

結果無価値と行為無価値——違法性の実質とは何か

ゼロから司法試験 復習ノート / ゼロから刑法#36 / 動画: <https://youtu.be/-cGYAcrBHsM>

第6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）。

1

前回の到達点を受ける——今日の問い

短答・論文共通

今日の問い

前回までの到達点

犯罪の成立には3つの関門がある。1つ目、構成要件該当性は終わった

今日の問い

2つ目の関門、違法性に入る。なぜ罰しないのか、条文は理由を書いていない

条文は結論しか書いていない。理由は、これから作る

図：今日の問い——第一の関門から、第二の関門へ

前回、犯罪の成立要件は3つの関門で見ると言いました。1つ目は何だったか、覚えていますか？構成要件該当性、でしたね。構成要件該当性、違法性、責任。この3つでした。第一の関門、構成要件の話は、前回で終わりました。違法性です。多くの人が、そう感じます。でも、そう単純ではありません。実は、条文を読むと、ある奇妙な空欄に気づきます。先に言っておくと、その埋め方は、答案で使う

道具の出所です。今日は、埋め方が2つに分かれること、そこから帰結が2つ出てくること。この順で見ます。

2

35条の空欄——形式的違法性と実質的違法性

短答・論文共通

35条の空欄

35条は、罰しないと定めるだけ

「法令又は正当な業務による行為は、罰しない」

「正当な」の中身は、書いていない

この空欄を埋める作業が、これからのテーマ

結論だけの条文。理由は、これから作る

図：35条の空欄——結論しか書いていない条文

条文 刑法35条

刑法35条(正当行為)

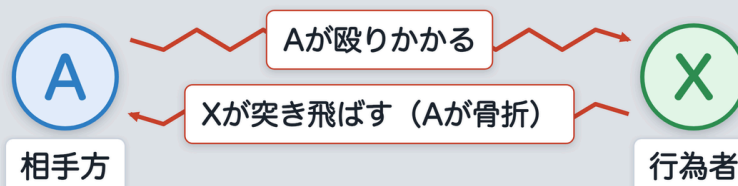
法令又は正当な業務による行為は、罰しない。

刑法35条を見てみましょう。「正当な」行為は、罰しない。それだけです。「正当な」の中身こそが、空欄です。条文は「正当なら罰しない」という結論だけを置いて、何が正当かは書いていません。そこを埋めるのが、これ

から第6章でやることです。前に見た199条は、人を殺せば、それだけで犯罪の形式に当てはまります。でも35条は、「正当なら、この限りでない」という留保を、条文自身が持っています。ここから先、夜道を歩く2人の人物を、ずっと使います。行為者をX、その相手方をAと呼びます。夜道で、AがXに殴りかかってきました。XはAを突き飛ばし、Aは転んで手首を折りました。

図でも、確認しておきましょう。

事案の骨格——夜道のXとA



変奏=Aが何もしていないのに、Xが面白半分に突き飛ばした場合も、後で比べる。結果は同じ、Aの手首骨折。

図：事案の骨格——夜道のXとA

形式と実質

条文の言葉には当たる | 「人の身体を傷害した」に形式的には当たる

それでも罰されない | Aが殴りかかってきた場合のXの反撃

理由は条文にない | 「正当な」の中身が空欄のまま

だから実質を問う | 形式と実質のズレを埋める作業

形式的には当たる。それでも罰されない。この落差を埋める作業が、第6章そのもの

図：形式と実質——なぜかは条文に書いていない

この行為だけを、条文の言葉に当てはめると、どうなるでしょう。**形式的には**、刑法の行為規範に反しています。前に、規範とは「やってはいけない」という命令だと見ましたね。刑法が示す、その命令のことです。ここに、落差があります。条文の言葉には形式的に当たるのに、罰されない。条文は、書いていません。形式的に行為規範に違反することを、**形式的違法性**と呼びます。そして、その奥にある「なぜ罰しないのか」を問うこと

を、**実質的違法性**と呼びます。この落差を埋める作業を、実質的違法性を問う、と言います。その中身のことを、これから「違法性の実質」と呼びます。これが、第6章という関門が存在する理由そのものです。

3

対立の正体——結果無価値論と行為無価値論

短答・論文共通

対立の正体

|35条の空欄を埋める考え方は、大きく2つある

- 結果無価値論
- 行為無価値論

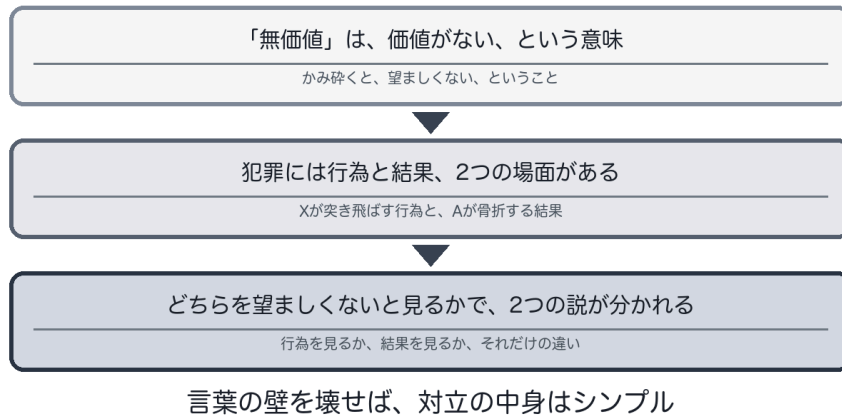
※ まずは、それぞれの名前だけ確認する

図：対立の正体——空欄を埋める2つの考え方

この空欄を埋める考え方が、大きく2つあります。結果無価値論と、行為無価値論です。先

に、その言葉の壁を、崩しておきましょう。

「無価値」の壁



図：「無価値」の壁——価値がない、望ましくない

「無価値」は、価値がない、という意味です。かみ砕くと、望ましくない、ということです。犯罪という出来事には、行為と、結果という、2つの場面があります。Xが突き飛ばす、という行為。Aが骨折する、という結果。行為が望ましくないとするか、結果が望ましくないとするかで、2つの説が分かれています。主観主義と客観主義の対立とは、別ものです。あちらは、3つの関門の全体にかかわる立場の話。こちらは、2つ目の関門、違法性の中だけの話です。まず、結果無価値論です。この考え方は、刑法の役割を、法益の保護に尽きる、と見ます。

社会の道德や秩序を守ることまでは、刑法の役割に含めません。道德の先生ではない、という言い方は、近いです。だから、違法性の実質は、結果の側に置かれます。法益侵害、またはその危険。これが、結果無価値論の答えです。刑法が道德の面倒まで見はじめると、罰せられる範囲が、どこまでも広がりかねないからです。Xの反撃で守られたXの身体と、犠牲になったAの身体を比べます。釣り合っているから、違法性が阻却される、という説明になります。次に、行為無価値論です。この考え方は、刑法の役割を、法益の保護に加えて、社会の秩序だった行動のあり方を守ることにも見ます。この「秩序だった行動の

あり方」を、法律の言葉では、社会倫理秩序と言います。

だから、違法性の実質は、結果だけでなく、行為の側にも置かれます。法益侵害やその危険のうち、社会的相当性を逸脱したもの。これが、行為無価値論の答えです。Xの反撃という行為そのものが、社会的に相当だったかどうかを見ます。殴りかかれて、とっさに突き飛ばした行為だから、社会的に相当だ、という説明になります。**結論は同じ。理由の通り道が違います。**まだ半分です。もう1つ、事案を並べてみましょう。同じ夜道です。ただし、今度はAは何もしていません。Xが面白半分に、Aを突き飛ばしただけです。Aは転んで、手首を折りました。

Aの手首の骨折という結果は、1ミリも変わりません。今度のXは、罰されます。結果は同じなのに答えが逆になる、そこが、今日いちばん大事な問いです。結果だけを見ていたのでは、この差を説明できません。結果無価値論も、ちゃんと説明できます。最初の事案には、Aの攻撃という、Aの側の落ち度がありました。だから、XとAの法益を、天秤にかけられます。今度は、Aに落ち度がありません。天秤の反対側に、乗せるものが無いんです。だから、Aの法益が一方的に失われるだけになり、違法性は阻却されません。行為無価値論は、もっと直接に説明します。殴りかかれ

ての反撃と、面白半分の一撃とでは、行為そのものの社会的な相当性が違う。

これが、行為の側も見ようとする理由です。同じ結果の事案を並べて、行為の側の違いを

指摘する。それが、行為無価値論の書き方です。

両説の対比

	結果無価値論	行為無価値論
刑法は何のための法律か	法益保護に尽きる	法益保護に加えて 社会倫理秩序の維持も
何が望ましくないのか	結果	行為も含めて考える
違法性の実質	法益侵害・その危険	社会的相当性を逸脱した 法益侵害・その危険
事案を、どう説明するか	法益の均衡 (法益権衡)	行為の社会的相当性

同じ2人の事案が、2つの説で違う理由付けを受ける

図：両説の対比——同じ事案を、どう説明するか

ここまでを、1枚の表に整理します。刑法は何のための法律か。結果無価値論は法益保護に尽きる、行為無価値論は社会倫理秩序の維持も含む、と考えます。何が望ましくないのか。結果無価値論は結果、行為無価値論は行為も、と考えます。違法性の実質。結果無価値論は、法益侵害とその危険と考えます。行為無価値論は、法益侵害やその危険のうち、社会的相当性を逸脱したものと考えます。そして事案の説明。結果無価値論は法益の均衡、行為無価値論は行為の社会的相当性で説明します。この講義は、行為無価値論の立場を採ります。刑法は、起きた結果を数えるだけの法律ではなく、どう行動すべきかも示している。この講義は、そう見るからです。

通説かどうかは、慎重に言う必要があります。この講義はこの立場を採りますが、学説全体では、今も対立が続いています。実務は、行為無価値論的な傾向にあると言われます。どちらが正しいかを覚える話ではありません。自分がどちらの道具を握っているかを自覚して書く。それが、この対立の使い方です。

4

行為無価値論は、結果を捨てる説ではない

行為無価値論だから、結果は関係ない？

- 行為無価値論、という名前から
- 結果は関係ない、と思う人が多い

※ この読み方、合っているでしょうか

図：行為無価値論だから、結果は関係ない？

行為無価値論だから結果は関係ない、というのは誤解です。この講義が採る行為無価値論は、結果無価値も違法性の実質に含めます。これを、行為無価値二元論と呼びます。行為無価値と結果無価値、2つを両方とも実質に含める、という意味です。それは、一元的行為

無価値論という、また別の立場です。行為無価値**だけ**に実質を求める説です。Aの手首が折れた、という結果です。この講義の二元論は、これも違法性の実質に数えます。一元論は、数えません。ここが、この論点でいちばん間違えやすいところです。

二元論と一元論

説の名前	違法性の実質に含めるもの	この講義の立場
行為無価値二元論	結果無価値と行為無価値の両方を含める	この講義は、ここに立つ
一元的行為無価値論	行為無価値だけを含める (結果無価値を含めない)	別の立場

行為無価値論だから結果を見ない、は誤り

図：二元論と一元論——違法性の実質に何を含めるか

表で、整理しましょう。行為無価値二元論は、結果無価値と行為無価値の両方を、実質に含めます。この講義が立つのは、こちらです。一元的行為無価値論は、行為無価値だけを実質に含めます。「行為無価値論だから結果は関係ない」と書くと、答案では誤りになり

ます。二元論と一元論を混同しないこと、それ自体が得点ポイントです。

5

払い戻しその1——①違法性阻却の一般的な根拠

論文の骨格

払い戻しその1

学説	判断の視点	阻却の一般的根拠
結果無価値論	法益と法益の均衡	法益権衡説
行為無価値論	行為の社会的相当性	社会的相当性説

実質をどこに置いたかが、そのまま阻却根拠の名前になる

図：払い戻し1——阻却の一般的な根拠

この対立からは、2つの理論的帰結が、自動的に出てきます。1つ目は、違法性を阻却する一般的な根拠です。結果無価値論は、違法性の実質を結果に置きました。だから、阻却の根拠も、結果の側から立てます。大きい法益を守るためなら、同じか、それより小さい法益を犠牲にしてもよい。これが、法益権衡説です。法益衡量説とも呼ばれます。一方、行為無価値論は、違法性の実質を行為にも置きました。だから、阻却の根拠は、行為が社会的に相当だったかどうかで立てます。これが、

社会的相当性説です。今日は、行為無価値論からはこの説が出てくる、という対応関係だけを押さえてください。

守られたXの身体と、失われたAの手首。この2つを比べるのが、法益権衡説です。殴りかかれて、とっさに突き飛ばした。この行為の中身を見るのが、社会的相当性説です。さっき見た説明が、そのまま2つの説の名前になっています。前回、許された危険という考え方を見ました。あのとき、社会的相当性説や法益衡量説と、混同しやすいと予告しました。

許された危険との切り分け

法理	どの関門の話か	何を決めるか
許された危険	第一の関門 (構成要件・結果回避義務)	そもそも義務があるか
社会的相当性説 法益権衡説	第二の関門 (違法性)	違法性が阻却されるか

絞る先の関門が違う

図：許された危険との切り分け——どの関門の話か

許された危険は、第一の関門、構成要件段階の話です。結果を避けるための義務が、そもそもあるかどうかを決めます。一方、社会的相当性説や法益権衡説は、第二の関門、違法

性の話です。義務があることを前提に、それでも違法性が阻却されるかどうかを決めます。言葉は似ていても、答えるべき問いが違います。

払い戻しその2

- もう1つの理論的帰結を、条文で確かめる
 - 条文に書かれた「主観」を、違法性の要素と読むか
- ※ 36条1項に、その手がかりがある

図：払い戻しその2——もう1つの帰結

条文 刑法36条1項

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。

もう1つの理論的帰結を見るために、36条1項を見てみましょう。中身には、まだ入りませ

ん。今日見たいのは、1つの言葉だけです。
「防衛するため」です。行為者の頭の中にある、目的や意図です。つまり、条文には、行為者の**主観**を表す言葉が、書き込まれています。この「ため」を、違法性を判断する要素として読むか、読まないか。これが、もう1つの理論的帰結、②主観的違法要素という論点です。

払い戻しその2

学説	主観的違法要素への態度	理由
結果無価値論	否定的	違法性の実質は結果の有無だけで決まる
行為無価値論	肯定的	行為の社会的相当性は主観も考慮して決まる

態度が分かれる理由も、刑法観の違いに戻る

図：払い戻し2——主観的違法要素への態度

結果無価値論は、否定的です。違法性の実質は、結果の有無だけで決まる、という立場だからです。行為者の主観は、関係しません。一方、行為無価値論は、肯定的です。行為無価値論が守ろうとしているのは、秩序だった行動のあり方でした。同じように突き飛ばしても、身を守るためか、腹いせかで、行動としての意味は変わります。だから、違法性を判断する中で、相当性に主観も入ってきま

す。同じ1つの価値判断から、2つの帰結が両方とも出てきます。ここで、事案を少しだけ変えてみましょう。外から見た光景は、さっきとまったく同じです。Xが突き飛ばし、Aが手首を折りました。

Xの内心です。今度のXは、Aが殴りかかってきたことに、気づいていませんでした。別のことに腹を立てていて、たまたま目の前にいたAを、突き飛ばしただけでした。

事案を変えると

	外から見える光景	Xの内心
最初の事案	Aが殴りかかり Xが突き飛ばす	Aの攻撃に 気づいていた
事案を変えると	(同じ) Xが突き飛ばす	Aの攻撃に 気づいていなかった

絵は同じでも、頭の中は違う

図：事案を変えると——外形は同じ、内心だけが違う

表で、並べてみます。外から見える光景は、どちらも同じです。違うのは、Xの内心だけです。結果無価値論の向きは、結果はさっきと同じだから、違法性に影響しない、という方向に傾きます。行為無価値論の向きは、「防衛のため」という主観が無いことが、効いてくる方向に傾きます。そこが、この論点の核心です。この事案の結論は、今日は決めませ

ん。この事案をどちらの説がどう扱うかは、正当防衛の回で、正面から扱います。基本書も、ここでは踏み込まず、結果無価値論の側では防衛の意思不要説に立つ論者が多い、という傾向を挙げているだけです。

7 到達点——3段の連鎖

短答・論文共通

到達点

①刑法を何のための法律と見るか

法益保護のみか、社会倫理秩序の維持も含むか

②違法性の実質を何に求めるか

結果無価値論か、行為無価値論か

③④そこから自動的に決まる2つ

阻却の一般根拠は次回、主観的違法要素は正当防衛の回

学説の趣味ではなく、答案で使う道具の出所

図：到達点——学説の趣味ではなく、道具の出所

今日、見てきたことを、1つの連鎖にまとめます。まず、①刑法を何のための法律と見るか。法益保護だけか、社会倫理秩序の維持も含むか。出発点の価値判断ですね。②その答えが、違法性の実質を何に求めるかを決めます。結果無価値論か、行為無価値論か。そして、そこから、2つの帰結が自動的に決まります。③違法性を阻却する一般的な根拠。これは、違法性阻却事由を扱う回を中心にま

す。④主観的違法要素。これは、正当防衛の回を中心です。③と④は、同じ段から枝分かれた、2つの帰結という意味です。この連鎖が言えるようになることが、今日のゴールです。

答案で使う道具の出所です。未遂犯の処罰根拠や、不能犯の学説でも、また出てきます。

◆ 今日の地図（保存版）

今日の地図

| 条文は結論しか書いていない

- 35条は正当な行為は罰しないとしか言わず、「正当な」の中身は空欄

| 結果無価値論

- 刑法は法益保護に尽きる。違法性の実質は法益侵害とその危険

| 行為無価値論

- 法益保護に加えて社会倫理秩序の維持も。違法性の実質は社会的相当性を逸脱した法益侵害とその危険

| 二元論と一元論

- この講義の立場は行為無価値二元論。結果無価値も見る。一元論とは別

| 払い戻しその1

- 結果無価値論は法益権衡説、行為無価値論は社会的相当性説

| 払い戻しその2

- 結果無価値論は否定的、行為無価値論は肯定的

図：今日の地図

今日を、振り返りましょう。「正当な行為は罰しない」としか書いていない。「正当な」の中身は、条文の外にありました。結果無価値論は、刑法の役割を法益保護に尽きると見て、違法性の実質を結果に置きます。行為無価値論は、社会倫理秩序の維持も刑法の役割と見

て、違法性の実質を行為にも置きます。結果無価値も見る二元論です。行為無価値だけの一元論とは、別の立場でした。阻却の一般根拠と、主観的違法要素です。阻却の一般根拠の詳細は、違法性阻却事由を扱う回で行いま

す。主観的違法要素、防衛の意思の要否は、正当防衛の回で正面から扱います。

35条の「正当な業務」の中身は、正当行為を扱う回で。緊急避難、37条も、その先の回で扱います。1つずつ、積み上げていきましょう。