

監禁罪の保護法益について

江 藤 隆 之

目 次

- I 問題の所在
- II 学説および判例の状況
 - (1) 議論状況
 - (2) 可能的自由説
 - (3) 現実的自由説
 - (4) 判例
- III 検討
 - (1) 検討方法の決定
 - (2) 自由に対する罪の概観
 - (3) 整理・検討
- IV 私見
 - (1) 展開
 - (2) あてはめ
- V 結語

キーワード：可能的自由，現実的自由，侵害犯，危険犯

I 問題の所在

監禁罪の保護法益である場所的移動の自由、より正確に言えば「その場から立ち去ることによって滞在地を変更することを妨害されない自由⁽¹⁾」をどのように解するかについて可能的自由説と現実的自由説との間で争いがあることは周知のとおりである。

このいずれの説に賛同するかは、多くの場合、具体的設例をもとに検討される。たとえば、被監禁者が泥酔者である場合如何、移動意思を最初から有していなかった場合如何、行為者の意図を誤信して監禁に同意していた場合如何などである。

もちろん、刑法学の議論は最終的には具体的解決に資することが重要である。しかし、その議論方法は結論先取りであってはならない。あらかじめ誰にとっても妥当な解決が想定可能なのであれば議論の余地はなくその結論に従って裁判をすれば良いことになる。ところが我々は、どのようなケースにも妥当する普遍的な解決など存在しないか大胆に見積もってそのような普遍的な解決が存在するとしても人間には認識できないかであるということをすでに知っている。人間にとって言語による討議こそが相対的に正しい（と思われる）結論にたどり着くための唯一の手続きなのである。そこで、刑法学においては自らが妥当であると考えた結論を一端ヴェールの奥に追いやって、理論的検討によって結論を導き出す方法論が採用されるべきであるように思われる。

そこで、本稿は具体的事例へのあてはめを最後に回し、まずは学説をきわめて簡潔に紹介した後、「刑法における自由保護⁽²⁾」の観点から監禁罪の保護法益がいかなるものであるかを導き出していきたい。

II 学説および判例の状況

(1) 議論状況

監禁罪の保護法益をめぐる議論状況を大まかにまとめると、通説たる可能的自由説と近年きわめて有力となっている現実的自由説が争っているといえよう。⁽³⁾ まずは、それぞれの見解を簡潔にまとめてみよう。

(2) 可能的自由説

通説は、監禁罪における自由について、「身体活動の自由はその主体が行動したいときに行動できるということを意味するから、現実の行動の自由である必要はなく、潜在的または可能的な自由で足りる⁽⁴⁾」と解している。

本説を帰結から導く論者は多い。たとえば、佐久間修はその教科書において、熟睡中の者が監禁された場合の監禁罪の成否を主に論ずることによって現実的自由説を批判しつつ可能的自由説⁽⁵⁾を採る。また、伊東研祐は「家まで送ると騙されて車に乗り、気付かないままに別方向に向けて走行を開始されてしまったような場合、現実的自由説では未だ自由は害されていないことになるであろうが、このような移動の可能性・選択肢を奪われた状態を是認するのは妥当とは思われない」と述べて「可能的自由説に従いた⁽⁶⁾い⁽⁷⁾」という。

これに対して、保護対象たる自由の概念から本説を採用する者に曾根威彦がいる。曾根は「逮捕監禁罪は、脅迫の罪とは異なり、精神的な意思の自由を保護しているのではなく、身体的自由に対する罪として物理的な移動の自由を保護しているのであるから、現実の意思の自由を前提とし⁽⁸⁾ない」と説明する。被害者の認識の有無にかかわらず物理的な移動の自由（可能性）が侵害されている時点で監禁罪が成立するという趣旨であろう。

また、前田雅英は「『被害者の意思に反したことが具体的に立証された範囲しか監禁罪が成立しない』と解すべきではない⁽⁹⁾」として可能的自由説に賛同している。

(3) 現実的自由説

きわめて有力になりつつある反対説は「行動の自由は現実的自由である⁽¹⁰⁾と解」する。山中敬一はその根拠を「個人のもつ意思活動・身体的活動の自由を奪うことがこの犯罪の内容であり、一時的にせよ、現実⁽¹¹⁾にその自由がもともと存在しないがゆえに奪われることのない熟睡者や泥酔者には、逮捕・監禁罪は成立しないというべきである⁽¹¹⁾」から、現実的自由説が妥当であるといい、西田典之は「場所的移動の自由とは移動しようという意思の自由であり、現実⁽¹²⁾に移動することを欲したときに保護すれば足りるから、現実的自由説が妥当⁽¹²⁾」であるという。

ここですでに、可能的自由説と現実的自由説との根本的な対立点が明らかにされているように思われるかもしれない。先ほどの可能的自由説を支持する曾根の説明では、本罪について「意思の自由を保護しているのでは⁽¹³⁾な⁽¹³⁾」いとされていたが、山中の説明には「意思活動⁽¹⁴⁾」という語が含まれており、西田の叙述においては明確に「場所的移動の自由とは移動しようとする意思の自由⁽¹⁵⁾」であることが述べられているからである。となれば、監禁罪の保護法益たる自由は「意思の自由」であるのか「物理的な移動の自由」であるのか、その自由の本質が争われているようにもみえる。しかし、思うにこの対立は自由概念の本質をめぐるものではなく、被監禁者が自らが監禁されているという認識を有することが必要であるか否かという問題への先取りの回答でしかないとみるべきであろう。なぜならば、「意思にもとづく活動」を想定するのが現代刑法学における思考枠組みであり、その思考枠組みを前提としている限り、「意思か活動か」という問いは段階の違いを問うものではあれ、本質的な違いを問うものではないからである。この点については検討方法を決定する際にまた触れたい。

(4) 判例

判例は、これまでの議論状況に照らすならば可能的自由説を採用していると評しうる。たとえば最高裁昭和33年3月19日決定⁽¹⁶⁾は、原審札幌高裁函館支部昭和32年9月17日判決の、被害者を欺罔して自動車に乗車させ疾走

させて容易に逃げ出すことができないようにしたことをもって監禁が成立するという判断を維持しており、本件事案の中心的な争いは監禁が欺罔によるもので足りるかという点にあるものの、やはり被害者を自動車に乗せて疾走させたという事案である広島高裁昭和51年9月21日判決⁽¹⁷⁾において、被害者が監禁されている認識を有していなかったことについて「監禁罪にいわゆる監禁とは人をして一定の区域外に出ることを不可能またはいちじくしく困難ならしめることをいい、被監禁者が行動の自由を拘束されていれば足り、自己が監禁されていることを意識する必要はないと解するのが相当」であるとの判断とあわせ考えると、可能的自由説に拠ったものであるというように思われる。

III 検 討

(1) 検討方法の決定

以上に概観した学説は、すでに述べたとおり、決してその自由概念について根本的に対立しているものではない。それゆえ、これまで行われてきたように学説を対立的に並置することはその本質を見失うことになるであろう。というのも、現実的自由と可能的自由とは自由の段階が異なるのみであって、最終的に保護しようとする自由の本質については「その場から立ち去ることによって滞在地を変更することを妨害されない自由」として概念上まったく違うところがないからである。つまり、監禁罪の保護法益たる自由の概念については一致をみているのである。両説の差異はいわば、当該自由について「選択肢が奪われた段階で」処罰を肯定するのか、「選択肢が奪われた段階で」処罰を肯定するのかという処罰の段階をめぐる争いにすぎない⁽¹⁸⁾。結局のところ選択肢が奪われたということは選択肢が奪われたということも同時に意味するのであるから、現実的自由が侵害されているときは、可能的自由も侵害されているのである。たとえば、ふたつの扉がある部屋のひとつの扉を施錠したが残りの扉の鍵は開けっ放しにしておいたという場合は、たとえ被害者が一度鍵の掛かっている扉を開けようとし

て開かなかったとしても監禁ではない。このように現実的自由の侵害とは、被害者が困難なしに選択しうる選択肢をすべて奪っていることが前提となるのである。行為者側からいえば、行為者が被害者の行動の自由を侵害するというとき、まず移動の選択肢（可能的自由）を奪い、それによって現実の移動という選択（現実的自由）を侵害するのである。そう考えるならば、可能的自由説と現実的自由説の争いは、実は自由概念の本質を巡る争いではなく、場所的移動の自由が侵害されていく時間的・論理的流れの中で、いずれの段階において監禁罪を成立させるのかという争いに帰着するように思われるのである。

となれば、その検討は自由の本質を探るものというよりもむしろ自由保護の段階を探るものでなくてはならない。そこで、方法は以下の3つのいずれかに絞られる。

第1に、帰結の妥当性からいずれの段階での処罰が妥当であるかと考える方法である。しかし、このような方法は、本稿の冒頭において指摘したように、何が「妥当」であるかという問題につきあたってしまい採用することができない。もちろん、刑事政策学・犯罪学分野において実証的に犯罪の予防効果が認められるなどの研究成果があがっていれば、そのような帰結主義的方法を採用することもまた可能となろうが、単に「こちらの結論が妥当であるように思う」という理由から一方の理論を採用し、他方を排するということはできない。

第2に、刑法の統一的理解の観点から、他の自由に対する罪が一体どの段階において保護されているのかを参考にして検討することである。たとえば、古川伸彦は「眠っている被害者の家へ立ち入れば、住居侵入罪の法益（＝誰を住居へ入れるかを定める自由）侵害は発生しているし、眠っている女性を姦淫すれば、準強姦罪の法益（＝誰と性行為をするかを定める自由）侵害は発生している。移動の自由についてのみ、その拘束状態が認識されていないかぎり自由侵害が発生していない、と解するべき理由はない⁽¹⁹⁾」と述べ、そこから敷衍して刑法上保護すべき自由を論じている。このような方法には、一応首肯しうる点もあるが以下のように注意すべき点も

ある。それは、これがあくまで刑法各則に規定されている自由に対する罪における自由保護のあり方を探るための補助的な方法であるということをおぼわすてはならないということである。自由を侵害する罪には分類されない事例、たとえば殺人の故意で行為者が金属バットを被害者の後方から振り下ろしたが被害者に命中しなかった場合において被害者が行為者の行為に気づいていなくても殺人未遂罪が成立することや、被害者の家から財物を被害者に気づかれずに持ち帰って占有を取得した場合において被害者が盗難に気づいていなくても窃盗罪が成立することなどは、自由の保護を考察するにあたってほとんど意味を持たないであろう。犯罪が成立するためには被害者の認識が必要であるかという問題一般に広げてしまえば、その答えは否となるに決まっているのである。また、そもそも被害者の認識の要不要を他の犯罪にまで広げて議論すること自体の意味も問われなければならない。監禁罪における被害者の認識の要不要は、監禁罪独自の処罰範囲の限定の問題とされることもあり⁽²⁰⁾、私見によればそれは、仮象問題にほかならないからである。それゆえ、本稿ではこの方法を被害者の認識の要不要を問うためではなく、刑法において自由に対する罪がどのように保護されているかの大枠を探るために使いたい。そこで、検討対象を自由に対する罪に限り、そこでは被害者の認識の要不要ではなく、それぞれの罪において自由の保護が「どの段階で」なされているかを探ることに限定する。しかしまた、検討素材は広くとっておいた方が良いので、自由に対する罪であると学説上一致していなくとも、自由に対する罪であるとの主張がありうる犯罪については一応検討の素材からは排除しないでおこうと思う。一般に、自由に対する罪に分類される犯罪は、脅迫・強要の罪、逮捕・監禁の罪、拐取・人身売買の罪、性的自由に対する罪、住居を侵す罪である⁽²¹⁾。住居を侵す罪については、プライバシーに対する罪とする分類⁽²²⁾や、生活の平穩に対する罪とする分類もあるが、本稿では前述の理由から一度検討の対象として取り上げ——ただし、後に検討の結果、住居侵入罪の分析は監禁罪理解の助けにならないとして取り下げることになるが——⁽²⁴⁾る。なお、業務に対する罪を業務的活動の自由・社会的活動の自由に対する罪に分類

する見解⁽²⁵⁾もあるが、財産犯にきわめて近い性格を有しているので、本稿では検討対象としない。

第3に、刑法において可能性（選択肢）と現実（選択）がどのように扱われているかを考察し、監禁罪においても統一的に理解しようとする方法である。これは第2の各論的な検討とは異なり、総論的検討である。きわめて単純に換言すれば、本罪は危険犯であるのか侵害犯であるのかの検討である。このようなやり方は、たとえば成瀬幸典の採用するところである⁽²⁶⁾。

本稿では、刑法の体系性を根拠に第2の方法を中心にしながら、第3の方法も加味し、監禁罪が成立する時期は選択肢としての可能的自由が侵害された段階で足りるのか、それとも選択としての現実的自由が侵害された段階まで待つべきであるのか、換言すれば、監禁罪は侵害犯であるのか危険犯であるのかを検討したい。その際のキーワードは、選択肢としての自由と選択としての自由である。

(2) 自由に対する罪の概観

行為者の行為が被害者の選択の自由そのものを直接侵害する罪として理解されているものに強要罪がある。強要罪が成立するには、脅迫又は暴行により生じた恐怖心により被害者が義務のないことを行わされるか権利の行使を妨害されたことが必要である⁽²⁷⁾。強要罪は、実際に害が生じる実害犯であるから未遂の観念を容れる余地があり、未遂を罰する⁽²⁸⁾。つまり、強要罪の保護法益たる自由は「選択としての自由」であり、「暴行・脅迫により選択肢が狭められたが、選択としての自由が現実に奪われなかった場合」には未遂犯が成立すると考えられているのである。これに対して脅迫罪は、保護法益についての争い⁽²⁹⁾はあるものの、その性質が一般人をして畏怖せしめるに足る害悪の告知があれば犯罪成立に十分であり、現実に相手方が畏怖したことは必要ない危険犯であることについては判例・学説ともに一致している。そして脅迫罪には未遂処罰規定が置かれていない⁽³⁰⁾。この、脅迫罪と強要罪との関係について西田典之は、強要には「暗黙のうちに何かを要求しているが、明示されない場合も多い」ため、「要求行為の手段の点

のみを独立して犯罪類型化し」たものが脅迫罪であると解するとい⁽³¹⁾う。西田の理解を前提とするならば、脅迫罪が選択肢としての意思決定の自由に対する罪であり、強要罪が選択肢としての意思決定の自由に対する罪であると解され、両者は危険と侵害、手段と目的との関係に立つことになろう。この理解は、監禁罪の保護法益を考えるとときに豊かな示唆を与えてくれるように思われる。

拐取の罪については、行動の自由だけでなく被拐取者の安全や、客体が未成年者の場合にはその親権者等の監護権が保護法益として唱えられている。ここでいう行動の自由の侵害の程度は逮捕・監禁罪ほど強いものでなくてよいとされるが、それでも本罪の成立のためには被拐取者が行為者又は第三者の実力的支配下に置かれたことが必要であるとされる。もし、手段たる拐取行為が行われたとしても、実力的支配下に置かれなかった場合には未遂が成立するととどまる。その状況が被害者の現在の生活領域からの離脱が行為者の一存にかかるほどに確実となっていたとしても——換言すれば、他人の支配下に入らないという被害者の選択肢は実質上すでに奪われていたとしても——いまだ生活領域からの現実の離脱がなければ未遂であって既遂ではない。するとここでも、選択としての自由が侵害された場合が既遂であり、そうでなければ未遂であるとされていることになろう。人身売買の罪についても状況は同様である。

性的自由に対する罪は、性的自己決定に対する罪と考えられている。性的自己決定とは、ある人と性交等をしないことを決定する自由であるが、これは強要罪の一特別類型であるといえる⁽³²⁾。すなわち、その手段（強制わいせつ・強姦の場合は暴行脅迫の程度、準強制わいせつ・準強姦の場合は手段そのもの）が違い、保護されるべき自由が性的な自己決定に限定されているものの、その構造自体は同じである。すなわち、まず選択肢を奪うような行為ないし状況の存在があり、そして現実的に性的な自己決定が侵害されるという構図である。そうであるから、現実的に性的自己決定が害された段階で既遂であり、実行の着手以降、性的自己決定侵害以前の段階では未遂なのである。

住居侵入罪については、保護法益に争いはあるもの⁽³³⁾、これを立ち入り許諾権と解する新住居権説が有力になってきている。しかし、この住居権が「自由」と厳密にどのような関係にあると考えるかはきわめて難問である。住居権者が一名の場合は、その許諾権は自由（ある人の立ち入りを拒否する自由）と一致するように見えるが、住居権者が複数いる場合の住居権は、必ずしもそのうち一名の自由と一致するわけではないからである。その意味で、本罪の法益は特殊な個人的法益であるように思われる⁽³⁵⁾。他の自由に対する罪の自由は、その保護法益たる消極的自由の放棄の自己決定が他者の消極的自由を侵害するものではない。たとえば、自己がその場を立ち去ることを妨害されない自由の放棄は、他者がその場を立ち去ることを妨害されない自由に影響を及ぼさず、自己がある人との性交を拒否する自由は、他者がその人との性交を拒否するか否かに影響を及ぼさないのであった⁽³⁶⁾。しかし、住居侵入については、自己の住居にある人の立ち入りを拒否する自由の放棄（立ち入りの許諾）は、そこに複数の住居権者がいる場合に、当該住居権者の立ち入りを拒否する自由を侵害するのである⁽³⁷⁾。この点について山口厚は「許諾権は他の許諾権との関係で相互に制約されている⁽³⁸⁾」というがまさにその通りである。そうであれば、他の自由との関係で相互に制約されることのない他の罪の自由とはその性質が異なると理解しなくてはならない。したがって、住居侵入罪における自由概念については、本稿では参考にしないことにする。

(3) 整理・検討

さて、以上のように刑法典における自由に対する罪を簡単に見たが、ここに一つの傾向を看取できたはずであると私は主張したい。それは、最終的に選択が奪われる類型の罪（典型的には強要罪）については原則侵害犯として規定され、単に選択肢が奪われるにすぎない脅迫罪については危険犯とされているということである。もちろんこれが立法者の意思に由来するものと短絡することはできない。多分に解釈者の解釈に依っているであろうからである。それにサンプル数もきわめて少ない。しかし、我々が刑

法解釈の全体的な統一性を重視するという場合、この傾向には注目すべき価値がある。

また、次のようなことも読み取れたかもしれない。結局のところ自由に対する罪の原型は侵害犯たる強要罪なのである、と。性的自由に対する罪がいわゆる性的強要罪として理解可能であること、監禁罪が強要罪の特殊類型であることについては、ほとんど異論がないであろう⁽³⁹⁾。拐取罪には被拐取者の安全・類型によっては監護権などの保護法益があり、行為も「暴行・脅迫」よりも緩やかな誘拐が含まれていることから強要罪の特殊類型には見えにくいかもしれないが、しかし、よく見れば現在の生活状態からの意に反する離脱をさせられる罪であり、他人の実力支配下から容易に離脱できなくする緩やかな強要なのである。そして、西田典之が指摘するように危険犯たる脅迫罪は強要罪の手段を独立して犯罪類型化したものである⁽⁴⁰⁾と考えるならば、脅迫罪は強要罪の未遂犯の一種を独立させたものである⁽⁴¹⁾という理解に至ろう。すると、刑法典における自由に対する罪は、強要罪を中心として理解されるべきことになるろう。

なお、スイス刑法183条1項前文は、“Wer jemanden unrechtmässig festnimmt oder gefangen hält oder jemandem in anderer Weise unrechtmässig die Freiheit entzieht, ...”（不法に人を逮捕し、又は監禁し、若しくはその他の方法により不法に自由を奪った者は）と定めており、「その他の方法」の部分を除いては我が国の刑法と同じであるが、そのスイス刑法においても、監禁罪は強要罪の特殊類型（Spezialfall）として理解⁽⁴²⁾されていることも参考になるろう。

IV 私 見

(1) 展開

以上の検討により、我々は2つの示唆を得た。第1に、自由に対する罪においては選択肢の剥奪は侵害犯未遂ないし危険犯の問題として、選択の剥奪が侵害犯の既遂の問題として一般に理解されているというものであり、

第2に、監禁罪は強要罪の特殊類型であると考えられるというものである。この2つの示唆を受け入れ、組み合わせる理解すれば、逮捕・監禁罪は侵害犯なのであり、選択肢を奪った段階ではその未遂（実定法上不可罰⁽⁴³⁾）として、選択を奪った段階で既遂の成立を認めるべきであるという結論に至るのである。したがって、現実的自由説が妥当である。しかし、次の点には注意が必要である。それは、監禁罪の加重類型である監禁致死傷罪の成立についてである。

私見は、可能的自由が奪われた段階で監禁罪の理論的な未遂を肯定するものである。すなわち、監禁罪は可能的自由を奪い（未遂）その後現実的自由を奪う（既遂）という構造を有しているものであり、現行法上未遂処罰規定がないため未遂処罰は問題にならないが、行為の段階として理論的には未遂が存在する。したがって、現実的自由説に賛同するものの、可能的自由が奪われてから現実的自由が奪われるにいたるまでの段階で被監禁者に致死傷の結果が生じた場合は、監禁未遂という基本行為から重大な結果が発生した結果的加重犯として、監禁致死傷罪の成立を肯定することができるのである⁽⁴⁴⁾。

また、被害者に監禁されていることの認識が必要であるかという議論については、そもそもその議論の設定自体が誤りであると考えられる。なぜなら、この議論は現実的选择が奪われるとその反射効果として被害者がその状態を認識するという事実にはひきずられているにすぎないからである。たしかに、現実的自由が奪われると被害者はそのことを認識する。しかしだからといって被害者の認識が必要であるという逆の論理は成立しない。被害者が監禁状態を認識しているかいないかについては、監禁罪の成立に影響を与えない⁽⁴⁵⁾。単純に「被害者がその場から立ち去ろうという選択をしたが、行為者の監禁行為によってその選択が実行できなかったか否か」を問えばそれで十分なのである。すなわち、「行為者の行為がなければその場を立ち去ったにもかかわらず、行為者の行為があったためその場を立ち去ることができなかった時」に監禁は成立するのである。

(2) あてはめ

最後に、各種事例に私見を当てはめてみよう。

【ケース1】

行為者は、泥酔して寝ている被害者の部屋の鍵をかけ、その後被害者が目覚める前に鍵を開けた。

【あてはめ1】

この場合、行為者の行為は理論上の監禁の未遂（不可罰）であり、監禁罪は成立しない。行為者の行為があろうとなかろうと被害者は立ち去らないからである。

【ケース2】

行為者は、強姦する目的を隠して女性に対し「家まで送ってあげる」と申し向けて車に乗せて走り出した。女性は途中で行き先がおかしいことに気づき「降ろしてほしい」と行為者に告げた。

【あてはめ2】

この場合、同意が有効であるとするならば、女性が「降ろしてほしい」と行為者に告げ、そこで行為者が女性を降ろしたか否かで監禁罪の成否が決することになろう。これに対して同意が無効であるとするならば、行為者の行為がなければ被害者は車に乗らなかったという状態であると解するので当初より監禁罪が成立することになる。私見によれば、本ケースは場所的移動の自由を処分することについての法益関係の錯誤⁽⁴⁶⁾があると思われるので、当初より監禁罪が成立するとしてよいと考える。

【ケース3】

行為者はエレベータに乗っている被害者に対し、エレベータ点検員を装い「現在緊急点検中なので、そのままお待ちください」と虚偽の事実を申し向けて、被害者がエレベータから出られなくした。

【あてはめ3】

ここで、従来の議論であれば被害者の認識の要否が問題になるのであるが、私見は被害者の認識の存否にはこだわらない。現実エレベータから外に出るという選択が行為者の行為によって奪われている（行為者の行為がなければ被害者は現実に立ち去った）のであるから、当然に監禁罪が成立する。

【ケース4】

行為者は被害者に、「この部屋の外に爆弾が仕掛けてある。今出られない」と虚偽の事実を告げたが、そもそも被害者は最初からその部屋から外に出るつもりはなく、そのまま部屋に留まっていた。

【あてはめ4】

この場合は、監禁罪が成立しない。というのも、被害者が部屋から立ち去ることを選択しておらず、選択が侵害されていない（行為者の行為がなくても被害者は現実に立ち去らなかった）からである。

【ケース5】

行為者は被害者の部屋に外から鍵をかけた。行為者は出ようとしたが出られなかったのであきらめて寝てしまった。

【あてはめ5】

この場合、行為者が出ようとした段階で監禁罪が既遂に達する（行為者の行為がなければ被害者は現実に立ち去った）。それ以降、被害者があきらめて寝てしまっても実行行為が継続している継続犯として監禁罪が成立し続ける。被害者がいかなる認識であるかは関係がないので、この監禁は行為者が開錠した時点で終了する。被害者の認識如何にかかわらず、選択肢＝可能的自由への侵害がなくなった時点で監禁罪の実行行為は終了するからである。

V 結 語

以上のように本稿は、監禁罪を可能的自由を奪うこと（実行行為＝未遂＝不可罰）を通じて現実的自由を奪う罪（既遂＝監禁罪成立）として理解することを基礎づけた。その帰結についても先に述べたとおりである。

最後に私見を簡潔に整理すれば次のようになる。

- ①監禁罪が成立するのは行為者の選択としての現実的自由が奪われた時である。換言すれば、「行為者の行為がなければその場を立ち去ったにもかかわらず、行為者の行為があったためその場を立ち去ることができなかった時」である。
- ②可能的自由を奪う行為が監禁罪の実行行為であり、この段階では理論上の監禁罪の未遂が成立するが現行法上不可罰である。
- ③可能的自由が奪われた段階において生じた致死傷の結果についても結果的加重犯としての要件を充たせば監禁の実行行為からの致死傷結果であるから監禁致死傷罪が成立する。
- ④被害者に監禁の認識が必要であるかについては議論する必要がない。

(了)

[注]

- (1) 場所的移動の自由を保護するといっても、好きな場所に移動できることを保障するものでないことは明らかである。また、具体的な目的地への移動を妨害することないしその場を強要して立ち去らせること（その場にいる自由の侵害）は強要罪を成立させるとにどまる。監禁罪は「その場を立ち去る自由」すなわち「現在の滞在地から異なる場所へと滞在地を変更する自由」への侵害を処罰対象としているのである。古川伸彦「監禁罪の保護法益」西田典之＝山口厚＝佐伯仁志『刑法の争点』（平成19・2007年）146頁参照。Vgl. Tröndle/Fischer, StGB, 54.Aufl.,2007, § 239, Rn.2.
- (2) なお、刑法によって守られる「自由」は積極的自由ではなく「介入されない自由」としての消極的自由であることは当然の前提である。した

がって、自由の概念は厳密に記述すれば「～する自由」ではなく「～されない自由」であり、一見すると「～する自由」に見えるものも「～することを妨害されない自由」と理解すべきなのである。後注(19)も参照。

- (3) この状況はドイツにおいてもほぼ同様である。Schönke/Schröder (Eser/Eisele), StGB, 28.Aufl.,2010, §239, Rn.1;Vgl. Urs Kindhäuser, Strafrecht BT.,5.Aufl.,2012, S.150.
- (4) 大谷實『刑法講義各論』新版第3版(成文堂,平成21・2009年)77頁。
- (5) 佐久間修『刑法各論』第2版(成文堂,平成24・2012年)91頁。
- (6) 伊東研祐『刑法講義各論』(日本評論社,平成23・2011年)64頁。
- (7) なお、この事例においても被害者の同意に法益関係の錯誤があるとするれば、現実的自由説からも監禁罪の成立を肯定することは十分に可能であろう。本稿「あてはめ」のケース2参照。
- (8) 曾根威彦『刑法各論』第5版(成文堂,平成24・2012年)48頁。
- (9) 前田雅英『刑法各論講義』第5版(東京大学出版会,平成23・2011年)113頁。
- (10) 川端博『刑法各論講義』(成文堂,平成19・2007年)108頁。
- (11) 山中敬一『刑法各論』第2版(成文堂,平成21・2009年)107頁。
- (12) 西田典之『刑法各論』第6版(弘文堂,平成24・2012年)73頁以下。
- (13) 曾根・前掲注(8)48頁
- (14) 山中・前掲注(11)107頁。
- (15) 西田・前掲注(12)73頁。
- (16) 刑集12巻4号636頁。
- (17) 刑月8巻9=10号380頁,判時847号106頁。
- (18) ここで、「選択」の語を明確にしておきたい。というのも、可能的自由が奪われた時点(本稿の意味での選択肢が奪われた時点)ですすでに移動が不可能になったのだから、客観的にはすでに選択肢が奪われているのではないかの考え方——おそらく曾根説がこれである——もありうるからである。本稿における「選択」の用語法は「現実的な行動による選択」とであると定義したい。そう定義することによって、概念として「選択肢」との対立が明確になるからである。これはあくまで本稿における「選択」の用語の定義であって、内容についてはない。内容については本文で詳述するとおりである。
- (19) 古川・前掲注(1)146頁以下。なお、本筋からは外れるが、先注(2)で述べたように、個人的法益に対する罪は、消極的自由に対する

罪である。したがって、古川の「住居侵入罪の法益（＝誰を住居へ入れるかを定める自由）」や「準強姦罪の法益（＝誰と性行為をするかを定める自由）」との理解は不当である。誰かを住居に入れたいと決めても入るかどうかは相手次第であり、誰かと性行為をしたいと決めても実際に性行為に応じるか否かは相手次第である。これらの保護法益は、「ある人を住居へ入れない自由（許可なく住居に入られない自由）」であり「ある人と性行為をしない自由（許可なく性行為をされない自由）」である。

- (20) 島田聡一郎「監禁罪の保護法益」西田典之＝山口厚編『刑法の争点』第3版（平成12・2000年）142頁以下参照。
- (21) たとえば、山口厚『刑法各論』第2版（有斐閣，平成22・2010年）71頁以下，高橋則夫『刑法各論』（成文堂，平成23・2011年）81頁以下など。
- (22) 川端・前掲注（10）161頁以下など。
- (23) 佐久間・前掲注（5）128頁以下など。
- (24) 本稿はこれらの罪が自由に対する罪であるとする主張をするものではない。本稿では「刑法各論ではいかなる文脈において“自由”の語が使用されているか」のサンプルを広く集めるために検討対象とするものである。
- (25) 曾根・前掲注（8）71頁，高橋・前掲注（21）174頁など。
- (26) 成瀬幸典「監禁罪の保護法益」西田典之＝山口厚＝佐伯仁志編『刑法判例百選Ⅱ〔各論〕』第6版（有斐閣，2008）25頁。
- (27) 佐久間・前掲注（5）89頁。ドイツ刑法における強要（Nötigung）も同様に，強要結果（Nötigungserfolg）が必要である。Vgl. Schönke/Schröder (Eser/Eisele), a.a.O.(Anm. 3), §240, Rn.12.
- (28) 223条3項。西田・前掲注（12）71頁参照。Sieh auch StGB § 240Abs. 3.
- (29) 最近ではこの争いは必ずしも排他的関係に立つものではないと理解されてきている。山口・前掲注（21）72頁以下，曾根・前掲注（8）52頁以下。なお，ドイツにおける脅迫（Bedrohung）の保護法益は個人の法的平穏（individueller Rechtsfrieden）であるとするのが一般的である。
- (30) 大判明治43・11・15刑録16輯1937頁。山口・前掲注（21）73頁など。
- (31) 西田・前掲注（12）66頁。
- (32) ドイツにおいて強姦罪が性的強要罪（§177: Sexuelle Nötigung）と呼ばれるのはまさにその証左である。

- (33) いわゆる住居権説と平穩説の争いである。ドイツにおいては、刑法典上、住居侵入罪は公の秩序に対する罪 (Straftat gegen die öffentliche Ordnung) におかれているが、学説上は公の秩序に対する罪ではなく、自由ないし自由な領域の部分をなす住居権の保障にあると考えられている。Vgl. Kindhäuser, a.a.O.(Anm.3),S.230; Hans Welzel, Das deutsche Strafrecht, 14.Aufl.,1969, S.332.
- (34) 山口・前掲注(21) 119頁。
- (35) Vgl. Schönke/Schröder(Leckner/Sternberg-Lieben). a.a.O.(Anm.3), § 123, Rn.1
- (36) もちろん、これらは他者の積極的自由(他人の移動を妨害する自由や他人と性交する自由)には影響を及ぼすが、積極的自由はそもそも保障されていない(無理に行使すれば犯罪を構成する)ので、保護の対象として考えるべきは消極的自由のみである。
- (37) 住居侵入については、許諾権者の一人が立ち入りに同意していれば、それで十分であると考えべきである。平野龍一「住居侵入について」警研57巻7号10頁参照。
- (38) 山口・前掲注(21) 125頁。
- (39) 監禁罪が強要罪の特殊類型であることについては、すでに多くの論者が言及しているところである。たとえば、島田・前掲注(20) 142頁、古川・前掲注(1) 146頁など。
- (40) 事実上の拐取事件がしばしば事実的に逮捕・監禁を伴う(逮捕・監禁罪が成立する)ことは、その類似性を表しているともいえよう。
- (41) 西田・前掲注(12) 66頁。
- (42) Günter Stratenwerth, Schweizerisches Strafrecht, BT. I, 1995, S. 116.
- (43) ドイツにおいては未遂は処罰される。StGB §239Abs. 2.
- (44) この点を正面から論じたものは少ないが、入門書の位置づけではあるが、井田良『刑法各論』論点講義シリーズ10(弘文堂、平成16・2004年)52頁は、「Xは、顔見知りの近隣の女性Aを強姦することを計画し、帰宅途中のAに声をかけ『家まで乗せて行ってあげる』とだまし、Aを自分の運転するオートバイの後部座席に乗せてAの家とは逆方向に疾走し始めた。Xがオートバイを乱暴に走らせたため、Aはオートバイから転落して大ケガをした」というケースについて、可能的自由説によれば監禁致傷罪が成立するとした後、「監禁罪の保護法益を現実的自由に限定する見解によれば、Xは業務上過失傷害罪の罪責を負うにとどまるということになるであろう」としている。本稿は、このような理解を排し、

現実的自由説であっても可能的自由を奪う行為を実行行為（ただし現実的自由が奪われない限りは未遂）にとらえ、致死傷罪については結果的加重犯の成立を認めるものである。もっとも、井田の挙げたケースについては本文にて後述するようにAの同意について法益関係的錯誤が認められるように思われるから、いずれにせよ当初より監禁罪は成立するものと思われる。

- (45) 山口・前掲注(21) 84頁、鳥田・前掲注(20) 143頁など参照。
- (46) 山口・前掲注(21) 87頁以下、佐伯仁志「被害者の錯誤について」神戸法学年報1号87頁など。なお、鳥田・前掲注(20) 143頁は法益関係的錯誤があるという理解を否定するが、別途わいせつ目的誘拐罪が成立するとしている。