

論説

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—

北 田 真 理

はじめに

- 1 「重大な危険」の制限的解釈とその緩和
- 2 「重大な危険」の抗弁と連れ去り親に対する刑事罰との関係性
- 3 英国における親による子の連れ去りの刑事罰
- 4 我が国における親による子の連れ去りの刑事罰
- 5 若干の検討
- 6 おわりに

はじめに：

1970 年には年間 5000 件程度だった日本人と外国人の国際結婚は、1980 年代の後半から急増し、2005 年には年間 4 万件を超えた。これに伴い国際離婚も増加し、婚姻生活が破綻した際、一方の親がもう一方の親の同意を得

ることなく、子を自分の母国へ連れ出し、もう片方の親に面会させない「子の連れ去り」が問題視されるようになった。1976年、国際私法の統一を目的とするハーグ国際私法会議がこの問題の検討を始め、1980年10月25日に「国際的な子の奪取の民事上の側面に関する条約」（以下、「ハーグ条約」）が作成された。2018年9月現在、世界99か国がこの条約を締結している。我が国では、同条約の国内実施法（「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）が2013年6月12日に成立し、2014年4月1日に施行された。

ハーグ条約は、締約国間の礼讓（comity）、締約国の法制度に対する相互の尊重（respect for judicial processes）を基礎として、子の監護権に関する適正な裁判管轄地国に子を迅速に返還（summary /prompt return）することを原則とする。適正な管轄地とは、子が連れ去られる前の常居所地国（habitual residence）であることが一般的であるため、ハーグ条約では、常居所地国に迅速に返還され、適正な手続の下で子の将来が決められることが、子一般の利益になると考えている。また、子が返還される実務が定着すれば、親が自分に有利な裁判管轄地国に子を連れて移動したり（forum shopping）、常居所地国で下された判断から逃れるために、子を国外に連れ去ること自体を抑止（deterrence）することになる。ハーグ条約は、こうした原因から生じる国境を超える子の連れ去りを撲滅し、国際的な子の保護の確保を理念として掲げている。

このように、ハーグ条約は、基本的には、適正な裁判管轄地国の決定等を定める国際私法の発想に原点がある。しかし、複雑な事情を抱え、国境を渡った一部の子にとっては、常居所地国に返還されることが不利益になることもあるため、必ずしも、常居所地国が適正な管轄地とは限らない。このため、ハーグ条約は、例外として返還拒否事由（12・13・20条）を定め、これらに該当する場合に子の返還を拒否できるものとした。しかし、この条約が返還手続であり、基本的には条約の基本方針に基づく考慮事項（policy considerations）が優先されるため、返還拒否事由は制限的に解され

（restrictive interpretation）、返還が徹底される傾向がある。とりわけ、13条1項b号¹の「重大な危険」の判断においては、子の状況に関わる本案類似

の福祉調査が必要とされ、返還の例外が認められる傾向があるため、厳格な解釈・適用が求められてきた。こうした実務は、連れ去りの抑止という抽象的な理念上の子の利益を重視するあまり、現実には返還の対象とされる子の具体的な利益を軽視するものとも捉えることができる。こうしたハーグ条約の特徴について、英国では、子一般の抽象的な最善の利益 (best interests of children generally) を優先し、個別具体的な子の最善の利益 (best interests of the individual children) を犠牲にする条約であると表現されることがある²。そして、近年、欧州人権裁判所 (以下、「人権裁判所」) では、条約の基本方針重視の同条項の解釈について欧州人権条約 (以下、「人権条約」) 8 条の適合性審査が頻繁に行われるようになり、返還手続における個別具体的な子の利益の尊重を示唆した *Neulinger and Shuruk v Switzerland* (App No 41615/07) ECHR (GC) (2010 年 7 月 6 日) (以下、「ノイリンガー事件判決」) に注目が集まった。

親による国際的な子の連れ去りを抑止するためには、民事及び刑事の両面にわたる幅広い施策が必要となる。筆者のおもな関心は民事面の検討にあるため、本稿では、第 1 に、ノイリンガー事件判決を起点とするハーグ条約 13 条 1 項 b 号の制限的解釈の実務の転換の経緯を概観する。次に、同条項の「重大な危険」の抗弁の背景にある連れ去り親に対する刑事罰の問題を踏まえながら、英国における親による子の連れ去りの刑事規制の状況を参考にしつつ、我が国の刑事規制の現状及び今後の展望につき若干の考察を行いたい。

1 「重大な危険」の制限的解釈とその緩和

(1) 返還命令の欧州人権条約 8 条適合性審査

近年、ハーグ条約の問題点として、連れ去り親の想定の変化が指摘されている。条約起草時、離婚後単独親権制度が一般的であった中で、親権者とならなかった父親が母親から子を強硬に奪い去ることを想定して条約は起草された。しかし、条約施行から 10 年後の調査では、おもな養育親 (primary carer)³である母親による連れ去りが約 7 割を占め、しかも母親が子を連れて休暇な

どで里帰りした後に帰国しない留置型の「子連れ里帰り」⁴事案が増加した。この原因については、1970年代に始まる各締約国の離婚後共同親権化の家族法の改正により、離婚後も監護権を持つようになった父親が監護権侵害を主張し、ハーグ条約に基づき返還を求めるようになったことで顕在化したと言われている⁵。このように、条約起草時の想定とは異なる状況が生じている以上、13条1項b号の厳格なアプローチは見直しの時期にあるのではないかとの意見が出されるようになった⁶。

そして、近年、配偶者による暴力が社会問題化する中で、「重大な危険」の抗弁として夫によるドメスティック・バイオレンス（以下、「DV」）が主張されるようになった。ここでいう「危険」は、現実のものでなければならず、憶測に基づいた将来に起こり得る危険では不十分とされている⁷。この抗弁の悪用、濫用が危惧されるものの、仮に母親の主張が正しければ、返還によって母子が危険な状況に陥る可能性は十分にある。この危険を裁判官がどう評価するかにより結論が分かれる部分ではあるが、欧州諸国ではハーグ条約の枠組みが損なわれることのないよう、同条の制限的解釈を徹底する傾向にある。

こうしたなか、返還拒否命令を勝ち取ることができず、国内での救済に尽きた母親は、人権裁判所に救いを求めるようになった⁸。人権条約8条1項は「私的および家族生活が尊重される権利」等を保障し、同条2項において、「この権利行使に対して、法律に基づき、民主主義社会において必要なもの以外のいかなる公権力による介入もあってはならない」と規定する。母親による子連れ里帰り事案においては、返還命令（又はその執行）という「介入」が母子を引き離し、「ともに居る」、「ともに暮らし続ける」といった「家族生活」の本質が犯されたとの主張が展開されることになる。こうして、各締約国での返還が8条適合性審査の対象となっていく。

（２）モームソー事件判決

Maumouseau and Washington v France (App No 39388/05) ECHR (2007年12月6日)（以下、「モームソー事件判決」）では、仏国籍を持つ母親と米国籍を持つ父親との夫婦関係が悪化し、母親が2歳半の子を婚姻生

活を送っていた米国から実家のある仏国へ連れ帰った。検察官からの返還請求に対し、母親は、父親の子に対する危険な行動、薬物・アルコール中毒の事実に加え、母子が返還によって離れ離れになることが幼児にとって「耐え難い状況」となると主張した。仏国破棄院が子の返還を命じたため、母親は、仏国裁判所による「重大な危険」の制限的解釈により、子の最善の利益が完全に考慮されず、8条違反があると人権裁判所に訴えた。

人権裁判所は、返還手続で子の最善の利益が完全に考慮されれば、連れ去り親が一方的に作った違法な事実状態に法的承認を与える結果となり、条約の理念を無意味にすると述べた。人権裁判所は、条約の基本方針を重視し、13条1項b号を制限的に解し、返還命令を下した仏国裁判所による返還命令を8条適合と判断した。

制限的解釈においては、DVや薬物中毒等、父親に不利な事実の主張は、本案に関わるとの理由で退けられる傾向にある。また、返還により、母親と引き離される子の精神的苦痛は、精神科医による心理鑑定書のみでは「耐え難い状況」と認定されるに至らない。しかし、4歳の子がおもな養育親である母親、既に定着した環境から引き離され、19か月間にわたり接触のなかった父親に引き渡されることは、子にトラウマを残すことになりかねない⁹。こうした矛盾が指摘され、制限的解釈について見直しを求める批判の声が高まった。

(3) ノイリンガー事件判決

ノイリンガー事件判決では、ベルギー・スイス国籍を持つユダヤ教徒の母親とイスラエル国籍を持つ父親との夫婦関係が悪化した。父親はユダヤ教過激派の活動に没頭し、子を宗教的洗脳のために国外の教会に送りこもうとしたため、子の出国禁止命令が出された。その後、母親が父親からの暴行を警察に通報した。父親は、幼稚園・母子の家への立ち入り、母親に対する嫌がらせ、凶器の所持携帯の禁止を命じられ、子との面会交流は週2回の監督付で実施されるまでに制限された。父母の離婚の際、父母共同でのguardianshipの行使が認められたものの、父親は養育費を支払わず逮捕状が出された。母親は、父親の同意も裁判所の許可も得ずに婚姻生活を送って

いたイスラエルから実家のあるスイスに2歳の子を連れ帰った。スイス連邦裁判所が子の返還を命じたため、母親は人権裁判所に8条違反を訴えたが、小法廷は、連邦裁判所の返還命令を8条適合と判断した。これを不服として、母親が子とともに大法廷に上訴した。

大法廷は、公正な均衡による8条適合性審査において、子の最善の利益は至高の考慮事項であると述べ、子の最善の利益を *the primary consideration* と表現した。子の至高性は、国際法上、広く認められた理念であること、また、返還の例外を許容する構造上、同様の理念がハーグ条約の根底にあると述べ、締約国に課された最重要の義務は、子の最善の利益を個別具体的に判断することにあるとした。

そして、以後、注目されることとなる以下の原則を判示した。

「人権裁判所は、当該措置をとるに至った国内裁判所による判断の過程が公正で、かつ、当事者らに各自の主張を十分にさせたことを確かめねばならない。そのため、人権裁判所は、国内裁判所が、家族全体の状況 (*entire family situation*) に加え、特に、事實的、感情的、心理的、物理的、医学的な性質を有する一連の要素全体に関し踏み込んだ調査 (*in-depth examination*) を行ったかどうか、その上で、各人それぞれの利益について均衡のとれた合理的な評価 (*balanced and reasonable assessment*) を行ったかどうか、その際、子の出生国への返還が求められているという背景において、連れ去られた子にとっての最善の解決策を決することに常に留意していたかどうかを確かめねばならない (§139)。」

この言及によって、返還手続を行う国内裁判所は、本案と同様の慎重で包括的な調査義務を新たに課されたものとも捉えることができる。しかし、大法廷は、スイス連邦裁判所の下した返還命令について、国内裁判所の「評価の余地」にあるとだけ述べ、返還命令の問題としてではなく、遅れた執行に焦点を当てて8条適合性審査を行った。子の連れ去りから5年の時が経過した本件の特殊性を踏まえ、子の国籍、幼稚園から小学校への進学の間、言語、父親の再婚・再再婚、養育費の未払に加え、子が単身で返還された場合のトラウマ、子が母親とともに返還された場合の有害性を母親に対する刑事罰との関連で具体的に検討した。人権裁判所は、国内裁判所において証明の

対象とならなかった事実にも着目し、これらが仮に証明されていれば、子の福祉や成長に資するものであるかは疑わしく、このような状況で返還命令が執行された場合には、子の最善の利益に適合せず、8条違反があるとした。また、母子が共に帰国を強制された場合には、母親自身の家族生活が尊重される権利にも比例性を欠いた介入が生じることになるとして、子の返還命令が執行された場合には、母子双方に対する8条違反があるとした(16対1)。

返還手続にこのような調査が持ち込まれると、条約が禁じる本案の判断に踏み込むことになるばかりか、手続の迅速性が損なわれることになる。子の状況が明らかになればなるほど、結果として、返還の例外を柔軟に認める途を開き、条約の枠組み自体を揺るがす事態を引き起こしかねない¹⁰。これが大法廷の真意であるならば、国際私法の着想から構想されたハーグ条約の解釈に実体法上の概念としての子の最善の利益を持ち込む実務の大転換が要請されたものとも捉えることができる。13条1項b号を制限的に解する諸国では、人権裁判所がハーグ条約を誤解し、国際私法の視点を見失ってしまったとの批判がなされるようになった¹¹。

その後、人権裁判所小法廷は、子に関する証拠の検討が不十分であった返還・返還拒否命令について、立て続けに8条違反とする判決を下した¹²。そのようななか、実務の混乱の収束にむけ、大法廷が2度目の判断を行うこととなった。

(4) X事件判決

X v Latvia (App No27853/09) ECHR (GC) (2013年11月26日) (以下、「X事件判決」)¹³では、ラトビア国籍・豪州市民権を持つ母親と父親が非婚のまま離別し、母親が3歳5か月の子(認知なし)を豪州から実家のあるラトビアへ連れ帰った。父親の返還請求に対し、母親は夫によるDVを主張した。ラトビア裁判所が制限的解釈により返還を命じたため、母親が人権裁判所に8条違反を訴えた。小法廷は、ラトビア裁判所が心理鑑定書の検討を行わなかった点について「踏み込んだ調査」が行われず8条違反があるとした。これを不服としてラトビアが大法廷に上訴した。

大法廷は、公正な均衡による8条適合性審査において、子の最善の利益は

おもな考慮事項 (of primary consideration) であり、ハーグ条約の連れ去り抑止目的と迅速な返還とが「子の最善の利益」の特定の構想に基づいていることへの配慮が必要であり、返還手続における子の最善の利益が本案と同質に、一貫して理解されることは不可能であるとした。

そして、問題となった「踏み込んだ調査」が国内裁判所の義務となることを否定しつつも、人権条約とハーグ条約の調和的適用のためには、国内裁判所が返還拒否事由を誠実に考慮し、その判断に至った理由を十分に述べる必要があるとした。理由が明確であれば、国内裁判所が返還拒否事由を効果的に調査した (effectively examined) か否かの検証が人権裁判所により可能となるからである。

大法廷は、以上を 8 条に基づく一定の手続上の義務 (procedural obligation) であるとした。国内裁判所は「重大な危険」を検討するだけでは足りず、その判断に至る具体的な理由を事案ごとに提示する義務を負う。なぜなら、国内裁判所が返還の抗弁を考慮せず、あるいは、[検討したとしても] 十分な理由を示すことなくその抗弁を退けてしまうことは、8 条にもハーグ条約の目的にも反する結果となるからである。国内裁判所に求められるべきことは、抗弁が当然に検討された上で、厳格解釈が原則のハーグ条約の例外であることを示すに足る詳細な理由付けがなされることであるとした。

このように、大法廷は、ノイリンガー事件判決を否定することで、一連の論争の決着を着けようとしたかのように思われる。しかし、大法廷は、制限的解釈の下で通常退けられてきた母子分離の影響を示す心理鑑定書を子の最善の利益に直結する証拠であるとした。「重大な危険」について、返還により必然的に生じる不都合の全てが含まれるわけではなく、端的に、子が合理的に耐えられることを越えた状況であるとした上で、この心理鑑定書の提出によって、母親により「重大な危険」の証明の義務が果たされたものとした。

「重大な危険」の可能性を示す専門家証拠の検討を怠ることは 8 条違反であること、その結論は、心理鑑定書が対審による証拠調べに馴染まない性質であるとはいえ変わることはなく、特に、控訴裁判所にとって、両当事者に反対尋問のための証拠提出を求めることも、別の専門家鑑定を職権で依頼することも可能であったことを考慮すると、同裁判所が心理鑑定書の効果的な調

査を行う義務を免れることはできないとした。

さらに、大法廷は、母親によって提出された夫の刑事罰に関する資料や夫から受けた虐待に関する母親の証言、母親が子に伴いオーストラリアに帰国できるかどうか、母子の交流が維持される可能性についても、ラトビア裁判所の更なる調査が必要であったと指摘した。そして、これらの事情の検討が8条とその内容を同じくするハーグ条約20条の「人権及び基本的自由の保護に関する基本原則」からの要請であると述べ、ラトビア裁判所の返還命令には8条違反があるとした(9対8)。

(5) 小括

X事件判決は、返還手続には条約の連れ去り抑止目的と迅速な返還とが結びついたハーグ条約固有の「子の最善の利益」が考慮されるべきであり、そのためには本案を想起させる「踏み込んだ調査」ではなく「効果的な調査」が求められるべきとした点で、一見、ノイリンガー事件判決ではなくモームソー事件判決を支持し、実務の方向転換を否定したかのように思われる。しかし、「効果的な調査」の具体的内容として制限的解釈による典型的な理由付けが批判され、従来であれば本案と重なり得るとの理由で避けられてきた証拠調べや事実の調査が追加的に求められた点で、13条1項b号の解釈を若干緩和し、子の利益の実現に向けた積極的な検討姿勢を求める大法廷の真の意図が明確にされたものと思われる。「踏み込んだ (in-depth)」という言葉のニュアンスは、確かに、本案類似の調査を想起させるものであったのかもしれない。X事件判決は、手続上の義務としての「効果的な調査」と表現し直すことで、返還手続に本案の要素が混在することを理論上回避し、ノイリンガー事件判決の行き過ぎを引き戻しつつ、同判決の意図の巧みな実現を図ったものと解することができる。X事件判決は、本案手続と返還手続との明確な峻別を図り、従来の制限的解釈に軸足を置きつつも、特に証拠調べや事実の調査において、従来の制限的解釈において求められてきた程度を超えた本案のとも思える調査検討を求めた点で、モームソー事件判決とノイリンガー事件判決の中間型のアプローチと位置付けることができる。

こうした実務の転換は、ノイリンガー事件判決において、子と共に帰国を

余儀なくされる母親に対する返還後の刑事罰が子に見過ごせない影響を与えてしまうことが重視された結果、導かれたものとも捉えることができる。以下では、ハーグ条約 13 条 1 項 b 号の抗弁と刑事罰の関係性に着目しつつ、再びノイリンガー事件判決を振り返ることとする。

2 「重大な危険」の抗弁と連れ去り親に対する刑事罰との関係性

（１）返還命令の障害となる連れ去り親に対する刑事罰

ノイリンガー事件の母親は、イスラエルから子をスイスへ連れ去ったことにより、イスラエル刑法 (Israeli criminal law no.5737-1977) 373(a)に基づき、最長で懲役 7 年の刑事罰を受ける可能性があった。この点に関し、イスラエル当局の回答によれば、母親のイスラエル帰国後の免責の保障はない。

母親は、①返還命令に従い自らが子とともに帰国すれば、自らは収監され、子は母親から分離されたショックで「耐え難い状況」に置かれることになる、他方で、②刑事罰を回避するため自らが帰国せず、子が単独で返還されることになれば、子は母親から分離されたショックで、同じく「耐え難い状況」に置かれることになると主張した。

たしかに、おもな養育親である母親が子を連れ去り、母親が刑事罰を受け、その結果、子が「耐え難い状況」に置かれるものとして「重大な危険」の抗弁を認めることになってしまえば、迅速返還を原則とするハーグ条約の基本方針が根底から覆される結果となってしまう。大法廷が、モームソー事件判決と同じく制限的解釈を承認する立場を採れば、返還が当然の帰結となるだろう。

しかし、大法廷は、母親が子との繋がりを持つ唯一の存在であることを重視した。母親がイスラエルに帰国し刑事罰を受けることになれば、その間、通常、子は父親に託されることになる。しかし、本件の父親にはそれを許さぬ事情があった。再婚・再々婚の末、養育費の支払いを怠る状況にあり、無

資力で、子と2人きりで生活したことがなく、出国以来、子と1度も面識がない。大法廷は、母親が仮に収監された場合、子の監護を託せる者がいない状況下で子をイスラエルに返還することになれば、子の最善の利益に反し、子の家族生活を侵害する8条違反があるとした。また、刑事罰の可能性を考慮せず、子に伴い母親の帰国を強制するならば、母親の家族生活を尊重される権利についても、別途、8条違反が生じるものとした。

本件から明らかであるように、常居所地国の刑事罰の存在によって母親の帰国の途が閉ざされることになるため、母親による任意の返還の余地が完全に奪われることになる。また、返還命令により帰国できない母親と子とが分離され、その結果もたらされる負担が、返還手続における「重大な危険」の抗弁の途を開く。ハーグ条約は、刑事罰が存在しないほうが、その機能を最大限に発揮し得る構造を採っている。ハーグ条約の抑止力を最大限に生かすために、常居所地国における刑事手続の発動を抑える仕組みを検討する必要がある。

（２）英国における保護措置による刑事手続の抑止

英国では、子の安全な返還を確保するため、裁判所や行政当局により、様々な種類の保護措置（protective measures）が講じられる。その一部に、アンダーテイキング（undertakings）と呼ばれる連れ去られ親による約束がある。アンダーテイキングは、裁判所が返還を命じる前提として、任意の約束として取り決められ、あるいは、常居所地国で執行が可能なミラー・オーダー（mirror orders）として命じられることもある。また、その実現のために、中央当局間、裁判所同士が連携し、返還の障害を無くすための様々な措置が講じられることがある。

アンダーテイキングの中には、返還後、連れ去り親に対する刑事手続が開始されないよう取り決めを行うものがある。返還命令が下される代わりに、連れ去られ親が連れ去り親を刑事訴追しないよう約束するもの、あるいは、すでに行われた告訴を取り下げる約束をさせるものがある。さらに、返還命令を下す前に、裁判官が刑事訴追を避けることを返還先の検察当局に掛け合い、その旨、保障してもらうこともある¹⁴。これに対して、常居所地国の当

局が子の利益を適切に配慮してくれることを信頼し、母親が刑事罰に科せられる可能性があることを認識しつつも返還命令が下されたものがある¹⁵。また、薬物の売買により訴追された母親が米国から英国に子を連れ去った事案では、返還手続を行う英国裁判官が、米国裁判官と直接連絡を取り合い、子の監護の問題が解決されるまでは刑事手続を差し控える取り決めを行ったものがある¹⁶。

以上のように、返還命令を下す際、コモン・ロー諸国においては、保護措置が講じられることが一般的である。我が国においては、こうした実務は存在しないが、常居所地国と連れ去り国の中央当局間の連携、ネットワーク裁判官 (International Hague Network of Judges) 同士の交流が促進されれば、刑事手続の回避を保障する仕組みを構築することができるのかもしれない。

3 英国における親による子の連れ去りの刑事罰

英国では、子の連れ去りに対して、3つの刑事制裁の方法がある。1つ目は、裁判所命令に違反し子を連れ去った場合に科される裁判所侮辱 (contempt of court)、2つ目は、1984年児童奪取法 (Child Abduction Act 1984) (以下、「児童奪取法」)、3つ目は、コモン・ロー上の拐取罪 (kidnapping) である。以下では、近年、改正が検討されている児童奪取法と拐取罪について概観する¹⁷。

(1) 1984年児童奪取法

英国では、ハーグ条約の実施のための1985年児童奪取及び監護法 (Child Abduction and Custody Act 1985) の制定に先駆け、1984年児童奪取法を制定し、親による連れ去り行為が制定法により刑事罰化された。児童奪取法1条は、親が、児童に対して権限を有する者全員による同意なく又は裁判所の許可なく、16歳未満の子を英国外に連れ去り又は送付する行為を処罰の対象とする。2条では、国内外に限らず、親以外の者が16歳未満の子を親等から

連れ去り又は留置する行為を処罰の対象とする。親の場合に海外への連れ去り行為のみに限定した理由は、立法過程において、親による子の連れ去りについては民事での解決がなされるため、刑法は介入しないことを前提としたものの、イギリスの管轄が及ばなくなる場合には刑法の介入が必要であると考えられたためである。

親の同意の有無が重視され、連れ去られる児童の意思は、犯罪の成立に影響を及ぼさない。監護権侵害を保護法益とした規定といえる。また、刑罰は懲役 7 年を上限とする。子の年齢を 16 歳未満としたこと、国境を超える連れ去りに限定したことは、ハーグ条約と統一的である。

児童奪取法は、ハーグ事案で問題となる平穏な態様の連れ去り行為を処罰の対象とするものの、休暇で子を連れて帰国し、休暇が明けても帰らない留置型事案が対象から外れる点で、抑止効果が半減し、一般予防の観点からは不十分なものとする。

(2) コモン・ロー上の拐取罪 (kidnapping)

R v D [1984] FLR 847 (1984 年 6 月 21 日) (以下、「D 事件貴族院判決」) では、裁判所の被後見人 (ward of court) となり、母親の監護下にあった子 (5 歳) が、父親により英国から国外へ連れ去られた。貴族院は、拐取罪が被拐取者の自由を保護法益とし、その成立には、実力又は欺罔により、被拐取者の同意なく、法律上の不処罰事由なく、連れ去られることが要件となることを確認し、本件の父親に拐取罪の成立を認めた¹⁸。

また、本件のような裁判所命令に違反した親による子の連れ去りは、刑事訴追ではなく、裁判所侮辱 (contempt of court) により制裁が加えられるべきものであるため、刑事訴追は、連れ去り親の行為の態様が一般人からみて刑事事件になると感じられる程度に悪質であるような例外的な場合にのみ、認められるべきものとした。

コモン・ロー上の拐取罪は、児童奪取法とは異なり、拐取者は親に限られず、国外の連れ去りに限定するものではない。被拐取者は子どもに限らず大人も対象となる。実力又は欺罔を手段として連れ去る必要があり、また、その連れ去りが被拐取者の同意なしに行われる必要がある。

この拐取罪の要件化により、親による子の連れ去りは、制定法の適用との関係で、いささか複雑である。たとえば、子の意思に反する連れ去りであれば、親の同意があっても拐取罪が成立し得るが、児童奪取法は適用されない。これに対し、子が連れ去りに同意していても、親が同意していなければ、拐取罪は成立せず、児童奪取法が適用される。

また、親が子の意思に反して子を強制的に国外に連れ去り、もう一方の親の同意がなければ、児童奪取法及び拐取罪の両罪に該当してしまう。さらに、親が子の意思に反して強制的に国内に連れ去っても、児童奪取法は適用されないが、拐取罪は成立し得る。児童奪取法が7年の懲役となるのに対し、拐取法は、裁判官の自由裁量により、無期刑まで科すことができる。

（3）1984 年児童奪取法の改正に向けて

児童奪取法と拐取罪のこうした適用上の問題点は、以下の2判決により明らかにされた。

（a）キアニ事件判決 R v Kaynani [2011] EWCA Crim 2871, [2012] 1 WLR 1927 (2011 年 12 月 13 日) (以下、「キアニ事件判決」) は、他の事件 (R v Solliman) と合わせて判断が下された。キアニ事件判決は、母親にパスポートを預け、子との面会交流を実施していた父親が、新たなパスポートを作成し、2 人の子 (5 歳, 4 歳) を英国からパキスタンに連れ去った。連れ去り期間は9年に及び、母親に会うことのないまま子らは成長し、17 歳, 16 歳になった子らは、母親との面会を拒絶した。父親は、児童奪取法と拐取罪の両罪に基づき起訴され、第1 審は5 年の実刑を言い渡した。これを不服とし、父親が量刑不当を理由に控訴した。

控訴審は、ハーグ条約の非締約国に子が連れ去られた場合の返還は極めて困難であること、連れ去りによる親子関係断絶の危険は見逃すことのできない問題であるなどとして、連れ去り親を児童奪取罪ではなく、量刑の上限が極めて重い拐取罪で訴追することが可能であるとした。また、子を愛する親によってなされた連れ去り行為であっても抑止の重要性は高く、母親の受けた精神的苦痛、母親から引き離されたことにより子は人生の基礎を奪われたこと、父親を実刑に科すことで生じる子への影響などを考慮しても、実刑

の選択は適切であるとした。

(b) ニコラウ事件判決 R (Nicolaou) v Redbridge Magistrates' Court [2012] EWHC 1947 (Admin) (2012 年 6 月 20 日) (以下、「ニコラウ事件判決」) は、英国に住む母子と別居しキプロスに住む父親のもとに子 (12 歳) が夏季休暇で遊びに来たところ、予定日を過ぎても子は帰国せず、子は父親のもとに留置された。母親はハーグ条約に基づき返還を求め、返還命令が下されたが、父親は執行を妨害し、子は裁判所の被後見人となった。その後、父親に対し児童奪取法 1 条に基づく逮捕状が出されたが、父親は、留置行為は本条の対象外であるとして司法審査を求めた。

高等法院は、児童奪取法 1 条の「連れ去る (taking out)」について、自然に読めば、継続的行為ではなく特定の出来事を指すものと読めること、また、2 条が連れ去りと留置を意識的に区別している点を指摘し、留置行為は本条の対象外であるとした。

(c) 2014 年法律委員会報告書 法律委員会は、キアニ事件判決を受けて、児童奪取法の刑罰の上限を懲役 7 年から 14 年に引き上げる提案を行った。また、ニコラウ事件判決を受け、児童奪取法 1 条を改正し、親が適法に子を国外に連れ出し、不法に留置する行為を明文化し、ハーグ条約との統一性を図るべきとの提案が行われた¹⁹。

4 我が国における親による子の連れ去りの刑事罰

次に、我が国における親による子の連れ去りに対する刑事上の制裁について概観する。

(1) 略取罪規定と保護法益

親による子の連れ去りに関して、本稿との関係では、刑法 224 条の未成年者略取誘拐罪と 226 条の所在国外移送目的略取誘拐罪が問題となる²⁰。

本条の「略取」及び「誘拐」は、被拐取者を現在の生活状況から離脱させ、行為者や第三者の事実的支配下に置くことが必要となる。また、「略取」が暴

行及び脅迫を手段とするのに対し、「誘拐」は、欺罔及び誘惑を手段とする点に違いがある。略取や誘拐に失敗した場合も、未遂犯として処罰される。

明治 13 年に規定された旧刑法の拐取罪は、旧民法で定められた未成年者に対する親の親権、監護権をその保護法益とし、未成年者のみを拐取罪の保護客体としていた。これに対して、現行刑法制定の過程では、成年であっても拐取罪の客体となり得ることが意識され、被拐取者の自由を本条の保護法益とする理解が有力化した。このため、現行刑法 224 条の未成年拐取罪について、現在では、保護法益から監護権を除外し、拐取された未成年者の自由のみを保護法益とする見解が通説化した。また、身体の移動の自由を保護法益とする逮捕及び監禁罪が嬰兒について成立しないのに、拐取罪は成立することを説明するために、拐取罪の保護法益は、被拐取者の自由のみならず、その安全をも含むとする見解が有力化した。しかし、本条が旧刑法を継受したものであるため、監護権を保護法益とする見解はいまだ有力である。

（２）２つの最高裁決定

以下、親による子の連れ去りが拐取罪とされた 2 つの最高裁の判断をみていくことにする。

（a）平成 15 年決定 1 つ目は、外国への連れ去り事案、最決平成 15 年 3 月 18 日刑集 57 巻 3 号 371 頁（以下、「平成 15 年決定」）である。日本人妻と別居中のオランダ人夫が、妻が日本で監護養育していた子（2 歳 4 か月）をオランダに連れ去る目的で、入院中の病院から有形力を用いて連れ出した国外移送略取等被告事件である。父親は、子が妻に付き添われ寝ていた病院のベッド上から、子の両足を引っ張って逆さに吊り上げ、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。

最高裁は、以下のように述べ、226 条の成立を認めた。

「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断は、正当である。」

(b) 平成 17 年決定 2 つ目は、国内での連れ去り事案、最決平成 17 年 12 月 6 日刑集 59 卷 10 号 1901 頁（以下、「平成 17 年決定」）の未成年者略取被告事件である。被告人は、別居中の妻が養育している子（2 歳）を連れ去る目的で、保育園の歩道上において妻の母（子の祖母）と帰宅しようとしていた子を、すきをついて、背後から抱きかかえて、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に乗せた。祖母が、同車の運転席の外側から運転席のドアノブをつかんで開けようとしていたり、窓ガラスを手でたたいて制止しようとしたが、被告人は自車を発進させ、走り去った。その後、被告人は、約 6 時間半後、民家等のない林道上で子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。

最高裁は、平成 15 年決定を引用し、「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」とした上で、以下のように述べ、224 条の成立を認めた。

「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つ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。」

（3）小括

平成 15 年決定は、被告人が親権者であって、その母国に連れ帰ろうとしたことを考慮しても、連れ去りの態様の悪質性が強調され、違法性阻却が否定された。平成 17 年決定は、被告人が親権者であることが違法性阻却の考慮事項であることを再確認しつつ、違法性が阻却されるためには、被告人の連れ去りが親権者としての正当な行為であり、家族間の行為として社会通念上許容される範囲内にある必要性が確認された。具体的には、①粗暴で強引な行為態様、②2 歳の幼児である被拐取者の判断・選択の能力、③略取後の監護養育について確たる見通しが無いといった子の福祉が考慮され、違法性阻却が否定された。

両決定によれば、親権者による子の連れ去りが拐取罪の構成要件に該当するためには、拐取の手段・方法が、暴行及び脅迫に値する程度の「有形力の行使」、すなわち、一定の悪質性、粗暴性が必要とされているものと理解することができるが、本条の保護法益の捉え方によっては、この点が重視されるものかは明らかでない。

近年のハーグ事案で問題となっている母親の子連れ里帰り事案は、休暇を理由に子を国外に平穏に連れ出し、そのまま帰国をしない留置型の態様が多い。子の同意を得て出国した場合には、被拐取者の自由を侵害したとはいい難く、また、留置に焦点を当てても、他方の親権者によって保護されている環境から子を引き離したとはいえないだろう。母親が帰国の意思のないことを心に留め、単なる旅行であると子に告げ、子とともに飛行機に乗った場合はどうなのか。拐取罪、あるいは、欺罔及び誘惑を手段とする誘拐罪に当たるのか。

本稿の検討範囲を超えるため、これ以上の言及は控えるが、いずれにせよ、近年のハーグ事案にみる平穏な連れ去り・留置が、我が国の拐取罪の対象となるかは明らかでない。また、本条の文言を見る限り、帰国の意思なく子を連れて里帰りする母親が、自らの行為が犯罪に当たると認識することは難しいものと思われる。現行の文言のままでは、余程の粗暴性がある場合を除き、親による子の連れ去りを処罰することは難しく、それが可能であると解するならば、刑法の明確性の要請に反する結果を招来するものと考えられる。

5 若干の検討

以上のように、我が国の拐取罪の規定ぶりは明確性に欠けるものであり、また、2つの最高裁決定を見る限り、親権者による子の連れ去りに粗暴性が必要とされるか否かが明らかでない。この点、英国では、拐取罪では被拐取者の自由を、児童奪取法では連れ去られ親の監護権を保護法益とする。キアニ事件判決による問題提起はあったものの、基本的には、両罪のすみ分けが行われている点で、明確性に優れている。この点で、我が国が、親権者による平穏な子の連れ去りを刑事罰の対象とするならば、一般人にとって十分に認識しやすい明確な文言を用いた修正が行われる必要がある。また、刑事司法の家庭内への介入を控えるべきとする見地から、平穏な連れ去り行為の刑事罰化は、海外への連れ去り行為に限定されるべきように思われる。連れ去りが日本国内に留まるものであれば、民事上の、おもに家裁における解決が可能であるため、刑事罰化の必要性は低い。したがって、刑事罰化を肯定するならば、従来の拐取罪とは別に、親権者の監護権侵害を保護法益とする、所在国外移送目的の16歳未満の未成年者の連れ去り及び留置罪が新設されるべきものと考ええる。

たしかに、各国の刑事罰が「重大な危険」の抗弁につながり、民事上の解決の弊害となる側面もある。また、子の引渡しの強制執行の実効性が確保され、民事上の解決が強化されれば、親による子の連れ去りを別途、新設する必要性がないともいえるかもしれない。しかし、英国のキアニ事件にみるように、連れ去りが長期間に及び、親子の絆が完全に消失されてしまう悲惨な事件が、近い将来、我が国においても起こり得る。ハーグ条約の非締約国、特に、イスラーム諸国に子が連れ去られた場合は、民事上の解決は極めて困難となることが予想される。国際結婚・離婚が増加する我が国においても、先手を打って、刑法の整備に乗り出す必要があるものと考ええる。

6 おわりに

子の連れ去りの刑事罰化は多大な抑止効果をもたらすものとなる。しかし、連れ去り親にいかなる刑罰を科すかは、別途の議論が必要となるものと考ええる。おもな養育親である連れ去り親、例えばノイリンガー事件の母親が懲役刑を科されることになれば、幼い子は養育親を奪われる結果となる。こうした事案においては、子の利益の観点から、執行猶予が付されることになるのかもしれないが、欧州においては、欧州人権条約 8 条適合性の視点から、この点に関する議論がさらに深められていくことになるだろう。

我が国では、英国と異なり、転居命令の制度がない。また、家裁の決定に反する行動をとれば、履行勧告や強制執行による対応が可能であるが、裁判所侮辱のような刑事上の制裁はない。刑事罰化の検討とともに、特に、合法的な移動を認める転居命令の創設を検討する必要がある。裁判所により合法的な転居が認められるようになれば、もはや子を連れ去る必要がない。転居命令の判断基準のあり方について、英国では議論が重ねられている。転居基準の厳格化は、連れ去りの増加をもたらす、その逆は、連れ去りの抑止をもたらすものと考えることができるからである。

我が国において、現在進行中の強制執行の実効性の確保の議論²¹、面会交流の円滑な実施の促進にむけた議論なども含め、民事及び刑事の両面でなし得る抑止の種類、方法を検討し、家庭内の紛争への適切な介入の程度を画する必要がある。

¹ 「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、施設その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。

b) 返還することによって子が身体的若しくは精神的な害を受け、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。」

² Re J [2005] UKHL 40, [2006] 1 AC 80. 2005 年 6 月 16 日の J 事件貴族院判決（ヘイル裁判官）を含め、この表現が頻繁に用いられる。しかし、2011 年 6 月 10 日の E 事件最高裁判決（ヘイル裁判官、ウィルソン裁判官）では、欧州人権裁判所ノイリンガー事件大法廷判決の内容を受け、個別具体的な子の最善の利益の実現をもハーグ条約の目的であると明言した。詳しくは、拙稿「ハーグ子の奪取条約 13 条 1 項 b 号『重大な危険』の新たなアプローチ—英国 E 事件最高裁判決による提言を中心として—」早稲田大学大学院法研論集 147 号（2013 年）91—117 頁を参照のこと。

³ 実際に養育を行う者を指す。primary care giver/provider の表現も見られる。父母が共同で養育する場合は joint primary carer となる。通常、primary carer には監護権が有り、custodial parent と表現される。

⁴ 早川眞一郎教授の表現に習う。早川眞一郎『子連れ里帰り』の行方ハーグ子奪取条約と日本『変動する日本社会と法』(有斐閣、2011年)141-171頁、同『『国際的な子の監護』をめぐる問題について』判例タイムズ1376号(2012年)47-55頁参照。

⁵ 横山潤「親子法の変容と子奪取条約」国際私法年報15号(2013)56-71頁参照。

⁶ 起草時における連れ去り親の想定の変化について指摘し、条約の改正を求める文献は多数ある。代表的文献として Schuz, The Hague Child Abduction Convention- A Critical Analysis (Hart 2013) 参照。

⁷ 横山潤「国際的な子の奪取に関するハーグ条約」一橋大学研究年報法学研究34号(2000年)3-101頁、47頁以下参照。石垣智子「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」ケース研究317号3-72頁、17頁以下参照。

⁸ 人権条約加盟国47か国の管轄内で生じた条約違反による侵害に関し、侵害を受けたとする個人が、国内での救済手段が尽きたことを条件に、侵害した加盟国を相手に条約違反の申立てを行うことができる。

⁹ ズーパンジック (Zupančič) 裁判官と グルミアン (Gyulumyan) 裁判官の共同反対意見を参照。

¹⁰ Lowe, 'The enforcement of Custody and Access Decision under the Revised Brussels II Regulation'[2011]IFL 21; Chamberland, 'Whither the "best interests of the child" in the 1980 Child Abduction Convention?' [2012] IFL 27; Silberman, 'Recent US and European Decisions on the 1980 Hague Convention on Child Abduction' [2012]IFL 53.

¹¹ Walker, 'The Impact of the Hague Abduction Convention on the Rights of the Family in the Case-law of the European Court of Human Rights and the UN Human Rights Committee: the Danger of Neulinger' (2010) 6 (3) J Priv Int L 649.

¹² Karrer v Romania (App No 16965/10) ECHR 21 Feb 2012. Uyanik v Turkey (App No 60328/09) ECHR 3 May 2012.

¹³ X 事件大法廷判決を紹介するものとして、拙稿「ハーグ子の奪取条約『重大な危険』に基づく返還の例外と子の最善の利益—欧州人権裁判所による13条1項b号の制限的アプローチに関する新たな示唆—」民事研修684号(2014年)2-13頁参照。

¹⁴ Schuz(n 6) 291.

¹⁵ Re L [1999] 1 FLR 433.

¹⁶ Re M and J [2000] 1 FLR 803.

¹⁷ 英国における子の連れ去りの刑事罰について、樋口亮介「イギリスにおける家族による児童の連れ去りに対する処罰のあり方」法律時報90巻4号(2018年)104-109頁、同巻5号(2018年)120-126頁参照。

¹⁸ R v D [1984] FLR 847, 852.

¹⁹ Law Commission, Simplification of Criminal Law: Kidnapping and Related Offences, Law Com 355, 2014.

²⁰ 224条「未成年者を略取し、又は誘拐した者は、三月以上七年以下の懲役に処する。」

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、二年以上の有期徒刑に処する。」我が国における拐取罪の沿革及び刑事罰化の議論については、

松原和彦「我が国における拐取罪の沿革—親が主体の事案を中心に」法律時報89巻13号(2017年)271頁-277頁及び90巻1号(2018年)112頁-118頁、深町晋也「両親が子供を巡って

互いに争うとき」書斎の窓「連載 家族と刑法―家庭は犯罪の温床か？」（2018 年）658 号 15－23 頁及び 659 号 33－43 頁参照のこと。

²¹ 棚村政行「子の引渡しの強制執行と民事執行法の改正」法律時報 90 巻 10 号（2018 年）1－3 頁。