慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

| | |
|---|---|
| Title | 逮捕・監禁罪の保護法益について：最高裁昭和33年3月19日決定(刑集12巻4号636頁)はどのように理解されるべきか? |
| Sub Title | Crimes of unlawful capture and confinement |
| Author | 鈴木, 左斗志(Suzuki, Satoshi) |
| Publisher | 慶應義塾大学大学院法務研究科 |
| Publication year | 2019 |
| Jtitle | 慶應法学 (Keio law journal). No.42 (2019. 2) ,p.183- 227 |
| JaLC DOI | |
| Abstract | |
| Notes | 伊東研祐教授・江口公典教授・中島弘雅教授退職記念号 |
| Genre | Departmental Bulletin Paper |
| URL | https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AA1203413X-20190222-0183 |

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

# 逮捕・監禁罪の保護法益について

## ――最高裁昭和 33 年 3 月 19 日決定（刑集 12 巻 4 号 636 頁）はどのように理解されるべきか？――

鈴　木　左斗志

はじめに
1　逮捕・監禁罪の保護法益
1.1　現実的自由説と可能的自由説
1.1.1　現実的自由説
1.1.2　可能的自由説
1.2　検討
1.2.1　現実的自由説が抱える理論構成の問題
1.2.2　可能的自由説に合理性はあるのか？
1.2.3　可能的自由説の整理
1.2.3.1　可能的自由説の根拠の再検討
1.2.3.2　話合事例について
1.3　補論
2　保護法益論が影響を及ぼしてきた問題
2.1　最高裁昭和 33 年 3 月 19 日決定（刑集 12 巻 4 号 636 頁）
2.1.1　最高裁の判断
2.1.1.1　審理の経過
2.1.1.2　第 1 審判決と第 2 審判決の関係
2.1.1.3　最高裁の判断
2.1.2　批判
2.1.3　検討
2.1.4　補論
2.1.4.1　法益関係的錯誤説とは？
2.1.4.2　「移動の自由を処分する自由」とは？
2.2　逮捕・監禁罪の客体
2.2.1　一般的な見解
2.2.2　問題点
2.2.3　補論
結語 ―― 監禁罪における同意・侵害と保護法益 ――

慶應法学第 42 号（2019：2）

## はじめに

本稿は、注釈書の担当部分を執筆するにあたって作成したメモから、注釈書に書き込むには適さない（個別の判例・学説の内容に深入りしすぎている）と思われた内容を抜粋し、体裁を整えたものである。

逮捕・監禁罪の保護法益論は、従来から、仮想事例をめぐる観念的な議論が中心となってきた（1.2 の冒頭を参照）。しかし、近年はその傾向がさらに顕著となり、しかも、そこでの主張が過去の主要判例の分析・評価にも適用されることで、実際上の問題にも影響を及ぼすようになっている。

現状を以上のように認識した場合、課題は、①個別の学説の主張内容を、その現実の機能に注目して徹底的に検証するとともに、②分析・評価の対象とされている判例についても、その内容をできるだけ正確に理解するように努めることだと考えられる。

## 1　逮捕・監禁罪の保護法益

### 1.1　現実的自由説と可能的自由説

「逮捕」とは、被害者の「身體ヲ捕へ」て「身體ノ行動ノ自由ヲ束縛」することである（大判昭 4・7・17 刑集 8 巻 400 頁）。一方、「『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〔う〕」（最決昭 33・3・19 刑集 12 巻 4 号 636 頁）。

逮捕[1]と監禁は、身体を直接的に拘束するか、場所的な制約を通じて拘束するかの違いはあるものの、被害者の移動の自由を侵害する犯罪として共通の

1）以下で引用・検討する諸見解では、主として監禁罪が議論の対象とされている。そのため、そこでの議論が逮捕罪についてもそのままあてはまるのか、さらには、監禁罪と逮捕罪の保護法益に違いはないのか、といった点も問題になりうる。しかし、本稿ではこの点については立ち入らず、引用する諸見解の趣旨に沿って、主として監禁罪を対象にして検討することにしたい。

性格をもっていると一般に理解されている。そのことから反対に、移動の自由の侵害が認められない場合には逮捕・監禁罪の成立は否定されるべきだ。学説はこのように考えて、保護法益である「移動の自由」の内容を明確にしようとしてきた。主張されている見解は、大別すると、現実的自由説と可能的自由説に分かれる。

### 1.1.1　現実的自由説

「逮捕監禁罪は、意思に反した場合にのみ成立する。たとえば、取り囲まれて、客観的には脱出が困難な状況であったとしても、本人がそこにいて話し合う意思を示しているときは、監禁罪は成立しない。退去しようという意思が示されたとき、はじめて監禁罪は成立する[2)]」。「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、現実に移動することを欲したときに保護すれば足りる。[3)]」「本罪は、現実に移動しようと思ったときに移動しうる自由、すなわち、現実的自由を保護するものである[4)]」。

もっとも、「現実に移動することを欲したときに保護すれば足りる」という考え方を徹底すると、「監禁された者が睡眠する場合には、監禁の中断を認めることになって不合理である[5)]」という批判に直面せざるをえなくなる[6)]。そこで現実的自由説の支持者は、「監禁された者が睡眠する場合」のような〈「現実に」意思活動を遂行できない状態に移行してしまった人〉が保護対象から除外されてしまうことのないように、現実的自由に加えて「仮定的自由[7)]」も保護するべきだと主張し、「『眠らなければ』脱出の意思を持ち続けていたであろ

2）平野龍一「刑法各論の諸問題(4)」法学セミナー 201 号 67 頁。
3）西田典之＝橋爪隆『刑法各論〔第 7 版〕』（2018）82 頁以下。
4）西田＝橋爪・前掲注 3）各論 82 頁。
5）大塚仁『注解刑法〔増補第 2 版〕』（1977）968 頁。現実的自由説の支持者が「既に監禁せられたる者が爾後之を意識すると否とは犯罪の成立には關係な〔い〕」（木村亀二『刑法各論』〔1957〕60 頁注(2)）と述べていることに対しては、「〔現実的自由〕説の立場を徹底すれば、継続犯である監禁罪において、被監禁者の意識が中絶した場合にそのまま犯罪の継続を認めることには疑問がある」（大塚・上掲 969 頁）。

うといえるから、その間も監禁罪は成立する[8)]」と解している。つまり、もしも意思活動を遂行できない状態に移行しなかったとしたらと仮定して考えてみた場合に、被害者に「現実に移動しよう」という意思が認められるとすれば、なお監禁罪によって保護するべきだと主張するのである[9)]。

もっとも、仮定的自由にまで保護範囲を広げたとしても、「すでに眠っている者の部屋に鍵をかけたとき」についての監禁罪の成立は、「目が醒めてからに限るべきであろう。眠っている間は『そうでなくとも』、すなわち鍵をかけなくとも、そこにいたであろうからである[10)]」と解されている。

---

6）この批判に対しては、つぎのように応じる見解もある。「移動が不可能だからあきらめて移動しようと思わない場合も処罰範囲に含めることができるであろう。なぜならば、移動の不可能性の認識により移動の意思が生じない場合は、その場に留まることを自由な意思により承認しているのではなく、やむをえずに甘受せざるをえないというにすぎず、移動の意思を現実に発動させないことが被害者の自由な意思に基づくものではないからである」（山口厚『問題探究 刑法各論』〔1999〕54 頁。この考え方が同 55 頁で「監禁された者が睡眠する場合」にも適用されている。さらに山口厚『刑法各論〔第 2 版〕』（2010）84 頁注(12)でも、「現実的自由説からは、被監禁者の睡眠により監禁罪がその間成立しなくなるわけではない」ことの根拠として上記引用箇所を参照するように指示されている）。つまりこの見解は、《被害者が「自由な意思」にもとづいて行動すれば、移動の意思が「現実に」発動されることになるはずだ》という理由によって前掲注 5）に対応する批判に反論できると考えているようである。しかし、睡眠中の者が「移動の意思を現実に発動させない」のは、「移動の不可能性の認識」にもとづいて（不自由な意思により）そうしているというわけではなく、そもそも睡眠中であるために現実的な意思活動そのものを遂行できないからである。つまり、「監禁された者が睡眠する場合」という設例を使って問いかけられているのは、「現実に」意思活動を遂行できない状態に移行してしまった人がおよそ保護対象から外れてしまいかねないような保護法益の理解は不合理ではないか、という疑問なのである。そうだとすると、この疑問に対して、《睡眠中の人でも「自由な意思」にもとづいて行動すれば、移動の意思が「現実に」発動されることになるはずだ》と応じることが、有効な反論になりえているとは思えない。さらに、後掲注 9）を参照。

7）平野龍一「潜在的意思と仮定的意思 ― 監禁罪の保護法益 ―」同『刑事法研究 最終巻』（2005）24 頁以下参照。

8）平野・前掲注 7）「潜在的意思と仮定的意思」30 頁。

9）なお、山口・前掲注 6）各論 83 頁では、「場所的移動の自由を処分する自由（場所的移動の自由が失われることに同意する自由）も保護法益の内容をなすと解する……限りにおいて、可能的自由説が支持されることになる（このように解する限度で、山口・探究 55 頁の見解を改める）」と述べられている（この見解に対しては「本罪についてだけ処分の自由を追加する理由が明確でない」〔中森喜彦『刑法各論〔第 4 版〕』〔2015〕53 頁注(17)〕という批判がある〔もっとも山口厚『刑法総論〔第 3 版〕』〔2016〕171 頁〕。また、山口・前掲注 6）各論 84 頁注(12)〔＝前掲注 6）を参照〕との整合性も問題にならざるをえない。これらの問題点も含めて、「場所的移動の自由を処分する自由」という概念の意味については **2.1.4.2** の検討を参照）。この見解によれば、〈「現実に」意思活動を遂行できない状態に移行してしまった人〉は、移行の時点で、移行後の「場所的移動の自由を処分」したのだと解されることになる。このような解釈を前提にすると、監禁された状態のまま睡眠せざるをえない状況に追い込まれた被害者は、入眠の時点で、強制的に睡眠中の「場所的移動の自由を処分」させられたと評価されることになる。このような理解にもとづいて、睡眠中を監禁罪処罰の対象に含めることができる、と解されているようである。しかし問題は、依然として、その場合の保護（あるいは「処分」）の対象である「場所的移動の自由」の内容をどのように理解するべきかにある。論者は、あくまでも現実的自由と理解している（そのため、「一時的に意識喪失状態にある泥酔者」〔山口・前掲注 6）各論 83 頁〕は監禁罪の客体から除外されると解されている。そもそも可能的自由と理解するのであれば、「場所的移動の自由を処分する自由」といった概念を作り出して議論を複雑にする必要はない。**2.1.4.2**(1)(b)第 2 段落を参照）。この理解を前提にすると、被害者は、目覚めて「現実に」移動の意思を発動するまでの間の自由を強制的に処分させられたのであり、その裏返しとして、被害者を監禁した者は、被害者が目覚めて「現実に」移動の意思を発動するまでの間については監禁罪による処罰を免れえないということになる。そして、このような考え方をつきつめると、かりに部屋の外（さらには公開の場所）に運び出された後であっても、被害者が目覚めるまでの間については監禁罪による処罰を免れえないということになりかねない（このような帰結が生じてしまいかねないのは、移動の自由の保護範囲を、監禁による直接の侵害にとどまらず、監禁されたことに起因する処分にまで広げてしまったことに原因がある。つまり、〈「現実に」意思活動を遂行できない状態に移行したこと〉によって保護範囲から外れてしまった人を、監禁による直接の侵害とは独立に、「自由を処分する自由」に対する侵害という新たな概念・処罰対象を作り出すことで保護範囲に回収したために、監禁による直接の侵害とは独立に監禁罪処罰が生じてしまいかねないのである）。

10）平野・前掲注 7）「潜在的意思と仮定的意思」30 頁。

### 1.1.2　可能的自由説

（1）「行動の自由は必ずしも現實的に存在する必要はなく、その可能性が存することをもつてたると解すべきであるから、覺醒の期待される泥酔者・熟睡者等を拘束することもなお本罪を構成するものといえる[11]」。「たとえ、監禁された時点では眠っていて現実的には移動が考えられないとしても、いつ目覚めて移動しようとするかも知れないのであるから、眠っている段階においても移動の自由は保護される必要がある[12]」。「したがつて、泥酔者・睡眠中の者を逮捕・監禁して、本人が意識を回復する前に、これを解放したばあいにも本罪の成立がある[13]」。

「可能的自由説に対しては、現実的自由説から、監禁罪を可能的自由に対する罪とすることは、自由を害する可能性のある行為、つまり自由に対する危険を有する行為を処罰することになりかねないのであり、そこまで処罰範囲を拡大することは疑問であるとする批判がある。しかし、移動しようと思ったとしても移動できない状態が作られていることは、行動の自由の侵害にほかならないのであって、十分に処罰に値する[14]」。「例えば、X が睡眠中の A を夜の 1 時から 3 時まで部屋の外に出られなくした場合を考えてみよう。……〔現実的自由説〕からは、A が目をさまして外に出ようとしない限り A の自由を侵害したことにはならない。しかし、常に出ようと思えば出られる部屋に寝るのと、1 時から 3 時まで出られない部屋に寝るのとでは、行動の自由に明らかに差がある。A は、いつでも外に出られる部屋に寝ることで、そのような自由を選択しているのであり、その選択は現実のものであってけして仮定的なものではない。移動の自由についての現実の選択が侵害された場合には、それが可能的自由の侵害であっても監禁を認めるべきである[15]」。

---

11）吉川經夫「逮捕監禁罪」日本刑法学会編『刑事法講座（7)』（1953）1569 頁。
12）『大コンメンタール刑法〔第 3 版〕第 11 巻』（2014）347 頁〔竹花俊徳＝荒井智也〕
13）『注釈刑法 第 5 巻』（1965）228 頁〔福田平〕。
14）前掲注 12）大コンメンタール 347 頁〔竹花＝荒井〕。
15）佐伯仁志「被害者の錯誤について」神戸法学年報 第 1 号（1985）79 頁。

(2) 可能的自由説に対しては、つぎのような事例の取扱いをめぐって批判がなげかけられている。「取り囲まれて、客観的には脱出が困難な状況であったとしても、本人がそこにいて話し合う意思を示しているとき[16]」、「X は Y に対して、『この 1 時間の間に、部屋から出たら殺すぞ』と脅したが、Y としては、いずれにせよ、その部屋で、数時間は仕事をするつもりであったので、そのまま仕事をした[17]」。これらの事例（以下では、それぞれ「話合事例」「仕事事例」と引用する[18]）のように、「移動の意思が生じないことが、……任意な意思決定による場合……にはあえて処罰範囲に取り込むまでもなく、現実に移動の意思が生じた場合に初めて可罰性を肯定すれば足りる〔。〕……その場に留まることが現実の意思に適う場合にまで、他の行為の選択肢が制約されていたとして逮捕・監禁罪の可罰性を肯定する必要はない[19]」。

これらの批判に対して、可能的自由説は、一般論として、「行動の自由の妨害行為が被害者の意思に合致しているときには、後に述べる被害者の承諾として、監禁罪の成立が否定される途が残されているのであり、それで十分である[20]」と応じている。さらに踏み込んで、つぎのように答える可能的自由説支持者もいる。「〔仕事事例の場合、〕Y が自由な意思でその場に留まったのであれば、Y の有効な同意が認められるのであるから、可能的自由説からも監禁罪は成立しない（「殺すぞ」と言われて、死にたかったので喜んで殺してもらった場合は、承諾

16）前掲注 2）に対応する引用を参照。

17）島田聡一郎「監禁罪の保護法益」『刑法の争点〔第 3 版〕』（2000）142 頁。

18）もっとも、このような仮想事例をめぐる議論については、それにどれほどの意味があるのか懐疑的にならざるをえないかもしれない。たしかに、話合事例の場合には、より具体的な事情が補われなければ判断の対象にすることは難しいように思われる（**1.2.2**(1)では、具体的事情を補ったうえで話合事例を取り上げる）。まして仕事事例のような特異な状況の場合、事情を具体化するためには無理な想像をめぐらせるといったことにならざるをえない（後掲注 32）を参照。実務的には、現実に特異な事案が生じたというのでもなければ、このような議論には取り合わないということになると思われる。後掲注 28）を参照）。しかし、すくなくとも話合事例に具体的な事情を補ったものについては、可能的自由説の問題点を浮き彫りにする重要な意義を有しているように思われ、実際上の観点からも無視できないのではないだろうか（**1.2.2**(1)での検討を参照）。

殺人であって、普通殺人ではない）[21]」。

### 1.2　検討

以上に概観した議論によると、現実的自由説と可能的自由説の違いが異なる結論へと直結するのは、「睡眠中の者を逮捕・監禁して、本人が意識を回復する前に、これを解放したばあい[22]」である。

#### 1.2.1　現実的自由説が抱える理論構成の問題

現実的自由説は、上記の事例について監禁罪の成立を認めるのは「不合理[23]」だと解しつつ、それにもかかわらず「監禁された者が睡眠する場合[24]」の睡眠中については監禁罪の成立を肯定するべきだと解して、この両方の結論を両

19）山口・前掲注 6）問題探究 54 頁以下（なお、論者自身のあげている具体例は、「監禁された部屋のテレビでかねてより見たいと思っていた映画が始まったために、ともかく見ることにするような場合」〔山口・前掲注 6）問題探究 54 頁〕というものであるが、その趣旨が必ずしも明確とはいえないように思われる。おそらく、すでに成立している監禁罪について、映画を見始めたことによる中断が承認されるべきだと主張される趣旨であるように思われるが、そうすると、①見終わったり、途中で見るのを止めたりしたら再成立するといったようなことがくり返されるのだろうか、さらに、②衝動的行動一般について同様のことが認められるのか等の疑義が生じうるように思われる。そのため、ここでは取り上げて検討することを差し控えたい）。なお、山口・前掲注 6）各論 83 頁では、それまでに採用されていた現実的自由説から、部分的に可能的自由説の結論を支持する見解へと改説されている（この改説の具体的な内容については前掲注 9）を参照）。しかし、改説後においても、「その場にとどまることについて瑕疵のない意思が認められる場合にまで、監禁罪の成立を肯定することはできないことに留意する必要があろう。この点においては、現実的自由説に正しさがあると思われる」（山口・前掲注 6）各論 83 頁）と述べられている。そのため、引用した部分についての見解は改説前後を通じて維持されているものと思われる。この点については後掲注 33）を参照。

20）前掲注 12）大コンメンタール 347 頁〔竹花＝荒井〕。

21）佐伯仁志「刑法における自由の保護」法曹時報 67 巻 9 号（2015）2458 頁。同「逮捕・監禁罪」法学教室 360 号（2010）103 頁も同旨。

22）前掲注 13）に対応する引用を参照。

23）木村・前掲注 5）各論 60 頁。

24）前掲注 5）に対応する引用を参照。

立できるような理論的可能性を探ってきた。

この点について、保護範囲を「仮定的自由」にまで広げるという解決策は、後者の事例については「眠らなければ」（**1.1.1** 第 2 段落を参照）と仮定することで監禁罪の成立を認めつつ、前者の事例では「鍵をかけなくとも」（**1.1.1** 第 3 段落を参照）と仮定することで監禁罪の成立を否定しようとしていた（その他の解決策の提案については前掲注 6）と注 9）を参照）。しかし、前者の事例について、どうして後者の事例と同じように「眠らなければ」と仮定しないのか（あるいは「途中で目覚めていたら」と仮定しないのはなぜか）、その理由は必ずしもあきらかではないように思われる。この解決策の提案者自身が認めているように、「『仮定的』という概念を持ち込むと、限界はむしろ不明確になる[25)]」。

しかし、以上のような理論構成の問題よりも重要なのは、そもそも前者の事例について監禁罪の成立を認めることは本当に「不合理」なのか。反対に、もしも監禁罪の成立を認めることに合理性がありうるとすれば、それはどのような観点から根拠づけられるべきなのか。この問題にどのように答えるかこそが、逮捕・監禁罪の保護法益の内容を決定づけ、また、逮捕・監禁罪をめぐって生じるさまざまな問題の解決に指針を与えるという意味で、基本的な重要性を有しているように思われる（理論構成の問題を優先させて基本的立場を決めるのは、本末転倒だと思われる。そもそも可能的自由説の側にも理論構成上の問題が生じることについて、後述 **1.2.2**(1)の問題点②を参照）。

### 1.2.2　可能的自由説に合理性はあるのか？

（1）　可能的自由説は、「たとえ、監禁された時点では眠っていて現実的には移動が考えられないとしても、いつ目覚めて移動しようとするかも知れないのであるから、眠っている段階においても移動の自由は保護される必要がある。……移動しようと思ったとしても移動できない状態が作られていることは、行動の自由の侵害にほかならないのであって、十分に処罰に値する[26)]」という

25）平野・前掲注 7）「潜在的意思と仮定的意思」28 頁。

26）前掲注 12）大コンメンタール 347 頁〔竹花＝荒井〕。

ことに監禁罪成立の根拠を求めていた。しかし、このような考え方によると、前掲注 16）に対応する話合事例（たとえば、事情を補って、〈取り囲んだ側の者たちは、被害者が話し合いに応じずにすぐに退去する意思を示しても、それを許すつもりはなかったが、そのような状況の下で、被害者は、このような対応をとらざるをえなかった相手方の事情・気持ちを十分理解したうえで、トラブルを何とか解決しなければならないという強い意志をもっており、それに向けての話し合いを円滑に運ぶために必要であれば、相手方の対応方法に異議を申し立てることなく、むしろこれを受け入れて、腰を落ち着けて解決に向けて粘り強く交渉するつもりだった〉というような場合）についても、「話し合う意思」がなくなって「いつ……移動しようとするかも知れない」という点に変わりはないのではなかろうか。このような疑問に対して可能的自由説は、一般論として、「行動の自由の妨害行為が被害者の意思に合致しているときには、……被害者の承諾として、監禁罪の成立が否定される途が残されているのであり、それで十分である[27)]」と応じていた。しかし、

①話合事例において認められる「承諾」とは、具体的にどのような内容なのだろうか。かりに《その時点においてその場にとどまるつもりであること》だとすれば、それは仕事事例（前掲注 17）に対応する引用を参照）においてさえ認められるであろうから、仕事事例についてまで監禁罪の成立が否定される（さらに前掲注 19）で引用した「監禁された部屋のテレビでかねてより見たいと思っていた映画が始まったために、ともかく見ることにするような場合」についてさえ否定される）と解されることになるのだろうか[28)]。

このような疑問が一方で生じるとともに、他方ではより根本的に、

②「被害者の承諾」に問題の位置付けを変えたとしても、承諾もいつ撤回されるかも知れず、「いつ……移動しようとするかも知れない」という点は依然として問題にならざるをえない。そうだとすれば、可能的自由という

27）前掲注 12）大コンメンタール 347 頁〔竹花＝荒井〕。

28）「被害者の承諾」を検討している前掲注 12）大コンメンタール 393 頁以下〔竹花＝荒井〕には具体的検討がなく、結論は示されていない。この点については前掲注 18）を参照。

考え方で監禁罪を理解するべきだと主張する以上、およそ話合事例のような場合について監禁罪の成立を否定することは困難になってしまうのではないか（ラベルを「構成要件該当性」から「違法性阻却」に貼り替えたというだけでは、問題の先送りにすぎず、現実的自由説支持者への説得にはつながらないのではないか）。

このような理論的問題に直面せざるをえないように思われる（理論構成の問題を抱え込んでいるのは、現実的自由説だけではない）。

(2)　可能的自由説支持者の中には、仕事事例について、「Y が自由な意思でその場に留まったのであれば、Y の有効な同意が認められるのであるから、可能的自由説からも監禁罪は成立しない（「殺すぞ」と言われて、死にたかったので喜んで殺してもらった場合は、承諾殺人であって、普通殺人ではない）[29]」と明言する見解もあった。この見解は、上記②の問題との関係では、「逮捕・監禁罪の保護法益……は、端的に客観的な身体の自由と解する[30]」べきことを前提にしたうえで、上記①の問題について、「その場に留ま〔る〕」意思であることが承諾・同意の内容だと解している。つまり、保護法益を可能性から切り離して、現実の「客観的な身体の移動の自由」だと解し、そのことからの帰結として、「自由な意思でその場に留まったのであれば、……有効な同意が認められる」と理解するのである（もっとも論者自身は「結論は、可能的自由説と同じである[31]」と解している。そのため、前掲注 29）に対応する引用も「可能的自由説から」の主張という形式がとられている。この点については後述 **1.3** での検討〔とくに最終段落〕を参照）。

しかし、可能的自由説の立場から考えた場合、仕事事例について注目されるべきなのは、〈かりに部屋を出る必要が生じたとしたときに、それを妨げられてしまう状況にある〉ということまでを、Y は受け入れていたわけではないと考えられる点である[32]。そして、このような「状況」からの保護までを監禁

29）前掲注 21）。
30）佐伯・前掲注 21）「刑法における自由の保護」2457 頁。
31）佐伯・前掲注 21）「刑法における自由の保護」2457 頁。

罪処罰の対象に含めることについては、そこに合理性を見いだせないわけではないように思われる（その具体的な内容については、つぎの(3)第2・第3段落での検討を参照）。

(3)　仕事事例について監禁罪成立の余地を認める考え方に対しては、つぎのような理論的批判が向けられている。「仮に、AがBに対して、ある場所から立ち去ることを強制したが、Bとしては、いずれにせよ立ち去るつもりだったので立ち去った、という場合であれば、強要罪の未遂であることに争いはない。そして、監禁罪は、強要罪の特別法的性格を有しているのだから、〔仕事事例〕のような場合について、監禁罪の既遂を認めるのはいかにもバランスを欠く[33]」。

たしかに監禁罪は、それが暴行・脅迫を用いて遂行される場合については、強要罪の特別法的性格を有していると理解することもできるだろう。しかし、そのような理解を援用することでどのような理論的帰結を導出することが可能になるかは、両罪の異同の具体的内容をどのように理解するかにかかっていると思われる。この点について、個別の権利・義務に関する強制が問題となるにすぎない強要罪とは異なって、監禁罪の場合、「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」（最決昭33・3・19。**1.1**を参照）される被害者

32）その意味で、「『殺すぞ』と言われて、死にたかったので喜んで殺してもらった場合」と仕事事例をパラレルなものとして取り扱うことは、可能的自由説の立場を前提にする以上、かなり無理のある想定によるのでもない限り（たとえば、外に出たら本当に殺されてしまうというほどの緊張感のある状況で仕事をして作業効率をあげたいと思っていたので、喜んで仕事に打ち込んだといったような非現実的な事情を想定しなければ）、難しいと思われる。なお、前掲注18）を参照。

33）島田・前掲注17）争点143頁。また山口・前掲注6）各論83頁では、「その場にとどまることについて瑕疵のない意思が認められる場合にまで、監禁罪の成立を肯定することはできない……点においては、現実的自由説に正しさがある」と述べられたうえで（この主張については前掲注19）を参照）、その現実的自由説の正当性を示すために、「一定の場所に移動することを強制しようとしたら、相手はその場所に移動するつもりだった場合、強要罪は既遂にはならないと解されるが、それは行動の自由の侵害が認められないからである」（山口・前掲注6）各論83頁注(11)）という点が援用されている。

は、その権利行使を包括的に妨げられる危険性ある状況に置かれることになり、さらにその危険性は生命・身体に対してまで及びうる。220 条と 223 条の法定刑の違い、さらに 221 条の存在は、このような両罪の違いによって裏づけられるものと解される。

両罪の違いを以上のように理解した場合、とくに上記のような危険性の内容を考慮すると、その現実化を回避しなければならない事態への直面に備えて、〈かりに部屋を出る必要が生じたとしたときに、それを妨げられてしまう状況にある〉という段階で、あらかじめ阻害要因を排除しておくために刑事罰の介入を認めることにも一定の合理性がありうるのではないかと思われる。そして、これにともなう過度の処罰範囲拡大の懸念に対しては、現実的自由説とは異なる考え方・枠組みによって対処することが可能であり、また適切ではないかと思われる（後述 **1.2.3.1**(2) 第 2 段落末尾の括弧書き注記、とくに後掲注 43）を参照。また、**2.1.3**(1) 第 2・第 3 段落を参照）。

### 1.2.3　可能的自由説の整理

以上の考察を踏まえて、可能的自由説の根拠を再検討したうえで（**1.2.3.1**）、話合事例について考えてみたい（**1.2.3.2**）。

#### 1.2.3.1　可能的自由説の根拠の再検討

(1)　可能的自由説は、「睡眠中の者を逮捕・監禁して、本人が意識を回復する前に、これを解放したばあい[34]」について、ⓐ「いつ目覚めて移動しようとするかも知れない[35]」、あるいは、ⓑ「いつでも外に出られる部屋に寝ることで、そのような自由を選択している[36]」といった点に監禁罪成立の根拠を求めてきた。

このうちⓐの根拠の場合、移動の意思が生じる可能性について、その理由を

34）前掲注 13）に対応する引用を参照。
35）前掲注 12）大コンメンタール 347 頁〔竹花＝荒井〕。
36）佐伯・前掲注 15）「被害者の錯誤について」79 頁。

問うことなく保護しようとしているように受け取られうるため、それが一般化されて他の事例にも推し及ぼされると、単なる心変わりの可能性のようなものまでも刑事罰の対象にされてしまうのではないかという懸念が生じうる（この点との関係で、**1.2.2**(1)で指摘した問題点②を参照）。そして、このような懸念を重視すれば、「現実に移動することを欲したときに保護すれば足りる[37]」という見解の方に合理性がありそうにも思える。

また、上記ⓑの根拠による場合、その「選択」の内容（「移動の自由を留保[38]」している範囲）をどのように決めるのかが問題にならざるをえない[39]。この点について、一方で、心変わりの可能性が完全に排除されることはないと解するのであれば、上記ⓐの根拠と同じ問題に直面することになる。しかし他方で、「その場に留ま〔る〕[40]」という「選択」を根拠にして仕事事例における「移動の自由の留保」を否定するとすれば、それはそもそも可能的自由説の基本的な考え方に反する結果になるのではないかという問題が生じた。つまり、**1.2.2**(3)第2・第3段落でも検討したように、逮捕・監禁による移動制限は、被害者による権利行使の包括的な妨害、さらには生命・身体にまで及ぶ危険性を内在させており、その現実化（たとえば客観的状況・情勢の変化や被害者の状況・状態の変化に起因するものなど）を阻止・回避するために被害者は移動を迫られる可能性がある。このような場合のことを考慮すると、可能性の段階で、あらかじめ移動の阻害要因を排除しておくために刑事罰の介入を認めることにも合理性がありうる。これが可能的自由説の基本的な考え方だとすれば、仕事事例においては、むしろ監禁罪の成立を否定することは難しいのではないかと思われる（**1.2.2**(2)第2段落を参照）。

(2)　以上を前提にして考えると、逮捕・監禁罪の保護法益である「移動の

37）西田＝橋爪・前掲注3）各論82頁以下。

38）佐伯・前掲注21）「刑法における自由の保護」2457頁。

39）保護法益を「各行動についての決定を妨げられない利益」（中森・前掲注9）各論53頁）と理解する見解の場合にも、「妨げ」が生じているか否かをどのように判断するのかが問題にならざるをえないように思われる。

40）前掲注29）に対応する引用を参照。

自由」については、場合を分けて、㋐逮捕・監禁による移動制限に内在する危険性の現実化を回避することとの関係では可能的自由と理解し、㋑上記㋐が考慮されない局面の場合には現実的自由と理解することが適切ではないかと思われる。

もっとも、上記㋐㋑の場合分けが実際に意味をもつのは、被害者の同意・承諾が問題となる局面に限られる（それ以外の場合には、事実上、上記㋐によって規律されることになる）。この場合の同意・承諾は、上記㋐について問題になり、〈移動制限にともなう危険性の現実化回避との関係で、移動の阻害要因のコントロールを他者に委ねる〉ということを内容にする[41]。そして、この同意・承諾が有効である間についてのみ上記㋑の理解が適用[42]されることになる（なお、以上の検討を前提にすると、逮捕・監禁状態を作出し、あるいはコントロールしている者が、被害者の〈移動制限にともなう危険性の現実化回避の必要性〉と移動意思発現の両者に対応して阻害要因を排除できる態勢を整えている〔＝客観的にそのような対応が可能な状況・状態を維持し続けているとともに、主観的にも対応する用意がある〕という場合には、保護法益の侵害自体が否定されると解する余地もあるのではないだろうか〔後述 **2.1.3**(1)第3段落参照。監禁罪の成立を否定するに十分なだけの「態勢」が整えられているか否かは、具体的事情を考慮したうえでの評価の問題になる。なお、移動意思の発動が物理的・心理的障害によって抑圧されている場合には、上記の意味での侵害否定は認められない〕[43]。このような理解を前提にすると、被害者の同意・承諾で問われるのは、上記の「態勢」からの逸脱

41）もちろん、どの範囲で委ねたのかは問題になる。この点については本文の括弧書き注記で後述するところを参照。

42）もっとも、現実に移動意思が発動される場合には、㋐についての同意・承諾も失われていると思われる。

43）反対に、本文のような「態勢」が認められない場合（たとえば、施錠後に外出を一切許さないつもりであるような場合や、放置してその場を長時間離れてしまうような場合）についてまで、被害者が睡眠中であることを理由にして一律に監禁罪の成立を否定する現実的自由説の結論は、適切とは言い難いように思われる（開錠するまでの間も被害者は無事で、眠り続けていたという幸運な場合は、事実上発覚を免れることになると思われるし、それで十分だと解される）。

によって法益侵害が肯定される場合について、その逸脱の内容・程度を被害者が受け入れているか否かだということになる。この点については、**結語**(4)、とくに後掲注 134）を参照)。

結局、「睡眠中の者を逮捕・監禁して、本人が意識を回復する前に、これを解放したばあい」が可能的自由によって解決されるべき根拠は、上記㋐に求められるべきだと思われる。

#### 1.2.3.2　話合事例について

**1.2.3.1** での検討を前提にして考えた場合、話合事例においては、〈移動制限にともなう危険性の現実化回避との関係で、取り囲みを解くか否かについての判断を相手方に委ねるつもりがあったのか〉が問題になる。そして、たとえば **1.2.2**(1)の括弧書き注記で具体化したような事情・状況が認められるとすれば、上記のような意味での同意・承諾を肯定することも不可能ではないと思われる。そのうえで、話し合う意思がなくなって退去するつもりになり、それを相手方も認識したにもかかわらず、取り囲みを解かなかったという場合には、監禁罪の成立が認められることになる。

### 1.3　補論

学説の中には、逮捕・監禁罪の保護法益について、「人身（身体）の自由と解すべきである。本罪の保護法益を行動の自由または身体・行動の自由とするのが一般的見解であるが、端的に人身の自由と解すればたりる。逮捕・監禁が一定範囲で行動の自由を侵害することは確かであるが、それは、人身の自由が侵害されることの結果にすぎない[44)]」と主張する見解もある。この見解によれば、「睡眠中の者を逮捕・監禁して、本人が意識を回復する前に、これを解放したばあい[45)]」については、当然に監禁罪の成立が認められることになる。そのため、「結論は、可能的自由説と同じであるが、客観的に身体の移動の自由

44）平川宗信『刑法各論』（1995）157 頁。

45）前掲注 13）に対応する引用を参照。

が侵害されているから逮捕・監禁罪になると説明する方が簡明で優れている[46]」として、可能的自由説からこの見解支持へと転じる学説もある（「客観的自由説と呼んでおきたい[47]」）。

しかし問題は、この見解からは同意・承諾がどのように解されることになるのかである。この見解の支持者は、仕事事例について「Y が自由な意思でその場に留まったのであれば、Y の有効な同意が認められるのであるから、……監禁罪は成立しない[48]」と解していた（**1.2.2**(2)第 1 段落を参照）。つまり、保護法益を「端的に客観的な身体の移動の自由[49]」と解することからの帰結として、「Y が自由な意思でその場に留まったのであれば、Y の有効な同意が認められる」ことになると解しているのである。しかしこれは、可能的自由説からの帰結とは言い難いものであった（**1.2.2**(2)第 2 段落を参照）。のみならず、かりに保護法益を「端的に客観的な身体の移動の自由」と理解する立場を前提にしたとしても、仕事事例について当然に「Y の有効な同意が認められる」という帰結が導き出されることになるわけではないと思われる。なぜなら、〈かりに部屋を出る必要が生じたとしたときに、それを妨げられてしまうであろう状況が現にある〉ということ（**1.2.2**(2)第 2 段落を参照）が「客観的な身体の移動の自由」の侵害にあたるか否かについては、一義的な結論を導き出すことはできないと考えられるからである（以上のような問題が生じてしまうのは、そもそもこの見解が、逮捕・監禁罪の保護法益と被害者の「意思活動」を切り離そうとするところにその主眼を置いていることに原因があると思われる。つまりこの見解によれば、「嬰児や高度の精神障害で意識を欠く者は本罪の客体から除かれるとするのが一般的見解である。これは、本罪の保護法益を行動の自由と解し、行動の自由は意思活動の自由を前提にすると解することに基づく。しかし、……本罪の保護法益は人身の自由〔＝「『身体の自由』（人身保護法 1 条・2 条参照）であり、『生物的存在

46）佐伯・前掲注 21）「刑法における自由の保護」2457 頁。
47）佐伯・前掲注 21）法学教室 103 頁。
48）佐伯・前掲注 21）「刑法における自由の保護」2458 頁。
49）佐伯・前掲注 21）「刑法における自由の保護」2457 頁。

としての身体が制約されていないこと』[50]」〕と解すべきである。……意思活動・身体活動の能力を有しない者にも、人身の自由はある。それゆえ、本罪の客体たる人は、意思活動・身体活動の能力を有する者に限定すべきではない。嬰児や高度の精神障害者も人身の自由を有し、その身体を不法に拘束すれば本罪が成立すると解すべきである[51]」。このような結論の導出に主眼を置いて構成された保護法益に、〈被害者が自由な意思でその場にとどまれば、監禁罪の成立は否定されるべきか〉という問題を検討するための手がかりが含まれていないのは当然だと思われる。この点については、**2.2.2**(2)との違いを参照)。そして、まさにその点についての考え方・結論をめぐって議論しているのが、現実的自由説と可能的自由説だと解される。

結局、逮捕・監禁罪の保護法益に関係して生じるさまざまな問題のうち、ここまでに検討してきた問題の中には、「人身の自由説」「客観的自由説」によっては十分な解決の指針を提供できない（現実的自由説・可能的自由説が提供している指針に頼らざるをえない）問題があるように思われる（仕事事例についての前掲注 48）に対応する引用は、現実的自由説の指針に従ったものだと解される)。

## 2　保護法益論が影響を及ぼしてきた問題

つぎに、**1** で検討した保護法益についての議論がとくに大きな影響を及ぼしてきた問題を取り上げて検討したい。具体的には、最高裁昭和 33 年 3 月 19 日決定（刑集 12 巻 4 号 636 頁。以下では「最決昭 33・3・19」と引用する）（**2.1**）と逮捕・監禁罪の客体（**2.2**）を取り上げる。

50）平川・前掲注 44）153 頁。

51）平川・前掲注 44）158 頁。佐伯・前掲注 21）法学教室 104 頁以下は、この主張内容に対しても好意的。

## 2.1　最高裁昭和 33 年 3 月 19 日決定（刑集 12 巻 4 号 636 頁）

### 2.1.1　最高裁の判断

#### 2.1.1.1　審理の経過

最決昭 33・3・19 の事案は、「〔被害者〕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え、あらかじめ……被告人宅まで直行するようにいいふくめて雇つた〔運転手〕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、[52)]」「〔その後約 12 キロメートルの距離を〕自動車は……時速約 40 キロメートルで疾走し……、〔母親の入院する〕病院に行くには……三叉路を左折しなければならないのに、自動車は……〔被告人宅方面〕に向つて疾走を続けたため、〔被害者〕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〔被告人宅〕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 25 キロメートルに減じて進行中、右三叉路から約 150 メートル離れた……派出所前で、〔被害者〕が車外に逃げ出した[53)]」というものである。なお、「タクシー運転手某には……〔被害者を欺いていることは〕秘[54)]」されていた。

第 1 審判決は、前掲注 52）に対応する引用の事実認定に続けて、「よつて同車を同所から……派出所附近まで疾走させ、その間〔被害者〕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[55)]」と認定した。これに対する弁護人の控訴趣意は、「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ないが、原判決……〔認定の〕事実は、被告人が〔被害者〕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、〔被害者〕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[56)]」（圏点は原文）と主張するものであった。これに対して第 2 審判決

52）第 1 審判決の認定。刑集 12 巻 4 号 640 頁参照。
53）第 2 審判決の認定。刑集 12 巻 4 号 641 頁以下参照。
54）『最高裁判所判例解説 刑事篇 昭和 33 年度』152 頁〔足立勝義〕。
55）刑集 12 巻 4 号 640 頁参照。
56）刑集 12 巻 4 号 641 頁参照。

は、まず、「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[57]」と述べる。そして、本件の事実関係について、「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〔る〕[58]」と述べるとともに、それに続けて、「なお、司法警察員作成の実況見分調書及び〔タクシー運転手〕の検察官に対する供述調書の各記載によれば[59]」認められる事実として、前掲注 53）に対応する引用の事実認定を追加する。そのうえで、「被告人は〔被害者〕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ないようにして、同女の行動の自由を不法に奪つたもので、刑法第 220 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[60]」と判示した。

弁護人は、「刑法第 220 条第 1 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ないと思料する。……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と解せられるからである。……〔ところが本件では、〕被告人が〔被害者〕を欺罔して乗車せしめた事実は認められるが強制的に乗車せしめたものではない〔から、〕……原審は、……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」と主張して上告した。これに対して最高裁は、「刑法 220 条 1 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

57）刑集 12 巻 4 号 641 頁参照。
58）刑集 12 巻 4 号 641 頁参照。
59）刑集 12 巻 4 号 641 頁参照。
60）刑集 12 巻 4 号 642 頁参照。

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1審判決……摘示の被告人の所為を不法監禁罪に当たるとしたのはまことに正当である」と述べて上告を棄却した。

#### 2.1.1.2　第1審判決と第2審判決の関係

（1）　以上の審理経過によると、第1審判決は、タクシーが発車した時点からの監禁罪成立を無条件に認めている。

これに対して第2審判決は、監禁罪の成立を認める前提として、タクシー発車後の事実関係を追加認定している[61]。この追加認定事実は、「〔被害者〕の意思に反し、……同女の行動の自由を不法に奪つた[62]」という評価を裏づけるためのものだと解される。なぜなら、第2審判決によって示されたつぎの解釈、「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[63]」という解釈との関係で考えると、

①「一定の場所から立ち去ることができなくし〔た〕」という点を裏づける事実関係は、「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ないようにし〔た〕[64]」である。

②上記①を前提にすると、「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」という部分で使われている「監禁をする方法」とは、上記①に至るまでの経過で使われる手段のことを指示していると解され、この部分が控訴趣意に直接対応している。そして、この「欺罔」を裏づける事実関係は第1審判決によって事実認定されている。

以上を踏まえると、第2審判決によって追加認定された事実関係が裏づけるの

61）前掲注53）に対応する引用を参照。
62）前掲注60）に対応する引用を参照。
63）前掲注57）に対応する引用を参照。
64）前掲注60）に対応する引用を参照。

は、「他人の意思に反して……その行動の自由を不法に奪う」という部分だと考えられる。そしてこれは、控訴趣意の「任意的意思」という部分に対応したものだと考えられる。

(2)　そこで問題は、第2審判決が事実関係を追加認定した趣旨をどのように理解するべきかである。

この点については、《第1審判決の認定事実だけでは「他人の意思に反して……その行動の自由を不法に奪」ったとは評価できない》と判断したからだと理解することもできる。つまり、被害者が強制されることなくタクシーに乗り込み、乗車し続けている以上、たとえそれが欺かれたためだとしても、被害者の「意思に反して……その行動の自由を不法に奪」ったとは評価できない。追加認定された事実に示されているように、被害者がそれ以上の乗車を拒絶したときに、はじめて監禁罪の成立は認められる。第2審判決はこのように判断したからこそ、追加事実を認定したのだ。このような理解も、一般論としては成り立ちうる。この場合、「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」という部分は、「自動車に乗せるのに暴行によった場合だけでなく〔欺罔〕によった場合でもいいという……当然のこと[65]」を確認したにすぎないと理解されることになる（監禁罪の成否が決まるのは、それ以前に記述されている成立要件が充足されるか否かによる）。

しかし第2審判決は、結論として、「被告人は〔被害者〕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ないようにして、同女の行動の自由を不法に奪つたもので、刑法第220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」と述べている。そうだとすると、第2審判決自身による追加事実認定の趣旨は、被害者の乗車がすでに発車時点から「任意的意思」（控訴趣意）によるものではなく「意思に反して」いたのだということを推認させる（事後の）事情を認定することで、第1審判決の判断を補強しようとしたものだと解され

65）平野・前掲注7）「潜在的意思と仮定的意思」31頁。

る。その前提として、「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」という部分には、「欺罔」による場合にも「意思に反して」にあたりうるという解釈が示されていることになる。

#### 2.1.1.3　最高裁の判断

(1)　上告趣意では、本件において「欺罔」という手段が用いられたことを理由にする監禁罪不成立の根拠づけが2つ示されている。1つは「本罪は……多少暴力的性質を有する行為を要求する」という点、もう1つは「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」きだという点（**2.1.1.1** 第3段落に引用した上告趣意の内容を参照）。このうち前者の点は、控訴趣意の段階から引き続いて主張されているものである。これに対して後者の点は、控訴趣意の段階でも「〔被害者〕の任意的意思」という言及はあったものの、必ずしも前者の点との区別が明確ではなかったと思われるものである。しかし、おそらく第2審判決の判断が契機となって、上告趣意では同意・承諾の問題として意識的に主張されるに至ったものと解される。

これに対して最高裁は、「刑法220条1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1審判決……摘示の被告人の所為を不法監禁罪に当たるとしたのはまことに正当である」と答えている。

(2)　上記の最高裁の判断と第2審判決をくらべてみると、監禁の定義から「意思に反して」という部分が削られるとともに、その裏づけのために第2審判決によって追加認定された事実関係も不要のものとされている。しかし、それ以外の点については基本的に共通だと考えられる。

最高裁がこのような判断を示したのは、おそらく、被害者が欺かれたために「一定の区域場所から脱出できない」状態に陥らされてしまったという場合については、監禁罪が成立するのは当然であるので、「意思に反する」か否かを

あらためて検討するまでもないと考えたからだと解される（最高裁の判断内容に対する立ち入った検討については後述 **2.1.3**(1)第 2 段落を参照）[66]。

66）なお、学説の中には、最決昭 33・3・19 について「監禁罪の成立時期が争われた事例ではないので、判例は、この点については判断を示していないと見るべきであろう」と主張する見解もある（佐伯・前掲注 21）法学教室 106 頁）。根拠とされているのは、その後の判例である最決昭 38・4・18 刑集 17 巻 3 号 248 頁（「顔見知りの近隣の婦女を強いて姦淫しようと企て、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〔た〕」〔第 2 審判決の認定。刑集 17 巻 3 号 253 頁参照〕。「被告人は、T 女が友人と共に帰宅途中、『家まで乗せて行ってやる』といって同女を自己の運転するオートバイの後部に乗せ、時速約 40 粁で疾走し、同女の家の前まで来た時、同女は『降してくれ、車を止めてくれ』と言ったが、そのまま同速度で走り続け、同女の家から約 1 粁の地点に至り、カーブのため速力を落した時、同女はとび降りて倒れ、その結果……傷害を受け〔た〕」〔『最高裁判所判例解説 刑事篇 昭和 38 年度』34 頁〔川添万夫〕〕）が、被害者の降車要求以降についての監禁罪成立を認めた第 1 審判決の判断を「正当として是認する」と判示している点である（このような判例の理解について、平野・前掲注 2）「刑法各論の諸問題(4)」67 頁、同・前掲注 7）「潜在的意思と仮定的意思」32 頁以下、芝原邦爾他編『判例刑法研究 第 5 巻』〔1980〕147 頁〔森本益之〕参照）。

しかし、第 1 に、最決昭 33・3・19 の上告趣意（**2.1.1.1** 第 3 段落参照）では明確に「被害者自ら運動の自由を抛棄したり」と主張されており、最決昭 38・4・18 の上告趣意（監禁罪の成否にかかわるものはつぎのとおりである。「被告人は第 2 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が走る間も、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、人の通行する往来に解放されている。自動車に関する昭和 10 年 12 月 3 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」〔刑集 17 巻 3 号 251 頁〕）と比較して、発車時からの監禁罪成立を認めることの問題性がより焦点化・主題化していたと考えられる（**2.1.1.3**(1)第 1 段落を参照）。そのような上告趣意に直面しながら、最決昭 33・3・19 は、発車時からの監禁罪成立を無条件に認めた第 1 審判決に対する懸念にもとづいて示された第 2 審判決の判断（**2.1.1.2**(2)を参照）を不要のものとし、「第 1 審判決……摘示の被告人の所為」と明示して監禁罪の成立を認めている（**2.1.1.3**(2)を参照）。第 2 に、つぎのように指摘されている。「〔最決昭 38・4・18〕は、……被害者が家の前まで来て、『降ろしてくれ、車をとめてくれ』と言ったが、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〔の維持する第 1 審判決の判断 ― 引用者注記〕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」（前掲注 12）大コンメンタール 349 頁以下〔竹花＝荒井〕。第 1 審判決は、犯罪事実を「起訴状と同一である」〔刑集 17 巻 3

### 2.1.2　批判

最決昭 33・3・19 に対してはつぎのような批判がなげかけられている。まず、前提的な理解として、最決昭 33・3・19 の事案は「客観的に監禁状態に置かれることに同意させて、その同意が偽計による錯誤に基づいている場合[67]」である。そして、「判例のように、偽計に基づく同意は、被害者が事情を知れば同意しなかったであろう場合には無効である、という立場に立てば（例えば、偽装心中に関する最判昭和 33・11・21 刑集 12 巻 15 号 3519 頁）、当初から監禁罪が成立するということになる[68]」。そうすると、「ダイヤの指輪をプレゼントすると女性を騙してデートに誘い、車でドライブに行っ……た場合に、プレゼントをもらえないとわかっていたら……絶対に同意しなかったというのであれば、女性の同意は無効で、車に乗せて走った点については監禁罪が……成立しうることになる。しかし、こ……の結論は、……不当であろう。検察官が、こ……の場合に、監禁罪……で行為者を起訴するとはとても思えないし、たとえ起訴する検察官が出現したとしても、裁判所が有罪にするとは思えない[69]」。

---

号 252 頁参照〕としている）。「理論上の問題はともかく、実務上の処理としては、犯罪立証の難易等を考慮して、……最決昭和 38 年 4 月 18 日の事案のように、被害者の意思に反してその自由を拘束した時点以降の行為を監禁ととらえるという……運用も、かなり行われているようであり、犯罪の一部を起訴する一種の起訴便宜主義として是認することができよう」（『刑事裁判実務体系(9)』〔1992〕458 頁〔朝山芳文〕）。第 3 に、佐伯教授自身の見解（「被害者が乗った車の運転手が、被害者が降りるつもりになっても……降ろさないつもりだったのかどうかという点が問題である。もし、運転者が降ろさないつもりであったのならば、被害者は知らないうちに〔監禁罪の保護法益である『現存する場所から立ち去る自由』〕の制約を受けていたのであって、その承諾は法益関係的錯誤に基づく無効なものといえるであろう。従って、車が走り始めた時点から監禁罪を認めることができる」〔佐伯・前掲注 15）「被害者の錯誤について」86 頁。途中の括弧内に挿入した部分は同 84 頁からの引用〕）から考えても、最決昭 38・4・18 の事案（第 2 審判決の認定によると、被告人は「〔被害者〕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劫にその目的を遂げようとした」〔刑集 17 巻 3 号 253 頁参照〕）では、むしろ発車時点からの監禁罪の成立が認められるべきだったと解されることになるのではないかと思われる。さらに後掲注 77）も参照。

67）佐伯・前掲注 21）法学教室 106 頁。

68）島田・前掲注 17）争点 143 頁。

そこで批判者は、「当該構成要件で保護された法益に関連する錯誤だけを重要な錯誤と解して、そのような錯誤がある場合に限って同意を無効とすべきであるという、いわゆる法益関係的錯誤説[70]」を採用することによって、つぎのように解決するべきだと主張する（法益関係的錯誤説については後述 **2.1.4.1** での検討を参照）。「被害者が乗った車の運転手が、被害者が降りるつもりになっても……降ろさないつもりだったのかどうかという点が問題である。もし、運転者が降ろさないつもりであったのならば、被害者は知らないうちに〔監禁罪の保護法益である『現存する場所から立ち去る自由』〕の制約を受けていたのであって、その承諾は法益関係的錯誤に基づく無効なものといえるであろう。従って、車が走り始めた時点から監禁罪を認めることができる。しかし、運転手にそのような意図がなかった場合には、……その承諾は有効であり、降ろしてくれるように求める時点まで監禁罪は成立しない[71]」。

さらに進んで、現実的自由説の立場からつぎのように主張する見解もある。「例えば、丙が丁女とドライブがしたかったので、途中で降ろすつもりはなかったが、家まで送ろうと告げて、実際に家で降ろした場合に、……丁女が、いつでも降ろしてくれるのだと思っていたら、丙に監禁罪が成立することになる……〔の〕は不当であろう。」「家の前までの乗車は現実の丁女の意思にかなうものであり、こうした現実的な選択が仮定的事情に優先すると解すべきであろう[72]」。

### 2.1.3　検討

（1）　前掲注 69）の設例について問題になるのは、〈かりに途中で女性に頼まれたとしたら、運転者は降ろすつもりだった〉という場合の取扱いである

69）佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』（2013）217 頁以下。

70）佐伯・前掲注 69）総論 218 頁。

71）佐伯・前掲注 15）「被害者の錯誤について」86 頁。途中の括弧内に挿入した部分は同 84 頁からの引用。

72）いずれの引用も島田・前掲注 17）争点 143 頁。さらに、平野・前掲注 7）「潜在的意思と仮定的意思」32 頁も参照。

（そもそも運転者に降ろすつもりがなかったのであれば、批判者も「車が走り始めた時点から監禁罪を認める」〔前掲注 71）に対応する引用〕）。この場合について、批判者は、最決昭 33・3・19 の考え方によれば同意を無効とせざるをえず、監禁罪の成立を認めざるをえないはずだと批判する。そして、たしかに、最決昭 33・3・19 をつぎのような理由にもとづいて支持しようとする見解に対しては、この批判がそのままあてはまってしまうように思われる。「被告人の偽計がなければ、別のところで別の行動をしていたのであるから、被害者の行動の自由は現実的に侵害されているのであり、これについて監禁罪が成立しないとの結論は妥当でないというべきである。[73]」「真実を告げられていたなら乗車しなかったであろうという場合には、それが動機の錯誤であっても、有効な同意があったとは見ることができないというのが常識的な感覚であり、監禁罪の成立が否定されることはないということになるのではないかと考える[74]」。

しかし、まず確認する必要があるのは、そもそも最決昭 33・3・19 の事案では「被害者の錯誤に基づく同意の有効性」が問題になっていたのか（最高裁は「被害者の錯誤に基づく同意の有効性」について判断したのか）という点である。むしろ、「降ろしてくれといえばすぐ降ろしてくれると思っていた場合であるから、〔『移動の自由がないことを知ってはいるが、そのことに同意している』場合ではなく、『移動の自由がないとは思っていない』〕場合にあたる[75]」。つまり、「客観的には監禁しているが、被害者が錯誤によってそのことを知らなかったとき[76]」（これと前掲注 67）に対応する引用との違いを参照）に対して示された判断だと理解するべきではないだろうか[77]。そうだとすると、設例のように〈かりに途中で女性に頼まれたとしたら、運転者は降ろすつもりだった〉という場合には、そもそもそのこと自体によって監禁罪の成立は否定される。最決

73）前掲注 12）大コンメンタール 372 頁〔竹花＝荒井〕。
74）前掲注 12）大コンメンタール 394 頁〔竹花＝荒井〕。
75）平野・前掲注 7）「潜在的意思と仮定的意思」32 頁。途中の括弧内に挿入した部分は同 25 頁以下からの引用。
76）平野・前掲注 7）「潜在的意思と仮定的意思」32 頁。

昭 33・3・19 の立場からはこのように理解されることになるのではないかと思われる。そして、実は批判者自身も、現在ではこのような理解を採用しているように思われる[78]。

以上の結論を、可能的自由説の立場から理論的に厳密に記述すると、つぎのように解されることになると思われる。すなわち、自動車に同乗者を乗せて疾走させるという行為は、停車している状態にくらべて、同乗者の車外への移動を困難にするものである。しかし、同乗者の〈移動制限にともなう危険性の現

77）なお、佐伯・前掲注 15）「被害者の錯誤について」86 頁では、「運転手が停車を求められて処置に迷っていることから考えれば、〔運転手は降ろさないつもりまではなかった〕場合であったかもしれない。もしそうであれば監禁罪を車が走り出した時点から認めることはできない」と述べられている。しかし本件の運転手は、雇主である被告人の要求に直面して、被害者の停車要求に簡単には応じることができない状態になっており、そのために被害者は時速約 25 キロメートルで走行中の自動車から飛び降りざるをえなかった〔前掲注 53）に対応する引用を参照〕。これは、被害者にとって脱出することが困難な状況だったとはいえないのだろうか。そしてこのような状況は、すでに「車が走り出した時点から」存在していたのではないだろうか。かりにこのように考えることができるとすると、「運転者が降ろさないつもりであったのかどうかという点」（前掲注 71）に対応する引用を参照）は、脱出困難性を判断するための重要なファクターではあるが、その存否によって監禁罪の成否が一律に決まってしまうわけではない（場合もありうる）ように思われる（もっとも、佐伯・前掲注 21）「刑法における自由の保護」2462 頁ではつぎのように解されている。「〔最決昭 33・3・19〕の事案が、被害者が降車を求めても車外に出ることが著しく困難であったとすれば、被害者を乗せた車が発車した時点からの監禁罪の成立を認めた 1 審の認定は正当である」）。この点については次段落での検討を参照。

78）佐伯・前掲注 21）「刑法における自由の保護」2461 頁以下ではつぎのように述べられている。「自動車が疾走している間は、車に乗っている者は車外に出ることができない。しかし、通常、自動車の同乗者が運転者に対して、車を停車して降ろしてくれるよう求めれば、いつでも（停車可能な場所である限り）停車して車から降ろしてもらえるのであって、そのような場合について、車が疾走している間監禁が成立しているとはいわない。……〔したがって、設例のような場合、女性〕の客観的な身体的移動の自由は、その同意を問題にする以前に、そもそも侵害されていない」。また、「客観的に逮捕・監禁状況が存在しているかという問題と被害者の同意の問題は、明確に区別して論じられるべきである」（同 2458 頁）。そうだとすると、前掲注 69）に対応する引用の批判は、現在では佐伯教授自身によっても維持されていないのかもしれない。なお、前掲注 77）と後掲注 84）も参照。

実化回避の必要性〉と移動意思発現の両者に対応して停車できる態勢が整えられている場合には、保護法益の侵害が認められず、監禁罪の成立は否定される（**1.2.3.1**(2)第2段落末尾の括弧書き注記を参照）[79]。

（2） 前掲注72）の設例で、かりに丁が丙の意図を途中で察知して、丙の不気味さに怯え、降車を求めたら何をされるかわからないという恐怖に駆られて、折しも減速中の自動車から飛び降りて負傷したという場合を考えてみよう。この場合に、結論として221条の成立が認められるべきだと解するのであれば、設例の場合にも監禁罪の成立が認められてしかるべきであろう[80]。それが、可能的自由説を裏づけている考慮だと解される（**1.2.2**(3)第2・第3段落、**1.2.3.1**を参照）。

設例のように、実害が表面化することなく経過したという幸運な場合には、丙の行為は、事実上、発覚を免れることになると思われる[81]。そうだとすると、可能的自由説に従ったとしても実際上の不都合が生じてしまうわけではないように思われる[82]。

### 2.1.4 補論

#### 2.1.4.1 法益関係的錯誤説とは？

（1） **2.1.2**第2段落でも引用したように、最決昭33・3・19を批判する見解

---

79）監禁罪の成立を否定するに十分なだけの態勢が維持されているか否かは、具体的事情を考慮したうえでの評価の問題になる。もっとも、かりに態勢が不十分だと評価されたとしても、同乗者がそのような態勢の不十分さを理解したうえで〈移動制限にともなう危険性の現実化回避との関係で、停車の判断・実行を委ねる〉つもりがあれば、同意・承諾による監禁罪否定の余地がある（**1.2.3.1**(2)第2段落参照）。

80）降車要求に実際に直面した場合に丙が改心する可能性を尊重するよりも、異常な状況に陥らされた被害者の保護を重視・優先するべきだと思われる。

81）「理論上の問題はともかく、実際問題として監禁が問題になるのは被害者側に身柄を拘束されているという意識がある場合に限られる」（前掲注66）判例刑法研究157頁〔森本〕）。

82）常習性・異常性等の特異な事情のある事案のことまでを考慮すると、むしろ成立を肯定しておく方が、実際上も適切な場合がありうるのではないだろうか。

は、「当該構成要件で保護された法益に関連する錯誤だけを重要な錯誤と解して、そのような錯誤がある場合に限って同意を無効とすべきであるという、いわゆる法益関係的錯誤説[83]」という「理論」に依拠していた。しかし、**2.1.3**(1)での検討からあきらかであるように、この「理論」は、最決昭33・3・19とは関係のないものであった[84]。

(2)　それでは、最決昭33・3・19との関係を離れて、一般的に、この「理論」が監禁罪において機能しうる状況としてはどのようなものが考えられるだろうか。

つぎのような設例があげられている。「XはAに心理実験のため地下洞窟に1人で1週間暮らしてくれと依頼し、Aはこれを承諾して暮し始めた。……

ⓐ1週間の賃金として10万円支払うとXが言うのでAは承諾したが、Xに金を支払う意思は最初からなかった。

ⓑ心理実験というのは嘘で、Aを裁判の証人台に立たせないためのXの策略であった。

……事例ⓐにおけるAの錯誤が法益関係的でないのは明らかである。監禁罪は移動の自由を保護するものであって、人間の行動（労働力）の財産的価値を保護するものではないからである。Aの錯誤に基づく承諾は、監禁罪について

83）佐伯・前掲注69）総論218頁。

84）なお、佐伯・前掲注21）「刑法における自由の保護」2461頁以下ではつぎのように述べられている。「自動車の同乗者が運転者に対して、車を停車して降ろしてくれるよう求めれば、いつでも（停車可能な場所である限り）停車して車から降ろしてもらえる……ような場合について、車が疾走している間監禁が成立しているとはいわない。……要求すればいつでも降車できると思って乗っているのに実際は要求しても降車できない……点に関する錯誤は監禁罪における法益関係的錯誤であり……同意は無効となる。昭和33年判例の事案が、被害者が降車を求めても車外に出ることが著しく困難であったとすれば、被害者を乗せた車が発車した時点から監禁罪の成立を認めた1審の認定は正当である」。しかし、〈当該犯罪の保護法益が侵害されることを認識していない〉という場合には、同意の有効・無効を問題にする以前に、そもそも同意の存在自体が認められないと解するのが、一般的な考え方だと思われる。その意味で、すでに**2.1.3**(1)で検討したように、最決昭33・3・19の事案において監禁罪の成立を認めることと、法益関係的錯誤説の採否とは、理論的に無関係だと思われる。

は有効とすべきであろう（二項詐欺が問題となろう）。同様に事例ⓑにおける錯誤も、法益関係的錯誤ではないであろう。A は、自分の移動の自由が制約されていることに関しては錯誤がないからである。……監禁罪〔は〕……行動の自由一般を保護しているのではなく、単にある地点から立ち去る自由だけを保護しているから〔、〕……立ち去ることができさえすればどのような目的で立ち去るかは監禁罪の関知するところではないのと同様に、立ち去らないことに承諾すればその目的や社会的意味は監禁罪の成立と無関係と考えるべきであろう[85]」（ⓐⓑの記号は引用者）。

しかしこれに対しては、「医学的実験のためにこの部屋に居てくれといって閉じこめたが、実は裁判所に出頭させないためであったというように、自由拘束の社会的な意味が異なるようなときは、監禁罪が成立するとすべきであろう[86]」と主張されている。さらには事例ⓐに対しても、つぎのように主張されている。「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あり、報酬がもらえると騙されて密室に入った場合）……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見て、『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[87]」。

(3)(a)　(2)で引用した見解が取り上げている諸事例は、それぞれを個別に検討しようとする場合、判断の前提として必要な具体的事情の記述が不足している[88]。そのためここでは、当該事項についての欺きがなかった場合の事例状況を仮定したうえで、それと比較するとどのような違いが生じうるのかを考えてみたい。

---

85）佐伯・前掲注 15）「被害者の錯誤について」82 頁。

86）平野・前掲注 7）「潜在的意思と仮定的意思」28 頁。佐伯・前掲注 15）「被害者の錯誤について」83 頁以下では、あらかじめこのような見解に対する批判が展開されていたのであるが、それを踏まえたうえで、なお引用したように主張されている。

87）山口・前掲注 6）各論 87 頁。この考え方は、後掲注 107）での引用に示されているように、監禁罪以外の（すべての）犯罪へと一般化されている。

（b） まず、「裁判の証人台に立たせないため」（事例ⓑ）「裁判所に出頭させないため」（前掲注 86）に対応する事例）という目的が存在しない事例を仮定して、その事例において同意により許容されうるような監禁状態[89]を想定してみよう。その状態に、上記の目的が付け加わっただけで、その他の事情・状況に一切の変更はないというような場合がもしも現実にありえたとすれば、そのような場合についてまで前掲注 86）の見解は監禁罪を成立させるべきだと主張しているわけではないと思われる。

上記の目的が付け加わるということは、かりに裁判所に出頭（して証人台に立つことが）可能な日時に被害者から外出を要求されたとした場合（あるいは、被害者を外に出す必要のある何らかの事態が生じたとした場合）には、それを拒絶する（黙殺する）つもりであるということが含意されている。通常は、このように受け取られるのではないだろうか。そうだとすると、上記の目的の存在は、監禁状態の内容・程度に影響を与えることになると考えられる（この点を曖昧にしたままで、前段落で記述したような事例状況がごく普通に生じうると考えれば、事例ⓑに説得力を感じることになる）。

結局、事例ⓑについては、その「社会的（な）意味」を問題にする以前に、どのような監禁状態が生じることになるのかを明確にしなければ、そもそも判断・評価の対象にはなりえないように思われる[90]。

（c） つぎに、事例ⓐとは異なって X に賃金支払意思があったという事例状況で、耐えられなくなった被害者から強く外出を要求されたという（おそらく普通に想定されうる）場合について考えてみよう。その場合、X としては、賃金が支払われる契約であることを根拠にして留まるように説得・交渉を試み

88）**1.2.3.1**(2)第 2 段落末尾の括弧書きで注記した「態勢」からの逸脱は具体的にどのような内容・程度だったのか、被害者はそれをどのように認識・理解したうえで同意していたのか等。また、かりに上記の逸脱が被害者の認識・理解の範囲内だったとしても、それがそもそも同意によって許容されうる内容・程度であるのかについては、判断が分かれうると思われる。

89）「態勢」（前掲注 88）参照）からの逸脱の内容・程度が、同意によって許容されうる範囲内にあるような事例状況。

るというのが、もっとも自然な対応なのではないかと思われる。そして、このような説得・交渉にともなう監禁状態の継続は、一定の範囲については許容・正当化されうると考えられる。

それでは、事例ⓐのXが、上記と同じような説得・交渉によってできるだけ実験を継続させようと試みたとしても、監禁罪の成立は否定されるのであろうか。この点について、法益関係的錯誤説の支持者は、「詐欺よって結ばれた契約は取消前から違法なものであり、それによって正当化が認められることはない[91]」と解している。そのため、監禁罪の成立が認められることになるのではないかと思われる。そうだとすると、むしろ外出を要求されたらすぐに応じるつもりであったという場合を除けば、実験開始時からの監禁罪成立が認められることになるのではないだろうか[92]。

(4)　以上を踏まえて考えると、法益関係的錯誤説という「理論」は、①その本来の適用領域（上記(2)）は、それほど実際的な問題にはかかわっていな

90）たとえば、裁判所に出頭（して証人台に立つことが）可能な期間については絶対に外出を認めない（あるいは、その期間については完全に放置して、被害者との連絡を絶つ）つもりだったという場合であれば、被害者がそこまでの内容・程度の監禁状態に置かれることを認識・理解して同意していたかが問題になると思われる（かりに「心理実験」という理由だけでそこまでの認識・理解が得られていることがありえたとしても、それが同意によって許容されうるものであるかは、さらに問題になりうると思われる。もしもその期間中に被害者が強く外出を求めたという場合〔あるいは、もしも被害者を外に出す必要のある緊急の事態が生じたという場合〕、それを拒絶・黙殺・放置することは許されるのだろうか)。反対に、「裁判所に出頭（して証言）させない」ということが単なる願望にとどまっていて、そのために必要となる特別の措置を取るつもりは一切なかったというのであれば（閉じ込めるという挙にまで出ている者に対してこのような想定をするのは現実的ではないと思われるが)、前掲注 86）の見解からも監禁罪の成立は否定されることになるのではないだろうか。

91）佐伯仁志＝道垣内弘人『刑法と民法の対話』（2001）268 頁〔佐伯仁志・発言〕。佐伯仁志「被害者の同意と契約」『西原春夫先生古稀祝賀論文集 第 1 巻』（1998）397 頁以下も参照。

92）被害者 A の立場からいえば、「移動の自由を留保」（佐伯・前掲注 21）「刑法における自由の保護」2457 頁）してしかるべき場合について、それが許されない（X の説得・交渉にともなう範囲での監禁状態の継続が正当化される）ものと思い込まされている。

い一方で、②必ずしも十分な理論的裏づけをともなわないままにその適用領域が拡張されてしまったために（上記(1)）、むしろ既存の問題状況に理論的な混乱を引き起こし、問題の実質的な内容に適した分析・検討を妨げる結果となっているように思われる（**2.1.3**(1)第2段落、前掲注84）を参照）[93]。さらに、③上記①の領域においても、「法益関係的錯誤」という基準による統一的解決が強く志向されるために、個別の問題の具体的検討に先立って、統一的解決が可能となるように問題の焦点が設定されてしまうということが起こりやすくなっているのではないだろうか（上記(3)）。

結局、法益関係的錯誤説とは、何を求めている「理論」なのだろうか。

### 2.1.4.2 「移動の自由を処分する自由」とは？

(1)(a)　前掲注87）の見解は、最決昭33・3・19の趣旨をつぎのように理解している。「判例においては、……行き先を欺罔して、A地点でPを自動車に乗せ、B地点まで疾走したところ、騙されたことに気づいたPが停車を求めたが、そのままさらに疾走し、C地点でPは車外に逃げ出したという事案において、A地点からC地点までについて監禁罪の成立が肯定されている（最決昭和33・3・19刑集12巻4号636頁）。……〔こ〕の場合には目的地について欺罔され……ており、場所的移動の自由は処分可能な法益である（このことは、一定の時間移動の自由が失われる航空機・列車への乗機・乗車を考えれば明らかである）から、……監禁罪の成立を肯定することは不可能ではないと思われる……。なぜなら、移動の自由を処分する自由も法益の構成要素をなすが、このような処分の自由が欺罔により害されているからである[94]」。

上記で「場所的移動の自由は処分可能な法益である」とされていることの根

93）同じような混乱が逮捕・監禁罪以外の犯罪でも引き起こされていることについて、鈴木左斗志「欺きによる殺人罪成否の判断 —— 法益関係的錯誤説とは何だったのか？」『西田典之先生献呈論文集』（2017）91頁以下を参照。

94）山口厚「法益侵害と法益主体の意思」山口厚編著『クローズアップ 刑法各論』〔2007〕27頁。山口・前掲注6）各論87頁以下も同旨。

拠になっているのは、つぎのような状況に対する考慮である。「たとえば新大阪から東京行きの東海道新幹線ひかり号に新横浜で下車するつもりで乗車したところ、それは新横浜を通過するひかり号だったという場合〔引用者注――現在とは異なる運行状況を前提にして議論されている〕、新横浜・東京間でなぜ監禁罪が成立しないかが問題になりうる。……自分の乗った列車の運行に従って行動することに同意した者のみが乗車を許されており、いったん乗車した以上それを変更できないことをわかって乗っているという点に根拠を求めざるをえないであろう[95]」。つまり、上記のような場合に監禁罪が成立しないことを説明するためには、乗車中の移動の自由に対する制限を、「自分の乗った列車の運行に従って行動することに同意した」という乗車前の事情によって正当化する必要がある。これが認められるためには、その前提として、乗客が、乗車中の移動の自由を乗車前に処分（=「場所的移動の自由が失われることに同意[96]」）できるということを承認しておく必要がある。だから、「場所的移動の自由は処分可能な法益である」ということは承認されなければならない、と。

(b)　しかし、最決昭 33・3・19 の事案で発車時からの監禁罪成立を認めるために、どうして乗車前の「処分」を持ち出すといった迂遠なことをする必要があるのだろうか。端的に、「客観的には監禁しているが、被害者が錯誤によってそのことを知らなかった[97]」という事情を援用しないのは、いったいなぜか。

論者は、つぎのような考え方の採用を前提にしている。「移動の意思が生じないことが、……任意な意思決定による場合……にはあえて処罰範囲に取り込むまでもなく、現実に移動の意思が生じた場合に初めて可罰性を肯定すれば足りる〔。〕……その場に留まることが現実の意思に適う場合にまで、他の行為の選択肢が制約されていたとして逮捕・監禁罪の可罰性を肯定する必要はない[98]」。

95）山口・前掲注 6）問題探究 56 頁。
96）山口・前掲注 6）各論 83 頁。
97）平野・前掲注 7）「潜在的意思と仮定的意思」32 頁。
98）山口・前掲注 6）問題探究 54 頁以下。

「その場にとどまることについて瑕疵のない意思が認められる場合にまで、監禁罪の成立を肯定することはできないことに留意する必要があろう。この点においては、現実的自由説に正しさがあると思われる[99]」。つまりこの考え方によれば、最決昭 33・3・19 の事案の被害者の場合、A 地点から B 地点までの乗車に限れば、それは「現実の意思に適う」ものであり、その意味で現実的自由説によれば「その場にとどまることについて瑕疵のない意思が認められる場合」だということになる。それにもかかわらず、A 地点から C 地点までの監禁罪成立を認めるためには、そもそも A 地点から B 地点までの進行も被害者の意図とは異なる行き先へ向けられたものだったということを根拠にする必要がある。つまり、「乗機・乗車[100]」が問題になるような場合、「現実の意思に適う」かどうかは細切れに判断されるべきではなく、行き先・目的地までを含めてトータルに判断されなければならない[101]。このような主張を理論的に根拠づけるために、「移動の自由を処分する自由」というものを持ち出す必要が生じたのではないかと考えられる。

(c)　結局、この見解が目指しているのは、最決昭 33・3・19 の結論を肯定することと、つぎの事例についての結論を承認することとの間に、理論的な整合性を作り出そうとする試みだと解される。「例えば、丙が丁女とドライブがしたかったので、途中で降ろすつもりはなかったが、家まで送ろうと告げて、実際に家で降ろした場合に、……丁女が、いつでも降ろしてくれるのだと思っていたら、丙に監禁罪が成立することになる……〔の〕は不当であろう。」「家

99）山口・前掲注 6）各論 83 頁。その結果、「監禁された部屋のテレビでかねてより見たいと思っていた映画が始まったために、ともかく見ることにするような場合」（山口・前掲注 6）問題探究 54 頁）について、監禁罪の成立が否定（中断）されるべきだと解されることになる。この点について前掲注 19）を参照。

100）前掲注 94）に対応する引用を参照。

101）このように解される背景には、つぎのような場合に対する配慮があるのかもしれない。「欺罔された被害者が車中で居眠りしていて加害者の指示した目的地へ到着するまで事態に気付かず、車を下車して始めて欺罔されたことに気付いたような場合」（前掲注 66）判例刑法研究 156 頁〔森本〕）。

の前までの乗車は現実の丁女の意思にかなうものであり、こうした現実的な選択が仮定的事情に優先すると解すべきであろう[102]」（**2.1.2** 第 3 段落を参照）。

（2） まず、**2.1.3**(2)での検討を前提にして考えると、上記のような試みに意味を見出すことは難しいように思われる。

さらに根本的には、「一時的に場所的移動の（意思に基づく）能力を欠く状態にあるにすぎない者[103]」（「一時的に意識喪失状態にある泥酔者」が例としてあげられているが、睡眠中〔熟睡中〕の者も含まれることになると思われる）に対する監禁罪の保護をおよそ否定するという価値判断を一方で採用されながら、他方で前掲注 87）のような価値判断を承認されるということは、バランスを失しているのではないか。このような疑問を払拭できないように思われる。

（3）「移動の自由を処分する自由」という概念は、上記で検討した場合以外でも、たとえば「監禁された者が夜になって眠りにつ〔いた〕[104]」場合の解決に適用されている（「場所的移動の自由を処分する自由（場所的移動の自由が失われることに同意する自由）も保護法益の内容をなすと……解する限度で、山口・探究 55 頁の見解を改める[105]」）。しかし、このような適用も必ずしも成功しているとはいえない点について前掲注 9）での検討を参照。

（4） 以上を踏まえて考えると、前記(1)(a)第 2 段落の状況を説明するために導入[106] したにすぎない「概念」について、それが《監禁罪の保護法益論の中核をなすものだ》という仮説を立て、異なる状況において生じているさまざまな問題の解決をそこから演繹的に導き出そうとする発想には、そもそも理論的に無理があったのではないだろうか[107]。

---

102）いずれの引用も島田・前掲注 17）争点 143 頁。

103）山口・前掲注 6）各論 83 頁。

104）山口・前掲注 6）問題探究 55 頁。

105）山口・前掲注 6）各論 83 頁。もっとも同 84 頁注(12)。

106）しかしこの説明についても、このような「概念」の導入だけで成功するわけではない点について後掲注 128）とそれに対応する本文を参照。

## 2.2 逮捕・監禁罪の客体

### 2.2.1 一般的な見解

（1）「監禁罪の保護法益は、身体を場所的に移動させる意思決定および意思活動の自由である。身体の場所的移動の『自己決定権』だといってもよい。ここまではほぼ異論がない[108)]」。この現実的自由説支持者による主張は、可能的自由説支持者によってそのまま承認されている[109)]。

上記のような理解からの帰結として、「学説上は、移動の全く不可能な者及び事実上意思活動をする能力の全くない者（植物状態の人間、生後間もない嬰児や高度の精神病者等）は客体から除外されることについては、ほぼ争いがない[110)]」とされている。もっともそこでは、「他人の扶助又は道具その他機械の助けを借りて行動しうる者は行動能力あるものである[111)]」ことが前提にされており、「移動の意思を有する者であれば、自力で移動しえなくとも、その意思を他人に伝達してその助力を得て移動しうることあるいは器械・器具などを自ら利用することによって移動しうることでも足りる[112)]」から、上記の中の「移動の全く不可能な者」とは、①「移動の意思」を有することが全く不可能な者か、②それを「他人に伝達」することが全く不可能であり、かつ、器械・器具などを利用することが全く不可能（もちろん「自力」での移動も全く不可能）な者と

107）もっとも、山口・前掲注 9）総論 171 頁（「学説で主張されている『法益関係的錯誤』説の問題点は、法益処分の自由に関する理解に疑問があることである。すなわち、この見解は、法益処分の自由を法益とは別のものとして捉え、『法益関係的錯誤』を欠く場合に同意を無効とすると、当該法益ではなく、『意思決定の自由』、すなわち法益処分の自由自体が保護されることになるとする。しかし、法益処分の自由は法益の構成要素であり、それとは別ものではない。したがって、上記の批判が妥当かには疑問があるといえよう」）によれば、「学説で主張されている『法益関係的錯誤』説」を置き換えるものとして、本文で指摘した「発想」を監禁罪以外の犯罪（すべて）にも適用される趣旨であるのかもしれない。

108）平野・前掲注 7）「潜在的意思と仮定的意思」24 頁。

109）前掲注 12）大コンメンタール 340 頁〔竹花＝荒井〕。

110）前掲注 12）大コンメンタール 346 頁〔竹花＝荒井〕。

111）前掲注 12）大コンメンタール 346 頁〔竹花＝荒井〕。

112）山口・前掲注 6）各論 82 頁。

いうことになる。そのことから反対に、たとえば「車椅子で移動できる身体障害者から車椅子を奪い去った[113]」場合には、当然に逮捕・監禁罪[114]が成立しうると考えられている。

### 2.2.2 問題点

(1) つぎのような事例状況を想定してみよう。

事例 $P_1$ X は、A が睡眠中の部屋に施錠した。その後、隣室での事故が原因で A は一酸化炭素中毒となり、覚醒することなく、昏睡状態となって死亡した。

この事例 $P_1$ については、現実的自由説からはもちろん、可能的自由説からも 221 条の罪の成立は認められないのではないかと思われる。なぜなら、監禁行為と被害者の死亡との間に「因果関係[115]」を認めることができないからである。

事例 $P_2$ X は、A が睡眠中の部屋に施錠した。その後、隣室での事故が原因で A は一酸化炭素中毒となり、覚醒することはなかったが、近隣の者がかけつけて A を助け出そうとした。しかし、施錠によって阻まれたため救助が遅れ、結局、A は死亡した。もしも施錠されていなければ、救命は合理的な疑いを超える程度に確実だった。

事例 $P_2$ について、結論として 221 条の適用（致死罪）を肯定しようとする場合、移動のために不可欠な外部からの介入を阻害することも「監禁」にあたると解することが必要になると思われる。

事例 Q X は、生後間もない嬰児（あるいは、植物状態の人間、高度の精神病者等。以下同じ）が母親（あるいは看護者。以下同じ）と共に居る部屋に施錠した。その後、隣室での事故による異変に気づいた母親

113）山口・前掲注 6）各論 86 頁注(14)。

114）なお、前注に対応する引用の事例は、逮捕罪と監禁罪のいずれに該当するかの限界が問われる具体例としてあげられているものである。反対にいえば、いずれかに該当することは当然と考えられるからこそ、具体例として選択されたものと解される。

115）最決平成 18・3・27 刑集 60 巻 3 号 382 頁。

が嬰児を連れて脱出しようとしたが、施錠によって阻まれ、嬰児と母親は一酸化炭素中毒により死亡した。

事例 Q における 221 条の罪の成立は母親（看護者）に限られ、嬰児（植物状態の人間、高度の精神病者等）はその対象にならないのだろうか。かりに後者についても 221 条の適用が認められるとした場合、

事例 R　X は、生後間もない嬰児（あるいは、植物状態の人間、高度の精神病者等）が 1 人で居る部屋に施錠した。その後、隣室で事故が発生したため、母親（あるいは看護者）や近隣の者が救出を試みたが、施錠によって阻まれ、嬰児（植物状態の人間、高度の精神病者等）は一酸化炭素中毒により死亡した。もしも施錠されていなければ、救命は合理的な疑いを超える程度に確実だった。

事例 R についての 221 条の罪の成立は、前掲事例 $P_2$ を踏まえても、なお否定されるべきなのだろうか。

（2）　かりに事例 R についても 221 条の適用が認められるべきだと考える場合、監禁罪の保護法益については、ⓐ「身体を場所的に移動させる意思決定および意思活動の自由[116]」に加えて、ⓑ移動を制約された状態に内在する危険性の現実化を回避できるような移動補助を受ける利益[117]も含まれる。このように解することが必要になるのではないだろうか。

もっとも、上記ⓑの利益の侵害は「遺棄」（217 条。場合によって 218 条）にあたると解する余地もある[118]とすれば、事例 R については 219 条の適用も

116）前掲注 108）に対応する引用を参照。

117）泉二新熊『日本刑法論 下巻（各論）〔訂正 44 版〕』（1939）603 頁ではつぎのように述べられている。「例へハ意思能力ナキ幼兒ヲ一室ニ監禁シ其保護者トノ交通ヲ遮斷スルカ如キ行爲モ亦監禁罪タルヲ得ヘシ斯ノ如キ場合ニ於テ侵害セラルル身體ノ自由ハ身體カ正當ニ保護セラルル位置ニ保持セラル可キ利益ニシテ自己ノ意思ニ依リ任意ニ行動スルコトヲ實質トスル利益ニ非ス」。また、中森・前掲注 9）各論 53 頁では、「本罪を意思活動の自由を保護するものと解する必要はないから、機械的補助装置、人的補助者による移動を妨げる行為も本罪を成立させる」と述べられている（泉二・上掲 603 頁の参照が指示されている）。上記の「機械的補助装置」とは、被害者自身の意思に従って操作されるものに限定しない趣旨だと解される。

考えられるかもしれない。しかし、かりにそのように解することが可能だとしても、利益侵害によって監禁状態が生じると評価可能な場合に220・221条の罪の成立[119]を認めることの妨げにはならないと解される（なお、上記ⓐを現実的自由説に従って理解することを前提にしたとしても、上記ⓑを保護法益に含めることが論理的に排除されるわけではないと思われる）。

かりに上記ⓑの利益を保護法益に含める場合、監禁罪の成立を検討する際には、移動補助の遮断・困難化も考慮する必要があることになるため、ⓐⓑそれぞれの観点から監禁行為が認められることもありうると解される（たとえば前掲事例P2における「施錠」は、ⓐの観点からのみならず、ⓑの観点からも監禁行為と評価されるものであったため、221条の成立が認められた。同じく「施錠」でも、外側からの開錠は容易である場合には、ⓐの観点からの監禁行為が認められるにとどまる）。

### 2.2.3　補論

学説の中には、上記**2.2.2**(2)とは異なって、「人身の自由」＝「生物的存在としての身体が制約されていないこと」を保護法益と理解する立場から、「嬰児や高度の精神障害者も人身の自由を有し、その身体を不法に拘束すれば〔逮捕・監禁〕罪が成立すると解すべきである」と主張する見解[120]もある。このような保護法益の理解から生じる問題について、**1.3**での検討を参照。

---

118）また、事案によっては「略取」（224条等）にあたる行為が先行している場合もあるかもしれないし、考え方によってはそもそも「略取」にあたる（場合もありうる）と解する見解もあるかもしれない。

119）もっとも、最終的には罪数評価の問題になると思われるが、その際には、217・218条と220条の法定刑の違いも考慮されることになるだろう。

120）引用部分は、それぞれ平川・前掲注44）153頁、159頁。これに好意的な見解として佐伯・前掲注21）法学教室104頁以下。

## 結語 —— 監禁罪における同意・侵害と保護法益 ——

(1)　現実的自由説支持者と可能的自由説支持者が、ともに、それをどのように説明するかが理論的に重要な意味をもつと考えてきた問題がある。「例えば、鉄道の運行において、駅と駅の間で乗客を車内に閉じこめることが監禁罪にあたらない理由が、そのような自由の制限に対する乗客の同意にあるとすると、……特急列車であることを知らないで乗車した乗客……は自分の〔降〕車しようとしている駅に列車が止まると思って乗車しているのであるから、自由の制限に関する同意がない[121]」。

この事例で監禁罪不成立という結論を導き出そうとする場合、現実的自由説支持者は「場所的移動の自由は処分可能な法益である[122]」ことの承認が必須だと考え、可能的自由説支持者は「契約による正当化[123]」を援用することが不可欠だと解している。

(2)(a)　監禁罪における同意の問題を考えるにあたっては、つぎの2つの場合を区別することが重要だと思われる。第1は、〈移動制限にともなう危険性の現実化回避の必要性〉と移動意思発現の両者[124]に対応して阻害要因を排除できる態勢（**1.2.3.1**(2)第2段落末尾の括弧書き注記参照）について、それが監禁罪の成立を認めうるほどに弛緩・解除されることに被害者が同意している場合。第2は、「その場所にとどまることについて同意している[125]」「自由な意思でその場に留まった〔という意味で〕……有効な同意が認められる[126]」ものの、

121）佐伯・前掲注91）「被害者の同意と契約」386頁以下。現実的自由説支持者の見解については山口・前掲注6）問題探究56頁（前掲注95）に対応する引用）。

122）山口・前掲注94）「法益侵害と法益主体の意思」27頁。

123）佐伯・前掲注91）「被害者の同意と契約」394頁以下。

124）なお、現実的自由説の立場からは、対応する必要があるのは移動意思発現のみであるが、それは現実的なものと仮定的なもの（**1.1.1**第2段落参照）の両者ということになると考えられる。

125）山口・前掲注6）各論84頁。

126）佐伯・前掲注21）「刑法における自由の保護」2458頁。

上記の態勢の弛緩・解除には同意していない場合。

(b)「特急列車であることを知らないで乗車した乗客」は、一般に列車の運行が既定のものであって個々の乗客の意思によって左右されえず、さかのぼって、そのような個々の乗客の意思に対応する態勢（体制）そのものがとられていないことを理解し、それに同意したうえで乗車していると考えられる[127]。

もっとも、同意は一般に撤回されうる。しかしその撤回は、同意した内容に応じた制限を受けるのは当然であり、乗車した列車についての上記「態勢（体制）」を今すぐに整えろという要求が認められないのは当然だと考えられる。

(3) 前記(1)の現実的自由説支持者・可能的自由説支持者は、ともに、監禁罪における同意を上記(2)(a)の第2の場合としてのみ理解しているようである。そのために、「特急列車であることを知らないで乗車した乗客」については、そもそも同意を認めることができず、監禁罪の成立を否定し難くなってしまう。この結論を回避するために、「場所的移動の自由は処分可能な法益である」ことを承認したとしても、それだけでは、事前の処分がどうして事後の現実の移動意思に優先するのか、その理論的根拠の説明がさらに求められることになるであろう[128]。これに「契約による正当化」で応じようとしても、そもそも「自分の降りたい駅に止まる列車だと思って乗ってしまった場合にも、一体契約は有効なのか[129]」、さらには乗車券を購入せずに潜り込んだ者に対する関係をどのように解するのか[130]等といった瑣末な問題が引き起こされ、かえって議論を混乱させかねないように思われる[131]。

---

127）ここでは移動意思発現に対応する態勢（体制）に焦点を当てているので、前掲注124）を前提にすれば、現実的自由説支持者の立場からも同じように解されるのではないかと思われる（さらに可能的自由説の立場からは、〈移動制限にともなう危険性の現実化回避の必要性〉については、その対応が委ねられていると解される）。

128）現実的自由説の立場を前提にしながら、「行動」（山口・前掲注6）問題探究56頁）の単なる自主規制にとどまらない理由を示せるかが問われている。その理由を、「自分の乗った列車の運行に従って行動することに同意した者のみが乗車を許されて〔いる〕」（山口・前掲注6）問題探究56頁）点に求めるのであれば、結局、「契約による正当化」に依拠しているに他ならないのではないだろうか。

129）前掲注91）『刑法と民法の対話』273頁〔佐伯・発言〕。

結局、前記(2)(b)の事情に監禁罪不成立の根拠を求めることが、もっとも実態に適合しているのではないだろうか[132]。

(4)　さらに考えてみると、前掲注125）126）に対応する引用中の「同意」という言葉は、移動意思を現に発動しないということを指示するために使用されている。しかしこれは、一方で、①現実的自由説の立場からすると、侵害行為への同意の有無にかかわらず監禁罪が成立しない場合ではないかと思われる。他方で、②可能的自由説の立場からは、生じている法益侵害に対する考慮が不十分だと解される（**1.2.3.1**(1)第3段落を参照）[133]。

かりに以上のように理解することができるとすれば、前記(2)(a)の第1の場合こそが、理論的には、監禁罪における同意を問うべき局面だということになるのではないだろうか[134]。

(5)　(1)の冒頭に引用した設例は「荒唐無稽な話[135]」であるものの、監禁罪をめぐって生じるさまざまな問題を解決するにあたって、同意の内容・対象をどのように理解するかが重要な意味をもっていることを象徴的に示しているように思われる。何より最決昭33・3・19をめぐる議論においては、現実的自

130）なお、「例えば、倉庫に人が閉じ込められていることを知った管理者は、そのことについて自分に落ち度がなかったとしても、解放しなければ監禁罪が成立するであろう」（佐伯・前掲注21）法学教室105頁）。

131）もっとも、「契約による正当化」が監禁罪において機能する余地はないというわけではない。**2.1.4.1**(3)(c)を参照。

132）もっとも、関係して生じうる事態のすべてを「同意」のみで一元的に説明することには無理があるように思われる。

133）もっとも、現在の佐伯教授の立場が可能的自由説支持なのかは、よくわからない。**1.3**最終段落を参照。

134）一般論としていえば、阻害要因が適時に排除されなかったとしても、それが同意した条件に起因するのであれば、監禁罪の成立は否定されうると解される。もっとも実際の判断では、そもそも条件内容の許容性が問われるのはもちろん、具体的事情によって（たとえば、被害者の移動意思や状況・状態の変化が察知され、それに対応することが可能・相当であると判断されるような場合などには、条件にかかわらず）監禁罪の成立が認められるべきこともありうると思われる。

135）前掲注91）『刑法と民法の対話』276頁〔佐伯・発言〕。

由説・可能的自由説の対立が問われる（**2.1.3**(2)）以前に、むしろ同意の内容・対象をどのように理解するかが決定的な重要性をもっていた（**2.1.3**(1)第2段落参照）。そしてこの点は、さかのぼって、監禁罪における法益「侵害」の内容はどのように理解されるべきかという問題と表裏の関係にあった（**2.1.3**(1)第3段落、**1.2.3.1**(2)第2段落末尾の括弧書き注記参照。この点は、前掲注124）134）を前提にすれば、現実的自由説においても基本的には異ならないと解される）。さらに、このような侵害内容の理解は、それが保護法益についての実質的な理解（**1.2.2**(3)第2・第3段落、**1.2.3.1**(1)第2段落参照）によって裏づけられていてこそ、はじめて被害の実態をとらえることが可能になるのではないかと思われる[136)]。

136）保護法益（関係）をめぐる学説の議論が、必ずしも明晰とはいえない状況になってしまった（**2.1.4** を参照）のは、本来は同意・侵害内容の検討を通じてこそ解決されるべき問題を、保護法益（関係）の問題として取り扱ってしまったことに原因があるのではないだろうか。

リリ