとんどない、明らかに子の奪取方法が強暴で違法であるなど子の福祉に対する配慮を特段考慮しなくても適切な結論を得られることを基礎づける事情が挙げられている（田中・前掲注1）3221頁）。

- ・親同士の争いに関しては、家事事件手続法（Ⅱ・Ⅲ）で行われるようになってきている。

- ・子の奪い合いは、どちらに子の監護を委ねるのが適当かという問題と関連。

- ・家裁調査官などの調査機能と後見的機能を有する家裁において解決を図ることが望ましい。

- ・親権者・監護者の決定や変更と子の引渡しの問題が関連しているので、その判断を一度に行うべきという考えも、背後にある。

- ・家事事件手続を利用する際の特徴¹。

- ・家裁において家庭調査官による事実の調査が行われる（家事事件手続法 58 条 1 項）。

- ①子の監護状況・非監護親の監護態勢、②子の意向確認、③親権者または監護者としての適格性についての包括調査等²。

※幼児については、心理テストや観察を通じて、父母との適合性を調査。

- ・子の意思の把握（家事事件手続法 65 条）

- ・15 歳以上の子については、子の意見を聴取する（家事事件手続法 169 条）。

(2) 子の返還を求める事案類型

- ・様々な類型がある。

- ・A と B の別居中／離婚後に、監護をしている親 A のもとから子が奪われ、A が引渡請求をする。

- ・A と B の同居中に、A が B に無断で子連れ去り、子を戻さないことから、B が子の引渡請求をする。

- ＝いわゆる「子連れ別居」パターン

- ・A が子を監護することで同意をし、別居/離婚をした後に、B が子の引渡請求をする。

¹ 詳細な審理・進行については、石垣智子・重高啓「子の監護者指定・引渡調停・審判事件の審理」東京家事事件研究会編『家事事件・人事訴訟事件の実務』（法曹会、2015 年）239 頁以下（初出、法曹時報 66 巻 10 号（2014 年）48 頁以下）。

² 梶村太市他『家族法実務講義』（有斐閣、2013 年）167 頁〔榊原富士子〕。

(3) 執行方法 (I～IIIの場合について)【参考】³

- ・家事事件手続内での履行確保 (II・IIIについて)
 - ・履行状況の調査及び勧告を行うこと (家事事件手続法 289 条以下)。強制力はない。
 - ・履行の命令を発すること (家事事件手続法 290 条以下)。
- ・民事執行法の強制執行 (I～IIIについて)
 - 子の引渡しのための条文はない中で、以下の方法が実務上利用されている。
 - ・間接強制⁴
 - ・直接強制
 - ・一定の範囲で直接強制を認める考え方が一般的。
 - ※代替執行は、従前、ほとんど利用されてこなかったという。

→令和元年 5 月に「民事執行法及び国際的な子の奪取の民事上の側面に関する条約の実施に関する法律の一部を改正する法律」が可決・成立⁵。

- ・子の引渡しについて条文がおかれることになる。＝手続の明確化
- ・子の引渡しの強制執行は、
 - ・執行裁判所が決定により執行官に子の引渡しを実施させる方法 (民事執行法 174 条 1 項 1 号)
 - ・間接強制 (民事執行法 174 条 1 項 2 号) により行う。
- ・原則として、間接強制前置 (民事執行法 174 条 2 項) であることも明示された。

(石綿 はる美)

³ 今津綾子「家事事件における執行手続－子の引渡しを中心に」東北大学ローレビュー 6 号 (2019 年) 24 頁以下。

⁴ 母の監護者指定と母への子の引渡しを命ずる審判を債務名義とする申立てが権利濫用に当たるとした最決平成 31 年 4 月 26 日判タ 1461 号 23 頁がある。なお、同決定については、今津綾子「判批」法学教室 467 号 (2019 年) 130 頁。

⁵ 改正法については内野宗揮「民事執行法等の改正の概要」法律のひろば 2019 年 9 月号 9 頁以下等。

11. 平成 17 年決定の検討※

(1) 前提

①石綿はる美「10. 日本における民事法の制度概要」を承けて

(i) 奪い合い事案の望ましい処理

☞ どちらの親（親権者）が子を監護養育すべきかという問題

☞ 家庭裁判所調査官が置かれる家庭裁判所による処理

(ii) 平成 17 年決定の補足意見と反対意見

☞ 奪い合い事案は本罪で処理される場合あり

☞ 処罰範囲は限定

②本罪の処罰範囲の限定

(i) 構成要件該当性の段階？

α) 行為主体による限定？

☞ 行為主体は「者」

☞ 法益の 1 つを監護権と理解しても、「者」から監護者だけを除外することは不可

β) 「略取」の行為手段による限定？

☞ 暴行または脅迫のない乳児窃盗事案は「略取」

☞ 乳児窃盗事案が暴行に該当する場合、暴行の意義が極めて広い

γ) 「誘拐」の行為手段による限定？

☞ 「未成年者」が低年齢のとき、「誘惑」を容易に肯定

(ii) 違法性阻却の段階

☞ 平成 17 年決定

(2) 平成 17 年決定について¹

①構成要件該当性について

(i) 「保護されている環境」

☞ C がそ「の共同親権者の 1 人である B の実家において B 及びその両親に監護養育されて平穏に生活していた」こと

(ii) 含意

☞ C の「生活」は、非親権者ではなく B という親権者の下

※ 配布したレジюмеに最低限の修正を施した。

¹ 「資料 3. 最決平成 17・12・6 刑集 59 巻 10 号 1901 頁」参照。

- ☞ C の「平穏」な「生活」は、B が C を適切に監護養育しているから
- ☞ C の「平穏」な「生活」は、上記のような「生活」が安定しているか
- ☞ C の居るべき「場所」(=「保護されている環境」)に居る利益、B の監護権の各保護価値は十分

②違法性阻却について

- (i)「被告人が親権者の 1 人であることは、その行為の違法性が例外的に阻却されるかどうかの判断において考慮されるべき事情」

- ・解説①(法曹会編『最高裁判所判例解説刑事篇(平成 17 年度)』(法曹会、平成 20 年) 686 頁〔前田巖〕)

すなわち、子に対する関係では、親権の内容をなす監護教育権(民法 820 条)、居所指定権(同 821 条)等は、子の意思にかかわらず親権者の監督に服さしめるために社会的相当性の範囲内で実力を行使し得る自力執行的権能を含むものといえるから、その範囲内にある限り、子を自己の監護下に置くために一定の有形力を行使することも許容されているといえよう。

- ☞被告人の行為は法令行為(35 条)

(ii) 第 1 基準

α)「特段の事情」

- ・解説②(法曹会編・前掲 686 頁〔前田〕)

そして、他方配偶者の監護下において、子の健康が著しく損なわれたり、満足な義務教育が受けられないなど、処遇が低劣で、子が過酷な状態に置かれている場合などには、人身保護請求においてもその監護(=拘束)に顕著な違法性があるとされるところである(最三小判平成 6 年 4 月 26 日・民集 48 卷 3 号 992 頁参照)。

β)被告人の義務としての親権の行使

- ☞「処遇が低劣で、子が過酷な状態に置かれている」状況の解消は、消極的に、C の包括的かつ長期的な利益を実現すること
- ☞被告人との関係で、B の権利としての監護権が制約され、B の監護権の保護価値が減殺
- ☞C の居るべき「場所」に居る利益の保護価値が減殺

γ)平成 17 年決定の場合

- ☞C が「保護されている環境」に居るため、「特段の事情」なし
- ☞B の監護権、C の居るべき場所に居る利益の各保護価値は十分
- ☞被告人の義務としての親権の行使の余地なし

(iii) 第 2 基準

α) 位置づけ

- ☞ 第 1 基準で違法性が阻却されない場合
- ☞ 被告人に権利としての親権あり
- ☞ ただし、被告人の行為により、B による適切な監護養育および安定性の喪失

β) 被告人の義務としての親権

- ☞ 被告人は、B による適切な監護養育および安定性の喪失を埋め合わせるために、積極的に、C の包括的かつ長期的な利益を実現する必要あり
- ☞ そうしない場合、被告人の行為を親権の行使とは評価できず、C の居るべき「場所」に居る利益の保護価値は減殺されず

γ) 平成 17 年決定の場合―第 2 の事情―

- ☞ C に被告人が将来適切に監護養育しないリスクを負担させることは不適切
- ☞ C が現在の「保護されている環境」に留まる必要性が大
- ☞ C の居るべき「場所」に居る利益の保護価値が増大
- ☞ 被告人はそうように増大した C の利益を侵害

δ) 平成 17 年決定の場合―第 1 の事情および第 3 の事情―

- ☞ 第 1 の事情は被告人が将来適切に監護養育しない可能性を窺わせる事情
- ☞ 第 3 の事情はそのような可能性を端的に示す事情
- ☞ 被告人の行為によって、C の居るべき「場所」に居る利益の保護価値は減殺されず

(松原 和彦)

12. 平成 17 年決定への民事法からのコメント

(1) 親権者・監護者の決定・変更の判断基準¹

¹ 石垣智子・重高啓「子の監護者指定・引渡調停・審判事件の審理」東京家事事件研究会編『家事事件・人事訴訟事件の実務』（法曹会、2015 年）234 頁以下（初出、法曹時報 66 巻 10 号（2014 年）43 頁）、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〕、棚村政行「親権者・監護者の決定とフレンドリー・ペアレント（寛容性）原則」家族＜社会と法＞33 号（2017 年）3 頁、二宮周平『家族法〔第 5 版〕』（新世社、2019 年）115 頁以下、前田陽一ほか『民法 VI〔第 5 版〕』（有斐閣、2019 年）169 頁以下〔本山敦〕、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」家月 63 巻 9 号（2011

→10(1)で紹介した民事手続のうち、Ⅱ・Ⅲの判断基準。

①親権者・監護者の決定の際の判断基準

・「子の利益」が最優先基準（民法766条1項後段）

・具体的な考慮要素

・父母側の事情

・**監護の実績**（現在の監護状況）（②（ア）で）

・監護能力（年齢・性格・健康状況、家庭環境（経済力・就労状況・同居家族）、居住環境、保育あるいは教育環境、監護補助者の状況など監護態勢、性格や生活態度、子に対する愛情、監護意思、暴力や虐待の有無）

・**監護開始の違法性**（②（イ）で）

・面会交流についての許容性（フレンドリー・ペアレント・ルール）

・申立ての真摯さ（復縁や恨みなど他の目的の有無）

・子の側の事情

・子の意思、年齢、性別、心身の発育状況

・従来の養育環境への適応状況

・監護環境の継続（＝親の監護の実績）（②（ア）で）

・環境の変化への適応性

・父母および親族との情緒的結びつき、きょうだいとの関係

②（本WSとの関係で）特に問題になる考慮要素

（ア）監護の実績・継続性（現状）の尊重

・これが特に重要視されているとの指摘も²。

・子の利益から見て現実の監護者と子の継続的な心理的結びつきを尊重しようとする。

・ただし、この要素を重視しすぎると、夫婦の別居時に子を連れていた方が有利になり、子の奪い合いを誘発することになる³。

→違法な奪取で始まった監護の場合は、必ずしも監護の実績としては評価

年）1頁、山口亮子「子の奪い合い紛争事件における判断基準について」産大法学45巻3・4号（2012年）197頁。

² 梶村ほか・前掲注1)171頁〔榊原〕、前田ほか・前掲注1)170頁〔本山〕。

³ 梶村ほか・前掲注1)171頁以下〔榊原〕、二宮・前掲注1)115頁。

されない⁴。

- ・継続性の重要性は、子の年齢が高くなるとともに次第に低くなり、逆に子の意向などその他の要素の重要度が増す⁵。

(イ) 奪取の違法性（監護開始の違法性）

- ・面会交流中に無断で連れ去る、合意を無視して無断で連れ去る、同居親に対して暴力をふるって実力で子を奪うなど、子を奪取した行為に違法性がある場合⁶。

→親権者の適格性を疑わせる。(ア) 監護の実績についても評価しない。

→奪取の違法性が高い場合には、原則として、引渡請求がみとめられる傾向にある。

- ・子連れ別居は、違法なのか⁷？

・相手方の承諾を得ずに、子連れ別居を開始したとしても、その際の違法性の有無は、子の年齢や意向、連れ出すに当たっての具体的な経緯及び態様などを総合的に考慮して判断する必要がある。

→必ずしも、直ちに法律や社会規範を無視していると判断されるわけではない⁸。

ex)東京高決平成 17 年 6 月 28 日家月 58 卷 4 号 105 頁⁹

「抗告人（母）による本件別居を明らかに不当とするまでの事情は見当たらないから、事件本人の年齢やそれまでの監護状況に照らせば、抗告人が別居とともに事件本人を同行することはやむを得ないものであり、これを

⁴ 梶村ほか・前掲注 1)173 頁〔榊原〕。

⁵ 梶村ほか・前掲注 1)172 頁〔榊原〕、二宮・前掲注 1)115 頁。

⁶ 梶村ほか・前掲注 1)173 頁〔榊原〕、二宮・前掲注 1)116 頁。

⁷ 二宮・前掲注 1)120 頁、松本・前掲注 1)30 頁以下、山口・前掲注 1)210 頁。

⁸ 弁護士事務所等の連絡先などを伝え、他方の親と子との関係性を断つものではないことを示す工夫もいるとの指摘もある（二宮・前掲注 1) 121 頁）。

⁹ 以下のような事実が認定されている。「抗告人と相手方との間には、事件本人が 2 歳になって保育園に通うようになったころ以降特に、抗告人は相手方が家事や育児に非協力的であるとの不満を抱くようになり、他方、相手方は抗告人の異性関係についてさい疑心が強くなり、その異性関係をせん索する言動をひんばんにするようになったこと等からたびたび口論を繰り返す等の不和状態を生じるようになった。抗告人は、相手方が抗告人の異性関係をせん索し、暴言、精神的暴力で抗告人を威圧することに耐えられないとして、平成 16 年 11 月 8 日（報告者注：子が 6 歳頃）、事件本人を連れて抗告人の実家（抗告人の両親の自宅）に行き、以後、相手方と別居するに至った（以下、この別居を「本件別居」という。）」

違法又は不当とする合理的根拠はないといわざるを得ない。」

③親権者・監護者の変更の際の判断基準

・「子の利益」が最優先基準（民法 819 条 6 項）

・基本的には、親権者の決定・監護者の決定の際の考慮要素（①参照）と共通であるが、特に重視されるのが、子の意思・希望、現状の尊重（監護の実績）など¹⁰。

・多くの場合、一度、子の利益に基づいて、親権者の決定・監護者の決定を行っている。

→その決定内容を覆すには、著しい事情の変更や、既に指定された親権者・監護者に子を監護させることが子の利益に反することが明らかな場合等の特段の事情が必要である¹¹。

（2）平成 17 年決定へのコメント

①平成 17 年決定の判断について

・松原報告における違法性阻却の点について、民事法からのコメント

・子の奪い合い紛争における監護権（親権）に基づく実力行使の評価

・「実力行使」に対しては、慎重な評価。

→「急迫的な事情がある場合には親権者は自力で強制的に取り戻したり加害を阻止することも、自力救済の要件に反しない限り可能であろう¹²」

・第 1 基準：「C の監護養育上それが現に必要とされているような特段の事情」の存否

・どのような場合に特段の事情が認められるのか。

・最判平成 6 年 4 月 26 日民集 48 卷 3 号 992 頁

「幼児にとって、請求者の監護の下では安定した生活を送ることができるのに、拘束者の監護の下においては著しくその健康が損なわれたり、満足な義務教育を受けることができないなど、拘束者の幼児に対する処遇が親権行使という観点からみてもこれを容認することができないような例外的

¹⁰ 梶村ほか・前掲注 1)176 頁〔榊原〕、二宮・前掲注 1)120 頁。

¹¹ 梶村ほか・前掲注 1)175 頁〔榊原〕。

¹² 於保不二雄＝中川淳編集『新版注釈民法（25）〔改訂版〕』（有斐閣、2004 年）90 頁〔明山和夫・國府剛〕。

な場合」

→具体的には、親権の濫用に該当するような場合（西謙二「判解」『平成 6 年度最高裁判所判例解説・民事篇』（法曹会、1997 年）345 頁）。

・第 2 基準：「家族間における行為として社会通念上許容され得る枠内にとどまるもの」か否か

・「子連れ別居」に関しては、現状では、社会通念上許容されると判断される傾向。

・面会交流中に無断で連れ去る、審判・調停・（裁判所が関与せずなされた当事者間の）合意を無視して無断で連れ去る、同居親に対して暴力をふるって実力で子を奪うなどの場合には、社会通念上許容されないと判断される可能性。

②もしも平成 17 年決定の事案を民事法の視点で評価すると…

（ア）平成 17 年決定の事実を前提に評価（X が子を奪った後の事情を評価）

・B から X に対し、子の監護に関する処分として引渡請求がなされると想定（方法Ⅱ）

・監護開始の違法性（奪取の違法性）が高いと判断されて、B から X に対する引渡請求は認められるのではないか。

=X の行為は違法と判断されるのではないか。

・二度目の奪取である。

※一度目は、同居女性と子を沖縄まで連れていく。未成年者略取罪で逮捕され、起訴猶予となる。

・二度目の奪取の行為も、保育園の送迎のすきをついてのもので、行為の違法性が高いと判断される傾向が高い行為である。

ex)「事件本人に衝撃を与える態様で同人を奪取する行為」（東京高決平成 17 年 6 月 28 日家月 58 卷 4 号 105 頁）

→問題になった行為は、6 歳の長男が、母方の祖母と共に通園バスを待っていたところ、父が自らの両親と共に自動車で待ち伏せをし、子を父が強引に抱きかかえて、車に乗せて奪取をした、というもの¹³。

¹³ なお、子は、後日、家庭裁判所調査官との面談時に、当該奪取（自力救済）のことを聞かれた際に、当時を思い出すように興奮し、抱きかかえられたときに「ウォー」と叫んだと大声を出し、声を震わせて表現したことから、父の行動が、子に衝撃を与えたことがうかがわれると判断されている。

(イ) 平成 17 年決定の事実を前提に、X が子を奪わずに子の引渡請求をした場合を想定しての評価

・本件は別居中の事案

→X から監護者指定＋子の監護に関する処分として引渡請求がなされると想定(方法Ⅱ)

→(1)①の判断基準に基づいて判断してみると…

【父母側の事情】

・監護の実績：1 年以上にわたる母の監護。

監護養育状況に特に問題があったことをうかがわせる証拠もない。

・監護能力（年齢・性格・健康状況、家庭環境（経済力・就労状況・同居家族）
居住環境、保育あるいは教育環境、監護補助者の状況など監護体制、性格や生活態度、子に対する愛情、監護意思、暴力や虐待の有無）

・母：就労中・両親との同居・車で 5 分程度のところの保育所。

・父：同居女性とともに C を沖縄県への連れ去り。

今回は、共同して監護する人がいない。

かつては、母に対する暴力があり。

・監護開始の違法性：B による子連れ別居、きっかけは X の暴力→違法性低？

・面会交流についての許容性（フレンドリー・ペアレント・ルール）

・母は面会交流について非協力的。ただし、考慮要素として小さい？

・申立の真摯さ（復縁や恨みなど他の目的の有無）

・父には真摯さはあると考えられる。

【子の側の事情】

・子の意思、年齢、性別、心身の発育状況

・2 歳男子、鼠経ヘルニア

・従来の養育環境への適応状況

・不適応についての明確な事情はなし

・監護環境の継続（＝親の監護の実績）

- ・1年以上にわたる母のもとでの監護
- ・環境の変化への適応性
 - ・特に事情はない。鼠径ヘルニアの継続的な治療からは、変化を避けた方がよい？
- ・父母および親族との情緒的結びつき
 - ・母と祖父母との情緒的結びつき有

→監護の実績、主たる監護者が母であり、監護開始の違法性もないと考えられること、父母の監護能力を比べた時には、母に監護能力があると考えられることから、母が監護者と指定される可能性が高いのではないか。

(石綿 はる美)

13. 国外拐取に関する諸外国の状況

(1) 国外連れ去りの特殊性

- ・国外連れ去り目的がなぜ処罰すべき行為と解されるのか？

⇒国外への連れ去りを特別に処罰する：ドイツ、イギリス、アメリカ

⇒スイス：拐取¹の規定の主体から権利者を排除する？

⇨同規定が適用される事例が、外国人が自分の子を国外に連れ出す事例に集中しているから、主体の限定を行うべきではない

(2) なぜ国外連れ去りが特殊なのか？

- ・①自国の裁判権の管轄が及ばなくなり、また自国の司法機関による決定の執行が不可能又は著しく困難になる

②異なる文化がある（例：強制結婚、割礼）

③親子関係断絶の恐れ

・これに対してオーストリア：未成年者拐取の規定は、実務的に、民法又は行政法的な第一次的規範がうまく作用しないか、無に帰される又はかいくぐられる時にのみ、法的な制裁へと至る第二次的な規範であり、第一次的な規範で解決可能な場合は処罰の必要はない

¹ スイス刑法 220 条。条文は資料を参照。

⇒国外連れ去りにはハーグ条約がある

(3) 小括

・国外連れ去りに一定の重要性があることは事実

⇒ハーグ条約など、子の取り返しについて実効的な手段があるため、親による子の奪い合い事例は不可罰という選択も？

(佐藤 陽子)

14. 平成 15 年決定の検討※

(1) 紹介¹

①注目すべき点

☞「〔Y〕を自分の母国に連れ帰ろうとしたものであること」

②本件事の位置づけ

☞違法性阻却を肯定する方向へ働く事情

(2) 本罪の加重処罰根拠

①形式的な根拠

☞要件上、「移送」先が「国外」であること

②実質的な根拠

(i) 判例③(大判昭 12・3・5 刑集 16 巻 254 頁)

誘拐罪に付き刑法第 226 条に特別規定の設けられたる理由は畢竟国情を異にし帰還の容易ならざる他国に被誘拐者を移送し又は移送するを目的とするか如きは普通の誘拐行為に比し情状軽からざるものあるに因ること勿論にして其の他国に帝国軍隊の駐屯すると否と我裁判権並警察権の行はるると否とは問ふ所にあら〔す〕

☞客体が国内(日本)へ「帰還」することの事実的な困難さ

☞客体が居るべき「場所」に居る利益をより侵害

(ii) 「帰還」の事実的な困難さ

☞客体(「帰還」する者)からすれば、「国外」と国内の地理的な離隔

※ 配布したレジュメに最低限の加筆修正を施した。

¹ 「資料 2. 最決平成 15・3・18 刑集 57 巻 3 号 371 頁」参照。

☞ 客体を「救援」して「帰還」させる者からすれば、客体の所在の把握の困難さ

(3) 本件事情の場合

① 「国外」と国内の地理的な離隔

☞ 被告人の「母国」であっても離隔あり

② 客体の所在の把握の困難さ

☞ 被告人の立ち回り先は把握可能

☞ それを通じて、Y の所在も把握可能

☞ Y の「帰還」の事実的な困難さは減殺

(松原 和彦)

15. 民法法からのコメントーハーグ条約を中心にー

(1) ハーグ条約の目的

・「国際的な子の奪取の民事上の側面に関する条約」(「ハーグ条約」)

・ 1980 年 10 月 25 日採択、1983 年 12 月 1 日発効。

2019 年 5 月 1 日現在、締約国 100 カ国。

・ 日本においては、2013 年 5 月 22 日承認、2014 年 4 月 1 日発効。

・「国際的な子の奪取の民事上の側面に関する条約の実施に関する法律」(「実施法」)

・ 2013 年 6 月 12 日成立、2014 年 4 月 1 日施行。

・ ハーグ条約の目的

① いずれかの締約国に不法に連れ去られ、又はいずれかの締約国において不法に留置されている子¹の迅速な返還を確保すること (条約第 1 条 a)

② 一の締約国の法令に基づく監護の権利及び接触の権利が他の締約国において効果的に尊重されることを確保すること (条約第 1 条 b)

→ 子の迅速な返還又は接触の権利(面会交流など)を確保するため、締約国がすべき協力及びそのための中央当局の役割等について定める。

¹ ハーグ条約の適用対象の子は 16 歳未満の子である (条約第 4 条第 2 文)。

・ハーグ条約により、国境を越えて不法に連れ去られ、又は留置されていた子を、

・原則：不法に連れ去り・留置された子は、常居所地国へ返還する。

「常居所地国」に戻せばよい。親のもとに返還する必要はない。

・例外：子が心身に害悪を受ける重大な危険がある場合等は返還しない

(条約第 13 条、実施法 28 条 1 項)。

☞返還事由・返還拒否事由については、【資料 8】ハーグ条約・実施法の具体的な仕組み②参照。

・なぜ、原則として、子を元の居住国（常居所地国）へ返還しなくてはいけないのか²？

→子の利益に適うから。

→なぜ、元の居住国に返すことが、子の利益に適うのか？

①子が一方の親の都合により国境を越えて移動することは、異なる言語又は文化環境での生活を余儀なくされるなど、有害な影響を受ける。

②子の監護に関する紛争は、常居所地国で解決することが望ましい。

※ハーグ条約における、親が他方の親に告げることなく子を連れ去ることは「不法」という考え方は、国内法における子連れ別居に対する評価とは必ずしも一致しない。

(2) ハーグ条約と刑事法－民法の視点から³

①国境を越えた子の奪い合いに関して刑事処罰は不要なのか？

・ハーグ条約の適用対象外の事案への対応の必要性。

ex) ・非ハーグ条約締約国への子の連れ去り・留置。

・ハーグ条約締約国への連れ去り等でも、申立てが連れ去り・留置から 1 年を経過した後で、子が新たな環境に適応している場合（実施法 28 条 1 項 1 号）。

・（ハーグ条約締結国間でも）返還決定が確定し、監護を解くために必要な行為を

² 金子修編集代表『一問一答・国際的な子の連れ去りへの制度的対応－ハーグ条約及び関連法規の解説』（商事法務、2015 年）21 頁。

³ この点について、北田真理「親による子の連れ去りの刑事罰化に関する一考察－ハーグ条約『重大な危険』の抗弁と刑事罰の関連性の視点から－」早稲田大学社会安全政策研究所紀要 10 号（2017 年）3 頁以下が、英国及び日本についての検討を行っており、興味深い。

したものの、執行の際に抵抗を受けたりして、返還が実現できないという事案もある。

ex)最判平成 30 年 3 月 15 日民集 72 卷 1 号 17 頁⁴

・「連れ去り」を事前に防ぐための手段としての刑事法。

刑事法では未遂処罰が可能であるのに対し、ハーグ条約は、「連れ去り」があった後の対応手段。

②刑事法とハーグ条約の衝突？

・外国では、返還命令の申立てと刑事告訴が同時に行われた場合、返還決定に基づいて奪取親が子の返還のために帰国すると、親が逮捕されることになるという弊害も指摘されている⁵。

・日本においても、子の心身に害悪を及ぼすなど重大な危険（実施法 28 条 1 項 4 号）の判断のための事情は、実施法 28 条 2 項に列挙されている。同項 3 号の監護困難事情の具体例として、立案担当者の解説では「相手方が帰国後に逮捕・刑事訴追される恐れ」が挙げられている⁶。

⁴ 父（日本国籍・アメリカ在住）から母（日本国籍・日本在住）に対して人身保護法に基づき、子を釈放することを求めた事案である。人身保護請求の前に、父はハーグ条約実施法に基づき、母に子をアメリカに返還することを命ずるよう東京家裁に申し立て、返還決定が出された。しかし、執行官が子の監護を解くために必要な行為をしたものの、母が激しく抵抗したこともあり、子の返還が実現しなかった。

⁵ 例えば、ドイツ法に関してこれを指摘するものとして、西谷裕子『『国際的な子の奪取の民事上の側面に関する条約』の調査研究報告書』46-47 頁、半田吉信『ハーグ条約と子の連れ去り―ドイツの経験と日本への示唆』（法律文化社、2013 年）174 頁以下。

また、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 卷 4 号（2019 年）117 頁。

⁶ もっとも、立案担当者は、「子を連れ去った親が子と共に子の常居所地国に入国すると逮捕・収監されてしまい、子を監護することができなくなる一方、申立人である親には子を監護することが困難な事情があり、他に子を監護するのに適切な親がないという状況であれば、常居所地国に子を返還することによって子を耐え難い状況に置く危険があるとの判断がされる可能性が高いと考えられ」としており、逮捕・収監の可能性のみで返還拒否事由となるとは解していない（金子・前掲注 2）139 頁。）

※諸外国の中には、申立人が子の返還に関連する事項について一定の義務を負う旨を約束し、裁判所がこれを考慮して返還を命じることがある。このような約束を「アンダーテイキング」と呼び、合意内容として、刑事訴追の放棄や告訴の取下げもある⁷。

(石綿 はる美)

また、運用状況においても、子の返還により子の監護親との分離が不可避となる客観的な事情がある場合でも、他方の親の監護態勢によっては、子らが受ける精神的負担は限定的であるとされることもあり、子と監護親の分離から直ちに実施法 28 条 1 項 4 号に該当すると判断されるわけではないという（依田吉人「ハーグ条約実施法に基づく子の返還申立事件の終局決定例の傾向について」家庭の法と裁判 12 号（2018 年）34 頁）。

⁷ 金子・前掲注 2)150 頁以下。

Ⅲ. 参考資料

資料 1. 刑法（日本）条文

資料 2. 最決平成 15・3・18 刑集 57 卷 3 号 371 頁

資料 3. 最決平成 17・12・6 刑集 59 卷 10 号 1901 頁

資料 4. ドイツ・オーストリア・スイスにおける権利保護類型の条文（現行法）

資料 5. 現行民法の関連条文

資料 6. 親権者・監護者の具体的な決定方法

資料 7. 改正民事執行法の関連条文

資料 8. ハーグ条約・実施法の具体的な仕組み

資料 9. ハーグ条約の関連条文

資料 10. ハーグ条約実施法の関連条文

資料 1. 刑法（日本）条文※

（正当行為）

第 35 条 法令又は正当な業務による行為は、罰しない。

（遺棄）

第 217 条 老年、幼年、身体障害又は疾病のために扶助を必要とする者を遺棄した者は、1 年以下の懲役に処する。

（保護責任者遺棄等）

第 218 条 老年者、幼年者、身体障害者又は病者を保護する責任のある者がこれらの者を遺棄し、又はその生存に必要な保護をしなかったときは、3 月以上 5 年以下の懲役に処する。

（逮捕及び監禁）

第 220 条 不法に人を逮捕し、又は監禁した者は、3 月以上 7 年以下の懲役に処する。

※ 配布した資料に最低限の加筆修正を施した。

(強要)

第 223 条 生命、身体、自由、名誉若しくは財産に対し害を加える旨を告知して脅迫し、又は暴行を用いて、人に義務のないことを行わせ、又は権利の行使を妨害した者は、3 年以下の懲役に処する。〔2 項以下は省略〕

(未成年者略取及び誘拐)

第 224 条 未成年者を略取し、又は誘拐した者は、3 月以上 7 年以下の懲役に処する。

(営利目的等略取及び誘拐)

第 225 条 営利、わいせつ、結婚又は生命若しくは身体に対する加害の目的で、人を略取し、又は誘拐した者は、1 年以上 10 年以下の懲役に処する。

(身の代金目的略取等)

第 225 条の 2 近親者その他略取され又は誘拐された者の安否を憂慮する者の憂慮に乗じてその財物を交付させる目的で、人を略取し、又は誘拐した者は、無期又は 3 年以上の懲役に処する。

2 〔省略〕

(所在国外移送目的略取及び誘拐)

第 226 条 所在国外に移送する目的で、人を略取し、又は誘拐した者は、2 年以上の有期懲役に処する。

(未遂罪)

第 228 条 第 224 条、第 225 条、第 225 条の 2 第 1 項、第 226 条から第 226 条の 3 まで並びに前条第 1 項から第 3 項まで及び第 4 項前段の罪の未遂は、罰する。

(親告罪)

第 229 条 第 224 条の罪及び同条の罪を幫助する目的で犯した第 227 条第 1 項の罪並びにこれらの罪の未遂罪は、告訴がなければ公訴を提起することができない。

(松原 和彦)

資料 2. 最決平成 15・3・18 刑集 57 巻 3 号 371 頁※

1. 決定要旨（下線は松原）

「原判決が是認する第 1 審判決の認定によると、オランダ国籍で日本人の妻と婚姻していた被告人が、平成 12 年 9 月 25 日午前 3 時 15 分ころ、別居中の妻が監護養育していた 2 人の間の長女（当時 2 歳 4 か月）を、オランダに連れ去る目的で、長女が妻に付き添われて入院していた山梨県南巨摩郡鯉沢町内の病院のベッド上から、両足を引っ張って逆さにつり上げ、脇に抱えて連れ去り、あらかじめ止めておいた自動車に乗せて発進させたというのである。

以上の事実関係によれば、被告人は、共同親権者の 1 人である別居中の妻のもとで平穏に暮らしていた長女を、外国に連れ去る目的で、入院中の病院から有形力を用いて連れ出し、保護されている環境から引き離して自分の事実的支配下に置いたのであるから、被告人の行為が国外移送略取罪に当たることは明らかである。そして、その態様も悪質であって、被告人が親権者の 1 人であり、長女を自分の母国に連れ帰ろうとしたものであることを考慮しても、違法性が阻却されるような例外的な場合に当たらないから、国外移送略取罪の成立を認めた原判決は、正当である。」

2. 条文（当時）

（国外移送目的略取等）

第 226 条 日本国外に移送する目的で、人を略取し、又は誘拐した者は、2 年以上の有期懲役に処する。

2 〔省略〕

（松原 和彦）

資料 3. 最決平成 17・12・6 刑集 59 巻 10 号 1901 頁※

1. 決定要旨（各種の下線は松原）

「1 原判決及びその是認する第 1 審判決並びに記録によれば、本件の事実関係は以下のとおりであると認められる。

（1）被告人は、別居中の妻である B が養育している長男 C（当時 2 歳）を連れ

※ 配布した資料に最低限の修正を施した。

※ 配布した資料に加筆修正を施した。

去ることを企て、平成 14 年 11 月 22 日午後 3 時 45 分ころ、青森県八戸市内の保育園の南側歩道上において、B の母である D に連れられて帰宅しようとしていた C を抱きかかえて、同所付近に駐車中の普通乗用自動車に C を同乗させた上、同車を発進させて C を連れ去り、C を自分の支配下に置いた。

(2) 上記連れ去り行為の態様は、C が通う保育園へ B に代わって迎えに来た D が、自分の自動車に C を乗せる準備をしているすきをついて、被告人が、C に向かって駆け寄り、背後から自らの両手を両わきに入れて C を持ち上げ、抱きかかえて、あらかじめドアロックをせず、エンジンも作動させたまま停車させていた被告人の自動車まで全力で疾走し、C を抱えたまま運転席に乗り込み、ドアをロックしてから、C を助手席に座らせ、D が、同車の運転席の外側に立ち、運転席のドアノブをつかんで開けようとしたり、窓ガラスを手でたたいて制止するのにも意を介さず、自車を発進させて走り去ったというものである。

被告人は、同日午後 10 時 20 分ころ、青森県東津軽郡平内町内の付近に民家等のない林道上において、C と共に車内にいるところを警察官に発見され、通常逮捕された。

(3) 被告人が上記行為に及んだ経緯は次のとおりである。

被告人は、B との間に C が生まれたことから婚姻し、東京都内で 3 人で生活していたが、平成 13 年 9 月 15 日、B と口論した際、被告人が暴力を振るうなどしたことから、B は、C を連れて青森県八戸市内の B の実家に身を寄せ、これ以降、被告人と別居し、自分の両親及び C と共に実家で暮らすようになった。被告人は、C と会うこともままならないことから、C を B の下から奪い、自分の支配下に置いて監護養育しようとして企て、自宅のある東京から C らの生活する八戸に出向き、本件行為に及んだ。

なお、被告人は、平成 14 年 8 月にも、知人の女性に C の身内を装わせて上記保育園から C を連れ出させ、ホテルを転々とするなどした末、9 日後に沖縄県下において未成年者略取の被疑者として逮捕されるまでの間、C を自分の支配下に置いたことがある。

(4) B は、被告人を相手方として、夫婦関係調整の調停や離婚訴訟を提起し、係争中であつたが、本件当時、C に対する被告人の親権ないし監護権について、これを制約するような法的処分は行われていなかった。

2 以上の事実関係によれば、被告人は、C の共同親権者の 1 人である B の実家において B 及びその両親に監護養育されて平穏に生活していた C を、祖母の D に伴われて保育園から帰宅する途中に前記のような態様で有形力を用いて連れ去り、保護されている環境から引き離して自分の事実的支配下に置いたのであるから、その行為が未成年者略取罪の構成要件に該当することは明らかであり、被告

人が親権者の1人であることは、その行為の違法性が例外的に阻却されるかどうかの判断において考慮されるべき事情であると解される（最高裁平成14年（あ）第805号同15年3月18日第二小法廷決定・刑集57巻3号371頁参照）。

本件において、被告人は、離婚係争中の他方親権者であるBの下からCを奪取して自分の手元に置こうとしたものであって、そのような行動に出ることにつき、Cの監護養育上それが現に必要とされるような特段の事情は認められないから、その行為は、親権者によるものであるとしても、正当なものということはできない。また、本件の行為態様が粗暴で強引なものであること、C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、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難いことなどに徴すると、家族間における行為として社会通念上許容され得る枠内にとどまるものと評することもできない。以上によれば、本件行為につき、違法性が阻却されるべき事情は認められないのであり、未成年者略取罪の成立を認めた原判断は、正当である。」

2. 経緯および背景¹

(1) 平成11年

12月ころ：被告人とBが知り合い、交際

(2) 平成12年

3月ころ：Bが妊娠

8月ころ：被告人とBが同居 ※Bが度々、被告人から暴行

10月29日：Bが実家でCを出産

11月12日：被告人とBが婚姻

(2) 平成13年

1月：BがCを連れて知人方等に寄寓

4月15日：被告人とBが協議離婚（Cの親権者はB）

19日：被告人とBが再度婚姻

9月15日：被告人が口論中Bを叩く、蹴る、髪の毛を引っ張る等の暴行、BがCを連れて自身の実家へ（以後、被告人とは別居）

※9月、被告人とBの間でトラブルが発生（警察が介入）

10月：被告人とBの間でトラブルが発生（警察が介入、Cの奪い合い）

17日ころ：BがCと共に保護施設へ入所（一時的）

11月9日：Bの申立てに基づき、裁判所が被告人へ保護命令（配偶者からの暴力

¹ 原判決が摘示した事実を基礎にした。ただし、第1審判決が摘示した事実で補足した部分がある。

の防止及び被害者の保護に関する法律（平成 13 年法律第 31 号）（当時）を発出

(3) 平成 14 年

2 月初め：B が就労（7 月からは別の勤務先）

4 月：C が保育園（実家から車で約 5 分）へ入園（送迎は B と D で分担）

12 日：B の申立てに基づく夫婦関係調整調停が不成立

5 月 7 日：C が鼠径ヘルニアに罹患していると診断（手術の必要あり。手術は再三延期）

10 日：B の申立てに基づき、裁判所が被告人へ保護命令を再度発出

8 月 14 日：C が急患として診察（水疱瘡に罹患、鼠径ヘルニアの症状が戻らず）

28 日：被告人が同居女性に保育園から C を連れ出させ、沖縄県へ

※被告人が C の鼠径ヘルニアを認識（手術の必要ありの状態）

9 月 6 日：被告人らが未成年者略取罪で逮捕（B の告訴あり。28 日に処分保留で釈放。11 月 7 日に起訴猶予処分。被告人は犯罪が成立することを認識）

28 日：B が被告人らと C を面会させる（その後、被告人は B および C へ連日電話）

10 月 29 日：B が被告人に C と面会させず（当初はその予定）

11 月 11 日：B が離婚訴訟を提起

12 日：B が被告人に C と面会させず（当初はその予定）、被告人が医師と面会し C の症状を認識（当初は B および C も同行予定）

21 日：被告人が本件犯行を決心

3. 条文（当時）

（未成年者略取及び誘拐）

第 224 条 未成年者を略取し、又は誘拐した者は、3 月以上 5 年以下の懲役に処する。

（松原 和彦）

資料 4. ドイツ・オーストリア・スイスにおける権利保護類型の条文（現行法）

1. ドイツ

刑法 235 条

第 1 項 1 暴行を用い、重大な害悪を加える旨の脅迫により若しくは策略により、18 歳未満の者を、又は

2 親族ではないのに、児童を

両親、親の一方、後見人又は保護者から引き離し、又はこれらの者に引き渡さなかった者は、5年以下の自由刑又は罰金刑に処する。

第2項

1 国外に連れ出すために、両親、親の一方、後見人若しくは保護者から児童を引き離し、又は、

2 児童が国外に連れ出された若しくは児童が国外に赴いた後に、1号に掲げた者に対して児童を国外で引き渡さなかった

者も、前項と同一の刑に処する。

第3項 第1項第2号及び第2項第1号の場合は、未遂を罰する。

第4項 以下の各号の場合は、1年以上10年以下の自由刑に処する。

1 行為者が被害者に当該行為によって生命の危険、重大な健康障害、又は著しい身体的若しくは精神的な発達への阻害をもたらしたとき。

2 行為者が当該行為を対価と引換えに又は自己若しくは第三者に利得させる意図で行ったとき。

第5項 行為者が当該行為によって被害者を死亡させたときは、3年以上の自由刑に処する。

第6項 第4項において犯情が余り重くないときは、6月以上5年以下の自由刑を、第5項において犯情が余り重くないときは、1年以上10年以下の自由刑を言い渡すものとする。

第7項 未成年者の引離しは、第1項乃至第3項の場合には、告訴をまって論じる。但し、訴追にかかる特別な公共の利益のために、訴追当局が職権で訴追を必要と判断した場合は別である。

2. オーストリア

刑法 195 条

第1項 16歳未満の者をその親権者から引離し、そのような者を親権者から隠匿し、親権者から逃れる若しくは親権者から隠れることをそのような者に唆し、又はそのことについてそのような者を援助した者は、1年以下の自由刑又は720日以内の日数罰金刑に処する。

第2項 児童との関係で行為を行った者は、3年以下の自由刑に処する。

第3項 行為者は親権者の授權でもってのみ訴追されうる。行為者がこのような者から満14歳以上の者を引離したときは、訴追にはさらに少年福祉員の授權が必要である。

第4項 その行為がなければ16歳未満の者の身体的又は精神的健康が真に危

険にさらされると推量する根拠を行為者が有しており、かつ行為者が一必要な限りで一その 16 歳未満の者の滞在場所を親権者、少年福祉員又は治安当局に遅滞なく知らせたときは罰しない。

第 5 項 自己を親権者から引離し又は自己が親権者から逃れるのを援助するよう、他人を唆した 16 歳未満の者は罰しない。

3. スイス

刑法 220 条

未成年者をその居所指定権を有する者から引離し、又はその者に引き渡すことを拒絶した者は、告訴に基づいて、3 年以下の自由刑又は罰金刑に処する。

(佐藤 陽子)

資料 5. 現行民法の関連条文

(離婚後の子の監護に関する事項の定め等)

第七百六十六条 父母が協議上の離婚をするときは、子の監護をすべき者、父又は母と子との面会及びその他の交流、子の監護に要する費用の分担その他の子の監護について必要な事項は、その協議で定める。この場合においては、子の利益を最も優先して考慮しなければならない。

2 前項の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、家庭裁判所が、同項の事項を定める。

3 家庭裁判所は、必要があると認めるときは、前二項の規定による定めを変更し、その他子の監護について相当な処分を命ずることができる。

4 前三項の規定によっては、監護の範囲外では、父母の権利義務に変更を生じない。

(親権者)

第八百十八条 成年に達しない子は、父母の親権に服する。

2 子が養子であるときは、養親の親権に服する。

3 親権は、父母の婚姻中は、父母が共同して行う。ただし、父母の一方が親権を行うことができないときは、他の一方が行う。

(離婚又は認知の場合の親権者)

第八百十九条 父母が協議上の離婚をするときは、その協議で、その一方を親権

者と定めなければならない。

2 裁判上の離婚の場合には、裁判所は、父母の一方を親権者と定める。

3 子の出生前に父母が離婚した場合には、親権は、母が行う。ただし、子の出生後に、父母の協議で、父を親権者と定めることができる。

4 父が認知した子に対する親権は、父母の協議で父を親権者と定めたときに限り、父が行う。

5 第一項、第三項又は前項の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、父又は母の請求によって、協議に代わる審判をすることができる。

6 子の利益のため必要があると認めるときは、家庭裁判所は、子の親族の請求によって、親権者を他の一方に変更することができる。

(監護及び教育の権利義務)

第八百二十条 親権を行う者は、子の利益のために子の監護及び教育をする権利を有し、義務を負う。

(居所の指定)

第八百二十一条 子は、親権を行う者が指定した場所に、その居所を定めなければならない。

(懲戒)

第八百二十二条 親権を行う者は、第八百二十条の規定による監護及び教育に必要な範囲内でその子を懲戒することができる。

(職業の許可)

第八百二十三条 子は、親権を行う者の許可を得なければ、職業を営むことができない。

2 親権を行う者は、第六条第二項の場合には、前項の許可を取り消し、又はこれを制限することができる。

(財産の管理及び代表)

第八百二十四条 親権を行う者は、子の財産を管理し、かつ、その財産に関する法律行為についてその子を代表する。ただし、その子の行為を目的とする債務を生ずべき場合には、本人の同意を得なければならない。

(親権喪失の審判)

第八百三十四条 父又は母による虐待又は悪意の遺棄があるときその他父又は母による親権の行使が著しく困難又は不適當であることにより子の利益を著しく害するときは、家庭裁判所は、子、その親族、未成年後見人、未成年後見監督人又は検察官の請求により、その父又は母について、親権喪失の審判をすることができる。ただし、二年以内にその原因が消滅する見込みがあるときは、この限りでない。

(親権停止の審判)

第八百三十四条の二 父又は母による親権の行使が困難又は不適當であることにより子の利益を害するときは、家庭裁判所は、子、その親族、未成年後見人、未成年後見監督人又は検察官の請求により、その父又は母について、親権停止の審判をすることができる。

2 家庭裁判所は、親権停止の審判をするときは、その原因が消滅するまでに要すると見込まれる期間、子の心身の状態及び生活の状況その他一切の事情を考慮して、二年を超えない範囲内で、親権を停止する期間を定める。

(管理権喪失の審判)

第八百三十五条 父又は母による管理権の行使が困難又は不適當であることにより子の利益を害するときは、家庭裁判所は、子、その親族、未成年後見人、未成年後見監督人又は検察官の請求により、その父又は母について、管理権喪失の審判をすることができる。

(親権喪失、親権停止又は管理権喪失の審判の取消し)

第八百三十六条 第八百三十四条本文、第八百三十四条の二第一項又は前条に規定する原因が消滅したときは、家庭裁判所は、本人又はその親族の請求によって、それぞれ親権喪失、親権停止又は管理権喪失の審判を取り消すことができる。

(親権又は管理権の辞任及び回復)

第八百三十七条 親権を行う父又は母は、やむを得ない事由があるときは、家庭裁判所の許可を得て、親権又は管理権を辞することができる。

2 前項の事由が消滅したときは、父又は母は、家庭裁判所の許可を得て、親権又は管理権を回復することができる。

(石綿 はる美)

資料 6. 親権者・監護者の具体的な決定方法

(1) 婚姻中

- ・父母の双方が親権者となる（民法 818 条 3 項）。＝共同親権
- ・単独親権となるのは、例外的（民法 818 条 3 項ただし書）。
- ・親権喪失の審判（民法 834 条）、親権停止の審判（同 834 条の 2）により（ (4) 参照）、親権が制限されることも。

(2) 婚姻継続による別居中

- ・父母の双方が親権者となる。＝共同親権
- ・ただし、実際上は、子はどちらかの親のもとで監護されることになることから、監護者の指定が行われることがある。
- ・この場合について規定する条文はないことから、離婚に関して定めた民法 766 条、家事事件手続法 39 条・別表第 2③を類推適用する。
- ・別居中の子の引渡し請求は、監護者の指定・変更の申立てと連動することが多い。

・もっとも、別居時の監護者指定は、離婚時の親権者指定の結果に結びつく可能性がある。

①父母間に深刻な対立があり、子の奪取のおそれがあるような場合

②別居が長期化し親権の共同行使が事実上困難な場合

などに限定されるとの指摘もある（二宮周平『家族法〔第 5 版〕』（新世社、2019 年）118 頁）。

(3) 離婚後

- ・単独親権（民法 819 条 1 項～3 項、5 項）。

→親権者を父母のいずれかに決定しなくてはならない。

- ・親権者と監護者を別の者にすることも可能（民法 766 条 1 項）。

※ただし、調停・審判において、監護者が指定される場合は、それほど多くない。

平成 29 年度の司法統計によると、「離婚」の調停成立又は調停に代わる審判事件のうち未成年の子を処置すべきケースは 20588 件で、うち監護者指定が行われた事案は 130 件。

もつとも、離婚調停・審判が行われる事案は、夫婦間の対立があり、親権と監護権の分属が必ずしもうまく機能しないと考えられることもその背景にあらう。

協議離婚の場合において、監護者についてどのような決定がなされているかは、統計がない。

・親権者の変更も可能（民法 819 条 6 項）

→離婚後の子の引渡し請求は、親権者の変更の申立てと連動することが多い。

（４）親権・財産管理権の制限

・家庭裁判所の審判により、親権・財産管理権が制限されることもある。

・親権喪失の審判（民法 834 条）

・父又は母による虐待又は悪意の遺棄があるときその他父又は母による親権の行使が著しく困難又は不適當であることにより子の利益を著しく害するとき。

・請求権者：子、子の親族、未成年後見人、未成年後見監督人、検察官+児童相談所長（児童福祉法 33 条の 7）

・親権停止の審判（民法 834 条の 2）

・父又は母による親権の行使が困難又は不適當であることにより子の利益を害するとき。

・請求権者：子、子の親族、未成年後見人、未成年後見監督人、検察官+児童相談所長（児童福祉法 33 条の 7）

・期間：2 年を超えない範囲

・管理権喪失の審判（民法 835 条）

（石綿 はる美）

資料 7. 改正民事執行法の関連条文

（子の引渡しの強制執行）

第一百七十四条 子の引渡しの強制執行は、次の各号に掲げる方法のいずれかにより行う。

一 執行裁判所が決定により執行官に子の引渡しを実施させる方法

二 第一百七十二条第一項に規定する方法

2 前項第一号に掲げる方法による強制執行の申立ては、次の各号のいずれかに該当するときでなければすることができない。

一 第一百七十二条第一項の規定による決定が確定した日から二週間を経過したとき（当該決定において定められた債務を履行すべき一定の期間の経過がこれより後である場合にあっては、その期間を経過したとき）。

二 前項第二号に掲げる方法による強制執行を実施しても、債務者が子の監護を解く見込みがあるとは認められないとき。

三 子の急迫の危険を防止するため直ちに強制執行をする必要があるとき。

3 執行裁判所は、第一項第一号の規定による決定をする場合には、債務者を審尋しなければならない。ただし、子に急迫した危険があるときその他の審尋をすることにより強制執行の目的を達することができない事情があるときは、この限りでない。

4 執行裁判所は、第一項第一号の規定による決定において、執行官に対し、債務者による子の監護を解くために必要な行為をすべきことを命じなければならない。

5 第一百七十一条第二項の規定は第一項第一号の執行裁判所について、同条第四項の規定は同号の規定による決定をする場合について、それぞれ準用する。

6 第二項の強制執行の申立て又は前項において準用する第一百七十一条第四項の申立てについての裁判に対しては、執行抗告をすることができる。

（執行官の権限等）

第一百七十五条 執行官は、債務者による子の監護を解くために必要な行為として、債務者に対し説得を行うほか、債務者の住居その他債務者の占有する場所において、次に掲げる行為をすることができる。

一 その場所に立ち入り、子を検索すること。この場合において、必要があるときは、閉鎖した戸を開くため必要な処分をすること。

二 債権者若しくはその代理人と子を面会させ、又は債権者若しくはその代理人と債務者を面会させること。

三 その場所に債権者又はその代理人を立ち入らせること。

2 執行官は、子の心身に及ぼす影響、当該場所及びその周囲の状況その他の事情を考慮して相当と認めるときは、前項に規定する場所以外の場所においても、債務者による子の監護を解くために必要な行為として、当該場所の占有者の同意を得て又は次項の規定による許可を受けて、前項各号に掲げる行為をすることができる。

3 執行裁判所は、子の住居が第一項に規定する場所以外の場所である場合に

において、債務者と当該場所の占有者との関係、当該占有者の私生活又は業務に与える影響その他の事情を考慮して相当と認めるときは、債権者の申立てにより、当該占有者の同意に代わる許可をすることができる。

4 執行官は、前項の規定による許可を受けて第一項各号に掲げる行為をするときは、職務の執行に当たり、当該許可を受けたことを証する文書を提示しなければならない。

5 第一項又は第二項の規定による債務者による子の監護を解くために必要な行為は、債権者が第一項又は第二項に規定する場所に出頭した場合に限り、することができる。

6 執行裁判所は、債権者が第一項又は第二項に規定する場所に出頭することができない場合であっても、その代理人が債権者に代わつて当該場所に出頭することが、当該代理人と子との関係、当該代理人の知識及び経験その他の事情に照らして子の利益の保護のために相当と認めるときは、前項の規定にかかわらず、債権者の申立てにより、当該代理人が当該場所に出頭した場合においても、第一項又は第二項の規定による債務者による子の監護を解くために必要な行為をすることができる旨の決定をすることができる。

7 執行裁判所は、いつでも前項の決定を取り消すことができる。

8 執行官は、第六条第一項の規定にかかわらず、子に対して威力を用いることはできない。子以外の者に対して威力を用いることが子の心身に有害な影響を及ぼすおそれがある場合においては、当該子以外の者についても、同様とする。

9 執行官は、第一項又は第二項の規定による債務者による子の監護を解くために必要な行為をするに際し、債権者又はその代理人に対し、必要な指示をすることができる。

（執行裁判所及び執行官の責務）

第百七十六条 執行裁判所及び執行官は、第百七十四条第一項第一号に掲げる方法による子の引渡しの強制執行の手續において子の引渡しを実現するに当たっては、子の年齢及び発達程度その他の事情を踏まえ、できる限り、当該強制執行が子の心身に有害な影響を及ぼさないように配慮しなければならない。

（石綿 はる美）

資料 8. ハーグ条約・実施法の具体的な仕組み¹

(1) 実施法の概要



(2) 子の返還事由、返還拒否事由の概要



¹ 各図は、法務省 HP(国際的な子の奪取の民事上の側面に関する条約の実施に関する法律の概要について)より (URL:http://www.moj.go.jp/MINJI/minji07_00148.html)。

外務省 HP(ハーグ条約)も参照

(URL:<https://www.mofa.go.jp/mofaj/gaiko/hague/index.html>)。いずれも、最終閲覧日は、2020年1月31日。

東北大学ローレビュー冒頭特集 拐取

第1 「拐取」 III. 参考資料

(松原 和彦・佐藤 陽子・石綿 はる美) 111

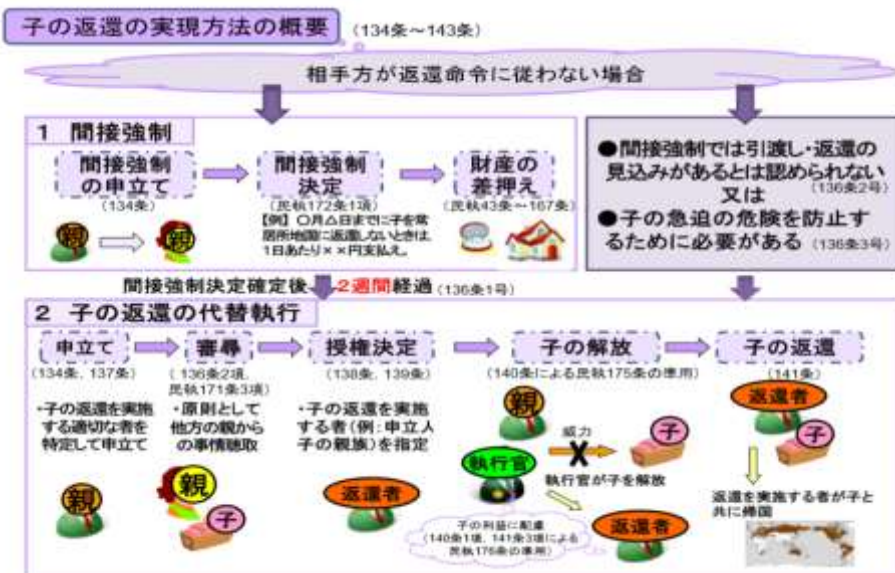
(3) 執行手続

- ・2020年4月1日より前に申立てがされた場合

子の返還の実現方法の概要 (134条～143条)



- ・2020年4月1日以降に申立てがされた場合



※「民事執行法及び国際的な子の奪取の民事上の側面に関する条約の実施に関する法律の一部を改正する法律」を受けて、執行手続も一部変更されることになる。

(石綿 はる美)

資料 9. ハーグ条約の関連条文

第一条

この条約は、次のことを目的とする。

a いずれかの締約国に不法に連れ去られ、又はいずれかの締約国において不法に留置されている子の迅速な返還を確保すること。

b 一の締約国の法令に基づく監護の権利及び接触の権利が他の締約国において効果的に尊重されることを確保すること。

第二条

締約国は、自国の領域内においてこの条約の目的の実現を確保するため、全ての適当な措置をとる。このため、締約国は、利用可能な手続のうち最も迅速なものをを用いる。

第三条

子の連れ去り又は留置は、次の a 及び b に該当する場合には、不法とする。

a 当該連れ去り又は留置の直前に当該子が常居所を有していた国の法令に基づいて個人、施設又は他の機関が共同又は単独で有する監護の権利を侵害していること。

b 当該連れ去り若しくは留置の時に a に規定する監護の権利が共同若しくは単独で現実に行使されていたこと又は当該連れ去り若しくは留置がなかったならば当該権利が共同若しくは単独で現実に行使されていたであろうこと。

a に規定する監護の権利は、特に、法令の適用により、司法上若しくは行政上の決定により、又は a に規定する国の法令に基づいて法的効果を有する合意により生ずるものとする。

第四条

この条約は、監護の権利又は接触の権利が侵害される直前にいずれかの締約国に常居所を有していた子について適用する。この条約は、子が十六歳に達した場合には、適用しない。

第五条

この条約の適用上、

a 「監護の権利」には、子の監護に関する権利、特に、子の居所を決定する権利

を含む。

b「接触の権利」には、一定の期間子をその常居所以外の場所に連れて行く権利を含む。

第十二条

子が第三条の規定の意味において不法に連れ去られ、又は留置されている場合において、当該子が現に所在する締約国の司法当局又は行政当局が手続を開始した日において当該子の不法な連れ去り又は留置の日から一年が経過していないときは、当該司法当局又は行政当局は、直ちに、当該子の返還を命ずる。

司法当局又は行政当局は、前項に規定する一年が経過した後に手続を開始した場合においても、子が新たな環境に適応していることが証明されない限り、当該子の返還を命ずる。

要請を受けた国の司法当局又は行政当局は、子が他の国に連れ出されたと信ずるに足りる理由がある場合には、当該子の返還のための手続を中止し、又は当該子の返還の申請を却下することができる。

第十三条

前条の規定にかかわらず、要請を受けた国の司法当局又は行政当局は、子の返還に異議を申し立てる個人、施設又は他の機関が次のいずれかのことを証明する場合には、当該子の返還を命ずる義務を負わない。

a 子を監護していた個人、施設又は他の機関が、連れ去り若しくは留置の時に現実に監護の権利を行使していなかったこと、連れ去り若しくは留置の時以前にこれに同意していたこと又は連れ去り若しくは留置の後にこれを黙認したこと。

b 返還することによって子が心身に害悪を受け、又は他の耐え難い状態に置かれることとなる重大な危険があること。

司法当局又は行政当局は、子が返還されることを拒み、かつ、その意見を考慮に入れることが適当である年齢及び成熟度に達していると認める場合には、当該子の返還を命ずることを拒むことができる。

司法当局又は行政当局は、この条に規定する状況について検討するに当たり、子の社会的背景に関する情報であって当該子の常居所の中央当局その他の権限のある当局により提供されるものを考慮に入れる。

(石綿 はる美)

資料 10. ハーグ条約実施法の関連条文

国際的な子の奪取の民事上の側面に関する条約の実施に関する法律

(子の返還事由)

第二十七条 裁判所は、子の返還の申立てが次の各号に掲げる事由のいずれにも該当すると認めるときは、子の返還を命じなければならない。

- 一 子が十六歳に達していないこと。
- 二 子が日本国内に所在していること。
- 三 常居所地国の法令によれば、当該連れ去り又は留置が申立人の有する子についての監護の権利を侵害するものであること。
- 四 当該連れ去りの時又は当該留置の開始の時に、常居所地国が条約締約国であったこと。

(子の返還拒否事由等)

第二十八条 裁判所は、前条の規定にかかわらず、次の各号に掲げる事由のいずれかが有すると認めるときは、子の返還を命じてはならない。ただし、第一号から第三号まで又は第五号に掲げる事由がある場合であっても、一切の事情を考慮して常居所地国に子を返還することが子の利益に資すると認めるときは、子の返還を命ずることができる。

- 一 子の返還の申立てが当該連れ去りの時又は当該留置の開始の時から一年を経過した後にされたものであり、かつ、子が新たな環境に適応していること。
 - 二 申立人が当該連れ去りの時又は当該留置の開始の時に子に対して現実に監護の権利を行使していなかったこと（当該連れ去り又は留置がなければ申立人が子に対して現実に監護の権利を行使していたと認められる場合を除く。）。
 - 三 申立人が当該連れ去りの前若しくは当該留置の開始の前にこれに同意し、又は当該連れ去りの後若しくは当該留置の開始の後にこれを承諾したこと。
 - 四 常居所地国に子を返還することによって、子の心身に害悪を及ぼすことその他子を耐え難い状況に置くこととなる重大な危険があること。
 - 五 子の年齢及び発達の程度に照らして子の意見を考慮することが適当である場合において、子が常居所地国に返還されることを拒んでいること。
 - 六 常居所地国に子を返還することが日本国における人権及び基本的自由の保護に関する基本原則により認められないものであること。
- 2 裁判所は、前項第四号に掲げる事由の有無を判断するに当たっては、次に掲げる事情その他の一切の事情を考慮するものとする。

- 一 常居所地国において子が申立人から身体に対する暴力その他の心身に有害な影響を及ぼす言動（次号において「暴力等」という。）を受けるおそれの有無
 - 二 相手方及び子が常居所地国に入国した場合に相手方が申立人から子に心理的外傷を与えることとなる暴力等を受けるおそれの有無
 - 三 申立人又は相手方が常居所地国において子を監護することが困難な事情の有無
- 3 裁判所は、日本国において子の監護に関する裁判があったこと又は外国においてされた子の監護に関する裁判が日本国で効力を有する可能性があることのみを理由として、子の返還の申立てを却下する裁判をしてはならない。ただし、これらの子の監護に関する裁判の理由を子の返還の申立てについての裁判において考慮することを妨げない。

（石綿 はる美）

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

最高裁平成17年12月6日第二小法廷決定

(平成16年(あ)第2199号未成年者略取被告事件)

(刑集59巻10号1901頁、判時1927号156頁、判タ1207号146頁)

白鷗大学法学部准教授 松原 和彦

1. 事実

2. 決定要旨

3. 評釈

(1) はじめに

(2) 法益について

(3) 構成要件該当性の判断について

(4) 違法性阻却の判断について

1. 事実

本決定が前提とする事実は、次の通りである。

「(1) 被告人は、別居中の妻であるBが養育している長男C(当時2歳)を連れ去ることを企て、平成14年11月22日午後3時45分ころ、青森県八戸市内の保育園の南側歩道上において、Bの母であるDに連れられて帰宅しようとしていたCを抱きかかえて、同所付近に駐車中の普通乗用自動車にCを同乗させた上、同車を発進させてCを連れ去り、Cを自分の支配下に置いた。

(2) 上記連れ去り行為の態様は、Cが通う保育園へBに代わって迎えに来たDが、自分の自動車にCを乗せる準備をしているすきをついて、被告人が、Cに向かって駆け寄り、背後から自らの両手を両わきに入れてCを持ち上げ、抱きかかえて、あらかじめドアロックをせず、エンジンも作動させたまま停車させていた被告人の自動車まで全力で疾走し、Cを抱えたまま運転席に乗り込み、ドアをロックしてから、Cを助手席に座らせ、Dが、同車の運転席の外側に立ち、運転席のドアノブをつかんで開けようとしたり、窓ガラスを手でたたいて制止するのにも意に介さず、自車を発進させて走り去ったというものである。

東北大学ローレビュー冒頭特集 拐取

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

(松原 和彦) 117

被告人は、同日午後 10 時 20 分ころ、青森県東津軽郡平内町内の付近に民家等のない林道上において、C と共に車内にいるところを警察官に発見され、通常逮捕された。

(3) 被告人が上記行為に及んだ経緯は次のとおりである。

被告人は、B との間に C が生まれたことから婚姻し、東京都内で 3 人で生活していたが、平成 13 年 9 月 15 日、B と口論した際、被告人が暴力を振るうなどしたことから、B は、C を連れて青森県八戸市内の B の実家に身を寄せ、これ以降、被告人と別居し、自分の両親及び C と共に実家で暮らすようになった。被告人は、C と会うこともままならないことから、C を B の下から奪い、自分の支配下に置いて監護養育しようとして企て、自宅のある東京から C らの生活する八戸に出向き、本件行為に及んだ。

なお、被告人は、平成 14 年 8 月にも、知人の女性に C の身内を装わせて上記保育園から C を連れ出させ、ホテルを転々とするなどした末、9 日後に沖縄県下において未成年者略取の被疑者として逮捕されるまでの間、C を自分の支配下に置いたことがある。

(4) B は、被告人を相手方として、夫婦関係調整の調停や離婚訴訟を提起し、係争中であったが、本件当時、C に対する被告人の親権ないし監護権について、これを制約するような法的処分は行われていなかった。」

第 1 審判決（青森地八戸支判平成 16・3・9 刑集 59 巻 10 号〔以下巻、号は省略〕1911 頁参照）および原判決（東京高判平成 16・8・26 同 1927 頁参照）はいずれも、被告人の連れ去り行為（以下「本件連れ去り行為」という。）が未成年者略取罪（224 条（当時）。以下「本罪」という。）の構成要件に該当するとした上で、違法性阻却を否定して、本罪の成立を肯定した。

それに対して、弁護人は、④被告人は C の親権者であるから、本罪の主体（「者」）に該当しない、⑤本件連れ去り行為は「略取」に該当しないと主張して、上告した（1909 頁以下参照）。

2. 決定要旨

上告棄却。

本決定は、弁護人の上告趣意が上告理由に該当しないとした上で、次の通り、職権で判断した。

「以上の事実関係によれば、被告人は、C の共同親権者の 1 人である B の実家において B 及びその両親に監護養育されて平穏に生活していた C を、祖母の D

東北大学ローレビュー冒頭特集 拐取

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

（松原 和彦）118

に伴われて保育園から帰宅する途中に前記のような態様で有形力を用いて連れ去り、保護されている環境から引き離して自分の事実的支配下に置いたのであるから、その行為が未成年者略取罪の構成要件に該当することは明らかであり、被告人が親権者の1人であることは、その行為の違法性が例外的に阻却されるかどうかの判断において考慮されるべき事情であると解される（最高裁平成14年（あ）第805号同15年3月18日第二小法廷決定・刑集57巻3号371頁参照）。

本件において、被告人は、離婚係争中の他方親権者であるBの下からCを奪取して自分の手元に置こうとしたものであって、そのような行動に出ることにつき、Cの監護養育上それが現に必要とされるような特段の事情は認められないから、その行為は、親権者によるものであるとしても、正当なものといえることはできない。また、本件の行為態様が粗暴で強引なものであること、C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、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難いことなどに徴すると、家族間における行為として社会通念上許容され得る枠内にとどまるものと評することもできない。以上によれば、本件行為につき、違法性が阻却されるべき事情は認められないのであり、未成年者略取罪の成立を認めた原判断は、正当である。」

なお、裁判官今井功の補足意見（1904頁以下参照）および裁判官滝井繁男の反対意見（1905頁以下参照）がある（なお、両意見の差異につき、本特集第3の石綿はる美「拐取罪を題材に刑法と対話してみて」2. 参照）。

3. 評釈

（1）はじめに

本決定は、一方の親権者である被告人が別居中の他方の親権者Bによって監護養育されていた自己の子Cを有形力を用いて連れ去った事案につき、最決平成15・3・18刑集57巻3号371頁（以下「平成15年決定」という。）を引用して、それに従い、本罪の構成要件該当性を肯定し、かつ、「被告人が親権者の1人であることは、その行為の違法性が例外的に阻却されるかどうかの判断において考慮」するとした上で、「平成15年決定よりも違法性阻却の判断の枠組みをより精緻化し」たものと解説された判断枠組みにより（法曹会編・後掲692頁〔前田〕）、違法性阻却を否定したものである（したがって、一方の親権者が他方の親権者および自己の子と同居中にその子を連れ去る、いわゆる子連れ別居の事案は、本決定の射程外と理解し得よう。菱川孝之・ジュリ1272号（平成16年）156頁参照。なお、西田ほか編・後掲29頁〔島岡〕、

東北大学ローレビュー冒頭特集 拐取

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
(松原 和彦) 119

山口＝佐伯編・後掲 27 頁〔内海〕参照。また、深町晋也・法時 91 巻 11 号（令和元年）122 頁も参照）。

以下、④従前の評釈でも検討されていた、本決定が前提としている可能性のある本罪の法益、⑤従前の評釈では十分に検討されていなかった構成要件該当性の判断および⑥従前の評釈で主に検討されていた違法性阻却の判断につき、検討する（なお、本決定につき、不十分な分析であるが、本特集第 1 のⅠ．論稿およびⅡ．レジュメの松原和彦「11. 平成 17 年決定の検討」も参照）。

（2）法益について

本決定は、C がそ「の共同親権者の 1 人である B の実家において B 及びその両親に監護養育されて平穏に生活していた」という事実を摘示した（第 1 審判決（1921 頁参照）および原判決（1933 頁参照）も同旨）。

まず、B が「共同親権者の 1 人である」という措辞に着目して、本決定は本罪の法益を監護者の監護権（本事案では親権）と解釈していると評釈された（佐藤・後掲 96 頁、西田ほか編・後掲 29 頁〔島岡〕参照）。従前の判例は、古くから、本罪の法益（の 1 つ）を監護権と解釈しており（大判明治 43・9・30 刑録 16 輯 1569 頁、大判大正 13・12・12 刑集 3 巻 871 頁参照）、その後も、そのような解釈は、明確には否定されていないように思われる（福岡高判昭和 31・4・14 高刑特報 3 巻 8 号 409 頁、東京高判昭和 31・8・20 東高時報 7 巻 8 号 344 頁参照）。それゆえ、本決定もそのような解釈を否定しなかったと推測される。

他方、「平穏」という措辞に着目して、本決定は本罪の法益を身体の安全と解釈しているとも評釈された（佐藤・後掲 96 頁、西田ほか編・後掲 29 頁〔島岡〕参照）。確かに、監護権という法益に代わって、本罪の法益（の 1 つ）を「未成年者」の身体の安全と解釈する見解が、近年、有力に主張されている（山口厚『刑法各論〔第 2 版〕』（有斐閣、平成 22 年）89 頁以下、松原芳博『刑法各論』（日本評論社、平成 28 年）99 頁以下、西田典之（橋爪隆補訂）『刑法各論〔第 7 版〕』（弘文堂、平成 30 年）85 頁参照。また、高橋則夫『刑法各論〔第 3 版〕』（成文堂、平成 30 年）108 頁以下も参照）。

しかし、第 1 審判決（1923 頁）によれば、「B は、被告人と別居してから本件犯行に至るまでの約 1 年 2 か月余りの間、……C とともに生活し、同児を保育園に通わせ、病院へ通院させ、手術を受けさせようとするなどしており、……B による C の養育状況に特段の問題はなかった」。第 1 審判決が「平穏」と評価した背景には、そのような事実があったと推測される。

仮に、本決定にも第 1 審判決と同様の背景があったとすれば、「平穏」という措辞を、身体の安全を意味するものと限定的に理解した上で、本決定が本罪の法益を身体の安全と解釈したと理解することは、やや躊躇される（なお、反対意見（1905

頁)、法曹会編・後掲 683 頁〔前田〕参照。また、従前の(裁)判例は、そのような解釈を明確には肯定していなかった点に注意すべきである。東京高判昭和 37・7・20 判時 319 号 21 頁は、当該連れ去り行為が「嬰兒の自由と安全とを脅かし」と評価するが、それは量刑理由中のものだった。)

なお、従前の(裁)判例は、古くから、監護権の外に、本罪の法益を自由とも解釈しており(前掲・大判明治 43・9・30、前掲・大判大正 13・12・12 参照)、その後も、そのような解釈は、明確には否定されていないように思われる(前掲・福岡高判昭和 31・4・14、前掲・東京高判昭和 31・8・20 参照)。それゆえ、本決定もそのような解釈を否定しなかったと推測される(ただし、それを「C 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」から理解し得る(佐藤・後掲 96 頁、西田ほか編・後掲 29 頁〔島岡〕参照)かには、疑問がある(後述)。

(3) 構成要件該当性の判断について

①親権者と「者」

本決定は、平成 15 年決定に従い、本罪の構成要件該当性を肯定した。それは、本決定が、行為者が親権者の場合でも、行為者が「者」に該当すると解釈したことを含意する(平成 15 年決定につき、法曹会編『最高裁判所判例解説刑事篇(平成 15 年度)』(法曹会、平成 18 年)179 頁〔福崎伸一郎〕参照。上告趣意(1910 頁以下参照)は、そのように解釈しないと主張していた。他方、第 1 審判決(1921 頁参照)および原判決(1933 頁参照)はそのような解釈を明確に否定していた。)。そのような解釈は、一方の親権者も、他方の親権者の親権の行使を阻害し、あるいは、親権者も自己の子の自由等を阻害するからと評釈された(松澤・後掲 109 頁以下参照)。そのような評釈によれば、本決定は、次の 2 つのあり得た発想を採らなかったと理解し得るように思われる(ただし、各発想が「者」の該当性だけを否定する訳ではない。)

第 1 に、一方の親権者が他方の親権者の親権の行使を阻害する点に着目すれば、親権者間における親権の行使は、一定の場合には、相互に制約されるという発想である(住居侵入等罪(130 条)につき、山口・前掲 124 頁以下参照)。

第 2 に、親権者が自己の子の自由等を阻害する点に着目すれば、親権者は自己の子の自由等を処分し得るという発想である(本罪の法益を自由とのみ解釈する木村亀二『刑法各論〔復刊版〕』(法文社、昭和 32 年)67 頁注 10、佐伯千仞『刑法各論〔訂正版〕』(有信堂高文社、昭和 56 年)121 頁、本罪の法益を自由および安全と解釈する山口・前掲 93 頁ですら、限定的な場合ではあるが、そのような発想を採っていると理解し得る。)

②「略取」

(i)「有形力」と暴行

本決定は、本件連れ去り行為を「有形力を用い」と評価した(第 1 審判決
東北大学ローレビュー冒頭特集 拐取

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 (松原 和彦) 121

(1921 頁参照) も同旨)。それは、本件連れ去り行為のうち特に、「背後から自らの両手を両わきに入れて C を持ち上げ、抱きかかえ」たという態様に対する評価と推測される(第 1 審判決(1921 頁)参照)。また、そのような評価は、連れ去り行為の態様が本件連れ去り行為と類似していた平成 15 年決定による評価に倣ったものと推測される(中央学院大学 40 周年記念論文集部会編『春夏秋冬—中央学院大学創立 40 周年記念論集—』(成文堂、平成 18 年) 25 頁〔萩原由美恵〕参照)。

他方、従前の(裁)判例は、「略取」の行為手段を暴行または脅迫と解釈していたと評価されている(大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法〔第 3 版〕第 11 巻』(青林書院、平成 26 年) 531 頁〔山室恵〕参照。前掲・大判明治 43・9・30、大阪高判昭和 53・7・28 高刑集 31 巻 2 号 118 頁参照。ただし、大判昭和 13・11・10 刑集 17 巻 799 頁、東京高判昭和 39・12・15 東高時報 16 巻 3 号 71 頁も参照)。

そこで、本決定における「有形力」を暴行と理解すべきかが問題となる(本件連れ去り行為が脅迫に該当しないことは、明らかだろう。なお、原判決(1943 頁以下参照)は、「略取」を「暴行、脅迫によ」るものと解釈したにもかかわらず、本件連れ去り行為を暴行によるものとは評価しなかった点に注意すべきである。)。本事案では、C は 2 歳の幼児であったところ、従前の裁判例には、「罪となるべき事実」(刑事訴訟法 335 条 1 項)で、「所携の黄色の嬰兒用毛布(……)で右嬰兒〔生後 2 日目—松原による補足。以下同じ〕を包んで抱きかかえ」(前掲・東京高判昭和 37・7・20 の原判決である東京地判昭和 37・2・5 判時 290 号 14 頁)、「女兒〔生後 1 日目〕を、所携のフード付長袖パーカー(……)で包んで抱き上げ」(鳥取地米子支判平成 13・9・19 判タ 1072 号 297 頁)、「長女 P5(当時 2 歳)を抱きかかえ」(京都地舞鶴支判平成 17・10・18LEX/DB28135408)のように、客体が低年齢の事案で、「暴行」によるものと評価することなく、当該連れ去り行為が「略取」に該当すると判断したものが散見される。

確かに、本件連れ去り行為が暴行によるものかは争点でなかったため(上告趣意(1911 頁参照)は、「略取」の行為手段には言及していなかった。)、本決定が「略取」の行為手段につき、積極的に何らかの判断を行ったとまでは理解し難い。しかし、それでもなお、上記従前の裁判例を考慮すれば、本決定における「有形力」を暴行と理解することは(松澤・後掲 112 頁、杉山・後掲 312 頁参照。中央学院大学 40 周年記念論文集部会編・前掲 25 頁〔萩原〕も同旨か。)、躊躇される(なお、鹿児島地判平成 13・12・12LEX/DB28075118 は、児童(10 歳)が、睡眠中の場合には「両脇の下から両手を入れて抱きかかえる」、覚醒中の場合には「同様に抱きかかえるなどの暴行を加えて」のように、連れ去り行為の態様が同一であるにもかかわらず、異なる評価を下した。当該連れ去り行為に対する同児の抵抗可能性の有無および程度が関係したと推測される。深町・前掲 119 頁参照)。

東北大学ローレビュー冒頭特集 拐取

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 (松原 和彦) 122

(ii)「保護されている環境」を基礎づける事実

本決定は、本件連れ去り行為を、Cを「保護されている環境から引き離し」と評価した。それは、Cがその共同親権者の1人であるBの実家においてB及びその両親に監護養育されて平穏に生活していた」という事実に対する評価と推測される(以上につき、第1審判決(1921頁参照)および原判決(1933頁参照)も同旨)。また、そのような評価は、客体の生活状況がCの生活状況と類似していた平成15年決定による評価に倣ったものと推測される(中央学院大学40周年記念論文集部会編・前掲26頁〔萩原〕参照)。

しかし、Cがその共同親権者の1人であるBの実家においてB及びその両親に監護養育されて平穏に生活していた」という事実には、Cが、④「Bの実家において……生活していた」ことと、⑤「B……に監護養育されて平穏に生活していた」ことの2つの事実が含まれているように思われる。

従前の裁判例には、「保護されている環境」に類似する「両親の保護のもと」等の措辞(東京高判昭和31・9・27高刑集9巻9号1044頁の原判決である東京地判昭和30・12・27同1056頁、福岡地飯塚支判昭和34・6・30下刑集1巻6号1512頁(「学校並に両親の保護のもと」)、東京地判昭和36・3・31判タ119号98頁、盛岡地判昭和38・11・11家月16巻6号208頁、東京高判昭和41・11・29下刑集8巻11号1424頁の原判決である東京地判昭和41・3・17判タ189号188頁、宮崎地都城支判昭和50・11・5判タ333号363頁、福岡高判昭和57・4・27判タ471号232頁の原判決である熊本地判昭和55・10・2同234頁参照)、「保護者の保護環境」という措辞(大阪高判平成3・9・26判タ832号229頁)あるいは「母親の監護」という措辞(東京高判平成11・9・13東高時報50巻1～12号86頁)が散見される。ただし、従前の裁判例は、「両親の保護のもと」等と評価するに当たり、少なくとも⑤に相当する事実を認定していなかったようである(ただし、量刑理由中で挙示された事情から⑤に相当する事実を窺い得るものはあった。例えば、前掲・福岡地飯塚支判昭和34・6・30(「幸福な家庭に育った温和な親思いの少女」)参照。ただし、前掲・福岡高判昭和31・4・14参照)。

もっとも、そうであっても、「保護」等と評価し得る余地はあるように思われる。なぜなら、親権者が「子の監護及び教育をする権利を有し、義務を負」っている点で(民法820条(当時))。「監護」は「監督保護の意味である」(於保不二雄＝中川淳編『新版注釈民法(25)親族(5)〔改訂版〕』(有斐閣、平成16年)64頁以下〔明山和夫＝國府剛〕。)、親権者でない者と比較すれば、法的な意味で、子は「保護」等されていると評価し得るからである(団藤重光編『注釈刑法(5)各則(3)〔改訂版〕』(有斐閣、昭和43年)260頁以下〔香川達夫〕参照)。

本決定が、④と⑤のいずれをもって、「保護されている環境」と評価したのかは、必ずしも明らかでない。それゆえ、⑤をもってそのように評価したという理解は東北大学ローレビュー冒頭特集 拐取
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 (松原 和彦) 123

可能であるが（佐野文彦・東大ロー11号（平成28年）134頁参照）、上記従前の裁判例を考慮すれば、①をもってそうしたと理解する余地もあるように思われる（なお、法曹会編・後掲686頁〔前田〕は、「保護」と「平穏」を区別するかのようである。）。

ただし、いずれにせよ、本決定は、①または②が存在しない事案では「略取」が否定されると解釈した訳でないから、本決定が「保護されている環境から」の引離しを「略取」の要件と解釈したとは（杉山・後掲312頁はその趣旨か。）、理解されるべきでないだろう（なお、①が存在しない事案で、大判大正12・12・3刑集2巻915頁は、家出中の少女（16歳）に対する営利目的誘拐罪（225条（当時））の成立を肯定した。）。

（iii）「自分の支配下に置いた」時点

従前の（裁）判例は、「略取」（および「誘拐」）には、客体を自己または第三者の事実的な支配下に置くことが必要と解釈していた（大判昭和10・5・1刑集14巻454頁、広島高岡山支判昭和30・6・8高刑特2巻12号610頁、大阪高判昭和53・7・22高刑集31巻2号118頁参照）。

第1審判決は、「同車を発進させて同児を連れ去り、そのころから同日午後10時27分ころ〔被告人が通常逮捕された時刻〕まで同児を自己の支配下に置いた」（1911頁）あるいは「6時間以上にわたり自動車に乗車させて自己の事実的支配下に置いた」（1921頁）と評価した（原判決（1933頁参照）も同旨。なお、それらと同様に、時間に着目するものとして、前掲・鹿児島地判平成13・12・12参照）。

それに対して、本決定は、「同車を発進させてCを連れ去り、Cを自分の支配下に置いた。」と評価した。本決定は、争点ではなかったものの、「Cを自分の支配下に置いた」こととの関係では、第1審判決における「そのころから」云々の事実あるいは「6時間以上にわたり自動車に乗車させ」た事実を不要と判断し（なお、第1審判決（1926頁）は、量刑理由中で、「被告人に有利な事情」として、「自己のもとに置いていた時間は、約6時間30分にとどまる」ことを挙げていた。）、Cを同乗させた自車を発進させれば、Cを「自分の支配下に置いた」と評価し得ると判断したと推測される（なお、連れ去り行為の態様が本件連れ去り行為と類似していた平成15年決定の第1審判決（甲府地判平成13・7・12刑集57巻3号373頁）は、「罪となるべき事実」で、「止めていた車に乗せて発進し、もって、……略取した」と評価し（原判決（東京高判平成14・3・15同389頁）も同旨）、平成15年決定も「自動車に乗せて発進させた」事実までを摘示していた。）。

ただし、従前の裁判例には、本決定とは異なる判断を行ったものが存在した点に注意すべきである（「支配下に置いた」時点の早い順に、「同女〔17歳〕を同女方前路上で待機していたタクシーに自己と一緒に乗車させて自己の支配下におき」（札幌地判平成6・8・15LEX/DB25420444）、「いきなり同児〔7歳〕を抱きかかえて同車後部座席に押し込み、ガムテープでその両手両足を緊縛して、……自己の支配下に置き」（さいたま地判平成14・

東北大学ローレビュー冒頭特集 拐取

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
(松原 和彦) 124

3・18LEX/DB28075619)、「同児〔8歳児〕を自己の運転する普通乗用自動車に乗車させたうえ、同所から同区《番地略》所の駐車場まで連行し、もって、……誘拐し」(横浜地判平成元・12・21判時1356号156頁)参照)。

(4) 違法性阻却の判断について

①前提

第1審判決は、本件連れ去り行為が「Cの父としての正当な親権の行使であるから、刑法35条により違法性が阻却され」という弁護人の主張に対して(1912頁)、本件連れ去り行為が「親権者の権利行使として刑法35条にいう正当行為に当たるとすることはできない」と判断したが、その際、第1審判決が考慮した事情は、㊦本件連れ去り行為の目的、㊧本件連れ去り行為の緊急性・必要性、㊨本件連れ去り行為の態様等だった(1921頁以下参照)。

他方、原判決は、本件連れ去り行為が「親権者としての正当な行為であって、法令行為として違法性が阻却されるべきである」という弁護人の主張に対して(1933頁以下)、「被告人がCの監護に関心を抱く余り本件行為に及んだにしても、その内容は相当性を欠くものであって、違法性を阻却するような事由は見出しがたい」と判断したが、その際、原判決が考慮した事情は、㊩本件連れ去り行為の目的、㊪Cの症状悪化時の対処方法の用意、㊫本件連れ去り行為の態様等だった(1934頁以下参照。なお、原判決(1927頁)は、第1審判決を「正当として是認でき」と判断した。))。

それらに対して、本決定は、まず、「Cの監護養育上それが現に必要とされるような特段の事情」(以下「特段の事情」という。)の存否を考慮して、本件連れ去り「行為は、正当なものということとはできない」と判断し(以下「基準㊬」という。),'また」として(佐野・前掲134頁以下参照)、本件連れ去り「行為〔の〕態様が粗暴で強引なものであること」(以下「事情㊭」という。),'C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」(以下「事情㊮」という。)および「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難いこと」(以下「事情㊯」という。)の各事情を考慮して(ただし、「など」という措辞から、事情㊭ないし事情㊯に限定されないだろう。法曹会編・後掲683頁〔前田〕、池田＝金山編・後掲428頁〔若園〕参照)、「家族間における行為として社会通念上許容され得る枠内にとどまるものと評することもできない」と判断しており(以下「基準㊰」という。),'2つの基準で違法性阻却を判断していると推測される(法曹会編・後掲692頁以下〔前田〕、松原・後掲173頁、宮木・後掲489頁、杉山・後掲312頁以下、山口＝佐伯編・後掲27頁〔内海〕参照)。

基準㊬は、親権者における権利者としての側面を考慮して設定された基準と推
東北大学ローレビュー冒頭特集 拐取

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 (松原 和彦) 125

測され（「親権者によるものであるとしても」という措辞はその趣旨と理解し得る。）、親権の行使の正当性を判断していると理解し得るだろう（法曹会編・後掲 692 頁、694 頁〔前田〕、松原・後掲 173 頁、宮木・後掲 489 頁、杉山・後掲 313 頁、山口＝佐伯編・後掲 27 頁〔内海〕、佐野・前掲 135 頁参照。前田・後掲（法教）149 頁も同旨か。）。その意味で、基準④は、第 1 審判決（および原判決）と通底する。

それに対して、基準⑤は、親権者における親としての側面を考慮して（「家族間における行為」という措辞はその趣旨と理解し得る。前田・後掲（研修）7 頁参照。なお、深町・前掲 120 頁以下参照）、本事案が、実質的には、子の監護を巡る紛争であるから、可能な限り、刑事司法が介入することは回避し、家庭裁判所が解決すべきという政策的な判断（補足意見（104 頁以下）、反対意見（1906 頁以下）参照）を背景に設定された基準と推測される（なお、法曹会編・後掲 692 頁以下〔前田〕、松原・後掲 173 頁、宮木・後掲 489 頁、前田・後掲（法教）149 頁、佐野・前掲 135 頁参照）。

②基準④

基準④では、「特段の事情」が存在する場合、違法性が阻却される余地がある（なお、「特段の事情」が「監護養育上」の観点から規定されるのは、親権の行使の正当性が問題となっているからと推測される。）。「特段の事情」とは、「子の健康が著しく損なわれたり、満足な義務教育が受けられないなど、処遇が低劣で、子が過酷な状態に置かれている場合」と推測される（法曹会編・後掲 686 頁〔前田〕、橋爪・後掲 132 頁参照。かような推測につき、本特集第 1 のⅠ．論稿およびⅡ．レジュメの石綿はる美「12. 平成 17 年決定への民事法からのコメント」（2）①参照）。

では、なぜ、「特段の事情」が存在する場合、違法性が阻却される余地があるのだろうか。親権は、「子を健全な一人前の社会人として育成す」ること、あるいは「子の健全な育成」を目的とするもので（於保不二雄＝中川淳編・前掲 53 頁、62 頁〔明山＝國府〕）、「子の監護及び教育をする権利」であると同時に「義務」であるところ、「特段の事情」が存在する場合とは、「子の健全な育成」を阻害する事情が存在する場合だから、そのような事情がある状況から子を引き離すことは、親権者としての「義務」に合致しており、端的に、親権の行使と評価し得るからだろう。とすれば、「特段の事情」は、親権者としての「義務」を履行すべき契機と位置づけられ、必ずしも緊急性を要するものでないように思われる（松原・後掲 173 頁参照）。

本決定は、「特段の事情は認められない」と判断した。それは、C が「B……に監護養育されて平穏に生活していた」からと推測される（橋爪・後掲 132 頁参照。なお、第 1 審判決（1923 頁）は、明確に、④「特段劣悪な養育環境に置かれていたともいえない」と評価した。）。したがって、本件連れ去り行為は、端的に、親権の行使とは評価し得ず、違法性は阻却されない。

東北大学ローレビュー冒頭特集 拐取

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
(松原 和彦) 126

なお、本事案と異なり、「特段の事情」が存在する事案であれば、行為態様のあり方（いわゆる相当性）も検討されることになる（法曹会編・後掲 692 頁〔前田〕参照。また、東京地判平成 8・1・17 判時 1563 号 152 頁も参照）。行為態様が「子の健全な育成」を阻害するものの場合、連れ去り行為は、親権者としての「義務」に合致していないから、端的に、親権の行使とは評価し得ず、結局、基準④でも、違法性は阻却されないだろう。

③基準⑤

（i）前提

基準⑤では、事情①ないし事情③の各事情の位置づけが問題となるが（後述の各事情、特に事情③の分析につき、石綿・前掲（本特集第 3）2. 参照）、本事案では、基準④で違法性が阻却されなかった以上、基準⑤で違法性が阻却される可能性は、事実上低かったように思われる。なぜなら、本事案は、「特段の事情」が存在しない事案だからである。

（ii）事情①

第 1 審判決（1924 頁）は、「粗暴かつ危険なもの」と評価した。その「危険」は、「D は、路上に転倒し、右腕と左膝を負傷した」事実が摘示されていたから、C ではなく D に対する評価と理解し得る（佐野・前掲 137 頁注 397）、深町・前掲 121 頁注 43）参照）。

他方、原判決（1936 頁）は、「粗暴であって、危険性もないとはいえず、悪質である」と評価した。その「危険性」は、第 1 審判決とほぼ同様に、「D は、付近路上に転んで膝に擦り傷を負った。」という事実が摘示されていたものの、「危険性もないとはいえず」という控えめな評価に止められたことからすれば、D ではなく C に対する評価と理解する余地がある（なお、佐野・前掲 137 頁注 397）参照）。

それらに対して、本決定は、D が転倒して負傷したという事実を摘示せず、また、危険ではなく「粗暴で強引なもの」と評価するに止めた。それゆえ、事情①が「C にとって危険な態様のものであったということ」を当然含むと（佐藤・後掲 98 頁。西田ほか編・後掲 29 頁〔島岡〕も同旨）まで断定的には理解し得ないように思われる（法曹会編・後掲 685 頁〔前田〕参照）。

本決定は、本件連れ去り行為の態様を詳細に摘示し、また、事情①を、違法性阻却を否定する事情として最も重要視していると理解し得る（決定要旨（1901 頁）参照）。前述の通り、本決定が、本罪の法益を身体安全とまでは解釈せず、かつ、本件連れ去り行為の態様を身体安全に対する危険なものとは評価していなかったとすれば、事情①は、C に対して心理的な衝撃を及ぼすことにより、C の「健全な育成」を阻害するものと評価する余地があるように思われる（なお、原判決（1936 頁）は、本件連れ去り「行為は、当時 2 歳の幼児であったとはいえず、C の心身に悪

影響を及ぼしかねない」と評価していた。また、前述のような評価につき、石綿・前掲（本特集第1）（2）②（ア）参照）。そのような評価によれば、本件連れ去り行為は、Bにおける親権の行使の実効性を阻害するものと理解し得るのではないだろうか（なお、深町・前掲122頁参照）。

（iii）事情⑥

事情⑥は、それ自体では違法性阻却を否定することを基礎づけないと評釈された（佐藤・後掲98頁、橋爪・後掲132頁以下参照）。しかし、事情⑥は、Cが、本件連れ去り行為による「の生活環境」の変化に伴う、その心身への悪影響のおそれ（補足意見（1905頁）参照）を負担させるべき存在でなく、また、本事案が「特段の事情」が存在しなかった事案であることを考慮すれば、Bにおける親権の行使の要保護性を高めるものと理解する余地があるように思われる。そのような理解によれば、本件連れ去り行為によって、Bにおける親権の行使がより阻害されたと評価されることになる。

また、事情⑥は、子の年齢によっては、その意思が違法性阻却の判断に影響することを含意すると評釈された（谷・後掲17頁、佐藤・後掲96頁、山口＝佐伯編・後掲27頁〔内海〕参照）。連れ去り行為が子の意思に沿うものの場合、当該行為は「子の健全な育成」に資し得るのに対して、子の意思に沿わないものの場合、他方の親権者における親権の行使の要保護性が高まると理解し得よう。ただし、そのように理解する場合でも、「判断・選択」の対象は「自分の生活環境」という「判断・選択」の困難なものであるから、子の意思の如何を判断することに、裁判所は慎重にならざるを得ないと予測される。

（iv）事情⑦

原判決（1936頁）は、本件連れ去り行為の態様に対する評価とは別に、Cが罹患していた鼠径ヘルニアとの関係で、④「時に症状が悪化することがあり、その際には適切に対応することが求められるが、被告人は、本件犯行に当たり、その場合の対処方法について頓着したこともうかがわれない。」と評価した。

それに対して、本決定は、Cが鼠径ヘルニアに罹患していたという事実すら摘示せず、また、その症状悪化時の「対処方法」に限定されないだろう「略取後の監護養育」に着目して、事情⑦を挙示した。それゆえ、事情⑦は、Cの身体安全に関係する事情と評釈されたが（佐藤・後掲98頁、西田ほか編・後掲29頁〔島岡〕、山口＝佐伯編・後掲27頁〔内海〕参照）、そのように限定的に理解されるべきでないように思われる。

事情⑦は、「略取後の監護養育について確たる見通しが」存在する場合、違法性が阻却される余地があることを含意している（なお、橋爪・後掲133頁参照）。本決定がそのような「確たる見通し」を要求したのは、Cには「その年齢上、常時監
東北大学ローレビュー冒頭特集 拐取
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
（松原 和彦）128

護養育が必要」だからだろう。そして、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、連れ去り行為が「子の健全な育成」に資し得るからと推測される。

本決定は、被告人がCを「自分の支配下に置いて監護養育しようと企て」という事実を摘示しつつ、しかし、被告人が「略取後の監護養育について」如何なる（程度の）「見通し」を有していたかを窺わせる事実を摘示しなかったように思われる（被告人が通常逮捕された状況がそのような事実と位置づけられようか。また、佐野・前掲136頁注395）参照）。それは、被告人がそのような「見通し」を何ら有していなかったことを含意しているとすれば、「確たる見通しがあったとも認め難い」と評価することは容易だったと言えよう。しかし、それは、逆に言えば、如何なる事実があれば「確たる見通しがあったと」認められるかは、必ずしも明らかでないということでもある。もっとも、「確たる見通し」という事情が予測的なものであり、また、本事案のように「特段の事情」が存在しない事案の場合、「確たる見通しがあったと」認めることに、裁判所は慎重にならざるを得ないと予測される（そもそも、刑事裁判所がそのような認定を行い得るかにつき疑問が呈されている。佐野・前掲136頁参照）。

（v）まとめ

事情㉔および事情㉕は、本件連れ去り行為によってBの親権がより阻害されたことを示し、事情㉖は、本件連れ去り行為によってCの「健全な育成」が実現され得ないことを示していると理解し得、結局、基準㉗でも、違法性が阻却される余地はないと言えよう。

なお、本決定の解説として、法曹会編『最高裁判所判例解説刑事篇（平成17年度）』（法曹会、平成20年）671頁〔前田巖〕がある。

また、本決定の評釈として、江見健一・警公61巻8号109頁、同・捜研659号2頁、同・ひろば59巻6号53頁、門田成人・法セ614号123頁、刑事法研究W.G.・VALIANT第276号39頁、佐藤拓磨・刑ジャ4号92頁、諏訪雅顕・信法7号221頁、十河太朗・受新664号16頁、谷滋行・研修693号11頁、松原芳博・平成17年度重判解172頁（以上、平成18年）、西田典之ほか編『刑法判例百選Ⅱ（各論）〔第6版〕』（有斐閣）28頁〔島岡まな〕、宮木康博・同法60巻5号477頁（以上、平成20年）、松澤伸・ジュリ1389号（平成21年）108頁、杉山博亮・専修ロー6号（平成23年）309頁、山口厚＝佐伯仁志編『刑法判例百選Ⅱ（各論）〔第7版〕』（有斐閣、平成26年）26頁〔内海朋子〕がある。

更に、本決定を素材とする論稿として、前田雅英・法教305号148頁、同・研修693号3頁（以上、平成18年）、町野朔ほか編『刑法・刑事政策と福祉―岩井東北大学ローレビュー冒頭特集 拐取

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
(松原 和彦) 129

宜子先生古稀祝賀論文集』(尚学社) 416 頁〔日高義博〕、池田修＝金山薫編『新
実例刑法〔各論〕』(青林書院) 421 頁〔若園敦雄〕(以上、平成 23 年)、橋爪隆・
警論 69 卷 7 号(平成 28 年) 116 頁がある。

以上

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 巻 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。