

**科学研究費助成事業 研究成果報告書**

平成 28 年 6 月 15 日現在

機関番号：32689

研究種目：若手研究(B)

研究期間：2014～2015

課題番号：26780044

研究課題名(和文) 刑法における「自由」

研究課題名(英文) The concept of voluntariness and coercion in criminal law

## 研究代表者

杉本 一敏 (Sugimoto, Kazutoshi)

早稲田大学・法学大学院・教授

研究者番号：30366984

交付決定額(研究期間全体)：(直接経費) 1,100,000円

研究成果の概要(和文)：本研究は、刑法において問題となる「自由」の概念とその機能を明らかにすることを目的とする。「自由」の概念は、刑法理論上、犯罪成立が問われる場面において、一方では、犯罪行為者の「責任」、他方では、自由に対する罪における「保護法益」の内実をなす概念として登場する。本研究は、第一に、哲学上の自由意志論争を参照しながら、刑事責任を阻却する「不自由」(免責)の本質について考え、それが「日常的自由」(行動の自由、意思決定の自由)の否定を基礎づける各種事由の集合であるとの仮説モデルを得た。第二に、自由に対する罪の裁判例を調査し、上記モデルが、自由に対する罪の成立範囲の分析において有効性を持つことを確認した。

研究成果の概要(英文)：The aim of this research is to examine the meaning and role of the concept of "freedom" (voluntariness) in criminal law, that is requisite for criminal responsibility of an offender on the one hand ("freedom of the offender"), and supposed to be the object of the violation of the offences such as compulsion (the offences that violate "the freedom of the victim") on the other. I concluded that, in criminal law, the freedom of a person means no more than the absence of physical and mental conditions that make impossible the ascription of a conduct to him. I analyzed precedents about offences such as compulsion, forcible indecency, obstructing performance of public duty, and so on, and found that my concept of "freedom" has validity as a tool to analyze and clarify the nature of those offences.

研究分野：刑法

キーワード：自由に対する罪 刑事責任と自由意志 強制

1. 研究開始当初の背景

(1) 本研究を開始した動機は、刑法(犯罪論)において問題とされる「自由」あるいは「帰属」の概念の内実を理論的に分析する必要性が感じられたことである(具体的には以下の通りである)。

(2) 第一に、犯罪論においては、行為者の犯罪成立要件である「(広義の)責任」の本質は「自由=他行為可能性」にある、と解するのが現在の通説的な理解であり、(広義の)責任の各種要件(行為能力、故意[および過失]、適法行為の期待可能性、違法性の意識[の可能性]、責任能力、等)は、「自由=他行為可能性」(すなわち「当該出来事が当人の自由な行動・意思決定の所産として当人に帰属されること」という上位概念の下に整理され得るものと考えられている。しかし、そこにいう「自由=他行為可能性」概念の内実が明確にされておらず、また近年、(法)哲学分野から、(刑事)責任の前提として「自由=他行為可能性」は必要でない、とする異論が提起されるに至っている(後掲・引用文献等)。

(3) 第二に、被害者に一定の行動・行為を強制する各種犯罪(強要罪をはじめとする強要犯罪)に目を転ずると、その保護法益は被害者側の「行動の自由」・「意思決定の自由」であると解するのが通説的な理解であるが、これらの強要犯罪がこのように被害者側の「自由」を侵害する点にその本質を有するのだとすれば、強要犯罪が成立するのは、行為者側の行為によって被害者側の行動・行為に「自由=他行為可能性」が欠ける(すなわち、被害者の行動が被害者自身の自由な行動・意思決定の所産として被害者に帰属されない)場合である、との見通しが成り立つ。もっとも、このように「自由」概念の分析に基づいた強要犯罪の理論的研究は、日本の刑法学説上、必ずしも十分に行われていない。

(4) そこで本研究は、「刑法上の自由」という研究主題の下、次の3つ( )を研究対象として設定した。(刑法上の)責任の本質とされる「自由=他行為可能性」概念の分析、各種の強要犯罪において、それぞれの犯罪の成立が認められている範囲の分析(関連する裁判例及び学説の分析)、強要犯罪の中核をなしている「強制」の本質、及び「強制」と「自由」との概念的・理論的關係の分析、である。

2. 研究の目的

(1) 本研究が上記1(4)で示した の問題領域を対象として研究を開始した目的は、具体的に述べると以下の通りである。

(2) 問題領域 に関して。

犯罪成立要件としての「責任」の本質とされる「自由=他行為可能性」の意味内容を、可能な限り明らかにする。特に、刑事責任の前提として「自由=他行為可能性」は必要でないとする近時の異論の理論的意義を見定

めるため、哲学上の議論を参照し、刑事責任の前提として要請されている「自由」と、哲学上「決定論」との両立可能性が議論されている「自由」との概念的異同を明らかにする。それを通じて、哲学的「自由」概念と、刑法的「自由」概念との理論的關係性(両者の接合可能性の有無)に関して、基本的な知見を得る(課題 1)。

また、裁判例においては、後に行うことを予定している行為について、その最終的意思決定を行った時点で行為者に完全責任能力が認められれば、後で実際にその行為に出た時点において行為者が心神喪失・心神耗弱の状態に陥っていたとしても、行為者に完全な故意責任を問うことができるという「原因において自由な行為」の理論構成(所謂「責任モデル」)が見出される。しかし、このような構成を採り得ることの理論的根拠(正統性、理論的な射程範囲)は明らかにされていないのが現状である。そこで、このような責任帰属形態の理論的根拠についても、「責任」・「自由」の本質にまで遡った検討が必要であると考える(課題 2)。

(3) 問題領域 に関して。

本研究は、強要犯罪(自由に対する罪)の成立範囲を分析する道具として、下記の【表】の事例分類を採用する(これは、筆者が本研究以前に、ドイツの刑法学説上主張されている「行為帰属」と「責任帰属」の区別論に倣って図式化したものを利用している)。外的行動の人への帰属が否定される場合には、当該行動がおよそ当人の「行為」として帰属されない場合(行為帰属阻却: 行為無能力、

事実不認識)と、当該行動が人の「行為」と観念されるが、当該動作を選択する「意思決定」の自由が当人に欠けていた場合(狭義の責任帰属阻却: 心理的緊急状況、重要な動機づけ事実の不認識、判断無能力)がある。更に、被害者の外的行動にこれらの帰属阻却事由(=「不自由」)が認められる場合としては、強制者(行為者)側がその不自由を積極的に作出した場合と(A類型)、行為者は被害者に既に発生していた不自由を利用したに止まる場合(B類型)とがある。

【表】

被害者	行為形態		強制の		錯誤の	
	作出	利用	作出	利用	作出	利用
行為帰属不能 (行動の不自由)	A	B	A	B	A	B
責任帰属不能 (意思決定の不自由)	A	B	A	B	A	B
	A	B	A	B	A	B

本研究では(筆者が本研究以前に行った強要罪、逮捕監禁罪、強姦罪に関する裁判例の

分析に続けて)、(準)強制わいせつ罪、財産犯における占有移転罪(窃盗罪・強盗罪・詐欺罪・恐喝罪)、公務執行妨害罪・職務強要罪等を「自由に対する罪」の性格を併せ持つ犯罪と見て、規定及び裁判例に見られるこれらの犯罪の成立範囲(これらの犯罪において、上記【表】中のどの事例類型において犯罪成立が認められているか)を分析する(課題 )。

(4) 問題領域 について。

上記の課題 における作業仮説は、強要犯罪が成立する場合に被害者が侵害されている「自由」の内実とは、「問題の外的行動が自分自身の所産として帰属される」ということを基礎づけるための各種要件の集合体である、という考え方である。このような見方が成り立つならば、「自由に対する罪」とは、被害者の外的行動が、被害者自身の所産として帰属されないような形で実現されるという事態を犯罪類型化したものである、という理解が可能になる。本研究は、このような仮説の(少なくとも部分的な)成立可能性を検証するため、以下の二つの点に関する検討を試みる。

第一に、このような理解を基にする場合、所謂「物理的強制」(【表】の A 類型)も、被害者の自由の侵害として強要犯罪の本質を備えることになる。しかし、強要犯罪の一般規定である強要罪に関する限り、日本の判例は(条文解釈上は処罰も不可能ではないが)目下 A 類型の処罰を認めていない。また理論的にも、物理的強制の一般的な犯罪化は、被害者が単に何らかの侵害結果を(物理的に)被ったに止まるという場合に広く強要罪が(同時)成立することを認める、という解釈論に至る可能性がある。そこで、この「物理的強制」( A ) 類型を強要罪規定によって一般的に犯罪化すべきかにつき、他の類型(「心理的強制類型」等)とは別途の検討が必要になる(課題 1 )。

第二に、強要犯罪が、上述のように「行為者の強制という手段による、被害者への外的行動の帰属阻害」という「一般的性格」を共有しているとすれば、それでは何故、各種の強要犯罪ごとに、その成立範囲(条文の規定形式・内容による犯罪化の範囲、裁判例における犯罪成立の範囲)に違いが生じてくるのか、という点が問題となる。このような種差が生じることの原理的・理論的な説明が求められる(課題 2 )。

### 3. 研究の方法

(1) 以上で示した課題について検討を加えるため、本研究では、次のような方法を用いた。

(2) 課題 1 との関係では、哲学分野における「自由意志」(及び責任)と「決定論」との両立可能性に関する議論(「自由=他行為可能性」を責任の前提として要求した場合

の、責任の存立可能性に関する議論)について、可能かつ必要な限度で参照を試みた(非両立論=責任の存立可能性肯定論、非両立論=責任の存立可能性否定論、両立論=責任の存立可能性肯定論の各種陣営の代表的主張として、後掲・引用文献 等を参照)。

(2) 課題 2 との関係では、原因において自由な行為の理論(責任モデル)を原理的・理論的に基礎づけ得るような自由=責任のモデルを模索した。具体的には、第一に、原因において自由な行為の理論の適用如何が問題とされている日本・ドイツの裁判例に見られる論理、それに関する刑法学説の説明等を分析し、第二に、哲学分野において主張されている自由=責任の各種モデルのうち、原因において自由な行為の理論を基礎づけ得るようなものがあるかを、可能な範囲で探った。

(3) 課題 1 との関係では、(準)強制わいせつ罪、公務執行妨害罪・職務強要罪の日本の裁判例を網羅的に分析・検討し、これらの犯罪の成立範囲が、上記の【表】において採用した事例分類を通じて適切に整理・分析されるかを検証した。なお、現在進められている性犯罪規定に関する刑法改正に向けた議論の内容も、審議会等の議事録等において適宜参照した。また、財産犯に関しては、特に、強盗罪と恐喝罪との区別が現状においてどのようになされているかについて、日本の裁判例を分析・検討した。

(4) 課題 1 との関係では、強要罪による A 類型の処罰をめぐる、判例(処罰肯定)と、学説上の激しい議論が見られるドイツ刑法に関して、最近の議論状況を確認・参照した(この点に関する最近の専門論文として後掲・引用文献 等)。

(5) 課題 2 との関係では、上記(3)の裁判例に見られた、各種犯罪における処罰範囲の異同を分析の基礎に置いたほか、「強制」に関する(法・政治)哲学分野の文献を参照し(代表的なものとして後掲・引用文献 等)「強制」の本質をめぐるそれらの原理的な説明に示唆を求めた。

### 4. 研究成果

以上の研究方法により得られた目下の成果・結論は、以下の通りである。

(1) 課題 1 について。

哲学上の「自由意志」(及び責任)と「決定論」との両立可能性(責任の存立可能性)をめぐる議論においては、( A ) 両者の両立可能性を否定した上で、( A 1 ) 自由意志(及び責任)の存立可能性を基礎づけようとする立場(自由意志論)( A 2 ) 自由意志(及び責任)の存立可能性を否定する立場、( B ) 両者の両立可能性を肯定し、責任の存立可能性を肯定する立場(両立論)等が認められる。しかし、この哲学上の両立論/非両立論論争において問題とされる「自由意志」(特に A 1 が主張する概念)は、「自ら

が持つ意図の終局的な起源となる力」(決定論的世界の外に出ることができて初めて、自分がそのような力を持っているか否かを確認することができるような力)と定義されるものであり、刑法的責任が問題とする「日常的自由」(決定論的世界の内部にいる者がその享受を自覚している限りでの自由)とは議論の次元・土俵を異にしている。非両立論(A)の文献においては、人の日常的自由を阻害する効果を持つことが(日常的・科学的に)立証されるレベルの事情(洗脳等)と、その阻害効果を立証できない(原理上前提とすることができるというに止まる)レベルの事情(先行諸事情と自然法則とによる完全決定論)とを(故意に)混交させて議論を展開している点が随所に確認される。

他方、両立論(B)(または「自由意志=他決意可能性」を必要としない「責任」の観念)を支持する文献は、行為者に「他決意可能性」の存在がない場合でも、当人に責任を問うことが直観的に認められる場合がある(従って、他決意可能性は責任の必要条件ではない)との主張を展開する。しかし、そこで例示される事例(フランクファート型事例)は、刑法上現実に問題となり得る種類の事例ではなく(仮に現実に生じた場合には、そもそもその直観的結論に刑法上争いが生じ得る)、刑法上の「責任」の内実を考えるに際して参照価値が低いものと考えられる。

本研究では、以上の限りで、刑法上の「責任」(決定論的世界の内部における日常的自由)を問題とすべき局面では、両立論/非両立論論争において争点となっている「自由意志」の存立可能性を問題にする必要はない(すべきではない)との暫定的結論を得た。

## (2) 課題 2について。

「原因において自由な行為」の理論(「責任モデル」)を理論的に基礎づけるためのアプローチとして、哲学分野に見られる次の二つの論理につきその援用可能性を検討した。

第一に、自分のとった行動が、自分の行った「高次の意思決定」(自分が何を行うか、何を意思するか、に関する意思決定)に「一義的に(自己の内部で分裂を生じることなく)」合致していたという場合(その高次の意思決定以外の事情を理由に当該行動がなされたわけではないという場合)には、その行動を当人に帰責することができる、というアプローチ(後掲・引用文献)の援用が考えられる。すなわち、行為がなされた時点で行為者に責任阻却・減少事由(心神喪失・心神耗弱)が認められても、遂行された行為が、行為者の(完全責任能力が存在する事前の時点でなされた)意思決定に完全に合致していた場合(後に生じた心神喪失・心神耗弱状態の発生が、当該行為の遂行には何ら障害・影響をもたらしていない、と考えられる場合)には、当該行為について行為者に責任を問い得るとする理論構成である。もっとも、この理論構成に関しては、なぜ「高次の(事前の)

意思決定との合致」が当該行為の帰責を基礎づけるのか、高次の意思決定それ自体に不自由が認められた場合、更なる高次の意思決定への遡行を(無限定に)認めることが許されるのか、といった原理上の疑問点が認められ、更に、心神喪失・心神耗弱状態に陥った原因・落度が行為者自身にはないという場合であっても、行為者に完全な責任が認められることになり得るという点で、犯罪成立範囲の限定性に関して問題が生じる。

第二に、哲学分野で主張されている「通時的コントロール」という責任非難の形式(後掲・引用文献)を援用して「原因において自由な行為」の理論を基礎づけることができないか、という点についても若干の考察を行った。しかし、この種の(哲学上の)通時的な帰責アプローチが目指しているのは、例えば(一例として後掲・引用文献)行為者の内心における「自己形成意志(SFA)」の発生という過去の意思決定(これは、行為者の「脳内神経ネットワークにおけるカオス的過程」という身体的・因果的現象に対応している)の存在によって、行為者が負う責任(場合によっては、行為者が負うこと自体は自明というべき責任)の存立可能性を説明する、という作業であり、刑法上問題となる「原因において自由な行為」の諸事例における結論の当否や、その種の事例において犯罪が成立するための要件論を導く手がかりとはなり得ないことが分かった。

## (3) 課題 3について。

次に、各種の強要犯罪において、実際に犯罪成立が認められている範囲の分析であるが、まず強制わいせつ罪・準強制わいせつ罪等(刑法176条、178条、181条)に関しては、上記の【表】において示した事例類型のうち、A類型(いわゆる「性的暴行」事例)

A類型(暴行・脅迫による心理的強制の事例)(以上、176条前段への該当類型)、A類型(治療行為を装うなど、当該行為の必要性に関する事情につき欺罔がなされた場合)(178条1項への該当類型)、B類型(176条後段への該当類型)において犯罪の成立が肯定されている。他方、純粋にA類型、B類型、B類型、B類型に該当すると目される事例について、本罪を肯定した裁判例は見当たらないが、これらの事例類型に関しても、該当事例(及びその可罰性)を想像することは不可能でない。

次に、公務執行妨害罪・職務強要罪(刑法95条)の裁判例の整理・分析も行ったが、その分析結果から、本罪(の運用の現状)を、公務員に対する強要犯罪としての性格を持った犯罪として理解する、という理論的可能性があることが確認された。本罪は、暴行・脅迫の客体となった公務員が、公務執行・処分等に関する行為・不作為を実際に強制されたという結果(強要結果)の発生を要求していないが、「その危険性」(未遂結果)も含めて犯罪化したものと捉えれば、以上のような

理解は十分可能である（本罪を、既遂・未遂を含めた所謂「企行犯」として理解する方法）。本罪のこのような理解を前提にすれば、「職務執行」の時間的限界に関わる判例の結論（これから行われる職務の直前・準備段階での本罪の成立可能性、逆に、職務の終了直後の時点での本罪の成立不可能性）を説明することができ、また、所謂「間接暴行」による本罪の成立可能性（及び成立範囲）の理論的説明も十分可能となるものと考えられる（心理的強制〔の危険〕に達している場合に A 類型への該当性を認めるか、または、物理的な職務執行不能状態を惹起したと認められる場合に A 類型への該当性を認める、という理論構成の可能性が基礎づけられる）。

財産犯に関しては、被害者側の交付行為を予定していない「盗取罪」と解されている強盗罪（刑法 236 条）と、被害者側の交付行為を予定している「交付罪」と解されている恐喝罪（刑法 249 条）の成立範囲の区別に関して、裁判例に見られる現状の分析・確認を行った。その結果、強盗罪の成立範囲は、被害者側の占有移転行為（行為帰属）が否定される場合（A 類型）に限定されるものではなく、A 類型のうち、被害者の生命・身体に対する侵害発生の危険性が高い暴行（及び脅迫）が加えられている事例において、その成立が認められていることが分かった（強盗罪と恐喝罪に関して、A=盗取類型と A=交付類型という事例構造の違いに基づいた成立範囲のすみ分けは認められない）。

#### (4) 課題 1 について。

強要犯罪の一般規定である強要罪において A 類型の処罰を認めるかという問題に関しては、「座り込みデモ事件」に関する BGH 判例等を契機にドイツ刑法学において激しい議論がある。直接的には、強要罪規定（ドイツ刑法 240 条）における、被害者が「行為、受忍、不作為」を強要されたという文言の解釈が争点とされている。そこでは、(A) 同条にいう「行為」「不作為」が被害者に認められるためには、被害者のとった外的行動につき、被害者自身に対する「行為帰属」が認められることが必要である、と解する立場（行為・不作為の概念について、それらが犯罪成立要件において登場する場合と同じ内容を要求する立場）と、(B)「行為」「不作為」の概念は、それが犯罪成立要件（行為者への帰属要件）に登場してくる場合と、それが「被害者が強制された行動」（強要犯罪の構成要件要素）として捉えられる場合とで、同じ内容を持たなければならないわけではない、と解する立場がある。

後者（B）の立場（後掲・引用文献等）は、概念分析として見れば正当と言える主張を伴っているが、しかし実践的帰結の面から見ると、(B) の理解を徹底し、強要罪規定による A 類型の包括的処罰を認めることは、強要罪の構成要件を極めて広汎かつ不定形のものにするおそれがある。その限りで、

(A) の立場に従い、A 類型の処罰は（強要罪の規定ではなく）、それを処罰する趣旨の特別の規定が存在する場合に限定する、という解釈論を支持することが、現状においては妥当な行き方であると考えられる。

#### (5) 課題 2 について。

強要犯罪の各類型毎にその成立範囲（立法・裁判例における処罰範囲）に種差が生じる根拠としては、次の二点が考えられる。

第一に、強要犯罪においては、行為者側の何らかの干渉（強制）によって、被害者自身には（当人の所産として）帰属されないような形で被害者の身体活動がなされるのであり、これが強要犯罪に共通する「基本構造」であるが、それぞれの強要犯罪はそれぞれに固有の「守備領域」をカバーするものであり（例えば、強制わいせつ罪は「わいせつ」と評価される領域の行動に関してだけ、占有移転罪は「財物の占有移転」という行動に関してだけ、被害者の自由侵害を問題にする）、それらの守備領域に固有の副次的保護法益（性的自律、風俗、財産権）が観念される限りで、その法益保護の種差や重要性の程度が、各種犯罪類型における犯罪成立範囲の違いを帰結している可能性が考えられる。

第二に、「強制」に関する従来の概念分析は、「強制」の本質的な構成要素として、( ) 「被害者の自由・自律性侵害」という要素と ( ) 「行為者の干渉手段の不法性(悪質性)」という二つの要素を析出している。( ) は、課題 ~ 課題 において検討してきた諸点に関わる「強制」の特徴であるが、これとは別個に（被害者への帰属の否定、という側面とは別個独立に）( ) 行為者の投入手段の不法性、という要素を検討する必要がある（被害者側の自由侵害の程度に違いがなくても、行為者の投入手段の違いに応じて、「強制」と認められるか否かが分かれる場合がある）。強要犯罪の類型毎に犯罪成立範囲が異なるのは、それぞれの強要犯罪毎に、行為者の用いる（それ自体同一の）強制手段が、被害者との関係で「不法性(悪質性)」を帯びたものと認められるか否かが異なってくるからである、と考えられる。

#### (6) 成果の位置づけ、及び今後の展望についてのまとめ。

課題 1 に関しては（あくまで暫定的結論であるが）、哲学上の「自由意志」をめぐる議論と、刑事責任に関する議論との相互関係性・接合可能性について、議論の共通前提とに置くべき一定の「作業仮説」を得た（「両者の議論は次元を異にする」との結論）。

課題 2 に関しては、「原因において自由な行為」の理論（「責任モデル」）の主張内容の分析と、その理論的な基礎づけ可能性に関して、従来の議論の到達点を越えて検討を加えたつもりであるが、それでも、同理論の理論的な基礎づけは未だ十分には見出されなかった。今後、理論的な基礎付けの可能性を更に探る必要があると同時に、別の理論構

成（所謂「例外モデル」）の展開可能性についても検討を要するものと考え。

課題 に関しては、「自由に対する罪＝被害者への帰属を阻害する犯罪」という作業仮説・事例分類の方法論に、「自由に対する罪」全般に対する分析道具としての有効性があることを確認し得たと考える。

課題 1 に関しては、ドイツにおける強要罪をめぐる議論の現状と、現時点での到達点を確認した。強要罪に関する判例、理論的研究の盛んなドイツの議論は、強要罪の理論的解明を試みるに際して参照価値が高いものと考え。

課題 2 に関する知見は、強要犯罪毎にその立法論・解釈論を（「各論」的に）展開するにあたって、その礎石となるものと考えられる。各種強制犯罪の処罰範囲に種差が生じる原因については、一定の暫定的知見を得たが、その細部の究明、及び更なる理論的な基礎づけは今後の課題である。

#### <引用文献>

瀧川裕英『責任の意味と制度 負担から応答へ』（2003）

成田和信『責任と自由』（2004）

*Robert Kane, The Significance of Free Will, 1998*

*Derk Pareboom, Free Will, Agency, and Meaning in Life, 2014*

*John Martin Fischer, The Metaphysics of Free Will, 1994*

*John Martin Fischer/Mark Ravizza, Responsibility and Control, 1998*

*Arndt Sinn, Die Nötigung im System des heutigen Strafrechts, 2000*

*Juan Pablo Mañalich, Nötigung und Verantwortung, 2008*

*Harry G. Frankfurt, The Importance of What We Care About, 1988*

*Alan Wertheimer, Coercion, 1987*

*Robert Nozick, Socratic Puzzles, 1997*

*Jan-Willem van der Rijt, The Importance of Assent, 2012*

#### 5．主な発表論文等

〔雑誌論文〕(計0件)

〔学会発表〕(計0件)

〔図書〕(計0件)

以上、現時点においては、特になし。

〔その他〕

特になし。

#### 6．研究組織

##### (1)研究代表者

杉本 一敏 (SUGIMOTO, Kazutoshi)

早稲田大学・法学学術院・教授

研究者番号：30366984