

## 離婚係争中の父による子の連れ去りと 未成年者略取罪

最高裁平成 17 年 12 月 6 日第二小法廷決定

(平成 16 年(あ)第 2199 号未成年者略取被告事件)

(刑集 59 卷 10 号登載予定, 裁時 1401 号 25 頁)

### (事実の概要)

被告人 A (控訴人・上诉人) は, 別居中で離婚係争中であった妻 B が養育している長男 C (当時 2 歳) を連れ去ることを企て, 保育園に迎えに来た B の母 D が C を自動車に乗せる準備をしているすきについて, 背後から C を持ち上げ, あらかじめエンジンをかけておいた自分の自動車まで全力疾走し, C を抱えたまま運転席に乗り込み, D が同車の運転席の外側に立ってドアを開けようとしたり, 窓ガラスを手でたたいて制止したりするのも意に介さず, 自車を発進させて走り去り, C を自分の支配下に置いた。

第 1 審・原審が A に未成年者略取罪 (平成 17 年法律第 66 号による改正前の刑法 224 条) を認めたのに対して, A は上告した。

### (決定要旨)

上告棄却。

「A 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, A 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」。

「本件において, A 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くこと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, 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。」

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付されている。

### (解 説)

1 本決定は, 別居の親による実子の連れ去りについて, 親権者であることは構成要件該当性を否定する事情ではなく, 例外的な違法阻却判断で考慮される事情の 1 つにすぎないとする判断枠組みに従った。この枠組みは, オランダ国籍の父親が別居中の妻の養育していた 2 歳の子をオランダに連れ去る目的で入院中の病院から連れ出して自己の支配下に置いたという事案につき当時の国外移送目的略取罪 (平成 17 年法律第 66 号による改正前の刑法 226 条 1 項) を認めた最高裁平成 15 年 3 月 18 日第二小法廷決定 (刑集 57 卷 3 号 371 頁) によって提示されていたものである (このほか実父による略取罪を認めたものとして大判明治 43・9・30 刑録 16 輯 1569 頁がある)。

2 まず, 未成年者拐取罪の保護法益との関係で, 親等の監護権者が本罪の構成要件上の主体となり得るかが問題となる。拐取罪の保護法益については, ①被拐取者の自由であるとする見解, ②被拐取者の自由及び安全であるとする見解, ③親等の監護権ないし人的保護関係であるとする見解, ④被拐取者の自由及び親等の監護権であるとする見解が主張され, ①②からは監護権者も本罪の主体となるのに対して, ③④からは主体となり得ないとされる。もつとも, ここにいう監護権を親等の固有の権利ではなく, むしろ子供の側の監護を受ける権利として捉えるならば, 監護権者も権利の濫用にわたる限りで行為主体となり得る。いずれにせよ, 本件のように複数の監護権者がいる場合には, ③④からも, 他の親権者等の監護権を侵害する限りで監護権者が行為主体となり得ることに変わりはない (この場合, 監護権の侵害という観点は一方の親に拐取罪の成立を肯定する方向に作用するとさえいえる)。判例は, 一般に④に立脚してきたが (前記大判明治 43・9・30, 大判大正 7・11・11 刑録 24 輯 1326 頁, 福岡高判昭和 31・4・14 高刑裁特 3 卷 8 号 409 頁等), 本決定が特に保護法益に言及しなかったのは, それが被告人に行為主体性を認めるか否かを左右しないからであると思われる。

3 ところで, 本決定は, 「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」ことをもって直ちに構成要件該当性を肯定しつつ, 違法性については例外的な阻却判断としている。しかし, 第三者の支配下に移す場合とは異なり, 監護権者の支配下に移す場合には,

それだけで被拐取者の長期的にみて安全で良好な生活環境ないし保護状態が典型的に損なわれるとまではいえず、拐取罪の違法性を推定するには不十分ではないだろうか。それゆえ、構成要件該当性を形式的に肯定するのであれば、違法性の段階では例外的な阻却判断にとどまらず、本罪の予定する(可罰的)違法性の有無を積極的に探求すべきであるし、逆に、違法阻却をあくまで例外とするのであれば、構成要件をより実質的に把握し、監護権者の支配下への移行が被拐取者の安全で良好な生活環境を損なうとはいえない場合や、その侵害の程度が可罰的違法性の程度に至らない場合(絶対的軽微類型)には、反対利益との衡量や目的と手段の正当性・相当性を必要とする違法阻却事由の存否に立ち入る前に、可罰的違法類型としての構成要件を充足しないと解すべきではないだろうか(前記平成15年決定の第1審である甲府地判平成13・7・12刑集57巻3号373頁は、親権者の裁量行為とはいえない顕著な違法性がある場合にはじめて略取に該当するという前提に立っていた)。

4 違法阻却に関して、本決定は、(1)監護養育上現に必要とされる特段の事情がないから親権者の行為としては正当化されず、(2)行為態様が粗暴であること等により家族間の行為としても許容されないと判示する。(1)(2)の関係は必ずしも明らかではないが、さしあたり両者を並列的な判断であると解するならば、(1)は親権の行使という法令行為(刑35条)としての「正当化」について、(2)は一般の正当行為ないし社会的相当行為としての「許容性」について判示したものといえよう。

(1)で「監護養育上それが現に必要とされるような特段の事情」に言及したのは、Cに手術を受けさせる緊急の必要性があったために連れ去ったとする原審での被告人の主張を斥ける意味を含むものと思われるが、親権の行使一般について緊要性を要求する趣旨であるとしてれば厳格にすぎであろう。

(2)は、権利行使として「正当化」されない場合であっても社会通念上「許容」される余地があることを前提として、社会的相当性説に親和的な総合判断を行ったものといえる。しかし、このような総合判断は、その判断過程を検証することが困難であり、情緒的・倫理的な判断に陥るおそれがある(原判決では、計画的犯行であったことも含めた犯行の経緯・内容を総合考慮しているが、ここでの違法阻却判断はほとんど量刑判断に等しいものとなっている)。本決定は、違法阻却を否定する理由として、行為態様が粗暴で強引であること、被拐取者が判断能力を欠く幼児であること、略取後の養育の見通しが立っていないことを指摘する。しかし、行為態様自体に独立の意義を見出すことに疑問があるほか、本件の行為態様は、Cに対する関係をみる限り背後から両脇の下に手を入れて持ち上げ自動車まで疾走したというものであり、略取の構成要件に該当する行為の中で特別に悪質なものとはいえないであろう(前記平成15年決定の事案は、被拐取者を、病院のベッドの上から両足を引っ張って逆さに吊り上げ、脇に抱えて連れ去ったというものであり、今回の事案よりも被拐取者に対する危険が大きいものであった)。むしろ、決定が「粗暴で強引」とするのは、Dの制止を振り切って自動車を

発進させた(第1審判決によれば、それによりDは転倒し負傷している)点を理由とするものと思われる。しかし、一般に略取の手段としての暴行・脅迫が略取罪に吸収されるとしても、拐取罪の違法性に関して被拐取者以外の者の身体的安全という法益を重視することにはなお疑問が残る。

さらに、親による子の連れ去りが現実社会では珍しくないことから、果たして本件の行為が刑罰をもって禁止されるべき違法性を有しているのかということも問題となる。この可罰的違法性の判断に関しては、刑法の謙抑性ないし最終手段性が考慮されなければならない。この点につき、滝井裁判官の反対意見は、親権者の1人が子を実力により支配する行為については、その後の手続において子との関係では修復される可能性もあるから、その行為の評価は家庭裁判所の福祉的な判断に委ねられるべきであり、刑事司法が踏み込むことには慎重であるべきとして、Aに違法阻却を認めることを主張する(前記平成15年決定の事案は、海外に移送することにより家庭裁判所での判断を困難にする点で本件とは異なるとする)。これに対して、今井裁判官の補足意見は、同じく家庭裁判所の判断を重視する見地に立ちながら、逆に、親権者の一方が子を連れ去ることは紛争を家庭裁判所によることなく実力によって解決しようとするものであり、家庭裁判所の役割を無視するものであるから、特段の事情のない限り違法性を阻却すべきでないとする。しかし、両親が子の奪い合いを繰り返した場合、家庭裁判所の手続を経なかったことを理由に双方を略取罪に問うことは妥当でないし、他方、奪う行為と取り戻す行為が相対的であることにかんがみれば、一方のみを略取罪に問うことにも問題があるように思われる(本件のBがCを連れて家を出たことも、Cを抱きかかえる等の有形力の行使を行う限りで、形式的には拐取罪の構成要件に該当する行為であり、Aは連れ去られたCを連れ戻したにすぎないともいえる)。また、滝井裁判官の反対意見が指摘するように、子の奪い合いに刑事介入を認めると、子を奪われた側の親権者が告訴することにより家庭裁判所の手続を経ることなく対立する親権者を排除することができるといった弊害も考えられる。このように、拐取罪の成立を肯定することは、必ずしも家庭裁判所による解決を促進し被拐取者である子供の長期的な利益に資するものとは限らない。刑法の最終手段性の観点からは、本件についても、少なくとも可罰的違法性が否定されると解すべきではないだろうか。

#### (参考文献)

本決定に関するものとして、門田成人・法セミ614号123頁、前田雅英・研修693号3頁、谷滋行・研修693号11頁。最高裁平成15年3月18日第二小法廷決定に関するものとして、福崎伸一郎・ジュリ1254号228頁、菱川孝之・ジュリ1272号155頁、岡田好史・現代刑事法66号87頁。

まつばらよしひろ  
(松原芳博 早稲田大学教授)