令３－２０肢ウ

第１　肢の結論

誤っている

第２　乙が甲の胸部を拳で強打した行為に正当防衛，過剰防衛が成立するか。

（自招防衛の取扱い）

１．問題の所在

乙は，甲の胸部を拳で数回強打している。その後，丙も暴行を加えており，どちらの原因不明であるが，甲に傷害を負わせている。乙は，傷害罪（２０４条，２０７条）の構成要件に該当する。もっとも，乙は，甲に拳で殴りかけられており「不正の侵害」，それに対する，自分の身体を守るため，防衛行為として「自己の権利を防衛するため」，「やむを得ず」，拳で数回殴っている。そのため，拳対拳ということで，相当性があるので，正当防衛（３６条１項），もしくは，数回にわたっているので，相当性を欠くとして，過剰防衛（３６条２項）が成立しそうである。ただ，甲の不正の行為は，乙に因縁を付けられ口論したからであり，乙が原因を作っている。この場合，防衛者が，自ら原因を作ったという意味で，いわゆる自招防衛と考えられるが，この場合には，どのように取扱うべきか問題となる。

２．結論および理由

（１）結論

自招防衛については，実質的に，社会的相当性が認められるか否かで，判断すべきである。社会的相当性が認められれば，自招防衛であっても，特段考慮すべき事由にあたらず，正当防衛，過剰防衛が成立し得る。よって，成立することはないとする，肢は誤り。

（２）理由

確かに，乙は，自ら相手方の不正行為の原因を作っており，そのこと自体が，社会的に不相当である。古くは「喧嘩両成敗」ということもあうように，自ら招いた行為そのものが，相当性を欠くとして，正当防衛，過剰防衛の成立する余地はないとも思える。

しかし，不都合である。原因を作ったとしても，予想外に，相手が過剰反応して行動してくる場合もある。このような時に，原因を作ったからといって，防衛を一切認めないとすることは，形式的すぎて疑問である。正当防衛，過剰防衛の法的性質は，違法性阻却，違法性減少（責任減少）と，実質的に検討すべきものである以上，個別具体的に，適用の余地を認める必要がある。そして，本件の場合，確かに，乙は，甲に因縁を付けているが，いまだ口論の段階である。客観的に手を加えていない。口だけの相手に先に手を上げた甲の行為は，社会的相当性を欠くと判断される余地がある。その場合，乙の反撃行為は，全体として，社会的相当性があると判断させることもありうる。よって，結論通り，正当防衛，過剰防衛は，成立する余地はあると考える。

以上