

## 第4章 違法性

### 第1項 違法性

#### ① 違法性の本質

犯罪は、構成要件該当性・違法性・有責性の三つから成り立っているが、ここに「違法性」とは、単に刑罰法規に違反することによって違法となるという形式的な意味のもの（形式的違法性）ではなく、**見本** 実質的に法秩序全体の見地から許されないものであること（実質的違法性）をいう。実質的違法性は、目的の正当性、手段の相当性、法益の権衡等を総合的に考慮して判断することになるが（最判昭50・8・27集29・7・442、最決平17・12・6刑集59・10・1901（第11項☞72頁参照）、もともと構成要件は、法秩序に照らして許されない（違法な）行為を類型化し、定型化して出来上がった観念的形象であるから、行為が構成要件に該当すれば、いちおう違法性を備えたものと推定を受ける（構成要件の違法性推定機能）。それで刑法は、違法性を、犯罪の「構成要件」として積極的に規定することなく、消極的に、違法性が阻却される特定の「場合」を規定するにとどめている。なお、刑法各論で「正当な理由がないのに」とか「不法に」などと、特に違法性を強調する用語を用いるものがあるが（130条（☞235頁参照）・133条（☞241頁参照）・168条の2（☞505頁参照）・168条の3（☞507頁参照）・220条（☞213頁参照）、これは、いわば言葉のあやにすぎず、その犯罪に限って違法性が要求されるとか、或いは一段と高い違法性が求められるとかの趣旨ではない。

#### ② 違法性阻却

刃物を用いて腹部に切りつけ切り開く行為であっても医師が手術として行うとき、双方が強烈に殴り合ってもボクシングの試合として行うとき、他人の住居に侵

入しても警察官が現行犯人を逮捕する、その際、捜索のため人の住居に立ち入るなどにあつては、これらは形式的には構成要件に該当する行為であっても、実質的違法性を欠き犯罪成立の余地がない。

このように構成要件に形式的に該当しても違法性が否定される特別の事由を「**違法性阻却事由**」といい、刑法は、その典型的なもの四つだけを掲げている。

- ① 法令による行為（35条参照）
- ② 正当業務行為（35条参照）
- ③ 正当防衛（36条☞47頁参照）
- ④ 緊急避難（37条☞59頁参照）

しかし、違法性阻却事由は、これら刑法に明記のあるものに尽きるのではなく、法秩序全体から導かれる違法性阻却事由として、「被害者の承諾・同意（☞62頁参照）」「自救行為（☞65頁参照）」「正当争議行為（☞67頁参照）」などが判例・学説上問題とされている。

## 第2項 法令又は正当業務による行為

（正当行為）

第35条 法令又は正当な業務による行為は、罰しない。

### ① 法令による行為

形式的には犯罪構成要件に該当する行為であっても、法令の規定によってそれが許される場合には、犯罪は成立しない。死刑の執行として法務大臣の命令により死刑判決の確定した被収容者を絞首して死亡させる（刑訴法475条等、刑法11条（☞139頁参照））などはその最たるものである。また、例えば、犯罪捜査のため人の

#### \*刑事訴訟法\*

第475条 死刑の執行は、法務大臣の命令による。

② 前項の命令は、判決確定の日から6箇月以内にこれをしなければならぬ。但し、上訴権回復若しくは再審の請求、非常上告又は恩赦の出願若しくは申出がされその手続が終了するまでの期間及び共同被告人であつた者に対する判決が確定するまでの期間は、これをその期間に算入しない。

住居に入って捜索・差押を行うなども法令による行為であり、法令上の権限の全くない者が犯罪捜査と称して行えば、住居侵入と強盗・窃盗などの犯罪が成立する。私人による現行犯人の逮捕（刑訴法213条）、親の子に対する懲戒行為（民法822条）としての適当な体罰も、法令による行為として違法性が阻却される例である。

### ② 正当業務による行為

社会通念上正当と認められる業務によってした行為は違法性がない。医師の手術、ボクサーの殴打などがこれに当たる。しかし、それらは、もとより、業務の性質・目的に適應することを要し、その範囲を逸脱した場合には違法性が阻却されない。

ところで、刑法35条は「正当な業務による」と規定しているが、この「業務」ということが違法性阻却事由として知手要する味をもつものではない。職業として或いは反復して柔道を行う人の柔道は暴行・傷害に当たらない行為が、素人がたまたま行った柔道なら同じことをしても暴行・傷害に当たるとした場合の不合理は明らかである。そこで、通説は、前記の「正当な業務行為」というのは、「正当な行為」の一つの例示にすぎず、同条は「正当な行為（違法性のない行為）は犯罪にならない」という原則を規定しているものと解している。

#### ☞【実例】1（暴行を加えての現行犯人逮捕）

甲は漁業組合のために密漁を監視する漁船の現行犯のXらを発見したので、Xらを現行犯逮捕するため、Xらの漁船を船で追跡した。Xらは停船の呼びかけに応じるどころか甲らの船に近づいてきて衝突させたり、ロープを流して甲らの船のスクリューに絡ませたりしたので、甲らは、Xらの抵抗を排除する目的で、Xらの船の操船者の手足を竹竿で叩いたり突いたりした。このため上記操舵者に全治1週間の刺創を負わせた。

#### \*刑事訴訟法\*

第213条 現行犯人は、何人でも、逮捕状なくしてこれを逮捕することができる。

#### \*民法\*

（懲戒）

第822条 親権を行う者は、第820条の規定による監護及び教育に必要な範囲内でその子を懲戒することができる。

## 〔解説〕

甲らの行為は、犯罪とならない。現行犯人はこれを逮捕することができること（刑法213条）に基づく行為であり、逮捕の際、現行犯人から抵抗を受けたときはその場の状況から社会通念上逮捕のために必要かつ相当であると認められる限度内の實力を行使することは許されるからである（最高裁昭50・4・3刑集29・4・132）。この場合、逮捕しようとする者が警察官であっても私人であっても同じである。たとえ暴力を加えたことが傷害の構成要件に該当しても、35条により違法性が阻却され、犯罪不成立となる（東京高判昭51・11・8判時836・124、東京高判平11・3・11判時1660・55も同旨）。

しかし、私人が犯人を逮捕し、従前の同種被害についても追及し、弁償させようとして犯人に手錠をするなどして期間監禁するのは正当な行為として違法性を阻却されることはない（東京高判昭51・10・7刑裁月報12・10・1101（各論第2編第2部第1章第2項①の解説②215頁参照））。

## ☞【実例】2（学校体育時間中の罰の限界）

甲は、高等学校の体育教師で、低学年の女子学生30数名にバスケットボール競技の練習を指導中、真面目に指導に従えば難なく行える動作を指導通りに行えない生徒には罰として約3メートルの高さにある手すりに30秒ぶら下がることを指示していた。5名の生徒が上の罰を命じられて、ぶら下がったが、うち1人は要領が悪く、無造作に床に落ち、足を骨折した。

## 〔解説〕

体育教師の生徒に対する体育指導には多少の懲戒的行為が行われても、いわゆる体罰でない限り、正当の業務によりなしたる行為に当たり、犯罪は成立しない（学校教育法11条）はずである。ところが、ここで問題なのは、まだ身長・体力の十分でない女子学生に対し3メートルもの高さの手すりにぶら下る運動を実施させるのであるから、手すりから下に落ちる際の注意事項を与えるなり手すりの下にマットを敷くなどして生徒の身体に対する危険の発生を防止

## \*学校教育法\*

第11条 校長及び教員は、教育上必要があると認めるときは、文部科学大臣の定めるところにより、児童、生徒及び学生に懲戒を加えることができる。ただし、体罰を加えることはできない。

する方法をあらかじめ実施すべきであったのに、何らの注意も与えず、いきなり、上記の罰を実施してしまった点にある。この行為は、過失傷害（209条）の「構成要件に該当する行為」である。甲の行為は、正当の業務によりなしたる行為であるとして、違法性が阻却され、犯罪不成立となるのであろうか。

本件のような事案において、行為が違法性なしとして犯罪不成立となるためには、その行為が、業務の性質・目的に適應するのはもとより、その範囲を逸脱しないこと、社会通念上相当性の認められるものであることを要する。その意味で、上記の罰は、実施の仕方における欠陥のゆえに社会通念上相当性が認められない、行き過ぎた罰（体罰）を受ける。甲の前記の行為には、過失傷害罪が成立する（甲は生徒に「危険」行為をさせることを反復する業務を行っていたのでないとみると業務上過失傷害罪は成立しないことになる）。

同様に親権者の体罰についても、限度を超えたものは違法である。裁判例では、5歳11月の女子を板の間等に突き倒し、顔面等を手で殴打し、浴槽内に頭まで押し込み、さらにぼんやりとして風呂場の廊下に裸で立っている同児を背後から突き倒すなどして死亡させたもの（東京高判昭35・2・1東高時報11・2・9）、手癖の悪い9歳の子の両手首を針金で縛り、押入れ内に入れて、釘を打って戸が開かないようにし、10数時間閉じ込めて放置したもの（東京高判昭35・2・13下刑集2・2・113）などは、正当な懲戒権の行使の限度を超えたものとされている。

## 第3項 正当防衛

（正当防衛）

第36条 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、やむを得ずにした行為は、罰しない。

2 防衛の程度を超えた行為は、情状により、その刑を減輕し、又は免除することができる。