

〈紹介〉

正当で合理的な根拠のある
実体刑法体系のために：
S. ケーディシュ教授記念
シンポジウムの紹介（2）

—Claire Finkelstein & Leo Katz「企まれた抗弁と
抑止的な脅迫：一つの問題の二面性
(Contrived Defenses and Deterrent Threats:
Two Facets of One Problem)」の概要紹介⁽¹⁾—

坂 本 学 史

前号（神戸学院法学第39巻1号）に引き続き、本稿では2008年の「*Ohio State Journal of Criminal Law*」におけるケーディシュ教授記念シンポジウムの紹介の第二弾として、Claire Finkelstein と Leo Katz による「企まれた抗弁と抑止的な脅迫：一つの問題の二面性（Contrived Defenses and Deterrent Threats: Two Facets of One Problem）」の概要を紹介する。

そこで、本論文の概要紹介に入る前に、あらかじめ執筆者らの紹介および、執筆者らの言葉を借りつつ、本論文の骨子を簡単に示すことにする。Claire Finkelstein と Leo Katz は、ともにペンシルバニア大学ロースクールの教授である。Claire Finkelstein は法哲学領域をリードする研究者の内の一人であるが、彼女の著作は刑法理論領域にも多数、及んで

(1) 5 Ohio St. J. Crim. L. 479 (2008).

いる。また、Leo Katz はアメリカの代表的な刑法理論研究者の一人であり、刑法理論に関する著作が多数あることは、ここで特に言及するまでもないように思われる。

ところで、Claire Finkelstein & Leo Katz 論文では、「ある計画の個別部分はその計画全体とどのような関係性を生み出すのか」との関心を、刑法における二つの異なった問題の脈略で分析する。すなわち、原因において自由な行為 (Actio Libera in Causa) と抑止的な脅迫 (deterrent threats) の問題である。原因において自由な行為での問題は、抗弁を偽装した被告人が、偽装された抗弁を主張することを許容するべきかどうかである。また、抑止的な脅迫の問題は、他者の不法な行為を抑止するために、実際にそうすることが許容される以上にそうすると脅迫することが許容されるのかというものである。より言えば、そのような脅迫が生じることが許容されるならば、当該脅迫が抑止に失敗する場合に、そうでなければ許容されない行為を脅迫内容に従ってすることは許容されることになるのかという問題でもある。これらの問題を前提として、彼らは、これらの2つの問題はもう一方の鏡像になるとする。すなわち、前者は、行為の不道徳な過程に埋め込まれた道徳的に許容される行為を包含する一方で、後者は、行為の道徳的な過程に埋め込まれた道徳的に許容されえない行為を包含するのである。そこでの問題提起は、計画全体または行為の過程は、その計画を構成する個別の行為の特徴を判断するのに役立つかどうか、あるいは、両方の法的問題に妥当な解答を与える、計画とその構成部分に対する一致したアプローチが存在するのか⁽²⁾というものである。

そこで、第2章では、彼らは自由な行為の問題を描写する。この問題はアメリカにおいても広く扱われてきたけれども、ここでの彼らの目的は単に現在の議論状況を要約・明確にし、そしてあるアプローチを支持

(2) *Id. at 479.*

正当で合理的な根拠のある実体刑法体系のために……

する根拠を示すことにあるとする。⁽³⁾ また第3章では、彼らは抑止的な脅迫についての問題に取り掛かる。原因において自由な行為の事例と同じように、彼らは抑止的な脅迫の道徳アプローチを支持する根拠があると信じる。その上で第4章では、より詳細に、原因において自由な行為と抑止的な脅迫状況の相似点を示そうとする。そこでは、彼らは、原因において自由な行為の問題の解決が、我々が抑止的な脅迫の脈略で描写した計画を基礎とするアプローチから支持を得るし、その逆も妥当すると示そうとする。⁽⁴⁾

以下、Claire Finkelstein & Leo Katz 論文の概要を紹介する。

——Claire Finkelstein & Leo Katz 「企まれた抗弁と抑止的な脅迫：一つの問題の二面性 (Contrived Defenses and Deterrent Threats: Two Facets of One Problem)」——

1. はじめに

複合物全体と（その全体を構成する）個別部分は、どのような関係に

(3) この第2章で原因において自由な行為の問題を解決するにあたって、いくつかの見解を検討するが、その内の1つとしてドイツ刑法理論におけるルシュカの例外モデルを取り上げ、結論としてこの例外モデルを支持する。ルシュカの例外モデルについては、わが国でもすでに紹介されているため、本概要紹介であらためて取り上げる必要性は少ないようにも思える。しかしながら、アメリカ刑法理論において比較法的な視点から、ドイツ刑法理論を取り扱っているものは少なく、またアメリカの刑法理論研究者の視点から、ドイツ刑法理論をどのように見ているのかを知ることにつき、ある意味で、貴重な機会であるとも思われる。なお、本論文で用いたルシュカの例外モデルは、すでに、解釈論としては限界があり、立法論として説をあらためられていることを付け加えておく。(中空壽雅「原因において自由な行為の法理」の有用性について(『宮沢浩一先生古稀祝賀論文集第二巻』)(2000)403頁、『レヴィジョン刑法3 構成要件・違法性・責任』中山研一＝浅田和成＝松宮孝明(2009)307-309頁)

(4) *Id.* at 479-482.

あるのか？ 特に、統一体の特徴はいつまでその構成要素の特徴に残るのか？ 物理的な世界において、その答えは「まれ」である。青いものの分子はそれ自体青ではないし、液体の分子はそれ自体濡れていない。そして三角形の辺はそれ自体三角ではないのである。しかし、複合的な規範的特質についても同じなのか？

我々は、ある計画がいくつかの異なる段階を含む状況に焦点を当てる。一方で、その計画が全体として、道徳的に許容されうるのか、法的に許容されるのかを問い、他方で、それぞれの行為がその計画に必要とされるのかについても問う。関心は、はじめの問いに答えることは、次の問いに答えるのと必ず同じになるかどうかということにある。計画が全体として道徳的に（または法的に）許容されうるならば、同じことが、すべてのその副次的な部分に妥当すると予想すべきか？ 逆に、計画のすべての副次的な部分が道徳的に（または法的に）受け入れられるならば、同じことが、計画全体に適用されると予想すべきか？

我々はこの二つの異なる脈略でこの話題を扱う。1つは、自分自身の抗弁を偽装する被告人の問題である。これはドイツで、原因において自由な行為と呼ばれてきた。典型例は、責任無能力状態の間に犯罪を実行するために、責任無能力状態になるよう、わざと飲酒する場合である。そこで生じた問いは、その行為が計画全体の一部であるとの事実を独立に考慮するとすれば、手段とは異なる行為を評価することになるかどうかである。特に、抗弁は計画の脈略で主張されるがゆえに、そうでなければ保障される抗弁を否定すべきなのか？

原因において自由な行為の鏡像は、抑止的な脅迫で生じる。実際に使用が許容されているものよりも強い威力 (force) を用いて脅すことは、許容されうるのか？ そして、そうであるならば、阻止しそこなう抑止的な脅迫は、次に問題となる脅迫の免責を許容することになるのか？ 刑法で、その問題は、財産を守るための致命的威力の使用の脈略で生じる。通常、単に財産を守るために致命的威力を用いることは許容されえ

正当で合理的な根拠のある実体刑法体系のために……

ないが、潜在的な不法行為者が窃盗または他の財産犯罪を行うのを阻止する方法として、そのような威力を用いることは許容されうる。

2つの脈略は完全に異なっている一方で、それらは驚くほどの同義性を示す。自由な行為は、不道徳な計画全体に入り込んだ、無辜または、少なくとも免責されうる行為に関連する。そして、我々が問うべき問題は、計画の不道徳性が、そうでなければ免責されるまたは正当性がある被告人を有罪とする、無辜の行為に帰されるかどうかである。反対に、抑止的な脅迫は、道徳的または少なくとも許容されうる計画全体に入り込んだ、不道徳な行為に関連する。この場合の問題は、計画の正当化されうる特徴が、そうでなければ有罪となる被告人を免責する、別の不道徳な行為に帰されるかどうかである。両者は、広義の計画が、その計画を構築するのに役立つ個別行為を評価する役割を果たすかどうかという問いを生じさせる。これら二つのタイプの計画（企まれた抗弁と抑止的な脅迫）を分析することは、計画とその構成部分との関係についての問題に決定的な答を与えないけれども、少なくとも、この種の事例に対する一貫した反応を辿ることを許容する。

II. 原因において自由な行為

原因において自由な行為は、被告人が自分自身を責任無能力にすることで犯罪を実行しようと準備する状況である。酩酊の間に犯罪を実行するために飲酒する被告人に加えて、例えば、意識が無いうちに自分の妻を謀殺するために自分自身に催眠をかけた人や、そうでなければ実行したい犯罪を実行するよう強制されると認識する状況に自分自身を意図的に置く人、または、自分自身を大砲から発射し住居侵入窃盗をしようと意図している宝石店の窓から入る人などである。これはまた、正当防衛での殺害を可能にするために、他者が攻撃するように挑発する人のような正当化抗弁にも普及した。

原因において違法な行為 (Actio Illicita in Causa) として知られている

原則は、責任無能力状態に陥りそうであると意図しているというよりも、むしろ認識して行為を実行する人を包摂する。例えば、てんかん発作が起りやすいと認識して車を運転する人や、統制を失い攻撃してきそうであると認識して自分自身を敵にさらす人等である。これらの者は、Paul Robinson が言うように「自分自身の抗弁の状況」を作り出す。問題は、予期した抗弁の利用を許容するべきかどうかである。

A. 伝統的な解決

原因において自由な行為（または違法な行為）の伝統的なアプローチは、計略的に斟酌した被告人または意図的に抗弁を惹起する被告人を否定する。そのような抗弁を否定する立場は、結果犯罪（result crimes）の場合にもっとも有力になる。例えば、生命侵害の場合、飲酒という被告人の行為は被害者の死に至る出来事の連鎖を開始する。飲酒という原因行為は拳銃の引き金を引くことの代わりとなるし、その時被告人がしらふであり、十分に責任があるがゆえに、謀殺につき責任があると考えることにつき問題はない。被告人自身が「飛んでいく弾丸」のようであり、そして、なお犯罪を実現するために非自発的に身体運動に取り組む必要があるけれども、飲酒という自分自身の先行行為によって死が惹起されたとすれば、十分に責任がある。

同様の点は、企まれた正当化抗弁事例にも拡張されうる。意図的に正当防衛で攻撃できるようにするために侵害者を挑発したならば、被告人は、その先行行為により、自分自身の正当防衛の必要性を惹起した。被告人は、自発的あるいは意図的に自分自身が攻撃するように惹起した先行する時間に必要なメンズ・レアがあったがゆえに、その攻撃につき責任があり、正当防衛は有効とされるべきではない。これはドイツ刑法における構成要件モデルである。

ほとんどの部分で、アメリカ刑法典は伝統的アプローチと異なる形式を示す。例えば、模範刑法典では、問題を全体として考慮しない。むしろ

正当で合理的な根拠のある実体刑法体系のために……

ろ、自己の抗弁状況を創出する、企む被告人に言及する。模範刑法典の正当防衛規定は、行為者が同じ対立において自分自身に対する威力使用を扇動した場合、致命的威力の使用を禁止する。強制 (duress) 規定は、被告人が強制に従っていると認識して自分自身をその立場に置く場合に、その抗弁を否定する。緊急避難 (necessity) についての模範刑法典の説明も同じであり、被告人が法違反する必要がある状況を作り出す際に過失または無謀であった場合、緊急避難抗弁がないと規定し、被告人は過失または無謀というメンズ・レアを満たす関連犯罪で有罪となる。

伝統的アプローチに対する批判のどれも致命的なものではないけれども、伝統的アプローチの魅力を低下させる。伝統的なアプローチの第1の問題点は、挙動犯罪 (conduct crimes) で生じる。被告人が「そこで犯罪を実行する目的をもって建物に侵入する」ことを要求する住居侵入窃盗のような犯罪を考慮する。自分自身を大砲から発射する場合に、この行為要件を満たすと言われうるのか？ 犯罪を遂行する意図をもって建物に侵入したけれども、自発的にそうしたのではない。また、住居侵入窃盗を遂行するために自分自身を催眠にかけるよう準備した際、彼には十分に責任があったとの事実についてはどうなのか？ この先行する時間にある問題は、被告人がその時間に建物に侵入しなかったということである。というのも、自分自身を催眠にかけることはそれ自体、侵入行為ではないからである。なので、その困難さは、先行する T1 時に被告人には責任があったが、建物には侵入していなかったし、そして後の T2 時に建物に侵入した際、責任がある状態ではなかったということにある。その問題をより技巧的にするために、被告人に責任があるとするのに必要な行為と内心状態の同時存在がないものとして見なす。

挙動犯罪の問題は、運転や性交または住居侵入のような被告人による特定の行為を要求するということである。これらのような犯罪の特別な行為要素を被告人が満たすことの重要性は、自分自身の抗弁状況を計略する被告人が、自分自身が後の違法な行為を実行するよう惹起したこと

で、先行行為の効果によって、その要素を満たすと判断されえないということの意味する。犯罪が結果犯罪であったならば責任があるとするのに有用である先行する時間に、被告人は自分自身がそれらの事をするように惹起している。特別な行為がなければ、被告人は、先行行為の基礎となるアクタス・レウス要件を満たしそうもない。

伝統的アプローチの論者は、立法問題として扱う定義上の問題をうまく言い繕おうとする。例えば、Michael Moore は、犯罪行為がどのように実行されるかにつき、「ステレオタイプ」に分裂させる理由はないとする。「死を惹起することで殺す、姦淫を惹起することで強姦する、接触を惹起することで殴る、不具を惹起することで傷害する、あるいは目的となる運動を惹起することで引き受ける」のである。一般的な言葉の観点から、「殺す」というような動詞の場合、Moore は正しい。というのも、後の全く異なる時間 T2 時に誰かの死を惹起する人が、先の T1 時に何らかの事を行うとの事実は、T1 時に行われることは殺すことの実例であると述べる可能性に干渉しないからである。被告人が T1 時に妻のお茶に毒を入れ、そして妻が後でそのお茶を飲み、T2 時に死ぬとすれば、T1 時での被告人の行為は、たとえ妻が T2 時まで死ななかったとしても、それは「殺すこと」の実例である。これは、T1 時に実行された多数の行為が「殺すこと」になりうるということを示す。ステレオタイプ的な殺害行為は存在しないし、同じことは、「死を惹起すること」についても言いうる。

しかし、このことは、挙動犯罪では維持されない。被告人には「建物に不法に侵入するまたは居座る」や「不法に財産を移転する」、「欺く意図で筆跡を変える」または「同意なしに女性と性交する」などにつき無数の方法はない。問題は、どの程度の柔軟性が、それぞれの事例での行為要件にあるのかということである。人は物理的に自分の体を侵入する建物内に置く必要があるのか？ また、擬制的に、催眠術師を見ることで、薬を飲むことで、あるいは、自分自身を大砲から発射させることで、

正当で合理的な根拠のある実体刑法体系のために……

建物に侵入したと考慮されるのか？ 後に自分自身が侵入するように惹起する何らかのことを先にしているがゆえに、人は建物に侵入していると言うことは、通常の意味を曲げているように思える。それは特に、人がしていることが、催眠術師を訪ねることのように、建物に侵入することと異なる行為である場合に顕著となる。Kadish は、挙動犯罪には、他者の介入を通じて成し遂げられえないということを意味する「代わりの立てられない (nonproxyable)」という特徴があるとする。これは、強姦を惹起することは強姦をすることにはならない、住居侵入窃盗を惹起することは住居侵入窃盗をすることにはならない、そして暴行を惹起することはそれ自体で暴行をすることにはならないとの事実の別の表現である。これは、日常の言葉だけでなく、道徳性の問題でもある。

第2の問題点は、結果犯罪で再び明らかとなる。より綿密に因果性要素を検討する場合、結果犯罪には挙動犯罪と同じ困難さがあることが分かる。問題は、被告人の行為が、先行行為を根拠として責任があるとするためには、被害者の死の近接的な原因である必要があるということにある。しかし、原因において自由な行為の領域に入り込む多くの場合は、「仮定的消去法」的因果性であって、近接的因果性ではない。

意図した被害者を殺すことを望んで過剰に飲酒する場合、伝統的アプローチによれば、被告人の酩酊抗弁を否定するために、被害者の死を惹起するよう意図的に飲酒したと言う必要がある。しかしこれを言いうるのか？ どの意味で死が「惹起」されたのか？ そうでなければ被害者の死が生じないであろう状況にするように意図的に飲酒することでは、十分でない。これは単なる「仮定的消去法」的因果性である。被告人の行為は死の近接原因でもある必要がある。しかしそうであったのか？

一般的に、「仮定的消去法」的な原因であることが、なぜ近接的原因となりそこなののかにつき2つの根拠を示す。すなわち、他の行為者の自発的行為の介入と異常な行為の介入である。伝統的アプローチの問題は、まるで他者の介入する自発的な行為であったかのように、被告人の

後行行為を考慮することであり、それゆえに、被告人自身の後行行為が因果連鎖を遮断するということである。結局、酩酊状態での行為は大砲から発射することとは異なる。行為はなお自発的であり、身体運動は支配を受けやすい。そのような場合に、伝統的アプローチのように、「飛んでいく弾丸」として過剰に飲酒する人を考慮しえない。

ここで、近接的原因を否定する別の根拠、すなわち、異常なまたは突飛な出来事が被告人の行為と被害者の死との間に介入する場合がある。典型例は、ニューヨーク州の Decina 事件（138 N.E.2d 799 (1956)）のような、突然、てんかん症状になる運転手事例である。これらの状況で、どんな自発的な行為もしないとするれば、意識を失うという予期されない医学上の出来事、または、蜂の大群に襲われるような衰弱させる外的な出来事を引き受けるとの運転手も、続いて生じる損害につき責任があるとされえないのは明らかである。しかし、被告人がその発生の統制をし切れなくなることを企んだ、または、少なくとも十分に予期あるいは望んでいたらどうなるだろう？

伝統的アプローチは、これらの状況で自発性抗弁をおそらく否定するであろうし、当然そうなるであろう。運転中に糖尿病のこん睡状態になる実質的なリスクに気付いている人や、そのような状態で誰かを殺す人は、なぜ、予期しなかった出来事の被害者という抗弁を自分自身に用いることが可能なのか？ ところが、伝統的アプローチがこの結論に至ることには問題がある。というのも、その出来事は、なお気まぐれで異常な出来事であるからである（生じるとの被告人の認識はその事実を変えない）。そして、これらの状況で、被告人が現実被害者の死の近接的原因であったと言うつもりであるならば、近接原因につき、被告人の内心状態に目を向けることになる。なので、被告人が続いて生じる条件に気付いていなかったならば、死を惹起していなかった、あるいはその条件に気付いていたならば、その死を惹起したということになる。しかし、因果性はアクタス・レウスの一部であって、メンズ・レアの一

正当で合理的な根拠のある実体刑法体系のために……

部ではないし、認識という被告人の状態によって影響されるべきではない。計略は認識と何ら関係のないものとなるように思える。なので、因果性を内心状態の問題とする必要があるか、または気まぐれに介入する出来事に関連する事件の判断を変えるあるいは常に免責されるかどうかと述べる準備をする必要があるかのいずれかになる。ところが、これらの立場のいずれも魅力はない。

伝統的アプローチには、さらにいくつかの副次的な問題がある。1つ目に、伝統的アプローチは、不合理に早い実行の着手を要求するように思える。酩酊状態で被害者を殺すことを望むまたは予期して飲酒することで自分自身を責任無能力状態にする場合、最後の答責の行為を飲酒時に行う。伝統的アプローチによれば、この後に生じる全ての出来事は単なる因果性の問題となる。伝統的アプローチによれば、飲酒行為が死を引き起こさなければ、謀殺未遂を実行したと考慮する必要があるように思える。しかし、通常、我々は飲酒行為を謀殺未遂と考えないであろうし、その問題は、酩酊間に生命侵害を遂行するとの目的で飲酒する場合と異なるとは思わない。飲酒行為は未遂と思えないだけでなく、特に、実質的な段階を構成しているということは明らかではない。しかし、この変な結論は伝統的アプローチの当然の結果である。

2つ目に、この説明による中止 (abandonment) 原則に伴う問題があるように思える。問題は、飛んでいく弾丸のような者が、どのようにして自分の内心を変えうるのか、あるいは別の道を決定しうるのか理解することは困難であるということにある。したがって、伝統的アプローチよると、酩酊の間に生命侵害を遂行しようと意図する者が過剰に飲酒すれば、その時、被害者の生命に対し未遂を完成させたということになるが、酩酊しているが被害者を殺さないと決意する場合、中止の恩恵を受けない。というのも、自己の行為の統制をすでにしていないからである。彼の「中止」は単に目標を外す弾丸のようになるであろうし、被告人はその恩恵を受けるべきではない。

3つ目に、伝統的アプローチはメンズ・レアに伴う問題に突き当たる。どのように、この「自由な行為」犯罪のメンズ・レアを正確に描くべきなのか？ 意図した犯罪を実行するのに十分な度胸を得ることを望んで飲酒する場合、彼は殺害行為を実行するのに必要な決断を最終的に獲ることになった責任無能力状態に陥る。伝統的アプローチによると、そこで要求されるメンズ・レアは飲酒前にあった内心状態によって満たされる。その内心状態はアクタス・レウスと結び付くことになり、アクタス・レウスは行為の全過程を根拠に満たされる。今まで、被告人にはより早い時点でその犯罪で要求されるメンズ・レアが実際にあったとしてきた。しかし、より早期のメンズ・レアにつきより慎重に考慮するのであれば、被告人は殺す意図を表動する必要はない。その表動は殺す意図を得るための意図であるし、そしてこれは多分、謀殺のメンズ・レアを満たさないであろう。

最後に、伝統的アプローチにはつかみどころのない問題がある。その問題は、ある先行行為を根拠とした免責または正当化をもって被告人の責任を判断する論理が、刑事責任の射程から外れるべき多くの被告人に罪を負わせることにある。店に入り、嫌いな絵を見てそれを買ひ、壊す場合、他人の財産を損壊する犯罪を遂行したのか？ もちろん違う。しかしながら、この場合に適用される「自由な行為」の論理は、彼が（損壊を）遂行したとすることになる。自発性抗弁を捏造する人のように、この被告人は自分自身の抗弁を作り出した。絵を手に入れる前に損壊したならば、もちろん様々な財産犯罪で有罪となる。ここで彼は、損壊する前にその絵を所有していたということを確認することで、「抗弁」を捏造した。彼は同意抗弁を企まなかったのか？ 換言すれば、自由な行為原則は一定のシナリオに限定される必要がある。

B. 間接正犯アプローチ

2番目のアプローチは間接正犯 (perpetration-by-means) アプローチ

正当で合理的な根拠のある実体刑法体系のために……

である。そこでは、飛んでいく弾丸として被告人を考慮する代わりに、犯罪を遂行している間の正犯、あるいは犯罪の準備をする間の将来の共犯として被告人自身を考慮する。伝統的アプローチと間接正犯アプローチは、同じ結論を生み出すが、後者につき思い当たることは、その作り出す結果ではなく、共犯の枠組が伝統的アプローチにある多くの概念的な困難さを分解するということである。ところが、間接正犯アプローチはその反論からも自由ではない。

はじめに、犯罪構成要件 (offense definition) の問題を検討する。いわゆる挙動犯罪は、犯罪のアクタス・レウスを正確に満たす必要があるがゆえに、伝統的アプローチにとって問題があった。そこで共犯責任アプローチを検討する。正犯とは異なり、共犯は正確にアクタス・レウスを遂行すると思われていない。共犯は単に犯罪遂行において正犯を援助する必要がある。したがって、自己の共犯として被告人自身を考慮するならば、被告人が正確に犯罪構成要件で要求される行為を実行しなかったということは、その防御に役立たない。共犯責任に必要なメンズ・レアがある限りで、あるいは、その実行において正犯に援助を与えるよう企図された行為を実行する限りで、おそらく、自分自身の共犯として有罪とされうる。

例えば、自分自身で住居侵入窃盗を遂行するように催眠をかける者につき、伝統的アプローチで検討した問題は、催眠をかけることは「建物に侵入すること」ではないということ、そして、その者にはその犯罪に必要なメンズ・レアがあり、行為を支配している時点で彼は住居侵入窃盗の犯罪構成要件で必要とされる行為を実行しなかったということにある。しかし、住居に侵入しテレビを窃取するようAがBに催眠をかける場合、Aは自分自身で建物に入らない、また、住居侵入窃盗の犯罪構成要件を満たさないとの事実にもかかわらず、Bの共犯としてAを住居侵入窃盗につき責任があるとすることに問題はないであろう。AはBの共犯として、Bが犯罪構成要件を満たすことを助長する何らかのことをし

たことにつき責任がある。もちろん、Bが真に催眠により責任がないとされるならば、Bは無辜の行為者 (innocent agent) とされうる。しかし、この共犯責任への変動はAの責任を無にすることには役立たない。むしろ、A自身の責任に依拠するだけである。したがって、Aは犯罪構成要件で必要とされる行為を実行しなかったとの事実にもかかわらず、Aは住居侵入窃盗につき責任がある。これと同じ原則を、人為的な抗弁事例に適用すると、後のT2時での自身の共犯として、先のT1時での被告人を考慮する必要があるだけである。そして犯罪構成要件は、T1時での被告人の責任の障害にはならない。

次に、被告人自身の後行行為が因果連鎖を遮断する介入する出来事として見なされる可能性を前提として、因果的寄与の問題を検討する。間接正犯アプローチは、伝統的アプローチよりもかなりうまくいく。共犯は、責任があるとするために犯罪への現実の因果的寄与をなすよう要求されない。そして、これは決定的ではないけれども、介入行為または異常な出来事のために因果的な遮断があるとの事実が、共犯として考慮される場合には、被告人を免責するのに役立ちえないということを示す。

ここで、伝統的アプローチにあるより副次的な問題、すなわち、未遂犯や中止犯あるいはメンズ・レアの問題に取り掛かる。伝統的アプローチによると、その問題は、偽装者の免責を回避するために、したがって、未遂として見なされる行為の範疇を付随的に広げることを回避するために、過度に早い段階で準備と未遂の区別をすることから生じる。間接正犯アプローチによると、未遂の問題につき実質的な改善がある。というのも、「共犯」側の小さな寄与は責任の根拠を提供しうるし、それゆえに、偽装者の抗弁を否定する根拠を与えうる。

中止の点でも、伝統的アプローチにあった問題は排除されたように見える。伝統的アプローチによると、中止原則を理解することは困難である。というのも、飛んでいる弾丸は行為の過程を中止しえないからである。しかし、間接正犯アプローチによると中止に伴う問題はない。とい

正当で合理的な根拠のある実体刑法体系のために……

うのも、たとえ共犯が自分の役割を行ったとしても、正犯は自己の犯罪計画を中止することは自由だからである。共犯責任が派生的である限りで、多くの裁判所は共犯が正犯の心変わりの恩恵を受けることを許容することになる。

しかしながら、伝統的アプローチで検討した4つの問題の点を修正したにもかかわらず、間接正犯アプローチの欠点は、最後の2つの問題で再び現れる。それはメンズ・レアの問題とアドホックな制限である。メンズ・レアの点で、共犯責任アプローチに伴う新たな問題がなお存在する。通常の犯罪とは異なり、共犯には狭義のそして厳格なメンズ・レア要件がある。ほとんどの事例で、共犯責任は意図を要求とする。この特徴を間接正犯アプローチに当てはめると、自由な行為の責任をメンズ・レアで制限することになる。もちろん、責任を判断しうる犯罪の類型を広げるために、共犯責任のメンズ・レアは無理に要求するべきではないとする者もいる。しかし、原因において自由な行為問題に対する特定のアプローチのために共犯責任原則をゆがめてきたし、これは逆行しているように思える。したがって、少なくともメンズ・レアの点で、間接正犯原則は、検討してきた事例での直感的な結論に至る可能性を修正するようには思えない。

アドホックな制限の問題も同様に厄介である。伝統的アプローチのように、共犯アプローチは、必ずしも同じ事例ではないけれども、アドホックな制限を要求することになる。店に入り、嫌いな絵を見てそれを買ひ、そして壊す場合、間接正犯アプローチによると、望んだ結論、すなわち、被告人の免責に至る厄介さはない。彼は、完全に適法な行為、すなわち自分自身が所有する絵の損壊の遂行で「他者」を援助する。しかし、別の事例は妙な結論を生み出す。

ルシユカによる事例を検討すると、被告人が責任無能力状態で偽証をすることを可能にする薬を飲む場合、おそらく、共犯アプローチの支持者は有罪としそうであるが、共犯アプローチはその結論に至らない。そ

れは、Aが嘘をつかせるように惹起する薬をBに与える場合に、A、Bいずれも偽証につき責任を負わないからである。宣誓により生じる偽証は「代わりの立てられない」犯罪であるがゆえに、Aには責任がない。そして、Bは責任無能力状態であるがゆえに、責任がない。したがって、アドホックな制限の問題は、たとえ外観が異なったとしても、間接正犯アプローチにより再び現れる。

ここまで議論してきた2つの問題（メンズ・レアの問題とアドホックな制限の問題）だけであったならば、間接正犯アプローチだけのためにその解答を見つける動機を与える。しかし、不運にも、間接正犯アプローチには少なくとも、ここまで議論してきたものよりもより根本的な重大な欠点がある。つまり、間接正犯アプローチは、被告人が犯罪を遂行するために自分自身と協働する場合に、彼の非難可能性は、他者と協働した場合と同等になる必要があるとの誤りを前提とする。それは、その類似性が機能することになるからである。しかし、実際被告人の責任は、単独で行うよりも共犯と協働する場合、しばしば劇的に、通常とは異なるのである。

犯罪が共犯の援助をもって実行行為者により実行された場合での、未遂罪の早い段階を取り上げる。AがBに、Cを殺す報酬を払うとする。そして、Aはすでに支払ったけれども、BはなおCを殺すための手段を講じていなかったし、まさにお金を受け取った時であったとする。有力なアプローチによると、Bはお金を受け取るということを根拠に謀殺未遂罪で有罪となりえないとの事実にもかかわらず、Aは教唆を根拠に未遂罪で有罪となる。結局、Aはすでに、犯罪の完成に向けた最後の行為を実行したし、これは責任を肯定することにおいて重要である。反対に、Aが単に犯罪遂行の準備（例えば、殺害行為を遂行するために必要な武器や他の装備の購入）でのお金を払ったならば、おそらく、未遂罪で有罪とならないであろう。というのも、Aの行為は犯罪の実質的手段として見なされるに十分となりえないからである。したがって、余分な行

正当で合理的な根拠のある実体刑法体系のために……

為者を加えることは、被告人の非難を増すのに有用である。というのも、それには、犯罪行為で要求された端緒を引き下げる効果があるからである。共犯責任は、単独の犯罪行為よりもより容易に責任を判断することになるとはしないが、上記事例は、多くの場合に、そのような効果があると証明するし、したがって、間接正犯の類似性は、単独の行為者の有責性の当てにならない指針となろう。

C. ルシュカの例外モデル

我々は、ここで、原因において自由な行為の問題に対する3つ目のアプローチ、すなわち、ルシュカの例外モデルに取り掛かる。ここでは簡潔に扱うが、それは、ここまで示してきた全てのアプローチの内、もっとも有力なものとなりうる。

ルシュカは犯罪行為に対する帰属につき2つのレベルで区別する。1つは、総則の伝統的な基準による責任帰属であり、もう1つは、「例外帰属 (extraordinary imputation)」と呼ばれるものである。これは、被告人が自分自身の行為無能力を作り出す場合に適用される。そのような場合に、ルシュカは、被告人が、先行あるいは完全に区別された義務、すなわち、法違反すべき立場に自分自身を置かない義務に違反したと判断されるとする。したがって、例えば、被告人には他者の財産を焼損しない第一義的な義務だけでなく、より大きな悪意を予防するために他者の財産を焼損すべき立場に自分自身を置かない義務もある。すなわち、第一義的な義務に加え、被告人には、そうすることが必要となる状況に自分自身を置くことで、自分自身の抗弁を捏造してはならない二次的な義務がある。しかし、この二次的な義務違反は、それ自体あるいは単独で、責任のきっかけとならない。責任と関連することになるのは、その違反が危害を生じさせた場合だけである。抗弁としてこの違反に起因する行為無能力を生じさせることに対する禁反言としての機能を果たす。被告人は結局、権利が主張される必要がある状況を自ら作り出すことで、

自己の免責または正当化を失うのである。

被告人が、自分自身を狂気かつ暴力的にすると認識する薬を飲むことで、一時的な心神喪失にする場合、彼は、自分が被害者を殺すようにさせることを望み、意図した被害者がいるところで薬を飲む。そして、彼は被害者を殺し、後に一時的な心神喪失を主張する。ルシュカのポイントは、彼が薬を飲むことで別の義務に違反したことを前提に、行為無能力として心神喪失を主張することを禁止するべきであるということである。被告人が違反した義務は、自分自身が、自分の第一次的な殺さない義務に反するよう惹起する何らかのことをしない、または、そのように自分自身を惹起することのリスクを継続しない二次的な義務であった。二次的な義務違反は、例外帰属の根拠を創出する。つまり、被害者を殺すことに対する責任は、心神喪失を主張する理由を失ったことを根拠に、被告人に帰属されるのである。

ルシュカは、我々が検討してきた2つの別のアプローチに対してなされた批判にさらされないように思われる。これは、幾分、絶対的なものである。というのも、ルシュカは、他のアプローチに対する問題が例外帰属の脈絡で当てはまらないようにする原則を明らかにするからである。例えば、ルシュカ説は、構成要件上の問題を回避する。というのも、ルシュカは、処罰を被告人が制定法の禁止規定に従いそこなった場合に制限しないからである。すなわち、ルシュカは、被告人が法解釈により制定法上の規範違反をしたと判断されえないとの事実にもかかわらず、抗弁を捏造しないと二次的義務に反した行為者を罰する可能性を排除しないのである。また、未遂や中止あるいはメンズ・レアのような総則原則を根拠とした批判にもさらされない。ルシュカは、例外帰属ルールが適用される場合に、総則の通常帰属ルールが留保されるとする。この理由から、被告人が未遂罪で有罪となる場合などを左右する通常ルールは、単純に企まれた抗弁事例に当てはまらない。

もっとも、ルシュカのアプローチは、伝統的アプローチの問題点から

正当で合理的な根拠のある実体刑法体系のために……

は解放されるが、未解答のままの問題がなおある。例外帰属が生じる場合、我々はなぜ総則原理を棚上するのか？ ルシユカは、例外帰属を適用する場合に到達する結論、あるいは別の説明方法が魅力のない結果に至る事実という直感的な魅力に訴える。しかし、ルシユカの分析が正しいかどうかは明らかではない。例えば、ルシユカは、伝統的アプローチが自身を責任無能力状態にするよう飲酒する事例で免責する必要があるとする。そして、見てきたように、重大な障害が伝統的アプローチによる有罪の点にあるということは正しい。しかし、伝統的アプローチの論者らは、法はなぜそのような事例で有罪とするのかをなお説明しようとしており、したがって、そのような事例で伝統的アプローチを説明する方法は明らかではない。

また、ルシユカは、我々が他の2つの立場に当てはまるとしたアドホックな批判にもさらされやすい。すでに見てきたように、原因において自由な行為で責任を科す帰属原理は、より明確に制限される必要がある。そうでなければ、その原理は、壊すことになる価値ある物を買う客のような、明らかに適用したくない事例でも適用されることになる。ルシユカの例外帰属原理は、被告人は実際に責任があるであろうとの不合理な結論によって、その場合にも同じように適用されうる。もちろん、ルシユカは、計略的な酩酊などとは違うこの事例で、単純に例外帰属はないと述べるであろう。しかし、ルシユカは、そのような結論が引き出される例外帰属の限界についての説明を何ら示していないのである。

III. 抑止的な脅迫の問題

抑止的な脅迫と呼ばれる問題は、再三、哲学者や刑法学者の注目を集めてきた。そこで言われる主要な問いは、実際に使用が許容されるものよりも、他者の不法行為を抑止するためにより強い威力を用いて脅すことが許容されるかどうかである。

ある人が、窃盗犯人から自己の財産を守っていると。どの種の威

力を用いることが許容されるのか？ 答えは、その不法を防ぐために必要などんな威力も用いるが、それは明確に定義された制限の範囲内で、ということになる。自分自身や住居が攻撃にさらされていない限り、一般的に、財産を守るために致命的威力を用いてはならない。致命的威力の使用についてのこの制限は考慮されるが、少なくともはじめの例で、その制限は当然のことと考えるであろう。

この脈略で生じる、抑止的な脅迫の重要部分として3つの異なった問いがある。はじめに、財物の所有者が自己の財産を防衛するために致命的威力を用いることは許容されないけれども、それにもかかわらず、致命的威力を用いるとの脅迫は許容されるのか？ 例えば、武器を振り回し、「そのテレビセットをおろさなければ、撃つぞ」と言ってもよいのか？ 通説は、ここで威力を用いることが許容されるよりも、威力を用いるとの脅迫は許容されるとする。致命的威力を用いるとの脅迫は、威力を用いることと同等ではない。この立場は明らかに、はったりで脅迫する事例で擁護される。例えば、財産の所有者には実際にそのような威力を用いる意図がないとすれば、確かに、潜在的な犯罪者の悪行を抑止するために、はったりでやめさせることは許容される。

しかし、はったりでなく、脅迫が抑止に失敗した場合に、致命的威力を用いるとの脅迫が真摯なものであったとする。実際には許容されないことをするとの脅迫は、本当に許容されるのか？ 答えを、真摯なものではない脅迫から広げるように誘惑される。つまり、脅迫は現実の威力の使用と同じではないし、財産を守るための致命的威力は、確かに、比例性 (proportionality) に反するけれども、そのような威力を使用するとの抑止的な脅迫は、おそらくそうではないであろう。この場合の禁止規定は、財物の所有者が致命的威力を用いると意思形成をする意図についてではなく、むしろ、実際にそのような威力を使用することについてである。一旦、威力を用いるとの真摯な脅迫が問題とされれば、威力の使用を排除することに伴う問題が明らかにあるけれども、それは、おそ

正当で合理的な根拠のある実体刑法体系のために……

らく、道徳的などというよりも、因果的な問題についてである。実際には、致死的威力の使用が許容されえないとの理解にもかかわらず、致死的威力を用いるとの真摯な脅迫が可能であるならば、そのような脅迫もおそらく許容される。より言えば、脅迫が効果的になりえる場合に、その脅迫が特別に正当化されるということに注意しなさい。というのも、財産所有者が、他者の不法な行為の確率を最小にすることを前提とすれば、それは、脅迫により犯罪遂行の確率を軽減することになるからである。したがって、予防としての脅迫は、許容されえないことをするとの脅迫でさえ、おそらく、権利侵害に対する防衛行為という最小限の侵害方法として正当化される。

一方で、多くの哲学者は、現実にそうすることを許容されえないことをするとの脅迫は、決して許容されえないとの立場を採る。そこで脅迫の道徳的特質は、実際に脅迫された行為に従属する。この立場は未遂法からの支持を得る。というのも、おそらく、財産の所有者は、脅迫だけを根拠として、未遂罪で有罪と判断されるからである。致死的威力を用いると条件的に意図することが、それを用いると意図することと同等であるならば、あるいは、武器を振り回すことが、そのような威力の使用の方向への実質的な手段として見なされるならば、致死的威力を用いると脅迫する人は、謀殺未遂罪で有罪となるであろう。脅迫の許容性は脅迫された行為の許容性に従属するとの立場を、遡及的帰納説 (Backward Induction View) と呼ぶことにする。

ここに、遡及的帰納説に対する合理的な反論がある。はじめに、何らかのことはすると条件的に意図することは、それをするよう意図することと同じではないというものである。次に、未遂につき、おそらく、低い確率事例で責任の実質的な段階に伴う問題がある。すなわち、武器を振り回すことが本質的にその武器の使用に至りえないならば、脅迫はおそらく実際の殺害行為の方向への実質的な手段として見なされるべきではない。模範刑法典の文言を用いると、そのような行為は、「行為者の

犯罪目的を強く確証するもの」ではないであろう。より広義の道徳的な観点から、被告人は、望まれる結果（窃盗の抑止）の高い確率や、致死的结果のより小さなリスクがある行為に取り組んでいると言いうる。これは、警官の武器の所持を許容するように、容認されると思われる防御方法の別のリスク形式とも異ならない。再び、より効果的な脅迫は、他者の不法行為を抑止することになりそうである。したがって、さらに致死の威力の現実の使用から離れるであろうし、自己の財産を守るという非攻撃的な方法により近づく。

そこで、実際に、用いることを許容するよりも、威力を用いるとの脅迫を許容するとしてみると、これは2つ目の問いを可能にする。すなわち、そのような脅迫を担保する方法として、ばね銃のような機械仕掛けの装置を設置することが許容されうるのか？ ばね銃が許容されない場合に、それが人間により実行されたならば、そのような装置がどのようにして適法となるのかを理解することは困難であるように思える。おそらく、財産を守るための致死の威力の使用が許容されないならば、自動的に同じ威力を加えるばね銃の使用も許容されないであろう。ところが、この脈絡で、ばね銃または類似の機械仕掛けの装置の許容性を支持するいくつかの興味深い主張がある。

すなわち、致死の威力は単に、死の可能性があるからではなく、致死の危害または少なくとも、重大な身体傷害を加えるための行為者側の意図と結び付けられる、誰かが死ぬであろうとの重大な可能性があるから、そう呼ばれるのである。ばね銃を設置することに抑止的な利益があるならば、再び、実際に致死の威力の使用が必要となる確率を最小にする脅迫の効果を増加させうる。機械仕掛けの装置により担保された致死の威力を用いるとの脅迫は、実際の致死の威力の使用を回避する試みとしても理解されうる。そして、致死の威力を用いるとの真摯な脅迫を示すことが許容されるならば、自動的に報復装置により助力を得たそのような脅迫も許容される。

正当で合理的な根拠のある実体刑法体系のために……

ばね銃などの許容性を支持するさらなる主張は Larry Alexander により示された。山の頂上や野生動物のいる檻の中、へびでいっぱい穴、そして手を伸ばして取ることが困難なたんすの上などの危険な場所に自分の財物を隠すことを決めた所有者がいる場合、窃盗犯がその所有者に電話をかけ、どうしてもその財物を手に入れたい、またはそれに試みて死にたいと言う。その所有者には、より行きやすい場所にその財物を移動させる義務があるのか？ そして、そうでないならば、危険な場所に財産を移動させることは、同じような危険な状況を作りだすばね銃の使用とどう違うのか？ 財産の所有者が、その泥棒は死ぬまで自己の財産を窃取しようとし続けるであろうと認識しているならば、そのことは、ばね銃のように、窃盗犯人の死につき責任があるものとしてその所有者を見なさないのか？ 換言すると、空気が薄い高い山の頂上に財物を置くことで自己の財産を防衛することや危険な動物によって守られている場所に財物を置くことが許容されないとしないならば、確かに、潜在的な窃盗犯が明らかにばね銃の存在につき情報が与えられているとすれば、ばね銃による財産防衛が許容されないということにはならない。それゆえに、Alexander は、潜在的な窃盗犯がばね銃の存在に気付いているという限りで、自己の財産を守るための機械仕掛けの装置の使用は許容されうるとする。

そこで、ばね銃やそれに相当する危険な装置の使用により、自己の財産を守ることが許容されるとの結論を仮に受け入れてみよう。そうすると3つ目の問いが生じることになる。住居権者が、致命的威力で自己の財産を守るとの目的で、手動による作動が必要な「ばね」銃で武装とする。もちろん、これは、裁判所や刑法典が許容されないと見なすものである。しかし、財産を守るために致命的威力を用いるとの脅迫が許容されるならば、そして、そのような脅迫を確かなものにするための自動装置の設置が許容されるならば、住居権者が財産を守るために手動の威力を用いることは、なぜ許容されないのか？ 換言すれば、威力を用

いるとの脅迫が許容されるような、明らかに宣伝されるあるいは真摯な方法であるならば、現実の発砲は、誰かが実際にテレビを窃取しようとする場合、その発砲が不法な行為に対する機械的な反応か、手動的なものであるかはいずれにせよ、許容されるべきである。しかし、これが正しいのであれば、はじめに許容されないとの強固な仮定にかかわらず、財産を守るための致命的威力の使用は許容されうるとの結論を自力で成し遂げたことになる。何か道を誤っていないか？

それはなんだか怪しいものであるが、その主張における正確な欠点を確認することは困難である。要約すると、はじめの重要な段階は、実際に用いることが許容されていない状況で致命的威力を用いるとの脅迫をもって、財産を守ることが許容されると述べることであった。次の段階は、その脅迫が真摯に示されたものであり、脅迫として許容されるならば、自動的に脅迫を実現するばね銃のような装置を設置することは許容されると述べることであった。そして、最後の段階は、真摯に示された威力を用いるとの適法な脅迫を達成するために、自動的に報復する装置を使用することが許容されるならば、自動装置ではなく、その代わりに手動装置を用いることも同じく許容されると述べることであった。まさにこのように、することの許容性によって、脅迫の許容性から、許容されていないとされていることをすることの許容性へと移行した。どの段階を我々は最良に否定しうるのであるか？

はじめに、用いることが許容される以上の威力を用いるとの脅迫が許容されるとの立場を否定してみる。ところが、この立場に対して、威力を用いるとの脅迫は、威力を用いることと同じではないとの絶対的な直感がある。そしてさらに、見てきたように、殺すとの脅迫は、他者の不法行為の機先を制する最小限の侵害方法となり、したがって、それはおそらく、事後の処罰により将来の不法行為者を抑止しようとするような、人格の自由や身体の完全性への重大な侵害と比較して好まれることになる。したがって、この段階を否定することに問題があると思われる。

正当で合理的な根拠のある実体刑法体系のために……

次に、実際にそうすることが許容される以上に、そうすると脅迫が許容されるとしつつ、脅迫方法として自動装置の設置の許容性を否定してみる。そうすると、たとえ窃盗犯人が、見つけるまで、または殺されるまで財物を探し続けると知らせていたとしても、そのような装置の設置と危険な場所に自己の財産を隠すこととを区別することも必要となる。しかし、見てきたように、これは容易な区別ではない。

最後に、自動的な脅迫の作動から手動的な脅迫の作動への移行を否定してみる。すなわち、抑止的な脅迫のために、ばね銃やその他の自動装置を設置することが許容され、したがって、脅迫が抑止に失敗した場合にその装置による発砲を許容するが、これは、抑止的な脅迫に加え、さらに別の意図的な行為をすることの選択とは完全に異なるのである。(実際には危害を加えることはほとんどない低い確率をもって、不法な行為の抑止の高い確率を保つとの事実により正当化される)脅迫行為の適法性は、1つの行為だけを正当化するのに有用であり、多くの場合に、脅迫という行為は費用をかける価値がある。換言すれば、致命的威力を用いるとの脅迫の正当化を許容する費用便益分析は、脅迫と自動作用装置の両方が単独の先行投資的な行為につき正当化されうる場合に、その完備も正当化される。反対に、手動による脅迫の場合、(脅迫が抑止に失敗した場合に、拳銃の引き金を引くという)二次的な行為は、脅迫の正当性が認められた後でのみ、正当化される必要がある。我々は、この二次的な段階で、脅迫が抑止に失敗しそして現実にその脅迫による結果実現からさらに利益を得ることは何らないと理解する。なので、おそらくその事例は、脅迫が自動的に作動しうる場合以上に、脅迫が人為的に作動する場合と完全に異なる。脅迫が抑止に失敗すれば、行為者は引き金を引くかどうかを考慮する必要がある、この時点で、引き金を引くことを正当化しうると言えることは何らないように思える。抑止的なまたは予防的な論理的根拠が何ら当てはめられえないがゆえに、唯一の正当性は応報となるであろうし、窃盗犯人に対して死刑を科すことは応報的

にも許容されない。

ところが、この3つ目の試みに向けられうる重要な反論がある。おそらく、もっとも避けられないものは、ばね銃と致死的威力の手動的な使用との限界がかなり技巧的なものであるように思われるとの事実である。1つの行為と2つの行為の区別が幾分もっともらしく進められるが、行為者が、単純に自分自身の計画を再考しないことで、ばね銃とほぼ同じ自動性があるとして自分自身の行為を行いうると想定することは難しいことではない。そして、抑止的な脅迫や脅迫が抑止しそこなう場合に脅迫に基づく目的達成という「計画」が、脅迫という先行行為と、ばね銃の自動的な仕掛けによる発砲という後行行為との間に同じ接着剤を供給する。「確固たる選択 (resolute choice)」と呼ばれるトピックに関する哲学上の合理的な選択理論につき豊富な著作がある。私 (Finkelstein) は、合理性や計画する行為者に関する議論の脈略で確固たる選択を説明する。これは、合理性における確固たる選択を支持する全ての説を要約するものではないけれども、事前の付託と脅迫の作用の脈略における決断との区別という道徳的に本当とは思えないことに気付かせるのに十分である。務めに対して自分自身を冷酷にすることで、あるいは脅迫が抑止に失敗する場合に再考することを拒むことで、人間が、ある種自動的に発砲するばね銃に自分自身をしうるならば、彼の発砲は、どこから見ても、ばね銃を備え付けておくのと同様に正当化されるように思える。

この自動性 (bootstrapping) の問題を回避するために有用な解答のいずれも、やむにやまれないものとならない場合、財産防衛において致死的威力の使用は一般的には許容されないけれども、適法な抑止的な脅迫に関連する全体として正当化された計画の脈略で、そうすることが許容されるとの観念によって我々は平穏となりえないのかどうかにつき、検討しないままである。もっとも、ここで慎重になる必要がある。どの抑止的な脅迫もあるいはそれに続くものがこの自動性により正当化されうるというわけではない。というのも、場合によって、全パッケージ (抑

正当で合理的な根拠のある実体刑法体系のために……

止的な脅迫＋その後続く行為)は、守ろうとする利益により正当化されるのに不十分であるからである。例えば、誰かが自分の芝に侵入することを予防するために、核攻撃をすると脅迫することは適法であろうか？ おそらくそうならない。全パッケージは、守られる利益の観点から正当化される必要があるのである。

IV. 企まれた抗弁と抑止的な脅迫の比較

我々は、企まれた抗弁の問題と抑止された脅迫の問題が、一方の鏡像であるということからはじめた。前者は全体として許容されない計画に取り込まれた、一見許容される行為に関係するが、後者は、全体として許容される計画に取り込まれた、一見許容されない行為に関係する。その事例間のこのシンメトリーを同一視することが正しければ、それぞれの問題に対する様々な有力説が、他方と一致する説を認めることになりうる。

はじめに、両事例で、計画全体を形成する2つの段階があることに注意する必要がある。抑止的な脅迫における脅迫段階を、自由な行為状況における企み段階に関連付けることからはじめる。脅迫の実行段階は、自由な行為状況における、一見すると犯罪行為となる行為を実行する段階と一致する。両事例で、一次的段階と二次的段階とを結び付ける全体としての行為が存在する。そこで、抑止的な脅迫における第一前提を思い出しなさい。そこでは、実際にそうすることが許容される以上に、そうすると脅迫の許容性を否定したいと理解した。この説を採用者は、遡及的帰納により、二次的段階で実行することが許容される行為を根拠に、どの脅迫を示すことが許容されるかにつき理由付ける。同種の遡及的帰納は、自由な行為状況とある説を導くことになる。遡及的帰納説をこの場合に支持するのであれば、正当化事由または免責事由を伴う殺人が許容されるがゆえに、その状況で、殺そうと企む計画または意図も許容されるということになろう。

例えば、正当防衛で誰かを殺そうと偽装する、または被害者を殺すことを自制しえない責任無能力状態になる場合、これらの被告人らは、単独であるいはそれ自体で考慮されれば、正当防衛で誰かを殺すことや責任無能力状態で誰かを殺すことのように、完全に許容される何らかのことをしようと意図している。なので、そうすることが許容される以上に、脅迫につき許容されるとの前提を否定すると第1番目の立場は、計略的な抗弁につきいくつもの問題があるということをも否定するものへと変わるように見える。被告人はなお、自己が計略する抗弁の利益を保持しており、より大きな意味での計画は何も無効にしない。

そこで、反対に、そうすることが許容される以上に、そうすると脅迫が許容されるとする立場の鏡像を検討する。自由な行為事例で、これは、正当防衛での殺害行為が許容されるにもかかわらず、実際に、そうすることが許容されることを企むことは許容されないとの立場に至るであろう。行為自体の道徳的特徴は、その行為を導く意図の許容性を決定しない。興味深いことは、自由な行為事例で責任を肯定する人の多くは、抑止的な脅迫事例でも責任を肯定したが、そのような脅迫を示すことの許容性を否定したが。ところが、計略的な抗弁事例で責任を肯定しがちな人のより本来的な立場は、抑止的な脅迫の許容性を肯定することになる。

次に、抑止的な脅迫をより担保するために、自動報復装置を用いることが許容されるのかどうかという第2番目の立場を検討する。自由な行為の脈略と一致する事例は、企みに基づく行為がもはや被告人の統制下でない場合である。したがって、被告人が自分自身に自分の妻を殺すように催眠術をかけた場合、その催眠状態の作用は、被告人が自動操縦により計画を実行し始めるばね銃に似かよる。はじめに、ばね銃を設置する決断のように、唯一の自発的な行為は、企んだ時点で先立って実行されたのであり、したがって、被告人は「飛んでいく弾丸」のようであった。致命的威力による財産の手動的な防衛が許容されなければ、ばね銃

正当で合理的な根拠のある実体刑法体系のために……

の使用も許容されないとする立場は、催眠による殺害行為が免責されるとの意味で許容されるならば、自分自身が催眠により（他人を）殺すよう準備することも許容されるとの立場に至ることになる。正当な行為を実行することになる機械装置の自動性（automaticity）は、正当な行為をするために企むことまたは意図することのより際立つ方策になるように思える。したがって、企む場合に抗弁を失わないと考える人は、催眠のような自動的な計画実行の方策の利用により、だまされてはならない。自分自身が許容された行為を実行するよう準備する被告人はなお、免責または正当化事由の利益を主張しうる。

最後に、抑止的な脅迫事例での許容された脅迫の基づく後行行為を肯定する立場の第三段階を検討する。その段階は、ばね銃のような自動報復装置をもって抑止的な脅迫を裏付けることが許容されるならば、手動装置でそうすることも許容される必要があるとした。これを自動性説（Bootstrapping Argument）と呼ぶ。では、自由な行為状況で、何が自動性説となるのか？ 例えば、催眠のような方法を通じて、誰かを「自動的（automatically）」に殺すよう企むことが許容されないならば、催眠により実行された現実の殺害行為も同様に許容されないと示唆されるであろう。換言すれば、我々は、被告人が計画段階であることを根拠とするだけでなく、その計画に従ってすることを根拠として被告人に責任があると示す。この立場によると、我々は、被告人の行為が免責または正当化抗弁に値するとの事実にもかかわらず、免責または正当化された行為の許容性に反対することになる。この立場によると、我々は、被告人が真に、そうでなければ主張しうるであろうと思われる抗弁に値するかどうかを理解するために、より広義の状況を検討する必要がある。

したがって、抑止的な脅迫の脈略で疑わしく見えた自動性の論理は、原因において自由な行為の脈略で、完全に合致するように思える。その論理は、我々が全パッケージの全体としての道徳的な特徴の脈略で、計画（あるいは計画の構成部分）を評価する必要があることを示唆する。

見てきたように、特定の抑止的な脅迫の適法性は、他者の不法行為を抑止するために脅迫し、やがてはその後に続くことになる計画の全体としての正当性の脈略で評価される必要がある。そして、自動性説によって正当化しうる脅迫につき、比例性の制限が存在する必要があると理解したように、この方法によって無効にしうる計略的な抗弁に制限が存在する必要がある。核兵器を使用するとの脅迫が侵入者を抑止することを保障しないのと同じように、生命の危険があるまで自身を空腹にして、パン一斤の窃盗を企むことは、企むことの非許容性を認めるための抗弁を無効にすることを保障しない。しかし、これらの実質的な条件は、計画を根拠とした論理が明確な分析方法を提供する前に、さらなる精密さを必要とする。ここでは、我々は、刑法におけるこれら2つの問題の類似性の比較を確証しようと、あるいは、もっともらしい結論を作り出すように思える両タイプの状況について理由付けをする方法を示唆しようとしただけであった。

我々が分析してきた限りで、抑止的な脅迫の問題は企まれた抗弁の問題を意味する。そこで、抑止的な脅迫の問題の分析が、企まれた抗弁を扱うために示された理論、すなわち、伝統的アプローチや間接正犯アプローチ、あるいは、ルシュカの例外モデルや二次的義務の理解を深めるのにどのように役立つのかを検討してみよう。

単純化すると、抑止的な脅迫の問題で採った2つの最も極端なアプローチを単純に検討してみる。1つに、財産を守るために誰かを殺すことは不道徳であるがゆえに、殺すよう意図することや殺すと脅迫すること、または殺すことになる機械仕掛けの装置を設置することも不道徳であるとするアプローチがある。このアプローチは、最終的な行為の不道徳性から、その行為を生み出すあらゆる先行態様の不道徳性までを論理的に考慮するために、我々は、このアプローチが遡及的帰納説と呼ばれているとした。もう一方は、通常、用いることが許容されている以上の威力で脅迫することが許容されるがゆえに、一般的な防衛手段の一部として

正当で合理的な根拠のある実体刑法体系のために……

殺すことになるのであれば、窃盗犯を殺すことになる機械仕掛けの装置を設置すること、またはそれ自体で窃盗犯を殺すことさえも許容されるとするアプローチである。我々は、全体としての防衛の手段の道徳性から、その構成部分の行為全体の道徳性までを論理的に考えさせるこのアプローチを自動性説と呼んだ。

遡及的帰納説や自動性説の観点から伝統的アプローチを見ると、いくつかの興味深い類似性に気付く。1つは、伝統的アプローチは遡及的帰納説に極めて類似しており、自動性説とはだいぶ異なるというものである。遡及的帰納説のように、伝統的アプローチは、被告人の個別の行為から、被告人の行為の全体としての道徳性までを論理的に考慮する。伝統的アプローチによると、被告人が二次的段階で自身を守る場合、被告人は何ら不法も行っていないが、一次的段階での正当防衛の利益を主張しえないがゆえに、一次的段階で物事がそう運ぶように仕掛ける場合、彼は何らかの不法を行っているとする。それはまさに、遡及的帰納説により示された、行為を介した行為 (act-by-act) の論理である。

ところが、遡及的帰納説が伝統的アプローチにつき我々に示唆する別のものがある。2つのアプローチの類似性についての綿密な分析により、伝統的アプローチによる行為を介した行為の論理には欠点があることが明らかとなる。先の T1 時に被告人が後の T2 時の死を惹起するあるいは正当防衛を主張しえない時にそうすると述べる代わりに、その状況についての別の叙述は遡及的帰納説とより合致することになる。というのも、遡及的帰納説は、被告人が最終段階の T2 時にしたこと（この事例では正当防衛で殺すこと）に我々が焦点を当て、そしてその次に、はじめの段階 T1 時での行為態様に対する道徳的な立場を推定するよう示唆するからである。このように考えると、遡及的帰納説は実際に、T1 時での被告人が、正当防衛という方法により T2 時の死を惹起するとすることを示す。こうなると、被告人は自分自身で何らかの完全に適法なこと、すなわち、正当防衛で殺すことを惹起するがゆえに、何ら不法な

ことをしていないように思える。遡及的帰納説が明らかにすることは、伝統的アプローチはその支持者が主張することをしないということである。つまり、実際に、抗弁が企まれた場合、被告人が正当防衛の主張をできるようにするべきではないとの直感を合理的に説明するには役立たないのである。逆に、被告人は正当防衛を主張できるとすべきであろう。

先述の議論の観点から、間接正犯アプローチを再考するべきであったとすれば、我々は何らかの類似性を見つけるであろう。間接正犯アプローチは、伝統的アプローチのように、実際に遡及的帰納説に近接する。というのも、行為過程の道德性を行為の個別部分の道德性から推定する必要があるということならば、間接正犯アプローチは、ある種の行為を介した行為の論理にも依拠するからである。そして、結局、間接正犯アプローチは、伝統的アプローチのように、一般的に誤解されてきたということが分かる。正確に当てはめると、この立場からも、企まれた抗弁の創出者は有罪とされるというよりも、むしろ免責されるべきであろう。

事態は、ルシュカの二次的義務論により全く別物となる。綿密な分析により、ルシュカ理論は、自動性説にまさに類似し、遡及的帰納説とは完全に異なることが明らかとなる。それは、基本的に、ルシュカのアプローチが被告人の行為過程を全体的に評価し、それに応じて、その行為過程の個別の構成部分が非難に値するとするからである。ルシュカは全体として行為過程を見るようにさせ、否と判断すれば、二次的義務は、被告人が法違反を実行することを必要とする状況を作り出すことではなく、表面上、正当化または免責される行為を作り出すことであると分かる。自動性説は、同じように、「抑止的な脅迫」計画の計画者の全行為過程を見るようにさせ、それを是と判断すれば、同様に、二次的段階で窃盗犯人を殺すために致死の威力を用いるとの判断を含め、その個別の構成部分も是とする。このように、ルシュカのアプローチは実際に、企む者に抗弁を与えたくない人の直感を十分に合理的に説明しうる唯一の

正当で合理的な根拠のある実体刑法体系のために……

ものである。

これは、二次的義務論が正しいということを立証しないが、それに対する反論に高い価値を与える。というのも、二次的義務論を否定すれば、そのような事例の論理は、多くの人が直感に反すると感じる企まれた抗弁の使用を肯定し、多くの人がより妥当であると感じる抑止的な準備を否定するように駆り立たせるからである。

V. お わ り に

我々は、企まれた抗弁の問題と抑止的な脅迫の問題との類似性を示そうと、長くそして複雑な主張をしてきた。我々の立場によると、これら2つの状況は、それぞれの事例の行為者が自分自身に、その道徳的特徴が全体としての計画の道徳的特徴と対立する行為を実行するよう惹起するというに一旦気付けば、驚くほどの対称性を示す。この対称性を理解する者は、それぞれの問題に対する異なる解答を区別するための説得的な道具を得る。我々は、もっとも一貫してあるいは少なくとも直感に反して、両方の問題を扱おうと分かる解答が、一方で、ルシュカの自由な行為の問題に対する二次的義務の解答、もう一方で、抑止的な脅迫の問題に対する自動性説の解答の過程にあると結論付けたい。これは、合理的あるいは道徳上の選択の問題に対する、計画を根拠としたアプローチが採られるべきであるということを示唆する。というのも、一旦、我々が計画を基礎とした観点を取り入れれば、多くの、道徳的ジレンマに対する我々の直感的な反応がもっとも合理的に説明されうるからである。