

令和2年(ワ)第4920号 損害賠償請求事件










原告 (閲覧制限) ほか13名

被告 国

証拠説明書(3)

令和3年2月17日

東京地方裁判所民事第50部合は係 御中

被告指定代理人	清	平	昌	大	
	本	村	行	広	
	君	塚	知	弥子	
	大	野	史	絵	
	倉	重	龍	輔	
	志	田	智	之	
	高	橋	あ	ゆみ	
	三	島	大	介	
	山	本	勇	治	

略語等は、準備書面の例による。

号証	標目 (作成者等)	原本・ 写しの別	作成 年月日	立証趣旨
乙3	家族法第5版(抜粋) (二宮周平)	写し	平成31年1月10日	親権者が、他方の親の同意を得ずに子を連れて別居を開始した際に、民事法上違法となるかは、個別の事情を総合的に考慮して判断する必要があること
乙4	東北大学ローレビュー 7巻(抜粋) (石綿はる美)	写し	令和2年3月	子を主に監護している親が子を置いて家を出ることが情情的に難しく子を連れて家を出た場合のほかに、家庭内で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場合に、子連れ別居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もなり得るとの指摘もあること
乙5	家事事件・人事訴訟事件 の実務「第7回 子の監 護者指定・引渡調停・審 判事件の審理」 (石垣智子, 重高啓)	写し	平成27年6月30日	現在の裁判実務においては、監護者や親権者の指定については、子の出生からこれまで主にその子を監護してきた者が誰かということのほか、父母の側の事情及び子の側の事情を総合的に考慮して、子の利益の観点から判断されていること
乙6	第200回国会衆議院法 務委員会(抜粋) (衆議院事務局)	写し	令和元年12月13 日	衆議院法務委員会において、現在の裁判所の実務について、最高裁判所事総局家庭局長の答弁の内容
乙7	家庭の法律と裁判vol.26 (2020年6月号) 「子の監護者指定・引渡 しをめぐる最近の裁判例 について」 (山岸秀彬)	写し	令和2年6月	監護者指定の審判における考慮要素及び不適切な子の連れ去りにより現状の監護が開始された場合にも現状の監護状況を盲目的に追認するような、「連れ去り得」を容認する判断は行われていないと指摘されていること

離婚の効果(2)

—子への配慮—

離婚によって未成熟の子は辛い思いをしたり、厳しい状況に立たされる。どうすれば、子が親の離婚を乗り越えていくことができるか、大人たちの配慮が不可欠である。離婚後の子の親権者の指定、別居している親との交流、養育費の負担、そして父母の間で子の奪い合いが起こった場合の対処など、どのような配慮がなされているのか検討する。

POINT

- ① 子の親権者・監護者指定の基準を知る。
- ② 子の引渡請求の法的根拠とその問題点を理解する。
- ③ 離婚・別居後の親子の交流がどのような場合に認められるのか、実務の現状と問題点を知る。
- ④ 子の養育費の算定方法や基準を知る。

本章は、離婚に際しての子の問題を中心に論ずるが、本章で記述することは事実婚や婚外子にも共通する。

5.1 親権者・監護者の指定

① 親権者 子が未成年の場合、婚姻中は父母が共同して親権を行使するが(民818Ⅲ)、父母が離婚したときには、協議により父母の一方を親権者に定めなければならない(民819Ⅰ。親権については⇒第10章)。共同親権から単独親権になる。多くの場合、離婚後、親権者になった方が子を引き取って監護・教育をし、財産があれば財産管理をすることになる。協議が調わない場合には、家裁が審判で定める。その際には、子の年齢および発達の程度に応じて、その意思を把握して考慮しなければならない(家事65)、15歳以上の子については、子の陳述を聴取しなければならない(家事169Ⅱ)。

かつては父親が親権者になるケースが多かったが、1965年を境に逆転し、母親が親権者になり、子を引き取るケースが増加している。現在、両親の離婚を経験する子は、毎年20万人を越え(216,798人、2016年)、母が全児童の親権者になる比率は8割近い(84.4%、父11.9%、その他3.7%、同年)。

親権者の指定について、家裁実務では監護能力の他に次のような事情が考慮されている(考慮要素を表にしたものとして、家族法実務171頁[榊原]。法改正の課題につき⇒*1)。

監護の実績・継続性(現状)の尊重 過去から現在までの監護状況が安定していることである。単なる現状追認ではなく、子の福祉からみて現実の監護者と子の継続的な心理的結びつき(情緒性の環境)を尊重しようとするものである(東京高決昭56[1981]-5-26判時1009号67頁など)。この事情を重視し過ぎると、夫婦の別居時に子を連れていた方が有利になり、子の奪い合いを招くおそれがある。他方、後述の母性=母親優先の原則に代わって、性中立的な概念として「主たる監護者」を用い、主たる監護者による従来の監護状態、その監護能力や監護態勢などに問題がなければ、今後の監護は主たる監護者に委ねるのを基本的な姿勢とするが、その監護継続の重要性は、子の年齢が高くなるとともに次第に低くなり、反比例的に、子の意向などその他の要素の重要度が増すと指摘がある(松本哲弘「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)7、52頁)。このことは親権者の指定にも妥当する。

子の意思の尊重 10歳前後以上であれば意思を表明する能力に問題はないとされており、10歳前後から子の意思を重視している。ただし、個人差がある。就学前の場合には、子が別居親に対し激しい拒絶反応を示しても、同居親の影響を受けやすいことから、必ずしもそれは真の子の意思とはみられないことがある。たとえば、女子(6歳)の母に対する拒否的な態度は驚くほど強いとしながら、「これ以上両親の不和に巻き込まれて不安定な状態になりたくないのでもかく現状の変更は望まないという気持ちの表れ」と判断して、監護中の父を監護者とした原審判を取り消した事例(東京高決平11[1999]-9-20家月52巻2号163頁など)がある。

母性 子が乳幼児である場合には、母親を優先することが多かったが、養育における父母の役割が変化していることから、安易に母親を優先することに対しては批判が強くなり、この基準は後退している。ただし、母親に監護の実績

があることから、その結果として母が親権者に定められることが多い。

別居・離婚後の親子の交流の許容性(寛容性) 他方の親と子の面会交流を認めることができるか、他方の親を信頼して寛容になれるか、元夫婦としての感情と切り離して、子に相手の存在を肯定的に伝えることができるかという点も、親権者の適格性の判断基準の1つとなりつつある。たとえば、父母双方との交流ができる監護環境を整えて、子らの情緒の安定、心身の健全な発達を図ることが望ましいとの立場から、父と子の面会交流に柔軟に対応する意向を示している母に子らを監護させるべきとする事例(東京高決平15[2003]・1・20家月56巻4号127頁)などがある。しかし、DV被害を受けた妻は加害夫に対して寛容にはなれない。この基準だけで親権者が定められるわけではない。

たとえば、約5年10か月子を監護した母ではなく、母と年間100日面会交流させる計画を立てた父を親権者と定めた原審(千葉家松戸支判平28[2016]・3・29判時2309号121頁)について、控訴審は、子の健全な生育に関する事情を総合的に考慮して、子の利益の観点から親権者を定めるのが相当であり、父母の面会交流についての意向は、その事情の1つに過ぎないとして、原審を変更して、母を親権者に指定した(東京高判平29[2017]・1・26判時2325号78頁)。

奪取の違法性 面会交流中に無断で連れ去る、勝手に連れ去らないと合意していたのに無断で連れ去る、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には、奪取者の親権者としての適格性に疑問があるとされる。その後、子が奪取した親の元で安定した生活を送るようになって、それは奪取の結果であって、必ずしも追認されない。たとえば、女子(6歳)を無断で連れ去り、引渡しの保全処分にも従わず、人身保護手続にも出頭しなかった点などをあげ、現状が安定したからといって追認できないとする事例(前掲(115頁)東京高決平11・9・20)がある(監護者の指定について同旨の事例として、東京高決平17[2005]・6・28家月58巻4号104頁など)。

重視されない事情 きょうだいの不分離については、重要な基準ではなく、理由づけを補充する程度に論じられている。特に子の年齢が上があれば、きょうだい不分離はほとんど重視されない(ただし、きょうだいの交流は不可欠である。⇒133頁[3])。経済的能力も監護能力の一内容であるが、重視されない。在留資格や日本語能力のため就労が不安定で低収入の外国人親であっても、その理由のみで、親権者としての適格性は否定されない(大谷・榊原・中村『涉外離婚の

実務](日本加除出版,2012)197頁[榊原]。また婚姻破綻の有責性も適格性とは直結しない。不貞があっても、そのために子の監護を放棄するというような事情がなければ、適格性は否定されない。

*1 共同親権・親責任

上述した諸要素を比較衡量しながら、親権者が指定されるのだから、父母双方が離婚後も子の親権者でありたいと思う事例では、監護能力の優劣を争う、そのために相手方の人格を誹謗中傷する、監護実績を作るために子との同居を確保し、別居親に会わせようとしない、実力行使で子を連れ去るといった事態も生じることがある。親権者になれないと、子と会うことができなくなるのではないかという不安が、親権争いをより熾烈にさせている。子は父母の深刻な葛藤に直面し、辛い思いをすることになる。また協議離婚の場合にも、親権者指定について子の利益を守るための規定はなく、すべて父母の意思にゆだねられる結果、子は、誰と暮らすのか、生活はどのように変わっていくのか、学校や友達とのつき合いはどうなるのか、親の他方とはどのような交流が保障されるのか、不安な気持ちのまま、成り行きに任せるしかない。

親権者を協議で定める場合も、家庭裁判所が定める場合も、父母が親としての責任を自覚し、子の意思や利益を優先的に考えることができる仕組みが必要不可欠である。このような問題意識から、離婚後も父母の共同親権とする法改正が議論されている。親権を巡って父母が対立する構造から、離婚後の親子関係の形成へ向けて父母が調整する構造への転換である。しかし、共同親権といっても、父母の一方が子と同居して現実の養育者となることが多いため、日常の養育者、養育費の負担、面会交流の方法、子のために父母が協議する事項などについて合意する必要がある。こうした協議が可能かどうか。法的な紛争になるのは、夫婦間の葛藤が激しかったり、DVで妻がおびえていたりなど、夫婦による合意形成が困難な場合であり、共同親権にすることによって、夫側の要求をより強化させ、母子の生活の安定を阻害するのではないかという危惧も表明されている。

ところで、近時の立法例では、父母の子に対する責任は、父母の婚姻関係に左右されないとして、離婚後も、婚外子の場合も、原則として父母の共同親権(ただし、親権という概念ではなく、親の配慮、親責任などとする⇒230頁*1)とし、DVや児童虐待など共同親権が明白に子の利益に反する場合は、例外として父母の一方が単独で親権者となる制度を導入する国々が増えている(田中通裕「比較法の概観」家族24号(2008)98頁以下、床谷文雄・本山敦編『親権法の比較研究』(日本評論社,2014)参照)。これらの国々に共通するのは、離婚後、主として子を養育するのは父母のどちらか、離婚後の面会交流を具体的にどう実現するのかなどの問題を解決するのは父母であるという視点に立ち、父母の合意による解決を志向することであ

る。そのために、父母に働きかけるさまざまな仕組み、当事者を支援する仕組みを設けている(二宮・渡辺編・合意による解決・第4章参照)。離婚に際しての親教育、早期の相談体制(心理面を含む)、面会交流を援助するための第三者機関や公的場所の設置など、日本でもこうしたサポート体制を整備することが急務である。

(2) 監護者 親権者とは別に監護者を定めることができる(民766)。

たとえば、離婚当事者の適性を考慮し、財産管理は父が適しているのを父を親権者にし、実際の監護は母が適しているのを母を監護者に定める場合などである(横浜家審平21[2009]・1・6家月62巻1号105頁)。この場合には、父の親権は、監護権のない財産管理権に限定される。

また別居中に共同親権を持つ父母間で監護者を定めて、子の養育環境を安定させる必要がある場合(民766 I; 家事39別表第2③の類推適用による、東京高決昭57[1982]・6・1家月35巻9号72頁など)にも、用いられる(父母以外の者を監護者に指定できることについて⇒252頁(3))。他方、この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きがちである。そこで離婚訴訟継続中の監護者指定は、子の福祉の観点から早急に子の監護者を指定しなければならず、離婚訴訟の帰趨を待っていることができないというような場合に限られるとする事例がある(福岡高決平20[2008]・11・27判時2062号71頁)。父母それぞれに子に対する養育責任があるのだから、監護者に指定された者が子を独占できるように思い込むような事態は避けなければならない。別居中の監護者指定は、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、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。

(3) 親権と監護権の分属 親権と監護権を分属させる方法は例外的であるが、親権者而非親権者の協力が可能であり、それが望ましい場合もある。たとえば、女子(6歳)と男子(3歳)につき親権者を父として協議離婚したが、離婚後も母が監護していた事案で、原審は母からの親権者変更の申立てを却下し、父からの引渡請求を認容したが、抗告審では、親権者変更申立てには監護者指定の申立ても含むと解して、親権者変更は却下しつつ、子の情緒の安定および父との面会交流も期待できることなどから、母を監護者として、親権と監護権を分属させた事例(仙台高決平15[2003]・2・27家月55巻10号78頁)がある。

同居中の父母の子に対する養育環境を離婚後もできるだけ維持するには、離婚後も共同して親として養育責任を果たせるような法整備が必要である(⇒117

頁*1)。それまでは、面会交流を活用することや裁判所外あるいは家事調停で、父母による共同監護の合意をすることが考えられる。民法766条1項の文言は、「子の監護をすべき者……は、その協議で定める」であり、解釈として監護者を父母双方とすることは可能である(若林昌子「親権者・監護者の判断基準と子の意見表明権」新家実大系2, 386~387頁参照)。

5.2 子の引渡請求

ケース8 離婚訴訟中で別居している夫婦がいる。夫婦の間には1歳の子Aがおり、妻Xが出生以来、監護していたが、夫Yが、祖父母に孫の顔を見せたいから、実家を訪問する間だけ子を預らせて欲しいと熱心に頼むので、子を引き渡したところ、約束に反して子を戻してくれない。妻はどのような手続で夫に対して子の引渡しを請求することができるか。

(1) 家事事件手続

(1) 子の引渡しの請求方法 離婚後親権者と定められた者は、民事訴訟手続により、法律上監護権を有しない他方に対して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ができるが、請求方法としては適切ではない。母が別居後4年以上子(7歳)を監護し、親権者変更の申立てをしているところ、親権者父が上記妨害排除請求をした事案で、最高裁は、家事事件手続においては子の福祉に対する配慮が図られていることから(家事65条等)、妨害排除請求として子の引渡しを求める合理的な理由はうかがわれず、権利の濫用に当たるとした(最決平29[2017]・12・5判時2365号67頁)。

(2) 子の監護に関する処分 子の監護に関する処分として、民法766条1項、家事事件手続法39別表第2③の適用により子の引渡しを求めることができる。

離婚前の場合 離婚に至るまでの暫定的な処分として子の監護者を指定すると同時に、子の引渡しを命じられる(鳥田充子「子の奪い合い紛争 その1」講座3, 183頁)。たとえば、夫(父)の不貞と暴力から不和になり、心身の衰弱もあって、単身で家を出た妻(母)から、3名の子(中学2年, 小学5年, 小学3年)の引渡しを求めた事案がある。裁判所は、別居後2年余り経過しているが、子

らと母の精神的結びつきや母親への思慕の念の強さ、子らの母の下で生活したいという意向、父の母に対する暴力を目撃した子らの心情、父は母と子の面会交流に非協力的であることなどから、父と子の面会交流に柔軟に対応する意向を示している母に子らを監護させ、父母双方との交流ができる監護環境を整えて、子らの情緒の安定、心身の健全な発達を図ることが望ましいとして、母を監護者として子の引渡しを命じた原審を支持し、夫からの即時抗告を棄却した(東京高決平15[2003]・1・20家月56巻4号127頁)。

離婚後の場合 親権者は、子の監護に関する処分として子の引渡しを求めることができる(東京高決平15[2003]・3・12家月55巻8号54頁など)。実際の紛争形態としては、相手方からは、対抗する形で親権者の変更あるいは監護者の指定を申し立て、監護の正当な権限を求めることが多い。非親権者から引渡請求をする場合にも、自分への親権者の変更または監護者の指定の申立てと併せて請求することが多い。

引渡しを認める基準 離婚前、離婚後どちらの場合も、引渡しを認める基準は親権・監護者の指定の場合と同様である(⇒115～116頁)。その際には、すでに指定されている親権あるいは監護権の存在が重視されるが(前掲東京高決平15・3・12)、親権者の監護能力や環境に問題がある場合には、親権者からの引渡請求であっても認められない(高松高決平1[1989]・7・25家月41巻12号117頁など)。父母が別居中の場合には、双方とも親権者ではあるが、一方が監護を継続している方に無断で子を連れ去ったり、実力行使をするなど違法性が高いときには、原則として他方からの引渡請求が認められている(仙台高秋田支決平17[2005]・6・2家月58巻4号71頁、札幌高決平17[2005]・6・3家月58巻4号84頁、大阪高決平17[2005]・6・22家月58巻4号93頁などで確定した法理となっている)。

他方の親の同意を得ないで子を連れて別居することについて、違法かどうかの議論がある。たとえば、母が夫婦間の強い葛藤から同居に耐えられなくなった場合、自分が主たる監護者であった幼い子を置いて、家を出ることができるだろうか。子が小中学生の場合には、母が自分を捨てたと思うかもしれない。そう考えて、やむをえず父の同意を得ないで子連れ別居したからといって、これを一概に違法とすることはできない。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および態様などを総合的に考慮して判断する必要がある(松本・前掲論文(115頁)31頁、こうした視点から、違法性を否定した事例と

して、前掲(116頁)東京高決平17・6・28など)。ただし、弁護士事務所等連絡先などを伝え、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ある。

(3) 審判前の保全処分 審判前の仮処分(家事105)として、子の引渡しを求める方法である。

本案の申立て 保全処分なので、本案の審判事件が申し立てられている必要がある。①別居中の場合の本案は、子の監護者指定あるいは監護権に基づく子の引渡請求であり、②離婚後の場合の本案は、親権または監護権に基づく子の引渡請求あるいは非親権者からの親権者の変更または監護者の指定の申立てである。

要件 強制執行を保全し、または子その他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157)および本案認容の蓋然性があることが要件である。本案認容の蓋然性は、親権者・監護者の指定基準と同様であるが、子の年齢が上がるに連れて、親権や監護権の存否にかかわらず、子が安定した生活を送っている場合には、保全の必要性は認められにくい(⇒*2)。保全が認められた事例は、連れ去り行為に違法性の高いものが多い(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った事案、神戸家審昭59[1984]・11・27家月37巻8号61頁。母が保育園に入り込んで3歳の幼児を連れ去った事案、東京高決平20[2008]・12・18家月61巻7号59頁など)。違法行為の結果の既成事実化や自力救済の容認になってはならないからである。

判例には、子の引渡命令は、仮の地位を定める仮処分に準じた命令だから、著しい損害または急迫の危険を避けるために必要とするときに限り発することができるものであるとして、要件を厳しく設定した上で、別居後、父方で面会した子がそのまま父方にとどまっている当該事案においては、強制的な奪取またはそれに準じた行為とはいえないとして、保全処分を否定した事例もある(東京高決平24[2012]・10・18判時2164号55頁)。この決定は、離婚が確定していない段階で子の引渡しを認めた場合、後の処分によって異なる判断がされて複数回子の引渡しの強制執行がされるという事態を、可能な限り回避するような慎重な配慮が必要であるとする(同じく慎重な判断を示した事例として、東京高決平27[2015]・2・26判タ1423号199頁、東京高決平28[2016]・6・10判タ1446号136頁)。

*2 保全処分と子の意思の尊重

119～120頁で紹介した事件の保全処分では、原審は、子の意思や夫婦の別居

に至る経緯を重視して、仮の引渡しを命じたのに対して、抗告審は、審判前の保全処分の場合、「子の福祉が害されているため、早急にその状態を解消する必要があるときや、本案の審判を待っている仮に本案で子の引渡しを命じる審判がなされてもその目的を達することができないような場合がこれに当たり、具体的には、子に対する虐待、放任等が現になされている場合、子が相手方の監護が原因で発達遅滞や情緒不安定を起している場合などが該当するもの」として、子らは一応安定した生活を送っていることから、保全の必要性を否定していた(東京高決平15[2003]・1・20 家月55巻6号122頁)。

この事件の場合、同じ日に同じ3名の裁判官によって、仮処分の申立ては却下、本案の申立ては認容となった。本案で引渡し認められたのだから、紛争の解決として問題はないにしても、仮処分の緊急性が生かされなかった。この2つの決定により、仮処分はあくまでも要件を厳格にするという姿勢が明らかになっている。しかし、これでは、ほとんどの事案で現状維持となるだろう。本件では3子とも10歳前後以上であり、本案では母が親権者・監護者に指定される蓋然性が高く(実際にそうだった)、子らがはっきりと意思を表明しているのだから、子の意思を尊重すべきだったと思われる。特に子が明確に別居親との同居を望んでいる場合には、現状の生活環境によほどの理由があると推測されるのだから、保全の必要性を認めるべきである。

〔2〕人身保護請求手続

(1) 人身保護請求の意義 人身保護請求手続は、ある者が法律上正当な手続によらないで身体を拘束されているときに、被拘束者自身または他の誰からでも、裁判所に対して自由を回復させることを請求することができる制度である(人身保護法2)。

この手続では、審問期日は、上記2条の請求のあった日から1週間以内に開かねばならず(同12Ⅳ)、判決言渡しは、審問終結の日から5日以内にする(人身保護規則36)など、迅速性がある。また拘束者に対して、被拘束者を出頭させることを命じ(人身保護法12Ⅱ)、これに従わなければ、勾引したり、命令に従うまで勾留したり、遅延1日につき500円以下の割合をもって過料に処することができる(同18)。また必要があるときは、被拘束者を仮釈放することができる(同10Ⅰ)、被拘束者を移動、隠匿し、救済を妨げる行為をした者に対して2年以下の懲役または5万円以下の罰金に処する(同26)など、実効性もある。さらに被拘束者に代理人がない場合には、裁判所により代理人が選任

され(同14Ⅱ)、訴訟代理や調査活動を行う。こうしたことから、子の引渡請求についても利用されてきた。

しかし、人身保護請求は緊急の暫定的な手段であり、家裁調査官などの調査もないまま、短い審理期間の間に、子がどちらで監護されるのが子の幸福につながるのかを判断するのは、実際には困難であることが多い。本来、子の監護をめぐる争いは、家裁調査官・技官など科学的な調査機能と後見的機能を有する家庭裁判所において解決を図ることが望ましい。そのために家事審判法改正(1980年)によって審判前の仮処分に執行力を持たせたのだから、人身保護請求は、拘束開始時の違法性が高かったり、拘束者が虐待しているなど、違法性のきわめて高い場合に限定した方がよい。最高裁はこの旨を示唆した(特に補足意見、最判平5[1993]・10・19 民集47巻8号5099頁)。以来、人身保護請求事件の件数は顕著に減少し、審判前の保全処分に移行している。

(2) 要件 人身保護請求認容の要件は、①子が拘束されていること、②その拘束が違法であること、③救済の目的を達成するために、他に適切な方法がないことである(人身保護規則4)。

拘束性 子が意思能力を有していれば、その意思が尊重される。意思能力の有無については、10歳程度を一応の基準とし、これに諸般の事情を考慮して判断される。

違法性 a. 親権者による拘束の場合 最高裁は、共同親権者の一方によ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、顕著な違法性があるというためには、その監護が「子の幸福に反することが明白であることを要する」として、違法性を厳格に捉え、拘束の違法性を認めた原判決を取り消し、原審に差し戻した(前掲最判平5・10・19)。

その後、違法性の基準を具体化し、①「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」、②「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、十分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」をあげ、9歳および7歳の女子につき、母からの人身保護請求を認めた原判決を破棄し、差し戻している(最判平6[1994]・4・26 民集48巻3号992頁)。

また①に準じるものとして、調停における合意に反して実力行使をした場合

最判平 29・11・28 判時 2359 号 10 頁 339
 最決平 29・12・5 判時 2365 号 67 頁 119
 奈良家判平 29・12・15 [未公表] 199

大阪高判平 30・4・26 [未公表] 199
 最判平 30・10・19 (裁判所ウェブサイト) 485

著者紹介

二宮 周平 (にのみや しゅうへい)

1951 年 横浜に生まれ、のち四国の松山で育つ
 1979 年 大阪大学大学院法学研究科博士課程単位取得退学
 1985 年 松山商科大学より立命館大学に移籍
 1991 年 法学博士 (大阪大学)
 2017 年 立命館大学定年退職
 現 在 立命館大学特命教授、立命館大学法学部教授 (職位)
 主要著書

『事実婚の現代的課題』(日本評論社, 1990 年)
 『事実婚の判例総合解説』(信山社, 2006 年)
 『事例演習 家族法』(新世社, 2013 年)
 『離婚判例ガイド [第 3 版]』(共著, 有斐閣, 2015 年)
 『新注釈民法(17)親族(1)』(編著, 有斐閣, 2017 年)
 『18 歳から考える家族と法』(法律文化社, 2018 年)

新法学ライブラリ=9

家族法 第 5 版

1999 年 4 月 10 日 ©	初 版 発 行
2005 年 1 月 25 日 ©	第 2 版 発 行
2009 年 10 月 10 日 ©	第 3 版 発 行
2013 年 11 月 25 日 ©	第 4 版 発 行
2019 年 1 月 10 日 ©	第 5 版 発 行
2020 年 6 月 25 日	第 5 版第 4 刷発行

著 者 二宮周平

発行者 森平敏孝
 印刷者 加藤文男
 製本者 米良孝司

【発行】 株式会社 新世社

〒151-0051 東京都渋谷区千駄ヶ谷 1 丁目 3 番 25 号
 編集 ☎ (03) 5474-8818 (代) サイエンスビル

【発売】 株式会社 サイエンス社

〒151-0051 東京都渋谷区千駄ヶ谷 1 丁目 3 番 25 号
 営業 ☎ (03) 5474-8500 (代) 振替 00170-7-2387
 FAX ☎ (03) 5474-8900

印刷 加藤文明社 製本 ブックアート

◀ 検印省略 ▶

本書の内容を無断で複写複製することは、著者および出版者の権利を侵害することがありますので、その場合にはあらかじめ小社まで許諾をお求め下さい。

サイエンス社・新世社のホームページのご案内
<http://www.sciensu.co.jp>
 ご意見・ご要望は
shin@sciensu.co.jp まで

ISBN978-4-88384-287-2

PRINTED IN JAPAN

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。」をキーワード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指摘された。

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うるため、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

¹ 樋口亮介「比較法の地図—大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、新保勸解人『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・壘・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ざる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

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)から引離した者は、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と同じである。

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 条については身体の自由というよりも、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か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ざ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のような批判があつて（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) —刑法における監護権の意義—」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巻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 卷 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か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、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した事案において、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。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・墺・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、新规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・塊・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歩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・壘・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の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。

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對して、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юме 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—拐取罪を巡る(裁)判例および学説の各状況の粗描」法時 91 卷 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 卷 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巻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かと理解されている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巻10号1901頁」参照。

³ なお、反対意見は、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。）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＞一各論の諸問題』（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

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穩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「平穩」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「平穩」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、違法性が阻却されるとすれば、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」かという基準である（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る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見えよう。

(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 卷 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、どのようになるのだろうか。

(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。

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。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、鼠径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のではないとも考えられる。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 卷 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 卷 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人の中の長女(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。)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、身体の安全の適否」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、滅殺されるだろう。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滅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点である。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、レジュメ 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—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 身体の安全

(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、身体の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юме(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

・一見納得がいか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ざる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時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「穩健なる見解と認む」。

※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が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〕は否らざ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若、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發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・監護権一概念整理の試み」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確認にする必要がある。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ず」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

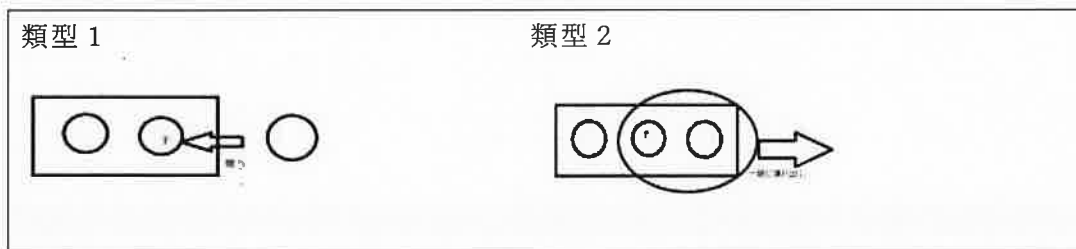
・親による子の奪い合い事例は①類型(権利保護類型:「2 監護権の重要性—比較法的視座から」を参照)として扱われることが多い

⇒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

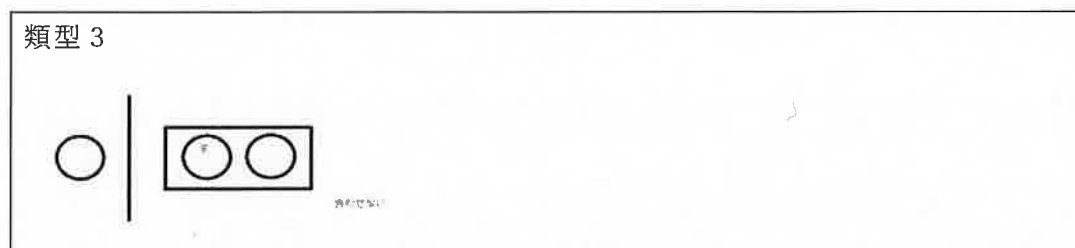
¹ ただしドイツでは、居所指定権を重視せず、子の移動がなくても(親の移動による引離し)、①類型の成立を認めている(深町・独・下・113頁以下を参照)。

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：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

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 卷 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切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、子を残さないことから、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穩に生活していた」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

* 配布したレジュメ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 卷 10 号 1901 頁」参照。

- ☞ Cの「平穩」な「生活」は、BがCを適切に監護養育しているから
- ☞ Cの「平穩」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巻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
- ☞被告人はそのように増大した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 of 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ぱ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巻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待ち伏せをし、子が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「ウオー」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わか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 of 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 本件事情の位置づけ

☞ 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 卷 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さ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さ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 卷 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. 民事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巻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巻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 卷 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鰍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穩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 卷 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。

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、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。」

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権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権が必要である。

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—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)

第八百三十六條 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)

第八百三十七條 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いけない。

- ・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つては、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つても、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)

第一百七十六条 執行裁判所及び執行官は、第一百七十四条第一項第一号に掲げる方法による子の引渡し of 強制執行の手續において子の引渡しを実現するに当たつては、子の年齢及び発達 of 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。

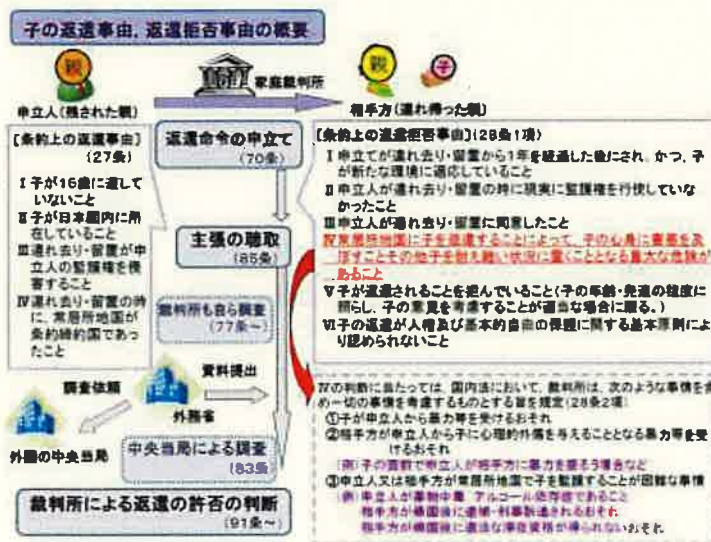
(石綿 はる美)

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。

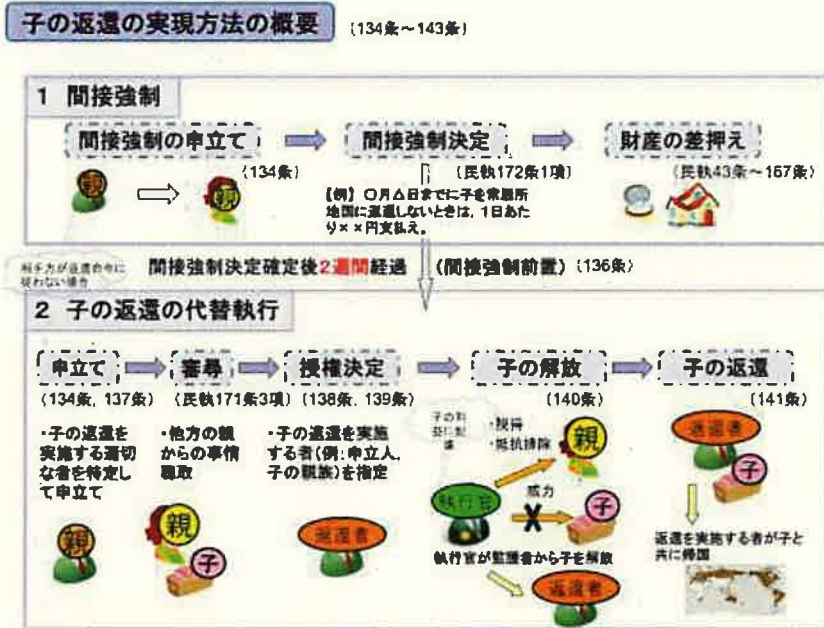
東北大学ローレビュー冒頭特集 拐取

第1 「拐取」 III. 参考資料

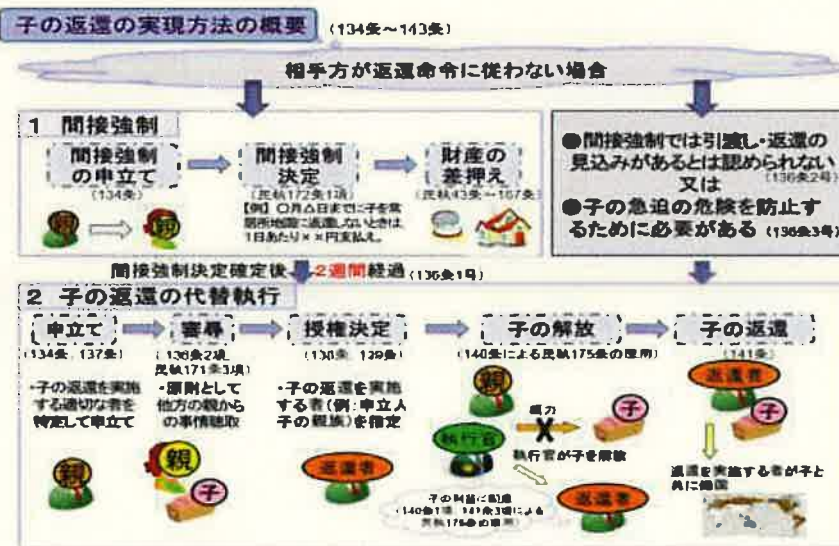
(松原 和彦・佐藤 陽子・石綿 はる美) 111

(3) 執行手続

・2020年4月1日より前に申立てがされた場合



・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あると認めるときは、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3 拐取罪を題材に刑法と対話してみて

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1.1)。

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、親権を行う者同一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のように、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事はあり得る。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ことが多いた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だろうか。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るだろうか。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、子を連れて出るのは当然である・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きているという（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。

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。

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を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い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するものもある（松本哲泓「子の引渡し・監護者指定に関する最近の裁判例の傾向について」家裁月報 63 卷 9 号（2011 年）32 頁）。

²¹ 松原・前掲注 18）。

²² 梶村・前掲注 19）174 頁〔榊原〕。

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

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

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

第7回 子の監護者指定・引渡調停・審判事件の審理

石垣 智子
重高 啓

第1 はじめに一子の監護者指定・引渡事件の概要及び事件動向等

1 子の監護者指定・引渡事件の概要等

(1) 概要

民法766条1項は、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協議で定め、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ものとし、同条2項は、協議が調わないとき、又は協議することができないときは家庭裁判所がこれらを定める（子の監護に関する処分。家事事件手続法（以下「家事法」という。）39条、別表第二の3の項）ものとしている。

家庭裁判所は、子の監護に関する処分としては、子の監護者の指定のほか、「子の監護について必要な事項」（民法766条1項）として子の引渡しも定め得ると解されており、家事法154条3項も、家庭裁判所は子の引渡し等の給付を命ずることができるとしている。実際にも、現に子を監護していない親（非監護親）から子の監護者指定の申立てがされる場合には、併せて子の引渡しの申立てがされることが通常である。また、家事法157条1項3号は、子の監護に関する処分に係る審判前の保全処分について規定しているところ、後に詳述するとおり、子の監護者指定・引渡事件においては、審判前の

第7回 子の監護者指定・引渡調停・審判事件の審理

保全処分が併せて申し立てられることも多い。

さらに、民法766条は、その文言上、離婚の際の子の監護に関する処分を定めるにとどまるが、婚姻中の夫婦の場合も、民法766条を類推適用して子の監護に関する処分をすることができる⁵⁰と解されており、実際にも、家庭裁判所に係属する子の監護者指定・引渡事件の多くは、離婚前の夫婦間における監護権の帰属が未だ定まっていない段階や、いったん監護権の帰属が定められた段階における紛争である。

(2) 人身保護手続等との関係

子の奪い合いをめぐる紛争では、本稿で論ずる子の監護者指定・引渡しと人身保護手続、あるいは民事訴訟手続との関係（棲み分け）が従前から問題とされてきた。もっとも、実情としては、家庭裁判所調査官（以下「家裁調査官」という。）や医師である裁判所技官といった専門的知見を有する職種が置かれている家庭裁判所における家事審判・調停手続が広く活用されているといえるように思われる。⁵¹

この点に関し、人身保護手続との関係について敷衍すると、まず、離婚前の夫婦間については、最高裁平成5年10月19日第三小法廷判決・民集47巻8号5099頁が、夫婦の一方が他方に対し、人身保護法に基づき共同親権に服する子の引渡しを請求した事案において、拘束の違法性が顕著である（人身保

50 最高裁平成12年5月1日第一小法廷決定・民集54巻5号1607頁は、面会交流についての事例であるが、婚姻関係が破綻して別居状態にある夫婦間において、（平成23年法律第61号による改正前の）民法766条が類推適用されるとした。

51 例えば、離婚時に親権者又は監護者と定められた親から非親権者又は非監護者とされた親に対する子の引渡請求が民事訴訟事項か家事審判事項であるかについては争いがあるが、実務では、家庭裁判所における家事審判・調停手続が活用されている（安倍嘉人・西岡清一郎監修「子どものための法律と実務」119、120頁参照）。

認規則4条)というためには、拘束している親の監護が子の福祉に反することが明白であることを要するとする、いわゆる明白性の要件の考え方を示し、その補足意見でも家庭裁判所における審判前の保全処分の活用が示唆され、さらに、最高裁平成6年4月26日第三小法廷判決・民集48巻3号992頁が、上記明白性の要件について、①一方の親の親権の行使が家庭裁判所の仮処分又は審判により実質上制限されているのに当該親(拘束者)がこれに従わない場合(審判違反事例)と、②拘束者の子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(親権濫用事例)⁵²を挙げた。そして、離婚前の夫婦間における紛争においては、上記各最高裁判例の趣旨に沿って、家庭裁判所における子の監護者の指定・引渡しの手続が審判前の保全処分とともに積極的に活用されてきたものといえる。

他方で、離婚後の夫婦間においては、上記明白性の要件の趣旨は及ばないものと考えられ、現に、最高裁平成11年5月25日第三小法廷判決・家月51巻

52 一方、最高裁平成6年7月8日第二小法廷判決・家月47巻5号43頁は、離婚調停において調停委員会の面前でその勧めによってされた合意により、夫婦の一方が他方に対し、期間を限って幼児を預けたが、他方の配偶者が、上記合意に反して約束の期日後も幼児を拘束し、上記幼児の住民票を無断で自己の住所に移転したなどの事実関係の下で、上記拘束に顕著な違法性があるとした。上記最高裁判決は、拘束者が、裁判所が関与した合意に反する明白な手続違反を犯しているということ自体に、人身保護規則4条に規定する拘束の顕著な違法性があると捉えたものと考え得る(最高裁判所判例解説民事篇平成5年度933, 934頁注釈10参照)。そのほか、調停手続の遂行過程で当事者の協議により形成された合意に基づき実施された面会交流時に実力を行使して子を連れ去ったという事案につき、上記最高裁判決に沿って人身保護規則4条所定の顕著な違法性があったとした最高裁判例として、最高裁平成11年4月26日第一小法廷判決・判例タイムズ1004号107頁がある。

10号118頁も、親権又は監護権を有する親の親権の行使又は監護が子の幸福の観点から著しく不当なものでない限り、親権又は監護権を有しない親による拘束の違法性は顕著であると判示しているところである。しかし、このような離婚後の夫婦間における紛争においても、離婚前の夫婦間における紛争と同様、家庭裁判所における調停・審判手続が広く活用されているのが実情ではないかと思われる。⁵³

2 事件動向等

以上を踏まえた上で、子の監護者の指定・引渡しに係る審判・調停事件の事件動向について俯瞰する。まず、子の監護に関する処分事件一般が大幅な増加傾向にあることについては、既に第1回の論稿小田正二「家事事件手続法の趣旨と新しい運用の概要(家事審判事件を中心に)」(以下「小田論文」という。)において指摘されている(本書5頁)ところであり、これは、面会交流調停・審判事件の申立てが激増していることのみならず⁵⁴、子の監護者指

53 子の奪い合いの場面としては、以上の父母間における紛争のほか、親権者又は監護者である親が第三者に対して子の引渡しを求める場面も想定される。この場合、人身保護請求のほか、第三者が民法766条による当事者間の協議や家庭裁判所の調停等により監護者として定められているのであれば家事審判事項となり得るが、そうでない場合には、親権又は監護権の行使に対する妨害排除の手段として民事訴訟手続による子の引渡請求によることになるとする見解が有力である(阿部徹・島津一郎編「新版注釈民法(22)・親族(2)」(以下「注釈民法」という。)130頁以下、中山直子「第三者に対する子の引渡請求」判例タイムズ1100号180頁、最高裁昭和35年3月15日第三小法廷判決・民集14巻3号430頁等参照)。

54 面会交流事件の新受件数は、平成21年は、調停事件が537件、審判事件が99件であったが、平成26年には調停事件が886件、審判事件が165件と、5年間でいずれも1.6倍以上に増加している(第6回の論稿水野有子・中野晴行「面会交流の調停・審判事件の審理」(以下「水野・中野論文」という。)本書189頁)。

定・引渡事件が増加していることもその一因となっているものといえる。

なお、子の監護に関する処分のうち、東京家庭裁判所本庁（以下「東京家裁」という。）における平成21年から平成26年までの子の監護者指定・引渡事件の新受件数の推移は次のとおりである（平成26年の数値は速報値である。）。

【子の監護者指定】

	調停事件	審判事件
平成21年	69	107
平成22年	124	138
平成23年	148	123
平成24年	145	166
平成25年	190	164
平成26年	177	195

【子の引渡し】

	調停事件	審判事件
平成21年	42	94
平成22年	59	96
平成23年	88	102
平成24年	80	130
平成25年	115	124
平成26年	108	170

以上の新受件数には、調停事件については審判から調停に付された事件（家事法274条1項）が、審判事件については調停不成立により審判に移行した事件（家事法272条4項）がそれぞれ含まれるため、厳密な分析は困難ではあるが、いずれにせよ、全体的な傾向としては子の監護者指定・引渡事件の新受件数は増加傾向にあり、6年間で調停事件は2.5倍以上、審判事件は2倍近くに増加している。また、子の監護者指定・引渡事件では、別居や監護親が子を連れ去った事実経緯等をめぐり当事者が激しい対立下にあったり、

申立人において子の連れ去りや監護状況が子の福祉に反すること等を理由に迅速な処理を求めたりすることもあり、当初から調停手続を選択せず、審判事件として申立てをし、その際に併せて審判前の保全処分事件（子の仮の監護者指定・仮の引渡し）を付随して申し立てることも多いのが特徴である。そして、全国の事件概況から子の監護に係る子の引渡しを命ずる仮処分の新受件数を比べてみると、平成15年度は353件であるのに対し、平成24年度は1045件、平成25年度は973件と、約10年間で3倍近くに増加している。

さらに、平成25年1月に施行された家事法では本案係属要件が緩和され、調停事件に係属していれば審判前の保全処分を申し立てることができるようになった（家事法105条1項、157条1項3号）。そして、東京家裁にも、平成25年以降、子の監護者指定・引渡調停事件の申立てに付随して審判前の保全処分が、数は少ないながら申し立てられている。もっとも、審判前の保全処分について注意すべきは、既済件数の内訳であり、平成24年度は、既済件数934件のうち、認容が176件（約18.8%）、却下が144件（約15.4%）、取下げが571件（約61.1%）、平成25年度は、既済件数1053件のうち、認容が187件（約17.7%）、却下が203件（約19.2%）、取下げが622件（約59.0%）と、認容率が⁵⁵低くなっている。この点については、後に分析を加える。

以上を前提に、以下では、子の監護者指定・引渡しに係る紛争の中で最も申立てが多い別居中の夫婦間における審判・調停事件を主に念頭に置き、まず子の監護者指定（引渡し）の考慮要素がどのようなものであるのか、裁判例の傾向等を簡単に確認した後（第2）、子の監護者指定（引渡し）の審判事件及び調停事件の審理・進行の実情（第3、第4）について論じる。なお、意見にわたる部分は執筆者の私見であることをあらかじめお断りしておく。

55 なお、平成25年度における審判前の保全処分全体の認容率は36.7%である（小田論文（本書6頁）参照）。

第2 子の監護者指定(引渡し)の判断の実情

1 子の監護者指定(引渡し)の考慮要素

民法766条1項は、子の利益を最も優先して考慮しなければならないことを明記しており、子の監護者指定(引渡し)の一般的・抽象的基準が「子の利益」に合致するか否かであることはいうまでもない。⁵⁶

上記「子の利益」に合致するか否かを具体的に判断するに当たっては、従前の監護状況、現在の監護状況や父母の監護能力(健康状態、経済状況、居住・教育環境、監護意欲や子への愛情の程度、監護補助者による援助の可能性等)、子の年齢、心身の発育状況、従来の環境への適応状況、環境の変化への適応性、父又は母との親和性、子の意思等、父母の事情や子の事情を実質的に比較考量して父母のいずれが監護者として適格であるかが検討される。^{57 58}そして、上記の各事情をもとに比較考量を行う際には、従前から、以下の点が考慮されると解されている。⁵⁹

56 平成23年の民法改正前の民法766条1項には、現行法のような「子の利益」が考慮要素になる旨の明文の規定はなかったが、一般的に子の利益が一般的・抽象的な判断基準になると解されていた(注釈民法123頁以下、中山直子「子の引渡しの判断基準」判例タイムズ1100号182頁、若林昌子「親権者・監護者の判断基準と子の意見表明権」新家族法実務大系第2巻388頁等参照)。

57 注釈民法124頁参照

58 その結果、申立人ではなく相手方が監護者として適格であるとの判断に至った場合には、相手方からの子の監護者指定の申立てがない場合であっても、子の福祉の観点から、相手方を監護者として指定する旨の審判がされる(注釈民法123頁、広島高裁平成19年1月22日決定・家月59巻8号39頁及び東京家裁平成22年5月25日審判・家月62巻12号87頁等参照)。

59 各々に係る裁判例の詳細な分析については、松本哲弘「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1頁)を参照されたい。

(1) 乳幼児期⁶⁰における「主たる監護者」による監護について

従前、乳幼児については、母親の存在が情緒的成熟のために不可欠であり、特別の事情がない限り、母親の監護養育に委ねることが子の福祉に合致するとして、母親を優先すべしとする考え方が主張されてきた。実際、アメリカでも10歳くらいまでの子については母親が監護者となるのが子の利益に適うとする Tender Years Doctrine という原則が絶対的な基準とされていた時代もあったようである。

しかし、このような考え方は、家庭における父母の役割が多様化した現代においては硬直化した考えであるとの批判もあり、最近では、子の健全な成長・発達のために不可欠である養育者との愛着関係や心理的絆を満たす者は生物学的母や女性に限定されるものではないとの発想から、性別を問わない「主たる監護者」による監護継続の必要性を検討するアプローチに転換されている傾向にあるといえる。すなわち、子の出生以来、主として子を監護養育してきた者の監護実績を実質的に検討し、主たる監護者と子との間に親密な親和関係が形成されているか、他方で、主たる監護者といえる場合であってもその監護態勢や生活環境が顕著に劣っていないか、主たる監護者による監護に看過できない問題があって、それが将来に継続する可能性がないか等が実質的に考慮される傾向にあるといえる。

(2) 監護環境の変化について

従前、監護の継続性の考え方は、監護親の下で子が安定していれば、子の生活環境を変化させることは子の心理的不安定をもたらすとして、これを避けるために監護環境の継続性を重視する考え方であると捉えられていたようである。しかし、このような考え方は、子の奪い合いを助長し、また、その結果を追認しかねないとして非難されてきた。

現在では、監護環境の変化については、出生以来の生育歴全体の中で考慮

60 本稿では、主に1、2歳程度までを想定している。

し、特に子が幼少の場合は、主たる監護者に戻すための環境変化を避けることよりも、主たる監護者との精神的つながりを継続することが重視され、一方で就学後は、監護環境（住居や学校、友人関係等）の継続性がより尊重される傾向にある。

(3) 子の意思について

子の意思については、これを重視することは結論に関する責任を子に負わせることになりかねないこと等から、従来は消極的に考える向きもあったようであるが、次第に、子も自己の意思を表明することができる権利主体であるという考え方が広く受け入れられるようになり、子の意思を検討することの重要性が認識されるようになってきている。

そして、家事法152条2項も、子の監護に関する処分^{（子の監護に要する費用の分担に関する処分を除外）}の審判（子の監護に要する費用の分担に関する処分を除外。）をする場合には、15歳以上の子の陳述を聴かなければならないとして、家事審判法下の規律を維持している。また、家事法65条は、家庭裁判所は、子がその結果により影響を受ける家事審判の手続においては、子の陳述の聴取、家裁調査官による調査その他の適切な方法により、子の意思を把握するように努め、審判をするに当たり、子の年齢及び発達の程度に応じて、その意思を考慮しなければならないとも規定しており、同条は、家事法258条1項により、調停手続にも準用されている。

もっとも、実際の事案において、当該子の意思をどのように把握し、また、それをどの程度評価するかについては、当該子の年齢や発達の程度、言語・表現能力の程度、当該子の置かれている現在の立場、これまでの生育歴等を踏まえた上、子の最善の利益という観点からの個別具体的な判断が必要である。とりわけ、子の年齢によっては、子の非言語的表現等をも踏まえた上でその意思を把握することが必要とされる場合もあろうし、当該子の置かれている状況によっては、当該子が表面上表出させる言動だけでなく、子の真意や心情について、前後の事実関係等を丹念に整理しつつ合理的に推論・

分析し、検討する作業が必要となってくる場合もある。そして、このような場面では、家裁調査官による行動科学の知見を活用した事実の調査が有用である。家裁調査官の活用や調査の概要については後で述べる。

(4) 面会交流の許容性について

子は、父母双方と交流することにより人格的成長を遂げることから、婚姻関係が破綻した後も、子が父母双方から愛情を受けていると実感しながら育つことは、子の健全な成長にとって必要であると考えられる。このような観点から、他方の親をどれほど信頼して寛容となれるか、子との面会交流を認めるかといった点も、監護者指定の考慮要素となり得る。

もっとも、面会交流を禁止・制限すべき事由がある場合もある上、別途調停手続等によって解決を図る途もある。そして、子の監護者の指定（引渡し）が、様々な要素を総合的に考慮した上で子の福祉の観点から判断されるものである以上、面会交流を拒否するということだけで監護者としての適格性に欠けるという結論が直ちに帰結されるわけではない。

(5) きょうだい不分離について

きょうだいの心理的な結びつきが強い場合は、きょうだいの分離がきょうだい間に不平等感や亀裂を招くこともあり、同一の親の下で監護されることが望ましいといえる。しかし、きょうだいの不分離は、必ずしも原則として運用されているものではなく、監護状況及びその態勢、子の年齢や意思等の総合的考慮の中で飽くまで一要素として判断されることに注意を要する。

(6) 監護開始の態様について

法律や社会規範を無視するような態様で監護が開始されたことは、監護者としての適格性に疑義が生じる一要素となり得る。例えば、別居後の離婚調停中に、調停委員等からの事前の警告に反して周到な計画の下に実力によって子を奪取した場合や、特段の事情の変更もないのに面会交流に係る約束に違反して子を返さないなど、監護開始の態様の悪質性が強い場合には、それ自体が監護者としての適格性を疑わせるから、これを主な理由として原状回

復としての子の引渡しが肯定されることもあると思われる。

もっとも、子の監護者の指定（引渡し）が子の福祉の観点から判断されるものである以上、法律や社会規範を無視するような態様で監護が開始されたということから、それだけで常に監護者としての適格性が欠けるという結論が帰結されるわけではない。また、そもそも、監護の開始が相手方の承諾を得ていなくても、その具体的な経緯及び態様、子の年齢や意思等によっては、それだけでは直ちに法律や社会規範を無視するような態様で監護が開始されたとまではいえない場合もある。

2 近時の裁判例の傾向

そして、最近の裁判例をより具体的にみると、離婚前の夫婦間の子の監護権の帰属に係る紛争事案では、主たる監護者が父母のいずれであったか、その者による従来の監護はどうであったか、他方の監護状況はどうであったか、父母以外の者による監護補助の状況はどうであったか、当該監護補助者と父母との関係はどうであったか等、過去の監護実績をまず確定し、現在の監護状況や子の意思、互いの監護能力や監護態勢等をも検討した上、これらの要素を踏まえ、子の福祉の観点から、父母のいずれを監護者とするのが適当かという検討が行われている傾向にあるといえる。もっとも、近時は、夫婦の生活スタイルの多様化や共働き夫婦の増加等に伴い、父母の監護が拮抗し、父母のいずれが主たる監護者であるのかを確定することが容易ではない事案や、そもそも、夫婦の別居後も父母による交互監護の形態での監護が継続して行われ、父母のいずれか一方を監護者として確定すること自体が困難な事案など、複雑な事案も少なくない。いずれにせよ、今後は、当該事案における個別具体的な事実関係をより具体的に掘り下げた上での緻密な検討がより一層要求される場面も多くなるであろう。

なお、以上は別居中の夫婦間における裁判例の傾向を念頭に置いたものであるが、離婚後、既に親権者又は監護者と定められた者からの非親権者又は非監護者に対する引渡請求の場合には、共同親権者である別居中の夫婦間に

おける紛争の場合とは異なり、権利者から非権利者に対する引渡請求であるため、既に指定された親権者又は監護者に子を監護させることが子の福祉に反することが明らかな場合等の特段の事情が認められない限り、原則として申立てが認容されるというのが裁判例の傾向である（東京高裁平成15年3月12日決定・家月55巻8号54頁参照）。

第3 家事法下における審判事件（審判前の保全処分を含む。）の審理・進行

1 はじめに

前述のとおり、子の監護者指定・引渡事件は、別居や子の連れ去りの経緯等をめぐり当事者間の感情的な対立が激しいことに加え、子をとにかく早く取り戻したいという心情も働いているためか、申立時において調停手続ではなく審判事件が選択され、その際には併せて審判前の保全処分も申し立てられる場合が少なくない。東京家裁では、後に述べる通り、別表第二に掲げる事項についての審判事件（以下「別表第二審判事件」という。）の申立てにおいても、申立人には調停手続と同様に、進行に関する照会回答書（以下「進行照会回答書」という。）の提出を求める扱いとしており、各裁判官が申立書や進行照会回答書等の記載内容、家裁調査官による手続選別（後記2(1)オ(ア)参照）時の意見等を勘案した上で付調停（家事法274条1項）とするか否かを判断しているが、子の監護者指定・引渡事件については、他の別表第二審判事件と比べると、まずは審判手続を先行させ、紛争の事実経緯等について争点整理をし、実情を把握した上で、審判手続としての進行を続けるか、付調停として話し合いによる解決を図るかどうかの見極めをしていることも少なくないと思われる。そこで、このような実態も踏まえ、本稿では、審判事件が先行する場合の家事法下における審判事件の審理・進行について論じ、その中で、審判前の保全処分の審理・進行等についても触れる。

2 家事法下での運用の実情

(1) 家事法下での審判手続遂行の概要

家事法における審判や審判前の保全処分に係る制度の概要等の詳細は、小田論文7頁以下のとおりである。子の監護者指定・引渡審判事件は別表第二審判事件であることから、家事法66条から72条までの特則が適用されることになるが、以下では、子の監護者指定・引渡審判事件の運用を踏まえた上で、の若干の補足を述べる。

ア 申立書の写しの送付等

家事法67条1項は、別表第二審判事件については、申立てが不適法であるとき又は申立てに理由がないことが明らかな場合を除き、原則として、申立書の写しを相手方に送付しなければならないとし、家事事件手続規則（以下「家事規則」という。）47条は、申立書に相手方の数と同数の写しを添付しなければならないとしている。

「申立書」の記載事項は、当事者及び法定代理人のほか、申立ての趣旨及び理由（申立てを特定するのに必要な事実）並びに事件の実情である（家事法49条2項、家事規則37条1項）。また、申立ての理由及び事件の実情についての証拠書類があるときは、その写しを申立書に添付しなければならないものとされている（家事規則37条2項）。家事法上は、「証拠」資料（例えば、収入資料のような、いわゆる事実を裏付けるための資料）については、相手方への写しの送付を定める規律はないが、東京家裁においては、審判前の保全処分が併せて申し立てられている場合には、当事者双方の迅速かつ充実した主張反論の要請等から、申立書に添付される証拠資料についても、資料説明書とともに相手方の数と同数の写しを添付していただき（家事規則3条2項参照）、申立書の写しと併せて証拠資料及び資料説明書の各写しも相手方に送付していることが多い。

ところで、東京家裁における調停事件についての定型書式等の整備状況は、第2回の論稿本多智子「家事調停の一般的な審理～夫婦関係調整（離婚）調停を中心に～」(以下「本多論文」という。)のとおりである(本書32頁

以下)が、東京家裁では、別表第二審判事件についても、これらの書式の利用が想定されている。具体的には、子の監護者指定・引渡審判事件でも、申立時には、申立書や証拠資料とともに、連絡先等の届出書(以下「連絡先届出書」という。)及び進行照会回答書を提出していただくこととしている。また、例えば、当事者が連絡先等を秘匿することを希望する場合には、連絡先届出書に非開示の希望に関する申出書(以下「非開示申出書」という。)を添付していただくこととしている。これらの書式の趣旨及び利用方法については、本多論文を参照いただきたい。

イ 当事者双方立会いの下での審問の実施

(ア) 家事法68条は、家庭裁判所は、別表第二審判事件の手続において、申立てが不適法であるとき又は申立てに理由がないことが明らかなきを除き、当事者の陳述を聴かなければならず、この陳述の聴取は、当事者の申出があるときは、審問の期日においてしなければならないと規定している(当事者の陳述聴取)。そして、東京家裁では、子の監護者指定・引渡審判事件においては、当事者双方の主張反論を十分に尽くさせるため、当事者双方立会いの下での審問を行うことが通常である。

実際の審問においては、子の従前及び現在の監護状況や、別居に至った事実経緯について、当事者双方から提出された「主張」書面(訴訟における準備書面のように当事者の主張・言い分を記載した書面)や証拠資料を踏まえて、争点整理の意味での審問を行う場合もある。また、事実関係等について当事者間で争いがあるなどの場合には、証拠調べに類する形で当事者双方に審問を行うこともあり、必要に応じて、審問のスタイルを使い分けている。とりわけ、審判前の保全処分が審判と併せて申し立てられている場合には、一般的には、審判前の保全処分における審判期日と併せ、本案の第1回審判期日を申立てから早い時期に指定し、争点整理的な審問を行いながら、緊急性の有無や家裁調査官の調査の要否やタイミング、調査命令の内容等を見極めていく。そして、この場合、事実の調査の通知(家事法70条)やその記録化

(家事規則5条において準用する民事訴訟規則4条2項)は、審判期日において、裁判官が当事者双方への通知を行い、その旨を期日調書に記載する方法によることが通常である。

(イ)ところで、家事法69条は、他の当事者の審問立会権を定めているが、子の監護者指定・引渡事件では、同居中のDV等を理由に、当事者の一方が他方当事者の立会いを拒絶する場合も少なくない。もとより、単に相手に対する嫌悪感から顔を合わせたくないというだけで他方当事者の立会いを認めないとするのは相当ではないが、個別の事案に応じ、現に事実の調査に支障が生ずるおそれがあると認められる場合には(同条ただし書)、当該当事者本人の立会いを認めない場合や、遮へい措置を講ずるなどして対処することもある。ただし、仮に当該当事者本人の立会いが難しいと判断される場合であっても、当該当事者に手続代理人が選任されているときは、その手続代理人のみを審問に立ち合わせることが可能であり、実際にもそのような措置がとられることが通常である。⁶¹

ウ 主張書面・証拠資料等の取扱いと閲覧踏写の実際

先に述べたとおり、家事法は、申立書については相手方への写しの送付について規律を設ける一方で、その余の主張書面や証拠資料については、他方当事者への写しの送付を定めておらず、当事者が裁判所に提出した書面のうち、裁判官が事実の調査を行ったものについては、まず、事実の調査の通知をして、他方当事者に閲覧踏写の機会を与えることにより、その内容を把握させるという基本的手続を設計している。もっとも、東京家裁では、別表第二審判事件では、担当裁判官の判断により、当事者双方の主張反論を十分かつ迅速に尽くさせる観点から、当事者が提出する主張書面及び証拠資料につ

61 手続代理人が選任されていない事案においては、審問に立ち会わなかった当事者に対しては、他方当事者の審問終了後に、裁判官がその概要を告知している。

いては、裁判所用のみならず、他方当事者交付用も準備していただき(家事規則3条2項参照)、これを他方当事者に送付する扱いをしていることも少なくない。そして、子の監護者指定・引渡審判事件では、当事者双方に手続代理人が選任されることが大半であることもあって、審判期日前に当事者双方の手続代理人の間で事実上、主張書面や証拠資料等の直送が行われ、裁判官及び当事者双方が主張書面等に目を通した上で審判期日に臨み、審判期日では、裁判官による事実の調査の通知を経て争点整理等が行われることが実情として少なくないと思われる。

ところで、当事者の一方が他方当事者には秘匿を希望する書面を裁判所のみ提出する場合もあり得る。この場合、東京家裁では、当該書面に非開示申出書を添付して同申出書に非開示を希望する理由を記載していただく扱いとしている。しかし、この場合であっても、当該書面を裁判所が事実の調査の対象とする場合には、裁判所としては、当該書面を非開示とすることが相当か否かにかかわらず、他方当事者に対する閲覧踏写請求の機会を確保する観点から、当該書面について事実の調査の通知を行うことになるため、資料説明書には、非開示申出書が添付された書面であっても、秘匿の趣旨を損なわない程度で書面の特定を求めている。もっとも、審判事件においては、家事法47条4項所定の事由がない限りは、当事者への閲覧踏写が許可されることになるため、担当裁判官において、同項所定の事由がなお存在しないと考える場合には、審判期日や期日外において当事者にその旨の心証を伝えた上、任意に資料を提出していただくよう促したり、当該書面に一部非開示とする部分が含まれる場合であっても、その部分を絞り込んでいただいた上、その余の部分はできるだけ他方当事者にも任意に開示していただく方向で調整したりして、閲覧踏写をめぐる無用な紛議を避けるよう配慮することもあ

62 小田正二「東京家裁における家事事件手続法の運用について—東京三弁護士会との意見交換の概要と成果を中心に—」判例タイムズ1396号34頁参照

る。

エ 子の陳述聴取

家事法152条2項は、家事審判法下における規律を維持し、子の監護に関する処分の審判（子の監護に要する費用の分担に関する処分の審判を除く。）の子に与える影響の重大性にかんがみ、当該審判をする場合には、家事法68条の規定により当事者の陳述を聴くほか、15歳以上の子の陳述を聴かなければならないと規定している。もっとも、15歳未満の子であっても、家庭裁判所は、適切な方法により子の意思の把握に努め、子の年齢及び発達の程度に応じてその意思を考慮する必要があるとされる（家事法65条参照）。

具体的な子の陳述聴取や意思把握の方法としては、裁判官の審問のほか、家裁調査官による調査、陳述書の受領、書面照会等の方法が考え得るが、子の年齢や事案の性質等に応じ、適切な方法で子の意思を把握することが求められ、家裁調査官の調査の活用が期待される。家裁調査官の調査の概要については、次のオで述べる。

オ 家裁調査官の活用

先に述べたとおり、子の監護者指定・引渡事件では、子の従前の監護状況や実績に加え、現在の監護状況や子の意思等を把握しながら、子の福祉の観点から父母のいずれを監護者とするのが相当かを見極めることになるが、その見極めのためには、家裁調査官による行動科学の知見を活用した事実の調査（家事法58条）が有用である。そこで、審判手続における家裁調査官の関与の概要を、手続の流れに従って簡単に説明する。

ア) 手続選別等

家裁調査官は、審判事件においても、申立書や添付資料等から、家裁調査官の関与や付調停の要否のほか、審判前の保全処分についての同時審理の有無等を含む審判手続の進行に関する意見を述べる（手続選別ということが多い。なお、調停手続における手続選別については、本多論文（本書48頁）を参照されたい。）。例えば、審判前の保全処分が併せて申し立てられている事案で

は、先に述べたとおり、本案の審判期日と審判前の保全処分における審判期日を同時に並行して進めることが通常であるが、申立時の情報から虐待やネグレクト等の蓋然性が認められるような事案では、家裁調査官による手続選別等をも参考にしながら、審判前の保全処分の審理を先行させることもある。

イ) 審判期日立会い

先に述べたとおり、実際の審判手続では、裁判官は、当事者双方から提出された主張書面や証拠資料を踏まえて、子の従前及び現在の監護状況のほか、紛争や別居に至った経緯を把握し、必要に応じて審問において争点整理をし、その上で、今後の審理方針をも念頭に置きながら、家裁調査官による事実の調査の要否やその内容を明確にしていくことになる。そして、事実の調査が想定される事案においては、家裁調査官も審判期日に立ち会い、当事者双方から提出された主張書面や証拠資料、あるいは、裁判官による審問等で明らかにされる当事者からの陳述内容等も聴取した上で、裁判官に対し、家裁調査官による調査の要否、調査命令の内容等を判断するに当たっての意見を述べる（命令補佐）（家事法59条1項、2項⁶³）。そして、裁判官・書記官と家裁調査官との間で、上記意見を踏まえて、調査命令の趣旨や調査事項を特定し、その上で、調査対象、調査方法、調査期間等についての協議を経て、調査命令が発令される。

なお、審判期日において調査命令が発令される場合には、裁判官によって

63 家事審判法下においても、家事審判規則7条の4に同様の規定があったが、家裁調査官の審判手続期日への立会いは、当事者や子の言動の観察を通じた事件の問題点の把握や解決方法の見極め等、裁判官にない専門的知見を活用して行われるものであることや、その結果は審判事件の解決方針に資するものであること等を考慮して法律事項として規定することが相当であるとされ、家事法59条において規定化されたものである（金子修編著「逐条解説家事事件手続法」以下「逐条解説」という。）203、204頁参照。

当事者双方に対して発令趣旨等の説明がされ、その後、家裁調査官からも、当事者に対して、調査の趣旨（裁判官の補足）、調査計画等について説明が行われることが通常である。

(ウ) 行動科学の知見を活用した事実の調査

子の監護者指定・引渡事件の場合の調査事項としては、「子の監護状況」、「子の意向（心情）」、「親子交流場面の観察」等が一般的であり、調査命令はこれらを組み合わせて発令されることもある。

「子の監護状況」調査においては、家裁調査官が、監護親（同居親）による子の監護の実情、監護親の下での子の生活状況や心身の状態、監護親と子との関係、さらには、非監護親（別居親）と子との関係や交流状況等を調査し、現在の子の監護状況が子の福祉に合致するものかどうか、監護環境上の問題がないかどうか等を評価する。事案によっては、非監護親が予定している監護態勢が調査事項に含められることもある。また、「子の意向（心情）」調査においては、子が両親の紛争をどのように受け止め、両親に対してどのような心情を抱き、今後の生活についてどのような希望を抱いているか等を子の年齢や発達の程度等に応じた方法で把握することが目的になる。「親子交流場面の観察」調査では、家庭裁判所内に設けられている児童用の調査室（東京家裁では「児童室」という名称が付けられている。以下「児童室」という。）等において、監護親と子、非監護親と子との交流場面を各々観察し、それぞれの親の子に対する態度や接し方、子の親に対する態度や接し方等から、それぞれの関係性を評価することが目的となる。

家裁調査官は、こうした調査を行う際には、必要に応じて、監護親、非監護親、子との面接調査のみならず、家庭訪問による環境調査や、事案によっては、監護補助者（祖父母等）や関係機関（保育園、幼稚園、小学校、児童相談所など）等の周辺関係者の調査も行って、より客観的な情報の収集に努めている。また、家裁調査官の調査によって子の意思や状況を把握するに当たっては、家裁調査官がその専門的知見を活用して、子の言語的な表現のみならず、

非言語的な表現や子が置かれている状況等について、子の年齢や発達状況といった視点を踏まえて分析し、評価することになる。

(ニ) 調査結果の報告

家事法58条3項は、家裁調査官は、事実の調査の結果を書面又は口頭で家庭裁判所に報告するものと規定するが、家裁調査官による調査結果は調査報告書という形で提出され、裁判官が事実の調査をした後、審判期日前に書記官から当事者双方に対して事実の調査がされた旨を通知し、当事者双方が調査報告書を閲覧謄写の上、審判手続に臨むことが通常である。なお、この場合、調査報告書の記載の一部に、閲覧謄写により、事件の関係人である未成年者の利益を害するおそれがある（例えば、子による父母の選好が記載されており、父又は母が閲覧すると父子関係又は母子関係に影響を与え、ひいては子の利益に悪影響を及ぼすおそれがある場合等が考えられる。）、当事者又は第三者の私生活又は業務の平穩を害するおそれがある（例えば、当事者がDVを理由に別居し、他方当事者から身を隠している事案において、子の通う幼稚園名等が記載され、住所等を推知させるおそれがある場合等が考えられる。）など家事法47条4項所定の事由に該当する情報が含まれる場合には、当該情報部分については閲覧謄写を不許可とすることもある。

(2) 審判前の保全処分 of 審理遂行の概要

家事法157条1項3号は、家庭裁判所は、子の監護に関する処分についての審判又は調停の申立てがあった場合において、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ときは、当該申立てをした者の申立てにより、当該事項についての審判を本案とする仮差押え、仮処分その他の必要な保全処分を命ずることができると規定している。審判前の保全処分に対しては、即時抗告ができるが（家事法110条）、当然には執行停止の効力はなく、裁量的に執行停止の裁判がされる余地があるだけである（家事法111条1項）。なお、審判前の保全処分の執行は、債権者（審判における申立人）に審判書が送達されてから2週間を経過するとできなく

なる（家事法109条3項において準用する民事保全法43条2項）。

ところで、前述のとおり、家事法下では本案係属要件が緩和され、子の監護に関する処分についての審判事件のみならず、調停事件の申立てがあった場合においても、審判前の保全処分を命ずることができるようになった（家事法157条1項3号）。これは、事案によっては、一時的には保全処分を求めつつも、最終的な本案の解決は可能な限り話し合いによりたいとする当事者の一定のニーズに対しても柔軟に 대응できることなどが考慮されて制度設計がされたものである⁶⁴。そして、調停事件と併せて申し立てられた審判前の保全処分事件における審理や保全処分審理後の調停手続については、このような立法趣旨にかんがみ、手続の各過程において、調停申立ての経緯や当事者の意向等に十分配慮しながら遂行していく必要があると思われる、今後、この種の事案の手続遂行の在り方については、事例の集積を待った上での改めての分析が必要であると思われる。もっとも、本稿では、家事法施行後も、審判前の保全処分の圧倒的多数が審判事件と併せて申し立てられるものであるという現状にかんがみ、以下では審判事件と併せて申し立てられた事件類型を想定した上で、審判前の保全処分についての審理の概要を述べることにする。

ア 仮の地位を定める仮処分をする場合の必要的陳述聴取

家事審判法下では、仮の地位を定める仮処分のための必要的陳述聴取について、原則として債務者（審判における相手方）が立ち会うことができる審尋の期日を経ることが要件とされていた（家事審判法15条の3第7項において準用する民事保全法23条4項）が、家事法107条は、「審判を受ける者となるべき者の陳述を聴かなければ、することができない。」と規定し、陳述聴取の方法についての限定を取り除き、事案に応じて書面等によることもできるようになった。

子の監護者指定・引渡しに係る審判前の保全処分事件では、実務上、申立

ての趣旨を子の仮の引渡しや子の監護者の仮の指定とするものが多くみられ、このような申立ては仮の地位を定める仮処分に該当するといえるが、東京家裁では、当事者双方の主張反論の充実という観点から、家事審判法下と同様に、審判前の保全処分事件において債務者が立ち会うことができる審判期日を指定し、これと併せて本案の審判期日を指定していることが一般的に多いと思われる。もっとも、陳述を聴く手続を経ることにより保全処分の目的を達することができない事情があるときなどにおいては、この限りではなく、保全処分のみを先行させ、又は陳述聴取の機会を経ることなく保全処分を発令することもあり得るが（家事法107条ただし書参照）、このような審理を行う事案はさほど多くないというのが現場の感覚である。

また、審判前の保全処分については、申立書の写しの相手方への送付を定める家事法67条1項の準用はなく、家事法上、申立書の写しの送付は想定されていない。また、家事法108条は、保全処分の密行性⁶⁵の見地から、審判前の保全処分の事件における審判を受ける者となるべき者に対し、当該事件に係属したことを通知し、又は審判前の保全処分を告知するまでは、飽くまでも、相当と認めるときに限り、記録の閲覧謄写を認めるものとしている。もっとも、実際の審理では、個別事案によるが、迅速かつ充実した主張反論を確保する観点から、期日呼出しをする場合に申立書及び疎明資料の各写しを送付することがむしろ通常であり、申立時に、相手方の数と同数の申立書及び疎明資料の各写しが提出されることも少なくない。

イ 保全処分を求める事由の疎明

申立人は、保全処分を求める事由を疎明しなければならず（家事法106条2項）、この枠組みは家事審判法下と同様に維持されている。そして、「保全処分を求める事由」としては、家事審判法下では、次のとおり、本案認容の蓋然性と保全の必要性の両方であると解されており、この解釈は家事法においても同様であるとの前提で運用されている。

(ア) 本案認容の蓋然性

64 逐条解説342頁参照

本案においては、一定の請求権の客観的内容の存否が審理の対象となるのではなく、本案に関する権利義務関係の形成の当否及びその内容が審理の対象となることから、審判前の保全処分の要件としても、本案の審判において一定の具体的な権利義務関係の形成がなされることについての蓋然性が必要とされる。

そして、子の監護者指定・引渡しの事案の実情という観点からこれを見ると、心証の程度は疎明で足りる（家事法106条2項）とはいえ、数次の裁判において異なった判断がされる都度子の引渡しの強制執行が⁶⁵と⁶⁶されると、子に対して著しく大きな精神的緊張と精神的苦痛を与えることになり、このこと自体が子の福祉に反することになるとの配慮から、本案と審判前の保全処分とで結論が実質的には異なることのないようにされる傾向にある。そのため、後記(イ)の保全の必要性の箇所でも述べておき、例えば、子に対する虐待やネ

65 従前の実務においては、間接強制のみを認める運用がなされていたが、直接強制をおよそ否定することは自力救済を誘発する危険を招きかねないことや、子の人格への配慮は、直接強制の可否の問題としてではなく、子の人格に配慮した妥当な執行方法による実現が可能であること等の指摘がなされるようになり、子の引渡しの審判の実効性を確保する観点から、現在の実務は、直接強制が可能であることを前提として、債務者と子との関係が、動産の所持者の占有関係と類似の物理的・心理的支配関係にある場合にのみ直接強制を認め、子の意思能力の有無によって個別に直接強制の可否を判断している（遠藤真澄「子の引渡しと直接強制—主に家裁の審判、保全処分と直接強制の在り方について—」家月60巻11号1頁参照）。

66 平成26年4月1日に施行された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（平成25年法律第48号）には、執行時における子の福祉に配慮した種々の規定が設けられ（140条1項柱書、3項、5項等参照）、国内の子の引渡執行事案でもこれらの規定を参考にした運用が検討されることも考えられるが、いずれにせよ、強制執行が子の負担になり得るとの本質が変わるものではないであろう。

グレクト等が認められる場合や、別居後にその一方の親の下で監護されていた未成年者を他方の親が実力を行使して連れ去るような場合など、本案認容の蓋然性が比較的容易に認められやすい事情があればともかく、本案における権利義務関係の形成の状況を一応見極められる段階まで、かなりの実質的審理を必要とする場合も少なくないのが実情である。

(イ) 保全の必要性

家事法157条1項3号は、保全の必要性について、「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とき」と規定している。つまり、家事法は、本案認容の蓋然性が認められるだけでは審判前の保全処分の発令要件としては足りず、さらに、保全の必要性が必要であるとしている。そして、この場合、本案認容の蓋然性でも述べたとおり、子の監護者指定・引渡しの事案では、子の福祉の観点から、できる限り数次の強制執行を避けることへの配慮も必要であり、この観点からも必要性の充足性が判断されるべきことになる。⁶⁷

例えば、子に対する虐待やネグレクト等、子の生活に対して危険が伴う父

67 このような観点から、保全の必要性について「審判前の保全処分として子の引渡しを命ずる場合には、監護者が子を監護するに至った原因が強制的な奪取又はそれに準じたものであるかどうか、虐待の防止等の子の福祉のために子の引渡しを命じることが必要であるかどうか、本案の審判の確定を待つことによって子の福祉に反する事態を招くおそれがあるといえるかどうかについて審理し、これらの事情と子をめぐりその他の事情とを総合的に検討した上で、審判前の保全処分により子について引渡しの強制執行がされてもやむを得ないと考えられるような必要性があることを要するものというべきである。」とし、この要件を満たさない審判前の保全処分を取り消した裁判例（東京高裁平成24年10月18日決定・判例タイムズ1383号327頁）がある。その他に、保全の必要性について判断した裁判例として、東京高裁平成15年1月20日決定・家月55巻6号122頁がある。

母の態度が認められたり、父母の監護に起因して子が情緒不安を起こしたりしているような場合、あるいは、別居後にその一方の親の下で監護されていた未成年者を他方の親が実力を行使して連れ去るような場合など、監護開始の悪質性が顕著な事案などは、保全の必要性が認められやすい傾向があるといえよう。

もっとも、実情をみると、既に争点整理の段階において、あるいは、家裁調査官による調査を経た段階において、保全の必要性がないことが明らかになる事案も多く、裁判官による心証開示を経て申立てが取り下げられる事案も少なくない。そして、このような審理の実情が、少なからず、冒頭に述べた仮処分における認容率の低さや取下げ率の高さと関係しているのではない

68 例えば、別居中の夫婦間において、非監護親である母が、代理人に交渉を任せていた面会交流が実現しないとして、当該代理人等に相談することなく子の通う保育園内に無断で侵入し、園内で遊んでいた子を連れ出したため、監護親である父が、当該母に対し、速やかに子の監護者指定・引渡しを本案とする審判前の保全処分を申し立てた事案において、東京高裁平成20年12月18日決定・家月61巻7号59頁は、「従前監護していた親権者による監護の下に戻すと未成年者の健康が著しく損なわれたり、必要な養育監護が施されなかったりするなど、未成年者の福祉に反し、親権行使の態様として容認することができない状態となることが見込まれる特段の事情がない限り、その申立てを認め、しかる後に監護者の指定等の本案の審判において、いずれの親が未成年者を監護することがその福祉にかなりかを判断することとするのが相当である」とした上、上記事案では特段の事情は認められないとして、当該母に対し、子の仮の引渡しを命じた。上記決定は、上記説示に際して、当該事案における連れ去りの違法性を注釈3で触れた人身保護請求に係る最高裁平成11年4月26日判決と比較しても顕著であるとした上、「申立ての根拠とする法令の選択によって裁判規範が著しく異なることとなれば、結局、人身保護請求に先んじて審判前の保全処分が活用されるべきであるとする最高裁判例の趣旨が没却され」としており、その考え方は保全の必要性の分水嶺を考える上で参考になると思われる。

かと推察される。

なお、保全の必要性の判断に際しても、家裁調査官による子の監護状況の調査の活用が考えられるが、ここでの調査は、飽くまでも、保全の必要性という見地から、子に対する虐待やネグレクトがないか、子が情緒不安を起こしていないか、といった観点からの調査であり、調査の具体的な内容は、本案における子の監護状況調査とは相違するであろう。

ウ 子の陳述聴取

家事法157条2項は、子の監護に関する処分について、仮の地位を定める仮処分（子の監護に要する費用の分担に関する仮処分を除く。）を命ずる場合には、当該仮処分が一般に子に重大な影響を与えるものであることにかんがみ、原則として15歳以上の子の陳述を聴かなければならないと規定している。

具体的な陳述聴取の方法については、基本的に前記2(1)エで述べたのと同様である。

(3) 審理の実情

以上、審判事件（本案）と審判前の保全処分それぞれの審理遂行の概要について述べてきたが、両者が申し立てられる場合においては、裁判所としては、審判前の保全処分の認容の可能性を見極めながら、本案と審判前の保全処分のいずれに軸足を置いた審理を行うか、家裁調査官の事実の調査を、限定的にであっても、とりあえず審判前の保全処分の帰趨を迅速に判断するための調査とするか、むしろ、本案の帰趨をも見据えた上での幅広い調査とするか、あるいは、連れ去りの違法性が顕著な事案であるなど、敢えて家裁調査官の調査を行うまでもなく速やかに審判前の保全処分を発令すべきと見極めるか等について、当事者双方の意向を踏まえつつ、審理方針の策定を行っているのが実情である。そして、審判前の保全処分をいち早く発令し、子の救済を図るべき事案においては、前述した子の引渡しを命じる審判前の保全処分の執行期間（家事法109条3項において準用する民事保全法43条2項）をも

勘案し、審判前の保全処分を出すタイミングや送達方法を、個別の事案の事情を踏まえつつ慎重に吟味しながら、発令を行っている⁶⁹。

もっとも、審理を進める中で、裁判所が子の引渡しに相当であるとの心証を得た場合であっても、子が強制執行手続にさらされること自体が子に対して大きな精神的緊張と精神的苦痛を与えることは否定できないのであり、事案によっては、ひとまず、裁判所から、当事者に対して、任意の引渡しのための説得をし、実際に任意の引渡しを実現されることも少なくない。そして、先に述べたとおり、このような裁判所による働き掛けを契機とする任意の子の引渡しの実現もまた、冒頭で述べた審判前の保全処分の認容率の低さや取下げ率の高さと関係していることが推察されるといい得る。しかし、いずれにせよ、この場合、子の任意の引渡しだけで当事者双方の紛争が抜本的に解決されるものではなく、むしろ、子を任意で引き渡した親と子との面会交流等によるその後の関係構築の在り方は、検討課題として残る。同様に、保全の必要性や本案を認容することが困難と考えられる事案であっても、なお、監護者と指定されない者と子との面会交流の在り方等を調整すべき事案も少なくない。

また、審理を進めてみると、当事者双方の紛争の真の实质は、離婚までの当面の監護権の帰属を決めるということよりも、夫婦の離婚問題そのものや親権の帰属、あるいは、面会交流の具体的な取決め⁷⁰の在り方ではないかと思われる事案も少なくなく、むしろ、調停手続の中で、家裁調査官をも関与させ、じっくりと話し合いによる解決を図ることこそが紛争の抜本的な解決に資すると思われる事案に直面することもある。そして、実際のところ、裁判

69 申立人に手続代理人がついている場合には、執行期間との関係のほか、保全の密行性から、実効性のある執行を行うために、手続代理人において、事前に東京地方裁判所民事第21部代替執行係（霞が関庁舎・民事第9部内）に相談に行くこともあるようである。

官による一定の心証開示をも踏まえた上、事件が調停に付される事案も少なくないのであり、むしろ、事後的にみれば、申立て当初から、調停手続を選択することも選択肢の一つとして十分あり得たのではないかと感じられる事案を経験することもある。

要するに、子の監護者指定・引渡事件においても、調停手続の有用性は他の事件といささかも変わることはないのである。そこで、次項では、子の監護者指定・引渡しに係る調停事件の進行について簡単に触れることにする。

第4 調停事件の進行の概要

1 子の監護者指定・引渡調停事件の特徴

子の監護者指定・引渡調停事件では、別居や子の連れ去りの事実経緯等をめぐり感情的な対立が激しい事案が少なくない。その上、子の監護者指定や子の引渡しだけが調停手続における話し合いのテーマになることはむしろ少なく、例えば、夫婦関係調整調停事件が進められる中で親権が争点として顕在化した際に、子の監護者指定・引渡調停事件が併せて申し立てられたり、さらには面会交流調停事件が申し立てられたりする場合も多い。また、非親権者又は非監護者である親が子を監護している場合に、親権者又は監護者から子の引渡調停事件が申し立てられるのに対し、非親権者又は非監護者からはその対抗手段として親権者変更や監護者変更等の調停事件が申し立てられるなど、要するに、子の監護者指定・引渡調停事件では、同時に関連事件が係属することもあり、これらの関連事件との一括解決に向けた話し合いが課題になることも少なくない。そのため、調停委員会としては、複雑に絡み合った対立点を当事者双方の感情面にも配慮しながら整理し、どの論点に力点を置くか、どの論点から調整を図っていくか、柔軟に進行方針を策定しつつ、合意形成に向けた取組を行うことになる。

いずれにせよ、この種の調停事件の進行に際して、まず、第一に念頭に置かれるべきはやはり子の福祉であり、裁判官を主宰者とする調停委員会とし

ても、前記第2で述べた子の監護者指定(引渡し)の考慮要素を踏まえつつ、従前の監護状況、別居に至った経緯、現在の監護状況等について、客観的証拠資料をもとに事実関係を把握し、さらに、子の年齢及び発達の程度に応じてその意思を把握した上、両当事者が協力して子の監護養育を続けていく態勢を構築していけるよう、心理的調整等を図りながら、当事者双方の紛争解決意欲を高め、妥当な解決を目指すことになる。

2 主張書面・証拠資料等の取扱いと閲覧謄写の実際

東京家裁における家事調停に関する定型書式の活用、情報共有の在り方(主張書面・証拠資料等の提出方法、閲覧謄写の規律とその取扱い等)等、調停事件の進行の概要については、既に本多論文(本書32頁以下)で述べられているとおりである。

東京家裁では、子の監護者指定・引渡調停事件については、婚姻費用分担や養育費等と比較すると件数が少ないこともあり、同事件についての申立書や事情説明書、答弁書の書式を独自に作成することはしていないが、手続の流れのほか、申立書の写しの送付(家事法256条1項本文)、書類提出のルール(開示等も含む)、第1回調停期日までに提出すべき資料(申立書、答弁書、連絡先届出書、進行照会回答書等)について説明した手続説明書面を作成し、調停手続の進め方について、当事者にわかりやすい説明を心掛けている。

なお、子の監護者指定・引渡事件では、別居や子の連れ去りの事実経緯等をめぐり感情的な対立が激しい事案が少なくなく、そのような事案において、当事者の陳述書等すべての提出書類を調停段階から明るみにすることが、当事者の感情的な対立を深め、円滑な調停の進行を妨げ、結果的に子の福祉を損なうおそれもある。そこで、養育費等の経済事件とは異なり、調停段階においては、申立書以外の資料については、相手方交付用の写しの提出を求めている。

3 家裁調査官の活用

子の監護者指定・引渡調停事件における家裁調査官の活用については、夫婦関係調整(離婚)調停を中心に家事調停の一般的な審理について整理した本多論文(本書52頁以下)と基本的には同じであるが、以下では、子の監護者指定・引渡調停事件の特徴に触れながら、その概要について述べる。

(1) 調停期日立会い

子の監護者指定・引渡調停事件では、当事者双方において、別居や子の連れ去り等に至る経緯をめぐり感情的な対立が激しい事案が少なくない。また、子の監護状況等に係る事実の調査が調停手続の早期の段階から想定されることも少なくない。そのため、子の監護者指定・引渡調停事件では、家裁調査官が調停手続の早期の段階から期日に立ち会い、専門的見地から当事者に助言や働き掛けを行い当事者の紛争解決意欲を引き出して、その主体的な関与を促したり、期日間の調査(事実の調査)の必要性について調停委員会に意見を述べたりするなどして、調停の進行を補佐する途が選択されることも少なくないといえる。

(2) 事実の調査、調整

家裁調査官は、調停委員会において家裁調査官による事実の調査が必要であると判断される場合には、裁判官の命令により、調停の期日間に事実の調査を行うことになる(家事法261条1項、2項)。

調停手続における家裁調査官の調査についても、調査事項、調査対象、調査方法等は基本的に審判手続における場合と同様である。もっとも、審判手続における家裁調査官の調査が監護者指定に係る裁判官の判断に資するため調査であるのに対し、調停段階においては、どちらかという、当事者双方の紛争解決意欲を高め、合意の形成をより指向することに向けられた調査であるところに相違があるといえる(ただし、調停不成立により審判に移行した場合には、その調査結果が審判のための判断資料として扱われる可能性が高いことはいうまでもない)。

そのため、調停段階においては、事実の調査を行う過程の中で、併せて子

の福祉に目を向けた解決策を検討できるよう当事者（父母）に働き掛けるといふ調整活動が行われることもある。そして、この調整活動を行う際には、例えば、最高裁判所作成のDVD⁷⁰を当事者に視聴していただいたり、面会交流の実現による最終的な合意形成の可能性のある事案において、面会交流実施の可否を検討するに当たり、家庭裁判所内に設けられている児童室等を使用した「試行的面会交流」⁷¹の実施が試みられたりすることもある。

4 調停事件の終了

子の監護者指定・引渡しについて、調停委員会による働き掛けや家裁調査官の調査結果等を踏まえ、当事者間において合意が成立した場合には、その内容を確認し、調停成立により事件は終了する（家事法268条1項）。調停手続において、一方の親と子との面会交流に関する取決めをすることで子の監護者指定・引渡しについても円満な解決を図ることができる場合もあり、その場合は、面会交流等も含めた調停が成立することもある。

一方、当事者間において合意が成立する見込みがないと判断される場合には、調停不成立として審判手続に移行することが一般的である（家事法272条1項、4項）。なお、家事法下においては、別表第二に掲げる事項についての調停事件についても調停に代わる審判をすることが可能となり（家事法284条）、子の監護者指定・引渡調停事件においても、子の監護者指定・引渡し及び面会交流を行うことに合意ができていたが、面会交流の具体的条件の細部について合意に至らない場合などに活用されることが考えられる。

70 最高裁判所のウェブサイト（http://www.courts.go.jp/video/kodomo_video/index.html）にも、同内容の動画が配信されている（最高裁判所「離婚をめぐる争いから子どもを守るために」）。

71 試行的面会交流については、水野・中野論文を参照されたい。

第5 まとめ

以上、子の監護者指定・引渡事件における審判事件・調停事件及び審判前の保全処分の審理の実情について概観した。

一口に子の監護者指定・引渡事件といっても、その紛争の実相や当事者の心理的葛藤の程度、あるいは、当事者の紛争解決に向けたニーズは、個々の事案ごとに様々であり、結局は、手続代理人や裁判官が、前述した各々の手続の特性や利点等を踏まえて、その効果的かつ適切な使い分けを行っていくことがまずもって肝要である。

もっとも、いずれの手続が選択される場合であっても、一番に配慮されるべきは子の福祉の実現である。子の監護者指定・引渡事件では、裁判官、手続代理人、家裁調査官及び書記官、さらには、調停委員が、まさに、それぞれ各々の役割を見定め、子の福祉の実現に向けて一丸となって連携を図りながら、審理・調停の充実を図ることが望まれるのである。

【参考文献】

- 1 斎藤秀夫ほか編「注解家事審判法（改訂）」青林書院
- 2 斎藤秀夫ほか編「注解家事審判規則〔特別家事審判規則〕（改訂）」青林書院
- 3 金子修編著「一問一答家事事件手続法」商事法務
- 4 金子修編著「逐条解説家事事件手続法」商事法務
- 5 阿部徹・島津一郎編「新版注釈民法（22）・親族（2）」有斐閣
- 6 梶村太市ほか「子の引渡し保全処分事件の処理をめぐる諸問題」家月47巻7号1頁
- 7 遠藤真澄「子の引渡しと直接強制—主に家裁の審判、保全処分と直接強制の在り方について—」家月60巻11号1頁
- 8 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」

※ 本稿中、家裁調査官の事務に関しては、椎野肇東京家裁次席調査官から家裁調査官の中核的役割と調査事務の実情等を踏まえた貴重な意見を頂いた(244頁のオ及び256頁の3)。

- て」家月63巻9号1頁
- 9 安倍嘉人・西岡清一郎監修「子どものための法律と実務」日本加除出版
 - 10 瀬木比呂志「子の監護紛争と家事保全・人身保護請求」新家族法実務大系第2巻351頁
 - 11 若林昌子「親権者・監護者の判断基準と子の意見表明権」新家族法実務大系第2巻383頁
 - 12 小田正二「子の監護紛争における裁判所内外の専門家の役割」新家族法実務大系第2巻368頁
 - 13 松村徹「子の監護に関する処分事件の制度およびこれに関連する裁判例」判例タイムズ1376号29頁
 - 14 吉村真幸「子の引渡しと人身保護請求」判例タイムズ1100号176頁
 - 15 中山直子「別居中の夫婦間の子の引渡請求」判例タイムズ1100号172頁
 - 16 中山直子「第三者に対する子の引渡請求」判例タイムズ1100号180頁
 - 17 中山直子「子の引渡しの判断基準」判例タイムズ1100号182頁
 - 18 林賢一「子の奪い合いをめぐる紛争事件における家庭裁判所調査官の役割」判例タイムズ1100号184頁
 - 19 山崎恒「子の引渡しの強制執行—直接強制の可否」判例タイムズ1100号186頁
 - 20 小田正二「東京家裁における家事事件手続法の運用について—東京三弁護士会との意見交換の概要と成果を中心に—」判例タイムズ1396号25頁

石垣 智子 裁判所職員総合研修所教官(前東京家庭裁判所判事)
重高 啓 神戸地方家庭裁判所洲本支部判事補(前東京家庭裁判所判事補)

判例索引

● 高等裁判所 ●

東京高裁昭和38年9月3日決定・家月16巻1号98頁	350
東京高裁平成15年1月20日決定・家月55巻6号122頁	251
東京高裁平成15年3月12日決定・家月55巻8号54頁	239
大阪高裁平成15年3月27日決定・家月55巻11号116頁	353
名古屋高裁平成18年5月31日決定・家月59巻2号134頁	112
広島高裁平成19年1月22日決定・家月59巻8号39頁	234
東京高裁平成20年12月18日決定・家月61巻7号59頁	252
東京高裁平成23年5月9日決定・家月63巻11号60頁	355
大阪高裁平成24年9月6日決定・家月65巻5号84頁	305
東京高裁平成24年10月18日決定・判例タイムズ1383号327頁	251
東京高裁平成25年6月25日決定・判例タイムズ1392号218頁	297

● 家庭裁判所 ●

東京家裁昭和47年3月22日審判・家月25巻4号46頁	299
和歌山家裁平成16年11月30日審判・家月58巻6号57頁	354
釧路家裁北見支部平成17年1月26日審判・家月58巻1号105頁	354
福島家裁平成19年10月31日審判・家月61巻4号101頁	354
京都家裁平成20年2月28日審判・家月61巻4号105頁	355
東京家裁平成20年7月31日審判・家月61巻2号257頁	90
神戸家裁伊丹支部平成20年10月17日審判・家月61巻4号108頁	355
東京家裁平成22年5月25日審判・家月62巻12号87頁	234

本文中等書籍の略語として、家月、集民、民集とあるのは以下の略である。
家月…家庭裁判月報
集民…最高裁判所裁判集民事
民集…最高裁判所民事判例集

家事事件・人事訴訟事件の実務
～家事事件手続法の趣旨を踏まえて～ 書籍番号302705

平成27年6月30日 第1版第1刷発行
平成29年2月10日 第1版第4刷発行

編 集 東京家事事件研究会
発行人 平 田 豊

発行所 一般財団法人 法 曹 会

〒100-0013 東京都千代田区霞が関1-1-1
振替口座 00120-0-15670
電 話 03-3581-2146
<http://www.hosokai.or.jp/>

落丁・乱丁はお取替えいたします。 印刷製本/大日本法令印刷

・ ISBN 978-4-908108-27-3

(第一類 第三号)

衆議院 法務委員会 議 録 第 十 二 号

(一一〇)

令和元年十一月二十七日(水曜日)

午後一時開議

出席委員

委員長 松島みどり君

理事 伊藤 忠彦君 理事 越智 隆雄君

理事 鬼木 誠君 理事 田所 嘉徳君

理事 葉梨 康弘君 理事 稲富 修二君

理事 山尾志桜里君 理事 濱地 雅一君

井野 俊郎君 大岡 敏孝君

奥野 信亮君 門山 宏哲君

神谷 昇君 神田 裕君

木村 次郎君 黄川田仁志君

国光あやの君 小林 茂樹君

杉田 水脈君 高木 啓君

出畑 実君 富樫 博之君

中曾根康隆君 百武 公親君

福山 守君 藤井比早之君

古川 康君 宮崎 政久君

宮路 拓馬君 山下 貴司君

吉川 越君 逢坂 誠二君

落合 貴之君 神谷 裕君

高木錬太郎君 初鹿 明博君

日吉 雄大君 松田 功君

松平 浩一君 山川百合子君

藤野 保史君 串田 誠一君

法務大臣 森 まさこ君

法務副大臣 義家 弘介君

法務大臣政務官 宮崎 政久君

最高裁判所事務総局人事局長 堀田 眞哉君

最高裁判所事務総局家庭局長 手嶋あさみ君

政府参考人 大塚 幸寛君

(内閣府大臣官房長)

政府参考人 池永 肇恵君
(内閣府男女共同参画局長)
政府参考人 太刀川浩一君
(警察庁長官官房審議官)
政府参考人 油布 志行君
(金融庁総合政策局審議官)
政府参考人 西山 卓爾君
(法務省大臣官房政策立案 総括審議官)
政府参考人 小出 邦夫君
(法務省民事局長)
政府参考人 小山 太土君
(法務省刑事局長)
政府参考人 今福 章二君
(法務省保護局長)
政府参考人 菊池 浩君
(法務省人権擁護局長)
政府参考人 高嶋 智光君
(出入国在留管理庁次長)
政府参考人 山中 修君
(外務省大臣官房参事官)
法務委員会専門員 藤井 宏治君

委員の異動
十一月二十七日
井野 俊郎君 補欠選任 百武 公親君
門山 宏哲君 富樫 博之君
古川 康君 神谷 昇君
山下 貴司君 福山 守君
和田 義明君 杉田 水脈君
松田 功君 初鹿 明博君
同日 神谷 昇君 補欠選任 宮路 拓馬君
杉田 水脈君 木村 次郎君
富樫 博之君 門山 宏哲君
百武 公親君 井野 俊郎君

福山 守君 大岡 敏孝君
初鹿 明博君 神谷 裕君
同日 大岡 敏孝君 補欠選任 山下 貴司君
木村 次郎君 和田 義明君
宮路 拓馬君 高木 啓君
神谷 裕君 松田 功君
同日 補欠選任 古川 康君
高木 啓君

十一月二十六日
外国弁護士による法律事務の取扱いに関する特別措置法の一部を改正する法律案(内閣提出第一二二号)
は本委員会に付託された。
本日の会議に付した案件
政府参考人出頭要求に関する件
外国弁護士による法律事務の取扱いに関する特別措置法の一部を改正する法律案(内閣提出第一二二号)
裁判所の司法行政、法務行政及び検察行政、国内治安、人権擁護に関する件

案総括審議官西山卓爾さん、法務省民事局長小出邦夫さん、法務省刑事局長小山太土さん、法務省保護局長今福章二さん、法務省人権擁護局長菊池浩さん、出入国在留管理庁次長高嶋智光さん及び外務省大臣官房参事官山中修さんの出席を求め、説明を聴取したいと存じますが、御異議ありませんか。
〔異議なしと呼ぶ者あり〕
○松島委員長 御異議なしと認めます。よって、そのように決しました。

○松島委員長 次に、お諮りいたします。
本日、最高裁判所事務総局人事局長堀田眞哉さん及び家庭局長手嶋あさみさんから出席説明の要求がありますので、これを承認するに御異議ありませんか。
〔異議なしと呼ぶ者あり〕
○松島委員長 御異議なしと認めます。よって、そのように決しました。

○松島委員長 これより会議を開きます。
裁判所の司法行政、法務行政及び検察行政、国内治安、人権擁護に関する件について調査を進めます。
この際、お諮りいたします。
各件調査のため、本日、政府参考人として内閣府男女共同参画局長池永肇恵さん、金融庁総合政策局審議官油布志行さん、法務省大臣官房政策立案

○松島委員長 質疑の申出がありますので、順次これを許します。中曾根康隆さん。
○中曾根委員 自由民主党の中曾根康隆でございます。
本日は、質問の機会をいただきまして、ありがとうございます。
森まさこ大臣におかれましては、法治国家日本の法務行政のトップとしてリーダーシップを発揮されていること、心から敬意を表します。また、先日まで女性活躍推進本部長としてやらせていただいたこと、私も事務局としてやらせていただいたこと、ありがとうございます。今回、御自身が女性の大臣というところで内外に存在感を発揮されていること、心からうれしく思うところでございます。
前回のこの法務委員会の質疑において、私は、

なければいけないという義務を課せられ、そして、この権利条約には、しっかりと措置を講じなければならぬという規定もあります。だから、その規定が今この国には備わっているかどうかというのは、大臣、判断できると思っています、いかがでしょうか。

○森国務大臣 まず、一般論として申し上げますと、面会交流が適切な形で行われることは、子供の利益を図る観点から極めて重要であると思っております。

もつとも、共同養育の内容は多義的でありまして、どの程度の頻度で面会交流を行うのが子供の利益にかなうのかは、個別具体的な事案ごとに異なるものと考えられることとございますので、一概にお答えすることは困難であります。

○串田委員 毎回、個別という言い方をして答弁を避けるのはもうやめていただきたいんです。なぜなら、裁判所が先ほど、月一回というのが一番多いと答えました。ですから、大臣、月一回というのは共同養育として十分だというのが大臣の考えであるかどうかを確認したいと思っております。これは個別具体的にやらないんです。裁判所のたくさんの中の最大値なんです、月一回。

○森国務大臣 今申し上げましたとおり、共同養育の内容が多義的でございますので、一月月に一回の頻度で面会交流を行うことが共同養育と言えらるかどうかにしては、個別具体的な事案ごとに異なるものと考えられますので、一概にお答えすることは困難であります。

○串田委員 そうしますと、ことしの二月に国連の勧告が、この条約をしっかりと遵守するように、共同で養育をするようにというふうに我が国に対して勧告をしているという認識は、大臣、おありなんでしょうか。

○森国務大臣 委員御指摘のように、児童の権利委員会から本年二月に、父母による児童の共同養育を実現するため、離婚後の親子関係について定めた法令を改正するとともに、子供と離れた暮らししている親と子供との定期的な関係及び直接

の接触を維持することを確保すべきであるとの勧告があったことは御指摘のとおりでございます。我が国の親子法制については、法律面及び運用面のいずれについても、子供の利益の観点から必ずしも十分なものとなっていないと指摘もされているところであり、この勧告もこのような指摘を踏まえて行われたものと理解しております。

○串田委員 個別具体的に申し上げますと、今大臣が当事者になったらどうなるかとお話をしたんですが、もし大臣が当事者になったら配偶者に連れ去られた場合は、大臣が会えるのは月一回です、大概みんなそうなんです。それを大臣が納得するかという話です、個別具体的になんです、国会の議論で。月一回が家裁の数値なんです。

そして、この六十年誌にはこういう表現もあります。最高裁にお聞きをしたいんですが、「違法な連れ去りがあったとしても、現状を重視する実務のもとで、違法行為がまったく問題とされないどころか、違法に連れ去った者が親権者の決定において有利な立場に立つのが一般である」というようなことが日弁連の記念誌に書かれているんですけれども、裁判所としてはこのようなことを主張される意識はあるんでしょうか。

○手嶋最高裁判所長官代理者 お答え申し上げます。家庭裁判所におきまして親権者の指定をするに際しましては、子の利益を最も優先して考慮しているものと承知しております。

家庭裁判所において子の利益を考慮するに当たっては、父母の側の事情や子の側の事情を総合的に考慮してございまして、従前からの子の養育状況に加え、現在の監護状態がどのような態様で開始されたかといった事情についても適切に考慮しているものと承知しております。

いわゆる子の連れ去りや連れ戻しがされる事情はさまざまございまして、例えば、配偶者から家庭内暴力を受けていた親がやむにやまらず子を連れて別居するといった事案もあるものと認識し

ておりますが、他方で、一方の親が子を連れ去った際の態様が悪質である場合に、そのことをその親に不利な事情として考慮することもあるものと承知しております。

○串田委員 原則は、連れ去ったら違法だということ前提から始まらないと、世界は通用しないですよ。

この六十年記念誌には、「子の連れ去り天国であるとの国際的非難を受けている」となっています。大臣、こういう非難を受けているという認識はあるんでしょうか。

○森国務大臣 父母の一方が他方の配偶者に無断で子供を連れて家を出ていったために、子供と離れた暮らしすることになっている親がいること、そして、我が国におけるそのような現状についてさまざまな意見が国内外にあることを承知しております。

そして、委員が今、子の連れ去り天国であると言っていることについてお尋ねがございましたが、そのような声があることを承知しております。

○串田委員 今は北朝鮮まで、日本を拉致大国と言っているんです。これはアメリカ、ヨーロッパ、中国、韓国もそうですけれども、北朝鮮まで今、日本こそが拉致大国だ、拉致天国だ、こう言っているんです。ニュースにもなっているわけですか。

そういう中で、ハーグ条約に違反して子供を連れてきた場合には、国際指名手配になり、あるいは重罪になるわけですが、このような状況に国民を危険にさらしているというのが、法務省がしっかりと、子の連れ去りというのは原則は違法なんだよ、いけないんだ、裁判所も、子を連れ去るといふこと自体はいけないんだというようなことをしてこなかったがために、私は、国民をここまで危険にさらしているというふうに思っています。大臣はそういう認識はないでしょうか。

○森国務大臣 我が国においては、児童の権利委

員会から勧告を受け、真摯に受けとめていることを先ほど述べたところでございますが、民事執行法等を一部改正し、国内の子の引渡し及び国際的な子の返還の強制執行をより実効的なものとするために見直しが行われたほか、先ほど申し上げました、家族法研究会で現在も親子に関する諸課題について検討をしているところでございます。

○串田委員 ことしのG20の前にはワシントン・ポスト紙が大きく取り上げてございまして、トランプさんに安倍さんが、北朝鮮の拉致問題を何とかしてくれというようなことを紹介しながら、その最後の記事は、日本が先だろ、日本が子供を返すのが先だろ、こう書いてあるんです。

私はずっとブルーリボンをつけているし、拉致問題は日本の主権を脅かされているというふうに思っているんです。私には日本の最大の課題だと思っているんですが、こういうようなことで、法務省が、国連からも勧告を受け、去年も二十六カ国から抗議を受け、フランスやイタリアは国営放送ですとドキュメントが流されていく、こういう現状は、私は、この拉致問題に關しても、かなり法務省自身がネガティブな印象を与えてしまっているのではないかなというふうに思っています。

研究会が進むということを私も期待していますけれども、これが立法事実なんだということを、大臣自身が当事者になれば、連れ去るといふ事実行為だけで、月一回しか会えない。そして、大臣、月一回会えなかつたら強制執行できると言うけれども、間接強制しかできないんじゃないんですか、今のところ。そして、裁判所に言っている勧告といたつて、手紙や電話をするだけなんです。あとは何にもしてくれないんです。要するに、ずっと会えないので、何カ月も何年も会えない親がいっぱいいるわけですよ。そういう親がいる中で、私は、養育費を払う、金額を上げるということに反対じゃないです、子供の貧困のために、しかし、今のような、面会までできないような親

共同法人」を加える。

(特定B型肝炎ウイルス感染者給付金等の支給に関する特別措置法の一部改正)

第三十二条 特定B型肝炎ウイルス感染者給付金等の支給に関する特別措置法(平成二十三年法律第二百六号)の一部を次のように改正する。

第七条第一項中「又は弁護士若しくは弁護士法人」を「又は弁護士、弁護士法人若しくは弁護士・外国法事務弁護士共同法人」に改め、同条第二項中「又は弁護士法人」を「弁護士法人又は弁護士・外国法事務弁護士共同法人」に改め、同条第三項中「準用する」を「それぞれ準用する」に改める。

理由

法律事務の国際化、専門化及び複雑多様化に よ り 的確 に対 応 し、 渉 外 的 法 律 関 係 の 一 層 の 安 定 を 図 る 等 の た め、 外 国 法 事 務 弁 護 士 等 に よ る 国 際 仲 裁 事 件 及 び 国 際 調 停 事 件 の 手 続 に つ い て の 代 理 の 規 定 を 整 備 す る と 同 じ に、 外 国 法 事 務 弁 護 士 と な る た め の 職 務 経 験 要 件 を 緩 和 し、 あ わ せ て 弁 護 士 及 び 外 国 法 事 務 弁 護 士 が 社 員 と な り 法 律 事 務 を 行 う こ と を 目 的 と す る 法 人 の 設 立 を 可 能 と す る 等 の 措 置 を 講 ず る 必 要 が あ る。 こ れ が、 こ の 法 律 案 を 提 出 す る 理 由 で あ る。

子の監護者指定・引渡しをめぐる 最近の裁判例について

東京地方裁判所判事 山岸 秀彬

第1 はじめに

子の監護事件に関しては、民法等の一部を改正する法律（平成23年法律第61号）により、民法766条が改正され、「子の監護について必要な事項」として、面会及びその他の交流並びに子の監護に要する費用の分担が明記されるとともに、これらを定めるに当たっては、子の利益を最も優先して考慮しなければならない旨が定められた。子の監護について必要な事項を子の利益の観点から定めることは、改正前の民法においても理念とされていたと考えられるが、子の監護に関する事項は、離婚をする当事者間の利害の対立が大きいことなどから、改めてこの理念を明記したものとされている¹⁾。また、こうした子の福祉への配慮を手続上も担保するため、家事事件手続法65条は、「家庭裁判所は、親子、親権又は未成年後見に関する家事審判その他未成年者である子（未成年被後見人を含む。以下この条において同じ。）がその結果により影響を受ける家事審判の手続においては、子の陳述の聴取、家庭裁判所調査官による調査その他の適切な方法により、子の意思を把握するように努め、審判をするに当たり、子の年齢及び発達程度に応じて、その意思を考慮しなければならない。」と規定している（同条は調停手続にも準用される（家事事件手続法258条1項））。

こうした民法の改正や、家事事件手続法の定めは、家族をめぐる社会の状況や国民の法意識が大きく変化したことに伴うものであると考えられるが、そうした社会状況の変化に応じて、

子の監護事件（監護者の指定、養育費請求、面会交流、子の引渡しの各事件）は近年増加しており、子の監護事件の調停・審判事件の新受件数は、平成22年には3万4913件であったのが、平成31・令和元年には4万4778件となっている²⁾。このうち、監護者の指定事件は、平成22年には2557件であったのが、平成31・令和元年には5044件となっており、子の引渡し事件は、平成22年には2075件であったのが、平成31・令和元年には3826件となっている。こうした事件においては、当事者の主張が激しく対立し、解決が困難な事件も少なくない。前記のとおり、民法766条1項は、子の監護に関する事項を定めるに当たっては、「子の利益」を最も優先して考慮しなければならないとしているが、個別具体的な事情の下で、どのような解決が子の利益に適うといえるのかをめぐって、当事者の意見が激しく対立することが多い。

そこで、本稿では、子の監護事件のうち、子の監護者指定や子の引渡しが問題となった事件について、最近の公刊された裁判例を取りまとめて紹介し、「子の利益」に関して具体的にどのような事情が考慮されているのかを明らかにすることとしたい。なお、本稿中意見にわたる部分は筆者の個人的な見解である。

第2 先行研究の概要

子の監護者指定・引渡し事件における考慮要素については、既に優れた先行研究があるので、始めにその一端を紹介することとしたい。以下

は、年代順に紹介しているが、その内容を見ると、時代の変化に応じた変遷もあるように思われる。

まず、梶村太市元判事らは、一般的に「子の福祉」を実現させるため、過去の裁判例等では次のような一般的基準が用いられていると分析している³⁾。すなわち、①子の現状を尊重する（継続性）、②乳幼児については母を優先する（母親優先）、③子の意思を尊重する（子の意思）、④子について物質面より精神面を優先する、⑤育ての親より、血のつながりのある親を重視する（血縁）、⑥きょうだいは原則として分離せず、同一の親にまとめる（きょうだい不分離）、⑦婚姻中に不貞があったなどの有責性はあまり重視しない（有責性の排除）、⑧子に関する諸般の要因を考慮する、とされている。

上記の考慮要素に関しては、①継続性について、現状を追認するものであって、いわゆる「連れ去り得」を認めるものである⁴⁾。②母親優先については、性別役割分担の発想に基づくものであるとして、かねて批判されてきたところである。このような批判も踏まえ、中山直子判事は、子の引渡しの判断基準として、①乳幼児期における母性優先の原則、②継続性の原則、③子の意思の尊重、④面接交渉の許容性、⑤有責性、⑥きょうだい不分離を掲げた上で、①母性優先の原則については、「生物学上の母親ということだけではなく、子と母性的なかわりを持つ養育者と理解して、父母のいずれがそのような役割を担ってきたかについて検討する」としている。また、②継続性の原則については、「継続性の始期を奪取時を始点とするのではなく、乳幼児期であれば、監護親との心理的な継続性が重要であるので、子の出生時からの生育歴を全体的に見て判断する」としている⁵⁾。

以上の議論の進展を踏まえ、松本哲弘元判事は、裁判例を詳細に分析し、①母親優先の原則、②主たる監護者、③現状の監護の継続性、④監護態勢、⑤監護補助者、⑥違法な監護の開始、⑦異性関係、⑧子の意思、⑨きょうだい不分離、⑩面会交流拒否、⑪暴力という考慮要素に分けて裁判例を紹介している⁶⁾。ただし、①につい

ては、母性優先と言い換えるというのとどまらず、母性的な養育のニーズを満たす者が誰かという検討は、②の主たる監護者による監護の継続の必要性において判断されるとして、独立の考慮要素としては適切でないとしている⁷⁾。その上で、「最近の主な裁判例は、子の福祉について判断するに当たり、子の精神的かつ身体的なニーズを満たす存在としての適格性を備えた主たる監護者による監護の継続が子の成長に重要であるという考え方を基本に展開していることが分かる。つまり、主たる監護者であった者による従来の監護に問題がなく、その監護能力や監護態勢等に問題がなければ、今後の監護は主たる監護者であった者に委ねるのを、基本的な姿勢とし、主たる監護者であった者以外の者を監護者とした事例では、その他に重視すべき事情が存在するものであったといえる。」と分析している⁸⁾。ここでの「主たる監護者」の考慮要素は、中山判事が「子の出生時からの生育歴を全体的に見て判断」すべきとしているところの「継続性」におおむね対応するものといえることができるように思われる。

以上のような考慮要素の整理は、民法766条の改正や家事事件手続法の制定後もおおむね維持されていると考えられ、石垣智子判事らは、子の利益についての考慮要素として、①乳幼児期における「主たる監護者」、②監護環境の変化、③子の意思、④面会交流の許容性、⑤きょうだい不分離、⑥監護開始の態勢を掲げている⁹⁾。その上で、主たる監護者については、「近時は、夫婦の生活スタイルの多様化や共働き夫婦の増加等に伴い、父母の監護が拮抗し、父母のいずれが主たる監護者であるのかを確定することが容易ではない事案や、そもそも、夫婦の別居後も父母による交互監護の形態での監護が継続して行われ、父母のいずれか一方を監護者として確定すること自体が困難な事案等、複雑な事案も少なくない。」として、家族をめぐる社会の状況の変化を踏まえた問題点を指摘している¹⁰⁾。

第3 最近の裁判例の傾向

以上のような先行研究による整理も踏まえ、改正民法766条の施行後であり前掲松本論文の公表後である平成24年以降の裁判例のうち、公刊されたものを取り上げて紹介したい。以下では、前掲松本論文による整理を踏まえ、主たる監護者が監護者として指定された事案(下記1)、主たる監護者でない方の親が監護者として指定された事案(下記2)、主たる監護者がいずれであったかが決し難い事案(下記3)に分けて整理するとともに、その余の特徴的な類型についても紹介する(下記4から7まで)(なお、以下の裁判例の引用における〔 〕内の記載は、いずれも筆者による注記である。また、子の年齢は審判時の年齢を記載したが、公刊された審判例は子の出生の月日が伏せられているので、1歳の誤差が生じている可能性がある。)

1 主たる監護者が監護者として指定された事案

(1) 裁判例の概観

【1】さいたま家川越支審平成24年4月26日判時2152号46頁は、母が子らを連れて父と別居した後、父が面会交流の機会に子らを連れ去ったとして、母が父に対し、監護者の指定及び子らの引渡しを求めた事案である。裁判所は、父母の同居中、子らの主たる監護者は専業主婦であった母であり、会社勤務の父による監護は補助的であったとして、「父である相手方よりも母である申立人の監護の継続性を優先させることが子の福祉に適う」とした。また、父による「現在の〔監護〕状態は、相手方〔父〕の違法な未成年者らの連れ去りによって作出されたものである」として、母の申立てをいずれも認めた。抗告審である【2】東京高決平成24年6月6日判タ1383号333頁・判時2152号44頁は、原審判の判断を是認して抗告を棄却したものであるが、母による当初の監護開始の態様も違法であるのに父による連れ戻し行為のみを非難すべきではないとの父の主張について、母は父の同意を得ずに子らを実家に連れて行った(にとどまる)

に対し、父は「面会交流の機会に未成年者らを原告人〔父〕の下に連れ帰ることを計画し……両親や親戚に協力を依頼し、車3台で相手方〔母〕の両親宅に赴き、相手方やその父の抵抗を排除して未成年者らを車に乗せて連れ去った」ものであるとして、母による連れ去りは監護者の指定において重大視する点とはいえないとした。原審判の判断を是認した。

【3】水戸家下妻支審平成28年1月8日D1-Law.com判例体系判例ID28243564は、一旦、子らを連れて父と別居した母が、父が面会交流後に子らを留め置いているとして、父に対し、監護者の指定及び子らの引渡しを求めた事案である。裁判所は、子らの従前の主たる監護者は母であったとして、「主たる監護者による監護の継続が幼い子〔7歳、5歳〕の成長に有益であることから、主たる監護者による従来の監護状況に特段の問題がなければ、今後の監護も主たる監護者に担当させるのが子の福祉にかなう」とした。また、子らは母と愛着関係を形成しており、母は監護態勢の点でもわずかに優るとされた。さらに、別居時には、母が子らを監護することに父も合意していたにもかかわらず、面会交流後に父が母の同意なく子らを留め置いたことは不当であると指摘し、母の申立てをいずれも認めた。抗告審である【4】東京高決平成28年3月29日D1-Law.com判例体系判例ID28243566は、原審の判断を是認して抗告を棄却したものであるが、父が、「未成年者らを引き取りに訪れた相手方〔母〕に対し、口論の末とはいえ、暴力を用いて未成年者らの引渡しを拒み、その結果、相手方が未成年者らを連れ帰ることができず、現在まで原告人〔父〕が未成年者らの監護を続けているのであり、原告人による未成年者らの監護は、不適切な態様により開始されたものといわざるを得ない」とし、父による現在の監護期間は、ほとんどが調停やその後の審理に要した時間であることからして、父が子らを監護していた期間が1年以上にわたっていることを父に有利に解することはできないとした。

【5】静岡家審平成28年8月5日D1-Law.com

判例体系判例ID28243057は、父が、子らを連れて父と別居した母に対し、監護者の指定及び子らの引渡しを求めた事案である。裁判所は、子らの出生以来、その監護は主として母により行われてきたものであり、子らは年齢相応の健全な成長を遂げている上、母は父と子の面会交流にも積極的な姿勢を示しているとして、子らの監護者を母と定めるのが相当であるとした。父は、母が子らを違法に連れ去ったと主張したが、裁判所は、①子らの年齢(12歳、9歳)、②子らが出生以来、主として母により監護されてきたこと、③母が子らを連れて家を出るに当たり、子らを奪い去る等の暴力的行為があったわけではないこと、④母は別居後も父と子の面会交流の実現に積極的であることから、母が子らを連れて家を出た行為を違法と評価することはできないとした。また、自ら(父)の経済的基盤や居住環境が優れているとの父の主張に対し、母の経済的不安は婚姻費用や養育費により解消し得るものであることから、経済的要因のみを重視すべきではないとして、子らの監護者を母と定め、父による子の引渡しの手立てを却下した。抗告審である【6】東京高決平成28年10月17日D1-Law.com判例体系判例ID28243925は、以上の判断をおおむね是認し、抗告を棄却した。

【7】横浜家横須賀支審平成28年11月9日LLI/DB判例秘書登載判例番号L07160030は、母が、子を連れて母と別居した父に対し、監護者の指定及び子らの引渡しを求めた事案である。裁判所は、子の出生後、その監護は専業主婦であった母がそのほとんどを行っており、母の監護の態様は非常に熱心だったとした上で、父は「共同で監護していた未成年者を、申立人〔母〕の同意なく、予期できない時期に突然、一方的に連れ出し、所在さえ明らかにしなかったものであり、このような相手方〔父〕の連れ去り行為は、申立人の監護権を著しく侵害するものとして違法というほかない」とした。また、子の心情について、「未成年者は、現在の〔父の下での〕環境に適応するため、無理に申立人〔母〕を意識から閉め出そうとしていることが窺われ

るのであり、このような状況は、3歳の幼児である未成年者にとって過酷というほかない」として、母の申立てをいずれも認めた。抗告審である【8】東京高決平成29年2月21日D1-Law.com判例体系判例ID28250941は、原審判の判断を是認して抗告を棄却したものであるが、父が子を連れて家を出た行為につき、「未成年者に環境を激変させる負担を与えたほか、相手方〔母〕との連絡を絶っていることも、未成年者の育成に極めて不適切である」として、父の監護者の適格性に疑問を抱かせるものであるとして、父による監護の実績や継続性を尊重することはできないと判断した。

【9】福岡家審平成28年12月16日LLI/DB判例秘書登載判例番号L07160045は、単身で家を出て父と別居した母が、父に対し、監護者指定及び子らの引渡しを求めた事案である。裁判所は、父母が同居していた際、母が主として子らの監護を担っていたとした。その上で、子らの意向・心情につき、5歳の長女は母を求める気持ちや表現しており母との愛着関係が窺われる一方、12歳の長男は、母不在の状況が続く中で、母に捨てられたなどの思いを強くし、そのことが原因で母との関係が悪化しているとの分析・評価を踏まえ、父は母と長男の関係性の改善に目を向けられておらず、母と子らの面会交流も拒んでいる一方、母は父と子らの面会交流に応じる構えを示していることや、きょうだい不分離が望ましいことも指摘し、母の申立てをいずれも認容した。

【10】京都家審平成29年2月17日LLI/DB判例秘書登載判例番号L07260003は、母の不良行為が判明したことから夫婦仲が悪化し、父が子を連れて自宅を出て別居した事案において、母が父に対し、監護者の指定及び子の引渡しを求めた審判前の保全処分事案であり、【11】京都家審平成29年2月17日LLI/DB判例秘書登載判例番号L07260002は、同日に審判がされたその本案であるが、裁判所は、「未成年者は、出生から父母の別居に至るまでの約7年間、一貫して母である申立人により監護されてきており、母である申立人が主たる監護者であるこ

とは明らかである」とし、「その間に形成された母子間の精神的・情緒的結びつきは深いものであるところ、……こうした関係が断ち切られることは、子の成長に看過し難い影響を及ぼすことになる」とした。また、母の不貞行為については、「そのために未成年者の監護養育が不十分になったかどうか〔は〕……判然としないうところであり、「未成年者の心身の成育に問題のないことや母子関係が良好であること、申立人〔母〕も不貞行為について真摯に反省していることからすると、申立人の不貞行為が未成年者の成育に悪影響を及ぼしたということではできないし、今後の監護養育に支障があるともいえない」として、母の申立てをいずれも認めた。

【12】奈良家審平成28年5月31日判タ1434号128頁・家判11号93頁は、父が子らを連れて母と別居したとして、母が父に対し、監護者の指定及び子らの引渡しを求めた事案である。裁判所は、別居時まで、主として母が子らを監護してきたと認められるが、母が「長男及び二男を自宅に残して、複数の男性と会うために夜間外出や外泊を繰り返していたことからすれば、そのころの申立人〔母〕による監護は、適切さを欠くものであったといわざるを得ない」とした。また、父は、母の明確な同意なく子らを連れて家を出たものであるが、上記の点で「申立人の監護養育に看過できない問題があつての別居であると認められるから、相手方〔父〕による監護の開始に違法性があるとは認められない」とした。その上で、子らが、「現在の〔父の下での〕環境に十分適応しなが、健康で順調に発育しており、未成年者らの現状を変更する必要があるとは認められないことからすれば……現状の監護態勢を維持することが未成年者らの福祉に資するといふべきである」として、母の申立てをいずれも却下した。これに対し、抗告審である【13】大阪高決平成28年8月31日判タ1434号127頁・家判11号90頁は、母の不適切な行為について、これ「が未成年者らの監護に具体的にどのような悪影響ないし問題を生じさせたのかは明らかでなく、「これのみで抗告人〔母〕による監護が将来的にも適切さを欠

くとし、未成年者らを主たる監護者である抗告人から引き離し、相手方〔父〕による単独監護に委ねるのは、子の福祉の点からは十分な検討を経たものとはいえない」とし、また監護態勢についても、母による監護と比較して父による監護の方が子らの福祉の点で優れているということも明らかにされていないとして、原審判を取り消し、審理を差し戻した。

(2) 裁判例の傾向について

以上の裁判例を概観すると、近時の裁判例は、前掲松本論文が整理したとおり、主たる監護者による監護の継続（ただし、必ずしも現状の維持を意味するものではなく、後記のとおり出生以来の監護の状況を総合的に考慮するものである。）が子の成長に重要であるという考え方を基本にしているものと考えられる。それとともに、現状の監護開始の態様、双方の監護態勢、監護意欲、子の意思、面会交流の許容性、父母の異性関係が子の監護に与える影響、きょうだい不分離等の要素を考慮して子の監護者指定・引渡しについて判断しているものと見て取れる。

前掲【1】から【8】までによれば、主たる監護者がいずれであったかということ以外の考慮要素の中では、現状の監護開始の態様が重視されているということができ、不適切な子の連れ去りにより現状の監護が開始された場合にも現状の監護状況を盲目的に追認するような、いわば「連れ去り得」を容認する判断はされていないものと考えられる。この点、父母の関係が悪化して別居せざるを得ない場合において、主たる監護者が家を出るときは、子の健全な養育監護を図るためには子連れで家を出ざるを得ないという場合もあろう。そうした場合には、子連れで家を出たことのみによりそれが違法と評価されるわけではなく、子連れで家を出た際の事情、他方の親の同意の有無、手段やその後の面会交流の許容性をも加味して慎重に違法性の評価がされている（前掲【3】、【5】、【6】）。他方、主たる監護者ではない親が子を連れて家を出た場合には、子を連れ出して主たる監護者と切り離すこと自体が、子の環境を激変させるものと評価されている（前掲【7】、

【8】）。父母の一方が子を連れて別居した後には他方が子を連れ戻すとといった、いわば子の奪い合いが生じている事案もあるが（前掲【1】から【4】まで）、そうした事案においては、子の出生以降を通じて、子の主たる監護者がいずれであったかを検討するとともに、それぞれの子を連れ出した態様をも比較考慮し、子を連れ出すに際して暴行等の有無が行使された場合には、子の福祉を害する程度が大きく、監護者の適格性にも疑問を抱かせるものであると評価されているということが出来る。

なお、その余の考慮要素に関して、前掲【11】、【13】からすると、父母の異性関係については、それ自身が監護者としての適格性に疑問を抱かせるものと捉えられているわけではなく、異性関係のために子の監護に具体的な悪影響が生じており、又は生じ得る場合に、その者の監護者としての適格性に疑問を抱かせるものであると理解されているものと思われる。

子の意思については、その意思に必ず従って審判をしなければならぬのではなく、子の年齢及び発達程度に応じて、考慮しなければならないものである¹¹⁾（家事事件手続法65条）。前掲【7】、【9】では、子が申立人に対して拒否的な態度をとっていたことが窺われるが、そうした拒否的な態度を示すに至ったメカニズムについて、家庭裁判所調査官による調査も踏まえて丁寧な検討を加えた上、結論としては申立てを認容するに至っている。

2 主たる監護者でない方の親が監護者として指定された事案

(1) 裁判例の概観

【14】福岡家審平成26年3月14日判タ1412号387頁・判時2256号71頁・家判2号82頁は、母が子らを連れて実家に戻り、父との別居を開始したところ、父が監護者の指定と子ら（6歳、4歳）の引渡しを申し立てた事案である。裁判所は、母は、別居時まで子らの主たる監護者であり、特段の問題なく監護を行っていたとしたが、その後に精神状態が悪化して対話性幻聴があるようであり、「別居後は、約半年以上に

わたり、未成年者らの監護をもっぱら相手方〔母〕家族に任せて、自らはほとんど関わっていない状態にあり、監護意欲が著しく低下している」上、母の家族による監護についても「未成年者らの生活全体を通してその世話や養育をしている者はな」とした一方、父は「適切な監護態勢を具体的に整えており、その監護意欲も高い」上、長女（6歳）が「申立人〔父〕との同居に積極的な意向を示している」として、父の申立てをいずれも認容した。

【15】横浜家川崎支審平成27年11月20日D1-Law.com判例体系判例ID28252565は、父が子らを連れて母と別居したところ、母が監護者の指定及び子らの引渡しを申し立てた事案である。裁判所は、父母の「監護態勢には優位な差はなく、双方とも監護者としての適格性についても大きな問題があるとはいえず、また、現在の相手方〔父〕の監護状況に特に問題となる状況は見られない」としたが、「未成年者らの年齢（3歳、2歳）や現状からすると、未成年者らの心情の安定を図ることが重要であるといえ、長男の状況（家庭裁判所調査官の家庭訪問調査時には、父にも母にもべたべたとまわりつき、親を独占したがる傾向が見られた）等を考慮すると、愛着対象であり、主たる監護者であった申立人〔母〕との継続的かつ安定した関係を維持することが必要である」として、母の申立てをいずれも認容した。これに対し、抗告審である【16】東京高決平成28年5月13日D1-Law.com判例体系判例ID28252567は、「別居時までの未成年者らの主たる監護者は相手方〔母〕であるといえるが、相手方が……職場復帰して以降は、抗告人〔父〕の関わりが増え……未成年者らとの愛着関係に関しては、抗告人と相手方との間において圧倒的な差異があるということではできない」とした上で、母は、育児休業中に父の反対を押し切つてキャバクラ店で夜間のアルバイトをしたり、生後間もない長男を連れて既婚男性とカラオケやホテルに行ったりしたことがあることや、母の両親による監護補助について、その受入れに消極的な言動をしていることなどを指摘し、「監護姿勢等に未熟さや不安要素があ

り、これを払拭し得るだけの具体的事情が認められない相手方に未成年者らの監護を委ねるよりも、安定していて指摘すべき問題の見当たらない原告人による監護を継続することが、未成年者らの福祉にとって望ましい」と判示し、原審判を取り消して子らの監護者を父と指定し、母による子の引渡しの申立てをいずれも却下した。

【17】福岡家八女支審平成28年11月30日消費者法ニュース111号305頁は、父が、子連れで別居した母に対し、監護者の指定及び子の引渡しを申し立てた事案である。裁判所は、子の主たる監護者は母であり、17歳である子が母の下での監護を強く希望する意思を示しているとしたが、母は、特定の教義に基づく宗教的活動を目的とした法人格なき団体の活動に熱心に参加し、そこで子はその中間のリーダーによる母らへの暴行行為を度々目にしており、かかる環境が未成年者の福祉を害することは明らかであるとし、17歳の「未成年者の意思は尊重されるべきである」し、「未成年者が精神的に頼りにしている存在は、申立人〔父〕ではなく相手方〔母〕であるところ、このような濃密な母子関係と申立人との希薄な父子関係は、申立人との同居時から長い年月をかけて形成された強固なものである」が、上記の「未成年者の福祉を害する相手方の監護環境は、もはや看過できぬ程度にまで至ってしまっている」として、「かかる問題が解消されるまでの間は、ひとまず申立人の下で監護がなされた方が未成年者の利益に合致するというべきである」として申立てをいずれも認容した。抗告審である【18】福岡高決平成29年3月30日消費者法ニュース112号334頁も原審判の判断を是認し、抗告を棄却した。

(2) 裁判例の傾向について

以上の裁判例を概観すると、前掲松本論文が「主たる監護者であった者以外の者を監護者とした事例では、その他に重視すべき事情が存在するものであった」としているのとおり¹²⁾、主たる監護者でない方の親が監護者として指定された事案は、別居後に主たる監護者が精神疾患を抱えて監護意欲が著しく低下したり（前掲

【14】）、主たる監護者が子の福祉を害する活動をしている団体の活動に熱心に参加していたりする（前掲【17】、【18】）など、子の利益の観点から主たる監護者でない方の親を監護者として指定すべき事情があった事案であると考えられる。

前掲【16】は、母の夜間のキャバクラ店でのアルバイト等、母の監護姿勢の未熟さや不安要素を重視したものであるが、他方で、母は父の在宅中にアルバイトをしていたのであり、子らを危険な状態に放置したわけではないとしており、母の夜間のアルバイトが子の監護に具体的にどのような悪影響を及ぼしていたのかは必ずしも明らかでない。父母の異性関係については、前掲【11】、【13】のとおり、異性関係のために子の監護に具体的な悪影響が生じている場合に、その者の監護者としての適格性に疑問を抱かせるものであると理解されていると考えられるが、前掲【16】で問題となったのは、母の監護姿勢そのものであり、子の監護に具体的な悪影響が生じていないとしても、監護者としての適格性に疑問を抱かせる事情として考慮すべきであると考えられたものと思われる。

3 主たる監護者がいずれであったかが決し難い事案

(1) 裁判例の概観

【19】東京高決平成24年10月5日判タ1383号330頁は、父が、子連れで別居した母に対し、監護者の指定を求めた事案である（父の申立てによる審判前の保全処分の執行により、子（4歳）は母から父に引き渡されている。）。裁判所は、「原告人〔母〕と相手方〔父〕が同居していた当時は共稼ぎをしており、勤務時間等の労働条件も同程度であり、乳児期はともかくとして、いずれかが主たる監護者であったといえるものではなかった」とし、「このような中で、原告人と相手方のいずれを監護者と定めるかを決定することは、なかなか困難なことであるが……原告人及び相手方の経済状態、原告人の監護環境が突然形成されたものであること、原告人と相手方の従来の監護の状況等からすれば……相

手方を未成年者の監護者に指定するのが相当である」として、父の申立てを認めた原審判を維持し、抗告を棄却した。判断に当たっては、母が父の実家の2階から子連れ出し、それまでの居住地であった静岡県から埼玉県内の実家に連れて行ったことが、「決して平穏なものではなく、未成年者の生活環境を急変させたものであって、配慮に欠けるものであったと評さざるを得ない」とした上、審判前の保全処分の執行後の子の現在の監護状況が安定したものであることも指摘している。

【20】大阪家審平成26年8月15日判タ1418号394頁・判時2271号111頁・家判4号116頁は、母が父に対し、監護者の指定を申し立てた事案であるが、裁判所は、現在は父母がほぼ同じ程度に子らの養育監護をしており、共同監護のような状態であると評価した上、父の2人の連れ子を含むきょうだいの不分離も考慮し、「こうした子らの心情や現在の共同監護のような現状からすると、現時点において、未成年者らの監護者として申立人〔母〕と相手方〔父〕のいずれかを指定することは、未成年者らが申立人と相手方の双方と触れ合える現状を壊しかねず、相当でない」として、父母のいずれか一方を監護者と定めることをせずに、申立てを却下した。

【21】金沢家七尾支審平成28年2月8日審判判タ1431号123頁・家判10号96頁は、母が父に対し、監護者の指定を申し立てた事案であるが、裁判所は、前掲【20】と同様に、子らは、同一市内にある父宅と母宅を行き来しながら、父母が互いに分担協力しながら、ほぼ同じ程度に子らの養育監護に関わる一種の共同監護のような状態にあり、子らも毎日双方の監護を受ける現在の状態の継続を強く望み、どちらかを監護者として生活環境が変わることに強く反対しているとして、「監護者を父母いずれかに指定することは未成年者らの福祉の見地から相当でないと言ふべきであるから、現時点において未成年者らについて、監護者を指定する必要性はない」として、申立てを却下した。これに対し、抗告審である【22】名古屋高金沢支決平成28年

4月7日判タ1431号121頁・家判10号92頁は、一般論として「父母の別居にもかかわらず共同監護が適切に行われていて、それを継続することが子の福祉の観点から最良と認められるのであれば、監護者を指定しないことも選択肢としてはあり得る」としつつ、原審判後に父母の対立が激化し、子ら同士の喧嘩の程度が以前より激しくなったりするなど、子らの心身にも変調が見られることからすると、現時点では監護者指定の必要性が生じていると考えられるとして、「原審判後の状況も踏まえた当事者双方の監護状況及び監護者としての適格性、両者間の紛争の現状及び未成年者らに与える影響、未成年者らの意向・心情等について、特に家庭裁判所調査官の専門的な視点による調査も含めて、更に審理を尽くし、その上で監護者指定の要否等を認める必要がある」として、原審判を取り消し、審理を差し戻した。

(2) 裁判例の傾向について

前記のとおり、前掲石垣ほか論文は、「近時は、夫婦の生活スタイルの多様化や共働き夫婦の増加等に伴い、父母の監護が拮抗し、父母のいずれが主たる監護者であるのかを確定することが容易ではない事案や、そもそも、夫婦の別居後も父母による交互監護の形態での監護が継続して行われ、父母のいずれか一方を監護者として確定すること自体が困難な事案等、複雑な事案も少なくない」と指摘しているところ¹³⁾、前掲【19】から【22】までは、まさにそうした事案における判断として参考となるものである。

そして、前掲【19】は、父母のいずれかが主たる監護者であったといえるものではなかった場合において、監護開始の態様の不適切さが判断を分けるポイントとなったと考えられ、このような判断手法は、前記1(2)で見た判断傾向にも沿うものであると考えられる。

これに対し、前掲【20】から【22】までは、父母交互での監護が継続していたという状況において、監護者指定の申立て自体を却下することの当否が問題となったものである。前掲【22】が判示するのとおり、「父母の別居にもかかわらず共同監護が適切に行われていて、それを継続

することが子の福祉の観点から最良と認められるのであれば、監護者を指定しないことも選択肢としてはあり得る」と考えられるが、審判事件として申し立てられているような事件は、紛争性が高く、父母交互での監護の継続を期待することが実際には困難な事案も多いのではないかとも思われ、その場合にはいずれか一方を監護者として指定するということになるものと思われる。

4 外国法を準拠法として詳細な監護計画が定められた事案

(1) 裁判例の概観

【23】東京家審平成28年12月19日家判12号67頁は、カナダ国籍を有する父母が、同国ノバスコシア州法を準拠法として、子らの監護者指定を申し立てた事案であり、母は、自らを「主たる監護者」として指定するよう求めたのに対し、父は、分割身上監護を採用すべきであり、分割の形態としては、完全に平等な分割監護を採用すべきであると主張した。裁判所は、同州法において、父母は子の共同後見人であり、原則として子の保護及び監護を平等に行う権利があり、子はそれぞれの親とできる限りの接触を持つべきとされていることを踏まえ、同州法の分割身上監護を採用し、平日と週末のいずれにも双方の親と接触の機会を与えることを相当とし、毎月第1, 3, 5金曜日の午後5時から翌週火曜日の登校時まで父、その余の時間は母が監護するとし、祝日や休暇期間中等についても詳細な監護計画を定め、父による子の引渡し等の申立ては却下した。抗告審である【24】東京高決平成29年5月19日家判12号58頁は、原審判をおおむね認しつつ、父が「子らを監護する時間がおおむね40パーセントを下回らないこととなるような監護計画を定めるのが相当である」として、休暇期間中等における父の監護を拡充する形で監護計画を定め、その限度で原審判を変更した。

(2) 裁判例の傾向について

前掲【23】、【24】は、外国法を準拠法とするものであり、当該外国法の定めを踏まえて詳細

な監護計画を定めたものである。日本民法の下でも、民法766条1項の「子の監護について必要な事項」として詳細な監護計画を定めることも不可能ではなからうが、審判においては、離婚の場合に父母の一方を親権者と定めることとされていること（同法819条）との均衡から、監護者についても父母の一方を指定し、後は別居親と子の面会交流の問題として捉えていることが多いと思われる。

5 婚姻中でない父母の間で子の監護者指定・引渡しが問題となった事案

(1) 裁判例の概観

【25】福岡家審平成26年11月14日LLI/DB判例秘書登載判例番号L06960046は、母の子を認知した父が、母及び養父に対し、児童福祉施設に措置されている子につき、監護者を仮に父と定める審判前の保全処分を求めた事案であり、

【26】福岡家審平成26年11月14日LLI/DB判例秘書登載判例番号L06960045は、同日に審判がされたその本案であるが、裁判所は、子を認知した父は、民法788条及び766条により、子の監護者の指定を求めることができるとした上で、「相手方A〔母〕は、申立人〔父〕と同居中は未成年者の日常的な世話を担っていたものの……未成年者を置いて家を出て以降、未成年者を養育せず……申立人の下から未成年者を連れ去り……〔その後〕未成年者を不安定な環境に置いて」いるなど、養育監護は著しく不適切である一方、父の監護態勢や監護補助能力に問題はなく、子（9歳）も父との生活を望む旨を具体的理由を挙げて述べていることなどから、父の申立てをいずれも認容した。

【27】大阪家審平成29年10月31日家判18号67頁は、父からの強い要望により子の親権者を父として離婚したが、離婚後も母が子を監護していたところ、父と子の面会交流をした際に父が子を母の下に返さず、その後父が子を監護養育していたという事案において、離婚後の非親権者である母が、親権者である父に対し、子の監護者の指定及び子の引渡しを求めたものである。裁判所は、離婚に至るまでの当事者間のやり取

りなどから、離婚時に当事者双方が、離婚後も母が子を監護養育することを合意したと認めることはできないとし、そうすると、「未成年者を申立人〔母〕が監護する方が、相手方〔父〕が監護する場合に比べて、子の福祉に適うことが明らかであると認められるような場合」に限り子の監護者を母とする必要があるというべきであるが、父の下での現在の子の生活状況等に照らし、上記のような場合に該当するとは認められないとして、申立てをいずれも却下した。これに対し、抗告審である【28】大阪高決平成30年3月9日家判18号63頁は、母が子の出生時から5年2か月余りの間、主たる監護者であったこと、その間の母の監護状況に特段の問題はなかったこと、子が父の下に居るのは、「監護者について協議が調っていない状況の下、相手方〔父〕が、抗告人〔母〕に対し、未成年者を引き取って監護する意図を秘し、ゴールデンウィーク期間中には返還する旨の虚偽の説明をして行われたものであり、その態様は著しく相当性を欠いて」おり、子が「一方的に従前の主たる監護者と切り離されており、未成年者の福祉の見地からも問題が大きい」として、原審判を取り消し、母の申立てをいずれも認めた。

【29】福岡家審平成26年12月4日判時2260号92頁は、離婚後の非親権者である父が、親権者である母に対し、子との面会交流が母により妨害されているとして、親権者の変更及び子の引渡しを申し立てた事案において、母の言動により子が面会交流に応じない事態となっており、母を親権者と指定した前提が損なわれているとして、親権者を父に変更する一方、子の監護を母から父に移すことを躊躇すべき事情が認められるから、親権と監護権とを分属させることが子の福祉に適うといえる特段の事情があるとして、子の監護者を母と指定し、子の引渡しの申立ては却下した事案である。

【30】最三小決平成29年12月5日民集71巻10号1803頁・判タ1446号62頁・判時2365号67頁・家判15号97頁は、離婚した父母のうちその長男の親権者と定められた父が、法律上監護権を有しない母を債務者として、親権に基づく妨害排

除請求権を被保全権利として、長男の引渡しを求める仮処分命令の申立てをした事案である。最高裁は、①子が7歳であり、母は、父と別居してから4年以上、単独で子の監護に当たってきたものであって、母による上記監護が子の利益の観点から相当なものではないことの疎明がない、②母は、父を相手方として子の親権者の変更を求める調停を申し立てている、③父が、子の監護に関する処分としてではなく、親権に基づく妨害排除請求として子の引渡しを求める合理的な理由を有することはうかがわれないうった事情の下においては、上記申立ては権利の濫用に当たるとした。なお、木内裁判官の補足意見は、「家庭裁判所は、子の利益のために後見的な役割を果たすことがその職責とされており、「父と母の間における子の引渡し請求という紛争においては、子の利益という観点から、また、当事者の負担及び手続の実効性の観点からも、家庭裁判所における手続こそが本来的なものとして設けられている」と指摘している。

(2) 裁判例の傾向について

前掲【25】、【27】、【28】からすると、父母が婚姻中でない場合であっても、基本的な判断枠組は、婚姻中の父母の間で子の監護者指定・引渡しが問題となる場合と変わらず、子の福祉の観点から、従前の子の主たる監護者がいずれであったかを検討するとともに、父母の監護態勢、監護意欲のほか、子の意思や現状の監護状況がどのような態様により開始されたかを丁寧に認定して判断がされているものと考えられる。前掲【30】の木内裁判官の補足意見は、「父と母の間における子の引渡し請求という紛争においては、子の利益という観点から、また、当事者の負担及び手続の実効性の観点からも、家庭裁判所における手続こそが本来的なものとして設けられている」と指摘しているが、このような指摘からしても、家庭裁判所の審理においては、上記のような丁寧な分析・評価が求められているといえる。前掲【29】は、面会交流についてその実効性を確保するための手段が限定されている現状を踏まえ、いわば苦渋の判

断をしたものではないかと推測されるが、上記の裁判例の傾向からするとやや特殊な事案であったようにも思われる。

6 子の監護者指定・引渡しの審判前の保全処分の事案

(1) 裁判例の概観（保全の理由について）

審判前の保全処分事件において、保全の理由については本案と同様の基準により判断がされている。心証の程度は疎明で足りるものの（家事事件手続法109条1項）、「数次の裁判において異なった判断がされる都度子の引渡しの強制執行がされると、子に対して著しく大きな精神的緊張と精神的苦痛を与えることになり、このこと自体が子の福祉に違反することになるとの配慮から、本案と審判前の保全処分とで結論が実質的には異なることのないようにされる傾向がある」とされる¹⁴⁾。

前掲 [10] 及び [25] は、本案の審判と同日に同内容の審判前の保全処分を命じたものであり、上記の傾向を表すものといえる。

(2) 裁判例の概観（保全の必要性について）

前掲 [10] は、「相手方〔父〕が未成年者を連れ出してから既に4か月以上が経過しており、相手方の監護養育状況が直ちに不適切であるとはいえないにしても、わずか7歳の未成年者にとって、主たる監護者〔母〕から引き離される状況がこれ以上継続することは、過度の精神的負担を強いることになるのであって、子の福祉の観点から容認できないものである」として、保全の必要性を認めた。

前掲 [25] は、「未成年者は現在施設において安定した生活を送っている」ものの「未成年者の施設における生活は、未成年者が申立人〔父〕の養育環境下から連れ去られたことにより、申立人と未成年者との日常生活が突如として遮断された状態が現在に至るまで継続しているものであって、未成年者について、従前より監護者であった申立人との日常生活を早期に取り戻してその環境を安定させる必要がある」として、申立てを認めた。審判書からは明らかでないものの、父は非親権者であることから児童

福祉施設において子と面会したりすることが困難であったとも推測されるところであり、早期の親子再統合を図る見地から保全の必要性が認められたのではないかと推測される。

[31] 前橋家太田支審平成24年8月9日判時2164号59頁は、母が子を連れて自宅を出て父と別居した後、父が子との面会交流の終了時に子が「パパがよい」と泣きながら言ったため、そのまま子を連れ戻ったとして、子（4歳）の監護者指定と引渡しの審判前の保全処分を求めた事案である。裁判所は、「未成年者の主たる監護者は、生後一貫して申立人〔母〕であり、「別居期間中の監護者について申立人とすることが申立人及び相手方〔父〕間で了解され」ていたとし、父による面会交流後の留め置きが「連れ去りに等しい状況」にあること、子が4歳と幼く母親による養育を必要としていることなどから、本案認容の蓋然性を認め、これらによれば子を母に引き渡す「緊急の必要が認められる」として、申立てをいずれも認容した。これに対し、抗告審である [32] 東京高決平成24年10月18日判タ1383号327頁・判時2164号55頁は、「審判前の保全処分としての未成年者の引渡しを命じる場合には、監護者が未成年者を監護するに至った原因が強制的な奪取又はそれに準じたものであるかどうか、虐待の防止、生育環境の急激な悪化の回避、その他の未成年者の福祉のために未成年者の引渡しを命じる必要があるかどうか、及び本案の審判の確定を待つことによって未成年者の福祉に反する事態を招くおそれがあるといえるかどうかについて審理し、これらの事情と未成年者をめぐるその他の事情とを総合的に検討した上で、審判前の保全処分により未成年者について引渡しの強制執行がされてもやむを得ないと考えられるような必要性があることを要する」とし、本件においてそのような必要性は認められずとして原審判を取り消し、申立てを却下した。

[33] 福島家郡山支審平成24年8月22日D1-Law.com判例体系判例ID28263011は、別居時の口論をきっかけに、父が「暴行という不法な有形力を行使して申立人〔母〕。入院加療を要

する傷害を与え、監護養育を困難な状況に陥らせたことにより出生時から事件本人の監護養育を担っていた母子関係を違法に断絶させた」こと、「事件本人はいまだ満2歳になったばかりの乳幼児であって、母親である申立人の監護養育が欠かせない年代である」として、母による子の監護者の指定及び引渡しの審判前の保全処分の申立てを認めた事例であり、抗告審である [34] 仙台高決平成24年10月31日D1-Law.com判例体系判例ID28263014は、原審の判断を是認して抗告を棄却したものである。前掲 [32] にいう「監護者が未成年者を監護するに至った原因が強制的な奪取又はそれに準じたものである」との要素を満たすものとして保全の必要性が認められたものと理解することができる。

[35] 東京高決平成27年2月26日判タ1423号199頁・判時2307号76頁・家判8号83頁は、母が父に対し、2歳の子の監護者を母と定める審判を申し立てるとともに、子の引渡しを求める審判前の保全処分を申し立てた事案において、「別居するまで、相手方〔母〕が未成年者の監護養育を主に担っていたと認められ」、「相手方には、監護の意欲や能力があり、その環境も整っている」としつつ、父の「監護状況に格別の問題があることは窺えず、未成年者に対する急迫の危険が現在していると認めるに足りる証拠もない」として、母と子の面会交流が実現されたものと窺われることも踏まえ、仮の引渡しを認めた原審判を取り消し、母の申立てを却下した。

[36] 東京家審平成28年4月7日判タ1446号139頁・家判12号95頁は、父が母の留守中に書き置きを残して子らを連れて家を出たところ、母が父に対し監護者の指定及び子らの引渡しの審判前の保全処分を申し立てた事案において、「申立人〔母〕は、子らが出生してから、相手方〔父〕が子らを連れ去るまで、子らの主たる監護者であったが、父は、「申立人と相手方との間で別居ないし離婚を前提として話し合いをしていた状況の中で、突然、子らを連れ去っている」として、「相手方による子らの連れ去りは、子らの福祉を著しく害するものといわざ

るを得ず、本案審判認容の蓋然性及び保全の必要性は十分疎明されている」として、母の申立てをいずれも認容した。これに対し、抗告審である [37] 東京高決平成28年6月10日判タ1446号136頁・家判12号91頁は、父が子らを連れて家を出た行為につき、「未成年者らを強制的に奪取したとか、それに準じて強制的に連れ去ったとの評価を受けるものではない」とした上で、現在の父の下における子らの生育環境について、「虐待がされているとか、従前との対比で生育環境が劣悪なものとなったとは認められない」として、「未成年者らの監護者を仮に相手方〔母〕と定め、また、抗告人〔父〕に対し、未成年者らを相手方に引き渡すよう命じなければならぬ緊急の必要性を認めるに足りる疎明はない」として、原審判を取り消し、申立てを却下した。

(3) 裁判例の傾向について

従前の裁判例を振り返ると、東京高決平成15年1月20日家月55巻6号122頁は、「子の引渡しを求める審判前の保全処分の場合は、子の福祉が害されているため、早急にその状態を解消する必要があるときや、本案の審判を待っていては、仮に本案で子の引渡しを命じる審判がされてもその目的を達することができないような場合がこれ〔家事審判規則52条の2〕に当たり、具体的には、子に対する虐待、放任等が現になされている場合、子が相手方の監護が原因で発達遅滞や情緒不安を起こしている場合などが該当するものと解される。」として、保全の必要性を厳格に解する立場を取っており、その背景には数次にわたる強制執行等により子が父母間を行き来することを避けるための配慮があると考えられる。そして、東京高決平成20年12月18日家月61巻7号59頁は、母が父の下で監護されていた子につき、父に断りなく保育園から連れ去った事案に関するものであるが、「共同親権者である夫婦が別居中、その一方の下で事実上監護されていた未成年者を他方が一方的に連れ去った場合において、従前未成年者を監護していた親権者が速やかに未成年者の仮の引渡しを求める審判前の保全処分を申し立てたときは、

従前監護していた親権者による監護の下に戻すと未成年者の健康が著しく損なわれたり、必要な養育監護が施されなかったりするなど、未成年者の福祉に反し、親権行使の態様として容認することができない状態となることが見込まれる特段の事情がない限り、その申立てを認め、しかる後に監護者の指定等の本案の審判において、いずれの親が未成年者を監護することがその福祉にかなうかを判断することとするのが相当である。」と判示して、保全の必要性が認められ得る場合として、違法な子の連れ去りがあった場合を付加している。前掲【32】はこれらの考慮要素を総合したものと理解することができる。もっとも、これらの事情は、保全の必要性が認められる典型的な場合を列挙したものであって、これらの事情が認められなければ保全の必要性が認められないという関係にあるわけではないと考えられる。特に、幼少の子が主たる監護者から引き離される状況が継続することの影響については、行動科学の知見も踏まえて慎重に検討する必要があると思われる（前掲【10】参照）。一審と抗告審との判断が分かれた事例は、その点についての評価が分かれた事案と見ることができるようにも思われる。

7 親権者から第三者に対する子の引渡しを求めた事案

(1) 裁判例の概観

【38】 大津家彦根支審平成29年9月15日審判判タ1451号125頁・家判16号85頁は、離婚後の単独親権者である母が、その母（母方祖母）に対し子の引渡しを求めた事案である。裁判所は、母は、離婚後実家に身を寄せて母方祖母と同居していたが、その後実家を出て現在の夫の実家で暮らし始め、以後、子の監護養育は母方祖母が行っていたという経緯を認定し、本件を家事審判事件として扱うのが相当であるとした上、母は親権者として子の引渡しを求めることができるのが原則であり、母が親権者としておよそ適格を欠くといった事情も見当たらないとして、申立てを認容した。抗告審である【39】大阪高決平成29年11月29日判タ1451号123頁・家判16

号82頁も、「本件は、親権者が第三者に対して子の引渡しを求めるものであるが、家庭裁判所において、第三者であっても監護受託者等については子の監護者に指定し得るとされている以上、民法766条1項所定の子の監護に関する事項に準じて家事審判の対象（家事事件手続法別表第2の3項）となると解するのが相当である」との一般論を示して、原審判を是認し、抗告を棄却した。

【40】 静岡地浜松支判平成27年12月2日判時2292号79頁は、イタリアに居住していた母が、がん治療のため、父の同意の上で子を連れて日本に帰国したが、その後母が死亡したため、父が、子を事実上監護している母方祖母に対し、親権及び監護権に基づき子の引渡しを求めた事案である。本件は、地裁に民事訴訟として提起されたものであるところ、裁判所は、父は親権及び監護権に基づき、子を事実上監護する者に対し、その引渡しを求めることができるとして、請求を認容した。控訴審である【41】東京高決平成28年8月30日D1-Law.com判例体系判例ID28243359も、原審を是認した上、父による親権の濫用に関する母方祖母の主張を排斥して、控訴を棄却した。

(2) 裁判例の傾向について

親権者が子の祖父母等の第三者に対して子の引渡しを求める場合、当該第三者が民法766条による当事者間の協議や家庭裁判所の調停等により監護者として定められているのであれば家事審判事項となり得るが、そうでない場合には、親権に対する妨害排除の手段として民事訴訟手続による子の引渡請求によることになるとする見解が有力であるとされる¹⁵⁾。前掲【38】は、母と母方祖母との間で、母方祖母を監護者とする旨の合意があったことを前提に、母による子の引渡請求を家事審判事項と認めたものとも思われるが、前掲【39】は、一般的に親権者の第三者に対する子の引渡請求を家事審判事項と認めたようにも思われる。

他方、東京高決平成20年1月30日家月60巻8号59頁は、親権者の第三者に対する子の引渡請求は家事審判事項には当たらないとしており、

前掲【40】、【41】はこの判断を前提に地裁に訴えが提起されたもののようにも思われる。

いずれにしても、裁判例によれば、親権者の第三者に対する引渡請求は、親権者がその適格性を欠くような事情がない限り認容されているといえ、父母間の子の監護者指定・引渡し的事件とは異なり、当事者双方の監護態勢、監護意欲等を比較衡量するという判断手法はとられていないものと考えられる。

8 裁判例のまとめ

(1) 裁判例の傾向のまとめ

ここまで、子の監護者指定・引渡しをめぐる最近の裁判例を紹介してきたが、改めて裁判例の傾向をまとめると、次のとおりである。

すなわち、裁判例は、子の出生以来の主たる監護者が父母のいずれであったかを重視しており、主たる監護者による監護態勢に問題がなければその者による監護を継続することが子の福祉に合うものとして、主たる監護者が監護者として指定され、主たる監護者による子の引渡しの申立てが認められる傾向にある。逆に主たる監護者でない方の親が監護者として指定された事案は、子の利益の観点から当該親を監護者とすべき事情があった場合であるといえる。

従前、子の利益の考慮要素として母親優先ということが言われ¹⁶⁾、そのような考え方については性別役割分担に基づくものであるとの批判があったところである。この点については、実質に着目して、「母性」優先の原則ということが言われてきたが¹⁷⁾、近時の裁判例においては、母親優先という原則はもとより、母性優先の原則についても触れるものはあまり見受けられない。もっとも、両親と子との情緒的な結びつきや親密な関係は、父母のいずれかにかかわらず子の健全な成長にとって重要であると考えられ、これらは愛着理論ないしアタッチメント理論として精緻化が試みられてきているように思われる¹⁸⁾。そして、この愛着関係は、主たる監護者とされている親と子との関係性を評価するに当たって、家庭裁判所における判断の上でも重要視されているのではないかとと思われる。例えば、

前掲【3】、【9】、【10】、【11】では、主たる監護者が認定された上で、その主たる監護者と子との間の愛着関係ないし精神的・情緒的結びつきが指摘されている。

このように見てくると、裁判例が、子の主たる監護者がいずれであったかを重視しているといっても、監護者の判断は、単に父母が子と過ごしてきた時間を数量的に評価して行われるものではなく、主たる監護者と認められる親が子のニーズに応え、その親と子との愛着関係が十分に形成されているかという観点から、家庭裁判所調査官による調査等も踏まえて分析・評価がされているものと考えられる。

この点、前掲【16】は、(数値的に見ると)母が主たる監護者であったといえるものの、愛着関係という点では父母間に圧倒的な差はないという評価の下で、他の考慮要素も含めて検討し、結論として父を監護者として定めたものであり、これまで述べてきたところに沿う判断といえることができるように思われる。

(2) 「継続性の原則」について

ところで、前記第2でも触れたとおり、従前は、「継続性の原則」が子の利益についての重要な考慮要素であると言われることが多かった。前掲梶村ほか論文が明示的に「子の現状を尊重する（継続性）」としているのが代表的であるが¹⁹⁾、その後も、前掲中山論文は、子の引渡しの判断基準として「継続性の原則」を掲げており²⁰⁾、前掲松本論文も、「現状の監護の継続性」を考慮要素の一つとして掲げ、「生活環境の変化が子の生活や精神の安定に影響を与えることは否定できないから、子の年齢や子が置かれている環境、その変化による子への影響の度合い等を具体的に検討する必要がある。」としている²¹⁾。

もっとも、前掲松本論文において紹介されている高裁の裁判例は、いずれも現状の監護の継続性を理由として子の引渡しの申立てを却下したのではない。

また、前記1から7までで紹介した裁判例の中でも「継続性の原則」を重視する例はあまり見当たらない。前掲【12】は、現状の監護を維

統することが子の福祉に資するとして、監護者指定の申立てを却下したが、抗告審である前掲【13】は、子の主たる監護者による監護を重視して原審判を取り消し、差し戻している。むしろ、前掲【4】は、現状の監護は不適切な態様により開始されたものである上、その監護期間はほとんどが調停や審判に要した期間であることから、現状の監護状況の継続を重視すべきではないとしている。

以上のような状況を踏まえ、「継続性の原則」について、これまでの議論の状況を簡単に振り返っておくこととしたい。

旧来の家庭裁判所の実務においては、子の利益の考慮要素として、双方の親の①経済力、②居住条件・居住環境、③心身の健康・性格、④子に対する愛情・熱意、⑤養育能力、⑥監護補助者その他のサポートシステムの有無、⑦監護の継続性といった項目が提唱されていたが、実務的な観点から考慮要素の重点化が進み、「子の生活の継続的状況を最重要視して、子の利益を害する虞のない限りは、子の現状を尊重する」とする審判がかなり出てきた²²⁾といわれていた²³⁾。

そのような中、昭和48年5月10日から6月4日まで、家庭裁判所調査官研修所(当時)において、米国イェール大学のゴールドシュタイン教授を招聘したセミナーが開催された²⁴⁾。ゴールドシュタイン教授による講義は、要約すると、国家が家族の生活に介入するのはプライバシーの侵害であり、また長期の将来予測は困難であることなどからすると、監護権の濫用等の事情がない限り、現実に監護している親が適当であると推定すべきであって、現実に監護している親の監護の継続性を断ち切ることは子の最善の利益に反するというものであり、家庭裁判所関係者には、「子の現状尊重」の実務的基準の理論化として受けとめられ²⁵⁾たようである²⁶⁾。

以上のような家庭裁判所の実務に対しては、家裁実務における「継続性」は現状肯定がその内容であって、心理学的親子関係が中心的意味内容である「継続性」とは別個のものであり、このような継続性を判断基準とすることは「子

の利益」の観点からは疑問が多いとの批判があった²⁷⁾。また、このような現状尊重の実務的基準は、子の奪い合いの結果を追認するものとして多くの批判があったところである。ただし、その後も、家庭裁判所実務においては、現監護者による監護開始の態様が違法な場合であっても、現監護者との間に心理学的な親子関係が作り上げられた場合については、その心理学的親子関係の継続性を尊重するとの意見が強かったようである²⁸⁾。

もっとも、以上のような批判も踏まえて、「継続性の原則」は、単に現状を追認するものではないとし、より分析的に、「継続性の原則」について、出生時からの監護者との情緒的結びつきを重視する「監護者との継続性」と「監護環境の継続性」とに区別し、特に乳幼児期の子については、「監護者との継続性」を重視し、奪取時を始点とするのではなく、子の出生時からの生育歴を全体的に見て判断すべきものであるとの見解が唱えられるようになっていった²⁹⁾。

このような整理を踏まえて、この「監護者との継続性」という意味における継続性が、「主たる監護者」による監護を重視するものとして³⁰⁾子の出生以来、主たる監護者として子を継続的かつ適切に監護してきたのがいずれであったかを重視する今日の見解³¹⁾に至っていると考えられる。そして、従来の「継続性」の概念(「監護環境の継続性」)は、今日では、前記の「生活環境の継続性」を意味するものと捉えられていると考えられ、子が年長である場合等に、主たる監護者との精神的つながりよりも子自身の交友関係などを継続することが子の成長にとって好ましい場合等に重視されるものとして位置づけられているといえる³²⁾。

そして、このような意味での「継続性の原則」(生活環境の継続性)を重視する裁判例があまり見当たらないことは、前記のとおりであり、結局のところ、今日では、「継続性の原則」はかなり整理され、限定的に考えられているといえることができると思われる。

第4 おわりに

ここまで、子の監護者の指定・引渡しをめぐる最近の裁判例を紹介し、「子の利益」についての考慮要素について振り返ってきた。もっとも、各考慮要素については、心理学や社会学等の行動科学の知見を踏まえてより精緻な分析が

必要であると考えられるし、考慮要素の総合考慮の在り方についても、行動科学の知見や、紛争の類型(父母の婚姻中の紛争か、離婚後の紛争か、あるいは第三者との間の紛争かなど)等も踏まえて更なる分析が必要であると思われる。こうした点につき、今後、議論・研究が深まることを期待したい。

注

- 1) 飛澤知行編著『一問一答 平成23年民法等改正一児童虐待防止に向けた親権制度の見直し』(商事法務, 2011) 10頁。
- 2) 数値はいずれも司法統計による。平成31・令和元年の数値は速報値である(以下も同じ)。
- 3) 梶村太市ほか「子の引渡し保全処分事件の処理をめぐる諸問題」家月47巻7号47頁(1995)。
- 4) この点については、後記第3の8(2)において改めて触れる。
- 5) 中山直子「子の引渡し判断基準」判タ1100号182頁(2002)。
- 6) 松本智弘「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1頁(2011)。
- 7) 前掲・松本(注6)5頁。
- 8) 前掲・松本(注6)52頁。
- 9) 石垣智子・重高啓「第7回 子の監護者指定・引渡し調停・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～家事事件手続法の趣旨を踏まえて～』(法曹会, 2015) 228頁。
- 10) 前掲・石垣ほか(注9)238頁。
- 11) 金子修彌著『逐条解説 家事事件手続法』(商事法務, 2013) 225頁。
- 12) 前掲・松本(注6)52頁。
- 13) 前掲・石垣ほか(注9)238頁。
- 14) 前掲・石垣ほか(注9)250頁。
- 15) 前掲・石垣ほか(注9)231頁。阿部徹・島津一郎編『新版注釈民法②』(有斐閣, 2008) 130頁以下〔梶村太市〕、中山直子「第三者に対する子の引渡し請求」判タ1100号180頁(2002)。
- 16) 前掲・梶村ほか(注3)47頁。
- 17) 前掲・中山(注5)182頁。
- 18) 愛着理論については、例えば、遠藤利彦「アタッチメント理論における基点と現代的展開」こころの科学198号10頁(2018)。
- 19) 前掲・梶村ほか(注3)47頁。
- 20) 前掲・中山(注5)182頁。
- 21) 前掲・松本(注6)17頁。
- 22) 前沢智恵子「子の奪い合いと家庭裁判所調査官の役割」岡垣孝・野田愛子編『講座・実務家事審判法2』(日本評論社, 1988) 207頁。
- 23) 家庭裁判所調査官研修所「ゴールドシュタイン・セミナー結果報告(その1)」調研紀要25号1頁(1974)。
- 24) 前掲・前沢(注22)208頁。
- 25) 小川栄治「子の引渡しに関する判例の法理—その2(3)完」金沢法学25巻1号(1982)。
- 26) 「平成7年度家事事件担当裁判官協議会における協議結果の概要」家月48巻11号21頁(1996)。
- 27) 前掲・中山(注5)182頁。
- 28) 「主たる監護者」の概念については、五島京子「主たる養育者と監護者の決定」判タ628号135頁(1987)が「主たる養育親(primary caretaker parent)優先の推定則」を宣言した米国裁判例を紹介したことなどから広まっていたのではないかと窺われる。
- 29) 前掲・松本(注6)52頁、前掲・石垣ほか(注9)238頁。
- 30) 前掲・松本(注6)17頁。