

〈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（5）

——Andrew Ashworth「過剰な犯罪化
(Conception of Overcriminalization)」の概要紹介⁽¹⁾——

坂 本 学 史

前回（神戸学院法学第40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5弾として、Andrew Ashworthの「過剰な犯罪化（Conception of Overcriminalization）」の概要を紹介することにする。

そこで、本論文の概要紹介に入る前に、これまでの慣例に従い、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。Andrew Ashworthは、オックスフォード大学の教授であり、そしてイギリスを代表する刑法学者の一人であることは、ここで言うまでもないであろう。またその著作も言わずもがな多数あり、枚挙を上げる暇も無いほどである。

さて、Ashworthは、本論文で、刑法の機能（function of criminal law）を検討することで、過剰な犯罪化についてのS. Kadishの関心を探求し

（1） 5 *Ohio St. J. Crim. L.* 407 (2008).

ようとする。⁽²⁾そこでは、刑法がその正当な機能を越える場合や、刑法と行政法 (regulatory laws) との間の適切な区別が守られない場合に、過剰な犯罪化が生じ、そしてそれらの結論は、結果主義的な分析によるのと同様に、原理によっても示されうるとする。⁽³⁾

以下、Ashworth 論文の概要を紹介する。

—Andrew Ashworth 「過剰な犯罪化 (Conception of Overcriminalization)」—

S. Kadish は、過去の論文で、刑法の過剰な利用についての関心を示した。彼は、道徳的な信条を強制する (たとえば、同性愛的な態度や墮胎、売春、ギャンブル、あるいは麻薬の犯罪化) ためや、社会的あるいは商業的なサービスを強化する (たとえば、公衆酩酊の犯罪化や不渡小切手法 (bad check laws)) ため、あるいは、警官が道路を管理する付加的な権限を与える (たとえば、放浪者や「秩序違反行為」に対する法) ために、刑法を利用することを批判する。これらの論文では、刑法の機能がこれらの範疇にある行為態様を罰するようになるべきかどうかを問うけれども、そこでの要点は、このように刑法を利用することの結果の再評価を促すものである。

したがって、たとえ刑法がそのような行為態様を罰することが正しいかどうかについての間につき意見を異にしているとしても、S. Kadish は犯罪化の結果を検討するように促す。そのような結果の組み合わせは、たとえもっとも熱心な法道徳主義者であっても、刑法の賢明な利用を再考するように導きうる。

そのような刑法の結果主義的な検討の必要性は、今日でもあり、(S. Kadish が考える) 刑法の領分には議論の余地が残されている。しかし、

(2) *Id.* at

(3) *Id.* at

正当で合理的な根拠のある実体刑法体系のために……

刑法が適切な領域を越えて拡張されているかどうかの再評価につき、更なる根拠がある。実際に、ある特定の法域における刑法の範囲は政策的に不確かであるけれども、その領域を左右する多くの原理と、争いがあるいくつかの考慮との区別をすることは可能であろう。刑法は、(達成しようとする)どんな目的をも助長するために立法者が利用する別の道具では絶対がないとの考えに反対することは正しい。しかしながら、そうするためには、我々は、1つ以上の刑法の核となる機能を言い直すよう試みる必要がある。すなわち、いずれにしても適切に犯罪化されうる一定の種の行為を判断することが可能となる基準ではなく、刑事制裁の妥当な範囲に関連する原理によって囲まれ支持された1つ以上の主要な機能を言い換える必要があるのである。

1. 刑法と重大な悪行 (wrongdoing)

刑法は単に、問題に対応する行為 (conduct) や活動 (activities) を規制する立法にとって有用なテクニックのうちの1つではないとの意味がある。多様な規制形態は現在、免許制から許可制、あるいは金融規制から環境基準などにもある。もっとも近代的な民主社会は、特定の活動を規制するとの職務を課された、制定法上規制された団体を包含する。民法もまた、典型的には権利侵害された当事者に強制的な手段をさせるけれども、多くの方法で行為を規制する。ところが、刑法は、それより大きな社会的あるいは道徳的な重要性を伴う。ある犯罪に対する有罪は、違うものとして見なされがちである。すなわち、不利益な民事判決や、悪行に対する公的な非難を含む不利益な規制上の判断とは異なるのである。したがって、刑法と刑罰とのつながりは必要不可欠である。峻厳な扱いという賦課という意味での刑罰は、正当性を必要とし、必要条件として、犯罪の遂行を包含する。より言えば、この立場は、刑罰が自由に対する制限であるかぎり、採りうるあるいは採るべきであるし、確かに、自由の剥奪 (例えば、収監) を伴うとすれば、重大な悪行のみがこれを

十分に正当化することになる。

したがって、刑法の主要な機能は、(d)刑罰や(c)有罪にある公的な非難を正当化するのに十分となる(b)重大な(a)悪行形式の明示、として記述されうることである。さらにこの記述を説明するために、我々は(a)明示の機能からはじめる。ここで、我々は、形式と実質との違いに注意すべきである。我々の関心は、犯罪が起草される形式（xをする者は有罪となり、最高でyの刑罰が科されるとの形式）に必ずしもあるのではなく、法の機能（効果や目的）にある。その機能は、主に、悪行のどの形式が犯罪となり、どの条件で犯罪となるのかを明示することにある。そのような行為がされるべきでないことは言わずもがなであり、刑法が予防的に役立つとの程度で、法執行機関（例えば、警察官や検察官）が、結果が生じないようにそのような行為を予防する、あるいは、有罪とする目的で法廷に連れて行くために、犯罪を遂行したと合理的に信じられる者を追跡する行動（action）を採る権限を与える。新たな刑法が起草された場合、政治的あるいはメディア的な議論から、犯罪化された行為がなされるべきではないということは明らかである。しかし、典型的に、刑罰の上限に関する議論もそこにはあるであろうし、その新たな犯罪を遂行しようとする者は、（刑罰という観点で）どの種の公的な結果を危険にさらすのかを理解しうることになろう。

我々は次に、(b)重大性の問題に取りかかる。我々の目的は主要な目的を特定することにあるために、重大性の妥当な出発点を示す区別や基準への必然的に非生産的な探求をする必要はない。我々は、模範刑法典が2.12条で抗弁（de minimis defense）を規定することでその効果に対する何らかの理解を保障していると言及することで十分である。常に論争される下限が存在する。暴行は些細なまたは「技巧的（technical）」なものでありうるし、窃取行為はほとんど価値のない財物にも関連する。しかし、主たる機能の本質は、主だった悪行が刑法上の犯罪に当たるべきということである。刑法の核は確かに、主だった悪行をはたらく者を

正当で合理的な根拠のある実体刑法体系のために……

罰するということである。妥当な刑事制裁の下限に関する議論はこの核を侵食しない。したがって、謀殺や強姦あるいは強盗というような犯罪は、ほぼすべての近代刑法典の重要部分となるし、それらの犯罪は、道徳的に非難に値する犯罪行為として、刑法の支配的な概念を与える。

どのような深刻さ (serious) が、重大となるのか？ 微妙な問題は別にして、我々は、(c)当該行為が有罪に内在する非難を十分に正当化するほど深刻である必要があるとの点に至る。ここで、このことは社会的な事実に関する問題を生じさせる。すなわち、どの程度の非難または烙印が刑法上の有罪に内在するのか？ 例えば、有罪とされた者の社会的な立場というような要因によって、これは変化することになるのか？ 一般的に、刑法上の有罪が公的な非難の程度に影響を与えるとすれば、そのような非難や結びつけられた烙印は相対的に軽微な罪を与えるべきではないということは正しい。したがって、これは重大な悪行に対応するものとして、刑法を強化しがちである。

最後に、悪行は刑罰を正当化するほど十分に(d)重大であるべきである。先述のように、それは、特別な正当性を必要とする刑罰を付与する根拠として、刑法が運用されているからである。有罪や刑罰は悪行へのもっとも非難ある反応を形作り、そして刑罰それ自体は自律性への強力な侵害となる。より言えば、正当性を必要とするものは、悪行に対する処罰の可能性だけでなく、刑罰の上限の程度もそうである。

II. 非難されるべき点 (fault)、格付け (grading) および抑制 (restraining) 原理

刑法のこの核となる機能は、唯一の正統な機能として進められない。さしあたり、幅広い合意を集めることを可能とする1つの主たる機能として位置づけられる。しかし、それは批判的な概念ではないし、我々はいまだ刑事制裁の不公正または過剰な利用と区別できない。この核となる機能の内部構造の一部は、犯罪が格付けされる、すなわち、生命侵害

のより重大な形式と深刻でないものが、あるいは性的暴行のより重大な形式と深刻でない類似のものが区別されるというものである。当該機能のこの側面は、第一義的に、人間の行為指標には関連しない。しかし、当該犯罪をラベリングするにあたって公正で典型的な重要な要素は、まさに、その核となる機能の一部を形成することになると言われうる。他者への傷害や死の惹起という単独の犯罪を持つだけでは十分ではない。というのも、行為の道徳的あるいは社会的な評価に不可欠な危害や有責性の様々な程度を反映しそこなうからである。公正で典型的なラベリングは、当該犯罪が細目を十分に備えているとの意味で、理解されるべきではない。必要なのは、記述的なラベルと、刑の上限、および悪行の社会的な概念間の合致という程度である。これらは、謀殺や強姦というような犯罪が改正を考慮している際に生じる、当然に巻き起こる議論である。文言それ自体は社会的意味により塗り重ねられ、たとえそれらの意味が明確な区別をするのに十分ではなかったとしても、一定の犯罪の定義を排除するために用いられるであろう。したがって、ひどく不名誉な犯罪のラベルがそのような非難の程度を正当化しなかった行為に適用された場合、それは過剰な犯罪化の例となる。これはかなり広範な犯罪の定義に関する問題を生じる。たとえば、イギリス法において、上限が終身刑である強盗という単一犯罪がある。そして強盗は、暴行のあらゆる形式や強取のあらゆる形式そして脅迫のあらゆる形式に適用する。強盗罪の幅広さは、(たとえばバッグをひったくするような)強盗に値しない行為にこの不名誉なラベルをつけるとの意味で過剰な犯罪化となるのである。

犯罪の格付けについての簡潔な議論は、非難されるべき点要件を格付けすると同様に、それ自体で重要となる核となる機能の1つの要素をもたらすことになる。刑法が為された悪さ(wrong)に関するものである限り、それは犯罪者に非難されるべき点があったとの、あるいは、その範疇が偶然的な危害を排除する「悪さ」に内在する。S. Kadish が示

正当で合理的な根拠のある実体刑法体系のために……

すように、「刑事制裁の主に区別される側面は道徳的な有責性という不名誉さに表れる」。厳格責任 (strict liability) 犯罪に関するほとんどの論争は、有罪に必要な非難されるべき点の欠落、または、それがほほないことで生じる。したがって、先述の(a)悪行形式の明示への言及は、非難されるべき点要件を暗示または包含するものと理解されるべきである。それは確かに、(偶然的にというよりもむしろ) 有責的に悪さを行った者を処罰するために、刑法の核となる概念に必要なものである。もちろん、この核となる機能の説明を満足する、非難されるべき点要件の下限の同定は、激しい論争の対象である。その典型が、被告人が目的的に認識的にまたは無謀のいずれかをもって作為あるいは不作為をしたことを要求することであるとすれば、過失を犯罪化することを認める点から犯罪に関する十分な議論を残す。より言えば、先述のように、非難されるべき点の様々な程度もまた、犯罪を格付けするのに役立つ。つまり、刑法の内面構造は、かなりの程度で、非難されるべき点の程度に関する区別から成り立っているのである。

過剰な犯罪化という議論の脈略で、我々は、刑事責任にとって妥当な非難されるべき点要件に関する主要な論争をそのままにし、その代わりに、構造的な責任に目を向ける。多くのアメリカ合衆国の法域において、イングランドおよびウェールズと同じように、多くの犯罪は、被告人が意図したまたは認識して危殆化したものよりも、より大きな危害に対して刑事責任を科す。このアメリカ合衆国の主な例は、重罪謀殺 (felony-murder) であるが、軽罪故殺 (misdemeanor-manslaughter) を包含する構造的責任や (イングランドにおいて) 傷害や暴行という様々な犯罪に対する責任についての別の例がある。実行行為者が現実よりもより重大な犯罪者としてラベル付けされるとの意味で、これらは過剰な犯罪化の例となるのか? 対応 (correspondence) 原則に固執する者らは、これは現に過度の犯罪化であるとする。すなわち、原則において、有責性要件は、危害要件と同じレベルにあることになる。要求された危害が死で

あるならば、有責性要件は、(重罪や重大な身体的危害のような)何らかの軽減された危害にではなく、殺すことに関連することになる。対応原則を支持する立場は、危害要件なしでは、有責性要件はいずれとも未解決のままであるとする。(例えば、非難されるべき点のない処罰は、選択者として個人を尊重しそこない、一定の行為をすることの結果の予見可能性を除くために、単純に処罰に値しない、という)有責性要件を支持する根拠は、禁止された作為または不作為が有責的に為されたということを要求することにあるし、そして「有責的に為される」は単純に「危害と関連が薄いわずかな非難されるべき点を持って為された」ということを意味しない。それは対応原則を含意するのである。

別の立場は、目的または認識の点で有責性要件の重要性を認めるが、構造的な責任の適度な形式を主張する。この適度な構造主義形式にとって、極めて重要な問題は、被告人が、他者の保全利益を意図的に攻撃することで、規範的な立場を変えたと言われうるかどうかである。一旦、被告人がこの道徳の敷居を越えたら、道徳上の決定的な要素はそのような些細な意図的攻撃であるがゆえに、続いて生じた結果につき責任があるとすることに反論はない。それは、そうでなければ危険性(chance)に帰属することになる結果に関連する被告人の規範的な立場を変えるものである。したがって、その原則は、意図的な(些細な)暴行を理由に、謀殺につき責任があるとの方向性を示しうるし、それは、そのような極端な適用を包含しない穏健な構成主義者の特徴である。彼らの言う限界は、(a)規範的な立場の変化を生み出す意図的な行為(conduct)は、争点において責任があることになる(予見可能性のない)要素と同じ系に属する犯罪実行である必要があり、そして(b)意図された悪と被告人に責任があると判断された危害との間の道徳上の距離感ではなく、その間の比例性の基準が存在する必要があるということである。

ここは、対応原則の支持者と穏健な構造主義者との不一致を議論する場ではない。ところが、過剰な犯罪化の点で、2つの要点が先述の部分

正当で合理的な根拠のある実体刑法体系のために……

から生じるように思われる。1つは、両アプローチは、些細な意図的な行為 (act) から生じる刑事責任の大きさにつき何ら限界を作らない本来的な構造主義を否定する。たとえば、軽罪故殺は、意図的な (些細な) 暴行と死をもたらすこととの間の道徳的な距離感が大きすぎるとの根拠を否定するであろう。それは実にひどい種の過剰な犯罪化である。もう1つは、対応原則の支持者は、犯罪化の超過として責任の構造的な拡張を更に進めそして特徴づけたいと望むであろう。

さらなる論争の領域は共犯法である。模範刑法典 § 2.06 は、犯罪遂行を促進または容易にする目的で、当該犯罪の計画や遂行をするよう他者を唆し、援助し、または援助することに同意する場合に共犯者と判断する。明らかに、これは、正犯者に対し些細な援助行為のみしかしなかった者にも適用されうる。イギリス法におけるのと同様に、そのような者は、まるで正犯者であったかのように有罪とされ処罰される責任がある。共犯責任の出来る限りの拡張は、急増している組織犯罪で見ることができる。イギリスの反テロリスト法は、規定された組織の構成員であるまたはその構成員であることを明言すること、あるいは規定された組織をサポートすることやその組織のユニフォームを着ることを犯罪として包含する。そのような犯罪は、単なる構成員やそのような組織への別の明らかなサポートが、その組織の政治姿勢への十分な傾倒を明らかにし、処罰を正当化するような行為であるとの前提を根拠とする。これを過剰な犯罪化の例として考慮するかどうかは、組織を禁止する実効性や基準にかかっている。

III. リスクと刑法の予防的機能

ここまで、我々は、基礎となる定義として、(d)刑罰や(c)有罪にある公的な非難を正当化するのに十分となる(b)重大な(a)悪行形式の明示、として刑法の1つの核となる機能の記述を用いてきた。その公式は、悪行は生じた何らかのことであり、有罪や刑罰という意味での応答は生じたこ

とに言及することで正当化されるということを含意する。ところが、刑法の第一の関心事は、危害のリスクや危険 (danger) あるいは予防にある。これに対応するためには、まさに示された核となる機能を採用し拡張すること、あるいは、別の機能の記述を進展させることのいずれかをする必要がある。その本質は、刑法には、(b)法により保護された利益に対する重大なリスクや危険へ導く傾向を根拠に禁止された、あるいは(d)刑罰や(c)有罪にある公的な非難を正当化する(a)作為または不作為の形式を明示する、との機能があるということであろう。これは予防的な機能であり、予防されることになるものが、第一次的な機能が刑罰化しようとする種の危害や悪であるがゆえに、刑法の二次的な機能としてこれを記述することは公平である。

この二次的な予防的機能を探求するために、(a)および(b)の要素を一緒に検討することがおそらく最良である。すなわち、(b)法により保護された利益への重大なリスクや危険を導く傾向を根拠に禁止される(a)作為または不作為形式の明示である。刑事責任の3つの形式、すなわち、予備的犯罪、所持罪そして危殆化犯罪は、この脈略で正当化を要求する。予備的犯罪の本質は、実体犯罪の遂行への相当な段階を目的に行うことを構成する未遂である。未遂の各々の要素が正当化と抑制機能の両方を果たすということは注目に値する。相当な段階という要件は、被告人が犯罪を実行しようとする決心の固さを示すために実体犯罪の遂行にとって十分であったことを根拠に、介入や有罪を正当化するが、またその要件は、自己の内心を変えうることを認めることで、実行のより早期の段階にのみ関わった者の有罪を排除する。行為が「目的的」になされるとの要件は、予防されなければ危害という苦痛を与えることになりうる決意を含意することを根拠に、介入や有罪を正当化するように企図されるが、またその要件は、相当な段階に至る行為を行っていたけれども、未だなお実体犯罪を遂行していなかった者の有罪を排除する。ところが、過剰な犯罪化の点からすると、刑法が相当な段階に至らないより早期の

正当で合理的な根拠のある実体刑法体系のために……

行為を処罰する場合に、問題が生じる。たとえば、「テロとの戦い」に必要と言われ、犯罪が数多く作られている政治的な風潮において、イギリスの立法者は、テロ行為を実行するまたは他者にそうするよう援助する意図をもって、「自己の意図を実行するための準備において何らかの行為に取り組む」者に対する犯罪を作り出した。目的要件は残ってはいるが、「相当な段階」テストは、広範な行為要件を支持することで、完全になくなった。「何らかの行為」は曖昧であり、そうでなければ無辜となりうるために、要するに、新たな犯罪への責任はほぼ「目的」の証明次第ということになる。有罪とするため必要な要件がほとんどないために、警察が被疑者に自白するよう圧力をかけることを助長することを根拠に、反対する者もいれば、思想に対する処罰に切迫しすぎることや、主だった未完成犯罪（未遂罪や共謀罪や独立教唆罪）がその危険性に対応し、かつ、違法な有罪宣告に対する妥当な予防手段を包含する適切さを根拠に、このような法の拡張に反対する者もある。したがって、過剰な犯罪化の例として、伝統的な未完成犯罪によって加えられた制限を越える予備的な責任の拡張を検討する立場もある。

同様の主張は、教唆罪 (solicitation) または扇動罪 (incitement) のような未完成犯罪の拡張に対しても生じる。模範刑法典 § 5.02 は、その犯罪遂行を促進または容易にする目的で、他者に、そのような犯罪を構成することになる特定の行為に取り組むよう、命令し助長しまたは要求する場合に、教唆罪で有罪となとす。近年のイギリス法は、テロリスト行為を見習うよう助長すると推測しうる脈絡で、「過去または将来においてテロリスト行為の遂行または準備を賞賛する」発言をすることを含め、直接または間接的にテロリズムを助長するという犯罪を創出した。したがって、目的や意図要件は、人々が、為された発言から推測するために、何を合理的に予見しうるのかとの客観テストによって、置き換えられ、行為要件は賞賛という曖昧な概念となる。その目的が犯罪遂行を促進することではなく単に、授けられた經典の意味、または何らか

の類似する道理を大げさに言っただけであると述べることで、それが無ければ、そのような発言が教唆罪または扇動罪の訴追から自分自身を防御しようとの根拠によって、刑法のこのような拡張が支持されることに疑いはない。しかし、このような結果は、(目的要件という防御手段がないことで) 過剰な犯罪化の例として見なされうる、潜在的に広範囲な犯罪となるのである。

次に、所持罪とは何であろうか？ それは、典型的に、実体犯罪の実行とは結びつかない(所持しているという)状態につき処罰し、そして典型的に、そのような実体犯罪を遂行する目的や意図要件を何ら包含しないものである。その前提は、所持された物や品目がそれ自体で、実体犯罪を遂行する意図やそうすることの可能性を示す何らかの事象というような危険性につき明確な信号があるということである。したがって、ナイフや何らかの「犯罪的な武器」、許可されていない拳銃、あるいは偽造装置の所持という犯罪は、その所持につき十分な理由がなくても、それだけで有責的であるとされる。所持と違法な行使との間の結びつきに関して、特に、攻撃を恐れることに十分な理由のある隣人に対し何らかの武器が正当防衛で用いられる場合につき、議論の余地はある。その議論の切迫性は、所持罪が、被告人が無害の目的または合理的な理由を証明していなくても単純に所持を処罰する規定と結びつけられる場合に増す。現実の所持と危害が結びつかないとの観点からすると、これらの犯罪はその物の違法な行使に取り組む意図や意欲要件を包含するべきであるとの確固たる言い分がある。論理的な根拠においてわずかに異なるのは、所持された物が禁制品であるために、所持がそれ自体で犯罪となる場合の犯罪である。この典型例は、その所持が守られた利益への侵害を助長する予備的なものという含意なしに禁止される、麻薬や児童ポルノの所持である。実際に、ある程度で、盗品の所持と同じように、児童ポルノの所持者は児童虐待と合致するということによりなろう。その程度で、所持犯罪のこのサブグループが、ここで検討された二次的な機能

正当で合理的な根拠のある実体刑法体系のために……

というよりもむしろ、刑法の第一義的な核となる機能に包含されることになりうるのである。

最後に3つ目の危殆化犯罪に取りかかる。すぐに、我々は別のパラダイムに直面する。すなわち、第一義的な核たる機能における主な概念が、「何らかの価値や利益を害するよう意図される作為または不作為」との意味での攻撃である一方で、ここでの主な概念は、作為または不作為により、(他者が) 危害を受けることになる重大なリスクを創出する場合に生じる危殆化である。Antony Duff は、これは、2種類の行為での道徳的な特徴における違いを示している、とする。すなわち、攻撃者は悪さにより導かれる一方で、危殆者は、たとえば危害を与える行為に抵抗する理由というような、正しさにより導かれない。危殆化は典型的には無謀や過失であるが、その犯罪は必ずしも、(危険が現実化したことはもちろん) 誰かが実際に危険にさらしたことは必要ではない。イギリス法の2つの例は、危険運転行為 (dangerous driving) 犯罪である。すなわち、たとえ他の誰もが実際に危殆化されないけれども遂行される危険運転と、無謀にあるいは実際に誰も危険にさらすことなしに遂行される、生命を危殆化する損傷 (criminal damage) のある危険運転である。イギリス法には、無謀な危殆化罪 (reckless endangerment) という模範刑法典の犯罪と比較可能な一般犯罪がない。その犯罪は、模範刑法典 § 211.2 で、「他者を死または重大な身体障害の危険にさらすまたはさらしうる行為に無謀に取り組む」者により遂行され、現実の場合と同様に、潜在的な危殆化にも及ぶ公式である。関心は、一般犯罪が公正な注意を示す程度について生じる。すなわち、行為の特別な領域における危殆化犯罪は典型的に、公道における運転や仕事での安全性、あるいは危険物質を扱う際の安全性というような行動基準に付随し、それゆえに公正な注意を示すが、他者への安全性につき注意をし、考慮する一般的な命令だけは、別のところで作用する。

刑法の主な機能の1つとして予防的機能を認める必要性には疑問がな

い。これは未完成犯罪や（確実ではないが）所持罪の多くにつき論理的根拠を提供する。しかし、一旦その主張が予防に焦点を当てれば、刑法の適切な役割は精力的に精査される必要がある。予防的な機能の偉大な支持者の1人であるベンサムは「すべての刑罰は苦痛であり、それ自体ですべての刑罰は悪である」と明言し、さらに、刑罰は、根拠がなく、効果のない、そして成果もなく、必要性がない場合に正当化されない応答となるとする。「成果のないまたは過剰すぎる」刑罰への言及は、一定の行為形式を犯罪化することの結果につき検討する S. Kadish と一致する。ここでの我々の関心は、「必要性のない」刑罰に反対するベンサムにある。ベンサムは、「慣行に終止符を打つとの目的が、指示または理解の報告によって実現されうるか」どうかを考慮する立法者の重要性につき記した。説明や理由付けに備わったベンサムの幾分浮世離れた信念は別にして、この種の近代的なアプローチは、（住宅やショッピングモール、輸送システムあるいは他の公共の場という）企図や、活動規制、あるいは（住宅やレジャー施設という）社会的な設備などを通じて、予防達成の可能性を強調することになろう。もっとも押し付けがましい非難装置たる刑法は、最後の手段、または、別の非刑法的な予防手段にとっての「逆戻り防止装置 (back-stop)」として考慮されるべきである。

したがって、不注意運転や危険運転あるいはそれらの加重形式（イギリスでは、危険運転による死の惹起）というような、特定の危殆化犯罪は、運転を統制する、あるいは、運転免許を得る前に理解される必要がある行動基準への逆戻り防止装置として理解されうる。同様に、過剰なアルコールの影響下にある運転行為という犯罪は、別の危険原因を処罰するために、予防的な犯罪として作用する。しかし、好ましくない態度である場合に、民事裁判所に予防的な命令を出す権限や、そのような命令への違反を犯罪化する権限を与えるように、もし法がさらに進んだらどうなるのか？ これは、禁止命令違反行為 (disorderly) を予防する方法として理解されうるが、それは強い不信感を生じさせる方法である。

正当で合理的な根拠のある実体刑法体系のために……

イギリスにおけるこの手法の典型例は、反社会的態度禁止命令 (anti-social behavior order) である。民事裁判所が、他者に「嫌がらせ (harassment) や不安 (alarm) あるいは苦痛 (distress) を惹起するあるいは惹起しそうな方法」で行われ、そして禁止命令が、さらなる反社会的な行為から他者を守るために必要であると判断したならば、当該裁判所は、最低2年間「被告人が命令に示された如何なることもすることを禁止する」命令を為しうるのである。「合理的な理由なし」に、反社会的態度禁止命令に違反する場合、これは最高で5年間の収監を科す刑事犯罪となる。この法の1つの結論は、ある命令が、被告人に対する個人的な刑法典になるような、(他人を罵ることや、ショッピングモールに入ること、あるいは、誰かの庭で飛び跳ねることのような) 非犯罪的な行為を禁止することになり、さらに違反に対する刑罰は、暴行や酩酊運転、あるいは危険運転などのような多くの実体犯罪の上限を越える実質や重大さがあるということになるのである。多くの反対がこの立法手法に対して為されうるが、それはイギリス立法府によってますます取られている方法である。現在、このパターンに従ったいくつかの命令をリストアップすることは可能である。そして、それら命令の多くはまた、刑事裁判で有罪判決を科すことが可能である。そのような命令が、そうでなければ犯罪とはならない行為を禁止する限り、そのような命令は(少なくとも、被告人に対する) 刑法の効果的な拡張を構成することになり、したがって、禁止された行為が一般的に刑事制裁を正当化するのに十分なものとして見なされてこなかったことを根拠に、深刻な過剰な犯罪化の問題を生じさせることになるのである。

IV. 補強的規制

人はどのようにして刑法の核を決めるのか? ここまで、我々は、明示あるいは予防と呼ばれうる、刑法の2つの主要な機能の記述につき議論してきた。しかし、刑法の純数値的な概観があるとすれば、イギリス

法での帰着点は、両主要な機能は3つ目、すなわち補強的な規制により影が薄くなったように見られるということになろう。これは、S. Kadishの論文「経済規制の執行における刑事制裁の利用 (The Use of Criminal Sanctions in Enforcing Regulations)」におけるトピックであった。明示あるいは予防機能には、より高い公的な側面があり、そのような犯罪に対する有罪は、より峻厳な処罰やより大きな公的な議論へと導きがちである。それらの機能は、場合によって、「現実の犯罪」として言及されるパラダイムである一方で、刑法の規制的機能は純粹に、ニュースや判例集を作る。たとえ法令集における行政犯罪 (regulatory offense) の数が、明示犯罪と予防犯罪を合わせた数よりも多かつたとしても、それらは、裁判においては少数の有罪数となる。刑事制裁がしばしば規制領域において最終手段としてみなされ、そして、他の方法による執行がより高い頻度で用いられているために、そうなるのである。

規制という概念には何らかの注意を持って取り掛かる必要がある。人間の行為に対する規制に言及する限り、規制概念は刑法全体あるいは多くの他の法領域にも適用されうる。特に、刑法は「人間の行為を批判する社会的な基準を補強する」一方で、規制法に属する行為は「通常、適法なもの」である。

これが規制法の本質であるならば、今日の刑法の役割の1つは、これらの規制の多くに当てはまらない者への刑罰を規定することである。これらは時折「行政犯罪」と呼ばれるが、その用語は曖昧さにさらされる。場合によって、このクラスの犯罪はほとんど深刻ではないとの含意があるが、(少なくとも、イギリス法において) 5年または7年の収監というような重い最高刑を伴う環境保護や金融市場規制における多くの犯罪があるために、その含意は認められえない。場合によって、S. Kadishが「道徳的な中立性の問題」として言及することから生じるこれらの犯罪は、自然犯 (mala in se) というよりもむしろ単なる行政犯 (mala prohibita) であるとの含意となる。これは、規制された行為が適法であ

正当で合理的な根拠のある実体刑法体系のために……

るとの観念に反映するが、その記述につき問題がある。これらは謀殺や強姦あるいは強盗というような従来の悪ではないということは正しいし、規制として記述された犯罪の多くは、公正な取引を保障する市場の要請の補強や、環境基準の補強と関係する。換言すれば、規制されるものは、適法な方法で適法な活動を行うこととして記述されうる。道徳的な言葉によると、市場を害するまたは歪める行為は、いくつかの従来の悪よりも十分に悪いものとなりうる。すべての規制法の道徳的な中身を事前に判断しないことが重要である。市場や仕事場の道徳性は、たしかに、「悪」として一定の行為に言及することを正当化しうるのである。

今日の法における、このグループの犯罪に関する主な論争は、厳格責任の使用にある。しばしば、規制として記述されるその種の犯罪には、非難されるべき点の要件が全くないし、少なくとも、非難されるべき点が無かったと被告人が証明することを必要とする抗弁のような減衰的な要件がある。これは、行政犯罪と、明示または予防犯罪とのもっとも大きな違いである。先に、非難されるべき点の証明は、刑法あるいは有罪にとってまさに核たる概念の一部となるとしたし、それは、「刑事制裁の主要な別の側面」として「道徳的な有責性」という汚名への S. Kadish の言及に反映する。行政犯罪に対する厳格責任を支持する者らは、刑法のこのような利用が、帰結主義的な根拠、すなわち、刑事手続の迅速かつ懲罰的な側面への活用という社会的な利益が、非難されるべき点や別の防御手段の証明の必要性を上回るとの根拠によって正当化されると主張しがちである。(しかし) この理由付けは説得的ではない。S. Kadish によると、「反則行為 (violation)」という非犯罪的な範疇を作る模範刑法典のアプローチは、その矛盾の軽減につき価値のある方法に思える。非難されるべき点は、有罪が可能であるならば、要求されるべきではあるが、その結果が、有罪とはならずあるいは少額の罰金にしかなりえない「反則行為」に対する非難なき判断であるならば、要求される必要はない。そのような動きは、規制を補強する方法として刑法の使用

に起因する莫大な過剰な犯罪化を、一撃で軽減することになる。それは、そのような規制の実効性を鈍らせることになるのであろうか？ この特定の側面の経験主義的な研究は比較的まばらに残っている。修正は最近、「より良い規制」という名で、イングランドとウェールズで提案されている。規制執行および制裁法案 (Regulatory Enforcement and Sanction Bill) は、次のような公式報告書に依拠する。すなわち、(i) 「一定の罰金刑」や (ii) (上限のない罰金や作用条件あるいは回復要件を包含する) 「裁量要件」、(iii) 活動警告 (activity notices) の永久的停止、または・あるいは (iv) 活動命令 (activity order) の一時的停止を課すことが可能となる一定の規制団体を定める報告書である。これは、(準備と書類仕事がほとんど必要とされないために) 処理を早め、商慣行において無駄を省きがちな商取引の抑止としてなお作用する「代替的な民事制裁」を課す権限を、規制者に与えることになる。その法案は、規制者が、制裁処置の政策の公表や、民事上の規制条件を巡る交渉の過程、あるいは、新たな規制団体への訴えを規定する。いくつかの民事的な罰則は、特に「裁量要件」によって峻厳な剥奪となりうるが、その法案の要点は、それらが刑事上の有罪に関連しないために、「適正手続」の権利が弱くなり、かつて S. Kadish が指摘した矛盾を回避することになるということである。

提案されたイギリスの体制は、刑法にある厳格責任犯罪をそのままにしておくことであろう。修正の要点は、代替的な民事制裁は規制者が用いるのにより十分に効果的 (あるいは割のいいもの) となるであろうし、厳格責任犯罪の実施はまれであるということである。ところが、概念的に、それらの犯罪は規制の補強という機能を維持するであろうし、新たな体制による代替的な民事制裁は、ある犯罪に対する規制によって課されることになるであろう。これはまさに、被告人の権利を弱めるために意図された口実なのか？ ヨーロッパ人権裁判所は、刑事手続に対する適切な防御手段が出し抜かれないことを保障するために、ある種の破壊

正当で合理的な根拠のある実体刑法体系のために……

防止原則 (antisubversion doctrine) を進展させた。ヨーロッパ人権裁判所は、人が刑事犯罪で訴追されるかどうかの問題は、ヨーロッパ人権規約のフレーズの自律的な意味に従って判断されるべきであるとした。換言すれば、ヨーロッパ人権裁判所は問題の本質に目を向けつつ、刑法上の防御手段を出し抜く方法として、国家が手続きに「民事」や「行政 (administrative)」または「規制 (regulatory)」とラベル付けすることを許容しないのである。したがって、Ozturk v. Germany 事件で、些細な交通違反に罰金を課す権限は、「行政犯」の範疇の創出の一部として、行政機関に移譲された。被告人は公平な裁判をする権利が認められなかった (通訳の拒否) と訴え、それに対しヨーロッパ人権裁判所は、実体において、その犯罪は刑事犯のままであり、したがって、刑事手続に適用可能な全ての「適正手続」の権利につき、被告人は利用可能であると判断した。特に、当該裁判所は、その罰はその効果において「懲罰的で抑止的に」なるよう意図されたとした。同様に、Schmautzer v. Austria 事件で、被告人は車の運転中にシートベルトをしなかったことで、罰金刑を受けた。これはオーストリア法で行政犯として扱われており、被告人には罰金に対し控訴する権利があったけれども、対審審判の権利がなかった。ヨーロッパ人権裁判所は、実体においてその犯罪は刑事犯であり、特に、過料 (administrative fine) は、罰金を支払わなかった際に刑務所へ引き渡すとの警告を付して、被告人に課されるのであり、したがって、対審尋問権が認められるべきであると判断した。同じ基準に沿ういくつかの別の判断があり、そこでの要点は次のようなものである。すなわち、イギリス立法府における手続きでは、「代替的な民事制裁」の賦課に対する控訴を規定するが、刑事裁判での対審審判は規定していないということである。それがヨーロッパ人権規約に準拠しているかどうかは疑わしい。1つの比較は、現在イギリス刑法にある多くの「罰金刑」犯罪、すなわち、警官が様々な道路関係の犯罪や、公衆酩酊のような公共秩序犯罪、あるいは (200ポンド以下の商品の) 万引きにつき罰金を求める

ような犯罪との比較である。被告人が罰金を受け入れることを望んでいないのであれば、そう主張する権利があるし、裁判による訴追を求める権利もある。そのような手段は、新たな法案による代替的な民事制裁に従うものには認められてはいない。

この分析は、厳格責任のある行政犯についての悩ましい問題へのこのタイプの「解決法」は、少なくともヨーロッパの法域で有用ではないとする。懲罰的な方法で被告人を非難するよう意図された体系が作られるとすれば、被告人に、公平な裁判において有用可能な十分な防御を与える必要がなおある。しかしながら、これは刑事上の有罪を導く審判が存在する必要があるということの意味しない。それは、その特徴においてなお民事上のものとなりうる手続きが、少なくとも、刑事犯で訴追された者に対する、ヨーロッパ人権条約で示された防御手段（無罪推定や、十分な訴追の告知・防御を準備するための時間・必要な場合に司法上の援助の権利、または対審の権利、あるいは通訳を受ける権利など）を尊重する必要があるということの意味するのである。それらの防御手段が行政手続に組み込まれうるならば、その制度はヨーロッパ人権条約と両立することになる。ところが、単純さや費用対効果を求める政府にとって、そのような結論は受け入れがたいであろう。刑事犯とは呼ばれない、あるいは、非難されるべき点や適正手続の権利という付随物のない、懲罰的な制度を作りたいのである。それは抵抗されよう。真の民事または行政アプローチが進展することになれば、刑事犯は除かれるまたは少なくとも区別されるべきであり、そして、その制裁領域は、非刑事上の体制と両立するようになされるべきである。刑事犯が維持されることになれば、裁判所により、十分な刑事上の防御手段を守るよう対処されるべきである。

V. 過剰な犯罪化の概念

一定の事柄につき多すぎるかどうかを判断するために、何が適切な量

正当で合理的な根拠のある実体刑法体系のために……

なのかを決定する必要がある。したがって、過剰な犯罪化についてのどの議論も、その意味や刑法の適切な領域の概念から始める必要がある。刑法の周辺にある論争を受け入れることで、刑法の核となる機能と、核となる原則とを見分けることがなお可能となる。3つの主要な機能は以下のようなものである。

- A. 明示的機能：有罪や刑罰に付随する公的非難を十分に正当化する深刻さのある悪行形式の明示
- B. 予防的機能：法により保護された利益を重大なリスクまたは危険に導く傾向を根拠に禁止され、そして有罪や刑罰に付随する非難を正当化する作為または不作為形式の明示
- C. 規制的功能：しばしば非難されるべき点の証明を必要としない、規制構想に違反することになる行為形式の明示を通じた規制の補強

Ⅲ章の終盤において、民事命令違反という犯罪によって強化された、民事予防命令というようなハイブリッド型の犯罪に言及した。これは、通常の防御手段や原理を無視して、刑法の非難力をうまく利用するとの別の戦略が明らかであった場合（民事犯罪や反則行為、あるいは代替的な民事制裁）への橋渡しを形作った。これらは、過剰な犯罪化の新たな形式である。それらは、新たな規制形式の費用と悪影響が、効率性向上により上回るかどうかという結果主義テストをパスする構想であるが、それらは重要な原理に反することにもなり、そして、そうする中で、重荷に屈することなく、刑法の恩恵を得ようとするのである。それは、これに反対する S. Kadish の姿勢と合致するものである。