

違法性総論——「悪い」とはどういうことか

ゼロから司法試験 復習ノート / ゼロから刑法#20 / 動画: <https://youtu.be/Jh9M6BkzAmM>

第3章 違法性 ①／動画の内容を見返し用にまとめたものです（動画には含みません）。

構成要件（第一関門）の次は**違法性（第二関門）**です。今回はその全体像＝地図を作る回です。

違法性とは〔短答・論文共通〕

違法性は犯罪成立の**第二関門**です。構成要件に該当すれば、原則として違法性は**推定**されます（構成要件の違法性推定機能）。そこで第二関門では、違法性を一から立証し直すのではなく、**違法性阻却事由（正当化事由）があるか**を検討します。これを**消極的判断**といいます。

なお、単に形式的に法（行為規範）へ違反することを**形式的違法性**といいます。それだけでは「なぜ悪いか」までは分かりません。これに対し、違法の中身（なぜ悪いか）を問うのが**実質的違法性**です。この実質的違法性の理解が、阻却の一般的根拠・超法規的阻却・可罰的違法性の前提になります。

違法性の本質（結果無価値 vs 行為無価値）〔論文〕

観点	結果無価値論（法益侵害説）	行為無価値論（規範違反説／二元説・判例多数）
刑法の機能	法益保護のみ	法益保護＋社会倫理秩序の維持
無価値の中心	結果（法益侵害・危険）	行為＋結果
違法性の実質	法益侵害またはその危険	社会的相当性を逸脱した法益侵害・危険
阻却の一般原理	法益衡量（＝法益権衡／優越的利益）	社会的相当性（説）
主観的違法要素	否定的（故意は責任段階）	肯定的（構成要件の故意を認める）

「無価値」とは価値がない＝悪い、という意味です。どこに「悪さ」の中心を置くかで、**違法性阻却の判断基準**（法益衡量か社会的相当性か）も、**主観的違法要素を違法判断に入れるか**（→#22 正当防衛の「防衛の意思」に直結）も変わってきます。本シリーズは判例の傾向に沿い**行為無価値（二元説）**を基本に進めます（※判例が学説として一方を採用宣言しているわけではありません。学界では結果無価値論も有力です）。

違法性の本質 | 結果無価値論 vs 行為無価値論

観点	結果無価値論 (法益侵害説)	行為無価値論 (規範違反説 / 二元説・判例多数)
刑法の機能	法益保護のみ	法益保護 + 社会倫理秩序の維持
無価値の中心	結果 (法益侵害・危険)	行為 + 結果
違法性の実質	法益侵害またはその危険	社会的相当性を逸脱した法益侵害・危険
阻却の一般原理	法益衡量 (優越的利益)	社会的相当性
主観的違法要素	否定的 (故意は責任段階)	肯定的 (構成要件の故意を認める)

図：結果無価値論 vs 行為無価値論の対比表。

違法性阻却事由の体系 [短答・論文共通]

違法性阻却事由には、条文のあるものとなないものがあります。条文があるのは、正当行為 (35条 = 法令行為・正当業務行為)・正当防衛 (36条)・緊急避難 (37条) です。これに対し、自救行為・義務の衝突・推定的承諾・安

楽死などは条文がなく、超法規的違法性阻却事由と呼ばれます (→#25)。

これらに共通する根拠は、法益衡量 (法益権衡) / 社会的相当性を満たすことです。条文はその典型を書いたものにすぎず、根拠さえ満たせば条文の外でも適法になりえます。なかでも35条の射程は広く、条文上は①法令行為②正当業務行為のみですが、通説は被害者の承諾・推定的承諾・治療行為・義務の衝突も35条で説明します (→#21)。

条文 刑法35条・36条1項・37条1項（違法性阻却の中心三カ条）

【35条 正当行為】法令又は正当な業務による行為は、罰しない。【36条1項 正当防衛】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。【37条1項 緊急避難】自己又は他人の生命、身体、自由又は財産に対する現在の危難を避けるため、やむを得ずにした行為は、これによって生じた害が避けようとした害の程度を超えなかった場合に限り、罰しない。

図：条文ある違法性阻却事由（刑法35～37条）の条文カード。

【条文】刑法35条（正当行為）法令又は正当な業務による行為は、罰しない。

【条文】刑法36条1項（正当防衛）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。

【条文】刑法37条1項（緊急避難）自己又は他人の生命、身体、自由又は財産に対す

る現在の危難を避けるため、やむを得ずにした行為は、これによって生じた害が避けようとした害の程度を超えなかった場合に限り、罰しない。

可罰的違法性〔短答・論文共通〕

形は犯罪でも、法益侵害がごく軽微なら、刑罰に値する違法性を欠き、犯罪不成立になります。

判例

一厘事件（大判明43・10・11）＝可罰的違法性を欠き無罪。専売品の葉煙草のうち一厘相当のごく少量を自己消費したにとどまる事案。マジックホン事件（最決昭61・6・24）＝可罰的違法性を欠くとの主張を退け、犯罪成立。一度試して10円が戻るのを確認し取り外しただけでも、危険犯（有線電気通信妨害罪・偽計業務妨害罪）は成立する。

図：可罰的違法性論（一厘事件など）のポイントカード。

【判例】一厘事件（葉煙草一厘事件）大判明43・10・11（刑録16-1620）自家栽培の葉煙草ごく少量（価格一厘相当）を消費した専売法違反につき、零細な違法行為は特殊な事情のない限り不可罰として無罪。可罰的違法性理論の原点。

ただし、軽微であれば即不可罰というわけではありません。マジックホン事件（最決昭61・6・24）は、損害がわずか約10円でも「軽微性だけでは違法性は阻却されない」としました。軽微性＝即不可罰ではない点に注意します。

短答ひっかけ

- 違法性は推定され、阻却事由の有無で判断する（消極的判断）。
- 結果無価値（法益衡量）と行為無価値（社会的相当性）で阻却の基準が変わる。
- 可罰的違法性：ごく軽微な侵害は犯罪不成立になりうる（一厘事件）。ただし軽微＝即不可罰ではない（マジックホン）。

今日の地図（保存版）

- 違法性＝第二関門／構成要件該当で推定され、阻却事由の有無を問う（消極的判断）
- 本質論＝結果無価値（法益侵害）↔行為無価値（規範違反・二元説／判例多数）／本シリーズは行為無価値を基本
- 違法性の中心の置き方で阻却基準（法益衡量か社会的相当性か）と主観的違法要素の扱いが変わる
- 阻却事由＝条文あり（正当行為35・正当防衛36・緊急避難37）／条文なし（超法規的＝自救行為・義務の衝突・推定的承諾等→#25）／共通根拠＝法益衡量・社会的相当性
- 可罰的違法性＝ごく軽微なら不成立（一厘事件）。ただし軽微＝即不可罰ではない（マジックホン）
- 送り：正当行為35条・被害者の同意→#21／正当防衛→#22-23／緊急避難→#24／超法規的阻却→#25

次回は第3章②「正当行為（35条）・被害者の同意——『いいよ』は免罪符か」。条文

のある阻却事由の一つ目=35条と、被害者の同意に入ります。