

ジェームズ・エドワーズ「刑法の諸理論」(2・完)

松 澤 伸 監訳
中 田 己 悠 訳

1. 刑法の特徴
2. 刑法の機能
3. 刑法の正当化 (以上、98巻4号)
4. 刑法の限界
5. 刑事上の責任
6. 刑事上の手続と証拠 (以上、本号)

4. 刑法の限界

一部の行為は犯罪化されるべきでない、ということを否定する者はいない。それほど定かではないのは、そうした行為が何であるかを、どのように判断すべきかということである。1つのアプローチは、許容される犯罪化に関する制約を見いだすことである。刑法を有することを正当化する諸価値が、犯罪化に対して有利に作用したとしても、我々がそうすべき理由は、不利に作用する理由により打ち碎かれるかもしれない。制約とは、後者の理由が常に勝利するというための条件を特定するものである。例えば、不正性の制約 (the wrongfulness constraint) について検討しよう。

(W) ϕ することが道徳的に不正な行為である場合、 ϕ することを犯罪化することは唯一許容される。

(W) のような原理は、道徳的に重要な事情 (の少なくとも一部) を考慮に入れずに、引くことのできる境界線を提供する。その境界線の外側に属する行為を犯罪化することは、何が起ころうと許されない。我々が、銃の所有を犯罪とするか

否かを検討している場面を想像してみよう。銃の所有を犯罪化することは、そうしなければ予防することのできない多くの有害な不正行為 (harmful wrongdoing) を予防するであろう。これは、犯罪化すべき強力な道徳的論拠である。しかし、(W) が妥当であり、かつ、銃の所有が道徳的に不正ではない場合、前記の強力な論拠は、我々が直面する結論と相容れない。すなわち、いかに犯罪化が不正を予防するであろうとしても、犯罪化は許容されないのである (Moore 1997, 72-73; Simester and von Hirsch 2011, 22-23; Duff 2014b, 218-222)。

一部の人は、犯罪化の制約として主張されるものはすべて、失敗するのではないかと疑っている (Duff et al 2014, 44-52; Tadros 2016, 91-107)。これは、いかなる犯罪化も許されると言っているわけではない。むしろ彼らは、何であれば犯罪化が許容されるのかを判断するために、(W) によって引かれるような境界線を使うことはできない、と言っているのである。刑法の限界を明らかにするためには、より複雑な規範的な試みに乗り出さなければならない。つまり、我々は、刑法の草案に関するすべての道徳的に重要な事情を検討し、熟慮の中で、それらの諸事情に相応のウェイトを与え、そして、それによって、各草案が制定されるべきか否かを決定しなければならない。刑法の限界を、この試みに先立って明らかにすることはできない。それどころか、刑法の限界は、この試みによって決定されるのである。

最も注意が向けられてきた制約は、いわゆる危害原理である。今日では、そのような単一の原理は存在しないということが広く認められている。むしろ、多くの危害原理が存在している (Tadros 2011a; Tomlin 2014b; Edwards 2014)。1つの重要な区別は、*危害行為原則* (harmful conduct principle: HCP) と *危害予防原則* (harm prevention principle: HPP) である。

(HCP) ϕ することが危害行為、または、危害を及ぼす不合理なリスクがある行為である場合、 ϕ することを犯罪化することは唯一許容される。

(HPP) ϕ することを犯罪化することが危害を予防するために必要であり、かつ、犯罪化によりもたらされる危害が予防される危害と不均衡ではない場合、 ϕ することを犯罪化することは唯一許容される。

これらの原理は、非常に様々な含意を持つ。行為が、危害をもたらす、あるいは、危害を及ぼす不合理なリスクを生じさせるということは、その行為を犯罪化すれば、均衡した量の危害が予防されるであろうということを示すものでない。逆に、危害をもたらさず、かつ、危害を及ぼす不合理なリスクのない行為を犯罪化することによってのみ、危害を予防できる場合もある。

第1の点を理解するために、薬物使用の場合を検討しよう。[薬物] 使用を犯

罪化することは、薬物を潜在的消費者にとってより魅力的な禁断の果実 (forbidden fruit) へと変貌させ、その生産が犯罪ギャング (criminal gangs) の手に渡り、それによって、薬物の消費に伴う危害が、これまで以上のものとなるかもしれない。使用者は、自身の犯罪行為の発覚を恐れて、治療を受けようとしなくなるかもしれない。また、社会的排除 (social exclusion) の原因となる前科がついてしまい、その後の自身の就職の見通しにダメージを被ることになってしまうかもしれない (United Nations 2015)。犯罪化がこれらの影響を持つ場合に、それがもたらす危害は、予防されるいかなる危害に対しても全く釣り合わない。たとえ (HCP) は満たされたとしても、(HPP) は満たされないのである。

第2の点を理解するために、銃の所持を検討しよう。銃を所持すること自体は、危害的ではない。そして、多くの人々は、危害を及ぼす不合理なリスクなく、銃を所持している。ある人が (HCP) を支持する場合、彼または彼女は、自身が選択した原則を緩めるか、銃の所持が犯罪化されえないということを受け容れなければならない。ある人が (HPP) を支持する場合は、事情が異なる。重要なのは、各個の銃所持の事例の効果ではなく、すべての銃所持を犯罪化することの効果である。つまり、所持の犯罪化が、他の方法では予防されないであろう危害を予防する——かつ、そのコストが不均衡でない——であろうという場合には、一部の所有者が銃を安全に所持しているという事実は、重要でない。(HCP) が満たされているか否かにかかわらず、(HPP) は満たされているのである。

(W)、(HCP)、そして (HPP) のような制約は、明確化を必要とする。(W) を適用するためには、何があるものを道徳的不正にするのかを理解する必要がある。 ϕ しない決定的な理由が存在する場合にのみ、 ϕ することが道徳的不正である、という考えは、十分に妥当である。しかし、これは必要ではあるが、十分ではないかもしれない。私には、雨の中を傘を持たずに外出しない決定的な理由がある。しかし、そのようにすることが、道徳的不正であるとは思われない (Tadros 2016, 11-46)。正しい基準が何であれ、立法者が、どのようにそれを適用すべきかを、我々は問わなければならない。立法者は、社会成員のほとんどが、 ϕ することが道徳的不正であると信じているか否か——慣習道徳 (conventional morality) の問題——を問うべきなのだろうか、あるいは、構成員が、理想的にはそう信じるであろうか否か——批判道徳 (critical morality) の問題——を問うべきなのだろうか (Hart 1963; Devlin 1965)? 次のことも問わなければならない、すなわち、道徳的に不正な行為でありさえすれば、何でも犯罪化されてよいのか。不正行為の中には、それを行う者が他者に不正をはたらく場合のように、権利を侵害するものもある。ある見解によれば、 ϕ することが、この追加的なテストを満たす場合にのみ、 ϕ することを犯罪化することが許容される (Feinberg

1984; Stewart 2010)。

一部の犯罪は、自然犯 (*mala in se*) ——法とは独立して道徳的に不正な行為が、犯罪化されたもの——である。ほとんどの犯罪は、法定犯 (*mala prohibita*) ——仮に道徳的に不正であるとしても、部分的には、行為が不法であるという理由で道徳的に不正となっている行為が犯罪化されたもの——である。(W) は、法定犯の存在と両立しうるか? それは、法の変化が、どの程度、道徳の変化を生み出しうるのかということに依存する。交通ルールは、その古典的な例である。法はさておき、危険な運転は、道徳的に不正である。そのような行為は、自然犯である。この道徳規範を守るために、我々が何をすべきかは、常に明らかであるわけではない。我々が何をすべきかを明らかにする手助けをするために、法は、道路のどちらを走行するか、いつ停止するか、どれくらいの速度で走行してよいかを我々に伝達するところの諸ルールを整備している。我々が、これらのルールに従う場面を想像してみよう。そのようにすることで、我々は、そうしたルールを守らない場合よりも安全に走行する。つまり、我々は、危険運転を禁止する道徳規範によりよく従うことになるのである。1つの提言として、このような効果を有する法規範、つまり、我々が、法から独立して存在する道徳規範によりよく従うのに役立つところの法規範を侵害することは、道徳的不正であるのだというものがある (Gardner 2011, 19-21)。この場合、この種の法定犯は、(W) と両立しうる。もちろん、事態は、それほど単純なものではない。仮に、遵法性 (legal conformity) が、一般論としては道徳遵守性 (moral conformity) を向上させるとしても、そうでない——誰も危険にさらすことなく、交通ルールに違反しうる、あるいは、違反が全員の安全に役立つ——例外的なケースが存在するかもしれない。そして、一般論さえ当てはまらない人々——専門知識があるために、他の人々が創出するリスクよりも大きなリスクを創出することなしに、系統的に法規範に違反することができる人々——が存在するかもしれない。なぜ、これらの違反が、それでもなお道徳的不正なのかということへの説明を与えることは可能なのだろうか? もし不可能である場合、(W) は、交通ルールのような、道徳的に有益な法定犯ですら、究極的には刑法から排除されなければならないのだという結論をもたらす (Husak 2008, 103-119; Simester and von Hirsch 2011, 24-29; Wellman 2013)。

(HCP) と (HPP) を適用するためには、危害概念が必要である。ほとんどの見解は、相対的である。つまり、我々が、ある出来事により危害にさらされるのは、その出来事が、我々の状況を、あるベースラインと比べて何らかの方法により悪化させる場合であり、かつ、その場合に限られる。1つ目の課題は、その関係的なベースラインを同定することである。もし事態が異なっていればそうなっ

ていたであろう状態よりも、我々がひどい状態になった場合に、その出来事により我々は危害にさらされているのだろうか？ もしそうであるならば、「もし事態が異なっていれば」というのは、どの程度異なっていればよいのか？ 直前の状態よりもひどい状態となった場合に、我々は危害にさらされているのだろうか？ それとも、我々が置かれていた、あるいは、置かれていたであろう立場ではなく、道徳的にみて、我々が置かれていたはずの立場に重点を置くべきなのだろうか (Holtug 2002; Tadros 2016, 187-200)？ 2つ目の課題は、どのように我々がひどい状態となるのかを究明することである。この問題に対する我々の回答に幅があればあるほど、危害原理が、それに対立すると思われる見解に帰着してしまう可能性が高まる。一部の論者は、我々の利益が妨害された場合に、我々は危害にさらされると述べる (Feinberg 1984, 31-64)。しかし、我々が、嫌悪感 (disgust)、いらだち (annoyance)、失望 (dismay) を避ける利益を有していると考えるのは妥当である。人々の多くは、道徳的不正と思われるものにより、嫌悪感を持ち、いらだち、失望する。利益を基盤に据える見解 (interest-based view) によれば、彼らも危害にさらされているのである。したがって、このような危害概念を用いるところのいかなる危害原理も、多くの慣習不道徳の犯罪化を許容する恐れがある (Devlin 1965)。より狭い見解は、我々が、価値ある能力、あるいは価値ある機会を奪われたがために、将来の展望が悪化した場合にのみ、危害にさらされるのだとする (Raz 1986, 413-414; Gardner 2007, 3-4; Simester and von Hirsch 2011, 36-37)。嫌悪、いらだち、そして不快 (offence) は、必然的にこの効果を有するものでないし、またしばしば、この効果を有しない。それゆえ、それらの嫌悪感、いらだち、そして不快は、必然的に危害となるものでないし、またしばしば、危害でない。しかし、ひどい苦痛も、ある人の将来の展望を必然的に悪化させるわけではないため、この見解が、破綻 (collapse) を避けるためには、過小包含 (underinclusion) という犠牲を払うしかないということは、確かである (Tadros 2016, 179-180)。

我々が、危害に関して、いかなる見解を採用するのであれ、すべての危害が、所定の危害原理の目的に値するの否かという点も判断しなければならない。時として、人々は、自分自身を危害にさらすこともあれば、自然現象により危害にさらされることもあり、そして、危害は、同意の上で、行われることもある。(HPP) を支持している場合、我々は、犯罪化が予防する危害が、犯罪化がもたらす危害と均衡しているの否かを判断しなければならないということを思い出そう。前述のような危害を、すべて、計算の中に入れてよいのだろうか？ あるいは、同意なく、他人に与えられた危害のみを含めなければならないのだろうか (Mill 1859; Dworkin 1972; Feinberg 1986; Coons and Weber 2013)？ 一部の論者は、

立法者の目的が何であれ、ほとんどの刑法は、一部の同意なき危害を予防するであろうと指摘する (Feinberg 1986, 138-142; Tadros 2016, 103)。仮にそれがそうだとしても、他の危害を考慮するか否かは、変わらず重要である。なぜなら、その他の点では、天秤 (scales) が犯罪化に反対する方向を向くであろう場合に、より幅の広い危害を重視することは、犯罪化に対して決定的に有利に働くからである。

どのように制約が明確化されうるかを問うのと同時に、我々は、どのように制約が擁護されうるかについても問わなければならない。擁護の一種は、我々の理想論 (*theory of ideals*) の内部から生じる。理想論は、どのように我々が行為すべきかに関係する諸価値と、それらの価値観の間の優先関係の説明を含む (Hamlin and Stemplowska 2012)。そのような理論が、どのようにして制約を発生させるのかを理解するために、(W) を検討しよう。この原理に賛成する論証の 1 つに、有罪判決に基づいた論証がある (Simester and von Hirsch 2011, 19-20)。つまり、次のとおりである。

- (1) ϕ することについて、D を刑法上有罪とすることは、 ϕ したことについて D を譴責することである。
 - (2) ϕ したことについて、D を譴責することは、D の ϕ することが、道徳的に不正であることを伝達することである。
 - (3) D の行為の道徳的地位 (moral status) について、誤ったメッセージを伝達することは、道徳的中傷 (morally defamatory) である。
- ∴ (4) 道徳的に不正でない行為を犯罪化することは、許容されない。

第 2 の論証は、刑罰に基づいた論証である (Husak 2008, 92-103)。つまり、次のとおりである。

- (1) D に刑罰を科すことは、意図的に D に危害を加え、D に社会的スティグマを付与することである。
 - (2) 我々は、そのような社会的スティグマを付与される方法で、意図的に危害を加えられない権利を有している。
 - (3) その権利を侵害することが許容されるのは、不正行為を理由として処罰する場合のみである。
- ∴ (4) 道徳的に不正でない行為を犯罪化することは、許容されない。

これらの論証に対する 1 つの回答は、刑法は、常に譴責やスティグマを付与するものではない、というものである。もう 1 つの回答は、論証が、維持しえない優先権の主張 (priority claims) に依拠しているというものである。有罪判決に基づく論証は、道徳的中傷は正当化されえないという見解を受け容れることに依存

している。刑罰に基づく論証は、不正に行為していない者が、罰されない絶対的権利を持つという見解を受け容れることに依存している。これらの主張は、強すぎるかもしれない。第2の論証をテストするために、再度、銃の所持について考えよう。我々が所持を犯罪化し、そして、それにより、多くの生命を守ることができるのだと考える正当な理由を有している場面を想像しよう。Dは、銃を壁に掛けた時の見映えを気に入っているため、銃を安全に所持している。我々は、次のような場合に、Dが不正に行為をしていると認めてもよい。すなわち、Dの行為が他者に危害を与えるリスクがある、あるいは、他者の生命を国家が守ることを妨げる場合である。しかし、Dの所持は安全であり、かつ、実際に、国家は所持を犯罪化しているため、どちらも当てはまらない。国家は、Dを処罰する場合、Dの権利を侵害するのであろうか？ そうでないと考えるのは妥当である。Dが銃の所持を控えることは、非常に容易であった。そして、国家が、Dのような安全な所持者を処罰することを控えるようなことがあれば、より多くの人々が、これは安全だと誤解して、銃を所持する可能性が高まるであろう。これは、いくつかの生命が失われる結果をもたらす可能性があるだろう。安全な所持者を処罰しないことが、このような効果をおそらく有しているであろうという事実は、この者が処罰されたとしても、妥当な反論 (complaint) をすることができないと考える正当な理由である。それは、道徳的に罪のない人を処罰することは、時として許容されるのだと考える正当な理由である。そうであるならば、刑罰からの論証の前提 (3) は、偽である (Tadros 2016, 329-333)。

ここで、(HPP) を検討しよう。次のような世界を想像してみることができる。すなわち、あるスイッチを押すことで、Dの脳に電気信号を送ることができ、その唯一の効果は、Dが不正行為に及ばない、というものである。人がこの予防手段をどう思うのであれ、それは、刑法を利用するとき用いられる手段ではない。刑法は、公訴提起すること、人々を不正行為者であると糾弾すること、そして、彼らの不正を処罰することにより——完全な法遵守を実現するわけではないが——不正を予防する。公訴提起は、たとえそれから〔自由制約などの危害が〕何も生じなかったとしても、しばしば〔経歴の傷などとして〕ついて回る。刑罰は、まさにその本質から、危害をもたらす。Dの家族や友人の生活は、Dの展望が悪化するにつれて、巻き添え被害を受ける。そのような危害を引き起こすことが正当化可能となるのは、少なくとも国家がそれを加える場合には、それが人々の危害を予防するための必要かつ均衡的な手段である場合に限られる、と一部の人は主張している。それゆえ、この条件が満たされない場合、犯罪化は許容されない。(HPP) は、ここから導かれるのである (Raz 1986, 418-420; Edwards 2014, 259-262)。

ある者は、正当化された刑罰に内在する危害を課さない理由は存在しない、と応じるかもしれない。それはともかくとしても、危害が、他の価値よりも辞書的優先性 (lexical priority) があるという主張は、全然自明ではない。上述の (HPP) に関する議論は、この主張に依拠するように思われる。しかし、深刻かつ危害なき不正行為は存在する。D が、意識不明の V の身体的統合性 (bodily integrity)、あるいは性的自律性 (sexual autonomy) を侵害したけれども、これが発見されることはなく、その後にも影響がないという場面を想像しよう (Gardner and Shute 2000; Ripstein 2006, 218-229)。そのような不正を予防する価値は、これが危害の予防にならない場合でさえも、犯罪化により生じる害を正当化する余地を——少なくとも、時々——もたらす、と考えるのは妥当である (Tadros 2016, 106-107)。

制約に対する 2 つ目の擁護は、非理想論 (*non-ideals theory*) の内部、つまり、一部の人々がすべき行為をしないであろう場合に、何をすべきかということに関する説明から生じる。ある人は、すべての刑法理論は、——人々が (刑法を有しない場合に) 不正に行為するであろうからこそ、我々は刑法を有する理由をもつ のだから——非理想論の一部であると述べるかもしれない。とりあえず、それは置いておこう。(刑法がなければ) 罪を犯す (であろう) 可謬的な (fallible) 行為主体と同様に、刑法を創設し、適用し、執行する行為主体もまた可謬的である。いかなる非理想論も、後者が引き起こしがちな誤りを考慮に入れなければならない。その一部が、適用と執行の誤りである。すなわち、罪のない人を、警察官が逮捕するとき、検察官が起訴するとき、そして、裁判所が処罰するときに、引き起こされる誤りである。本稿の目的にとってより重要なのは、犯罪を創設する際に、立法者が引き起こしがちな誤りである。これらの誤りが、ここで重要であることの理由は、次の通りである。指図的規範 (Prescriptive norms) は、立法者が、その規範がない場合に引き起こす誤りを予防/軽減させるという理由でしばしば正当化される (Schauer 1991, 135-166)。速度制限は、それが遵守される場合には、一部の運転手が、単独では申し分のない方法で運転することを予防する。しかし、制限が正当化されるのは、速度制限がない場合に運転手の引き起こすであろう誤りを、それらの制限が予防/軽減する場合であり、かつ、誤りの予防/軽減が、その他の点では申し分のない一部の運転手を予防することのコストに見合う場合である。(W) や (HPP) のような制約が遵守される場合、その制約は、一部の立法者が、単独では申し分のない方法による犯罪化を予防することになる、と仮定してみよう。それらの制約がない場合に立法者の引き起こしやすい誤りを、それらの制約が予防/軽減する場合であり、かつ、誤りの予防/軽減が、その他の点では申し分のない犯罪化を予防することのコストに見合う場合に、それらの制

約は正当化されるかもしれない。

(HPP) の擁護者の多くは、今述べたような方法で行われる擁護論を提示する〔それによると、立法者が犯しがちな〕第1の誤りは、人生における、我々のそれと非常に異なる価値観を軽視するという誤り、すなわち、人生を成功させるために必要な善行を悪行だと勘違いして、そうした、悪行だとされるものが抑圧されるべきだと結論付けるという誤りである (Raz 1986, 401-407; Gardner 2007, 118-120)。第2の誤りは、寛容の価値 (value of toleration) を軽視するという誤りである。その価値は、次のような、生活の中での実験 (experiments in living) のための余地を作り上げることの価値を含み、それは、人々を見慣れないものに触れさせることで偏見と闘うことに役立つ、かつ、人々を、その反対するものに触れさせることで熟慮能力を高める助けとなるものである (Mill 1859; Brink 2013)。第3の誤りは、自身の政策が非常に異なる境遇で生活する人々に与える危害を軽視するという誤りである (Green 2013b, 202)。薬物使用を犯罪化することの主たる効果が富裕層の忌避するコミュニティの中で実感されるとすれば、立法者が犯罪化のもたらす被害の大きさをどれほど軽視しうるだろうかという点は、想像に難くない。これらの各誤りを犯した立法者は、完璧とは程遠い刑法——つまり、立法者が思っている以上に価値のある諸活動を、その価値を見過ごして抑圧してしまう法を作りたいという誘惑に駆られるであろう。(HPP) を擁護する根拠は、そのような誘惑を阻止することにある。(HPP) に従う者は、ある行為がどれほど不快あるいは不道徳であると判断されようとも、その犯罪化が危害の防止のために必要かつ適切な手段であることを示すことができない限り、当該行為を許容しなければならない。

刑法草案が議論されるときには、危害に基づく論証が、今日では当たり前になっている。一部の者は、このことは (HPP) が全く制約にならないことを示しているのだ、と考えている (Harcourt 1999)。しかし、危害原理に対して単に口先だけで賛同する者は、〔実際には〕この原理に制約されてなどいない、というのは当然のことである。前段落での論証は、(HPP) に従うべきだという論証であった。この原理に従うということは、所与の法が均衡的な量の危害の予防のために必要であると——十分な証拠に基づいて——経験的に証明することの必要性を真剣に受け止めることである。より良い反論は、誤りに基づく議論は不完全である、というものである。もし立法者が、自身は (HPP) に制約されていないと考えた場合、誤りはどの程度広まるのだろうか？ (HPP) に従うことがもつ、誤りを予防する利益が、その他の点では〔=誤りが予防されないという点を除けば〕申し分ない刑法を諦めることのコストに見合うのは、どのような場合か？ (HPP) よりも低いコストでそうした利益をもたらす他のルールが存在する可能

性はあるのか？ 我々は、これらすべての疑問に対する答えを知る必要があり、また非理想論内部からの論証が (HPP) を裏付けることができるか否かを知る必要性はさらに高い (Tadros 2016, 94-96)。

そのほかにも、刑法に対する可能な制約が多数提案されている (Dan-Cohen 2002, 150-171; Ripstein 2006)。先に述べたように、そうした原理のすべてに懐疑的な意見も一部存在している。彼らは、刑法の限界を決定するためには、「より無秩序な一連の考慮事項」を参照しなければならず、そのどれもが (一連の) 制約のような単純なものを与えてはくれないと考えている。すなわち、結果として得られる刑法の限界に関する説明は、そのライバルに比べて、「より乱雑 (messier)」であるが、それが、「我々の生きる乱雑な世界が求めるもの」なのである (Duff et al 2014, 51-52)。この懐疑論に対する正しい応答が何であるのかは、依然として不透明である。第 1 にありうるのは、擁護可能な普遍的な境界線を見出すことは現実に可能だ、という応答である。問題は、その境界線がどこにあるのか、そして、上記のような反論に対してどのように擁護するのかということである。第 2 にありうるのは、「より乱雑な」理論が必要だということである。もしそうであるならば、その理論はどのような形をとるべきか、そして、それを構築しようとするときには、どれほど高邁な大志が必要になるのかを問わなければならない。我々が直面する「無秩序な一連の考慮事項」に対して、理論的なレベルにおいて、どの程度の要求を課することができるかを知る必要があるのである (1 つの回答として、Tadros 2016, 159-172 を見よ)。多くの法域において刑法の領域が目まぐるしい速度で拡大し続けるなかで、これらは今日の刑法哲学者が直面する最も差し迫った問題であり続けている。

5. 刑事上の責任

D が V の同意なしに V の財産を持ち去った場合を想像してみよう。D はその持ち去りに対して刑事上の責任を負うのか？ 必ずしもそうではない。イギリス法では、D に窃盗罪が成立するのは、D が不正 (dishonestly) に行動し、かつ V の財産を永続的に奪うことを意図している場合のみである。窃盗罪は多くある犯罪のうちの 1 つであり、その成立は人の心理状態に左右される。特定の心理状態を要求とする犯罪の要素は、メンズ・レア要素として知られている。その他の要素は、アクトゥス・レウス要素として知られている。

一部の者は、D が犯罪に関するすべての要素を満たす—— D はメンズ・レアを持ってアクトゥス・レウスに及んだ——場合、D に刑事責任 (criminally responsible) を負わせるには十分だが、D に刑事負責 (criminally liable) をさせ

るには十分ではないと主張する者もいる。刑事責任は、ここでは答責性 (answerability) と理解されている (Duff 2007, 19-36)。我々は、罪を犯したことに 関して裁判所に対して回答する義務があるが、抗弁という形で満足のいく回答を 提示することによって、責任を回避することができる。このような刑事責任に関 する説明——答責性説明と呼ぶ——は、犯罪 (offence) と抗弁 (defence) の区別 に依拠しているが、これについては後述する。答責性説明に対する第1の論拠 は、刑事手続と証拠に関する規定である。有罪判決を得るために、検察官はD が罪を犯したことを合理的な疑いを超える程度に証明しなければならない。D は、そのような証明がない限りにおいて、安全に黙秘し続けることができる。検 察側が立証した場合、D には抗弁を証明する強く慎重な理由がある。抗弁がない 場合には、D は有罪判決を受け、処罰されることになる。このように言われて いるが、このようなルールに対する最も優れた説明は、犯罪行為によって、他 にはない回答義務が生じるということである。このような義務によって、D が 犯罪者であると信じる強い理由があるとき、D に法廷において弁明せよと特別 な合理的圧力をかける理由が説明される。

一部の者は、よく考えると、我々の手続と証拠に関する規定は、答責性説明の 擁護に失敗しており、かつそれを弱体化させるのに役立っていると考えている。 これらの規定は、検察官に対して、D が罪を犯したという証拠と、D には抗弁 の余地がないという証拠の両者を考慮せよと命じている。D が自己防衛 (self-defence) によって殺人を犯したという強い証拠があるならば、D は起訴される べきではない。このことが重要なのは、次の理由による。[すなわち、] 検察が起 訴するか否かを決するときには、D に対して自身が行ったことについて回答を 請うべきか否かを決するのである。D が明らかに正当防衛で殺人を犯した場合 に検察は起訴すべきでないという事実は、抗弁を有する者は法廷で回答できない ということを示唆している。そのことは、我々が、犯罪 (offences) である行為 に対してではなく、罪 (crimes) である行為——利用可能な抗弁を充足しない犯 罪行為 (offending acts) ——に対する回答を、刑事裁判所に提示する義務を負わ されているということの意味する。当然ながら、我々が刑事責任を負うのは、犯 罪のためである。刑事責任が答責性であり、かつ、我々が犯罪に対して回答可能 であるならば、刑事責任の条件と刑事負責のそれは同一である。そうすると、上 述したような答責性説明は破綻するのである (Duarte d'Almeida 2015, 239-267)。

5.1. メンズ・レア

いかなる見解に基づいても、D が罪を犯す条件は、刑事責任の条件である。 この条件はどのようなものであるべきだろうか？ メンズ・レア原理 (the mens

rea principle: MR) については、これまでも多くの議論がなされてきた：

(MR) メンズ・レアの要素が ϕ することの一部を構成している場合にのみ、D は ϕ することに対する刑事責任を負うべきである。

一般的なメンズ・レア要件には、意図 (intention) と無謀 (recklessness) が含まれる。典型的には、X が我々の行為理由の一つである場合、かつ、その場合に限り、すなわち我々が X を引き起こすために行為する場合かつその場合に限り、我々は X を意図している。我々が X について無謀であるのは、(i) X のリスクの存在を認識しており、(ii) 認識しているリスクを冒すことが正当化されない場合、かつ、その場合に限られる。

刑事責任を認める上でメンズ・レアを要求すべきか否か、また、どのようなメンズ・レアを要求すべきかは、いずれも我々が受け容れなければならない理由 (MR) 次第である。おそらく最もよく知られている擁護は、責任主義 (*culpability principle*: C) に訴えるものであろう：

(C) D が ϕ したことについて有責 (culpable) な場合にのみ、D は ϕ することについて刑事上の責任を負うべきである。

有責性 (culpability) は、ここで用いている意味においては、道徳的観念 (moral notion) である。これは、道徳的落ち度 (moral fault) や道徳的非難相当性 (moral blameworthiness) と同義である。メンズ・レアは、有責性の十分条件ではない。意図的な殺人でさえも時には免責されるのである。しかし、それが必要条件であるというのも理解できる——有責性は少なくとも一部のメンズ・レア要素を前提とするものでありうる (Simester 2013; Gardner 2007, 227-232参照)。そうであるならば、議論は、(C) を受け容れるべきか否かに移行する。この原理についての懸念点の一つは、その一般性 (generality) である。刑事上の責任の帰結は、常に特別に重い負担となるとは限らない。そして、有責性を伴わない負責の利点が、特に重要となる可能性もある。ほんの一例として、企業活動を統制し、公共全般の健康と安全を守るための規制を考えてみよう。これらの規制に対する違反を犯罪とし、高額な罰金を科すことは、個人を拘禁することの破壊的な効果を必ずしももたらさない。また、有責性要件を不要とすることは、違反者が有罪判決を免れることを困難にすることによって、法の抑止効果を高める可能性がある。(C) が妥当か否かは、以上のような——仮定により、多くの人の健康や安全を守るとされている——効果が、有責性を伴わない刑事負責を正当化できるか否かにかかっている。

もちろん、(C) が例外を認める可能性があるからといって、(C) が一般的に

妥当でないことを示すものではない。私は、(C) が妥当する場合には、(MR) が導かれると前に述べた。(C) がどの程度のメンズ・レアを必要とするかは、さらに別の問題である。危険運転致死という犯罪を考えてみよう。この犯罪のアクトウス・レウスには、次の2つが必要である。すなわち、Dの運転が、資格を有する運転者に対してその回避することを合理的に期待できるところの欠陥(deficiencies)を示さなければならないこと、そしてその欠陥が他人を死亡させること、これである。

一部の論者は、(C) が、2つのメンズ・レア要件を要求していると考えている。すなわち、Dは、自身の運転を危険なものにしているところの欠陥を認識していたのでなければならない、かつ、その欠陥が死をもたらす危険性を認識していたのでなければならない、と。それぞれのアクトウス・レウス要素には対応するメンズ・レア要素がなければならないという見解は、対応原理(*correspondence principle*)として知られている(Ashworth 2008)。(C) が実際にその原理を裏付けているか否かは議論の余地がある。(死亡のような)何らかの危害結果を引き起こす危険があることが、(危険な運転のような)行為を不正と評価することの1つの理由となる、というのは、時々正しい。このような場合、行為に対する評価と結果の危険との間には、内部的なつながりが存在する。一部の者は、このような内部的なつながりが存在する場合、Dによる自身の不正行為の遂行の認識によって、危害結果についてDに有責性があるということが確立されると主張する。仮にこれが正しいとすれば、Dは、結果が発生した場合においてその結果について有責性があるというために、その結果に関するいかなるメンズ・レアも有する必要はない。すなわち、対応原理は、(C) からは導かれえないのである(Simester 2005, 44-46; Duff 2005, 143-147)。

(MR) に関する第2の擁護は、法の支配(the rule of law: RL)に訴えるものである:

(RL) 法は、それを適用される人々がその規範を利用して自身の行動を導くことができるようなものでなければならない。

(RL) への適合性は、程度問題(matter of degree)である。しかし、刑法には特に高度な適合性が期待される。その理由の1つは、刑法がDの検察官に付与する特別な権限である。もう1つは、有罪評決が被疑者の人生に与えるダメージの大きさである。(RL) と (MR) の結びつきは、Gardnerによって明確に述べられている:

法の支配として知られている理念によれば、刑事上の不正をまさに犯そうとしている者は、自身の犯そうとしているものが不正であることを明確に警告されるべき

である。刑法は、我々を不意打ちするべきではないのである。もちろん、不意打ちを避けるためには、我々は皆、法が我々に何を要求しているかを知る必要がある。このような理由から、刑法は、明確であり、オープンであり、一貫性があり、安定的であり、そして遡及効果を持たないものでなければならない。……しかし、これらすべてをもってしてもなお、刑法に違反しようとしている我々に、そのことを明確に警告するには十分でない。なぜなら、法律を知っていたとしても、自身がまさに実行しようとしていることが法律違反にあたることは理解していない、という場合があります。これは、自身がどのような行為を行おうとしているのかが、理解されていないことがよくあるからである。気軽に発言したら、(なんと!) ゲストの一人を怒らせてしまった。オープンのスイッチを入れたら、(なんと!) すべてのヒューズが飛んでしまった。メンズ・レア原理とは、このような行為——自分でも驚くような行為——を刑事罰の対象とすべきではないという原理である (Gardner 2005, 69-70)。

D は、自身の行為のある側面——そのために刑法が当該行為に関心を寄せるといふ、そういう側面——を認識しなければならないのだ、とするのであれば、D がその行為を禁止する刑事上の犯罪によって不意打ちされる可能性は低くなる。このように、メンズ・レア要件は、有罪判決や刑罰から自身の人生を遠ざける我々の能力を向上させることによって、個人の自律性に貢献する。つまり、(RL) は (MR) を裏付ける。では、対応原理をも裏付けるのだろうか？ これはあまり明確ではない。ある見解は、自身の運転が危険であるという事実を D が認識していることが、V の死に対する責任によって不意打ちされたと訴える資格を (少なくともその責任が十分に公にされていた場合に限り) D から失わせる、とする。他の見解では、D の自律性は、D が刑事責任を予見するのを助けるのに有利に働くだけでなく、D がその法的帰結を予見し、そのような帰結のコストが支払うに値するか否かを決定できるようにすることを助けるのにも有利に働く、とする (Hart 1968, 47; Ashworth 2008)。もし ϕ することが死を惹起するかもしれないということに D が気づかないのであれば、 ϕ することが、死の惹起に対するものとして規定されていた追加的な刑罰の賦科を D にもたらすことになるかもしれないということにも、D は気づかないのである。D はリスクを認識しているのだ、と刑法が主張する場合——すなわち、刑法がアクトゥス・レウスとメンズ・レアの一致を主張する場合——、D がこの情報を自分の意思決定に反映させる可能性はより高くなる。

(MR) 支持する第 3 の論拠は、自由 (liberty) に訴える (Simester and Chan 2011, 393-395)。他人の財産を損壊することを禁止する犯罪を考えてみよう。メンズ・レア要件が意図であるならば、D は、故意に (knowingly) V の所有物について

リスクを冒す自由がある。メンズ・レア要件が認識 (awareness) であれば、D は、リスクを考慮せずに V の所有物を危険な場所に置く自由がある。メンズ・レアが全く存在しないならば、D が財産に損害を与えた場合、いかなる注意も D を救うことはできない。これらの例は、メンズ・レア要件が、D の合法的に利用可能な選択肢の範囲に影響を与えることを示すのに役立つ。明らかに、選択肢を除外することによってどの程度注意を払うべきかは、その選択肢がどれほどの価値を有するかによって決まる。刑事責任が典型的な不正行為の場合を超えて拡大する場合、メンズ・レアの自由保護機能が特に重要になる。共犯規定を考えてみよう。S は、P の犯した不正に関与したことに対して、どのような条件の下で刑事責任を負うべきなのだろうか？ P は不正な行為をとるかもしれない、と S が認識していれば十分であると想像しよう。使い方を誤りやすい商品を販売する者は、顧客によって犯罪者にされる危険性がある。店主は、方々からの非難で袋叩きにされるか、店を閉めなければならない。より狭いメンズ・レア要件は、店主は商売を続けながら、法を守り続けることを可能にする (Simester 2006, 591-592)。

本節の冒頭で注目した 2 つの問いに立ち返ることで、本節を締めくくることが有意義である。すなわち、(i) 刑事責任はメンズ・レアを要求するのか？ (ii) どのようなメンズ・レアが要求されるのか？ [という問いである。] (i) の問いは、しばしば厳格責任 (strict liability) という表題のもとで議論される。学説は、厳格責任の様々な意味を区別している (Duff 2005; Gardner 2005, 68-69; Simester 2005, 22-23)。φ することに対する有責性なくして φ できる場合、φ することに対する刑事責任は、実質的に厳格である。φ することがメンズ・レア要素を欠いている場合は、φ することに対する刑事責任は形式的に厳格である。この第 2 のカテゴリーは、それ自体をさらに細分化可能である。メンズ・レア要素が全く存在しない場合、責任は強い意味で形式的に厳格である。少なくとも 1 つのアクトウス・レウス要素が、対応するメンズ・レア要素を有しない場合、責任は弱い意味で形式的に厳格になる。(C) が正統な原則であるならば、刑事責任は実質的に厳格であるべきではない。(MR) が正統であれば、強い意味で形式的に厳格な刑事責任は存在すべきでない。対応原理が正統であるならば、弱い意味で形式的に厳格な責任も存在するべきではない。

(i) の問いはこれくらいにしておこう。(ii) の問いはどうだろうか？ 上記の議論では、メンズ・レアは少なくとも認識を必要とすると仮定した。しかし、時として、刑事責任は、D が何に気づいたかではなく、D が何に気づかなかつたか——つまり、合理的な人間であれば D のした行為を控えることができたであろう状況——によって定まる。そのような状況が存在する場合、D の行為は過失 (negligent) である。刑法に過失は存在しないと主張する論者も存在する。

(C) が正統であり、かつ、有責性が認識を必要とするのであれば、刑事責任は少なくとも無謀を要求するはずである。また、異なる見解も存在する。その論者は、傲慢や無関心といった悪徳のためにリスクを認識しない場合には、それゆえに当該リスクを冒すことについて有責となる、と主張する。したがって、(C) は、刑法における過失責任の少なくともいくつかの例と両立可能である (Hart 1968, 136-157; Simester 2000, Alexander and Ferzan 2009, 69-85; Moore and Hurd 2011)。

5.2. アクトゥス・レウス

メンズ・レアを刑事責任の必要条件とすべきなのであれ、すべきでないのであれば、それが十分条件であると主張されることはほとんどない。思想犯 (thought crimes) を容認すべきではないという考えが広く浸透していることが、各犯罪にアクトゥス・レウス要素を要求すべきだと各論者に主張するに至らせている。典型的には、D が死や物の損壊、暴力の恐怖などの何らかの結果を惹起するような形で行為した場合にのみ、この要素が満たされる。もちろん、このパラダイムは、多くの例外を認める。未遂やコンスピラシーのような未完成犯罪だけでなく、ほとんどの刑法体系には、ある種の不作為に対する責任が含まれている。D が浅い池で溺れている V を見て、何もしないことを選択した場面を想像しよう。D と V に以前からの交流はないものとする。その池がロンドンにある場合には、D はいかなる罪も犯していない。ドラマの舞台をパリに移すと、犯罪が成立するのである。この例が示すように、学者も法体系も、刑法が課すべき積極的な義務に関する意見については、依然として分裂している (Alexander 2002; Ashworth 2015)。

例外はともかく、我々のパラダイムの構成要素は、それぞれ解釈の余地がある。例えば、因果関係の必要性について考えてみよう。D が V の死を引き起こしたという結論は、物理的な事実の問題——ヒュームの有名な言葉を借りれば、宇宙のセメント (cement of the universe) の一部——なのだろうか？ あるいは、因果関係のルールは——少なくとも刑法においては——、責任の公平な帰属に関する道徳的判断の最終地点に存在するのだろうか？ もしかすると、真実はその間にあるのだろうか (Hart and Honoré 1959; Moore 2009b; Simester 2017)？ 多くの者の刑事責任——そして彼らが直面する刑罰も同様に——は、このような問いに対する我々の生み出した解答によって決定される。

因果関係や不作為に関する学術的議論において、我々のパラダイムはほぼ自明視されている。しかし、一部の論者は、より急進的な見解を採用している。すなわち、その論者は、刑事責任に関する考えのパラダイムシフトを支持する。急進

派の1グループは、結果に着目する。Dが、死の惹起を意図して、Vに発砲したとしよう。どのような刑法体系においても、これは未遂である。急進派は、次に何が起こるかが重要であるべきではないと主張する。すなわち、Dは、Vが殺されようとも殺されなくとも、同じ罪で有罪とすべき、と主張する。つまり、刑事責任は、行為の結果に左右されないもの (insensitive) であるべきだということである (Ashworth 1993; Alexander and Ferzan 2009, 171-196)。先ほど、(C)と呼んだものを再度考えてみよう：

(C) Dが ϕ したことに於いて有責 (culpable) な場合にのみ、Dは ϕ することについて刑事上の責任を負うべきである。

この原理が正統だとすれば、次のような論証が可能である：

- (1) 我々は、自身のコントロールの範囲内にあるものについてのみ有責となる。
- (2) 我々の行為の結果に影響を与え、かつ、我々のコントロール下でない要因は、常に存在する。
- ∴ (3) 我々は、結果について刑事責任を負うべきではない。

この論証は、次のような隠れた前提に依拠している：

(2') Xに影響を与え、かつ、我々のコントロール下でない要因が存在しない場合にのみ、我々はXをコントロールしている。

我々が結果をコントロールすることが決してない [という結論が真となる] のは、(2') が真である場合のみである。しかし残念ながら、(2') には受け容れがたい含意がある。コントロール不可能な要因は、我々が [結果の惹起に] 成功するか否かに影響するだけでない。挑戦するか否か、選択するか、そして選択に影響を与える性格的特徴にも影響を与えるのである。(2') は、我々の成功、努力、選択、そして性格のいずれに対しても、我々は決して有責となることがない、ということの意味している。その論理的帰結を追求すると、我々は何に対しても決して有責とならないということになる (Nagel 1979; Moore 1997, 233-246)。多くの者が信じているように、我々は自身の行為に対して、時として有責である とすれば、(2') は偽でなければならない。(3) は、上で提示された論証の結論をラディカルに矮小化している、という点も、付け加えることができる。(C) と組み合わせた場合、この論証は、我々が結果に対して刑事責任を負うべきでないことを意味するものではない。それは、誰も決して刑事責任を負うべきでないのだ、ということの意味しているのである。

コントロールに関する説明を修正することにより、我々は (1) から (3) の

論証を保とうと努めることができるかもしれない。

(2′) 我々が、Xを予防し、またはXをもたらす合理的な可能性 (reasonable chance) を有する場合に、我々はXをコントロールしている。

この修正により、(2′)の受け容れがたい含意は回避される。しかし、それと同時に(1)から(3)の論証は放棄されるのである。(2′)がコントロールについて正しい説明をしているのであれば、我々は時として結果のコントロールを有する。Dが、弾丸の装填された銃をVの頭に突きつけ、引き金を引いたとしよう。DはVを殺害する合理的な可能性——それどころか、極めて高い可能性——を有している。コントロールに関するこの説明では、(1)と(2)は(3)を裏付けない。すなわち、我々が結果に対して刑事責任を負うことは決してないと認める理由は出てこないのである (Moore 2009, 24-26)。

5.3. 抗弁

犯罪 (*offences*) を実行したことについて刑事責任が認められる場合があり、かつ、罪 (*crimes*) を犯したことについて刑事負責される場合があるということ、これはすでに見てきた。この区別は、犯罪と抗弁の間でなされたさらなる区別に依存している。すなわち、犯罪がなされるということは、ある者が犯罪のすべての要素を満たしているが、何らかの利用可能な抗弁のすべての要素を満たしていない、ということなのである。

犯罪/抗弁の区別に関する1つの説明は、手続に関するものである。有罪判決が、裁判所による法的に正しい評決となるためには、犯罪要素 (offence elements) が証明されなければならない。したがって、同意の欠如が犯罪要素である場合——イングランドとウェールズにおいて、2003年性犯罪法 (Sexual Offences Act 2003) によって創設された罪はこれにあたる——には、同意が欠如していたことが証明されなければならない、そうでなければDは無罪とされなければならない。しかし、同様のことは、抗弁要素、例えば強迫の抗弁 (defence of duress) を構成する諸要素、には当てはまらない。有罪判決が正しく下されるためには、Dが強迫のもとで行為していなかったということを証明する必要はない。Dが強迫のもとで行為したという証拠がないことだけで十分である。イングランドとウェールズで制定された1861年対人犯罪法 (Offences Against the Person Act 1861) による犯罪のように、同意が抗弁要素である場合も同様である。DがVを殴打し、現に身体傷害を惹起した暴行罪 (assault occasioning actual bodily harm) で起訴された場合、裁判所はVが同意していなかったと確信する必要はない。同意が全く争点化されていない場合であっても、なお有罪判決が裁

判所による法的に正しい評決でありうる。簡単に言えば、Dが各犯罪要素を充足したことは、証明されなければならない事柄である。〔しかし、〕Dが各抗弁要素を充足したか否かは、不確定のままでもよいのである。目下の見解では、こうした手続上の区別において犯罪と抗弁の区別が成り立っているのである（Duarte d'Almeida 2015）。

この最後の主張は、犯罪／抗弁の区別は実体的なものであると考える人々によって否定されている。その論者は、犯罪と抗弁とが異なる手続上の規則によって統制されていることを認めている。彼らの主張は、犯罪と抗弁との区別が、それらの規則が異なる理由を説明するのだ、というものである。おそらく、この見解の最も有名な形態は、次のようなものである。すなわち、それを実行しないことの一般的理由があるところの行為を記述するうえで、諸々の犯罪要素は、個別的には必要条件であり、かつ、その全体は十分条件である。抗弁要素は、そのような理由の存在からDが犯罪で有罪になるべきだという結論へと移行することを阻止するものである。この見解によれば、同意の不存在を性的暴行罪（offence of sexual assault）の要素として考えるべきか否かは、他人と同意に基づく性行為をしない一般的理由が存在すると考えるか否かによって決定される。そのような理由がないのならば、同意の不存在は、それを実行しないことに一般的理由があるところの行為をするために、必要なものである。それゆえに、同意の不存在は、性的暴行罪の要素になる。一方で、もし同意に基づく性行為をしない一般的理由が存在するならば、同意は性的暴行に対する抗弁として当然に考慮される（Campbell 1987; Gardner 2007, 144-149）。

犯罪と抗弁を区別することに加えて、多くの論者は刑事抗弁を複数の類型に区別している。最もよく知られている区別は、正当化（justification）と免責（excuse）の区別である。この区別について最もよく知られた説明は、正当化される行為者が不正行為を否定するのに対して、免責される行為者は責任（responsibility）か有責性（culpability）のどちらかを否定するとしている（Austin 1956; Fletcher 1978; Greenawalt 1984; Baron 2005）。ここでは、2つの問いを立てる価値がある。このような身近な区別は、画される価値があるのか？ もしそうであるならば、その区別に関するよく知られている説明は、正しい画定方法なのか？

前者の問いに肯定的に答える理由は2つ存在する。1つは、(C)を援用する。もし裁判所が、有責性の輪郭が明らかになるように刑事抗弁を発展させるべきものであるならば、なぜ各々の抗弁がそれを主張する者を無責とせしめるのかを知る必要がある。緊急避難の抗弁（defence of necessity）が存在するのは、我々が2つの悪のうちの小さな方を選択することは時に正しい行動であるからなのだろう。

うか？ それとも、抗弁が存在するのは、行為者が時として大きなプレッシャーの中で不正な選択をすることがあり、かつそのプレッシャーに屈しても有責ではないからであろうか？ 裁判所がどのように抗弁を展開させるべきかは、これらの問いに対してどのように回答するかによって決まる。それは、抗弁を正当化として考えるか、免責として考えるかに依存するのである。

よく知られている区別をする 2 つ目の理由は、刑事裁判は、被告人に弁明を求めるものだと考えを援用するものである。この見解によれば、裁判は、ある意味で法の外の生活と連続的——告発を行い、それに返答するという我々の通常の道徳的実践 (moral practice) を制度化するもの——である (Gardner 2007, 177-200; Duff, 2010c; 2011; 2013a)。日常生活において、不正行為を糾弾された際、我々の多くは、自身が非難されることになるか否かのみを気にしているのではない。我々が何も不正なことをしていない場合には、我々は、糾弾してきた者に対して、不正なことは何もしていないのだと説得しようとする。つまり、他者が我々の人生のストーリーに不正を付け加えないことは、我々にとって重要なのであり、たとえ、どのみち彼らは、我々が非難を受けない形で行為したものと結論づけるであろう、と我々が知っていたとしても、そうなのである。刑事裁判所において、事情が異なると考える理由は存在しない。すなわち、犯罪に関して訴追された者は、不正なことをしたという誹りを免れること (getting off the hook) だけに關心を持つべきであり、あるいは実際そうしている。正当化抗弁と免責抗弁を区別して保持することによって、刑法は、実現可能な中で最良の合理性の光に照らされながら——検察官や他者に対して——自分自身を提示するという我々の利益を実現するのである (Gardner 2007, 133)。

それでは、後者の問いに移ろう。正当化が不正行為を否定するというのは本当だろうか？ 免責が責任を否定するというのは本当だろうか？ 一部の者は、両者の問いは、少なくとも時には否定的に答えられるべきだと考えている。確かに、自己防衛のために行為する者は、他者に危害を加えないという義務の例外から利益を得るし、それは妥当なことである。V は、D をその攻撃下に置いた場合には、D において必要かつ相当の力を V に対して行使させない権利を有していないのだと、多くの者は考えている (McMahan 2005)。しかし、D が無辜の傍観者に危害を加えた場合、たとえこれが他者へのより大きな危害を予防する唯一の手段であったとしても、同様のことは真ではない。しばしば考えられているのは、V の権利は残存するが、時としてそれが覆されることもあるということである。それゆえ、D は未だ V に不正を働いている。その不正は、D に当該行為を行うことの覆滅されない理由——すなわち、D が予防したところの、より大きな危害によって与えられる理由——がある場合には、かつ、それゆえに、正当

化される。もしこれが正しければ、正当化を主張する者は、常に不正行為を否定するわけではなく、時にはそれを認めることになる。そして、彼らが正当化しようとするのは、不正である (Gardner 2007, 77-82)。

免責に関して言えば、よく知られた説明の方がより強固な根拠があると考えられるかもしれない。確かに、免責を主張することは、有責性を否定することであると認めよう。同様の事は、正当化についても当てはまる。それゆえ、ここで、この2つを区別するものは存在しないのである。では、免責は責任を否定するものなのだろうか？ 少なくとも、時にはそうではない。確かに、精神障害 (insanity) を主張する者は、自身の行為時点において理性 (reasons) に応答する能力があったことを否定する。しかし、これは他の免責の訴え (excusatory pleas) には当てはまらない。T が、D の家に押し入り、D に対して、V を撃たなければお前を撃つと脅したという場面を想定しよう。D が強迫を主張する場合、D は自身の理由応答能力が完全に残存しているという事実¹に依拠する。すなわち、D の主張は、T の危害を回避するために犯罪に及んだのであり、そうすることで我々の合理的な期待に応えたのだ、というものである。D は、犯罪行為に対する責任を否定するのではなく、むしろそれを主張することになる (Gardner 2007, 82-87)。これは、強迫が正当化事由であることを意味しない。V の生命に対する権利は、D が自分自身を守るための理由を無効にする。D は、我々が D のような窮地に立たされた者にそれ以上のことを期待しない——なぜ自身の命を守ることが D のために十分な理由となるように思われるかを我々は理解可能である——という理由から、抗弁を有しているのである (Simester 2012, 105)。

これらの指摘から、2つの点が浮かび上がる。第1に、正当化と免責の区別について、よく知られている説明を否定すべきであるということである。第2に、刑事抗弁の二分類は、我々が行うべき理由をもつところの区別を不明瞭にする。一部の者は、責任能力の否定 (精神障害など) と免責 (強迫など) を区別し、両者を正当化 (正当防衛や緊急避難など) と区別する。そのように理解すると、免責と正当化は、責任の主張のみならず、また有責性の否定でもある。正当化される行為者は、その行為に及ぶことの覆滅されない理由をもつ。免責される行為者は、そのような理由がないにもかかわらず、合理的な期待に答えている (Gardner 2007, 91-139; Simester 2012, 99-108)。この三分類は改善されたものであるとはいえ、さらなる区別が生み出されるべきだと主張する者もいる (Duff 2007, 263-298; Simester 2012)。刑事上の抗弁の категория がどの程度多くあるのか (あるいは、あるべきなのか) については、今後の課題である。

6. 刑事上の手続と証拠

D が ϕ をしたことについて刑事責任を負うと信じる理由があると想像してみよう。これらの理由に対して、刑事司法制度の職員は何をすることができるだろうか？ 彼らは何をすべきであり、かつ、何を控えるべきだろうか？

法律上の問題としては、答えは刑事手続と証拠に関する規範によって決まる。これらの規範の一部は、公務員が D に対する訴訟を組み立てるのに役立つ権限や許可を与える。職務質問、立入り監視 (intrusive forms of surveillance)、未決拘禁を考えてみよう。他方の規範は、法廷において D に対して不利な証拠として使用される可能性のある種類の証拠を規制する。伝聞証拠、統計的証拠、D の悪性格 (あるいは良性格) 証拠などを考えてみよう (Ho 2008; Redmayne 2015)。さらに、他の規範は、刑事司法制度のある側面が、他者の違法行為に対応すべき方法を統制する。D に対する証拠が違法に収集された、D がおとりにされた、あるいは検察が自ら設定したガイドラインに従って D の裁判が打ち切られるべきだった場合を想像してみよう。裁判所は、D に対する証拠が強力であったとしても、D の裁判を破棄すべきだろうか？ もしそうならば、どのような理由でそうすべきなのだろうか (Ashworth 2000; Duff et al 2007, 225–257)？

これまで述べてきた規範は、刑法哲学者からはやや軽視されている。しかし、いわゆる無罪の推定 (presumption of innocence : PI) については事情が異なる。(PI) に関する最も有名な司法の定式化 (judicial formulation) は、*Woolmington v. DPP* [1935] UKHL 1 において見出すことができる：

イギリス刑法という織物の中には、常に一本の黄金の糸が見出されている……いかなる犯罪であろうと、どこで審理が行われようと、検察が被告人の有罪を証明しなければならぬという原則は、イングランドのコモン・ローの一部分をなしており、これを縮減しようとするいかなる試みも受け容れることはできない。

以上のように理解すると、(PI) は、刑事裁判における立証責任を検察側に割り当てるものである。多くの者は、D の訴追者は極めて高い立証基準を満たさなければならない——有罪判決を得るためには、合理的な疑いをすべて排除しなければならない——と付言している。これらの指摘は広く受け容れられているが、(PI) の範囲と基準については、さらなる疑問が残されている。以下の記述では、そのいくつかに触れるにとどめる (概要については、Lippke 2016 を見よ)。

第 1 の問いは、(PI) が刑事裁判を超えて刑事手続への含意を有するか否かという点である。ある見解では、(PI) は公判における立証責任と立証基準を統制

する規範であるにすぎないとされる。他の見解では、(PI) はより広範な規範である。すなわち、刑事司法職員に——かつ、おそらくその他の我々全員にも——、被疑者を含む他者とどのように接するべきかを命じる規範である (Stewart 2014, Duff 2013b)。もちろん、この規範は、公判の時点に関わるものである。しかし、その含意は、その時点から後方にも前方にも広がっている。それは、被疑者を逮捕、起訴、勾留するか否かの決定にまで後方に及ぶ (Ashworth 2006, 249; Duff 2013b, 180-185; Stewart 2014, 414)。そして、どの程度処罰するか (Tomlin 2014a)、また、有罪判決や刑罰の適切な付随的帰結 (Duff 2013b, 185-192) という両者に関する決定にまで前方に及ぶのである。

第2の問いは、(PI) が実体刑法に影響を与えるか否かということである。一部の論者——そして、ほとんどの裁判所——は、そうではないと考えている。彼らは (PI) を純粹に手続的なものとして解釈している (Roberts 2005; Lippke 2016)。しかし、そのような解釈はすべて、不当に狭い解釈であるという議論も示されてきている (Tadros 2007; 2014; Tomlin 2013)。テロ行為を犯すことを意図して、テロリストにとって有用であるかもしれない種類の情報を保有することが犯罪であると想像してみよう。このような意図はしばしば立証困難である。立法者は、立証責任を D に転換することによって対応するかもしれない。すなわち、立法者は、検察側が保有を立証した場合には、D が意図の不存在を証明することになるのかもしれない。Woolmington 公式は、この手段が (PI) に違背することを示唆している。では、ある独創的な立法府が、意図要件を単純に法律から排除したと想像しよう。すなわち、保有者の意図がどのようなものである可能性があるのかは関係なく、テロリストに有益かもしれない種類の情報を保有することは犯罪になる。この修正された犯罪のすべての要素を検察は証明しなければならないと仮定すると、この動きは法律を純粹に手続的 (PI) に適合させるものである。現在、多くの論者——そして、多くの人権条約——は、(PI) を国家から被疑者を守る重要な権利とみなしている。上記のような例は、純粹に手続的な解釈には、次のような含意があることを示している。すなわち、被疑者に対して、保護を減少させるような立法者は、何らかの形でよりよく権利に適合する。これは直観に反するだけでなく、立法府の創造性を前にして権利を骨抜きにするものである (Tadros 2014)。これは、純粹に手続的 (PI) を否定する十分な理由であると結論づける者もいる。

D が刑法上の犯罪で起訴され、無罪を主張した場面を想像しよう。純粹に手続的な観点からすると、(PI) は、検察官による D がすべての犯罪要素を満たしていることの立証を有罪判決と処罰の前提条件としている。これらの要素が何であるかは別問題である。一部の者は、(PI) をより厳格なものとする修正説を支

持する。その論者は、犯罪要素と、犯行を有罪にし、かつ、処罰することを正当化するために、犯罪創設者〔＝立法者〕が着目した不正とを区別している。(PI)は、Dが、前者を充足していることを証明するだけでなく、Dが後者を犯したことを証明する必要があるのだ、と彼らは主張している (Tadros 2007; 2014)。

この修正がもたらす違いを理解するために、テロリストにとって有効かもしれない情報を保有することを立法者が犯罪とする場合を想像してみよう。テロ行為を実行する意図は、犯罪要素として立法されていない。しかし、立法者は、そのような情報を保有するすべての者を有罪にして処罰すべきだとは考えない。これは、馬鹿げたオーバーキルになりうることを、立法者は知っている。立法者は、テロ行為を意図している保有者を有罪にし、処罰すべきだと考えている。この意図の要素が犯罪から省かれているのは、省くことで検察が有罪を確実にしやすくなり、それによってテロ行為を計画する者が見逃されるリスクが減少するからである。修正説によれば、(PI)はそれでもなお意図の立証を必要とする。すなわち、仮にそうだとすれば、立法者が被疑者を有罪にし、処罰することを正当化するために採用するのは、テロ行為の意図を伴う保有である。(PI)を遵守するためには、刑事裁判所は、有罪判決や処罰の前提条件として、Dがこのような不正を犯したという証拠を要求しなければならない。

こう理解すれば、(PI)は骨抜きにならない。最近では、疑いをかけられた不正行為者が有罪になるケースがあまりにも少ないため、より多くの有罪判決を確実にするために新たな刑法が必要であるとしばしば主張される。修正説によれば、立法者はこの目的の追求のために、望んだだけの刑法を起草しうる。しかし、無罪を主張する者は、その人が疑いをかけられた不正行為者であることが立証されることなくして、その状況下で有罪となることはないだろう。法に対するこのような類の保護を、刑事訴追に直面するすべての者に提供することが、修正された(PI)を主張する理由である。