

## 一、反対尋問

- ・ (学説の検討) - 2、L3「高度の精神障害者」とはどのようなものか。
- ・ (学説の検討) - 2、L4「自然的・事実的意味」とはどのようなものか。
- ・ (学説の検討) - 2、L6「行動能力」「意思能力」とはどのようなものか。
- ・ (学説の検討) - 2、L10「客体に現実的な行動の自由がなかった場合」とはどのような場合か。
- ・ (結論)、L3強盗未遂罪と逮捕・監禁罪の関係をどのように捉えているか。

## 二、立論

### 学説の検討

220条の保護法益は人の身体活動の自由である。では、「自由」とはいかなるものか明文なく問題となる。

この点、検察側はB説(行動しようと思えば行動できる自由、すなわち可能的自由)を採用している。しかし、かかる自由を可能的・潜在的自由ととらえるのであれば、自由を害する可能性のある行為、つまり自由に対し危険を有する行為を処罰することになりかねない。

このような場合には、現実に法益侵害がなされていないにもかかわらず処罰されることとなり、処罰範囲が不当に拡大してしまうため採用できない。

思うに、自由とは個人の感性・思考に大きくかかわる要素であり被害者の認識と密接不可分な関係にある。とすれば、自由が侵害されたといえるためには、被害者がその自由への侵害を認識している必要がある。すなわち、被害者の主観を考慮せずにかかる侵害を判断することはできず、被害者に現実的に行動しようという意思がないにもかかわらず自由が侵害されたとはいえないというべきである。

以上より弁護側はA説(現実に行動する意思がある時に行動できる自由・現実的自由説)を採用する。

### 本問の検討

- 1、甲に住居侵入罪(130条)及び強盗未遂罪(236・243条)が成立することについては検察側と同様の見解に立つ。
- 2、では甲に監禁罪が成立するか。

この点、220条の保護法益の「自由」の意義につき弁護側はA説(現実的自由説)を採用しているため、被害者であるC太の主観をも考慮して判断する。

まず、C太に現実的に行動する意思が認められるか問題となるが、当時1歳7ヶ月という年齢に鑑みれば意思能力は認められず、意思が伴った行動というものは認めることはできない。

さらにC太に意思能力が認められないということは、自らが監禁されているという事実を認識していたと認めることもできない。すなわち、現実にC太の自由を侵害しているためには、C太に意思能力が不可欠であるところ、C太に意思能力が認められない以上、自由の侵害など認められない。

したがって、監禁罪の保護法益である身体活動の自由を侵害しているとはいえないため、そもそも構成要件に該当せず本罪は成立しない。

## 三、結論

以上より甲に住居侵入罪(130条)及び強盗未遂罪(236・243条)が成立しその罪責を負う。

以上