

あることから生じる効果とはいえない。

(補注) 本決定の評釈等として知り得たものに、①徳永光「否認事件において有罪を基調とする弁論が行われた事例」法学セミナー614号126頁、②佐藤博史「否認事件における有罪を前提とした最終弁論」平成17年度重要判例解説(ジュリスト1313号)204頁、③辻本典央「弁護人が被告人の主張と異なる弁論を行うことの当否」刑事法ジャーナル5号(2006年)139頁、④高田昭正「公判途中で否認に転じた被告人に対し、否認前の自白を前提とした弁護人の最終弁論の当否」法律時報79巻7号128頁がある。(芦澤 政治)

(31) 母の監護下にある2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

[31] 母の監護下にある2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16年(あ)第2199号 同17年12月6日第二小法廷決定 棄却
第1審青森地裁八戸支部 第2審仙台高裁 刑集59巻10号1901頁)

[決定要旨]

母の監護下にある2歳の子を有形力を用いて連れ去った略取行為は、別居中の共同親権者である父が行ったとしても、監護養育上それが現に必要とされるような特段の事情が認められず、行為態様が粗暴で強引なものであるなど判示の事情の下では、違法性が阻却されるものではない。

(補足意見及び反対意見がある。)

[参照条文]

刑法35条、224条、民法818条、820条

[解 説]

第1 事案の概要

1 1, 2審判決認定の犯罪事実

本件は、被告人が、別居中の妻の監護養育下にある子を保育園送迎の機会に有形力を行使して連れ去った行為が、未成年者略取罪に問われている事案である。

原判決が維持した1審判決認定の罪となるべき事実の要旨は、「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、青森県八戸市所在の甲保育園の南側歩道上において、Bの母であるDに同伴していた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同児を同乗させた上、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分ころまで同児を自己の支配下に置き、もって、未成年者である同児を略取したものである。」というも

(注1)
のである。

2 事実関係

本決定は、原判決及びその是認する第1審判決並びに記録に基づき、次のような事実関係を認定している。

(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。

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

(31) 母の監護下にある2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こととされた事例

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、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、係争中であったが、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。

3 被告人の主張

被告人は、捜査、公判を通じて、自分はCの親権者であり、Cを監護しているから、Cを連れ去った行為は犯罪にならない旨述べ、その主張は、弁護士により以下の4点にまとめられている。

(1) 未成年者略取罪の主体に被拐取者の親権者は含まれないと解すべきであるから、Cの親権者であった被告人は、同罪の主体ではあり得ない。

(2) 被告人の行為は、Cを本来の生活の場であった被告人の住居に連れ戻そうとしたものであるから、略取に該当しない。

(3) 同行為は、Cの父親としての正当な親権の行使であるから、法令行為として違法性が阻却される。

(4) 被告人は、本件犯行当時、自己の行為が法律上許されないものであることを認識しておらず、認識できなかったことについてやむを得ない事情があるから、違法性を意識し得る可能性を欠くものとして責任が阻却される。

4 1審判決(青森地方裁判所八戸支部平成16年3月9日判決)

(1) 1審判決は、「被告人は、共同親権者の一人である別居中の妻のもとで1年以上にわたりその実家で平穩に暮らしていた当時2歳の長男Cを、同児を保育園に迎えに来た義母Dのすきを見て走り込んで抱きかかえると

(31) 母の監護下にある2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こととされた事例

いう有形力を用いて連れ出し、そのまま全力で疾走して停車中の自動車に乗り込み、追い掛けてきたDが制止するのを顧みることなく自動車を発進させたことにより、同児を保護されている環境から引き離して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のであるから、被告人の行為が未成年者略取罪に当たることは明らかである。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。」として、構成要件該当性を肯定した。

(2) 次いで、違法性については、次の①～③のとおり、その目的や被告人の認識、必要性、緊急性、行為態様の観点から指摘できる事情に照らし、被告人の本件犯行は、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いふことはできないと結論付けた。^(注2)

① 目的：被告人がCに鼠径ヘルニアの手術を受けさせる目的で本件犯行に及んだ旨の供述は、信用することができず、被告人が本件犯行に及んだ主たる目的は、CをBのもとから奪い、自己の支配下に置くこと自体にあったと認めるのが相当である。

② 必要性・緊急性：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、前記のように被告人らにCを連れ去られた期間を除き、Cと共に生活し、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、その養育状況に特段の問題はなく、法的手続をとることなく実力で奪取して手術を受けさせなければならないほどの緊急性はなく、また、略取を正当化するような劣悪な養育環境でもなかった。

③ 行為態様：被告人は、Cを保育園に迎えに来た比較的高齢のDのすきを見て、走り込んでCを抱き抱え、そのまま全力で疾走して、あらかじめやや離れた所に停止させておいた自動車に乗り込み、追い掛けてきたDが運転席のドアノブに手を掛けるなどして制止するのを顧みることなく、自動車を発進させてCを連れ去っており、その結果、Dは、路上に転倒し、

右腕と左膝を負傷したのであるから、本件犯行における被告人の行為態様は、粗暴かつ危険なものである。

(3) さらに責任阻却事由については、被告人は、本件犯行の約3か月前にも本件と同様にCを保育園から連れ去った件について未成年者略取罪で逮捕され、本件犯行の約2週間前に起訴猶予処分を受けており、本件犯行当時、少なくとも、Cを連れ去ることが法律上許されないものであることを容易に意識し得たと認められるとして、被告人に違法性の意識の可能性がなかった旨の弁護人の主張を排斥している。

5 2審判決（仙台高裁第1刑事部 平成16年8月26日判決）

控訴趣意は、1審と同旨の主張に帰する法令適用の誤りの主張である。

2審判決は、「刑法224条は、その主体を限定しておらず、また、同条にいう略取とは、暴行、脅迫により、人をその保護環境から切り離し、不法に自己又は第三者の実力支配下に置くことをいうのであるから、親権者であるが故に、事情のいかんにかかわらず、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か、略取をしても不法性を欠くとはいえない」として、被告人の本件行為が略取に当たることは明白である、とした。

そして、違法性について、本件行為は、法的手段によらず、BらのもとからCを奪取し、自己の手元に置くことを直接の動機、目的として、Cを連れ去り、自己の実力支配下に置いたものであり、本件犯行の経緯、内容、殊にこれが計画的で、態様も、粗暴であって、危険性もないとはいえず、悪質である上、このような行為は当時2歳の幼児であったとはいえ、Cの心身に悪影響を及ぼしかねないことなども総合考慮すれば、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だし難いとし、さらに、違法性の意識の喚起が期待できない事情もないとして、控訴を棄却した。

6 上告趣意

被告人が上告。

弁護人の上告趣意は、被告人は、Cの親権者であるから、Cとの関係で刑法224条の未成年者略取罪の主体とならず、また、被告人の行為は同条の「略取」に該当しないのに、原判決は、被告人が未成年者略取罪の主体となり、また、被告人の本件行為が「略取」に該当して、構成要件に該当するとの判断をしており、憲法24条及び民法818条に反する解釈をした誤りがある、^(注3) というものである。

(注1) 関係者の表示は、判例集の表示(仮名)に合わせてある。

(注2) 被告人が、Bと別居後もCのため現金や育児用品等をBの実家へ送るなどしてCを監護・養育していた事情については、本件犯行が正当行為に該当しないとする上記判断を左右し得る事情ではないとしている。

(注3) 弁護人は、上告と並行して、前記3と同旨の観点から原判決に法令解釈・適用の誤りがあり、それが刑法406条の「法令の解釈に関する重要な事項」に当たるとして上告受理申立てをしていたが、受理されなかった。

第2 本決定

(1) 多数意見

本決定は、滝井裁判官を除く4人の裁判官による多数意見によるものであるが、上告趣意が、違憲をいう点を含め、実質は単なる法令違反、事実誤認の主張であって、刑法405条の上告理由に当たらないとした上で、前記第1の2のような事実関係を摘示した上、未成年者略取罪の成否について、次のような職権判断を示した。

「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

[31] 母の監護下にある2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こととされた事例

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、正当なものであることはできない。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決は、正当である。」

(2) 滝井裁判官の反対意見

これに対し、滝井裁判官は、本件被告人の行為が違法性を阻却されないとした原判決は法律の解釈を誤ったものであり、その違法は判決に影響を及ぼすことは明らかであるから、これを破棄しなければ著しく正義に反するものといわなければならないとする反対意見^(注4)を述べている。

(3) 今井裁判官の補足意見

また、今井裁判官が補足意見を付されているが、これは、滝井裁判官の反対意見中、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であるという観点から、本件のような行為も、親権の行使と見られるものである限り、その領域に刑事手続が踏み込むことは

(31) 母の監護下にある2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こととされた事例

謙抑的でなければならないとされる部分に対する再反論と位置付けられよう。^(注5)

(注4) 滝井裁判官の反対意見の全文は次のとおりである。

「私も、親権者の1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を行使して連れ出し、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考えるものである。しかしながら、両親の婚姻生活が円満を欠いて別居しているとき、共同親権者間で子の養育をめぐる対立し、親権者の1人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観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1人が現実に監護していない我が子を自分の支配の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ものとする。

未成年者略取誘拐罪の保護法益は拐取された者の自由ないし安全と監護に当たっている者の保護監督権であると解されるところ、私は前者がより本質的なものであって、前者を離れて後者のみが独自の意味をもつ余地は限られたものであると解すべきであるとする。とりわけ、本件のように行為が親権者によるものであるとき、現に監護に当たっている者との関係では対等にその親権を行使し得るものであって、対立する権利の行使と見るべき側面もあるのであるから、それが親権の行使として逸脱したものでない限り、略取された者の自由等の法益の保護こそを中心にして考えるべきものである。

このような観点から本件を見るに、被告人は、他の親権者である妻の下にいるCを自分の手元に置こうとしたものであるが、そのような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ことは多数意見の指摘するところである。しかしながら、それは親の情愛の発露として出た行為であることも否定できないのであって、そのこと自体親権者の行為として格別非難されるべきものということとはできない。

確かに、被告人の行動は、生活環境についての判断・選択の能力が十分でない2歳の幼児に対して、その後の監護養育について確たる見通しがなく状況下で行われたことも事実である。しかしながら、親子間におけるある行為の社会的な許容性は子の福祉の視点からある程度長いレンジの中で評価すべきものであって、特定の日の特定の行為だけを取り上げその態様を重視して刑事法が介入することは慎重でなければならない。

従来、夫婦間における子の奪い合いともいえるべき事件において、しばしば人身保護法による引渡しの申立てがなされたが、当裁判所は引渡しの要件である拘束の「顕著な違法性」の判断に当たっては、制限的な態度をとり、明らかに子の福祉に反すると認められる場合を除きこの種紛争は家庭裁判所の手続の中で解決するとの立場をとってきたものである（最高裁平成5年(判)第609号同年10月19日第三小法廷判決・民集47巻8号5099頁、同平成6年(判)第65号同年4月26日第三小法廷判決・民集48巻3号992頁など）。

私は、平成5年(判)第609号同年10月19日第三小法廷判決において、「別居中の夫婦（幼児の父母）の間における監護権を巡る紛争は、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のである。」として、子の親権をめぐる紛争において審判前の保全処分の活用を示唆された裁判官可部恒雄の補足意見に全面的に賛成し、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ものとする。

このような考えに立つ以上、被告人もまたこの種紛争の解決は家庭裁判所にゆだねるべきであったのであるから、一方の親権者の下で平穩に生活している子に対し親権を行使しようとする場合には、まず、家庭裁判所における手続によるべきであって、それによることなく実力で自分の手元に置こうとすることは許されるべきことではないといえるものである。

しかしながら、そのことから被告人が所定の手続をと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

[31] 母の監護下にある2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いわれた事例

ば、多少行き過ぎと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って、その領域に刑事手続が踏み込むことは謙抑的でないといけないのである。

確かに、このような場合家庭裁判所の手続によることなく、他の親権者の下で生活している子を連れ出すことは、監護に当たっている親権者の監護権を侵害するものとみることができる。しかしながら、その行為が家庭裁判所での解決を不可能若しくは困難にしたり、それを誤らせるようなものであればともかく、ある時期に、公の手続によって形成されたわけでもない一方の親権者の監護状態の下にいることを過大に評価し、それが侵害されたことを理由に、子の福祉の視点を抜きにして直ちに刑事法が介入すべきではないと考える。

むしろ、このような場合、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、科学的知識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1人が刑事事件の対象となったと事実が残ることもあいまって、長期的にみればその福祉には沿わないことともなりかねないのである（このような連れ出し行為が決して珍しいことではないにもかかわらず、これまで刑事事件として立件される例がまれであったのは、本罪が親告罪であり、子を連れ去られた親権者の多くが告訴をしてまで事を荒立てないという配慮をしてきたからであるとも考えられるが、これまで述べてきたような観点から刑事法が介入することがためらわれたという側面も大きかったものと考えられる。本件のようなありふれた連れ出し行為についてまで当罰的であると評価することは、子を連れ去られた親権者が行為者である他方親権者を告訴しさえすれば、子の監護に関する紛争の実質的決着の場を、子

の福祉の観点から行われる家庭裁判所の手続ではなく、そのような考慮を入れる余地の乏しい刑事司法手続に移し得ることを意味し、問題は大きいものといわなければならない。)

以上の観点に立って本件を見ると、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観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（私は、多数意見の引用する当小法廷の決定においては、一方の親権者の下で保護されている子を他方の親権者が有形力を用いて連れ出した行為につき違法性が阻却されないとする法廷意見に賛成したが、それは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う点において連れ出しの態様が子の安全にかかわるものであったなど、本件とは全く事案を異にするものであったことを付言しておきたい。)

以上によれば、本件被告人の行為が違法性を阻却されないとした原判決は法律の解釈を誤ったものであり、その違法性は判決に影響を及ぼすことは明らかであるから、これを破棄しなければ著しく正義に反するものといわなければならない。」

(注5) 今井裁判官の補足意見の全文は次のとおりである。

「私は、家庭内の紛争に刑事司法が介入することには極力謙抑的であるべきであり、また、本件のように、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と考えるものであり、この点においては、反対意見と同様の考えを持っている。しかし、家庭裁判所の役割を重視する立場に立つからこそ、本件のような行為について違法性はないとする反対意見には賛成することができない。

家庭裁判所は、家庭内の様々な法的紛争を解決するために設けられた専門の

(31) 母の監護下にある2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こととされた事例

裁判所であり、そのための人的、物的施設を備え、家事審判法をはじめとする諸手続も整備されている。したがって、家庭内の法的紛争については、当事者間の話し合いによる解決ができないときには、家庭裁判所において解決することが期待されているのである。

ところが、本件事案のように、別居中の夫婦の一方が、相手方の監護の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、家庭内の法的紛争を家庭裁判所で解決するのではなく、実力を行使して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といわざるを得ない。近時、離婚や夫婦関係の調整事件をめぐって、子の親権や監護権を自らのものとしたいとして、子の引渡しを求める事例が増加しているが、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って、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いふべきである。

私は、家庭内の法的紛争の解決における家庭裁判所の役割を重視するという点では反対意見と同じ意見を持つが、そのことの故に、反対意見とは逆に、本件のように、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考えるものである。」

第3 説 明

1 親権者による子の連れ去りと略取罪の成否

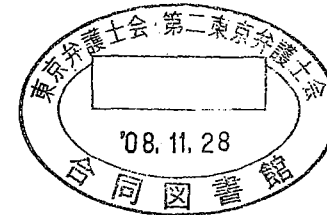
(1) 略取誘拐とは、人を保護されている環境（あるいは従来の生活環境）から引き離して自己又は第三者の事実的支配の下に置くことであり、暴行脅迫

を手段とする場合が略取であり、欺罔誘惑を手段とする場合が誘拐であるとするのが多数説である。そして、保護監督権者が未成年者略取誘拐罪の主体となり得るかについては、従来保護監督者のいる者（未成年者等）に対する略取誘拐罪の保護法益について学説が対立しているところであるが、判例及び通説は、略取誘拐された者の自由（安全も含めてよいように思われる。）と保護監督権者の監督権が保護法益であると解し、本人の利益を害する限り、保護監督権者も主体となり得ると解していたところである。^(註6)

(2) ところで、本件は、離婚係争中の共同親権者間における子供の連れ去り行為が未成年者略取罪に問われた事案であるところ、本件に類似する事案に関する先例として最二小決平成15年3月18日・刑集57巻3号371頁（以下「平成15年判例」という。）がある。

同判例は、「オランダ国籍で日本人の妻と婚姻していた被告人が、平成12年9月25日午前3時15分ころ、別居中の妻が監護養育していた2人の間の長女（当時2歳4か月）を、オランダに連れ去る目的で、長女が妻に付き添われて入院していた山梨県南巨摩郡a町内の病院のベッド上から、両足を引っ張って逆さにつり上げ、脇に抱えて連れ去り、あらかじめ止めておいた自動車に乗せて発進させた」という事実関係の下で、「被告人は、共同親権者の1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ことは明らかである。そして、その態様も悪質であって、被告人が親権者の1人であり、長女を自分の母国に連れ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から、国外移送略取罪の成立を認めた原判断は、正当である」と判示している。

同判例の事案は、①犯人が外国人で被拐取者を自己の母国に連れ出そうとしていた国外移送目的略取の事案であること、②略取の態様も、午前3時15



最高裁判所判例解説刑事篇 (平成17年度) 書籍番号 210117

平成20年11月30日 第1版第1刷発行

本体 4,714円 + 税

編集 財団法人 法曹会

発行人 小泉 博 嗣

発行所 財団法人 法曹会

〒100-0013 東京都千代田区霞が関1-1-1

振替 00120-0-15670番・電話 03-3581-2146

<http://www.hosokai.or.jp/>

落丁・乱丁はお取替えいたします。

印刷・製本/大日本法令印刷

分ころ、被拐取者が入院していた病院のベッド上から、同人の両足を引っ張って逆さにつり上げ、脇に抱えて連れ去り、あらかじめ止めておいた自動車に乗せて逃げ去ったという、かなり粗暴で悪質なものであったことから、略取罪の成立に疑問を入れる余地のなかった事案であったといえる。

(3) すなわち、この判例は、一般論や理由付けを明らかにしていないが、たとえ親権者であっても、他の親権者が監護養育している子をその生活環境から引き離して自己の事実に支配下におけば、略取誘拐罪の構成要件に該当し、しかし、犯行の態様等諸般の事情を考慮し、社会的相当性の範囲内にあると認められるときは、違法性が阻却されるとする考え方に立つものであることは明らかであるといえよう（福崎伸一郎・最高裁判例解説刑事篇平成15年度〔7事件〕）。

しかしながら、平成15年判例はその犯行態様の悪質性から、およそ違法性阻却の余地がないことが明白な事案であったということができ、違法性阻却判断の具体的な考慮要素や評価の枠組みについてまでは明らかにする必要性がなかったためと思われるが、違法性阻却判断の枠組み・基準等について示すところがなく、何らかの示唆を読み取ることも困難なように思われる。^{(注7)(注8)}

(注6) 以上の整理につき、福崎伸一郎・最高裁判例解説刑事篇平成15年度〔7事件〕178頁以下及びそこに紹介されている判例、文献を参照されたい。

(注7) 同判例において、態様が悪質と評価された事情は、説示に照らせば、

- ア 深夜、入院中の病院から被拐取者を連れ出したこと
- イ その際の有形力行使の態様も、被拐取者の両足を引っ張って逆さにつり上げ、脇に抱えて連れ去るというものであったこと
- ウ 外国に連れ去ろうとしたこと

の3点にあるように思われる。これらのうち、ア、イは、社会的相当性の観点からはもとより、被拐取者の健康、安全を脅かす態様であったことを意味し、違法性阻却否定に作用する事情であることは明らかであると思われる。また、ウも、国外移送目的とは、本来は人身売買を想定しているのであろうが、国外

(31) 母の監護下にある2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いわれた事例

に移送されれば被拐取者の安全が脅かされる程度が高まることは否定できない（福崎・前掲181頁）。

(注8) もっとも、平成15年判例において「違法性が阻却されるような例外的な場合」という判示がされており、その意味合いが問題となる。一つの理解は、通常、構成要件該当性が肯定される以上、違法性が推定され、その阻却が例外的であるという理を示すものと解する見方であるが、同判例が国外移送目的略取の事案であることに即した説示と解する余地、さらには、同判例は、妻による監護の下で被拐取者が平穏な生活を送っていたことを前提としているところ、そのような前提の下では他方親権者が子の引渡しを求めるのは法的手段によるべきで、連れ去りは、一般的、原則的に当罰的で、ごく例外的にしか違法阻却されないという趣旨を表しているという理解もあり得よう。本件1審において、検察官は論告中でおよそ親権者の子の連れ去りが一般的に当罰的であるとするような理解の下に同判例を援用しているが、後述のように微妙な問題を含むだけに、そこまで強く断ずるのは相当ではないように思われる。

2 親権者が別居中の配偶者のもとから子連れ去る行為固有の問題点

(1) 総説

本件においては、被告人がCを連れ去っても、Cは、同じ日本国内で親権者である被告人の監護下に置かれるだけであることに加え、子の監護や引渡しをめぐる我が国の司法手続から逃れることはできず、被告人も、そのようなもくろみを有していたわけではない。また、連れ去りの態様も、監護権者の補助者である義母の制止を振り切り自動車を発進させている点では危険であるが、被拐取者に対して格別乱暴な取扱いをしたものではなく、また、このような態様で別居中の親権者が保育園の送迎や学校の登下校時に子供を連れ去るといふ事態はまますみ受けられるものであり、行き過ぎであることは間違いないとしても、この種事案がこれまで刑事事件として立件されることは余りなかったようである。^(注9)^(注10)

以上によれば、本件は、略取行為該当性及び親権の行使と違法性阻却との関係について、平成15年判例よりも深刻な問題を含むように思われる。

(31) 母の監護下にある2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

(2) 親権者が別居中の配偶者のもとから子を連れ去る行為固有の問題点として、以下のような要素を考慮する必要があるように思われる。

ア 親権者が子を自己の監護下に置こうとすることは、親子の情愛という人間の根元的感情に根ざすもので、かつ、親権の本質的な内容といえる。すなわち、子に対する関係では、親権の内容をなす監護教育権(民法820条)、居所指定権(同821条)等は、子の意思にかかわらず親権者の監督に服さしめるために社会的相当性の範囲内で実力を行使し得る自力執行の権能を含むものといえるから、その範囲内にある限り、子を自己の監護下に置くために一定の有形力を行使することも許容されているといえよう。

イ また、別居中であるゆえに現に子を監護養育する配偶者とそうでない配偶者がいる場合でも、後者も親権者であることに変わりはなく、その親権の行使は、相互に対等なものである以上、監護権を法益ととらえる見解に立っても、少なくとも法益としては均衡しているといえることができる。^(注11)

ウ そして、他方配偶者の監護下において、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などには、人身保護請求においてもその監護(=拘束)に顕著な違法性があるとされるところである(最三小判平成6年4月26日・民集48巻3号992頁参照)^{(注12)(注13)(注14)(注15)}。仮に子がこのような状況に置かれているとすれば、他方親権者の保護下にあるとはいえず、もはや平穏な保護状態にあるとはいえないと評することも可能であろう。

(3) 親権者による子の連れ去りと略取罪の成否について論じた学説としては、本決定以前に公表されていたものとしては、平成15年判例についての評釈やこれを題材とした学生向け演習である下記の文献がある。

・菱川孝之(東京大学助手)「共同親権者間の子供の連れ去り行為と略取誘拐罪の成否」ジュリスト1272号155頁

・岡田好史(専修大学専任講師)「別居中の夫(外国籍)が妻の下から実子を連れ去る行為と国外移送拐取罪」・現代刑事法6巻10号87頁

・前田雅英(首都大学東京教授)「演習刑法」法学教室296号162頁

これらの諸説はいずれも、実際に子を監護養育していない親も親権者であることに変わりはなく、その者が実子を自己の事実的支配下に置こうとすることは自然のことで、法的にも原則として許さざるを得ず、日々流動する夫婦間においての子の奪い合いに、「略取誘拐罪」の適用という形で国家が介入することには、謙抑的であるべきだ(前田・前掲)という視点に立ちながらも、平成15年判例が親権者による子の連れ去りにつき略取罪の構成要件該当性を肯定し、具体的妥当性を実質的違法性のレベルで検討するものとしていることについて賛成の立場に立っているものと解される。

ただし、同判例の違法性阻却の判断の枠組みの理解について、菱川・前掲は、行為態様の悪質性(ただし、当該構成要件で捕捉されているものに限る)がなければ、「被告人が親権者の1人であり、長女を自分の母国に連れ帰ろうとしたものであること」により違法性が阻却されるものと解しているように読めるが、前記の「違法性が阻却されるような例外的な場合」という判示の意味合いについて触れるところはない。

他方、前田・前掲は、この問題を財物の本権者が自己の所有物を占有者から取り返す場合などと同様に「自己の支配下に置く正当な根拠を有する者の行為」としてとらえ、違法性阻却の判断において、連れ去る行為の目的、その態様、あえて実力行使に出なければならない必要性・緊急性等を考慮して正当化の余地を判断すべきであるとし、設例とされた誘拐等の態様による場合でも、「子を保護されている環境から引き離して自己の事実的支配下に置いたのであり、同居の話を有利に進めるなどの自己の利益から出た動機も勘案すれば、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いえるように思われる。」とされている。

(注9) 梶村ほか「子の引渡し保全処分事件の処理をめぐる諸問題」家裁月報47巻7号所収114頁以下の事例集参照。平成15年判例の被告人も、訴追に係る犯

(31) 母の監護下にある2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

行の約1年前に同態様の連れ去りをして成功し、被拐取者をオランダに連れ出している。

(注10) 梶村ほか・前掲には「連れ去り禁止」の保全処分命令が申し立てられ、認容された例が紹介されているが、親告罪という制約があるにせよ、「略取罪が成立→司直の介入」という法的コンセンサスが存在するのであれば、このような保全処分はそもそも不要ではなかろうか。また、家庭裁判所調査官実務研究報告書第6号「子の引渡し事件の調査方法について」163頁以下においても、調停事件係属中に生じた、子の奪取等のトラブルへの対応として、当事者に告訴等を示唆することは想定していないように思われる。

(注11) 権利行使が他の権利や法益に優越するとはいえない場合においても、権利行使と恐喝罪に関する判例として著名な最二小判昭和30年10月14日・刑集9巻11号2173頁は、「他人に対して権利を有する者が、その権利を実行することは、その権利の範囲内であり且つその方法が社会通念上一般に忍容すべきものと認められる程度を超えない限り、何等違法の問題を生じないけれども、右の範囲程度を逸脱するときは違法となり、恐喝罪の成立することがあるものと解するを相当とする」とし、また、最三小決平成元年7月7日・刑集43巻7号607頁は、買戻約款付自動車売買契約により自動車金融をしていた貸主が、借主の買戻権喪失により自動車の所有権を取得した後、借主の事実上の支配内にある自動車を承諾なしに引き揚げた行為につき、窃盗罪の構成要件該当性を認めた上で、「その行為は、社会通念上借主に受忍を求める限度を超えた違法なものというほかはない」と判示しているように、野放図な自救行為は許されないにせよ、社会通念上権利に付随するものと認められる（したがって義務者において受忍すべき）限度内であれば、違法性が阻却されるものと解しているように思われる。

そして、香城敏磨・最高裁判例解説刑事篇平成元年度〔13事件〕（上記平成元年判例の解説）232頁において「相手方にそのような（平穏な）占有があるときは、たとえ本権者であっても平穏な法的手段によって占有の回復を図るべきであろう。また、相手方の占有が窃盗等に基づく場合でも、相手方の居宅内で占有しているようなときには、たとえ本権者であっても、居宅内に立ち入って占有を回復することは違法というべきであろう。これに対し、相手方の占有

が窃盗等に基づく場合であって、路上等で占有しているようなときには、本権者による権利の実現を相手方に受忍させてよいときがあろう。次に、占有を回復する者の権利利益の内容が重要な考慮要素であって、本権のない者が相手方の占有を奪うことは原則として違法とすべきであろう。さらに、占有回復の手段も重要な考慮要素であって、格別相手方のあらたな法益を侵害しないような場合には、相手方の占有の内容いかんにより、本権者による占有の回復を相手方に受忍させてよいであろう。」と述べている点は、子の奪い合い事案を検討する上でも（事案の特質に応じた修正を要するであろうが）参考になるものと思われる。

(注12) 別居中の夫婦による子の奪い合いの人身保護法による解決についての一連の最高裁判例は次のとおりである。

すなわち、最三小判平成5年10月19日・民集47巻8号5099頁以来の諸判例（最三小判平成6年4月26日・民集48巻3号992頁、最二小判平成6年7月8日・判タ859号121頁、最一小判平成11年4月26日・判タ1004号107頁）は、夫婦のいずれか一方による幼児に対する監護は、親権に基づくものとして、特段の事情のない限り適法であること、また、共に親権を有する別居中の夫婦の間における監護権を巡る紛争の解決は、本来、家庭裁判所の専属的守備範囲に属することを背景に、他方配偶者による子の監護＝拘束に顕著な違法性があるといえるのは、次の(a)～(c)のような例外的な場合に限られるとしているものと解される。

(a) 仮処分や審判等により、親権行使が実質的に制限されている場合。なお、親権行使が実質的に制限されている場合とは、その制限が少なくとも何らかの公権的な判断に基づくものであることを要し、夫婦間の単なる約束はこれに当たらないものと解されている（最高裁判例解説民事篇平成6年度344頁）。

(b) 著しく健康が損なわれたり、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。

(c) 調停過程の合意に反するなど、公の無視し、信義則に反する場合。

(注13) なお、子の奪い合いにおける人身保護請求の場面では、飽くまで現状における子の福祉が問題とされ、子の拘束に至る経緯の違法性は余り問題とされ

(31) 母の監護下にある2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

てこなかったという指摘がある(瀬木比呂志「子の引渡しと人身保護請求」判タ919号9頁)。上記(注12)の(c)の要素も、上記判例において拘束の経緯を問うもののように見えるが、飽くまで「公の手続」により形成された規範への違反が問題となっているのであり、当該親権者の監護権が法的に制限を受けている場合と見ることができると指摘されており(同文献)、親権者による略取誘拐事案をストレートに人身保護の対象として取り上げることが予定しているものとは解されない。また、子の引渡し保全処分等の審理においても、子の奪取が暴力的であるなど悪質な場合であっても、監護者指定の本案審判の保全処分として、その判断は本案認容のが然性に従うため、奪取態様の違法性だけを理由に子の引渡しの保全処分を発令することには消極的な運用がされており、奪取の違法性は監護者としての適格評価におけるマイナス要因として評価するものとされているようである(中山直子「子の引渡しの判断基準」判タ1100号182頁)。

いずれにせよ、人身保護請求手続においては、その要件である「顕著な違法性」の有無が問題とされるどころ、子の奪い合いの場面では、現状においても正当な親権者の監護下にある(すなわち、その「拘束」は原則適法である)ことを前提に、家庭裁判所の手続によらずに現状を変えることがやむを得ないかどうかという問題としてとらえられているように見受けられる。

(注14) (注12)に掲げた一連の最高裁判例のうち、最三小判平成5年10月19日・民集47巻8号5099頁には、可部裁判官の補足意見が付されており、本決定の今井裁判官補足意見(前注5)、滝井裁判官反対意見(前注4)において、それぞれ言及があるので、参考としてその一部を紹介すると、「本件にみられるような共に親権を有する別居中の夫婦(幼児の父母)の間における監護権を巡る紛争は、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のである。しかるに、幼児の安危に関りがなく、その監護・保育に格別火急の問題の存しない本件の如き場合に、昭和55年改正による審判前の保全処分等の活用(注・略)を差し置いて、『請求の方式、管轄裁判所、上訴期間、事件の優先処理等手続の面において民事刑事等の他の救済手続とは異って、簡易迅速なことを特色とし』『非常応急的な特別の救済方法である』人身

保護法による救済を必要とする理由は、とうてい見出し難いものといわなければならない。(中略)このような審判ないし審判前の仮処分は、正しく家庭裁判所の表芸ともいべきものであり、制度改正にもかかわらず、なおこれが活用されることなく、地方裁判所による人身保護請求が頻用されるとすれば、一面その安易な運用につき反省を要するとともに、他面、家庭裁判所の存在理由にかかわる底の問題として認識されることを要するものと私は考える。」というものである。

(注15) (注12)に掲げた一連の最高裁判例は、夫婦間の子の奪い合いにおいて人身保護の要件である「拘束の顕著な違法性」を認めることに相当制限的な態度を採っており、一見、夫婦間の子の奪い合いに権力的に介入することに謙抑的な立場に立っているように見える。

そうであるならば、夫婦間の子の奪い合いについて略取罪が成立するかという問題についても、刑事法の介入を抑制する解釈姿勢を導きそうであり、本決定における滝井裁判官の反対意見には、そのような発想がうかがわれる。

これに対し、可部裁判官補足意見を含め一連の判例の趣旨は、この種紛争を専ら家庭裁判所の手続で解決すべきものとし、実力行使も含むそれ以外の手続等によりむやみに現状を変更すべきではないとする点にあるとするのが今井裁判官の補足意見であると解され、このような立場からは、夫婦間の子の奪い合いについて、人身保護請求を認めることに判例が謙抑的な立場を採っているからといって、野放図な自力救済について、刑事法の介入も謙抑的にすべきであるということまでは直ちに導かれないということになる。

3 本決定とその意義

(1) まず、本決定は、別居中の夫婦間で繰り広げられる子の奪い合いとして比較的ありがちな事例である本件についても、大枠について平成15年判例を踏襲している。

すなわち、親権者の1人による子の略取行為につき、未成年者略取罪の構成要件該当性を肯定した上で、親権者の行為であることなど、具体的な事実関係は違法性レベルの問題とした上、結論的に違法性阻却を否定している。

(31) 母の監護下にある2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こととされた事例

そして、本決定においては、平成15年判例にも関与していた滝井裁判官が、事案の違いを指摘し、違法性阻却を肯定する反対意見を述べていることに現れているように、かなり特殊なものであった平成15年判例の事案と対比して、より一般的で微妙な問題を含んでいる事案について判断例を付加したものであり、実務上の参照価値が高いものと思われる。

(2) 次に、そのような問題意識を踏まえてか、本決定は、事例判断ながら、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、別居中の夫婦間で繰り広げられる子の奪い合いのうち、可罰的なものとそうでないものとを区別する視座を提供しているように思われる。

(a) すなわち、まず、本決定は、「被告人は、離婚係争中の他方親権者の下から長男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、同児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。」と判示している。

この判示は、本件行為が親権者の行為として正当化し得ない理由を、被害児の監護養育上自己の監護下に置くことが現に必要とされるような特段の事情が認められないことに求めており、その裏返しとして、親権者の下からその監護下の子を略取する行為が同児の監護養育上現に必要とされるような特段の事情がある場合には、正当な親権の行使として違法性を阻却する余地があることを認めているものと解される（もとより行為態様の相当性が求められることは当然の前提とされていると思われる。）。

(b) 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、同児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。」としている。

この判示も、上記(a)を前提に、親権の行使としては正当化できない場合でも、なお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ならば、違法性が阻却される余地があることを含意するものと解され、判例上「当該行為の具体的状況その他諸般の事情を考慮に入れ、それが法秩序全体の見地から許容されるべきものであるか否か」（最大判昭和48年4月25日・刑集27巻3号418頁、最二小判昭和50年8月27日・刑集29巻7号442頁参照）などという形で言及されている実質的違法性の問題として位置付けているものと考えられる。

なお、本決定は、行為態様の強引性、粗暴性、被拐取者に自己の生活環境についての判断・選択能力がないこと、略取後の監護養育についての見通しがないことなどを指摘して、本件において実質的違法性を阻却するものと認めることはできないとしているが、あくまで事例判断であるから、考慮事情がこれらの要素に限られることを意味しないし、また、どのような事案において実質的違法性が阻却されると判断されるのかは、今後の事案の集積を待つことになる。

(3) 上記のような判示の背景には、別居中の共同親権者間における子の奪い合いが略取、誘拐という行き過ぎた行動に至った場面でも、それが親権者の行為であり、かつ、親子の情愛という人間の根元的感情に根ざすもので、法益均衡の場面と見る余地もある家庭内の紛議であるなど、反対意見も指摘するような微妙な問題が含まれていることに対する配慮があるものと思われる。

すなわち、前記2(2)アないしウの諸点にかんがみると、別居中の夫婦間で繰り広げられる子の奪い合いが略取・誘拐の行為に当たる場面において、形式的に親権者の行為であるというだけでは正当化するに足りないが、同ウのように監護養育上それが現に必要とされるような特段の事情がある場合には、正当な親権の行使として違法性が阻却される余地があることは否定できないように思われる。また、上記ウのように積極的に正当化すべき事情がな

(31) 母の監護下にある2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こととされた事例

い場合でも、同ア及びイの要素を念頭に置けば、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もないようなものについては、家庭内におけるいわば放任行為として社会通念上許容され得るものと扱う余地も少なくないものと思われるし、違法性阻却までは認められない場合でも、訴追や量刑に当たっての健全な裁量権の行使の側面で配慮すべき場面が多いように思われる。^(注16)

本決定は、上記(2)の(a)、(b)のとおり、積極的に正当行為となし得る領域(a)と、いわば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^(注17)(b)があることを意識して、それぞれに対応する具体的事情を検討し、本件行為について違法性阻却を否定したものといえることができ、判断枠組みの呈示と併せ、実務上大きな意義を有するものと思われる。

(4) さらに、本件には、滝井裁判官の反対意見（前記注4）、これに対する再反論というべき今井裁判官の補足意見（前記注5）が付されている。滝井裁判官の反対意見は、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、本件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もなく、社会的相当性の範囲内にあり、違法性阻却を認めるべきであるという趣旨のものであり、この種の事案の違法性評価が見方の分かれ得る微妙な問題を含んでいることを示すものであるといえる。また、意見中で指摘される問題点は、多数意見の枠組みから事件を処理する上でも念頭に置かなければならないもので、示唆に富むものと思われる。また、紛争中の一方当事者の行き過ぎた行動を処罰することと家庭裁判所等における紛争解決手続への影響について、滝井裁判官と今井裁判官が個別意見において議論を戦わせている点も、興味深いものといえよう。

(注16) 最一小判平成18年10月12日・判時1950号173頁は、祖父母（未成年者の親権者でも監護権者でもない）が次女の下から当時3歳の孫を自宅に連れ戻し

た未成年者誘拐の事案につき、1審判決で祖父母兩名をいずれも実刑に処した1審判決を是認した控訴審判決を職権で破棄し、執行猶予を付している。

(注17) この両者が連続的なものであると指摘するものとして後掲補注に掲げた前田雅英・研修693号9頁。

[補注] 本決定に関連する評釈・論稿等として、門田成人・法学セミナー614号123頁、前田雅英・法学教室305号148頁、同・「実質的違法性と社会的相当性」研修693号3頁、谷滋行・研修693号11頁、江見健一・捜査研究659号2頁、同・法律のひろば59巻6号53頁、松原芳博・ジュリスト1313号172頁、佐藤拓磨・刑事法ジャーナル4号92頁などがある。

(前田 巖)