

第2 一方の親権者が別居中の他方の親権者によって監護養育されていた自己の子を有形力を用いて連れ去る行為と未成年者略取罪の成否

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巻10号1901頁、判時1927号156頁、判タ1207号146頁)

白鷗大学法学部准教授 松原 和彦

1. 事実

2. 決定要旨

3. 評釈

(1) はじめに

(2) 法益について

(3) 構成要件該当性の判断について

(4) 違法性阻却の判断について

1. 事実

本決定が前提とする事実は、次の通りである。

「(1) 被告人は、別居中の妻である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、平成14年11月22日午後3時45分ころ、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を抱きかかえて、同所付近に駐車中の普通乗用自動車にCを同乗させた上、同車を発進させてCを連れ去り、Cを自分の支配下に置いた。

(2) 上記連れ去り行為の態様は、Cが通う保育園へBに代わって迎えに来たDが、自分の自動車にCを乗せる準備をしているすきをついて、被告人が、C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Cを持ち上げ、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まで全力で疾走し、Cを抱えたまま運転席に乗り込み、ドアをロックしてから、Cを助手席に座らせ、D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ったというものである。

東北大学ローレビュー冒頭特集 拐取

第2 一方の親権者が別居中の他方の親権者によって監護養育されていた自己の子を有形力を用いて連れ去る行為と未成年者略取罪の成否

(松原 和彦) 117

被告人は、同日午後 10 時 20 分ころ、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、C 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) 被告人が上記行為に及んだ経緯は次のとおりである。

被告人は、B との間に C が生まれたことから婚姻し、東京都内で 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、被告人が暴力を振るうなどしたことから、B は、C を連れて青森県八戸市内の B 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 C と共に実家で暮らすようになった。被告人は、C と会うこともままならないことから、C を B の下から奪い、自分の支配下に置いて監護養育しようとして企て、自宅のある東京から C 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 14 年 8 月にも、知人の女性に C の身内を装わせて上記保育園から C を連れ出させ、ホテルを転々とするなどした末、9 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、C を自分の支配下に置いたことがある。

(4) 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、係争中であつたが、本件当時、C 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。」

第 1 審判決（青森地八戸支判平成 16・3・9 刑集 59 卷 10 号〔以下巻、号は省略〕1911 頁参照）および原判決（東京高判平成 16・8・26 同 1927 頁参照）はいずれも、被告人の連れ去り行為（以下「本件連れ去り行為」という。）が未成年者略取罪（224 条（当時）。以下「本罪」という。）の構成要件に該当するとした上で、違法性阻却を否定して、本罪の成立を肯定した。

それに対して、弁護人は、④被告人は C の親権者であるから、本罪の主体（「者」）に該当しない、⑤本件連れ去り行為は「略取」に該当しないと主張して、上告した（1909 頁以下参照）。

2. 決定要旨

上告棄却。

本決定は、弁護人の上告趣意が上告理由に該当しないとした上で、次の通り、職権で判断した。

「以上の事実関係によれば、被告人は、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穏に生活していた C を、祖母の D

東北大学ローレビュー冒頭特集 拐取

第 2 一方の親権者が別居中の他方の親権者によって監護養育されていた自己の子を有形力を用いて連れ去る行為と未成年者略取罪の成否

（松原 和彦）118

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、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解される（最高裁平成14年（あ）第805号同15年3月18日第二小法廷決定・刑集57巻3号371頁参照）。

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。」

なお、裁判官今井功の補足意見（1904頁以下参照）および裁判官滝井繁男の反対意見（1905頁以下参照）がある（なお、両意見の差異につき、本特集第3の石綿はる美「拐取罪を題材に刑法と対話してみて」2. 参照）。

3. 評釈

（1）はじめに

本決定は、一方の親権者である被告人が別居中の他方の親権者Bによって監護養育されていた自己の子Cを有形力を用いて連れ去った事案につき、最決平成15・3・18刑集57巻3号371頁（以下「平成15年決定」という。）を引用して、それに従い、本罪の構成要件該当性を肯定し、かつ、「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」するとした上で、「平成15年決定よりも違法性阻却の判断の枠組みをより精緻化し」たものと解説された判断枠組みにより（法曹会編・後掲692頁〔前田〕）、違法性阻却を否定したものである（したがって、一方の親権者が他方の親権者および自己の子と同居中にその子を連れ去る、いわゆる子連れ別居の事案は、本決定の射程外と理解し得よう。菱川孝之・ジュリ1272号（平成16年）156頁参照。なお、西田ほか編・後掲29頁〔島岡〕、

東北大学ローレビュー冒頭特集 拐取

第2 一方の親権者が別居中の他方の親権者によって監護養育されていた自己の子を有形力を用いて連れ去る行為と未成年者略取罪の成否
(松原 和彦) 119

山口＝佐伯編・後掲 27 頁〔内海〕参照。また、深町晋也・法時 91 巻 11 号（令和元年）122 頁も参照）。

以下、④従前の評釈でも検討されていた、本決定が前提としている可能性のある本罪の法益、⑤従前の評釈では十分に検討されていなかった構成要件該当性の判断および⑥従前の評釈で主に検討されていた違法性阻却の判断につき、検討する（なお、本決定につき、不十分な分析であるが、本特集第 1 のⅠ．論稿およびⅡ．レジュメの松原和彦「11. 平成 17 年決定の検討」も参照）。

（2）法益について

本決定は、C がそ「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穏に生活していた」という事実を摘示した（第 1 審判決（1921 頁参照）および原判決（1933 頁参照）も同旨）。

まず、B が「共同親権者の 1 人である」という措辞に着目して、本決定は本罪の法益を監護者の監護権（本事案では親権）と解釈していると評釈された（佐藤・後掲 96 頁、西田ほか編・後掲 29 頁〔島岡〕参照）。従前の判例は、古くから、本罪の法益（の 1 つ）を監護権と解釈しており（大判明治 43・9・30 刑録 16 輯 1569 頁、大判大正 13・12・12 刑集 3 巻 871 頁参照）、その後も、そのような解釈は、明確には否定されていないように思われる（福岡高判昭和 31・4・14 高刑特報 3 巻 8 号 409 頁、東京高判昭和 31・8・20 東高時報 7 巻 8 号 344 頁参照）。それゆえ、本決定もそのような解釈を否定しなかったと推測される。

他方、「平穏」という措辞に着目して、本決定は本罪の法益を身体 of 安全と解釈しているとも評釈された（佐藤・後掲 96 頁、西田ほか編・後掲 29 頁〔島岡〕参照）。確かに、監護権という法益に代わって、本罪の法益（の 1 つ）を「未成年者」の身体 of 安全と解釈する見解が、近年、有力に主張されている（山口厚『刑法各論〔第 2 版〕』（有斐閣、平成 22 年）89 頁以下、松原芳博『刑法各論』（日本評論社、平成 28 年）99 頁以下、西田典之（橋爪隆補訂）『刑法各論〔第 7 版〕』（弘文堂、平成 30 年）85 頁参照。また、高橋則夫『刑法各論〔第 3 版〕』（成文堂、平成 30 年）108 頁以下も参照）。

しかし、第 1 審判決（1923 頁）によれば、「B は、被告人と別居してから本件犯行に至るまでの約 1 年 2 か月余りの間、……C とともに生活し、同児を保育園に通わせ、病院へ通院させ、手術を受けさせようとするなどしており、……B による C の養育状況に特段の問題はなかった」。第 1 審判決が「平穏」と評価した背景には、そのような事実があったと推測される。

仮に、本決定にも第 1 審判決と同様の背景があったとすれば、「平穏」という措辞を、身体 of 安全を意味するものと限定的に理解した上で、本決定が本罪の法益を身体 of 安全と解釈したと理解することは、やや躊躇される（なお、反対意見（1905

頁)、法曹会編・後掲 683 頁〔前田〕参照。また、従前の(裁)判例は、そのような解釈を明確には肯定していなかった点に注意すべきである。東京高判昭和 37・7・20 判時 319 号 21 頁は、当該連れ去り行為が「嬰兒の自由と安全とを脅かし」と評価するが、それは量刑理由中のものだった。)

なお、従前の(裁)判例は、古くから、監護権の外に、本罪の法益を自由とも解釈しており(前掲・大判明治 43・9・30、前掲・大判大正 13・12・12 参照)、その後も、そのような解釈は、明確には否定されていないように思われる(前掲・福岡高判昭和 31・4・14、前掲・東京高判昭和 31・8・20 参照)。それゆえ、本決定もそのような解釈を否定しなかったと推測される(ただし、それを「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」から理解し得る(佐藤・後掲 96 頁、西田ほか編・後掲 29 頁〔島岡〕参照)かには、疑問がある(後述)。

(3) 構成要件該当性の判断について

①親権者と「者」

本決定は、平成 15 年決定に従い、本罪の構成要件該当性を肯定した。それは、本決定が、行為者が親権者の場合でも、行為者が「者」に該当すると解釈したことを含意する(平成 15 年決定につき、法曹会編『最高裁判所判例解説刑事篇(平成 15 年度)』(法曹会、平成 18 年)179 頁〔福崎伸一郎〕参照。上告趣意(1910 頁以下参照)は、そのように解釈しないと主張していた。他方、第 1 審判決(1921 頁参照)および原判決(1933 頁参照)はそのような解釈を明確に否定していた。)。そのような解釈は、一方の親権者も、他方の親権者の親権の行使を阻害し、あるいは、親権者も自己の子の自由等を阻害するからと評釈された(松澤・後掲 109 頁以下参照)。そのような評釈によれば、本決定は、次の 2 つのあり得た発想を採らなかったと理解し得るように思われる(ただし、各発想が「者」の該当性だけを否定する訳ではない。)

第 1 に、一方の親権者が他方の親権者の親権の行使を阻害する点に着目すれば、親権者間における親権の行使は、一定の場合には、相互に制約されるという発想である(住居侵入等罪(130 条)につき、山口・前掲 124 頁以下参照)。

第 2 に、親権者が自己の子の自由等を阻害する点に着目すれば、親権者は自己の子の自由等を処分し得るという発想である(本罪の法益を自由とのみ解釈する木村亀二『刑法各論〔復刊版〕』(法文社、昭和 32 年)67 頁注 10、佐伯千仞『刑法各論〔訂正版〕』(有信堂高文社、昭和 56 年)121 頁、本罪の法益を自由および安全と解釈する山口・前掲 93 頁ですら、限定的な場合ではあるが、そのような発想を採っていると理解し得る。)

②「略取」

(i)「有形力」と暴行

本決定は、本件連れ去り行為を「有形力を用い」と評価した(第 1 審判決
東北大学ローレビュー冒頭特集 拐取

第 2 一方の親権者が別居中の他方の親権者によって監護養育されていた自己の子を有形力を用いて連れ去る行為と未成年者略取罪の成否 (松原 和彦) 121

(1921 頁参照) も同旨)。それは、本件連れ去り行為のうち特に、「背後から自らの両手を両わきに入れて C を持ち上げ、抱きかかえ」たという態様に対する評価と推測される(第 1 審判決(1921 頁)参照)。また、そのような評価は、連れ去り行為の態様が本件連れ去り行為と類似していた平成 15 年決定による評価に倣ったものと推測される(中央学院大学 40 周年記念論文集部会編『春夏秋冬—中央学院大学創立 40 周年記念論集—』(成文堂、平成 18 年) 25 頁〔萩原由美恵〕参照)。

他方、従前の(裁)判例は、「略取」の行為手段を暴行または脅迫と解釈していたと評価されている(大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法〔第 3 版〕第 11 巻』(青林書院、平成 26 年) 531 頁〔山室恵〕参照。前掲・大判明治 43・9・30、大阪高判昭和 53・7・28 高刑集 31 巻 2 号 118 頁参照。ただし、大判昭和 13・11・10 刑集 17 巻 799 頁、東京高判昭和 39・12・15 東高時報 16 巻 3 号 71 頁も参照)。

そこで、本決定における「有形力」を暴行と理解すべきかが問題となる(本件連れ去り行為が脅迫に該当しないことは、明らかだろう。なお、原判決(1943 頁以下参照)は、「略取」を「暴行、脅迫によ」るものと解釈したにもかかわらず、本件連れ去り行為を暴行によるものとは評価しなかった点に注意すべきである。)。本事案では、C は 2 歳の幼児であったところ、従前の裁判例には、「罪となるべき事実」(刑事訴訟法 335 条 1 項)で、「所携の黄色の嬰兒用毛布(……)で右嬰兒〔生後 2 日目—松原による補足。以下同じ〕を包んで抱きかかえ」(前掲・東京高判昭和 37・7・20 の原判決である東京地判昭和 37・2・5 判時 290 号 14 頁)、「女兒〔生後 1 日目〕を、所携のフード付長袖パーカー(……)で包んで抱き上げ」(鳥取地米子支判平成 13・9・19 判タ 1072 号 297 頁)、「長女 P5(当時 2 歳)を抱きかかえ」(京都地舞鶴支判平成 17・10・18LEX/DB28135408)のように、客体が低年齢の事案で、「暴行」によるものと評価することなく、当該連れ去り行為が「略取」に該当すると判断したものが散見される。

確かに、本件連れ去り行為が暴行によるものかは争点でなかったため(上告趣意(1911 頁参照)は、「略取」の行為手段には言及していなかった。)、本決定が「略取」の行為手段につき、積極的に何らかの判断を行ったとまでは理解し難い。しかし、それでもなお、上記従前の裁判例を考慮すれば、本決定における「有形力」を暴行と理解することは(松澤・後掲 112 頁、杉山・後掲 312 頁参照。中央学院大学 40 周年記念論文集部会編・前掲 25 頁〔萩原〕も同旨か。)、躊躇される(なお、鹿児島地判平成 13・12・12LEX/DB28075118 は、児童(10 歳)が、睡眠中の場合には「両脇の下から両手を入れて抱きかかえる」、覚醒中の場合には「同様に抱きかかえるなどの暴行を加えて」のように、連れ去り行為の態様が同一であるにもかかわらず、異なる評価を下した。当該連れ去り行為に対する同児の抵抗可能性の有無および程度が関係したと推測される。深町・前掲 119 頁参照)。

東北大学ローレビュー冒頭特集 拐取

第 2 一方の親権者が別居中の他方の親権者によって監護養育されていた自己の子を有形力を用いて連れ去る行為と未成年者略取罪の成否 (松原 和彦) 122

(ii)「保護されている環境」を基礎づける事実

本決定は、本件連れ去り行為を、Cを「保護されている環境から引き離し」と評価した。それは、Cがその共同親権者の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穏に生活していた」という事実に対する評価と推測される(以上につき、第1審判決(1921頁参照)および原判決(1933頁参照)も同旨)。また、そのような評価は、客体の生活状況がCの生活状況と類似していた平成15年決定による評価に倣ったものと推測される(中央学院大学40周年記念論文集部会編・前掲26頁〔萩原〕参照)。

しかし、Cがその共同親権者の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穏に生活していた」という事実には、Cが、④「Bの実家において……生活していた」ことと、⑤「B……に監護養育されて平穏に生活していた」ことの2つの事実が含まれているように思われる。

従前の裁判例には、「保護されている環境」に類似する「両親の保護のもと」等の措辞(東京高判昭和31・9・27高刑集9巻9号1044頁の原判決である東京地判昭和30・12・27同1056頁、福岡地飯塚支判昭和34・6・30下刑集1巻6号1512頁(「学校並に両親の保護のもと」)、東京地判昭和36・3・31判タ119号98頁、盛岡地判昭和38・11・11家月16巻6号208頁、東京高判昭和41・11・29下刑集8巻11号1424頁の原判決である東京地判昭和41・3・17判タ189号188頁、宮崎地都城支判昭和50・11・5判タ333号363頁、福岡高判昭和57・4・27判タ471号232頁の原判決である熊本地判昭和55・10・2同234頁参照)、「保護者の保護環境」という措辞(大阪高判平成3・9・26判タ832号229頁)あるいは「母親の監護」という措辞(東京高判平成11・9・13東高時報50巻1～12号86頁)が散見される。ただし、従前の裁判例は、「両親の保護のもと」等と評価するに当たり、少なくとも⑤に相当する事実を認定していなかったようである(ただし、量刑理由中で挙示された事情から⑤に相当する事実を窺い得るものはあった。例えば、前掲・福岡地飯塚支判昭和34・6・30(「幸福な家庭に育った温和な親思いの少女」)参照。ただし、前掲・福岡高判昭和31・4・14参照)。

もっとも、そうであっても、「保護」等と評価し得る余地はあるように思われる。なぜなら、親権者が「子の監護及び教育をする権利を有し、義務を負」っている点で(民法820条(当時))。「監護」は「監督保護の意味である」(於保不二雄＝中川淳編『新版注釈民法(25)親族(5)〔改訂版〕』(有斐閣、平成16年)64頁以下〔明山和夫＝國府剛〕。)、親権者でない者と比較すれば、法的な意味で、子は「保護」等されていると評価し得るからである(団藤重光編『注釈刑法(5)各則(3)〔改訂版〕』(有斐閣、昭和43年)260頁以下〔香川達夫〕参照)。

本決定が、④と⑤のいずれをもって、「保護されている環境」と評価したのかは、必ずしも明らかでない。それゆえ、⑤をもってそのように評価したという理解は東北大学ローレビュー冒頭特集 拐取
第2 一方の親権者が別居中の他方の親権者によって監護養育されていた自己の子を有形力を用いて連れ去る行為と未成年者略取罪の成否 (松原 和彦) 123

可能であるが（佐野文彦・東大ロー11号（平成28年）134頁参照）、上記従前の裁判例を考慮すれば、①をもってそうしたと理解する余地もあるように思われる（なお、法曹会編・後掲686頁〔前田〕は、「保護」と「平穏」を区別するかのようである。）。

ただし、いずれにせよ、本決定は、①または②が存在しない事案では「略取」が否定されると解釈した訳でないから、本決定が「保護されている環境から」の引離しを「略取」の要件と解釈したとは（杉山・後掲312頁はその趣旨か。）、理解されるべきでないだろう（なお、①が存在しない事案で、大判大正12・12・3刑集2巻915頁は、家出中の少女（16歳）に対する営利目的誘拐罪（225条（当時））の成立を肯定した。）。

（iii）「自分の支配下に置いた」時点

従前の（裁）判例は、「略取」（および「誘拐」）には、客体を自己または第三者の事実的な支配下に置くことが必要と解釈していた（大判昭和10・5・1刑集14巻454頁、広島高岡山支判昭和30・6・8高刑特2巻12号610頁、大阪高判昭和53・7・22高刑集31巻2号118頁参照）。

第1審判決は、「同車を発進させて同児を連れ去り、そのころから同日午後10時27分ころ〔被告人が通常逮捕された時刻〕まで同児を自己の支配下に置いた」（1911頁）あるいは「6時間以上にわたり自動車に乗車させて自己の事実的支配下に置いた」（1921頁）と評価した（原判決（1933頁参照）も同旨。なお、それらと同様に、時間に着目するものとして、前掲・鹿児島地判平成13・12・12参照）。

それに対して、本決定は、「同車を発進させてCを連れ去り、Cを自分の支配下に置いた。」と評価した。本決定は、争点ではなかったものの、「Cを自分の支配下に置いた」こととの関係では、第1審判決における「そのころから」云々の事実あるいは「6時間以上にわたり自動車に乗車させ」た事実を不要と判断し（なお、第1審判決（1926頁）は、量刑理由中で、「被告人に有利な事情」として、「自己のもとに置いていた時間は、約6時間30分にとどまる」ことを挙げていた。）、Cを同乗させた自車を発進させれば、Cを「自分の支配下に置いた」と評価し得ると判断したと推測される（なお、連れ去り行為の態様が本件連れ去り行為と類似していた平成15年決定の第1審判決（甲府地判平成13・7・12刑集57巻3号373頁）は、「罪となるべき事実」で、「止めていた車に乗せて発進し、もって、……略取した」と評価し（原判決（東京高判平成14・3・15同389頁）も同旨）、平成15年決定も「自動車に乗せて発進させた」事実までを摘示していた。）。)

ただし、従前の裁判例には、本決定とは異なる判断を行ったものが存在した点に注意すべきである（「支配下に置いた」時点の早い順に、「同女〔17歳〕を同女方前路上で待機していたタクシーに自己と一緒に乗車させて自己の支配下におき」（札幌地判平成6・8・15LEX/DB25420444）、「いきなり同児〔7歳〕を抱きかかえて同車後部座席に押し込み、ガムテープでその両手両足を緊縛して、……自己の支配下に置き」（さいたま地判平成14・

東北大学ローレビュー冒頭特集 拐取

第2 一方の親権者が別居中の他方の親権者によって監護養育されていた自己の子を有形力を用いて連れ去る行為と未成年者略取罪の成否 (松原 和彦) 124

3・18LEX/DB28075619)、「同児〔8歳児〕を自己の運転する普通乗用自動車に乗車させたうえ、同所から同区《番地略》所の駐車場まで連行し、もって、……誘拐し」(横浜地判平成元・12・21判時1356号156頁)参照)。

(4) 違法性阻却の判断について

①前提

第1審判決は、本件連れ去り行為が「Cの父としての正当な親権の行使であるから、刑法35条により違法性が阻却され」という弁護人の主張に対して(1912頁)、本件連れ去り行為が「親権者の権利行使として刑法35条にいう正当行為に当たるとすることはできない」と判断したが、その際、第1審判決が考慮した事情は、㊦本件連れ去り行為の目的、㊧本件連れ去り行為の緊急性・必要性、㊨本件連れ去り行為の態様等だった(1921頁以下参照)。

他方、原判決は、本件連れ去り行為が「親権者としての正当な行為であって、法令行為として違法性が阻却されるべきである」という弁護人の主張に対して(1933頁以下)、「被告人がCの監護に関心を抱く余り本件行為に及んだにしても、その内容は相当性を欠くものであって、違法性を阻却するような事由は見出しがたい」と判断したが、その際、原判決が考慮した事情は、㊩本件連れ去り行為の目的、㊪Cの症状悪化時の対処方法の用意、㊫本件連れ去り行為の態様等だった(1934頁以下参照。なお、原判決(1927頁)は、第1審判決を「正当として是認でき」と判断した。))。

それらに対して、本決定は、まず、「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」(以下「特段の事情」という。)の存否を考慮して、本件連れ去り「行為は、正当なものということとはできない」と判断し(以下「基準㊬」という。))、「また」として(佐野・前掲134頁以下参照)、本件連れ去り「行為〔の〕態様が粗暴で強引なものであること」(以下「事情㊭」という。))、「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」(以下「事情㊮」という。))および「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」(以下「事情㊯」という。)の各事情を考慮して(ただし、「など」という措辞から、事情㊭ないし事情㊯に限定されないだろう。法曹会編・後掲683頁〔前田〕、池田＝金山編・後掲428頁〔若園〕参照)、「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」と判断しており(以下「基準㊰」という。))、2つの基準で違法性阻却を判断していると推測される(法曹会編・後掲692頁以下〔前田〕、松原・後掲173頁、宮木・後掲489頁、杉山・後掲312頁以下、山口＝佐伯編・後掲27頁〔内海〕参照)。

基準㊬は、親権者における権利者としての側面を考慮して設定された基準と推
東北大学ローレビュー冒頭特集 拐取

第2 一方の親権者が別居中の他方の親権者によって監護養育されていた自己の子を有形力を用いて連れ去る行為と未成年者略取罪の成否 (松原 和彦) 125

測され（「親権者によるものであるとしても」という措辞はその趣旨と理解し得る。）、親権の行使の正当性を判断していると理解し得るだろう（法曹会編・後掲 692 頁、694 頁〔前田〕、松原・後掲 173 頁、宮木・後掲 489 頁、杉山・後掲 313 頁、山口＝佐伯編・後掲 27 頁〔内海〕、佐野・前掲 135 頁参照。前田・後掲（法教）149 頁も同旨か。）。その意味で、基準④は、第 1 審判決（および原判決）と通底する。

それに対して、基準⑤は、親権者における親としての側面を考慮して（「家族間における行為」という措辞はその趣旨と理解し得る。前田・後掲（研修）7 頁参照。なお、深町・前掲 120 頁以下参照）、本事案が、実質的には、子の監護を巡る紛争であるから、可能な限り、刑事司法が介入することは回避し、家庭裁判所が解決すべきという政策的な判断（補足意見（104 頁以下）、反対意見（1906 頁以下）参照）を背景に設定された基準と推測される（なお、法曹会編・後掲 692 頁以下〔前田〕、松原・後掲 173 頁、宮木・後掲 489 頁、前田・後掲（法教）149 頁、佐野・前掲 135 頁参照）。

②基準④

基準④では、「特段の事情」が存在する場合、違法性が阻却される余地がある（なお、「特段の事情」が「監護養育上」の観点から規定されるのは、親権の行使の正当性が問題となっているからと推測される。）。「特段の事情」とは、「子の健康が著しく損なわれたり、満足な義務教育が受けられないなど、処遇が低劣で、子が過酷な状態に置かれている場合」と推測される（法曹会編・後掲 686 頁〔前田〕、橋爪・後掲 132 頁参照。かような推測につき、本特集第 1 のⅠ．論稿およびⅡ．レジュメの石綿はる美「12. 平成 17 年決定への民事法からのコメント」（2）①参照）。

では、なぜ、「特段の事情」が存在する場合、違法性が阻却される余地があるのだろうか。親権は、「子を健全な一人前の社会人として育成す」ること、あるいは「子の健全な育成」を目的とするもので（於保不二雄＝中川淳編・前掲 53 頁、62 頁〔明山＝國府〕）、「子の監護及び教育をする権利」であると同時に「義務」であるところ、「特段の事情」が存在する場合とは、「子の健全な育成」を阻害する事情が存在する場合だから、そのような事情がある状況から子を引き離すことは、親権者としての「義務」に合致しており、端的に、親権の行使と評価し得るからだろう。とすれば、「特段の事情」は、親権者としての「義務」を履行すべき契機と位置づけられ、必ずしも緊急性を要するものでないように思われる（松原・後掲 173 頁参照）。

本決定は、「特段の事情は認められない」と判断した。それは、C が「B……に監護養育されて平穏に生活していた」からと推測される（橋爪・後掲 132 頁参照。なお、第 1 審判決（1923 頁）は、明確に、④「特段劣悪な養育環境に置かれていたともいえない」と評価した。）。したがって、本件連れ去り行為は、端的に、親権の行使とは評価し得ず、違法性は阻却されない。

東北大学ローレビュー冒頭特集 拐取

第 2 一方の親権者が別居中の他方の親権者によって監護養育されていた自己の子を有形力を用いて連れ去る行為と未成年者略取罪の成否
(松原 和彦) 126

なお、本事案と異なり、「特段の事情」が存在する事案であれば、行為態様のあり方（いわゆる相当性）も検討されることになる（法曹会編・後掲 692 頁〔前田〕参照。また、東京地判平成 8・1・17 判時 1563 号 152 頁も参照）。行為態様が「子の健全な育成」を阻害するものの場合、連れ去り行為は、親権者としての「義務」に合致していないから、端的に、親権の行使とは評価し得ず、結局、基準④でも、違法性は阻却されないだろう。

③基準⑤

（i）前提

基準⑤では、事情①ないし事情③の各事情の位置づけが問題となるが（後述の各事情、特に事情③の分析につき、石綿・前掲（本特集第 3）2. 参照）、本事案では、基準④で違法性が阻却されなかった以上、基準⑤で違法性が阻却される可能性は、事実上低かったように思われる。なぜなら、本事案は、「特段の事情」が存在しない事案だからである。

（ii）事情①

第 1 審判決（1924 頁）は、「粗暴かつ危険なもの」と評価した。その「危険」は、「D は、路上に転倒し、右腕と左膝を負傷した」事実が摘示されていたから、C ではなく D に対する評価と理解し得る（佐野・前掲 137 頁注 397）、深町・前掲 121 頁注 43）参照）。

他方、原判決（1936 頁）は、「粗暴であって、危険性もないとはいえず、悪質である」と評価した。その「危険性」は、第 1 審判決とほぼ同様に、「D は、付近路上に転んで膝に擦り傷を負った。」という事実が摘示されていたものの、「危険性もないとはいえず」ないという控えめな評価に止められたことからすれば、D ではなく C に対する評価と理解する余地がある（なお、佐野・前掲 137 頁注 397）参照）。

それらに対して、本決定は、D が転倒して負傷したという事実を摘示せず、また、危険ではなく「粗暴で強引なもの」と評価するに止めた。それゆえ、事情①が「C にとって危険な態様のものであったということを当然含むと」（佐藤・後掲 98 頁。西田ほか編・後掲 29 頁〔島岡〕も同旨）まで断定的には理解し得ないように思われる（法曹会編・後掲 685 頁〔前田〕参照）。

本決定は、本件連れ去り行為の態様を詳細に摘示し、また、事情①を、違法性阻却を否定する事情として最も重要視していると理解し得る（決定要旨（1901 頁）参照）。前述の通り、本決定が、本罪の法益を身体の安全とまでは解釈せず、かつ、本件連れ去り行為の態様を身体の安全に対する危険なものとはまでは評価していなかったとすれば、事情①は、C に対して心理的な衝撃を及ぼすことにより、C の「健全な育成」を阻害するものと評価する余地があるように思われる（なお、原判決（1936 頁）は、本件連れ去り「行為は、当時 2 歳の幼児であったとはいえず、C の心身に悪

影響を及ぼしかねない」と評価していた。また、前述のような評価につき、石綿・前掲（本特集第1）（2）②（ア）参照）。そのような評価によれば、本件連れ去り行為は、Bにおける親権の行使の実効性を阻害するものと理解し得るのではないだろうか（なお、深町・前掲122頁参照）。

（iii）事情⑥

事情⑥は、それ自体では違法性阻却を否定することを基礎づけないと評釈された（佐藤・後掲98頁、橋爪・後掲132頁以下参照）。しかし、事情⑥は、Cが、本件連れ去り行為による「の生活環境」の変化に伴う、その心身への悪影響のおそれ（補足意見（1905頁）参照）を負担させるべき存在でなく、また、本事案が「特段の事情」が存在しなかった事案であることを考慮すれば、Bにおける親権の行使の要保護性を高めるものと理解する余地があるように思われる。そのような理解によれば、本件連れ去り行為によって、Bにおける親権の行使がより阻害されたと評価されることになる。

また、事情⑥は、子の年齢によっては、その意思が違法性阻却の判断に影響することを含意すると評釈された（谷・後掲17頁、佐藤・後掲96頁、山口＝佐伯編・後掲27頁〔内海〕参照）。連れ去り行為が子の意思に沿うものの場合、当該行為は「子の健全な育成」に資し得るのに対して、子の意思に沿わないものの場合、他方の親権者における親権の行使の要保護性が高まると理解し得よう。ただし、そのように理解する場合でも、「判断・選択」の対象は「自分の生活環境」という「判断・選択」の困難なものであるから、子の意思の如何を判断することに、裁判所は慎重にならざるを得ないと予測される。

（iv）事情⑦

原判決（1936頁）は、本件連れ去り行為の態様に対する評価とは別に、Cが罹患していた鼠径ヘルニアとの関係で、④「時に症状が悪化することがあり、その際には適切に対応することが求められるが、被告人は、本件犯行に当たり、その場合の対処方法について頓着したこともうかがわれない。」と評価した。

それに対して、本決定は、Cが鼠径ヘルニアに罹患していたという事実すら摘示せず、また、その症状悪化時の「対処方法」に限定されないだろう「略取後の監護養育」に着目して、事情⑦を挙示した。それゆえ、事情⑦は、Cの身体安全に関係する事情と評釈されたが（佐藤・後掲98頁、西田ほか編・後掲29頁〔島岡〕、山口＝佐伯編・後掲27頁〔内海〕参照）、そのように限定的に理解されるべきでないように思われる。

事情⑦は、「略取後の監護養育について確たる見通しが」存在する場合、違法性が阻却される余地があることを含意している（なお、橋爪・後掲133頁参照）。本決定がそのような「確たる見通し」を要求したのは、Cには「その年齢上、常時監
東北大学ローレビュー冒頭特集 拐取
第2 一方の親権者が別居中の他方の親権者によって監護養育されていた自己の子を有形力を用いて連れ去る行為と未成年者略取罪の成否
（松原 和彦）128

「監護養育が必要」だからだろう。そして、そのような「見通しが」存在する場合、違法性が阻却される余地があるのは、連れ去り行為が「子の健全な育成」に資し得るからと推測される。

本決定は、被告人がCを「自分の支配下に置いて監護養育しようと企て」という事実を摘示しつつ、しかし、被告人が「略取後の監護養育について」如何なる（程度の）「見通し」を有していたかを窺わせる事実を摘示しなかったように思われる（被告人が通常逮捕された状況がそのような事実と位置づけられようか。また、佐野・前掲136頁注395）参照）。それは、被告人がそのような「見通し」を何ら有していなかったことを含意しているとすれば、「確たる見通しがあったとも認め難い」と評価することは容易だったと言えよう。しかし、それは、逆に言えば、如何なる事実があれば「確たる見通しがあったと」認められるかは、必ずしも明らかでないということでもある。もっとも、「確たる見通し」という事情が予測的なものであり、また、本事案のように「特段の事情」が存在しない事案の場合、「確たる見通しがあったと」認めることに、裁判所は慎重にならざるを得ないと予測される（そもそも、刑事裁判所がそのような認定を行い得るかにつき疑問が呈されている。佐野・前掲136頁参照）。

（v）まとめ

事情④および事情⑤は、本件連れ去り行為によってBの親権がより阻害されたことを示し、事情③は、本件連れ去り行為によってCの「健全な育成」が実現され得ないことを示していると理解し得、結局、基準⑥でも、違法性が阻却される余地はないと言えよう。

なお、本決定の解説として、法曹会編『最高裁判所判例解説刑事篇（平成17年度）』（法曹会、平成20年）671頁〔前田巖〕がある。

また、本決定の評釈として、江見健一・警公61巻8号109頁、同・捜研659号2頁、同・ひろば59巻6号53頁、門田成人・法セ614号123頁、刑事法研究W.G.・VALIANT第276号39頁、佐藤拓磨・刑ジャ4号92頁、諏訪雅顕・信法7号221頁、十河太朗・受新664号16頁、谷滋行・研修693号11頁、松原芳博・平成17年度重判解172頁（以上、平成18年）、西田典之ほか編『刑法判例百選Ⅱ（各論）〔第6版〕』（有斐閣）28頁〔島岡まな〕、宮木康博・同法60巻5号477頁（以上、平成20年）、松澤伸・ジュリ1389号（平成21年）108頁、杉山博亮・専修ロー6号（平成23年）309頁、山口厚＝佐伯仁志編『刑法判例百選Ⅱ（各論）〔第7版〕』（有斐閣、平成26年）26頁〔内海朋子〕がある。

更に、本決定を素材とする論稿として、前田雅英・法教305号148頁、同・研修693号3頁（以上、平成18年）、町野朔ほか編『刑法・刑事政策と福祉―岩井東北大学ローレビュー冒頭特集 拐取

第2 一方の親権者が別居中の他方の親権者によって監護養育されていた自己の子を有形力を用いて連れ去る行為と未成年者略取罪の成否
(松原 和彦) 129

宜子先生古稀祝賀論文集』(尚学社) 416 頁〔日高義博〕、池田修＝金山薫編『新
実例刑法〔各論〕』(青林書院) 421 頁〔若園敦雄〕(以上、平成 23 年)、橋爪隆・
警論 69 卷 7 号(平成 28 年) 116 頁がある。

以上