被害体験が刑事責任に及ぼす効果について

本 庄 武*

- I はじめに
- II 判例に現れた被害体験の抗弁
- III 被害体験に基づく免責の理論的検討
- IV おわりに

I はじめに

近年、刑事司法において被害者の存在が十分に考慮されていなかったことに対する反省の上に立ち、被害者保護のための措置が次々と講じられるようになってきている。立法上の措置に限ってみても、刑事手続き過程での被害者保護のための立法がなされ、また児童虐待防止法、DV防止法、ストーカー規制法の制定に見られるように、従来積極的な介入がなされなかった領域における被害者の存在が認められ、被害防止のための積極的な措置が試みられるようになってきている。もちろんそれらについては、被疑者被告人の権利という点で問題がないかどうか、被害者保護にとって十分であるか、という点が問題でありなお改善が求められているのであるが、ともかく被害者保護が重要な政策課題であることは、今日異論なく承認されるに至ったと言えるであろう。こういった動きの背景には、被害者学において被害についての研究が進展したことがある。特に、犯罪被害者のカウンセリングなどの現場から、被害者の被るトラウマの重大性が強調されてきた¹⁾。このような、身体的被害や財産的被害に比べて、必ずしも可視的でない精神的な被

※ 一橋大学大学院法学研究科講師

【一橋法学】(一橋大学大学院法学研究科) 第2巻第1号2003年3月 ISSN 1347-0388

1) トラウマを受けて心的外傷後ストレス障害 (PTSD) と診断された被害者は、事故の記憶が意志と関わりなく甦ったり (侵入)、思い出すことの苦痛を避けるために、刺激を避け、現実から逃避する傾向があったり (回避)、リラックスすることなく、つねに緊張していたり、ビクビクしていたりする (覚醒の持続的亢進) などの症状を示すとされている。小西聖子『犯罪被害者の心の傷』(1996年) 23頁以下参照。

害の深刻さにも目を向けられるべきことについての認識が深まったことが被害者保護を促進したと言えるであろう。

ところで、被害者への配慮という文脈において、処罰の在り方はもっと被害者の希望を反映させたものでなければならぬと議論される。すなわち、被害者からは犯罪者にもっと厳罰を科すべきであるという要求が向けられている。被害者の意見陳述権（刑訴292条の2）を活用する等して、殺人事件の被害者遺族の被告人を死刑にしてほしいとの要求が法廷で述べられたり、被害者遺族の要請により危険運転致死傷罪（刑208条の2）の創設が実現したりしている。これらは一定の重罰化効果をもたらす可能性がある²⁾。理論的にも、例えば傷害罪において、従来軽視されてきた精神的な被害を考慮に入れると、被害者に与えた被害は従来想定されていた以上に甚大だということになり、その分だけ法益侵害性が増し、刑罰を重くすることにも正当性があるということになりそうである³⁾。

しかし、犯罪行為者は被害者に一方的に加害を行った存在として位置づけられるべき存在であるのだろうか。犯罪学の発展は、犯罪には様々な原因があることを明らかにしてきた。その中でも特に、犯罪者には過去に虐待を受けた等トラウマを生じさせるような激烈な体験をしたことがある者が多いということが明らかにされてきたことは、注目に値する⁴⁾。この知見を踏まえるならば、犯罪者が同時に被害者であると位置づけられる場合もあるのではないだろうか。そういった場合、被害者でもある犯罪者の刑事責任も、従来とは異なる評価を受ける可能性はないだろうか。また、この視点から、現在通説とされている刑事責任論は見直

-
- 2) もっとも、これについては、被害者の希望を尊重した結果、侵害結果を重視しすぎて過失犯にも故意犯と同程度の刑を科すようなことになれば、責任主義を切り崩すことになるとして警戒感も強い。
 - 3) 最近、暴行の結果、PTSDと診断された場合に傷害罪が成立するかが争われる判例がだされていることも、この文脈から理解できる（その当否についてはここでは扱わない）。成立を否定した判例として、福岡高判2000（平成12）年5月9日判時1728号159頁、肯定した判例として、富山地判2001（平成13）年4月19日判夕1081号291頁。岡田久美子「PTSDと刑事訴追」季刊刑事弁護28号（2001年）127頁以下参照。
 - 4) A・ミラー（山下公子訳）『魂の殺人——親は子どもに何をしたか』315頁以下（1983年）、坂上香「被害と加害の連鎖を断ち切るために——治療共同体『アミティ』の試みから」藤森和美編『被害者のトラウマとその支援』（2001年）119頁以下、藤岡淳子『非行少年の加害と被害』（2001年）161頁以下等参照。

しを迫られないのか。

こういった問題意識はつとに示されてきたところでもある。例えば、大きな話題を呼んだ女子高校生コンクリート詰め殺人事件に際して、次のような指摘がなされていた。

家庭で放任され、両親の過度の期待や過保護の下でがんじがらめにされ、学校でのいじめに遭い、クラブの先生のいわれのない差別に遭い、学校での勉強についていけなくなり、あるいは、受験競争に敗れたり、親が離婚したために、さらには、そんなにはっきりした原因ではないが、ほんのちょっとしたきっかけで、止むにやまれず、非行への道を駆け落ちていってしまう——これが非行を創り出している本当の姿ではないだろうか。多くの非行は、自らの能力と置かれた環境の下では解決しえないような大きな個人的・社会的矛盾に直面し、しかも、それを解決するための社会的な援助が存在しないときに、社会のメイン・ストリートから落伍し、そうせざるをえないものとして犯されている。残虐にして非道な凶悪犯罪者といわれる者も、じつはその多くがさまざまな次元での社会的弱者であり社会の犠牲者であることを直視する必要がある⁵⁾。

このように加害者の被害者性という問題は以前から意識され、犯罪者に全ての責任を負わせることはできないのだという主張となって展開されてきたのである。被害者学の発展と被害者保護の機運の盛り上がりが見られる現在、この問題を改めて取り上げる必要があると思われる。被害者保護という以上、犯罪者の中にある被害者性に注目していくという方向も考慮されなければならないと思われるからである。

本稿では、以上のような問題意識から、刑事裁判の場で被告人はむしろ被害者であるという主張が抗弁 (Victimization Defense)⁶⁾ という形態をとり様々に展開されているアメリカ合衆国の事例を検討し、そこからわが国の刑事責任論にとっていかなる示唆が得られるかを検討するものである。但し、ここで注意しなければ

5) 福田雅章・黒岩哲彦「女子高校生コンクリート詰め殺人事件——少年凶悪犯罪はなぜ起こったか」福田雅章『日本の社会文化構造と人権』(2002年、初出1993年) 475頁以下。

ばならないのは、アメリカでは抗弁事由の成否の判断は陪審に委ねられており、実際に争点となるのは、裁判官の陪審に対する説示の中で被害体験に言及すべきかどうか、被害体験についての専門家証人を採用すべきかどうか等の手続き的な問題であるということである。そこから直ちに実体法上の責任概念がどうあるべきかについての示唆を得ることは難しい。しかし、被害体験の刑事責任への影響を論じた学説は、判例に現れた事例を手がかりに議論しているため、ここでもまづ若干の判例を取り上げることとする。

II 判例に現れた被害者性の抗弁

1 バタード・ウーマン・シンドローム (BWS)

被害体験を用いた抗弁の中で、最も成功を収めたのがBWSの主張である⁷⁾。この主張は通常、日常的に虐待を繰り返す夫に対して妻が、客観的には急迫不正の侵害がないような状況において殺傷行為を行った場合に、自己防衛の抗弁を提出する際に主張される。すなわち、たとえ夫が寝ていたとしても、夫に対し恐怖心を抱き殺傷に及んでしまうのは、繰り返し虐待を受けBWSとなった妻として合理的な反応であり、その行為は正当化されると主張されるのである。BWSに基づく自己防衛の主張はかなり多くの事例で認められている。例えば、虐待後にいすに座っている夫を銃で撃ち殺した妻が、BWSに基づく自己防衛を主張したトレス事件⁸⁾で、ニューヨーク州最高裁は、BWSに関する専門家証言は被告人の精神状態を陪審に理解させるのに役立つが故に関連性を有し、またBWSの基礎にある理論は、実験段階を越え、許容性を保障し得るほど実質的に十分な科学的受容性を獲得しているとして、専門家証言の使用を認めた。また、同じくBWSに基づく自己防衛が主張されたストーンハウス事件⁹⁾では、弁護人は、過去3年

-
- 6) 正確には、責任無能力 (Insanity) や自己防衛 (Self-Defense)、強制 (Duress) など伝統的に認められてきた抗弁事由の主張する中で、被害体験を強調するという戦術を用いることを意味する。See SAUNDRA DAVIS WESTERVELT, SHIFTING THE BLAME: HOW VICTIMIZATION BECAME A CRIMINAL DEFENSE, 14 (1999).
 - 7) わが国での紹介として、岡田久美子「日常的被虐待者による殺人と正当防衛」一橋論叢118巻1号(1997年)178頁以下。岡田論文においては、正当化事由としての正当防衛の正否が検討されているが、ここではその点は扱わない。
 - 8) *People v. Torres*, 488 N. Y. S. 2d 358 (1985)

間にわたる虐待の経験が被告人の感じた死傷の恐怖に及ぼした累積的效果について、陪審に説示するよう裁判官に求めず、被告人は第3級謀殺罪で有罪となった。これに対して被告人は弁護人が説示を要求しなかったことは有効な弁護権の侵害であるとして上訴した。ペンシルヴァニア州最高裁は、被告人が切迫した危険状態に置かれていたと合理的に信じたかどうかを陪審が判断する際に、虐待の事実を考慮するように説示するよう求めなかったこと、虐待されている女性の方に非があるという誤った「神話」を否定するための専門家証人を求めなかったこと等につき、有効な弁護がなされなかったとして有罪判決を破棄している。

このように虐待された女性がBWSを援用して一定の成功を収めてきたのであるが、この流れは次第に拡張されて行くこととなった。一方でこの抗弁を援用できる人的範囲が拡張され、虐待する兄弟を殺害した男性の被告人¹⁰⁾、義父を殺害した子ども¹¹⁾、虐待する夫と誤認して無関係の友人を殺害した女性¹²⁾に抗弁が認められている。他方で、自己防衛以外の抗弁の形でも虐待経験が援用されるようになった。ロメロ事件¹³⁾では虐待を続ける夫と共に強盗を行った妻が、弁護人がBWSに基づく強制的抗弁を主張しなかったことで有効な弁護を受けられなかったと主張し容れられた。同時にこの事件は、被害者が全く見知らぬ人である場合にもBWSの援用が認められたという意義も有している。そしてマレンギ事件¹⁴⁾では、禁制品所持頒布の共謀の罪においてBWSに基づく強制的抗弁が主張され、裁判所はBWSの主張が排除されるべきとは考えられないと述べたのである。

以上のようにBWSは、現在では被虐待者一般が、必ずしも自己防衛状況だけに限らず虐待者以外の第三者に対して攻撃を行う場合にも援用され許容されているのである。BWSが行為の正当化の根拠になるかどうかはともかく、強制的抗弁の根拠としてもBWSが援用されていることからすれば、犯罪という形で生じられた反応が虐待という被害体験から生じたものであれば、それは行為を免責す

9) Commonwealth v. Stonehouse, 555 A.2d 772 (1989).

10) Commonwealth v. Kacsmar, 617 A.2d 725 (1992).

11)^{3*} State v. Janes, 850 P.2d 495 (1993).

12) State v. Williams, 787 S.W.2d 308 (1990).

13) People v. Romero, 13 Cal. Rptr.2d 332 (1992)

14) United States v. Marengi, 893 F. Supp. 85 (1995).

る根拠となりうるということが示されている。

2 PTSD

BWSはPTSDの下位類型とされるが、判例におけるPTSDの扱いはBWSとは異なっており、大部分の判例はPTSDに基づく責任無能力や自己防衛の抗弁を承認していない¹⁵⁾。しかし、リスノウ事件¹⁶⁾では、暴行事件の被告人が事件の記憶を全く有しておらず、それはヴェトナム戦争の体験に由来する継続的なトラウマ神経症からもたらされた解離症状の結果、行為時に無意識であったためである、また被告人の行為は戦闘体験の記憶が再現されたものである、とする神経科医の証言を原審が排除し、陪審にそれを無視するように説示をしたのに対し、カリフォルニア州上級裁判所は判決を破棄した。また、グラス事件¹⁷⁾では、第1級謀殺罪で有罪とされ、その後ヴェトナム戦争に起因するPTSDであるとの診断を受けた被告人が、弁護人がPTSDに基づく限定責任能力(diminished capacity)の主張を申し立てなかったことで、有効な弁護を受けられなかったとして人身保護請求を行ったのに対し、連邦地区裁判所はその訴えを認めた。更に、フィールズ事件¹⁸⁾においては、第1級謀殺罪で有罪となった被告人が、幼少期に肉体的虐待を含むトラウマ体験をし、とりわけ母親を義父の虐待から守るために義父を射殺した体験によりPTSDとなったため、義父殺害と類似の状況であった本件犯行時に無意識であったという抗弁(automatism)について原審が陪審に説示しなかったことは違法であるとして、ノースカロライナ最高裁は原判決を破棄した。

このようにBWSとは異なり、必ずしも明白な肉体的虐待体験に起因しないPTSDを抗弁の根拠とすることも若干の判例では認められている。被害体験に焦点を当てた場合、後の犯罪に影響を及ぼすようなものであれば、いかなる種類の体験かは重要視されないこととなるのは自然なことのようと思われる。

15) *e.g.* *Bradley v. United States*, 447 F. 2d 264 (1971); *Harvey v. State*, 468 S. W. 2d 731 (1971); *Houston v. State*, 602 P. 2d 784 (1979).

16) *People v. Lisnow*, 88 Cal. App. 3d Supp 21 (1978).

17) *Glass v. Vaughn*, 860 F. Supp. 201 (1994). もっともこの判決は後に破棄されている。
See Glass v. Vaughn, 65 F. 3d 13 (1995).

18) *State v. Fields*, 376 S. E. 2d 740 (1989).

3 社会的環境要因

アメリカでは貧富の差や人種差別が犯罪の原因として主張されることがある。アレクサンダー事件¹⁹⁾は、2人の黒人の被告人が、海兵隊員の一人から Dirty Nigger Bastard などという人種差別的な罵りの言葉を受けた後、その一人に向けて発砲し、死傷させたという事案についてのものである。被告人マードックは、幼少期の感情的経済的な貧困状況や人種差別により、行為時に妄想的になり精神障害を負っていたとして責任無能力の抗弁を主張したが、認められず有罪となった。この事件で弁護側は、マードックの異常な精神状態は、彼の「腐敗した社会的背景 (rotten social background, RSB)」により引き起こされたと主張し、生育環境の悪性を主張した。また生育環境の悪性が後の犯罪に影響したことを立証するために、精神科医の専門家証言を提出した。公判判事は、このような抗弁に対し好意的ではなく、陪審員に対し、われわれの関心事は、被告人が腐敗した社会的背景を有していたかではなく、彼の刑事責任の問題であると説示した。控訴審で有罪は維持されたが、バゼロン判事は一部反対意見の中で、公判判事の説示は不適切であり、マードックが責任無能力の抗弁に訴える機会を損なったため、判決は破棄されるべきだと主張した²⁰⁾。しかし他の判事はそれに同調せず、有罪判決は維持された。

モーガン事件では、被告人は暴力、貧困、恐怖が日常的であった都市内部のスラム街で成長したことで PTSD になったと主張したが、控訴審は PTSD についての証言および被告人の心理史についての証言を許容しなかった²¹⁾。

更に、フィッシャー事件では、黒人の被告人が職場の同僚である白人から勤務態度についての苦情を言われる中で、a black nigger と呼ばれたことに激昂し、彼女を殺害してしまった。公判で弁護人は、挑発 (provocation) の抗弁を主張し、陪審員に対し被告人が第1級謀殺罪に必要な予謀と熟慮を有していたかを判断するために、被告人の全人格、精神神経感情肉体の特徴を考慮するようという

19) United States v. Alexander and Murdock, 471 F. 2d 923 (1973)., *certi denied*. Murdock v. United States, 409 U. S. 1044 (1972).

20) *Id.* at 960 (Bazelon C. J., concurring in part, dissenting in part).

21) State v Morgan, 536 N. W. 2d 425 (1995).

説示を行うよう求めたが容れられなかった。連邦最高裁多数意見は、被告人の精神状態は責任無能力の程度には達しておらず、管轄区の法は一部責任の抗弁を認めていないという解釈は正当であるとして上告を棄却したが、反対意見においてフランクファーター判事は予謀の存在を疑い、マーフィ判事は一部責任無能力の概念は法廷で承認されるべきであるとした²²⁾。この事件を始めとして、特に黒人に対する人種差別を抗弁の原因として用いる事案 (the black rage defense) では、黒人に対する差別意識が、黒人の差別や教育レベルの低さ、高い失業率を生みだし、それが犯罪の原因になっているという主張がされている²³⁾。

このように社会的な環境に焦点を当てた主張²⁴⁾は、被害体験を強調する点で先に見た BWS や PTSD の場合と相違ないと主張されるが²⁵⁾、若干異なる面もあるように思われる。第1に、BWS や PTSD の原因とされる被害体験は、虐待や戦争体験など明白かつ強烈なものであるのに対し、これらの主張においては、貧困や差別を生み出す社会構造という普遍的で継続的なものを被害の原因として掲げている。第2に、BWS や PTSD の場合は、その結果として生じた犯罪は一時的な感情の爆発と言えるものなのに対し、貧困や差別の場合は、それにより長期的に形成されてきた妄想的な態度が人種差別的な発言など些細なきっかけを契機として犯罪という形で姿を現したという形態のものも含みうるように思われる。そして、裁判所はこれらの主張を排斥するのが一般的であり、被告人はほとんどの事例で有罪されている。

22) Fisher v. United States, 328 U. S. 463 (1946), *affirming* 149 F. 2d 28 (D. C. Cir. 1945).

23) See, e. g., PAUL HARRIS, BLACK RAGE CONFRONTS THE LAW (1997).

24) Urban Survival Syndrome などと称されることもある。また暴力的なテレビ番組を視聴したことが免責の根拠となるかも争われている。See Zamora v. State, 361 So. 2d 776 (Fla. 1978), *cert denied*, 372 So. 2d 472 (Fla. 1979).

25) ウェスターヴェルトは、被害体験の抗弁に共通する特徴として、以下の4つを挙げている。すなわち(1)抗弁が、犯罪関与者の即時的な行動だけでなく、被告人の過去における社会的な関係や社会状況に焦点を当てていること。(2)抗弁が、被告人の受けた苦痛のパターンや被告人に対する虐待的行為を立証しようとしていること。このため被告人がこれまで受けてきた物理的虐待、剥奪や差別の証拠が提示される。(3)抗弁が、虐待や苦痛が被告人に与えた心理的なインパクトを立証するために専門家証人を用いること。(4)抗弁が、被告人の受けた傷や苦痛に継続的に言及し、あるいは明示的に被告人を被害者と位置づけることにより、被害体験に基づいて被告人のアイデンティティを構成しようとする、ことである。WESTERVELT, *supra* note (6), at 14

Ⅲ 被害体験に基づく免責の理論的検討

1 被害体験に基づく免責の正当化

以上に掲げた加害者の被害者性を強調する抗弁には共通する特徴がある。

このように被害体験を強調することは、なぜ免責をもたらすのか。以下ではもっとも問題となる社会的環境要因の場合を中心に見ていきたい。まず、被害体験を強調することは、既存の免責の体系を何ら拡張するものではなく、刑法の歴史において発展してきた解釈上の抗弁カテゴリーの現代的類型に過ぎないという主張がされている。第1に、責任無能力の抗弁については、この抗弁は「精神病または精神的な欠陥 (mental disease or defect)」の存在を前提としているが、この概念は法的に定義されていない。そのため一方で裁判所は病的な (psychotic) 精神状態の必要性を強調してきたが、他方で、精神病の存在についての精神医学界の評価を尊重してきた。そのため被害体験を強調する抗弁は、確立された刑法の原則に関してほとんど実質的な拡張を必要としない、とされる²⁶⁾。なお、このことは限定責任能力の抗弁にも妥当する。第2に、挑発の抗弁については、伝統的にこの抗弁が成立するためには、平均人が遵法的に行動するための統制能力を一時的に失ってしまうほど、刺激が強力でなければならぬとされている。その判断基準につき客観的な合理人基準と主観的な被告人の属性を考慮する基準とがあり得るが、最近の傾向は陪審が被告人の主観的属性を考慮することを許す方向にあり、模範刑法典²⁷⁾もより明確に、殺人を謀殺から減輕する合理的な説明あるいは免責は、被告人がそうであると信じた状況について被告人自身の視点から判断されるべきであると規定している。また、対応の合理性を判断する資料としていかなるものを用いることができるのかについては、合理的な挑発は、かなりの長期間に渡って発生した一連の出来事により生じうるため、人種差別の歴史なども考慮しうる。そのため免責 (減輕) が可能であるとされる²⁸⁾。第3に、

26) Patricia J. Falk, *Novel Theories of Criminal Defense Based Upon the Toxicity of the Social Environment - Urban Psychosis, Television Intoxication, and Black Rage*, 74 N. C. L. Rev. 731, 783 (1996).

27) MODEL PENAL CODE §210.3 (b)(1962).

28) Falk, *supra* note (26), at 791.

自己防衛に関しても防衛行為が合理的に必要であったことが要求されるが、この判断基準についても被告人の主観的な属性を加味して判断すべきであるとの方向になっているとされている²⁹⁾。

同様に、特に Black Rage と責任無能力との関係について、行為者が意識の変性状態、例えば自分が反人種差別戦争の指導者であると信じた状態で行為した場合、あるいは迫害妄想の下で、例えば違法な国家規模の企みから自らを守ると信じて行為すれば、(模範刑法典の基準などより緩やかなものはもちろん、責任能力テストの中でも厳格な) マクノートンルールにおける善悪が判断できないという要件を充足し、またそれは衝動的で統制不能な行動を惹起するため、抗拒不能の衝動テストも充足する、という主張が見られる³⁰⁾。

これらのうち責任無能力に関する主張は、要は行為時の症状が問題なのであり、責任無能力といえる症状を呈している場合は免責するというものであろう。しかし、被害体験の抗弁を主張する被告人が、すべからく善悪の区別がつかない状態にあるとは思えない³¹⁾。また模範刑法典基準のようなより緩やかな基準を用いるとしても、症状の中に人格に固着化した継続的な妄想まで入るならば、平均的な性格からの偏りあるいは持続的な異常性格状態といわれるものも含まれることになり、従来の精神病概念では捉えきれないものがやはり存在するのではないかと思われる。これらを免責の根拠として組み込むためには、従来の理論を見直す必要があるのではないかと思われる。

そこで、違法な行為時に、被告人の精神的感情的プロセスや行動の統制が、彼に対して行為の責任を正当に問い得ないほどに損なわれていたかどうかという基準を陪審に説示することが提案されている³²⁾。これは、責任能力判断を精神医学

29) *Id.* at 796.

30) Judd F. Sneirson, *Black Rage and the Criminal Law. A Principled Approach to a Polarized Debate*, 143 U. Pa. L. Rev. 2251, 2266 (1995).

31) Richard Delgado, "Rotten Social Background": *Should the Criminal Law Recognize a Defense of Severe Environmental Deprivation*, 3 *Law & Ineq. J.* 9, 38 (1985) は、ほとんどのRSBの被告人は、マクノートンルールの下で抗弁を成功させることはできないであろうと指摘する。

32) *United States v. Brawner*, 471 F. 2d at 969, 1032 (Bazelon, C. J., concurring in part and dissenting in part).

者の支配から解放し、そこで問われている道徳性と安全のバランスをどうとるかという問題の決定を、コミュニティの基準に照らして陪審に決定させることを意図している。そして行動上の障害や、生理的、心理的、環境的、文化的、教育的、経済的、遺伝的な要素の性質や程度についての専門家や素人の証言を自由に許すことにより、われわれが一般的な人間行動、特に犯罪の原因をより深く理解することを目指すものであるとされている³³⁾。更には、責任無能力の基準をいかに構成しようと、有責性の審査は病気という精神医学上の概念により狭く制限されてしまうとして、責任無能力の抗弁を廃止し、メンズレアの立証の際に、あらゆる形態の障害や動機付けについての幅広い審査を行う方が望ましいかもしれないという展望も示されている³⁴⁾。

この提案は明らかに免責の範囲を拡大することを目指しており、従来の精神病概念に包含されないものも捕捉できるものである。しかし、判断主体である陪審の道徳的判断を尊重するという方向性は理解できるが、同義反復的であり、実質的な判断基準がなくなっている点に疑問が残る。問題は、行為時に犯罪を回避する実質的能力があったかどうかを適切に判断できるかであり、その点は被害体験を免責に結びつけようとする際にも変わりはないと思われる。問題はやはり前提となる精神病概念をどこまで拡張できるかではないだろうか。責任無能力抗弁の廃止については、責任無能力であることと犯罪の意図を持たないことは同じではなく、抗弁を廃止してしまえば精神障害による免責が全て排除されることにもなりかねない³⁵⁾。やはり、この抗弁は維持されるべきであろう。

次に、責任無能力以外の場合についても従来の基準を拡張することにより対応しようとする見解がある。例えば、伝統的にてんかんや脳梗塞、夢遊病などや物理的なトラウマ、更には心理的なトラウマの状態で行われた行動について適用されてきた³⁶⁾オートマティズムの抗弁は、PTSDの場合にも適用されうると解され

33) David L. Bazelon, *The Morality of the Criminal Law*, 49 S. Cal. L. Rev. 385, 396 (1976); Delgado, *supra* note (31), at 76.

34) Bazelon, *supra* note (33), at 397.

35) 現に、精神の障害について専ら量刑段階で考慮すべきであるから、責任無能力の抗弁を廃止すべきだという見解もある。NORVAL MORRIS, *MADNESS AND THE CRIMINAL LAW*, 61 (1982).

ている³⁷⁾。しかし、その場合明らかに戦争体験などの特殊な事実が要求されており³⁸⁾、そのためRSBのような事例にはほとんど適合しない³⁹⁾。しかし、雑踏し暴力的な環境で育ったことからたらされる封印された怒りや失望も暴力の爆発の原因となりうるものであり、抗弁が認められるべきである、とされるのである⁴⁰⁾。

確かに、オートマティズムが認められるためには行為時に無意識であったかどうかが決定的なのであり、それと原因となる被害体験との因果関係が明確にされさえすれば、被害体験の内容に限定を付す必要性は認められない。その意味で、これは免責の範囲の理論的な拡張というより、精神医学による解明が可能かという問題である。より一般的に、免責にとって重要なのは、客観基準を用いるか主観基準を用いるかということである⁴¹⁾。しかし客観基準を用いるとしても、行為者の立場に置かれた平均人の判断ということであれば、必然的に行為者の要素は反映されることになると思われ、両者はそれほど対立するものではないと思われる。客観的基準といわれる立場でも被告人の属性を一切考慮しないということではできないであろう。両者の差異は、質的なものではなく、どの程度まで被告人の属性を考慮するかという量的なものである場合が多いように思われる。そうであれば、被告人自身が今まで被ってきた被害体験を考慮することについて、理論的な障害はないと言えるであろう。このように理解する限り、この部分については、確かに従来の理論の拡張はない。被害体験の抗弁が導入されることの意味は、考慮要因に被害体験を含めなければならないことを明示的に意識させるという点に求められると思われる。

36) WAYNE R. LAFAVE, CRIMINAL LAW 406 (3d ed. 2000).

37) C. Peter Erlinder, *Paying the Price for Vietnam: Post-Traumatic Stress Disorder and Criminal Behavior*, 2 B. C. L. Rev. 305, 329 (1984).

38) 高橋三郎ほか訳【DSM-IV精神疾患の分類と診断の手引】(1995年)169頁によれば、「実際にまたは危うく死ぬまたは重傷を負うような出来事」「自分または他人の身体の保全に迫る危険」が外傷的な出来事とされている。

39) Delgado, *supra* note (31), at 41.

40) *Id.* at 75.

41) なお、強制的抗弁に関しても合理的な意思の強さの人が、被告人の状況で脅迫に抵抗し得ない場合には、抗弁が認められるとされている。LAFAVE, *supra* note (36), at. 468. 従って、ほぼ同様の議論が妥当するとと思われる。

2 被害体験に基づく免責の否定

以上のように被害体験に基づく免責を肯定する見解は、被害体験を原因と捉えその結果としての犯罪を免責しようとするものであり、免責の因果理論と呼ばれている。

このような因果論的構成自体には賛成しつつ、RSBに関して免責を否定する主張がされている。これによれば、確かに犯罪誘因的なサブカルチャーに住む住人が法に従うのは、犯罪のないサブカルチャーに住む住人よりも困難であろう。しかし環境は全てを決定するのではなく、人間の内部的要素と相互作用を行う。最も犯罪誘因的なサブカルチャー内の住人の大多数は、合法的であり、また違法なサブカルチャーのメンバーが法に違反することもある。人間の行動はその選択がより困難な場合とより容易な場合があり得るが、しかし行動は選択の問題なのである。自由な選択と不自由な選択の間に明確な線を引くことはできず、社会が集合的な道徳的感覚に従って、どこに線引きをするかを決定するのである。故に、法と秩序の信奉者から見れば犯罪を犯す選択は、通常は絶対的な意味で不自由な選択ではないため、法に違反した人はほとんど全て処罰される、とするのである⁴²⁾。

この主張が、選択に難易があることを認めつつ、全ての選択が自由だとするのであれば、それは擬制的要素を持ち込むものであり、部分的な免責をもたらす限定責任能力や挑発の抗弁などが説明できなくなるであろう。そして経験諸科学の発展により、過去に被害体験をもつ行為者にとって、現在の犯罪を回避するという選択が従来思われていたよりも困難であることが明らかにされた場合、その発展を刑事責任論に反映させないとする態度は妥当とは思われない。科学の発展を法の運用に反映させられないだけでなく、被害者保護の思潮にも反すると言わざるを得ないように思われる。更に、犯罪の原因とされる被害体験を被った人が全て犯罪を犯すわけではないという反論については、被害体験というものの性質を考慮した場合、その影響の度合いが人によって異なり、被害者に対して個別的なケアが必要であることはむしろ当然だと言えよう。犯罪の原因とは様々なものが

42) Stephen J. Morse, *The Twilight of Welfare Criminology: A Reply to Judge Bazelon*, 49 S. Cal. L. Rev. 1247, 1251 (1976).

複雑に絡み合ったものであり、その全容が解明されているわけではないが、行為者自身にとってある原因が決定的であることが解明されたならば、免責に障害はないと思われる。前述のような、主観基準により免責を判断すべきであるという主張は、この意味で正当だと言える。

他方、免責の因果理論自体に対して異論が出されている。すなわち、免責の因果理論に対し、人間の行動全てには原因があり、原因があることが免責を生じるならば、全ての犯罪に対して責任を問うことができなくなるという反論がなされている⁴³⁾。そこから、免責の根拠となるのは単に原因があるということではなく、実践理性の働きを妨げるような強制が存在したときだけであると主張される。具体的には、免責のためには、外部的要素（脅迫、自然的な必然性）や内部的要素（極端な感情や強い欲求）により、道徳的法的に要求されることを行うための通常の能力や機会が妨げられることが必要である。信念や欲求、性格、心理的事象は人間行動の原因ではあっても、それによって実践理性過程が制約されることはない。そのような信念などが環境的要因により形成されたとしても、それは実践理性の働きを困難にすることはなく免責の対象とはなり得ないとされる⁴⁴⁾。更に、道徳的正当性との関係では、行為者の自由意思の外部にある要素により惹起された行動や選択について、われわれが賞賛し非難することは否定できない。われわれの道徳的生活は、たとえ何が行為を引き起こしたかについて分かっていたとしても、人間を賞賛し非難することに基づいている⁴⁵⁾として、選択可能性のない場合であったとしてもその行為を非難することは道徳的に正当であると反論されている。

また、因果性から区別されるのは単なる偶然であるが、人は単なる偶然にも責任を負うことはできないとして、免責の因果理論は維持し得ないとする見解もある。この見解は、対案として意思決定論と道徳的責任が両立し得ないという観念を放棄することを提唱する。その場合、行為が道徳的に悪いものであり、かつ行為者の性格が行為の正確な説明のための支配的な因果的要素であるという意味で、

43) Michael Moore, *Causation and the Excuse*, 73 Cal. L. Rev. 1091, 1112 (1985).

44) *Id.* at 1129.

45) *Id.* at 1144.

行為者の性格により決定されている場合、行為者はその行為について道徳的責任を負うことになる。そのため行為者の過去の経歴は犯罪の道徳的責任の評価に無関係だとされる⁴⁶⁾。但し、RSBの場合でも、不利な社会的背景が現代まで続いており、その現在する即時的な背景が実質的に行動に影響した場合は、免責される。例えば、基本的に誠実な人が、生きるために盗みが必要な状況に責められるべき理由なく、やむを得ず陥っているという状況で盗みを行った場合は、盗みは性格の反映といえず、行為者は免責されるのである⁴⁷⁾。

これらの主張は意思決定論に基づくものである。これらの主張が免責される場合をされない場合から明確に区別することができるかどうかは別にして、こういった主張に基づく場合、刑事責任とは、当該行為者にとって犯罪を回避することが可能であったかどうかを離れて、いかなる状況に法に従うことのできる性格を持つべきである規範的要求がなされることになる。しかし、それでは法は不可能を強いることになり、やはり道徳的正当性を持ち得ないことになると思われる。抗弁事由として被害体験を強調する主張が多く展開されてきたのは、被害体験の結果として犯罪に至ったのであれば、それを非難することは正義に反するという道徳的な主張が含まれている。その問題提起を、刑事責任論が受けとめることができるかが問われているのである。

また、道徳的正当性に関して直感や習慣を持ち出すことについても、ある行為が非難に値するかについて社会の中で必ずしも合意があるわけではない⁴⁸⁾。とりわけ被害体験に基づく犯罪を免責すべきかどうかという論点については、現に激しく争われているのであり、それを決め手にすることはできない。やはり道徳的な正当性を問題にするのであれば、直感的な判断に頼るのではなく、熟慮した上で正義に適うかという議論でなければならない。

更に、これらの主張によれば責任無能力以外の抗弁事由についても、行為当時に存在する事情だけが考慮要因となり、行為以前に存在した事情が行為者に与え

46) George Vuoso, *Background, Responsibility, and Excuse*, 96 Yale L. J. 1661, 1678 (1987).

47) *Id.* at 1684.

48) *Id.* at 1669.

た影響は理論的に考慮の対象外とされることになる。確かに従来抗弁が認められてきた場合については、意思の自由を観念し、敢えて犯罪を行うという意思決定を行ったことに対する非難を向けるとする伝統的な理論と同じ結論に至り得るが、その延長線上に主張されることとなった被害体験の抗弁は排斥されることになるのである。しかし、被害者保護の機運が高まっている現在において、保護の対象を現に捜査、訴追、審判、処罰の対象とされて問題となっている犯罪の被害者に限定する論理は見出しがたい。犯罪被害に限定されるべき必然性はないのは格別、現在の時点で被害を被った人に限定されるべき必然性もないように思われる。過去の事象により被害を被った人々に適切なケアの手をさしのべるための道筋を付けるためにも、法はその人々の刑事責任を適切に評価すべきではないだろうか。そのためには、刑事責任を評価する際に行為以前の被告人の状況を考慮対象から除外するのは妥当ではないということになる。

3 被害体験と社会との関係

特に貧困や人種差別といった社会構造上の原因に基づく免責に関しては、それを行うことが、例えば収入の再配分や社会の再構築などが暴力犯罪の問題を解決するための欠くことのできない第一歩であるかどうかを考えることにつながると主張されている。すなわち、刑事責任の追及が道徳的に正当であるためには、追及の主体である社会が道徳的に正当な社会でなければならず、そのためには貧困や不平等を撲滅しなければならないとされるのである⁴⁹⁾。このような主張は、刑事責任の評価を社会変革の契機として捉えるものである⁵⁰⁾。

これに対して、確かに例えば経済的地位が低いこととある種の暴力犯罪の間に強い相関性があることはその通りであるが、しかしそれでも貧困者の大部分は犯罪を犯していない、貧困は犯罪の十分条件でも必要条件でもないと反論がなされる。既に、社会保障には莫大な資金が投入されているにもかかわらず、犯罪率は

49) Bazalon, *supra* note (33), at 402.

50) 別の論者の言い方を借りれば、政治的自由が制約されるということは道徳的自由が制約されることにつながりうるという主張であるとも言える。R. George Wright, *The Progressive Logic of Criminal Responsibility and the Circumstances of the Most Deprived*, 43 *Cath. U. L. Rev.* 459 (1994).

減少していない。犯罪の原因が理解されるまで、貧困の撲滅が犯罪を防止するという未だ証明されていない基本仮説に基づく政策に依拠するのではなく、刑事司法制度を有効な形で修正していくことで犯罪問題に対応していく方が、より望ましくまたより公正なのである、とされる⁵¹⁾。更に、免責を認めることは、虐待を受けた中の少数の者の暴力により、暴力を用いない全ての虐待の被害者を烙印づけすることになるとも主張される⁵²⁾。

確かに犯罪の原因は完全に解明されておらず、従ってそのための対策も完全ではない。しかしだからといって、被害体験に基づく免責を否定してしまえば、犯罪に重大な影響を及ぼすと思われる要因を社会自体が生み出している場合に、それを直視し改めるための契機すら失われてしまうことになる。重要なのは刑事責任の評価を通じて問題提起をすることだと思われる。それが刑事司法をより有効に機能させることにつながるのではないだろうか。それは個別のニーズに応じた被害者保護を重視する社会になり得ても、いつ犯罪を犯すか分からないとして被害者を蔑視する社会にはなり得ないと思われる。

なお、関連して BWS については被害体験の抗弁がかなり認められているのに対し、それ以外の場合はほとんど受け入れられていないのは、BWS の場合、虐待の加害者が明確であり、その加害者に犯罪の非難を転移させることができるのに対して、貧困などの場合は加害者が特定されておらず、非難の転移が生じないからであるという仮説が提示されている⁵³⁾。この仮説は社会学的な分析としてはその通りだとしても、理論的には、被害体験につき加害者が特定の個人か否かという点は差違をもたらさないはずである。社会構造が犯罪の原因を生み出しているとした場合、社会の構成員一人一人に自らの加害者性を認識させることが、社会変革につながり得るのであり、道徳的正当性を有すると言えるであろう。

51) Morse, *supra* note (42), at 1258.

52) ALAN M. DERSHOWITZ, THE ABUSE EXCUSE : AND OTHER COP-OUTS, SOB STORIES, AND EVASIONS OF RESPONSIBILITY 6 (1994).

53) WESTERVELT, *supra* note (6), at 136.

4 被害体験による免責の濫用のおそれ

被害体験に基づく免責を認めることは、例えば都市のスラム街に居住し、人種差別を受けた人を含め広い意味で虐待を経験した定の層の人の犯罪はすべからず免責されることになり、民主主義の根幹が脅かされると批判される⁵⁴⁾。更に、以下のような主張もされる。すなわち Black Rage を免責することは、あらゆる民族の差別を根拠とし、また身長や体型などの無数の属性に基づく差別を根拠とした主張に道を開く。それは究極的には自力救済や自警団を許容し、人生のある時点で偏見の犠牲者だった者が他人を殺すことを正当化する。そして、Black Rage を認めることは大多数の遵法的市民であるアフリカ系アメリカ人を侮辱することになり、人種的緊張を高めることになる⁵⁵⁾、という極端な結論に至ることになるとされるのである。

この問題につき、免責を肯定する論者からは、この批判は直観的なもので、実際問題として、最終的に免責がされるかどうかを決定するかどうかの判断は、陪審により代表されるコミュニティの道徳的な確信に委ねられており、被害体験に基づく抗弁がほとんど認められていない現状からすれば、免責が多発し刑事司法が崩壊することはあり得ないと主張されている⁵⁶⁾。

これには、陪審は適用されるべき道徳的基準を自由に決定する独立した立法者ではないのであるから、何らの指針もなく陪審に判断を委ねることは不当であるという反論がされている。また、ある行為の法的責任を免責すべきかについて、社会内に合意が存在する訳ではなく、たまたま担当することとなった陪審の偏見を反映させることになってしまうとされる⁵⁷⁾。

しかし、陪審制を採用している以上、コミュニティの代表者と擬制される陪審に判断を委ねること自体は不当とは言えないであろう。その判断を尊重する以上、被害体験についての専門化証言などを積極的に法廷に持ち込んだとしても、確か

54) DERSHOWITZ, *supra* note (52), at 6.

55) Kimberly M. Copp, *Note*, *Black Rage: The Illegitimacy of a Criminal Defense*, 29 J. Marshall L. Rev. 205, 237 (1995).

56) Falk, *supra* note (26), at 804. この他に、異常と分類された被告人を免責しても刑法の機能を損なわないともされる。

57) Morse, *supra* note (42), at 1254.

に過剰な免責は想定しにくいように思われる。但し、この議論はアメリカ法の体系の下でのみ通用するものであり、刑事責任論として見た場合に理論上過剰な免責が生じ、民主主義の根幹を脅かすような自警主義が蔓延するかどうかは別の問題であり、別個に検討する必要がある。

IV おわりに

このようにアメリカでは強い批判にさらされながらも、被害体験に基づく免責は根強く主張され続けている。最後に、以上見てきたようなアメリカにおける被害体験をめぐる議論から、わが国の刑事責任論にとっていかなる示唆を得ることができるかを検討しなければならない。しかし、紙幅の関係もあり、簡単な問題点の指摘のみにとどめ、本格的な検討は他日を期したい。

第1に、被害体験は刑事責任を評価する際に、適切に考慮されるべきである。それは被害者保護の流れからも要請されるものであり、また社会変革のための重要な問題提起としても必要なものである。

第2に、被害を体験したこと自体が免責の根拠となるわけではない。免責のためには、あくまでも行為時に違法行為を回避することを不可能にした事情が存在することが必要である。被害体験を強調することの意義は、責任論の枠組み自体の変革を要請するのではなく、従来の理論枠組みを前提としても、より広い免責の可能性のあることを意識させる点にあるということになる。そうである以上、考慮されうる被害体験に限定を付す必要はなく、広く様々な事象が被害の原因となりうる。

第3に、現在わが国では、伝統的な他行為可能性を基調とする規範的責任論から予防的考慮を反映した責任論への転換が有力に主張されている⁵⁸⁾。しかし、被害体験を刑事責任論で適切に評価するためには、行為時の自由が被害体験により制約されたという構成をとる必要上、規範的責任論を維持しなければならない。

第4に、責任の一般原理とされている他行為可能性について、行為者基準説を採用すれば全てを知ることは全てを許すことにつながるとして、通説は平均人基

58) 例えば、堀内捷三「責任の概念」刑法の争点・第3版(2000年)56頁。

準説を採用する。しかし、被害体験を適切に評価するためには、当該行為者の生育環境や過去に体験した出来事などを考慮に含める必要があり、行為者基準説を採らなければならない。同じ被害体験が必ずしも同じ症状をもたらさないということは精神医学において広く承認されており、類似の環境におかれていても犯罪を犯さない人が存在することは免責を妨げない。

第5に、従来の責任阻却の構造は、行為者の人格内部の要素と外部の要素とに分けて、後者は責任を阻却するのに対し、前者は自由意思の行使だとしてきたように思われる。しかし、被害体験を考慮要因として位置づける場合、その被害体験により人格とは異質な障害が発生するのか、それとも人格そのものが変容してしまうのかは本質的な差違をもたらさないように思われる。両者は共に行為時の自由意思の発揮を妨げるものとして位置づけられないであろうか。

第6に、被害体験には抽象的ではあれ加害者を予定するものと天災のように加害者を予定しないものがあり得る。被害体験の評価を社会変革の契機とするためには、両者は異なって評価されるべきかどうかを検討する必要がある。

第7に、被害体験を刑事責任の評価において考慮するとして、いかなる責任阻却事由が問題になるのかを検討しなければならない。特に責任能力概念の再検討が必要である。

第8に、陪審制を採用しておらず、裁判官による認定を放棄しないわが国においては、責任論という実体法上の問題として、具体的にいかなる被害体験から行為時にいかなる障害が発生した場合に責任に影響が及ぶかの議論を回避することはできず、具体的な免責の基準を定立することが必要である。これに関して一般論としては、被害体験により責任が阻却される場合は限られてくるであろうが、責任の減少が認められる場合はかなり存在すると思われる。ゆえに、量刑の場面を視野に入れるならば、被害体験の果たす役割は大きいであろう⁵⁹⁾。少なくとも

59) アメリカにおいて被害体験による免責を否定する見解も、量刑段階に被害体験の証拠を持ち込むことにはほとんど異論がなく、伝統的に裁判所も同意してきたとされる。但し近年導入された量刑ガイドラインが適用される場合は、量刑事情が厳しく制限されるため、被害体験の立証は困難になっている。Falk, *supra* note (26), at 798

60) 少なくとも死刑を科すことは、これに該当しよう。

被害体験が存在する場合に、全ての責任を行為者に負わせること⁶⁰⁾は否定されるという帰結になるのではないかと思われる。