

〈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（3）

—Peter Westen 「不能未遂：推論的テーゼ
(Impossibility Attempts: A Speculative Thesis)⁽¹⁾」—

坂 本 学 史

前回（神戸学院法学第39巻2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3弾として、Peter Westen の「不能未遂：推論的テーゼ (Impossibility Attempts: A Speculative Thesis)」の概要を紹介する。

そこで、本論文の概要紹介に入る前に、あらかじめ執筆者の紹介および、執筆者の言葉を借りつつ、本論文の骨子を簡単に示すことにする。Peter Westen は、刑法理論および法理論の研究者であり、William O. Douglas 合衆国最高裁判事の秘書を経て、1973年よりミシガン大学ロースクールで教鞭をとり、現在、ミシガン大学ロースクールの名誉教授としてご活躍されている。

さて、Westen 論文では、アメリカ合衆国における不能未遂論につき、

(1) 5 Ohio St. J. Crim. L. 523 (2008).

行為者がどの錯誤をしていたか、あるいは、行為者がどの行為を実行しているか、または、行為者にはどの意図があったのかのいずれかを基礎として、何年もの間、研究者の間で争われてきたけれども、どの立場も不能未遂に関する広く共有された直感、すなわち、法律の錯誤に基づく未遂は事実の錯誤に基づく未遂と同等の非難可能性があることを説明しえないと指摘する。⁽²⁾そこで、Westenは、本論文で、KadishとSteveのケースブックにある講壇事例（事実氏と法律氏事例（Mr. Fact and Mr. Law）⁽³⁾）をベースとして、不能未遂のテーゼにつき本論文で探求している。そこでは、最終的に、人々にはどこにあるいはなぜ広く共有された直感があるのかだけでなく、人々にはどこにあるいはなぜ相反する直感もあるのかも説明する別のルールを提案することになる。つまり、不能未遂に関する非難可能性あるいは非難されないことの直感は、被告人が実行しようとした制定法上の犯罪を起草した法域の知識ある市民が、制定法が守ろうとしている利益を当該被告人が脅かそうとしていると確知するまたは確知しないかどうかについての作用であるとするのである。換言すれば、その判断は、なされると市民が懸念する反事的な状況で、当該被告人が犯罪を遂行したであろうとその知識ある市民が確知する、または確知しないかどうかの作用なのであるということになる。⁽⁴⁾

以下、Westen論文の概要を紹介する。

——Peter Westen 「不能未遂：推論的テーゼ（Impossibility Attempts: A Speculative Thesis）」——

(2) *Id.* at

(3) SANDORD KADISH & STEPHEN SCHULHOFER, CRIMINAL LAW AND ITS PROCESSES 638 (6th ed. 1995)

(4) Westen, *supra* note 1, at 523.

Ⅰ. はじめに

Kadish と Steve のケースブックは、不能未遂に付きまとう問題を例示する。もちろん、その問題は、不能未遂を遂行するある行為者は有罪とされるべきである一方で、別の行為者は「不能」抗弁に値するとの直感を説明し、正当化する原理を明らかにすることである。

私は不能未遂というパズルを解くと信じるテーゼを探求し、そうすることで、Kadish を擁護する。特に、私は、不能未遂の解答が、今まで見過ごされてきた刑事責任の「隠れた要件」、すなわち、刑事事件の多くは難なく満たすためにかろうじてその存在に気付くが、まれな不能未遂において、はからずも直面することになる刑事責任の要件を前提にすると主張する。

にもかかわらず、そのテーゼは不能犯を例示する一方で、刑事未遂一般に関する厄介な問いを生じさせることにもなる。そのテーゼは、我々がある人を未遂で、あるいは将来の意図で処罰する場合、我々は基本的に、その人がしたことではなく、我々がえることができたのではないかと恐れる反事的な状況において、その人がしたであろうことでの処罰を暗黙の前提とするのである。

Ⅱ. 質問の範囲とその用語

不能犯を検討する目的は、刑事責任の問題を探求する多くの研究者に共通する。それは (1) 一定の問題につき、人々の正義の直感がどんなに強固で広く支持されているものであれ、説明し、予想し、正当化すること、そして (2) 同じ領域の相反する公平性の直感を説明することである。

興味深いことは、共通の直感を持つたびに、人々は不能犯事例で相反する直感を持つということである。したがって、学生らは、脅威がないと認識する人を殺そうと意図的に発砲し外した行為者は生命侵害未遂罪

で有罪となるということを肯定するが、盗品であるとの誤った確知により、かなり値の下がった財物を露店商人から購入する者が盗品譲受未遂罪で有罪となることを否定する。

A. 刑事未遂一般

私は、現実のあるいは仮定の不能犯事例の解決策について、学生らに意見を求めてきた。そこから、その意見の違いは、不能未遂の独自性についてではなく、「未遂」という基礎となる犯罪が、それ自体どのように定義されるべきなのかについての不一致によるものであると考えた。そして、それらの不一致の多くが、(1) 一定のメンズ・レアを持つ行為者はすべて未遂で処罰されるべきかどうか、(2) より軽い罪 (minor offenses) の未遂はすべて処罰されるべきかどうか、(3) どの程度の峻厳さで処罰されるべきか、にあると考える。

1. 未遂のメンズ・レア

誰もが、X犯罪の実行未遂で訴追する場合に、行為者にはX犯罪の要素につき「目的」があることを満たすべきであるとする。ところが、学生らは、目的が必要であるかどうかにつき否定しがちである。実際に必要であるとして、行為者がX犯罪の実体的な要素につき目的をもって行為しなかった限り、不能未遂を含め、誰もX犯罪の未遂で処罰されるべきではないとする者もいれば、少なくとも重大犯罪の未遂という点で、あるいは、不能未遂であるかどうかとは無関係に、X犯罪の状況・結果要素につき、認識または確知 (belief) という内心状態を持つことで十分であるとする者もいる。さらに、たとえメンズ・レアが単なる無謀や過失からなっているとしても、あるいは、不能未遂であるかどうかとは無関係に、X犯罪が状況要素につき必要なメンズ・レアを行為者が持つことで十分であるとする者もいる。結果として、これらの学生らが、後者の内心状態を持つ行為者が不能未遂で処罰されるべきかどうかにつき

正当で合理的な根拠のある実体刑法体系のために……

意見が相反する場合、その不一致は、不能犯についてではなく、不能犯とは無関係なこと、すなわち、そのようなメンズ・レアを持つ者が、未遂で処罰されるべきかどうかにある。

2. より軽い罪の未遂

誰もが、未遂責任が科される完成犯罪の類型につき、X犯罪が重大犯罪であるということを肯定する。ところが、学生らは、X犯罪が重大犯罪である必要があるのかどうかにつき立場が対立しがちである。したがって、X犯罪自体が重大犯罪でない限りで、不能未遂を含む、X犯罪の未遂で処罰されるべきではないとする者もいれば、反対に、不能未遂であるかどうかとは無関係に、盗品譲受のような、より軽い罪の未遂についても責任はあるべきとする者もいる。結果として、これらの学生らが、行為者がより軽い罪の不能未遂で処罰されるべきかにつき意見が相反する場合、その不一致は、不能犯についてではなく、不能犯とは無関係なこと、すなわち、未遂犯罪は一体、そのような犯罪にまで拡張されるべきかどうかにある。

3. 未遂罪に対する刑罰の峻厳さ

誰もが、未遂の刑罰の点で、収監は、謀殺のようなもっとも凶悪な犯罪の未遂に妥当するというのを肯定する。ところが、学生らは未遂の刑罰につき確信を持ってない。そして彼らは、さらに、どの収監も、軽減された重大犯罪の未遂で妥当するかどうか（そして、どの程度の収監が妥当するか）について意見が対立する。結果として、学生らが、行為者が重大犯罪よりも軽減された犯罪の不能未遂で処罰されるべきかどうかについて意見が対立する場合、不能犯についてではなく、不能犯とは無関係なこと、すなわち、そのような未遂に対する収監という一定の現実のまたは想像上の妥当性についての不確かさや不一致を示す。

これらの無関係な条件を排除するために、私は質問の範囲を制限する。

アングロアメリカン法で刑事未遂の領域を越える、人々の処罰の直感を説明し正当化する原理を求めるといよりもむしろ、私は、一定の種の刑事未遂と処罰に制限する。「未遂」から、私は、犯罪の状況要素や結果要素につき目的や確知を持つが、その時に存在すると確知する条件により、犯罪となるために計画された行為過程の実質的な段階となる何らかのことは、またはしない行為者による、作為または不作為を示す。未遂の「処罰」から、私は、収監の付加的な観点とは無関係に、行為者が未遂で「有罪」であると公的に明らかにすることや犯罪記録の一部の作成という公的な行為を示す。

B. 「不能」未遂

「不能犯」は、意図的に犯罪遂行に着手する (undertake) (そして、任意にその着手を中止 (abandon) しない) 行為者が、それにもかかわらず、犯罪を完成しそこなう。したがって、不能犯は、未遂の有罪から解放することになる2つの重複の1つである。その2つの重複とは (1) 障害 (interruption) によるものと (2) 不能な方法によるものである。

出来事が、しようと思図する全てのことを実行することから行為者を失敗するように作用する場合、犯罪の着手は「障害」のゆえに失敗する。したがって、行為者が、脅迫し要求する前に、銀行の入り口で予期せず逮捕される場合や、行為者が引き金を引く前に、その拳銃が偶然に手から滑り落ちる場合、意図した誘拐の被害者を連れ去る前に、行為者が心臓発作にかかる場合、あるいは、意図した強姦の被害者がうまく行為者を撃退する場合、行為者は障害のゆえに失敗する。障害による未遂の性質は、行為者がしようと思図した全てのことをする前に障害されるがゆえに、たとえ起こりえないとしても、犯罪を遂行する前に、自発的に悔しがる可能性が常にあるというものである。

意図する犯罪遂行の可能性 (ability) につき、行為者にある種の錯誤がある場合、犯罪の着手は「不能」のゆえに失敗する。その錯誤は、行

正当で合理的な根拠のある実体刑法体系のために……

為時に存在すると行為者が信じる条件についてである。すなわち、行為者は、ある犯罪の状況要素（例えば、女性との性交につき「同意がない」ことに）につき、誤って信じる。行為者は、ある犯罪の行為要素または結果要素を満たす方法や根拠がある（例えば、拳銃に弾丸が入っているまたは意図した生命侵害の被害者が生きている）と、誤って信じる。行為者は、禁止規定がある（例えば、姦通が犯罪である）と、誤って信じる。どの出来事においても、犯罪の着手は、その時に存在すると信じる条件により、行為者が意図する全てのことをしたとすれば、行為者は犯罪を実行することになるけれども、現実に行為者がすること（または、十分な意図に基づき行為した場合に、行為者がするであろうこと）は、その条件は行為者がそうであると信じたことではないがゆえに、行為者が実行しようと意図する犯罪ではない場合、不能のゆえに失敗する。

次に、不能未遂は、未遂が障害されるかどうかにより、2つの範疇に分けられる。行為者は、不能未遂を実行する際に、意図する全てのことをする場合、障害されなかった（uninterrupted）不能未遂を遂行する。したがって、行為者は、生きてると信じている人を殺そうと意図的に発砲するが、意図した被害者がすでに死んでいるとは気付いていなかった場合や、弾道にいと信じている人に向けて、目的的に発砲し失敗するけれども、意図した被害者が弾道にいなかった場合、または、所有者の同意がなく領得していると信じる財物を持って、目的的に逃げるが、所有者が同意していたことに気付かない場合、障害されなかった不能未遂を遂行する。一方で、行為者は、不能未遂を実行する過程で、出来事が、そうしようと意図する全てのことを実行することから、行為者を失敗するように作用する場合、障害された（interrupted）不能未遂を遂行する。したがって、行為者は弾丸が入っていると信じるが、実際には入っていない拳銃の引き金をまさに引こうとしたことで警官がその行為者を逮捕する場合や、窃取する目的で、お金が入っていると信じるが、何のお金も入っていないことが明らかな金庫を破る場合、行為者は障害さ

れた不能未遂を遂行する。

Ⅲ. 不能犯問題を解くための説

A. 行為者は何をしようと意図するのか？

いくつかの裁判所や研究者らは、行為者に「何をしようと意図していたのか」と問うことで不能犯の問題を解決しようとする。このテストは、媒介的あるいは適度に有用となるように適用することが可能である。もっとも、意図テスト (intention test) は、ランダムまたは推断的のいずれかのいんちきなテスト (a bogus test) によって、乗っ取られうる。

Jaffe 事件判決は、意図テストが乗っ取られうる、いんちきなテストを例示する。Jaffe 事件裁判所は、(1) 問題となる点で、行為者がどの行為を実行しようとしたのかを明らかにすることと、(2) その行為が犯罪であるか犯罪でないかを判断することで、不能犯の問題を解決しようとする。Jaffe 事件裁判所は、行為者が実行しようと意図した行為が犯罪である場合、行為者は未遂罪で有罪となるとした。したがって、Jaffe は、所有者の同意なしに差し出されていると誤って考え、おとり捜査で財物を手に入れる行為者は、財物が所有者の同意をもって差し出されていることを前提とすれば、実行しようと意図する行為 (例えば、特定の財物を手に入れ、意図的に持ち去るとの目的を実際に達成する行為) は、犯罪ではないがゆえに、窃盗未遂罪 (attempted larceny) で有罪とはならないと主張した。そうであるとすれば、反対に、財布が空であるのに気付かずに、スリをする目的で財布に手を伸ばす行為者は、実行しようと意図した行為 (例えば、お金の入っている財布をスリとの行為) が犯罪であるがゆえに、スリの未遂罪で有罪となることになる。

Kadish が指摘するように、Jaffe 事件の欠陥のあるテストは、不能犯事例で、行為者が実行しようと意図した1つの行為を調べようとするけれども、行為者が以下2つの行為を実行しようと常に意図する新たな方法で「意図」を定義する。

正当で合理的な根拠のある実体刑法体系のために……

行為1：不能犯事例で、人が実際に実行し、かつ、絶対に犯罪にならない行為（例えば、所有者の同意をもって、財物を手にいれ持ち去るという行為）

行為2：不能犯事例で、人が実行していると誤って信じ、かつ、常に犯罪となる行為（例えば、スリ行為）

Jaffe 事件判決は、2つの行為が存在する場合に、単一の意図した行為を要求するがゆえに、未遂に対する行為者の責任は、結局、（実際に両方の行為を意図するとして）行為者がどの行為を実際に意図するかについてではなく、むしろ、裁判所が事後的に、偶然にどの行為に焦点を当てるかに依拠することになる。

したがって、Jaffe 事件判決アプローチの欠点は、不公正な結果を示すことではなく、全く結論を示さないことにある。Jaffe 事件判決は、無罪か有罪かを知りたい裁判所に対し、何ら有効なガイダンスも与えない非テスト（non-test）となる。否応なしに、裁判所が行為1または行為2のどちらを強調するかどうかによって依拠することで、不能犯事例において、被告人を無罪とするか有罪とするかのいずれかに適用される。したがって、行為2を強調することで、裁判所は、行為者がしていたと誤解していたことをするように（例えば、所有者の同意なく、財物を手にいれ持ち去ろうと）意図したと述べることで有罪としうるし、行為1を強調することで、裁判所は行為者が実際に実行した行為を実行するように（例えば、空の財布に手を入れようと）意図したと述べることで、スリの失敗を無罪としうる。これは、Jaffe 事件判決アプローチが、行為者が有罪であるか無罪であるかを裁判所がすでに判断していたかどうかによって依拠することで、推断的またはランダムの内なるいずれかになるということの意味する。意識的にまたは無意識的に無罪か有罪かを判断する裁判所にとって、Jaffe 事件判決は、裁判所が先に明らかにされていない根拠によって至った判決を合理的に説明するための事後の事柄に依拠する推

断的なラベルとなる。まだ判断していない裁判所にとって、Jaffe 事件判決は、2つの行為の内のどちらが裁判所に影響するかに依拠することで、ランダムに無罪か有罪かのきっかけとなる。

ここで、行為者の意図が常に非テストとなると言うつもりはない。George Fletcher は、推断的というよりもむしろ、媒介的な意図テストを示す。Fletcher は、不能犯事例で、行為者は（行為1または行為2のいずれかというよりもむしろ）行為1と行為2の両方を意図していたと見なされうるとする。Fletcher によれば、行為者に不能抗弁があるかどうかは、行為者の「動機付け (motivating)」となる意図に依拠する。そして、動機付けとなる意図の意味は、やがて修正された行為をすれば、錯誤が解かれる場合に、行為者が（行為1または行為2の）どちらの行為を実行するかということにある。

したがって、錯誤が解かれた場合に、実際に実行した種の危害なき行為を実行することに動じないと動機付けした行為者は、未遂罪で有罪とならない。反対に、錯誤が解かれる場合に、行為過程を変更し、実行していたと考えた犯罪行為を実行しようと動機付けした行為者は、未遂罪で有罪となる。

Fletcher のテストには、多くの広く共有された直感の説明を可能にする利点がある。したがって、そのテストは、お金が入っているとの誤った確知により、他者の財布に手を伸ばす行為者がなぜ有罪となるか、あるいは、姦通が犯罪であるとの誤った確知により、姦通に取り組む姦通者がなぜ有罪でないのかを説明する。前者は、やがて修正された行為をすれば誤解が解かれた場合、お金が入っている財布を見つけスリを行うがゆえに、有罪である。後者は、誤解が解かれた場合、実際に実行した同じ無辜の行為（例えば、今回は犯罪を実行していなかったと安心する一方で、姦通）を実行するがゆえに、有罪ではない。

あいにく、Fletcher のテストは、反直感的にほとんどの者が有罪とする行為者を無罪とする。したがって、恋敵の死を望み、寝ているとの誤

正当で合理的な根拠のある実体刑法体系のために……

った確知により、殺そうと発砲するが、その恋敵は数時間前に心臓発作ですでに死んでいたと知らなかった行為者につき、学生らを基準とすれば、ほとんどの者はそのような行為者を有罪とするであろう。しかし、Fletcher は、その行為者がやがて行為過程を修正すれば錯誤であった場合、行為者は、元々したことよりも、より無害のことをする、つまり恋敵がまさに自然な原因により死んでいると認識することで、安らかな心で平穩に現場を去るがゆえに、彼を無罪とすることになろう。

B. 行為者はどの種の錯誤をするのか

模範刑法典 § 5.01 を含む、別の主要なテストは、行為者が事実の錯誤 (a mistake of fact) と法律の錯誤 (a mistake of law) のどちらをするかどうかを根拠とする。錯誤テスト (law/fact test) の典型は、法律の錯誤をする行為者には抗弁を与え、事実の錯誤をする行為者には与えないことで、「法律 (law)」と「事実 (fact)」という用語に明示的に依拠する。

類似の錯誤テスト形式は、模範刑法典テストである。模範刑法典 § 5.01 (1) は、錯誤テストを機能的に倍にする 2 つの要素を包摂する。1) 1 つ目の要素は、行為者の責任につき、たとえ自己の確知により錯誤するとしても、行為者がそうであると「状況 (circumstances)」を「信じる」ことを根拠とする。2) 2 つ目の要素は、法律の錯誤をするどの行為者も決して持ちえない、X 犯罪それ自体が必要とするメンズ・レアを持つことで、X 犯罪の未遂に対する行為者の責任を条件付ける。結果として、要素 1) は行為者の責任につき、そうである「状況」を信じることを根拠とし、要素 2) は、法律の錯誤をする行為者に対する責任を排除するように機能するために、行為者は、事実の錯誤をする場合あるいはその場合にのみ、模範刑法典 § 5.01 (1) により、不能未遂につき責任があるとされる。

我々は端的に、錯誤テストにはいくつかの長所があると理解する。あ

いにく、Jaffe 事件判決が意図テストを乗っ取ったように、錯誤テストは、類似の用語により変装したいんちきなテストにより乗っ取られうるが、Jaffe 事件判決と同様に決定的なものではない。

いんちきなテストは、「法的 (legal)」あるいは「事實的 (factual)」不能という類似の用語を用いることで、錯誤テストを真似る。錯誤テストのように、いんちきなテストは、未遂責任の抗弁として法的不能を扱い、抗弁ではないものとして事實的不能を扱う。ところが、いんちきなテストは、本物のテストとは別様に「法律」と「事実」を判断する。法律と事実間の錯誤により行為者の責任を判断するというよりもむしろ、行為者が意図する行為が完成犯罪にならないようにすることが、事実であるのか法律であるのかどうかによって、行為者の責任を判断する。

Dlugash 事件判決は、錯誤テストが「法的」あるいは「事實的」不能という言葉で乗っ取られうる偽の方法を例示する。ニューヨーク州は、Dlugash 事件が生じた時に、錯誤テストの代わりに模範刑法典 § 5.01 を用いたけれども、Dlugash 事件判決は、法的不能と事實的不能を区別することで不能未遂を解く過去の努力を分析した。Dlugash 事件判決は、法的不能が「法律の錯誤」を根拠とするが、事實的不能は「事実の錯誤」を根拠とするとすることからはじめる。ところが、Dlugash 事件判決は、直ぐに、未遂が事實的不能か法的不能かどうかを判断することは、2つの行為（すなわち、行為1または行為2）の内のどちらを行為者が意図したとして判断されるかであるとの立場を暗に採ることで、矛盾することになる。Dlugash 事件判決は、法的不能の例として、生きている鹿であるとの誤った確知による偽のおとりへの発砲に言及する。そこでは、外見上 (i) 発砲者は、実際に発砲する目標に向けて発砲するよう意図する必要がある。というのも、そうでなければ、発砲者は目標に当てることに成功しないであろう。そして (ii) 彼が発砲する目標は偽のおとりであり、(iii) 発砲者が、おとりに向けて発砲することで密猟という犯罪を遂行することを不可能とするものは、「密猟」は生きている動物

正当で合理的な根拠のある実体刑法体系のために……

に向けて発砲すると規定する法律であると理由付ける。同時に、Dlugash 事件判決は、事実的不能の例として、空の財布を無益にスルことに言及する。そこでは、外見上 (i) 財布にはお金が入っていると信じるスリは、お金が入っている財布をスルように意図する。そして (ii) スリがスルことを不可能にすることは、財布が空であるとの事実であると理由付ける。

もちろん、「事実的」あるいは「法的」不能についてのこの理解は、Jaffe 事件判決と同じ誤謬に苦しむ。その誤謬は、行為 1 と行為 2 との間で、不能未遂における行為者は、現実に関方の行為を遂行するよう意図する場合、1 つだけを遂行するよう意図すると考えることである。行為者は両方の行為を遂行しようと意図するがゆえに、すべての不能犯事例は、どのように特徴付けられるかに依拠して、事実的不能と法的不能の相方の例となる。したがって、法的不能として密猟未遂を、事実的不能としてスリ未遂を叙述する代わりに、Dlugash 事件判決は正反対のことを述べた。行為 2 の例として密猟者の行為を、行為 1 の例としてスリの行為を特徴付け、それにより、事実的不能として前者を、法的不能として後者を叙述する。結果として、この種の事実的あるいは法的不能の審理は、Jaffe 事件裁判所が行為者は何を意図したのかを審理した推断的あるいはランダムな方法を繰り返す。

より良い「法的」あるいは「事実的」不能のテストは、行為者が実際にしないことを犯罪となるように惹起する、法律と事実との間の錯誤に焦点を当てるものである。テストの目的にとって、「法律」は国家が公的に処罰しうることを明示する行為類型の明確性からなる。「事実」は行為が禁止された行為類型であると理解されるものの内の個々の行為 (act-token) であるかどうかを判断する経験的な特徴からなる。したがって、法律と事実の間に中間的な根拠は存在しないし、どちらも「混合」した錯誤は存在しない。行為者は不能犯事例で法律の錯誤をする場合、すなわち、行為者が、何をしているかを経験的に認識するが、国家が公

的に処罰しうる行為類型の行為を明記してあると誤信する場合、行為者には抗弁がある。一方で、行為者が不能犯事例で事実の錯誤をする場合、すなわち、行為者は、国家が公的にどの行為類型を処罰しうると明示しているかを認識するが、自己の行為がその個々の行為であると誤信する場合、行為者には抗弁がない。

錯誤テストに対する最良の批評は、Kadish が、⁽⁵⁾「仮定のローレビュー」での「評釈」において、「Eldon 嬢のレース事件」で解説した立場に対して浴びせたものである。Kadish が「評釈」において認めるように、問題は、「法律」および「事実」の範疇が、一般的に、どの試みがそれぞれ非難しないか (exculpatory)、あるいは、非難するか (inculpatory) についての共有された直感と合致するけれども、その組み合わせは完全ではないということにある。事実の錯誤は、第三者が一般的に非難しない言葉として見なすということにもなりうるし、法律の錯誤は、第三者が一般的に、非難する言葉として見なすということにもなりうる。

第三者が一般的に、非難しないと考える事実の錯誤を例示するために、Kadish が評釈において示す以下の事例を検討してみよう。

中西部のヴードゥー儀式事例 (Midwestern Voodoo) : 「騙されやすくノースダコタの家から出られない55歳の女性 Mildred は、フロリダのパームビーチにいる前夫とその妻を深く恨んだ。Mildred は夕刊紙を読み、致死的なハイチ島が起源のヴードゥー儀式につきインターネットで知る。それは、そこで推薦された小冊子を購入し、練習し、その対象の DNA

(5) KADISH & SCHULHOFER, *supra* note 3, at 633-640 ; Eldon 嬢のフランス産レース事件 : ヨーロッパ大陸を夫と旅行していた Eldon 嬢は、彼女がフランス産だと思ったレースを購入し、Eldon 嬢に秘密で馬車のポケットにそのレースを入れて隠した。その荷物は、ドーバー海峡の税関職員によって発見された。しかし、そのレースは、ほとんど価値がなく、そしてもちろん税金がかからないイギリス産であることが分かった。Eldon 嬢は、本物であると信じ、イギリスに密輸入しようと意図して、法外な金額でそのレースを購入したのであった。

正当で合理的な根拠のある実体刑法体系のために……

を含むものを手に入れば、初心者でも自宅で実行可能なものである。デートをしていた際に、前夫から貰った前夫の髪の毛のある Mildred は、その本を購入し、試す価値があると確信した。Mildred は、成功は保障されないけれども、ヴードゥー儀式が成功する十分な機会があると知る。彼女は、その方法は何らの手がかりを残さず、その夫が現場にいる必要もないと知って安心する。彼女は、神霊世界が独自に、その対象が不幸を受けるに値することを是とししない限り、成功しないがゆえに、責任は単独に自分だけにはかかっていないとも知って安心する。Mildred は、前夫が病気で死ぬよう企んだ儀式を実行する。それがうまくいかない場合、彼女は友人にそれを告白し、友人は彼女を謀殺未遂で逮捕する警官に通報する。」

学生らは、ヴードゥー儀式事例の全てのことが、非難しないことになるかどうかにつき一致しない。ところが、検察官として Mildred 事件につき判断を下せるかと尋ねられると、Mildred が無辜の人を殺そうと努力することで神罰を受けるに値するかどうかいずれにせよ、Mildred の事実の錯誤を前提にすると、国家が公的に彼女を「謀殺未遂者」とするあるいは公的記録の一部を作成した場合、国はその権力を乱用することになるとする。

そこで、学生らが事実の錯誤と同じ非難があると考ええる法律の錯誤の事例を検討してみる。

事実氏と法律氏事例 (Mr. Fact and Mr. Law) : 「事実氏と法律氏の両者は、それぞれ、弓での狩猟期間が始まる前に抜け駆けして一歩先じるよう出発する。その州の鹿を弓で狩猟する期間の正確な日付は年毎に変わるが、今年の解禁日は、10月15日の金曜日であった。皮肉にも、事実氏と法律氏はそれぞれ、実際には期間初日 (10月15日) であるが、その前日であると誤って信じることで、鹿に忍び寄り殺すことになる錯誤をする。事実氏は、「今日は10月14日、木曜日である」と考えて、事実的錯誤をする。法律氏は、「狩猟期間は10月16日、土曜日から解禁とな

る」と考えて、法的錯誤をする。各人は鹿を仕留める。それを祝おうとして各人に近づいた監視員に、事実氏と法律氏の両者は、期間外の狩猟の現場を押さえられたと思ったと告白する。」

学生らは、そもそも期間外の狩猟未遂が犯罪とされるべきかどうかにつき意見が異なるが、彼らは、有責性の観点から、事実氏と法律氏は同等の非難可能性がある」と評釈した Kadish や他の研究者を支持する。

要するに、錯誤テストには2つの欠点がある。1つは、錯誤テストは、不能未遂に関する全ての共有された直感を説明し予期することはできない。もう1つは、Fletcher の意図テストのように、共有された直感を説明する場合でさえ、その直感をさらに進め正当化することができない。すなわち、責任という規範的原理においてその直感を根拠付けできないのである。

C. どの種の客観的な行為を行為者は実行するのか

Arnold Enker の説とされている3つ目のテストは、行為者が実行する「客観的な行為」に焦点を当てる。いくつかの連邦裁判所は Enker テストを採用し、またそれに疑問を呈しつつ Kadish も取り入れる。

Enker テストは、何に対する反作用なのかによって理解される。Enker テストは、Enker が刑法における「主観主義」への不気味な傾向と考えるもの、すなわち、行為者の刑事責任を、州が特別に禁止する「客観的」な行為に実際に取り組むことにより根拠付けるのではなく、そうしようと「主観的に」望むことを根拠にする傾向と考えるものへの反作用である。Enker は、検察官が客観的な行為を立証する義務から解放されれば、犯罪意図の誤った帰属を反証する客観的な根拠を欠く無辜の被告人を有罪とするために、刑務所の情報提供者や共犯の証言あるいは先立つ犯罪のような、犯罪意図につき問題のある証拠に頼るよう誘惑されると懸念する。

Enker はその批判を刑事未遂に向ける。というのも、行為者側の何ら

正当で合理的な根拠のある実体刑法体系のために……

かの客観的に禁止された行為を特定する他の未完性犯罪とは対照的に、刑事未遂法は、行為者の犯罪意図に合致する何らかの客観的行為によって満たされうるからである。未遂の中でも、Enkerはさらに、不能未遂の一定の類型、すなわち、行為者が（例えば、性交は「同意なし」であるとの）犯罪の状況要素に関する事実の錯誤に焦点を当てる。Enkerは、後者の未遂は、無辜の者を有罪とする高い危険性を示すとする。

要するに、Enkerはこの後者の不能未遂の類型と他の全ての未遂とを対比する。行為者が不能ではない未遂で訴追される場合、Enkerによれば、行為者は、それ自体犯罪ではないけれども、にもかかわらず、疑わしい客観的な行為に取り組むことになる。したがって、行為者が、被害者に向けて発砲しようとして待ち伏せていたことにつき、謀殺未遂で訴追される場合、彼は、(i) 身を隠すことや (ii) 推定上の被害者に接近すること、そして (iii) その間、武装していたことという客観的で疑わしい行為に取り組む。同様に、Enkerによると、行為者が、犯罪の行為要素または結果要素に関する錯誤を根拠として不能未遂で訴追される場合、その行為者も、疑わしい客観的な行為に取り組むこともなる。したがって、行為者が、故障した拳銃で人を撃とうと試みることにつき、謀殺未遂で訴追される場合、彼は (i) 推定上の被害者に拳銃を向けること、そして (ii) 引き金を引くことという客観的で疑わしい行為に取り組む。その一方で、Enkerによると、そのような疑わしい客観的な行為も、状況要素に関する事実の錯誤を根拠にした不能未遂の出来事においては行われていない。したがって、Eldon嬢が、フランス産のレースであるとの誤った確知により、イギリス産のレースを運搬することを根拠として、フランス産のレースの輸入未遂で訴追される場合、彼女の客観的な行為は適法だけでなく、疑わしくもない。というのも、それは、(i) 運搬 (ii) イギリス産のレース (iii) であり、それは非課税であるという無害の行為から成るからである。

これらの理由から、Enkerは、不能未遂における全ての事実の錯誤に

つき行為者を有責にする模範刑法典を否定する。代わりに、Enker は、状況要素に関する事実の錯誤を根拠とした不能未遂に取り組む行為者を一般的に無罪とするように提案する。特に、Enker はあらゆる未遂の事例を、それぞれ2つの部分集合から成る「法的」あるいは「事實的」不能と呼ぶ2つの組に分けることを主張する。

「法的不能」は、(1) 法律の錯誤を根拠とする不能事例と (2) 状況要素に関する事実の錯誤による不能事例から成る。

「事實的不能」は、(1) 不能ではない未遂と (2) 行為要素と結果要素に関する事実の錯誤による不能未遂から成る。

Enker は、「法的不能」のすべての例を、そのすべてを有責的ではないものとして扱うルールに従属させる。「事實的不能」の例につき、Enker は、裁判所が行為者の客觀的行為の特徴が犯罪意図の主張を確証するに十分であるかどうかをケースバイケースに判断するように委ねる。

Enker 説の長所は、不能未遂に関する法定上の関心、すなわち、行為者の客觀的行為が意図を確証しない場合、虚偽の証人が行為者の犯罪意図があったと証言することを根拠に、誤って有罪とされる危険性が増加することを強調することにある。にもかかわらず、Enker 説には欠陥がいくつかある。

1つは、Enker は、「ある人が、Y犯罪を遂行する意図をもってXをすることは犯罪である」との形式を採る非未遂法と同じ程度の、現実に誤った有罪の危険性がある場合、その危険性は未遂事例で際立つと誤解する。しかし、Xの遂行自体は、行為者のY犯罪を遂行する確率につき中立であるにもかかわらず、どの法域も、Xを遂行する行為者の客觀的な行為が、Y犯罪を遂行する意図を確証することを要求しない。その代わりに、意図についての虚証を調べるために、当事者主義あるいは無罪推定に依拠する。例えば、「殺害意図をもつ暴行」を禁止する制定法が

正当で合理的な根拠のある実体刑法体系のために……

ある場合、特定の暴行は、殺害意図についての情況証拠たる特徴があるけれども、暴行それ自体は殺害意図の証拠ではない。ところが、どの法域も、実体刑法の問題として、行為者の暴行という客観的な情況が行為者の殺害意図を確認することを要求しない。

次に、Enkerは、誤った有罪の危険性は、状況要素に関する事実的錯誤による不能未遂と関係があるがゆえに、その危険性はそのような事例で必然的に生じると誤解する。その誤解を示すために、Enkerが「法的不能」であり、それゆえに「処罰されえない」として類型化する事例を検討してみよう。たとえば、車に見せかけのコンテナを設置するのに1000ドル使った行為者が、法外な値段で購入することに気付くような白い粉の包みでそのコンテナをいっぱいにし州境で車を止められるが、その包みには無害の化粧パウダーが入っていただけであったという場合、行為者の錯誤は、犯罪の状況要素の存在、例えば、彼が運んでいる物はコカインであるということについてである。しかしながら、彼の客観的な行為、例えば、見せかけのコンテナの設置や包みの隠匿あるいは彼が支払った法外なお金は、すべて彼の犯罪意図を強く確認することになる。

3つ目に、Enkerは、客観的な行為の証拠が、犯罪意図の存在を明確に確認する唯一の方法であると誤解する。犯罪意図は、盗聴や録音あるいは録画された会話という証拠によって、明確に立証されうる。そこで、Enkerが「法的不能」として、したがって、処罰されえないものとして類型化する事例を検討してみよう。たとえば、おとり捜査の一部として、警官が1キロのコカインを購入したいと詳細に話している被疑者Aを録画し、彼に隠しマイクをつけ、取引当日に、Aは、化粧パウダーだと分かる1キロの白い粉の見返りに50000ドルをおとり捜査官に支払い、そしてすぐに、警官はコカイン購入未遂でAを逮捕する場合、これは、誰も無害の粉に50000ドルも支払わないがゆえに、行為者の客観的な行為がドラッグを購入する意図をまさに確認する事例となる。ところが、Aの録画や録音された会話は、客観的な行為よりもAの意図のさらによい

証明であるし、有罪を支えるのに最高のものとなる。

そして最後に、Enker は、法律の錯誤に対する行為者の責任を形作る法に概念的な問題があるがゆえに、法律の錯誤が不能であると誤解する。結果として、Enker は、すべての法律の錯誤を一緒にし、法律氏が、一般的に、事実氏と同等の非難可能性があると思なされるとの事実にもかかわらず、法律の錯誤をするすべての者を無罪とする。

いくつかの連邦裁判所は Enker テストを採用するが、実際には、そこからかなり乖離する。それらの裁判所は、すべての法律の錯誤を無罪にする Enker と一致するけれども、情況要素についての事実の錯誤に関して Enker と乖離する。その代わりに、すべての事実の錯誤を Enker が「事後的不能」とすることにつき、Enker と合致する。特に、それらの裁判所は、すべての事実の錯誤を、犯罪意図という証拠を伴わない行為者の客観的な行為が（州が主張する）犯罪意図を確認するに十分であるかどうかを判断するためのケースバイケースな分析に当てはめる。Oveido 事件判決で、第5巡回区裁判所は「我々は、被告人が未遂で有罪となるために、付随するメンズ・レアに依拠しない実行された客観的な行為が、被告人の行為をその本質において犯罪として特徴付けることを要求する。その行為は、法違反ではなく、人により取り組まれるありふれたものというよりもむしろ、独自のものである」とした。

加えて、Enker テストに従う Oveido 事件判決や裁判所も、Oveido 事件での引用が文字通り示すことを実践しない。Oveido 事件判決での引用は、裁判所が行為者の「付随するメンズ・レアに依拠しな」い「客観的」な行為を考慮することを必要とし、その要件はメンズ・レアの証拠に対する Enker の懸念と合致する。しかし、実際に裁判所は「客観的な行為」につき、Enker が排除すること、すなわち、行為者が何を意図したかについての行為者の自白という伝聞供述を含むと解釈する。したがって、Oveido の「客観的な行為」は州が主張する犯罪意図を確認すると判断する際に、第五巡回区裁判所は Oveido が物理的にしたことだ

正当で合理的な根拠のある実体刑法体系のために……

けでなく、(おとり捜査官が報告した) Oveido が「述べた」ことも考慮に入れた。

要するに、Enker テストには上述の 4 つの欠陥がある。対照的に、連邦裁判所が誤解して Enker に依拠するテストには、例えば、すべての法律の錯誤を集め、そのすべてを無罪とするという 1 つの欠点しかない。ところが、他の 3 つの欠点を回避するために、連邦裁判所は大きく Enker テストを変えた。すなわち、行為者 (persons) は、その行為や陳述が行為者側の犯罪意図の存在を支えない限り、事実の錯誤を根拠とした不能未遂で有罪とされないとの効果につき、実体刑法の議論のあるルールから、無害な、十分な証拠ルールへと大きく変えたのである。

IV. 提 案

A. 進んできた道

1. 将来の脅威

そこで、なぜ錯誤テストはしばしば修正されるのか？ 学生らにその問いを尋ねると、彼らは近いが的外れな解答をする。彼らが言うその理由は、事実の錯誤あるいは法律の錯誤は、将来の危険 (danger) の存在・不存在と関係するということである。被告人が、有責であると一般的に思われている事実の錯誤をする場合、被告人自身が将来の危険であるとする。すなわち、法が保護しようとする利益に対して将来の脅威を構成し、被告人が、無罪であると一般的に思われる法律の錯誤をする場合、被告人自身はそのような将来の脅威を構成しないとする。したがって、有罪あるいは無罪と一般的に見なされる典型事例を検討してみよう。たとえば (1) 行為者が殺そうと発砲するが当たらない場合と、(2) 行為者が、犯罪であると誤解して姦通に取り組む場合がある。(事実の錯誤をする) (1) の行為者は、自分自身で、再び発砲したいと望む者を明かすがゆえに、未遂罪で有罪である。反対に、(法律の錯誤をする) (2) の行為者は、再びそうしたいと望みを示すことは、州が適法とするもの

であるがゆえに、未遂罪で有罪とはならない。

この将来の危険という仮定には何らかの効果はある。しかし、不能犯の目的に対する脅威は、行為者の誤解が解かれた場合に、行為者がすること次第ではないのと同じように、将来において行為者がすること次第でもない。これには2つの理由がある。1つは、非難することについての社会的実践を、行為者が何をしてきたのかについての遡及的な判断から、部分的に行為者が将来において何をするであろうかという判断へと変える。不能未遂の学説は、「主観主義者」（行為者が主観的に何をしようとして意図したのかとの犯罪性を根拠に、行為者はすべて判断されるべきであると信じる者）と「客観主義者」（行為者が客観的に何をしたのかとの犯罪性に基づき、明確な部分で、行為者は判断されるべきと信じる者）との対立に言及するものであふれている。客観主義者らには、行為者がその意図を根拠にすべて判断されるならば、まったく意図しなかったことで誤って有罪とされることになるとの先の Enker 説を含むいくつかの説がある。しかしながら、一部の客観主義者らは、有罪が将来の危険に作用することになれば、行為者は非難と何ら関係のないことで、すなわち、行為者が将来においてすると予測されることで非難されることになるともする。

もう1つは、将来の脅威という仮定は、その事実の錯誤が広く有責と感ぜられる行為者につき説明しそこなうのであって、それは将来の脅威ではない行為者についてではない。例えば、年齢的に末期症状のあるいは、ほぼこん睡状態の母親を「一思いに殺して楽にさせてやる」ために窒息死させようと母親の顔に枕をかぶせるが、彼女は自然原因ですでに死んでいたと後に分かる、献身的で、そうでなくとも、法を遵守する息子の場合、ほとんどの人々は、その息子には、現実的に、誰かに対する将来の脅威がないとの事実にもかかわらず、生命侵害未遂で有罪とするであろう。また、空であるのが明らかな金庫を破ろうと試みるが、家主に撃たれ、四肢麻痺にされた行為者の場合、ほとんどの人々は、彼には

正当で合理的な根拠のある実体刑法体系のために……

誰かに対する将来の脅威がないとの事実にもかかわらず、窃盗未遂で有罪となるとするであろう。

2. 事前の脅威

Lawrence Croker は、不能未遂のカギは、行為者の行為がもたらす危害の「脅威」であるとの立場と一致する。ところが、それとは対照的に、Croker は、脅威の基準は、行為者が事後に検討される場合に行為者がもたらす将来の危険ではなく、その行為が事前に検討される場合に他者の権利に対して彼が負わせる「客観的なリスク」であるとする。Croker は、客観的なリスクは、全知の立場から、不能犯おける危害の確率は常にゼロであるがゆえに、全知の第三者という事前の立場から判断されえないとする。彼は、主観的である第三者の立場に加えて、行為者の立場からの危害の確率は不能犯事例で常に高いがゆえに、行為者自身の事前の立場から判断されえないとする。代わりに、彼は、不能犯事例における「客観的なリスク」の基準は、「理想とされる第三者 (idealized observer)」の事前の立場であるとする。Croker によると、行為者に不能抗弁があるかどうかは、行為者の行為を事前に考慮する理想とされる第三者が、リスクが存在すると判断するかどうかによって依拠する。

Croker は、その答えは理想とされる第三者の事前の立場にあると考えることと合致する。ところが、Larry Alexander が指摘するように、そのようなアプローチのすべては、共通の失敗に悩む。それらのアプローチは、理想とされる第三者が特定量の認識、すなわち、全知でも、行為者自身が持つものでもない認識を仮定的に備えていることを必要とする。しかし、その特定量の認識を添える恣意的ではない基準は存在しない。「理想とされる第三者アプローチは、完全に不確定のものである。その適用は必然的に、完全に恣意的にそして扱いやすいものとなる。」

例示するために、Croker のアプローチを検討してみる。Croker は、理想とされる第三者が、個人の観察力を行為の開始時から関連する行為

の過程を研究するために用いるが、「観察力を高める道具」のない、すなわち、「顕微鏡や化学分析の道具、衛星、X線、風力計」のない物理工学の専門家にある、錯誤のない全知を備えていることを前提とする。そこで、そのような第三者を想像した場合、ある寒い日の朝、恋敵を殺すために待ち、対象者を捕まえ、対象者の頭に弾の入った拳銃をつけて繰り返し引き金を引き、その音を聞くが、寒さゆえに、その拳銃が故障し弾を発射しないであろうと憤激する自分に気付く行為者は、謀殺未遂で有罪となるのであろうか？ Crokerによれば、その製造日から問題の日までその拳銃を観察する、精巧な「顕微鏡」や「X線」を持たない物理工学の専門家が、その拳銃について理解したことに依拠する。その専門家が、顕微鏡やX線に頼ることがなくても、その欠陥につき分かったならば、行為者は未遂罪で有罪となる。専門家が、そのような道具に頼ることなしに、その欠陥が分からなかったならば、被告人は未遂につき無罪となる。Crokerテストの問題は、反直感的な結果、例えば、故障した拳銃によって無罪を生み出すだけでなく、刑事責任の規範に基づかないということである。行為者自身が専門家以下である場合に、行為者の責任を、専門家の理解に依拠させることには正当性がない。

Kadish自身は結局、別の理想とされる第三者テスト、すなわち、Ira Robbinsの「合理的な人 (reasonable person)」テストを取り入れた。Robbinsは、そうでなければ行為者と同じ人であるが、その人が観察したことについての推論は「合理的」な人、例えば平均的または「通常」の理解のある人の推論であると仮定する。Robbinsによると、錯誤のゆえに試みに失敗する行為者は、そうでなければ行為者と同じである平均人が同一の錯誤をする場合にのみ、未遂で有罪となる。したがって、Robbinsによると、ヴェドゥー儀式を行ったMildredは、前夫を殺そうと望むあるいはNational Inquirerのヴェドゥー儀式についての記事を読んだ平均人が、ヴェドゥー儀式がうまくいくと推論しないがゆえに、未遂罪で有罪とはならない。反対に、殺そうと発砲するが外す行為者は、

正当で合理的な根拠のある実体刑法体系のために……

平均人が、対象者が弾道にいると考慮する際に錯誤していたと気付いたならば、未遂で有罪となる。

Robbins のテストは Croker のテストよりも妥当するようには思える。というのも、Robbins は、「合理性 (reasonableness)」という慣れしただしんだ言葉に依拠するからである。ところが、Robbins のテストも Croker と同様に恣意的である。Robbins は、刑法や不法行為法で一般的に用いられるのとは異なる意味で「合理性 (reasonableness)」を用いる。刑法や不法行為法における「合理性」は、どの事実が実際に達成されるか、例えば、ヴァドゥー儀式は実際に効果があるかどうかについての経験的な基準ではない。それは、どの種の行為や考えあるいは感情が規範的に、達成するまたは達成すると信じられるようなそのような事実に妥当するかについての規範的な基準なのである。より言えば、Robbins のテストは Croker と同様にヴァドゥー儀式事例を解決するけれども、他の事例を根本的に不確定のままにする。例えば、対象者が弾道にいるまたは射程内にいると誤解するがゆえに、発砲するが外す人の場合、平均人が、その対象者は弾道または射程内にいると認識するかどうかをどのように判断しうのか？ そして、Croker のように、Robbins は自己のテストを刑事責任原理に根拠付けない。平均人または「普通」の人が同一の錯誤をするかどうかには依拠して、行為者の刑事責任を科すことに正当性はないのである。

B. 新たな道

私は別の道があると信じる。それは、行為者は、行為者がそうすると予想されることなく、したことで非難されるとの客観主義者の考えと合致する道である。その道を探求するために、最愛の母親を一思いに殺して楽にしてやると誤って考える息子や、窃盗の過程で重傷を負わせられた金庫破りの先の仮定を振り返ってみよう。どちらにも将来の危険がないとの事実にもかかわらず両者は未遂で有罪となるが、姦通は犯罪

であるとの誤った確知で姦通を遂行する人は有罪ではないとの広く共有された直感を何が説明するのか？

私が信じるその答えは、これらの行為者のいずれも現在 (presently) の脅威 (threat) ではないけれども、その息子や金庫破りは脅威であったということは明らかである一方で、姦通者が脅威ではなかったことは明らかであるということである。模範刑法典 § 2.12 の文言によると、姦通者は「実際に、犯罪を定義する法律により防がれるべき危害や悪事を惹起しまたは脅かさなかった」が、息子や金庫破りはそうした。(X罪が保護する利益を脅かすことを明らかにする場合あるいはその場合にのみ、X罪の未遂で有罪とする) 結果テスト (resulting test) は、錯誤テストが成功する事例を説明するだけでなく、錯誤テストが説明しそこなう事例をも説明する。したがって、結果テストは、「中西部のヴァドゥー儀式」の Mildred が未遂で有罪ではないとの広く共有された直感を説明し、なぜ「法律氏」は「事実氏」と同様に非難可能性があるのかを説明する。

にもかかわらず、その提案されたテストは、少なくとも、2つの考慮を生じさせる。1つ目に、そのテストは、「脅威」の意味についての関心を生じさせる。

脅威はリスクの部分集合であり、次に、リスクは(特定の危害や悪事を含む)特定の出来事の確率である。そのように、リスクはその本質において経験的なものである。すなわち、リスクは、特定の第三者にとって既知の事実から生じる0か1の確率を基礎とする。したがって、特定の第三者が、事前に持つ不完全な認識に言及するとすれば、将来の脅威やリスクについて述べることは、首尾一貫するものであるということになる。そして、我々が実際に生じたと認識する、したがって、我々が1の確率を持っていたと事後に認識する危害や悪事に関する過去の脅威やリスクについて述べることは、首尾一貫する。そして、特定の第三者が、事前に持つ不完全な認識に言及するとすれば、我々が起こらなかったと

正当で合理的な根拠のある実体刑法体系のために……

事後に認識する危害に関する事後の脅威やリスクにつき述べることは、首尾一貫する。しかし、我々が、事後に持つ認識に言及するつもりならば、我々が起こらなかったと事後に認識する危害に関する現実の過去のリスクや脅威について述べることは、一貫しない。というのも、一旦、我々が、危害が生じなかったと認識すれば、我々は、危害の現実の脅威やリスクがなおあるというよりもむしろ、その確率は0であったということに気付くからである。

この考慮には説得力がある。というのも、それは、経験的な概念のような脅威やリスクについての一般的な理解を起源とするからである。ところが、この脅威やリスクについての経験的な理解を想定することは誤った考え方である。我々は場合によって「脅威」と「リスク」を別に用いる。我々は、起こることを想像しうる反事的な出来事による危害の可能性につき言及するために、それらの言葉を用いる。すなわち、我々は、行われたならば、(有難くも生じなかったであろう)危害を作り出した反事的な出来事が、どのように行われうるかを回顧的に言及するために、危害の「脅威」や「リスク」を用いるのである。

例示するために、CEOが「非番の守衛が変な行動をする不機嫌な前従業員にたまたま気付いた。その守衛は率先して警備員に通報した。そして、その警備員が、まさにCEOの会社に、爆弾と遺書をもって侵入しようとしていた侵入者を逮捕した」と報告されたと想像してみなさい。その報告を受けて、CEOは「恐ろしい。危機一髪だ！ 奴は真の脅威だ」と述べる。明らかに、「恐ろしい (scary)」という言葉で、CEOは将来についての恐怖に言及していない。というのも、彼は、侵入者がもはや脅威でないと認識しているからである。彼がその時にその脅威に気付いていなかったことを前提としても、過去の恐怖にも言及していない。代わりに、彼がかりうじて避けたと感じる、すなわち、それぞれの状況さえ、彼が容易に起こりえたのではないかと恐れる点とわずかな差異しかなかったならば、彼が受けたであろう恐ろしい危害という「真の脅威」

正当で合理的な根拠のある実体刑法体系のために……

とする危害や悪事を加える場合に、常に、完成犯罪という出来事で満たされる。そしてその要件は、未完性犯罪を遂行する行為者が、国家が守ろうとする利益を脅かすと明示する場合、常に未完性犯罪の事例で満たされる。ところが、その要件は、行為者が危害や悪事を加えないまたは国家が守ろうとする利益を脅かさない、例えば、中西部のヴェードゥー儀式事例や姦通事例のような不能犯事例で表に出てくる。ヴェードゥー儀式者の Mildred は生命における国家の利益を脅かさない。というのも、ヴェードゥー儀式に対する国民一般の立場やヴェードゥー儀式に助けを求める Mildred の動機を前提とすれば、行いえたと思う反事的な状況でも、彼女が前夫を殺したと誰も信じそうもないからである。また、姦通者は、刑罰という方法で国家が守ろうとするどんな利益も脅かしていない。姦通が犯罪ではないとすれば、あるいは、国民 (public) には姦通を犯罪にする意図がないとすれば、国家が起草したのではないかと思うどの制定法によっても、犯罪を姦通者が遂行したと誰も信じそうもない。

ここまで、誰が不能未遂で処罰されるべきあるいはそうされるべきでないかについての広く共有された直感を説明し、正当化すると信じるテストに焦点を当ててきた。ところが、私が正しいとするならば、そのテストには未遂法一般についての含みがある。というのも、刑事未遂を処罰する場合、我々は、人々がしたこと、例えば、有責な内心に基づいて行為したいとの意欲を明示することだけでなく、明らかにそうしなかったことでもその人々を処罰しているということの意味するからである。我々は、生じえたと恐れる場合を除き、我々が存在しなかったと認識する反事的な状況で、人々がしたであろうと我々が信じることでその人々を処罰しているのである。

V. 法律の錯誤で行為者を処罰することについての別の挑戦

我々は、模範刑法典 § 5.01 (1) のような錯誤テストには以下2つの理由による欠陥があると理解した。(1) 例えば、中西部のヴェードゥー儀式

事例のように、なぜとある事実の錯誤は広く無罪であると見なされるかを説明しそこなう。そして(2)たとえ法律の錯誤も一般的に処罰されないと考えられているとしても、例えば、法律氏による錯誤のように、なぜとある法律の錯誤が広く非難可能性があるとして見なされるのかを説明しそこなう。

自説は、模範刑法典の別の条文、例えば、§2.12の文言によることで、はじめの問題を扱うけれども、何が、制定法が守る利益を「脅かした」ことになるのか、あるいは、なぜ脅威を基礎とするテストが規範的に正当化されるのかを説明することで、模範刑法典§2.12以上に進展する。そのテストの効果は、行為者自身が、制定法が守る利益に対する脅威であると明示すると未遂要素を創出することで、非難される事実的な錯誤の類型を限定することになる。

そこで、私は、自説が非難ある法律の錯誤により明らかにされた問題を扱うかどうか、あるいはどのように扱うのかを検討する。私は、自説が、なぜ(あるいは、どのように)行為者が、法律の錯誤を根拠に、不能未遂で正当に処罰されうるのかを説明すると信じる。実際に、自説がどのように法律の錯誤や事実の錯誤を扱うのかを示すために、私は、模範刑法典が§5.01(1)や§2.12において別々に述べられていることを部分的に汲み取る制定法を自説として組み立てる。

ところが、私は、法律の錯誤に関する私の立法論が形式的に採用されるべきと主張しないということを強調する必要がある。確かに、模範刑法典§5.01(1)において法律の錯誤は非難されないとする一般法則は、事実氏と同等の非難可能性がある法律氏のような行為者を免責するがゆえに、何らかの不公正さを生み出す。しかしながら、そのような不公正さは、まれであるので、法律の錯誤で行為者を処罰するとの制定法が生み出すであろう問題や議論を正当化しえない。したがって、私は、具体的な言葉で提言を例示するために仮の制定法を提案する。

法律の錯誤に関する自説は、そのパラドックスが両立しないように思

正当で合理的な根拠のある実体刑法体系のために……

えるがゆえに、議論の的となるであろう。そのパラドックスは、「仮定のローレビュー」での「評釈」における Kadish の暗黙的な立場と、Fernand Dutile/Harold Moore の応答との緊張関係から成る。「事実氏」と「法律氏」に関する Kadish の洞察は、2人の行為者には同等に非難可能性があるとするものである。対照的に、Dutile/Moore は、事実氏の錯誤は現在する法を前提とし、法律氏の錯誤は現在しない法を前提とするがゆえに、両者が同等に処罰されうることになる一般的な法規範は存在しないとす。私は、これら2つの立場の間に中間的な根拠があると信じるのである。

VI. 結 論

不能未遂での私の関心は、Kadish のケースブックのエッセイにおける「評釈」から始まった。Kadish のエッセイは不能犯につき3つの挑戦を提示する。すなわち、(1) 有責な不能未遂もあれば、そうでない不能未遂もあるとの直感を説明すること、(2) 例えば、法律氏のように、法律の錯誤を基礎とする不能未遂は、場合によって、例えば、事実氏のような、事実の錯誤を基礎とする相対の未遂と同等の有責性があるとの直感を説明すること、そして(3) 人々には、不能未遂が有責であるかどうかについての矛盾する直感がある場合を説明することである。

私は、その3つのパズルには答があると信じる。その答は、悪行と有責な内心という2つの要件に加えて、私が主張してきた3つ目の「ひそかな」責任要件にある。3つ目の要件は、そこで問題となる制定法を作った法域の市民が、行為者の行為をその制定法が守る利益への脅威であると見なさない限り、行為者は処罰されないというものである。行為が「脅威」であるかどうかは、市民の心理的な駆け引きの問題である。X罪を遂行しようと試みることは、Xを犯罪とする制定法を作った法域の市民がそうでないかと気がつく場合あるいはその場合にのみ、「脅威」となる。次に、(市民が) 行いえたと思う反事的な状況で、行為者がX

罪を実行したであろうと市民が確信する場合や、有責な内心やその内心に基づいて行為したいとの意欲をもって処罰されるべきと十分に感じる遂行を市民が想定する場合、市民はその行為を脅威として見なす。

この「心理的な脅威」は、有責な不能未遂もあれば、そうでない不能未遂もあるとの直感を説明する。殺そうと意図的に発砲するが外す行為者は有責であると見なされる。というのも、行為者らが有責な内心とその内心に基づき行為したいとの意欲を持つことに加え、その行為は、人々が容易にそうすることができたと思う反事的な状況、例えば、弾道がわずかに異なる反事的な状況で、殺したであろうと確知したままにさせるからである。対照的に、アメリカ合衆国において、殺害意図をもって人形にピンを刺す迷信のヴードゥー教信者は、有責ではないと見なされる。というのも、有責な内心とその内心に基づき行為したいとの意欲を持っているにもかかわらず、その信者の行為は、合衆国の市民が行いえたとは思わない反事的状況、例えば、ヴードゥーのピンが致死的であるとの反事的状況以外、その信者が殺したと、合衆国の市民が確信しないままにするからである。同様に、姦通が犯罪ではない州で、姦通は犯罪であるとの誤った確知で姦通に取り組む行為者は、有責ではないとみなされる。というのも、姦通者の行為は、その州の市民が行いえたとは思わない反事的状況、例えば、姦通が犯罪であるとするとの反事的状況以外、姦通者が犯罪を遂行したと市民が確信しないままにするからである。

心理的な脅威は、法律の錯誤をする行為者は、場合によって、事実の錯誤をする相対者と同等の有責性があるとの直感も説明する。Kadishの「事実氏」と「法律氏」の事例で、両者は、狩猟期間より前の日に鹿狩りに行こうとしたが、日付につき誤解し、適法な狩猟期間内に狩猟を無意識に終えていた。事実氏は、狩猟期間は法的に10月15日から始まると認識していたが、10月14日に狩猟していると誤解していた。法律氏は、実際に10月15日に狩猟をしていると認識しているが、その期間は法的に10月16日から始まると誤解していた。第三者が、しえたことにつき同じ

正当で合理的な根拠のある実体刑法体系のために……

ように可能であると両者を見なす理由は、期間外に狩猟をしようと同じように意欲することに加え、両者は、しえたことにつき同じように可能であると見なす反事的状況で、10月15日以前の狩猟という犯罪を遂行したと両者が明らかにするということにある。したがって、事実氏が、容易に、その週のその日につき事実の錯誤をしていると、10月15日以前に知りえたのと同じように、法律氏も同じように、狩猟期間の日付につき法律の錯誤をしていると、10月15日以前に知りえた。そして、両者が10月15日以前にその錯誤に気付いたならば、両者はおそらく、10月15日以前に狩猟をしたであろう。

最後に、そして最も重要なことは、心理的な脅威は、不能未遂が有責であるかどうかにつき、人々にはなぜ場合によって矛盾する直感があるのかを説明する。人々が、遡及的な脅威についての評価において、年代によってあるいは文化によって異なるように、一般的な文化内における人々も、遡及的なリスクを評価する方法において異なる。反事的状況がなされたとどの程度思うのかにつき、あるいは、行為者を刑事未遂につき有責であると判断するために、どの程度、脅威と思う必要があるのかにつき異なるがゆえに、異なるのである。

例えば、私が学生らと議論する仮定的な事例を検討してみよう。(1) 行為者Aが対象者を殺そうと意図的に発砲するが、外す。(2) 行為者Bは射殺しようとして意図するが、拳銃が壊れている。(3) 行為者Cは射殺しようとして意図するが、警官がその対象者と人形を入れ替えた。そして、どの出来事においても、対象者がそれとは無関係な原因ですでに死んでいた。学生らを基準とすれば、我々の文化における人々は有責性の判断において異なる。すべての学生らが行為者Aを有責であると見なし、少数の者らが行為者Bを有責であると見なす。そしてその少数の多くは行為者Cを有責であると見なす。思うに、その違いは、未遂が遡及的にどの程度の脅威で現れるのか、すなわち、どの程度の「近接性」で、行為者が成功することになったと学生が確知するのか、あるいはどの程度の

「近接性」で、行為者が処罰される必要があると学生が確知するのにかにある。行為者Aはもっとも近いものとなった。というのも、その結果は、土壇場で、拳銃（his agency）のみに依拠し、別というよりもむしろある方向に、数ミリその拳銃を動かすことに依拠するからである。はじめからずっと支配していた警察官が、最後の瞬間になる前に行為者Cは成功しないであろうと十分に認識していたがゆえに、行為者Cは成功から最も遠いものであった。行為者Bはその中間にいる。というのも、その行為の結果は、（Aがそうであったように）自身の拳銃（own agency）の作用ではなかったが、それにもかかわらず、行為者Cの行為とは異なり、行為者Bの行為は、行為者Bが引き金を引く後まで、成功するかどうか誰も分からなかった（または、気付く可能性がありえそうもなかった）からである。

心理的脅威におけるこれらの違いは、重大犯罪や行為者の内心状態を根拠にするよう変えるように思える。主として、凶悪性に違いのある性犯罪事例を検討してみる。(1) 21歳で、卒業パーティーのDJである行為者Aは、刑事未成年であると告げられた少女と性交したが、実際は半年前に刑事未成年ではなくなっていた（行為者Aは、法定強姦未遂罪で訴追されることになった）。(2) 行為者Bは囚人であり、その意図された被害者はBの同房者のVである。Bがソドミーをするよう強制してきたと刑務官に訴えたVは、自分の生活が脅かされているふりによりVが行為者Bの性的要求に応じることで、看守によるおとり捜査に協力する。行為者Bは強制的なソドミーの未遂罪で訴追されることになった。再び、学生らを基準とすれば、人々はAよりも、Bを有責であると判断しそうである。というのも、明らかに、強制的なソドミーの未遂はより重大な犯罪だからである。しかしながら、重要なことは、法定強姦未遂罪でAを有罪とすることにつき不安をもつ学生らは、少女が未成年であると単に信じていたというよりもむしろ、（例えば、仲間のDJとの、夜が明ける前に未成年の少女を口説くことができるとの賭けを実行するために）

正当で合理的な根拠のある実体刑法体系のために……

Aの真の目的はその少女が未成年であったと説明されれば、数の上で、減少する傾向にあることである。

この心理的な事実は、(立法者や裁判官あるいは陪審員の中での)どの直感で、回顧的なリスク判断をするべきなのかに関連する。ある者らは、リスクが有責的であるかそうでないかに関する法の問題として、立法者や裁判官が最終的な判断をするべきであるとする。したがって、彼らは、(成功することが「本質的に不可能」であるのとは対照的な)成功するために「現在するあるいは明らかな能力」をもつ行為者、あるいは、「外すこと」または「死」であることとは対照的な「現在する」犯罪活動の推定上の被害者や対象者を未遂責任の根拠とするテストを提示する。そのようなテストにある問題は、現実には人々の見方が変化しやすい場合に、回顧的なリスクで恐ろしさを考慮する個々の事情を無視した見方を押し付けることにある。例えば、行為者は生きていると信じる、あるいはそれを望むが、死んでいる女性と性交する行為者は、多くの者らがそのような行為者を有責であると見なすとの事実にもかかわらず、無罪とするようにさせるのである。回顧的なリスクに関する多様な見方を前提とすると、Xを犯罪とする法域において代表的な知識のある市民を任されている事実審裁判官に、(そうすることができたのではないかと思う反事的状況で、被告人がX罪を遂行したであろうかどうかを判断することで)被告人がX罪の未遂で有罪となると思うかどうかを判断させることは、賢明であるように思える。

付録：仮定的制定法

州が3年以上の禁固とする犯罪X (offense X)につき、次の各号のいずれかにあたる行為で試みようとした者は、未遂罪を犯したものとする。

- (1) ある犯罪 (a crime) の状況要素や結果要素につき目的または確知 (belief) があるが、
- (2) 行為者が存在すると信じるような法律または事実の事情の下で、犯罪を完成するために計画された一連の行為のうちの重要な段階を成す作為または不作為にあたる何らかのことをするように、目的的に行為しましたはしな

いこと。

- (3) 行為者の行為や内心状態の効果により、Xを犯罪であるとする法が守ろうとする利益に対する相当な脅威 (substantial threat) であったと行為者が自分自身で示すこと。

[代替的規定]

[(3) 行為者の行為や内心状態を基礎として、その法域で知識のある市民たる事実審裁判官が、そうすることができたのではないかと思う反事的な事情の下で、行為者がX犯罪を遂行したであろうと結論付けること。]

- (4) その人の行為が、事実または法律の錯誤を基礎とする場合に、犯罪が完成すると誤って信じた方法が、警察に実質的に認知されにくい、または、X犯罪を実行するのに十分となる方法よりも、より容易または安全に人が実行できないとのいずれかでない限り、その人の行為や内心状態は、Xを犯罪であるとする法が守ろうとする利益に対する相当な脅威と考えられるべきではない。
- (5) その人の行為が法律の錯誤を基礎とする場合に、その主要な目的が、X犯罪を遂行するのに十分となる方法と同じようにはなえられなかった限りで、その人の行為や内心状態は、Xを犯罪であるとする法が守ろうとする利益に対する相当な脅威と考えられるべきではない。