

逮捕・監禁罪における自由剥奪の認識

前 原 宏 一

はじめに

逮捕・監禁罪は、近年では、特に新潟女子監禁事件⁽¹⁾という重大事件の発生により注目された犯罪類型である。その事件発覚後の新潟県警幹部の対応をめぐり世間の耳目を集めたが、その犯罪類型そのものの法定刑の不十分さにも目が向けられていた。事件では9年の長きにわたり監禁された被害者の悲惨な状況に比較して、そこに予定されていた法定刑ではそれに見合った十分なものでないとされたのである。それもあって、現在では法定刑も当時より重く改正されている⁽²⁾。

しかし、逮捕・監禁罪をめぐる問題点は依然として残されている。特に、その出発点とも言える保護法益の理解をめぐる議論からして多様なままであり、どのような者に対して逮捕・監禁罪が成立するのかについても学説は分かれているのであり、主要な理論的問題は手付かずのままに残されている感がある。

こうした状況の中で、本稿は、逮捕・監禁罪が成立するには被害者に自由が剥奪されているとの認識（自由剥奪の認識）が必要なのか否か、といった問題をとりあげるものである。

(1) この事件については、さしあたり、拙稿「新潟女性監禁事件判決のとらえ方—犯罪被害者と刑罰—」法学セミナー2002年8月号71頁以下参照。

(2) 当時3年以上5年以下の懲役とされていたものが、平成17年（2005年）改正を経て、現在では3年以上7年以下の懲役とされるようになった。

1. 逮捕・監禁罪の概要

我が国の刑法220条は、逮捕・監禁罪を不法に人を逮捕し、又は監禁した罪とし、法定刑として3年以上7年以下の懲役を定めている。ドイツでも、StGB239(1)においてこれと同様に監禁・自由剥奪の罪を規定しているが、ドイツでは同(2)で未遂も処罰される点が異なっている⁽³⁾。もっとも、ドイツ法の場合は、「行動の自由とはいっても、居住場所変更の自由保護が対象となっているにとどまり、わが国にみられるように、行動の自由全般の保護規定ではない」と、その点での違いが指摘されている⁽⁴⁾。

いずれにしろ、こうした個別の犯罪類型について論ずるにあたっては、先ずはその規範の保護目的、保護法益を論ずるところから始められなければならないことになるし⁽⁵⁾、そうした点はこれまでの議論において本稿の主要テーマである自由剥奪の認識の要否と密接に関連することになるとされてきてもいる。だがその前に、まずは、我が国の逮捕・監禁罪の判例における理解の概要について確認しておくことにしよう。往々にして保護法益論において一定の理解をすることで、その後の自由剥奪認識の要否の問題に対する解答が導かれるように理解されているが、それがどこまで関連しているのかについても検討しなければならないように思われるから、あえて検討の順番を変え、本罪の概要を確認してから、法益論に言及することとしたい。また、その意味でも本稿での主題に関連する客体をめぐる議論は、その後に述べることにする。

(3)なお、こうした未遂処罰規定が我が国に無いことを妥当でないとする見解として、大場茂馬『刑法各論上巻〔11版〕』（巖松堂・1922年）284頁以下。

(4)香川達夫『刑法講義〔各論〕』（成文堂・1987年）344頁。

(5)Vgl. Eser, § 239, Rn. 1, Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 26. Aufl.2001.; Valerius, § 239, Rn. 1, von Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 2010.

(1) 行為主体・実行行為

逮捕・監禁罪の行為主体は無限定で自然人であれば良く実行行為は逮捕し監禁することである。逮捕とは、多少の時間、継続して自由を束縛することをいい（大判昭7・2・29刑集11・141）、直接的に行動の自由を剥奪することが必要であるが、物理的な力を加えるといった有形的な方法による必要はなく、心理的な強制力を加えるといった無形的な方法によるものであってもよいという。警察官と偽って連行し自由を剥奪するなどの、いわゆる「偽計による逮捕」もこれにあたとされている。一方、監禁とは、一定の場所から人が脱出するのを不可能ならしめることあるいは著しく困難にすることである。これについても、その方法が有形的であると無形的であるとを問わず、いやしくも一定の場所から脱出することのできないように継続して人の行動の自由を不法に拘束することによって成立し（大判昭7・2・12刑集11・75）、暴行または脅迫による場合だけに限らず、偽計によってもなされうとされている（最決昭33・3・19刑集12・4・636）。判例はさらに、強姦の意思で、婦女を自己の運転する原付自転車の荷台に乗車させ、1キロメートルあまりを疾走した場合にも、監禁罪の成立を認めている（最決昭38・4・18刑集17・3・248）。

(2) 他罪との関係と罪数

暴行・脅迫が逮捕・監禁の手段としてなされた場合には、それらの暴行・脅迫は本罪に吸収されることになるが、そうした手段としてではなく、監禁の機会に行われたに過ぎない暴行・脅迫は、本罪には吸収されない（最判昭28・11・27刑集7・11・2344）。

本罪は継続犯であるから、ある程度継続して行動の自由を奪っていることが必要であるが、逮捕・監禁が続いている限り、犯罪が持続していることになる。また、逮捕行為に引き続き監禁がなされている場合には、包括して220条の逮捕・監禁罪の一罪が成立することになる（最大判昭28・6・17刑集7・6・1289）。

なお、逮捕・監禁罪を犯し、それによって人を死傷させた場合、逮捕

監禁致死傷の罪として、傷害の罪と比較し、重い刑により処断される（刑法221条）。すなわち、逮捕・監禁致傷罪では3月以上15年以下の懲役となり、逮捕・監禁致死罪では、3年以上の懲役となる（刑法204条205条）。

当初から殺意があり、逮捕・監禁が殺人の手段としてなされていたという場合には、当然、殺人罪のみが成立することになるが、監禁途中で殺意を生じた場合も殺人罪だけが成立とするのが判例である（大判大9・2・16刑録26・46）。

(3) 行為客体の問題

さて、どのような客体に対して本罪が成立することになるかであるが、我が国の刑法では、条文上は客体に制限がない。しかし、本罪は個人の行動の自由を保護対象とするものであるということから、行動の自由が全く認められない客体、たとえば嬰兒や高度の精神病にかかっていて意識を欠いているような者などに対しては、本罪は成立しないとするのが一般的理解ではある⁽⁶⁾。ただ、ここでの保護対象たる行動の自由は潜在的自由ないしは可能的自由であるということから、通説的見解は、熟睡者や泥酔者に対しても本罪は成立するとしている⁽⁷⁾。また、こうした理解から、客体に自由が制約されているとの、いわゆる自由剥奪の認識がなくてもかまわないとしている⁽⁸⁾。

本稿はこの点を問題とするものであるが、先述したように、そうした点はそもそも本罪の保護法益をどのようなものと理解するかに関わってくることにもなりうるとされていることから、まずは本罪の保護法益に関する議論から明らかにしていくことにしよう。

(6) 竹花俊徳、§ 220、大塚仁・河上和雄・佐藤文哉・古田佑紀編『大コンメンタール刑法（第2版）・11巻』（青林書院・2002年）220頁。

(7) 前田雅英（編集代表）『条解刑法・第3版』（弘文堂・2013年）640頁、竹花俊徳、前掲同書。

(8) 前掲『条解刑法・第3版』同所。

2. 逮捕・監禁罪の保護法益

(1) 問題の所在

逮捕・監禁の罪の保護法益が、行動の自由あるいは身体活動の自由であるということについては、ほぼ異論がない。だからこそ、逮捕・監禁行為に際して、そうした行動の自由が害されるような暴行や脅迫がその手段としてなされたとしても、それは逮捕・監禁罪の実行行為そのものであると解され、別に犯罪とされることはないのである。また逆に、偽計による場合であってもそうした行動（身体活動）の自由が害されたというのであれば、逮捕・監禁罪とされるのである。

こうした行動（身体活動）の自由が保護法益である以上、客体はこのような自由を享受していると認められ得る者でなければならないことになるが、そこでいう自由とはどのようなものであるのか、意見の分かれるところである。こうした自由をどのようなものと理解するかによって客体となりうる者の理解が異なることになるのである。

(2) 諸見解

1) 意思能力などを前提としない行動の自由と解する見解

これは、ここでの自由は行動の自由であって、それは意思の自由との関連において理解される必要はなく、客観的にみて自由が拘束されうる者であれば本罪の客体となりうるのであって、泥酔者や熟睡者のみならず嬰兒であってもよいとする見解である⁽⁹⁾。この見解によれば、全ての者が逮捕・監禁罪の客体となるから、行動の自由が厚く保護されることになる。そもそもこの見解は、通説が、泥酔者や熟睡者と嬰兒とを区別して、前者には可能的な行動の自由が認められるから本罪の客体となるが、後者にはこのような可能的な行動の自由も認められないから本罪の客体とならないとする点を疑問とし、嬰兒をもこの客体に含めようとする

(9) 香川達夫『刑法講義各論』（成文堂・1987年）343頁。

るものである⁽¹⁰⁾。

しかし、この見解のいうような、意思活動能力などを全く問題にしない行動の自由とは、ただ身体が動きうるという状態でしかなく、これをも刑罰をもって保護すべき自由と解すべきとは思われない。おそらく、この見解は客体を広くとらえる為に、意思の自由などとは無関係な行動の自由と解しているだけであろう。そうであれば、行動の自由という法益は内実のない題目にすぎないことになるから、この見解は、保護法益の理解から統一的に本罪の実質を理解するというのを放棄するものであるといわざるを得ないことになる。

2) 可能的あるいは潜在的自由をも含む行動の自由と解する見解

これは、ここでの行動の自由は意思活動能力があることを前提とするから、生まれたばかりの嬰兒や植物状態で全く意識を欠く者に対しては本罪は成立しないが、こうした意思活動能力を可能的あるいは潜在的には有しているが、現在のにあるいは現実的には有していないだけの熟睡者や泥酔者などには本罪が成立するという見解である⁽¹¹⁾。こうした者達にも、可能的あるいは潜在的な身体活動の自由は認められ、本罪はこうした潜在的な身体活動の自由も保護法益としているとするのである⁽¹²⁾。

(10) 香川・前掲書344頁。

(11) 大谷實『刑法講義各論・新版第3版』（成文堂・2009年）77頁、中森喜彦『刑法各論〔第2版〕』（有斐閣・1996年）51頁、伊藤研祐『刑法講義・各論』（日本評論社・2011年）63頁以下、前田雅英『刑法各論講義〔第5版〕』（東京大学出版会・2011年）113頁、大塚仁『刑法概説（各論）〔第3版〕』（有斐閣・1996年）76頁、福田平『全訂刑法各論〔増補版〕』（有斐閣・1992年）168頁。

(12) ドイツ語圏においては、ドイツにおいてもスイスにおいても、これが通説的な見解である。Vgl. Rengier, Strafrecht Besonderer Teil II, 14. Aufl., 2013, S. 168.; Wieck-Noodt, § 239 Rn. 1, Jöcks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 4, 2012., ; Lenz, § 239 Rn. 1, Dölling/Duttge/Rössner (Hrsg.), Gesamtes Strafrecht, NomosKommentar, 2013.; Stratenwerth, Schweizerisches Strafrecht, besonderer Teil 1, 3. Aufl., 1983, S.99.; Anreas Donatsch, ders. (Hrsg.), StGB Kommentar, Schweizerisches Strafgesetzbuch mit V-StGB-MStG und JStG, 19. Aufl. 2013, S.356.

しかし、この見解に対しては、可能的あるいは潜在的な身体活動の自由というものが不明確であるという批判が成り立つ。この場合、意識が戻れば意思活動能力を手に入れられるという意味で、潜在的な自由があるというのであれば、熟睡者が逮捕・監禁された後に意識を回復することなく、死亡した場合には、意思活動能力が回復することがないから、可能的意思能力もなく本罪は成立しないことになってしまう。これを否とするならば、嬰兒にも同様に逮捕・監禁罪を成立させるべきであると前説は主張するのである⁽¹³⁾。

そもそも自由というのは現実態ではなく、可能態なのであるから、それに可能的なものを認めるというのは意味のないことである。

3) 意思活動能力を前提とした行動の自由と解する見解

これは、ここでの行動の自由は意思の自由を前提とし、しかも行動可能な状態において認められるものだとするものである⁽¹⁴⁾。したがって、行動の意思なき者は客体にならず、しかも行動の自由は行動をなし得る者にのみ存在するから、熟睡者や泥酔者も意識回復して行動可能な状態に戻らない限り本罪の客体とはなり得ないと解するのである⁽¹⁵⁾。この見解のなかには、歩行不可能な小児に対しては本罪を成立しないとするものもあるが⁽¹⁶⁾、これに対して、歩行不可能な小児であっても、這うことはできるとして、事実的な（可能的）自由が認められると疑問を提起する見解もある。⁽¹⁷⁾しかし、この点だけを取り上げ保護すべき行動の範囲

(13) 香川・前掲書344頁。

(14) 川端博『刑法各論講義・第2版』（成文堂・2010年）142頁、山中敬一『刑法各論〔第2版〕』（成文堂・2009年）107頁。

(15) なお、このような基本的な理解をとりながらも、身体の潜在的場所的移動の自由を本罪の保護法益とする見解を、本見解とは別の狭義説であると分類されることもある（吉田敏雄「行動の自由の保護—逮捕監禁罪・略取誘拐罪」阿部・板倉・内田・香川・川端・曾根編『刑法基本講座・第6巻：各論の諸問題』（法学書院・1993年）77頁以下）。

(16) 木村亀二『刑法各論』（法文社・1957年）59頁以下。

(17) 大塚仁『刑法概説（各論）〔第3版〕』（有斐閣・1996年）76頁参照。

を事細かに細分化することにはあまり意味はないように思われる。

(3) 検討

行動の自由に関する理解については、最後の見解がもっとも理路整然としたものということができよう。ここでの行動の自由は、個人の自由として保護の対象とされるべきものであるから、その意思による行動の自由と解するべきである。行動の自由は行動する（しうる）主体の自由として考えるべきであって、「その人」の行動の自由を問題とせざるを得ないから、その人のおかれた状態における自由を問題とせざるを得ないのである。しかも自由とは本来可能態であるはずであるから、屋上屋を架すかの様に、可能的あるいは潜在的な行動の自由といったものを想定すべきではない⁽¹⁸⁾。このように考えるのであれば、自由は本質的に一定の可能態であって、客観的な有り様を示しているということになる。その意味で、自由であるということは、自由を認識しているということとは必ずしもリンクしないということになる。逮捕・監禁罪が行動の自由の侵害であるとするなら、その前提として、当該犯罪行為によって自由を侵害されることになる「その人」に、行動の自由が享受されていることが必要とされるべきことになるが、その行動の自由の存否は「その人」のその享有自覚に依存するものではない。そうだとすれば、逆に自由剥奪の認識と自由剥奪の状況とは必然的には結びつかないのでは無かろうか。

通説は、本罪の保護法益として可能的あるいは潜在的な行動の自由を認めることによって、本罪の成立に客体の自由剥奪の認識を不要としようとしているが、「自由」を先述の様に理解するならば、客体に自由剥奪の認識が必要であるかどうかといった問題は、本罪の保護法益の理解とは必ずしもリンクする問題ではないことになるし、それを否定するた

(18)ここに子細に論ずる余裕はないが可能性と現実性に関する基本的な考え方については、ニコライ・ハルトマン（高橋敬視訳）『可能性と現実性』（山口書店・1943年）などにまで遡り、再度検討し直すことも必要ではないと思われる。

めに可能的自由を保護法益と解さなければならないといった必然性はないことになる。

それでは、こうしたリンクが外れるべきことを念頭に置いた上で、逮捕・監禁罪における自由剥奪の認識の要否の問題について検討してみることにしよう。

3. 逮捕・監禁罪における自由剥奪の認識

(1)問題の所在

逮捕・監禁罪は、侵害犯であるから、客体の行動の自由が侵害されて逮捕・監禁行為が完成され既遂に達するということになるが、こうした行動の自由を侵害する逮捕・監禁行為がなされたというためには、客体にそうした行動の自由が剥奪されているとの認識が必要なのであろうか。たとえば、残業で事務所に残って仕事をしている者を監禁しようとして、当該事務所に鍵を掛けて閉じこめたが、対象とされた者は仕事に没頭し、そこに閉じこめられたということに気が付かなかったという場合、逮捕・監禁罪が成立することになるのであろうか⁽¹⁹⁾。これは、客体に意思活動能力もあって、具体的な行動の可能性も認められる場合なのであるから、逮捕・監禁罪の保護法益の理解に関する見解の全てにおいて客体と認められる者についての問題である。

(2)諸見解

1) 自由剥奪の認識不要説

逮捕・監禁に客体の自由剥奪の認識を必要としないというのが通説である⁽²⁰⁾。この場合、本罪の保護法益が、可能的あるいは潜在的自由をも

(19)ただし、「入浴中の婦女の衣類を持ち去ったときなどは、特殊な状況の場合は別としても監禁罪は成立するとはいえないであろう」との指摘もあるが（平野龍一『刑法概説』東京大学出版会・1988年175頁）、その認識が欠けているからとするものなのかについては明確ではない。

(20)三原憲三『刑法各論・第3版』（成文堂・2000年）53頁、大塚仁『刑法概説

含む行動の自由であるから、客体の自由剥奪の認識は不要であるとするのが、通説による根拠付けである⁽²¹⁾。

しかし、可能的あるいは潜在的な行動の自由というものを想定すること自体問題であるし、保護法益をこのように解しない限り自由剥奪の認識が不要であると解し得ないというわけではないので、保護法益の理解とここでの結論とが必然的に結び付くというものではない。

2) 自由剥奪の認識必要説

これは、逮捕・監禁といえるためには、被逮捕・監禁者に、自由が剥奪されているとの認識が必要であるとするものである⁽²²⁾。この見解によれば、監禁状態からの脱出の意思がなくてもよいが、少なくとも自由剥奪の認識がない限り、現実的な自由の侵害はみとめられないという⁽²³⁾。

保護法益の理解に関して通説的な見解を採らない者がこうした見解を主張すると理解されることが多いが、通説的な見解をとったとしても、逮捕・監禁罪の成立のためにはこうした認識を必要とすることも可能であろう。

(3) 検討

先にも述べたように、本来、自由というのは可能態であるから、それが実現されていてはじめて自由であるといえるものではなく、可能状態にあれば自由といえる。そうであれば、そうした可能状態が害され、一定の行動の自由が不可能な状態におかれたのであれば行動の自由が侵害されたということができよう。その意味では、逮捕・監禁行為の完成に

(各論)〔第3版〕』（有斐閣・1996年）76頁、福田平『全訂刑法各論（増補版）』（有斐閣・1992年）168頁、高橋則夫『刑法各論』（成文堂・2011年）94頁、前田雅英・前掲書114頁。

(21) Stratenwerth, a.a.O.

(22) 木村亀二『刑法各論』（法文社・1957年）60頁、同『刑法（各論）』（青林書院新社・1974年）39頁。

(23) 木村亀二、前掲『刑法各論』同所、同、前掲『刑法（各論）』同所。

客体の自由剥奪の認識は不要だと考えるべきである。

しかし、問題は、そうした自由剥奪の認識のない、表面化されていない逮捕・監禁行為あるいは行動の自由の侵害をも処罰すべきかということにある⁽²⁴⁾。保護法益たる行動の自由は可能態であるから、客体に自由剥奪の認識がないような場合には、侵害が表面化されておらず、確かにその侵害性は認め難い。そうした観点からすると、自由剥奪の認識がある場合に逮捕・監禁罪としての刑罰必要性が認められるといえるから、自由剥奪の意識必要説が妥当だということになる。しかし、客体のそうした認識は偶然的なものであって、構成要件の行為の内容とすることはできず、あくまで客観的処罰条件と解すべきである。つまり、逮捕・監禁罪においては、客観的処罰条件として客体の自由剥奪の認識が必要とされるべきだということになる。

そもそも、行為無価値こそが「処罰根拠付け機能」を有し、偶然的要素が強く影響する結果無価値は「処罰限界付け機能」を有するに過ぎず、こう解することによって行為者の志向性のみによって処罰範囲を画定する「悪しき心情刑法」を排斥し、発生した結果によって処罰範囲を画定する「悪しき結果刑法」を排除して、妥当な結果を得ようとするのであれば⁽²⁵⁾、偶然的事情に左右されやすい被逮捕・監禁者の自由剥奪の認識が刑罰を基礎付けるものとして解されるべきではない。規範の保護法益の観点から規制されるべき行為は目的論的に限定されうることになるが、刑罰の確定・執行には様々な社会的影響があり、規範の違反とそれに対しての規定された制裁の実現だけでは終わらない多様な配慮が必要となってくる。そうした点からも偶然的な事情も、刑罰の必要性という観点から消極的な役割（処罰限界付け機能）を与えられてしかるべきと思われる。

(24) 本稿のように、こうした認識がなされないような場合に処罰をすべきかどうかというところから考え、限定的な提案をするものとして、松宮孝明『刑法各論講義〔第2版〕』（成文堂・2008年）82頁以下。

(25) 増田豊『規範論による責任刑法の再構築—認識論的自由意志論と批判的責任論—』（勁草書房・2009年）118頁および本書の全体を参照のこと。

ましてや本罪の未遂は不可罰とされていることからすると、行為のみにおいて可罰性の範囲を基礎付けようとはせず、一定の被害状況としての結果発生に意義を見いだそうとしていると解することができる。このように結果の発生を待って犯罪の成立を論ずる場面は、過失犯において特に顕著に見られ、結果の重要性は過失犯の構造理解においても特に論ぜられることが多いが、こうした過失犯の検討においても、「結果については、処罰限定機能を認めるとする帰結に至るのではなかろうか」との指摘がなされている⁽²⁶⁾。

おわりに

刑法は規範を設定して行為を抑制して法益保護を図る。そうした点からすれば、その規範によって抑制されるべき行為の内容（規範質料）は、その保護法益（規範目的）により導かれることになる。この意味で各犯罪を各論的に明確化しようとする場合には、法益論を欠かすことはできない。しかし、そこで明らかにされるのは規範が抑制しようとする行為の内容でしかない。

その一方で犯罪とされた行為についての刑罰的反応は、様々な法的影響をあたえるし、社会的影響をも及ぼす。刑罰システムは、規範の確認とその違反行為の認定によって終わるだけでなく、そこに用意された制裁の実施において全体的な機能を果たそうとするものである。そうしたその全体の遂行によって機能するものであるからには、他の事実的な影響をも考慮しなければならない。そうした点の必要性の一端を本稿では示そうとした。

いうまでもなく逮捕・監禁罪にはまだ明確にすべき個別問題は多々ある。本稿がその一端を担うことができれば幸いである。

(26) 半田祐司『不法問題としての過失犯論』（成文堂・2009年）111頁。