

### I. 事実の概要

5 Xは、平成18年9月5日午後3時頃、住宅街の公園でA(12歳)が一人で見かけ、かわいさのあまり、Aを誘拐することを決意した。Aは日頃母親から虐待を受けており、XのAに対する甘言が誘拐目的であると察したが、家に帰りたくない一心でこれに同意した。XはAの家庭事情を知らず、そのままAをXの自宅まで連れ去ったが、到着したとたん恐怖からAが泣き出したため、Xは「泣き止め」「言うことを聞け」等と怒鳴りながら約1時間にわたって、Aの頭部を固い物体の平面部で殴打するなどの暴行を行った。これによって、Aは入院加療約100日を要する重傷を負った。

10 Xはその後もAと共に過ごしていたが、上記暴行によってAの意識が混濁し、歩行困難となったため、大変なことをしてしまったのではないかという思いに駆られ、同年9月6日午前5時頃Aを連れ去った公園のベンチにAを置き去りにした。近隣住民によりAは意識不明の状態で見えられ、病院に搬送されたため、命を失うことはなかった。

15 Xの罪責を論ぜよ。

参考判例:神戸地方裁判所平成20年12月24日第1刑事部判決

### II. 問題の所在

20 誘拐の保護法益についてどのように考えるか。また、保護責任の発生原因を何と考えるか。

### III. 学説の状況

#### 1. 未成年者に対する同意ある誘拐の保護法益について

25 A説:自由説

略取または誘拐される者の自由のみを侵害する罪とみる説。

B説:人的保護関係説

自由の侵害を伴うが、より基本的なのは人的保護関係の侵害であるとする説。

30

C説:自由と人的保護関係説

被拐取者の自由が保護法益であるが、それが未成年者・精神病者であるときには、親権者などの保護監督権(監護権)もまた法益に含まれるとする説。

35

D 説:自由と安全説

被拐取者の自由及びその安全を保護法益とする説<sup>1</sup>。

## 2. 保護責任の発生原因について

5 α 説

保護義務の発生原因を法令、契約・事務管理、条理・慣習とする説。

β 説

保護義務の発生原因に先行行為を重視する説。

10

γ 説

保護義務の発生原因に事実上の引受行為を重視する説。

δ 説

15 保護義務の発生原因に支配領域性を重視する説。

## IV. 判例の状況

最高裁昭和 34 年 7 月 24 日第二小法廷 昭和 31(あ)4547

〈事実の概要〉

20 自動車の操縦中過失に因り通行人に約三ヶ月の入院加療を要する歩行不能の重傷を負わしめながら道路交通取締法、同法施行令に定める被害者の救護措置を講ずることなく、被害者を自動車に乗せて事故現場を離れ、折柄降雪中の薄暗い車道上まで運び、医者を呼んで来てやる旨申し欺いて被害者を自動車から下ろし、同人を同所に放置したまま自動車を操縦して同所を立ち去つたときは、道路交通取締法違反（被害者救護義務違反）罪のほか要保護者遺棄罪（刑法第二一八条）が成立する。

25

〈判旨〉

「そして刑法二一八条にいう遺棄には単なる置去りをも包含すると解すべく、本件の如く、自動車の操縦者が過失に因り通行人に前示のような歩行不能の重傷を負わしめながら道路交通取締法、同法施行令に定むる救護その他必要な措置を講ずることなく、被害者を自動車に乗せて事故現場を離れ、折柄降雪中の薄暗い車道上まで運び、医者を呼んで来てやる旨申し欺いて被害者を自動車から下ろし、同人を同所に放置したまま自動車の操縦を継続して同所を立去つたときは、正に「病者ヲ遺棄シタルトキ」に該当するものというべく…」

30

---

<sup>1</sup> 山口厚『刑法各論』（有斐閣,2003年）91頁。

## V. 学説の検討

### 1. 誘拐罪の保護法益について

#### A 説

5 本説は、誘拐罪というのは不法に、人を自己または第三者の実力支配下に置くことによつて成立する。実力支配の設定があればたり、重ねて保護監督権の侵害、すなわち人的保護関係の保護をも考慮する必要はなく、人の本来的な生活場所における自由の侵害さえあれば足りる<sup>2</sup>という説である。本説からは、本罪は自由の侵害が続く限り犯罪行為も継続する継続犯であるとされる。

10 しかし、ここでいう「自由」が何を指しているのかははっきりしていない。また、この説のように被拐取者の自由のみが保護法益であるとする、生後数日の嬰兒のように自由を意識しえない者にたいしては略取・誘拐罪は成立しない<sup>3</sup>ことになるが、保護されるべき法益が保護されていない点で妥当ではない。

したがって、検察側は A 説を採用しない。

#### 15 B 説

本説は、未成年者のばあいには人的保護関係を侵害する攻撃犯であり、保護者・監督者の利益を侵害するにより、保護者・監督者が被害者であるとする説である<sup>4</sup>。被拐取者が未成年である場合には、被拐取者の意思に反しようとも保護監督者の承諾がある限り略取・誘拐罪は成立しないことになる。本説からは、本罪は保護関係の侵害された瞬間

20 に完成し、それ以降の事実的支配の継続は、構成要件の意味をもたない単なる違法状態にすぎないため状態犯であるとされる。

しかし、保護監督者の監護権のみであるとする本説に対しては、行動能力はあるが保護監督者のいない未成年者等が本罪の客体となりえなくなってしまう、法益が保護されない点で妥当ではない。また、たとえ被拐取者が未成年であっても、被拐取者の意思を

25 全く考慮しないのは、該人の自由を侵害していると解することができ妥当ではない。

したがって、検察側は B 説を採用しない。

#### D 説

30 本罪は、被拐取者の自由を侵害する罪であるとしつつ、他方で嬰兒や無意識状態の者のごとく監護を要するものに対する略取または誘拐は、人の自由に対する侵害というよりも、監護されている本来の状態を不良に変更することによって生存ないし生活の安全を侵害するという性質を有している<sup>5</sup>とする説である。本説からは、被拐取者の自由に対

---

<sup>2</sup> 香川達夫『刑法講義・各論〔第2版〕』（成文堂、1982年）366頁。

<sup>3</sup> 井上・江藤『新訂刑法学〔各則〕』（法律文化社、1994年）57頁。

<sup>4</sup> 前掲井上・江藤 56頁。

<sup>5</sup> 大谷實『刑法各論〔第4版〕』（成文堂、2014年）62-63頁。

する侵害の場合も身体の安全に対する侵害の場合も継続犯となる。

しかし、本説を採用すると、監護が必要な被拐取者を現在と同じくらい安全な生活環境に移した場合には、誘拐罪は成立しないと解することができるが、実際犯罪を被った被拐取者が保護されていない点で妥当ではない。

5 したがって、検察側は D 説を採用しない。

### C 説

本罪は、一面において被拐取者の自由な生活を侵害し、他面において被拐取者が父母その他の者の保護監督のもとに生活している場合には、その保護監督権をも侵害するものであるという説である<sup>6</sup>。本説からは、本罪の性格が継続判か状態犯であるかは被拐取者の自由の侵害を認めるか、それとも保護監督者の監護権の侵害を認めるかによって異なる。

略取・誘拐の罪は、人を従来 of 生活環境から離脱させて事実的支配内に移すことを本質とするものである。それゆえ、その保護法益は「被拐取者の自由」にあると考えられる。ただし、被拐取者が嬰兒や精神障害者など監護を要する者に対する略取・誘拐については、保護監督者の監護権の侵害という性質を有することも否定できない。被拐取者の自由と保護監督者の監護権両方を保護法益として考慮することで、本罪の客体に除外されていた者も保護することができ妥当である。

したがって、検察側は C 説を採用する。

20

## 2. 保護責任の発生原因について

### B 説<sup>7</sup>

本説では、行為者が当該不作為をなす以前に、法益侵害に向かう因果の流れを自ら作出したとして、先行行為を重視する見解である。しかし、本説によると、単なるひき逃げについても常に保護責任者遺棄罪が少なくとも成立することになり妥当でない。

よって、検察側は B 説を採用しない。

### Y 説<sup>8</sup>

本説では、危険に晒さされている法益と行為者との密着性という事実的要素を重視し、行為者の引受行為によって、法益保護が行為者に依存する関係を作り出したことを保護義務の根拠とする。

しかし、引受行為を常に要求すると、母親が最初から授乳をしないような場合には保護義務がないとされ、妥当でない。

<sup>6</sup> 吉川経夫『刑法各論』(法律文化社,1982年)63頁。

<sup>7</sup> 日高義博「ひき逃げの罪責」『現代刑法論争Ⅱ』240頁以下。

<sup>8</sup> 堀内捷三『刑法各論』(有斐閣,2003年)32頁。

よって検察側はγ説を採用しない。

## δ説

- 5 本説では、因果関係を具体的・現実的に支配していて、事実上の排他的支配を自らの意思で設定した場合、または、自らの意思ではないが、継続的な保護・管理の義務がある場合に保護義務が生じるとする説である。しかし、排他的支配には、因果経過を結果の発生に至るまで支配するものとするが、作為犯においても因果経過を最後に至るまで支配することは明らかに必要でない<sup>9</sup>といえるため、保護義務が不作為犯にも成立するものである以上、妥当でない。
- 10 よって検察側はδ説を採用しない。

## α説<sup>10</sup>

- 15 本説では、保証人的地位に基づく作為義務の発生根拠に、法令、契約・事務管理、条理・慣習を挙げ、条理・慣習の内容として先行行為の場合、監護者の場合、所有者・管理者の場合、売主の地位に基づく場合など、具体的事例によって検討する。本説に対して、民法上の義務を刑法に持ち込むべきでないという批判が考えられるが、窃盗の保護法益を検討する際に、民法上の権利を元にすることから、この批判は当たらないと考える。
- よって、検察側はα説を採用する。

## 20 VI. 本問の検討

第1. XがAを自宅に連れ去った行為について

1. 甲の当該行為について、未成年者誘拐罪(224条)が成立しないか。
2. (1)224条における「誘拐」とは、欺罔・誘拐を用いて、判断の適正を誤らせ、未成年者を保護されている状態から、自己または第三者の事実上の支配下におくことである。
- 25 (2)Xは本件において、未成年であるA(12歳)を甘言を用いることで、自宅に連れ去り、自己の支配下においているため、「誘拐」したといえる。
- (3)もっとも、本件においてAは、Xが自身を誘拐することを知った上で、それでもいいと思いついていっている。このような、被誘拐者の同意がある場合、未成年者誘拐罪
- 30 は成立するか。本罪の保護法益が問題となる。
- (4)この点我々はγ説を採用するところ、本罪の保護法益を被誘拐者の自由と親権者の保護・監護権であると考ええる。
- (5)本件ではAに同意はあり、被誘拐者の自由に関しては侵害しているとは言えないが、Aの保護者たる者の同意はなく、親権者の保護・監護権を侵害している。したがっ

<sup>9</sup> 佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』(有斐閣,2013年)

<sup>10</sup> 前掲山口・36頁参照。

て当該 X の行為は、本罪の保護法益を侵害したと評価できる。

(6)また、X は A の誘拐のために当該行為に及んでおり、本罪の構成要件の故意(38 条 1 項本文)に欠けるところはない。

3. よって、X に未成年誘拐罪が成立する。

5 第 2. 次に X が A に暴行を加えた行為について

1. 甲の当該行為について傷害罪(204 条)が成立しないか。

2. (1)傷害罪(204 条)における「傷害」とは、人の生理的機能に障害を与えることである。本件で、X は A に対し、硬い物体の平面部で殴打し、療養 100 日の怪我、および歩行困難にならしめており、人の生理的機能に障害をあたえていると評価でき、「傷害」

10 したといえる。

(2)また、傷害罪(204 条)は、暴行の故意で足りるところ、X は A を暴行するつもりで当該行為に及んでいる。したがって、構成要件の故意についても欠けるところはない。

3. よって傷害罪(204 条)が成立する。

第 3. X が A を公園に連れて行き放置した行為について

15 1. 当該行為に保護責任者遺棄罪(218 条)が成立するか。

2. (1)まず、「保護責任」とはいかなるものに発生するのか。発生根拠が問題となる。

(2)この点我々は A 説を採用するところ、保護責任の発生根拠を、法令・契約・事務管理・条理・慣習だと考える。本件では、X は A を誘拐した上、重傷を負わせ、即座に病院に連れて行くべき状況を先行行為により作出していることから、条理上「保護責任」

20 が発生していると評価できる。

(3)では、「遺棄」についてはどうか。218 条の「遺棄」とは、要扶助者を場所的に移動し危険な状態を作出すること、即ち移置および置き去りにすることである。本件では、X は、暴行から時間が経ち意識混濁・歩行困難で危険な状態にある A を自宅から病院等安全な場所に移動させるのではなく、朝 5 時の発見もされ辛い公園に移置し、ベンチに

25 置き去りにしていることから、「遺棄」にあたるといえる。

(4)また、X は、A を公園に置き去りにするつもりで、当該行為に及んでいることから、構成要件の故意に欠けるところはない。

(5)また、違法性、責任ともに阻却する事由もない。

3. したがって、保護責任者遺棄罪が成立する。

30

## Ⅶ. 結論

X に①未成年者誘拐罪(224 条)、②傷害罪(204 条)、③保護責任者遺棄罪(218 条)が成立する。そして①、②、③は併合罪(45 条前段)となる。

以上