

論説

「家族」間における子の奪い合いに対する 未成年者拐取罪の適用に関する試論

2014年4月入学

佐野文彦

I. 序論

1 問題の概要

- (1) 平成17年決定の出現
- (2) 平成17年決定の持ちうるインパクト
——刑法224条の適用を巡る温度差

2 本稿の検討対象

II. 問題の所在

1 「家族間における子の奪い合い」とい う問題状況

- (1) 紛争の種類
- (2) 民事上の手続
- (3) 民事上の手続の限界：刑罰権行使の現実
的要請

2 現在の「未成年者拐取罪」に関する議論 状況

- (1) 現在の議論状況の俯瞰
- (2) 看取される問題——説明能力の欠如とそ
の原因

3 考察方針

- (1) 明確化された問題
- (2) 考察の順番

III. 検討の前提1——未成年者拐取罪の沿 革

1 はじめに

2 旧刑法

- (1) 旧刑法制定過程
- (2) 旧刑法時代の学説の状況
- (3) 旧刑法時代に関する沿革的考察及び現在
への示唆

3 現行刑法

- (1) 現行刑法制定過程

- (2) 改正刑法假案制定過程

- (3) 現行刑法制定直後の学説の状況

- (4) 現行刑法制定時・制定直後に関する沿革
的考察及び現在への示唆

4 獲得された知見

- (1) 趣旨と要件の連動
- (2) 趣旨にかかる問題：保護法益論
- (3) 構成要件にかかる議論

IV. 検討の前提2——ドイツ刑法235条 を巡る議論

1 はじめに

2 前提知識：ドイツ「親権」法概略

- (1) 親の配慮（Sorge）について
- (2) 子の引渡し
- (3) 子との交流

3 ドイツ刑法235条の紹介

- (1) 新旧ドイツ刑法235条の規定
- (2) 沿革との「ズレ」
- (3) 拐取罪一般にかかる議論
- (4) 「家族間における子の奪い合い」への適
用に関する議論

4 獲得された知見

- (1) 変容したドイツ法学説——変容しなかつ
た日本法学説
- (2) 未成年者拐取罪一般に関する知見——配
慮権を中心に据えた要件解釈論
- (3) 家族間への適用に関する知見

V. 検討

1 はじめに

2 検討方針——趣旨・要件解釈の切断と の対峙

- (1) 問題意識の深化——裏付けの獲得
- (2) 具体的方針

3 構成要件解釈

- (1) 二つのモデルの対置・融合
- (2) 残された構成要件解釈
- (3) 小括

4 違法性阻却の検討

- (1) はじめに
- (2) 保護状態が不良に変更されたとは言えない場合
- (3) 未成年者自身の同意
- (4) 保護状態が不良に変更されたとしても許容される場合

(5) 修正の余地：行為態様の考慮

(6) 本稿の帰結

5 平成 17 年決定の検討

- (1) 事案の概要
- (2) はじめに：全体の構造
- (3) 構成要件該当性に関する検討
- (4) 違法性阻却に関する検討
- (5) 反対意見・補足意見の意義

6 残された課題——国外移送目的拐取罪

VI. 結語

【資料編】

「行為者と人的配慮権者が等しく子の幸福を願う時、それは完全なる悲劇である。¹⁾」

I. 序論

1 問題の概要

(1) 平成 17 年決定の出現

一別居の子連れ去り，父でも「犯罪」—

これは，最高裁決定平成 17 年 12 月 6 日（以下「平成 17 年決定」）²⁾ を報じる朝刊の見出し³⁾ である。

国際結婚破綻後に日本人妻が子を一方的に日本に連れ帰った場合，それが子の幸福を願って行われたものであったとしても，“kidnapping” 等として当該外国で犯罪を構成しようという情報⁴⁾ は，国際結婚の増加やハーグ条約（国際的な子の奪取の民事上の

側面に関する条約）締結等の情勢の変化により広まりつつある。それを報じるメディアにおいて扇情的な文字が躍るように，かような情報であっても，なお一定の驚きをもって受け止められていることが見て取れる⁵⁾。

しかし，この平成 17 年決定は国外への連れ去りを取り扱ったものではない。東京都にいる夫が，青森県で別居していた妻の下にいた子を連れ去り，7 時間後に青森県内の林道上で逮捕された純粋国内事案である。かかる事案につき最高裁は，未成年者略取罪（既遂）の成立を肯定した。すなわち，親による連れ去りであっても未成年者略取罪の「構成要件に該当」し，行為者が親権者の 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」としたのである。

そうすると，親権者間における子の奪い合いであっても，そしてそれが国内にとどまる

1) Arzt und Weber, Strafrecht besonderer Teil: Lehrheft 3., neu bearbeitete Aufl. 2015, S.269 Rn.4. また, Klaus Geppert, Kindesentziehung beim „Kampf um das gemeinsame Kind“, Gedächtnisschrift für HILDE KAUFMANN (1986) S. 759 (以下 Geppert) 参照。

2) 刑集 59 卷 10 号 1901 頁。

3) 朝日新聞朝刊 2005 年 12 月 9 日 38 面。

4) 例えばアメリカにおける International Parental Kidnapping につき 18 U.S.C.A. §1204, また Wayne R. LaFave, CRIMINAL LAW ch. 18 (5th ed. 2010) 参照。

5) 例えば「民事不介入の考えが根強い日本では，片方の親が子どもを国外に連れ去っても，逮捕状が出ることはまれだ。だが，共同親権が主流の豪州では，片親の同意がなければ他の自治体に転居すらできない。」杉山麻里子「(事件 追う迫る) 母は誘拐犯になった 国際結婚破綻，「娘と帰国するしかなかった」朝日新聞朝刊 2009 年 11 月 24 日 33 面。

ものであったとしても、その行為は構成要件に該当する、すなわち違法性阻却等がなされない限り可罰的行為であると評価され、更にそれが親によってなされたということは、違法性阻却判断における単なる一つの「事情」としてしか考慮されない、という帰結が導かれる。

(2) 平成 17 年決定の持ちうるインパクト
——刑法 224 条の適用を巡る温度差

ここで最高裁は、行為者が親であったということを、単に違法性阻却の一事情とするのではなく、違法性が「例外的に」阻却されるか否かの一事情であるとしている⁶⁾。そして、同決定の今井補足意見は「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」とまでしている。このように、仮にかかる違法性阻却が真に「例外的」であるならば、親による子の連れ去りであっても、そしてそれが国内にとどまるものであったとしても、「特段の事情のない限り」、可罰的な「略取」「誘拐」と評価され、その親はいわゆる「犯罪者」と評価される事態になる。そして、子の監護を巡る紛争たる「子の奪い合い」⁷⁾には、離婚後又は別居中の親の下からの連れ去りのみならず、いわゆる「子連れ別居」「子連れ里帰り」まで多種多様な事例が含まれるが、かかる解釈からは、親が子の幸福を願って行った行為であったとしても、基本的にはこれら全てが国家刑罰権の対象となり、現実的には全てを

検察官の広範な起訴裁量に委ねるということになる。

確かに、適用される刑法 224 条が「未成年者を略取し、又は誘拐した者は、三月以上七年以下の懲役に処す」というシンプルな規定を備えるのみであり、主体の限定も、或いは主体に応じた行為態様の限定も設けていないことからすれば、このような帰結も解釈論上ありうる選択肢ではある。

しかし、かような峻厳な国家刑罰権の適用については激しい異論が存在する。すなわち、このように違法性阻却を真に「例外的」と扱うか否かについては、司法内部においてすら⁸⁾明白な温度差が存在するのである。それは、平成 17 年決定に、「本件のようなありふれた連れ出し行為について当罰的であると評価する」ことは適切でないとする滝井反対意見と、それに明確に反論する上記今井補足意見が付されているというだけではない。同決定の調査官解説すら、「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るものと扱う余地も少なくないものと思われる」と評価しており、真に「例外的」であるとは言えない程度に幅広く違法性阻却の余地を肯定しているのである⁹⁾。

そもそも、刑事罰の介入については、実務上も親権者間の子の奪い合いについては同罪の適用を否定する運用であった¹⁰⁾し、学説

6) 構成要件該当行為は原則的に違法性が肯定される行為であるという意味において「例外的」と摘示されたに過ぎないという読み方もありうるが、最高裁は「違法性を阻却する」という文言を用いるときに「違法性を例外的に阻却する」と敢えて明示することは通常ない（例えば自救行為につき最決昭和 46 年 7 月 30 日刑集 25 卷 5 号 756 頁）。

7) 早川眞一郎「「ハーグ子奪取条約」断想——日本の親子法制への一視点」ジュリ 1430 号 12 頁（2011）。指摘されているように、「子の奪い合い」は、主に両親間の関係が破綻した際に発生する子の監護を巡る紛争のことを指し、裁判上の争いとしてではなく、子の身柄を實力で奪い合うという争いとして生じることもある。これ以降、「子の奪い合い」としては、子の身柄を實力で奪い合う争いを指すものとして取り扱う。

8) 司法の外においても批判は存在する。たとえば、松田研一「憂慮すべき子どもの奪い合い」戸籍時報 665 号 74 頁、76 頁（2011）。また、平成 17 年決定の射程が不明瞭であることを指摘するものとして、橋爪隆「違法性阻却原理論」伊東研祐＝松宮孝明編『リーディングス刑法』181 頁、195-196 頁（法律文化社、2015）。

9) 前田巖「判批」最高裁判所判例解説刑事篇平成 17 年度 671 頁、694 頁（2008）。

10) 例えば、警視庁刑事部の質疑回答集を紐解くと、離婚話中に勝手に子供を連れ出した母親につき、未だ親権者たる身分を失っておらず、子供がその保護下にある限り未成年者拐取罪は成立しないとされ（警視庁刑事部総務課刑事資料係編「質疑回答集（2号）」（1962））、また、未成年者拐取罪の主体は被拐取者の上に監督権を有しない者であるとされていた（警視庁刑事部総務課編「質疑回答集（2号）」（1964）、もっとも祖父母は同罪の主体となるとされている）。現在においても警察が民事不介入として関与を避けているという指摘すらある（佐藤淳子

上も「家族間の愛情の葛藤に刑事罰を持ち込むことには立法者も法曹関係者も一般に消極的であろう」として、刑事罰という制裁の行使には否定的であった¹¹⁾。それが現在では、親であっても「例外的」場合に該当しなければ処罰されるという明確な最高裁決定が存在するという事態となっており、この問題を巡って我々は重大な転換期を迎えている¹²⁾と言える。

2 本稿の検討対象

かくして立ち現れた「家族間における子の奪い合いに対する未成年者拐取罪の適用」を巡る問題について検討を加える論稿は、この問題の重大性に比して驚くほどに少ない。この帰結の差異が実生活に持ちうるインパクトの大きさと、近時の最高裁決定による態度決定の変化、そしてそれを巡って司法内部にさえ存在する明確な価値判断の対立に鑑みれば、検討の必要性は極めて高いと言えよう。

この問題に対しては、諸外国が立法論上の解決を図っている¹³⁾ことからすれば、日本においても立法論上の解決が将来的には望まれる。しかしながら、如何なる法改正が適切であるかを論じるためにも、また法改正が実現するまでの事案の適切な解決のためにも、現行法上の解釈論として如何なる範囲が拐取罪として捕捉されるかを議論することが、まずは必要である。

以上を踏まえ、本稿は、現在の日本法における未成年者拐取罪に関する解釈論的議論を、家族間への適用事例も射程に入れながら

整理・展開し、平成17年決定の判示等の意義を明らかにすることで、この問題に対する一定の視座を提供することを目標とした¹⁴⁾。

もつとも、ここで一点重要な検討対象の限定を置く。それは、本稿は国内における子の奪い合いを巡る議論を直接の検討対象とし、国外への連れ去りを巡る議論については除外するということである。前者について主として¹⁵⁾適用されるのは未成年者拐取罪（刑法224条）であるのに対して、後者について適用されるのは国外移送目的拐取罪（刑法226条）であり、後者を巡る問題も近時アクチュアリティをもって立ち現れている¹⁶⁾。しかし、「家族間における子の奪い合い」に対する拐取罪の適用の原則形態は、国外移送目的を有するか否かを問わない前者の適用であり、後者はいわばその発展形態である。後述するように、この原則形態を巡ってすら従前の議論は不十分であり、詳細な検討を必要とすることから、国内問題にかかる議論の整理・展開に本稿は主眼を置き、国外問題については残された課題として最後に付言するにとどめることとした。

II. 問題の所在

それでは、かくして立ち現れた問題に対する従前の議論状況は如何なるものであったのだろうか。仮に、解釈論上明確且つ適切な基準が存在するならば、解釈論上の検討を行う必要性は低い。

そこで、ここでは以下の順序で現在の議論

「子の奪い合い～法的解決手段とその限界」戸籍時報 656号 61頁（2010）。

11) 早川眞一郎「子の奪い合いについての一考察」中川良延ほか編『日本民法学の形成と課題 下』1209頁、1236頁（有斐閣、1996）。

12) 最高裁自身も、家族間における子の奪い合いに対して未成年者拐取罪の適用を肯定しながらも、量刑にかかる判断において、本来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しており、そのスタンスは一義的ではない。参照、最判平成18年10月12日判時1950号173頁。

13) アメリカにつき前掲注4)、イギリスにつき Child Abduction Act 1984, s.1及びs.2参照。更にドイツについてIV参照。

14) なお、テーマ設定としては「家族」の定義が必要であるように思われるが、それ自体深淵な問題である（参照、大村敦志『民法読解 親族編』（有斐閣、2015）（特に395頁以降や478頁以降））ため、ここでは、親子に限られない幅広い人間関係をイメージして（同397頁、398頁）議論を進めたい。なお参照、後掲注328）。

15) 性的虐待を行う親による拐取については刑法225条を適用することも十分に考えられるが、一般的な「家族間における子の連れ去り」に適用が想定されるのは刑法224条であろう。

16) 例えば、最決平成15年3月18日刑集57巻3号371頁（以下「平成15年決定」）。

状況を俯瞰する。まずは、問題の外在的状況として「家族間における子の奪い合い」を巡って如何なる民事上の手続が設けられているのかを紹介し、何故かかる状況に刑事罰を適用する必要があるのか、その現実的要請が如何なる意味で語られているのかを踏まえる。次に、適用される刑法 224 条一般の議論を俯瞰し、かかる状況への適用を議論するに耐えうる強度を備えているかを検討し、適用を肯定した平成 17 年決定の文言と照らし合わせながら問題を整理する。そして明確化された問題を踏まえ、考察の方針を立てることとしたい。

1 「家族間における子の奪い合い」という問題状況

(1) 紛争の種類

「家族間における子の奪い合い」は、離婚・未婚夫婦間における紛争、別居夫婦間における紛争、両親以外を巻き込んだ紛争、という形で生じうる¹⁷⁾が、この分類は親権・監護権の帰属という観点からなされうる。すなわち、離婚・未婚夫婦間においては一方親が単独親権を有することが基本的には想定されている¹⁸⁾のに対して、別居中であったとして

も婚姻中の夫婦双方に親権が帰属し、その共同行使が想定されている¹⁹⁾。

なお、この点、親権や監護権といった概念の整理が問題となる。これらの概念の内実を適切に明らかにすること自体難しい問題である²⁰⁾が、現在一般的に理解されているところによれば、親権には身上監護権と財産管理権が含まれていること²¹⁾、身上監護権は民法 820 条に規定されているが、その枠内で民法 821 条以下の居所指定権・懲戒権・職業許可権等が語られることが多いこと²²⁾が指摘できる。また、「監護権」といった場合には、身上監護権のうち狭義の監護権から、それに教育等を含む広義の監護権、続いて身上監護に必要な財産管理も含む最広義の監護権が想定されうる²³⁾ため、監護権と一言に言っても内実は定まらないが、「監護」とは、子の身体的側面を監督し保護することであり……「教育」とは、子の精神的発達を図ることである²⁴⁾だとか、監護と教育の「両者は一種の行為の両面であり表裏をなすものであり、監護と教育との両者が相まって初めて、子は一人前の社会人に育成されるものである」²⁵⁾だとか、監護教育義務は「義務者が子の生活に必要な具体的事項につき配慮すべき義務である」²⁶⁾といった説明がなされて

17) この分類につき、園尾隆司監修・杉山初恵著『民事執行における「子の引渡し」』6頁、10頁（民事法研究会、2010）参照。子の引渡しに関する紛争分類であるが、基本的に本稿が対象とする子の奪い合いに関する紛争にも妥当する。

18) 離婚に際しては協議・審判・裁判において父母の一方が親権者とされるし、未婚夫婦については原則として母が親権者となるが、父が認知した後は協議・審判によって父が親権者となり母が親権を喪失することもある（民法 819 条）。

19) 民法 818 条。父母の意思が異なる場合の調整の規定は日本民法典には規定されていない。なお参照、窪田充見『家族法〔第 2 版〕』291-292 頁（有斐閣、2013）。

20) 参照、大村敦志「親権・懲戒権・監護権——概念整理の試み」野村豊弘古稀『民法の未来』559 頁（商事法務、2014）。

21) 整理として、近江幸治『民法講義Ⅶ 親族法・相続法』140 頁以下（成文堂、2011）、國府剛「親権」星野英一ほか編『民法講座 第 7 巻 親族・相続』235 頁、259 頁以下（有斐閣、1984）。もっとも、「身上監護権＝親権-財産管理権」という理解に対してありうる疑義として、大村・前掲注 20)572 頁。

22) 例えば、鈴木祿弥『親族法講義』143 頁以下（創文社、1988）、窪田・前掲注 19)275 頁以下、近江・前掲注 21)140 頁以下、國府・前掲注 21)259 頁以下等。もっとも、これらの権利義務が 820 条の身上監護権を具体化していると捉えられるかについては疑義がある（窪田・前掲注 19)276 頁）。

23) 大村・前掲注 20)574 頁。もっとも、狭義の監護権に懲戒を含むか含まないかについては論者により異なりうるようであり、「狭義の監護権」と言っても内容が一義的に定まる訳でもないようである。参照、鈴木・前掲注 22)143 頁。

24) 近江・前掲注 21)140 頁。

25) 於保不二雄＝中川淳編『新版 注釈民法 (25) 親族 (5)〔改訂版〕』64 頁、65 頁〔明山和夫・國府剛〕（有斐閣、2004）。

26) 鈴木・前掲注 22)148 頁。

いる。

(2) 民事上の手続

それでは、「家族間における子の奪い合い」に対して、民事上では如何なる手続が設けられているのだろうか。民事上は、子を自己の側に引き渡すよう請求する「子の引渡し」に関する請求手続という形で議論されることが多く、親権に基づく妨害排除請求²⁷⁾、家事事件手続法に基づく手続、そして人身保護法に基づく請求とが存在しているが、ここでは、後者二つにつき俯瞰する。

a 家事事件手続法に基づく手続

まず、家庭裁判所に対して、民法766条1項、家事事件手続法別表第2の3の項の規定の適用・類推適用により²⁸⁾、家事調停・家事審判（子の監護に関する処分等）を申し立て、子の引渡しを求めることが考えられる。

そこでは子の利益の観点から、様々な事情を総合的に比較衡量して審判が行われるが、その考慮事情としては、父母の状況（生活歴・就労状況・経済状況・心身の状況・平均的スケジュール・家庭の状況・監護補助者等）・子の状況（生活歴及び過去の監護養育状況・心身の状況・現在の生活状況・紛争に対する子の認識の程度等）・監護方針（養育方針・監護環境・面会交流の意向等）等といった事情が挙げられている²⁹⁾。

b 人身保護法に基づく請求

次に、高等裁判所・地方裁判所に対して、人身保護法に基づく人身保護請求手続を行うことが考えられる。人身保護法は、本来的には、国家或いはこれに準じるような権力・支

配力を持った機関や団体による権力の不当な行使を規制する制度であり、法律上正当な手続によらないで身体の自由の拘束が行われている場合にその拘束からの救済を請求する制度（参照、同法2条）であるが、実務により子の引渡しにおいて利用されている³⁰⁾。もっとも、後述する判例の準則からも明らかのように、子の引渡しに関する問題一般については、基本的に家庭裁判所の守備範囲とし、人身保護請求はあくまで補充的な手段として位置付けられるのが通常である³¹⁾。

人身保護請求が認められるためには、身体が自由が拘束され、その拘束が法律上正当な手続によらないで行われていることが必要（人身保護法2条）であり、これは、拘束又は拘束に関する裁判若しくは処分が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に限り認められる（人身保護規則4条）。

子の奪い合いの局面においては、この「顕著な違法性」の要件が問題となる。

まず、監護権者間での争いにおいては、「夫婦の一方による右幼児に対する監護は、親権に基づくものとして、特段の事情がない限り、適法というべきであるから、右監護・拘束が人身保護規則4条にいう顕著な違法性があるというためには、右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」とされ³²⁾、それには、拘束者に対して引渡しを命ずる仮処分又は審判が出されているにもかかわらず右仮処分等に従わない場合（審判等違反類型³³⁾）と、請求者の監護の下では安

27) 最判昭和35年3月15日民集14巻3号430頁。

28) 民事訴訟によるべきとする見解もあるが、家裁実務では家庭裁判所が審判事項として取り扱っているようである。参照、石田文三ほか『三訂版「子どもの引渡し」の法律と実務』75頁以下（清文社、2014）。

29) 石田ほか・前掲注28)21頁、22頁。

30) 園尾監修・杉山・前掲注17)21-22頁。

31) 参照、最判平成5年10月19日民集47巻8号5099頁可部補足意見、園尾監修・杉山・前掲注17)25頁以下、石田ほか・前掲注28)75頁。

32) 前掲最判平成5年10月19日。かつては、いずれに監護させるのが子の幸福に適するかという実体的判断を通じて拘束の違法性を判断するとされていた（最判昭和43年7月4日民集22巻7号1441頁）が、夫婦間における子の奪い合いを巡る問題は、本来、調査官等による調査を利用できる家庭裁判所によって処理されるのが適切であるという見解が多数になったこと等を背景に、このように変更されたとされる。参照、窪田・前掲注19)300頁以下。

33) 瀬木比呂志「子の引渡しに関する家裁の裁判と人身保護請求の役割分担——子の引渡しに関する家裁の裁判の結果の適正な実現のために——」判タ1081号49頁、60頁（2002）。なお、これに準じて、調停手続における合意違反においても顕著な違法性が認められている（最判平成6年7月8日判時1507号124頁、最判平成11年4

定した生活を送ることができるのに、拘束者の監護の下では著しくその健康が損なわれたり十分な義務教育を受けることができなかつたりする等、拘束者の幼児に対する処遇が親権行使という観点からみてもこれを容認することはできない場合(虐待・親権濫用類型³⁴⁾)とがあるとされる³⁵⁾。

次に、監護権者から非監護権者への請求においては、「法律上監護権を有しない者が幼児をその監護の下において拘束している場合に、監護権を有する者が人身保護法に基づいて幼児の引渡しを請求するときは、請求者による監護が親権等に基づくものとして特段の事情のない限り適法であるのに対して、拘束者による監護は権限なしにされているものであるから、被拘束者を監護権者である請求者の監護の下に置くことが拘束者の監護の下に置くことに比べて子の幸福の観点から著しく不当なものでない限り、非監護権者による拘束は権限なしにされていることが顕著である場合に該当」とされており³⁶⁾、仮に非監護親の下での監護が平穏であったり長期にわたっていたり、その生活環境に慣れていたりしたとしても、そのことは影響を及ぼさないとされる³⁷⁾。

(3) 民事上の手続の限界：刑罰権行使の現実的要請

以上のように、「家族間における子の奪い

合い」には様々な類型が存在しているが、民事上一定の手続が設けられており、民事上の解決等も十分ありうる状態であるし、審判前の保全処分や人身保護請求等により一定の迅速な判断も可能となっていると言える³⁸⁾。

しかし、仮にかかる判断が行われたとしても、その執行においてはなお問題が存在する。まず、人身保護法に基づく手続については確かに刑罰が存在してはいるものの、その適用例はほとんどない³⁹⁾。また、家事事件手続法に基づく手続において子の引渡しが認められたとしても、相手が任意に履行しない場合の執行方法は、間接強制にとどまるとする大審院判例が存在する⁴⁰⁾。これに対しては、間接強制そのものの悪影響⁴¹⁾や、速やかな判断の実現の必要性、更に直接強制が不能となれば自力救済が誘発されかねないことから、直接強制を認めるべきとする見解も強く⁴²⁾、現に認める下級審判例も確かに存在している⁴³⁾。しかし、直接強制を認めるとしても、親が子を抱えて離さない場合等においては執行不能になると解されており⁴⁴⁾、有効性が十分に担保されている訳ではない。

加えて、以上の執行の問題が緩和されたとしても、これらの手続は実力奪取に対する制裁・威嚇を目的としていないこと⁴⁵⁾から、例えば仮に人身保護法に基づく手続における刑罰が実効性を有するに至ったとしても、か

月 26 日判タ 1004 号 107 頁) とされる (石田ほか・前掲注 28)77 頁)。

34) 瀬木・前掲注 33)60 頁。もっとも当事者主義の下で虐待の事実を立証するのは困難であるとされる (園尾監修・杉山・前掲注 17)25 頁)。

35) 最判平成 6 年 4 月 26 日民集 48 卷 3 号 992 頁。

36) 最判平成 6 年 11 月 8 日民集 48 卷 7 号 1337 頁。

37) 最判平成 11 月 5 月 25 日家月 51 卷 10 号 118 頁。

38) 吉田彩「子の引渡しをめぐる人身保護請求と家裁における保全処分の関係について」右近健男ほか『家事事件の現況と課題』(判例タイムズ社, 2006) 133 頁, 143 頁。

39) 園尾監修・杉山・前掲注 17)24 頁。現に LLI で人身保護法 26 条について判例を検索したところ (2015 年 12 月 17 日), 該当するものは 1 件のみであった (福岡地小倉支判昭和 54 年 12 月 25 日刑事裁判月報 11 卷 12 号 1624 頁)。

40) 大判大正元年 12 月 19 日大審民録 18 卷 1087 頁。

41) 面会交流の間接強制の局面ではあるが, コリン P. A. ジョーンズ『子どもの連れ去り問題 日本の司法が親子を引き裂く』215 頁以下 (平凡社新書, 2011) 参照。

42) 田中由子「子をめぐる家事事件の審理と運営について——初めて家事事件を担当する裁判官のために——」家月 62 卷 4 号 1 頁, 39 頁。また, 園尾監修・杉山・前掲注 17)69 頁以下, 石田ほか・前掲注 28)95 頁以下。

43) 石田ほか・前掲注 28)90 頁以下。

44) 園尾監修・杉山・前掲注 17)73 頁以下, 石田ほか・前掲注 28)97 頁以下。

45) この点を問題視するものとして, 例えば滝沢奈津子「子の奪い合い紛争への略取誘拐罪の適用」明治大学大学院法学研究科 法学研究論集 28 号 95 頁, 117 頁 (2007)。なお, 審判前の保全処分については, 本案の審判申

かる手続が開始される前の段階における子の実力奪取に対する抑止とはならない。そして、家族間における子の奪い合い自体が子に対して悪影響を及ぼすことは以下のように指摘されている。

「……このタイプの紛争の悲惨さの相当部分は、実力による子の奪取がしばしば行われることに起因するのではないかと痛感するからである。もちろん、それだけが悲惨さの原因ではない。実力による奪取が生じていなくても十分に悲惨な例はある。しかし、もし仮に、これまでの裁判例の事案すべてから実力による奪取という事実がきれいに消え去ったとすれば、判例やケース研究を読みながら——パジャマ姿でさらわれて飛行機に乗せられた子、実力による奪い合いによって両親の間を四回も行き来させられた子、車二台に分乗した男三人を引き連れた父親に待ち伏せされて路上で母親の手元からむりやり連れ去られた子、その他大勢の子どもひとりひとりの情景を思い浮かべて——非人間的な悲惨さに暗澹とする程度はずっと低くなるであろう。」⁴⁶⁾

こうした子の奪い合い自体の及ぼす悪影響等に鑑みて、これを根本的に抑止する必要性を強調するならば、子の実力奪取それ自体に対する制裁が要請されることになると言える。

2 現在の「未成年拐取罪」に関する議論状況

それでは、かかる要請に対応する犯罪たる

未成年者拐取罪を巡って如何なる議論が繰り広げられているか、そしてそれが上記問題状況への適用に耐えうる程度のものであるのか、現在の議論状況につき検討を行いたい。もっとも、「現在」と言っても、整理の都合上、戦後から執筆時点に至るまでの学説を対象とする。

(1) 現在の議論状況の俯瞰

a 構成要件概観

未成年者拐取罪は、「未成年者を略取し、又は誘拐した者は、三月以上七年以下の懲役に処す」として、刑法 224 条に規定されている。

条文から明らかなように、構成要件要素は、客体が未成年者であることと、行為態様が略取又は誘拐であることの二つだけであるため、処罰範囲確定の見地からすれば、鍵となる概念は構成要件的行為たる「略取誘拐」である。

もっとも、現在のところ、本罪について主として議論の対象となっているのは、構成要件要素ではなく、本罪の保護法益である。そこで、まず本罪の保護法益に関する現在の議論が、如何なる観点からなされているのかを整理した上で、「略取誘拐」概念につき整理しておきたい。

b 保護法益論

周知の通り、保護法益については、監護権を保護法益とするか否かにつき、議論が展開されている。論者がどれほど意識的であるかは不明であるが、現在の学説としては、監護権を保護法益とするもの⁴⁷⁾、子の自由や安全を保護法益とするもの⁴⁸⁾、監護権と子の

立が認容される蓋然性と保全の必要性を要件とする判断と、連れ去りの事案には原則引渡しを認めるという判断とが裁判例上存在しており、後者の立場から子の実力奪取に対する対応を図るべきとする見解もある(山口亮子「子の奪い合い紛争事件における判断基準について」産大法学 45 卷 3・4 号 207 頁 (2012)) が、吉田・前掲注 38)143-144 頁の指摘する通り、審判前の保全処分に強硬措置等による威嚇は備わっていない。

46) 早川・前掲注 11)1212 頁。また後掲注 345) 参照。

47) 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 6 巻>——各論の諸問題』77 頁, 83 頁 (法学書院, 1993)。

48) 「子の自由」(木村亀二『刑法各論』64 頁 (法文社, 1952), 佐伯千仞『刑法各論』121 頁 (有信堂, 1972), 中森喜彦『刑法各論 [第 2 版]』53 頁 (有斐閣, 1996), 浅田和茂ほか『刑法各論 [補正版]』103 頁 (青林書院, 2000) (「人がその生活の中で形成する社会関係において生活環境を保持する自由」を保護しているとする), 香川達夫『刑法講義 各論』352 頁 (成文堂, 1982) (「人の本来的な生活場所における自由の侵害さえあればたりる」), 但木敬一ほか『実務刑法 [三訂版]』332 頁 (立花書房, 2002) (自己の通常的生活環境の中で生活する自由の侵害)) とするものと、「子の自由や安全」(平野龍一『刑法概説』176 頁 (東京大学出版会, 1977), 野村稔『刑法各論 [補正版]』94 頁 (青林書院, 2002) (本来的な生活場所における安全と行動の自由), 板倉宏『刑法各論』65 頁 (勁

自由や安全を保護法益とするもの⁴⁹⁾等が展開されている⁵⁰⁾。

この保護法益の議論は、以下のような、可罰性の間隙や不当な処罰の防止という観点との関係でなされることが多い。

(a) 監護権を保護法益に含めることに対する批判と応答

まず、親の監護権の下にある未成年者が誘拐に同意した場合について、監護権を保護法益とする立場からは常に本罪が成立してしまい、それは現代においては妥当ではないとい

う指摘がなされている⁵¹⁾。もっとも、監護権を保護法益に含めない立場でも、未成年者の同意は違法性を阻却しないと解する見解は存在する⁵²⁾。

また、監護権を保護法益とすると、監護権者の同意があれば犯罪が成立せず、監護権者は本罪の主体たり得ないという指摘がなされている⁵³⁾が、これに対しては、監護権は未成年者の利益のためにあるものであるから、成人に近い判断力を持つ未成年者の意思に反する場合には監護権者の同意があっても違法

草書房, 2004), 曾根威彦『刑法の重要問題〔各論〕〔第2版〕』73頁(成文堂, 2006), 前田雅英『刑法各論講義〔第4版〕』104頁(東京大学出版会, 2007), 林幹人『刑法各論〔第2版〕』83頁(東京大学出版会, 2007), 西田典之『刑法各論〔第5版〕』75頁(弘文堂, 2010), 山口厚『刑法各論〔第2版〕』92-93頁(有斐閣, 2010), 木村光江『刑法〔第3版〕』266頁(東京大学出版会, 2010), 伊東研祐『刑法講義各論』68頁(日本評論社, 2011), 大谷實『刑法各論〔第4版〕』62-63頁(成文堂, 2014), 高橋則夫『刑法各論〔第2版〕』104頁(成文堂, 2014)とするものがある。

「安全」を保護法益に含めない理由としては、生命・身体の危険が高い訳ではない拐取罪にとって生命・身体の安全性の危険は本質的ではなく、本罪は自由に対する侵害犯であるということ(浅田ほか・同103頁, 山中敬一「行動(精神)の自由に対する罪」芝原邦爾ほか編『刑法理論の現代的展開——各論』44頁, 56頁(日本評論社, 1996))が挙げられる。また「安全」を保護法益に含める理由としては、(後述のb以外には)本罪では保護された生活環境から引き離された被害者が生命・身体への危険等にさらされることから、法定刑が逮捕罪・監禁罪よりも重く定められていると解されること(井田良『刑法各論〔第2版〕』56頁(弘文堂, 2013))が挙げられている。

49) 判例はこの立場であると解されている(大判明治43年9月30日刑録16輯1569頁, 大判大正13年6月19日刑集3巻502頁等)が, 前掲注48)における議論と関係して, 「監護権と子の自由」とするもの(青柳文雄『刑法通論II各論』365頁(泉文堂, 1963), 安平政吉『改正刑法各論』94頁(弘文堂, 1960), 内藤謙=内田文昭『刑法読本』181頁(有斐閣, 1981), 團藤重光『刑法綱要各論〔改訂版第3刷増補〕』459頁(創文社, 1988), 福田平『刑法各論〔第3版増補〕』175頁(有斐閣, 2002), 大塚仁『刑法概説(各論)〔第3版増補版〕』82頁(有斐閣, 2005), 松宮孝明『刑法各論講義〔第2版〕』96頁(成文堂, 2008))と, 「監護権と子の自由や安全」(参照, 井田・前掲注48)56頁)とするものがある。もっとも, 監護権「と」子の自由等が保護法益であるという意味は論者によって異なっており, 未成年者に判断能力等が乏しい場合には監護権の保護が第一次的となり, 判断能力を有するようになれば自由の保護が第一次的なものとなる見解もある(日高義博『未成年者拐取罪と被害者の承諾』川端博=日高義博『基本論点刑法』160頁, 163頁(法学書院, 1989))。

なお, これらに対しては, (後述のb(a)以外にも)拐取罪の多面性・多層性を認めることになり, 罪質を曖昧なものにするという批判(浅田ほか・前掲注48)103頁)や, 監護権はあくまでも被保護者の利益擁護のための権利であるのだから, 被拐取者の意思から切断された監護権を保護することは妥当でないという批判(伊東・前掲注48)68頁, 曾根・前掲注48)73頁)があてられている。

50) なお, 「人的保護関係」を保護法益とする見解もあるが, 人的保護にあるという未成年者の利益を保護しているのか, そのような秩序を保護しているのか, 内実は定かでないし, 論者によってニュアンスも異なる。人的保護関係はかつてのドイツにおけるドイツ刑法235条の保護法益をFamiliengemeinschaftと解する見解に由来するものと思われる(参照, 井上正治=江藤孝『刑法学〔各則〕』55頁(法律文化社, 1979))が, これを既述の他の法益と同視する見解もあること(伊東・前掲注48)68頁等)等に鑑みて, ここでは独立に紹介は行わない。なお, 後掲注315)参照。

51) 林・前掲注48)83頁, 西田・前掲注48)77頁, 伊東・前掲注48)68頁。

52) 香川・前掲注48)354頁。また, 未成年者の安全を保護法益に含めた上で, 監督者による保護された環境下になければその安全が保障されない場合には未成年者の同意が無効になるとする見解も存在する(北川佳世子「略取・誘拐罪の保護法益」三原憲三ほか編『刑法ゼミナール〔各論〕』43頁, 45頁(成文堂, 2006))。

53) 木村亀二・前掲注48)65頁, 林・前掲注48)83頁, 伊藤涉ほか『アクチュアル刑法各論』74頁(齋藤彰子)(弘文堂, 2007)(この点につき「妥当とは思われない」と主張している)。もっとも, 保護監督権を保護法益としたとしてもそれは第三者との関係であって, 未成年者との関係では保護法益にならないことから, 保護監督者も主体となりうると解する見解もある(岡野光雄『刑法要説〔第5版〕』59-60頁(成文堂, 2009), これも主体とならないことにつき「不都合な結果」という), 西田・前掲注48)77頁。

性を阻却しないという見解⁵⁴⁾や、保護監督者による略取誘拐は権利濫用であり犯罪の成立を認めることが許されるとする見解が主張されている⁵⁵⁾。

(b) 自由・安全のみを保護法益とすることへの批判と応答

次に、被拐取者の同意があり、又は被拐取者が意思能力・行動能力を欠く嬰兒であり、且つ現在の生活環境と同程度安全な又はより安全な生活環境に移すときでも、親権者等の同意がなければ可罰的であると考えるならば、監護権の侵害が理由となっているはずであると指摘がなされている⁵⁶⁾。これに対しては、本罪は安全に対する抽象的危険犯であると解する見解⁵⁷⁾や、「安全」を子の福祉的側面から総合的に判断すべきであるという見解⁵⁸⁾、また安全性に解消されない「監護権」の内実として、「監護権者がそばにいることから生じる被拐取者の福祉的利益」として保護されているという見解が主張されている⁵⁹⁾。

(c) 自由を保護法益とすることに対する批判と応答

また、自由を保護法益とするのであれば、自由を意識し得ない幼児に対しては略取誘拐

罪が成立しないのではないかという指摘がなされている⁶⁰⁾。これに対して、意識の定かでない年齢層は、親権者の下で養育される状態が、法の意味で「自由」な状態であると解せばよいという反論⁶¹⁾や、嬰兒も両親との生活環境を形成しそれを保持する社会的自由を有すると解することができるという反論⁶²⁾がなされているが、事実上の行動能力がない者について自由の侵害という観点から本罪の成立を肯定することはできないという再批判がなされている⁶³⁾。

c 構成要件要素

略取誘拐の定義としては、「人を現在の生活環境から離脱させ、自己又は第三者の実力支配下に移すこと」とされることが多い⁶⁴⁾。もっとも、「現在の生活環境」ではなく「現に保護されている状態」とするものもあれば⁶⁵⁾、「現在の生活環境から離脱させ」の要件を要求しないものもある⁶⁶⁾。後者の見解の理由としては、一度拐取された者の拐取も当罰性があるという点が挙げられることがある⁶⁷⁾。

なお、略取は被害者又は保護監督者に対する暴行又は脅迫を手段とするのに対して、誘拐はこれらの者に対する欺罔又は誘惑を手段

54) 松宮・前掲注 49)96 頁。

55) 西原春夫ほか『刑法学 4《各論の重要問題 I》』116 頁〔日高義博〕(有斐閣, 1987)。

56) 井田・前掲注 48)56 頁。

57) 林・前掲注 48)83 頁。

58) 高橋・前掲注 48)104 頁。

59) 伊藤ほか・前掲注 53)74-75 頁〔齋藤彰子〕。

60) 井上=江藤・前掲注 50)55 頁, 西原ほか・前掲注 55)115 頁〔日高義博〕。

61) 内田文昭『刑法各論〔第 2 版〕』128 頁(青林書院, 1984), 伊東研祐『現代社会と刑法各論〔第 2 版〕』113 頁(成文堂, 2002)。また香川・前掲注 48)354 頁は、「抽象的な自由概念の設定が可能」とする。

62) 山中・前掲注 48)57 頁。

63) 植松正ほか『現代刑法論争 II〔第 2 版〕』61 頁〔日高義博〕(勁草書房, 1997)。

64) 内藤=内田・前掲注 49)181 頁, 日高・前掲注 49)160 頁, 中森・前掲注 48)53 頁, 福田・前掲注 49)175 頁, 曾根・前掲注 48)74 頁, 前田・前掲注 48)103 頁, 川端博ほか編『裁判例コンメンタール刑法〔第 3 巻〕』47 頁, 49 頁〔平城文啓〕(立花書房, 2006), 伊藤ほか・前掲注 53)75 頁〔齋藤彰子〕, 西田・前掲注 48)75 頁, 山口・前掲注 48)89 頁, 伊東・前掲注 48)67 頁, 井田・前掲注 48)56 頁, 今井猛嘉ほか『刑法各論〔第 2 版〕』69 頁〔橋爪隆〕(有斐閣, 2013), 前田雅英ほか編『条解刑法〔第 3 版〕』656 頁(弘文堂, 2013), 大谷・前掲注 48)65 頁。

65) 参照, 青柳・前掲注 49)365 頁, 安平・前掲注 49)95 頁(「一定の保護状態」), 團藤・前掲注 49)459 頁。

66) 例えば, 植松正『刑法学各論』203 頁(勁草書房, 1952)や, 木村亀二・前掲注 48)64 頁, 香川・前掲注 48)352 頁。なお, 大審院判例ではあるが「誘拐罪は犯人が詐欺又は誘惑の手段に因りて他人を自己の実力の支配内に置き之をして其の居所を移さしむる場合に於て成立するものとす」としたものがあつた(大判大正 12 年 12 月 3 日刑集 2 巻 915 頁)が, これが場所的移転を必要としたものか否かについては異論がある(阿部純二『基本判例双書 刑法〔各論〕』45 頁(同文館, 1981))。

67) 佐伯・前掲注 48)120 頁。

として行われると解するものが多い⁶⁸⁾。

(2) 看取される問題——説明能力の欠如と
その原因

a 「家族間における子の奪い合い」への
適用にかかる問題の顕出

(a) 問題に対する説明能力の欠如

以上の議論状況を見ると、未成年者拐取罪に関する議論のほとんどは保護法益論に集中してなされている。しかしながら、現在多くの学説上、家族間における適用を見据えた形で保護法益論の議論が展開されていないことも相まって、このような議論状況では「家族間における子の奪い合い」への適用について適切な説明を行うことができないように思われる。

例えば、未成年者の「自由や安全」を保護法益とする立場からは、家裁の調停等において嬰兒の監護権を失った親が、未だに自分が適切に養育できると考え、監護親の下から連れ去った場合、嬰兒に何等の危害も加えられないときにはその「自由」も「安全」も侵害されていないことから、不可罰となるはずである。かかる結論は、それ自体問題がありうる⁶⁹⁾し、また仮にこれが親でなくとも祖父母や無関係な第三者（例えば近隣住民）が、同様の事情の下に連れ去っても不可罰となることを意味することから、適切でもなければ最高裁の立場とも乖離している⁷⁰⁾。このような場合になお「自由」や「安全」が侵害されているというのであれば、それは如何なる場合に侵害されていると言えるのか、それは親権者間での争いの場合にも同様に当てはまるのではないかと、といった問題が生じ、そこで捉えられる被侵害利益は果たして「自由」や「安全」という言葉に包摂されるものなのかという疑義が生じる。

そこで別に主張されている、未成年者の「監護権」も保護法益に含める立場はどうであろうか。こうすると被拐取側の監護権の侵

害を捉えることができるようにも思われる。しかし、監護権と子の自由や安全が保護されるとして、子の自由や安全が害されなくとも相手方の監護権の侵害のみで可罰性が基礎付けられるものなのか定かではない。また、一方の監護権の侵害のみで可罰性が基礎付けられるのであれば、相手方の監護権を侵害するがより安全な場所に連れ去った場合や、相手方の同意はあるが安全性の低下する場所に連れ去った場合、また、非監護権者（祖父母や無関係な第三者等）の下にいる子を監護権者がより劣悪な環境の場所へ連れ去った場合や、被拐取者の同意がある場合等々について、可罰的であるのか、構成要件該当性・違法性阻却はどのような判断になるのか、明確に論じられることは少なく、また定かでもない。

(b) 平成 17 年決定の判示

以上の不明瞭さは、平成 17 年決定の文言に照らしても明らかである。

平成 17 年決定の事案は、被告人が、別居中の妻 B 及び両親により養育されていた C について、C が祖母 D と共に保育園から帰宅する途中に連れ去ったというものであるが、以下のような判示を行っている。

「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。」

「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

68) 木村亀二・前掲注 48)66 頁、青柳・前掲注 49)365 頁、内藤＝内田・前掲注 49)181 頁、大塚・前掲注 49)83 頁、浅田ほか・前掲注 48)104 頁、前田・前掲注 48)103 頁、伊藤ほか・前掲注 53)75 頁〔齋藤彰子〕、西田・前掲注 48)75 頁、山口・前掲注 48)91 頁、伊東・前掲注 48)67 頁、井田・前掲注 48)56 頁、今井ほか・前掲注 64)70 頁〔橋爪隆〕、大谷・前掲注 48)65 頁。

69) 非監護親による監護親の下からの連れ去りとして、高松高判平成 26 年 1 月 28 日高検速報 458 号。

70) 例えば前掲最判平成 18 年 10 月 12 日。

こうしたものであって、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ではできない。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る枠内にとどまること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。」

同決定の文言を見ると、未成年者の「自由」や「安全」といった文言が決定文上に一切現れていないことからわかるように、本罪の保護法益が監護権であるか自由や安全であるかといった問題は俄には看取できない。加えて、同決定では、当該行為がどれほど未成年者の「自由」を制約したのか、或いはどれほど未成年者の「安全」を害したのか、という雑駁な議論をフリーハンドで行っている訳ではないのである。更に、「監護権」の侵害を捉えていると解したとしても、それは構成要件該当性判断で如何なる意義を有しているのか、また違法性阻却判断においてかかる侵害の存在や行為者が親権者であることが如何なる意義を有しているのかも不明確である。

そうすると、これまでの学説上の議論だけからは平成17年決定の文言を適切に分析することはできない。そして、上述の説明能力の欠如にかかる指摘も踏まえれば、同決定の射程を適切に議論することもできないと言えよう。

b 問題の諸原因

それでは、何故このような不明瞭な議論状況に至っているのだろうか。

様々な原因が想定されうるが、第一に挙げられるのは、保護法益論を巡る問題の内実が不明確であるということである。平成17年決定が、「自由」や「安全」の侵害の程度と

いう雑駁な議論をしている訳ではないということは、こうした抽象的文言のみを起点としていては事案の適切な分析ができないことを意味する。その上、「自由」や「安全」を保護法益として主張する学説には、「自由」が親権者の下で養育される状態を指す等というように、もはや自由に包摂されない権利利益が包摂されるに至るものさえあり、保護法益として措定されるものすら不明確になっている。更に、監護権者又は被拐取者の同意がある事例の可罰性を巡る問題等、前述のように保護法益論における対立が結論の差異に当然に反映されるのか不明であるような問題についても、保護法益論の中身として議論されており、果たして保護法益論が如何なる点において実益を有するのかも定かではない。こうした内実と実益の不明確な議論がなされている状態では、平成17年決定の文言の分析を含め、適切な議論が構築できるには思われない。

そして、第二に、こうした保護法益の議論が、重要な構成要件要素たる「略取誘拐」と全く結びつけられずに展開されているという点が指摘されなければならない。すなわち、保護法益論が観念的に展開される一方で、それとは無関係に構成要件要素が確定されているという切斷が学説上存在している。しかし、そもそも、親権者であったとしても未成年者拐取罪の構成要件に捕捉されるのか否かを決するためには、理念的に言ってこれが捕捉されるべきであるにせよ捕捉されないべきでないにせよ、その構成要件要素が確定されていないければ現実の運用としては議論できないはずである。それにもかかわらず、当否が観念的な保護法益論においてのみ決せられ、それが如何なる構成要件解釈として実現するかが不明確であるならば、かかる問題を適切に分析することはできない。こうした保護法益論と要件解釈論との連動の不在が、上記の不明瞭な議論状況の一因となっているように思われる。

かくして、刑法224条自体の内在的検討として、保護法益論と要件解釈論につき、両者の連動も意識しながら議論を展開する必要性が、ここでは認められると言える。

3 考察方針

(1) 明確化された問題

以上の議論状況の俯瞰により、刑事罰の適用の現実的要請と、要請に第一義的に応えることとなる刑法 224 条を巡る問題が明らかとなった。

「家族間における子の奪い合い」に対する刑法 224 条の適用を議論するためには、まずはかかる議論に耐えうるだけの刑法 224 条自体の内在的検討が必要となる。そして、前述のように、ここでは保護法益論と要件解釈論につき、両者の連動を意識した刑法 224 条の更なる調査・検討が要請される。

その上で、「家族間における子の奪い合い」に適用された場合に如何なる帰結が導かれるのか議論を行う必要がある。平成 17 年決定が、構成要件該当性のみならず、違法性阻却の判断についても様々な事情を摘示していることに鑑みても、それらの事情が如何なる関係にたっているのかも含めて、かかる議論の展開が必要となる。

(2) 考察の順番

そこで、以上の問題に対する視座の提供のために、以下のような考察の順番を辿る。

まず、未成年者拐取罪が如何なる性質を持つ犯罪として従前議論がなされ、刑法 224 条が取り扱われてきたのかについて、旧刑法起草過程まで遡って紹介を行うことで、現在の錯綜した議論状況が如何なる過程を経て立ち現れてきたのかにつき、考察を行う(Ⅲ)。ここでは、保護法益論と要件解釈論の連動の不在が如何なる背景の下に立ち現れてきたのかという沿革的考察と、そのような背景の中で議論されてきた立法過程及び従前の学説における議論からの示唆の獲得という二つの見地から検討を行う。

次に、日本以外の国、ここではドイツにおいて、かかる問題が如何なる形で解決を試みられているのかにつき紹介を行う(Ⅳ)。こ

こで諸外国の中からドイツを選択したのには複数の理由がある。まず、Ⅲで見ると、刑法 224 条を巡る戦前の学説の形成においてはドイツ法がしばしば参照されていることから、ドイツ法の構造を見ることは、日本の議論状況を整理することに直接的な意味を持つ。加えて、ドイツにおいては 1998 年に刑法 235 条につき法改正がなされており、その内容が親族を主体とする場合とそれ以外の者を主体とする場合とについて適用範囲を区別するというものであることから、「家族間における子の奪い合い」への適用にかかる解釈論・立法論として参照されるべきものは多いと思われるからである。

Ⅲ. 検討の前提 1 ——未成年者拐取罪の沿革

1 はじめに

それでは、まず未成年者拐取罪の沿革に関する検討に移りたい。

周知の通り、現行刑法は、明治 13 年 7 月公布・明治 15 年 1 月施行の旧刑法に代わって、明治 40 年 4 月に公布され、翌年 10 月から施行されたものである⁷¹⁾。未成年者拐取罪について沿革を紹介する文献は少ない⁷²⁾ことから、旧刑法の起草過程まで遡って、議論状況を整理することとしたい⁷³⁾。もっとも、未成年者拐取罪のみを対象とすると、全体の中での位置付けが不明確となるため、拐取罪全体を対象とする。

順序としては、旧刑法時代と現行刑法時代とを区分し、各々において、制定過程とその時代の学説の状況を整理するという形をとることとしたい。

2 旧刑法

(1) 旧刑法制定過程

旧刑法の編纂は、西欧近代法の原理に基づ

71) 内田文昭ほか編著『刑法〔明治 40 年〕(1) -I 日本立法資料全集 20』3 頁 (信山社, 1999)。

72) 先行研究としては、荻原由美恵「子の奪い合いとその法的対応」『春夏秋冬 中央学院大学創立 40 周年記念論集』3 頁, 6 頁 (成文堂, 2006) があるものの、規定の変遷が紹介内容の中心となっている。

73) それ以前の規定 (新律綱領等) については、力が及ばず、省略する。

く諸法典の編纂作業の一つとして推進された⁷⁴⁾が、これは、司法省の編纂、審査局の審査修正、元老院の審議という三つの段階を経て行われた。このうち、司法省の編纂過程は、①日本人編纂委員のみにより編纂作業を試みた時期と、②御雇仏国教師ボアソナード主導の下で編纂を進めた時期の二つに分かれ、①では、刑法草案取調掛における刑法編集会議を通じて「日本帝国刑法初案」が作成され、同草案は明治9年5月17日に元老院の審議に付されたが、審議を経ずに返還された。そうした経緯の後に、②のような編纂作業が進められたとされる⁷⁵⁾。

①の時期における略取誘拐罪に関する資料は、筆者が調査した限り存在しなかったものの、②の時期における資料は存在したため、この点に絞って紹介を行う。なお、②の時期の条文制定は、日本刑法草案第一稿⁷⁶⁾、日本刑法草案第二稿⁷⁷⁾、確定日本刑法草案⁷⁸⁾、旧刑法という順序を辿っており、日本刑法草案第一稿の基となった第一案・第二案も含めながら考察を行う。

a 条文概観

旧刑法で拐取罪は、以下のような規定となっていた⁷⁹⁾。なお、便宜上仮名の部分は平仮名に直してある⁸⁰⁾。

「第三編 身財財産に対する重罪軽罪」「第一章 身體に對する罪」「第十節 幼者を略取誘拐する罪」

第三百四十一條 十二歳に滿さる幼者を略取し又は誘拐して自ら藏匿し若くは他人に交付したる者は二年以上五年以下の重禁錮に處

し十圓以上百圓以下の罰金を附加す

第三百四十二條 十二歳以上二十歳に滿さる幼者を略取して自ら藏匿し若くは他人に交付したる者は一年以上三年以下の重禁錮に處し五圓以上五十圓以下の罰金を附加す 其誘拐して自ら藏匿し若くは他人に交付したる者は六月以上二年以下の重禁錮に處し二圓以上二十圓以下の罰金を附加す

第三百四十三條 略取誘拐したる幼者なることを知て自己の家屬僕婢と爲し又は其他の名稱を以て之を收受したる者は前二條の例に照し各一等を減す

第三百四十四條 前數條に記載したる罪は被害者又は其親屬の告訴を待て其罪を論ず 但略取誘拐せられたる幼者式に従て婚姻を爲したる時は告訴の効なし

第三百四十五條 二十歳に滿さる幼者を略取誘拐して外國人に交付したる者は輕懲役に處す

このように見ると、旧刑法においては客体を未成年者に限った形で規定がなされていたことや、未成年者の中でも「十二歳」以上か否かでその保護の態様を変えていたことが読み取れる。

b 制定過程における議論

それでは、以上の規定は、如何なる議論過程を経て現れたのであろうか。「幼者を略取誘拐する罪」は当時のフランス刑法345条以下の規定を参考に規定されたものである⁸¹⁾が、その制定過程における議論については、確定日本刑法草案に至るまでフォローするこ

74) 西原春夫ほか編著『旧刑法〔明治13年〕(1)日本立法資料全集29』5-7頁(信山社,1994)。

75) 以上、西原ほか編著・前掲注74)3頁。

76) 拐取罪の該当箇所につき、西原春夫ほか編著『旧刑法〔明治13年〕(2)-I日本立法資料全集30』276頁(信山社,1995)。

77) 拐取罪の該当箇所につき、西原ほか編著・前掲注76)384頁。

78) 拐取罪の該当箇所につき、西原春夫ほか編著『旧刑法〔明治13年〕(2)-II日本立法資料全集31』840-841頁(信山社,1995)。

79) 内田ほか編著・前掲注71)143頁以下参照。

80) 以下、資料編を除き、仮名の部分は平仮名に直してある。なお、第三百四十四條について、内田ほか編著・前掲注71)144頁では、「告訴を待て」となっていたが、松尾浩也ほか『刑法沿革綜覧』49頁(信山社,1990)は、「告訴を待て」としており、制定過程の草案においても常に「告訴を待て」という記載になっていたことから、ここでは「告訴を待て」と記す。

81) 西原春夫ほか編著『旧刑法〔明治13年〕(3)-III日本立法資料全集34』331頁(信山社,1997)。当時のフランス刑法では、相続権を害する場合と男女の情欲上なされる場合とで分けて規定されていたが、いずれにしても身体に対して害が加えられることが多いため、日本法では第三編に規定されることとなったようである。

とが可能である⁸²⁾ため、その限度において紹介することとしたい。

(a) 罪質

本罪を設ける趣旨として、ポアソナードは、誘拐の罪として「相續權を害する」もの⁸³⁾と「男女の情欲上より犯す」ものについてフランス刑法が規定を置いているものの、両者とも身体に対して害を及ぼすものであるから第三編（人に對したる重罪輕罪）に規定されるべきものであると説明している⁸⁴⁾。そして、ポアソナードによる刑法草案註釋には、極幼児を略取する目的は、「多少危険ある身體の藝術」等（かるわざ等を指していると思われる。）を行わせて金銭を得る目的であったり、女子の「徳行を汚さんか爲め」に行うという目的であったりすると指摘されている⁸⁵⁾。

このような趣旨は各々の要件に関する議論において度々姿を現すことになる。

(b) 主体要件

・親等に関する条文の存在・不存在

旧刑法においては、犯罪の主体について現行刑法同様何等規定されていない。しかしながら、旧刑法制定過程においては犯罪の主体が明示される時期が存在した。

すなわち、日本刑法草案第一稿においては、十二歳以下の幼者の略取誘拐にかかる第四百十九條（「十二歳以下の幼者を略取し又は偽計を以て誘拐したる者は二年以上五年以下の重禁錮二十圓以上二百圓以下の罰金に處す」）について、

「第四百二十一條 尊屬の親自己の幼者を略誘し又は其尊屬の親の許諾を得て其幼者を略誘したる者は第四百十九條に記載したる刑に二等を減す」

という条文が設けられていたのである。しかし、この条文は日本刑法草案第二稿の段階で

は姿を消している。

・立法趣旨

それでは、かような条文の制定・削除の背後では如何なる議論がなされたのであろうか。日本刑法草案会議筆記を紐解くこととしたい。

まず、第一案の段階で略取誘拐罪を設ける際、真っ先に議論の対象となったのは、略取誘拐罪と共に「略賣の罪」を共に設けるべきではないかという点であった⁸⁶⁾。この点、親は自分の子供を略取できないため略取の条文に加えて略売の条文も置くべきだとする鶴田皓（日本人編纂委員代表⁸⁷⁾）に対して、ポアソナードは、人身は売買できるものではなく不正の契約であること、人身売買を罰する法律を置くと日本では人身売買がよく行われているという印象を与えてしまうこと、仮に置くなら公に対する罪の中で黒奴売買と共に設けるか議論すべきであることを主張し、結果的に略売の罪は設けられなかった。

もっとも、子供を娼家等に売する場合も罰すべきではないかという問題意識は残る。そこで、実父母による略取誘拐を犯罪として捕捉すべきではないかという議論が生じた。当初、ポアソナードも、自分の子供を誘拐して他人に付与できる訳ではないのだから、尊屬親が自己の子供を誘拐しても処罰すべきであると⁸⁸⁾、第一稿第四百二十一條の条文が制定されるに至った。

しかしながら、第一稿作成後にポアソナードは立場を変更し、「尊屬の親」に祖父母は含まれるけれども、略取とは盜取を意味するのだから父母は自分の子を略取するということではできないという議論の展開を始めた⁸⁹⁾。これに対して、鶴田皓は、幼者を不寥闕の地へ捨て去る行為と全く同じなのに罪とならないのは不都合である等の主張を行ったが、ポ

82) 西原ほか編著・前掲注 81)330 頁, 361 頁。

83) 「甲者の相續を得んか爲乙者（甲者の親戚中の者）にて甲者の子即丙者を略取して之れを隱匿することあり」と説明されている（西原ほか編著・前掲注 81)338 頁）。

84) 西原ほか編著・前掲注 81)331 頁。

85) ポアソナード『刑法草案註釋 卷之下』489-490 頁（司法省, 1886）。

86) 西原ほか編著・前掲注 81)332-333 頁。

87) 西原春夫ほか編著『旧刑法 [明治 13 年] (3) - I 日本立法資料全集 32』6 頁, 14 頁（信山社, 1996）。

88) 西原ほか編著・前掲注 81)334 頁。

89) 西原ほか編著・前掲注 81)349 頁。

アソナードは、子供を娼妓に売ろうとしても途中で神社に参拝する等して結果的に娼妓にしていないのであれば悪事とは言えないという主張や、娼妓にしたのであれば淫行を幫助する罪として論じればよく、それ以外の苦行のために売ったとしても不正の契約であるからいつでも破ることができ取り戻せる旨の主張、子供を売ることを禁止するならば別の条文を設けるべきである旨の主張等を行った⁹⁰⁾。

こうして結果的に、父母による子供の略取誘拐は対象とならない方向で議論は進められ、第二稿において第一稿第四百二十一條に相当する条文は削除されたが、反発は大きく残っていた⁹¹⁾。現に、第二稿作成後に「十二歳以下の幼者を略賣したる者は矢張此略取の罪と爲すへき積りなりし」という鶴田の発言が存在する⁹²⁾。

以上の議論過程に鑑みるに、確かに父母も略取誘拐の主体となりうるのではないかという問題意識自体は旧刑法においても存在していたが、前述の罪質の議論からしても明らかのように、それは専ら子の人身売買に関する状況を念頭においていたこと、また父母を主体から除くか否かについては、略売を処罰できなくなることへの反発も大きく、明確でないということが指摘できると言えよう。

(c) 客体要件

前述したように、旧刑法において客体は未成年者に限定されており、また未成年者の中でも十二歳前後においてその保護の態様を変えているが、かかる規定振りは第一案より継

続してなされている。

これは如何なる立法趣旨に基づくものであろうか。同じく日本刑法草案会議筆記を紐解くと、まず、二十歳以上の者の誘拐は規定しなかったのは、イタリア刑法が二十歳以上の者の誘拐は処罰しておらず、その理由が二十歳以上の者を承諾なく暴行脅迫をもって無理に誘拐すれば逮捕監禁罪が成立するからであることになったためであるとされている⁹³⁾。また、二十歳以下の者に対する刑の軽重の区別の理由は述べられていない⁹⁴⁾が、十二歳で区別したのは、第一編総則における「宥恕不論罪の本條」において十二歳で区別していることとの均衡が理由として挙げられている⁹⁵⁾。

(d) 行為態様

・行為態様にかかる規定の変遷

行為態様については規定の変遷が見られる。すなわち、十二歳以下の幼者を客体とする場合について、第一稿は「略取し又は偽計を以て誘拐したる者」としていたのに対して、第二稿・確定稿は「略取し又は偽計其他の方法を以て誘拐したる者」となっており、その上で旧刑法は「略取し又は誘拐して自ら藏匿し若くは他人に交付したる者」となっている。

この点、第二稿作成時点において「偽計」以外の方法による「誘拐」が捕捉されている。この点については、「略取とは強取するを云ひ誘拐とは和誘を云ふなり而して其他の方法とは何等の所爲を云ふか」という鶴田の質問に対して、「方法とは先づ暴行脅迫を云ふ」

90) 西原ほか編著・前掲注 81)350-351 頁。なお、鶴田皓からは、民間同士承諾の上で売買してしまえば誰も訴えることはなく売買が禁止されないではないかという主張、そして人身売買が従来の風習となっているからそれを一変させるためにも必ず罰する法律を立てなければならず、一旦出した禁令を廃止するのも弁明に差し支えるといった主張が出されたが、ポアソナードは、裁判によって効力を失わせるのではなく当然に売買の効力がないとすれば、親はいつでも子供を取り返すことができ、その際の代金については裁判所に訴えても賭博の貸金の返還を請求できないように裁判上請求することができなくなるのだから、おのずからだれも売買しなくなるだろうと主張している。参照、西原ほか・前掲注 81)354-356 頁。

91) 例えば、「政府より禁令を出したる罪を罰する刑法を置かざるは實際に於て太た不都合なり然し「ポアソナード」は此方の主意と大に見解を異にし之れを拒むの説を主張せられは已むを得ざるに付先ず其説に従ふべし」と鶴田皓は述べている。参照、西原ほか編著・前掲注 81)357 頁。

92) 西原ほか編著・前掲注 81)359 頁。

93) 西原ほか編著・前掲注 81)334 頁。

94) 西原ほか編著・前掲注 81)334 頁。

95) 西原ほか編著・前掲注 81)343 頁。

とボアソナードは答えている⁹⁶⁾。

なお、旧刑法においては「偽計其他の方法を以て」という表現が消えていること、また略取誘拐に加えて「自ら藏匿し若くは他人に交付したる」という行為態様要件が加えられたことが指摘できるが、かかる要件は確定日本刑法草案後に加えられたものであることから、前述した理由からその立法趣旨は調査できない。

・「略取誘拐」の意義について

また、以上に加えて、旧刑法には現れていないものの、日本刑法草案第二稿第三百九十五條にかかる議論が注目に値する。

これは二十歳未満の者が駆け落ちした場合に関する条文であり、「二十歳に満たざる幼者同謀して共に逃亡したる者は誘拐を以て論ずるの限に在らず 然れも其情狀に依り満二十歳に至る時間之を懲治場に拘置することを得」とされている。そして、かかる規定が設けられた趣旨は、「略取誘拐とは畢竟偽計を以て人を騙し欺ひて連れ出たす等の所爲而已に係る」のであるから、二十歳未満の者が双方相談の上で駆け落ちするときは別に論じるべきであるという点に求められている⁹⁷⁾。

かかる規定は、元来無罪とすべき者を行政上の処分にて懲治場に拘置しているのは格別裁判上でこれを拘置するというものではないから削るべきであるという理由から削除されている⁹⁸⁾。この削除理由に鑑みても、双方相談の上で駆け落ちする場合には「略取誘拐」とは言えないのではないかという問題意識は旧刑法においても存続していると言えよう。

(2) 旧刑法時代の学説の状況

それでは、旧刑法に関する学説の状況は如何なるものであったのだろうか。

a 罪質と各要件との連動

本罪の罪質につき明言する学説は少ないものの、論者の微妙なニュアンスのずれに着目すると、以下のように整理することが可能である。そして、ここで注目に値するのは、罪質の理解に応じて異なる要件解釈が導かれているように見える点である。

(a) 罪質①：保護監督権を中心に据える見解

まず見受けられるのは、「保護監督する父母若くは後見人の権利」としての「管督および教育権」の侵害を罪質として捉える見解である⁹⁹⁾。論者によっては、「幼者の父母若くは後見人の下に在て保護教養せらるるの権利」を奪うと同時に「監督権を害する」とするように、幼者の権利の侵害も踏まえる者もいるが、主たる性質は「父母若くは後見人の監督権を害するの點に在り」とされている¹⁰⁰⁾。

この見解からは、主体について父母後見人は除外され、更に第三者が主体であったとしても父母後見人が承諾した場合は本罪が成立しない¹⁰¹⁾。更に、略取誘拐の定義が「詐偽強迫若くは暴行に依り権利なくして幼者を其父母若くは後見人より奪取するの所爲」¹⁰²⁾というように、誰から「奪取」されたのかにつき限定されていると言える。

なお、略取誘拐を「不法に監督者の監督を脱出せしむるの所爲」という見解に立ちながらも、窃盜の目的たる財物が事実所有者の手中になかったとしても所有者に属しているのと同様に、一度監督者の監督を脱した者であっても監督者の監督下にあるとして、このような状態にいる幼者の略取誘拐は本罪を成立させるという見解も主張されている¹⁰³⁾。

96) 西原ほか編著・前掲注 81)359 頁。

97) 西原ほか編著・前掲注 81)347 頁。

98) 西原ほか編著・前掲注 81)360 頁。

99) 「奪取の目的は幼者なるも眞に被害の物體たるべきものは父母若くは後見人の管督および教育権なり」江木衷『現行刑法各論〔改正増補 2 版〕』317 頁（博聞社・有斐閣，1889）、「幼者の権利を害するよりも寧ろ其幼者を保護監督する父母若くは後見人の権利を害するに成るものとす」亀山貞義『刑法講義卷之二』493 頁（講法會，1898）。

100) 亀山・前掲注 99)494 頁。

101) 亀山・前掲注 99)494 頁。

102) 江木・前掲注 99)317 頁。

103) 勝本勘三郎『刑法折義 各論下卷』202-203 頁（講法會・有斐閣書房，1900）。

(b) 罪質①'：若干の拡張？

この点、①とは若干ニュアンスを異にし、「本節の罪は父母祖父母若くは後見人の手に養育せらるる幼者を略取又は誘拐する罪なり」として、略取誘拐は「父母祖父母若くは後見人の諾否を問はず之を奪取するを以て構成す」とする見解が目目される¹⁰⁴⁾。

すなわち、ここでは「祖父母」からの「奪取」も処罰の範囲に包摂されているのである。論者の趣旨は明確ではないが、誰から奪取されたのかにつき、厳密な意味での「監督権」の存否を離れて「祖父母」にまで拡張されていると評価することができる。

(c) 罪質②：幼者の自由等を捉える見解

しかしながら、以上の流れとは全く別の見解も存在する。すなわち、「幼者に対する監督者の権利を保護」という見解について、監督者のない幼者等の自由等も保護に値するとして批判し、本罪が「監督権若くは幼者の身體の自由（略取に對して）品行の善良（誘拐に對して）を保護する精神」であるとする見解も主張されている¹⁰⁵⁾。

そして、この見解からは、略取誘拐は「被害者の現在する場所より他の場所へ伴れ行く」こと¹⁰⁶⁾、「被害者の現在する個所より他の個所に伴行する行為を指稱す Entführen」¹⁰⁷⁾とされている。論者の見解自体一様ではない¹⁰⁸⁾ものの、ここでは、誰から奪取されるのかという点を離れて「現在する場所」から奪取されるという点を捉えていることに、罪質①①'との重大な違いがあること

が看取されよう。

(d) 罪質②'：①との折衷？

幼者の自由を捉えるにしても、「身體の自由」とは異なり、本罪の保護する利益は「幼者か自己を自己の監護者の監護の下に置く」と云ふ意思實行の自由（行為の自由）であるとする見解¹⁰⁹⁾も主張されている。

この見解からは、保護される利益は幼者の利益であっても、略取誘拐は「従来の監護権者の支配を破て他の支配の下に移すことを意味」することになる¹¹⁰⁾。また、幼者は自らこの利益を処分する能力を持っていないために、かかる利益を処分する権限を有する者は本罪の主体とはならないこと、監護権を有しない実父母であれば本罪の主体となること、幼者自身は本罪の客体であるから本罪の主体として罰されないしこれを幫助した者も罰されないことが主張されている¹¹¹⁾。

この見解は、いわば幼者の側から罪質を捉える一方で、その中で監護権者との関係性も意識するものであり、①との折衷的要素を含んでいると言うことができよう。

b その他要件解釈について

以上の罪質と要件解釈との連動に加えて、以下の点が見受けられる。

(a) 略取誘拐の限界について

「略取誘拐」については、その限界に関する議論の対立が看取される。

すなわち、誘拐の定義において欺罔行為を念頭に置く学説が多い¹¹²⁾一方で、それには限定せずに「誘惑」や「誘導」も誘拐に含ま

104) 磯部四郎『刑法講義下巻』971頁（八尾書店、1893）。

105) 岡田朝太郎『日本刑法論各論之部』837-838頁（有斐閣書房、1895）。

106) 岡田・前掲注105)835頁。

107) 岡田朝太郎『刑法講義案〔第5版〕』78頁（有斐閣書房、1902）。なお、同『刑法講義』237頁（明治大學出版部、1907）ではGntführenとなっているが、誤植であろう。

108) 岡田は『刑法講義』（前掲注107）では、監督者の下にいる意思能力なき幼者の拐取については監督者に対する罪、監督者の下にいる意思能力ある幼者の拐取については監督者及び被拐取者双方に対する罪、監督者なき意思能力ある幼者の拐取については被拐取者に対する罪であるとするに至っている。

109) 小疇伝『刑法各論』441-442頁（警察監獄學會・濟美館書店、1902）。

110) 小疇・前掲注109)442-443頁。

111) 小疇・前掲注109)441頁以下。

112) 「誑騙以て誘ひ行くを謂ふ」（宮城浩藏『刑法正義下巻』716頁（講法會、1893））、「謀略を用ひ欺瞞して其人に承諾を得せしめ誘引することを云ふ」（村田保『刑法註釋〔第2版〕』40丁（内田正栄堂、1881））、「欺騙以て携へ去る」（高木豊三『刑法義解』922頁（時習社発売・博聞社発売並印刷所、1881））、「詐偽の手段を以て之を誘ひ去るの義なり」（龜山・前掲注99)493頁）、「詐偽に出てたる奪取の所爲を誘拐」（江木・前掲注99)318頁）。

れるとする学説も一定数存在している¹¹³⁾。後者の立場にたてば、幼者の承諾の有無は犯罪の構成上関係ないことになりそうである¹¹⁴⁾一方で、幼者が真に承諾したり同行を求めたりした場合には誘拐は成立しないとする学説も存在している¹¹⁵⁾。

また、これとは別個の視点から、継母にいいじめられている子を救助しようとする等の「善良な意思」に基づいて行為がなされたときに、処罰すべきか否かについても議論が割れている¹¹⁶⁾。

このように、略取誘拐の限界事例に関する議論の中で、略取誘拐の成立範囲を限定すべきではないかという問題意識が存在していると言えよう。

(b) 蔵匿交付要件について

条文上存在する「自ら蔵匿し若くは他人に交付」という要件について、前者は搜索されても秘して出さない行為を、後者は他者に養育を放任する行為を指すとされている¹¹⁷⁾ものの、立法論上削除されるべきであるという論調が強い¹¹⁸⁾。すなわち、誘拐して遠くに逃げ公然と自家に養い置いている場合、蔵匿交付要件は欠けているが、被害者は「慈母鞠育の恩に浴するを」得ることなく、「被害者の身上に威権を有する者は大に自己の監督権を侵害」されることになるのであって、悪質性も損害も同等であると言えるからである¹¹⁹⁾。

(c) 客体要件について

本罪の客体について、二十歳未満となっていることについては、成人は民法上独立の地位を有しているとみなされることや、成人については逮捕監禁罪の規定により対処できることが理由として付されている¹²⁰⁾。

また、十二歳以上と十二歳未満で刑を区分している理由としては、十二歳以上の者は刑法上の責任を有していること¹²¹⁾や、十二歳以上になれば自分のことの是非を弁別し体力も備わっているため、これを誘拐しても援助を乞いたり自分で家に帰ったりすることができること¹²²⁾、保護監督を受ける程度も徐々に減少しているため、幼者を害する程度が小さいとともに父母後見人の権利を害する程度も小さいこと¹²³⁾等が挙げられる。更に、十二歳以上について行為態様が略取か誘拐かで刑が異なる理由としては、十二歳未満であれば無知無識に乗じて欺罔しやすいが、十二歳以上であれば欺罔を信じた過失があるということ¹²⁴⁾等が挙げられている。

(3) 旧刑法時代に関する沿革的考察及び現在への示唆

旧刑法起草過程及び旧刑法時代の学説の状況からは、以下のような事情が伺える。

a 沿革的考察

旧刑法の時代において、家族間における子の奪い合いに対する適用を意識した議論はなされていなかった。確かに親が犯罪主体となるか否かという点については、旧刑法起草過

113) 「偽計、教唆、誘惑等の手段を用ゆるに在り」(岡田・前掲注 105)835 頁、「勸奨し其承諾を得て他所に伴ひ去る」(飯田宏作『刑法各論講義』199 頁(和佛法律学校, 1895))、「誘へ出して拐取するの謂ひなり」(磯部・前掲注 104)972 頁、「詐欺又は誘導に因りて行はるるもの」(勝本・前掲注 103)202 頁、「詐欺又は誘導に出てたる場合」(小疇・前掲注 109)443 頁)。

114) 現にそのように解するものとして、小疇・前掲注 109)442 頁。

115) 磯部・前掲注 104)976 頁。

116) 亀山・前掲注 99)494-495 頁はかかる場合であっても、「幼者の権利を害することなしとするも其父母若くは後見人の監督権を害するに至ては其悪意を以てする場合と敢て異なる所」がないので本罪は成立するとする。もっとも、高木・前掲注 112) 922-923 頁は、過酷を見るに忍びず養子や継子を誘い出して蔵匿するような善意で出た行為についてはこの限りでないとする(宮城浩藏『刑法講義』937 頁(明治法律学校, 1884)も同旨か)。

117) 磯部・前掲注 104)973 頁。

118) 磯部・前掲注 104)974 頁、亀山・前掲注 99)496 頁、宮城・前掲注 112)717-718 頁。

119) 宮城・前掲注 112)717 頁。

120) 勝本・前掲注 103)201 頁。

121) 宮城・前掲注 112)718 頁。

122) 村田・前掲注 112)41-42 丁。同旨、高木・前掲注 112)925 頁。

123) 亀山・前掲注 99)497 頁。

124) 高木・前掲注 112)925 頁。

程において激しい議論が存在したものの、そこでなされた議論は、略売にかかる犯罪について本罪で捕捉されるべきであるという問題意識に基づいたものであり、現在存在している家族「間」に関する問題意識とは異質なものである。学説においても、家族間における子の奪い合いに対する適用にかかる問題に付言するものはなかった。

もっとも、他方で、学説においては、明示的に議論されることは少なかったものの、本罪の保護の対象が父母後見人の権利（監督権・監督及び教育権）か未成年者の自由かという対立が潜在的に存在していたことが看取できた。ここでは、かかる対立点が要件に明確に反映され、中でもそれは父母等からの奪取を捉えるのかそれとも場所からの奪取を捉えるのかという点に大きく現れていた点が注目される。このような罪質と解釈論との連動が、旧刑法下においては未だ存在していたと言えよう。

なお、これにつき二点付言しておく。

第一は、父母後見人につき「監督者」、その権利として「監督権」「管督および教育権」といった言葉遣いがされているということである。学説の展開がなされた当時の民法においても、親権の効力については「監護及び教育を爲す権利を有し義務を負ふ」と定められていた（旧民法 879 条）し、民法学説上例えば梅謙次郎も「監護、教育の権利」とするにとどまっており¹²⁵⁾、「監督権」という言葉は用いられていない。亀山貞義が、「父母若くは後見人の監督権を害する」罪質としながらも、それは「其幼者を保護監督する父母若くは後見人の権利を害する」ものであると説明していること、そしてそれと同時に「幼者の父母若くは後見人の下に在て保護教養せらるるの権利」が侵害されるという点を指摘していること等からすれば¹²⁶⁾、「監督権」等の文言の下においても監護教育にかかる権利を想定していたということが推測されるが、敢えて別異の単語を用いているという指摘も

可能である¹²⁷⁾。

第二は、略取誘拐の定義として、誰から奪取されるのかという点を離れ「現在する個所」から奪取されるという点を捉える見解が、ドイツ法を参照していた（Entführen）と思われることである。この点から、日本法の理解にあたってドイツ法との関係性を意識すべきであると言えよう。

b 現在への示唆

上述のような罪質と解釈論との連動が存在した点は、現行法下においてかかる連動が切断されていることに鑑みれば、現在の議論にとって大きく示唆的であると言える。

そして、罪質との連動以外の要件に関する問題としては、行為態様要件にかかる議論として、略取誘拐の限界事例への問題意識が色濃く存在していた。それは、沿革上見られた双方相談の上の駆け落ちの事例、学説上見られた幼者の真の承諾があった事例等に鑑みて、かかる事例の可罰性は認められるのかという問題意識が、「略取誘拐」という行為態様の解釈として存在していたことが注目され、この点も、「略取誘拐」という要件解釈論が再展開される必要のある現在においては、参考に値するようになる。

また、主体要件にかかる議論としては、略売を巡る沿革上の議論の中で、親の犯罪主体性が議論されており、その否定の論拠として、略取は盗取を意味するという指摘や、略売等の事例に他罪で対処することができるという指摘がなされていたことは、現在の議論としても参考に値する。

3 現行刑法

未成年者を客体に据える旧刑法の規定振りには、現行刑法になると成年者も客体となる条文を取り込むことによって変容する。かかる変容は如何なる議論の変化をもたらしたのか、見ていくこととしたい。

125) 梅謙次郎『民法要義 卷之四』350 頁（和佛法律學校・明法堂，1900）。

126) III 2 (2) a (a) 参照。

127) なおドイツ法における「監督権」との関係につき、後掲注 223) 参照。

(1) 現行刑法定制過程

旧刑法施行直後から司法省では改正作業が始まっており¹²⁸⁾、第一回帝国議会から度々改正案が提出されたが、その度に審議未了等で実現せず、現行刑法が制定されたのは第二十三回帝国議会のことである(明治40年)。

第一回帝国議会に提出された明治23年刑法改正案¹²⁹⁾以降、明治30年刑法草案¹³⁰⁾、明治34年刑法草案¹³¹⁾、明治39年草案¹³²⁾等を経て現行刑法は制定されたため、かかる過程における議論を見ることとしたい。

a 条文概観

明治40年制定後にも改正が存在したことから、明治40年制定時の条文を概観しておく¹³³⁾。

「第二編 罪」「第三十三章 略取及び誘拐の罪」

第二百二十四條 未成年者を略取又は誘拐したる者は三月以上五年以下の懲役に處す

第二百二十五條 營利、猥褻又は結婚の目的を以て人を略取又は誘拐したる者は一年以上十年以下の懲役に處す

第二百二十六條 帝國外に移送する目的を以て人を略取又は誘拐したる者は二年以上の有期懲役に處す

帝國外に移送する目的を以て人を賣買し又は被拐取者若くは被賣者を帝國外に移送したる者亦同し

第二百二十七條 前三條の罪を犯したる者を幫助する目的を以て被拐取者又は被賣者を收受若くは藏匿し又は隱避せしめたる者は三月以上五年以下の懲役に處す

營利又は猥褻の目的を以て被拐取者又は被賣者を收受したる者は六月以上七年以下の懲役に處す

第二百二十八條 本章の未遂罪は之を罰す

第二百二十九條 第二百二十六條の罪、同條の罪を幫助する目的を以て犯したる第

128) 内田ほか編著・前掲注71)4頁以下。

129) 拐取罪該当箇所につき、内田文昭ほか編著『刑法〔明治40年〕(1)-III 日本立法資料全集20-3』190頁(信山社,2009)。明治23年の議会開設ならびに条約改正交渉との関係で、諸法典の編纂作業が本格的に取り込まれるようになり、法律取調委員会が外務省に設置され、その後司法省へ移管された。法律取調委員会は、旧刑法の不備を改正する一部改正案とすることを決め、議論を行い、刑法改正案を作成した。これは元老院での修正を経て、内閣総理大臣に付され、明治24年1月17日に第一回帝国議会に提出されたものの、会議終了で審議未了となった。以上、内田文昭ほか編著『刑法〔明治40年〕(1)-II 日本立法資料全集20-2』4-13頁(信山社,2009)。

130) 該当箇所につき、内田文昭ほか編著『刑法〔明治40年〕(2) 日本立法資料全集21』176頁(信山社,1993)。第一回帝国議会にて議決に至らなかった後に、司法省は明治25年に刑法改正審査委員会を設立し、本格的に改正作業に取り組んだ。そして、明治28年12月に刑法改正案を脱稿し、それを受けて司法省は明治30年に刑法草案を刊行した。司法省は、この改正案を直ちに議会に提出することを検討したが、刑法改正反対の動きや刑事訴訟法改正案の作成が遅れていたことを受けて、政府は議会提出を見合わせた。以上、同5-10頁。

131) 該当箇所につき、内田ほか編著・前掲注130)491頁。政府は明治30年刑法草案の議会提出を見送った後、明治32年に再編された法典調査会の調査・審議に委ね、そしてそこで司法省で作成された明治30年刑法草案を原型とした根本的改正を行うこととなり、明治33年刑法改正案が作成された(以上、同10-11頁)。同案は刑事訴訟法改正案の作成の遅れも受けて、第十四回帝国議会への提出は見送られたが、そこに更に修正が加えられ整理された明治34年刑法改正案が第十五回帝国議会へと提出された。しかし刑法改正反対運動が激しく展開したことから、審議未了のまま会期が尽きることとなった。以上、内田文昭ほか編著『刑法〔明治40年〕(3)-I 日本立法資料全集22』5-13頁(信山社,1994)。

132) 第十五回帝国議会で刑法改正案が不成立となった後、それに対する意見書等も参考に改正作業が進められ、明治35年に刑法改正案が作成され、第十六回帝国議会に提出された。同議会では貴族院本会議の審議で可決されたものの、衆議院において審議未了となった。政府は同案につき、第十七回帝国議会にも提出したが、貴族院本会議第一読会が開かれた当日に衆議院が解散したため、またしても通過しなかった。その後、しばらく議会提出は見合わせられたが、明治39年6月に司法省内に法律取調委員会が設けられ、刑法改正作業が行われ、そこで作成された明治39年刑法改正案が第二十三回帝国議会に提出された。そして、議会で一定の修正が加えられながら、改正刑法が成立したのである。以上、内田文昭ほか編著『刑法〔明治40年〕(4) 日本立法資料全集24』5-6頁(信山社,1995)、同『刑法〔明治40年〕(5) 日本立法資料全集25』5-10頁(信山社,1995)、同『刑法〔明治40年〕(6) 日本立法資料全集26』3頁(信山社,1995)、同『刑法〔明治40年〕(7) 日本立法資料全集27』5-12頁(信山社,1996)。明治39年刑法草案の拐取罪該当箇所については、同『刑法〔明治40年〕(6) 日本立法資料全集26』146頁(信山社,1995)参照。

133) 内田ほか編著(7)・前掲注132)408頁以下参照。

二百二十七條第一項の罪及び此等の罪の未遂罪を除く外本章の罪は營利の目的に出でざる場合に限り告訴を待て之を論ず 但被拐取者又は被賣者犯人と婚姻を爲したるときは婚姻の無効又は取消の裁判確定の後に非されは告訴の効なし

条文から明らかなように、客体に二十歳以上の者も取り込まれたことや、二十歳以下の者につき十二歳前後という年齢に応じた区分がなされていないこと、また行為態様として蔵匿交付要件が削除されたり¹³⁴⁾ 売買にかかる規制が設けられたり¹³⁵⁾ していることといった変化が見受けられる。

b 制定過程における議論等

それでは、如何なる議論を経てかかる条文が制定されたのだろうか。制定過程や立法理由書における議論を辿ることで探りたい。

(a) 罪質：主体・客体要件の変容・混合

旧刑法と比べたときの現行刑法の一番の特徴は、旧刑法には対応しない刑法 225 条が規定されたことである。すなわち、「營利、猥褻又は結婚の目的」による「略取又は誘拐」という、成年者にも未成年者にも適用しうる条文が設けられている。

しかし、現行刑法制定直前の明治 39 年刑法改正案においては、このような規定方法ではなかった。すなわち、

「第二編 罪」「第三十三章 人を拐取する罪」

「第二百四十七條 父母其他の監督者の承諾なくして未成年者を拐取したる者は三月以上五年以下の懲役に處す

偽計又は威力を用ひ父母其他の監督者の承諾を得て拐取したる者亦同し

前二項の行爲營利、猥褻又は結婚の目的に出でたるときは一年以上十年以下の懲役に處す

第二百四十八條 營利、猥褻又は結婚の目的を以て偽計又は威力を用ひ人を拐取したる者は一年以上十年以下の懲役に處す」

と規定されていたのである。この規定においては、247 条 3 項の存在によって、未成年者の場合に対応する 247 条と成年者に対応する 248 条とが明確に区分されている。加えて、247 条は「父母または其他の監督者の承諾なくして」という要件を備えており、かかる要件が挿入されたのは同条にかかる犯罪が「父母又は監督者の権利の侵害」であることを明示するためであるとされている¹³⁶⁾ ことから、かかる区分が二つの条文の趣旨を分かちものであることが強調されていたとすることができよう。

ところが、現行刑法は、明治 39 年刑法改正案における 247 条 3 項と 248 条とを、一体として 225 条へと織り交ぜてしまった。その理由は立法資料上明確ではないものの、ここに、「略取誘拐罪」という一つの題目の下に刑法 224 条以下を一体として考察対象とする水脈の端緒を、見出すことができる。

134) この点に関する議論過程は明らかではない。明治 23 年刑法改正案作成過程においては、「未だ略誘なるや否を判断すへからざるに直に略誘罪を以て處分するは甚だ酷なればなり」という反対意見が出されているが、削除が決定されている。内田ほか編著 (1) - II・前掲注 129)466 頁, 471 頁, 478 頁。

もっとも、明治 30 年刑法草案の立法理由書によれば、「不法に他人の監督を侵し人の自由を害する所爲を罰せんとするの精神」であるからこの要件は不要であると述べられている。参照、中嶋晋治『改正刑法草案理由』243-244 頁 (有斐閣, 1899)。

135) この点、立法過程においては、「賣買」の規制については、「一の法律行爲」であるように見られる懸念があるため、「人の賣買」という文字は使わない方がいいという指摘 (花井卓蔵) がなされたが、妥当でないことは十分分かっているが事実を言い表す法律上の言葉がないから、やむなく用いた旨の説明が政府委員 (倉富勇三郎) からなされ、問題なく規定されることが決まっている。参照、内田ほか編著 (7)・前掲注 132)211 頁。

136) 明治 34 年刑法改正案の理由書ともいうべき第十五回帝国議會提出「刑法改正案参考書」に記載されている。参照、内田ほか編著 (3) - I・前掲注 131)150 頁。また、制定過程においても、この「監督者」の意義について、制定過程において「餘所に預けられて居ると云ふやうな場合に、此監督と云ふ字を書いても宜しいでございますか」という質問に対して、政府委員 (倉富勇三郎) が、事実としてはそのような者もいるであろうが、この原案で監督者というのは「法律上監督権のある人の積りであります」と述べられており、この点からも法律上の監督権についての侵害が捉えられていたとすることができよう。参照、内田ほか編著 (4)・前掲注 132)543 頁。

なお、削除については、明治 39 年刑法改正案に対して法律取調委員会の総会による修正として提言されているのみであり、理由は明らかでない。内田ほか編著 (6)・前掲注 132)94-96 頁。

(b) 客体要件

このような規定の混合をもたらす契機となった成年者の客体性であるが、客体要件の変更については、以下のような議論を経てなされていた。

まず、二十歳未満の者につき刑の区分を行っていないが、「例の簡明主義」によって裁判官の斟酌に委ねたものであるとの説明がなされている¹³⁷⁾。

次に、二十歳以上の者を客体とする処罰規定を設けた理由については、民法上の原則は必ずしも刑法の規定と一致することは必要でないこと、誘拐の方法も「大に進歩し」ていることを前提に、夫の婦女を誘拐して外国の淫売婦に売り渡すような行為を想定して、「二十歳以上の者と雖も絶対に保護の必要なにあらす」という点が挙げられている¹³⁸⁾。

なお、二十歳で区別をすることについては、第二十三回帝国議会における審議において、責任年齢を基準とすべきではないかという指摘が花井卓蔵から出されているが、政府委員（倉富勇三郎）は、十五、六歳の者に対して利益や策略をもって誘拐することは非常に簡単であること、法律においては、未成年者は未だ知能が不十分のものとして全て規定されているのだから、知能が不十分であることを想像するのが適当であること等と反論し、維持されている¹³⁹⁾。

(2) 改正刑法假案制定過程

次に、戦前の学説の紹介に移る前に、大正10年に開始し、昭和15年に刑法改正假案が成立するまで続いた刑法改正作業に焦点を当てる。これは、この作業は刑法改正として実を結ばなかったものの、当時の議論を知るにあたっての貴重な資料であるためである。

刑法改正起草委員会での各則の審議は、昭和6年9月22日第152回から、昭和8年7

月25日第213回までの期間、昭和2年に公にされた「刑法改正豫備草案」を原案としてなされ、その後昭和8年9月12日第214回から昭和10年7月30日第286回までの各則の留保条項の審議がなされた¹⁴⁰⁾。

ここでは、これらの条文、すなわち「刑法改正豫備草案」¹⁴¹⁾、「刑法並監獄法改正起草委員会決議條項（刑法各則編第二次整理案）」¹⁴²⁾、「刑法改正假案」¹⁴³⁾の変遷の中で目を引く点、中でも行為態様にかかる叙述に焦点を当て、その背後でなされた議論を紹介する。

a 規定の変遷（行為態様）

刑法改正假案の該当箇所を見ると、現行法同様の条文が並べられている。例えば、未成年者については、「第三百七十六條 未成年者を略取又は誘拐したる者は十年以下の懲役に處す」と規定されている。

しかし、刑法改正豫備草案の段階では、未成年者について「第二百九十五條 未成年者を略取又は誘拐したる者は五年以下の懲治に處す 未成年者を勧誘して其の環境より離脱せしめたる者亦同し」と規定されていた。そして、この「勧誘して其の環境より離脱せしめたる」という行為態様の要件の摘示は、刑法各則編第二次整理案の段階では姿を消している。

b 議論過程

この背後では如何なる議論がなされたのだろうか。それを知るためには、刑法改正豫備草案制定の段階での議論と、刑法各則編第二次整理案に至るまでの刑法改正假案制定段階での議論を見る必要がある。

(a) 刑法改正豫備草案制定段階での議論

・参照資料

まず刑法改正豫備草案について、その立案過程を明らかにする資料は未だ発見されていないとする文献もある¹⁴⁴⁾が、その成立過程

137) 中嶋・前掲注134)243頁。

138) 田中正身『改正刑法釋義下巻』1140頁（西東書房、1908）。

139) 内田ほか編著（7）・前掲注132)209-210頁、288頁。

140) 林弘正『改正刑法假案成立過程の研究』441-444頁（成文堂、2003）。

141) 該当箇所につき、林・前掲注140)496-497頁。

142) 昭和10年8月15日作成のものである。該当箇所につき、林・前掲注140)470-471頁。

143) 該当箇所につき、林・前掲注140)526-527頁。

144) 吉井匡「改正刑法假案成立過程における裁判所侮辱をめぐる議論」立命館法学345・346号3985頁、3989

をうかがわせるものとして「刑法改正原案起草日誌」¹⁴⁵⁾が挙げられる。刑法改正原案起草委員会は、昭和2年1月に発足し、同年3月ないし4月に刑法改正豫備草案を作成し司法大臣に報告している委員会である¹⁴⁶⁾ため、同委員会日誌を紐解くことは、刑法改正豫備草案の立案過程を明らかにするものと言えよう。

同委員会日誌を読み解くためには、その議論のたたき台となっている¹⁴⁷⁾刑法改正原案起草準備案を紐解く必要がある。現在資料として参照できる準備案は、手書きの資料である「刑法改正原案起草準備案（各則）（昭和二年二月一日稿）」¹⁴⁸⁾と「第一讀会修正草稿 刑法改正原案準備案（昭和二年二月十日稿）」¹⁴⁹⁾の二つである。これらの資料には手書きの修正等も記されている¹⁵⁰⁾が、以下のような条文が基になっていたことがわかる。

すなわち、二月一日稿においては、

「第二百八十七條（二二四） 未成年者を略取し又は之を欺罔若は勧誘して其の環境を離脱せしめ拐去したる者は六月以上五年以下の懲役に處す」

（修正：第二百八十六條（二二四） 未成年者を略取し又は誘拐して其の環境を離脱せしめたる者は五年以下の懲役に處す）
となっているのに対して、二月十日稿においては、

「第二百八十七條（二二四） 未成年者を略取し又は誘拐して其の環境より離脱せしめたる者は五年以下の懲治に處す」
とした上で、修正として第二項に「未成年者を欺罔又は勧誘して其の環境を離脱せしめたる者（判読不能）前項に同じ」と加えられて

いる¹⁵¹⁾。

・議論の内容

以上の準備案を基にどのように刑法改正原案が作成されたのか。刑法改正原案起草日誌を紐解くと、略取及び誘拐の罪につき詳細な議論がなされたのは第12回（昭和2年2月28日）であるため¹⁵²⁾、昭和二年二月十日稿の条文を参考にしながら第12回を参照すると、泉二新熊による説明が行われている。

すなわち、泉二によれば、287条に現行法と異なり「其の環境より離脱せしめたる者」を加えたのは、今までは自己の勢力の範囲内に入れることを必要としていたのに対して、国際条約によれば「書面に依り欺はりて本人の環境を自然に脱せしむる如き場合も處罰を要求し」ていることや、仏国でも自己の支配内に入れることを要求しない趣旨であると記載しているものもあるためであるとされている。現行法を広く解することも不可能ではないものの「便利の爲め」に入れたとされているのである。

ここからは二つの点が看取される。一つは、昭和2年2月28日の段階では、「自己の勢力の範囲内に入れる」ことが略取誘拐のために必要であると一般的には捉えられているようであるということ、もう一つは、かかる要件は不要ではないかという問題意識の下、「環境より離脱」のみで本罪を成立させられるのではないかという提案がなされているということである。

(b) 刑法改正假案制定段階での議論

それでは、以上の議論を経て設けられた要件は、如何なる議論の下で姿を消したのだら

頁（2012）。

145) 東京大学法学部図書館蔵。

146) 吉井・前掲注144)3989頁。

147) 林・前掲注140)4頁。

148) 矯正図書館蔵。

149) 矯正図書館蔵。

150) 手書き故に判読不能なものも多く、また、ページ数を記すこともできない。

151) 本条には、多く修正が加えられてはその修正が消されるという作業が繰り返された跡があり、どれが最終的修正となったか定かたではない。最終的修正として確定的に言えるのは、条文番号が変更されたことと、当該条文の第二項として「未成年者を欺罔又は勧誘して其の環境を離脱せしめたる者（判読不能）前項に同じ」と加えられたことである。

152) 最終的な修正は第17回（昭和2年3月30日）に行われているが、特段注目される議論はなされていない。

うか。刑法改正仮案制定段階での議論を見ることとしたい。

ここでは、昭和2年6月2日に刑法並監獄法改正調査委員会が発足し、この下に刑法改正起草委員会が設置され、その後はこの起草委員会を中心に刑法改正作業が進むこととなったこと¹⁵³⁾から、「刑法改正起草委員会議事日誌」¹⁵⁴⁾を紐解くことが有益である。略取誘拐に関しては、第16回(昭和2年10月25日)¹⁵⁵⁾や第17回(昭和2年11月1日)にも議論がなされているが、主要な議論がなされたのは、第199回(昭和8年4月4日)である。そこでは、未成年者拐取罪に関する豫備案第二百九十五條について以下のような議論がなされていた。

すなわち、「未成年者を勧誘して其の環境より離脱せしめたる者」への罰則を置いておくことについて、林頼三郎委員長から「未成年者に付ては勧誘して環境より離脱せしめたる場合は目的の如何を問はず處罰せらるることとなるや」と質問が提起され、牧野英一委員から「然り目的の如何を問はず違法性を阻却する場合は格別不法に為したる場合は該當す」という答えがなされた。これに対して、林委員長が「さすれば餘り廣きに失する虞れありと思料す」として削除を提案し、異議なく修正可決されているのである。

ここからは、三つの点が看取される。一つ目は、勧誘して生活環境を離脱させる場合に

ついて目的の如何を問わずに処罰することは広範に過ぎると捉えられていること、二つ目は、それでもなお略取誘拐がなされた場合(豫備案第二百九十五條一項)については当罰性は特段問題になっていないということ、三つ目は、従って略取誘拐の場合に実力支配下に置くことを不要とする見解が否定された訳ではないことである。

(3) 現行刑法制定直後の学説の状況

それでは、以上のような沿革の流れが存在する中で、現行刑法制定直後の学説では、如何なる議論がなされていたであろうか。

a 罪質と要件解釈の切斷

(a) 罪質に関する議論

この時期には未成年者拐取罪が如何なる権利利益を侵害しているのかという点について明示されることが多くなる。

例えば、泉二は、拐取罪は「不法に他人の生活上に於ける身體の地位を保持するの自由を侵害するもの」であると主張し¹⁵⁶⁾、意思無能力者に対する略取も、被害者の意思によらずとも自己の実力的支配下に移すことで自由を侵害できるため可能であるとする¹⁵⁷⁾一方で、「思慮成熟せざる未成年者をして監督権者の監督關係より離脱せしめ以て未成年者に對する監督權を侵害し牽いて未成年者の眞正なる利益を危うする罪」とも説明している¹⁵⁸⁾。

これに対して、監督者の利益をも保護され

153) 林・前掲注140)4頁, 56頁以下。

154) 東大法学部図書館蔵。

155) 例えばここでは、花井卓蔵委員から、未成年者を十八歳未満に改めるよう提案がされたが、池田克幹事から、豫備草案では婦女売買禁止に関する國際條約の要求に基づいて未成年者を二十歳未満としたと説明がなされている。

156) 泉二新熊『日本刑法論〔訂正増補13版〕』851頁(有斐閣, 1912)(現行刑法制定直後の1908, 1909年出版のものではこのような明示はされていなかったが, 1912年以降のものでは指摘されている)。

157) 泉二・前掲注156)851頁。

158) 泉二新熊『日本刑法論〔改訂増補21版〕』1177頁(有斐閣, 1916)。泉二は加えて他罪との区別も行っている。例えば、遺棄罪との区別という観点からは、略取誘拐は他人の上に不法な実力關係を設定したり意思に瑕疵を生じさせたりすることで自由を侵害するのに対して、遺棄は他人の扶助可能状態を変更させることで生命身體を危害するものであるということを指摘し、逮捕監禁罪との区別という観点からは、場所の移動を要する点に加えて「生活關係上に於ける身體の地位を保持するの利益としての身體上の自由」の侵害を本質とするか否かという点で異なるという説明を行っている。泉二・前掲注156)851-852頁。

なお、監督権等を意識しない叙述を行う見解も存在する。例えば、「吾人は身分職業並に性向に従ひ各自社會生存上自由の地位を有す 去れば各人適意の職業を選び適意の異性と家庭を作り任意の都鄙に居住す 斯の如くして吾人は自己の生存上の地位を定むるなり 之を一身上の自由と云ふ」等として、かかる自由の侵害を主張する見解(島田武夫『日本刑法新論 各論』193頁以下(松華堂, 1925))がある。もっとも、叙述のニュアンスからして、成年者等を想定しているようである。

ていると端的に主張する見解も多く主張されたり¹⁵⁹⁾、監督者の権利の義務性を重視して被害法益から除外することが主張されたりしている¹⁶⁰⁾。

(b) 行為態様に関する議論：罪質との切断

しかし更に重要なのは、かかる罪質の議論はなされるものの、その議論が要件解釈に反映されていない点である。すなわち、行為態様については、罪質の議論にかかわらず、「自己の實力の支配の下に移す」¹⁶¹⁾、「自己の實力支配内に移す」¹⁶²⁾、「實力上の支配を獲得する」¹⁶³⁾、「不法に人の支配の下に置くこと」¹⁶⁴⁾、「自己又は第三者の支配内に致すこと」¹⁶⁵⁾、「人を其の保護された状態より離脱せしめ、自己の事實的支配の下に置く行為」¹⁶⁶⁾というように、主として實力の支配の獲得という点に収斂しており、更にこれらにおいては、225条等にも同様の説明が加えられているのである。

このことは、旧刑法時代に「本節の罪は父母祖父母若しくは後見人の手に養育せらるる幼者を略取又は誘拐する罪なり」として略取誘拐は「父母祖父母若しくは後見人の諾否を問はず之を奪取するを以て構成す」としていた磯部四郎¹⁶⁷⁾の叙述にも現れている。すなわち現行刑法にかかる教科書において、磯部は本罪につき「監督者の監督権を侵害するに在る」としながらも、略取誘拐を「人を其現在する場所より他の場所に伴ひ行くを云ふ」とし、225条についても同じ説明を当てはめている

のである¹⁶⁸⁾。

ここから、二つの点が看取される。一つは、成年者を客体とする場合も包摂する形で略取誘拐罪一般の議論として略取誘拐要件が議論の対象となったこと、もう一つは、同時期に罪質の議論と行為態様にかかる成立要件の議論とが切断されたことである。そして更にもう一点付言するならば、大場茂馬が實力の支配の獲得という拐取の定義や本罪の趣旨等において、ドイツにおける判例学説の見解を度々引用していることから、やはりここでもドイツ法の影響を見ることができる。

b 主体・客体要件にかかる議論

もっとも、上述の罪質の議論が全く犯罪の成立範囲とかかわらなくなった訳ではないし、225条以下との成立範囲の区別が全く考えられていなかった訳でもない。

例えば主体要件について、監督権の侵害も本罪の性質に含める見解からは、監督者には未成年者を監督支配する権限が存在する以上、懲戒権の範囲を超えた場合であっても、暴行脅迫罪を構成したとしても本罪は成立しないという説明がなされている¹⁶⁹⁾。他方で、被拐取者の自由の侵害を本罪の性質として捉える見解からは、監督者は「未成年者を監護し之を懲戒し其居所を指定する等の権利」を有するため、その権利義務の範囲内では未成年者の意思に反してもその身上について適当な処置を行うことができ、監督者の「眞思」に基づき未成年者を自己の實力範囲

159) 牧野英一『刑法各論（講義案）』104頁（法政大学・有斐閣、1908）（1913年以降出版のものにおいても同様に主張している）、岡田庄作『刑法原論 各論』464頁（明治大学出版部、1914）（1915年以降の出版のものにおいても同様に主張している）、小野清一郎『刑法講義各論』199-200頁（有斐閣、1928）。

160) 宮本英脩『刑法大綱』306頁以下（弘文堂、1935）。

161) 泉二新熊『刑法各論』84頁（日本大学、1922）。

162) 岡田・前掲注159)467頁。

163) 大場茂馬『刑法各論 上巻』210頁（日本大学、1909）。

164) 草野豹一郎『最新日本刑法各論』166頁（1930）。

165) 牧野・前掲注159)104頁。

166) 小野・前掲注159)201頁。

167) III 2 (2) a (b)参照。

168) 磯部四郎『改正刑法正解』443-445頁（六合館、1907）。

169) 岡田・前掲注159)465-466頁。なお、大場・前掲注163)213頁は、ドイツ帝国裁判所判例等を引用しながら、監護懲戒権を有する者は主体にならないと記している。もっとも、225条以下については、猥褻目的・帝国外移送目的で行う権利は存在しないため、監督者であっても本罪が成立するという見解もある。参照、岡田・前掲注159)466頁。

内に移す行為は、未成年者の意思に反しても本罪を構成しないと説明されている¹⁷⁰⁾。

また客体要件については、監護者のいない幼者の略取誘拐につき、議論がなされている。すなわち、被拐取者の自由の侵害を本罪の性質として捉える見解からは、監督者なき未成年者に対しては本人の真意によることなく従来の地位に生活する自由を侵害する場合は拐取罪を構成するという説明がなされている¹⁷¹⁾。他方で、監督権等を保護法益に含める立場からは、迷子又は棄児を保護目的ないし善良目的で自己の支配下に移した場合には、彼等は特殊の行動をする能力はなく保護者の力を借りて行動できるに過ぎないのであって、保護により自由を失った者に対して自由を与えていることになるのだから本罪は成立しないという説明もなされている¹⁷²⁾。

c 略取誘拐の限界

なお、略取誘拐の限界にかかる問題意識については、旧刑法時代ほどではないものの、この時代にも存在している。例えば、誘拐行為の解釈として、完全な承諾能力を有する被害者に対しては欺罔手段が必要だが、承諾能力が完全でない被害者には欺罔以外の誘惑行為も誘拐行為たりうるという解釈が提示されたり¹⁷³⁾、誘惑とは欺罔の程度に至らないとしても甘言をもって被害者を動かしその判断を誤らせることであるという解釈が提示されたりしている¹⁷⁴⁾。もっとも、泉二が指摘するように、大審院判例上、誘拐に該当するためには虚偽の事実をもって被害者を錯誤に陥れることを必要としないし、また「未成年者の監督者を欺き未成年者の利害に関する判断を誤らしめて之を自己の支配内に移すことを承諾せしめ因て監督関係を離脱せしめ自己の支配内に移したるときは」誘拐罪が成立する¹⁷⁵⁾。

(4) 現行刑法定時・制定直後に関する沿革的考察及び現在への示唆

a 沿革的考察—問題の端緒

現行刑法定時・制定直後においても、やはり家族間における子の奪い合いに対する適用を検討対象として挙げるものは存在しなかった。しかしながら、その検討のために必要となる未成年者拐取罪一般に関する議論について、重要な端緒が看取された。

現行刑法定時において重要な転換点は、未成年者から成年者も含む人一般へと客体が拡張されたことであった。かかる転換自体は、夫の婦女を誘拐して外国の淫売婦に売り渡すような行為等、成人等についても同様の保護が必要な場合が存在していたという点に鑑みれば、直ちに不当とは言えない。

しかし、問題はその規定のされ方であったと言えよう。すなわち、明治39年刑法改正案247条3項と248条とが現行刑法225条へと織り交ぜられることにより、未成年者を客体とする場合と成年者を客体とする場合との区別が不明瞭となってしまった。このように、趣旨の混合が意識されないまま条文の改正が進んでいった中で、学説に目を転じると、拐取罪全体を共通した枠組で捉える方向性へと（自覚的か無自覚であるかは扱き）舵が切られていた。だが幾ら全体を共通して捉えようとも、未成年者拐取罪の独自性にかかる疑念は拭いきれず、趣旨に関する議論は存続する。こうして、上記枠組が先行する結果、趣旨にかかる理念的な議論の対立が、要件解釈への反映という営為と切断され、現在に至る混迷の一因となったのではないかという点が推察される。当時においても、かかる切断の後に略取誘拐の定義として幅広く見られた実力的支配の獲得について、そのような支配の獲得は不要ではないかという問題意識

170) 泉二・前掲注156)852-853頁。もっとも、監督権の作用が猥褻目的での被監督者の他人への交付や外国移送目的での売買を適法にすることはなく、監督者が適法に処置する権能を有しない行為である以上、その承認があっても被監督者の真意によらず従来の地位から自己の実力範囲内に移す場合は拐取罪が成立し、その監督者も教唆従犯、正犯として本罪の主体となると解せるとしている（同853-854頁）。

171) 泉二・前掲注156)853頁。

172) 岡田・前掲注159)469頁。

173) 岡田・前掲注159)467頁。

174) 小野・前掲注159)201-202頁。

175) 泉二新熊『刑法大要〔全訂増補30版〕』586-587頁（有斐閣、1934）。

が現行刑法假案制定過程において既に看取された。

以上からすれば、現行刑法の解釈として、225条以下の解釈を如何にするかは別論、224条の解釈としては225条以下のそれと共通する必然性はないこと、そして制定過程においてもその区分は明確に認識されていたことは、やはり強調されてしかるべきであるし、要件解釈との連動が切断されたという問題状況も強調されてしかるべきであろう。

b 現在への示唆

もっとも、以上のように理念的に展開された始めた罪質の議論については、保護法益論という見地から得られる示唆も大きいことは確かである。中でも、「監督権」の侵害と未成年者の自由の侵害とが意識される中で、両者の関係性について、学説上「未成年者に対する監督権を侵害し牽いて未成年者の真正なる利益を危うする罪」であるという説明がされている点が示唆的である。すなわち、両者は必ずしも別個独立の対立的概念として捉えられていた訳ではないのである。

また、構成要件要素という観点からは、客体要件については二十歳という年齢の区別を行う妥当性について、法律においては、未成年者は未だ知能が不十分のものとして全て規定されているのだから、知能が不十分であることを想像するのが適当であるという見解が起草段階で示されていたことは示唆的である。

更に、行為態様については、略取誘拐の限界についても引き続き議論が存在していたと言える。それは、勧誘によって環境を離脱させるだけでは処罰が広すぎるのではないかという現行刑法假案制定過程の問題意識に加えて、学説上の誘拐の定義の限定という作業にも看取することができる。

4 獲得された知見

以上、日本における未成年者拐取罪等の沿革を概観してきた。本罪について家族間にお

ける子の奪い合いに対する適用を想定した議論は、旧刑法制定過程から戦前に至るまで、すなわちⅡの議論とあわせるならば最高裁決定が出されるまで、明示的になされることはなかったと言える。この点については、従前の議論は不十分であり、家族間への適用も踏まえながら議論を再展開する必要があると言えよう。

もっとも、その議論の再展開のためには、Ⅱで述べたように未成年者拐取罪一般にかかる議論を整理・検討しなければならない。この点につき、沿革の検討からは以下のような知見を獲得することができる。

(1) 趣旨と要件の連動

未成年者のみを客体とする旧刑法下においては、未成年者拐取罪にかかる条文が如何なる権利利益を保護しているのかという趣旨の議論と、未成年者拐取罪の構成要件要素として重大な意義を持つ略取誘拐という要件の議論とが、潜在的にはあれ確実に連動していた。しかし、現行刑法が成年者も保護客体として捉えた際、異なる客体を対象とする条文を織り交ぜる形で刑法225条が制定され、刑法224条と他の条文との区別にかかる意識が生じにくい条文の構造が編み出されてしまった。この中で、学説上の議論は、略取誘拐という要件について拐取罪全体を通して確定する傍ら、未成年者拐取罪の趣旨にかかる理念的な議論を展開していくこととなり、趣旨と要件とが切断された現在の議論状況が形成されてきたという一つの流れが推察される。そして現に、現在の日本法学説を見ると、保護法益として「自由や安全」を摘示し、更に行為態様を「人を現在の生活環境から離脱させ、自己又は第三者の実力支配下に移すこと」等と定式化する多くの見解に共通して看取されるのは、自覚的であれ無自覚的であれ、刑法224条にとどまらず刑法第33章に規定された略取誘拐の罪全体に共通する保護法益として「自由」や「自由や安全」を摘示し、また行為態様を摘示しようとしているということである¹⁷⁶⁾。

176) 略取誘拐罪一般として議論の整理を行っていると思われるものとして、例えば山中・前掲注48)55頁以下、曾根・前掲注48)72頁以下、木村亀二・前掲注48)83頁以下、大谷・前掲注48)62頁以下。また山口・前掲注48)90

かかる見地からすれば、刑法 225 条以下の議論は格別、少なくとも刑法 224 条については他の条文と切り離して、趣旨を考察し要件へと反映させるといふ思考枠組をとることが求められると言えよう。趣旨と切断して確定された要件解釈については、刑法改正仮案等においても妥当性が問題視されていたのであり、再考の余地があると言える。

(2) 趣旨にかかる問題：保護法益論

もともと、行為態様との連動を意識すべきであるにしても、本罪の趣旨自体についても、以下の三点において問題が存在していたように思われる。

第一は、父母後見人等の権利の保護と捉える見解について、かかる権利の内実が明らかではない。それは監督権等と語られることも多かったが、如何なる内容の権利が何故保護されるのかについて明示的に議論がなされてこなかったように思われるのである。そして、Ⅱでみたように同様の問題は未成年者の「自由」等と解釈する見解にも妥当する。かかる点が明確化されなければ、それによる構成要件解釈も明らかにならない。

第二は、未成年者の「自由」等と捉える見解について、旧刑法下においては少数であったのに対して、要件と切断され観念的に展開されるに至った現行刑法下においては徐々に支持を増している。旧刑法下においては、監督権等の侵害を捉える見解が多数ある中で、監督者のない幼者の自由等の保護のために、保護法益としてはいわば補的に主張され始めた未成年者の「自由」であったが、現行刑法下においては他罪と共通して未成年者の「身體の地位を保持するの自由」等を保護法益として捉える見解へと発展し、現在に至っている。前述のように、未成年者拐取罪の趣旨を一旦刑法 225 条以下と切断し、むしろ刑法 224 条の構成要件解釈と連動させるべきであるという点に鑑みれば、「自由」という文言からも一旦は解放され、その内実が議論されるべきであるように思われる。

第三に、両者の見解について、父母後見人等の権利の保護と捉えるか未成年者の自由等の保護と捉えるかについて、現在では二項対立的な議論がなされることが多いが、必ずしも沿革上常にそのように考えられてきた訳ではないということである。すなわち、「自己を自己の監護者の監護の下に置く」と云ふ意思実行の自由（行為の自由）や幼者の保護教育される権利という形で子供の側から捉える見解の存在や、「監督権者の監督関係より離脱せしめ以て未成年者に對する監督権を侵害し牽いて未成年者の真正なる利益を危うする」罪であると捉える見解の存在に見られるように、父母後見人等の権利の保護と未成年者の保護は必ずしも対立するものとして理解されてきた訳ではないということが指摘できよう。

(3) 構成要件にかかる議論

構成要件、特に行為態様についても内面的な問題意識が旧刑法から存在していた。すなわち、父母後見人等の権利が侵害されたり、子が一定の状態を離脱したりしたとしても、略取誘拐が成立しない場合があるのではないかという問題意識である。そこにおいては、幼者の「真の承諾」があった事例や、なされた行為が「勧誘」に過ぎない事例等において可罰性は認められないのではないかという議論が展開されている。

また、主体要件については、人身売買・虐待にかかるような悪質な事例については親も主体になりうるのではないかということ、客体要件については、法律上知能が不十分のものとして取り扱われているという点を理由に二十歳で刑法 224 条と 225 条とが区別されているが、それで適切であるのかということ等といった問題意識が展開されていたことは参考に値する。

頁も、「行動の自由及び被拐取者の安全を保護法益としつつ、両者についての法益侵害性を総合的に評価して、当罰の程度に至っていると解されるいくつかの類型的略取・誘拐行為に限って、処罰の対象とするものと解される」としている。

IV. 検討の前提2 —— ドイツ刑法 235条を巡る議論

1 はじめに

それでは、次にドイツ刑法における議論状況につき紹介を行いたい。

II 3での指摘に加えて、IIIで考察したようにドイツ刑法が日本の学説において度々参照されていたことから、日本刑法224条等に相当するドイツ刑法の条文の理解が必要であることは更に裏付けられた。そして、ドイツ刑法の条文を見ると、日本刑法224条に相当する条文はドイツ刑法235条であると言えることができる。

もっとも、ドイツ刑法の前提とする家族法・家族観が日本のそれらとは異なりうることから、最初にドイツ家族法のうち関連する規定等に関する知見につき紹介を行った上で、ドイツ刑法235条をはじめとする議論の紹介に移りたい¹⁷⁷⁾。

2 前提知識：ドイツ「親権」¹⁷⁸⁾ 法概略

ドイツ民法典(BGB)において、「親権法」に対応する規定は、第4編「家族法」第2章「親族」第5節「親の配慮」に置かれている(ド

イツ民法1626条～1698b条¹⁷⁹⁾のため、この中で¹⁸⁰⁾特に関連すると思われる部分につき、その概略の紹介を行う。

(1) 親の配慮(Sorge)について

a 「親の配慮」概念

(a) 歴史

1896年に成立したドイツ民法典においては、支配権的性格を有するローマ法における「父権」に由来する「親の権利、力(elterliche Gewalt)」という言葉が用いられてきたが、1970年代初頭の西ドイツにおける新児童保護運動を受けて、1979年改正(「親の配慮の新たな規制に関する法律」1979.7.18)により「親の配慮(eleterliche Sorge)」という言葉が用いられるようになったとされる。すなわち、この言葉の置き換えによって、親権制度が親の支配権的色彩を取り去り、子の福祉を指導理念とする、自立した個人へと子の保護と補助のための制度へと転換したとされている¹⁸¹⁾。

(b) 性格

「配慮」(Sorge)は、ナチス時代の国家による家族介入と集団教育への反省から、「親の自然の権利」とされ、基本権として位置付けられている(基本法6条2項)が、連邦憲法裁判所によれば、これは権利と義務とが最初から不可分に結びついたものであり、国家に対する関係では自由権であるが、あくまでも「子の福祉」のために保障されているので

177) ドイツ家族法については日本語での紹介文献が多数存在するため、それらの先行研究に依拠して説明を行うが、ドイツ刑法235条については紹介文献がほとんど存在しないため、ドイツ語文献・立法資料等を適宜参照しながら紹介を行う。

178) 後述するようにドイツでは「親権」ではなく「配慮」という概念を用いた規律が採用されているものの、「親権法」という言葉を用いた紹介が行われることもあるようである。例えば、岩志和一郎「ドイツの親権法」民商136巻4-5号497頁(2006)。

179) 以下2の紹介において、特段の指定がない限り、条文番号はドイツ民法の条文番号を指す。

180) そのため、第4編第2章第6節「補佐」(Beistandschaft)(婚姻していない母から生まれた子の父性確認等のために少年局が支援を行う(1712条))や、第4編第3章「後見、法的世話、保護」(未成年者や心身に障害を有する成年者等、他者による支援を必要とする者に対して法律上の支援者を付与するための制度)等についての紹介は省略する。なお、以上の説明及び訳語につき、ドイツ家族法研究会「親としての配慮・補佐・後見(三)」民商144巻1号123頁、165頁以下(2011)、同「親としての配慮・補佐・後見(四)」民商145巻1号85頁、85-88頁(2012)。

181) 以上、大村敦志ほか編著『比較家族法研究——離婚・親子・親権を中心に』423頁、424頁〔西希代子〕(商事法務、2012)。沿革については岩志・前掲注178)497-503頁。

なお、配慮の共同性を明確にするために、そして親の配慮には権利よりも義務が多く結びついていることを明示するために、1997年に「父と母は……権利を有し、義務を負う」という規定は「両親は……義務を負い、権利を有する」と変更されたとされる。岩志・前掲注178)503頁。

あり、他の自由権とは異なり受託的権利ないし受託者の自由であるとされている¹⁸²⁾。

(c) 内容

親の配慮は、身上配慮（身上監護、*Personensorge*）及び財産配慮（財産管理、*Vermögenssorge*）により構成される（1626条1項）が、本稿の問題関心との関係上、ここでは前者に限って紹介する。

身上配慮は、子の成長の助成と、自己責任と社会生活を送る能力を備えた人格に向けた教育のための、事実的ならびに法的行為の全てを指し¹⁸³⁾、子の身上に関するあらゆる事項を包含する¹⁸⁴⁾。そして、「特に¹⁸⁵⁾、子を

保護し、教育し、監督し、その居所を指定¹⁸⁶⁾する権利及び義務を含む」（1631条1項）とされているため、身上配慮権者は、これらの権利義務¹⁸⁷⁾として、衣食等の世話のみならず身体・精神・道徳・知能等の様々な面の世話¹⁸⁸⁾や、子が遭遇する、又は子自身が引き起こす危険からの子供の保護を行うことができる¹⁸⁹⁾。

b 「親の配慮」の帰属と行使

(a) 配慮権者

配慮権の帰属については、西・前掲注181)431頁の表を参考に¹⁹⁰⁾図示すると、以下のようなになる¹⁹¹⁾。

図表

父母の関係		配慮権の帰属
①婚姻中（③を除く）		共同配慮（1626条1項）
②婚姻関係にな い場合	父母による共同配慮表明	共同配慮（1626a条1項）
	（子の出生後の）父母の婚姻	
	家庭裁判所による付与	
	上記以外	原則母の単独配慮（1626a条3項）（cf. 1671条2項）
③継続的別居 or 離婚後	配慮権委譲申立	母又は父の単独配慮（1671条1項）
	上記以外	共同配慮（1626条1項）

182) 西・前掲注181)425頁、426頁。

183) 岩志・前掲注178)513頁。

184) ドイツ家族法研究会「親としての配慮・補佐・後見（一）」民商142巻6号633頁、664頁（2011）。

185) 他にも身上配慮は及ぶ（例えば代理（1629条1項）、交流決定権（1632条3項）等）。

186) 後述する1632条1項に規定する引渡請求権の根拠になる。

187) なお、監督義務につき、「父母の影響力は子が自己責任を備えるにつれて後退する。子の発育を促すには、新たな世界を発見し、危険に慣れる、一定の自由な枠を子に与えることも必要である。この自由な枠が子には教育的な手段であることを父母は常に考慮していなければならない。」とされている。ドイツ家族法研究会・前掲注184)665頁。

188) 懲戒行為は、かつては教育権の一内容として承認されていたが、2000年の「教育からの暴力の排除と子の扶養法の改正に関する法律」により、子供の「暴力によらず教育される権利」が認められ、「体罰、精神的侵害及びその他の尊厳を害する措置は許されない」とされている（1631条2項）。参照、岩志和一郎「暴力によらずに教育される子の権利——ドイツ民法のアピール——」早稲田法学80巻3号1頁（2005）。

189) 西・前掲注181)427頁。

190) 同文献の図は、現1671条1項3号に相当する内容を含まず、1672条を含んでいるが、現在では、連邦憲法裁判所の違憲判決（BVerfGE 127, 132 v. 21.7.2010）等に由来する2013年4月16日法による変更により、1626a、1671条の規定は変更され、1672条は削除されている。

191) 配慮権の委譲申立てとは、両親のいずれかの申立により配慮権の全部又は一部の委譲を申し立てることであり、それが認められるのは「（14歳以上の子が反対しておらず）他方の親が同意したとき」又は「共同配慮の取りやめ及び申立人への委譲が、子の最善の福祉に最も適合すると予想されるとき」に限られる（1671条1項）。なお、②で母が単独配慮をしている場合にも、申立により一定の場合に父に配慮権が付与されることがある（1671条2項）。

(b) 共同配慮権者間の調整

両親は、「自己の責任と双方の合意により、子の福祉のために行使しなければなら」ず、意見が異なる場合には一致するよう努めなければならない(1627条)。そして、子にとって重要な配慮事項(後述の(c)参照)について意見が一致しないときは、家庭裁判所に申し立てることで、一方に決定を委ねさせることができる(1628条)。

(c) 別居中の行使に関する規定

(b)に記した1627条は別居中の父母にも適用されるが、子と同居している親は「日常生活の諸事務」¹⁹²⁾について単独で決定する権限を有し、普段子と同居していない親は、他方の事前同意又は裁判所の決定により、子と共に居住するときに限って、「事実上の世話に関する事務」について単独で決定する権限を有する¹⁹³⁾(1687条1項)¹⁹⁴⁾。しかしながら、「子にとって重要な意味を有する事務」¹⁹⁵⁾については、共同配慮権者の合意が必要となる(同項)。

○ 「親の配慮」の制限

子の身体的、知的若しくは精神的福祉又は財産が危険にさらされる場合において、両親が危険を回避しようとしないうとき、又は危険を回避できる状態にないときは、家庭裁判所が必要な措置をとる必要がある(1666条1項)とされ、社会福祉援助のみならず配慮権

剥奪等も行われうる(同条3項)¹⁹⁶⁾。

(2) 子の引渡し

身上配慮は、「子を違法に父母又は父母の一方に渡していない者に対し、子の引渡しを求める権利を含む」(1632条1項)¹⁹⁷⁾。もっとも、この引渡請求は、身分法上の特別なものとして位置付けられており、物権法上の返還請求権と同じように扱うことはできないとされる¹⁹⁸⁾。

請求権者は事実上の身上配慮を行っている者であり¹⁹⁹⁾、名宛人は、子を父母又は父母の一方に違法に引き渡さない者である。

まず、「引き渡さない」とは、子の居所を隠す、子をたらい回しにする等、父母が居所指定権を行使することが困難となることが必要であり、第三者が自身で判断できる子に居所や食料を与えることによりその父母に従わない機会を与える等、完全に受け身の形で対立しているだけの場合は、該当しないとされる²⁰⁰⁾。

また、居所指定権のある身上配慮者に対し子を引渡ししていないことは、その者に同順位の居所指定権がある場合又は引き渡さないことに正当な理由がある場合を除き、違法であるとされる。もっとも、引渡請求が権利濫用となる場合は違法性が否定される場合もあるし、父母間での引渡請求においては、引渡しが子の福祉に合致する場合にのみ請求が認

192) 1687条1項において「たびたび必要となり、かつ、子の発育に重大な変化をもたらしうる効果を有しないもの」と定義されており、食事、就寝時間、選択された学校における具体的活動・勉強内容、課外活動・塾等、日常の自由時間の過ごし方、友人との交流、通常の病気等の治療、日常のしつけ、小遣い、少額の贈与された金銭の管理、子が処分を許された財産の範囲での利用等が該当するとされる。西・前掲注181)434頁、435頁。

193) 主な適用事例は、面会交流の場合であり、ここでの「事実上の世話に関する事務」とは、例えば、子が何を食べるのか、何時に就寝するのか、テレビをどの程度見せるのかということであり(参照、ドイツ家族法研究会(三)・前掲注180)151頁)、「日常生活の諸事務」よりも狭い範囲の事務を指す(西・前掲注181)435頁)。

194) もっとも、いずれの権限も、子の福祉のために必要な場合は家庭裁判所によって制限・排除されうる(1687条2項)。

195) 日常生活の事務以外の事務であり、しばしば生じるものではなく、子の発育に通常は重大な影響を及ぼす、又は及ぼしうるものを指すとされる。具体例としては、日常の監護の領域における基本決定、居所の定め、氏の定め、学校教育、宗教教育、職業訓練、緊急事態を除く外科的侵襲等が挙げられる。以上、ドイツ家族法研究会(三)・前掲注180)149頁。

196) なお、少年援助法(連邦社会法典第8章、SGB VIII)も含めたドイツにおける児童保護について、岩志和一郎「子の利益保護のための親権の制限と児童福祉の連携——ドイツ法を参考として」法時83巻12号18頁(2011)。

197) 当該引渡請求にかかる争訟については、家庭裁判所が決定する(同条3項)。

198) ドイツ家族法研究会「親としての配慮・補佐・後見(二)」民商143巻4=5号548頁、549頁(2011)。

199) ドイツ家族法研究会・前掲注198)549頁。

200) ドイツ家族法研究会・前掲注198)550頁。

められるとされる²⁰¹⁾。

(3) 子との交流

a 交流権・交流義務の内容

子は、父母双方と交流 (Umgang) する権利を持ち、父母は子と交流する義務を負い、権利を有している (1684 条 1 項)、父母は、子と他方との交流・関係を侵害してはならない (同条 2 項)。「親の双方との交流は、原則として子の福祉に適う」(1626 条 3 項)とされており、親子の関係の保護、親子双方の利益、ひいては父母の関係構築・維持にも資するとされている²⁰²⁾。

また、条文の文言が、かつては「直接的な交流 (persönlicher Umgang)」とされていたが、現在は「交流 (Umgang)」となっており、訪問のみならず手紙や電話等による接触も含む包括的なものとなったとされている²⁰³⁾。

b 交流権の性質

交流権については、血縁に基づく親の自然権という性質から、親の責任を果たすために保障されている権利であるという性質へとその理解が変遷したが、児童の権利条約²⁰⁴⁾が親との接触を子の権利としていることとも相まって、子自らが親と交流する権利を有するとする見解が有力に主張されるようになり、1684 条では、交流をまず子の権利と明確に位置付けている。もっとも、交流は子の権利であるものの、これは交流の直接的な請求権

が子供にあることを意味するものではない²⁰⁵⁾。

c 交流の実行

交流の方法や範囲等については、当事者の合意があればそれが優先するが、家庭裁判所で詳細を取り決めることもできる (1684 条 3 項)。

交流の実行にあたっては、親は子と親の他方との関係に影響を与えたり教育を妨げたりすることは行ってはならない (同条 2 項)。これは、善行条項 (Wohlverhaltensklausel) と呼ばれ、制裁規定は存在しないものの、義務履行を促すことはできる他 (同条 3 項)、義務違反につき親の配慮の制限 (1666 条) や交流権の排除・制限 (1684 条 4 項) の問題として処理ができるとされる²⁰⁶⁾。

3 ドイツ刑法 235 条の紹介

以上の家族法上の規定等を前提に、ドイツ刑法 235 条の紹介へと移りたい。未成年者奪取 (Entziehung Minderjähriger) について規定するドイツ刑法 235 条は、前述の通り、1998 年の第六次刑法改正によって、大幅にその規定を変容させていることから、まずは新旧ドイツ刑法 235 条の規定につき俯瞰した上で、議論状況の紹介に移りたい²⁰⁷⁾。

201) 以上、ドイツ家族法研究会・前掲注 198)550 頁, 551 頁。

202) ドイツ家族法研究会 (三)・前掲注 180)138 頁, 138-139 頁。

203) ドイツ家族法研究会 (三)・前掲注 180)140 頁。

204) 児童の権利条約は、9 条 3 項において、父母のいずれとも人的関係及び直接接触を維持する子どもの権利を尊重するよう加盟国に求めている。この点、面接・交流が親のみならず子どもの権利であることも明確にした点で意義は大きい (喜多明人ほか編『逐条解説』子どもの権利条約』93-94 頁 (日本評論社, 2009)) 一方、「尊重する」(shall respect) は、「尊重する」という抽象的な義務を謳ったに過ぎず、同項に規定された権利が完全に行使される保障をまで求める趣旨ではないと解される」とされる (波多野里望『逐条解説 児童の権利条約 [改訂版]』61 頁 (有斐閣, 2005))。

205) 以上、岩志・前掲注 178)522 頁。この明確な位置付けが、交流の原則的肯定の根拠や、子の権利の積極的実現のためのシステム確保の要請を基礎付けているとする。

206) 岩志・前掲注 178)524 頁。

207) ここでの議論に用いるドイツ語文献等について、ここでまとめて紹介を行っておく。

まず、一般公開されている立法理由書 (BT-Drucks, 以下 BT-Drs.) として、第六次刑法改正にかかる部分につき BT-Drs.13/8587。

また、第六次刑法改正にかかる注釈書につき Friedrich Dencker/ Eberhard Struensee/ Ursula Nelles/ Ulrich Stein., EINFÜHRUNG IN DAS 6. STRAFRECHTSREFORMGESETZ 1998, S. 63 Rn. 32 (Nelles) (以下 Nelles)。

次に、コンメンタールとして、

Laufhütte/ Saan/ Tiedemann, Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar, 12., neu bearbeitete Aufl., Siebenter Band, 2. Teilband, 2015 (§ 235 につき Christoph Krehl, 以下 LK-Krehl)

(1) 新旧ドイツ刑法 235 条の規定

1998 年改正前条文は以下の通りである²⁰⁸⁾。

「第 235 条

①偽計、脅迫又は暴力によって、父母、後見人又は保佐人の手から 18 歳未満の者を奪った者は、5 年以下の自由刑又は罰金に処する。

②特に重い事態においては、その刑は 6 月以上 10 年以下の自由刑とする。行為者が利欲心から行為したときは、原則として、特に重い事態が存する。」

これに対して、現在の条文は以下の通りである²⁰⁹⁾。

「第 235 条

①以下の者は 5 年以下の自由刑又は罰金刑に処す。

1 18 歳未満の者を、暴行、重大な害悪を加える旨の脅迫、若しくは偽計 (List) によって、又は

2 子供 (Kind) の親族以外の者で、子供を両親、親の片方、後見人、又は保佐人 (Pfleger) から奪取する者、又は両親、親の片方、後見人、又は保佐人に渡さない者

②以下の者も前項同様に処す。すなわち、

1 子供を、両親、親の片方、後見人、又は保佐人から、外国へ運び去る目的で、奪取する者

2 子供が国外に連れ出され若しくは外国に赴いた後に、両親、親の片方、後見人、又は保佐人に、子供を外国にて引き渡さない者

③ 1 項 2 号と 2 項 1 号の場合は未遂も可罰的である。

④ 以下の場合、1 年以上 10 年以下の自由刑に処す。

1 行為者が、被害者に対し、当該行為により、死の危険、重大な健康被害の危険、又

は身体的若しくは精神的発育に対する著しい損害の危険を与える場合

2 有償で、又は自己若しくは第三者の営利を目的として行為をなす場合

⑤ 行為者が、行為により被害者の死を引き起こした場合、3 年以上の自由刑に処す。

⑥ 4 項のうちそれほど重くない事案では 6 月以上 5 年以下の自由刑を科し、5 項のそれほど重くない事案では 1 年以上 10 年以下の自由刑を科す。

⑦ 1 項から 3 項にかかる事案において未成年者奪取罪は、刑事訴追機関が刑事訴追に関する特別の公共の利益のために職権による訴追が必要であると評価しない限り、告訴によってのみ訴追される。」

(2) 沿革との「ズレ」

a 「実力支配」「個所の移動」の存在箇所 (a) ドイツ刑法 235 条での不存在

新旧ドイツ刑法 235 条の条文を見ると、これは明らかに現在の日本刑法 224 条に相当する規定である。すなわち、成立範囲に争いはあるものの、第三者によって父母等の下から子が連れ去られた場合という典型的な「略取誘拐」事例について、特段の目的要件を課すことなく可罰性を認めるという意味において、両条文は共通しており、日本刑法 224 条の考察にあたっては、ドイツ刑法 235 条の参照が求められるとすることができる。

しかしながら、後述するドイツ刑法 235 条の議論を見ると、日本刑法 224 条の議論状況とは大きく異なっている。それは現在の日本刑法 224 条の議論と異なるというにとどまらず、ドイツ刑法の判例学説を参照していたと思われる旧刑法・現行刑法下の学説とも異なるのである。例えば略取誘拐の定義について、岡田朝太郎は、ドイツの議論を援用することを明示して「被害者の現在する個所より

Urs Kindhäuser/ Ulfrid Neumann/ Hans-Ullrich Paeffgen, Nomoskommentar Strafgesetzbuch, 4. Aufl., 3. Band., 2013 (§ 235 につき Sonnen, 以下 NK-Sonnen)

Albin Eser, Schönke/Schröder Strafgesetzbuch Kommentar, 29., neu bearbeitete Aufl., 2014 (§ 235 につき Eser/Eisele, 以下 Schönke/Schröder- Eser/Eisele)

Thomas Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 62. Aufl., 2015 (以下 Fischer)。

また、旧法下の論文として、Geppert, a.a.O. (Anm.1)。

208) 法務資料 439 号 162 頁参照。

209) 法務資料 461 号 146-147 頁参照。もっとも法務資料から適宜訳を変更した点もある。

他の個所に伴行する行為」としていた²¹⁰⁾し、大場茂馬も、ドイツの見解を引用しながら「實力上の支配を獲得する」としていた²¹¹⁾。これに対して、ドイツ刑法 235 条の要件たる「奪取」(Entziehen)については、後述するように、一般的には、確実な持続をもってなされる配慮権者からの空間的分離と定義されており、「実力支配」や「個所の移動」等といった概念は使われていないのである。

そこで今一度戦前までの学説の議論を見返すと、岡田朝太郎は略取誘拐の定義において Entführen という単語を引用し、勝本勘三郎は罪質の説明の中で Menschenraub という単語を用いていた²¹²⁾。すなわち、ここでは Entziehen という単語が用いられていない。

そして重要なことは、これらの単語は現在ドイツ刑法の条文においては別の条文に発見されるということである。例えば、Menschenraub は「人の強取」として、遺棄したり軍事関連の用務につかせたりする目的で「捕らえる」(bemächtigen) 行為についてドイツ刑法 234 条に定められている²¹³⁾し、「誘拐する」という訳語が当てられる Entführen は、「恐喝利用のための人身強取」として、恐喝利用目的で人を「誘拐」したり(entführen)「捕らえ」たり(bemächtigen)する行為の処罰を定めるドイツ刑法 239a 条²¹⁴⁾の中に、規定されている。

(b) 他の条文との接近——ドイツ刑法 235 条との乖離

そこで、ドイツ刑法 234 条と 239a 条の議論を見ると、以下のような議論が看取される。すなわち、ドイツ刑法 234 条の保護法益は「個人的自由、つまり自己決定能力を物理

的障害なく通用させられる状態」であり、「捕らえる」(bemächtigen)とは、「物理的支配(physische Herrschaft)を獲得する(erlangen)」こととされていること²¹⁵⁾、ドイツ刑法 239a 条の保護法益は、「第三者の憂慮や財産に加えて」「誘拐された者の自由及び精神的身体的完全性」であり、「誘拐する」(entführen)とは、「行為者の自由な影響にさらされる他の場所(Ort)へ運び去ること(Verbringen)」とされていること²¹⁶⁾が見て取れるのである。

一見して明らかなように、これは日本における議論と近接する。ドイツ刑法 239 条の保護法益の議論はまさに日本法学説にいう「被拐取者の自由や安全」に極めて類似するし、ドイツ刑法 234 条の行為態様は現行刑法下の日本学説にいう「実力支配の獲得」に類似し、ドイツ刑法 239a 条の行為態様は岡田朝太郎のいう「個所の移動」に他ならない。

しかし重要なことは、これらの議論は現在のドイツ刑法 235 条には通用していないということ、そして日本刑法 224 条と類比されるべきはドイツ刑法 235 条であるということである。ここで、従前のドイツ刑法の参照が適切であったのか、或いは従前の参照を現在まで継続することが適切であるのか、という疑義が生じる。

b かつての学説において参照されたドイツ刑法議論の探究

それでは、ドイツ刑法を明示的に参照していた岡田朝太郎や大場茂馬は如何なる議論を参照していたのだろうか。岡田朝太郎については明示的ではないものの、両者とも Reinhard Frank や Franz von Liszt の見解を大い

210) III 2(2) a(c)参照。

211) III 3(3) a(b)参照。

212) 勝本・前掲注 103)201 頁。

213) ドイツ刑法 234 条 1 項「無援状態において人を遺棄するため、又は、外国における軍事施設若しくは軍事類似設備で用務につかせるために、暴行を用い、重大な害悪を加える旨の脅迫により又は策略により、人を捕らえた者は、1 年以上 10 年以下の自由刑に処する。」(法務資料前掲注 209)を参考に一部変更)。

214) ドイツ刑法 239a 条 1 項「自己の安否をめぐる被害者の憂慮若しくは被害者の安否をめぐる第三者の憂慮を恐喝に利用するために、人を誘拐し若しくは捕らえた者、又はこれらの行為により行為者が生じさせた人の状態をかかす恐喝に利用した者は、5 年以上の自由刑に処する。」(法務資料前掲注 209)を参考に一部変更)。

215) 例えば Fischer, a.a.O.(Anm.207), § 234 Rn. 2-3.

216) 例えば Fischer, a.a.O.(Anm.207), § 239a Rn. 2,4, Schönke/Schröder-Eser/Eisele, Rn. 2,6.

に参照していると思われる²¹⁷⁾。

そこで、19世紀末・20世紀初めの彼等の教科書²¹⁸⁾を紐解くと、以下の議論がなされていることがわかる。

まず、前提として、当時の刑法は、234条にて遺棄したり奴隷にしたり軍事関連の用務につかせたりする目的で捕らえる (bemächtigen) 行為につき定め、235条にて (現行ドイツ刑法 235条同様の) 未成年者を奪取する (entziehen) 行為につき定めており、それとは別個に 236, 237条にて猥褻又は婚姻目的での婦女の誘拐 (entführen) が定められていた。そして、「誘拐罪」については、236条は偽計・脅迫・暴行により婦人を誘拐する行為を定めるのに対して、237条は未成年者且つ未婚の婦人をその承諾を得ながらも両親、後见人又は養育人の承諾なくして誘拐する行為を定めていた。

そして、Lisztは、234, 235条を広義の「人の強取」(Menschenraub)に含め、前者を狭義の「人の強取」、後者を「幼者の強取」(Kinderraub)と呼称し、236, 237条の「誘拐罪」(Entführung)とは章を分けて整理している²¹⁹⁾。しかし、その上で、「人の強取」については、234, 235条を区分することなく「人に対して直接に身体的支配を得ること」と定義する²²⁰⁾一方、236, 237条について

も「直接的身体的支配の獲得」と定義しており²²¹⁾、特に未成年者の未婚の婦人を誘拐する場合を定めた237条については「両親又は後见人の支配関係及び保護関係を破る全ての手段が誘拐に包含される」²²²⁾としているのである²²³⁾。

Frankも、逐条解説の中で、234条について「捕らえること」(Bemächtigung)とは人に対する物理的支配の獲得であること²²⁴⁾、235条について「奪取する」(Entziehen)とは「父母又は後见人の力関係ないし保護関係の事実上の解消、及び他の同様の (力関係/保護関係の) 事実上の創設」であること²²⁵⁾、誘拐罪についても異なる場所へ移動させるだけでなく「事実上の支配関係の創設」が行われる必要があること²²⁶⁾を述べている。

c 沿革上推察される事実

19世紀ドイツ法学説全体を考察することができた訳ではないという留保は必要であるものの、少なくとも日本法学説が多く参照していたと思われる点を参照すれば、以下のことが推察される。すなわち、日本法学説が参照したと思われる19世紀ドイツ法学説においては、「人の強取」と「誘拐罪」とが分けて規定されていたにもかかわらず、そして悪質な目的の限定の有無という差異が存在したにもかかわらず、悪質な目的の強取 (Men-

217) 大場は略取誘拐罪にかかる叙述の中でも、明示的に「フランク氏」「フォン・リスト氏」として引用を行っている (大場・前掲注 163)211頁等や翌年以降 (4版以降) の同著書の同箇所につき参照)。岡田朝太郎は明示的でないが、第三編第一章「第十節 幼者を略取誘拐する罪」の直前の「第九節 幼者又は老疾者を遺棄する罪」において Frank の記述を引用したと思われる箇所が存在する (参照、岡田朝太郎『刑法各論講義 完』66丁 (講義録であり年数等不明))。

218) Reinhard Frank, Das Strafgesetzbuch für Deutsche Reich: nebst dem Einführungsgesetze, 2., neu bearbeitete Aufl., 1901 (以下 Frank), Franz von Liszt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, achte durchgearbeitete Aufl., 1897 (以下 Liszt)。

219) Liszt, a.a.O.(Anm.218), § 101, 103.

220) Liszt, a.a.O.(Anm.218), § 101 I (S. 375).

221) Liszt, a.a.O.(Anm.218), § 103 II (S. 384).

222) Liszt, a.a.O.(Anm.218), § 103 III 2 (S. 386).

223) また一点注目されるべき事実として、Lisztは刑法 235条について、両親や後见人も、(客体に対する) 監督権 (die Aufsicht) が剥奪された場合や単独帰属しない場合には、刑法 235条の行為主体になりうるとしている (Liszt, a.a.O.(Anm.218), § 101 III (S. 376))。前述したように、身上配慮の中身の一つとして「監督権」(das Recht zu beaufsichtigen) がドイツ民法 1631条に規定されていること、かかる規定が1900年頃より存在していることからすれば、推察の域を出ないが、このドイツ法の理解が日本刑法学説上しばしば見られた「監督権」なる言葉遣いに影響を与えているのではないかと、とも考えられる。

224) Frank, a.a.O.(Anm.218), § 234 I 1 (S. 290).

225) Frank, a.a.O.(Anm.218), § 235 III (S. 291).

226) Frank, a.a.O.(Anm.218), § 236 II (S. 291-292).

schenraub), 単純な未成年者の奪取 (Entziehen), 更に婦女の誘拐 (Entführen) といったもの全てを通じて, 支配の獲得・支配関係の創設という概念により比較的統一的に行為態様が捉えられていることがわかる。そして, II IIIでの議論を参照すれば, これは現行刑法制定後の日本刑法 224 条以下の議論状況に極めて類似していると言えよう。

しかしながら, 重要であるのは, 現在のドイツ学説はそのようには理解していないということである。ドイツにおいては, 少なくとも人の強取にかかるドイツ刑法 234 条や, 恐喝目的の誘拐にかかるドイツ刑法 239a 条の法益・文言解釈と, 未成年者奪取にかかるドイツ刑法 235 条のそれらとは大幅に乖離しているのである。ここに, 沿革との「ズレ」, そしてドイツ法学説と日本法学説の「ズレ」の要因が看取される。

(3) 拐取罪一般にかかる議論

それでは, ドイツ刑法 235 条を巡っては如何なる議論が展開されているのだろうか。まずは拐取罪一般にかかる議論について整理を行い, その後に第六次刑法改正において挿入された「家族間における子の奪い合い」への適用に関する議論について紹介を行いたい。

a 保護法益論

(a) 総論

これまで判例上, 刑法 235 条の保護法益は, 子供に対する親の又はその他親族法上の配慮権 (Sorgerecht) であるとされ²²⁷⁾, 当該規定は間接的に (mittelbar) のみ子供の利益に資するとされており²²⁸⁾, 配慮権の刑法上の保護の反射 (Reflex) としてのみ問題となっていた²²⁹⁾。

しかしながら, 第六次刑法改正において 4

項が挿入されたことと相まって, 奪取された者も直接的に (unmittelbar) 保護されていると解されるようになり²³⁰⁾, 未成年者自身の身体的精神的完全性 (körperliche und seelische Integrität) も保護法益に含まれると解されているに至っている²³¹⁾。もっとも, こうした未成年者の権利は, 未成年者の養育権を映す配慮権の刑法上の補強を通じて十分に保護されるのであって, 法益保護の観点からすれば, 一つの同じ法的考え (Rechtsgedanken) の二つの異なった側面に過ぎないとする見解もある²³²⁾。

(b) 各論①: 配慮権

ここでの配慮権は, 民法 1631 条以下にいう配慮権であり, 未成年者を世話・養育・監督し, 居住地を決定する権利を含むものであるが, ここで保護されているのは, 法的地位としての人的配慮権であり, 犯行時にその権限を自分で又はその他の者を通じて主張していたかどうかは問題としないとする見解が主張されている²³³⁾。

なお, 共犯関係について興味深い議論が展開されていることを一点付言しておく。すなわち, 学説の中には, 未成年者は行為者にも幫助者にもなり得ないとするものがあり, その理由としては, 刑法 235 条は未成年者の保護に直接資するが, 当該規定は未成年者自身に対する配慮権について未成年者側からの侵害からは保護していないという点が挙げられている²³⁴⁾。これによれば, この「自己の奪取」については, 正犯行為が欠如しているために, それを教唆したり援助したりしても不可罰であるが, その一方で, 未成年者の側ではただ幫助だけするような可罰的な未成年者奪取の正犯行為との区別については問題とな

227) BGHSt 1,364, BGHSt 10,376, BGHSt 39,239, BGHSt 44,355.

228) BGHSt 39,239. Geppert は, 旧法下での論文であるが, 刑法 235 条を自由に対する罪 (Freiheitsdelikt) と解する理解を「定評通り誤った体系的な位置付け」(anerkanntermaßen verfehlten systematischen Standorts) とまで言う (Geppert, a.a.O.(Anm.1), S. 771)。

229) LK-Krehl, a.a.O.(Anm.207), § 235 Rn. 32

230) BT-Drs. 13/8587 S. 38.

231) NK-Sonnen, a.a.O.(Anm.207), § 235 Rn. 3, Schönke/Schröder-Eser/Eisele, a.a.O.(Anm.207), § 235 Rn. 1, Fischer, a.a.O.(Anm.207), § 235 Rn. 2, LK-Krehl, a.a.O.(Anm.207), § 235 Rn. 35ff. 等参照。

232) LK-Krehl, a.a.O.(Anm.207), § 235 Rn. 37.

233) LK-Krehl, a.a.O.(Anm.207), § 235 Rn. 2, 6.

234) LK-Krehl, a.a.O.(Anm.207), § 235 Rn. 113.

りうるとされている²³⁵⁾。

(c) 各論②：子との交流権

また、第六次刑法改正の立法理由書においても指摘されているように、子との交流権も保護法益に含まれ、行為の相手方が配慮権を有していなくとも、民法 1634 条に基づき直接交流権を有する場合には、刑法 235 条が適用されうる²³⁶⁾。

これは、配慮権を有する親であっても、配慮権は有しないが子との交流権を有するもう片方の親に対して、本罪を行うことが可能であるということの意味し、判例上も肯定されている²³⁷⁾。そして、これは以下の理由に基づく²³⁸⁾。すなわち、交流権は、配慮権を有しない片方の親が実際に会ったり相互に話し合ったりすることを通じて、子供の身体的精神的健康状態とその発育について持続して確信を抱き、子との親戚関係を維持すること等に資する。これにより、もう片方の親と子との間が疎遠になることが防がれるのみならず²³⁹⁾、もう片方の親は「予備の片方の親」(Reserveelternteil)であって、一定の場合に²⁴⁰⁾ 配慮権者たる地位に再びつきうる者であるのだから、交流権は子供の順調な発育に資するのである。

b 構成要件要素：奪取

それでは、かかる保護法益論を前提に、構

成要件要素についてはどのような議論が展開されているだろうか。現在、刑法 235 条には様々な行為類型が主体に応じて定められているが、奪取又は引き渡さないことが共通の要件となっている。

(a) 「奪取」

奪取とは、片方の親の配慮権が「一定の時間事実上無効にされたり、行使不能な程度にまで本質的に侵害されたりしている場合」に成立するとされ²⁴¹⁾、配慮権者からの空間的分離 (räumliche Trennung) が確実な持続 (gewisse Dauer) をもって行われることが必要であるとされる²⁴²⁾。もっとも、その持続が本質的な侵害にとって十分であるか否かは、その個別事情及び刑法 235 条の目的に従って決される必要があり²⁴³⁾、時間的要素のみならず、未成年者が身体的精神的に危険にさらされたか否か、侵害の強度、未成年者の年齢や保護の必要性等が考慮されるとされる²⁴⁴⁾。

保護法益が法的地位としての配慮権であるという立場からは、配慮権者が監督権を事実上実行していない場合にも成立しうることから、配慮権者の直接的支配領域を脱することは「奪取」にとって必要でない(監督権者無しで道路上にて遊んでいる子供に対しても成立する)²⁴⁵⁾。また未成年者が配慮権者によ

235) LK-Krehl, a.a.O. (Anm.207), § 235 Rn. 114.

236) BT-Drs. 13/8587 S. 38.

237) BGHSt 10,376, BGHSt 44,355. なお、前者の判例や LK-Krehl, a.a.O. (Anm.207), § 235 Rn. 4 は、配慮権から交流権が導かれるとしたり、配慮権の一部として交流権が保護されているとしたりしているが、後者の判例においては、配慮権を有しない片方の親の交流権は「今日もはや配慮権の残りの構成部分として理解される訳ではなく(しかしなお RGSt 66,254, BGHSt 10,376, 378), 基本法 6 条 2 項第 1 文を通じて保護されている自然権としての親権より導きだされるものである(参照, BVerfG, Urt. vom 29. Oktober 1998- 2 BvR 1206/98) ……」とした上で、それでもなお交流権は刑法 235 条の保護範囲に含まれるべきである旨が述べられている。なお、配慮権とは全く異なる性質であることを理由に反対する見解として、Geppert, a.a.O. (Anm.1), S. 775ff.

238) BGHSt 44,355, 358ff.

239) このように疎遠になることが防がれるべきであることは新民法 1626 条 3 項第 1 文 (子の福祉には、原則として、父母双方との交流を含む) に具体化されているとされている。

240) 民法 1678 条 2 項 (婚姻していない場合の配慮の帰属につき、配慮の事実上の障害又は停止による他の一方への変更)、1680 条 2 項及び 3 項 (単独配慮者の死亡又は配慮権者の配慮の剥奪の場合の配慮権帰属の変更)、1696 条 (子の福祉の危険の回避のための、裁判所の決定及び裁判所の承認を得た和解の変更) といった条文番号が、判決文では挙げられている。

241) BGHSt 10,376, 378.

242) Schönke/Schröder-Eser/Eisele, a.a.O. (Anm.207), § 235 Rn. 6.

243) BGHSt 10,376, 378.

244) LK-Krehl, a.a.O. (Anm.207), § 235 Rn. 53-54.

245) LK-Krehl, a.a.O. (Anm.207), § 235 Rn. 47.

り委託された者の事実上の監護下にいる場合や、既に未成年者が既に両親から奪取されている場合であっても、「間接的な」奪取が可能である²⁴⁶⁾。

なお、旧法下の見解として、子を巡る両親の争いにおいては、「奪取」を、子を人的配慮する地位を「全体として長時間違法に自己のために請求する」と制限解釈すべきであるとするものもあった²⁴⁷⁾が、現行法においては規定の文言にも目的にもそぐわないという批判が当てられている²⁴⁸⁾。

(b) 「引き渡さないこと」

また、「引き渡さないこと」は、民法 1632 条 1 項の「引き渡さないこと」に相当するとされている。すなわち、滞在地を隠したり、他の場所へ宿泊させたり、引渡しの求めに応じないよう子供に干渉したりすることで、引渡しを困難にするような場合に成立するのであって、付随的だがしかし引渡しの要求に対して消極的に振る舞うことによって、子供が配慮権者に従わない前提を作っただけの場合には成立しないとされるのである²⁴⁹⁾。

c 阻却事由：同意

なお阻却事由の一つに、保護法益論と関係すると思われる同意の問題が存在するため、この点についても付言する²⁵⁰⁾。

(a) 配慮権者による同意

配慮権者による同意 (Einverständnis) がなされた場合、もはや配慮権者の意思に反し

た奪取・引き渡さないことが存在しない以上、構成要件不該当となる²⁵¹⁾。もっとも、暴行・重大な害悪を加える旨の脅迫・偽計により惹起された同意は無効であるし、行為者の追求する目的について欺かれた場合についても無効である²⁵²⁾。

なお、同意が公序違反であったか否かは同意の有効性において顧慮されないとする見解が存在している。すなわち、刑法 235 条は、法律上の配慮権の侵害から保護しようとしているのであって、配慮権者による配慮権のありうる濫用から未成年者を保護しようとしているのではなく、そのような場合は少年の保護に資する規定や一般規定による処罰があり得たとしても、刑法 235 条では処罰され得ないという見解である²⁵³⁾。

(b) 未成年者の承諾

未成年者の承諾があったかどうかということは重要ではなく、原則として行為を正当化することはないとされている²⁵⁴⁾。第六次刑法改正にて未成年者の権利も保護されているものの、未成年者が固有の決定権限を有する訳ではなく、自分勝手な決定によって配慮権を取り除く権限も有しないからであるとされる²⁵⁵⁾。

(4) 「家族間における子の奪い合い」への適用に関する議論

それでは、以上の未成年者奪取罪の一般論を前提に、「家族間における子の奪い合い」

246) LK-Krehl, a.a.O.(Anm.207), § 235 Rn. 48-49.

247) Geppert, a.a.O.(Anm.1), S.783.

248) LK-Krehl, a.a.O.(Anm.207), § 235 Rn. 43.

249) BT-Drs. 13/8587 S. 38ff.

250) なお、その他にも正当防衛や正当化緊急避難、一定の場合における自救行為についても違法性阻却の可能性が認められているが、行為者にとっては誤ってなされたように思われる裁判上の配慮権に関する決定の独断的修正は正当化されない (Geppert, a.a.O.(Anm.1), S. 786ff., Schönke/Schröder- Eser/Eisele, a.a.O.(Anm.207), § 235 Rn. 20, LK-Krehl, a.a.O.(Anm.207), § 235 Rn. 104)。

251) Schönke/Schröder- Eser/Eisele, a.a.O.(Anm.207), § 235 Rn. 8, LK-Krehl, a.a.O.(Anm.207), § 235 Rn. 93.

252) NK-Sonnen, a.a.O.(Anm.207), § 235 Rn. 30, Schönke/Schröder- Eser/Eisele, a.a.O.(Anm.207), § 235 Rn. 8. しかしなお、同意の基礎となっている目的の変更等はそれが本質的でないとき (例えば父親が娘と映画館へ行かなくてはならなかったが、そのかわりにダンスの催し物に連れて行った場合) には、有効性に影響を与えないとされる (LK-Krehl, a.a.O.(Anm.207), § 235 Rn. 95)。

253) LK-Krehl, a.a.O.(Anm.207), § 235 Rn. 96ff.

254) Schönke/Schröder- Eser/Eisele, a.a.O.(Anm.207), § 235 Rn .8, LK-Krehl, a.a.O.(Anm.207), § 235 Rn. 101. もっとも、未成年者が錯誤なく自由意思で行為者についていった場合には、行為者により配慮権者等に対して 1 項 1 号に掲げる所為が用いられた場合にのみ可罰的になるという見解もある (LK-Krehl, a.a.O.(Anm.207), § 235 Rn. 100)。

255) LK-Krehl, a.a.O.(Anm.207), § 235 Rn. 101. 民法 1626 条以下に鑑みても明らかであるとされる。

に対する適用について、如何なる議論を経て新ドイツ刑法 235 条の条文に至ったのかにつき紹介を行いたい。

a 規定の変遷

(1)で紹介を行った旧法と現行法の条文の相違からすれば、「家族間における子の奪い合い」という側面において²⁵⁶⁾、新法には、行為主体が子供の親族である場合とそうでない場合について、以下の二点において可罰的範囲に差異が存在するという特徴が存在することがわかる。一つは、後者の場合は子供を奪取し又は引き渡さなければ常に罪責を問われる（構成要件的行為の限定が少ない）のに対して、前者の場合は 1 項 1 号に掲げられた所為でなされた場合又は 2 項に掲げられた外国関連の場合以外には罪責を問われないということであり、もう一つは、後者の場合は未遂が常に可罰的であるのに対して、前者の場合は外国へ運び去る目的の奪取の場合にのみ可罰的であるということである。

b 改正理由

(a) 改正の必要性

そこで、かかる点に関する改正理由を探るべく立法理由書²⁵⁷⁾を紐解くと、客観的構成要件、特に「暴行、脅迫、又は偽計」という限定、及び未遂処罰規定の不存在により、可罰性の間隙等が生じていないか、という問題設定の下で議論が行われている。

すなわち、立法理由書は、現在、未成年者奪取罪の保護法益は、両親の又は他の家族法上の配慮 (Sorge) であり、刑法 235 条は間接的にのみ子供の利益に資するとされているとした上で、例えば以下のような場合につき可罰性の間隙が存在するとする。

まず、乳母車に置かれた乳児を暴行、脅迫、偽計を用いることなく「窃盗」(Diebstahl) したり²⁵⁸⁾、スーツケースに乳児を入れて守

衛の目をかいくぐって寄宿舎から誘拐したりするような場合、未成年者奪取罪は成立しないし、幼児は移転につき対立する個々の意思を作ったり示したりすることはできないため、(ドイツにおける) 支配的見解によれば監禁罪 (刑法 239 条) に対する処罰も問題にならない。次に、行為者が子供と外国旅行に出た上で、行為者がその後子供を引き渡し戻さないことを初めて決心したような場合について、処罰されないため、行為者は刑事訴追を恐れる必要がなく国内に帰って来ることができてしまう。更に加えて、未遂処罰規定が存在しないため、乳母車の窃盗未遂は可罰的だが、乳母車に置かれた乳児の奪取未遂は可罰的でない、という耐え難い評価矛盾 (Wertungswiderspruch) を導いてしまう。

以上の問題状況に対して、構成要件を拡張することは、これまでも試みられてきたことであるし、他国においても刑法 235 条による場合よりも広く刑法上の保護を与えているのであるから、規定を拡張することが適切である。しかしながら、ただ拡張するだけでは、離婚ないし別居して暮らしている両親の争いにおける子供の奪取に関する事例につき、より大きな範囲で刑罰規定により把握されることとなり、その場合、家族間紛争が刑法上の方法により強く解決され、離婚手続や配慮権に関する手続が刑事手続へと置き換えられてしまうという危険が存在する²⁵⁹⁾。

そこで、父母又はその他親族 (ドイツ刑法 11 条 1 項 1 号) による所為については、刑法 235 条の変更を限定的なものにとどめたとされている。

(b) 改正の必要性に対応する個別規定

立法理由書²⁶⁰⁾によれば、4 項第 2 文 1 号が若者の順調な身体的精神的発育を目指していることから明らかなように、本改正は、刑

256) なお、刑が加重される場合が拡大しその法定刑が重くなったこと、旧法において絶対的親告罪とされていた (旧刑法 238 条 1 項) のに対し相対的親告罪となったことも相違点である。前者については、235 条は子供や青年の保護にも資するため、加重構成要件に関する拡張が適切であるからだとされている。BT-Drs. 13/8587 S. 39.

257) BT-Drs. 13/8587 S. 23ff.

258) 乳児を乗せた乳母車をそのまま押して連れ去れば、暴行・脅迫・偽計といった構成要件的行為を行うことなく、配慮 (権) を侵害できるという趣旨であると思われる。Vgl. Nelles, a.a.O. (Anm.207), S.63 Rn. 32 (Nelles).

259) 1962 年刑法草案においても、意識的に暴行・脅迫・偽計という構成要件の行為を保持した上に、行為者の範囲を親としての配慮権を有しない者へと制限しようとさえ試みられたとされている。

260) BT-Drs. 13/8587 S. 38.

法 235 条が、配慮 (Sorge) のみならず、奪取された者をも直接的に (unmittelbar) 保護するというに基づいているとされる。

そして(a)の必要性に対応して、以下のように規定されているとされる²⁶¹⁾。

まず、親族以外の者による子供(14歳未満)の奪取については、暴行も脅迫も偽計も用いない、連れ去りそのものが処罰の対象となり(1項2号)、未遂の段階で可罰的となっている(3項)ことで、乳児や幼児の隠れた連れ去り(heimliche Wegnahme)に関する可罰性の間隙が閉じられることになる。

次に、親族による場合は、暴行・脅迫・偽計による場合(1項1号)か、外国関係の場合(2項)に限定される。前者については可罰性の拡張は意図されていない²⁶²⁾のに対して、後者については外国関係の所為に関する可罰性の間隙を閉じるために、暴行・脅迫・偽計といった限定もない上に、「引き渡さないこと」²⁶³⁾が明確に挙げられている。この可罰性の拡張が正当化されるのは、行為者が子供を外国、特に別の文化圏の国へと連れ去ったならば、親としての配慮権に関するドイツの判決が通常実行され得ない又は実行され難い状況となり、近いうちに連れ戻すことが不可能ならば、人的配慮は事実上一時的のみならず終局的になくなりうるためである。

4 獲得された知見

以上のドイツ刑法 235 条を巡る議論を経て、様々な知見が獲得される。

(1) 変容したドイツ法学説——変容しなかった日本法学説

ドイツにおける未成年者奪取罪を巡る議論は、現在の日本における学説の展開と大きく乖離していた。そして現在の日本の学説と同様の議論の展開、すなわち略取誘拐全般について統一的に理解する学説の流れは、日本学説が影響を受けた 19 世紀末のドイツ学説に見受けられる。ドイツの学説は 19 世紀末か

ら 21 世紀に至るまでの間、成人も対象とされる加害・営利等の悪質な目的での強取ないし誘拐に関する議論と、特段の目的要件を付さない未成年者奪取に関する議論とを峻別するに至っていた。この学説の変容は、20 世紀初めよりいわば変化を止めてしまった日本の学説にとっても、重要なものとして受け止められるべきものであると言えよう。

(2) 未成年者拐取罪一般に関する知見—— 配慮権を中心に据えた要件解釈論

そして、かかる峻別を果たしたドイツ学説は、配慮権を保護法益論の中心に据えた要件解釈論を展開していた。本稿との問題意識の関係では、保護法益論が様々な要件解釈と結びついて展開されていた点が注目される。すなわち「奪取」の定義からその成立範囲を巡る議論においてまで、基軸として保護法益論が機能しているのである。

もっとも、ここでも付言されるべき点がある。一つは、配慮権を中心にしているとしても、交流権についても子供の順調な発育に資するという観点から保護法益に取り込まれていたということ、もう一つは、未成年者自身の身体的精神的完全性も直接的な保護法益として含まれるようになってはいるものの、それを一つの同じ法的考えの二つの異なった側面に過ぎないと評し、奪取の成立にあたって未成年者に対する侵害の程度を考慮したり、配慮権が未成年者側からは保護されていないとして未成年者を本罪の主体から除外したりする見解も存在したように、配慮権の保護と未成年者自身の保護とを連続的に捉える見解も存在したことである。

なお、構成要件解釈としては、親権濫用事例について他の規定による保護を図るべきであり刑法 235 条の解釈には取り込まないという見解、「引き渡さないこと」が成立するためには行為者の消極的な振る舞いでは足りず、また未成年者による自己の奪取の幫助も不可罰であるという見解の存在も注目に値する。

261) BT-Drs. 13/8587 S. 38ff.

262) 改正前においても、不真正不作為犯の規定(13条)によって、1項にいう引き渡さないことも奪取と評価されうるとされている。

263) この内実についてはIV 3(3)b(b)参照。

(3) 家族間への適用に関する知見

また、ドイツ法は家族間への適用について立法論的解決を図っていた。

そこでは、家族間であったとしても他方配慮権者の配慮権や交流権の侵害によって本罪が成立すると判例上も立法理由書上もされているように、家族間に適用されることは当然の前提とした上で、なお親による子の奪取については、離婚手続等が刑事手続へと置き換えられてしまう危険性から、第三者による事例とは別異に解する必要性が認識されているのである。構成要件解釈の限定については解釈論上の難しさが指摘されており、ドイツにおいては、親族とそれ以外の第三者について可罰的範囲を異にする区別を置くことで、この点を立法で解決したと言えよう。

もっとも、立法的解決を図った新法においても、親族による子の奪取は、一定の行為態様による場合や外国関係の場合については当罰性を有すると考えられており、外国関係の場合については、配慮権に関する判決が通常実行され得ない又は実行され難い状況にあるという点が理由として挙げられていたという点は、注目に値する。

V. 検討

1 はじめに

以上の前提知識を基に、本稿に与えられた課題、「家族間における子の奪い合いに対する未成年者拐取罪の適用」について検討を加えることにしたい。

ここでは、ⅢⅣを通じて明らかになった現行日本刑法 224 条を巡る問題につき付言し、検討方針を明らかにした上で (V 2)、家族間への適用も見据えながら、本条の構成要件にかかる議論 (V 3) 及び違法性阻却事由にかかる議論 (V 4) を検討し、最後に平成 17 年決定について本稿の視点から分析を加え (V 5)、残された課題に付言する (V 6)

こととしたい。

2 検討方針——趣旨・要件解釈の切断との対峙

(1) 問題意識の深化——裏付けの獲得

ⅡⅢⅣを経て看取され、そして深化した問題意識は、以下の通りである。

すなわち、日本の学説において、旧刑法が拐取罪の客体を未成年者に限定していた時期には、未成年者拐取罪にかかる条文の趣旨にかかる議論と同罪の構成要件解釈にかかる議論とが連動していたのに対し、現行刑法が成年者も保護客体とし、刑法 224 条と他の条文との区別にかかる意識が生じにくい条文の構造を持つに至った時期においては、略取誘拐という要件について拐取罪全体を通して統一的に確定される傍ら、それでもなお拭いきれない未成年者拐取罪の趣旨にかかる理念的な議論が展開されることとなり、趣旨と要件とが切断された現在の議論状況が形成されてきた²⁶⁴⁾。その結果、「家族間における子の奪い合い」について、本罪が如何なる範囲で捕捉するのかという点も含めて、全く不明瞭な議論状況が形成されていると言える²⁶⁵⁾。

そして、かかる切断が発生した時期に参照されたドイツ法学説も、未成年者奪取の条文の議論と加害・営利等の悪質な目的にかかる強取・誘拐の条文の議論とについて、比較的統一的に趣旨・要件を捉えており、無視できない程度には日本法学説へも影響を与えたと言える²⁶⁶⁾。しかし、ドイツ法学説は、現在に至っては未成年者奪取罪にかかる議論と他罪にかかる議論とを明確に峻別し、保護法益論において独立の趣旨を定立した上で、かかる保護法益を起点に据えて各種要件を解釈しており、趣旨と要件との連動を獲得するに至っている²⁶⁷⁾。そして、かかる連動の下において、相手方の配慮権等の侵害という罪質を起点として解釈論が組み立てられ、それを前提とした場合に「家族間における子の奪い

264) 以上、Ⅲ 4。

265) 以上、Ⅱ 2(2)。

266) 以上、Ⅳ 2(2)。

267) 以上、Ⅳ 2, 3。

合い」という問題状況について解釈論的議論が如何なる帰結を導くかが明瞭となったために、立法的解決に至るまでの見通しも明瞭に立つに至ったと言える²⁶⁸⁾。

翻って、日本法学説は未だに他の条文との共通性を、積極的な必要性なく、しかも明示的な議論対象とすることなく、維持し続けている²⁶⁹⁾。確かに、複数の条文を共通して理解し、適切な議論の展開を行うことが可能であるならば、それが望ましい。しかしながら、趣旨と要件とが切断される結果、何故そこに言う構成要件解釈が導かれるのか不明なまま理念的に趣旨が議論されるという結果が発生し、そして「家族間における子の奪い合い」という可罰的範囲がシビアに争われる問題に対して説明能力を欠くという事態に陥っている²⁷⁰⁾ならば、かかる状態を放置することは明らかに許容されない²⁷¹⁾。複数の条文を個別に検討した結果が共通するのであれば、統一的に解釈されることも許容されるが、統一的解釈自体を所与のものとするがために適切な個別の検討が阻害されるのであれば、それは許容されないだろう。

かくして、刑法 224 条を巡っては、他の条文とは独立して、要件との連動を意識しながらその趣旨が考察されるべきである、という検討方針が確立することとなる。

(2) 具体的方針

そして、以上の検討方針から、二つの具体化された方針が設定される。

一つは、他の条文との共通性を所与としない趣旨の設定である。例えば、刑法 224 条の保護法益を「自由」とする見解には、自由を意識しない嬰兒を客体とする場合の可罰性を説明できていないという批判、また保護法益を「安全」とする説明には、第三者が客観的に安全な場所へ連れ去る場合の可罰性を説明

できていないという厳しい批判が当てられている。上記検討方針に鑑みれば、かかる批判が存在する中で、他罪が加害目的等の悪質な目的を有する場合の可罰性を規定しているからと言って、刑法 224 条の保護法益までも「自由」や「安全」とする必要はない、ということが言える。すなわち、「自由」の解釈に自由とは呼べない利益を包摂したり、「安全」という言葉を維持した解釈論を展開したりする必然性は存在しないのである²⁷²⁾。

もう一つは、要件との連動を意識した趣旨の議論展開である。例えば、略取誘拐の定義は、旧刑法下においては、父母後見人の権利を保護法益に据えると「父母若しくは後見人より奪取するの所爲」となり、幼者の「自由」等を保護法益に据えると「被害者の現在する個所より他の個所に伴行する行爲」となっていた²⁷³⁾。このように、如何なる権利利益の侵害を罪質として据えるかが、誰・何処から連れ去ることを略取誘拐は意味するのかに反映される、という趣旨と要件との連動が意識されるべきことになる。

3 構成要件解釈

それでは、刑法 224 条の構成要件に関して検討を加えたい。

前述したように、刑法 224 条の構成要件は、客体が未成年者であることと、行為態様が略取又は誘拐であることである。そして、「略取誘拐」概念の解釈においては、本罪が如何なる権利利益侵害を捉えるものかという趣旨に関する議論が反映されることになるが、IIIIVの考察に鑑みれば、ここでは、趣旨と要件の連動を巡って二つのモデルが考えられる。

268) 以上、IV 3 (3)及び(4) b (b)。

269) 以上、II 2 (2) b、III 4 (1)。

270) 以上、II 2 (2) a。

271) このように 225 条以下と切り離して 224 条を考察対象とすることには、「拐取罪の多面性・多層性を認めることになり、罪質を曖昧なものにするという批判」がありうる（前掲注 49 参照）が、現に存在する多面性を無視し一面的に捉えることの方が、結果的に一面的な罪質を抽象的にし曖昧にするのであって、個別の罪質の検討を明確に行うことこそが求められているように思われる。

272) 参照、II 2 (1) b、II 2 (2) b。

273) III 2 (2) a。

(1) 二つのモデルの対置・融合

a 監護権を起点とするモデル

一つの考えるモデルは、ドイツにおいて見られたように、監護権侵害を起点として捉えるモデルである。もっとも、そのモデルの中には様々なバリエーションが考えられる。

(a) 「監護権」説

最初に想定されるモデルは、本罪の保護法益として監護権を設定した上で、略取誘拐を「監護権者の下から離脱させること」と捉えるモデルである。すなわち、監護権行使・監護義務履行が妨げられる状態が作出されたという意味で、監護権者の下を離脱させることを本罪が捉えると解するのである。

もっとも、未成年者が監護権者と共にいる場合でなければ本罪が成立しない訳ではない。例えば監護権者が遠方の寮付きの中学校に預けていたような場合、寮の職員によって身の回りの世話はされてはいるものの、かかる職員は監護義務の履行補助者と見られている²⁷⁴⁾ことから、仮に寮から当該未成年者を連れ去ったような場合には、監護権者たる地位が侵害されていると捉えられることになり、略取誘拐の構成要件に該当するということになる。

(b) 「監護権」説の批判への応答

以上の監護権説については、IIで紹介した

ように²⁷⁵⁾従来厳しい批判が加えられてきたが、現在なされている批判は必ずしも射ているとは思われない。

第一に、その趣旨について、監護権を保護法益に設定すること自体が、子は親のものといった観念が潜んでおり、妥当でないという批判が存在する²⁷⁶⁾。しかしながら、「監護権」の存在自体が承認される限り、監護権を保護法益に据えることが理念的に排斥されることはないだろう。すなわち、「監護……をする権利」(民法820条)を排斥するならば格別、権利性を帯びた監護権の存在自体を承認するならば、それを保護法益に据えることが妥当性を欠くという理にはならない。確かに、子は親の私有物ではなく一個人として尊重されるべき存在であるし、ここでの監護権は子の監護養育のために行使されるべき義務性を帯びたものである²⁷⁷⁾ものの、如何なる監護が適切であるのかには一定の幅がある²⁷⁸⁾中では、一般に子の最善を図ろうとするとされる者²⁷⁹⁾が、他者から濫りに干渉されずに監護養育を行うという、国家や第三者との関係で権利性を帯びた監護権²⁸⁰⁾が承認されうる。かかる意味において、監護権の保護を通じて最も適切に未成年者が保護される²⁸¹⁾と捉えるならば、監護権を保護法益に据えることが理念的に排斥されるということ

274) 鈴木・前掲注22)148頁。

275) II 2(2)a(a)参照。

276) 大谷實『刑法各論の重要問題』121頁(立花書房,1990)。また宮本・前掲注160)参照。

277) 参照,民法820条。また,窪田・前掲注19)271頁以下。

278) 窪田・前掲注19)273頁。

279) 親についての叙述として,樋口範雄「子どもの権利の法的構造——国の役割とそのしくみを含んで——」家族<社会と法>10巻124頁,136頁(1994)。また,「私たちの社会は依然として,財を個人に委ねる,子を親に委ねることが,よい結果をもたらす(ことが多い)と信じている社会なのであろう」(大村・前掲注14)251頁),「われわれの法律やさまざまな社会組織は,親は完全な人間ではありえないにせよ,子どもが元気に育ち,まずまず健康なおとなに成長するためには親が世話をするのが最もよく,親の役割はいかなる代替施設にもまさる,とする考えかたを反映している。遺棄する,放置する,あるいは虐待するなどの行為がないかぎり,親は基本的に自分の方針にのっとって子どもを育ててよいことになっている」「社会=傍観者のこの図式は,言いかえれば親以外の者は手を出さない約束が成立していることをあらわしており,親だけに世話をしてもらうのだという安心感を子どもが持っていることを意味している」と指摘されている(ゴールドスタイン&ソルニット(片岡しのぶ訳)『離婚と子ども』30頁(晶文社,1986))。

280) 「親が子を保育・監護・教育することは,国家社会に対する重大な義務である。これを権利だというのは,この義務を遂行するために,他人に濫りに干渉されないという意味である」(我妻榮ほか『民法3親族法・相続法[第2版]』178頁(勁草書房,2005))また,棚村政行「日本法の問題整理」家族<社会と法>24巻57頁,63頁(2008)頁や,窪田・前掲注19)273頁以下。「監護教育義務の履行協力請求権」として捉えるものとして,佐伯仁志=道垣内弘人『刑法と民法の対話』327頁[道垣内弘人発言](有斐閣,2001)。

281) 前掲注279),III 3(3)a(a),IV 3(3)a参照。

はないだろう。

第二に、その成立範囲について、監護権者の同意があれば犯罪が成立せず、監護権濫用に相当する事例においても監護権者は本罪の主体たり得なくなってしまう、妥当ではないという指摘がなされている。しかし、旧刑法制定過程²⁸²⁾やドイツ²⁸³⁾において指摘されていたように、このような場合に「略取誘拐罪」という罪名を与える必然性がある訳ではない。すなわち、現在では児童福祉法²⁸⁴⁾をはじめとして罰則規定が設けられており、他ならぬ本罪によって「監護権者による監護権のありうる濫用から未成年者を保護」する必要があるというのは所与の前提ではないのである²⁸⁵⁾。

第三に、同様に成立範囲について、監護権者は反対しているが未成年者自身が同意している場合につき、監護権説からは常に本罪が成立してしまうという指摘がなされている。これについては、そもそも、現行刑法制定過程で「未成年者」という年齢が維持されたのが、未成年者は法律上未だ知能が不十分のものとして扱われているという点に基づいている²⁸⁶⁾以上、このような場合にも常に本罪が成立するという解釈論もありうる。また、このような事例については、後述する²⁸⁷⁾ように、子の利益のみを保護法益とする立場からも当然に不可罰の場合がありうるという結論に至る訳ではない。そして、更に重要な

は、監護権を保護法益としても、このような事例について一定の場合に可罰性を否定することも可能であるということである。すなわち、ドイツにおいて「未成年者自身に対する配慮権について未成年者側からの侵害からは保護していない」と指摘されていた²⁸⁸⁾ように、監護権が国家や第三者との関係でのみ権利性が認められているとすれば、監護権は未成年者自身の適正な判断に基づく離脱からは保護されないという趣旨の理解も可能である。かかる理解に基づけば、「略取誘拐」を、未成年者自身の適正な判断に基づく離脱を包含しない形で解釈することも可能である。沿革においても、例えば改正刑法假案制定過程では、「勧誘」では足りず「誘惑」がなされる必要があると指摘されていた²⁸⁹⁾し、また学説上も「誘惑」は適正な判断を誤らせることにより基礎付けられる²⁹⁰⁾という指摘がある。このような解釈からすれば、適正な判断を行う能力を備えた子の適正な判断に基づいた場合には、いわば「離脱した」のであって「離脱させた」のではないとして、「略取誘拐」が存在しない²⁹¹⁾という理由で構成要件該当性を否定するという理解もありうるのである²⁹²⁾。

(c) 拡張されたモデル：修正「監護権」説？

もっとも、監護権を起点とするにしても、配慮権を起点としていたドイツにおいて交流

282) III 2 (1) b (b)参照。

283) IV 3 (3) c (a)参照。

284) 同法 34 条に掲げられた行為（淫行をさせる行為（1 項 6 号）、刑罰法令に触れる行為をなすおそれのある者に、情を知って、児童を引き渡す行為（1 項 7 号）等）違反については同法 60 条に罰則規定が設けられている（34 条 1 項 6 号違反については 10 年以下の懲役若しくは 300 万円以下の罰金、又はその併科が規定されている）。

285) また厳密に言えば、こうした悪質性の高い拐取の殆どは 225 条等の対象であり、224 条の対象ではない。

286) III 3 (1) b (b)参照。

287) V 4 (3)参照。

288) IV 3 (3) a (b)参照。

289) III 3 (2) b (b)参照。いわば、「勧める」域を超えて「惑わす」必要があるということであろう。

290) III 3 (3) c 参照。

291) 同様の見解にたつと思われるものとして、西原ほか・前掲注 55)118 頁以下〔日高義博〕。

292) この点、松澤伸「判批」ジュリ 1389 号 108 頁（2009）は、監護権の実態は民法との関連ではおよそ 9 歳未満の場合に限られるとして、19 歳の者と駆け落ちしたような場合には未成年者拐取罪は認められないとする。しかし、監護権は未成年者一般に対して認められるものであるから、仮にこの見解が 9 歳以上には監護権の要保護性が一般的に欠けるというのであれば、それは妥当ではない。そこで引用されている佐伯＝道垣内・前掲注 280)326 頁〔道垣内弘人発言〕も、9 歳以上の子が監禁状態ではなく自由意思で留まっている場合、人身保護法における「拘束」が欠ける、としているのであり、その見解を類推するならば、刑法 224 条においては「略取誘拐」という構成要件の行為が欠けるか否かを議論の対象とすべきであるように思われる。

権までも保護法益に含まれていたように、監護権の保護のみで妥当な可罰的範囲が導かれるのかには、疑義がありうる。面会交流権については両様の理解がありうる²⁹³⁾にしても、家事審判前の保全処分等によって子が非監護権者の側に引き渡されていた場合に監護権者が無理矢理連れ去っても本罪が成立しないという帰結や、監護権者の意思に反してでも行える児童福祉法上の措置（同法28条）により施設に入所していた子を監護権者が無理矢理奪い返したような場合にも本罪が成立しないという帰結は不当であるように思われる。

そして、そもそも監護権が保護に値するものが、子の最善は監護権者の下において図られるという意味で子の利益に資するという点に求められる²⁹⁴⁾とするならば、公権的に監護権者以外の者の監護が適切であると判断されたような場合にも、本罪による保護を与えるという解釈もありうるだろう。かかる意味において、いわばその保護に権利・権限・法的地位という形で法的な裏付けが存在する場合には本罪の保護が及ぼされるという理解がありうる。このような立場からは、保護法益には、監護権に加えて、法的な裏付けを持つ保護の権利・権限・法的地位（児童福祉施設の長の権限、保全処分等に基づく地位等）が含

まれる²⁹⁵⁾ことになり、略取誘拐とは、「監護権者或いはその保護に法的裏付けを有する者の下から未成年者を連れ去ること」という定義がなされることになる。

(d) 監護権を起点とするモデルの限界

しかしながら、監護権を起点とするモデルには、それが被害の実態と必ずしもそぐわないという問題が存在する。例えば、父母が祖父母に子を数年間委託していたが、父母が祖父母に子を戻すよう求めたところ、祖父母がこれを拒み法的紛争に至るまでしていた際に、祖父母の下から無関係な第三者が子を連れ去る行為を考えたい。かかる行為が未成年者略取誘拐罪との関係で可罰的たるべきであるという点に異論はないと思われるが、祖父母は何等監護養育にかかる権利権限を有していないし、また父母の委託を受けていたのではないから父母の監護権が行使されていたとも言えない。従って、この点の可罰性を基礎付けるためには、監護権者の意思に反して他者の下で保護されていようと、またその他者が自らの支弁により保護していたとしても、そこからの連れ去りは父母の監護権者たる地位の侵害であると捉えざるを得ないが、被害の実態にはそぐわないであろう。

かかる問題は、父母が不慮の事故等により死亡してしまった場合の処罰の間隙を巡っ

293) すなわち、面会交流については、民法典上に明示的に定められていない日本では、そもそも実体的請求権としての権利性を認めるか認めないかにつき民法上も議論のあるところである（善元貞彦「面接交渉とその制限」右近ほか・前掲注38）158頁、159頁、栗林佳代『子の利益のための面会交流——フランス訪問権論の視点から——』38頁以下（法律文化社、2011）ものの、実体的請求権としての性格が否定されたとしても、少なくともその審判対象性は肯定されている（最決平成12年5月1日民集54巻5号1607頁、また梶村太市「子のための面接交渉」再々論」小野幸二古稀『21世紀の家族と法』207頁（法学書院、2007）。なお、間接強制を認める近時の決定として、最決平成25年3月28日民集67巻3号864頁（平成24年（許）48号）、最決平成25年3月28日判時2191号46頁（平成24年（許）41号）、最決平成25年3月28日判時2191号46頁（平成24年（許）47号）（同日における三つの決定である。）。そして、面会交流が「予備の片方の親」たる親との繋がり等を保つことにより子の順調な発育に資するものであると捉えることができる（IV3(3)a(c)）のならば、監護権がそもそも子の監護養育のために一定の権利性をもって承認されてきたこと（V3(1)a(b)）に鑑みて、子の監護に関する審判事件の審判によって認められた面会交流も未成年者拐取罪によって保護されると解することも不可能ではない。もっとも、面会交流は監護権の一部をなすのではなく全く別の性質のものであると捉えるならば（前掲注237）参照、本罪によっては保護されないという帰結を導くことになる。

294) V3(1)a(b)参照。

295) なお、家族間における子の奪い合いという観点からすれば、扶養義務（民法877条以下）の履行に基づく監護の保護も問題となりうるが、扶養義務は生活困窮者の救済のための義務としての側面が強く、監護権のように他者に濫りに干渉されないという意味で扶養を「行う」権利として認められている訳ではないこと（於保＝中川編・前掲注25）767頁〔塙陽子〕、共同生活関係の必要性による義務性の肯定（同726頁〔床谷文雄〕）であっても帰結は同じである）や、公的扶助の補充性も一般的に国家の資力の限界から説明されていること（同767頁〔塙陽子〕、我妻ほか・前掲注280）223頁）等からすれば、「公権的に監護権者以外の者の保護が適切であると判断されたような場合」という保護範囲の拡大の根拠は妥当しないだろう。

て、先鋭化する。例えば、未成年者が祖父母を含め三世帯で暮らしていたところ、監護権者たる両親が死亡したため、祖父母が事実上養育を引き継いでいた場合、未成年者にとって監護権者が存在しない以上、ここから第三者が連れ去ったとしても、監護権者たる地位が侵害されたと捉えることはできない。そうすると、監護権を起点とするモデルを貫けば、未成年後見人等が選任されていない場合、上記行為は当該未成年者にかかる何等の権利・権限・地位をも侵害しないことから、他罪に該当せず且つ刑法 225 条以下所定の目的によらない限りは、誰でも刑事制裁による威嚇なしに当該未成年者を奪い合うことができるといふ帰結が導かれることになる。

この帰結を避けるためには、祖父母が未成年後見人等になりうる地位にいると想定したり、監護権者死亡により直ちに未成年者は国家に保護されるという擬制を想定したりすることになるだろうが、前者はもはや法的地位とは呼称できず、後者は明らかに被害の実態にそぐわない解釈論となる上、祖父母等の下から連れ出しても国家の保護を逸脱したとも言えない以上、行為態様の解釈が不明瞭になる。

そして、監護権の保護がそれを通じた未成年者の保護に通じていたこと、またこれまでの議論は結局のところ如何なる状態の下にいる未成年者を保護すればよいのかという点に収斂することからすれば、以上の難点を回避するためには、より直截に、未成年者の利益

を起点としたモデルが望まれることになる²⁹⁶⁾。

b 子の利益を起点とするモデル

(a) 「自由」「自由と安全」説の不適切さ

まず、子の利益を起点とするモデルの一つとして日本法学説上想定されているのは「自由」又は「自由と安全」である。しかし、前述のように「自由」とすることには嬰兒の略取誘拐の可罰性にかかる問題が、「安全」とすることには客観的に安全な場所への略取誘拐の可罰性にかかる問題が存在した。

加えて、このような保護法益を想定した場合に如何なる構成要件が導出されるのであるかが全く不明確である。確かに、広い意味で言えば、未成年者拐取罪によりこれらが侵害されていると言うことが可能かもしれないものの、これが本罪の保護する権利利益を正確に記述する言葉であるようには思われない。すなわち、未成年者拐取罪に限らず、ほとんど全ての犯罪が「自由」や「安全」を侵害しているのではないか、という疑義が抱かれる。「処分可能な法益（身体の完全性や財産等）に対して向けられた全ての犯罪が、結局のところ被害者の自由領域を侵害する」のである²⁹⁷⁾し、法益が保護されている状態を「安全」と捉えれば²⁹⁸⁾、全ての犯罪が安全を侵害・危殆化していることになる。

従って、行為の違法性の決定²⁹⁹⁾に資するほどに法益が特定されていないのではないか³⁰⁰⁾という疑義が生じる³⁰¹⁾。V 2 で指摘したように「自由」「安全」という言葉遣い

296) なお、このような権利に解消されない事実状態が保護されるべきか否かという論点は、窃盗罪における本権説と占有説の対立を想起させる。そしてかかる対立においては、いわゆる修正本権説の論拠として、他罪の不法内容による処罰の回避や当罰性の判断基準呈示の必要性から構成要件段階での類型化の必要性が存在し、構成要件段階での処罰の限定も重要である旨が説かれている（島田聡一郎「財産犯の保護法益」法教 289 号 96 頁、105 頁（2004）、また佐伯仁志「窃盗罪の保護法益」西田典之ほか編『刑法の争点』166 頁（有斐閣、2007））。しかしながら、所有権の保護と監護権の保護の同視には批判もありうるどころであるし（もっとも、大村・前掲注 14)251 頁、大村・前掲注 20)562 頁）、仮に類似するものがあつたとしても、物の所有権は相続の対象となりうること、物については窃盗罪のみならず占有離脱物横領罪等の規定も存在していること等からすれば、本罪における議論としては同視に限界があると言える。かかる意味において「人」と「物」は同視し得ず、事実状態であってもなお一定の場合には保護に値しないかが問題となるのである。

297) Arzt und Weber, a.a.O.(Anm.1) S. 267 Rn. 1.

298) 「安全」とは「安らかで危険のないこと」である（新村出編『広辞苑〔第 6 版〕』（岩波書店、2008））。未成年者の安全の抽象的危険は、未成年者の関連する全ての犯罪で発生するように思われる。

299) 今井ほか・前掲注 64)10 頁〔今井猛嘉〕。

300) その問題の一端として、「自由」を保護法益と解しながらもその内実に変容を加える学説の展開が位置付けられるように思われる（II 2(1)b 参照）。

301) もっとも、このように解したとしても、逮捕監禁致死・致傷罪が設けられているように（刑法 221 条）、立

に固執する必要がなく、上述のような問題がある以上は、このような言葉を離れて、行為態様との連動を意識しながら考察が行われるべきであるように思われる。

(b) 状態への着目

そして、一定の状態下からの離隔が主として想定される本罪においては、V 3(1)a での検討からも立ち現れるように、かかる状態ないしその状態の下にいる利益を保護法益として設定するモデルが考えられよう。これは、保護法益を未成年者の自由や安全と解する見解が、なお本罪の行為態様として生活環境からの離脱・一定の実力的支配の獲得³⁰²⁾を想定していた³⁰³⁾ことや、保護法益を「自由」と解する見解が「親権者の下で養育される状態」を「自由」と解するに至っていたこと³⁰⁴⁾等からも裏付けられる。

このモデルにおいては、どのような状態が本罪の保護の対象として適切であるかという点を直截に議論の対象とすることができる。そして、本罪の保護の対象として適切な状態が端的に保護法益に反映され、また端的に行為態様の解釈に反映される。すなわち、一定の状態が保護法益として措定され、「略取誘拐」とは、その一定の状態を離脱させることであると解釈されることになる。

(c) 「状態」モデル：様々なバリエーション

それでは、どのような状態が保護の対象になるだろうか。かかる状態の理解に応じて、このモデルの中にも様々なバリエーションが生じることになる。

最も狭いモデルは「親権者と共にいること」を保護対象とするものである³⁰⁵⁾が、親権と監護権が分属する場合があること³⁰⁶⁾、また未成年者を遠方の寮に住ませることがありうることからすれば、かかる対象の狭さは不当である。次に狭いモデルは、監護権者の監護権行使・監護義務履行として監護養育されている状態にいることを保護対象とするものであるが、児福法 28 条に基づき入所していた子を監護権者が無理矢理奪い返すことを処罰対象から除外することの不当性³⁰⁷⁾に鑑みれば、これも不当である。そして次に考えられるモデルは、監護権又は公権的に裏付けられた保護の状態を保護対象とするものであるが、これも三世帯で同居していたが父母が亡くなった場合の未成年者の保護³⁰⁸⁾に鑑みれば妥当でない。

ここから更に拡張して、このように祖父母が父母の養育を事実上引き継いだ場合にまで本罪の保護を与えるならば、「保護されている

法論上、ドイツのように被拐取者に対する生命身体への危険が生じた場合の加重規定等を設けることは妨げられない。

302) なお、実力的支配が如何なる見地から理解されるかについては後述するが、一定の状態からの離脱から切り離された「実力的支配」はここでは想定されていないことに注意が必要である。例えば、第三者が人通りのある公道で嫌がる子を（その場を動くことなく）抱きかかえ続けていたとしても、逮捕監禁罪が成立しうるとは別に、略取誘拐罪が成立する訳ではない。

303) II 2(1)c 参照。また既遂時期としても、生活環境からの離脱・実力的支配の獲得という点が想定されている（大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法 第 11 卷 [第 3 版]』535 頁 [山室恵]（青林書院，2014）、大塚仁＝川端博『新判例コンメンタール刑法 5 罪 (2)』532 頁 [齋藤信率]（三省堂，1997））が、そこまで至らなかったとしても広い意味での「自由」や「安全」は侵害されうる。例えば、自転車で通りかかった被害者を両腕で抱え上げて強いて自転車から降りし普通乗用自動車内に押し込んだ上、その両手首・両足首を結束バンドで縛り、その顔面や腹部を拳骨で殴り、頬に電工用ナイフの刃部分を押し当てながら脅迫したが、付近を通りかかった車両の運転手に目撃され、且つ、身の危険を感じた被害者（13 歳）が上記普通乗用自動車の助手席側スライドドアから路頭に転がり出て逃げた事例においては略取未遂となっている（千葉地判平成 27 年 4 月 27 日 LEX/DB 25540508）。特に安全の抽象的危険犯と捉える理解に対しては、もはや子を抱え上げた段階で安全への抽象的危険が生じているのではないか、という点が指摘できよう。

304) II 2(1)b(c)参照。

305) II 2(1)b(b)参照。

306) なお、親以外の者の監護者指定については、二宮周平「父母以外の者を子の監護者に指定することの可否」右近ほか・前掲注 38)113 頁参照。

307) V 3(1)a(c)参照。

308) V 3(1)a(d)参照。

る状態」を保護法益とすることが適切であろう。

この点、「監護養育されている状態」を保護の対象とすることが考えられ、これは一見妥当なようにも思われる。しかしながら、ここで監護権・監護義務と切り離された「監護」を想定することができるのかという問題が生じる。すなわち、「監護」とは未成年者を「一人前の社会人に育成」するためにその身体的精神的発達を図るものであるとされる³⁰⁹⁾ところ、それは一定の期間をもって行われる必要があるのだから、未成年者が成人になるまで監護する義務を負わされた監護権者とは異なり、現在のところ事実上世話をしているに過ぎない者について、その主観的意図がどうであれ、今後も子が成人するまで身体的精神的発達を図るはずだと「監護」を想定することは適切でないように思われる。加えて、死亡した父母の代わりに事実上祖父母が未成年者の面倒を見ている事例についても、その祖父母が高齢故に身体的理由ないし金銭的理由により数年後には別の者に未成年者後見人等を頼もうと思いつきながら世話をしていたとしてもなお、第三者から奪取される事態からは本罪により保護されるべきであるように思われる。

以上の事実、及び、このような一時的な保護について「監護」と名付けることは民法上の議論との混同を招きうることからすれば、「監護」という言葉を用いず、「保護されている状態」を本罪の保護の対象として措定するモデルが最も適切であろう³¹⁰⁾。このように未成年者が他者からの保護を受けている状態から離脱させることが、かかる状態から派生する複合的な生活上の利益を侵害する³¹¹⁾ことになり、当罰性を基礎付けるのである。このモデルからは、未成年者の「保護状態下にいる利益」が保護法益として措定され、略取誘拐の定義は「保護された状態から離脱させること」となる。

もっとも、ここでは、如何なる事実が存在すれば、その者の「保護」の下にいと評価されるのかという問題が浮上する。小学校への登下校中であつたとしても子は親の保護状態の下にいと考えられるように、例えば海水浴場を訪れた家族において子が迷子になり一時的に迷子センターで保護されているような場合には、そこから第三者が連れ去つたとしても、それは迷子センターの職員の保護からの離脱というよりも、親の保護からの離脱と構成されるように思われる。この点は個別具体的事例における検討に委ねざるを得ないが、保護状態から派生する複合的な生活上の利益という見地からすれば、「保護」の主体とされる者が少なくとも自らの支弁で衣食住等の生活上の重要な要素を提供していることが必要であろう。かかる見地からは、監護権者が子を寮に委託したような場合には、監護権者による支弁で衣食住等の要素が提供されていることから、そこでもなお監護権者の「保護」の下にいと構成されることになる。

なお、これ以上の保護の範囲の拡張は不当であると思われる。例えば、これ以上の保護の範囲の拡張として、ただの「状態」を保護の対象とするモデルも考えられはする。しかしながら、そうすると例えば、虐待・不保護等が行われている場合についても本罪が捕捉することになるものの、監護権等の権利権限の保護を起点とするならば格別、未成年者の利益を起点とするモデルとしては受容し難い。また、ただの「状態」が保護の対象となると、例えば父母と小学生の子のみが住居を共にしていたが、父母が亡くなったため遠方に暮らす祖父母が引き取りに来た場合のように、誰も「保護」する者がいない中で第三者がその「状態」を離脱させて「保護」を与えようとする場合にも本罪の構成要件に捕捉されることになるが、かかる帰結についても、未成年者の利益を起点とするモデルとして受容し難いことからすれば、第三者による「保

309) II 1(1)参照。

310) なお、子供の事実的生育環境という言葉を用いる文献として、山中敬一『刑法各論〔第2版〕』129頁以下(成文堂, 2009)。

311) 杉山博亮「略取・誘拐・人身売買罪の保護法益」岩井宜子古稀『刑法・刑事政策と福祉』429頁, 442頁以下(尚学社, 2011)。

護」を想定した「状態」が指定されるべきであろう³¹²⁾。

c 小括——止揚された保護法益論

以上、議論の帰結として、本稿は、状態モデルが適切であると考え、その中でも「保護状態下にいる利益」を保護法益とすることが最も適切であると考えに至った。本稿の立場からは、略取誘拐の定義は「保護された状態から離脱させること」をその中核的要素とすることとなる。

もっとも、より重要なのは、従来保護法益論は「監護権」と「子の自由や安全」と二項対立的に議論されてきたが、それは如何なる状態が本罪の保護に値するかという「状態」モデルに全て止揚されるということである。すなわち、保護法益論と要件解釈との連動を意識するならば、監護権説の帰結たる「監護権者からの奪取」は「監護権行使・監護義務履行として養育されている状態からの奪取」という側面を持つことになるのだから、かかる帰結をもたらす説が「監護権」説か「子の自由や安全」説かという議論は、まさに「一つの同じ法的考え(Rechtsgedanken)の二つの異なった側面に過ぎない」³¹³⁾ものを議論していることになる。このように、親の権利と子の利益とを対立的に捉えるよりも、如何なる状態が保護の対象となるべきかという

観点からの議論³¹⁴⁾に止揚し捉える³¹⁵⁾方が、より建設的であるように思われるのである。

なお、かかる帰結からすれば、保護法益を「監護権と子の自由や安全」と重疊的に解する必要はないと言うことができよう。

(2) 残された構成要件解釈

それでは、以上を前提に、構成要件解釈として残された問題につき付言しておきたい。

a 「実力の支配」の帰趨

趣旨と行為態様の連動という観点からすれば、略取誘拐罪成立のためには、一定状態から離脱させた後に「自己又は第三者の実力支配下に移す」ことは必ずしも必要ではない。IIIIVにおいて確認できたように、かかる要件はドイツ刑法上の「強取」解釈やそれに類する日本刑法 225 条等の条文の解釈としては対象となり得たとしても、条文ごとの要件解釈という見地からすれば、未成年者奪取・拐取罪において必要ではないだろう。

それでは「自己又は第三者の実力支配下に移す」ことを要求することは不当であろうか。ここで、旧刑法の学説において、旧刑法下において十二歳以上で法定刑を異にする理由として「十二歳以上になれば自分のことの是非を弁別し体力も備わっているため、これを誘拐しても援助を乞いたり自分で家に帰っ

312) 杉山・前掲注 311) は、未成年者の「現在の生活環境」を保護法益とした上で、未成年者の現在の生活環境が「劣悪」な場合には、そのような場合からの「良好」な生活環境への移転には実質的な法益侵害がないとして、違法性阻却がなされるとしている。しかし、本文に述べたような父母が亡くなった事例において、そのような場合に直ちに「現在の生活環境」からの離脱に実質的な法益侵害がなくなるというのであれば、それは第三者からの保護を生活環境において前提しているのであって、刑法 224 条の議論における「生活環境」の中身は、誰からの保護とも切り離された「状態」ではない。更に、家族旅行先で第三者により子が連れ去られたとしても拐取が認められるように、日常生活圏外でも成立することからすれば、それは誰からの保護とも切り離された「状態」としての「生活環境」ではなく、第三者との関係性で指定される「状態」であるように思われる。また、論者の言う「劣悪」「良好」に関する問題点として、後掲注 337) 参照。

なお、第三者による保護がない場合であっても、刑法 225 条以下の犯罪が成立するか否かについては別論である。

313) IV 3 (3) a (a) 参照。

314) なお、「保護関係」という保護法益を設定し、間接拐取を想定した問題設定を立てるものではあるものの、「事実上の保護関係のみをいうのか、逆に法律上のそれに限定するつもりなのか。こうした最も初歩的な疑問に対してすら、必ずしも明快な解答が与えられていない現状に不安を感じる」と適切に指摘するものとして、香川達夫「略取誘拐罪の本質」同『刑事立法とその批判』90 頁, 102-103 頁(成文堂, 1970)。もっとも、同文献は、権利濫用の場合を想定しながら「法律上のそれに」限定する見解を採用する。

315) なお、残された考えとして、監護養育する側と監護養育される側との間に存在する「保護状態」、ないしそのような人的保護関係自体を保護法益とする考えも存在しうる(なお、人的保護関係を保護法益とする説はかかる見地から再構成される(参照、前掲注 50))。もっとも、保護法益の帰属主体を明示するという観点から、ここでは保護状態下にいるという未成年者自身の利益を保護法益とするという立場をとりたい。

たりすることができる」という点が挙げられていたこと³¹⁶⁾が想起される。すなわち、ここでは、いわば元々の状態への復帰の可能性の大小も違法性の大小に影響を持ちうるという点が認識されているのである。

かかる見地からすれば、一旦は保護状態を離脱したとしても、未成年者自身により、若しくは監護権者や第三者により監護権者の下へと戻される可能性は十分存在するのに対して、仮に未成年者が行為者等の実力支配下にあるならば、そのような可能性が低くなるという点を見出すことができる³¹⁷⁾。このような意味において、保護状態を一定の確実性をもって離脱させたことが本罪の成立にとって必要であるとするならば、行為者等の実力支配下に置かれたことも必要であるという説明³¹⁸⁾が、(後付けではあるものの)一応は可能である³¹⁹⁾。

b 「略取」「誘拐」の区別

前述のように、日本法においては、略取を暴行脅迫によるもの、誘拐を欺罔誘惑によるものと定義するものが多かった³²⁰⁾。しかしそれでは、ドイツにおいて問題にされていたように、嬰兒の乗ったベビーカーを押して連れ去る事案³²¹⁾のような、これらの手段を用いない第三者による保護状態の離脱について、「暴行」をそのような行為態様まで含め

る広範な概念と解さない限り、捕捉することができないという問題が発生してしまうように思われる。

従って、被拐取者の意思によらないものが略取で、被拐取者の瑕疵ある意思によるものが誘拐であるという区別を行うにとどめる³²²⁾ことが妥当であろう。

c 「保護状態からの離脱」を巡る問題

また、「保護状態からの離脱」という点についても、以下の二点が問題となる。

一つは、一定の状態からの「離脱」というときに、何処まで行けば離脱に至ったかという点である。これは、如何なるモデルを採用したとしても問題となるように思われる。個別具体的な判断は事案に依存するとしか言えないが、少なくとも、登下校中等、当該「保護」を行う主体によって一般的に未成年者が自由に行動することが許容される範囲内³²³⁾においては、保護状態に存すると言うことができよう。

もう一つは、離脱させるために用いられる暴行や欺罔等の行為の相手方である。保護法益が未成年者の保護状態の下にいる利益であるならば、監護権者に対して暴行脅迫等の行為を行った場合、本罪が成立するという帰結には直ちには至らないようにも思われるが、監護権者を「欺き利害判断を誤らしめ監督者

316) III 2(2) b(c)参照。

317) 例えば、監護者の下を離れながら行為者の実力的支配下等に置かれていない事例としては、幼児が東京駅のホームで親権者と共にいたところ、第三者が親権者の目を盗んで幼児を欺罔誘惑して新幹線に乗車させ、第三者自身はホームに戻った後に新幹線が発車したような場合が挙げられる。このような場合に、(生命身体への危険を理由に遺棄等が認められる余地はあるかもしれないが)「誘拐」事件が生じたと捉えないのは、結局第三者等による保護状態への復帰が想定されているからではないか。

318) かかる見地からすれば、「実力支配下にある」というためには、未成年者自身により、若しくは監護権者や第三者により保護状態へと戻される可能性が低いことで足りることになる。従って、現に行為者等により監督されている必要はないし、一定の場合には行為者が置き去りにした場合にも「実力支配下」にあると評価される余地があることになる。

319) なお、実力支配下に置くことを行為態様として要求することについて、これを被拐取者の自由侵害の観点から理解すると、自由の観念できない嬰兒にさえ実力支配下に置くことを要求する必然性が説明できない。また、実力支配下における危険という観点から理解すると、養育目的での拐取について説明がつかない。以上の批判は保護法益論における批判と同様である。

320) II 2(1) c 参照。

321) IV 3(4) b(a)参照。

322) 例えばIII 3(3) b 参照。

323) 参照、西原ほか・前掲注55)124頁以下〔日高義博〕。また日常の行動範囲を超えて独りでは帰れない場所に至ることを拐取の要件として要求しているように思われる判決として、東京高判平成11年9月3日東京高裁判決時報刑事50巻86頁。「実力的支配」の要否にかかる議論のように、元の状態への復帰という観点を正当とするならば、離脱の判断においても独りで「保護」を行う者の下へと帰ることができるか等といった観点も加味されることになる。

をして未成年者を自己の支配内に移すことを承諾せしめ」た場合であっても本罪が成立する³²⁴⁾。この理由としては、以下のような説明がつかさう。すなわち、未成年者の適正な判断に基づくものでない限り³²⁵⁾、未成年者を保護された状態から離脱させる行為は「略取誘拐」に該当する³²⁶⁾が、監護権者の有効な監護権行使に基づくものであれば、正当行為（刑法35条）として当該行為の違法性は阻却される。しかし監護権者がその監護権行使にあたって欺罔行為等により錯誤に陥っていた場合には、当該監護権行使は無効となり正当行為としての違法性阻却が否定される余地がある。かかる見地からすれば、監護権者の監護権行使を無効とするような暴行脅迫欺罔等が監護権者に対してなされた場合には本罪が成立するが、そこまで至らないような誘惑が監護権者に対してなされたに過ぎない場合等、監護権行使の有効性が認められる場合には、本罪の成立が否定されるということになる。

d 家族間における「略取誘拐」の限定？

最後に、上述の略取誘拐の定義では、家族間における子の奪い合いにおいても第三者と同様の行為態様が捕捉されることとなる。この点につき、可罰的範囲が広すぎるとして、家族間における子の奪い合いには別の定義を要求するという考えもありうるところではある。

確かに、ドイツ法では、外国関連以外の家

族間における子の奪い合いについては、行為態様が暴行・重大な害悪を加える旨の脅迫・偽計に限定されていたことからすれば、家族間か否かで区別するように略取・誘拐概念を構成することも一つの考え方としてはありうる。また、そこでの実質的考慮として、家庭内の法的紛争は家庭裁判所の判断になじむのであって、家庭裁判所による手続が刑事手続へと移行してしまう危険が存在する³²⁷⁾という点も傾聴に値するし、家族間紛争に対して国家刑罰権は謙抑的であるべきという価値判断もありうる³²⁸⁾ ところではあり、立法論上は考慮に値する³²⁹⁾。

しかしながら、家族間か否かで規定を別にせず同一の構成要件（刑法224条）しか持たない日本法においては、構成要件解釈の問題として行為態様を別異に扱うことは、解釈論上難しいように思われる³³⁰⁾。特に、如何なる人間関係が「家族」として別異に扱われるべきなのか定かでないこと、仮に親族等を別異に扱うべきであると考えれば、親族等を別異に扱う刑法244条等と同様の規定がない中では、やはり条文の文言の解釈としては限界があるのではないかとと思われることからすれば、一層この理は妥当するよう思われる。

従って、平成17年決定が指摘するように、「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」と解すべきであって³³¹⁾、あくまでも構成

324) 参照、大判大正13年6月19日刑集3巻502頁。

325) V4(3)参照。

326) V3(2)b参照。

327) IV3(4)b(a)参照。

328) その前提としては、監護権者と子以外の人間関係を含めた幅広い人間関係を「家族」と呼称し、いわばそこにおける親密圏に対して国家刑罰権が抑制的になるべきである、という価値観に立脚することになる。もっとも、かかる価値観に立脚したとしても、そこにおける「家族」の定義に対応して、如何なる規律となるかはなお議論の余地がある。なお、「特定の人との身体的・感情的な関係を含む日常的な（無意識的な）関係」を「継続的・安定的に、かつ、包括的に結び合う人々」のことを「家族」として再定義するものとして、大村・前掲注14)398頁。また前掲注14)参照。

329) もっとも、家庭内紛争が刑事手続に持ち込まれることを立法により限定しようとしたドイツでも、両親・片方の親・後見人・保佐人からの離隔を捉えており、それ以上の者を保護の範囲に含めている訳ではない。IV1, 3参照。

330) ドイツでの同様の試みについても、解釈論上の限界が指摘されていた。参照、IV3(3)b(a)。なお、刑法226条に関する事案ではあるが、平成15年決定に関する同様の指摘として、福岡伸一郎「判批」最高裁判所判例解説刑事篇平成15年度174頁、180頁。

331) なお、沿革上は善意目的でなされた連れ去りは拐取罪には該当しないという解釈論が呈示されていた（例えばIII2(2)b(a)）が、現在では、例えば第三者が自己の子供として養育する目的で連れ去った場合等、善意目的

要件段階では家族間であるか否かは考慮しない方向で議論されるべきであろう。

(3) 小括

以上により、未成年者拐取罪は、未成年者の保護状態下にいる利益を保護法益とし、略取誘拐の定義は、保護された状態から離脱させること、又はそれに加えて行為者等の実力支配下に置くこと、とまとめられる³³²⁾。

これが家族間における子の奪い合いに適用されれば、虐待等にわたっておらず保護されている状態に子がいる場合には、そこから子を離脱させる行為は本罪の構成要件により捕捉されることになる。そうすると、住居を異にする監護者間の子の奪い合いのみならず、同居中の共同親権者についての子連れ里帰りも、また祖父母が主体となって「保護」している状態から監護権者が連れて帰る場合にも、広く本罪の構成要件により捕捉される³³³⁾ こととなり、最終的な可罰的範囲については違法性阻却判断により決されることとなる。

4 違法性阻却の検討

(1) はじめに

それでは、次に、本罪の違法性阻却が如何なる場合に認められるかにつき検討を行いたい。V3で検討したように、本罪の構成要件が幅広く事案を捕捉すること、家族間に関する処罰限定の契機は違法性阻却に求められること等からして、違法性阻却の余地に関する議論は重要な意義を有することになる。

前述のように、本罪の保護法益は、保護状態の下に存する未成年者の利益である。する

と、違法性が認められなくなるのは、①保護状態が不良に変更されたとは言えない場合、②保護状態の下にいることの放棄に未成年者自身の有効な同意がある場合、③保護状態が不良に変更されたとしてもなおそれが許容されるような場合、の三つに分けて、まずは検討することができるように思われる。

(2) 保護状態が不良に変更されたとは言えない場合

a 違法性阻却が認められる理由

まず、保護状態の不良変更が認められない場合に関する違法性阻却について検討したい。

現に未成年者が存在する保護状態から未成年者を離脱させれば、その状態にいる未成年者の利益は侵害される。しかしながら、V3での検討において、「保護」の中にも、一時的な保護にとどまるものから、監護権・監護義務に裏付けられた長期的な「監護」に至るまで、バリエーションが存在したことが明らかになっている以上、保護の状態を離脱させたからと言って、離脱後の状態を考えることなく全て一律に可罰的であるとするのは不適切である。例えば、旅行に出るために知人に子を数日ないし数週間預けていた監護権者が、帰宅後子の引渡しを求めたところ、子への愛着が湧いた当該知人が引渡しを拒み、子に衣食住を自らの支弁で提供し始めたため、監護権者が当該知人の承諾無しに実力で連れ戻した場合、略取誘拐罪による処罰がなされるべきでないことは明らかであろう。この事例においては、監護権者の引渡しの求めにより、未成年者が存する状態は、監護権行使として「監護」されている状態から知人に「保

や無害な目的であったとしても他の要件等が備われば拐取罪の成立は肯定されることに異論はあまりないだろう。

332) なお、このとき「引き渡し」作為義務を肯定することにより、「引き渡さない」という不作為を捕捉することも不可能ではない。特に、不作為犯成立を肯定しなければ、第三者の下に幼児がいた場合に、監護権者たる両親からの引渡しの求めに対して、第三者が幼児を誘惑しながら自己の下に置き続けた場合に、幼児が第三者の下に移動した時点における当該第三者の行動等につき立証しなければ本罪を認めることができず、例えば、場合によっては、幼児が遊んでいる途中に勝手に第三者の家に侵入した事案が捕捉されない事態が発生しうる。しかしながら、家族間における子の奪い合いについても、監護権者等の求めに応じないことが全て本罪の構成要件に捕捉されることになり、幅広い事案が包摂されうるため、作為義務を限定することも考えられる。もともと、以上の議論を行うためには錯綜した不作為犯の議論に立ち入った検討が必要となるため、詳細な検討はここでは控える。不作為犯一般に関する近時の論稿として、吉田敏雄『不真正不作為犯の体系と構造』(成文堂、2010)、橋爪隆「不作為犯の成立要件について」法教 421 号 85 頁 (2015) 参照。

333) 子連れ里帰りであっても、他方親権者を含む保護状態を離脱していることは否定できない。

護」されている状態へと性質を変えたと考えられるところ、監護権者の連れ戻しは、知人の保護状態から、より長期的な視点も含めて未成年者にとって何が適切な監護であるかを選択できる監護権に裏付けられた状態へと移動させる行為であると評価される。このように、保護された状態から離脱したとしても、それと同価値な、或いはそれを上回る価値を持った状態へと移行させようとしていると評価できる場合には、未成年者の存する状態が不良に変更されていないとして可罰性を否定することが考えられるのである。

かかる見地からは、被拐取側における保護状態と、拐取者が当該未成年者を移行させようとしている拐取後の保護状態とを比較して、不良変更が認められるか否かを決することになる。しかし、如何なる基準から優劣を判断すべきであるかについては一考を要する。すなわち、繰り返して述べてきたように、如何なる監護養育が適切であるかには大きな幅があるのであって、如何なる状態が子の福祉に資するかについては、家庭内の様々な法的紛争を解決するための人的物的施設並びに諸手続が整備されている家庭裁判所³³⁴⁾において多種多様な事情³³⁵⁾を考慮することによって初めて正確に判断される事柄である以上、刑事手続において優劣を総合的に判断することには大きな限界がある。このことは、民事手続たる人身保護請求の手続においても、家族の問題を家裁ではなく地裁等が扱う不適切さから、監護権者間の請求について謙抑的な姿勢が示されるようになったこと³³⁶⁾からも裏付けられる。

このように、事実的にどちらの保護が適切かを個別具体的に刑事手続で確定することが困難である³³⁷⁾とすれば、保護状態の比較に

は一定の基準が必要になり、以下のような二つの場合、すなわち保護の優劣が法的に認められている場合と認められていない場合に分けて、違法性阻却の余地が検討されることになる。

なお、拐取者がそもそも未成年者を保護する意思を有していない場合、例えば未成年者の虐待を開始・継続する意思で拐取したと認められるような場合には、保護された状態から保護されていない状態へ移行させている以上、違法性阻却は否定されるのであり、この点は拐取者が監護権者であろうとなかろうと同じである。

b 保護の優劣が法的に認められている場合

まず、未成年者の保護の優劣が法的に認められると言える場合には、原則として、それに基づいた保護状態の比較がなされる。

すなわち、V 3 (1) a の検討結果を踏まえて具体的に言うならば、第1に、監護権の裏付けを持つ状態又は公権的に保護が適切であると判断された状態は、そうでない状態よりも法的に優越すると判断される³³⁸⁾。例えば、前述の知人の下から保護の意思を有する監護権者が連れ戻す事案については、法的に優越する状態に移動させているため違法性が阻却される一方、監護権者の下で養育されていた嬰兒を第三者が客観的に安全な場所へと連れ去る事案については、監護権の裏付けを持つ状態から単なる保護の状態へと移動させているため違法性は阻却されないことになる。

第2に、監護権者とは別に公権的に保護が適切であると判断された者が存在する場合には、その判断の趣旨に鑑みて、優劣が判断される。例えば、家事審判前の保全処分により

334) 平成17年決定今井補足意見参照。

335) 参照、II 1。

336) 前掲注32)参照。また、山口・前掲注45)198頁。

337) この点、未成年者の現在の生活環境が劣悪か、良好か、どちらとも言えない場合に場合分けして保護の態様を変えるように読める文献も存在する(杉山・前掲注311)448頁以下)が、その基準が明確でないように思われる。

338) かかる結論は、人身保護法において監護権者から非監護権者に対して請求がなされた場合に、「請求者による監護が親権等に基づくものとして特段の事情のない限り適法であるのに対して、拘束者による監護は権限なしにされている」として、原則非監護権者による拘束は顕著な違法性を帯びるとされていることとも平仄が合う。II 1 (2) b 参照。

監護権者でない親の下に子が引き渡された場合には、保全処分趣旨として監護権者の下にいるよりも監護権者でない親の下にすることが保護として適切であるとされている以上、監護権者による連れ去りも違法性を阻却しない。児福法 28 条に基づく措置により保護されている子についても同様である。他方で、親権者以外の第三者が子の監護者として指定された場合には、当該決定における親権と監護者の監護との優劣の判断に基づいて、保護状態の優劣も決されることになろう³³⁹⁾。

保護の優劣が法的に認められていると
c 言えない場合①：監護 vs. 監護

それでは、次に、保護の優劣が法的に認められているとは言えない場合はどうであろうか。主たる例としては共同監護権者が別居を行っている場合が想定されることから、まずはこれについて検討を加えたい。

(a) 人身保護法の参照

ここでまず参考になるのは人身保護法にかかる規律である。人身保護請求においては、監護権者から監護権者に対して人身保護請求がなされた場合には、拘束者の下における監護が「子の福祉に反することが明白」である場合に限り、「顕著な違法性」が肯定されて当該請求が認められており、「子の福祉に反することが明白」な場合には、拘束者に対して引渡しを命ずる仮処分又は審判が出されているにもかかわらず右仮処分等に従わない場合（審判等違反類型）と、請求者の監護の下では安定した生活を送ることができるのに、拘束者の監護の下では著しくその健康が損なわれたり十分な義務教育を受けることができなかつたりする等、拘束者の幼児に対する処遇が親権行使という観点からみてもこれを容認することはできない場合（虐待・親権濫用類型）の二つが存在していた³⁴⁰⁾。

そうすると、未成年者の保護にかかる状態が審判等に違反している場合や、当該状態において虐待や親権濫用がなされており且つ子

が他方の監護の下では安定した生活が送れるような場合には、他方の保護状態に劣後することになる。もっとも、後者について言えば、もはや保護された状態とは呼べない。前者については、家事審判違反については公権的に保護が劣後すると評価されるような事案として V 4(2)b に解消される事案であるが、審判等違反類型に含まれる他の事案、例えば、離婚調停において調停委員会が関与した上で形成された合意に違反するような場合³⁴¹⁾については、なお独立の意味を持つだろう。

以上からすれば、保全処分不遵守に準じるような審判等違反類型については、かかる違反の認められる監護権者による保護状態が、他方の監護権者による保護状態に劣後するという結論が導かれる。

それでは、以上の規律からして保護状態が劣後するとは評価できないような場合には、保護状態の優劣は如何にして判断されるのだろうか。以上の人身保護法にかかる規律は、上記二類型以外には人身保護請求が「認められない」ことを示すだけであり、それは拘束者とされる側の状態の価値を高く見ているとも捉えられるし、両者の状態の価値を等しく見ているとも捉えられる。

従って、かかる見地から以下の二つのアプローチが導出される。

(b) ①原則不介入アプローチ

監護権者の選択した保護状態は、それが拐取した側のものであろうが拐取された側のものであろうが、監護養育の観点からすれば原則として同等の価値を有していると考えられる。この立場を貫くならば、監護権者間の子の奪い合いにおいては、原則として、拐取により侵害された保護状態と同価値の利益を有する保護状態が子に与えられている以上、実質的に違法性が阻却されるという帰結が導かれる。

もっとも、このアプローチをとったとしても、拐取により侵害された保護状態と同価値

339) 親以外の者の監護者指定については、二宮・前掲注 306) 参照。

340) II 1 (2) b 参照。

341) 参照、最判平成 11 年 4 月 26 日判タ 1004 号 107 頁。

の利益を有するとは言えないような特段の事情が認められる場合には、違法性が阻却されないことになる。例として、同意能力が認められる未成年者³⁴²⁾が当該拐取に明示的に反対しているような場合には、いずれの保護状態が自己に適切か選択が可能な未成年者が低価値であると判断した保護状態しか未成年者に与えられていない以上、違法性は阻却されないこととなる。また、拐取者が、仮に一時的な保護の意思を有していたとしても「監護」を行う意思を有していないと認められる場合にも、監護された状態に劣後する状態に移行されたと捉え、違法性阻却を否定することが考えられる。

(c) ②現状維持アプローチ

しかしながら、以上に対して、同じ「監護権者の選択した保護状態」と言っても、現に子が存する保護状態の方が現状維持の利益³⁴³⁾ないし継続性の原則³⁴⁴⁾に鑑みて価値は高いという価値判断もありうる。かかる立

場からは、監護権者による奪取であっても実質的に違法性は阻却されないということになる³⁴⁵⁾。

この立場に対しては、現状維持の重要性を貫くならば、いわゆる「子連れ里帰り」についても原則として違法性が肯定されることになってしまい、可罰的範囲が広すぎるのではないかという批判的見方が多い³⁴⁶⁾。もっとも、これは微妙な問題である。リロケーション等の整備が不十分である日本の現状においては、子連れ里帰りには「むしろ当然のことであって、それ自体、何ら非難されるべきことではない」という評価³⁴⁷⁾が裁判例上与えられることもあるように、民事上一般的には違法・不当ではないと評価されることが多い³⁴⁸⁾。一方で、子連れ里帰りと言っても子にとって重大な危害をもたらすものであるという認識が広がっており³⁴⁹⁾、国際的なコミュニティにおいては子連れ里帰りに対して比較的厳しい傾向にあるとされている³⁵⁰⁾。かか

342) V 4(3)参照。

343) 菱川孝之「判批」ジュリ 1272 号 155 頁, 159 頁 (2004)。

344) 棚村・後掲注 362)97 頁等。

345) この立場は、ハーグ条約の方向性と軌を一にするように思われる。すなわち、同条約では、子の居所指定権を中核とする「監護権」(同 5 条)を侵害するような子の不法な奪取(同 3 条 1 項)について、不法な連れ去り等から 1 年が経過していないような場合には(同 12 条)、監護権の実態に関する判断を行わずに(同 16 条)原則として子を返還する(なお、同 12 条, 13 条)ことを中核としている。そして、この条約の前提の認識としては、「奪取(enlèvement; abduction)によってそれまでの生活の場から突如もぎ取られて新しい環境で暮らすことを強いられるのは、それ自体が子にとって重大な危害である。それにもかかわらず、監護権を巡る法的争いにおいては、「子の最善の利益」の名の下に、奪取をした親に対して結局のところ監護権が与えられることが少なくなく、また、奪取に対する有効な原状回復手段もない。そのために、奪取が頻発し、子の利益は大きく損なわれる結果となっている。そこで、奪取の抑止、および奪取が生じた場合の迅速な原状回復が、子の保護のために強く要請される。」という点が指摘されている(早川・前掲注 11)1231 頁)。なお、ハーグ条約については、横山潤「国際的な子の奪取の民事面に関する条約について」曹時 63 卷 3 号 1 頁 (2011)、早川眞一郎=大谷美紀子「日本のハーグ条約加盟をめぐる」ジュリ 1460 号 ii 頁 (2013)等を参照。

346) 例えば内海朋子「判批」別冊ジュリスト 221 号(刑判例百選Ⅱ各論〔第 7 版〕) 26 頁, 27 頁 (2014)。また刑法 226 条についてであるが菱川・前掲注 343)159 頁も参照。

347) 大阪高決平成 17 年 6 月 22 日家月 58 卷 4 号 86 頁。

348) 早川眞一郎「『国際的な子の監護』をめぐる問題について」判タ 1376 号 47 頁, 48 頁以下 (2012)。

349) 「両親のいっぽうが家を去るとき……子どもはひどい精神的動揺を味わうことになる。両親が喧嘩をする場面はなくなり、ピリピリしていた空気も消えてほっとする反面、両親そろっていたためにこそあった安心感が失われて、子どもの気持ちは混乱し、心細くて途方にくれる……」(ゴールドスタインほか(片岡訳)・前掲注 279)36 頁以下)、「片親による連れ去りは子どもに両者の不和を決定的なものと感じさせ、和解への希望を大きく失わせる出来事となる。片親との分離によって夫婦間の対立に立ち会わなくてもよくなったり、分離した親に虐待的養育やドメスティック・バイオレンスがあった場合には、そうした否定的なイベントから解放された安心感がありつつ、それでもなお、子どもには分離した親への追慕や和解への希望を捨て去ることは難しく、複雑で不安定な心理状態におかれることになる」(菅原ますみ「ハーグ条約における解放実施事務と子の心理」新民事執行実務 12 号 53 頁, 54-55 頁 (2014))、また前掲注 345) 参照。

350) 早川・前掲注 348)52 頁。また、子連れ別居が外国人配偶者にとっては子を連れ去る行為と映るという指摘として、大谷美紀子「別居・離婚に伴う子の親権・監護をめぐる実務上の課題」ジュリ 1430 号 19 頁, 21 頁 (2011)

る見地からすれば、リロケーションやDVからの実効的保護等の環境整備に関する前提条件を確保した上で子連れ里帰りを原則禁止とすべきだという方向性に関する主張³⁵¹⁾も傾聴に値すると思われる。

しかしながら、そのような主張も、現在は子連れ里帰りを原則禁止とするための前提条件が未だ整備されているとは言えないということ前提にしている。そうであるならば、前提条件が十分に整備されていない中で、親の行為に犯罪としてのスティグマを課すこととなる峻厳な国家刑罰権³⁵²⁾が、この問題状況に介入することは、やはり未だ許容されないというべきではないか、と思われる。

d 保護の優劣が法的に認められていると言えない場合②：保護 vs. 保護

残された問題として、監護権や法的裏付けの存在しない保護の状態にいる未成年者を、同じく裏付け等のない保護の状態へと移す第三者の拐取を如何に評価すべきであろうか。これも結局のところ、上記の原則不介入アプローチをとるか、現状維持アプローチをとるかにより、その帰結が導かれるということになる。そして、かかる場合には死亡した親の養育を引き継いだ祖父母の下にいる未成年者を無関係な第三者からの拐取から保護する必要性が存在すること等からすれば、監護権者間の場合とは異なり、ここでは現状維持アプローチを採用するという帰結が妥当であるように思われる。

ここで監護権同士では原則不介入アプローチを採用し、単なる保護状態同士では現状維持アプローチを採用することの整合性は、以下のような説明が一応は可能である。すなわち、繰り返し述べているように何が適切な監護であるかには一定の幅が存在するところ、現状維持の利益を害してでも状態を変更することが監護として適切である場合も存在する

のであるから、拐取者に如何なる監護が適切かを決する権利が認められている場合には、刑事裁判所の目から、現状維持の利益が害された一事をもって拐取後の状態が拐取前より劣後すると判断することは適切でない。これに対して、拐取者にかかる権利が認められていない場合には、拐取者に監護義務が認められず長期的な「監護」が行われる前提を欠くことと相まって、拐取行為が、現状維持の利益を害してでもなお適切である状態に変更する行為であると評価される余地がない以上、現状維持の利益の侵害をもって、拐取後の状態が劣後するということが適切である。

そうすると、例えば、三世帯で暮らしていたが父母が死亡したために事実上養育を引き継いだ祖父母の下での養育について、適切でないと考えて他方の祖父母が子を引き取るためには、祖父母の下での養育が保護状態とは呼べないような場合等の場合を除き、民事上の手続によるべきであり、そのような手続によらない連れ去りは未成年者拐取罪を構成するということになる。

e 小括

縷々述べてきたが、以上の検討の帰結は以下ようになる。

まず、拐取者が保護する意思を有しているとは言えない場合は、保護状態から保護のない状態へ移される以上、違法性は阻却されない。

次に、拐取者が保護の意思を有している場合は、法律・審判・調停等においてその者の監護ないし保護が被拐取側の監護ないし保護よりも優越すると認められているときは違法性が阻却され、逆に劣後すると認められているときは違法性が阻却されない。そして、それでは優越するとも劣後するとも認められないときには、監護権者同士であれば原則として違法性が阻却されるのに対して、非監護権

(「多くの外国人親にとって、子の共同親権者であるにもかかわらず、子の所在もわからない、子が勝手に転校させられ、どの学校に通っているかも知られされない、子と会うことも電話で話すこともできず、子が健康で安全であるかどうかもわからないという状態に対し、法的な救済手段がないということが理解できない)。

351) 早川・前掲注 348)53 頁。

352) 参照、佐伯仁志『制裁論』128 頁(有斐閣, 2009)。なお、「親が犯罪者になったら、苦しむのは子どもだ。子の奪い合いに安易な刑事介入を認めるのではなく、家裁で解決すべきだ」という指摘(滝井繁男元最高裁判事)もある(「[きしむ親子] (2) 実の娘 連れ戻し「有罪」 親権争い(連載)」読売新聞 2012 年 10 月 23 日)。

者同士であれば違法性が阻却されない。

(3) 未成年者自身の同意

a 違法性が認められなくなる根拠

保護法益を、保護状態の下に存する未成年者の利益と解すると、その法益主体たる未成年者自身の同意が存在する場合には、それはいわゆる「被害者の同意」と位置付けられ、当該行為の違法性が認められなくなることになる³⁵³⁾。

b 問題の本質

この点、既に紹介したように、子の利益のみを保護法益とする立場からは、高校生等の一定の年齢以上については、かかる場合については不可罰になると主張されることが多い³⁵⁴⁾。明示的ではないが、その論拠は、一定の年齢以上になれば未成年者には同意能力が備わるのだから、当該年齢未満であれば監護権者による同意が行われるのに対して、当該年齢以上であれば未成年者本人が同意するのであって、監護権者には同意権限は存在しないというものであろう。

しかしながら、以上の論拠から高校生等の年齢以上の子の同意によって不可罰となることは自明の理ではない。何故ならば、そもそも現行刑法 224 条が「未成年者」と定められたのは、法律では未成年者は未だ知能が不十分のものとして全て規定されているため知能が不十分のものとして扱うことが妥当であるという判断に依拠している³⁵⁵⁾のであるから、未成年者の被拐取者の意思表示には一律に瑕疵があると³⁵⁶⁾すれば、未成年者拐取罪において未成年者の同意は常に考慮されないということになるからである。

これは、保護法益を子の利益に求める従来の複数の立場に対する批判となる。すなわち、この立場が、監護権説に対して未成年者

が真の同意をしていても可罰的になるのは不当であると批判するならば、それは、未成年者が真の同意をしていても子の「判断の適正を誤らせる」誘惑に該当する行為がなされていると評価することを前提としており³⁵⁷⁾、その立場を一貫させるならば、子の利益のみを保護法益としたとしても、適正な判断を行う同意能力に欠けている者の同意は無効であり可罰的であるという結論に至ってしまうはずである。

従って、監護権説と子の利益を保護法益とする立場との対立点として従来論じられてきたこの論点の本質は、如何なる場合に未成年者は「保護状態」の下から離脱することについて「適正な判断」をできるようになるかということであり、保護法益論に関係なく、そのような場合にはいずれの説からしても不可罰と解すべきである。

c 検討①：一般論

それでは、まず第三者による拐取の事例において、目安としてどれほどの年齢に至れば適正な判断をする能力を得るに至ったというべきであろうか。前述したように 20 歳によって切り分けるという立場もありうる一方、20 歳に至っていなかったとしても、個別事案に応じて、同意能力及び同意の有効性が認められる場合には同意による阻却を認める考え方もありうる。そして、ここでの考え方には二つ方向性があるように思われる。

一つは、未成年者拐取罪よりも法定刑が重い強制わいせつ・強姦の罪に関して、同意年齢が 13 歳とされている(刑法 176 条, 177 条)ことに鑑みて、同意年齢を低く見る考え方である。すなわち、法定刑に鑑みて保護状態よりも重要な法益である性的自由³⁵⁸⁾に関して同意年齢が 13 歳と規定されているのだから、

353) なお、かかる点については、被害者の同意が構成要件を阻却するのか違法性を阻却するのかという体系的な議論が存在する(違法性阻却事由説への批判も含め、参照、小林憲太郎「被害者の同意の体系的な位置づけ」立教法学 84 号 18 頁, 21 頁以下(2012))が、いずれにたつたとしても同様の帰結を導くことが可能である以上、ここでは体系的議論には立ち入らず、便宜上違法性阻却の枠組に入れた上で、如何なる場合に、本罪成立を否定する同意が認められるかという点につき議論を展開することとしたい。

354) II 2(1) b(a)参照。

355) III 3(1) b(b)参照。

356) 西原ほか・前掲注 55)118 頁, 120 頁〔日高義博〕。

357) V 1(2) a(b)参照。

358) 性犯罪の保護法益を性的自由(自己の身体を性的に利用されない自由)と解する近時の論稿として、佐伯

ましてや保護状態についてはそれよりも低い年齢でも同意可能であるとする見解である。

もう一つは、逆に依然として成年者に比するような高い年齢が必要とされる考え方である。すなわち、(その趣旨には議論があるものの) 児童(満18歳に満たない者)に淫行をさせる行為は刑罰をもって禁じられている(児童福祉法60条1項,34条1項6号)こと、また仮に法益の重要性に劣るとしても、法益の重大性と法益処分を適正に判断する能力とは必ずしも相関しないこと³⁵⁹⁾からすれば、比較的高い年齢³⁶⁰⁾を要求することもありうるように思われる³⁶¹⁾。

d 検討②：監護権者間等についての議論の修正の余地

もっとも、以上のような議論は、典型的な略取誘拐罪、すなわち監護権等の法的裏付けが認められる保護状態と、そうではない保護状態との間での選択を想定した事案に関する議論である。この点、養子縁組に関する意思能力は15歳で認められており(民法797条1項)、判例実務においても15歳以上の子の監護者に関する意思是、自己の境遇についての自主的判断力を備えているとして尊重されているという指摘、そして更なる意思の尊重を求める指摘もある³⁶²⁾。そして、第三者による「拐取」の場合とは異なり、保護の合理性が法的に担保された状態同士の選択であれ

ば、比較的低い年齢の未成年者であってもなお選択能力を認めることが許容されると捉えることができるならば、そのような状態の間については典型的な略取誘拐罪の場合よりも低い年齢で同意能力を認めることも許容されよう。

もっとも、正確な子の意思を把握する諸手続の用意された家裁での子の意思の取扱いを、日常生活において親等が子に対して行う「略取誘拐」の場合に類推することはできない³⁶³⁾という点に注意が必要である。

(4) 保護状態が不良に変更されたとしても許容される場合

それでは、保護状態の不良変更が認められ、かかる変更に対する未成年者の有効な同意が存在しなかったとしてもなお、違法性が阻却される場合はあるのだろうか。

まず、正当防衛や緊急避難が認められること自体には異論の余地がないだろう。例えば、第三者が、帰宅途中に犯罪被害にあっていない未成年者を発見したため、当該未成年者を自己の車に乗せて走り去ったような場合、仮に保護状態の下にいる利益を侵害しており、そして当該第三者による保護状態がそれを上回るものでなかったとしても、それでもなお生命身体の利益の保護等、それを上回る利益が認められ、違法性が阻却される余地が認められることになるだろう。

仁志「刑法における自由の保護」曹時67巻9号1頁,37頁(2015)。

359) 例えば、民法上、未成年者の子が婚姻するにあたっては父母の同意が必要とされており(民法737条)、その趣旨は、必ずしも思慮分別の定まらない未成年者の配偶者選択の誤謬を防ぐためであるとされている(青山道夫=有地亨編『新版 注釈民法(21) 親族(1)』235頁[大原長和](有斐閣,1989))。もっとも、配偶者の選択と保護状態の選択は必ずしも同一ではない。

360) なお、「満18歳に達した大学生ともなれば、自己の行動に対する意思決定の自由は、相当程度尊重されるべきであって、同人が、自己の自由な意志により、あえて親権による保護関係から離脱して特定の人物又は政治集団と行動を共にすることを希望しているときは、右意思決定に対する親権の介入を相当ならしめる特段の事情の存しない限り、第三者が、右未成年者を親権による保護関係から離脱させたからといって、同人の自由を侵害したことにはならないと解すべきである。」とする判例がある(大阪高判昭和62年9月18日判タ660号251頁)一方、14歳の家出少女に家出方法を教示したり航空券等の提供をしたりした事案で、元々少女に家出の願望があったものの、「被告人とのやり取りの中で、被害者の家出の意思が具体化し、確定的なものとなつた」として「誘惑」を肯定するものもある(釧路地判平成24年7月19日LLI/DB06750364)。

361) なお、逆に、成年者と同等の判断能力を有する未成年者の存在を認めるとすると、その者は、その能力にもかわらず成年者(刑法225条)以上の保護を刑法224条により受けることになる。

362) 棚村政行『子どもと法』98頁(日本加除出版,2012)。

363) 「「子の意思の尊重」という名目の元で親が子に意思を押しつける危険性があること、子は現在自分が生活を共にしている親の意向に沿う発言をせざるをえない状況に置かれがちであることなど、子の真意を確認することは困難を伴うことも多く、子の意思については慎重に判断されなければならない」と指摘されている(石田ほか・前掲注28)24頁)ように同意の有効性については慎重な判断が必要である。

このように考えると、以上に加えて違法性阻却の一般原理として³⁶⁴⁾、法益衡量・優越的利益の見地から、保護状態の不良変更によりそれを上回る権利利益の保護が認められるような場合について、なお違法性が阻却される余地が存在するように思われる。

かかる見地からは、例えば、治療同意権が問題になりうる³⁶⁵⁾。すなわち、監護権者たる両親 AB が別居していたときに、両者の子 C について被拐取側 A の保護状態が拐取側 B の保護状態よりも優越するようなときであったとしても、手術等の C の治療を A が拒絶していたような場合に、B が拐取し治療を受けさせることによって、C の生命身体の利益が保護されるような事案が考えられる。かかる事案において、監護権者或いは子の代行として、監護権者或いは親による治療同意が認められるとする見解³⁶⁶⁾に鑑みて、違法性が阻却される余地はないかが問題となりうるのである。確かに、被拐取側において、保護者が児童に必要な医療を受けさせない「医療ネグレクト」³⁶⁷⁾が発生しているような場合については、それが児童虐待に至るような重大な場合にはもはや「保護状態」下にないとして構成要件該当性を否定することもありうるものの、「医療ネグレクト」にも検診・予防接種を受けさせないといったものまで含まれる³⁶⁸⁾ように概念に大きな幅があるのであって、児童虐待には至らないものの児童に必要な医療を受けさせていない監護親からの

監護親による奪取についてはなお問題となるのである。

これには両様の考え方がありうる。すなわち、一方では、親権は共同行使が原則であることや、親権喪失宣告の家事審判における保全処分が手続として存在していること³⁶⁹⁾等に鑑みて違法性阻却を否定することも考えられる。他方で、未成年者の治療の決定に際して監護権者の意見が分かれている場合には、子の最善の利益を基本にいずれかの同意する処置を医師が選択することを許容する見解³⁷⁰⁾等に基づき、治療拒絶が児童虐待に至っていないかつとしても、拐取側の監護親にも子の治療同意を行う権限が存在するとして、一定の場合には³⁷¹⁾違法性阻却を肯定することも考えられる。

(5) 修正の余地：行為態様の考慮

以上(2)から(4)まで展開してきた議論に対しては、一定の立場からは議論を修正する余地がある。すなわち、法益衡量・優越的利益の見地からすれば、保護状態が不良に変更されなかったとしてもなお別個に侵害される利益が存在すれば違法性阻却を否定するという考えがありうるからである。

もっとも、これに対しては、当該構成要件の保護法益の外にある不法を算入して処罰を肯定することになるため、罪刑法定主義上問題があるという批判が考えられる³⁷²⁾一方、仮にこれを否定し、かかる算入を肯定する³⁷³⁾のであれば、その他の権利利益の侵害

364) 参照、小林憲太郎「違法性とその阻却——いわゆる優越利益原理を中心に——」千葉大学法学論集 23 巻 1 号 1 頁 (2008)。

365) 子と治療同意権を巡る問題一般については、小山剛＝玉井真理子編『子どもの医療と法』(尚学社、2008) 参照 (特に、保条成宏＝永水裕子「Ⅱ. 日本法の現状と課題」(同 29 頁以下))。

366) 西希代子「親権 (2) ——親権の効力」大村ほか編著・前掲注 181)273 頁、286 頁。

367) 畑中綾子「同意能力のない子に対する親の治療拒否をめぐる対応——医療ネグレクトへの介入——」岩田太編『患者の権利と医療の安全——医療と法のあり方を問い直す——』51 頁、51-52 頁 (ミネルヴァ書房、2011)。

368) 畑中・前掲注 367)52 頁。

369) 親による治療拒絶がなされている場合の対応としては、親権喪失の保全処分が実務上用いられている。参照、保条成宏＝永水裕子「日本法の現状と課題」小山＝玉井編・前掲注 365)29 頁、48 頁以下。

370) 「倫理上の問題はともかく、一方の同意さえあれば法律上の問題は起こらないとの見解もあるが、この場合は子の最善の利益を基本として両親のどちらかが同意する処置を選択する方法をとるのが適切ではないかと解される。」手嶋豊『医事法入門 [第 3 版]』261 頁 (有斐閣、2011)。

371) 軽微な医療治療については別異に解する余地がある。そのような場合には、優越的利益を違法性阻却原理に据える考え方からすれば、保護状態を離脱する不利益が治療による利益を上回るため違法性阻却が否定されるという説明になろう。

372) 例えば、山口厚『刑法総論 [第 2 版]』103 頁以下 (有斐閣、2011)、島田・前掲注 296)105 頁。

373) 例えば佐伯仁志「違法性の判断」法教 290 号 57 頁、60 頁 (2004)、小林・前掲注 364)56 頁以下。

を違法性阻却の中で考慮することが可能になるであろう。

以上の議論の例としては、平成15・17年決定で掲げられていた行為態様が挙げられる。すなわち、行為態様が粗暴で強引なものであり、それによって未成年者ないし第三者に対して危害を加えるものであったのならば、その権利利益侵害を捉えて違法性阻却を否定することが考えられる。もっとも、その場合には、保護状態が優越する状態へ粗暴に移行させた場合、かかる危害の発生と保護状態の優越さとの比較衡量を如何にして行うかという問題は生じることになる。

それでは、構成要件の保護法益の外にある不法の算入を否定する立場からは、行為態様は何等考慮に値しないのだろうか。保護状態下に存在するという未成年者自身の利益が保護法益として捉えられていることを前提にするならば、ありうる理解としては、かかる未成年者の利益と関連付ける解釈を展開することになる。ここで参考になるのは、子の引渡しの執行方法に関する議論である。すなわち、子の引渡しを間接強制ではなく直接強制により実現することに対する懸念事項として、執行官が未成年者をその意思に反して、或いは未成年者を抱く親から無理矢理に連れ出すことには、未成年者に対して身体的精神的損害を強く生じさせる危険性が存在する、という点が認識されている³⁷⁴⁾。

そこで、この点を捉えて、「強引」な子の奪取は未成年者に対して強い身体的精神的損害を加えるものであり、ひいては未成年者の養育の利益等にまで不利益を及ぼすものであるということを前提に、保護状態の価値を基礎付ける養育の利益を害するような行為態様の粗暴さ・強引さは、保護法益と関連する理由により違法性阻却を否定することとなると解する理解もありうる。

しかしながら、上述のように³⁷⁵⁾本罪は、

広範な意味における自由や安全を保護しているのではなく、あくまでも保護状態の下にいる利益を保護していると解されるのだとすると、このように理解したとしてもなお、保護法益に含まれない法益の侵害による違法性阻却の否定に反対する見解からは、支持され得ないという帰結に至るだろう³⁷⁶⁾。

(6) 本稿の帰結

以上から、本稿の議論の帰結として、以下のような場合に違法性阻却が肯定される。

まず、保護状態を不利に変更していないと評価できる場合について、行為態様の粗暴さが認められない場合或いは行為態様による危害の発生を違法性阻却において考慮しない場合には、原則として違法性が阻却される。具体的には、拐取者が保護の意思を有し、且つ法律・審判・調停等においてその者の監護が被拐取側の監護よりも優越すると認められているときや、拐取者たる監護権者が保護の意思をもって監護権者から拐取するときには、違法性が阻却される。

次に、保護状態の下にいる利益の放棄について、同意能力ある未成年者による有効な同意がなされた場合、構成要件ないし違法性が阻却される。

更に、保護状態を不利に変更している場合であっても、それを上回る権利利益の保護によって、違法性が阻却される。それには、正当防衛や緊急避難が挙げられ、更には治療同意権の行使によっても、違法性が阻却される余地が存在している。

なお、以上の議論を体系的に整理するならば、同意の問題は構成要件ないし実質的違法性阻却の問題として位置付けられ、その他の問題については、まず監護権行使として認められるものについては正当行為の問題として位置付けられ、次に正当防衛・緊急避難等については刑法36条・37条の問題として位置づけられ、それ以外のものについては実質的

374) 石田ほか・前掲注28)98頁、遠藤真澄「子の引渡しと直接強制——主に家裁の審判、保全処分と直接強制の在り方について——」家月60巻11号1頁、37頁以下(2008)。また、菅原・前掲注349)53頁も参照。なお、直接強制の方法の実務上の工夫については、園尾監修・杉山・前掲注17)85頁。

375) V3(1)b参照。

376) もっとも、同意能力を有する未成年者の同意に反するような拐取については、違法性が阻却されない旨は既に指摘した。V4(2)c(b)参照。

違法性阻却の問題として位置付けられることになるだろう。

5 平成 17 年決定の検討

それでは、最後に、以上の本稿の帰結からは、平成 17 年決定が如何なるカタチをもって見えることとなるのか、検討を行うこととしたい。

(1) 事案の概要

平成 17 年決定は、以下のような事案にかかる決定である。

被告人は B³⁷⁷⁾ との間に C が生まれたことから婚姻し、東京都内で共同生活をしていたが、平成 13 年 9 月 15 日、B と口論した際に被告人が暴力を振るう等したことから、B は C を連れて青森県八戸市内の B の実家に身を寄せ、別居するようになった。

このとき、C は、根本的治療としては手術を要する鼠径ヘルニアに罹患していたものの、重度ではなかった。そして、B は、平成 14 年 11 月 12 日に C を被告人に会わせて医師の説明を共に受けて手術を C に受けさせる予定でいたが、被告人が起こした未成年者略取事件³⁷⁸⁾ が起訴猶予処分になったことを受けて、離婚訴訟の提起を弁護士に依頼し、また当日 C と共に病院に行くことはなかった。

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企てた。そして、被告人は、平成 14 年 11 月 22 日午後 3 時 45 分頃、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 を連れ去った。その行為態様は、B に代わって迎えにきた D が、自分の自動車に C を乗せる準備をしている

すきについて、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脇に入れて 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、発進したというものである。なお、その際、被告人は、D が被告人の車の運転席の外側に立ち、運転席のドアノブを掴んで開けようとしていたり、窓ガラスを手で叩いて制止しようとしていたりするのにも意に介さず、発進している。

その後、同日午後 10 時 20 分頃、青森県内の民家等も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。

(2) はじめに：全体の構造

まず、平成 17 年決定は、構成要件該当性を肯定した上で、「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」と付言し、本件での違法性阻却を否定している。これは、前述のように³⁷⁹⁾、未成年者拐取罪について家族間か否かで規定を別にせず同一の構成要件しか持たない日本法においては、構成要件解釈の問題として行為態様を別異に扱うことは、解釈論上難しく、そうした事情は違法性阻却の判断において考慮すべきであるという点から支持される。

(3) 構成要件該当性に関する検討

次に、構成要件該当性について見ていきたい。

前述のように、平成 17 年決定は、「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

377) 人物関係の摘示については高裁以降のものを採用している。なお、第一審では、母親 A、子 B、保育園 C、祖母 D という名称がふられていた。

378) 第一審判決認定事実によれば、被告人は、平成 14 年 8 月に、知人の女性に C の身内を装わせて保育園から C を連れ出させ、ホテルを転々する等したが、9 日後に沖縄県下で未成年者略取の被疑者として逮捕されたことがあった。この件については、本件犯行の約 2 週間前に起訴猶予処分を受けているようである。

379) V 3 (2) d 参照。

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」であるとしている。

平成17年決定において、「未成年者略取罪の構成要件に該当することは明らか」であるということは、「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」という点から認定されている。ここで注目されるのは「保護されている環境」からの離脱を捉えていることであり、この点につき、本稿の帰結からは三つ重要な含意が読み取れる。

一つ目は、それはただの「環境」からの離脱ではなく「保護されている」環境である必要があるとされていることである。現に本決定は、Cが「監護養育されて平穏に生活していた」点を取って認定しているのであり、監護養育のなされない育児放棄等がなされている場合には、本罪の保護が及ばない可能性を示唆していると言える。本稿の立場からは、これは、保護法益が「親権者と共にいる事実」自体ではなく、保護状態下にいる未成年者の利益であるという帰結から支持される。

二つ目は、構成要件該当性を肯定するにあたって摘示されているのは「保護されている環境」であり、法的裏付けのある環境ではないということである。確かに、本決定はBがCの共同親権者である点を指摘しているものの、それによって立証されている対象はあくまでも「保護されている環境」である。そうすると、共同親権者による監護は原則として適法なものである³⁸⁰⁾という意味において、未成年者のいる状態が監護養育の意思に基づくものであることを推認させる一事情として位置付けられていると考えられるように思われる。以上のことは、本稿の立場からは、保護法益たる状態に法的裏付けは必要ないという帰結から支持されることになる。

三つ目は、略取誘拐の成立において「自分の事実的支配下に置いた」という点が摘示されていることである。前述したように、かか

る要件は必要不可欠のものであるとは考えられないものの、かかる要件を要求することが不当とは呼べず、保護状態への復帰可能性という観点から理解することが可能である。

(4) 違法性阻却に関する検討

a 全体の構造

以上を前提に、違法性阻却判断について検討を行いたい。

平成17年決定は、「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、正当なものと言うことはできない。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うる枠内にとどまるものと評することもできない」として、「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」と判示している。

ここからは二点重要な構造を読み解くことができる。

一つは、本決定は違法性阻却を二つの段階に分けて判断しているということである。この点、本決定について、決定文に掲げられた全ての事情を総合的に考慮する枠組を呈示するものも見受けられる³⁸¹⁾。しかしながら、決定自体は、「……正当なものということはできない」という文章と「……社会通念上許容されうる枠内にとどまるものと評することもできない」という文章の二段構造になっている。そして上告趣意がかかる区分を行っていない³⁸²⁾ことから、最高裁は取って二つ別個の判断基準があるという枠組を提示してい

380) II 1 (2) b 参照。

381) 例えば、日高義博「親権の行使と未成年者拐取罪」町野ほか編・前掲注311)416頁,425頁,佐藤琢磨「判批」刑事法ジャーナル4号92頁,98頁(2006)。

382) 参照,刑集59巻10号1909頁以下。

ると解され、その文言から、正当行為（刑法35条）の判断基準と実質的違法性阻却の判断基準が提示されていると見るのが妥当であろう³⁸³⁾。従って、両者の判断要素を混合させた違法性阻却判断³⁸⁴⁾は、内実を更に不明確にするものであり、許容されない。

もう一つは、本決定は実質的違法性阻却について、家族間における行為として社会通念上許容される枠内にとどまるか否かという基準を提示しているということである。これは、諸事情を総合考慮して法秩序全体の精神ないし社会的相当性の観点から実質的違法性を判断する判例理論の流れにあると評価することが可能である³⁸⁵⁾。

もっとも、かかる判断には、内実を実質化すれば優越的利益説に等しくなるのではないかという批判も強いところである³⁸⁶⁾し、特に本罪について言えば子の福祉という刑事手続における総合的判断の困難な事象が介在するのである³⁸⁷⁾から、結局のところ、何を判断要素として如何なる見地から違法性を判断するかを考察することが重要であるように思われる³⁸⁸⁾。

b 正当行為

まず、正当行為について、本決定は、「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」が認められれば、正当行為として違法性が阻却される余地を認めている。

ここで注目されるのは、構成要件該当性においては「保護」された環境という言葉を用いていたのに対して、正当行為については

「監護養育」という言葉が用いられているということである。本稿の帰結からすれば、これは、保護法益論としては単なる一時的な「保護」を摘示しているのに対して、正当行為の要件としては監護義務に裏付けられ一定の期間を内在させる「監護」の状態に移行することを摘示しているものと理解される。

かかる理解からすれば、これは監護権に基づく正当行為を示していると解される³⁸⁹⁾。すなわち、未成年者の保護状態が保護法益として考えられているところ、監護権は未成年者を監護に服させる「自力執行的権能を含むものといえるから、」一定範囲で「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³⁹⁰⁾という点を指摘するものと思われる³⁹¹⁾。

それでは、如何なる場合に監護権行使としての違法性阻却が肯定されるのだろうか。本稿の分析枠組に従って検討すると、まず、保護状態の優劣という観点からは、被拐取側が保護状態であると評価される場合に、「監護養育上それが現に必要とされるような特段の事情」に基づく正当行為が許容されるのは、拐取側の保護状態が被拐取側の保護状態に法的に優越すると認められる場合に限られると思われる。両者の間に法的優劣が認められない場合には、同価値であることを理由に実質的違法性阻却がなされる可能性があることは格別、被拐取側の状態を侵害する「権利」「権限」までもが拐取側に認められている訳ではないのであり、かかる理は、人身保護法の規律を見ても明らかである³⁹²⁾。すると、本件

383) 同様の理解として、前田・前掲注9)692頁、松澤・前掲注292)110頁、滝沢・前掲注45)113頁。

384) 例えば前掲高松高判平成26年1月28日。

385) 佐藤・前掲注381)97頁。

386) 例えば佐伯・前掲注373)58頁以下。

387) V4(2)a参照。

388) 佐藤・前掲注381)97頁。

389) 同旨、前掲注383)記載の各文献。実質的違法性阻却判断と分けて判断するのであれば、何らかの法令行為等を想定することが適切であるように思われる。

390) 以上のように指摘するものとして、前田・前掲注9)686頁。

391) 従って、非監護権者による奪取にもかかわらず監護養育の必要性を論じている前掲高松高判平成26年1月28日の当該説示は、正当行為と実質的違法性阻却を明示的に区分した平成17年決定の趣旨を没却し、限界の不明確な総合衡量へと運用を傾けるおそれがある（現に中村功一「判批」警察学論集67巻6号163頁（2014）はかかる区分を取り払った枠組を採用している（同173頁））ため、妥当でないように思われる。

392) V4(2)c(a)参照。

のように両者の保護状態の法的優劣が認められないような事例においては、その保護状態の優劣という観点からは、「監護養育上それが現に必要とされるような特段の事情」という要素によって正当行為が裏付けられることはなくなる。

しかし、保護状態の優劣が存在しなくとも、なお当該行為が許容される場合に該当する余地がある。そのような場合として本稿が摘示したのは治療同意権行使等による違法性阻却の余地であった。平成17年決定についても、第一審・第二審は、被告人が鼠径ヘルニアの手術を受けさせるために本件犯行に及んだという主張について検討を加えている。かかる見地からは、子の症状如何によっては、まさに「監護養育上それが現に必要とされる」場合として正当行為が認められる余地もあると言え、その意味をも平成17年決定は含意しているということもできよう。

なお、一点付言する。本決定につき、目的の正当性と行為の相当性という視点から整理を行おうとするものも存在し、かかる見解は、子を自らの下に奪回したいという目的では正当化されないという点を本決定が判示していると捉えているようである³⁹³⁾。しかし、本決定は、その文言からすると、監護養育の目的の有無ではなく、「監護養育上それが現に必要とされるような特段の事情」という監護養育の客観的必要性の有無を議論の対象としている。従って、確かに正当行為として認められるためには正当な目的が必要であるように思われるが、目的という観点から本決定の文言を理解することは妥当でないように思われる³⁹⁴⁾。

c 実質的違法性阻却

(a) 決定文の分析

それでは、次に、実質的違法性阻却の判断について見ていきたい。

ここでは、行為態様・未成年者の年齢・拐取者の養育の見込みを摘示した上で、家族間における行為として社会通念上許容される枠内にとどまるものとは評されない旨が指摘されているものの、前述のように、かかる総合衡量においては、何を判断要素として如何なる見地から違法性を判断するかを考察することが重要となろう。

そこで、本稿の議論を参考に検討を加えると、以下ようになる。

まず、保護状態が不良に変更されているとは言えない場合には違法性阻却が肯定される。本件は監護権者同士の争いであるため、原則不介入アプローチに立脚すると、拐取後の状態が保護された状態ないし監護された状態とは言えないような場合や、同意能力のある未成年者の有効な同意として被拐取側の保護状態が選択されている場合を除き、違法性阻却が肯定される。この点、本決定は「監護養育の見込み」の不存在を違法性阻却の否定理由の一つとして挙げている。監護権者による保護について監護養育の見込みがないと刑事裁判所が断ずることには困難を伴うものの³⁹⁵⁾、拐取後の状態が保護・監護された状態と評価できるか否かの一考慮要素にはなりうる。

次に、未成年者が「自分の生活環境についての判断・選択の能力」を備えているような場合には、その有効な同意によって構成要件ないし違法性が阻却される余地があるが、本件ではそのような能力が備わっていない以上、かかる点につき検討の余地がない。

393) 松澤・前掲注292)110頁。

394) なお、松澤・前掲注292)111頁は、子を自分の下に奪取したいという目的を「極めて独善的な欲求に基づいている」のであり目的が正当でないとする。しかし、子を自分の下に奪取したいという目的と、子は自分の下でよりよく養育されると思い拐取したという場合の目的とが、明確に分離されるかは確かでないように思われる。もっとも、正当な目的が必要であることは記した通りであり、奪取目的が監護養育目的を逸脱するものである場合のように、奪取行為に親権の濫用等が認められるような場合（参照、谷田貝三郎「親権の濫用」末川博古稀『権利の濫用』96頁、100頁（有斐閣、1962））には、正当行為が成立しないことは言うまでもない。

395) 本件においても養育の見込みがないと断ずることが可能なか疑義は存在する（参照、反対意見）。もっとも、被告人に対してDV保護命令に基づき接近禁止命令が出されているような事案であり、監護養育の見込みないし意思を否定するに足る事実が存在した可能性はある。

そして、仮に保護状態の不良変更が認められなくとも、一定の場合には違法性阻却が否定される³⁹⁶⁾。そして、構成要件の保護法益の外にある不法の算入を肯定する立場からは、本件のような行為態様の粗暴さや強引さ³⁹⁷⁾によって違法性阻却が否定されることになる。

(b) 原則不介入・現状維持アプローチへの示唆

以上からすれば、仮に違法性阻却として摘示された3要素が全て意味を持つとするならば、本稿の議論からは、平成17年決定は原則不介入アプローチを採用していることになるように思われる³⁹⁸⁾。また、仮に現状維持アプローチを採用し、子連れ里帰りも原則として可罰的であるとするならば、平成17年決定の事案は、拐取された側のBが子Cを連れてBの実家に身を寄せていたところ、被告人が拐取したというものであり、そもそもBの子連れ里帰りが未成年者拐取罪に該当するおそれが存在し³⁹⁹⁾、その場合、当該事案における被告人の行為は、いわゆる自救行為としての側面も有していたはずである⁴⁰⁰⁾にもかかわらず、本決定は、かかる自救行為等の枠組で問題を捉えた説示をしていない。

従って、本決定は、原則不介入アプローチに立脚しており、子連れ里帰りについては原則として射程に含めていないと解することが

自然であるように思われる。もっとも、最高裁は上記3要素「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」としたにとどまる。従って、この3要素は、各々の欠缺が常に実質的違法性阻却の肯定に大きく資するような意味をもっているとは必ずしも言えない⁴⁰¹⁾のであり、今後の判例の展開によっては、現状維持アプローチにたつことで、同意能力ある被拐取者による有効な同意の不存在等以外の実質的違法性阻却が大幅に否定される可能性も存在しているといえよう。

(5) 反対意見・補足意見の意義

なお、平成17年決定の検討の最後に、前述した⁴⁰²⁾反対意見・補足意見の対立について付言しておきたい。反対意見と補足意見においては、家庭裁判所の役割を重視した上で、刑事司法機関の介入が極力避けられるべきか、むしろ積極的に介入すべきか、という点が議論されていた。

まず、これまで見てきた通り、未成年者拐取罪は家庭裁判所の手続違反を処罰する犯罪ではないのだから、家庭内の法的紛争につき「家庭裁判所による解決を困難にする」から構成要件該当性が肯定される訳ではない。そして、更に言えば、刑事司法機関の介入が積極的・消極的であるべきだという価値判断から何の論理も経ることなく違法性阻却を否

396) 上述のように、原則不介入アプローチにたつたとしても、未成年者が当該拐取を拒絶しているような場合には、違法性阻却が否定されるが、本件においては未成年者に同意能力がないため、かかる点は問題にならない。このような意味においても、決定文の「自分の生活環境についての判断・選択の能力」の有無に関する摘示は重要性を持つことになる。

397) 本件では、第一審判決は「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」発進していることや、その結果「Dは、路上に転倒し、右腕と左膝を負傷した」点を摘示して粗暴さを基礎付けており、祖母への危害を捉えている。これに対して、第二審判決は「Cの心身に悪影響を及しかねないこと」を摘示しており、子への危害を捉えているように思われる。

398) 現状維持アプローチをとるならば、拐取先の養育の見込みや行為態様の粗暴さを指摘する必要なく違法性阻却が否定される。

399) 現に、母親の行為こそ拐取罪に該当し父親は連れ戻したに過ぎないという批判も存在している。参照、松田・前掲注8)76頁。

400) 本罪の保護法益を一定の保護状態の下にいる利益とすると、本罪は状態犯と解されるように思われる。状態犯に解した上で判例の帰結と整合をとるものとして、杉山・前掲注311)451頁以下。

401) 前田・前掲注9)693頁も、「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ろう」としている。

402) I 1(2)参照。

定・肯定するというのは、内実があまりに不
明確で許容され得ない。

従って、この「家庭裁判所の役割」論の位
置付けが問題となるが、これまでの本稿の見
地からすれば、これは実質的違法性阻却にお
いて原則不介入アプローチをとるべきか現状
維持アプローチをとるべきかの価値判断にお
ける対立として位置付けられるだろう。すな
わち、家庭内の法的紛争については家庭裁判
所による解決が期待されているところ、現実
に存在する保護状態の価値を高く評価するか
否かが、一面においては刑事司法機関の介入
が積極的であるべきか否かという側面を有す
ることになるのである。

以上の意味において、反対意見中の「ある
時期に、公の手続によって形成された訳でも
ない一方の親権者の監護状態の下にいないこ
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」という
説示や、補足意見中の「子の福祉という観点
から見ても、一方の親権者の下で平穏に生活
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
うべきである」という説示についても首肯す
ることができるように思われる。

もっとも、原則不介入アプローチをとった
としても反対意見のように本件の行為が不可
罰と判断される訳ではないということ、補足
意見の価値観を貫徹して現状維持アプローチ
をとるとまで最高裁決定が踏み切ったとも言
えないということは、これまで論述してきた
通りである。

6 残された課題——国外移送目的 拐取罪

最初に述べたように、本稿は、「家族間にお
ける子の奪い合い」のうち国内事案に焦点
を絞って検討を進めてきた⁴⁰³⁾。それでは、
国外事案に対する拐取罪の適用は如何なる様
相を呈するのであろうか。本稿が検討を進め
てきたように、かかる問題を議論するにあ
たっても、他罪の議論を何の検討も無く類推
するのではなく、刑法 226 条（国外移送目的
拐取罪）⁴⁰⁴⁾ 内在的な議論が必要となる⁴⁰⁵⁾
が、ここでは、国外事案・刑法 226 条特殊の
問題として、如何なる課題が存在しているの
かについて、最後に付言しておきたい。

まず、刑法 226 条の構成要件解釈につい
て、最高裁は、刑法 226 条にかかる平成 15
年決定⁴⁰⁶⁾と平成 224 条にかかる平成 17 年
決定について同様の構成要件解釈を展開して
いる。平成 15 年決定は、別居中のオランダ
人の夫が、日本人妻の下にいない子をオランダ
に連れ帰るために連れ去ろうとした事案に関
する決定であるが、「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」とであると判示してい
る。これは平成 17 年決定の枠組と共通する
ものであり、現に平成 17 年決定自体、構成
要件該当性の判断において平成 15 年決定を
引用している。

しかしながら、刑法 226 条の解釈がこれ
で良いのかには検討を要する。刑法 226 条は客
体を未成年者に限定しておらず、成年者も客
体となりうるどころ、第三者から「保護され
ている環境」にいる成年者のみが客体に含ま
れるという解釈は奇妙であり、「保護されて
いる環境」にいない成年者も客体に含まれる
はずである。そうすると、成年者と未成年者

403) I 2 参照。

404) 「所在国外に移送する目的で、人を略取し、又は誘拐した者は、二年以上の有期懲役に処する」と規定されている。なお、平成 17 年法律第 66 号による改正前では刑法 226 条 1 項は「日本国外に移送する目的で、人を略取し、又は誘拐した者は、二年以上の懲役に処する」と規定していた。

405) V 2 参照。

406) 前掲注 16) 参照。

で同一条文の解釈を変えるということになるはずであるが、かかる解釈が許容されるのか、また妥当であるのか、そしてそれに関連して本罪の罪質は如何なるものとして措定されるのか⁴⁰⁷⁾、といった点について詳細な検討を要しよう。

次に、仮に共通した構成要件解釈が肯定されるにしても、違法性阻却の判断が問題となる。最高裁は平成15年決定と平成17年決定の違法性阻却判断を明らかに変えている。すなわち、平成15年決定は「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」と述べるにとどまり、これまで検討した平成17年決定の詳細な判断とは明らかに異なる。ここでは、例えば国内事案では拐取後に民事上の手続による解決を望むことができるが、国外事案では日本における「判決が通常実行され得ない又は実行され難い状況」となり民事上の手続による解決が望めなくなる⁴⁰⁸⁾という違いや、これに関連して法定刑の差異にも現れているように国外移送目的拐取罪の違法性が異なる⁴⁰⁹⁾という違いを強調して、国外事案では違法性がまさに「特段の事情のない限り」阻却されない⁴¹⁰⁾のだとdistinguishすることも考えられる。しかし、そもそもの国外移送目的拐取罪の罪質についての詳細な検討がなければ、その罪質に基づく犯罪につき違法性阻却を適切に論じることができないのだから、やはり刑法226条内在的な検討が必要とされると言えよう。

VI. 結語

以上、未成年者拐取罪、及びそれを家族間における子の奪い合いに適用した平成17年決定の射程等を中心に検討を行ってきた。度々述べてきたように、本稿はありうる解釈論を展開したにとどまる上、本稿の採用した見解が唯一のありうる見解ではないし、様々な異なるアプローチの存在についても提示を行ってきた。

それでもなお本稿が議論を展開したのは、至ってシンプルな規定である刑法224条を巡る議論にもかかわらず、本質的議論を妨げる二つの可視化されていない障壁が存在したのために、不必要に複雑な議論が展開されていたように思われるからである。一つは、要件解釈において存在した他の条文との見えざる束縛、もう一つは、それ故に発生した趣旨と要件解釈との切断であった。切断された趣旨の議論においては、一部ではまるで「親の利益」対「子の利益」のようなイデオロギッシュな対立であるかのように振る舞われてきたし、また、保護法益論が決定的でない事例についてもあたかも保護法益論の問題であるかのように振る舞われてきた。

沿革を通じて可視化した二つの障壁を除去した先に本稿が見出した本質的議論は、未成年者の存在する状態の保護が如何なる範囲・程度で認められるのかという決断の問題であった。すなわち、刑事罰による保護を一定の状態に与えるにあたって、事実的な保護の状態があれば原則として保護に値すると捉えるのか、一定の法的裏付けが必要と捉えるのか、そして、それは監護権者等による奪取によっても変更され得ない程度に保護に値する

407) 罪質との関係で言えば、国外移送目的で未成年者を略取誘拐した場合には国外移送拐取罪のみが成立するとされている(参照、大判昭和10年6月6日刑集14巻625頁)こととの関係も問題となる。

408) IV 3(4) b(b)参照。

409) 「同一国内で移送された場合より元の居場所に戻ることがはるかに困難になる上、元の所在国とは異なった文化の地での生活が強いられることになり、国家から受けられる庇護の程度も違ってくる」(前田ほか編・前掲注64)662頁)という点から、「現に所在する国に引き続きとどまる」利益の重要性(山口・前掲注48)100頁)を強調することが考えられる。

なお、旧刑法345条についてはあるが、村田保は、被拐取者の捜索が難しく被拐取者自身も自分で復帰できないという情状の重さに加えて、「日本人口を減殺したる罪なれば略取誘拐に於て最も重き罪と爲す」としていた(村田・前掲注112)44丁)。興味深い採用し難い。

410) いわば現状維持アプローチに近い解決法をとるということである。

のか、そこで変更を承認するならば如何なる範囲で認めるべきなのか、という保護の範囲・程度の問題こそが、より本質的な問題であるように思われるのである。

そして、こうした問題に向かい合わなければ、「家族間における子の奪い合い」というこれまで刑事罰の介入が想定されてこなかった問題への本罪の適用は、「通常の判断能力を有する」と思われる「一般人」が「禁止される行為とそうでない行為とを識別するための基準」を持ち得ない。「検察官を信頼して任せておけばすべてうまくいく、という発想は……刑法理論のあるべき姿には反して」いる⁴¹¹⁾。

〔追記〕

脱稿後、西原春夫ほか編著『旧刑法〔明治13年〕(4) - I 日本立法資料全集 36 - I』(信山社, 2016), 西原春夫ほか編著『旧刑法〔明治13年〕(4) - II 日本立法資料全集 36 - II』(信山社, 2016), 橋爪隆「判例講座・刑法総論(第6回) 実質的違法性の判断」警察学論集 69 巻 7 号 116 頁(2016)に触れた。

* 謝辞

本稿は、2015年度に提出した研究論文に加筆・修正を加えたものです。執筆にあたり、公益財団法人未延財団からは、法科大学院奨学生としてご支援を頂きました。

また、昨年度に引き続き、本稿の執筆にあたって、多くの方々の暖かいサポートを頂きました。特に、橋爪隆教授には、ご多用のところ、指導教員として、テーマ選択から議論の内容にわたるまで、様々な観点から多くのご指導を賜りました。更に、今思い返すと4年も前になりますが、Ⅲで用いた沿革の手法の多くは、筆者が学部3年生のときに樋口亮介准教授の演習で学んだものに由来します。先生方には、感謝の念が尽きません。

加えて、本稿の公開にあたって、株式会社商事法務、そして友人の小谷侑也さんには、旧字体も用いた論稿の公開に向けて、多大な

るお力添えを頂きました。

論文執筆はこれで2回目になりますが、謝辞として申し上げたいことは、昨年度の論稿と変わりません。すなわち、数多のサポートの中で、検討されるべき問題の広さと深さに比して、本稿が極めて限定的な局面の検討に終わったのは、偏に筆者の能力不足によるものです。しかし、それでもなお本稿に見るべきものがあれば、望外の喜びであり、それは偏に周りの皆様のおかげです。

【資料編】

本稿で参考とした資料は複数の文献に跨って点在していることから、まとめて掲載することが資料的価値として重要であると考え、資料編として掲載する。

【資料編 1：旧刑法定程】

第一案⁴¹²⁾

「第十一章 幼児ノ家屬ノ權ヲ害スル重罪及ヒ輕罪」

第一條 尊屬ノ親ニアラスシテ七歳以下ノ幼児ヲ盜取シ又藏匿シタル者ハ左ノ例ニ照シ處斷ス

- 一 其幼児ヲ見出サトル時ハ重懲役ノ長期
- 二 其幼児ヲ見出シタル時ハ二年ヨリ五年ニ至ル重禁錮并ニ二十圓ヨリ二百圓ニ至ル罰金

三 其幼児ヲ見出スト雖モ癡篤疾若クハ不具ニナリタルニ犯人其怪我ノ原由又之レヲ防止シ能ハサルノ證ヲ立テサル時ハ寥闕ナル場所ニ幼児ヲ棄テタル者ノ爲メ定メタル刑ニ處ス

第二條 生キタル子ト生キタル子ト交換シ又死シタル子ト生キタル子ト交換シタル時其子ノ一人ヲ盜取シ又藏匿シタル者ハ前條ニ記載シタル區別ニ從ヒ前條ノ刑ニ處ス

第三條 生キタル子ト死シタル子ト交換シ又子ヲ産マサル婦ニ子ヲ産ミタルト言ヒ掛ケタル者ハ一年ヨリ三年ニ至ル重禁錮并ニ二十圓ヨリ百圓ニ至ル罰金ニ處ス

411) 佐伯 = 道垣内・前掲注 280)146 頁〔佐伯仁志発言〕。

412) 西原ほか編著・前掲注 81)338 頁。

但シ盗取シタル子ヲ以テ交換シ又言ヒ掛ケ
ヲ爲シタル時ハ第一條ニ記載シタル刑ニ處ス
第四條 尊屬ノ親子ヲ盗取シ又ハ藏匿シタル
時ハ前數條ニ記載シタル刑ニ二等ヲ減ス

第二案⁴¹³⁾

「第十一章 幼兒ノ家屬ノ權ヲ害スル重罪
及ヒ輕罪」

第一條 尊屬ノ親ニアラス且尊屬ノ親ノ許
諾ヲ得ス七歳以下ノ幼者ヲ略シ又ハ偽計ヲ以
テ誘出シ自己ノ權内ニ置キ又ハ他人ノ家ニ與
ヘタル者ハ左ノ如ク處斷ス

一 瘡疵又癩篤疾ニアラス幼兒存在スル時
ハ二年ヨリ五年ニ至ル重禁錮并ニ二十圓ヨリ
二百圓ニ至ル罰金ニ處ス

二 其幼者ヲ見出スト雖モ癩篤疾若シクハ
不具ニナリタルニ犯人其怪我ノ原由又之レヲ
防止シ能ハサルノ原由ヲ證セサル時ハ幼兒ヲ
放棄シ因テ身體痠傷ヲ爲シタル者ノ爲メ定メ
タル刑ニ處ス

三 其幼兒ノ存在セサル時ハ重懲役

第二條 略シ又ハ誘出シタル幼者ヲ其情ヲ
知テ自己ノ家族ト爲シ又ハ其他ノ名義ヲ以テ
引受ケタル者ハ前條ノ共犯(副正犯)ト爲シ
テ處斷ス

第三條 養子ニ係ル條件ヲ除クノ外尊屬ノ
親又ハ凡人其尊屬ノ親ノ許諾ヲ得テ幼者ヲ其
家ヨリ出シタル者ハ第一條ノ第一項ニ記載シ
タル刑ニ二等ヲ減ス

第四條 十二歳以上二十歳以下ノ幼者ヲ略
シタル者ハ前數條ニ記載シタル刑ニ一等ヲ減
ス

若シ十二歳以上ノ幼者ヲ和誘シタル時ハ二
等ヲ減ス

但シ告訴告發ヲ待テ其罪ヲ論シ其幼兒ト婚
姻シタル者ノ處分ノ方法モ亦第十二章ノ例ニ
從フ

日本刑法草按 第一稿⁴¹⁴⁾

「第三編 人ニ對シタル重罪輕罪」 「第十一
章 幼者ヲ略取シ及ヒ誘拐スルノ罪」

第四百十九條 十二歳以下ノ幼者ヲ略取シ
又ハ偽計ヲ以テ誘拐シタル者ハ二年以上五年
以下ノ重禁錮二十圓以上二百圓以下ノ罰金ニ
處ス

第四百二十條 略取又ハ誘拐シタル幼者ナ
ルコトヲ知テ自己ノ家屬ト爲シ又ハ其他ノ名
稱ヲ以テ之ヲ收受シタル者ハ前條ノ共犯ト爲
ス

第四百二十一條 尊屬ノ親自己ノ幼者ヲ略
誘シ又ハ其尊屬ノ親ノ許諾ヲ得テ其幼者ヲ略
誘シタル者ハ第四百十九條ニ記載シタル刑ニ
二等ヲ減ス

第四百二十二條 十二歳以上二十歳以下ノ
幼者ヲ略取シタル者ハ第四百十九條ニ記載シ
タル刑ニ一等ヲ減ス 其誘拐シタル者ハ二等
ヲ減ス 但訴ヲ待テ其罪ヲ論シ又其幼者ト婚
姻シタル者ノ處分ハ第四百二十九條⁴¹⁵⁾ノ例
ニ從フ

第四百二十三條 略誘スル所ノ幼者若シ癩
篤疾ト爲リ其致傷ノ原由又ハ之ヲ防止スルコ
ト能ハサルノ原由ヲ證明スルコト能ハサルト
キハ幼者ヲ寥闕ナラサル地ニ放棄シ因テ癩篤
疾ニ致シタル者ト同ク處斷ス

若シ幼者存在セスシテ其原由ヲ證スルコト
能ハサル時ハ重懲役ニ處ス

日本刑法草案 第二稿⁴¹⁶⁾

「第三編 人民ニ對スル重罪輕罪」 「第十一
節 幼者ヲ略取誘拐スル罪」

第三百九十條 年齢十二歳ニ滿タサル幼者
ヲ略取シ又ハ偽計其他ノ方法ヲ以テ誘拐シタル
者ハ二年以上五年以下ノ重禁錮二十圓以上
五十圓以下ノ罰金ニ處ス

第三百九十一條 十二歳以上二十歳ニ滿タ
サル幼者ヲ略取シタル者ハ一年以上三年以下
ノ重禁錮十圓以上三十圓以下ノ罰金ニ處ス

413) 西原ほか編著・前掲注 81)342 頁。

414) 西原ほか編著・前掲注 76)276 頁。

415) 「第四百二十九條 前數條ニ記載シタル條件ニ於テ被害者丁年以上ナレハ其告訴ヲ待チ若シ幼者ニ係レハ尊
屬ノ親若クハ後見人監察者ノ告發ヲ待テ其罪ヲ論ス 若シ犯人式ニ從テ其婦女ト婚姻ノ礼ヲ行ヒタル時ハ已ニ推
問ヲ始ムト雖モ直チニ其訴ヲ解クヘシ」(第十二章 猥褻姦淫重婚ノ罪) 西原ほか編著・前掲注 76)277 頁。

416) 西原ほか編著・前掲注 76)384 頁。

其誘拐シタル者ハ六月以上二年以下ノ重禁錮
五圓以上二十圓以下ノ罰金ニ處ス

第三百九十二條 略取誘拐シタル幼者ナル
コトヲ知テ自己ノ家屬ト爲シ又ハ其他ノ名稱
ヲ以テ之ヲ收受シタル者ハ前二條ニ記載シタル
略取誘拐ノ本犯ト同ク論ス

第三百九十三條 略取誘拐ノ罪ハ被害者又
ハ其代人ノ告訴ヲ待テ其罪ヲ論ス

若シ略取者式ニ從テ其幼者ト婚姻ノ禮ヲ行
ヒタル時ハ已ニ推問ヲ始ムト雖モ直チニ其訴
ヲ解ク可シ

第三百九十四條 幼者ヲ略取シタル者若シ
其幼者癱篤疾ト爲リ其致傷ノ原由ヲ證明スル
コト能ハサル時ハ毆打創傷ノ各本條ニ照シ一
等ヲ減ス

若シ幼者存在セスシテ其原由ヲ證スルコト
能ハサル時ハ重懲役ニ處ス

第三百九十五條 二十歳ニ滿タサル幼者同
謀シテ共ニ逃亡シタル者ハ誘拐ヲ以テ論スル
ノ限ニ在ラス 然レモ其情狀ニ依リ滿二十歳
ニ至ル時間之ヲ懲治場ニ拘置スルコトヲ得

確定日本刑法草案 完⁴¹⁷⁾

「第三編 人ノ身體財産ニ對スル重罪輕罪」
「第一章 身體ニ對スル罪」「第十節 幼者ヲ
略取誘拐スル罪」

第三百八十條 年齢十二歳ニ滿サル幼者ヲ
略取シ又ハ偽計其他ノ方法ヲ以テ誘拐シタル
者ハ二年以上五年以下ノ重禁錮二十圓以上五
十圓以下ノ罰金ニ處ス

第三百八十一條 十二歳以上二十歳ニ滿サ
ル幼者ヲ略取シタル者ハ一年以上三年以下ノ
重禁錮十圓以上三十圓以下ノ罰金ニ處ス 其
誘拐シタル者ハ六月以上二年以下ノ重禁錮五
圓以上二十圓以下ノ罰金ニ處ス

第三百八十二條 略取誘拐シタル幼者ナル
コトヲ知テ自己ノ家屬僕婢ト爲シ又ハ其他ノ
名稱ヲ以テ之ヲ收受シタル者ハ前二條ニ記載
シタル略取誘拐ノ本犯ト同ク論ス

第三百八十三條 略取誘拐ノ罪ハ被害者又
ハ其親屬代人ノ告訴ヲ待テ其罪ヲ論ス

若シ略誘者式ニ從テ其幼者ト婚姻ヲ爲シタル
時ハ告訴ノ效ナキ者トス

第三百八十四條 略誘シタル所ノ幼者若シ
癱篤疾又ハ死ニ至リ其原由ヲ證明セサル時ハ
略誘者ヲ毆打創傷ノ刑ニ處ス

若シ幼者現存セスシテ其所在ヲ證明セサル
時ハ重懲役ニ處ス

第三百八十五條 二十歳ニ滿サル幼者同謀
シテ共ニ逃避シタル者ハ誘拐ヲ以テ論スルノ
限ニ在ラス

明治 13 年刑法 (旧刑法) 418)

「第三編 身體財産ニ對スル重罪輕罪」
「第一章 身體ニ對スル罪」「第十節 幼者ヲ略
取誘拐スル罪」

第三百四十一條 十二歳ニ滿サル幼者ヲ略
取シ又ハ誘拐シテ自ラ藏匿シ若クハ他人ニ交
付シタル者ハ二年以上五年以下ノ重禁錮ニ處
シ十圓以上百圓以下ノ罰金ヲ附加ス

第三百四十二條 十二歳以上二十歳ニ滿サ
ル幼者ヲ略取シテ自ラ藏匿シ若クハ他人ニ交
付シタル者ハ一年以上三年以下ノ重禁錮ニ處
シ五圓以上五十圓以下ノ罰金ヲ附加ス 其誘
拐シテ自ラ藏匿シ若クハ他人ニ交付シタル者
ハ六月以上二年以下ノ重禁錮ニ處シ二圓以上
二十圓以下ノ罰金ヲ附加ス

第三百四十三條 略取誘拐シタル幼者ナル
コトヲ知テ自己ノ家屬僕婢ト爲シ又ハ其他ノ
名稱ヲ以テ之ヲ收受シタル者ハ前二條ノ例ニ
照シ各一等ヲ減ス

第三百四十四條 前數條ニ記載シタル罪ハ
被害者又ハ其親屬ノ告訴ヲ待テ其罪ヲ論ス
但略取誘拐セラレタル幼者式ニ從テ婚姻ヲ爲
シタル時ハ告訴ノ效ナシ

第三百四十五條 二十歳ニ滿サル幼者ヲ略
取誘拐シテ外國人ニ交付シタル者ハ輕懲役ニ
處ス

なお刑法編集会議の際には、箕作麟祥(みつくり・りんしょう)訳『仏蘭西法律書・刑法』が参考にされたとされる⁴¹⁹⁾。そこにお

417) 西原ほか編著・前掲注 78)840-841 頁。

418) 内田ほか編著・前掲注 71)143-144 頁。

419) 西原ほか編著・前掲注 74)3 頁。

いて略取・誘拐罪に係する条文としては、「第二卷 平民ニ対スル重罪及ヒ輕罪」「第一章 人ニ對スル重罪及ヒ輕罪」「第六款 小兒ノ身上ノ證ヲ妨ケ或ハ其證ヲ亡ハントシ又ハ其性命ヲ危ウスル輕重罪、幼者ヲ誘拐スル罪、埋葬ノ規則ニ背ク罪」「第二節 幼者ヲ誘拐スル罪」に置かれている第三百五十四條～第三百五十七條の条文が挙げられる⁴²⁰⁾。

第三百五十四條 詐偽又ハ暴行ヲ以テ幼者ヲ誘拐シ又ハ誘拐セシメタル者又ハ幼者ヲ其指令或ハ管照ヲ爲ス者ノ置キタル場所ヨリ他所ニ誘出シ又ハ他所ニ出行セシメ又ハ其誘出或ハ出行ヲ爲サシメタル者ハ徒刑場内ニ於テ使役スル刑ニ處セラル可シ

第三百五十五條 若シ滿十六歳以下ノ女ヲ誘拐シ又ハ誘出セシメ時ハ其犯人有期ノ徒刑ニ處セラル可シ

第三百五十六條 十六歳以下ノ女自カラ誘拐ヲ受クルヲ肯シタル時又ハ其女自己ノ意ヲ以テ誘拐者ニ隨行セシメ時其誘拐シタル者二十一歳以上ナルニ於テハ其犯人有期ノ徒刑ニ處セラル可シ

若シ其誘拐シタル者二十一歳以下ナル時ハ二年ヨリ少カラス五年ヨリ多カラサル時間禁錮ノ刑ニ處セラル可シ

第三百五十七條 誘拐者其誘拐シタル女ヲ妻ト爲ス時ハ民法ニ循ヒ其婚姻ヲ取消ス可キノ求メヲ爲ス權アル者ノ外其罪ヲ訴フ可カラス 又其婚姻ヲ取消スノ言渡ヲ爲シタル後ニ非サレハ其誘拐者ヲ刑ニ處ス可カラス

【資料編 2：現行刑法定制過程】

明治 23 年改正刑法草案⁴²¹⁾

「第三編 私益ニ關スル重罪及ヒ輕罪」「第二章 自由ニ對スル罪」「第三節 幼者ヲ略取、誘拐スル罪」

第三百二十四條 十二歳ニ滿サル幼者ヲ略取シ又ハ誘拐シタル者ハ二年以上五年以下ノ有役禁錮及ヒ十圓以上百圓以下ノ罰金ニ處ス

第三百二十五條 滿十二歳以上二十歳ニ滿

サル幼者ヲ略取シタル者ハ一年以上三年以下ノ有役禁錮及ヒ五圓以上五十圓以下ノ罰金ニ處シ誘拐シタル者ハ六月以上二年以下ノ有役禁錮及ヒ五圓以上三十圓以下ノ罰金ニ處ス

第三百二十六條 略取、誘拐シタル幼者ナルコトヲ知テ自己ノ家屬、僕婢ト爲シ又ハ其他ノ名稱ヲ以テ之ヲ收受シタル者ハ略取、誘拐ノ從犯ヲ以テ論ス

第三百二十七條 略取、誘拐ノ罪ハ被害者又ハ其法律上代人ノ告訴アルニ非サレハ訴追スルコトヲ得ス

第三百二十八條 此節ニ記載シタル罪ノ未遂犯ハ之ヲ罰ス

明治 28 年刑法草案⁴²²⁾

「第二編 罪名」「第十二章 自由ニ對スル罪」「第三節 人ヲ略取スル罪」

第二百八十一條 父母又ハ其他ノ監督者ノ承諾ナクシテ二十歳未滿ノ幼者ヲ略取シタル者ハ五年以下ノ懲役ニ處ス

偽計又ハ威力ヲ用ヒ父母又ハ其他ノ監督者ノ承諾ヲ得テ略取シタル者亦同シ

第二百八十二條 營利ノ目的ヲ以テ威力又ハ偽計ヲ用ヒ人ヲ略取シタル者ハ十年以下ノ懲役ニ處ス

猥褻又ハ結婚ノ目的ヲ以テ威力又ハ偽計ヲ用ヒ人ヲ略取シタル者亦同シ

第二項ノ罪ハ被害者又ハ親族ノ告訴ヲ待テ之ヲ論ス 但略取セラレタル者婚姻ヲ爲シタルトキハ婚姻不成立又ハ無効ノ裁判確定ノ後ニ非サレハ告訴ノ効ナシ

第二百八十三條 營利ノ目的ヲ以テ被略取者ヲ收受シタル者ハ七年以下ノ懲役ニ處ス

第二百八十四條 國外ニ移送スル目的ヲ以テ人ヲ略取シ又ハ賣買シタル者ハ五年以上ノ有期懲役ニ處ス

略取又ハ賣買セラレタル者ヲ國外ニ移送シタル者亦同シ

第二百八十五條 本條ノ未遂罪ハ之ヲ罰ス

420) 西原ほか編著・前掲注 74)398 頁。もともと、日本刑法草案会議筆記においてボアソナードが参照している条文とは異なっている。参照、西原ほか編著・前掲注 81)331 頁。

421) 内田ほか編著 (1) -III・前掲注 129)190 頁。

422) 内田ほか編・前掲注 130)176 頁。

明治 30 年刑法草案⁴²³⁾

「第二編 罪名」「第十二章 自由ニ對スル罪」「第三節 人ヲ略取スル罪」

第二百八十五條 父母又ハ其他ノ監督者ノ承諾ナクシテ二十歳未満ノ幼者ヲ略取シタル者ハ五年以下ノ懲役ニ處ス

偽計又ハ威カヲ用ヒ父母又ハ其他ノ監督者ノ承諾ヲ得テ略取シタル者亦同シ

第二百八十六條 營利ノ目的ヲ以テ偽計又ハ威カヲ用ヒ人ヲ略取シタル者ハ十年以下ノ懲役ニ處ス

猥褻又ハ結婚ノ目的ヲ以テ偽計又ハ威カヲ用ヒ人ヲ略取シタル者亦同シ

第二項ノ罪ハ被害者又ハ親族ノ告訴ヲ待テ之ヲ論ス 但略取セラレタル者婚姻ヲ爲シタルトキハ婚姻不成立又ハ無効ノ裁遂確定ノ後ニ非サレハ告訴ノ効ナシ

第二百八十七條 營利ノ目的ヲ以テ被略取者ヲ收受シタル者ハ七年以下ノ懲役ニ處ス

第二百八十八條 國外ニ移送スル目的ヲ以テ人ヲ略取シ又ハ賣買シタル者ハ五年以上ノ有期懲役ニ處ス

略取又ハ賣買セラレタル者ヲ國外ニ移送シタル者亦同シ

第二百八十九條 本條ノ未遂罪ハ之ヲ罰ス

明治 33 年刑法改正案⁴²⁴⁾

「第二節 罪名」「第十二章 自由ニ對スル罪」「第三節 人ヲ拐取スル罪」

第二百七十一條 父母又ハ其他ノ監督者ノ承諾ナクシテ未成年者ヲ拐取シタル者ハ五年以下ノ懲役ニ處ス

偽計又ハ威カヲ用ヒ父母又ハ其他ノ監督者ノ承諾ヲ得テ拐取シタル者亦同シ

前二項ノ行爲營利、猥褻又ハ結婚ノ目的ニ出タルトキハ十年以下ノ懲役ニ處ス

第二百七十二條 營利、猥褻又ハ結婚ノ目的ヲ以テ偽計又ハ威カヲ用ヒ人ヲ拐取シタル者ハ十年以下ノ懲役ニ處ス

第二百七十三條 猥褻又ハ結婚ノ目的ヲ以テ人ヲ拐取シタル罪ハ被害者又ハ其法定代理

人ノ告訴ヲ待テ之ヲ論ス 但拐取セラレタル者婚姻ヲ爲シタルトキハ婚姻ノ無効又ハ取消ノ裁判確定ノ後ニ非サレハ告訴ノ効ナシ

第二百七十四條 營利ノ目的ヲ以テ被拐取者ヲ收受シタル者ハ七年以下ノ懲役ニ處ス

第二百七十五條 國外ニ移送スル目的ヲ以テ第二百七十一條第一項、第二項ノ罪ヲ犯シ又ハ偽計若クハ威カヲ用ヒ人ヲ拐取シタル者ハ五年以上ノ有期懲役ニ處ス

國外ニ移送スル目的ヲ以テ人ヲ賣買シ又ハ被拐取者若クハ被賣買者ヲ國外ニ移送シタル者亦同シ

第二百七十六條 本節ノ未遂罪ハ之ヲ罰ス

第二百七十七條 本節ノ罪ヲ犯シタル者ニハ剝奪公權ヲ附加スルコトヲ得

明治 34 年刑法改正案⁴²⁵⁾

「第二編 罪」「第十二章 自由ニ對スル罪」「第三節 人ヲ拐取スル罪」

第二百六十三條 父母又ハ其他ノ監督者ノ承諾ナクシテ未成年者ヲ拐取シタル者ハ五年以下ノ懲役ニ處ス

偽計又ハ威カヲ用ヒ父母又ハ其他ノ監督者ノ承諾ヲ得テ拐取シタル者亦同シ

前二項ノ行爲營利、猥褻又ハ結婚ノ目的ニ出タルトキハ十年以下ノ懲役ニ處ス

第二百六十四條 營利、猥褻又ハ結婚ノ目的ヲ以テ偽計又ハ威カヲ用ヒ人ヲ拐取シタル者ハ十年以下ノ懲役ニ處ス

第二百六十五條 猥褻又ハ結婚ノ目的ヲ以テ人ヲ拐取シタル罪ハ告訴ヲ待テ之ヲ論ス 但拐取セラレタル者婚姻ヲ爲シタルトキハ婚姻ノ無効又ハ取消ノ裁判確定ノ後ニ非サレハ告訴ノ効ナシ

第二百六十六條 營利又ハ猥褻ノ目的ヲ以テ被拐取者ヲ收受シタル者ハ七年以下ノ懲役ニ處ス

拐取者ヲ幫助スル目的ヲ以テ被拐取者ヲ藏匿シ又ハ隱避セシメタル者ハ五年以下ノ懲役ニ處ス

第二百六十七條 國外ニ移送スル目的ヲ以

423) 内田ほか編・前掲注 130)176 頁。

424) 内田ほか編著・前掲注 130)491 頁。

425) 内田ほか編著・前掲注 131)56-57 頁。

テ第二百六十三條第一項，第二項ノ罪ヲ犯シ又ハ偽計若クハ威力ヲ用ヒ人ヲ拐取シタル者ハ三年以上ノ有期懲役ニ處ス

國外ニ移送スル目的ヲ以テ人ヲ賣買シ又ハ被拐取者若クハ被賣者ヲ國外ニ移送シタル者亦同シ

第二百六十八條 本節ノ未遂罪ハ之ヲ罰ス

第二百六十九條 本節ノ罪ヲ犯シタル者ニハ公權剝奪ヲ附加スルコトヲ得

明治 35 年刑法改正案⁴²⁶⁾

「第二編 罪」「第三十三章 人ヲ拐取スル罪」

第二百六十二條 父母其他ノ監督者ノ承諾ナクシテ未成年者ヲ拐取シタル者ハ五年以下ノ懲役ニ處ス

偽計又ハ威力ヲ用ヒ父母其他ノ監督者ノ承諾ヲ得テ拐取シタル者亦同シ

前二項ノ行爲營利，猥褻又ハ結婚ノ目的ニ出タルトキハ二年以上十年以下ノ懲役ニ處ス

第二百六十三條 營利，猥褻又ハ結婚ノ目的ヲ以テ偽計又ハ威力ヲ用ヒ人ヲ拐取シタル者ハ二年以上十年以下ノ懲役ニ處ス

第二百六十四條 拐取者ヲ幫助スル目的ヲ以テ被拐取者ヲ藏匿シ又ハ隱避セシメタル者ハ五年以下ノ懲役ニ處ス

營利又ハ猥褻ノ目的ヲ以テ被拐取者ヲ收受シタル者ハ七年以下ノ懲役ニ處ス

第二百六十五條 前三條ニ記載シタル罪ハ營利ノ目的ニ出タルモノヲ除ク外告訴ヲ待テ之ヲ論ス 但拐取セラレタル者犯人ト婚姻ヲ爲シタルトキハ婚姻ノ無効又ハ取消ノ裁判確定ノ後ニ非サレハ告訴ノ効ナシ

第二百六十六條 國外ニ移送スル目的ヲ以テ第二百六十二條第一項，第二項ノ罪ヲ犯シ又ハ偽計若クハ威力ヲ用ヒ人ヲ拐取シタル者ハ三年以上ノ有期懲役ニ處ス

國外ニ移送スル目的ヲ以テ人ヲ賣買シ又ハ被拐取者若クハ被賣者ヲ國外ニ移送シタル者亦同シ

第二百六十七條 本章ノ未遂罪ハ之ヲ罰ス

第二百六十八條 本章ノ罪ヲ犯シタル者ニハ公權剝奪ヲ附加スルコトヲ得

明治 39 年刑法改正案⁴²⁷⁾

「第二編 罪」「第三十三章 人ヲ拐取スル罪」

第二百四十七條 父母其他ノ監督者ノ承諾ナクシテ未成年者ヲ拐取シタル者ハ三月以上五年以下ノ懲役ニ處ス

偽計又ハ威力ヲ用ヒ父母其他ノ監督者ノ承諾ヲ得テ拐取シタル者亦同シ

前二項ノ行爲營利，猥褻又ハ結婚ノ目的ニ出タルトキハ一年以上十年以下ノ懲役ニ處ス

第二百四十八條 營利，猥褻又ハ結婚ノ目的ヲ以テ偽計又ハ威力ヲ用ヒ人ヲ拐取シタル者ハ一年以上十年以下ノ懲役ニ處ス

第二百四十九條 拐取者ヲ幫助スル目的ヲ以テ被拐取者ヲ藏匿シ又ハ隱避セシメタル者ハ三月以上五年以下ノ懲役ニ處ス

營利又ハ猥褻ノ目的ヲ以テ被拐取者ヲ收受シタル者ハ六月以上七年以下ノ懲役ニ處ス

第二百五十條 帝國外ニ移送スル目的ヲ以テ第二百四十七條第一項，第二項ノ罪ヲ犯シ又ハ偽計若クハ威力ヲ用ヒ人ヲ拐取シタル者ハ二年以上ノ有期懲役ニ處ス

帝國外ニ移送スル目的ヲ以テ人ヲ賣買シ又ハ被拐取者若クハ被賣者ヲ帝國外ニ移送シタル者亦同シ

第二百五十一條 本章ノ未遂罪ハ之ヲ罰ス

第二百五十二條 第二百四十七條乃至第二百四十九條ノ罪及び其未遂罪ハ營利ノ目的ニ出タルモノヲ除ク外告訴ヲ待テ之ヲ論ス

但被拐取者犯人ト婚姻ヲ爲シタルトキハ婚姻ノ無効又ハ取消ノ裁判確定ノ後ニ非サレハ告訴ノ効ナシ

第二百五十三條 本章ノ罪ヲ犯シタル者ニハ公權剝奪ヲ附加スルコトヲ得

同貴族院修正案⁴²⁸⁾

「第二編 罪」「第三十三章 略取及ヒ誘拐

426) 内田ほか編著(4)・前掲注 132)55 頁。

427) 内田ほか編著(6)・前掲注 132)146 頁。

428) 内田ほか編著(7)・前掲注 132)50 頁。

ノ罪」

第二百二十五條 未成年者ヲ略取又ハ誘拐シタル者ハ三月以上五年以下ノ懲役ニ處ス

第二百二十六條 營利、猥褻又ハ結婚ノ目的ヲ以テ人ヲ略取又ハ誘拐シタル者ハ一年以上十年以下ノ懲役ニ處ス

第二百二十七條 帝國外ニ移送スル目的ヲ以テ人ヲ略取又ハ誘拐シタル者ハ二年以上ノ有期懲役ニ處ス

帝國外ニ移送スル目的ヲ以テ人ヲ賣買シ又ハ被拐取者若クハ被賣者ヲ帝國外ニ移送シタル者亦同シ

第二百二十八條 前三條ノ罪ヲ犯シタル者ヲ幫助スル目的ヲ以テ被拐取者又ハ被賣者ヲ收受若クハ藏匿シ又ハ隱避セシメタル者ハ三月以上五年以下ノ懲役ニ處ス

營利又ハ猥褻ノ目的ヲ以テ被拐取者又ハ被賣者ヲ收受シタル者ハ六月以上七年以下ノ懲役ニ處ス

第二百二十九條 本章ノ未遂罪ハ之ヲ罰ス

第二百三十條 第二百二十七條ノ罪、同條ノ罪ヲ幫助スル目的ヲ以テ犯シタル第二百二十八條第一項ノ罪及ヒ此等ノ罪ノ未遂罪ヲ除ク外本章ノ罪ハ營利ノ目的ニ出テサル場合ニ限り告訴ヲ待テ之ヲ論ス 但被拐取者又ハ被賣者犯人ト婚姻ヲ爲シタルトキハ婚姻ノ無効又ハ取消ノ裁判確定ノ後ニ非サレハ告訴ノ効ナシ

改正刑法⁴²⁹⁾

「第二編 罪」「第三十三章 略取及ヒ誘拐ノ罪」

第二百二十四條 未成年者ヲ略取又ハ誘拐シタル者ハ三月以上五年以下ノ懲役ニ處ス

第二百二十五條 營利、猥褻又ハ結婚ノ目的ヲ以テ人ヲ略取又ハ誘拐シタル者ハ一年以上十年以下ノ懲役ニ處ス

第二百二十六條 帝國外ニ移送スル目的ヲ以テ人ヲ略取又ハ誘拐シタル者ハ二年以上ノ有期懲役ニ處ス

帝國外ニ移送スル目的ヲ以テ人ヲ賣買シ又ハ被拐取者若クハ被賣者ヲ帝國外ニ移送シタル者亦同シ

第二百二十七條 前三條ノ罪ヲ犯シタル者ヲ幫助スル目的ヲ以テ被拐取者又ハ被賣者ヲ收受若クハ藏匿シ又ハ隱避セシメタル者ハ三月以上五年以下ノ懲役ニ處ス

營利又ハ猥褻ノ目的ヲ以テ被拐取者又ハ被賣者ヲ收受シタル者ハ六月以上七年以下ノ懲役ニ處ス

第二百二十八條 本章ノ未遂罪ハ之ヲ罰ス

第二百二十九條 第二百二十六條ノ罪、同條ノ罪ヲ幫助スル目的ヲ以テ犯シタル第二百二十七條第一項ノ罪及ヒ此等ノ罪ノ未遂罪ヲ除ク外本章ノ罪ハ營利ノ目的ニ出テサル場合ニ限り告訴ヲ待テ之ヲ論ス 但被拐取者又ハ被賣者犯人ト婚姻ヲ爲シタルトキハ婚姻ノ無効又ハ取消ノ裁判確定ノ後ニ非サレハ告訴ノ効ナシ

【資料編 3：改正刑法假案制定過程】

（準備案の資料には手書きの修正等も記されている⁴³⁰⁾ため、修正される前のものを各々の案として紹介し、手書きの修正等については適宜その下に「修正：」として記す）

刑法改正原案起草準備案（昭和二年二月一日稿）⁴³¹⁾

「第三十二章 略取及拐去ノ罪」

（修正：第三十二章 略取及誘拐ノ罪）

「第二百八十七條（二二四） 未成年者ヲ略取シ又ハ之ヲ欺罔若ハ勸誘シテ其ノ環境ヲ離脱セシメ拐去シタル者ハ六月以上五年以下ノ懲役ニ處ス」

（修正：第二百八十六條（二二四） 未成年者ヲ略取シ又ハ誘拐シテ其ノ環境ヲ離脱セシメタル者ハ五年以下ノ懲役ニ處ス⁴³²⁾）

「第二百八十八條（二二五） 猥褻又ハ結婚ノ目的ヲ以テ人ヲ略取又ハ拐去シタル者ハ一年以上十年以下ノ懲役ニ處ス 營利ノ目的

429) 内田ほか編著(7)・前掲注132)408頁以下参照。

430) 手書き故に判読不能なものも多い。

431) 前掲注148)参照。

432) なおその横に「二九九條第二項 ◎第二八七條第二項乃至第二八九條ノ罪ヲ犯シタル者ヲ幫助スル目的ヲ以テ前項ノ（判読不能）シタル者ハ七年以下ノ懲役ニ處ス」と加筆されている。

ヲ以テ人ヲ略取又ハ拐去シタル者亦前項ニ同シ 常習トシテ犯シタルトキハ二年以上ノ有期懲役ニ處ス」

(修正：第二百八十七條(二二五) 猥褻又ハ結婚ノ目的ヲ以テ人ヲ略取シタル者ハ十年以下ノ懲役ニ處ス 猥褻又ハ結婚ノ目的ヲ隱避シテ人ヲ誘拐シタル者亦同シ 營利ノ目的ヲ以テ人ヲ略取又ハ誘拐シタル者ハ一年以上十年以下ノ懲役ニ處ス 常習トシテ犯シタルトキハ二年以上ノ有期懲役ニ處ス)

「第二百八十九條(二二六) 帝國外ニ移送スル目的ヲ以テ人ヲ略取若ハ拐去シ又ハ賣買シタル者ハ三年以上ノ有期懲役ニ處ス」

(修正：第二百八十八條)

「第二百九十條(欠) 被拐取者又ハ被賣者ヲ帝國外ニ移送シタル者ハ五年以上ノ有期懲役ニ處ス」

(修正：第二百八十九條(二二六))

「第二百九十一條(欠) 前二條ノ罪ヲ犯ス目的ヲ以テ其豫備ヲ爲シタル者ハ二年以下ノ懲役ニ處ス」

(修正：第二百九十條 前二條ノ罪ヲ犯ス目的ヲ以テ其ノ豫備ヲ爲シタル者ハ二年以下ノ懲役ニ處ス)

「第二百九十二條(二二七) 第二百八十七條乃至第二百九十條ノ罪ヲ犯シタル者ヲ幫助スル目的ヲ以テ被拐取者又ハ被賣者ヲ收容若ハ藏匿シ又ハ隱避セシメタル者ハ六月以上五年以下ノ懲役ニ處ス」

(修正：第二百九十一條(二二七) 第二百八十六條及第二百八十七條第一項ノ罪ヲ犯シタル者ヲ幫助スル目的ヲ以テ被拐取者又ハ被賣者ヲ收受若ハ藏匿シ又ハ隱避セシメタル者ハ五年以下ノ懲役ニ處ス⁴³³⁾)

「第二百九十三條(二二七) 營利又ハ猥褻ノ目的ヲ以テ被拐取者又ハ被賣者ヲ收受シタル者ハ一年以上七年以下ノ懲役ニ處ス 營利ノ目的ヲ以テ被拐取者又ハ被賣者ヲ收受シタル者亦前項ニ同シ 常習トシテ犯シタルト

キハ二年以上十年以下ノ懲役ニ處ス」

(修正：第二百九十二條)

「第二百九十四條(二二八) 本章ノ未遂罪ハ之ヲ罰ス」

(修正：第二百九十三條)

「第二百九十五條(二二九) 第二百八十七條ノ罪、第二百八十八條第一項ノ罪及此等ノ罪ヲ幫助スル目的ヲ以テ犯シタル第二百九十二條ノ罪、第二百九十三條第一項ノ罪並此等ノ罪ノ未遂罪ハ告訴ヲ待テ之ヲ論ス 但シ被拐取者又ハ被賣者犯人ト婚姻ヲ爲シタルトキハ婚姻ノ無効又ハ取消ノ裁判確定ノ後ニ非サレハ告訴ノ効ナシ」

(修正：第二百九十四條(二二九) 第二百八十六條ノ罪、第二百八十七條第一項ノ罪、第二百九十一條第一項ノ罪及第二百九十二條第一項ノ罪並此等ノ罪ノ未遂罪ハ告訴ヲ待テ之ヲ論ス 但シ被拐取者又ハ被賣者犯人ト婚姻ヲ爲シタルトキハ婚姻ノ無効又ハ取消ノ裁判確定ノ後ニ非サレハ告訴ノ効ナシ)

刑法改正原案準備案(昭和二年二月十日稿)⁴³⁴⁾

「第三十二章 略取及誘拐ノ罪」

「第二百八十七條(二二四) 未成年者ヲ略取シ又ハ誘拐シテ其ノ環境ヨリ離脱セシメタル者ハ五年以下ノ懲治ニ處ス」⁴³⁵⁾

「第二百八十八條(二二五) 猥褻又ハ結婚ノ目的ヲ以テ人ヲ略取シタル者ハ十年以下ノ懲治ニ處ス 猥褻又ハ結婚ノ目的ヲ隱避シテ人ヲ誘拐シタル者亦同シ 營利ノ目的ヲ以テ人ヲ略取又ハ誘拐シタル者ハ一年以上十年以下ノ懲治ニ處ス 常習トシテ犯シタルトキハ二年以上ノ有期懲治ニ處ス」

(修正：第二百八十七條(二二五) 猥褻又ハ結婚ノ目的ヲ以テ人ヲ略取シタル者ハ十年以下ノ懲治ニ處ス 猥褻又ハ結婚ノ目的ヲ隱避シ人ヲ欺罔又ハ勸誘シテ誘拐シタル者亦前項ニ同シ 營利ノ目的ヲ以テ人ヲ略取又ハ

433) その横に「◎二八七条ヨリ(判読不能)ルコト」と加筆されている。

434) 前掲注149)参照。

435) 本条には、多く修正がくわえられてはその修正が消されるという作業が繰り返された跡があり、どれが最終的修正となったか定かではない。最終的修正として確定的にいえるのは、条文番号が変更されたことと、当該条文の第二項として「未成年者ヲ欺罔又ハ勸誘シテ其ノ環境ヨリ離脱セシメタル者(判読不能)前項ニ同シ」と加えられたことである。

誘拐シタル者ハ一年以上十年以下ノ懲治ニ處ス 常習トシテ犯シタルトキハ二年以上ノ有期懲治ニ處ス)

「第二百八十九條(二二六) 帝國外ニ移送スル目的ヲ以テ人ヲ略取若ハ拐去シ又ハ賣買シタル者ハ三年以上ノ有期懲治ニ處ス」

(修正：第二百八十八條)

「第二百九十條(二二六) 被拐取者又ハ被賣者ヲ帝國外ニ移送シタル者ハ五年以上ノ有期懲治ニ處ス」

(修正：第二百八十九條)

「第二百九十一條(欠) 前二條ノ罪ヲ犯ス目的ヲ以テ其豫備ヲ爲シタル者ハ二年以下ノ懲治ニ處ス」

(修正：第二百九十條 前二條ノ罪ヲ犯ス目的ヲ以テ其ノ豫備ヲ爲シタル者ハ二年以下ノ懲治ニ處ス)⁴³⁶⁾

「第二百九十二條(二二七) 第二百八十七條及第二百八十八條第一項ノ罪ヲ犯シタル者ヲ幫助スル目的ヲ以テ被拐取者又ハ被賣者ヲ收受若ハ藏匿シ又ハ隱避セシメタル者ハ五年以下ノ懲治ニ處ス 第二百八十八條第二項乃至第二百九十條ノ罪ヲ犯シタル者ヲ幫助スル目的ヲ以テ前項ノ行為ヲ爲シタル者ハ七年以下ノ懲治ニ處ス」

(修正：第二百九十二條(二二七) 第二百九十一條乃至第二百八十七條第一項第二項及前条ノ罪ヲ犯シタル者ヲ幫助スル目的ヲ以テ被拐取者又ハ被賣者ヲ收受若ハ藏匿シ又ハ隱避セシメタル者ハ五年以下ノ懲治ニ處ス 第二百八十七條第三項、第二百八十八條及第二百八十九條ノ罪ヲ犯シタル者ヲ幫助スル目的ヲ以テ前項ノ行為ヲ爲シタル者ハ一年以上七年以下ノ懲治ニ處ス)

「第二百九十三條(二二七) 營利又ハ猥褻ノ目的ヲ以テ被拐取者又ハ被賣者ヲ收受シタル者ハ一年以上七年以下ノ懲治ニ處ス 營利ノ目的ヲ以テ被拐取者又ハ被賣者ヲ收受シタル者亦前項ニ同シ 常習トシテ犯シタルトキハ二年以上十年以下ノ懲治ニ處ス」

(修正：第二百九十三條 猥褻ノ目的ヲ以

テ被拐取者又ハ被賣者ヲ收受シタル者ハ一年以上七年以下ノ懲治ニ處ス 營利ノ目的ヲ以テ被拐取者又ハ被賣者ヲ收受シタル者亦前項ニ同シ 常習トシテ犯シタルトキハ二年以上十年以下ノ懲治ニ處ス)

「第二百九十四條(二二八) 本章ノ未遂罪ハ之ヲ罰ス」

「第二百九十五條(二二九) 第二百八十七條ノ罪、第二百八十八條第一項ノ罪、第二百九十二條第一項ノ罪及第二百九十二條ノ罪、第二百九十三條第一項ノ罪並此等ノ罪ノ未遂罪ハ告訴ヲ待テ之ヲ論ス 但シ被拐取者又ハ被賣者犯人ト婚姻ヲ爲シタルトキハ婚姻ノ無効又ハ取消ノ裁判確定ノ後ニ非サレハ告訴ノ效ナシ」

(修正：第二百九十五條(二二九) 第二百八十七條第一項第二項ノ罪、第二百九十一條ノ罪、第二百九十二條第一項ノ罪及第二百九十三條第一項ノ罪並此等ノ罪ノ未遂罪ハ告訴ヲ待テ之ヲ論ス 但シ被拐取者又ハ被賣者犯人ト婚姻ヲ爲シタルトキハ婚姻ノ無効又ハ取消ノ裁判確定ノ後ニ非サレハ告訴ノ效ナシ)

「刑法改正豫備草案」⁴³⁷⁾

第二百九十一條 猥褻又ハ結婚ノ目的ヲ以テ人ヲ略取又ハ誘拐シタル者ハ十年以下ノ懲治ニ處ス

營利ノ目的ヲ以テ略取又ハ誘拐シタル者ハ一年以上十年以下ノ懲治ニ處ス 常習トシテ犯シタルトキハ二年以上ノ有期懲治ニ處ス

第二百九十二條 居住國外ニ移送スル目的ヲ以テ人ヲ略取若ハ誘拐シ又ハ賣買シタル者ハ二年以上ノ有期懲治ニ處ス

猥褻ノ目的ヲ以テ居住國外ニ移送スル爲人ヲ勸誘シテ其ノ環境ヨリ離脱セシメタル者ハ前項ノ誘拐ヲ以テ論ス

第二百九十三條 被拐取者又ハ被賣者ヲ居住國外ニ移送シタル者ハ五年以上ノ有期懲治ニ處ス

第二百九十四條 前二項ノ罪ヲ犯ス目的ヲ

436) その横に「第二百九十一條 未(判読不能)者ヲ略取又ハ誘拐シタル者ハ五年以下ノ(判読不能)ス」と書かれている。後の刑法改正原案起草準備委員会第十二回を見る限り、修正前第二百八十七條が移動したものと思われる。

437) 林・前掲注140)496-497頁。

以テ其ノ豫備ヲ爲シタル者ハ二年以下ノ懲治ニ處ス

第二百九十五條 未成年者ヲ略取又ハ誘拐シタル者ハ五年以下ノ懲治ニ處ス 未成年者ヲ勧誘シテ其ノ環境ヨリ離脱セシメタル者亦同シ

第二百九十六條 第二百九十一條第一項又ハ前條ノ罪ヲ犯シタル者ヲ幫助スル目的ヲ以テ被拐取者ヲ收受若ハ藏匿シ又ハ隱避セシメタル者ハ五年以下ノ懲治ニ處ス

第二百九十一條第二項, 第二百九十二條又ハ第二百九十三條ノ罪ヲ犯シタル者ヲ幫助スル目的ヲ以テ被拐取者又ハ被賣者ヲ收受若ハ藏匿シ又ハ隱避セシメタル者ハ六月以上七年以下ノ懲治ニ處ス

第二百九十七條 猥褻ノ目的ヲ以テ被拐取者又ハ被賣者ヲ收受シタル者ハ六月以上七年以下ノ懲治ニ處ス 營利ノ目的ヲ以テ被拐取者又ハ被賣者ヲ收受シタル者亦前項ニ同シ 常習トシテ犯シタルトキハ一年以上十年以下ノ懲治ニ處ス

第二百九十八條 第二百九十一條乃至第二百九十三條ノ罪及第二百九十五條乃至前條ノ罪ノ未遂犯ハ之ヲ罰ス

第二百九十九條 第二百九十一條第一項ノ罪, 第二百九十五條ノ罪, 第二百九十六條第一項ノ罪及第二百九十七條第一項ノ罪並此等ノ罪ノ未遂犯ハ告訴ヲ待テ之ヲ論ス 但シ被拐取者又ハ被賣者犯人ト婚姻ヲ爲シタルトキハ婚姻ノ無効又ハ取消ノ裁判確定ノ後ニ非サレハ告訴ノ効ナシ

「刑法並監獄法改正起草委員會決議條項（刑法各則編第二次整理案）」（昭和10・8・15）⁴³⁸⁾

「第三十二章 略取及誘拐ノ罪」

第二百九十條ノ三 未成年者ヲ略取又ハ誘拐シタル者ハ五年以下ノ懲役ニ處ス

第二百九十一條 營利ノ目的ヲ以テ人ヲ略取又ハ誘拐シタル者ハ一年以上十年以下ノ懲役ニ處ス

猥褻ノ目的ヲ以テ人ヲ略取又ハ誘拐シタル者亦前項ニ同シ

第二百九十一條ノ二 常習トシテ前條ノ罪ヲ犯シタル者ハ二年以上ノ有期懲役ニ處ス

第二百九十二條 居住國外ニ移送スル目的ヲ以テ人ヲ略取若ハ誘拐シ又ハ賣買シタル者ハ二年以上ノ有期懲役ニ處ス

第二百九十三條 被拐取者又ハ被賣者ヲ居住國外ニ移送シタル者ハ五年以上ノ有期懲役ニ處ス

第二百九十四條 前二條ノ罪ヲ犯ス目的ヲ以テ其ノ豫備又ハ通謀ヲ爲シタル者ハ二年以下ノ懲役ニ處ス

第二百九十四條ノ二 結婚ノ目的ヲ以テ人ヲ略取又ハ誘拐シタル者ハ七年以下ノ懲役ニ處ス

第二百九十五條 削除

第二百九十六條 第二百九十一條乃至第二百九十三條ノ罪ヲ犯シタル者ヲ幫助スル目的ヲ以テ被拐取者又ハ被賣者ヲ收受若ハ藏匿シ又ハ隱避セシメタル者ハ七年以下ノ懲役ニ處ス

第二百九十條ノ三又ハ第二百九十四條ノ二ノ罪ヲ犯シタル者ヲ幫助スル目的ヲ以テ被拐取者ヲ收受若ハ藏匿シ又ハ隱避セシメタル者ハ五年以下ノ懲役ニ處ス

第二百九十七條 營利ノ目的ヲ以テ被拐取者又ハ被賣者ヲ收受シタル者ハ十年以下ノ懲役ニ處ス

猥褻ノ目的ヲ以テ被拐取者又ハ被賣者ヲ收受シタル者亦前項ニ同シ

第二百九十七條ノ二 常習トシテ前條ノ罪ヲ犯シタル者ハ一年以上ノ有期懲役ニ處ス

第二百九十八條 第二百九十條ノ三乃至第二百九十三條ノ罪及第二百九十四條ノ二乃至前條ノ罪ノ未遂犯ハ之ヲ罰ス

第二百九十九條 第二百九十條ノ三ノ罪, 第二百九十一條第二項ノ罪, 第二百九十四條ノ二ノ罪, 猥褻ノ目的ヲ以テ略取又ハ誘拐セラレタル者ニ關スル第二百九十六條第一項ノ罪, 第二百九十六條第二項ノ罪及第二百九十七條ノ罪並ニ此等ノ罪ノ未遂犯ハ告訴ヲ待テ之ヲ論ス

438) 林・前掲注140)470-471頁。

「刑法改正假案」⁴³⁹⁾

「第二編 各則」第三十四章 略取及誘拐ノ罪

第三百七十六條 未成年者ヲ略取又ハ誘拐シタル者ハ十年以下ノ懲役ニ處ス

第三百七十七條 營利ノ目的ヲ以テ人ヲ略取又ハ誘拐シタル者ハ一年以上ノ有期懲役ニ處ス

猥褻ノ目的ヲ以テ略取又ハ誘拐シタル者亦前項ニ同ジ

第三百七十八條 常習トシテ前條ノ罪ヲ犯シタル者ハ三年以上ノ有期懲役ニ處ス

第三百七十九條 居住國外ニ移送スル目的ヲ以テ人ヲ略取若ハ誘拐シ又ハ賣買シタル者ハ三年以上ノ有期懲役ニ處ス

第三百八十條 被拐取者又ハ被賣者ヲ居住國外ニ移送シタル者ハ五年以上ノ有期懲役ニ處ス

第三百八十一條 前二條ノ罪ヲ犯ス目的ヲ以テ其ノ豫備又ハ通謀ヲ爲シタル者ハ三年以下ノ懲役ニ處ス

第三百八十二條 結婚ノ目的ヲ以テ人ヲ略取又ハ誘拐シタル者ハ七年以下ノ懲役ニ處ス

第三百八十三條 第三百七十七條乃至第三百八十條ノ被拐取者、被賣者又ハ被移送者ヲ收受若ハ藏匿シ又ハ隱避セシメタル者ハ七年以下ノ懲役ニ處ス

第三百七十六條又ハ第三百八十二條ノ被拐取者ヲ收受若ハ藏匿シ又ハ隱避セシメタル者ハ五年以下ノ懲役ニ處ス

第三百八十四條 營利ノ目的ヲ以テ被拐取者、被賣者又ハ被移送者ヲ收受シタル者ハ十年以下ノ懲役ニ處ス

猥褻ノ目的ヲ以テ被拐取者、被賣者又ハ被移送者ヲ收受シタル者亦前項ニ同ジ

第三百八十五條 常習トシテ前條ノ罪ヲ犯シタル者ハ二年以上ノ有期懲役ニ處ス

第三百八十六條 第三百七十六條乃至第三百八十條及第三百八十二條乃至前條ノ未遂犯ハ之ヲ罰ス

第三百八十七條 第三百七十六條ノ罪、第三百七十七條第二項ノ罪、第三百八十二條ノ罪、第三百八十三條第一項中猥褻ノ目的ヲ以

テ拐取セラレタル者ニ對スル罪、第三百八十三條第二項ノ罪及第三百八十四條第二項ノ罪並ニ此等ノ罪ノ未遂犯ハ告訴ヲ待チテ之ヲ論ズ

(さの・ふみひこ)

439) 林・前掲注 140)526-527 頁。