

はしがき

本書は、有斐閣の情報誌である「書齋の窓」に2017年5月号(651号)から2020年3月号(668号)にかけて、全15回に涉って掲載された同名の連載をまとめたものである。より正確に言えば、当初は全12回で終了する予定であったが、筆者が2019年8月から2020年3月までの間、ドイツ・ケルン大学で在外研究を行う機会を得て、「ドイツ番外編」として新たに短期の連載を3回分掲載したことで、全15回となった。したがって、第13回から第15回では、我が国ではなく、主としてドイツにおける問題を扱っている。

しかし、本書は、上記の連載をただまとめただけではなく、一冊の本として独自の内容を有している。以下では、上記の連載を読まれたことがない読者の方を主として念頭に置きつつ、多少の紙幅を割いて、その点を説明することにした。

本書は、「家族と刑法」に関する様々な問題をトピックとして採り上げつつ、主として刑法によってどのような解決が可能なのか(あるいは可能ではないのか)を検討したものである。目次をご覧になると分かるように、ドメスティック・バイオレンス(DV)を巡る問題(DV反撃殺人事例)や家庭における性犯罪、児童の受動喫煙防止、親による子の奪い合いと拐取罪の成否、親族相盗例、いわゆる「赤ちゃんポスト」を巡る問題、家族が死亡した後の遺体の放置、児童虐待、人工妊娠中絶、子の予防接種を巡る問題など、その話題は多岐に涉っている。しかし、これらはいずれも、原則として、同じ「家族」に属する者による、「家庭」という場で生じる犯罪・問題事象という点で共通している。

そもそも、家庭とは外の世界から家族構成員を守るための場である。特に、児童のような脆弱な者にとっては、外の世界は時に厳しい場所となり得るのであり、そのような厳しい外界から脆弱者を守るための場として家庭が機能している。そして、外界の干渉から家族構成員を守るために、家庭には一定の自律性が認められている(これを「部分社会」と言っても良い)。したがって、その中で一定の問題事象が生じたとしても、国家はなるべく干渉・介入をせず、家庭内における解決に委ねたほうが良い場合もあり得る。本書で扱われている親族相盗例は、その代表例と考えられている。

しかし、このような家庭の自律的な保護機能は、外部からの介入可能性を低下させることにより、家庭内で何が起きているのかを外から見えにくくさせてしまう。こうした可視性の低さにより、問題事象が発生しやすくなるのみならず、いったん生じた問題事象が隠蔽されやすくなり、したがって問題事象が継続しやすくなる。本書のサブタイトルである「家庭は犯罪の温床か？」という言葉は、一見すると疑問形としての問いに見えるが、実のところはこのような家庭が有する構造を端的に示したものである。読者の皆さんは、本書を最初から、あるいは好きな箇所から読み進めていくうちに、本書が全体として、「犯罪の温床となり得る場としての家庭」について論じていることに気づかれるであろう。

以上を要するに、本書の一貫したテーマは、「犯罪の温床となり得る場としての家庭」を率直に問題として叙述しつつ、しかしなお、「家族構成員を守る場としての家庭」がその機能を発揮できるための条件を模索することにある。一冊の本としての本書の意義は、まずはこの点に見出すことができよう。

*

*

*

本書は、雑誌の連載が有する動的な流れを残しつつ、可能な限り最新の情報を盛り込み、かつ、「家族と刑法」に対する別の立場からの知見も取り込むことで、先に述べた本書の一貫したテーマをより多面的に明らかにしようとしている。

まず、本書においては、第1回から第15回に涉り、前述の連載を掲載順に配置している。これは、連載の持つダイナミズムを可能な限り損なわない形で読者に提供したいと思ったからである。もちろん、書籍化に当たり、一から全ての原稿を整序して書き直すという方法もあり得たが、連載の各回におけるトピックの選択は、それがアクチュアルな形で問題となった時期を強く反映しており、そうした時代背景をなるべく残しておきたいと考えた。そのため、それぞれの連載については、明らかな誤字脱字や誤記の修正の他は、①連載時には注に存在していた記述の大半を本文中に移し（多くは本文中で点線の枠囲みによって示されている）、かつ②引用文献を最新のものに改めるといった最低限の修正・補筆に留めている。

次に、本書においては、第1回から第15回のそれぞれの最後に、「連載のあ

とに」と題して、各回で扱ったトピックとの関係で連載の後に生じた事実などをフォローすることにした。例えば、国内外における最新の統計データや最新の判例・裁判例、連載後の立法動向や連載後に起こった事件などを広く補筆した。読者の皆さんはこれらを読むことで、連載当時から本書の公刊までの僅か数年の間で、それぞれのトピックにつき大きく問題状況が進展し、また変化しているダイナミズムを感じるができるであろう。このようなダイナミズムを叙述することもまた、本書の目的と言える。

更に、本書の特筆すべき特徴として挙げられるのは、刑法研究者である筆者以外の視点から、本書の各トピックについて、民法研究者である一橋大学准教授の石綿はる美氏による多角的なコメントが付されている点である。同氏のコメントによって、本書で扱われている各トピックの背景がより鮮明になり、より理解しやすくなっているのはもちろんのこと、それぞれのトピックと関連する様々な問題がより深く検討されており、本書の読者を更なる探究へといざなうものとなっている。

本書は、必ずしも教科書として書かれたものではなく、かと言って純然たる論文集というわけでもない。むしろ、法学研究者や実務法曹はもとより、大学の講義やゼミにおいて法学部等の学生に、更には「家族と刑法」に関心を有する多くの人々の手に渡り、読まれることを期待している。というのは、本書が扱う各トピックは、多くの市民にとって重大な関心事である「家族」に関わることであり、過去・現在・未来に涉って問題となる事柄だからである。もちろん、本書は「家族と刑法」が問題となる多様な局面のごく一部を扱ったものに過ぎない。その意味では、本書は「家族と刑法」を巡る大きなプロジェクトのいわば一部であり、未完であると言って良い。筆者は、より多くの人々が「家族と刑法」に関心を寄せてくれることを併せて期待している。

* * *

本書は多くの人々の協力によって形になったものである。本来ならばその全員のお名前を挙げて謝辞を述べたいところであるが、紙幅等の都合によりそれは不可能である。ごく少数の方のお名前を挙げることで、それに代えることにしたい。まず、本書の実質的な共著者である一橋大学准教授の石綿はる美氏に対しては、改めてこの場で心からのお礼を申し上げたい。本書が扱う多様なト

ピックにつき、多角的かつ有益なコメントを執筆して下さったことで、本書の価値が格段に上がったことは疑う余地がない。

また、東京大学教授の樋口亮介氏、九州大学准教授の富川雅満氏、及び同志社大学助教の池田直人氏からは、本書全体につき多くの貴重な助言・示唆をいただいた。併せて、東北大学教授の久保野恵美子氏からは、主として民事法的な部分について貴重な示唆をいただいた。それぞれ、心より感謝の意を表す。

更に、筆者がドイツ・ケルン大学の外国・国際刑法研究所における在外研究中に、様々な形で示唆をいただいた、同研究所所長（教授）の Bettina Weißer 氏及び同研究所教授の Thomas Weigend 氏、そしてドイツにおける「家族と刑法」の第一人者であり、筆者に貴重な教示を与えてくれた Jena 大学教授の Edward Schramm 氏にも深い感謝の意を表したい。

本書の公刊は、連載の担当であった編集者の栗原真由子氏、そして何よりも本書の出版に関する様々な問題を一手に引き受けて下さった編集者の笹倉武宏氏の協力なくしてはあり得なかったであろう。両氏にも心よりお礼申し上げる。

2021年5月 父の喜寿を祝したあとに

深 町 晋 也

【附記】本書は、JSPS 科研費 JP16K03375, JP18KK0369, JP20H01435 の助成による成果の一部である。

著者紹介



深町 晋也 (ふかまち しんや)

1998年東京大学法学部卒業。2001年東京大学大学院法学政治学研究科博士課程退学後、岡山大学法学部助手。2004年北海道大学大学院法学研究科助教授，2008年立教大学大学院法務研究科准教授を経て，2012年立教大学大学院法務研究科教授。

2020年より立教大学法学部教授（現職）。

主著に、『緊急避難の理論とアクチュアリティ』（弘文堂，2018年，単著），『学生生活の法学入門』（弘文堂，2019年，共著）及び『性犯罪規定の比較法研究』（成文堂，2020年，共編著）がある。

〈コメント執筆〉

石綿 はる美 (いしわた はるみ)

2007年東京大学法学部卒業。2009年東京大学大学院法学政治学研究科法曹養成専攻修了後，東京大学大学院法学政治学研究科助教。2012年東北大学大学院法学研究科准教授。

2021年より一橋大学法学研究科准教授（現職）。

主著に，「遺言における受遺者の処分権の制限——相続の秩序と物権の理念(1)～(7・完)」法学協会雑誌131巻2号～5号，7号～9号（2014年）がある。

目 次

第1回 DVの被害者が加害者に反撃するとき（その1）—— 1

I 「家族と刑法」を始めるに当たって……………	1
II DVの終着点の一つ——DV反撃殺人事例……………	3
1 DVがもたらす2通りの終着点 (3)	
2 DV反撃殺人事例とは (3)	
3 我が国におけるDV反撃殺人事例の嚆矢 (4)	
4 殺人罪の重い法定刑がもたらす問題 (6)	
◇連載のあとに……………	7
1 統計データから見る「家族と刑法」(7)	
2 配偶者間での性犯罪 (8)	
〈第1回コメント〉「家族と刑法」と聞いたとき……………	11

第2回 DVの被害者が加害者に反撃するとき（その2）—— 14

I 第1回を振り返って……………	14
II 正当防衛による解決について……………	15
1 正当防衛による解決の難しさ (15)	
2 正当防衛による解決の更なる挑戦 (16)	
III 別の解決の模索——ドイツの議論……………	18
1 緊急避難による解決 (18)	
2 継続的保護と補充性 (20)	
3 DV加害者の生命を奪うことについて (21)	
IV 我が国におけるDV反撃殺人事例……………	22
1 問題となる事案 (22)	
2 検 討 (22)	
V 終わりに……………	23
◇連載のあとに……………	24
1 カナダのDV反撃殺人事例 (24)	
2 個別事案の妥当な解決を図るために (25)	

〈第2回コメント〉DVの被害者が加害者に反撃するとき・逃げるとき……26

- 1 「家族」を殺害した場合——DVの被害者が加害者に反撃するとき（26）
- 2 無戸籍者問題——DVの被害者が逃げるとき（28）

第3回 児童が家庭の中で性的虐待に遭うとき（その1）—— 32

- I 児童虐待の一つとしての性的虐待……………32
- II 児童に対する性的虐待の現状分析……………33
- III 性的虐待はどのように処罰されていたのか……………34
 - 1 （旧）強姦罪・強制わいせつ罪による処罰（34）
 - 2 条例の淫行罪と児童福祉法の児童淫行罪（38）
 - 3 児童福祉法上の児童淫行罪の限界？（40）
- ◇連載のあとに……………40
 - 1 性的虐待の現状分析（40）
 - 2 児童福祉法上の児童淫行罪の拡張傾向（42）

第4回 児童が家庭の中で性的虐待に遭うとき（その2）—— 44

- I 前回（第3回）の議論を振り返って……………44
- II 監護者性交等・わいせつ罪（刑法第179条）の導入とその分析……………45
 - 1 従来の立法提案との差異と導入の経緯（45）
 - 2 監護者性交等・わいせつ罪の概観（46）
 - 3 「現に監護する者」とは（47）
 - 4 監護者性交等・わいせつ罪の重罰化根拠（49）
- III 監護者性交等・わいせつ罪の成立の限界……………52
 - 1 児童が睡眠中である場合（52）
 - 2 行為者と児童との間に愛情関係がある場合（53）
- IV 終わりに……………54
- ◇連載のあとに……………54
 - 1 監護者性交等・わいせつ罪の成立範囲を巡る更なる問題（54）
 - 2 「監護者」以外の地位利用類型の拡大について（57）
- 〈第3回・第4回コメント〉児童が家庭の中で性的虐待に遭って子を産んだとき……………59

- 1 「子を監護する者」とは何か？ (59)
- 2 性的虐待の結果、子どもができてしまったら？ (62)

第5回 家庭において児童ポルノが作り出されるとき —— 67

I 家庭内の性的虐待としての児童ポルノ	67
II 家庭内における児童ポルノについて	68
1 児童ポルノ規制の経緯 (68)	
2 ドイツ語圏における議論 (69)	
3 我が国の2014年改正を巡って (71)	
III 終わりに	73
◇連載のあとに	74
1 統計データから見る児童ポルノ (74)	
2 家庭の保護機能が弱まる時 (75)	
〈第5回コメント〉親が子どもの画像を公表するとき	78
1 はじめに——子の画像・動画の公表と親権の関係 (78)	
2 フランスにおける議論 (79)	
3 終わりに——日本法を考える参考に (84)	

第6回 児童が家庭でタバコの煙に苛まれるとき —— 86

I 家庭内の受動喫煙と児童虐待	86
II 児童虐待の現状	88
III 児童虐待罪を巡る議論	89
1 従来の議論 (89)	
2 ドイツ語圏の状況——二つの異なる児童虐待罪 (90)	
3 児童虐待罪に関する検討 (92)	
IV 東京都子ども受動喫煙条例の検討	93
1 本条例の内容と制定の経緯 (93)	
2 家庭内の受動喫煙と児童の健全な成長 (95)	
3 罰則規定の可能性？ (95)	
V 終わりに	96
◇連載のあとに	97
1 国による受動喫煙規制の強化 (97)	

2 子どもの受動喫煙を防止する条例の広がり (98)	
〈第6回コメント〉 児童虐待が行われたとき	100

第7回 家族によって自分の大切なものが奪われるとき —— 102

I はじめに——家庭内で起こる財産犯罪	102
II 親族相盗例とは何か	103
III 親族相盗例の沿革	103
IV ドイツ語圏における親族相盗例——家庭・家族内窃盗について	106
1 家庭・家族内窃盗とは (106)	
2 ドイツ語圏各国の現状 (107)	
V 我が国の親族相盗例の問題性	109
1 強い法的効果と広い適用範囲 (109)	
2 直系血族が未成年後見人である場合 (109)	
3 強盗ではなく恐喝と認定される場合 (111)	
VI 終わりに——あるべき立法は何か	112
◇連載のあとに	113
1 器物損壊罪と親族相盗例 (113)	
2 バイオリン事案の分析 (114)	
〈第7回コメント〉 家族によって財産管理を行うとき	116

第8回 両親が子どもを巡って互いに争うとき (その1) —— 119

I はじめに——親による我が子の拐取	119
II 民事的な解決についての概観	120
1 民事的な解決の基本的な枠組み (120)	
2 国際結婚とハーグ条約 (121)	
3 刑事法が介入する必要性? (122)	
III 刑事的規制を巡る諸外国の動向	123
1 比較の視点 (123)	
2 ドイツ語圏各国の法状況 (124)	
3 イギリスの法状況 (127)	
IV 今回のまとめ	128

◇連載のあとに…………… 129

- 1 子の引渡しを実効化するための手段について (129)
- 2 スイスの拐取罪を巡る議論について (130)

第9回 両親が子どもを巡って互いに争うとき (その2) —— 132

I 前回 (第8回) の議論を振り返って…………… 132

II 拐取罪とは何か…………… 133

- 1 拐取罪規定の確認 (133)
- 2 拐取罪規定の沿革 (133)
- 3 現行の拐取罪における保護法益 (135)

III 親による我が子の連れ去りと拐取罪…………… 136

- 1 保護法益とそれ以外の観点 (136)
- 2 どのような事案が問題となっているのか (136)
- 3 判例で問題となった二つの事案 (137)
- 4 判例に対する評価・分析 (139)

IV 親権者であることが処罰の否定をもたらす理由…………… 141

- 1 親による監禁事例 (141)
- 2 親による拐取と親による監禁 (143)

V 終わりに…………… 144

◇連載のあとに…………… 144

- 1 別居中の子の連れ去り事案について (144)
- 2 拐取罪が保護する利益は何か (145)

〈第8回・第9回コメント〉親が子どもを連れて別居するとき…………… 148

- 1 子連れ別居の民事法上の扱い (148)
- 2 監護者・親権者の指定の判断基準 (150)
- 3 離婚後の両親と子の交流 (153)
- 4 終わりに (154)

第10回 死者がその家族によって弔われないとき —— 156

I はじめに——私的な追憶から…………… 156

II 死体損壊等罪とはどのような規定か…………… 157

- 1 条文の確認 (157)

2 保護法益による議論 (158)	
Ⅲ 不作為犯の処罰根拠と不作為の死体遺棄罪	159
1 作為義務を基礎付ける根拠は何か (159)	
2 死体損壊等罪の不作為類型 (159)	
3 不作為の死体遺棄罪 (160)	
Ⅳ ドイツ語圏各国における死体を巡る処罰規定	162
1 ドイツ語圏各国の条文と保護法益 (162)	
2 不作為による死者への冒瀆? (163)	
Ⅴ 再び我が国の議論に戻って	164
1 死者に対する敬虔感情を害する不作為 (164)	
2 監護義務が限定される理由 (166)	
Ⅵ なぜ家族に葬祭義務が課されるのか	166
Ⅶ 終わりに	167
◇連載のあとに	168
1 新たな葬送の方式と死体損壊罪の成否 (168)	
2 葬送方式の類型化 (169)	
(第10回コメント) 死者が臓器提供の意思表示をしていたとき	170

第11回 子どもが親による保護を受けられないとき —— 171

I はじめに	171
II 保護責任者遺棄罪とは何か	172
1 条文の確認 (172)	
2 保護法益による議論 (173)	
3 保護責任とは何か (174)	
III ドイツ語圏各国における遺棄罪規定	175
1 ドイツ語圏各国の条文と保護法益 (175)	
2 被害者を救助する義務の発生根拠 (176)	
3 赤ちゃんポスト (Babyklappen) を巡る議論 (177)	
IV 再び我が国の議論に戻って	179
1 遺棄罪規定と「赤ちゃんポスト」との関係 (179)	
2 不保護との関係 (179)	
3 問題の解決に向けて (180)	
V 終わりに	181

◇連載のあとに……………	181
1 秘密・内密出産と出自を知る権利 (181)	
2 保護責任者遺棄・不保護罪とネグレクト (183)	
〈第11回コメント〉子を出産したことを秘密にしたいとき……………	186
第12回 子が親から「しつけ」を受けるとき—————	189
I はじめに——親が子を育てるためにできること・できないこと……………	189
II 懲戒権を巡る議論状況……………	191
1 懲戒権とは何か (191)	
2 懲戒権規定の意義 (191)	
III ドイツ語圏各国における議論状況の分析・検討……………	193
1 ドイツ語圏各国における現行規定の概観 (193)	
2 刑法上の問題 (194)	
IV 我が国の議論に戻って……………	196
1 親の体罰を禁止することで生じる影響 (196)	
2 親の懲戒権を否定することで生じる影響 (199)	
V 終わりに……………	200
◇連載のあとに……………	200
1 児童虐待防止法の改正 (200)	
2 体罰を禁じることの意義 (201)	
〈第12回コメント〉親による体罰を民法で禁止するとき……………	205
1 フランス民法典の改正 (205)	
2 日本における民法改正の動き (207)	
3 終わりに (211)	
第13回 妊婦が妊娠中絶に関する情報に接するとき—————	212
I はじめに——妊娠中絶を巡る大きな動き……………	212
II 議論の発端——何が問題とされたのか……………	213
1 告発された医師 (213)	
2 ドイツ刑法第219条aとは (213)	
3 情報をネットで公開する行為と第219条a (214)	

Ⅲ 第 219 条 a の改正を巡る動向	215
1 第 219 条 a 削除論の台頭 (215)	
2 第 219 条 a 第 4 項の新設 (216)	
3 改正案の分析及び評価 (217)	
Ⅳ H 医師に対する刑事裁判と改正法	220
1 ギーセン区裁判所及びギーセン地方裁判所による有罪判決 (220)	
2 フランクフルト上級地方裁判所の決定 (221)	
Ⅴ 終わりに——妊娠中絶を巡る論理とタブー？	222
◇連載のあとに	222
1 H 医師を巡る裁判及び同様の事案に関する裁判について (222)	
2 人工妊娠中絶へのアクセサビリティと妊婦の心理的障壁 (225)	
〈第 13 回コメント〉生まれる子を自分で育てられないとき	227

第 14 回 親が子に予防接種を受けさせないとき (その 1) —— 229

Ⅰ はじめに——麻疹の流行と予防接種	229
Ⅱ ドイツにおける麻疹の発生・流行と従来への対応	230
1 データから浮かび上がる現状 (230)	
2 ドイツにおける従来への対応 (231)	
Ⅲ 麻疹予防法案の内容	232
1 麻疹予防法案の目的 (232)	
2 麻疹予防法案の具体的内容 (233)	
Ⅳ 麻疹の予防接種「義務化」を巡る問題	234
1 予防接種「義務化」の持つ意味 (234)	
2 憲法上のどのような権利が問題となるのか (235)	
3 憲法適合性の判断枠組み (236)	
Ⅴ 次回 (第 15 回) への橋渡し	238
◇連載のあとに	239
1 COVID-19 蔓延とマスク着用義務 (239)	
2 我が国におけるマスク着用義務を巡る議論状況 (242)	

第 15 回 親が子に予防接種を受けさせないとき（その 2）—— 246

I 前回（第 14 回）を振り返って……………246

II 親の監護・教育権（基本法第 6 条第 2 項第 1 文）との関係について……………247

- 1 子の監護・教育を巡る親の権利・義務（247）
- 2 麻疹予防接種の義務化と親の監護・教育権（248）
- 3 若干の検討（249）

III 予防接種義務の違反に対する制裁について……………251

- 1 金銭的制裁としての過料（251）
- 2 制裁を課すことの可否と制裁の内容選択（252）

IV より良き立法としての予防接種の義務化？……………254

- 1 刑事立法分析の階層性（254）
- 2 麻疹の予防接種のみをターゲットとすることの問題性（254）
- 3 刑罰を科すことの問題性（255）

V 終わりに……………256

◇連載のあとに……………256

- 1 COVID-19 の蔓延と対面授業の継続（256）
- 2 感染症を巡るその後の状況（257）

〈第 14 回・第 15 回コメント〉親が子の医療行為に同意する必要がある
とき……………262

判例索引……………263

事項索引……………267

第1回

DVの被害者が加害者に反撃するとき（その1）

I 「家族と刑法」を始めるに当たって

「家族と刑法」というタイトルは、ひょっとすると読者の皆さんにとっては余り耳慣れないものかもしれない。そこで、筆者がこの連載を始めるに当たって、このようなタイトルを選んだ趣旨について多少の説明を加えると共に、この連載の今後の見通しについても、大まかにではあるが、予め記しておきたい。

従来、刑法の領域で家族が特に問題となるのは、親族相盗例（刑法第244条）のように、行為者と被害者などとの間に一定の人的関係がある場合に、行為者に有利に働く規定を巡ってであった。もし、読者の皆さんが刑法の教科書をお持ちであれば、是非とも巻末の索引を開いて「家族」や「親族」の該当箇所を探して欲しいのであるが、見つかるのは親族相盗例といった「親族間の特例」が殆どであろう¹⁾。親族間の特例とは、親族相盗例の他、犯人蔵匿・証拠偽造罪に関する特例（刑法第105条）や盗品等関与罪に関する特例（刑法第257条）のように、親族であることを理由に、行為者に有利に働く規定である。「法は家庭に入らず」という法諺を体現する親族相盗例を筆頭に、刑法において家族や親族とは、処罰を限定する方向での意義を有するものであった。

もちろん、この後で採り上げる尊属殺（刑法旧第200条）のように、被害者が直系尊属（加害者が直系卑属）であることを理由に処罰を加重する規定も存在した。あるいは、諸外国における近親相姦処罰規定（例えば、ドイツ刑法第173条やオーストリア刑法第211条を参照）をも想起されたい。その意味では、家族であることが一方的に処罰を限定・緩和する理由とされていたわけではない。

1) 例えば、西田典之（橋爪隆補訂）『刑法各論〔第7版〕』（弘文堂、2018年）543頁を参照。

しかし、以上のような状況は大きく変わってきている。「配偶者からの暴力の防止及び被害者の保護等に関する法律」(いわゆるDV防止法)や「児童虐待の防止等に関する法律」(いわゆる児童虐待防止法)といった特別法の制定が如実に示すように、むしろ、一定の場合には積極的に法が家庭の中に入っていくことが必要であるとの認識が広く共有されるようになってきている。そして、DV防止法第29条や児童虐待防止法第18条が、命令違反に対して刑事罰を規定することからも分かるように、刑法もまた、家庭の中に入っていくことが予定されている。

平成27年(2015年)の殺人事件の約52%、傷害事件の約22%が親族による犯行であること(法務総合研究所『平成28年版犯罪白書』6-1-5-1図)や、親族による性犯罪の検挙件数が増加傾向にある(同『平成27年版犯罪白書』6-2-1-12図)といったこともまた、こうした認識を裏付けるものと言えよう。やや極端な言い方をすると、「家庭は犯罪の温床」という見方すら成り立つのかもしれない。

このように、刑法において家族や家庭が持つ意味は、ある種の分裂状態にある。それは、現実の社会において家族や家庭が持つ機能の分裂、すなわち、一方では、その構成員を「社会の荒波」から守る自律的な存在として、他方では、その構成員に対する侵害リスクを高める存在として機能することを如実に反映したものと言える。この連載では、社会におけるこのような家族・家庭のあり方を、刑法という視点を通じて分析したいと考えている。

以上のような問題関心からすると、第1回に採り上げるテーマとして最も相応しいのは、家庭内暴力(いわゆるDV)であろう。DVは、配偶者間の性犯罪、我が子に対する(性犯罪を含む)虐待、両親の間で行われる我が子の奪い合いと拐取罪の成否など、今後採り上げるべき諸問題と密接に関連するのみならず、家庭という場が持つ「犯罪の温床」としての性格が極端な形で現れる問題領域でもある。そこで、今回は、DVが行き着く一つの終着点を巡る問題を扱うことにする。

II DVの終着点の一つ——DV反撃殺人事例²⁾

1 DVがもたらす2通りの終着点

DVの典型的事例は、配偶者の一方が他方に対して継続的に肉体的・精神的な虐待を加えることである。例えば、DV防止法第1条第1項は、「配偶者からの暴力」として、「身体に対する暴力」のみならず、それに「準ずる心身に有害な影響を及ぼす言動」をも規定している。このような虐待は、配偶者間の支配—被支配関係を固定化するため、DVの被害者が抵抗できないままに虐待がますます激化することも珍しくない。その結果として、DV加害者が被害者を死亡させることもまた、決して珍しいことではない³⁾。

しかし、このような悲劇と並び、もう一つのDVの終着点がある。それは、DV加害者の虐待に耐えかねた被害者が、DV加害者に反撃し、その結果としてDV加害者を死亡させる場合である。これは、DVの被害者を殺人の「加害者」に転化させてしまうという点で、DVにおける極めて重大な問題領域である。DVによる殺人が国際的に見て遍在的な問題であるのと同様に、DV反撃殺人もまた、様々な国で共通して生じている問題である。そこで今回は、こうしたDVの2通りの終着点のうち、後者の問題を特に採り上げることにする。

2 DV反撃殺人事例とは

DV反撃殺人事例とは、次のような事例を指す。

【事例】 長年に涉り、Aは家庭内で暴君として君臨し、ちょっとしたきっかけがあればすぐに妻Xや娘Bに暴力を振るっていた。ある日、AはXに対して激しい暴行を加えた後、「起きたら死ぬような目に遭わせてやる」と言い捨てて就寝した。Xは、Aが起きたら今度こそ自分に対して命にかかわるような暴行が加えられると考え、睡眠中のAを台所の包丁で刺殺した。

2) この名称は、深町晋也「家庭内暴力への反撃としての殺人を巡る刑法上の諸問題——緊急避難論を中心として」高山佳奈子ほか編『山口厚先生献呈論文集』（成文堂、2014年）95頁以下による。

3) 平成27年の殺人事件の被害者864名中、配偶者によるとされるものが147件に上る（法務総合研究所『平成28年版犯罪白書』6-1-5-1 図エクセルデータ参照）。

無期自由刑しか規定されていない。したがって、一旦謀殺罪が成立すれば、無期自由刑が成立するしかないという点で、極めて苛烈な効果が生じる。

更に、DV反撃殺人事例ではよく見られる「被害者Aが睡眠中である」という事実は、「不意打ちの(heimtückisch)」という、故殺罪ではなく謀殺罪となる要件(謀殺メルクマール)を満たすことになる。そこで、ドイツの判例は、DV反撃殺人事例について、何とかして前述のような謀殺罪の重い刑を科すことを回避しなければならないという観点から、チャレンジングな法解釈論を展開することになる。次回では、それを見ていくことにしよう。

謀殺罪については、無期自由刑しか成立しないのが原則であるが、実は一定の例外もある。ドイツ連邦通常裁判所(BGH)という我が国の最高裁判所に当たたる裁判所の示した判断(BGHSt 30, 105)によれば、無期自由刑を科すとすれば行為者の責任に比して余りにも不均衡となる例外的事情がある場合には、法定の減軽事由が存在しない場合であっても、なおドイツ刑法第49条第1項の類推適用を認めるという量刑による調整を肯定し、謀殺罪の法定刑の厳格さ・硬直さを一定程度緩和する判断を示している。しかし、BGHは、DV反撃殺人事例について、犯罪不成立も念頭に置いた、より徹底した法解釈論を採用したのである。

◇連載のあとに

1 統計データから見る「家族と刑法」

犯罪白書は毎年、主要犯罪における「被害者と被疑者の関係」について統計データを示している。『令和2年版犯罪白書』¹⁰⁾を見ると、令和元年(2019年)における親族による犯行の検挙件数の割合は、殺人罪で54.3%、放火罪で29.5%、傷害罪で27.9%、強制性交等罪で15.5%など、相当程度の割合を占めている。

他方、『令和元年版犯罪白書』のデータ¹¹⁾を見ると、平成9年(1997年)における親族による犯行の検挙件数の割合は、殺人罪では39.0%、放火罪では

10) 法務総合研究所『令和2年版犯罪白書』245頁。

13.1%と相当程度に高い。この両罪については、検挙件数の総数自体は1997年から2019年にかけてかなり減少しているが、親族による犯行の検挙件数はさほど減少していないという点で共通している。これに対して、1997年における親族による犯行の検挙件数の割合は、傷害罪では4.4%、強制性交等罪(旧強姦罪)では1.2%であるが、ここ20年で検挙件数の増加に伴ってその割合が次第に増加している。

このように、現在では親族による犯行の割合が大きい犯罪であっても、統計で見る限り、増加の程度には大きく差異が見られる。

また、DVとの関係で重要と思われる、配偶者による殺人及び傷害に関して『令和元年版犯罪白書』のデータを見ると、平成30年(2018年)において、それぞれ18.6%及び14.4%と相当の割合を占めていることが分かる。

なお、犯罪によっては、少なくとも統計で見る限りは親族による犯行の割合がそこまで高いとは言えないものもある。例えば、2019年において、強盗罪は1.4%、詐欺や窃盗に至っては0.1~0.2%であり¹²⁾、ここ20年程度で見ても大きな変化がない。詐欺・窃盗の割合の低さについては、第7回で扱う親族相盗例が大きく関係するものと見られる(本書102頁)。

このように、「家庭は犯罪の温床」であるとしても、いかなる犯罪の温床になりやすいかについては、なお差異があると言える。DVで問題となる殺人罪や傷害罪は、正に家庭で起こりやすい犯罪の代表格と言えよう。

2 配偶者間での性犯罪

連載の中では、配偶者間の性犯罪を正面から採り上げる機会が結局なかったため、多少の補足をしておきたい。筆者が主として研究対象としているドイツ語圏各国の性犯罪規定を見ると、ドイツ、オーストリア、スイスのいずれにおいても、かつては配偶者間強姦(・配偶者間性的強要)を処罰対象から除外する規定が存在した。例えば、1997年改正前のドイツ刑法において強姦罪を規定する旧第177条第1項は、「婚姻外の性交」を強要する場合のみを処罰対象と

11) 以下、法務総合研究所『令和元年版犯罪白書』6-1-1-7 図エクセルデータの示す検挙件数による。

12) 法務総合研究所・前掲注10) 245頁。

第1回コメント

「家族と刑法」と聞いたとき

石綿はる美

「家族と刑法」というタイトルを聞いて最初に思い浮かんだことは、「刑法学者は家族をどのように定義するのであろうか」ということであった。

憲法第24条第2項には「家族」という語がある¹⁾。民法には規定があるだろうか。民法第4編親族と第5編相続を合わせて「家族法」と呼ぶことがあるが、実は民法の条文には、「家族」という語がない。それに対して、1898年に成立した明治民法には、「家族」という語があった。例えば、明治民法第732条第1項は、「戸主ノ親族ニシテ其家ニ在ル者及ヒ其配偶者ハ之ヲ家族トス」と定める。なお、「親族」の定義は、明治民法第725条も1947年に改正された現行民法第725条も同じであり、「6親等内の血族、配偶者、3親等内の姻族」である。もっとも、読者の皆さんは、「親族」とされる全ての人を「家族」として考えるだろうか。

このような明治民法から現行民法への規定の変遷も踏まえて、大村敦志教授は、明治民法では、戸主と同一の戸籍に在る者が「家族」であったが、現行民法では「家族」が再定義されることはなかったものの、夫婦と未婚の子を同一の戸籍にすることとされたため、戸籍の記載が新たな「家族」を表象することとなったと整理する²⁾。そして、現行民法で想定されている典型的な家族も、夫婦と未成年の子からなる婚姻家族であるという³⁾。

もっとも、現行民法の成立後、家族の在り方は多様化している。まず、離婚や再婚家族が増加している。例えば、婚姻カップルにおける、夫婦とも再婚又はどちらか一方が再婚であるカップルの割合は、1980年は15.1%だったものが、2015年には26.8%になっている。夫婦とも再婚の割合も、5.1%か

1) 憲法と家族・家族法については、西山千絵「憲法と家族法」二宮周平編集代表『現代家族法講座 第1巻 個人、国家と家族』（日本評論社、2020年）91頁以下など。

2) 大村敦志『新基本民法7 家族編』（有斐閣、2014年）8頁以下。また、二宮周平「家族法理論と立法のあり方」二宮編集代表・前掲注1）2-6頁も参照。

3) 大村敦志『家族法〔第3版〕』（有斐閣、2010年）24頁。

ら9.7%へ上昇している⁴⁾。離婚件数自体も、1980年には141,689件（うち、親権を行う子がいるのは95,755件）だったものが、2018年には208,333件（うち、親権を行う子がいるのは120,497件）に増加している⁵⁾。

さらに、諸外国では、同性婚を容認する立法が相次いでいる⁶⁾。「家族」の中心である「夫婦」と法的に認められるための婚姻が、男女間に限られず認められることになる。日本では、同性婚を容認する立法はまだ行われていないが、地方自治体がパートナーシップ認定制度を導入する動きが拡大している⁷⁾。また、2019年2月14日には、同性カップルに婚姻を認める立法を怠った国の立法不作為により、望む相手との婚姻を妨げられたとして、国家賠償法に基づき損害賠償を求める訴訟が全国で複数提起された⁸⁾。2021年3月、札幌地裁は、国家賠償請求は認めなかったものの、民法及び戸籍法の婚姻に関する諸規定が、「同性愛者に対しては婚姻という制度を利用する機会を提供しているにもかかわらず、同性愛者に対しては、婚姻によって生じる法的効果の一部ですらもこれを楽しむ法的手段を提供しないとしていることは、立法府が広範な立法裁量を有することを前提としても、その裁量権の範囲を超えたものであるといわざるを得ず、本件区別取扱いは、その限度で合理的根拠を欠く差別取扱いに当たると解さざるを得ない」として、憲法第14条第1項に違反すると判断し、大きな注目を集めた⁹⁾。今後も、順次、司法の判断が示される予定である。

4) 厚生労働省「平成28年度人口動態統計特殊報告『婚姻に関する統計』の概況」(<https://www.mhlw.go.jp/toukei/saikin/hw/jinkou/tokusyuu/konin16/dl/gaikyo.pdf>) 3頁。同9頁も参照。なお、本書コメントにおけるインターネット情報の最終アクセス日は、2021年5月31日である。

5) 厚生労働省「平成30年(2018)人口動態統計」による。

6) 藤戸敬貴「同性カップルの法的保護をめぐる国内外の動向——2013年8月～2017年12月、同性婚を中心に」レファレンス805号(2018年)65頁、同「性の在り方の多様性と法制度——同性婚、性別変更、第三の性」レファレンス819号(2019年)45頁など。

7) 二宮周平「同性パートナーシップと同性婚」同『多様化する家族と法I』(朝陽会、2019年)48頁、藤戸・前掲注6)レファレンス819号50頁以下。

8) 裁判の詳細は、「一般社団法人 Marriage For All Japan - 結婚の自由をすべての人に」のHP (<https://www.marriageforall.jp/plan/lawsuit/>) で確認できる。

9) 札幌地判令和3・3・17裁判所ウェブサイト(LEX/DB: 25568979)。

家族と刑法——家庭は犯罪の温床か？

2021年7月30日 初版第1刷発行



著 者 深 町 晋 也

発 行 者 江 草 貞 治

発 行 所 株式会社 有 斐 閣

郵便番号 101-0051

東京都千代田区神田神保町 2-17

電話 (03) 3264-1314 [編集]

(03) 3265-6811 [営業]

<http://www.yuhikaku.co.jp/>

印刷・萩原印刷株式会社／製本・牧製本印刷株式会社

©2021, FUKAMACHI Shinya. Printed in Japan

落丁・乱丁本はお取替えいたします。

★定価はカバーに表示してあります。

ISBN 978-4-641-13951-0

JCOPY 本書の無断複写(コピー)は、著作権法上での例外を除き、禁じられています。複写される場合は、そのつど事前に(一社)出版者著作権管理機構(電話03-5244-5088, FAX03-5244-5089, e-mail:info@jcopy.or.jp)の許諾を得てください。