

逮捕監禁罪の客体の主観面

中島 広樹

- 1 問題の所在
- 2 逮捕監禁罪の客体の性質に関する学説
- 3 小括
- 4 偽計による監禁
- 5 監禁罪の客体における監禁の認識の要否
- 6 終わりに

1 問題の所在

逮捕監禁罪の客体には、嬰兒、幼児、意識喪失者、泥酔者、熟睡者が含まれるのか、監禁事実の意識を含めて客体の主観面を問わず、客観的に場所的移動の自由を有する者であれば、逮捕監禁罪の客体たりうるのか。

この問題は、本罪の保護法益である場所的移動の自由が、現実的な自由であることを要するのか、可能的(潜在的)自由で足りるのか、さらにまた偽計による監禁の成否の事例との関連で被害者における監禁事実の認識の要否に関して見解が分かれているので、順次検討してゆきたい。¹⁾

2 逮捕監禁罪の客体の性質に関する学説

逮捕・監禁は、身体・行動の自由の拘束である。直接的に身体を拘束するのが逮捕であり、一定の場所から脱出することができないようにするのが監禁であるが、両者の区別は場合により困難だとしても、同一の構成要件の態様にすぎないので、しいて区別する必要はなく、逮捕に引き続いて監禁した場合は刑法三二〇条一項の單純一罪である。

また、逮捕監禁罪の保護法益は、人の行動の自由(身体の場所的移動の自由)であつて、單なる意思決定の自由又は政治的・社会的・宗教的自由ではなく、現実的自由である(現実的自由説)から、行動の自由は行動の意思を前提とするため、行動の意思のない者は、本罪の客体となりえず、また、行動の自由は行動能力のない者には、認められず、よつて逮捕・監禁罪の客体とはならない。それゆゑ、行動不可能な状態にある者、例えば、泥酔者、熟睡者に対しては、本人が意識を回復して行動を開始しうる状態に至らざる限り、本罪の客体になりえない(A説)

逮捕・監禁罪の保護法益を、潜在的場所的移動の自由と解して、現実的自由説をやや、緩和して拘禁事実を認識したため、場所的自由をあきらめたというような場合には、移動の自由が侵害されたと解するので、なお、移動の現実的侵害が認められるとする考えもあるが、この立場では、身体の場所的移動の意思形成・活動が覚醒後初めて可能となる熟睡者や泥酔者は、潜在的自由を本罪の保護法益とみるとはいえ、潜在的自由の意味を、潜在的意思決定の自由ではなく、潜在的意思活動の自由と解するために逮捕監禁罪の客体とはならないと解する(B説)。そして、被害者が意識を回復して逮捕監禁の事実を認識したときは、もちろん、熟睡者も泥酔者も構成要件の客体となり、当初から存在していた実行行為はその時点以降、「不法」なものとなる。

さらに、逮捕・監禁罪の客体の性質については、より緩和された考え方が現れ、意思活動の自由は、事実的なもので足り、潜在的意識活動能力でよいという考え方（C説）も登場した。すなわち、客体の場所的移動能力は歩行能力に限らず、這う能力でもよいとされ、生後間もない乳児は、事実上の行動能力もないので、本罪の客体にはなりえないが、這うことのできる嬰兒は、歩行能力はないとはいえ、事実的場所的移動能力を有することから、監禁罪の客体足りうるのである。ただし、このC説といえども、高度の精神病者のように全く意思を欠く者は、たとえ嬰兒のように這うことはできても、任意的行動ができないので、やはり、本罪の客体とならない。

他方、熟睡者や泥酔者は、酔いがさめるなり、目覚めるなりすれば、場所的移動の自由を取り戻すという意味で、潜在的意識決定の自由は存するので、本罪の客体となる。

最後に通説・判例となっているD説であるが、本説によると、逮捕監禁罪の保護法益たる行動の可能的自由は、自然人における任意に行動しうる者のみに存在するものと解すべきであるから、行動の自由は、事実的意識活動能力者である以上、法的に責任能力や行動能力はもちろん、幼児のように意思能力を欠如しているものでも、逮捕監禁罪の客体となりうるものと解することが、立法趣旨に適し、合理的といふべきである。本説によると、客体の主観において、その侵害の有無が決定されるのではなく、客観的にみて自由を拘束されれば足りるから、行動の自由を持ち得る者、すなわち、事実上の意識活動能力者であれば、拘束事実の認識を要せず、行動の自由を侵害されていることを意識していることは必要ではない。それゆえ、泥酔者、熟睡者、嬰兒もまた逮捕監禁罪の客体となる。

3 小括

刑法は、「客観的にみて自由を拘束するもの」を犯罪視し、被害が客体の意識に達したかどうかを犯罪の成否の基準と考えるべきではなからうか。刑法上の保護は、可及的に現実的なものの保護で満足しなければならぬ。

可能的自由説によらなければ、処罰の重大な間隙を生じるとの疑問もあるかもしれないが、逮捕監禁罪不成立とされても、他の適切な構成要件の適用を考えると、足りるのではなからうか。

4 偽計による監禁

これらの点に関して、判例で問題になったのは、偽計による監禁が成立するかどうか、そして、監禁罪の成立時期である。

最高裁判例に現れたのは、次のような二つの事例であった。すなわち、細部を省いて事実を簡略化して紹介すると以下の通りである。

「Xは、自動車を運転中、知人の女性Fを見つけ、Fを強姦するため連行しようとして、強姦目的を秘して「自宅まで送ってやる」とFを欺罔して同乗させて(第一地点)、走行中にF宅へ向かう道をそれたことから、Fは騙されたことに気づき、降車を求めたが、Xはその要求を無視して走行を続け(第二地点)、F宅とは別の目的地(第三地

点)まで走行したというケース」である。

判例は、最決昭和三三・三・一九刑集二二四一六三六(三三年判例と呼ぶ)は、第一地点から第三地点までの監禁罪の成立を認めたが、最決昭和三八・四・一八刑集一七一三一四八(三八年判例と呼ぶ)は、第二地点と第三地点の間のみに監禁罪の成立を認めた。

まず、三三年判例は、一審・控訴審・上告審の内容を以下に掲げる。すなわち、

一審(函館地裁)

主 文

被告人を懲役一年六月に処する。

訴訟費用は全部被告人の負担とする。

理 由(罪となるべき事実)

被告人は肩書住居地で内縁の夫柳三郎こと金白二とともに小鶴なる屋号の特殊飲食店を経営しているものであるが、

第一、金白二と共謀のうえ、

一、昭和三十年十一月二十五日頃、肩書住居地の自宅において、よし子こと工藤久子との間に、同女を右小鶴の接客

婦として被告人方に住込ませて遊客相手に売淫させ、それによる利益を折半する旨の契約を結び、

二、昭和三十一年五月十五日頃、前同所において、ゆり子こと仁川貞子との間に、前同旨の契約を結び、もつて、いづれも婦女に売淫させることを内容とする契約をし、

第二、金白二と共謀のうえ、檜山郡江差町でカフェの女給をしていたA子を前記特殊飲食店小鶴の接客婦として雇入れようと企て、昭和三十一年五月下旬頃、同町字本町百四番地松原宅方前路上において、右金白二において同女に対し右小鶴の接客婦になるよう勧誘し、さらに同年九月下旬頃、右松原方において、同女の父小栗勝三郎を介して同様の勧誘をし、もつて公衆衛生及び公衆道徳上有害な業務に就かせる目的をもつて労働者の募集をおこない、

第三、右小鶴の接客婦として雇入れた前記A子(当十八年)が被告人方から逃げたので連れ戻そうと考へ、昭和三十一年十月十五日、前記松原方前路上で、同女に対して戻るよう催促したが聞きいれられなかつたため、このうへは同女の意志に反しても連れ戻そうと決意し、同女に対して同郡厚沢部厚生病院に入院中の同女の母の許までゆくにすぎないように話をしてその旨誤信させたくえ、あらかじめ函館市の被告人宅まで直行するよういふくめて雇つたYの運転するタクシーに乗りこませ、被告人もこれに陪乗してから右運転手に発車を命じ、よつて同車を同所から同郡厚沢部村字下俄虫七十三番地B派出所附近まで疾走させ、その間同女を右車内から脱出不能の状態におき、もつて不法にこれを監禁したものである。

(証拠)(省略)

なお、被告人は、昭和三十一年十月二日札幌高等裁判所函館支部において児童福祉法違反により懲役六月執行猶予三年の判決の言渡を受け、右判決は同月十七日確定したものであつて、このことは検察事務官作成の前科調査書の記載によつて明らかである。

(法令の適用)

被告人の判示第一の一及び二の各所為は婦女に売淫をさせた者等の処罰に関する勅令第二条に、判示第二の所為は職業安定法第六十三条第二号に、判示第三の所為は刑法第二百二十条第一項にそれぞれ該当するところ、右は前示確定裁判を経た罪と刑法第四十五条後段の併合罪の關係にあるが、同法第五十条により未だ裁判を経ないこれらの罪につき更に処断すべく、判示第一の一、二及び第二の各罪については各所定刑中いづれも懲役刑を選択し、以上判示第一ないし第三の各罪は同法第四十五条前段の併合罪であるから同法第四十七条第十條により、最も重い判示第二の罪の刑に法定の加重を施した刑期範圍内で被告人を懲役一年六月に処する。訴訟費用については刑事訴訟法第百八十一条第一項本文により全部被告人の負担とする。よつて主文のとおり判決する。

二審（札幌高函館支部）

主 文

本件控訴を棄却する。

理 由

本件控訴の趣意は、弁護人岡田直寛提出の控訴趣意書に記載されたとおりであるから、ここにこれを引用する。

右控訴趣意第一点(事実誤認乃至法令の適用の誤)について、

控訴趣意の要旨は、不法監禁罪の成立には、その手段として強制的事実がなければならぬが、原判決第三事実は、被告人がA子を欺罔した事実はあるが強制的にら致して乗車せしめたものでなく、小栗孝子の錯誤によるとはいえず、その任意的意思により乗車したものであるから罪とならぬと思料するところにあるが、不法監禁罪は、他人の意思に反して一定の場所から立ち去ることができなくしてその行動の自由を不法に奪うことによつて成立するものであつて、監禁をする方法が暴行脅迫によると欺罔によることを問わないものと解する。原判決挙示の証拠によれば、原判決認定の事実は全部これを認むるに足り、なお、司法警察員作成の実況見分調査書及び菅野良吉の検察官に対する供述調書の各記載によれば、被告人やA子を乗せYが運転していた本件自動車が発車した檜山郡江差町字本町一〇四番地松原宅方前から同郡厚沢部の俄虫橋まで二級国道で約一二キロメートルの距離があり、自動車はその間を時速約四〇キロメートルで疾走したこと、厚生病院に行くには俄虫橋を渡り俄虫バス停留場前の三叉路を左折しなければならぬのに、自動車は函館市に向つて疾走を続けたため、A子が欺罔されたことに気付き運転手に停車を求め、被告人は函館に直行することを要求し、運転手が措置に迷い自動車の速力を時速約二五キロメートルに減じて進行中、右三叉路から約一五〇メートル離れたB派出所前附近で、A子が車外に逃げ出したことを認めることができる。そうだとすれば、被告人はA子の意思に反し、同女を自動車に乗車させ、疾走させて容易に逃げ出すことができぬようにして、同女の行動の自由を不法に奪つたもので、刑法第二二〇条の不法監禁罪が成立すると認めるのが相当であつて、同趣旨に出でた原判決には所論のような違法はない。論旨は理由がない。

右控訴趣意第二点(量刑不当)について、

本件記録及び原裁判所で取り調べた証拠により認められる、被告人には昭和三十一年一〇月二日札幌高等裁判所函館支部において児童福祉法違反により懲役六月、三年間刑の執行猶予に処せられた前科があること、及び本件犯行の動機、態様、回数、数量、罪質、被害の程度その他諸般の事情を総合すると、所論を考慮に容れても、原判決が被告人を懲役一年六月の実刑に処したのは、その量刑が不当に重いと認められない。論旨は理由がない。

よつて刑事訴訟法第三九六条により本件控訴を棄却すべきものとし、主文のとおり判決する。

上告審

主 文

本件上告を棄却する。

理 由

弁護人岡田直寛の上告趣意は、違憲をいうがその実質は法令違反の主張であつて刑訴四〇五条の適法な上告理由に当らない。のみならず刑法二二〇条一項にいう「監禁」とは、人を一定の区域場所から脱出できないようにしてその自由を拘束することをいい、その方法は、必ずしも所論のように暴行又は脅迫による場合のみに限らず、偽計によつて被害者の錯誤を利用する場合をも含むものと解するを相当とする。されば、原判決が右と同旨に出で、第一審判決

第三摘示の被告人の所為を不法監禁罪に当たるとしたのほまことに正当である。それ故所論はその実質においても理由がない。

また記録を調べても刑訴四二一条を適用すべきものとは認められない。

よつて同四二四條、三八六條一項三号により裁判官全員一致の意見で主文のとおり決定する。

(裁判長裁判官 小谷勝重 裁判官 藤田八郎 裁判官 河村大助 裁判官 奥野健一)

弁護人岡田直寛の上告趣意

原判決は憲法違反につき破棄あるべきものである。

憲法第七十六條第三項には「すべて裁判官は……この憲法及法律にのみ拘束される」と明定しあるところがあるが「法律に拘束される」との趣旨は法律の正当なる解釈に基き之を具體的事実に適用する趣旨であることは論を俟たないところと思料する。原審札幌高等裁判所函館支部は被告人に対する職業安定法違反、婦女に売淫をさせた者等の処罰に關する勅令違反の各事実の外に不法監禁の事実を認定した第一審函館地方裁判所が懲役一年六月の言渡をなした判決を支持し不法監禁罪の解釈を誤り無罪たるべきその案件を有罪と認定し被告人の控訴を棄却したもので右憲法の条項に違反した判決をなしたものである。

刑法第二百二十條第一項の不法監禁罪の成立にはその手段として強制的事実がなければならぬと思料する。凡そ虚偽の勾引状を示して他人を強制的に同行せしめるが如き、他人の行動の自由を拘束するときは本罪を構成する(泉二氏刑法各論)が勾引状による強制的のものに非ずして虚偽の呼出状を發して一定の場所に出頭せしめるが如き、人を欺罔して数十日間室内に閉居せしむるが如きは逮捕又は監禁罪に非ず、蓋し此の如きは行為者が運動の自由を妨害したりと云はんよりは被害者自ら運動の自由を抛棄したりというべく同時に本罪は何れも多少暴力的性質を有する行為

を要求するを以てである(岡田庄作氏刑法各論)と解せられるからである。今本件につき被告人に対する司法警察員並検査官各作成の供述調書、被害者小栗孝子に対する司法警察員並検査官各作成の供述調書等を綜合すれば被告人が右小栗孝子を欺罔して乗車せしめた事實は認められるが強制的に乗車せしめたものではない。然るに原審は「不法監禁罪は他人の意思に反して一定の場所から立去ることができなくしてその行動の自由を不法に奪うことによつて成立するものであつて監禁方法が暴行脅迫によると欺罔によるとを問わないものと解する」として刑法の不法監禁罪の正当なる解釈を誤り之を適用したものであるから違憲と謂わなければならない。尚被告人に対し懲役一年六月の判決に処した第一審並之を支持した原審の判決は被告人犯行の動機、犯行後転業している実情等に照し著しく正義に反する不当の量刑であるので刑事訴訟法第四百十一条の職権による破棄ありたい。

つまり、一審(函館地裁)判決は、「被告人Xは、特殊飲食店の接客婦として雇入れた被害者A子(当十八年)が被告人方から逃げたので連れ戻そうと考へ、昭和三年一月一日、路上で、同女に対して戻るよう催促したが聞きいれられなかつたため、このうへは同女の意思に反しても連れ戻そうと決意し、同女に対して入院中の同女の母の許までゆくにすぎないように話をしてその旨誤信させたうへ、あらかじめ函館市の被告人宅まで直行するようにいふくめて雇つたYの運転するタクシーに乗りこませ、被告人Xもこれに陪乗してから右運転手Yに発車を命じ、よつて同車を同所からB派出所附近まで疾走させ、その間A子を右車内から脱出不能の状態におき、もつて不法にこれを監禁した」一事案の被告人Xに対して、刑法三二一条の逮捕監禁致傷罪および道交法の無免許運転罪を適用して、懲役一年六月に処したところ、被告側から「不法監禁罪の成立には、その手段として強制的事實がなければならぬが、原判決第三事實は、被告人がA子を欺罔した事實はあるが強制的にら致して乗車せしめたものでなく、A子の錯誤によると

はいえ、その任意的意思により乗車したものであるから罪とならない」と控訴がなされたが、二審（札幌高裁）が、これに対して、「不法監禁罪は、他人の意思に反して一定の場所から立ち去ることができなくしてその行動の自由を不法に奪うことによつて成立するものであつて、監禁をする方法が暴行脅迫によると欺罔によるとを問わないものと解する、最高裁による本判例の争点は、一般に、監禁方法として有形的手段によることを要するか、という二点である」とされるが、最高裁の本決定は、監禁の方法は、暴行または脅迫による場合に限らず、偽計によつて被害者の錯誤を利用する場合をも含むと、と決したものと⁽²³⁾いわれる。

さて、三三年判例は現実的自由を保護すべきだとの立場からは停車を求めた地点からについてのみ監禁罪を認めるべきだという批判がなされる。⁽²⁴⁾これに対して、可能的自由を保護すべきだという立場からは、被害者は（降車を求めた）地点までも、これに⁽²⁵⁾気がつき停車を求める可能性があつた以上、判例の見解が支持されることになる。

主 文

被告人を懲役一〇月及び罰金三〇〇〇円に処する。

右罰金を納めることができないときは一日五〇〇円の割で労役場に留置する。

訴訟費用は被告人の負担とする。

理 由

一、犯罪事実

起訴状と同一である。

二、証拠(省略)

三、法令の適用

第一の不法監禁傷害の所為は刑法第二二一条に当り、傷害の罪に比較して重きに從つて処断するのであるから同法第二〇四条罰金等臨時措置法第二三条の刑に従い懲役刑を選択し、

第二の無免許運転の所為は道路交通法第六四条第一一八条第一項第一号罰金等臨時措置法第二条に当るから罰金刑を選択し、右二の所為は併合罪の關係にあるから刑法第四八条によつて被告人を懲役一〇月及び罰金三〇〇〇〇円に処し、刑法第一八条によつて罰金を納めることができないときは金五〇〇〇円一日の割合で労役場に留置する。

よつて主文のように判決する。

起訴状記載の公訴事実

被告人は

第一、武井操(当二十三年)を強姦しようとして昭和三十六年七月二十七日午後十時三十分頃真壁郡明野町大字宮山四百九十番地武井操方附近路上より同町大字宮後二千九百三十一番地島田一男方附近路上までの間約千九十六米の間を第二種原動機付自転車荷台に右武井操を乗車せしめて疾走し以つて不法に同女を監禁しその際同女に対し全治約五日

間を要する右肘関節内側擦過傷等の傷害を負はしめ

第二、公安委員会の運転免許を受けないで同日午後十時二十分頃から十一時頃までの間同町大字中根柴満方より前記島田一男方附近路上まで第二種原動機付自転車真壁町A第八八七号を往復運転したものである。

【二審 東京高裁】

主 文

本件控訴を棄却する。

理 由

本件控訴の趣意は、弁護人大塚衆之亟が提出した控訴趣意書記載のとおりであるから、これを引用する。

所論は、被告人に対する原判決の刑の量定が重きに失する、と主張するので、記録によつて勘案するのに、本件は顔見知りの近隣の婦女を強いて姦淫しようとして、甘言をもつて同女を被告人が運転する原動機付自転車荷台に同乗させて疾走し、不法にこれを監禁したという罪であつて、同女が自ら自転車から飛び降り自宅に逃げ帰るのを追つて更に同女をとらえ押し倒す等の暴行を加え執拗にその目的を遂げようとしたが同女が抵抗したためこれを果さなかつた

事実も記録上覗かれるのであつて、その犯行は実質的には強姦未遂にも等しいものである。同女が被告人より右のよ
うな暴行はすかしめを受けたことを善にして自殺したことも否定し得ない事実であり、右自殺を敢行するについては
四圍の諸事情から考えて些か同女に軽卒な点のあつたことを取上げ得ない訳でもないが、被告人の本件犯行を契機と
してもたらされた結果であるという事実は否定し得ないのである。近時婦女に対するこの種の暴力事犯が跡をたたな
い現状に鑑みて一般警戒の必要からも相当の科刑を要するのであつて、所論が指摘する如き諸事情を考慮してもなお
原判決の科刑をもつて重きに失する、となすことはできない。

よつて本件控訴はその理由がないので、刑事訴訟法第三九六条によりこれを棄却すべきものとして主文のとおり判決
した。

【上告審】

主 文

本件上告を棄却する。

理 由

弁護人森長英三郎の上告趣意第一点中前段主張は捜査段階における捜査のかきんを攻撃するものであつて、上告適

法の理由に当らない。その余は単なる法令違反の主張であり、同第二点は量刑不当の主張に帰し、いずれも刑訴四〇五条の上告理由に当らない(婦女を姦淫する企図の下に自分の運転する第二種原動機付自転車荷台に当該婦女を乗せしめて一〇〇メートルに余る道路を疾走した所為を似て不法監禁罪に問擬した原判決の維持する第一審判決の判断は、当審もこれを正当として是認する)。また記録を調べても所論の点につき同四二一条を適用すべきものとは認められない。

よつて、同四一四一条、三八六一条一項三号により、裁判官全員一致の意見で、主文のとおり決定する。

(裁判長裁判官 下飯坂潤夫 裁判官 入江俊郎 裁判官 斎藤朝郎)

弁護人森長英三郎の上告趣意

第一点 原判決には次の違法を看過した法令違背があり、刑訴四二一条第一号の原判決を破棄しなければ著しく正義に反する場合にあたるものと考える。

(一) 少年事件においては、いうまでもなく、司法警察員は禁錮以上の刑にあたる犯罪の嫌疑があると史料するとき、事件を検察官に送致する(少年法第四二一条の反対解釈)。そして検察官は送致を受けた事件につき捜査を遂げた結果、犯罪の嫌疑があると史料されるときは、これをすべて、家庭裁判所に送致しなければならない(同第四二二条)。こうしてこそ少年法第一一条の少年の健全な育成を期することができるのである。しかるに本件をみると、事件は昭和三六年七月二七日であつて、被告人は当時少年である。そして同月二九日、被害者の実兄による告訴調書が作成され(三二二丁)、同日阿部田医師の死体検案書が作成され(一九丁)、さらに同日被害者と同行していた鈴木かねおよび武井鶴の司法警察員にたいする供述調書が作成されている(六一丁、六五丁)。また同年八月七日、第二種原動機付自転車の

所有者であり被告人の犯行直前にも酒食をした長塚茂の司法警察員にたいする供述調書もある(七五丁)。一方被告については同年八月七日(九二丁)、八月七日(九九丁)、八月八日(一〇九丁)の各司法警察員にたいする自供書があり、また同日被告人立会の実況見聞調書が作成されている(一一〇丁)。従つて同月十日までには、事件は検察官に送致されるはずである(この点検察官に釈明を求める)。検察官は直ちに、被告人を取調べることによつて捜査を遂げ得べき段階に達していたことがわかる。検察官は被告人の自白調書を作成し、直ちに家庭裁判所へ送致すべきであつた。

ところが検察官は、何もしないで、同年九月二五日で被告人が満二十才に達するのを待ち、同年十月六日、十月一八日に被告人調書をつくり(一一二丁、一一九丁)、さらに昭和三十七年一月十日に成人に対する新件であるかの如く逮捕状を請求し、同月十二日執行、同月十四日勾引状を發しているのである。この一連の事件の経過をみると、検察官は本件被告人について少年法の適用を脱法するために、被告人が少年法適用当時、捜査を遂げうべきものを故意に引きのばして成人事件としたことがわかる。このような少年法を蹂躪する捜査ないし起訴は、検察官の職権濫用による起訴であり、本件起訴を無効たらしめるものである。そしてかかる公益的事実は、訴訟当事者の争いの有無にかかわらず、裁判所が職権をもつて審査すべき事項である。そうでないと、少年法など有名無実に墮するおそれがあるのである。然るに第一、二審判決が、漫然これを看過したことは、違法である。

(2) 本件が不法監禁罪を構成するかどうかについてみるに、弁護人は疑問を感じる。被告人は第二種原動機付自転車にのり、被害者は後の荷台に被害者の自由意思で乗り走つたものである。被告人は原動機付自転車而走る間も、被害者の体に有形力を行使したわけではない。原動機付自転車は自動車のように外がこいはない。公然、人の通行する往來に解放されている。自動車に関する昭和十年一二月三日大審院判例はあるけれども、本件に適用さるべきではないと考える。本件について不法監禁罪の成立を消極に解すべきである。

(その他の上告趣意は省略する)

三八年判例には、監禁罪の成立時期に関する問題が含まれている。本件公訴は被害者宅の前で被害者が「降ろしてくれ」といったところから、これを無視して疾走した約一〇〇メートルの間について監禁罪を問うものであった。この問題を構成要件レベルで可能的自由の侵害の有無に関して考え、違法性のレベルで被害者の同意の問題として考へるべきだとの議論がある。たとえば、偽計により(可能的)場所的移動の自由が失われることについて同意を得た場合(偽計による監禁)に逮捕・監禁罪が成立するかである。場所的移動の自由が失われること自体について本人の同意がない場合(たとえば、騙されて、内側からドアの開かない部屋に知らずに誘い込まれた場合)には、監禁罪が成立することに異論はない。また、場所的移動の自由が存在しないと騙されて、その場にとどまることにした場合にも、滞留(移動意思の不発動)の意思は移動が不可能だとするあきらめの認識により生じており、自由なものではないから、有効な同意は存在せず、監禁罪は成立する。これらに対して、場所的移動の自由が失われることについて、「自由な意思に基づいて」同意したが、そのような意思が生じる点について欺罔による錯誤がある場合(たとえば、密室に数日滞在する間の身体の変化を測定する実験で、報酬がもらえると騙されて密室に入った場合)の処理が問題となり、この場合は、場所的移動の自由を処分する自由も逮捕・監禁罪の保護法益の内容をなすとみて、「法益関係的錯誤」を肯定し、監禁罪の成立を肯定することは、不可能ではないであろう。かくして、三八年判例の事案なども、(行き先についての欺罔は、乗車させる手段であり、場所的移動を処分する自由に関係する処分の内容とも処分の内容となす)と解する(保護法益に関する理解によれば、乗車から車外へ逃げ出したところまで監禁罪の成立を肯定した判例の結論を肯定することは不可能ではない、との主張である。²⁷)

5 監禁罪の客体における監禁の認識の要否

現実的自由説からは、客体(被害者)の意思に反する前提として逮捕監禁事実の認識は必要ということになる。これに対して、監禁罪はあくまで場所的移動の自由の侵害が認められるかという見地から扱われるべきで、被害者における監禁の認識を独立の問題として扱う必要はないとする立場もある。さらに、自由はく奪の認識は、被害者が現実に抱いた立ち去る意思に反して立ち去れない状況にあることの認定のための重要な一資料ではあるが、それ自体は逮捕監禁罪の成立要件ではないと考えるべきように思われるとする考え方も提起されている。結論としては、自由剝奪の有無は被害者が、これを認識すると否とにかかわらず、客観的にこれを決すべきとする不要説が多数説である。だがしかし、被害者の意思に反するということが自由の侵害にとって重要であり、意思に反する事情が明白になつて初めて逮捕監禁罪を考えれば十分であるとする必要説は少数説である。

6 終わりに

判例・通説は、確かに可能的自由説であるが、可能的自由説だと、意思要素が排除され、構成要件表現が外部的事実の発生に委ねられ、しかも可能的自由へと自由を希薄化するならば、未遂処罰規定が設けられていない逮捕監禁罪の未遂処罰を許取するような事態を招き、現実には可能的自由と現実的自由に二分されるものではない以上、もつとも事件となることの多い強姦目的を隠しているような偽計の場合は自由拘束の意識がないとしても、前述のC説は現

実的自由説をやや拡張して、欺罔により、場所的移動をあきらめた(しかし真意から自由を放棄することに同意したわけではない)というような場合(三三年判例や三八年判例のような場合)には、移動の自由が侵害されたと解するの³⁴⁾で、必ずしも全面的可能的自由説に依拠しているわけではなく、最終的に支持されるべきでないかと思われる。³⁵⁾

【注】

- (1) 団藤重光『刑法綱要各論(第三版)』(創文社、平成二年)四五八頁。
- (2) 木村亀二『刑法各論』(法文社、昭和三二年)五九頁。
- (3) 吉田敏雄『刑法における人身の自由の保護』(中山研一、西原春夫、藤木英雄、宮澤浩一(編)『現代刑法講座第四卷』(成文堂、昭和五七年)一八七頁。中山研一『刑法各論』(成文堂、昭和五九年)一〇七頁。中義勝『刑法各論』(有斐閣、昭和五〇年)七一頁。
- (4) 西田典之／橋爪隆(補訂)『刑法各論(第七版)』(弘文堂、平成三〇年)八二頁。吉田敏雄『行動の自由の保護』(阿部純二、坂倉宏、内田文昭、香川達夫、川端博、曾根威彦(編)『刑法基本講座第六卷』(法学書院、平成五年)七八頁。山口厚『問題探究刑法各論』(有斐閣、平成二年)一五四―一五五頁。
- (5) 木村・前掲書(注2)六〇頁。山口厚『刑法各論(第二版)』(有斐閣、平成二年)八三―八四頁。
- (6) 吉田・前掲論文(注4)七九頁。
- (7) 西原春夫『犯罪各論(第二版)』(筑摩書房、昭和四九年)一三三頁。
- (8) 川端博『逮捕監禁、略取誘拐における被害者の行動意思・行動能力』(植松正、川端博、曾根威彦、日高義博(編)『現代刑法論争Ⅱ』(勁草書房、平成九年)六五頁。これに対して、竹花俊徳、荒井智也『逮捕及び監禁』(大塚仁、河上和雄、中山善房、古田佑紀(編)『大コンメンタール刑法(第三版)第一卷』(第二〇九条、第三二九条)』(青林書院、平成二六年)三四七頁は、「監禁罪の成立を被害者のそのときどきの心理状態にからせるのは、犯罪の成否が極めて不安定になり、大いに疑問である」

とする。

- (9) 内田文昭『刑法各論(第三版)』(青林書院 平成八年)一一七頁、
- (10) 日高義博「逮捕監禁、略取誘拐における被害者の行動意思・行動能力」植松正・川端博・曾根威彦・日高義博(編)『現代刑法論争Ⅱ(勁草書房 平成九年)五九頁。ただし、吉田・前掲論文(注4)八〇頁は、行動の自由だけで意思の自由を前提としない日高・前掲書(注10)や吉川経夫「逮捕監禁罪」『日本刑法学会(編)『刑事法講座第七卷』(有斐閣 昭和二八年)一五六九頁等の立場が、問題だとする。
- (11) 大塚仁『刑法概説(各論)(第三版増補版)』(有斐閣 平成一七年)七五頁、中森喜彦『刑法各論(第四版)』(有斐閣 平成二七年)五三頁、前田雅英『刑法各論講義(第六版)』(東京大学出版会 平成二七年)七三頁、吉川・前掲書(注10)一五六九頁、なお、木村・前掲書(注3)六〇頁は、「泥酔者・熟睡者に対しては、本人が意識を回復して行動を開始しうる状態に至ったかどうかは、犯罪の成立に関係ない」とするので、C説ではなくA説なのである。
- 山中敬一『刑法各論(第三版)』(成文堂 平成二七年)二二六頁は、熟睡者・泥酔者は、一時的にせよ現実に意思活動・身体的活動の自由がもとも存在しないのだから、その自由は奪われることはなく、逮捕監禁罪は成立しない、と主張する。
- (12) 内田・前掲書(注9)一一〇頁、柏木千秋『刑法各論(下)』(有斐閣 昭和三六年)三六八頁、植松正『再訂刑法概論Ⅱ(各論)』(勁草書房 昭和五〇年)二九六―二九七頁、浅田和茂『刑法各論』(成文堂 令和二年)一〇一頁は、逮捕監禁罪の客体は、「身体活動の自由を有する自然人に限られる。生まれたばかりの嬰兒や意識喪失状態の者は含まれないが、身体活動の自由を有する者であればよいので、行動能力や意思能力を有する必要がある」とする。
- (13) 京都地判昭和四五・一〇・二二刑月二・一〇・一一〇四。
- (14) 松宮孝明『刑法各論講義(第四版)』(成文堂 平成二八年)八九頁は、逮捕監禁罪は、「意思を制して自由を奪う罪ではなく、身体や場所に直接的に働きかけて、物理的に移動の可能性を奪う罪である」と説明する。判例では、広島高判昭和五一・九・二一刑月八・九一〇・三八〇が、降車するまで被害者が騙された事実には気づかなかつた事案に逮捕監禁罪を認めている。
- (15) 福田平『刑法各論(第三版増補版)』(有斐閣 平成一四年)一七二―一七三頁、大塚仁『刑法概説(各論)(第三版増補版)』(有斐閣 平成一七年)七五―七六頁、香川達夫『刑法講義各論(第三版)』(成文堂 平成一三年)四一三頁、大谷實『刑法講義各論(新版第四版補訂版)』(成文堂 平成二七年)七八―七九頁、曾根威彦『刑法各論(第五版)』(弘文堂 平成二四年)四七―四八頁、前田雅英『刑法各論講義(第六版)』(東京大学出版会 平成二七年)七三頁、山口厚『刑法各論(第二版)』(有斐閣 平成二四年)八三頁、林幹人『刑法各論(第三版)』(東京大学出版会 平成一九年)七三頁。

- (16) 中山・前掲書(注4)一〇六一―一〇七頁。
- (17) 吉田・前掲書(注4)一八七頁。
- (18) 平野龍一「潜在的意図と仮定的意図(判例時報 一五六九号)三頁。
たえば、内田・前掲書(注9)一一〇頁は、逮捕監禁と略取誘拐との親近性を指摘しており、吉田・前掲書(注3)一八三頁は、「嬰兒の逮捕監禁は、場合によってその監護者への強要罪(刑法二三条の問題として処理されるべきものである」とする。なお、判例では、逮捕監禁が、殺人罪、強盗罪、強姦罪の手段として用いられた場合を、殺人罪、強盗罪、強姦罪のみで評価した場合もある。大阪地堺支判平二〇・六・三(川DB635075)は、被害者に対して、歩道上でその口を手で塞ぎ、ガムテープでその両目を塞ぎ、その手首を後ろ手に緊縛するなどした上強姦しようとした事案については、逮捕監禁罪を問わず、強姦未遂のみを認定し、大判大九・二・一六刑録二六・四六は、縛縛監禁を殺人罪の手段とした事案について、単一の殺人罪をもって問擬すべきものとした。強盗罪の暴行脅迫も不法監禁も一体として観察し包括的に強盗罪として構成したものである。東京高判昭三七・一二・二六下刑集四・一一一一・一一〇二がある。
- (20) 平野龍一「刑法各論の諸問題」法学セミナー一〇一―一〇二号 昭和四七年)六七頁。
- (21) 勝亦藤彦「自由に対する罪」曾根威彦(編)「松原芳博(編)『重点課題 刑法各論』(成文堂 平成二〇年)四一頁。
- (22) 森本益之「逮捕・監禁の罪」西原春夫(編)「宮沢浩一(編)阿部純二(編)板倉宏(編)大谷實(編)芝原邦爾(編)『判例刑法研究 第五巻』(有斐閣 昭和五五年)二五二―二五四頁、竹花俊徳(編)荒井智也(編)前掲書(注8)三四九頁は、「一三三年判例は、被害者を欺罔して自動車に乗せたときから監禁罪が成立するとした原審を支持している。もっとも、一三八年判例は、被害者を欺罔してオートバイの後部に乗せて、疾走を始めた地点からではなく、被害者が「降ろしてくれ、車をとめてくれ」といったが、それを無視して走り続けた区間だけを監禁罪としている原審を支持しているが、これは検察官がその部分のみに限って起訴したため裁判所もその部分のみを認定したものにほかならず、判例の見解が変わったものではない」と指摘している。
- (23) 森本・前掲書(注22)一五三―一五五頁。
- (24) 林・前掲書(注15)七四頁、井上正治(編)「江藤孝(編)『新訂刑法学』(各則)二(法律文化社 平成六年)五四頁は「偽計は自動車に乗せるための手段にすぎないのであって、この場合は『疾走』させて降りられなくしたことにより監禁が成立するのだと考えるべきである」としている。山中・前掲書(注11)一三〇頁では、自由剝奪の意識必要説からは、被害者が気づいて「降ろしてほしい」と頼んだにもかかわらず降ろさなかったときに自由剝奪の意識が生じる。それと同時に「監禁罪が成立する」と述べる。
- (25) 大谷・前掲書(注15)七九頁、山口・前掲書(注5)八八頁、高橋則夫(編)「刑法各論(第二版)』(成文堂 平成二六年)九七―九九

頁。

- (26) 浅田・前掲書(注12)一〇〇頁は、偽計により車に乗せて脱出不能にした段階で、監禁罪の構成要件に該当するが、母親の許や自宅に向かうということを通じて同乗するのは法益関係の錯誤とはいえないから同意は有効であり、欺罔に気づいて「降ろしてくれ」といった段階で同意はなくなり、それ以降は監禁罪の構成要件に該当して違法ということになる、と論じる。これに対して可能的自由説と「真意に基づかない承諾」を認めたらうえて、乗車後の全区間に監禁罪の成立を認めた三八年判例を支持しているのが斉藤誠二「不法監禁の成否」『警察研究第三三六巻五号』(良書普及会 昭和四五年)一一九―一二〇頁である。
- (27) 山口・前掲書(注5)八七―八八頁、林・前掲書(注15)七四―七五頁、山中・前掲書(注11)一三〇頁。これに対して、曾根威彦『刑法の重要問題(各論)第二版』(成文堂 平成一八年)七二頁は、乗車について承諾はあり、降車を求めたのに停車しなかつた地点以降に監禁罪を認めれば足り、乗車時点での承諾の際の錯誤は動機の錯誤に過ぎないから承諾は有効であり、全行程についての監禁罪は認められない、と論じる。
- (28) 佐伯仁志「逮捕・監禁罪」『法学教室三六〇号』(有斐閣 平成二二年)一〇一頁では、「現実的自由説をとると、その場から立ち去る意思が侵害されることが必要なので、被害者に自由が侵害されることの意識があるのが通常であるが、立ち去りつつあるように誤信させて、実はその場にとどまっている場合のように、例外的には立ち去る意思が阻害されているのに、自由侵害の意識がない場合もあるから、現実的自由説と認識必要説とが必然的に結びついていないわけではない」とする。
- (29) 山口・前掲書(注5)八四頁。
- (30) 島田総一郎「監禁罪の保護法益」『刑法の争点(第三版)』(有斐閣 平成二二年)一四三頁。
- (31) 佐伯・前掲書(注28)一〇二頁。
- (32) 竹花俊徳・荒井智也・前掲書(注8)三四八頁。
- (33) 平野・前掲書(注18)四頁。
- (34) 大谷實／前田雅英「エキサイティング刑法(各論)」(有斐閣 平成二二年)三七―三九頁。
- (35) 自由とは、基本的に享有主体によって意識されていることが、必要ではないか。M・クラウンストン／小松茂夫(訳)『自由』(岩波書店 昭和五一年)四頁において「マルティン・ハイデッカーの弟子がいと厳肅な顔付きで『私は決断している』と宣言したという話がある。この弟子は『決断』の大事なることを師匠から教えられていた。しかし、何をなそうと自分が決断しているかはこの弟子にはわからなかった。『私は決断している。分らぬのはなににたいしてかということだけだ!』ある人が自分は自由であると主張し、しかも、なにかから自分が自由であることを知らぬとすれば、その愚かしさはこの弟子となん

ら選ぶところがないであろう」という指摘をする哲学者がいる。確かに人間の自由は、自らの自由を意識することのない昆虫の自由とは異なるであろう。