

# 殺人罪における責任減輕

——イギリス刑法における挑発と責任——

三宅孝之

- 一 はじめに
  - 二 挑発と減弱責任による故殺罪に関する法制および代表判例
  - 三 法律検討委員会の勧告
  - 四 改正議論の諸相
  - 五 おわりに
- 一 はじめに

イギリス（連合王国）は、四地方（イングランド、ウエールズ、スコットランド、北アイルランド）の地域から成

り立っているが、法制度的には、概括して三地方の法制度、すなわち前二者のイングランドおよびウェールズ地方、そしてスコットランド地方、北アイルランド地方の法制度として特徴づけられてきた。今日、各地方に分権と権限委譲が進行してきているが、依然として各地方を越えて共通する普遍的性格をもつ事象の法的问题是生じ続けている。

本稿で取り上げる、殺人行為と減輕事情、すなわち行為者が、殺人行為をなした際に、被害者側に何らかの事情、たとえば事前の挑発行為 (provocation)、ドメスティック・バイオレンス (DV) 等がある場合には、殺人罪の成立にあたって、今日、再検討する余地はないのかが問われてきたが、この問題もイギリスの各地方を越えた法的问题を孕んでいるといえるであろう。スコットランド法律委員会は刑事責任能力に関して、イングランドの状況を踏まえつつ検討を行っているのも、総体として解決を迫られている共通する法的问题があることを示している。<sup>1)</sup>

本稿でとりあげるイギリス政府下のイングランドの法律検討委員会 (以下、法律検討委員会。Law Commission) は、二〇〇四年八月に最終報告書『謀殺罪に対する限定的抗弁』<sup>2)</sup>を公表したが、その審議過程において、アングロ・アメリカン法系のスコットランド地方の法制度、さらにはアメリカ合衆国、カナダ等の法制度を参照している。このように地方、国境を越えた現代的問題として、各国においても共通に論じられることは多くなっている。

法律検討委員会は、先立つ二〇〇三年六月に内務大臣から四項目について、検討し答申するように諮問を受けていた。最終報告書はこの諮問への答申であった。諮問の四項目とは、次の事項であった。すなわち、

- 一・一九五七年殺人法 (Homicide Act 1957) の第一条の減弱責任 (diminished responsibility) および第三条の挑発 (provocation) によって規定された謀殺罪に対する限定的抗弁に関する法と実務

二．双方の一方または双方に改正が必要な結果として、

① 同法規定の事由で謀殺罪に対する限定的抗弁は存置すべきであるか否か、

② 存置すべき場合、別個の限定的抗弁で存置すべきであるのか、または単一の限定的抗弁に組み込むべきであるのか、

③ 前者であれば、各々はどのような改正がありうるか、

④ 後者であれば、そのような単一の抗弁は定式化されるか。

三．正当防衛の事由を用いる権利はあるが、被告人が超過事由であることから正当防衛の抗弁を用いることができない事情で殺害した場合という事情下での謀殺罪に対する限定的抗弁であるべきか否か。

四．であれば、このような限定的抗弁はどのような用語でもって別個に規定されるべきか、または前述二の②および④に言及されたような単一の限定抗弁に組み込まれるべきか。<sup>(3)</sup>

以下では、この法律検討委員会において明らかにされた、殺人と挑発をめぐるイングランドにおける議論状況に触れ、この問題に関して若干の示唆を行おうとするものである。

(1) スコットランドの法律委員会の動向につき、拙稿「イギリス刑法における責任能力の改正議論」島大法学四八巻四号(二〇〇五年)一頁。

(2) Law Commission, PARTIAL DEFENCE TO MURDER, FINAL REPORT, 6 August 2004, pp. vi+313, www.lawcom.gov.uk. hereafter FINAL REPORT.

(c) Law Commission, PARTIAL DEFENCE TO MURDER, CONSULTING PAPER No 173, 31 October 2003, pp. xiii+22, at 1, www.lawcom.gov.uk/231.htm #cp-173-prov. hereafter CONSULTING PAPER No 173.

## 一 挑発と減弱責任による故殺罪に関する法制および代表判例

一 コモンローにおいては、裁判所は、謀殺罪 (murder) に関して、証拠によって理性的な者 (以下、理性人。reasonable man) に自己抑制を失わさせる程度の何らかの挑発的事情 (行為または言葉だけのいずれかを含んでいるにせよ) が示されている場合には常に、陪審に故殺罪 (manslaughter) の成否を争点として判断することを認めている。これは、一三世紀初期に起源をもつコモンローにおける挑発の判断原理としての「理性人テスト」とよばれるものであった。この理性人テストを採用する根底にあるものは公共政策的な考えであり、それによれば行為者自身の異例の喧嘩早さや興奮を、自己抑制の喪失に対する宥恕として頼みとしないようにすることによって、致命的な暴行の発生を減少させようとするものであった。もっとも、コモンローにあって、この挑発的事情には、言葉のみの挑発は含まれず、言葉単独では十分な挑発事由を構成するものではなかった。<sup>(4)</sup>

二 コモンロー上の解釈は、イングランドの一九五七年殺人法の成立によって新たな段階を迎え、一定の方向が示された。すなわち、同法第三条は、殺人が挑発的な事情によって生じた場合について次の通り規定する。

「謀殺罪の訴追において、陪審は被告人が (行動もしくは言葉に、または両方に拠るにせよ) 自己の自己抑制を

失わせる程度の挑発を受けたと判断できる証拠がある場合には、被告人が行ったのと同様のことを理性人に為さしめるに十分な挑発があったか否かの問題は陪審員に委ね判断されるべきものとする。しかも、その問題の判断にあたって、陪審は理性人であれば挑発が及ぼしたであろう影響に沿いつつ、存在した行動・言葉を含むすべての事情を自らの評価で考慮に入れるものとする。」

この規定は、コモロー上の挑発の厳格な要件を、二点で、すなわち①挑発が被告人の自己抑制を失わせたこと（主観的要件）、そして②理性人も挑発によって被告人が為したと同様の反応を示しうること（客観的要件）という「二重のテスト」によって緩和したといえる。

この場合に、部分的な抗弁が認められると、謀殺罪は「非自発的な殺人罪 (involuntary homicide) として故殺罪に変更され、必要的な主刑（死刑）は回避されることから多様な刑へと減軽されることになった。

三 他方、一九五七年殺人法第二条第一項は、減弱責任の抗弁が認められる場合、謀殺罪を故殺罪として刑の減軽適用のあることを認めているが、その規定は次の通りである。

「人が殺人を実行し、または他人の殺人の共犯者である場合、殺人行為または殺人の共犯の時に、（精神の発達遅滞・発育不全または何らかの生来原因もしくはは疾病・障害に起因するにせよ）自己の精神的責任 (mental responsibility) を実質的に減弱させる程度に精神の異常 (abnormality of mind) に患っているならば、同人は謀殺罪で有罪とされなく」

減弱責任の举证責任は訴追側にあり、証明の程度は蓋然性の程度 (balance of probability) でよいとされるが、こ

の抗弁が認められれば、刑の固定した謀殺罪は故殺罪となり、裁判官は量刑裁量を行使できる（同法第二条第二および三項<sup>⑤</sup>）。

「本条がなければ、正犯または共犯のいずれかであれ、謀殺罪での有罪の責任を負うことになる者は、それに加えて故殺罪での責任を負うものとする」（同条第三項）

立法当初は、精神の異常の適用範囲は狭く解釈されていたが、控訴審のバーン（Byrne）事件判決以降、衝動抑制障害の性的精神病質の被告人にも抗弁が認められてきている<sup>⑥</sup>。

#### 四 代表判例

##### (1) 挑発事例・ケムプリン（Kemplin）事件<sup>⑦</sup>

〔事案〕被上告人ケムプリンは当時一五歳の少年であったが、中年男性のパキスタン人カーン（Mohammed Lal Khan）をカーンのフラットで二人きりのときに、チャパティ焼き金属パン（重い台所用品）で頭を割って死亡させた。一審（Borelan 裁判官）の謀殺罪での審理時ケムプリンの抗弁は、挑発に基づく行為であるとして故殺に減輕すべきとするものであった。ケムプリンが警察段階で述べたことと法廷での証言とは異なるが、抵抗したにもかかわらずカーンが男食行為をした後、笑ったので、自制心を失いチャパティパンで致命的な攻撃をしたというのである。ケムプリンの弁護人は、陪審員に向けて、挑発は理性的な成人の対処行為ではなく、ケムプリンの年齢の理性的な少年（boy）を判断基準とすべきとした。一審裁判官は法的にはその主張を誤りと思料し、陪審員に次のことを説示した。

「挑発は、被告人が行ったと同様のことを類似の状況で理性人（成人 man）が為すかで十分である。決して理性的な少年とか、理性的な若者ではない。理性人という客観的なテストによる」と。

陪審はケムプリンを謀殺罪で有罪とした。控訴審（刑事部）は、被告人の控訴を認め、一審の説示を誤りとして、判決で次のことを示した。

「陪審員に対する正当な説示は、控訴人と同一年齢の理性人が同一状況において控訴人が為したのと同様のことを為すのに十分な挑発であったか否かを陪審が判断するように向けることにある」と。

〔上院〕 公訴局（Public Prosecutor）は終審裁判所のある上院に上告した。ディブロック卿（上院・判事）は、ベダー判例（*Bedder v. DPP*, [1954] ALL E. R. 801）を踏まえた。すなわち、事件の被告人ベダー（一八歳）は売春婦 P を殺害したが、被告人は性的無能力者で性交渉しようとしたができなかった。被害女性は、被告人のその失敗を嘲り、その手から逃れようとしながら、頬を叩き、腹を殴りつけ、股間を蹴ったため、被告人がポケットからナイフを取り出し、女性を二度刺し死亡させたというものであった。

争点は被害者が被告人の身体的欠陥を嘲ったため死を招来させたことにあった。一九五四年当時は、いかなる物理的な力の行使を伴わない言葉による嘲りは、「挑発」の要件を構成するものではなかった。被害者は、嘲りの後に、被告人から逃れようとして暴行が行われた。この暴行は、嘲りを受けたのちに既に立腹した状況下にあった性的無能力者が自己抑制するのに、普通の身体的特性をもつ者以上に多大な影響を与えたであろうことはありうる。このことから、被害者（死者）の行為が理性人とか通常人が自己抑制を失う原因となるほどの挑発に至ったか否かを陪審が判

断する場合に、被告人が性的無能力者であることを陪審員に無視するよう裁判官が説示したことに幾分正当性があつたかもしれない。しかし、被告人の普通でない激し易さとか喧嘩好きとかを考慮に入れることは認めず、性的無能力であることとかの何らかの普通でない身体的特性を挑発事由として認めることは論理的ではないとした。当時の上院のベダー判決は、精神的な特質と身体的な特性は分かつことができず、挑発には身体的特性を必要とする「ベダー原則」をとっていた。

一九五七年殺人法の施行後の二〇年を経て、ケムプリン事件において、上院はベダー原則を初めて否定し、公訴局長の上告を同条三条を根拠に棄却した。すなわち、言語による挑発の重さ・程度は、嘲りとか侮辱が加えられる被害者の個別の諸特性や諸状況にしばしば依存している。言葉による挑発事例では、個人の特性はその不合理さをもっていれば無視されない。挑発が、言語による場合にそのような特性を考慮に入れるとすれば、もはやベダー原則を踏襲する必要はないとした。<sup>(8)</sup> こうして、一九五七年殺人法三条の文言に沿った自然の理解に遂に到達したのである。

ところで、挑発の抗弁に関する公式統計はなく、内務省統計では故殺事案の中に含まれている。これは、謀殺罪において抗弁が認められたとしても、評決は端的に故殺罪となつていることによる。そこで、マッケイ (Mackay 教授) が一九九七年から二〇〇一年の五年間に精査した故殺事案から抽出可能であつた件数によるほかないが、これによれば同期間には少なくとも七一件が挑発の抗弁による故殺罪であつたことが明らかとなつている。その被害者は六三人で、八件は共犯事例であつた。男女比は男子六〇件（八四・五％）、女子一一件（一五・五％）であり、近時の二〇〇二／〇三年の内務省調査統計では六五％が男性の被告人事件であつた。<sup>(9)</sup>



(2) 減弱責任事例…バーン事件

減弱責任は、その「精神の異常」の適用範囲がバーン事件判決によって広げられ、抗拒不能の衝動状態にあった被告人にも適用可能となった。そのバーン事件の判決要旨は、パーカー (Lord Parker. CJ) 裁判官の次の判示の通りである。

『精神の異常』は、マクノートン・ルールにいう『理性の欠如』と対比されねばならないものであり、理性人であれば異常と呼称する、通常人の精神状態とは異なる精神状態を意味する。我々には、身体行為・事象の理解力および行為の正邪の理性的な判断のみならず、その理性的な判断に従って身体行為を統御する意志力を発揮する能力にまで及ぶ精神の全局面にわたる精神活動を網羅するのに十分に広いものに思われる。<sup>10)</sup>

マッケイの詳細な調査研究によって、一九九七年から二〇〇一年の五年間に、減弱責任が抗弁として認められた事例は一五七事例に及んでおり、男女内訳は男子二二八件(八一・五%)、女子二九(一八・五%)であり、二〇〇一/〇二年内務省統計においては男子が九一・四%を占めていたことが明らかにされた。<sup>11)</sup>

(4) Holmes v. D. P. P [1946] A. C. 588.

(5) Homicide Act 1957, s. 3. 挙証責任は訴追側にあり、事案が挑発の事案でないことを合理的な疑いを入れない程度に証明しなければならぬ。<sup>12)</sup> Cf. Andrew Ashworth, PRINCIPLES OF CRIMINAL LAW, 4th ed., 2003, at 282.

(6) *Id.*, 283. 精神の発達遅滞・発育不全には重度の者も含み、生来原因には精神障害が明確な外的原因でない事例を含むとされ、疾病・障害には脳の疾病を含む器質的障害を含む。*Ibid.*

- (7) House of Lords, Director of Public Prosecutions v. Camplin [1978] 2 ALL E. R.168
- (8) *Ibid.* Cf. Ashworth, *supra* note 4, at 272.
- (9) Byrne [1960] 2QB 396, 403.
- (10) R.D.Mackay, The Provocation Plea in Operation-An Empirical Study: in FINAL REPORT, Appendix A, *supra* note 1, at 111. 第三〇事例は「虐待被害女性症候群」(attered woman syndrome) 事案でありその概要を見る。被告人女性は三二歳で、四二歳のパートナー(V被害者)を刺殺した。両名は自宅で飲酒をしながら議論していた。被告人はVが自分に攻撃的であったことを主張し、攻撃しようしてくる恐怖を憶えた。被告人は「Vが襲い掛かろうとしていた。私はそうするつもりはなかった」と陳述し、Vを冷静にさせることができなくて、包丁をとり台所に走り込んだところ、Vはよろめきながら近づいてきたので、Vを突き刺した。弁護側の精神鑑定リポートは、被告人を減弱責任の根拠となるアルコール依存症候群および虐待被害女性症候群と診断し「挑発の抗弁が申し立てられれば虐待被害女性症候群が永続的な特徴として心理的影響を与えていた」とも記した。陪審員は故殺の評決を答申し、被告人は四年の拘禁刑を言い渡された。*Id.*, 128.
- (11) R.D.Mackay, The Diminished Responsibility Plea in Operation-An Empirical Study: in FINAL REPORT, Appendix B, *supra* note 1, at 137. なお、近時のケースをマッケイの調査研究の第一四九事例から見しておく。被告人(二二歳女性)は、男性パートナー(二七歳)を刺殺した。彼らの間には虐待関係がありポテトチップスの皿をめぐり言い合っていた。検察庁(訴追)側の精神科医一名の(精神)鑑定リポートは、減弱責任を全く認めなかったが、裁判所選任の第二鑑定リポートは「虐待被害女性症候群」と診断するとともに、「私は単独の鑑定を根拠に、被告人は重大な(行為)時に、自信をもって減弱責任を斥けようとするものではないが、減弱責任の抗弁を申し立てることのできる程度の精神の異常を有していたとは思わない」との意見でもあった。このリポートは「虐待被害女性症候群」は、挑発を検討する際に陪審員に考慮する権限のある特性でありうることも考慮に入れた。弁護側の第三鑑定リポートも、「虐待被害女性症候群」と診断したが、「実質的に減弱」の問題は、陪審の(判断する)問題であると考えた。また、同リポートは、この状態を通常の女性とは区別できる永続的な「精神的特性」ありとする意見であった。コモンローの故殺で有罪との被告人の主張は認められ、また被告人は三年の保護観察(プロベーション)が言い渡された。審理裁判官は、これは「完全に例外

的な判決」を生んだ「完全に例外的な事例」であるとした。*Ibid.*, 177-178。判例は、「虐待被害女性症候群」の事例の場合に、挑発か減弱責任かの抗弁での故殺罪の適用に分れうるが、陪審判断で永続的な精神的特性に注目すれば減弱責任によるものとなる傾向性を示しているといえよう。

### 三 法律検討委員会の勧告

法律検討委員会は、中間的な諮問リポートで留保していた結論を勧告として明らかにした。法律検討委員会は、最終リポートにおいては諮問事項中にあつた挑発と減弱責任の抗弁を限定的抗弁として統一化する選択肢を選ばなかつた。<sup>12</sup> この両者を分離し、両者が二者択一的な方式とする立場は、従来からの判例の立場でもあるが、学者の中には統一化を志向する立場もあり、これはアメリカの模範刑法典の規定を方向性として提示する。<sup>13</sup> もっとも、果たして、挑発と限定責任の抗弁が統一化できるのかを巡っては、模範刑法典の規定の理解を含め、法律雑誌において賛否、反論、再反論が展開されていたが、本稿では触れない。<sup>14</sup> 以下、法律検討委員会の挑発および減弱責任に関する勧告を示す。

#### 一 挑発

挑発の限定的抗弁を改正して組み立てるが、その原理は次の通りとする。

「(1) そうでなければ謀殺罪となる違法な殺人は、次の場合に謀殺罪とならず、故殺罪とすべきである。すなわ

ち、

(a) 被告人が次のことに応じて行動した

(i) 多大な挑発(被告人に深刻な虐待を受けている)につき正当化できるとの意識 (sense) をもたせる、意味をもった言葉もしくは行動、または言葉と行動が一体化したもの)、または

(ii) 被告人または他の者に向けた重度の暴行の恐怖、または

(iii) 上記 (a) と下記 (b) との一体化したもの

(b) 被告人が年齢相応で、かつ通常の気性すなわち被告人の状況下にあつて通常の寛容性と自己抑制のある者であれば、同一または類似の方法で反応したのであること。

(2)被告人の状況において通常の気性をもった者が、同一または類似の方法で行動できたであろうか否かを判断する場合に、裁判所は被告人の行動にのみ関連することで同人の自己統制の一般的能力に端的に影響がある事柄以外に、被告人の年齢および被告人のすべての状況を考慮に入れるべきであること。

(3)限定的抗弁は次の場合に適用されてはならない。すなわち (a) 挑発が暴行の使用を責任減輕事由 (excuse) に用いる目的で被告人によって惹起された場合、または (b) 念慮された復讐欲求で被告人が行為をした場合。

(4)人は、同人が重度の暴行の恐怖から行為したのであれば、同人はその恐怖を生んだ死者の行動につき死者に対して怒っていただけであるので、念慮された復讐欲求で行為をしたと扱われてはならない。

(5)限定的抗弁は、第三者による脅迫の強制下で、他人の殺害または殺害に加担をした被告人には適用されてはならない。

(6)裁判官は、正当に説示された理性的な陪審員が同抗弁が採用されうると結論づけることのできる証拠がない場合、限定的抗弁（の判断）を陪審にゆだねることを命令してはならない。<sup>15)</sup>

法律検討委員会の勧告は、責任（culpability）が限定的抗弁によつて十分に認められる場合に、正当防衛による暴行ということが過度に用いられていることから、過剰防衛による暴行を基にした別個の限定的抗弁については勧告しないとしている。<sup>16)</sup>このように、法律検討委員会が限定的抗弁を、違法性阻却のない違法行為を前提に、または違法減輕の領域で、責任減輕の問題として扱う立場を堅持しようとしているが分かる。

## 二 減弱責任

法律検討委員会は、謀殺罪に関する法律が現状のまま存置され、謀殺罪の場合に必要な終身刑判決をもたらす限りは、謀殺罪の減輕類型である減弱責任の限定的抗弁による故殺罪があるべきとする。<sup>17)</sup>しかも、一九五七年殺人法第二条は修正の必要性はないとする。<sup>18)</sup>法律検討委員会は、減弱責任の現行定式が実務上、不公正さをもたらしているとすることに納得がいかなかったのである。このことにつき、今後の議論が展開されるために、限定責任の抗弁についての可能な選択肢を次の通り提示している。これによれば、

「そうでなければ謀殺罪で有罪となる者は、死を惹起させた作為または不作為の時点で、次の場合には、謀殺罪ではなく故殺罪で有罪である。すなわち、

(1) (a) 事象の理解、(b) 自己の行為が正しいか間違っているかの判断、または (c) 自身の抑制をする能力が、その根底にある条件に起因する精神機能の異常により実質的に減弱していた場合で、かつ

(2) その異常が殺人の遂行または関与中の被告人の行動 (conduct) の重大な原因であった場合。

(3) (前述の)「根底にある条件」とは、一過性の種類もの以外の潜在する精神的または心理的な条件を意味する。<sup>(19)</sup>

(12) FINAL REPORT, *supra* note 1, para. 5, 101, at 108.

(13) 統一化志向の立場は、マッケイ他論文に見られる。R. D. Mackey & B. J. Mitchell, "Provoking Diminished Responsibility: Two Pleas Merging Into One?", [2003] Crim. L. R. 745, 748, なお、アメリカ模範刑法典の規定は次のとおり。その210.3条1項bにおいて、故殺について規定する。同条によれば「(一) 刑事上の殺人は次の場合、故殺罪を構成する。：すなわち (b) そうでなければ謀殺罪である殺人が合理的な事情または抗弁 (explanation or excuse) のある、著しい精神的または情緒的な障害の影響下で行われた場合。そのような事情または抗弁の合理性は行為者がそうであると信じた諸状況の下で、行為者の事情にある一般人の見地から判断されるものとする。(二) 故殺は第二級重罪である。」American Law Institute Model Penal Code Official Draft, 1962, s. 210. 3 Manslaughter.

(14) 模範刑法典に沿って挑発と減弱責任の抗弁を統一化しようとするものに、マッケイおよびミッチェルがおり、「著しい精神的または情緒的な障害」に基づいた単一の限定的抗弁の考えがある。これは、刑事司法制度が減弱責任の抗弁を人為的に拡張解釈を無理に行うことなく、真正の減輕すべき殺人者を謀殺罪で有罪とすることを回避することを可能にするものであるとする。R. D. Mackey & B. J. Mitchell, "Provoking Diminished Responsibility: Two Pleas Merging Into One?" [2003] Crim. L. R. 745. Idem, "Replacing Provocation: More on a Combined Plea", [2004] Crim. L. R. 219, 223. 統一化案に批判的な見解に、James Chalmers, "Merging Provocation and Diminished Responsibility: Some Reasons For Scepticism", [2004] Crim. L. R. 198; John Gardner & Timothy Macklem, "No Provocation Without Responsibility: A Reply to Mackey and Mitchell", [2004] Crim. L. R. 213. 前者のチャームスは、模範刑法典の

「著しい精神的または情緒的な障害」の抗弁を、挑発と減弱責任を「融合」する主張として理解することは誤りであり、模範刑法典は本質的に減弱責任の妥当性を認めない法律制度のもとにあっては期待される主観化された挑発の類型を示したものにすぎない。統一化論はこの根底の区別を誤って理解しているとす。 *Ibid.*, 211. 後者のガードナー他は、論点は責任の減軽 (excuse) と阻却 (denials) にある。免責の主張は自己の為したことに品位のある合理的な事情説明を行うことにあり、責任阻却とは (行為時十分に理性的存在でなくても) 自己の為したことに全く合理的な事情説明が要求されないこととし、挑発は謀殺罪に対する限定の免責であり、減弱責任は責任の限定的阻却として区分し、マッケイ他の議論は、後述の上院のスミス判決 (多数意見) が挑発に関する法律は被告人の減弱責任を許容する急進的な結論を理由づけたことの誘惑に屈服したものであるとする。 *The latter, ibid.*, 213-214.

- (15) *Ibid.*, para. 1. 13, at 4-5.
- (16) *Ibid.*, para. 1. 15, at 6.
- (17) *Ibid.*, para. 1. 16, at 6.
- (18) *Ibid.*, paras. 1. 18, 3. 166, 5. 101, at 7, 70, 108.
- (19) *Ibid.*, para. 1. 18, at 7.

#### 四 改正議論の諸相

法律検討委員会は、二〇〇三年一〇月に、挑発と減弱責任による限定抗弁を検討する中間的な諮問リポートを明確な意見を表明することなく公表した。この委員会審議の過程で、また諮問リポートにおいて取り上げ検討された事例に上院スミス (Smith) 判決がある (二〇〇〇年七月)<sup>(20)</sup>。すでに、法律検討委員会の最終リポートの勧告意見によっ

て、委員会の結論は明らかであるが、この近時の判例は、「挑発と減弱責任を二個の別個の抗弁と考へてきた伝統的なアプローチから離れて、このような別個（の扱い）はもはや実際的でないとする事実の承認に向かう前兆<sup>(2)</sup>」であると位置づける見解もある。

このことから、本章においては、イングランドにおける挑発に関する限定抗弁を巡る近時判例を紹介し補充的に再整理したうえで、視座の異なる立場のジェンダー論からの見地からの挑発の抗弁廢止論に触れておく。

#### 一 上院スミス判決

##### (1) (事実等)

被告入スミス (Morgan Smith) は、一九九六年一月一六日夕刻、旧友マツカラ (James McCullagh) からの訪問を受けたが、双方はアルコール中毒者で夕刻飲酒し非難応酬をしながら過ごした。被告人がマツカラに対して苦痛の種を抱いた。その幾つかは何年も前に遡るものであった。ごく最近のものは、マツカラが飲酒のために大工としてのスミスの商売道具を盗み、売却したとの確信にあった。マツカラの繰り返しの否認は被告人を怒らせるだけであった。訪ねた別の友人はこの真つ盛りの口論を目撃していた。その友人がトイレを使用中、被告人は台所用包丁を取り出し、数回マツカラを刺創し、そのうちの一撃が致命傷となった。

##### (2) 第一審

第一審 (Combe裁判官) において、謀殺罪で起訴された被告人 (被告入) は、①死亡または真に重大な危害を生じさせようとする意図の欠如、②挑発、③減弱責任の重層的な三抗弁を行ったが、陪審は一〇対二の多数で謀殺罪



での有罪を評決した。被告人は、重篤な臨床上の鬱病に罹患したことを、および死亡したマツカラのことを自己の道具を窃取したとする思い込みを含む出来事の結果、被告人は自己抑制を失い、マツカラを殺害するほどに挑発されていたことであつた。第一審審理裁判官は、重篤な鬱病は被告人の特性を共有する通常人が自己抑制を失つたか否かを判断する際に考慮すべき陪審の判断事項ではないとした。すなわち、同裁判官は、陪審に対して鬱状態は挑発の重さを扱う際に考慮される特性であること、および鬱病のせいで被告人が自発的な行動を抑制できなかったとの事實は関連性をもたないことを説示したのである。つまり、陪審は一九五七年殺人法第二条の減弱責任の抗弁が認められるかに関する証拠として鬱病の鑑定証拠であることの説示を受けたのである。その結果、陪審は三抗弁を認めず、謀殺罪での有罪を評決した。

### (3) 控訴審

控訴審<sup>(2)</sup>における争点は、第一審の審理裁判官が陪審員に対して、一九五七年殺人法第三条に従つて挑発の抗弁について正当に説示したか否かにあつた。控訴審は、挑発に関する説示への訴えを認め、その他の控訴理由を棄却した。

控訴審判決は次の通り述べた。

「我々控訴審の判断では、審理裁判官がしたように裁定し陪審に説示するのは誤りである。上述要約したようにハミルトン (Hamilton) およびキャンベル (Campbell) 両医師の鑑定証拠は考慮のために陪審に委ねられるべきであつた。裁判官は被告人の精神状態および挑発への被告人の反応に及ぼした影響力に関するハミルトンおよびキャンベル医師の鑑定証拠が…挑発の客観的条件に関連があることを陪審に説示しなければならなかつた。『陪

審によって判断されたような被告人の特性をもった仮定上の理性人であれば、被告人が為したとするのと同様に挑発的な行動に反応していたかもしれないか』。我々は、陪審評決によって陪審が減弱責任の抗弁を却下したことを見逃せなかったし、それゆえキャンベルおよびハミルトン医師の鑑定証拠という必須の基準までに納得させられねばならなかった。しかしながら、この争点についての拳証責任は上訴人にある。挑発の争点に関して、上訴人が挑発されなかったことを陪審に納得させることは検察側にある。これらの事情および本件証拠の全背景に反して、我々は裁判官の誤った説示が謀殺罪での上訴人の有罪に信頼を置けないとの見解をもっている。それゆえ本件控訴理由は正当である。<sup>(23)</sup>

控訴審は控訴を認め以下の問題を確認した。すなわち、

「理性人にとつての挑発の重さの程度だけでなく、期待される抑制基準にも関連する一九五七年殺人法第三条の目的からすると、年齢および性別以外の特性が理性人に付きものの特性なのであるか。<sup>(24)</sup>」

#### (4) 上院判決

上院の五人の判事のうち三名の多数意見で、検察による上告は棄却となった。多数意見のスリン卿 (Lord Slynn of Hadley) は判決文において、挑発の抗弁の歴史的推移を検討し、その起源は「人が理性全ておよび自己抑制を突然失うほどに挑発されるとき、正義または『同情』は死刑を引き寄せる謀殺罪よりもむしろ故殺罪の評決であるべきことを要請する」<sup>(25)</sup> ことにあつたとする。以下、スリン卿の意見に沿って、多数意見に触れる。

「侮辱的な暴行とか友人が重大な攻撃を受けていることの目撃といった一定範疇の行為が挑発を構成するものと

して認められるようになった。しかし、一九世紀末から二〇世紀の期間、問題は、挑発が致命的な一撃と通じるほどの抑制の喪失を生じさせるものであったか否かだけでなく、挑発が理性人に自己抑制を失わせることを生じさせたものであったか否かを陪審が判断することになってきた。<sup>(26)</sup>

「理性人という客観テストは一九五四年のベダー (Bedder) 事件における本上院判事室 (Lords Chamber) において最高水準に達した。同判事室は身体的または精神的な疾患は人が挑発されたか否か、および理性人が状況の中で自己統制を失うことがありうるか否かを検討する際の素材として考慮されうるとすることを拒否し受け容れなかった。<sup>(27)</sup>」

「一九五七年殺人法第三条はコモンロー上の位置づけを変更しようとし、また変更を履行したものであることに同意する。同法は減弱責任の抗弁も規定する。そこで本事件は共通の立場として被告人が自己統制を失う程度に挑発をされていたか否かを検討する際に、(時として挑発の重大性として記述されたり、また主観テストであるといわれるものであるが) 被告人の個人的特性を考慮に入れるのは陪審とする。しかし、検察は、問題は理性人であれば自己統制を失ったか否かにあり、ごく限定された例外性のある個人特性は除外されなければならないと主張する。言われたその仕方でのみ、客観性をもって考えられる理性人テストは適用されるのか。その仕方でのみ、統一的な予想評価が為されるのか。そのアプローチからの出発は、理性人の統制という基準によって特定個人の行動が判断されることになるのであり、理性人の観念を破壊するものである。<sup>(28)</sup>」

「被上告人はこのアプローチは不正で現実的ではなく、しかも(殺人法) 第三条によって要求されているもの

ではないと言う。挑発への人の反応は、同人が有すると同一の関連性のある諸特性を備えた理性人との比較で判断されなければならない。」

「私見では、私が言及してきた種々の事件において控訴審は、挑発への反応行為は理性人の反応行為であったか否かを検討する際に、年齢および性以外の個人的な諸特性が考慮に入れられうるとの見解を取ってきたことは妥当である。<sup>(29)</sup>」

検察は、挑発の抗弁において理性人テストを用いる場合、犯行状況下において、その判断基準を年齢、性といった客観的な一般化基準で組み立てようとしたのに対して（一般理性人基準説）、弁護側は年齢、性に加えて、それ以外に個別化した被告人の諸特性をも考慮した理性人を判断基準にして、犯行状況下において、被告人の挑発の抗弁、すなわち挑発に対する行動の限定的な免責を認める主張をした。上院は、過去の判例を基本的に踏襲し、弁護側の個別・具体化された特性を備えた理性人ともいうべき基準によって、被告人の行動を比較し、その許容性を判断する立場を堅持したといえる（個別理性人基準説）。挑発の抗弁は、それを責任の軽減を検討する問題として把握するならば、この後者の個別化理性人基準説は妥当性をもつといえる。

## 二 挑発の抗弁廃止論

以下では、ジェンダー論からの議論の展開であるエドワーズ (Edwards) の意見を見ておく。

エドワーズは、法律委員会の諮問リポートを受けて、リポートにおいて指摘された内容、すなわち挑発の抗弁に關し、「突発的な怒りでもって謀殺罪に対する限定的抗弁を基礎づけることは道徳的に維持可能であるか」（パラグラフ

四・一六三)、法律委員会は挑発に関する法律(刑法)は「作用していない」、「不公正である」、ジェンダーのバイアス(性的予断)が入るべきではない(パラグラフ一・六六―六七)と考えているとする。そのうえで、フェミニストの法律批判者としての立場からは、コモントリーおよび判例に支持されてきた法の普遍的で客観的な合理性は、男性の経験を「規範的」に通用する「客観的」原理に組成させた、男性の経験を有効とするものである。その結果、女性および虐待被害女性の事案では、正当防衛の客観的・主観的な必要条件、とくに「比例性」および「即時性」という要件の採用が排除されたのと同様に、挑発の客観的・主観的なテストを組み立てることの必要条件が排除されているとする。エドワーズは、法律委員会の諮問リポートを脱構築することで、抗弁および免責の答弁の前後関係の起源を探究して挑発と正当防衛の法の中にあるマスキリニズム(男性主義・masculinism)に込めようとした。結論的に、エドワーズは、挑発の抗弁は廃止されるべきこと、そして女性に(女性だけではないが)、効果的な正当防衛(の抗弁)の機会を認めるように比例性と即時性の要件を根底的に再考することを求め、正当防衛は両性間の固有の「武器不平等」を考慮にいれるために再構成されるべきとする。<sup>30)</sup>

ジェンダー論からのアプローチは、挑発の抗弁が「弱者」である女性という男性社会の時代遅れの規範的思考の産物であるとし、廃止を求めている。確かに、挑発の抗弁は歴史的経緯からはそのような背景も見受けられるが、現実には抗弁の件数からみても、第二章で見たように、男女比は男子六〇件(八四・五%)、女子一一件(二五・五%)であり、近時の二〇〇二/〇三年の内務省調査統計では六五%が男性の被告事件であったことから、挑発の抗弁は虐待被害女性の事案に限定された抗弁であるとする<sup>31)</sup>ことは妥当ではないであろう。また、「虐待被害女性群」の抗弁に

ついても、個別事案の挑発の客観的・主観的なテストとして再構成していくことは可能であろう。

家庭内「暴力」の被害は、現実には「異性集団」のものであり、その暴力は刑事裁判となりうる傷害および暴行から、その再発の恐怖、許容できない状況的な圧迫など多様である。この諸態様に応じた予防的対応がまずもって必要なことは、論じられてきている<sup>(23)</sup>。これの対応措置の創設・拡充を前提としたうえで、「被害者」が加害者として刑事裁判によって被告人となる場合があり、挑発の抗弁は、この場面でなお刑事責任を限定的に減輕する有用性をもつものといえよう。

- (20) House of Lords, *Judgements-Regina v. Smith* (On Appeal From The Court of Appeal (Criminal Division)), session 1999-2000, 27 July 2000, [www.publications.parliament.uk/pa/dl/199900/djudgmt/jd000727/smith-1](http://www.publications.parliament.uk/pa/dl/199900/djudgmt/jd000727/smith-1;); [2001] 1 AC 146; [2000] 4 All E. R. 289.
- (21) Mackay & Mitchell, *supra* note 13, at 745.
- (22) Court of Appeal (Rose L. J., Vice-President, Potts and Douglas Brown JJ)
- (23) HL, *supra* note 20, *smith* 1.
- (24) *Ibid.*
- (25) スリン卿 (Lord Slynn) / ホフマン卿 (Lord Hoffmann) / クライド卿 (Lord Clyde) の各判事が多数意見。 *Ibid.*
- (26) ~ (29) *Ibid.*
- (30) Susan S. M. Edwards, "Abolishing Provocation and Reframing Self-Defence-the Law Commission's Options for Reform", [2003] Crim. L. R. 181-182.
- (31) 前注 (8) 参照。
- (32) イギリス内務省は、二〇〇三年六月に家庭内暴力に取り組む諸提案を提示した諮問文書を公表した。これによれば、政府の基本戦

略は、三要素、すなわち①家庭内暴力の初発・再発の防止、②被害者援助の増加、③家庭内暴力被害者への改善した法的保護・裁判の保障から構成される。最後の法的保護・裁判の保障は、家庭内暴力の訴追形態の改善（被害者からの告訴、同意を削除）、刑事司法手続の全段階において被害者抑制にならないよう政府が取り組むとするものである。ただ、刑事司法過程にあって、被害者の被害届け、告訴、意思に依存しない家庭内暴力の刑事的な扱いは、「被害者を基にした」政策から「証拠を基にした」政策へと移行しているといわれるが、その動きの先鞭であるアメリカ合衆国サンディエゴ郡での試みは、「被害者なき訴追」の及ぼす刑事手続上、証拠法則（伝聞証拠の排除など）に照らし、なお慎重な検討が必要である。Home Office, SAFETY AND JUSTICE: THE GOVERNMENT'S PROPOSAL ON DOMESTIC VIOLENCE, HO, 2003; Crown Prosecution Service, CPS POLICY ON PROSECUTING CASES OF DOMESTIC VIOLENCE, CPS, 2001; Louise Ellison, "Responding to Victim Withdrawal in Domestic Violence Prosecutions", [2003] Crim. L. R. 760.

## 五 おわりに

一 イギリス（イングランドおよびウェールズ）における謀殺罪が、一九五七年殺人法の第二条および第三条によって、故殺罪へ減軽することが可能となっており、その法制度と代表判例によって運用状況を踏まえ、今日、法律委員会によって検討が行われ、勧告が出されたことを見てきた。一九五七年殺人法は、これまでの挑発の抗弁に関する判例をこの規定に沿って、行動のみならず言葉による挑発までを含める状況を導くものであった。挑発の抗弁に関して、一九七五年殺人法規定と判例は合致した見解に達しており、今般の二〇〇四年法律検討委員会の最終報告書『謀殺罪に対する限定的抗弁』は、この実務により近づけた、さらに明確な規定案を勧告するものがあった。しかしなが

ら、法律委員会は、この謀殺罪を故殺罪に減輕させる限定的抗弁が挑発の抗弁と減弱責任を単一条文に統一化することを求めるものではなかった。これは、一九五七年殺人法の表記法、判例およびその背後にある挑発と減弱責任の本質的差異を重視する見地を維持したものである。<sup>(33)</sup>

この挑発と減弱責任を条文上、明確に書分ける区分説というべきものによれば、挑発とは精神の正常な状態での抗弁、すなわち外部事情に反応した正常な行動としての限定的免責をいうものであり、他方、減弱責任は、自己抑制を減じる「異常な人格」による抗弁、すなわち正常に行動することをできなくさせる精神的な特性を被告人が有していたことによる限定的抗弁ということになる。この限定的免責は、責任減輕事由における期待可能性（挑発）と限定責任能力（減弱責任）の対応関係として位置づけて理解することができよう。

二 この謀殺罪を故殺罪に減輕する実践的な理由は、一九五七年殺人法の成立の歴史的な性格と切り離しては考えられない。同法による挑発および減弱責任の抗弁は、当初は謀殺罪による必要な死刑の言い渡しを宥恕すべき事由（compassion）がある場合に死刑を回避することを想定していたのであり、これは一九六五年の謀殺（死刑廃止）法<sup>(34)</sup>および一九六九年一二月の死刑廃止の無期限延長の上下院決議によって性格を変化させたと見ることができ。これによって、謀殺罪は終身拘禁刑が宣告されることになった。また今日では、故殺罪の適用は拘禁刑を上限とする多様な処遇選択肢を意味するのみならず、謀殺（murder）のレッテルのもつ社会的な最悪の評価を回避することに重点が推移してきたといえる。<sup>(35)</sup>

三 挑発および減弱責任の限定的抗弁が、謀殺罪のみに適用がある事情は、法律検討委員会の勧告においても変化



はなかった。これは、形式的には謀殺罪の成立がある場合、すなわちメンズレアがあつたとしても（また正当防衛および過剰防衛の抗弁が認められなかったとしても）、この限定的抗弁を、いわば責任の軽減事由としても主張することが、今後とも維持されることを意味している（上院スミス判決参照）。したがって、また挑発の抗弁において、挑発の重大性に対応する犯行（殺害行為）との比例性（均衡 proportionality）の関係は違法性の問題ではあつても責任の問題とならないと見るべきであろう。<sup>36)</sup>

四 挑発および減弱責任の限定的抗弁は、法律検討委員会の勧告および判例の立場に反して変化し、将来的に統一化した条文規定となりうるであろう。その例として、アメリカ模範刑法典の規定は次の通り。その二一〇・三条一項bにおいて、故殺について規定する。同条文を再掲すれば

「(1)刑事上の殺人は次の場合、故殺罪を構成する。…すなわち、

(b) そうでなければ謀殺罪である殺人が合理的な事情または抗弁のある、著しい精神的または情緒的な障害の影響下で行われた場合。そのような事情または抗弁の合理性は行為者がそうであると信じた諸状況の下で、行為者の事情にある一般人の見地から判断されるものとする。」<sup>37)</sup>

マッケイおよびミッチェルの立法提案は、判断（者）基準が明確でないものの、同一方向を志向するもので方向性としては妥当であろう。

「そうでなければ謀殺罪で有罪となる被告人は、陪審判断で犯行の実行時に、被告人が次のときには、謀殺罪については無罪である。すなわち、

- (a) 極度の情緒的異常 (emotional disturbance) 下、および／または  
(b) 精神の不健全 (unsoundness of mind)。

これらの一方また両方が、犯行が故殺罪に減輕されるべきである実質的な程度に、犯罪行動に影響を与えてい<sup>(83)</sup>る<sup>(84)</sup>」]

五 今後のイングランドにおける限定的抗弁の立法動向に注目し、その後の動向については改めて検討したい。

- (33) HL, Judgements, *supra* note 20, smith-3. Hoffmann 卿はアシュワースの見解に沿って判決文に両抗弁の理論上の区分の根拠を述べ<sup>(85)</sup>る。
- (34) Murder (Abolition of the Death Penalty) Act 1965.
- (35) アシュワースは、「必要的に謀殺罪（適用）というレッテルのもっている社会の憎悪する殺人行為という評価のもつ謀殺罪のステイグマを回避することの実質的な存在意義」を述べ、大半の人達は挑発殺人がこの謀殺罪に入らないと受け止めているとする。A Ashworth, *supra* note 5, at 279.
- (36) しかし、スミス判決において、クライド (Clyde) 卿は挑発の重大性が自己統制の喪失を助長するとし、挑発と反応行為との比例の重要性をタフィー (Reg. v. Duffy, 1949) 事件判決を基に説く。HL, Judgements, *supra* note 18, smith-4.
- (37) ALLMPQ, *supra* note 13.
- (38) Mackay & Mitchell, *supra* note 13, at 758.

\* 山中俊夫先生の古希を祝賀し、また先生のドイツ研修後の間もない時期の学部二年の法学演習クラス以来、刑事法の分野は異なりながら、今日までの長きにわたり気に掛けていただきご指導を得ましたことに深く感謝し、拙稿を献呈いたします。