

早稲田大学博士論文概要書

違法性阻却・減少事由の結果帰属論的考察

——正当化論における「結果」と「因果性」について——

早稲田大学大学院法学研究科

松本 圭史

序章 はじめに

刑法学においては、ある領域における各論的問題を解決しようとする際に、その領域において本質的な正当化根拠、法的性格、処罰根拠といった総論的問題に遡り、そこから演繹的に各論的問題に対する回答を導くという解決手法が伝統的にとられてきた。これに対して、中止犯論においては、犯罪が既遂に達することを防止するという中止犯の現象的側面に着目し、中止犯を、法益を侵害する「犯罪」ないし犯罪の成立を基礎づける「構成要件」を「裏返したもの」と理解することで中止犯の成立要件を明らかにする「裏返し論」という解釈手法がかつてより採用されてきた。こうした解釈手法は、伝統的な解釈手法とは異なるものであるが、中止犯の成立要件を具体化することに大きく貢献したとして、一定の地位が認められている。そうだとすれば、犯罪ないし構成要件の裏返しと把握されうる問題領域については、中止犯論と同様に、裏返し論の観点から考察を行うことが可能であると考えられる。

そこで考え得るのが、違法性を積極的に基礎づける構成要件段階と違法性の阻却ないし減少を問題とする違法性（阻却）段階が「裏返し」の関係にあるとして、違法性（阻却）段階に構成要件段階における解釈を応用するというアプローチである。構成要件段階における解釈を違法性（阻却）段階に適用する考え方は、違法性阻却・減少事由の各論的問題を検討する際に散発的に採用されてきたが、裏返し論に基礎を置きながら、一定の体系性をもって構成要件段階における解釈を違法性（阻却）段階に適用するという試みは、これまで行われてこなかった。

こうしたアプローチによれば、法益侵害結果またはその危険（結果無価値）という負の「結果」と行為者の行為との間の「因果性」に基づいて違法性を基礎づける構成要件段階とは対照的に、優越的利益原則の観点から、法益の保全（結果有価値）という正の「結果」が問題となる違法性（阻却）段階においては、結果有価値という「結果」と行為者の行為との間の「因果性」によって違法性阻却ないし減少が基礎づけられるとして、違法性阻却・減少事由を「結果帰属行為」として考察することが可能となる。そして、これまで行われてこなかったこうした結果帰属論的考察を行い、構成要件段階で用いられてきた解釈を応用することで、違法性阻却・減少事由をめぐる各論的問題について、従来とは異なる観点から検討を加えることができるように思われる。

裏返し論に基づくこうした違法性阻却・減少事由の結果帰属論的考察は、現時点ではあくまで試論的なものであるが、こうした考察から違法性阻却・減少事由に関する各論的問題について適切な解決が導かれることを示すことができれば、そのことからいわば帰納的に、結果帰属論的考察が違法性阻却・減少事由を検討する際の総論的観点として有益な視座となるということができるであろう。

こうした観点から、本稿は、違法性阻却・減少事由を結果有価値という「結果」の「因果的な帰属」の問題として考察することで、違法性阻却・減少事由をめぐる各論的問題について結果帰属論的観点から演繹的に解決を導くと同時に、こうした結果帰属論的考察から違法性阻却・減少事由をめぐる各論的問題について妥当な帰結が導かれることを示すことで、

「結果」と「因果性」に着目した考察が、正当化根拠論と並んで、違法性阻却・減少事由を考察する際の有益な総論的視座となり得ることを帰納的に明らかにするものである。

第1章 失敗した正当防衛と違法性（阻却）段階における「結果」概念

まず、第1章において、いわゆる失敗した正当防衛をめぐる議論を題材として、違法性（阻却）段階における「結果」がいかに把握されうるかについて検討を行う。

正当防衛について検討を行う際には、通常、正当防衛が成功し、被攻撃者の法益が守られたという事例が念頭に置かれるため、一見すると、正当防衛の成立要件として、法益侵害を阻止したという意味での「防衛結果」の発生が要求されるように思われるが、多数説によれば、防衛結果が生じたことは正当防衛の成立要件ではなく、防衛行為に出たがそれが逸れてしまったために防衛結果が生じなかったという失敗した正当防衛（正当防衛の「実行未遂」）や、防衛行為を完遂できなかった正当防衛の「着手未遂」についても正当化が認められる。そこでは、防衛行為によって侵害の程度の弱体化や侵害の発生時期の遅延が認められる場合や、さらには、防衛結果が生じた可能性しか認められない場合であっても、正当化が認められるとされているが、こうした防衛結果の緩やかな把握がいかなる観点から、また、優越的利益原則と矛盾しない形で基礎づけることができるかについてはこれまで十分に検討されてこなかった。これに対して、ドイツにおいては失敗した正当防衛について詳細な議論が展開されており、そうした議論を経て、現在では、日本の多数説と同様の解決を行う見解が通説となっている。

ドイツにおける失敗した正当防衛をめぐる議論においては、違法性（阻却）段階における因果関係ないし結果を把握する際に用いられる手法を違法性（阻却）段階に応用するアプローチが提唱されており、これを参考として、日本の多数説を理論的に基礎づけることができる。すなわち、構成要件段階においては、法益侵害の程度を悪化させ、あるいは、法益侵害結果の発生を早めた場合のように、法益客体を有意に不良変更した場合には構成要件上の「結果」を惹起したといえるのであるから、「法益侵害」を問題とする構成要件段階を裏返したものが「法益保護」を問題とする違法性（阻却）段階であるとすれば、違法性（阻却）段階においては、防衛行為を行うことで、侵害を完全に阻止することができなかつたとしても、攻撃の程度を有意に弱め、あるいは、攻撃を有意に遅らせることで、危殆化された法益の状態を有意に改善できれば、違法性（阻却）段階における「結果」を惹起したといえることができるため、正当防衛の成立を認めることができる。また、構成要件段階において法益侵害結果だけでなく法益侵害の「可能性」も違法性を基礎づけるとされているのと同様に、違法性（阻却）段階においても、防衛結果だけでなく防衛結果が生じた「可能性」にも正当化を基礎づける性質が備わっていると考えることができるため、防衛行為によって攻撃に何ら影響を与えることができず、防衛結果が生じた可能性しか認められない場合であっても、正当化を肯定することができる。さらに、正当防衛の場合には、防衛者側に優越性が認められるため、弱体化の程度や遅延の程度、防衛結果が生じた可能性が一定程度小さい場合であ

っても、正当化が認められることになる。

第2章 偶然防衛と違法性（阻却）段階における「可能性」

以上のように、裏返し論によれば、違法性（阻却）段階においては、法益侵害の阻止だけでなく、法益侵害の程度を有意に弱めることやその発生時期を有意に遅らせたこと、さらには、それらが発生した可能性も違法性阻却を基礎づける「結果」として把握することができる。他方で、いわゆる偶然防衛をめぐる議論においては、違法性（阻却）段階に固有の結果として、「違法な結果が生じた可能性」、言い換えれば、「正当防衛ではなかった可能性」が取り上げられている。すなわち、結果無価値論の観点から正当防衛の要件として防衛の意思を不要とすることで、偶然防衛の事例において正当防衛の成立を認め、正当防衛行為から生じた結果は「違法な結果」ではないため既遂犯の成立は否定されるとしながらも、「違法な結果が発生した可能性」が認められる場合には未遂犯の成立が認められるとする見解が有力に主張されている。

そこで、第2章では、裏返し論の観点からは必ずしも導かれない「正当防衛ではなかった可能性」が、違法性阻却を基礎づけるのではなく、違法性を積極的に基礎づけるものとして、違法性（阻却）段階における「結果」と捉えることができるかについて、結果無価値論に基づく偶然防衛未遂説の批判的検討を通じて検討を行う。

結果無価値論に基づく偶然防衛未遂説は、構成要件該当結果（法益侵害結果）が生じなかった場合と、正当防衛の成立によって「違法な結果」が生じなかった場合を同視し、さらに、構成要件段階において未遂犯の成立を基礎づけるとされている「法益侵害結果が発生した可能性」と、違法性（阻却）段階における「違法な結果が発生した可能性」を同視することで偶然防衛の場合に未遂犯の成立を認めるが、こうしたアプローチは、まず、構成要件段階と違法性（阻却）段階の区別を失わせ、消極的構成要件要素の理論に接近することになる点で問題がある。また、仮に、「違法な結果が発生した可能性」が未遂犯の違法性を基礎づけるものであるとしても、未遂説も偶然防衛の場合に正当防衛が成立することを前提とする以上、そこで基礎づけられる違法性についても正当化の効果が及ぶため、未遂犯の成立を認めることはできない。さらに、「違法な結果が発生した可能性」、言い換えれば、「正当防衛とならなかった可能性」を理由に未遂犯の成立を認める場合、ここには「過剰防衛となった可能性」も含まれることになる。そうすると、過剰な結果が生じないように万全の態勢を整えて正当防衛に臨む場合でもない限り、正当防衛を行う際には「過剰防衛になる可能性」が高い水準で認められるため、正当防衛の成立により不可罰となるとされてきた事例の中でも、少なくない数の事例において未遂犯の成立が認められることになるという実際上の問題が生じる。

したがって、「違法な結果が発生した可能性」を違法性（阻却）段階における「結果」として把握し、これによって未遂犯の違法性を基礎づけることはできない。

第3章 違法性（阻却）段階における「因果性」と違法性の連帯性

次に、第3章においては、違法性（阻却）段階においても、構成要件段階と同様に「結果」との「因果性」が必要となることについて、いわゆる「違法性の連帯性」の問題を題材として検討を行う。

共犯論においては、“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に基づいて、適法行為に関与した共犯者は処罰されないと理解されてきた。しかし、そうした違法性の消極的連帯性がいかなる根拠から基礎づけられるかについては、これまで十分に検討されてこなかった。そこで、従来の見解の根拠づけを分析すると、主に2つの見解が主張されているといえることができる。

第1の見解は、正犯に違法性阻却事由が認められる場合、「違法な結果」が存在しないことになるため、正犯が違法でない場合には共犯も違法でないとする見解である。こうした見解は、従来の見解が暗黙裏に前提としていたものと思われるが、2つの点で問題がある。すなわち、優越的利益原則による違法性阻却が認められる場合というのは、結果無価値を優越する結果有価値が実現されているために正当化されるのであって、利益不存在原則により正当化される場合のように結果それ自体がなくなるわけではなく、また、こうした考え方によれば、狭義の共犯の場合だけでなく、間接正犯や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になり、通説の理解と矛盾する。

第2の見解は、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念頭において、「狭義の共犯の二次的責任類型性」の観点から違法性の消極的連帯性を基礎づける見解である。この見解は、正犯者の行為が適法行為と評価される場合について、あえて共犯者の罪責を追求しなくてよいという政策的観点から、正犯が違法でない場合には共犯を処罰する必要がないとする。しかし、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ないことになり、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ず、また、違法性の消極的連帯性が要請されなければならないとするほどの政策的根拠も存在しない。

このように、違法性の消極的連帯性に関する従来の見解の根拠づけには問題がある。また、従来の見解は、狭義の共犯の場合を念頭に違法性の消極的連帯性を認めてきたが、適法行為に関与した背後者が共犯であっても違法と評価される場合や、背後者が正犯であっても適法と評価される場合があり得る。そのため、違法性の消極的連帯性を理論的に基礎づけるにあたっては、背後者の関与類型にかかわらず、実行者に認められる違法性阻却の効果が背後者に及ぶ場合と及ばない場合を、いかなる根拠に基づいて、また、いかなる基準によって切り分けるかを明らかにする必要がある。

この点についても、「裏返し論」を手がかりとして解決を導くことができる。すなわち、構成要件段階において、実行者を通じて法益侵害結果またはその危険を惹起したことを理由に背後者の違法性が基礎づけられていることを違法性（阻却）段階に応用し、実行者の適法行為に背後者が関与する場合、背後者は、実行者が適法行為を通じて惹起した結果無価値

だけでなく、それを優越する結果有価値についても因果性を有することになるため、原則として、背後者も適法と評価されることになる。“正犯が違法でなければ共犯も違法でない”としてきた従来の見解は、こうした結果有価値と背後者との間の因果性によって基礎づけられる。もっとも、背後者が利益衝突状況をあえて作出したような例外的な場合には、結果有価値と背後者との間に因果性が認められるとしても、結果有価値の背後者への「帰属」が否定される結果、実行者が適法であっても背後者は例外的に違法と評価されることになる。従来、主に適法行為を利用する間接正犯が違法とされてきたことは、こうした観点から基礎づけられることになる。また、特に、実行者の正当防衛行為に背後者が関与した場合には、背後者について正当防衛の成否を個別的に検討するという形で、「結果有価値の帰属」が判断されることになる。

第4章 共同正犯における違法性の連帯性

第4章では、違法性の消極的連帯性に関する従来の見解の基礎づけが不十分であり、これを基礎づけるためには結果有価値との間の「因果性」に着目する必要がある、また、特に実行者の正当防衛行為に背後者が関与した場合には、背後者について個別的に正当防衛の成否を検討することでその違法性が阻却されるか否かが判断されることになる、という前章で示した私見の正当性をより明らかにするために、共同正犯における違法性の連帯性の問題について検討を行う。

共同正犯の領域においては、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）を契機に、一方の共同正犯者に正当防衛の成立が認められる場合に、違法性の消極的連帯性の観点から他方の共同正犯者も違法でないと評価されることになるのか、それとも、共同正犯の場合には違法性の消極的連帯性が認められず、個別的に正当防衛の成立が認められない限り他方の共同正犯者は違法と評価されることになるのかが議論され、この点については、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の中でも見解が分かれている。

従来は、共同正犯を「正犯」と理解する場合には違法性の消極的連帯性が認められず、「共犯」と理解する場合には違法性の消極的連帯性が認められる傾向にあると分析されてきた。しかし、共同正犯の場合に違法性の消極的連帯性が認められるか否かは、共同正犯が「正犯」であるか「共犯」であるかといった観点ではなく、“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”によって定まることになる。すなわち、前章で検討した「違法な結果」に着目して違法性の消極的連帯性を基礎づける場合、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、「実行者と背後者」の関係が存在する場合には違法性の消極的連帯性が認められることから、「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が認められることになる。これに対して、「狭義の共犯の二次的責任類型性」に着目して違法性の消極的連帯性を基礎づける場合、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処罰する必要はないという形で、「正犯と共犯」の関係が存在する場合に違法性の消極的連帯性が認められることから、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ことになる。

これを踏まえて、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すると、「違法な結果」がなくなるという考え方は、前章で指摘した問題点に加えて、「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維持することはできないという点でさらに問題を抱えることになり、やはり採用することはできない。そのため、判例と同様に、一方の共同正犯者に正当防衛の成立が認められる場合であっても、他方の共同正犯者について違法性阻却を認めるためには、個別的に正当防衛の成立が認められなければならないことになる。違法性の消極的連帯性の根拠に関しては立場が異なるものの、共同正犯の場合には各人について正当防衛の成否を検討することで違法性阻却が判断されなければならないという点については、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する。

もっとも、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という見解に対しては、特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」が認められず、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ため、そうした考え方は採用し得ないとする批判が向けられている。しかし、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おらず、「急迫性」については防衛効果が生じる時点で認められれば足り、また、「必要性・相当性」については、実行者が実際に行った行為およびそこから生じた結果を基準に判断することができるため、特段の問題は生じない。このように、実際に防衛行為を行っていない者についても、個別的に正当防衛の成否を問題とすることは可能である。

第5章 中止犯論の結果帰属論的考察

これまで、中止犯における裏返し論を参考に、違法性阻却・減少事由を構成要件の裏返しと考え、これを「結果有価値実現行為」と把握することで、違法性阻却・減少事由に関する各論的問題について検討を行ってきたが、第5章では、これまでの検討を通じて得られた成果を中止犯論に応用することによって、中止犯における違法減少説を再構成することを試みる。

「犯罪を中止した」、つまり、行為者自身が法益侵害の危険を消滅させたという点に中止犯の本質があるとすれば、法益侵害の危険に関係するということからこれを違法関連的なものと理解することで、先行する未遂行為によって基礎づけられる違法評価が中止行為により一定の限度で相殺される、とする違法減少説のアプローチそれ自体は正当であるといえることができる。しかし、違法減少説に対しては、これを採用する場合、従来の違法性の消極的連帯性の理解に従えば、中止行為に関与していない共犯者にも違法減少を認めることになるという点で、中止犯の一身専属的効果と矛盾し、また、中止行為によってもたらされ

る「違法減少」の内実が明らかでないとの批判が向けられており、違法減少説を採用するためには、こうした批判に応えられる形で違法減少説を再構成する必要がある。

そこで、「法益の保全」を違法性（阻却）段階における「結果」と捉え、それと行為者の行為との間の「因果性」に着目することで、違法性の消極的連帯性を理論的に基礎づける本稿の立場から違法減少説を再構成すると、まず、中止犯の本質は「犯罪を中止した」という点にあり、中止行為者自身が法益侵害の危険を消滅させた場合には、違法性（阻却）段階における結果として把握しうる、当該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」を実現しているとみることができ、この点に違法減少の側面を見出すことができる。そのため、他人の行為によって結果有価値が実現された場合のように、先行する未遂行為を行った者と結果有価値の実現との間に因果関係がない場合や、任意性が認められない場合、例えば、中止行為を強制された場合や恐怖・驚愕により体が動かなくなった場合などのように、中止行為により法益侵害の危険が消滅したということができない場合には、違法減少を認めることはできない。

もっとも、中止行為を結果有価値実現行為と把握することで違法減少の側面を認めることができるとしても、これによって未遂行為に対する違法評価が一定の程度で相殺されるとするためには、未遂行為と中止行為を一体的に評価することができなければならない。この点については、法益侵害結果発生前の「浮動状態」において未遂行為によって自ら生じさせた危険性を中止行為によって自ら消滅させており、未遂行為も中止行為も客観的に同一の法益に対して向けられている限りで、未遂行為と中止行為を一体的に評価可能な事態が存在しており、中止犯規定は、そうした一体的評価を前提とした規定であるということができる。このような一体的評価が認められることで、中止犯は、結果有価値を実現したことに基づいて、先行する未遂行為によって基礎づけられた違法評価を一定の程度で相殺する違法減少事由として把握されることになり、違法減少という観点から刑の必要的減軽が基礎づけられることになる（刑の裁量の免除については量刑責任の観点から基礎づけられる）。

また、違法性の阻却ないし減少を認める場合、結果有価値の因果的な惹起が必要となることから、結果有価値の実現という点に中止犯の違法減少的側面を認めるとしても、これとの間に因果性が存在していなければ違法減少は認められない。そのため、中止行為に正犯者のみに関与したという場合、中止行為に関与していない共犯者は結果有価値実現について因果性を及ぼしていないため、正犯者に違法減少が認められるとしても、共犯者には違法減少が認められない。従来は、“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観点から、違法減少説を採用する場合には、こうした場合にも共犯者について違法減少が認められ不当であるとされてきたが、違法性の消極的連帯性を結果有価値の因果的帰属の観点から説明する本稿の立場からは、中止犯を違法減少事由と解しながらも、なお、中止犯の一身専属的法効果を理論的に説明することが可能となる。

終章 おわりに

本稿の目的は、違法性阻却・減少事由を結果有価値という「結果」の「因果的な帰属」の問題として考察することで、違法性阻却・減少事由をめぐる各論的問題について結果帰属論的観点から演繹的に解決を導くと同時に、こうした結果帰属論的考察から違法性阻却・減少事由をめぐる各論的問題について妥当な帰結が導かれることを示すことで、「結果」と「因果性」に着目した考察が、正当化根拠論と並んで、違法性阻却・減少事由を考察する際の有益な総論的視座となり得ることを帰納的に明らかにすることにあつた。以上の検討により、その目的は十分に達成することができたと思われる。

本稿で取り扱うことのできた違法性阻却・減少事由に関する各論的問題は一部にとどまっているが、さらに他の各論的問題についても結果帰属論的考察を行うことによって、こうした考察方法の射程を明確化し、違法性（阻却）段階における「結果」および「因果性」の内容をより具体化することができると考えられる。こうした検討については、今後の課題としたい。