

<紹介>

N・レイシー『刑事責任の探究』に寄せて

三宅孝之

はじめに

- 1 イギリス刑法における刑事責任
- 2 レイシーの『刑事責任の探究』の特徴と問題の提起
 - (1) N・レイシー
 - (2) 本書の概要
 - (3) 本書の構成

おわりに

はじめに

刑事責任を研究対象として扱う場合にも、分化した学問領域によって、その対象範囲、研究方法等が異なってくる。本稿の対象となっている刑事責任は、今日法人の刑事責任が問題とされてはいるが、歴史的に、また一般に近代社会における犯罪者の刑事責任を出発点にしている。したがって、刑事責任および犯罪者という研究対象についても、学問領域との関わりで、最初に触れておく必要がある。

そこで、刑事責任を扱う前に、犯罪者概念について、法規範論および社会理論からの表現方法の相異について整理しておく。

犯罪者に関して、刑事司法的には刑事手続段階に応じて、被疑者、被告人、有罪者に、さらには処遇段階まで含めれば、社会内処遇対象者、受刑者、仮釈放者等に区分して捉えることができよう。したがって、刑事裁判に

よる、いわゆる構成要件（第一要件）に該当する違法（違法性。第二要件）で有責（有責性、責任性。第三要件）な行為という犯罪成立の三要件の認定がないかぎり、すなわち刑法規範的な意味において犯罪での有罪認定・量刑ができないかぎり、被告人を「犯罪者」と呼称することには、正確性に欠けることになる。場合によっては、被告人が違法行為者ではあっても、三要件の一つである「有責性」が欠けるときがあり、これは責任阻却とされるもので、刑法規範的な意味において「犯罪」の成立はない。

この点では、この被告人は、違法行為者であって無罪とされる。もっとも、違法行為すらなく、刑法体系的な犯罪成立の三要件の順序である体系性において、第二要件の違法行為の認定のできない違法性が阻却された被告人であれば、同被告人は第三要件である刑事責任の認定を行うことなく無罪となる。今日、責任のみ阻却された被告人のことを「触法行為者」と呼称するのは、刑法規範、犯罪認定の刑事司法過程を踏まえた議論に由来している。これに対し、社会理論面からは、この刑事司法過程を研究対象、視野に入れて、トータルに違法行為者は、犯罪者とされたり、とくに少年犯罪者であれば非行者とされることになろう。

本稿で扱う犯罪者（Offender）は、この社会理論（科学）からのものであることから、前述した刑法規範的な、あるいは正確には刑法解釈学的な場面での犯罪者の多様な表記、扱いとは異なるものである。むしろ、法社会学的分野からの「刑事責任論」に近さをもつものであるといえる。

ここでは、以下で扱うニカラ・レイシー（Nicola Lacey）が採る犯罪社会学的視座から、「刑事責任」を扱うことを第一義的にしていることを、まず述べておく。この視座は、刑事責任の問題を国家および社会構造・法制度、刑事司法制度、思想、組織・社会的関係性のなかでの人間、個人の観念・行動等の一連の関係性から、しかも現状を歴史的に後期啓蒙時代、近代社会成立期までさかのぼりつつ、比較構造的に考察しようとするものである。このことを、レイシーの最近の著書『刑事責任の探究』⁽¹⁾を紹介しながら見てゆくこととし、その中で、また「おわりに」において、刑法規範論的な視点も

入った私の若干の指摘をしておきたい。

次に、同書で頻出する「刑事責任」の語について説明しておく。刑事責任は、広義では社会学的な分野を含む犯行（offence）に対して、その行為者に対する刑罰・刑事制裁賦課の条件としての責任があるという意味で、結果と行為（者）との媒介概念であり、狭義では、刑罰を科すために前提となる有責性を問う犯罪成立の一要件としての実体概念である。したがって、前者の広義には、犯罪に対し刑事制度上の対応がどのように可能かを問うもので「責任の帰属」（responsibility-attribution 以下、帰責、責任帰属という。）と言い換えることもできる。⁽²⁾

レイシーの刑事責任は、主として前者の刑事責任ないしは刑事的な責任帰属に言及されているといえる。

以下では、イギリスにおける今日の刑法上の通説的な刑事責任観念を整理したうえで、その後、レイシーが同書のなかで提示した刑事責任に関する問題提起に触れ、若干のコメントをすることとする。

1 イギリス刑法における刑事責任

（1）イギリス刑法における体系と刑事責任

イギリス（ここではイングランドおよびウエールズをいう。）は、刑事法固有の領域においては、成文刑法典をもたないため、作為および不作為に關し犯罪とする「納得のゆく定義」が存在しないのであるが、⁽³⁾ 歴史的にコモンロー（慣習法）を継受した判例法、近時は単行法によって刑法原則が形成、確立、展開されているということができよう。

刑事上の責任（criminal responsibility, liability）は、社会が侵害され、そして犯罪者の普段の自由を厳しく剥奪するに至る判決をも惹起させうところの最も強い公的非難なのである。⁽⁴⁾

ところで、イギリス刑法において、犯罪の成立には、犯罪の客観的側面であるアクタスレウス（actus reus）、犯罪者の主観的側面であるメンズレア（mens rea）の2要件（要素）が必要である。⁽⁵⁾ アクタスレウスは、作為

のみならず不作為の行為を含む。⁽⁶⁾

狭義の責任と関係するメンズレアは、伝統（慣習）的に、落ち度（fault）に必要な4条件、すなわち特定された結果に関する①意図（intention）②無謀（recklessness）、③特定された状況（circumstance）の認識（knowledge）および④同状況に関する不注意である過失（negligence）を包括する、犯罪成立のための行為者の主観的側面を表現するものである。⁽⁷⁾

2 レイシーの『刑事責任の探究』の特徴と問題の提起

(1) N・レイシー

最初に、N（ニカラ）・レイシーについて、彼女の履歴および研究業績に触れておく。⁽⁸⁾

レイシーは、現在ロンドン経済学院（LSE. London School of Economics）の「法・ジェンダー・社会政策」の教授である。2010-2013年には全霊カレッジ（All Soul College）の上級研究員、オックスフォード大学「刑法・法理論」の教授であった。また、彼女は、ハーバード法科大学院、ニューヨーク法科大学院等の訪問研究員でもあり、オックスフォード大のニューカレッジおよびユニバシティカレッジの名誉研究員、英国学士院会員（Fellow）であり、法律部門長（2010年、2013年）であった。

レイシーの研究領域は、比較・歴史学的学問手法での刑法、刑事司法、とりわけ、この数年間は18世紀以降のイングランドの刑事責任（Criminal responsibility）および刑罰の比較政治経済につき研究を行い、その成果が、この『刑事責任の探究』（以下、本書という。）として結実している。彼女は、法的・社会的な分析、法のフェミニスト分析、法律家伝記等に関心を示しており、編著書として、同関係分野のものが多数ある。

著書に、『受刑者のディレンマ：現代民主主義のなかの政治経済と刑罰』（ケンブリッジ大学出版、2008年）、『HLA. ハート 彼の生涯：白昼夢と高貴な夢』（オックスフォード大学出版、2004年）等があり、そのいくつかは英国学士院出版賞等を受賞している。

レイシーは、1958年生まれで、ロンドン・ユニバシティカレッジを首席で学士卒業したのち、オックスフォード大（University College, Oxford）で学位（BCL 学士刑法）を得ている。⁽⁹⁾

（2）本書の概要

① レイシーは本書の概要を、次のように自身、記している。

レイシーは 前著書『女性、犯罪、人格』⁽¹⁰⁾における刑事責任の分析に基づいて、英国（イングランド）法における18世紀中葉から21世紀初頭に至る刑事責任の性質の変化を考究している。哲学的、歴史的、法社会学的（socio-legal）なアプローチを通して、本書では刑事責任の背後にある理論が、どのように幾度となく推移してきたかを論証している。結論として、責任は18世紀刑事司法を支配した結果責任（outcome responsibility）として一貫し、どのようにあり続けているかを証拠づけている。推移（シフト）がある場合にも、刑法の特徴は人格責任（Character responsibility）、続く20世紀においてイデオロギーの結論の点では減じることになったものである。

責任観念は、行為者の能力（capacity）のなかに基礎づけられているように、次第に刑法の正当性の中核部分として次第に確立されてきた。レイシーは、責任およびそのもつ歴史的な軌道は、21世紀にも伸び、新たに人格責任の観念およびリスク（危険性）のなかで基礎づけられ、責任議論（ディスコース）が、現代刑法のなかで、復興（ルネッサンス）を味わってきているとする。これらの刑事責任観念は、原理上も制度上も形成されてきた法益（interest）および刑法・刑罰が歴史上異なる時点から実質的な社会的機能について期待されながら、誕生し、解釈し、施行されたことを通じてである、と。⁽¹¹⁾

② また、レイシー自身がHPに記した、本書の概要は次の通りである。

何が、誰かに犯罪につき責任を負わせ、それゆえに刑法により処罰される義務を負わせるのであろうか。現代の法律家は、即座にかつ容易に、同時にアクタスレウス（actus reus）とメンズレア（mens rea）、すなわち刑法原

則である刑法上の条件を指摘するであろう。同原理は、かりに誰かが犯行時に理解（能）力（understanding）認識力（awareness）、自己統制能力（self-control）をもちながら、犯罪行為（criminal conduct）を行なった場合には、端的に刑事上の責任を負うとの判決を受けることを保証するものである。

犯罪者の性格を基にした刑事責任のいかなる観念も、人に関する評価および仮定された性癖に刑事上基づくとの仮定を意味するのであるが、そのことは、今日の刑事弁護士（criminal lawyer）には18世紀の遺物のように見えるものである、とする。

本書で、ニカラ・レイシーが論証したことは、人格に基礎をおく（根差した）帰責類型の実務（実際）は18世紀刑法の残滓に置かれているのではなく今日の英国（イングランド）の刑事上の責任・帰責において、生き続け、かつ通用するものであるということにある。⁽¹²⁾

（3）本書の構成

本書の全体目的は、著書自身の整理によれば、2つに大別される。第1の目的は、イギリス（英国、正しくはイングランド）の刑法理論上の（犯罪）主体（subject）に関する責任観念について18世紀以降のその変化を考究することにある。第2の目的は、刑事責任の法的枠組みの変化を広汎な社会的、政治的、文化的、経済的展開との関係性の中で解明することにある。したがって刑事責任の観念それ自体の制度の考究のみならず、広汎な社会的変化との関係の指標としても把握し検討しようとするものである。この点では、本書は、刑事責任の法史的、法社会学的考究の面を備えているものということができよう。

本書は6章構成で目次は次の通りである。同書には章、節（両括弧）、項（○括弧）表示はないが、以下では便宜的に付した。⁽¹²⁾

第1章 刑事責任の考究

- （1）責任と近代：責任の歴史
- （2）現在の文献

(3) 分析の核心的仮定

第2章 思想（概念）

- (1) 人間の能力の関与に基礎をおいた責任
- (2) 人格の発露に基礎をおいた責任
- (3) 害悪ある結果との因果（原因）に基礎をおいた責任
- (4) リスク（危険性）把握に基礎をおいた責任
- (5) 事例研究
 - ①刑事責任の思想が展開する広汎な知的・文化的環境
 - ②責任の競合し合う思想の共存：性格、能力、結果、リスク

第3章 利益

- (1) 利益および刑事責任の発展を形成する権力形態
- (2) 事例研究
 - ①結果責任、略式管轄、団体権限の適法化
 - ②（窃）盗法における明白な犯罪化から主体的犯罪化へ
 - ③20世紀末期における法の政治化：拡張した犯罪化、リスクという新形態、人格に基礎をおいた責任

第4章 制度

事例研究

- ①18世紀中葉の刑事手続における人格責任制度上の論理
- ②19世紀の刑事司法の専門化および体系化：民主主義および能力と結果責任の登場

第5章 利益と制度の渦中での責任思想の配列の説明：イングランド刑法における責任に関する政治経済（的分析）に向けて

- (1) 人格の時代
- (2) 移行の時代
- (3) 複線軌道の時代
- (4) 人格の復活およびリスクの（再）出現
- (5) 人格の地中での生存

(6) 人格の復活の説明

(7) 結論

第6章 法理論および法的探究の示唆

(1) 責任の歴史的な位置づけおよび制度化：特別法理学の示唆

(2) 一般法理学への示唆：法および適法性（Legality 正当化）の展開

(3) 再帰的法理学：概念論・経験主義の二分法を越えて

(4) 結論

(4) 各章の叙述と整理

以下では、レイシーの叙述に沿って、その一部分を祖述する。

①第1章 刑事責任の探究⁽¹³⁾

犯罪者が犯行に責任（responsibility）があるか否かの問題は、その責任を定義し規定する規範および制度機構（メカニズム）という中核的様式にとって、さらには有罪を無実とから、また適法行為を違法行為とから峻別する刑事司法にとって、決定的に重要なことである。

刑事責任（問題）は、一連の原理的な法則、原理およびその基礎をなす規範的な思想を含むものであり、また刑法理論家によって、それほど注意喚起されてはいないが、同責任を実務に活かすために一連の制度的配置を含んでいる。

20世紀後半以降、メンズレア、抗弁、第二次的・代理責任、刑事責任能力等が刑法の総則（general part）という特有な表現をとりながら、その原則、原理の概念化が行われてきている。要するに、全原則（ルール）は、法制度が特定の作為とか不作為をいかに個人、集団に帰属させるのか、つまり法制度は法律上の主体（subject）をいかに理解するかを構成するものなのである。犯罪者の責任の立証は、現代刑法の性格および合法性（合理化）にとって中心的なことであるとの主張は広汎にコンセンサスを占めている。しかし、このコンセンサスは、責任とは実際何であるのか、何が現実の責任を構成するのか、刑法中および刑法を越えた実際上の責任の規範的役割について

などの鍵となる概念の特徴について実質的な不一致部分のあることを隠蔽するとする。これらの問題はさらに時空を越えた刑法の変化する社会的役割が直接的に刑法の概念構造によって影響されるとともに影響を与える、とする。

こうして、刑事責任について芽生える学問の大半は、次の第一の問い、すなわち刑事責任とは何か、すなわち、責任の概念的外形および道徳的基礎づけに支配されてきており、何のためにあるのかという責任の社会的役割、意味、機能につき支配されているのではない、とする。そして、レイシーは、異なる時間と場所において責任は何のためにあるのかを問うことなしには、責任が何であり、また何であり続けるかを理解することはできない、とする。

レイシーの議論は、2つの大変に単純な仮定から成り立っており、その第1が責任は以下の一連の思想のなかで最高の思想である、とする。すなわち、近代刑法の展開において、責任は合法化（legitimation）および調整（coordination統合）という2つの主要な機能をもち、役割を演じているとする。言い換えれば、責任という条件に基礎づけ、彫琢された原理は、国家の権力制度としての刑法の正当化を齎す。このことは代わりに社会的行動を調整する刑法の権限にとっての条件でもある。有罪に先行する審理手続において証明されなければならない情報とか知識の程度を特定することを部分的には伴う課題を調整する。

仮定の第2は、環境である3つの主要局面である**思想**（ideas）、**利益**（interests）、**制度**（institutions）が責任を構成している、とする。これら3つの脈絡のある局面は、責任の概念枠組みおよび責任の役割または責任に求められていることに影響を与える。刑事責任の道筋を解明するため関連する思想とは、行きわたっている社会的語り（風潮）、知識、および責任の規範的外形および意義についての理解である。このように、これらの思想は刑法哲学および現実に標準的な原則の歴史にあって、刑事責任の判断において支配的な枠組みを形成する。主要な人格、能力、結果という三組のものが刑事責任の概念と実際を構成する。そのうち、犯罪者の評価は、人物にいかにかかわっており、かつアイデンティティと関係するののかについて特定の概念の

代役を務めるものであるのが人格。作用、選択、個人の自律性の代役を務めるのが能力。行為者が生じさせる社会的害悪および／または害悪が齎すリスク（危険性）の代役を務めるのが結果、としてレイシーは表現する。⁽¹⁴⁾

これらの思想は、しかし、責任の軌跡と持つ意義を解説するためには、思想だけでは十分ではない。その理由は、それらの思想は次の利益によってしばしば正当化されるものである。利益とは、権力という有力な構造とそれらのダイナミックスであり、思想によってしばしば正当化されるものである。利益は、この意味で支配的な権力構造と政治経済的な何らかの法的歴史における支配的で説明的な枠組みを形成する。そのように利益は、刑法上および社会的地位類型中の犯罪者化には、富の分配、資源、社会的政治的発言力の影響力に焦点化している。しかし、彼女の考えでは、法類型が利益の役割に帰着させられる理論的伝統とは異なって、利益は思想および制度を形成するだけでなく、それ自体、制度および思想を通して過されることによって形成される。

刑事責任の理解のために関係する制度とは、政治制度、経済施設、裁判所、訴訟手続過程、司法制度をより一般的には含んでいる（法律専門職、司法、メディア、その他の関連職種である、例えば警察、検察官、種々の刑事司法職員）。民事公務、刑罰制度、また多くの国で増加する法人のすべてではないにせよ、これらの諸制度の多くは、刑事司法、政治史において、また何らかの（皆無ではない）法史において巨大に見える制度は、思想および利益から生じる発展を強い、かつ可能にする。しかし、制度のもつ独自の重要なことは、大抵の刑法的（またその他の法的）学問のなかに正当に具現化されている。このことは、比較学にも等しく当てはまる。さらには、それは法律の原則に大半は集中化される傾向にもある。

以下のことを疑問の事実とする。すなわち、法律手続の異なる種々の特徴は（比較的関心と呼ぶものでもあるが）、系統的な異なる制度枠を通じて現実化する。その枠組みとは、関連する社会的、政治的制度に埋め込まれるものではある。

レイシーは、それゆえに、刑事責任帰属（＝帰責）の原則および実際の産物内の三領域の共同展開について、前提とされるもの、考慮が必要とされるものを論じるつもりである。すなわち、それらのいずれかの一つを特殊化するよりも、これら3つの幅広い領域間相互の構成関係、言いかえれば、責任主体という強調すべき観念は、人間の置かれた状況、流布している**思想、制度、権力配置**といった要素と連携しながら、時空を越えて変化する相互に連結した一連の条件によって形成されている。これが意味することは、責任のような概念間の発展する関係、広汎な解釈、および時を超えて推移し影響力を示す広い解釈を築くように、方法の点からすると法学は理念的には、外見上、歴史的、比較学問的なものなのである。この方法で描写しながら、彼女は性格、能力、結果（もしくはリスクに根差した）の責任帰属（帰責）類型の各領域が時間を超えてどのように移行し、超越した犯罪化とか過犯罪化のじきという最近の診断に特別の関心を払い主観面の解釈を提唱する。予測として、彼女は決定的な性格混成物、およびリスクに根拠をもった責任帰属であり、それは一度は近年拡張した犯罪化の兆候と推進の登場であると診断分析する。結論として、彼女はこの主体（主観）解釈について取り上げられた規範的関心事の幾つかに注目する。

<責任、近代、責任の歴史>

レイシーは責任につき近代をそれ以前との関わりで時代区分し、近代前の存在とその特徴、そして近代での確立したことの積極的意味内容について言及する。以下、これを見る。

主体（人）が正当に責任を負わされる条件についての仮定は、現代の広範囲の社会的営為にとって中心的な重要事である、とする。このことは、最も明白に、実務の道義的非難、刑法上の有罪判断、作業場・学校・家族、政治制度といった広範囲のフォーラムにおける個人か集団が明確に規範づけられた制度に服するものである規律統制的な制度といった実務に当てはまる。責任の意義は、これらの明白な脈絡中に限定されない。というのは、責任の概念を伝える根底にある思想は、アイデンティティ（自我同一性）、自由、自

発性、作用、自己抑制であるが、責任の問題には、より一般的に、社会制度の事業についての政治的決断に対し同心力を含んでいる。例えば、民法の中心構造、規制の行政制度、徴税制度、福祉国家、年金制度、保健制度、競争入札制度、輸出入制度に関係する者等である。

これらのことは、次のことを前提に立脚している。関係人の能力について、個人または団体の仮定を前提としている。それは責任主体として行動するためである。

責任の思想および特に個人責任の観念は、明らかに近代、後期啓蒙期の意識（consciousness 自覚 心象）の産物であると仮定することは誤りでありうる。ちょうど2つ例を挙げて、すなわち、第1にアリストテレスの倫理学において見出される自発性（voluntariness）の議論、および第2にキリスト教の神学的伝統において見出されるべき個人の良心および人間的自由についての対論は、責任の条件についての近代の討論の2つの大事な原形を示している。

近代的な責任に関する哲学的分析は、人間の作用（Agency 働きかけ）という観念に基礎をおいている。すなわち、啓蒙哲学においてヨーロッパで登場したものである。理解力と自己統制という特有な認知的で自発性のある、またこれらの特徴を備えた普遍的な人間的個性をもった能力を身に付けた自己決定する道徳的作用の思想は、多くのまさに明白な仕方で、現代社会の徐々な発展にとって決定的に重要性をもってきている。これらの思想は、① 民主的な政治形態に向かう現代社会の緩やかな動きと、また②（相対的に）中央集権化した現代国家の発展とその国家の増大する野心的な規制事業計画およびこの規制的な役割のもつ正当な限度に関する付随した公的論議と、③ 公教育の発展と、また④進展する人権の制度化とも関係している。この意味で、ちょうど、その専門作業が何らかの道徳的ないしは政治的な争点の組合せの脈絡内で責任を総体的に検討するのと同じように、責任についての現代の最も分析的もしくは概念的な専門作業でさえも、不可欠な人間の現代的理解に基礎付けられたように合理的に論じられうる、とする。

責任についての哲学的討論を歴史化（historicization）し、また実践的な脈絡づけすることは、しかしながら、弱い傾向がある。というのは、多くの責任の概念的分析は、責任概念を生み出すことのために、近代的哲学から合成するからである。すなわち、責任概念の妥当性ないし概念的な適切性は場所と時間を超越したものであること、また責任概念は社会的実際と合致して、責任の思想をそれでもって配置する何らかの特別に厳格な基準を満たす必要はないことからである、とする。

この見地から、われわれが必要とするすべては、明確な意味での責任の概念構造である。すなわち、どのように責任は理解されるべきなのかには「正解」があること。しかも、この正当に詳細に描写された概念は、形而上学的地位を有していると想定されるか、または同地位をあたかも有していたかのように取り扱われるかのいずれかである。

例えば、M.モア（Michael Moore）が、刑法の脈絡において、責任に関する影響のある専門作業において論じていることは、責任の帰属一切—落ち度の証明無しでの「厳格な」責任を強いるとか、法人に（責任の）適用があるとか—は、根本的に誤っている。それら〈厳格責任、法人責任〉は責任の根本的概念構造を、その構造は道義的非難価値性（blameworthiness）に分析的には結びついている個別の人間の個性に排他的に適用されるものであることから、歪めるものである。

ここでは、責任概念は、分析哲学によってある程度、すなわち、厳格責任や法人責任論といった現実が、概念改訂という解釈を生み出すことができる、というよりも誤りを犯していると端的に想定され、刻されてきている。

無論、このことは責任論者の（研究）生活をはるかに楽にさせる。しかし、レイシーは、われわれは、責任の明白な主体（実体）問題の多さを簡単に不要にする分析方法が一体何らかの理論を生み出すことに期待されうるか否かを問うべきなのである、とする。

この例も、責任に対する人間個人の中心性を主張して、責任自体の分析は、歴史的にも文化的にも特別な理解に基礎づけられている程度の、すなわ

ち全く規範的な（慣行的な）理論ではなく、むしろ刑法上の責任の中間命令的な（middle-order）理論的合理化を構成する主張によって確証される特徴を示している。注意すべきは、さらに分析的真實もしくは当為性に対する主張と、時を超えて急激に変化する法原理の解釈に焦点が置かれた方法との間にある明白な緊張状態についてである。

観念と社会的実際との「適合」問題に加えて、哲学と歴史との間の関係性については興味深い争点が存在する。

<現在の文献>刑法学

刑法学者の文献に3類型がある。第1類型が責任の概念分析であり、例としてH.L.A.ハートの『刑罰と責任』（1968年）等、第2類型が刑事責任の法原理の歴史的展開であり、例としてフレッチャー（G. Fletcher）の『刑法再考』（1978年）等であり、この2ジャンルは、法律と幅広い社会的政治的制度的変化との関係には限定された関心のみを示している。類型の第3が、刑事司法・手続の社会史であり、例としてD.ガーランドの『刑罰と福祉』（1985年）および『刑罰と近代社会』（1990年）等があり、これらの文献は逆に、責任の法・原理的な概念の特殊性には比較的殆んど関心が無い。

第4類型の文献が登場しようとしており、学会での学者間の生産的対話があり、例として、J.ホーダー（Horder）の『挑発と責任』（1992年）、L. ファーマー（Farmer）の『近代刑法の制定：犯罪化と市民秩序』（2016年）等の文献があり高い意義をもっている、とする。

本書の後半は、レイシーによれば、予備的な分析から抽出された3個の鍵となる結論を前提にしている。

第1の仮定。責任は、社会的規制の一形態として理解される犯罪化（criminalization）の類型（patterns）およびその実務（practices実践 運用）を合法（正当）化し、かつ統合化（coordination）において決定的な制度上の役割をもっていること。

刑法上の責任によって演じられる象徴的で実践的な役割についてのレイシーのこの第1の仮定は以下の方法で概略されうる。犯罪に対する責任とい

う観念の発展は、根底的には、意味深長でかつ規制的な両手段によってその有力な社会的諸機能を追求することで刑法体系によって直面させられた正当化と統合化という構造的問題（課題）への回答なのである。

第2の仮定。責任は犯罪化をより一般的な類型および実務という脈絡の中で、また規制の一制度と同様に刑法上の役割に対して機能的であるものとして理解されなければならないこと。

第3の仮定。責任は、一つの思想として存立する制度的条件を有していること。すなわち、責任は権益（諸利益）によって形成されるが、決定されるものではない。責任のもつ異なる概念は、特定の場所（空間）における特定の時間の刑法の中で共存できるし、また共存しさえするものであることになる。すなわち、異なる概念の中でのバランス（均衡）の変化は、国家の犯罪化権限・権力のもつ、より広汎な在り様を理解するうえで鍵となるものである、とする。

犯罪化の実際の幅広い脈絡のなかでは、刑事責任の位置（配置）はすでに、次のこと、すなわち、責任に関する道徳的・哲学的思想の現実化には、現存の制度的諸条件があること、したがって、われわれの刑事責任分析は歴史的であり、かつ特定の制度であるに違いないことを意味している。諸利益および制度配置・組合せの両方によって形成される諸力（強制力 forces）への責任のこの依存は、同様に、責任の多元的な思想がいかに一時的であっても、犯罪化の実際の場面で作用、発現することがありうる。それゆえ、解釈目的のために、区々の構想の可能な帰属原理を開発することは有益である。帰属原理の分割は、能力、人格、結果（のちにリスクが加わるが）という3原理・思想であるが、帰属原理とはそれらをグループ化したものである。このことは、刑法理論上、承知のことであるが、レイシーは、これら全部の原理間に、いっそう繊細な分析の構想を展開し、さらに下位の小分割をすることが有益であることを示唆しようとするものである、とする。

これによれば、刑法は責任との別種の共存原理の観点から精密に図示されなければならないが、それは刑法が小説ではないからなのである。G.フレッ

チャーは、彼の先導的な著書『刑法再考』において、3つの明確な「犯罪類型」を認定するために、広汎な歴史的かつ比較学的キャンバスに諸例を用いている。刑事責任の本質は、明確な犯罪類型のなかの諸行為に配置される。その諸行為は、一般的に確立したコミュニティ（地域共同体）の利益に対する脅威として一般に認知されるものである。

これと対照的に、主観的な犯罪性という概念のなかに、刑事責任は特定故意（intention）および被告人の精神（mind）のその他の主観的状态を基礎に置いている。三分の一の概念のなかで、犯罪類型は関連する犯罪行為（criminal conduct）によって示されたりスク（危険性）または害悪（侵害 harm）の概念のなかに位置づけられる。⁽¹⁵⁾

フレッチャーの考察で決定的だったことは、つぎの見解、すなわち犯罪性のこれら哲学的には異なった類型は、刑法の特定制度のなかでは、これまで事実共存してきたし、今後も共存するというものであろう、と紹介する。

明白な犯罪性の類型が、確かに18世紀末からずっと欠け始めてきているものの、主観的（主體的）でもまた害悪（侵害）的または危険性を基礎にした類型のいずれでもなく必然的に支配的になりえなかったものの、刑法の近代後期の制度（システム）において、イギリス、ドイツ、アメリカ合衆国の制度も同様に、管轄外のままで置かれている、とする。

事実、イングランド刑法のケースでは、明白な犯罪の類型の追跡は一貫し確立した原理への対抗として、また刑事裁判所に深刻なトラブルを惹起するのに十分に疑わしさを伴った対抗として登場していることを示す。

フレッチャーの説明は明確なので、犯罪性は、これら類型中の幅広い影響のある領域（シフト）は、長期の時空の範囲を超えて容易に確認されうる。フレッチャーは一般的に自身を領域の原理的解釈に限定している。文化、制度構造または政治経済にける犯罪のパターンの幅広い原因とか源流（ルーツ）の社会歴史的 analysis を行うことをせずである。

われわれが第3章で見るように、フレッチャーはJ・ホール（Hall）の明白な犯罪性の類型につき最高に魅惑的な創造の一つについての有名な政治経

済的な説明に拒否的であり、反対する説得的議論をしている。つまり、全犯罪を構成する所有（権）からの完全な奪取で構成することを超えて、土地所有権行使（expropriations）を網羅する窃盗罪法につき簡略な拡大を認めるところの、高度に技術的な概念である「積荷降ろし始め（breaking bulk）」がそうである。フレッチャーは次の広い考えをきっぱりと拒否しなかったけれども、すなわち、刑法の変化は経済社会の変化を遂げる必要性および刑事手続という変更する制度上の能力を追おうとする考えであった、とする。

フレッチャーの見解では、相対的自律性（オートノミー）のある刑法原理のダイナミックスに主として焦点を当て、フレッチャーをして何らかの社会法律的種類の一般的仮説を展開することから自身を排除しており、仮説ができていない、とする。

これとは対照的に、レイシーは、本書で正確に幾つかの仮説を説明したい、とする。フレッチャーの見解に、一面では同調する。法的原理は一定の自律性をもつことさえあり、しかも、彼女は、そのことにつき『法と経済の法的リアリズム』の著書において挑戦しており、社会政治的説明に率直に帰納させることに懐疑的ではなかった、とする。明白なことは、法原理は社会的真空状態では発展がないことは明らかである。それゆえ、言語体系理論、法原理は規範的に閉じているものの、同法原理は依然として認知的には開かれたままであり、法原理が作動する環境は、相対的に閉じた法制度が組み込んだ妨害物を創造する。そのようにすることが 閉じた法制度自身の用語の中にその妨害物を移し替えるとしてもある、とする。

このプロジェクト（計画）を遂行するにつき、レイシーは並行的に作業を行っている。つまり、ファーマー（Lindsay Farmer）と対話をしながらであり、また彼女は彼の素晴らしい小研究論文である『近代刑法の創造』（Making the Modern Criminal Law）の草稿に本書の最終草稿での作業中に接した、とする。ファーマーの分析は、彼女のテキストの種々の段階で言及し引用されている。しかし、最初から2つの作品間の類似性と相異性の双方に光を当てることは多分有益である。私たちはお互いに、刑法の制度的考察

をすることを求めてきている。すなわち、刑法は、歴史的に脈絡化されており、また異なる命令をもつ社会での刑法原理と刑法の社会的機能との間の相互作用を認めている。したがって、われわれは共に、犯罪化の変化する類型（パターン）、機能、概念という諸点に照らして刑事責任を分析することの必要性を見てきている、とする。

ファーマーの書は、レイシーが本書で試みていないテーマ（主題）に対して体系的で歴史的な扱いを提供している、とする。彼ファーマーの書は研究対象を広汎に広げ、総論および各論（個別部分）の見方の双方に向けたものであり、大変に豊富で、有益なものであるとするが、レイシーは犯罪化の領域を越え、責任に関係して独創的に考案した正当化（legitimation 適法化）と統合化（coordination 共同化）という思想を追加し、当てはめている。

ここで、レイシーは第2章以降の叙述の要点を、以下のようにまとめているが、論述の全体像を知るうえで参考になるので、記しておく。

つぎの第2章での議論は、相対的に分離した思想の枠組みとして責任概念のキーワードとなる4つの構成要素について進む。1（行為）能力（capacity）、2人格（character性格）、3結果（outcome）、4リスク（risk、危険性、具体的危険）の4要素を挙げている。とくに、第2章では広汎な文化的知的脈絡の中で、自己についての哲学的理解、個人と国家間の関係、展開を形成することを明らかにしている。

以下、第3章では責任の帰属（responsibility-attribution 帰責）の思想と実務を形成する権力と利益（権益）との主要ベクトルにつき考察し、第4章では刑事責任思想とその帰属と展開を形成する主要な制度（institution）を、第5章では21世紀初期イングランドにおける刑事責任の諸概念について、多元的哲学的に衝突する、決定的な「刑事責任概念」を相互の作用力、共通発展させるための解釈方法を提示し、第6章では自己の法理論と法律学（legal scholarship）との議論について、レイシーの方法論上の結末と前章で解釈され取り上げられた規範的問題をより一般的に論じる、とする。

②第2章 思想 (ideas) ⁽¹⁶⁾

刑事責任を理解するため、責任を支える思想的な枠組みとして過去250年以上にわたり英国刑法において確認され、認められるものを取り上げる。その思想的な各々は、人間の本性 (nature) もしくは団体 (corporation) とか、それどころか動物の外界への作用 (agency活動、働きかけ) であり、その各々が〈作用〉と国家による犯罪化の権限を握るのであるが、国家以外のその他の機構 (body 団体) も影響をもつ、とする。責任の前提には、人間の作用によって生じる犯罪行為に対する答責性 (accountability or answerability) があり、そのための条件として、2つの問題、すなわち個人、団体に対し国家ないし刑事手続の名において責任 (account) を問うことを適法化 (legitimation正当化、合法化) する問題と、そのことを刑法の実体的原理とともに証拠手続規則といった事柄を含め、責任を問うことを適法化するために必要な情報を配列、統合することの問題が生じる、とする。

そこで、具体的に、刑事的帰責に影響を与えるとする、前述の主要な4つの主要思想枠、要素として、①人格 (性格)、②能力 ((行為) 能力)、③結果 (発生) を挙げ、近時さらに、④リスク (危険性 具体的危険) という構成要素ともいえる枠組みが加わっていることを示す。これらは、同時期のイングランド・ウェールズでの責任帰属の原理面だけでなく、実務を支える4つの主要な思想枠組みである、とする。これらの諸要素の正確な配置およびそれらが採る形態は、幾度となく注目するほどに、時を超えて顕著に変化してきているとし、とりわけ近年、第4のリスクの評価に根ざした更なるパターンである刑事立法も登場したとする、立法史の知見を示している。

この4要素うちの第1の人格とは、責任はその発露に基礎をおくものである。第2の能力とは、人間的能力の関与に根拠、基礎をおいた場合に問われるものとしての責任であり、具体的には人の作用、働きかけがあったかであり、この作用の観念は、理解力 (understanding) と自己抑制力 (self-control) により構成され、その有無、程度ということになる、とした認識能力と統制能力の両面での構成としている。第3の要素である結果とは、害悪

ある結果惹起との因果（原因）に基礎をおいた責任を問うものである。

近時登場し比重を増しているのが、第4の要素のリスク把握に基礎をおいた責任である、とする。レイシーによれば、結果責任と性格責任の双方と重複するものであるが、リスクに基礎をおいた責任がある、とする。さらに、リスクとしての責任は幾つかの異なる局面で、臨床上か、保健統計上のいずれかの用語でも理解されるリスクとともに登場する。臨床のリスクとか病理学と接点をもつ責任の思想は、性格責任の一段と極端な局面に次第に変化している。リスクに根差した責任も、結果責任の一層の未完成版に等しく、また実に統計といった分野とか、結果の予測を可能にするか、可能にする目的のある、一連の医学（医療）技術の産物として理解されるかもしれない。リスクを基にした帰責類型は、したがって、後期20世紀および初期21世紀において決定的な明確化を議論含みながら享受する予防的犯罪化（preventive criminalization）の実務にあっては、とりわけ明白である。リスクの発見および所見に帰責の根拠をおくことは、広汎に広がった不安定さと恐怖という現代という条件下で特別な合法化、帰責類型への取込みはアピール性はもっていると思われる、とする。しかし、そのことは一定のリスクを管理する技術力への信頼—おそらくその不安定さ—からくるが、このことにつきフィーリーとサイモン（M.Feeley and J.Simon）が説いた「新刑罰学」、それは個人から過激な集合集団によって投げられるリスクに関心を移すものであるが、これと馴染みのある刑事領域（penal sphere）との信頼とも関係している、とする。（国民の）統合化のなかで、複雑な科学的ないし統計上の証拠を評価する裁判所の能力だけでなく、またリスクアセスメントに置かれた信頼性の不確実性、さらには過去志向の判断に反対して前向き志向に帰責を移すという、効果的に「未来を治す（作り変える）」ということのもつ妥当性についての不確実性という点に関係して、証拠とくに複雑な因果ないし準因果（関係）問題を、リスクに根差した責任は引き出すことになる、とする。

もちろん、リスクの評価にさらにリスクの最小化への関心に、議論がありながら、これに基づいて予防措置（処分）を講じることは、警察活動、裁判

前手続、判決言渡し・量刑の中心的課題であった。制止捜査権限、(留置)施設への身柄付託、さらに宣告猶予(Binding-over)権限、なおもまだ古びて神々しい放浪者法(Vagrancy laws)など諸類型の予防的刑(判決)はイングランドの刑事手続の積年の特徴である、とする。これらのリスクの責任要素に基礎をおく今日の予防司法、予防処分(措置)は、審理前、審理後、判決時の諸段階に及び、さらには精神病保健行政、入国規制行政にまで及んでいる、とする。⁽¹⁷⁾

そこで、4要素が競合し合う場合が問題となる。これについて、レイシーは、次のようにそれらの関係性と共存について触れる。

＜競合する責任思想の共存：近代犯罪化における性格、能力、結果、リスク＞
メンズレアと抗弁

レイシーは、刑事責任における主要議論は、刑法原理の段階およびその裁判所での刑法原理の適用に、すなわち顕著にはメンズレア原理および抗弁という彫琢された用語に焦点が置かれてきている、とする。たいていの刑法理論の前提は、刑法は一つの一貫した責任原理に基づいているし、あるいは少なくとも基づくべきとする。現代英国(および北アメリカ)の刑法理論家はこのことを上で記述していた2つの能力原理のうちの1つであり続けているものと見ている。にもかかわらず、両方の能力理論および人格と能力とを統合することを求める理論は、幾つかの何がしかの利益を引き付けている、とする。

しかし、レイシーは、解釈レベルでは、次のことを証明することは、比較的容易である、すなわち、英国刑法は、2原理間を動いていること、しかもさらには結果と人格の諸原理の見地に共鳴する幾つかの地域では、責任(liability)原理を当てはめている、とする。故殺(manslaughter)といった犯罪の存在は、機会原理の扱いの実質的証拠を、過失を通して実行されうるものではあるが、メンズレアの客観的な認定要素、形態のもつ合理的限界があるかを自問し、レイシーは、故意犯の謀殺罪を典型例として挙げて、メンズレアという完全な主体性原理は適用されていると理解することにわれわれ

は確信をもつ必要がある、とする。

③第3章 利益 (interest) ⁽¹⁸⁾

刑事責任理論の発展を促し、新しい責任(概念)を形成するものとして種々の権力形態がある、とする。具体的には経済権力、文化的か象徴的権力、メディア権力、政治権力との関係性で犯罪化とそこでの責任問題を取りあげる。18世紀後期からの(窃)盗法における個人主体の犯罪化の歴史過程に触れ、そして20世紀後期におけるリスクおよび人格を基礎にした犯罪化、法の政治化状況に言及している。そのうちの一つの経済権力と犯罪のみをここでは扱う。

<経済権力>

経済権力の分配と範囲は、刑事責任の帰属にとって重要な意味をもっている。過去250年、地位ヒエラルキー(位階制)の形式上の区分は、階級、ジェンダー(社会的性差)、その後には、象徴的、文化的権力の分配が重要性をもつにつれて民族性は徐々に溶解している。近年の加速する富の分配のなかで、社会のトップ(上層1/3)と中間層(1/3)と底辺(下層1/3)の人間のギャップは、底辺の1/3のその多くが低い教育、貧困な住居、貧困は事実として、種々の社会的地位の急激な不平等と結びついている。経済的不平等は、われわれが関心をもつ期間を越えて英国社会の一貫した特徴である。不平等の変化する配置は、原理上、政治権力との関係で、経済権力と比較した意味と同様に、決定的な意味もってしまっていることから、人の刑事責任を問う際に著しく重要性をもつ、とする。

財産を利益(法益)とし、その侵害行為を犯罪とすることは財産関係が社会秩序の維持にとって中心的なことであり、刑法上の主要関心事であることの思想、考えに挑むものはほとんどいない。財産概念は過去400年以上にわたり急速に変化していることを示し、変化する利益が、刑法上の責任概念の形態と意義とに一段と影響を及ぼしたことを、明らかにしている。18世紀まで優勢であった刑法の近代初期の形態を見ると、その犯罪形態は、財産犯罪と

りわけ窃盗罪および詐欺罪に主要な重点を置いていたとする。それは、社会的権力と身分区分との淵源としての財産の重要性を反映したものであった、とする。社会の「利益」の一つである、どのような経済的「利益」が、刑法的な保護問題、刑事責任問題を提起し、新しい刑事責任を問う（窃）盗犯を生み出し、その処罰法が社会のどの階層に機能していくかについての歴史的視座からのレイシーの法社会学的な分析として意味があるといえる。

④第4章 諸制度 (institutions) ⁽¹⁹⁾

レイシーは、広範囲な諸制度が、直接的間接的にせよ刑事責任の展開に関与してきているとの考えから、それらの制度の多くが、刑事司法制度と関係しているとする。具体的な例示として、裁判前段階では素人の声を反映した大陪審、裁判官から、警察署および治安判事裁判所において職務遂行する法律家および警察職員する裁判への推移、その他裁判段階、そこでの答弁取引、18世紀から19世紀初頭にかけての専門的官僚組織としての警察制度の創設、刑事司法・法律・福祉専門職の専門官僚組織内での職務関与への言及がある。

<19世紀の刑事司法の専門化および体系化：民主主義および能力と結果責任の上昇>

刑事責任の実践の再構築のための制度的前提条件として明白に関連する制度の4要因、すなわち①専門化 (professionalization)、②拡張 (expansion)、③刑法の自律性 (autonomization of criminal law)、④法律専門職 (legal profession) をあげる。

20世紀末期および21世紀におけるガバナンス（統治支配力）のリスクを基礎とした方法を融合した19世紀の刑法史の大半は、1833年以来設置されている種々の刑法委員会リポートによって代表される立法化（法典化）を通じて、刑法を合理化する長期の闘いでの討論に支配されている。これらの試みのいずれも全く成功しなかった。また、幾つかの立法的な統合化の実質的努力にもかかわらず、1900年代、広範囲な量の実体的刑法、新立法を含んでい

たが、ほとんど1800年代の法律よりも一貫性はなかった（委員会基準に従えば）。委員会委員の仕事は、しかし、刑法に対する最初の体系的な政府の試みは、一貫した形式を与えようとする、およびそれを一定の一般原理に関係する教義の実体として明示することにあつた、とする。

合理性、一貫性、予測性という法の支配の理念および不成功な試みと報じられた合理的で抑止的な、それらの基になっていた刑法上の主体というベンサム学派の見解とは、英国（イングランド）刑法において、ほぼ2世紀後に再生し続けているベンサム学派モデルも、犯罪を作為で為した者と、作為ではなく為した者とを区別することを意味するものであつた。それゆえ、われわれが今日、刑法におけるメンズレアの主観的形態と客観的形態間の区別として理解していることへの徐々の彫琢の基礎の議論を齎すものであつた、とする。専門（家）的自律性と合法性の確立は、19世紀の多くの部門を越えて巨大な争点であつたこと。責任能力原理（doctrine of capacity-responsibility）の拡大と法律（更新）は、裁判手続の専門職化と系統化（体系化）によって可能となつたものであるが、しかしながら、19世紀刑法によって直面し、登場した合法化（適法化）問題に向けた唯一の改革であつたこと、などが示される。

事実、問題（難題）自体が現れるにつれて、英国政治制度は約1820年から1860年の間に断続的に新しい一連の制度的装備を發明してきた。それらの装備は、潜在的に問題を一定解決するか、少なくとも緩和した。

公衆（民衆）の共有感情、一連の実務は、もはや伝統的価値に全く依拠しない、正しく非法律家が支配している陪審裁判、場合によっては法改正の時代は新しい合法性の枠組みを提示するものであつた。

最も生き生きとした改革例—しかも最も緊急な例—は、1832年の当時の死刑規定のある法律の2/3の廃止であつた。これは「血の法典（Bloody Code）」の語が投げられていた法律であつた。改革・法改正は文化的合法性の問題を名義としたものである。すなわち、文明化した公衆の感情は、刑法典の死刑といった罪刑均衡を欠いた公的暴力の展示である明文規定に背を向

けたものであった。

この急進的な死刑（death penalty）の適用の急激な減少も、手続と制度を通じ新しい政治的合法化の展開を齎したのであった。1808年のロミリー（Romilly）による（法）改正によって口火が切られた、合理化的近代化（modernization）に向けられた決定的一步を踏み出したと理解されているものである。旧制度（ancient regime）の威嚇的死刑の様式、それは広汎に広がっていたが裁判官等の公的な慈悲の裁量の恩典が許容されることによって、助長されていた旧制度からの決別であった、とレイシーは分析する。

1820年には、200を超える罪種に死刑犯罪があったし、1841年までには、わずかに謀殺罪と反逆罪（treason）のみに死刑が残されていた。重要であったのは、総合的で、かつ何十年もの長きに及ぶ刑事手続の改革・法改正と合理化の作業および1829年首都警察の設立に伴う専門的警察権力組織の創設である。レイシーは、しかし、ここで鍵となることは、立法上の犯罪の定義の基礎づけであり、事実、手続的配置と多くの刑事罰改正例としての立法は、代表制民主主義のゆえに、急進主義の見地からすれば不完全にもかかわらず、お墨付きをもっているものであった。合理性、明確性、公開性といった自覚的な近代的価値となじみのあるものであった。かつて現実化した法典化の大いなる野心と親和性があった、とする。イングランドとウェールズには、完全といえる法典化は、全く到来しなかったけれども、刑法の立法による支配は最も確実に到来した。1827年から30年のロバート・ピール（Robert Peel首相）によって、実体的な統一立法（刑法典）化の動きは進んだ。さらには、1861年に改訂され、法典編纂が提起され、合理化した共通資源に向けて、意義ある形態をなした、との歴史分析をレイシーは示す。

⑤第5章 権益と制度の渦中での責任思想の配列の説明：イングランド刑法における責任に関する政治経済的分析に向けて⁽²⁰⁾

レイシーは、前述②（本書第2章）で検討を加えた、人格、能力、結果およびリスクに基礎づけられたとして、明白に競合し合う刑事責任の思想、共

存間・共存しさえしているものの、それらの配列および関係する相対的影響等が、歴史的に何度も変化していること、すなわち責任の構成要素の歴史的な生成・潜在化、重点推移、関係性をさらに検討しようとする。

<人格の時代> 人格責任⁽²¹⁾、能力の前提、結果、境界線上の責任

レイシーによれば、18世紀には、責任の領域は、悪性格に関する証拠または仮定を基にした帰責類型によって支配されていた、とする。とくにコモンロー慣習法における悪意原理 (malice principle)、その責任領域の主体性、主観的意味での能力は抗弁の遅れた展開、とくに有名なのは、情緒的な抑うつ (症) の抗弁、さらに最も重大な犯罪のいくつか (謀殺罪および反逆罪が有名) での帰責を形成していた。また、結果責任はこの点で、局限的で限界性もあった、とする。

立法によるとか、特別な立法を通じて特定の活動の地方的規制をしばしば宣言したからであるが、例えば「物売り船」—テムズ川での航行による盗品の運搬の処罰を加える—は記録上、処罰対象として加えられたのである。この追加記載、配置は、非民主的政治制度、位階制度により構造化された社会、および非中央集権的社会秩序、公式・非公式の社会秩序制度が地方レベルおよび素人方面では重要性をもって位置づけられているものの、その内部での合法化、追加記載、配置の機会と制限の両方を反映するものであった、中央・地方間の立法の矛盾状況の立法史を指摘する。⁽²²⁾

レイシーは、18世紀の刑事手続は、帰責の諸原理、すなわち今日、刑法の屋台骨を形成するところのものであるが、これなしに実に効果的に運用されてきたかのように見える。今日、国家の証明責任は行為だけではなく個人責任を証明するものであり、刑法の犯罪化の合法化の心臓部に位置している、とする。

国家の権力分立の一つとしてというよりも司法固有の制度として、すなわち、公正な犯罪化である犯罪認定は、基本的に、次の思想を前提としていた。すなわち、犯罪者の理解および自己抑制の能力は、正しく訴追された犯行時に機能、作用しているかという思想である。

18世紀には、対照的に刑事司法の正当化は、むしろ異なる刑事手続によって齎されていた。因果性の要件—「悪意をもって」、「邪（よこしま）さをもって」とか「重罪を侵す意図で」行動したものとして—は、心理的能力を基礎としたメンズレア、文字通り、罪のある心情すなわち犯意である。メンズレアは18世紀までには英国刑法の特徴ですであつたとの想定を刑法の注釈者、研究者はしている。レイシーによれば、しかし、この前提に疑いをもつ場合が、実務上、理論上、2つの理由からある、とする。

第1に、裁判の迅速性、法的議論の展開、素人裁判の優位性といった制度上、またその諸特徴に照らすと、尋常でない18世紀の裁判手続は現代の心理学的な意味で、メンズレアの証拠として扱ひ得たであろうとすることはありえないことだからだ、とする。むしろ、裁判は、無罪を証明するための機会であり、かつ被告人の有罪の幅広い仮定を基に進行していたとするのである。第2は、より根本的にはホーダー（Jeremy Horder）が論じて来たように、初期の近代刑法における「悪意」といった概念は、近代のメンズレアの観念とは、意義深くも異なった方法で扱われており、また「精神の状態」の発見とか、態度とかではなく、むしろ行為自体の全体的評価で用いられていたということにある、とする。

では帰責の際、いかにして行為者が作用した、行為者の働きかけがあつた、とするのであろうか。能力に関する仮定を超えて—証明する明白な精神異常（insanity）の証拠によって代置されたところの—、審理（裁判）は、被告人の精神状態についての主観面、内的疑問に関してではなく、むしろ行為の外部的事実について焦点を当てていた、とする。また、行為に関しての証拠に疑義がある場合、帰責類型は性格および評判（reputation 世間の評価）に関する知見に基づいていた。それは予備審理を支配するものであり、また審理自体に充満していた。結果的に、それから、刑事責任の判断は、悪性格の判断であつた、とする。

このようにレイシーは、結果に現れた行為への責任非難、それを支配した「意思」に対する責任を問うものではなかつたと、刑事司法史を問い直し、

18世紀までは帰責が主観面でなく行為という客観面から問われていたことを明らかにしている。

人格に基づいた帰責類型 —それは私が支持し続けた18世紀の刑事裁判を支配していたし、また幾つかの地域では長く19世紀まで続いたのであるが、幾つかの明白な特徴をフレッチャー (George Fletcher) の価値ある影響力ある「明白な犯罪性」の観点を共有するものであった、とする。

第3章で見て来たフレッチャーの説明では、明白な犯罪性の類型は次第に19世紀には「主観的類型 (subjective pattern)」に置換された。主観的類型は、結果か潜在的結果かに焦点を置いた「危害 (害悪) —もしくはリスクを基にした類型 (パターン) —」と並べ併せて被告人の意図の中に、犯罪性を位置づけるものである。⁽²³⁾

レイシーは、なぜ、このフレッチャーの見解が事実であるはずとするのかを問う。制度装置は主観的責任を刑事裁判においては、証明対象にさせることを求めてはいたが、18世紀には未だその余地がなかったということにある。制度装置のないことは、この時代では、緊急で実務的か、倫理的な難問であることも感じ取れないのである。次の世界、時代では、メイン (Maine) の有名な「身分から契約へ」の移行があり、またその世界では「明白な犯罪」の発見を支える制度装置が、比較的たくましい制度装置として残されることになる。しかし、この世界は変わり始めていたとはいえ、長い18世紀は、われわれが刑法の諸特徴をとして当然のこととして受け止めた原理および制度的配置の多くが併存状態にあった、とする。

⑥第6章 法理論および法的探究の示唆⁽²³⁾

最終章でも提示される「人格」の再登場とその分析および刑法におけるリスクの新しい配置 (構成、体系的地位) の登場は、拙速と言ってもいいものが、言及の対象となる、として、レイシーは触れている。これまでの略述された内容は、刑法専門領域よりも、刑事手続を扱い、証拠を扱い、量刑 (sentencing) が扱われていない面があるとし、刑事強制執行および犯罪化

の類型の両方の失敗例にも触れる。具体的には、個別能力責任（＝責任能力 individual capacity responsibility）—それは刑法上の「一般的部分（総論）」の王冠には宝石であるのだが—の法原理に高められている価値を尊重するために言及する、とする。しかし、「責任能力」は実際的には勝利し、確固とした位置を確固として占めていることから、その規範上の諸勧告についての主張があっても、これを侵食することもない、とする。レイシーが提示した法理論および事実、法学問上の提言における「書物の中の法」の中で「現実の法」との関係で、方法論を求めて、さらに一般的に検討することで、また特に刑法の概念構造が幅広い実務、犯罪化の諸機能の中で、状況説明されなければならないとの議論を展開することで、この議論に取り組むつもりである。レイシーが最初に検討してきたのは、いわゆる「特別法理学」—鍵となる法概念の基礎を分析するものである—の一つのプロセスのための本書の議論という意味である。「一般法理学」を探求してきたことの意味の検証に移る前にである。法の理論化計画、および分析的記述的仕事と法的理論の探究のもつ規範的作業の関係をもとめることの意味、意義は深くはあるが、驚きではない。このことは、刑法の学問分野における、分析／概念的アプローチと社会法／歴史的アプローチとの「労働の分業」は法理論史の分野・領域において反映されたものである、とする。

⑦<結論> ⁽²⁴⁾

レイシーは刑事責任の恣意的帰属（Ascription）は近代の時期において、社会制度によって直面させられた合法化、調和問題を解決する決定的方法として十分に理解されていた、とする。すなわち刑事責任の変化する概念は、刑事手続によって直面させられ、変化する合法化と調和問題（という難問）を追跡することである。レイシーは自身の分析が、一つの責任のパラダイムを、別の責任パラダイムによって全面置換することを見るのではなく、むしろ責任という概念ないし「技術」の累積、すなわち新しい合法化問題および資源が古いものを必要的に消し去ることなしに登場するということを示唆

することにあつた、とする。

レイシーが叙述し、採用しようと試みた研究方法である歴史的、概念的分析の双方は、社会理論の成果、提供、社会的事実、実務を踏まえた形で用いられている。言い換えれば、現代社会の操作活動および展開について、一般的な洞察においては、このことは、レイシーから見れば、現代言語学的、哲学の洞察に通用し続けているものである。しかし、レイシーによれば、帰責にせよ語の分析は、かかる分析は社会的実務の脈絡とか生活形態の中に置かれているに違いないということ、それらの語の活用の脈絡に位置付けられなくてはならない。

レイシーは、このように理解して、哲学、歴史、法律、社会科学は、社会理論の一般的事業に現代的貢献をなすものとして理解される。600年間イングランドの政治制度は、いかに既存の制度的資源が社会的統制と犯罪の認定、確証、処罰を遂行することに先導的役割を担ってきたかを示しており、これら社会科学が取り組み明らかにしてきた。驚くことではないが、無秩序の問題、その意味に対抗して出動させられる機構装置は静的で固定したものではとてもなかった。益々、類似の流動性のある世界においては、社会的秩序づけという整序し命令として下す対象および機構装置の両方が変化し続けている。しかし、イングランドの犯罪化によって対象となった行為形態は、長く多様で、強度なものではあったものの、レッテル貼りをし、社会的コントロールをする機構装置として、「アウトサイダー（よそ者）」の地位を賦与し展開しようとする衝動は長い歴史をもっている、とする。

われわれは、今日刑法および刑事司法につき、強烈で混乱し異質な領域に直面しているので、一言いかえれば、日常恒例化した犯行、深刻な暴力行為、復讐的な刑罰ポピュリズムの応報的「出現」、そして「日常生活の犯罪学」という「現実主義 (actuarialism)」—レイシーが論じてきたことは、つぎのわれわれの歴史を塗り替えることの助けになろう、とする。

レイシーは、人格と能力間の均衡は比較的刑法上の教義上の諸配置とほとんど扱ううえで関係がない。また、多大な関係があるのは、刑事手続が作用

する制度的脈絡と、また刑事手続に影響がある「利益」（インタレスト）と関係すると、持説の要約をする。

おわりに

レイシーの刑事責任論の探究は、その対象範囲を横断的に広げ横糸とし、これに時間的推移・歴史的な変化を縦糸に動的に捉えるなかで為されており、まさに近代から現代にいたる刑事責任の社会・歴史的研究といえることができる。そこでは、刑事責任は狭い刑法領域だけでなく、刑事立法による「犯罪化」の歴史、その社会的要因（思想、利益、制度）、刑事司法制度の生成・発展、変化（専門化、官僚組織、国民の司法参加等）を視野に入れながら考察されている。この点で、レイシーの刑事責任論は、責任の成立条件、構成要素（主体、作用、性格、能力、結果、リスク等）の変遷・重点推移（再帰）として、しかも諸要因によって複合的な、普遍性と新規性の要素を含んでいるものとして分析、検討され叙述されている点で、規範論に限定されることのない重厚な社会科学としての刑事責任論、責任帰属論ともいえるであろう。

レイシーによる一連の研究は、先人研究者の過去および近時の研究成果を踏まえたものである。例えば、帰責論における行為帰属と個人帰属は、因果関係論と責任論、狭義帰責論へとやがては分離、発展するものであったことは、すでにハートとオノレの研究にあった。⁽²⁵⁾

また、わが国でのコモンローからの近代法形成および18世紀の刑事裁判の状況については、重厚な研究成果があることも、本書を読むうえで貴重で参考となる。⁽²⁶⁾

アッシュワース（Ashworth）は、レイシーの本書につき、序文で次のように学術書としての高い評価を与えていることを追記しておく。⁽²⁷⁾

註

(1) Nicola Lacey, *In Search of Criminal Responsibility: Ideas, Interests, and Institutions*,

pp.xvii+237, Oxford U.P.,2016.本著の基調となる分析概念を用いた先行論文がある。*Id.*, In Search of Responsible Subject: History, Philosophy and Criminal Law Theory, *64 Modern Law Review*, 2004, at 350-71.なお、犯罪および刑罰制度の社会学的分析には、D・ガーランドの研究があり、研究方法・対象に共通性がある。David Garland, *Punishment and Modern Society: A Study in Social Theory*, Oxford U.P.,1990,pp. 312. 邦訳として、デービッド・ガーランド著 向井智也訳、藤野京子監訳、処罰と近代社会：社会理論の研究、2016年、現代人文社、全380頁。なお、ガーランドの現代社会における犯罪論、見解につき以下の拙稿参照。拙稿「D・ガーランド『処罰的社会』」島大法学39巻3号（1995年）127頁以下。そこでは、責任化（Responsibilization）戦略という犯罪防止、統制における「責任」が国家から国家以外の全ての市民（財産所有者、居住者等）にまで負う「責任移譲」政策を「責任」用語を用い論じている（同139頁）。

(2) ドイツ刑法体系においては一般的なものである。後者の責任の狭義概念は、刑法典の存在するドイツ刑法に見られる「責任原理」はこれに近似性をもつものであり、刑事裁判における認定論としての刑事責任であり理解し易い。アルトゥール・カウフマン（甲斐克則 訳）「刑法における責任指導の解釈学のおよび刑事政策的側面」『責任原理 刑法的・法哲学的研究』第6章（九州大学出版会、2000年）（原書2版 1976年）所収、417-451頁参照。レイシーは、本書中で、分析/概念的アプローチと社会法/歴史的アプローチとの「労働の分業（division of labour）」（デュルケム）があるとの表現をしている。N. Lacey, *Id.*, 76. 本稿、2章3節⑥参照。

(3) Lord Hailsham of St. Marylebone, *Halsbury's Laws of England*, Vol.24th ed., Butterworths, 1976, at 11. 一般に、犯罪は公衆の安全および生活上の利益への侵害であり、しばしば共同体の一般道徳に敵対する行為（作為、不作為）のすべてであり道徳的悪とされる。しかし、過去の多くの犯罪にも、それらの特徴のないものもあることから、民事ではなく刑事の手続によって効果的な統制手段に訴えるため議会の立法によって犯罪化された行為とされる。*Ibid.*

(4) 刑事責任の「責任」につき、原語では、(criminal) liability, responsibilityが並存し今日では後者が多い状況にあるが、個人の自由、非難の要素を入れた場合、後者の語が刑事法と親和性をもつと思われる。これ以外に、責務(accountability)という語も存在するが、これは個人の自由、非難を前提にせず、それらが不存在の場合も包摂することから責務という用語法が適切であろう。今日の修復的正義(Restorative justice)、少年司法に見られる、「責務は犯罪に対する責任と自己の行為によって惹起された危害への弁償活動を犯罪者が受容することを意味する」との叙述は、この点で適切な用語の表現といえる。Brain G. Sellers, Community-Based Recovery and Youth Justice, *42 Criminal*

Justice and Behavior 1, 2015, at 66.

イギリスにおける責任概念の変更の歴史等につき、大谷實「H.L.A.ハート著『刑法の道徳性』」判例タイムズ253号（1970年）47頁以下、同「ハート・『責任概念の変更』について」同志社法学100号（1967年）154頁以下。この大谷論稿の中で、H.L.A.ハートが、展望的刑罰論の立場から「われわれは、法を侵害するに際しての彼（法侵害者）の任意の行動に対して人を罰するための道徳的許容性を追究しなければならないが、われわれが用いることを認められている刑罰は、依然として、もっぱら、彼や他人の**将来の犯罪を予防**するために加えられるのであって、**応報に対してではない**のである」としていることを紹介している。162頁（括弧内、ゴチックは三宅）。レイシーもハート同様、分析法学の立場から、本拙稿でみるように同結論の見解を採っているといえよう。その他、庭山英雄、田中喜之「H.L.A.ハート著『刑罰と責任』」中京法学5巻4号（1971年）61頁以下。Hart, H.L.A. (1968) *Punishment and Responsibility*, Oxford University Press. H.L.A.ハートの訳書につき、H.L.A.ハート著・長谷部恭男訳『法の概念』〔3版〕筑摩書房（ちくま学芸文庫）、2014年、全553頁。

(5) イギリス法上、コモンローおよび単行制定法によって、法諺であり、クック（コーク Edward Coke）に由来するとされる（actus non facit reum nisi mens sit rea 故意なき行為は罪となることなし）自発的な行為なしには犯罪で有罪とされないとされる。しかし、制定法によって過失犯が処罰され、それ以外に故意、過失がなくとも処罰となる厳格責任（strict or absolute liability 絶対責任）を犯罪としたものがある。厳格責任を認める犯罪を論じるときにあっても、われわれは刑事上の責任、選択という主要な議論、そして公平な警告の機会という3条件を必要とする議論がある。Lord Hailsham, *supra* note 3, at 12. もっとも、犯罪が行為者の担った所為（conduct）によって惹起されたという因果関係（Causation）が必要である。*Id.*, 15. Cf. Andrew Ashworth, *Principles of Criminal Law*, 4th ed., OUP, 2003, at 1,164,173. 英米刑法におけるクック判事判決および責任に触れた拙稿「イギリスにおける精神障害犯罪者の処遇」同志社法学127号（1973年）72頁、拙稿「刑事責任と非難—法制的責任の前提としての非難の純化—」島大法学57巻1号（2013年）69頁、89頁以下参照。

(6) Lord Hailsham, *Id.*, 13.

(7) A. Ashworth, *supra* note 5, at 164,174.

(8) <http://www.lse.ac.uk/collections/law/staff/nicola-lacey.htm>

(9) *Ibid.* Nicola Lacey, 'Curriculum Vitae', 1-25 (dated March 2017) .

(10) *Women, Crime and Character: From Moll Flanders to Tess of the d'Urbervilles* pp.182 (Oxford University Press 2008) (The Clarendon Law Lectures) .

(11) N. Lacey, *supra* note 1, at the backcover.

- (12) *Id.*, at xiii-xiv..
- (13) *Id.*, at 1-24.
- (14) この場合、リスクは結果発生の具体的危険という理解ができる。したがって、このリスクは行為者をもつ将来的な違法行為の危険性というものではなく、結果発生の現実的危険、蓋然性と親和性をもつものとして理解できることから、現代的な責任の要素としての「結果」はその対象が従来よりも拡大と深化が行われているとみることができる。
- (15) 侵害とその危険として、レイシーは近代刑法の成立期の責任の構成要素として侵害という結果発生を主要なものと捉えていることから結果無価値的判断となっていると判断される。侵害原理の基本的堅持。ミルの侵害原理につき、アシュワースの前掲書参照。A. Ashworth., *supra* note 5, at 32.
- (16) N. Lacey, *supra* note 1, at 25-58.
- (17) リスク要素に傾斜した具体的立法として、レイシーは、①ASBO（反社会的行動（規制）命令）、2014年改正法（反社会的行動・犯罪・警察活動法）第1章 反社会的行動予防介入（行動差し止め injunction）、刑法の予防行為（未遂）、所持犯罪、危険犯、②テロリストの行為へ加担する準備、危険行為、2006年テロリズム法、③有罪に伴う犯罪予防命令等をあげる。*Id.*, at 47-8.
- (18) *Id.*, at 79-106.
- (19) *Id.*, at 107-27.
- (20) *Id.*, at 135-8.
- (21) 刑法理論上、行為責任に対する、人格（形成）責任、性格責任といった責任の本質に関する議論があるが、この性格責任は、責任の根拠として（過去の）行為と結びついた行為者の性格という回顧的な責任の意味で用いられている。この点で、人格責任に近いものであり、刑法の近代学派（新派）の将来の犯罪に至る「性格」の「責任（責務）」である性格責任論とは異なる。参考文献 大谷實・刑法総論講義（新版4版）（2012年、成文堂）307頁参照。
- (22) レイシーの4時代区分は、ファーマー（Lindsay Farmer）の歴史的時期区分—すなわち、①18世紀の責任概念、②19世紀の立法規定、③20世紀初期の主観的概念化、④20世紀後期の処罰可能主人格／リスクの雑種（hybrid）の新版として見ているところのテーマの登場の一層重要なことに触れている。N. Lacey, *supra* note 1, at 136, footnote 1.
- (23) *Id.*, at 175-205.
- (24) *Id.*, at 201-5.
- (25) ハートとオノレは、責任の非難をうける対象行為と責任を負い担うことが、イングランド法において同義的性をもっていたことを、責任（responsibility for）、答責（answerable for）、専ら民事責任（liable for）の語

をもって、すでに指摘していた。H.L.A.Hart and A.M.Honore, *Causation In the Law*, 1959, Oxford U.P., 61. 邦訳書および論文に、H.L.A. ハート、トニー・オノレ（井上祐司、真鍋毅、植田博共訳）・法における因果性（1991年、九州大学出版会）、吉田信一「H.L.A.ハートとT.オノレの法的因果関係論」国際教養学部紀要1号（2005年179-190頁以下がある）。

(26) 栗原真人・一八世紀イギリスの刑事裁判（2012年、成文堂）、深尾裕造・イングランド法学の形成と展開 コモンロー法学史試論（2017年、関西学院大学出版会）他。

(27) N レイシーの著作は、何年来、法理論の最前線に位置する学者のものである。中核の本論をなす論稿は、彼女の刑法理論中の論稿の主要な幾つかのテーマの展開ばかりでなく、一般法理学上の特別な方法論も論じている。本書は、刑事責任との関係では、刑事責任能力論 犯罪行為能力論、人格理論、結果責任論、リスク（危険性）、予防のパラダイム（理論枠組み、構造）の登場につき探究をしている。責任観念のもつ異なる局面の例が論じられており、一組の同観念が歴史的な発展を示唆するものではなく、むしろ種々の観念の諸要素が他の組のものに変化し影響力をもって残って層をなして累積したものであることを示唆している。経済的社会的変化、メディア、より広汎な政治動向が図式化され、また成文刑法と警察等のその実務（検察、規制当局）間の交流にも特別な関心が払われている。この歴史的、学際的分析は、刑事責任が犯罪化（=犯罪成立、生成）という社会的実践において強力で、しっかり嵌め込まれた観念であることが十分に文書で裏付けられた議論となっている。その社会的実践は、繰り返し変化する制度の脈絡に位置づけられるものであり、法規範・原理および生の現実、観念・制度的影響と「再帰性（reflexivity）」が強調されている。解釈的分析の第2段階は、用語づけられていることを解釈する方法論として、責任観念はこの作業の主要例ではあるが、この再帰性が強調されている。第3段階として、法観念、そして変容する社会制度的事実、その事実は法観念が適用される脈絡を構成するものであるが、この両者の関係に疑問を示しつつ議論をしている。法理論家は唯一普遍の法観念という思考に挑戦すること、すなわち再帰的方法論を採用することによって、刑事責任に示される法観念を改訂することに開放性を保持しなければならないと論じている。このようにして、本書が刑事責任の分析における進歩および一般法理学における議論の両分野において、現代の主要な学術的業績に位置付けられる、とする。A. Ashworth, 'General Editor's Introduction', in: N. Lacey, *Id.*, at v-vi.

*本稿作成にあたり、本書の著者ニカラ・レイシー教授には示唆をいただいた。ここに記して、謝す。