

<b>Title</b>	祖父母による当時三歳の孫の連れ戻しが未成年者誘拐罪に当たるとされ、被告人兩名をいずれも実刑に処した第一審判決を維持した控訴審判決の刑の量定が甚だしく不当であるとして破棄された事例
<b>Author</b>	金澤, 真理
<b>Citation</b>	大阪市立大学法学雑誌. 58 巻 3-4 号, p.701-711.
<b>Issue Date</b>	2012-03
<b>ISSN</b>	0441-0351
<b>Type</b>	Departmental Bulletin Paper
<b>Textversion</b>	Publisher
<b>Publisher</b>	大阪市立大学法学会
<b>Description</b>	高田昭正教授退任惜別記念号
<b>DOI</b>	10.24544/ocu.20180117-072

Placed on: Osaka City University

Osaka Metropolitan University

〈判例研究〉

祖父母による当時三歳の孫の連れ戻しが未成年者誘拐罪に当たるとされ、被告人兩名をいずれも実刑に処した第一審判決を維持した控訴審判決の刑の量定が甚だしく不当であるととして破棄された事例

最高裁第一小法廷平成一八年一〇月一二日判決  
判例時報一九五〇号一七三頁、判例タイムズ一二二五号二二七頁

金 澤 真 理

【事実の概要】

被告人A及びB（この兩名は夫婦）の娘Cは、離婚して栃木県内の実家である兩名方に戻っていたが、Aの経営する会社の従業員であった乙と交際するようになり、実家を出て乙と共に札幌市内に転居することにした。A、BはCの再婚に強く反対していたが、兩名の了解を得ないままCは実子D（当時三歳）、E（当時一歳）と共に実家を出て、札幌に向かった。これを知った被告人兩名は、追いかけて連れ戻そうと、Cの転居翌日乙方を訪れ、実家に戻るよう説得したが、これに応じないCと口論になり、興奮した被告人Aが乙に暴力を振るい、驚いたD、Eが泣き出すなどした。そのような中で、被告人BがDを抱きかかえて室外に連れ出し、さらにEも連れ出そうとしたところ、これに気づいたCにより、取り戻された。

その後、CはDを連れ戻そうと実家に赴いたが、被告人兩名からは実家に戻るよう言われ、Dの引渡しを拒否された。Cは裁判所に對し、人身保護法に基づくDの引渡請求の訴えを提起し、認容されたが、引渡しは実現されなかった。そこで、Cは被告人兩名を告訴した。当初の公訴事實は、未成年者略取であつたが、控訴審で予備的訴因として未成年者拐取が追加され、予備的訴因のうち未成年者誘拐罪の成立が認められて、いずれも懲役一〇月の実刑に処せられた（札幌地判平成一六年九月二二日）。被告人兩名は事實誤認、量刑不当を争ひ控訴したが、棄却された（札幌高判平成一七年一〇月二五日）。

被告人兩名がDを自宅に連れ戻してから事件が控訴審に係属するまでに三年以上が経過し、控訴審の審理の途中でDは被告人兩名の地元の小学校に入学した。控訴審裁判所は、第一回公判から被告人兩名に對して、DをCに引き渡すように求めてきたが、DはCの下に行くことを聞かされると被告人兩名の下を離れることを嫌がり、転校もしたくないと述べて精神的に不安定になり、事實上DをCに引き渡すことが困難な状態となつた。この点について、控訴審判決は、「現状のまま被告人兩名を執行猶予に付すことは、被告人兩名が自ら作り出した違法状態を追認するに等しく、許容できない」として、実刑を言い渡した一審判決を維持した。これに對して、被告人兩名が上告した。

### 【判旨】

最高裁は、被告人兩名の犯行の動機について、乙に對して過去の不行跡やCとの交際の経緯から強い不信を抱いていたことを認定し、「Dらの将来を案じ」、「乙に」虐待されることを憂慮していた」としたうえで、その心情を汲み、「目的のためには手段を選ばないものとして被告人兩名を強く指弾するのは適切でない」と一定の理解を示した。また、「法的な正当性はともかく、被告人兩名によりDの養育状況自体は、その福祉に反するものであつたとはいえない」としたうえで、控訴審判決が求めていたDのCへの引渡しが実現しなかつた経緯については、長期にわたり被告人兩名の下で養育された事情に鑑みて、「Dの意思やその精神状態を踏まえ、その福祉に反することのないよう」「相当の時間をかけてCとDの接触を重ねるなどの手立てを講ずる必要があつた」として、これを一概に被告人らの落ち度とはしなかつた。さらに、本件のような親族間の紛争については、「本来、このような紛

争は、家庭裁判所の調停手続や当事者間の話し合いなどにより解決を図るのが相当であり、刑事裁判になった場合でも、刑の量定に当たっては、継続的な関係にある親子間の紛争という事案の性質に照らし、被害者である未成年者の福祉を踏まえつつ、将来的な解決の遺筋なども勘案しながら、刑事司法が介入すべき範囲、程度につき慎重に検討する必要がある」としたうえで、犯行の態様は、暴力がきっかけとはいえ、計画的ではなく、「祖父母が、幼児を直前まで平穩に生活していた住居に連れ戻した点に照らせば、その安全を脅かすものともいえない」こと、被告人らの服役が親族間の対立相克を深刻にし、ひいてはDの福祉やCの利益にも反する結果を生じるおそれも否定できないこと等を挙げて、控訴審判決の量刑は甚だしく重きに過ぎ、これを破棄しなければ著しく正義に反するとして、被告人兩名をそれぞれ懲役一〇月に処し、三年間それぞれの刑の執行を猶予すると自判した。

## 〔研究〕

一 本判決は、祖父母による直接の監護権者からの未成年の孫の連れ去りが未成年者誘拐罪に当たるかどうかが争われた事案に關するもので、最高裁が量刑不当により原判決を破棄し、執行猶予を付した数少ない例である。近年、一方の親権者が他方の下から子を連れ去る場合において、未成年者誘拐罪の成否につき、最高裁が相次いで判断を下した。本件では量刑が争点となっており、被告人たる祖父母の行為が未成年者誘拐罪を構成すること自体に争いはないものの、犯罪を構成する事実が量刑判断に取り入れられ、特に、被拐取者の安全、福祉の観点が重視されて、被拐取者が約三年一〇ヶ月の間被告人らの下にとどめ置かれたにも拘らず、執行猶予が付された。その意味で本判決は、近親者間における連れ去り事例を扱う注目すべき事例判決であると共に、未成年者誘拐罪の保護法益を論じるにあたり、好個の資料を提供するものである。そこで、本稿においては、本判決を素材として、未成年者誘拐罪の保護法益について検討を加えたい。

未成年者誘拐罪の保護法益をめぐっては、従来、被拐取者の自由と解するかそれとも監護権（人的保護関係）と解すべきかの対立があった。しかし、被拐取者の自由のみと解すると、行動の意思及び能力がない者が保護の対象から除かれることとなり、他方、専ら監護権（人的保護関係）と解すると、保護者がいない場合や一定の年齢に達している未成年者を、その同意を得つつ保護者の意

思に反してその関係から離脱させる場合に問題が生じると、それぞれの難点が指摘されている。それ故、現在、本罪の保護法益に関する学説は、①被拐取者の自由説、②監護権（人的保護関係）説、③被拐取者の自由及び監護権（人的保護関係）説、④被拐取者の自由及び安全説に分かれて主張されており、一致を見ない。両者を併合的に解する③の見解が支配的であるが、特に最近になって、被拐取者の安全の見地を重視する④説も有力に展開されるほか、かかる安全の見地をも含めて自由の概念を再構成する見解もある。

判例もまた、事案により重点の置き方が異なるものの、被拐取者の自由と監護権の双方を考慮する見解をとっている。例えば、実父が、養子に出している小学生の実子を、監護権のある養母の下から、通学途中に頭部を毛布で包む等して実力で連れ出した事案に関して、大審院明治四三年九月三〇日判決は、「所謂未成年者ノ略取罪ハ暴行又ハ脅迫ヲ加ヘ幼者ヲ不法ニ自己ノ実力内ニ移シ一方ニ於テ監督者（若シ監督者アル場合ニ於テハ）ノ監督権ヲ侵害スルト同時ニ他ノ一方ニ於テ幼者ノ自由ヲ拘束スルノ行為ヲ云フモノトス」としたうえで、実子でも養子に出した以上、監護権を有する親権者の地位にないとして、養母の監護権を侵害し、被拐取者の意に反し暴力を加えて拘束し、自己の支配内に移した被告人の行為は本罪を構成するとした。また、大審院大正七年一月二一日判決は、一八歳に達した未成年を誘惑して雇い主との雇用関係を離脱させた事案について、雇い主は監護権を有しないとして未成年者誘拐罪の成立を否定した。さらに、大審院大正一三年六月九日判決は、その母親に対して前借金を得られるほか、諸費用を負担する等と欺いて、娘二人（一七歳、一五歳）を女工にしようとして連れ出した事案につき、「未成年者ノ監督者ヲ欺キ利害判断ヲ誤ラシメ監督者ヲシテ未成年者ヲ自己ノ支配内ニ移スコトヲ承諾セシメ之ヲ利用シテ未成年者ヲ自己ノ支配力内ニ移シ之ニ対スル監督権ヲ侵害スルニ至ルトキハ誘拐罪ヲ成立セシメルモノトス」として本罪の成立を肯定した。下級審では、告訴権の有無をめぐる、福岡高裁昭和三年四月一四日判決が、「未成年者誘拐罪の保護法益は、被誘拐者である未成年者の自由のみでなく、両親、後見人などの監護権にあるのであって、未成年者を誘惑して、叙上の監護権を有する者の監督関係を離脱せしめ、不法に自己の実力的支配の下におくことは、当然に監督者の監護権に対する侵害といふことができるから、かかる監督者は告訴権を有するものと解すべき」であるとして、事実上の監護権を有する監督者にも告訴権を認めた。以上によれば、確かに判例は、一貫し

て本罪の保護法益を被拐取者の自由及び監護権(人的保護関係)と解してきたとも言える。尤も、以上の事例は、一方的な監護権侵害が明らかなる場合であり、それと共に被拐取者の自由が侵害されたとと言える事例であったことに注意する必要がある。

二とところが、離婚係争中の事案等で親権者の一方による拐取行為が問題とされる判例が近時相次いで出され、未成年者拐取罪の保護法益が再度注目されるに至った。監護権(人的保護関係)を基準にすると、一方の親が子どもを連れ去る場合に未成年者拐取罪が成立するかどうかは一個の問題である。まず、別居中の一方親権者の下から子どもが奪取された事案について、最高裁は、オランダ国籍の父親が別居中の母親が監護養育していた二歳四ヶ月の娘を母国に連れ去る目的で、入院中の病院から両足を引っぱり脇に抱えるなどして連れ出した行為につき国外移送目的略取罪を認め、懲役二年執行猶予三年に処した(最決平成一五年三月一八日)<sup>(9)</sup>。また、この判決を引用した最高裁平成一七年二月六日決定<sup>(10)</sup>では、被告人が別居中の妻の養育する二歳の長男を、その通う保育園付近で祖母に連れられて帰宅しようとしているところを車に乗せて連れ去り、そのうえ、運転席の窓ガラスを叩くなどしてこれを制止しようとする祖母を、車を発進させた際に負傷させた事案につき、懲役一年執行猶予四年を言い渡した。いずれの事案についても、有形力が用いられた点が重視され、未成年者略取罪が肯定された。

無論、被拐取者の自由及び監護権を保護法益と解する従来の判例の立場からは、被拐取者を実力で連れ去り、かつ、少なくとも一方監護者の監護権を害する行為がある場合には、拐取罪が成立すると解することに矛盾はない。<sup>(11)</sup>従って、親権者間の子の連れ去りの事例においても、当然未成年者拐取罪は成立し得る。しかし、この場合、法益としての監護権の位置づけは相対化し、親権者たる地位ある者が行為に及んでも、例外的に違法性阻却の判断において考慮されるに過ぎないと解するのが一般的であろう。むしろ、かかる事例においては、拐取者、被拐取者、或いは監護者のいずれの如何なる権利が優先されるかという実質的考慮が重要になってくる。

ここで注意を要するのは、形式的意味での監護権(人的保護関係)が問題とされるわけではないことである。前掲大審院明治四三年判決において本罪の成否を決する要素となったのは、養母の形式的監護権ではなく、養子に出された被拐取者を実際に養育し

ていたという事実である。前掲福岡高裁昭和三一年判決において事実上の監護権が保護対象とされたことも、同様に解すべきであろう。それは、監護権（人的保護関係）とは、本来、未成年者を保護し、その自由、安全、福祉を保障し得る最適の者に付与されるものであり、それが十全に機能すれば、監護権者の下にいることが未成年者にとって最も利益になると考えられるからである。かかる場合には、監護権の侵害が被拐取者の利益侵害にも重なる<sup>(12)</sup>。翻つて、監護権者が存在しても、未成年者にとって必ずしも有益でないばかりか、かえつて有害である場合にまで、その監護権を保護する必要はない。そうであっても、如何に監護権者がその責を果たしていないからといって、赤の他人が未成年者をその下から連れ去る行為が未成年者拐取罪に当たるとは当然であるが<sup>(13)</sup>、形式的監護権の保護にあまりに拘泥することは、未成年者を監護者に従属するものと捉えることになりかねず、未成年者自身の保護に重きを置く現代における本罪の意義を見失いかねない<sup>(14)</sup>。かくして、実質的意味で保護に値する監護権が存するかどうかを吟味する契機がここにあると言える。

三 それでは、如何なる場合がそれに当たるか。実質的意味において監護権が保護対象たるか否かは、結局、被拐取者の自由が十全に保障されているかどうか帰する。ここでいう自由は多義的である。未成年者拐取罪の保護法益をめぐる議論においては、自由の概念が十分明らかにされず、むしろ行動の自由に近似するものと捉えられてきたことが、見解の不一致の原因となつたように思われる。未成年者拐取罪の保護法益たる自由は、決して監禁罪の保護法益のような移動の自由、行動の自由のみを意味しない。即ち、有形力によつてはじめて阻害される種類の自由、その侵害が被害者にとって意識されることを必要とする自由に限らない<sup>(15)</sup>。従つて、自身が動くことのできない新生児も、かかる自由を享受すると言ふべきである。

また、本罪の保護法益たる自由は、脅迫、強要罪において問題となるような、意思決定や行動選択の自由をも意味しない。相互に争う親権者の間で、一定程度の判断能力を有する未成年者が明確にいずれと行動を共にするかを選択できる場合は格別、未成年者自身はいずれかを選ぶことができな場合でも、自由が保障される（若しくはされない）状態を、刑法上指定することはできないからである。固より、かかる状態を判断する尺度は、刑法内部にはなく、未成年者の福祉の領域に求めるべきであるが、未成年

者の置かれる環境を地理的、物理的、経済的要素を単純に計るのではなく、未成年者拐取罪の意義に照らして、人が相互的コミュニケーションを通じて成長発達することに鑑みて、多角的に考察すべきものである。かかるコミュニケーションが決して特定の相手との間でのみ形成されるのではなく、相互に多方向に開かれていることからすれば、未成年者の成長発達場としての環境の保障は特に重要な意味をもつことは明らかであり、特定の個人との関係の維持、断絶と単純に比較することは到底できないであろう。<sup>(16)</sup>

かくして、本罪の保護法益たる自由は、人的な関係をも含む、未成年者が安全、安定的に成長発達できる環境が保障された状態と解される。この意味で、本罪の保護法益たる自由を、「むやみに現在の生活環境から離脱されない自由」<sup>(17)</sup>と解する見解は、社会若しくは環境との関連で本罪の保護法益たる自由を捉える点で、また、特に成長の途上にある未成年者にとって、自己の置かれた環境がある程度安定的であると信頼できることが成長に有益である点からも妥当であると言える。そして、その状況から救い出すことが明らかに未成年者の利益になるような場合を除き、未成年者にとっては従前に形成してきた慣れ親しんだ環境にいたること、「既存の生活環境を保持する」<sup>(18)</sup>ことが利益と推定され、かかる環境から離脱させ、行為者若しくは第三者の支配の下に置くことが、かかる自由を害するものとして、未成年者拐取罪を構成する行為に当たると言える。未成年者の連れ去りへの同意は、その年齢、判断能力、同意の得られた経緯に照らして吟味する必要があるが、それが真摯なものである限り、かかる自由の侵害の不存在を認定する要素として、構成要件該当性阻却ないし違法性阻却を基礎づける事実と解してよいであろう。<sup>(19)</sup>民事上の取扱いではあるが、国際的な子の連れ去りに関するハーグ条約<sup>(20)</sup>の適用排除事由の中にも、このような視点は見出されよう。以上に述べた未成年者拐取罪の保護法益たる自由の概念には、学説④が主張する安全の見地も当然含まれる。近時、④の見解が有力に主張される背景には、未成年者拐取罪を被拐取者の立場に立ち、その利益を十全なものにしようとする意図があると解されるが、かかる利益を内包し、かつ、実現し得る自由を推定する必要がある。<sup>(21)</sup>

四 未成年者拐取罪の保護法益を以上のように解した場合、たとえ監護権者の下からでも未成年者の成長発達に適する環境が保障されている場合には、本罪の成立が否定される場合があり得る。ましてや本件では、赤の他人ではなく祖父母による孫の連れ去り

が問題となった。被告人らと被拐取者らはそもそも共に暮らしていたところ、再婚を機に新生活を送ろうとしたCがD、Eらを連れて転居を試みたものである。それを阻止すべく、被告人らがDを連れ出すことでCらも連れ戻そうとし、実際にDを連れ出しCの実家である自宅に連れ戻した。ここで、被拐取者の生活環境の基準を転居先の乙宅に置いた場合には、従前の生活環境からの離脱行為はあると言え、本判決も基本的にはそのように解している。

尤も、その理解に立ったとしても、従前の環境から離脱させる行為のすべてを当罰的と捉えることは、刑法の謙抑性の観点から問題がある。前掲最高裁判成一七年決定における滝井繁男裁判官の反対意見は、親権者の一方が他方から子を連れ去り自分の事実支配下に置くこととするは珍しいことではなく、「社会的相当行為として実質的違法性を欠くときである」として、当該事案に関しては、基本的には子の福祉を考慮して適切な措置をとる専門機関である家庭裁判所に委ねるべきであり、被告人の行為にやや行き過ぎの観はあるにせよ、非難されるべきでなく、違法性が阻却されるべきであるとした。<sup>(22)</sup> 本判決が、かかる場合には、第一義的には家庭裁判所の調停手続や当事者間の話し合い等により解決を図るのが相当であると指摘するのも、この判対意見を承け、同趣旨に基づくものと解される。

これに対して、被告人兩名によるDの連れ出しが乙宅への転居の翌日であることから、被拐取者の生活環境の基準を、Cらが最初同居していた被告人宅と解するときには、被拐取者にとって慣れ親しんだ従前の生活環境からの離脱がなく、被告人兩名を処罰すべき実質的根拠がないことになろう。本件においては、被告人兩名がCを追いかけて乙宅まで赴き、Aが乙に暴力を振るった際に泣き出したDをBが実力で抱きかかえて連れ出した犯行態様が、一審、控訴審が未成年者誘拐罪の成立を肯定する際にも重視されているが、最高裁は量刑判断でこれを別様に取り上げている。即ち、「祖父母が、幼児を直前まで平穩に生活していた住居に連れ戻した」事実を認定し、これに同兇の「安全を脅かすものともいえない」という評価を下しているのである。これらの認定は、被拐取者たるDの利益、福祉の観点から一審、控訴審を批判するものであり、評価に値する。しかも、如上の検討によれば、まさにこの認定こそ未成年者拐取罪の保護法益の核心部分に関わるものであり、かかる観点に立脚するときには、本件は、著しい量刑不当によるのではなく、重大な事実誤認による破棄を言い渡すべき事案であったと言えよう。法的な正当性はともかく、被告人両

名の行為により長期間にわたり、被告人宅に同居し、小学校に通い、新たな人間関係を形成したDにとっては、その環境こそが保護されるべき生活環境であり、また実際、明確にその環境から引き離されることを嫌がり、それを指示されると精神的不安定状態に陥るほどであったのであるから、被告人両名を服役させてその環境を奪うことは、Dの安全や福祉の観点からも、避けるべきこととは明白であり、執行猶予の付与は当然である。さらに、Dが連れ戻されたのは従前の生活環境であったことに加え、被告人両名が整えたDの養育環境は、「その福祉に反するものであったとはいえない」と言うのであれば、未成年者誘拐罪の成立を否定し得た事案であったと言える。<sup>(2)</sup>

- (1) 宮本英脩・刑法大綱(一九三五年)三〇七頁、木村亀二・刑法各論(一九五九年)六五頁、香川達夫・刑法各論講義第三版(二〇〇六年)四二五頁等。また、監護権には考慮を払うものの、独立した法益とする必要はないとするものとして、内田文昭・刑法各論第三版(一九九六年)一二七頁、中森喜彦・刑法各論第三版(二〇一一年)四七頁。これに一定の理解を示しつつ、「親子の絆とそれに伴う利益も無視し難い」とするのが、斎藤信治・刑法各論第三版(二〇〇九年)四九頁。
- (2) 井上正治・江藤孝・刑法学(各則・一九九四年)五七頁。
- (3) 小野清一郎・新訂刑法講義各論(一九五〇年)二〇四頁以下(「本来人的な保護関係を侵害するもの」という叙述を如何に理解するかについては、山室恵・大コンメンタール刑法第二版(二〇〇二年)三七八頁参照)、谷口正孝「未成年者誘拐罪の本質」ジュリスト二七八号(一九六三年)五七頁、団藤重光・刑法網要各論(一九九〇年)四七六頁、福田平・全訂刑法各論第三版増補(二〇〇二年)一七五頁、佐久間修・刑法各論(二〇〇四年)、大塚仁・刑法概説各論第三版増補版(二〇〇五年)八二頁、松宮孝明・刑法各論講義第二版(二〇〇八年)九六頁以下、川端博・刑法各論講義第二版(二〇一〇年)一六五頁以下等。
- (4) 林幹人・刑法各論第二版(二〇〇七年)八三頁、曾根成彦・刑法各論第四版(二〇〇八年)五六頁以下、大谷實・刑法講義各論新版第三版(二〇〇九年)三二三頁、西田典之・刑法各論第五版(二〇一〇年)一二七頁、山口厚・刑法各論第二版(二〇一〇年)九二頁、伊東研祐・刑法講義各論(二〇一一年)六八頁、高橋則夫・刑法各論(二〇一一年)一〇〇頁以下、前田雅英・刑法各論講義第五版(二〇一一年)一三三頁等。
- (5) 刑録一六輯一五六九頁。

- (6) 刑録二四輯一三二六頁。
- (7) 刑集三卷五〇二頁。
- (8) 裁判三卷八号四〇九頁。
- (9) 刑集五七卷三号三七一頁。
- (10) 刑集五九卷一〇号一九〇一頁。
- (11) 谷滋行「判批」研修六九三号(二〇〇六年)一六頁参照。
- (12) それ故、被拐取者の自由の制度的保障たる地位にとどまるのであれば、監護権を独立して保護対象とする必要はないとの諸見解(注1参照)には妥当性が見出される。
- (13) その意味で、監護権侵害の存在は、無関係な他人の拐取行為からの保護の論拠となる。
- (14) 歴史的には、本罪の行為が子どもを労働力の供給源と見ていた前近代的文脈でなされていたことも見逃してはなるまい(団藤・前掲四七七頁参照)。
- (15) 香川・前掲四二五頁、内田・前掲二二七頁参照。
- (16) 尤も、その衡量は必ずしも一律に判断し難い。例えば、夜逃げのように、特定の個人や家族との関係を維持するため、未成年者と共に従来環境から離脱することが未成年者略取にならない場合もあれば、ある程度広がりのある人的環境を保持した状態であっても、特定の集団丸ごとの拉致は、やはり「拐取」たり得るのである。
- (17) 山中敬一・刑法各論第二版(二〇〇九年)一二五頁。
- (18) 山中・前掲一二五頁。
- (19) 長井長信「誘拐罪の保護法益」刑法判例百選II各論第四版(一九九七年)二七頁参照。
- (20) 一九八〇(昭和五五)年一月に開催されたハーグ国際私法会議で採択された子の連れ去りに関する民事条約によれば、一六歳未満の子が国境を越えて不法に奪取された場合、条約締約国の間では常居所地国への返還が裁判所により命じられることになる。裁判所は、子の奪取の時点から返還申し立て時点までの期間が一年未満であるときは、原則として、子を元の常居所地国に返還するよう命じなければならないとしているが、奪取後一年が経過していなくとも、次の事由が証明された場合には例外的に返還を拒否することができる。①主張されている奪取の時点において、監護者が現実には監護権を行使していなかったこと、②監護者が、奪取に該当する子の国境を越えた移動に同意していたかまたはこれを追認したこと、③

子を返還することにより、子に精神的・肉体的な危害が及ぶ重大な危険性のあることまたは子を耐え難い状況に置く重大な危険が存すること、④子が自ら返還に異議を唱えていることである。

(21) 未成年者の安全を独自に保護することにも確かに意義があるが、穏やかな方法で安全な場所に連れ去られた場合でも、本罪が成立することを説明し難い(中森・前掲四七頁)。なお、林・前掲八三頁参照。

(22) これに対し、手段の粗暴性に着目して実質的違法性を肯定するものとして、前田雅英「実質的違法性と社会的相当性」研究六九三号三頁以下。

(23) 村井敏邦「判批」速報判例解説(1)(二〇〇七年)二〇一頁以下は、被告人兩名の行為は構成要件的には未成年者誘拐罪に当たるとしても、違法性が否定されると判断してもよいとする。