

# カナダ刑法改正議論と自招侵害

岡 本 昌 子

- 一 正当防衛の現行規定と刑法改正議論
- 二 自招侵害と正当防衛規定
  - 1 三四条二項の適用をめぐる判例の流れ
  - 2 三四条二項適用肯定説の問題点と新たな問題提起
  - 3 挑発の有無による正当防衛規定の峻別について
- 三 正当防衛規定改正議論と自招侵害
  - 1 挑発の有無による区別を廃止する法改正案
  - 2 正当防衛規定改正に関するコンサルテーション・ペーパー
  - 3 判例研究からの正当防衛規定改正議論
  - 4 展望

## 一 正当防衛の現行規定と刑法改正議論

(1) カナダは、自招侵害の問題を立法で解決している国として特筆するに値する。しかし、近年、このカナダの特殊性が消滅する可能性がでてきた。カナダでは、一九八〇年代から、刑法改正議論が活発化し、一九八六年のカナダ法改革委員会 (Law Reform Commission of Canada) の報告書『刑法改正 (Recodifying Criminal Law)』<sup>(1)</sup>をはじめ、種々の改正案が提示されてきた。現行刑法に定められている正当防衛規定は、被告人(防衛者)の主張しうる正当防衛の抗弁を被告人による挑発の有無(防衛者が攻撃を挑発したか否か)によって区別しているが、これらの改正案は、この挑発の有無による区別を文言から削除するものであり、したがって、この刑法改正議論は、正当防衛の自招侵害論に大きな影響を及ぼすものといえる。

そもそも現行の正当防衛規定は、複数の条文にまたがっている上に、その文言は過度に詳細かつ複雑であり、そしてあいまいであるとの批判を受けてきた。これらの正当防衛規定の問題点が、正当防衛の抗弁を理解しにくいものとし、カナダの刑法理論が尊重している行為規範としての機能を現行規定では期待できないのではないかとの懸念を生み、さらに、実務において裁判官の陪審への説示で混乱や間違い、不備を生じさせ、それにより上訴、再審理へと導かれるケースが増えていると指摘され、正当防衛規定の簡潔化が主張されるようになった。<sup>(2)</sup>そこで、先述のように、挑発の有無による正当防衛規定の区別を撤廃することなどにより正当防衛規定の過度の詳細化を克服しようとする改正案が提出されてきたのである。

(2) さらに、正当防衛規定そのものに内包する問題点、「規定相互間の不均衡」も改正議論に拍車をかけたといえる。この「規定相互間の不均衡」の問題は、自招侵害に関して顕著に現れた。三四条一項は「挑発せずに不法な暴行を受けた者は」とあり、一方、三五条は「正当な理由なく自己に対する暴行を挑発した者は」とあることから、従来、三四条は攻撃を挑発していなかった場合に適用される規定、三五条は攻撃を挑発していた場合、つまり自招侵害に適用される規定と体系づけられてきた。<sup>3)</sup>しかし、三四条二項は、三四条一項と異なり「挑発せずに」という文言を欠いていることから、三四条二項を自招侵害に適用できるのかという「三四条二項の適用範囲」が問題となり、実際にこの点を争点とする判例があらわれ、一九八〇年代後半には、それまでの先例を覆して三五条のみでなく三四条二項も自招侵害に適用できるとする判例が下されるようになった。これを契機に、後述のような自招侵害に適用される規定相互間の不均衡にとどまらず、正当防衛規定全般に亘る不均衡が浮き彫りとなり、抜本的な正当防衛規定改正の必要性が主張されるようになったのである。

この自招侵害への三四条二項適用の是非をめぐる問題は、自招侵害において認められる正当防衛の成立範囲に大きな違いをもたらす重要な論点であるにもかかわらず、判例と学説は見解を異にしている。学説は、近年の判例のように三四条二項を自招侵害に適用できるとするのは不合理な見解であると批判し、あくまでも自招侵害に適用できるのは三五条のみであると主張している。もともと、判例が先の見解を採っているのには、立法府を法改正へと突き動かすという意図がその背後に隠されており、<sup>4)</sup>実際、判例の中にはこの点を示唆するものもあるのである。

## 二 自招侵害と正当防衛規定

## 1 三四条二項の適用をめぐる判例の流れ

(1) 三四条二項の自招侵害への適用をめぐる問題が学者の注目を集めたのは、最高裁判所が一九九五年のマッキントッシュ (McIntosh) ケース<sup>(5)</sup>で、自らその不合理性を認める判決——自招者にも三四条二項の適用を認めるとする判決——を下したからであった。

本問題に対する判例の見解は、自招侵害には三五条のみが適用され得ると解する三四条二項適用否定説（以下、①説とする）と三四条二項適用肯定説（以下、②説とする）とに分かれる。一九七五年のポリアントウ (Poljantou) ケース<sup>(6)</sup>で、オンタリオ州控訴裁判所が本問題に初めて触れ、三四条は挑発により自ら招いていない不法な暴行から自己を守る権利を付与するものであり、三五条は挑発により自ら招いた暴行から自己を守るための権利を扱うものであると両者を明確に分類した。そして、翌年のボーグ (Bogue) ケース<sup>(7)</sup>においても、「被害者による被告人に対する暴行が被告人によって挑発されていなかったと認定されるならば（傍点筆者、有形力に対峙して有形力で（相手を、筆者注）殺害する者を三四条二項は以下の要件の下、正当化する。」と判示している。

一九八〇年代に入ると、ブリティッシュ・コロンビア州控訴裁判所が、メルソン (Merison) ケース<sup>(8)</sup>において、（三五条の要件が争点となった事例であったため、①説と②説のいずれの見解にたつのか必ずしも明らかではないが）三五条は暴行を挑発していたにもかかわらず適用できると判示しており、また、アルバータ州控訴裁判所は、アルカドリ (Alkadri)

ケースにおいて、陪審が、被告人は暴行を挑発していなかったと判断したならば、三四条二項下でその殺害が正当化された可能性があるが、被告人は先制攻撃者であったと判断したのであれば、彼は三五条の規定に依拠できるにすぎなかったと述べている。

(2) このように、当初、判例は、①説にたっていた。しかし、一九八八年のスタッブス (Stubbs) ケース<sup>⑩</sup>で、オタリオ州控訴裁判所は、三四条二項下の抗弁の考慮において挑発の有無は関係しないと判示した。その四年後に下されたネルソン (Nelson) ケース<sup>⑪</sup>でも、同裁判所は、「上訴人による挑発の立証が三四条二項下の正当防衛の権利を彼から剥奪すると陪審が誤解したとは思われぬ」として控訴を棄却し、「事実審裁判官は、三四条一項と三四条二項との間の相違に言及したが、その中に、三四条二項には暴行を挑発したことという要件が欠けているという点が含まれていなかった」と述べていることから、本判決も②説にたつものといえる。そして、一九九五年のキャメロン (Cameron) ケース<sup>⑫</sup>では、「三四条一項に見られる『暴行を挑発せずに』が三四条二項に読み込まれてはならない」ということは、今では十分に定着している」と述べるに至った。

このように、スタッブス・ケース以降、先例を覆し、②説にたつて判示される傾向にあった。しかし、これらの判例は、①説または②説にたつことを述べるにとどまるものであり、その根拠は示していなかった。このような判例の流れの中で、②説にたつて判示した控訴審判決を不服として上告されたマッキントッシュ・ケースで最高裁判所がどのような判断を下すのが注目されたのである。

首席裁判官を含む多数意見は、本判決で、挑発者にも三四条二項を適用できるとし、挑発者である被告人は、正当

防衛の抗弁の主張を三五条に掲げるところの三四条二項よりも厳しい要件下に制限されないと判示した。多数意見がこのように②説にたったのは、法解釈において目的論的解釈ではなく文理解釈に従い、三四条一項は「暴行を挑発せずに」という文言を含み、同条二項は含んでいないという点に重点をおいたからであった。

(3) ここで注目すべきは、一九九〇年代以降、カナダの最高裁判所は、伝統的な「明白な意味のアプローチ (plain meaning approach)」よりもコンテキスト理論 (contextualism) を選択していると指摘されているにもかかわらず、<sup>(13)</sup>そして、多数意見自ら、コンテキスト理論の合理性を認めながらも、先のような解釈を行ったという点である。

その理由として、最高裁の多数意見が、刑罰法規の解釈においては厳格解釈が行われるべきであったマルコット (Marotte) ケース<sup>(14)</sup>に従い、②説にたつとコモン・ローと相容れないことや三四条と三五条の間に矛盾が生ずることを理解できる市民はまれであることから、三四条二項は明白な意味で解釈すべきであると考え<sup>(15)</sup>、そして、刑法一九条(「法の不知は免責とはならない。’)で定める法規の行為規範としての機能を尊重したこと<sup>(16)</sup>、規定があいまいで二通りに解釈できる場合は被告人に有利な方を採るべきであるという刑罰法規の解釈における法則に従ったこと<sup>(17)</sup>などの点が指摘できる。

しかし、②説にたった理由として、多数意見は、以下の点を強調している。コンテクスチュアル (contextual) アプローチは「立法意図を基盤とするものである。しかしながら、規定の立法化において立法府の意図が何であったのかを、刑法における正当防衛に関する規定の混乱した状態からどのようにして裁定できようか<sup>(18)</sup>」と述べている。さら

に、判決文の中でラマー首席裁判官 (Lamer C.J.C.) が、三四条と三五条は「高度に技巧的であり、多くの批判を受けるに足る過度に詳細な規定である。刑法における正当防衛制度を明確にするための立法活動が要求されていることは明らかである。」<sup>19)</sup>と述べていることから、正当防衛規定改正への要求が②説を採った主旨であったといえよう。<sup>20)</sup>

マッキントッシュ・ケース以降も、②説にたった判例が下されているが、それらの判例も、正当防衛規定の問題点を指摘し、その改正の必要性を訴えていることは特筆すべき点であろう。なお、機能的 (functional) アプローチ<sup>21)</sup>から、三四条一項と二項を比較した場合、二項の方が要件がゆるやかであり、従って被告人に抗弁を認めやすい規定であるとして、全ての致死ケースに (防衛行為が死を惹起した場合について規定している) 三四条二項が適用されるべきであるとする判決も下されており、「全ての致死ケースに適用される」という点からこの判決が自招侵害で死亡結果が発生した場合にも三四条二項が適用されると解するものであるならば、本問題についてあらたな見解を示唆するものといえよう。

## 2 三四条二項適用肯定説の問題点と新たな問題提起

(1) 本問題について、学説は、①説が妥当であると解し、判例がスタップス・ケース以降、②説にたっている点を批判している。その根拠として、学説は、三四条一項、三四条二項、三五条は、異なった正当防衛状況を念頭に規定されたものであるということを基盤に、三五条が退避義務などを設けて三四条よりも厳格な要件の下で正当防衛を認めているのは、同条が自招者に認められる正当防衛の範囲を定める規定であることの証拠であるとし、これに対して

三四条は挑発していない暴行に対する正当防衛について規定するものであり、同条二項は一項の死または重大な身体的危害を生じさせたバーションであるとしている。<sup>24)</sup>

さらに、このような立法趣旨だけでなく、挑発した者は通常の防衛者よりもモラル的に非難に値するにもかかわらず挑発者に有利となる②説のように解することは不公正であること、<sup>25)</sup>さらに、②説から導かれる結論の不合理、つまり、②説にたつと(三五条にのみ掲げられている)退避義務を課さずに挑発者に死を伴う有形力の行使を認めることとなってしまう、死または重大な身体的危害を生じさせた挑発者(三四条二項)が、それよりも重大でない危害を生じさせた挑発者(三五条)よりも正当防衛を主張しやすい立場に置かれてしまうという点も学説が①説を主張する根拠となっている。<sup>26)</sup>もつとも、②説を採る判例も、この②説から導かれる結論の不合理を認めている。しかし、先述の理由から①説は採りえないと主張し、規定に存在しない文言を読みこむことは、裁判所の機能ではなく立法府の機能であるとして、正当防衛規定改正の必要性を主張しているのである。<sup>27)</sup>

また、バクスター(Baxter)ケース<sup>28)</sup>以降、三四条二項は死または重大な身体的危害を生じさせることを意図していた場合でさえ適用され得ると解されることとなったことから、②説にたつと、上述の「退避義務の有無」に関する不均衡に加え、さらなる不均衡が生ずることとなる。なぜなら、挑発者である被告人が死または重大な身体的危害を引き起こすことを意図し、そしてそのような結果を実際に惹起したとしても、被告人は三四条二項による抗弁の資格を得られることとなるからである。ひいては、事実上、陪審が三五条を考慮する必要性はなくなってしまうのではないかと指摘までなされている。<sup>29)</sup>



(2) マッキントッシュ・ケースの最高裁判決を契機に、以上のような自招侵害に適用される規定の範囲とそれに伴う問題点が明らかとなったのであるが、さらに、一九九九年に下されたフィニー (Finney) ケース<sup>30)</sup>で新たな問題が提起された。それは、三七条一項の自招侵害への適用の是非の問題である。刑法三七条一項は、「暴行から自己または自己の保護下のいかなる者をも守るために、その暴行またはその反復を防止するために必要な範囲内の有形力を行使するならば、何人もその有形力の行使を正当化される。」と規定し、被告人の保護下にある第三者の防衛を目的とするものと解されている。しかし、「自己または」と規定していることから、いわゆる緊急救助だけでなく自己防衛の場合にも本条を適用できると解し得る余地があり、現にフィニー・ケースよりも古いバクスター・ケースやフィグユエイラ (Figueria) ケース<sup>32)</sup>などで、他の条文に比べ要件の穏やかな三七条が陪審に説示されるよう弁護士は要求するようになるであろうと指摘されていた。

フィニー・ケースの控訴審判決は、②説の立場から三四条二項と三五条を挑発者に適用できるとしたが、被告人(上訴人)は死または重大な身体的危害を危惧していなかったことから両規定の要件を満たしておらず正当化されないとした。そして、「三七条の適用がなければ、暴行を挑発した被告人は、(相手からの、筆者注)暴行が死または重大な身体的危害を合理的に危惧するレベルにまで達しない限り、その暴行から自己を守ることは正当化され得ないと結論づけられなければならない。これは、道理にかなっていない。これは、人間性を無視している。暴行を挑発した者とはいえ、死または重大な身体的危害の合理的危惧が生ずる程度に至っていない復讐をその者が甘んじて受けることを期待することは実際上できない。さらに、三四条二項または三五条によってカバーされる自招侵害の事例以外

の自招侵害の事例に対して正当防衛の適用を否定する解釈は、事実上、三四条二項や三五条が適用されるレベルに到達するまで闘争のエスカレーションを招くであろう。これは、刑事政策上、決して好ましくない。→被告人が暴行を挑発していたならば、実際、それに続く彼の行動が防衛的であったと陪審を確信させることは困難であろう。しかしながら、被告人が暴行を挑発したもののその暴行が死または重大な身体的危害を合理的に危惧するレベルにまでいまだ達していなかった場合に、正当防衛の抗弁の可能性を否定するいかなる政策上の実質的理由も私には見出せない」と述べ、暴行を挑発した被告人に三七条を適用できると判示した。

この結論は、マッキントッシュ・ケースにおいて最高裁が、「三七条制定における国会の意図は明白ではないが、少なくとも、三七条は、三四条と三五条が適用され得ないケースに正当防衛の基盤を提供する、間隙を埋める役割を果たさなければならない。」<sup>(33)</sup>と判示した点を受けて導かれたものであった。<sup>(34)</sup>つまり、三四条二項と三五条は、挑発者が死または重大な身体的危害の合理的危惧を創造するレベルにまで達していない場合にその暴行から自己を守るために反撃するという状況は含んでいないことから、これがマッキントッシュ・ケースで指摘された三七条が埋める「間隙」であるとフィニー・ケースの控訴審裁判所は解したのである。しかし、このように解すると、三四条と三五条の間にとどまらず三七条にもまたがる規定相互間の不合理・不均衡が現れることは自明であり、この点を指摘する判決が近年下されるに至っている。<sup>(35)</sup>

### 3 挑発の有無による正当防衛規定の峻別について

(1) そもそも、カナダは、いかなる理由から挑発の有無により峻別した詳細な正当防衛規定を制定したのであろうか。

カナダ刑法の正当防衛規定は、コモン・ロー上の正当防衛において認識されていた二つの状況——「防衛者にいかなる責めもない場合」と「防衛者のなにかの責めによって攻撃が導かれた場合」——を法典化したものと解されている。コモン・ローでは、通常の正当防衛状況ではなく防衛者が攻撃を挑発していた場合（つまり、防衛者のなにかの責めによって攻撃が導かれた場合）、防衛者が闘争を開始したのであるから後続の結果は部分的に被告人（防衛者）に責めがあるとし、そのような場合には、正当防衛を主張する以前に退避が可能である限り退避することが要求されてきたことから、そのような挑発事例を対象とする三五条は（三四条と異なり）退避義務を要件として定めているのである。<sup>(36)</sup>

(2) それでは、なぜ②説のように解する余地ができたのであろうか。

そもそも、カナダで最初に制定された一八九二年刑法典の正当防衛規定は、イギリスの一八七九年刑法草案のそれを導入して制定されたものであった。<sup>(37)</sup> イギリス法律委員会は、一八七八年刑法草案のシンプルな正当防衛規定ではなく様々な状況における有形力の行使に対処し得る詳細な規定を選択し、先のコモン・ロー上の相違を一八七九年刑法草案五五条と同五六条に法文化した。<sup>(38)</sup> カナダの立法院は、これらの条文を導入して一八九二年刑法典四五条（以下、旧四五条とする）と四六条（以下、旧四六条とする）を定めた。

したがって、旧四五条と旧四六条は、「挑発していない暴行に対する正当防衛」、「挑発した暴行に対する正当防衛」というそれぞれのマージン・ノートからもわかるように、先のコモン・ロー上の区別に従っており、現行三四条一項および二項にあたる旧四五条は以下のような条文であった。

旧四五条 挑発していない暴行に対する正当防衛

「挑発せずに不法な暴行を受けた者は (Every one unlawfully assaulted, not having provoked such assault, is ~) もし死または重大な身体的危害を生じさせることを意図しておらず、そして正当防衛という目的のために必要なる範囲内の有形力ならば、それを行使して撃退することを正当化される。(原文はセミコロン) そしてそのように暴行を受けた者は (every one so assaulted is ~) たとえ彼が死または重大な身体的危害を生じさせたとしても、暴行の契機となった暴力から、または攻撃者が目的を追求する暴力から、死または重大な身体的危害を合理的に危惧してそれを生じさせ、そしてさもなくば死または重大な身体的危害から自己を防衛できないと合理的な根拠に基づいて確信していたならば正当化される」<sup>(39)</sup>。

セミコロンで区切られていた旧四五条は、一九〇六年改正で平易化を理由に、五三条一項と同条二項に分けられた。<sup>(41)</sup> その際、一九〇六年刑法典五三条二項は、「そのように (so)」が何を指すのかという点について具体的に示さないまま、(現行三四条二項にあたる) 旧四五条の「そのように暴行を受けた (so assaulted)」という文言をそのまま継受したことから、「挑発せずに」という文言は含まれない結果となった。さらに、マージン・ノートは、五三条一項「正当防衛——暴行」と五三条二項「正当化の範囲」に変更されたが、一九二七年改正では、再び、挑発の有無に視

<sup>(39)</sup>

<sup>(41)</sup>

点をおいた現在のマージン・ノートとした。<sup>(43)</sup>

これらの改正では、文言自体に修正は加えられなかったのに対して、一九五四―五五年改正では、マージン・ノートは維持したまま、一九二七年刑法典五三条二項の冒頭の文言を「そのように暴行された者は (Everyone so assaulted)」から「不法に暴行を受けた者は (Everyone who is unlawfully assaulted)」に修正した。その後、一九七〇年改正<sup>(46)</sup>および一九八五年改正<sup>(47)</sup>を経るも、この文言を維持する形で現行法三四条二項となったことから、②説に解する余地ができたわけである。

(3) この一九五四―五五年改正について、①説は、当時の立法資料に正当防衛に関する法律を変えようという意図は見られないこと、当時の改正委員会 (Revision Commission) は法典の矛盾やあいまいさ、変則の削除、文言の統一を委任されていたのであり、実質的な法改正は委任されていなかったこと、<sup>(48)</sup>そしてなによりも現行法三四条のマージン・ノートが「挑発していない暴行に対する正当防衛」となっていることから、<sup>(49)</sup>立法院は法律を変えようとしたのではなく、「挑発せずに」という文言を不注意で (inadvertent) 削除したのだと解する。<sup>(50)</sup>

これに対して、②説は、文言に修正を加えた一九五四―五五年改正の際に挑発の要件を盛り込むことができたはずであるのにそうしていないのは、立法院が同条二項を挑発者に適用できるべきであると意図していたことを表していると主張する。<sup>(51)</sup>

しかし、②説にたつと、そもそもカナダ刑法が挑発の有無により正当防衛の抗弁を区別していたコモン・ロー上の抗弁を立法化させたものであるという点を無視するばかりでなく、旧四六条が自招侵害に適用される規定であるがゆ

えに退避義務を要求していたことともそぐわなくなる。かくして、正当防衛規定の改正の必要性が判例・学説から強く主張されるようになり、その中に挑発による区分を削除して現行規定を簡潔にすべきであるとする、自招侵害と直接関わる改正の提案がなされているのである。

### 三 正当防衛規定改正議論と自招侵害

#### 1 挑発の有無による區別を廃止する法改正案

(1) 現在の法改正議論は、カナダ刑法制定の背景、そしてその後の法制史にその端緒を見出すことができる。カナダにおける最初の刑法典は、法典制定反対派の関心を（政治的論点として当時大いに物議をかもししていた）大陪審へ逸らすことよって成立した<sup>(32)</sup>。その法典は、多くの技巧的欠陥を含み、全体的に重複して不合理な規定が多く、非体系的であると制定当時の最高裁判事に指摘され、さらに一般原理に基盤をおいておらず、理解しにくいとの批判も受けた<sup>(33)</sup>。そこで、既述のように、数回にわたる改正を行うのであるが、それらは部分的修正にとどまるものであった。その中で、一九五三―五四年改正は、コモン・ロー上の犯罪を廃止し、一一〇〇条もあつた条文を大幅に削除した点でそれまでの改正に比べると実質的な修正（substantial revision）が行われたともいえるが、現在の法改正議論で主張されている総則規定を設けるといような抜本的改正は行われなかった<sup>(34)</sup>。

一九六〇年代後半になると、「公正な社会（just society）」の追求により、社会規模で法改正の必要性が叫ばれるようになった。これに伴い、刑法改正の検討に従事する政府の常設機関の設立が要望され、これを受けて、カナダ政府

は一九七一年にカナダ法改革委員会を設立した<sup>(55)</sup>。しかし、初めの一〇年間は、政府が刑法の抜本的な改正に概して無関心であったため、同委員会の業績は立法化へとは至らず、政府の刑法改正へのアド・ホックなアプローチに対する激しい非難を生むこととなった<sup>(56)</sup>。

以上のような流れを経て、カナダでは、現行刑法には、(ア)過失や故意、不作為、そして正当防衛を初めとする抗弁に関する実質的な基本原理 (basic substantive principles) が欠けており、そして、(イ)無視できない矛盾と過度の複雑さが存在しているとして、諸々の機能によって法改正の必要性が主張されてきたのである<sup>(57)</sup>。

(2) 正当防衛に焦点をおいてこの改正議論を考察すると、(ア)の観点から、現行規定から正当防衛に関する「実質的根拠を示した規定」に改めるべきであると主張されてきたといえる。そして、(イ)の観点については、既述のように現行の正当防衛規定は必要以上に詳細かつ複雑であり、どのような場合に正当防衛の抗弁を主張できるのか理解しにくく、行為規範としての機能を期待できないとして、「規定の簡潔化」が主張されてきた。さらに、これは、(ア)(イ)両観点にまたがるものといえるが、当該事案に必要な正当防衛規定の説示は陪審の混乱を招くのでこれを避け、そして被告人に有利な規定（つまり、広い範囲で正当防衛を認める規定）があればそちらの規定を説示すべきであると解されているものの、どの規定がどのような事案において不必要な規定であるのかについてコンセンサスが得られていないうえに、いずれが被告人にとって有利な規定であるのかはケース・バイ・ケースであることから、現行のような詳細な正当防衛規定ではなく、明瞭で理解しやすい規定に改正するよう主張されてきた<sup>(58)</sup>。

このような法改正の主張を背景としていたことから、諸機能によって提案されてきた正当防衛規定案は、全て現行

規定よりもシンプルなものとなっている。その先頭を切って公表されたカナダ法改革委員会の報告書『刑法改正<sup>(60)</sup>』は、カナダ国民にわかりやすい法典とすることを目的として、技巧的な専門用語の使用を最小限にとどめ、複雑な構文と過度の詳細さを避けた簡潔な規定を提案している。その中で、正当防衛については、次のような一般規定 (General Rule) と除外規定 (Exception) で構成された規定 (以下、法改革委員会モデルという) を提案している。

### 三(一〇) 人の防衛

(a) 一般規定…何人も危惧した危害または苦痛を避けるために合理的に必要な有形力の行使によって不法な有形力から自己または他人を防衛するために行動した場合は、責めを負わない。

(b) 除外規定…法の執行。本条は、逮捕権限を執行している警察官、またはその権限下で行動していると合理的に確認し得る者に対して有形力を行使する者には適用されない。<sup>(61)</sup>

本委員会は、三(一〇)(a)で、不法な有形力に対して合理的に必要な (reasonably necessary) 有形力を行使する権利を表わしており、したがって、(b)で列挙するような適法な有形力に抵抗することはこの権利の中に含まれず、除外規定となるとしている。そして、現行法における防衛者による挑発の有無や死または重大な身体的危害を生じさせる意図の有無による区別は、この「合理的に必要な有形力」の要件の中に解消される——三(一〇)(a)における「合理的に必要な有形力」という要件の判断において、挑発の有無などの事情が考慮される——とした。つまり、カナダ法改革委員会は、防衛者が挑発者であったかどうかに関する点は、「実際は、行使された有形力が合理的に必要なものであったかどうかという問題に関連する<sup>(62)</sup>」としてこれらの区別を削除したのである。これに伴い、法改革委員会モ



デルでは、退避義務などの詳細な要件も削除されている。

カナダ法律家協会 (Canadian Bar Association) も、刑法改正問題について、一九九〇年に刑法改正対策委員会 (Criminal Code Recodification Task Force) をたちあげて検討を行い、カナダ法改革委員会同様、明瞭でわかりやすい様式の総則規定を設けるべきであるという観点から、一九九二年に公表した報告書『刑事責任の原理 (Principles of Criminal Liability)』で次のような規定 (以下、法律家協会モデルという) を提案している。

二(一) 人の防衛

何人も自己防衛または緊急救助のためにその者がそうなるであろうと確信した状況において行使することが合理的である有形力を行使することを正当化される。

(二) 超過した有形力

自己防衛または緊急救助のために超過した有形力を行使し、よって他の者を死亡させた者は、謀殺罪ではなく故殺罪とする。<sup>(63)</sup>

本対策委員会も、被告人が合理的な有形力を行使したかどうかという観点から被告人の行為が評価されるならば、現行法のように、死または重大な身体的危害を生じさせることを意図していたか否か、自分に対して加えられる暴行を挑発していたか否かで抗弁を区別する必要はないと主張し、法改革委員会モデル同様、現行法における挑発の有無による区別を削除し、人というものは有形力を行使することが合理的である場合、その有形力を行使する権利を与えられているということを明確に示すモデルを提案した。

(3) これらの報告書の提出を受けて、当時の司法大臣 (Hon. Kim Campbell) は、刑法改正を促進すべく、国会小委員会 (Parliamentary Sub-Committee) に検討を命じた。この命を受けて、同委員会は、法改正に対する意見の収集、参考人の意見聴取を行っているのであるが、それによると、警察庁は、諸原理の明確化の必要性ならびにその可能性に懐疑的見解を示していたものの、ほとんどの意見が総則部分の必要性を強く支持するものであった。

それら諸見解の考察を経て、国会小委員会は、『第一原理 カナダ刑法総則の改正 (First principles: Recodifying the General Part of the Criminal Code of Canada)』<sup>(25)</sup>と題する報告書をまとめた。その中で、同委員会は、法改革委員会モデル、法律家協会モデルともに現行法の簡潔化を試みている点を評価している。特に、法律家協会モデルが「その者がそうなるであろうと確信した状況において行使することが合理的である有形力」と規定している点について、抗弁の主観的要素と客観的要素を明確に規定するものであるとしてこれに賛成している。一方、従来判例が否定してきた、過剰防衛に対する部分的抗弁 (謀殺から故殺へと軽減する抗弁) を規定している点については反対している。

(4) この国会小委員会の報告書をもとに、司法省は、総則に関する白書『刑法改正の提案 (一般原理) (Proposals to amend the Criminal Code (General Principles))』を早急にまとめ、同年、国会に上程している。その中で、正当防衛に関して以下のような規定 (以下、白書モデルという) を提案している。

三七(一) 人の防衛

自己防衛または緊急救助のために行動している限り、犯罪を犯していない。

(二) 防衛の範囲

行為者がそうなるであろうと確信した状況において、以下の場合、行為者は自己防衛または緊急救助のために行動している。

(a)有形力または脅威にさらす有形力から行為者または他の者を防衛するために行為者の行動が必要である場合・・

(b)その有形力が不法である、または不法であるであろう場合・・

(c)行為者の行動が合理的であり、そしてその者が避けようとした危害と比例している場合。<sup>(65)</sup>

白書モデルも、死または重大な身体的危害を生じさせる意図の有無による区別や、挑発の有無による区別を削除した規定を提案している点でこれまでのモデルと共通している。しかし、白書モデルは、防衛行為として認められるための包括的基準として、行為が「合理的であること」だけでなく「危害と比例していること」という基準、つまり「有形力の性質（合理性）」と「有形力の程度（比例性）」という基準を定めている。この比例性の要件は、これまでのモデルに依拠しない司法省独自の考えを反映したものといえるが、同要件を要求することは判例の流れに逆行するのではないかとの批判を受けている。<sup>(67)</sup>

## 2 正当防衛規定改正に関するコンサルテーション・ペーパー

(1) 司法省は、先の白書をまとめるとともに、一九九四年と一九九八年に刑法改正に関するコンサルテーション・ペーパーを公布している。その中で正当防衛について詳細に諮問している一九九八年コンサルテーション・ペーパー

を考察してみよう。

同書類は、その冒頭で、諮問の趣旨について以下のように述べている。「カナダ法は、正当防衛（人の防衛）、物の防衛、挑発などの抗弁に関して、何百年以上も実質的には変化させることなく維持しており、その適用や内容は、裁判所による解釈によって洗練されてきたものの、刑法典の文言に支配されていることから、これらの抗弁は、古く時代遅れな価値と原理を反映しており、現代の関心事や現実、特に家庭内の問題などに関して再構成する必要があると法に携わる多くの研究者、裁判官、諸々のグループから指摘され、一〇年程前から法改正を要求する声が挙がっている。そこで、いくつかの論点を挙げることにより、国民の間に議論を呼びおこすこと、そして法改正過程に貢献する機会を与えることを意図している」としている。

(2) 同コンサルテーション・ペーパーは、正当防衛（人の防衛）、物の防衛、挑発について、現行法の簡単な解説とその主な批判を述べた上で、どのように改正されるべきかについて二者択一の質問を提示するという構成になっている。正当防衛に関しては、自招侵害と直接関わる以下の点を第一に挙げている。現行法は、(1)「防衛者が挑発した攻撃」と「挑発していない攻撃」、(2)死または重大な身体的危害を生じさせることを「意図していた有形力の行使」と「意図していなかった有形力の行使」、(3)「自己の防衛」と「他人の防衛」によって詳細に区別した規定を置くことにより事案の状況を正確に把握することを試みているが、これは、諸々の要件を付与することにつながり、複雑さ、矛盾、重複を生み、正当防衛規定の厳格解釈は混乱と困難をもたらす可能性を含んでいるとの批判を受けていると説明し、そこで、「法の簡潔化」と題して、質問①「新しい法は、全ての状況に対応できるような、正当化される

有形力の行使の一般原理 (general principle) に基盤を置くべきか？ それとも、特定の状況に基盤を置く個別ルールを用いて、事実に基づき置くべきか (fact-based)？」という質問を提示している。

この質問は、法改革委員会モデルや法律家協会モデル、白書モデルが、前者の一般原理に基盤を置いたモデルを提案したことを背景としている。この一般原理に基盤をおく方策が採用されると、現行法における三四条と三五条の間の区別は削除されることになり、そこで、コンサルテーション・ペーパーは、質問②で、状況によっては先制攻撃者を確定することは困難であることから、被告人による挑発の有無に基盤を置いた区別は必要でないと指摘される傾向にあると分析し、「正当防衛規定は、挑発した攻撃と挑発していない攻撃との間の区別を削除すべきか？ それとも、新しい法は、異なったルールを基盤として、この区別を維持すべきか？」という質問を次に提示している。

このコンサルテーション・ペーパーは、正当防衛規定改正に関するそれまでの議論に依拠しなかった白書モデルに比して、妥当な正当防衛規定が制定されることへの希望を抱かせたものの、<sup>(16)</sup> 残念ながら、このコンサルテーション・ペーパーに対する国民の反応がいかなるものであったのかについて政府は公式発表を行っていない。<sup>(17)</sup>

### 3 判例研究からの正当防衛規定改正議論

(1) 正当防衛規定改正議論は、一九九〇年代に入ると、新たな側面をみせるようになる。それは、カナダにおいても社会問題となっているドメスティック・バイオレンスを背景に、虐待するパートナーや配偶者などを殺害した女性が被告人となって正当防衛の抗弁を主張するケースが (特にラバリー (Lavallee) ケース<sup>(18)</sup>以降) 増加したことに伴

い、現行法では公正に保護できない被告人が現れたとする指摘に着目した法改正の必要性の主張である。

司法省は、この主張の重要性を意識して、一九九五年に、ドメスティック・バイオレンスに関する判例の大掛かりな再調査をラトシュニー (Ratushny) 裁判官に命じ、その調査結果は『正当防衛レビュー 最終報告書 (Self-Defence Review — Final Report —)』<sup>(72)</sup>にまとめられた。本報告書第五章で、正当防衛規定の改正の可能性を探るべく、①正当防衛に関する法律の現状、②正当防衛に関するこれまでの法改正案、③判例の再調査によって明らかとなった法律問題、④模範正当防衛法 (A Model Self-Defence Law) の四項目に渡って考察している。

(2) ①で、既述の正当防衛規定の問題点を指摘し、そしてマッキントッシュ・ケースで述べられたようにその解決のために立法活動 (legislative action) が要求され、推進されてきたと回顧した上で、②で、これまでに提言された改正案を一つずつ考察している。

自招侵害と関連する点に焦点をおいて述べると、各モデルが挑発などによる区別を削除している点について、その簡潔化の努力を賞賛している。そして、退避義務などの要件は自己防衛のための有形力の行使を支配する単一の概括的基準にとつてかわられるべきであると主張している。さらに、ラトシュニー裁判官は、防衛行為の正当化の是非を判断する基準として主観的要素と客観的要素を結合させた規定が最適であると解していることから、法律家協会モデルそして(それを継受するものと捉える)白書モデルが(挑発の有無と関連する)合理性の有無を被告人がそうなるであろうと確信した状況において判断すべきであると規定している点について、正当防衛の主観的要素と客観的要素を明確に述べるものであるとして、これを支持している。

③では、正当防衛規定を簡潔なものとすることにより、事実審裁判官は説示を行いやすくなり、陪審員も従前よりも説示を理解しやすくなるであろうと指摘する。そして、正当防衛規定は、次の二点に留意して改正されるべきであると帰結している。

一つは、「合理性の内容」についてである。ラトシュニー裁判官は、合理性を有する行動とは、「同じ状況において一般人が行ったであろうことから著しく離反していない行動である」と定義し、これを正当防衛の定義に明確に盛り込むことにより合理性の基準を明らかにすることが有益であると主張している。もう一つは、「合理性の判断において考慮されるべき状況」についてである。正当防衛規定の主目的は、被告人が実際に用いた有形力の行使が正当化されるかどうかを公正に審査することであり、これは、合理性の基準において被告人が知覚したことを考慮することによって初めて達成されると主張する。

③ 以上の考察から、模範正当防衛法は、わかりやすく、シンプルで、明瞭でなければならないと帰結する。そして、規定の主観的要素そして客観的要素は明瞭であるべきであり、同様に、合理性の要件の内容や合理性を判断する際に考慮されるべき要素も明瞭でなければならないとする。このような考えに基づき、④で、次のような模範正当防衛法を提案している。

#### (防衛者)

(1)本条における「防衛者」とは、他人に対して有形力を行使する者である。

#### (一般原則)

(2) 防衛者は、以下の場合、相手方に対する有形力の行使について責任を負わない。

(主観的要素)

(a) その防衛者が、以下のことを現実に確信している場合

(i) 相手が暴行を犯している、または犯そうとしていること、そして

(ii) 有形力の行使が暴行（攻撃）から自己または第三者を防衛するために必要であるということ

(客観的要素)

(b) それらの確信が合理的であり、そして

(c) 行使された有形力の程度が合理的である場合。

(合理性の定義)

(3) しらふの一般人が、防衛者がそうなるであろうと確信した状況に置かれた場合に確信したであろうこと、または行つたであろうことから著しく離反していなければ、実際に確信したことおよび行使した有形力の程度は合理的である。

(合理性の裁定と関連する状況)

(4) 合理性を裁定する際に考慮に入れられるべき状況は、防衛者の確信と行使された有形力の程度に影響を与えるであろうものであり、そして以下を含んでよい。

(a) 防衛者が経験した過去のいかなる虐待、生い立ち

(b) 防衛者に直接加えられた、または第三者に直接加えられた暴力または脅かす先行行為、防衛者と第三者との間の関



係の性質、継続期間、経歴

(c) 防衛者や第三者の年齢、人種、性別、身体的特徴

(d) 暴行（攻撃）の性質や急迫性

(e) 暴行（攻撃）に対応するために防衛者が採り得た手段、防衛者の精神的そして身体的能力や有形力の行使以外の選択肢の存在。<sup>(76)</sup>

この模範正当防衛法も、防衛者による挑発の有無による区別を削除している。そして、その規定は、正当防衛規定を草案するにあたり既述のように被虐待妻症候群の事例を考察したという経緯を反映したものとなっている。<sup>(77)</sup>

(4) 本報告書を受け取った司法省は、この模範正当防衛法について、「現行刑法に散在している正当防衛規定の全てを統合している。より簡潔で、明瞭であることが意図されており、そして、裁判官と陪審が正当防衛の主張にどのようにアプローチして法を適用するかについて、より良いガイダンスを提供することも意図されている。」と評価している。さらに、同報告書に基づいて州等と連携して研究を進めることも当時の大臣によって宣言されている。<sup>(78)</sup>

もつとも、模範正当防衛法が合理性の判断に際して考慮される要素を多項目にわたって列挙している点については、学者から反対意見が寄せられており、模範正当防衛法をベースに、次のような簡潔な正当防衛規定と合理性の基準に関する規定にすべきであると提案されている。

#### 一四条 合理性の基準

一二条（過失、筆者注）および刑法典におけるいかなる合理性の基準の適用にあたっては、陪審は、もしあるならば行為

者の状況に対する既知、そしてまた関連するならば、人種、性別、年齢そして経験など行為者が制御することのできなかった、または巧みに操作することのできなかつた要素を考慮にいれなければならない。しかし自己酩酊は考慮にいれてはならない。<sup>(30)</sup>

#### 二三条 人の防衛

以下の場合、他人に対する有形力の行使について刑事責任を負わない。彼・彼女が、

- (1) その有形力が不法な有形力またはその脅威から自己または第三者を防衛するために必要であると合理的に確信していた場合、そして
- (2) 行使された有形力の程度が合理的である場合。<sup>(31)</sup>

#### 4 展望

(1) 以上、刑法改正議論における正当防衛規定改正議論を自招侵害に焦点をおいて考察してきたが、このように刑法改正（総則規定を有する刑法典への改正）を求める議論が行われてきたにもかかわらず、いまだ実現に至っていない。学説および判例は、その理由を、国は刑事制裁の範囲を専ら広げるための刑法改正（つまり厳罰化）には積極的であるが、被告人に対して寛大となるであろう法改正には抵抗があるからであるとしている。<sup>(32)</sup>しかし、そのような抵抗があるというだけでは、正当防衛規定等に関する法改正が実施されないことを正当化する理由とはならないであろうと批判されている。<sup>(33)</sup>

さらに、法改正への障害として、「刑法典の徹底的な整備は重要でなく、また必要でもないという『政府』の認識が存在すること」<sup>(84)</sup>も指摘されている。二〇〇二年一月まで司法大臣の職に就いていたマクレラン (McLellan) 元司法大臣も、検討の優先事項に(その必要性は認めつつも) 刑法総則を挙げておらず、「理解しやすい刑法総則の法典化を引き継ぐことは私の意図するところではない。資源の有限および国民の優先事項を考えれば、総則の中の国民の関心事と重要性に限られた論点に焦点を置こうと思う(傍点、筆者。)」と述べている。この限定された論点の中に本稿のテーマである正当防衛が含まれていたことから、正当防衛および自招侵害に関しては何らかの進展が期待できたものの、総則部分を有する刑法典への抜本的改正の実施に対してカナダの学者は概して悲観的である<sup>(85)</sup>。もっとも、総則部分を設けるべきであるとする学者間においても、早急に設けるべきであるとする見解と、設けるべきではあるが慎重に検討されるべきであり、より多くの判例の蓄積を待ってから総則規定を設けるべきであるとする見解とにわかれており、必ずしも足踏みがそろっているわけではない<sup>(87)</sup>。このような意見の分散や、学者や法曹よりも強い影響力をもつ者(メディアや政治家等)の存在、さらに財政的制約も法改正への障害となっていると指摘されている<sup>(88)</sup>。しかし、現行法を維持し続ける限り、説示における裁判官の困難な状況は継続するのであり、自招侵害についても法的に不安定な状態が続くことになる。

(2) カナダの現行正当防衛規定のように、刑法の行為規範的性質から、挑発者は一般の防衛者よりも正当防衛の成立が認められにくくあるべきであると明示することにより、挑発による正当防衛状況の発生を抑止することは、一考の価値があるろう。

しかし、そもそも個別的・実質的判断を行う正当防衛をカナダの現行法のように挑発の有無によって形式的・事案を分類して規定することには限界があるように思われる。そして、本稿で考察してきた一連の法改正議論の背景、そしてその議論状況から、現行法のような正当防衛規定は、自招侵害を含む様々な正当防衛の態様をカバーするという目的から逆行して正当防衛の成立範囲をかえって不明確とさせ、規定相互間に不合理を生じさせる危険性があることがうかがえる。

さらに、本稿で述べたように、三四条二項の自招侵害への適用をめぐる問題から新たな問題が派生していること、そして、正当防衛の正当化原理に基盤をおいた規定を定めれば陪審の混乱や裁判官の説示の困難は解消されるはずであることから、(現行法三四条二項に「挑発せず」という文言を加えるというような)各条文に対する部分的修正ではなく、カナダ刑法における現行の正当防衛規定全体を鳥瞰して、構成における矛盾、重複を洗い出し、抜本的な法改正を行う必要があるように思われる。その過程において、カナダ刑法における正当防衛論の原理を深化させ、自招侵害の規定を設けることの意義についても再検討されるべきであろう。

カナダにおいて提案されているすべての法改正モデル・法改正への提言が、複数の条文にわたる現行規定から正当防衛の正当化原理を示す単一の規定にとつてかわられるべきであると主張していること、そして、カナダでは、従来、正当防衛の正当化原理について深く議論されてこなかったが、たとえば、「もしある者が自分の生命が危険にさらされていると合理的に確信していたならば、法は被告人による激しい反応を許す。もしある者が合理的に自分の生命の危険を恐れていたならば、その者が死または重大な身体的危害の結果を生じさせるような有形力で対応すること

を我々は合理的であると受け止める。」<sup>(9)</sup> というように、正当防衛規定を正当化原理にたちかえて理論構成すべきだとする見解が主張されるようになったこと、一九九八年に開かれた刑法改正に関するコンフェレンスで、アド・ホックな対応ではなく原理の問題として刑法改正に対応する必要があるという点で合意を得たと総評されていることなどは、カナダにおいて、上述の点が意識され、自招侵害を解釈論によって解決する道が模索されはじめたことを表しているといえるのではないだろうか。

- (1) Law Reform Commission of Canada, *Recodifying Criminal Law, vol. 1 (Report 30)* (1986).
- (2) See e. g. Don Stuart, *Chapter 2 Substantive Law: A Case for a General Part*, in Don Stuart, R. J. Delisle, Allan Manson, *Towards a Clear and Just Criminal Law: A Criminal Reports Forum* (1999), at pp. 125-126; Gerry Ferguson, *Self-Defence: Selecting the Applicable Provisions*, 5 Can. Crim. L. Rev. 179 (2000), at p. 179; Gary T. Trotter, *R. v. Pauliak: Further Efforts to Clarify Self-Defence*, 40 C. R. (5th) 56 (2001), at p. 56; Stephen G. Coughlan, *Duress, Necessity, Self-Defence and Provocation: Implications of Radical Change?*, 7 Can. Crim. L. Rev. 147 (2002), at pp. 168-169; R. v. Pétel (1994), 87 C. C. C. (3d) 97 (S. C. C.), at p. 103; R. v. McIntosh (1995), 95 C. C. C. (3d) 481 (S. C. C.), at p. 489; R. v. Pintar (1996), 110 C. C. C. (3d) 402 (Ont. C. A.), at p. 412; R. v. Grandin (2001), 154 C. C. C. (3d) 408 (B. C. C. A.), at p. 417; R. v. Druken (2001), 164 C. C. C. (3d) 115 (Nfld. & Lab. C. A.), at p. 123.
- (3) カナダの正当防衛規定については、拙稿「カナダ刑法における正当防衛と自招侵害に関する一考察」同志社法学五一巻六号(二〇〇〇)一一五〇頁以下を参照された。
- (4) Isabel Grant, Dorothy Chunn, Christine Boyle, *The Law of Homicide*, (1999), at p. 6-37 footnote 166a.
- (5) R. v. McIntosh, *supra* note 2.

- (9) R. v. Bolyanhu (1975), 29 C. C. C. (2d) 174 (Ont. C. A.).
- (7) R. v. Bogue (1976), 30 C. C. C. (2d) 403, 70 D. L. R. (3d) 603 (Ont. C. A.).
- (8) R. v. Merson (1983), 4 C. C. C. (3d) 251 (B. C. C. A.).
- (6) R. v. Alkadri (1986), 29 C. C. C. (3d) 467 (Alta. C. A.).
- (10) R. v. Stubbs (1988), 28 O. A. C. 14 (Ont. C. A.).
- (11) R. v. Nelson (1992), 71 C. C. C. (3d) 449, 13 C. R. (4th) 359 (Ont. C. A.).
- (12) R. v. Cameron (1995), 96 C. C. C. (3d) 346 (Ont. C. A.).
- (13) Shalin M. Sugunasingi, *Contextualism: The Supreme Court's New Standard of Judicial Analysis And Accountability*, 22 Dalhousie L. J. 126, (1999), at pp. 127-128.
- (14) Marcoite v. Deputy Attorney-General for Canada (1974), 19 C. C. C. (2d) 257.
- (15) See also R. v. Interlude Ltd. (2002), 54 W. C. B. (2d) 705 (N. S. S. C.); R. v. Elkins (1995), 26 C. R. (3d) 161, 86 O. A. C. 125 (Ont. C. A.).
- (16) R. v. McIntosh, *supra* note 2, at P. 495.
- (17) Ferguson, *supra* note 2, at p. 188.
- (18) R. v. McIntosh, *supra* note 2, at p. 491.
- (19) R. v. McIntosh, *supra* note 2, at p. 489.
- (20) Isabel Grant, *Developments in Criminal Law: The 1994-1995 Term*, 7 S. C. L. R. (2d) 203 (1996), at p. 216.
- (21) See e. g. R. v. Jenkins and Jenkins (1996), 107 C. C. C. (3d) 440 (Ont. C. A.); R. v. Finney (1999), 1999 Ont. C. A. LEXIS 523 (Ont. C. A.); R. v. Garnet (2001), 2001 Ont. C. A. LEXIS 222 (Ont. C. A.).
- (22) Don Stuart, *Criminal Law* (4th ed., 2001), at p. 481.
- (23) R. v. Pintar, *supra* note 2. But see Don Stuart, *Annotation*, 2 C. R. (5th) 151 (1996), at p. 154.

- (24) Alan W. Mewett, *Murder and Intent; Self-defence and Provocation*, 27 C. L. Q. (1984) 433, at pp. 435-436 and p. 440; Stuart, *supra* note 22, p. 475, p. 479, p. 483; R. P. Saunders, *Criminal Law in Canada: An Introduction to the Theoretical, Social and Legal Contexts*, (4th ed., 2002), at p. 537; Coughlan, *supra* note 2, at p. 172.
- (25) Trotter, *supra* note 2, at p. 59.
- (26) Grant, *supra* note 20, at p. 211; Kent Roach, *Criminal Law* (2nd ed., 2000), at p. 269; Coughlan, *supra* note 2, at pp. 172-173.
- (27) R. v. McIntosh, *supra* note 2, at p. 492. See also R. v. Scanie (2001), 2001 W. C. B. J. LEXIS 2293, 49 W. C. B. (2d) 431 (Alta. Q. B.).
- (28) R. v. Baxter (1975), 27 C. C. C. (2d) 96 (Ont. C. A.).
- (29) Gil McKinnon and Keith Hamilton, *Simplifying self-defence*, The Advocate, vol. 55, part 5 (1997) 701, at p. 703.
- (30) R. v. Finney, *supra* note 21.
- (31) David Watt and Michelle Fuerst, *The 2004 Annotated Tremear's Criminal Code* (2003), at p. 98.
- (32) R. v. Figueira (1981), 63 C. C. C. (2d) 409 (Ont. C. A.).
- (33) R. v. McIntosh, *supra* note 2, at p. 497.
- (34) See also Ferguson, *supra* note 2, at p. 212.
- (35) See e. g. R. v. Grandin, *supra* note 2; R. v. R(GJ) (2002), 2002 B. C. D. Chim. J. LEXIS 30 (B. C. C. A.).
- (36) Ferguson, *supra* note 2, at p. 189.
- (37) Ferguson, *supra* note 2, at p. 180.
- (38) Ferguson, *supra* note 2, at p. 209.
- (39) S. C. 1892, c. 29.
- (40) R. S. C. 1906, c. 146.
- (41) Ferguson, *supra* note 2, at p. 190.

- (42) R. S. C. 1927, c. 36.
- (43) 具体的には、一九二七年刑法五三条一項「挑発していない暴行に対する正当防衛」、二項「正当化の範囲」、三項「挑発」、五四条一項「先制攻撃の事案における正当防衛」、二項「挑発」とされた (R. S. C. 1927, c. 36, at pp. 679-680(at pp. 17-18))。
- (44) R. S. C. 1953-54, c. 51.
- (45) R. S. C. 1970, c. C-34.
- (46) R. S. C. 1985, c. C-46.
- (47) Crankshaw's Criminal Code (1993), at p. 1-289.
- (48) Ferguson, *supra* note 2, at p. 191.
- (49) Ferguson, *supra* note 2, at pp. 191-192.
- (50) R. v. McIntosh, *supra* note 2, at p. 504.
- (51) R. v. McIntosh, *supra* note 2, at p. 492.
- (52) Gerry Ferguson, *From Jeremy Bentham to Anne McLellan: Lessons on Criminal Law Codification*, in Don Stuart, R. J. Delisle, Allan Manson, *Towards a Clear and Just Criminal Law: A Criminal Reports Forum* (1999), at pp. 198-201.
- (53) *Ibid.* at p. 201 and footnote 17.
- (54) Stuart, *supra* note 22, at p. 3.
- (55) Law Reform Commission Act, R. S. C. 1970 (1st Supp.), c. 23; Ferguson, *supra* note 52, at pp. 204-205 and footnote 23.
- (56) Ferguson, *supra* note 52, at pp. 205-206.
- (57) Stuart, *supra* note 2, at pp. 101-102.
- (58) Ferguson, *supra* note 2, at p. 200.
- (59) 『カナダ社会における刑法 (Government of Canada, *The Criminal Law in Canadian Society* (1982))』は、刑事司法制度の目的や原理に関するものであるため、本稿ではカナダ法改革委員会の一九八六年報告書を先頭に列挙した。なお、本稿では、紙面の都合



合上、刑法改正議論に関するものの中でも正当防衛規定に関する文書のみをとりあげ、かつ自招侵害に関連する部分に焦点をおいて考察するものとする。

- (60) Law Reform Commission of Canada, *supra* note 1.
- (61) Law Reform Commission of Canada, *Recodifying Criminal Law — Revised and Enlarged Edition of Report 30 — (Report 31)* (1987), at p. 36. なお、本報告書のリーディング目の注(一)において、本報告書がReport 30に取って代わるコミニクで書かれていた「*リポートのリーディング*」を「*Report 31*」と考察するものとする。
- (62) *Ibid.* at p. 37.
- (63) Canadian Bar Association Criminal Code Recodification Task Force, *Principles of Criminal Liability - Proposals for a New General Part of the Criminal Code of Canada* (1992).
- (64) Subcommittee on the Recodification of the General Part of the Criminal Code of the Standing Committee on Justice and the Solicitor General, *First principles: Recodifying the General Part of the Criminal Code of Canada* (1993).
- (65) Department of Justice Canada, *Proposals to amend the Criminal Code (General Principles)* (1993), at p. 10.
- (66) Ferguson, *supra* note 52, at p. 211.
- (67) Stuart, *supra* note 2, at p. 127.
- (68) Department of Justice Canada, *Toward a New General Part of the Criminal Code of Canada — Details on Reform Options — (1994)*; *Reforming the General Part of the Criminal Code* (1994).
- (69) Department of Justice Canada, *Reforming Criminal Code Defences — Provocation, Self-Defence and Defence of Property — (1998)*.
- (70) Stuart, *supra* note 2, at p. 99.
- (71) See Ferguson, *supra* note 52, at p. 211.
- (72) See Nova Scotia Advisory Council on the Status of Women, *Response to Department of Justice Consultation Paper on*

*Provocation, Self-Defence, and Defence of Property* (1998), at <http://www.gov.ns.ca/staw/Provocat.htm>.

- (73) R. v. Lavallee (1990), 55 C. C. (3d) 97 (S. C. C.).
- (74) Department of Justice Canada, *Self Defence Review — Final Report* — (1997), at <http://www.justice.gc.ca/en/dept/pub/sdr/trush-ch5.html>.
- (75) 一九九五年一〇月四日の司法省ニュース (Department of Justice Canada, *Review Commissioned of Murder cases involving women who allege they killed their abusers in self-defence* (Oct. 4, 1995)) によると、被虐待妻症候群のケースについて、①殺人の罪で刑に服している女性の中で、自己を悩ませてきた死または重大な身体的危害から自己を守るために殺害したとして法的救済を申し立てている女性のケースをレビューすること、②カナダ政府に、大赦の検討に値するケースを推薦することが委任されている (Saunders, *supra* note 24, at p. 555)。調査結果については、<sup>47</sup> Government of Canada, *The Self-defence Review: Overview and Next Steps* (1997), Appendix(pp. 8-20) に記載されている。
- (76) Department of Justice Canada, *supra* note 74, at p. 154.
- (77) Stuart, *supra* note 2, at p. 129.
- (78) Department of Justice Canada, *Self-defence Review—Law Reform Recommendations*—(1997).
- (79) Department of Justice Canada, *Ministers respond to Self-defence Review* (Sep. 26, 1997).
- (80) Stuart, *supra* note 2, at p. 117 and p. 141.
- (81) Stuart, *supra* note 2, at p. 125 and p. 143. See also Kent Roach, *Crime Victims and Substantive Criminal Law*, in Don Stuart, R. J. Delisle, Allan Manson, *Towards a Clear and Just Criminal Law: A Criminal Reports Forum* (1999), at p. 229.
- (82) Stuart, *supra* note 2, at p. 99; Ferguson, *supra* note 52, at p. 211 footnote 46.
- (83) Stuart, *supra* note 23, at p. 153.
- (84) Ferguson, *supra* note 52, at p. 213.
- (85) Letter From Anne McLellan to Don Stuart (Apr. 3, 1998); Stuart, *supra* note 2, at pp. 99-100; Ferguson, *supra* note 52, at p. 211.

- (96) See e. g. Stuart, *supra* note 2, at p. 100.
- (78) Stuart, *supra* note 2, at p. 98 footnote 12; Christine Boyle, *Commentary*, in Don Stuart, R. J. Delisle, Allan Manson, *Towards a Clear and Just Criminal Law: A Criminal Reports Forum* (1999), at p. 152.
- (88) See Christin Schmitz, *Judge slams federal justice officials for impeding Self-Defence Review*, *The Lawyers Weekly* Vol. 17 No. 15 (1997), at p. 1 and p. 33; Vaso Maric, *Rapporteur Report*, in Don Stuart, R. J. Delisle, Allan Manson, *Towards a Clear and Just Criminal Law: A Criminal Reports Forum* (1999), at p. 190.
- (68) Stuart, *supra* note 2, at p. 126.
- (06) Trotter, *supra* note 2, at p. 62.
- (16) Don Stuart, *Preface*, in Don Stuart, R. J. Delisle, Allan Manson, *Towards a Clear and Just Criminal Law: A Criminal Reports Forum* (1999), at III.