

第7章 カナダ

東京大学教授 和田俊憲

1 はじめに

英米法圏に属するカナダの刑法は英・米と類似しているが、コモンロー上の犯罪が廃止されて刑法が基本的にすべて成文化されている点でイギリスとは異なり⁽¹⁾、また、刑法が原則として連邦の管轄とされ「カナダ刑法典」が存する点でアメリカとも異なっている。

カナダ刑法において親や家族による児童の連れ去りが処罰対象となる犯罪は、④英・米と同じくコモンロー上の拐取罪に由来すると考えられる、客体が無限定であり処罰も重い「拐取罪」と、⑤客体が児童に限定され軽い刑が用意されている「児童奪取罪」とに分けられる。両罪とも比較的稀な犯罪であり、近年は人口10万人あたりの毎年の認知件数が、拐取罪は1件弱、児童奪取罪は1件強で、検挙率はともに約6割である⁽²⁾。また、児童奪取罪は起訴人員の男女比が1対1に近く⁽³⁾、これは他の犯罪にはほとんどみられない特徴となっている。この2つの犯罪グループについて、規定の構造および関連する判例を中心に整理する。条文は、特に記さない限りすべて刑法典のそれである。

なお、州の管轄である民事法における年齢の扱いを確認すると、成年年齢は18歳（オンタリオ、ケベックなど6州）または19歳（ブリティッシュ＝コロンビア〔BC〕など4州および3準州）であり、婚姻適齢はすべての州で原則として16歳である。

2 拐取罪 (Kidnapping)

2-1 拐取罪 (§279(1))

児童の連れ去りを処罰対象に含む第1の犯罪類型は、拐取罪である (§279(1) : 無期拘禁)。

2-1-1 実行行為および保護利益

実行行為は、拐取する (kidnap) 行為である。それは、被害者を、その意思に反してまたはその同意なく、同人が居たい場所から別の場所に移動させる行為であり、手段は実力か欺罔かを問わない⁽⁴⁾。

場所的移動が必須の要素とされるのは、拐取罪が逮捕監禁罪 (§279(2) : 10年の拘禁) の加重類型とされることによる。すなわち、拐取行為により場所的に移動させられた被害者は、もとの場所に戻る自由が必ず害されるから、拐取罪は必然的に逮捕監禁罪を伴う継続犯であり、逮捕監禁罪から拐取罪への加重を基礎づけるのが場所的移動の要素だとされ、場所的移動は、より捜索・

(1) ただし、コモンロー上の抗弁は維持され、不処罰方向にはコモンローも利用される。

(2) Statistics Canada, *Table 35-10-0177-01 Incident-based crime statistics, by detailed violations*.

(3) Canadian Centre for Justice Statistics, *Canadian Crime Statistics 1997 ~ 2003*. 2004年以降は男女別の統計が見あたらない。

(4) *R v Vu*, 2012 SCC 40, [2012] 2 SCR 411.

救助されやすい場所から被害者を引き離すことにより、被害者に対する危険を高めるものとされている⁽⁵⁾。

つまり、本罪の保護利益は被拐取者の自由および安全であるが、いずれも場所的に移動させられて元に戻れないことで害されるものである。元の場所に（一定期間）戻さないという要素は、次にみる目的の要件に関係する。

2-1-2 目的

必要な目的として限定列挙されているのは、いずれも被害者の意思に反して、逮捕監禁する目的（§279(1)(a)）、カナダ国外に移送する目的（同項(b)）、または、身の代金のために拘束し、もしくは、役務を提供させる目的（同項(c)）である。

わいせつ目的が規定されていないのは、性的行為の目的で連れ去るべく相手の身体に接触すれば、その時点で性的暴行罪（§271 等）が既遂となりうるので⁽⁶⁾、別途拐取罪で捕捉する必要性に乏しいからであると解される。また、搾取目的の場合については、勧誘や輸送等を処罰する人身取引罪（§279.01 等）がある。

拐取行為は、被害者の同意があれば否定されるが、被害者の意思に反することを要素とする上記の目的要件が満たされながら、拐取に対する有効な同意が認められることは、實際上想定し難い。

2-1-3 主体および客体

本罪の主体と客体には限定がなく、親が自らの子を拐取する行為も処罰対象に含まれる。しかし、そのような類型は拐取罪の中では重要な地位を占めておらず、処罰例も調べ得た限りでは見あたらない⁽⁷⁾。

むしろ、被害者が 16 歳未満の児童であり、かつ、行為者が被害者の親 (parent)、後見人 (guardian) または監護責任者 (person having the lawful care or charge) のいずれにもあたらない場合が、特別の加重類型として扱われる（§279(1.1)(a.2)）。これは、2013 年に新設されたものであり、赤の他人 (stranger) による児童の拐取事案が、児童が戻らない場合はもちろん、最終的に戻る場合も含めて児童およびその家族に極めて深刻な影響を及ぼすことから、それに対して社会が厳然たる態度をとることを趣旨としたものである⁽⁸⁾。

本来加重処罰すべき者（赤の他人）と、主体として規定された者（親・後見人・監護責任者以外）とがずれていることから、この加重類型を本罪の保護利益と結びつけて合理的に理解するな

(5) *Ibid* (拐取後の監禁への知情関与を拐取罪の共犯とする), *R v Tremblay* (1997), 117 CCC (3d) 86 (Que CA).

(6) カナダの性的暴行罪については、拙稿「カナダ刑法における『性犯罪』への対応」刑ジャ 45 号 (2015 年) 57 頁以下参照。

(7) なお、親が子の同意なく全寮制の学校に入れたり海外旅行に連れていったりすることは、監護権の行使として正当化されると考えられる。

(8) *House of Commons Debates*, 41st Parl, 1st Sess, No 160 (5 October 2012) at 10941 (David Wilks).

この改正は、国家警察 (Royal Canadian Mounted Police) 出身の下院議員が提案者となって、刑法の改正としては珍しく議員立法によりなされたものである。

ら、16歳未満の児童は一般に、その脆弱性から安全保護の必要性が高いものの、親や法的に監護義務を負う者は⁽⁹⁾、(本罪規定の目的を有していたとしても)場所的移動との関係では児童を安全に扱うことが期待されるため、児童の脆弱性が顕在化せず、16歳以上の拐取と同様に扱えば足りると説明できると思われる。

2-1-4 刑罰等

法定刑は、上限が無期拘禁であり、下限の定めはない。ただし、上記のとおり、被害者が16歳未満の場合は、行為者が親・後見人・監護責任者でない限り5年以上の拘禁となる⁽¹⁰⁾。また、その加重類型では、量刑上、客体の年齢および脆弱性が考慮されることが明示されている (§279(1.21))。

本罪については、被害者が抵抗しなかったことは、それが恐怖・脅迫等によらないことを被告人が立証しない限り、抗弁にならないとの規定があった(旧§279(3))。この挙証責任の転換は無罪推定の保障(カナダ憲章§11(d))に反するとする判断が、州の控訴裁判所レベルで出されていたことから⁽¹¹⁾、同条項は2018年に削除されている。

2-2 児童に対する国外移送目的かつ性犯罪目的の場合の前倒し処罰 (§273.3)

児童の連れ去りに関する犯罪類型として特徴的なのが、273.3条の罪である。

本罪は、客体がカナダ居住の児童に限定されたうえで、二重の目的犯となっている。すなわち、第1に、児童をカナダ国外に移送する目的が必要であり、第2に、国外移送後にカナダ法における性犯罪等⁽¹²⁾に該当する行為を行う目的(実行者は他人でもよい)も併せて要求される。

以上の二重の目的をもって何らかの行為に出ると成立するのが本罪であり(実行行為には何ら限定がない)、法定刑は5年以下の拘禁である。

本罪は、1993年に性的暴行罪の規定の直後に新設されたもので、国外における児童に対する性犯罪等を前倒しして国内犯として処罰する趣旨である⁽¹³⁾。しかし、それは同時に、児童に対する

(9) 次にみる児童奪取罪の保護対象である「後見人」には事実上の監護者が含まれるが、そのような広い定義は条文上、本罪の「後見人」には適用されておらず、したがって本罪の加重類型から外されるのは、親および法的な監護義務を負う者に限られる。

(10) 客体が16歳未満の場合および制限火器・禁制火器を用いる場合等において刑の下限を引き上げるのは、暴行罪・性的暴行罪にも共通してとられている方法である。

(11) *R v Gough* (1985), 18 CCC (3d) 453 (Ont CA), *R v Pete* (1998), 131 CCC (3d) 233 (BC CA).

(12) ①16歳未満に対する性犯罪(性的干渉[§151]、性的行為勧誘[§152]、面前猥褻・猥褻勧誘[§160(3)]、露出[§173(2)])、②16歳以上18歳未満に対する性犯罪(性的搾取[§153])、③18歳未満に対する性犯罪(近親相姦[§155]、猥褻強要[§160(2)]、親・監護者・住居所有者等による違法な性的活動のあっせん・許容[§170・171])、④18歳未満に対する性的暴行罪等(加重暴行等[§267~269]、性的暴行等[§271~273])、⑤18歳未満に対する強制結婚等(強制結婚[§293.1]、16歳未満の結婚[§293.2])。これらの性犯罪等に関しては、拙稿・前掲注(6)65頁以下参照。

(13) *House of Commons Debates*, 34th Parl, 3rd Sess, vol 15 (6 May 1993) at 19017 (Hon. Pierre Blais).

拐取罪の前倒し処罰という機能をも有していることになる。つまり、拐取罪のうち国外移送目的の類型については、被害者が児童であり、さらに性犯罪等の目的も認められる場合には、処罰が前倒しされるという関係である⁽¹⁴⁾。

拐取罪で要求されている被害者の意思に反するという要件が本罪の条文には現れていないが、本罪における目的の対象たる 16 歳未満に対する性犯罪等では、被害者の同意の抗弁が封じられる (§150.1(1)) などしており⁽¹⁵⁾、その場合は本罪の行為についても同様であると解される。

性犯罪や性的暴行罪等は親や家族を処罰することに何ら問題はないから、その前倒し処罰である本罪でも親・家族は当然に処罰対象となる⁽¹⁶⁾。

3 児童奪取罪 (Abduction)

3-1 総説

児童の連れ去りを正面から処罰対象とするのは、児童奪取罪である。これは、客体の年齢および行為者の身分等によって 4 つの類型に分けられる。

まず客体が、㉔16 歳未満か (§280)、㉕14 歳未満か (§281~283) で 2 分される。

14 歳未満の児童については、㉕-1 親・監護者以外の者による奪取 (§281) と、㉕-2 親・監護者による他の親・監護者からの奪取 (§282・283) とに分けられる。

さらに、親・監護者による奪取について、㉕-2-i 裁判所の命令に違反する場合 (§282) と、㉕-2-ii 命令違反が伴わない場合 (§283) とが分けて規定されている。

このうち 14 歳未満の者に対する奪取は、1982 年までは身分が限定されない 1 つの類型として規定されていたところ、親による奪取は監護命令違反がない場合には違法でないとする判例が出たため、親が主体の場合も含めて処罰範囲を明確化する趣旨で、同年の改正により 3 類型に分けられたものである⁽¹⁷⁾。もっとも、3 類型とも 10 年以下の拘禁が規定され、法的効果は大差ない。3 類型に共通するのは監護侵害であり、主たる保護利益は監護権ないし監護状態である⁽¹⁸⁾。

なお、前注㉔~㉕の性犯罪は、カナダ国民による国外犯の処罰がある (§7(4.1))。また、㉔の(性的)暴行罪は、被害者の意思に反する(性的性質のある)身体的接触について広く成立するが、実行行為に限定がない本罪はさらに処罰の前倒しが可能である。

(14) なお、本罪は児童と女性の保護拡充を図った 1993 年改正の一環として新設されたもので、犯罪統計などでは次にみる児童奪取罪 (Abduction) の 1 類型とされることもある。毎年の上訴人員数は多くて 3 人であり、象徴的意味の強い犯罪である。

(15) 拙稿・前掲注 (6) 63 頁・68 頁参照。

(16) 適用例として、*R v Blackmore*, 2017 BCSC 192 (CanLII) (両親が 13 歳の娘を、宗教家と重婚させるために、性的接触をされることになると予見しながら、カナダからアメリカに移送した事案。娘の同意があり国外移送目的拐取では処罰できない)。

(17) *R v Van Herk* (1984), 53 AR 239, 12 CCC (3d) 359 (Alta CA) at paras 13-14.

(18) 後述のとおり、本罪の保護対象には事実上の監護者を広く含むので、保護利益を私法上の監護権に限って理解するのは正確でない。

これと比べて、16歳未満の者に対する奪取は法定刑の上限が5年の拘禁であり、1段階軽い処断がなされている。監護侵害がある点は14歳未満の場合と同じであるから、児童の安全に対する保護の必要性の減少が考慮されていると解される。そのことは、16歳以上の未成年者が児童奪取罪の保護対象から外されているところにも表れている。

3-2 16歳未満の児童奪取罪 (§280)

児童奪取罪の基本類型は、16歳未満の者に対する児童奪取罪であり、次のように規定されている。

§280 (1) 適法な権限なく、16歳未満の未婚の者を、その親 (parent) もしくは後見人 (guardian) またはその監護責任を有する (have the lawful care or charge) その他の者から、それらの者の意思に反して奪取した (take out of possession) 者は、

- (a) 正式裁判の罪として5年以下の拘禁に処し、または、
- (b) 略式裁判の罪として処断する。

「親」の定義は民事法に任されているが⁽¹⁹⁾、「後見人 (guardian)」には広い定義が規定され、法律上または事実上、人を監護または監督する (has the custody or control) すべての者を含むとされる (§280(2))⁽²⁰⁾。この定義は、14歳未満に対する児童奪取罪にも適用される (以下では、本条の意味における親、後見人および監護責任者をあわせて「監護者」という)。

実行行為は、自ら直接奪取する行為のほか、奪取された状態をもたらす行為でもよく、強制の要素は不要である。奪取の前提として監護者が児童に対して有する「占有 (possession)」は、物理的・身体的な支配のほか、児童に対する監督権限を行使できる状態を含み、児童が家出するのみでは、親の占有は消滅しない⁽²¹⁾。

本条は16歳未満の者の婚姻がありうる規定ぶりであるが、これは、たとえばBC州では16歳未満であっても裁判所の許可があれば婚姻できることに対応している⁽²²⁾。年齢によらず、婚姻

(19) コモンロー上の「親」には例外的に非嫡出子の父を含むが、各州の成文法との優劣は不明である (Marie Henein, *Martine's Annual Criminal Code 2018* [Toronto: Thomson Reuters Canada, 2017] at 648)。

(20) もっとも、明示的に「事実上の後見人」とされた例は見あたらない。自らの判断で児童を緊急に保護した者や、親との合意で一時的に保護を請け負い、期限後も事実上、児童を保護し続けている者などがこれに該当するだろうか。次注も参照。なお、同罪では、親とほかの監護者とがいる場合、訴因が分けられる。

(21) *R v Vokey* (2005), 202 CCC (3d) 236 (BC CA)。これに対して、親との合意で一時的な保護を請け負った緊急保護施設の占有は、保護期間内でも、児童の脱走により失われるとする。

(22) *Marriage Act*, RSBC 1996, c 282, s 29。先住民が多いBC州における先住民の文化尊重政策の一環であるとも推察される。同州における先住民の権利については、拙稿「多文化主義の国の鉄道廃線跡を歩く」自由と正義 66巻9号 (2015年) 5頁など参照。

すれば監護者との監護関係は終了するから、本罪の保護利益が欠如するという理解であると解される。

3-3 14歳未満の児童奪取罪 (§281~283)

14歳未満の者に対する児童奪取罪は3類型が規定されている。

3-3-1 3類型の共通項

3類型は、目的と実行行為の要件が共通する。

主観的要件としては、児童の監護者から児童の占有 (possession) を奪う (deprive) 目的が必要である。得られるべき占有を得させないことも「奪う」にあたり、監護者が児童の占有を奪われた状態がほぼ確実にもたらされると認識・予見していれば、この目的は肯定される⁽²³⁾。

実行行為として規定されているのは、連れ去り (take)、誘拐 (entice away)、隠匿 (conceal)、抑留 (detain)、收受 (receive)、そして、蔵匿 (harbour) である。このうち「連れ去り」は、児童を自分のところに来させ、または、児童と同行し、その過程で監護者の権能を排除することで認められる⁽²⁴⁾。

したがって、前述のとおり16歳未満に対する児童奪取罪では監護者の占有を奪うことが要求されていたのとは対比すると、14歳未満に対する児童奪取罪では、占有を奪う目的でなされる一定の行為に処罰対象が拡張されていることになる。刑罰も重く、3類型とも10年以下の拘禁である。

保護対象は監護者であり、ある州で児童を抑留した場合でも、その犯罪の効果は監護者である親が居住する州で生じるから、監護者の居住する州の裁判所に管轄が認められる⁽²⁵⁾。

14歳未満の者に対する児童奪取罪は、以上を共通項として、行為者の身分等により以下の3類型に分かれる。

3-3-2 監護者以外による児童奪取罪

第1類型は、監護者以外の者による奪取罪である (§281)。これが基本の類型であり、上記の目的をもって上記の実行行為を行うと成立する。

これに対して、親等による児童奪取を処罰対象とする犯罪が、以下の第2・第3の類型である。

3-3-3 監護者による監護命令違反・養育命令違反を伴う児童奪取罪

第2類型は、親等の監護者による、監護命令違反・養育命令違反を伴う、他の監護者からの奪取罪である (§282)。次のように規定されている。

§282 (1) 14歳未満の児童の親、後見人または監護責任を負う者が、カナダ国内の裁判所による当該児童に係る監護命令または養育命令に違反して、ほかの親、後見人または監護責任を負う

(23) *R v Dawson*, [1996] 3 SCR 783, 111 CCC (3d) 1.

(24) *Ibid.* なお、英語条文では、フランス語条文と異なり、実行行為に「不法に (unlawfully)」の文言があるが、これは抗弁の存在を示唆するだけで不必要である (*R. v. Chartrand*, [1994] 2 SCR 864 [写真撮影目的で8歳の男児を誘い車に乗せて学校から2.9 km移動させた事案で実行行為を肯定])。

(25) *R v Bigelow* (1982), 37 OR (2d) 304, 1982 CanLII 2046 (Ont CA).

者から当該児童の占有を奪う目的で、当該児童を連れ去り、誘拐し、隠匿し、抑留し、収受し、または、蔵匿したときは、

- (a) 正式裁判の罪として10年以下の拘禁に処し、または、
- (b) 略式裁判の罪として処断する。

「監護責任を負う」は「親」にはかからないので、親であれば監護責任がなくても本罪の主体となる⁽²⁶⁾。

「監護命令」は、一方または両方の親の監護権を制約するものである。他方の親の同意または裁判所の命令がない限り児童を州外に移動させてはならないとする命令は、これにあたる⁽²⁷⁾。監護命令における面会交流規定は、一方の親に対して面会交流の期間中は監護権を与えるものであり、その限りで監護権が制約された他方の親が面会交流を妨害すれば、監護侵害となる⁽²⁸⁾。つまり、面会交流権も、それ自体として本罪の保護利益に含まれていることになる。

2019年改正により、「養育命令 (parenting order)」に違反する場合は追加された。これは、離婚法が改正され、従来の監護命令の制度が子の利益をより手厚く追求する養育命令の制度に改められたことを反映させたものである。養育命令は、監護者間での養育時間 (parenting time) の分配等を主な内容とするほか (離婚法§16.1(4))、子を転居させることや子を特定の地域から移動させることを禁止する条項をいれること等も明文で認められている (同法§16.1(7)・(9))。

本罪の実行行為として特に問題となる「抑留する (detain)」は、留置する (withhold) ことを意味する。命令に定められた面会交流期間を単に超えて児童を保持すること自体はこれにあたらず、児童の返還を具体的なし積極的に拒否することが必要で、主観面についても、返還に協力しないにとどまる場合は抑留の意思が認められない⁽²⁹⁾。

本罪については、有効な命令の存在に関する錯誤が認められる事案が少ない⁽³⁰⁾。そのよ

(26) *R v Van Herk*, *supra* note 17 (父親が離婚後別居中の母親のもとから5歳と6歳の子を車で連れ帰った事案)。

(27) *R v Petropoulos* (1990), 59 CCC (3d) 393 (BC CA) (7歳の子の監護権を有する父親が、毎週3日の面会交流権がある母親に無断で、子を連れてバンクーバー近郊 [BC州] からトロント [オンタリオ州] に [直線距離でも3,300 km以上] 引っ越した事案)。

(28) *Ibid.*

(29) *R v McDougall* (1990), 1 OR (3d) 247, 62 CCC (3d) 174 (Ont CA) (面会交流の最終日が吹雪だったため、父親が、母親の留守番電話に連絡のうえ、翌日まで子を自宅に留め置き、夕方に返還するつもりでシッターに預けて出勤した事案)。

(30) *R v Ilczyszyn* (1988), 45 CCC (3d) 91 (Ont CA) (監護命令の失効を誤信した事案)。 *R v Hammerbeck* (1991), 68 CCC (3d) 161 (BC CA) は、父親に週末の面会交流を認める監護規定を、たまたま週末にあたるクリスマスに適用することを母親が拒否したので、父親が警察に強制を求めたが、それはできないと答えられたことから、監護命令は無効なのだを誤信した父親が、年明けに、面会交流期間を超えて勝手に子を海外旅行に連れ出したという事案で、監護命令の無効性の誤信は、真摯なものであれば合理的でなくてもよいとしている。

うな事案が不処罰となるのを防ぐために、1993年改正で規定が新設され、監護者が有効な命令を認識していなかったときは、第2類型による訴追であっても、命令違反を要素としない次の第3類型で処罰できるようになっている (§282(2))。

3-3-4 監護者による監護命令違反・養育命令違反なき児童奪取罪

第3類型は、親等の監護者による、監護命令違反・養育命令違反を伴わない、他の監護者からの奪取罪である (§283)。監護命令違反・養育命令違反を要件とする第2類型との違いは、各州の検事総長の同意がなければあらゆる手続が開始されないものとされて、手続上の抑制がかけられている点である (§283(2)) ⁽³¹⁾。

監護者以外による第1類型に比べて、監護者による第2・第3類型は、監護者全員に対する侵害ではないため犯罪性が若干低いと考えられる。その第2・第3類型については上記のとおり、実体要件における監護命令違反・養育命令違反 ⁽³²⁾、または、手続要件における検事総長の同意のいずれかが要求されるが ⁽³³⁾、これらはその犯罪性の低さを埋め合わせるものと解することができる。

3-4 抗弁

児童奪取罪については、抗弁に関する規定が3か条設けられている。

3-4-1 監護者の同意の抗弁

第1に、被告人が児童の親、後見人またはその他の監護責任者の同意に基づいて行為したことの立証に成功したときは、14歳未満に対する児童奪取罪 (§281~283) で有罪とはされない (§284) ⁽³⁴⁾。この同意は、被告人が児童の占有を奪おうとした相手方から得られなければならない、児童の親である被告人自身の同意では不十分であることは当然である ⁽³⁵⁾。挙証責任が転換されているが、証拠の優越で足りるのでカナダ憲章 (§7・11(d)) に反しないとされる ⁽³⁶⁾。

(31) ただし、検事総長の同意は存在すると推定される (§583(h), *R v E(M)* (2015), 319 CCC (3d) 352 (BC CA) (*R v M.E-H*, 2015 BCCA 54 [CanLII]) [母親が直前に監護命令を得たのを知らずに、父親が4人の子を連れてエジプトに逃げようとしてシアトルで発見され失敗した事件で、控訴の時点で初めて検事総長の同意の不存在を問題にした事案])。

(32) 監護命令違反・養育命令違反は、それ自体として裁判所侮辱罪 (§127(1): 2年以下の拘禁) にあたるが、同罪での処断は条文上、他罪が成立しない場合に限られる。

(33) なお、検察官には訴追裁量があるため、親や家族による児童奪取で犯罪性の低い事案は、起訴猶予処分による対応が可能である。カナダ検察庁のウェブサイト (<http://www.ppsc-sppc.gc.ca/eng/pub/fpsd-sfpg/fps-sfp/tpd/p5/ch10.html>) によると、たとえば、まだ同居しているが離婚手続中である親の一方による子の連れ去りは起訴されづらい。

(34) 監護者の意思に反することが要件である16歳未満に対する児童奪取罪は、同条の対象外となっている。

(35) *R v Dawson*, *supra* note 23.

(36) David Watt & Michelle Fuerst, *The 2018 Annotated Tremear's Criminal Code* (Toronto: Thomson Reuters Canada, 2017) at 619.

3-4-2 緊急避難の抗弁

第2に、㉞明白な害悪の危険 (danger of imminent harm) から児童を保護するために奪取行為が必要 (necessary) であったとき、または、㉟そのような危険から自ら避難する際に奪取行為をしたときは、児童奪取罪 (§280~283) で有罪とはされないとの規定がある (§285)。コモンロー上の抗弁である緊急避難 (necessity) ⁽³⁷⁾ とは区別され、児童奪取罪に特有の抗弁として成文化されている。

もともと、上記㉞の要件はコモンロー上の緊急避難の要件 ⁽³⁸⁾ に合わせて解釈され、(i)被告人の視点から客観的に評価して明白な危険が存在すること、(ii)被告人の視点から客観的に評価して合理的で適法な他の手段が存在しないこと、および、(iii)客観的に害が均衡することの3要件が定立されている ⁽³⁹⁾。

これに対して、上記㉟は、1993年改正で新たに追加された抗弁である。その立法趣旨は、配偶者から暴行を受ける者に、処罰されずに子を連れて逃げる選択肢を与えることである ⁽⁴⁰⁾。それは、両親の同居を前提とする抗弁であり、つまり監護命令違反・養育命令違反を伴わない283条の罪が対象であって、別居している親どうしが子を奪い合う282条の罪には適合的でない。そこで、避難と児童の奪取との間にはつながりが必要であるとされて、抗弁の適用範囲の限定が図られている ⁽⁴¹⁾。

条文の文言からは必ずしも明らかでないが、この抗弁でも挙証責任が転換されており、証拠の優越で足りるのでカナダ憲章には反しないとされる ⁽⁴²⁾。

3-4-3 児童の同意の抗弁

第3に、被告人の行為に対して児童が同意または提案をしていたことは、児童奪取罪 (§280~283) の抗弁とはならないことが明示されている (§286)。これは、16歳未満 (の未婚者) は、監護関係からの離脱に対する同意能力が否定されることを意味する ⁽⁴³⁾。同意の対象は、およそ監護から離脱することのほか、一方の親と同居することや単に被告人についていくことなど様々でありうるが、いずれにせよここには、監護の利益が保護対象であり、かつ、16歳未満の児童の意思よりも監護者の意思の方がつねに優越的に扱われることが現れている。なお、児童の言動は、

(37) カナダ最高裁がコモンロー上の緊急避難の抗弁を認めたのは1984年である (*R v Perka*, [1984] 2 SCR 232, 14 CCC (3d) 385)。

(38) *R v Latimer*, [2001] 1 SCR 3, 150 CCC (3d) 129.

(39) *R v VandenElsen* (2003), 177 CCC (3d) 332 (Ont CA) (*R v C.A.V.*, 2003 CanLII 3548)。

(40) *House of Commons Debates*, 34th Parl, 3rd Sess, vol 15 (6 May 1993) at 19017 (Hon. Pierre Blais).

(41) *R v Mendez* (1997), 113 CCC (3d) 304 (Ont CA) (監護権を有しない父親が子を連れて3年半にわたり国外逃亡した事件で、有罪判決を受けた父親が、面会交流での子の引渡し時に母親側から受ける暴行を避けるためだったと主張して控訴した事案)。

(42) *Watt & Fuerst*, *supra* note 36 at 619.

(43) *R v Flick* (2005), 202 CCC (3d) 244 (BC CA)。なお、16歳未満でも一定の性的行為に対する同意能力は肯定されている (拙稿・前掲注 (6) 68頁参照)。

緊急避難の抗弁には影響しうる⁽⁴⁴⁾。

4 若干の整理

カナダ刑法における児童の連れ去りの処罰について、児童の年齢、児童の安全および監護者の監護権・監護義務に着目して整理すると、以下のようになる。

極めて重い犯罪として規定されている拐取罪は、被害者の安全と自由を主たる保護利益とし、その処罰対象は、救助可能性を減少させて被害者の安全を害する場所的移動である。保護の必要性を測る際の最重要の要素は被害者の年齢であり、典型的に安全侵害の程度が高い16歳未満の拐取については刑が加重されるほか、被害者の年齢および脆弱性が量刑事情とされて、児童については基本的に年齢が低いほど保護の必要性が高くなるという扱いである。ただし、16歳未満でもその法的監護者が移動させる場合は安全侵害の程度が高くないとみなされ、そこでは監護者の監護義務が前面に出る。

これに対して、監護者の監護権を保護利益とするのが児童奪取罪である。ただし、その保護対象は、一方では、未成年者のうちでも16歳未満に対する監護に限定され、他方では、権原のない事実上の監護状態に拡張されていることから、私法上の権利としての監護権ではなく、児童を占有していること自体の利益性が保護されているとみななければならない。その利益の主体は、もはや監護者ではなく児童であるともいえよう。もっとも、本罪の成否に影響する意思は児童のそれではなく監護者のそれであるから、監護者の意思に基づいて児童が安全を享受する監護関係が保護されていることになる。児童は、典型的に脆弱性の低い16歳以上になるか、私法上の自立が認められる婚姻によって、刑法上保護される監護関係から脱する。

逆に、脆弱な14歳未満は安全の保護価値が典型的に高いものとされ、その奪取は児童奪取罪の中でも重い扱いを受ける。それは、監護関係を無関係の者が外から害する類型 (§281)、監護権のない親が外から害する類型 (§282)、そして、監護者が内から害する類型 (§283) に分けて規定されている。緊急避難の抗弁は、児童の客観的利益と監護者の意思との調整を図るものとして位置づけることができよう。その衡量に関しては、家族法の領域において、子の最善の利益を図ることの価値が絶対視されてきていることに鑑みると、今後は監護者の意思の考慮が後退する可能性も考えられるところである。

(44) Watt & Fuerst, *supra* note 36 at 620.