

# 判例研究

## 刑事判例研究 (1)

中央大学刑事判例研究会

被告人が、妻Bの実子で被告人と養子縁組をしていた当時八歳の被害児童Aに対し、鉄製の鎖を腰部に巻き付け南京錠を掛けてその身体を柱につなぎ、Aの身体を拘束したという逮捕監禁被告事件において、客観的な拘束の条件などを考慮して、Aの承諾の真意性を否定した事例

秋 山 紘 範

〔大阪高等裁判所平成二七年（う）第六七九号、平成二七年一〇月六日第三刑事部判決、判時二二九三号一三九頁〕

## 【事実の概要】

(1) 被告人は、平成二四年四月にBと婚姻したとき、同人の実子Aと養子縁組をしたが、日頃からAのことを「くそがき」と呼ぶなど、愛情をもって接していなかった。

被告人は、平成二五年三月五日には、Aを拘束するための鎖と南京錠二個を購入して、遅くとも同年四月頃からは、Bと二人で被告人の母方や祖母方、パチンコ店等に外出する際に、週に一、二回程度、留守中にAが冷蔵庫の中の物を勝手に食べたり、遊びに出掛けたりすることのないように、Bと共にAを鎖で拘束するようになり、同年一〇月頃に本件犯行当時の住所地に転居した後は、Aの拘束用に、常時、居間の柱に鉄製の鎖の一端を巻き付けて南京錠で固定していた。Aは、初めて鎖で拘束されたときは、泣き叫んで嫌がったものの、両親である被告人らに抵抗することもできず、その後は鎖で拘束されるときも強く拒絶することはなくなった。

また、被告人らは、しつくと称して、Aに殴るなどの暴力を振るうこともあり、本件前日の平成二六年一〇月七日夜にも、Aが冷蔵庫の中の物を勝手に食べ、子供部屋にカッターナイフ等を置いていたなどと叱責し、二人でAの顔をたたくなどの体罰を加えて、その顔にはあざができていた。

(2) 被告人は、翌八日、顔のあざを教師から見とがめられることを恐れて、Aに学校を休ませていたところ、午前一一時三〇分頃、Bと共に被告人の祖母方に出掛ける際に、Aに対し、「昨日叱ったことは覚えてるか」などと聞くと、Aは、覚えていないような返事をして、さらに、被告人が、「くくるんか、くくらんのかどっちゃ」、「くくらんで約束守れるんか」などと聞くと、Aは、「悪いことするし、くくって」などと言った。そして、Aは、鎖で拘束されるときいつも使用している簡易トイレを自ら運んできて準備し、柱に巻かれて南京錠で固定されていた鉄製の鎖の一端を取って、被告人に渡してきた。

被告人は、Aから渡された鎖をその腰部付近に一周きつく巻き付けて、南京錠を掛けて拘束し（本件拘束）、BがAの近くにおにぎり等の飲食物を用意して、まもなく二人で外出した。

鎖及び南京錠二個の総重量は約九〇〇グラム、鎖の長さは繋ぎ目を伸ばした状態で約三メートル、鎖の輪の太さは約〇・四センチメートルであり、鎖で居間の柱（一辺の長さ約二〇センチメートル）につながれたA（腹囲約四九センチメートル）の行動範囲は、柱を中心とした半径二メートル足らずの円の中に限られ、居間に置かれていたテレビを見る程度のことしかできなかった。

(3) Aは、被告人らの不在中に偶然遊びに来た友達に、腹部に鎖を巻き付けられた状態で発見され、同日午後三時四〇分頃に一〇番通報されて、午後三時五五分頃に警察官が被告人方に臨場した。その際、鎖は、Aの腹部に強く食い込んだ状態で巻き付けられており、警察官は、素手では鎖を抜くことができず、クリッパーで鎖を挟むと刃先でAの腹部を傷付けそうであったため、居合わせた近隣住人が引つ張ってできた隙間からクリッパーを差し込んで、ようやく鎖を切断することができたが、Aの腹部には鎖の跡が赤く残っていた。

原審は、(1)弁護人主張のように、Aが合鍵を隠し持つて、被告人らの外出後に一旦鎖から脱出していた可能性は排斥できないとして、これを認めた上、(2)状況等に照らし、被告人らがすぐに戻ってくるわけではないことがAに明らかになり、Aが合鍵を用いることが現実的に可能となるまでに、逮捕監禁罪が成立する程度の相当時間が経過したと認定し、次いで、(3)被害者の承諾については、①Aは、僅か八歳で、両親である被告人らから、鎖で拘束されるなどの虐待を日常的に受け、本件前日にも体罰を受けていたところ、本件当日、被告人から前日の件を持ち出された上、「くるんか、くるんのかどつちや」、「くるんで約束守れるんか」などと聞かれたという経緯に照らせば、Aは、被告人から承諾するとの答えを暗に期待されていることや、拒否した場合の不利益を察して、被告人らによる更なる虐待を免れるため、あるいは、少なくとも、生活を依存している被告人らとの関係を悪化させないために、消極的ながら鎖による拘束を承諾したにすぎないものとみるべきである。また、②Aには、被告人らの外出後に合鍵を用いて鎖から脱出することができるなどといった合理的な計算もあったと考えられるが、合鍵を隠しておくという行動は、日常的な虐待から身を守るためAが到達した対抗策というべきであり、事件の全体像等を考慮すれば、承諾が真意に基づくものと評価することはできない、さらに、③本件拘束の様子は、かねてから柱につないであった頑丈な鎖の他端を、僅か八歳のAの腹部に

隙間なく回して南京錠で固定するという非人道的なもので、教育的措置や監護の一環と評価できるものではない、④以上のような承諾に至った経緯や目的、拘束の態様等に照らすと、Aの承諾は、形ばかりの消極的なものであって、被告人らによる本件拘束を正当化するものではない、と認定判断して、逮捕監禁罪の成立を認めた。

これに対して被告人側が控訴したが、承諾の真意性の点について、弁護人は、Aは、本件拘束時には、合鍵を隠し持っていたことを前提に、①Aは、本件以前にも、鎖を解いていたことが頻繁にあったのに、被告人らは、鎖が解けても構わないように緩くくり、鎖を解いたAを叱ったこともなかったし、②本件以前には、Aが嫌だと言えば、鎖で拘束しておらず、さらに、③Aは、本件拘束の直前に、被告人から「昨日叱ったことは覚えてるか」と聞かれたとき、覚えている旨答えずに、覚えていない旨平然と答えたことからすると、Aは、本件拘束時に、被告人を畏怖しておらず、鎖でくくられることに何ら痛痒を感じることなく、合鍵を持つていることを隠して、しばらく経てば一人きりになって自由に遊べる喜びを隠しながら、積極的に真意に基づく承諾をしたといえる旨主張した。

### 【判決要旨】

控訴棄却。

「しかし、Aが合鍵を隠し持っていたとの弁護人の主張事実を前提としても、①については、Bが、分離後の被告人の原審第三回公判で、要旨、本件以前にAを鎖で拘束したときに、Aの近くに合鍵が置かれていたので、Aが合鍵を使用して鎖を外したと思っただことはあるが、一、二回くらいである、それ以外にも、帰宅するとAが鎖を外していたことや、鎖を一旦外した形跡があったこともあるが、いずれも鎖を緩く巻き付けたときであり、Aは鎖が緩かったから外せたと思っていた、本件のように鎖をきつく巻き付けたのにAが鎖を外したことはない旨証言している。Bは、被告人と同じ内容の公訴事実を全面的に認めて、上記証言前に、執行猶予付きの有罪判決を受けていたものであり（上記証言後にこの判決は自然確定した）、虚偽の供述をする動機は見当たらず、

内容に特に不自然、不合理な点もなく、記憶や供述にやや曖昧な点があることを踏まえても、上記供述は基本的に信用することができる。そして、このB証言によれば、本件以前にAが合鍵を使用して鎖を外したことがあったとしても、僅かな回数にすぎず、しかも、本件のように鎖をきつく巻き付けたのに、Aが鎖を外していたことはなかったことが認められるのである。また、②の主張事実については、これを認めるに足りる証拠はなく、③については、Aは、被告人がAを鎖で拘束しようとしていることを察して、その意図に従ってすぐに拘束できるように、被告人の質問に対しては、覚えていないような曖昧な返事しかできなかったとも考えられる。

そして、Aは、本件拘束時には鎖をきつく巻き付けられ、偶然遊びに来た友達に発見されたときにも、鎖が腹部に強く食い込んだ状態で巻き付けられており、その後に通報を受けて臨場した警察官によって鎖を外されたとき、その腹部には鎖の跡が明確に残っていることが確認されているから、相当時間にわたりAの腹部に鎖が巻き付けられていたものと推認できる。しかも、Aが戸外にあるトイレではなく、鎖でつながれた範囲内に置かれた簡易トイレで大便を排せつし、その後始末に、付近にあった段ボールの切れ端を用いていることからすれば、Aは、仮に合鍵を隠し持っていたとしても、まともにトイレで排せつすることができないほどに、無断で鎖を外したことが被告人らに発覚して制裁を受けることを強く恐れていたものと認められるのであり、何時帰ってくるかも分からない被告人らを待つ間、仮に本件拘束中に鎖を外す時期があったとしても、ごく短時間であったと考えられる。このように、Aは、仮に合鍵を使って鎖を外したことがあったとしても、被告人らへの発覚を恐れながら、ごく短時間、せいぜい自宅内を行動できた程度にすぎなかったものであるから、そのように自由に外出するなどの行動の自由を奪われることになる本件拘束について、Aがその真意から承諾したとは到底認められない。

「その他所論を踏まえて検討しても、本件拘束についてAの真摯な承諾がなかった旨の原判決の認定判断は揺るがないのであり、本件拘束によりAの行動の自由が著しく制約されたことは明らかであるから、原判決の逮捕監禁罪の成立を認めた原判決は正当であり、事実誤認及び法令適用の誤りをいう論旨は理由がない」。

なお、本判決に対して被告人側は上告したが棄却され、本判決は確定している。<sup>(1)</sup>

## 【評 釈】

### 一 問題の所在

本件は、被告人が、妻Bと共謀の上、自宅居間の柱に巻き付けた鉄製の鎖の一端を、Bの実子で被告人と養子縁組をしていた当時八歳のAの腰部に巻き付け南京錠を掛けたという逮捕監禁事件である。

まず、逮捕監禁罪の構成要件該当性について、原判決でも本判決でも、Aが合鍵を使用して一旦脱出した可能性は排斥できないということを前提としているが、原判決は監禁の終期を「被告人らが外出し、状況等に照らして、被告人らがすぐに戻ってくるわけではないことがAに明らかになった時点」であるとし、その時刻は明確には特定できないものの、「逮捕監禁罪が成立する程度の相当の時間が経過した後であることに疑いはない」とした。

この点、逮捕監禁罪の保護法益は、一般に、場所的移動の自由と解され、ここにいう「自由」の解釈については可能的自由説<sup>(3)</sup>と現実的自由説の対立があるところ、最高裁昭和三三年三月一九日第二小法廷決定刑集一二卷四号六三六頁など、判例は可能的自由説を採用しているものと理解されている。本件Aについては監禁状態を認識していたことは明らかであるが、合鍵の存在を前提とすれば、可能的自由説でいうところの「監禁」には該当しないという帰結もあり得るところではある。

しかしながら、逮捕監禁の手段については、有形的方法のみならず無形的・心理的方法による場合も含まれると判例・学説では一致して理解されている。そして、本件のように被告人からの虐待をAが恐れていたというような状況<sup>(5)</sup>・学説<sup>(6)</sup>では一致して理解されている。そして、本件のように被告人からの虐待をAが恐れていたというような状況

下では、本件逮捕監禁行為直前の被告人の言動などを併せ考えると、仮にAが合鍵を隠し持っていたとしても、場所的移動の自由を侵害された点については問題なく認められる。

次に、被害者の承諾の成立要件<sup>(7)</sup>については、被害者にとって処分可能な法益でなければ承諾が現実的には問題とならないことから、個人的法益に対する罪においてのみ問題となる、という点については争いがない。また、行為無価値論と結果無価値論の対立を軸として、意思表示説と意思方向説、行為者の問題として認識必要説と認識不要説、そして承諾は行為時に存在することが必要か、それとも結果発生時に存在すれば足りるのか、といった点について見解が分かれているが、本件のように承諾が外部的に表示されており、行為時に承諾が存在しており、行為者も承諾の存在を認識している場合には、いずれの見解からも先述した承諾の要件は満たされることになる。

その上で、本件における承諾の成否については問題となるのは、Aが承諾能力を有していたか否か、そしてAの承諾について真意性が認められるか否かである。原判決及び本判決では、Aが本件逮捕監禁行為に対して与えた承諾の真意性が主たる争点として問題となり、Aの承諾能力については争われていないが、本評釈ではまず承諾能力の問題について概観した上で、本件におけるAの承諾の真意性について検討を加えることにしたい。<sup>(8)</sup>

## 二 承諾能力

いわゆる被害者の承諾は、違法性阻却事由の問題として取り扱われることが多いが、刑法の想定する保護法益の中に被害者の意思の自由、換言すれば法益に対する処分の自由が含まれていると解される犯罪類型においては、被害者の承諾が存在する場合には構成要件該当性がそもそも存在しないとされ、この点について異論はない。<sup>(9)</sup> 即ち、占有の

移転に対して承諾の与えられた「窃取」や、承諾の与えられた「侵入」などはそもそも観念すること自体が不可能なのである。他方で、刑法は一七六条（強制わいせつ）及び一七七条後段（強制性交）において、一三歳未満の被害者については承諾の存否を問わず一律に構成要件該当性を肯定している。この規定は、一三歳未満の被害者においては性的自由について承諾能力がないものと観念されている<sup>(10)</sup>と、あるいは性的自己決定権に関するバターナリズム的保護であると評されることもあるが、いずれにせよ逮捕罪及び監禁罪においてはこのような年齢規定は定められていない。そのため、本件当時八歳であったAの承諾能力も、逮捕監禁罪の成立を認めるにあたっては当然に問題となるが、原判決でも本判決でもAに承諾能力があることは暗黙の前提とされている。

児童の承諾能力が問題となった判例としては、当時五歳一一月であった被害者には囑託殺人に対する承諾能力はないとした大審院昭和九年八月二七日判決集一三卷一〇八六頁が著名である。もつとも、当該事案と本件事案とを単純に比較することはできない。昭和九年判決では「自殺の何たるか」を理解する能力が問題であったのに対し、本件ではAにとって「鎖を自己の腰部付近に一周きつく巻き付けて、南京錠を掛けて拘束されること」を理解する能力が問われることになる。そして、これら二つの行為の間には、法益侵害の種類あるいは程度において大きな隔たりが存在しているため、そこで要求される精神能力も当然に異なって判断されることになる。

本件被害児童Aが当時どれほどの精神能力を有していたかは、原判決及び本判決を見る限りでは必ずしも明らかとはならない。更には言えば、本件で侵害されている法益は「自由」であり、侵害の態様や程度が事例によって大きく異なり得るものであるから、「生命」の場合と比較して、事案に応じて要求される精神能力の高低にも差が生じると考えざるを得ない。もつとも、本件特有の事情として、遅くとも平成二五年四月頃から本件当日である平成二六年一〇



月八日という約一年半の期間にわたり、本件同様の逮捕監禁行為が常習的に繰り返されていたという点は無視することができないだろう。即ち、少なくとも本件時点においては、Aは本件同様の逮捕監禁を何度も経験しているのであり、従って、自分の身にこれから何が起ころうとしているのか、過去の被害経験に照らして十分に理解していると評価することが可能であろう。また、学説では、承諾能力の具体的内容について、承諾の対象となる法的侵害の意義を理解するに足りる精神能力<sup>(12)</sup>であるとの指摘がなされているところ、Aが本件逮捕監禁行為に先だって簡易トイレを自ら準備したのは、Aがこれから何をされるのか（構成要件該当事実）、それによってどのような害が生じるか（結果）、つまり承諾の対象について十分理解が及んでいたからであると推察される。このような事情のもとで、本件Aに承諾能力は当然備わっているものとして判断されたのは妥当である。

### 三 Aの承諾の真意性

先述した通り、本件ではAに承諾能力があることを前提とした上で、本件逮捕監禁行為に対するAの承諾は真意性が欠けるため無効であり、結局逮捕監禁罪が成立するものと判断されている。確かに、認定事実によれば、Aは一見すると自ら進んで拘束されることを求めるかのような言動に出ているため、この点をどのように評価すべきかが問題となり、争われた。ここで、本件逮捕監禁行為の違法性を検討するにあたって、Aの承諾が真意から表明されたものであるか否かについての実質的判断こそが問題の核心であることに異論の余地はないが、それに先立って、本件でAの承諾の「真意性」が争点となったこと自体について、若干の検討を加えたい。即ち、被害者の承諾の真意性が争われた従前の裁判例、例えば大阪高裁平成一〇年七月一六日判決判例時報一六四七号一五六頁では、「死の結果に結び

つくことを意識している場合には、たとえ死の結果を望んでいなくても、真意に基づく殺害の囑託と解する妨げとはならないと解すべきである」と説示しており、学説でも真意性を「法益侵害結果の認識・認容」<sup>14</sup>とする理解があるところ、本判決は必ずしもこのような意味で「真意性」を論じてはおらず、むしろ、脅迫・強制の問題として扱っていると考える方が自然と思われるからである。

「真意性」と「任意性」という用語法については、学説を概観しても必ずしも厳密に使い分けられているわけではない。強制による承諾については、任意性の問題として位置付けるものもあれば、真意に反するものもある<sup>16</sup>。また、裁判例においても、PTSDが刑法上の傷害に該当するとされた最高裁平成二四年七月二四日第二小法廷決定六六卷八号七〇九頁の原審である東京高裁平成二二年九月二四日判決刑集六六卷八号七八二頁では、監禁行為に対する承諾について説示した部分で、「一般に、被拘束者がその真意に基づいて一定の場所に自発的に拘束を受けていた場合には、いわゆる被害者の承諾として違法性が否定される余地があるとはいえ、一見自発的な意思により拘束下に置かれた場合であっても、その意思が強制や偽計等により任意でない」と認められ、あるいは、社会観念上当該拘束状態に人が置かれることがもはや容認できないと認められる場合には、不法に人を監禁したものと解される」としており、ここでは「自発的」であることと並んで「真意」「任意」が同義に扱われているようにも取れる。

もっとも、思うに、被害者の承諾が存在することによる違法性阻却の核心は、外形的な法益侵害が被害者の自由意思に合致しているからであり、この点について異論は存在しない。そして、承諾が有効であるためには、被害者の内心の段階において、それが真意に添うものであると同時に、意思形成の過程に瑕疵がないことが要求され（即ち真意性。この意味で「法益侵害結果の認識・認容」が要求されることは当然である）、そしてその意思が外形的に表示される段階

において、被害者の真意と抵触していないこと（即ち任意性）が要求される<sup>(17)</sup>。従って、真意性と任意性は決して排他的な概念ではなく、むしろ両者の領域は重複していると解すべきである。

そうすると、本件は、真意性というよりもむしろ任意性が問題となるべき事案とも解されるが、先行評釈でも触れられているように、本件では継続的な児童虐待の一環として本件監禁行為がなされたという問題がある<sup>(19)</sup>。つまり、本件のような事案においては、被害児童の置かれた状況に照らした上で、果たして「法益侵害結果の認識・認容」があったと法的に評価すべきか否か、という価値判断の問題に直面することになる。

この点、Aが行為の有する法益侵害性や結果に対する認識を欠いていたと認めるべき事情は見当たらず、むしろ先述した通り十分に理解していたと解されるころではあるが、Aが本心から本件拘束を「認容」していたとは、認定事実を概観する限り、考え難い。弁護士はAが「しばらく経てば一人きりになって自由に遊べる喜びを隠しながら、積極的に真意に基づく承諾をしたといえる」と控訴趣意で主張しているが、当時八歳であったAにとって、被告人は母親の再婚相手である義父であり、自身のことを「くそがき」と呼び、日常的に暴力を振るい、更に少なくとも約一年半にわたって本件同様の逮捕監禁を「しつけ」として行っていたのであるから、そのような相手に対して「喜びを隠しながら」承諾するといったことは考えにくい。むしろ、Aの供述にもある通り、「鎖でくくられるとたたかれなしいのはいいけれども、自由に動けなくなるので、鎖でくくられるのは嫌であった」というのが、Aの承諾の内実だと見るべきであろう。そのような意味で、Aには自由という法益を処分する承諾能力があったということは確かに一般論としては妥当するであろうが、本件でそれは極めて限定された意味においてしか合致するものではない。本件でAは一見「自由意思」に基づいて承諾を与えているように見えるが、実際にはAは被告人による暴行の可能性に常

に晒された状態に置かれていたのであって、とりわけ本件ではAの意思表示はその意味で「本心」に反したものであったと評価すべきであろう。<sup>(20)</sup>

なお、本判決はAの承諾には真意性が認められず無効であると判断したが、残された問題として、Aの承諾には任意性があったか否かという点も検討の余地がある。被害者の承諾は、被害者が自由な意思決定に基づいて与えることが違法性阻却の核心であることから、被害者の意思を抑圧して得られた承諾、即ち強要・強制による承諾は無効である。ここで問題となるのは、被害者の意思がどの程度抑圧されれば任意性が欠け、承諾が無効になるかという点である。

先例において任意性は、専ら自殺教唆と殺人の分水嶺として論じられてきたところであり、いずれも本件とは事案を異にするが、例えば広島高裁昭和二九年六月三〇日判決判例時報三三三三三三頁は、「犯人が威迫によつて他人を自殺するに至らしめた場合、自殺の決意が自殺者の自由意思によるときは自殺教唆罪を構成し進んで自殺者の意思決定の自由を阻却する程度の威迫を加えて自殺せしめたときは、もはや自殺関与罪でなく殺人罪を以て論ずべきである」との規範を立てた上で、この事案では被告人が被害者の意思の自由を奪つたと認めるだけの証明がなされていないことから、自殺教唆の成立を認めている。

これに対して、福岡高裁宮崎支部平成元年三月二四日判決判例タイムズ七一八号二二六頁は、上記裁判例と同様の規範を定立しながらも、出資法違反の犯人として追及を受けるといふ被告人の作出した虚構の事実に基づく欺罔威迫などの結果として、被害者が現状から逃れるためには自殺する以外途はないと誤信したとして、「被害者の行為を利用した殺人行為に該当するものである」と判示している。

そして、最高裁平成一六年一月二〇日第三小法廷決定刑集五八卷一号一頁は、暴行、脅迫を交えつつ、被害者に自殺することを確約させ、「犯行当時、被害者をして、被告人の命令に応じて車ごと海中に飛び込む以外の行為を選択することができない精神状態に陥らせていた」のであり、「被害者に命令して車ごと海に転落させた被告人の行為は、殺人罪の実行行為に当たるといふべきである」と判示して、殺人未遂罪の成立を肯定した。

先述した通り、本件で問題となっている法益は「自由」であり、「生命」が問題とされた先例とはこの点で事案を大きく異にするところである。しかしながら、被害者が承諾する「以外の行為を選択することができない精神状態に陥」っていたのであれば、当該承諾は瑕疵ある意思表示であることから任意性は否定され、無効な承諾と解すべきことになるとは違いない。

この点、先述した通り、Aが事件当時八歳であり、日常的に虐待を受けていた義父から、まさしく虐待の一環に含まれる逮捕監禁へと承諾するよう求められたという事実は、それだけでAの自由な意思決定に瑕疵を生じさせるに十分足りるものである。そして、仮にAが合鍵を隠し持っていたとしても、Aの場所的移動の自由は依然として高度に侵害されているのであるから、翻ってAが表面的には本件逮捕監禁に承諾しているように見えたとしても、結局それはAの自由意思に基づくものとは評価できないであろう。この点、判例時報二二九三号一四二頁で論じられているように、原判決は、「犯人が威迫によつて他人を承諾するに至らしめた場合、（それでもなお）承諾の決意が被害者の自由意思によるときは被害者の承諾が成立」という場合に該当するのではないか（判例時報二二九三号一四二頁では「合理的な児童の選択を想像させる」と評されている）、との反論を許す余地があるものと言える。これに対して本判決は、原判決の認定を概ね是認しつつ、あくまでもAの承諾は自由意思に基づくものでないことを強調したものであると解

される。また、仮に原審が言うように、Aに合理的な計算があったのだとしても、それによってAの自由意思が侵害されていないという結論は直接には導き出されるものではなく、むしろ本件事情の下では、Aは被告人の言説に対し、承諾する以外の選択肢はなかったと見るべきであろう。いずれにしても、原判決及び本判決の結論は妥当である。

#### 四 本件判決の射程

本件は、従前の判例において承諾の有効性を直接否定するような事情が複合的に作用している事案である。本件の被害者は八歳の児童であると同時に、問題とされた法益が自由であることから、これが先例との比較において結論にどのように影響しているかが問われることとなる。

この点、被害者の年齢という要素は一見すると承諾無能力を認定する一律的な基準として機能するようにも思えるが、実際にはそのような基準となり得るものではないことは、医療行為に対する児童の承諾に関する議論を参照するだけでも明らかである。また、親の有する監護権と子供の意思が対立している場合に、どちらが優先されるべきであるかについても、統一的な答えが存在しているわけではない。本件のように跡が残るほどまでにきつく、それも鎖で柱に繋ぐという行為が監護権を逸脱した虐待であることに異論はないであろうが、これが自主的に部屋にこもるよう親が命じた場合、あるいはそれよりも自由に対する侵害が高いものとして、倉庫に閉じ込めて外から施錠したような場合にはどのように判断されるのかは、本件で逮捕監禁罪の成立が認められたということからは直接に結論を導き出せるものではない。

そのため、本件はあくまでも事例判断の枠を出るものではないが、被害者の年齢、被告人が義父であるという家族関係、そして日常的に虐待が繰り返されていたという背景のもとで、被害者の承諾が真意からなされたものではないと判断した点については、今後の類似の事案に一定の示唆を与えるものであろう。

- (1) 最高裁判平成二八年一月一五日第一小法廷決定 (LEX/DB 25542521)。
- (2) 山口厚『刑法各論』(第二版補訂版)八二頁、高橋則夫『刑法各論』(第二版)九七頁、松原芳博『刑法各論』九二頁、松宮孝明『刑法各論』(第四版)八八頁、山中敬一『刑法各論』(第三版)一二五頁。なお、本罪の保護法益を人身の自由と解するものとして、平川宗信『刑法各論』一五六頁以下。
- (3) 大谷實『刑法各論』(第四版)五二頁、曾根威彦『刑法各論』(第五版)四八頁、林幹人『刑法各論』(第二版)七二頁。
- (4) 西田典之『刑法各論』(第六版)七三頁以下、川端博『刑法各論講義』(第二版)一四二頁、山中・前掲注(2)一二七頁以下。
- (5) 最高裁判所昭和二四年二月二〇日第三小法廷刑集三卷二二号二〇三六頁。
- (6) 高橋・前掲注(2)一〇一頁。なお、心理的方法による場合には慎重な判断を要するとの指摘もある。山口・前掲注(2)八六頁。
- (7) 「刑法上の法理である「被害者の承諾」は「被害者の同意」とも言い、両者は同一の概念として用いられているが、本稿では判例(最高裁判昭和五五年一月一三日第二小法廷決定刑集三四卷六号三九六頁など)の用語法に従い、「被害者の承諾」に統一する。
- (8) なお、本評釈では割愛するが、弁護士は控訴趣意において、原判決が起訴されていない被告人の余罪を実質的に処罰する趣旨で量刑の資料にしたと主張している。この点については、最高裁判昭和四二年七月一三日大法廷判決刑集二〇卷六号六〇九頁及び最高裁判昭和四二年七月五日大法廷判決刑集二二卷六号七四八頁を参照。
- (9) もっとも、通常は違法性阻却事由として分類される傷害罪の場合の被害者の承諾についても、自己の身体に対する処分の

自由が法益として含まれていると解すれば、被害者の承諾を一律に構成要件該当性阻却事由と解する見解（「一元説」とも呼ばれる）へと至ることになる。山中敬一『刑法総論』（第三版）二〇五頁。また、ドイツの議論の紹介は、佐藤陽子『被害者の承諾——各論的考察による再構成——』二頁以下が詳しい。

(10) 大谷・前掲注(3)八〇頁。

(11) 西田典之は、当該年齢規定を「判断能力の未熟な青少年を性的に保護する趣旨」であると解する。西田・前掲注(4)八八頁。

(12) 山口厚『刑法総論』（第三版）一六六頁。

(13) 山口・前掲注(12)一六六頁。

(14) 佐伯仁志『判批』ジュリスト臨時増刊一一五七号一五二頁。これに対して山中敬一は法益侵害の「認識」があれば真意性は認められ、「意欲」「受容」は不要であるとする。山中敬一『判批』現代刑事法六号七八頁以下。

(15) 西田典之『刑法総論』（第二版）一九二頁、高橋則夫『刑法総論』（第三版）三二六頁。

(16) 山口・前掲注(12)一七二頁、川端博『刑法総論講義』（第三版）三二八頁。

(17) 松宮孝明『刑法総論』（第五版）一二五頁では、「ここに『有効』とは、その意思表示が被害者の真意にでたものであって、その意味を理解しないまま、あるいは騙されたり脅されたりしてなされたものでない、つまり任意という意味である」と定義している。

(18) ただし、判例集などでは本件が「真意性」が否定された事実と題されているところ、原審から本判決に至るまで判文中では「真意性」という用語法は一度も用いられていない点には留意すべきである。即ち、原審では「承諾が真意に基づくものであると評価することはできない」、本判決では「Aがその真意から承諾したとは到底認められない」としていずれも承諾の有効性を否定しているものであり、結局本件ではAの内心における意思形成過程ではなく、専ら意思の表出の場面が問題とされているのである。もっとも、以下で論ずる通り、本件においては、Aの意思形成過程についても事案特有の問題性が生じている。

(19) 松本麗『判批』警察学論集六九卷二二号一六五頁以下、佐藤陽子『判批』ジュリスト臨時増刊一五〇五号一七五頁。

(20) なお、現実的な問題として、従前の裁判例では、「真意性」が専ら（囑託）殺人の場合に問題とされ、被害者本人から直



接供述を得ることが事実上不可能であり、被告人供述と客観的証拠状況とを照らし合わせて、囑託が存在しなかったという主張に対して合理的疑いを容れる余地があるか否かを判断するにあたって考慮されてきた（囑託の存在を否定するために検察官が真意性はない旨主張していた）のに対し、本件では被害者であるAの供述も証拠として採用されていることから、Aの意思内容が直接的に検討されている（承諾の存在を肯定するために弁護人が真意性はある旨主張した）という点で、法益の違いという点以外にも、攻撃防御の面で先例と本件での「真意性」の問題は領域を異にしているように思われる。もつとも、これを訴訟法上の問題として俎上に載せる意義があるか否かについて、筆者も疑義なしとはしない。

(21) 未成年者の承諾能力に関する海外の研究については、例えば、ソーニャ・ロートエルメル著、只木誠監訳『承諾、拒否権、共同決定——未成年の患者における承諾の有効性と権利の形成——』一五五頁以下などが詳しい。

（本学大学院法学研究科博士課程後期課程在籍）