

共同正犯における 違法性の連帯性と正当防衛の成否

松 本 圭 史

第1章 はじめに

第1節 共同正犯における違法性の連帯性をめぐる従来の議論

第2節 本稿の目的

第1款 共同正犯の場合に違法性が連帯するか否かを決する観点

第2款 実行行為を分担しない者に対する正当防衛の成否の個別的検討の可否

第3節 本稿の構成

第2章 平成4年決定と共同正犯における違法性の連帯性

第1節 平成4年決定の概要

第2節 平成4年決定の2つの意義

第1款 共犯の従属性の問題を過剰防衛の成否に関係させる見解

第2款 過剰防衛の成否と違法連帯・責任個別原則の区別の必要性

第1項 過剰防衛の法的性質と過剰防衛の成否の関係

第2項 過剰防衛の法的性質と違法連帯・責任個別原則の関係

第3節 小括

第3章 共同正犯における違法性の連帯性

第1節 従来の議論における対立軸

第1款 共同正犯の場合にも違法性の連帯性を認める見解

第1項 控除説

第2項 狭義の共犯において「違法な結果」に着目する見解との関係

第2款 共同正犯の場合には違法性の連帯性を認めない見解

第1項 加算説

第2項 加算説による批判に対する疑問

第2節 控除説に対する近時の批判と加算説の主張の中核

- 第 1 款 連帯基準の決定不可能性に着目する見解
- 第 2 款 適法評価の連帯の肯定と違法評価の連帯の否定
- 第 3 款 加算説の主張の中核
- 第 4 款 狭義の共犯の「共犯の二次的責任類型性」に着目する見解との関係
- 第 3 節 控除説における連帯基準と控除説と加算説の対立点の再構成
 - 第 1 款 控除説における連帯基準
 - 第 2 款 控除説と加算説の本質的な対立点
- 第 4 章 控除説と加算説の検討
 - 第 1 節 控除説の問題点
 - 第 1 款 適法行為を利用した間接正犯への適用の問題
 - 第 2 款 実行共同正犯への適用の問題
 - 第 3 款 控除説の犯罪体系論上の問題点
 - 第 2 節 背後者の行為に対する正当防衛の成否の検討の可否
 - 第 1 款 急迫性
 - 第 2 款 防衛行為の必要性・相当性
- 第 5 章 おわりに

第 1 章 はじめに

第 1 節 共同正犯における違法性の連帯性をめぐる従来の議論

共犯論においては、狭義の共犯を念頭に、正犯と共犯の間で違法性が連帯するか否かが争われてきた。共犯者間での原則的な違法性の連帯性を否定する最小限従属性説も近時では有力に主張されるに至っているが、「違

(1) 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。

法は連帯的に、責任は個別的に」というスローガンのもと、制限従属性説の論者を筆頭に、正犯が違法でない⁽²⁾と評価された場合には共犯も違法でない⁽²⁾と評価されることになるとの理解がなおも通説的地位を占めている。

もっとも、狭義の共犯の場合に違法性の連帯性を認める論者の中でも、これを共同正犯の場合にも認めるか否か、つまり、一方の共同正犯者にのみ違法性阻却事由が認められる事例において、違法性の連帯性の観点から他方の共同正犯者も違法でない⁽²⁾と評価されることになるのか、それとも、違法性の連帯性を認めず、個別的に違法性阻却事由が認められない他方の共同正犯者を違法と評価することになるのかについては見解が分かれている。こうした、「共同正犯における違法性の連帯性」の問題は、最決平成4年6月5日刑集46巻4号245頁（いわゆるフィリピンパブ事件、以下、「平成4年決定」⁽³⁾）を素材として、一方の共同正犯者にのみ正当防衛の

(2) 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）482頁、山口厚『刑法総論〔第3版〕』（有斐閣、2016年）327頁など。

(3) 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、橋本正博「判批」平成4年度重要判例解説（1993年）166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（以下、『調査官解説』とする。）、橋本久「判批」甲南法学35巻1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『刑法判例百選I総論〔第7版〕』（有斐閣、2014年）178頁以下。

成立が認められる場合を念頭に議論が展開されてきた。

多数説は、違法性の連帯性の問題を含むいわゆる要素従属性の問題が狭義の共犯の場合を念頭に議論されているように、違法性の連帯性は正犯とそれに従属する共犯の間でのみ認められることから、関与者のすべてが「正犯」と評価され、相互的な行為帰属が行われる共同正犯の場合には関与者間で違法性の連帯性を認めることはできないとする。そのため、この見解によれば、一方の共同正犯者に正当防衛の成立が認められるとしても、他方の共同正犯者に正当防衛の成立が認められない以上、その者は違法と評価されることになる。

これに対して、共同正犯の場合にも関与者間で違法性が連帯することを認める見解は、共同正犯も「間接的に法益侵害の結果を発生させたという面があるのであって、そこには狭義の共犯と類似の関係があることを否定できない」ことから、「共同して犯罪を実行したものとして、一部実行全部責任の効果を生じさせるために……構成要件該当性、違法性、責任のどこまでを共同にする必要があるのかということを考えるに当たっては、いわゆる狭義の共犯において論じられてきた要素従属性の議論が基本的に当てはまる⁽⁴⁾ということができるとの理解を前提としている。こうした理解によれば、一方の共同正犯者に正当防衛の成立が認められた場合には、個別的に正当防衛の成立が認められない他方の共同正犯者も違法と評価されないことになる。

(4) 小川・前掲注(3)『調査官解説』35頁。また、団藤・前掲注(2)385頁注(23)は、教唆犯・幫助犯について認められる従属性と「同様のことは共同正犯にも——性質に反しないかぎり——あてはまる」としている。さらに、松宮孝明『刑法総論講義〔第5版〕』(成文堂、2017年)285頁は、「狭義の共犯における要素従属性は、共犯の対象となる『犯罪』の定義問題の下位事例である(ゆえに、共同正犯には『従属性』は妥当しないという批判は、問題の本質を看過したものである)」とする。

第2節 本稿の目的

第1款 共同正犯の場合に違法性が連帯するか否かを決する観点

このように、共同正犯の場合に違法性の連帯性を否定する見解は共同正犯が「正犯」であることに、これを肯定する見解は共同正犯が「共犯」であることに着目している。そのため、現在の議論状況においては、「共同正犯に関して、その正犯性と共犯性とのどちらに重点をおいて性格づけをするかによって、共犯の従属性の議論が共同正犯においても妥当するかどうかがわかる⁽⁵⁾」ことになると理解されている。

しかし、共同正犯は、法律上は正犯として処罰されるという点では「正犯」であり、一方で、他人が惹起した結果についても責任を負うという点では「共犯」であることに疑いはない。両者の性質を併せ持っているという点にまさに共同正犯の特徴がある。つまり、共同正犯は「正犯」でもあり、「共犯」でもあるのである。共同正犯の一側面のみに着目し、もう一方の側面を考慮しない上記のような説明は、感覚的には理解しやすいが、両見解の本質的な対立点を理論的に示すものではない。後述するように、共同正犯の場合に違法性の連帯性を認める見解と認めない見解のそれぞれの主張とそれに対するそれぞれの批判が必ずしもかみ合っていないという点にも、“共同正犯の性質をどう理解するか”という観点がこの問題にとって本質的なものではないということが表れている。

では、狭義の共犯について違法性の連帯性を認めることで一致をみている論者らが、共同正犯の場合に違法性の連帯性を認めるか否かについて袂を分かち真の理由はどこに求められるだろうか。この点につき、筆者は、違法性の連帯性をいかなる観点から根拠づけるかについて見解が分かれているからこそ上記対立が生じると考えている。「共同正犯の性格」という観点ではなく、「違法性の連帯性の根拠」の観点から共同正犯における違法性の連帯性をめぐる議論を検討することではじめて、両見解の主張の核

(5) 橋本（正）・前掲注（3）167頁。

心を正確に理解することができ、また、そのことから、共同正犯の場合に違法性の連帯性を認める見解を採用し得ないことが明らかとなる。

第 2 款 実行行為を分担しない者に対する正当防衛の成否の個別的分析の可否

しかし、仮に共同正犯の場合に違法性の連帯性を認めることができないとしても、そのことからただちに、違法性の連帯性を認めない見解の解決、つまり、共同正犯の場合には各人について個別に正当防衛の成否を検討し、それが認められる者のみが適法と評価されることになるとする理解が妥当であるということにはならない。なぜなら、こうした見解に対しては、例えば、背後者が実行行為を分担しない共謀共同正犯の場合、事案によっては背後者の関与行為の時点で急迫不正の侵害が認められない、あるいは、実行行為を行わない者の単なる関与行為について防衛行為の必要性・相当性を判断できないことから、背後者について個別に正当防衛の成否を検討することができないのではないかという批判が向けられているからである。

確かに、通常、正当防衛の成否は実行者について検討するものであるため、背後者の関与行為について個別に正当防衛の成否を検討するというアプローチがイメージしづらいことは否定できない。そして、こうしたアプローチは、狭義の共犯の場合について最小限従属性説の立場から主張されているだけでなく、上記のように共同正犯の場合であっても多くの見解によって採用され、また、平成 4 年決定によっても採用されているが、本当にそうしたアプローチが可能であるのかは十分に検討されてこなかった。こうしたアプローチを採用するためには、背後者の関与行為について正当防衛の成否を検討することが理論的に可能であるのか、また可能であるとすれば、どういった形で検討されるのかを具体的に示す必要がある。

第3節 本稿の構成

こうした問題意識から、本稿では、共同正犯における違法性の連帯性をめぐる議論を検討することを通じて、上記問題について一定の解決を導くことを試みる。

上述のように、共同正犯における違法性の連帯性をめぐる議論は、平成4年決定を中心に展開されてきたが、本決定で共同正犯のうちの一方の関与者に認められたのが違法性阻却事由ではなく、その法的性質が違法減少か責任減少かにつき争いのある過剰防衛であったことから、各論者が共同正犯における違法性の連帯性の問題として議論対象としている場面に齟齬が生じている。本稿では、まず、平成4年決定をめぐる議論を手掛かりとして、本稿が対象とする「共同正犯における違法性の連帯性」がどのような問題であるのかを明らかにする（第2章）。次に、それをもとに、「共同正犯の性格」の観点から整理されてきた共同正犯における違法性の連帯性をめぐる従来の議論を、「違法性の連帯性の根拠」の観点から整理・検討することで、共同正犯の場合に違法性の連帯性を認める見解と認めない見解の本質的な対立点を明らかにする（第3章）。最後に、そこで明らかとなった各見解の主張の核心を検討することで、共同正犯の場合に違法性の連帯性を認めることはできず、また、共同正犯者各人について個別的に正当防衛の成否を検討することが可能であることを示す（第4章）。

第2章 平成4年決定と共同正犯における違法性の連帯性

第1節 平成4年決定の概要

まず、平成4年決定を概観するところから始めたい。平成4年決定の事案の概要は以下のとおりである。

被告人Xは、友人Yの居室から飲食店に電話をかけて、同店に勤務中

の女友達と話していたところ、店長 A から長い話はだめだと一方的に電話を切られた。X は、何度も電話をかけなおしたが、A から拒否された上に侮辱的な言葉を浴びせられたため憤激し、同店に行くことを決意し、同行を渋る Y を強く説得し、包丁を持たせて一緒にタクシーで同店へ向かった。X はタクシー内で、自身も A とは面識がないにもかかわらず、Y に対し、「おれは顔が知られているからお前先に行ってくれ。けんかになつたらお前をほうっておかない。」などと言い、さらに、A を殺害することもやむを得ないとの意思の下に、「やられたらナイフを使え。」と指示するなどして説得し、同店に到着後、Y を同店入口付近に行かせ、X 自身は少し離れた場所で待機していた。Y は、内心では A に対し自分から進んで暴行を加えるまでの意思はなかった。しかし、予想外にも、同店から出てきた A に X と取り違えられ、いきなりえり首をつかまれて引きずり回されたうえ、手けん等で顔面を殴打され、コンクリートの路上に転倒させられて足げりにされた。Y は A に殴り返すなどしたが、頼みとする X の加勢も得られず、再び路上に殴り倒されたため、自己の生命身体を防衛する意思で、とっさに包丁を取り出し、包丁で A の左胸部等を数回突き刺し、心臓刺傷及び肝刺傷による急性失血により A を死亡させた。

こうした事案について、最高裁は以下のように判示した。

「共同正犯が成立する場合における過剰防衛の成否は、共同正犯者の各人につきそれぞれその要件を満たすかどうかを検討して決すべきであって、共同正犯者の一人について過剰防衛が成立したとしても、その結果当然に他の共同正犯者についても過剰防衛が成立することになるものではない。原判決の認定によると、X は、A の攻撃を予期し、その機会を利用して Y をして包丁で A に反撃を加えさせようとしていたもので、積極的な加害の意思で侵害に臨んだものであるから、Y の A に対する暴行は、積極的な加害の意思がなかった Y にとっては急迫不正の侵害であるとしても、X にとっては急迫性を欠く

ものであって（最高裁昭和51年（あ）第671号同52年7月21日第一小法廷決定・刑集31巻4号747頁参照）、Yについて過剰防衛の成立を認め、Xについてこれを認めなかった原判断は、正当として是認することができる。」

第2節 平成4年決定の2つの意義

第1款 共犯の従属性の問題を過剰防衛の成否に関係させる見解

以上のように、平成4年決定は、実行者である共同正犯者のうちの一人に過剰防衛が成立するとしても、背後者であるもう一方の共同正犯者にも当然に過剰防衛が成立するわけではないことから、過剰防衛の成否は共同正犯者ごとに個別的に検討されなければならないとした。

学説においては、こうした平成4年決定の結論は、「共犯において『違法は連帯的に、責任は個別的に作用する』という制限従属性の見地から、過剰防衛を責任減少事由と解したときのみ正当化されるものである」とする⁽⁶⁾見解や、違法性の連帯性の観点からYに認められる違法減少の効果がXにも及ぶためXにも過剰防衛の成立を認めるべきであったとする見解⁽⁷⁾が主張されている。つまり、ここでは、共同正犯の場合に「違法は連帯的に、責任は個別的に」という原則をそのまま適用できるとすれば、違法性減少であるとするときに一方が過剰防衛であれば他方にも過剰防衛が成立し、責任減少の問題であるとする場合には個別的に判断される⁽⁸⁾との理解が前提とされている。平成4年決定の分析においては、こうした「過剰防衛の法的性質の検討→共犯の従属性原理の適用→過剰防衛の成否の連帯性・個別性の決定」という思考方法がとられることがあり、「違法は連帯的に、責任は個別的に」という通説的な従属性原理（以下、「違法連帯・責

(6) 西田・前掲注(1)178頁。

(7) 橋田・前掲注(3)112頁。また、曾根威彦『刑法原論』（成文堂、2016年）564～565頁も参照。

(8) 橋本（正）・前掲注(3)167頁。

任個別原則」とする。)は、過剰防衛の法的性質の問題と過剰防衛の成否の判断の問題とを結びつける単なる「媒介項」として理解される傾向にあった。⁽⁹⁾

第 2 款 過剰防衛の成否と違法連帯・責任個別原則の区別の必要性

第 1 項 過剰防衛の法的性質と過剰防衛の成否の関係

確かに、過剰防衛の法的性質を責任減少と理解するか、違法減少と理解するかによって、関与者間で過剰防衛の成否が連動するか否かが一定の程度で方向づけられるということができる。平成 4 年決定において問題となった侵害の予期および積極的加害意思を例にとれば、過剰防衛の法的性質を責任減少と理解する場合には、こうした主観面を備えているか否かが行為者ごとに個別に判断され、これが認められる行為者については責任減少が認められないため、(急迫性を否定するという形で)過剰防衛の成立が否定されることになる。⁽¹⁰⁾ それに対して、過剰防衛の法的性質を違法減少と理解し、⁽¹¹⁾ 違法性を純客観的に把握する結果無価値論の立場を貫徹するのであれば、⁽¹²⁾ 違法性に関する判断に行為者の主観面を取り込む必要はないため、急迫性も純客観的に判断され、共犯者のうちの一人に急迫不正の侵害

(9) 葛原・前掲注(3)177頁は、『違法は連帯』するか否かは、正当防衛の側の正当化根拠及び要件をどのように構想するかにより大きく依存し、『制限従属性説は、共犯に独自の原理というよりは、むしろそのような考慮の結論を述べているにすぎないとすらいえる』とする。

(10) 平野・前掲注(1)245頁、西田・前掲注(1)177～178頁、佐伯・前掲注(1)164頁など。

(11) もちろん、責任減少が認められないことを過剰防衛の成否に直結させる必然性はなく、過剰防衛の成立を認めながら刑の減免を行わないという処理も理論的には考え得る(山口・前掲注(2)132頁)。過剰防衛の成立を認めつつ、刑の減軽を行わなかった裁判例として、東京地判平成5年1月11日判時1462号159頁。この場合には、過剰防衛の成否ではなく、刑の減免の可否が行為者間で個別に判断されることになる。

(12) 町野朔「誤想防衛・過剰防衛」警察研究50巻9号(1979年)52頁、前田雅英『刑法総論講義〔第6版〕』(東京大学出版会、2015年)280頁など。

が向けられていれば、それだけをもって他方の共犯者についても（他人のための正当防衛の前提となる他人に対する）急迫性が認められることになる⁽¹³⁾。過剰防衛の法的性質の中核を違法減少に求めることで、平成4年決定における背後者にも過剰防衛の成立を認めるべきであったとする上記見解も、こうした理解に立脚している⁽¹⁴⁾。これは過剰防衛の法的性質を違法・責任減少とする場合も同様であり、原則的に、違法減少にかかわる要件は客観的かつ連動的に、責任減少にかかわる要件は主観的かつ個別的にその有無が判断されることになるだろう。

しかし、こうした帰結は、違法連帯・責任個別原則とは無関係に、またそれを媒介項とすることなく導かれるものである。なぜなら、上記帰結は、過剰防衛の要件を純客観的に考えるか否かという過剰防衛の成立要件固有の問題だからである。確かに、過剰防衛の法的性質を責任減少と理解すればその成否は主観的かつ個別的に、違法減少と理解すればその成否は客観的かつ連動的に理解されるという（おおまかな）図式は、基本的には、「違法は客観的に、責任は主観的に」という客観的違法論の見地から導かれるものであるといえる。そして、いわゆる違法連帯・責任個別の原則も、同じく客観的違法論の見地から導かれると理解されてきたため⁽¹⁶⁾、両者

(13) 急迫性の判断に侵害の予期および積極的加害意思等の主観的事情を考慮する立場からは、その有無は行為者ごとに個別的に判断されることになるように思われる。しかし、こうした見解に対しては、平成4年決定のように「急迫性が人によって相対化されることを認めるにしても、それは『攻撃を受ける人』の主観的な立場に応じてのことである」（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）123頁）として、主観的事情だからといって関与者ごとに個別的に判断されるわけではないとの批判も向けられている。

(14) 曾根・前掲注（7）564頁参照。

(15) 団藤・前掲注（2）241頁、大塚・前掲注（2）395頁、井田・前掲注（2）294頁、山口・前掲注（2）142頁、高橋則夫『刑法総論〔第3版〕』（成文堂、2016年）298頁など。

(16) 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、曾根威彦「共犯と違法の相対性」

は、一見したところ、同一の問題であるように見えるかもしれない。しかし、以下でみるように、違法連帯・責任個別原則は、「違法は客観的に、責任は主観的に」という考え方にに基づきながらも、そこから独立した共犯固有の一原理として認められてきたものであって、違法阻却・減少事由や責任阻却・減少事由それ自体の成否が関与者間で連帯・個別化するか否かの問題と同一視されてはならない。

第 2 項 過剰防衛の法的性質と違法連帯・責任個別原則の関係

例えば、X が、A から殴られそうになっている Y に対して反撃するよう教唆し、Y はそれに応じて正当防衛行為を行い、A を負傷させた、という正当防衛行為に関与する狭義の共犯の事例を考えてみよう。この場合、違法性の連帯性を認める論者は、Y の行為が違法でないということから、X も違法でないという帰結を導き、X について共犯の成立を否定する。こうした帰結は、Y の行為について認められる正当防衛が違法性阻却事由であるために、その成立が X についても連帯する、つまり、X についても正当防衛が成立するということから導かれるわけではない。X について正当防衛が成立するか否かとは別の問題として、そもそもそれを検討するまでもなく、Y が違法でないと評価された以上は X も違法でないと評価されるという違法連帯原則に基づいてその帰結を導いている。このように、違法連帯原則は正当防衛の成否とは独立した一理論として認められてきたといえるのである。

この点については責任個別原則も同様であり、その共犯論固有の意義として強調されるべきなのは、行為者ごとに責任阻却事由の有無を判断しなければならないという側面よりもむしろ、共犯者の有責性判断が他の関与者に属する事情により左右されてはならないという側面である。

こうした共犯論固有の違法連帯・責任個別原則の意義に照らすと、共同正犯が問題となった平成 4 年決定において取り上げるべき従属性の問題も

おのずから明らかとなる。すなわち、共犯の従属性の観点からは、平成4年決定が過剰防衛の成否、特に急迫性の有無を共同正犯者ごとに個別的に判断すべきであるとした点ではなく、Yに認められる犯罪性（違法性または責任あるいはその両者）の減少がXに連帯的に作用することを認めていないという点が重要となってくる。従来は前者の点のみが平成4年決定の意義として理解される傾向にあったが、後者の点にも本判決の意義が認められる⁽¹⁸⁾。

第3節 小括

平成4年決定が実行者に認められる過剰防衛に由来する犯罪性の減少を背後者に連帯的に作用させなかったことを理論的に説明するならば、大きく分けて2つの方向性が考えられる。それは、過剰防衛の法的性質が責任減少であるため、責任個別原則の観点からYに認められる責任減少がXに連帯しないとするか、あるいは、過剰防衛の法的性質として違法減少の側面があるとしても、共同正犯の場合には違法性の連帯が認められないため、Yに認められる違法減少がXに連帯しないとすかのどちらかである。過剰防衛の法的性質に関する判例の立場は必ずしも明らかではないため、判例がどちらの理解を採用しているのか断定することはできず、この点については解釈に委ねられている。

ただし、前者のように、過剰防衛の法的性質を責任減少と理解することで平成4年決定の結論を説明する解釈論上の意義は乏しい。なぜなら、そのような理解を採用するとしても、本件におけるYに成立するのが過剰

(17) 平成4年決定は、過剰防衛の成否を共同正犯者ごとに判断すべきであるとしたが、こうした帰結は、正当防衛と共通の成立要件である急迫性を否定する侵害の予期および積極的加害意思の有無が関与者ごとに判断されるということから導かれるものであるため、本決定の射程は、本決定における実行者に成立するのが過剰防衛でなく正当防衛の場合にも及ぶと理解されている（曾根・前掲注（3）220頁、葛原・前掲注（3）177頁、島田・前掲注（1）23頁など）。

(18) 例えば、船山・前掲注（3）175頁は、平成4年決定を、「共同正犯に違法性が連帯的に働かないことを明らかにしたものと解される」としている。

防衛ではなく正当防衛であった場合には、Y が適法と評価されることによって連带的に X も適法と評価されることになるのか否かを検討する必要があるからである。したがって、結局のところ、共同正犯者のうちの一人に正当防衛が成立する場合に、違法性の連帯性の観点から他方の共同正犯者も適法と評価されることになるのか否かは、過剰防衛の法的性質をどのように理解するかにかかわらず、共通の問題となる。そして、違法減少の場合と違法阻却の場合で違法性が連帯するか否かが異なることもないのであるから、共同正犯における違法性の連帯性の問題を解決するためには、共同正犯者のうちの一人に正当防衛が成立する場合を素材として検討を行うことで十分であるといえる。また、法的性質について争いのある過剰防衛が問題となる事例を取り上げるよりも、正当防衛の事例を取り上げた方が議論を単純化することができ、多くの論者と議論を共有することができるように思われる。

そこで、以下では、平成 4 年決定における Y の行為が正当防衛であった場合、つまり、A が素手ではなくナイフで襲ってきたために Y もナイフでこれに対抗し、A を死亡させたという場合（以下、「**【事例①】**」とする。）を念頭に検討を行う。

(19) この点については、違法性の「有無」の連帯と「程度」の連帯を区別し、違法性の「有無」の連帯を認める従来の見解から違法性の「程度」の連帯を認めることは必然でないとして、違法減少の場合には連帯を認めないアプローチがあり得ることが指摘されている（小川・前掲注（3）『調査官解説』41頁。また、阿部純二ほか編『刑法基本講座第4巻』（法学書院、1992年）44頁〔板倉宏〕も参照。）。しかし、違法性の連帯性を認めるとすれば、その「有無」と「程度」を区別する特段の理由はないであろう。

第3章 共同正犯における違法性の連帯性

第1節 従来の議論における対立軸

共同正犯における違法性の連帯性をめぐる議論は、平成4年決定を契機に、共同正犯の場合にも違法性が連帯することを認める見解がその立場を明確に主張したのに対して、これを認めない見解が批判を向けるという形で形成されてきた。以下では、まず、こうした従来⁽²⁰⁾の学説の対立を概観する。

第1款 共同正犯の場合にも違法性の連帯性を認める見解

第1項 控除説

共同正犯の場合に関与者間で違法性が連帯することをおかつて具体的に示した論者としては、まず山口厚を挙げることができる。山口によれば、違法性阻却事由の適用を受ける者というのは、違法性を基礎づける法益侵害を惹起し得ない者であるといえることができるため、【事例①】のように、殺人行為を分担したYに正当防衛が成立した場合には、共同正犯として処罰の対象となる法益侵害が存在しない以上、殺人行為を実際に行ったYが処罰されないのと同様に、現実の殺人行為を行っていないXも共同正犯として処罰されないことになる⁽²¹⁾。

後述するように、山口自身は改説し、共同正犯の場合には違法性が連帯しないとする見解を採用するに至っているが、現在でもこうした考え方を

(20) 山口厚「共同正犯の基本問題」山口厚ほか『理論刑法学の最前線』（岩波書店、2001年）214頁は、従来、違法性を基礎づける法益侵害を惹起し得る身分が「違法身分」と呼ばれてきたのに対し、法益侵害を惹起し得ないこうした身分を「違法阻却身分」と呼ぶことができるとする。

(21) 山口・前掲注(20)214頁、217頁参照。

(22) 現在の見解については、山口厚「共犯の従属性をめぐって」『三井誠先生古稀

採用する論者は存在する。例えば、前田雅英は、【事例①】⁽²³⁾のような場合には、「因果の結びつく先の『結果』は、正当化されているのであり、その惹起者を探索する必要はな」く、「因果性は、違法な結果が存在してはじめて問題となる⁽²⁴⁾」として、正当防衛の成立が認められる共同正犯者の行為から生じた結果については他の共同正犯者にも帰責させる必要はないとする。こうした見解は、違法性阻却事由の適用が認められる者の行為から生じた結果は、(違法な)法益侵害とはいえないため処罰対象から控除されるとする点に特徴を有していることから、この点をもって「控除説」⁽²⁵⁾と呼ばれている。

祝賀論文集』(有斐閣、2012年) 277頁以下参照。

- (23) 本文中で挙げる論者の他に、例えば、山中敬一『刑法総論 [第3版]』(成文堂、2015年) 857頁。また、高橋・前掲注 (15) 474~475頁は、共同正犯のうちの1人の行為が適法となった場合、「違法な全部結果」がないことから共同正犯性が否定され、自己の単独正犯と他者への教唆犯・幫助犯に分解されるとして、例えば、【事例①】においては、XはYに対する教唆・幫助となるが、Yが適法であることからこの点については犯罪不成立となり、場合によっては、自己の行為について殺人予備罪の単独犯が成立することになるとする。この見解は、共同正犯者のうちの一方の者が適法な場合にはまず共同正犯性を否定し、また、殺人予備罪が成立する余地があるとする点で本文中の見解と異なっているが、適法な共同正犯者から生じた結果について他の共同正犯者が広義の共犯として責任を負うことはないという点では本文中の見解と同様であるといえる。さらに、野村稔「判批」法学教室 177号 (1995年) 73頁 (同『刑法研究 (上巻)』(成文堂、2016年) 227頁以下所収) や、船山泰範「判批」判例評論448号 (1996年) 225頁も、適法行為と違法行為の共同正犯は成立しないとする。さらに、野村は、【事例①】の場合、背後者は実行者を利用した間接正犯となるが、行為の違法性と結果の違法性を要求する論者の立場からは結果の違法性が欠けることになるため、偶然防衛の場合と同様に背後者には殺人未遂罪規定が準用されることになるとする。この点については、野村稔『刑法総論 [補訂版]』(成文堂、1998年) 151頁、225~226頁、412頁なども参照。
- (24) 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) 175頁。
- (25) 井田良「コメント①」山口厚ほか『理論刑法学の最前線』(岩波書店、2001年) 230頁参照。

第2項 狭義の共犯において「違法な結果」に着目する見解との関係

控除説を採用する論者の中には、共同正犯の場合には教唆犯や幫助犯の場合と同様の従属性原理が妥当しないことを前提とし、控除説の発想は従属性原理とは異なるものであるとする論者もいる⁽²⁶⁾。しかし、控除説の発想は、狭義の共犯の場合に「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根拠を「違法な結果」という観点に求める見解と同様であるといえる⁽²⁷⁾。

この見解は、結果無価値論の観点から「結果無価値＝違法な結果」と理解し、共犯が処罰されるためには結果無価値が存在していなければならないが、正犯者に違法性阻却事由が存在する場合には、違法な結果が存在しない、すなわち結果無価値が欠けることになるため、正犯者はもちろん共犯者も処罰されないことになる⁽²⁸⁾とする。町野朔は、「『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⁽²⁹⁾」として、この見解を明示的に展開している。さらに、町野は、「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り⁽³⁰⁾」、⁽³⁰⁾「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」として、結果無価値論という関与類型にかかわらず妥当する原理から導かれるこうした考え方が共同正犯をはじめとする正犯の場合にも適用し得ることを示している。

(26) 高橋則夫『規範論と刑法解釈論』（成文堂、2007年）179頁。また、かつて控除説を採用していた山口・前掲注（20）213頁も参照。

(27) この見解の詳細については、拙稿「『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」早稲田法学会誌67巻2号（2017年）438頁以下。

(28) 高橋・前掲注（16）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・前掲注（23）862頁。

(29) 町野・前掲注（13）120頁。

(30) 町野・前掲注（13）120頁。

こうした町野の主張をみると明らかなように、控除説も「違法な結果」に着目する見解と共通の理論的基礎を有しているといえるだろう。

第 2 款 共同正犯の場合には違法性の連帯性を認めない見解

第 1 項 加算説

以上のように主張された控除説に対して、その構想を批判する形で、共同正犯の場合には違法性が連帯しないことを示したのが「加算説」である。

控除説が実行者に違法性阻却事由が認められる場合には構成要件的结果である結果無価値を控除して考えるとしたのに対し、井田良は、「共同正犯は、因果性の補充と正犯（主犯者）としての結果帰属が肯定されるところにその法的な意味があり、それはもっぱら不法構成要件（の修正形式）の問題である」から、「構成要件を（少なくとも部分的に）共通にする行為を共同にするかぎり共同正犯が成立し得る⁽³¹⁾」、ため「各自が実現した構成要件該当事実を加算したうえで、しかし違法性については関与者のそれぞれについてその有無を検討すれば足りる⁽³²⁾」とする。そして、「共同正犯においては、実現された構成要件該当事実の全体につき、各自のそれぞれが因果性（および正犯性）を有するのであるから、適法部分と違法部分とを切り分けるという発想⁽³³⁾じたいが、これと矛盾するように思われる」として、控除説を批判する。

この見解は、控除説とは対照的に、共同正犯の場合には、構成要件段階において自身の行為から生じた結果に他人の行為から生じた結果を加算したうえで、違法性の段階でその全体について違法判断を行うという点に特徴があることから、井田はこれを「加算説⁽³⁴⁾」と呼んでいる。控除説に対す

(31) 井田・前掲注 (25) 229頁。

(32) 井田良『刑法総論の理論構造』（成文堂、2005年）354頁。

(33) 井田・前掲注 (32) 355頁。

る批判を基礎に置くこうした見解は他の論者によっても主張されており、⁽³⁵⁾例えば、橋本正博は、「共同正犯は本来の正犯であり、……正犯性の基礎は構成要件關係的に捉えられるというべきであって、構成要件該当性の段階すなわち類型的違法のみが連帯するのであって、違法・責任に関する要素は各関与者独自に考慮されるべきである」⁽³⁶⁾としている。

第2項 加算説による批判に対する疑問

しかし、共同正犯の成否は構成要件該当性の問題であるから、違法性（阻却）判断にかかわる違法性の連帯性は共同正犯においては問題とならないとする上記批判は説得的でないように思われる。

まず、共同正犯の成否だけでなく、狭義の共犯の成否も構成要件該当性の問題であることに変わりないのであるから、この点をもって共同正犯の場合に違法性の連帯性が妥当しないとはできない。この点については、「教唆犯として構成要件關係的に捉えられるべきことに変わりはなく、この言明は、何故に共同正犯についてのみ『違法性の連帯』を否定すべきかまでは論証し得ていない」⁽³⁷⁾という指摘がまさに妥当する。

また、違法性の連帯性は、違法性（阻却）判断に関係する問題であることから構成要件該当性の問題に関係しないという点についても疑問がある。狭義の共犯の場合に違法性の連帯性を認める従来の見解は、「正犯が違法でなければ共犯も違法でない」ことを前提として「正犯が違法であること」を狭義の共犯の成立要件、すなわち（共犯）構成要件要素として要

(34) 井田・前掲注(25) 229頁。

(35) 本文中で挙げる論者の他に、例えば、只木誠「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）191頁、十河太朗「判批」山口厚＝佐伯仁志編『刑法判例百選Ⅰ総論〔第7版〕』（有斐閣、2014年）194頁、阿部力也「共同正犯の帰属原理——行為帰属説の再検討——」法律論叢89巻2・3号（2017年）17頁、照沼亮介「共同正犯と正当防衛——最決平成4年6月5日刑集46巻4号245頁を素材として——」慶應法学37号（2017年）265頁。

(36) 橋本（正）・前掲注（3）167頁。

(37) 葛原・前掲注（3）177頁。

求しており、「正犯が違法でない」という正犯者にとっては違法評価にかかわる事情を、共犯者にとっては構成要件該当性の問題として取り扱っている。その意味で、違法性の連帯性の観点から共犯の成立が否定されるというのは、構成要件該当性の問題なのである。上記加算説を採用する井田自身も、「従属的共犯である教唆犯……の場合には、正犯者について正当防衛が成立するとき、教唆者に教唆犯の構成要件該当性は（原則として）認められない⁽³⁸⁾」と述べている。それゆえ、正犯にとって違法性（阻却）段階で問題となる事情を共犯にとっては構成要件段階の問題として取り扱うこうした理解は、その理論的根拠をどこに求めるかにかかわらず、「正犯が違法であること」を狭義の共犯の成立要件とする通説的見解に共通するものであるといえる。

このように、一方の関与者に対する違法性（阻却）判断が他方の関与者の構成要件該当性の判断に影響を与えるとする理解は、従来の議論においても認められてきたのであるから、こうした考え方を採用することそれ自体は控除説を採用し得ない根拠とはならない。控除説は、従来の見解が正犯が違法でない場合には狭義の共犯の成立が構成要件段階で否定されてきた理論的根拠を結果無価値の不存在という点に見出し、これと同様に、共同正犯の事例においても、一方の共同正犯者が違法でないと評価された場合にはそこに結果無価値は存在しないということができることから、この場合、それに関与する他方の関与者の共同正犯としての処罰は構成要件段階ですでに否定されることになるとして、狭義の共犯において採用している考え方を共同正犯の場合にも適用しているにすぎないのである。

第 2 節 控除説に対する近時の批判と加算説の主張の中核

以上のように、控除説に対する加算説からの上記批判は、控除説にとって決定的なものではない。そうだとすれば、加算説が共同正犯の場合に違法性の連帯性を認めることができないとする理由、つまり、加算説の主張

(38) 井田・前掲注(2) 467頁。また、山口・前掲注(2) 315頁も参照。

の中核はどこに求められることになるのであろうか。これを明らかにすることなしには、控除説と加算説を適切に対置することはできない。

そこで手掛かりとなるのが、近時、加算説とは異なる観点から共同正犯の場合に違法性の連帯性を認める見解に向けられている批判である。

第1款 連帯基準の決定不可能性に着目する見解

共同正犯の場合に違法性の連帯性を認める見解に対して向けられている批判として近時有力に主張されているのが、共同正犯の場合にはどちらの関与者の違法評価がどちらの関与者に連帯するのかを決定することができないという批判である。

この批判を具体的に展開しているのが、かつて控除説を採用していた山口厚である。山口は、「共同正犯においては、共同者の一部によりなされる実行行為は、共謀ないし意思連絡によって、共同者全員の実行行為と評価されるものであり、この意味で、共同者間の関係は法的に『対等』であって、一部の共同者の行為の評価に他方の共同者の行為の評価が『従属』するという関係にはないから……、もしもAの行為の評価にBの行為の評価が従属するというなら、全く同等の根拠をもって、Bの行為の評価にAの行為の評価が従属するともいえることになり、どちらに従属させるべきかについては、原理的に不可能である」として、「共同正犯の場合、違法性評価の従属性は否定せざるをえない⁽³⁹⁾」とする。この指摘を具体化すれば、本稿が問題とする「一方が適法行為、他方が違法行為である場合に、そのいずれかに従属するかという解決不能な問題が生じてしまう⁽⁴⁰⁾」ということになる。

こうした指摘は他の論者からもなされており、例えば、照沼亮介は、共同正犯の場合に違法性の連帯性を認めると、「違法行為を行った者と適法

(39) 山口・前掲注(22) 287頁。

(40) 高橋・前掲注(15) 475頁。また、高橋・前掲注(26) 179頁は、共同正犯におけるこうした問題は、共同正犯の相互依存性の観点から生じるとしている。

行為を行った者のいずれを基準として『従属』『連帯』を判断するのかという問題に直面することになる上、いずれを基準としても全員が一律に『適法』『違法』となる、という不当な帰結に至らざるを得ない⁽⁴¹⁾としている。

第 2 款 適法評価の連帯の肯定と違法評価の連帯の否定

もつとも、ここで注意しなければならないのは、違法性の連帯性に関する従来の理解に従えば、こうした批判も必ずしも的を射ていないということである。つまり、一方の共同正犯者にのみ違法性阻却事由が認められる場合、違法行為と適法行為のどちらに連帯するかが決定できないということにはならない。従来の理解に従えば、適法評価の連帯が問題となり得るとしても、違法評価の連帯が問題となることはない。このことは、違法性の連帯性の議論において違法性の連帯性があらゆる意味で認められているわけではないという点から導かれる。

狭義の共犯に関して論じられてきた違法性の連帯性は、「違法性の消極的連帯性」と「違法性の積極的連帯性」に区別することができる⁽⁴²⁾。違法性の消極的連帯性とは、“正犯が違法でなければ共犯も違法でない”という消極的な形での連帯作用を問題とするものであり、それに対して、違法性の積極的連帯性とは、“正犯が違法であれば共犯も違法である”という積極的な形での連帯作用を問題とするものである。違法性の連帯性を両者の意味で認めてきたのがいわゆる修正惹起説⁽⁴³⁾であるが、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（ただし、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ことを前提とする）場合を筆頭に、正犯が違法であると評価されたことから、共犯者固有の違法性阻却事由を

(41) 照沼・前掲注 (35) 265頁。

(42) 拙稿・前掲注 (27) 428頁以下参照。また、こうした観点を明示した先行研究として、曾根・前掲注 (16) 262頁参照。

(43) 例えば、町野・前掲注 (13) 121頁、曾根威彦『刑法総論〔第4版〕』（弘文堂、2008年）245頁など。

検討することなく、あるいは、それが認められるという点を考慮することなく、直ちに共犯も違法であるとする（違法性の積極的連帯性）には問題があるとされてきた。そのため、通説は正犯が違法でない場合のみ違法性の（消極的）連帯性を認める見解（混合惹起説⁽⁴⁴⁾）を採用しているのである。

こうした理解に従えば、共同正犯の場合であっても、例えば【事例①】においては、正当防衛の成立が認められる Y に対する適法という評価が X に対して連帯するか否かが問題となり得るとしても、正当防衛の成立が認められない X に対する違法という評価が Y に連帯するか否かは問題とならない。従来の違法性の連帯性の理解に従う限り、上記批判を行う論者にとってもこれは共通の前提となるため、少なくとも“適法行為と違法行為のどちらに従属・連帯するか決定不能になる”ということにはならないのである。

第3款 加算説の主張の中核

このように、上記批判も加算説にとっては決定的なものではないが、上記検討において明らかにされたこと、つまり、通説は違法性の連帯性のうち消極的連帯性しか認めていないということが、控除説と加算説の対立点を明らかにする際の手がかりとなる。すなわち、従来の理解からも、関与者の中に違法性阻却事由が認められる者が存在する場合に、その者に対する適法という評価を常に他の関与者に連帯させるという考え方がとられているわけではなく、そこでは、さらに具体的に、誰に対する適法評価が誰に連帯するかが問題とされており、この点に関する理解の違いが、控除説

(44) 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（32）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、豊田兼彦『共犯の処罰根拠と客観的帰属』（成文堂、2009年）31頁、伊東研祐『刑法講義総論』（日本評論社、2010年）360頁、橋本正博『刑法総論』（新世社、2015年）248頁、山口・前掲注（2）314頁、松宮・前掲注（4）254頁など。

と加算説の対立を特徴づけているのである。

例えば、違法性の連帯性のうち違法性の消極的連帯性のみを認める通説の見解に従えば、狭義の共犯の場合に正犯が違法でなければ共犯も違法でないということにはなるが、反対に、正犯が違法であっても共犯が適法と評価される場合はあり得る。しかし、この場合に、共犯が適法と評価されたことを正犯に連带的に作用させる論者は存在しないであろう。これは、従来の見解が、従属性・連帯性というのは、「正犯と共犯」の存在を前提として「共犯者は正犯者に従属する」あるいは「正犯を基準とする共犯への連帯」という形で認められると理解してきたことに由来する。

そして、加算説が共同正犯の場合に違法性の連帯性を問題とし得ないとする理由も、まさにこの点に見出すことができる。すなわち、加算説は、関与者の中に「正犯と共犯」が存在する狭義の共犯の場合にのみ「正犯から共犯への連帯」を認めることができ、関与者の全員が「正犯」と評価される共同正犯の場合にはそもそも連帯という事態を想定できないと考えていることができる。そのため、加算説によれば、【事例①】においては、違法性の連帯性の基準となる「適法な正犯」たる Y が存在するとしても、X も正犯と評価される以上、Y に対する適法評価を連带的に作用させる対象たる「共犯」が存在しないため、違法性を連帯させることができないことになる。この点に、共同正犯の場合に違法性の連帯性を問題とし得ないとする加算説の主張の核心を見出すことができる。

第 4 款 狭義の共犯の「共犯の二次的責任類型性」に着目する見解との関係

正犯と共犯の存在を前提に従属性を考えるとこういう発想は、狭義の共犯の場合に「正犯が違法であること」が要求される根拠を「共犯の二次的責任類型性」に求める見解に顕著に表れている。この見解は、「教唆・幫助は正犯に加功する『二次的責任』類型だから、正犯について違法性が阻却されて刑法の介入が正当化されない場合には、正犯行為への加功

に対する『二次的責任』の追及も正当化されず、共犯（教唆・幫助）は成立しないと考えるべき⁽⁴⁵⁾であるとする。こうした考え方によれば、正犯者の違法評価を検討した後に共犯者の処罰を考えるというプロセスがとられることになる。ここでは、まさに正犯と共犯の存在が前提とされているのである。

この点に、狭義の共犯において「共犯の二次的責任類型性」の観点から従属性を論じる見解と加算説の共通性を見出すことができる。このことは、連帯基準の決定不可能性を指摘する山口自身が、狭義の共犯の二次的責任類型性の観点から「正犯が違法であること」が要求されるとしている点にも表れているといえるだろう。

第3節 控除説における連帯基準と控除説と加算説の 対立点の再構成

第1款 控除説における連帯基準

このように、加算説は、従属性の問題は「正犯と共犯」が存在する場合にはじめて生じるという理解から、関与者全員が正犯とされる共同正犯の場合には違法性の連帯性を問題とし得ないとするが、こうした指摘は、少なくとも控除説には当てはまらない。なぜなら、控除説は、違法性の連帯性を問題とする際に「正犯と共犯」の存在を前提とするわけではなく、「実行者と背後者」の存在を前提とするからである。

控除説によれば、結果それ自身が「違法」か「適法」かが重要となり、結果が適法か否かは、その結果を直接惹起した「実行者」の行為に違法性阻却事由が認められるか否かによって決定される。そのため、実行者に違法性阻却事由が認められる場合にはそこから生じた結果が控除されるた

(45) 山口・前掲注(2) 359頁。また、山口・前掲注(22) 292～293頁も参照。こうした見解を採用する論者として他にも、伊東・前掲注(44) 363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頁などを挙げることができる。

め、実行者だけでなくそれに関与する背後者も適法となる。狭義の共犯の場合には、類型的に、結果を直接惹起するのが正犯者であり、それに関与したにすぎない者が共犯者であるため、一見、控除説は従属関係を共犯が正犯に従属するという形で認めてきたように見えるが、控除説にとって重要なのは正犯と共犯が存在することではなく、実行者と背後者が存在することである。これは、関与者全員が正犯であると評価される共同正犯の場合も同様であり、例えば、共謀共同正犯が問題となる【事例①】においては、実行者である Y が連帯基準となり、Y の行為が正当防衛である以上、そこから生じた結果が控除されることになるため、背後者である X も不可罰となるのである。

また、実行者と背後者の区別が明確なこうした共謀共同正犯の場合とは異なり、両関与者が実行行為を行う実行共同正犯の場合、例えば、A が X と Y に向かって襲いかかってきたことを受けて、X と Y が、共謀の上、A に暴行を加えて取り押さえたところ、Y には正当防衛の成立が認められたが、X には正当防衛の成立が認められなかったという実行共同正犯の事例（以下、「【事例②】」⁽⁴⁶⁾）においても同様の解決が図られるとされている。つまり、X の行為から生じた結果と Y の行為から生じた結果を切り分けただけで、正当防衛の認められる Y の行為から生じた結果を控除し、残りの部分である X の行為から生じた結果につき共同正犯の成否が検討されることになるのである。⁽⁴⁷⁾

こうした考え方に対しては、共同正犯関係が認められる場合、実際に実行行為を行っていない者は、正犯と評価されるだけでなくその者自身が実行行為を行った者、すなわち実行者と見なされるのであるから、実行者と背後者という関係が存在せず、控除説の立場からも共同正犯の場合には違

(46) 例えば、X のみが A の侵害を予期し、これに対して積極的に加害する意思を有していたという事例がこれに当たるだろう。

(47) この点については、かつて控除説を採用していた山口・前掲注 (20) 216～217 頁を参照。また、高橋・前掲注 (15) 475 頁も参照。

(48) 橋田・前掲注 (3) 108 頁。

法性の連帯性を認めることはできないのではないかと疑問が向けられるかもしれない。しかし、共同正犯というのは、「単に実行分担者の行為の結果が背後者にも帰属されるというだけであり、現実と同じように行為していたというフィクションまでを設定するものではない⁽⁴⁹⁾」。そのため、共同正犯の場合であっても、なおも実行者と背後者という関係は維持され得るのである。

第2款 控除説と加算説の本質的な対立点

冒頭で述べたように、従来は、共同正犯の場合に違法性の連帯性を認めるか否かは共同正犯を「正犯」として理解するか「共犯」として理解するかによって結論が分かるとされてきたが、以上のことから、控除説と加算説の本質的な対立点は、控除説が「実行者と背後者」の存在を前提に、実行者を基準とした背後者への適法評価の連帯性（違法性の消極的連帯性）を問題とすることから、「実行者と背後者」が存在する共同正犯の場合にも違法性が連帯することを認めるのに対して、加算説は「正犯と共犯」の存在を前提に違法性の連帯性を問題とすることから、「正犯」しか存在しない共同正犯においては違法性が連帯しないとする点にあるといえることができる。

そして、こうした対立が生じるのは、控除説が、実行者に違法性阻却事由が存在する場合には「違法な結果（＝結果無価値）」が存在しないことになるという「違法論」の観点から、違法性の消極的連帯性を“実行者が違法でなければ背後者も違法でない”と理解しているのに対して、加算説が、正犯が違法でない場合には二次的責任類型である狭義の共犯も違法と評価する必要はないというという「共犯論」の観点から、違法性の消極的

(49) 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）651頁。さらに、橋爪は、「自動車運転免許を有する者と有しない者の共謀に基づき、無免許者が自動車運転する場合、免許者についても無免許運転罪の共同正犯が成立するのは当然であろう」として、こうした考え方の正当性を説いている。

連帯性を“正犯が違法でなければ共犯も違法でない”と理解していることに由来する⁽⁵⁰⁾。このように両説の違いというのは、結局のところ、違法性の消極的連帯性をいかなる観点から根拠づけるかによって生じているといえるのである。

第 4 章 控除説と加算説の検討

では、共同正犯のうち的一方の関与者にのみ違法性阻却事由、とりわけ正当防衛が認められる事例の解決として、控除説と加算説のどちらの解決が妥当であろうか。結論から先に述べると、筆者は、控除説の考え方を採用することはできず、共同正犯者ごとに正当防衛の成否を検討するという意味では加算説の立場が妥当であると考えている。

第 1 節 控除説の問題点

第 1 款 適法行為を利用した間接正犯への適用の問題

実行者を基準に背後者に対して違法性の消極的連帯性を認める控除説の考え方は、「実行者と背後者」が存在する限りでその射程が間接正犯の場合にも及ぶことになるため、従来から、同説に対しては適法行為を利用した間接正犯の場合に一貫性を欠くとの批判が向けられてきた。つまり、控除説の考え方からは、間接正犯の場合であっても実際に実行行為を行った者に違法性阻却事由が認められる場合には結果無価値がなくなることから、理論上は適法行為を利用した間接正犯をすべて不処罰とせざるを得ないにもかかわらず、控除説の論者は適法行為を利用する間接正犯の可罰性を認めており、この点に控除説の考え方の非一貫性が表れているとの批判

(50) 狭義の共犯の場合に違法性の消極的連帯性を認める論者らがそれをいかなる観点から根拠づけてきたのかは十分に明らかにされておらず、また、それを明らかにする手掛かりも乏しかったといえるが、このように、共同正犯の場合に違法性の消極的連帯性を認めるか否かという点にこそ、各論者が違法性の消極的連帯性を認める際に基礎に置いている考え方が顕著に表れている。

⁽⁵¹⁾
が向けられている。

確かに、控除説の立場から適法行為を利用する間接正犯を可罰的とするのであれば、それは理論的一貫性を欠いているといえるが、反対に、実際上の帰結の妥当性を措いて適法行為を利用する間接正犯も一律に不可罰とする理解もあり得なくはない。⁽⁵²⁾ そのように考えるのであれば上記批判は当たらないこととなる。⁽⁵³⁾

第2款 実行共同正犯への適用の問題

しかし、たとえそうした立場を採用するとしても、各関与者を「実行者と背後者」に明確に区別することができない実行共同正犯の場合には控除説⁽⁵⁴⁾の考え方を適用することができないであろう。

(51) 島田・前掲注(1)47頁以下参照。例えば、町野朔は、法令行為を利用した間接正犯(同・前掲注(13)124頁以下)や正当防衛を利用した間接正犯(同「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)を認めており、また、前田・前掲注(24)176頁注(48)も、「直接手を下した者の行為が正当であっても、その者を利用した行為者にとって違法である場合は考えられることに注意しなければならない」として正当防衛行為を利用した間接正犯が可罰的となることを示唆している。

(52) こうした立場を採用する見解として、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)70~71頁。

(53) 島田・前掲注(1)50頁はこの点を指摘したうえで、背後者自身が直接正犯と評価される場合に控除説の考え方を徹底すると、少なくとも個人法益に対する罪の規定を適用できなくなることから、結局のところ、控除説の発想は貫徹できないとしている。

(54) 実行共同正犯の場合でも、例えば、XがAの殺害を、YがBの殺害を分担し、Yにのみ正当防衛が成立したような場合には問題は生じない。なぜなら、被害者を基準と考えれば、XはBに関しては背後者といえ、他方でYはAに関しては背後者といえるため、共謀共同正犯が問題となる【事例①】と同様に考えることができるからである。そのため、控除説によれば、Yの正当防衛行為によって生じたBの死という結果のみが控除され、Aの死亡についてのみ共同正犯の成否が問題となる(山中・前掲注(23)857頁。また、前田・前掲注(24)175~176頁参照)。したがって、実行共同正犯の中でも問題となるのは、1人の被害者に対する実行共同正犯が問題となる【事例②】のような事例である。

例えば、【事例②】において、Y に正当防衛が認められる場合、そこでは、Y 自身が行った行為またはそこから生じた結果を基準に Y に正当防衛の成立が認められるということが判断されているわけではなく、Y 自身が行った行為またはそこから生じた結果に X が行った行為またはそこから生じた結果を加算したものを基準に Y に正当防衛が成立するという判断が下されており、これは、Y 自身が実行者として行った部分だけでなく、Y が背後者として X に関与した部分についても Y が刑法上の責任を負わないということを意味する。それにもかかわらず、控除説は、【事例②】について、Y に正当防衛が成立する以上、Y の行為から生じた結果を控除し、正当防衛の成立が認められない X の行為から生じた結果についてはなお共同正犯の成否が検討されるとするが、関与した部分のすべてについて正当防衛の成立の認められる Y が、X に正当防衛が成立しないことを理由に、なぜ X の行為およびそこから生じた結果についてなお責任を負わなければならないのだろうか。⁽⁵⁷⁾ここでは、違法性阻却事由の認められる実行者の行為から生じた結果を控除するという控除説の発想にこ

(55) 正当防衛における「相当性」については、防衛「行為」としての相当性を基準とするのか、防衛「結果」としての相当性を問題とするかにつき争いがあるが、ここでは問題としない。

(56) 橋爪・前掲注(49) 656～657頁は、「実行分担による共同正犯が問題となる場合、X、Y の両者が共同して防衛行為に出ることが可能であった以上、防衛行為の必要最小限度性は、『両者が共同して行為に出た場合、いかなる行為がもっとも軽微な防衛手段であったか』という観点から統一的に判断されることになろう」とする。なお、橋爪は、「一般論としていえば、防衛行為者が複数人であることを前提としてその必要最小限度性が決せられることになるから、その判断は単独行為者の場合に比べて、必然的に限定されたものになろう」(同647～648頁)との指摘もしている(安廣文夫「正当防衛・過剰防衛」法学教室387号(2012年)22頁も参照)。また、最判平成6年12月6日刑集48巻8号509頁も参照。

(57) 井田・前掲注(25) 230頁は、控除説の説明によれば、「違法行為者の行為に対し、適法行為者が一定の寄与をなしている限度で、適法行為者についてもつねに必ず共同正犯としての違法性が肯定される」ため、【事例②】において Y が X に正当防衛が成立しないことを認識していた場合には Y も刑事責任を問われることになるが、これは「妥当な結論であるとは思われない」としている。

だわるあまり、背後者として関与した部分についても同時に正当化が認められるという点が見過ごされている。

こうした考えの背景には、実行共同正犯の場合であっても各関与者自身が行った部分に関してそれぞれの行為者について個別的に正当防衛が成立するか否かを検討するのであるから、Yの行為に正当防衛が成立することは、その部分のみが控除されることを意味するという考え方があるのかもしれない。しかし、実行共同正犯の場合には、構成要件段階において各関与者が行った行為および結果全体を一体的に評価するため、個々の関与者が行った部分について個別的に違法性阻却事由の有無を判断する契機がそもそも存在しないのであるから、そうした考え方を採用することはできないであろう。「共同正犯においては、実現された不法の全体につき、各自のそれぞれが因果性（と正犯性）を有するのであるから、適法部分と違法部分を切り分けるという発想じたいが、これと矛盾するように思われる⁽⁵⁸⁾」という控除説に対する加算説からの批判の趣旨もこの点にあると思われる。

こうしたことから、結局のところ、各関与者が実行者でもあり背後者でもある実行共同正犯の場合には、「実行者と背後者」が明確に区別される類型を念頭において展開された控除説を適用することができないように思われる⁽⁵⁹⁾。

(58) 井田・前掲注(25) 230頁。

(59) これに対しては、共同正犯の中でも、実行共同正犯の場合には違法性の連帯性を認めず、犯罪の実行を他人に委ねるという点では狭義の共犯と構造を同じくする共謀共同正犯にのみ違法性の連帯性を認めるという考え方（岡野光雄「過剰防衛の連帯性と個別性」研修584号（1997年）6～7頁参照）もあり得るかもしれない。しかし、こうした考え方は共謀共同正犯の共犯性にのみ着目しており、正犯性を考慮しておらず、また、共謀共同正犯も実行共同正犯も共同正犯であることには変わらないのであるから、両者で基準を異にする理由はないであろう（高橋・前掲注(26) 178頁参照）。

第 3 款 控除説の犯罪体系論上の問題点

また、こうした問題は、違法性阻却事由の認められる実行者の行為から生じた結果は結果無価値ではないとする控除説の発想にそもそも問題がある⁽⁶⁰⁾ということに起因している。

確かに、例えば被害者の同意が認められる場合のように、利益不存在原則により正当化が認められる場合には、そもそも法益侵害結果あるいはその危険としての結果無価値が客観的に存在しないことになるため、控除説のように結果無価値がないということから関与者全員が適法と評価されることを説明することができる⁽⁶¹⁾。結果無価値の存否を問題とする限りで、これは正犯であっても共犯であっても同様であり、そのため利益不存在原則が問題となる場合には、そもそも構成要件段階において結果無価値の存在が否定されることになる。

それに対して、正当防衛のように優越的利益原則により正当化が認められる場合、単独犯の事例では、それは行為者の行為から結果無価値が生じていないということを意味するのではなく、その行為によって保護された利益⁽⁶²⁾（結果有価値）が結果無価値を優越しているということの意味する。そうだとすれば、これは狭義の共犯の場合や共同正犯の場合であっても同様であり、実行者に正当防衛が認められるからといって結果無価値それ自体がなくなるわけではない。これは過剰防衛の場合を考えてみるとより明らかであり、過剰防衛に違法減少の側面を認めるとしてもそのことによって生じた結果が部分的になくなると考える論者はいないであろう。ここで違法減少が認められるのは、結果無価値を優越するほどではないとして

(60) この点については、拙稿・前掲注 (27) 438頁以下も参照。

(61) 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 が関与する場合を挙げることができる。

(62) 西田・前掲注 (1) 394頁は、「A が X を殺害した場合、…… A が正当防衛として殺害したのであれば、……それは違法阻却事由の存在によって違法と評価されないということであり、X の死亡という不法事実が消滅するというわけではない」とする。

も、一定の結果有価値が実現されているからであって、結果無価値が部分的に欠けることになるからではない。

もっとも、ここでの違いは、控除説のように、違法性が阻却されない「違法な」法益侵害結果およびその危険を「結果無価値」と定義するか、あるいは構成要件段階における法益侵害結果およびその危険を「結果無価値」と定義するかの違いに過ぎないと思われるかもしれない。しかし、優越的利益原則により正当化された結果は構成要件的结果ではないとする控除説的结果無価値観によれば、違法性阻却判断の前提である構成要件該当性の判断において一度存在するとされた構成要件該当結果としての法益侵害結果またはその危険が、違法性（阻却）段階で正当化が認められたことから事後的に存在しなかったということにならざるを得ず、誤想防衛の問題におけるいわゆるブーメラン現象⁽⁶³⁾に類似した犯罪体系論上の問題が生じることになる。前述したように、特に、違法性（阻却）判断の前提として共同正犯関係の成立を認めなければならない実行共同正犯の場合には、「すでに構成要件段階において……共同正犯関係が成立しているにもかかわらず、そのうちの一人に正当防衛状況が生じた瞬間、事後的にその関係性が否定される⁽⁶⁴⁾」ことになるという形で、こうした犯罪体系論上の問題が顕在化することになる。それゆえに、控除説が前提とする結果無価値観は採用することができないのである。

第2節 背後者の行為に対する正当防衛の成否の検討の可否

以上のように、控除説は、実行共同正犯が問題となる場面ではその適用に問題があり、また、正当防衛の成立が認められる実行者から生じた結果を控除するという控除説の考え方には犯罪体系論上の問題があるといえる

(63) ブーメラン現象に関する近時の論考として、松澤伸「いわゆる『ブーメラン現象』と犯罪論体系」『川端博先生古稀記念論文集（上巻）』（成文堂、2014年）283頁以下。

(64) 照沼・前掲注（35）265頁。

ことから、これを採用することはできない。したがって、一方の共同正犯者に正当防衛が成立する場合であっても、そのことによって他方の共同正犯者の違法性が阻却されることはない。それゆえに、共同正犯の場合には違法性の連帯性は問題とならず、各関与者が適法と評価されるか否かは、各関与者について個別的に正当防衛の成立が認められるか否かを検討することを通じて判断されることになる。この点については、加算説の考え方に賛同し得る。

もっとも、こうした考え方に対しては、実行を分担していない背後者の関与行為についてそもそも正当防衛の成否を問題とすることができないのではないかという批判が従来から向けられている。この批判が妥当するのであれば、共同正犯の場合にもやはり違法性の消極的連帯性を認めなければ背後者は常に処罰されることになってしまう。実際に、こうした問題意識から、共同正犯を含むあらゆる関与類型について、背後者が優越的利益原則に基づく「違法性阻却の前提状況」を作出していない場合には、実行者に違法性阻却事由の成立が認められることから背後者も違法でないとして、一定の限度で違法性の消極的連帯性を認めなければならないとする見解も主張されて⁽⁶⁵⁾おり、近時では、特にこの見解から上記批判が向けられているのである。

実行を分担しない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というアプローチは、従来から様々な立場から採用されてきたが、上記批判が指摘するように、これは採用し得ないアプローチなのだろうか。筆者にはそのようには思われぬ。以下では、上記批判を検討することを通じて、共同正犯者各人について正当防衛の成否を個別的に検討することが理論的に可能であることを示したい。

(65) 島田・前掲注(1) 54頁以下参照。また、橋爪・前掲注(49) 653頁、小林憲太郎『重要判例集刑法総論』(新世社、2015年) 161~162頁など。

第1款 急迫性

まず向けられている批判は、「急迫性」の要件に関するものである。これは、共謀共同正犯の事例において、例えば、XとYが歩いていたところ、Aが突然Yに向かってナイフをもって襲い掛かってきたため、XがYに対してナイフを使って正当防衛を行うよう指示し、その結果Aが重症を負った場合（以下、「**事例③**」とする。）のように、背後者自身が現場にいる場合（現場関与型）はともかくとして、**【事例①】**のように背後者と実行者が事前に共謀し、実行者が正当防衛を行う段階では背後者が現場にいない場合（事前関与型）には、関与行為の時点で「侵害の急迫性」が認められないのであるから、そもそも背後者について正当防衛の成否を検討できない⁽⁶⁶⁾ということを指摘するものである。念のために付言すると、急迫不正の侵害が背後者自身に対して向けられていない場合であっても、実行者に向けられていれば背後者についても他人のための正当防衛の成否を問題とすることができるように、ここでは、背後者に対して急迫不正の侵害が向けられていないことが問題とされているわけではなく、背後者の関与行為の時点で急迫不正の侵害が存在しないことが問題とされている。

しかし、正当防衛の成否が検討される行為が行われた段階で急迫不正の侵害が存在することは、正当防衛の成立を認めるための必須の要件ではない。例えば忍び返し事例に代表されるように、防衛効果が生じる時点で急迫性が認められれば、忍び返しを設置した行為は正当防衛として違法性が阻却されると理解されている⁽⁶⁷⁾。これを事前関与型の共謀共同正犯の場合に当てはめれば、実行者が正当防衛行為を行う段階で急迫不正の侵害が存在

(66) 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）109～110頁、橋田・前掲注（3）108頁、今井猛嘉ほか『刑法総論〔第2版〕』（有斐閣、2012年）403頁〔島田聡一郎〕、明照博章「共同正犯と正当防衛——侵害の急迫性を中心に——」松山大学論集25巻6号（2014年）110～111頁、小林・前掲注（1）163頁、橋爪・前掲注（45）82頁など。

(67) 高橋・前掲注（15）273頁、橋爪・前掲注（49）649～650頁参照。また、吉田敏雄「正当防衛（2）」北海学園大学学園論集153号（2012年）22頁も参照。

していれば、それに事前に関与した背後者の行為についても、それを行った段階で急迫不正の侵害が存在していなかったことを理由に正当防衛の成立を検討できないとする理由はない。

もっとも、侵害を事前に予期したうえで共謀を行ったという事案においては、一方で判例のように侵害の予期および積極的加害意思を急迫性の判断に取り込む場合には、実行者と背後者の双方についてそうした主観的⁽⁶⁸⁾事情が認められやすいことを理由として、他方で、「侵害回避義務論」の観点から一定の場合に行為者の側に不正の侵害を回避する義務を要求する場合は⁽⁶⁹⁾、事前の段階で侵害の回避が可能であることを理由として、結果的に、多くの場合で急迫性が否定されることになるだろう⁽⁷⁰⁾。しかし、仮にそ

(68) 例えば、佐藤文哉「正当防衛における退避可能性について」『西原春夫先生古稀祝賀論文集（第一巻）』（成文堂、1998年）240頁、橋爪隆『正当防衛論の基礎』（有斐閣、2007年）91頁以下など。

(69) 優越的利益原則に基づく「違法性阻却の前提状況」を作出した場合には、実行者に違法性阻却事由が認められることを理由に背後者を適法としてはならないとする上記見解は、こうした基準を「侵害回避義務の原則」から導いており（島田・前掲注（1）52～53頁参照）、そうだとすれば、利益衝突状況の作出が認められる場合には急迫性が認められないという形で、この見解の考慮要素を急迫性の要件に取り込むことは十分に可能であろう。もっとも、利益衝突状況の作出を理由に背後者を違法とする点については、その結果として、利益衝突状況の作出に関与していない実行者の法益の保護が不当に弱められる恐れがあることを指摘するものもある（松原芳博『刑法総論〔第2版〕』（日本評論社、2017年）470頁注（54））。

(70) 橋爪・前掲注（49）648頁。また、最決平成29年4月26日裁判所時報1675号2頁は、「行為者が侵害を予期した上で対抗行為に及んだ場合、侵害の急迫性の要件については、侵害を予期していたことから、直ちにこれが失われると解すべきではなく（最高裁昭和45年（あ）第2563号同46年11月16日第三小法廷判決・刑集25巻8号996頁参照）、対抗行為に先行する事情を含めた行為全般の状況に照らして検討すべきである。具体的には、事案に応じ、行為者と相手方との従前の関係、予期された侵害の内容、侵害の予期の程度、侵害回避の容易性、侵害場所に向向く必要性、侵害場所にとどまる相当性、対抗行為の準備の状況（特に、凶器の準備の有無や準備した凶器の性状等）、実際の侵害行為の内容と予期された侵害との異同、行為者が侵害に臨んだ状況及びその際の意思内容等を考慮し、行為者がその機会を利用し積極的に相手方に対して加害行為をする意思で侵害に臨んだとき（最高裁昭和51年（あ）第671号同52年7月21日第一小法廷決定・刑集31巻4号747頁参照）な

うだとしても、このことは事前関与型の事案において背後者の行為について急迫性を問題とし得ないことを意味しない。

このように、背後者の関与行為の時点で急迫不正の侵害が認められないことから、背後者の関与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いうことにはならない。

第2款 防衛行為の必要性・相当性

次に向けられている批判は、防衛行為の「必要性・相当性」の要件に関するものである。この批判は、実行共同正犯の場合とは異なり共謀共同正犯の場合には背後者は何ら実行を分担しておらず、また、前述のように、例えば背後者 X と実行者 Y に共同正犯が成立するとしても、Y が実行した行為またはそこから生じた結果について X も「正犯」として責任を負うにすぎず、X が実際に実行行為を行ったものと見なされるわけではないのであるから、Y について個別的に必要性・相当性を判断するとすれば、それは、実行者が行った行為またはそこから生じた結果を基準に判断せざるを得ないため、Y の共謀行為や指示行為それ自体が相当であったか否かを判断することはできないとする⁽⁷²⁾。

通常は、実際に行われた防衛行為について必要性・相当性を判断するため、共謀行為や指示行為について必要性・相当性を判断することがイメージしづらいことは否定できない。しかし、だからといって、共謀行為や指示行為それ自体について必要性・相当性が認められるか否かを判断できないということにはならない。例えば、上記忍び返し事例においても、設置行為それ自体は実際の防衛行為ではないが、この場合、忍び返し

ど、前記のような刑法36条の趣旨に照らし許容されるものとはいえない場合には、侵害の急迫性の要件を充たさないものというべきである。」として、侵害の予期が認められる場合には様々な観点から急迫性が否定され得ることを示している。本件評釈として、門田成人「判批」法学セミナー750号（2017年）109頁。

(71) 本稿第3章第3節第1款参照。

(72) 橋爪・前掲注（45）82～83頁。また、橋田・前掲注（3）108頁も参照。

の作用態様およびそこから生じた結果を基準として必要性・相当性を判断することができる。そうだとすれば、実際の防衛行為ではない共謀行為や指示行為についても、他の関与者が行った行為およびそこから生じた結果を基準として防衛行為の必要性・相当性の有無を検討することはなお可能であるように思われる。共犯関係が認められる以上、自らが実行していない行為またはそこから生じた結果についても、その共謀行為・指示行為の相当性を判断する際に考慮することはできる。実際に、実行共同正犯の場合には、各人について、それぞれが実行していない部分も加算したうえで相当性を判断しているのであるから、共謀共同正犯の場合であっても、背後者の関与行為について相当性を検討する際に背後者自身が実行していない部分を考慮することは妨げられない。

実際に、上記批判を行う論者も、各関与者について防衛行為の「必要性」を個別的に検討し、その有無が関与者ごとに異なり得るとしている。つまり、【事例③】において、ナイフによる反撃が実行者 Y にとっては必要最小限度の防衛手段であったとしても、例えば、背後者 X 自身が A を取り押さえれば簡単に事態を収拾できたにもかかわらず、あえて Y に反撃行為をさせることで A を死亡させたという場合には、背後者 X については必要最小限度性が認められないため、実行者には正当防衛が成立するが、背後者には過剰防衛が成立するとしているのである。⁽⁷³⁾ここでは、

(73) 橋爪・前掲注(49) 655頁以下参照。橋爪は、共謀共同正犯の事例における背後者について正当防衛の成否をそもそも問題とすることができないとしているにもかかわらず、ここでは、背後者について過剰防衛の成立を認めている。橋爪は、前述の「違法性阻却の前提状況」の作出の有無に着目して一定の限度で違法性の消極的連帯性を認める立場が、背後者がそれを作出していない場合には実行者に認められる正当防衛による違法性阻却の効果を背後者にとって有利となるように考慮できるとしている点を、実行者に認められる正当防衛状況が背後者にとっても存在するものとして理解してもよいという意味で独自に捉え直し、その上で、相当性については個別的に判断してもよいとすることでこうした帰結を導いているようである(同658~660頁)。しかし、一定の限度で違法性の消極的連帯性を認める見解は、あくまでいわゆる違法性の連帯性を問題としているのであって、正当防衛の成否を問題としているわけではない。ここでは、違法性の連帯性の問題と正当防衛の成否

Xの指示により実際に行われたYの行為およびそこから生じた結果を基準に、Xについて個別的に防衛行為の必要性が検討されなければならないことが示されているといえるだろう。

したがって、背後者について個別的に防衛行為の必要性・相当性を検討することはできないという批判は当たらず、共同正犯の場合に正当防衛の成否を個別的に検討するというアプローチは可能であると思われる。

第5章 おわりに

本稿では、共同正犯者のうちの一方の者に正当防衛が成立する場合を素材として議論されてきた2つの問題、つまり、一方の共同正犯者が適法と評価された場合にそのことから他方の共同正犯者も適法と評価されることになるのか（違法性の消極的連帯性）、という「共同正犯における違法性の連帯性」の問題と、それを認めない立場から採用されてきた共同正犯者各人について正当防衛の成否を検討するという手法が実際に適用できるのか、という「共同正犯における正当防衛の成否」の問題について検討を加えた。本稿の内容は、概ね以下のとおりである。

まず、平成4年決定を素材に展開されてきた従来議論においては、“過剰防衛の法的性質を違法減少と理解するのであれば、過剰防衛の成否が関与者間で連帯し、責任減少と理解するのであれば連帯しない”といった形で、「違法性の連帯性」の問題と「正当防衛の成否」の問題が混同されることがあったが、狭義の共犯における違法性の連帯性は“正犯が違法でなければ共犯も違法ではない”と理解され、“正犯者に正当防衛の成立が認められるため共犯者にも正当防衛の成立が認められる”とは理解されていないように、両者の問題は上記のように明確に区別されなければならないことを確認した。

の問題が混同されているが、冒頭に述べた通り、両者の問題は区別されなければならない。

これを前提として、次に、共同正犯の場合に関与者間で違法性が連帯するか否かを検討するために、これを認める見解と認めない見解がいかなる点で対立しているかについて分析を加えた。従来は、共同正犯を「正犯」と理解する場合には違法性の連帯性を認めず、「共犯」と理解する場合には違法性の連帯性を認めるという傾向にあると分析されてきたが、両者の本質的な対立点はその点ではなく、“違法性の連帯性をいかなる観点から根拠づけるか”という点にあるということを示した。つまり、共同正犯の場合に違法性の消極的連帯性を認める見解は、実行者に違法性阻却事由が存在する場合には「違法な結果 (=結果無価値)」が存在しないことになるため背後者も適法と評価されることになるという形で、「違法論」の観点から「実行者と背後者」の関係に着目して違法性の消極的連帯性を認めてきたことから、「実行者と背後者」の関係が認められる共同正犯の場合にも違法性の消極的連帯性を認めることができるものに対して、共同正犯の場合に違法性の連帯性を認めない見解は、正犯が違法でない場合には二次的責任類型である狭義の共犯を違法と評価する必要はないという形で、「共犯論」の観点から「正犯と共犯」の関係に着目して違法性の消極的連帯性を認めてきたことから、関与者の全員が「正犯」と評価される共同正犯の場合には違法性の消極的連帯性が認められないとしており、この点に両者の本質的な対立点があることを明らかにした。

それを踏まえて、共同正犯の場合に違法性の消極的連帯性を認める見解を検討し、「実行者と背後者」が区別されない実行共同正犯の場合にはこの考え方を維持することはできず、また、正当防衛が成立する場合には構成要件的结果たる結果無価値がなくなるという考え方は、構成要件段階では存在すると認められた構成要件的结果が違法性(阻却)段階で正当化が認められることで事後的に存在しなかったことになるという点で犯罪体系論上の矛盾をはらんでいることから、この見解を採用することはできないと結論づけた。

そして、最後に、共謀共同正犯が問題となる事例において、実行を分担

しない背後者の関与行為の段階では「急迫性」が認められない場合があり、また、関与行為について「必要性・相当性」を問題とすることができないとする批判を検討し、いわゆる忍び返し事例においてはそうした事情が設置行為について正当防衛の成否を検討するうえで障害となっていないことを引き合いに出しながら、関与行為について正当防衛の成否を検討することが可能であることを明らかにした。

したがって、一方の共同正犯者に正当防衛が成立する場合に、他方の共同正犯者が適法と評価されるためには、その者自身に正当防衛の成立が認められなければならないとする点では、共同正犯の場合に違法性の消極的連帯性を認めない見解に賛同し得る。しかし、拙稿で明らかにしたよう⁽⁷⁴⁾に、筆者は狭義の共犯の場合に「二次的責任類型性」の観点から違法性の消極的連帯性を認めることには問題があると考えているため、この見解が狭義の共犯の場合に違法性の消極的連帯性を認めるという点については賛同することができない。それゆえ、筆者の立場からは、狭義の共犯の場合において正犯者に正当防衛の成立が認められる場合であっても、共犯者が適法と評価されるか否かは、共犯者自身について個別的に正当防衛の成否⁽⁷⁵⁾を検討することを通じて明らかにされることになる。

（2017年7月脱稿）

【追記】

*本稿脱稿後に、是木誠「判批」警察学論集70巻8号（2017年）184頁以下、中尾佳久「時の判例」ジュリスト1510号（2017年）107頁以下、小林憲太郎「自招侵害論の行方——平成29年決定は何がしたかったのか」判例時報2336号（2017年）142頁以下に接した。

*本稿は、2017年度早稲田大学特定課題研究助成費（課題番号2017S-014）による研究成果の一部である。

(74) 拙稿・前掲注(27) 444頁以下参照。

(75) 拙稿・前掲注(27) 458頁以下参照。