

[刑 法]

以下の事例に基づき、甲の罪責について論じなさい（特別法違反の点を除く。）。

- 1 甲（男性、43歳）は、インターネット上で過激な政治的主張を行う人物として知られており、これまで SNS やインターネットのライブ配信で持論を展開しては、多くの批判を受けるということを繰り返してきた。甲のもとには、脅迫や殺害予告のようなメッセージが数多く届いていたが、これまで実際に危害を加えられたことはなかった。
- 2 甲は、最近行われた X 県知事選挙において不正が行われたのではないかと考え、当選した知事を応援していた民間人である A 氏に突撃取材を敢行すると SNS 上で発信した。すると、当選した知事を支持する人物から、SNS 上で、Z というアカウントの人物から「そんなことをするならお前のことを襲撃してやる。夜道には気を付けろ。」などといったメッセージを受け取った。甲は、これまで Z というアカウント名の人物とやり取りをしたことはなく、当該アカウントを運用している人物が誰なのかについて、全く心当たりはなかった。
そこで、甲は、念のため、自身と敵対する人物から襲われた場合に備えて、護身用に金属製の警棒を携帯することとした。
- 3 令和6年11月20日午後10時30分頃、甲は、自宅周辺の人気のない細い路地を歩いていると、C が突然物陰から飛び出てきて、右手を振り上げて、立ちふさがった。甲は、自身と敵対する人物が殴りかかってくると思い込んで危険を感じるとともに逆上し、警棒で C の脇腹部分を3回殴打し、全治1か月を要する肋骨骨折の怪我を負わせた。なお、C は、甲を友人である D と勘違いし、D を驚かせるつもりで、甲の前に立ちふさがったものである。



表

試験科目	受験番号	フリガナ
刑法 I		氏名

明治大学法曹会 司法試験予備試験答案練習会
 講師：弁護士 星野拓哉
 質問：tak.hoshino.39@gmail.com
 2025.2.23実施 答案練習会 刑法 I

1
2
3
4
5
6
7
8
9
10
11
12
13
14
15
16
17
18
19
20
21
22

23
24
25
26
27
28
29
30
31
32
33
34
35
36
37
38
39
40
41
42
43
44



裏

(注意事項)

1 答案用紙の種類

本答案用紙は、憲法の答案用紙です。

行政法の答案を本用紙に記載して提出した場合には、試験時間内に申し出があった場合を除き、零点となるので、注意してください。

なお、試験時間中に答案用紙の取違えに気付いた場合には、試験監督員の指示に従ってください。(試験時間終了後の答案用紙の取違えの申出には一切応じません。)

2 答案用紙の取扱い

答案用紙の取替え、追加配布はしませんので、汚したり曲げたりしないでください。

3 答案作成上の注意

(1) 答案は換書きとし、解答欄の枠内に頁数に従って書き進めてください。なお、解答欄の枠外(着色部分及びその外側の余白部分)に記載した場合には、当該部分は採点されません。

(2) 答案は、黒インクのボールペン又は万年筆(ただし、インクがプラスチック製消しゴム等で消せないものに限り。)で記載することとし、これ以外で記載した場合には、無効答案として零点となります。

(3) 答案を訂正するときは、訂正部分が数行にわたる場合は斜線で1行の場合には横線で消して、その次に書き直してください。

(4) 答案用紙の表裏を書き進めて答案を作成した場合には、表が白紙の時は「裏から記載」、それ以外の時は「裏から記載」とだけ、試験期間中に表の解答欄に記載してください。(試験時間終了後に記載することは認めません。)

(5) 答案用紙の※印の欄には何も記載しないでください。

4 その他

解答欄に受験者の氏名又は特定人の答案であると判断される記載のある答案は無効答案として零点となります。

明治大学法曹会 司法試験予備試験答案練習会

講師：弁護士 星野拓哉

質問：tak.hoshino.39@gmail.com

2025.2.23実施 答案練習会 刑法I

刑法
I
3
頁

刑法
I
4
頁

45

46

47

48

49

50

51

52

53

54

55

56

57

58

59

60

61

62

63

64

65

66

67

68

69

70

71

72

73

74

75

76

77

78

79

80

81

82

83

84

85

86

87

88

参考答案
〔刑法 I 〕

1 甲が、Cの脇腹を特殊警棒で殴打した行為に傷害罪(204条)が成立しないか。

2(1) 「傷害」とは、人の生理的機能を侵害することをいう。

甲は、上記行為により、Cに全治1か月を要する肋骨骨折の怪我を負わせて、人の生理的機能を侵害しており、「傷害」したといえる。

したがって、甲の行為は傷害罪の客観的構成要件に該当する。

(2) また、甲には構成要件の故意(38条1項)も認められる。

(3) よって、上記行為は傷害罪の構成要件に該当する。

3 次に、甲の行為は、Cに対する反撃として行われているため、正当防衛(36条1項)が成立し、違法性が阻却されないか。

Cは、甲を友人であるDと勘違いして驚かせるつもりで、甲の前に立ちふさがったのであり、客観的に法益の侵害が切迫しているわけではないから、「急迫不正の侵害」は認められない。

したがって、正当防衛は成立せず、違法性は阻却されない。

4 もっとも、甲は、自身と敵対する人物が殴りかかってくると思いい込んで上記行為に及んでいるため、責任故意が阻却されないか。

(1) 故意責任の本質は、規範に直面して反対動機を形成することが可能であったのにもかかわらず、あえて実行行為に及んだことに対する道義的非難にある。そして、違法性阻却事由を基礎づける事実を誤信している場合、行為者は規範に直面しているとはいえないから、このような場合には事実の錯誤として責任

故意が阻却される。

(2) では、本件で、甲は正当防衛を基礎づける事実を認識していたといえるか。

ア 甲は、自身と敵対する人物に襲われた場合に備えて、護身用に金属製の警棒を携帯しているのであり、侵害を予期していたといえる。このような場合であっても「急迫不正の侵害」を誤信していたといえるか。

刑法36条は、急迫不正の侵害という緊急状況の下で公的機関による法的保護を求めることが期待できないときに、侵害を排除するための私人による対抗行為を例外的に許容したものである。したがって、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、侵害を予期していたことから、直ちにこれが失われると解すべきではなく、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し、同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。

確かに甲は、襲撃に備えて警棒を携帯しており、対抗手段の準備をしている。しかし、甲は、SNS上で、これまでも何度も危害を加える旨のメッセージは受けているが、実際に危害を加えられたことはなく、今回の襲撃予告についても、発信者が誰かは分からず、日時を特定して予告をされているわ

けでもない。警棒も念のため所持していた程度であり、侵害を確実に予期していたわけではない。

また、襲撃場所を予告されていたわけではないから、甲が事件現場となった路地を避けることはできなかつたし、当該路地は人気のない場所であり、警察などに助けを求めることもできなかつた。

さらに、甲は逆上しているもの、積極的に相手方に加害行為をする意思までがあつたわけではない。

これらの事情を考慮すれば、36条の趣旨に照らし許容されないとはいえず、甲は、急迫不正の侵害を誤信していたといえる。

イ 次に、甲は危険を感じるとともに逆上してCに対し反撃している。そこで、甲は「防衛するため」にした行為と誤信していないのではないか。防衛の意思の要否及びその内容が問題となる。

この点について、「防衛するため」という文言から、防衛の意思は必要である。そして、正当防衛は、緊急状態において本能的に行われるものであるから、その内容としては、急迫不正の侵害を認識しつつこれを避けようとする単純な心理状態で足りる。

本件では、甲は、反撃の際に逆上しているものの、敵対する人物が殴りかかってくるものと思ひ込んで、危険を感じて

反撃に出ており、専ら攻撃の意思で行つたわけではない。

したがって、甲の主観を基準に考えれば、急迫不正の侵害を認識しつつこれを避けようとする単純な心理状態は認められるから、甲は、「防衛するため」にした行為と誤信している。

ウ もっとも、甲は、Cが素手で殴りかかってくると思ひ込んでいるが、これに対して金属製の特殊警棒という殺傷能力もある危険な武器を用いて反撃行為を行っている。そのため、甲の反撃行為は、必要最小限度の相当なものではなく、過剰な反撃行為といえる。そして、甲は、自身が金属製の警棒で反撃していることを認識しているから、過剰な反撃行為であることも認識している。

したがって、甲の主観に基づき判断したとしても、反撃行為の相当性を欠き、「やむを得ずにした行為」と誤信してはいえない。

エ そうすると、甲の主観を基準にしても正当防衛は成立せず、甲が違法性阻却事由を基礎づける事実を誤信していたとは認められない。

ウ よって、甲には責任故意が認められ、責任は阻却されず、上記行為に傷害罪が成立する。

5 そうだとしても、甲について、36条2項の刑の任意的減免が認められないか。

この点について、36条2項による刑の任意的減免の根拠は、

急迫不正の侵害を受け、恐怖、驚愕、興奮という心理的動揺の中で行われた反撃行為であるため責任が減少することになるところ、かかる根拠は、急迫不正の侵害を誤信した場合にも妥当する。そこで急迫不正の侵害を誤信した場合にも、同項が準用される。

6 以上より、甲の行為には傷害罪が成立するが、36条2項が準用され、刑が任意的に減免される。

以上

2025年2月23日

担当：弁護士 星野 拓哉

刑法 I 解説レジュメ

第 1 総論

本問は、典型的な誤想過剰防衛の事案である。受験生としては誤想過剰防衛の処理は確実に習得しておかなければならないものであるが、今回は、刑法 1 回目であるため、刑法総論・各論の基本的な型が身についているかを確認するため、出題した。

第 2 刑法の処理手順の大枠

1 刑法の出題

刑法の出題は、事案をもとに、行為者の罪責を論じるという極めてシンプルなものである。それゆえに、答案の型もシンプルであり、何をどの順番で検討していくかという処理手順も固まりやすい。

刑法の学習を進めていく際には、早めに答案の型を身に着け、答案のどの部分で論じるべき論点なのかという観点で行うと、効率よく得点に繋がっていくのでオススメである。

2 刑法の処理のファーストステップ

犯罪は行為に対して成立するものであるから、まず行うべきことは、犯罪になりそうな行為をピックアップすることである。初めは、どの行為を論じればいいのか悩むかもしれないが、問題演習を重ね、刑法に慣れてくれば、どの行為を論じればいいのかで悩むことは少なくなる。

3 刑法総論の処理

(1) 刑法総論の処理において必ず守らなければならないものは、刑法の体系に沿って論じていくことである。

刑法は、構成要件→違法性→責任という体系が（少なくとも司法試験においては）確立しているため、この順に沿って論じていくことが必須である。答案では、体系上のどの部分を論じているのかわかるようにするべきである。刑法において、体系が間違っている

と捉えられると大幅減点に繋がるので注意してほしい。

(2) 構成要件

まずは、実行行為と結果に着目した上で、その間の因果関係について検討する。もちろん、因果関係が明らかな場合に大展開する必要はないが、介在事情がある場合など因果関係が切れそうな事情がある場合にはしっかりと論じる必要がある。

因果関係まで認められて、客観的構成要件該当性が認定出来たら、(構成要件的) 故意を認定する。故意は結果発生認識・認容のことである。錯誤論などはこの部分で論じることになる。

(3) 違法性

構成要件該当性が認められたら、次に違法性の検討をする。逆に、構成要件該当性を認定していないのに、違法性の検討をすることは良くない。明らか違法性の検討をしてほしいような出題であっても、すぐに論点に飛びつくのではなく、体系の順序に沿って論じていかなければならない。

違法性が問題となる場面は多くはなく、正当防衛や緊急避難が主な出題内容となる(その他には被害者の承諾など)。

論じる際には、例えば「正当防衛が認められ違法性が阻却されないか」のように問題提起すると、体系が分かっていることをアピールできる。

(4) 責任

構成要件該当性が認められ、違法性阻却事由もないとなったら、次に責任を検討する。責任も問題となる場面は多くなく、今回の出題のように責任故意(誤想防衛関係)か原因において自由な行為くらいである。

(5) 刑法総論の答案の型

以上を踏まえると、刑法総論の答案の型は自然と以下のとおりになる。

- 1 甲の●●という行為に、▲▲罪が成立するか。
 - (1) 構成要件の検討
 - (2) 違法性の検討
 - (3) 責任の検討
 - (4) したがって、上記行為には▲▲罪が成立する。
- 2 よって、甲は、▲▲罪の罪責を負う。

今回作成した答案が、上記の様な流れで書かれているか、まずは確認してほしい。

4 刑法各論の処理

- (1) 刑法各論が問題となる場面では、条文に書かれている構成要件（または解釈から導かれる構成要件）をすべて満たしているかを検討していくことになる。

したがって、学習の際には、犯罪ごとに構成要件とその解釈をpushさえていくことになる。

答案を書く際にも、構成要件の提示→解釈→あてはめを、漏れなく繰り返していくことになる。

- (2) 刑法各論の答案の型

そうすると、刑法各論の答案の型は以下のとおりになる。

- 1 甲の●●という行為に、▲▲罪が成立するか。
 - (1) 構成要件 1
 - ア 「■■」は・・・をいう。
 - イ 本件では、～～であり、・・・にあたる。
 - ウ したがって、「■■」が認められる。
 - (2) 構成要件 2
 - (3) 構成要件 3
 - (4) したがって、上記行為に、▲▲罪が成立する。
- 2 よって、甲は、▲▲罪の罪責を負う。

今回の出題で言えば、きちんと「傷害」の解釈を示し、あてはめができているかを確認してほしい。

5 共犯について

今回は、初回の刑法ということで共犯については問わなかったため、共犯についての解説はしない。もっとも、刑法において共犯は毎年のように出題される最重要論点であり、これから予備試験、司法試験と受けていく中で、共犯が一度も問われないということはおおよそ想定できない。共犯は、論点の数も多めであるため、しっかりと学習しておいてほしい。

第 3 本問の解説

1 総論

(1) 本問は、襲われたと勘違いをした甲が過剰な反撃にでたという誤想過剰防衛の事案である。

通説的な処理によれば、違法性阻却事由を基礎づける事実を誤認していた場合、事実の錯誤として責任故意が阻却されることになる。このように誤想防衛は責任の次元の話であるため、問題文を読んで一見して明らかに誤想防衛の話であったとしても、いきなり飛びつくのではなく、先に構成要件と違法性の話をしなければならないことに注意が必要である。

(2) 違法性阻却事由（正当防衛）を基礎づける事実を誤認していたかどうかの判断は、行為者の主観をもとしたときに、正当防衛が成立するかどうかを検討すればよい。

その際、行為者が過剰性の認識をしているかどうかで処理が分かれる。過剰性の認識がない場合には責任故意が阻却される（その後、過失犯の検討）が、過剰性の認識がある場合には責任故意は阻却されず、故意犯が成立する。試験的には、過剰性の認識があるパターンが多いのではないかと思われる。

(3) 誤想过剰防衛の問題はここで終わりではなく、責任故意が阻却さ

れないとして、刑法 36 条 2 項 (過剰防衛) の準用ができるかどうか
が問題となる。この点についても色々な説があるが、過剰防衛に
おける刑の減免根拠を責任減少説と考えた上で、準用を肯定する処
理が試験的には正解 (簡単) であろう。

2 構成要件

処理の流れに沿って、若干の解説を加える。構成要件レベルについ
ては、傷害罪における「傷害」の定義を示して、当てはめができてい
るかどうか重要である。

今回は当然のように傷害罪の構成要件に該当するため、三段論法で
論述する必要まではないかもしれない。その場合には、「甲は、上記行
為により、C に全治 1 か月を要する肋骨骨折の怪我を負わせて、人の
生理的機能を侵害しており、「傷害」したといえる」とだけ論述するこ
とになる。

3 違法性

誤想過剰防衛の検討に入る前には、まずは正当防衛が成立するかど
うかを検討しなければならない。もっとも「急迫不正の侵害」がない
ことは明らかであるから、一言検討すればよい。

4 責任

(1) ここまで来て、誤想過剰防衛の検討をする。上記のとおり、甲の
認識をもとにしたときに、正当防衛が成立するかどうかを検討して
いく。正当防衛の要件は「急迫不正の侵害」「防衛するために」「や
むを得ずにした行為」である。

(2) 「急迫不正の侵害」の検討

ア 本問で、「急迫不正の侵害」との関係で問題となるのは、甲が侵
害を予期していたのではないかという点である。侵害を予期して
いた以上「急迫不正の侵害」とは言えないのではないかという点
を検討する。

イ 積極的加害意思論

この点について、再決昭和 52 年 7 月 21 日は「刑法三六条が

正当防衛について侵害の急迫性を要件としているのは、予期された侵害を避けるべき義務を課する趣旨ではないから、当然又はほとんど確実に侵害が予期されたとしても、そのことからただちに侵害の急迫性が失われるわけではないと解するのが相当」である。「しかし、同条が侵害の急迫性を要件としている趣旨から考えて、単に予期された侵害を避けなかつたというにとどまらず、その機会を利用し積極的に相手に対して加害行為をする意思で侵害に臨んだときは、もはや侵害の急迫性の要件を充たさないものと解するのが相当である」と判示している。

このような従来判例により判断すれば、甲は、積極的加害意思ではないといえるので、「急迫不正の侵害」が認められる。

ウ 最決平成 29 年 4 月 26 日

近年、侵害を予期していたような事案で、新しい判例が出た。最決平成 29 年 4 月 26 日では、積極的加害意思ではなく、従来判例によつて判断すれば急迫性が認められたような事案において、下記の判断枠組みにより、急迫性を否定した。

(ア) 事案

被告人は、知人である A (当時 40 歳) から、平成 26 年 6 月 2 日午後 4 時 30 分頃、不在中の自宅 (マンション 6 階) の玄関扉を消火器で何度もたたかれ、その頃から同月 3 日午前 3 時頃までの間、十数回にわたり電話で、「今から行つたから待って。けじめとつたから。」と怒鳴られたり、仲間と共に攻撃を加えられたりするなど、身に覚えのない因縁を付けられ、立腹していた。

被告人は、自宅にいたところ、同日午前 4 時 2 分頃、A から、マンションの前に来ているから降りて来るようにと電話で呼び出されて、自宅にあった包丁 (刃体の長さ約 13.8 cm) にタオルを巻き、それをズボンの腰部右後ろに差し挟んで、自宅マンション前の路上に赴いた。

被告人を見つけた A がハンマーを持って被告人の方に駆け寄って来たが、被告人は、A に包丁を示すなどの威嚇的行動を取ることなく、歩いて A に近づき、ハンマーで殴りかかって来た A の攻撃を、腕を出し腰を引くなどして防ぎながら、包丁を取り出すと、殺意をもって、A の左側胸部を包丁で 1 回強く突き刺して殺害した。

(イ) 判断の枠組み

刑法 36 条は、急迫不正の侵害という緊急状況の下で公的機関による法的保護を求めることが期待できないときに、侵害を排除するための私人による対抗行為を例外的に許容したものである。したがって、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、侵害を予期していたことから、直ちにこれが失われると解すべきではなく（最高裁昭和 45 年（あ）第 2563 号同 46 年 11 月 16 日第三小法廷判決・刑集 25 卷 8 号 996 頁参照）、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る。具体的には、事案に応じ、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意味内容等を考慮し、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（最高裁昭和 51 年（あ）第 671 号同 52 年 7 月 21 日第一小法廷決定・刑集 31 卷 4 号 747 頁参照）など、前記のような刑法 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。

(ウ) 本問について

本問も、甲に積極的加害意思までではない事案であるため、従来

の判例からすれば、急迫性が認められる事案である。また、最決平成 29 年 4 月 26 日の判断枠組みを用いたとしても、侵害予期の程度や回避容易性の点を検討すれば、急迫性が認められるだろう。

(4) 「防衛するために」の検討

「防衛するために」の要件との関係では、防衛の意思の要否及びその内容が問題となる。

まず、要否に関しては、「防衛するために」という文言から、防衛の意思は必要であると考えるのが一般的である。その内容については、急迫不正の侵害を認識しつつこれを避けようとする単純な心理状態であり、専ら攻撃の意思で反撃をしたような場合でなければ、防衛の意思を認めてよいと考えられている。

本問では、甲は逆上してはいるものの、殴りかかってくると思いついで危険を感じて防衛行為に出ているので、甲の主観を基準にすれば、防衛の意思は問題なく認められる。

(5) 「やむを得ずにした行為」の検討

正当防衛が認められるには反撃行為が「やむを得ずにした行為」でなければならない。「やむを得ずにした行為」とは、反撃行為が相当なものであること、すなわち防衛手段として必要最小限度であることが求められる。

本問では、甲の認識からすれば、C は右手を振り上げて襲い掛かろうとしているのであるが、これに対して甲は、金属製の警棒という殺傷能力も有する危険な武器で、脇腹を 3 回も殴打しているため、必要最小限度であるとはいえず、「やむを得ずにした行為」とは認められない。

したがって、甲の認識を基準にしたとしても、正当防衛は成立せず、責任は阻却されない。

5 刑法 36 条 2 項の準用の可否

そうだとした場合、刑法 36 条 2 項を準用して、刑を任意的に減免す

ることが出来ないかを最後に検討することになる。

刑法 36 条 2 項の趣旨は、急迫不正の侵害を受け、恐怖、驚愕、興奮という心理的動揺の中で行われた反撃行為であるため責任が減少することになるという責任減少説の立場からすれば、その趣旨は、急迫不正の侵害を誤信した場合であっても当てはまるから、準用を肯定することになる。

参考文献一覧

- 1 大塚裕史・十河太朗・塩谷毅・豊田兼彦『基本刑法Ⅱ各論 第2版』
2018年 日本評論社
- 2 大塚裕史・十河太朗・塩谷毅・豊田兼彦『基本刑法Ⅰ総論 第3版』
2019年 日本評論社
- 3 大塚裕史『応用刑法Ⅰ 総論』2023年 日本評論社

2025 年 2 月 23 日 担当：弁護士 星野拓哉

最優秀答案

回答者 K.Yさん

第1 甲がCに対し警棒で殴打し、肋骨骨折を負わせた行為は傷害罪(刑法(以下略)204条)が成立するか。

1 「傷害」とは、人の生理的機能に障害を加えることをいうが、Cは肋骨骨折の怪我を負っていることから、「傷害」といえる。また、因果関係や故意(38条1項)も認められる。したがって、傷害罪の構成要件に該当する。

2 そして、Cは甲をDと勘違いし、Dを驚かせるつもりで甲の前に立ちふさがっただけであるため、急迫不正の侵害はなく、違法性阻却事由も認められない。

3 もっとも、甲はCが殴りかかってくると誤信していたことから責任故意が阻却されないか。

(1) 故意責任の本質は規範に直面して反対動機の形成が可能であったにもかかわらずあえて犯罪行為に及んだことに対する強い動義的非難にあり、かかる規範は構成要件というかたちで国民に与えられている。そうすると、急迫不正の侵害があると誤信した場合には、規範に直面し得ないため、非難は不可能であることから、責任故意は阻却される。このことから行為者の認識していた事実を基礎として正当防衛(36条1項)が成立するかを判断し、正当防衛が成立する場合には、責任故意が阻却されると解する。

(2) ア36条の趣旨は、急迫不正の侵害という緊急状況の下で公的機関による法的保護を求めることが期待できないときに私人による対抗行為を例外的に許容したものである。このことから、「急迫」性の判断は行為全般の状況から緊急状況下で公的機関による法的保護を求めることが期待できないかどうかにより判断する。

本件についてみると、確かにZというアカウントから襲撃する旨のメッセージが届いており、侵害を予期していたといえるように思える。しかし、Zというアカウントが誰なのかについて全く心当たりがなく、これまでも脅迫等のメッセージが数多く届いても実際に危害を加えられたことはなかった。そうすると、現実に襲撃されるか定かではなく侵害を予期していたとはいえない。また、「夜道には気を付けろ」という場所に関して抽象的なメッセージであることから、侵害場所にわざわざ向かって行ったわけでもない。さらに、甲は護身用に金属性の警棒を携帯していたが、念のためであり、積極的加害意志を有していたわけではない。これらのことから「急迫」性が認められる。

そして、甲の認識していた事実を基礎とすると、突然Cが物陰から飛び出て、右手を振り上げて殴りかかってくるものであるから、「急迫不正の侵害」が認められる。

イ「防衛するため」とは、違法性阻却の根拠が行為が社会的に相当であることから防衛の意思があることをいう。甲はCが殴りかかってくると認識して身の危険を感じてそれを回避しようとしている。逆上しているが、このような感情も防衛の意思と併存するものであり、専ら攻撃の意思があったものではない。これらのことから防衛の意思が認められ、「防衛するため」といえる。

ウ「やむを得ずした行為」とは防衛行為が必要最小限度であることをいう。

本件について見るとCが素手であるのに対して甲は金属製の警棒を用いて対抗しており、武器を使用している。また、Cの脇腹部分を3回殴打するものであり、金属製の警棒を用いれば、脇腹部分を1回殴打するだけでも侵害を防ぐのに十分効果的であるといえる。したがって、甲の行為は相当性を欠いており、必要最小限度のものであるとはいえない。

I 以上から、甲の行為は過剰防衛(36条2項)となる。

(3) 過剰性の認識があれば規範に直面しており、非難できることから、受任故意は阻却されない。もっとも36条2項の減免の根拠は責任減少にあるので、急迫不正の侵害を誤信している場合にも責任減少の根拠は妥当する。したがって、誤想過剰防衛の場合にも36条2項が準用される。

第2 以上から甲には、傷害罪が成立し、36条2項が準用され、任意的に減免される。

以上

