令７－６肢５

第１．肢の結論

誤っている

第２．正当防衛において相手方に重大な被害を与えた場合の取扱い（やむを得ずにした行為の解釈）

１．問題の所在

相手方による（急迫不正）の侵害に対して（自己又は他人の権利を防衛する）ため反撃した。その際，侵害から予想された被害より大きな被害を相手に与えてしまった。

この場合，正当防衛（３６条１項）が成立するか。「やむを得ずにした行為」といえるか。それとも，防衛の程度を越えた行為として過剰防衛（３６条２項）となるか問題となる。

２．結論および理由

（１）結論

「やむを得ずにした行為」にあたるには，行為が相当なものであれば足り，結果が相当であることまでは不要である。したがって，予想された被害より大きい被害を相手に与えても，行為が相当なものであれば，「やむを得ずにした行為」として，正当防衛が成立し得る。

よって，正当防衛が成立しうることはないとする肢は誤り。

（２）理由

確かに，侵害から予想された行為よりも，大きい被害を相手方に与えた場合，正当防衛を成立させて防衛者を保護するのは行き過ぎという側面はある。

違法性阻却事由として正当防衛が成立させて保護するのは，問題がある。

そこで，正当防衛の成立の余地は否定し，あくまでも過剰防衛の問題として処理をすべきと思える。

しかし，不都合である。仮に，大きい被害を与えたとしても，相手は侵害行為をしている。

重大な結果をもって防衛者と処罰するのも不当な場合がある。例えば，侵害者が，手で殴ってきたのに対し，手で殴り返して，運悪く転倒して，死の結果が発生したよう場合。

このようなときに，一切，防衛者を保護しないのも問題である。予想される侵害行為よりも大きい被害を与えたとしても，防衛者を保護するケースを認める必要がある。

そこで，正当防衛の「やむを得ずにした行為」は，あくまで，正対不正において，社会的相当行為であれば，違法性を阻却するとした趣旨である。その結果，行為の相当性があれば，防衛者の行為は社会的相当であり「やむを得ずにした行為」にあたると考える。よって，２（１）に示した通り正当防衛は成立し得る。

なお，緊急避難（３７条１項）は，正対正の問題であるので，法益均衡が要求される。

利益状況が正当防衛と緊急避難で異なる。したがって，何をもって社会的相当性があるかの判断も異なってよいと考える。

以上