



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	被害者の承諾（6）：各論的考察による再構成
Author(s)	佐藤，陽子
Description	論説
Citation	北大法学論集，59(4)，155-183
Issue Date	2008-11-28
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/35185
Type	departmental bulletin paper
File Information	59-4_p155-183.pdf



被害者の承諾（六）

——各論的考察による再構成——

佐藤陽子

目次

序論	
第一章	国家・公共の法益に対する罪と被害者の承諾
第二章	財産に対する罪と被害者の承諾

（以上、五八卷三号）
（以上、五八卷四号）

第一節 はじめに

第二節 領得罪（窃盗罪・強盗罪・詐欺罪・恐喝罪）

第三節 毀棄罪（器物損壊罪）

第四節 盗品等関与罪

第五節 小括

第三章 自由に対する罪と被害者の承諾

第一節 はじめに

第二節 住居侵入罪

第三節 監禁罪

一 はじめに

二 監禁罪に係る承諾の犯罪論体系上の地位について

三 錯誤・強制に基づく同意

四 その他の要件

五 まとめ

第四節 小括

第四章 生命・身体に対する罪と被害者の承諾

結語 ー総論的考察への示唆ー

第三章 自由に対する罪と被害者の承諾

第三節 監禁罪

（以上、五八号五号）

（以上、五九卷二号）

（以上、五九卷三号）

（以上、本号）

一 はじめに

刑法三二〇条は「不法に人を逮捕し、又は監禁した者は、三月以上七年以下の懲役に処する」とし、一定の場所から移動することを妨げられないという意味における行動の自由を刑法的に保護している。¹前節の住居侵入罪においては、自己の支配領域に誰を入れるかという自由が保護されていたのに対して、ここでは行為客体自体が保護の客体であるという意味で、より人に密接した自由が保護されているといえるだろう。

しかしこのような移動の自由が可能的なもので十分なのか、あるいは実際のものでなければならないかは争われており、このことは被害者の承諾に関係して重要な問題を生ぜしめている。なぜなら、どちらの説をとるかによって被害者の承諾論で取り扱うべき事例の領域が変化するからである。人的自由に対する罪は「自由が侵害されている」ことを認識しなければならぬと解すれば、監禁罪では被害者の承諾が果たす役割は非常に小さいものとなるし、自由が侵害されているという実際の認識がなくとも、可能的な自由の侵害がなされれば十分であると解すれば、被害者の承諾論の果たす役割は大きくなる。

こういったことは監禁罪に限らず、上記の意味で、より人に密接した自由を保護する犯罪類型において容易に起こりうる問題であろう。自由は行使することを妨げられたときに始めて侵害されるのか、実際に行使するか否かは別として、その基盤が奪われたときに侵害されるのか。このことは、自由に対する罪に係る被害者の承諾を議論するにあたってまず検討しなければならない問題である。そして、その上で改めて他の犯罪類型と同様に、被害者の承諾の諸々の問題について明らかにしなければならないのである。

そこで本稿では監禁罪を例にして、まず監禁罪における承諾がどの範囲で問題となるのか、そしてそのような承諾は

どのような性質を有しているのかを明らかにしたい。具体的に二においては監禁罪の保護法益と構成要件メルクマールについて論じること、監禁罪において被害者の承諾が問題となりうる領域を確定し、その承諾の法的性質について検討する。その上で、三においては錯誤・強制に基づく承諾がどのように扱われるのか、最後に四において、その他の要件について検討したい。

二 監禁罪に係る承諾の犯罪論体系上の地位について

監禁罪は人の自由の中でも、一定の場所から移動する自由を保護する犯罪である。本項では監禁罪に係る被害者の承諾の体系的地位について検討したいのだが、前述のように、本罪においては、法益論の議論に基づいて被害者の承諾が問題となりうる領域が異なってくる。それゆえに本節ではまず初めに法益論を検討することで被害者の承諾が問題となる領域を画定し、その上で改めて被害者の承諾の法的性質について検討したい。後者については、他罪と同様に、まず構成要件メルクマールが、続いて法益論が問題となるが、法益論については領域画定の問題に際して検討することになるので、結果的に両者の論じる順序がその限りで入れ替わることになる。

なお保護法益としての自由の意義について検討する前に、明らかにしておかなければならないことが一つある。それは、監禁罪は移動の自由を保護する規定であるので、そもそも移動の自由を有していない者は保護客体にはあたらないということである。それゆえ生後もない嬰兒や植物状態の人間は保護客体には含まれない⁽²⁾。しかし何らかの方法で、たとえば盲導犬等の補助具があれば移動が可能な者は、同罪の客体に含まれることになる。

それに対して一時的にそのような自由を失っている場合については、確かに保護客体との関係で扱う論者もいるが、⁽³⁾

本稿では監禁罪の法益との関係で論じたい。ここで問題となるのは、たとえば睡眠中の者や酩酊者である。これらの者は移動の自由を一時的に有していない者ではあるが、それを取り戻しうる可能性を常に有している点で、そもそも移動の自由を有していない者とは異なっている。

それでは、監禁罪の保護客体は上記のような者であるとして、本罪の保護法益はどのようなものなのだろうか。

一言でいえば、本罪の保護法益は人の移動の自由である。しかし、移動の自由が侵害されたと言うためには、現実には被害者が「自由を侵害されている」という意識を持たなくてはならないのか、あるいは被害者が自由侵害を意識していなくとも被害者の自由が侵害されるような客観的な現象が生じるだけで十分なのだろうか。これが保護法益に関する現実的自由説と可能的自由説の対立である。⁽⁴⁾

日本の通説は、可能的自由説である。⁽⁴⁾この見解によれば、移動しようと思っ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はかならないのであって十分に処罰に値するし、また監禁罪の成立を被害者のそのときの心理状態にかからせるのは、犯罪の成否が極めて不安定になり大いに疑問であるという。⁽⁵⁾ゆえにこの説では、実際にそれを認識し、選択するかは別として、選択肢としてそこから立ち去る自由が失われたことが重要視されることになる。⁽⁶⁾それに対して現実的自由説によれば、監禁罪における行動の自由は一定の場所から移動しようとする意思があり、かつ、その能力があるにもかかわらず外的な作用によってこれが侵害された場合にのみ侵害されることになる。つまり、移動したいのに移動できないという現実の状況が必要となるのである。

更に近年有力なのが、現実的自由説に修正を加えた仮定的自由説である。⁽⁷⁾この見解は、基本的には現実的自由説のように、現実には被害者の移動の自由が侵害されなければ法益侵害は存在しないと考えるが、例外的に被害者の行為がなければ移動する意思を有したであろう場合には自由の侵害を認める。なぜなら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、その場にとどまることを自由な意思により選択しているのではなく、やむを得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。⁽⁸⁾それゆえ監禁中に眠りについた者であってもその間監禁罪の成立が否定されることはないし、監禁状況ゆえに脱出をあきらめて読書している者であってもそのような意思の放棄でもって監禁罪の保護を受けられなくなるわけではない。監禁状況の認識ゆえに行われた移動意思の放棄は、それ自体が監禁行為に基づく移動の自由の侵害ということになるのである。

上記のことから明らかなように、可能的自由説と現実的自由説・仮定的自由説は被害者が自由を剥奪されているという状況を認識していない場合に帰結の差異をもたらすことになる。たとえば睡眠中の者がいる部屋をその者が寝ている間だけ鍵をかけ出られないようにした場合、あるいは強姦目的を秘して家まで送ると欺罔し、降ろす意思なく女性を車に乗せた場合である。しかし、この両者の例は実は、若干事例を異にしている。というのも、前者では被害者は閉じられた場所にいるという客観的事実にも気が付いていない一方で、後者は閉じられた場所にいるという事実には気が付いているが、それが「監禁」であること、つまりはその場を去りたいと思った時に去れない状態にあることに気が付いていない。

前者の類型の一つとして、移動能力はあるが自由として理解していない一歳前後の乳幼児の例が挙げられるが、生後一歳七月を経た幼児を監禁した事例において京都地裁は「たしかに、監禁罪がその法益とされている行動の自由は、自然人における任意に行動しうる者のみについて存在するものと解すべきであるから、全然任意的な行動をなしえない者、例えば、生後間もない嬰兒の如きは監禁罪の客体となりえないことは多く異論のないところであろう。しかしながら、それが自然的、事実の意味において任意に行動しうる者である以上、その者が、たとえ法的に責任能力や行動能力

はもちろん、幼児のような意思能力を欠如しているものである場合も、なお、監禁罪の保護に値すべき客体となりうるものと解することが、立法の趣旨に適し合理的というべきである⁹⁾として監禁罪の成立をみとめた。このような判断は可能的自由説からは支持され、現実的自由説・仮定的自由説からは批判されることになる。可能的自由説によれば、幼児の自由はすでに制限されているし、逆に現実的自由説・仮定的自由説によれば、移動したいのに移動できないという意思を幼児は抱くことができないからである。酩酊者、睡眠中の者についても同様のことがあてはまる。

他方後者の場合、つまり現在の客観的状况については理解しているが、それが「監禁」であるという事実¹⁰⁾に気が付いていない場合についても、同様の対立が起こりうる。ここでは被害者は自由を奪われていることに気が付いておらず、むしろ自由の行使と考えている。たとえば車で家まで送ってもらう時には、降りたいといえども降りしてもらえらると思っっているのだから、被害者には下車の要求が受け入れられないことに気が付くまで「監禁」行為が客観的に実行されているという意識がない。しばらく開けるつもりもないのに「いつでも呼んでくれればドアを開けるから」と欺罔して、部屋に鍵をかけた場合も、被害者がドアを開けてもらえないことに気が付くまで同じことがあてはまるだろう。このような場合に関しては、可能的自由説は、監禁行為は行われており被害者の自由は被害者がその事実¹⁰⁾に気が付く以前からすでに侵害されていると解するし、現実的自由説・仮定的自由説は、被害者は監禁の客観的事実に気が付くまでは自らの自由な意思に従って活動しているものであるから、自由は侵害されていないと解することになる。裁判例としては最決昭和三十三年三月一九日刑集一二巻四号六三六頁と広島高判昭和五一年九月二一日刑裁月報八巻九・一〇号三八〇頁が挙げられる。最高裁昭和三十三年の事例は、逃げ出した接客婦を自らの下へ連れ戻そうとし、入院中の母のもとに連れて行ってやると欺罔して、タクシーに乗車させ、自分も同乗して運転手に発車を命じて疾走させた事例であり、被害者が欺罔に気が付いて停車を求めた後だけでなく、乗車時からの監禁罪の成立を認めた。広島高裁昭和五一年の事例

は、強姦する目的を秘して偽計をもって被害者らを自動車に乗せて車を走らせたが、被害者らが犯行現場に着くまでの事実が気が付かず、ゆえに降車の要求等を一切行っていないかったという事例であり、広島高裁は「およそ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る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」として監禁罪の成立を認めた。⁽¹⁾これらは可能的自由説からの見解であつて、自由が剥奪されている事実を知らない（いつでもそこから立ち去れると思つている）者に対しても監禁罪の成立を認めるのが、現在の判例の立場であるといふことができるだろう。

このような可能的自由説の見解に対しては、被害者の自由が実際に侵害されていない時点で監禁罪を認めるのは本罪を危険犯にしているという批判⁽²⁾、あるいは目的地になつても降ろす気はなかったという行為者の意思に処罰が左右されることになるので適切ではないという批判⁽³⁾があるが、前者については、そもそもこのような主張を行う現実的自由説の論者とは監禁罪の法益概念が異なつているので、実際の自由は侵害されていない場合であっても可能的自由は侵害されており危険犯処罰にはなつていないし、また後者については、「部屋の出口に見張りが立つている場合、自分が監禁されているかどうかは、見張りがどう思つているか、すなわち、実力を使つても出さないと思つているかどうかにかかつている。この場合に、脱出を試みて見張りに押し戻されてみるまで客観的に監禁とはいえない、ということにはならないであろう。監禁罪が成立するかどうかは見張りの意思にかかつているのであり、このことは法益侵害に影響する主観的違法要素を認める以上は当然のことである」という反論がなされている。⁽⁴⁾通常、「監禁」という客観的状态は、鍵が閉まつている等の客観的な事情に左右されるものであるが、たとえば偽計を用いて車に乗せるといった行為態様は、車の走行が行為者の意思に左右されるという点で行為者の主観に関係した特別な事情があり、それゆえこのような行為

態様における監禁罪の法益侵害の有無は、可能的自由説によれば、行為者の監禁の故意に依拠することになる。しかしこのような場合はあくまでも例外であって、また行為者の主観は客観的な状況を補う一要素にすぎないといえよう。そのように解すれば後者の批判も決定的ではないように思われるのである。

それに対して、現実的自由説・仮定的自由説に対しては、犯罪の成立が被害者の主観に依拠してしまうという批判がなされる。しかしこれには「自由剥奪の意識とは、自由概念そのものに伴うものであって、逮捕監禁罪が、身体的移動の自由を保護法益とする侵害犯であると解する限り、現実的自由を拘束するのであれば、実現されえないものなのである」という反論がなされている。⁽¹⁶⁾

以上が日本における監禁罪の法益についての学説の対立であった。その一方で、ドイツにおいても、監禁罪の法益に関して⁽¹⁷⁾は日本のそれと同様な争いがなされている。

通説・判例は可能的自由説と同じ内容をもった潜在的自由説をとっている。⁽¹⁸⁾この見解によれば、監禁罪において重要なのは当事者がそもそも移動しようとしていたかどうかではなく、そのような可能性が奪われたか否かである。従って、酩酊者、精神病者、幼児も、彼らがそもそも任意の移動能力がある限り保護されることになるし、監禁の事実について認識していなかった者や事実上立ち去る意思を有していなかった者も保護されることになる。しかし睡眠中の者に關しては、このような状態が続いている限り滞在地を変えろという意思を持ち得ないので、その間は保護されないと解する論者もいることに注意すべきである。⁽¹⁹⁾

なお、第六次刑法改正において、監禁罪の規定が、「他人の自由の利用を奪った（・・des Gebrauchs der persönlich Freiheit beraubt）」という文言から「利用（Gebrauchs）」が排除され、「自由を奪った（der Freiheit beraubt）」と変化したこと、そして未遂処罰が規定されたことでもって、潜在的自由説であることが明らかになったとする見解もあるが、⁽²⁰⁾

立法者の意図としてそれは不要な言葉をなくしただけで以前の法と意味内容は変わらないことが明らかにされているので、この改正が潜在的自由説にとりわけ有利に働くことはないようである。⁽²¹⁾

それに対して潜在的自由説は既遂時期を早めにくらし監禁罪を危険犯として観念することになるから適切ではないとして、ドイツにおいては仮定的自由説が⁽²³⁾非常に有力に主張されている。仮定的自由説によれば、監禁罪は強要罪の特別事例ということになるので、⁽²⁴⁾強要罪の場合と同じように、行為者の行為が被害者の意思に全く影響を与えることができなかったあるいは事実的に影響を与えなかった時には監禁罪は成立しないことになる。そのため監禁罪の既遂は、被害者が現実的な移動の意思をうちたて、その実現のための能力があり、そしてそれを妨げられた時にはじめて生じることになる。ただし移動について事実的な意思がかけている代わりにそれに見合った「仮定的」意思がある場合には既遂となる。たとえば、移動の計画を立てても無駄だと認識していたから目下の移動の意思を全く抱かなかった場合、行為者自身が被害者の意識を失わせたり、そのような状態を延長させることによって被害者の移動能力を奪った場合、あるいは被害者が心的な障害(Störung)に⁽²⁵⁾屈して、原則的には移動する意思を打ちたてる能力はあるが、行為者の強度の影響下でそのような意思の形成を行わなかった場合がそれにあたる。

このように両説(可能的自由説と現実的自由説)は非常に均衡しているように思われるが、このような対立は、監禁罪における被害者の承諾論に重大な影響をもたらす。つまり、可能的自由説によれば、監禁罪の法益侵害にとつては客観的な監禁状態が重要なので、被害者がそのような状態になることに承諾をしている場合には、たとえばそれが「監禁」であるという事実を知らなくとも、(場合によっては阻却されうるとはいえ)⁽²⁶⁾法益侵害状況は肯定され、ここでの承諾は「被害者の承諾」の問題として取り扱われることになる。偽計を用いて車に乗せたという事例においては、車に乗り込んだら停車するまでは車内から出ることは出来ないという意味で客観的な監禁状態があり、被害者は車に乗ること

で「監禁」には承諾していないが「客観的な監禁状態」については承諾しているといえる。したがって、このような場合には、偽計（欺罔）が被害者の承諾に与えた影響を、被害者の承諾の有効性の問題として検討する必要があるのである。他方で、実際に意思が侵害されなければならないとする現実的自由説・仮定的自由説によれば、偽計を用いて車に乗せた場合は、承諾論を検討するまでもなく、そもそも保護法益は侵害されていないことになる。⁽²⁶⁾ なぜなら、ここで必要な移動の自由の侵害は、「自由が侵害された」と被害者が認識することであって、車がいつでも止まってくれと考えていた場合には、そのような認識はなく、被害者の自由はいまだ侵害されていないからである。それゆえに、この見解によれば、被害者の承諾論の領域は、自由の剥奪（出たくても出れなくなる状況）を意識しつつ、あえてそれを受け入れる場合であって、たとえば心理学の実験のために、一定時間洞窟に閉じ込められることに承諾した場合などをいうことになるのである。

このように監禁罪においては、法益論の議論に依じて被害者の承諾が問題となる領域が異なってくる。そしてそれぞれの領域の中であらためて「監禁」メルクマールや法益の性質が問題となるのである。

私見によれば、監禁罪の法益は可能的自由説が適切であるように思われる。なぜならば、たとえば強姦目的を秘して欺罔をもちいて車に女性を乗せた場合、現実的自由説によれば、女性が行為者の意図に気が付いて車を降りたいと思った時点から監禁罪が成立するということになるが、ここでは被害者はすでに疾走する車にのった状態であり、被害者が事情を理解した後の犯罪成立にとって重要なのは不作為類型ということになるだろう。そのため、もし行為者が高速道路を走っていた等、すぐに停車することのできない状況であれば行為者は停車義務を免れるのであって、その間監禁罪は成立しないことになる。このような帰結は適切ではないであろう。確かに自由に対する罪にとっては「意思の侵害」が重要であるが、欺罔によって車に乗った事例など被害者が気付いていなくとも、実は移動の自由が侵害されている状

況が続いているのであって、このような実的な「自由の侵害」は、現実の「意思の侵害」がない、つまり「私は今不自由である」と感じていない場合であっても、監禁罪によって保護される必要があるように思われるのである。監禁罪は、自身は自由であるという意思を保護しているのではなく、それを保障する前提として、自由な状態を保護しているというべきであろう。ゆえに被害者の承諾論の領域はそれが監禁であるという事実について被害者が認識しているときのみならず、客観的な監禁状態について被害者が承諾しているにすぎないときも含まれることになる。

それでは、被害者の承諾が問題となる領域が上記のものだととして、次に問題となるのは、本罪における被害者の承諾の法的性質であろう。

ドイツの通説によれば、監禁罪に係る承諾は構成要件該当性を排除する合意である。⁽²⁸⁾ドイツの監禁罪は正確にいえば「監禁罪」ではなく「自由を奪う罪 (Freiheitsberaubung)」であり、それはドイツ刑法三三九条一項に「人を監禁し、又は他の方法でその自由を奪った者は、五年以下の自由刑又は罰金に処する」と規定してある。そしてその文脈に基づき、ドイツにおける「einsperren (監禁する)」は、その後続くような文言「der Freiheit beraubt (自由を奪う)」の一つの行為態様として例示されているに過ぎず、その本質は「der Freiheit beraubt」にあるので、「der Freiheit beraubt」といえるためにはそれがたとえ「einsperren」に客観的に該当する行為であっても、被害者の意思に反して行われた行為でなければならないと解されているのである。

しかし、このようなメルクマールの解釈は、潜在的自由説と一致しうるのだろうか。つまり、監禁状態を認識していない者に対しては、自由を奪うという客観的な行為態様を重視しながら、監禁に承諾をしている者に対しては、客観的な行為態様にあわせて「侵害された」という被害者の意思をも考慮することは矛盾していないだろうか。この点については仮定的自由説から、人的な移動の自由の保護を客観的な移動可能性のそれに変えるような拡張は、構成要件該当性

を排除する合意を受け入れることと一致しないとして指摘されているところである。また実際に、潜在的自由説の一部は、監禁罪における被害者の承諾を同意に分類している。³⁰ それによれば、同意にもかかわらず、法益の中に一般化された利益と行為者との衝突は完全に存在し続けたままであり、このような衝突は優先的に構成要件のレベルで重要となり、構成要件実現の不法を徴憑する影響を取り除く同意の正しい刑法体系上の位置は正当化のレベルということになるのである。³¹ しかし、潜在的自由説と構成要件該当性を排除する合意の受け入れは、必ずしも矛盾しないであろう。というのも、潜在的自由説は確かに客観的な自由の剥奪状況を重視するが、正確に言えば「被害者の意思に反する客観的な自由の剥奪状況」を重視しているからである。被害者が法益侵害に気が付いていない場合と、法益侵害が被害者の意思に合致する場合は異なるのであって、そのことは監禁罪に限られたことではない。たとえば、住居侵入罪でも、被害者の気が付いていない「侵入」行為はありうるし、窃盗罪でも占有者が気が付いていない「窃取」行為はありうるが、住居権者や占有者がそのような行為に承諾すればそこには「侵入」も「窃取」もありえないことになる。法益侵害についてとりわけ何も意識していなかった、つまりは放棄の意思が形成されていなかった場合には、たとえその侵害に気が付かなかったとしても、そこには当然対立する意思の存在が前提とされているのである。権限者が、そのような行為を認めるまでは、住居に立ち入ってはならないし、物を窃取してはならないし、人を客観的に監禁してはならない。しかし、権限者がそれを認めれば、そのような行為は構成要件を充足しないことになるのである。ゆえに、潜在的自由説による合意の受け入れは決して認められないものではない。

それでは「der Freiheit beraubt」の一類型である「einsperren」は、自由侵害そのものを意味しているのだろうか。もつとといえば本稿との関係において、「einsperren」という言葉に、法益侵害とは異なった、しかし被害者の意思状態に関係した更なる要素が存在しているのだろうか。ドイツの通説的な解釈に基づけば、おそらくそのような要素は存在して

いるだろう。なぜなら、詳細は後述するが、法益放棄と呼ぶに足りない欺罔によって不正に得られた合意の場合においても「einsperren」は排除されており、欺罔によって不正に得られた合意は自由を奪う「auf andere Weise（他の方法）」に当たるか否かで解決されているからである。つまり「einsperren」というには被害者が事実にそのような状態に合意していないことが要件として必要なのである。そしてまた、すべての自由侵害が「auf andere Weise（他の方法）」にあたるわけではなく、監禁罪成立の有無はこの文言の解釈に委ねられることになる。このことからドイツ監禁罪（通説）における被害者の承諾は、法益侵害以上のより事実的（各論的）な被害者の意思侵害を内容とする、本稿でいう行為態様に係る合意といえるように思われる。

それに対して仮定的自由説⁽³³⁾によれば、移動をする意思のそもそもない者は、自由を奪われていないし、合意をした者も同様であると解しているので、「自由を奪った」ことは構成要件メルクマールであり、また法益侵害そのものということになるだろう。

以上がドイツにおける被害者の承諾の体系的地位（監禁罪）の議論であるが、それでは日本刑法においても監禁罪における承諾は行為態様にかかる合意なのだろうか。私見によれば、そうではないように思われる。なぜなら日本においては、「auf andere Weise（他の方法）」の文言が存在しないからである。もちろん「監禁」とは四方を囲んで出られなくすることを意味するだけではなく、偽計によるものも含まれている⁽³⁴⁾。それゆえ「偽計」の解釈の問題として合意に基づく監禁を扱う可能性も理論的には残されている。しかしやはり文言の中心は「監禁」であり、偽計に基づく監禁も同じ文言で処理される。つまり、心理的に四方を囲んで移動できなくした監禁行為なのである。そうである以上、事実的に四方を囲んでいるのであれば、直接的に「監禁」という語を充たすことは可能であろう。つまり承諾に基づく監禁も四方を囲んだ状態が存在している、ただそれだけで、「監禁」という客観的メルクマールを充たすのである。

そのため偽計に基づく監禁の場合、たとえば「エレベーターが故障しましたので、エレベーターから出ることができません」といわれた場合もしエレベーターの中にいた者が、それが虚偽でいつでもエレベーターから降りられる状態にあることを知っていて、それにもかかわらず動かなかったのであれば、そのような状況は「監禁」というメルクマールに該当しないが、偽計によらず、鍵を閉めたり、バリケードを作ったりという物理的な障害を作る場合には、たとえ真意の承諾があっても、それは四方を囲んだ事実ですでに客観的に「監禁」であるといえるのである。「他の方法で自由を奪う」という文言のない日本においては、監禁は単なる「自由剥奪方法」の一つの例に過ぎないと解することは難しいのである。法益が可能的自由であつても現実的自由であつても、被害者の合意に左右されない絶対的な意味での「監禁」状況は存在するのであり、結果として被害者の承諾論は、構成要件メルクマールとは別個の問題として論じられるべきである。監禁とは、純粹に客観的に自由を奪うことであり、また偽計や強制により主観的に自由を奪うことなのである。

それでは監禁に関する承諾によつて、法益侵害は存在しなくなったといふことはできるのだろうか。おそらくできるであろう。可能的自由という法益は、被害者が放棄すればその侵害が存在しなくなる法益である。なぜなら被害者はまさに合意に基づくその状況において、彼の行動の自由を行使しているからである。彼の自由はそのとき、侵害されていない。将来移動しなくなったときに、移動できなくなる可能性についてはここでは問題ではない。なぜならそれは移動しなくなった時点での合意の撤回が問題となるからである。以上のことに鑑みれば、監禁罪における被害者の承諾は、法益侵害性に係る合意であるといふことができるであろう。

三 錯誤・強制に基づく同意

ドイツにおいては、監禁罪における承諾を行為態様に係る合意に分類したことからも判明するように、その性質は構成要件の特別なメルクマールに基づいて判断されることになる。通説的な見解によれば、欺罔に基づいて得られた合意は無効である。⁽³⁵⁾ なぜならば、ドイツ刑法二三九条は、「auf andere Weise (他の方法)」という文言でもって自由剥奪の種類に偽計をも受け入れているからである。監禁罪における自由の剥奪に関しては、ピストルを突きつけられて移動の自由を妨げられるのと、甘言を用いてそれが妨げられるのとは、侵害手段が異なるだけで同じものだと考えられているのである。⁽³⁶⁾ それに対して少数説は、偽計には錯誤に基づく合意は含まれず、それは偽計ゆえに自由が奪われた（心理的に移動できないと信じ込ませた）場合を意味するものであるとし、合意はたとえ欺罔に基づいたとしても有効である⁽³⁷⁾と解する。ここでは行為手段としての偽計と、不正に合意を得るための偽計は、被害者側の「移動しない」という意思が任意か否かによって区別されることになる。さもなければ、二三九条の可罰性をささいな社会的害悪しかないものにまで広げてしまうからである。

このようにドイツにおいては欺罔に基づく承諾の有効性の問題は、欺罔によって得た承諾が偽計（「他の方法」）の類型に入るか否かで対立することになる。確かに、実は自由に出入りできるエレベーターに心理的な影響を通して閉じ込めることと、実際には自由に出入りできないが連絡すれば鍵を開けると欺罔して（承諾を得て）部屋に閉じ込めることは、同じ偽計による監禁であるようにみえるし、逆に監禁される瞬間、あるいは監禁されている間をみれば前者は不本意で後者は本意の行動であるといえるだろう。どちらの視点を重視するかによって結論が異なってくるのである。

他方で、錯誤（欺罔）に基づく承諾は「他の方法」（偽計）という構成要件メルクマールには該当せず、また「einsperren」という客観的な状況はたとえ被害者の承諾があっても存在するとし、監禁罪においても一般的な承諾論が重要であるとの考えから、欺罔に基づく承諾の問題を総論的な承諾論の中で解決しようとする見解もある。⁽³⁸⁾

なお強制によって得られた合意の場合には、「他の方法」の中に脅迫が含まれることから、そのような承諾は無効となるように思われるが、一定の留保を残す見解もある。³⁹⁾ ここでは、強要罪のいう「*ein empfindliche Übel*（著しい害悪）」をもった脅迫では十分ではなく、生命・身体現在の危機に係属した脅迫でなければならぬとされている。判例も同様で、労働契約を維持してもらうために外から鍵をかけること（*einsperren*）に合意したという事例において、「二二九条（監禁罪）は・・単なる二四〇条の強要の特別事例ではない。二二九条はむしろ独自の前提をもった固有の犯罪である。それが存在するのは、当事者を囚人や絶対的な不自由にする『人的自由の完全な破棄』が行われた時だけである」ので、「二二九条は、――自発的に可能な――場所の退去が、二四〇条の意味における著しい害悪を結果として招くであろう場合に常に存在するわけではない。その時には二四〇条に基づく可罰性が存在しうる」として、監禁罪に関する承諾の有効性を認めている。⁴⁰⁾

それに対して日本においては、欺罔に基づく監禁罪に係る被害者の承諾は「偽計」の解釈問題としてではなく、法益侵害の問題として論じられている。なぜならば、強姦目的を秘して家まで送ると欺罔し車を疾走させた事例において、このような類型は「偽計による監禁」ではなく、「偽計を手段とした監禁」であると説明されているからである。⁴¹⁾ ここでは被害者の承諾に関する総論的理論が重要となっている。このような方法は、本罪における承諾を法益侵害性に係る合意に分類する本稿の立場とも一致している。

法益関係の錯誤説の論者は、ここでも同じ方法を用いる。そこで次に問題になるのは監禁罪の「法益関係的」なもの是何かということであろう。

法益関係の錯誤説の論者によれば、たとえばXがAに心理実験のため地下洞窟に一人で一週間暮らしてくれと依頼した場合、①出たくなれば梯子を使つてすぐに出入されると欺罔されていて、実は梯子がはずされていて一週間出られない

状態にあった時には、出たくなればすぐに出られるという可能的自由を留保して承諾しているのであって、自分の可能的自由の制約されていること自体に対する承諾は存在しないという。また②出たくなつて連絡すれば救出するが半日かかると言われていたが、一週間救助する気はなかった時にも、自己の自由の制約の程度について錯誤があり、このような錯誤は法益関係的な錯誤ゆえに承諾は無効となる。これに対して③対価を欺罔されていた時には、監禁罪は移動の自由を保護するものであって、人間の行動の財産的価値を保護するものではないから、承諾は有効であることになる。さらに④心理実験というのは嘘で、実はAを裁判の証人にたてたためのXの策略であつたという時にも、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は無関係だと考えるべきだとされている。⁽⁴²⁾要約すれば、立ち去れない状況になることについての錯誤⁽⁴³⁾、その程度についての錯誤だけが、法益関係的錯誤ということになる。

それに対して法益関係的でない錯誤にも重要性を認める本稿の立場から言えば、上記の例はいずれも自由の侵害を目的とした欺罔に基づく承諾であるので、承諾の無効性が導かれることになる。またたとえ欺罔に基づく合意でなくとも、作為義務に反して錯誤が意図的に取り除かれなかった場合も同様である。⁽⁴⁴⁾③の事例において、確かに監禁罪は金銭と自由とを交換するという人の自由を保護しているわけではないが、移動の自由は実際に侵害されており、そのような侵害が自己決定ではなく行為者の決定で受け入れられていることから、行為者によって巧妙に行われた一週間の自由侵害は処罰することができる⁽⁴⁵⁾と考える。④についても同様であり、行為者によって決定へと導かれた被害者の承諾に基づく一週間の自由侵害は、やはり行為者による自由の侵害である⁽⁴⁶⁾とみなすべきである。

また、本稿は可能的自由説に依拠するので、強姦目的を秘して好意同乗を決定させた場合においても、「家に送る」と欺罔していたあるいはそのような態度を示していた場合には、車が疾走し降りることの困難になった時点からの監禁

（46）を認めることになる。この帰結に対しては、このような事例においては、当初からわいせつ目的誘拐罪が成立し同罪で処罰することができるし、逆に略取誘拐罪に規定されている目的が行為者にならない場合については不可罰とすべきであるとの批判がなされているが、たとえば単に一緒にドライブしたかったという理由で「あなたの母親が事故にいました」と欺罔して女性を車に乗せた場合にはわいせつ目的はなく、しかし一方で十分可罰的であるように思われるのである。同様に被害者の承諾が強制によって得られた場合にも、承諾が他者決定とみなされる場合には、当該承諾の有効性は否定されるものであるように思われる。ドイツにおいては、強要罪のいう「*ein empfindliche Übel*（著しい害悪）」をもった脅迫では十分ではなく、生命・身体現在の危機に関係した脅迫でなければならぬとする説が有力であるが、ここでは法益放棄としての承諾が問題となっているので、他の法益放棄の場合とパラレルに考えるべきであるように思われる。つまり、社会生活の中で甘受すべきような強制は別として、強要罪を構成するような脅迫で得られた承諾は無効とすべきであろう。

四 その他の要件

本稿の立場によれば、監禁罪における被害者の承諾は法益侵害性に係る合意である。それゆえに、ここでも法制度的な「自己決定」の表明としてふさわしい要件が必要となる。

まず承諾者は、監禁されることの意味内容とその効果（利益得失）を十分に理解でき、そしてそのような理解に基づき自己の価値観に従って判断をし、それに基づいて自己をコントロールできる能力をもっていなければならない。ゆえに、幼児や精神薄弱者は、場合によってはそのような能力を有していないことになる。

また合意は条件と共に提示することができる。さらに合意は行為の事前に明示的あるいは黙示的に表明されなければならない。

他方、常時撤回可能性のテーゼを監禁罪でも維持できるのかという問題は若干の検討を必要とする。なぜならば、たとえば「Yは電車に乗っていたが、酔っていたために本来降りるべき駅から乗り過⁴⁸してしまった。その電車は快速で、次の駅にはとまらない電車だったのだが、仕事の都合でYはどうしてもその駅で降りなければならなかったので、車掌Xに次の駅で電車を止めるように要求した」という事例において、降車を拒絶したXに監禁罪の成立を認めることは社会生活上、明らかに妥当ではないからである。それでは、どのような理由でここでは監禁罪の成立が排除されるのだろうか。承諾の常時撤回可能性のテーゼには修正が必要なのだろうか。

たとえば、ここでは事前になした被害者の包括的同意が、現実的同意に優先すると解する見解がある。⁽⁴⁸⁾ それに対して、被害者の常時撤回可能性のテーゼを崩さずに、契約そのものを正当化事由と解する見解もある。⁽⁴⁹⁾ この見解によれば、他人の支配領域への侵入がないかぎり契約に基づく行為は正当化できるので、国家による権力の独占も被害者の人格権をも侵害していないという意味で他人の支配領域に介入していない車掌Xが、契約に基づく行為を行っている本事例では、被害者の承諾によってではなく契約による正当化として、Xの行為は正当化されることになる。その一方で、不作為の問題として解決しようとする立場も有力である。⁽⁵⁰⁾ Yが承諾を取り消した時から始まった監禁は、Xにとっては「Yをおろさない」という不作為類型であるということになり、本件ではXは、Yの客観的な監禁行為を適法に開始したので、Xには先行行為に基づく義務はない、つまり「Yをおろさない」という不作為を行ったとしても、彼には不作為犯は成立しないということになるのである。また通常形で道路交通や鉄道交通、航空交通に関与することは、社会的に相当な行為であるので、このような事例においては行為の社会的相当性ゆえ、そもそも構成要件該当性が排除されるこ

とになるという見解も考えられるだろう。⁽⁵¹⁾

私見によればここでは不作為犯に基づく解決が適切であるように思われる。承諾の常時撤回可能のテーゼを修正して、事前の承諾を優先させる見解は、なぜ事前の承諾が現在の撤回に優先されるかが明らかではなく、また契約を重視する見解も、なぜ契約にそのような効力があるのかが明らかではない。財産犯の場合のような自らの権利の実現とは異なつて、ここではすでに開始されている侵害を停止する義務があるかないかで犯罪の成立が左右されるべきである。このことは侵害が開始される前に承諾が撤回された場合には、自由の侵害はたとえ契約に基づいていても決して開始されてはならないこととも一致するし、契約に基づかない単なる承諾に基づく監禁であっても、場合によっては撤回が意味をなさないこととも一致するだろう（たとえば友人を好意同乗させていたが、その友人が高速道路の途中で突然「車から降りて欲しい」と要求したような場合がこれにあたる）。

五 まとめ

以上のことから、監禁罪においては、被害者の承諾は「法益侵害性に係る合意」であり、その「自己決定」の表明という性質ゆえに、合意者はその法益放棄の内容や効果、利益得失について十分に理解し、それに基づき自己の価値観に従つて判断し、そのような判断に基づいて自己の行為をコントロールする能力を持つていなければならない。欺罔・強制に基づく承諾は欺罔・強制が法益の侵害目的でなされた場合、又は作為義務を意図的に怠つた場合には無効である。また客観的な構成要件メルクマールは充足されているので、法益が侵害されていないことを法制度的（社会現象として）に認めるためには表明が必要である。承諾の常時撤回可能のテーゼはすでに侵害が始まっている場合も、いまだ着手さ

れていない場合も有効であつて、撤回されて以降は被害者の意思に反した監禁状態が存在する。しかし前者の場合には「被害者を解放しない」という不作為犯が問題となるので、場合によっては監禁罪の成立は妨げられることになる。

第四節 小括

「自由に対する罪」においてまず重要なことは、各々の構成要件がどのような自由をどのような形式で保護しているかである。意思決定の自由を保護する強要罪のように、裸の自由が重要であるのか、あるいは監禁罪のようにその可能性が重要であるのかは、被害者の承諾論の適用範囲を定めるために重要となってくる。

被害者の承諾が問題となる範囲を画定したところで次に問題となるのは、当該罪に係る被害者の承諾の犯罪論体系上の地位である。

ここでもこれまでの犯罪類型と同じように、まず構成要件メルクマールが、次に法益論が問題となる。とりわけ自由に対する罪に関しては構成要件メルクマールによって自由侵害の形態が定められていることが多く、承諾の有効要件を定める際に決定的なのは、法益論よりもむしろ構成要件メルクマールである場合が多いように思われる。自由に対する罪において構成要件メルクマールは、被害者の承諾の有効性や要件を定める際に非常に有用な判断基準になるだろう。たとえば、強要罪では、「生命、身体、自由、名誉若しくは財産に対し害を加える旨を告知して脅迫し、又は暴行を用いて」いることが重要であつて、それ以外の方法で人に義務のないことを行わせても本罪は成立しないし、「強要」という語からも読みとられるように、被害者の意思がある程度抑圧されていることも要求されている。そのため、列挙された要件を満たし、その上で被害者の意思が抑圧されて始めて、構成要件メルクマールが充たされるのである。逆にい

えば意思の抑圧とは無関係になされた承諾は、たとえ法益放棄とよぶに不十分なものであっても、それは有効なものとなる。強姦罪の場合も同様であり、ある人の性的自己決定の自由を侵害するような性交渉が行われたとしても、その手段として「暴行又は脅迫」が用いられ、かつ、意思が抑圧されなければ本罪の成立は考えられない。⁽⁵³⁾「暴行又は脅迫」により意思が抑圧され、よって承諾した場合にはその承諾は無効であるが、このような関係がない限りは、たとえ法益放棄に十分でない承諾であったとしても承諾は有効である。ただしここでは準強姦罪成立の可能性は残っており、「抗拒不能」メルクマールを充足するような性的自己決定の侵害が問題となりうる。「抗拒不能」メルクマールは、単なる欺罔に基づく承諾の有効性を肯定し、他方でそれが他の条件と重なって「抗拒不能」へと陥らされたような欺罔に基づく承諾の有効性を否定する。暗さと眠気のために行為者を夫と誤信して性的行為に承諾した者は、夫と誤信したからではなくて、暗さ、眠気といったものに加えて夫と誤信したために、抗拒不能の状態であったといえるだろう。準強姦罪の成立のために重要な⁽⁵⁵⁾のは、欺罔だけではなく、欺罔によつて被害者に与えられた（選択肢が一つしかないという意味での）心理的強制状況であり、あるいは他の判断能力を低減させる状況に加えて欺罔が被害者の判断能力をさらに奪つたことであり、それが「抗拒不能状態」を惹起したといえなければならない。⁽⁵⁶⁾住居侵入罪の「侵入」においても同様であり、ここでは「侵入」行為時に限定して、立ち入りが被害者の意思に反しているか否かを判断することが必要であると考えられるので、欺罔に基づく承諾は重要でない。このような行為態様は、確かに「侵入」というメルクマールから読み取れるが、さらに不退去罪の存在がそれを裏付けることになる。

他方、監禁罪のように、行為態様が特に限定されていない場合においては、法益論が重要となってくる。ここでは客観的に読み取れる事実のみで構成要件メルクマールは充足されるので、被害者の承諾が構成要件メルクマールとの関係で出てくる余地はない。しかし、被害者の承諾に基づく監禁状況は、まさに彼の自由の行使であり、彼が自己決定によつ

てそれを決定したのであれば、彼の自由の侵害はそこには存在しないように思われる。つまり、被害者の承諾に基づく行為は、法益侵害の可能性を有していないのである。

なお住居への立ち入りの合意といった行為態様に係る合意の場合は、合意の要件は各々の構成要件のメルクマールに委ねられることになるが、監禁の合意といった法益侵害性に係る合意の場合には、その要件は被害者の合意が彼の自己決定の表れであつたか否かでその有効性が判断されることになる。

- (1) 川端博『刑法各論講義』(二〇〇七、成文堂)一〇六頁、林幹人『刑法各論』(第二版、二〇〇七、東京大学出版会)七二頁、岡野光雄『刑法要説各論』(第四版、二〇〇三、成文堂)四九頁、斎藤信治『刑法各論』(第二版、二〇〇三、有斐閣)四七頁、曾根威彦『刑法各論』(第三版補正版、二〇〇三、弘文堂)五〇頁、大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法第一巻』(第二版、二〇〇二、青林書院)二二五頁〔竹花俊徳、中森喜彦』刑法各論』(第二版、一九九六、有斐閣)五〇頁、団藤重光『刑法綱要各論』(第三版、一九九〇、創文社)四五七頁。なお、平川宗信『刑法各論』(一九九五、有斐閣)一五七頁も参照。

- (2) 西田典之『刑法各論』(第四版、二〇〇七、弘文堂)七〇頁、前田雅英『刑法各論講義』(第四版、二〇〇七、東京大学出版会)八七頁、古川伸彦『監禁罪の保護法益』西田典之ほか編『刑法の争点』(二〇〇七、有斐閣)一四六頁、大塚仁『刑法概説各論』(第三版増補版、二〇〇五、有斐閣)七五頁、木村光江『刑法』(第二版、二〇〇四、東京大学出版会)二三頁、山口厚『問題探求刑法各論』(二〇〇一、有斐閣)五三頁、島田聡一郎『監禁罪の保護法益』西田典之ほか編『刑法の争点』(第三版、二〇〇〇、有斐閣)一四二頁、山中敬一『行動(精神)の自由に対する罪』芝原邦爾ほか編『刑法理論の現代的展開各論』(一九九六、日本評論社)五〇頁、川端・前掲書(注(1))一〇八頁、林・前掲書(注(1))七三頁、曾根・前掲書(注(1))五一頁。

- (3) 一時的に能力を喪失している者への監禁罪成立の可否を保護客体との関係で論じる立場として、団藤重光編『注釈刑法

- (5) 『(一九六五、有斐閣) 二二七頁(福田平)、川端・前掲書(注(1)) 一〇八頁、岡野・前掲書(注(1)) 四九頁以下、大塚・前掲書(脚注(2)) 七六頁参照。
- (4) 成瀬幸典「監禁罪の保護法益」芝原邦爾ほか編『刑法判例百選Ⅱ各論』(第六版、二〇〇八、有斐閣) 二五頁、大谷實『刑法講義各論』(新版第二版、二〇〇七、成文堂) 七六頁、日高義博・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」植松正ほか著『現代刑法論争Ⅱ』(第二版、一九九七、勁草書房) 五八頁以下(日高義博)、佐伯仁志「被害者の錯誤について」神戸法学年報第一号(一九八五) 七九頁以下、堀江信之「監禁罪」研修四四一号(一九八五) 四三一頁、林・前掲書(注(1)) 七二頁、斎藤・前掲書(注(1)) 四七頁以下、竹花・前掲書(注(1)) 二二二頁、中森・前掲書(注(1)) 五一頁、大塚・前掲書(注(2)) 七六頁、福田・前掲書(注(3)) 二二九頁。
- (5) 竹花・前掲書(注(1)) 二二二頁。
- (6) 高橋則夫「住居侵入罪・監禁罪及び財産犯の問題」現代刑事法五卷七号(二〇〇三) 九六頁、振津隆行「監禁罪の保護法益」芝原邦爾ほか編『刑法判例百選Ⅱ各論』(第五版、二〇〇三、有斐閣) 二二頁、岡野・前掲書(注(1)) 四九頁、西田・前掲書(注(2)) 七〇頁以下、前田・前掲書(注(2)) 八七頁、木村・前掲書(注(2)) 二二三頁、山中・前掲書(注(2)) 五一頁以下、日高ほか・前掲書(注(4)) 六二頁以下(川端)。
- (7) 平野龍一「潜在的意思と仮定的意思―監禁罪の保護法益―」判例時報一五六九号(一九九六) 五頁以下、吉田敏雄「行動の自由の保護―逮捕監禁罪・略取誘拐罪―」阿部純二ほか編『刑法基本講座第六卷』(一九九三、法学書院) 八一頁、山口・前掲書(注(2)) 五四頁以下。
- (8) 山口・前掲書(注(2)) 五四頁。
- (9) 京都地判昭和四五年一〇月一二日刑月二・一〇・一一〇四。
- (10) 齊藤信宰「逮捕・監禁罪」阿部純二ほか編『基本問題セミナー刑法各論』(一九九二、一粒社) 三五頁は、現実的自由の侵害を必要としながら、「もともと、この場合の拘束されているという意識は、その状態(監禁)を状態として認識することであって、『監禁』を意識することが必要であるということではない」として、乳幼児や酩酊者に対する監禁罪成立を否定しながら、監禁行為が行われていることの認識がない者を監禁罪の客体に含めている。自由を意識する能力がない場合に監禁罪の成立を否定する見解と、不自由な状況を認識していない場合に監禁罪の成立を否定する見解は、この点

- で必ずしもリンクしていないようである。しかし、ほとんどの説がこれを結びつけて考えている。
- (11) なお、最決昭和三八年四月一八日刑集一七・三・二四八は、強姦目的を秘して知人の女性に「家まで乗せていつてやる」と言つて被害者をオートバイに乗せた事例について、オートバイに乗せた地点からではなくて、被害者が家の前まで来て降車を要求したのに、それに反して走行した区間だけを監禁罪としたものがある。しかし、当該決定は起訴の段階から監禁罪の成立がその区域に限られていたため、最高裁が現実的自由説にたつたとは解することはできないようである。
- (12) 前田・前掲書(注(2)) 八七頁、木村・前掲書(注(2)) 二三三頁、山中・前掲書(注(2)) 五一頁、吉田・前掲書(注(7)) 七九頁。
- (13) 町野朔「被害者の承諾」西原春夫ほか編『判例刑法研究2』(一九八一、有斐閣) 二〇八頁。
- (14) 佐伯・前掲論文(注(4)) 八八頁。
- (15) 竹花・前掲書(注(1)) 二二二頁。
- (16) 山中・前掲書(注(2)) 五三頁。また前田・前掲書(注(2)) 八七頁以下参照。
- (17) ドイツ刑法二二九条一項「人を監禁し(einsperrt)、又は他の方法で(auf andere Weise)その自由を奪つた者は、五年以下の自由刑又は罰金に処する。」
- (18) Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch Kommentar, 26. Auflage, 2007, § 239, Rdn. 1; Eser, in: Schönke/Schröder Strafgesetzbuch Kommentar, 27. Auflage, 2007, § 239, Rdn. 1; Maurach/Schroeder/Maiwald, Strafrecht Besonderer Teil 1, 9. Auflage, 2003, § 14, Rdn. 2; Träger/Schluckebier, in: Leipziger Kommentar, 2001, § 239, Rdn. 1; Walter Kargl, Die Freiheitsberaubung nach dem 6. Gesetz zur Reform des Strafrechts, JZ1999, 76 ff.; BGHSt 14, 314 ff.; BGHSt 32, 183.
- (19) Eser, a.a.O. (Anm. (18)), § 239, Rdn. 3; Murach/Schroeder/Maiwald, a.a.O. (Anm. (18)), § 14, Rdn. 4.
- (20) Träger/Schluckebier, a.a.O. (Anm. (18)), § 239, Rdn. 9. Vgl. Kargl, a.a.O. (Anm. (18)), 73.
- (21) Horn/Wollers, in: Systematischer Kommentar zum StGB, 7. Auflage, 2003, § 239, Rdn. 3.
- (22) Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 55. Auflage, 2008, § 239, Rdn. 4; Arzt/Weber, Strafrecht Besonderer Teil 1 Lehrbuch, 2000, § 9, Rdn. 16; Tido Park/Thomas Schwarz, Die Freiheitsberaubung (§ 239StGB), Jura 1995, 295; Renè Bloy, Freiheitsberaubung ohne Verletzung fremder Autonomie?, ZStW96, 720; Horn/Wollers, a.a.O. (Anm. (21)), § 239, Rdn. 3.

- (23) *Horn/Wolters*, a.a.O. (Anm. (21)), § 239, Rdn. 2a ff.; *Fischer*, a.a.O. (Anm. (22)), § 239, Rdn. 4; *Park/Schwarz*, a.a.O. (Anm. (22)), 295 f.; *Bloy*, a.a.O. (Anm. (22)), 719 ff.
- (24) ただし、「強要罪の特別事例」という点については、とりわけ根拠等はなく (*Kargl*, a.a.O. (Anm. (18)), 78; *Bloy*, a.a.O. (Anm. (22)), 708 ff.)、現実の自由侵害を重視する独自の法益論から導き出されることになるが、潜在的自由説から見れば、そこには類似性などないことになる。
- (25) 佐久間修「逮捕監禁罪と略取誘拐罪の諸相(1)」警察学論集五七卷一一号(二〇〇四)一八〇頁、斉藤・前掲書(注(1))四八頁以下、竹花・前掲書(注(1))二五九頁、島田・前掲論文(注(2))一四三頁、佐伯・前掲論文(注(4))八一頁以下。
- (26) 山口・前掲書(注(2))五七頁、山中・前掲書(注(2))五二頁、平野・前掲論文(注(7))六頁。
- (27) 山中・前掲書(注(2))五二頁。
- (28) *Heinz Zipf*, Einwilligung und Risikoübernahme im Strafrecht, 1970, S. 17; *Lackner/Kühl*, a.a.O. (Anm. (18)), § 239, Rdn. 5; *Eser*, a.a.O. (Anm. (18)), § 239, Rdn. 3; *Träger/Schluckebier*, a.a.O. (Anm. (18)), § 239, Rdn. 27; *Horn/Wolters*, a.a.O. (Anm. (21)), § 239, Rdn. 9; *Fischer*, a.a.O. (Anm. (22)), § 239, Rdn. 12; *Park/Schwarz*, a.a.O. (Anm. (22)), 297.
- (29) *Fischer*, a.a.O. (Anm. (22)), § 239, Rdn. 4.
- (30) *Kargl*, a.a.O. (Anm. (18)), 73; *Murach/Schroeder/Maiwald*, a.a.O. (Anm. (18)), § 12, Rdn. 15.
- (31) *Kargl*, a.a.O. (Anm. (18)), 76.
- (32) Abw. *Eser*, a.a.O. (Anm. (19)), § 239, Rdn. 9.
- (33) *Horn/Wolters*, a.a.O. (Anm. (21)), § 239, Rdn. 6.
- (34) 岡野・前掲書(注(1))五一頁、山端・前掲書(注(1))四五六頁、竹花・前掲書(注(1))一三三七頁以下、中森・前掲書(脚注(1))五一頁、団藤・前掲書(注(1))四五六頁、福田・前掲書(注(3))一三三四頁以下。
- (35) *Lackner/Kühl*, a.a.O. (Anm. (18)), § 239, Rdn. 5; *Murach/Schroeder/Maiwald*, a.a.O. (Anm. (18)), § 14, Rdn. 12 (ただし同意); *Träger/Schluckebier*, a.a.O. (Anm. (18)), § 239, Rdn. 27; *Bloy*, a.a.O. (Anm. (22)), 713 ff.; *Zipf*, a.a.O. (Anm. (28)), S. 17; *Horn/Wolters*, a.a.O. (Anm. (21)), § 239, Rdn. 9.

- (36) Bloy, a.a.O. (Anm. (22)), 713 ff. は、このような場合、「法益関係の錯誤」の考えがまたあてはまると解する。それゆえに對価的な欺罔によって生じた承諾は有効となり、また行為の社会的な意味についての欺罔、たとえば實際は証人として出廷するのを妨げるためだったが、心理実験だと偽られて監禁に承諾した場合には、欺罔は承諾を無効にすると解している。
- (37) *Parke/Schwarz*, a.a.O. (Anm. (22)), 297 ff. なお、現実的自由説からの主張である。
- (38) *Eser*, a.a.O. (Anm. (19)), §239, Rdn. 6.
- (39) *Trügert/Schluckebier*, a.a.O. (Anm. (18)), § 239, Rdn. 14; *Horn/Wolters*, a.a.O. (Anm. (21)), § 239, Rdn. 4.
- (40) BGHSt. NJW1993, 1807 ff.
- (41) 山口・前掲書(注(2))五六頁、福田・前掲書(注(3))一三七頁、佐伯・前掲論文(注(4))七五頁、平野・前掲論文(注(7))六頁。ただし、このような事例において承諾論が問題となるのは可能的自由説のみであって、現実的自由説・仮定的自由説は承諾論に入る前提として被害者に任意に降りられないことの認識があったことを要する。
- (42) 佐伯・前掲論文(注(4))八二頁。また林美月子「錯誤に基づく同意」松尾浩也ほか編『内藤謙先生古稀祝賀・刑事法学の現代的状況』(一九九四、有斐閣)四〇頁以下参照。
- (43) なお構成要件メルクマールの議論としても、法益関係の錯誤説を用いて Bloy, a.a.O. (Anm. (22)), 713 ff. によれば、行為の社会的意味に関する錯誤も法益関係の錯誤である。
- (44) 詳細は、拙稿「被害者の承諾(4)——各論的考察による再構成——」を北大法学論集五九卷二号(二〇〇八)二五頁以下頁参照。また義務に反して錯誤が取り除かれなかった場合(過失)には合意は有効であるが、過失犯の成立は肯定されうる。
- (45) また斎藤・前掲書(注(1))四八頁以下参照。
- (46) ただし、この点は法益関係の錯誤説であっても、可能的自由説に立てば同様の帰結が生じることになる(佐伯・前掲論文(注(4))八五頁)。
- (47) 島田・前掲書(注(2))一四三頁。
- (48) 山中・前掲書(注(2))五三頁。
- (49) 佐伯仁志「被害者の同意と契約」西原古稀『西原春夫古稀祝賀記念論文集一卷』(一九九八、成文堂)四〇〇頁。ff. D.

Weber, Die zivilrechtliche Vertrag als Rechtfertigungsgrund im Strafrecht, 11. Auflage 1986, S. 161 ff.

- (50) *Alfred A. Göbel*, Die Einwilligung im Strafrecht als Ausprägung des Selbstbestimmungsrecht, 1992, S. 138 ff.; *Noll*, Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe im besonderen die Einwilligung des Verletzten, 1955, S. 109 ff.; *Horn/Wollers*, a.a.O. (Anm.(18)), §239, Rdn. 9.

- (51) *Welzel*, Das Deutsche Strafrecht: eine systematische Darstellung, 1969, S. 56.

- (52) また佐伯・前掲書(注(49))三八六頁、山口厚「犯罪各論の基礎」(4)自由に対する罪」法学教室二〇三号(一九九七)七九頁は、目的の駅に停車しない特急であることを知らずに乗車したような事例においては、不可罰の根拠を包括的同意に求めることはできないとしてこの見解を批判している。ここでは乗客は自分が下車しようとしている駅に止まると思っているから、アルツトのいう意味での法益関係的な錯誤であり、自由の制限に関する承諾はそもそも存在しないからである。

- (53) 佐伯・前掲論文(注(4))八九頁。

- (54) 仙台高判昭和三二年四月一八日高刑集一〇・六・四九一参照。

- (55) 名古屋地判昭和五五年七月二八日刑月一二・七・七〇九、東京高判昭和五六年一月二七日刑一三・一・二・五〇頁、東京地判昭和五八年三月一日刑月一五・三・二五五。名古屋地判昭和五五年七月二八日刑月一二卷七号七〇九頁は、治療行為を欺罔した性行為に準強姦罪の成立を認める基礎として、病気を宣告された被害者らが驚愕・不安のあまり、冷静な判断力・批判力を欠いた状態に陥っていたことを指摘している。

- (56) 林(美)・前掲書(注(42))三八頁以下参照。

〔付記〕

本稿は北海道大学審査博士(法学)学位論文(二〇〇七年三月二三日授与)「被害者の承諾」各論的考察」に補筆したものである。