

講義刑法学・総論〔第2版〕

講義刑法学・総論

〔第2版〕

井田 良



法学部から学ぶ
渾身の体系書—思考する刑法学
□□□□
新しく、親しみやすく、更に充実。
有斐閣

井田 良

2018年10月発売／700頁／本体4300円＋税
A5判／上製



編集
担当者
から

議論の蓄積をまって、満を持しての改訂です。特に、因果関係／正当防衛／共同正犯／刑罰論と量刑について、記述を一新！一見ボリューミーですが、それは言葉を尽くしてわかりやすく説明しているから。豊富な論点を扱いつつ、具体例を駆逐することで、抽象的な総論の議論もしっかり理解できるようになっています。

本書は行為無価値論の立場から書かれた基本書ですが、記述の客観性・公平性には細心の注意が払われており、通説・判例を非常に丁寧に解説しています。読みやすい文体もあいまって、初学者にもお勧めできる一冊です。一方で、哲学や思想といった理論の源流もきちんと織り込まれていて、刑法的思考のヒントが散りばめられています。その意味で、これは「書かれていることを覚えるための本ではなく、一緒に考えるための本」であり、「理解した後、批判して乗り越える」ことを読者に期待する本なのです（「第2版のためのしがき」より）。さらさら読めるのに、面白く、深い。修習生や実務家の皆さんも是非読んでください。（F&O）

Point!

P

重要語句の強調、文字サイズのメリハリ、適度な図表やリファーマーで、更にわかりやすい。

■ 第13章 ■

正当行為

第1節 総説
第2節 法令行為
第3節 正当業務行為
第4節 その他の正当行為

第1節 総説

35条は、法令による行為と正当な業務による行為を「罰しない」と規定する。それが、構成要件該当行為の違法性が阻却される（その結果として犯罪が成立しない）という趣旨であることについては異論を見ない。本条は、かなり包括的な形で違法性阻却事由を規定したものである。しかも、35条のあげる法令行為と正当業務行為とは、限定的な列挙ではなく、同条の見出しにも「正当行為」とあるように、正当行為の例示にすぎない。そこで、本条は、正当行為一般についての違法性阻却の根拠規定として理解することができる。法令行為は、正当行為の代表例といえよう。これに対し、刑法が特に正当業務行為に関して明文の規定を設けた理由は明らかでないが、「業務として」行われたかどうかは違法性阻却の判断にあたり重要なものではない。正当業務行為の違法性が阻却されるのは、それが正当行為だからである。正当業務行為は、あくまで正当行為の例示にすぎないのである。明文の規定をもつ正当防衛および緊急避難も

1) ただ、大塚・409頁は、既婚の既行は、殺人罪の構成要件に該当するとはいえないとし、35条は違法性阻却事由ばかりでなく、このような構成要件該当性阻却事由をも規定したものだとしている。

2) 渡邊良也、35条系正当行為の違法性阻却について規定したものとする解釈を前提として、刑法改正29・12・3別表18巻10号698頁（既婚事件（一）34頁）。

29 第2編 第3部 第13章 正当行為

また、正当行為の類型として理解することも考え可能である。

正当業務行為が違法性を阻却する理由 医師による治療行為（たとえば、手術）が違法とされるのは、それが業務として行われるからではなく、患者の同意（インフォームド・コンセント）があり、かつ医学上一般に承認されている（医療水準にかなった）方法が用いられるからである（一357頁以下）。スポーツ（たとえば、柔道）に持身法廷投擲と危険が正当化されるのは、承認されたルールに従って行われるからであり、そのことは、業務としてのプロ・スポーツの場合と学生スポーツの場合とで変わりはない³⁾。こうして、正当業務行為の「業務」という文言には、違法性を阻却される行為を領域的に限定する上でも、また違法化の根拠とその要件を具体化する上でも、意味が認められない⁴⁾。

こうして、35条のカバーする正当行為は、①法令行為、②正当業務行為、③その他の正当行為の3つに分けて整理することができる。法令行為と正当業務行為が正当行為の例示にすぎず、35条がすべての正当行為を正当化する包括的な規定であるとするれば、条文に根拠をもたないという意味での超法規的違法



3) 「業務」の語を広く理解して、学生スポーツも医療・継続して行われるところから業務行為に含まれると解することは可能である。しかし、医療・継続して行われることが、違法性阻却の根拠になるものではない。

4) 35条の解釈論としては、①35条にあげられた法令行為と正当業務行為は正当行為の例示にすぎない、とする解釈（大塚・408頁、大塚・344頁以下）など、②明示後段の正当業務行為の「業務」の要件には意味がないことから、後段を正当行為一般をカバーする規定として読む解釈（植田・172頁以下）等の二つのものがあるが、実質的な違いはない。前者の解釈の方がより明決である。