
種 別： 研究ノート

タイトル： 典型的な継続犯としての監禁罪

著 者： 牧 耕太郎

所 収： 『上智法学論集』第64巻3-4合併号（令和3年3月）279-301頁

発行元： 上智大学法学会

本頁は書誌情報頁です。適宜論文本文の前に付してご利用下さい。



上智大学法学会

研究ノート

典型的な継続犯としての監禁罪

牧 耕太郎

- 第1 序
- 第2 判例・学説の理解
 - 1. 監禁罪と継続犯
 - 2. 既遂時期を規定するものとしての「継続犯」
 - 3. 構成要件該当行為に着目する立場
 - 4. 法益侵害に着目する立場
 - 5. 小 括
- 第3 「監禁」という文言と監禁罪の構成要件
 - 1. 「監禁」の要素
 - 2. 監禁罪の構成要件的结果の把握
 - 3. 監禁罪の構成要件的行为（実行行為）の把握
 - 4. 主観的要件との関係
 - 5. 補論 —保護法益論との関係について—
- 第4 跋
 - 1. 「継続犯」の意味のレベル —特に既遂時点との関係で—
 - 2. 構成要件該当性の意味
 - 3. 主観的要件の充足
 - 4. まとめにかえて

第1 序

多くの体系書や注釈書等において、監禁罪は継続犯の典型例として表れてくる。しかし、そこで示される継続犯の定義は論者によって微妙に異なったものである。いくつか目に付くものを挙げてみるだけでも、「法益侵害の継続する

間、犯罪の継続が認められるもの⁽¹⁾とするものや、「法益侵害などの結果発生より犯罪が成立し、その結果が継続する間、犯罪は継続的に成立するもの⁽²⁾とするもの、さらには「法益侵害・危険の事態の継続そのものが構成要件の内容となっているもの⁽³⁾とするものなどと、1つの定義が確立されているとはいいがたい。そこで、本稿においては、通説が監禁罪を継続犯だと考える理由を、監禁罪の犯罪構造という観点から検討を施す。

第2 判例・学説の理解

1. 監禁罪と継続犯

判例、通説においては、監禁罪は継続犯だと明言されるものの、「〇〇故に」と書かれることはあまりなく、例えばその罪質論の部分で、「(逮捕・)監禁罪は継続犯である。」と書かれるのみである。あるいは、刑法総論の該当箇所において、「継続犯とは〇〇である。典型例は監禁罪である。」とされるのである。そうすると、アプローチとしては、罪質論の前提をなす監禁罪の構成要件の検討から行うものと、総論で示された定義を当てはめる形で検討を行うというものが考えられよう。前者は次節で行うこととして、本節においては、後者の当てはめからの検討を行うこととする。それを行うことで、次節で検討する監禁の構成要件のイメージが透けて見えると考えるからである。

2. 既遂時期を規定するものとしての「継続犯」

具体的な検討を行う前に、1つ確認しておくべきことがある。それは、監禁罪において「継続犯」という言葉が使われる場面には、2つの文脈があるということである。すなわち、現在一般的に議論されている、状態犯と区別される意味での継続犯として監禁罪を理解する場面と、構成要件の充足に一定の時間経過を必要とする、いわば既遂時期を規定するために用いられる場面の2つである。ここでは、以下の議論の前提として、本稿で扱う「継続犯」の意義を確認しておきたい。

例えば、莊子邦雄博士は、継続犯とは、文言上の構成要件を充足しただけで

(1) 大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法〔第3版〕第2巻〕(青林書院・2016年)42頁 [大塚仁執筆]。

(2) 山口厚『刑法総論〔第3版〕』(有斐閣・2016年)48頁。

(3) 井田良『講義刑法学・総論〔第2版〕』(有斐閣・2018年)112頁。

は既遂にならず、それが既遂となるためには一定の時間経過を必要とするものの⁽⁴⁾だと理解する。これは、監禁罪を例にとれば、被害者を部屋に閉じ込めるようにカギをかけ、瞬時に解錠するような場合には既遂とならないというのである。このような場合、移動の自由を奪い、その後瞬時にその移動の自由は回復せられている⁽⁵⁾とすると、確かに処罰すべき実態は存在していないだろう。その実質は、移動の自由侵害を認めるだけの時間経過がないということだとすれば、上記のような犯罪既遂のために構成要件充足後に一定時間の経過を要求するという意味での継続犯という用語法は十分に理解できる。

対して、小野清一郎博士は、構成要件の充足後直ちに既遂となることを認める⁽⁶⁾。その理由は必ずしも判然としないが、直ちに解放された場合には、監禁罪の構成要件を充足しないというのか、あるいは一応の充足を認めた上で、侵害の絶対軽微性を理由に可罰的違法性を否定することになる⁽⁷⁾のかもしれない。

おそらく、瞬時の監禁を処罰しないという結論自体にはあまり異論がないのではないと思われる。そうすると、この既遂時期をめぐる争いは、「監禁」構成要件の充足を形式的に判断するか、それとも実質的に判断するかという問題になっているものと思われる。そうであれば、ここでの対立は用語方法の問題に純化される。そこで、以下の検討においては、差し当たって、既遂時期については、構成要件充足後に一定の時間経過を必要とするのではなく⁽⁸⁾、直ちに既遂となるという理解を前提として、「継続犯」概念を用いる。現在の継続犯という用語は、既遂時期ではなく、むしろ犯罪の終了時期との関係で論じられることが多いからでもある。

(4) 莊子邦雄『刑法総論〔第3版〕』（青林書院・1996年）119頁。他にこのような理解をとるものとしては、満田正三郎『責任と処罰の連鎖』（有斐閣・1948年）56頁、林美月子『状態犯と継続犯』神奈川法学24巻2=3号（1989年）27頁などもある。

(5) ただ、この場面も、厳密に考え出すと、施錠音でカギがかけられたことを察知した被害者が室外へ出られなくなったと認識し、その錯誤のまま同室内に止まっていた場合には、監禁罪を論じる余地はあるのではないだろうかという疑問もある。

(6) 小野清一郎『新訂刑法講義各論』（有斐閣・1945年）198頁。

(7) 小野博士の可罰的違法性に関する理解は明らかではないが、大判明治43年10月11日刑録16輯1620頁（いわゆる一厘事件）に関する、小野清一郎『刑法講義全』（有斐閣・1933年）549頁、550頁註(3)参照。

(8) 既遂時期に関わるものと理解する場合には、明確な既遂時（構成要件完成時）は存在しないこととなる。香川達夫。そこで、本文のとおり叙述を進める。

3. 構成要件該当行為に着目する立場

その上で、伝統的な通説の立場の理解は次のようなものではないと思われる。すなわち、監禁罪では構成要件該当行為・実行行為が継続しているというものである。例えば、西田典之〔橋爪隆補訂〕『刑法総論〔第3版〕』（弘文堂・2019年）90頁では、「継続犯とは、構成要件該当行為が継続しているものをいう。……その典型例が監禁罪である。」とするのである。このような見方は、監禁継続中は、監禁の構成要件該当行為・実行行為が（何らかの意味で）続いていると考えるわけである。その具体的な見立て方はいろいろあろう。例えば、閉込め行為の後に解放しないという不作為を認める立場⁽⁹⁾や、閉じ込めているという状態それすらも閉込め行為の評価の中に取り込む形で行為の継続を認める立場⁽¹⁰⁾などがある。

以上のことから明らかなように、すでに、実行行為の継続という見立てにすら「何を実行行為とみているのか」という点において、理解の相違がみられる。そして、これらにはそれぞれ、不作為が継続しているとすると睡眠などのように故意や責任能力が欠けた際にはその時点の犯罪性が否定される⁽¹¹⁾とか、評価としての一体性といっても所詮評価に過ぎず、実行行為は閉じ込める（例えば部屋のカギをかけるなどの）時点で終わっているのではないか⁽¹²⁾という批判があり、これらの批判に対する応答は明らかではない。もっとも、不作為犯構成については、仮にそういった忘却などの時点では犯罪性が欠けたとしても、それは事象の中に当然に組み込まれた織込済みの事態に過ぎず、なお全体を一罪として評価することができるというか、あるいはよりドラステックに、ならば包括一罪として処理すれば足りる⁽¹³⁾という発想もあり得よう。つまり、犯罪の継続性は犯罪の個数の問題ともなり、罪数論上の問題にその議論の場を移すことができると考える⁽¹⁴⁾わけである。しかし、それでも、途中で

(9) 井田・前掲注(3)113頁注47)。ドイツでは、例えば *Helmut Hau, Die Beendigung der Straftat und ihre rechtlichen Wirkungen*, 1974, S. 73f. がこのような分類をする。

(10) 佐伯仁志「犯罪の終了時期について」研修556号(1994年)17頁。

(11) 林幹人「即成犯・状態犯・継続犯」西田典之・山口厚編『刑法の争点〔第3版〕』（有斐閣・2000年）30頁参照。

(12) 山口・前掲注(2)49頁参照。

(13) このニュアンスのものとして、平野龍一『刑法総論Ⅱ』（有斐閣・1975年）419頁。

(14) 事実、平野・前掲注(13)419頁や、より古く大場茂馬『刑法総論 下巻中冊』（中央大学・1914年）917頁では、継続犯を罪数論の土俵で（も）論じている。

関与した者がいかなる罪責を負うのかという点に目を移したときには、罪数論上の議論だけで決着がつけられるとは思えない。例えば、元の（正犯）行為者Xが睡眠中に、第三者Yが現れ、Xの監禁を助しようとする場合、Yに監禁助を成立させるべきかはひとつの問題であろう。もし、全体で1つの行為であると考えるのであれば、この場合でも全体について1つの監禁助を成立させることもあり得るのではないかと思われるのであるが、もし閉込めの時点で行為が終了していると考えるのであれば、この場合には、監禁助の成立は肯定できないのではないかという問題が提起できるだろう。

4. 法益侵害に着目する立場

他方、現在の有力な学説では、監禁罪が監禁行為後にも継続する理由を、監禁行為の継続とはいわずに、移動の自由の継続的侵害のみを指摘する。

この立場によれば、作為での監禁の構成要件該当行為（実行行為）は、あくまで閉込め行為に限定される。他方で、構成要件該当結果（＝移動の自由の侵害）は時々刻々と継続すると考えるのである⁽¹⁵⁾。

この立場の場合でも、単に「移動の自由の侵害」のみで議論がされているということはできないように思われる。なぜならば、例えば状態犯の典型とされる傷害罪などを念頭におくと、傷害後も「生理機能が毀損された状態」は認められるのであり、差が認められなくなるからである。そこで、これらの学説は、傷害罪の場合などは「行為の作用（Wirkung des Verhaltens）」という概念を媒介にして⁽¹⁶⁾、行為の作用を受けた結果発生が継続していることが要求され、もはや行為の作用が失われた後に残っている法益侵害は可罰性が認められないとする。したがって、傷害罪の場合ですら体内に取り込まれた有害物質が「行為の作用」として生理機能を毀損し続けるのであれば、やはり傷害罪は継続的に成立し、終了しないこととなる⁽¹⁷⁾。これを監禁の場合に当てはめてみれば、人を閉じ込めている物理的装置（壁や施錠された扉）などが、一種の「行為の

(15) なお、既遂時期の点につき、一定時間の継続を要求する立場（例えば、林(美)・前掲注(4)27頁）と行為時点で直ちに既遂となるとする立場（例えば小野・前掲注(6)頁）のような立場が観念できる。

(16) 林幹人「犯罪の終了時期」同『判例刑法』（東京大学出版会・2011年）8頁。ドイツにおいては、サリドマイド薬害事件におけるBGHSt 31 348, 351において、„Wirkung des dem Täter vorwerfbaren und für den Tod ursächlichen Verhaltens”との言い回しが用いられている。

(17) 最決昭和63年2月29日刑集42巻2号314頁（いわゆる水俣病事件）参照。

作用」として働き、これによって時々刻々と法益侵害が認められるのだということとなろう。したがって、わざわざ不作為犯を観念するような必要はないということとなる。

5. 小 括

以上のことからいえることとして、監禁罪継続の最小限度の要求として、保護法益である移動の自由侵害の継続は要求されているということはいえよう。しかし、これは、犯罪の本質として法益侵害・危殆化を求める現在の基本的理解からすれば当然のことであり、取り立てて指摘すべきことではないのかもしれない。むしろ、それで必要十分だということか、あるいは実行行為をはじめとする何らかの要素の継続までを要求するのかということが問題である。これは、まず、実行行為をどこからどこまでだと切り取るのか(実行行為の把握)という問題といえる。さらに、その実行行為の内実として、ある程度の幅を持った(評価を伴う)ものとして捉えるのか、あるいは事実を基礎に点的に捉えていくのかという問題や、その実行行為の代わりになるもの(いわゆる行為の作用)の要否のようなものにまで議論は及ぶこととなる。

なお、監禁罪の終了時期については、被害者の解放や死亡の時点がその終了時点だというのは、現在ほぼ確立した理解である。したがって、終了時から逆算するような分析には難があり、むしろ、犯罪が継続することでもたらされるとされる効果などから分析する方が分析に資するであろう。この点から考えたとき、正犯(行為)がいまだ存在しているが故に成立し得ると考えられている、実行途中からの共犯関与の可否を論じる方がよいように思われる。そうだとすれば、正犯行為である「監禁」行為の理解を詰める必要が出てくる。

第3 「監禁」という文言と監禁罪の構成要件

1. 「監禁」の要素

第2で指摘した立場はいずれも、監禁罪が継続犯であるのは「構成要件該当性」が継続しているとする点では一致している。そうだとすれば、「構成要件」である「監禁」の意義の検討が必要である。

刑法220条は、「不法に人を…監禁した」ことを、文言上は、要件としている。ここで「構成要件の充足」を文言内容の充足という意味で捉えるのであれば、「監禁」という文言に何が含まれているかが問題とならざるを得ない。この点、少なくとも、監禁の意義として述べられる「(被害者の)移動の自由の

侵害」が含まれるということには問題がないだろう。問題は、それを越えた何ものかを含んでいるかどうかである。

2. 監禁罪の構成要件の結果の把握

いかなる犯罪構成要件であれ構成要件の行為は含んでいるし、ある種の状態を「結果」として把握することは可能である⁽¹⁸⁾。監禁罪は、移動の自由の侵害をその概念の中核に据えるが、これだけで「監禁」を把握することが可能なのだろうか。ここでは、「監禁」のある状態だけに着目して検討してみる。それは「移動の自由を侵害」しているという状態の捉え方である。

これには、まさに一瞬一瞬を点的に捉えて、それに1つずつ「移動の自由の侵害」を見出すのか、あるいは、移動というものが必然的に時間をまたぐ動態的事象であるという性質から考えて、一定の時間的な幅を必須のものとするのか（「点」との対照でいえば、「線」的に捉えるのか）という見方ができよう。少し具体化すれば、点的把握においては、まさにその瞬間の移動の自由侵害（いわばその場から脱出できないこと）を捉える（さらにはそれを積み上げていく）のに対して、線の把握においては、一定の時間幅を観念した上で、その間の移動の自由侵害を捉える見方をするものといえる。罪数論の観点からは、前者はその実態は包括一罪として理解され、後者は純然たる（だが、殺人罪などは質的にやや異なる）単純一罪として理解されることとなるであろう。このような理解は、実行行為の「個数」を理解するのにも影響を与えかねない。なぜならば、後者であれば、結果に対応する行為は1つであることがある程度自然に導かれるのに対して、前者であれば、結果に対応する行為は複数である可能性が高いからである。

この観点から監禁罪について参考となると思われる裁判例としては、共犯関与についてのものである、東京高判平成14年3月13日東時53巻1=12号31頁と、東京高判平成16年6月22日東時55巻1=12号50頁がある。前者は被告人関与前の監禁に対する承継的共犯を肯定したものであり、後者はそれを否定したものである⁽¹⁹⁾。まずは、これらが「承継的」共犯を問題としたものであるということには目を向けておく必要がある。つまり、関与後の事象につい

(18) むしろ、ある種の状態を「結果」として把握するからこそ、それを惹起した「原因」が探求される。例えば、分析哲学・言語哲学者の手からなるものとして、野矢茂樹『語らぬものを語る』（講談社・2011年）476頁。

(19) なお、両判決については、後でやや詳しくに言及する。

ては共犯の成立は否定されていないのである。それは、これまでの共犯理解を前提とすれば、先行する正犯行為が共犯関与後もなお続いていることが前提となっているものといえよう。その上で、「承継的」、つまり、中途からの関与者が、関与前の行為についてなお責任を負うのかという議論なのである⁽²⁰⁾。

このような共犯関与の在り方は、監禁罪の犯罪結果の個数がある意味において「1つ」ではないことを示しているように思われる。例えば、「承継的共犯」の典型例として、暴行開始時には共犯関与がなかったものの、財物の占有移転時において共犯関与がある場合に、後者にのみ関与した共犯に強盗罪の成立を肯定できるかというものがある。この場合に、承継的共犯を肯定する⁽²¹⁾としても、その時に念頭に置かれている財物移転はその時初めて生じている、つまり、財物が1つないし少なくとも包括一罪を肯定できる程度には集合していることが念頭におかれているものと思われる。そして、承継的共犯否定説から、この場合に財物の占有移転のみに関わった者には「窃盗罪」しか成立しないと考えるときに、もしその者がすべての財物ではなく、一部の財物にしか関与していなかったときには、なおその一部の財物にしか窃盗罪の成立を肯定しなくてはならない。そうであれば、たとえ包括一罪と考えられる場合であれ、その客体が数え上げられるような、いわば「量」の問題であれば、なお当該客体は個別化されて把握されていることが前提となっている。そうだとすれば、上掲の東京高判平成14年3月13日東時53巻1=12号31頁と東京高判平成16年6月6月22日東時55巻1=12号50頁が「承継的共犯」として議論がされてきたということは、監禁罪の法益が実は「それ以上分解されない1個」として把握されているのではなく、包括一罪的に理解されているということを示しているものと理解される。その意味で、監禁罪は、それが継続している間、いくつもの構成要件の結果を実現しているものと理解される必要がある。そうだとすれば、監禁罪の構成要件の結果である「移動の自由」の侵害は、時々刻々と侵害されるという理解⁽²²⁾は正しさをもっていただくと理解できよう⁽²³⁾。

(20) 中途からの共犯関与については後述する。

(21) 強盗罪について、承継的共犯の可能性を認めるものとして、大判昭和13年11月18日刑集17巻839頁(強盗殺人罪幫助)がある。学説上は、制限的な肯定説が有力であり、例えば、平野・前掲注(13)383頁、西田典之〔橋爪隆補訂〕『刑法総論〔第3版〕』(弘文堂・2019年)395頁などがある。なお、裁判所職員総合研修所監修『刑法総論講義案〔4訂版〕』(司法協会・2016年)365頁も参照。

(22) 平野龍一『刑法総論I』(有斐閣・1972年)132頁、山口・前掲注(2)49頁、林(幹)・前掲注(16)8頁、松原芳博「継続犯における作為・不作為」齊藤豊治ほか編『神山

3. 監禁罪の構成要件的行為（実行行為）の把握

(1) 実行行為把握の違い

仮に、上記のような理解に立って、監禁罪の構成要件該当結果は時々刻々と新たな結果が発生し続けるのだとしたら、それを発生させている行為はどのようなものなのかということが問題になろう。もし、結果が1つであれば、それを惹起させた行為が少なくとも1つはあろう⁽²⁴⁾。では、複数の結果があれば、行為が必ず複数になるのかといえ、そうではない。それは、刑法54条1項前段の観念的競合を考えれば、直ちに看取されるところである。だが、他方で、複数の結果が（時々刻々と）発生しているのであれば、やはりそれぞれに対応する行為があるのが基本形であろうという見立ても十分にあり得よう（殺人の場合を考えれば、必ず「致命傷」が存在しているはずであり、それを惹起した行為があるはずである）。では、監禁罪において、構成要件的行為はどう理解すればよいのであろうか。

ここでも、単純に分類をすると、行為を点で捉える立場と線で捉える立場があり得る。前者はさらに2つに分けることができ、監禁開始時のみを（作為として）捉える立場と、監禁開始後は不作為が時々刻々と続いているという立場がある。少し敷衍すれば、点的把握においては、「拘束の当初の時点における、部屋のカギをかける等の手段行為及び当該行為時に利用された壁・施錠等の物理的障害がもたらす作用」や「その後の各時点における、壁・施錠等の物理的障害を除去しないことからもたらされる作用」（そして、後者を含める見解と含めない見解があり得る）というように考えられ、実行行為を線的に把握するのであれば「拘束の当初から解放に至るまでの、被害者の身体に及ぼす手段行為及び物理的障害によって生ずる作用全体」を捉えるものといえる。ここでは、行為それ自体の問題として（つまり、結果の問題とは一応切り離して）、少し整

敏雄先生古稀祝賀論文集第1巻』（成文堂・2006年）288頁など。

- (23) なお、この「時々刻々」というのが、文字通り、その一瞬一瞬という意味なのかは議論の余地がある。そして、これが「移動の自由」の意味として議論されたところであったといえようか。つまり、現実的自由説からはまさに移動しようとするその一瞬が法益侵害になるのに対して、可能的自由説では、反実仮想的な侵害であるためにもう少し緩やかになる余地も残されていよう。
- (24) なお、過失犯論においていわゆる過失併存説や直近過失説などの対立があることを考えると、結果と行為が1対1対応でなければならないということは、必ずしも含意しないことになる。

理・検討をしたい。

ア. 線で捉える場合

便宜上、まずは、行為を線として捉える立場を考えてみる。この立場の場合には、閉込め行為はもちろん、その後の状態も閉込め後は「評価として」作為が続いているということとなろう。このような立場の根本的な問題は、この「評価として」という部分にある。この言葉は単なる結論の言い換えに過ぎず、それ自体何らかの意義をもつものとは考え難い。重要なのは、その後の状態もなぜ「評価として」1つの行為の要素となり得るのか、である。この点は必ずしも明らかにされていない。例えば、佐伯仁志教授は、「被害者を部屋に閉じ込めたまま解放しないことも、監禁罪の実行行為として評価でき」⁽²⁵⁾と述べる。そうすると、ここでは、一見すると、全体として行為を1つとしてみているというよりも、むしろ、閉込め行為とは別に解放しないという行為を観念し、合わせて1つだとみているというのが適切であろう。しかし、佐伯教授は、上記引用部分に続けて、「自分の手で押さえつける代わりに部屋の壁という物理的手段を用いているのであるから、最初の作為を含めて全体を作為による監禁の実行行為とみることができる」としており、全体として1つの行為だと捉えていると理解するのである。ここでは、部屋の壁という物理的な装置がいわば(作為)行為の構成要素として捉えられていることが注目される。したがって、このような立場であれば、少なくとも実行行為概念においては、「人の意思に基づく身体の動静」以外のものをその組成要素と成すことができるということになる。ここでは、むしろ、(時に行為概念とは区別され得る)実行行為概念がいかなる役割を担っているのかということが問題とならざるを得ない。実行行為の継続が、もし、状態犯との区別という問題意識が先行したが故である⁽²⁶⁾というのであれば、問題に引きずられる形で場当たりに継続犯が定義されているだけであり、論理として転倒している。実行行為には、「構成要件的结果を惹起する危険を有する行為」⁽²⁷⁾以上の内容を(通常は)与えられていない。そうだとすれば、なぜその要素に「行為」以外のものを含めてよいのかということは問題であろう。例えば、ボーガンの引き金を引いた場合について、「ボーガンの矢が空中を被害者に向かって進行する」ことまでを「行

(25) 佐伯・前掲注(10)17頁。

(26) 安田拓人=島田聡一郎=和田俊憲『ひとりて学ぶ刑法』(有斐閣・2015年)41頁[和田俊憲執筆]参照。

(27) なお、仲道祐樹『行為概念の再定位』(成文堂・2013年)11頁以下、とりわけ32頁以下を参照。

為」というのにはなお躊躇せざるを得ない。それは行為の「結果」生じた物理的な事態に過ぎず、いわば、構成要件の行為と構成要件の結果の間の因果経過ないし中間的事象に過ぎないように思われるのである。

このような立場については、法的評価を過度に自然的・事実に捉え過ぎているという反論もあるかもしれない。しかし、この反論が何を意味するのかは不明である。「法的」であれば事実を無視してよいということはおよそあり得ないであろうから、焦点はむしろ「法的」であることの特徴が反映されるのだということになるが、その内実は不明である。仮に「法的文脈において」だとしても、そのコンテクストを解説するための材料は示されていない。やはり、「法的評価」という言葉がブラックボックスとして使われているように見えるのである⁽²⁸⁾。

イ. 点として捉える場合

(ア) 監禁罪は継続している間も単統一罪としながら、より事実に立脚する形で考えるとすれば、閉込め行為後に解放しないという不作為を観念するというものがあり得る⁽²⁹⁾。この理解は珍しいものではない。例えば、平野龍一博士は「拘束の開始という行為が行なわれたのちも、『釈放しない』というこれと同価値の不作為が継続していると考えてよい」⁽³⁰⁾ということ（も⁽³¹⁾）述べている。このような見方は比較的理解しやすいものである⁽³²⁾。しかし、これについては、従来いわれているとおり、行為者が睡眠中などになおその間の犯罪性を認めるのか、認めるとしてどのような理解によるのか⁽³³⁾ということが問題にならざるを得ない。この点、平野博士の場合には、継続犯を一種の包括

(28) この点を的確に捉えたものが、山口厚『刑法総論〔補訂版〕』（有斐閣・2005年）45頁であった。しかし、山口教授は、その後『刑法総論〔第2版〕』（有斐閣・2007年）60頁で、刑法上の因果関係を「行為の危険性が結果へと現実化したか」といういわゆる危険の現実化理論を採用したことで、事実上宗旨替えをしたとみえる。

(29) このような理解として、浅田和茂『刑法総論〔第2版〕』（弘文堂・2019年）130頁脚注31）及び489頁。

(30) 平野・前掲注(22)132頁。

(31) 平野博士は、「監禁罪の法益である自由は、その拘束の継続の一刻一刻が、拘束の開始と同じほどの苦痛であり…」(前掲注(22))という部分をもって、法益侵害の継続を重視する立場だと理解されることがある(林(美)・前掲注(4)2頁)が、法益侵害の程度の本質ではないのかもしれないというのは留意しておくべきであろう。以上、佐伯・前掲注(10)17頁。

(32) 例えば、Hau, aaO.(9), S. 73fも監禁罪についてこのような見立てを立てている。

(33) 松原・前掲注(22)288頁参照。

一罪と捉える⁽³⁴⁾ことで難を逃れているように見える。だが、そのような理解を採らないとすれば、つまり本罪をもし単純一罪として理解する場合にはなおこのような問題は横たわることとなる。

そもそも、監禁罪を単純一罪として理解する場合には、わざわざ不作為を観念する必要があるのかという問題もある。1つの説明としては、不作為犯での処罰可能性を残しておく⁽³⁵⁾というものがあるだろう。だが、これは「処罰可能性を肯定したいから行為である」というに等しく、説明になっていない。それどころか、不作為による殺人を考えると、仮にボーガンの誤射があったとしても、「矢を止めなかった」とか「被害者に矢について警告しなかった」という不作為を理由に不作為犯構成をすることはない。ここでは、一罪性の観点からは、監禁罪と殺人罪は異なるということはいえない。なぜなら、いずれも「単純一罪」であり、その点で本質的な違いをもたらさないからである。つまり、結果の発生に関しての観念的な構造は同じはずであり、その点に差異は見出されないのである。したがって、監禁罪を継続中も単純一罪であるとして理解するのなら、不作為行為を観念する必然性もないといわざるを得ない。

(イ)では、監禁行為として不作為を一切考慮しない、つまり閉込め行為という作為行為のみが監禁行為であり、この時点で実行行為が終了しているというのが妥当であろうか。この点について、不作為での可罰性を残しておくという実際上の必要性は確かにある程度首肯し得る。しかし、これ自体が不作為の存在を直ちに肯定する理由にはなり得ないことは上述したところである。したがって、この点からのアプローチには難点がある。

問題はむしろ、不作為という行為の特性にあるというべきであろう。不作為とは、一般に「なすべき作為になかったこと」と定義される。ここで注目すべきは、この「なすべき」という部分である。つまり、行為としての不作為行為には2つの側面があるのである。それは、①規範的判断を含むこと、そして②仮定的判断を前提とすることである。すなわち、①規範的判断という点では、現実が生じた結果ないし事象について否定的な法的価値判断を下しているということを前提とする。②仮定的判断については、一定の行動(作為)を行えば当該の結果が(高確率で)生じなかったはずであるという判断を内包しているのである。その意味で、一定の作為行為の選択と、それと仮定的な(法的に肯定的に評価される)結果の間に因果関係が肯定されている。その意味で、

(34) 平野・前掲注(13)419頁。

(35) 山口・前掲注(2)49頁脚注16)参照。

①規範的判断は、②仮定的判断の前提をなすということもいえよう。

この議論は、まさに不作為犯の成立要件として論じられてきたところであるが、監禁罪との関係でいえば、被害者を解放しないということを実行行為として捉える根拠をどこに求めるかという問題になる。ここで、過失により被害者を閉じ込めてしまったというようなことを論じることは不適切である。それは、刑法理論上はいわゆる保障人的地位の存否の議論なのであり、すでに不作為処罰の可能性を前提としているからである。その意味で論的先取りになっているのである。むしろ、ここでは、「作為との同視可能性」という観点の方が有益であろう。つまり、解放しないということが、閉じ込めるという作為と同様の意義を有しているのかということである。別の表現をすれば、法益侵害・危殆化の惹起力が同程度であるかということができよう。あくまで、刑法上問題とされる行為は、法益侵害・危殆化をもたらすものだからである。

1つの見方としては、閉込め行為は移動の自由を決定的に奪うものであるが、解放しないというのは既に失われた移動の自由に影響を与えていないという見方があり得る。このような立場では、例えば、ボーガンから矢を発射した行為では、矢が被害者に接近するにしがたい生命に対する危険は増大するにも拘らず、矢を押しとどめないなどの不作為構成をしないことからすれば、当然監禁罪は不作為犯処罰ができないということになろう。だが、このような見立てに対しては、危険と侵害との性質の違いを考慮していないという批判があり得るかもしれない。つまり、監禁罪はあくまで侵害罪であり、矢が到達するまでの危険と同様に論じることはできないのではないかということである。侵害というのは法益の状態を決定的に変化させている。しかし、危殆化であれば、確かに当該法益は状態変化に至り得たのであるが、現実には状態変化を起こしているわけではない。その意味で、侵害という事態に至った場合には、もはや最後の一线を越えており、同列に扱うことはできない。したがって、現実には法益が侵害され続けており、今後も侵害され続ける可能性があるのならば、その可能性を除去せよというのは十分に首肯し得よう。

また、監禁罪では、被害者が特定の場所から出られないという事態こそが犯罪の中核となっている。そして、一度人が死んでしまえば復活しないのとは異なって、解放さえされれば、法的に望ましい状況が復活するのである。この点は無視し得ないように思われる。その意味で、解放しないというのは、移動の自由が失われているという法益侵害の拡大を意味している。したがって、不作為犯を観念することは必要であるし、また犯罪構造上、不作為を行為として捉える実体も有しているというべきである。そして、これは、時々刻々と結果発

生と並行的に進んでいくのであるから、まさに時々刻々と不作為行為が存在しているというべきであろう。

(2) 共犯関与の観点から

ア. 議論の前提

さらに、視点を変えて、共犯関与の可否というからも検討を施しておきたい。犯罪の継続・終了という問題は、訴訟法的関心としては公訴時効などが真っ先に挙げられるが、実法制的関心事として共犯関与の可否は大きな位置を占めているからである。

もっとも、共犯関与の可否については、当然ながら共犯理論を前提ないし参酌せねばならない。つまり、共犯理論の側からして、共犯に関与するための要件はいかなるものかを考えておくことが必要なのである。そして、現在の基本的な理解を前提とすれば、共犯は正犯を介して犯罪を実現したもの⁽³⁶⁾と理解される。つまり、共犯関与以前に正犯が犯罪を実現し(終わっ)ていたら、もはや実現すべき犯罪はないのであるから、共犯関与はなし得ない。したがって、共犯関与がなし得るということは、当該犯罪はなお終了していないという理解が前提されることとなるのである。

問題は、ここでいう「犯罪」とは一体何ものか、である。端的にいえば、実行行為がなお終了していないことまでを含意しているのだろうか。もし、上記の「共犯は正犯を介して犯罪を実現した」ということを狭く捉えようとする場合、正犯を介在することが必要であるのだから正犯に何らかの影響を及ぼす必要があるわけだが、正犯は行為をなして犯罪を実現する以上、この行為への関与が必須のものと理解されることとなろう。そうだとすれば、共犯行為は、正犯行為が終了しては、もはやなし得ないと解することも可能なのである。他方で、ここでの犯罪を、(先ほどよりやや広めに)犯罪結果だと理解すれば、犯罪結果が未発生であれば、たとえ正犯行為が終了していようとも、なお関与の余地があり得ることになる。この点、教唆については、犯罪意思の惹起を要件とするため、正犯行為以前に教唆が行われている必要はある。他方で幫助や共同正犯については、現在の学説では、実行行為後の幫助関与があり得るという指摘もあるところ⁽³⁷⁾である(以下では、当該共犯関与者が共同正犯なのか、幫助な

(36) 平野・前掲注(13)343頁、西田典之ほか編『注釈刑法第1巻』(有斐閣・2010年)807頁[島田聡一郎執筆]など。周知のとおり、因果的共犯論と呼ばれる。

(37) 井田・前掲注(3)546頁、松原芳博『刑法総論〔第2版〕』(日本評論社・2017年)405頁など。

のかは問題視しないこととする⁽³⁸⁾。

そもそもこの正犯「行為」の要否議論は、監禁罪を犯罪継続・終了の側面から見たとき、どれだけの影響を与えるものなのかは判然としない。因果的共犯論の発想を前提とすれば、自己が関与する以前の行為には（原則として）責任を負わないはずである⁽³⁹⁾。承継的共犯が問題となりやすい強盗罪の場合では、暴行・脅迫には関与せず、財物移転のみに関与した中途関与者に「強盗罪」の罪責を負わせることが問題とされるのであり、彼に「窃盗罪（の共犯）」が成立することは（多くの場合）異論がないであろう⁽⁴⁰⁾。承継的共犯を肯定するということは、中途関与者に関与以前の行為についても責任を負わせるということの意味している。反対に、中途関与者が関与して以降の事実については、当然共犯処罰はあり得るものと考えられている。つまり、承継的共犯だという議論をするためには、監禁罪であれば、関与以前の監禁行為についても帰責するか、そうでなければ、実行行為への関与を必須とした上で、かつ実行行為を閉込めの作為のみに限定する場合でなければ、議論の価値はないのである。

イ. 裁判例

この点、東京高判平成14年3月13日東時53巻1=12号31頁⁽⁴¹⁾では、略取後監禁状態にある被害者について、中途から監禁行為に関与した被告人に「監禁行為が継続している場合に、その途中から、これらの事情を熟知しながら、犯行に加担した者については、加担以前の監禁のみならず、略取に対しても共同正犯としての責任を負うべきである。」としており、関与以前の監禁についても責任が認められている。他方、東京高判平成16年6月22日東時55巻1=12号50頁では「しかしながら、被告人は、上記X組事務所に到着した時点で、Cが正座をさせられていてAやBから怒鳴られているという状況を認識して、その後の監禁行為に加功したものではあるが、CがX組事務所に連行される前の、d公園でのAらの暴行や連行の態様等については知らなかったと認められるのであり、しかも、被告人は、暴力団の上位者であるAからの指示によ

(38) 両者の区別をどこに置くかはそれ1つで大問題であるわけだが、本稿では、差し当たって両者の寄与度の違い（一般には正犯といえるか、従犯に過ぎないのか）という点に置くこととしておきたい。そうだとすれば、この点は、元の正犯行為がないし惹起された結果に与える影響力の違いに過ぎず、本質的な差異を生むわけではないと考えられる。

(39) 山口・前掲注(2)369頁など。

(40) （全面）否定説は、まさにこのような立場である。

(41) 本判決の評釈として、松尾誠紀「判批」北大法学論集56巻3号（2005年）343頁以下がある。もっとも、その検討の重点は、拐取罪が状態犯なのかという点にある。

って上記組事務所に赴き、その場の状況から、Cを監禁し、他県へ連行するというAらの意図を了解してその後の監禁行為に加功したに過ぎないのであって、自分が加功する前の監禁状態をことさらないしは積極的に利用する意思があったものとも認められない。そうすると、被告人が、Cの監禁について共同正犯としての責任を負うのは、上記X組事務所に到着した以後の監禁に限られると解するのが相当である。」としており、ここでは承継的共犯があり得ることを前提に、「自分が加功する前の監禁状態をことさらないしは積極的に利用する意思があった」場合には、それ以前の監禁についても帰責される可能性が留保されている。してみれば、この両東京高裁判決は、いずれも承継的共犯があり得ることを前提に、議論が建てられている。そして、平成16年判決においては、承継的共犯を否定することで、関与前と関与後の監禁は、何らかの意味で分割ができるということを前提としているとすらいえるのである。すなわち、関与後の監禁だけでも一罪を構成するとされる以上、関与の前後は不可分一体のものではなく、実態にはおいてはいくつもの分節可能性を有しているということが内包されているのである。

ウ. 実行行為における「物」と「行為」

もし、佐伯仁志教授が述べるように、「自分の手で押さえつける代わりに部屋の壁という物理的手段を用いているのであるから、最初の作為を含めて全体を作為による監禁の実行行為とみる」のであれば、その壁の存在が実行行為の要素ないし一部になっていることになるであろう。そうだとすれば、この見解からは、中途からの共犯関与者はその継続している実行行為の未発生部分を介して、結果を惹起したとみることとなるはずである。それはそれで確かに一貫した理解であり、見るべき部分が存在する。だが、この論理は、あくまで壁の存在を実行行為の要素ないし一部として取り込んでいることに論理の核を委ねている。そして、壁のような人の身体の動静とはいえないものを実行「行為」の中に取り込むことには疑義がある。例えば、ボーガンを発射するという行為を殺人の実行行為としてみるとして、確かに矢の備えられたボーガンでなければ、その引き金を引く行為は他人の生命に対する危険性を有しない。その意味で、矢やそれを備えたボーガンというのは、「引き金を引く」という行為の限りにおいて、極めて重要な意味を持っている。しかし、それはやはり「引き金を引く」というその時点のその行為の意味づけに限られる。矢が被害者の方へ向けて空中を進行するというその後の状況は、引き金を引いた後の（自然な）成り行きに過ぎない。同様に、監禁においては、「ドアの鍵を閉める」というのは、そこに壁と屋根が存在してはじめて監禁の実行行為としての意味を持つ

のであって、その意味で壁は「ドアの鍵を閉める」行為の意味づけにとって決定的に重要ではある。しかし、だからといって壁や屋根が人の行為の一部だというのは無理であろう。そうである以上、壁や屋根の存在は、行為の刑法上の文脈の意義を明らかにするためには必須の要素であるとしても、人の手が離れた段階では、もはや状況をコントロールできる⁽⁴²⁾ものでもなく、実行行為としてみるべきではない。

エ. 検 討

上記で検討した監禁罪の犯罪構造を前提にして考えてみると、まず閉込め行為のみが問責対象行為であるということはない。したがって、この観点からの承継的共犯を論じる必要性はない。となれば、次は、関与以前の部分についても帰責するのかがということが問題になるであろう。この点については、本罪を単純一罪と捉えるのか、それとも実態においては包括一罪なのかという点が影響を及ぼすであろう。もし、単純一罪であれば、関与前の事態と関与後の事態は不即不離の関係にあり、一体として捉えざるを得ない。したがって、例えば、2020年2月1日に監禁を開始し、同月20日に中途関与者が現れ、同年3月31日に被害者が解放された場合、中途関与者は2月20日から3月31日の間だけ負責されるのではなく、論理必然的に2020年2月1日から同年3月31日までのすべてが負責されることになるはずである。しかしながら、このような帰結は、上記の両東京高裁判決も採用していないところである。両判決でも問題とされた承継的共犯という議論が可能になっているという、そのこと自体が、もはや監禁という構成要件該当事実は時々刻々と成立し、積み上がっているのだということを示している。実際に、平成16年判決では、関与以後の行為しか負責されていないのである。したがって、少なくとも、関与時以後も共犯関与が可能な形で犯罪が残されていることになる。

では、共犯関与と実行行為の関係についてはどのように考えるべきであろうか。1ついえることは、少なくとも中途関与者は、関与行為によって結果に影響を与えている（多くの場合には、結果実現をより強固にしている）ということであろう。ここから短絡的に先行行為者の実行行為の継続を論じるのは必ずしも適切ではない。とりわけ、状態犯とされる傷害罪が継続する場合として説明される場面で「行為の作用（Wirkung des Verhaltens）」という言葉が用いられることがあるように、実行行為の終了が犯罪の継続それ自体とは切り離して議論す

(42) だからこそ、状況のコントロールを行っている態様が不作為だとして、不作為犯を問題にすることが否定されるわけではないのである。

ることも可能である⁽⁴³⁾。そうだとすれば、演繹的な、「監禁罪が継続犯であるから、実行行為が継続しており、故に中途関与者は、関与以後の実行行為を介して犯罪を実現し、共犯となる」というような説明は、必然のものではないということになる。むしろ、必然であるのは、関与時点ではいまだ実現していない構成要件該当結果があるということである。関与者が共犯となり得るためには先行行為者の実行行為がいまだ完了していなければならないというようなことは、監禁罪の犯罪構造から考えたときには、その必然性を失うといえる。

もし仮に、共犯関与の理解の問題として、正犯者の実行行為は共犯関与時点でなお完了してはならないと考えるのであれば、その時ようやく「被害者を解放しない」という不作為を考える必要が生じるにすぎない。裏返していえば、このような論理は、共犯理論上の必要性から（つまり、犯罪構造の問題とは別のニーズによって）便宜的に生み出されている、一種の論点先取りの議論ではないかと疑われるのである。もっとも、このような説明は、監禁罪においては不真正不作為犯が成立しないということを意図するものではない。過失による閉込め行為があった後、そのことに気づきながらも放置した場合に不作為による監禁罪の成立は十分に肯定できるであろう。しかし、それは、作為の後に不作為が連結して継続するというような形で実行行為が継続しているということが前提になっているからではなく、その時点で解放義務という作為義務があるからにすぎない。一方で、その時点では何らかの理由で作為義務が肯定されないということも論理的にはあり得る⁽⁴⁴⁾のである。したがって、不真正不作為犯が存在し得るということは、実行行為が継続することの直接の根拠にはなり得ない。

したがって、共犯関与においても、壁や屋根を人の手のように見立てて、これに関与しているのだという見立てはフィクションに大きく依存するものであ

(43) 継続犯の性質として実行行為の継続を要求する佐伯仁志教授すら、状態犯である傷害罪が継続する際には、「傷害罪のように純粋な結果犯においても、法益侵害が悪化している場合には、犯罪成立後も構成要件の結果の発生を認めざるを得ないのであって、実行行為が終了した後も犯罪が継続しうることは認める必要がある。」とされる。佐伯・前掲注(10)22頁。

(44) 一体それがどういう場面かという問題はあろう。現在の通説的な理解を前提にすれば、被害者等に対する排他的支配が欠けてしまえば、保障人的地位は失われる。したがって、より強度の支配力を持つ者が現れたような場合（例えば、警察官憲が支配力を行使した場合など）には、排他的支配が失われ、作為義務が（一時的にであれ）消滅する可能性はある。もっとも、同時犯をどのように考えるべきかという問題もあり、ここでは結論を留保しておきたい。

って妥当とはいえない。それよりも、より直截に、当初の閉込め行為によって生じた状態に関与することで、いまだ惹起されていない構成要件該当結果の惹起を促進等したという方が迂遠ではないし、事態を精確に描写しているものと思われる。

4. 主観的要件との関係

以上のように考えたとき、犯罪継続中の失念・忘却や中途からの認識（知情）ということも問題となろう。

通説の理解によれば、まとめると次のようにいうことができよう。すなわち、継続犯においては、一旦行為との同時存在が肯定されれば、その時点で犯罪の成立が肯定され⁽⁴⁵⁾、その後の継続的な充足は不要である⁽⁴⁶⁾、と。もっとも、なぜこのように理解されるのかは、直ちには明らかではない⁽⁴⁷⁾。とりわけ、故意の場合、その定義が構成要件に該当する事実の認識を基礎とする⁽⁴⁸⁾以上、その対象となる事実がどのような範囲のものであるかは、当該の構成要件についての理解に引きずられるのであり、監禁罪の構成要件がどのように理解されるかで、この点の理解は分岐する。

もし、監禁罪を閉込め行為時のみが問責対象行為となるという立場に拠るとき、この点での問題は発生しないが、処罰の実態を備えている不作为犯の成立がおよそ排されている以上、妥当でないのは既述のとおりである。また、実行行為を線で把握する場合には、主観的要件を点で把握することが可能な説明が必要であろう。しかし、主観的な要件は点でよいとなれば、このことが裏返して実行行為を事実上点で把握していることを認めることとなる。したがって、

(45) 盗品等保管罪についての事案であるが、最決昭和50年6月12日刑集29巻6号365頁では、盗品等保管罪が「継続犯」であることを前提にしていると説明される。香城敏磨「最判解」『最高裁判所判例解説刑事篇 昭和50年度』（法曹会・1979年）118頁も参照。また、拙稿「盗品等保管罪における犯罪継続の可否」上智法学論集64巻1・2号（2020年）99頁以下。

(46) こちらは所持罪に関わるものであるが、最判昭和25年10月26日刑集4巻10号2194頁及び東京高判平成2年11月15日判時1380号139頁参照。さらに、大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法〔第3版〕第3巻』（青林書院・2015年）124頁〔佐久間修執筆〕、拙稿「所持罪における所持の概念」上智法学論集62巻1・2号（2018年）138頁。

(47) このこと自体は目新しい問題ではない。松原・前掲注(21)287頁参照。

(48) 通説は「構成要件該当事実の認識・認容」という言葉を用いるが、有力説は「認容」を不要とする。しかしそうであっても、「構成要件該当事実の認識」の部分については、いずれにせよ必須だと考えられており、これは故意の最低限の要素といえる。

論理的にみて、実行行為の線的な把握はこの点でも破綻している。

本稿の立場からすれば、行為も結果も点で把握される。そうすると、実行行為はありながらも、そこに主観的要件が欠如している時点も存在することとなる。その場合にはその時点の主観・客観の揃った犯罪帰属点として理解することはできないというべきである。つまり、時々刻々と発生する構成要件の結果は、主観的要件をも充足した(複数の)実行行為に(も)帰属されることとなるものと理解されるのである。この場合、ある1つの行為に複数の結果が帰属するのみならず、ある1つの結果が複数の行為に帰属し得ることをも認めるものであるが、現在の刑法理論上、この点を否定すべき明確な根拠は存在していない。前者については、観念的競合(刑法54条1項前段)があるし、後者については、共犯理論はまさにこのようなものであると考えられる。

5. 補論 一保護法益論との関係について一

以上のような議論が本稿の中核であるが、ここまでの議論で、「監禁罪においては、保護法益の理解について争いがあるが、監禁罪の継続根拠においても、その議論の影響を受けるのではないか」という疑問もあり得よう。結論から述べれば、監禁罪に関していえば、保護法益論においてどのような立場に立つかは、監禁罪が継続する根拠に影響を与えるものではない。ここでは、その点について少し付言しておきたい。

監禁罪の保護法益は人の移動の自由だと考えられている⁽⁴⁹⁾が、その具体的な内容については、いわゆる可能的自由説と現実的自由説の2つの立場がある。可能的自由説とは、被害者が実際に移動しようとしたかを問題とするのではなく、被害者が移動しようと思えばできるのかどうかという点で移動の自由侵害を判断する⁽⁵⁰⁾。対して、現実的自由説とは、被害者が現実に移動しようとしたときに移動の自由が侵害されているかどうかを問題とする⁽⁵¹⁾。通説は、可能的自由説を採用しているものと考えられるが、その根拠としては、現実的自由説では被害者が移動の自由を失ってはいないと錯誤している場合に不可罰となったり、あるいは睡眠中などで意思能力などを喪失している者は監禁罪の被害者とならないことを不当だと考えるところにもある⁽⁵²⁾。

(49) 大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法〔第3版〕第11巻』(青林書院・2014年)339頁[竹花俊徳=荒井智也執筆]。

(50) 最決昭和33年3月19日刑集12巻4号636頁も参照。

(51) 平野龍一「刑法各論の諸問題」法学セミナー201号(1972年)67頁、西田典之[橋爪隆補訂]『刑法各論〔第7版〕』(弘文堂・2018年)82頁など。

これを監禁罪の継続という面から見たとき、あまり議論に影響を及ぼすことがないだろうというのは、容易に看取し得よう。まず、現実的自由説を採用する場合、被害者が移動の自由を行使しようとしないうちは犯罪が成立しないこととなる。したがって、この部分については犯罪の継続という問題関心からは当然に除外されていく。あり得るとすれば、移動の自由を行使しようとした時点がスポット的に発生することへの対処であるが、それはもはや罪数論の議論でもあり、その基礎となる事実的な土台を揺るがすものではない。他方で、可能的自由説であれば、被害者が生存している限りは、原則として移動の自由（とその侵害）が認められることになるであろう。そうだとすれば、犯罪の継続はここでこそ問題になるようにも見える。それでも、可能的自由説にせよ、現実的自由説にせよ、被害者が移動の自由を行使しようとしている間は等しく犯罪が継続するのであり、差異が生まれないのである。まして、本稿のように、監禁罪の成立を時々刻々と肯定する立場からすれば、両者の差異はよりなくなる。可能的自由説であれ、その実態は、時々刻々と生じる（ミクロな）監禁罪が集合することで、（マクロな）監禁罪が継続しているように見えるにすぎないのである。この構造は、監禁罪の事実構造を基礎としており、（ある種の観念である）法益理解のいかんによって左右されるものではない。

第4 跋

以上のように、監禁罪は「継続犯」であるという理解はおおよそ共有されているものと思われるが、その内容理解は必ずしも一致したものでない。以下では、本稿の結論部分のみを簡単にまとめてみる。

1. 「継続犯」の意味のレベル —特に既遂時点との関係で—

古い理解では、継続犯という用語の意味は、犯罪が既遂となるために、一定の時間経過が必要なものを継続犯と呼んでいた。監禁罪の場合であれば、閉込め行為時に直ちに既遂となるのではなく、そこから「移動の自由の制限があった」と実質的に評価できるだけの一定時間の経過が必要だと考えるのである。

しかし、現在の通説は、閉込め後直ちに既遂とするものであり、両説の対立は、既遂時期を一とするものかというものであった。本稿では、一応現在の通説を基礎に理解を進めている。

(52) 大塚ほか編・前掲注(49)347頁〔竹花俊徳＝荒井智也執筆〕。

2. 構成要件該当性の意味

通説のような理解を前提とするとしても、いったいどこからどこまでを「構成要件該当」というのが問題となる。つまり、犯罪結果をどのように把握するか、そして実行行為の継続を要求するか、である。

(1) 構成要件該当結果の把握方法

1つの立場としては、結果が続く限りそれは単一の構成要件の結果であるというものが有り得る。これは現在の一般的な理解であろうと思われる。他方で、時々刻々と構成要件該当結果の発生が積み重なるという理解もあり得るところである。

ここでの争点は、一罪性をどこまで認めるかという罪数論上の議論であった。ここでは、承継的共犯の議論が存在するという、そのこと自体をもって、構成要件の結果を単一のものとは考えられていないという結論に至った。

(2) 実行行為の把握

対して、実行行為把握については、監禁行為を点で理解をするのか、それとも継続中を一本の線のようなものとして把握するのかという2つの立場があり得、さらに点で理解する場合には、点が続いて線となるような構造なのか、それとも監禁開始時のみが問題となるのかという、2つにさらに細分化できるところである。

まず、線的に把握をした場合、本稿の理解によれば、構成要件の結果の把握とズレが生じることとなり、これは採用することができない。そもそも、この理解は「評価」の名を借りた多分にフィクションに依拠するものであり、必ずしも事実に基礎を強固に持つものではない。そうすると、実行行為すら点的に把握することが要求されるわけであるが、これを開始時に限定しなければならない理由は見当たらない。実際に処罰の必要性も肯定されるし、解放されれば直ちに移動の自由は回復するのであり、不真正不作為犯をおよそ排除しなければならない根拠も欠けているものといわざるを得ない。そうすると、本稿の立場としては、実行行為は、点的に把握されるが、開始時に限られず、その後も解放しないという不作為が継続し得ることとなる。

3. 主観的要件の充足

故意は、構成要件該当事実の認識を基礎とする。そして、故意や責任能力には行為との同時存在原則が存在している。そこで、中途からの知情や実行後の忘却などが問題視されるが、同時存在原則を維持する限り、故意や責任能力を

欠いた行為に構成要件の結果を（主観的に）帰属させることはできない。

本稿では、監禁罪においては、実行行為も構成要件の結果も時々刻々と点の集合のように発生しているものと理解している。したがって、主観的な帰属点となる実行行為は複数存在していることになる。そしてこれは（多くの場合には）構成要件の結果と並行して存在し続け、対応的にも帰属されていくことになるが、忘却などがあれば、その時点から実行行為は主観的な帰属点としての役割を有さなくなる。その場合には、直近の主観的な帰属点となる実行行為にも以後の構成要件の結果が帰属されていくものと理解することになる。

4. まとめにかえて

監禁罪ですら、その構造のマイクロな分析は必ずしも進んでいない。本稿で検討したように、監禁罪の継続の根拠も、捉え方は様々あり得る。ただ、最低限の共有として、①結果の継続は必須、②結果継続が終了すると犯罪継続は終了する、③（通説は）不作為による監禁はあり得る（とする）、④主観的要件については、行為が認められている間に主観的要件が充足されればよい、⑤共犯関与は解放時まであり得る、ということはいえるだろう。これらをすべてあり得る形として理解できるのは、本罪の実行行為及び構成要件該当結果をそれぞれ点で理解する場合である。そうすると、一見犯罪が継続しているように見る場合でも、実は構成要件該当結果が点的に積み重なっているために、逆説的かもしれないが、実行行為も点的に積み重なっているように見えているということはいえるであろう。

（本学法学部特別研究員）

【追記】本研究は、JSPS 科研費 JP19K13540 の助成を受けたものである。