

# 人身売買罪における保護法益

—日本法との比較と中国法改善への示唆  
を中心として—

## 原 睿

### 目 次

はじめに

一、日本における略取・誘拐及び人身売買の罪の保護法益

二、中国における拐売罪の保護法益及び問題状況

むすびにかえて

### はじめに

中国の現行刑法の人身売買犯罪に関する規定には不十分な点が多く、しばしば「人は物に及ばない」と非難されている。例えば、販売行為であれ買収行為であれ、侵害する法益は同一であるものの、別々の罪とされている婦女・児童拐売<sup>1)</sup>罪（中国刑法第 240 条）と拐売された婦女・児童買収罪（第 241 条）は、いわゆる対向犯を構成するが、両者の刑罰は著しく不均衡であり<sup>2)</sup>、対向犯の基本理論に適合しないと批判される。近年、一部の婦女・児童拐売犯罪の典型的な事件が明るみにされたのに伴い、中国の学界において、婦女・児童拐売罪と婦女・児童買収罪の法定刑が著しく不均衡といえるかどうか、拐売罪と買収罪

---

1) 拐売とは、誘拐し売り渡すことをいう。

2) 婦女・児童拐売罪は、原則として 5 年以上 10 年以下の有期拘禁刑、情状に重さに応じて最高で死刑まで処しうるのに対し、婦女・児童買収罪は、3 年以下の有期拘禁刑等でしか処置されない。

に対する法定刑の差異を維持し続けうるのか、拐売罪と買取罪を人身売買として統合して改正すべきではないのかについて、大きく争われた。

中国において、現行刑法が制定される前の刑法である1979年刑法の第141条は人身拐売罪を規定し、人を拐売した者を、5年以下の有期徒刑に処し、情状が重大な場合は、5年以上の有期徒刑に処すると規定していた。すなわち、人身拐売罪の対象は女性、子供だけでなく、14歳を超える男性も含まれていた。その後、1991年9月4日全国代表大会常務委員会は、「拐売、ボウ架<sup>3)</sup>婦女、児童の犯罪者に対する厳罰に関わる決定」を發布し、「婦女、児童拐売罪」、「婦女、児童ボウ架罪」、「ボウ架、強要罪」、「被拐売、被ボウ架婦女、児童買取罪」、「買取された婦女、児童の救出多衆妨害罪」、「職務を利用して被拐売、被ボウ架婦女、児童の救出妨害罪」の6つの罪を規定した。それから、婦女、児童を拐売する行為は人身拐売罪から分離され、独立した罪とされて、人身拐売罪、婦女、児童ボウ架罪と並べられている。

中国の現行刑法である1997年刑法では、第4章第240条において、婦女・児童拐売罪が規定されており、婦女・児童拐売罪の対象は婦女と14歳未満の児童と規定している。一方、14歳を超える男性を拐売する行為は、婦女・児童拐売罪を成立させるものではない場合で、他の犯罪を構成するときは、他の犯罪により論じることができる。同時に、1997年刑法は、婦女・児童罪ボウ架をボウ架に統合し、人身売買罪を廃止した。第241条は、婦女・児童買取罪、すなわち「拐売された婦女、児童を買収した者が、3年以下の有期徒刑、拘役または管制に処する」と規定している。また、同条第6項の規定により、

---

3) 中国刑法におけるボウ架罪は、日本の刑法の身の代金目的略取罪と類似している。中国刑法239条、「①財物を喝取する目的で、他人を略取した者、又は他人を略取して人質とした者は、10年以上の有期徒刑又は拘役に処し、罰金、又は財産の没収を併科する。情状が比較的軽いときは、5年以上10年以下の有期徒刑に処し、罰金を併科する。②前項の罪を犯し、略取された者を殺害したとき、又は略取された者に故意をもって傷害を加え、その者に重傷害を負わせ、又は死亡させたときは、無期徒刑又は死刑に処し、財産の没収を併科する。③財物を喝取する目的で、嬰兒又は幼児を窃取した者は、前2項と同様とする。」

女性の買収行為を行ったが、「買収された婦女の意思に従い、元の居住地に戻ることを阻害しない」限り、「刑事責任を問わないことができる」とされている。買収後、すでに犯罪が既遂に至っているが、婦女の離脱を阻害しない限り責任を問わないとする免責条項は、刑法において極めて珍しいものであり、当時の立法者が買収犯罪を寛大に処理するという政策の方向性が垣間見られる。

その後、2010年に、最高人民法院、最高人民検察院、公安部、司法部が共同で「婦女、児童拐売犯罪に対する処罰に関わる意見」を正式に発表した。2015年の刑法改正案(九)は、第241条第6項を「買収された婦女の意思に従い、元の居住地に戻ることを阻害しないものは、刑を従軽し、または軽減し処罰することができる」に改正した。そして、2016年に、最高人民法院は、「婦女、児童拐売犯罪案件の審理に対する法律の適用に関わる若干問題の解釈」を發布した。

一方、日本の刑法は、個人的法益に対する罪において、「略取、誘拐及び人身売買の罪」を定める。かつて、旧刑法では、その第341条において、「幼者を略取・誘拐する罪」が規定され、被害者が子供や女性を中心としたが、現行刑法は男性をも含めた全ての成人を被害者とする営利目的等略取・誘拐罪(第225条)や、被略取者引き渡し等の罪(第227条)や、身の代金目的略取罪などの規定を加えるなどの改正を加えた。

また、従来の刑法には、日本人が外国に売られた場合等に適用できる「国外移送目的略取・誘拐罪」が規定されていたが、外国人が日本国内に連れてきたような事件に対しては、出入国管理法や売春防止法等しか適用できなかった。そこで、平成17年<sup>4)</sup>には、「国際的な組織犯罪の防止に関する国際連合条約を補足する人(特に女性及び児童)の取引を防止し、抑止し及び処罰するための議定書」(以下「国連人身取引議定書」という)に基づき、刑法第2編第33章に人身売買の罪が加えられ、第226条第1項が、「日本国外に移送」から「所在国外に移送」に拡大され、第2項が削除され、人身売買罪(第226条の2)

---

4) 「刑法等の一部を改正する法律」(平成17年法律第66号)

が新設された。同時に、未成年者略取及び誘拐罪につき、法定刑が「3月以上5年以下の拘禁刑」から「3月以上7年以下の拘禁刑」に引き上げられた。なお、営利目的等略取誘拐罪（第225条）の目的に、「生命若しくは身体に対する加害の目的」が追加された。

つまり、以上のような中国および日本における誘拐・人身売買罪の立法経緯からみれば、中国刑法では、被害者が男性の成人を含めた全ての人から、女性及び児童を中心とする改正がなされたことになる。これとは逆に、日本刑法は、犯罪対象を拡大し、罪質も徐々に多様化してきたのである。

刑法は、犯罪を防止し、国民の利益を保護する法益保護機能を有すると理解され、いわゆる結果無価値論も、日本では、国民の具体的な利益の侵害を重視する理論として展開されている。中国の刑法学説においても、犯罪の本質は法益に対する侵害にあり、刑法の目的は法益保護であるという主張が通説とされている<sup>5)</sup>。法益の保護を目的として、刑法各論は、具体的な犯罪の罪質と法定刑を規定しているものと位置づけられる。言い換えれば、保護法益は立法を指導する価値があり、立法者は常に法益侵害の観念を有し、この観念の指導の下で、具体的な犯罪を構築する。その条文の内容も、立法者が法益を保護し、犯罪を処罰する期待をできるだけ反映させるべきである。

したがって、本論文では、前述のような法益保護の観点に立ちつつ、中国および日本における誘拐・人身売買犯罪の保護法益及びその実益を検討した上で、中国における拐売罪に存在する問題とその解決策を提案することにしたい。

## 一、日本における略取・誘拐及び人身売買の罪の保護法益

日本の刑法において、人身売買罪は、平成17年の刑法の一部改正により第226条の2として新設された規定で定められている。本条には、人身買受罪の基本類型のほか、さらに目的や客体、行為に応じて加重して処罰することが規

5) 張明楷『法益初論』（中国政法大学出版社、2003年）181頁

定されている。すなわち、同条 4 項において「人を売り渡した者も、前項と同様とする」として、売買行為を、双方とも同罪同罰として処罰する。第 224 条の未成年者拐取罪、第 225 条の営利目的等拐取罪の条文に鑑みて、また、日本刑法各則の体系を基づいて、本罪は自由に対する罪に位置付けられている。そのため、その保護法益は、刑法第 2 編第 33 章「略取・誘拐及び人身売買の罪」における各罪の保護法益と一貫して理解すべきである。

略取・誘拐及び人身売買罪は、人をそれまでの生活環境から離脱させ、自己又は第三者の事実的支配下に移す犯罪である。本罪の成立には、逮捕・監禁罪のように、身体の拘束あるいは脱出の著しく困難といった要素は不要で、程度の低い自由侵害があれば足りる。

## 1、学説の論争

もっとも、本罪の保護法益については、学説上、主に 3 つの見解が対立する。①説は、本罪の保護法益を拐取された者の自由と解する説<sup>6)</sup>である。②説は、本罪の保護法益を拐取された者の自由と監護者の監護権と解する説<sup>7)</sup>である。通説もこの見解を採用している。そして、③説は、本罪の保護法益は拐取された者の自由及び安全とする説である。<sup>8)</sup>なお、本説は、近年の多数説となってきた。

まず、①説を支持する学者は、現在の一般的な理解に基づき、本罪を自由に

---

6) 内田文昭『刑法各論 (第 3 版)』(青林書院、1996 年) 126 頁; 香川達夫『刑法講義 (各論) 「第三版」』(成文堂、1996 年) 425 頁; 平川宗信『刑法各論』(有斐閣、1995 年) 179 頁; 山中敬一『刑法各論 (第三版)』(成文堂、2015 年) 144 頁など

7) 福田平『全訂刑法各論 (第 3 版)』(有斐閣、1996 年) 175 頁; 平野龍一『刑法概説』(東京大学出版会、1977 年) 177 頁; 松宮孝明『刑法各論講義 (第 5 版)』(成文堂、2018 年) 103 頁など

8) 前田雅英『刑法各論講義 「第 7 版」』(東京大学出版会、2020 年) 84 頁; 山口厚『刑法各論 (第 2 版)』(有斐閣、2010 年) 89 頁; 高橋則夫『刑法各論 (第 4 版)』(成文堂、2022 年) 110 頁; 西田典之著、橋爪隆補訂『刑法各論 (第 7 版)』(弘文堂、2018 年) 76 頁など

対する罪と位置付けるべきものとして、監護権を保護法益と見る見解は専ら未成年者拐取罪に対する見解であって、拐取罪全体を通じての基本的なスタンスではないと批判する。被拐取者の自由を本罪の保護法益とする方が、拐取罪全体に対して、極めてすっきりすると主張している<sup>9)</sup>。また、現在の生活環境を享受する自由を侵害することを内容とする犯罪であるとし、その自由は、被拐取者の既存の生活環境を保持する自由、ないし現在の生活環境から離脱させられない自由と見るべきであるとする主張もある<sup>10)</sup>。つまり、その自由は身体の内自由を意味するだけでなく、社会関係の意味上の自由である。そうすると、同意の効力が認められない幼児や、未成年者などの場合、監護権者はただ代行者として、その自己決定権を代行する。

自由のみを保護法益とする説に対しては、生後間もない嬰兒のように行動の自由をまったく有しない者については拐取を成立しなくなると批判される。したがって、その未成年者の人格的完成を援助するものとしての親権者や保護者、事実上の監護者の監護権も含まれるべきであると言われる<sup>11)</sup>。判例もこの立場である。例えば、福岡高判昭和31年4月14日（高刑裁特3巻8号409頁）は、「未成年者誘拐罪の保護法益は、被誘拐者である未成年者の自由のみでなく、両親、後見人等の監護権又はこれに代わり未成年者に対し、事実上の監護権を有する監督者などの監護権にある」として、監督者も未成年者拐取罪の告訴権者たりうると判示している<sup>12)</sup>。

一方、監護権を保護法益とすると、監護権者は本罪の主体になれないということ、および監護権者の同意があれば本罪の成立が否定されることになることが妥当ではないと批判される。そのため、③説、本罪の保護法益を被拐取者の

9) 杉山博亮「略取・誘拐・人身売買罪の保護法益」、町野朔他6名編集『刑法・刑事政策と福祉：岩井宜子先生古稀祝賀論文集』（尚学社、2011年）452頁

10) 山中・前掲注6、145頁

11) 松宮・前掲注7、103頁

12) 従前の判例（大判明治43・9・30刑録16輯1569頁、大判大正13・12・12刑集3巻871頁）も、古くから、被拐取者の自由のみならず、監護者の監護権も本罪の保護法益であると解した。

自由と安全とする説が有力になる。もっとも、本説を支持する論者は、ここでいう安全は、子供の福祉的側面から総合的に判断されなければならない<sup>13)</sup>と主張する。さらに、監護権について、「実質的には、未成年者の本来的な生活場所における安全に置き換えることも可能である」<sup>14)</sup>とする見解と、「親権者の存在は基本的に子供によって安全であることを示すものといえよう」<sup>15)</sup>とする見解によるならば、本罪の保護法益を被拐取者の自由及び安全とするとも言えよう。

私見でも、被拐取者の自由と安全説を支持する。まず、被拐取者の自由を本罪の保護法益とすることには争いがない。それでは、監護権に関して、私見は、監護権は監護者の権利であるものの、実質的には、未成年者の利益を保護するための権利と考える。監護権をあまりにも重視しすぎると、監護権を濫用することになってしまう恐れもある。例えば、監護者の同意があれば本罪の成立を阻却し、逆に未成年者の利益を侵害してしまう。次に、監護権を重視する見解は、未成年者拐取罪のみに集中しすぎるとも言われる。

そもそも、日本の略取・誘拐及び人身売買の罪は、中国の婦女・児童売買罪とは異なり、客体が未成年者のみに限定されていない。第 225 条以降に定められている犯罪の客体は、「人」であり、成年者であるか未成年者であるかを問わない。監護権は第 224 条の未成年者拐取罪の保護法益に特定することに対し、「安全」を保護法益とする見解はその制限はなく、本節の罪全体に適用できる。もっとも、拐取とは、イ) 人をその生活環境から不法に離脱させ、ロ) 自己又は第三者の実力的支配下に移すことを言う。したがって、本罪において、処罰根拠たる保護法益もイ) とロ) の 2 点にある。つまり、「自由」は「人をその生活環境から不法に離脱させ」ということに対応し、「安全」は「第三者の実力的支配下に移す」ということに対応する。ここで言う、「安全」は単なる人身の安全を指すのみならず、前述した監護権を未成年者の本来的な生

---

13) 高橋・前掲注 8、110 頁

14) 前田・前掲注 8、84、85 頁

15) 高橋・前掲注 8、111 頁

活場所における安全に置き換えるという主張のように、営利目的等略取・誘拐罪、移送目的略取・誘拐罪、及び身代金目的略取罪において、わいせつ、生命身体に対する加害等の意味も含まれると考える<sup>16)</sup>。とりわけ、平成17年の改正により、国連の人身取引議定書の要請に基づき、営利目的を伴わない臓器の摘出の事案や、暴力団関係者等が暴行の目的で拐取を行う犯罪を取り扱うために、第225条において「生命・身体に対する加害目的」が追加されたわけである。この点を考慮すると、「被拐取者の自由及び安全」を保護法益とする見解が、本節の拐取罪全体を通じて一貫している。

## 2、保護法益を論ずる意義

前述したように、略取・誘拐罪の保護法益に関わる議論は、(1)監護権者による未成年者略取・誘拐の成否と、(2)誘拐された者の承諾がある場合において、被害者の同意として違法性が阻却されるか否かと、(3)人身買収罪につき「人身の不法な支配」の有無に関する問題の結論に影響を及ぼすと言われる。

### (1)監護権者による未成年者略取・誘拐の成否

この問題は、主に被拐取者が「自由」に対して意思決定の能力がない場合に生ずる。

①説では、被拐取者が自身の「自由」が侵害されたことに観念できない場合、そもそも保護法益に対する侵害がないのではないかという疑問がある。②説につき、そもそも、本罪において、主体には制限がなく、監護権者も本罪の主体となりうるものの、本罪の保護法益を②説により監護権を重視する立場に立てば、監護権者は本罪の主体から排除されることになってしまう。

判例では、被拐取者が「自由」に対する意思決定能力がない場合、監護権者の意思だけが問題となる場合に、違法性が阻却事由の判断により本罪の成立を

---

16) この点について、林幹人『刑法各論（第2版）』（東京大学出版会、2007年）83頁は、未成年者拐取罪について「未成年者の拐取による、その安全に対する抽象的危険犯を処罰するものである」とするが、まだ別に検討する必要があると考える。



判断する。最決平成 15 年 3 月 18 日 (刑集 57 卷 3 号 371 頁) は、オランダ籍の男は、日本人である別居中の妻が監護養育している 2 歳 4 月の幼女を有形力を用いて母国に連れていた事案につき、国外移送略取罪 (改正前) の構成要件該当性を肯定し、「その様態も悪質であって、被告人が親権者の 1 人であり、長女を自分の母国に連れて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」と判示した。

また、最決平成 17 年 12 月 6 日 (刑集 59 卷 10 号 1901 頁) は、離婚係争中の妻の下で 2 歳の長男を奪おうと、保育園の帰り道で、妻の母のところで長男を抱きかかえて自動車に同乗させて連れて去った行為について、「本件において、被告人は、離婚係争中の他方親権者である妻の下から長男を奪取して自分の手元に置こうとしたものであって、そのような行動に出ることにつき、被拐取者の監護養育上それが現に必要とされるような特段の事情は認められないから、その行為は、親権者によるものであるとしても、正当なものということとはできない。また、本件の行為様態が粗暴で強引なものであること、被拐取者が自分の生活環境についての判断・選択の能力が備わっていない 2 歳の幼児であること、その年齢上、常時監護養育が必要とされるのに、略取後の監護養育について確たる見通しがあったとも認め難いことなどに徴すると、家族間における行為として社会通念上許容され得る枠内にとどまるものと評することもできない。以上によれば、本件行為につき、違法性が阻却されるべき事情は認められない」として、未成年者略取罪の成立を認めた。

したがって、判例によると、まだ離婚していない両方とも、子供に対して監護権があり、一方が被害者として、一方が加害者となることについて、監護権を保護法益とする見解では十分に説得できないではないかと考えられる。確かに、以上の判例においては、両判例とも、加害者である方が粗暴で強引な有形力を用いて、子供を他方の監護権者の下で奪取した事案であり、子供のその後の生活環境も良好であると評しえない。その点は、被拐取者の自由及び安全を保護法益とすることを示しているように思われる。私見では、被拐取者の自由及び安全説に立ちつつ、判例の見解に賛成する。

## (2)被害者の同意

保護法益と関連して、被拐取者の同意が、被害者の同意として拐取罪の違法性阻却事由あるいは構成要件不該当事由となるかについての問題がある。

まず、①説によれば、被拐取者の自由のみを保護法益とする場合、被拐取者は成年者であるか未成年者であるかを問わない。そこでは、被拐取者の自由はあくまでも個人的な法益である。違法性の実質につき、法益侵害説に立ちつつ、被拐取者の真摯な同意があれば、保護すべき法益が欠け、違法性が阻却される、あるいは「略取」か「誘拐」という構成要件の該当性が否定される。ただ、未成年者の承諾能力が問題となる。未成年者の有効な同意について、大阪高判昭和62年9月18日(判タ660号251頁)判決は、「未成年者と言っても、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、自己の自由な意思により、あえて親権による保護関係から離脱して特定の人物また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自由の存しない限り、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」と判示した。

次に、②説によれば、監護権も保護法益とする場合、被拐取者が未成年者の場合のみ問題となる。ここにはまた、ア)被拐取者の同意があるが、監護権者の同意がない場合と、イ)監護権者の同意があるが、被拐取者の同意がない場合とに分かれている。イ)の場合、被拐取者の同意がない限り、監護権者が同意したとしても、拐取罪の構成要件に該当し成立しうる。だが、ア)の場合、監護権を重視する立場によれば、被拐取者の同意があっても本罪が成立することになる。そこでは、前述した大阪高判昭和62年9月18日と異なる結論を得て、同意能力が認められても被拐取者自身の意志より監護権の方が重視されるということになってしまう。

最後に、私見では、前述のように、被拐取者の自由及び安全を保護法益とすれば、被拐取者が未成年者であるかどうか、又は被拐取者と監護者の意思が一

致するかどうかと関連することはなく、むしろその移転した新しい生活環境の安全性が問題となる。つまり、移転した生活環境は危険性がある場合に、被拐取者の同意は有効となるべきであるかが問われることになる。この点について、現行刑法は自殺関与罪・同意殺人罪を処罰の対象とする前提から鑑み、本人が自身を生命の危険に晒す自由が認められても、少なくとも他人はそれと関与することは許さないと解される。前述した最決平成 17 年 12 月 6 日の判例においても、2 歳の被拐取者が略取後の監護養育について確かめる見通しがあったとは認め難いことにより、違法性が阻却されるべきではないと判断した。そこについて、監護権を保護法益とすることを示す見解もあるが、私見では、それは「安全」を重視するものと解すべきであると考え。以上より、移転した生活環境は危険性がある場合、被拐取者の同意が無効となるべきである。

### (3) 人身売買罪における「人身の不法な支配」

226 条の 2 における「人を買って受けた」とは、対価を支払って、現実 to 人身に対する不法な支配の引き渡しを受けることをいう。人身を買って受けた行為自体が処罰されていることについて、前田教授は、「営利目的がなくても、被害者に対する更なる法益侵害の危険性も高い。」<sup>17)</sup> とする。また、高橋教授は、「常に営利目的が認められる 4 項の売渡し行為と必要的共犯 (対向犯) の関係にあることと、対価を払って人を支配する点で、被害者の自由のさらなる危険が高いことに理由がある。」<sup>18)</sup> とする。

そこで、「不法な支配」の確立に必要な自由拘束の程度に関して、判例<sup>19)</sup> は「被害者を売り渡す側において、被害者を自己の支配下に置くことが必要である。そして、被害者を自己の支配下に置いたといえるためには、必ずしも被害者の自由を完全に拘束することまでは必要ないものの、被害者に対し物理的又は心理的な影響を及ぼし、その意思を左右できる状態に被害者を置き、自己の

17) 前田・前掲注 8、89 頁

18) 高橋・前掲注 8、122 頁

19) 東京高裁平成 22 年 7 月 13 日東京高等裁判所判決時報 61 巻 167 頁

影響下から離脱することを困難にさせることを要する。」とし、「支配の有無」の判断について、「場所的移動の有無やその程度、自由拘束の程度やその時間の長短、対象者の年齢、犯行場所の状況、犯行の手段・方法等あらゆる要素を総合考慮する必要がある」と判示する。

なお、婚姻や養子縁組などに当たり、金銭の授受がある場合について、「被害者の完全な自由意思による予期は不可罰とすべきであろう」<sup>20)</sup>とする見解がある。その一方で、「真に親としての愛情等の発現や人道的な見地からされる養子縁組や、通常の結婚生活を送り、行動の自由が確保される結婚であれば、犯罪は成立しないものと思われる。」<sup>21)</sup>とする見解もある。

私見では、「安全」をわいせつされることと、売春させることなどに広げることで、226条の2の人身売買罪の保護法益は、拐取罪の保護法益を被拐取者の自由と安全と一貫して解することができるようになる。さらに、本条の2項と、3項と5項において、人身の自由・安全を侵害する程度が大きいことから、法定刑の加重が規定されている。しかも、支配の有無の判断方法につき、判例は、弁護側の主張を採用し、「場所的移動の有無やその程度、自由拘束の程度やその時間の長短、対象者の年齢、犯行場所の状況、犯行の手段・方法等」の「諸要素」を総合考慮すべき」とする。その「諸要素」は、被拐取者の自由及び安全と密接に繋がっている。なお、前述したように、養子縁組や通常の婚姻生活が認められる場合には、被拐取者の自由及び安全を侵害する事実がなく、本罪の成立は認められないと考える。

### 3、小括

以上のように、私見では、被拐取者の自由及び安全を略取・誘拐及び人身売買罪全体の保護法益とする観点を支持する。そのような観点に基づき、監護権者による未成年者略取・誘拐の成否について、本罪において主体には制限がなく、子供のその後の生活環境が良好であると見えない限り、監護権者も本罪の

20) 西田・前掲注8、85頁

21) 前田雅英『刑法各論講義（第6版）』（東京大学出版会、2015年）8、87頁

主体となりうると主張する。また、被拐取者の同意についても、被拐取者が未成年者であるかどうか、又は被拐取者と監護者の意思が一致するかどうかと関連させるべきではなく、その移転した新しい生活環境の安全性がポイントとなるべきであると考ええる。最後に、人身売買罪における「人身の不法な支配」について、判例の主張も、被拐取者の自由及び安全とする保護法益に関連して得た結論であると解すべきとする。

## 二、中国における拐売罪の保護法益及び問題状況

### 1、現行法

中国刑法の拐売罪に関連する現行法の規定は、以下のとおりである。

刑法 240 条 【婦女児童拐売罪】①婦女又は児童を誘拐して売買した者は、5 年以上 10 年以下の有期徒刑に処し、罰金を併科する。次に掲げる事情のいずれかがあるときは、10 年以上の有期徒刑又は無期拘禁刑に処し、罰金又は財産の没収を併科する。情状が特に重大であるときは、死刑に処し、財産の没収を併科する。

- (1) 婦女又は児童を拐売する集団の首謀者主要な者であること。
- (2) 3 人以上の婦女又は児童を拐売したこと。
- (3) 拐売された婦女を姦淫したこと。
- (4) 誘惑若しくは強制を用いて、拐売された婦女に売春させ、又はその婦女を他人に売り渡して売春を強制させたこと。
- (5) 販売の目的で、暴行、脅迫又は麻酔の方法により、婦女又は児童をボウ架（略取）したこと。
- (6) 販売の目的で、幼児又は嬰兒を窃盗したこと。
- (7) 拐売された婦女若しくは児童、又はその近親者に重傷害、死亡又はその他の重い結果を生じさせたこと。
- (8) 婦女又は児童を境外に売り渡したこと。

②「婦女又は児童を拐売する」とは、販売の目的で、婦女又は児童を誘拐し、ボウ架（略取）し、買収し、販売し、送迎し、又は移送する行為のいずれかを行うことをいう。

第 241 条【被拐売婦女児童買収罪】①拐売された婦女又は児童を買収した者は、3 年以下の有期拘禁刑、拘役又は管制に処する。

②拐売された婦女を買収し、性的関係を強要したときは、この法律の第 236 条の規定により罪を認定し、処罰する。

③拐売された婦女若しくは児童を買収し、その身体を自由を不法に剥奪若しくは制限し、又は傷害、侮辱その他の犯罪行為を行ったときは、この法律の関わる規定により罪を認定し、処罰する。

④拐売された婦女又は児童を買収し、第 2 項又は第 3 項に規定する犯罪行為を行ったときは、数罪併罰の規定により処罰する。

⑤拐売された婦女又は児童を買収した後、再びこの者を販売したときは、この法律の第 240 条の規定により罪を認定し、処罰する。

⑥拐売された婦女又は児童を買収した後、その児童に対し虐待行為を加えず、これが解放されることを妨害しなかったときは、刑を従軽し処罰することができる。その婦女の意思に従い、元の居住地に戻ることを阻害しなかったときは、刑を従軽し、または軽減し処罰することができる。

第 262 条【児童拐騙罪】14 歳未満の未成年者を誘拐して家庭又は監護者から引き離れた者は、5 年以下の有期拘禁刑又は拘役に処する。

2010 年「婦女・児童拐売犯罪に対する処罰に関わる意見」

2016 年「婦女・児童拐売犯罪案件の審理に対する法律の適用に関わる若干問題の解釈」

## 2、学説の論争

婦女・児童拐売罪の保護法益については、中国現行刑法第 240 条は明示して

いるわけではない。

これに対して、理論上は、いくつかの異なる見解が存在している。第①説は、本罪の保護法益は婦女・児童の人身自由の権利であるとする<sup>22)</sup>。第②説は、本罪の保護法益は人身権利における人身が売買されない権利、すなわち人身の不可買取性であるとする<sup>23)</sup>。第③説は、本罪の保護法益は婦女・児童の人身自由の権利と、人格尊厳権であるとする<sup>24)</sup>。第④説は、本罪の保護法益は複雑であり、つまり、誘拐された女性・児童の人身自由権、人格尊厳権を侵害するのみならず、その家族の安定にも影響を与えるとする<sup>25)</sup>。第⑤説は、本罪は人身の自由と身体の安全を侵害する犯罪であるとする<sup>26)</sup>。

以上のうち、「人身自由説」が、現在の中国での通説である。中国刑法の各則に規定されている各種類の犯罪について、その順序は、基本的に各犯罪の保護法益の重要性と、各犯罪の間の関係に基づいて、重い方から軽い方まで規定されている<sup>27)</sup>という原則は学界において共通認識とされている。本説を支持する論者は、このような原則により、刑法各則は不法拘禁罪 (283 条) の後に相次いで、ボウ架罪 (239 条) と、婦女・児童拐売罪 (240 条)、及び誘拐された婦女・児童買収罪 (241 条) を規定したものと捉える。これは婦女・児童拐売罪の法益が他人の人身の自由であることを意味し、ボウ架罪と婦女・児童拐売罪は同じ罪質を有し、両者の違いは主に特定の目的に基づいて類型化されたことにある<sup>28)</sup>。この点については、中国刑法は明確ではないが、条文の構成上、日本の刑法の「〇〇目的略取・誘拐罪」と「身の代金目的略取罪」が、略取・誘拐及び人身売買の罪において規定されることと、同工異曲である。

22) 黎宏『刑法学』(法律出版社、2012年) 672頁

23) 高銘暄、馬克昌『刑法学』(北京大学出版社、高等教育出版社、2011年) 478頁

24) 梁根林「売買人口犯罪の教义分析：以保護法益与同意效力為視角」『国家檢察官学院報』2022年4期18頁

25) 趙秉志『刑法新教程』(中国人民大学出版社、2012年版) 467頁

26) 張明楷『刑法学(下)』[第6版]』(法律出版社、2021年) 1166頁

27) 高銘暄、馬克昌『刑法学(下編)』(中国法制出版社、1999年) 570—572頁

28) 楊金彪「拐売婦女兒童罪的几个問題」『現代法学』(2004年第5期) 76頁

しかしながら、「人身自由説」に対しても、日本と同じような批判がなされている。人身の自由とは、人々が自分の意思で自分の身体活動を支配する自由を指す。厳密に言えば、人身の自由は、意思決定の自由を前提として、意思の自由と行動の自由の統一体であるとする。本罪の保護法益を人身の自由と解する場合、本罪の成立には2つのことが要求される。その1つ目は、被害者が意思決定の能力を持っていることであり、2つ目は、被害者は自由が制限されている事実を認識していることである。したがって、意思決定の能力のない人、例えば乳幼児や無意識状態の人は、本罪の犯罪対象にはならない。そのような被害者に対して、不法な実力支配をされておらず、法益を侵害されることもなく、違法性がないと判断されるおそれがある。しかし、中国刑法の第240条の規定によると、「販売の目的で、幼児又は嬰兒を窃盗したこと」は、児童拐売罪の加重情状の1つである。また、中国刑法の第240条に規定された拐売行為は、必ずしも被害者の人身の自由を侵害する行為ではない。例えば、女性が自発して売られた場合、拐売行為は人身の自由を侵害する問題は存在しないが、通説により本罪の成立には影響しない<sup>29)</sup>。また、中国刑法の各則の順序から判断する観点についても、同じ人身の自由を侵害する拐騙児童罪(262条)は、拐売罪との間に侮辱罪や、不法捜査罪や、選挙破壊罪等の明らかに違う法益を保護する罪も挟んでいることに鑑みれば、拐売罪が侵害する法益は人身の自由だけではないと考えられる。

したがって、人身自由説は、明らかに中国の刑法の規定と一致せず、行為者が略取、誘拐のほか、身体や行動の自由を制限しない穏健な方法で成年被害女性を売買する場合にも、なぜ婦女拐売罪を成立させなければならないのかを説明することもできない。さらに、刑法第241条の3項の規定から見れば、拐売された婦女・児童を買収し、不法にその人身の自由を奪い、制限した場合に、拐売された婦女・児童買収罪と不法拘禁罪を数罪併罰として処罰する。こ

---

29) ただ、張明楷教授は、女性が自発して売られた場合は、その違法性を阻却して本罪を成立しないとする。あるいは、そもそもその行為自体は本罪の構成要件である「拐売」に該当しないとも考えられる。



これは、拐売された婦女・児童買収罪が人身の自由を保護法益としていないことを示しているとも考えられる。そうすると、拐売された女性・児童買収罪の対向犯である婦女・児童拐売罪については、その保護法益も、もちろん人身の自由ではないとする。

次に、第④説の家族関係の安定も重視する考え方について検討すると、確かに、家族関係を保護法益とすると、児童拐売行為に対して、日本の通説のように監護権を保護することにより説明できる。だが、刑事立法による婦女・児童の誘拐販売を禁止する目的は、婦女・児童の利益を保護することにある。これは、立法者の保護法益観が刑法の上述した目的と期待をできるだけ反映すべきであることを要求している。本罪の保護法益を「身体の安全」、「家庭の安定または家族関係」に求める見解は、人身自由説が乳幼児または無意識状態の者の權益を保護できないという欠陥を回避するものではあるが、拐売された被害者が家庭成員や保護者がいないことを無視し、実践中保護者や、家族も拐売行為を実施する可能性があることを考慮していないことに問題がある。他に、未成年者、特に乳幼児を拾って販売する行為も考えられていない。

なお、人格尊厳説を支持する論者は、拐売行為は客観的には被害者の人身の自由、身体の安全、あるいは家族関係を現実的に侵害する可能性が十分にあるが、それを婦女・児童拐売罪の安定的な保護法益とすることは、婦女・児童の權益の保護に不利であるのみならず、刑法が本罪を規定する目的をうまく反映することができないと主張している<sup>30)</sup>。また、婦女・児童拐罪のような人身売買罪が侵害する法益は、個人的な法益のみならず、本罪の行為は公序良俗に違反し、社会的な法益とも関連するとする。一方、人格尊厳権を本罪の保護法益とすることが、刑法条文の間の調和的な適用を実現することができ、また本罪の本質の特徴を明らかに反映することができ、同時に「搾取」と「販売」の間の実質的なつながりを最大限に近づけることもできるため、国内法と国際法の連携にも有利である。「人身の不可買収の権利」は、実際には、人格尊厳権の

---

30) 梁根林・前掲注 24

意味にあると考えるべきである。人格尊厳説は、本罪において「販売の目的で」という犯罪構成を強調し、女性・児童拐売罪の実行行為の確定にこそ意味があり、「被害者の意志に反する」という要件を本罪の成立に必要としないと説明できる。

確かに、人格尊厳権説は本罪の罪質をより深く反映できるが、私見では、人格尊厳説があまりにも広すぎて、具体的な犯罪の保護法益を正確に位置づけることができない状況に陥ると考える<sup>31)</sup>。やはり、本罪の保護法益は、人格尊厳権の中に、人身の不可買収の権利とする方が妥当である。中国刑法は、「販売の目的で」という要件を明確に規定しており、人身の不可買収説が、犯罪構成である「販売の目的」の必要性を認めることに意味がある。犯罪構成における「販売の目的」の位置付けの問題については、理論的にはその目的が実現することを要求していないとする。例えば、「刑法第240条に規定された『販売の目的で』という要件は、主観的な超過要素に属し、この目的につき、行為者は主観的に存在すればよく、それに対応する客観的な事実があることを要求しない<sup>32)</sup>。」と言われる。

これに関連して、本罪の既遂にとっては、実際の販売行為は要求されていない<sup>33)</sup>。つまり、販売を目的として、婦女・児童を誘拐、略取、買受け、送迎、又は中継する行為があれば、婦女・児童拐売罪の既遂が成立する<sup>34)</sup>。しかし、中国刑法の規定から見ると、婦女・児童拐売罪の基本罪状である第240条1項に含まれる行為は「拐売」であり、拐売は「誘拐」と「販売」の結合であり、完全な拐売行為の完成は、実際には「誘拐」と「販売」の完成であり、「誘拐」

---

31) 中国憲法38条は「中華人民共和国の国民の人格の尊厳は侵されない。いかなる方法であれ、国民を侮辱、誹謗すること、又は誣告して罪に陥れることを禁止する。」として、人格の尊厳の保護について規定する。また、民法典も、109条と110条において、具体的に人格の尊厳が「生命権、身体権、健康権、姓名権、肖像権、名誉権、榮譽権、プライバシー権、婚姻自由権等の権利」を含めている。

32) 張明楷『刑法分則的解釈原理』（中国人民大学出版社、2011年）359頁

33) 趙秉志『侵犯人身權利犯罪疑難問題司法對策』（吉林人民出版社、2001年）308頁

34) 高銘暄、馬克昌『中国刑法解釋（下卷）』（中国社会科学出版社、2005年）1653頁

は手段行為であり、「販売」は目的行為であり、「販売」行為の完成を示すのは、婦女・児童が売られたことである。

刑法各則の条文の内容は、特定の法益を保護する目的に由来し、その目的の下で条文を規定する<sup>35)</sup>。したがって、「販売の目的で」ということが、本罪の構成要件の中にどのような地位を占めているかに対する解釈は、保護法益から指導されなければならない。女性・児童拐売罪の本質は、人の主体性を無視し、婦女・児童を商品として販売することである。刑法第 240 条に規定された行為において、誘拐、略取、買受け、送迎、又は中継する等の行為は、人身の自由、若しくは家族関係その他の女性・児童の権利を直ちに侵害する可能性があるが、婦女・児童が売買されない権利を直接的かつ現実的に侵害していない、あるいは売買されない権利を侵害する危険性しかない。婦女・児童が商品として売り渡された場合にのみ、その権利は直接的かつ現実的に侵害される。そして、「売る」ことこそが婦女・児童拐売罪の核心要素であると言える。さらに言えば、「販売の目的で」という要件は、行為者の主観的要素に属し、人身売買行為に関与したすべての者、及び人身売買の過程における各段階の具体的な手分けを支配する。それも、故意の内容を示しているのみならず、それに対応する構成要件である客観的な行為も要求する。その本質は、刑法第 240 条に規定された罪状の中で、「誘拐」は最終的に「売る」ことに落とし込まなければならない。

人身の不可買収説に対しては、売買の権利を保護法益として受けなければ、実子販売行為と養子縁組行為は説明できないとする批判もある。そして、実務においても、実子販売に対する処理は、児童拐売罪として処罰した案例と、遺棄罪として処罰した案例がある。

例えば、最高人民法院が発表した婦女・児童拐売犯罪の典型的案例において、邢小強実子販売事件がある<sup>36)</sup>。本件は不法な利益を目的として、実子を販売し、児童拐売罪を構成する典型的な例である。親が無断で子供を他人に渡し

35) 張明楷・前掲注 32、353—354 頁

36) 中華人民共和國最高人民法院網 <https://www.court.gov.cn/zixun/xiangqing/13549.html>

て金品を受け取った事案について、行為者が不法に利益を得る目的があれば、児童拐売罪で処罰すべきである。本件においては、被告人は前後2回にわたって、実子3人を他人に売り渡し、いずれも子供が生まれる前に、自ら子供を売ることを表明し、買い手を探し、価格を明示し、子供が生まれた後は事前の約束通りに子供を売却して金額の高い利益を得た。上記の事実と情状に基づいて、被告人は生活が困難で、養育ができないために子供を養子にすることを余儀なくされたのではなく、子供を商品とし、出産した子供を売って利益をむさぼる手段として不法な利益を得たものと十分に認められる。

一方、実務では遺棄罪に問われる事案<sup>37)</sup>もある。2009年、被告人恵某と彼女の被告人徐某は無許可のクリニックで、男児を出産した。恵某と徐某は生活が苦しいという理由で、この男児を他人に売ることを相談した。被告人李某は崔某と連絡を助けることができると提案し、事件後に裏金を受け取った。同年7月3日、恵某は李某と崔某の紹介を通じて、この男児を荘某、馬某夫婦に2万6千円で売却し、李某と崔某はそこから4000元を得た。

北京市海淀区人民検察院は、恵某らの行為が児童拐売罪に該当し、公訴を提起した。北京市海淀区人民法院は、恵某は独立した生活能力のない子供に対して養育を拒否し、かつ生活が困難であることを理由に、彼女の徐某と生まれた男児を販売し、情状が悪く、その行為は遺棄罪を構成したと判決した。北京市海淀区人民検察院が提起した被告人恵某、李某の犯罪事実は明確で、証拠は十分であるが、罪については誤りがある。児童拐売罪は客観的に、誘拐、買取、販売などの方法を用いて、児童を両親や近親者の制御から離脱させる販売行為を行わなければならないが、この販売行為は明らかに児童の生みの親を排除すべきであり、法律的にも倫理的にも、両親は自分の子供を誘拐する犯罪の主体になってはならないとし、被告人らに遺棄罪を言い渡し、1年の拘禁刑の判決を下した。

---

37) 周維平「惠軍虎、李瑞勤拐買兒童案—出買親生子女的定性与処罰」北京市第一中級人民法院：北大法宝 <https://baijiahao.baidu.com/s?id=1722828781082653860&wfr=spider&for=pc>

本件について、私見では、まず、恵某、李某が、営利目的で、実子を販売する行為は、遺棄罪の構成要件に該当せず、児童拐売罪と認めるべきであると考ええる。次に、児童拐売罪の保護法益を人身の不可買取性とする、恵某は拐売された子供の実父としても、児童拐売罪の主体に該当できる。最後に、1 審は被告人 2 人に 1 年拘禁刑を言い渡したが、量刑は極めて軽微であると考ええる。

学説では、実子拐売行為について、張明楷教授は、子供を商品として販売したのであれば、婦女児童拐売罪と認定すべきであると主張しているが、前述した「意見」にも賛成し、生活に困ったり、男尊女卑の思想の影響を受けたりしたがゆえに、独立した生活能力のない子供を他人に送って養育し、少量の栄養費、感謝費を受け取るのは、民間の「送養」行為に属するとする。<sup>38)</sup> 周光権教授も、不法な利益を得ることを目的として、実子を売る場合は、児童誘拐罪で処罰し、本罪を認定する場合は、民間の養子縁組行為との境界を厳格に区別し、区別の鍵は行為者が不法な利益を得る目的があるかどうかにあると考えている。審査を通じて子供を「人に送る背景と原因、お金を受け取るかどうか、お金を受け取るかどうか、相手が扶養目的を持っているかどうか、扶養能力があるかどうかなどの事実を総合的に判断し、行為者が不法に利益を得る目的を持っているかどうかを総合的に判断しなければならない。(1) 出産を不法な利益獲得手段とし、出産後に子供を売るかどうか、(2) 相手が扶養目的を持っていないことを知っているか、あるいは相手が扶養目的を持っているかどうかをまったく考慮していないか。(3) 明らかに感謝費に合わない巨額のお金を受け取っているかどうかなど」。<sup>39)</sup>

私見では、以上の両見解を支持する。不法に利益を得る目的ではなく、生活困難に迫られたり、男尊女卑の思想の影響を受けたりして、私的に独立した生活能力のない子供を他人に扶養したりして、少量の「栄養費」「感謝費」を受け取ることを含む、民間の養子縁組行為に属して、私的な養子縁組によって子供の心身の健康が深刻な損害を受けたり、その他の悪質な情状を持ったりし

38) 張明楷・前掲注 26、1167 頁

39) 周光権『刑法各論 (第 4 版)』(中国人民大学出版社、2021 年) 57 頁

て、遺棄罪に該当する場合は、遺棄罪に基づいて論じることができる。そもそも、その行為自体は利益を得る目的がないためではなく、販売行為ではないためであるとも考えられる。したがって、本罪の法益を人身の不可買収性とすることは、民間の養子縁組行為とは矛盾しない。

### 3、拐売罪存在する問題とその解決策に関する私見

#### (1)対象の拡大——誘拐に関する罪の立法改善

中国刑法において、婦女・児童拐売罪は、婦女と児童のみ対象とする。婦女とは、14歳に至った以降の女性をいい、国籍を問わない。児童とは、14歳未満の男女の児童をいう。そうすると、現行刑法の婦女・児童拐売罪に関する規定によれば、婦女・児童を誘拐し売買する行為は犯罪を構成し、その他の対象、例えば14歳に至った以降の男性は、人身誘拐犯罪を構成しない。

2007年の黒レンガ工場事件では、裁判所は、「人攫い」（黒仲介）が成人の男性労働力を誘拐して売り渡した行為、及び知的障害の男性9人を含む多くの未成年者を誘拐した事実を認めたが、人身売買罪で処罰することはできなかった<sup>40)</sup>。また、新疆知的障害「包身工」<sup>41)</sup>事件<sup>42)</sup>において、新疆托克遜县人民法院は、佳爾思綠色建材化学工場の責任者が労働強要罪、重大責任事故罪に該当し、数罪併罰で4年6ヶ月の拘禁刑の判決を下した<sup>43)</sup>。しかしながら、現行刑法では婦女・児童拐売罪しか規定されていない、この工場で使用されている知的障害者はすべて成人の男性であるため、仲介者としての「四川省渠県乞食養

---

40) 本件において、被告人衡庭漢は仲介を通じて1人あたり350元の仲介料で、鄭州駅、山西省ルイ城、西安駅から被害者31人（うち知的障害者9人）を誘拐した。だが、山西省臨汾市中級人民法院は、被告人衡庭漢が故意傷害罪と非法拘禁罪を認め、数罪併罰で無期拘禁刑を言い渡した。

41) 「包身工」とは、解放前、工場や鉱山に売られ何年間か無報酬で働かされる青少年労働者のことをいう。

42) 2010年12月、新疆吐魯番地区で発生した佳爾思綠色建材化学工場で、10人以上の労働者（うち8人は知的障害者）が、「包身工」と扱われて非人待遇に遭遇した事件である。

43) 新疆法院網 <http://xjfy.xjcourt.gov.cn/article/detail/2011/05/id/4647807.shtml>

子縁組所」の責任者曾令全には、労働強要罪にあたることを認め、3年の拘禁刑を言い渡したが、婦女・児童拐売罪に関わる刑事責任を追及することはできない<sup>44)</sup>。

それに加えて、近年、中国において、収入が高い仕事を紹介する等のことを名目として、人を騙してミャンマーに誘拐して、不法拘禁や、暴力などの手段を通じて、ネット詐欺をさせる事案が多発している。このような事案においては、その誘拐者、又は仲介者は常に利益を得たことになるが、それに対しても、主に密航結集罪を認めることで、処罰することになる。

また、現行の1997年刑法は人身拐売罪を廃止し、職員強制労働罪を増設して、その法定刑は最大3年の拘禁刑とされた。それにもかかわらず、法律の抜け穴が生じている。例えば、行為者が、販売を目的として、14歳以上の男性を誘拐して、いまだに買い手を見つけていない段階で検挙された場合、1979年刑法によるならば、人身拐売罪を構成し、5年以下の拘禁刑に処することができる。その一方で、現行の1997年刑法によると、犯罪にはならない可能性がある。2011年の刑法改正案(八)は職員労働強要罪を労働強要罪に改正し、法定最高刑は10年の拘禁刑に引き上げられた。同時に、「他人が前項(労働強要)行為を実施することを知っているにもかかわらず、そのために人員を募集し、運送し、又はその他の他人に労働強要するための協力行為を行ったときは、前項の規定により処罰する」という規定を追加した。しかしながら、前述した場合につき、法律の抜け穴は依然として埋まっていない。

今の例と婦女・児童拐売罪の判決と比べると、明らかに刑罰の不均衡が認められる。そこで、まずは誘拐罪における保護法益が問題となる。前述した保護法益の判断により、人身の不可売買性は、人格尊厳の一種として、憲法によっても平等に保護される。人は商品ではない以上、売買することは許容されない。婦女・児童であれ、成年男性であれ、その人権は平等に保護しなければならない。しかも、中国刑法第4条は、「いかなる人に対しても犯罪を犯すこと

---

44) 央视网 <http://news.cntv.cn/20120118/125145.shtml>

は、法律の適用上一律に平等でなければならない」と明文で規定している。したがって、人間として権利は平等であるべきであり、男性であれ女性であれ、成人であれ児童であれ、その権利は法律によって保護されなければならない。

人身売買犯罪では、女性や子供を誘拐する行為は、当然罰せられることになるが、これは他の「人身」（14歳を超える男性や、バイセクシャルなど）を拐売する行為は罰しないとする理解につなげることはあり得ないだろう。中国の人身拐売犯罪の対象は、主に女性、子供であることを否定できないが、前述した「包身工」事件等のように、現在の拐売犯罪においては14歳以上の未成年男性及び18歳以上の成年男性が拐売される事案もある。「女性、子供自身は生理的条件における客観的制限と、その抵抗力が相対的に弱い事実の影響により、人身売買犯罪の中で、彼らは常に弱者の地位にある。そのため、女性・子供を誘拐する行為を厳罰することを適切に強調することは完全に必要である」<sup>45)</sup>。しかしながら、この点により女性・子供を拐売する犯罪行為をしか処罰することはできず、女性・子供を除いた他の「人身」を拐売する行為に対する処罰の必要性を無視することはできない。

刑法の目的は、犯罪者が再び公民を侵害することを阻止し（特別予防）、他の人に同じ轍を踏まないように戒めることにある（一般予防）。犯罪予防の観点から言えば、女性・児童を拐売する行為だけを処罰するが、女性・児童以外の人を拐売する行為に対する処罰を無視するのは、このような犯罪を放縱にすることと同視されてしまう。そうすると、成人男性、両性人等に対する売買犯罪行為を効果的に取り締まり、人身売買犯罪を処罰する立法上の欠陥を補うことができるようにするために、人身の不可買収の権利を重視する立場から、私見として、「婦女・児童拐売罪」を廃止し、1979年の刑法に規定された「人身拐売罪」を見直し、犯罪対象に女性と児童だけではなくすべての人を含むようにすることを提案したい。

同時に、現在拐売された対象は主に女性と児童であるという現実を直面しな

---

45) 劉憲權「論我國懲治拐賣人口犯罪的刑法完善」『法学』（2003年5期）97頁



ければならず、条文を規定することにおいて、女性・児童に対する特殊な保護を際立たせ、犯罪の過程で女性・児童に対する侵害行為を加重情状とすることができる。「女性・児童の拐売を人身拐売罪の加重犯とする」との主張もされるが、これは望ましくないと考える。なぜなら、「商品として売買されてはならない権利」は主次を問わず、何人にも認められるのであり、全ての人が同様の保障を受けなければならないからである。女性・児童を売買する行為を人身売買罪の加重犯の一種とすれば、私たちはすべての人が平等に享受している「商品として売買されてはならない権利」を軽重と区別し、人権平等の原則に違反し、これは「人身拐売罪」を削除して「婦女・児童拐売罪」のみを保留することと同じであると考えられる。一方、犯罪の過程で女性・児童に対する侵害行為を加重情状とすることについて、加重の根拠は女性・児童を売買することではなく、犯罪の過程において、女性・児童の弱い地位に乗じて侵害をより行いやすいことにあると解することで、合理的根拠を見出しうる。

## (2)買収方に対する立法の改善

### 1、売買両方に対する法定刑の不均衡

近年、婦女の売買に関する新たな事件の発生が少なくなっているため、婦人買収罪の刑法規定や実務上の傾向は、学説では十分に重視されるものとはなっていない。しかし、社会に強い影響を及ぼす事件に喚起された世論が、この現状を変えてきた。被害女性への同情、容疑者への非難、そしてなぜ現代社会において、いまだ女性を売買する悪質な事件が存在するのか、最終的には「婦人買収罪の法定刑は軽すぎる」、「拐売罪に比べて買収罪の規定が弱い」等と批判することに焦点が当てられた。

例えば、「徐州 8 人の子供の母親事件」は中国の世論に大きな関心を引き起こした。1998 年、被告人時、桑は病氣治療等を名目として、被害者小花梅を雲南省から江蘇省に誘拐し、その後、同県の農民徐某に 5000 円で売った。小花梅と徐某は同年 5 月上旬まで共同生活した後、行方不明になった。同年 6 月、被告人譚と妻の李は河南省で発見され、収容された小花梅を、被告人霍に

3000 円で売却した。被告人霍は、小花梅を豊県に連れて、劉某の紹介により、董某及びその子被告人董志民に 5000 円で転売した。被告人董志民は董集村の家に小花梅を連れて共同生活した。董の家に着いたばかりの頃、小花梅は基本的に自分で生活することができ、人と交流することができていたが、時には馬鹿笑い、目がぼんやりしているなどの言動があった。1999 年、2 人は長男を出産した。2011 年から 2020 年にかけて、2 人は前後して 7 人の子女を出産した。2011 年、2012 年に小花梅が二男、三男を出産した後、精神障害の症状は徐々に悪化し、2017 年に六男を出産した後の病気はさらに明らかになった。その間、董志民は 2013 年上半期に小花梅を隣県郷鎮病院の外来に連れて行って薬を処方しただけで、その後は治療を受けなかった。2017 年 7 月から事件前まで、董志民は小花梅に対して布ロープの縛り付け、鎖首のロックなどの虐待、拘禁行為を行った。この間、小花梅の飲用起居は正常な保障を得られず、常に飢えと寒さを堪え、居住場所には水や、電気や、日光がなく、生活環境が劣悪であった。董志民の虐待行為は、花梅の健康を大きく侵害した。鑑定により、小花梅は統合失調症（衰退期）を患い、精神障害二級と評定された。2023 年 4 月 6 日、江蘇省徐州市中級人民法院一審判決は、董志民を虐待罪で 6 年 6 ヶ月拘禁刑に処し、不法拘禁罪で 3 年拘禁刑に処し、数罪併罰で 9 年の拘禁刑に処する旨を言い渡した。被告人時、桑、譚愛、霍は婦女拐売罪と認定し、それぞれ 11 年、10 年、13 年、8 年 6 ヶ月と 8 年の拘禁刑を言い渡した<sup>46)</sup>。本件において、なぜ董志民に被拐売婦女罪を問われないかについて、まだ一審判決であり、かつ判決書は公表されていないため、疑問が残っている。

2015 年に刑法改正案（九）は、第 241 条第 6 項を「買収された婦女的意思に従い、元の居住地に戻ることを阻害しない」限り、「刑事責任を問わないことができる」という規定から、「買収された婦女的意思に従い、元の居住地に戻ることを阻害しないものは、刑を従軽し、または軽減し処罰することができる」とする規定に改正した。免責条項から寛大条項に改正したことが、刑事政

46) 中央政法委長安劍 [https://mp.weixin.qq.com/s/o\\_A0ywY5c7YdDhZPNQXiEQ](https://mp.weixin.qq.com/s/o_A0ywY5c7YdDhZPNQXiEQ)

策上の重要な転換を意味し、買い手に対する処罰を強化することを意味する。しかし、前後して発表された 2 つの司法解釈を見ると、政策の方向性には、被拐売婦女・児童買収罪を厳しく処罰することへの転換が十分に示されており、一部ではより寛大な対応をしている印象すら与えるものとなっている。

例えば、2010 年の「意見」の第 20 条は、買収された婦女と結婚し安定した家庭関係を形成している場合、一般的に処罰を軽くしなければならないと規定している。2016 年の「解釈」第 5 条では、安定した婚姻家庭関係が形成されており、救出時に買収された婦女が自発的に現地に滞在して共同生活を続ける場合は、「買収された女性の意思に基づき、元の居住地に戻ることを阻害しない」とみなすことができると規定されている。

犯罪買収を検索のキーワードにした論者が、中国裁判文書網の 568 件の判決と中国検察網 136 不起訴決定書を実証的に分析したところによれば、裁判文書網での誘拐犯罪判決と照らし合わせて、このような 4 つの特点が明らかになっている<sup>47)</sup>。すなわち、(1)買収犯罪には大量の暗数が存在し、相手が誘拐犯罪として処罰されても、ほとんどの買収者は刑事司法手続きに入っていない。研究によると、買収犯罪に対する有罪判決は 3% 未満である。(2)非実刑率は極めて高く、無罪率も高い。買収犯罪の非実刑率は約 97% で、無罪率は 19.3% である。(3)量刑の平均値が低い。実際に言い渡された最高刑は拘禁刑 1 年にとどまり、量刑の平均値は約 8.3 カ月の拘禁刑に値する。(4)数罪併罰の割合が低い。568 件の判決のうち、数罪併罰は 6 例だけである。一方、刑法第 241 条から見れば、その第 2 項と第 3 項は第 240 条の拐売罪とは異なり、すべて数罪併罰と規定している。

法定刑から見れば、買収罪は単なる 3 年以下の法定刑を定めるだけである、一方、拐売罪における死刑までの法定刑と比べれば、極めて不均衡であろうと批判されている。それに加えて、買収し強姦した場合、第 241 条第 2 項と第 4 項により数罪併罰として処罰する結果と、拐売し強姦した場合、第 240 条の加

47) 勞東燕「売買人口犯罪的保護法益与不法本質—基于对收買被拐賣婦女罪的立法論審視」『国家檢察官学院学報』2022 年第 4 期

重犯として処罰する結果と比べると、著しく低いとも考えられる。なお、各国の立法を概観すると、買収行為と拐売（誘拐）行為はほぼ同様の法定刑で処罰されている例が多いように思われる。

確かに、中国現行刑法において拐売罪に関する法定刑は重く、買収罪にも同一の悪質性を有するものとして処罰しても良いのかには、疑問の余地もある。単純に拐売された婦女・児童を買収した場合、刑の上限は3年の拘禁刑であることと比較しつつ、単純に動物を買収した場合の法定刑を見てみよう。刑法第341条第1項に規定された貴重・絶滅危機野生動物危害罪では、売買の行為者の双方に対して「同罪同刑」とすると規定され、基本刑は5年以下の拘禁刑または拘留である。さらに、一級保護動物やその動物製品を買収する行為は特に重い情状に属し、10年以上の有期拘禁刑に処することができる。すなわち、植物と比べた場合にも、刑法は、女性・児童の保護が動植物の保護より足りないという批判へとつながるのである。

## 2、対向犯である人身売買犯罪

人身売買犯罪のような犯罪を、刑法理論上、対向犯と呼ぶ<sup>48)</sup>。日本の刑法においても、必要的共犯には、向かい合う両当事者が必要な対向犯類型がある。例えば、賄賂罪では、収賄側と贈賄側の対向関係がある<sup>49)</sup>。対向犯に対する処罰は一般的に3種類に分けられ、①両方に対して同じ罪が定められている場合と、②両方が異なる罪を構成してそれぞれ処罰される場合と、そして③一方だけが犯罪を構成して処罰される場合とがある。①に該当するものには、例えば重婚罪<sup>50)</sup>がある。このような犯罪は、実はほぼ社会法益を侵害する犯罪である。③に該当するものとして、例えば中国刑法347条薬物販売罪では、販売行為を処罰するが、単純な買収行為は処罰しない。なぜなら、単純な買収行為人は自

---

48) 勞東燕・前掲注47

49) 前田雅英『刑法総論講義（第7版）』（東京大学出版会、2019年）327、328頁

50) 中国刑法285条「他人は配偶者がいるにもかかわらず、その人結婚した者」、日本刑法184条「その相手方となって婚姻をした者も、同様とする」

分の利益を損害すると認められるからである。一方、②の場合について、一般的には、一方は正犯を構成し、他方は必要的共犯とされている。例えば、収賄罪と贈賄罪はこのようなものである。

中国の拐売犯罪と買収犯罪の立法を見ると、おおむね収賄犯罪と贈賄犯罪のパターンで配置する。<sup>51)</sup> 対向犯は必要的共犯の 1 つの種類に属するため、対向犯に関する刑法の規定は、両方を同時に処罰する場合、どのような立法にしても、理論的に侵害された法益は同一であると一般的に考えられている。そうすると、前述したように、人を商品として扱われてはならない、すなわち人身の不可買収の権利は、人身売買犯罪の保護法益を構成する。このような法益観によるならば、買収犯罪と拐売犯罪は法益侵害において性質上の差異はないはずである。

それを踏まえて、賄賂犯罪の立法を参考にしてみよう。日本の刑法は、基本形である単純収賄罪を 5 年以下の有期拘禁刑に処するのに対し、贈賄罪を 3 年以下の有期拘禁刑に処する。中国刑法は、賄賂犯罪についての規定は複雑であるが、その基本刑はおよそ収賄罪を 3 年以下の拘禁刑、贈賄罪を 5 年以下の拘禁刑とするほか、影響力利用収賄罪と影響力のある者に対する贈賄罪の基本犯は、同じ 3 年以下の拘禁刑であり、非国家工作人員収賄罪と非国家工作人員贈賄罪の基本犯も、同じ 3 年以下の拘禁刑と規定されている。中国と日本の賄賂犯罪に関する立法例を鑑みると、③の処罰パターンの対向犯において、対向の両方は婦女・児童拐売罪と誘拐された婦女・児童買収罪のように、基本刑があまりにもかけ離れていると評価すべき余地は少ない。さらに、日本の刑法においては、人身売買罪は、「人を売り渡した者も、前項と同様とする」として、①のパターンによって、売り手と買い手が同じ罪と同じ法定刑（「同罪同刑」）により取り扱われる。

人身売買罪に目を転ずると、多く論者は、買収行為者に対して同情の態度を持って、婦女・児童を買収した行為者も、旧観念の影響で、弱い立場にある人

---

51) 勞東燕・前掲注 47

とすると、多くの買収行為者は結婚や養子縁組の目的で婦女・児童を買収したので、その人が財産を損失し、さらに責任を追及されて刑を言い渡されたことが、社会の安定に影響を与えるなどと示唆している。また、誘拐された婦女・児童を買収する者に対して、緩和規定がなければ、買収者が誘拐された女性・児童を連れて方々に隠れたり、被害者を虐待したりする可能性があり、女性・児童の保護にさらに不利であるとする見方もある。私見では、拐売犯罪であれ、買収犯罪であれ、刑法が保護するのは、人身の不可買収の権利であり、この権利の本質は、誰もそれを商品として売買してはならないということにある。たとえこのような議論に合理性がなかろうとも、人身権利以外の曖昧な政策的利益を考慮したものであり、これらの利益は人身権利とは関係なく、立法において過当に顧慮する必要はないと考える。

以上の検討によれば、誘拐された婦女・児童買収罪に関する刑法の規定には、人は物に及ばず、人身売買の刑罰のバランスを失わせるような抜け穴があり、対向犯の基本理論にも適合せず、大衆の素朴な法感情から乖離し、人身権利の保護には十分ではない、と言わざるを得ない。それゆえ、各国の立法状況を参照しつつ、法改正を慎重に考慮する必要がある。

### (3)強姦行為との罪数問題

1997年刑法の第240条における加重情状によれば、行為者が拐売の過程で、拐売された女性を強姦した場合、行為者が暴力、脅迫手段を使用したか否かと、被害者が反抗行為をしたか否かにかかわらず、すべての行為が、婦女拐売における重大な情状として取り扱い、強姦罪としない。

中国刑法では、基本犯の構成要件と法定刑を規定した上で、それに加えて、「情状が重い」、「情状が特に重い」等の文言を用いて、情状の重さに応じて法定刑を加重するという情状加重犯という形式の規定が多用されている。その場合、その「情状」が、量刑の段階で重要な位置を占めている。どのような行為が加重情状として処罰されるかについては様々であり、刑法で当該条文において規定されることもあれば、人民法院（裁判所）等が示す司法解釈により規定

されることもある。それに加えて、各加重情状を列挙して、最終的に「他の重い情状があること」という文言を用いて、裁判官が主観的事情と客観的事情に従って自由裁量により判断することを認める規定が置かれることも少なくない。

現行の中国刑法の規定に基づき、「拐売された女性を強姦したとき」は婦女・児童拐売罪の加重情状として処罰すべきである。しかしながら、情状加重犯は基本犯を基礎としており、その加重情状は基本犯の罪質を否定することはできず、さらに基本犯の罪質で制約されなければならない。すなわち、情状加重犯において、「情状が重大または劣悪であるとき」ということは、基本犯の罪質の中で、その罪を加重するのに該当する主観的要件及び客観的な事実的要素ではなければならない<sup>52)</sup>。およそその罪質の範囲を超えて、もしこの情状が他の犯罪を構成するとするならば、解決すべきなのは情状を加重するかどうかではなく、罪数の問題であると考ええる。

ところで、一罪の基準については、中国の学説では現在でも争いがあるが、通説は、一罪と数罪を区別する基準は、犯罪構成であるという犯罪構成標準説である。それは、日本で現在の有力となっている構成要件充足の回数基準とする構成要件標準説<sup>53)</sup>と、ほぼ一致している。具体的には、1つの確定的または概括的な犯罪の故意（過失）に基づいて1つの危害行為を実施し、1つの犯罪構成に該当する行為は一罪であるとする。これに対して、数個の犯罪故意に基づいて、数個の犯罪行為を実施し、数個の犯罪構成に該当するのは数罪である。

行為はいくつかの保護法益を侵害しているが、包括的な評価が可能であり、一罪だけで論じても量刑の合理化が実現できる場合は、包括的な一罪と認定すれば、併罰にする必要はない<sup>54)</sup>という主張も支持されている。例えば、故意殺人を行いながら、被害者の衣服を毀損する行為は、2つの法益侵害の事実があるが、故意殺人罪としてのみ認定すればよく、これとは別に故意財物破壊罪として認定する必要はない。

52) 陳興良「我国刑法中的情節加重犯」『法学研究』(1985年4期)33頁

53) 前田・前掲注49、392頁

54) 張明楷『刑法学(上)「第六版」』(法律出版社、2021年)618頁

しかしながら、女性を拐売する途中で発生する強姦行為というのは、行為者が女性を拐売する途中で一時的に起意し、新たな強姦の犯罪故意を生じさせ、実行する強姦行為である。その強姦行為は強姦罪の構成要件に該当し、拐売行為は婦女・児童拐売罪の構成要件に該当する。この2つの行為は異なる罪に触れ、強姦行為は拐売行為の展開において必要な段階ではなく、拐売行為も強姦行為に対して当然に生じうる結果ではない。よって、両行為は吸収関係があると解すべき理由はおよそ存しない。

また、その強姦行為と拐売行為は同一の犯罪目的から生じたのではなく、目的と行為の関係から見れば、強姦行為と拐売行為は何の関連もなく、婦女を拐売する途中で新たな犯罪意図が生ずるのが通例であり、その意図に基づく支配の下に、強姦行為は独立した犯罪構成を成立させるのに十分である。したがって、2つの行為の間には牽連関係はないと考えられる。たとえ牽連犯の処罰原則に従っても、重罪の行為である強姦行為が軽罪行為である拐売行為を吸収すると解すべきである。立法の本意は法定刑のバランスを取るためかもしれず、最終的な結果から見れば、数罪併罰として処罰しても、一罪として処罰しても死刑に処することも可能ではあるが、その結論は、刑法理論的にみれば、立法上の根拠が見出せない。

そうすると、婦女・児童を拐売する途中で、行為者は強姦行為を行い、本来は一人で数罪を犯し、数罪併罰として処罰すべきであるのに、現行法は、強姦犯罪を婦女・児童拐売罪の加重情状と規定しており、一罪と数罪に関する理論に全く適合していないことになる。この点に関して、張明楷教授は、婦女・児童拐売罪の加重情状の処罰について、「誘惑若しくは強制を用いて、拐売された婦女に売春させたという規定は、売春誘惑罪（359条）と、強制売春罪（358条の2）と婦女拐売罪の結合犯である」<sup>55)</sup>としているが、特に理由は示していない。その一方で、張明楷教授は、中国刑法において、結合犯の規定はなく、情状加重犯や牽連犯や現行の数罪併罰などの規定を用いて罪数問題に対して十

---

55) 張明楷・前掲注26、1169頁



分に処理し得るがゆえに、結合犯を論じる必要もないとも主張している<sup>56)</sup>。それに加えて、張教授は、ボウ架罪の処罰における「ボウ架された者を殺害した」という加重犯の規定は、「ボウ架殺人は結果的加重犯ではないし、情状加重犯と包容犯でもなく、結合犯であると理解すべきである」と主張する。これを結合犯として法定刑が引き上げられる理由については、「その 2 種の行為が常に共に発生しやすく、さらに共同して発生した場合、法益侵害が著しく重くなるからである<sup>57)</sup>」と示している。

しかも、加重情状自体にはいくつかの問題がある。例えば、刑法第 240 条は拐売された婦女を強姦した場合、婦女拐売罪の加重情状として処罰することを規定しているが、刑法第 318 条が定める密航結集罪において生じた強姦行為について、明文で数罪併罰の原則に基づいて処理することを規定している。さらに、前述したように、拐売罪と買収罪は対向犯であるにもかかわらず、強姦行為との関係について、別々の情状加重犯とすることと、数罪併罰とすることと、全く違った処理することも理論として一律なものではなく、不合理が生じる。

婦女・児童を拐売する途中で、婦女を姦淫する行為は、婦女・児童拐売罪の一罪として処断し、処罰は非常に重くすることができても、その結果、意図せずに数罪併罰の役割を軽視することになり、それは、刑法各論と刑法総論の規定の調和的な展開にとって、不利益である。例えば、1 人の行為者が拐売されたわけでない女性を強姦した場合、強姦罪を構成することができ、最も重い場合は死刑を言い渡すことができる。それに対し、女性を拐売した犯罪者につき、誘拐された女性を姦淫した行為は、加重情状として処断されるだけである。これにより、犯罪を取り締まるという刑法の目的を達成しづらくなり、一罪と数罪併罰を区別することの役割は、さらに弱められることになると言わざるを得ない。

私見では、まず一罪の判断に関して、法益標準説のように保護法益を罪数の

56) 張明楷「我国刑法没有規定結合犯」『法学研究』(1984 年 3 期) 17、19 頁

57) 張明楷・前掲注 26、1164 頁

唯一の判断基準とするのは合理的ではないものの、罪数論に対して重要な意味があることは認められる。例えば、日本では、信用毀損罪と名誉毀損罪について、両罪の罪質の重なり合いがあり法条競合とする学説もある中で、判例は、保護法益が異なるとして観念的競合と解している（大判大正5年6月26日刑録22巻1153頁）<sup>58)</sup>。また、前述したように、中国の刑法理論においては、犯罪の本質は法益を侵害することであると理解されており、それゆえ、刑法の目的は法益を保護することである。したがって、法益を罪数の判断において唯一の基準とすることの合理性は否定できるが、罪数を確定し合理的な刑を衡量することの目的は、やはり法益を保護することであるという基本的な事実を無視することはできない。したがって、法益は、罪数の判断と量刑に対して、重要な意義を持っているのである。

そうすると、拐売された女性を強姦した行為は、別々で異なる法益を侵害し、独立した犯罪を構成するのに十分であり、拐売行為とは牽連関係もなく、吸収関係もないのに、規定上、婦女・児童拐売罪の加重情状として、一罪として処理するのは、罪数理論と適合しないと考えるべきである。たとえ情状加重犯の「情状が重大である、又は悪質である」としても、基本犯の罪質の中での、その罪責を加重する事実要素でなければならない。その罪質の範囲を超えたすべての行為が、もし他の犯罪を構成するならば、解決すべきなのは情状加重犯の問題ではなく、数罪の問題であると考えている。

そうすると、拐売された女性を強姦する行為を分けて観察すれば、強姦行為はそれ自体1つの行為であり、拐売行為もそれ自体1つの行為であり、この2つの行為は完全に別で婦女・児童拐売罪と強姦罪の犯罪構成に該当するものとして、独立して罪になると扱うべきである。すなわち、行為者は、同時に婦女・児童拐売罪と強姦罪の2つの罪に触れていることになり、刑法理論に基づいて強姦罪と婦女・児童拐売罪の数罪併罰とすべきである。

---

58) 前田・前掲注49、394頁

## むすびにかえて

以上の議論より、中国における人身売買罪の保護法益は日本と異なり、人身の不可買収の権利と解するべきであると考ええる。

そもそも、日本の刑法は、保護法益を基準に、犯罪を国家に関する法益に対する罪、社会に関する法益に対する罪、個人的な法益に対する罪に三分されている。さらに、個人的な法益に対する罪において、生命身体に対する罪、自由に対する罪、名誉・信用に対する罪、財産に対する罪に分けられて、明確に整理されている。人身売買罪は自由に対する罪における略取・誘拐及び人身売買の罪に位置づけられ、その条文も誘拐罪と密接し、その保護法益も当然に被拐取者の自由と考えられる。

一方、中国刑法において、関連する規定は多いとは言えるが、そのような明確で整理された形にはなっていない。特に、婦女・児童拐売罪（第 240 条）と拐騙児童罪（第 262 条）は、同じ「第四章 国民の人身権利、民主権利を侵害する罪」に規定されているが、両者の間には、侮辱罪、不法捜査罪や、選挙破壊罪等の、明らかに異なった法益を保護する罪も挟んでいる。それゆえ、中国刑法において、人身拐騙（誘拐）に関する罪と人身売買に関する罪を整理し、一致させることが必要と考える。

いかなる性別、年齢の人に対しであれ、売買行為は人を物とする取扱いであり、人の不可売買の権利を侵害する。現行刑法が人身拐売罪を廃止したのは、外面的に女性・子供の保護を強調するためであったが、これは人身権利以外の利益を考慮したものであると思われる。しかしながら、人身売買犯罪において、いかなる性別、年齢の被害者であっても、実は弱い立場にある。そのため、私見では、刑法第 240 条、第 241 条、第 244 条、第 262 条を人身売買罪に統一すべきであり、形式的な面での「同罪同刑」を実現することで、「国連人身取引議定書」との連携も実現できることになる。

また、婦女・児童拐売罪における「拐売された婦女を強姦したこと」よう

に、そもそも「重い情状」、「特に重い情状」という加重情状に属するべきである規定は、それ自体で他の犯罪を構成することが多い。このような合理性に欠ける加重情状の条文から見れば、中国刑法における情状加重犯の規定のあり方についても検討すべきである。すなわち、情状加重犯の加重情状については、ただの加重犯の構成に関する問題と取り扱うべきであるのか、それとも、罪数の問題とも関連するか、という中国刑法に固有の問題である。

中国の刑法総論には、罪数の区分基準と数罪併罰の基準が規定されておらず、各論条文の規定にも統一性が欠けている。例えば、前述した婦女・児童拐売罪と強姦罪の罪数と、ボウ架罪と殺人罪との罪数のように、もともと数罪が成立していた行為もあるが、刑法各論は何らかの理由から情状加重犯として一罪と規定している。そもそもこのような問題を、結合犯理論で解釈することは、一つの解決方法であるが、中国刑法においては、結合犯の存在が否定されている。これらのことから、情状加重犯の位置付け及び罪数に関する規定と学説の状況は矛盾して、混乱状態にある以上、罪数論についてさらなる検討し継続する必要があると考える。