

文献紹介

過剰防衛と刑事責任

ジョージ・ムスラーキス

甲斐克則

日山恵美

訳

- 1 序
- 2 正当化としての自己防衛
- 3 自己防衛と免責条件
- 4 自己防衛における過剰な有形力の行使の免責

訳者はしがき

ここに訳出したのは、ニュージーランド・オークランド大学ロースクールのジョージ・ムスラーキス教授がオーストラリア・クィーンズランド大学ロースクール助教授時代に書いた論文（原題は、*George Mousourakis, Excessive self-defence and criminal liability, South African Criminal Justice (SACJ) (1992) 12, pp.143-154*）である。同教授の紹介は、すでに本誌39巻2号（2006）123頁以下の訳稿（ジョージ・ムスラーキス（甲斐克則・鈴木優典訳）「刑法における緊急避難という抗弁の理論的基礎再考」）において行っているので、本稿では割愛する。今回の論文は、英米刑法における緊急行為の理論的検討をオセアニア刑法をも素材としつつ試みているという意味で、前回訳した論文と密接な関係があり、両者を併読することにより、英米刑法における緊急行為の理論構造およびその具体的内容がより理解できるものと思われる。ムスラーキス教授も、これらの論文が日本語に翻訳されることを喜んでおられる。

なお、本訳稿は、文字通り甲斐と日山の共訳となったが、最終責任はすべて甲斐にある。訳文では、読者の便宜を図るため、各章に番号を付したほか、本文中にも適宜番号を付した。また、欄外に原文の頁数も付した〔甲斐記〕。

[143]

1 序

本稿では、挑発 (provocation) と自己防衛 (self-defence) との境界線上にある諸ケースにおいて生じる諸問題を詳細に描き出して、考察する。議論の焦点は、不完全な自己防衛もしくは過剰防衛 (excessive self-defence) の諸ケースにおける殺人 (homicide) に対する有責性 (culpability) の問題およびこのようなケースが現在の法理論のもとでどのように扱われているのか、という問題に絞ることとする。注目すべきは、正当化 (justification) と免責 (excuse) の理論に照らして、自己防衛と挑発を比較検討することから明らかとなる理論上の争点である。防衛の際に過剰な有形力を行使することによって殺害した場合にかぎっては、部分的にも正当化されるとは言えず、そのようなケースは挑発あるいは正当化状況に関する誠実な錯誤 (honest mistake) という部分的免責 (partial excuse) として扱われるべきだ、と主張されている。後者の抗弁は、——もしそのような一般的な抗弁が認められるとすれば——必要な防衛力の量についての誤信が、たとえいかに不合理なものであれ、謀殺罪 (murder) に対して要求される道徳的有責性の程度を欠くという仮定に基づくべきである。

2 正当化としての自己防衛

[144]

1 被告人が自己防衛の抗弁あるいは他の正当化を根拠とする抗弁を申し立てる場合、その主張は、被告人の侵害惹起行為はその状況においては適法あるいは許容されるものであった、というものである⁽¹⁾。法的正当化への「黙示的要素」アプローチ ('implicit elements' approach) と呼ばれるものと、「許可」アプローチ ('licence' approach) と呼ばれるものとの間の相違が提唱されてきた。黙示的要素アプローチによれば、被告人が有効な正当化、例えば、自己防衛下で行為する場合、その者は起訴される犯罪を犯しえない。被告人の行為は、犯罪の定義によって規定されている犯罪の明示的な要素をすべて充足しているが、犯罪の黙示的要素を充足してはいないのである。かくして、被告人を

(1) DH Husak, *Philosophy of Criminal Law* (1987) を見よ。

例えば謀殺罪で有罪とするためには、被告人が他人の死を、殺害の意図あるいは重大な身体傷害を惹起する意図をもって惹起したことが必要であり(明示的要素)、さらに、被告人が、例えば、自己防衛のような正当化状況には何らないままその行為を行ったことが必要なのである(黙示的要素)⁽²⁾。犯罪は、明示的要件と黙示的要件のすべてが充足されてはじめて犯されうるのである。他方、許可アプローチは、自己防衛のような正当化を、犯罪を犯す許可あるいは自由を与えるものとして扱う。この立場からすると、自己防衛で他者を殺害した者は、犯罪を犯してはいるけれども、その状況においては、その犯罪の遂行は許容される、と考えるのである。

2 正当化を根拠とする抗弁は、犯罪の遂行を妨げるため、自己または他人に対する不法な攻撃を防ぐため、適法な逮捕を遂行するため、あるいは自己または他人の財産を守るために被告人が行為した場合に出される。イギリス法では、1967年刑法(Criminal Law Act 1967)が、以前にはコモン・ローによって規律されていたこれらの抗弁を規定している⁽³⁾。刑法第3条は、以下のような規定する。

- (1) 何人も、犯罪防止、犯罪者および犯罪容疑者もしくは不法に逮捕されずにいる者(persons unlawfully at large)の適法な逮捕の遂行や補助に際して合理的な有形力を行使することができる。
- (2) 上記第1項は、第1項に掲げられた目的のために行使された有形力がその目的によって正当化される場合に関する問題についてコモン・ローのルールに替わるものとなる。

自己防衛、他者防衛(defence of others)および財産防衛(defence of property)に関しては、コモン・ロー上の抗弁が、制定法上の抗弁と矛盾しない範囲においてのみ存続していることが認められている⁽⁴⁾。コモン・ローおよ

(2) Ibid at 190.

(3) コモン・ローでは、自己防衛は、自己の防衛のみならず、他人の防衛をもカバーする正当化として伝統的に扱われていた。例えば、Rose, (1884) 15 Cox CC 540; Duffy, [1967] 1 QB 63を見よ。

(4) Cousins, [1982] QB 526, [1982] 2 All ER 115; Devlin v Armstrong [1971] NI 13を見よ。しかしながら、推定的自己防衛もしくは誤想防衛に関するケース、あるいは攻撃者が免責されるケースにおいては、これらの場合、行為者が犯罪の防止のために行為しているとはいえないので、コモン・ロー上の抗弁のみが適用されるにすぎない、と主張されている。AW Mewett, "Murder and intent: Self-defence and provocation", (1984-85) 27 Criminal Law

[145] び第3条の双方においてこのような抗弁が成功するためには、行使された有形力が、行為時の状況あるいは被告人が信じた状況において合理的であったことが必要である。侵害を受けると誠実に信じた場合、そのように信じるのが合理的であろうとなかろうと、その者は防衛する権利があることが認められている⁽⁵⁾。被告人が、侵害を受けている、あるいはまさに侵害を受けそうであると誠実に信じた場合、たとえ実際にはそうでなくとも、陪審は、被告人の有形力の行使が、被告人が存在すると信じた侵害によってもたらされると信じた脅威と釣り合うものであったかどうかを検討するよう求められる⁽⁶⁾。事件のあらゆる状況を考慮して、被告人は有形力を過剰に行使したと陪審が結論づけると、被告人の自己防衛の申立ては失敗に終わる。被告人が、自己の有形力の行使を正当化する状況が存在すると認識していない、もしくは信じていない場合も、そのような状況が実際に存在しようとしまいと、同様である⁽⁷⁾。正当化を根拠とする抗弁が出された場合、その抗弁が合理的な疑いを超えるものであることを反証する責任は、検察にある⁽⁸⁾。

3 有形力の行使は、もしそれが必要でない場合には、合理的ではない。有形力の行使が必要であるというためには、被告人が感知した危険または脅威が十分に具体的で切迫したものでなければならず⁽⁹⁾、また、有形力に頼ることな

Quarterly 433を見よ。

- (5) 法律編纂委員会の刑法草案第44条をも見よ。
- (6) *Williams* (Gladstone), (1984) 78 Cr App Rep 276を見よ。この場合、「もし陪審員が、被告人が攻撃されている、もしくは犯罪が行われようとしていると信じた、あるいは信じたのであろうということ、そして有形力が自己を防衛するため、もしくは犯罪の予防のために必要であった、という結論に至る場合、検察は、それらのケースを立証しないであろう」、とされた (281頁)。*Jackson*, [1985] RTR 257; *Asbury*, [1986] *Crim LR* 258; *Fisher*, [1987] *Crim LR* 334; *Beckford v R* [1988] AC 130, [1987] 3 All ER 425をも見よ。しかしながら、防衛において有形力を行使する必要性についての被告人の錯誤や、必要とされる有形力の程度についての被告人の錯誤が、被告人の任意的な酌量によって生じた場合には、被告人の抗弁は失敗に帰着する。例えば、*O'Grady*, [1987] 3 WLR 321; *O'Connor*, [1991] *Crim LR* 135を見よ。
- (7) *Dadson*, (1850) 4 Cox CC 358; *Chapman*, (1988) 89 Cr App Rep 190を見よ。J.C. Smith, *Justification and Excuse in the Criminal Law* (1989) 38-41; B. Hogan, "The Dadson principle" [1989] *Criminal Law Review* 679をも見よ。
- (8) *Beckford v R* [1988] AC 130, at 144を見よ。

くしては合理的に対処しえないようなもの⁽¹⁰⁾ でなければならないことが要求される。しかしながら、このことは、攻撃が実際に生じる前には有形力を行使することはできない、ということの意味するものではない。グリフィス裁判官（Lord Griffiths）がベックフォード（Beckford）事件で述べたように、「まさに攻撃されようとしている者は、攻撃者の最初の一撃あるいは最初の発砲を待つ必要はない。つまり、状況によっては、先制攻撃が正当化されるのである」⁽¹¹⁾。陪審は、もし有形力の行使が必要であったと考えるならば、つぎに、被告人によって惹き起こされた害と被告人の行為によって防止された害とを比較することに進むであろう。もし惹き起こされた害が防止された害と比べて著しく不均衡であるなら、被告人の抗弁は失敗に帰することになる⁽¹²⁾。合理性（reasonableness）の問題を扱う際、陪審は、被告人が行為せざるをえなかった状況下、すなわち被告人が晒されたあらゆるストレスの下で、被告人が応じたその時に、有形力を行使すべきかどうか、どの程度の有形力を行使すべきかを決定する状況下で自分自身が行為することを想像するよう求められる。換言すれば、陪審は、被告人が有形力を行使することを決定したその状況に照らして、行使された有形力が合理的であったかどうかという問題に答えなければならないのである⁽¹³⁾。関連する証拠をすべて考慮した後に、もし陪審が、何らかの有形力は攻撃に反するために必要であったとしても、被告人は過剰な有形力を行使した、と結論づけると、被告人の自己防衛の主張は失敗に帰することになる。

[146]

自己防衛もしくは他者防衛の際の殺害は、被告人が、その攻撃が自己自身または他人の生命に急迫した脅威を与えるものと信じた場合のみ正当化される。コモン・ローの下では、有形力を行使する前にできるかぎり退避してはじめて自己防衛に依拠することができる、と認められていた。しかしながら、その抗弁に対する現在のアプローチによれば、退避義務（the duty to retreat）は法律によって課された条件ではなく、被告人が有形力を行使する必要があつ

(9) 例えば、*Devlin v Armstrong*, supra (n 4) を見よ。

(10) 例えば、*Fegan*, [1972] NI 80を見よ。

(11) *Beckford v R*, supra (n 8) at 144.

(12) *Attorney - General for Northern Ireland's Reference (No 1 of 1975)* [1977] AC 105.

(13) *Palmer v R* [1971] AC 814, at 832. *Shannon*, [1980] 71 Cr App Rep 192, [1980] Crim LR 410; *Whyte*, [1987] 3 All ER 416をも見よ。

たのかどうか、また行使された有形力が合理的なものであったかどうかを陪審員が決定する際に考慮されるべきひとつの要素にすぎない⁽¹⁴⁾。しかしながら、自己防衛という理由で有形力の行使を正当化できるよう、被告人が故意に自身や他人への攻撃を挑発した場合には、自己防衛に依拠することはできないであろう⁽¹⁵⁾。

4 上述の分析が示唆するように、自己防衛もしくは関連する抗弁が検討されるに際して用いられるテストには、主観的観点と客観的観点とがある。主観的観点は、有形力の行使が必要であったか否かという問題には、被告人が存在すると信じた諸事実を照らして答えられるべきである、という前提に関するものである。もし被告人が、自己または他人のための防護のために有形力の行使が必要であると誠実ながらも誤って信じていた場合、実際に防衛のために有形力の行使が必要であった場合と同様、刑事責任は負わない。客観的観点は、行使された有形力の程度が、被告人が（錯誤により、あるいは錯誤なく）存在すると信じた諸状況に照らして必要かつ合理的なものでなければならない、という要件に関するものである。もし被告人によって惹き起こされた害が、防止された害と比べて著しく不均衡であったならば、その抗弁は失敗に帰することになるであろう。

正当化としての自己防衛の伝統的な理解に加えて、同様の抗弁が免責的緊急避難 (excusing necessity) のひとつの形式として解釈されることもある。初期の法は、この種の抗弁を準自己防衛 (se defendendo) の原理の下で認めていた⁽¹⁶⁾。その抗弁に対するこのアプローチは、生命が脅かされている者には攻撃者を殺す以外の選択はない、というコモン・センスの観点から支持されて

(14) *Bird*, [1985] 1 WLR 816 at 820を見よ。また、*McInnes*, [1971] 3 All ER 295を見よ。さらに、攻撃されるリスクがあることを認識しているがゆえに適法に行く場所に行くことを控える義務は何人にもないことが認められている。*Field*, [1972] Crim LR 435を見よ。

(15) *Browne*, [1973] NI 96で述べられたように、「行為の必要性は、必要性が生じそうな、もしくは生じさせるよう仕向けられたできごとの直接の状況における被告人の行為によってもたらされなければならないのではない」(at 107, per Lowry LCJ)。しかしながら、被告人の行為のみが攻撃を挑発しそうであった場合には、抗弁が被告人には否定されるべきか否かは疑わしい。J.C. Smith & B. Hogan, *Criminal Law* 8 ed (1996) 264を見よ。

(16) *Coke*, 55; *Hale*, 479-87; *Foster*, 275; 1 *Hawkins*, 113; 4 *Blackstone*, 184を見よ。

[147] いる⁽¹⁷⁾。行為者の意思が外的諸要因によって制圧されているあらゆるケースと同様に、自己を防衛する者は、道徳的には非任意的に行為している、と言うことができるのである。正当化の理論の観点から、攻撃者の有責性が、事態が変わって防衛者の有利になる重大な役割を果たすということを考慮すると、自己防衛を免責として扱うことは、非有責的な攻撃を伴ういくつかのケースにおいて受け入れられかもしれない。そのようなケースにおいては、自己防衛の際の有形力の行使、とりわけ致命的な有形力の行使は、免責的緊急避難のケースにおけるのと同様に、正当化されるというよりも、むしろ免責されると言えるのである。

3 自己防衛と免責条件

1 以前は、被告人の自己防衛の主張は、その諸事実が実際に存在したか否かにかかわらず、実際に存在した諸事実、あるいは被告人が存在すると信じた諸事実⁽¹⁸⁾に照らして判断される、と言われていた。イギリス法では、被告人の信念は合理的である必要はなく、ただ誠実であればよいということが認められている。したがって、もし被告人がまさに攻撃を受けそうであると完全に誤信していたならば、その者は、その誤信に基づいて判断されるであろう⁽¹⁹⁾。オーストラリアおよび北米の法域圏では、異なるテストが採用されており、それは、被告人の信念が合理的な理由に基づいていることを必要とするというものである⁽¹⁹⁾。イギリス法では、ウィリアムズ (Williams) 事件⁽²⁰⁾における英国

(17) G. Fletcher, *Rethinking Criminal Law* (1978) 856 ff; 'Proportionality and the psychotic aggressor: A vignette in comparative criminal theory' (1973) 8 *Israel Law Review* 367; P. Robinson, 'Criminal law defences: A systematic analysis' (1982) *Columbia Law Review* 199 at 240を見よ。

(18) ニュージーランド法も、同様のアプローチを採用している。1961年ニュージーランド犯罪法第48条を見よ

(19) 例えば、クィーンズランド刑法典第271条および第272条、西オーストラリア刑法典第248条および第249条を見よ。また、Zecevic, (1987) 61 ALJR 375, 162 CLR 645; Dziduch, (1990) 47 A Crim R 378を見よ。また、D. O'Connor & P.A. Fairall, *Criminal Defences* (1996) 191を見よ。アメリカ模範刑法典第3.04条、第3.09条; カナダ刑法典第27条、第34条、第35条、第37条をも考慮せよ。また、S.M.H. Yeo, *Compulsion in the Criminal Law* (1990) ch 6をも見よ。

(20) [1987] 3 All ER 411, 78 Cr App Rep 276.

控訴院の判決およびベックフォード事件における枢密院の判決^{(21),(22)}以前は同様のアプローチが採られていた。しかしながら、2つのアプローチの違いは、それほど重大なものではないかもしれない。というのは、ウィリアムズ事件で述べられたように、「防衛者の信念が合理的なものかそれとも非合理的なものかは、その信念が防衛者によって本当にそう確信されたのかどうかという問題にとって重要となる」からである⁽²³⁾。

[148] 防衛の際に行使された有形力の合理性は、陪審によって決定されるべき事実の問題である。検察が、被告人が攻撃を避けるために必要な有形力の程度を超えたということを合理的な疑いを超えて立証しているかどうか、このことを決定するのは、陪審に懸かっている。もし検察が、被告人が必要な有形力の限界を超えたことの立証に成功すれば、たとえ被告人が不法な攻撃に対して実際に行爲したのだということが認められるとしても、その抗弁は失敗に帰するであろう⁽²⁴⁾。謀殺罪以外の犯罪に関しては、もし自己防衛の主張が、被告人が行使した有形力が脅威に比べて非合理的もしくは不均衡であるという理由で失敗すれば、被告人が不法な攻撃に対して自己を防衛していたという事実は、刑の軽減の際のひとつの要素として考慮されるであろう。しかしながら、被告人が謀殺罪で起訴されている場合、そのような理由による抗弁の却下により、必然的に終身刑となってしまうであろう。

2 前述のように、防衛の際に行使された有形力の程度が合理的なものであったか否かという問題は、被告人が有形力を行使することを決意した状況に照らして解答されるべきである。陪審は、その状況のストレスの下では被告人は攻撃をかわすために必要とされる有形力の正確な程度を判断しえなかったのだということを考慮に入れるべきである⁽²⁵⁾。もし陪審が、その状況においては被告人は実際に必要とされる有形力の程度を正確に判断することはできなかったと認めるならば、たとえ被告人が実際に必要であった以上の有形力を行使し

(21) [1988] AC 130, [1987] 3 All ER 425, [1987] 3 WLR 611, 85 Cr App Rep 378.

(22) 例えば, *Rose*, (1884) 15 Cox CC 540; *Chisam*, (1963) 47 Cr App Rep 130; *Fennell*, [1971] 1 QB 428を見よ。

(23) *Williams*, [1987] 3 All ER 411 at 415.

(24) *Clegg*, [1995] 1 All ER 334; *Palmer v R* [1971] AC 814, [1971] 1 All ER 1077; *McInnes*, [1971] 3 All ER 295, [1971] 1 WLR 1600を見よ。

(25) *Palmer v R*, [1971] AC 814 at 832. また, *Shannon*, [1980] 71 Cr App Rep 192 at 196を見よ。

たとしても、自己防衛の主張は認められるかもしれない。攻撃に対する被告人の対応の合理性がその状況における被告人の心理状態に照らして評価されるかぎりでは、自己防衛の正当化は、本質的には明らかに免責的であるという考えによるものと思われるであろう。もし被告人が恐怖、パニック、あるいは過度の憤激といった心理状態で行為していたのならば、自己防衛において必要な有形力の限界を超えていたことに対して、被告人は非難されることはない。このことは、「合理的な防衛行為 (reasonable defensive action)」という語句が示すところである。

3 被告人はその状況における精神状態では攻撃に対抗するために実際に必要な有形力の正確な程度を判断することができなかった、という理由で抗弁が認められる過剰防衛 (excessive self-defence) のケースと、推定的自己防衛 (putative self-defence) もしくは誤想防衛 (mistaken self-defence) のケースとの類似性を認める者もいるかもしれない。後者の場合には、被告人は、自分が攻撃されており、自己防衛で有形力 (ときには致命的な有形力) を行使していると誤信しているのである。英米法の現在のアプローチに反して、そのようなケースの場合、被告人の抗弁は正当化を根拠とするのではなくむしろ免責を根拠とするものとみなされるべきである、という主張がなされてきた。防衛における有形力の行使を正当化する攻撃が現実には存在しないので、被告人の行為はあくまでも違法であるが、しかし、被告人は誤信を理由に免責されるのである⁽²⁶⁾。被告人が攻撃されていると誤信している場合、あるいはストレスや恐怖によって必要な有形力の限界を超えてしまっている場合に、防衛における有形力の行使が正当化されるとすることは、正当化とは行為の不法を否定するという根本的な前提と矛盾する⁽²⁷⁾。

[149]

(26) G. Fletcher, *Rethinking Criminal Law* (1978) 696を見よ。

(27) 推定的自己防衛は正当化としてはたらくという伝統的なコモン・ローの立場はアメリカ模範刑法典の草案によって採用されている。第3.04条は、自己防衛の権利は、「行為者が、そのような有形力が不法な有形力の行使に対して自己を防衛するために緊急に必要であると信じている」場合に生じると規定している。第3.09条(2)は、さらに、推定的自己防衛の場合、自己防衛の主張が認められるには被告人の錯誤が合理的でなければならないと規定している。フレッチャーは、「コモン・ローおよび今や模範刑法典ならびにその所産は、防衛者が攻撃されていると合理的に、しかし誤って信じているケースにおいて正当化と免責の判断基準を織り交ぜている、と述べている。推定的自己防衛と呼ばれるそのような状況は、通常、正当化のケースと呼ばれる。推定的な正当化を

自己防衛において、防衛者が自己の生命や身体が切迫する脅威に晒されているときに経験する心理的な圧力は、被告人が必要な有形力の限界を超えていることに対して免責されるべきかどうかを検討する際に考慮されるべきである。ストレス、恐怖、錯誤、あるいはこれらの入り交じったものは、行為者が不法な攻撃を避けるために実際に必要である以上の有形力を行使していることを免責するのに適した理由を提供するであろう。しかしながら、前述のように、イギリス法は、正当化に関する問題に対して、被告人が自己の行為が正当化されると誤って信じたのか否かに重きを置く、異なる主観主義的なアプローチを採用している。推定的自己防衛に関しては、このことは、被告人の正当化の主張を認めることは、ある意味では陪審が、被告人が事実の錯誤の下で行為していたということで満足しなければならないということを前提とする、ということを示している。その問題についてのより徹底したアプローチは、行使された防衛の有形力の程度が現実に必要なものであり、攻撃によってもたらされた脅威に釣り合っている自己防衛のケースのみを正当化として扱う、と言われている。推定的自己防衛のケースも、ストレスあるいは恐怖により被告人が実際に必要以上の有形力を行使したケースと同様に、免責の理論の下で扱われるべきである。

4 自己防衛における過剰な有形力の行使の免責

1 イギリス法においては、以前は、自己防衛の際の不合理なもしくは過剰な有形力の行使は、通常、被告人の正当化の主張を打ち負かす、と言われていた⁽²⁸⁾。このような自己防衛の抗弁の「全か無か (all-or-nothing)」といった性格は、とりわけ被告人が謀殺罪——必然的に終身拘禁刑となる犯罪——で起訴されている場合、道徳的に問題の多い有罪判決に帰着しがちである、と批判されてきた。コモン・ローの法域においては、被告人が自己防衛において有形力を行使することは正当化されるが、しかしその状況において合理的に必要な以上の有形力を行使した場合には、故殺罪 (manslaughter) の有罪判決に帰着するとして、謀殺罪に限定的な抗弁を導入したところもあった。このような部分的抗弁は、マッキー (McKay) 事件⁽²⁹⁾ におけるヴィクトリア州最高裁判所

[150]

真の正当化と一様にすることは、正当化の主張によって影響される法的関係の基盤を崩してしまう。

(28) *Palmer v R* [1971] AC 814; *McInnes*, [1971] 1 WLR 1600; *Clegg*, [1995] All ER 334, [1995] Crim LR 418.

によって認められ、そして、ホウ (Howe) 事件⁽³⁰⁾におけるオーストラリア最高裁判所 (the High Court of Australia) によって確立された。マッキー事件においてロウ (Lowe) 判事が述べたように、「……もし、その状況で自己防衛の行為、もしくは重罪あるいはその重罪犯罪の危惧の予防のための行為が保証されるが、しかし、行為者がその状況の必要性を超えて行為し、攻撃者を殺害すれば、その犯罪は故殺罪であって、謀殺罪ではない」⁽³¹⁾のである。

このような部分的抗弁を適用するためには、以下のような条件が必要である。すなわち、(a) 被告人は、自分が攻撃されていると誠実かつ合理的に信じていなければならない、(b) 被告人は、行使した有形力の程度が、自己を守るためにはその状況において必要であったと誠実に信じていたものでなければならない、(c) もし過剰な有形力が行使されていなければ、被告人の行為は十分に正当化されていたであろう。換言すれば、被告人の自己防衛の主張が客観テストを充足することができなかった場合に、過剰防衛の抗弁に依拠することができるであろう。ホウ事件において定式化されたように、過剰防衛の理論は、主として自己防衛のケースにおいて適用された。しかしながら、この理論は、論理的には、被告人が法的に有形力の行使を許されるいかなる場合においても適用すべきである、という主張がなされてきた⁽³²⁾。初期のイギリス法においても同様のアプローチが採用されたケースがいくつかあったけれども⁽³³⁾、過剰防衛という部分的抗弁は、パーマー (Palmer) 事件⁽³⁴⁾において

(29) [1957] ALR 648.

(30) (1958) 100 CLR 448. *Bufalo*, [1958] VR 363; *Haley*, (1959) 76 WNSW 550; *Enright*, [1961] VR 663; *Turner*, [1962] VR 30; *McNamara*, [1963] VR 32; *Tikos*, (No 1) [1963] VR 285; *Tikos*, (No 2) [1963] VR 306をも見よ。同じ解釈がアイルランド法において採用されている。例えば、*People (A-G) v Dwyer* [1972] IR 416を見よ。カナダのいくつかのケースにおいても続けられたが (例えば *Brisson*, (1983) 139 DLR 685を見よ)、しかし、ついにカナダ最高裁判所によって却下された。*Gee*, (1982) 2 SCR 286, 29 CR (3d) 347; *Faid*, [1983] 1 SCR 265, 33 CR (3d) 1を見よ。後のケースでは、出された抗弁は「部分的正当化」と呼ばれた。

(31) *supra* (n 29) at 649.

(32) 実際、はじめてこの解釈が導入されたケースである *McKay* は重罪犯人の逮捕および財産の防衛において過剰な有形力を行使したことに關するものである。

(33) 例えば、*Cook*, (1639) Cro Car 537; *Whalley*, (1835) 7 C&P 245; *Patience*, (1837) 7 C&P 775; *Weston*, (1879) 14 Cox CC 346; *Biggin*,

枢密院 (the Privy Council) によって明確に却下された。ヴィロ (Viro) 事件⁽³⁵⁾において、オーストラリア最高裁判所は、パーマー事件における枢密院の判決に従うことを拒否し、過剰防衛の理論を再び確認した⁽³⁶⁾。

- [151] 2 しかしながら、ゼセヴィッツ (Zecevic) 事件⁽³⁷⁾において、オーストラリア最高裁判所は、以前の判決を覆し、オーストラリア法をパーマー事件判決において示されたようなイギリス法と一致させた。この変化は、以前のアプローチが根本的に誤っていたという理由からではなく、法を適用する際の陪審の負担を軽減するために必要なものであった、として支持された。前述のように、過剰防衛の抗弁は、攻撃に抵抗するために必要な有形力の程度に関して誠実ながら誤信して行為した被告人に対してのみ許されるものであった。他方、このような部分的抗弁は、被告人が自分が攻撃されていると誠実ながら非合理的に信じた推定的自己防衛のケースにおいては認められなかった。オーストラリア法の下では、後者の場合、被告人は、自分の錯誤が合理的である場合のみ完全な抗弁の権利があるのである。最高裁判所は、このことを「根本的かつ厄介な概念上の不条理」⁽³⁸⁾、取り除かれなければならない矛盾と呼んだ。ホウ事件判決において定式化されたように、過剰防衛の抗弁の理論のさらなる問題

[1918-19] All ER 501を見よ。Whalley および Patience のケースでは、例えば、被告人は不法な攻撃に抵抗するために致命的な有形力を行使した。双方のケースとも被告人は故殺罪で有罪となった。

- (34) [1971] 1 All ER 1077. また, Cascoe, [1970] 2 All ER 833; Emelogue, May 2, 1971, No 7044/69 (未公刊); McInnes, [1971] 3 All ER 295, [1971] 1 WLR 1600; Edwards, [1973] 1 All ER 152; A-G for Northern Ireland's Reference, (No 1 of 1975) [1977] AC 105 at 148; Clegg, [1995] 1 All ER 334, [1995] Crim LR 418をも見よ。
- (35) (1978) 141 CLR 88. Lawson and Forsythe, (1985) 18 A Crim R 360をも見よ。
- (36) 過剰防衛の抗弁のすべての理由については, Howard's Criminal Law 5 ed (1990) 99 ff; N. Morris & C. Howard, Studies in Criminal Law (1964) ch IV; C Howard, Australian Criminal Law (1965) 80-83; 'An Australian letter: Excessive defence' [1964] Criminal Law Review 448; 'Two problems of excessive defence' (1968) 84 Law Quarterly Review 343; N. Morris, 'A new qualified defence to murder' (1960) 1 Adelaide Law Review 23; I. Elliot, 'Excessive self-defence in Commonwealth law: A comment' (1973) 22 International and Comparative Law Quarterly 727を見よ
- (37) (1987) 71 ALR 641.
- (38) Ibid at 666.

点は、過剰防衛のケースにおいて、挑発のコンテキストで適用するのと同様の客観的テストを適用する困難さと関係した。しかしながら、裁判所は、過剰防衛の理論はもはや適用しなけれども、陪審は、このようなケースにおいてはまだ故殺罪の妥協的な評決に立ち戻ることができることを認めた⁽³⁹⁾。さらに、オーストラリア法においては謀殺罪はもはや終身刑とはならないという事実が、ゼセヴィッツ事件における最高裁判所の判断の効果をさらに減ずるものとみなされている。オーストラリア最高裁判所の判決に対しては、根本的には正しい理論が、陪審に理解可能な形式で法について裁判官が述べることができないう理由で、それほど簡単に廃止されるべきではない、と批判されている⁽⁴⁰⁾。

3 しかしながら、イギリスにおける刑法改正委員会 (the Criminal Law Revision) が、ハウ事件判決において表明されたように、過剰防衛の抗弁の理論が根本的には正しいものであり、自己防衛および関連する抗弁のコンテキストにおいてその導入を勧める見解を採用したことに留意すべきである。同委員会は、次のように提案した。

[152] 自己防衛もしくは犯罪予防において一定の有形力の行使が合理的であるが、しかし、被告人が過剰な有形力を行使した状況で人を殺害した場合、行為時に被告人が、自分の行使した有形力がその状況においては合理的であると誠実に信じていたならば、謀殺罪ではなく故殺罪で処罰されるべきである⁽⁴¹⁾。

謀殺罪は殺人の最も極悪な形態を構成する別個の犯罪カテゴリーとして維持すべきだという同委員会の勧告の観点から、上述の立場が採用された。自分の行為が正当化されると信じている者は、たとえその信念がいかに不合理であっ

(39) Ibid at 653. *Tajbor*, (1986) 23 A Crim R 189 at 201をも見よ。

(40) ゼセヴィッツ (*Zecevic*) 事件における最高裁の決定を批判的にみるものとして、P.A. Fairall, 'The demise of excessive self-defence manslaughter in Australia: A final obituary?' (1988) 12 *Criminal Law Journal* 41を見よ。S. M.H. Yeo, 'The demise of excessive self-defence in Australia' (1988) 37 *International and Comparative Law Quarterly* 348; 'Proportionality in criminal defences' (1988) 12 *Criminal Law Journal* 211; D.Lanham, 'Death of a qualified defence?' (1988) 104 *Law Quarterly Review* 239.

(41) CLRC, *Offences Against the Person* 14th Report, Cmnd 7844 (1980), para 288.

たとしても、謀殺者の烙印を押されるべきではない。同委員会の提案は、刑法草案の第59条において謀殺罪を故殺罪に軽減することに通じる過剰防衛の抗弁の導入を勧める法典編纂委員会 (the Law Commission) によって是認されている⁽⁴²⁾。

過剰防衛の理論の下では、被告人が防衛において必要な有形力の限界を超えて殺害した場合、もし陪審が、被告人が行使した有形力の量をその状況においては合理的であると誠実に信じていたと納得するならば、部分的抗弁に依拠することができるかもしれないということ、このことは上述した。過剰な有形力の抗弁を自己防衛および関連する抗弁と結び付けるものは、前者の抗弁が適用されるには、まず第一に、被告人が自己もしくは他人の防衛、あるいは犯罪の予防において有形力を行使することが正当化されている状況が存在することが必要とされる、ということである。しかしながら、免責の理論の観点からは、この結び付きが謀殺罪への独立した部分的抗弁の導入を正当化するのに十分であるか否かが明らかではない。さもなくば、過剰防衛を独自に独立した抗弁として扱うことは、被告人が防衛で行為していた（もしくは行為していたと信じていた）という事実のみが殺人に対する責任の軽減に関係するというを示すものと受け取られるかもしれない。被告人の責任が、不法攻撃に対して自己を防衛していたという事実によって部分的に正当化されるということ承認する準備がないかぎり、このようなケースは、別の免責を基礎とする刑法上の抗弁の下でより適切に扱われるべきである。自己防衛における過剰な有形力の行使に起因する殺害は、例えば、挑発、錯誤、あるいは極度の精神的動揺 (extreme emotional disturbance) という部分的抗弁のような別の根拠により、部分的に免責されるかもしれない。免責に基礎を置く抗弁は、被告人の正当化の主張の却下に続いて出され、殺害が謀殺罪の有罪判決に必要とされる責任の程度を表していることを否定することが狙いとなるであろう。

[153] 被害者の攻撃が被告人の自制心を失わせ、故意に過剰な有形力の行使によって殺害するよう挑発したということを示す証拠がある場合、被告人の犯罪は、挑発を根拠に故殺罪に軽減されるかもしれない⁽⁴³⁾。被告人の自己防衛の主張

(42) The Report of the House of Lords Select Committee on *Murder and Life Imprisonment* (1989) HL Paper 78をも見よ。

(43) *McInnes*, [1971] 1 WLR 1600, 3 All ER 295で述べられたように、「自己防衛の主張が不成功にも基づいている事実は、それにもかかわらず、[被告人が]挑発の下で行為したということを示そうとするものである」。また、*De*

が、退避する機会があったことにより防衛において致命的な有形力行使する必要は避けえたという理由で失敗に帰着する場合、同様の抗弁に依拠することとなる。この場合、挑発の主張を支えるには、単なる攻撃の危惧で十分といえよう。自己防衛の抗弁の却下に続いて、謀殺罪についての部分的抗弁として挑発が主張される場合、被告人は、意図して攻撃者を殺害したことは認めるが、しかし、これは怒りの感情により我を忘れた結果だ、と主張するのである。陪審が検討すべき第一の問題は、被害者の攻撃によって被告人が自制心を失うよう挑発されたという合理的な可能性の有無である⁽⁴⁴⁾。被挑発者は、挑発の抗弁が成功するために絶対的な意味において自制心を失っていることまで要求されるのではない。被告人の行為は、もっぱら衝動的なものであってもよいし、あるいはある程度制御されていてもよいが、しかし、双方の場合とも行為者は道徳的には非任意的に行為している、といえるのである。前述のように、主観的問題（被告人は本当に自制心を失っていたか）に加えて、陪審は、客観的問題、すなわち、合理的な人物もしくは通常の間人ならば被告人と同様に被害者の行為によって自制心を失うよう挑発され、行為したのであろうか、ということも考慮しなければならないであろう。過剰防衛のケースでは、このことは比較的容易に認められるであろう。というのは、ことによると、生命や四肢への脅威を含む身体的な攻撃は、伝統的に法律上、挑発の主張を最も支持しやすい適当な行為とみなされているからである。

4 挑発のほかに、謀殺罪で起訴されている、合理的に必要な以上の有形力行使したがゆえに自己防衛の主張に失敗した被告人は、錯誤による免責に依拠することができるかもしれない。もし、（現実のもしくは想像上の）攻撃に抵抗するために必要とされる有形力の程度に関する被告人の錯誤が、その状況において合理的なものであれば、被告人は完全に無罪とされるべきである。他方、被告人の錯誤は不合理だが、それにもかかわらず誠実である場合には、罪を故殺罪へ軽減するという、謀殺罪に対する部分的抗弁の基礎づけが提供されるであろう。このことは、本質において、ホウ事件判決において定義されたように、被告人が防衛において行為していたという事実よりもむしろ錯誤の要素を今や明確に強調する、過剰な有形力という抗弁の再公式化である。こ

Freitas v The Queen [1960] 2 WLR 533; *Shannon*, [1980] Cr App Rep 192を見よ。

(44) *Duffy*, [1949] 1 All ER 932n; *Davies*, [1975] QB 691; *Cocker*, [1989] Crim LR 740; *Ibrams*, (1981) 74 Cr App R 154.

[154] のような錯誤の部分的抗弁は、被告人が謀殺罪に問われている場合にのみ用いることができ、いかに不合理な考えであれ、誠実な錯誤は謀殺罪による有罪に必要とされる責任の程度を阻却するという前提で作用するものである。被告人が自分の行っていることは正当化されると誠実に信じているという事実は、不法であると認識して同じことを行う場合よりも被告人の責任を軽減する。錯誤が謀殺罪に必要な責任の程度の推論を妨げるかぎりでは、その誤信がいかに不合理なものであれ、違いは生じないこととなる。合理的な注意を払えば錯誤を避けえたであろうならば、その錯誤は不合理であり、不合理な錯誤は過失を構成する。このような錯誤は、非難の帰属を妨げるものではなく、それゆえに、より軽い犯罪について有罪を妨げることはできない。

錯誤というの部分的抗弁は、主張されている挑発の抗弁に対してまったく基礎づけがない状況において用いられる。部分的免責として、錯誤を挑発から区別するものは、前者では、被告人の情状酌量 (extenuation) の主張が、その状況における致命的な有形力を行使する必要性についての誠実な信念に焦点が置かれていることである。激情により行為したという意味における自制心の喪失は、ここでは問題ではないのである。他方、挑発においては、被告人の主張は、——ここでは挑発を構成するべく——錯誤よりも、被害者の攻撃の結果としての自制心の喪失に焦点がある。双方の抗弁は、性質的には免責的であるにもかかわらず、明らかに異なる前提に基礎づけられているのである。

(完)