

## 母の監護下にある二歳の子を別居中の共同親権者である父が有形力を 用いて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

（平成一六年(あ)第二一九九号 最高裁判平成一七年二月六日第二小法廷決定 刑集五九卷一〇号一九〇一頁）  
（家裁月報五八卷四号五九頁 裁時一四〇一号二五頁 判時一九二七号一五六頁 判夕二二〇七号一四七頁）

宮 木 康 博

### 一 事実の概要と訴訟の経過

#### 1 事実の概要

(1) 被告人は、別居中の妻であるAが養育している長男B（当時二歳）を連れ去ることを企て、平成一四年一月二二日午後三時四五分頃、青森県八戸市内の保育園の南側歩道上において、Aの母であるCに連れられて帰宅しようとしていたBを抱きかかえて、同所付近に駐車中の普通乗用自動車にBを同乗させた上、同車を発進させてBを連れ去り、Bを自分の支配下に置いた。

(2) 上記連れ去り行為の態様は、Bが通う保育園へAに代わって迎えに来たCが、自分の自動車にBを乗せる準備をしているすきをついて、被告人が、B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Bを持ち上げ、抱きか

母の監護下にある二歳の子を別居中の共同親権者である父が有形力を以て連れ去る略取行為につき違法性が阻却されないとされた事例

同志社法学 六〇巻五号 四七七 (二二二)

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、Bを抱えたまま運転席に乗り込み、ドアをロックしてから、Bを助手席に座らせ、C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も意に介さず、自車を発進させて走り去つたというものである。

被告人は、同日午後一〇時二〇分頃、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、B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)被告人は、Aとの間にBが生まれたことから婚姻し、東京都内で三人で生活していたが、平成一三年九月一五日、Aと口論した際、被告人が暴力を振るうなどしたことから、Aは、Bを連れて青森県八戸市内のA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Bと共に実家で暮らすようになった。被告人は、Bと会うこともままならなことから、BをAの下から奪い、自分の支配下に置いて監護養育しようと企て、自宅のある東京からB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、平成一四年八月にも、知人の女性にBの身内を装わせて上記保育園からBを連れ出させ、ホテルを転々とするなどした末、九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、Bを自分の支配下に置いたことがある。

(4)A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、B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 訴訟の経過

平成一六年三月九日の青森地裁八戸支部における第一審では、弁護人は、①未成年者略取罪の主体に親権者は含まれない、②被告人の行為は略取に該当しない、③被告人の行為は、正当な親権の行使であり、刑法三五条により違法性が阻却される、④被告人には本件行為の違法性の認識がなく、その認識可能性もなかったのであって、責任が阻却されるはずである、として無罪を主張した。青森地裁八戸支部は、未成年者略取罪の構成要件該当性に関する弁護人の①・②の主張のうち、①について、「親権者は未成年者略取罪の主体になり得ると解すべきである」とし、②の点については、前記の事実関係のもとでは、被告人の行為が未成年者略取罪に当たるとは明らかであるとした。また、③の違法性阻却事由の有無については、被告人の行為の目的、必要性・緊急性、行為態様を認定事実を照らして検討し、「親権者の権利行使として刑法三五条にいう正当行為に当たるといふことはできない」とし、④の責任阻却事由の有無については、被告人が本件犯行の約三か月前にもわが子Bを保育園から連れ去った件で未成年者略取罪で逮捕されて処分されており、同処分が犯罪の成立によるものであることを新聞報道等や検察官に尋ねて知っていたこと等を挙げて違法性の意識の可能性がなかったとはいえないとした。このように、青森地裁八戸支部は、被告人・弁護人によるいずれの主張も排斥し、懲役一年執行猶予四年の判決を言い渡した。

この判決に対して、被告人側から控訴がなされた。控訴趣意によれば、弁護人は、①被告人は長男Bの親権者であるから、未成年者略取罪の主体とはならず、その行為は略取に該当しないから構成要件該当性が認められない、②仮に構成要件該当性が認められたとしても、被告人の行為は法令行為であるから違法性が阻却されるべきである、③仮に違法性が阻却されなくても、被告人には違法性阻却事由の錯誤があり、責任が阻却されるべきであるとして、刑法二二四条および三五条の解釈適用の誤りによる法令適用の誤りを主張した。平成一六年八月二六日、仙台高裁は、①について

母の監護にある一歳の子を別居中の共同親権者である長男を用いて連れ去る略取行為は違法性を阻却されないと認められる。

て、刑法二二四条は、主体を限定しておらず、略取とは、暴行、脅迫により、人をその保護環境から切り離し、不法に自己または第三者の実力支配下に置くことをいうのであり、親権者である一事をもって、事情のいかんを問わず、当然に、その子について未成年者略取罪の主体になり得ないというわけではないし、本件の具体的事情に当てはめて略取を認定した。また、②については、第一審と同様に被告人の行為の目的、必要性・緊急性、行為態様を認定事実参照して検討し、相当性を欠くものであるとして、違法性阻却を否定した。さらに、③についても、同様の行為で逮捕、勾留、起訴猶予処分を経験し、自身の行為が犯罪行為であることを認識しているなどの事実認定を前提に、規範意識の喚起が期待できなかったとはいえないとした。このように、仙台高裁は、第一審判決と同様に、被告人・弁護人のいずれの主張も退けて控訴棄却を言い渡した。

そこで、被告人の弁護士から上告が申し立てられた。平成一七年二月六日、最高裁判所は、適法な上告理由に当たらないとして上告を棄却したが、刑法四二一条に基づき職権で未成年者略取の成否について次のように述べた。

## 二 決定要旨

「本件において、被告人は、離婚係争中の他方親権者であるAの下からBを奪取して自分の手元に置こうとしたものであつて、そのような行動に出ることにつき、B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、正当なものといふことはできない。また、本件の行為態様が粗暴で強引なものであること、B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る原判断は、正当である」。

なお、本決定には、今井功裁判官の補足意見と滝井繁男裁判官の反対意見がある。両意見を要約するとおよそ次のようになる。

#### 【今井功裁判官の補足意見】

本件のような別居中の夫婦間における子の監護についての紛争は、本来、家庭裁判所において解決すべきである。ただし、別居中の夫婦の一方が、相手方の監護下にある子を奪取することは、たとえそれが子に対する親の情愛から出た行為であるとしても、家庭内の法的紛争を家庭裁判所で解決するのではなく、実力で解決しようとするものであって、家庭裁判所の役割を無視し、家庭裁判所による解決を困難にする行為である。このような行為を刑事上許容すれば、子の監護について家庭裁判所の関与を待たないで実力で子を自らの支配下に置くという風潮を助長することになりかねない。また、子の福祉という観点からも、一方の親権者の下で平穩に生活している子を実力行使して自らの支配下に置くことは、子の生活環境を急激に変化させるものであって、子の身体・精神に悪影響を与えるものである。したがって、別居中の夫婦の一方が相手方の監護下にある子を相手方の意に反して連れ去り、自らの支配の下に置くことは、たとえそれが子に対する親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。

### 【滝井繁男裁判官の「反対意見」】

親権者間の子の監護をめぐる紛争については、子の福祉を最優先し、専ら家庭裁判所の手続に解決を委ねるべきであつて、刑事法の介入は極力避けるべきである。さもないと、子を連れ出された親権者の告訴により子を連れ出そうとした親権者が刑事司法機関に拘束される結果、子を連れ出された方の親権者は家庭裁判所による保全処分等の手続を踏むことなく、対立する親権者を排除することが可能であると考えようになつて、そのような方法を選択する風潮を生む危険性がある。それは長期的に見て、子の福祉に沿わない。したがつて、別居中の夫婦の一方が、相手方の監護下にある子を相手方の意に反して連れ去り自らの支配の下に置く行為は、未成年者略取誘拐罪の構成要件に該当するとしても、当該行為が家庭裁判所による最終的解決を困難ならしめるような場合でない限り、社会的相当行為として違法性が阻却されるべきである。また、多数意見の引用する平成一五年決定は、本件とは全く事案を異にするものである。被告人の行為は、親権者の行為としてやや行き過ぎの観は免れないにしても、連れ出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、このような方法による実力行使によつて子をその監護下に置くことは子との関係で社会観念上非難されるべきものではなく、被告人の本件連れ出しは社会相当性の範囲内であると認められ、その違法性が阻却されると解すべきである。それ故、原判決は破棄されるべきである。

## 三 研 究

### 1 問題の所在

本件は、母の監護下にある二歳の子を別居中の共同親権者である父が有形力を用いて連れ去つた行為について未成年

者略取罪の成否が問題とされた事案である。未成年者略取罪は、平成一七年六月、密接に関連する人身売買罪の新設（刑法二二六条の二）などとともに法改正<sup>①</sup>された近時注目を集める犯罪類型といえる。

成人に対する略取誘拐罪については、保護法益が略取誘拐された者の自由であることに異論は見当たらない。しかしながら、未成年者の略取誘拐罪については、本件のように被告人が事件当時、被拐取者の共同親権者として保護監督権を有しているような場合には、そもそも未成年者略取誘拐罪の主体となり得るのかが議論されてきた。また、仮に共同親権者が未成年者略取誘拐罪の主体となり得たとしても、本件のような親権者間での子の連れ去り行為については、広く略取誘拐罪の成立を認めて処罰することが適切とはいえないケースも想定されるところである。例えば、一方親権者の監護下から、他方親権者が略取する行為がその子の監護養育上必要とされる特段の事情が認められる場合や親権の行使として正当化できなくても家族間の行為として社会通念上許容される枠内にとどまる場合などである。換言すれば、親権者が自身の子を連れ去るケースでは、事案によっては構成要件該当性の否定あるいは違法性阻却が認められる余地があるように思われる。そこで、このような事案では、いかなる場合に未成年者略取誘拐罪として処罰されるのか、その限界が問題となるのである。

以下では、これらの問題点を中心に順次検討したい。

## 2 親権者も未成年者略取誘拐罪の主体になることができるか

刑法二二四条は、未成年者略取誘拐罪の主体について「未成年者を略取し、又は誘拐した者は」と規定するのみで、特に限定を設けていない。そこで、未成年者略取誘拐罪の主体には、通常想定される第三者のほかに、親権者として保護監督権を有する者も含まれるのが問題となる。この点については、監護権者による略取・誘拐は予想できないとす

母の監護にある二歳の子を別居中の共同親権者である有男を用いて連れ去る取行を以て違法性を阻却されないとされ事例

る見解<sup>(2)</sup>など、未成年者略取誘拐罪の保護法益の捉え方いかんでは、主体が監護権者による行為の場合には同罪が成立しないとも考え得るため、両者は、関連付けて議論されてきた。

(1) 未成年者略取誘拐罪の保護法益

未成年者略取誘拐罪の保護法益につき、これまでの判例をみると、例えば大判明治四三年九月三〇日は、養子に出している実子を養父の死後に養母の監護下から離脱させた事案において、(暴行または脅迫を加えて不法に幼児を自己の実力支配に移行させ、) 監督者の監督権を侵害すると同時に幼児の自由を拘束する行為を未成年者略取罪の実行行為とした<sup>(3)</sup>。また、大判大正七年一月一日は、雇用していた一八歳の酌婦が誘惑の上誘拐されたとして監護権のない雇い主が告訴した事案において、雇い主の監護権を侵害したとは認めなかったが、「未成年者自身若クハ真ノ監護権者ニ対スル關係ニ於テ誘拐罪ノ成立スル」とした<sup>(4)</sup>。上記判例においては、必ずしも未成年者略取誘拐罪の保護法益が明らかになったとはいえないが、下級審レベルでは、福岡高判昭和三年四月一四日が、未成年者の同意が問題となった事案で、「未成年者誘拐罪の保護法益は、被拐取者である未成年者の自由のみではなく、両親、後見人等の監護権又はこれに代り未成年者に対し、事実上の監護権を有する監督者などの監護権にある」とし、未成年者の自由のみならず両親等の保護監督権者の監督権にあることを明示した<sup>(5)</sup>。こうしてみると、判例は、未成年者略取誘拐罪の保護法益を被拐取者の自由および監護権と解してきたといえる。

他方、学説の議論は多岐にわたり、大別すると、次の四つの見解に分類できる。①被拐取者の自由、②被拐取者の自由および監護権<sup>(7)</sup>、③監護権のみ(人的保護関係の侵害)<sup>(8)</sup>、④被拐取者の自由および身体の安全<sup>(9)</sup>。これら四つの見解のうち、②の被拐取者の自由および監護権が通説とされてきた<sup>(10)</sup>。これに対して、近時では、未成年者略取誘拐罪は、自己または

第三者の事實的支配下に置くことを本質とする犯罪であるため、人の身体の自由を保護法益とすることに争いはないが、その上で、監護権に未成年者の保護と區別された独自の意味を肯定すべきではないとして、保護者の監護権を害するような略取誘拐行為は被拐取者の安全を害するものであるから、略取された者の自由と安全を保護法益とすれば足りるとする④の見解が有力に主張されている<sup>11)</sup>。ただし、この有力説に対しては、非親権者が親権者の下から子を略取したが、安全性という観点からは略取者の下の方が被略取者の下よりも安全性が高いケースのように、子の生命・身体にとってより安全なところで保護している以上、処罰を肯定するためには、その根拠を安全以外の要素に求めざるを得ないとして、監護権を保護法益とする必要性があるとの批判がなされている<sup>12)</sup>。

## (2) 未成年者略取罪の主体

未成年者略取誘拐罪の保護法益に関する前記①、②、④の見解からは、本件のように、被告人が当該未成年者の監護権者であっても本罪の主体となり得る。これに対し、③の見解からは、監護権者は保護法益の享有主体である以上、親権者は自己の監護権を侵害することはありえないため、親権者は、同罪の主体に含まれないことになろう<sup>13)</sup>。また、同見解においては、例えば、監護権者の有効な同意が存在する場合や監督者のいない一人暮らしの未成年者を略取誘拐したような場合には、監督権者は本罪の主体から除外されることも解されることになろう<sup>14)</sup>。もっとも、③の見解からしても、親権者が他の親権者の監護権を侵害することは可能であることから、監督者である一事をもって一般的に犯罪性が否定されるわけではないことは、同見解においても前提となつていのように思われる。そうであれば、本件のようなケースでは、保護法益の解釈いかんによつて、結論に差異は生じない。

また、最決平成一五年三月一八日（以下「平成一五年決定」<sup>15)</sup>）では、日本人である妻と別居中のオランダ国籍の被告

母の監護にある一歳の子を別居中の共同親権者である有罪を用いて連れ去る略取行為は、選択性を阻却されないとされる例

人が、妻が監護養育していた二歳四か月の幼児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という本件と類似する事案において、国外移送略取罪の成立を認めた。平成一五年決定は、判文中で未成年者に対する略取・誘拐罪の保護法益をめぐる前記見解の対立に踏み込むことがなかったため、明示的とはいえないが、具体的事情に照らして親権者である被告人の行為に対して国外移送略取罪の成立を認めている。平成一五年決定は、本決定でも引用されており、本件の決定要旨が「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」などとしていることから、監護権者である被告人が未成年者略取罪の主体たりうることを前提にしていると解され、この点については、判例上、決着をみたといえよう。

### 3 親権者による連れ去りは、いかなる場合に未成年者略取誘拐罪として処罰されるか

未成年者略取誘拐罪では、親権者が主体となり得ることを前提としても、民事での議論や補足意見・反対意見の中にも指摘されているように、子の監護養育は、本来、家庭内で解決されるべき事柄であり、子の福祉の観点からは、本件のような親権者間の子の奪い合いを広く刑罰の対象とすることは適切とはいえない。また、刑法の謙抑性の観点からも同様のことがいえよう。こうした観点から、親権者による子の連れ去りは、広く刑罰の対象とすべきではないという点では見解の一致をみている。他方で、いかなる場合に未成年者略取誘拐罪として処罰されるか、言い換えれば、どのような場合であれば、未成年者略取誘拐罪としての処罰を免れるのかについてのアプローチ方法や判断基準・判断要素については、必ずしも明らかにされてきたとはいえない。

(1) アプローチ方法

アプローチ方法としては、主に次の二つが考えられる<sup>16)</sup>。親権者の行為が社会通念上許容されるものであるときは、①  
同罪の構成要件該当性自体が否定されるとする構成要件該当性否定アプローチ、②違法性が阻却されるとする違法性阻  
却アプローチ。確かに、子の監護養育には、親権者間で短期的に子供の支配の移動があり、子供の安全にも特に支障が  
ないため、単純な家庭内の紛争にとどまるといえるケースもある。そのような場合には、そもそも未成年者略取誘拐罪  
が予定している構成要件に該当しないと評価することも可能であろう<sup>17)</sup>。しかしながら、構成要件該当性の形式的・類型  
的判断を前提とすれば、個別具体的事情は捨象して判断されねばならない。

この点、本決定が引用している先の平成一五年決定では、「被告人は、共同親権者の一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とは明らかであ  
る。そして、その態様も悪質であつて、被告人が親権者の一人であり、長女を自分の母国に連れて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」と判示している。また、本決定も、被  
告人が「親権者の一人であることは、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」としていることから、同様のアプローチ方法によるものと考えられる。また、反対意見中でも「親権者の  
一人が他の親権者の下で監護養育されている子に対し有形力行使して連れ出し、自分の事実的支配下に置くことは、  
未成年者略取罪の構成要件に該当する」とあり、親権者といえども未成年者を現在の生活環境から離脱させて自己の支  
配下に置いた以上、未成年者略取罪の構成要件該当性は否定しがたいといえる。それゆえ、構成要件該当性を認めた上  
で、犯罪行為等の個別具体的事情は、違法性の段階で判断し、その行為が行われた状況等を考慮して社会相当性を具体

母の監護にある二歳の子を別居中の共同親権者である有形力を用い連れ去る取行を以て違法性を阻却されないとされ事例

のかつ実質的に判断する方がより馴染むといえるであろう。その意味で、本決定で踏襲された平成一五年決定のアプローチ方法は支持されると思われ、評釈の中には、「親権者がその保護する未成年者を略取誘拐した場合の略取罪の成否については、構成要件該当性を認めた上で違法性を阻却すべき例外的場合に当たるかどうかを事実ごとに判断する」という判断手法が確立したものである<sup>18)</sup>とするものも見受けられる。

## (2) 違法性判断の考慮要素

では、違法性阻却のアプローチ方法を採用するとして、本件では、違法性が阻却されるのだろうか。この点が、本決定における法廷意見と反対意見との相違点になる。

未成年者略取誘拐罪の構成要件に該当する行為の違法性阻却を認める際に考慮される要素として、前記平成一五年決定は、①行為態様、②被告人の親権の有無、③被告人の動機・目的の正当性を挙げた。本決定では、これらに加えて、④被拐取者の生活環境についての判断・選択能力、⑤略取後の監護養育についての確たる見通し、⑥子を奪取することが監護養育上現に必要とされるような特段の事情の有無を挙げている。社会的相当性の判断は、構成要件該当性の判断とは異なり、個々の事案における具体的事情を考慮して行われるものであり、上記、①～⑥の要素に限定されるわけではないが、両決定で提示された具体的考慮要素は、実務上、有益である。これらの考慮要素は、実体法上の公判廷における違法性阻却事由の判断にとどまらず、訴訟法上も、略取・誘拐罪の捜査過程において必要な捜査範囲を提示する指針となろう。

では、これらの具体的考慮要素によって判断した場合、本件の被告人の行為は違法性を阻却するのだろうか。

法廷意見は、以下のように理由を説明して被告人の行為は違法性を阻却しないと判示した。まず、「本件において、

③被告人は、離婚係争中の他方親権者であるAの下からBを奪取して自分の手元に置こうとしたものであって、⑥そのような行動に出ることにつき、B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」(③・⑥の番号は筆者・以下同様)とし、「その行為は、親権者によるものであるとしても、正当なものということはできない」と判示している。次に、「①本件の行為態様が粗暴で強引なものであること、④B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、⑤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」などを挙げ、「家族間における行為として社会通念上許容され得る枠内にとどまるものと評することもできない」と判示した。すなわち、まず親権者の行為として正当化されるかを検討して否定し、次に仮に親権の行使としては認められない場合であっても、なお家族間の問題として社会通念上許容される枠内にとどまるものであるかを判断し、実質的違法性の問題として捉えるか、超法規的違法性阻却事由の問題として捉えるかは別として、本件では違法性阻却を認めなかった。

他方、滝井繁男裁判官による反対意見では、本件事案で違法性阻却を認めている。反対意見では、被告人が本件の行動に出ることを現に必要とした特段の事情がなかったとした多数意見に同意しつつ、「①被告人の行為は親権者の行為として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て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」点を挙げ、「このよう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」としている。また、自身が関与した前記平成一五年決定では、親権者である被告人に国外移送略取罪の成立を認めているが、当該事案は本決定の事案とは対象的に、③子を外国に連れ去る目的であって家庭裁判所による解決を困難にするものであったこと、①行為態様が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るといった格別乱暴なものであったのであり、事案を異にする

母の監護にある二歳の子を別居中の共同親権者である有男を用いて連れ去る取扱いに違法性阻却されないと認められる

同志社法学

六〇巻五号

四八九

(二二三)

している。

なお、反対意見の背景には、子の連れ去り事案における民事上の取り扱い、すなわち、当該ケースにおける家庭裁判所の役割に関する議論があるように思われる。この点は法廷意見中では触れられていないが、反対意見への反論ともとれる補足意見中にも見受けられる。そこで、以下では、本件のような共同親権者間における子供の奪い合い事案の解決に関する民事上の議論を簡単に見ておきたい。<sup>19)</sup>

民事の領域では、共同親権者間における子供の奪い合い事案につき、かつては、最判昭和二四年一月二八日<sup>20)</sup>が適用を認めて以来、手続の簡易さも手伝って、主に人身保護法による解決が図られてきた。人身保護法とは、「基本的人権を保障する日本国憲法の精神に従い、国民をして、現に、不当に奪われている人身の自由を、司法裁判により、迅速、且つ、容易に回復せしめることを目的」に違法な身体の拘束を受けている者の自由を回復する制度であり、英米法のヘビース・コーパスに倣ったものである（同法一条）。

同法に基づく救済請求の要件は、「拘束又は拘束に関する裁判若しくは処分がその権限なしにされ又は法令の定める方式若しくは手続に著しく違反していることが顕著である場合」とあり（人身保護規則四条）、拘束の顕著な違法性を要求している。同規則の解釈について、最判平成五年一〇月一九日は、親権に基づく監護は、「特段の事情がない限り、適法とすべきであるから」、同条に該当し、人身保護法上違法であるといえるためには、「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」とした。<sup>21)</sup> すなわち、元々の想定事案とは異なるとして従来から疑問が指摘されていた親権者間の子の奪い合いへの同法の適用基準を厳格に解し、可部恒雄裁判官の補足意見で述べられているように、この種の紛争解決は、「本来、家庭裁判所の専属的守備範囲に属し、家事審判の制度、家庭裁判所の人的・物的の機構・設備は、このような問題の調査・審判のためにこそ存在する」として、家庭裁判所の審判・仮処分による解決を促す判断を下し

たのである。こうした経緯を経て、現在では、民事上、家庭裁判所による解決が定着しつつあるとされる。

こうした民法上の解決方法をめぐる議論を踏まえて反対意見と補足意見をあらためて検討してみたい。

両者の見解は、それぞれ、「その行為をどのよう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つて、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ぬ（滝井繁男裁判官の反対意見）」、「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である（今井功裁判官の補足意見）」と指摘しているように、両者の見解は、家庭内の法的紛争の解決における家庭裁判所の役割を最優先する点では共通している。

反対意見を書いた滝井繁男裁判官は、「感情的に対立する子を奪われた側の親権者の告訴により直ちに刑事法が介入することは、本件でも見られたように子を連れ出そうとした親権者の拘束に発展することになる結果、他方の親権者は保全処分を得るなど本来の専門的機関である家庭裁判所の手続を踏むことなく、刑事事件を通して対立する親権者を排除することが可能であると考えるようになって、そのような方法を選択する風潮を生む危険性を否定することができない。そのようになれば、子にとって家庭裁判所による専門的、科学的知見に基づく適正な監護方法の選択の機会を失わせるという現在の司法制度が全く想定していない事態となり、かつまた子にとってその親の一人が刑事事件の対象となつたとの事実が残ることもあいまつて、長期的にみればその福祉には沿わないことにもなりかねない」とする。

これに対して、補足意見を書いた今井功裁判官は、「本件のような行為が刑事法上許されるとすると、子の監護について、当事者間の円満な話し合いや家庭裁判所の関与を待たないで、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ないおそれがある。子の福祉という観点から見ても、一方の親権者の下で平穩に生活している子を実力を行使して自らの支配下に置くことは、子の生活環境を急激に変化させるものであつて、これが、子の身体や精神に与え

る悪影響を軽視することはできない」とする。

本件の解決は、既に見てきたように、担当裁判官の間でも結論が分かれるような微妙な問題であったといえよう。評釈はおおむね法廷意見を支持するが、他方で、刑法の謙抑性や最終手段性の観点から、少なくとも可罰的違法性は否定されるべきとするものや結論として反対意見に賛成するものも見受けられる<sup>22)</sup>。しかしながら、滝井繁男裁判官も反対意見中で認めているように、本件では、被告人の行為が未成年者略取罪の構成要件に該当する点について争いはない。とするならば、違法性阻却を認めるためには、違法性を否定するだけの説得的事情が必要になる。本件では、反対意見のように親子の情愛に起因する犯行目的などを違法性を弱める方向で考慮することも不可能ではないが、こうした事情はあくまでも違法性を高めないという程度にとどまるものといえよう。その意味で、「別居中の夫婦が他方の監護の下にある子を強制的に連れ去り自分の事実的支配下に置くという略取罪の構成要件に該当するような行為については、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、違法性を阻却することはない」とした今井功裁判官の補足意見および法廷意見による帰結は支持され得るものと考ええる。また、滝井繁男裁判官は、「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ゆだねるべきであって、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」とするが、本件で被告人は、重要視すべき家庭裁判所の手続を経ずに実力行使に出たといえ、その行為は補足意見が指摘するように、「家庭裁判所の役割を無視し、家庭裁判所による解決を困難にする行為であ」ったといえよう。

#### 四 本決定の意義

本決定は、事例判例ではあるが、別居中の夫婦間の子の奪い合いについて、保護監督権者のいかなる行為が略取罪を構成するののかについての初判断であった平成一五年決定の判断枠組み（違法性阻却アプローチ）を踏襲しつつ、違法性阻却判断に際しての考慮要素をより詳細に提示した。もちろん、違法性阻却を判断する社会的相当性を基礎付ける事情の存否は、具体的事案を前提に非典型的に判断されるものであるが、その点を前提としても、本件で提示された具体的考慮要素は、実務上参考になるものといえよう。また、家庭裁判所の役割を重要視することを背景に検討すると、平成一五年決定は、国外移送目的であった点が違法性阻却判断に重大な影響を与えたと思われるが、夫婦間の子の奪い合いのケースで実数の上では多数に上ると思われる本件のような国内移送目的に留まる連れ去りについて、未成年者略取罪を認めた点で実務に与える影響は少なくないと思われる。

(1) 未成年者略取罪については、「近年における……人身の事由を侵害する犯罪の実情等にかんがみ、……法定刑を引き上げるなどする……必要がある」として、平成一七年六月に成立した刑法等の一部を改正する法によって改正された。具体的には、法定刑の上限が五年以下から七年以下へ引き上げられ（刑法二二四条、非親告罪の対象が、営利の目的による場合から営利の目的による場合のほか、生命もしくは身体に対する加害目的による場合に拡大された（同二百二十九条）。ただし、本件は法改正以前の事件である。

(2) 香川達夫『刑法講義（各論）』成文堂、第三版、一九九六、四二六頁。

(3) 大判明治四三年九月三〇日刑録一六輯一五六九頁。

(4) 大判大正七年一月一日刑録二四輯一三二六頁。

(5) 福岡高判昭和三年四月一日高刑裁特三卷八号四〇九頁。

(6) 宮本英脩『刑法大綱』弘文堂、一九三五、三〇七頁以下、木村亀二『刑法各論』（法文社、復刊、一九五七）六五頁、平川宗信『刑法各論』（有

母の監護にある一歳の子を別居中の共同親権者である有罪を用いて連れ去つた取行爲に違法性を阻却されたとされ事例

同志社法学 六〇巻五号

四九三（二二三七）

母の監護にある未成年者を別居中の共同親権者である有形用い連れ去る取行爲に對し違背性を阻却せんとする判例

同志社法学 六〇卷五号

四九四 (二二三八)

斐閣、一九九五) 一七九頁、内田文昭『刑法各論』(青林書院、第三版、一九九六) 一二七頁、香川・前傾注(2) 四二六頁、山中敬一『刑法各論Ⅰ』(成文堂、二〇〇四) 一一一頁など。

(7) 江家義男『刑法各論』(青林書院一九五六) 二二八頁、瀧川春雄・竹内正『刑法各論講義』(有斐閣、一九六五) 七四頁、植松正『刑法概論Ⅱ』(各論)(勁草書房、再訂版、一九七五) 三〇五頁、藤木英雄『刑法講義各論』(弘文堂、一九七六) 一二七頁、中山研一『刑法各論』(成文堂、一九八四) 一三三頁、川端博『刑法各論概要』(成文堂、一九九〇) 七六頁、団藤重光『刑法綱要各論』(創文社、一九九〇) 四七六頁、福田平『刑法各論』(有斐閣、全訂三版、一九九六) 川本哲郎「判批」大谷實編『判例講義刑法Ⅱ各論』(悠々社、二〇〇二) 三二頁など。

(8) 井上正治・江藤孝『新訂刑法学』(各則) 法律文化社、一九九四) 五七頁、吉田敏雄「行動の自由の保護」阿部純二ほか編『刑法基本講座 第六卷各論の諸問題』(法学書院、一九九三) 八三頁など。

(9) 平野龍一『刑法概説』(東京大学出版会、一九七七) 一七六頁、林幹人『刑法各論』(東京大学出版会、一九九九) 八七頁、西田典之『刑法各論』(弘文堂、第三版、二〇〇五) 七二頁、山口厚『刑法各論』(有斐閣、補訂版、二〇〇五) 八九頁、曾根威彦『刑法各論』(弘文堂、第三版補正三版、二〇〇六) 六二頁、大谷實『刑法講義各論』(成文堂、新版第二版、二〇〇七) 九一頁、前田雅英『刑法各論講義』(東京大学出版会、第四版、二〇〇七) 一〇四頁など。

(10) 大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法第一卷』(青林書院、二版、二〇〇二) 三七八頁(山室恵)。

(11) 山口・前掲注(9) 八八頁。

(12) 菱川孝之「判批」ジュリスト一二七二号(二〇〇四) 一五六頁。

(13) 十河太朗「判批」受験新報六六四号(二〇〇六) 一七頁。

(14) 岡田好史「判批」現代刑事法六六号(二〇〇四) 八九頁。

(15) 最決平成一五年三月一八日刑集五七卷三三三七頁。

(16) 福崎伸一郎「判解」ジュリスト一二五四号(二〇〇三) 二二九頁。

(17) 諏訪雅顕「判批」信州大学法学論集七号(二〇〇六) 二二六頁。

(18) 江見健一「判批」捜査研究六五九号(二〇〇六) 一〇頁。

(19) 民事上の議論について詳細に紹介・検討したものととして、佐藤拓磨「判批」刑事法ジャーナル四号(二〇〇六) 九二頁以下参照。

(20) 最判昭和二四年一月一八日民集三卷一号一〇頁。

