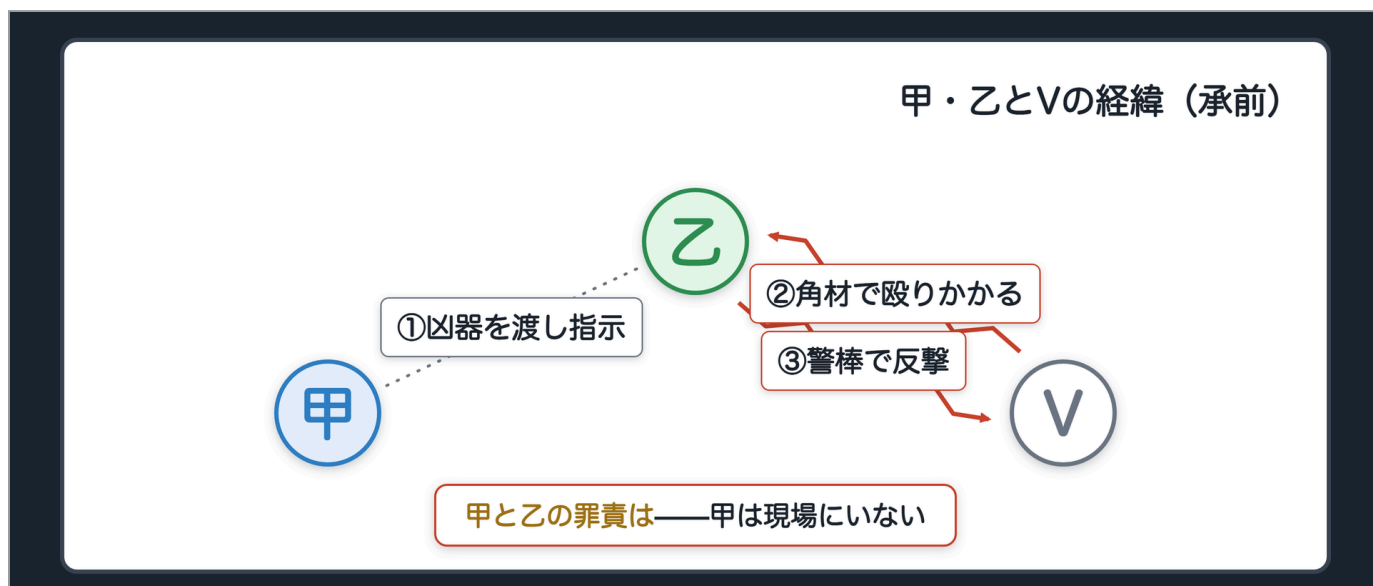


ゼロから刑法 論文／動画の内容を見返し用にまとめたものです（動画には含みません）。

1 事例

事例



図：甲・乙とVの経緯（承前）

前編と同じ事案から続けます。甲は、共同経営していた店舗の清算をめぐってVと深刻に対立し、ひそかにVの殺害を決意していました。Vは別の金銭トラブルから乙に激しい怒りを募らせていて、甲はこれを予期していました。甲は、Vが乙に襲いかかれば乙が反撃してVが死ぬかもしれない、それなら好都合だと考えます。そこで甲は、乙に特殊警棒を渡し、「Vが手を出してきたら、これで痛い目にあわせてやれ」と指示しました。甲は、Vと接触することが見込まれる資材置き場へ乙を向かわせ、自分は現場に行かず自宅にとどまりました。乙のもとへVが角材でいきなり殴りかかり、乙は警棒を一回振り下ろします。Vはよろめいて後方に倒れ、後頭部を強打して死亡しました。

乙については、Vがいきなり角材で殴りかかってきたことが急迫不正の侵害に、乙が自分から攻撃するつもりはなく身を守るために反撃したことが防衛の意思に、警棒を一回振り下ろしただけで追撃していないことがやむを得ずにした行為に当たりました。だから乙の行為には正当防衛が成立し、乙は傷害致死罪の罪責を負いません。甲については、乙に警棒を渡して指示し、乙も承知していたので、2人の間に共謀があります。ただ、甲には殺人の故意、乙には傷害の故意しかありませんでした。そこで甲は、Vに対する殺人罪の構成要件に単独で該当するとともに、人の身体に傷害を加える点で重なり合う傷害致死罪の限度で、乙と共同正犯の構成要件に該当します。

60条は構成要件の修正形式、つまり一人で実行する前提の構成要件を、何人かで実行する場面に広げる規定にすぎず、違法性と責任の検討が残っていました。今日は、その続きです。甲の罪責の、違法性阻却の場面を見ていきます。

2 甲の罪責——急迫性の問題提起

論文の骨格

甲は侵害の機会を予期し、利用しようとした

- 甲は、Vが乙に襲いかかることを予期していた
- 甲は、乙の反撃でVが死ねば好都合だと考え、凶器を渡して乙を向かわせた

※ 正当防衛（36条1項）の「急迫」性は認められるか

図：甲は、Vが乙を襲う機会を予期し、利用しようとしていた

そうだとすると、甲の行為に正当防衛が成立し、違法性が阻却されないか、次はこれを検討します。

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。

これが36条1項です。要件は、乙の罪責ですすでに確認しています。甲は、傷害致死罪の限度で乙と共同正犯の構成要件に該当しています。犯罪が成立するかは、構成要件の次に、違法性と責任を見て決まりますから、甲自身についても正当防衛の成否を見る必要があります。ここで、甲の側の事実注目してください。甲は、Vが乙に襲いかかってくることを予期していました。しかも、乙の反撃によってVが死ねば好都合だと考えていました。単に予期してただけなら、それだけで急迫性が失われるわけではありません。問題は、甲が予期してただけなのか、それとも別のことをしていたのか、ということです。甲は、Vが乙に襲いかかってくることを見越して、乙に凶器を渡し、乙を現場へ向かわせ、自分は自宅にとどまっていた。この事実がある場合に、正当防衛の要件である「急迫」性が否定されないかが問題となります。

3 規範——急迫性と積極的加害意思

論文の骨格

★ 論文で書く規範：急迫性と積極的加害意思 36条1項が「急迫」性を要件とした趣旨は、**国家による法益の保護を待ついとまがない状況**において、**補充的に**私人の緊急行為を許容する点にある。 そうだとすれば、侵害をあらかじめ予期していたとしても、そのことだけで直ちに急迫性が失われるわけではない。しかし、**予期された侵害の機会を利用して積極的に相手方に加害行為をする意思**（積極的加害意思）をもって侵害に臨んだ場合には、もはや上記のような緊急行為として保護するに値せず、正当防衛の要件である「急迫」性は否定されると解する。（規範（最高裁の決定による理由づけ））

規範と答案の型 | 急迫性と積極的加害意思

【問題提起】

甲は、Vが乙に襲いかかってくることを予期しており、しかも乙の反撃によってVが死ねば好都合だと考えていた。そこで、このような事実がある場合に、正当防衛の要件である「急迫」性が否定されないかが問題となる。

【規範】

36条1項が「急迫」性を要件とした趣旨は、**国家による法益の保護を待ついとまがない状況**において、**補充的に**私人の緊急行為を許容する点にある。 そうだとすれば、侵害をあらかじめ予期していたとしても、そのことだけで直ちに急迫性が失われるわけではない。しかし、**予期された侵害の機会を利用して積極的に相手方に加害行為をする意思**（積極的加害意思）をもって侵害に臨んだ場合には、もはや上記のような緊急行為として保護するに値せず、正当防衛の要件である「急迫」性は否定されると解する。

【あてはめ】

甲は、事業清算をめぐりVと深刻に対立し、金銭トラブルからVが乙に襲いかかることを確実性高く予期していた。そのうえで、乙の反撃でVが死ねば好都合だと考え、乙に特殊警棒を渡して「Vが手を出してきたら、これで痛い目にあわせてやれ」と指示し、資材置き場へ乙を向かわせながら、自分は現場に赴かず自宅にとどまった。甲は、予期された侵害の機会を利用して積極的にVに加害行為をする意思をもって侵害に臨んだといえる。「急迫」性が否定され、甲の行為には正当防衛は成立しえない。急迫性を欠く以上、過剰防衛（36条2項）も問題とならない。

刑法36条1項／最決昭52・7・21（積極的加害意思の判例法理）参照

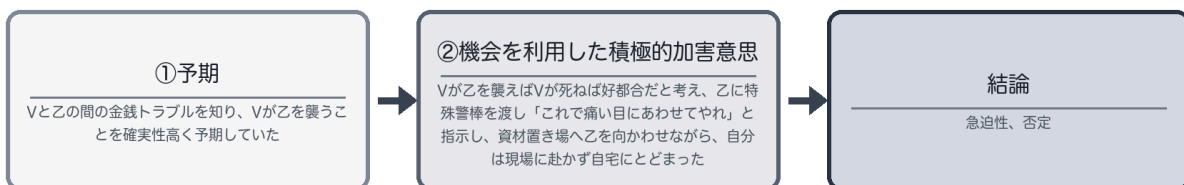
図：規範 | 急迫性と積極的加害意思

この規範は、3つの段階でできています。まず、なぜ「急迫」性が要件になっているのか。国家が助けに来るのを待ってられない、緊急の場面でだけ、私人が自分で防衛することを認める、という趣旨です。予期していても、避けようがなかったり、避けなかったら、緊急事態であることに変わりはありません。しかし、その予期した機会を「利用」して、積極的に相手を害する意思で侵害に臨んだ場合は違います。そのとき、その人はもう緊急事態に居合わせたただの人ではなく、自分の目的のために状況を利用した人です。だから、緊急行為として保護するに値せず、「急迫」性が否定されます。

4 あてはめ——予期と積極的加害意思

論文の骨格

予期の確実性と、機会を利用した積極的加害意思



予期してただけでは足りない——機会を利用した積極的加害意思が急迫性を否定する

図：予期の確実性と、機会を利用した積極的加害意思

甲は、Vが乙を襲ってくることを知っていました。でも、それだけでは急迫性は失われませんでしたね。では、甲のどんな事実があれば、急迫性は否定されるのでしょうか。まず①予期です。甲は、Vが乙に襲いかかってくることを予期していました。しかも、Vと乙の間には金銭トラブルがあり、Vが近く実力行使に出るおそれがあったという事情のもとでの予期です。単なる漠然とした可能性ではなく、確実性の高い予期といえます。②が本題です。機会を利用した積極的加害意思です。甲は、Vが乙を襲えば、乙の反撃でVが死ねば好都合だと考えていました。単に侵害を避けなかった、というだけではありません。

甲が乙に特殊警棒という凶器を手渡し、「Vが手を出してきたら、これで痛い目にあわせてやれ」と指示したことに表れています。さらに、Vとの接触が見込まれる資材置き場へ乙を向かわせ、自分は現場に赴かず自宅にとどまったこと。乙を自分の代わりに使い、自分は安全な場所から結果の発生を待つ、という態勢そのものが、積極的加害意思を裏づけます。今の、確実性の高い予期、凶器を渡したこと、接触が見込まれる場所へ乙を向かわせたことに、甲がVと前から深刻に対立していたことも加えます。どれも、急迫性の回で見た、行為全般の状況として並べる事情です。答案でも、こうした事実を並べたうえで、積極的加害意思を認定します。

急迫性の回で見た、脅されて身を守る棒を用意し、家で待っていた人は、予期していても防御のために備えてただけで、急迫性がありました。甲は、Vが乙を襲う場面を、Vを死なせる機会として使おうとしていた点が違います。甲は、予期された侵害の機会を利用して、積極的にVに加害行為をする意思をもって侵害に臨んだといえます。したがって、甲の行為については「急迫」性が否定されます。よって、甲の行為には正当防衛は成立しえず、違法性は阻却されえません。なお、過剰防衛も、急迫不正の侵害があることが前提です。急迫性を欠く甲には、過剰防衛も問題になりません。

5 甲の罪責——違法の相対性

論文の骨格

乙には正当防衛が成立し、甲には成立しない

乙	甲
正当防衛、成立 客観・主観とも要件を充足	正当防衛、成立せず 積極的加害意思により急迫性を欠く

違法性は、行為者ごとに個別に判断される

図：乙には正当防衛が成立し、甲には成立しない

乙の行為が適法なら、それを使った甲の行為も適法になるのではないか、という疑問が出てきます。共同正犯者の一方である乙には、正当防衛が成立しています。そこで、共同正犯の一方には正当防衛が認められ、他方には認められない場合がありうるのか、これが次の問題です。ここで1つ、思い出してください。違法性の実質の回で、この講義の立場は、違法性の実質を何だと考えましたか？

★ **論文で書く規範**：共同正犯と違法の相対性 この点について、違法性の実質は、社会倫理秩序を逸脱した法益侵害またはその危険の惹起にあると解される。 そうだとすれば、違法は、個々の行為者の主観・客観を総合考慮して判断されるべきであるから、**違法の相対性**は認められる。 そこで、共同正犯者の一方に正当防衛が認められ、他方に認められない場合がありうると解する。（規範（違法の実質から導く））

規範と答案の型 | 共同正犯と違法の相対性

【問題提起】 共同正犯者の一方である乙には正当防衛が成立している。そこで、共同正犯の一方には正当防衛が認められ、他方には認められない場合がありうるのかが問題となる。

【規範】 違法性の実質は、社会倫理秩序を逸脱した法益侵害またはその危険の惹起にあると解される。 そうだとすれば、違法は、個々の行為者の主観・客観を総合考慮して判断されるべきであるから、**違法の相対性**は認められる。そこで、共同正犯者の一方に正当防衛が認められ、他方に認められない場合がありうると解する。

【あてはめ】 したがって、乙に正当防衛が成立していることは、甲の結論を左右しない。なお、甲の行為には正当防衛は成立しえず、違法性は阻却されえない。

通説型（違法性の実質から導く）。最決平4・6・5＝過剰防衛の成否を共同正犯者の各人ごとに判断すると判示。

図：規範 | 共同正犯と違法の相対性

規範の最初の文のとおり、違法性の実質には、行為者がどんなつもりで行動したかという心のうちも入ります。ここが効いてきます。秩序を逸脱したかどうかは、その人がどんなつもりで行動したかでも変わります。そうだとすれば、違法かどうかは、それぞれの行為者の主観と客観を総合して判断されるべきものです。だから、違法は行為者ごとに違って構いません。共同正犯者の一方に正当防衛が認められ、他方に認められない場合があります。最高裁も、過剰防衛が問題になった事案で、共同正犯者の各人について、それぞれ要件を満たすかどうかを検討して決める、という判断を示しています。急迫性は正当防衛と過剰防衛に共通の要件ですから、正当防衛でも同じように考えられます。最初の疑問に戻ると、一部実行の全部責任は、乙がしたことを甲がしたこととしても扱う、という構成要件の段階の話でした。違法かどうかまで、自動的にそろえる仕組みではありません。

共同正犯と従属性の回では、客観的な要件は連帯し、心のうちの要件は一人ずつ見る、と整理しました。ただ判例は、積極的加害意思という心のうちを、急迫性の中で見ます。心のうちは一人ひとり違うので、急迫性も、甲と乙で分かれるのです。したがって、乙に正当防衛が成立していることは、甲の結論を左右しません。甲の行為には正当防衛は成立しえず、違法性は阻却されえません。

甲は殺人罪が成立し、傷害致死罪の限度で共同正犯

- 甲について、正当防衛（36条1項）は成立せず、違法性は阻却されない。したがって、甲には、Vに対する殺人罪（199条）が成立し、傷害致死罪（205条）の限度で乙と共同正犯となる

※ 前編では違法性・責任の検討が残っていたから「成立」と言わなかった。今日、その検討を見終えたから、ここで初めて「成立」と言える

図：甲には殺人罪が成立し、傷害致死罪の限度で共同正犯となる

甲について、正当防衛は成立せず、違法性は阻却されません。責任の段階でも、甲の責任能力を疑わせる事情は、事例にありません。したがって、違法性・責任の検討をすべて終えたことになります。甲には、Vに対する殺人罪が成立し、傷害致死罪の限度で乙と共同正犯となります。前編で「成立」と言わずに止めたのは、60条が構成要件の修正形式にすぎず、違法性と責任の検討が残っていたからでした。乙は、正当防衛が成立し、傷害致死罪の罪責を負いません。

◆ 今日の地図（保存版）

規範と答案の型 | 急迫性と積極的加害意思

【問題提起】	甲は、Vが乙に襲いかかってくることを予期しており、しかも乙の反撃によってVが死ねば好都合だと考えていた。そこで、このような事実がある場合に、正当防衛の要件である「急迫」性（36条1項）が否定されないかが問題となる。
【規範】	36条1項が「急迫」性を要件とした趣旨は、 国家による法益の保護を待ついとまがない状況 において、 補充的に 私人の緊急行為を許容する点にある。そうだとすれば、侵害をあらかじめ予期していたとしても、そのことだけで直ちに急迫性が失われるわけではない。しかし、 予期された侵害の機会を利用して積極的に相手方に加害行為をする意思 （積極的加害意思）をもって侵害に臨んだ場合には、もはや上記のような緊急行為として保護するに値せず、正当防衛の要件である「急迫」性は否定されると解する。
【あてはめ】	甲は、事業清算をめぐりVと深刻に対立し、金銭トラブルからVが乙に襲いかかることを確実性高く予期していた。そのうえで、乙の反撃でVが死ねば好都合だと考え、乙に特殊警棒を渡して「Vが手を出してきたら、これで痛い目にあわせてやれ」と指示し、資材置き場へ乙を向かわせながら、自分は現場に赴かず自宅にとどまった。甲は、予期された侵害の機会を利用して積極的にVに加害行為をする意思をもって侵害に臨んだといえる。「急迫」性が否定され、甲の行為には正当防衛は成立しえない。急迫性を欠く以上、過剰防衛（36条2項）も問題とならない。

刑法36条1項／最決昭52・7・21（積極的加害意思の判例法理）参照

図：規範 | 急迫性と積極的加害意思

今日の結論を、規範カードで振り返ります。甲は、予期された侵害の機会を利用して積極的に加害する意思をもって臨んだので、急迫性が否定され、正当防衛は成立しえませんでした。

規範と答案の型 | 共同正犯と違法の相対性

【問題提起】 共同正犯者の一方である乙には正当防衛が成立している。そこで、共同正犯の一方には正当防衛が認められ、他方には認められない場合がありうるのかが問題となる。

【規範】 違法性の実質は、社会倫理秩序を逸脱した法益侵害またはその危険の惹起にあると解される。そうだとすれば、違法は、個々の行為者の主観・客観を総合考慮して判断されるべきであるから、**違法の相対性**は認められる。そこで、共同正犯者の一方に正当防衛が認められ、他方に認められない場合がありうる と解する。

【あてはめ】 したがって、乙に正当防衛が成立していることは、甲の結論を左右しない。なお、甲の行為には正当防衛は成立しえず、違法性は阻却されえない。

通説型（違法性の実質から導く）。最決平4・6・5＝過剰防衛の成否を共同正犯者の各人ごとに判断すると判示。

図：規範 | 共同正犯と違法の相対性

そして、違法性は行為者ごとに個別に判断されるので、乙に正当防衛が成立していても、甲の結論は左右されません。甲には殺人罪が成立し、傷害致死罪の限度で乙と共同正犯となります。

完成答案① 第1 乙の罪責

1 問題の所在・規範

乙がVに警棒で打撃を加え、Vが転倒して死亡した行為は傷害致死罪（205条）の構成要件に該当する。もっとも乙はVがいきなり角材で殴りかかってきたためにこの行為をしており、正当防衛（36条1項）——①急迫不正の侵害、②防衛の意思、③やむを得ずにした行為——が成立し、違法性が阻却されないかが問題となる。

2 あてはめ

①Vはいきなり角材で殴りかかっており、乙の身体に対する侵害が現に存在し、暴行にあたる違法な侵害である（①充足）。②乙は自分からVに攻撃を仕掛けるつもりはなく、Vの攻撃を防ぐためとっさに反撃しており、防衛の意思が認められる（②充足）。③Vが死亡したのは、警棒による直接の打撃ではなく、よめいて転倒し後頭部を地面に打ちつけたという結果的な経過によるものである。乙の反撃行為そのものは、凶器を用いた攻撃に対して腕を狙った一度限りのものにとどまっており、防衛手段として必要最小限度の範囲内といえる（③充足）。

3 結論

よって乙の行為には正当防衛（36条1項）が成立し、違法性が阻却される。乙は傷害致死罪（205条）の罪責を負わない（乙はみずから実行行為の全部を行っているため、共同正犯（60条）を論じるまでもなく単独で構成要件に該当する）。

図：完成答案：第1 乙の罪責

こちらが、乙の罪責の完成答案です。動画を止めて、見てみてください。

完成答案② 第2 甲の罪責 1・2

1 共謀共同正犯の要件

甲は乙に特殊警棒を手渡し「Vが手を出してきたら、これで痛い目にあわせてやれ」と指示し、乙も承知している（①共謀）。乙は現にVの攻撃を受け警棒で打撃を加えており、共謀どおりの実行がある（②実行）。甲はVの殺害を決意し乙を利用した主導者で、結果に強い利害を有する（③正犯意思）。よって甲は共謀共同正犯として「共同して犯罪を実行した」（60条）と言えそうである。

2 共同正犯内の錯誤——問題の所在・規範

甲には殺人の故意、乙には傷害の故意しかなく、共同して実行した「犯罪」（60条）が何罪かが問題となる。共同正犯の処罰根拠は相互利用補充関係のもと犯罪を実現する点にあり、罪刑法定主義の下では犯罪は構成要件として類型化されている。もっとも構成要件は社会通念に基づく類型だから重なり合いも実質的に判断すべきである。そこで、保護法益・行為態様の共通性を基礎に、構成要件が実質的に重なり合う限度で軽い罪の共同正犯が成立すると解する。

共同正犯内の錯誤——あてはめ・結論

殺人罪（199条）も傷害致死罪（205条）も人の身体への有形力行使と死亡を内容とし、保護法益・行為態様が共通する。甲乙が実現したのは人の身体に傷害を加える共通の行為であり、両罪は構成要件が実質的に重なり合う。甲は殺人罪の構成要件に単独で該当し、重なり合う傷害致死罪の限度で乙と共同正犯の構成要件に該当する（共同正犯となりうる）。60条は構成要件の修正形式にすぎず、違法性・責任の検討を要するため、まだ「成立」とは言わない。

図：完成答案：第2 甲の罪責 1・2（構成要件）

こちらは、甲の共謀共同正犯の認定から、共同正犯内の錯誤までです。前編分にあたります。こちらでも止めて確かめてください。

完成答案③ 第2 甲の罪責 3～5

|3 急迫性と積極的加害意思

甲は、Vが乙に襲いかかってくることを予期しており、しかも乙の反撃でVが死ねば好都合だと考えていた。そこで「急迫」性（36条1項）が否定されないかが問題となる。36条1項が「急迫」性を要件とした趣旨は、国家による保護を待ついとまがない状況で補充的に私人の緊急行為を許容する点にあり、予期しただけで直ちに急迫性が失われるわけではないが、予期された侵害の機会を利用して積極的に加害行為をする意思をもって侵害に臨んだ場合は「急迫」性が否定される。甲は、Vと乙の金銭トラブルから確実性高く予期しつつ、凶器を渡し指示し、資材置き場へ乙を向かわせ自宅にとどまった。急迫性は否定され、正当防衛は成立しえず、過剰防衛も問題とならない。

|4 共同正犯と違法の相対性

共同正犯者の一方である乙には正当防衛が成立している。違法性の実質は社会倫理秩序を逸脱した法益侵害等にあり、違法は行為者ごとの主観・客観を総合考慮して判断されるから違法の相対性が認められ、共同正犯者の一方に正当防衛が認められ他方に認められない場合がありうる。乙に正当防衛が成立していることは甲の結論を左右せず、甲の行為には正当防衛は成立しえない。

|5 結論

以上より、甲には、Vに対する殺人罪（199条）が成立し、傷害致死罪（205条）の限度で乙と共同正犯となる。

図：完成答案：第2 甲の罪責 3～5（違法性阻却・結論）

そして、今日書いた急迫性と積極的加害意思、違法の相対性、最終結論までがこちらです。同じように、止めて確かめてください。