

# 母親の監護養育下における二歳児を別居中の 父親が連れ去った略取行為につき違法性が阻 却されないとされた事例

一最二小決平成17年12月6日判例時報1927号156頁一

## 諏訪雅顕

### 第1 事案の概要

被告人は、B（女）との間に長男Cが生まれたことからBと婚姻し、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、暴力を振るうなどしたため、BはCを連れ、青森県八戸市の実家で生活するようになった。被告人は、Cと会うこともままならないことから、Bが現に養育監護しているC（本件事件当時二歳）を連れ去ることを企て、同14年11月22日午後3時45分頃、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を背後から両手を両脇に入れて抱きかかえ、同所付近にエンジンを作動させたまま駐車中の普通乗用自動車まで全力で疾走して乗り込み、Dが制止するのも聞かず、自車を発進させて連れ去った。被告人は、同日午後10時20分頃、青森県東津軽郡平内町内の林道上において、Cと共に車内にいる所を警察官に発見され、通常逮捕された。尚、Bは、被告人を相手方として、夫婦関係調整の調停や離婚訴訟を提起し、係争中であった。

被告人は未成年者略取の罪（刑法224条）に問われ、公判で違法性が阻却されるか否かが争われたが（同35条）、1・2審とも有罪とされ、最高裁に上告されたものである。

### 第2 判旨内容

1 多数意見は上告棄却。

「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二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 これに対し、滝井裁判官の反対意見がある。

「…両親の婚姻生活が円満を欠いて別居しているとき、共同親権者である子の養育をめぐる対立し、親権者の一人の下で養育されている子を他の親権者が連れ去り自分の事実的支配の下に置こうとすることは珍しいことではなく、それが親子の情愛に起因するものであってその手段・方法が法秩序全体の精神からみて社会通念上是認されるべきものである限りは、社会的相当行為として実質的違法性を欠くとみるべきであって、親権者の一人が現実には監護していない我が子を自分の支配下に置こうとすることに略取誘拐罪を適用して国が介入することは格別慎重でなければならないと考える。

…子の監護をめぐる紛争は子の福祉を最優先し、専ら家庭裁判所の手続での解決に委ねるべきであって、他の機関の介入とりわけ刑事司法機関の介入は極力避けるべきものとする。

…被告人が所定の手続を採ることなく我が子を連れ出そうとしたことが直ちに刑事司法の介入すべき違法性をもつものとする解すべきものではない。そのような行為も親権の行使と見られるものである限り、仮に一時的に見れ

ば、多少行き過ぎて見られる一面があるものであっても、それはその後の手続において子に対する関係では修復される可能性もあるのであるから、その行為をどの様に評価するかは子の福祉の観点から見る家庭裁判所の判断にゆだねるべきであって、その領域に刑事手続が踏み込むことは謙抑的でなければならないのである。

…被告人の行為は親権者の行為としてはやや行き過ぎの観は免れないにしても、連れ出しは被拐取者に対し格別乱暴な取扱いをしたというべきものではなく、家庭裁判所における最終的解決を妨げるものではないのであるから、この様な方法による実力行使によって子をその監護下に置くことは子との関係で社会通念上非難されるべきものではないのである。このような考えから、私は被告人の本件連れ出しは社会的相当性の範囲内にあると認められ、その違法性が阻却されると解すべきものであると考える。」

- 3 上記滝井意見に対し、更に再反論を試みるのが今井裁判官の補足意見である。

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は反対意見と同じであるが、そのことの故に、かえって本件のような行為に対しては、(当事者間の円満な話し合いや家庭裁判所の関与を持たないで実力を行使して子を自らの支配下に置くという風潮を助長しかねず、これにより子の生活環境を急激に変化させ、子の身体や精神に悪影響を与えることにもなるから)、たとえそれが親子の情愛から出た行為であるとしても、特段の事情のない限り、違法性を阻却しない、と主張するものである。

### 第3 評釈

- 1 始めに述べたいが、同種の事案において、法曹実務家としての私には苦い経験がある。その事案は次の通りであった。

仕事をせず多額の借金を抱え、ひどい暴力を振るう夫(但し子煩悩ではあった)の下を、妻は5歳と3歳になる子供を連れて逃げ出した。アパート暮らしを始め、離婚調停の申立もしたが、夫は同調停に全く出頭しない。

やがて、夫に子供らが通う保育園を見つけれ、子供らは自宅に連れ戻された。夫は、妻が自宅に戻ってこなければ子供と共に無理心中すると言い出したが、妻の代理人であった私は、妻には以前にも家を飛び出したが連れ戻された経緯もあったので、妻と相談の上その申し出を拒否し（妻は夫の下に子供らを残したまま、一旦は自分の実家に戻った）、直ちに人身保護請求の申立をすると共に、警察等にも保護、安全確保等の協力を求めた。しかしながら、夫は翌日、車に子供らを乗せて、灯油を撒いた上車内に火を放った。

私は、その後も多くの離婚事件に関与してきたが、親権監護権が激しく争われるケースを幾つも経験した。幼い兄弟が分散して父親母親のそれぞれの下で暮らすことになったり（離婚問題の決着がつくまでは、子供らが会うことさえままならない）、最悪の場合、両親（その実家が絡み）により子供の奪い合いが始まり、それにより子供らの心身に深刻な影響が生じてしまった事案もあった。

そうした経験の中で私が思ったことは、両親は確かに純粋な情愛に基づいて必死に子供を自己の支配下に置こうとするのであるが、その被害や影響はストレートに子供に及ぶということである。悲惨な結果は常に最も弱い子供たちに降りかかるということである。この様な結果を避けるため、代理人である弁護士は極力努力をしているが、依頼者の心情等も理解し同情できるため、代理人同士の協議で解決するのは困難な場合が多い。頼みの綱は結局家庭裁判所であるが、組織的にも能力的にも十分な体制が採られているとは必ずしも言えず、そこでの早期かつ抜本的解決には一定の限界があると私は率直に感じてきた。

- 2 未成年者拐取罪（刑法224条）の保護法益に関しては、①もっぱら被拐取者の自由とする説<sup>(1)</sup>と、②人的保護関係が重要であり、もっぱら保護・監護権であるとする説<sup>(2)</sup>が対立してきたが、被拐取者の自由が保護法益であるが、本条の様な未成年者が被害者である場合、保護・監護権（親権）もまた保護法益に含まれるとするのが通説判例の立場である<sup>(3)</sup>。もっとも

最近は、保護法益をもっぱら被拐取者の自由（利益）としながらも、その「自由」には、人の本来的な生活場所における安全と行動の自由まで含まれるとする説<sup>(4)</sup>、あるいは端的に被拐取者の自由と「安全」を保護法益とすべきである、とする説も有力である<sup>(5)</sup>。

本条の規定上、保護の対象となるべき者は被拐取者であるから、第一に同人の自由を保護法益とすべきは当然である（もとより、被拐取者において保護されるべきものは、単なる自由だけでなく、身体の安全も含まれると解すべきであろう）。もっとも、未成年者の場合、親権者による親権監護権の行使によって子供らの自由や安全が十分に確保されるといった側面があるから、併せて親権（監護権）も又保護法益と捉えるべきである。

本件は、未だ親権（監護権）を有する父親による所為であるため、犯罪主体性の有無が一応問題になるところではあるが、養育監護を現に行っている母親の親権監護権（要保護性のある）を侵害していることは明らかであり、後述の通り、更には子供の安全を害するものであったから、かかる通説的見解に立つ以上、本罪の構成要件に該当することには異論はないであろう。

### 3 問題となるのは、本件のような事案における違法性阻却の有無である。

そもそも、現に子供を養育していない別居中の父親であっても、未だ親権（監護権）を有する状態にあり、親権者である以上、監護教育権（民法820条）や居所指定権（同821条）、懲戒権（同822条）を有するものであって、他方配偶者（妻）と同等に子供の養育をすることが認められていること等に鑑みれば、本件の様な一方親権者による子供の連れ去り行為であったとしても、正当な親権（監護権）の行使であると言える場合、すなわち監護養育上それが現に必要とされる様な特段の事情が認められる場合（例えば、現在の監護権者の下で子供が虐待されているような場合）は、正当行為（刑法35条）として、違法性が阻却されると解すべきである。

本決定は、一般論としてこの点を肯定した上で、具体的事情においてその様な正当性は認められないと判断した。

- 4 次いで本決定は、「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二歳の幼児であること、その年齢上、常時監督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と評することもできない」と判示する。

同判示に関しては、親権の行使として積極的に正当化すべき事情が認められない場合であっても、態様がさほど悪質でなく、子の利益を大きく害するものではないようなものについては、家庭内における放任行為として実質的違法性を問題とすべき領域があることを意識したものである、と解されている<sup>(6)</sup>。

しかしながら、正当行為（権利行使）として違法性を阻却する領域と家庭内における放任行為として実質的違法性を阻却する領域を、明確に区分することは困難であると思われるし、あえて区別して認定する必要性もないと思われる（本決定も、こういった区別を明確に意識しているかは疑問である）。

もっとも、夫婦間で子供の移動（連れ去り・連れ戻し）があったとしても、そもそも未成年者略取罪の犯罪類型に該たらない場合があることは当然である。例えば、夫婦間の一方に偏頗的な養育監護の実体が認められない中で、短期的に子供の支配権の争いが生じている場合（破綻した夫婦間で未だ親権のせめぎ合いが行われている場合）であり、かつ子供の安全に特に支障も生じていないような場合は、夫婦間で共同親権の行使において対立が生ずることはよくあることであり、未だ単純な家庭内の紛争にとどまる場合であると言えるから（これを「家庭内における放任行為」と呼ぶのが妥当か否かは別としても）、そもそも、刑法224条が予定している犯罪類型にさえ該当しない（すわなち構成要件に該当しない）と評価し得るであろう。

他方において、子供を支配下においていない親権者が、（現に子供を養

育している親権者が虐待等をしているため) 子供を連れ戻してしまったケースにおいては、一般的には正当な親権の行使と言えるであろうが、連れ戻しが子供の自由(安全)を侵害する方法で行われた場合は、違法性を阻却するとは解せられない。結局は、類型的に未成年者略取罪が成立する子供の連れ戻し・連れ去り行為において、いかなる要件があれば違法性が阻却されるのか、その基準を定立することが重要であって、違法性阻却事由に関しては、刑法35条の正当行為(正当な親権の行使)と言えるか否かにより一義的に判断すれば足りるものとする。

もとより、正当行為か否かを判断するに当たり、違法性が阻却される実質的な理由にまで遡って考察する必要はある。その場合、双方の親の親権行使の要保護性や子供の自由(安全)の侵害といった結果無価値だけでなく、目的の正当性や連れ戻し行為の社会的相当性といった行為無価値の側面も加味して違法性の有無を判断する判例や多くの学説の立場に従うならば、①目的の正当性、②手段の相当性、③法益の衡量、④(相対的)軽微性、⑤必要性・緊急性といったものを総合して判断することになるであろう<sup>(7)(8)</sup>。

本決定は総じて、①一方の親権者が、子供に対し養育監護を行っている事情の下で、他方の親権者に、その子を自己の下で養育監護すべき必要性があること、②連れ去り行為の態様自体が子供の自由(安全)を害するものではないこと、③子供の年齢や承諾能力、子供の意思、④連れ去り後の監護養育について確たる見通しがあること、といった事情を総合考慮し、違法性阻却の有無を判断しているが、こうした要件については十分肯首し得るものであると考える。

5 ところで、本件では、滝井反対意見と今井補足意見の争いがある。

両裁判官とも、家庭内の紛争に刑事司法が介入することは極力謙抑的であるべきだとし、家庭裁判所の役割を重視する点では一致しているが、滝井裁判官が、本件のような場合であっても、刑事罰で対処することは避け、尚家庭裁判所の解決に委ねるべきであるとしているのに対し、今井裁判官

は、本件の様な場合を許容すると、家庭裁判所の関与を持たないで実力行使により解決するといった風潮を助長しかねず、ひいては子供の身体や精神に悪影響を与えることになるので、刑事罰で対処すべきであるとしている。

私は、前述した通り、こういった問題に対し、家庭裁判所に多大な期待と重責を寄せることには限界があると考えている。実力行使による子供の奪い合いが始まり、これに対し、家庭裁判所が十分対処できないのに、更なる何らの司法的解決もなされないとするならば、そうした行為が助長され、結局その不利益は最も弱い子供に向けられることになってしまうであろう。離婚事件等においては、子供の利益を最優先に考えなければならないのであって、そういった点からすれば、私自身は今井補足意見に賛成するものである。

6 もとより、滝井裁判官自身も、親権者による子供の奪い合いの行為全てにおいて違法性が阻却されると言っている訳ではない。

現に、同裁判官が関与した事案（最二小決平15.3.18刑集57.3.371）で、外国に連れ去る目的であった点において家庭裁判所における解決を困難にするものであり、かつその方法も入院中の子の両足を引っ張って逆さにつり上げて連れ去ったといった点において連れ出しの態様が子の安全に係わるものであったことから、違法性は阻却されないとしたものもある。これに対し、本件ではそうした事情は認められないので、違法性は阻却されると判断したものである。

しかしながら、本件事件では、連れ出した子供が未だ二歳であったこと、及び被告人において略取後の監護養育について確たる見通しがなかったことに着目しなければならないだろう。しかも、本件被告人には、平成14年8月にも第三者をしてCを連れだし、ホテルを転々とした上逮捕されたという事情もあった。この様な事情に鑑みれば、被告人の下でCが安全に養育監護されるとは到底認められず、かえってCの生命身体に危険が生じかねない状況であったと言うべきである。

従って、多数意見が被告人に対し違法性阻却を認めなかった判断は、正当であるとする。<sup>(9)(10)</sup>

7 最後に、本件に関連して一言だけ付言したい。

私自身は、刑事罰というものは極力謙抑的であるべきであり、刑事法における人権保障機能（マグナカルタ的機能）というものは可及的に確保されなければならないと考えている。従って、最近の刑事司法の動向に関しては、例えば、刑事裁判の迅速化のために、（無罪推定や予断排除原則、黙秘権といったものとの係わりについて本質的議論をしないまま）公判前整理手続がたやすく導入されたり、あるいは、構成要件概念を修正する共謀共同正犯の成立が安易に拡張されたり、更には死刑の適用基準を暗に緩める等の重罰化傾向に対しては、危惧感を抱くものである。

しかしながら、刑事司法が積極的に介入しなければ解決することができない問題もあると考える。すなわち、刑事司法の介入によらなければ、その者の利益を守れない「社会的な弱者」が存在することも事実であろう。その典型が子供である。

本件の様に、子供の利益を可及的に保護しなければならない場合は、刑事司法の介入が積極的に認められて然るべきではないかと考える。これは又子供の虐待事件においても同じ事が言える。私は、常日頃、子供の虐待に対する刑事事件に関して、その量刑が軽すぎるのではないかと感じている。仮に、被害者の無念を代弁する者がいないことや、子供が両親の属性（所有物）の様に扱われていることにその理由があるとするならば、問題であると言わざるを得ない。

〈注〉

(1) 木村亀二「刑法各論」65頁

(2) 井上正治「刑法学各則」48頁

(3) 団藤重光「刑法綱要各論改訂版（増補）」459頁、大塚仁「刑法概説各論3版」82頁、大判明43.9.30刑録16.1569

(4) 前田雅英「刑法各論講義〔第3版〕」86頁

(5) 西田典之「刑法各論第三版」73頁

## 別居中の子を奪った父親に対する未成年者略取罪の成否

- (6) 本決定に関する判例時報1927号157頁の解説
- (7) 前田雅英「実質的違法性と社会的相当性」研修693.9, 同法学教室305.148参照
- (8) 結果無価値を重視する立場に立つならば、現在監護養育している親の養育監護権の要保護性とその環境下での子供の安全性や安定性、自由な意思決定といった利益と、連れ戻しをした親の監護権の要保護性と新しい環境下での子供の安全性や安定性、自由な意思決定といった利益を比較衡量して、違法性の有無を判断することになろう。連れ戻しの態様とかその目的といったものは、子供の利益との関連においてのみ問題とされることになると解される。
- (9) 本決定に対し、これに賛成するものとして、前田・前掲研修693.3, 谷滋行「妻と離婚係争中の夫が、妻の監護養育下にある2歳の子を有形力を用いて連れ去った行為につき、未成年者略取罪が成立するとされた事例」研修693.11があり、逆に、少数意見に賛成するものとして、門田成人「別居中の夫婦間における子の奪い合いと刑法の謙抑性」法セ614.123がある。
- (10) 実際の所、連れ戻しをする親においては、将来の子供の環境に関して十分配慮している場合や、子供が乳幼児とは言えずある程度の年齢に達している場合等があり、違法性阻却の認定において、微妙な判断を求められる複雑なケースが多いと思われる。又、場合によっては、連れ戻した親の心理状態等に鑑み、期待可能性が減少し、あるいは責任が阻却・減輕されるケースもあろう。