

講 演

免責、正当化および挑発という抗弁の 理論的基礎

ジョージ・ムスラーキス*

甲斐克則

澁谷洋平 訳

福山好典

- 1 序
 - 2 挑発における正当化的要素
 - 3 部分的免責事由としての挑発の概念化
 - 4 結語
- 訳者あとがき

1 序

イングランドおよびその他のコモン・ロー法域において、挑発 (provocation) は、謀殺罪を故意 (あるいは意図的) 故殺罪に減軽するための減軽的または部分的抗弁 (mitigatory or partial defence) として機能する⁽¹⁾。挑発の

* ニュージーランド・オークランド大学法学部上級講師；新潟大学法学部客員准教授。

- (1) イギリスにおける1957年殺人法3条によれば、「謀殺罪の訴追 (charge) において、(行動または発言のいずれかによるものか、もしくはその両方によるものかを問わず) 挑発されて自制心を喪失していたものと陪審員が認定しうような証拠が存在する場合、その挑発が合理的人物 (reasonable man) をして被告人のような行動を行わせるに十分なものであったかという問題は、陪審員による判断に委ねられなければならない。そして、そのような問題を判断するに当たり、陪審員は、それが合理的人物に対して与えると考えられる影響に

申立 (plea of provocation) が陪審員に認められるためには、殺害行為の時点で被告人が自制心を奪われていたこと (主観的テスト)、およびこのことが一般人または合理的人物を挑発する程度の重大な不法行為の結果であったこと (客観的テスト) が彼らによって認められなければならない。挑発の認定を支える証拠が存在しない場合、被告人が自制心を喪失していたか否かにかかわらず、その抗弁は認められないであろう。さらに、たとえ被害者の行為が法的に挑発に至る程度の性質のものであったとしても、被告人が結果として自制心を喪失していなかったということが証拠によって証明された場合には、その抗弁に依拠することはできない。法的な挑発の限界を画定するためには、その前提として、いかなる攻撃的な行為 (offensive conduct) であれば自制能力を喪失させる程度の正当な怒りないし憤激 (justified anger or indignation) を喚起しうるのかという点に関する道徳的判断が必要である。重大な性質をもつ法的な不法行為 (legal wrongdoings) は、その大部分において、挑発という抗

従って行われた言動のすべてを考慮に入れなければならない」とされている。法律委員会 (Law Commission) は、最近公刊された諮問書 (Consultation Paper) の中で、現行法を再検討し、改正のための一連の選択肢を提示している。Law Commission Consultation Paper No 177, *A New Homicide Act for England and Wales?* (2005), 171-176 および Law Commission Report No 290, *Partial Defences to Murder* (2004), 30-72 参照。カナダ刑法典232条は、次のように規定している。「(1) 突然の挑発によって惹起された激情 (heat of passion) の下で殺人行為を遂行したという場合には、その他の点では謀殺罪となる非難可能な殺人を故殺罪に減輕するものとする。(2) 本条の目的に照らして、被告人が不意に、そして激情が冷める前に行為したという場合には、一般人の自制心を奪う程度の性質をもつ不法な行為または侮辱的言辭 (insult) は挑発である。(3) 本条の目的に照らして、(a) 特定の不法な行為または侮辱的言辭が挑発に至っているか否か、および (b) 被告人が受けた挑発によって自制心を奪われていたか否かといった点は、事実問題であるが、しかし、法的権利を有する事柄を実行することによって、または人の死もしくは身体的傷害の惹起に対する免責事由を被告人に提供させるため同人によって唆された事柄を実行することによって、その者が他者を挑発したと考えられてはならない」。カナダでは、謀殺罪の有罪判決を受けた者は、それが第1級謀殺罪の場合には25年間仮釈放のない終身刑が、第2級謀殺罪の場合には10年間仮釈放のない終身刑がそれぞれ科される (カナダ刑法典235条および745条)。これと対照的に、故殺罪の有罪判決を受けた場合には、その他のコモン・ロー法域と同様、判事が終身刑を最高刑とする枠内で刑を科すものとされている (同236条)。

弁の十分な基礎を提供するはずであるけれども、法的でない、道徳的な不法行為もまた、法的な挑発の限界を越える程度に重大なものと考えられる場合がある。この限界を超えると、挑発は、重大でないもの（例えば、言葉による挑発）から重大な不法を伴うもの（例えば、身体的な侵害を伴う挑発）に至るまで様々である。自制心の喪失という要件も充足されている場合には、様々な不法の態様および程度を伴う挑発は、等しく謀殺に対する1つの部分的抗弁となる⁽²⁾。

挑発という抗弁は、2つの相関的な要素に依拠するものと理解されている。それは、挑発という不法な行為と、侵害された意思作用（impaired volition）ないし自制心の喪失である。第1の要素は、性質上、正当化的なもの（justificatory）として理解されている。というのは、それは、外見上、行為者の心理状態とはまったく独立した、行為の不法性に影響を及ぼしうるような条件に焦点を当てるものだからである。第2の要素は、行為者の心理状態、および同人の行動制御能力がないことに重点を置くことによって、性質上、明らかに免責的なもの（excusative）である。挑発は、免責的な考慮と正当化的な考慮の両方に基づくものであるがゆえに、その法的抗弁の理論的根拠を突き止めることは困難であった⁽³⁾。オールドリッジ（Alldrige）は、次のように述べてい

-
- (2) カナダでは、挑発の抗弁には、刑法典232条によって規定されているように、次の4つの要件がある。すなわち、(a) 不法な行為または侮辱的言辞、(b) 不法な行為が一般人の自制能力を奪うものであること、(c) 被告人がそのような挑発によって実際に自制心を喪失していたこと、および (d) 不法な行為または侮辱的言辞とそれに対する被告人の反応の両者が不意になされたものであること、以上の4つである。挑発の抗弁のこのような定義は（イギリスの1879年刑法草案（Draft Criminal Code of 1879）を基礎としているが）、イングランドにおいて採用されているものよりも複雑である。D. Stuart, *Canadian Criminal Law* 4th edn, (2001), 533-544参照。
- (3) J・L・オースチン（J. L. Austin）が指摘するように、「われわれは、考えているように正当化事由と免責事由という言葉を使用しているわけではないと論じうる。例えば、‘extenuation’, ‘palliation’, ‘mitigation’ などといったあまり明確でない言葉が、正当化事由と免責事由との間で不安定な状態にある。そして、挑発という抗弁には、その意味に関する重大な不確定さや不明確さがある——彼が暴力的感情を喚起させたのであり、私は真に『任意的に』行為したわけではないから、彼に部分的責任があるのであろうか（免責事由）。それとも、彼は私に対して侵害を惹起しているのであるから、私には反撃行為に出る

る。

[挑発という] 抗弁は、部分的免責事由（その場合には、被告人が自制心を喪失していたか否かが審理の中心となるであろう）であるか、または部分的正当化事由（その場合には、被害者が被告人に対して実際に行ったこと——被害者がどの程度「それを招いたのか」——が審理の中心となるであろう）であるかのいずれかでなければならない。……これらの条件がいずれもコモン・ローにおいて獲得されたという点に言及することは興味深い⁽⁴⁾。

本稿では、挑発の本質と、謀殺に対する部分的抗弁としてこれを解釈するための適切な方法とを検討する。その抗弁は、次のような想定に基づき、免責事由として機能するものと主張される。すなわち、挑発行為は、怒り (angry passion) の形で、道徳上任意的に行為する能力 (ability to act morally voluntarily), すなわち、すべての事柄を考慮したうえでの道徳的選択に従って行為する能力を奪う程度の心理的圧迫を行為者に喚起するという想定である。挑発の申立が認められることによって、謀殺罪に要求される程度の道徳的な非難可能性 (moral culpability) は否定されるけれども、より軽い故殺罪に対する有罪判決が妨げられることはない。というのは、挑発による殺人はなお、社会的に望ましくない傾向または性格の特徴を明白に示しているからである。

2 挑発における正当化的要素

部分的正当化事由としての挑発という概念は、コモン・ローの伝統に深く根

権利があるのであろうか (正当化事由)」。“A Plea for Excuse”, *The Philosophy of Action*, A. White (ed.), (1968), 19, 20.

- (4) “The Coherence of Defences”, *Criminal Law Review* [1983] 665, 669. そして、ドレスラー (Dressler) によれば、「その言語およびコモン・ローにおける激情型の判例を注意深く分析することによって、その抗弁が正当化事由と免責事由のいずれの一形態であるかという点が不確実であることが明らかとなる」。“Rethinking Heat of Passion: A Defence in Search of a Rationale”, 73 *Journal of Criminal Law and Criminology*, (1982), 421, 428. また, J. Dressler, “Provocation: Partial Justification or Partial Excuse?”, 51 *Modern Law Review*, (1988), 467 をも参照。

差したものとされている⁽⁵⁾。1957年殺人法 (Homicide Act 1957) の制定後、イギリス法にもたらされた諸々の重要な改正、および挑発を免責事由として取り扱う一般的な傾向が存在するにもかかわらず、挑発の正当化的側面を無視することはできない。挑発という抗弁の真の基礎が、行為者の自制心の喪失というよりもむしろ挑発という不法な行為、すなわち正当化的要素に存するものと論じる者もいる。法が、挑発による殺人を一般的な「激情 (heat of passion)」または「自制心の喪失」という免責を基礎とする抗弁の下に包摂する代わりに、伝統的に挑発それ自体を法的抗弁として取り扱ってきたという事実は、この主張を支えるものと考えられる。マッコリー (McAuley) によれば、

挑発という抗弁がおそらくはあらゆる被告人に多々存在する自然な人間の欠点 (nature human failings) に対する譲歩であると思われる一方で、その真の基礎は、被害者の寄与の中に、被害者の不法な行為が被告人の激情 (outburst) の原因であったという事実の中に見いだされうるものと言える⁽⁶⁾。

挑発による報復 (retaliation) は、通常そのように呼ばれるわけではないけれども、本質的には復讐行為 (an act of revenge) である。というのは、「復讐」という言葉は、予め計画された、または冷酷な報復的行為を表すために使

(5) このことは、次のような事実によって明白となることが指摘されている。それは、初期の法において、その抗弁が認められるためには挑発の重大な性質を証明する必要があるという点が特に強調されていたという事実である。F. McAuley, “Anticipating the Past: The Defence of Provocation in Irish Law”, 50 *Modern Law Review*, (1987), 133, 150参照。例えば, *Keite* (1697) 1 Ld Raym 139; *Mawgridge* (1706) 17 St Tr 57; *Mason* (1756) Frost 132; *Bourne* (1831) 5 C & P 129; *Lynch* (1832) 5 C & P 324; *Kirkham* (1837) 8 C & P 115; *Selten* (1871) 11 Cox 674参照。 *Welsh* (1869) 11 Cox 336において判示されているように、「その犯罪を故殺罪に減輕するためには、重大な挑発、本件においては——一般人の自制心を喪失させ、そのような行為に及ぶ自然的な原因となるような——打撃、そして重大な打撃 (a severe blow) が存在していたことが必要である」(at 336, キーティング判事 (Keating J) 意見)。

(6) “Anticipating the Past: The Defence of Provocation in Irish Law”, supra note 5, 137.

用されるのが最も一般的だからである。復讐というのは、ある者の怒りの表出にすぎないわけではない。それは諸々の理由に基づいており、これらは過去の行動の不法性と関係がある。この種の懲罰的な行動は、常に他人の不法な行為が誘因となる。復讐に理性的・道徳的地位 (rational and moral status) を与えるのは、まさに復讐と過去の不法行為との間に存在するこのような必然的關係である。一定の行為が挑発的であると決定することは、そのような行為が何らかの不法または不正 (injustice) を構成するという判断を伴う。挑発は、換言すれば、行為が客観的に不法であること、および正当な怒りを喚起しうる性質のものであることを示唆する。ある者の怒りが正当化されるか否かは、激怒した理由の妥当性——何が道徳的に不法な振舞い (morally wrongful behaviour) を構成するのかに関する個人の判断の正確さに依存している。

もちろん、不法な行為に対して怒り、もしくはわれわれの怒りを何らかの方法で表明することについて、不法な点は何もない。それどころか、しかるべき事柄に対して、しかるべき時に立腹することは、善き道徳的性格 (good moral character) の表れである⁽⁷⁾。若干の論者が述べているように、理性に従って怒りを感じることは、冷静さという美德 (virtue) の適切な表示である。これは、相応の報復欲求によって導かれる、不法な行為に対する正確な判断の形成を伴う⁽⁸⁾。立腹状態での行動が1つの平均的または正確な反応 (a mean or correct response) である場合、これらの行動は、道徳的に正しい性格を表示するものであるから、道徳的に完全に正当化されるであろう⁽⁹⁾。しかし、その反応が平均から逸脱する場合、それは道徳的に部分的に正当化されるにとどまり、その逸脱が著しい場合には、道徳的にまったく正当化されない。かくして、被挑発者の反応の部分的正当化の可否および程度は、同人の行動が

(7) アリストテレス (Aristotle) の言葉によれば、「怒りからなされた行為は、悪意によってなされたものではないと正当に判断される。というのは、その害悪の発端は、立腹して行動した者でなく、同人を立腹させた者にあるからである。さらにまた、論争される問題は、事実の有無でなく、その不正さである。というのは、激情を誘引するのは明らかな不正だからである」。 *Nicomachean Ethics*, Bk. V, 8.

(8) J. Horder, *Provocation and Responsibility*, Oxford: Clarendon Press, (1992), 128-9参照。

(9) *Ibid*, at 129-30.

その平均を、換言すれば、美德を備えた人物が同様の挑発に直面した際にとるであろう行動をどの程度越えたか、という点に依存するのである。

挑発に対する反応としての殺害行為は、常に過剰反応であり、挑発者の不法行為がどれ程重大なものであったとしても、美德を備えた人物が殺害行為によって反応することはないであろうから、それ自体、決して道徳的に完全に正当化されることはない。かくして、挑発による殺人犯は、謀殺犯としての有罪判決を正当化するに足る程度ではないけれども、なお非難に値するのである。挑発者の行為の不法性に関する被告人の判断の正しさ、および被告人の報復方法は、行為者の反応の部分的正当化の可否および程度という問題に関連する重要な論点である。アシュワース（Ashworth）は、次のように論じている。

かくして、「部分的正当化」の要素は挑発による犯罪に関する道徳的評価に加えられており、このことによって必然的に、挑発者の振舞いが厳密に吟味されることになる。被害者によってなされた挑発が侵害的で執拗かつ意図的なものであればあるほど、犯罪者（offender）が報復について部分的に正当化される程度はより一層増大するのである⁽¹⁰⁾。

しかし、挑発による殺害行為が減輕されうるのは、被告人の過剰な反応が受けた挑発の程度と比較して重大でない場合に限られる。被告人の立腹状態での反応が挑発と著しく不均衡である場合、その行動は、道徳的な正当化事由をほとんど完全に欠くことになるであろう。そのように、平均的行動の正しいまたは許容可能な道徳的理由、もしくは不法行為および／または適切な反応に関する正確な道徳的判断を明らかに反映し損なっていることは、常軌を逸した性格または悪しき道徳的性格の表示に近接しており、それゆえに謀殺罪の有罪判決を正当化するのである⁽¹¹⁾。

挑発という抗弁の部分的正当化事由としての解釈は、生命を危殆化するような被告人の反応を不法な行為によって誘発するのが挑発者であるという想定に

(10) “Sentencing in Provocation Cases”, *Criminal Law Review* [1975], 553, 562.

(11) Horder, *Provocation and Responsibility*, supra note 8, p. 131.

基づいている。そのような殺害行為が道徳的に完全に正当化されることはありえないけれども、遂行された犯罪の重大さを決定する際、法は、被告人の行為の原因を創出した点において、挑発者の立場を考慮に入れざるをえない。マッコリーによれば、次のように論じられる。

挑発という抗弁は、部分的免責事由というよりもむしろ部分的正当化事由として機能する。仮にそれが単なる部分的免責事由であるならば、挑発という抗弁は、制御能力の減弱 (impairment of his power) を理由として、被告人が自己の行動、つまり意図的な殺人という不法な行為に対して完全に非難されるべきことを否定するものに止まるであろう。しかしながら、すでに見たように、その抗弁は、被害者の不適切な行為を原因とする反応である点で被告人が部分的に正当化されることを示唆するという意味において、何よりもまず被告人の行動が完全に不法であるということを示唆する意味をもつのである⁽¹²⁾。

マッコリーのアプローチは、正当化の主張が行為者の非難可能性でなく、第一次的に行為の不法性の問題に焦点を当てるものであるという考えと一致する。挑発に関して言えば、正当化の要素は、報復行為の不法性を阻却する (例えば、自己防衛がそうである) のでなく、これを減少させるものと考えられる。ここで行為者が完全な正当化を主張することは不可能であるにもかかわらず、挑発的な行為の不法な性質によって、殺害行為を謀殺罪から故殺罪へと減輕させる主要な理由が与えられる。

部分的正当化事由としての挑発は、挑発者が自己の行為に対して道徳的に非難されうることを前提としている。かくして、挑発主体が免責されうるような事案において、挑発されて殺害行為に及んだ者が挑発者の免責事由を認識していた場合、殺害行為者はその抗弁に依拠することができないことになろう。他方で、被告人が挑発者の免責事由を認識していなかった場合、それは、挑発錯誤 (mistaken provocation) の事案の 1 つとして処理されなければならない。さらに、被害者の行為の不法な性質に関する誤信の結果として殺害行為に及ん

(12) “Anticipating the Past : The Defence of Provocation in Irish Law”, supra note 5, 139.

だような場合、被告人は、部分的抗弁の権利を与えられるであろう。実際には何ら挑発行為がなされなかったという錯誤（誤想挑発（putative provocation））の事案は、重大な挑発が行われたが、挑発の主体が被害者以外の第三者であった事案（錯誤または偶然により、報復行為が誤って行われた事案）から区別されなければならない⁽¹³⁾。そのような場合における挑発の条件と事実の錯誤の条件が部分的に重なり合うため、ここでの被告人の抗弁を事実の錯誤という免責事由の一種として論じる者もいる⁽¹⁴⁾。

すでに言及したように、正当化理論の見地からは、挑発による殺人犯は、被害者の落度（transgression）が十分に重大なものである場合にのみ、挑発という抗弁に依拠することが可能となるはずである。法が挑発における均衡性（proportionality）の要件を堅持しているのは、この見地から最もよく説明可能である、と主張されている。言葉のみでは謀殺罪を故殺罪に減軽するに足る程度の挑発に至りえないという伝統的な立場は、コモン・ローにおいて、挑発という抗弁の理論的根拠が免責理論というよりもむしろ正当化理論に見いだされうることの証左と考えられる⁽¹⁵⁾。この点で、合理的人物テストは、被害者の挑発が部分的正当化の申立を支持するに足る程度に重大なものであったか否かという問題に答えることと直接関連しているものと言える。合理的人物が、なされた挑発をきわめて重大なものと捉えるであろう場合にかぎり、挑発者の殺害は部分的に正当化されうるものと思われる。挑発的行為の重大さを決定する際には、被告人の有する一定の個人的性格（personal characteristics）が考慮に入れられることもある。挑発における正当化的な要素に重点が置かれるかぎりにおいて、たとえ被告人が自己の行動をある程度理性的に制御しえた場合であっても、その抗弁は認められるべきであると論じられている。マッコーリーの言葉を借りれば、

法にとって、立腹した被告人がある程度理性的な制御をなしうるものと想定

(13) “Anticipating the Past: The Defence of Provocation in Irish Law”, supra note 5, 140-141.

(14) P. Robinson, *Criminal Law Defences*, St. Paul Minn: West Publishing, (1984), 8参照。

(15) McAuley, “Anticipating the Past: The Defence of Provocation in Irish Law”, supra note 5, 154-5参照。

することは、まったく理に適っている。おそらくこのような理由から、伝統的に、挑発事例における決定的な問題は、被告人が何らかの絶対的、回復不能な意味において制御能力を一時的に喪失していたか否かでなく、その状況の下で被害者を殺害した点が部分的に正当化されるか否か、ということである⁽¹⁶⁾。

しかし、挑発が殺害行為の不法性を減少させる程度の客観的な重大さを有していたか否かのみが現実の問題となることを認める場合には、次の点が問われる。すなわち、挑発による殺人犯が自制心を喪失していたか否か、および自制心の喪失の程度を問うことがなぜ必要なのか、という点である。自制心の喪失は、免責理論の見地から問題となりうるにすぎない。マッコーリーによれば、

確かに、平静を取り戻した後に、または挑発の影響が多かれ少なかれ徐々に消滅した時点で殺害行為に及んだ被告人は、挑発という抗弁を行う権利をもたない。なぜなら、彼は、自己の暴力的な憤激 (violent outburst) の原因が挑発にあったことを決して主張しえないからである。これらの状況下で殺害行為に出た被告人は、明らかに復讐行為を遂行したのであり、その結果として謀殺罪で有罪である。しかし、相当な挑発に直面して殺害行為に出たことを証明しえた被告人には、先に指摘した意味で彼の行為が正当化されうるとの条件の下で、このような理由のみに基づいて、挑発という抗弁が認められるべきである⁽¹⁷⁾。

マッコーリーは、ここで、次のような事例を区別すべきであると論じているように思われる。すなわち、a) 被告人が自制心を喪失したのではないが、挑発という抗弁を認めるべきでない事例——そのような場合、被害者の挑発の不法性のみでは、殺害行為を部分的に正当化するために十分でない——と、b) 被告人の自制心が喪失したか否かにかかわらず、被害者の挑発が報復的な殺害行為の不法性を減少させる程度に重大なものである事例との区別である。仮にマッコーリーが正しいとすれば、被害者によって重大な不法を被ったことを証明しえた場合、復讐のために殺害した者が部分的正当化の抗弁に依拠しう

(16) Ibid, at 155.

(17) Ibid, at 156 (傍点部分は筆者強調)。

る可能性がある。

正当化を基礎とする法的抗弁は、正当化に関する異なった道徳理論の下で説明されてきた。ここで検討が必要なのは、挑発の部分的正当化事由としての解釈がこれらの諸理論から支持を得られるか、という問題である。正当化に関する剥奪理論 (*forfeiture theory*) の下では、例えば、自己防衛による殺害行為は、他人の生命を危殆化することによって侵害者が自己の生命権を剥奪しているという根拠によって、道徳的に正当化されると言われている⁽¹⁸⁾。これを挑発に適用すれば、挑発という不法な行為によって、挑発者の生命権が完全に否定されるというわけではないけれども、これが減弱するということになるであろう。そのようなアプローチは、挑発が十分に重大なものと考えられ、かつ挑発者がその行動に道徳的責任を負うものと言えることを条件として、何らかの挑発行為が挑発者の生命権の要保護性を減弱させるに十分なものであるということを示唆する。さらに、挑発者の生命権が減弱すると考えるならば、挑発の相手方のみならず、誰もが挑発者の生命を侵害し、部分的正当化事由の主張を行うことが可能となるであろう⁽¹⁹⁾。

正当化に関する剥奪理論の挑発への適用に対しては、幾つかの強い反論が提起されうる。挑発者の不法行為の程度に従って同人の生命権が減弱するという想定に基づくと、法的挑発のテストを通過したあらゆる形態の不法行為が挑発者の生命権を減弱させるものと言える。しかしながら、そのような結論は、道徳的に維持することができない。というのは、それは人間の生命の神聖性 (*sanctity*) および不可侵性 (*inviolability*) という基本的な道徳原理に反しているからである⁽²⁰⁾。さらに、例えば、身体的暴行もしくは生命ないし身体に

(18) 正当化に関する剥奪理論とその含意についての議論として、H. Bedau, “The Right to Life”, 52 *Monist*, (1968), 550参照。また、G. Fletcher, “The Right to Life”, 13 *Georgia Law Review*, (1979) ; P. Montague, “Self-Defence and Choosing Between Lives”, 40 *Philosophical Studies*, (1981), 215 ; C. C. Ryan, “Self-Defence, Pacifism and the Possibility of Killing”, 93 *Ethics*, (April 1983), 508 ; D. Wasserman, “Justifying Self-Defence”, *Philosophy and Public Affairs*, (1985), 356をも参照。

(19) これは、正当化の主張が普遍化 (*universalisation*) に寄与するとの一般的な想定から導かれる。G. Fletcher, *Rethinking Criminal Law*, Boston & Toronto: Little Brown & Co, (1978), 761-2参照。

対する現実的脅威を伴う挑発のように、きわめて重大な挑発のみが挑発者の生命権を減弱させ、それゆえに謀殺罪を故殺罪に減輕させうるものとするならば、挑発という抗弁の範囲はきわめて制限されたものとなり、ほとんどの場合、「不完全な」自己防衛の一形態として機能するに止まることになるであろう。しかしながら、「不完全な (imperfect)」または「過剰な (excessive)」自己防衛は、現在のコモン・ロー法域において、部分的抗弁として理解されているわけではない。

ここで、部分的正当化の抗弁としての挑発の解釈が、正当化に関するその他 2 つの道徳的理論、つまり劣位的害悪理論 (*lesser evil theory*)、および権利行使原理に基づく理論 (theory based on the *enforcement of rights principle*) (または自律性擁護の原理 (principle of the vindication of autonomy)) から支持されるか否かを考察することにしよう。劣位的害悪理論の適用は、a) 諸価値ないし諸利益が対立し、一方を犠牲にすることによってそのいずれか一方のみを保全することが可能な状況が存在すること、b) 一般的に認められた一定の基準に従って、危険に晒された諸利益を比較衡量することが可能であること、c) 2 つの価値・利益のいずれを保全すべきか、という点に関して合理的な選択、つまりそのような客観的評価基準に従った選択を求められる理性的な行為者が存在することを前提とする。その一応は不法な性質にもかかわらず、より大きな利益を保全または促進する行為は、道徳的にも法的にも正当化されうるものと思われる。とりわけ法的正当化に関しては、しかるべき判断が危険に晒された諸利益の評価に限定されるのではなく、法秩序全体の保護に関連する様々な考慮によっても情報を与えられるということに注意しなければならない。挑発の条件は、劣位的害悪理論の基本的な前提条件を満たしているには見えず、まさに部分的正当化事由の観念が適切でないように見える。第 1 に、挑発において、劣位的害悪理論の適用にとって必要となる回避不能利益衝突状況に行為者が直面しているとは言えない。行われた挑発の性質に依存しつつ、被挑発者は、適切な方法、つまり完全に正当化可能な方法で不正を正そうとする場合もある⁽²¹⁾。第 2 に、このようなことは想定し難いが、挑発を受

(20) この点に関する考察として、J. Dressler, "Provocation: Partial Justification or Partial Excuse?", 51 *Modern Law Review*, (1988), 467, 478.

(21) P・ロビンソン (P. Robinson) が指摘するように、「正当化の抗弁に関する誘因の条件は、それ自体、行為者に制限なく行為する特権を与えるわけではな

忍することよりも挑発者を殺害することの方が小さな害悪であるとみなされるところれば、被告人は、完全な不可罰（exoneration）となりうるはずである⁽²²⁾。

正当化に関する第3の道徳理論は、権利行使の原理または自律性擁護の原理に依拠する。この理論に従えば、人は、侵害者に害悪を加えることを手段としてさえ、試みられた侵害から自己の個人的権利を防衛する権利を有している。挑発が部分的正当化事由として機能するという考え方は、この理論によっては支持されえない。道徳的または法的権利の行使は、無条件なものではない。反対に、特定の制限の範囲内において追求される場合にかぎり、そのような権利はなお有効である。権利行使が他人の諸権利と合致するような方法で行われないかぎり、その権利は一時的に効力を失う。かくして、それは道徳的または法的正当化を支えることができないのである。ドレスラー（Dressler）は次のように指摘する。

正しい正当化理論（right theory of justification）は、[挑発という]これらの状況において、最も説得力のない基礎である。被告人が挑発者を殺害した場合に、被告人がいかなる権利を適切に行使したと言いたいのであろうか。挑発者は被告人（または第三者）の生命権を危殆化しているわけではないから、それは生命権ではありえない。被告人の行使しようとするのが尊厳ある権利（dignitary right）であるとするならば、そのような権利を行使するために、行為者には人間の生命を侵害する権利が与えられるという驚きの結論に到達するはずである⁽²³⁾。

い。正当化されるためには、その反応としてなされた行動が次の2つの要件を充足しなければならない。すなわち、（1）危険に晒された利益を保全または促進することが必要であること、および（2）差し迫る害悪または促進されるべき利益との関係において、均衡し、または合理的な害悪を惹起するに止まることの2つである」。『Criminal Law Defences: A Systematic Analysis』, 82 *Columbia Law Review*, (1982), 217.

(22) J. Dressler, “Provocation: Partial Justification or Partial Justification or Partial Excuse?”, *supra* note 20, p. 477参照。

(23) *Ibid.*, at p. 477.

上記分析によって示されたように、先に検討した正当化に関する道徳理論のいずれによっても、挑発という抗弁の真の基礎が正当化理論に見いだされるべきであるとの見解を支持することはできない。挑発における正当化的な要素は、挑発に関する過去の法理を形成する中で1つの役割を果たしてきたものと思われるけれども、人間の生命の神聖性および不可侵性により重点を置く方向にある現在の法的傾向は、挑発を部分的正当化事由と捉える理論の可能性をほとんど残していないのである。さらに、復讐行為が部分的に正当化される場合があるとする見解は、1つの体系としての刑法体系の基本的前提と矛盾する。刑法体系のまさに要諦は、行動の拠り所 (authority) および道徳的基盤を主観的態度の領域から一般的で非個人的な行為規範へと移行させることである⁽²⁴⁾。挑発という抗弁が認められるためには、被告人が被害者から一定程度の不法を加えられたことが証明されなければならない、そのような場合にかぎり、被告人は「挑発」としての抗弁を提示することが可能となるけれども、その法的抗弁の理論的根拠については、免責理論の観点において、より十分な説明がなされる。そこで議論を向けなければならないのは、挑発という抗弁の部分的免責事由としての解釈についてである。

3 部分的免責事由としての挑発の概念化

挑発という抗弁は人間の弱さ（もしくは人間の本性の「現実」）に対する譲歩として一般に記述されるが、こうした記述は、挑発という抗弁を部分的な免責事由とみる理解を反映している⁽²⁵⁾。抗弁に対するこうしたアプローチの基

(24) A・フォン・ヒルシュ (A. von Hirsch) と N・ヤーレボルグ (N. Jareborg) が指摘しているように、「[挑発者は] 処罰に値するかもしれないけれども、行為者にその権限はない。犯罪者の処罰は、個人の正当な任務でない。それは国家の任務であり、適正手続の十分な保障とともになされるべきである」。“Provocation and Culpability”, in *Responsibility, Character and the Emotions*, F. Schoeman (ed), Cambridge: Cambridge University Press, (1987), 242.

(25) 例えば, *Holmes v DPP* [1946] AC 588参照。そこでは、「法は、人間の生命の神聖性に対する尊重を、人間の弱さに基礎を置く挑発の効果の承認と調和させなければならない」(at 601 サイモン (Simon) 判事意見)とされる。オレガン (O'Regan) によれば、「挑発の理論は、人間の弱さに対して譲歩するものであり、また、『行為の時点において、自己の精神の支配者でない』殺人

礎には、侵害された意思作用ないし自制心の喪失という観念がある。そして、挑発行為は、それがきわめて重大なものである場合、被挑発者の自制心を喪失させ、彼女を有形力を用いた報復へと導く可能性の高い激情を喚起しうる、という点で、このアプローチの主たる前提となっている。被挑発者が自制心を喪失した場合、彼女は理性に従って自己の行動の諸結果を比較衡量することができない。被挑発者が推論能力 (*capacity to reason*) を欠いている、というのではない。不法な行為が存在した、という彼女の判断は理性的な判断ではあるが、その推論過程 (*reasoning*) に障害があるため、そのような判断に起因する彼女の行動は、もはや理性の所産とはならないのである。ホーダー (Horder) が説明するように、

自制心の喪失に起因する行動は…… (一定程度の不法な行為に関する) ある判断の所産であり、その時点において理性の抑制的または制御的な影響を受けることなしに意思をコントロールする判断の、結果として生じる意欲の所産である⁽²⁶⁾。

挑発への反応として自制心を喪失し、他者を殺害することは、完全に免責可能なものではないが、行為者の道徳的な非難可能性の程度は、謀殺罪が要求する程度には達していない。免責理論の見地からは、挑発の重大さが、挑発されて自制心を喪失した、とする被告人の主張の評価に関係してくる。挑発行為の不法かつ非難可能な性質によって、殺害行為の客観的な不法が減少するのか、あるいはその部分的な正当化がもたらされるのか、という点については、ここでは問題とならない。むしろ、挑発の結果として被告人が自制心を喪失したことによってこそ、非難可能性の減少が、それゆえに謀殺罪から故殺罪への減輕が説明され根拠づけられるのである。挑発における免責の要素を洞察するためには、人間の弱さが何を意味するのか、そしてこの人間の弱さが、コントロールの喪失という、免責理論の見地からは挑発という抗弁の真の基礎を構成する要件といかなる関係にあるのか、について考察する必要がある。

者には、より軽い刑事責任の基準が適用されることを認めるものである」。"Indirect Provocation and Misdirected Retaliation", *Criminal Law Review* [1968] 319, 320. また、R. Perkins, *Criminal Law*, Brooklyn: Foundation Press, (1957), 42をも参照。

(26) *Provocation and Responsibility*, Oxford: Clarendon Press, (1992), 164.

挑発においては、自己が何をしているのか、あるいは自己の行動が何を目的としているのか、を認識しえない程度にまで行為者の自制心が失われている必要はないが、その時点において行動を導いているのは理性ではなく、むしろ情動 (passion) である、と言える程度にまで自制心が失われていなければならない。それどころか、謀殺罪に対する部分的抗弁としての挑発の主張にとって重要な前提条件となるのは、被告人が謀殺罪の要件となるメンズ・レア (殺人または重大な身体傷害を惹起する意図) をもって行為していた、ということなのである。被挑発者が、自己の行為の本質または性質を認識しえない程度にまで、あるいは自己の身体動作をコントロールしえない程度にまで自制心を喪失していた場合には、アクトス・レウスまたはメンズ・レアの欠如という抗弁に基づいて、完全な無罪判決が下されうる。その他の事情は同様であるが、もし被挑発者の自制心が完全に失われていたとすれば、無意識性 (automatism) が謀殺罪での訴追に対する完全な抗弁のための適切な根拠を提供しうるであろう⁽²⁷⁾。それにもかかわらず、行為者が自己の行動をコントロールする能力を完全に奪われているような挑発事例においては、被害者の挑発は、謀殺罪に対する抗弁の根拠を提供する免責の条件——例えば、無意識性——の、誘因とみなされるかもしれない。かくして、この場合、別の免責事由が挑発に優先するけれども、後者は、〔前者に〕依拠した抗弁を補充または支援する役割が認められるであろう⁽²⁸⁾。

免責理論の文脈において、コントロールの喪失が果たす役割は、非任意性

(27) T・アーチボールド (T. Archibald) が述べたように、「被告人が完全に自制心を喪失していた、と推定させる一定の証拠が存在するきわめて例外的な場合には、彼の行為は非任意のかつ無意識的であった、と主張することができる。したがって、犯罪のアクトス・レウスが否定されるかもしれないし、また、無意識的行為が無意識性の抗弁を提供することを根拠として、被告人は無罪とされる可能性がある」。“The Interrelationship Between Provocation and Mens Rea: A Defence of Loss of Self-Control”, 28 *Criminal Law Quarterly*, (1985-86), 454, 454-455.

(28) E・コルヴィン (E. Colvin) が説明するように、「極度の激情は、行為がもはや理性的精神によって導かれていない分離状態をもたらし、そこに任意的なアクトス・レウスは存在しない。同様に、挑発も、メンズ・レアを否定する認知作用の侵害を引き起こすことがある」。Principles of Criminal Law, Carswell Pub., (1991), 253.

(involuntariness) と道徳的ないし規範的な非任意性 (moral or normative involuntariness) との重要な相違を踏まえて理解される。非任意性という言葉は、ある態度を導く能力が、あるいはある身体的動作をコントロールする能力が完全に欠けている、ということを示すために用いられる。このような場合、態度はもはや行為者の意識的決定に服していないのであるから、それは行為の外観を呈するにすぎない、と言われるかもしれない⁽²⁹⁾。他方、規範的ないし道徳的な非任意性が関係するのは、以下のような事例である。すなわち、行為者が外部的態度を導く（厳密な意味で「行為する」）ことはできるが、選択の自由に対する外部的ないし内部的な圧迫のために（「制圧された意思 (overpowered will) の事例）、自己の選択——あるいは選択したであろうこと——に応じて行為することができない事例がそれである。フレッチャー (Fletcher) によると、以下のようになる。

免責事由が発生するのは、行為者の選択の自由が抑圧されている事例においてである。あたかも行為者が身体を拘束され、あるいはナイフを握った行為者の手を誰かが被害者の喉元に押し当てる場合のように彼の行動が非任意的であるとは、厳密には言えない。後者の場合、そもそも行為はまったく存在せず、また不法な行為も存在せず、それゆえに免責を求める必要は何ら存在しないのである。選択の自由の抑圧を伴う非任意性という観念は、われわれが道徳的ないし規範的な非任意性と呼ぶべきものである。外部的圧力がなければ、行為者はその行為をなさなかったであろう。アリストテレスの言葉によれば、彼は「そのような行為を本質的には選択していない」であろう⁽³⁰⁾。

(29) J・ホール (J. Hall) が論じたように、その原因が「完全に本人以外の場所、すなわち彼『自身』がまったく関与していない場所にある」行為に関して言うと、「その法原則は、被告人はまったく行為しなかった、という伝統的判断を表明するものであり、要するに、『行為』は意思決定を含蓄するものであるということである」。“*General Principles of Criminal Law* (2nd ed), New York: Bobbs-Merrill, (1960), 422. また、S. C. Coval & J. S. Smith, *Law and its Presuppositions: Actions, Agents and Rules*, London: Routledge, (1986), 特に chapters 1 and 2を参照。

(30) G. Fletcher, *Rethinking Criminal Law*, Boston & Toronto: Little, Brown & Co, (1978), 803.

ある行動が選択に反しうるのは、その行動があらかじめ行為者の行った選択を反映していない場合だけではない。道徳的な決定の際に自己が通常使用する諸原理に従って、熟慮する時間または機会を持つならば行為者が行ったであろう選択に反する形で行動が行われる場合であっても、行動は選択に反しうる。その例として、通常は他者に暴力をふるわない人物が、特定の機会に、激情から我を忘れて暴力をふるう、という場合が挙げられる。この人物にとって、暴力に訴えることは、自己の道徳的原理に反しており、また、感情を抑えて、自己の反応について熟慮する時間を取るならば、彼女はそうした行為を選択しなかったであろう。

非任意性と道徳的ないし規範的な非任意性との区別は、衝動 (compulsion) と強制 (coercion) の区別とに相通じるものがある。衝動的に行為する者は、自己の身体的動作を物理的にコントロールすることができない、換言すれば、自由に行為することができないのである。対照的に、強制された者は、厳密な意味では自由に行為することができるのだが、彼女は自己の行動の方向性を自由に選択することはできない⁽³¹⁾。衝動は、行為主体の責任 (authorship-responsibility) を、それゆえに間接的に道徳的責任を争う免責の主張 (claims of exculpation) に根拠を提供する。強制を理由とする免責 (または減輕) の主張は、直接的に、不法な行為に対する行為者の道徳的責任を争うものである。免責理論の見地からは、様々な法的免責の主張の分類は、行為者の遵法的行為を妨害する重要な外部的または内部的障害の原因および性質に基づいて行われる⁽³²⁾。

道徳的および法的責任の要件としての行動選択の自由は、とりわけ、行為者が「自己の精神の支配者 (master of his mind)」であること、あるいは行為者

(31) D. Hoekema, *Rights and Wrongs*, Toronto: Assoc. Univ. Presses, (1986), 75参照。衝動と強制の区別についての分析に関しては、J. Edwards, "Compulsion, Coercion, and Criminal Responsibility", 14 *Modern Law Review*, (1951), 297; H. G. Frankfurt, "Coercion and Moral Responsibility", in *Essays on Freedom of Action*, T. Honderich (ed.), London: Routledge, (1973), 63参照。

(32) H. Gross, *A Theory of Criminal Justice*, New York: Oxford Univ. Press, (1979), 69参照。

が「通常の」心理状態で行為していることを前提とする。激情および自制心の喪失が暗示するのは、意思形成へと向かう心理的過程に対する理性の寄与が妨害され、あるいは実質的に制限されている、という点である⁽³³⁾。自由な選択を行うある人物の能力に、情動が影響を及ぼしうる方法は2つある。〔第1に、〕衝動的行為の中には、衝動が理性的自己（the conscious self）を回避するのではなく、ある意味でそこを通過して行く場合がある。しかしながら、この衝動は、その強さゆえに、理性的な判断を下す行為者の能力を押さえ込み⁽³⁴⁾、行為者による道徳的な抵抗を挫折させるのである。〔第2に、〕いわゆる短絡的反応（short-circuited reactions）を重要なものとする余地もあるであろう。この短絡的反応が見られるのは、強度の心理的衝動がきわめて不意に生じたため、こうした衝動が、ある意味で理性的自己を回避し、行為者の動機づけ系統に直接的な影響を及ぼす場合においてである。この場合、行為者の道徳的抑制は、克服されるのではなく、迂回されるのである。自制心が失われる程度に応じて、被挑発者の反応は、第1類型の衝動的行為として、あるいは「短絡的反応」として記述される。後者の場合、自制心の喪失は、挑発に対する自動的で即時的な反応をもたらす傾向がある。不法な行為に関する判断がもたらす、挑発者に対して罰を与えたいという欲求は、即座に、すなわち熟慮の過程をまったく経ることなしに行動に移されるのである。この場合、行為者は、ほとんど思考を働かせずに反応する。こうした反応は、ある人物を殴打しようとして別の人が拳を振り上げたときに、その人物がわが身を守ろうとして本能的に頭を引込め、あるいは両手をあげるのと似ている。これに対して、前者の場合、被挑発者は、憤激し、挑発者に対してある種の罰を与えるために選択を

(33) エマニュエル・カント (Emmanuel Kant) によると、理性が感情に圧倒される場合、意志は外在的なものによって決定される——カントが「意志の他律 (*heteronomy of the will*)」と呼ぶ関係——。このような場合、一定の仕方で行う理由は、自己の道徳的信念とは無関係に意欲されるものと関わるにすぎない。他方、意志が理性によって決定される場合、理性は意志に「内在」するものと理解されるので、その意志は「自己支配」されると言われる。というのは、理性によって決定される意志はそれ自体と一致するからである。カントによると、このような意志は感情や意欲を受けつけない。

(34) N. R. F. Maier, “Frustration Theory: Restatement and Extension”, 63 *Psychological Review*, (1956), 370, 382参照。この著者は、「完全に感情的な状態と完全に理性的な状態の中間的な状態があり、そこでは感情と理性が衝突し合う」と主張する。

行っているように見える。しかしながら、こうした選択の実行があるからといって、われわれは、被挑発者は自己の行動をコントロールしている、と推論する必要はない。というのは、情動によって歪められた被挑発者の選択には、適切な報復の方法および程度に関する判断の誤りが伴うからである。挑発の重大さに応じて、こうした判断の誤りは、ある程度まで免責されうる。なぜなら、およそ人というものは、とりわけ情動に支配されるとき、誤りに陥りやすく、しばしば見る前に跳んでしまう存在だからである。熟慮を伴う衝動的行為および短絡的反応とともに、「反射的行動 (reflex actions)」と呼ばれるものから区別されるべきである。「反射的行動」には具体的な心理的基礎が欠けるので、それが関係するのは、道徳的ないし規範的な非任意性の諸条件ではなく、むしろ非任意性の諸条件である。「衝動的行為」は、そして異論はあるが「短絡的反応」もまた、道徳的責任の帰属と、ことによると法的責任の帰属と、無関係ではない。というのは、両者とも、望ましくない性格上の特徴または傾向を示すものと考えられるからである。

その他の事情は同様であるとしたうえで、2種類の被挑発者を比較すると、熟慮することなく衝動的に行為する者は、熟慮の過程を経て欲求に屈した者よりも、一般に非難に値しない。こうした考慮には、より軽い犯罪に対する適切な量刑を判断するにあたり、無視しえない重みがある。さらに、被告人による報復の形態を挑発と関連づけて検討することは、被告人が挑発を受けた結果として、意図的な殺人を実行する程度にまで自制心を喪失したか否か、という問題に答えるにあたり、重要なことであろう。このアプローチは、以下の立場と整合的である。すなわち、挑発という抗弁の文脈において合理性または均衡性に言及することは、挑発が、憤激に道を譲り、意図的な殺人を実行する程度にまで自制心を喪失するという被告人の反応は十分に起こりうる、と思わせる程度のものであるのか、それとも、予想されなくはない、と思わせる程度のものであるのか、という問題に答えるために重要でありうるにすぎない、とする立場がそれである。確かに、挑発が激しいものであればあるほど、被挑発者が自己の行動をコントロールするためには、ますます多くの心理的努力が必要となる。換言すれば、挑発が重大なものであればあるほど、行為者の情動の強さおよび自制心の欠如の原因を、その性格上の特異な欠陥に帰するのではなく、むしろ状況の特異性に帰する理由は、ますます強力なものとなるのである。

上述のように、挑発が部分的免責の理由を提供しうるのは、被害者の態度が十分に不法なもので、すなわち正当な憤激または憤慨を招致しうるもの、とみなされる場合に限られる⁽³⁵⁾。正確に言うとは、行為者を反応するように動機づけるのは、被害者の行為に関する行為者の不承認である。挑発において、被挑発者は、不法な行為があった、と判断しているだけではなく、いかなる報復行動が必要であるか、に関してある程度は熟慮している。しかし、過剰反応がある場合、行為者は、挑発の重大さによって実際に正当化される範囲を超える報復が適切だ、と判断している。不法な行為に関する行為者の判断は、懲罰的行動に出よう自己の「選択」を動機づけるが、報復へと向かうその後の衝動は、行為者自身の評価系統、すなわち挑発者の悪行および挑発に対する自己の反応を正確に評価する能力をある意味で押え込む。かくして、被挑発者は十分な選択の自由を有していない、なぜなら、彼女の評価能力は、彼女が経験している圧倒的な情動の力によって損なわれているからである、と言えるかもしれない⁽³⁶⁾。この点で、突発的な激情の下で過剰反応する被挑発者は、道徳的に非任意的な仕方で行為する強制下の被害者と同様である。

(35) 挑発においては、正当な憤激のみが自制心の喪失に基づいて行為者の部分的な免責を可能にする、という想定は、判断の対象が、挑発に対する被挑発者の反応にとどまらず、被害者の行為に関する被挑発者の評価も及ぶ、ということを示している。C・テイラー (C. Taylor) が述べたように、「当然ながら、われわれは、行為者は自分がなすことに対して部分的に責任を負う、と考える。そして彼は評価者なので、われわれは、彼は自己の評価に従って行為する限度で部分的に責任を負う、と考える。しかし、われわれは、彼はこうした評価それ自体に対して何らかの意味で責任を負う、と考えようとする傾向もある」。“Responsibility for Self”, in G. Watson (ed.), *Free Will*, Oxford: Oxford University Press, (1982), 118.

(36) R・ブランド (R. Brandt) が述べたように、「強度の感情的障害は、(アルコールと同程度に) 思考を原始化する (primitivize thinking) ことが知られている。周知のように、激情は人の攻撃的傾向を強め、攻撃目標の侵害に対する鋭敏なまたは同情的な関心を減少させる」。“A Motivational Theory of Excuses in the Criminal Law”, *Criminal Justice Nomos XXVII*, (1985), 165, 183-184; reprinted in *Justification and Excuse in the Criminal Law*, M. L. Corrado (ed.), New York & London: Garland Publishing, (1994), 95, 114. また、W. Mischel, “From Good Intentions to Willpower”, in P. Gollwitzer and J. Bargh (eds) *The Psychology of Action*, New York: The Guildford Press, (1996) をも参照。

道徳的ないし規範的な非任意性という観念を基礎とするその他の抗弁とは異なり、挑発の結果としての自制心の喪失は、道徳的および法的な非難可能性を完全に阻却するものではない。〔被挑発者が〕憤激に屈したこと——そうした憤激が正当でありうるとしても——、または情動によって推論能力 (reasoning ability) (それゆえ選択の自由) が超克されるのを認めたことは、被挑発者が自己の不法な行為に対して部分的に責任を負う、という主張に十分な理由を与える。殺害行為を行った被挑発者は、きわめて激しい挑発に直面した場合でさえ常に自己の憤激を抑制するべきである、という一般的規範 (general norm) に対する違反を理由に、なお非難されうる。行為者には、「通常」人として、挑発者の殺害へと向かう衝動に抵抗する能力がある、と想定されるがゆえに、彼女は依然として、故殺罪というより軽い犯罪に対して、道徳的および法的に責任を負うのである。被挑発者が殺人の衝動を抑制しえなかったことから示されるのは、被挑発者が、価値系統および評価された一連の状況との関連において、挑発に対する反応について熟慮する理性的能力を欠いていた、という点である。この理性的能力が欠如しているがゆえに、被挑発者は、自己の衝動がコントロール不可能であると認識するに至る。というのも、衝動を抑制することは任意的選択の対象になりえなくなるからである。被挑発者が「通常」人とみなされるかぎりにおいて、憤激に屈したことは、殺人を禁じる規範体系に照らして衝動的行動を評価する能力が欠如していたことから明らかになる「性格の欠陥」に、その原因を帰しうるにすぎない。正確に言うと、これによって、挑発された殺人者にある程度まで自己の行動に対する道徳的および法的な責任を負わせることが、正当化されるのである。

挑発において、より軽い犯罪に対して責任を負わせることは、外部的な行為と人間の性格との関係に焦点を合わせるような、責任に関する理論に基づいて説明されうる。この理論は、道徳的な賞賛または非難は行為ではなく性格上の特徴に附随する、ということを前提としている。性格上の特徴とは、何らかの社会的に望ましい、あるいは望ましくない傾向または心構えであって行為に反映しうるもの、である⁽³⁷⁾。必ずしもすべての行為が道徳的または法的に重要

(37) W・リオンズ (W. Lyons) が述べたように、「性格上の特徴およびその表出を理由に非難されるのは、ある性格上の特徴が望ましくない結果を伴う行動をもたらした、と考えられるかぎりにおいてである。性格上の特徴がそのようなものではなかった場合、それは決して危害を惹起しえないだろう」。 *Emotion*,

な仕方では人格上の特徴を示すわけではないが、侵害的行為が社会的に望ましくない心構えを反映するものでないかぎり、行為者を道徳的または法的に非難することはできない。もしそのような心構えの反映がある場合、行為者が受けるべき非難および刑罰の程度は、こうした心構えがどの程度望ましくないと考えられるか、によって決定される。これと逆の場合には、将来における同様の行為を予防するために非刑罰的な対策を講じる余地はあるかもしれないが、非難および刑罰は適切とは言えないであろう。この心構えは一時的なもの、あるいは流動的なものでありうるのだが、それにもかかわらず、この理論は、その他の事情が同様ならば、不法な行為の存在から、望ましくない性格上の特徴または心構えがまさに明らかになる、と一般に想定する。性格責任論（character theory of responsibility）の見地からすると、免責の役割は、不法な行為の存在から望ましくない性格上の特徴を通常通りに推定することを阻止する点にある。不法な行為が行為者の性格上の欠陥を反映するものか否かを判断するためには、行為時における行為者の心理状態、および自己の態度をコントロールする能力を考慮する必要がある。この点で、挑発において自制心の喪失が認められることにより、殺人行為の存在から謀殺罪と結び付けられる性格上の欠点を通常通りに推論することが阻止されるであろう。それにもかかわらず、ここでの免責の条件によって、故殺罪というより軽い犯罪での有罪判決を妨げることはいできない。というのは、コントロールの喪失に基づく殺人行為はなお、行為者の性格上の欠陥を反映するものと考えられるからである。

性格責任論の見地からすると、軽微な挑発に直面して、あるいは挑発が存在しなかったのに、コントロールの喪失に基づいて殺人を行った場合に、なぜ行為者に部分的免責が認められるべきでないか、を説明することも可能となる。挑発が、一般人であれば自制心を喪失して殺人行為に至るような、正当な憤激を喚起するほどに重大のものとはみなされない場合、行為者の反応には、たとえそれが時はずみであったとしても、予謀的な殺人行為に通常認められるのと同程度の性格上の欠点が示されるのである、と言われるかもしれない。同様のことは、挑発が行われる可能性がきわめて高い状況を創出したことに対し、行為者に責任があると考えられる場合にも言えるであろう⁽³⁸⁾。

Cambridge: Cambridge Univ. Press, (1980), 194.

(38) イギリス法において、挑発は、それを自ら招いた場合であっても、抗弁の客

4 結 語

挑発という法律上の抗弁が免責事由となるには、挑発によって、一般人であれば行動を理性的にコントロールする能力が奪われる程度の心理的圧迫が激情という形で喚起されうる、ということが前提となる。この趣旨は、被挑発者は完全な意味で自制心を喪失していなければならない、という点にあるのではない。というのは、自制心の喪失は程度問題であり、それゆえに熟慮または選択を必ずしも排除しないからである。しかしながら、挑発によって部分的免責がもたらされるためには、自己の行動の道徳的重要性を評価し、あらゆる事項を考慮したうえでの道徳的選択に従う行為者の能力が排除されるか、少なくとも著しい影響を受けていなければならない。重大な挑発に直面して憤激を抑えられず、自己の行動に対するコントロールを喪失した者を免責することは、人間の本性の「欠点」に対する譲歩であり、欠点を持たない人間はいないからこそ、このことが可能となるのである。こうした見地からすると、自制心の喪失という要件が、自己の行動に対する行為者の道徳的責任を減少させる要素として重要なものとなる。挑発者に対する行為者の憤激が道徳的に正当化されるかぎりでは、「激情」の下で実行された意図的な殺人行為は、謀殺罪と通常結びつけられる、道徳的な性格上の傾向または特徴を反映するものではない。それにもかかわらず、この種の圧迫は、免責 (exculpation) ではなく、減輕 (extenuation) の主張の根拠となりうるに止まる。というのは、被挑発者は、圧迫下でさえ自制心を要求する共同体の規準に従っていなかったからである。

(訳者あとがき)

ここに訳出するのは、ニュージーランド・オークランド大学ロースクール上級講師で、2006年度から2008年度まで新潟大学法学部客員准教授をしておられるジョージ・ムスラーキス (George Mousourakis) 氏が、2008年7月12日に早稲田大学で比較法研究所主催の公開講演会で講演された原稿 (原題は、Excuse, Justification and the Theoretical Basis of the Provocation Defence)

観的・主観的要件が満たされることを条件に、抗弁として認められうる、という点に注意すべきである。しかしながら、挑発を自ら招いたという事実は、より軽い犯罪に対する適切な量刑を判断するにあたって、加重的要素として重要なものとなりうる。

である。当日は、ドイツのマックス・プランク外国・国際刑法研究所名誉所長のアルビン・エーザー博士の講演「正当化と免責——『刑法の一般的な構造比較』のためのマックス・プランク・プロジェクトの出発点——」（高橋則夫・仲道祐樹訳・本誌後掲）と合わせて、2つの講演を中心とした比較刑法ワークショップという形式で行われ、議論も盛り上がった。

ムスラーキス氏の略歴を示しておこう。1960年にギリシャ・クレタ島で生まれ、1983年にアテネ大学法学部卒業後、1986年にはイングランド・マンチェスター大学法学修士、そして1991年にはスコットランド・エジンバラ大学法学部でPhDを取得した。1983年から1984年にはギリシャで弁護士をした後、1988年にベルリン大学リサーチ・フェロー、1989年に欧州大学機構（イタリア）リサーチ・フェローを勤めた。さらにその後、1992年から1996年にニュージーランド・オークランド大学ロースクール専任講師、1998年にオーストラリア・クイーンズランド大学ロースクール専任講師を経て、2003年から現在まで、ニュージーランド・オークランド大学ロースクール上級講師をしている。なお、前述のように、2006年から2008年度まで新潟大学法学部の客員准教授である。

専攻は、比較法、法の理論、法制史、刑法と幅広く、1. *Criminal Responsibility and Partial Excuse*. 1998, (Dartmouth), 2. *The Historical and Institutional Context of Roman Law*. 2003, (Ashgate), 3. *Perspectives on Comparative Law and Jurisprudence*. 2006, (Person Education), 4. *A Legal History of Rome*. 2007, (Routledge)等と著作も多い。邦訳された論文として、1. 「過剰防衛と刑事責任」（甲斐克則・日山恵美訳）（早大）比較法学39巻3号（2006）、2. 「刑法における緊急避難という抗弁の理論的基礎再考」（甲斐克則・鈴木優典訳）（早大）比較法学39巻2号（2006）、3. 「情動、選択および挑発という抗弁の理論的根拠」（甲斐克則・澁谷洋平訳）広島法学27巻4号（2004）ほか5編がある。〔甲斐記〕