

〈紹介〉

アメリカ刑法理論に関する 文献紹介（9-1）

門 田 成 人
坂 本 学 史

本紹介連載はこれまでアメリカ合衆国における共犯論につき時代を遡る形式でその主要な論文を紹介してきた。共犯論の問題はもちろん、英米において積み重ねられてきた先例の解釈の探求や新たな事案への対処および先例との整合性追及を重視するものであるが、他方、一般犯罪成立要件としての客観的要素および主観的要素をめぐる一般論からの理論的影響も多分に受けている。したがって、なぜ現在こうなっているのか（あるいは今後どう進展していくのかあるいは後退するのか）を手繰る意味で時代逆行という手法を選択するならば、当然、学問の流れはもちろんのこととして、それぞれの論文が発表された時代背景や社会的脈絡を明らかにする一定の見方が必要であろう⁽¹⁾。そこで、このような刑法理論史に関する文献も本紹介の一領域として取り上げていくこととしたい。

本稿は、その第一弾として、G・レナード「アメリカ刑法理論史について：ブラックストーンから模範刑法典までの文化と原理」の概要を紹介する⁽²⁾。レナード論文は、責任原則の例外である厳格責任ルールを法定

(1) すでにアメリカ刑法理論史に関する包括的検討を加える文献として、G. O. W. ミュラー（斉藤豊治・村井敏邦訳）『アメリカ刑法学史』（成文堂・1991年）が参考となる。

(2) Gerald Leonard, *Towards a Legal History of American Criminal Theory*:

強姦罪の判決例を素材に取り上げ、アングロ・アメリカの社会文化における刑法の意義の歴史的検討を試みるものである。レナード論文の骨子を著者の言葉で示しておく。すなわち、

「本稿は以下のようなものとなる。法定強姦罪を肯定した19世紀の判決例と刑法理論に対する支配的な近代のアプローチとの間の衝突に関する議論から始める。次に、19世紀のアングロ・アメリカ文化的背景というより広い脈絡において、19世紀の刑法理論の世界を再構築するために後戻りする。19世紀のアメリカにおける、ブラックストーンの寛大で支配的な啓蒙改革主義から『ビクトリア・モラリズム』の覇権まで追うことで、刑法上の正義に対する自覚的な『公的 (public)』アプローチを定義する、多様な結果主義が、個人の道徳的・法的正義に対する関心、すなわち刑法に対する明確な『私的 (private)』アプローチを示唆する関心を完全には排除することなく、どのように刑法理論を支配したのかが示されるであろう。そこで、本稿は、この公と私との間かけられたアーチをもって、これまでよりも十分な歴史的分析を示すために、法定強姦罪の事例研究に立ち返る。その目的は、刑法原理の諸研究においてほとんど顧みられなかった二つの本質的で歴史的な脈絡に裁判所の立場を位置づけることである。すなわち、一つは、刑法理論の長期的な発展という脈絡であり、もう一つは、ここではビクトリア時代の男女関係 (gender relations) の歴史という広い社会的あるいは知性的な脈絡である。その主張は次のようなものである。つまり、第一に、厳格責任ルールは、刑法につき『公的』観点と呼ばれる一般的に採られてきた刑法理論の歴史から生じたというものである。この時代における刑法理論は、通常、現代刑法理論と同じようには完全に功利主義と応報主義を区別しなかったが、明らかに『公的』視座を採っていた。また厳格責任ルールは、単純なビクトリア時代の

Culture and Doctrine from Blackstone to the Model Penal Code, 6 BUFF. CRIM. L. REV. 691 (2003). 著者はボストン大学ロースクール教授である。

性的純潔さではなく、国家あるいは社会の基礎としての家庭という強力なイデオロギーを現す性的関係の歴史から生じたであろう。本稿は、20世紀や、アメリカ刑法理論史において最も重要な成果である模範刑法典の起源を概観する。本稿の概要は、アメリカ刑法理論に適度に複雑で、広く背景となった歴史的な枠組みを与えることを目指す第一歩となる⁽³⁾」と。

以下、レナード論文の概要を紹介する。⁽⁴⁾

「アメリカ刑法理論の法史について：

ブラックストーンから模範刑法典までの文化と原理」

アメリカ法誕生のはるか以前、イギリス刑事法域は明確に、犯罪が単に罪に値する (guilty) 行為ではなく、罪に値する内心を要求するとの一般命題を確立した。悪しき意思がなければ行為は罪とならない (actus non facit reum nisi mens sit rea) との Coke の格言は今なお、裁判所や学者などによりしばしば用いられている。この罪に値する内心を記述するために、Blackstone は、「悪意ある意思 (vicious will)」は行為が犯罪となるのに存在しなければならないとした。ところが別の格言で、Holmes は「一般命題は具体的事件を決しない」とした。Coke や Blackstone の一般命題は、裁判官がその必要性を感じた時はいつでも、隅へ追いやられてきたということは衝撃的なことではない。裁判所は罪に値する内心の証明を要求してきた一方で、厳格責任を自在に用いて、刑法の多くの領域で不動なものにしてきたのである。

現代の応報主義または主観主義の支持者らは、悪を行うとの認識が常に犯罪の中心的要件でなければならないと主張し、Coke や Blackstone の格言を引用した。たとえば、1952年の Morissette 事件において Jackson 判事は「意図による侵害のみが犯罪になるとの主張は、何ら偏

(3) Leonard, *supra* note 2 at 695-697.

(4) 3回に分載する予定である。

見的でもはかないものでもない。それは、人間の意思が自由であり、常人が善と悪を選択する個人的な能力と義務とを有するとの確知と同じくらい、円熟した法システムにおいて普遍的で、永久的なものなのである。18世紀イギリスのコモン・ローがこの理論を無条件に受け入れたことは、いかなる犯罪であれそれを構成するために、『悪意ある意思』がまず必要であるとの Blackstone の主張によって示唆された」とする。

Morissette 事件から半世紀後、応報主義は新たな支配的地位を得ている。それは、多くの刑法学者にとって、少なくともまさに被告人への正義と合致し、「目的への手段」としての被告人の利用に抵抗する唯一の刑罰論である。「非難に値すること (fault) のない刑事責任は言葉として矛盾するものであり、したがって違憲であるとする者さえもいた。

ところが、厳格責任は生き残ってきた。たとえば、法定強姦罪はここ数十年の批判にもかかわらず、その中核部分において厳格責任を維持してきたのである。19世紀後半の判例に遡り、あらゆる州においていったん問題とされないルールとなると、厳格責任はその性的パートナーが成年に達していると合理的に確信した者さえをも有罪とする。模範刑法典の非難原理 (culpability principle) の支持者にとって、あるいはより一般的に、最近の通説の支持者にとって、厳格責任は時代錯誤のものであり、現代の刑事司法の命取りである。

にもかかわらず、厳格責任は、通説に対する挑戦として、あるいは歴史家に対し現代刑法原則や理論の根源、すなわち、いかなる歴史の流れが現代の応報主義者の優位性と通説に対抗する強固なルールの山を作り出したのかを研究する誘引として存続する。この問いにつき、私は、法定強姦罪の先例におけるルールの起源を明らかにすることで促されたが、そのより大きな目的は不完全に研究された刑法理論史に窓を開くことであった。アメリカ法の形成期である18および19世紀の刑法学者や裁判官が厳格責任およびそれと「悪意ある意思」あるいは「罪に値する内心」とのつながりをどのように考えたのかと疑問である。刑法理論が現

在、道徳的正義を被告人に対し強調するならば、他の時代においてもこの応報主義的志向が支配的であったのではないか。また、厳格責任ルールは、広く受け入れられ、客観的に志向された功利主義を反映したのか。これら二つの代替性は、近代以前の刑法理論家にとっての選択の範囲さえも制限したのか。それらは、特に20世紀の概念を構築したのか。犯罪についてのこれらのまたは別の理論はどのようにして共存したのか。あるいは、これらの問いに対する答えは、文化的背景の発展に伴いどのように変化するのか。ある歴史の一時点において支配的な犯罪理論を求めることは意味があるのか。刑法原理は、刑法理論という閉じた世界の解説によって、あるいはその代わりにそれぞれの時代に固有のより広い文化的価値への言及によって説明されるのか。または、より狭義に、特定の事件における特定の裁判官の結果志向によって説明されるのか。これらの問題が、アメリカ刑法理論の歴史研究に課題として残されている。

1. 強姦あるいは誘拐事例における厳格責任： 通説あるいは少数説なのか？

「メンズ・レア (mens rea)」が犯罪の本質的要素であるということは周知のことであると同時に、誤りでもある。罪に値する内心が必要不可欠であることを明かにする格言は少なくとも Coke にまで遡る。合衆国最高裁判所は、今日、これに重きを置きつつ、刑事責任が被告人の合理的な錯誤にもかかわらずいくつかの状況では認められうとする。多くの裁判所も、重大な犯罪を考慮する場合でさえ、合衆国最高裁に倣っている。にもかかわらず、刑法学者は厳格責任が例外であると主張する。不完全で曖昧であるけれども、この立場の顕著な例は模範刑法典における非難の概念である。模範刑法典は、個々の犯罪の各要件につき非難に値することが精確に帰属されることを強調する。例えば法定強姦罪について、模範刑法典はその起草時に一般的であったルールから離れ、被害者が10歳未満である場合にその抗弁を認めないけれども、被害者が少な

くとも16歳であったとの合理的な確信を被告人が証明することを認める。それゆえに、模範刑法典は、メンズ・レアが中心であることを明示する一方、客観的責任との関連において、メンズ・レア原理が直面してきた困難な課題をも物語るのである。

重大な犯罪に対する厳格責任が歴史的に認められてきた主要な例は、婦女誘拐 (seduction)、暴力によらない「わいせつ目的の誘拐 (abduction)」や制定法が規定した年齢以下の少女との「性交 (carnal knowledge)」などの犯罪である。これらの犯罪には重要な違いがあると同時に、それらは19世紀に、関連する重罪の犯罪群において被害者の年齢に関する厳格責任ルールを生み出した。これらの裁判例を簡潔に述べることは、それらのルールの根源へのより広い研究の背景を提供することになる。

10歳未満の少女との性交は16世紀のイギリスでは制定法で重罪とされていた。19世紀のアメリカではその犯罪の正確な要件は明らかではなかったが、評釈者らは一般に、12歳未満の少女との性交が軽罪で、10歳未満の少女との性交が重罪であると想定していたように思われる。19世紀のはじめに、そのような性交や、しばしば売春目的で監護権者の支配から引き離す暴力によらない「わいせつ目的の誘拐」を犯罪化する独自の制定法を立法する州もあった。

1859年以前は、少女の年齢についての被告人の合理的な錯誤の問題に直面した裁判例は報告されていなかった。この空隙は、現代の意味での犯罪意図が責任の前提要件であったとするならば、奇妙に思われるべきである。年齢に関する合理的な錯誤をした被告人もあったに違いないが、そのような裁判例はまったく報告されていなかった。さらに、合理的な錯誤の可能性やそのような錯誤の道徳的な免責の可能性は、多くの州で制定法上の同意の年齢を16歳あるいはそれ以上に引き上げられるにつれ、19世紀後半に増加したに違いなかった。つまり、15歳の少女は時折大人のように偽って装うこともあり、少なくとも、15歳の少女に対する侵害はおそらく、11歳の少女に対する侵害ほど悲惨なものとは見られなかつ

たであろう。しかし、実際には、公刊された裁判例は1859年以前に年齢の錯誤の主張をルール化しなかったし、この抗弁を扱った裁判例はその抗弁を否定したのであった。

この問題についてのもっとも有名な裁判例はイギリスの Prince 事件判決である。Prince 事件は、未成年者をその監護権者から奪ったという「誘拐 (abduction)」事件であった。この裁判例はメンズ・レア要件の適用に困難な事例としてケース・ブックに今なお掲載されている。Prince 事件判決がアメリカ法域で普遍的に従われる流れの始まりであると示唆するものもある。しかし、Prince 事件判決はそのように判断したはじめての事件ではなかったし、また、アメリカの裁判所で決まりきって引用されるものでもなかった。

年齢の錯誤が抗弁とはならず、厳格責任を適用するとしたアングロ・アメリカにおける初めて裁判例は、1859年のアイオワ州の State v. Ruhl 事件判決であった。Ruhl 事件では、被告人は売春目的のために、15歳以下の少女を彼女の監護権者から誘き出したことで起訴された。被告人は、その錯誤が錯誤により自分の妻以外の誰かと性交する場合に類似する主張し、事実審裁判官が、少女が15歳以上であったとの合理的確信につき立証させるのを拒否したことに対し上告した。ところが、州裁判所は、事例の夫には単純に、法においても道徳においても犯罪意図がなかったが故に、その類推が不適切であると述べた。他方、被告人には、被害者の年齢にかかわらず「犯罪のまたは不法な (criminal or wrongful) 意図」があった。というのは、被害者に対する被告人の提案は売春目的そのものであったからである。アイオワ州において、そのような誘拐は、少女が15歳以上であった場合に犯罪とされていなかったが、それは、裁判所が大人の女性をそのように誘拐する意図を「犯罪のまたは不法な」ものと見なすことを妨げるものではなかった。それにより裁判所は、その起訴されえない「不法な意図」でさえも、15歳未満の少女に対する誘拐で被告人を有罪宣告するのに必要な犯罪意図が認められると判断した。

州裁判所は、この立場の根拠として Bishop の著作のみを引用し、そこには何らの先例も引用されなかった。

Ruhl 事件判決は、被害者の年齢に関して誘惑者に厳格責任を課す初めての事件であった。しかし、それは当該犯罪の一要素について厳格責任を明示することはなかったのである。実際に、裁判所は、アイオワ州刑法の法典化にもかかわらず、メンズ・レアを犯罪の各要素に結び付けられる概念として扱うのではなく、コモン・ローの伝統に忠実に、全体として考慮される犯罪のより冗漫な面としてメンズ・レアを扱ったのである。裁判所は、暗黙の内に、犯罪意図が犯罪にとって不可欠であると仮定する選択をしたのであり、被告人がその文言の伝統的なコモン・ローの意味において犯罪意図をもっていたとしたのである。州裁判所は、制定法がコモン・ローに取って代わった現代において、メンズ・レアが制定法に明らかな規定のある場合にものみ要求されるとはせず、条文で要求されたメンズ・レアが、コモン・ローの評釈者である Bishop によって議論されたのと同種のもの、すなわち、いったん危害が不法から生じれば、裁判所によって「犯罪」とされうる一般的な不法な意図であったと述べた。

数年後、アイオワ州裁判所は Ruhl 事件判決で採られた以上の、さらに厳しい理由付けを採った。State v. Newton 事件で、法定強姦事件の被告人は、被害者が10歳未満であったと認識していなければならなかったと陪審員に説示するべきであったと主張し、裁判所は以下のようににもなくこれを否定した。すなわち、「犯罪は事実に対する被告人の認識に依拠するのではなく、事実それ自体に依拠する」と。この無条件の判断を支持するために酒の未成年者への販売事件を引用し、「販売者は、自分が売る相手が正当に買うことを認められていると自らの危険において認識する必要がある」とした。この後者の事件では、その起訴はおそらく刑法上のものではなく、罰金に服する違反罪であり、誰によっても訴追可能なものであった。結果的に、裁判所は次のことに注目するこ

とでその判断を強化することになった。すなわち、たとえ違反罪が訴追可能なものであったとしても、購入者が未成年者であると被告人が認識していたと主張する必要性はなかったであろう。というのは、制定法の違反罪となるあらゆる事実や状況を明確に指示しさえすればよいからである、と。そして、認識が訴追可能な違反罪にとって不必要であるならば、これはその違反罪が訴追可能でない場合にはより一層強力に妥当した。1876年までに、アイオワ州は、適切な場合には立法府がメンズ・レアの要件をなしですますことを受け入れ、さらに、制定法にメンズ・レアを規定していない場合は常に立法府がこれを不要とすると推定するまでに至ったと思われる。

1891年のカリフォルニア州の裁判例は厳格責任の理論的根拠を明示した。People v. Fowler 事件判決で、被告人は、売春目的のために18歳未満の少女に対する、暴力によらない「誘拐」で起訴された。被告人は当該少女の年齢に対する認識が明らかにされていなかったことにつき異議を述べた。しかし、カリフォルニア州最高裁は二つの理由からその異議を認めなかった。一つは、たとえ少女が18歳以上であった場合には犯罪とならないであろうとしても、当該犯罪の「趣旨 (gist)」は誘拐である、そのような行為に取り組む者は「子供の年齢」に関し危険を承知で行為するという意味での Bishop の著作を引用した。もう一つは、州最高裁が抑止に目を転じて、制定法の目的が家族を守ることであり、それを効果的にするように解釈すべきであると明言した。州最高裁は、制定法が対象とした唯一の行為が意図されなかった場合に、事実の錯誤の抗弁の否定がどのようにして制定法を効果的なものにするかにつき説明しなかった。

5年後、法定強姦事件である People v. Ratz 事件判決は、Fowler 事件判決に従って「社会、家族および児童の保護は、そのような状況の下で性交する者が、当該少女が法定年齢未満であるかもしれないとの事実の危険を冒して性交するべきであることを要求する」とした。しかし、

「そのような状況」が何を意味するかについては言及しなかった。その言葉は、裁判所が暗黙の内に、被告人の態様において年齢に関し一種の過失があると認定していたということを示唆するかもしれないが、「事実の危険を冒して」という言葉は、裁判所が厳格責任の観点で考慮していたということを示唆している。

裁判所は、厳格責任が被害者の年齢問題のルールであるとのごちない判断の背後で、非難に値することの認定を曖昧にしたのか。People v. Lewellyn 事件で、イリノイ州最高裁は次のように言って被告人の錯誤主張に答えた。すなわち、被告人は被害者がその年齢ではなかったと認識していたし、彼がそれを認識していたかどうかは重要ではなかった、と。州最高裁は厳格責任を採用したのであるが、当該事実に対する被告人の認識につきは認められなかった場合に、そのように判断したのであるか。同様に、Ohio 州の Zent v. State 事件で、州裁判所は、同じように年齢の錯誤の抗弁を否定した後に、被告人の行為が姦通でもあったことに注目し、その結果が不公正であるとのいかなる主張も骨抜きにする十分な道徳的有責性を示唆することが必要であると感じた。他方、初期の裁判例の一つにおいて、バージニア州は、裁判所が被告人を無実と考え、知事にその寛大な処理を求めた事例で年齢の錯誤の抗弁を否定するルールを示した。被告人の無実にもかかわらず、あるいは当時、先例が明白にはなかったにもかかわらず、州裁判所は「12歳未満の女性と性交するという罪は完全に、彼女が12歳であったとの被告人側のいかなる確信、または確信についての合理的な原因と無関係で、それによって影響されないのである。彼が女性と性交することを選択すれば、彼は、12歳未満であるということに関し危険を覚悟しなければならない」とした。

このバージニア州の裁判例にもかかわらず、法的境界線よりもむしろ何らかの道徳的境界線を越えることを選択した道徳的不法行為者を有罪とするために理論的規則性を犠牲にすることで、多くのこれらの裁判所を非難しうる。しかしその場合、なぜ裁判官は、Ruhl 事件判決やその

他の判決がしたように、メンズ・レア要件はそのままにし、いったん被告人が認識して当該罪の不法な「趣旨」を為したのであれば充足されると述べなかったのか。何が、伝統的なメンズ・レア要件にもかかわらず、立法府がある行為を「被告人が自己の行為を特徴づける事実を理解しているとの証明なしに処罰しうる」と言明することを挑発したのか。そして、そのような言明が20世紀の理論家をそのように攻撃する場合に、なぜそれが19世紀の評釈者らをほとんどまたは決して攻撃しなかったのか。

II. 公的不道徳性の観念：主観対客観論争以前のメンズ・レア

上記事例で裁判官らは、刑事被告人と認定されうる個別化した道徳的公平性につき十分には記さなかった。代わりに、彼らは一般的に、公的利益 (public interest) の視座を基に記述した。現代の著作者らも、公的不法と私的不法との観点から犯罪を議論した。個々の被告人に対する道徳的公平性は無関係であった一方で、刑法の著作者らは、これらの研究が示すように、広く刑事訴訟の目的として、私的不法というよりもむしろある種の公的不法に焦点を当てたのである。

A. Blackstone

刑法に関する初期イギリスの著作は「刑法」と呼ばれず、「国王の訴訟 (pleas of the crown)」と呼ばれていた。それらは、手続き上国王の専権事項であり、したがってその限りで国民の専権事項であった訴え (legal action) を議論した。それは、非難や刑罰あるいはメンズ・レアを内包するものとしてこれらの「訴訟」を定義するのではなく、たとえそれが場合によっては、私的当事者によって起こされたとしても、実際に国王によって起こされえた訴えとして定義した。私的当事者によって起こされた場合、それらは民事法上の訴えと考えられ、国王によって起こされた場合には、一般的に刑法上の訴えと考えられた。

ところが、この手続上の区別は、刑事法と民事法の実体的区別、ある

いは犯罪意図の意味や役割を理解するためには有用ではなかった。そこで、Blackstone のコメンタリーが出版され、そのコメンタリーは、一般的にイギリス実体法や、その計画の一部として、刑法を理論的に根拠付けようと試みた。したがって、Blackstone の理論的根拠付けの野望は先例のないものであったし、またその産物はアメリカ法域の基礎となる運命となり、そして彼の研究の広範囲な検討がここで必要なのである。

Blackstone はしばしば、コモン・ローの弁明者であったと考えられているけれども、彼は少なくとも刑法の領域では革新主義者でもあった。彼の革新主義は明確に公益を志向した原型功利主義が見え隠れするものでもあった。犯罪に対する彼の著作の歴史的背景は、混乱し野蛮な、18世紀イギリスにおける死刑法の急増と、Beccaria の『犯罪と刑罰』（1764）の出版にあった。はじめの「弁明」の中で、Blackstone は以下のことを明らかにした。すなわち、この法領域は「不変的、均等的、あるいは統一的原理に基礎付けられるべきであり、常に真実と正義の命令、または人間性という情緒、あるいは人固有の権利と合致するべきである」と。しかし、Blackstone が述べたのは、ヨーロッパ全体あるいはイギリスにおいてさえも、刑法は民事法よりも「未発達であり不完全」なものとなってしまったということである。重要であるが故に、法体系が（それに）値する最大限の注意と注目を受けるよりもむしろ、刑法は、軽率さや貪欲さ、復讐心、惰性あるいは衝動に屈し、軽罪を抑止するために死刑に頼ってきたのである。

ヨーロッパ諸国におけるこのような情勢での「非人間性や誤った政策」はまさに Beccaria によって指摘されたと Blackstone は述べた。しかし、刑法あるいは刑事訴訟法が最も進んでいたイギリスにおいてさえも、Blackstone は同様の基本的結論が懸念されると暗示した。結局、イギリスにおいて、死刑を科すことを可能とした以下のような重罪は残った。たとえば「池の土手を壊して、魚を逃がすこと」または「果樹園のさくらんぼの木を切ること」あるいは「エジプト人と称するまたはそう呼ば

れる者らの仲間と一ヶ月間一緒に居ること」などである。それらは、「不変で画一的でそして統一的である」原理の派生というより「不注意者に対するわな」であった。そして、死刑犯罪の増加は（まさに刑法の目的である）効果的な予防には至らずに、同情的な陪審員や裁判官による法の無視を招き、それ故に、あらゆる種類の犯罪で、犯罪者による法の軽視に至った。予防的処罰原理を議論する際、Blackstone は、「犯罪は刑罰の峻厳性というよりも、確実性によってより効果的に予防される」との Beccaria の結論を用いた。

実体法への合理的な予防アプローチでイギリスの支配階級を教育しようとした際、Blackstone は、実体法の明確で論理的な構造を示した。読者にとって、イギリス法の理論的根拠は、犯罪に関する法の説明を包含すべきであった。というのは、たとえ「犯罪」が国法 (the law) の専門用語の一部ではなかったとしても、それはイギリスの言葉や文化の重要部分であったからである。そして、犯罪はおよそ国王による訴えを意味していた。というのは、「犯罪」は場合によっては、私的当事者によって訴追されえし、国王の訴えは場合によっては、それ自体刑法上というよりもむしろ民事法上のものであったということがまさに明らかであったからである。そこで Blackstone の第四巻は「国王の訴追について (Of the Pleas of the Crown)」の別巻とされるものではなかった。しかし、どのタイトルが適切に彼の予防・功利主義という意味での犯罪を示唆するのであろうか？

Blackstone が「犯罪について (Of Crimes)」または「処罰可能な罪について (Of Punishable Offences)」と名付けたならば、読者は確実に彼が記したことを理解したのであろうが、彼はその代わりに「公的不法 (Of Public Wrongs)」と名付けた。それによって、Blackstone は、公と私、善と悪の観念において各巻のバランスがとられていたが、彼はまた、法の本質的な実体上の理論的根拠、すなわち、Beccaria 派の公的政策としての刑法の理論的根拠を示唆した。Blackstone は犯罪の定義を（彼が

「国王の訴追」と同義語と評価した)「公的不法」として公的不法を私的権利違反と対比させた。私的不法または私的危害は「まさに個人として考えられる個人」への不法であった。その一方で、公的不法は「社会全体の資格で、共同体として考えられる共同体全体のための公的権利義務」違反であった。法のポイントが補償にあった私法とは対照的に、刑法独自の機能は予防にあった。すなわち、「統治あるいは安全のために、主権者とその制定につき妥当であると考えられる法のあらゆる侵害あるいは違反を予防または処罰することによって、公に社会の利益を与えること」である。

Blackstone は公的不法と私的不法の区別が難しい、つまり、個人に対するいかなる不法も公に対する不法として認められうることに気付いていた。しかし、公と私を完全確実に区別することはできないけれども、Blackstone は個人に対する危害を常に「私的不法の概念に」位置づけることをさせない区別を練り上げようとした。したがって、以下の3つの場合において、私的に矯正されうる不法は犯罪であり公的関心事で(「常に訴訟で国王の名で)訴追されうるものとなった。それらは、「正義(right)の政治上のルールと同様の道德上のルール」に対する違反である場合、治安(public peace)を侵害するおそれのある場合、そして全市民社会の打倒を脅かしこれを危殆化する場合である。

実体刑法の境界を記す際、主権者は、いかなる利益が個人的関係の産物というよりむしろ、政治社会の産物と見なされるべきかを定義した。そして、公共の利益で処罰する正統性は二つのLocke流の視点から派生した。第一は、「自然状態において」すべての人が「自然犯(mala in se)」を処罰する自然権をもっていた。その自然犯は、Blackstoneがおそらく聖書が前政治的に処罰を記述した(謀殺や同性愛のような)いくつかの犯罪に限定したものである。そこで「社会状態において」、「この権利は個人から主権者へ移譲されるのである」。第二は、すべての者は「はじめて人々が社会に携わった際に加入した最初の契約」の一部とし

て以下につき同意していた。すなわち、主権者は市民の安全のために実定法を立法すべきであり、実定法を「悪に見合う厳格さ」で執行すべきであることへの同意である。その見返りに、人は、社会契約に反して私的で前社会的な自我のほしいままにする者に対する安全を得たのである。

したがって、Blackstone は次のような Locke 流の奇抜な発想に依拠した。それは、社会が、集団生活のために「自然状態」から乖離することを選択した多数の個々人間の契約の問題である、との発想である。自然状態において、自然法だけが私の利益を求める自然的な自由を制限したし、自然法は正当に、理性あるいは一般的安全の名の下に、各人によって用いられるものであった。対照的に、社会において、すべての個人は多くの自由を手放し、そしてその代わりに、自然法それ自体の執行によって達成されうるものよりも、より大きなすべての人の命と財産における安全を確立するとの目的で、公的主権という立法あるいは執行権限を快諾するのである。自然状態を抜け出すことで、人はより複雑な「財」の安全や発展のために実定法を制定する権限を立法府に与えた。さらに、人は公的執行機関に法執行権限を譲ったのである。Peter Laslett の言葉で言えば、執行機関は各市民の「自然法上の政治的徳」に依拠しているのである。人は自己の自然法上の自由を犠牲にしたが、その見返りに、実定法の下での社会や財というより大きな実定的な自由を得た。Locke によれば、政治的権限理論は、各人が社会体に、本来的に公を志向した自然的な政治的徳をもたらしたとの仮定に依拠していた。したがって、それが創出した立法権は「生きる主体 (living Body)」であったのである。立法権はそれを構成した個々人を超越し、実在的な超越した統一性を全体としての社会すなわち「コモンウェルス (共通の徳)」に与えたのである。コモンウェルスは、個々人が政治的に、市場で安全を買おうとするだけの利己的な個人としてではなく、超越した実在として公的主権に付与された外見上自然な政治的徳の運び手として融和したものとい

う以外ではわかりにくかった。したがって、Lasletteによれば、「市民権は、すべての個人がすべての他者に対する責任を認容した、または自己の良心に従わなかった、すなわち、現在委託し、公的主権者により明確にされる外見上自然な政治的徳の命令に従わなかった世界における、特別な義務や個人的な挑戦となった」のである。そこで、忠実なLocke主義者のように、Blackstoneは「公的不法」の分析を以下のような観念に依拠させた。それは、各市民が自然法によってのみ拘束される、利己的な放縦という（決して絶対的ではないけれども）相対的に拡張した権利を譲り、実体法による公共性の修練の義務を負ったとの観念である。

このテーマやBeccariaの刑法への理性の導入と合致して、Blackstoneの第一章は以下のような主張をもってクライマックスに達した。すなわち、刑罰の唯一の目的は、私的報復ではなく、予防という公的目的である、と。この目的にとって死刑さえも、立法府が病気に不均衡な治療を用いないことに注意しなければならないが、立法府が危険と見なした行為を抑止する必要がある場合には法定犯につき正当化しえた。均衡性に関するBlackstoneの懸念は、個別の非難との関心を示唆した。しかし、彼は、明らかに過度に単純化した功利主義の理由付けによって、議会が些細な違反行為に過度に不公正な処罰を科すことを懸念したと同時に、彼は、予防を図るさいの一つの重要な事実としてのみ、被告人の非難を扱ってきたように見える。いかなるものであれ、特定の罪に対する刑罰の分量は、当然の報いに基づくタリオ法や他のバリエーションのような、立法府を拘束するであろう不変のルールによって決して判断されえない。むしろ、単純に、「将来の罪に対する用心という目的に答えるために最も思慮されたように見える」刑罰を作ることは立法府に任せる必要がある。処罰の明細は、（ここでリハビリテーションや無資格化または一般抑止間での目的の選択を示唆した）「果たさなければならない特定の目的と見合う（べきである）」というものであったし、かつ現に必要以上であってはならないというものであった。したがって、刑罰の

分量に必要な報いを考慮することなく、Blackstone は自由に、特定の罪を探知することがいかに困難であったかという問題も考慮に入れた。たとえ二つの犯罪が「同じような悪意」であったとしても、一方の犯罪は、たとえば使用人の主人からの窃盗のように、防ぐことが困難であったならば、死刑になりうるのである。対照的に、見知らぬ者による窃盗のように、防ぐことが比較的容易であったならば、そうすべきではない。そこで、公的不法や予防の Blackstone の重視は、個人への私的道徳的正義の分配ではなく、合理的な公的政策の問題と刑法や国家刑罰の目的を明らかにした。共通道徳は明らかに当該思慮の一部ではあったが、その主たる目的は被告人に対する私的正義ではなかった。つまり、「社会全体の立場における」社会全体の修練あるいは、その結果としての人、財産または教化の安全や発展であったのである。

この公的視座から、行為者の意図と無関係に犯罪を定義してきたことで、Blackstone は第二章で、何が「禁止行為の行為者」を、不処罰にするのかとの議論へと移行した。ここで、内心要素が突出してきた。次のこと故に、「意思の欠かまたは不足」のみが、行為者を「非難」から逃れさせたのである。というのは「不純な意思 (vitious will)」と「そのような不純な意思から生じる不法な行為」が絶対的にこれに必要であったからである。しかし、道徳的不法における公性や意思における悪意性とはどのような関係だったのか？ 公的不法は、現代的な犯罪意図の態様が証明されるものだけであったのか？ たとえ社会は公的善がそれを要求しているように見える場合にその限界を超えることに強い興味があったとしてもか？

私は次のように考える。つまり、Blackstone が「不純な」意思と述べることで意味したことはおそらく、「価値が損なわれた (vitiated)」または「不法な」意思であった、と。「不純」には確かに、「悪徳 (vicious)」が残忍な悪意 (savage malignity) または行為の残忍性を反映して伝える、現代的な意味を持たなかった。侵害者が危害を「予見も意図もして

いなかった」場合でさえも有罪とするのを Blackstone が認めることは、明らかにそれを示唆する。むしろ、「不純」は人格や行為の一般化された腐敗 (corruption) あるいは不完全性を意味した。したがって、辞書によっては、「不純」が犯罪行為というよりもむしろ常習的な非難されるべき落ち度に適用されると記述された。「不純」は、状況的な残忍さ以上に、一般化された不完全さを表わし人あるいは行動 (practices) につき用いられた。動詞の「vitiate (価値を損なう)」に言語的かつ伝統的に近接する「vitious (不純)」は、そうあるべきものよりも不純で不完全な人格や行動から生じた意思の行使を表わした。まさに契約や遺書が道徳と無関係な何らかの不完全性を通じて損なわれ、適法な文書となりえないように、私は、明らかに不道徳であった場合だけでなく、必要な程度の「適法性」を欠いた場合はいつでも、犯罪「意思」を「不純」と理解するのである。Blackstone にとって、意思がある深刻な悪意を示すことも、ある特定の犯罪を求めることも、あるいは特定の危害を危殆化することも必要ではなく、その意思が私的な楽しみにふけり、公的徳という厳しいの規律を損なうことのみが必要なのであった。そして、少なくともある法または明白な公的な政策と緊張関係にあり、その意味で「不法 (unlawful)」であれば、その行為が道徳的な不法 (wrong) であるということは必ずしも要求しなかった。そのような、コモンウェルス全体としての意思と合致しない私的衝動に駆られることで公的徳を不純にする行為は、まさに社会がその行為からその構成員を守るべき行為であった。

ポイントは以下のような Blackstone の主張からも得られる。すなわち、偶然に「適法な行為」から生じたどんな危害も完全にその行為者が免責される一方で、「ある者が不法な何かをしているとすれば」、「その者が危害を予見または意図しなかった」ということは問題とならず、当該行為者はそこから生じた「いかなる結果」についても免責されないと主張である。ここで私は、Blackstone は、公的危険と私的危険との区

別や「不純」と有徳な意思との区別を言い直すために、「適法」あるいは「不法」という言葉を用いた、と考える。以下で議論するように、「不法」は必ずしも犯罪を意味しなかったが、法により実定的に権限付けられない行為をも意味する。たとえば、Blackstoneによれば、単なる民事住居侵入は「不法」とされ、そして故殺に対する重罪の有罪宣告を維持するに十分であった。同様に、「町の中で石を投げること」や「鶏を投げるという野蛮な憂さ晴らし」は「不法な行為」であった。Blackstoneは、これらの行為が常にそれ自体で処罰可能または訴追可能であったということ述べてのではなく、いったんそれらの行為が傷害や死を惹起したならば、重罪の有罪宣告を支持したであろうということだけを述べるのである。そして、(Blackstoneによれば確かに「不法である」が犯罪行為と明確にされていない) 酒を飲んで「無謀 (madness)」または「熱狂」に至る行為は当該違反行為がまさに非自発的であり、そして犯罪行為を行う意思というよりむしろ、アルコールによって惹起されたとしても、いかなる違反についても加重されるであろう。したがって、「適法」あるいは「不法」という言葉は、Blackstoneにより独自の定義を与えられたのではなく、「不純な」または十分に公を注視しえない意思や人格から行動し、十分に公的危険を惹起する者を処罰することによって達成可能な、予防としての刑法へのBlackstoneの一般アプローチを反映したにすぎなかった。Blackstoneが、「不純な意思」要件に犯罪の個々の「要素」に関する特別な犯罪意図を要求するのでも、または危害に対する意図や予見を要求するのでもないことは、まさに明らかである。むしろ、悪意ある意思という要件は単純に、処罰可能な犯罪性が、公の要求に照らすと、私的利益に過度にはまり込むどんな自発的行為にも内在するとの観念を示唆していたのである。

免責について、Blackstoneはむしろ、法律の錯誤は免責されえないが、事実の錯誤は正当に免責されうるとの共通認識を簡潔に述べた。ここで議論がないことは、特に、彼が先に、新たな刑法典の急増は多くの人

に知られず、故に「不注意に対するわな」として位置づける禁止を作り出したとした点で注目に値する。再び、その原因は危害が「公的不法」、すなわち、公衆が対応を求めるものであれば、意図されなかった危害に対する責任を Blackstone が支持することにあると思われる。錯誤抗弁は、刑事責任が特別な認識あるいは意図の要件に依拠する場合に増加するが、Blackstone の「不純な意思」概念は、錯誤をはるかに狭い範囲に限定することを含意していたように思える。ある者が法、たとえば、公的主権者が前社会的な個人からコモンウェルスを構成した道具そのものを錯誤した場合に、その者は定義上法の戒めの適切な対象となった。そして、特定の法定犯罪が「不注意に対するわな」であるとすれば、それは浅はかな法であるかもしれない。しかし、にもかかわらず、それは有効な法であり、当該法の不知は、客観的に公を無視し、したがって法に対するその者自身の同意と矛盾した自発的な行為を免責しえないのである。同様に、あらゆる事実の錯誤が免責されうるというわけではない。というのは、公に影響しうる状況に注意深いことが各市民の義務であったからである。ところが、ある者が容認されうる方法で事実を錯誤した場合、すなわち、適法な行為をしようとして意図して不法な行為をする場合に、その者は十分な徳、つまり「適法に」行為するが、その一方で刑法の対象である危害も惹起する。その場合、刑法を当該個人に適用することは、公それ自体を起訴すること、または、Holmes の言葉で言えば、「その共同体が耐え得ないほど厳格な」ルールを作ることとなるであろう。その結果は、個人に対する不正義というよりはむしろ、市民が可能な公的徳を養うとの刑法の目的を害するという不幸なものとなる……。

Blackstone は殺人罪の記述に至った際、幾分自己の事実の錯誤についての議論を拡張したが、すでに主張した原理を繰り返した。彼は次のように理解した。すなわち、殺人罪は、被告人が「適法な行為」をしていた場合には不運な出来事となるが、たとえ不法性が、そうでなければ適法であろう行為における落ち度であったとしても、当該行為が「不法」

であった場合には少なくとも故殺となる、と。そして「一般的に、死が何らかの怠慢で、危険で、不法なスポーツの結果として生じるならば、その殺害者は故殺罪で有罪である」。その活動が明らかに危険なものとなる場合に責任を創出するに十分な公的義務に対する用心深さへの単なる「怠慢な」欠落をもって万能な言葉である「不法」を再定義するために、私は「怠慢」あるいは「危険」を解釈する。同様に、Blackstoneは次のように述べた。つまり、謀殺で要求される「悪意 (malice)」は死または傷害を惹起する特別な意図ではないが、「一般に邪悪な企図 (evil design)」すなわち、不道德な、墮落した、悪意のある (malignant) 心情を示すものである、と。ある者の公的義務への単なる怠慢な不注意が、偶然に惹起された死に対する重罪の責任を創出しうるので、したがって、当該死がまさに偶然的であった場合に、侵害者が自分自身でまさに公に対する不注意ではなく、公に対する積極的な反感を示せば、謀殺それ自体に対する責任を正当化したからである。たとえば、「ある者が他者を残虐かつ異常な方法で殴り、それ故に、彼は他者の死を意図していなかったけれども、他者が死亡する」場合である。この状況において、社会は、その者を本質的に悪意があり、公と同化し得ないと判断することにおいて正当化されたのである。

最後に、(第四章で焦点を当てることにあるであろう) 性交などの年齢に依拠した法定犯罪につき、Blackstoneはそれらの存在自体につき認識はしていた。1世紀後、年齢の錯誤抗弁を否定する多数の裁判例において、Blackstoneがその問題に言及していなかったのは奇妙に思える。しかし、Blackstoneが言及しなかったのは、その問題がほとんど19世紀前半以前に理解し得ないものであったであろうということを示唆する。少女の年齢に関する錯誤は、抗弁を許容することが利益となるであろうとの公共の利益の中核たる性質を有していない。被告人が実際に公的な方法、すなわち、「適法に」あるいは「道徳的に」行為したと証明しようとしていたとすれば、そのために、彼が「合理的で」あれ不合理であ

れ、当該少女は10歳ではなく11歳であったと考えていたと証明することはしないのである。

本節は、刑法についての Blackstone の記述は予防と、人が常に公に注意せよとの命令とを重視したとしてきた。しかしながら、これらのポイントは、Blackstone が個々の被告人に対するまたは正当な範囲の私的利益に対する正義を無視したと意味するように理解されるべきではない。刑法が、あらゆる構成員に完全かつ永続的に公的善に注意するよう要求するように、つまり刑法が完全なる徳の要求と理解された一方で、Blackstone による公と社会における正当な私との区別の認容が現実であった。刑法が、危害が生じることを一般に予防するであろうというような、公的利益に対する注意を主張することで、公に対する危害を予防するために存在していたならば、私法は、当事者らが正当に自己の私的利益を求め、利害関係が対立した場合に、その争いを解決するために存在した。社会は、文明を自然状態から区別した徳と人間性から区別し得なかった私利との両方に依拠したのである。

同様に、Blackstone が公的な政策の一部として刑法を扱うことは、個人に対する道徳的正義についてのあらゆる考慮をほとんど排除しなかったのである。明らかに、「公的な不法」のほとんどの事例は、被告人側の「不道徳性」または「非難」に関係するであろう。しかし、Blackstone の公的視座を強調することで、予防し、公的利益の名において、彼が以下の場合に、刑事責任を肯定しえたのである。たとえば、被告人の意図がそれ自体において刑法上というよりはむしろ道徳上問題となるだけであった場合、危害が意図されず予見されなかった場合、責任が、重罪謀殺または法律や事実の錯誤の多くの事例におけるように、現代の意味で「厳格」であった場合に、あるいは、ある法が「不注意に対するわな」となる場合にある。個人に対する正義の観点は、Blackstone の主要な関心ではなかった。また、彼は、模範刑法典が要件ごとの通常の主観的内心状態につき述べたことでモデルとなったような、メンズ・レアの現

改版について考えさえもしなかったのである。

Blackstone の不法という公共性の分離はまったくオリジナルのものであったけれども、その時代の法や文化に十分に基づいていた。Lieberman は次のように述べた。すなわち、犯罪は通常公的訴追を喚起するであろうとの観念や犯罪がまさに私的でない、公共の利益に害を及ぼしたとの観念のいずれも、Blackstone が言い出したことではなかった。と。さらに、公と私の対立は多くの法領域で共通のものであったのである。しかし、彼は、「公的な不法」との犯罪の定義にこれらの観念を統一することは、Blackstone によるものであったとする。しかしながら、それは、一般的な用法や仮定に基礎付けられることで、何ら目新しくはなく、むしろ次節で例示するように、近年のアメリカと同様に、イギリスの著名な法曹家によって広く用いられたのであった。

B. アメリカ刑法理論における公的視座

19世紀全般にわたる刑法に関するアメリカの文献を通覧すると、「公的不法」という言葉、あるいは犯罪に対する公的視座の採用は、刑法理論において主要な、おそらくは支配的なテーマであったことを示唆するであろう。模範刑法典や20世紀の主観主義者らのように、誰も犯罪意図や非難を概念化しなかったけれども、それらもまた、すべての刑法理論家にとって重要であった。しかし、Blackstone に類似する公的、道具主義者の視座は、刑法に関連するほとんどの文献の中心に位置した。

おそらく、アメリカ刑法に関する初期の文献は、1804年に公表された Toulmin と Blair の「ケンタッキー州刑法概説 (A Review of the Criminal Law of the Commonwealth of Kentucky)」であった。それは、刑法理論または刑法哲学を記すことではなく、主に、ケンタッキー州刑法を実務向けに利用可能なものにするを目的とした。いくつかの例外はあるが、実務への指針は、19世紀全般にわたる刑法に関する文献を特徴付けるであろう。

Toulmin と Blair は犯罪の定義を試みなかったが、殺人罪についての議論は最も公を志向した犯罪理論を示した。彼らは Blackstone の「公的不法」という言葉は用いなかったけれども、しばしば Blackstone に依拠した。そして、彼らは一箇所、「すべての重罪において必要な要素」として「重罪の意図」に言及する一方で、その理論の詳細は、被告人が示したどんな「重罪の意図」からも完全に乖離した危害であっても有罪とすることを支持した。Toulmin と Blair は明確に、被告人にいかなる意味での非難すべき落ち度がなかった場合に刑事責任を正当化しなかったが、彼らは「重罪の意図」が実際に重罪を行う意図であることが必要であるとも考えていなかった。また、刑事責任は、惹起された危害の本質や実際の（客観的な）状況以上に、意図には目を向けるものでもなかったのである。

たとえば、謀殺に必要な「事前悪意 (malice aforethought)」を議論する中で、Toulmin と Blair は、悪意が明示または黙示いずれでもよいとした。そして「黙示された」悪意は確かに、法が認めない何らかのことをするための意図や謀殺については、おそらく他者の安全に対する重大な危険の認識を示唆したけれども、危害を加えるという必要な意図を何ら含意しなかった。したがって、悪意は、囚人の世話をする看守の法的義務違反、「明らかに危害を惹起するに違いない」「故意」行為やいかなる「残虐な」行為によっても含意されうる。そして、殺害する意図の欠如は、妊婦が死亡した不法な墮胎を意図した者に対する謀殺の有罪宣告を妨げるものではないであろう。

Blackstone の著作におけるように、過失または厳格責任に比較して、危険に対する主観的な認識という問題に対する明確な注目は何らなかった。それ故に、主観的と客観的との区別が、ここにおいてどれほど重要であったかは明らかでなく、おそらくその課題を問うことさえも時代錯誤のものであった。Toulmin と Blair は、悪意が「不道徳な、墮落した (depraved) そして悪意ある精神と通常同義語となるような状況」を意

味するとした。主観的なのか、客観的なのか？ Oneby 事件と呼ばれるイギリスの事例からの引用は、その言葉が、「突発的な乱闘」から生じるさほど重大ではない激情とは対照的に、故意の暴力的な攻撃を意味したということを示しうる。しかし、その際、Oneby 事件判決は、その説明において次のように明言した。すなわち、事前悪意（謀殺）と「突発的な乱闘」から生じる激情（故殺）の違いは、それまでに激情が静められると見なされる必要がある」ほどの時間が経過したかどうかにかかっている、と。裁判所は、悪意が重大な傷害を加えるための主観的な意図を意味すると示唆した事例から始めつつ、（法的に十分な冷静となる時間という）客観的な事実に基づき暗示された悪意が、被告人が実際にそのような冷静な悪意を抱いていたかどうかとは無関係に、悪意のカギであるとのルールで終えた。

ところが、この曖昧さの意義は、コモン・ローが混乱していたということではなく、主観と客観との現代における区別が重要ではなかったということにある。そして、その区別が重要でなかったならば、それは、Blackstone や彼を支持する者らがその区別を考えなかったということではなく、刑事責任は、被告人の行為が社会秩序に対する重大な挑戦であったかどうかにかかっているのであって、被告人が故意に責任と釣り合う悪事（evil）を選択したかどうかには拠らないのである。

上記の曖昧さは、Toulmin と Blair が黙示の悪意についての議論を拡張したことでさらに度を増す。一方で、客観的と思われるルールは、主観的な道徳的不法行為において説明される。重罪謀殺（felony-murder）は主に、当該罪に主観的な側面を示唆しつつ、転用された意図（transferred intent）事例で説明される。同様に、非重罪である治安妨害でさえも、謀殺の起訴を肯定しうるとの反主観的原理は、故意の暴力（deliberate violence）事例で説明される。その一方で、Toulmin と Blair は明確に、たとえば公務員の地位につき厳格責任を受け入れた。他者の援助に至ることで治安を妨害し殺害した者は、その被害者が公務員であれ

ば、故殺罪ではなく謀殺罪で有罪となった。というのは、公務員は法の特別な保護の下にあったからである。そして、とにかくたとえ「何らの害悪も実際に意図されていなかった」としても、被告人は次のような場合には謀殺罪で有罪となった。それは、被告人が「明白に何者かに危険が付随することになる怠慢な気まぐれ行為によって他者の死を偶然に引き起こす」場合、たとえば、自己の楽しみのため、群衆の中でけり癖のある馬に乗るなどである。これらの事例に関する議論は、被告人が重罪の遂行を意図していたことを要求していなかった。むしろ、「重罪の意図」が要求されたならば、それは単純に「明らかに」または「明白に」危険な何らかのことは行う、またはまさに、死の発生により「重罪の意図」へと結びつけるのに十分に無分別な何らかのことは行う意図にあったのである。

体面上の比較的ささいな怠慢さや気まぐれさまたは過剰な几帳さを「重罪の意図」に結びつけることは、非自発的な故殺の議論でさらに明らかとなった。重罪の殺人罪での有罪宣告は「ともかく、殺害された人に何らかの害を与えるという故意ある企図なく、不法な行為を遂行するなか」生じた死に対して為しうるのであった。したがって、「不法な行為」という言葉は重罪の行為または準重罪の犯罪行為に言及するものでなかったということになる。その言葉は単純に、ある危害がその行為から生じた場合には、民事あるいは刑事いずれにせよ、コモン・ロー裁判所において責任を科される行為を意味したのである。さらに「不法」が「不道徳」と相等しいともされなかった。したがって、Toulmin と Blair は「鶏を投げる」という「卑怯で野蛮な行為」から生じる死で故殺を認める Foster の結論を引用した。Foster はこのような行為を十分に法的に抑制しようとしていたのかもしれないが、その行為が実際に不法であったとの示唆はなく、死がいったんその行為から生じれば、それは故殺罪での起訴を肯定するに妥当であったとの示唆があっただけである。同様に、Toulmin と Blair は Chichester 事例を引用した。それは、Chichester 194 (774)

が自分の召使と剣術で遊んでおり、彼が刀を突いた際、その鞘が刀から外れたというものである。Chichester は故殺罪で有罪宣告された。というのは、事前には法または道徳の潜在的目的とは思いがたいふざけて突くという行為は、回顧すれば「不法」であったからである。彼らは、制定法によってのみ不法とされる行為が、その行為の「本質的な」可能性を越える殺人罪での有罪宣告を維持するために利用されないであろうと指摘することで、その原理をまさに制限したのである。したがって、再び Toulmin と Blair は「不法」がコモン・ローの思考に独自の言葉であったとした。「不法」は、そのような道徳あるいは制定法のいずれによっても定義されるものではなく、刑法が公共の平穩あるいは公的正義の擁護に答えるよう要求されたかどうかという事後の判断過程によってのみ定義されるのである。

Toulmin と Blair は強姦罪やわいせつ目的誘拐に関する州法の分析をほとんどしなかった。ケンタッキー州には12歳未満の場合に同意にかかわらず性交を犯罪化する制定法があり、さらに10歳未満の場合には刑が加重された。ケンタッキー州にはまた、14歳未満の少女を親の監護権外に連れ出すことを犯罪化する制定法があった。これらの罪のいずれについても、意図要件につき有意義な議論がなされなかった。

Toulmin と Blair がイギリスの著作や彼らが引用した先例に重きを置いていたならば、他の初期アメリカの刑法の著作は単なるイギリスの著作の改作であった。当初イギリスで出版された William Oldnall Russell の著作「犯罪と軽罪」は、1824年にボストンでアメリカの裁判例を加えて再版された。Russell は、Blackstone の魅力を自分の著作で取り上げることで、少なくともいくつかのそれ以後の著作に特色を与えた。そして、彼は Hale の初期の著作から引用する部分をもって、(犯罪が悪事をするという内面的、主観的な選択によって定義される概念とは対照的な) 刑法の本来的、外部的に課された本質との Blackstone の理解を再び強めた。Hale は「おそらく、自らすすんで重罪犯となる人のほとんどが、

これらの罪を遂行する場合、部分的な精神異常下にある」とする。しかしながら、部分的な精神異常であろうとなかろうと、論理的意味において意図的な犯罪者であろうとなかろうと、これらの「重罪犯」は「重大犯罪に過剰な寛大さが与えられないよう、刑法によって重罪犯と考えられる必要がある」とも続けた。したがって、RussellはHaleを支持して、たとえ非難が欠けうるとしても、刑法は、社会への危害を脅かす行為者を区別するための社会的道具であるとしたのである。

Russellはさらに、婦女誘拐罪の領域における制定法とコモン・ローとの関係についての議論で、刑法の公的視座を補強した。彼は「婦女誘拐はコモン・ローで起訴しうる罪となるような状況を伴いうる」とし、制定法も同様に16歳未満の少女を監護者の「監護権」からの「奪取」（または婦女誘拐）を犯罪としてきたとした。なぜ制定法なのか？Hawkinsによれば、制定法は新たな罪を作り出してきたのではなく、ただコモン・ロー上の婦女誘拐罪につき刑罰を加重しただけであったとする。しかし、Russellは、制定法は同様に、婦女誘惑罪に対するメンズ・レア要件での相違をも作り出したとした。したがって、Russellによれば、コモン・ローにおいて「墮落した動機 (corrupt motive)」が本質的なものであったにもかかわらず、「制定法が禁止する場合墮落した動機はなくとも、意図的に禁止行為をなせばいつでも訴追可能となった」。制定法の下で「禁止が一般的なので、墮落した動機の欠如は刑事訴追に対し何ら申し開きとならない」のである。したがって、コモン・ローの（私は同義に理解する）「墮落した動機」または「墮落した意思」要件は免責の余地を狭くした一方で、Russellは法定犯罪法がさらにその余地を狭くすると解釈した。制定法により新たに違法であるとされた行為は、コモン・ローの理由づけに照らせば「不法」と同じものとして扱われないということは正しいかもしれないが、それにもかかわらず、その行為自体は犯罪であったし、故に、墮落した動機を欠き、あるいは、たとえコモン・ローの裁判所が厳格にその行為をその言葉で限界付けたとして

も、公的正義の処罰可能な墮落となったのである。

John Anthon によって注釈された19世紀初頭のニューヨーク州判例集は、法定犯罪への Russell のアプローチを支持し、さらに刑法に対する公的視座にみがきをかけ、そして、その当時と現代における犯罪意図の意味の違いを示す。知らずに船に過積載する行為につき、被告人は、代理人が錯誤したならば、本人は責任を免れるべきであろうと主張した。ニューヨーク州最高裁長官の James Kent はそれを支持し次のように判断した。すなわち、「取締法 (police law) のあらゆる違反は、当事者の意図により裏付けられる必要がある。過失は意図を証明するのに十分に重大であるかもしれないけれども、犯罪意図がなければ法違反は存在しない」と。

現代においては、回避不可能な事実の錯誤抗弁の是認としてこの判断を理解するかもしれない。ところが、Anthon は Kent の判断を別の意味に解釈した。彼は、法定犯罪 (法定犯) が「犯罪意図」を要求しえないと述べることで、Kent に反対したのである。そもそも、「犯罪意図」はまさに重要な事実の認識 (awareness) ではなく、墮落した動機を意味した。そして、事前に法的要件を認識し意図的に潜脱する場合を除き、被告人が、(禁止された行為につき何ら墮落も存在しないが故に) 法定犯罪の事例において「墮落して」行為したと証明するのは不可能であろう。したがって、Anthon は「犯罪意図の証明は刑罰の前提要件にはなりえない。というのは、それは、まさにあらゆる法定犯罪に十分な抗弁たる事実の錯誤ではなく、一般的な、実定された社会的義務を潜脱するという意図からのみ、そのような場合に墮落した動機が推測されるので、法の不知となるからである」としたのである。

Anthon の主張は二つの点で興味深い。一つは事実の錯誤である。つまり、Kent の言う「犯罪意図」が、現代の法律家が単純に犯罪の要素を構成した事実についての認識と理解する意味であったであろうということは、Anthon には思い浮かばなかったのである。もう一つは、法律

の錯誤である。他の現代の法律家のように、法律の錯誤抗弁の許容を包含する十分な意図要件が最も重要である犯罪に、(不注意者に対する「わな」たる)法定犯罪があたると言うことも、Anthonには思い浮かばなかったのである。Anthonの時代において、コモン・ロー上の「意図」概念は、罪となる事実または法を認識するとの問題ではなく、「墮落した動機」の問題であった。事実の錯誤または法律の錯誤のいずれも、犯罪要素の構成により重視されず、それぞれは、危害に対する形式的な責任の完全な欠如を示す限りでのみ重視されたのである。より言えば、法定犯罪事例において、「墮落した動機」という観念は形式的な責任にはほぼ重要ではなかったのである。なぜならば、行為が道徳上中立であり、そして被告人が制定法上のルールを認識して潜脱していたと証明されるのはまれなことであったからである。むしろ、(現代の刑法学者は懸念するが、Anthonや彼と同世代の者らは疑っていなかったけれども)法定犯罪が正当に用いられるならば、必然的に「墮落した動機」または「意図」は無視して用いられることになろう。その代わりに、それらの事例は制定法により含意される責任の形式的な境界にのみ焦点を当てたし、Anthonもまたそうであったと思われる。

Anthonは、いかなる認識が被告人がそのような事例で責任があるとされるのに必要であるのか十分に議論しなかった。しかしながら、彼の評釈は、制定法上規制されている身分であるとの認識、たとえば、ニューヨーク市の船員であるとの認識が、法定犯罪の責任を問うことを正当化するのに十分であると示唆するように見える。そしてAnthonは、ある違反が生じた場所でそれらの内容が認識されうる前でさえも制定法が適用されるとの厳格なルールを示すことで、制定法の正義に関する峻厳な立場を再び強めた。コモン・ローはあらゆることに有用なある種の理性を用いることを要求することでその事後性から離れて説明しうが、峻厳な制定法の正義は、規制目的に照らした法定犯罪の必要性が差し迫った公的な目的に対する刑法の必要性を含意したとの主張からのみ生じ

うであろう。そして、公共の利益は、墮落した動機が欠落する場合にさえ、そして、おそらく重要な事実を知らなかった責任ある犯罪者に対してさえも責任を正当化するであろう。

19世紀全般にわたり、アメリカの著作者らは公的な視座を採り、Blackstoneの犯罪の定義に従い続けた。たとえば、ニューヨーク州刑法につき記したOliver Barbourは、Blackstoneの言葉をそのまま引用して犯罪を「社会全体の立場で考えられる、共同体全体のための公的権利・義務」の違反であると定義した。バージニア大学のJ. A. G Davis教授は、「別の違法な行為は害された当事者の私的訴えにより回復される私的不法を構成する」一方で、犯罪は公的不法であり、被告人を「公的な訴追あるいは処罰」に服させるとした。そして、その処罰のポイントは応報ではなく、犯罪を予防することにあった。したがって、奴隷による公的不法は、白人社会の安全に対する攻撃であれば自由人によって行われた同等の不法よりも、刑罰を加重しなければならなかった。奴隷は「社会構成員」でも法の構成者でもなかったが故に、それらの法により道徳的に拘束されていなかった。したがって、抑止目的のために、刑法は奴隷をより厳格に処罰する必要があったし、たとえ社会からの排除が奴隷の惹起した公的不法に対する道徳的非難を軽減したとしても、このことが妥当した。刑罰は、犯罪者の有責性に応じていかにかままたは下手に等級付けされるかは別にして、公共の完全あるいは安全を合理的に維持する限りにおいて、正当化されたのである。

19世紀の終わりまで、刑法の文献は同じように犯罪を定義し続けた。幾多の文献を著し、19世紀刑法研究者を代表するFrancis Whartonは、犯罪を「公的不法」として定義するBlackstoneに従い、犯罪を一貫して公的視座から扱った。1894年、William L. Clarkは、犯罪が「自らの名の訴法手続において州により」処罰可能な「公的」侵害を要求するとの立場を支持する多くの評釈者を引用し、次のようにして犯罪と不法行為とを区別した。すなわち「個人としてのみ他者を侵害し、他の構成員

への影響が軽微であるが故に、公的善が州にそれに注意を払うことを要求しない不法は、私的な不法または不法行為にすぎない。共同体として共同体を侵害する行為は公的不法であり、自己の名の訴法手続において州により処罰可能とされれば、それらは犯罪である」と。ところが、Clarkは、犯罪意図が犯罪と不法行為とを区別するものであったとの観念の19世紀の進展により影響を受け、その区別を同様に明確にした。しかし、彼は、「立法者が意図し制定法が（性交や誘拐事例における被害者の年齢のような）一定の事実を意図要件から免除する場合はいつでも事実の錯誤抗弁は排除されるということが明らかである場合には、犯罪意図を不要とする理論を批判するというより、受け入れたのである。

20世紀に初めて、刑法理論家らは客観的あるいは主観的立場を作り出すことで対立したのであろう。しかしながら、個々人の道徳的正義を強調する20世紀の極端な主観主義者らのはじまりもまた、まさに、20世紀の公的立場の極端な支持者らのはじまりと同様に、19世紀に見出される。したがって、次章では、19世紀の刑法に関する歴史的な脈略を展開することになる。そこでは、刑法理論とより大きな文化とのより広いつながりを示唆するであろう。すなわち、個々人の道徳的正義への焦点が、どのようにして刑法の正義への公的視座に挑戦してきたのかを示し、それにもかかわらず、刑法の一貫した公的な論理がいかにして裁判における、あるいは19世紀全般の理論家の間においてさえもその挑戦を鈍らせたのかを説明することになる。