

研究ノート

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

岡本昌子

はじめに

- 一 英米刑法とカナダ刑法
  - 一 カナダ刑法の位置づけ
  - 二 カナダ刑法典とコモン・ローとの関係
  - 二 カナダ刑法における正当防衛
    - 一 正当防衛の抗弁
    - 二 正当防衛と自招侵害との関係
    - 三 カナダ刑法における自招侵害
- 一 自招侵害における正当防衛の限界
  - 刑法典三五条と判例法 ——
  - 二 自招侵害に適用される規定の範囲と問題点
    - マッキントッシュ (McIntosh) 判決 ——
    - 三 自招行為の定義
      - 刑法典三六条と判例法 ——
  - 四 展望

はじめに

正当防衛論における大きな論点である自招侵害は、我が国においてはドイツと同様に、解釈論として展開されてき

た。<sup>(1)</sup>これは、両国とも自招侵害に関する現行規定がないからである。では、自招侵害に関して規定している国はどのような自招侵害を扱っているのであろうか。

自招侵害に関して規定を設けているカナダは、我が国およびドイツが属する大陸法系に対し、英米法系に属する。<sup>(2)</sup>しかし、カナダ刑法典には、英米法系のイギリスの刑法典とは違った特徴がある。例えば、カナダ刑法典の母体であるイギリスの一九六七年刑事法 (Criminal Law Act, 1967) が正当防衛の中の公的防衛 (public defence) に関してのみ規定しているの<sup>(3)</sup>に対して、カナダ刑法典は正当防衛に関して詳細に規定している。さらに、その正当防衛の規定の中には、我が国はもちろんのこと、イギリスの刑法規定にも存在していない「挑発<sup>(4)</sup>されていない (unprovoked)」<sup>(5)</sup>「挑発 (provocation)」という文言が存在している。

以上の点から、我が国の自招侵害の議論にとってカナダ刑法を考察することは有意義であると考え。また、我が国では英米法系のイギリス法およびアメリカ法に関しては研究がなされているが、カナダ法については一九七〇年代に入るまで研究がなされてこなかった。<sup>(4)</sup>その後、カナダについては専ら政治面に関して研究がなされ、刑法理論に関しては未知の世界であるといっても過言ではなく、<sup>(5)</sup>従来の英米刑法研究とは違った問題提起が行なえるのではないかと考える。

そこで本稿は、このように種々の特徴を有するカナダ刑法における正当防衛と自招侵害について考察するものである。具体的には、防衛者が挑発<sup>(6)</sup>していた場合、つまり攻撃を自ら招いていた場合についてどのように扱っているのか、また挑発とはどのように定義されているのかを、刑法典とそれに関連する判例法との両面から考察する。それらを踏

まえて、自招侵害に関する規定がない我が国の刑法理論と、規定があるカナダの刑法理論における正当防衛と攻撃の自招との関係、ならびに法的効果の相違について比較検討することとする。

- (1) 拙稿「自招侵害について」同志社法学二六一号二八五頁以下を参照されたい。
- (2) 田中英夫『英米法総論 上』（東京大学出版会、一九九一年）四頁。
- (3) The Criminal Law Act, 1967, s. 3. J. C. Smith and B. Hogan, Criminal Law (8th ed., 1996), p. 261.
- (4) 吉田健正「XV 日本におけるカナダ研究の歩み」ジョン・シュルツ、三輪公忠編『カナダと日本——21世紀への架橋』（彩流社、一九九一年）二八三頁以下。
- (5) 私はカナダのプリティッシュ・コロンビア大学 (University of British Columbia) とビクトリア大学 (University of Victoria)、バンクーバー公立図書館、ビクトリア公立図書館に研究許可申請のメールを送り、一九九九年三月ならびに八・九月、当地に赴いて資料収集を行なった。両大学の法律図書館には図書館司書としてレファレンス・ライブラリアン以外にロー・ライブラリアン (Law Librarian) が勤務しており、カナダ刑法について論文を書くにあたり重要とされている書物・法律雑誌のリストを教授して頂いた。本稿は、この Jacqueline R. Castel and Omeela K. Latchman, The Practical Guide To Canadian Legal Research (2nd ed., 1996) のリストを網羅して論じている。また、プリティッシュ・コロンビア大学では、刑法学者のクリスティーネ・ボイル (Christine Boyle) 教授と正当防衛について会談する機会も得た。
- (6) 英米刑法において挑発といった場合、正当防衛と並ぶ抗弁の一つの挑発が想起されるであろうが、このカナダ刑法典二三二条に定められている挑発は、本稿の目的であるカナダ刑法における自招侵害の議論とは意を別にするものであるから本稿では取り挙げない。

## 一 英米刑法とカナダ刑法

### 一 カナダ刑法の位置づけ

(1) カナダ刑法における正当防衛論を考察するにあたり、その前提として、カナダ刑法は英米刑法においてどのように位置づけられるのかを述べる必要がある。<sup>(1)</sup>

カナダは、一八六七年に独立するまで、イギリス領であった地域と、カナダの西部と北部に存在したイギリスの毛皮貿易会社のハドソン湾会社 (The Hudson's Bay Company) に支配された未開拓地に分かれていた。後者の地域については、一六七〇年のハドソン湾会社独自の憲章が、この会社によって支配されている領域についてはイギリス法が適用されると述べていた。一方、イギリス領におけるイギリス法の受け入れの形態は、植民地の形成が開拓によるものなのか、征服によるものなのかによって異なり、開拓による場合は、その地方の状況に適合する範囲でイギリスに存在する法律が持ち込まれ、それは植民地がその地方独自の立法府を創設するまで続いた。これに対して、セントラルカナダ (Central Canada) は、征服によるものであり、ケベック征服の翌年、一七六三年国王宣言 (Royal Proclamation) により当地に存在していたフランス法はイギリス法にとってかわられた。その後、フランス民法は復活するが、イギリス刑法はそのまま有効とされた。その後、現在のケベック州にあたるロワーカナダ (Lower Canada) とオンタリオ州にあたるアッパーカナダ (Upper Canada) に分かれた際、アッパーカナダの新立法府はイギリス刑法の受け入れを促進した。<sup>(2)</sup>

以上の概要のように、カナダ刑法は、その歴史からイギリス刑法を母体とし、一般にアメリカ刑法よりもイギリス刑法に属すると分類されている<sup>(3)</sup>。しかし、イギリス刑法を母体としているとはいえ、両者間には特筆すべきいくつかの相違点が存在する<sup>(4)</sup>。例えば、カナダはイギリスの先例拘束性の原則を修正した形で継受している。カナダの事実審裁判官は、自州の控訴審裁判所および最高裁判所の判決には拘束されるが、通常、自州の他の事実審裁判所の判決には（依拠はするものの）拘束されるものではないとしている。また、「以前の判例をくつがえすべきであるとする議論はもつともである<sup>(5)</sup>」とする最高裁判決も既に何度となく存在している。なお、カナダにおいて議論の対象とされているイギリスの判例は、説得力のあるものとはされるものの、決してそれに拘束されるわけではないとしている。「カナダの裁判所は一世紀以上に渡ってイギリスの判決の拘束を受けていない<sup>(6)</sup>」とされ、例えば、本稿のテーマである抗弁の一つ、強制 (duress) に関しイギリスとカナダの判例は「明らかに (vividly) 対照的である<sup>(7)</sup>」と指摘されている。

また、カナダの刑事訴訟システムと深く関わる、一九八二年に憲法に加えられた「権利および自由に関するカナダ憲章 (Canadian Charter of Rights And Freedoms)」は、「アメリカの法制度への接近を示しているともいわれる<sup>(8)</sup>」。

(2) さらに、本稿の取り上げる抗弁、正当防衛に関して考察すると、カナダはイギリスとは違った独自の法文化を形成しているともいえる。なぜなら、イギリスは公的防衛に関しては一九六七年刑事法三条に規定しているが、私的防衛に関しては規定しておらず、専らコモン・ローに依拠している<sup>(9)</sup>のに対して、カナダは刑法典に詳細に規定しているからである。また、抗弁が正当化事由に属するののか免責事由に属するののかに関して、イギリスは一八二八年に免責殺人の恩赦に付されていた財産の没収を廃止して以来、明確にその概念を区別してはいない<sup>(10)</sup>のに対して、カナダは、

被告人の処罰に関して差異はないとはするものの、正当防衛を正当化事由と定義し、正当化事由と免責事由を区別するよう心掛けて<sup>(11)</sup>いる。両者の違いについて判示したパーカ (Perka) 判決は、<sup>(12)</sup>正当化事由について、「ある状況では、法規を遵守するよりも抵抗する方が、社会の価値、実際それは刑法そのものの価値であるが、それが促進される<sup>(13)</sup>」の行為の不法を排除する<sup>(14)</sup>とした。これに対して、免責事由については、「自由主義的そして人道的な刑法は、自己防衛であれ、利他主義であれ、一般人の本能を不可抗力的に反抗へと駆り立てるような緊急状況においては、その者を厳しい法に服従させることはできないということを認めている。……『人間を過度に緊張させ、誰も耐えられないような』圧力の下で悪しき行為をする場合、実際、賞賛はできないが、<sup>(15)</sup>恩赦は与えられる」と述べている。

(1) ステファン・M・サルズバーグ著、本間一也編集「第一章 英米法と比較したカナダ法の特質」桑原昌宏編『カナダの現代法』(御茶の水書房、一九九一年) 五頁以下他。

(2) Eric Colvin, *Principles of criminal law* (2nd ed., 1991), pp. 2-3.

(3) 森島昭夫、ケネス・M・リシック編『カナダ法概説』(有斐閣、一九八四年) 一二頁以下。

(4) 本章第二節参照のこと。

(5) Don Stuart, *Canadian criminal law* (3rd ed., 1995), pp. 4-5.

(6) 森島・前掲註(3)書二九頁。

(7) Don Stuart, *op. cit.* n. 5, p. 419.

(8) ステファン・M・サルズバーグ著、本間一也編集・前掲註(1)書「第一章 英米法と比較したカナダ法の特質」七頁、モリス・L・コーエン、ケント・C・オルソン著、山本信男訳「入門 アメリカ法の調べ方」(成文堂、一九九一年) 二八九頁。

- (9) 木村光江『主観的犯罪要素の研究——英米法と日本法』（東京大学出版会、一九九二年）一七〇—一七二頁。
- (10) イギリスでは正当防衛は通常、免責事由よりはむしろ (rather than) 正当化事由とみなされる。もっとも、正当化事由と免責事由との区別に関し、近年アメリカのフレッチャージャー教授の見解を受けて、その区別に関心が持たれている (J. C. Smith and B. Hogan, *Criminal Law* (8th ed., 1996), p. 193)。奈良俊夫「アメリカ刑法における『抗弁』法理の動向(1)」比較法雑誌二九巻一号（一九九五年）二二三頁以下、勝亦藤彦「フレッチャージャーの“incompatibility Thesis”について——正当化と免責の区別をめぐる議論の一断面——」『アメリカ刑事法の諸相 鈴木義男先生古稀祝賀』（成文堂、一九九六年）二二頁以下、木村・同書一六九—一七〇頁。
- (11) Kent Roach, *Criminal Law* (1996), pp. 163-164. カナダでは、正当防衛を正当化事由と説明している点を特徴として指摘できるが、しかしカナダにおいてもイギリス同様、誤想防衛を完全な正当化事由として認めている。
- (12) *Perka v. R.* (1984), 42 C. R. (3d) 113, 14 C. C. C. (3d) 385 (S. C. C.).
- (13) *Perka v. R.* (1984), 14 C. C. C. (3d) 385, p. 397.
- (14) *Perka v. R.* (1984), op. cit. n. 13, p. 396.
- (15) *Perka v. R.* (1984), op. cit. n. 13, p. 398.

## 二 カナダ刑法典とコモン・ローとの関係

(1) カナダは、独立後の一八九二年に連邦制定法として刑法典を制定した。その後、通常、国会の開会ごとに修正を加えており、その目的は必要な修正を熟慮するためであるとしている<sup>(1)</sup>。しかしその形態は、一九八五年当時の刑法典とほとんど変わらず<sup>(2)</sup>、一九八五年修正カナダ法 (R. S. C. [= Revised Statutes of Canada] 1985, c. C-46) が現行法として用いられており、計八四一条もの膨大な条文から構成されている。その九条において、コモン・ロー上の犯

罪の廃止を明示し、制定法上の犯罪に関してのみ罪を問われるとする<sup>(3)</sup>一方で、抗弁については八条三項でコモン・ローの精神は継続するとし、コモン・ロー上の抗弁を主張することは引き続き可能であるとしている。<sup>(4)</sup>

カナダにおいて、いかなる犯罪も制定法に由来しなければならぬということは今では広く承認されている。<sup>(5)</sup>これに対して、抗弁に関してはコモン・ロー上の抗弁を保持してきた理由として以下の二説が主張されている。第一説は、「将来起り得る全ての抗弁を予期することは、たとえ全く不可能ではないとしても、少なくともそれは実用的ではない<sup>(6)</sup>」とする一八八〇年のイギリス王立委員会 (English Royal Commission) の見解を継受しているとするものである。第二説は、ステファン (Stephan) によって主張された以下の見解である。「正当化や免責に関するコモン・ロー上の原理を維持する一方で、コモン・ロー上の犯罪を廃止すべきとする理由は、なぜ被告人に『疑わしきは被告人の利益に』が与えられているのかという理由と似ている。コモン・ロー上の犯罪の廃止から生じ得る最悪の結果は、道徳的には有罪な人の時折の免責であろう。正当化や免責に関するコモン・ローを維持することから生じ得る結果は、他の方法では保護されない道徳的に無実の人が刑罰を避けられるということだけである」<sup>(7)</sup>。

コモン・ロー上の抗弁を維持することは、必然的に、適応できる先例の探求を越えた創造的役割を裁判官に託すこととなる。つまり、裁判官は刑事抗弁の発展に活発に関与すべきであるとされ、さらにワイラー (Weller) は、裁判所は具体的な状況において起こった新しい問題を扱うのに最適な立場にあると指摘している。<sup>(8)</sup>

(2) しかしながら、いくつかの事案において、詳細な制定法の規定の解釈とコモン・ロー上の抗弁の適用との間に不安定な緊張が存在していることから、刑法典の再編纂に関する最近の議論において、コモン・ロー上の抗弁を許容



し続けるべきかどうかについて見解が分かれている。カナダの法改正委員会 (Law Reform Commission) は、権利および自由に関するカナダ憲章七条「人の生命・自由・安全」<sup>(9)</sup> の定める基本的な正当化原理 (the principles of fundamental justice) を根拠にその他の抗弁を裁判所が展開することは自由であろうと特に言及しつつも、その一方で、刑法典に全ての抗弁を成文化しようとする努力をしている。そして、この抗弁を成文化するモデルの利点は、制定された抗弁が刑法典に規定されることにより、国民に対して完全な形で、そして理解しやすく示されることであるとする<sup>(10)</sup>。

これに対し、コモン・ロー上の抗弁の存続については、①定義された抗弁の欠陥 (gap) や欠点 (weakness) が権利および自由に関するカナダ憲章七条の基本的な正当化原理に反する場合、裁判所はコモン・ロー上の抗弁を依然として考慮し得るとする見解<sup>(11)</sup>や、②新しいコモン・ロー上の抗弁の発展を認めるために刑法八条三項が効力を有し続けているとする見解<sup>(12)</sup>が存在する。②の見解は、コモン・ローは、新たに抗弁となる可能性のあるもの (例えば、老人に関するものや月経前シンドロームなど) を考究するのによりよいものであるとし、②の見解にたつ弁護士会の対策委員会 (C. B. A. [=Canadian Bar Association] Task Force) は、この新しいコモン・ロー上の抗弁として、反射的行動 (automatism)、『公的に引き起こされた法の錯誤 (officially-induced error of law)』、『緊急避難 (necessity)』、『わなの抗弁 (entrapment)』などを挙げている。

このように、カナダでは、裁判所というものは、抗弁に関して存在する法規を単に言明するだけであるとする見解は時代遅れであると一般に認められている。しかし、司法的創造性には限界が設定されるべきであるとして、今、その限界づけに議論の焦点がおかれている<sup>(13)</sup>。

- (1) Don Stuart, *Canadian criminal law* (3rd ed., 1995), p. 417.
- (2) ピーター・T・バーンス著、小野坂弘訳「第二章 カナダ法概観」桑原昌宏編『カナダの現代法』（御茶の水書房、一九九一年）二四一―二五頁。
- (3) これは、一九五五年の国会において決定されたものである。David Watt and Michelle Fuerst, *The 2000 Annotated Tremear's Criminal Code* (1999), p. 30; Edward L. Greenspan and Marc Rosenberg, *Martin's Annual Criminal Code* 2000, p. 34; Don Stuart, *op. cit.* n. 1, p. 417.
- (4) Ruth Sullivan, *Statutory interpretation*(1997), p. 22; David Watt and Michelle Fuerst, *op. cit.* n. 3, p. 24; Edward L. Greenspan and Marc Rosenberg, *op. cit.* n. 3, p. 30.
- (5) Don Stuart, *op. cit.* n. 1, pp. 4-5.
- (9) Don Stuart, *op. cit.* n. 1, p. 417. *Criminal Code* (1880), pp. 10-11.
- (7) Stephan, "The Nineteenth Century for January, 1880", pp. 152-157, appearing in G. L. Williams, "Necessity", *Crim. L. Rev.* 128 (1978), pp. 129-130; Don Stuart, *op. cit.* n. 1, p. 417.
- (8) Don Stuart, *op. cit.* n. 1, pp. 417-418.
- (9) 第七条「何人も、生命、自由及び身体の安全に対する権利を有し、司法の基本的原理によるのでなければ、その権利を奪われない」。この翻訳は、ジョン・セイウエル著、吉田善明監修、吉田健正編訳『カナダの政治と憲法 改訂版』（三省堂、一九九四年）一三三頁より引用。）
- (10) Don Stuart, *op. cit.* n. 1, p. 418; Law Reform Commission of Canada, *Recodifying Criminal Law* (1986), p. 28.
- (11) Don Stuart, *op. cit.* n. 1, p. 418.
- (12) Don Stuart, *op. cit.* n. 1, p. 418. しかしながら、例えば一九九三年の政府白書（Government White Paper）は、新しい「モン・ロー上の抗弁の承認を盛り込んではいない」。
- (13) Don Stuart, *op. cit.* n. 1, p. 5.

## 二 カナダ刑法における正当防衛と自招侵害

### 一 正当防衛の抗弁の概要

(1) カナダは、被告人の有罪判決を阻止することのできるいくつかの抗弁を認めている。その代表的なものとして、正当防衛、挑発、緊急避難、強制の四つが挙げられる。挑発以外は完全な抗弁として無罪の法的効果を有するが、挑発は謀殺を故殺に減輕する部分的な効果を有する抗弁である。先述のように、抗弁に関してはコモン・ロー上の抗弁が維持されて緊急避難や強制はコモン・ロー上で発展してきたのに対し、正当防衛と挑発は刑法典に規定されている<sup>(1)</sup>。

英米刑法では、犯罪の成立要件として、客観的要素であるアクトゥス・レウス (actus reus) と主観的要素であるメンズ・レア (mens rea) が要求されるが、被告人がメンズ・レアを有していても抗弁は適用できるとされている。従って、抗弁において機能する原理はメンズ・レアの欠如とは無関係であり、考慮されるべき正当化事由または免責事由は犯罪を行なったにもかかわらず彼を無罪とする政策的考慮 (policy consideration) を反映するものであると解されている<sup>(2)</sup>。

(2) それでは、具体的に正当防衛の抗弁について述べることにしよう。同意なく他人へ有形力を加えた場合、暴行罪 (二六五条、二六六条) を構成し、傷を負わせたり死の結果を生じさせたりした場合には、さらに重大な暴行 (いわゆる傷害罪) または殺人の罪責を負うが、その有形力が脅威または攻撃の事実に対する反撃としてなされた場合は、抗弁が可能となる<sup>(3)</sup>。カナダ法律辞典によると、正当防衛とは、「人または家族の一員を、攻撃者による危害から守る

ために存在する権利であり、そして財産を守るためにそれより狭い範囲で存在する権利。それは刑事訴追 (criminal charge) または不法行為責任 (tort liability) に対する有効な抗弁とされる。実際に発生している攻撃または危惧した攻撃を排除するために有形力を行使しても構わないが、それは超過してはならない。親族または友人が『切迫した危険下にある』と合理的な根拠 (reasonable ground) に基づいて確信した者は、たとえその合理的な根拠が純粹な (genuine) 事実の錯誤に基づくものであるとしても、彼 (彼女) は抗弁を得られる<sup>(4)</sup>と定義されている。この定義からもわかるように、カナダは、人は人そして財産を防御する「権利」を有しているということを根拠に正当防衛を認める<sup>(5)</sup>。

我が国の正当防衛論との相違を考察すると、第一の相違点は、刑法典二六条で、法的に有形力の行使を許されている者が合理的な範囲を超えて有形力を行使した場合は刑事責任を有すると定め<sup>(6)</sup>、過剰防衛が一切認められていないことである<sup>(7)</sup>。過剰防衛について英米刑法を見てみると、イギリスも過剰防衛としての減輕を認めておらず、またアメリカでは単純に有形力の強度だけでは判断できないと認めつつも、イギリスよりも形式的に相当性をとらえている<sup>(9)</sup>。もっとも、これらの国は、我が国の防衛行為の相当性の要件にあたる「有形力の合理的な行使」の判断において、その認められる範囲がかなり広いので、実際に過剰防衛であると判断される範囲は、我が国のそれよりもせまいとされている<sup>(10)</sup>。カナダにおいても、後で詳細に述べるが、いくつもの判例で、規定を文字どおりに解釈して、必要以上の有形力の行使は正当化されないとしながらも、攻撃下にある者がどれだけの有形力が必要であるかを詳細に測定することは期待できないと示されている<sup>(11)</sup>。

第二の相違点は、正当防衛の最も基本的な定義である刑法典三四条一項において、被告人は攻撃を挑発により自ら招いた上で反撃を行なってはならないと定めていることである。この第一と第二の相違点は、カナダにおける正当防衛の最も重要なルールであるとされている。<sup>(12)</sup>

第三の相違点は、我が国では誤想防衛は「正当防衛ではないから違法性を阻却することはない」<sup>(13)</sup>と解されているのに対し、カナダでは明文でイギリス同様に誤想防衛を完全な正当化事由と認めていることである。<sup>(14)</sup>ただし、それは合理的な錯誤による場合だけであり、純粹だが不合理な錯誤による場合については、イギリスにおけるようにコモン・ロー上の抗弁によることが可能であるにもかかわらず、カナダでは通常、量刑問題として扱われている。これに関しては、謀殺から故殺へと減輕するような「部分的な抗弁」の必要性が提言され、一時この考え方は州の上訴審において受け入れられていたが、最高裁はギー (Gee) 判決<sup>(15)</sup>やフォイド (Faid) 判決<sup>(16)</sup>においてこれを強固に否認してきた。<sup>(17)</sup>例えば後者の判決において、「三四条は (過剰防衛について) 部分的な正当化への道を開いていない」<sup>(18)</sup>と判示している。両判決ともデイクソン (Dickson) 裁判官によって下されたのであるが、彼の見解は、①正当化事由の制定法上の抗弁は、八条三項下の裁判所によって創造される補充的な領域ではないということ、②適切な有形力の程度についての純粹だが不合理な確信に対する部分的な抗弁の承認は、いかなる事案においても、刑法の答責性の一般原理と相反するということの二点を根拠としている。<sup>(19)</sup>

(3) カナダ刑法典は、正当防衛に関して三四条以下に規定を設けており、それらは「人の防衛 (defence of person)」と「財産の防衛 (defence of property)」と大きく分けられている。規定を列挙すると以下のとおりである。

三四条一項「挑発していない暴行に対する正当防衛」、同条二項「正当化の範囲」、三五条「先制攻撃の事例における正当防衛」、三六条「挑発」、三七条一項「暴行の阻止」、同条二項「正当化の範囲」、三八条一項「個人的財産の防衛」、同条二項「侵害者による暴行」、三九条一項「権利の主張による防衛」、同条二項「権利の主張を伴わない防衛」、四〇条「住居の防衛」、四一条一項「家または不動産の防衛」、同条二項「侵入者による暴行」、四二条一項「家または不動産の権利の主張」、同条二項「適法な立ち入りの事例における暴行」、同条三項「暴行を挑発する侵入者」という構成になっている。<sup>(20)</sup>

これら現行法下の「人の防衛」に関する規定は、正当防衛状況を以下の四つのタイプに分類しており、それはイギリスの過去または現行のコモン・ローと明らかに対照的であるとされる。<sup>(21)</sup> それらは、三四条一項にみられるような「挑発していない、つまり自ら招いていない暴行に対して、死または重大な身体的危害を生じさせよう」と意図していない「正当防衛」のタイプ、同条二項にみられるような「防衛者が死または重大な身体的危害の結果を生じさせた場合の正当防衛」のタイプ、三五条にみられるような「正当な理由なき先制攻撃者、そして挑発により自ら暴行を招いた自招者による正当防衛」のタイプ、三七条にみられるような「暴行を阻止するための人の防衛」のタイプの四つである。三八条以下の「財産の防衛」に関する規定は、不動産と動産との間で区別がなされている。

以上のように、カナダでは正当防衛に関して刑法典の Part I 総則 (General) において、我が国やドイツ、および母体とされるイギリスにおける正当防衛の規定よりもはるかに細かく規定されているのであるが、本稿の問題意識から考察すべきは、正当防衛と攻撃の自招との関係を規定している三四条、三五条、そしてこれらの規定における挑発

を定義している二十六条である。そこで、以下、具体的にこれらの規定ならびに関連する判例法を順に考察していくこととする<sup>(22)</sup>。

- (1) Kent Roach, *Criminal Law* (1996), p. 162.
- (2) Don Stuart, *Canadian criminal law* (3rd ed., 1995), p. 419.
- (3) Eric Colvin, *Principles of criminal law* (2nd ed., 1991), p. 211.
- (4) John A. Yogis, *Canadian law dictionary* (4th ed., 1998), p. 243.
- (5) Kent Roach, *op. cit.* n. 1, p. 164.
- (6) Sherrie and Richard Barnhorst, *Criminal law and the Canadian criminal code* (3rd ed., 1996), p. 82; David Watt and Michelle Fuerst, *The 2000 Annotated Tremear's Criminal Code* (1999), p. 62; Edward L. Greenspan and Marc Rosenberg, *Martin's Annual Criminal Code 2000*, p. 71.
- (7) Kent Roach, *op. cit.* n. 1, p. 181.
- (8) 木村光江「英米刑法における根拠づけと防衛意思」*刑法雑誌* (三五・二・七〇) 一三三頁、一三七頁。
- (9) 木村・同論文二三三頁、二三七頁。
- (10) もっとも、これは「人の防衛」に関してのことである。「財産の防衛」に関しては、カナダの裁判所も、財産を防衛するために死を伴う有形力の行使を考慮することには積極的ではなかったとされ、ギー (Gee) 判決において「財産に対してのみ向けられている犯罪行為を止めるためだけに、他人を殺害することは合理的であり得ない」と述べ、これは一般に是認されている。Kent Roach, *op. cit.* n. 1, p. 182; R. v. Gee (1982), 68 C. C. C. (2d) 516 (S. C. C.).
- (11) Eric Colvin, *op. cit.* n. 3, p. 216.
- (12) Steven N. Spetz and Glenda S. Spetz, *Canadian Law Fundamentals* (1989), p. 114.
- (13) 大谷實『刑法講義総論〔第四版補訂版〕』(成文堂、一九九六年) 二七四頁。

- (14) Eric Colvin, op. cit. n. 3, p. 215.
- (15) R. v. Gee (1982), op. cit. n. 10.
- (16) R. v. Faid (1983), 2 C. C. C. (3d) 513 (S. C. C.).
- (17) もともと、ラバリー (Lavallee) 判決やペーテル判決のような事案における被告人の最終決定 (ultimate disposition) に「*juste*」で思慮していたら、正当防衛法の発展に影響を及ぼしていたであろうと指摘されている (Kent Roach, op. cit. n. 1, p. 181)。
- (18) R. v. Faid (1983), op. cit. n. 16, p. 518.
- (19) Eric Colvin, op. cit. n. 3, pp. 220-221.
- (20) David Watt and Michelle Fuerst, op. cit. n. 6, pp. 68-81; Edward L. Greenspan and Marc Rosenberg, op. cit. n. 6, pp. 81-92.
- (21) Don Stuart, op. cit. n. 2, p. 440.
- (22) カナダにおける刑法学研究は、まず存在する制定法規の想起をうながし、その文言解釈を行なう (Don Stuart and Joseph Delisle, Learning Canadian criminal law (5th ed., 1995), Preface)。しかし、正当防衛の規定はその数の多さだけでなく、その内容の過度の複雑さから「裁判所が時々それらの規定を無視し、その解釈において創造的であったことは驚く値しなく (Don Stuart, op. cit. n. 2, p. 440)」とも指摘されていることから規定ならびに関連判例法も考察していく。

## 二 正当防衛と自招侵害との関係

(1) 刑法典三四条は、不法に暴行を受けた者による適法な正当防衛の範囲に関するものであり、特に同条一項は、<sup>(1)</sup>正当防衛の抗弁のほとんどが依拠する基本規定である。条文は以下のとおりである。

三四条一項 「挑発していない暴行に対する正当防衛」<sup>(2)</sup>



「挑発せずに不法に暴行を受けた者は、死または重大な身体的危害を生じさせようと意図しておらず、そして自己を防衛するために必要な範囲内の有形力ならば、それを行使して撃退することが正当化される」。

この文言からわかるように、相手方による暴行を挑発により自ら招いている場合、同条による抗弁は主張できないのである。同規定は、①不法な暴行が存在していること、②被告人が挑発、すなわち自招行為を行っていないこと、③死または重大な身体的危害を引き起こそうと意図していないこと、そして④行使する有形力が、防衛に必要な範囲内のものであることという四要件を定めている。

要件①については、攻撃 (attack) や有形力 (force) ではなく、暴行 (assault) という文言を用いているが、単なる接触 (touching) も含むと解されている。<sup>(3)</sup> また、ここでいう暴行 (二六五条一項(b)) は、脅威 (threats) や他人への有形力の行使の未遂をも含むと解することから、防衛者に暴行を加えるという攻撃者の目的が実現されるであろうと防衛者が合理的な根拠に基づいて確信した場合、防衛者は殴打がなされるまで常に待つ必要はない、すなわち防衛行為を行なう前に実際に身体に暴行を受けている必要はないとされる。<sup>(4)</sup> 例えば、内縁の夫から四年間虐待を受け続けてきた女性が、彼から客が去った後に危害を加えると脅迫されたので、部屋を去る彼の後頭部を撃ったというラバリー (Lavallee) 判決は、<sup>(5)</sup> 身体的危害が実際に進行するまでは死または重大な身体的危害を察知することは本質的に不合理であるとした先例、ワイナット (Whynot) 判決に疑問を投じ、<sup>(6)</sup> 被告人が被害者からの切迫した攻撃に直面するまで待つという法的な要求はないとした。学説も、同じ見解にたっている。<sup>(7)</sup>

要件②については、明らかにされていないとされている。<sup>(8)</sup> この要件②については三六条「挑発」と関連しているの

で後述する。要件③は、死を生じさせる意図を要件とする謀殺に対する抗弁として、同条は適用できないということ(9)を意味している。

(2) 三四条一項に関して重要な論点とされる要件④は、「比例性のテスト (proportionality test)」と一般によわれているものである。学説は、規定の「必要な範囲内 (no more than is necessary)」という文言を文字どおりに解したならば、それは攻撃者によって行使された有形力と防衛者によって行使された有形力との間の比例性の判断を要求するものであり、事後的に防衛者の確信とは無関係に完全に客観的に判断されることとなるが、しかしそのような解釈は望ましくないであろうとしている。なぜなら、正当防衛状況とは時として急な判断を要するものであり、暴行に対して非武装な被告人が利用できる武器に頼ることを即座に否定することは不合理であるからであるとする(10)。

我が国でいうならば「やむを得ずに」にあたるこの要件に関しては、カドワラダー (Cadwalader) 判決が現在でも模範的な判例法として考察されている。これは、母親が亡くなった五歳の時からずっと父親との二人暮らしで、殺害前の二年間余り脅され続けてきた十四歳の少年が、父親が「俺は殺す、神がガキに断罪した」と言いながら自分のいる二階に上がってくるのを聞き、また父親がライフルを持っているのを見て、彼を射殺したという事件である。事実審は、超過した有形力が行使されたとして、故殺の有罪判決を下した。その理由として、少年が発射した計五発の内、最後のものは至近距離からであり、それは父親の死を確実にするためであったからであるとした。これに対し、控訴審は「有形力は、発生した危害を避ける、または防止するために必要な時にのみ正当化されうる。そして、その状況下で必要な範囲内のものに限られる。……しかし、もし生命または身体が危険にさらされていると確信していたなら、

攻撃者を動けなくするであろう効果的な有形力の行使を許可しうる。防衛者が攻撃者を撃退するのに必要な有形力の程度を正確にはかるのに失敗し重大な負傷を負わせたとしても、行使された防衛行為が暴行（攻撃）の強度と不相応でないなら、抗弁の主張は有効である。正当化の範囲に関する判断は、被告人が、合理的な根拠に基づき、彼が必要であると確信した以上の有形力を行使したか否かである。それは、客観的な判断ではなく、被告人の当時の内心によって判断されなければならない<sup>(12)</sup>として、被告人が正当防衛において行動したことは明らかであると判断した。

このように、比例性の判断基準については、「攻撃をかわすために（あるいは攻撃から逃れるために）必要な有形力の程度を細かく測定することは要求されていない<sup>(13)</sup>」と解されており、最近の判例では、攻撃者の死を意図せずに威嚇射撃を行なった結果、一人死亡し故殺として起訴されたカンドラ（Kandola）判決<sup>(14)</sup>で、要件①から④までを満たすならば、たとえ死の結果が生じたとしても——それが意図されていなかったなら——三四条一項による抗弁を許されるとき、「人は、防衛行為を正確なメジャーではかることはできないし、（その防衛行為を採らずに）正当化され得る防衛行為を採ることから結果として生じるであろう死を伴う結果のリスクを負うことは期待されていない<sup>(15)</sup>」と述べている。

(1) Don Stuart, *Canadian criminal law* (3rd ed., 1995), p. 440.

(2) David Watt and Michelle Fuerst, *The 2000 Annotated Tremear's Criminal Code* (1999), pp. 68-69; Edward L. Greenspan and Marc Rosenberg, *Martin's Annual Criminal Code 2000*, p. 81.

(3) Kent Roach, *Criminal Law* (1996), p. 175; Don Stuart, *op. cit.* n. 1, p. 440. 不法な暴行の定義については二六五条におい

て、挑発については三六条において定義されているのに対して、重大な身体的危害 (grievous bodily harm) については定義されていない。ちなみに、ボトレル (Bottrell) 判決は二五条三項における重大な身体的危害を深刻な傷または苦痛と定義している (Edward Greenspan and Marc Rosenberg, *op. cit.* n. 2, p. 81. R. v. Bottrell (1981), 60 C. C. C. (2d) 211 (B. C. C. A.))。

- (4) Sherrie and Richard Barnhorst, *Criminal law and the Canadian criminal code* (3rd ed., 1996), p. 83; Eric Colvin, *Principles of criminal law* (2nd ed., 1991), p. 213. 我々の国の裁判官の判断を似せようとするべき。
- (5) R. v. Lavallee (1990), 76 C. R. (3d) 329, 55 C. C. C. (3d) 97 (S. C. C.), reversing (1988), 65 C. R. (3d) 387, 44 C. C. C. (3d) 113 (Man. C. A.). Don Stuart, *op. cit.* n. 1, p. 445.
- (9) R. v. Whynot (1983), 9 C. C. C. (3d) 449 (N. S. C. A.)
- (7) Eric Colvin, *op. cit.* n. 4, p. 213; Kent Roach, *op. cit.* n. 3, p. 177.
- (8) Don Stuart, *op. cit.* n. 1, p. 440.
- (6) Kent Roach, *op. cit.* n. 3, p. 175.
- (10) Don Stuart, *op. cit.* n. 1, p. 441.
- (11) R. v. Cadwallader (1966), 1 C. C. C. 380 (Sask. Q. B.).
- (12) R. v. Cadwallader (1966), *op. cit.* n. 11, pp. 387-388.
- (13) Kent Roach, *op. cit.* n. 3, p. 175.
- (14) R. v. Kandola (1993), 80 C. C. C. (3d) 481 (B. C. C. A.). Sherrie and Richard Barnhorst, *op. cit.* n. 4, p. 83.
- (15) R. v. Kandola (1993), *op. cit.* n. 14.

### 三 カナダ刑法における自招侵害

#### 一 自招侵害における正当防衛の限界

—— 刑法典三五条と判例法 ——

(1) 挑発により攻撃を招いた自招者は、三四条一項において正当防衛を主張できないとされているが、三五条で自招者による正当防衛について次のように定めている。

三五条 「先制攻撃の事例における正当防衛」<sup>(1)</sup>

「正当な理由なく他人に暴行を加えたが、死または重大な身体的危害を生じさせようという意図でもって開始したのではなかった者、または正当な理由なく自己に対する暴行を挑発した者は、以下の場合には暴行に続く有形力の行使を正当化される。

(a) (1) 暴行を加えられた者による暴行、または被挑発者による暴行から、死または重大な身体的危害を合理的に危惧して有形力を行使した、

(2) 合理的な根拠に基づいて、死または重大な身体的危害から自己を防衛するために必要であると確信して有形力を行使した、

(b) 死または重大な身体的危害から自己を防衛する必要性が生じる前に、いつ何時も死または重大な身体的危害を引き起こそうと努めなかった、

(c) 死または重大な身体的危害から自己を防衛する必要性が生じる前に、可能な限り、先の闘争を衰退させたり、止めたり、またはそれから退避した」。

同条の掲げる四つの要件は、すべて満たされなければならないとされ、カナダ刑法は、死または重大な身体的危害を生じさせる意図はなかったが、正当な理由なく先制攻撃を行った者や、三六条に定める方法で自己への暴行を自招した者に対して正当防衛の認められる範囲に大幅な制限を加えている。<sup>(2)(3)</sup>

以上のように、自招者は先の三四条一項による抗弁は主張できないが、三五条の要件を満たす場合、正当防衛の抗弁を主張できるのである。<sup>(4)</sup>

(2) それでは、各要件について考察していくことにしよう。三五条(a)(1)が掲げる要件「死または重大な身体的危害の合理的な危惧」は、攻撃を撃退するのに非常に強度な反撃が必要であっても、死または重大な身体的危害を危惧する場合にのみその反撃は正当化されるということであり、従って先制攻撃者や自招者はそれよりも弱い暴行（死または重大な身体的危害を危惧しない暴行）は我慢しなければならぬことになる。これは、三四条一項が、必要であらばどのような程度の攻撃に対しても防衛行為を行なえらんとするのと対照的である。<sup>(5)</sup>

三五条(b)が掲げる要件「自己を防衛する必要性が生じる前に、死または重大な身体的危害を加えることを意図していなかったこと」に関して、メルソン (Melson) 判決は、<sup>(6)</sup>三五条は被告人が死または重大な身体的危害を生じさせようと意図していなかった場合にのみ適用されることを確認している。

三五条(c)が掲げる要件「自己を防衛する必要性が生じる前に、可能な限り退避すること」の重要な意義は、闘争の

支配力（コントロール）を失っている先制攻撃者・自招者と、闘争の規模の拡大に責任のある先制攻撃者・自招者とを区別していることであり、三五条による抗弁は前者の者には適用できるが後者の者には適用できないことを意味している。<sup>(7)</sup>

ちなみに、この要件(c)に関連して、カナダの正当防衛論における退避義務について考察すると、かつて、コモン・ロー上において、危険なく退避できたなら退避しなければならないというルールが存在していたが、治安の悪化からこの退避義務は不適當であるとされ、現在では「防衛者は退避できたなら正当防衛の抗弁を主張できないというような機械的なルールはない」<sup>(8)</sup>とされている。<sup>(9)</sup>例えば、ラバリー判決は三四条二項の資格を得るために退避することは要求されないと述べ、学説はこの判決を「有形力の行使以外に被告人が採り得る合理的な選択肢として、被告人の退避を考慮すべきではないということ提言するものであろう」<sup>(10)</sup>と解している。

(3) 三五条は、先制攻撃者と自招者を三四条二項、つまり、攻撃者を殺害または負傷させることによってのみ自分を守れると判断した防衛者に似たポジションにおいており、三五条における要件(a)(1)「死または重大な身体的危害の合理的な危惧」と、要件(a)(2)「合理的に根拠づけられた防衛行為の必要性の確信」は、三四条二項においても要求されていることから、これらの要件は専ら三四条二項において検討されている。<sup>(11)</sup>

三四条二項は、防衛者が攻撃に対する反撃として行使した有形力が、死または重大な身体的危害を引き起こした場合について規定している。条文は以下のとおりである。

三四条二項 「正当化の範囲」<sup>(12)</sup>

「不法に暴行を受け、その暴行を撃退するのに死または重大な身体的危害を生じさせた者は、以下の要件の下に正当化される。

(a) 暴行の契機となった暴力、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た下で、その結果を生じさせた場合、

(b) 合理的な根拠に基づき、他の方法では死または重大な身体的危害から自己を防衛できないと確信した場合」。

同項の規定は、殺害または重大な身体的危害を加えない限り自分を守ることができないと確信してその結果が生じた場合に同項の抗弁が行なえるという意味であり、<sup>(13)</sup>もちろん死または重大な身体的危害が過剰防衛による結果であったなら同項の抗弁の主張はできないと判例法で確認されている。<sup>(14)</sup>

ところで、抗弁を主張するためには、外部からの圧力に対して合理的に反応することが要求されており、<sup>(15)</sup>この規定をはじめ「合理的な (reasonable)」という文言がカナダの正当防衛規定のキーワードとなっている。これは、正当防衛の原理が、被告人の確信の合理性の判断に依存しているからである。<sup>(16)</sup>従って、この「合理的に反応したかどうか」という裁定が正当防衛において議論の対象とされるのである。学説は、この「合理的な」という文言は、被告人が行動する際に従うことを法が期待している基準を示していると解する。

そこで、個々の被告人に対して公正を確保するために、いかにこの基準を適用すべきかが争点となっている。<sup>(17)</sup>これに関しては、様々なアプローチがなされており、代表的なものとして次の二つが挙げられる。<sup>(18)</sup>一つは、学説からはあまり支持されなかったが、一般人 (reasonable person) に特定の被告人の特徴、例えば被告人の年齢や性を考慮する



ものである。もう一つは、被告人の特徴が特定の状況における外圧の発生に関連している場合、その被告人の特徴を考慮するというものである。これは、以下の判例の事実概要にも現われているように、カナダおよびアメリカにおいて問題となっている被虐待妻症候群 (the battered woman syndrome)<sup>(19)</sup>、つまり虐待する夫を殺害した妻による正当防衛の抗弁において、裁判所が従来採ってきた見解である。例えば、以前より男性から暴行を受け続け、脅威にさらされ続けてきた女性が暴行を加えたり、または殺害した場合、その暴行を受け続け、脅威にさらされ続けてきたという事実は、その脅威から暴力なしに逃げることはできなかったと確信するのに合理的な根拠を有していたかどうかの裁定に関係するとするのである。ちなみに、合理的に反応したかどうかを審理するのは、事実審における陪審の役割とされている。<sup>(20)</sup>

(4) 具体的に重要判例を挙げて、三五条の要件(a)(1)「死または重大な身体的危害の合理的な危惧」と要件(a)(2)「合理的に根拠づけられた防衛行為の必要性の確信」について考察していこう。

まず両要件について、ライリー (Reilly)<sup>(21)</sup> 判決は、被告人は、死または重大な身体的危害を合理的に危惧し、そして使用した有形力による以外に死または重大な身体的危害から自己を守れないと合理的に確信した時にのみ抗弁を主張できるとし、「三四条二項が要求しているもの——陪審が証拠に基づいて考慮し、そして導かれるもの——は、客観的に立証できる被告人の知覚に関する証拠が存在する限り、状況に対する彼の正しい危惧と、それが要求した反撃についての彼の確信である<sup>(22)</sup>」と判示している。

要件(a)(1)「死または重大な身体的危害の合理的な危惧」に関しては、ラバリー判決が、防衛行為が虐待され続けて

きた女性によってなされた場合、「被告人のような立場にある女性、そして彼女のよう<sup>(23)</sup>に虐待の経験を有する女性は、死または重大な身体的危害を合理的に危惧するであろうか」ということが判断されると判示した。そして、「殴打する配偶者からの危険を危惧する妻の能力に関する専門家による証拠は、三四条二項(a)の下、彼女が特定の機会に合理的に死または重大な身体的危害を危惧したかどうかに関係するであろう<sup>(24)</sup>」とし、その証拠から「(夫による)最初の殴打がなされる前に暴行の着手を正確に予言することは、関係部外者にはできないとしても、彼女には実際、可能であつたかもしれない<sup>(25)</sup>」と判示した。

この判決は、要件(a)(2)「合理的に根拠づけられた防衛行為の必要性の確信」についても模範とされる。なぜなら、「(夫による)殴打の証拠、そして殴打の結果に関する専門家による証拠は、被告人が他に採る方法がないと合理的に確信したかどうかを裁定するのにも関連している。……その証拠は特に、被告人である彼女が自分の生命が危険にさらされると知覚した時に、なぜ彼女が退避しなかったのかということ<sup>(26)</sup>を説明するのにも関連するであろう」と述べているからである。この判決を下したウイルソン (Wilson) 裁判官は、「被告人である彼女を殴打する被害者を殺害することが彼女自身の生命を守るための唯一の方法であるという被告人の確信の合理性を判断する際、被告人の状況や経験を陪審は考慮すべきであり、その際、証拠はその手助けとなる<sup>(27)</sup>」と強調している<sup>(28)</sup>。

一九九四年に下されたペーテル (Petel) 判決<sup>(29)</sup>も、この要件(a)(2)に関する重要判例である。この事件は、数人の男性から脅威にさらされてきた女性が彼等を撃つたが、その時、彼女は実際に不法に暴行されてはいなかったというものであったが、彼女は正当防衛の主張の資格を得ると判示された。裁判所は、どのように被告人が事実を知覚したの

か、そしてそれは合理的な理解であったのかを事実審の陪審は探求しなければならないとした。そして、ラバリー判決を引用しながら、問題とされるべき点は、被告人が「不法に暴行を受けていたか」ではなく、むしろ「被告人である彼女はどのような状況で、自分が不法に暴行を受けていると合理的に確信したか」であるとし、被告人が被った以前の脅威は、攻撃者を殺す以外には自分の身を守ることができないという彼女の確信の合理性を裁定するのに関連するであろうと述べている。

- (1) David Watt and Michelle Fuerst, *The 2000 Annotated Tremear's Criminal Code* (1999), p. 74; Edward L. Greenspan and Marc Rosenberg, *Martin's Annual Criminal Code 2000*, p. 85.
- (2) Don Stuart, *Canadian criminal law* (3rd ed., 1995), p. 447.
- (3) 三五条のマージンノートは「先制攻撃の事例における正当防衛」であり、その規定自体からもカナダ刑法では先制攻撃者と挑発者を同列に扱っていることがわかる。我が国の刑法理論からは両者を同列に扱うべきかは疑問の余地があるが、三四条一項が「without having initially aggressed」ではなく「without having provoked」となっている点、また、概説書、諸論文において先制攻撃者と暴行を挑発した自招者は並記されているので、本稿の趣旨との関係から本稿では(訳は除き)統一して「自招者」とする。
- (4) ポリアントウ判決は、被告人が三五条による抗弁を主張している場合、被告人が被害者による暴行を挑発したことについて事実審裁判官は陪審に説示しなければならないと述べている(R. v. Boljantnu (1975), 29 C. C. C. (2d) 174 (Ont. C. A.))。
- (5) Eric Colvin, *Principles of criminal law* (2nd ed., 1991), p. 213.
- (6) R. v. Merson (1983), 4 C. C. C. (3d) 251 (B. C. C. A.).
- (7) Eric Colvin, *op. cit.* n. 5, p. 217.
- (8) Don Stuart, *op. cit.* n. 2, p. 443.

- (9) アメリカの有名なホルムズ (Holmes) 裁判官の下したブラウン判決 (Brown v. U.S.A. (1920) 256 U.S. 335.) を採用して、カナダもデーガン (Deegan) 判決で「抗弁を行使するために退避することを要求される必要はないし、被告人が家にいる時、そこから退去してその家を敵に譲ることは要求されようなら (R. v. Deegan (1979), 49 C.C.C. (2d) 417, [1979] 6 W.W.R. 97 (Alta. C.A.))」とした。Edward L. Greenspan and Marc Rosenberg, op. cit. n. 1, p. 82; Don Stuart, op. cit. n. 2, p. 443.
- (10) Kent Roach, *Criminal Law* (1996), p. 178.
- (11) Eric Colvin, op. cit. n. 5, pp. 216-217; Kent Roach, op. cit. n. 10, p. 180; Don Stuart, op. cit. n. 2, p. 447; Simon Verdun-Jones, *Criminal law in Canada* (2nd. ed., 1997), p. 327.
- (12) David Watt and Michelle Fuerst, op. cit. n. 1, p. 69.
- (13) Kent Roach, op. cit. n. 10, p. 181. 先述の過剰防衛についての記述を参照。
- (14) Edward L. Greenspan and Marc Rosenberg, op. cit. n. 1, p. 83.
- (15) Kent Roach, op. cit. n. 10, p. 162. 例えば、挑発の抗弁においては被害者からの行動または侮辱、正当防衛の抗弁においては被害者からの暴力または脅威など、外部からの圧力に対して合理的に反応することが要求されているのである。
- (16) Alan W. Mewett and Morris Manning, *Mewett & Manning on criminal law* (3rd ed., 1994), p. 573.
- (17) Kent Roach, op. cit. n. 10, p. 162.
- (18) Kent Roach, op. cit. n. 10, p. 165.
- (19) 木村光江「英米刑法における根拠づけと防衛意思」刑法雑誌 (三五・二・七〇) 一三七頁。
- (20) David Watt and Michelle Fuerst, op. cit. n. 1, p. 72; R. v. Lavallee (1990), 55 C.C.C. (3d) 97 (S.C.C.), p. 120.
- (21) Reilly v. R. (1984), 42 C.R. (3d) 154, 15 C.C.C. (3d) 1 (S.C.C.), affirming (1982), 66 C.C.C. (2d) 146 (Ont. C.A.). Don Stuart, op. cit. n. 2, pp. 444-445.
- (22) Reilly v. R. (1984), 42 C.R. (3d) 154, p. 162.

- (23) Don Stuart, op. cit. n. 2, p. 445. R. v. Lavallee (1990), op. cit. n. 20, p. 125.
- (24) David Watt and Michelle Fuerst, op. cit. n. 1, p. 72.
- (25) R. v. Lavallee (1990), op. cit. n. 20, p. 119.
- (26) Kent Roach, op. cit. n. 10, p. 177.
- (27) R. v. Lavallee (1990), op. cit. n. 20, p. 125.
- (28) 裁判所は、三四条二項による正当防衛の抗弁のための『合理的な確信』の解釈において、個人的な要素に寛大な許容を示してきたとされ、このラバリー判決においても虐待されていたという個人的な要素が考慮された。これに対し、ライリー判決は、「一般人テスト (reasonable person test)」では酩酊という個人的な要素は考慮されないとしている。もっとも、「もしらふの一般人も錯誤に陥ったであろうなら、酩酊した被告人は抗弁を奪われないであろう」と付け加えている。判決文は以下のとおりである。「酩酊者も三四条二項に依拠することは許されるが、被告人の酩酊は、合理的に危害を危惧していたか、その防衛行為以外に自分を防衛できないと合理的に確信したか、という判断とは無関係である。なぜなら、酩酊は事実の錯誤を引き起こすとはいえず、合理的な根拠に基盤を置くことが要求されているようなものの錯誤は引き起こし得ないからである」。Don Stuart, op. cit. n. 2, p. 445.
- (29) R. v. Petel (1994), 26 C.R. (4th) 145, 87 C.C.C. (3d) 97. (S.C.C.), affirming (1993), 78 C.C.C. (3d) 543 (Que. C.A.). 但し、暴行の切迫性に関して、「被告人に対して危険が切迫していること」というような形式的要求はないが、その危険の切迫性は要件(a)(1)と(a)(2)を判断する際に考慮されるべき要因である」としている。

## 二 自招侵害に適用される規定の範囲と問題点

——マッキントッシュ (McIntosh) 判決について——

- (1) 攻撃を挑発した自招者が依拠できる規定の範囲について、最近、注目すべき最高裁判決が下された。

一九九五年に下されたマッキントッシュ (McIntosh) 判決は、<sup>(1)</sup>一九九四年から一九九五年の間に下された最高裁判決の中で特筆すべき四大判決の一つとして採り上げられており、<sup>(2)</sup>カナダの自招侵害に関する見解を知る上で重要な判決である。

事実の概要は以下のとおりである。ディスクジョッキーであった被告人は、修繕の仕事をしていた被害者に修繕してもらったために楽器を渡していた。八か月以上もの間、被告人は渡していた物を返してもらおうと試みてきたが失敗に終わっていた。殺害当日、被告人はキッチンナイフを持って被害者に返すよう要求した。この時、彼の言葉はスラングをまじえた挑発的な言葉づかいに変わっており、その結果、乱闘が起こり、被害者が手押車を振りかぶり被告人の方にやってきたので、被告人は被害者を刺し殺した。以上のような事案に対して、第二級謀殺の罪に問われた被告人は正当防衛を主張した。

事実審において、事実審裁判官は、三四条二項は同条一項と異なり「暴行を挑発せずに」という文言を含んでいないが、同条二項からも「暴行を挑発せずに」という文言を読み取るよう陪審に説示し、従って、被告人は三四条二項による抗弁を主張できないとした。さらに、被告人は三五条が要求している退避を行っていないことから同条も適用できないとして有罪判決が下された。これに対して、事実審裁判官が先のように読み取るよう説示したことは誤りであったとして控訴し、オンタリオ控訴審裁判所はこれを認め、有罪判決を破棄し、再審理を命令した。本判決は、その最高裁判決である。

本件の主な争点は、『三四条二項は攻撃を挑発した自招者にも適用できるのか』という点であるが、これに関して

明確な理由づけとともに判示した先例は存在していない<sup>(3)</sup>。控訴審が従った同州控訴審の先例であるスタップ(Stubb)判決<sup>(4)</sup>や、ネルソン(Nelson)判決<sup>(5)</sup>は、三四条二項は自招者にも適用できると判断したが、その理由を述べていない。さらに、これら両判決は、反対の結論を示唆した同裁判所の先例を無視して判示したものである<sup>(6)</sup>。また、他の州の先例には、三五条が自招者に適用できる唯一の規定であるという立場を支持するものも存在している<sup>(7)</sup>。これらの先例に対して、学説は、自招者には三四条二項は適用できないという見解を支持している。その根拠としては、三五条の存在意義を根拠に当然のこととする説<sup>(8)</sup>や、三四条一項と同条二項、三五条の三規定は、三つのタイプに分類された異なった正当防衛状況を念頭に規定されているとする説<sup>(9)</sup>などが存在する。

(2) 本判決は、多数意見(majority)<sup>(10)</sup>と反対意見(dissent)に分かれている。ラーマー首席裁判官(Lamer C.J.C.)を代表とする多数意見は、自招者に三四条二項を適用できるとし、自招者である被告人は三五条に掲げるところの三四条二項よりも厳格な要件下に正当防衛権を制限されないと判示した。この多数意見の判断の焦点は、法規の解釈の原理にあり、「規定の文言が明白である場合、法規は厳格に解釈されるべきである。これにかんがみると、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。従って、文字どおりの(literal)解釈により同条二項は挑発者に適用できるのであり、規定に存在していない文言を規定から読み取るべきではない<sup>(11)</sup>」とされたのである。そして、「裁判所というものは、被告人をさらに苛酷にするような解釈をすべきではない。誰でも法典を理解でき、抗弁の範囲を知ることができるべきである<sup>(12)</sup>」とした。

また多数意見は、上訴人の「前後関係からのアプローチ(contextual approach)<sup>(13)</sup>」による根拠づけについて以下の

ように批判している。「前後関係において制定法の規定を解釈することは確かに合理的なアプローチではあるが、この『前後関係からのアプローチ』は何ら上訴人の見解をサポートしない。このアプローチは立法府の意図をその基盤とするが、正当防衛に関連する刑法典の規定の混乱から、立法化において立法府が何を意図していたのか、どうして裁定できよう。従って、この事案において、前後関係から分析することは最初から無理と思われる<sup>(14)</sup>」とする。

このような多数意見に対して、反対意見は大変異なった結論に達している。多数意見が三四条二項の文言を厳格に解釈することに焦点を当てるのに対して、反対意見はむしろ立法府の意図を裁定することが課題であるとし、多数意見のアプローチは、「立法府の意図が不明確である場合にその意図を確認する方法にすぎない<sup>(15)</sup>」とする。

こう述べた上で、反対意見は、三四条二項の沿革 (The history of s. 34 (2))、判例 (The jurisprudence)、政策的考慮 (Policy considerations) に焦点を当てている。この中でレビューが特に注目している沿革と政策的考慮については、現行三四条一項および二項にあたる旧四五条について考察している。一九五五年改正で旧四五条の前段が現行三四条一項に、そして後段が三四条二項に改められ、現行三四条二項には「挑発していない」という要件についていかなる言及もされなかった。

旧四五条 「挑発せずに不法に暴行を受けた者は (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程度を越えていない有形力ならば、それを行って撃退することが正当化される。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、そしてさもなけれ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のなら、正当化される<sup>(16)</sup>。

この旧四五条については、多数意見も言及しているが、両者でその解釈は異なっている。多数意見は、後段の「『そのように暴行を受けた者 (every one so assaulted)』という表現が、『不法に暴行を受けた者 (Every one unlawfully assaulted, not having provoked such assault)』を引用するの点で明らかにあいまいである。……もし、(上訴人のいうように) 立法府の意図は立法活動から暗示されるべきというのなら、立法府は一九五五年の刑法典改正時に三四条二項に挑発の要件を盛り込むことができたはずであり、そうしていないというところに、同項は挑発者に適用できるべきであると立法府が意図したというやむにやまれぬ論拠が存在する<sup>(17)</sup>」と解する。

これに対し、反対意見は、明らかに旧四五条は挑発により自招していない暴行に対する正当防衛にのみ適用され、一方、現行三五条にあたる旧四六条は挑発により自招した暴行に対する正当防衛を扱い、それゆえに退避義務をとりいれたと解する。従って、旧四五条を現行三四条の二つの項に分けた際、立法府は法律を変えようと意図したのではなく、「暴行を挑発せずに」という文言は不注意 (inadvertence) によって削除されたと指摘する<sup>(18)</sup>。

次に、政策的考慮についてレビューは、先述のように多数意見と反対意見で制定法解釈の原理において見解が異なっているのは、その背後に存在している重要な政策的考慮に多数意見が全く触れていないからであると指摘してい

る。反対意見は、自招者である被告人は、挑発により暴行を自ら招いた後、少なくとも退避を試みることなく正当防衛として死を伴う有形力を行使できるべきかどうかという政策的考慮を検討している。これが検討されている理由は、結局、本件の争点である自招者への三四条二項適用の可否で問題となるのが、三五条で要求されている「被告人に対する退避義務」の有無だからである。この三五条の「退避義務」についてレビューは、以下のように述べている。

「三五条は、万難を排して退避することを要求してはいない。『死または重大な身体的危害から自己を守る必要が生じる前に退避できる限りで』被告人が退避することを要求しているにすぎない。これは苛酷な要件ではない。三五条は、合理的な退避の方法が存在する場合、身体的闘争を続けることに固執した上で正当防衛に依拠することはできないということ述べているにすぎない。問題となっている価値は、被害者の身体的安全だけでなく、同様に潜在的に被告人の身体的安全である」<sup>(19)</sup>。

(3) 本判決で最高裁は上告を棄却し、自招者に三四条二項の適用を認めるのであるから、結局のところ、自招者に死を伴う有形力の行使を認め、そして退避義務も課さないわけである。このような結論に対して、反対意見が、「コモン・ローは……挑発者が正当防衛の訴えを希望するなら、退避しなければならぬと主張してきた。さもなければ、他人を殺害した上で刑罰をまぬがれようとする者は、わざと攻撃を挑発するであろう」<sup>(20)</sup>と警告していることは、そんなに不自然 (far-fetched) ではないとレビューは評価している。反対意見は、以下のように述べて締めくくっている。「攻撃を挑発するものは、たとえ（その挑発に対する相手方の）反撃が生命を脅威にさらすものであるとしても、そのことから彼等に一步も退かずに殺害するという権利が与えられるわけではないということを知るべきである。むしろ

る彼等は、退避すべきである。……生命は貴重である。正当化事由は配慮と慎重さでもって定義されなければならない<sup>(21)</sup>」。

もつとも、多数意見も、自招者に退避義務は存在すべきではないとはしておらず、むしろ立法府がその意図をもつと明白にしなければならぬということだけを指摘しているにすぎないと評釈されている。ラマー主席裁判官が判決の冒頭で三四条と三五条は「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。……刑法典の正当防衛の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>(22)</sup>」と強調していることから、裁判所が不明瞭な法解釈をすることにより立法府が法改正へと向かうように圧力をかけることに多数意見の目的があったとレビューは指摘している。

さらにレビューは、正当防衛を主張する被告人に「合理性」を法が要求しているのは、正当防衛の抗弁が成功した場合、殺害または重大な負傷は正当化され、完全な無罪放免 (acquittal) へと帰着するからであるとし、この合理性は被告人の防衛行為の必要性の判断と、被告人が自分を守るために必要な防衛行為の程度の判断との両方に関して要求されているが<sup>(23)</sup>、自招者にも合理的に行動することが要求されるべきであり、少なくとも退避という条件付きの義務 (qualified duty) を要求すべきであると提言している<sup>(24)</sup>。

(4) マッキントッシュ判決の多数意見において最も興味深い部分は、「同解釈が不合理な (absurd) 結果へと導くことを寛大に承認していることであろう<sup>(25)</sup>」とレビューは指摘する。不合理性の内実は、「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 (less serious) 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 (better position) に置かれるかもしれない<sup>(26)</sup> ということである。

もっとも多数意見も、この不合理性を認めている。しかし、以下の理由から上訴人の見解は採り得ないとしている。まず、刑罰規定の解釈を支配している最優先原理は、もし制定法の規定があいまいで二通りの解釈ができるなら、被告人に有利な方を採用すべきであるという点を挙げる。さらに、カナダ刑法一九条の「法の不知は刑事免責とはならない」という規定は、カナダの刑事訴訟制度が国民誰もが法律を知っていることを前提としていることをあらわしているものであり、従って規定の表にあらわれていない文言を読み取って刑罰規定の解釈を行なうと、国民は確実に法律を知ることができず、一九条の趣旨に反すると主張する<sup>(27)</sup>。さらに、事実審裁判官が行なった読み取りの説示は裁判所の機能ではなく立法府の機能であると批判している。

ところで、判例法は、三四条一項が死または重大な身体的危害を生じさせようという意図のない場合にのみ適用されるのに対して、三四条二項はそれを意図していた場合においても被告人は正当化されうるといふ趣旨であると解している。つまり、同条二項の「死または重大な身体的危害を生じさせた者」といふ文言は、「たとえ彼が故意に死または重大な身体的危害を生じさせようと意図していた (intended) 場合でも」といふことを意味していなければならぬとする。バクスター (Baxter) 判決<sup>(28)</sup>は、偶然に (accidentally) 殺害したり負傷させたりした者は三四条二項の下の合理的な危惧や確信という要件を満たす可能性がないことをその理由として挙げている。学説も、この裁判所による解釈は社会的に望ましいと評価している<sup>(29)</sup>。

従って、三四条二項も自招者に適用されるとするマッキントッシュ判決の多数意見に立つと、この点から三四条二

項と三五条の間のさらなる不均衡が問題となってくるのである。なぜなら、被告人が自招者で、死または重大な身体的危害を引き起こすことを意図し、そして実際にその結果が発生したとしても、同被告人は要件の厳しくない三四条二項による抗弁の資格を得られるのに対し、死または重大な身体的危害を引き起こすことを意図していなかった場合には三五条によってのみ正当防衛の抗弁が許されるということになるからである。<sup>(30)</sup>

- (1) R. v. McIntosh (1995), 1 S. C. R. 686, 95 C. C. C. (3d) 481 (S. C. C.).
- (2) Isabel Grant, "Developments in Criminal Law: The 1994-95 Term", S. C. L. R., Vol. 7 (2d), 1996, pp. 203-218.
- (3) Isabel Grant, op. cit. n. 2, p. 209.
- (4) R. v. Stubb (1988), 28 O. A. C. 14 (Ont. C. A.).
- (5) R. v. Nelson (1992), 13 C. R. (4th) 359, 71 C. C. C. (3d) 449 (Ont. C. A.).
- (6) R. v. Bolyantu (1975), 29 C. C. C. (2d) 174 (Ont. C. A.), p. 176. ホリアントウ判決は、三四条は挑発により自ら招いた暴行から自己を防衛するための不法な暴行から自己を防衛する権利を与えるものであり、三五条は挑発により自ら招いた暴行から自己を防衛するための権利を扱うと明確に判示している。
- (7) R. v. Merson (1983), 4 C. C. C. (3d) 251 (B. C. C. A.), p. 255; R. v. Alkadri (1986), 29 C. C. C. (3d) 467, p. 470.
- (8) Alan W. Mewett, "Murder and Intent: Self-defence and Provocation", 27 C. L. Q. (1984), 433, pp. 435-436 and p. 440.
- (9) Eric Colvin, *Principles of criminal law* (2nd ed., 1991) p. 212.
- (10) 多数意見は、「裁判所が制定法の規定に存在していない文言を読み取ることは、通常命令されていない (R. v. McIntosh (1995), 95 C. C. C. (3d) 481 (S. C. C.), p. 492)」と述べ、つわゆる厳格解釈の立場に立つものといえよう。これに対してレビューの筆者は、「立法府が設計ミス (drafting mistake) をしたことが明らかかな場合は、失われている文言を裁判所が読み取るべきは法が許している (Isabel Grant, op. cit. n. 2, p. 213)」と述べ、
- (11) R. v. McIntosh (1995), op. cit. n. 10 p. 493; Isabel Grant, op. cit. n. 2, pp. 210-211. 但し、「もし」規定が (11) のように明

白ではなく) あいまいでも (ambiguity) ならば、被告人に有利な方法で解決されなければならないであろう」と述べている。

- (12) Isabel Grant, op. cit. n. 2, pp. 211-212; R. v. McIntosh (1995), op. cit. n. 10, p. 496.
- (13) R. v. McIntosh (1995), op. cit. n. 10, p. 490.
- (14) R. v. McIntosh (1995), op. cit. n. 10, p. 491.
- (15) Isabel Grant, op. cit. n. 2, p. 212.
- (16) S. C. 1892, c. 29. R. v. McIntosh (1995), op. cit. n. 10, p. 491 and p. 502.
- (17) R. v. McIntosh (1995), op. cit. n. 10, pp. 491-492.
- (18) 旧四五条のマーミンノートが「挑発してはならない暴行に対する正当防衛」である点にも言及している。
- (19) Isabel Grant, op. cit. n. 2, p. 215.
- (20) R. v. McIntosh (1995), op. cit. n. 10, pp. 507-508.
- (21) R. v. McIntosh (1995), op. cit. n. 10, p. 508.
- (22) R. v. McIntosh (1995), op. cit. n. 10, p. 489.
- (23) Isabel Grant, op. cit. n. 2, p. 217.
- (24) さらに、「もしこの提言が苛酷な結果をもたらすというのなら、不合理に脅威を知覚した被告人、不合理に超過した有形力を使用した被告人、挑発した後に退避することを拒否した被告人について、謀殺に対して免責することのできる抗弁を、立法府は考える時期にある」と述べた (Isabel Grant, op. cit. n. 2, p. 217)」と提言している。
- (25) Isabel Grant, op. cit. n. 2, p. 211.
- (26) R. v. McIntosh (1995), op. cit. n. 10, p. 485.
- (27) 国民は表に現われている規定を読むのであり、歴史的、学問的、政策的分析を通して三四条と三五条を読み、両規定間の理論的矛盾を認識する国民は少ないであろうと多数意見は指摘している。R. v. McIntosh (1995), op. cit. n. 10, p. 495.

- (28) R. v. Baxter (1975), 33 C. R. N. S., 27 C. C. C. (2d) 96, p. 111 (Ont. C. A.).
- (29) Don Stuart, Canadian criminal law (3rd ed., 1995) p. 444; Eric Colvin, op. cit. n. 9, p. 213.
- (30) この判決により「陪審が三五条を考慮する必要性がなくなってしまう (Gil McKinnon, Q. C. and Keith Hamilton, "Sim-plifying self-defence", The Advocate, Vol. 55, part 5 (1997. 9), p. 703)」と指摘するものがある。

### 三 自招行為の定義

#### —— 刑法典三六条と判例法 ——

(1) カナダ刑法は、自招行為すなわち刑法典三四条ならびに三五条の「挑発」という文言を、三六条で次のように定義している。

#### 三六条 「挑発」<sup>(1)</sup>

「挑発は、三四条と三五条の目的上、殴打、言葉、ジェスチャーによる挑発を含む」。

同条は、「挑発」という文言が拡張解釈されることを懸念して設けられたのであるが、同条に定める三方法による挑発にあたることとされた判例に、鉄の棒でたたくことにより挑発した事例<sup>(3)</sup>、不名誉な名前と呼ぶことで挑発した事例<sup>(4)</sup>などが挙げられる。

(2) 一方、一九九二年に下されたネルソン判決は、三六条下の挑発は、殴打、言葉、ジェスチャーによるものに限定されないとしている。同判決は、他の判例にはみられない三六条の挑発の定義そのものに焦点をおいて検討を加えている。<sup>(5)</sup>そこで、以下、この三六条に関する代表的な判例を考察する。

同判決は、事実審で第二級謀殺として有罪判決を受けた被告人の控訴審判決である。事実関係は以下のとおりである。アパートの二階に住んでいた被告人は、ステレオと娯楽のハンティングのためにたくさんの銃を所有していた。彼は、同じアパートの三階に越してきた被害者から数週間に渡りナイフで脅され続けた。彼は警察と大家にその脅威と被害者の薬物の使用について苦情を申し出ていた。被告人は、事件の数日前から、正面玄関の入口近くにショットガンを置くようになっていた。事件当日、被害者は被告人のステレオの音量が大きいと不満を言い、階下に降りて行った。被害者の部屋に留まっていた第三者は、彼が降りていく間に被告人はステレオの音量を上げたと言証している。階下に降りた被害者は被告人のドアを叩き、ドアを開けて彼に出てくるよう言った。被害者が被告人の後について部屋に入ってくるような動作をし、背中に手を回したのを見て、被告人は彼がナイフを取ろうとしているのだと確信し、自分のショットガンをわしづかみにし発砲した。被告人の主な抗弁は正当防衛であった。

事実審の挑発に関する説示は以下のとおりであった。「三四条一項の適用に際して問題となるのは、被告人自身が被害者による暴行を少しでも挑発したかということである。あなた（陪審）にもわかるように、被告人は彼自身の言葉や行動によって、他人を暴行へと招来（inspire）すべきではない。そして、そのようにして誘発された（induced）または挑発された暴行は他人を殺害するための口実（pretext）または抗弁として用いられるべきではない。挑発は刑法典三六条に併記されているように、殴打、言葉、ジェスチャーによるものを含み、もちろんこれら三つすべての結果としてのものも同様に含む<sup>(6)</sup>」。こう説示した上で、「当初、彼は静かであり、それからステレオの音量を上げたという事実には何か重要性は存在するののか」、「被告人はその行動（ステレオの音量を上げること）の効果として被害者が



階下に降りてくることを期待していたか」が陪審の検討する問題であるとした。

これに対し、被告人は、被告人が挑発したという証拠があると事実審裁判官は誤って陪審に説示したとし、「単にステレオの音量を上げること、すなわち適法行為 (lawful act) は、法的には挑発に値し得ない」と主張して控訴した。そしてさらに、三六条の修正前の規定 (旧規定)<sup>(8)</sup> は挑発を殴打、言葉、ジェスチャーの三種類によるものに制限するものであり、現行規定も同義に解されるべきであると主張した。

(3) これを受けて控訴審は、旧規定と現行規定の相違に着目し、両規定では「文言が異なっている。『含む』という文言を用いることにより立法府は挑発をこの三種類に制限しないよう意図したに違いないことは合理的に明白であると思われる」とした。<sup>(9)</sup> そして、「さしあたり、挑発とは被告人への暴行をそそのかすことを意図した行動を意味する」と判示した。<sup>(10)</sup>

さらに控訴審は、イギリスのブラウン (Brown) 判決における挑発による攻撃の自招についての原理を以下のように引用し、支持している。「(防衛) 行為の必要性は、その必要性を生じさせるおそれのある、または生じさせようと思図した被告人による行為によって創出されてはならない。正当防衛は、被告人が殺害の意図 (intention) で故意に (deliberately) 攻撃を挑発した場合には、明らかに行使できない。……被告人が、自己の行為が自己に対する攻撃を導くであろうことを予測していなかったなら、彼は正当防衛の通常の権利を奪われるべきではない。……たとえ彼が攻撃を予測していたとしても、彼がそれを意図していなかったなら、彼は正当防衛を行使する権利をいまだ与えられる。例えば、攻撃者が暴力的に反応するであろうことを認識していたが、攻撃者が攻撃者の妻を虐待するのを止めに

入った被告人は、正当防衛の権利をもちろん奪われない<sup>(11)</sup>。そして、被告人がステレオの音量を上げたことに関する証言は、この原理に照して検討されるべきであるとし、被告人がステレオの音量を上げた行為は被害者を挑発するた  
めではなく、ステレオを聞くことができるようにするためであり、そして、その行為は被害者を挑発する効果を有し  
ていなかったと判断した。

(4) 学説も、このネルソン判決のように、「挑発」とは、三六条に定める三つの方法に限定されるのではなく、  
通常の場合において憤り、怒り、または苛立ちを起させるといふような行為を意味し、それは各々の人により異なった方  
法でなされると解している。<sup>(12)</sup>

- (1) David Watt and Michelle Fuerst, The 2000 Annotated Tremear's Criminal Code (1999), p. 75.
- (2) Edward L. Greenspan and Marc Rosenberg, Martin's Annual Criminal Code 1999, p. 84; David Watt and Michelle Fuerst, op. cit. n. 1, p. 75.
- (3) Knoll and Patrick J., Criminal law defences (2nd ed., 1994), p. 119. R. v. Liendo(1984), 13 W. C. B. 350 (Ont. Co. Ct.).
- (4) Evans v. Bradburn (1915), 9 W. W. R. 281 (Alta. C. A.).
- (5) David Watt and Michelle Fuerst, op. cit. n. 1, p. 75; Edward L. Greenspan and Marc Rosenberg, op. cit. n. 2, p. 84. それらの代表的な刑法典注釈本には、三六条の関連判例法としてこのネルソン判決だけが挙げられている。
- (6) R. v. Nelson (1992), 13 C. R. (4th) 359, p. 366, 71 C. C. C. (3d) 449, p. 456.
- (7) R. v. Nelson (1992), 13 C. R. (4th) 359, p. 367, 71 C. C. C. (3d) 449, p. 457.
- (8) 現行三六条; Provocation includes, for the purposes of sections 34 and 35, provocation by blows, words or gestures.  
旧規定; Provocation, within the meaning of this section may be given by blows, word or gestures.

- (9) R. v. Nelson (1992), 13 C. R. (4th) 359, p. 367, 71 C. C. C. (3d) 449, p. 457. その「トリミアズ (Tremear's) 刑法典の著者は、現行三六条は修正前の規定よりも広範であるとみている。
- (10) R. v. Nelson (1992), 13 C. R. (4th) 359, p. 367, 71 C. C. C. (3d) 449, p. 457.
- (11) J. C. Smith and B. Hogan, Criminal law (6th ed.), p. 244. R. v. Nelson (1992), 71 C. C. C. (3d) 449, p. 457.
- (12) David Watt and Michelle Fuerst, op. cit. n. 1, p. 73.

#### 四 展 望

(1) カナダのように刑法典に明文で自招侵害に関して規定している国は珍しく、注目に値する。そこで、カナダの正当防衛論とはいかなるものかを踏まえた上で、本稿の目的である正当防衛と挑発による攻撃の自招について考察した結果、明らかになった点をまとめてみる。

第一点は、カナダ刑法典三四条一項で定めるように、カナダでは正当防衛を論じる前提として防衛者が挑発により攻撃を自ら招いていないことが要求されていることである。しかし、正当防衛に関しては、「合理的な危惧」や「比例性」などの要件が盛んに議論されているのに対して、なぜ攻撃を自招した場合に正当防衛が制限されるのかという「根拠づけ」の議論は特になされていないといえる。この点に関して、先述のようにマッキントッシュ判決において反対意見が、自招侵害に関して定めている規定の沿革や国の政策的考慮について考察を加えたことは、大いに意義があるといえる。

第二点は、三六条で正当防衛の規定における「挑発」を定義しているが、ネルソン判決にみられるように、同条は

例示規定となっていることである。我が国やドイツにおける自招侵害の議論に現われているように、自招侵害には様々な態様が想定されるのであり、挑発、すなわち自招行為を定義する規定を設けることは実際困難である。従って、三六条に挙げる三つの方法だけに制限されないよう、それらの方法を「含む」と文言を修正したことは、自招侵害の実質に即しているといえよう。

第三点は、自招者であっても三五条に定める要件の下、カナダでは正当防衛が許される余地があることを言明していることである。自招者が正当防衛の抗弁を主張できる要件を事象経過に沿って再確認すると、まず①挑発、すなわち自招行為を死または重大な身体的危害を生じさせようという意図でもって開始していないこと、②死または重大な身体的危害の脅威にさらされる段階に至る前に止めたり、退避したりすることにより可能な限り闘争を止めようと努力していなければならないこと、③殺害される、または重大な身体的危害を加えられると合理的に危惧したこと――すなわち、死または重大な身体的危害を危惧する場合にのみ自招者は正当防衛が許されるのである――、④死または重大な身体的危害から自分の身を守るために有形力が必要であると合理的に確信したことである。これらの要件を満たしていれば、自招者は挑発により自ら招いた暴行に対する反撃を正当化されるのである。

(2) 自招侵害について、我が国では、学説によってその根拠づけは様々であっても、いわゆる意図の場合において正当防衛を否定するという点では争いはないといってよい。カナダにおいても、先の要件①（三五条(b)）にあるように、いわゆる意図的自招の場合には三五条による抗弁を主張できないのである。そして判例法で「被告人が殺害の意図で攻撃を意図的に挑発した場合には、明らかに正当防衛は行使できない。……被告人が攻撃を予測していたとして

もそれを意図していなかった場合は正当防衛を行使する権利をいまだ有する<sup>(1)</sup>と判示していることから、自招侵害の扱いの基本姿勢において我が国とカナダとの間に共通点がうかがえる。

(3) しかし、自招者による正当防衛を規定するカナダ刑法典三五条は、過度に厳格で複雑であることや、マッキントッシュ判決で裁判所自らが「非論理的である<sup>(2)</sup>」と認める結論——三四条二項も自招者に適用されるという結論——に至ったことに伴う三四条二項との不均衡が指摘されている。この不合理性について、同判決主席裁判官は、「(三五条に比べ)より重大な不法行為をした被告人が、(三五条に定める抗弁よりも)より広範な抗弁を有するというのは不合理である<sup>(3)</sup>」と述べている。また、この判決を受けて学説は、「(先のようにであるなら)結局のところ、三五条は死または重大な身体的危害の結果を発生させなかった挑発者に対してのみ適用されることになるであろう、幾分形骸化した規定となるであろう<sup>(4)</sup>」と批判している。このようなカナダの議論状況は、詳細な規定を設けることにより自招侵害の様々な態様をカバーできるかもしれないが、それにより正当防衛の範囲をかえって不明確にし、規定相互間で不合理的が生じる危険性があることをあらわしているといえよう。もっとも、学説や同判決の反対意見のように、三四条を挑発により自招していない暴行に対する正当防衛、三五条を挑発により自招した暴行に対する正当防衛と区分すれば、三四条二項と三五条の不均衡は解消されるであろう。

(4) カナダ刑法における正当防衛論を考察する際、イギリスにおいてコモン・ロー上認めてきた自招者による正当防衛の限界を、なぜカナダは刑法典で規定したのかが一つのテーマとなろう。このことは、カナダが、母体とするイギリスのコモン・ローに依拠する刑法理論思考をある程度否定し、正当防衛に関する諸規定を設けることで市民がそ

れを知覚することができるといふ長所、すなわち、我が国でいうところの刑法の行為規範としての側面を重視しているからである。<sup>(5)</sup>しかし、起こり得る様々な状況を定義しようとして規定が過度に複雑であると批判され、また、それらに関する判例法も複雑であり、時々、矛盾した分析がなされているという結論は避けがたいと指摘されている。<sup>(6)</sup>そこで裁判所は、立法活動により正当防衛に関する規定が整理される必要があると提言しており、また、法改正委員会や諸論文においても正当防衛に関する規定の簡潔化が提言されていることから、これからのカナダ刑法における正当防衛規定の動向が注目されるところである。<sup>(7)</sup>

- (1) R. v. Nelson (1992), 13 C. R. (4th) 359, pp. 367-368, 71 C. C. C. (3d) 449, p. 458 (Ont. C. A.).
- (2) R. v. McIntosh (1995), 1 S. C. R. 686, p. 706, 95 C. C. C. (3d) 481, p. 496.
- (3) R. v. McIntosh (1995), 95 C. C. C. (3d) 481, p. 496.
- (4) Kent Roach, *Criminal Law* (1996), p. 180.
- (5) Don Stuart, *Canadian criminal law* (3rd ed., 1995), p. 445.
- (6) Sherrie and Richard Barnhorst, *Criminal Law and the Canadian Criminal Code* (3rd ed., 1996), p. 85; Edward L. Greenspan and Marc Rosenberg, *Martin's Annual Criminal Code 1999*, p. 85; Kent Roach, *op. cit.* n. 4, p. 174.
- (7) マッキントッシュ判決のレビューは、ナンセンスな規定の意味を裁判所が理解しようとするよりも、規定を修正するための立法活動へと導かれるのが正しい方向であり、立法府がこのアドバイスを心にとめて、自招者に対する退避義務を制定することを願うのみであることについて Isabel Grant, "Developments in Criminal Law: 1994-95 Term", *S. C. L. R.*, Vol. 7 (2d), 1996, pp. 216-217)。