

# 超法規的違法性阻却——条文にない「適法」

ゼロから司法試験 復習ノート / ゼロから刑法#25 / 動画: <https://youtu.be/ac6lLTFIqig>

第3章 違法性 ⑥／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）。

違法性阻却の最後は、**条文にない阻却事由**です。隣家の火事に気づき、無断でドアを壊して消火する——器物損壊・住居侵入の型ですが、罰するのはおかしい。ところがこれにぴたりと合う条文がありません（35条でも36条でも37条でもない）。今回はこうした**超法規的違法性阻却**を整理し、第3章違法性を締めます。

## 総説——なぜ条文がなくても「適法」にできるか〔論文〕

なぜ明文がないのに「適法」にできるのでしょうか。鍵は #20 で扱った**実質的違法性論**です。形だけ構成要件に当てはまっても、違法性の実質を欠けば違法ではありません。その実質を、**結果無価値論は法益衡量**で、**行為無価値論は社会的相当性**で測ります。この一般原理から、35～37条のような明文がなくても違法性が阻却される場合が認められます。これが超法規的違法性阻却です。

※ #20 で扱った**可罰的違法性論**（軽微な法益侵害は違法性を欠く＝一厘事件）も、条文によらない超法規的阻却の一類型です。

## 自救行為（過去の侵害を自力で取り返す）〔論文〕

一つ目は**自救行為**です。盗まれた物を自分で取り返すように、**過去の権利侵害**を自力で回復する行為をいいます。

権利の回復は警察や裁判という国家の手続によるのが法治国家の建前で、**自力救済は原則として禁止**されます（国家が権利保護を独占）。もっとも、手続を待っていては回復が不可能・著しく困難になる緊急の場合には、例外的に違法性が阻却されます。要件は①過去の権利侵害②国家の救済を待てない緊急性・補充性③手段の相当性で、これに④権利回復の目的（自救の意思）という主観的要件を加える見解も有力です。

ここで**正当防衛**との違いが大切です。正当防衛は「**現在**」の侵害への反撃でした（#22）。自救行為は侵害が「**過去**」に終わり、その回復が舞台です——時間軸が違います。

【判例】最判昭30・11・11（自救行為の否定） 自己の借地内に隣家が不法に増築した家屋の軒先がはみ出していたため、これを大工に頼んで切除した（建造物損壊）。最高裁は、たとえ相手の増築が不法であっても、自力でこれを除去する行為は**自救行為**として違法性が阻却されるものではないとした。

#### 判例

自己の借地内に他人が**不法に増築**した家屋の軒先を切除した事案につき、たとえ相手の増築が不法であり、切除しなければ被る損害が大きかったとしても、**自救行為として違法性は阻却されない**とした。

→ 最判昭30・11・11（建造物損壊）。判例は自力救済を極めて限定的にしか認めない＝原則は国家の手続による

判例は自力救済をごく限定的にしか認めません。原則はあくまで「権利の回復は手続で」です。

### 義務の衝突〔短答・論文共通〕

二つ目は**義務の衝突**です。複数の作為義務が同時に生じ、その一方しか果たせない場合をいいます。たとえば2人が同時に溺れていて、自分は一方しか救えない——どちらを救っても、救えなかった側について責任を問われるのか、という問題です。

**高い価値の義務**を果たせば適法、**同価値**ならどちらを履行しても適法です（救えなかった側について犯罪は成立しません）。**不作為版の緊急避難**ともいふべき特殊類型として位置づけられます。

### 推定的承諾〔短答・論文共通〕

三つ目は**推定的承諾**です。冒頭の火事の例がこれにあたります。留守の隣家が火事——本人の同意はもらえませんが、事情を知れば当然同意したはずです。このように**客観的に同意が推定**できる場合には、違法性が阻却されます。だからドアを壊して入り消火しても、器物損壊や住居侵入にはなりません。

注意点が2つあります。判断は**行為時を基準**とするので、後で本人が「実は嫌だった」と言っても阻却は維持されます（短答のひっかけ）。また、推定的承諾が問題になるのは**個人的法益**に関する場合に限られます。

### 安楽死（違法性阻却の限界事例）

#### 〔短答・論文共通〕

四つ目は**安楽死**です。違法性阻却の**限界事例**として有名です。

まず言葉の整理から。死期を積極的に早める**積極的安楽死**、延命治療を中止・不開始にする**消極的安楽死**、過剰な延命を避ける**尊厳死**は区別されます。判例が許容要件を示してきたのは**積極的安楽死**で、次の2つが代表です。

判例	許容要件	事案の結論
名古屋高判昭37・12・22 (6要件)	①死期が目前に切迫／②激しい肉体的苦痛／③死苦の緩和が目的／④本人の真摯な囑託・承諾／⑤原則として医師の手による／⑥方法が倫理的に妥当	要件を満たさず有罪 (⑤医師の手によらない・⑥方法の倫理性を欠く)
東海大事件 横浜地判平7・3・28 (積極的安楽死4要件)	①耐えがたい激しい肉体的苦痛／②死が避けられず死期が切迫／③苦痛を除去・緩和する代替手段がない／④本人の明示の意思表示	要件を満たさず有罪 (①肉体的苦痛・④明示の意思を欠く)

### 安楽死の許容要件 | 名古屋6要件 vs 東海大4要件

名古屋高判昭37・12・22 (6要件)	東海大事件 横浜地判平7・3・28 (積極的安楽死4要件)
① 不治の病で死期が目前に迫る	① 耐えがたい激しい肉体的苦痛がある
② 苦痛が見るに忍びない程甚だしい	② 死が避けられず死期が迫っている
③ もっぱら死苦の緩和の目的	③ 苦痛除去・緩和に方法を尽くし他に代替手段がない
④ 本人の真摯な囑託・承諾 (意識明瞭な場合)	④ 生命短縮を承諾する本人の明示の意思表示
⑤ 原則として医師の手による	
⑥ 方法が倫理的にも妥当	(名古屋6要件を自己決定権重視で4要件に整理)

図：6要件と4要件の対比。どちらの事案も要件を満たさず有罪。

両事件とも結論は要件を満たさず有罪でした。安楽死が適法とされるハードルは極めて高く、要件を正確に覚えることが大切です。

### 短答ひっかけ

- 超法規的阻却の根拠＝**実質的違法性論** (#20)。違法性の実質は法益衡量 (結果無価値)・社会的相当性 (行為無価値) で測る。

- 自救行為は原則禁止で、舞台は過去の侵害 (現在なら正当防衛)。判例は極めて限定的 (最判昭30・11・11＝不法増築でも阻却否定)。主観的要件として**自救の意思** (権利回復目的) を要するとする見解もある。
- 推定的承諾＝現実の同意がなくても**客観的に推定できれば阻却**。判断は**行為時基準**

(事後に本人が拒んでも阻却は維持)。問題になるのは個人的法益に限る。

- 安楽死＝積極／消極／尊厳死を区別。要件を示すのは積極的安楽死（名古屋6要件・東海大4要件）で、いずれの事案も有罪。
- 義務の衝突＝高価値 or 同価値の義務を履行すれば阻却（救えなかった側に犯罪不成立）。

## 論文の型 | 自救行為

### ★コア規範（逐語で覚えるのはここだけ）

自力救済は国家の権利保護独占の建前から原則禁止される。もっとも、法律上の手続を待っては権利実現が不可能・著しく困難となる緊急の場合に、必要の限度で行う自

救行為は例外的に違法性が阻却される。具体的には、①過去の権利侵害の存在、②国家機関の救済を待てない緊急性（補充性）、③手段の必要性・相当性を要する。

### 復元キー（趣旨から再構成する鎖）

1. 原則＝自力救済禁止（国家が権利保護を独占）
2. 例外の根拠＝手続を待てば回復不可能・著しく困難
3. ①過去の侵害（現在の侵害なら正当防衛の領域）
4. ②緊急性・補充性＝公的救済を待てない
5. ③手段の必要性・相当性（過剰な実力回収は不可）

### ★ コア規範（逐語で覚えるのはここだけ） | 自救行為

自力救済は国家の権利保護独占の建前から原則禁止される。もっとも、法律上の手続を待っては権利実現が不可能・著しく困難となる緊急やむを得ない場合に、必要の限度で行う自救行為は例外的に違法性が阻却される。具体的には、①過去の権利侵害の存在、②国家機関の救済を待てない緊急性（補充性）、③手段の必要性・相当性を要する。

通説（明文なき違法性阻却事由）

### 復元キー（理解した趣旨から答案を再構成する）

- 1 原則＝自力救済禁止（国家が権利保護を独占）
- 2 例外の根拠＝手続を待てば回復不可能・著しく困難
- 3 ①過去の侵害（現在の侵害なら正当防衛の領域）
- 4 ②緊急性・補充性＝公的救済を待てない
- 5 ③手段の必要性・相当性（過剰な実力回収は不可）

### フル論証（正本）

自力救済は、権利の実現を国家機関の手続に委ねる法治国家の建前に反するため、原則として違法である。もっとも、過去の権利侵害について、法律上の手続によったのでは権利の実現が不可能または著しく困難となる緊急の事情があり、その回復手段が必要かつ相当である場合には、社会的相当性を欠かず違法性が阻却されると解する。

具体的には、①過去の権利侵害の存在、②国家機関の救済を待てない緊急性・補充性、③手段の必要性・相当性を要する。

【事例】 甲は乙に自転車を盗まれた直後、転売しようと自転車を引いて立ち去る乙を見つけ、警察を呼ぶ間もなく実力で自転車を取り戻した。

【問題提起】 乙が現に占有する自転車を実力で取り戻した甲の行為について、自救行為と

して違法性が阻却されないか。

【あてはめ】 乙の窃盗はすでに終了しており、現在の侵害に対する正当防衛ではなく、過去の侵害の回復が問題となる (①)。乙が今まさに転売・逃走しようとし、警察への通報

や民事手続を待っては回復が事実上不可能であった (②緊急性・補充性)。甲は自己の自転車を取り戻すにとどまり暴行等は加えていない (③相当性)。よって自救行為として違法性が阻却される。

### 答案の型 (司法試験で使う型) | 自救行為

#### 【事例】

甲は乙に自転車を盗まれた直後、転売しようと自転車を引いて立ち去る乙を見つけ、警察を呼ぶ間もなく実力で自転車を取り戻した。

#### 【問題提起】

乙が現に占有する自転車を実力で取り戻した甲の行為について、自救行為として違法性が阻却されないか。

#### 【規範】

上記の規範を定立 (原則禁止→例外的阻却の3要件)。

#### 【あてはめ】

乙の窃盗はすでに終了しており、現在の侵害に対する正当防衛ではなく、過去の侵害の回復が問題となる (①)。乙が今まさに転売・逃走しようとし、警察への通報や民事手続を待っているのは回復が事実上不可能であった (②緊急性・補充性)。甲は自己の自転車を取り戻すにとどまり暴行等は加えていない (③相当性)。よって自救行為として違法性が阻却される。

図：答案の型 (板書)。事例→問題提起→規範→あてはめの順に、①～③の要件を拾って書く。

## 今日の地図 (保存版)

- 超法規的違法性阻却 = 条文にない違法性阻却事由 / 根拠 = 実質的違法性論 (#20)  
(法益衡量 = 結果無価値・社会的相当性 = 行為無価値)
- 自救行為 = 過去の権利侵害の自力回復 / 原則禁止 (国家が権利保護を独占) → 例外 = ①過去の侵害②緊急性・補充性③相当性  
(+ 権利回復の目的 = 自救の意思) / 正当防衛 (現在) と時間軸が違う / 判例は極めて限定的 (最判昭30・11・11)
- 義務の衝突 = 一方しか果たせない作為義務 / 高価値 or 同価値の義務を履行すれば阻却 (不作為版の緊急避難)
- 推定的承諾 = 現実の同意はないが客観的に推定できれば阻却 (留守宅の火事で消火)

／判断は行為時基準 (事後の不承諾でも阻却維持) / 個人的法益に限る

- 安楽死 = 限界事例 / 積極的安楽死 = 名古屋6要件 (昭37・12・22)・東海大4要件 (平7・3・28)、いずれの事案も有罪 / 消極的安楽死・尊厳死とは区別
- 可罰的違法性論 (一厘事件・#20) も超法規的阻却の一類型
- 第3章違法性の総整理：条文あり = 正当行為35・正当防衛36・緊急避難37 / 条文なし = 被害者の同意・自救行為・義務の衝突・推定的承諾・安楽死

今回は第4章①「責任総論・責任能力——犯罪成立の最後の関門」。違法性までの第二関門を終え、第三関門 = 責任 (行為者を非難できるか・責任能力) に入ります。