

カナダの新正当防衛規定に関する一考察

岡 本 昌 子

- I はじめに
- II 新規定に対する学説の評価
 - 1 新規定の全体像及び主要な改正点に関して
 - 2 新規定が表象する正当防衛と挑発との関係に関して
- III 新規定に関する判例の考察
 - 1 判例が示す新規定の全体像
 - 2 判例における新規定の解釈
- IV おわりに

I はじめに

カナダでは、2012年に刑法典の正当防衛に関する規定が改正され、翌年3月に施行された¹⁾。旧規定は、ケースごとに規定を分け、各ケースについて正当防衛の成立要件に違いを設けるという、状況に特化した多数の抗弁 (numerous circumstance-specific defences) を規定していた。本改正は、このような規定の構造を撤廃し、広く適用可能な単一の抗弁 (single generally-applicable defence) を規定するという、構造的に大きな変更を伴う改正であったが、司法省が、本改正の意図について、正当防衛の根本原理を実質的に改変することなく、同原理を適用しやすくするために立法の文言を単純化

1) 法改正の経緯については、拙稿「カナダ刑法改正議論と自招侵害」同志社法学第56巻第6号(2005年)807頁、国会における改正議論については、拙稿「自招侵害と正当防衛」『理論刑法学の探究』第7巻(2014年)13頁以下、拙稿「防衛行為の相当性に関する一考察」『浅田和茂先生古稀祝賀論文集 上巻』(2016年)156頁以下を参照されたい。なお、2012年改正では、人の防衛だけでなく、財産防衛に関する規定も修正されたが、本稿では前者に焦点を絞って述べることにする。

(simplify) することであると説明していたこと²⁾、そして、判例及び学説が概して新规定の遡及適用に否定的であったこと³⁾から、改正前後には新规定に関する論文がいくつか公表されたものの、その後、新规定に対する本格的な考察は頓挫していたと言っても過言ではない状況だった。

しかし、カナダ刑法典における正当防衛規定の歴史からみて、同改正が抜本的な法改正であることは否定できないといえる。旧規定のタイトルが、「挑発していない暴行に対する正当防衛」(旧34条)、「先制攻撃の事例における正当防衛」(旧35条)となっていたことから明らかなように、これまでのカナダの正当防衛規定は、被告人が攻撃を挑発していたか、先制攻撃をしていたかにより、条文、つまり正当防衛の要件を大別し、さらに、前者については死又は重大な身体的危害を生じさせたか否かに着目して細分化していた⁴⁾。本改正では、これを統一された単一の正当防衛規定に修正し、「防衛行為の合理性」という観点から正当防衛の成否を判断する形に変容させた⁵⁾。新规定は、正当防衛に関する統一規定である新34条の第1項において正当防衛の3要件を掲げ、第3の要件である「防衛行為の合理性」(第1項(c))の判断において考慮される要素を同条第2項に列挙するという新たな構造となっている⁶⁾。この構造の変化において、上述のようにこれまでカナダの正当防衛

2) Department of Justice Canada, *Bill C-26 (S. C. 2012 c.9) Reforms to Self-Defence and Defence of Property: Technical Guide for Practitioners* (2013.4.30, modified 2016.11.25), A. *New Self-Defence Overview*, at <https://www.justice.gc.ca/eng/rp-pr/other-autre/rsddp-rlddp/p1.html>.

3) Don Stuart, Steve Coughlan, *Learning Canadian Criminal Law* (14 ed., 2018), at p. 949; Stephen Coughlan, *Self-Defence: Courts of Appeal Deciding New Provisions Guided by Old Principles*, 29 C.R. (7th) 103, 2016, at p. 103; Dallas Mack, *Self-Defence, Mack's Criminal Law Bulletin 2017-23*, 2017, at 30; Marie Henein, *Martin's Criminal Code 2020ed.*, 2018, at p. 103. もっとも、Ⅲで述べるように、遡及適用を認める判例も散見される。

4) 旧35条のタイトルは「先制攻撃の事例における正当防衛」となっているが、条文では、先制攻撃と共に「又は正当な理由なく自己に対する暴行を挑発した者」となっている。カナダの旧正当防衛規定の詳しい内容については、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」同志社法学第51巻第6号(2000年)116頁を参照されたい。

5) Morris Manning, Peter Sankoff, *Manning, Mewett & Sankoff Criminal Law* (5th ed., 2015), at p. 675.

6) 新正当防衛規定の内容については、拙稿・前掲註1)「自招侵害と正当防衛」13頁以下を参照さ

法の枠組みを担っていた「挑発」という文言は姿を消し、被告人が挑発していたか否かという点は第2項に列挙された要素の一つ、「事件における役割 (a role in the incident) (新34条第2項(c))」において検討されると解されている⁷⁾。これは、正当防衛論における挑発の意義の変更を意味しているのか。また、このように規定を変えたことにより、正当防衛の認められる範囲に相違は生じるのだろうか。

近年、ようやく新規定施行後の事案に対して新規定を適用した判例が集積しはじめた。カナダにおける新正当防衛規定の真の姿を知るにおいて、裁判所がどのように新規定を考察し、適用しているかを考察することが重要であることは言うまでもない。そして、新規定が適用され始めたのを契機に、刑法学者や実務家により改めて新規定に関する考察が加えられ、問題点も指摘され始めている。また、新規定を考察することは、カナダにおける最近の正当防衛論の動向を知るにおいても重要であるといえる。本改正の背景には、被虐待女性症候群（いわゆる DV 事案）における正当防衛の問題が存在していると指摘されている⁸⁾。同問題を適正に解決するために、特に1990年代以降、contextual アプローチが主張されてきたが、後述するように、新規定第2項に列挙されている「防衛行為の合理性」の判断要素は、最近の判例が採る同アプローチを反映したものと解されている。

そこで、新規定が実際に事案に適用され始めたカナダにおいて、現在どのような議論が繰り広げられているのか、特に挑発等により正当防衛状況を招致した場合に焦点をおいて学説・判例の両面から若干の考察を加えたい。

りたい。

7) 中には (f1) も関連するとするものもある (e.g. Henein, *op. cit.*, note 3, at p. 103)。

8) Kent Roach, *Criminal Law* (6th ed., 2015), at p. 344; Don Stuart, *Canadian Criminal Law: A Treatise* (7th ed., 2014), at p. 513; Stuart, Coughlan, *op. cit.*, note 3, at p. 935; Vanessa A MacDonnell, *The New Self-Defence Law: Progressive Development or Status Quo?*, 92 Can. Bar. Rev. 301, 2014, at p. 304.

II 新規定に対する学説の評価

1 新規定の全体像及び主要な改正点に関して

(1) 正当化事由であることの明示の削除と抗弁の適用対象の拡大

本改正による正当防衛規定の構造の変更の前に注目すべきなのが、旧規定では「正当化される (is justified)」と規定されていたのが、新規定では「罪とはならない (not guilty)」に文言が修正された点である。正当防衛は、カナダにおいても伝統的に正当化事由と考えられ、判例においてもそのように判示されてきたにもかかわらず、このように文言が修正されたのには、DVケースへの正当防衛の適用の問題への配慮が関係しているとされる。新規定についていち早く考察を加えたローチ (Roach) は、「DV ケースには、適法な行為に適用されるであろう正当化事由とそれと対峙する人間の弱さと調和する免責との間の多少の類似性をあいまいにするという色彩がある」⁹⁾とし、新規定は、正当化事由としての正当防衛から DV ケースに適用しやすい免責ベースへの動きを見せていると評している¹⁰⁾。

さらに、旧規定では正当化事由であると明示的に分類されていたことから正当防衛の抗弁を主張する前提となる (prerequisite) 条件¹¹⁾ として必要性

9) Kent Roach, *A Preliminary Assessment of the New Self-Defence and Defence of Property Provisions*, 16 Can. Crim. L. Rev. 275, 2012, at p. 280.

10) 同見解のように、被告人である女性が主観的には合理的な方法で (しかし客観的には不合理な方法で) 行動していたということを根拠として正当防衛を免責へと転移させてきたと理解するのではなく、むしろ、正当化事由であるという点と整合する理解として、これらの1990年以降の被虐待女性に同情的な反応を示した判例は、必要性や比例性の要件が被告人の状況に照らして解釈され、適用されるべきであるということを認めたものと解する余地もある (Noah Weisbord, *Who's Afraid of the Lucky Moose? Canada's Dangerous Self-Defence Innovation*, 64 McGill L.J. 349, 2018, at p. 378)。

11) 旧規定ではケース分けした規定となっていたことから、特定のケースについて正当防衛が認められるための必須の前提条件という意味でこのように表現されることが多いが、我が国でいうところの正当防衛の成立要件と同義である。

と比例性を掲げていたのに対し¹²⁾、新规定では正当化という文言が削除されたことに伴い、必要性と比例性は前提条件から考慮要素に格下げされたと指摘し、仮に、新规定が正当化から免責へパラダイムのシフトしようとしているのであれば、正当防衛を予想できないほど拡大し得ると警告する学者もいる¹³⁾。しかし、新规定施行後も、最高裁は、ライアン (Ryan) ケース¹⁴⁾で正当防衛は正当化事由であると明言しており、「not guilty of an offence」という文言の表現が有形力に対する抗弁の正当化の根拠を明らかに否定していると解釈するにはあまりにも確証がないとする見解も主張されている¹⁵⁾。先の最高裁判例からみても、新规定が正当防衛を正当化事由と解することを放棄したとみるのは尚早であるように思われるが、本改正によりDVケースについて正当防衛が認められやすくなる可能性はあるように思われる。

抗弁の適用範囲の拡大という点でいうと、旧規定では暴力犯罪に限定した抗弁であったが、新规定ではそれらに限定されず、犯罪一般に主張しうる抗弁に変更されている。つまり、自己の身を守るために建物を壊して侵入することや車を盗むことも規定上は防衛行為と認められ得ることとなった。これに伴い、第2項(b)で急迫性が他行為可能性と併記されたことと合わせて考えると、例えば、車を盗むことで防衛できたであろうなら、身体に対する有形力の行使が防衛行為として合理的であったと判断され得なくなり、旧法下より厳格に他行為可能性が判断されるかもしれないと危惧する指摘がなされている¹⁶⁾。

(2) 構造上の大きな変更とそれに伴う成立要件の変容

冒頭で述べたように、旧規定では、ケースによって正当防衛規定を分け、

12) David Watt, Michelle Fuerst, *The 2019 Annotated Tremear's Criminal Code*, 2018, at p. 104.

13) Weisbord, *op. cit.* note 10, at pp. 376-378.

14) R. v. Ryan, 2013 SCC 3, [2013] 1 SCR 14, 290 C.C.C. (3d) 477. ライアンケースについては、拙稿「ドメスティック・バイオレンスと刑事法」同志社法学第69巻第7号(2018年)1147頁を参照されたい。

15) David M Paciocco, *The New Defense against Force*, 18 Can. Crim. L. Rev. 269, 2014, at p. 274.

16) Roach, *op. cit.* note 9, at pp. 279-280; Paciocco, *op. cit.* note 15, at p. 289.

各々について正当防衛が認められるための要件を定めていた。例えば、防衛行為者が正当防衛状況を招致していないケースについては正当防衛に関する基本規定である旧34条で、先制攻撃または挑発ケースについては旧35条で正当防衛の抗弁の認められる要件を規定し、前者では、正当防衛の成立要件として退避義務は規定されていない一方、後者では、退避義務を初めとした複数の要件が掲げられていた。これは、コモンロー上、通常の正当防衛状況ではなく、被告人の責めによって正当防衛状況が招致された場合、防衛者である被告人が闘争を開始したのであるから、後続の結果について部分的に被告人に責めがあり、ゆえに正当防衛を主張する前に退避が可能であったならば退避すること等が要求されてきたことを法典化したものと解されている¹⁷⁾。

このように、特定のケースに特定の要件を設けるという規定構造であったのが、本改正により、統一された単一の正当防衛規定に修正され、新34条第1項が正当防衛の3つの成立要件を定め、同項(c)が定める3つ目の要件、いわゆる防衛行為の合理性の要件を満たすかを判断するにおいて検討される要素を同条第2項に列挙するという構造に変更された。

このような構造上の大きな変更は、法解釈における様々な変更の可能性を孕んでいると制定当時から指摘され、特に関心をもたれてきたのが、これまでの正当防衛法理において肝要な部分であった、コモンロー上の一定の命題が新法規定下でも維持されるかという点である¹⁸⁾。司法省が公表している「実務家のためのテクニカルガイド」¹⁹⁾は、既述のように、新法はカナダにおけるこれまでの正当防衛法を変更するものではないとし、学者も、旧規定における基礎的な要素を新規定は維持している、又は、正当防衛のコアな部分を

17) Gerry Ferguson, *Self-Defence: Selecting the Applicable Provisions*, 5 Can. Crim. L. Rev. 179 (2000), at p. 189. 本改正に関する論文で、ワイズボード (Weisbord) も、カナダ刑法典がこのように先制攻撃者・挑発者の場合にだけ退避を要求してきた点について同旨を述べ、通常の正当防衛規定で退避義務が要求されていなかった理由について、被告人自身が創出したのではない暴力の攻撃者から退避することを法が要求することは法的に卑怯であり、人の名誉を侮辱すると考えられたからだと指摘している (Weisbord, *op. cit.* note 10, at p. 364)。

18) e.g. Manning, Sankoff, *op. cit.* note 5, at p. 676.

19) Department of Justice Canada, *op. cit.* note 2.

抽出した規定となっていると一般に解しているものの²⁰⁾、規定上は、旧規定において出発点となっていた「挑発をしていたか、先制攻撃をしていたか」という点は、もはや抗弁を主張する際の出発点となる要件として位置づけられておらず、防衛行為の合理性の判断において考慮される要素へと変容され、決定因でなくなった²¹⁾。つまり、新规定では、規定上（実際にそのように適用されるかは別として）、挑発者や先制攻撃者が正当防衛の抗弁を主張する際、防衛行為を行う前に可能な限り退避していたことが必須の要件とされていないわけである。

逆に、新规定の構造から、旧規定下では正当防衛の成否の判断において検討されなかった要素が新规定下では検討され得る可能性が生じることとなった²²⁾。カナダではコモンロー上、退避義務はないとされてきたが²³⁾、新规定第2項(b)に掲げる「他行為可能性」に事案によっては退避可能性が含まれ得ることから、自招侵害の場合にのみ検討された退避可能性が全てのケースにおいて検討され得ることになり、判例がどのように新规定を解釈し適用していくか、注視すべきであると指摘されている²⁴⁾。旧規定は、過度に複雑であり、相互に矛盾を生じさせ、不必要な上訴をもたらしてきたと批判されてきたものの、その適用においては、一般に「陪審は、みせかけと適法な正当防衛をうまく分離」²⁵⁾していたと評されており、従って、新规定のゴールは陪審が実際に行ってきたアプローチと新规定を調和させることであると指摘さ

20) e.g. Colton Fehr, *Self-Defence and the Constitution*, 43 Queen's L.J. 85, 2017, at p. 91; Roach, *op. cit.* note 8, at p. 333.

21) Department of Justice Canada, *op. cit.* note 2, A. *New Self-Defence Overview*; Stuart, *op. cit.* note 8, at p. 512; Manning, Sankoff, *op. cit.* note 5, at p. 675.

22) Paciocco, *op. cit.* note 15, at p. 271.

23) カナダおよび母体法であるイギリスにおける退避義務については、拙稿「正当防衛と侵害回避義務」同志社法学57巻6号（2006年）437頁を参照されたい。

24) Roach, *op. cit.* note 8, at p. 346. ローチ (Roach) は、退避義務について、かつては論争があったが、ラバリー (Lavallee) ケース (R. v. Lavallee, [1990] 1 S.C.R. 852) で、自宅から退避することは要件とされないと確認され、このコンセプトは、コモンロー上のいわゆるキャッスルドクトリンに由来すると説明する。もっとも、同原則は、不必要でおそらく不釣り合いな暴力的な自己防衛を促進し得るので慎重に取り扱うべきであるとも指摘している。

25) Stuart, *op. cit.* note 8, at p. 511.

れている。しかし、先の懸念を表象するような判決、つまり、旧法下では退避可能性が検討されなかったような事案について、新規定第2項(b)の「他行為可能性」との関係で自宅から退避することができたかどうかを検討するよう陪審に説示した点について上訴審がこれを誤りではないと認めた判決²⁶⁾が出現しており、同判決は、同様の事案について自宅から退避する必要はないと判示した最高裁判例（ラバリー（Lavallee）ケース）²⁷⁾とは幾分異なった法的アプローチがなされているとして、2019年の重要判例の一つに挙げられている。

(3) 防衛行為の合理性の判断要素の例示列举

新規定のコアな部分であり、「正当防衛のほとんどのケースにおいて重大な争点となる」²⁸⁾と目されているのが、新34条第1項(c)に規定されている「当該状況において合理的であったこと」という正当防衛の第3要件、「防衛行為の合理性」である。改正議論において正当防衛の正当化原理を示す統一規定に修正されるべきであると主張されてきたこと、そして、カナダの正当防衛論では防衛行為が合理的であったかどうかを核とされてきたことから、新規定が防衛行為の合理性という観点から正当防衛の成否を判断する統一規定に修正されたこと自体は驚きではない。

当該防衛行為が当該状況において合理的であったかどうかを判断するにあたり検討される要素が新34条第2項に列举されており、そこには、(a)攻撃の行為態様、(b)切迫性、相手からの有形力の行使に対応することのできる他行為可能性の有無、(c)事件における被告人の役割、(d)両当事者の武器の使用（または使用するという脅迫）の有無、(e)両当事者の体格、年齢、性別、身体能力、(f)事件に先行する有形力の行使またはその脅威、そして、その行為態様を含む、当事者間の関係の性質、期間、経緯、(f.1)当事者間の相互関係

26) Doonanco (2019), 373 C.C.C. (3d) 275 (Alta. C.A.).

27) R. v. Lavallee, *op. cit.* note 24.

28) Roach, *op. cit.* note 8, at p. 341.

またはコミュニケーションの歴史、(g)防衛行為の行為態様と比例性、(h)防衛行為が、被告人が適法だと認識していた有形力の行使またはその脅威に対する反応であったかどうかという多岐にわたる要素が挙げられている。しかし、それらは、「網羅的でないリスト」²⁹⁾、つまり、例示列举とされている。それらは、あくまで合理性の判断における考慮要素であり、正当防衛が認められるための必須要件ではない。

そこでは、陪審が被告人、関係者、行為に関連する状況を検討することが求められている³⁰⁾。同項が掲げる要素は、被告人の特性や過去の経緯を反映させるために合理性判断の客観的基準を状況にあてはめる (contextualize) ことを認めた最近の判例の流れを継承しているとされ³¹⁾、改正の背景に DV ケースにおける正当防衛の問題が存在していたことが色濃く反映されている³²⁾。第2項の内容について、司法省のテクニカルガイドは、ランドマークであるラバリーケースにおける最高裁の2つの側面、①急迫性は厳格な要件ではないということ、②被告人と被害者との間の虐待の歴史は被告人の行為の合理性の評価に関連するというを法典化しており³³⁾、それは、新規定が判例法を変更することを意図していないことを示していると説明している³⁴⁾。

しかし、第2項が例示列举であること、そして、あくまで考慮要素である

29) Department of Justice Canada, *op. cit.* note 2, A. New Self-Defence Overview. 国会において何人もこの点が確認されており、いわゆる概説書やコンメンタールでもそのように記されている。詳細は、拙稿前掲註1「自招侵害と正当防衛」13頁以下を参照されたい。

30) Canadian Judicial Council, *Model Jury Instructions, E. Defences 10. Self-defence In Force*, at <https://cjc-ccm.ca/cmslib/general/jury-instructions/Self%20Defence/Jury%20Instructions%20Self%20Defence%202013-03%20E.pdf>, at p. 3.

31) Roach, *op. cit.* note 8, at p. 343.

32) Weisbord, *op. cit.* note 10, at p. 382; Stuart, Coughlan, *op. cit.* note 3, at p. 935.

もっとも、サンダース (Saunders) は、新規定が DV 問題を解決するための助けとなるかどうかは定かでないコメントしている (Ronald. P. Saunders, *Criminal Law in Canada: An Introduction to the Theoretical Social and Legal Context* (5th ed., 2016), at p. 605)。

33) このことから、スチュワート (Stuart) は、ラバリーケースが新規定下においても優れた判例法として存続し続けるであろうと示唆している (Stuart, *op. cit.* note 8, at p. 514)。

34) Department of Justice Canada, *op. cit.* note 2, A. New Self-Defence Overview.

ことが、新たな論争を招いている。その理由は、かつて必須要件と位置付けられていたもののいくつかが考慮要素として同項に含まれているからである。上述のように、旧規定ならば、挑発事例では退避義務が課されていたことから、退避可能性は他の要素に優先して検討されるものであることが明確であったのに対し、新規定は、検討される各要素の優劣について何らガイドランスを提供しておらず、それらの列挙要素を合理性の判断においてどのように考慮するかという点について陪審の自由裁量にゆだねられていることが問題視されている。この並列列挙である点について、旧規定では①防衛行為の必要性や②挑発の有無、③（厳格な比較衡量までは要求されない）比例性という構成要素に焦点が置かれていたことを受け、新34条第2項に例示列挙されている要素の中でも特にこれらの要素に重きを置いて考察されるべきではないかとの指摘がなされている³⁵⁾。また、施行直後には、比例性に関して、旧規定下では、攻撃者を避けるために必要な範囲を超えて防衛行為を行ってはならないとするものの、正当防衛状況は大変緊迫しており、被告人が完璧な態度で行動することは期待できないとして、厳密に判断されるべきではないとされてきたが、新規定では第2項(g)に比例性が列挙されていることから、防衛行為が攻撃を超えていたことを理由に抗弁が認められない可能性があること、逆に、旧規定では前提条件であった挑発の不存在が新規定では考慮要素となったことで、旧規定では抗弁が認められなかったケースで抗弁が認められる可能性があることも指摘されていた³⁶⁾。その後、新規定第2項において多数の要素を検討することが命じられているものの、従来同様、正当防衛の成否の判断において特定の要素が重視されるであろうとの指摘もなされているが³⁷⁾、陪審の自由裁量にゆだねられていることから、その結果として裁

35) Statement of Hamish Stewart at 41st Parliament, 1st Session, the House of Commons, Committee (2012.2.14).

36) Paciocco, *op. cit.* note 15, at p. 272.

37) Manning, Sankoff, *op. cit.* note 5, at p. 676. 新規定の方が被告人に有利となると判示したバンドゥレビク (Pandurevic) ケースで、裁判官は、新規定には比例性と他行為可能性が全ての正当防衛の主張において検討される要素として含まれていることから、抗弁の可能性が狭められるケースがあるのではないかという他の判事によって述べられた懸念に対して、「しかし、

判官や陪審は難しい判断を強いられることとなり、それに伴い予測可能性を担保できないという問題が指摘されている³⁸⁾。さらには、将来、立法府が想定した以上の広い範囲で正当防衛を認めることにもなりかねないと危惧する見解³⁹⁾もある。

ところで、旧規定は、挑発者・先制攻撃者の場合とそうでない場合とで正当防衛規定を区分し、前者のように行為者の責めに帰す場合にはそれを理由に正当防衛の抗弁が認められるための高い基準を設けていた。このように挑発者・先制攻撃者の場合は正当防衛の抗弁を主張しにくいということを旧規定が示していた点は、裁判規範としてだけでなく行為規範としても意味があった。これに対し、新規定では、上述のように、予測可能性を担保できないと指摘されている。さらにいうと、新規定には、挑発という文言すら登場してこない。また、旧規定が、挑発や先制攻撃により正当防衛状況を惹き起こしたといえる場合、防衛行為を行う前に、退避するための合理的方法を全て実施し、また、幕引きを願っていることを攻撃者に対して明白に示しながら退避していなければならないとしていた⁴⁰⁾のとは対照的に、新規定は、第1項に掲げる正当防衛の3要件の中にも、また、第2項の合理性の判断要素の中にも、退避という文言を含んでいない。上記のように、他行為可能性（新34条第2項(b)）に退避可能性が含まれると解したとしても、それは合理性の判断における考慮要素であり、従って、新規定では規定上先制攻撃者に対して

私見によると、この懸念は現実問題というより、理論上の話である。…第2項に列举されている要素は単に考慮事項であり、前提条件ではない。さらにいうと、被告人に正当防衛の権利が与えられるか否かは常に彼・彼女がしたこと合理性の評価に基づいてきたし、第34条第2項に列举されている事柄は実際問題としてその分析は避けられないであろう」(R. v. Pandurevic, 2013 ONSC 2978, 298 C.C.C. (3d) 504) at para 39) と判示している。

38) Roach, *op. cit.* note 8, at p. 333, p. 342.

39) Weisbord, *op. cit.* note 10, at p. 378. もっとも、論者が同危惧を表す判例として挙げているキール (Khill) ケース (第一審判決 R. v. Khill, 2018 ONSC 4149) は、上訴審 (2020 ONCA 151) で破棄され、再審理が命じられており、Ⅲで紹介する上訴審の判決内容を見る限り旧規定下の正当防衛法を維持しようとする裁判所の姿勢が見受けられ、現時点では過大な危惧のように思われる。

40) Weisbord, *op. cit.* note 10, at p. 381.

さえも普遍化された退避義務を要求していないことになる。これらの点について、学説はどのように考えているのだろうか。そこで、次に、挑発などによる正当防衛状況の招致に焦点をおいて新规定を掘り下げてみることにしよう。

2 新规定が表象する正当防衛と挑発との関係に関して

旧規定においていふなれば構造の軸であった「挑発」という文言が新规定では削除されているが、これは、新规定下では正当防衛の成否において挑発が全く考慮されなくなったというわけではなく、国会答弁や司法省のテクニカルガイドは、新34条第2項の(c)「事件における役割 (the person's role in the incident)」において被告人の挑発が検討されるとしている⁴¹⁾。同テクニカルガイドによると、同ファクターは事件の誘発 (instigating) または拡大 (escalating) における被告人自身の役割に関する事項を考察するのに役立つものであるとされている。それでは、なぜ旧34条のタイトルや旧35条の文言で用い、刑法定制当時から維持して来た「挑発」という文言を捨て、「事件における役割」という文言において検討されるとしたのであろうか。この問いに答えるにあたり、同テクニカルガイドの次の記述がヒントとなろう。「旧法における34条と35条の間の区別は、事件の開始における被告人の役割 (the defender's role in commencing the incident) に基づいており、つまり、罪のない被害者に対し、被告人が事件の挑発者であった場合、抗弁を利用する権利への足掛かりを高遠にするという被告人の役割に基づいていた。新法は、被告人によって開始された闘争と被害者によって開始された闘争とを区別しない、たった一つの抗弁を有していることから、本節 (第2項(c)、筆者注) が、被告人が闘争を惹き起こす役割を演じたということを事実が示しているならばその事実は彼・彼女の最終の反応が当該状況において合理的であったかどうかに関する評議において考慮されなければならないということを示し

41) 詳しくは、拙稿・前掲註1)「自招侵害と正当防衛」21頁を参照されたい。

ている」⁴²⁾。

学説も、同テクニカルガイドを受け、挑発は第2項(c)において検討されると一般に解している⁴³⁾。クーグレン (Coughlan) は、同項(c)について考察を加えた後述のレビー (Levy) ケース⁴⁴⁾ を挙げ、旧規定下で挑発は重要な検討要素であったこと、そして、他のどこにも検討要素として言及されていないことから、同項(c)において挑発が扱われるというのは良識ある解釈であろうとしている⁴⁵⁾。

そもそも、旧34条のタイトルは「挑発していない」となっているものの、旧35条は、挑発だけでなく、先制攻撃も正当防衛の成立要件において同列に扱っており、そこでは(被害者ではなく)被告人が闘争を引き起こしたか否かがポイントとなっていたわけであるから、本改正は、「挑発」とは「被告人が当該事件においてどのような役割 (role) を果たしていたか」という意味で解釈されるものであり、そのように理解されてきたということを表しているように思われる。

ここで問題となるのが、新規定では挑発が他の要素と同列の考慮要素となっているという点である。具体的にいうと、挑発(新34条第2項(c))が、急迫性や退避可能性(同項(b))、比例性(同項(g))等と並列に列挙されており、旧規定では挑発していた場合に退避義務が課されていたことと比較すると、新規定下ではこれら相互の関係をどう捉えるべきなのか、制定当時から疑問が呈されていた⁴⁶⁾。そして、先述のように、これまでの正当防衛論からする

42) Department of Justice Canada, *op. cit.* note 2, *D. Self-defence – Detailed examination of new section 34 of the criminal code.*

43) Stuart, Coughlan, *op. cit.* note 3, at p. 935; Roach, *op. cit.* note 8, at pp. 347–348. なお、文言が役割 (role) という「より一般的な (general) 文言となったので、旧法では認められなかったインパクトがあるだろうと予想しておいた方が安全である。」(Paciocco, *op. cit.* note 15, at p. 291) との指摘もなされている。

44) R. v. Levy, 2016 NSCA 45, 2016 NSCA 45, [2016] N.S.J. No. 211, 1178 A.P.R. 251, 131 W.C.B. (2d) 434, 29 C.R. (7th) 55, 337 C.C.C. (3d) 476, 374 N.S.R. (2d) 251.

45) Coughlan, *op. cit.* note 3, at p. 103.

46) 詳しくは、拙稿・前掲註1)「自招侵害と正当防衛」23頁以下、拙稿・前掲註1)「防衛行為の相当性に関する一考察」159頁を参照されたい。

と、挑発は少なくとも両当事者の体格、年齢、性別、身体能力（同項(e)）等の要素よりも重視されるべき要素なのではないかと指摘されているわけである。

さらに旧規定における「挑発」の扱いとの相違点として指摘されているのが、旧規定では、挑発はどの条文が適用されるかを判断する要素であり、一旦適用条文の選定が終われば、挑発が正当防衛の成否において検討されることはなく、いうなれば単なる出発点であり、挑発それ自体が評価される要素ではなかったのが、新規定では防衛行為の合理性の判断要素として列挙されたことにより挑発それ自体が検討対象となったという点である⁴⁷⁾。正当防衛の成否において挑発が考察されているという点で違いはないようにもみえるが、旧規定下では、旧36条に挑発の定義条文があったものの、そこには「殴打、言葉、ジェスチャーによる挑発を含む。」と規定されているだけであり、ネルソン（Nelson）ケース⁴⁸⁾で、ここでいう挑発とは、35条との関係において、被告人に対する暴行を挑発することを意図していた行為又は暴行を導くことがほぼ確実であると被告人が理解していたであろう行為であると判断されていたことから、先の指摘は、「意図的挑発が認められるか否かだけを判断する」というのと「防衛行為が合理的であったといえるかどうかを判断するために、被告人によりどのような挑発がなされたのかを検討する」というのとでは、挑発の捉え方に質的な違いがあるという指摘といえよう。さらに、新規定では、合理性判断においてどのように考慮するかは陪審の自由裁量となっていることから、（説示で旧規定下における正当防衛論が述べられない限り）いわゆる意図的挑発でなくても、被告人がなんらかの挑発をしていたという点が正当防衛の成否に大きな影響を及ぼす可能性があり、その結果、旧規定下では正当防衛が認められたような自招侵害事案について新規定下では正当防衛が認められない可能性もある。この点について、パシオコ（Paciocco）判事は、「新法における『挑発』から『事件における被告人の役

47) Paciocco, *op. cit.* note 15, at p. 271.

48) R. v. Nelson (1992), 13 C.R. (4th) 359.

割』への移行は、旧法下では関係しないと考えられた考慮がなされることを許容するというを意味している⁴⁹⁾と指摘している。

これらの点に加え、本改正において挑発との関係で注目すべきなのが、旧34条では「挑発せずに不法に暴行を受けた者は」と規定されていたのが、新规定では「unlawfully」という文言が削除されたという点である。この点について、テクニカルガイドは、従来の正当防衛論を振り返り、①小さな取組み合いから暴力的な闘争へとエスカレートしていったケースにおいて、誰の行為が不法な暴行となるのかという点に関する判断が批判の対象となっていたという点、そして、②（マッキントッシュ (McIntosh) ケース⁵⁰⁾で最高裁は攻撃を招致した事例にも旧34条第2項の適用を認めたものの、) 長年、挑発事例や先制攻撃事例に対する規定として存在してきた旧35条は不法の要件を掲げておらず、それは先制攻撃者にも不法でない攻撃に対して正当防衛が認められる状況があり得るという国会の見解を示すものであったという点を挙げ、不法という要件を削除しない限り、闘争を誘発したがその後防衛的行為が必要となったというような稀なケースや侵害の不正性を判断することが困難なケースにおいて、正当防衛のために行為する権利を被告人から潜在的に剥奪することになると説明している⁵¹⁾。

正当防衛の判断構造として、この法改正における挑発の扱いは、近時のカナダの判例が採用している「contextualized アプローチ」に沿うものと思われる。もっとも、その妥当性は、列挙された考慮要素を用いて防衛行為の合

49) Paciocco, *op. cit.* note 15, at p. 290.

50) R. v. McIntosh (1995), 1 S.C.R. 686. 旧規定下では、最高裁が、マッキントッシュケースで、挑発者に対して（挑発していない場合の規定であった）旧34条の第2項の適用を認めており（詳細は、拙稿・前掲註4）144頁以下を参照されたい。）、それと比較すると、さらに正当防衛の成立する範囲が狭くなる可能性がある。もっとも、裁判官は、同項の適用を認めることで当時の規定の不適切性を明確にし、それまでなかなか実現しなかった法改正を推し進めることを意図していると判決文で述べており（詳細は、拙稿1）「カナダ刑法改正議論と自招侵害」810頁以下を参照されたい。）、私見としては、挑発者に同項の適用を認めたことは妥当でなかったと考える。

51) Department of Justice Canada, *op. cit.* note 2, D. *Self-defence – Detailed examination of new section 34 of the criminal code.*

理性を判断するにあたり正当防衛の正当化原理、挑発による正当防衛状況の招致と正当防衛の成否との関係について再確認することによって確保されるものと思われる。カナダでは、遡及適用の可否とも関連して、法改正により被告人に有利となったのか不利となったのか、いいかえると正当防衛の抗弁が主張しやすくなったかという点に主に関心が寄せられたが、「法廷が新法を解釈する際の助けとして、正当防衛固有の解析を説明することが必要である」⁵²⁾と主張する論文も見られる。同論文は、挑発事例について、①不法な挑発の場合、②退避した場合、③不法でない挑発の場合という3つの異なった事例を検討する必要があると指摘し、まず①②について以下のように考察している。緊急避難や強制の被害者が正 (innocent) であるのに対し、正当防衛の被害者は行使される有形力に対していくらか責任を負うことから、「正当防衛における被告人の有責性 (culpability) は、被害者によってもたらされる暴力の不必要なエスカレーションと釣り合わなければならない。…不法な挑発事例では、被害者の侵害への反応がその後の防衛行為の許容性を決することになる。被害者が暴力を振るうことに頼ることで状況をエスカレートさせた場合、その反応は最初の挑発に対して不均衡である。被害者の自律の利益は著しく低減されなければならない。当該状況の招致について被告人に責めがある状況において、被告人の退避の拒否は、暴力を促進させる。これは、被害者の自律の軽視だけでなく、社会的観点から望まれない結果を生み出すことにもなる。被告人がすべき正しいことは退避であるが、被害者が不必要に暴力をエスカレートさせたことについて責められるべきであるということが被告人の後続の行為が不法であるということを結論付けることを難しくしている。…もし被告人が有形力に頼るために合理的な退避方法を用いたならば、モラル的な問題は異なってくる。私見によると、退避によって状況をリセットしたであろう。もし被挑発者が状況を継続させたならば、同人は、被告人の自律の利益の深刻な侵害を構成する、不必要で過剰な復讐心のある

52) Fehr, *op. cit.* note 20, at p. 85.

有形力で行為していると思われる。社会はそのような行為を許さないで、社会の法秩序の考慮もまた被害者に容赦なく背を向ける。被告人は最初の不法で挑発的な暴行について依然として刑法的に責めを負っているので、被告人の退避を状況の効果的なリセットとして考慮することは合理的である⁵³⁾。そして、③については、モラル的に曖昧なケースであるとした上で以下のように説明している。「暴行を招くことを目的としていない場合、被害者のひどく不釣り合いな反応は、同人の自律の利益を著しく減少させる。…他人を侮辱する言葉の使用は許されないが、それは激しやすさを促進するので、被告人に退避すること又は合理的に必要な有形力のみを使用することを要求するとすれば、それはあまりにも不均衡であるから社会の法秩序は深刻にむしばまれる。相手を傷つける言葉を使用しないということが被告人にとって正しいことであったことは明らかである。しかし、…侮辱した結果として正当防衛の基本的権利を修正することを要求することは、被告人に対して不公平であろう⁵⁴⁾」。

Ⅲ 新規定に関する判例の考察

1 判例が示す新規定の全体像

それでは、判例は、新規定をどのように捉えているのだろうか。新規定を具体的にどのように解釈し、適用しているのだろうか。冒頭で触れたように、新規定については、その遡及適用を否定するというのが判例及び学説の一般的な理解であったことから、新規定を実際に適用し、その具体的な法規の自身に関して判示した判例が集積され始めてから数年しか経っていないというのが実情である⁵⁵⁾。もっとも、新法施行後、遡及適用の可否に関連して、本

53) Fehr, *op. cit.* note 20, at pp. 109–111.

54) Fehr, *op. cit.* note 20, at p. 112.

55) Stuart, Coughlan, *op. cit.* note 3, at p. 949. See also Steve Coughlan, Gerry Ferguson, Lee

改正は実質的な変更なのか、新法は被告人に不利となるのかという観点から法廷で度々新規定が取り上げられ、カナダにおける正当防衛法理論や新規定の内容に関する考察がなされている。

新規定の遡及適用を認めるか否かの判断において、判例は以下の3つの視点を提示している。それらは、(単なる手続き的な変更ではなく、)実質的な変更であるか、国会が遡及適用することを明示しているか(又は遡及適用することを意図していたといえるか)、新規定を適用することにより被告人は有利となるかという視点である⁵⁶⁾。この問題について、最高裁は、ダイネリー(Dineley)ケース⁵⁷⁾で以下のように判示している。「過去の事実と行為に付与される法的帰結に関する確実性の必要から、立法が遡及的効果を有するケースは例外的でなければならぬと長年裁判所は理解してきた。より明確にいうと、授けられた権利又は本質的な権利に制定規定が影響を及ぼす場合、遡及は望ましくないと判示されてきた」⁵⁸⁾。そして、実質的な法の変更の場合、立法府からの明確な遡及適用の言明がない場合には遡及適用されないとし、その後、同判例の立場を踏襲して遡及適用を否定する判決が下された。その後、エバンズ(Evans)ケース⁵⁹⁾で、検察側が新規定はいくつかの事案において被告人に有利に働くことと認めていたにもかかわらず、本新規定は実質的な変更であるとしてダイネリーケースを引用し、「全ての国民は国会によって制定されたパラメーターを認識していると推定され、そして、それに応じて

Seshagiri, *Annual Review of Criminal Law 2019*, 2018, at Chapter 1. Substantive Criminal Law, 4. Defence of the person, at WESTLAW website.

56) マニング(Manning)とサンコフ(Sankoff)は、本規定が遡及適用されるかについて、①遡及適用を禁止する(行為時法)アプローチ、②国会の意図に基づき遡及適用を肯定するアプローチ、③遡及適用されるべきでないことを確認した上で、新旧両法下で正当防衛の問題を判断するアプローチの3つが存在すると指摘し、①について遡及適用の禁止により被告人に不利になるかもしれないという懸念が指摘されている点に対して、第2項に挙げられているファクターは前提要件ではなく検討要件にすぎないので問題ないと反論している(Manning, Sankoff, *op. cit.* note 5, at pp. 660-664)。

57) R. v. Dineley, 2012 SCC 58, [2012] S. C. J. No.58, 3 S.C.R. 272.

58) R. v. Dineley, at para. 10.

59) R. v. Evans, 2015 BCCA 46, 321 C.C.C. (3d) 130.

自身の行動を決定することを期待されて」⁶⁰⁾ おり、行為時法を遵守すべきとされた。

このように遡及適用を否定する判決が下される一方で、(本改正は正当防衛の抗弁の内容と効果に影響を及ぼしており、遡及適用禁止の推定の射程内にあることを認めつつも、) 同推定は反駁可能であり、国会は本改正において全ての裁判で新法が即適用されることを意図していたとして遡及適用を肯定する判決や被告人に有利となるのであれば⁶¹⁾ 遡及適用できるとする判決も下されていた⁶²⁾。

このような判例の流れを受けて、2015年、ベンジー (Bengy) ケース⁶³⁾ で、傍論ではあるものの、新规定の方が①寛大となる要素と②厳格となる要素について詳細に検討し、この新旧規定の比較はその後度々判決で引用されている。裁判所は、「新しい統一3要素の構造は、正当防衛に関連する事項の範囲を変化させないであろう。しかし、関連する事項の性質を変えた。必須要件が任意の要素に変換された (例えば、比例性、挑発、行使された有形力と危

60) R. v. Evans, at para. 25.

61) 新旧いずれの規定の方が被告人に有利となるかという点については、判例によって見解が異なる。例えば、エバンズケースは、旧規定では重視されなかった、被告人に不利に働くであろう考慮要素を新规定は含んでおり、旧規定の方が被告人に有利であるとしている。それに対し、パンドゥレビクケース (R. v. Pandurevic, *op. cit.* note 36) は、例えば、家を守るために家主が過剰な行為をしたとしても、新规定では許される可能性があり、新规定の方が有利であるとしている (See Paciocco, *op. cit.* note 15, at pp. 294-295)。

ちなみに、学説は、大方が特定のケースにおいて違った結論が下される可能性があること自体は認めているといえよう (e.g. Manning, Sankoff, *op. cit.* note 5, at p. 663)。従って、批判の多かった旧規定ではあるものの、適切妥当な範囲で正当防衛が認められてきたと解する学者は、それを維持した形で新规定が適用されるべきであると主張している (Stuart, *op. cit.* note 8, at p. 511)。

62) マック (Mack) は、遡及適用の禁止の推定を否定した判例は、もし現行規定を適用したなら無罪となるであろう被告人に不利な旧規定を適用して有罪とすることは公正を欠く又は不当であるという見解に依拠していると指摘し、しかしそれは遡及適用禁止の推定を反駁する根拠とはならないと批判している (Mack, *op. cit.* note 3, at 2.2)。

63) R. v. Bengy, 2015 ONCA 397, [2015] O.J. No. 2958, 123 W.C.B. (2d) 444, 21 C.R. (7th) 104, 325 C.C.C. (3d) 22, 335 O.A.C. 268.

惧された有形力の量)』⁶⁴⁾と述べた上で、①②各々について述べている。①として、必須の前提条件 (mandatory prerequisites) から任意の考慮すべき事柄 (discretionary considerations) へ変換したこと、そして、旧規定が防衛のために致命的な有形力を用いることができる場合について定めていた厳格な制限を排除していること、「有形力の行使」から「いかなる行為」についても抗弁を主張できるようになり、例えば、車を盗んだり、家へ押し入る等の行為も防衛行為として認められ得ることになったことを挙げている。裁判所は、一つ目の点から、正当防衛の主張が増えるであろうと指摘している。一方、②として、全ての正当防衛の主張において、旧規定では正当防衛の判断において常に関連するわけではなかった一定の「防衛行為に先立つ要素 (pro-conviction factors)」(例えば、他行為可能性や比例性、挑発などの事案における被告人の役割) を考慮することを要求している点を挙げている⁶⁵⁾。そして、結論として、これらの相違は、事実上実質的な変更であることを表しているとして遡及適用を否定している。

このように、判例では、本改正による新旧規定の相違点が指摘され、そして、実質的な修正であるとして遡及適用を否定する傾向にあった。また、遡及適用を肯定する判例の根底には、特定のケースで新旧規定により異なった結果をもたらす可能性、つまり、事例によっては新规定の方が被告人に有利に働く場合があるとの予想が存在していたといえ、判例による新规定の概括的評価とテクニカルガイドで示されていた政府の意図との間には隔たりがあるように思われる。

判例が遡及適用に否定的な立場を主に採ってきた点について、学説からは、本改正は実質的な修正であり、遡及適用を国会が明示していないことを理由に好意的な見解もあれば⁶⁶⁾、コメンテーターや裁判官のほとんどが新规定の方が被告人に概して寛大であろうと見ていたと評し、このような場合につい

64) R. v. Bengy, at para. 46.

65) R. v. Bengy, at paras. 47-48.

66) Mack, *op. cit.* note 3, at 3.0.

て遡及適用を認めない希有な例であると指摘する見解もある⁶⁷⁾。旧規定下で正当防衛の成否において検討されていた事項が新規定でも存続しているとしても、それらが決定因から考慮要素へ構造上変更されていることが明らかである以上、たとえ立法府が旧規定下で展開されてきた正当防衛法を変更することを意図していなかったとしても、ベンジーケースが述べているように検討事項の性質は変容されていると言わざるを得ないであろう。そうすると、実際の適用において異なった結論が導かれる可能性は否定できないように思われる。それでは、次に、新規定を実際に適用した重要判例を考察し、新規定の中身に関する判例法を見ていくこととしよう。

2 判例における新規定の解釈

(1) 新規定適用以降の判例法の概観

上級審が新規定を初めて⁶⁸⁾適用したレビーケースやカンハ (Cunha) ケース⁶⁹⁾は、各々の事件に関して判示されたものではあるが、旧規定との関係で展開されてきた原理と新規定との間に実際的な意味のある違いは存在しないと結論付けている。勿論、裁判官は、これまで述べてきた構造上の違いを把握しているが、新34条第2項の要素はいずれも決定因ではないことから、例えば、被告人の反応が相手からの行為と釣り合っていなかったとしても、比例性は検討される要素の一つにすぎないので、正当防衛の主張は成功し得るであろうと述べている。このように考えることで、両判決は、比例性や退避義務、急迫性などに関するこれまでの判例法を維持することを可能としている。これまでカナダの正当防衛法では、比例性を精密に評価することは要さないと解され、そして、stand on your ground の法理に基づき、挑発事例・先制攻撃事例でなければ退避義務は課されず、急迫性の要件についても被虐待女性の事例に対する考察を契機に緩和傾向にあったが、新規定では、上述

67) Don Stuart, *Comment on R. v. Bengy*, at WESTLAW website.

68) Coughlan, *op. cit.* note 3, at p. 103.

69) R. v. Cunha, 2016 ONCA 491, 337 C.C.C. (3d) 7, [2016] 29 CR 7.

のように、第2項に、比例性、他行為可能性、急迫性という文言がガイダンスなしに列挙されていることから、正当防衛の判断においてこれらの要素について旧規定下とは異なった検討をする余地があった。このことに鑑み、新規定を適用したこれら判例が旧規定と同じ一般原理が依然として新規定を支配すると判示した点は重要であったと指摘されている⁷⁰⁾。

2018年の重要判例に挙がっているフィリップス (Phillips) ケース⁷¹⁾ は、ベンジーケースが新規定は被告人にとって有利にも不利にもなり得ることを指摘したのを受け、旧規定で必須要件であった多くの要素が新規定では単に考慮要素となったことから、それらの要素を扱うにあたり本件被告人が享受したはずの利益を事実審裁判官が奪っていないか、つまり、旧規定では存在していた、被告人にとって有利な要素が奪われ、その結果、被告人が新規定により不利益を被ったかどうかを評価することを要すると判示している。そして、ベンジーケースで裁判官が「防衛行為に先立つ (pro-conviction) 要素」と表現した、旧規定では成立要件を形成していなかった要素が起訴において用いられたかどうかを考察しており、そこには、被告人に対して不利益とならないように新規定を適用しようという姿勢、そして、ひいてはこれまでの正当防衛法を維持しようとする姿勢が伺えるといえよう。

ところで、アニュアルレビューの最新号は、新旧規定による上訴理由の変化の可能性について面白い指摘をしている。旧規定下では、例えば、挑発者も旧35条に定める要件の下では正当防衛が認められるにもかかわらず、挑発者には正当防衛が認められないかのように事実審裁判官が説示した等、抗弁を主張する際の前提条件の説示の誤りを主張して上訴されることが多く、これが法改正の原動力の一つであったが、新規定ではそのような主張による上訴は難しくなるであろうと指摘している⁷²⁾。その一方で、新規定下では、一

70) Coughlan, *op. cit.* note 3, at p. 103.

71) R. v. Phillips, 2017 ONCA 752, 2017 ONCA 752, [2017] O.J. No. 5022, 142 W.C.B. (2d) 259, 355 C.C.C. (3d) 141; Steve Coughlan, Robert J. Currie, Michelle Lawrence, *Annual Review of Criminal Law 2018, 2019*, at pp. 63-64.

72) Coughlan, Ferguson, Seshagiri, *op. cit.* note 55, at WESTLAW website.

つの要素が正当防衛の成否の判断において支配するように説示した場合に誤りとされるであろうと述べ、その例として、口論の末、被告人が最初に殴打したと立証され得る事案において、検察官が「陪審がもし被告人が最初に殴打したと認定したのなら正当防衛は認められない」と繰り返し述べたのを事実審裁判官が訂正せず、それを支持するかのように見受けられた場合、同裁判官による説示は誤りであるとし、新规定下では、先制攻撃をしたという点は、被害者の体格や両者間の緊張感や口論の経緯、脅威と受け取られ得るようなことを被害者が言っていたこと等の要素と共に考量される単なる要素の一つにすぎないと判示した上訴審判例⁷³⁾を紹介している。

Ⅱの学説の考察で、新规定では立法府が予想した以上に広範な範囲で正当防衛が認められるようになる可能性があるとして危惧する見解を紹介したが、同見解が新规定の危うさを表す近時の判例として挙げているのがキール(Khill) ケース⁷⁴⁾である。同判例は、被告人に軍の予備兵としての訓練歴があったことから、当該発砲が合理的であったかが争われた事案であった。そのため、裁判所は、新规定をどのように解釈すべきか、特に防衛行為の合理性に関して旧規定下の正当防衛論を考察した上で詳細に論じており、参考に値すると思われる。裁判所は、正当防衛が伝統的に自己防衛本能に基づいた必要性に起源を有する正当化抗弁とみなされてきたことを踏まえた上で、正当防衛法における「合理性」という概念について以下のように判示している。防衛行為はモラル的に許容され得ることを理由として正当化されることから、行為の必要性に関する各被告人個人の知覚のみに依拠することはできず、正当化抗弁は、広範な社会的視点を必要とし、その結果、正当防衛規定は合理性概念を含んでいるとする⁷⁵⁾。そして、旧規定下における防衛行為の合理性の要件について、判例は、一貫して主観と客観の検討をブレンドしたものとして解釈してきたとし、「合理性は、『被告人の個人的な状況から分離した、

73) R. v. Fougere (2019), 56 C.R. (7th) 115 (Ont. C.A.).

74) R. v. Khill, 2020 ONCA 151, 2020 CarswellOnt 2479.

75) R. v. Khill, at para. 45.

仮想的にニュートラルな合理的一般人の視点から』判断することはできない。…むしろ、裁判所は、被告人の個人的特徴や経験を彼・彼女の確信又は行動に関連する範囲で参照することにより、合理性の評価を状況にあてはめた (contextualized)』⁷⁶⁾ としている。

(2) 挑発について

新規定が実際に適用される前から、ベンジーケースを初めとした判例は、テクニカルガイドや学説同様、挑発は第2項(c)において検討される要素と解している。同項(c)について考察した判例として、先のレビーケースが挙げられる。裁判所は、同項(c)の文言はかなり漠然としている (vague) としつつも、そこでは「正当防衛の主張の誘因となった有形力の脅威を挑発するために被告人が何らかのを行ったかどうかという点を扱わなければならない』⁷⁷⁾ と判示している。

旧規定で挑発事例と併記されていた先制攻撃事例について、ボーデン (Borden) ケース⁷⁸⁾ が新規定下における解釈を論じている。同ケースは、ホームパーティーでの口論から発生した事件であり、被告人が起因であったということを証拠が示していた。「攻撃していた者は、喧嘩に負け始め、危険な状況であると確信した場合、正当防衛を行使し得るのか？」という陪審の質問に対し、裁判官はその質問に先立って説示していた内容——有形力が自身に対して行使されている又はその脅威にさらされていると合理的な根拠に基づき確信している者は、抗弁が認められなければ犯罪となる行為を適法に行うことが許される。防衛を目的として行った場合は適法に行為することが許される。これは、挑発していた場合や意図的に殺害したり、重大な危害を

76) R. v. Khill, at para. 48.

77) R. v. Levy, at para. 136.

78) R. v. Borden, 2017 NSCA 45, [2017] N.S.J. No. 206, 139 W.C.B. (2d) 531, 349 C.C.C. (3d) 162, 37 C.R. (7th) 430; Steve Coughlan, Robert J. Currie, Michelle Lawrence, *Annual Review of Criminal Law 2017*, 2018 at pp. 64–65.

加えた場合でさえそうである。——を単に繰り返し、陪審の質問に答えなかったことにより説示の遺漏が増長されたとして上訴されたのに対して、裁判所は、この陪審の質問に対して事実審裁判官は直接それを肯定する回答をすべきだったとした上で、被告人が事件の攻撃者 (aggressor) であった又は最初に暴行を振ったと陪審員が事件を捉えたのであれば、第2項(c)において、被告人の行為が合理的であったかどうかに関する要素としてそれを検討することができる」と判示している。そして、このように解することにより、暴力的な衝突をけしかけたものの、思ったようにいかず、武器の使用に頼った場合に刑事責任を逃れようとする者にとって正当防衛があまりにも容易な避難場所となることを防ぐことが期待されるとしている⁷⁹⁾。

上述のキールケースは、防衛行為の合理性が争点であったことから、第2項について詳細な考察を行っている。裁判所は、同項が(a)から(h)の要素に「制限されない (not limited)」と規定している点について、「それは、同項に列挙されている特定の要素に加え、被告人、他の当事者、行為の状況と関連する全ての要素を検討しなければならないことを表しており、合理性の判断において旧規定下で展開されてきた contextualization を明らかに導入している」⁸⁰⁾と説明している。そして、事件の具体的な検討に入る前に、上記判例同様、旧規定で抗弁の可能性と関連する要素とされていたものが、新34条第2項に列挙されているものの、前提条件から合理性の判断における検討要素の一つとされるという「重要な変更」⁸¹⁾がなされていること、どの要素を重視するかは陪審の手に委ねられているということ、第1項(c)及び第2項における防衛行為の合理性のアプローチは、旧規定よりもより自由で柔軟であるが、それと同時に、「予測しにくい (less predictable)」⁸²⁾ということを改めて確認している。そして、第2項の各要素については、一言一句説示で述べる必

79) R. v. Borden, at para. 101. ちなみに、裁判官は、複雑で規定間に矛盾があると批判された旧規定下においては、先の陪審の質問に答えることが容易であったことは皮肉であると述べている。

80) R. v. Khill, at para. 60.

81) R. v. Khill, at para. 62.

82) R. v. Khill, at para. 63.

要はなく、陪審が十分に意識するように説示すればよいので、言及しなかったからといって常にその説示が誤りとされるわけではないが、本事案においては、事実審裁判官が発砲の合理性を判断するにおいて「事件における被告人の役割」を検討することを陪審に説示しなかった点は重大な遺漏であると判示し、その理由を述べるにあたり、第2項(c)に関して以下のように説明している。同項(c)により、法廷は、「起訴される原因となった『行為』を生じさせた『事件』全体にわたる (throughout) 被告人の行いを検討することが要求されている。被告人の事件中の行いは、最終的な行為の合理性に色づけをするであろう。…(c)は、それが不法でなくても、又、旧規定で定義されていた文言のように挑発的でなくても、『事件』中の被告人の行為を関連性のあるものとする。法廷は、事件中の被告人の行いが、公訴事実である行為へと至った最終の衝突に関する同人の責めの性質と範囲を明らかにするかどうか検討しなければならない」⁸³⁾。そして、上述したテクニカルガイドの同項(c)に関する説明を引用した上で、合理性の判断において事件における被告人の役割にどれほど重きを置くかは陪審の判断に全て拠るであろうことから、本件においては、同項(c)の要素は合理性の判断において重要な要素であり、説示においてそれが省かれていたり、その重要性が述べられていなければ上訴理由となり得ると判示している。

IV おわりに

本法改正により、カナダも、挑発事例・先制攻撃事例か否かで区分した複数の規定から、我が国同様、正当防衛に関する単一の統一規定となった。これにより、過度に複雑で、規定相互間に矛盾があるという旧規定に対する批判を克服することが出来た一方で、正当防衛の抗弁が認められるか否かの予測可能性を担保できないという新たな批判を受けることとなった。違法性阻

83) R. v. Khill, at paras. 75-76.

却事由（正当化事由）ではケースバイケースによる実質的な判断を行うことから、正当防衛規定は実質的な判断を行うことを可能とする規定とならざるを得ず、予測可能性と二律背反の関係となり得るといえよう。カナダにおいて、構造の全く異なる新旧規定の比較を通して、新规定の方がより自由で柔軟な規定であるが、そのために正当防衛の抗弁が認められるかどうかの予測がしにくいと指摘されていることはこのことを如実に物語っているといえよう。予測可能性を担保するためにも、正当防衛の正当化原理、そして、新34条第2項に掲げられた合理性判断において検討する要素の相互関係を明らかにすることが求められている。本稿で考察したように、本改正を契機として、旧規定下、つまりカナダにおけるこれまでの正当防衛法がどのようなものであったかが改めて考察されている。特に挑発については、旧正当防衛規定の構造の軸であったことから、本改正は正当防衛の成否の判断における（挑発などによる）正当防衛状況の招致の意味を改めて考える好機となっているように思われる。

ケースごとに分けられた旧正当防衛規定は、挑発事例や先制攻撃事例にも様々なケースがあるという実態に対し、ある意味硬直化したものであったことから、マッキントッシュケースやラバリーケース、ライアンケース等で旧規定と社会における一般感情や社会通念との間に齟齬が生じていることがあぶり出されていた。そのような中、新规定のように、挑発を初めとした防衛行為に先行する事情を、決定因である出発要件としてではなく、防衛行為の合理性という判断枠組みにおいて考慮する要素として位置づけるという構造への移行は、ある意味納得のいくものであったように思われる。しかし、各考慮要素が単純に並列に列挙されている新规定第2項を俯瞰した時、果たしてそれが妥当なのか、疑問を払拭できない。そして、「防衛行為を行わざるを得ない状況の創出に被告人自身がどのような役割を演じたのか」という点を考察することにより、同人の防衛行為が正当化されるような行為といえるかどうかを判断し、「正当防衛規定が刑事責任を逃れようとする者にとってあまりにも容易に避難できる場所となることを防ぐ」という判例の表現は、

自招侵害の問題に対する基本的スタントを表現するものとしてシンプルかつ明瞭であるといえようが、その具体的判断において各考慮要素の相互関係の解明はやはり不可避である。学説における議論の発展、判例の更なる蓄積が待たれるところである。