

翻 訳

情動、選択および挑発という抗弁の 理論的根拠

ジョージ・ムスラーキス

甲 斐 克 則 訳

澁 谷 洋 平 訳

訳者はしがき

ここに訳出するのは、ニュージーランドのオークランド大学
ロースクールのジョージ・ムスラーキス助教授の論文 (George
Mousourakis, *Emotion, Choice and the Rationale of the Provoca-
tion Defence*, *Cambrian Law Review* 1999, pp. 21-30) である。英
米刑法においては、挑発 (provocation) という抗弁について議論
が盛んであるが、日本ではまだ十分に論じられていない。比較
法的観点から、今後の日本での議論の参考に供するため、右論
文をムスラーキス助教授の了解を得て訳出することにした。同
氏の論文については、これまででもいくつか訳出してきたので、
ここでは同氏の業績について割愛する。訳出に際しては、澁谷
の下訳を甲斐が検討し、最後に二人で表現について調整をした。
なお、訳文の下の「」内の数字は原文の頁数である。

概 要

本稿は、とりわけ謀殺罪との関連において、挑発 (provocation) の本質および抗弁としての挑発の妥当な解釈方法について論じたものである。その目的は、挑発という抗弁を人間の弱々 (human frailty) に対する譲歩として理解する伝統的立場を検討することにより、部分的抗弁 (partial defence) として概念化されうること。その抗弁は、挑発行為が道徳的に任意的な行為能力、すなわちすべての事柄を認識したうえで道徳的な選択に合致して行為する能力を人から奪う程度の、激情という形態による心理的圧迫を喚起するという前提に基づいて、免責事由 (excuse) として機能すると論じられている。さらに本稿では、一般的な制御不能という抗弁 (general loss of control defence) が挑発に関する法的テストによっては解決されないような諸事例を処理するための十分な根拠を呈示しうる、という考えについて簡潔に論評する。

序 論

イングランドおよびその他のコモン・ロー法域において、挑発は、謀殺罪を任意的故殺罪に減じるための独立した部分的抗

弁として処理されている⁽¹⁾。さらに、挑発は、謀殺罪以外の諸犯罪に関する減輕要素として理解されるのが一般的である。その部分的抗弁が成立するためには、陪審員によって次の事実が認められなければならない。すなわち、被告人が殺害行為の時点で自制心 (self-control) を奪われていたこと (主観的基準)、および自制心の喪失が通常人に対しても十分に挑発となるような不法な行為の結果であったこと (客観的基準)、である。法律上の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犯罪的行為であれば自制能力を喪失させうる程度の憤激が喚起されるのか、という点に関する道徳的判断が必要である。重要な性質をもつ法的に不法な行為は、大部分において、挑発という抗弁に関する十分な根拠を提供するはずであるとはいえ、法的にでなく道徳的に不法な行為もまた、法律上の挑発の限界を大きく越えるものと考えられるであろう。この限界を越えるとき、挑発は、軽微なもの (例えば、言葉による挑発) からきわめて重大な不法行為 (例えば、身体的な侵害を伴う挑発) 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れば、様々な形態および程度の不法な行為を伴う挑発は、等しく謀殺罪に対する部分的抗弁となりうるのである。

挑発という抗弁は、二つの相関的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、意思作用の侵害 (impaired volition) ないし自制心の喪失である。第一の要素は、性質上、正当化的なもの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無関係な、行為の不法性に影響を及ぼしうるような条件に着目するものだからである。第二の要素は、行為者の心理状態および行動制御無能力に着目するものであり、性質上、明らかに免責的なものである。挑発は免責のおよび正当化的考慮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とめることは困難であった⁽²⁾。アルドリッジ (Aldridge) は、以下のように論じている。

「挑発という」抗弁は、(被告人の自制心喪失の有無が審理の中⁽²²⁾心となる場合には) 部分的免責事由となるか、あるいは(被告人に対して被害者により現実的に何がなされたか——被害者がどの程度「軽率なことをした (asked for it)」か——が審理の中心となる場合には) 部分的正当化事由となるか、いずれかでなければならぬ。……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⁽³⁾。

挑発における正当化的要素は、挑発に関する法理論を形成するための役割を一部果たしたかもしれないけれども、近代法においては、その役割が著しく減少している。復讐行為が部分的に正当化されうるという考え方は、次のような刑法体系の基本的な前提と矛盾する。すなわち、刑法体系のまさに要諦は、その権限および行動の道徳的基盤を主観的態度の領域から一般的

つ非個人的な行為規範へと移行させることである⁽⁴⁾、という前提である。挑発という抗弁が成立するためには、被告人が被害者によつてきわめて不当な取扱ひを受けたという事実が立証されなければならぬけれども、法におけるその抗弁の理論的根拠は、免責説の観点からさらに十分に解明される。挑発という抗弁の眞の根拠は、伝統的には人間の弱さに対する讓歩として理解されていたが、通常人も自制心を喪失したであろうような状況において行為者が自制心を失っていたという点に存する⁽⁵⁾。この点で、挑発という不法な行為は、行為の不法性を直接的に減少させる根拠を示すものではなく、被告人の自制心の喪失および殺害行為に関する道徳的に許容可能な弁明を呈示するものとして理解されるのである。

本稿では、とりわけ謀殺罪との関連において、挑発の本質および抗弁としての挑発の妥当な解釈方法について論じる。本稿の目的は、挑発という抗弁を人間の弱さに対する讓歩として理解する伝統的立場を検討することにより、どのようにして挑発が部分的な免責事由として概念化されるのかという点を説明することである。挑発という抗弁は、挑発行為が道徳的に任意的な行為能力、すなわちすべての事柄を認識したうえで道徳的な選択に従つて行為する能力を奪う程度の、激情による心理的圧迫を喚起するという前提に基づいて、免責事由として機能するものと論じられている。本稿のさらなる目的は、なぜ挑発が完全な免責事由となりえないのかを説明することである。被

挑発者が自己の激情を抑えられない場合がありうる一方で、その人物には、感情の中で起こる自己の欲求に基づいて他者を殺害しないためのさらなる理由が存在することを認識する可能性があるものと考えられる。挑発の主張が認められれば、謀殺罪に要求される道徳的な非難可能性の程度が減少させられるけれども、社会的に望ましくない傾向ないし性格的特徴は依然として明白であり、挑発による殺害行為について故殺罪が不成立とされるわけではない。最後に、本稿では、一般的な制御不能という抗弁が、挑発に関する法的テストによつては解決されないような諸事例を処理するための十分な根拠を呈示しようという考えについて簡潔に論評する。

挑発を人間の弱さに対する讓歩として理解する立場は、挑発〔23〕という抗弁を免責事由とみる考え方を反映している⁽⁶⁾。このアプローチは、意思作用の侵害ないし自制心の喪失という觀念に依拠している。その支配的前提は、次の点に存する。すなわち、挑発行為というのは、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、有形力による反撃へと導きうる程度の激情を喚起する可能性がある、という点である。被挑発者が自制心を喪失した場合、理性に従つて自己の行為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の判断は理性的なものであるが、その推論過程 (reasoning) に障害が存するため、そのような判断に起因する

彼の行動がもはや理性的結果とならないのである。ホーダー (Horde) は、以下のように説明している。

自制心の喪失による行動は……ある判断(一定程度の不法な行為)の所産であり、その時点で理性の影響を抑制ないし制御することなくその意思をコントロールするような判断の結果として導かれた意欲の所産である。⁽⁷⁾

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けれども、行為者の非難可能性は、謀殺罪の要件となる程度には満たないものである。免責説の見地からは、挑発の重大さが、自制心を喪失するよう挑発されたとする被告人の主張の評価に関係する。ここでは、挑発行為の不法かつ非難可能な性質によってその殺害行為が客観的により不法でないものに減じられるべきか、それとも部分的に正当化されるべきか、という点については問題とならない。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、非難可能性の減少が説明され、かつ正当化されるのであり、そして結果的に謀殺罪から故殺罪への減輕が証明され、かつ正当化されるのである。挑発における免責的要素に関する若干の洞察を得るためには、人間の弱さが何を意味するか、そしてそれが自制心の喪失が要件とどのような関係にあるかについて考察する必要がある。これは、免責説の見地から、挑発という抗弁

の真の基礎となる。

免責の根拠としての自制心の喪失…

より詳細な検討

挑発においては、自分が何をしているか、あるいは自己の行為が何を目的としているかを行為者が認識しえない程度に自制心を喪失している必要はない。しかし、行為当時、行為が理性によってではなく情動によって導かれていたと言える程度には、自制心が失われていなければならない。実際、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、すなわち殺人ないし重大な身体的傷害を惹起する意図をもって行為していたということである。もし被挑発者が自己の行為の本質ないし性質を認識しえない程度に自制心を喪失し、あるいは自己の身体的動作をコントロールしえない程度に自制心を喪失していた場合には、アクトス・レウスないしメンズ・レアの欠如を根拠として、完全な無罪判決が下されうる。それ以外の事柄が同等であり、もし被挑発者が完全に自制心を喪失していた場合には、無意識性(automatism)によって、謀殺罪に対する完全な抗弁の適切な根拠が提供されうるであろう。⁽⁸⁾ それにもかかわらず、行為者が自己の行為制御能力を完全に奪われているような挑発事例において、被害者の挑発は、免責的条件——すなわち無意識

性——の誘因、謀殺罪に対する抗弁の根拠を提供する誘因として理解されるかもしれない。かくして、ここではもう一つの免責事由が挑発に優先するけれども、後者には、依拠する抗弁の補充的ないし支援的役割が認められるであろう。⁽⁹⁾

免責説における自制心喪失の役割は、非任意性と道徳的ないし規範的な非任意性との重要な区別という観点から理解される。非任意性という言葉は、ある行為を導く能力や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ことを示すために用いられる。そのような場合、行為がもはや行為者の意識的決定に従属しては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、と論じる者もいるであろう。⁽¹⁰⁾ 他方、規範的ないし道徳的な非任意性は、次のような諸事例と関係している。それは、行為者が外部的行為(厳密な意味での「行為」)を導く能力を有しているが、選択の自由に対する外部的ないし内部的な圧迫により、自己の選択した——あるいは選択したであろう——ように行為することが不可能な諸事例である。フレッチャー(Fletcher)によれば、以下のように論じられる。

様々な免責事由は、行為者の選択の自由が制限されているような場合に生じる。行為者が身体の自由を奪われている場合や、誰かがナイフを持った手を被害者の喉元に当てている場合にも、厳密には、彼の行為は非任意的なものではない。これらの場合、行為がまったく存在せず、不法な行為もまっ

たく存在しないため、免責の必要もない。非任意性という概念は、われわれが言うところの道徳的ないし規範的な非任意性である。外部の圧迫がなければ、行為者はその行為を行わなかったであろう。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。⁽¹¹⁾

行為者が、道徳的判断を行う際に通常利用するであろうような諸原理に従って検討するための時間ないし機会を有していたとしても、予め行為者の行った選択が反映されていない場合のみならず、行為者の行ったであろうような選択に反する場合にも、行動というのは、選択に反することがありうる。例えば、通常は他者に暴力をふるわないような人物は、特定の機会に激情から我を忘れて、そのような行動に出る。そのような人物にとって、暴力に訴えることは自己の道徳的諸原理に反しており、また、自己の感情を抑制し、自己の反応について熟慮するため時間をとっていれば、積極的にそのような行動に出ることはなかったであろう。

非任意性と道徳的ないし規範的な非任意性との差異は、衝動(compulsion)と強制(coercion)の差異に類似する。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、自由に行為していないのである。対照的に、強制された者は、厳密な意味では自由に行為しているとはいえず、彼には自己の行為の方向性を選択する自由がない。⁽¹²⁾

衝動は、行為主体の責任 (authorship-responsibility)、それゆえ間接的には道徳的責任を争点とする免責の主張 (claims of exculpation) を行うための根拠を提供する。強制を理由とする免責 (あるいは減軽) の主張は、直接的に、不法行為に対する行為者の道徳的責任を争うものである。免責説の見地からは、様々な法的免責の主張の分類は、当人の遵法的行為を妨害する当該⁽¹³⁾外部的不いし内部的障害の原因および本質に依拠している。

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、数ある中でも、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は、心理的過程における意思の形成に対する理性の寄与が妨害され、あるいは実質的に減少させられているという⁽¹⁴⁾ことを暗示する。感情というものは、二つの方法で個人の自由な選択能力に影響を与える。衝動的な行為においては、その衝動が理性的自己 (the conscious self) を回避するのではなく、ある意味でそこを通過する。しかしながら、その強度さのゆえに、その衝動が行為者の理性的な判断能力を上回るのである。⁽¹⁵⁾ここでは、いわゆる短絡的、反応 (short-circuited reactions) を重要なものとみなす者もいる。これらは、強度の心理的衝動がきわめて不意に生じたため、ある意味で理性的自己が回避され、行為者の動機づけ系統に直接的な影響を与えるような諸事例に関係する。そのような場合、行為者の道徳的抑制が圧倒されるといよりは、回避される。

自制心喪失の程度次第では、被挑発者の反応が第一類型の衝動的行為ないし「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、なされた挑発に対する任意的ないし即時的な反応を伴う傾向がある。不法行為の誘因である挑発者に対して罰を与えたいという欲求は、即座に、つまり検討の過程をまったく経ることなく行動に移される。この場合、行為者は、ほとんど考えることなく反応している。それは、他者が殴打するたぐいに手を挙げたとき、身を守るため本能的に頭を下げたり手を上にしたたりする行為と似ている。対照的に、前者の場合、被挑発者は憤激し、挑発者に対して特定の罰を与えるための選択を行っているように見える。しかしながら、そのような選択の実行から、われわれはここで、彼が自己の行動をコントロールしているという断定を下す必要はない。なぜなら、被挑発者の選択は情動によって歪められており、適切な復讐の方法および程度に関する誤った判断を伴っているからである。その挑発に認められる重大さ次第では、この誤った判断がある程度免責可能なものとなる。なぜなら、とりわけ情動に支配されている場合、およそ人というのは誤りやすく、時として知覚する前に行動する存在だからである。熟慮を伴う衝動的行為および短絡的反応は、いずれも「反射的行動 (reflex actions)」と言われるものから区別されるべきである。後者には具体的な心理的基礎が欠けているため、それは道徳的ないし規範的な非任意性にはなく、非任意性に関する諸条件と関係する。「衝動的行為」、そしてお

そらく「短絡的反応」は、道徳的帰責と無関係である。そして、両者に対する法的責任は、望ましくない性格的特徴ないし傾向を示すものと考えられるであろう。

「衝動的行為」と「短絡的反応」との区別に関する上述の議論において指摘したように、挑発における自制心喪失は、程度問題として捉えられるべきである。それ以外の事柄が同等であれば、一般的には、よく考えず衝動的に行爲した者は、熟慮した後には欲求に屈した者よりも非難の程度が低い。これは、より軽い犯罪に対する適切な量刑を判断する際に看過しえない重要な観点である。さらに、被告人の反撃形態を挑発との関係から考察することは、被告人が挑発により意図的な殺人を実行する程度にまで自制心を喪失していたかという問いに答える際に、重要なものとなるであろう。このアプローチは、次の立場と整合する。すなわち、挑発という抗弁のコンテクストにおいて合〔26〕

理性ないし比例性に言及することは、挑発が被告人を憤激させる程度のものであったか否か、そして予想可能な意図的殺人を実行させる程度に自制心を喪失していたか否かといった問いに答えることと関係しうるにすぎない、という立場である。たしかに、挑発が重大なものであればあるほど、自己の行為をコントロールするためには必要となる心理的努力も大きなものとなる。換言すれば、挑発が重大なものであればあるほど、行為者の感情の強さや自制心喪失を行為者自身の性格上の欠点ではなく状況的特異性に帰するための根拠も大きくなるのである。

それでは、「行為当時の激情によって」行為する被挑発者は完全な選択の自由を有していない、と言うとき、それはどういう意味であろうか。この問いに答えるためには、自由な行為(Free agency)と自制心との内部的関係について、さらなる検討を行う必要があるであろう。選択の自由は、行為者の行為を一定の方法で動機づけるものとすべてを認識する行為者の評価とが一致していることを前提とする、と主張されている。ワトソン(Watson)は、行為者の「評価」系統と「動機づけ」系統とを区別する。彼は、行為者の評価的系統を以下のように定義する。

それは、行為者の事実的確信と結びつくと、すべての事柄を考慮すれば、この状況下で私がなすべきことはaであると
いう判断を引き起こす一連の思考である。自由な行為がある
存在に帰することは、このような判断をなす存在を前提とする。
このような存在となるためには、諸価値を二者択一的な
事象に選別しなければならぬ。つまり、価値的観点から、
それらを分類しなければならぬのである。⁽¹⁶⁾

さらに、ワトソンによれば、行為者の動機づけ系統は、行為者を行動へと駆りたてるような一連の思考として定義される。この見地からは、行為者の動機づけ系統が評価系統と一致していない場合には、行動は自由なものとみなされない。ワトソンの言葉によれば、以下のように表現される。

不自由な行為の可能性は、行為者の評価系統と動機づけ系統とが完全には符合しない場合がある、という事実に存する。すべてを認識した行為者の判断を決定するものがまたその行動を決定するものでもある場合にかぎり、それらの系統は一致する。自由な行為者は、自己の価値観を行動に移すことができる。すなわち、自己の行動が、自己の評価系統から導かれて¹⁷⁾いるのである。

責任要素としての行動の自由は、行動の動機づけが彼の評価と一致していることのみを前提とするわけではない。さらに、行動へと駆りたてる様々な評価が「通常の」心理状態で行われていることをも前提とする。メレ (A. Mele) は、以下のよう¹⁸⁾に言う。

自己を制御する者は、自己の動機を評価と一致させ、その整合性を維持する傾向がある。しかし、これ以上に自己制御的な場合がある。なぜなら、個人の評価それ自体は、様々な欲求や動機づけによって歪められうるからである。それゆえ、自己を制御する者はまた、自己の動機づけによっては過度に影響を受けない、様々な評価ないし価値観の構造を促進および維持する傾向があるに¹⁸⁾違いない。

すでに指摘したように、挑発は、被害者の行為が十分に不法

なもの、つまり正当な憤激を喚起しうるものとみなされる場合¹⁹⁾にのみ、部分的免責の諸根拠を提供しうる。行為者の反応を動機づけるのは、まさに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、不法な行為の存在を判断するのみならず、いかなる復讐行為が必要かという点についてある程度熟慮している。しかし、過剰な行為が存在する場合、行為者は、実際に挑発の重大さによって正当化されるものを超える復讐行為が適切である、という判断を行っている。不法な行為に関する行為者の判断は懲罰的行動の選択を動機づけているけれども、それに続く反撃の衝動は、ある意味で行為者自身の評価系統を上回っている。あるいは、その衝動が、挑発者の悪行とそれに対する自己の反応とを等しく正確に評価する能力を超えている。かくして、被挑発者は完全な選択の自由を有していない、と言える。というのは、被挑発者の評価能力は、彼が経験している圧倒的な情動の圧迫によって損なわれているからである。²⁰⁾この点で、激情のため過剰に反応した被挑発者は、道徳的に非任意的な行為を行う強制下の被害者と類似する。

道徳的ないし規範的な非任意性という觀念に基礎づけられるその他の抗弁と異なり、挑発の結果としての自制心喪失は、道徳的および法的な非難可能性を完全に阻却するには至っていない。——それが正当なものとなりうるとしても——憤激に負けること、あるいは推論能力(それゆえに選択の自由)が情動に圧倒されることを認めることにより、被挑発者が自己の不法な行為

に対する部分的責任を有しているということを支持するための十分な諸根拠が提供される。殺害行為を行った被挑発者は、きわめて重大な挑発行為に直面した場合でさえつねに自己の激情を抑制すべきであるという一般的規範に違反したことについて、なお非難されうる。その行為者は、より軽い犯罪である故殺罪に対する道徳的および法的な責任を課されうるのである。なぜなら、「通常の」人物として、彼は挑発者を殺害するという衝動に抵抗しようものと考えられるからである。その被挑発者が殺人の衝動を抑制できなかったということは、価値系統および評価された一連の状況といったコンテキストにおいて、挑発に対する反応を熟慮する理性的能力が欠けていたことを示している。理性的能力の欠如により、その被挑発者は、自己の衝動が抑制不能であると考えている。というのは、その衝動を抑制することとは、任意的選択の対象とはなりえないからである。その被挑発者が「通常の」人物とみなされるかぎり、激情に負けたことは、単に個人の性格上の欠点によるものとされる。その行為者が殺人を禁止する規範体系に照らして衝動的行為を検討しえなかつたことによつて、その性格上の欠点が明らかにされる。このことはまさに、挑発による殺人者に対してある程度の道徳的および法的責任が課されうるということを意味している。

挑発において、より軽い犯罪について責任を課すことは、外部的行為と人間の性質との関係に着目するような責任説を基礎として説明されうる。この説は、道徳的賞賛や非難は行為では

なく性格上の特徴と直接的な関係を有する、ということをも前提とする。性格上の特徴によつて、何らかの社会的に望ましい傾向ないし反社会的傾向、行為を反映する態度などが理解される。⁽²¹⁾ すべての行為が道徳的ないし法的に重要な性格上の特徴を明白にするわけではないけれども、その侵害的行為が反社会的態度を反映していないかぎり、行為者に道徳的ないし法的非難を課すことはできない。行為が反社会的態度を反映している場合、その態度の程度に言及することにより、行為者に課されるべき道徳的非難および刑罰の程度が決定される。そうでない場合、将来の類似的行為を予防するため、非刑罰的な措置の可能性はあるけれども、道徳的非難や刑罰の賦課は不当であろう。そのような態度は一時的なものである可能性があるにもかかわらず、責任説は、一般論として、それ以外の事柄が同等であるならば、不法な行為は望ましくない性格上の特徴ないし態度を明白にする、と考えている。性格責任説の見地からは、免責の役割は、不法な行為から望ましくない特徴を一般的に推定することを防止するという点にある。不法な行為が行為者の性格上の欠点を反映しているか否かを判断するためには、行為当時の行為者の心理状態および行為制御能力を考慮しなければならない。この点で、挑発における自制心喪失を認めることにより、殺人行為から謀殺罪と関係づけられる性格上の欠点を一般的に推定することが阻止されるであろう。それにもかかわらず、ここでの免責的条件によつて、故殺罪の有罪判決を妨げることはできない。

なぜなら、抑制不能による殺人行為は、なお行為者の性格上の欠点を反映するものと考えられるからである。

性格責任説によれば、軽微な挑発による抑制不能の殺人行為や、挑発が存在しない場合の殺人行為などが、なぜ部分的免責とされるべきでないかを説明することができない。仮にその挑発が、通常人の視点からみて、自制心を喪失させ、殺人行為へと至らせるような激情を喚起するほどに重大なものと理解されない場合、たとえ衝動的なものであるとしても、行為者の反応には予謀的な殺人行為に帰責されるのと同等の性格上の欠点が示されている。同様のことは、挑発の可能性が高い状況を創出したことに対して、行為者が責任を有しているような場合についても言えるであろう。⁽²²⁾ ドレスラー(Dressler)は、以下の点を指摘している。

免責説によれば、(部分的に)自制心を喪失した者は、自己の激情およびその結果としての殺人行為について非難されないかぎり、(完全には)非難されない。……その被害者が合法的な態様で行為したがゆえに憤激して殺害したような場合、免責には値しないであろう。少なくとも、被害者の行為が不法でないことは、自制心喪失による免責が可能か否かという点を決定する際にきわめて重要である。かくして、他者が正当防衛によって自分を正当に殴打した場合や、挑発がなされるような状況を不当に創出した場合に、それに対して激情により

反撃行為を行った者は、非難可能であり、免責されるべきでない。⁽²³⁾

十分な挑発がみられず、あるいは行為者が挑発状況の創出について責任を有するものと考えられる場合、行為者が自制心を喪失した後に殺人を行ったという事実それ自体によって、挑発という抗弁に基づいて免責を得ることはできない。しかしながら、仮に一般的な制御不能という抗弁が認められるとすれば、殺人に対する行為者の非難可能性を減少させるために挑発を立証する必要はないであろう、と論じる者も存在する。それにもかかわらず、行為者の自制心喪失が挑発によるものでない場合、制御不能を認めうるその他の理由が呈示されうるかぎり、その一般的抗弁は適切なものとなるであろう。

ここで、挑発に関するテストでは解決されないような諸事例において、被告人は一般的な制御不能という抗弁に依拠することができるといふ考え方について、さらに考察してみよう。すでに指摘したように、その場合、その状況下で自制心を喪失したことについて被告人が正当な根拠を呈示しないかぎり、減輕の主張は認められない。免責が認められるためには、意思作用の侵害に関する被告人の主張が、誘因ないし「原因」として呈示される、特定の状況に関する証拠によって支持されなければならぬ。一般的抗弁の領域を形成するための根拠を呈示す⁽²⁹⁾るものとして、そのような多数の状況が選別されており、意思

作用の侵害という主張が呈示されるかもしれない。しかし、これを現存する領域に包摂し、その中で論じることが困難であろう。この点で、一般的な制御不能という抗弁および意思作用の侵害という抗弁は、免責に基礎づけられた現行法の抗弁の範囲外にある諸条件に基づき、免責の主張として取り扱われるであろう。この免責を基礎とする抗弁は意思作用の侵害の要件に依拠しているけれども、特定の条件ないし誘因が減輕要素として規定されることはないという意味で、無制限のものとなるであろう。それは、自己の(部分的ないし完全な)行為制御不能を説明するために必要な証拠を呈示する被告人にかかっている。その一般的抗弁は現行法における抗弁の領域を補足し、あるいは(それを包含するものとして)それに取って代わるかもしれない。例えば、アメリカ合衆国模範刑法典(Model Penal Code)は、「合理的な説明または免責事由(reasonable explanation or excuse)が存在する場合」、「きわめて重大な心理的ないし情動的障害の影響下」での行為につき、謀殺罪から故殺罪への軽減を規定している。ここでは、「そのような説明または免責事由の合理性は行為者の確信した状況におかれた人物の視点から判断されなければならない」という²⁴⁾点が付加えられている。この規定の下では、免責を基礎とする抗弁をもたらしうな状況に関して、特別な制限はない。被告人が実際にきわめて重大な心理的ないし情動的障害の影響下で行動したか否かを決定するのは陪審員であり、また、その障害が合理的説明ないし免責事由が

存在するものであったか否かを決定するのも陪審員である。模範刑法典の「きわめて重大な情動的障害」の抗弁と類似する、免責を基礎とする抗弁は、例えば、重畳的挑発(cumulative provocation)の事例の取扱いに依拠する。それは、挑発と限定責任(diminished responsibility)との境界線上にある。つまり、挑発と限定責任のいずれもが行為者の部分的免責の根拠となりえないような場合である。この場合、最後の挑発から被告人の反応までの時間的経過、あるいは予見して熟慮するまでの時間的経過は、挑発の要件である「激情」にとつて不利に作用する。他方、被告人が「通常の」人物であるという推定や、心理的障害が相対的に不安定かつ一時的なものであるということは、限定責任の抗弁の認定を困難にする。それにもかかわらず、ここで被告人は、きわめて重大な心理的ないし情動的障害を根拠として、意思作用の侵害という抗弁を主張しうる。その場合、継続的侮辱ないし暴力が行われたことによる心理的影響や、自己の情動が破壊された結果を理性的判断に従って検討することの困難さなどについて、注意が向けられる。

挑発という抗弁は、次の点を前提として免責事由となる。すなわち、挑発行為が、一般人の視点からみて、理性的な行為制御能力を喪失させる程度の心理的圧迫を激情という形態で喚起しうる、という前提である。重大な挑発により憤激し自制心を喪失した者を免責することは、人間の本質的欠点に譲歩することであり、失敗しない人間はいないからこそ、それが可能な

である。この観点から、行為者の道徳的責任を減少させるものとして、自制心喪失の要件が重視される。挑発者に対する行為者の激情が道徳的に正当化されるかぎり、「激情」による殺人行為は、謀殺罪に通常要求されるような道徳的傾向ないし性格上の特徴を反映していない。それにもかかわらず、このような圧迫は免責 (exculpation) でなく、減輕 (extenuation) の主張を支持しうるにすぎない。なぜなら、被挑発者は、圧迫下でさえ自己抑制を要求する共同体の諸基準に従っていないからである。

意思作用の侵害とは、被挑発者が絶対的な意味で自制心を喪失していなければならぬ、ということの意味ではない。なぜなら、自制心喪失は程度問題であり、熟慮および選択をつねに不可能にするわけではないからである。しかしながら、仮に挑発が部分的免責を呈示しうるとすれば、行為の道徳的重要性を評価する能力や、すべてを認識したうえで道徳的選択に従って行動する能力が妨害され、あるいは少なくとも著しい影響を受けていなければならない。ある事実が挑発という抗弁の諸要件に合致していない場合、被告人が受けた不法および心理的影響を考察することは、限定責任やきわめて重大な情動的障害など、謀殺罪に対する抗弁の真の根拠としてその他の免責的条件を立証するために重要であろう。

- (1) 一九五七年殺人法三条、ニュージーランド一九六一年犯罪法一六九条、カナダ刑法典二三二条、ニュースウスウェールズ一

九〇〇年犯罪法二三条、クイーンズランド刑法典三〇四条、西オーストラリア刑法典二八一条、二四五条など参照。

- (2) J. L. オースティン (J. L. Austin) は、次のように言う。

「われわれが考えるように正当化事由と免責事由という言葉が使用されていない」と言える。例えば、'extenuation', 'palliation', だとか 'mitigation' など、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ないし不明確さがある——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。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権利があるのであるか」。

“A Plea for Excuses”, in *The Philosophy of Action*, A. White (ed.), (1968) 19, p. 20.

- (3) P. Alldridge, “The Coherence of Defences”, *Criminal Law Review* [1983] 665, p. 669. ドレスラーによれば、「その言葉やコモン・ロー上の激情事例の結果を注意深く分析しても、その抗弁が正当化事由と免責事由のいずれの変種であるかは不明である」。J. Dressler, “Rethinking Heat of Passion: A Defence in Search of a Rationale”, 73 *Journal of Criminal Law and Criminology* (1982) 421, p. 428. Dressler, “Provocation: Partial Justification or Partial Excuse?”, *Modern Law Review* 51 (1988) 467 なども参照。

- (4) A. ノン・ホルシッ (A. von Hirsch) と N. ヤーレボルグ (N. Jareborg) が指摘するように、「挑発者は」処罰に値する

かもしれないが、行為者にはその権限がない。犯罪者の処罰は、個人の正当な任務ではない。それは国家の任務であり、適正手続の十分な保護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), p. 242.

- (5) デヴリン (Devlin) 判事は「ダフイ事件 (Duffy [1949] 1 All ER 932) において、「反撃の意欲を伴う状況は挑発と矛盾する。なぜなら、反撃意欲の意識的形成は、行為者に考えて反応する時間があったことを意味しており、それゆえ挑発の本質的要素である、自制心の一時的喪失が否定されるであろうからである」(at 932) と指摘している。

- (6) 例えば、*Holmes v DPP* [1946] AC 588 参照。そこでは「法は、人間の生命の尊厳と人間の弱さに対する挑発の効果とを一致させる必要がある」(at 601 サイモン (Simon) 判事意見) とされる。オレガンによれば、「挑発の理論は人間の弱さへの譲歩であり、「行為当時、自己の精神を支配していない」殺人者にはより軽い刑事責任の基準が適用されるべきである」ということを認めるものがある。R. S. O'Regan, "Indirect Provocation and Misdirected Retaliation", *Criminal Law Review* [1968] 319, p. 320. やあび、R. Perkins, *Criminal Law* (1957), p. 42 をも参照。

- (7) J. Horder, *Provocation and Responsibility*, Oxford: Clarendon Press (1992), p. 164.

- (8) T. ブーチホールズ (T. Archibald) は「被告人が自制心を完全に喪失していたと推定させる一定の証拠が存在するようなら

きわめて例外的な場合には、その行為を非任意的かつ無意識的なものと論じることが可能である。それゆえ、その犯罪のアクトス・レウスが否定され、無意識性の抗弁の基礎となる任意的行為を根拠として、被告人は無罪とされうる」と述べている。"The Interrelationship Between Provocation and Mens Rea: A Defence of Loss of Self-Control", *Criminal Law Quarterly* 74 28 (1985-86) 454, pp. 454-455.

- (9) コルヴィン (Colvin) によれば、「極度の激情はもはや行為が理性によって導かれられないような分離の状態をもたらす、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・レアを否定するような意思作用の侵害を導くことがある」。"Principles of Criminal Law" (1991), p. 253.

- (10) シェローム・ホール (Jerome Hall) は「その原因が「完全に行為者以外にあり、彼『自身』がまったく関与していない」行為につき、「その法原則は、被告人がまったく行為していないか」という伝統的判断を表している。「行為」は意思決定を伴うのである」と論じている。"General Principles of Criminal Law", 2nd ed. (1960), p. 422. S. C. Coval & J. S. Smith, *Law and its Presuppositions: Actions Agents and Rules*, (1986), esp. chapters 1 and 2.

- (11) G. Fletcher, *Rethinking Criminal Law* (1978), p. 803. Holland, *Jurisprudence* 13th ed. (Oxford 1924), p. 103.

- (12) D. Hoekema, *Rights and Wrongs*, (1986), p. 75. 衝動と強制の区別に関する J. Edwards, "Compulsion, Coercion and Criminal Responsibility", *Modern Law Review* 14 (1951)

- 297; H. G. Frankfurt, "Coercion and Moral Responsibility", in *Essays on Freedom of Action*, T. Honderich (ed.), (1973) 63.
- (13) H. Gross, *A Theory of Criminal Justice* (1979), p. 69.
- (14) カントによれば、理性が感情に圧倒されている場合、その意思は外部的なものによって決定されている——「意思の他律 (*heteronomy of the will*)」——。そのような場合、その者の行為の理由は、自己の道徳的信念とは無関係な意欲と特定の方法でのみ関わる。他方、意思が理性によって決定されている場合、理性が意思に内在するものと理解されるから、それは「自律」されたものと言える。理性による意思は、それ自体と一致する。その意思は、感情や意欲を受けつけない。
- (15) N. R. F. Maier, "Frustration Theory: Restatement and Extension", *Psychological Review* 63 (1956) 370, p. 382. その著者は、「完全な感情と完全な理性との間には、中間的なものがある。そこでは、感情と理性とが互いに衝突する」と主張する。
- (16) "Free Agency", in *Free Will* (1982), p. 105.
- (17) *Ibid* at p. 106.
- (18) "Self-control, Action, and Belief", *American Philosophical Quarterly* 22, 2, (April 1985) 171.
- (19) 挑発において、正当な憤激のみが自制心喪失に基づいて部分的免責となりうるこの推定は、挑発に対する被告人の反応のみならず、被害者の行為に関する行為者の評価をも判断するといふことを暗示している。C・テイラー (C. Taylor) は、「その行為者は部分的には有責である」と考えるのが自然である。そして、彼は評価者であるから、評価に従って行為した限度において有責である。しかし、ある意味では、評価それ自体についても有責であると考えられる」と論じている。"Responsibility for Self", in *Free Will* (1982), p. 118.
- (20) R・ブランド (R. Brandt) は、「強度の感情的障害は、原始的思考 (primitivize thinking) と思われる。激情は人の積極的傾向を強め、他者侵害に関する同情心を減少させる」と言う。"A Motivational Theory of Excuses in the Criminal Law", *Criminal Justice Nomos* XXVII (1985) 165 at pp 183-184; reprinted in *Justification and Excuse in the Criminal Law*, M. L. Corrado (ed.), (1994) 95, p. 114.
- (21) W・リオンス (W. Lyons) は、「性格やその表明が非難されるのは、それが望ましくなく結果を有する行為の原因となつているかぎりにおいてである。そうでない場合、性格上の特徴によって侵害が惹起されることはなし」と主張する。"Emotion" (1980), p. 194.
- (22) これは、イギリス法における最近の立場でないことに注意すべきである。自招挑発でさえ、客観的および主観的要件に適合することを条件として、抗弁として認められる可能性がある。しかしながら、自招挑発は、より軽い犯罪に対する量刑を判断する際の加重的要素として、重要なものとなるかもしれない。
- (23) J. Dressler, "Provocation: Partial Justification or Partial Excuse?", 51 *Modern Law Review* (1988), p. 475.
- (24) Model Penal Code, para 210. 3 (1) (b) (1980).