

挑
発
と
責
任

— 英米における均衡刑論と減輕事由 —

目
次

中
村
秀
次

一、まえがき

二、本 論

(一)、意思限定論

(二)、違法阻却・減少論

(三)、廃止論ないし情状論

(四)、責任減少論

三、あとがき

一、まえがき

本稿は、所謂挑発に基づく行為をめぐる英米における最近の議論を参照しつつ、現代先進社会における所謂アザト・均衡刑論の考え方と刑事責任のあり方について、若干の検討を加えるものである。その際、法的責任と道徳的觀念との関係について、人間行為の心理的認識の深化を考慮しつつ展開されてきた側面に注意したい。一般的に裁量の範囲に委ねられがちであった責任の程度についての基準の意識的明確化の試みに学ぶべきものがあるであろう。

何れの法域を問わず、構想される限り、挑発に基づいて行われた犯罪行為については、その行為者は刑を減輕されるに値するというのは、一般的な考え方であろう。成文法によつて明確に認められている場合や、判例法によつて容認されてきた場合や、裁判所の量刑に関する実質的な裁量の中で考慮されてきたり、或いは種々の手続過程において考慮されたりしたこともあるであろう。我国においては、諸種の法理論の中で断片的に取り扱われてきたとも言えるが、基本的に、刑法典の中にまとまったものではなく、裁判段階においては概して裁判所の量刑裁量の中で考慮されてきたところであろう。従つて、挑発と責任の理論との関係について、特に有責性の程度との関連について、必ずしも明確な認識の深化があるとは見られない。その意味においても、挑発という概念が判例法ないし成文法の中に明確に見出される英米法の考え方を参照することは興味深いことであり、近年の量刑の理論をめぐる論議との関連の中で眺めることに特別の意味が見出されよう。¹⁾

コモンローでは、挑発は、殺人の場合において刑の減輕事由として取り扱われた。減輕の方法は、殺人の等級を謀

殺から故殺へ引き下げることであった。挑発に基づく行為が減輕事由を構成するためには、二つの要件が必要とされた。第一に、直接的憤激反応の存在である。対応行為は挑発に対する憤激の中で行われねばならない、ということである。挑発者の挑発行動の後、近接した時間内の行為でなければならぬ。それは、行為者が事実上その抑制能力を損なっているであろうと考えられる時期に為される必要があるということである。挑発行動の後、相当に日時が経過し、冷却期間があったと認められる状況ではその要件は満たされないということである。第二は、合理人ないし合理的平均人の要件である。挑発行為者の非行・不正は所謂合理的人物に対しても自制心を損なわせるような性質・程度のものでなければならぬ。第一の主観的心理状態の要件と第二の客観的・仮定的合理人の要件との間には、明らかに緊張関係があつて、判例法上多くの具体的な解決の困難な雑多な事例を生み出してきたところであるが、コモロ―理論の想定する刑の減輕の根拠が何であるかについては、必ずしも批判的吟味にさらされてこなかつたようである。

殺人以外の場合においては、挑発は裁判所が刑を量定する際に考慮すべき一事情にすぎなかつた。刑の選択が司法裁量の問題にとどまるところでは、法理論の関心も一般的に希薄である。しかも、経験法学的色彩の濃い時代においては、英米に伝統的な社会復帰刑の理論に依つて、主に刑を犯人の処遇可能性及び再犯の蓋然性に連動させようとするやり方が有力と見られた。しかし、近年においては、英米の量刑理論は、主要な部分において、行為者のデザート（行為者の犯罪行為の重さの程度）をも強調するようになってきた。こうして、量刑における有責性の問題の重要性が高まると共に、量刑裁量に規制を加えること、減輕事由及び加重事由を明確化し、明白化する方向にも関心が高まってきた。アメリカの諸州の中には、詳細にわたる量刑指針を制定し、その中で挑発の申し立てが承認された場合には、そうでない場合に通例勧告される刑よりも軽い刑が勧告されるものとして、挑発を刑の減輕事由として掲げる例

もでている。

このように挑発が刑の量定にあたって明白な地位を与えられると、挑発の概念がどういう意味内容を有するかを解
釈によつて特定することが重要性を帯びてくる。その際の実際的な議論の焦点は、コモンロー理論及びそれを成文化
したと言われる英国殺人法の条文、その他類似的近代刑法の考え方の中に一般的に見出される憤激の要件及び合理的
平均人の要件をそのままの形で保持すべきかどうか、である。英米刑法においても、挑発の申し立ての中に含まれる
基礎的觀念の検討が必要とされており、有責性の意味内容及び責任阻却と責任減少との関連性の理解の仕方が独自に
問い直されている。挑発が量刑において考慮される根拠をめぐつて英米において幾つかの考え方が見られるが、ここ
では実際の有効性を評価されるものとして四つの構想をとりあげる。第一は、意思能力に関連させて説明するもので
ある。コモンロー理論の激情論は、その伝統的説明であらう。挑発を受けた者は、激情にとらわれて法に従うべき能
力が制限されるとみなすものである。第二は、違法性に関連させて説明するものである。これは、挑発の問題を挑発
者によつて不正を加えられてきたことに対する行為者の一般的に正当な憤慨感を表明するものとして取り扱うもので
ある。第三に、廃棄論の考え方もある。第四は、有責性に関連させて説明するもので、特にここでは所謂デザート・
均衡刑論に依拠する立場をとりあげる。これは、正当性理論と同様に、行為者の憤慨感を挑発者によつて不正を被つ
てきたことに対する適切な感情的対応として捉えるものであるが、正当性理論と異なつて、行為者の報復的行為は道
徳的に正当化されるものとは見なさず、良心の葛藤的狀況に応じて責任が減少されるものとして取り扱うものである。
本稿では、この第四の見地を、近年の所謂デザート・均衡刑論の一つの一貫した立場を表明するものとして、評価す
ることになる。

注

(一) 本稿は、主に次のものに啓発された。

A. von Hirsch and N. Jareborg, "Provocation and Culpability," in *Responsibility, Character, and the Emotions* 241 (F. Schoeman ed. 1987); J. Horder, *Provocation and Responsibility* (1992); U. Narayan and A. von Hirsch, "Three Conceptions of Provocation," 15 *Criminal Justice Ethics* 15 (1996); J. Horder, "Reasons for Anger: A Response to Narayan and von Hirsch's Provocation Theory," 15 *Criminal Justice Ethics* 63 (1996).

尚、一般的に次のものを参照。A. Ashworth, "Sentencing in Provocation Cases," 1975 *Crim. L. Rev.* 552; A. Ashworth, "The Doctrine of Provocation," 35 *Cambridge L. J.* 292 (1976); J. Dressler, "Provocation," 51 *Modern L. Rev.* 467 (1988).

減輕事情等々も近年の論稿として一般的に次のものを参照。H. L. A. Hart, "Legal Responsibility and Excuses," in *Punishment and Responsibility* 28 (1968); G. Fletcher, "The Individualization of Excusing Condition," 47 *S. Cal. L. Rev.* 1269 (1974); G. Fletcher, *Rethinking Criminal Law* (1978); H. Gross, *A theory of Criminal Justice* (1979); M. Wasik, "Partial Excuses in the criminal Law," 45 *Modern L. Rev.* 516 (1982).

我国では、主に所謂挑発防衛の問題が議論されてきた。大嶋一泰「挑発行為と正当防衛(一)」福岡大学法学論叢一七巻四号五三七頁以下(昭和四八年)、「吉田宜之「挑発防衛」についての二試論」法学新報八六巻一〇・一一・一二号二七頁(昭和五五年)、「山口厚「自ら招いた正当防衛状況」法協百周年記念論集七二頁(昭和五八年)。次の論稿は、もっと実質的に本稿に関わる部分も含んでいる。大嶋一泰「正当防衛権の制限について」法学四七巻五号一六頁(昭和五九年)、「山中敬一「正当防衛の「社会倫理的」制限について(一)」(三・完)」関法三二巻六号「三三巻一号」二号(昭和五八年)。最近の文献として次のものがある。金沢文雄「被害者側の挑発と量刑」中山研「古稀祝賀論文集四」。

(2) P. Robinson, *Criminal Law Defenses* vol. 1, 480-1, 484-7 (1984); R. Singer, "The Resurgence of Mens Rea," 27

英国法上、挑発と激怒が同一の主眼を減輕事由とせられた。M. Wasik, supra. また、英米法上の挑発理論の歴史に
つとて一般化の必要を論ぜ。J. Kaye, "The Early History of Murder and Manslaughter Pt. 2," 83 L. Q. Rev. 569
(1967).

(㉑) J. Dressler, "Rethinking Heat of Passion: A Defense in Search of a Rationale," 73 J. Crim. L. & Crimi. 421 (1982).

(㉒) G. Williams, "Provocation and the Reasonable Man," 1954 Crim. L. Rev. 740; G. Williams, Textbook of Criminal
Law (1978) 117以下の要件は、マントラントの殺人法 (Homicide Act 1957) の中で文化をなす。A. Ashworth,
Principles of Criminal Law 240-246 (1991); R. Mison, "Homophobia in Manslaughter," 80 Calif. L. Rev. 1338 (1992).

(㉓) R. Singer, supra note 2, at 304 ~; von Hirsch & Jareborg, supra note 1, at 243.

(㉔) A. von Hirsch, Past or Future Crimes ch. 1 (1985); C. Clarkson and R. Morgan (eds.), The Politics of Sentencing

Reform (1995).

(㉕) von Hirsch & Jareborg, supra note 1.

(㉖) von Hirsch & Jareborg, supra note 1, at 243-244.

二、本論

(一)、意思能力に関連させられるものは、内容的に見て意思限定理論とも言われる¹⁰⁾。伝統的なコモンロー理論はその代表的な例である。コモンローの挑発論では激情と合理人との二要件が要求されるが、その立場の意味する中身というものは、他者の非行・不正によつて抑制能力に影響を被つた人の行為はより軽い非難に値するという意思限定の理論と符合する。挑発概念の予定する激情の中で為された行為は、完全に意思的であるとは言えないが、他方において、行為者は幾分かは選択の余地を有していたことが前提とされるから、その行為は完全には免責されない。

コモンロー理論は、合理人がどのように対応したかということに着目する。行為者は抑制力を失う必要があるだけでなく、相手方の挑発は合理的平均人に対してもそのような行動を惹起せしめるようなものでなければならぬ。要点は、そのような状況の下で合理人が自制心を損なわれたと言えるかどうかであり、裏から言えば、自制心の損耗が不合理でなかったかどうかである。意思限定論の責任減少の考え方は、強力な感情にとらわれることは行為者の抑制能力を限定し、行為者の責任を減少させることを想定している。従つて、そこでは第一に、行為者は行為時にその抑制能力を限定するような強力な感情の支配下にあつたか、第二に、行為者がそのような状況の下で抑制力の解放に身を委ねたことは非難すべきものであつたか、という二個の問いが発せられる。ここで、挑発の申し立てと英米法に所謂精神異常及び減縮責任の申し立てとの相違に一応注意する必要がある。挑発の申し立てにおいては、行為者は行為時に健全な精神を有していたことが前提とされる。行為者が精神異常の理由で免責されたり、限定責任能力の理由で

減輕されることが問題であるとき、仮定された合理人がその事情の下でどのようなふるまつたかを問題にする要件を付け加えることは意味をなさない¹⁷⁾。挑発による激情の下にある行為者がその責任を減少されるのは、第一の問いに對する答が積極的であり、第二の問いに對する答が消極的である場合のみである。第一の問いのみを問うことは、道徳的には問題のある結果に導かれることになる。もしも単に憤激のために抑制力を限定されたという理由だけで責任が減少されるとすれば、一般的に、言わば情緒が安定して物静かで均衡のとれた者よりも、言わば不安定で激情にかられ易い者ほどより軽い刑を受けることになり、不都合な感じを生ぜしめることになるように思われるからであろう。そのような場合には、仮定的合理人の要件は事態を補正するように機能する。挑発は、通例自己抑制力のある者に對してすら自制心を損なわせるほどに大きなものでなくてはならないわけである¹⁸⁾。

意思限定論については、その挑発概念の現実性に疑問がある。日常生活において理解される所では、挑発という概念には行為者が不正を加えられてきたということ、それに対する憤慨感から有形力の行使という形で対応するに至つたという認識が含まれている。意思限定論は、形式的にはこの構想をなぞっているように見えながら、實質的には何らかの理由で内容の本質的要素を切り縮めるという、皮相な或いは慎重な認識で停止しようとするのではないかと見られる。

實際的批判の第一は、意思限定論的挑発概念は狭すぎるころがあり、所謂デザート・均衡刑論の倫理觀念からみて典型的と思われる挑発の状況に不適合的のところがある、ということである。意思限定論では、文字通りの意味において自己抑制能力の減少が要求されている。行為者は、相手方の非行によつて憤激させられ、たとえ一時的にしろ自己の行動を抑制するべき能力に低減を来すことが求められている。そのような場合が現実にありうることは否定されないが、それが典型的な場合であるかどうかについては判断の分れるところである。意思限定論は、侵害を受けて

感情的攪乱を生じ、盲目的憤激の下に相手に暴行を加えるような場合を典型的な類型としてとらえるであろうが、批判論者は、そのような場合はむしろ少ないのではないかと判断する。批判論者にとつて、日常生活においてもつと典型的に見られるのは、行為者が相手の不正行為によつて憤慨の念にとらわれつつ、暴力的対応としてその憤慨の念を表現する場合であり、その憤慨の念の表出は必ずしも盲目的な或いは放心的なものであるわけではないということである¹³。意思限定論者の限定意図はさておき、その実際的理解の形式論的性格はぬぐい去ることはできないし、批判論者の構想の日常生活場面における実在論的内実を評価するべきであろう。

批判の第二は、意思限定論の構想は、ある意味において広すぎるということである。意思限定論では、相手方の挑発行為が必ずしも不正なものであることは要求されていないかという点である。幾分かの留保は必要かもしれないが、意思限定論の考え方を理論として一貫させるとすれば、相手方の不正行為の存在は行為者の側の自己抑制力の損耗に対する単に一つの可能性として認識されているにすぎない、と言うべきであろう。行為者の側の自己抑制力の損耗をもたらす場合はその外にも多様なものが考えられるはずである。憤激の念を生ぜしめる原因行為者についても、必ずしも被害者に限られないことになる。合理的平均人にとつて、その抑制力の損耗を生ぜしめるに足りる何事かが行為者に対して為されれば十分であつて、被害者が行為者に対して不正を働いたということは必ずしも求められないであろう¹⁴。意思限定論を極端に推し進めれば、本来の意図を超えるような広範な適用に至る可能性がある。行為者の対応行為の引き金となる出来事が他の人間の活動である必然性はなくなるであろうし、また、行為者の対応行為を誘発した感情が憤激である必然性もなくなるであろう。行為者の対応行為は自然災厄からもたされてもよいかもしれないし、行為者の対応行為を誘発する感情は、うつ状態や絶望状態等でもよいかもしれない。これは明らかに英国の実定法の立場ではないが、意思限定論の適用範囲内にとりこまれる可能性は排除されない¹⁵。社会がそのよう

説
な法理論の適用に物質的に耐えうるとしても、日常生活の倫理的観点を含む法的判断において抑制されるであろう。

論
注

- (10) H. L. A. Hart, *Punishment and Responsibility* 153 (1968); Narayan & von Hirsch, *supra* note 1, at 15.
- (11) Narayan & von Hirsch, *supra* note 1, at 16.
- (12) *Id.*; J. Dressler, *supra* note 1, at 472, 475.
- (13) Narayan & von Hirsch, *id.*
- (14) Doughty, 83 *Crim. App. R.* 319 (1986) (生後一七日の嬰兒の泣き叫ぶ声は、主観的要件を満たすものとされた。); J. Horder, "The Problem of Provocative Children," 1987 *Crim. L. Rev.* 655.
- (15) Homicide Act 1957, art. 3. 但し、アメリカの模範刑法典を参照。Model Penal Code 210. 3(1)(b).
- (16) Narayan & von Hirsch, *supra* note 1, at 16-17.

(二)、違法性に関連づけられた挑発論はどうか。挑発について、正当防衛との類比においてとらえられることがある。そこでは、不正ということが中心的要素として考えられる。挑発の概念には、典型的に、行為者が挑発者によって不正を加えられたと感ずる状況が含まれると共に、それに対して侵害行為で対応するという状況が含まれている。併し、行為者は行為の時点では現在する直接の危険を防衛しているわけではなく、直接的侵害が現存しているわけではない。挑発者の非行によって加えられた侵害は、既に過去のものとなっている。そのような状況にあつては、対応行為者の行為は正当防衛としての要件を欠いている。挑発事態の終わった後に、挑発された者が憤激から報復するということであれば、正当防衛としての反撃防衛行為があつたとはみなされない。

挑発対応行為は正当防衛にはあたらないとして、自救行為的なものとして挑発者が当然に受けるに値する対応として正当化されないか、或いは部分的に正当化されないか、問われよう。自救行為の概念については国によつて微妙な取扱いの差異があるように思われるが、英米法においても基本的に否定される。挑発者はその侵害行為に対して刑罰を受けるに値するかもしれないが、それは適正な手続を経た公的刑罰権の行使としてであり、直接に制裁を加える権限が被挑発者自身に是認されるわけではない¹⁹⁾。

正当性ないし違法性の概念のとらえ方の問題もあるが、それは一応おいて、現実的に少くとも違法性の減少ないし部分的正当化の思想を通して刑の減輕を求めめる試みも考えられる。そこで、英米における部分的正当化論ないし違法性減少論の一つの考え方が検討に値するであろう²⁰⁾。その言わば比例的正当化論は、行為者の憤慨感を、意思限定論のように単に行為者の自己抑制力を減少させる感情的攪乱として眺めるのではなく、道徳的に基礎づけられた感情として眺める。この点は、意思限定論の言わば形式論的心理学を超えるより実態的な心理学を組み込んだ人間理解として、現代社会状況の中での人間行動の理解に対応できていると思われるところである。行為者は挑発者から不正を受けてきたものであり、その不正な挑発行為は抑止され制裁されてこなかったという場合、その行為者の憤慨感というものには不正に対する道徳的対応として適切なものと評価される。そして、行為者の実力を伴う現実的対応行為がその憤慨感の表明であるという場合には、その行為は相応比例的に正当化され、違法性の減少が肯定され、英米法理論上の所謂限定抗弁として認知されてよいのではないかと理論構成される。

挑発の申し立てが認知される根拠として、アリストテレスの公正観念が提示されることがある。プラトンのイデア論との対決の中で展開されたアリストテレスの正義・公正の観念がここで直接的に意義づけられるものではないとしても、ヘーゲル同様の言わば実践理性の見方にも通ずる現実機能を営むことはあると思われる。それによれば、公正

であり且つ自己抑制力をもつた者は、理由のない不正を被つた場合には、それに対して憤慨を生ずることは適切なことであり、被つた不正と相応比例的に釣り合いのとれた報復行為を通してその憤慨を表面してもよいことである。⁴¹⁾この論理に素直に従えば、挑発は正当化事由を構成するであろう。不正な挑発を受けた場合には、適切に相当な方法手段で且つ釣り合いのとれた度合いで報復すれば、その対応行為は適正な行為と認められる。そのような挑発の申し立ては、法律上も正当化事由として取り扱われ、完全な無罪放免を許容されてよいことにならう。⁴²⁾そして、有形力の行使としての対応行為が過剰におよぶ場合にも、言わば限定抗弁としてなお違法性の減少をもたらし、刑の減輕が認められてよいということになるかもしれない。

英米の実定法は一般的に挑発暴行を無罪とはせず、刑の減輕を認めるにとどまる。ここで取りあげている比例的正当化論の現実的主張も、その刑の減輕の根拠として正当化要素の関与を認めるものである。この場合、通常の理性を備えた健全な物の考え方をする合理的な行為者にとつて、対応行為にでることは、そのような対応的侵害行為を差し控えるべき義務に優越する側面があり、法の遵守が期待され得るような道德的条件が一部欠如しており、行為者のおかれた事情のために通常であればその行為を不正なものとする道德的条件が相応的に停止されるといふように説明されるであらう。⁴³⁾

正当化論の説明は一見魅力的であるが、それに対する疑問は、その論拠に不満足な所があり、實際的結論に不健全に安易な所があるように思われることであろう。不正を受けた者が、その挑発に憤慨を抱いて、報復することによつて適切に行爲したとみなされる根拠について、論者の説明は必ずしも明確であるとは言えない。結局のところ、正当な行為主体の対応の公正さについてのアリストテレス的見地にとどまるようであるが、そこには幾分か特権的支配意識の優越性への依存が隠されているように思われる。今日、言わば日常道德においてさえ、報復行為が相応的にも

適切な対応であるということについては疑うに足りる相当の理由があろう。例えば不正な暴力行為を加えられた場合、侵害を受けた者は、憤慨したり、叱責したり、当局に告訴したり、或いは訴訟をおこしたりするなどの様々の対応をする適正な資格を有することは確かであるが、直接的報復行動に出て自ら有形力を行使するとすれば、日常道徳の観点からその行為は正しいと言われない。その日常道徳を現行の刑罰制度と相関性をもった因子として認めるとすれば、法律上もその行為は正しいとは言われない。法は挑発を受けた者が個人的報復を差し控えることを期待しているということは、今日の健全な合理的な共同意識の支持するところであろうから¹⁷⁾。

注

- (17) Cf. McAuley, "Anticipating the Past: The Defense of Provocation in Irish Law," 50 Mod. L. Rev. 133 (1987); J. Horder, *Provocation and Responsibility* (1992); G. Sullivan, "Anger and Excuse: Reassessing Provocation," 13 Oxford J. Legal Study 421 (1993); L. Leigh, "A Philosophy of Provocation?" 56 Mod. L. Rev. 600 (1993).
- (18) 英米における正当化と免責に関する文献として次のものを参照。J. Austin, "A Plea for Excuses," 57 Proceedings of the Aristotelian Society 1 (1956-57); H. L. A. Hart, *Punishment and Responsibility* chs. 1 and 2 (1968); G. Fletcher, *Rethinking Criminal Law* 759, 769-773 (1978); J. Dressler, "New Thoughts about the Concept of Justification in the Criminal Law," 32 UCLA L. Rev. 61 (1984).
- (19) 但し、自力救済の思想が魅力的に見える状況があることは否定できないし、相当な救済の範囲について詳細に論じる余地は口蓋的に存在している。
- (20) J. Horder, *Provocation and Responsibility* (1992)。本書の主要部分で展開されている。
- (21) *Id.* ch. 6.

(22) *Id.* at 135; F. McAuley, "Provocation: Partial Justification, Not Partial Excuse," in *Partial Excuse to Murder* 19-36 (S. Yeo ed. 1991).

(23) J. Horder, *Provocation and Responsibility*, at 174.

(24) Narayan & von Hirsch, *supra* note 1, at 17; J. Dressler, *supra* note 1, at 476-479; J. Horder, *Provocation and Responsibility*, ch. 9. 実際のところ、ホルター自身も釣り合いのとれた報復行為ですら道徳的に正しい対応ではないということも認めている。

(三)、挑発による行為を法律上の減輕・免除事由としては承認しない考え方がある。その考え方によれば、挑発の申し立てが法的に認められている法域では廃止論となる。廃止の後に情状としての考慮が認められるべきかどうかは別途考慮されるということになるが、実際には裁量的許容ということであろう。もともと法的に明文上認められていない法域についても、情状論としてならば是認しようという方式であろう。併し、情状論として裁量に委ねられてしまえば、肝心の点で消極的となり、不必要な所で故意に発動させられたりする事態は当然に予想されるであらうし、意図的でさえあり得よう。理論的考察なり、概念的限定の労苦も希薄化したり、法と倫理との相応関係や権力関係等の問題も裁判官の良識や性情等の中に解消されてしまうとすれば、法意識の期待する事態とは食い違いを生じるであらう。

英米において、所謂道徳的正当化論の道筋を経て廃止論に至る立場がある。行為者の憤激の感情は正当化できるが、暴力行為に訴えることは正当化できないということから、挑発の申し立てに法律上の減輕を認めることはやめるべきである、と主張される⁵⁵。併し、この立場は、単なる廃止論であれば論点を放棄するものであり、責任減少等の可能性

についての真面目な検討を無視することになろう。廃棄論の立場は、何らかの理由で免責事由の観念を狭く限定的にとらえている。道徳的憤慨観の廃棄論によれば、挑発の申し立てに対して法律上の刑の減輕の可能性を認められるのは、その具体的事情の下において被挑発者の対応行為は道徳的に不正ではないからである。行為者の法律侵犯行為に対して共感が示されるのは、それが一般的に自己抑制力のある言わば公正な人の対応として十分に理解可能だからである。ところで、挑発を受けた行為者の報復的行為は、結局のところ道徳的に正当化できないものであるから、それに対して法律上の減輕は許容されるべきではない、と推論されるのであろう。法律上の刑の減輕及び免除可能な行為は、同時に道徳的に正当化されなければならないということを前提とすれば、そのような狭い見解に帰着するのである。正当化の問題と責任の問題との分離が認められれば、行為は不正であるが非難を加えることが不適当な場合が認識される。

英米における法律上の減輕廢止論も挑発の申し立てが刑の量定の中で考慮されることは認めるであらう。併し、刑の減輕を論理一貫して説明することを断念して、何らかの暗黙の政策目的なり法感情なりを導入せざるを得なくなる。とすれば、法の存立目的の一つでもある明確さを犠牲にし、或いは法の倫理的政策的な目的ととりかえる操作が無意識裡にも行われるとすれば、自らを欺くことにならざるを得ないであらう。何らかの一般的ないし個別的な目的のためにはそれでよいというのであろうか。挑発に対して憤慨感を抱いて暴力行為に出ることは、その行為の非難可能性を少しも低減させることがないとする見地に立つて、なお実定法的な刑の減輕を説明するやり方は、政策目的論になるであらう。例えば、挑発に対する侵害行為はそれ自体として完結するのであるが、その後に行為者が悔悟の意を表わす場合には、それを評価して減輕することができるというのであろう。挑発を受けて有形力の行使に出た行為者は、行為自体の非難可能性が減少されるのではないが、危険性等が低く評価され、結果的にその刑も軽減されて

よいことになろう。刑の減輕根拠は再犯の蓋然性の有無・程度等によるものであり、その蓋然性とは犯罪の特殊事情や犯人の犯罪経歴や社会的背景の評価の問題だということになるであろう。同様の行為が問題のある調査事情や総合判断のために、場合によって減輕されたり減輕されなかつたりすることは、むしろ当然のこととされるのであろう²⁶⁾。これは、法の支配の共同意識に錯覚や混乱をもたらすことになるのではないか。法的概念の理解を異にするとしても、調査能力の限界と調査の適合性の問題を明確化し、明白に言い表すことは必要である。

注

- (25) J. Horder, *Provocation and Responsibility*, chs. 8, 9.
 (26) *Id.*
 (27) A. Ashworth, *Sentencing and Criminal Justice* 128 (1992).
 (28) Narayan & von Hirsch, *supra* note 1, at 18.
 (29) J. Horder, *Provocation and Responsibility*, at 197.
 (30) Narayan & von Hirsch, *supra* note 1, at 18; M. Wasik, *Book Review*, 109 *L. Q. Rev.* 326, 328.

(四)、これまでの説明に批判的な立場から追求されるのが、責任非難減少事由として理論構成する考え方である²⁷⁾。意思限定論的考え方で疑問視されたのは、行為者の感情の状態に重きをおきすぎることであつた。その事情が、行為者の選択的抑制能力を損なうに至るほどの憤激を生ぜしめるものであると合理的平均人の立場で評価されるだけでよく、行為者が憤激することになつた理由については問題とされなかつた。責任非難減少論、特に所謂デザー

ト・均衡刑論による道徳的葛藤論³²は、挑発者としての被害者の側に非行があり、それに対応して侵害行為に出たという事情が考慮されることを要求する。行為者の行為選択の理由が判断の要素の中に算入されるのは、実質的な法的正義観念を意識するところでは適切なことであろう。これは、根源的には自由の实在根拠としての自己維持の権利に基礎をおく考え方と言える。そのイデオロギー的基礎が侵食され、無化されていないことを前提として。行為者は、一定の枢要な利益を維持するために行爲した場合には、完全な有責性は帰せられないのであり、その際に選択的抑制能力が十分であつて故意があつても、全面的に責任を問うことにはならない。これは、所謂期待可能性の理論としてドイツや我国等で展開された思想と共通するものであるが、英米の所謂アザート・均衡刑論者の方向としてはもつと特殊に限定を加えることが意図されている。

責任非難減少の理由づけとして、言わば恥の理論が援用されることがある³³。併し、恥の理論は、必ずしも一般的な適用があるとは言えず、それだけで通常の挑発事件において予想される多くの状況を説明することは難しい。

挑発事件においては、挑発を受けた者が端的にその不正によつて憤激させられたために罪を犯す場合を通例のことと考える方が適合的であろう。名譽や評判は、何らかの特殊の社会に限定されることが多いであろう。

近年の英米における責任非難減少論の本来の見地としてここで取り上げる所謂アザート・均衡刑論が特に注目されるのは、ともかく行為者の心的状態を考慮しなければならないとしているからでもある。挑発状況の中心の特徴は挑発者の不正に対する行為者の憤慨感・法外感であるから、挑発については心理学を回避することはできないと言われる。但し、心理学はこれまで刑法の中で不幸な役割を負わされてきたとも言われるのであるから、注意を要するところである³⁴。そこで提示されるのは、憤慨の理論ないし道徳的葛藤論と称されるものである³⁵。これは、挑発を不正行為に対する対応の問題として捉え、明らかに責任減少事由を構成するものとして取り扱う。挑発された行為者の責任

の限定を、挑発者の不正行為によって生ぜしめられた諸道徳的感情の葛藤というところから説明する。人が不正を加えられてきたときに憤激することは適切なことであり、その憤激に適正さを付与するのはその善悪感である。それに対して憤慨を言葉によって表明したり、不正行為者に対して許容可能な公然たる手順をとる等、様々の行為表出を適正なものにするのもその善悪感である。道徳感覚が不適切として禁止すべきものは、暴力に訴えるような一定形態の行為表出のみである。ここで所謂良心は、一方で挑発者に対する怒りを支持し、その怒りの公然たる表現を推進するという役割と、他方で一定形態の表現行動を挫折させるという役割との間で葛藤状態に入るのである。このような良心の葛藤状態というのが、被挑発者に対する本来的に公正なる人々の共感を生み出し、被挑発者の対応行為に対する減輕効果を許容する理由を提供する。⁹⁸⁾

道徳的葛藤論の説明は、前述の正当化論の前提的説明と異なるものではない。挑発者によって不正を加えられたことに対する被挑発者の憤激感そのものが、対応行為を正当化するに必要な条件を満たす。逆に、そのような憤激の情を生じないことは、被挑発者が自分自身の価値に対して十分な関心を払っていないと見られる。併し、それ以上に被挑発者が暴力的対応行為にまで出ることについては、道徳的に正当化されず、言わば憤激を表現するための手段の相当性を欠くと見なされる。良心の葛藤状況の中で行為表出が行なわれたことについて非難は減少するというのは、一見すると陳腐な拍車と手綱としての良心の判断機構に他ならないが、道徳的判断というものは本来的に陳腐なものであろう。ともかく、このような挑発の申し立てを法律上の刑の減輕事由として認知することの一つの意義は、政策論に陥るのを当然視する思考方法を選べることができることである。但し、注意しなければならないのは、道徳的葛藤論は、被挑発者の暴力的対応行為が善いものであるとは言っていないことである。言われていることは、不正を受けた者がなお平和的措置の範囲内にとどまり続けられたとしたら、それはより善いことであろうが、暴力行為に出てし

まつた者に対しては、その良心の葛藤状態を考慮すれば、完全な責任非難を加えることは適切でないということである。³⁷

道徳葛藤論的責任非難減少論は、正当化論ないし廃棄論に対しては、まがりなりにも理論的に一貫した説明を提供できる点で一応評価されようが、あえてそれより優れていると言うべきは、日常道徳観念を包括し得ることである。また、所謂意思限定論に対しては、法概念の実在性を前提とすれば、その挑発概念の心理学的真実性においてより優れていると評価される。何れにしろ、実力的効果をおよぼす世界においてはなおさら、所謂戲論的説法と類比されるような考え方は、やむを得ない理由があるのでなければ、避けるべきであろうから。ただ、日本の風土の中で、道徳観念に特殊な意味内容を付与されたりするところでは、十分の注意を払うことを怠ることはできないが、汚水と共に果実をも捨て去るにしのびないであろうから、控えめに述べておくことはよいであろう。

挑発の真正の観念とは何か。それは不正を被ってきた中で憤慨感を如何に取り扱うかということだと規定されるのが第一である。道徳的葛藤論者は、ここで「全幅の結果主義者」でないとするばとの留保をつけて、単に自制心を失つたにすぎない者として取り扱われるよりも、正当な憤激を表明するために良心の葛藤という心理的事象の中で不正な手段を選択してしまつた者として取り扱われることの中にこそより以上の人間の尊厳があるように思われる、と述べている。³⁸ 意思限定論は、被挑発者が何らかの適切な目標を追求しているものであるという事実を認識しない。既に述べた通り、意思限定論の挑発概念には抑制能力の損耗という過多なものが要求されている。そのため、意思限定論では挑発論の適用は言わば例外的な状況に極限されてしまうのが現実であろう。それは現実社会のある状態を維持したり、ある特定の社会状態を目指そうとする政策であるかもしれないが、多くの現実行為者に余分の負担を強いるものであり、それは蓄積されたストレスとして、結局は社会的負因として働く方が多いであろう。道徳葛藤論的思考

では、名前はやはり生硬に聞えるが、挑発状況は、それが普通にそうであるものとして受け取られる可能性が保証される。不正を被ってきた者が、それに対する適切な憤慨感を不適切な方法で表現するという通例あり得る状況がその通りに認識される³⁹。道徳的葛藤論の挑発概念は、以上の点で意思限定論の挑発概念より広いが、不正行為の前提点ではより限定的である。道徳的葛藤論では挑発者の側での不正行為が前提とされる。被挑発者が挑発行為を不正であると思わずということでは十分ではない。被挑発者の意図・敵対心が、その道徳的判断の欠陥の証拠となるのではなく、その道徳的判断の健全さの証拠となるときに挑発の申し立ては説得的なものとなる、と説明される⁴⁰。

挑発者の挑発行為が被挑発者の挑発の申し立てを適正なものとするに足りるような不正行為であると判断される基準は何か。一つの方法として、成文法として明文の規定を置くことが考えられる。例えば、その中身としては、挑発者の非行が「実質的に不正である」、「重大な不正行為である」、「相当な挑発」、「甚しい違反行動」等の文言が考えられている。このような一般的条項が規定されることによつて、差し当たり判例の集積を通してより適用可能性に富む基準が作り上げられていくことが期待されている⁴¹。道徳的葛藤論においては、挑発の要件として次に被挑発者の行為動機の関連性が問題とされる。行為動機の法的関連性を明らかにすること、行為意図の内容を特定することには困難さを伴うが、葛藤モデルにおいては、挑発者の挑発行為の不正さの認定に続いて、被挑発者は、挑発者によつて不正を受けてきたという感覚によつて実質的に動機づけられていたことが認定されなければならない。法の文言としては、「主に憤慨感から」等が考えられている。これによつて、組織犯罪、暴力団抗争及び政治的暗殺のような場合には適用が排除される⁴²。動機・目的は、対応行為の相当性の判断に関係すると言われる。相当な理由なく侵害行為に出る場合は、その者の価値観に欠陥があるものとされ、共感の対象とはならない。行為者の意図がその道徳的判断の健全さを明らかにする場合に限つて、挑発の申し立ては説得力をもつ⁴³。

責任非難減少による刑の減輕論に対しては、特殊的にフェミニスト的批判がある。それは被虐待女性と粗暴男性の問題に関係する⁴⁴。その男女性差批判によれば、一九八〇年代の英国において、夫殺しの罪で訴追された女性の中で挑発の理由で刑が減輕されたのは五二・五パーセントであつたのに対し、妻殺しの罪で訴追された男性の中で挑発の理由で刑が減輕されたのは三〇パーセントであつたという統計上の事実があげられる。次に、夫殺しの女性の大部分は夫による暴行を受けていたものであり、妻殺しの男性の場合にはそのようなことは希であつたことが確認される。そして、女性は、挑発を理由とする刑の減輕という法律的取扱いのために、むしろ實質的に不利な立場に置かれることになる⁴⁵と結論づけられる。この批判は、意思限定論の見地に対してはあてはまるかもしれないが、道徳葛藤論の説明には必ずしもあてはまらないであろう。夫によって暴力を受けていた女性で刑の減輕を否定される多くの場合、その否定の理由としてあげられるのは、妻の殺人行為が直近の挑発によつて引き起こされたものではなかつたとか、外観上熟慮して行為にでているということだからである。

英国のコモンロー及びそれを成文化したと言われる殺人法の前提的立場、そして所謂意思限定論は、直接性・即時性を要求しており、その出来事の即発的な感情的衝撃こそが行為者の自己抑制力を低減せしめると理解している。道徳的葛藤論では直接性の要件には固執されていない。要件は、行為者が相当な理由のために憤つているということであり、その憤慨感というものが成長しうるということである。憤慨は、瞬間的な感情的攪乱にとどまるといふのではなく、感情作用に対してと同様に認知作用をもまきこむものであり、憤慨意識の持続によつて補強されさえする。個別的には重大とは見られないようでも、一連の出来事となれば行為者の正・不正感覚の働きに適切な影響力をもつものとして考慮されてよい⁴⁶。このような認識理解は、社会教育的相互作用の影響に敏感にさらされるものであり、時代的進行と共に蓄積されていると考えられる。英国の判例では、伝統的に直接性の要件が必要とされていたが、

最近の判例の中では被告人の側での遅滞はもはや挑発の抗弁に対する絶対的な障害とはみなされず、むしろ自己抑制力が実際に失われていたかどうかを決定するにあつての一つの要素として考慮されると示唆されている。⁴⁶ それでは、一步進んで何ら衝動性の外観を具えておらず、明らかに静態的で熟慮のある行為の場合かどうか。英国法は、伝統的に被告人の側における衝動性を要求しており、最近の判例においても、対応の遅滞性は考慮に入れられてもなお殺害の時点では突発的且つ一時的な自己抑制力の損耗が存在する必要がある、と述べられている。⁴⁷ 道徳的葛藤論によれば、行為者の意思力や理解力が極端な感情によつて曇らされることを求めないので、挑発行為後見たところ静的に或いは熟慮して行為に出る者も要件を充足し得る。正当な憤慨感、外面的に平静な態度を通して表明され得ると理解されているからである。

男女の性差に関連して、今一つ別の観点からの批判がある。それによれば、男性によるその妻に対する殺害行為は、典型的に性的独占欲や嫉妬によつて増長され、動機づけられていることが多い。それに対して謀殺から故殺に減輕することが人間的弱点に対する同情と見なされるといふのは、男性中心観の表れではないか、と主張される。⁵⁰ 併し、男性中心観は、挑発の申し立てそのものに由来するのではなく、その判断の要素的事項に関係して出現するものである。性的な嫉妬から衝動的に妻に暴力をふるうという、男性の行いがちな事柄への世間的理解に由来するものである。同一の判断基準が、暴力を受けた妻の、もつと忍耐的な対応、熟慮の上での外観的な静態的行動に対しては閉鎖的に働くというような意思限定論適法理論にこそ問題がある、と答えられる。道徳葛藤論的認識に依拠して挑発の減輕事由該当性が判断されることになり、そのような女性の責任非難の減少が公認されることになれば、先のような男女性差批判は的外れの議論となるであろう。不正行為による挑発減輕の理論は、あると言われている男女間その他同類の不均衡を相当に是正する働きをするであろう。激しい身体的酷使の存在は、それ自体として暴力を受けた妻の申

し立てを許容することになり、その対応が直接的であったか、衝動的であったか、遲滞していたか、熟慮したように見えたかどうか等は決定的なものとは見られない。どのような態様・程度の身体的酷使がその要件を充足するかは、挑発的行為者の非行がどれほど非難に値するかという社会的観念に依存する⁵¹⁾。

注

- (31) J. Dressler, "Reflections on Excusing Wrongdoers," 19 Rutgers L. J. 671 (1988); von Hirsch & Jaraborg, supra note 1; Narayan & von Hirsch, supra note 1; M. Wasik, supra note 30.
- (32) Narayan & von Hirsch, supra note 1, at 18.
- (33) von Hirsch & Jaraborg, supra note 1, at 246-247. 同僚から性的暴行を受けた後、侮辱されたその移民労働者が恥をかかせた事を被害した事件があった。State v. Gounagias, 153 Pac. 9 (Washington S. Ct. 1915).
- (34) von Hirsch & Jaraborg, supra note 1, at 248-249.
- (35) Narayan & von Hirsch, supra note 1, at 18 et seq.
- (36) Narayan & von Hirsch, id. at 19.
- (37) Id.
- (38) Id., at 19-20.
- (39) Id., at 20.
- (40) von Hirsch & Jaraborg, supra, at 251.
- (41) Narayan & von Hirsch, supra, at 20.
- (42) Id.

- (43) von Hirsch & Jareborg, *supra*, at 251.
- (44) J. Horder, *Provocation and Responsibility*, at 186 et seq.; M. Wasik, "Cumulative Provocation and Domestic Violence," 1982 *Crim. L. Rev.* 29; K. O'Donovan, "Defences for Battered Women Who Kill," 18 *J. of Law & Society* 219 (1991).
- (45) J. Horder, *Provocation and Responsibility*, at 187.
- (46) Narayan & von Hirsch, *supra* note 1, at 21; von Hirsch & Jareborg, *supra* note 1, at 252.
- (47) Duffy, [1949] 4 *All E. R.* 932. 被告人は、夫と口論となり暴行を受け、子供を連れて出て行くとして阻止され、暫く後一人になって衣服を差替え、ヘッドに入っていた夫をハンマー等で殴り殺したことで有罪決定され、挑発の申し立ては退けられた。
- (48) Ahluwalia, [1992] 4 *All E. R.* 889. 被告人は、結婚当初より多年に渡って夫から暴力を受けてきて、夫には愛人もおり、事件当口口論の末明朝殴打の脅迫を受け、夜中、睡眠中の夫を焼殺した。See D. Nicolson and R. Sanghvi, "Battered Women and Provocation: The Implications of R. v. Ahluwalia," 1993 *Crim. L. Rev.* 728.
- (49) Ahluwalia, [1992] 4 *All E. R.* 889, 896.
- (50) J. Horder, *Provocation and Responsibility*, at 194.
- (51) Narayan & von Hirsch, *supra* note 1, at 21; von Hirsch & Jareborg, *supra* note 1, at 253-254; M. Wasik, *supra* note 30, at 329.

三、あとがき

以上の理論的な主張の内容と相違についての記述の中でも触れられているが、英米法における伝統的な挑発理論と所謂道徳的葛藤論の提案する挑発理論の現実的要件について整理しよう。一つは、憤激の性質をめぐつてのものであり、憤激は挑発的出来事の直後の行動であることが必要かということがある。今一つは、合理人の基準をめぐつてのものである。

先ず第一の設例は、甲の子供がボールを追つて道路に飛び出したため、通常運転をしていた乙が避けきれず衝突し重傷を負わせてしまい、甲は怒りと絶望の余り乙を殴打したという場合である²⁵。甲が憤激の余り行為にでたのは確かであるが、それには相当な理由があるとは言えないから道徳的葛藤論の考え方を適用することはできない。その場合にも減輕が認められるとすれば、その理論的基礎は遵守能力が制限されていたのではないかということであろう。確かに挑発以外の減輕抗弁というものも考えられるから一時的抑制能力の減少があつたかどうかを検討してみる余地はあるであろう。次の設例は、甲の子供を日頃からいじめていた乙が重大な過失によつて甲の子供に傷害を負わせた後、甲が暫くの反省の時間を経て乙に暴行を加えた場合である²⁶。この場合には選択能力の低減が主張されているわけではないから、コモンローの激情要件は意味をなさない。問題は、甲の憤慨に相当の理由があるかどうかである。そのまゝでは甲の不満感が増幅され、虐げられたという感じによつて強化され、解消されないままに持続するかもしれないような場合であるかどうかである。この例では、コモンロー上の合理人の要件は全く場違いというわけではなく、不

論 說
正確ではあるが憤慨原理にとつて基本的な行為者の憤慨の相当の理由の有無を問うことと同様の働きをするものである。

道徳的葛藤論の責任非難減少モデルでは、コモンローの挑発行為の原理に対して、第一段階としての意思の限定、第二段階としての憤慨・義憤があてられる。第一の意思の限定は、明瞭な意思の低減を包含するだけにとどめられ、それが満たされない場合に憤慨原理が適用される。これは、用語の通常の意味における本来の挑発概念に対応するものと考えられる。憤慨原理では挑発者の不正行為が前提され、直接・即時性の要件は捨てられるが、被挑発者が挑発者の行為によつて悩まされたと感じた等の単なる主観的印象では十分ではなく、本人の受苦感が何らかの形で正当化されることが要求される。相当な憤慨・義憤とは何か。憤慨原理はどのような場合に充足されるか。最も直接的なもの、挑発者の行為が実質的性質の犯罪を構成するものであつた場合である。故意や重大な過失によつて行為者自身及びその家族を傷害した場合、正当防衛として正当化することのできない事情の下で夫を攻撃する妊婦の場合、窃盗犯人に対する財物の奪還行為の場合等が例示されている。明白な犯罪行為ではないが、一般的に承認されているような行為規準を侵害する行為については問題が生じ易い。それでも、民法上の不法行為にあたる場合には肯定されるが、非難可能ではあるが純然たる違法というわけではないような場合⁵⁵⁾には常に困難さが伴う。そのような場合、結局は夫々の法域の裁判所の能力への信頼に依拠することになる。侵害的ではなく単なる無礼な行為については、道徳的葛藤論者も消極に傾く。

英米法においても、挑発に関する法について一貫した理論的基礎を見出すことは困難であつた。それに対して、近年デザート論者及びドイツ等の刑法理論をとりこもうとする人々の間でその理論的基礎を明らかにしようとする試みが活発化したことが注目される。その際、所謂デザート・均衡刑論の主張の中にみられる倫理観念及び人間科学的認

識への視点に現在の諸問題への関与の手掛りが期待される。特に興味深いのはその所謂日常生活の真实性への感受性である。責任というものは、実務刑法学の中でこれまで伝統的に想定されたものよりも複合的觀念であることが明白になることが望まれる。そのためには、意思と自己抑制の問題を考慮することでは十分でなく、行為者の行為の理由も等しく重要となる。その行為理由も、単に特殊的利益關心にとどまらず、行為者の感情及びその道德的基礎も同様に重要な関連性をもつことになる⁵⁶。このような認識は特殊社会状況によつては疎遠な感情主義に見えることがあろうが、それは明白に認識理解することによつてしかその欠点も乗り越え難いであろう。このような実在論的試みは、歴史上関連する学問分野において様々の時代、国々において言明されたこともあり、夫々の時期に相應の賛同と非難を受け、歪曲されたりした記憶もあるであろうが、世界思想として各人の心身に無意識裡にも受け入れられていかざるを得ないように思われる。

我国においても、法律上の刑の減輕事由としての挑発は考慮に値するであろう。實際のところ随所で様々の形で實質的判断者によつて考慮されているとしても、その不分明さが制度の組織・運用者の判断の容易さを担保するというような支配形式から脱皮することは、現代における態度の一貫性を説得力あるものにするためには必要なことであろう。二重規準的融通性に口実と逃避口を用意するような制度運用も、それ自体として透過性をもたせることによつて、制度責任を当事者の中で明確化することが、夫々の限定された責任を果たすことになるであろう。そのような責任を負うための社会意識的前提は熟していないという非難は残るであろうか。

減輕事由としての挑発の根拠は、表層的な、通俗的とも言われるような心理学の情動論による意思限定のみに頼るのではなく、動機の実在的葛藤状況をもとりこんだ方が、拡散的に多様化したように見える通常の挑発事件の法的解決を求めつづける意識に適合的であろう。倫理・道德觀念は、言わば藥物のようなものとして取り扱われる必要があ

るかもしれないが、人間理性の存在根拠とも言われる道徳意識に法的生活に關して日常的に科学的注意を払うことは總體的に避けられないとすれば、明らかにその現象面の相関關係を照明する可能性を含んだ理論を消去することはできない。不正行為に対する相當な憤慨感の存在を道徳的に正当化できるとしつつ、種々の段階的行動様式の中で暴力行為を選択して対応することについては、端的に不法であり、責任もあるが、責任非難は減少するものとして取り扱う中で、行為者自身の行為の理由・動機の性質・内容を実体的に考慮することに蓄積されつつある経験科学の諸学説と認識とを相関的に有意義に働かせる機会が保証されることになるのは許容されるであろう。明らかに一個の認識の広がりは、実質的な或いは明白な不正行為に対して憤慨して行為した者についての法的取り扱いを、日常生活の中における法の支配の下において実質的に考慮することであろう^前。その際の憤慨は、即時的・直後の激情に限られないこと、不正行為が終つた後で通例なら冷却期間があつたとされるような期間の経過後においても排除されないこと、対応行為は発作的・自己忘失の形態のものであることは何ら重要でなく、正確には本質的なことではなく、一見冷静なものであつても、熟考されたものであつても、排除されなくて考慮されなければならない、ということである。ただ、この点にはなお多くのつまづきの石が隠されているように思えるし、旧態の眠りを眠り続けようという誘惑は少なく見積ることはできないであろう。本来的には社会生活と意識の線分の上昇度と刑罰制度の変容とに同調できる事態を迎えられれば、有意義な負因や阻害因子であることをやめるようなものであろう。また、犯罪行為者にとつて、弁明の理由は夫々独自性をもつほど多様であり、刑罰非難の苦痛、二次的苦痛を見据えつつ考えれば、実在的な——道徳感情の正当化し得る限りの——刑の減少事由の法的承認に注意を喚起することは、犯罪に關して全般的には靜態的に見える社会においても、意味があらう。

注

- (52) von Hirsch & Jareborg, *supra* note 1, at 251.
- (53) *Id.* at 252.
- (54) *Id.* at 253-254.
- (55) 個人的中傷や裏切り等があげられる。
- (56) von Hirsch & Jareborg, *supra* note 1, at 254.
- (57) *Id.* 多元化的社会においては、非決定が美德かもしれない。
- (58) *Id.* at 255.
- (59) Narayan & von Hirsch, *supra* note 1, at 22.