

〈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（6）

——Larry Alexander & Kimberly Kessler Ferzan 「危険創出という
有責的な行為（Culpable Acts of Risk Creation）」の概要紹介⁽¹⁾——

坂 本 学 史

前号に引き続き、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6弾として、Larry Alexander & Kimberly Kessler Ferzan の「危険創出という有責的な行為（Culpable Acts of Risk Creation）」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。執筆者の一人である Larry Alexander は現在、サンディエゴ大学の Warren 名誉教授であり、刑法をはじめ、憲法や法理学の教鞭を執る。またその著作も枚挙を上げる暇がないほどであり、アメリカ合衆国を代表する刑法学者の一人であることは言うまでもない。また、もう一方の、Kimberly Kessler Ferzan については、すでに別稿

(1) 5 *Ohio St. J. Crim. L.* 375 (2008).

において紹介させていただいているため、本稿での紹介は割愛させて頂くことにする。⁽²⁾
⁽³⁾

ところで、Alexander/Ferzan は、行為者が他者に対する不十分な関心を示す場合、すなわち、危険賦課という有責的な行為に取り組んでい
る場合に、処罰を受けるに値するとする。そこで、本論文において、彼
らは、行為者の有責性や非難可能性を辿るために、アクタスレウス
(acts reus) をどのように再考するのかに取り組むのである。⁽⁴⁾

以下、Alexander/Ferzan 論文の概要を紹介する。

——Larry Alexander & Kimberly Kessler Ferzan 「危険創出という有責
的な行為 (Culpable Acts of Risk Creation)」——

1. 有責的な行為としての犯罪

我々には刑法に関しいくつかの確固たる考えがある。刑罰は報いに値
するものである必要があると確知する。人々が報いを受けるに値するも
のは、他者の法益 (legally protected interests) を奪う決断をする危険
(risk) を根拠にすると確知する。そして、自由主義的な刑法は、行為者

(2) 拙稿「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(1)—Kimberly Kessler Ferzan 『正当防衛
と国家 (Self-Defense and the State)』の概要紹介—」神戸学院法学第39巻
1号 (2009) 66頁

(3) また、彼らは、新たに Stephen Morse を加える形で、2009年に「CRIME
AND CULPABILITY—A THEORY OF CRIMINAL LAW—」を出版した。そこでは、
個人が報いを受けるに値することを唯一の根拠として処罰されるとの概念
を真剣に採ることで、刑法を根本的に再概念化する。彼らによると、報い
を受けるに値するものは、行為者の有責性の機能であり、その有責性は、
行為者が賦課していると確知する法益への危害の危険、あるいは、それら
の危険にあって行為することの理由の機能である。

(4) Alexander & Ferzan, *supra* note 1. at 375.

正当で合理的な根拠のある実体刑法体系のために……

が危害 (harm) というそのような危険に至るまで、行為者を処罰しえないが、(最終的に生じる危害ではなく) そのような危険に至ることは、行為者の非難可能性を判断するものであると確知する。

我々は、どのようにして犯罪を公式化するのか？

我々の立場によると、個々人は、有責的に行為する場合に、刑罰を受けるに値する。行為者は、他者に対して不十分な関心を示す場合に、有責的になる。行為者は、不十分な理由によって、他者(または他者の法益)を害するまたはその危険にさらすと(決定的な)決断する場合、他者に対する不十分な関心を示す。

不十分な関心の基準として、刑法は、模範刑法典の4つの内心状態(目的・認識・無謀・過失)を用いる必要はない。目的・認識・無謀はすべて同じタイプの評価である。行為者が目的的に、他者に傷害を負わそうとしている場合、行為者の理由はおそらく有責的である。しかし、目的および認識の例で、これらの仮定は、行為者がした危険賦課が正当化されたとの証明によって、反証されうる。反対に、無謀は正当化されえない危険を要求する。したがって、正当性を内心状態それ自体の中に構築することになる。ところが、これら場合のすべてにおいて、最終的に刑罰を受けることになる被告人にとって、当該被告人が引き受ける危険は正当化されないものである必要がある。1つの有責基準を3つの内心状態に分けるとのアプローチは、これら3つの内心状態が有責ヒエラルキー的にほぼ並んでいるとの誤った印象と同様に、理論上の違いを創りだす。

その一方で、過失は有責的ではない。行為者の判断基準となる「合理的な人間」を構築するための原則に基づく妥当な方法は存在しない。無限に可能なシナリオが、全知と行為者自身の主観的な確知との間に存在する。しかし、行為者の判断基準となる妥当な規範的基準としてのこれらのシナリオのどれも特別視する理由はない。より言えば、たとえ我々がそのような見方を構築したとしても、過失行為者はこの「危険」の支

配を欠いている。危険は認識的な見方の問題である。そして、他者よりも低く危険を評価する過失行為者は、彼の認識的な欠落につき有責的ではない。まさに有責性を判断する危険を、行為者が評価するのである。

本稿にとっては、有責性の単独基準として無謀を考慮すると述べることで十分かもしれない。しかしながら、有責性に対する我々の立場はかなり微妙である。我々は、無謀の独自の基準としての危険の実質性を否定する。我々は、危険が正当化されるあるいはされない場合を考慮する。そして、我々は、行為者が賦課した「理由のある」危険の評価において、「行為者の理由」は、行為者を動機付ける理由だけでなく、行為者が気付いている他のすべての正当化される理由も包含する。

特別な行為要件の点で、我々は、どのタイプの行為が、非難可能性があるのかとの理解に磨きをかける。とりわけ、我々は刑法から不完全な未遂を排除する。我々が、その目的に近づく行為者を処罰する場合、危害を意図していることや、おそらく我々が介入しなければ犯罪を遂行しようとするであろうとの予測によって、我々は彼を処罰している。しかし、もはや完全な統制がきかない行為者が、危害の危険を手放すまで、行為者は自分の意図を取り消しうるし、完全に犯罪遂行をやめる決心をしうる。待ち伏せをしている行為者が突然心変わりをし、家に帰ると決心しうる。待ち伏せ行為での処罰は、行為者が明らかに賦課している何らかの危険での処罰ではなく、何らかの知覚される将来の危険での処罰である。

一方で、行為者が一旦この危害の危険を手放せば、我々は、当該行為者が危害を惹起するかどうかは、彼の有責性と無関係であると確知する。当該行為者は、他者に危害を与えるとの危険を冒す決心をし、そして、危険を手放すことそれ自体、行為者の不十分な関心を示す。

II. 有責性の所在

したがって、我々の刑法理論は、危害の正当化されえない危険を手放

正当で合理的な根拠のある実体刑法体系のために……

す行為者による選択に重点を置く。我々が、行為者が創出する危険を問題とする際、危険と理由は全体的に評価される。

A. 有責的な行為の再考

行為者はどのようにして他者に対する危害の危険を増すのか？ 典型的に、それは何らかのことをすることによってである。今日の制定法は複合的な行為の記述を具体化する。すなわち、「指を動かすこと」は、犯罪ではない。むしろ、犯罪は、指を動かすことが他者の殺害行為となる場合に、起こるのである。また、腕や足を動かすことも犯罪ではない。しかしながら、それらの動きが結局、他者の財産を取ることになるのであれば、窃盗罪を遂行していることになるであろう。つまり、意欲した身体運動は、行為者の行為はあらゆる方向で再記述されうるし、いくつかの再記述が行為者の行為を犯罪にするのであるから、状況や結果により限定される。

ここで、1つの問題は、これらの再記述が付加的な行為となるのかどうかである。すなわち、指を動かすことが、弾丸を発射することになり、そして被害者を殺害することになる引き金を引くことであるならば、どの程度の数の行為が行われたのか？ Donald Davidson は、指の運動の後、「更なる行為は存在しない。更なる記述が存在するだけである」とする。対照的に、Alvin Goldman は、「指を動かすこと」と「被害者を殺害すること」は、それら2つの関係が非対称であり非反射的であるがゆえに、2つの別々の行為であるとする。

たとえ、更なる記述ではなく、更なる行為が存在しているとしても、我々は、第一行為のみが刑法に関連する有責的な行為であると確知する。したがって、我々の目的によれば、我々がこの哲学上の論争を解決する必要はない。それにもかかわらず、我々は（とりあえず）Davidson の立場を支持する。第一に、人が行う行為のみが意欲した身体運動であり、他の「行為」は単なる再記述であるとの理解は、とっぴな形而上の結

論には至らない。例えば、Alice が Betty に向けて発砲し、昏睡状態にするが、Betty が死ぬ3日前に Alice が死んだとすれば、Alice は Betty をいつ殺害したのか？ Alice が死ぬ前か？ しかし、まだ Betty は生きていた。では、Alice が死んだ後か？ しかし、死んだ後にどのようなして行為しうるのか？ 我々にとって、そのパズルの答えは、Alice が指を動かし引き金を引く際の Alice の行為との理解にある。意欲した身体運動の後の、人の行為は、その結果や状況を包含する多数の方法で再記述されうる。次に、Goldman の立場は、行為につきかなり広範な存在論に導く。たとえ我々がなご座っているまたは寝ているとしても、先行する意欲した身体運動の結果が新たな結果を導く限り、なご行為しているのである。常に行為していると考えること自体、ひどく疲れる。

しかしながら、我々にとって、問題となるのは行為の結果ではなく、行為者が賦課しようと意欲した危険である。なので、行為者が殺害するために拳銃の引き金を引くことを選択すれば、恐ろしい理由で危険を賦課している。当該行為者は他者に対する不十分な関心を示しており、処罰されるべきである。したがって、再記述は我々にとって些細なことである。我々にとって、引き金を引くことが死に至るかどうかは無関係である。行為者の非難可能性は、当該行為者が引き金を引いた点で決定されるのである。

行為者は、他者に危害を与える危険にさらす行為を行うことを選択するために、被告人が身体運動を意欲したような自発性 (volition) は、有責的な行為の妥当な単位であると確知する。まさにこの点で、行為者は他者に対する危害の危険を手放すのである。

もちろん、我々の説明は、自発性概念に依拠しているため、「自発性」との言葉が言及する何らかの事柄が存在するというを前提とする。我々の立場によると、自発性についてのもっともありえそうな説明は、わざと身体運動をすとのありのままの意図という内心状態であるということになる。我々は、ここで自発性の存在に賛成しえないが、科学が

正当で合理的な根拠のある実体刑法体系のために……

最終的に我々に、自発性や他の内心状態についてのより完全な説明をもたらしてくれるであろうということに疑いを持っていない。Stephen Morse が記すように、「脳がどのように内心を有効なものにするのか分からないし、行為がどのようにして可能になるのか分からない」。我々が自分の指を動かしたい場合、ともかくもそうする。我々はこの意欲の実行をすべからず経験しているが、科学はなお、どのようにしてそうするのかを説明する必要がある。ところが、刑法は脳に関する科学的な結論を待ち切れない。

B. 自発性から意欲した身体運動へ

ここで、我々は、刑法の妥当な理論的目標が自発性であるとしているにもかかわらず、語用論的な理由で、我々は、刑法が、自発性が惹起すること（意欲した身体運動）に焦点を当てるのが最良であるとする。

行為なき自発性はある。David は、交通事故によって足を動かす能力を失ったとしてみよう。そこで、David の母親が彼のところに訪ねてくるが、彼女が自分の苦境に無関心であるとわかった David は、彼女を蹴ろうと決意したとする。実際、David は、足を動かすために、交通事故以前にしていたであろうすべてのことをするが、何も起こらない。我々の分析によると、David は有責的な行為を実行したのであるか？ その答えは明らかに正しいように思える。David は、何の十分な理由もなく、自分の母親に危害を惹起するために、自己の身体運動を意欲したのである。

身体運動を欠く有責的な行為もありうる。我々が「内心行為」を語用論上の行為の範囲内に位置づけられようとなかろうと、我々は確かに頭の中で物事を行う。意思という統制による一定の内心行為が、他者に対し危険を賦課することで有責的であったとすれば、それらが意欲ある身体運動ではなかったとしても、我々の立場によると有責的なものとして考慮されることになる。頭の中で九九を計算することが何らかのかたち

で爆弾を爆発させることになるのであれば、たとえ身体が動いていなかったとしても、九九を計算することにつき有責的となる。特に、これらは単に、未来において危険賦課の選択するのではない。それらは、行為者がもはや完全に統制できなくなった危険をそれら自体で手放すことになる内心行為である。

なので、自発性が行為に先立つとすると、自発性はあるが身体運動のない場合がありうることになろう。そして、最終的に、刑事責任の妥当な根拠は自発性それ自体であって、それが創出する身体運動ではないとすることにつき何ら問題はないように確知する。それは単純に、ほぼ毎日の我々の経験において、身体運動は我々の意欲（我々の自発性）を実現する不可解な能力に従うという場合である。換言すれば、我々は、David が、母親を実際に蹴るとの同等の行為となる、有責的な行為を実行したと確知する。

しかし、我々が犯罪を完全に内心に位置づけるとすれば、市民は「思想を処罰される」と恐れるであろう。いくつかの点で、それは不当である。その主要なものの1つは、考慮するが統制しえない思想につき処罰されるとの懸念である。思想が単純に、頭に思い浮かんだことであるとすれば、思想が有責性の公平な根拠になると見なすことはできない。我々が行為を自発的なものにしたいと同様に、我々は思想だけで処罰したくはない。

もっとも、自発性は単なる思想ではない。人は突如として、自己の意欲を自分で実現していることには気づかない。むしろ、自発性は実質的な理由付けの結果であり、我々は、いつでも自己の身体を動かす判断をすることによって、我々の意欲の統制を実現する。

思想の処罰への苦言を否定する別の理由もある。我々の刑事司法システムは、(陳述を含む)行為者の態度から主観的な状態を基礎づける存在の推測によって、十分に機能する。自発性への依拠は、他の主観的な状態への依拠と同様に、好ましいものである。そして、これらの主観的

正当で合理的な根拠のある実体刑法体系のために……

な状態は、まさに、行為者の有責性の判断要因となる。行動心理学への依拠は、相互理解や相互批判の基礎となるのである。

一方で、我々は、自発性に対する処罰への、少なくとも一つの立法上の関心があるということが分かっている。刑法の目標が内心を含むものであるとするならば、刑法は突如として、極端に侵略的なものとなる。刑法の全対象が行為ではなく内心であるなら、追求がどのように展開されるのか、あるいは、国はどの程度の権力で、思想の端緒を監視することになるのかにつき立法上の懸念がある。それゆえに、たとえ犯罪が「内心の範囲内」で生じても、犯罪予防や応報的な司法制度などの実施においてプラスになる以上に、安心感につき諦めるとの重大な懸念があることになる。

したがって、人は自己の思想を統制しえない中で、人は自己の自発性を統制しうる、あるいは、自発性への依拠は、行動心理学の別の側面への依拠と同じくらい擁護可能であるとの立場にもかかわらず、我々は幾分、この点において屈しそうになる。我々は、自発性ではなく、意欲した身体運動が刑法にとってより扱いやすい行為単位であると確知する。確知や企図、あるいは意図との比較において、自発性それ自体は一般的な行動心理学に組み込まれてはいない。したがって、一般市民に自発性概念を用いさせるのは無理な注文である。身体運動は「周知のもの」である。なので、そのような運動に対する刑罰は、警察国家に関するのと同じ関心を生じさせない。より言えば、ほぼずっと、行為が自発性に続いて生じるとすると、一連の、処罰されえないが刑法上有責的となる行為はほとんどないと確知する。誰にも、そのような自発性から続いて生じる行為を予防する能力はない。むしろ、それは、身体の一部がまひする、あるいは、身体が「意図した効果をもたらさない」ような、行為者の意欲から離れるようなまれな場合にある。自発性が尺度である場合に、個々人が「思想」で処罰されると恐れ、自発性それ自体を辿る方法がなく、そして行為がほとんどの場合に自発性に続いて生じるとするならば、

我々は、有責的な犯罪者の一部が処罰から逃れることを進んで許容する。

C. 付加的な不作為

刑法には第二の潜在的な目標がある。すなわち、不作為である。不作為は我々を2つの点で悩ませる。はじめに、不作為は他者への危害の新たな危険を手放さないように思われる。つまり、不作為は何ら惹起しないし惹起しえないのである。この観点からすると、不作為は決して有責的な行為にはなりえない。一方で、他者を救助しないとの選択は、行為者にある他者への不十分な関心を顕示する。特定の方法で不作為することで、行為者は、作為によって危険を軽減させうる場合に、他者が直面する危害の危険を軽減させそこなうことが可能となる。この点からすると、すべての不作為には有責的となる潜在性がある。

アングロ・アメリカンの刑法は一般的に、不作為を犯罪化してこなかった。おそらく、他者が直面した危険を軽減するために、身体や労務を割り当てることに対する義務上の制限や、作為可能性において困難であるために、作為 (affirmative acts) が刑法において命じられるのはまれである。我々はここで現状を議論しないけれども、これらの考慮の両方に共感する。個々人に作為を要求することは、他者への危害を軽減するためにその労務や才能を割り当てることである。我々の立場によると、その際、行為者の不作為は被害者の法益への不十分な関心を明らかにしない。というのも、被害者には、当該行為者がまずはじめに行為すると権利がないからである。より言えば、不作為は行為しそこなうことであるために、自発性だけでの処罰と同様の、実際上のあるいは認識的な関心を生じさせる。

もちろん、「作為義務のない」状態を例外とする基準がある。それらは3つの範疇に分類される。1つ目の範疇は、行為者が被害者の危険を惹起する場合からなる。2つ目の範疇は、両親と子供や夫と妻のような、行為者と被害者との関係性を基礎とした積極的な扶助義務からなる。そ

正当で合理的な根拠のある実体刑法体系のために……

して、3つ目の範疇は、自発的に引き受けた役割に付随する、あるいは、契約上の引受の対象となる作為義務からなる。警察官や消防士になろうとする者は、自発的と想定される立場に組み込まれているものとして、扶助義務を引き受ける。そして、ボディガードやライフガードとして契約すれば、法的に他者を扶助するよう義務付けられることになる。

我々は、「作為義務のない」状態を例外とすることの輪郭や基礎となる理論的な根拠をさらに検討はしない。我々は、例外が存在し、これらの例外が何らかの行為や関係性によってもたらされると考えるべきである。

きっかけがあれば、行為者は作為しなかったことにつき有責的となりうる。不作為は、単に危険の選択（または将来の意図）と同価値となるのではなく、自発性と同価値のものとして扱われるべきである。不作為の場合、（行為者が危険と判断するような）危険がすでに存在し、そして行為者が危険を減少させない選択をする。したがって、不作為は危害に対する判断と同じではない。というのも、当事者からすると、不作為は、認識された現在する危険に関係する一方で、危害に対する判断はそれ自体、当事者がもはや完全に統制できない危害の危険を創出しないからである。

不作為は付加的な考慮を有責性判断に取り込むために、我々は、不作為に対する非難要素に少し時間を費やすべきである。被害者が陥っている現在する危険を軽減するための救助行為に、行為者が取り組みそこなう場合において、どの条件によって、行為者は有責的となるのか？ 行為者が見積もる様々な関連確率（relevant probabilities）に焦点を当ててみよう。

- (1) きっかけが存在する確率（したがって、行為者に作為義務がある確率）
- (2) 行為者が行為しない場合に、被害者が様々な危害を受ける確率

(それぞれの危害に対する色々な確率)

- (3) 行為者が引き受ける色々な救助行為が危害の様々な確率を減少させる確率
- (4) 様々な別々の行為を引き受ける行為者に対する様々な危害や費用の確率

(1)につき、行為者は、きっかけがあると100%は決して確信しえない。溺れている被害者は、行為者が偶然にもプールの中に突き落とした者であるかもしれないしそうでないかもしれない。被害者は行為者の息子であるかもしれないしそうでないかもしれない。きっかけはあるが、行為者は、そうなる可能性は少ないと思うかもしれない。また逆に、行為者は、そうしない場合に起因となる可能性があると思うかもしれない。行為者は、後者の場合に、きっかけが無いにもかかわらず、行為しないことにつき有責的となりうるし、前者の場合、きっかけがあるにもかかわらず、非有責的となる。

(2)につき、プールの中にいる「被害者」は冗談かもしれない。また冗談でなかったとしても、プールサイドが近いために、重大な危機ではないかもしれない。また、身体に傷害を受けたかもしれないが、死なないかもしれない。また被害者は死ぬかもしれない。行為者が被害者の救助をしに来なかった場合、行為者はいろいろな確率を、それぞれの起こりうる結果に付加することになる。

(3)につき、行為者は、被害者を救助するために引き受けうる様々な行為を考慮しうる。成功するとの当然の確率をもって、行為者自身が飛び込みうるし、成功の低い確率をもって、より遠くにいるライフガードに呼びかけうる。また、成功のいろいろな確率をもって、救助を達成するためにより泳ぎの上手い人をゲストとして呼びうる。

最後に、(4)につき、行為者は、(3)で考慮した様々な行動方針での、行為者自身に対する危険や費用を見積る。プールに入る場合に、自分が溺

正当で合理的な根拠のある実体刑法体系のために……

れる可能性はどれくらいか？ 自分のスーツがダメになる可能性は？
かなりの疲労や精神的な苦痛を受ける可能性は？

行為者は、なにもしないことや、自分が気付いている方法以外の救助方法を選択することでも有責的となる。行為者の有責性と関係しないものは、実際に被害者に起こることである。きっかけが実際にあるかどうかや、被害者が実際に危険な状況にあるかどうか、代替行為が成功するかどうか、あるいは、行為者に危害や一定程度の費用を課すことになるかどうかは、行為者の有責性とは関係ないであろう。行為者の有責性に関係することのすべては、(1)から(4)において行為者が見積もる様々な確率を前提として、行為者がそうする選択をすることであり、そのような選択をすることに対する、行為者の理由がどこにあるかである。不作為に対する有責性は、危険賦課に酷似するが、その唯一の違いは、危険分析の複雑さにある。特定の行為が被害者に賦課すると行為者が見積もる様々な危険やそのように行為する行為者の理由を単に考慮する代わりに、様々な代替行為が賦課というよりもむしろ軽減することになる被害者に対する危険のみならず、様々な（選択）可能な行為を選択するあるいは回避する行為者の理由や、行為者にはない作為義務の確率に対する行為者の評価について、我々は考慮する必要があるのである。

D. 更なる比較

1. 危険ある行為と救助の失敗

行為者が危害の危険を創出した後、行為者には場合によって、危害の発生を防ぐことが可能である。行為者は自分で消すことが可能な導火線に火を点けたり、被害者に傷害を負わせるが、さらなる重傷または死を防ぐために救急車をまだな呼びうる場合である。これらのような場合に、その危険ある有責的な行為は、危害の発生を予防しようと試みる義務を生じさせる。

我々は、現行法が、行為者の有責的な不作為に十分な注意を払い損なっ

ていると確知する。行為者は単に、導火線に火を付けなかったあるいは被害者に傷害を負わせなかったというよりもむしろ、(行為者が創出した) 危害(または、さらなる危害)の危険を改善することを怠ることで、第二の有責的な「行為」を「実行」したのである。たとえば、V1とV2に対し同等の危険を賦課するD1とD2という2人の行為者を想定する。(そうなってほしいと思っていたように) D1の行為はV1を殺害する。D2はV2に重傷を負わせる。しかしながら、D2が、救急車を呼ぶことでV2の命を救うことが可能である。より言えば、刑事不作為に関係する法により、D2にはそうする義務がある。D2はV2に死んで欲しかったために救急車を呼ばないとすれば、V2が死のうが死なまいが、D1の1つの有責的な行為とは対照的に、D2は、危険賦課の作為と不作為という2つの有責的な行為を実行した。D2の状況は、D2が不法なことをする第二の機会に直面していた点で、D1とは異なる。

危険賦課の行為の多くは、救助の失敗によっても生じうる。これらの場合に、行為者は1つの有責的な選択をするにとどまらない。再び、D1の1つの有責的な行為とは対照的に、D2は、危険賦課につき作為と不作為という2つの有責的な行為を実行する。第一発砲の後、D2にはさらなる危害を予防する能力があるし、そうする義務がある。そして、D2がそのように行為しないと決断した場合、1つの代わりに、2つの有責的な選択をすることになる。実際、D2が被害者に発砲するが、現場から逃走した際に、D2は偶然にも小さな子供を水の中に落としてしまったとする。明らかに、D2は不運な状況を創出することにつき「運がなかった」けれども、D2にはそれを改善する義務がある。作為と不作為の両方が同じ被害者に関連するがゆえに、なぜその状況が単純に変わることになるのか理由が分からない。

2. 有責性とその存続期間 (duration)

危険創出というプリズムを通して有責的な行為を見る際に、我々はこ

正当で合理的な根拠のある実体刑法体系のために……

ここで、この評価につき1つの追加要因を取り入れる必要がある。すなわち、存続期間である。

我々の立場によると、危害の危険の予期された期間もまた、行為者の有責性に影響する。3時間燃やすつもりで建物に火をつける行為者は、20分で終わるつもりで火をつける行為者よりも、より重大な危険を解放する。3時間の強姦を選択することは、15分間被害者を強姦する選択をすることよりもはるかに有責的である。15分の間に火を消すことに失敗する消防士は、5分でそうすることをしそこなった者よりもより有責的である。より長い時間、危険を賦課する行為者は、より短い時間、危険を賦課する行為者よりも、より多くの危険を賦課する。

次節で、我々は、危険創出するこれらの行為を区別する方法を議論する。すなわち、1つの危険創出行為が終了し、次の行為が始まる場合を判断する必要がある。しかし、単一の行為でさえ、一定期間を越えて危険を賦課しうる。行為者が被害者を殺すためにこめかみに向けて拳銃を発砲する場合のように、ある危険賦課がかなり短期間であるが、極めて有責的なものもある。それとは別に、放火のように、危険はかなり重大で、時間とともに拡大するものもある。また、スピード違反のような別の場合は、拡大された時間を越えて持続しうる低い程度の危険賦課を示す。

批判的に言えば、これらの場合のすべてにおいて、実際の存続期間ではなく、危険の存続期間に対する行為者の評価がまさに、行為者の有責性を判断することになる。50分で燃えるであろうと確知して Bob が建物に火をつけるとすれば、5時間あるいは5分で燃えようが、またはすぐに通行人に消されようが関係なく、Bob はその間に危険を賦課したことにつき有責的となるのである。

もちろん、付加的な存続期間要素は、行為者の有責性判断の複雑さを増すことになる。そして、我々が言及したように、決定的なものは、行為者の危険に対する評価や、行為者が有用であると確知する理由、あるいは行為者が賦課している様々な危険の存続期間に関する行為者の確知

となるであろう。これらの要因のすべては、行為者が危険を賦課する方向に向かう単純な行為に限らず、発生する危害を防止しないとの事実と合致する。

例えば、D1が20分後に爆発すると認識して、爆弾の導火線に火をつける。D1はすぐに、飛行機に乗ってパリに行く。反対に、D2は20分かかる導火線に火をつけるが、いつでも消せるようにと考えて、その場にいることを決める。

D1の唯一の行為は導火線に火をつけることである。D1の有責性は、行為する理由に照らして、その危険の存続時間を賦課しているとD1が確知する危険の産物である。一定の理由を維持することで、D2の当初の行為は、(後にその導火線を消そうと考えていた場合)その危険は低いものであると評価するために、軽減された有責性となるように思える。しかしながら、D2は、D1と違い、消すことが可能であることから、D2には導火線を消す義務がある。20分を越えると、導火線を消さないことで、創出しているとD2が気づく危険が増加することになり、したがって、D2は時間とともにより有責性があることになるのである。

III. 個別の犯罪

ここで、犯罪を身体運動あるいは何らかの不作为とした場合、我々は、どのようにしてすべての犯罪を区別し数えるのか疑問に思うだろう。そこで、我々は我々の立場における犯罪の個数を探求するだけでなく、「罪数」につき、現行法よりもより良い説明があるとする。

現在、罪数の問題は、二重の危険条項 (Double Jeopardy Clause) で生じる。二重の危険条項には多様な目的がある。すなわち、有罪宣告の後の同一犯罪での再起訴や、無罪となった後の同一犯罪での再起訴、あるいは同一犯罪に対する多重処罰を禁止する。しかし、同一犯罪での再訴を防ぐまたは同一犯罪での多重処罰を禁止するために、当事者がすでに訴追または処罰されたのと同じ犯罪を、行為がいつ構成することになる

正当で合理的な根拠のある実体刑法体系のために……

のかを知っている必要がある。正確には、二重の危険条項は現在、行為集合 (act-type) と行為対象 (act-token) の両方を必要とする。すなわち、我々は、ある身体行為が1つまたは多くの犯罪 (行為集合) に関わっているかどうかを問う必要があり、何回行為者が犯罪を遂行したか (行為対象) を区別する必要がある。二重の危険原則において、行為集合は「複合的な記述」の問題とされ、行為対象は「訴追の個数」の問題となる。

A. 行為集合

1. 簡潔な規範的擁護

我々は、刑法の目的にとって、行為の個数として意欲した身体運動へ焦点を当てることが、概念的あるいは規範的に優れていると確知する。その規範的な優位さについての簡潔な擁護において、強姦罪で考えてみよう。我々の立場によると、「強姦」として犯罪行為を概念付けることは、すなわち、不法な行為の個別の集合として強姦を理解することは、解決する以上に、さらに問題を創り出すことになる。すべての強姦は、性的自律性の侵害に関わるけれども、危険にさらされた身体的あるいは感情的な傷害の程度は様々である。すべての強姦を等しく考慮する考え方は、区別された法益に対してなされる、または、そのような法益を危険にさらす多様の区別された危害を混乱させる。換言すれば、我々は、「強姦」という法的範疇を排除し、身体運動やその運動が危険にさらす様々な危害に焦点を当てることになろう。

ある者は、犯罪を意欲した身体運動に限定することは道徳的な重要性を取り除くことになるとする。指を動かすことは、結果として生じる殺害行為ではなく、犯罪の核心である。足を動かすことは、スピード違反となる。どこが、犯罪行為の道徳的な悪質さなのか？

もちろん、謀殺や強姦、スピード違反あるいは窃盗のような犯罪は、究極的には、足や指を動かすことに関するものである。これらの犯罪は、

不十分な理由で他者に害となるよう危険にさらす意欲に関するものである。確かに、当事者らは、自分自身で、謀殺や強姦、スピード違反あるいは窃盗を実行していると理解する。しかし、より重要なのは、当事者らが自分自身で、他者への危害を危険にさらしていると理解することである。基本となる行為が身体を動かすことの1つであることは、重要視されるその身体運動の脈略を排除しない。結局、我々は、被告人が意欲した身体運動から予見するのはどんな危険なのか、あるいは、その身体運動を意欲したことに対し、被告人が理解していたのはどんな理由だったのかを問うのである。しかしながら、その脈略が最終的に有責性を考慮に入れることになる事実は、その脈略が犯罪行為それ自体の概念に包含されていることを必要としないのである。

2. 法益をひも解く

より言えば、我々のアプローチは犯罪の個数という難問を解決する。犯罪の個数は我々にとって容易である。我々が、犯罪とすることはたった一つだけである。すなわち、他者の法益に対する不十分な関心を明らかにすることである。一方で、複雑な行為記述に対する現行法の焦点は、重大な困難さを創出する。Neal 事件を検討してみる。被害者が、被告人をバーから家まで車に乗せて、被告人のアパートに到着した際、被告人が口実的に「ハグ」を要求した。被害者が車から逃げ出した際、被告人が被害者を人目につかない草むらに連れていき、強姦した。強姦した後、被告人は被害者の顔面を殴打し、被害者が2度に渡って意識を失うまで、被害者の首を絞めた。被告人は、その訴追は重なり合っていたと主張して、強姦と加重暴行の両方への有罪宣告に対し異議を申し立てた。被告人によると、暴行 (force) を利用して完成したのは強姦罪一罪だけであった。

被告人は強姦を完遂するのに必要な暴行以上のことをしたと州が主張したにも関わらず、控訴審裁判所は有罪宣告を破棄した。起訴状や証拠

正当で合理的な根拠のある実体刑法体系のために……

説明、または陪審説示において何ら違いがなかったことで、陪審員らは、暴行が強姦の完遂に利用されたと判断するために、加重暴行での起訴を構成する暴行という行為にまさに依拠したのであった。

しかし、なぜ、強制強姦のすべての場合が同等なものであるとすべきなのか？ 被害者を窒息死させる行為者は、被害者を殴る行為者や、被害者を抑えつけるためだけに暴行を用いる行為者以上に、被害者の命を危険にさらすのである。これらの行為者の全てが十分に有責的であることは明らかである。しかし、Neal が強制強姦を完遂するために過剰な暴行を用いたとすれば、それよりも軽減された暴行を用いる行為者と区別されるべきである。Neal はより有責的であり、より重い刑罰に値するのである。

我々のアプローチによると、行為集合は存在しない。問題は、意欲した身体運動の方法により、行為者が、法益に対する正当化されえない危害の危険をおかしたと確知していたかどうかである。すべての意欲した身体運動につき、我々は、行為者が理解している、そのように行為することを支持するすべての理由や、行為者が賦課していたと確知するすべての危険について問う必要がある。実際、すべての危険や理由の評価をしないで、陪審員は、その行為が正当化されるかどうか、それによって、被告人が危険賦課につき有責的であるかどうかを評価しえない。我々のアプローチは、我々が、危険にさらされた個別の利益（性的自律性、身体的傷害）や賦課された危険の異なる程度に焦点を当てることを許容する。すべての強姦が同等に生み出されるわけではないのである。

我々は、我々のアプローチが現行法よりもより良く犯罪を区別すると確知する。連邦最高裁の Blockburger テストによると、問題は、各犯罪が、その他の犯罪が必要としない要素の証拠を必要としているかどうかである。Neal 事件で、強姦の訴追は暴行を包含していたために、まさに1つの犯罪しか存在しなかった。しかしながら、我々の立場によると、Neal 事件は、被告人が別の法益を危険にさらす程度への焦点が、全体

の非難可能性の評価において重要となるということを明らかにする。

法益への焦点がもたらす真の明確さをまさに理解するために、連邦最高裁で意見が分かれた Dixon 事件を検討してみよう。Dixon は第二級謀殺で逮捕され、どんな他の刑事事件をも起こさないことを条件に、保釈金を支払って保釈された。この保釈の後に、Dixon は販売目的でのコカイン所持で逮捕された。裁判所は、裁判所侮辱罪 (contempt) で有罪とし、懲役180日を言い渡した。Dixon は後に、薬物所持に対する起訴につき、二重の危険条項に基づいて公訴棄却するよう主張した。事実審裁判所はその主張を認め、連邦最高裁判所の多数は、薬物所持の訴追は二重の危険条項を侵したとした。

連邦最高裁判所はこの判断に至るまでに大変苦労したけれども、我々は、(ケネディー判事が同調した) スカリア判事の意見に時間を費やしたいと思う。というのも、スカリア判事は我々がここで示す分析をまさに否定するからである。スカリア判事は、裁判所侮辱罪規定は薬物犯罪を包摂していることから、基礎となる実質的な薬物犯罪は「被軽減包括犯罪 (a lesser-included offense) の一種」であると理由付ける。スカリア判事は明らかに、法益が異なるために、その犯罪は二重の危険の目的と同じではないとの立場を否定する。スカリア判事によると、そのテストは立法上の定義に依拠する。つまり、二重の危険は、法益が一致するかどうかではなく、犯罪が同じであるかどうかに関及するのである。

しかし、このように二重の危険条項を適用することは我々を変な感じにさせる。二重の危険条項の第一義的な目的の1つは、二重処罰を防ぐことである。立法者が住居侵入窃盗 (burglary) を禁止するならば、立法者は、住居侵入窃盗での処罰を最終的に下す際に、被告人が訴追される犯罪の可能な組み合わせを考慮する必要はない。なので、住居侵入窃盗が最高で5年の懲役を執行するならば、(不法侵入や住居侵入が被軽減包括犯罪であっても) 被告人が不法侵入や住居侵入でも処罰されると考えないであろう。

正当で合理的な根拠のある実体刑法体系のために……

二重の危険は、合理的な立法府がどのように振る舞うのかにつき、理にかなっているだけでなく、問題となる法益の点でも理にかなう。不法侵入や住居侵入あるいは住居侵入窃盗はすべて、同種の法的に守られた財産権への危害の危険をおかすが、異なる程度でその危害の危険をおかすのである。したがって、住居侵入窃盗は単純な不法侵入よりも、財産権へのより重大な危険であるし、ある者が、十分な程度の財産権への危険で処罰されるなら、被告人を単純な不法侵入でも処罰することは二重処罰となるであろう。

しかし、一旦、我々が法益への危険として犯罪を考慮し始めるのであれば、なぜ、裁判所侮辱罪での訴追は Dixon が薬物犯罪で受けるに値する刑罰を十分に使い尽くすことにならなかったということになるのかを理解する。我々は、基礎となる薬物所持の訴追を潜在的に問題があるものと理解するけれども、そこで問題となる法益は、裁判所侮辱罪の訴追で問題となった法益を越えるのである。Dixon の釈放条件違反は、Dixon が危険人物であるか、または、逃走する危険性があるかのいずれかであることを示す。一方で、販売目的でのコカイン所持が生命への危害の危険だとすれば、その罪は180日よりもかなり重い刑罰に値することになる。この犯罪がどのようにして裁判所侮辱罪での訴追の範囲内で被軽減包括犯罪を構成するのは考慮したい。

B. 犯罪の対象

1. 意欲した身体運動の個数

先述のように、実用性を認めることで、刑法は意欲した身体運動に焦点を当てるべきであると思うけれども、我々にとっての有責的な「行為」は、自発性である。対象の個数の問題は、いくつかの点で、まったくもって単純なものとなる。

そこで、Myers 事件を検討してみよう。Myers 事件で、ヒッチハイクして車に乗せてもらった後、Myers は目的地に着く前に降ろされるこ

とに激しく抵抗した。Myers は、車の中でなたを乗客の首に押し当てて、乗客の一人を脅した。そして、Myers は、なたを再び乗客の首に持っていき乗客の気管を切った後、運転手の手を切ることで、運転手が車内灯を点けるのを防ごうとした。Myers は2つの犯罪で訴追された。すなわち、乗客に対する第一攻撃たる武装暴行罪と第二攻撃たる謀殺未遂罪である。イリノイ州最高裁は、まさに1つの犯罪行為しかなかったのかどうか、または2つの別個の暴行があったのかどうかを判断する必要があり、結局、2つの別個の身体行為があったために、2つの犯罪があったと判断した。

我々は、この事件は正確に判断されたと確知する。被告人は第一攻撃で、被害者に死の危険を賦課する選択をした。ある程度の時間が経過した後、被告人はその危険を賦課するのを止めた。被告人はその際、被害者への危害の危険をおかすための別の有責的な選択をし、そしてより重大な危害の危険を賦課する方法で行為したのである。被告人は2つの別個の有責的な行為を遂行したのである。

自発性から「意欲した身体運動」へと立場を変えたとしても、早急すぎるように思える。身体運動が別個のあるいは測定可能な行為単位であるとの我々の主張にもかわらず、身体運動がさらに還元されうるかどうかを疑問に思うかもしれない。指を動かすことは、より小さな運動単位に還元されえないのか？そして、その運動は、身体や腕、指の運動なのか？

この問は、人の身体運動とそれを惹起する自発性とを一緒にすることを必要とする。たとえ、我々の指が、より小さな無限の区分にされうる溝を狭めるとしても、我々は一般的にこれらの細分化を望まない。むしろ、我々は「自分の指を動かす」ことを決めるのである。なので、たとえ身体運動が細分化されうるとしても、自発性はそうなりえない。

より言えば、自発性の対象がより広範な身体運動となりうるとの理解は、行為要件の機能を助ける。我々は、不十分な理由で他者への危害の

正当で合理的な根拠のある実体刑法体系のために……

危険をおかすとの、行為者の選択に関心がある。行為者が、正当化されえない危険を創出する方向に自己の身体を動かす選択をする場合、当該行為者は有責的である。したがって、基本的な行為単位は、危険や理由が評価されうるものである必要がある。行為者は、細部にあるいはミリ単位で自己の身体を動かす選択をするのではなく、「自分の指を動かす」選択をするのである。もちろん、ボールを投げることやピアノを弾くこと、または拳銃を発砲することにおいて専門知識がある行為者は、より別の運動を意欲しうるとの程度で、当該行為者はさらなる行為を意欲していた。これは、行為者が自己の有責的な選択をする単位であるために、刑法もその選択を評価するための単位として用いる。結局、我々のアプローチは、犯罪の単位として有責的な行為を見なすアプローチである。

正反対の反論も我々の立場に対してなされる。危険創出の場合、被告人は多くの行為を遂行する。強姦という行為は多くの攻撃を包含するのである。

確かに、我々の立場は訴追単位の数を増やす。しかしながら、それぞれの単位は、より小さな危険や軽減された存続期間の危険を必要とする。より重要なのは、我々は、理にかなったアプローチを戸惑う領域に取り入れているのである。現行法は、複合的な行為を必要とする犯罪をどのように分解するかにつき一致していない。Brown 事件を見てみよう。Brown 事件で、警官である Zigler は、Brown に目星をつけ、警官であると名乗り、止まるように言葉で命令した。これらの要求にもかかわらず、Brown は走り続けた。Brown がリチャードソンの倉庫に侵入した後、彼はスノーモービルのエンジンをかけ、建物の外で加速し、そしてその右側で Simmons 警察官を轢いた。この追跡の間、Smith 警察官が Brown の腕を掴み、そして握力がなくなり落ちるまでの短い距離を Brown によって引きずられた。インディアナ州の裁判所によると、(Zigler から逃げることや Simmons を轢くことあるいは Smith を引きずったことというような) この行為は、逮捕に抵抗することの、まさに

1つの行為であったとしたが、反対に、イリノイ州の裁判所では、逮捕に抵抗することの複合的な行為であると判断した。

ここで、単純な逃走行為やポケットから手を出すことを拒むことからなる行為は、これにかかわった警察官と同数の犯罪数となる。Brownは、法執行者が逮捕できないようにするために、複合的な行為に取り組んだ。ある者が1つの犯罪で有罪となり、ある者は多数の犯罪で有罪となることにつき、理由はない。むしろ、それぞれの行為が、創出した危害の危険につき独自に評価されるべきである。

いくつかの裁判所は挙動犯罪 (conduct crimes) や結果犯罪 (results crimes) の中で犯罪を説明しようとしたけれども、この種のアプローチは多くの問題につき答えないままである。放火は、財産の損壊になるために結果犯となるが、他者を傷害の危険にもさらすのである。なので、行為者が、隣の建物に火が燃え広がり、2人の人を死なせることになるような建物に火をつければ、一般的に訴追される放火は1つしかない。しかし、火が実際に隣の建物に燃え移れば、2つの放火になるのか？そして、その放火が人を殺害すれば、放火罪は間接的に人々を守るだけであって、実際に人々に火をつけることを犯罪化していないために、付加的な放火の訴追は存在しえないと確知するべきなのか？そして、運転手と乗客の両方の所持を奪うために、1つの車を盗むカージャックにつき2つの訴因で有罪となるべきなのか？

より言えば、裁判所が何を数えているのか理解している場合であっても、どのように数えるかは不明確である。Soonalole 事件で、被告人は、運転中に、被害者の胸を触った。そして被告人は車を止めて駐車し、再び胸を触り始めた。制定法は、性的関係を「いかなる接触も (any touching)」と規定することで、未成年者との性的関係を禁止する。したがって、裁判所は、第3級の児童に対する性的虐待 (third-degree child molestation) につき2つの行為があったと理由付けた。

しかしながら、この理由付けにより、検察官はそれぞれの接触を別個

正当で合理的な根拠のある実体刑法体系のために……

の児童に対する性的虐待の例として訴追しうることになった。そして、これがより理にかなったアプローチとなるとの印象を我々に与える。何回の接触があったのか、あるいは同意のない接触がどれくらいの間、続いていたのかに注目すれば、行為者の有責性につき知る必要がある全てのことを我々は知ることになる。

2. 数量割引 (Volume Discounts)

複合的な行為の問題を有責性評価と一緒にする際に生じる第2の問題を検討する。すなわち、Vを殺害する目的をもって、6日間毎日、Vに向けて1発の銃弾を発砲するAと、同じ目的をもって、1時間に1発の割合でVに向けて6発発砲するB、そして、同じ目的をもって、30秒間にVに向けて6発すべての銃弾を発砲するCの相対的な有責性につき、我々は何を言えるのか？

個々の発砲が独立したあるいは別個の無謀な危険賦課であれば、A、B、Cは同等に有責的である。さらに、Cよりも有責的なB以上に、Aは有責的であると考えられる者もいるかもしれない。しかし、これはどうしてそうなりうるのか？ それぞれの行為者は、同じ内心状態をもって、同じ回数だけ、同じ危険のある行為を実行した。

はじめにある解決法を別に見よう。我々は「数量割引」理論の支持者ではない。Cの行為はより短時間に生じたために、Cは単純にAよりも軽減された有責性があるとはなりえないし、そうするべきではない。Cは1つの行為を実行しなかった。つまり、彼は6つの行為を実行したのである。短縮された時間は、実行する行為の数を変えないし、要するに、どれだけ早くそれらの行為を実行したかということである。

しかし、おそらく、これらの場合を区別する隠れた基準が存在する。仮定的な事例はこの事実を明確にはしないけれども、AのVを殺す意図は6日間に渡ってずっと存続している一方で、Cの意図はたった30秒で終わったと考える。したがって、AとCとの相違は、殺害するかどうか

を考慮する時間の長さにある。

その際の、重大な問題は、事前計画 (premeditation) が行為者の有責性を重くするかどうかである。事前計画を取り囲む、重要な懐疑的な見方がある。第一の関心は概念上のものである。説明したように、事前計画が行為の「直前」または「同時」に起こりうるなら、事前計画という意味の理解に疑問が生じる。そして、行為者には行為する決断と行為それ自体の間に時間があった場合でさえ、我々はどうのようにして、事前計画を正確に数量化するのか？ AがVを殺害する決断をし、発砲して外し、別の週まで待つ決心をし、ご飯を食べに行き寝て、テレビを見て、1週間後再び拳銃を発砲する場合、Aは、どのくらいの期間、事前計画をしたのか？

より言えば、たとえ我々が概念的な問題を克服しようとしても、規範的な問題が残されている。ある期間に渡って考慮する者は、そうしない者よりもより有責的になるのか？ 事前計画に反対する立場は単純に、事前計画は過剰あるいは不十分に包括的であるとする。安楽死は、なぜ事前計画が過剰に包括的であるかを例示するのに用いられる。ほぼ間違いなく、かなりの期間に渡って考慮する安楽殺人者は、全く考慮しない多くの殺人者とはほぼ同じ程度に有責的ではない。不十分に包括的である例は、Anderson 事件である。Anderson 事件で、酩酊状態にあった被告人は、60回以上、同居していたガールフレンドの10才の娘を刺した。カリフォルニア州最高裁は、殺害行為は事前に計画されていなかったが故に、Anderson は第一級謀殺罪で有罪とはならないと判断した。

両事件は、規範的な基準として事前計画をしなかったことを示しているように思えるけれども、まだなお言及すべき点が多くあると確知する。まず、安楽死は率直に言うておとりである。問題は、安楽死がおそらくまたはほぼ正当化されるとの確知により、直感的な解決のすべてがなされているということである。したがって、まさに有責的であるまたは完全に有責的であると確知しない者を処罰する安楽死の禁止は、事前

正当で合理的な根拠のある実体刑法体系のために……

計画に伴う問題を例示しない。

一方で、Anderson 事件はより魅力的な反例であるが、Anderson 事件の重要さはなお評価されていない。Anderson 事件の論法は、より有責的でない場合、他者に無関心の者は、事前計画をした殺人者とまさに同等に有責的であるというものである。したがって、事前計画が行為についての行為者の理由の代用品として利用されるとの程度で、誤って用いられている。議論してきたように、有責性は行為することについての理由に依拠し、事前計画それ自体は行為者の理由を生み出さないのである。

ところが、これは事前計画にとっての命取りにはならない。すなわち、たとえ我々が、行為についての理由が重要であり、意図した危害が予見したものよりもより有責的である必要がないと思ったとしても、それは、事前計画の余地があるかどうかの問題を解決しない。我々の立場によると、有責性は行為者の意思決定の質を包含する。行為者の意思決定が劣るものである場合、行為者は軽減された有責性があるとする。逆に、いくつかの場合に、改善された意思決定の質が有責性を重くしうる。我々はここで、新たな事前計画の概要を十分には説明しえないし、しないであろうが、予めの事前計画の評価が、意思決定がなされる必要がある期間を前提として、行為者の考慮の質の評価として最良に見なされるのである。

我々は、考慮の質への焦点がA、B、Cの違いを最良に説明すると確知する。Cが矢継ぎ早に発砲する場合、6日間かけてVに向けて発砲するAと同程度では、第一発砲の後に当該発砲につき考慮しえない。我々は、考慮の質が、これらの行為者を区別しうるあるいは区別することになる唯一の事情であると確知する。有責的な行為間での時間的な隔たりそれ自体は、有責的な行為の数（または質）を変ええないのである。

3. 行為の持続的経過の分析

場合によって、行為者は長い期間、1つの危険を賦課する。行為者は

20分間スピード違反し、20日間かけて車を盗み、または3時間もの間、救助しないかもしれない。行為者は何回、犯罪を遂行したのか？

行為の持続的経過に関係する多くの場合は、複合的な意欲した身体運動に関係する。そのような場合に、我々は単純に、意欲した身体運動を数える。なので、行為者が20分間、被害者を拳で殴る場合、行為者は多くの有責的な行為を遂行する。

しかしながら、ある意欲した身体運動が不作為によって生じる別の犯罪がある。行為者がアクセルを一回踏み、そして足を離しそこなう。または Myers 事件のように、行為者が被害者の首になたを押し付けたままにする。そして、もちろん、危険創出の行為から生じる不作為はそれ自体、有責性の中心であると確知するがゆえに、我々是有責的に何もしない間にも拡張しうる。

どのくらいの長さであるいは何回、持続的な行為を、行為者が実行したかと問うことには、すでに答えている。持続的な行為につき、行為者は、その期間が続く限りで、1つの行為を実行する。また、Moore が述べるように、我々は、行為がいつ終わったか問うことで、持続的な行為がいつ終了したのか分かる。したがって、我々の説明には、行為の持続的な経過を数える問題や、(行為の数ではなく賦課された危険の存続期間に依拠する)被告人の有責性を説明する問題が何らない。

4. 数え切れない犯罪：有責性と反復期間

我々は、犯罪の個別化理論につき擁護するが、なぜ刑法は犯罪を個別化する必要があるのかについて見失うべきではない。我々は、どの程度の刑罰が被告人に値するかを判断するために犯罪の個数を数える。我々は、2つの窃盗を遂行した被告人が、1つだけ遂行した被告人よりも、重い刑罰に値すると確知する。

しかしながら、先に見たように、犯罪の個別化に対する最近のアプローチは、犯罪の個数における真の問題は何であるのか(被告人の非難可能

正当で合理的な根拠のある実体刑法体系のために……

性の評価)を捉えそこなっている。反対に、問題となる法益や、より重要な、賦課された危険の存続期間に焦点を当てることは、十分に被告人の有責性やその報いに値するものを捉えている。

はじめに、被告人が複合的な刑法上の利益を害する危険がある場合に、行為集合の個別化への最近のアプローチは、危険にさらされた異なる法益と、危険にさらされている程度との区別をしそこなう。要約すると、強姦の間、女性を暴力的に暴行する男性は、程度の小さい暴行を用いる男性よりも、より重い刑罰に値する。

次に、存続期間要素は十分に、単純に犯罪の個数がなしえない方法で、行為者の有責性を説明する。犯罪の個数は、我々に、賦課された危険の程度や、危険が賦課される理由、行為者の考慮の質、あるいは行為者が危険を賦課していたと考える時間の長さにつき示さない。放火犯の非難可能性は、彼が点けた火が1つあるいは2つの放火と数えられるかどうかには依拠しない。問題となるのは、賦課された危険の程度とその危険の存続期間である。

我々の立場はまさに、行為者の非難可能性を説明しないが、十分にその非難可能性を捕捉する。たとえば、ある期間を存続させる危険賦課の問題がある。すなわち、(拳銃を発砲するとか、拳を振り回すような)単独の瞬間的なものではない危険賦課の問題である。それら危険賦課は2つサブタイプとなりうる。すなわち、(1)継続的な努力を必要とするアクセルを踏むことのように、長い継続的な意欲した身体運動と(2)100マイルまで加速することや、クルーズコントロールを設置すること、あるいは車をそのスピードで走り続けさせることのように、長期間の、意欲した不作為によって生じた意欲した身体運動、である。これらの場合に、行為者の有責性は行為者の理由の産物であり、行為者の危険賦課の間、賦課していると確知する平均的な危険は、存続期間それ自体の時期を選ぶ。たとえば、理由をずっと持って、行為者が、スピード違反のすべての瞬間、同じだけの危険を賦課していると理解するとすれば、危

険のある複合的なレベルが、スピード違反をしていた時間の長さや行為者の非難可能性となる部分の産物の時期を決めるのである。

反対に、刑法は最近、行為者の非難可能性を捉える試みにおいて、行為の継続的な過程を複合的な行為に分割する。Varzi と Torrenco が述べるように、「実際に、時間的に拡張された行為となれば、文脈あるいは語用論的な考慮が、まさに処罰されるに値する実行を、関連単位として数えるのは何かを判断するのである」。換言すれば、我々が、行為のある継続的な過程を数える場合、我々にはまさにその過程があるのである。ところが、執行および刑罰の目的で、我々は、この行為の継続的な過程を、より小さな単位に分ける必要がある。

例として、Rich 事件を検討してみよう。有名なレストランやバーおよびナイトクラブの経営者である被告人は、騒音条例に違反した。ある日、被告人は夜の 8:39, 9:00, 10:10そして10:16に出頭を命じられた。裁判所は、被告人は同じ騒音条例に4回違反したことで処罰されないと判断した。というのも、制定法が「そのような違反が遂行されるまたは続けることを許容される一日一日が、別個の犯罪を構成する」と規定しているからである。

行為者が受けるに値するのにチケットは何枚いるのかの判断の単位として、一日を条例が選択したことは、賦課された危険の総量や危険賦課に対する行為者の有責性の大きな代用品としてのみ、役立つであろう。反対に、(存続期間を直接的に考慮に入れる)我々のアプローチは、被告人が騒音条例に違反した正確な時間量での刑罰を受けるに値するとの結論を生み出す。彼は4つの犯罪を遂行していないし、また、すべての違反は一日の間に生じたことから、たった1つの犯罪のみを遂行したのでもない。むしろ、被告人が持続していると分かっている限りで、持続した継続的な犯罪を遂行したのである。

最後に、我々のアプローチはより良く、作為や不作為あるいは存続期間の関係を捉える。導火線に火を点けた事例を検討してみよう。ここで、

正当で合理的な根拠のある実体刑法体系のために……

行為者が導火線に火を点け、すぐに支配が及ばなくなるとする。導火線に火を点ける場合の行為者の有責性は、行為者の理由や、賦課したと確知する様々なタイプの危害の危険の産物である。その危害の危険をRとし、結果として生じる有責性の程度をCとする。

そこで、この場合と、しばらくの間、行為者に導火線を消す能力があることを除き、同じ理由で導火線に火を点け、同じ危害の危険を確知する行為者を比較してみよう。はじめに、(行為者が気絶するかもしれないし、隕石が当たるかもしれない等々) 100%ではないが、ほぼ100%に近いかなりの確率で導火線の火を消すチャンスを行為者が確知する。この時点で、行為者は、RまたはRに近い危険を賦課したとまでは確知していない。彼の有責性は0以上C以下である。時間の経過とともに、あるいは導火線が取り返しのつかない時点により近づくことで、なお高かった導火線を消すチャンスは、導火線に火をつけた時よりも少なくなる。行為者が一旦、もはや引き返してできない時点を通り越せば、彼の有責性はCである。しかしながら、心変わりをする、または、引き返しができない時点に至る前に逮捕される場合、彼の有責性は、行為の継続的な過程に取り組む者の有責性と同一ように評価されるであろう。つまり、平均的な危険がその存続期間の時間を決めるのである。ところが、たとえ存続期間が十分であったとしても、長時間、燃える導火線にともなう平均的な危険がとても低くなるにつれて、どんな場合においても、これは絶対にCを超えないであろう。

したがって、我々にはまさに、犯罪を数える方法に関する理論はない。むしろ、行為者の非難可能性を(十分に)説明する方法に関する理論があるのである。

IV. お わ り に

行為者が不十分な理由で他者への危害の危険をおかす場合、行為者には非難可能性がある。本稿で、我々は、被告人がどのようにして危害の

危険をおかすのかにつき概要を説明しようとした。我々の立場によると、自発性が刑法の妥当な理論上の中心となるが、意欲した身体運動は実際に、かなり有効となろう。加えて、作為義務のある行為者もまた、不作為につき刑事責任があると判断されるべきであろう。