

1 『基本刑法Ⅰ 総論』と基礎テキスト刑法第4期との対比

『基本刑法Ⅰ 総論(第2版)』・168～169頁(第12講 正当防衛(1)——防衛状況を中心に)より	基礎テキスト刑法第4期・89～90頁(第1部刑法総論 第2章正当防衛(1)——防衛状況)より
<p>1 正当防衛の意義</p> <p>(2) 緊急避難等との違い</p> <p><b>緊急行為</b>には、正当防衛(36条1項)、緊急避難(37条1項本文)、自救行為の3つの種類があり、通説によれば、いずれも違法性阻却事由とされている。</p> <p>【事例1】</p> <p>Xが、人ごみの中を歩いていたところ、突然、AがXを刺そうと刃物を突き出してきた。そこで、Xは次のような行動に出た。</p> <p>(1) Aからの攻撃を防御するために、Aを突き飛ばした。</p> <p>(2) とっさに自分の横を歩いていたBを押し倒して逃げた。</p> <p>……このように、<b>正当防衛の本質</b>は、不正な侵害者に対して反撃行為を行う点で、「<b>不正対正</b>」の関係にあるという点にある。</p> <p>これに対し、【事例1】の(2)の場合のように、急迫不正の侵害を行ってきたAに対してではなく、正当な利益を有する第三者Bを犠牲にして自己等の利益を図る行為には<b>緊急避難</b>が成立する(37条1項本文)。緊急避難も緊急行為の一種であるが、<b>緊急避難の本質</b>は、正当な利益を侵害された者が第三者の正当な利益を侵害した点で、「<b>正対正</b>」の関係にあるという点である。</p> <p>正当防衛が「急迫不正の侵害」が存在する際の防衛行為であるのに対し、自救行為は「急迫不正の侵害」が終了した後に、公的機関の保護を求めているのでは権利の回復が困難な事情がある場合に例外的に認められる<b>事後的救済行為</b>である。</p>	<p>第1節 正当防衛の意義</p> <p>2. 緊急避難・自救行為との違い</p> <p><b>緊急行為</b>には、正当防衛(36条1項)、緊急避難(37条1項本文)、自救行為の3種類があり、通説によれば、いずれも違法性阻却事由とされる。</p> <p>(1)緊急避難との違い</p> <p>〔事例〕</p> <p>Aは、路上を歩いていたところ、突然BがAを刺そうとナイフを突き出してきた。</p> <p>I Aは、Bの刺突行為を防ぐために、Bを突き飛ばした。</p> <p>II Aは、Bの刺突行為から逃れるために、たまたま隣を歩いていたCを突き飛ばして逃げた。</p> <p><b>正当防衛の本質</b>は、不正な侵害者に対して反撃行為を行う点で、「<b>不正対正</b>」の関係にある点にある。</p> <p>これに対して、緊急避難とは自己または他人の生命・身体・自由・財産に対する現在の危難を避けるためにした行為であり、他にその危難を避ける方法がなく、その行為から生じた害悪が避けようとした害悪の程度を超えなかった場合のことをいうところ(37条1項本文)、その本質は、正当な利益を侵害された者が第三者の正当な利益を侵害する点で、「<b>正対正</b>」の関係にある点にある。</p> <p>(2)自救行為との違い</p> <p><b>正当防衛</b>は、「急迫不正の侵害」が存在する際の防衛行為である。これに対し<b>自救行為</b>は、「急迫不正の侵害」が終了した後に、公的機関の保護を求めているのでは権利の回復が困難な事情がある場合に認められるものであり、<b>事後的な救済行為</b>である。</p>

『基本刑法Ⅱ 各論(初版)』・9～10頁(第1講 生命に対する罪)より	基礎テキスト刑法第4期・269頁(第2部刑法各論 第2篇 個人的法益に対する罪 第1章生命に対する罪)より
<p>2 殺人の罪</p> <p>殺人の罪は、故意に他人の生命を侵害する犯罪であり、殺人罪(199条)、殺人予備罪(201条)、自殺関与・同意殺人罪(202条)に分けて規定されているが、その保護法益は人の生命である。</p> <p>(1) 殺人罪</p> <p>199条 ①人を②殺した者は、死刑又は無期若しくは5年以上の懲役に処する。</p> <p>ア 成立要件</p> <p>本罪は普通殺人などとも呼ばれる。……(略)</p> <p>客体は、人であり、行為者を除く自然人である(下線①)。他人のみが本条の客体なので、自殺は本条の構成要件に該当しない。</p> <p>行為は、殺すこと、すなわち、自然の死期に先だって人の生命を断絶することである(下線②)。</p> <p>故意について、人を殺すことの認識・認容を必要とする。</p> <p>イ 未遂・予備</p> <p>本罪は未遂が処罰される。着手時期は、故意に人を死亡させる現実的危険性を含む行為を開始したときである。例えば、殺人の意思で被害者の首を絞めるとか、銃で狙いを定める行為をした場合などである。</p> <p>また、本罪は予備も処罰される。殺人の予備とは、殺人の実行を目的としてなされる準備行為であって、未だ実行の着手に至らない行為である。例えば、……(略)</p>	<p>第2節 殺人の罪</p> <p>殺人の罪は、故意に他人の生命を侵害する犯罪である。その保護法益は、人の生命である。刑法上、殺人罪(199条)、殺人予備罪(201条)、自殺関与・同意殺人罪(202条)が規定されている。</p> <p>1. 普通殺人罪(199条) (殺人)</p> <p>第一九九条 人を殺した者は、死刑又は無期若しくは五年以上の懲役に処する。</p> <p>(1) 要件</p> <p>普通殺人罪の①客体は行為者を除く自然人である「人」である。</p> <p>②行為は、自然の死期に先立って人の生命を断絶することである「殺」すことである。</p> <p>③故意は人を殺すことの認識・認容である。</p> <p>(2) 未遂・予備</p> <p>ア. 未遂</p> <p>本罪は未遂が処罰される(203条)。実行の着手時期は、故意に人を死亡させる現実的危険性を含む行為を開始したときである。例えば、殺意をもって、被害者に向かって銃で狙いを定める行為(引き金に指をかける行為)は、実行の着手が認められる。</p> <p>イ. 予備</p> <p>また、本罪は予備も処罰される(201条)。殺人の予備とは、殺人の実行を目的としてなされる準備行為であって、未だ実行の着手に至らない行為である。例えば、……(略)</p>

『基本刑法 I 総論(第2版)』・168～169頁[第12講 正当防衛(1)——防衛状況を中心に]より	基礎テキスト刑法第5期・91～92頁[第1部刑法総論 第3篇 違法性 第2章 正当防衛(1)——防衛状況]より
<p>1. 正当防衛の意義</p> <p>(2) 緊急避難等との違い</p> <p>緊急行為には、正当防衛(36条1項)、緊急避難(37条1項本文)、自救行為の3つの種類があり、通説によれば、いずれも違法性阻却事由とされている。</p> <p>【事例1】</p> <p>Xが、人ごみの中を歩いていたところ、突然、AがXを刺そうと刃物を突き出してきた。そこで、Xは次のような行動に出た。</p> <p>(1) Aからの攻撃を防御するために、Aを突き飛ばした。</p> <p>(2) とっさに自分の横を歩いていたBを押し倒して逃げた。</p> <p>このように、正当防衛の本質は、不正な侵害者に対して反撃行為を行う点で、「不正対正」の関係にあるという点にある。</p> <p>これに対し、【事例1】の(2)の場合のように、急迫不正の侵害を行ってきたAに対してではなく、正当な利益を有する第三者Bを犠牲にして自己等の利益を図る行為には緊急避難が成立する(37条1項本文)。緊急避難も緊急行為の一種であるが、緊急避難の本質は、正当な利益を侵害された者が第三者の正当な利益を侵害した点で、「正対正」の関係にあるという点である。</p> <p>正当防衛が「急迫不正の侵害」が存在する際の防衛行為であるのに対し、自救行為は「急迫不正の侵害」が終了した後に、公的機関の保護を求めているのでは権利の回復が困難な事情がある場合に例外的に認められる事後的救済行為である。</p>	<p>第1節 正当防衛の意義</p> <p>2. 緊急避難・自救行為との違い</p> <p>緊急行為には、正当防衛(36条1項)、緊急避難(37条1項本文)、自救行為の3つがあり、いずれも違法性阻却事由と解されている。</p> <p>(1)緊急避難との違い</p> <p>[事例]</p> <p>Aは、路上を歩いていたところ、突然BがAを刺そうとナイフを突き出してきた。</p> <p>I Aは、Bの刺突行為を防ぐために、Bを突き飛ばした。</p> <p>II Aは、Bの刺突行為から逃れるために、たまたま隣を歩いていたCを突き飛ばして逃げた。</p> <p>正当防衛の本質は、不正な侵害者に対して反撃行為を行う点で、「不正対正」の関係にある点にある。</p> <p>これに対して、緊急避難とは自己または他人の生命・身体・自由・財産に対する現在の危険を避けるためにした行為であり、他にその危険を避ける方法がなく、その行為から生じた害悪が避けようとした害悪の程度を超えなかった場合のことをいうところ(37条1項本文)、その本質は、正当な利益を侵害された者が第三者の正当な利益を侵害する点で、「正対正」の関係にある点にある。</p> <p>(2)自救行為との違い</p> <p>正当防衛は、「急迫不正の侵害」が存在する際の防衛行為である。これに対し自救行為は、「急迫不正の侵害」が終了した後に、公的機関の保護を求めているのでは権利の回復が困難な事情がある場合に認められるものであり、事後的な救済行為である。</p>

4 『基本刑法 I 総論』と基礎テキスト刑法第6期との対比

(『基本刑法 I 総論(第2版)』・176頁(第12講 正当防衛(1)——防衛状況を中心に 2 侵害の急迫性(3) 急迫性の判断資料)より)

時間的・場所的切迫性	×	○	○	○
侵害の予期	/	×	○	○
積極的加害意思	/	/	×	○
急迫性の有無	×	◎	◎	×

(基礎テキスト刑法第6期・58頁より)

急迫性の判断資料—予期された侵害(帰結)

	I	II	III	IV	V
① 時間的・場所的切迫性	×	○	○	○	○
② 侵害の予期	—	×	○	○	×
③ 積極的加害意思	—	×	×	○	○
	↓	↓	↓	↓	↓
急迫性の有無	×	○	○	×	○

\* Vについて  
急迫性は認めつつ防衛の意思がないとして正当防衛不成立

『憲法 I 基本権』・342～345 頁(第14章 財産権)より	基礎テキスト憲法第4期・173 頁(第3篇基本的人権 第6章経済的自由権)より
<p>第1節 総説</p> <p>3 財産権保障の体系</p> <p>(1) 財産権保障の趣旨</p> <p>……日本国憲法が、憲法上の権利条項の中に経済的自由権を保障する 22 条とともに 29 条を掲げたのは、個人の自律的な生と財産権の関連を重視したためであろう。この観点からは、個人が自分の責任の下で、自由に生活を形成するための前提条件として財産を使用する権利を保障することが、憲法 29 条の第 1 の趣旨であると考えられる。</p> <p>……私人が自らのイニシアティブによって自由に経済活動を行うことは……社会全体が豊かになるために、また個人が自律的に生きるために必要な財・サービスを獲得するためにも、必要である。こうした自由な経済活動の基礎となるのは、いかなる財産的利益が、誰に、どのような条件で帰属するのかを、国家が明確に定めることである。憲法 29 条の第 2 の趣旨は、社会公共の利益に基づき、私法上の法制度として、財産を取得・収益・処分する権利を保障することにある。</p> <p>(2) 立法による内容形成とその限界</p> <p>財産権という権利は、自由権とは異なり、どの範囲の財産が誰にどのような条件で帰属するのかを定める「構成的ルール」を必要とする。……憲法 29 条 2 項は、こうしたルールの設定・変更が法律の役割であることを、明確にしたものといえる。現代社会においては、財産権という権利は、法律によって定められた財産を取得し維持する権利なのである。……</p> <p>(3) 立法により形成された法律に基づき、私人が取得した既得の権利の保障</p> <p>……既得権の侵害・不利益変更は、当該私人の予測可能性を害し、責任ある生活形成の観点からも、また経済活動の維持からも、望ましくない。このことは、行政権による制</p>	<p>第3節 財産権の保障</p> <p>1. 総論</p> <p>(3) 財産権保障の体系</p> <p>ア 財産権保障の趣旨</p> <p>憲法が、憲法上の権利として 22 条とともに 29 条を掲げたのは、個人の自律的な生と財産権の関連を重視したためである。このような観点から、①個人が自己の責任の下で、自由に生活を形成するための前提条件として財産を使用する権利を保障することが 29 条の趣旨であるといえる。</p> <p>また、私人が自由に経済活動を行うことは、社会全体が豊かになるために、また個人が自律的に生きるために必要な財・サービスを獲得するためにも必要である。このような自由な経済活動の基礎となるのは、いかなる財産的利益が、誰にどのような条件で帰属するのかを、国家が明確に定めることである。このような観点から、29 条の趣旨は、②社会公共の利益に基づき、私法上の法制度として、財産を取得・収益・処分する権利を保障することにあるといえる。</p> <p>イ 立法による財産権の内容形成</p> <p>財産権という権利は、自由権とは異なり、いかなる範囲の財産が、誰に、どのような条件で帰属するのかを定める内容形成が必要となる。29 条 2 項は、このような内容形成が法律の役割であることを明確にしたものである。そこで、現代社会においては、財産権という権利は、法律によりその内容が定められた財産を取得し維持する権利をいう。</p> <p>ウ 私人が取得した既得権の保障</p> <p>既得権の侵害・不利益変更は、当該私人の予測可能性を害し、責任ある生活形成の観点からも、また経済活動の維持からも、望ましくない。法律に基づき私人がすでに取得した財産的権利(既</p>

限のみならず、立法による財産権の内容形成が特定の私人の既得権にとっての制限である場合にも妥当する。こうした「現存保障」に関わる憲法上の限界については、第3節で扱う。……

#### (4) 財産価値の保障

これに対して3項は、既得権の全体ではなく、その財産価値の部分だけを保障する規定であると考えることができる。3項が適用される場合には、財産それ自体を剥奪する公用収用だけではなく、その財産価値を下げるだけであっても、金銭による財産価値の補填が必要になり、このことは(3)で述べた憲法上の限界とは別の問題である。……

得権)を、国家(行政権のみならず立法権も含む)がはく奪したり、その内容を不利益に変更したりすることにも、憲法上の限界があるといえる。

#### エ 財産価値の保障

29条3項は、既得権の全体ではなく、その財産価値の部分だけを保障する規定である。3項が適用される場合には、財産それ自体をはく奪する公用収用だけではなく、その財産価値を引き下げるだけであっても、金銭による財産価値の補填が必要となる。このことは、既得権保障の問題とは別物である。

『基本憲法 I 基本的人権』・63 頁(第3講 幸福追求権)より	基礎テキスト憲法第5期・70～71 頁(第2篇人権 第3章 幸福追求権)より
<p>III 幸福追求権の具体的内容 1—プライバシーの権利</p> <p>1 プライバシーの権利の意義</p> <p>プライバシーとは、もともと、興味本位でなされる、私生活の覗き見・暴露を不法行為とするため考案された概念であり、当初は「<b>放っておいてもらう権利</b>」として構成された。</p> <p>人が自律した存在(=個人)となるためには他者から区別された私的空間を維持することが不可欠であり、こうした私的空間の保護が、幸福追求権の内容に含まれることには異論がない。</p> <p>しかし、今日、社会状況の変化に応じて、私的空間の内容・範囲やその侵害形態も大きく変様し、物理的な私生活空間への侵入や私生活の報道を禁止するだけでは、私的空間の維持として十分でない。</p> <p>そのため、個人に関する情報の収集・蓄積や利用をも統制する必要性が高まり、プライバシーを自己に関する情報を<b>コントロールする権利</b>ととらえるべきとの主張が有力となった。</p> <p>ただし、この見解については、「自己に関する情報」といっても、私生活上の秘匿性の高い情報から日常生活においてやり取りされる氏名等の個人情報まで多様なものが含まれ、その保護の程度をどのように設定するのかが明らかでなく、「コントロール」の内容も、単に個人情報の公開拒否にとどまるのか、行政が保有する個人情報の開示、訂正要求まで含むのかなど、明確さを欠く点が問題となる。</p>	<p>第3節 プライバシーの権利</p> <p>1. プライバシーの権利の意義</p> <p>プライバシーとは、元来、興味本位で私生活を覗き見されたり又は暴露されたりすることを防止するための概念であり、「<b>放っておいてもらう権利</b>」として観念されてきた。</p> <p>人は、自律した個人として存在するために、他者から区別された私的空間を維持することが不可欠である。そのため、こうした私的空間の保護は、幸福追求権の内容に含まれることに争いはない。</p> <p>しかし、積極国家思想の下で国家の社会への介入が増加したことや情報テクノロジーの発達により、今日において私的空間の内容・範囲やその侵害態様は大きく変容している。物理的な私的空間への侵入や私生活の公開を禁止するのみでは、プライバシーの保護として十分でなくなっている。</p> <p>そこで、現代社会においては、情報の公開段階だけでなく、情報の収集・保有・利用の段階についても統制する必要性が高まり、プライバシーを自己に関する情報をコントロールする権利としても捉えるべきであると主張されるようになった。</p> <p>もっとも、「自己に関する情報」は、私生活上の秘匿性の高い情報から日常生活においてやり取りされる氏名等の情報まで多様であることから、その保護の程度を一律に定めることができない。また、「コントロール」といっても、個人の情報を公開することを拒否できるとどまるのか、行政に対して個人情報の開示や訂正を要求することまで可能なのかが明らかでない。このように、自己に関する情報をコントロールする権利は、その範囲等に明確さを欠くという問題点がある。</p>

(『基本憲法 I 基本的人権』・82～83 頁(第4講 法の下での平等 III 法の下での平等の判断枠組み——検討順序)より)

1 区別の対象の確定

法がどのような集団の間で別異の取扱いをしているのかを確定することが法の下での平等判断の出発点である。

2 区別をする立法目的の合理的根拠の審査

区別の対象が確定されたら、その区別を生じさせている立法目的を確認し、それが日本国憲法の下で合理的根拠を有するものかどうかを問わねばならない。

3 立法目的と区別との合理的関連性の審査

立法目的に合理的根拠があるならば、区別を設けることと立法目的とが合理的関連性を有するかどうか問われる。その際、①区別の対象となっている権利・利益の重要度が高い場合、あるいは、②区別の事由が本人の意思や努力によって変えることのできない地位に基づく場合には、区別と立法目的との強い関連性が示されなければ憲法 14 条 1 項に違反する。

(基礎テキスト憲法第6期・39 頁より)

### 具体的な不合理な差別か否かの判断方法

1.区別の対象の確定	どのような集団の間で別異取扱いが生じているかを特定する
2.区別をする目的の合理的根拠の審査	(1) 区別の目的を確定する (2) 確定した目的が日本国憲法の下で合理的根拠を有するかを検討する
3.目的と区別との合理的関連性の審査	区別を設けることと目的との間に合理的関連性を有するかを検討する その際、以下の①②の要素によって関連性判断の厳格度が異なってくる ※① 区別の対象となっている権利・利益の重要性が高い場合 ② 区別の事由が本人の意思や努力によって変えることのできない地位に基づく場合 区別と目的との間に強い合理的関連性があるかを要求する