

「正犯が違法であること」を要求する 意義とその理論的根拠について

松 本 圭 史

第1章 はじめに

第1節 「正犯が違法であること」をめぐる議論状況

第2節 現在の議論状況に対する素朴な疑問

第3節 本稿の構成と目的

第2章 「正犯が違法であること」を要求する意義

第1節 狭義の共犯の成立要件としての側面

第2節 本質としての違法性の連帯性の側面

第1款 「正犯が違法であること」と共犯者との間の違法関連性

第2款 違法性の消極的連帯性と積極的連帯性の区別

第1項 違法性の消極的連帯性の意義

第2項 違法性の積極的連帯性の意義

第3款 違法性の積極的連帯性の不承認

第3節 小 括

第3章 違法性の消極的連帯性の根拠

第1節 共犯の処罰根拠論からのアプローチ

第1款 従属的法益侵害説による根拠づけ

第2款 要素従属性・連帯性の問題と各惹起説との関係

第2節 違法な「結果」に着目する見解

第1款 違法な結果＝結果無価値という理解

第2款 個々の違法性阻却原理との関係

第3款 違法性の本質論からの根拠づけの問題性

第3節 違法な「正犯行為」に着目する見解

第1款 *Andreas Hoyer* の見解

第2款 狭義の共犯に固有の違法性の観点からの根拠づけの問題性

第4節 狭義の共犯の「二次的責任類型性」に着目する見解

第1款 二次的責任類型性の内容

第2款 客観的処罰条件としての「正犯が違法であること」

第1項 共犯の処罰条件として要求する見解

第2項 共犯の処罰条件として要求することの問題性

第3項 政策的根拠に依拠した議論の問題性

第3款 違法性の消極的連帯性の政策的要請

第5節 小括

第4章 違法性の連帯性の内実

第1節 構成要件段階における「結果無価値の存否の共通性」

第2節 違法性(阻却)段階における「結果有価値の存否の共通性」

第3節 結果有価値の帰属判断

第1款 帰属を基礎づける「因果性」

第2款 帰属を阻害する「利益衝突状況の作出」

第3款 正当防衛事例における背後者についての違法性阻却判断

第5章 おわりに

第1章 はじめに

第1節 「正犯が違法であること」をめぐる議論状況

共犯論においては、狭義の共犯の成立を認めるために正犯が違法であることを要するか否かが争われてきた。これを要求する現在の通説的見解がいわゆる制限従属性説⁽¹⁾であり、これによれば正犯が構成要件に該当し違法であることが要求される。また、必ずしも正犯が構成要件に該当している必要はないが、何らかの意味で違法でなければならないとする一般違法従属性説⁽²⁾も正犯が違法であることを要求する。これに対して、最小限従属性説⁽³⁾は、正犯が違法であることを要求せず、正犯に違法性阻却事由が認められる場合であっても、共犯者に個別的に違法性阻却事由が認められない限り共犯が成立し得

るとする。

正犯が違法であることを要求するか否かをめぐりこうした対立は、正犯者に違法性阻却事由が認められる、いわゆる適法行為に対する共犯の問題をめぐって展開され、そこでは次の2つの事例が取り上げられてきた。すなわち、①Xが、Yに対してAを殴打するよう教唆し、YがA宅へ行ったところ、思いもよらずAが突然襲い掛かってきたために、正当防衛としてAを殴打した場合（以下、「正当防衛事例」とする。）と、②私人Xが、適法に発付された逮捕状を持っている司法警察員Yに対して被疑者Aの居場所を教え、その後YがAを逮捕した場合（以下、「法令行為事例」とする。）⁽⁴⁾である。

正犯が違法であることを要求しない見解は、それを要求しない方が妥当な帰結を導くことができる代表的事例として、正当防衛事例を取り上げている。すなわち、正当防衛に防衛の意思が必要であるとすれば、正犯者Yには防衛の意思があるが、共犯者Xには防衛の意思がないという場合に、正犯者Yが適法と評価される一方で、共犯者Xは違法と評価されることになり、そのように違法と評価される共犯者は処罰すべきであるとする。また、最決平成4年6月5日刑集46巻4号245頁⁽⁵⁾（以下、「平成4年決定」とする。）⁽⁶⁾において、背後者は何ら実行行為を行わないという点で狭義の共犯と構造を同じくする共謀共同正犯について、実行者には積極的加害意思が認められないため過剰防衛が成立するが、背後者にはこれが認められるため過剰防衛が成立しないとして行為者ごとに急迫性の有無が判断されたということも、この見解が近時支持を拡大している要因の一つとなっている。なぜなら、積極的加害意思の問題が急迫性の有無に関係し、また、過剰防衛と同じく正当防衛も急迫性を要求することから、本件で問題となったのが過剰防衛ではなく正当防衛であったとしても本件の射程は及ぶことになり⁽⁷⁾、そして、行為者ごとに違法性阻却事由の有無を判断するというのは、最小限従属性説の考え方にほかならないからである。

これに対して、法令行為事例は正犯が違法であることを要求しない見解の

限界を示しているとされている。なぜなら、この見解によれば、適法行為に対する共犯は共犯者自身に個別的に違法性阻却事由が認められる限りで不可罰となるが、法令行為事例において共犯者Xに固有の違法性阻却事由を認めることはできないため、ここでは正犯者Yが適法であることから共犯者Xも不可罰であるとせざるを得ないと考えられているからである⁽⁸⁾。近時では、「違法性阻却の前提状況の作出の有無」を基準に、実行者に認められる違法性阻却事由を背後者について有利に援用できるか否かを検討することでこの問題を解決しようとする見解も主張されているが、正犯が違法であることを要求する見解からの批判は根強く向けられている⁽⁹⁾⁽¹⁰⁾。

第2節 現在の議論状況に対する素朴な疑問

それゆえに、現在でも、正犯が違法であることを要求する見解が通説的地位を占めており、正犯に違法性阻却事由が存在する場合に狭義の共犯が成立しないということは、多くの論者にとって動かすことのできない前提と理解されている。しかし、こうした考え方に対しては、一つの素朴な疑問を投げかけることができる。すなわち、“なぜ正犯が違法であることが要求されるのか”と。正犯が違法であることを要求する見解は、これを根拠をもって導かれるものとして理解してきた節があるが、多くの基本書や体系書においては“正犯は違法でなければならない”、あるいは“正犯が違法であることが要求されるべきである”と記述されるにとどまり、その具体的な根拠についてはほとんど言及されていない。

ドイツのように法律によって正犯が違法であることが要求されているのであれば、そのこと自体が正犯が違法であることを要求する決定的な根拠となり得ることは否定できない。しかし、刑法理論の観点からは、そうした形式的な根拠を超えて、法律が正犯が違法であることを要求する実質的な根拠を明らかにする必要がある。そして、法律上の規定が存在する場合にさえ理論的な検討が必要なのであるから、そうした規定の存在しない日本において

正犯が違法であることを要求するのであれば、その根拠を明らかにする必要性はより高いといえる。それにもかかわらず、これまでその根拠を積極的に論証するという試みは行われてこなかった⁽¹²⁾。正犯が違法であることが要求される根拠を明らかにし、その根拠が正当なものであるということができなければ、結論としては、正犯が違法であることを要求することはできないということになるであろう。

正犯が違法であることの要否をめぐる議論は、どちらの見解を採用しても結論において大きな差異が生じないことから、すなわち、正犯が違法であることを要求しない見解からも、正犯に違法性阻却事由が認められる多くの事例において、共犯者について個別的に違法性阻却事由の有無を検討すれば、結果的に共犯者も処罰されないことから、議論が動かなくなった感がある⁽¹³⁾。しかし、両見解は正犯が違法であることを要求するか否かという点において決定的に異なっており、理論面においてはなおも検討を行う必要があるように思われる。そして、そうした理論的な検討において最も欠けているのが、正犯が違法であることが要求される根拠の分析であると考えられる。

第3節 本稿の構成と目的

こうした問題意識から、本稿では、正犯が違法であることが要求される根拠の検討に先立って、従来の見解が正犯が違法であることを刑法理論上どのような意味で要求してきたかを明らかにする（第2章）。次に、それを踏まえて、従来の見解が正犯が違法であることを要求してきた根拠を分析し、その根拠が従来の見解の主張を根拠づけるものであるか否かを検討することで、そうした見解が成り立ち得るものであるかを明らかにする（第3章）。そして、最後に、従来の見解が正犯が違法であることを要求することで解決してきた事例について、理論的にも政策的にも正犯が違法であることを要求できないとする私見の立場から解決を示す（第4章）。

第2章 「正犯が違法であること」を要求する意義

第1節 狭義の共犯の成立要件としての側面

正犯が違法であることが要求される根拠を検討するにあたって、まず、従来の見解がどのような意味でそれを要求してきたかを明らかにする必要がある。この点について、従来の見解は、正犯が違法であることをまずもって狭義の共犯の成立要件として要求してきたといえる。こうした理解によれば、正犯行為の違法性が阻却される場合、例えば、法令行為事例においては、正犯者である司法警察員Yの行為が法令行為であることを理由に違法性が阻却される結果、共犯者である私人Xに関して狭義の共犯の成立は認められない。すなわち、“正犯が違法でなければ狭義の共犯は成立しない”ことになる。

こうした理解が一般的であるといえるが、ここで問題となるのが、“狭義の共犯は成立しない”ということが犯罪論上何を意味するかということである。共犯行為も犯罪行為である以上、共犯行為それ自体が、犯罪成立要件である（共犯）構成要件該当性、違法性、責任を備える必要がある。そして、正犯が違法であることを狭義の共犯の成立要件として要求するのであれば、これが欠ける場合には（共犯）構成要件該当性、違法性、責任のいずれかが欠けることになる。しかし、従来の見解の多くは、こうした事例において共犯者に関してどの犯罪要素が欠けることになるのかを明示してこなかった。従来の見解は、この点についてどのように考えてきたのであろうか。

まず、正犯が適法であることを理由として共犯に責任が欠けるということとはできない。なぜなら、正犯にとって違法性に関する問題が、共犯にとっては責任に関する問題として取り扱われるということはそもそも考えられず、また、共犯の場合であってもその責任については関与者ごとに個別的に判断されなければならないからである（責任の個別性）。

これに対して、構成要件を少なくとも違法類型と解する現在の通説的理解⁽¹⁴⁾によれば、正犯者の違法性が阻却されるというのは正犯者の違法性阻却段階

の問題であるのだから、それと平行に考え、正犯が違法でないことを共犯にとっても違法性阻却段階で考慮するという理解があり得るかもしれない。こうした理解によれば、正犯行為の違法性が阻却される場合、共犯行為の違法性も阻却される結果、狭義の共犯の成立が認められないということになる。しかし、通説の理解によれば、ある行為について違法性阻却が認められるということは、その行為に違法性阻却事由が認められるということ为前提とするため、上記アプローチは正犯者に違法性阻却事由が認められる場合に共犯者に独自に認められる違法性阻却事由を問題とすることになるが、それは立場を異にする最小限従属性説の発想であり、また、法令行為事例に代表されるように、そうした場合に常に背後者について違法性阻却事由が認められるとは言い難い。そのため、正犯が違法であることを要求する従来の見解が、それを違法性阻却段階で考慮してきたということもできない。

それゆえに、狭義の共犯の成立要件として正犯が違法であることを要求してきた従来の見解の理解をあえて明示するとすれば、従来の見解は“正犯が違法であることを狭義の共犯の（共犯）構成要件段階で考慮し、正犯に違法性阻却事由が認められる場合には共犯者について（共犯）構成要件該当性が認められない”と理解してきたことができる。こうした理解は、従来の見解が、正犯が違法であることを要求する法律上の根拠を刑法61条における「犯罪」あるいは62条における「正犯」という文言に見出してきたこととも合致する。なぜなら、構成要件は刑罰法規を解釈することによって得られる一定の枠であり、共犯構成要件も刑法各本条を共犯規定により修正することで導かれる以上、「犯罪」あるいは「正犯」という文言も共犯構成要件の一部を形成しているといえるからである。

第2節 本質としての違法性の連帯性の側面

第1款「正犯が違法であること」と共犯者との間の違法関連性

しかし、ある要素を構成要件要素に位置づけるためには、それが犯罪の成

否、つまり違法または責任に関係する要素であるということが示されなければならぬ。なぜなら、例えば、破産法265条における破産手続開始決定の確定のように、条文に規定されている要素であっても、違法性または責任に関係しない要素は構成要件要素ではなく客観的処罰条件となると理解されているからである⁽¹⁹⁾。そのため、ある要素が構成要件要素として理解されるということは帰結に過ぎず、理論的に重要なのは、その要素を構成要件要素たらしめている違法または責任関連性なのである。

そうだとすれば、共犯者にとって客観的状況の一つである「正犯が違法であること」を（共犯）構成要件要素とする従来の見解にとっても、それがどのように共犯者の違法性に関係するのかを明らかにすることが重要となり、まさにそうした違法関連性が（共犯）構成要件要素として正犯が違法であることを要求する根拠であるといえる。

そうだとすれば、次に、正犯が違法であることと共犯者との間の違法関連性がいかなる点に求められるかが問題となるが、それは、従来の見解が正犯が違法であることを要求する際にそこに読み込んできたもう一つの側面である、いわゆる「違法性の連帯性」の観点に見出すことができる。「制限従属性説によるとき、原則として、違法評価は関与者に連带的に作用し、責任は個別的に判断される⁽²⁰⁾」といった説明をしばしば目にするが、これは、従来の見解が正犯が違法であることを要求する際に、そこに違法性の連帯性の側面を認めていたことを表している⁽²¹⁾。しかし、違法性の連帯性という言葉はいわば標語的に用いられており、その内実は必ずしも明らかではない。

第2款 違法性の消極的連帯性と積極的連帯性の区別

違法性の連帯性を分析するにあたり参考となるのが、連帯「態様」に着目することで違法性の連帯性を2つに区別する曾根威彦の分析である。曾根によれば、「制限従属形態……では、違法が正犯と共犯とで連带的に作用することが前提とされており、違法の従属性の意味も、正犯が違法でなければ共

犯は違法でない、という消極の意味にとどまらず、正犯が違法であるから共犯も違法である、という積極的な意味においても理解されてきた⁽²²⁾。こうした2つの意味での違法性の連帯性は、その連帯態様に合わせて、いわば消極的な形での連帯作用を意味する前者を「違法性の消極的連帯性」、積極的な形での連帯作用を意味する後者を「違法性の積極的連帯性」と呼ぶことができる⁽²³⁾。以下では、それぞれが示す違法性の連帯性の内容を明らかにした上で、従来の見解が採用してきた違法性の連帯性の理解を明らかにする。

第1項 違法性の消極的連帯性の意義

制限従属性説の論者による「正犯の行為が違法性を欠くときは、ひいてはその教唆行為・幫助行為も違法性を欠くことになる⁽²⁴⁾」という説明は、“正犯が違法でなければ共犯も違法でない”という違法性の消極的連帯性の考え方をまさに表している。これが問題となるのは、正犯行為の違法性が阻却される場合である。先述の法令行為事例に即して考えると、違法性の消極的連帯性を認める見解によれば、正犯者である司法警察員Yの行為が法令行為に該当することを理由として違法でないと評価されると、そのことから直ちに幫助行為を行った私人Xに対しても違法でないとの評価がなされることになる。したがって、共犯が違法と評価されるためには正犯が違法であることが前提となるため、違法性の消極的連帯性を認める場合、正犯が違法であることが、共犯が違法と評価されるための必要条件として理解されることになる。

第2項 違法性の積極的連帯性の意義

違法性の消極的連帯性のこうした理解と対比すれば、“正犯が違法であれば共犯も違法である”ことを意味する違法性の積極的連帯性というのは、「正犯が違法であること」を共犯が違法と評価されるための十分条件と理解するものであるということが出来る。こうした違法性の積極的連帯性の考え方は、従来⁽²⁵⁾の議論においても時折示されてきたものであり、とりわけ、共犯

の処罰根拠論におけるいわゆる修正惹起説によって採用されてきた。

日本における修正惹起説はドイツにおいて従属性志向惹起説 (akzessorie-tätsorientierte Verursachungstheorie)⁽²⁶⁾ と呼ばれているが、その代表的論者である *Hans-Heinrich Jescheck/ Thomas Weigend* によれば、「共犯はその完全な不法内容を自分自身で備えているのではなく、他人の行為から手に入れる⁽²⁷⁾」ため、「共犯行為の不法は、正犯行為の不法の根拠と程度に依存する⁽²⁸⁾」ことになる。こうした考え方によれば、共犯不法の存否およびその程度は正犯不法を基準に決定され、正犯不法が存在しなければ共犯不法も存在せず、反対に、正犯不法が存在すれば共犯不法も存在することになる。そのため、従属性志向惹起説によれば、理念上は、不法の消極的連帯性と積極的連帯性の双方が認められることになる。

ここでいう「不法 (Unrecht)」とは、ドイツ法固有の概念であり、「構成要件に該当する違法な行為」を意味する独立した概念として理解されている⁽²⁹⁾。そのため、構成要件該当性を前提として正犯に違法性阻却事由が認められる場合には正犯不法が欠け、反対にこれが認められない場合には正犯不法が存在することになる。したがって、不法の消極的連帯性および積極的連帯性を認める場合には、同時に違法性の消極的連帯性および積極的連帯性が認められることになる⁽³⁰⁾。

そして、違法性の積極的連帯性の特徴が最もよく表れるのが、例えば、Xの依頼に基づきYがXに重大な傷害を負わせた場合（以下、「教唆による自傷事例」とする。）である。重傷害を理由に正犯者Yに対する共犯者Xの同意が無効であるとすれば、Yは違法と評価されることになる。そして、違法性の積極的連帯性を認める場合、Yが違法と評価されたことから直ちに、被害者でもある共犯者Xに対しても違法であるとの評価がなされることになる。

第3款 違法性の積極的連帯性の不承認

このように、違法性の連帯性は、概念上も、また実際の議論においても、

違法性の消極的連帯性と積極的連帯性に区別することができる。そこで次に、正犯が違法であることを要求する見解が、違法性の連帯性をこうした2つの意味で認めてきたかが問題となる。結論から先に述べると、従来の見解は、違法性の消極的連帯性のみを認め、積極的連帯性を認めていないということができる。

違法性の連帯性は客観的違法論から導かれるとされ、これによれば、同一の法益侵害に因果性を有する関与者ごとに違法評価が異なることはなく（名宛人なき規範の思想）、関与者のうち一方が違法であれば他方も違法となるため、正犯が違法な場合は共犯も違法となり、反対に共犯が違法な場合は正犯も違法となるとされてきた⁽³¹⁾。こうした観点から、かつて修正惹起説の根拠づけを試みたのが町野朔である。町野は、『行為が違法なのは違法を惹起するからであり、違法に行為するからではない』という結果無価値論の違法概念からするなら、生じた結果の性質が、その惹起過程の途中から変質してしまうことはありえない⁽³²⁾ということから、「共犯者が正犯者の行為を惹起し、さらに正犯者が違法結果を惹起した場合、共犯者は違法結果を惹起したことになるという自明の理をいうのが『修正された惹起説』⁽³³⁾」であるとした。こうした説明によれば、共犯者が違法と評価されるか否かは正犯者が違法と評価されるか否かに依存することになり、違法性の消極的連帯性と積極的連帯性の双方が認められることになる。

しかし、そもそも違法性の積極的連帯性を認めることには問題があり、町野も実際の帰結においてはそれを否定している。違法性の積極的連帯性を貫徹するとすれば、既述のように、教唆による自傷事例において正犯者Yが違法であることから共犯者Xは違法と評価されることになる。しかし、町野は、傷害を加えた者が傷害罪として処罰されるとしても、それを依頼した者はその者自身が「被害者」である限りで適法なため共犯としては処罰されず、非弁行為（弁護士法72条）を依頼した者やわいせつ文書販売罪（刑法175条）⁽³⁴⁾の買い手が処罰されないことも同様の観点から導かれるとしている。

また、修正惹起説を採用する曾根も、⁽³⁵⁾上述のように違法性の連帯性を2つに区別した上で、「違法の従属性についても消極の意味においてのみ理解されるべきである」⁽³⁶⁾としている。このように、理念上は違法性の積極的連帯性を承認するはずである修正惹起説の論者によっても違法性の積極的連帯性の考え方は採用されておらず、この点に違法性の積極的連帯性を認めることの不当性が表れている。

さらに、混合惹起説を採用する論者が多数を占めているということが、違法性の積極的連帯性が一般に承認されていないことを裏づけている。日本における混合惹起説はドイツにおいて従属的法益侵害説（*Lehre vom akzessorischen Rechtsgutsangriff*）と呼ばれているが、その代表的論者である *Claus Roxin* によれば、従属的法益侵害説は、「共犯不法を一部は正犯不法の帰属（従属性）から、一部は独立した要素（法益侵害）から基礎づける混合理論（*gemischte Theorie*）」⁽³⁷⁾であり、「共犯不法は、正犯不法から導かれるとともにこれに依存しない独自のもの」⁽³⁸⁾であるとする。こうした考え方によれば、共犯不法の一部を正犯不法が構成することになるため、正犯不法が共犯不法が存在するための必要条件となるが、十分条件とはならない。そして、正犯の構成要件該当性を前提として正犯に違法性阻却事由が認められる場合には正犯不法が欠けることになる。したがって、ここでは、不法の消極的連帯性と同時に違法性の消極的連帯性が認められることになる。こうした考え方は日本において混合惹起説という形で通説的地位を占めており、⁽³⁹⁾違法性の積極的連帯性は一般に否定されているといえる。

第3節 小括

以上のことから、正犯が違法であることを要求する従来の見解は、違法性の連帯性を“正犯が違法でなければ共犯も違法でない”という消極的連帯性の意味でのみ要求し、こうした違法性の消極的連帯性の観点から、正犯に違法性阻却事由が存在する場合には、共犯も形式的・類型的に違法でないと呼

備されると理解してきたということができる。そして、形式的・類型的に違法でないというのは、犯罪体系論上は（共犯）構成要件該当性が認められないということにほかならない。したがって、正犯が違法であることを要求する従来の見解は、違法性の消極的連帯性を根拠として、正犯が違法であることを（共犯の）構成要件に取り込んできたということができる。

このように、正犯が違法であることが要求される根拠は違法性の消極的連帯性にあるということができるが、ここでさらに検討されなければならないのは、違法性の消極的連帯性がなぜ認められるのかということである。

すでに述べたように、違法性の連帯性は、違法性は客観的に判断されるがゆえに連带的に作用するという考え方から認められてきた。しかし、違法性の連帯性のうち積極的連帯性については、これを肯定することには問題があるということによって一致をみているため、その点においてすでに、違法評価は共犯者間で必ずしも連带的に作用するわけではないということが明らかにされているといえる。そうだとすれば、違法性の積極的連帯性だけでなく、消極的連帯性についても本来的には認められないということになりそうである。それにもかかわらず、従来の見解は違法性の消極的連帯性に関しては一貫してこれを肯定してきた。では、従来の見解は、違法性の消極的連帯性をいかなる観点から根拠づけ、また、その根拠づけは違法性の消極的連帯性を基礎づけるに足るものであったといえるのであろうか。以下では、この点について具体的に分析・検討を行う。

第3章 違法性の消極的連帯性の根拠

第1節 共犯の処罰根拠論からのアプローチ

違法性の消極的連帯性の根拠を探求するにあたり、まず手掛かりとして思い浮かぶのがいわゆる共犯の処罰根拠論である。

日本において共犯の処罰根拠論が導入された際、共犯の処罰根拠論についてある見解を採用すれば、共犯論上の諸問題について一定の解決が自動的に

導かれるといった形で分析がなされ、正犯が違法であることが要求されるか否かの問題を含む、いわゆる要素従属性の問題も演繹的に帰結が導かれる問題の一つとして理解されてきた。こうした傾向は今日においても根強いものであり、混合惹起説および修正惹起説からは制限従属性説が導かれるとされていることがその典型例である。そして、上述のように、混合惹起説から違法性の連帯性のうち消極的連帯性のみを肯定するという帰結が演繹的に導かれるとすれば、そこでは、混合惹起説が妥当することそれ自体が違法性の消極的連帯性が導かれる根拠として理解されているといえるだろう。しかし、こうした演繹的な根拠づけが成功しているか否かについては検討の余地がある。

そこで、以下では、違法性の消極的連帯性の根拠との関係で、日本の混合惹起説に相当するドイツの従属的法益侵害説の主張内容を分析する。

第1款 従属的法益侵害説による根拠づけ

前述のように、従属的法益侵害説によれば、正犯不法が共犯不法の一部を構成するということから不法の消極的連帯性が導かれ、それゆえに要素従属性について制限従属性が要求されることになる。ここで問題となるのが、正犯不法が共犯不法の一部を構成するという従属的法益侵害説の考え方がいかなる観点から根拠づけられるのかということである。

この点につき、Roxinは、一方で、純粹惹起説が述べるように、法律上の共犯は、共犯者が共犯者に対しても保護されている法益を侵害した場合のみ認められるのであるから、従属性志向惹起説のように従属性原理を強調することで共犯不法をもっぱら正犯不法から導くのは誤りであるとする⁽⁴¹⁾。他方で、純粹惹起説のように共犯不法が正犯不法から完全に独立しているとも考えることも誤りであるため、共犯不法は共犯の独立した不法要素および正犯不法によって決定されなければならないとする⁽⁴²⁾。そして、このように正犯不法の存在を要求するという従属性による制限を持ち出す目的論的意義は、共犯行為を法治国家的に輪郭づけること(Konturierung)、つまり、従属性に

よる限定がなければ結果に対して因果的なあらゆる行為が共犯となり得るため、関与対象を構成要件的行為へ限定することで、可罰性が拡張することを阻止する点にあるとする⁽⁴³⁾。このように、純粹惹起説と従属性志向惹起説の考え方を統合し、両者の欠点を相互に補い合わせるという点に、従属的法益侵害説の基礎がある。

こうした説明は、正犯不法が共犯不法の一部を構成することを明確に示しているといえるが、その根拠づけには問題があるといえよう。すなわち、共犯の処罰範囲が拡大しないように正犯が構成要件に該当する場合のみを処罰する点に従属的法益侵害説の目的論的意義があるとするが、こうした説明からは、正犯が構成要件に該当することが要求されるとしても、正犯が違法であることは必ずしも要求されない⁽⁴⁴⁾。では、それがなぜ要求されなければならないかという点、この点につき *Roxin* は「正犯行為が『違法』でなければならないとする共犯要件は、正当化された構成要件的行為に対して可罰的共犯は成立しえないという自明性を表している⁽⁴⁵⁾」と述べているが、これは結論を繰り返し述べているにすぎず根拠たり得ない。

結局のところ、従属的法益侵害説が違法性の消極的連帯性および制限従属性を要求する根拠は、そうした理解を採用しない限り不当な帰結が導かれるという点にしかない。しかし、こうした根拠づけに対しては、「ある理論というのは、その帰結のみから評価されてはならず、その帰結が由来する理論的基礎に従って評価されなければならない⁽⁴⁶⁾」との批判が向けられているように、妥当な結論が導かれるということを示すだけでは、そうした見解が採用されるべき根拠を理論的に示しているとはいえない。それゆえに、従属的法益侵害説は、要素従属性および違法性の消極的連帯性の問題について形式的な立場決定をしているが、その主張は理論的基礎を欠いているのである。

第2款 要素従属性・連帯性の問題と各惹起説との関係

従属的法益侵害説に対する、要素従属性および連帯性の問題について理論

の基礎を示していないというこうした批判は、日本の修正惹起説に相当するドイツの従属性志向惹起説にも向けられている。

前述のように、従属性志向惹起説によれば、共犯不法の存否およびその程度は正犯不法のそれに依存するため、不法の消極的連帯性および積極的連帯性が導かれ、そのことから制限従属性が要求されることになる。こうした考え方が採用されるべき根拠について、*Jescheck/Weigend* は、共犯者自らが犯罪構成要件に含まれている規範に違反するのではなく、正犯者の規範違反に加功する⁽⁴⁷⁾点に共犯不法が存在すること、および、制限従属性を要求するドイツの規定に合致すること⁽⁴⁸⁾にその根拠があるとしている。

しかし、こうした形で展開された従属性志向惹起説に対しては、法律上の規定に言及する以外に、不法が連帯する理論的根拠を示していないとの批判が向けられている⁽⁴⁹⁾。“正犯の規範違反に加功する”⁽⁵⁰⁾というのは単に共犯現象を記述しているだけであって、正犯の規範違反への加功がなぜ不法の連帯性を根拠づけるのかは明らかではない。また、従属性志向惹起説と対置される従属的公益侵害説は、ドイツ刑法典の規定を不法の消極的連帯性のみを認めるという意味で制限従属性を要求するものと解釈しており、当該規定を不法の積極的連帯性まで認めているという意味で法律上の規定と合致していると解釈することは必然ではない。その意味では、従属性志向惹起説は必ずしも法律上の規定に合致しているともいえない。そのため、従属性志向惹起説も、そこから導かれる要素従属性および連帯性の問題に関する帰結を形式的に示すにとどまり、その理論的根拠までは示していない。

このように、従属性志向惹起説および従属的公益侵害説は、そこから導かれるとされている要素従属性・連帯性について理論的根拠を示していない。これは、要求されるべき要素従属性・連帯性を各惹起説から演繹的に導くというアプローチそれ自体が誤りであることを表している。確かに、惹起説とは発想が異なる墮落説、例えば、責任共犯説⁽⁵¹⁾や不法共犯説⁽⁵²⁾によれば、正犯者に犯罪行為または違法行為を行わせた点に共犯者独自の違法性が見出され、

極端従属性説または制限従属性説が理論的に導かれることになるため、墮落説に関していえば共犯の処罰根拠からこの問題にアプローチすることは正当であったといえる。しかし、そうした点ではなく、正犯の処罰根拠と同様に、法益侵害を惹起したという点に共犯の処罰根拠を見出す惹起説からこうしたアプローチを行うことはできない。本稿の検討対象である正犯が違法であることが要求される根拠が明らかとされてこなかった原因も、惹起説が通説的見解となった現在においてもなお共犯の処罰根拠論からこの問題について解決を導こうとしてきたという点に存在するように思われる。

そもそも、各惹起説間の差異というのは、それぞれが要求する要素従属性・連帯性の内容が異なるという点にしかない⁽⁵³⁾。つまり、ある惹起説を採用すれば要求されるべき一定の要素従属性・連帯性が明らかとなるという演繹関係は存在せず、むしろ反対に、惹起説を採用した上で、一定の要素従属性・連帯性を要求する見解が「□□惹起説」と呼ばれているにすぎない。実際に日本においては、例えば、必ずしも正犯が構成要件に該当している必要はないが、何らかの意味で違法でなければならないとする一般違法従属性を要求する惹起説が「純粹違法結果惹起説」⁽⁵⁴⁾と呼ばれ、また、最小限従属性を要求する惹起説が「構成要件的惹起説」⁽⁵⁵⁾と呼ばれている。さらにいえば、惹起説を前提として、要素従属性不要説を導く見解が純粹惹起説、（構成要件該当性および）違法性の消極的連帯性のみを認めるという意味で制限従属性を要求する見解が混合惹起説、（構成要件該当性および）違法性の消極的連帯性および積極的連帯性の双方を認めるという意味で制限従属性を要求する見解が修正惹起説⁽⁵⁶⁾であると理解されているにすぎないといえよう。こうした現在の議論状況は、“惹起説+○○の連帯性（△△従属性）=□□惹起説”と定式化することができる。このように、どの惹起説が妥当かという問題は、いかなる要素従属性・連帯性を要求するかを確定することによって解決される問題であるといえるため、それとは反対に、“□□惹起説だから○○の連帯性（△△従属性）が要求される”と説明することは循環論法であり、

そうしたアプローチを採用することはできない。

そのため、違法性の消極的連帯性の根拠に関しても、“混合惹起説が妥当するため違法性の消極的連帯性が認められる”という説明で満足してはならず、それが要求される根拠は別途示されなければならない。

第2節 違法な「結果」に着目する見解

第1款 違法な結果＝結果無価値という理解

違法性の消極的連帯性の根拠を指摘するものとしてまず挙げることができるのが、共犯が成立するためには「違法な結果＝結果無価値」が惹起されなければならないとする見解である。

この見解によれば、共犯が成立するためには結果無価値が存在しなければならず、結果無価値が存在するということができるのは「違法な結果」が存在する場合に限られるのであるから、正犯に違法性阻却事由が認められる場合には違法な結果、すなわち結果無価値が存在しないため共犯は成立しない。⁽⁵⁸⁾ こうした説明によれば、正犯に違法性阻却事由が認められる場合にはそもそも違法な法益侵害が認められないことになるため、共犯について構成要件該当性が否定され、適法と評価されることになる。

この見解の特徴は、共犯構成要件の独自の要素として正犯が違法であることを要求するのではなく、正犯に違法性阻却事由が存在する場合にはそもそも結果無価値が欠けるとすることで、この要件を構成要件段階に取り込む点にある。つまり、法益侵害結果に着目する惹起説を採用する場合には原則的に結果無価値を考慮せざるを得ず、結果無価値論によれば正犯に違法性阻却事由が認められる場合にはそもそも結果無価値が存在しないことになるため、惹起説を採用する限り正犯が違法であることは必然的に共犯の成立要件となると理解しているのである。ドイツの純粹惹起説が正犯行為の違法性を共犯の成立要件としないのに対し、⁽⁵⁹⁾ 日本においてはそうした徹底した主張が見られず、一般に純粹惹起説と理解されている見解が実際には正犯が何らか

の意味で違法であること（一般違法従属性）を要求する純粹違法結果惹起説であるということも、結果無価値論に立脚する限り、「正犯が違法であること」がこれ以上緩和することのできない共犯の成立要件として理解されていることを表している。違法な結果に着目する見解は、一般違法従属性を要求する見解から特に明確に主張されているものではあるが、正犯が違法であることを要求してきた他の論者の多くも、暗黙裡にこうした理解を前提にしていたように思われる。

第2款 個々の違法性阻却原理との関係

しかし、正犯行為の違法性が阻却される場合に、常に結果無価値が存在しないことになるということとはできない。

確かに、正犯者に違法性阻却事由が認められることによって、結果無価値それ自体がなくなる場面というのは理論的に想定可能である。それは、利益不存在原則に基づいて正犯者が適法と評価される場合であり、典型的には、正犯者が被害者の同意を得ている場合である。例えば、A所有の壺を破壊することにつき同意を得ているYの器物損壊行為にXが関与する場合、結果無価値論⁽⁶⁰⁾に基づく意思方向説によれば、Aが壺の破壊につき有効な同意を与えている以上、そこには刑法上保護されるべき利益が存在しないため、そもそも客観的に結果無価値が存在しないと説明することは可能であろう。

しかし、それとは異なり、優越的利益原則に基づいて正犯者が適法と評価される場合には、“結果無価値がない”という説明を行うことはできない。例えば、Aから襲われそうになったYが正当防衛行為によりAを負傷させたという単独正犯の事例の場合、Yの行為が正当化されるのは、結果無価値がないからではなく、それによって保護された利益（以下、「結果有価値」とする。）が結果無価値を優越しているからである。惹起説に立つ限りこれは共犯の場合でも同様であり、正当防衛事例において正犯者Yが結果有価値を実現しているとしても、そのことによってAの負傷という結果無価値それ自

体がなくなるわけではない。⁽⁶¹⁾

第3款 違法性の本質論からの根拠づけの問題性

また、こうした根拠づけの本質的な問題は、正犯と共犯に共通する結果無価値論という違法論の観点から背後者が狭義の共犯の場合にのみ違法性の消極的連帯性が妥当することを基礎づけようとした点に存在する。

このことは、結果無価値論から導かれるとされる結果に対する違法評価の不変性という観点から違法性の消極的連帯性および積極的連帯性を説明しようとした前述の町野の見解によく表れている。⁽⁶²⁾ すなわち、『道具』である行為者の行為が合法であるなら、それを惹起した背後者も合法的な結果を惹起したということである。背後者の行為が正犯であろうと共犯であろうとこの点に変わりはないはずである。……惹起説によるなら、共犯の処罰根拠と正犯の処罰根拠とが異なることはない」として、背後者の関与形態が正犯であるか共犯であるかにかかわらず、違法性の消極的連帯性および積極的連帯性の考え方が妥当するとしたのである。町野の述べるように、惹起説に立つ限り結果無価値論の考え方は正犯の場合にも共犯の場合にも同様に妥当することになるため、違法性の連帯性が結果無価値論という正犯と共犯に共通の基礎から導かれるのであれば、そこから導かれる違法性の連帯性も正犯と共犯に共通して妥当することになる。そのため、違法性の消極的連帯性が結果無価値論から必然的に導かれるとすれば、そのように導かれた違法性の消極的連帯性は背後者が共同正犯や間接正犯の場合であっても同様に妥当することになる。⁽⁶⁴⁾

それゆえに、こうした考え方を一貫させた場合、例えば、Xが司法警察員Yに虚偽の事実を告げて、それを信じたYにAを留置させたといういわゆる適法行為を利用する間接正犯の事例（以下、「誣告による逮捕事例」とする。）について、Yを適法と解する以上Xも適法とせざるを得ない。⁽⁶⁵⁾ しかし、こうした帰結は、適法行為を利用する間接正犯の可罰性を認める通説・判例の理⁽⁶⁶⁾・判例の理⁽⁶⁷⁾

解とは相容れない。町野もこうした事例について行為媒介者Yを適法としながら背後者Xを違法としており、必ずしも自説を一貫させていない。さらに、正当防衛を利用する間接正犯の事例については、上記見解を主張した当初は背後者を不可罰としていたが、その後説を改め、被利用者は適法であるが利用者は違法となる「正当防衛行為を利用した間接正犯」を肯定し得る場合があることを認めている。⁽⁶⁸⁾⁽⁶⁹⁾⁽⁷⁰⁾

違法性の消極的連帯性は共犯者の違法性に関係するものであるから、それを結果無価値論という違法論の観点から説明しようとする試み自体は正当であるといえる。しかし、惹起説に立つ限り正犯と共犯に妥当する違法論が異なることはなく、そうした違法論の観点から違法性の消極的連帯性を根拠づけるのであれば、それは共犯の場合だけでなく正犯の場合にも妥当することになり、背後者が狭義の共犯の場合にのみ違法性の消極的連帯性が妥当すると考える従来の見解を基礎づけることはできない。そのため、狭義の共犯の場合にのみ違法性の消極的連帯性が妥当することを根拠づけるためには、狭義の共犯に固有の違法性に着目する必要がある。⁽⁷¹⁾

第3節 違法な「正犯行為」に着目する見解

第1款 *Andreas Hoyer* の見解

最終的な法益侵害という結果に着目することに上記のような問題があるとなれば、次に、そこから因果的に遡り、共犯類型において共犯行為と法益侵害結果との間の中間結果として把握され得る違法な「正犯行為」に着目することが考え得る。⁽⁷²⁾ こうした違法な正犯行為に狭義の共犯固有の違法性を見出し、この観点から「正犯が違法であること」が要求されることになるのが、*Andreas Hoyer* である。

Hoyer は、*Roxin* が共犯の処罰を構成要件的行為への関与に限定することで法治国家的に輪郭づけることができる点に制限従属性が要求される根拠を求めたことに対し、そうした説明では正犯が違法でなければならな

いことを根拠づけることができないと批判し、制限従属性はより実質的な観点から根拠づけられなければならない、またそれは可能であるとして自説を展開した。⁽⁷³⁾すなわち、正犯不法は行為不法と結果不法から構成され、正犯者の行為決意に関与する教唆者には、正犯者が実行に移すことで実現した行為不法が帰属されるとともに、それに付随する形で、違法な正犯行為の実行に由来する結果不法も帰属されるのに対し、行為決意の実現やその形成に関与しない幫助者には、正犯者の行為不法は帰属されないが、結果の発生を可能にし、少なくとも追加的な成功の機会を作出していることを理由に正犯行為の結果不法のみが帰属される。このように教唆者には正犯行為のすべての不法(行為不法および結果不法)が帰属されるため、正犯と同等の法定刑が科され、他方で、幫助者には正犯者が実現した正犯不法の一部(結果不法)のみが帰属されるため、刑の必要的減軽が認められる。⁽⁷⁴⁾そして、こうした法定刑の観点から、教唆者を処罰するためには追加的な不法(正犯者の行為不法)、すなわち、違法な正犯行為の存在が理論的に要求されることになるとする。⁽⁷⁵⁾

しかし、違法な正犯行為の存在によって教唆犯の高められた不法および正犯と同等の処罰を根拠づけるとすれば、幫助犯に対しても制限従属性が要求されていることを説明できず、反対に、幫助犯に対しても制限従属性が規定されているということは、幫助犯に対しても *Hoyer* のいう高められた不法を要求していることを意味するため、結果として幫助犯も正犯と同様の処罰に至らなければならないことになるとの批判が向けられている。⁽⁷⁶⁾

第2款 狭義の共犯に固有の違法性の観点からの根拠づけの問題性

上記批判は正当であり *Hoyer* の見解を採用することはできないが、ここで重要なのは、*Hoyer* の主張が、背後者が狭義の共犯の場合にのみ違法性の消極的連帯性が妥当することを、狭義の共犯に固有の違法性の観点から基礎づけることに問題があることを示しているという点である。

幫助犯に関する問題は措くとして、*Hoyer* が教唆犯について展開した正犯

が違法であることが要求される根拠に関する主張の特徴は、正犯に違法性阻却事由が存在する場合に、共犯独自の違法性を根拠づける違法な正犯行為が欠けることになるとすることで、狭義の共犯に独自の構成要件要素として正犯が違法であることを要求した点である。しかし、こうした理解は共犯の違法性が法益侵害だけでなく、それとは異なる何らかの共犯独自の違法性から構成されるということの意味しており、こうした理論構成は、その点において、責任共犯説を主張した *Hellmuth Mayer*⁽⁷⁷⁾ が正犯者を犯罪者になさしめた点に、あるいは、不法共犯説を主張した *Stefan Trechsel*⁽⁷⁸⁾ が正犯者に違法行為を行わせた点に惹起的側面を補う共犯独自の違法性を見出したことと一致する。教唆犯と幫助犯の法定刑の違いに着目したという点では *Mayer* と出発点を同じくし⁽⁷⁹⁾、また、幫助犯について結果不法のみが帰属されるとする点では、惹起的側面に加えて教唆犯の処罰根拠を基礎づける「社会的統合解体 (sozialen Desintegration)⁽⁸⁰⁾」という墮落的側面が欠けるために、幫助犯は「正犯行為の遂行へ因果的に寄与したことについてのみ処罰される⁽⁸¹⁾」とする *Trechsel* の見解と軌を一にしているということも、*Hoyer* の見解がある側面では墮落説に接近しているということを表している。

Hoyer の見解が墮落説にほかならないとまではいうことはできないが、墮落説に向けられたのと同様の批判、つまり、教唆犯と幫助犯の処罰根拠を異な⁽⁸²⁾って解することは共犯の処罰根拠の統一性を破壊することになり、また、法益侵害以外の観点から行為者の処罰を基礎づけることは刑法においては馴染みのないものであるとの批判が向けられるであろう。そして、後者の批判がまさに *Hoyer* の示すようなアプローチが少なくとも惹起説の考え方とは相容れないことを示している。

以上のことから、背後者が狭義の共犯の場合にのみ違法性の消極的連帯性が妥当するというを基礎づけるために狭義の共犯に固有の違法性を持ち出すことは、結局のところ、惹起説からの離反を意味することになり、現在の通説的理解からは採用することができない。そして、前述のように、正犯

と共犯に共通する違法論の観点から狭義の共犯の場合にのみ違法性の消極的連帯性が妥当することを根拠づけることもできない。したがって、惹起説に立つ限り、正犯が違法であることと共犯者の違法性を関係させて違法性の消極的連帯性を説明することはできないといえることができる。

そこで、正犯が違法であることが要求される根拠として他に考えられるアプローチは、正犯が違法であることと共犯者の違法性との間の違法関連性、つまり、違法性の消極的連帯性が理論的には認められないとしながら、それとは異なる観点から正犯が違法であることが要求されるとする方法である。

第4節 狭義の共犯の「二次的責任類型性」に着目する見解

第1款 二次的責任類型性の内容

近時、狭義の共犯の「二次的責任類型性」に着目することで、狭義の共犯の場合にのみ「正犯が違法であること」が要求されることを認める見解が主張されており、まさにこの見解が上記アプローチを採用しているといえる。

この見解は、「違法性は本来、関与者ごとに個別に判断することが許されるのであるから、一定の結果惹起が正犯者の立場からは違法な法益侵害と評価されても、共犯者からは違法な結果と評価されない場合も例外的にあり得ることになる。そして、この逆に、正犯者からみれば違法性を欠く結果であっても、背後の共犯者の立場からは違法な法益侵害と評価される場合もあり得る」ことを出発点とし、「共犯において違法性が連帯するというのは、このように『個別に判断してみても、実際には違法性判断の結論が一致する場合がほとんどである』⁽⁸⁴⁾という意味で理解するべきである」とする。しかし、その一方で、「狭義の共犯が二次的な刑事責任」であることから、「正犯者の行為が適法行為と評価される場合について、あえて背後の共犯の罪責を追求するべきではない」⁽⁸⁶⁾とする。

狭義の共犯のこうした「二次的責任類型性」に着目すれば、確かに、狭義の共犯の場合にのみ正犯が違法であることが要求されると説明することは可

能である。しかし、「二次的責任類型性」という観点から要求される「正犯が違法であること」という要件が、刑法理論上どのような意味を持つのかは明らかでない。分析的に見れば、この見解には二つの方向性があるといえる。

第2款 客観的処罰条件としての「正犯が違法であること」

まず一つは、違法論の観点からは違法性の消極的連帯性が認められないということ承認した上で、政策的に「正犯が違法であること」が要求されているとして、違法性の連帯性の観点とは無関係に正犯が違法であることを要求するという方法である。これは、正犯が違法であることと共犯者との間の違法関連性を認めないということの意味するため、前述の⁽⁸⁷⁾ように、正犯が違法であることを客観的処罰条件と理解することに至る。客観的処罰条件を犯罪要素に還元する⁽⁸⁸⁾という議論傾向を踏まえると、正犯が違法であることを客観的処罰条件として理解することには抵抗があるかもしれない。しかし、狭義の共犯の二次的責任類型性の内実が、正犯が違法であることを要求する論者がその端々で言及しているような“正犯が違法でない場合にまで背後者を狭義の共犯として処罰する必要がない”⁽⁸⁹⁾という法感覚にあるとすれば、正犯が違法であることを客観的処罰条件として要求することで、“正犯は適法であっても共犯は違法となり得るが処罰されない”⁽⁸⁹⁾とすることの方が、刑法理論上は率直な解釈であるようにも思われる。現に、これを共犯の処罰条件と位置づける見解が主張されている。

第1項 共犯の処罰条件として要求する見解

正犯が違法であることを共犯の処罰条件に位置づける見解の出発点は、行為無価値一元論および個人責任原則の貫徹という点にある。すなわち、惹起説のように共犯不法をその一部であっても正犯不法から導くのであれば個人責任の原則に反することになり、他方で、従属的要素を完全に否定すればかつて主張された共犯独立性説と同じ過ちを犯すこととなるため、こうした問

題を同時に回避するためには、行為無価値一元論の立場から、共犯の処罰根拠を共犯が共犯固有の行動規範に違反するという点に求めながら（惹起志向⁽⁹⁰⁾説）、従属的要素（実行従属性および制限従属性）を共犯の処罰条件として要求するほかないとする⁽⁹¹⁾。

論者は、正犯に違法性阻却事由が存在する事例に関してこの見解が有する実際上の意義は、例えば、Aを傷害しようとしているXに対してYが事前にカッターナイフを供与し、XがA宅を訪れたところ、予期に反してAがXに襲い掛かってきたため、Xが防衛のためにカッターナイフでAに傷害を負わせたという事例において明らかになるとする。つまり、Xに正当防衛が成立する場合、正犯が違法であることを共犯の成立要件とする従来の見解によれば、そのことから直ちにYも適法となるが、この事例においてYを処罰しないことに異論はないもののYを適法と評価すべきではないため、正犯に違法性阻却事由が存在するという事情を共犯の処罰条件として要求し、Yを違法と評価しつつも処罰条件が満たされないため処罰しないこととすることで、制限従属性説の帰結を維持しつつ違法性の相対性を認めることができる⁽⁹²⁾とする。

第2項 共犯の処罰条件として要求することの問題性

行為無価値一元論を前提とする点についてはこの見解に与することはできないが、結果無価値論の立場からも、理論的には違法性の消極的連帯性が否定され得るという点では議論の前提を共通にしており、正犯が違法であることを（客観的）処罰条件として把握する点については参考となる。

論者は、“正犯は適法であっても共犯は違法であるが処罰されない”という帰結を導くことができるという点に、正犯が違法であることを共犯の処罰条件に位置つける意義があるとするが、こうした帰結があらゆる場合について望ましいということとはできない。確かに、論者が示すような正当防衛事例を、“正犯は適法であるが共犯は違法と評価すべき”と考えるのであれば、

共犯者について違法と評価した上でそれを処罰しないことができるという点で、正犯が違法であることを共犯の処罰条件として要求することに一定の意義を認めることができる。しかし、それとは対照的に、法令行為事例のように“正犯も共犯も適法とすべき”事例については、正犯が違法であることを共犯の処罰条件として要求することで解決を図ることには問題がある。なぜなら、そうした理解によれば、法令行為事例に関して、共犯者自身に個別的に違法性阻却事由が認められないことを前提とすると、“司法警察員Yの行為は適法であっても私人Xの行為は違法であるが処罰されない”という帰結しか導くことができず、この場合に私人Xの行為を違法と評価する帰結を受け入れることはできないからである。法令行為事例における本質的な問題は、共犯者をいかに不処罰とするかではなく、共犯者をいかに適法と評価するかであり、正犯が違法であることを要求する従来の見解は、それを違法性の消極的連帯性を認めることで解決してきた。正犯が違法であることを共犯の処罰条件として要求する見解は、結局のところ、違法性の消極的連帯性を否定するという点で、背後者に個別的に違法性阻却事由を見出すことが困難だとされている事例について、正犯が違法であることを要求しない見解と同様の問題に直面することになる。

第3項 政策的根拠に依拠した議論の問題性

なお、狭義の共犯の二次的責任類型性の内実が“正犯が違法でない場合には共犯を処罰すべきでない”という法感覚にあり、政策的観点から“正犯は適法であるが共犯は違法と評価すべき”事例については、正犯が違法であることを（客観的）処罰条件として要求することに一定の意義があったとしたが、そうした政策的観点に依拠した議論にも疑問がある。すなわち、「通説の論理によると、……背後者が正犯か否か（で）……差を付けうる論拠は単に副次的存在である共犯の処罰範囲の明確化のために正犯の構成要件該当性、違法性を要求すべきだ、という純粹に政策的な理由しかなくなってしまう

う。そうだとするとなぜ制限従属性でなければならない必然性があるのだろうか。制限従属性に関する明文の規定があるドイツにおいてさえ、制限従属性説が政策的なものであり、十分な理論的基礎付けがない、との批判が……なされているのである。まして共犯規定がいかなる従属性を前提としているのかが明文上明らかではない我が国では、こうした『政策』に安住することはできない⁽⁹³⁾」。

さらにいえば、正犯が違法であることを要求する見解が通説的地位を占めてきたことに鑑みると、確かに“正犯が違法でない場合には共犯を処罰すべきでない”という法感覚が一定の限度で存在するということができるが、それと同時に、正犯が違法であることを要求しない見解も有力に主張されていることも否定できない。そうだとすれば、正犯が違法であることを(客観的)処罰条件として要求すべきとの一致した法感覚があるということもできないであろう。

第3款 違法性の消極的連帯性の政策的要請

狭義の共犯の二次的責任類型性に着目する見解は、違法性の消極的連帯性が理論的には認められないとしているが、以上のように、正犯が違法であることを要求するならば、それは違法性の消極的連帯性によって裏づけられていなければならない。そのため、やはり違法性の消極的連帯性をいかなる観点から根拠づけ得るのが問題となる。ここで考えられるのが、狭義の共犯の二次的責任類型性に着目する見解のもう一つの方向性、つまり、『正犯は適法、共犯は違法』という場面は理論的にはあり得ることになるが、狭義の共犯が二次的な刑事責任であることから、……そのような事態は政策的に排除されている⁽⁹⁴⁾』として、政策的に違法性の消極的連帯性が要求されているとする方法である。政策的根拠に依拠した議論には問題があったとしたが、仮に違法性の消極的連帯性を認めなければ具体的な事例において問題のある帰結が導かれるとすれば、そうした事情は違法性の消極的連帯性を認める政策的

根拠として十分に説得的であろう。そして、まさに法令行為事例がそうした事例であると考えられているのだから、これをもって違法性の消極的連帯性が政策的に認められると考えることができるかもしれない。しかし、法令行為事例のような類型が存在することも違法性の消極的連帯性を要求する政策的根拠としては決定的ではない。むしろ法令行為事例を挙げて違法性の消極的連帯性を肯定する必要性を強調することは、狭義の共犯にのみ違法性の消極的連帯性を認めようとする従来の見解の問題点を強調することにもなる。

こうした問題は、法令行為事例を（共謀）共同正犯の事例に置き換えることで明らかとなる。共同正犯と狭義の共犯、とりわけ幫助犯との区別の問題がなおも議論され、両者の限界づけが困難な問題であることを踏まえると、法令行為事例における背後者は常に幫助犯であるわけではなく、（共謀）共同正犯ともなり得る。そして、法令行為事例における背後者が共同正犯の場合にその者を不可罰とすべきという要請は、背後者が狭義の共犯である場合ほど強くはないとしても、背後者が共同正犯の場合であっても不可罰とすべき場合はあり得る。そうだとすれば、背後者が狭義の共犯の場合と同様に、共同正犯の場合であってもこの背後者をいかに不可罰とすべきかが問題となる。狭義の共犯の場合に違法性の消極的連帯性を認めない限りこれが解決できないとするのであれば、狭義の共犯の場合にのみ違法性の消極的連帯性を認めようとする従来の見解も、共同正犯の事例においては違法性の消極的連帯性という解決手法に依拠することができないのであるから、正犯が違法であることを要求しない従来の見解と同様に、その場合の背後者をどのように適法と評価するのかという問題に直面することになる。その意味で、法令行為事例においては、背後者が狭義の共犯であるのか正犯であるのかは重要な問題ではないのである。

これに対しては、「被疑者を令状逮捕しようとする警察官Aを一般市民Bが援助・協力する事例では、法令行為を遂行するAを援助すること自体を根拠にBに固有の違法性阻却を認めることが可能だから、Bに逮捕罪の共同正

犯が成立するわけではない。すなわち、共同者に固有の違法性阻却事由が存在しうる⁽⁹⁵⁾とする指摘がある。しかし、ここで認められる違法性阻却事由が具体的に何であるのかは明らかでない。結局のところ、法令行為事例において、一方で背後者が狭義の共犯である場合には背後者に独自の違法性阻却事由を認めることができないとしながら⁽⁹⁶⁾、他方で背後者が共同正犯の場合には背後者にそれが認められるとすることはできないと思われる。仮に、背後者が共同正犯である場合に固有の違法性阻却事由が存在し得るのであれば、同様の根拠から背後者が幫助犯である場合にも固有の違法性阻却事由を認めることができ、法令行為事例において解釈論上の問題は生じないことになる。さらに、こうした法令行為事例における背後者について違法性阻却事由が認められるとしたとしても、正犯に違法性阻却事由が認められる事例のすべてにおいて、背後者にも独自の違法性阻却事由が認められるわけではないため、解決困難な事例が残されるということには変わりない。

第5節 小括

以上のことから、正犯が違法であることを要求する従来の見解は、“正犯が違法でなければ共犯も違法でない”という違法性の消極的連帯性を認めることでその主張を根拠づけてきたといえるが、違法性の消極的連帯性は、正犯と共犯に同じく妥当する違法論の観点からも、また、狭義の共犯に独自の違法性の観点からも、さらには政策的な観点からも根拠づけることができない。したがって、狭義の共犯の二次的責任類型性に着目する見解の論者が指摘しているように⁽⁹⁷⁾、責任評価と同様に違法評価も行為者ごとに行われ、個別的に判断したとしても結果的に違法評価が関与者間で事実上一致する場合はほとんどであるといえることができるにとどまり、例外的には正犯は適法であるが共犯は違法であるという事態が生じることは否定できず、それゆえに、「違法性の消極的連帯性」という理論が存在するということとはできない。

しかし、違法評価が多くの場合で事実上一致することは否定できず、そう

した帰結はどのような観点から理論的に説明できるだろうか。これを明らかにすることは、本稿において違法性の消極的連帯性を認めない限り共犯者を不可罰とすることが困難であると一貫して指摘してきた法令行為事例について、違法性の消極的連帯性の考え方に依拠することなく共犯者を適法と評価可能な理論を明らかにすることにほかならない。さらに、最後に指摘したように、法令行為事例においては、背後者が正犯であるか共犯であるかは重要な問題でないため、そこで明らかにされる理論というのは、関与類型にかかわらず妥当するものでなければならない。

以下では、これまで違法性が消極的に連帯すると考えられてきた事象の内実を明らかにしたうえで、本稿で扱ってきた事例の処理について若干の私見を提示する。

ここで手掛かりとなるのが、違法な「結果」に着目する見解の検討において明らかとなった観点である。⁽⁹⁸⁾すなわち、“どのようにして共犯者を違法でないと評価するか”という問題は違法性に関する問題であるのだから、違法論の観点からこれを説明するのが筋であり、他方で、惹起説を前提とする限り正犯と共犯に妥当する違法論は異なることはないのであるから、その違法論を基礎に導き出した理論は正犯と共犯に共通に妥当することになる。したがって、違法論に立ち戻って考えることでこの問題を解決できるのであれば、そこで導かれた理論はあらゆる関与類型に妥当するものとなる。法益侵害の惹起を共犯の処罰根拠とする惹起説を前提とした現在の議論状況においては、その中でもとりわけ結果無価値論の観点が手掛かりとなるであろう。

第4章 違法性の連帯性の内実

違法性の連帯性の内実を明らかにするにあたりまず意識しなければならないのは、構成要件に違法類型の側面を認める現在の通説的理解によれば、構成要件段階で問題となる違法性と、違法性（阻却）段階で問題となる違法性とは性質が異なるということである。つまり、結果無価値論によれば、構

成要件段階では法益侵害結果およびその危険という意味での結果無価値が問題となるのに対し、違法性（阻却）段階では行為によって保護された利益という意味での結果有価値が問題となる。本稿においてこれまで問題としてきた違法性の連帯性というのは、正犯者に違法性阻却事由が認められない場合（違法性の積極的連帯性）やこれが認められる場合（違法性の消極的連帯性）といった違法性（阻却）段階での違法性の連帯性の問題であり、理論的にはこれらを認めることはできないという点についてはすでに述べたとおりである。

では、構成要件段階での違法性の連帯性についてはどうかというと、これについては「結果無価値の存否の共通性」という意味で広く認められているということができる。

第1節 構成要件段階における「結果無価値の存否の共通性」

法益侵害結果やそれに対する危険が現実存在するという客観的事実は万人にとって共通の事実であるため、⁽⁹⁹⁾“正犯者にとって法益侵害が存在するとすれば、それは共犯者にとっても存在する”ことになり、反対に、“正犯者にとって法益侵害が存在しなければ、それは共犯者にとっても存在しない”ことになる。そのため、結果無価値の存否については積極的連帯性も消極的連帯性も認められる。もっとも、ここでは結果無価値の存否の連帯性というよりも、結果無価値の存否の共通性といった方が事態に即しているであろう。こうした結果無価値の存否の共通性は、法益侵害それ自体の性質として認めることができるため、共犯の処罰根拠として法益侵害の惹起を要求する惹起説を採用する限り、特別な根拠づけを要することなく基礎づけられ、また、正犯も共犯も法益侵害を理由に処罰されると考える限りで、共犯に限らず正犯の場合であっても妥当する原理である。

こうした結果無価値の存否の共通性は、共犯論における各論点でも実際に意義を有しており、例えば、「実行の着手＝法益侵害の危険の発生」と理解

する場合には、正犯が実行に着手しない限り、つまり、正犯にとって法益侵害の危険が存在しなければ共犯にとってもそれは存在しないことになるという法益侵害の危険の存否の共通性の観点から、実行従属性が理論的に基礎づけられることとなる。⁽¹⁰⁰⁾

また、違法な「結果」に着目する見解を検討する際に言及したように、正犯者が被害者の同意を得ているために適法な場合、例えば、A所有の壺を破壊することにつき同意を得ているYの器物損壊行為にXが関与する場合、結果無価値論に基づく意思方向説によれば、Aの壺が破壊されたという事実は客観的に存在しているとしても、AがYに同意を与えている以上、刑法上はそもそも法益侵害が生じていないとみなされるため、共犯者間で法益侵害が存在しないという事実が共通することになる。そのため、この事例のYに対してXが狭義の共犯として関与しようが間接正犯として関与しようが、壺が破壊されたことに関してXが刑法上の責任を負うことはない。⁽¹⁰¹⁾

さらに、結果無価値の存否の共通性という観点は、刑法65条の解釈をめぐる身分犯に対する共犯の問題にも関係しており、例えば、公務員Yの収賄行為に私人Xが関与した場合に、公務員という身分を有さないXが共犯として処罰されることを「公務員」という身分が違法性に関係する身分であることから説明する実質的区別説⁽¹⁰²⁾の根拠も、この点に存在する。つまり、収賄罪における「公務員」という身分は、そうした身分を備えていない行為者によっては収賄罪が保護する「職務の公正」という法益が侵害され得ないという意味で要求されていると理解することができるため、私人Xが単独で同様の行為を行ったとしてもそもそも法益侵害が生じ得ないため処罰されることはない。しかし、私人Xも公務員Yを通じて因果的に法益侵害を惹起することは可能である。つまり、公務員Yによって実行行為が行われた以上、当該法益侵害が現実生じたことになり、それに対して因果性を有する以上、身分を有していない私人Xも処罰されることになるのである。「65条1項は違法要素としての身分（違法身分）の連帯的作用を、2項は責任要素としての身分

(責任身分)の個別的作用を規定したものと解する見解……は、違法のいわゆる連帯性、責任の個別性という制限従属性説と結びつきうる⁽¹⁰⁴⁾」と説明されることがあるが、実質的区別説が問題とするのは結果無価値の存否の共通性という意味での構成要件段階での違法性の連帯性であり、制限従属性説が問題とするような違法性(阻却)段階での違法性の連帯性ではない。65条の問題と制限従属性の問題が異なるということは、実質的区別説の論者が必ずしも制限従属性説を採用しているわけではない⁽¹⁰⁵⁾、また、狭義の共犯についてのみ制限従属性を要求する論者が、実質的区別説の考え方が狭義の共犯だけでなく共同正犯の場合にも妥当するとしていることにも表れている⁽¹⁰⁶⁾。

第2節 違法性(阻却)段階における「結果有価値の存否の共通性」

以上のように、結果無価値の存否の共通性が、それが客観的事実に基づいているということから導かれるのであれば、構成要件段階だけでなく違法性(阻却)段階においても同様の観点から一定の限度で違法性の連帯性を認めることができるように思われる。すなわち、例えば、正当防衛事例において正犯者Yの行為に正当防衛が認められるということは、侵害者Aを撃退し、Yの身体が守られたという事実由来する優越的な結果有価値が客観的に存在するということを意味している。これは法令行為事例でも同様であり、司法警察員Yの行為が、それが法令行為であることから違法性が阻却されるというのは、優越的な結果有価値が客観的に実現されていることを意味している。そして、こうして実現された結果有価値が客観的に存在するという事実は、各事例における正犯者Yだけでなく、共犯者Xについても共通する事実であるといえる。その意味で、結果有価値の存否が問題となる違法性(阻却)段階においても、結果有価値の存否は関与者間で共通するという限度で違法性の連帯性を認めることができるであろう。そして、これは結果有価値の客観的性質から認められるものであるため、結果無価値の存否の共通性と同様に、背後者が共犯の場合であっても正犯の場合であっても共通に妥当す

ることになる。

また、身分犯に対する共犯の問題に関して、結果無価値の存否の共通性という観点から、問題となる身分が法益侵害の存否にかかわる限りで、その身分を正犯者が備えていればそれを共犯者が備えていなくとも共犯者は処罰され得るという帰結が導かれたのと類似の関係が、結果有価値の存否の共通性という観点からも導かれる。まず、法益侵害を生じさせた場合、行為者の違法性が阻却されるというためには優越的な結果有価値の存在が必要であり、その結果有価値の存否は、通常、行為者に違法性阻却事由が認められるか否かによって判断される。しかし、関与者が複数存在する事例においては、背後者の行為に違法性阻却事由が認められなくとも実行者の行為に違法性阻却事由が認められるのであれば、優越的な結果有価値が客観的に存在するということができる。したがって、実行者に違法性阻却事由が存在する事例における背後者の違法性阻却を検討する場合、違法性阻却を認めるための必要条件である優越的な結果有価値の存在は、実行者に違法性阻却事由が認められるということによってすでに明らかにされており、必ずしも背後者自身の行為に個別的に違法性阻却事由が認められる必要はない。

第3節 結果有価値の帰属判断

第1款 帰属を基礎づける「因果性」

しかし、優越的な結果有価値が客観的に存在することは、違法性阻却を認めるための必要条件でしかなく、行為者の違法性を阻却するためには、その結果有価値を行為者に帰属できることが明らかにされなければならない。そこでどのような観点から結果有価値の帰属が認められるかが問題となるが、その根拠は、複数人が関与する事例において結果無価値が背後者に帰属される根拠がその者と結果無価値との間の因果性に求められるのと同様に、結果有価値と背後者との間の因果性に求めることができる。

この点につき、橋爪隆は以下のように述べている。「防衛行為者は法益侵

害結果（結果無価値）と防衛効果（結果価値）をともに惹起しており、後者の価値が前者に優越することから違法性が阻却されることになる。そうすると、（広義の）共犯として正当防衛行為に加功した者についても、実行担当者の行為を介して、法益侵害結果と防衛効果の両者に因果性を及ぼしていることになるから、やはり優越的利益を（間接的に）実現していることになり、正当防衛による違法性阻却が連带的に適用されるように思われる⁽¹⁰⁷⁾。

共犯事例においては、共犯者と結果無価値との間の因果性が特に強調されてきたが、それは構成要件段階に限られず、違法性（阻却）段階においても結果有価値と共犯者との間の因果性を問題とすることができる。そして優越的な結果有価値との因果性が認められれば、背後者に個別的に違法性阻却事由が認められなくともその結果有価値を帰属することができ、したがって、背後者の違法性が阻却されることになる。

こうした観点から、法令行為事例も、司法警察員Yによって優越的な結果有価値が実現されており、それと因果性を有する私人Xにはその結果有価値が帰属されるため、Xについては違法性阻却事由が個別的に認められなくとも違法性阻却が認められる、と説明することができる。「正犯が違法であること」を要求してきた従来の見解からの帰結も、こうした形であれば理論的に説明が可能である。

第2款 帰属を阻害する「利益衝突状況の作出」

しかし、結果有価値との間の因果性があれば直ちに背後者にもそれが帰属されるとするならば、例えば、Xが司法警察員Yに虚偽の事実を告げて、それを信じたYにAを留置させたという誣告による逮捕事例についても、Yの行為が法令行為であることを理由に違法性が阻却されるのであるから優越的な結果有価値が客観的に存在するということができる。それゆえに、それとの間に因果性を有している背後者Xの違法性も阻却されるという不当な帰結が導かれることになる。そこでさらに検討されなければならないのは、結果

有価値との間に因果性を有していることだけでその帰属を認めてよいかということである。

結果無価値の帰属の場面においては、正犯の場合はもちろん、共犯の場合にはよりいっそう、因果性があることだけで帰属を認めるとすると、その処罰範囲が過度に拡大することになるため、その帰属は、故意の有無という主観面だけでなく、客観面でも限定されなければならないと考えられている⁽¹⁰⁸⁾。これを違法性（阻却）段階に応用すれば、結果有価値の帰属の場面でも、共犯者と結果有価値との間に因果性があったとしてもその他の事情によりその帰属が阻害されるということがあり得るように思われる。

この点につき、島田聡一郎は、優越的利益原則によれば、「複数の法益が両立不可能な状況（違法阻却の前提状況）の存在が前提とされて」おり、「もし複数の法益が両立可能ならば、……優越的利益原則のそもそもの守備範囲ではないと考えるべきである」として、背後者の行為以前から違法性阻却の前提状況が存在していた場合と、背後者によって違法性阻却の前提状況が作出された場合とで差を設けるべきであるとする⁽¹⁰⁹⁾。つまり、前者の場合には、「背後者の関与の時点において、法秩序としてはすでに価値の高い法益を救助するためには価値の低い法益が失われてもやむを得ない、と決断している」ため、「背後者は行為媒介者に違法性阻却事由があることの一事をもって処罰されない」が、後者の場合には、「背後者はそもそも両者の法益を衝突状況に追い込まないことも可能であったにもかかわらず、両者を衝突させている」ため、「行為媒介者の違法性阻却事由を自己の有利に援用することはでき」ないとする⁽¹¹⁰⁾。

島田が、背後者が利益衝突状況を作出していない場合に「行為媒介者に違法性阻却事由があることの一事をもって処罰されない」とすることの内実は必ずしも明らかでないが、私見の立場からは、これは、結果有価値との間に因果性があり、その帰属を妨げる事情もないことから結果有価値が問題なく背後者に帰属されるという意味で理解することができる⁽¹¹¹⁾。それに対して、利

利益衝突状況を作成した場合には「行為媒介者の違法性阻却事由を自己の有利に援用することはでき」ないとするものの実質は、結果有価値と背後者との間の因果性を認めることができるがそれを背後者に帰属することができないという意味で理解することができる。

この利益衝突状況の作出という基準は、優越的利益原則に由来する回避義務の原則から導かれるものであるが、こうした回避義務の原則を認めることそれ自体に批判が向けられており、また、どういった場合が違法性阻却の前提状況の作出に当たるのか、そして、行為媒介者によって実現された結果有価値の背後者への帰属を否定するそのほかの事情が存在するかなど、さらに詳細な検討を要するが、違法性阻却の前提状況の作出という基準によって背後者への優越的利益の帰属を否定するというのは、基本的には妥当な方向性を示しているように思われる。そして、こうした判断基準は、正犯と共犯に共通する違法論の観点から導かれるものであるため、背後者が正犯であるか共犯であるかにかかわらず適用することができる。したがって、これによれば、誣告による逮捕事例については、背後者は、司法警察員Yによって実現された優越的な結果有価値との間に因果性を有しているといえるが、背後者Xは客観的な嫌疑がないのに客観的な嫌疑を作り出しているため利益衝突状況を作成しているといえることから、結果有価値の帰属が否定されることになる。⁽¹¹⁵⁾冒頭の法令行為事例においては、そうした利益衝突状況の作出が認められないため、優越的な結果有価値との間に因果性を有する共犯者Xにその帰属が認められる結果、Xも不可罰となる。

第3款 正当防衛事例における背後者についての違法性阻却判断

それでは、法令行為事例と同様に、例えば、目の前にいるYがAから襲われそうになっていることから、Aに対して正当防衛で対抗するようXがYに教唆したという(現場関与型)正当防衛事例における背後者の行為が違法性阻却されるか否かも、実行者が実現した結果有価値との間の因果性の有無お

よび利益衝突状況を作成したか否かという判断によって決定されるだろうか。

従来の最小限従属性説によれば、正当防衛事例においては、背後者自身の行為に個別的に正当防衛の成立が認められるか否かによって背後者の違法性阻却が判断されることになり、また、平成4年決定の理解によれば、判例も、少なくとも共同正犯の事例については同様のアプローチを採用しているといえる。こうしたアプローチは、実行行為を行う者だけではなく、それを行わない者の行為についても正当防衛の成否を検討できるということを前提としているが、この点については、背後者の行為について正当防衛の成否を検討することはできないという見解も主張されている。こうした見解によれば、正当防衛事例も、法令行為事例と同様に実行者が実現した結果有価値との因果性および利益衝突状況の作出の有無によって、背後者の行為の違法性が阻却されるか否かが判断されることになる。⁽¹¹⁷⁾

それとは対照的に、正当防衛事例において、背後者の行為それ自体について正当防衛の成否を問題とすることができるとするのであれば、その場合の背後者の行為の違法性が阻却されるか否かについて、①実行者が正当防衛行為により実現した結果有価値との間の因果性の有無および利益衝突状況の作出の有無により判断されるのか（以下、「判断①」とする。）、それとも、②背後者の行為について個別的に正当防衛の成否を検討することにより判断されるのか（以下、「判断②」とする。）、両判断の関係が問題となる。最小限従属性説および判例は、こういった観点から判断②によって背後者について違法性阻却の可否を判断すべきと考えているのであろうか。

まず考えられるのが、判断①と判断②の判断内容が異なっており、両者が両立し得るとする考え方である。例えば、前述の島田は、正当防衛事例において、背後者に第三者のための正当防衛の要件が満たされる限りで正当防衛が成立する可能性を認めながら、違法性阻却の前提状況を作成した場合であっても、それは行為媒介者の違法性阻却事由を背後者にとって有利となるように援用できないだけであって、背後者自身に違法性阻却事由が認められる

場合には違法性阻却が認められるとしており、⁽¹¹⁹⁾これによれば、正当防衛事例において、判断①が判断②に先行するという形で両者が両立し得ると考えることも可能である。こうした考え方は、背後者の行為に正当防衛の成立が認められるということ、実行者の行為により実現した結果有価値とは異なる結果有価値が背後者自身の行為により別途実現されたという意味で理解することを前提とする。

しかし、そうした前提については疑問がある。なぜなら、正当防衛事例において客観的に存在する結果有価値は、実行者によって実現された結果有価値のみだからである。背後者も実行者によって実現された結果有価値と因果性を有する限りでそれを間接的に実現したということではあるかもしれないが、同一の不正の侵害に対する正当防衛を問題とする以上、それが実行者によって実現されたものとは異なる結果有価値であるということではできないであろう。⁽¹²⁰⁾そのため、正当防衛事例において、判断①の後に正当防衛とは異なる違法性阻却事由が存在するか否かを背後者について検討することによって、実行者によって実現されたものとは異なる結果有価値を背後者が新たに実現したか否かを判断する余地は⁽¹²¹⁾あるとしても、正当防衛の成否、つまり判断②を行うことによってそれを判断することはできない。では、判断②には、そのほかにどのような意味づけを与えることができるだろうか。

ここで考え得るのは、適法行為に複数人が関与する事例の分析から明らかとなったように、背後者の行為の違法性阻却を検討する際には、結果有価値の存否とその帰属の可否という2つの判断が行われていると考える方法である。

こうした理解によれば、実行者の正当防衛行為に由来する結果有価値の存在が明らかとなっている正当防衛事例においては、背後者の行為について正当防衛の成立が認められる否かによって、実行者によって実現されたものとは異なる結果有価値を背後者が新たに実現したか否か、すなわち、「結果有価値の存否」が判断されているわけではないのであるから、ここでは、その

判断を通じて「結果有価値の帰属の可否」が判断されていると理解することができる。言い換えれば、正当防衛事例において実行者と背後者との間で正当防衛の成否が相対化するのとは、問題となる正当防衛の要件が行為者ごとに判断される「結果有価値の帰属の可否」に関係する要件である場合だけであり、一定の行為者を基準に判断される「結果有価値の存否」に関係する要件が問題となる場合には、正当防衛の成否が行為者間で相対化し得ない。

例えば、平成4年決定が、積極的加害意思の有無が関与者ごとに異なるため、それをもたない実行者については急迫性を認め、それをもつ背後者については急迫性を認めなかったというのは、積極的加害意思の有無は結果有価値の帰属の可否の判断にのみ関係し、それをもたない行為者にしか結果有価値の帰属を認めないとする態度の表れであるといえる⁽¹²²⁾。それに対して、例えば、不正の侵害という要件の存否が関与者間で相対化しないのは、特定の者に対して不正の侵害が向けられているということは万人に共通の客観的事実であり、また、これが結果有価値の存否を基礎づける要素であることに由来する。

このように、正当防衛事例において背後者の行為について個別的に正当防衛の成否が問題とされる場合、そこでは、その判断を通じて、実行者によって実現された結果有価値を背後者に帰属することができるか否かのみが判断されているといえよう。こうした理解によれば、判断①と判断②というのは、実行者の正当防衛行為により実現された結果有価値を背後者に帰属できるかという判断を行う点で実質的に重なり合っていることになる。そして、判断①と判断②はどちらも優越的利益原則（および回避義務の原則）から導かれるものであるが、判断②は、実際の正当防衛の場面を想定して法文化されている法律上の要件の検討を通じて行われるという点で判断①をより具体化したものであり、正当防衛制度の趣旨に応じて違法性阻却が認められる範囲を限定しているといえる。正当防衛制度の趣旨を尊重するのであれば、判断②を通じて防衛行為により実現された結果有価値の帰属を判断すべきであ

ろう。したがって、結果有価値の帰属の判断は、優先的に判断②を通じて行う方が適切であり、また、判断②により結果有価値の帰属が否定された以上は、判断①による違法性阻却を認めることもできない。さらに、判断①の「利益衝突状況の作出」という基準は法律に規定されていない規範的な基準であり、判断が困難であるという点においても、法律上規定されている要件⁽¹²³⁾の検討を行う判断②に利点があるといえる。

それゆえに、正当防衛事例において背後者の行為について個別的に正当防衛の成否を検討できるとするのであれば、背後者の行為の違法性が阻却されるか否かは、判断②によって判断されることになる。従来の最小限従属性説と（共同正犯の事例に関する限りで）判例が背後者の行為について正当防衛の成否を問題としてきたことは、こうした観点から説明することが可能であろう。これに対して、背後者の行為について個別的に正当防衛の成否を検討できないとするのであれば、判断①によって背後者の違法性が阻却されるか否かが判断されることになるという点については、すでに述べたとおりである。

第5章 おわりに

本稿では、正犯が違法であることを要求する見解について、その根拠が積極的に論証されていないという問題意識から、「正犯が違法であること」が要求される根拠の分析・検討を通じて、理論的にも政策的にも「正犯が違法であること」を要求することはできないことを明らかにし、その上で、従来の見解が「正犯が違法であること」を要求することで解決してきた事例群について、私見の立場から解決を示してきた。その主張の骨子は、以下の通りである。

まず、「正犯が違法であること」を要求する従来の見解がそれを共犯の成立要件として考えてきた背景には違法性の連帯性の考え方があり、その主張を根拠づけているのは、「正犯が違法でなければ共犯も違法でない」という

違法性の消極的連帯性と「正犯が違法であれば共犯も違法である」という違法性の積極的連帯性の2つの連帯性のうち、違法性の消極的連帯性であると結論づけた。

次に、違法性の消極的連帯性がいかなる観点から根拠づけられるかを検討した。そこでは、まず、要素従属性・連帯性の問題について演繹的に解決を導くと考えられてきた共犯の処罰根拠からのアプローチを検討し、違法性の消極的連帯性は共犯の処罰根拠論とは異なる観点から基礎づけられなければならないと結論づけた。

そこで、違法性の観点からこれを理論的に説明する見解として、「違法な結果」に着目する見解と「違法な正犯行為」に着目する見解を検討し、前者は、正犯と共犯に共通の違法論の観点から違法性の消極的連帯性を基礎づけようとしたため、それが妥当するのが狭義の共犯の場合のみであるということの説明ができないという点で、また、後者は、狭義の共犯に固有の違法性の観点から違法性の消極的連帯性を基礎づけようとしたため、法益侵害以外の観点に共犯独自の違法性を見出すこととなり惹起説に合致しないという点で問題があるとした。そして、理論的には違法性の消極的連帯性が認められないとしたうえで、政策的にこれが要求されるとする「狭義の共犯の二次的責任類型性」に着目する見解を検討し、政策的な観点から「正犯が違法であること」を要求するとすればそれを客観的処罰条件に位置づけざるを得ず、そうした解釈によっては適法行為に対する共犯の事例を適切に解決できないこと、また、違法性の消極的連帯性が政策的に要請されているとすほどの事情が存在しないことを明らかにした。以上のことから、「正犯が違法であること」を理論的に要求することはできず、また、それを要求する政策的根拠もないと結論づけた。

最後に、私見として、従来から認められてきた違法性の連帯性の内実を明らかにした。まず、違法性の連帯性は、構成要件段階での違法性の連帯性と、違法性（阻却）段階での違法性の連帯性に区別することができ、構成要

件段階で法益侵害結果およびその危険という意味での「結果無価値の存否の共通性」が認められるのと同様に、違法性（阻却）段階では保護された利益という意味での「結果有価値の存否の共通性」が認められ、違法性の連帯性が認められるのはこの限度であり、「結果有価値の帰属の可否」は行為者ごとに個別に判断されることを明らかにした。それを前提として、実行者によって優越的な結果有価値が客観的に実現されている場合には、背後者について個別に違法性阻却事由が認められなくとも、それとの間に因果性を有していれば原則的にその結果有価値が帰属されることを理由として違法性阻却を認めることができ、他方で、結果有価値との間に因果性が認められるとしても、背後者が利益衝突状況を作り出した場合には例外的にその帰属が認められないために違法性が阻却されないとする私見を提示し、こうした考え方は、正犯と共犯に共通する違法論の観点から根拠づけることができるため、実行者に違法性阻却事由が存在する場合であれば、関与類型にかかわらず同様に妥当することを示した。

本稿の結論は以上である。もっとも、本稿の主たる目的が、「正犯が違法であること」を要求する見解の批判的検討にあったことから、私見についてはその大枠を示すにとどまっている。私見の詳細は、関連する諸問題について検討していく中で、今後明らかとしていきたい。

- (1) 団藤重光『刑法綱要総論〔第3版〕』（創文社、1990年）384頁、大塚仁『刑法概説（総論）〔第4版〕』（有斐閣、2008年）287頁、井田良『講義刑法学・総論』（有斐閣、2008年）467頁、山口厚『刑法総論〔第3版〕』（有斐閣、2016年）327頁など。
- (2) 佐伯千仞『刑法講義（総論）〔4訂版〕』（有斐閣、1981年）338頁、浅田和茂『刑法総論〔補正版〕』（成文堂、2007年）411頁、中山研一『新版概説刑法Ⅰ』（成文堂、2011年）215頁など。
- (3) 平野龍一『刑法総論Ⅱ』（有斐閣、1975年）358頁、大谷實「最小限従属性説について」『西原春夫先生古稀祝賀論文集 第二巻』（成文堂、1998年）473頁、島田聡一郎「適法行為を利用する違法行為」立教法学55号（2000年）30頁、十河太郎

- 『身分犯の共犯』（成文堂、2009年）227頁、西田典之『刑法総論〔第2版〕』（弘文堂、2010年）395頁、佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』（有斐閣、2013年）379頁、小林憲太郎『刑法総論』（新世社、2014年）147頁など。
- (4) ここでは、例えば、私人Xが司法警察員Yに対してAが犯罪を行ったとの虚偽の事実を告げ、それを信じたYにAを誤認逮捕させたといういわゆる適法行為を利用する間接正犯の事例（誣告による逮捕事例）とは異なり、私人が虚偽の事実を告げる等の間接正犯を基礎づける事情が存在しない事例を想定している。
- (5) 平野・前掲注（3）358頁。
- (6) 本件の解説・評釈として、小川正持「時の判例」ジュリスト1011号（1992年）98頁以下〔ジュリスト編集室編『最高裁時の判例Ⅳ（平成元年～平成14年）』（有斐閣、2004年）79頁以下所収）、高橋則夫「判批」法学教室148号（1993年）112頁以下、園田寿「判批」判例セレクト'92（法学教室150号別冊付録）（1993年）31頁〔『判例セレクト'86～'00』（有斐閣、2002年）437頁所収）、曾根威彦「判批」判例評論410号（1993年）219頁以下〔同『刑事違法論の研究』（成文堂、1998年）265頁以下所収）、橋本正博「判批」平成4年度重要判例解説（1993年）106頁以下、山中敬一「判批」法学セミナー463号（1993年）44頁、橋本裕藏「判批」法学新報99巻11・12号（1994年）329頁以下、小川正持「判解」法曹時報46巻10号（1994年）176頁以下、同「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇（平成4年度）』（法曹会、1994年）29頁以下、橋田久「判批」甲南法学35巻2号（1994年）103頁以下、葛原力三「判批」松尾浩也ほか編『刑法判例百選Ⅰ総論〔第4版〕』（有斐閣、1997年）176頁以下、船山泰範「判批」芝原邦爾ほか編『刑法判例百選Ⅰ総論〔第5版〕』（有斐閣、2003年）174頁以下、今井猛嘉「判批」西田典之ほか編『刑法判例百選Ⅰ総論〔第6版〕』（有斐閣、2008年）180頁以下、日高義博「判批」専修ロージャーナル9号（2013年）115頁以下、松原芳博「判批」山口厚＝佐伯仁志編『判例百選Ⅰ総論〔第7版〕』（有斐閣、2014年）178頁以下。
- (7) 曾根・前掲注（6）220頁、葛原・前掲注（6）177頁、島田・前掲注（3）23頁など。
- (8) 山口厚『問題探究刑法総論』（有斐閣、1998年）241～242頁、島田・前掲注（3）40頁。
- (9) 島田・前掲注（3）52頁以下。
- (10) 山口厚「共犯の従属性をめぐる」『三井誠先生古稀祝賀論文集』（有斐閣、2012年）289頁以下。

- (11) ドイツの共犯規定(ドイツ刑法26条、27条)は、共犯の関与対象を「違法な行為」に限定している。なお、現行のドイツ刑法典の邦訳については、『ドイツ刑法典』法務資料461号(法務省大臣官房司法法制部司法法制課、2007年)を参考に訳出した(以下同じ)。
- (12) こうした指摘をするものとして、林幹人『「違法は連帯、責任は個別」について』法学教室55号(1985年)157頁。
- (13) 平野・前掲注(3)358頁、佐伯(仁)・前掲注(3)379頁。
- (14) 団藤・前掲注(1)125頁、大塚・前掲注(1)122頁、井田・前掲注(1)91~92頁、西田・前掲注(3)70頁、山口・前掲注(1)30頁、高橋則夫『刑法総論〔第3版〕』(成文堂、2016年)91頁など。
- (15) こうした理解は、「正犯が違法でないこと」それ自体を共犯者固有の違法性阻却事由と把握することにも至り得る。
- (16) 山口・前掲注(1)315頁は、「正犯行為に正犯構成要件該当性・違法性が認められる場合、それに対する(因果共犯論の処罰要件を充たす)関与者には共犯構成要件の該当性が認められること……を意味する」としている。また、井田・前掲注(1)467頁も参照。
- (17) 例えば、山口厚『共犯論の課題』同編著『クローズアップ刑法総論』(成文堂、2003年)234~235頁、松宮孝明『刑事立法と犯罪体系』(成文堂、2003年)262頁、佐伯(仁)・前掲注(3)375頁。
- (18) 高橋・前掲注(14)87頁。
- (19) 団藤・前掲注(1)514頁以下。また、「正犯が違法であること」を客観的処罰条件として要求するアプローチについては、本稿第3章第4節第2款参照。
- (20) 井田良『刑法総論の理論構造』(成文堂、2005年)395頁。
- (21) 松宮・前掲注(17)248頁は、要素従属性の問題は二義的であり、そこでは、①正犯者が一定の犯罪要素を備えることが共犯の成立要件となるか否か(必要条件としての従属性)と、②正犯者が備える一定の犯罪要素が共犯者にも連带的に作用するか否か(連帯作用としての従属性)が問題となるとする。そして、前者の問題においては間接正犯と共犯との関係が、後者の問題においては身分犯に対する共犯が問題となるとする。しかし、両者の問題をこのように二分することには疑問があり、少なくとも本稿が問題とする「正犯が違法であること」に関していえば、本文中に述べたように、両者は、違法性の連帯性(とりわけ、後述の「違法性の消極的連帯性」という連帯性の観点を根拠として、「正犯が違法であること」が共犯の成

立要件として要求されるという関係にあるということが出来る。この点については、第2章第3節を参照。

- (22) 曾根威彦「共犯と違法の相対性」同『刑事違法論の研究』（成文堂、1998年）262頁。
- (23) もっとも、こうした積極的連帯性・消極的連帯性という区別は、違法性だけに限られず、犯罪を構成する様々な要素について考えることができ、例えば、構成要件該当性についても積極的連帯性と消極的連帯性を考えることができるであろう。
- (24) 団藤・前掲注（1）383頁。
- (25) 林幹人「適法行為を利用する違法行為」同『刑法の現代的課題』（有斐閣、1991年）118頁は、「正犯が構成要件該当の違法であることは、共犯が成立するための十分条件であると同時に、必要条件でもなければならない」とする。
- (26) 従属性志向惹起説は、「従属性思想により修正された惹起説（durch den Akzessorietätsgedanken modifizierte Verursachungstheorie）」とも呼ばれており（*Erich Samson*, in: Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. I, 5. Aufl., 1993, Vor § 26 Rn. 10）、日本においては、この点をもって修正惹起説と呼ばれている。
- (27) *Hans-Heinrich Jescheck/Thomas Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 1996, S. 657. 訳出に際しては、本書の邦訳である、イエシエック＝ヴァイгент（西原春夫監訳）『ドイツ刑法総論 第5版』（成文堂、1999年）を参考にした（以下同じ）。
- (28) *Jescheck/Weigend*, a. a. O. (Anm. 27), S. 685f.
- (29) *Claus Roxin*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. I, 4. Aufl., 2006, § 14 Rn. 3によれば、「不法は構成要件に該当する違法な行為それ自体、すなわち、違法評価の対象と理解され……、不法概念には、行為、構成要件該当性、違法性という3つの犯罪カテゴリーが統合されている」。これに対して、「違法性は特殊刑法的範疇ではなく、全法秩序の範疇である」（ders., § 7 Rn. 64）とする。なお、訳出に際しては、平野龍一監修・町野朔＝吉田宣之監訳『ロクシン刑法総論 第1巻 [基礎・犯罪論の構造]（第3版）（翻訳第1分冊）』（信山社、2003年）および山中敬一監訳『ロクシン刑法総論 第1巻 [基礎・犯罪論の構造]（第4版）（翻訳第2分冊）』（信山社、2009年）を参考にした。また、ドイツの「不法」概念については、豊田兼彦『共犯の処罰根拠と客観的帰属』（成文堂、2009年）5～6頁、中山研一ほか『レヴィジョン刑法 ③』（成文堂、2009年）44頁〔松宮孝明の発言〕も参照。これに対し

- て、日本において「不法」とは、違法性を基礎づける法益侵害事実と理解される傾向があるように思われる。例えば、西田・前掲注(3)394頁は、AがXを殺害した場合、Xの死亡という事実が不法であるとする。
- (30) ここでは、構成要件該当性の積極的連帯性および消極的連帯性も認められることになる。
- (31) 大越義久『共犯の処罰根拠』(青林書院新社、1981年)148~149頁、高橋則夫『共犯体系と共犯理論』(成文堂、1988年)150頁、曾根・前掲注(22)260頁。
- (32) 町野朔「惹起説の整備・点検——共犯における違法従属と因果性——」内藤謙先生古稀祝賀『刑事法学の現代的状況』(有斐閣、1994年)120頁。
- (33) 町野・前掲注(32)121頁。
- (34) 町野・前掲注(32)125~126頁。
- (35) 曾根威彦『刑法総論〔第4版〕』(弘文堂、2008年)245頁。
- (36) 曾根・前掲注(22)262頁。
- (37) この「混合理論」という点から、従属的法益侵害説は日本において混合惹起説として紹介されている。
- (38) *Claus Roxin*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Bd. II, 2003, § 26 Rn. 11. なお、訳出に際しては、山中敬一監訳『ロクシン刑法総論 第2巻〔犯罪の特別現象形態〕(翻訳第1分冊)』(信山社、2011年)を参考にした(以下同じ)。
- (39) 例えば、齊藤誠二「共犯の処罰の根拠についての管見」下村康正先生古稀祝賀『刑事法学の新動向(上巻)』(成文堂、1995年)25頁、井田・前掲注(20)317頁、照沼亮介『体系的共犯論と刑事不法論』(弘文堂、2005年)174頁、松宮孝明『刑法総論講義〔第4版〕』(成文堂、2009年)252頁、伊東研祐『刑法講義総論』(日本評論社、2010年)360頁、豊田・前掲注(29)31頁、橋本正博『刑法総論』(新世社、2015年)248頁、山口・前掲注(1)314頁など。
- (40) 大越・前掲注(31)6頁。
- (41) *Claus Roxin*, in: *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, 11. Aufl., 1993, Vor § 26 Rn. 3.
- (42) *Roxin*, a. a. O. (Anm. 41), Vor § 26 Rn. 4.
- (43) *Roxin*, a. a. O. (Anm. 41), Vor § 26 Rn. 5.
- (44) *Andreas Hoyer*, in: *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. I, 7. Aufl., 2000, Vor § 26 Rn. 18.
- (45) *Roxin*, a. a. O. (Anm. 41), Vor § 26 Rn. 30. また、*Bettina Noltenius*, *Kriterien*

der Abgrenzung von Anstiftung und mittelbarer Täterschaft: Ein Beitrag auf der Grundlage einer personalen Handlungslehre, 2003, S. 247も、ドイツ刑法26条以下で規範化されている違法な正犯行為の存在は、事物論理上の共犯要件であるとしている。

- (46) *Marios Nikolidakis*, Grundfragen der Anstiftung: Strafgrund —agent provocateur— Objektsverwechslung, 2004, S. 48.
- (47) ドイツの共犯規定（ドイツ刑法26条、27条）が共犯の関与対象を「違法な行為」に限定する一方で、「違法な行為」が「刑法典の構成要件を実現する行為のみをいう」（同11条1項5号）と定義されていることから、ドイツにおいては制限従属性説が法定されていると理解されている（*Bernd Schünemann*, in: Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, 12. Aufl., 2007, Vor § 26 Rn. 19）。
- (48) *Jescheck/Weigend*, a. a. O. (Anm. 27), S. 685.
- (49) *Nikolidakis*, a. a. O. (Anm. 46), S. 45; *Heribert Schumann*, Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen, 1986, S. 46.
- (50) 行為規範は行為者ごとに向けられるため、それに対する違反も行為者ごとに判断されなければならない。そのため、行為規範違反の観点からなぜ連帯の問題が生じるのかは明らかでなく、また、こうした行為規範的発想がそもそも惹起説の考え方に合致するかは疑わしい。*Schumann*, a. a. O. (Anm. 49), S. 48は、ドイツの通説によれば、刑法上の不法の中核は行為無価値にあるとされているにもかかわらず、惹起説は結果無価値を一面的に強調しているとして、惹起説に対する批判としてはあるが、行為無価値論と惹起説が整合するののかについて疑問を投げかけている。
- (51) *Hellmuth Mayer*, Das Strafrecht des Deutschen Volkes, 1936, S. 334. また、*莊子邦雄『刑法総論〔初版〕』*（青林書院新社、1969年）717頁（なお、*莊子邦雄『刑法総論〔第3版〕』*（青林書院、1996年）479頁においては、責任共犯説の考え方が放棄されている）。
- (52) *Günter Less*, Der Unrechtscharakter der Anstiftung, ZStW 69, 1957, S. 47; *Stefan Trechsel*, Der Strafgrund der Teilnahme, 1967, S. 32.
- (53) 今井猛嘉ほか『刑法総論〔第2版〕』（有斐閣、2012年）356頁〔*島田聡一郎*〕は、惹起説に関する「現在の実質的な対立点は、……共犯の要素従属性の観点から処罰を限定するか否かであると思っておけばよい」とする。
- (54) 山中敬一「因果的共犯論」法学教室137号（1992年）29頁。

- (55) 西田・前掲注(3) 338頁。
- (56) 松原芳博『刑法総論』(日本評論社、2013年) 371~372頁は、修正惹起説からは積極的な意味での制限従属性説が、混合惹起説からは消極的な意味での制限従属性説が導かれるとする。
- (57) これに対して、山口・前掲注(10) 293頁は、結果それ自体の違法性を問題とする見解について、以下のような批判を向けている。すなわち、「『違法な結果』、『適法な結果』ということを観念した上で、……『適法な結果』が惹起された場合には、それをもたらす者の行為について違法性を認めることができず、処罰することができないとする見解がある。しかし、……『結果無価値論の違法概念』からしても、違法・適法なのは『結果』ではなく、結果を惹起する行為者の『実行行為』である。『違法な結果』等を問題とするのは、『違法概念』として不適当なのではないかと思われる。法的に禁止され、違法評価が下されるのは、人の行為以外のものではありえない」と批判している。しかし、違法状態を問題とする客観的違法論の立場からは結果それ自体の違法性を問題とすることはむしろ自然であり、その意味では、違法な結果に着目するという発想それ自体が不当とまではいえないように思われる。
- (58) 高橋・前掲注(31) 282頁、浅田和茂「共犯の本質と処罰根拠——川端説を契機として——」『川端博先生古稀記念論文集(上巻)』(成文堂、2014年) 505頁、山中敬一『刑法総論〔第3版)』(成文堂、2015年) 862頁。
- (59) Klaus Lüderssen, Zum Strafgrund der Teilnahme, 1967, S. 64は、「不法概念は相対的である。一つないし同一の結果の惹起は、それが(客観的に)帰属される者に応じて違法であったり違法でなかったりする。それ自体が適法な、あるいは違法な結果というのは存在しない。」としている。
- (60) 平野・前掲注(3) 250頁以下、西田・前掲注(3) 192頁、松原・前掲注(56) 127頁、山口・前掲注(1) 168頁など。
- (61) 西田・前掲注(3) 394頁参照。
- (62) 本稿第2章第2節第3款参照。
- (63) 町野・前掲注(32) 120頁。
- (64) 例えば、高橋則夫『規範論と刑法解釈論』(成文堂、2007年) 180頁は、「結果的に1人の共同者の行為が適法となった場合には、……『違法な全部結果』が存在しない」ため、「共同正犯性は肯定できないことになり、「その結果、自己の単独正犯と他者への教唆犯・幫助犯という形態に分解され」、「甲と乙がX殺害を共謀し、

実行者乙が正当防衛となった場合、甲は乙の行為に対する教唆となり、正犯が適法であるがゆえに犯罪不成立となる」としている。ここでは、違法な（全部）結果が存在しないことから、適法な結果については狭義の共犯はもちろん共同正犯も成立しないことが示されている。

- (65) 中山研一「刑事法学の動き 町野朔『惹起説の整備・点検——共犯における違法従属と因果性』」法律時報67巻12号（1995年）70頁。もっとも、中山は、間接正犯を否定する自身の立場を踏まえて、「逮捕の違法性を純客観的に判断するという私見の立場からは、この事例では違法な逮捕の教唆犯が成立する」としている。しかし、事後的にAが真犯人でないと分かったような誤認逮捕の場合であっても、Bの行為を違法と評価することについては疑問がある（島田・前掲注（3）67頁参照）。
- (66) 団藤・前掲注（1）159～160頁、大塚・前掲注（1）163頁、井田・前掲注（1）449頁、西田・前掲注（3）331頁、山口・前掲注（1）73頁、高橋・前掲注（14）426～427頁など。
- (67) 大判大正10年5月7日刑録27輯257頁、最決昭和44年11月11日刑集23巻11号1471頁、最決平成9年10月30日刑集51巻9号816頁など参照。
- (68) 町野・前掲注（32）124～125頁。
- (69) 町野・前掲注（32）120頁。
- (70) 町野朔「違法性の概念」西田典之ほか編『刑法の争点』（有斐閣、2007年）33頁。
- (71) 団藤・前掲注（1）383頁、大塚・前掲注（1）286～287頁、山口・前掲注（1）327頁など。
- (72) 共犯における結果概念については、高橋・前掲注（31）174頁以下参照。
- (73) Hoyer, a. a. O. (Anm. 44), Vor § 26 Rn. 17ff.
- (74) Hoyer, a. a. O. (Anm. 44), Vor § 26 Rn. 20. ドイツ刑法26条は、教唆犯について、「違法な行為を故意で行うよう、故意に他の者に決意させ得た者は、教唆犯として正犯と同一の刑で罰せられる。」と規定し、また、幫助犯に関しては、同27条2項が、「従犯に対する刑は、正犯に対する法定刑に従う。刑は、第49条第1項により、減輕するものとする。」と規定している。
- (75) Hoyer, a. a. O. (Anm. 44), Vor § 26 Rn. 18.
- (76) Michael Redmann, Anstiftung und anstiftungsähnliche Handlungen im StGB unter Berücksichtigung linguistischer Aspekte, 2014, S. 39.
- (77) Mayer, a. a. O. (Anm. 51), S. 334.
- (78) Trechsel, a. a. O. (Anm. 52), S. 32.

- (79) *Mayer*, a. a. O. (Anm. 51), S. 334.
- (80) *Trechsel*, a. a. O. (Anm. 52), S. 55は、被教唆者に違法な行為を行わせた結果、当時のスイス刑法14条から16条に規定されていたような措置、例えば、責任無能力者および限定責任能力者の監置、保護、居住禁止などを被教唆者が受けることで生じる被教唆者と社会的環境との関係の悪化が社会的統合解体であるとする。この点につき、『スイス刑法典』法務資料385号(法務大臣官房司法法制調査部調査統計課、1964年)5頁を参照した。
- (81) *Trechsel*, a. a. O. (Anm. 52), S. 107.
- (82) *Roxin*, a. a. O. (Anm. 41), Vor § 26 Rn. 11. また、高橋・前掲注(31)120頁参照。
- (83) *Samson*, a. a. O. (Anm. 26), Vor § 26 Rn. 6; *Roxin*, a. a. O. (Anm. 41), Vor § 26 Rn. 11.
- (84) 橋爪隆「共謀の意義について(1)」法学教室412号(2015年)127頁。また、山口・前掲注(8)242~243頁においても同様の説明がなされていたが、山口・前掲注(10)292頁においてはここまで具体的な説明はなされておらず、単に「二次的責任類型性」のみが指摘されている。
- (85) なお、こうした「二次的責任類型性」は、すでに、山口・前掲注(8)244頁において指摘されている。
- (86) 橋爪・前掲注(84)127頁。また、伊東・前掲注(39)363頁、山口・前掲注(10)292頁、橋爪隆「共同正犯と正当防衛・過剰防衛」法学教室416号(2015年)86頁も参照。
- (87) 本稿第2章第2節第1款参照
- (88) 佐伯(千)・前掲注(2)137頁、松原芳博『犯罪概念と可罰性』(成文堂、1997年)225頁以下など。
- (89) 例えば、山口・前掲注(10)292頁は、「構成要件は法が禁圧する行為の類型として違法行為類型であるから、そうした違法評価が可能な行為が実際に行われた場合に限って共犯(教唆・幫助)の責任を追及すべきであり、このことは違法性阻却判断をその内容とする違法性の要件についても同様に妥当すべき」としている。また、井田・前掲注(20)319頁は、『P罪の構成要件に該当する違法な正犯行為が実行されたときにのみ、P罪の共犯は成立する』という正犯不法への従属性の原則は、共犯行為の類型性の要求であり、形式的な処罰範囲の限定の問題である」とする。狭義の共犯の二次的責任類型性の本質がこれらの点にあるのであれば、本文中

で指摘したように「正犯が違法であること」は客観的処罰条件として理解すべきであるように思われる。その他にも、前田雅英「正当防衛と共同正犯」内藤謙先生古稀祝賀『刑事法学の現代的状況』（有斐閣、1994年）174頁、橋爪・前掲注（84）127頁などを参照。

- (90) 増田豊『規範論による責任刑法の再構築——認識論的自由意志論と批判的責任論——』（勁草書房、2009年）359頁以下参照。
- (91) 小島秀夫『幫助犯の規範構造と処罰根拠』（成文堂、2015年）56頁以下。
- (92) 小島・前掲注（91）62頁以下。
- (93) 島田・前掲注（3）46～47頁。
- (94) 橋爪・前掲注（84）127頁。
- (95) 山口・前掲注（1）333頁。
- (96) 本稿第1章第1節参照。
- (97) 本稿第3章第4節第1款参照。
- (98) 本稿第3章第2節第3款参照。
- (99) 西田・前掲注（3）394頁は、「AがXを殺害した場合、Xの死亡という事実は万人に共通である」とする。これとの関係では、例えば、XがYに対して、警察官Aの腰のピストルを奪い、それを使ってAを射殺するよう教唆し、Yがこれを実行したが、ピストルには偶然弾が装填されていなかったという不能犯の共犯の事例が問題となる。この場合、客観的危険説を徹底すれば、事実的な危険は生じていないため、XとYの双方にとって危険は存在しないことになり、また、修正された客観的危険説によれば、仮定的判断を取り入れるが、それは客観的に判断されるものであるため、XとYにとって事実的危険の有無は共通することになる。それに対して、具体的危険説によれば、Xにとっては危険であるがYにとっては危険でない状況や、Xにとっては危険でないがYにとっては危険であるといった状況のように、法益侵害の危険の有無が行為者間で相対化し得る。この点については、内山良雄「教唆犯処罰・未遂犯処罰の根拠と『未遂の教唆』の周辺問題について」『神山敏雄先生古稀祝賀論文集（第一巻）』（成文堂、2006年）520～521頁、山中・前掲注（58）954頁参照。また、松原・前掲注（56）310頁は、具体的危険説に対して、「『危険』という概念に反するのみならず、構成要件該当性・違法性の人的相対化を招き、共犯の制限従属形式にも反する帰結をもたらす」との批判を向けている。
- (100) 山口・前掲注（10）282～283頁参照。
- (101) もちろん、XがYを強制した場合には、強要罪の成否が問題となる。

- (102) 平野・前掲注(3) 357頁、366頁、西田典之『共犯と身分〔新版〕』(成文堂、2003年) 170頁以下、松原・前掲注(56) 403頁以下、山口・前掲注(1) 345頁以下など。
- (103) このように法益侵害の存否に関係し、連帯的作用を示す身分を「事実的違法身分」と呼ぶことができる。これに対し、連帯しない違法身分を認める見解も主張されている(平野・前掲注(3) 366頁)。具体的には、井田・前掲注(1) 511～512頁のように、保護責任者遺棄罪における「保護責任者」や業務上横領罪の「業務者」という身分を個別的に作用する一身的な違法身分とし、また、松宮・前掲注(39) 306頁のように、特定の身分・地位にある者にのみ認められる特別の義務違反を構成要件要素とするいわゆる「義務犯」を認める見解がこれに当たるであろう。こうした身分は、責任身分と同様に連帯的に作用せず各行為者自身が備える必要がある。その意味で、これを事実的違法身分に対し「規範的違法身分」と呼ぶことができる。
- (104) 内藤謙『刑法講義総論(下)Ⅱ』(有斐閣、2002年) 1406頁。
- (105) 平野・前掲注(3) 358頁、西田・前掲注(3) 395頁。
- (106) 山口・前掲注(1) 351頁。
- (107) 橋爪・前掲注(86) 84頁。また、橋爪は、町野が違法性阻却の連帯性を強調するもののような趣旨であると指摘している。
- (108) 近時、こうした観点から共犯の場面にも客観的帰属論を適用することで、結果の帰属を客観的に限定することを強調するものとして、豊田・前掲注(29) 167頁以下。
- (109) 島田・前掲注(3) 53頁。
- (110) 島田・前掲注(3) 53頁。
- (111) 島田・前掲注(3) 36頁は、この問題を「行為媒介者に違法性阻却事由が存在する場合に、背後者がいかなる要件の下にそのことによって処罰を免れるか、といういわば適法行為を利用する違法行為に関する構成要件該当性の問題」と位置づけるが、こうした判断が優越的利益原則という違法性阻却原理から導かれ、また、背後者が処罰を免れるか否かは優越的利益が帰属されるか否かの問題であるのだから、犯罪体系論上は違法性阻却の問題と位置づけるのが適切であるように思われる。
- (112) 西田・前掲注(3) 134～135頁、橋爪隆『正当防衛論の基礎』(有斐閣、2007年) 87頁以下参照。
- (113) 山口・前掲注(10) 289頁以下。

- (114) 例えば、十河・前掲注（3）233頁注（161）は、島田が、「甲が一方で乙に犯罪を唆し、これを実行させ、他方で官憲にこれを告知して逮捕させたというような場合も、……甲を逮捕監禁罪の共犯として処罰することができる」（島田・前掲注（3）68頁）とする点について、教唆者や首謀者には常に他の関与者に対する逮捕・監禁罪が成立することになりかねず、また、正犯者の死刑の可能性を予測しながら犯罪を唆した場合には殺人罪となる場合があると批判を向けている。これは正当な批判であり、こうした問題は違法性阻却の前提状況の作出の捉え方に問題があることに起因していると思われる。
- (115) 島田・前掲注（3）67～68頁参照。
- (116) 橋爪隆「正当防衛状況における複数人の関与」『神山敏雄先生古稀祝賀論文集（第一巻）』（成文堂、2006年）649～650頁。また、Xが、Aから急迫不正の侵害を受けているYに対して正当防衛で対抗するよう唆した本文中の事例のように、共犯行為の時点で急迫不正の侵害を受けている者が存在する現場関与型の正当防衛事例の場合とはもかく、XがYに対してAを攻撃するよう教唆したところ、YがAに攻撃する前にAが先制攻撃を仕掛けてきたことからYの行為に正当防衛が認められた場合のように、共犯行為の時点では急迫不正の侵害を受けている者が存在しない事前関与型の正当防衛事例においては、共犯行為が急迫不正の侵害に対して行われたものではないため、共犯行為それ自体について正当防衛の成否を論じることができないのではないかとこの指摘もなされている（林・前掲注（25）109～110頁、小林・前掲注（3）163頁）。しかし、忍び返し事例に代表されるように、急迫不正の侵害が正当防衛行為時に存在しなければならないことは必須ではない（橋爪・同650頁参照）。
- (117) 橋爪・前掲注（116）653頁、小林憲太郎『重要判例集刑法総論』（新世社、2015年）161～162頁。また、平成4年決定を利益衝突状況の作出の有無の観点から説明するものとして、松原・前掲注（6）179頁。
- (118) 島田・前掲注（3）39～40頁。また、井田良「共犯の従属性—共犯の処罰根拠」井田良＝丸山雅夫『ケーススタディ刑法〔第4版〕』（日本評論社、2015年）324頁、山口・前掲注（8）241～242頁も参照。
- (119) 島田・前掲注（3）53頁。
- (120) これは、共犯者が正犯者の行為を通じて法益侵害を間接的に惹起したということができるとしても、それは、共犯者が正犯者によって実現されたものとは異なる法益侵害を新たに惹起したということの意味しないのと同様である。この点について

ては、曾根威彦『刑法原論』（成文堂、2016年）545頁参照。

- (121) 島田も、実行者に認められるものとは異なる違法性阻却事由を共犯者について別途検討することができるということを念頭においていたようである。例えば、島田・前掲注（3）54頁は、「警察官甲が凶暴な犯人から部下乙に攻撃が加えられ、乙が正当防衛で犯人を傷害することを見越して、乙に適法に得られた捜索・差押令状を執行させ、そのために予想通りの事態となった、といった場合は甲には正当防衛の前提状況の作出はあり、乙の正当防衛を援用することはできないが、甲自身の固有の違法性阻却事由を認めることができる」として、背後者自身に認められる違法性阻却事由を理由に違法性が阻却される場合を挙げている。ここで甲自身についていかなる違法性阻却事由が認められるかは必ずしも明らかでないが、おそらく、甲自身の行為が法令行為に該当するということを想定していると思われる（小林・前掲注（3）164頁も参照）。しかし、乙が正当防衛行為により実現した結果有価値を甲に帰属できないとしても、乙が法令行為により実現した結果有価値を甲に帰属することは可能であり、この場合に、島田説から背後者自身について個別的に違法性阻却事由の有無を検討する必要はないように思われる。また、この場合に正当防衛状況の作出があるといえるかについても疑問が残る（後掲注（123）も参照）。
- (122) 防衛の意思の有無により、関与者ごとに正当防衛の成否が異なり得るとする見解（平野・前掲注（3）358頁）についても同様のことが妥当する。これらの要素が結果有価値の客観的存否に関係する要素であるとすれば、その有無を関与者ごとに問題とする必要はなく、例えば、被侵害者がそれを有していたかどうか（被侵害者基準説）といった形で、関与者の一部についてその存否を判断すれば足りることになるだろう。この点については、橋爪・前掲注（116）639頁以下参照。
- (123) 例えば、Aが攻撃してきたためYがそれに対して正当防衛を行ったという場合において、背後者Xが正当防衛状況が生じるようにAとYの双方に働きかけていた場合には、利益衝突状況の作出があるといえるだろうが、一方にのみ働きかけていた場合にはそれが認められるであろうか（島田・前掲注（3）54頁はこの点につきYにのみ働きかけている場合にも利益衝突状況の作出を認めるようである。前掲注（121）も参照。）。このように正当防衛が問題となる場合、利益衝突状況の作出の有無という判断はとりわけ困難であるように思われる。