

■2019 年度 S 日程一般入試法律科目試験

「刑法」問題の出題趣旨・解説

【出題趣旨】

本問は、刑法総論中、正当化事由の中核をなす正当防衛論の理解を問う。挑発や、先行する長期的な対立状況から不正侵害がある程度予想される事案に刑法 36 条を適用することの可否及びその条件に関する最高裁判例の変遷をフォローしているか、正当防衛の基本要件ないし正当化根拠を正確に理解していれば、解決を導くことができる。最低限、不正侵害の急迫性を否定するか、防衛の意思を否定するか、あるいはおよそ正当防衛の認められる状況ではないとするか、の判断が求められる。

【解説】

正当防衛の成否の問題であるから、前提として甲の行為の構成要件該当性、特に殺意を確認することが重要である。

甲は、ナイフで A を刺殺するに先だって、A から執拗に且つ多数回反復して嫌がらせがらせを受けている。このことから、甲が A と対峙した時点では、A が攻撃してくることは容易に予測できる。この点で、不正侵害が予想しうからと言って直ちに急迫性が否定されるものではないという最高裁の態度に沿った判断を下すことが重要である。もちろん、判例の立場に従わず、予想できるだけで急迫性を否定することも可能であるが、その場合は、十分な理由付けが必要である。

急迫性を否定する場合には、少なくとも最決昭和 52 年 7 月 21 日刑集 31 巻 4 号 747 頁の、単に予期された侵害を避けなかっただけでなく、その機会を利用して積極的に加害する意思があった場合には急迫性を欠くとする論理は再現されなければならない。

また、最決平成 20 年 5 月 20 日刑集 62 巻 6 号 1786 頁の、自招侵害の場合は、「被告人において何らかの反撃行為に出ることが正当とされる状況における行為とはいえない」という判示を再現、適用できれば、積極的に評価されるが、その場合にも慎重な判断と事實的根拠が求められる。本問設例においては、甲の側からの挑発によって A の攻撃が招来された訳ではないので、不正侵害の単純な自招のみを理由として、正当防衛を否定することはできないであろう。

以上のことから、判例の立場に追随する場合には、最決平成 29 年 4 月 26 日刑集 71 巻 4 号 275 頁の、行為者が侵害を予期した上で対抗行為に及んだ場合、侵害の急迫性の要件については、対抗行為に先行する事情を含めた行為全般の

状況に照らして検討すべきであって、「行為者と相手方との従前の関係、予期された侵害の内容、侵害の予期の程度、侵害回避の容易性、侵害場所に出向く必要性、侵害場所にとどまる相当性、対抗行為の準備の状況（特に、凶器の準備の有無や準備した凶器の性状等）、実際の侵害行為の内容と予期された侵害との異同、行為者が侵害に臨んだ状況及びその際の内容意思等を考慮し、行為者がその機会を利用し積極的に相手方に対して加害行為をする意思で侵害に臨んだときなど」、「刑法 36 条の趣旨に照らし許容されるものとはいえない場合には、侵害の急迫性の要件を充たさないものというべきである。」とする判示を再現できることが最も望ましい。

上記各判例のいずれかを知らない場合であっても、攻撃してくることが予想される A の許へ甲自身から、凶器を準備して出向いたことを理由に、例えば、防衛の意思を否定し、あるいは急迫性を否定することは、可能であろう。その場合の理由付け次第では、必ずしも上記各判例のいずれかを模した表現とはなっていないなくても、同等に評価できる。

また、上記各事情の検討の結果、急迫不正の侵害、あるいは正当防衛状況自体を否定しない場合には、刺殺することが防衛の程度を超えないかの判定を示していることが必要である。

以上