
論 説

逮捕監禁致死傷罪・逮捕監禁罪と罪数

大 山 徹

- 一、はじめに
- 二、前提問題の考察
 - (一) 逮捕と監禁の定義
 - (二) 狭義の傷害と広義の傷害
- 三、逮捕監禁致死傷罪をめぐる罪数問題
 - (一) 結果的加重犯の予定する重い結果につき過失は必要か
 - (二) 学説の対応
 - (三) 第三説が導く解決策
 - (四) 第三説に対する(想定される)反対意見
- 四、逮捕監禁罪をめぐる罪数問題
 - (一) 拐取罪と逮捕監禁罪にまつわる罪数問題
 - (二) 強制わいせつ罪・強制性交等罪と逮捕監禁罪にまつわる罪数問題
 - (三) 住居侵入罪と逮捕監禁罪にまつわる罪数問題
 - (四) 恐喝罪と逮捕監禁罪にまつわる罪数問題
 - (五) 窃盗罪と逮捕監禁罪(逮捕監禁致死傷罪)にまつわる罪数問題
 - (六) その他
- 五、結 び

一、はじめに

周知のように、逮捕監禁致死傷罪は刑法 221 条に、逮捕監禁罪は刑法 220 条に規定されている。

2000 年代に入り、逮捕監禁罪の保護法益としての人身の自由の重要性が

クローズアップされるに伴い¹⁾、2004年の刑法一部改正で逮捕監禁致死傷罪の法定刑の引き上げが実現したことは我々の記憶に新しいところである²⁾。また、2005年には逮捕監禁罪の法定刑の上限が従来の「懲役5年」から「懲役7年」に引き上げられ、世間の耳目を集めた³⁾。逮捕監禁罪をめぐっては、自由を拘束されていると意識していない者にもなお同罪は成立するのか、それとの関連で同罪の保護法益である行動の自由は現実的自由を意味するのか、可能的自由を意味するのか⁴⁾、原動機付自動車の荷台に乗せて疾走させるケースが刑法220条の罪になるのか⁵⁾、入浴中の衣服の持ち去りは同罪を構成するのか⁶⁾等の解釈論上の問題があり、他方、刑法221条の罪をめぐっては、

- 1) 新潟監禁事件（最判平成15年7月10日刑集57巻7号903頁）の発生時には、監禁致死傷罪の法定刑の上限は懲役10年であった。
- 2) 2004年の刑法一部改正については、井田良『講義刑法学各論・第2版』（2020年）46頁を参照。
- 3) 2005年の刑法一部改正については、井田良『変革の時代における理論刑法学』（2007年）213頁、216頁をそれぞれ参照。
- 4) 現実的自由説を採るのは、川端博『刑法各論講義・第2版』（2010年）142頁、山中敬一『刑法各論・第3版』（2015年）127頁、西田典之（橋爪隆補訂）『刑法各論・第7版』（2018年）12頁、前田雅英『刑法各論講義・第7版』（2020年）87頁、松原芳博『刑法各論・第2版』（2021年）104頁、高橋則夫『刑法各論・第4版』（2022年）105頁。可能的自由説を採るのは、佐伯仁志「被害者の錯誤について」神戸法学年報1号（1985年）79頁、林幹人『刑法各論・第2版』（2007年）72頁、山口厚『刑法各論・第2版』（2010年）83頁、佐久間修『刑法各論・第2版』（2012年）91頁、中森喜彦『刑法各論・第4版』（2015年）53頁、松宮孝明『刑法各論講義・第5版』（2018年）89頁、大谷實『刑法講義各論・新版第5版』（2019年）85頁、井田『講義刑法学各論・第2版』（前掲注2）146頁。
- 5) 最決昭和38年4月18日刑集17巻3号248頁。なお、ドイツでは、第6次刑法改正法の施行以降、可能的自由の侵害はドイツ刑法239条2項の未遂で捕捉されるため、現実的自由説を採るべきだとする見解も公にされるようになった。Eisele, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl., 2019, § 239, Rdn 1を参照。
- 6) 羞恥心を利用した監禁の事例として議論されているものである。なお、山中教授は、女性が入浴中にその衣服を隠して脱衣場に出られないようにした事例につき、羞恥心により脱出不能になるのは、心理的抵抗の相当強い場合に限定される旨主張され、大勢の男性が周囲にいるか、衣服に代替するものが全くないケースのみが可罰的になる旨説いておられる。山中『刑法各論・第3版』（前掲注4）129頁を参照。

第三者が追突事故を起こしトラックに監禁されている被害者が死亡した事案であっても、行為者に同罪が成立するののかという解釈論上の問題が提起されてきた⁷⁾。そして、学説は各々の陣営から競ってこれらの解釈問題の解決策を示してきたのである。

さて、本稿で取り扱う内容は、刑法 221 条および刑法 220 条をめぐる罪数処理の問題である⁸⁾。もともと、後者の逮捕監禁罪に関する罪数問題も、(ア) 結果的加重犯である逮捕監禁致死傷罪にまつわる罪数問題、(イ) 拐取罪と逮捕監禁罪にまつわる罪数問題、(ウ) 強制わいせつ罪・強制性交等罪と逮捕監禁罪にまつわる罪数問題、(エ) 住居侵入罪と逮捕監禁罪にまつわる罪数問題、(オ) 恐喝罪と逮捕監禁罪にまつわる罪数問題、(カ) 窃盗罪と逮捕監禁罪にまつわる罪数問題の代表的な 6 形態に分析し検討を加えることが合理的である。

本稿の構成は次のとおりである。第三章では、結果的加重犯たる逮捕監禁致死傷罪をめぐる罪数問題を取り上げ、第四章では、逮捕監禁罪をめぐる罪数問題を取り上げる。なお、第三章と第四章を論ずる上で、いくつかの前提問題を論じることは不可欠となる。すなわち、逮捕と監禁の定義や狭義・広義の傷害の意味内容や「傷害の罪と比較して、重い刑により処断する」とい

7) 最決平成 18 年 3 月 27 日刑集 60 卷 3 号 382 頁。

8) 後に言及するが、本稿の立論に対しては、法条競合の吸収関係にやや依拠しすぎているのではないかと批判も予想されるところである。たしかに、特別関係、補充関係、択一関係は法条競合に包含されるが、吸収関係は包括一罪に組み入れた方がよいとの見解が近時公になってきている。しかしながら、黙示的な科刑上一罪とも呼ばれる包括一罪の概念を必要以上に肥大化させる最近のアプローチには本稿はにわかに賛同できないものがある。黙示的な科刑上一罪については、平野龍一『刑法 総論 II』(1975 年) 411 頁以下を参照。なお、近時においては、混合的包括一罪に関して、これを黙示的な科刑上一罪とする見解も有力に主張されている。青木陽介『包括一罪の研究』(2021 年) 246 頁以下を参照。

結論から述べれば、包括一罪はあくまでも複数の行為から成るものと理解するべきであり、一個の行為で複数の刑罰法規に抵触するものは観念的競合か法条競合に編入されるべきだと捉えるべきである。包括一罪や混合的包括一罪の分析については、別稿に譲る。なお、橋爪教授は混合的包括一罪の類型を設けることに懐疑的な立場を表明しておられる。橋爪隆『刑法総論の悩みどころ』(2020 年) 448 頁以下を参照。

う字句の意義につき論じることは、第三章から第四章までの罪数問題を分析する上で貴重な示唆を与えてくれるものとする。そこで、この後の第二章では、これらの前提問題につき比較的詳細に論じることにはしたい。

二、前提問題の考察

(一) 逮捕と監禁の定義

一般に逮捕とは「身体活動の自由を直接拘束すること」であり、監禁とは「身体活動の自由を間接的に拘束すること、すなわち人が一定の場所から脱出し得ないようにして、その身体活動の自由を拘束すること」を指すと言われている⁹⁾。それでは、逮捕や監禁の具体的な事例とはどのようなものなのであろうか。背後から被害者の身体を取り押さえて、しばらくそのままの状態に置いて拘束するのが前者であり、座敷や土蔵等の一定の空間に閉じ込めて脱出できないようにすることが後者である（ピストルを被害者に押し付けて「そこを動くな」と命令して、そのままの状態に置けば「逮捕」であり、屋上に上った人が使った踏み段を持ち去って当該屋上から下りることができないようにすれば「監禁」である¹⁰⁾。そして、逮捕の後監禁した場合は刑法 220 条にあたる一罪（狭義の包括一罪）になるのが定説になっている¹¹⁾。

(二) 狭義の傷害と広義の傷害

よく知られているように、伝統的刑法典においては、「傷害」という字句

9) 筑間正泰「結果的加重犯と罪数 (2・完)」広島法学 22 巻 2 号 (1998 年) 7 頁を参照。さらに、藤井智也「逮捕監禁概念の史的展開——『擅二人ヲ逮捕監禁スル罪』の制定過程から、現行刑法の成立まで——」早稲田法学会誌 69 巻 2 号 (2019 年) 394 頁以下を参照。

10) 井田『講義刑法学各論・第 2 版』(前掲注 2) 145 頁を参照。

11) 井田『講義刑法学各論・第 2 版』(前掲注 2) 145 頁を参照。

が狭義の傷害の意味で使用されている局面と広義の傷害の意味で使用されている局面とがそれぞれ存在している¹²⁾。まずは、狭義の傷害をめぐる議論状況を一瞥しておくことにしたい。周知のように、この点については、従来より激しい議論が交わされているが、学説は完全性侵害説と生理機能障害説とに分かれ、激しく対立しているのが現状である。結論から述べれば、生理的機能障害説の方に歩があるとみるべきであろう。髪の毛の切除などの完全性の侵害は暴行罪で捕捉することが可能であること¹³⁾、健康な第三者をB型肝炎に罹患させたりHIVウイルスのキャリアにさせるなどの形態を処罰の埒外に置くことは妥当でなく傷害罪に取り込む必要があること¹⁴⁾、逮捕監禁致傷罪が予定する「傷害」にはPTSDも含まれること（最決平成24年7月24日刑集66巻8号709頁）¹⁵⁾、不同意墮胎致傷罪が予定する「傷害」に完全性の侵害は馴染みにくいこと¹⁶⁾等の事情を考慮すれば、我々は完全性侵害説に与することはできない。生理機能障害説が妥当である。

それでは、次に、広義の傷害に関する話題に目を転じてみよう¹⁷⁾。「傷害

-
- 12) 狭義の傷害と広義の傷害については、筑間正泰「結果的加重犯と罪数（1）」広島法学22巻1号（1998年）7頁以下を参照。
- 13) 井田『講義刑法学各論・第2版』（前掲注2）49頁を参照。橋爪教授も、髪の毛の切除などの完全性の侵害は暴行罪で捕捉可能であり、生理的機能障害説からも不当な結論には立ち至らない旨述べておられる。橋爪隆『刑法各論の悩みどころ』（2022年）35頁以下を参照。
- 14) この点につき、筆者は、大山徹「継続犯としての不当な取引制限罪（1）」杏林社会科学19巻3号（2003年）58頁で論じたことがある。
- 15) 佐久間教授は長期に亘る監禁事件ではPTSD（心的外傷後ストレス障害）が生じることがあり、この種の精神障害も刑法221条の予定する「傷害結果」に含ませるべきだとしている。佐久間『刑法各論・第2版』（前掲注4）95頁を参照。そして、第147回国会の衆議院決算行政監視委員会（平成12年3月13日）において、当時の法務省刑事局長はPTSDも傷害に含まれるとコメントしている。この点につき数中悠『人の精神の刑法的保護』（2020年）156頁を参照。
- 16) 筑間正泰＝大山徹「同時傷害の特例」平成29年度杏林大学CCRC研究所紀要（2018年）15頁以下を参照。
- 17) 現場助勢罪における「傷害」という文言は、広義の傷害の意味である。筑間＝大山「同時傷害の特例」（前掲注16）19頁を参照。

の罪と比較して、重い刑により処断する。」という字句を伴う条文は、刑法典中に8か所登場するが（刑法118条2項、刑法124条2項、刑法145条、刑法196条、刑法216条、刑法221条、刑法219条、刑法260条）、ここで使用されている「傷害」という文言は広義の傷害の意味内容で捉えられていることはよく知られているとおりで¹⁸⁾。

もっとも、「傷害の罪と比較して、重い刑により処断する。」という文言を伴った刑罰法規は法定刑の特殊な算出方法を定めたにすぎないとの見解も既に公にされているし¹⁹⁾、さらには、かかる刑罰法規には行為規範としての性格づけが脆弱だとの見解すら表明されているところである²⁰⁾。しかし、本稿の立場からすれば、かかる意見は必ずしも正鵠を射たものでないように見受けられるのである。なるほど、今日、刑罰法規が行為規範としての側面も有していることは何人も否定しない事実である。したがって、このように考えれば、「傷害の罪と比較して、重い刑により処断する。」という文言を伴う刑罰法規のように、法定刑がダイレクトに明示されていないのは一見すると奇異に映るかもしれない。しかし、「致傷」の場合に「法定刑の上限が15年」、「致死」の場合に「法定刑の上限が20年」であると我々は直ちに理解できるわけであり、かかる意見は的外れであるように思われる²¹⁾。要するに、「逮捕監禁を敢行し被害者を死亡せしめれば最大限懲役20年になる。だから死の結果を招来する逮捕監禁行為を行うな」との行為規範が設定されることになるのである²²⁾。このように考えれば、上記批判は乗り越えられるように思われる。要するに、このような立法技術は、簡素な上に、法定刑を瞬

18) 井田『講義刑法学各論・第2版』（前掲注2）95頁以下を参照。ところで、近時のドイツでは、傷害罪の法益を身体的利益のみならず、身体に対する処分権ないし自己決定権に拡張する見解も有力に主張されている。この点については天田悠『治療行為と刑法』（2018年）276頁以下を参照。

19) 柏木千秋『刑法各論』（1965年）25頁を参照。

20) 西村克彦『罪責の構造・新版』（1991年）321頁を参照。

21) 筑間正泰「私の法学方法論——刑法を中心にして——」福田平ほか編『中谷瑾子先生傘寿祝賀・21世紀における刑事規制のゆくえ』（2003年）112頁を参照。

22) 筑間「私の法学方法論——刑法を中心として——」（前掲注21）112頁を参照。

時に算出する合理的で貴重な立法技術だといえるように思われる²³⁾。なお、「傷害の罪に比較して、重い刑により処断する」という立法技術であるが、かかる立法技術が用いられている場合、基本犯の法定刑と傷害罪・傷害致死罪の法定刑を比較して、上限・下限とも重い方によるべきものとする趣旨だと理解するのが一般的な見解であるように見受けられる²⁴⁾。しかしながら、現在では、実際問題、基本犯の法定刑が処断刑の上限になることはなく、処断刑の下限を設定する場合にのみ基本犯の法定刑が参酌されるようになってきていることに注意を要する。すなわち、2004年の刑法一部改正までは、194条の法定刑の上限が懲役10年だったため、唯一、特別公務員職権濫用致傷罪に限って基本犯の法定刑の上限をそのまま処断刑の上限にすることが認められていたのであった。しかしながら、2004年以降は傷害罪の刑の上限が15年になったため、いわば基本犯の法定刑の刑を借りてきて、結果的加重犯の刑の上限を設定する局面は存在しなくなったのである。これは2004年の刑法一部改正の結果である。したがって、現在では、処断刑の上限は「致傷」の場合には傷害罪の法定刑がその上限となり、致死の場合には傷害致死罪のそれが上限となる結論に立ち至ることになる。そして、処断刑の下限を設定する場合のみに、基本犯の法定刑と広義の傷害のそれとの比較がなされるのである。この点を我々は念頭に置く必要があるように思われる。

第二章では、刑法221条の罪・刑法220条の罪をめぐる罪数問題を検討す

23) 筑間＝大山「同時傷害の特例」(前掲注16)15頁以下を参照。

24) 井田『講義刑法学各論・第2版』(前掲注2)95頁以下を参照。なお、かつて団藤博士は「傷害の罪と比較して、重い刑により処断する」という規定の仕方は不合理であり、「傷害罪の刑によって処断するもの」と法文上の表現を改めるべきだと示唆されていた。他方、団藤博士は、1947年の刑法一部改正で、特別公務員職権濫用罪の懲役禁錮の長期が、従前の「7年」から「10年」に引き上げられたことで、処断刑の上限を設定する場合に、基本犯の法定刑の上限を借りてくることが例外的に公認されたことも同じに指摘しておられる。団藤重光『刑法綱要各論・第3版』(1990年)125頁以下も参照。2004年の刑法一部改正を経た現在、刑の上限につき、基本犯の法定刑の上限を参酌する局面はなくなったわけであり、いわば、状況は1947年以前に戻ったように理解されるのである。

るに際して大前提となる問題につき、予備的に考察した。次の第三章においては、結果的加重犯たる逮捕監禁致死傷罪をめぐる罪数問題につき順次検討していきたい。

三、逮捕監禁致死傷罪をめぐる罪数問題

(一) 結果的加重犯の予定する重い 結果につき過失は必要か

さて、本章においては、結果的加重犯たる逮捕監禁致死傷罪にまつわる罪数問題につき適宜検討していくことにする。もっとも、本章で取り上げる問題を俎上に載せる前段階の準備作業として、「結果的加重犯とは何か」という問題を解明しておく必要がある。そこで、以下では、この問題につき、やや立ち入った検討を試みるものとする。

一般に、刑法典上の結果的加重犯については、故意犯である「基本となる構成要件」(Grundrelikt)すなわち「基本犯」が実現された後に、さらに一定の結果が発生した場合について、加重処罰するものであると定義づけられている²⁵⁾。そして、基本犯と結果的加重犯の重い結果との間には刑法上の因果関係が必要であると解されている²⁶⁾。

もっとも、通説は結果的加重犯の重い結果につき過失を要求している。まず、この点につき検討しておくことにしよう。なるほど、ドイツ刑法のように、結果的加重犯の成立要件につき過失を明文上の要件として要求している立法例も存在する²⁷⁾。責任主義の貫徹という見地からすれば、このような立

25) 大塚仁『刑法概説(総論)・第4版』(2008年)130頁,180頁以下を参照。

26) 通説によれば、条件関係と相当因果関係の両者が必要だと考えられている。井田良『講義刑法学総論・第2版』(2018年)124頁を参照。

27) ドイツ刑法18条は結果的加重犯にまつわる一般規定であるが、同条には「少なくとも過失の責を負うときに限り」という字句が使用されている。このことからわかるように、ドイツにおいては、結果的加重犯の重い結果につき過失が必要だと解されているのである。丸山雅夫『結果的加重犯』(1990年)25頁以下を参照。

法例にも合理的根拠があろう²⁸⁾。しかし、過失が必要だとする解釈論は、究極的には、一種の立法論であり²⁹⁾、わが国の刑法においては、過失が不要だとする解釈論を採用することもまた可能であるように思われる³⁰⁾。

何となれば、① 基本犯から加重結果が発生した場合であっても、基本犯それ自体に故意・過失が要求されることから、責任主義の要請には適う解決策を提示できているように思われること、② 国外においては裁判権、検察権、警察権は行使し得ないことは当然であるが、それに伴い重い結果に関して過失の認定が不可能に近いこと³¹⁾、③ 重い結果が何故生じたのか、行為時の具体的な状況下を踏まえた上でいかなる客観的注意義務が行為者に課されるべきだったかを明らかにする必要があるが、国外ではそれは著しく困難なこと³²⁾、④ 逮捕監禁致死傷罪・不同意墮胎致死傷罪・遺棄致死傷罪のごとき結果的加重犯については国外犯処罰規定が存在している一方³³⁾、過失犯には国外犯処罰規定が存在せず、重い結果に過失を要求してしまうと両者で平仄の合わない状況が生じてしまうこと³⁴⁾、⑤ 過失の共同正犯を否認する立場が適切なように見受けられるが、他方で結果的加重犯の共同正犯は肯定されるべきこと³⁵⁾等の根拠を挙げることができるように思われるからである。

28) 1971年の総則部分の改正でドイツ刑法においては、結果的加重犯の重い結果につき過失が明文上の要件とされた。経緯については、丸山『結果的加重犯』（前掲注27）25頁以下を参照、内田浩『結果的加重犯の構造』（2005年）38頁以下、榎本桃也『結果的加重犯の再検討』（2011年）1頁を参照。

29) 香川達夫『結果的加重犯の本質』（1978年）71頁以下。

30) 前田教授は過失不要説である。前田雅英『刑法総論講義・第7版』（2019年）48頁。

31) 長島和弘「結果的加重犯についての諸問題」帝京法学24巻2号（2006年）143頁を参照。もともと、近時、ドイツ語圏の国々では、上官（軍の指揮官・文民の上官）による部下の監督義務違反（過失）を処罰する規定が誕生していることを我々はここで視野に入れる必要がある。そして、そこでは、国民の国外犯処罰規定を垣間見ることができるとのことである。横濱和弥『国際刑法における上官責任とその国内法化』（2021年）259頁以下。

32) 長島「結果的加重犯についての諸問題」（前掲注31）146頁を参照。

33) 長島「結果的加重犯についての諸問題」（前掲注31）141頁、146頁を参照。

34) 長島「結果的加重犯についての諸問題」（前掲注31）159頁を参照。

35) 過失犯につき拡張的正犯概念が妥当とするのは、井田『講義刑法学総論・第2版』（前掲注26）240頁を参照。

(二) 学説の対応

以上のような知見を踏まえて、逮捕監禁致死傷罪が予定する重い結果に関して、故意ある場合の処理につき、ここから順次検討を進めていくことにしよう。この問題に関して、(議論は低調ではあるものの)学説はどのような立場を採っているのだろうか。学説は以下の3つの立場に区分することが可能である。

- (a) 第一説〈=傷害・殺人の故意があるケースで、逮捕監禁罪と傷害罪・殺人罪の成立をそれぞれ認める立場〉

第一説は、逮捕監禁罪につき、傷害の故意・殺人の故意のあるケースにおいては、結果的加重犯の成立を一切否認する立場である³⁶⁾。同説は、行為者が傷害の故意を有している局面では、逮捕監禁罪と傷害罪の成立をそれぞれ認め、刑法220条の罪と傷害罪とが観念的競合の關係に立つと解する。他方、この見解は、行為者が殺人の故意を有している場面においては、逮捕監禁罪と殺人罪の成立を肯定し、刑法220条の罪と殺人罪とは観念的競合の關係に立つとの結論を導く。この見解の特徴は故意のある結果的加重犯を一切否認する立場と親近性を有する点にある。

- (b) 第二説〈=傷害・殺人の故意があるケースで、逮捕監禁罪を基本犯とする結果的加重犯と傷害罪・殺人罪の成立をそれぞれ認める立場〉

第二説は、結果的加重犯が予定する重い結果につき傷害の故意があるケースで、逮捕監禁致死傷罪と傷害罪の成立をそれぞれ認め、刑法221条の罪と傷

36) なお、内田教授は、故意ある結果的加重犯を認める実益がないと明言し、第一説の立場を堅持しておられる。内田文昭『刑法各論・第3版』(1996年)474頁を参照。

害罪とが観念的競合の関係に立つとの結論を導く一方、行為者が殺人の故意を有している場面では、逮捕監禁致死罪と殺人罪の成立を肯定し、刑法 221 条の罪と殺人罪とが観念的競合の関係に立つとの結論を導く見解である³⁷⁾。この見解も、第一説と同様に、故意のある結果的加重犯を否認する立場と辻褃が合うとの特徴を有している。

(c) 第三説〈=法定刑を考慮して『『傷害の罪』と構造を異にし、上限が『傷害の罪』よりも軽いもの』、『傷害の罪』と構造を同じくし、『傷害の罪』と同程度のもの』、『傷害の罪』を超えるもの』の三者に区分し、それぞれ罪数処理を行っていく立場〉

第三説は、条文を手がかりにして、延焼罪以外の結果的加重犯を大要三者に分類し、それぞれ罪数処理をしていく見解である³⁸⁾。本説は、延焼罪を除く結果的加重犯を³⁹⁾、刑を考慮して『『傷害の罪』(この場合の「傷害の罪」とは広義の傷害の意味であり、傷害罪・傷害致死罪のことを指す)と構造を異にし、刑の上限が『傷害の罪』よりも軽いもの』、『傷害の罪』と構造を同じくし、『傷害の罪』と同程度のもの』、『傷害の罪』を超えるもの(これには厳密には死傷型と死亡型とが存在する)』の大要三者に区分し、それぞれ罪数処理を行う見解である。第三説は、逮捕監禁致傷罪と逮捕監禁致死罪の2つの罪は、『『傷害の罪』と構造を同じくし、刑が『傷害の罪』と同程度のもの』(“『傷害の罪』と構造を同じくし”とは、基本犯に人の死傷結果を惹起する危険性が内在し、なおかつ被害者の囑託・承諾がないとの趣旨である)というカテゴリーに属するので、傷

37) 現在この見解を積極的・明示的に提唱する論者はいない。しかしながら、かつて草野博士はかかる見解を支持しておられた。草野豹一郎「制縛監禁と殺人罪」刑事判例研究 1 卷 (1934 年) 263 頁。

38) 筑間「結果的加重犯と罪数 (2・完)」(前掲注 9) 2 頁以下。

39) 延焼罪においては、重い結果につき故意があれば延焼罪は成立せず、刑法 108 条の罪、刑法 109 条 1 項の罪、刑法 110 条 1 項の罪が成立することに注意が必要である。筑間「結果的加重犯と罪数 (2・完)」(前掲注 9) 2 頁を参照。

害の故意がある場合には傷害罪・傷害致死罪は刑法 221 条の罪に吸収され（「傷害の罪と比較して、重い刑により処断する」との字句が登場する場面では、傷害罪・傷害致死罪の方は原則として吸収されると理解する。すなわち、法条競合の吸収関係が認められ、逮捕監禁致傷罪・逮捕監禁致死罪が優位法になり、傷害罪・傷害致死罪が劣位法となる）、殺人の故意がある場合には殺人未遂罪と殺人罪に逮捕監禁致傷罪と逮捕監禁致死罪とがそれぞれ吸収されるとの帰結を導く⁴⁰⁾。後に詳述するが、本稿はこの第三説を支持する⁴¹⁾。

さて、上記で紹介した3つの見解をここで念のために検討しておきたい。第一説は、傷害・殺人の故意がある場合を結果的加重犯から排除する点に特徴があり、言い換えれば、故意のある結果的加重犯を否認する見解である。しかし、第一説もあらゆる場面で故意のある結果的加重犯を駆逐しているわけではないのである。この点には注意が必要である。現実には、同説も、刑法 240 条や刑法 146 条の適用が問題になる局面で、部分的にせよ、故意のある結果的加重犯の概念を認めているのである⁴²⁾。また、実際的に考えてみても、不同意墮胎致傷罪の成否が問題になる場面で、行為者に傷害の故意があるケースでは不同意墮胎致傷罪の成立のみを認める帰結を導くのが穏当であるように思われる⁴³⁾。そうだとすれば、傷害の故意がある場合に逮捕監禁致傷罪のみの成立を認める帰結を導くこともまた可能であるものと考えられる。したがって、かかる視点からすれば、第一説に与することはできないように思われる。他方、第二説は、故意犯と非故意犯の両者を認める点で適切

40) 筑間「結果的加重犯と罪数（2・完）」（前掲注9）7頁以下を参照。

41) 第三説に近い結論を導くのは、中森『刑法各論・第4版』（前掲注4）53頁以下を参照。

42) 故意のある結果的加重犯の形態が刑法 240 条後段に含まれると明言するのは、神山敏雄「強盗致死傷罪」宮澤浩一ほか編『現代刑法講座・第4巻・刑法各論の諸問題』（1982年）276頁。橋爪『刑法各論の悩みどころ』（前掲注13）219頁以下も、刑法 240 条に故意に被害者を殺傷する類型が含まれるとする。

43) 大山徹「再論 各種墮胎罪と罪数」杏林社会科学研究 37 巻 3=4（合併）号（2022年）34頁以下を参照。

でなく、本稿は第二説にも与することはできない。

(三) 第三説が導く解決策

それでは、第三説は、逮捕監禁致死傷罪をめぐる罪数処理の問題につき、いかなる解決策を提示しているのであろうか。第三説は、当初から傷害・殺人の故意を行為者が有している場合と逮捕監禁が既遂に達した後に傷害・殺人の故意を行為者が抱いた場合との二者に分けて、それぞれ問題解決をしている。

(a) 当初から傷害・殺人の故意を行為者が有している場合

まず、我々がここで念頭に置かなくてはならないことは、逮捕監禁致死傷罪においては、法定刑の上限が「傷害の罪」（ここでは、傷害罪・傷害致死罪を指す）のそれと同程度であるということである。

第三説は、ここから、逮捕監禁致死傷罪は傷害の故意がある形態を最初から包含しているとの結論に達している（当然のことながら、死傷の結果が発生していることを前提にする）。言い換えれば、同説は、刑法 221 条の罪は、傷害の故意がある形態を本来的に包含している趣旨の構成要件だと理解するわけである（法定刑は、逮捕監禁致傷罪のケースは 3 年以上 15 年以下の懲役、逮捕監禁致死罪のケースは 3 年以上 20 年以下の懲役である⁴⁴⁾。したがって、逮捕監禁致傷罪・逮捕監禁致死罪においては、刑の上限がそれぞれ傷害罪・傷害致死罪の場合と同程度であるため、傷害の故意があるケースにおいては、傷害罪・傷害致死罪はそれぞれ逮捕監禁致傷罪・逮捕監禁致死罪に吸収されるとする解釈論的帰結がもたらされる（いわば、傷害の故意が織り込み済みで、逮捕監禁致死傷罪の

44) 井田『講義刑法学各論・第 2 版』（前掲注 2）147 頁以下を参照。もっとも、仮に傷害の故意があるケースで、第二説に立ち逮捕監禁致傷罪と傷害罪の観念的競合を認めても、本稿が辿り着いた結論と実質的に差異は生じない（判例は重点的対照主義を採る）。この点については、田中優輝「科刑上一罪の処断」法と政治 72 卷 3 号（2021 年）972 頁以下を参照。

刑の上限が設定されていると解釈するのである)⁴⁵⁾。他方、殺人の故意がある場合はどうか。第三説は、傷害結果のみが招来されているケースでは、殺人未遂罪のみの成立を認める。死亡結果が招来されたパターンではどうか。第三説は殺人罪の成立のみを肯定する。このような帰結がもたらされるのは、同説が逮捕監禁を殺害手段の一つのヴァリエーションにすぎないと考え、法条競合として逮捕監禁罪が殺人罪に吸収されると捉えているためである（法条競合の吸収関係⁴⁶⁾）。

(b) 逮捕監禁が既遂に達した後、にわかに殺人・傷害の故意を行為者が抱いた場合

第三説は、逮捕監禁の継続中に、あらたに殺意が生じた場合については、逮捕監禁罪と殺人罪とがそれぞれ成立し、併合罪として処理する結論を提示している。逮捕監禁が既遂に達した後、にわかに殺人・傷害の故意を行為者が抱いた場合は、そもそも刑法 221 条の適用可能性がないため、ここで論じるのは本来不適當なのであるが、便宜的にここで論じることにした。

第三説は、この場合に、殺人罪・傷害罪のみが成立するという見解を排斥する。すなわち、第三説は、逮捕監禁罪と殺人罪・傷害罪の成立をそれぞれ認め、両者が併合罪の関係に立つと解するのである。そして、本稿も第三説が逢着した結論を支持する⁴⁷⁾。逮捕監禁の実行行為の時点と殺人罪・傷害罪の実行行為の時点との間に時間的間隔が存在するため、かかる結論は是認されるように思われる。

(四) 第三説に対する（想定される）反対意見

もっとも、第三説に対しては次のような反対意見も提起され得るように思

45) 筑間「結果的加重犯と罪数（2・完）」（前掲注9）7頁以下を参照。

46) 川端教授も、はじめから殺意がある場合には殺人罪のみが成立するとの結論を導いておられる。川端『刑法各論講義・第2版』（前掲注4）150頁を参照。

47) 筑間「結果的加重犯と罪数（2・完）」（前掲注9）8頁以下を参照。

われる。第三説は逮捕監禁が未遂であっても傷害結果・死亡結果を招来したケースで逮捕監禁致死傷罪の成立を認める。しかしながら、このような第三説の帰結は奇異なものであるように見受けられる。そもそも、逮捕監禁の未遂は不可罰であるため、そこから傷害結果・死亡結果が発生した場合には端的に傷害罪・傷害致死罪のみが成立すると把握すべきである。したがって、このパターンにおいては（手枷足枷を嵌めて逮捕しようとしたが、急な地震で足枷がとれて被害者が帰宅したが、手枷足枷を嵌められたせいで全治2週間の怪我をしたケースが具体的事例として挙げられよう。また、有刺鉄線を張り巡らし部屋から出られないようにしたが怪我を覚悟ですぐさま脱出し監禁されずに済んだが結局重傷を負ったケースも具体的事例として想起できよう）、法条競合の吸収関係はおよそ考えられないように思われる⁴⁸⁾。反対意見の内容はこのようなものであるが、かかる批判は正しいものであると推察される。したがって、本稿は、第三の見解を若干修正し、逮捕監禁の未遂から傷害結果・死亡結果が発生した場合には、刑法 221 条の罪は成立しないと解し、傷害罪・傷害致死罪のみが成立すると解する。そして、本稿は、当初から殺意があり一個の行為だと評価できる場合には、殺人罪のみで捕捉し（法条競合の吸収関係で逮捕監禁罪は被吸収法となる）、当初から傷害の故意があり一個の行為だと評価できる場合には、刑法 221 条の罪だけが成立すると解する。なお、当初から行為者が傷害の故意を抱いたパターンも傷害罪のみで捕捉すべきだとの見解も存在しているが⁴⁹⁾、逮捕監禁致死傷罪は自由に対する罪であると同時に身体的利益を保護法益にしている罪であるので、このパターンにおいては、やはり逮捕監禁致死傷罪の方を成立せしめるのが穏当な解決策であるように思われる。

48) 高橋教授は、逮捕監禁致死傷罪が成立するためには、逮捕監禁罪が既遂に達していなければならないとの見解を披瀝している。そして、その根拠として、逮捕監禁罪の未遂が不可罰であることを挙げておられる。高橋『刑法各論・第4版』（前掲注4）109頁。高橋教授の立論によれば、逮捕監禁の未遂から傷害結果・死亡結果が発生したケースにおいては傷害罪・傷害致死罪が成立することになる。

49) 大判大正9年2月16日刑録26輯46頁。

四、逮捕監禁罪をめぐる罪数問題

(一) 拐取罪と逮捕監禁罪にまつわる罪数問題

第三章では、逮捕監禁致死傷罪をめぐる罪数問題を概観した。本章では、逮捕監禁罪をめぐる罪数問題に言及していくことにしたい。まず、拐取罪と逮捕監禁罪にまつわる罪数問題に関して検討を進めることにしたい。みのしろ金目的で被害者を拐取した事案である最決昭和58年9月27日は両者の関係を併合罪とみた⁵⁰⁾。もっとも、学説上は牽連犯だと判示したかつての判例である大判昭和13年11月10日を支持する見解⁵¹⁾や観念的競合だと解する見解⁵²⁾も有力に主張されている。思うに、拐取罪と逮捕監禁罪の関係性は罪質上通例手段目的の関係に立たないので⁵³⁾、牽連犯と解するのは不自然であるように見受けられる(被害者宅で逮捕・監禁したケースでは、そもそも拐取罪は成立しない。このことからわかるように、逮捕・監禁に先行して常に拐取行為が存在するわけではない⁵⁴⁾)。それでは、併合罪と解すべきなのか。それとも、観念的競合だと解すべきなのか。解決の手がかりは拐取罪が継続犯であるか状態犯であるかという問題をどう捉えるのかにあるように思われる。

仮に、拐取罪が継続犯であると把握したら、どのような罪数処理になるのだろうか。

50) 刑集37巻7号1078頁。

51) 刑集17巻799頁。

52) 大谷『刑法講義各論・新版第5版』(前掲注4)103頁。

53) 井田『講義刑法学各論・第2版』(前掲注2)158頁は、2つの犯罪の関係は併合罪か観念的競合だとする。

54) 「罪質上通例」というフレーズは判例が打ち出した字句である。最判昭和32年7月18日刑集11巻7号1861頁は「罪質上通例その一方が他方の手段又は結果となるという関係があり、しかも具体的にも犯人がかかる関係においてその数罪を実行したような場合」にのみ牽連犯になる旨判示している。さらに、松宮孝明「併合罪と科刑上一罪」中山研一＝浅田和茂＝松宮孝明『レヴィジョン刑法2 未遂犯論・罪数論』(2002年)217頁を参照。

無免許運転罪と酒酔い運転罪（最判昭和49年5月29日刑集28巻4号114頁⁵⁵⁾、無免許運転罪と車検切れ車両運転罪（昭和49年5月29日刑集28巻4号168頁）の例をみてもわかるように、継続犯と継続犯のケースでは観念的競合の関係を認めるのが判例の趨勢である。判例の趨勢は、いわば「点と線の関係にある」場合には併合罪の成立を認める傾向にあるともいえよう⁵⁶⁾。したがって、拐取罪が継続犯であるとの立場を前提にするならば、逮捕監禁罪が継続犯であることに異論はないので、逮捕監禁罪と拐取罪とは観念的競合の关系到立つという結論に立ち至るのが一貫しているように思われる。

しかし、本当に拐取罪は継続犯なのであろうか⁵⁷⁾。たしかに、被拐取者は解放されるまで被拐取者の自由と安全が持続的に侵害されるため、継続犯と解する考えにも合理的根拠は充分にあらう。

もし、継続犯説を採るのだとすれば、被拐取者を「收受」する所為は拐取者に対する加担行為として問擬されることになり（「收受」ではなく「拐取」行為の共同正犯として問擬すべきである）、刑法が被拐取者の「收受」を軽く処罰している趣旨が没却されるとの結論に逢着することになる。しかし、かかる解決策は不当なことであるように思われる。たとえば、営利目的で被拐取者甲が被害者Aを現在の生活環境から離脱させ、その後乙がAを自己の支配下に置いたケースを視野に入れると、継続犯説からは乙は拐取罪の共同正犯の罪責を負うということになるはずであり（被害者が解放されるまで甲の拐取罪の

55) 中山研一＝浅田和茂＝松宮孝明『レヴィジオン刑法2 未遂犯論・罪数論』（2002年）221頁の浅田教授の発信を参照。

56) 井田『講義刑法学総論・第2版』（前掲注26）595頁、佐伯和也「104 観念的競合か併合罪か」佐伯仁志『刑法判例百選I・第8版』（2020年）210頁以下を参照。また、只木誠『罪数論の研究・補訂版』（2009年）111頁以下を参照。

57) 継続犯だとする見解として、大塚仁『刑法概説各論・第3版増補版』（2005年）83頁、林『刑法各論・第2版』（前掲注4）82頁、山中『刑法各論・第3版』（前掲注4）145頁、大谷『刑法講義各論・新版第5版』（前掲注4）100頁。これに対し、状態犯だとする見解として、山口『刑法各論・第2版』（前掲注4）90頁、中森『刑法各論・第4版』（前掲注4）56頁、西田（橋爪隆補訂）『刑法各論・第7版』（前掲注4）76頁、松宮『刑法各論講義・第5版』（前掲注4）104頁、松原『刑法各論・第2版』（前掲注4）110頁、高橋『刑法各論・第4版』（前掲注4）112頁。

実行行為が継続していることになり、乙には「1年以上10年以下の懲役」の刑罰が科せられることになる。しかし、このように考えると刑法227条1項が「收受」行為に対して「3年以上5年以下の懲役」を予定し軽く処罰している趣旨が没却されてしまうのである)、かかる帰結は不適切なものであると考えられるからである。

このように考えれば、状態犯説が妥当な考え方であると思量される。前述した最決昭和58年9月27日も状態犯説と整合性を有する判例だといえるのである。

もっとも、仮に状態犯説を支持するとしても、拐取罪と刑法220条の罪とが観念的競合の關係に立つケースがおよそ皆無だというわけではない。このことには注意が必要である。ごく稀にしか起こらないであろうが、被害者をオートバイで拐取すると同時に脱出できないように猛スピードで疾走させた事例や被害者を自動車のトランクに収容して拐取すると同時に監禁した事例などでは、拐取罪と監禁罪との2つの犯罪が成立し、両者は観念的競合の關係に立つように見受けられる。前述したように、本稿は拐取罪が状態犯だという前提に立脚するが、上記の事例を念頭に置けばわかるように、状態犯説に与したとしても、両者が観念的競合になる場面は極めて例外的ではあるが存在し得るのである。

(二) 強制わいせつ罪・強制性交等罪と 逮捕監禁罪にまつわる罪数問題

強制わいせつ罪・強制性交等罪と逮捕監禁罪との關係については、かねてより盛んな議論がある⁵⁸⁾。いうまでもなく、逮捕監禁罪は継続犯である。判例上、継続犯と即成犯・状態犯の二者の罪数關係が問題になるケースでは、これら2つの犯罪の關係は併合罪の關係に立つものと捉えられてきた。言い換えれば、判例は、いわば「線と線の關係」「点と点の關係」でない場合に

58) 議論状況については、佐藤拓磨『未遂犯と実行の着手』(2016年)99頁以下を参照。

は併合罪の成立を認める傾向にあると表現されることもある⁵⁹⁾。当然のことながら、逮捕監禁の継続中ににわかにいせつな意図を喚起しこれらの犯罪を敢行した場合には、これらの犯罪の実現の前に逮捕監禁が先行するため、まずは逮捕監禁罪が成立し、その後強制わいせつ罪・強制性交等罪が敢行されることになる。この場合には、両者は併合罪の関係に立つと解される⁶⁰⁾。

もつとも、当初から強制わいせつ罪・強制性交等罪を実行しようとする意図の下に逮捕監禁した場合には、やや事情は異なってくることに注意が必要である。たしかに、家まで送ると被害女性を騙して車内に収容し、その後行為者宅で婦女暴行をしたケースでは⁶¹⁾、逮捕監禁罪と刑法 177 条の罪の両者が成立し、この 2 つの犯罪は併合罪の関係に立つと解する点で争いはないであろう（可能的自由説を前提とする）。しかし、強制わいせつ罪・強制性交等罪を実行しようと企図した者については、既に逮捕監禁の段階でこれらの罪の未遂罪が成立するケースもごく稀に存在し得ると解するのが学説上有力な考え方になっている。とりわけ行為者の犯罪計画まで考慮して未遂罪が成立するか否かの判断を行う立場からすれば、実行の着手時期は相当程度早期化する結論を導くのは当然の帰結になってくるように思われる⁶²⁾。すなわち、これらの性犯罪が予定する「暴行」「脅迫」要件は、既に行行為者が逮捕監禁を始めた段階でも充足されているケースがあると考えるのが最近の学説の大勢であるものと推察される⁶³⁾。（古い判例であるが）最決昭和 45 年 7 月 28 日の事

59) 井田『講義刑法学総論・第 2 版』（前掲注 26）595 頁、佐伯和也「104 観念的競合か併合罪か」佐伯仁志『刑法判例百選 I・第 8 版』（2020 年）210 頁以下を参照。

60) 竹花俊徳＝荒井智也「§ 220（逮捕及び監禁）」大塚仁ほか編『大コメンタール刑法・第 3 版』（2014 年）420 頁以下を参照。

61) 西田教授が挙げておられる事例である。西田（橋爪隆補訂）『刑法各論・第 7 版』（前掲注 4）321 頁を参照。なお、井田教授は、強制性交等罪を犯した者が、その機会に被害者に強制わいせつ行為を行ったケースでは、（強制わいせつ罪も成立するが）強制性交等罪の規定により包括的に評価されると述べておられる。井田『講義刑法学各論・第 2 版』（前掲注 2）126 頁を参照。包括一罪（吸収一罪）として処理する結論を本稿も支持する。

62) 井田『講義刑法学総論・第 2 版』（前掲注 26）436 頁を参照。

63) 井田教授も、行為者が当初から同意なき性交等を行うつもりであったときには、暴

案は、被害女性をダンプカーに引きずり込み、引きずり込む過程で当該被害女性に怪我をさせた事案であった。最高裁は、この事案で、強姦致傷罪（＝強姦性交等致傷罪）の成立を肯定したが、最高裁のこの立論は、最近の学説の多くが支持しているところである。いずれにせよ、このような考え方によれば、強姦性交等罪の実行行為の開始時期は相当程度早期化されることになろう。したがって、（最近の学説の大勢の見方を前提にすると、）当初からわいせつな意図をもってこれらの犯罪を実現したケースにおいては、一個の行為で逮捕監禁罪の構成要件に該当すると同時に、強制わいせつ罪・強姦性交等罪の構成要件に該当する局面が例外的に存在し得るように思われるのである⁶⁴。最決昭和45年7月28日の事案ばかりでなく⁶⁵、下級審判例の中には、自動車に強引に乗車せしめた場合、それが刑法220条の罪の実行行為の開始であると評価するとともに、刑法177条の罪であると評価した上で刑法54条1項前段の適用を認めるべきだとしたものもある⁶⁶。また、強制わいせつ罪関連の事案であるが、近時の下級審判例の中には、わいせつ目的で被害女性を公衆トイレに誘い込み陰部を触るなどの所為について、刑法220条の罪と刑法176条の罪がそれぞれ成立し両者は観念的競合に立つ旨判示したのもも出現している⁶⁷。

行・脅迫を加える時点で既に強姦性交等罪の実行の着手があったと解しておられる。そして、この場合、行為者の性交等及ぶ意図が決定的役割を演じると説いておられる。井田『講義刑法学各論・第2版』（前掲注2）126頁を参照。

64) 高橋『刑法各論・第4版』（前掲注4）108頁を参照。

65) かつて内藤博士は、わいせつ目的でダンプカーに被害女性を引きずり込み怪我をさせ、その後ダンプカー内で性交をした事案で、暴行を加えて監禁をした段階では未だ刑法177条の罪が予定する実行行為は開始されないとし、監禁致傷罪と強姦性交等罪の成立を認め、両者は併合罪の關係に立つと解しておられた。内藤博士の見解は主観的違法要素を認めない立場からは一貫しているが、今日では内藤博士のような見解はむしろ少数説であるように思われる。ダンプカー内で強姦性交等を行う意図で被害女性をダンプカーに引きずり込み監禁した事案については、監禁罪と強姦性交等致傷罪の観念的競合とみるべきであろう。内藤謙『刑法講義総論（下）II』（2002年）1225頁以下。

66) 札幌高判昭和53年6月29日判例時報992号114頁。

67) 東京高判平成24年11月1日判例タイムズ1391号364頁。ところで、2023年の改

(三) 住居侵入罪と逮捕監禁罪にまつわる罪数問題

他人の住居に侵入した後、当該他人を逮捕・監禁する場合をどのように処理するのかについても、見解が分かれる。最高裁判例は未だ存在しないが、下級審判例は住居侵入罪と逮捕監禁罪とは牽連犯の関係に立つと解するものと併合罪の関係に立つと解するものの二者に分かれている。通常、住居侵入のみを眼目として犯罪を敢行する者はいないため、住居侵入罪と逮捕監禁罪とは牽連犯の関係に立つと理解するのが無難であろう。また、仮に、住居侵入罪と逮捕監禁罪とが併合罪の関係に立つと解すると、(牽連犯として処理されている)住居侵入後に威力業務妨害をした事案との間で平仄が合わない事態に我々は逢着することになる⁶⁸⁾。同様に、住居侵入後に略取誘拐をした場合や住居侵入後強制わいせつ・強姦性交等をした場合に牽連犯になるのに、住居侵入後逮捕監禁をした場合に併合罪として処理するのでは辻褄が合わない状況が発生するように思われる。このように考えれば、住居侵入罪と逮捕監禁罪とは牽連犯の関係に立つと解するのが妥当であろう。

(四) 恐喝罪と逮捕監禁罪にまつわる罪数問題

逮捕・監禁を手段として、他者から財物を喝取するケースの処理はどのようになされるべきなのだろうか。周知のように、この問題については、かつて大判大正 15 年 10 月 14 日は牽連犯説を採っていたが⁶⁹⁾、最判平成 17 年 4

正に先立ち、刑法典上の性犯罪については、既に 2017 年の改正でその内容が抜本的に改められている。この点には注意が必要である。2017 年の改正については、樋口亮介「性犯罪の改正」法律時報 89 卷 11 号(2017 年)118 頁以下、深町晋也「性犯罪」法学教室 457 号(2018 年)111 頁以下を参照。

68) 竹花=荒井「§ 220(逮捕及び監禁)」大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法・第 3 版』(前掲注 60)431 頁を参照。

69) 刑集 5 卷 10 号 456 頁。

月 14 日は、かつての大審院の判断を変更し、併合罪説を打ち出した⁷⁰⁾。牽連犯とするには、客観的な牽連性（抽象的牽連性のみならず、具体的な牽連性をも必要とする）を要求するのが現在の一般的な見解となっており⁷¹⁾、このことを踏まえれば、かかるケースは併合罪として処理するのが妥当である⁷²⁾。すなわち、住居侵入窃盗や住居侵入殺人の事例とは異なり（前述したように、行為者が住居侵入の敢行だけでその後の可罰的行為を控えるという事例はむしろ稀である）、恐喝が敢行される前に必ず監禁が遂行されるという関係性がみられるわけではないことに着眼するならば、（抽象的牽連性が欠如するため、）併合罪として処理する見解が適切である。

（五） 窃盗罪と逮捕監禁罪（逮捕監禁致傷罪）に まつわる罪数問題

窃盗罪と刑法 220 条の罪（刑法 221 条の罪）との関係については、これを併合罪の関係に立つと解する点で現在ほぼ意見の一致がある。なお、現行刑法 47 条は加重単一刑主義を採用しているが、「併合罪を構成する個別の罪に対する刑を前提として、基本的にそれを加算する形で最終的な宣告刑を導こうとする」か、「科刑の根拠は、併合罪を構成する個別の犯罪が合一して形成された新たな実体であり、加重された処断刑が対応するのはその全体であると考えるか」の際立った見解の対立がある⁷³⁾。前者が分析的アプローチと呼

70) 刑集 59 卷 3 号 283 頁。最判平成 17 年 4 月 14 日の意義に関しては、只木『罪数論の研究・補訂版』（前掲注 56）281 頁以下を参照。

71) 抽象的牽連性・具体的牽連性については、内山良雄「103 牽連犯か併合罪か」佐伯仁志『刑法判例百選 I・第 8 版』（2020 年）208 頁を参照。

72) 松宮教授は「実際、判例上は、牽連犯関係が認められる犯罪はそれほど多くはない」旨説いておられる。そして具体例として、住居侵入と窃盗、強盗、強姦、殺人といったもの、文書偽造と行使、詐欺あるいは通貨偽造とその行使を挙げておられる。松宮「併合罪と科刑上一罪」中山研一＝浅田和茂＝松宮孝明『レヴィジョン刑法 2 未遂犯論・罪数論』（前掲注 54）217 頁を参照。牽連犯を認める局面が実務上少ないことを前提にすれば、恐喝罪と逮捕監禁罪との関係は併合罪と解するべきである。

73) 分析的アプローチ・全体的アプローチという対立軸については、井田教授の分析に

ばれ、後者が全体的アプローチと呼ばれる。そして、新潟監禁事件に関する最判平成15年7月10日(刑集57巻7号903頁)は、東京高判平成14年12月10日(判例時報1812号152頁)を排斥し、後者の全体的アプローチに立脚し被告人に14年の懲役刑を言い渡した(ただし、逮捕監禁致死傷罪の事案)。この点、最高裁の立場を支持する見解も披瀝されているが⁷⁴⁾、キャミソール4枚とといった僅少な財物(=時価合計2464円程度)の窃取を追加することで新たな実体が形成されたとの理解には、やはり無理があるように思われる。また、刑法52条と刑訴法350条に刑の分離をする場合の規定があることを踏まえると⁷⁵⁾、分析的アプローチの方が有用であるように思われる。

(六) その他

その他、逮捕監禁罪は未遂処罰規定がないため、刑法208条の暴行罪のみが成立する場合がある⁷⁶⁾。また、特別公務員職権濫用罪は逮捕監禁罪との加重類型である⁷⁷⁾。すなわち、刑法195条の罪が吸収法であり、刑法220条の罪が被吸収法となる⁷⁸⁾。

大幅に依拠した。そして井田教授は分析的アプローチに与えられる。この点については、井田『変革の時代における理論刑法学』(前掲注3)240頁以下を参照。丸山教授は「個別的量刑加算アプローチに正しい核心がある」と述べておられ、分析的アプローチを支持される。丸山雅夫『刑法の論点と解釈』(2014年)122頁以下も参照。

74) たとえば、小林憲太郎『刑法総論の理論と実務』(2018年)は「悪質な監禁をさらに持続せしめるための手段であり、それは同時にこの監禁が発覚しない方途で敢行されているため、全体的アプローチが正しい旨指摘する。

75) 筑間正泰「第11章 罪数」大野真義ほか編『要説 刑法総論・第2版』(1995年)347頁を参照。

76) 川端『刑法各論講義・第2版』(前掲注4)148頁。

77) 神山教授は特別公務員職権濫用罪を個人的法益に対する罪だと把握する。もっとも、神山教授も、特別公務員職権濫用罪を逮捕監禁罪の加重類型だと理解しておられる。神山敏雄「職権濫用罪の法益についての一考察」浅田和茂ほか編『転換期の刑事法学——井戸田侃先生古稀祝賀論文集』(1999年)803頁以下。

78) もっとも、山中教授は、逮捕監禁罪と特別公務員職権濫用罪の関係は一般法と特別法の関係にあると述べておられる。山中『刑法各論・第3版』(前掲注4)830頁を参照。しかし、異種類の犯罪間の法条競合であるので、特別関係ではなく吸収関係と

五、結 び

これまで縷々述べてきたが、本稿の主張を纏めると次のとおりである。

逮捕監禁致死傷罪が予定する重い結果につき、刑の見地から傷害の故意がある場合を刑法 221 条が本来的に包含していることを論証した。また、逮捕監禁という方途を用いて当初から殺人を敢行しようと意図していた場合は、殺人罪のみが成立することも論証できたものとする。また、逮捕監禁途中から傷害・殺人の故意を抱いていたパターンは刑法 220 条の罪と傷害罪・殺人罪が成立し両者は併合罪の関係に立つとの主張を展開した。他方、逮捕監禁罪については、拐取罪と逮捕監禁罪とは原則として併合罪の関係に立つが、例外的に観念的競合の関係に立つ場合があることを明らかにした。そして、強制性交等罪と逮捕監禁罪とは基本的には併合罪の関係に立つが、稀に観念的競合の関係に立つ場合もあることを明らかにした。また、住居侵入罪と逮捕監禁罪とは牽連犯の関係に立つことを解明し、恐喝罪と逮捕監禁罪とは併合罪の関係に立つことを解明した。そして、窃盗罪と逮捕監禁罪とは併合罪の関係に立つが、全体的アプローチを採ることは不自然であり、分析的アプローチが正解であることを浮き彫りにした (2023 年 2 月 28 日脱稿)⁷⁹⁾。

把握すべきである。

79) 内田『結果的加重犯の構造』(前掲注 28) 311 頁以下は、逮捕監禁致死傷罪の成立範囲を制限する解釈論を提示している。自由剝奪それ自体生命・身体への危険は認められないことから、制限的な解釈論が是認されるべきだとする。本稿では、かかる見解につき踏み込んだ検討を行うことができなかったがこの点については他日を期したいと思う。なお、本稿を脱稿したのは 2023 年 2 月末であり、強制わいせつ罪や強制性交等罪と逮捕監禁罪との関連は旧規定を前提にした議論となっている。予めお断りしておきたい。その後、2023 年 6 月 16 日、性犯罪の成立要件を抜本的に見直す伝統的な刑法典の改正案等が、参院本会議で全会一致で可決、成立した。これに伴い、強制性交等罪を不同意性交等罪にする刑法改正が実現した(2023 年 7 月 13 日施行)。2023 年 6 月 17 日付日本経済新聞朝刊、同年 7 月 13 日付朝日新聞朝刊をそれぞれ参照。