

平成 21 年 6 月 12 日現在

研究種目：若手研究（B）
 研究期間：2006～2008
 課題番号：18730043
 研究課題名（和文） 脳科学時代の刑法における自由意思 中止犯の任意性要件を題材に
 研究課題名（英文） Neuroscience and Free will in criminal law

研究代表者
 和田 俊憲（WADA TOSHINORI）
 慶應義塾大学・法務研究科・准教授
 研究者番号：80302644

研究成果の概要：

中止犯における任意性要件は自由意思の問題ではない。自由意思に関わるのは、中止故意、中止の自発性および中止意思である。中止故意については、予防メカニズムにおける自由意思の意義を検討する必要があり、それで足りる。自発性については、制度ごとに相対的な法的概念として位置づければ足りる。脳科学から見た自由意思が直接影響を及ぼすのは中止意思であるが、反省・悔悟が事実的自由意思の不存在を凌駕する要素となりうるため、反省・悔悟の法的意義を解明することが“自由意思の危機”を解決する糸口となる。

交付額

（金額単位：円）

	直接経費	間接経費	合計
2006 年度	1,200,000	0	1,200,000
2007 年度	1,400,000	0	1,400,000
2008 年度	900,000	270,000	1,170,000
年度			
年度			
総計	3,500,000	270,000	3,770,000

研究分野： 社会科学

科研費の分科・細目： 法学・刑事法学

キーワード： 自由意思、脳科学、中止犯、任意性

1. 研究開始当初の背景

21 世紀は脳科学の時代である。そして、脳科学の進展は、法に関わるこれまでにない大問題を引き起こすだろうと言われはじめている。即ち、脳科学研究により人の行動の本質部分が解明された場合、あらゆる意思は必然であるとして自由意思論が経験科学的に否定されてしまい、人の自由意思を前提にしている近代法の枠組みが崩壊しかねないというのである。確かに脳科学の発展はめざましく、脳に侵襲を及ぼさない脳機能計測

法の実現により、感情・情動だけでなく高次脳機能の客観的な観察が既に可能となっており、現に具体的な研究が進められている。行動の統制に関わる脳機能が事実レベルで経験科学的に解明されることと、法規範において意思の自由を維持することとの関係は、近い将来必ず法学の領域において問題とならざるを得ないものと思われる。これは、もちろん刑法においても責任非難の概念など根本部分に影響を及ぼすものであって、およそ看過し得ない重大な問題である。そこで、

脳科学における行動の解明と法（特に刑法）における自由意思との関係を、長期的な研究の対象にしようとするに至った。

2. 研究の目的

本研究課題は、上記1.の長期的研究の第一歩として位置づけられるべきものである。ここでは、研究題材を、中止犯の主観的要件である任意性に求める。即ち、犯罪の実行に着手した後「自己の意思により犯罪を中止したとき」は刑が必要的に減免され（刑法43条但書）いかなる動機による場合に「自己の意思による中止といえるかを巡っては周知のように盛んに議論がなされているが、そこにおける《中止の動機》と《中止行為》との関係を、《動機 行動》に関する脳科学の最新の知見を利用して再検討するのである。

ここで中止犯における任意性を題材にするのは、中止時の認識から行動に至る主観的過程をまさに事実レベルで問題とするものであるため、《認識》と《行動》の関係を事実に探究する脳科学となじみやすく、最初に題材とするのに最適であると考えられるからである。その一方で、任意性は中止犯の本質を担い、中止犯の成否においても量刑上も重要な地位にある要件であるにもかかわらず、学説は相当程度の錯綜状況にあり、判例も分裂的で統一するところがないとも指摘される。そのような任意性論の整理と一層の探究に向けて、脳科学は新たな、そして有効な視点を提供しうるものである。

こうして、本研究課題は、中止犯における任意性論と、《動機 行動》に関する脳科学との交差から、一方では、議論に行き詰まりが見られる任意性の議論に新たな地平を開き、他方では、近未来の大問題である“法における自由意思の危機”に対する対応の糸口を見つけようとするものである。

具体的には、以下の5点を本研究課題における目的に設定した。

- (1)脳科学と法をめぐり我が国や諸外国においてこれまでに生じた問題と、それに対する取り組みの調査。
- (2)動機から行動に至る過程にかかわる脳機能（特に意思の自由度に関係するもの）についての、我が国や諸外国における脳科学研究の成果の調査。
- (3)我が国や諸外国の中止犯（およびそれに類する制裁減免制度）における主観的要件の定め方、および、そこで法学の観点から議論されている自由意思に関する問題点の調査および整理。
- (4)上記(2)と(3)の交差から、中止犯および類似制度における主観的要件の新たな合理的解釈の提示。
- (5)法的自由意思概念に対して脳科学がいかに

なる危機をもたらすのかについての具体的解明。

3. 研究の方法

(1)平成18年度

研究1年目は、脳科学との関係では、示唆的な個別の高次脳機能研究と、脳科学の進展が法的自由意思に対して与える影響に関する議論とを、探索した。一定量の議論がある後者に対して、前者はまだ不十分であるが、実験技術は発展しつつあることが分かった。

刑法学との関係では、事後行為に基づく刑の減免事由（中止犯、自首、被拐取者解放等）を広く視野に入れ、事由の違いを超えて同内容に解すべき共通要件と相異なる解釈を施すべき個別要件とを仕分けして、考察の枠組み作りを行った。そこではまず、客観的要件に関して本研究の前提的考察を行い、一部を「被拐取者解放減軽における『違法減少』と『違法減少阻却』」慶應法学7号（2007）169頁以下にまとめた。そこで得られた知見をも基に、主観面について、行為意思、行為状況の認識および結果の予見（客観要件該当事実にかかるものとそれ以外のもの）

その他の各要素の相互関係を分析し、従来の議論を整理した。このうち、行為意思と客観要件該当事実にかかる認識・予見とは、共通要件と解されたが、その理論的根拠には不分明さが残った。これに対してその他の主観的要素は、非難の減少を根拠に、事由ごとの個別要件としての主観的要件（狭義の任意性要件）を構成するものと解され、非難の基礎となる犯罪行為と非難減少の基礎となる事後行為の客観面、および法的効果の均衡という観点から総合的に解釈することが必要であるとの中間的結論に達したが、その前提として、主観的要素自体に対するより詳細な分析が必要であることが分かった。

(2)平成19年度

研究2年目は、引き続き探索する脳科学の知見も利用しつつ、行為意思と狭義の任意性に対応する絶対的自由意思と相対的自由意思とを区別し、それぞれの内容に考察を加えて、自由意思概念に対する理解修正の方向性を見出すことを目指した。

脳科学との関係では、引き続き、示唆的な個別の高次脳機能研究と、脳科学の進展が法的自由意思に対して与える影響に関する議論とを、探索した。前者については、本研究に直接利用可能な情報に触れることはできなかったが、探索の過程で、脳科学技術が引き起こしうる具体的な法的問題に関する一定範囲の知見を得た。後者については、脳科学者と法学者の間で盛んな議論が行われており、近年相当程度の議論の蓄積が見られる

ことが分かり、そこにおいては、決定論が直接影響を及ぼす領域と法的自由意思論が妥当すべき領域との仕分けが意識的に行われている点が、注目された。

刑法学との関係では、引き続き、事後行為に基づく刑の減免事由（中止犯、自首、被拐取者解放等）を広く視野に入れ、主観的要件についての考察を深めた。共通要件と解される行為意思と客観要件該当事実にかかる認識・予見とは、法的コントロールの対象とされることから要求される要件と解され、後者は特に寛刑によるコントロールであることにより必要となるものであるとの中間的結論を得た。減免事由ごとの個別要件を構成すると解されるその他の主観的要件については、非難の減少をどのように評価するかという観点から、処罰規定の保護法益および減免規定の保護法益の重大性、そして用意された法的効果の重大性を比較する中に、各減免事由を位置づけて、一応の整理を行った。

(3)平成 20 年度

研究 3 年目は、自由意思概念の再構成に重点をおいた。暫定的に次のような結論を得た上で、さらに検討を続けた。

まず、絶対的自由意思に基づくものであって初めて、中止結果の帰属する中止行為の資格を得る。これは、予防可能性の観点からの要請であり、刑法がコントロールの対象とするあらゆる行為に共通する要素である（なお、中止故意の理論的根拠も同様であるが、寛刑による予防であるからこそであるという特殊性があり、故意は減免事由のみにおける共通要件である）。脳科学の知見が生かされるべきはこの要素についてであるが、これまでのように責任非難の観点ではなく、予防可能性の観点から検討をすることも考えられてよい。

次に、相対的自由意思を否定する事情がある場合は、中止結果は終局的には当該否定事情に遡及的に帰属するものとされ、障害未遂となる。これは、褒賞の観点からの要請であり、減免事由ごとに遡及的帰属の範囲を画定する必要がある。中止犯においては、不作為態様の中止が典型的なカテゴリーであることにより、遡及的帰属の範囲が事実上広く認められるために、それを要件として明示する必要性があったものと解される。

以上は、形式的には被害者の同意があり一旦は結果が被害者の行為に帰属するが、実質的に自由意思に基づくとはいえないことにより同意の有効性が否定されて、結局は強制行為者に犯罪が成立する場合と、判断構造が類似している。それ故、強制による同意の有効性を巡る議論と、不作為が介在した場合における先行行為への客観的帰属に関する議論とを、諸々の犯罪類型について整理・検

討することが、中止犯の任意性要件（のうちここにいう相対的自由意思の要素）の具体的判断基準を画定するためには有効であると考えられる。

4. 研究成果

(1)中止犯の主観的要件については、絶対的自由意思（中止意思）、相対的自由意思（中止の自発性）、客観要件該当事実の認識・予見（中止故意）、一般的障害事実の不存在の認識（客観的任意性）、法的に価値のある動機・目的（特に反省・悔悟）の 5 要素に分けてそれらを並列するという検討枠組みが有用であり、しかもそれは事後行為に基づく他の減免制度を分析する際の枠組みとしても一般化可能である。

(2)中止犯の任意性要件は次のような機能をもったものであり、それは中止犯の主観的要件と同義ではない。

結果不発生ないし危険消滅という中止結果が中止行為者にのみ帰属する場合は典型的な中止犯、中止結果が外部的事情のみに帰属する場合は典型的な障害未遂である。中止結果が取り敢えず行為者に帰属するかを問うのが中止行為要件である。そこで中止行為要件が充足されたとしても、当該中止行為が外部的事情からの相当な流れとして誘発された場合などは、中止結果は当該外部事情にも起因するものとなる。このとき、典型的な中止犯と典型的な障害未遂のいずれと同じ扱いをするかは一箇の政策判断であるが、現行刑法は後者を選択し、任意性要件はそのための要件であると位置づけることができる。即ち、任意性要件は、中止結果の中止行為者への終局的帰属を裏側から基礎づけるための要件である。

中止行為があるにもかかわらず、任意性が否定される場合に中止犯を否定することにし、それを明示的に要件として定めたのは、中止犯においては不作為態様の中止行為が一つの典型的な類型であって、自然な因果の流れとして単に犯行継続を止めた場合は、行為者の認識した外部的事情の力こそが結果不発生に結実したのであり、外部的事情から直接結果不発生が導かれた場合と区別する実質がないといいやすいからであると考えられる。これに対して、作為態様の中止の場合は、任意性が否定されるのは外部的事情が強制的に働いた場合に限定され、その場合は、自発性がなく中止行為が否定されるということができる。この行為の自発性は、他の事後行為に基づく減免事由にも共通の要件と解される。さらに、絶対的強制下で止めた場合は、そもそも行為意思がなく中止行為が存在しないということができる。行為意思は、

刑法上のあらゆる行為に必要な要素である。

このように考えると、任意性要件においては行為者の主観面だけが問題なのではなく、行為者に認識され、かつ、現に存在した外部的事実が判断資料になることになるから、任意性の概念としては古い内部的動機説がとられるべきである。そして、中止結果が中止行為者と外部的障壁のいずれに終局的に帰属するかの判断基準は、客観説のそれを採用することが可能である。もっとも、そこでの一般人は、未遂を犯した合理的犯人像を前提とするべきである。そして、中止が広義の悔悟によることは、行為者から背後の外部的事情への中止結果の遡及を禁止する要素として、判断資料に含まれることになる。

そうすると、中止犯における任意性要件は、上述の主観的要素のうち および にだけかわるもので、事実レベルでの自由意思の問題ではないということになる。

(3)上述 の故意は、事後行為に基づく減免事由に共通の要件であり、任意性要件が規定されていなくても要求されるべきもので、中止行為の要素となる。

通常の犯罪処罰による予防は、処罰されないなら結果を生じさせる行為に出よう(故意犯)、結果が生じても処罰されないなら注意深く行為するのを止めよう(過失犯)と決定する行為者が現れないように不利益状況を設定するもので、誘導先の行為は結果を発生させない行為である。これに対して、中止減免による予防は、どうせ未遂犯として重く処罰されるなら結果を生じさせる行為に出ようと決定する行為者が現れないように利益状況を設定するもので、誘導先の行為は同じく結果を発生させない行為である。そして仮に規定を知って誘導された行為者がいたとしたら、いずれにおいても、結果不発生を認識して意識的に行為に出ることが前提となる。従って、結果不発生を認識しない行為を中止行為としても、予防上は無意味である。これが、中止故意が要求される根拠である。

そうすると、中止故意は、寛刑による予防メカニズムの中で、自由意思と関わる問題として扱われるべきものとなる。

(4)自由意思の本体に関わるのは、上述 および であるが、“自由意思の危機”から法を救うには、法における行為の自発性の概念を制度ごとに相対的なものと位置づけ、 の領域を最大化して、その内容をより詳細に検討することが必要である。

最後に残る については、その自由意思が脳科学の観点から否定されるように見えても、再び の反省・悔悟がそれを凌駕して法的自由を回復する可能性があり、反省・悔悟

がもつ法的意義を明らかにすることが、最終的な解決に向けての取りあえぬ糸口になりうる。

(5)今後は、脳科学に関する継続的な調査を通奏低音としつつ、中止犯に限らず、自首・自白・被拐取者解放といった法律上の刑の減免事由、さらには、それらと同じく自発性と悔悟の要素が問題となる量刑事情としての「損害賠償」と「反省」をも対象に含め、事後行為に基づく責任減少における行為の自発性および反省・悔悟の法的意義にさらなる考究を加えることが求められる。

中止犯、自首・自白、被拐取者解放といった法律上の減免事由は、これまではそれぞれ個別に規定の解釈が行われるだけであった。それらの事由をまとめて、犯罪成立後の事後行為に基づく違法・責任減少事由として位置づけ、その共通要件と相互に異なりうる要件とを仕分けて解釈するという方向性は、注目されてよい。しかも、議論が盛んな中止犯に比べて、自首・自白や被拐取者解放を巡る本格的な解釈論はほとんど展開されておらず、しかし、判例においてはそれらにおける自発性や反省の扱いを問題とするものが少なからずみられることから、それらの要件を明確化することには一定の意義がある。さらに、法律上の減輕・免除事由と量刑事情の一部とを事後行為に基づく違法責任減少事由として括って具体的に比較検討するという本格的な研究は、これまでほとんどなされていない。裁判員制度においても、今後、処断刑形成と最終的な刑の量定との関係が問題になると思われるので、両者の理論的關係を明らかにすることは重要な課題である。

5. 主な発表論文等

(研究代表者、研究分担者及び連携研究者には下線)

〔雑誌論文〕(計2件)

和田俊憲「未遂犯」法律時報1009号(2009)33-38頁〔査読なし〕

和田俊憲「被拐取者解放減輕における『違法減少』と『違法減少阻却』」慶應法学7号(2007)169-204頁〔査読なし〕

6. 研究組織

(1)研究代表者

和田 俊憲 (WADA TOSHINORI)

慶應義塾大学・法務研究科・准教授

研究者番号: 80302644

(2)研究分担者 なし

(3)連携研究者 なし