

法学部第三・四学期 刑法第一部 2S シケプリ

With 樋口 亮介 教授



はじめに

- このシケプリは、法学部第三・四学期に開講される樋口教授の「刑法第一部」のシケプリになります。必修科目である刑法第一部を、なるべく簡潔にわかりやすくまとめたものになります。
- こちらの都合上、Sセメスターのみのシケプリになります。申し訳ありませんが、Aセメスターについては、ご自分で勉強なさるようお願いします。
- 教授は3人体制で毎年ローテーションしているという話ですので、教授の間違いないようご注意ください。
- これはシケタイ制度とは全く関係ないシケプリです。個人作成です。
- 誤字や脱字、内容に間違いがある場合がありますが、スルーしてください。それでの落単などについては責任を負いません。あくまで自己責任で使用してください。
- 判例などは趣旨に沿ってあまり参照していません。重要判例についてはご自身でレジュメを確認して参照するようにしてください。

授業のお品書き

回数	内容
1	イントロ
2	過失犯
3	危険の予見可能性・危険比例性
4	過失犯の因果関係
5	結果回避可能性
6	過失犯のケーススタディ
7	故意作為犯の因果関係論
8	錯誤・未必の故意
9	未必の故意・被害者の同意
10	正当防衛
11	誤想防衛・自招防衛・過剰防衛
12	正当防衛のケーススタディ
13	緊急避難・違法性阻却事由

以上から、このシケプリではテーマを大きく 6 つに絞ります。

- 刑法の基本的な枠組み
- 過失犯
- 故意作為犯
- 錯誤論
- 一般的違法性阻却事由
- 正当防衛・過剰防衛・誤想防衛

この授業の試み（最後の授業から）

- 判例は現在の日本に妥当しているルールの総体である。そのため、「今どうなっているのか」「問題解決の基準はどこにあるのか」を判例ベースで効率よく説明。
- 日本の判例の文言は多義的で理解しづらいものが少なくない（なぜそのような言葉が選ばれたかを知ることは必須。したがって、「なぜそうなったのか」を沿革から理解。
- 「これからどうするべきか」について、沿革・現状と外国法を踏まえて提案。十分な知識の上に、1つの政策選択を提示することを目指す。

シンプルではあるが、実際の事件処理に使用する刑事法は多岐にわたり、全体を覆う作業の労力は膨大である。この講義では扱った内容はほんの一部であり、深く考察できているのはその中でもごく一部であると言える。

試験について

- 試験時間は 120 分。例年だと大問 2 つで 100 点満点。

- 過去には事例問題も出ていたようだが、教授ご自身の意向により 2018 年度は事例問題を出さないことを初めから宣言していた。
 - 差当りの無難な理解で満点が取れてしまう事例問題ではなく、その理解の上で無難な理解の問題点を突き詰め、適切な理解を考えることが講義の意義であって、トップリーダー育成のための講義らしい。
- 2018 年は以上を踏まえてか、2 つのテーマから 1 つを選んで論じる問題（義務内容確定プロセス or 責任能力）と、問題のある条文を改文しその説明をさせる問題であった。
- あまり判例を覚えるという勉強法ではなく、理論の枠組みや問題点について理解するのが望ましいと思われる（もちろん重要判例を知っておくことも大事）。

TABLE OF CONTENTS

はじめに	1
授業のお書き	1
この授業の試み（最後の授業から）	2
試験について	2
刑法の基本的な枠組み	4
構成要件（Tb）	4
客観的構成要件	5
主観的構成要件	5
違法性（Rw）	6
責任（s）	6
犯罪の成立要件の全体像まとめ	6
過失犯	7
義務内容確定プロセス	7
注意義務の前提事実	8
注意義務の内容	9
注意義務違反行為	9
結果に至る因果関係	9
過失犯まとめ	9
故意犯	10
故意犯の客観的構成要件における話	10
故意犯の因果関係	11
客観的構成要件の故意犯まとめ	12
故意犯の主観的構成要件における話	12
確定的故意	12
未必の故意	12
主観的構成要件の故意犯まとめ	12
錯誤論	13

具体的事実の錯誤	13
客体の錯誤	13
方法の錯誤	13
因果関係の錯誤	14
抽象的事実の錯誤	14
主観と客観が重なり合う場合の錯誤	14
一般的違法性阻却事由	14
法益の欠缺	15
優越利益原則	15
社会的相当性	15
(参考) 可罰的違法性	15
被害者の同意について	15
法益の処分権	16
同意能力	16
同意の時期・方法	16
同意の有効性	17
正当防衛・過剰防衛・誤想防衛	17
正当防衛の要件表	17
攻撃の現在・継続	17
平成 29 年の総合考察	18
防衛の意思	18
相当性	18
制限法理	18
36 条 1 項・2 項の対比	19
防衛対象	19
判例の状況	19
全体処理	20
正当防衛まとめ！	20
誤想防衛について	21

刑法の基本的な枠組み

犯罪論は、犯罪の成立する条件（要件）を扱うもので、全ての犯罪に共通する問題を扱うのが総論。ここの犯罪が成立するための要件を扱うのは各論となる。

基本的な整理としては、構成要件・違法性・責任に分類して理解される。

構成要件（TB）

構成要件とは犯罪が成立するための一般的な要件のこと。「人を殺した」とか「物を盗んだ」とか色々あると思うけど、それぞれが構成要件に該当する。構成要件は客観的構成要件と主観的構成要件に分かれる。Tb はドイツ語の Tatbestand から来ている。

客観的構成要件

まず、客観的構成要件の方であるが、こちらは実行行為・結果・因果関係から構成される要件である。

実行行為

実行行為とは、文字通り「何をしたか」である。例えば、交通事故であれば左右を見ずに発進したことが、保護責任者遺棄罪であれば保護者という身分で子供の世話をちゃんとしなかった不作為が、この実行行為に該当する。単にやったことではなくて、犯罪になるであろう具体的行為を指す。注意すべきは、ここの交通事故の例のように作為による実行行為もあれば、保護責任者遺棄のように不作為（やるべきことをやらないこと）が実行行為とされることがあること。

結果

結果は実行行為がされた結果どんなことが起きたかを具体的に描写するパートである。先ほどの例であれば、左右をちゃんと見ないで車を発進させたことによって歩行者とぶつかって全治3ヶ月の怪我を追わせた、などなど。実際の侵害や危険にどのようなものがあったのかを記述する。

因果関係

因果関係は単純に実行行為と結果との間に繋がりがあるのかをチェックするパート。もし、因果関係がないのであれば、罪に問えない。ここでは、①結果の回避可能性②危険の現実について見ていく。①は、「もしその実行行為が起きていなければ結果は回避できたか」という可能性を検討していく。交通事故の例でいうと、左右を確認して発進していれば本当にその事故は防げたのかについてチェックする。それでも防げないのであれば、減刑などの処置がされることになる。②は、逆に「実行行為を行うことによって起こる危険が現実化したのか」について確認していく。

主観的構成要件

主観的構成要件は、故意と主観的超過要素について見ていく。主観的超過要素は各論での議論なのでカットして、ここでは故意について見ていく。

故意

故意は簡単で、「構成要件に該当する事実を認識・認容していたのか」をチェックする。例を挙げると、銃で人を撃って現金を奪おうと考える人がいるとしよう。あくまで目的は現金を奪うことであるが、銃を人に撃つということはかなり危険であって人が死んでしまうかもしれない。でも、「別にそうならでもいいや」と思って犯行に及んだ場合は、故意が取れる

（未必の故意）。もちろん「あいつウゼーから絶対に殺してやる！」と思って殺害する場合は故意が取れる（確定的故意）。故意は故意犯のところでも触れる。

違法性（RW）

違法性は、刑罰を科す根拠になる害悪のこと。しかし、構成要件に該当する行為があれば、多くは違法性まで合わせて認定されるので、問題になることが少ない。逆に、特別な事情があった際に違法性が落ちることがあり、そちらを検討することの方が多い。これを違法性阻却事由という。具体的にはたくさんあるけれど、あとに出てくる一般的違法性阻却のところで詳しく見ていく。Rw は、ドイツ語の *Rechtswidrigkeit* から来ている。

責任（S）

責任は、刑罰を科す根拠になる犯人に対する非難のことを指す。こちらも大体の場合認められるが、犯人の個別的事情によって責任が落ちることがある。責任能力や、違法性への意識の可能性（正当防衛だと思っていたけど勘違いだった責任故意のケースなど）、期待可能性が挙げられる。これは 2A のはじめでやったのでそっちを確認してください。S は、ドイツ語の *Schuld* から来ている。

犯罪の成立要件の全体像まとめ

比較的多くの学説で理解されている枠組みを紹介してきたが、ここで一度まとめてみる。

1. 構成要件 (Tb)
 - a. 客観的構成要件
 - i. 実行行為
 1. 作為
 2. 不作為：保障人的地位
 - ii. 結果：侵害・危険
 - iii. 因果関係
 1. 結果回避可能性
 2. 危険の現実
 - b. 主観的構成要件
 - i. 故意
 - ii. 主観的超過要素
2. 違法性 (Rw)
 - a. 法令行為
 - b. 正当行為
 - c. 正当防衛
 - d. 緊急避難
 - e. 被害者の同意
3. 責任 (S)
 - a. 責任故意
 - b. 責任能力
 - c. 違法性の意識の可能性
 - d. 期待可能性

過失犯

過失犯についても、従来の学説に従って故意犯の構成要件とパラレルに理解し、危険性を帯びた実行行為・結果と、それらに対する予見可能性、という枠組みが有力であった。つまり、過失犯と故意犯は“似た者同士”ということでまとめて理解されていた。しかし、近時の最高裁の態度はこれとは異なっているのだと、樋口さんは主張。

義務内容確定プロセス

最高裁はどうやら過失犯について、注意義務の内容を設定するプロセスと、当該義務に対する違反行為から結果が生じたという2点に分け、義務内容確定プロセスにあたっては、危険状況を記述して当該危険に対する予見可能性を問題にする、という理解が採用されているようだ、と樋口さんは分析。

具体的には、「（義務内容）という業務上の注意義務があったのに、それを怠り（実行行為）により、（結果）を生じさせた。これには予見可能性があったといえ、犯罪成立」といった流れになる。非常にシンプルなやり方（だと思う）。

過失犯の判断枠組みを分解すると4つに分かれる。つまり、①注意義務の前提事実、②注意義務の内容、③注意義務違反行為、④結果に至る因果関係である。

注意義務の前提事実

まず、注意義務の内容を確定する前の段階で、その根拠となる前提事実を抽出しておく必要がある。どこから抽出するかというと検察官の公訴事実から。公訴事実では、その事件の状況や原因のような「生の事象」が書かれてあるので、裁判官や弁護士はそこから「何を拾い/捨象し、どこまで抽象化させるか」などを模索することになる。そうして、前提事実を構成していく。

前提事実で注意するのは、①注意義務の帰属主体、②注意義務設定時点での危険の内実＋当該危険に対する予見可能性、③比例性の評価に関わる事情である。

注意義務の帰属主体

当たり前であるが、帰属主体を明確にしておく必要がある。多くの事件は複数人が犯行に負担することだってあるし、その場合「誰にどんな義務内容を課せるか」が大事になってくる（これによって罪の重さが変わってくるからね）。

注意義務設定時点での危険の内実

また、義務内容の設定のタイミングだって重要。

例えば、大きな花火大会があると人がごった返してしまうよね。で、実際に橋の上で雑踏事故が起きてしまった事件があった。この時裁判所は、花火大会がピークの午後8時の時点で警備員をちゃんと橋において交通整理をすることが義務内容としているけど、どうだろうか。警備員をおいてもカオスなのには変わりがないのではなかろうか。したがって、ここではそもそも花火大会が始まる前に橋を通行止めにする必要があったという義務内容が正しそう。

こんな風に、ちゃんと義務内容の設定時点を前提事実のところで適切に考えないと、危険の内容だって変わってしまうし、当然に義務内容も変わってしまう。

比例性の評価

では、どこまで義務内容としていいのかが問題となるのではなかろうか。

例えば、駐車場から歩道を横切って車道に出ようとする際に前方不注意で高齢者にぶつかってしまったケースを考えよう。この場合に、あらゆるものが飛び出すことを想定してしっかり一時停止して前をしっかりと見て左右もしっかり見て.....といろんなことに義務内容を設定できそうだけど、なんかかわいそうだしこんなのだと誰も事故を起こすのが怖いから自動車に乗らなくなるかもしれないね。ちょっと歩行者と接触してしまうようなことはよくあるこ

とであって、これにいちいち過大な義務を課しては、生きづらい世の中になってしまう。

ここでわかるのは、憲法でいうような萎縮効果（chilling effect）にも注意しつつ、危険の重大さと比例する形で義務内容を設定しないといけないね。

だから、逆にフグ毒事件という事件ではフグの肝は食べると危ないからということで、そもそも提供することを禁止した。フグ毒の危険性に比例する形で「全面禁止」という重い義務を課したんだ。

注意義務の内容

危険の内実を照らして、危険比例性の視点から吟味していくよ。

色々検討要素はあるけれども、一番大事なのは「危険比例性」。危険の重大性を考えつつ義務内容を確定させていく必要があることはさっき言ったよね。

注意義務違反行為

ここでは、義務内容から被告人の措置を評価する。「こういう義務があったのに、それを怠ってこんなことをしちゃった」という形で記述することが多い。

結果に至る因果関係

で、最後に義務違反行為と結果との間に因果関係があるかを検討する。ここは、さっきの枠組みを同じで、①結果回避可能性と②危険の内実をチェックしていくよ。

過失犯まとめ

ということで最後に表にまとめて過失犯はおしまいにするよ。

1. 注意義務の前提事実
 - a. 注意義務の帰属主体根拠
 - b. 義務内容設定時点の危険の内実 + 当該危険に対する予見可能性（1つの事案で危険の内実は複数の形で把握しうる）
 - c. 比例性の評価に関わる事情
2. 義務内容の内容
 - a. 有効性
 - b. 有効度の重要性
 - c. 履行可能性
 - d. 負担の過大さ
 - e. 友好は措置が複数ある場合の負担の比較
3. 注意義務違反行為
4. 結果に至る因果関係
 - a. 結果回避可能性
 - b. 危険の実現

故意犯

大枠はさっきの図の通り。最初の図になる。

過失犯と故意犯はパラレルと言われていたけれどそうじゃない。それは理論の枠組みを見ればわかるよね。

故意犯の客観的構成要件における話

じゃあ、客観的に過失犯と故意犯は何が違うのであろうか。それは1つに時間的連続性がある。過失犯であればシエスパ事件のように事故ってからなぜ起きたんだという話になり、何年も前からいい加減な管理が行われていたままたま今回不幸が重なって事故になったという場合もある。しかし、故意犯であればまず時間的に犯意が連続していることは間違いないであろう。「あいつを殺したい」と思って、犯行計画を立て始めてから実際の犯行に及ぶまでであれば、たとえ途中で「やっぱりやめようかな」と思ったとしても犯意が継続しているものとみなうことができる。

範囲の続いている実行行為の判定については、遡って行われる。例えば、夫を殺したいと思った妻が、まずクロロホルムで気絶させて、車ごと海に落として溺死させようという計画を立てて実行したが、クロロホルムを嗅がせた段階で死んでいたというケースでは、クロロホルムは気絶の手段であって、その時点では殺人の故意はないという要求は通らない。海に落とす実行行為から遡って、クロロホルムを嗅がせた段階、犯行計画を立てた段階まで故意が取れることになるので、故意ありとの判定になる。連続性の議論はこの例を見るだけでも大事さがわかるかと思う。

もちろん、過失と故意がコラボすることはある。有名判例の「熊うち事件」は、熊だと思って撃ったら連れで、まだ意識があるから楽にさせてあげようと（隠蔽も込めて）もう一発撃ったという事件である。この場合、一発目が過失、二発目が故意であるが、この際過失犯なのか故意犯なのかの判定は、どちらが致命傷であったかを考えれば良い。今回は一発目が明らかに致命傷なので過失犯止まりであると判断された。

故意犯の因果関係

さて、ここでは構成要件の因果関係についてもう少し見ていくことにする。因果関係は先ほども言ったが、行為と結果がつながっているかを判断するものである。

従来であれば、①条件関係、②相当因果関係が議論されていた。

条件関係

条件関係とは、実際に行為と結果がつながっているかを判断することである。この際に「あればなし」という判断公式が使われていた。しかし、これでは因果関係が不当に否定されるケースがあるので、樋口さんとしては良くないという判断を下している。単純に「あれがあったからこれがあった」という判断を行えばいいのではないかと考えられているらしい。

相当因果関係

相当因果関係とは、①行為者の行為時点における状況から見て、②結果が発生することが予見できるか、という判断枠組みである。例えば、犯罪者の母親は、犯罪者をこの世に産み落としたということで罪となるのかというと、産んだ段階では息子が犯罪者になることなど夢にも思っていなかったのであり、ここに責任を問えず相当因果関係が否定される。

判断規定について、①行為時点までに存在すること全事情を前提にする客観説と、②行為時点で一般人に予見できる事情や行為者が特に認識している事情だけを前提にする折衷説が争われていた。

客観説の代表例は、「老女布団蒸し事件」。強盗が見つかって黙らせるために、おばあちゃん布団でぐるぐる巻きにしたところ、心臓病持ちだったため死んでしまったという事件。普通は布団ぐるぐる巻きくらいでは人は死なないのであって、持病を持ったからこそその犯人にとって不幸な事件だった。この事件では客観説で殺人罪とした（なお、結果的加重犯の扱い）。

判例は、客観説・折衷説の両方を採用しており、どちらが正しいということはない。

現在の標準的な理解

現在では、過失犯で発展を見せた危険の実現という判断を過失犯でも行うようになってきている。①危険の把握方法、②危険の実現過程の判断方法がとられており、実務的には一緒に行われていることが多い。

また、事実的因果関係（実行行為が現に結果をもたらしたという事実関係）、結果回避可能性（実行行為がなかったら結果は回避できたかという結果回避可能性）、法的因果関係（実行行為と結果の間について法的に責任を問えるほどの関係性があるか）、という判断も行われているらしい。が、ここら辺は流す程度で大丈夫でしょう。

客観的構成要件の故意犯まとめ

危険実現という判断基準が定着しているものの、実際の事案分析でどれほど有用かはやや怪しい。故意犯は結局、「実行行為の延長として結果が生じたか」を感覚的に判断している状態。

とりあえず、因果関係が否定される場合として、稀な介入事情が決定的に作用している場合には、直接的にも間接的にも危険実現していない、と説明すれば無難だろう。

故意犯の主観的構成要件における話

今度は主観面を考えていこう。主観的構成要件には、故意という話が専ら議論になる。前も触れたけど、故意の種類として確定的故意と未必の故意がある。

確定的故意

確実に故意が取れるやつ。完璧にアウトなやつです。「あいつマジで消えて欲しいから、殺したろ」みたいな感じで思っていて、実際に殺害して場合はこの故意になります。もっと学問っぽくいうと、やることが犯罪であるということがわかっていて（認識）、積極的にやろうという意図があることを指します。こちらの場合は、故意ではなかったとはさすがに主張出来ないのではないかなあ。

未必の故意

こちらは、文字面からはスッと理解できないかも。これは、「お金欲しいなあ.....お、あの人は弱そうだし奪えるかも！でも抵抗されたらどうしよう.....まあ、その時は殺してもいいや」みたいな感じ。「こうなってしまうかも.....でもまあいっか」という感じでイメージされると思う。こちらの場合は、意図がないパターン（認識はないとされていたがあってもいい気がするけどどうでしょう。悪いことはしているとわかっているのですからね。）。

主観的構成要件の故意犯まとめ

非難に値する心理的態度という点からすると、結局はどれくらい犯罪がありうると思っていたのかという認識面を問題にしつつ、犯罪が実現しても構わないという認容態度も含めた線引きを決断するしかないと言われる。

ちなみに「認識」と「認容」の違いだけど、「認識」は英語で言うところの Recognition、「認容」は Acceptance です。伝わるかな？

錯誤論

犯罪には、ときに考えていること（主観）と実際の状況（客観）が食い違っている結果発生してしまうものがある。

例えば、カップルがいちゃついているところを外国人男性が「女性が襲われている！」と誤解して、女性を助ける目的でその男に回し蹴りをした結果、死なせてしまったなどがこれに当たる（もっとも、このケースでは女性がふざけて「ヘルプミー」などと言ったことも問題だと思うが）。主観面では正当防衛のつもりが、客観的には単なる殺人罪と言うケースはありうるだろう。錯誤論ではこういった事件を扱い、果たして故意が落ちるのであるかどうかということについて検討する。

代表的なものは事実の錯誤。客観的な事実と主観的に認識している事実と齟齬がある場合をいう。

その中でも、①具体的事実の錯誤と②抽象的事実の錯誤があることには注意が必要。

具体的事実の錯誤

主観としても客観としても同じ罪を想定しているのに、客体や方法、因果関係がずれることがある。具体的事実の錯誤とは、こうした同一の構成要件内における錯誤のことを言うこれには3つの種類の錯誤があって、①客体の錯誤、②方法の錯誤、③因果関係の錯誤がある。

客体の錯誤

これは犯罪をやる相手を間違えたってやつ。もちろん殺害の意図があつての犯行なので、被害者が別であろうとも故意は落ちない。構成要件に該当する罪についての事実の認識があるから、重い罪に値するということ。

方法の錯誤

方法の錯誤とは、被害者Aを狙ったがその隣にいたBに当たってしまった場合など（正直客体の錯誤と変わらない気が）。これで故意が取れるかは意見が分かれている。

もっとも、人数はわからないけどまとめて死んでも良いと考えていた場合は概括的故意として故意を取れる。人数不明で家に侵入し、家族4人を殺そうとした事件では、4人について殺人未遂が取れるとした。

また、たとえ狙いがそれていたとしても（認識と意図とがずれていても）、犯行の故意は取れるという風に判例ではなっている。これを抽象的法定符合説という。これによると、被害者Aを狙ったが外れてBに当たったというケースでは、構成要件に該当する殺人という事実の認識さえあれば故意認定に足りるとしている。

樋口さん以外の教授は、具体的符合説などの説を唱えているようだが、無視して OK とのこと。

因果関係の錯誤

被害者は同じでも被害発生に至る因果関係の部分で、客観的な因果関係と主観的に予定していたものとがずれることがある。例えば、殺人事件で相手の首を絞めて殺害したと思って砂上に死体を放置したと主観的には認識していたが、客観的には首を絞めた段階では死んでおらず砂上に放置された際の砂末吸引による死亡であった事件が判例として有名。

しかし、もちろんであるが因果関係にズレがあるからといって、構成要件がなくなるなんてことはなし、悪質なことには変わりないので、故意は否定されない。

抽象的事実の錯誤

一方で、抽象的事実の錯誤とは、主観と客観とで想定している罪が異なるケースである。

例えば、誰かが忘れたいいカメラがあったとしてそれをパクった場合、その誰かは単純ににおいてただけであったことを考えてみよう。ここでは、主観的には遺失物横領の罪（軽い）が想定されているが、客観的には窃盗罪（重い）に該当する。

このように構成要件が異なる場合（例では遺失物横領と窃盗罪という異なる構成要件）、抽象的事実の錯誤と呼ぶ。

主観と客観が重なり合う場合の錯誤

ここまでは、完全に主観と客観が異なるケースについてみてきたが、実際には一部重なるケースというものも存在する。

例えば、覚せい剤と勘違いして麻薬を輸入した判例が挙げられる。当時は、税関を通過する際、麻薬は輸入禁制品（完全に輸入してはダメ）であり、覚せい剤は許可があれば輸入することができた。つまり、税関審査において覚醒剤の方が麻薬よりも規制が緩かった。薬物の輸入には 2 種類の罪が課せられ、まず飛行機から下ろした時点で（ここは意見が分かれる余地があるが）薬物規制法に引っかかり、税関でチェックを受けるべきところを素通りした場合は関税法に引っかかる。薬物規制法上は、麻薬も覚せい剤も法定刑は同じなので、この場合客観の方の罪が適用され麻薬取締法で、一方の関税法上では覚せい剤の方が法定刑は軽いので、主観の方の罪を適用し 111 条で処罰される。

まとめると、主観と客観が重なり合う場合、重なる部分は客観面で、それ以外はより罪の軽い方でいくという風になっている。

一般的違法性阻却事由

違法性阻却とは、何らかの事情により違法性が落ちること。

例えば、手術によってメスを入れることは、一見傷害罪であるが医者の適切な処置の場合は違法性が阻却される（つまり、何も関係ないのに患者の身体にメスを入れるなどは犯罪）。阻却されるものにはいくつかあり、医療行為・弁護士・宗教・取材・親の子の連れ去りなどがある。

違法性阻却を導くやり方にはいくつかの方法があり、どれが正しいということはない。大きく①法益の欠缺、②優越利益原則、③社会的相当性がある。

法益の欠缺

これは、そもそも保護する法益がなくなっている場合のこと。典型例は被害者の同意。利益主体が当該利益を放棄しているので、守るべき法益がなくなり違法性が阻却される。

優越利益原則

これは、功利主義の考えから来ていて、より優先するべき利益を守るためであれば、それよりも重要度な低い利益を侵害してしまっても仕方ないという原則。この原則が明文で定められているのが緊急避難。

社会的相当性

たとえ構成要件に該当するといっても、社会的に許容範囲であるものにまで刑罰が及ぶのは適切でない。社会的に考えて刑罰から逃してあげるコンセンサスがあるのであれば、違法性を阻却すべきとしている。

もっとも、「明文にないけど違法性を阻却すべき！」という風なルールを作ってしまうと、社会的に OK といってしまうと何でもありな感じもあるので、一応の基準はあることになっている。

（参考）可罰的違法性

昔の議論では、刑罰に値するほどの違法性を備えていないものについては刑罰を科さない、というものがあった。

労働争議など背景はいろいろあるけれども、上で見た 3 つの方法から考えれば理解はそう難しくないとのこと（社会的相当性とかがそれっぽい）。

もちろんその場だけ軽微であっても、積み重なるとやばいものはちゃんと処罰することになっている。例えば、納めるタバコをちょっと自分で使ってしまったなどは軽微なので問題ないが、あるデバイス（マジックホン）を使って公衆電話が無料でかけられるかを試した人は、たとえその行為自体が軽微でもみんなが使い始めては大変なのでちゃんと処罰した。

被害者の同意について

被害者が同意をしている場合、保護法益が欠落するため、違法性は阻却される。

同意の構成外観は、①法益の処分権、②同意能力、③同意の時期・方法、④同意の有効性の4つがある。

法益の処分権

まず、被害者がきちんと法益を処分する権利があるのかをチェックしないといけない。例えば、国家（国家的法益）や社会（社会的法益）を保護するための犯罪は考えてはならないと言える。

もっとも、法益の処分権があるとしても、生命・身体の処分（安楽死や治療中止）については慎重になるべきである（もっと広く捉えてもいいのではという議論も）。

治療中止については、

1. 末期であること
2. 推定を含む本人の同意
3. 中止措置の検討（手段は適切か）

安楽死については、

1. 苦痛は耐えられないほどであるか
2. 死期は近いのか
3. 代替手段は他にないのか
4. 明確な本人の意思はあるか

これらの条件をクリアしないことには、違法性を阻却できないことになっており、結構の医者が患者のためと良かれと思ってやって罰せられている。

同意能力

同意をしている主体が、問題となっている法益侵害の意義を理解できているだけの能力があるのかが大事。例えば、幼児や精神障害者などから同意が取れたと主張しても、同意能力を問題として違法性が阻却できない場合がある。

判例では判決文に「自殺の何たるか」という文言があるが、これは単に法益が失われるという外形的事実だけでなく、法益の持つ意味を理解する力までも要求していると解してよい。

理解力まで要求することを考えれば、自殺と比べて、性的行為はそれを行うことがいかなる社会的意義を持つのかというある程度高度な理解能力を要求するので、13歳未満は一律禁止となっている、と考えることができる。

同意の時期・方法

被害者の同意は、法益の放棄が問題になっている以上、法益侵害の時点までに存在すれば足り、また外部に表明する必要もない。さらに、行為者が同意を認識していることも必要ではない。

同意の有効性

被害者が法益侵害を認識・容認しているとしても、場合によっては、その意思決定に瑕疵が生じる。

例えば、「こいついなくなってくれないかなー」と思っており「お前の後を追って死ぬから!」と言って同意をもらって殺し、自分は死ななかったケースや、盗みを働くつもりで家に行き住人に「おはいり」と言われ同意が取れたので、満を辞して盗みを働いたケースなどは錯誤により有効性はなくなる。

また、「俺たちは死ぬしかないんだよ!」となんでも迫ることで精神的に追い詰め、最終的に同意が取れたので殺すケースは強制により有効性がなくなる。

正当防衛・過剰防衛・誤想防衛

面倒になったので、ここからは画像をどんどん貼っていくよ!

正当防衛の要件表

要件	評価	主要事実
急迫性	攻撃の現在 攻撃の継続	攻撃の切迫性 開始済みの攻撃がなお続く可能性
	積極的加害意思	事案次第 ・過去の経緯への報復動機の事前形成 ・将来揉め続ける禍根を憂慮して殺害する動機の事前形成
	平成 29 年の総合考察	実力解決を否定すべき諸事情
防衛の意思	攻撃を排除する動機	攻撃に対応する動機の存在
相当性	選択肢の列挙と期待可能性判断	前提：対抗行為が侵害の終了に向けられていること 相当性評価の考慮事由 ・攻撃行為の程度／対抗行為の程度 ・他のあり得る手段
制限法理	平成 20 年：①不正な自招行為 ②一連一体③著しい不均衡なし →反撃禁止	①暴行など ②具体的な時間的場所的關係 ③侵害と①の著しい不均衡なし +反撃に出ていること

わかりにくいところもあると思うので、そこだけ補足・解説していくよ!

攻撃の現在・継続

正当防衛は急迫不正の侵害があるさいに、実力解決をしても違法性を阻却できるというもの。この急迫性の中に攻撃の現在・攻撃の継続がある。

まず攻撃の現在とは、攻撃が今まさにされようとしている切迫性のこと。攻撃の継続は、一旦攻撃は止んでいるけれども、これからまたされるかもしれない可能性のことである。この2つのいずれか1つがあれば良い。「かつ」ではなく「または」であることが大事。

平成 29 年の総合考察

平成 29 年に正当防衛について新しい評価が作られた。端的にいうとそれは、「基本的には実力解決ではなく、公権力に頼りなさい」というもの。

正当防衛では急迫性がとっても大事で、警察のような公権力に解決してもらえるような時間的余裕がない場合に限って、例外的に実力解決を認めている。逆に言えば、公権力に頼れるような時間的余裕があるのであれば積極的に頼るべきで、自分自身で解決を図ろうとしたら正当防衛は認められませんよ、という評価軸を導入した。

もっとも実力解決を否定する諸事情を詳しく知りたいのであれば、判例集をみてください。

防衛の意思

攻撃を受けていれば防衛しないと、と思うのは人間として当然である。一方で、攻撃を受けたらついカッとなって反撃したくなるのも人間として当然である。

この防衛の意思であるが、積極的に攻撃しない以外は OK とされている。つまり、防御しようとして攻撃的になることもあるけれども、積極的に「次反撃してこないように痛めつけてやろう」などの攻撃の意思がないことが大事。そうでないと正当防衛は認められませんよ、ということ。防御と攻撃が併存していてもいいが、防衛に徹していることが必要であるとされている。

相当性

正当防衛が認められるには、攻撃に対して相当程度の対抗であることが必要である。

相当性評価の考慮事由で2つ挙げられている。1つ目はやり過ぎていないかである。一発殴られて2発殴り返すのはいけませんよ、ということ。2つ目は手段が適切であったかである。拳で殴られているのに、バットで殴り返すとやりすぎという評価になる。

制限法理

平成 20 年に正当防衛を制限する判例が出た。

大事なのは①の自招行為である。自招行為とは文字通り「自ら招いた行為」。判例は、まず自分が昔から憎んでいたやつに殴りかかり逃げた。しかし追いつかれて殴り返される。すると、特殊警棒を取り出してめった打ちにしたというもの。加害者が「いや、向こうが殴りか

かってきたのでめった打ちにしたいだけっす」と主張したが、裁判所は「そもそもの原因は最初に君が殴ったのが悪いから自招行為でしかない」ということで正当防衛を認めなかった。

その際に、①暴行などの不正な自招行為があること、②揉め事が一連一体であること（時間的場所的隔たりがない）、③相手からの反撃に著しい不均衡がないこと、という3つの要件を出し、3つとも当てはまっている場合は反撃を加えてはダメよ、とした。今回はどれも当てはまっているので反撃禁止であり、それなのに特殊警棒なんていう武器を使って反撃しているので認められるわけがないよね。

36 条 1 項・2 項の対比

正当防衛と過剰防衛との差を見ていこう！

	正当防衛	質的過剰防衛
趣旨	違法性阻却：緊急状況下において公的保護が期待できないとき、不正の侵害排除する私人の対抗行為許容（＋反撃の宥恕）	違法減少＋責任減少
前提状況	急迫不正の侵害－侵害の継続状況も包含	同左
防衛行為	防衛対象	不正の侵害者
	防衛意思	侵害に対応する意識
	相当性	侵害排除の選択肢から期待可能な程度に加害性の少ない手段の選択←考慮要素：①侵害行為と防衛行為の均衡 ②防衛行為の危険度合い
効果	不処罰	任意的減免

防衛対象

誰に対して防衛を行うのかというと、不正の侵害者であることに注意しよう。

例えば、ヤクザが殴りかかってきた場合に、近くにいたそのヤクザの子供を痛めつけるのはダメ。あくまでそのヤクザに対して防衛するのであって、他の人を道具にしたりしてはいけないことになっている。

判例の状況

行為が複数になる事案の評価の方法を見ていこう。

事案のパターン		全体・個別処理の判例法理
第1行為	第2行為	←判例 155／156・157 で一貫性疑わしい
正当防衛	正当防衛	不要
	過剰防衛	判例 157：全体処理 ∵ 侵害への対応の意識連続
	ただの犯罪	判例 156：個別処理 ∵ 侵害終了・単なる加害意思
過剰防衛	正当防衛	事案として見当たらず
	過剰防衛	判例 155：全体処理 ∵ 当初の侵害に起因する興奮の継続
	ただの犯罪	おそらく、同上

全体処理

全体処理とは、行為自体は2つあるわけだが、事件の処理としてまとめて1つの罪として処理してしまう方法。

例えば、正当防衛→過剰防衛の場合、第2行為の方に引っ張られて全体として過剰防衛で処理される。

これについては判例 194 番がケーススタディになると思いますが、紙面の都合でカットします。

正当防衛まとめ！

【正当防衛の成立要件の全体像】

前提：構成要件該当性判断－問責対象になる実行行為を特定

1. 正当防衛の前提状況：実行行為の行われた直近時点をチェック

(1) 急迫性

(a) 侵害の切迫性（侵害の開始） 又は

(b) 侵害の継続（終了していないこと）

(2) 不正

(3) 侵害－行為性・帰責性の要否

2. 防衛行為性

防衛の意思＝侵害に対応する認識－そもそも防衛行為といえるか

攻撃意思と併存可能 積極的加害を排除

3. 正当防衛か過剰防衛かの区別：「やむを得ずにした行為」－防衛行為の相当性

①危険低－侵害と衡量（武器対等の原則）

②危険大－必要最小限度性（代替手段を認定）

4. 喧嘩惹起への帰責性：侵害と侵害に対抗する実行行為を生じさせた過程をチェック

(1) 平成 20 年決定

①不正の行為（暴行） ②近接性・一体性 ③不正の行為から大きく逸脱していない

事態→「反撃」が禁止 防御防衛まで禁止されるかは穴上げ

(2) 急迫性

従前：①十分な予期 ②積極的加害意思

今後：平成 29 年決定

誤想防衛について

正当防衛のつもりでやった行為が、実はそうでなかったとき誤想防衛ということになり、責任レベルでの故意はない。

したがって、故意犯の構成要件に該当するものの故意犯として検討ができない。したがって、改めて、過失犯の構成要件該当性（注意義務確定プロセス）から再検討することになる。

争われるパターンとしては、①ありもしない急迫不正の侵害を誤信していた場合、②現に存在する急迫不正の侵害に対する防衛行為が客観的にやりすぎでも、それを認識していない場合が挙げられる。

以上