

早稲田大学審査学位論文（博士）

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

目次

序章	はじめに	1
第1節	刑法学における伝統的な解釈手法と中止犯における「裏返し論」	1
第2節	「裏返し論」に基づく違法性阻却・減少事由の分析	2
第3節	本稿の目的と構成	3
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	7
第1節	はじめに	7
第2節	失敗した正当防衛をめぐる議論状況	7
第3節	攻撃の程度の弱体化または攻撃の遅延に基づく正当化	14
第4節	防衛結果が生じた可能性に基づく正当化	20
第5節	防衛結果が生じた可能性に基づく正当化構想に対する批判	29
第6節	本章のまとめ	36
第2章	偶然防衛と違法性（阻却）段階における「可能性」	37
第1節	はじめに	37
第2節	結果無価値論に基づく偶然防衛不可罰説	40
第3節	二元的行為無価値論に基づく偶然防衛既遂説の違法性阻却構造	50
第4節	結果無価値論に基づく偶然防衛未遂説の批判的検討	56
第5節	違法性阻却と因果関係	63
第6節	本章のまとめ	64
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	66
第1節	はじめに	66
第2節	「正犯が違法であること」を要求する意義	69
第3節	違法性の消極的連帯性の根拠	76
第4節	違法性の連帯性の内実	91
第5節	本章のまとめ	100
第4章	共同正犯における違法性の連帯性	103
第1節	はじめに	103
第2節	平成4年決定と共同正犯における違法性の連帯性	106
第3節	共同正犯における違法性の連帯性	111
第4節	控除説と加算説の検討	120
第5節	本章のまとめ	127

第5章 中止犯論の結果帰属論的考察	130
第1節 はじめに	130
第2節 法律説	132
第3節 政策説	147
第4節 私見	155
第5節 本章のまとめ	163
終章 おわりに	165
初出一覧	168
参考文献一覧	169

細目次

序章 はじめに	1
第1節 刑法学における伝統的な解釈手法と中止犯における「裏返し論」	1
第2節 「裏返し論」に基づく違法性阻却・減少事由の分析	2
第3節 本稿の目的と構成	3
第1款 本稿の目的——違法性阻却・減少事由の結果帰属論的考察——	3
第2款 本稿の構成	4
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	7
第1節 はじめに	7
第2節 失敗した正当防衛をめぐる議論状況	7
第1款 最終的な侵害の阻止を要求する見解	7
第2款 正当防衛の正当化根拠を優越的利益原則以外に求める見解からの解決	9
第3款 攻撃の弱体化・遅延または防衛効果が生じた可能性に着目する見解	10
第4款 防衛結果の緩やかな把握を可能とする理論的根拠	11
第5款 手がかりとしてのドイツにおける議論	12
第3節 攻撃の程度の弱体化または攻撃の遅延に基づく正当化	14
第1款 正当防衛に固有の正当化根拠を持ち出す見解	14
第2款 構成要件段階の結果把握手法を違法性（阻却）段階に応用する見解	16
第3款 攻撃の程度の弱体化または遅延の程度と正当防衛の正当化根拠	17
第4款 小括	19
第4節 防衛結果が生じた可能性に基づく正当化	20
第1款 攻撃の程度の弱体化または攻撃の遅延にのみ着目することの限界	20
第2款 防衛結果が生じた可能性を理由に正当防衛の成立が認められ得る根拠	21
第3款 防衛結果が生じた可能性の判断基準	22
第4款 正当防衛成立の下限としての防衛結果が生じた可能性	22
第5款 判例における失敗した正当防衛	25
第6款 複数の攻撃者または複数の攻撃手段の一部に対する正当防衛の可否	27
第7款 小括	29
第5節 防衛結果が生じた可能性に基づく正当化構想に対する批判	29
第1款 防衛結果が生じる可能性が存在しない場合の正当化の是非	29
第2款 優越的利益原則との関係	31
第3款 防衛行為と第三者	33
第6節 本章のまとめ	36

第2章 偶然防衛と違法性（阻却）段階における「可能性」	37
第1節 はじめに	37
第1款 偶然防衛をめぐる議論状況	37
第2款 本章の目的	39
第1項 「違法な結果が発生した可能性」を理由とする未遂犯成立の当否	39
第2項 違法性（阻却）段階において考慮すべき「可能性」	39
第3款 本章の構成	40
第2節 結果無価値論に基づく偶然防衛不可罰説	40
第1款 不可罰説の理論構造と正当防衛における「正対不正」の捉え方	41
第1項 不可罰説の立場から「早い者勝ち」の考え方に依拠する見解	41
第2項 防衛効果の存在と失敗した正当防衛	42
第2款 衝突状況にある利益自体の正・不正に着目する見解	43
第3款 検討	45
第1項 侵害行為の先後に着目する見解	45
第2項 同時に行われた防衛行為	47
第3項 急迫不正の侵害の存在時期	49
第4款 小括	50
第3節 二元的行為無価値論に基づく偶然防衛既遂説の違法性阻却構造	50
第1款 偶然防衛既遂説に対する批判	50
第2款 二元的行為無価値論における違法性阻却構造	51
第3款 違法二元論に基づく偶然防衛未遂説	54
第4款 小括	56
第4節 結果無価値論に基づく偶然防衛未遂説の批判的検討	56
第1款 基本構造	56
第2款 批判的検討	57
第1項 未遂説と未遂犯概念	57
第2項 未遂説の理論上の問題	58
① 未遂説と犯罪論体系	58
② 「違法な結果が発生した可能性」の正当化	60
第3項 未遂説の実際上の問題	61
第5節 違法性阻却と因果関係	63
第6節 本章のまとめ	64
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	66
第1節 はじめに	66
第1款 「正犯が違法であること」をめぐる議論状況	66

第2款	現在の議論状況に対する素朴な疑問.....	68
第3款	本章の構成と目的.....	69
第2節	「正犯が違法であること」を要求する意義.....	69
第1款	狭義の共犯の成立要件としての側面.....	69
第2款	本質としての違法性の連帯性の側面.....	71
第1項	「正犯が違法であること」と共犯者との間の違法関連性.....	71
第2項	違法性の消極的連帯性と積極的連帯性の区別.....	71
①	違法性の消極的連帯性の意義.....	72
②	違法性の積極的連帯性の意義.....	72
第3項	違法性の積極的連帯性の不承認.....	74
第3款	小括.....	75
第3節	違法性の消極的連帯性の根拠.....	76
第1款	共犯の処罰根拠論からのアプローチ.....	76
第1項	従属的法益侵害説による根拠づけ.....	76
第2項	要素従属性・連帯性の問題と各惹起説との関係.....	78
第2款	違法な「結果」に着目する見解.....	80
第1項	違法な結果＝結果無価値という理解.....	80
第2項	個々の違法性阻却原理との関係.....	81
第3項	違法性の本質論からの根拠づけの問題性.....	82
第3款	違法な「正犯行為」に着目する見解.....	83
第1項	<i>Andreas Hoyer</i> の見解.....	83
第2項	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.....	84
第4款	狭義の共犯の「二次的責任類型性」に着目する見解.....	85
第1項	二次的責任類型性の内容.....	85
第2項	客観的処罰条件としての「正犯が違法であること」.....	86
①	共犯の処罰条件として要求する見解.....	87
②	共犯の処罰条件として要求することの問題性.....	87
③	政策的根拠に依拠した議論の問題性.....	88
第3項	違法性の消極的連帯性の政策的要請.....	89
第5款	小括.....	90
第4節	違法性の連帯性の内実.....	91
第1款	構成要件段階における「結果無価値の存否の共通性」.....	91
第2款	違法性（阻却）段階における「結果有価値の存否の共通性」.....	93
第3款	結果有価値の帰属判断.....	94
第1項	帰属を基礎づける「因果性」.....	94
第2項	帰属を阻害する「利益衝突状況の作出」.....	95

第3項 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	97
第5節 本章のまとめ	100
第4章 共同正犯における違法性の連帯性	103
第1節 はじめに	103
第1款 共同正犯における違法性の連帯性をめぐる従来の議論	103
第2款 本章の目的	104
第1項 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	104
第2項 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 ..	105
第3款 本章の構成	106
第2節 平成4年決定と共同正犯における違法性の連帯性	106
第1款 平成4年決定の概要	106
第2款 平成4年決定の2つの意義	107
第1項 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	107
第2項 過剰防衛の成否と違法連帯・責任個別原理の区別の必要性	108
① 過剰防衛の法的性質と過剰防衛の成否の関係	108
② 過剰防衛の法的性質と違法連帯・責任個別原理の関係	109
第3款 小括	110
第3節 共同正犯における違法性の連帯性	111
第1款 従来の議論における対立軸	111
第1項 共同正犯の場合にも違法性の連帯性を認める見解	111
① 控除説	111
② 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	112
第2項 共同正犯の場合には違法性の連帯性を認めない見解	113
① 加算説	113
② 加算説による批判に対する疑問	114
第2款 控除説に対する近時の批判と加算説の主張の中核	115
第1項 連帯基準の決定不可能性に着目する見解	115
第2項 適法評価の連帯の肯定と違法評価の連帯の否定	116
第3項 加算説の主張の中核	117
第4項 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	117
第3款 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	118
第1項 控除説における連帯基準	118
第2項 控除説と加算説の本質的な対立点	119
第4節 控除説と加算説の検討	120
第1款 控除説の問題点	120

第1項	適法行為を利用した間接正犯への適用の問題	120
第2項	実行共同正犯への適用の問題	120
第3項	控除説の犯罪体系論上の問題点	122
第2款	背後者の行為に対する正当防衛の成否の検討の可否	123
第1項	急迫性	124
第2項	防衛行為の必要性・相当性	126
第5節	本章のまとめ	127
第5章	中止犯論の結果帰属論的考察	130
第1節	はじめに	130
第1款	違法減少説と中止犯の一身専属的効果および違法減少の内実	130
第2款	違法減少説のアプローチの正当性	130
第3款	本章の目的と構成	131
第2節	法律説	132
第1款	結果無価値論に基づく違法減少の観点	133
第1項	基本的な考え方	133
第2項	「法益侵害の危険を消滅させた」ことの違法論的意味づけ	135
第2款	行為無価値論に基づく違法減少の観点	136
第1項	基本的な考え方	136
第2項	検討	137
①	未遂行為と中止行為の一体的評価	138
②	中止犯の一身専属的効果と違法性の連帯性	139
第3款	責任減少の観点	140
第1項	基本的な考え方	140
第2項	検討	141
①	減少する「非難」の内実	141
②	量刑責任を減少させる事情としての自発的な中止行為	142
③	量刑責任の減少に着目する必要性と不当性	144
第4款	小括	146
第3節	政策説	147
第1款	モデル的な政策説	147
第2款	野澤充の見解	148
第3款	中止犯規定を「構成要件の裏返し」と理解する見解	150
第1項	基本的な考え方	150
第2項	検討	150
①	必要的減輕の場合との比較から導かれる任意的免除	151

② 未遂行為と中止行為を比較する必要性	152
第4款 小括	155
第4節 私見	155
第1款 違法性（阻却）段階における「結果有価値実現行為」としての中止行為	155
第1項 結果有価値実現行為としての中止行為の構造	155
第2項 中止犯の成立要件	157
① 因果関係	157
② 任意性	158
③ 中止故意（結果回避意思）	159
第2款 未遂行為と中止行為の一体的評価	159
第3款 違法性の連帯性の問題と中止犯の一身専属的効果の調和	160
第4款 減軽と免除の区別	162
第5節 本章のまとめ	163
終章 おわりに	165
初出一覧	168
参考文献一覧	169

序章 はじめに

第1節 刑法学における伝統的な解釈手法と中止犯における「裏返し論」

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。例えば、正当防衛論や共犯論において、各成立要件をどのように解釈すべきか、あるいは、一定の事例状況でその成立を認めるべきかといった各論的問題に対する回答を導くために、総論的問題としてその正当化根拠や処罰根拠を明らかなとするという解釈手法がとられてきた。これに対して、中止犯論においては、各論的問題を解決する手法として、これとは異なる解釈手法が採用されている。

中止犯についても、伝統的には、総論的問題としてその法的性格を論じ、そこから中止犯の各論的問題に取り組むという解釈手法がとられてきたが、それとは対照的に、中止犯規定を違法性および責任から独立した政策的な規定と理解することを前提に、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主張され、近時さらに支持を拡大している¹。すなわち、「中止とは、犯罪が既遂に達することを防止する意思で、防止するに足りる行為をなし、その結果防止されたことをいう。これを『防止』を結果とする一つの構成要件——いわば逆の方向に向った——になぞらえることができる²」。そして、このように「中止犯を『裏返し（逆向き）構成要件』と解することから、客観的には、中止行為、中止結果、両者の間の因果関係が必要であること、主観的には、中止行為の任意性と中止故意が必要であること、を導くことができる³」とされている。ここでは、犯罪行為を裏返したものとして中止犯を理解することで、犯罪の成否を検討する際に取り上げられる要素が、中止犯の成否を検討する際にも裏返した形で取り上げられることが明らかにされている。

裏返し論の論者が、裏返し論は従来の違法・責任減少説に該当するものであるとし⁴、他方で、法律説の論者が、裏返し論は中止犯の理論化に大きく貢献したと評しているように⁵、事実的な現象としてみれば、中止犯が犯罪の裏返しであるということについては両者の間で一致がみられる⁶。このように、裏返し論は、中止犯論において、法的性格論から成立要

¹ 平野龍一『犯罪論の諸問題（上）総論』（有斐閣、1981年）146頁、塩見淳「中止行為の構造」『中山研一先生古稀祝賀論文集（第3巻）』（成文堂、1997年）247頁以下、山口厚『問題探究刑法総論』（有斐閣、1998年）225頁、佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』（有斐閣、2013年）358～359頁、井田良『講義刑法学・総論〔第2版〕』（有斐閣、2018年）465頁など。

² 平野・前掲注(1)146頁。

³ 佐伯（仁）・前掲注(1)359頁。

⁴ 山口厚『刑法総論〔第3版〕』（有斐閣、2016年）295頁。

⁵ 松原芳博『刑法総論〔第2版〕』（日本評論社、2017年）343頁。

⁶ 両者の違いは、犯罪の成否を検討する際に問題となる要素が、裏返した形で中止犯の成

件を演繹的に導いてきた法律説の伝統的手法とは異なる形で、中止犯の成立要件を明らかにする解釈手法として、一定の地位が認められている。こうした裏返し論の手法を中止犯論以外の問題領域に適用するという試みはこれまでほとんど行われてこなかったが⁷、犯罪ないし構成要件の裏返しと把握される問題領域については、裏返し論の観点から、表から裏へ、さらには、裏から表へ解釈を応用することが可能であろう。

第2節 「裏返し論」に基づく違法性阻却・減少事由の分析

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⁸、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。こうしたアプローチは、一見、突飛なものに思われるかもしれないが、構成要件を少なくとも違法類型であるとする通説的見解⁹に従えば、違法性を積極的に基礎づける構成要件段階を裏返ししたものがまさに違法性阻却・減少を問題とする違法性（阻却）段階であるといえ、また、違法性阻却・減少事由をめぐる従来の議論を見てみると、そこでは、こうした裏返し論の考え方が見え隠れしていたということができる。

例えば、正当防衛における防衛の意思の要否に関して、結果無価値論の立場からは、故意が違法性に影響を与えないのと同様に、防衛の意思も違法性に影響を与えないことから、正当防衛の成立に防衛の意思は不要とされるのに対して、行為無価値論の立場からは、故意も違法性に影響を与えるのと同様に、防衛の意思も違法性に影響を与えることから、正当防衛の成立には防衛の意思が必要とされているように¹⁰、ここでは、主観的要素が違法性を基礎づけるか否かという点が、違法性阻却の場面に裏返しの形で応用されている。さらに、「先行事実と後行事実のあいだに刑法上の因果関係が肯定されるためには、単なる条件関係の

否の検討の際にも問題となるということの他に、法的性質の裏返し、つまり、違法性と責任によって基礎づけられる犯罪の裏返しとして、中止犯に違法性や責任を減少させる性質を認めるか否かという点にあることになる。この点については、仲道祐樹「中止犯——2つの裏返し、2つの考察法」高橋則夫ほか『理論刑法学入門——刑法理論の味わい方』（日本評論社、2014年）145～146頁参照。

⁷ 「『法益（の保護）』と『その放棄＝同意』とは『一対一の対応関係』にあ」ることから、「被害者の同意」論を裏返し論の手法により検討するものとして、杉本一敏『真意説』の真意を問う——『被害者の同意』のオセロ的理解から帰属的理解へ」高橋則夫ほか『理論刑法学入門——刑法理論の味わい方』（日本評論社、2014年）129頁以下。

⁸ 橋爪隆『正当防衛論の基礎』（有斐閣、2007年）14頁は、「違法性阻却が『違法性』が欠如することの判断であり、それが違法性判断の裏返しの関係にある」とする。

⁹ 団藤重光『刑法綱要総論〔第3版〕』（創文社、1990年）125頁、大塚仁『刑法概説（総論）〔第4版〕』（有斐閣、2008年）122頁、西田典之『刑法総論〔第2版〕』（弘文堂、2010年）70頁、山口・前掲注(4)30頁、高橋則夫『刑法総論〔第4版〕』（成文堂、2018年）91頁、井田・前掲注(1)98～99頁など。

¹⁰ 松原芳博「偶然防衛をめぐる諸論点」『日高義博先生古稀祝賀論文集（上巻）』（成文堂、2018年）90～91頁参照。

ほかに、……相当性の存在が必要なのである。ここに、相当性判断の対象となる後行事实は、行為者にとっての有利不利を問わないものと解するのが自然であろう。そうとすれば、防衛の結果が相当性の範囲外に立つかぎり、これを行為者の利益に援用することも当然否認されなければなるまい¹¹⁾として、違法性（阻却）段階において、構成要件段階における因果関係判断と同様の判断が行われ得ることも指摘されており、これによれば、偶然防衛の場合のように、防衛行為と防衛効果との間の相当因果関係が否定される場合には、正当化が否定され得る。

このように、裏返し論的観点から違法性阻却・減少事由について考察するという手法は、意識的にせよ無意識的にせよ、従来から展開されており、そこでは、一定の説得力があると認められてきたといえよう。もっとも、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）段階に応用するという試みは、これまで行われてこなかった。このように違法性阻却・減少事由についてより徹底した裏返し論的考察を行うことで、これまで意識されてこなかった、違法性阻却・減少事由の解釈にとって有益な視座を獲得することができるように思われる。

第3節 本稿の目的と構成

第1款 本稿の目的——違法性阻却・減少事由の結果帰属論的考察——

現在、法益侵害結果またはその危険（以下、「結果無価値」とする。）を生じさせた点に違法性の中核があるということについては、行為者が法益侵害を生じさせた点に違法性の本質を見出す結果無価値論¹²⁾の論者だけでなく、行為者が社会倫理規範ないし行為規範に違反した点も考慮する（二元的）行為無価値論の論者¹³⁾によっても承認されており、それに伴って、法益侵害という「結果」とそれとの「因果性」という観点から犯罪の成否を検討することが不可欠とされている。そうだとすれば、その裏返しである違法性阻却・減少事由も「結果」および「因果性」の観点から分析することが不可欠ではないだろうか。すなわち、法益

¹¹⁾ 小暮得雄「正当防衛」日本刑法学会編『刑法講座（第2巻）』（有斐閣、1963年）142頁。また、西村克彦「いわゆる『偶然防衛』について」判例時報824号（1976年）5頁、平川宗信「正当防衛論」芝原邦爾ほか編『刑法理論の現代的展開——総論I』（日本評論社、1988年）138頁、内山良雄「偶然防衛における法益保全結果の帰属と違法減少」獨協法学86号（2012年）31頁も参照。

¹²⁾ 例えば、佐伯千仞『四訂刑法講義（総論）』（有斐閣、1981年）175頁、平野龍一『刑法総論I』（有斐閣、1972年）51頁、内藤謙『刑法講義総論（上）』（有斐閣、1983年）107頁、中山研一『刑法総論』（成文堂、1982年）225頁以下、曾根威彦『刑法原論』（成文堂、2016年）170～171頁、西田・前掲注(9)127頁以下、山口・前掲注(4)105頁など。

¹³⁾ 西原春夫『刑法総論（上巻）〔改訂版〕』（成文堂、1988年）127頁、大塚・前掲注(9)356頁、佐久間修『刑法総論』（成文堂、2009年）170～171頁、福田平『全訂刑法総論〔第5版〕』（有斐閣、2011年）144頁、川端博『刑法総論講義〔第3版〕』（成文堂、2013年）301頁、大谷實『刑法講義総論〔新版第4版〕』（成文堂、2012年）237頁、井田・前掲注(1)87頁など。

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」として考察されなければならない。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、構成要件段階において展開されてきた「結果」の同定手法や「因果性」に着目した解釈手法を違法性（阻却）段階に応用することで、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。

もっとも、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。しかし、こうした考察方法に基づいて違法性阻却・減少事由をめぐる個別的な問題を検討することで、これらの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、そのことからいけば帰納的に、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。前述のように、違法性阻却・減少事由の総論的問題としては、従来、その正当化根拠のみが取り上げられてきたが、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は、正当化根拠論と並んで、あるいはそれを補完するものとして、違法性阻却・減少事由について検討を加える際の総論的観点を形成し得るものであると思われる。

こうした問題意識から、本稿は、法益侵害（結果無価値）に基づいて違法性を積極的に基礎づける構成要件段階の裏返しとして違法性（阻却）段階を把握し、違法性阻却・減少事由を、法益の保全（結果有価値）という結果の因果的帰属が問題となる結果帰属行為として考察することで、構成要件段階において展開されてきた「結果」の同定手法や「因果性」に着目した検討手法を違法性阻却・減少事由が問題となる場面に応用し、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2款 本稿の構成

本稿においては、まず、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。

第1章では、こうしたドイツにおける議論、とりわけ、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を参考に、日本の多数説を理論的に基礎づけることを通じて、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」として把握されることを明らかにする。

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。

次に、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、共犯の成立要件として「正犯が違法であること」が要求されており、「正犯が違法でなければ共犯も違法でない」という観点から、例えば、正犯者に違法性阻却事由が認められる場合には、それに関与した者も共犯としては処罰されないと理解されてきた。こうした違法性の連帯性は、多くの論者にとって当然の前提として理解されてきた節があるが、その理論的根拠を明らかにするという試みは行われてこなかった。

そこで、第3章では、従来の見解が違法性の連帯性を認める際に依拠してきた根拠を分析し、それを批判的に検討したうえで、違法性（阻却）段階を構成要件段階の裏返しと捉える本稿の立場から、結果有価値という違法性（阻却）段階における「結果」とそれとの間の

「因果性」という観点から違法性の連帯性が理論的に基礎づけられることを明らかにする。また、第4章においては、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ことで、第3章で示した私見の正当性をより明らかにする。

最後に、第1章から第4章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。

前述したように、「犯罪を中止した」、つまり、先行する未遂行為によって生じさせた危険を自ら消滅させるという点に中止犯の本質的特徴があるとすれば、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、第5章では、「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。

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

第1節 はじめに

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、つまり、防衛「結果」が生じた事例が念頭に置かれる。しかし、現実には、防衛行為は常に成功するわけではなく、急迫不正の侵害に対して正当防衛行為を行ったにもかかわらず、最終的には侵害を阻止することができなかったということが起こり得る。それは、例えば、屈強な攻撃者に殴打されそうになり、非力な被攻撃者がこれに対する防衛行為として殴打行為を行ったが、力が及ばなかったために攻撃を阻止することができず、最終的に殴打されてしまったという場合である。これがいわゆる「失敗した正当防衛」の問題であり、ここでは、最終的に侵害を阻止したという防衛「結果」が正当防衛の客観的成立要件として要求されるか否かが問題とされている。

違法性（阻却）段階において、このように「結果」に焦点が当てられることは珍しく、その点で、違法性（阻却）段階における「結果」とは何かを明らかにするに当たっては、失敗した正当防衛をめぐる議論が有力な手がかりとなるということが出来る。そこで、本章では、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」がいかにかに把握され得るかについて考察を行う。

もっとも、失敗した正当防衛をめぐることは、これを主題として取り扱った先行研究が存在せず、主に一部の基本書・体系書等で一論点として言及されるにとどまっており、議論状況が十分に周知されているとはいえない。そこで、まず、失敗した正当防衛をめぐる日本の議論状況を概観することから始める。

第2節 失敗した正当防衛をめぐる議論状況

第1款 最終的な侵害の阻止を要求する見解

失敗した正当防衛に関して主張されている見解として、まず、侵害の阻止という防衛効果の発生を正当防衛の客観的成立要件とし、失敗した正当防衛の場合に正当防衛の成立を否定する見解を挙げることができる。

この見解は、法益侵害結果またはその危険によって違法性が基礎づけられるとする結果無価値論の立場から、正当防衛、ひいては違法性阻却一般についてその正当化根拠を、当該構成要件該当行為によって侵害された利益を上回る利益が保護されたことに求める優越的利益原則に基づいて主張されている。すなわち、被攻撃者の法益の要保護性を守ったという優越的利益原則に正当防衛に基づく違法性阻却の根拠を求める立場からするならば、正当防衛の成立には、防衛結果（防衛効果）、つまり、危殆化されている利益を結果的に守ることが必要となるため、例えば、Bがナイフを持ったAに襲い掛かれたので、BがAに向かって石を投げたところ、狙いがはずれて、Aの横にいたCに石が当たってしまい、防衛に失敗した場合のBの行為や、AがBを撃ち殺そうとしているのを見て、CがBを救

助するために、A を撃ち殺したが、一瞬遅く B も A によって撃ち殺されてしまったという場合の C の行為からは、防衛効果が生じていないため、それぞれの行為について正当防衛は認められず¹、防衛効果があるものと思って行為した限りで、誤想防衛が成立するにすぎないとする²。

失敗した正当防衛と、侵害の阻止に成功した典型的な正当防衛を対比すると、正当防衛の成立を認めるためには上記見解のように侵害を阻止したことが要求されなければならないように見え、さらに、正当防衛の正当化根拠を優越的利益原則に求める場合には、そうした帰結により至りやすいように見えるため³、こうした見解は、一見したところ、妥当な見解であるように思われるかもしれない。しかし、この見解に対しては多数の批判が向けられている。

まず、正当防衛の客観的成立要件として防衛効果が生じたことを厳格に要求することで、防衛行為に出たがそれが逸れてしまったために防衛効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」）を違法とすることそれ自体が妥当でなく、さらに、こうした解釈によると、防衛行為を完遂できなかった正当防衛の「着手未遂」も未だ防衛効果を生じさせていないという理由で違法と評価することになるという点で不当である、ということが指摘されている⁴。また、より具体的な実際上の問題として、反撃が逸れた場合に違法となるとすれば、失敗して違法と評価されることを恐れて正当防衛に出ることを委縮させてしまうこと⁵、攻撃を受けた者に正当防衛が認められず、その行為が違法であるとする、これに対する正当防衛を許容することとなり、急迫不正の侵害を受けた者に正当防衛を認めるという制度自体の趣旨が没却されてしまうこと⁶、攻撃者の観点からは、阻止困難な

¹ 山本輝之「優越利益の原理からの根拠づけと正当防衛の限界」刑法雑誌 35 巻 2 号（1996 年）211 頁。また、大越義久『刑法総論〔第 5 版〕』（有斐閣、2012 年）80 頁も、「『防衛するため』というためには、まず、防衛行為が客観的に防衛の効果をもつものでなければならない」とし、こうした観点から、本文中で掲げる事例につき、正当防衛の成立を否定している。

² 山本・前掲注(1)212 頁。さらに、こうした事例の多くでは、誤信したことについての過失も認められないため不可罰になるとする。これに対して、松原芳博『刑法総論〔第 2 版〕』（日本評論社、2017 年）は、「防衛に失敗するかもしれないと思っていた場合には未必の故意による犯罪の成立の可能性が残ってしまう」（163 頁）が、「未必の故意を否定しえなくても、行為時に防衛に出るほかない状況である限り、適法行為の期待可能性が否定されると考えられる」（163 頁注(40)）とする。

³ 山中敬一『刑法総論〔第 3 版〕』（成文堂、2015 年）505 頁。

⁴ 曾根威彦『『偶然防衛』再論——自己のための偶然防衛を中心として——』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）73 頁〔同『刑事違法論の研究』（成文堂、1998 年）173 頁以下所収〕、伊東研祐『刑法講義総論』（日本評論社、2010 年）188 頁、高橋則夫『刑法総論〔第 4 版〕』（成文堂、2018 年）293 頁。

⁵ 林幹人『刑法総論〔第 2 版〕』（東京大学出版会、2008 年）194 頁、今井猛嘉ほか『刑法総論〔第 2 版〕』（有斐閣、2012 年）206 頁〔橋爪隆〕、山中・前掲注(3)505 頁。

⁶ 山口厚『問題探究刑法総論』（有斐閣、1998 年）72 頁、葛原力三ほか『テキストブック刑法総論』（有斐閣、2009 年）134 頁〔橋田久〕、伊東・前掲注(4)188 頁、高橋・前掲注

攻撃を加えた者ほど正当防衛による対抗を受けにくくなり⁷、防衛者の観点からは、弱者ほど防衛が許されないことになるという点で不合理であること⁸が指摘されている。

こうした指摘は正当なものであり、これを踏まえると、正当防衛の客観的成立要件として侵害を阻止したという意味での防衛効果を要求することはできないであろう。そのため、他の大多数の見解は、正当防衛の実行未遂としての失敗した正当防衛も正当防衛の着手未遂も正当化されなければならないことを前提に、それがいかなる観点から正当化され、あるいは、いかなる基準によって正当化されるかについて議論を展開している。

第2款 正当防衛の正当化根拠を優越的利益原則以外に求める見解からの解決

正当防衛の正当化根拠を優越的利益原則に求めるために正当防衛の未遂を違法と評価する上記のような見解が導かれてしまうのだとすれば、正当防衛の正当化根拠を優越的利益原則とは異なる観点に求めることで、正当防衛の未遂が正当化されることを説明するという方法が考えられる。

そこで主張されているのが、正当防衛の場面では防衛に必要な限りで攻撃者の法益の要保護性が欠如しているという点に正当防衛の正当化根拠を求めることで、失敗した正当防衛が正当化されることを説明できるとする見解である。この見解は、正当防衛において「防衛に必要な限度で攻撃者の法益の要保護性が否定されていると解すれば、防衛に失敗した場合にも、違法でないことを容易に説明することができる⁹」とする。確かに、こうした見解によれば、急迫不正の侵害を行ったことを理由に要保護性が欠如する攻撃者に対する攻撃は、防衛に必要な限度でそもそも法益侵害とみなされないため、失敗した正当防衛も、攻撃の阻止の有無にかかわらず違法と評価されないということになり、正当防衛の客観的成立要件として侵害の阻止は要求されないことになるだろう。

しかし、正当防衛の正当化根拠が攻撃者の要保護性の欠如に求められるとすれば¹⁰、防衛

(4)293頁、曾根威彦『刑法原論』（成文堂、2016年）203頁。

⁷ 鈴木左斗志「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）59頁。

⁸ 橋田・前掲注(6)133頁（具体例として、女性が強姦犯人に対して抵抗したが結局は力及ばなかった場合を挙げている）、松宮孝明『刑法総論講義〔第5版補訂版〕』（成文堂、2018年）144頁。さらに、曾根・前掲注(6)203頁注(77)は、「防衛行為が強者（投石名人）の行為か弱者（投石技量の劣る者）の行為かによって、正義（正当防衛）と不正（違法）のレッテルを貼り分けるべきではない」とする。

⁹ 佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』（有斐閣、2013年）149頁。

¹⁰ 例えば、平野龍一『刑法総論Ⅱ』（有斐閣、1975年）228頁、高山佳奈子「正当防衛論（上）」法学教室267号（2002年）83頁、林・前掲注(5)187頁、西田典之『刑法総論〔第2版〕』（弘文堂、2010年）154頁。また、松宮・前掲注(8)137頁は、「正当防衛の『権利＝法』防衛的性格ゆえに防衛に必要な限度で侵害者の利益保護を否定する原理」を法確証の原理と位置づけている。さらに、山口厚『刑法総論〔第3版〕』（有斐閣、2016年）119頁注(6)も参照。

行為はそもそも法益侵害を惹起していないということになり¹¹、犯罪体系論上、正当防衛が成立する場合には当該防衛行為の構成要件該当性が否定されることになるが、正当防衛を違法性（阻却）段階の問題であるとしてきた通説的理解からは、正当防衛を構成要件段階の問題と位置づけることには疑問がある。また、この見解も、違法な攻撃に対するあらゆる防衛行為を許容するわけではなく、「防衛に必要な限度」でこれを許容するにすぎないが、攻撃者の法益の要保護性が失われることになる実質的根拠が具体的に明らかにされておらず¹²、それゆえに、「防衛に必要な限度」を判断する際の手がかりも十分に示されていない。

このように、正当防衛の正当化根拠を攻撃者の法益の要保護性の欠如に求める解釈には疑問があるため、通説は、論者によって防衛者側の優越性をいかなる観点から説明するかについて見解が分かれてはいるものの、正当防衛行為によって少なくとも被侵害者の法益が守られたことを考慮する優越的利益原則を正当防衛の正当化根拠としている¹³。こうした議論状況に鑑みれば、失敗した正当防衛の問題も、優越的利益原則の観点から説明するのが適切であるように思われる。

第3款 攻撃の弱体化・遅延または防衛効果が生じた可能性に着目する見解

実際に、失敗した正当防衛に関連する数少ない文献においては、失敗した正当防衛の問題を優越的利益原則と親和的な観点から説明する見解が主張されている。すなわち、被侵害者の法益の保護という観点に着目し、侵害の阻止という厳格な意味での防衛結果よりも「緩和された」一定の防衛結果を要求する見解が多数説となっているとすることができる。具体的には、防衛行為により急迫不正の侵害の程度を弱め、あるいは、それを遅らせたという事情が認められる場合には正当防衛の成立が認められるとする見解¹⁴や、侵害の阻止という厳格

¹¹ 橋爪隆『正当防衛論の基礎』（有斐閣、2007年）20頁。また、被攻撃者の法益が守られたという観点がどのように取り扱われることになるかについて、正当防衛の正当化根拠を攻撃者の要保護性の欠如に求める立場からは十分に説明がなされていないが、こうした考え方を採用すると、過剰防衛の場合、攻撃者の要保護性の欠如に相応して構成要件段階での違法評価が減殺されるだけでなく、違法性（阻却）段階における正当化原理として例えば優越的利益原則を承認する場合には、違法性（阻却）段階で防衛者が被侵害者の法益を守ったという事情を考慮せざるを得ないだろう。そうすると、こうした構成要件段階での違法減少と違法性（阻却）段階における利益実現を併せると、過剰防衛として違法となお評価されるべき場合がほとんど残されず、正当化を認める範囲が過度に拡張してしまうが、そうした解釈には疑問が残る。

¹² 橋爪・前掲注(11)19頁。また、この点に関する詳細な検討については、松原・前掲注(2)148頁も参照。

¹³ 内藤謙『刑法講義総論（中）』（有斐閣、1986年）331頁、浅田和茂『刑法総論〔補正版〕』（成文堂、2007年）219頁、橋爪・前掲注(11)72頁、大谷實『刑法講義総論〔新版第4版〕』（成文堂、2012年）273頁、川端博『刑法総論講義〔第3版〕』（成文堂、2013年）352頁、山中・前掲注(3)480～481頁、曾根・前掲注(6)186～187頁、松原・前掲注(2)150～151頁、高橋・前掲注(4)275頁など。

¹⁴ 橋田・前掲注(6)133頁、小林憲太郎『刑法総論』（新世社、2014年）50頁、山中・前掲注(3)504頁。また、山口・前掲注(6)72頁、橋爪・前掲注(5)206頁、鈴木・前掲注(7)59

な意味での防衛結果が生じていない場合であっても、そうした防衛結果が生じた「可能性」が存在すれば正当防衛の成立を認めてよいとする見解¹⁵が主張されている。

このように攻撃の程度の弱体化ないし攻撃の遅延を正当防衛の客観的成立要件とする場合、正当防衛行為によって結果的に侵害を阻止することができなかつた場合であっても、ほとんどの場合で、防衛行為を行いさえすれば攻撃の程度を弱め、あるいは、攻撃を遅らせたといった事情が認められるであろうし、さらに、攻撃を阻止する「可能性」でもよいとすれば、よりいっそう正当化を認めることができる範囲が広がり、失敗した正当防衛のほとんどの事例で正当化が認められるだろう。そのため、失敗した正当防衛の正当化が否定される場合というのは、攻撃を阻止する可能性が全く認められないごく一部の事例、例えば、「侵害者に認識されずに、侵害に利用されてもいないその所有物を密かに破壊する行為¹⁶」や時限爆弾を仕掛けた犯人を射殺する行為（ただし、それによって時限装置の停止が可能となるといった事情でもない場合¹⁷）に限られることになる。こうした見解を採用する場合、侵害の完全な阻止を要求し、失敗した正当防衛について正当化を認めない先述の見解に向けられた批判は問題とならず、さらに、侵害の阻止のために全く役に立たない防衛行為が行われた上記事例について正当化が否定されるという点ではむしろ適切な帰結が導かれるといえる。したがって、こうした多数説の理解は基本的に妥当なものであると思われる。

第4款 防衛結果の緩やかな把握を可能とする理論的根拠

しかし、問題となるのは、優越的利益原則と矛盾しない形でこうした理解を採用することができるのかという点である。すなわち、正当防衛の正当化根拠を優越的利益原則に求める従来の見解は、前述のように、被侵害者の法益が保護されたこと、つまり、侵害を阻止した

頁も参照。さらに、橋爪は、「被侵害者を保護するために、侵害者に対する法益侵害が一定の範囲で正当化されるのであれば、いわば『大は小を兼ねる』として、その範囲に包摂される法益侵害ないしその危険についても、正当防衛として正当化されるという考え方もあり得る」とするが、攻撃の阻止という防衛結果が生じていない場面を問題とする失敗した正当防衛の文脈において、そうした考え方がいかなる観点から基礎づけられるのかは明らかでない。

¹⁵ 林幹人「判批」平野龍一ほか編『刑法判例百選 I 総論〔第3版〕』（有斐閣、1991年）54頁、山口・前掲注(10)132頁、曾根・前掲注(6)203頁、松宮・前掲注(8)144頁。また、西田・前掲注(10)169頁も、反撃行為により攻撃をやめる可能性があれば防衛行為が認められるとする。さらに、松原・前掲注(2)163～164頁は、AがBをナイフで襲うのを目撃したXが、Bを守るためAに向けて発砲したが命中せず、BはAに殺害されてしまった場合には、Bの生命・身体を保全する可能性があったことを理由に正当化が認められるとする一方で、XがAからの暴行を防ぐためにAを殴打したが、Aに組み伏せられて傷害を負わされたという場合には、防衛の失敗は攻撃を続けたAに帰属されることから、Aが攻撃を続けなかった場合に達成されたはずの権利防衛によって防衛行為の正当化を基礎づけようとする。もっとも、ここで、後者の場合に、実現されていない防衛効果を根拠に正当化が認められるとすることについては疑問が残る。

¹⁶ 山口・前掲注(10)132頁。

¹⁷ 松原・前掲注(2)162頁。

ことを前提に展開されてきたのであって、優越的利益原則の立場から、正当防衛の客観的成立要件として攻撃の程度の弱体化ないし攻撃の遅延、あるいは、攻撃を阻止した可能性で十分であるとする根拠は必ずしも明らかではない。多数説の論者らは、侵害の阻止という厳格な防衛結果を要求することには実際上の問題があることを踏まえて、正当防衛の成立要件を緩和せざるを得ないという形でいわば消極的に要件を緩和しているにすぎず、その主張は必ずしも積極的に論証されているわけではない。この点に言及する文献がほとんど存在しないことにも示されるように、失敗した正当防衛の正当化を正当防衛の正当化根拠論、ひいては違法性阻却の一般原理である優越的利益原理と矛盾しない形で説明することは困難であると考えられてきたといえ、この点に、失敗した正当防衛が議論の俎上に載せられてこなかった理由が存在するように思われる。

しかし、多数説の見解を妥当なものとして位置づけるためには、それを理論的に基礎づける作業が不可欠である。また、正当防衛の成立を認めるためには攻撃の程度の弱体化ないし攻撃の遅延、あるいは、侵害を阻止した可能性で十分であるとしても、どの程度の弱体化ないし遅延、または侵害を阻止した可能性が必要となるかは別途検討されなければならない。さらに、このように正当防衛の成立のために必要となる防衛結果の内容を緩和する見解に対しては批判も向けられており、こうした見解を採用するためにはそうした批判にも応える必要があるだろう。

第5款 手がかりとしてのドイツにおける議論

しかし、失敗した正当防衛に言及する日本の文献は非常に限られているため、これを手がかりとするだけでは、上記の問題を十分に検討することはできない。そこで、参考となるのが失敗した正当防衛をめぐるドイツにおける議論である。ドイツにおいても、従来、失敗した正当防衛（*erfolglose Notwehr*）に関する研究は行われていなかったが、*Günter Warda* による研究¹⁸を端緒として研究が進められ¹⁹、現在では基本書やコンメンタール等において、共通の問題設定が行われるに至っている。

まず、ドイツ刑法 32 条 1 項は、「正当防衛によって要請される（*geboten*）行為を行った者は、違法に行為をしたものではない」と規定し、2 項において、「現在の違法な攻撃から自己又は他の者を回避させるのに必要な（*erforderlich*）防衛」が正当防衛であると定義している²⁰。これに応じて、一般に、「攻撃」の「現在性」および「違法性」、防衛の「必要性（*Erforderlichkeit*）」および「被要請性（*Gebotenheit*）」²¹を中核として、正当防衛の成否

¹⁸ *Günter Warda, Die Eignung der Verteidigung als Rechtfertigungselement bei der Notwehr (§§32 StGB, 227 BGB), Jura 1990, S. 344ff., 393ff.*

¹⁹ 失敗した正当防衛を主題として論じるものとして、*Heiner Alwart, Zum Begriff der Notwehr, JuS 1996, S. 953ff.*; *Wolfgang Joecks, Erfolglose Notwehr, in: Festschrift für Gerald Grünwald, 1999, S. 251ff.*

²⁰ 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。

²¹ 必要性和被要請性は言葉のうえでは類似するものであるが、解釈上は厳格に区別されて

が論じられている。その中でも、失敗した正当防衛が関係するのは防衛行為の「必要性」である。すなわち、防衛行為の「必要性」が認められるためには、当該防衛が攻撃の阻止（防衛結果の実現）のために適格なもの（geeignet）であり（「適格性（Geeignetheit, Eignung）」）、かつ、同様の効果のある手段の中から最も害の小さい手段を選択しなければならない（最小手段性²²）とされ、とりわけ、正当防衛が失敗した場合には、防衛の「適格性」が認められるかが問題となるとされている。

こうした防衛行為の適格性を認めるために侵害の阻止という意味での厳格な防衛結果、つまり、攻撃を即時かつ終局的に、そして確実に阻止する最適な（optimal）防衛行為は必要ではないとされ²³、日本と同様に、攻撃を妨害することでそれを遅延させ、あるいは、その程度を弱体化し、さらには、攻撃を阻止する可能性しかない場合であっても正当防衛の成立にとっては十分であるとする見解が通説となっている²⁴。また、正当防衛の正当化根拠についても、個人法益の保護の観点と法確証の利益の観点から二元的に（dualistisch）構成する見解が通説となっており²⁵、日本の通説的理解と概ね一致しているといつてよい。このよ

いる。すなわち、必要性においては、攻撃によって侵害され得た被侵害者の法益と防衛行為によって侵害された攻撃者の法益との間の利益衡量（比例性）は問題とならず、これは、正当防衛を「社会倫理的に制限する」被要請性の領域で考慮される事項であるとされている（*Claus Roxin*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Bd. I, 4. Aufl., 2006, §15 Rn. 47, 49

（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）を参照した）；*Volker Krey/Robert Esser*, *Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil*, 6. Aufl., 2016, Rn. 506; vgl. auch *Friedrich-Wilhelm Krause*, *Zur Problematik der Notwehr*, in: *Festschrift für Hans-Jürgen Bruns*, 1978, S. 80; *Urs Kindhäuser*, in: *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 1, 5. Aufl., 2017, §32 Rn. 89).

²² これは、攻撃者を寛大に取り扱うために不確実な防衛手段をとることを防衛者に義務づけるということを意味しない（*René Sengbusch*, *Die Subsidiarität der Notwehr*, 2008, S. 187）。さらに、攻撃の回避可能性（逃走可能性）もここでは考慮されず、被要請性の領域で例外的に考慮され得るにすぎない（*Roxin*, a. a. O. (Anm. 21), §15 Rn. 49; *Krey/Esser*, a. a. O. (Anm. 21), Rn. 507; vgl. auch *Patrick Stemler*, *Die Notwehr*, *ZJS* 2010, S. 350）。

²³ *Irene Sternberg-Lieben*, *Voraussetzungen der Notwehr*, *JA* 1996, S. 307; *Roman Lauth*, *Antizipierte Notwehr*, 2004, S. 85; *Krey/Esser*, a. a. O. (Anm. 21), Rn. 508; *Kristian Kühl*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 8. Aufl., 2017, §7 Rn. 94.

²⁴ *Günther Jakobs*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2. Aufl., 1991, §12 Rn. 34; *Roxin*, a. a. O. (Anm. 21), §15 Rn. 42; *Thomas Rönnau/Kristian Hohn*, in: *Strafgesetzbuch*, *Leipziger Kommentar*, Bd. 2, 12. Aufl., 2006, §32 Rn. 171; *Armin Engländer*, in: *Matt/Renzikowski*, *Strafgesetzbuch*, *Kommentar*, 2013, §32 Rn. 25; *Walter Perron*, in: *Schönke/Schröder*, *Strafgesetzbuch*, *Kommentar*, 29. Aufl., 2014, §32 Rn. 34; *Henning Rosenau*, in: *Satzger/Schluckebier/Widmaier*, *Strafgesetzbuch*, *Kommentar*, 3. Aufl., 2016, §32 Rn. 23; *Kühl*, a. a. O. (Anm. 23), §7 Rn. 95f.; *Thomas Fischer*, *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen*, 66. Aufl., 2019, §32 Rn. 28f.; *Johannes Wessels/Werner Beulke/Helmut Satzger*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 48. Aufl., 2018, Rn. 499; *Rudolf Rengier*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 10. Aufl., 2018, §18 Rn. 33.

²⁵ Vgl. *Hans-Heinrich Jescheck/Thomas Weigend*, *Lehrbuch des Strafrechts*,

うに前提を同じくするドイツにおける議論は参照可能であり、そこで蓄積された議論を参照することは、失敗した正当防衛に関する日本の多数説を理論的に基礎づけるにあたり有益な視点をもたらすだろう。

そこで、以下では、ドイツにおける失敗した正当防衛をめぐる議論を参照しながら、攻撃の程度の弱体化または攻撃の遅延、あるいは、防衛結果が生じた可能性に基づいて失敗した正当防衛の正当化を認める多数説の理論的根拠および正当化の基準の明確化を試みる。具体的な検討を行うにあたっては、まず、攻撃に対して実際に影響を与えた場合、つまり、攻撃の程度の弱体化や攻撃の遅延を理由とする正当化について検討を加えよう(第3節)、次に、攻撃に対するそのような影響は認められないが、攻撃を阻止する可能性があった場合にそれを理由として正当化を認めるアプローチについて検討を加える(第4節)。そして、最後に、防衛結果が生じた可能性を理由とする正当化構想に対して向けられている批判を検討することで、こうした正当化構想をより具体化することを試みる(第5節)。

第3節 攻撃の程度の弱体化または攻撃の遅延に基づく正当化

第1款 正当防衛に固有の正当化根拠を持ち出す見解

攻撃を完全に阻止した場合に正当防衛の成立が認められることには疑いないが、攻撃の程度を弱め、あるいは、攻撃を遅らせたにすぎない場合であっても、攻撃を完全に阻止した場合と同様に正当化が認められる根拠はどこに求められるだろうか。この点については、まず、ドイツにおいて、正当防衛に固有の正当化根拠を手がかりに、攻撃の程度の弱体化や攻撃の遅延まで含む形で防衛結果を緩やかに把握しうることを基礎づける見解が主張されている。

この見解によれば、一方で、攻撃の程度の弱体化が認められるのは、例えば、防衛行為によって死亡結果を避けることができたが傷害を負ったという場合や、財物の一部を盗まれずに済んだという場合であり、こうした場合には、侵害を完全には阻止することができなかったとしても正当化を認めることができるが、その根拠は、正当防衛をまずもって基礎づける個人法益保護の観点に求められる。すなわち、この場合、一部ではあるとしても被侵害者の法益が保護されたといえるため、正当化を認めることができるとされている²⁶。他方で、攻撃の遅延が認められるのは、例えば、防衛行為によって相手をひるませることでその瞬間に殴打されることはなかったが、態勢を整えた攻撃者に結局殴打されてしまったという場合であり、こうした場合には、被攻撃者の法益が最終的には保護されなかったとしても正当

Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 1996, S. 337 (訳出に際しては、西原春夫監訳・イエシエック＝ヴァイгент『ドイツ刑法総論〔第5版〕』(成文堂、1999年)を参照した)；Roxin, a. a. O. (Anm. 21), §15 Rn. 3；Krey/Esser, a. a. O. (Anm. 21), Rn. 470；Kühl, a. a. O. (Anm. 23), §7 Rn. 6ff.；Uwe Murmann, Grundkurs Strafrecht, 4. Aufl., 2017, §25 Rn. 71；Urs Kindhäuser, Strafrecht Allgemeiner Teil, 8. Aufl., 2017, §16 Rn. 1；Rengier, a. a. O. (Anm. 24), §18 Rn. 1；Wessels/Beulke/Satzger, a. a. O. (Anm. 24), Rn. 492.

²⁶ Warda, a. a. O. (Anm. 18), S. 346；Kühl, a. a. O. (Anm. 23), §7 Rn. 95.

化を認めることができ、その根拠は、個人法益保護の観点だけでなく法確証の観点にも求められている。すなわち、防衛行為によって侵害の発生が遅くなったという点で一定の間は被害者の法益が保護されたといえ、さらに、違法な攻撃に反撃することで攻撃を妨害したという点に法確証の利益も認めることができるため、攻撃を遅延させることでも正当防衛の成立にとっては十分であるとする²⁷。

この見解は、攻撃の程度の弱体化や攻撃の遅延の場合にも、部分的にはあるが防衛結果が生じていることから個人法益の保護が実現されており、また、とりわけ攻撃の遅延の場合に、正当防衛において防衛者側の優越性を基礎づける法確証の利益も実現されていること、つまり、法確証の利益という超個人的利益の実現という観点が防衛行為の「適格性」の問題においても考慮されることを補足的に指摘することで²⁸、失敗した正当防衛の正当化を基礎づけようとするものである。こうしたアプローチは、正当防衛に固有の正当化根拠に言及するという点では適切であるが、以下の2つの点で問題があるように思われる。

第1の問題点は、個人法益の保護の観点による基礎づけに関するものである。確かに、攻撃の程度の弱体化や攻撃の遅延の場合であっても部分的な防衛結果が発生しているといえるが、ここでは、正当防衛の成立にとって攻撃の完全な阻止ではなく、部分的な阻止で十分である理由は示されていない。さらに、こうした観点からは、正当防衛の成立を認めるために、攻撃をどの程度弱め、また、攻撃をどの程度遅らせることが必要となるかについて、具体的な基準を示すことができない。こうした基礎づけを試みる論者も、個人法益の保護の観点だけでは、攻撃の程度の弱体化や攻撃の遅延であっても攻撃を完全に阻止した場合と同様に正当化を認めることが困難であると考えているからこそ、とりわけ攻撃の遅延の場合に補足的に正当防衛に固有の法確証の観点を持ち出しているのかもしれない。しかし、ここで正当防衛に固有の観点を持ち出すとすれば、第2の問題点に突き当たることになる。

第2の問題点は、法確証の利益という正当防衛に固有の正当化根拠を持ち出す点にある。すなわち、法確証の利益などの正当防衛に固有の正当化根拠に言及することではじめて、攻撃の程度の弱体化や攻撃の遅延しか認められない場合であっても正当防衛の成立を認めることができるとすれば、優越的利益原則によって基礎づけられるその他の正当化事由、例えば、(違法性阻却事由と解する限りで) 緊急避難が問題となる場面で、危険にさらされた法益が最終的に保護されなかった場合に正当化を認めることができないことになる。例えば、屈強なAに襲われそうになったXが、防衛できる見込みがなかったために隣家の生垣を壊して逃走したが、少し逃げたところでAに追いつかれて暴行を受け、結局は重症を負ってしまったという失敗した緊急避難の事例において、最終的に攻撃から逃れることができなかったことだけを理由に、被害者の器物損壊行為が緊急避難に該当せず違法となるとする

²⁷ *Warda*, a. a. O. (Anm. 18), S. 346; *Kühl*, a. a. O. (Anm. 23), §7 Rn. 96. この点につき、*Warda*は、個人法益の保護の観点から説明できないということではなく、法確証の観点を取り入れた方が説明がより説得的になるということであるとする。

²⁸ *Warda*, a. a. O. (Anm. 18), S. 347.

ことは妥当でない²⁹。この場合にも、補充性や害の均衡（生垣の破壊と傷害結果の遅延との衡量）などのその他の緊急避難の要件が満たされている限りで、正当防衛の場合と同様に、侵害を先送りにしたことを理由にして緊急避難による違法性阻却が認められなければならないだろう。こうした帰結を導くためには、正当防衛に固有の観点ではなく、より一般的な観点から、攻撃の程度の弱体化や攻撃の遅延であっても正当防衛の成立にとって十分であることを根拠づける必要があるのである。

第2款 構成要件段階の結果把握手法を違法性（阻却）段階に応用する見解

この点について有益な観点を提供するのが、*Wolfgang Joecks* である。*Joecks* は、構成要件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）段階に応用することで、攻撃の程度の弱体化や攻撃の遅延によって正当化が基礎づけられることを明らかにする。すなわち、構成要件段階において、「結果」が生じたというためには、例えば、結果発生の早期化といった結果の修正であれば十分であり、重要なのは、行為態様、時間、場所などによって特徴づけられる具体的な形態での結果であるとされているのであるから³⁰、正当防衛の必要性に関しても同様のことが妥当し、防衛行為の適格性を判断する際にも具体的な形態における結果に影響を及ぼすか否かが問題とされなければならないとする³¹。こうした考え方によれば、攻撃の程度を弱め、あるいは、攻撃を遅延させることで、具体的な形態での結果がなくなったといえれば、攻撃の完全な阻止と同様に、正当防衛の成立にとって十分な結果が生じたということが出来る。構成要件段階における「結果」を「法益客体の不良変更」と捉えるのであれば³²、違法性（阻却）段階においては「法益の危殆化状態の改善」が「結果」として把握されることになるだろう。構成要件段階で用いられている結果把握手法を応用するこうしたアプローチによれば、正当防衛に固有の観点を持ち出すことなく、攻撃の程度の弱体化や攻撃の遅延を攻撃の完全な阻止と同様に正当化を基礎づけるものとして理解することができ、そして、ドイツと同様に構成要件段階において結果を具体的な形態で把握する見解が通説となっている日本においても³³、こうした考え方を採

²⁹ 林・前掲注(5)192頁、山中・前掲注(3)510頁参照。

³⁰ Vgl. *Roxin*, a. a. O. (Anm. 21), §11 Rn. 21; *Jakobs*, a. a. O. (Anm. 24), §7 Rn. 14f.; *Kühl*, a. a. O. (Anm. 23), §4 Rn. 14f.; *Kindhäuser*, a. a. O. (Anm. 25), §10 Rn. 17; *Rengier*, a. a. O. (Anm. 24), §13 Rn. 3ff.; *Wessels/Beulke/Satzger*, a. a. O. (Anm. 24), Rn. 228.

³¹ *Joecks*, a. a. O. (Anm. 19), S. 261; vgl. auch *Roxin*, a. a. O. (Anm. 21), §15 Rn. 42.

³² Vgl. *Ingeborg Puppe*, Der Erfolg und seine kausale Erklärung im Strafrecht, ZStW 1980, S. 880; ders., in: Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 5. Aufl., 2017, Vor §13 Rn. 72ff. ドイツにおける構成要件段階の結果把握手法については、林陽一『刑法における因果関係理論』（成文堂、2000年）259頁以下、小林憲太郎『因果関係と客観的帰属』（弘文堂、2003年）23頁以下、辰井聡子『因果関係論』（有斐閣、2006年）175頁以下参照。

³³ 井田良『講義刑法学・総論〔第2版〕』（有斐閣、2018年）126～127頁、佐伯・前掲注(9)48頁、山口・前掲注(10)54頁、高橋・前掲注(4)119頁など参照。

用することは可能であろう。

この点については、構成要件段階において用いられている結果把握手法が違法性（阻却）段階においてもそのまま妥当するののかという疑問が生じるかもしれない。しかし、犯罪体系論上の位置づけは異なるもの、構成要件的结果も防衛結果も、刑法上の「結果」であることには変わらないのであるから、その判断手法については同一の方法が採用されるべきであるように思われる³⁴。また、「法益の危殆化状態の改善」を結果とする正当防衛、ひいては違法性阻却事由は、「法益客体の不良変更」を結果とする構成要件の裏返しと考えることができるのであるから、中止犯におけるいわゆる裏返し論³⁵が、中止犯規定を犯罪構成要件の裏返しと考えることで、構成要件段階において用いられている考え方を中止犯の解釈に応用することが可能であるとしているように、構成要件段階における結果把握手法を違法性（阻却）段階に応用することもまた可能であるように思われる³⁶。このようなアプローチを採用すれば、攻撃の遅延や弱体化も攻撃の完全な阻止と同様の防衛結果として把握可能となり、また、正当防衛に固有の観点からの基礎づけではなく一般的な結果把握手法を応用していることから、失敗した緊急避難においても、侵害の程度を弱体化させ、あるいは侵害を遅らせたことを理由として正当化する余地が残されることになる。

第3款 攻撃の程度の弱体化または遅延の程度と正当防衛の正当化根拠

もっとも、構成要件段階における結果把握手法を応用することで、攻撃の弱体化や攻撃の遅延も正当防衛を基礎づける防衛結果と把握できるとしても、次に問題となるのは、攻撃をどの程度弱体化ないし遅延させれば正当防衛の成立にとって十分となるのかという点である³⁷。

³⁴ 同様の発想から、構成要件段階における因果関係の理解が、違法性（阻却）段階における防衛行為と防衛結果との間の因果関係についても応用可能であるとする見解として、小暮得雄「正当防衛」日本刑法学会編『刑法講座（第2巻）』（有斐閣、1963年）141頁、西村克彦「いわゆる『偶然防衛』について」判例時報824号（1976年）5頁、平川宗信「正当防衛論」芝原邦爾ほか編『刑法理論の現代的展開——総論I』（日本評論社、1988年）138頁、内山良雄「偶然防衛における法益保全結果の帰属と違法減少」獨協法学86号（2012年）31頁。

³⁵ 平野龍一『犯罪論の諸問題（上）総論』（有斐閣、1981年）146頁、塩見淳「中止行為の構造」『中山研一先生古稀祝賀論文集（第3巻）』（成文堂、1997年）247頁以下、山口・前掲注(6)225頁、井田・前掲注(33)465頁、佐伯・前掲注(9)358～359頁など。

³⁶ 筆者は、違法性（阻却）段階における結果を「法益の保護」（結果有価値）の実現であるとするこうした発想を前提に、中止行為によって法益侵害の危険を消滅させることはまさに法益の保護の実現であることに他ならないとして、中止犯の法的性格の中核を違法減少の点に求めている。この点については、本稿第5章参照。

³⁷ *Günter Warda, Die Geeignetheit der Verteidigungshandlung bei der Notwehr — Strittiges in der aktuellen Diskussion, GA 1996, S. 406* は、失敗した正当防衛の正当化を考えるにあたっては、防衛行為がどういった種類の防衛結果を生じさせなければならないかということだけでなく、防衛行為がそのような防衛結果をどの程度の蓋然性をもって期待させなければならないかという問題も、正当化根拠を手がかりに目的論的に明らかに

この点についても、構成要件段階における結果把握手法がまずもって手がかりとなる。すなわち、構成要件段階において具体的な形態での結果を把握する際に法益客体の不良変更の全てが結果として把握されるわけではなく、法益客体を構成要件上「有意に」不良変更した場合にのみ構成要件上の「結果」が認められるとされているのであるから、これを違法性（阻却）段階に応用する上記アプローチを採用する場合には、法益の危殆化状態の「有意な」改善が認められる場合にのみ、防衛結果が存在するといえることができるであろう。法益の性質によって「有意性」の判断基準は異なり、例えば、構成要件上問題となる法益が生命である場合にはとりわけ侵害の発生時点や死因を基準に、身体や財産の場合にはとりわけ侵害の範囲を基準に法益客体の有意な不良変更が認められるか否かが判断されるのと同様に³⁸、違法性（阻却）段階においても、危殆化されている法益の種類に応じた判断基準に基づいて、法益の危殆化状態の有意な改善が認められるか否かが判断されることになる。そのため、保護の対象が生命である場合には攻撃の程度の弱体化（死亡結果を阻止したが重傷を負った場合）だけでなく攻撃の遅延であっても生命に対する危険が有意に改善されたといえれば防衛結果の存在が認められるのに対し、保護の対象が身体や財産の場合には攻撃の程度を有意に弱体化した場合に正当防衛の成立が認められやすいといえるだろう。

さらに、構成要件段階における法益客体の不良変更についての有意性の判断基準を、違法性阻却段階における法益の危殆化状態の改善についての有意性の判断にそのまま応用してよいかについては、さらに検討を要する。なぜなら、なんら侵害を受けるいわれのない被攻撃者を保護するために違法な攻撃者に対して侵害を加えることが許容されるという点に特徴がある正当防衛の場合には、防衛者側の優越性が認められるため、違法性（阻却）段階における法益の危殆化状態の改善についての有意性の判断も、その優越性に基づいて、構成要件段階における法益客体の不良変更についての有意性の判断よりも緩やかに行われ得る、つまり、法益客体の有意な不良変更を認めるために必要な法益侵害結果の発生時期の早期化や侵害の程度の悪化の「幅」よりも小さい「幅」しか認められない攻撃の程度の弱体化や攻撃の遅延であっても、法益の危殆化状態を有意に改善したというためには十分であると考えられるからである。そして、正当防衛における防衛者側の優越性を、正当防衛によって個人の法益の保護に加えて、法確証の利益³⁹や現場に滞留する利益⁴⁰などが実現されたという点から基礎づける通説的見解に従えば、攻撃の程度の弱体化や攻撃の遅延の場合であっても（少なくとも部分的には）こうした加算される利益が実現されていると考え

しなければならないとする。

³⁸ 小林・前掲注(32)28～29頁参照。また、松原・前掲注(2)62～63頁も参照。松原・同63頁は、「特に財産に対する罪では、法益の要保護性という観点から重要でない時間の差は捨象してよいと思われる」とする。

³⁹ 内藤・前掲注(13)331頁、浅田・前掲注(13)219頁、大谷・前掲注(13)273頁、川端・前掲注(13)352頁、山中・前掲注(3)480～481頁、曾根・前掲注(6)186～187頁、松原・前掲注(2)150～151頁、高橋・前掲注(4)275頁など。

⁴⁰ 橋爪・前掲注(5)70頁以下参照。

られる場合には⁴¹、違法性（阻却）段階においては構成要件段階よりも「有意性」が緩やかに判断されるという上記アプローチが採用されることになるだろう。ドイツにおいては、防衛結果の程度について高い程度を要求すると、攻撃の阻止という意味での厳格な防衛結果を要求する場合と同様に、被攻撃者に防衛が許される余地を狭め、攻撃者を有利に取り扱うことになるため、要求される防衛の程度は低いものにとどめなければならないとされているが⁴²、こうした主張は、上記アプローチによって正当化することができる。これに対して、防衛者側の優越性といった事情の認められない緊急避難の場合には、こうした「有意性」の判断の緩和は認められない。

第4款 小括

このように構成要件段階における結果把握手法を違法性（阻却）段階に応用することで、攻撃の程度の弱体化や攻撃の遅延を攻撃の完全な阻止と同様の「防衛結果」と把握することができ、また、防衛結果を認めるために必要となる攻撃の弱体化や攻撃の遅延の程度についても、構成要件段階において「結果」を認めるための基準となる法益客体の不良変更の「有意性」の判断を応用し、対象となる法益の性質に応じて法益の危殆化状態の改善の「有意性」が認められる場合に正当防衛の成立が認められることになる。もっとも、その判断については、正当防衛の場合に認められる防衛者側の優越性に鑑みて、違法性（阻却）段階における有意性の判断は構成要件段階における有意性の判断よりも緩やかになさなければならないことになる。こうして「有意」な攻撃の程度の弱体化または攻撃の遅延が認められた場合には、攻撃の阻止という意味での厳格な防衛結果が生じた場合と同様に、正当防衛の成立を認めることができる。そして、急迫不正の侵害に対して防衛行為が行われた場合、通常、攻撃の程度を有意に弱め、あるいは、攻撃を有意に遅らせたといった事情が認められるため⁴³、失敗した正当防衛の事例のほとんどは、攻撃の程度の弱体化ないし攻撃の遅延といった観点から正当化が認められることになるだろう。

⁴¹ 個人法益の保護に加算される利益の実現が認められない場合には、正当防衛を基礎づける事情が認められないとして正当防衛の成立を否定したうえで、緊急避難が成立することとどまるとするか、正当防衛状況が存在することを認めたとうえで、正当化の範囲を緊急避難と同様の範囲に縮減するという解釈がとられることになる（橋爪・前掲注(11)76～77頁参照）。

⁴² *Theodor Lenckner*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 25. Aufl., 1997, §32 Rn. 35; *Georg Freund*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 2009, §3 Rn. 109; *Günter Stratenwerth/Lothar Kuhlen*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl., 2011, §9 Rn. 78; *Engländer*, a. a. O. (Anm. 24), §32 Rn. 25; *Kühl*, a. a. O. (Anm. 23), §7 Rn. 98; *Wessels/Beulke/Satzger*, a. a. O. (Anm. 24), Rn. 511. また、*Murmann*, a. a. O. (Anm. 25), §25 Rn. 92 は、短い時間で失敗のリスクを判断することは困難であるため、防衛者に高い要求がなされてはならないとする。

⁴³ *Rosenau*, a. a. O. (Anm. 24), §32 Rn. 24.

第4節 防衛結果が生じた可能性に基づく正当化

第1款 攻撃の程度の弱体化または攻撃の遅延にのみ着目することの限界

しかし、攻撃の程度の有意な弱体化、または、攻撃の有意な遅延といった観点から、大多数の失敗した正当防衛の事例について正当化を認めることができるとしても、攻撃に対して実際に与えたこうした影響に着目するだけでは、不当な帰結が導かれ得る。例えば、攻撃者に拳銃で射殺されそうになった被攻撃者が防衛のために攻撃者に対して拳銃で発砲したが、弾が外れ、また攻撃者も被攻撃者による反撃を意に介さず拳銃を発射したため、攻撃の弱体化や遅延が生じることなく被攻撃者が重傷を負ったという場合、防衛行為が攻撃者に対して実際に何ら影響を与えなかったからといって被攻撃者の防衛行為を違法とすることは妥当でない。また、攻撃に対して実際に認められる一定の影響を正当防衛の成立に要求する場合、前述したような、防衛行為を完遂できなかった正当防衛の着手未遂の正当化についても問題が生じる。すなわち、攻撃者に拳銃で射殺されそうになった被攻撃者が、正当防衛として攻撃者に対して銃口を向けた場合、それによって攻撃者が攻撃を中止したという場合だけでなく、攻撃者に何らの影響も及ぼさなかったとしても、その銃口を向ける行為は正当防衛として正当化されなければならないであろう。これらの行為の正当化を認めるためには、日本やドイツで主張されている見解のように、防衛行為によって、攻撃の阻止や攻撃の程度の弱体化、さらには攻撃の遅延といった防衛結果が生じた「可能性」がある場合についても、正当防衛の成立を認めるというアプローチをとる必要があるということになる⁴⁴。

こうした思考枠組みによれば、失敗した正当防衛の正当化を考えるにあたっては、まず、防衛行為によって攻撃の阻止、攻撃の程度の弱体化、攻撃の遅延が実際に生じたか否かを検討した上で、生じていない場合にはさらにそうした防衛結果が生じた可能性があったか否かを検討するという方法で正当化の可否が問われることになるだろう。ドイツにおいては、攻撃の阻止、攻撃の程度の弱体化、攻撃の遅延といった攻撃に対する実際の影響が認められる場合だけでなく、そうした防衛結果が発生する可能性しか認められない場合であっても正当防衛の成立が認められるとして、こうした考え方に親和的な見解が多数を占めている⁴⁵。これに対して、日本においては、攻撃の程度の弱体化または遅延でよいとする見解と防衛結果が生じた可能性でよいとする見解が、少なくとも文献上は比較的明確に区別されて

⁴⁴ これに対して、*Rolf Dietrich Herzberg*, *Handeln in Unkenntnis einer Rechtfertigungslage*, JA 1986, S. 199 は、M が妻 F につかみかかったため、F が M を殴打したが、M の攻撃を阻止することができず、暴行を受けたという失敗した正当防衛について、ドイツ刑法 32 条（正当防衛）を用いるだけでは F の行為の正当化を認めることはできず、「許された危険 (erlaubtes Risiko)」の考え方も用いることで正当化を認めることができるとして、失敗した正当防衛を他の正当化事由も援用することで解決しようとする。

⁴⁵ Vgl. *Hans-Ludwig Günther*, in: *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 1, 7. Aufl., 1999, §32 Rn. 91; *Rönnau/Hohn*, a. a. O. (Anm. 24), §32 Rn. 171; *Armin Engländer*, *Grund und Grenzen der Nothilfe*, 2008, S. 278; *ders.*, a. a. O. (Anm. 24), §32 Rn. 25; *Stemler*, a. a. O. (Anm. 22), S. 350; *Perron*, a. a. O. (Anm. 24), §32 Rn. 35; *Kühl*, a. a. O. (Anm. 23), §7 Rn. 95, 98.

いる⁴⁶。ドイツにおいても日本においても、この点について必ずしも意識的に議論されているわけではないようであるが、実際に攻撃に影響を与えた場合と、影響を与える可能性しかなかった場合は互いに排斥し合うものではない以上、両観点を段階的に検討することで失敗した正当防衛の正当化をより分析的に検討していくべきだと思われる。

なお、以下では、防衛結果が生じた可能性に基づいて失敗した正当防衛の正当化を認めるアプローチについて検討を加えていくが、取り上げる個々の事例においては、攻撃の程度の有意な弱体化や攻撃の有意な遅延が認められないということを前提に議論を行う。

第2款 防衛結果が生じた可能性を理由に正当防衛の成立が認められ得る根拠

上記のように、失敗した正当防衛の場面で防衛行為によって攻撃に対して実際には何ら影響が及ばなかった場合に、防衛結果が生じた可能性を理由に正当化を認める必要があるとしても、そうした可能性を理由に正当防衛の成立を認めることはいかなる観点から根拠づけられるだろうか。この点については、日本においてもドイツにおいても、そうした場合であっても正当防衛を認める必要があるという実際上の要請以外にその根拠は明示的には述べられていない。結果を問題とするのであればそれを生じさせる可能性も当然に問題とすることができるという発想自体は自然なものであり、また、妥当なものと思われるが、こうした発想はいかなる考え方に由来するものであろうか。

考え得るのは、こうした考え方も、攻撃の程度の弱体化や攻撃の遅延の場合に述べたような、構成要件段階での解釈を違法性（阻却）段階に応用するというアプローチから基礎づけられるというものである。すなわち、法益侵害結果を生じさせる結果犯だけでなく、法益侵害の危険、言い換えれば、法益を侵害する「可能性」を生じさせる危険犯も処罰され、さらに、少なくとも、法益侵害を中心に違法性を判断する見解が支配的な日本の議論状況の下では⁴⁷、構成要件段階において、法益侵害結果だけでなく、法益を侵害した「可能性」も違法性を基礎づけるとされているのであるから、違法性（阻却）段階における正当防衛の場面でも、防衛「結果」だけでなく、防衛結果が生じた「可能性」も違法性阻却を基礎づけうると理解することができる。

このような裏返し論的な発想を用いることで、違法性（阻却）段階における正当防衛の場面でも攻撃を阻止した「可能性」を取り上げることができるということをより説得的に説明できるであろう。攻撃を阻止した可能性に言及する見解もこうしたアプローチを無意識的

⁴⁶ 前掲注(14)および(15)の文献参照。もっとも、防衛結果が生じた可能性にのみ言及する見解は、攻撃の弱体化や遅延が認められる場合には正当防衛の成立が認められるということを当然の前提としてきたのかもしれない。他方で、攻撃の弱体化や遅延にのみ言及する見解が主張されている背景には、後述するように、防衛結果が生じた可能性でもよいとすることで正当防衛の成立範囲が不当に拡張することに対する懸念があるようである。

⁴⁷ ドイツにおいては、行為者が法を震撼させる印象を喚起した点に未遂犯の処罰根拠を求める印象説が通説となっており（vgl. *Kühl*, a. a. O. (Anm. 23), §15 Rn. 5; *Kindhäuser*, a. a. O. (Anm. 25), §30 Rn. 9f.; *Rengier*, a. a. O. (Anm. 24), §33 Rn. 4; *Wessels/Beulke/Satzger*, a. a. O. (Anm. 24), Rn. 930)、議論状況が異なる。

に前提としていたと思われる。

第3款 防衛結果が生じた可能性の判断基準

このように、防衛結果が生じた可能性を理由とする正当化を認めようとする場合、まず、その可能性がいかなる基準によって判断されるかが問題となる。

この点につき、ドイツの通説は、防衛行為の適格性が認められるか否かは、事前的かつ客観的に、つまり、被攻撃者の状況に置かれた思慮深い第三者によって判断されるとしている⁴⁸。これに対して、日本においては防衛結果が生じた可能性についての判断基準は示されていないが、構成要件段階における解釈を違法性（阻却）段階にも応用するという本稿のアプローチによれば、この点についても、構成要件段階において用いられている「可能性」の判断方法を応用するのが適切であろう。すなわち、法益侵害の具体的危険（可能性）の存否を客観的に判断し、法益侵害結果が生じなかった場合には、その原因を究明し、結果をもたらしたはずの仮定的事実が存在し得たという場合に未遂犯の成立を認める通説的見解（「修正された客観的危険説」または「仮定的蓋然性説」）⁴⁹の判断方法を違法性（阻却）段階に応用することで、正当防衛が成功した可能性を事後的・客観的に判断することになるだろう。こうした考え方によれば、防衛結果をもたらしたはずの仮定的事実があり得たか否かを事後的・客観的に判断することになる。

第4款 正当防衛成立の下限としての防衛結果が生じた可能性

次に、正当防衛の成立を認めるために防衛が成功するどの程度の可能性が要求されなければならないかが問題となる。

この点については、攻撃の程度の弱体化や攻撃の遅延の場面でも述べたように、ドイツにおいては、防衛結果の程度について高い程度を要求すると、攻撃の阻止という意味での厳格な防衛結果を要求する場合と同様に、被攻撃者に防衛が許される余地を狭め、攻撃者を有利に取り扱うことになるため、要求される防衛の程度は低いものととどめなければならないとされていることから、防衛結果が生じた可能性についても非常に低いものであれば足りるとされている。具体的には、防衛結果を生じさせる可能性がない場合にのみ防衛行為の

⁴⁸ *Jescheck/Weigend*, a. a. O. (Anm. 25), S. 343; *Lenckner*, a. a. O. (Anm. 42), §32 Rn. 34; *Roxin*, a. a. O. (Anm. 21), § 15 Rn. 46; *Rönnau/Hohn*, a. a. O. (Anm. 24), §32 Rn. 171; *Walter Gropp*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 4. Aufl., 2015, §5 Rn. 148; *Krey/Esser*, a. a. O. (Anm. 21), Rn. 504; *Rosenau*, a. a. O. (Anm. 24), §32 Rn. 23; *Kindhäuser*, a. a. O. (Anm. 21), §32 Rn. 88. これに対して、*Günther*, a. a. O. (Anm. 45), §32 Rn. 90; *Engländer*, a. a. O. (Anm. 24), §32 Rn. 24; *Perron*, a. a. O. (Anm. 24), §32 Rn. 34; *Kühl*, a. a. O. (Anm. 23), §7 Rn. 107 は、客観的に実際に存在していた事情を基礎に適格性が判断されるべきであるとする。

⁴⁹ 西田・前掲注(10)311頁、佐伯・前掲注(9)350頁、山口・前掲注(10)290頁、松原・前掲注(2)336頁、高橋・前掲注(4)410頁など。

「適格性」が否定され⁵⁰、例えば、攻撃を阻止するための「最小の機会 (kleinste Chance)⁵¹」が存在すればよいとされている。そのため、防衛行為の「適格性」が否定される事態はほとんど生じない⁵²。正当防衛の成立が否定される具体例としては、例えば、窃盗が車で走り去る際にその車体にひっかき傷をつけることや監禁されている部屋の家具を破壊すること、既に家屋に火がついている状態で放火を終えた犯人を殴打すること、監禁場所にある木枠で覆われた破壊不可能な鉄の扉の木枠部分を被監禁者が破壊することなどが挙げられている⁵³。これらの行為は、そもそも攻撃の阻止に向けられておらず、その点で正当防衛の名を借りた報復行為であるといえ⁵⁴、また、第三者の法益を蔑ろにする攻撃者であってもそうした報復行為の被害者とされてはならないのであるから⁵⁵、正当化が否定されるべきであるとされている。もちろんこうした事例においても、状況によっては、防衛結果が生じた可能性があると見える場合もあるため⁵⁶、防衛結果の発生した可能性を判断するにあたっては、防衛行為時の具体的状況が重要となる。もっとも、客観的に防衛可能性が存在しない場合には、防衛効果があると思っただけで行為に出た限りで誤想防衛が問題となり、許容構成要件の錯誤 (ドイツ刑法 16 条) として免責される余地があるとされている⁵⁷。

⁵⁰ *Engländer*, a. a. O. (Anm. 45), S. 279; *Perron*, a. a. O. (Anm. 24), §32 Rn. 35; *Kühl*, a. a. O. (Anm. 23), §7 Rn. 98; *Fischer*, a. a. O. (Anm. 24), §32 Rn. 29.

⁵¹ *Günther*, a. a. O. (Anm. 45), §32 Rn. 91; vgl. auch *Warda*, a. a. O. (Anm. 18), S. 350f.; *Herzberg*, a. a. O. (Anm. 44), S. 199.

⁵² *Warda*, a. a. O. (Anm. 18), S. 351; *Günther*, a. a. O. (Anm. 45), §32 Rn. 93; *Rönnau/Hohn*, a. a. O. (Anm. 24), §32 Rn. 171; *Rengier*, a. a. O. (Anm. 24), §18 Rn. 34.

⁵³ 具体例については、*Warda*, a. a. O. (Anm. 18), S. 351; *Günther*, a. a. O. (Anm. 45), §32 Rn. 93; *Engländer*, a. a. O. (Anm. 45), S. 281; *Kühl*, a. a. O. (Anm. 23), §7 Rn. 97 など参照。この点については、*Perron*, a. a. O. (Anm. 24), §32 Rn. 35; *Lauth*, a. a. O. (Anm. 23), S. 85; *Sengbusch*, a. a. O. (Anm. 22), S. 186; *Helmut Frister*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 8. Aufl., 2018, Kap. 16 Rn. 23 も参照。また、*Günter Spendel*, in: *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, Bd. 2, 11. Aufl., 2003, §32 Rn. 237 は、防衛の可能性が「ゼロ」に近いことは珍しいことではないとする。もっとも、ここで挙げられている監禁場所の家具の破壊や、放火を終えた犯人を殴打する行為は、違法な攻撃者に対する攻撃ではあるが、「違法な攻撃」に向けられているものではないことを理由として、防衛効果が生じた可能性を問題とするまでもなく正当防衛の成立を否定することも可能であろう。

⁵⁴ *Herzberg*, a. a. O. (Anm. 44), S. 199; *Warda*, a. a. O. (Anm. 18), S. 351; *Günther*, a. a. O. (Anm. 45), §32 Rn. 93; *Krey/Esner*, a. a. O. (Anm. 21), Rn. 508; *Frister*, a. a. O. (Anm. 53), Kap. 16 Rn. 23; vgl. auch *Roxin*, a. a. O. (Anm. 21), § 15 Rn. 42. また、*Jakobs*, a. a. O. (Anm. 24), §12 Rn. 34 は、正当防衛は刑罰ではないと指摘する。

⁵⁵ *Sengbusch*, a. a. O. (Anm. 22), S. 186. *Engländer*, a. a. O. (Anm. 45), S. 281 は、治療不可能な患者に対する手術や、健康な患者に対する手術が治療目的のために必要な手段とならないのと同様に、攻撃を阻止する可能性のない防衛行為も必要なものとみなされないとする。

⁵⁶ 例えば、監禁場所が人通りの激しい場所にあったために、鉄の扉の木枠部分を破壊して騒音を出す行為によって防衛結果 (身柄拘束からの解放) が発生した可能性があるといえる場合もあり得る。

⁵⁷ *Kühl*, a. a. O. (Anm. 23), §7 Rn. 98; *Lenckner*, a. a. O. (Anm. 42), §32 Rn. 34;

前述のように、日本においても侵害の排除に全く役立たない行為についてのみ正当防衛の成立が否定されるとされており⁵⁸、その場合、ドイツと同様に、誤想防衛のみが問題となるだろう。

防衛結果が発生した可能性が、それが認められない場合にのみ正当防衛が否定されることになるものとして理解されている背景には、失敗した正当防衛の問題が正当防衛と過剰防衛に共通する正当防衛成立の下限の問題として理解されているという事情がある。すなわち、ドイツにおいては「必要な防衛」（ドイツ刑法 32 条 2 項）といえるための「適格性」の問題として、日本においては「防衛するために……した行為⁵⁹」（刑法 36 条）といえるための「有効性⁶⁰」ないし「適合性⁶¹」の問題として、正当防衛および過剰防衛成立の前提の問題として把握されているのである。失敗した正当防衛の問題を正当防衛成立の下限の問題として理解する限りで、防衛結果が生じる可能性が排除されない限り正当防衛の成立が認められるとするこうした理解は正当なものであろう。

もともと、防衛結果が生じる可能性が排除されていなければ正当防衛の成立が認められるとしても、そこで認められる可能性は、実現可能性のない荒唐無稽な可能性であってはならないであろう。ドイツにおいて、例えば、窃盗が車で走り去ろうとしている際にその車体にひっかき傷をつけたという事例一般について、自動車に傷がつくことによって窃盗が逃走を一瞬ためらう蓋然性を否定することができないために、正当防衛の成立がなお認められるとする見解⁶²も主張されているが、よほど特殊な事情でもない限り、車体に傷をつけたことで窃盗が逃走をためらう可能性があるとはいえないため、こうした事例では、やはり、

Günther, a. a. O. (Anm. 45), §32 Rn. 93; *Stemler*, a. a. O. (Anm. 22), S. 350; *Fischer*, a. a. O. (Anm. 24), §32 Rn. 29. これに対して、*Jakobs*, a. a. O. (Anm. 24), §12 Rn. 34 は、過剰防衛（ドイツ刑法 33 条）による免責の余地を認め、また、*Rönnau/Hohn*, a. a. O. (Anm. 24), §32 Rn. 171 は、正当防衛の上限を上回った場合と同様に、正当防衛の下限を下回った場合には「逆」過剰防衛として免責され得ることを示唆する。さらに、*Herzberg*, a. a. O. (Anm. 44), S. 199 は、誤想防衛として故意犯の不法が阻却され得るとする。

⁵⁸ 本章第 2 節第 3 款参照。

⁵⁹ 山本・前掲注(1)212 頁、橋田・前掲注(6)133 頁、伊東・前掲注(4)188 頁、橋爪・前掲注(5)206 頁、小林・前掲注(14)50 頁、松原・前掲注(2)162 頁。山本・同 212 頁は、「やむを得ずにした」という要件を具備しない場合には、通常、過剰防衛になると解されているが、防衛効果が全く存在しない行為が過剰防衛になるとするのは妥当でないため、この問題は、「防衛するため」という文言の問題とすべきであるとしており、適切な指摘であると思われる（松原・同 162～163 頁も参照）。これに対して、林・前掲注(5)193 頁以下、山中・前掲注(3)503 頁、松宮・前掲注(8)144 頁は、「やむを得ずにした」の問題であるとする。

⁶⁰ 橋田・前掲注(6)133 頁。

⁶¹ 松原・前掲注(2)162 頁。また、「このような防衛手段の『適合性』は、『防衛するため』に含まれる『防衛行為性（狭義）』の内容をなすとする。山中・前掲注(3)503～504 頁も、これを防衛行為の「適合性」の問題であるとするが、これを「やむを得ずにした」に関係する問題であるとする。

⁶² *Rönnau/Hohn*, a. a. O. (Anm. 24), §32 Rn. 171.

正当防衛の成立は否定されなければならないように思われる⁶³。そうした荒唐無稽な可能性が存在しうることも自体は理論上否定することができないが、こうした種類の可能性であっても正当防衛の成立が認められるとすれば、この要件によって正当防衛の成立が否定される場面はおおよそ想定できないことになる。このように防衛結果が生じた可能性の内容を過度に緩和する解釈は、正当防衛成立の下限を定める当該要件を空虚にするものであり⁶⁴、採用し難い。あくまで、一定の現実味をもった可能性が要求されなければならないであろう⁶⁵。

第5款 判例における失敗した正当防衛

防衛結果を生じさせる可能性が存在しない場合に正当防衛の成立を否定し、防衛効果があると思つて行為に出た限りで誤想防衛が問題となるとする上記理解は、ドイツの判例においても採用されている。こうした理解を明示したのが、防衛行為の不適格性を理由に正当防衛の成立をはじめて否定した、デュッセルドルフ上級地方裁判所 1993 年 10 月 15 日判決⁶⁶である。

事案の概要は次のとおりである。

賃借人である P から部屋の設備の不備について叱責された賃貸人は、不備のある箇所を確認し、カメラで撮影してくるよう L ら 3 名に依頼した。L らは P の部屋を訪れ、L

⁶³ 身近な例でいえば、例えば、逃走する万引き犯に向けて特殊インクの入った防犯ボールを投げつけ、特殊インクを犯人の衣服に付着させた場合（可罰的違法性が認められるものとする）、インクを付着させることで時間的場所的に近接して犯人が捕らえられる具体的な状況が認められない限り、通常は、当該器物損壊行為によって侵害を阻止することはできないのであるから、急迫不正の侵害がなお認められるとしても、当該行為について正当防衛の成立を認めることはできない。この場合、当該器物損壊行為は、現行犯逮捕行為の一環として、あるいは、将来的に行われるであろう官憲による逮捕行為に寄与する行為として、法令行為を理由とする正当化が認められるべきであるように思われる。

⁶⁴ *Volker Erb*, in: Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 2. Aufl., 2011, §32 Rn. 151; *Gunnar Duttge*, in: Dölling/Duttge/König, Gesamtes Strafrecht, 4. Aufl., 2017, §32 Rn. 17; vgl. auch *Warda*, a. a. O. (Anm. 18), S. 395.

⁶⁵ *Jürgen Wolter*, Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem, 1981, S. 138 Fn. 302 は、利益の保持が真に (ernsthaft) 期待されなければならないとし、また、*Hans-Joachim Rudolphi*, Rechtfertigungsgründe im Strafrecht, in: Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, 1989, S. 386 は、攻撃を阻止する自然な可能性 (naheliegende Möglichkeit) が必要であるとする。

⁶⁶ OLG Düsseldorf NJW 1994, 1971. また、失敗した正当防衛の判例としては、BGH NJW 2003, 1955 が挙げられることもある。この判例においては、M と A により恐喝を受けた被告人が、A に金銭を渡した後に、憤激から、M に暴行を加え、その後同人を刺殺したことにつき防衛行為の「適格性」が認められたが、*Roxin*, a. a. O. (Anm. 21), §15 Rn. 42 は、金銭を A が持っていることを被告人が認識している以上、当該行為は金銭を取り戻すための適格な手段ではないとする (Vgl. auch *ders.*, JZ 2003, S. 966f.; *Rainer Zaczyk*, Das Mordmerkmal der Heimtücke und die Notwehr gegen eine Erpressung, JuS 2004, S. 752)。

がカメラで不備のある箇所を撮影し、続けて、隣室を含む住居全体を撮影した。Pは不備のある箇所以外の撮影を断ったが、Lは撮影を続けた⁶⁷。Pに呼び出された被告人MがLにフィルムを渡すよう求めたが、さらにLが撮影を続けたため、Mがカメラをつかんだのに対して、LがMからカメラを取り上げようとした結果、カメラの紐がちぎれ、カメラがMの手に渡った。その際に、Lは右手首をねん挫した。Mが取り上げたカメラからフィルムを取り出そうとしたところ、フィルムを使い切ったLによって事前にフィルムが抜き取られていた。

区裁判所は、過失傷害を理由に有罪判決を言い渡したが、デュッセルドルフ上級地方裁判所は、大要次のように判示して原判決を破棄し、差し戻した。

撮影することにつき事前にPが同意していた設備に不備がある箇所以外の撮影については、人格権の侵害が認められる。こうした人格権は法的に保護される利益であり、これに対する違法な攻撃に対しては正当防衛が可能である。防衛行為が必要かつ適格であり⁶⁸、主観的に防衛の意思に担われ、攻撃が現在していることを要件として、被攻撃者または第三者は防衛を行うことができる。

防衛行為の段階でカメラの中にすでにフィルムがなかったことに鑑みると、Pの人格権に対する現在の侵害がなお認められるか否かが問題となる。確かに、写真をさらに撮影することができなかつた限りで、攻撃は終了していたといえるが、フィルムが攻撃者の手元にある限り、そのネガから写真を複製することによっても人格権は侵害されるため、違法な攻撃はなお継続しているといえる。そのため、さらなる撮影を妨害するとともに、フィルムをLから取り上げるために行われたMの措置は、原則として、ドイツ刑法32条における必要な措置となる。しかし、カメラにすでにフィルムが入っていなかつた以上、当該措置によっては意図された防衛結果、つまり、フィルムを取り上げることは実現し得なかつたため、正当防衛は成立しない。

もっとも、被告人はフィルムがカメラに入っていると考えていたという点で、防衛行為の適格について誤認しており、ドイツ刑法16条に従って取り扱われる許容構成要件の錯誤に陥っているため、被告人は、許容構成要件の錯誤が非難可能である場合にのみ過失責任を負うが、区裁判所は、被告人が、フィルムがカメラから取り出され、防衛行為が不適格であったということを認識し得たかどうかについて認定していない。

このように、この判例においては、防衛行為の時点でフィルムがカメラに入っていなかつ

⁶⁷ この際に、Pは電話で警察に助けを求めたが、断られている。

⁶⁸ 上述のように、現在の通説は、防衛行為の「適格性」の問題を「必要性」の問題のうちの1つと理解しており、「必要性」と「適格性」を異なる問題と捉える本判決の理解はそれとは異なっている点に注意を要する。

たという客観的事実を前提に、攻撃に対して何らの影響を与えることができなかつたことを理由として、正当防衛の成立が否定されており、判例においても、上述の通説的理解が採用されていることを見てとることができる⁶⁹。

第6款 複数の攻撃者または複数の攻撃手段の一部に対する正当防衛の可否

防衛結果が生じた可能性が存在しない場合に正当防衛の成立を否定する上記構想に関して、さらに付随的に問題となるのが、複数の攻撃者または複数の攻撃手段の一部に対して正当防衛行為を行った場合である。単一の攻撃者ないし攻撃手段に対して防衛行為を行う場合、上述のように、通常、それによって攻撃が阻害され、あるいは阻害される可能性が認められるため、問題なく正当化を認めることができるが、それに対して、複数の攻撃者または複数の攻撃手段によって攻撃が行われた場合には、そのうちの一部に対して防衛行為を行ったとしても、その他の攻撃者またはその他の攻撃手段によって何ら障害なく侵害が行われるということがあるため、正当防衛の成否の検討がより困難となる傾向がある。

もっとも、例えば、2人の窃盗の共同正犯を追いかけそのうちの1人を捕まえて盗品を取り戻した場合や、3か所に設置された時限爆弾のうちの1つを解除した場合のように、複数の攻撃者または複数の攻撃手段の一部に対して防衛行為を行ったことで、全体としてみれば侵害の程度を弱めたといえる場合であれば正当防衛の成立を認めることに支障はない⁷⁰。問題となるのは、複数の攻撃者または複数の攻撃手段の一部に対して防衛行為を行ったが、その行為によって他の攻撃者または他の攻撃手段による侵害に影響を与えることができず、また、影響を与える可能性も認められないという場合である。

複数の攻撃者による侵害の例としては、多人数の集団が小売店のショーウィンドウを一斉に破壊しようとしている際に、そのうちの1人の攻撃を阻止したが、結局、他の者によってショーウィンドウが破壊されてしまったという事例が挙げられ、複数の攻撃手段による侵害の例としては、攻撃者が銃声にひるまないよう訓練された15匹の犬に被攻撃者を一斉に襲わせたのに対して、1発のみ装てんされた拳銃でそのうちの1匹を殺害したが、他の14匹の犬に襲われ重傷を負ったという事例が挙げられている⁷¹。

こうした事例をもとに問題設定を行った *Warda* によれば、まず、複数の攻撃者による侵害については、攻撃者らが同時犯の場合はもちろん、共同正犯の場合であっても、複数の攻撃者を一体的に捉える必要はないため、防衛行為によって防衛行為の対象となった者の攻

⁶⁹ もっとも、カメラの中にフィルムが入っていた可能性が客観的に認められるのであれば、防衛結果が生じた可能性があったといえるため、そうした場合には正当防衛の成立を認める余地はあることになる。

⁷⁰ *Warda*, a. a. O. (Anm. 18), S. 393f.

⁷¹ *Warda*, a. a. O. (Anm. 18), S. 393f. もちろん、事案を具体的に考察し、当該防衛行為によって他の者あるいは他の犬が侵害を取りやめたり、防衛が行われたことにひるんで攻撃が有意に遅れたりした場合や、その可能性が認められる場合には、正当防衛の成立を肯定する余地があるが、ここでは、そうした事情が認められないことを前提とする。

撃を阻止すれば、正当防衛の成立が認められるとする⁷²。こうした解釈については他の論者からも賛同を得ている⁷³。これに対して、複数の攻撃手段による侵害について、*Warda* は、時間的場所的に接近して同一の目的のために用いられた複数の手段を個別的に考察することは不当であるため⁷⁴、1匹の犬を殺害することで全体としての侵害の程度が減少しないのであれば正当防衛の成立を認めることができないとし⁷⁵、こうした事例においては、反撃を受けて攻撃者が他の犬を呼び戻す可能性や反撃によって最も力の強い犬が殺害されることで侵害の程度の弱体化または侵害の遅延が生じる可能性が否定できない場合にはじめて、正当化の余地が認められることになるとする⁷⁶。

こうした事例において、正当防衛の成立を認めないとすれば、攻撃者が多ければ多いほど、また、攻撃手段が多ければ多いほど被侵害者は防衛行為を行うことができなくなるという不当な帰結に至るため、正当防衛の成立を認めるという結論それ自体には賛同しうる。しかし、複数の攻撃手段による侵害の場合に、その一部に対して防衛行為を行った場合には他の攻撃手段による侵害を阻止する可能性がある場合にしか正当化が認められないとする点については疑問がある。なぜなら、確かに、事例によっては、*Warda* の指摘するような可能性が現実味のあるものとして生じる場合があることは否定し得ないが、そうした可能性が認められるのは稀であり、複数の攻撃手段による侵害に対する防衛行為一般を正当化することはできないからである。また、仮に、複数の攻撃手段による侵害に対する防衛行為一般についてそうした荒唐無稽な可能性を理由とした正当化を認めるとすれば、前述したように防衛行為の「適格性」概念を空虚化してしまうだろう。

そのため、複数の攻撃手段による侵害の一部に対して防衛行為を行った場合に当該防衛行為の正当化を認めるとしても、それは、複数の攻撃者による侵害の場合と同様に、端的に、防衛行為によって、その防衛行為が向けられた攻撃手段による侵害を阻止したことを理由として認められるべきであろう⁷⁷。ここでは、防衛行為の対象となった攻撃手段によって生じていた法益侵害の危険が、防衛行為によってまさに消滅させられているのであるから、正当防衛の成立を認めることに問題はないと思われる。他の論者も、複数の攻撃手段について

⁷² *Warda*, a. a. O. (Anm. 18), S. 393f.

⁷³ *Lenckner*, a. a. O. (Anm. 42), §32 Rn. 35; *Günther*, a. a. O. (Anm. 45), §32 Rn. 92; *Rönnau/Hohn*, a. a. O. (Anm. 24), §32 Rn. 171; *Roxin*, a. a. O. (Anm. 21), § 15 Rn. 42; *Perron*, a. a. O. (Anm. 24), §32 Rn. 35; *Krey/Esser*, a. a. O. (Anm. 21), Rn. 509; *Kühl*, a. a. O. (Anm. 23), §7 Rn. 99.

⁷⁴ *Warda*, a. a. O. (Anm. 18), S. 395; *ders.*, a. a. O. (Anm. 37), S. 413.

⁷⁵ *Warda*, a. a. O. (Anm. 18), S. 396.

⁷⁶ *Warda*, a. a. O. (Anm. 37), S. 420.

⁷⁷ 例えば、*Joecks*, a. a. O. (Anm. 19), S. 265 は、扉を施錠している2つの南京錠のうちの1つのみを破壊することができる状況においてそれを破壊することは、2つの南京錠のうちの1つを提供することが法益侵害状態の悪化と捉えられていることとの対比から、法益の危殆化状態を改善しているといえるため、複数の攻撃手段を個別的に観察して正当防衛の成立を認めることができるとする。また、こうした事例については、*Warda*, a. a. O. (Anm. 37), S. 422 も個別的に考察することを認めている。

も攻撃手段を個別的に考察することで正当防衛の成立を認めるべきであるとしている⁷⁸。

第7款 小括

以上のように、攻撃の阻止、攻撃の程度の有意な弱体化、攻撃の有意な遅延といった攻撃に対する実際の影響に着目するだけでは、失敗した正当防衛の一部の事例や防衛行為に出る前の行為について正当化を認めることはできないため、攻撃に対する影響が実際には生じなかった場合であっても、こうした防衛結果が生じた可能性を理由とする正当化を認める必要があるが、そうした正当化構想は、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危険（可能性）が違法性を基礎づけるとされていることに鑑みて、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基づいて正当化が基礎づけられるとすることで、理論的に根拠づけることが可能である。また、その可能性の判断方法についても、構成要件段階における法益侵害の可能性の判断手法を応用し、防衛結果をもたらしたはずの仮定的事実があり得たか否かを判断し、さらに、正当防衛成立の下限は、防衛結果が生じた可能性が存在しない場合にのみ正当防衛の成立が否定される、という基準でもって画されることになる。

このように、法益の保護を問題とする違法性（阻却）段階を、法益侵害を問題とする構成要件段階を裏返したものと理解することで、攻撃の程度の有意な弱体化ないし攻撃の有意な遅延を「防衛結果」として把握することだけでなく、防衛結果が生じた可能性を理由として正当防衛の成立を認めるアプローチも理論的に基礎づけることができる。しかし、防衛結果が生じた可能性に基づく正当化構想に対しては、ドイツにおいても日本においても批判が向けられている。以下では、こうした批判について検討を加えることで、こうした正当化構想をより具体化する。

第5節 防衛結果が生じた可能性に基づく正当化構想に対する批判

第1款 防衛結果が生じる可能性が存在しない場合の正当化の是非

防衛結果が生じた可能性を理由とする正当化を認める見解に対して向けられている批判としては、第1に、防衛結果が生じる可能性がない場合に正当防衛の成立を否定することは不当であるとする批判を挙げることができる。こうした批判は、失敗した正当防衛の正当化を考えるにあたっては、防衛行為によって外部に生じた事象ではなく、防衛行為それ自体に着目すべきであるとする見解を採用するドイツの論者によって展開されている。

この見解によれば、防衛結果が生じ得なかった場合にのみ正当防衛の成立を否定するとしても、結局は、防衛者が非力であればあるほど、また、攻撃が強力であればあるほど防衛者は攻撃を甘受しなければならないことを認める点で不当であり⁷⁹、こうした帰結を認める

⁷⁸ *Jakobs*, a. a. O. (Anm. 24), §12 Rn. 34 Fn. 61; *Joecks*, a. a. O. (Anm. 19), S. 262; *Günther*, a. a. O. (Anm. 45), §32 Rn. 92; *Rönnau/Hohn*, a. a. O. (Anm. 24), §32 Rn. 171.

⁷⁹ *Felix Herzog*, in: *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 1, 3. Aufl., 2010, §32 Rn. 64; *Erb*, a. a. O. (Anm. 64), §32 Rn. 150; *Kindhäuser*, a. a. O. (Anm. 21), §32 Rn. 90;

ことは現実離れしたものである⁸⁰。さらに、このような解釈をとることで、弱者に対して抵抗なく不法を受け入れることを義務づけることは許されず、また、その反面として、防衛者側を処罰することで攻撃者の法益が侵害されないよう配慮する必要もない⁸¹。そのため、監禁されている部屋の家具を破壊するといったそもそも攻撃に向けられていない防衛行為は正当化されないとしても、監禁場所の木枠で覆われた破壊不可能な鉄の扉の木枠部分を被監禁者が破壊した場合のように、防衛結果は生じ得ないが攻撃に向けられている防衛行為に関しては、防衛結果の発生如何に関わらず、正当防衛の成立を認めてよいとする⁸²。その他にも、防衛行為が違法な攻撃を何らかの方法で妨害する傾向を備えていればよいとする見解⁸³、「象徴的な防衛行為 (symbolische Verteidigung)」で十分であるとする見解⁸⁴、さらには、防衛結果にかかわらず攻撃に対して「抵抗」することが許されているとする見解⁸⁵などが主張されている。

しかし、こうした批判に対しては正当な反論がなされている。

まず、防衛行為に着目する見解によれば、攻撃に対して防衛行為が向けられていればいかなる強度の防衛行為も正当化されることになるが⁸⁶、これは、正当防衛成立の上限に関して問題が生じる、つまり、防衛行為の「必要性」に関して最小手段性が、防衛行為の「被要請性」に関して一定の比例性が問題となるとされているドイツ刑法 32 条の解釈と一致しないことになる⁸⁷。そして、こうした問題が生じるからこそ、正当防衛の成立を考えるにあたっては防衛結果や防衛結果が生じた可能性といった客観的事情を考慮せざるを得ないのであって、ドイツ刑法 32 条は、防衛行為と実現しようとした防衛結果との間の手段目的連関を規定していると解することになるとされている⁸⁸。

Krey/Esser, a. a. O. (Anm. 21), Rn. 508.

⁸⁰ *Spendel*, a. a. O. (Anm. 53), §32 Rn. 237.

⁸¹ *Erb*, a. a. O. (Anm. 64), §32 Rn. 151f. さらに、*Erb* は、防衛行為の適格性は必ずしも法律の文言から導かれるわけではないとする (Rn. 153)。また、*Rönnau/Hohn*, a. a. O. (Anm. 24), §32 Rn. 170 は、ドイツ刑法 33 条が正当防衛成立の上限を超える場合のみを過剰防衛としていることからすると、正当防衛成立の下限を下回った場合にはなおも正当化が認められるという解釈自体は、突拍子のないものではないとする。

⁸² *Spendel*, a. a. O. (Anm. 53), §32 Rn. 237; *Erb*, a. a. O. (Anm. 64), §32 Rn. 154f.; vgl. auch *Sternberg-Lieben*, a. a. O. (Anm. 23), S. 307.

⁸³ *Duttge*, a. a. O. (Anm. 64), §32 Rn. 17.

⁸⁴ *Erich Samson*, in: *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 1, 5. Aufl., 1992, §32 Rn. 43.

⁸⁵ *Alwart*, a. a. O. (Anm. 19), S. 953, 955f. もっとも、この見解に対しては、被攻撃者には抵抗が許されるという考え方によれば、第三者による緊急救助を正当化することが困難となり、そうした解釈はドイツ刑法 32 条と合致しないという正当な批判が向けられている (*Engländer*, a. a. O. (Anm. 45), S. 282; vgl. auch *Roxin*, a. a. O. (Anm. 21), § 15 Rn. 42 Fn. 42)。

⁸⁶ *Engländer*, a. a. O. (Anm. 24), §32 Rn. 26; *ders.*, a. a. O. (Anm. 45), S. 282.

⁸⁷ 本章第 2 節第 5 款参照。この点については、*Sengbusch*, a. a. O. (Anm. 22), S. 186f. も参照。

⁸⁸ *Engländer*, a. a. O. (Anm. 45), S. 279.

また、防衛結果が生じる可能性がないにもかかわらず攻撃者を侵害することが許されるとすれば、そうした侵害を攻撃者に加えることがなぜ許容されるのかが説明されなければならないとされている⁸⁹。攻撃に向けられたいかなる強度の防衛行為も許容されるのであれば、そこでは、結局、攻撃者は自己の違法な攻撃を理由に法の保護を受けない立場に置かれるという考え方を前提とせざるを得ないが、そのような正当防衛の成立範囲の拡張は許容されず⁹⁰、また、正当防衛が前提とする優越的利益原則とも一致しないであろう。前述のように、そうした防衛行為は結局のところ正当防衛の名を借りた報復行為であって、正当防衛によって正当化することは許されない。

このように、法律によっても、違法な攻撃者に対してあらゆる防衛行為が許されているわけではない以上、正当防衛の成立の限界は設定されなければならない、正当防衛の成立範囲が過度に拡張することを避けるためには、優越的利益原則の観点から、防衛結果が生じる可能性がない場合には正当防衛の成立が否定されるという形で正当防衛の下限が設定されなければならないように思われる。

第2款 優越的利益原則との関係

防衛結果が生じた可能性を理由に正当化を認める見解については、日本において、さらに批判が向けられている。それは、まず、防衛結果を生じさせる可能性を理由に失敗した正当防衛の成立を認める場合、実際には被攻撃者の法益が保護されていない以上、厳密な意味では優越的利益が存在しないため、そこで認められる正当化を優越的利益原則の観点から説明することができないのではないかという批判である⁹¹。つまり、上記批判は、例えば、攻撃者に殴打されそうになったため、素手で反撃して傷害結果を負わせたが、反撃を意に介さなかった攻撃者に打ち倒され傷害を負ったという事例において、防衛行為によって攻撃者に傷害「結果」を負わせたのに対して、防衛行為によって自身が傷害を負わなかった「可能性」しか存在しないとすれば、一見すると、優越的利益が実現しているとはいえ、正当化を認めるとすれば優越的利益原則と矛盾するということを指摘するものと理解することができる。

ここまで、防衛結果が生じた可能性については、防衛行為の「適格性」や「有効性」といった正当防衛成立の下限を設定する要件として、そうした可能性が存在しない場合に正当防衛の成立が否定されるということを論じてきたが、優越的利益原則の観点から、正当防衛と過剰防衛を画する正当防衛成立の上限（相当性ないし緩やかな均衡性）をとりわけ「防衛結果」に着目して判断する場合には⁹²、正当防衛の上限に関しても防衛結果が生じた可能性

⁸⁹ *Kühl*, a. a. O. (Anm. 23), §7 Rn. 97.

⁹⁰ *Engländer*, a. a. O. (Anm. 45), S. 280, 282.

⁹¹ 松宮・前掲注(8)144頁。

⁹² 例えば、橋田久「防衛行為の相当性——防衛行為の危険性判断の基準時をめぐって——」刑法雑誌 37 卷 3 号（1998 年）11 頁、山本輝之「防衛行為の相当性と過剰防衛」現代刑事法 9 号（2000 年）55 頁、町野朔『プレップ刑法〔第 3 版〕』（弘文堂、2004 年）

の性質および程度が問題となる。

衡量の対象がともに身体法益であり、また、攻撃者に負わせた傷害の程度と自らが負った傷害の程度が同一であるとすれば、確かに、上記事例においては、防衛行為によって攻撃者に負わせた身体傷害結果と防衛行為によって回避可能であった自己の身体傷害結果のみを衡量すると、防衛行為によって身体の保護が実現した「可能性」が、防衛行為によって生じさせた身体傷害「結果」を優越しているということは困難である。しかし、正当防衛において防衛者側の優越性が認められるということを考慮すれば、この場合に優越的利益が実現していると説明することは可能であると思われる。すなわち、例えば、防衛者側の優越性を被侵害者の法益が保護されたことに加えて法確証の利益が実現されていることによって基礎づける場合には、反撃行為によって法が確証された（またはその可能性があった）といえ、また、現場に滞留する利益によって基礎づける場合には、少なくとも現場に滞留する利益が実現した「可能性」が認められるため、こうした利益（またはそれが実現した可能性）を身体が保護された可能性に加算すれば、傷害結果を優越する利益が実現されたということは可能ではないだろうか⁹³。

もちろん、こうした判断を行うにあたっては、衡量の対象となる法益の性質や法益保護が実現する可能性の程度といった具体的な事情をもとに判断を行う必要がある。例えば、リンゴ 1 個を盗んだ泥棒からそれを取り返すためにほかの手段がなかったことから泥棒を射殺したという正当防衛に関してしばしば取り上げられる事例に関して、仮に、この場合に弾丸

173 頁、三上正隆「正当防衛」曾根威彦＝松原芳博編『重点課題刑法総論』（成文堂、2008 年）89 頁、曾根・前掲注(6)206 頁、松原・前掲注(2)168 頁など。これに対して、正当防衛の正当化根拠を被侵害者の利益の質的な優位性に求め、防衛行為の相当性を問題としない場合（山口・前掲注(10) 119、137 頁、小林・前掲注(14)47 頁）や、相当性を防衛行為に着目して判断する場合（例えば、松宮孝明「被害者による加害行為と暴行および正当防衛の成否」立命館法学 310 号（2006 年）417 頁、橋爪・前掲注(11)354 頁、西田・前掲注(10)175 頁など）にはこのような問題は顕在化しない。こうした考え方は、防衛行為から偶然重大な結果が生じるリスクを違法な攻撃者の側に負わせる一方で、必要最小限の防衛行為であれば、違法な攻撃者に対して何を行ってもよいという考え方に至る恐れがあるため、防衛行為の相当性を判断するにあたっては、防衛結果も考慮せざるを得ないように思われる。実際に、後述するような、リンゴ 1 個を盗んだ泥棒からそれを取り返すために他の手段がなかったことから泥棒を射殺したという場合については、これらの見解も、害の著しい不均衡を理由に正当防衛の成立までは認めていない。

⁹³ この点については、前掲注(41)も参照。また、害の均衡が要求される緊急避難の場合であっても、正当防衛の場合よりも厳格に判断される危殆化状態の改善の「有意性」が認められない事例において、避難結果が生じた可能性を理由に正当化を認める余地はあるだろう。例えば、攻撃者に襲われそうになったため、隣家の生垣を破壊して逃走を試みたところ、即座に捕まり暴行を加えられたという場合、衡量対象の法益の性質の違いも踏まえて、身体を保護した「可能性」と器物損壊「結果」について害の均衡が認められるのであれば、その他の緊急避難の成立要件を充足する限りで正当化を認めることができるであろう。もちろん、緊急避難の場合、防衛者側の優越性といった事情が認められないため、正当防衛の場合よりも正当化が認められる事例は限られる。もっとも、完全な正当化が認められないとしても、過剰避難として違法減少を認める余地はある。

が泥棒に当たらず逃げられてしまったという場合、りんごを取り返した可能性と加算される利益（またはそれが実現した可能性）を併せて考えても、防衛行為によって生じさせた生命に対する危険を相殺するような利益が実現したと考えることは困難であり、弾丸が命中した場合と同様に、せいぜい過剰防衛の成立が認められうるにすぎないだろう。

確かに、防衛結果が生じた可能性しか認められない場合には、防衛結果が現に生じている場合に比べて、優越的利益が実現されたといえる場合が相対的に少なくなること自体は否定することができないが、上述のように、そうした場合には、害の著しい不均衡がない限り過剰防衛の成立が認められうることになるのであって、防衛結果が生じた可能性を理由に失敗した正当防衛を正当化することが優越的利益原則からはおよそ説明できないということにはならないだろう。

第3款 防衛行為と第三者

防衛結果が生じた可能性を理由に正当化を認めることに対しては、さらに、従来の見解が、防衛結果が生じたことを暗黙裡に正当防衛の成立要件としてきたのとは対照的に、防衛結果が生じた可能性しか存在しない場合にも正当化を認めることで、正当化の範囲が過度に拡張してしまうのではないかという懸念が示されている。具体的には、「侵害者を狙って発砲したが、付近の第三者に命中した場合であっても、侵害者に命中する可能性があれば、防衛行為と評価されてしまうことになる」⁹⁴というものである。防衛結果が生じた可能性を理由に正当化を認める場合、こうしたいわゆる「正当防衛と第三者」の一場面⁹⁵において不当な帰結が導かれることになるだろうか。

ここで挙げられている事案は、より具体化すれば、Aに殺害されそうになったためXがAに向かって発砲したところ、弾丸が逸れてそばにいたBを死亡させてしまったが、Xは、防衛行為を意に介さず襲ってきたAによって重傷を負わされてしまったというものであり、攻撃を阻止することができなかったという点で、失敗した正当防衛も問題となる⁹⁶。この場合、一般に、Aに対する殺人未遂行為については正当防衛が成立するとされているが、防衛行為によってAによる攻撃の程度を有意に弱め、あるいは、攻撃を有意に遅延させていないということを前提にすると、本稿の立場からは、ここで認められる正当化は防衛結果が生じた可能性を理由として基礎づけられることになるだろう。そこで問題となるのが上記批判の趣旨であるが、おそらく、上記批判は、防衛結果が発生した可能性を理由にAに対する殺人未遂行為が正当化されるのであれば、同時に、Bの死亡結果についてもそれを理由と

⁹⁴ 橋爪・前掲注(5)206頁。

⁹⁵ 正当防衛と第三者の問題に関しては、一般に、侵害者が第三者の物を利用した場合、防衛者が第三者の物を利用した場合、防衛行為の結果が第三者に生じた場合の3類型が議論され、ここで取り上げたような最後の類型について特に議論が活発に行われている（山口厚『新判例から見た刑法〔第3版〕』（有斐閣、2015年）46頁など参照）。

⁹⁶ 失敗した正当防衛の例としてこうした防衛行為と第三者の事例を挙げるものとして、山本・前掲注(1)211頁。

して正当化することになるのではないかという点を指摘するものであると思われる。

しかし、そういった趣旨であれば、この批判は当たらないであろう。なぜなら、Bとの関係では、当該防衛行為が急迫不正の侵害に向けられているものではない以上、正当防衛の成立を認めることができないからである。正当防衛の要件を充足しないこうした場合にまで正当化を認めるのであれば⁹⁷、正当化の範囲の不当な拡張を認めることになるとする上記批判がまさに当たることになるであろう。失敗した正当防衛の具体例として、殴り掛かってきた攻撃者を突きとばして身を守ろうとしたが、反撃が一瞬遅く、殴られた直後に攻撃者を突きとばして傷害を与えたという場合を挙げ、正当防衛の成立にとって防衛効果が生じるとは不要であるからこの場合について正当防衛の成立を認めてよいとする見解⁹⁸も主張されているが、防衛行為の時点においても防衛効果が発揮する時点においても急迫不正の侵害が存在しない以上、上記事例と同様に、正当防衛の成立は認められず、場合によっては誤想防衛が問題となるにすぎない。こうした場合にまで正当化を認めるとすれば、それは、一般人の立場から錯誤が回避不可能な場合には誤想防衛も正当防衛の一種として違法性が阻却されるとする見解⁹⁹を前提とせざるを得ないが、法律上、客観的に存在することが明示的に要求されている急迫不正の侵害が認められない場合にまで正当防衛の成立を認めることはできないだろう¹⁰⁰。確かに、例えば、急迫不正の侵害が客観的に存在しなかった場合であっても、それが存在した「可能性」がある場合には、防衛結果が生じた可能性があるといえるかもしれない。しかし、防衛結果が生じた可能性が認められるからといって直ちに正当化が認められるわけではなく、正当防衛のその他の成立要件が認められてはじめて正当化が可能となるのであって、急迫不正の侵害が客観的に存在しない以上、やはり正当防衛の成立は認められない。

このように、防衛結果が生じた可能性を理由に正当化を認めるとしても、急迫不正の侵害の存在を客観的に要求する通説的理解を前提とする限り、正当化の範囲が過度に拡張されることはない。

⁹⁷ この場合に正当防衛の成立を認める見解として、中野次雄『刑法総論概要〔第3版補訂版〕』（成文堂、1997年）193頁注(13)、川端・前掲注(13)365頁。なお、中野は、許された危険の法理にも言及して正当化を認めている。

⁹⁸ 井田・前掲注(33)314～315頁注(71)。また、林・前掲注(15)54頁も参照。

⁹⁹ 藤木英雄『刑法講義総論』（弘文堂、1975年）172頁、野村稔『刑法総論〔補訂版〕』（成文堂、1998年）161頁、川端・前掲注(13)402頁以下。正当防衛の成立要件の判断基準（事前判断か、事後判断か）については、井田良「違法性における結果無価値と行為無価値（2・完）——いわゆる偶然防衛をめぐる——」法学研究 63巻11号（1990年）70頁以下、特に76頁参照〔同『犯罪論の現在と目的的行為論』（成文堂、1995年）115頁以下所収〕。

¹⁰⁰ これに対して、防衛結果は、急迫不正の侵害とは異なり、客観的に存在することが法律上必ずしも要求されているわけではなく、あくまで、急迫不正の侵害という要件と比べると相対的に規範的な「防衛するために……した行為」（刑法36条）という正当防衛要件の解釈の一部として取り上げられるものであるため、防衛結果が客観的に存在しない場合であっても正当防衛の成立が認められるとする解釈は法律の文言上も許容されるだろう。

むしろ、防衛行為と第三者の問題に関して取り上げられなければならないのは、攻撃者との関係で正当防衛が成立するということが、必ずしも自明のことではないということである。つまり、上記事例について考察した際には、A に対する生命の危険と X の身体が保護された可能性および加算される利益（またはその利益が実現した可能性）を衡量することで正当化を認めることが可能であるとしたが、この場合、防衛行為によって B を死亡させているということを A に対する生命の危険とあわせて衡量の対象とすれば、A に対する X の殺人未遂行為は過剰防衛となりうる。B だけでなく A も死亡させた場合や、B 以外の第三者も死亡させたという場合にはより過剰防衛の成立が認められやすくなるだろう。

違法性阻却を検討する際に、当該行為から生じた害を合算して考えるべきか否かについては、従来から議論が展開されてきた。この点につき、山口厚は、次のように述べている。

「たとえば、A の価値 100 の財産を保全するために、B の価値 60 の財産と C の価値 60 の財産を侵害した場合のように、複数の構成要件該当事実を実現している場合に、その法益侵害を侵害法益として併せて考慮することができるかが問題となる。違法性阻却の判断は行為者ごとではなく構成要件該当性ごとに行うべきだと考えるとすると、その場合でも、『害の均衡』の要件は別々に判断されなければならないことになるだろうが、そのような判断には疑問がある。なぜなら、上記の例で、B と C が同一人であれば、明らかに『害の均衡』の要件は充たされないからである。したがって、この場合には B の財産と C の財産を侵害する行為の違法性を判断するという観点から、両者の法益侵害を合算することを認めてよいように思われる¹⁰¹」。

こうした説明は緊急避難における害の衡量を念頭に展開されたものであるが、正当防衛の正当化も優越的利益原則に基づいて説明する場合には、同様の問題が生じることになる。そして、侵害利益を合算せず、構成要件該当性ごとに考えるとする見解には上述のような問題点があることが指摘されており、多数説は、侵害利益を合算して考える見解を採用しているといえる¹⁰²。こうした考え方を採用する場合には、正当防衛と第三者の場面でも、侵害利益全体の重大さによっては、攻撃者との関係でも正当防衛ではなく過剰防衛の成立が認められる場合があることになるだろう¹⁰³。

¹⁰¹ 山口・前掲注(10)156～157頁。なお、山口厚『刑法総論〔第2版〕』（有斐閣、2007年）145～146頁では、留保付きではあるが、侵害利益を合算して違法性阻却を考える見解に対して否定的であった。

¹⁰² 西田典之ほか編『注釈刑法（第1巻）』（有斐閣、2010年）499頁〔深町晋也〕、佐伯・前掲注(9)194頁、鈴木・前掲注(7)59頁。

¹⁰³ もっとも、松原・前掲注(2)117頁は、「法の目的を社会全体の利益の最大化のみに見出すことには抵抗がある。少なくとも生命や身体の枢要部に関する利益については、別の人の利益との衡量に服さない『権利性』を認めるべきではないだろうか。」として、構成要件該当性の枠を超えて侵害利益を合算して考えるこうした見解に対して疑問を投げかけている。

第6節 本章のまとめ

本章では、急迫不正の侵害に対して防衛行為を行ったが、侵害を阻止することができず、結局侵害を受けてしまったという失敗した正当防衛の場合に、攻撃を阻止することができなかったとしても、攻撃の程度を弱め、あるいは、攻撃を遅延させた場合や、さらには、防衛結果が生じた可能性しかない場合であっても正当防衛の成立が認められるとする多数説の理解がいかなる観点から基礎づけられるかについて、ドイツ法の議論を手がかりに検討を加えることで、違法性（阻却）段階における「結果」がいかに把握され得るかについて考察を行った。

その結果、構成要件段階における結果把握手法および可能性判断を違法性（阻却）段階に応用することで、多数説の理解を基礎づけることができると結論づけた。すなわち、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）段階であるとするれば、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ことを裏返し、防衛行為を行うことで危殆化された法益の状態を有意に改善することができれば防衛「結果」を生じさせたということができると、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ができれば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られるため、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。こうした裏返し論的な発想を採用することではじめて、失敗した正当防衛の正当化を理論的に基礎づけることが可能となる。

もっとも、こうした法益侵害の阻止や法益侵害の程度の弱体化および遅延、さらには、そうした可能性が違法性阻却・減少を基礎づけうるというのは、本章でも緊急避難を例に言及したように、正当防衛にのみ当てはまるのではなく、優越的利益原則に基づく違法性阻却事由一般について当てはまるだろう。すなわち、違法性（阻却）段階においては、法益侵害の阻止だけでなく、法益侵害の程度の弱体化や遅延、さらにはそれが生じた可能性も「結果」と把握され得る。正当防衛の場合には、それを前提として、防衛者側の優越性に鑑みて、正当化に必要とされる侵害の弱体化や遅延の程度、またはその可能性の程度が、他の違法性阻却・減少事由に要求されるものよりも相対的に低いもので足りることになるにすぎない。

第2章 偶然防衛と違法性（阻却）段階における「可能性」

第1節 はじめに

以上のように、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「結果」として把握され、これは、違法性（阻却）段階を構成要件段階の裏返しとして理解することでより説得的に基礎づけることができる。このように、法益を保全した「可能性」に基づいて違法性阻却・減少が基礎づけうるが、他方で、正当化が問題となる他の場面においては、これとは異なる「可能性」が取り上げられてきた。それは、いわゆる偶然防衛の場面である。

第1款 偶然防衛をめぐる議論状況

正当防衛論においては、Aが殺意をもってBを射殺したが、その際に実はBもAを射殺しようとしていたという事例（以下、「典型事例」とする¹）を念頭に、正当防衛状況が客観的に存在していたにもかかわらず行為者がそれを認識しないまま構成要件該当行為を行った場合、つまり、偶然防衛の場合に、正当防衛の成立が認められるか否かが伝統的に議論されてきた。

結果無価値論の立場からは、構成要件段階において違法性を基礎づける法益侵害結果およびその危険（以下、「結果無価値」とする。）の有無や程度がその認識たる故意の有無によって左右されないのと同様に、違法性（阻却）段階において違法性阻却を基礎づけるとされる、当該行為によって保護された利益（以下、「結果有価値」とする。）の有無および程度もその認識たる防衛の意思の有無によって左右されないことから、防衛の意思は正当防衛の要件とならず、典型事例におけるAには正当防衛が成立し、不可罰となるとされている²。

これに対して、二元的行為無価値論の立場からは、構成要件段階において結果無価値とともに違法性を基礎づける規範違反性（以下、「行為無価値」とする。）の有無や程度が故意の有無によって左右されるのと同様に、違法性（阻却）段階において違法性阻却を基礎づける社会的相当性（以下、「行為有価値」とする。）の有無および程度もその認識たる防衛の意思の有無によって左右されることから、防衛の意思は正当防衛の要件となり、典型事例にお

¹ この他にも様々な偶然防衛の類型が存在することを指摘するものとして、井田良「違法性における結果無価値と行為無価値（1）——いわゆる偶然防衛をめぐる——」法学研究 63 卷 10 号（1990 年）4 頁以下〔同『犯罪論の現在と目的的行為論』（成文堂、1995 年）115 頁以下所収〕、松原芳博「偶然防衛」現代刑事法 56 号（2003 年）47 頁以下。

² 須之内克彦「正当防衛における『防衛意思』に関する一試稿」愛媛法学会雑誌 6 卷 2 号（1980 年）47 頁以下、中山研一『刑法総論』（成文堂、1982 年）281 頁注(2)、内藤謙『刑法講義総論（中）』（有斐閣、1986 年）344 頁、浅田和茂『刑法総論〔補正版〕』（成文堂、2005 年）230 頁、山本輝之「正当防衛における防衛の意思」西田典之ほか編『刑法の争点』（有斐閣、2007 年）43 頁、林幹人『刑法総論〔第 2 版〕』（東京大学出版会、2008 年）197 頁など。

ける A の行為は正当防衛とならず、殺人既遂罪が成立するとされている³。

このように、偶然防衛の問題は、各論者が依拠する違法論に応じてこれに対する回答が異なることから、論者らの違法観を明らかにする試金石になるとされてきた⁴。もともと、その理論構成は異なるものの、二元的行為無価値論の立場からも結果無価値論の立場からもこの場合の A に殺人未遂罪の成立を認める見解がかつてより主張されており⁵、現在ではこの未遂説がかなり有力に主張されるに至っている⁶。

その中でも現在とりわけ支持者を増やしているのが、結果無価値論に基づく未遂説である。この見解は、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し、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肯定されるとする。この見解が支持を得ている理由は、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というアプローチが、一見、説得的なものであるという点に見出すことができるだろう。

³ 団藤重光編『注釈刑法（2）のⅠ総則（2）』（有斐閣、1968年）236頁〔藤木英雄〕、西原春夫『刑法総論（上巻）〔改訂版〕』（成文堂、1988年）241頁注(6)、津田重憲「いわゆる正当防衛における『防衛の意思』について」経済と法 15号（1982年）86頁以下〔同『正当防衛の研究』（時潮社、1985年）223頁以下所収〕、佐久間修『刑法における事実の錯誤』（成文堂、1987年）415頁、中野次雄『刑法総論概要〔第3版補訂版〕』（成文堂、1997年）192頁注(7)、明照博章「偶然防衛の処理」『三原憲三先生古稀祝賀論文集』（成文堂、2002年）396頁、板倉宏『刑法総論〔補訂版〕』（勁草書房、2007年）202頁、大塚仁『刑法概説（総論）〔第4版〕』（有斐閣、2008年）391頁注(22)、岡野光雄『刑法要説総論〔第2版〕』（成文堂、2009年）107頁、大谷實『刑法講義総論〔新版第4版〕』（成文堂、2012年）282～283頁、川端博『刑法総論講義〔第3版〕』（成文堂、2013年）370頁、立石二六『刑法総論〔第4版〕』（成文堂、2015年）149頁など。

⁴ 平野龍一『刑法総論Ⅱ』（有斐閣、1975年）241頁。

⁵ 行為無価値論に依拠するものとして、中義勝『講述犯罪総論』（有斐閣、1980年）136頁、野村稔『未遂犯の研究』（成文堂、1984年）162～163頁、阿部純二編『基本法コンメンタル刑法〔第4版〕』（日本評論社、1989年）52頁〔森下忠〕を、また、結果無価値論に依拠するものとして、平野・前掲注(4)243頁などを挙げることができる。

⁶ 行為無価値論に依拠するものとして、関根徹「偶然防衛について」『立石二六先生古稀祝賀論文集』（成文堂、2010年）213頁、井田良『講義刑法学・総論〔第2版〕』（有斐閣、2018年）280頁などを、また、結果無価値論に依拠するものとして、松原・前掲注(1)52頁、西田典之『刑法総論〔第2版〕』（弘文堂、2010年）171頁、佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』（有斐閣、2013年）139頁、小林憲太郎『刑法総論』（新世社、2014年）51頁、山中敬一『刑法総論〔第3版〕』（成文堂、2015年）498頁、山口厚『刑法総論〔第3版〕』（有斐閣、2016年）131頁などを挙げるができる。

第2款 本章の目的

第1項 「違法な結果が発生した可能性」を理由とする未遂犯成立の当否

しかし、「違法な結果が発生した可能性」と、一般に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」を同視することができるかについては、再考の余地があるように思われる。

まず、「違法な結果が発生した可能性」というのは、違法性（阻却）段階においてはじめて問題とし得るものであって、構成要件段階において問題とされる「法益侵害結果が発生した可能性」とは犯罪体系論上の位置づけが異なる。構成要件段階と違法性（阻却）段階を跨いでこうした2つの「可能性」を同視するためには何らかの論証が必要であろうが、結果無価値論に基づく未遂説の論者は、これらが同視可能であることを当然の前提としており、積極的な根拠づけは行われていない。また、「違法な結果が発生した可能性」という表現は、「法益侵害結果が発生した可能性」とあたかも同種のものであるかのような印象を与えるものであるが、ここで問題とされている「違法な結果が発生した可能性」とは、言い換えれば、「正当防衛が成立しなかった可能性」あるいは「結果有価値が実現しなかった可能性」である。果たして、このような「可能性」を理由に未遂犯の成立を認めてもよいのだろうか。

結果無価値論に基づく未遂説に対しては、かつてより、そこで問題としている可能性（違法な結果が発生した可能性）は従来の未遂概念にとって異質なものであり、未遂犯の成立を認めることはできないのではないかという批判が向けられてきた⁷。しかし、この批判が抽象的なものにとどまっていたことから、現時点では、結果無価値論に基づく偶然防衛未遂説の問題点が十分に明らかにされるに至っていない。結論から先に述べると、筆者は、偶然防衛の場合に「違法な結果が発生した可能性」を理由に未遂犯の成立を認めることには、理論上も、また実際上も問題があることから、結果無価値論に基づく未遂説を採用することはできず、客観的に防衛行為であると認められる以上、偶然防衛も不可罰とすべきであると考えている。

第2項 違法性（阻却）段階において考慮すべき「可能性」

もともと、結果無価値論に基づく偶然防衛未遂説が、「違法な結果が発生した可能性」という違法性（阻却）段階に固有の「可能性」に言及していること自体には賛同し得る。なぜなら、一方で、法益「侵害」という負の結果を問題とするのが構成要件段階であり、他方で、法益「保護」という正の結果を問題とするのが違法性（阻却）段階であるように、構成要件段階を「裏返したもの」が違法性（阻却）段階であるのだから、構成要件段階において法益侵害結果が発生した「可能性」が考慮されるのと同様に、違法性（阻却）段階においても、

⁷ 福田平＝大塚仁『対談刑法総論（中）』（有斐閣、1986年）17～18頁〔福田平の発言〕、日高義博ほか「偶然防衛」植松正ほか『現代刑法論争Ⅰ〔第2版〕』（勁草書房、1997年）132～133頁〔川端博〕、同・前掲注(3)370頁、立石二六「偶然防衛について」同『刑法解釈学の諸問題』（成文堂、2012年）27頁。

何らかの「可能性」を考慮することができるからである。そして、前章で明らかにしたように、その可能性とは「法益保全結果が発生した可能性」であり、これによって、違法性阻却・減少が基礎づけられ得ることになる。

上述のように、本章においては、「違法な結果が発生した可能性」を理由に未遂犯の成立を認めることは妥当でない結論づけるが、これは、違法性（阻却）段階で取り上げられるべき「可能性」が、結果無価値論に基づく偶然防衛未遂説のいう「違法な結果が発生した可能性」ではなく、前章で明らかにしたように、「法益保全結果が発生した可能性」ということを意味している。

第3款 本章の構成

そこで、本章では、偶然防衛に関する諸見解、とりわけ、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、裏返し論の観点からは必ずしも導かれぬ「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検討する。

結果無価値論に基づく偶然防衛未遂説は、一方で、偶然防衛は正当防衛の客観的成立要件を充足していることを認める点で不可罰説と共通の理解に立ち、他方で、二元的行為無価値論に基づく解決を採用し得ないことを前提とし主張されているものであるため、その批判的検討にあたっては、従来の不可罰説や二元的行為無価値論に基づく既遂説および未遂説の検討は不可欠である。

本章では、まず、結果無価値論に基づく不可罰説（第2節）および二元的行為無価値論に基づく既遂説および未遂説（第3節）について分析を加える。次に、それを前提として、結果無価値論に基づく未遂説について検討を行い、「違法な結果が発生した可能性」を理由に未遂犯の成立を認めることの理論上および実際上の問題点を明らかにする（第4節）。

第2節 結果無価値論に基づく偶然防衛不可罰説

結果無価値論に基づく偶然防衛不可罰説は、正当防衛の成否は客観的に判断されるべきであるため、正当防衛の客観的成立要件を充足する偶然防衛は違法性が阻却されるとする。こうした理解は、偶然防衛の場合と通常の正当防衛の場合との違いは防衛の意思の有無という点にしか存在しないと通説的理解とも合致するものであるため、不可罰説の主張は理論的に成り立ちうるものであると理解されてきた。正当防衛の成立を認めた上で「違法な結果が発生した可能性」を理由に未遂犯の成立を認める結果無価値論に基づく偶然防衛未遂説も、こうした理解を前提とするものである。

しかし、従来の不可罰説が偶然防衛の場合に客観的に正当防衛の成立を認める際の思考枠組みに対しては、少数ながら有力な批判が向けられている。この点に関してはこれまで十分な検討がなされてこなかったが、この批判は、正当防衛の客観的成立要件を充足するとされてきた偶然防衛の議論の前提に関係するものであり、偶然防衛における諸見解の検討に

先立って分析を加える必要がある。

そこで、以下では、偶然防衛不可罰説に対する批判を手がかりとして、偶然防衛の場面で正当防衛の客観的成立要件、具体的には、侵害の「不正」性を判断する際に重要となる観点を明らかにする。

第1款 不可罰説の理論構造と正当防衛における「正対不正」の捉え方

第1項 不可罰説の立場から「早い者勝ち」の考え方に依拠する見解

結果無価値論に基づく不可罰説に対して理論的な批判を向けた代表的論者としては、曾根威彦を挙げることができる。曾根は、不可罰説に関して次のように述べている。

典型事例において、「正当防衛説は A の行為を適法とするが、仮に A が引き金を引くことを逡巡し、一瞬早く引き金を引いた B によって撃ち殺されてしまえば、B に正当防衛が成立する以上、B に向けて銃を構えた A の態度は不正な侵害だったということになる。しかし、実際には A が B よりも先に発砲したということ根拠に、A の態度が適法となったと解するのは妥当でない。……正当防衛説は、A と B がお互いに相手の意図を知らず銃を構えている状態を法的にどのように評価するのであろうか。これを共に適法と解するならば、相互に正当防衛を認めることはできない。適法な侵害に対しては正当防衛が不可能だからである。そこで、反対に、これを共に違法と解した場合には、なおさらその延長線上に位置する銃の発射行為を適法行為、したがって正当防衛行為とみることが不可能である。銃を発射する行為とその前段階である銃を構える行為とが一体をなしているものである以上、前者は許されるが後者は許されないとはいえないからである⁸」。

こうした批判は、不可罰説が、先に防衛結果を生じさせた者に正当防衛を成立させる「早い者勝ち」の考え方を前提としており、どちらもいまだ防衛効果を発生させる前の状態、つまり、銃口を向け合っているという場面において正当防衛の成否を明らかにすることができないとするものである。もっとも、こうした批判に対しては次のような反論がなされている。

上記批判は、「前提を誤っている。厳密には、先に発砲した A だけが客観的に防衛の効果を有する行為をしたことになるのであって、後から撃とうとした（が果たせなかった）B の行為は、もし B がその時点で本当に撃っていたとしても、A の行為がすでに終了してしまっている以上、防衛の役に立つものではなく客観的な防衛行為とはいえない。そもそも侵害行為が相互に向き合う場合において、両方の行為が同時に防衛の効果をもつ行

⁸ 曾根威彦『『偶然防衛』再論——自己のための偶然防衛を中心として——』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）72～73頁〔同『刑事違法論の研究』（成文堂、1998年）173頁以下所収〕。

為であるという事態は考えられないように思われる⁹。「したがって、このような状況においては『早い者勝ち』を認めざるを得ないとしても、それは事案の性質からして仕方のないことなのである¹⁰」。

こうした反論は、一見、説得的なものであり、とりわけ偶然防衛の場面では、多くの見解が、防衛効果を生じさせた者の正当化を認めるという理解を前提としてきたように思われる。しかし、こうした「早い者勝ち」の観点は、正当防衛の成否にとって重要な観点ではない。なぜなら、例えば、B が殺意をもって A に対して銃口を向けたことに応じて、A が防衛するために B を射殺したという通常の正当防衛の事例を考えると、A が発砲する直前の段階においては A と B が銃口を向け合っているが、仮に先に B が発砲して A を殺害することで防衛効果を生じさせたとしても、B に正当防衛の成立を認める論者はいないであろうし、反対に、防衛行為に出ることのできなかった A の殺人未遂行為が正当化されないとする論者もいないからである。

第2項 防衛効果の存在と失敗した正当防衛

曾根は、こうした「早い者勝ち」の観点が正当防衛の成否にとって重要ではないということについても、以下のように言及している。

「A の発射した弾丸が B に命中せず、行為が未遂に終わった場合……正当防衛説も、防衛効果があがらなかったという理由で、A の行為を違法と解するわけではなかろう。さもないと、既遂であれば適法だが、未遂行為は違法だということになってしまうからである。……防衛効果があったかどうかは、行為の適法・違法には影響しないのである¹¹」。

こうした曾根の指摘は、「先に発砲した A だけが客観的に防衛の効果を有する行為をしたことになる」という考え方が通説的な正当防衛の理解と一致しないことを、「失敗した正当防衛」を例に理論的に示すものである。「失敗した正当防衛」、つまり、防衛効果が生じなかった正当防衛について、正当防衛の成立要件として防衛効果が生じたことを厳格に要求する立場¹²から正当化を認めない場合にはこうした考え方を維持することが可能であろう。しかし、前章で検討したように、そのような解釈を貫徹すると、「女性が強姦犯人に対して抵抗したが結局は力及ばなかった場合等、体力的に劣る者の正当防衛権が否定されることにな

⁹ 井田・前掲注(1)7頁。

¹⁰ 井田・前掲注(1)12頁注(19)。また、こうした反論については、松原・前掲注(1)54頁注(23)も参照。

¹¹ 曾根・前掲注(8)73頁。また、康元燮「偶然防衛」早稲田大学大学院法研論集 63号(1992年)95頁も参照。

¹² 山本輝之「優越利益の原理からの根拠づけと正当防衛の限界」刑法雑誌 35巻2号(1996年)211頁。

りかねない¹³」し、また、「正当防衛行為自体を、未だ防衛効果を生じさせていないという理由で、正当防衛により阻止することを認めることになり、正当防衛が認められている趣旨を没却することになる¹⁴」。そのため、現在の通説は、防衛効果が実際に生じたことを厳格に要求しておらず、例えば、B から暴行を受けている A が、B からの攻撃を阻止するために暴行による反撃を試みたが B からの暴行を止めることができなかったという失敗した正当防衛の場合であっても、A の暴行行為は正当化されるとしている¹⁵。そうだとすると、防衛効果の有無という観点からは、典型事例においても、実際に防衛効果を生じさせた A だけではなく、防衛効果を生じさせていない B についても正当防衛の成立する余地があるということになる。

このように、防衛効果を実際に生じさせたか否かは正当防衛の成否にとって決定的ではない以上、防衛効果を先に生じさせた者について正当化を認める「早い者勝ち」の考え方を維持することはできない。したがって、相対する二人の行為者のうち、どちらの行為者に正当防衛の成立が認められるかは、「早い者勝ち」とは別の観点から明らかにされなければならないのである。

第2款 衝突状況にある利益自体の正・不正に着目する見解

そこで、曾根は、「防衛行為者」に防衛の意思があるか否かを問題としてきた従来の防衛の意思必要説とは異なり、防衛行為によって保護される「利益の担い手」に防衛の意思があるか否かを問題とするという独自の観点から防衛の意思必要説を主張し、ここからさらに、独自の「正対不正」の捉え方を提案した。

まず、曾根は、「正当防衛における侵害の不正性は、正当防衛状況に関する要件として、防衛行為に先行して確定されなければならない、防衛行為の結果として事後に決定されるものではない¹⁶」として、従来の見解が、「不正」性の要件が正当防衛の成否の検討を通じて事後的に確定されるとしてきた点に問題があるとする。そして、こうした問題を回避するために、「正対不正」の関係は、保護される利益の担い手の意思によって決定されるとする。つまり、典型事例を自己のための偶然防衛と位置づけ、保護された利益の担い手である A に防衛の意思がなく、また同時に、B にも防衛の意思がないため、ここでは「不正対不正」の

¹³ 葛原力三ほか『テキストブック刑法総論』（有斐閣、2009年）133頁〔橋田久〕。

¹⁴ 山口・前掲注(6)132頁。

¹⁵ 例えば、井田・前掲注(6)314頁注(71)、林・前掲注(2)194頁、西田・前掲注(6)168～169頁、今井猛嘉ほか「刑法総論〔第2版〕」（有斐閣、2012年）206～207頁〔橋爪隆〕、山中・前掲注(6)505頁、山口・前掲注(6)132頁、曾根威彦『刑法原論』（成文堂、2016年）203頁、松原芳博『刑法総論〔第2版〕』（日本評論社、2017年）163頁など。もっとも、特に結果無価値論の立場から、防衛効果が生じていない失敗した正当防衛が正当化される根拠がどこに求められるかは十分に明らかにされていない。この点については、本章第5節第2款参照。

¹⁶ 曾根・前掲注(8)72頁。

関係しか存在せず、Aには正当防衛が成立しないとする^{17 18}。

次に、AがBを射殺したが、実は、BはCを殺害しようとしていたところであったという事例を緊急救助型の偶然防衛と位置づけ、この場合、Aが保護した利益の担い手であるCの利益はなんら侵害を受けるべきものではない正当な利益であるが、Cを殺害しようとしていたBの利益は不正な利益であるため、ここでは「正対不正」の関係が存在し、「不正」の利益の担い手であるBを侵害したAには正当防衛の成立が認められるとする¹⁹。

このように、曾根は、「保全されるべき利益が正か不正かということと、防衛行為が正（適法）か不正（違法）かということが別個の問題である²⁰」ことを前提として、前者の「利益の正・不正の認定が防衛行為の適法・違法の判断に先立って確定されなければならないことは、それが防衛状況に関する問題である限り当然のことである²¹」とする。

こうした曾根の見解に対しては、「偶然防衛は『不正』対『不正』であるとする前提自体が、その前提を用いて論証すべき偶然防衛行為が違法であるという結論を前提としている²²」という批判をはじめとして、様々な批判が投げかけられてきたが、ここでは、曾根の見解の具体的な問題として、以下の2点を指摘しておきたい。

まず、通説によれば、侵害の「不正」性の要件によって適法な行為に対する正当防衛が否定されるように、正当防衛における「正対不正」の問題は、防衛行為あるいは侵害行為の正・不正の問題に他ならず、保護されるべき利益の正・不正の問題ではない。曾根は、正当防衛の前提たる「正対不正」の関係が正当防衛の成否により決定されるとする不可罰説の説明はまさに循環論法であり、これを回避するためには正当防衛の検討を行う前に「正対不正」の関係が決定されていなければならない、そのためには自身の主張するような意味での防衛の

¹⁷ 曾根・前掲注(8)69頁以下。また、曾根は、この場合に、Aに正当防衛は成立しないが、同時にBの利益も不正なものであることから一定の限度で要保護性が低下しており、これを侵害したAは既遂犯としての処罰に値するだけの結果無価値を欠く結果、違法性の程度としては未遂の限度にとどまるとする。しかし、この点については、「何故に結果反価値性が欠けることにならず、結果反価値性の内容・程度が既遂犯よりも本来の未遂犯に相応する限度に減少するにすぎないのであろうか。……また仮にこのことを是認するとしても、相手方が傷害を負って一命をとりとめた場合には本来の未遂犯として扱われることになる」とするが、……何故に相手方が死亡した場合に認められる結果反価値性はその程度が減少するのに対し、それよりも軽い傷害の場合の結果反価値性はその程度が減少されないのあろうか」（野村・前掲注(5)165頁注(10)）との正当な指摘がなされている。

¹⁸ 自己のための正当防衛に関して、橋爪隆は、「もっぱら加害目的で現場に赴いた場合には、現場に滞留する利益が欠け、その結果、正当防衛が否定される場合がありうることになる」（橋爪隆「正当防衛論の基礎」(有斐閣、2007年)249頁)とし、曾根の見解は「方向性としては、一定の正しさを含んでいるように思われる」（同249頁注(131)）とする。

¹⁹ 曾根・前掲注(8)65頁以下。

²⁰ 曾根・前掲注(8)76頁。

²¹ 曾根・前掲注(8)77頁。

²² 前田雅英「正当防衛に関する一考察」『団藤重光博士古稀祝賀論文集（第1巻）』（有斐閣、1983年）344頁〔同『現代社会と実質的犯罪論』（東京大学出版会、1992年）138頁以下所収〕。また、井田・前掲注(1)7頁、松原・前掲注(1)54頁注(23)も参照。

意思必要説を採用する必要がある、という形で消極的な論証を行うにとどまっており、「防衛の意思の有無が利益の正・不正を決することの論証は十分ではない²³」といえるだろう。

また、正当防衛における「正対不正」の関係が事前的に決定していなければならないとする点についても疑問がある。なぜなら、確かに、正当防衛における「正対不正」の関係が正当防衛の成否によって決定されるとしながら、「正対不正」の関係、特に一方の側が「正」であることが事前に決定されるというのであれば、それは結論の先取りに他ならないが、刑法 36 条が侵害者側の「不正」性を要求しているように、正当防衛の検討にあたっては、一方の者の行為が「不正」であることさえ確定していれば十分だからである。例えば、典型事例において、A の行為について正当防衛の成否を検討するためには、A が防衛行為を行う段階で、A に対して侵害行為を行っている B の行為が「不正」であることさえ確定していれば十分であり、A について正当防衛の成否を検討する前に両者の間の「正対不正」の関係が確定している必要はない。両者の間の「正対不正」の関係は、B の行為が不正であることを前提に、それに対する A の行為が正当防衛であると認められてはじめて、事後的に A と B との間に「正対不正」の関係があったといえるにすぎないのである。

以上の検討を踏まえると、正当防衛における正・不正の問題を当該行為の正・不正の問題であるとする従来理解を採用したとしても、法益侵害行為が対立する状況において一方の者の「不正」性さえ確定することができるのであれば、曾根が指摘するような問題は生じないということになる。問題となるのは、従来主張されてきた「早い者勝ち」の考え方にも、曾根のような理解にも依拠することなく、一方の者の「不正」性を確定することができるかということである。

第 3 款 検討

第 1 項 侵害行為の先後に着目する見解

この点に関して、侵害の「不正」性を判断するための従来とは異なる基準を示しているのが関哲夫である。関は、「早い者勝ち」の考え方および曾根の見解を批判的に検討したうえで、「法益に対する切迫した危険を惹起する行為、具体的な例では、拳銃を構える行為の時間的先行によって侵害の『不正性』を決定するという見解しかあり得ない²⁴」と述べている。こうした理解に立てば、典型事例においては、B が先行して A に銃口を向けたという事情がある場合に限って、A に正当防衛の成立が認められることになる。

筆者は、先に侵害の危険を惹起する行為に出た側を「不正」とするこうした理解は妥当であると考えている。もっとも、先に手を出した者の行為を「不正」とするということは、その者の行為は正当防衛にはもちろん、緊急避難などの正当行為にもならないということの意味するが、先に手を出した者になぜ一切の正当化事由が認められなくなるかについてはより具体的に考察する必要があると思われる。そこで、以下では、先にも挙げた、B が殺意

²³ 松原・前掲注(15)159 頁注(28)。

²⁴ 関哲夫「偶然防衛についての一考察」國士館法学 37 号（2005 年）38 頁。

をもって A に対して銃口を向けたことに応じて、A が防衛するために B を射殺したという通常の正当防衛の事例を例に考えてみたい。

この場合、まず、B が先に A に対して銃口を向けた殺人未遂行為は、急迫不正の侵害に向けられて行われたものではなく、また、他の正当化事由が認められる行為でもないため、違法と評価される。そのため、B の行為はまさに「不正」の侵害であるということになる。これに対して、それに後行して銃口を向けた A の殺人未遂行為は、防衛効果をいまだ実際に生じさせてはいないものの、「急迫不正の侵害に対して、自己……を防衛するため」に行われたものとして正当防衛の成立を認めることができる²⁵。そして、A について正当防衛が認められる限りで A の行為は正当であるといえるため²⁶、B は適法と評価された A の行為に対して正当防衛によって対抗することはできない。さらに、B は、A に対して（違法性阻却事由と解する限りで）緊急避難によって対抗することもできず、B には、A の正当防衛行為を甘受する義務が生じるであろう²⁷。

この点については、緊急避難の成立要件として不正性が要求されないことから、B は A に対して緊急避難で対抗できるとする見解²⁸も主張されているが²⁹、これを認めることは急迫不正の侵害を受けている者の対抗措置を制限することになるという点で不当であり、採用することはできない³⁰。また、仮に、B に緊急避難が成立するとすれば、それは、B に緊急避難が成立する前提として A に正当防衛が成立するとしながら、他方で、B に緊急避難が成立することによって A に正当防衛の成立が認められないとすることを意味し、論理が循環するという問題が生じることになる。

²⁵ 前章で見たように、この場合には、「法益を保護した可能性」を理由に違法性阻却が認められることになる。

²⁶ A に過剰防衛が成立するような状況であれば、これに対して、B は一定の限度で正当防衛行為により対抗することができるであろう。その意味では、先に不正の侵害を生じさせた者は適法な対抗措置を一切とることができないということにはならない。

²⁷ 佐伯・前掲注(6)183～184 頁は、「違法性阻却事由の中には、①法益侵害それ自体が正当化されており、相手方は法益侵害それ自体を受忍する義務がある場合（この場合は、法益主体は逃げることもできない）、②目的達成に必要な限度で法益侵害が正当化されており、相手方は目的の達成を妨害できない場合（正当防衛も緊急避難もできないが、逃げることはできる）、③正当防衛で対抗できないだけである場合（逃げることも緊急避難で対抗することもできる）の 3 つの類型が存在して」おり、「正当防衛は第 2 の類型」であるとする。また、正当防衛に対する緊急避難を否定するものとして、米田泰邦『緊急避難における相当性の研究』（司法研修所、1967 年）36 頁、西田・前掲注(6)144 頁など。

²⁸ 正当防衛に対する緊急避難の余地を認めるものとして、堀内捷三『刑法総論〔第 2 版〕』（有斐閣、2004 年）167 頁、井田・前掲注(6)332～333 頁、大谷・前掲注(3)276 頁など。また、内藤・前掲注(2)337 頁も参照。

²⁹ 橋田久「正当防衛に対する緊急避難」名古屋大学法政論集 262 号（2015 年）3 頁は、これらの見解は、正当防衛に対する緊急避難が認められる根拠として、緊急避難の場合には不正性が要求されないことにしか言及しておらず、積極的に基礎づけられた見解ではないとする。

³⁰ 橋田・前掲注(29)11 頁は、正当防衛に対する緊急避難は、正当防衛に対する正当防衛の禁止を骨抜きにするものであるともいえ、法秩序の観点からも是認しえないとする。

このように B には緊急避難も認められないことから、B の行為は、A による反撃が行われた後にも正当化され得ないのである。B の行為は、B が A に先んじて侵害行為を行ったということを理由に一貫して正当化が否定され、侵害の危険を惹起する行為を継続している限り「不正」と評価されることになるため、これに対して A は正当防衛を行うことが可能となる。

通常の正当防衛の事例と偶然防衛の事例では、防衛の意思の有無という点にしか差異はないとする通説的理解に従えば、以上のことは典型事例にも妥当することになるであろう。そのため、「正当防衛説は、A と B がお互いに相手の意図を知らず銃を構えている状態を法的にどのように評価するのであろうか」という曾根の問題提起に対しては、先に銃口を向けていた者の行為が不正となり、他方の者の行為は正当化されるとの回答を行うことになる。偶然防衛の事例状況において、防衛効果の有無により A と B のどちらに正当防衛を認めるかを判断してきた偶然防衛不可罰説に問題があるとする曾根の指摘は正当なものであったといえるが、結果無価値論に基づく不可罰説は、上述のように、侵害の危険を惹起する行為を先に行った者が「不正」と評価される、いわば「早い者負け」という考え方を採用すれば十分に成り立ち得るものであると思われる。

第2項 同時に行われた防衛行為

しかし、「早い者負け」という考え方を前提としても、なお検討を要するのは、防衛行為が同時に行われた場合である。

上述のように、従来の偶然防衛不可罰説は、「早い者勝ち」という考え方を前提に、正当防衛状況において双方の行為が同時に防衛効果をもつことはありえないということから、相対する行為がともに正当防衛となることはないとしていた。しかし、上述のように、防衛効果が現に生じたか否かは正当防衛の成否にとって決定的ではないとする通説的理解を前提とすると、同時に防衛行為が行われた場合には、一見すると、双方の行為に正当防衛が成立するように見える場合がある。それは、典型事例において、A と B が全く同時に防衛行為を行い、それが失敗した場合、例えば、A と B が、偶然、同時に銃口を互いに向け、同時に拳銃を発射し、両者が重傷を負ったという場合³¹である。この場合、同時に防衛行為を行っている以上、ともに急迫の侵害に対する防衛行為を行っているといえ、また、防衛効果が実際に生じたことが正当防衛の要件ではないとする通説的理解からは、一見、正当防衛が成立するように見えるかもしれない。しかし、この場合に双方の行為について正当防衛が成立するということとはできない。なぜなら、上述のように、ある者の行為について正当防衛が成立するということは、他方の者の行為に正当化事由が存在しないことを前提としなければならない、双方の行為が正当防衛になるということは考えられないからである。そのため、「早い者負け」となる者が存在しないこうした場合には、正当防衛の前提を欠くために、双方の

³¹ 前述のように、防衛効果が現に生じたか否かは重要でないため、両者が発射した弾丸がともに外れたという場合でも同じである。

行為について正当防衛は成立しないことになる。

この点については、「防衛の意思不要説は、……双方の行為が『全く同時に』行われた場合（＝双方が全く同一の行為を同時に行った場合）、客観的には、それぞれの行為の正・不正は決定できないはずであり、「このような場合、『正対不正』という正当防衛の基本的構造が認められるか否かを判断するには、防衛の意思を問題にせざるをえ」ないことから「防衛の意思必要説が妥当である³²⁾」との指摘もなされている。しかし、例えば、2人の殺し屋AとBが、偶然にも同時に、「狙われている」と殺気を感じて相互に発砲したという事例³³⁾においては、両者ともに防衛の意思を認めることができる³⁴⁾。この場合、双方に防衛の意思が認められるからといって、両者に正当防衛の成立を認めることはできないのであるから、防衛の意思必要説の立場からも同様に、「早い者負け」となる者が存在せず、正当防衛の前提を欠くという観点から双方について正当防衛を否定せざるを得ないだろう。

もっとも、危難の「不正」性を問題としない緊急避難であれば上記のような問題は生じないため、その成否を別途検討することは可能であると思われる³⁵⁾。

³²⁾ 伊藤渉ほか『アクチュアル刑法総論』（弘文堂、2005年）188頁〔成瀬幸典〕。「正当防衛説は、AとBがお互いに相手の意図を知らず銃を構えている状態を法的にどのように評価するのであろうか」という曾根の問題提起にも、同様の趣旨が含まれていると考えられる。

³³⁾ 井田・前掲注(1)8頁の事例を参考にした。

³⁴⁾ 成瀬・前掲注(32)188～189頁注(116)は、「防衛の意思を有するためには、行為者が『(不正の)侵害』を認識する必要があるが、行為が全く同時に行われた場合、そのような認識を行為者がもつことは論理的にありえない」とするが、本文の事例においては、なお、防衛の意思が存在すると考えることは可能であると思われる。曾根・前掲注(8)79頁は、防衛の意思をもって同時に防衛行為を行った場合については、「正対正」の関係が存在することから緊急避難の成立が認められることを示唆している。

³⁵⁾ 関・前掲注(24)39頁も、先に侵害の危険を惹起する行為を行ったか否かによって「不正性」を決定する立場からは、こうした場合には緊急避難の適用ないし（「不正対不正」の関係であることから）準用があるにすぎないとする。また、この点については、内山良雄「緊急救助型と自己防衛型の偶然防衛について」『曾根威彦先生・田口守一先生古稀祝賀論文集（上巻）』（成文堂、2014年）383頁注(33)も参照。もっとも、同時に避難行為を行い双方が重傷を負ったという本文中の事例においては、「失敗した緊急避難」が問題となるが、避難効果がないという点に関しては、失敗した正当防衛の場合とは異なる考慮が必要となるように思われる。なぜなら、正当防衛と緊急避難は、前者が防衛行為者側の優越性を前提とし、後者が害の均衡を要件としている点で異なっており、こうした差異が、失敗した正当防衛と失敗した緊急避難の正当化の説明にも影響すると考えられるからである。そのため、防衛効果や避難効果が必須の成立要件とならないとしても（防衛効果が実際に生じたことが正当防衛の要件とならないのと同様に、緊急避難においても避難効果が実際に生じたことはその成立要件ではないとする見解として、例えば、林・前掲注(2)192頁、山中・前掲注(6)510頁）、「害の均衡」の観点から、両者の弾が外れたという場合には緊急避難となり得るが、本文中の事例のように両者の弾が当たったという場合には、せいぜい、過剰避難が成立しうるにすぎないと思われる。この点については、前章も参照。

第3項 急迫不正の侵害の存在時期

また、上記のような理解は、一見、防衛行為に先立って不正の侵害が存在することを正当防衛の成立要件として要求することを前提としているように思われるかもしれない。そうだとすれば、「偶然防衛をめぐる議論では、急迫不正の侵害が行為者の防衛行為よりも時間的に先行していなければならないという誤解があったように思われる。……しかし、泥棒対策として落とし穴や忍び返しを用いた事案で正当防衛が認められることに示されるように、現実の急迫不正の侵害は、行為者の意思発動としての（狭義の）行為の時点で存在している必要はなく、防衛行為が効果を発揮する時点で存在すれば足る³⁶」という指摘がまさに当たることになる。しかし、「早い者負け」という理解は、先に法益侵害の危険を生じさせた者の侵害が「不正」と評価されるということを意味し、設置行為あるいは防衛行為が急迫不正の侵害に先行していたとしても、それが法益侵害の危険を生じさせるものでなければ、正当防衛の成否に影響を与えない。

生命に対する危険を生じさせない忍び返しや防犯装置を設置した場合、それによって侵入者が負傷したとしても、装置が作動した時点では急迫不正の侵害がある以上、装置の作動によって生じた結果および危険は正当化される。それに対して、設置行為自体が処罰されないのは、装置の作動時点で正当防衛の成立が認められるからではなく、設置行為が何ら構成要件に該当しないからである³⁷。そのため、設置行為に相当する行為が何らかの構成要件に該当する場合、つまり、未遂犯の成立を基礎づける危険を惹起したが、結果が発生するまでの間に当該行為者に対して急迫不正の侵害が向けられたという場合であれば、その未遂行為はやはり正当化され得ないように思われる。

例えば、AがBを殺そうとしてBに向かって遠くから矢を放ったのに対し、それに気づいていないBがAを殺害しようと思ひ銃口を向けたところ、Aが放った矢がBに命中し、Bが重傷を負った結果、Aが撃たれることはなかったという事例が考えられる³⁸。この場合、BがAに銃口を向ける行為は不正の侵害に向けられていないことから正当防衛となり得ない以上、Bの行為は急迫不正の侵害であるといえるため、急迫不正の侵害開始以降に存在するBの生命に対する危険および傷害結果については正当化が認められるとしても、急迫不

³⁶ 松原・前掲注(1)48頁。また、高橋則夫『刑法総論〔第4版〕』（成文堂、2018年）276頁も参照。

³⁷ この点については、内山・前掲注(35)379頁を参照。また、作動すれば生命に危険を及ぼすおそれのある装置を設置し、それによって家に侵入しようとした者が重傷を負い、あるいは死亡したという場合、設置行為について殺人予備が成立し、それが過剰防衛となる余地はあるとしても、その部分は、装置の作動によって生じた正当化され得ない死亡結果あるいはその危険の部分に吸収されることになる。他方で、その装置によって設置者自身の生命が救われたという場合には、それによって生じた攻撃者の生命に対する危険および死亡結果については、その作動時に急迫不正の侵害が存在した以上、正当化され得るが、急迫不正の侵害が存在していない時点で行われた殺人予備となり得る設置行為は正当化され得ないだろう。この点については、本文中に掲げる弓矢事例と同様である。

³⁸ 佐伯・前掲注(6)208頁で挙げられた事例を参考にした。

正の侵害が存在しない時点で発生させた B に対する生命の危険は正当化され得ない。そのため、A にはなお殺人未遂罪が成立することになるであろう³⁹。これは、A が弓矢を放った後にこれを見た B がちょうどいい機会だから死のうと思って、矢をよけずに死亡したという場合に、意思方向説の立場から、罪数の問題は措くとして、結果が生じる時点で同意が存在していたために同意殺人罪が成立するのとは別に、同意が存在していない時点で発生させた生命に対する危険を理由に殺人未遂罪の成立が認められていることと整合的である⁴⁰。

このように、「早い者負け」という考え方は、急迫不正の侵害が存在する時点で発生した法益侵害結果および危険は正当化されるとする通説的理解を前提としてもなお採用することができるものである。

第4款 小括

結果無価値論に基づく偶然防衛不可罰説の論者やこれを批判する論者は、この見解の特徴を、防衛効果を先に生じさせた者に正当防衛の成立を認めるとする「早い者勝ち」という点に見出してきたが、前述のように、正当防衛における「正対不正」の関係、特に「不正性」は、急迫の侵害を先に生じさせた者は、その侵害を継続している限り、正当防衛や緊急避難などの正当行為による対抗が許されないことになる結果、「不正」と評価されるとする「早い者負け」の観点から決定されるということが出来る。こうした観点から偶然防衛不可罰説を理解することではじめて、この見解を理論的に一貫したものとして把握することができる。結果無価値論に基づく偶然防衛不可罰説に対しては、端的に、不可罰とする結論は法感情に反するという批判⁴¹が向けられることがあるが、こうした批判は偶然防衛不可罰説の理論内在的問題ではなく、また、不可罰という結論が一定の支持を得ていることも否定できないため、決定的な批判とはならないように思われる。

なお、こうした「早い者負け」という考え方は、偶然防衛未遂説や既遂説においても、正当防衛の客観面の検討の際には同様に妥当するものである。そのため、以下の検討においては、「早い者負け」という理解を前提とするとともに、典型事例において A に正当防衛の成立が認められるという議論の前提を維持するために、典型事例においては A より先に B が銃口を向けていたという状況があったものとする。

第3節 二元的行為無価値論に基づく偶然防衛既遂説の違法性阻却構造

第1款 偶然防衛既遂説に対する批判

こうして、結果無価値論に基づく偶然防衛不可罰説が理論としては一貫したものであるのと同様に、二元的行為無価値論に基づく偶然防衛既遂説も、一見、理論的に一貫している

³⁹ 内山・前掲注(35)379頁。

⁴⁰ 例えば、佐伯・前掲注(6)208頁、山口・前掲注(6)168頁、松原・前掲注(15)133頁など。

⁴¹ 小暮得雄「正当防衛」日本刑法学会編『刑法講座（第2巻）』（有斐閣、1963年）141頁、野村・前掲注(5)154～155頁。

ようにも思われる。しかし、偶然防衛既遂説に対しては、次のような批判が向けられている。

二元的行為無価値論は、違法評価は客観的違法要素と主観的違法要素がともに存在してはじめて違法と評価されるとする考え方であるのだから、「いずれか一方でも欠ければ、行為は違法でなくなるのであって、偶然防衛の場合は、客観的には防衛行為が存在するのであるから客観的違法要素を欠き、本来であれば違法でなくなるはずである⁴²」。したがって、二元的行為無価値論の立場から典型事例における A を既遂犯として処罰するのであれば、偶然防衛の場合にはその前提に反して「行為無価値だけで既遂犯の処罰を肯定している⁴³」ことになる。

こうした批判が問題としているのは、偶然防衛というのは、結果無価値論の立場からは正当防衛の成立が認められ、結果無価値を優越する結果有価値が実現されていることから客観的違法要素が欠ける場合であるのだから、客観的違法要素と主観的違法要素がともに存在してはじめて違法性が基礎づけられるとする二元的行為無価値論の立場から、行為無価値論の観点から防衛の意思が必要となるとして正当防衛の成立を形式的に否定したとしても、実態として客観的違法要素が欠けることになる以上、行為者を不可罰とせざるを得ないのではないかということである。

筆者は、この批判は正当なものであり、こうした考え方に従えば、二元的行為無価値論の立場から偶然防衛の場合に行為者を既遂犯として処罰することはできないと考えている。これを明らかにするにあたっては、二元的行為無価値論における違法性阻却構造を明らかにする必要がある。

第2款 二元的行為無価値論における違法性阻却構造

まず、二元的行為無価値論によれば、違法性(阻却)段階において行為有価値と結果有価値のいずれかが存在していれば違法性が阻却されることになるのか(以下、「択一的阻却説」とする。)、それとも、行為有価値と結果有価値がともに存在していなければ違法性が阻却されないのか(以下、「重疊的阻却説」とする。)を検討する必要がある⁴⁴。上記批判は、択一的阻却説を前提としたものであるが⁴⁵、重疊的阻却説を採用し得るのであれば、上記批判は

⁴² 曾根・前掲注(8)67頁参照。

⁴³ 佐伯・前掲注(6)100頁。また、曾根・前掲注(8)67頁も参照。

⁴⁴ この点については、そもそも、行為の無価値と結果の無価値とを分離する考え方は妥当でないとする批判も向けられている(福田=大塚・前掲注(7)17~18頁〔福田平の発言〕参照)。しかし、二元的行為無価値論は、結果無価値論の観点と行為無価値論の観点を併せて考慮することで妥当な処罰範囲を確保しようとするものであるのだから、両者を分離可能なことを前提とした分析的な思考方法を出発点とせざるを得ないように思われる。この点については、後掲注(49)も参照。

⁴⁵ 日高義博「偶然防衛と違法モデル」専修大学法学研究所紀要 23号(1998年)129~130頁〔同『違法性の基礎理論』(イウス出版、2005年)65頁以下所収〕は、「違法二元

当たらないことになる。

実際に、偶然防衛既遂説の立場からは、重疊的阻却説による説明も行われている。例えば、飯島暢は、行為無価値二元論における行為不法と結果不法との相互関係がこれまで十分に説明されてこなかったという問題意識から、偶然防衛を例にこのことを以下のように説明している⁴⁶。

「構成要件該当性のレベルでは、①行為不法（行為無価値的要素）の存在が肯定されて初めて、②結果不法（結果無価値的要素）の有無を判断することにも意義が出てくるのであり、そもそも①の行為不法が欠ける場合に②の結果不法の有無を判断しても無意味なのである。……正当化のレベルも同様のことが当てはまるため、まずは①の行為不法の中性化が認められなければならない、その後で初めて②の結果不法の中性化の有無が論じられるべきとなる。しかし、偶然防衛の場合では、防衛の意思に担われた防衛行為がなされていないため、①の行為不法の中性化は否定されるのであるから、たとえ客観的な防衛状況が存在していたとしても、②の結果不法の中性化を論じる意味はない⁴⁷」。

ここで、構成要件段階での違法性判断と違法性（阻却）段階での違法判断を対比して検討が行われていること自体は適切であろう。なぜなら、構成要件段階で行為無価値および結果無価値によって違法性が基礎づけられると考えるからこそ、違法性（阻却）段階では正反対の性質を備える行為有価値および結果有価値の存否が問題となるといったように、構成要件段階と違法性（阻却）段階は裏返しの関係にあるからである。しかし、飯島による対比の仕方は、違法であることを積極的に基礎づける構成要件段階と、それを前提に違法性が阻却されるか否かを判断するにすぎない違法性（阻却）段階の犯罪体系論上の差異を適切に反映したものであるとはいえない。

構成要件を少なくとも違法類型であるとする現在の通説的理解に従えば⁴⁸、構成要件段階においては、違法評価がなされていない状態を出発点として、当該行為が違法であることを基礎づける作業が行われる。そして、二元的行為無価値論によれば、結果無価値と行為無価値の両者が存在してはじめて当該行為は違法と評価されることになるため、結果無価値と行為無価値のどちらを先に判断するかはともかくとして、構成要件段階では両者が存在す

論に依拠して既遂説を採る場合には、構成要件該当性の段階で結果反価値・行為反価値を検討し、それらが肯定されると違法性の段階では、……結果価値と行為価値との両方が肯定されない限り、違法阻却の効果を認めないという理論構成を採る必要がある」とする。

⁴⁶ 飯島暢『自由の普遍的保障と哲学的刑法理論』（成文堂、2016年）127頁以下〔同「刑法上の不法概念の法哲学的基礎づけ」法学政治学論究48号（2001年）189頁以下初出〕。

⁴⁷ 飯島・前掲注(46)151頁。

⁴⁸ 団藤重光『刑法綱要総論〔第3版〕』（創文社、1990年）125頁、大塚・前掲注(3)122頁、西田・前掲注(6)70頁、山口・前掲注(6)30頁、高橋・前掲注(36)91頁、井田・前掲注(6)98～99頁など。

ることが明らかとされなければならない。その意味で、行為不法と結果不法のいずれも欠けてはならないとする飯島の説明は適切であるといえる。

それとは対照的に、違法性（阻却）段階では、構成要件段階において結果無価値と行為無価値が存在することにより原則として「違法である」と評価された状態を出発点とし、結果無価値と行為無価値を相殺する結果有価値あるいは行為有価値が存在するか否かを問題とする。そして、結果有価値も行為有価値もなければ、結果無価値と行為無価値の存在により推定された違法性が確定されることになる。それに対して、結果無価値と行為無価値をそれぞれ相殺する結果有価値と行為有価値のいずれかの存在が認められれば、客観的違法要素と主観的違法要素のいずれかが欠けることとなり、違法性が両者により基礎づけられるとする二元的行為無価値論の前提が維持できないということになる。そのため、飯島のいうように結果有価値と行為有価値の双方が存在しなければ違法性が阻却されないということにはならない。

このように、二元的行為無価値論の前提と、構成要件段階と違法性（阻却）段階における違法性判断の差異に鑑みれば、二元的行為無価値論の立場からは択一的阻却説が採用されなければならない⁴⁹。そして、偶然防衛の場合には結果有価値が存在することは否定できないのであるから、典型事例における A は不可罰とされなければならない⁵⁰。それにもかかわらず、二元的行為無価値論の立場から典型事例における A を既遂犯として処罰するのであれば、偶然防衛の場合にはその前提に反して主観的違法要素だけで既遂犯の処罰を肯定しているとの批判が当たることになるだろう⁵¹。

こうした批判に対しては、まず、典型事例に関して、「生命という法益を侵害している点で結果無価値を有し、防衛の意思がないから正当防衛にならないという点で行為無価値を有していると解されるので、……行為無価値でのみ既遂を認めているわけではない⁵²」という反論がなされている。しかし、すでに検討したように、二元的行為無価値論の立場からは、正当防衛の成立を否定したとしても、実質的には、客観的には防衛行為が行われたことで実現された結果有価値によって上記結果無価値は相殺されることになるのであるから、ここでは少なくとも既遂犯の処罰を基礎づける客観的違法要素が存在しないことは否定し得な

⁴⁹ 井田良「違法性における結果無価値と行為無価値（2・完）——いわゆる偶然防衛をめぐって——」法学研究 63 卷 11 号（1990 年）61 頁〔同『犯罪論の現在と目的的行為論』（成文堂、1995 年）115 頁以下所収〕は、「もし構成要件の段階で、行為無価値と独立に結果無価値のみが否定されること（＝未遂）も、結果無価値と独立に行為無価値のみが否定されること（＝不可罰）もともに可能だとするのであれば、正当化事由の段階でも同じように考えなければならない。したがって、正当化事由の判断の段階でも、行為無価値と独立に結果無価値のみが阻却されること……も、逆に、結果無価値と独立に行為無価値のみが阻却されること……もともに認めなければならない」とする。

⁵⁰ 二元的行為無価値論の立場から、偶然防衛不可罰説を採用するものとして、日高・前掲注(45)127～128 頁。

⁵¹ 曾根・前掲注(8)67 頁、佐伯・前掲注(6)100 頁。

⁵² 立石・前掲注(7)25 頁。

い。

さらに、この点については、客観的には防衛行為を行ったということで、既遂犯の処罰を基礎づける結果無価値（法益侵害結果）は相殺されるが、未遂犯の処罰を基礎づける結果無価値（法益侵害の危険）は相殺されないため、主観的違法要素と客観的違法要素とともに備える未遂犯の限度で処罰することが可能であるとの反論もなされている⁵³。しかし、通常の正当防衛の事例においては、既遂犯だけでなく未遂犯も成立しないと考えられているように、優越的な結果有価値が実現された場合には、それによって既遂犯を基礎づける結果無価値だけでなく、未遂犯を基礎づける結果無価値も同時に相殺されることになるだろう。仮に、結果有価値の存在により法益侵害結果としての結果無価値は相殺されるが、法益侵害の危険としての結果無価値は相殺されないのであれば、それは、「侵害はよいが侵害を試みることは許されない」ということを意味することになり、正当化を認める意義が失われるという点で実際上も問題があるといえる⁵⁴。

第3款 違法二元論に基づく偶然防衛未遂説

このように、偶然防衛において当該行為が客観的に防衛行為であることを認めながら、それによって認められる優越的な結果有価値によって法益侵害結果およびその危険としての結果無価値が相殺されないと考えることはできない。そのため、二元的行為無価値論からも、偶然防衛においては、やはり客観的違法要素が欠けるという前提を動かすことはできないと思われる⁵⁵。

一方で、既遂犯は結果不法と行為不法から処罰が基礎づけられ、未遂犯は行為不法から処罰が基礎づけられるとする違法二元論の立場から、偶然防衛の場合に客観的違法要素が欠けることを認めながらも、なお未遂犯の成立を認める見解が主張されている。一般に、行為無価値論に基づく偶然防衛未遂説と呼ばれているものがこれにあたる⁵⁶。

この見解を主張した野村稔は、違法評価は行為自体の価値・無価値と行為のもたらした結果の価値・無価値から行われるとする「判断形式としての違法二元論⁵⁷」の立場から、行為

⁵³ 振津隆行「認識なき正当防衛について」金沢法学 56 卷 1 号（2013 年）18 頁（同『刑事不法論の再構成』（成文堂、2015 年）9 頁以下所収）。ただし、同 18 頁注(29)においてさらなる検討が必要となるとしていたことに応じて、その後、『認識なき正当防衛』は、事後判断を考慮して、不能な客体に対する不能犯として、不処罰（*straffrei*）と考えるのが最も妥当な解決であると現在考えている」と説明を改めている（同「認識なき正当防衛小考」法学 57 卷 1 号（2014 年）77 頁〔前掲『刑事不法論の再構成』32 頁以下所収〕）。

⁵⁴ 松宮孝明『刑法総論講義〔第 5 版補訂版〕』（成文堂、2018 年）154 頁。

⁵⁵ 関根・前掲注(6)211 頁は、「既遂処罰を認めることができるのは、結果不法の存在を否定する一元的行為無価値論の論者だけであろう」とするが、一元的行為無価値論の立場からも、結果無価値要素を客観的処罰条件とする場合にはやはり既遂犯の成立は認められないであろう。

⁵⁶ 以下に挙げる論者のほかにも、例えば、関根・前掲注(6)213 頁など。

⁵⁷ 野村稔『刑法総論〔補訂版〕』（成文堂、1998 年）157 頁。また、同・前掲注(5)143 頁以下も参照。

の違法性と結果の違法性が認められる場合に既遂犯の違法性が、行為の違法性のみが認められる場合に未遂犯の違法性が基礎づけられるとし⁵⁸、偶然防衛の場合というのは、行為自体の違法性はあるが、結果も発生しているが、結果の違法性が欠けるという点で、未遂の場合に構成要件該当の結果が発生しないために結果の違法性を欠く場合と同様であるとして、未遂規定を準用して未遂犯の成立を認めるべきであるとする⁵⁹。

こうした見解に対しては、まず、構成要件段階において結果無価値それ自体が欠ける場合と、違法性（阻却）段階を経て客観的違法要素が欠けることになる場合を同視することができるのかという疑問がある。野村は、この点を考慮して、構成要件的结果が生じていること自体は否定できない偶然防衛の場合には、上記のように未遂規定を「準用」すべきであるとしている⁶⁰。しかし、たとえ準用であったとしても、構成要件的结果が存在しない場合と正当化事由によって客観的違法要素が欠けることになる場合を同視するアプローチは、構成要件段階と違法性（阻却）段階を区別しない消極的構成要件要素の理論に接近するものであるといえ⁶¹、両段階を区別する通説的理解からは採用しがたい⁶²。

これに対して、井田良は、消極的構成要件要素の理論を前提として、偶然防衛の場合には、「事後的・客観的には正当な結果が生じたことが明らかとなっている以上、結果不法は否定され……行為不法は存在するが、結果不法が生じていない場合として、未遂の限度で違法性が肯定されることになる⁶³」とする。そして、「違法性阻却事由も広い意味では構成要件要素であると考えるのであれば（消極的構成要件要素の理論）、偶然防衛とは構成要件が完全には充足されていないケースなのであり、これを未遂とすることは不自然なことではない⁶⁴」とする。

確かに、消極的構成要件要素の理論を採用するのであれば上記理論も成り立ちうるものである⁶⁵。しかし、一方で、既遂犯は結果不法と行為不法によって、他方で、未遂犯は行為不法だけで処罰が基礎づけられるとするこうした解釈については、未遂犯と既遂犯を処罰根拠の異なる異質の類型と捉えることになる点で疑問がある。また、既遂犯であっても未遂

⁵⁸ 野村・前掲注(57)196頁。

⁵⁹ 野村・前掲注(5)162～163頁。同・前掲注(57)160～161頁、225～226頁も参照。また、偶然防衛は「結果の無価値を欠くとの理由で、未遂罪が成立するにとどまる」とする森下・前掲注(5)52頁も参照。

⁶⁰ 高橋・前掲注(36)289頁も、「偶然防衛の場合、……構成要件的结果が発生しているから、純粹な未遂犯ではないが、防衛効果が生じていることから、結果無価値が減少し、未遂犯に準じる」として刑法43条を準用すべきであるとする。

⁶¹ 佐久間・前掲注(3)393頁。

⁶² 井田・前掲注(6)98～99頁、248頁以下。

⁶³ 井田・前掲注(6)280頁。また、中義勝も、消極的構成要件要素の理論を前提に（前掲注(5)90頁以下（特に、93頁、95頁））、偶然防衛は事後的・客観的に考えると適法であるが、事前的・一般的に考えると法益侵害の危険があるとして、未遂犯の成立を認める（同135～136頁）。

⁶⁴ 井田・前掲注(6)280頁。

⁶⁵ 曾根・前掲注(8)68頁参照。

犯であっても結果不法の存在があってはじめて処罰が基礎づけられるとする通説的理解からは、たとえ未遂犯であっても、行為不法だけで処罰を認めるという解釈は採用しえない。

第4款 小括

二元的行為無価値論に基づいて正当防衛の成立要件として防衛の意思が必要となることから偶然防衛の場合に正当防衛の成立を否定したとしても、実質的には、結果無価値論による偶然防衛不可罰説の理解に従って、客観的に防衛行為が行われたことから客観的違法要素が欠けることは否定できないため、既遂犯としてはもちろん、未遂犯としても違法性が欠けることになる。したがって、二元的行為無価値論の立場からも、偶然防衛不可罰説が導かれなくてはならない。

このように、客観的違法要素の存在を犯罪の成立要件とする現在の通説的理解に従えば、偶然防衛は不可罰とせざるを得ないように思われる。しかし、近時有力に主張されている結果無価値論に基づく偶然防衛未遂説は、偶然防衛の場合に正当防衛の成立を認めたとえ、未遂犯の処罰を基礎づける客観的違法要素が存在すると主張している。これが認められるとすれば、二元的行為無価値論の立場からも未遂犯の限度で主観的違法要素と客観的違法要素が充足されるということができると、偶然防衛の場合に未遂犯の成立を認めることができることになる。そのため、結果無価値論の立場からも、二元的行為無価値論の立場からも、正当防衛が認められる場合であっても結果無価値論に基づく未遂説が認めるような客観的違法要素を認めることができるか否かが重要となってくるのである。

第4節 結果無価値論に基づく偶然防衛未遂説の批判的検討

第1款 基本構造

結果無価値論に基づく偶然防衛未遂説の代表的論者といえるのが平野龍一である。平野は、偶然防衛について以下のように述べている。

偶然防衛というのは、「ただ正当防衛を構成する客観的な事実があるのにこれを認識していなかったというに過ぎない。それは、死体であるにもかかわらず、生きていて思っ
てピストルで射った場合と同じである。この場合には、殺人の故意があったからといって殺人の『既遂』を認めることはできないであろう。違法阻却の場合も同じであるはずである。右の場合、『違法な結果』は発生していないのであるから、行為者が違法な結果を発生させようと思ったとしても、せいぜい(状況によって)未遂の成立を認めうるだけだと思われる⁶⁶。「正当防衛の場合に未遂を認めるというのは不当だという意見」もあるが、「客体の欠缺の場合に未遂犯が成立する場合があることを認めるといっておきながら、……こういう違法阻却事由がある場合とで違った結論をとるといことは、論理的に一

⁶⁶ 平野・前掲注(4)243頁。

貫しない⁶⁷⁾」。

このように、結果無価値論に基づく偶然防衛未遂説は、正当防衛により客観的違法要素が欠ける場合を不能犯における客体の不能と同視することで、未遂犯の成立を認めようとするものである。もっとも、平野がこうした帰結は不能犯論における具体的危険説からの帰結であると述べたこともあり⁶⁸⁾、この見解に対しては、具体的危険説を前提としなければ採用しえないという指摘がなされ⁶⁹⁾、事後的・客観的に法益侵害の危険を判断する結果無価値論の立場と矛盾するのではないかという疑問が向けられてきた。しかし、結果無価値論に基づく偶然防衛未遂説は、「違法な結果」が発生した可能性があったといえる場合に未遂犯の成立を認めるものである以上、これは事後的、客観的にも判断可能なものであり、具体的危険説を前提にしなければ採用しえないというものではない⁷⁰⁾。このことは、近時の結果無価値論に基づく偶然防衛未遂説の論者が、「未遂説が問題としている危険は、当該結果（これは正当化されている）が発生させる危険（これも正当化されている）ではなく、別のあり得た違法結果が発生させる危険であって、……前の『侵害』と後の『侵害』は別の侵害なのである⁷¹⁾」と述べていることにも表れている。

結果無価値論に基づく偶然防衛未遂説のこうした説明は、一見すると、説得的なものであるように思われるかもしれない。だからこそ近時では有力に主張されるに至っているといえる。しかし、筆者は、結果無価値論に基づく偶然防衛未遂説の上記のような考え方は、理論上も、また、実際上も問題があると考えている。以下では、結果無価値論に基づく偶然防衛未遂説に対して向けられてきた批判を手がかりに、これを明らかにする。

第2款 批判的検討

第1項 未遂説と未遂犯概念

結果無価値論に基づく偶然防衛未遂説に対しては、まず、構成要件段階においては法益侵害結果が発生していることから既遂犯が成立することに疑いはないにもかかわらず、違法性（阻却）段階において優越的な結果有価値が実現されたことによってそれが相殺された後に、改めて「違法な結果が発生した可能性」を問題とすることで未遂犯の成立を認めることは、従来の未遂概念とは相容れないという批判が向けられている⁷²⁾。

⁶⁷⁾ 平野龍一「結果無価値と行為無価値」法学教室 37号（1983年）33頁〔同『刑法の機能的考察』（有斐閣、1984年）15頁以下〕。また、偶然防衛の場合と同じことが被害者の同意の場合にも当てはまり、同意をしているのにそのことを知らずに殺した場合は、殺人の既遂ではなく同意殺であり、場合によっては殺人未遂との観念的競合になるとする。

⁶⁸⁾ 平野・前掲注(67)41頁。

⁶⁹⁾ 井田・前掲注(1)18頁、浅田・前掲注(2)230頁、山本・前掲注(2)43頁。また、高山佳奈子「正当防衛論（下）」法学教室 268号（2003年）71頁注(5)も参照。

⁷⁰⁾ 山中・前掲注(6)498頁。

⁷¹⁾ 佐伯・前掲注(6)139頁。また、松原・前掲注(1)52頁も参照。

⁷²⁾ 立石・前掲注(7)27頁。

これに対しては、「現行法の未遂規定が構成要件的结果が不発生の場合だけを予定しているのだとすれば、罪刑法定主義上、未遂犯の成立を認めることはできない。しかし、刑法 43 条は、『犯罪の実行に着手してこれを遂げなかった者』と規定しているだけであり、これを、構成要件に該当する違法な結果を実現させ得なかった者を意味すると解することは、文言解釈として十分可能であると思われる⁷³⁾という反論がなされている。確かに、文言解釈としてはこうした説明も形式的には可能であろう⁷⁴⁾。しかし、「違法な結果が発生した可能性」とは、言い換えれば、「正当防衛にならなかった可能性」であり、これを処罰することは、実質的には「正当防衛未遂罪」を各則の未遂規定で処罰することを意味するが、未遂規定に「正当防衛未遂罪」を処罰する役割を担わせることには疑問がある。

こうした疑問が生じる原因は、結果無価値論に基づく偶然防衛未遂説が、構成要件的结果がそもそも存在しない場合と、違法性阻却によってそれが相殺された場合を理論的に同視し、そして、その延長線上にある問題として、「違法な結果が発生した可能性」、つまり、正当防衛が成立しなかった可能性を、通常の未遂犯の場合に問題となるような「法益侵害結果が発生した可能性」と同視し得るとしている点にあるといえる。そのため、ここでは、「違法な結果が発生した可能性」を理由に未遂犯の成立を認めることに理論的に問題はないのかが問われなければならないのである。

第 2 項 未遂説の理論上の問題

①未遂説と犯罪論体系

そこで、結果無価値論に基づく未遂説の実質的検討が行われなければならないが、まず問題となるのは、犯罪体系論上、未遂説がいかなる思考プロセスを経て未遂犯の成立を認めているのかという点である。

まず、未遂説が、上述のように、偶然防衛事例を客体の不能の事例と同視しているという点からすれば、正当防衛により「違法な結果」が存在しない場合とそもそも「法益侵害結果」が存在しない場合を同視しており、構成要件段階ではじめから「違法な結果が発生した可能性」を問題としているということが考えられる。しかし、現在の結果無価値論の通説的理解によれば、被害者の同意のように利益不存在原則の観点からそもそも法益侵害結果が存在しないと考えることができる場合はともかく⁷⁵⁾、正当防衛のように優越的利益原則の観点か

⁷³⁾ 佐伯・前掲注(6)139 頁。また、井田・前掲注(6)280 頁。

⁷⁴⁾ もっとも、こうした説明を推し進めると、文言解釈として、有責性が欠ける状態で構成要件に該当する違法な結果を生じさせた者も「犯罪の実行に着手してこれを遂げなかった者」に含まれ得るということになるように思われるが、刑法 43 条の文言がそのように解釈されるべきものであるかについてはやはり疑問が残る。

⁷⁵⁾ そのため、被害者が偶然同意していたという事例においては、そもそも法益侵害結果が発生していないことになるため既遂犯は成立しないが、その可能性はあったことから未遂犯の成立を認める（松原・前掲注(15)131～132 頁）ことには、ここで述べるような犯罪体系論上の問題は生じない。しかし、偶然同意の場合に未遂犯の成立を認めることについても、2つの点で懸念がある。第 1 の懸念は、後述するように、正当防衛が成立することに

ら結果有価値の実現を理由に違法性が阻却される場合を、法益侵害結果が存在しない場合と同視することはできないであろう。これを認めることは、正当防衛の場合にはそもそも構成要件該当性が認められないと述べることを意味するが、こうした理解は、違法二元論に基づく偶然防衛未遂説に対して批判が向けられたのと同様に、構成要件段階と違法性（阻却）段階の区別を失わせる消極的構成要件要素の理論に接近するものであり、現在の通説的理解からは採用し得ないと思われる。

そこで、次に考え得るのは、構成要件段階で構成要件的结果の存在を認めたとえ、違法性（阻却）の段階における検討を通じて結果的に未遂犯の成立を認めるというプロセスである。こうした思考プロセスは、問題領域は異なるものの、誤想防衛の場合に構成要件段階で構成要件の故意の存在を認めながら結果的に過失犯の成立を認める通説的見解の考え方や類似しており、それに応じて、ここではさらに2つの思考プロセスが考えられる。

1つは、構成要件段階で構成要件の故意の存在を認めながら、責任内容が過失の限度に止まることを理由に、責任段階で過失犯の罪責へ移行することを認める「横滑り論⁷⁶」と同様に、構成要件段階で構成要件の結果を認めながら、違法性（阻却）段階において「違法な結果が発生した可能性」を理由に未遂犯の罪責へ移行することを認める考え方である⁷⁷。もう1つは、構成要件の故意を認めた後に、正当防衛に当たる事実を認識していることから故意犯の成立を否定した上で、再度、構成要件段階に戻って構成要件の過失を認め、責任過失まで認められる場合に過失犯の成立を認める「出直し論⁷⁸」と同様に、まず構成要件の結果の存在を認めた後に、正当防衛の成立が認められることから既遂犯の成立を否定した上で、再度、構成要件段階に戻って「違法な結果が発生した可能性」を理由に未遂犯の成立を認める考え方である。

まず、前者については、誤想防衛の場合については責任故意が否定されても責任過失がなお残るといふ説明が可能であるのに対して、偶然防衛の場合には、違法性（阻却）段階で正当防衛の成立が認められることから、構成要件に該当するとされた結果および危険が正当

よって「違法な結果が発生した可能性」も正当化されるのではないかという疑問と同様に、実際に同意が存在している以上、そこでいう（同意が存在しなかった可能性を含む）法益侵害が発生した可能性も存在しない（正当化される）ことになるのではないかというものである。第2の懸念は、偶然防衛の場合に「正当防衛とならなかった可能性」が考慮されているのと同様に、偶然同意の場合に「同意がなかった可能性」を問題とするとしても、その可能性の判断は正当防衛の場合よりも困難となるのではないかということである。なぜなら、同意の有無は同意主体の主観面に大きくかかわるものだからである。この点についてはこれまで十分に検討されてこなかったが、未遂犯の成立を認めようとするのであれば、より詳細な検討を行う必要があるように思われる。

⁷⁶ 例えば、大塚・前掲注(3)465頁、曾根・前掲注(15)420頁以下、高橋・前掲注(36)307頁など。また、佐伯・前掲注(6)41頁も参照。

⁷⁷ 「出直し論」、「横滑り論」については、松原・前掲注(15)251頁参照。

⁷⁸ 佐久間修『刑法総論』（成文堂、2009年）303～304頁、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）303頁など。

化されるため、横滑り先である未遂構成要件に該当する行為の違法性も阻却される以上、横滑りができないのではないかと思われる。それにもかかわらず、違法性（阻却）段階ではじめて問題となる「違法な結果が発生した可能性」を理由にここで未遂犯の処罰を認めるのであれば、構成要件該当性の判断を経していない事実について処罰を認めるという点で問題があるといえる⁷⁹。こうした問題を避けるためには、構成要件段階に戻って「違法な結果が発生した可能性」について構成要件該当性の判断を行う「出直し論」を採用せざるを得ないであろう。

しかし、出直し論を採用するとしても未遂説の理論上の問題は解決されないと思われる。なぜなら、出直し論からは構成要件段階に戻るいわゆる「ブーメラン現象」を認めることになるという点で疑問があるだけでなく、構成要件に戻ることを認めるとしても、そこで「違法な結果が発生した可能性」を問題とするためには、構成要件段階と違法性（阻却）段階を区別しない消極的構成要件要素の理論を前提としなければならないからである。繰り返して述べてきたように、構成要件段階と違法性（阻却）段階を区別することに一定の意義を認める現在の通説的理解に従えば、こうした理解を採用することはできないであろう。

このように、結果無価値論に基づく偶然防衛未遂説が未遂犯の成立を認める際の思考プロセスを犯罪体系論の観点から考察すると、構成要件の結果が生じていない場合と正当防衛により違法性が阻却される場合を同視し、さらに、法益侵害結果が生じる可能性と「違法な結果が発生した可能性」を同視するという未遂説のそもそもの考え方が、暗黙裡に消極的構成要件要素の理論を前提としているという点で問題があるといえるのである。

②「違法な結果が発生した可能性」の正当化

また、上記のような犯罪体系論に関する疑問を措き、構成要件段階における法益侵害結果が発生した可能性と、違法性（阻却）段階においてはじめて問題となる「違法な結果が発生した可能性」を同一視し、ともに未遂犯の処罰を基礎づける性質を備えるものであると考えることができるとしても、今度は、客観的に正当防衛が成立することによってなぜ「違法な結果が発生した可能性」は正当化されないのかということが問題となる。

上記の 2 つの可能性が同一の性質を備えているとすれば、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正当防衛の成立を通じて認められる優越的な結果有価値によって相殺されるのと同様に、「違法な結果が発生した可能性」も優越的な結果有価値によって相殺されると考える方が一貫しているであろう。法益侵害結果が発生した可能性と「違法な結果が発生した可能性」がどちらも未遂犯を基礎づける性質を有しているとするのであれば、どちらも利益衡量の際に同じ側の秤に載るものでなければならない。

⁷⁹ 松澤・前掲注(78)は、「罪刑法定主義的機能は、構成要件該当性の段階（犯罪論のできるだけ早い段階）で、罪刑法定主義上許されない処罰を排除することによって果たされる」（298頁）ため、「構成要件該当性の確認されていない行為を処罰する」ことは、「罪刑法定主義違反の疑いさえある」（303頁）としてこの問題を指摘する。

これに対しては、「1つの行為がAという結果については適法だがBという結果については違法と判断されることはなんら不思議なことではない。例えば、正当防衛行為の効果が第三者に生じた場合には、1つの行為が侵害者との関係では適法だが第三者との関係では違法という場合が生じ得る⁸⁰⁾との反論もなされている。確かに、「正当防衛と第三者」の問題の中でも、特に、例えば、急迫不正の侵害者に向けた防衛行為によってそばにいた第三者を負傷させてしまったという類型に関しては、様々な見解が主張されているが、第三者に対する侵害が「急迫不正の侵害」に対して行われたものではないことから正当防衛により正当化されず⁸¹⁾、また、基本的には補充性および害の均衡を満たさないために緊急避難も認められないとして⁸²⁾、行為者の行為が第三者との関係で違法と評価され得るとすることは考えられる⁸³⁾。しかし、偶然防衛の場合、法益侵害結果やその危険はもちろん、「違法な結果が発生した可能性」も同一の侵害者に対して向けられているものであるという点で「正当防衛と第三者」の場面とは異なっており、その侵害者に対しては正当防衛が成立する以上、当然、「違法な結果が発生した可能性」も正当化の対象となりうるように思われる⁸⁴⁾。

第3項 未遂説の実際上の問題

以上のように、結果無価値論に基づく未遂説には、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を前提とせざるを得ないのではないかという疑問や、「違法な結果が発生した可能性」も正当防衛の成立により正当化されるのではないかという疑問がある。これは、結果無価値論に基づく偶然防衛未遂説に対する理論面の疑問であるが、さらに、この見解には実際上の問題も存在すると考えられる。先述したように、「違法な結果が発生した可能性」というのは、言い換えれば、「正当防衛とならなかった可能性」であり、こうした可能性は、正当防衛が緊急行為である以上、これまで問題なく正当防衛が成立するとされてきた典型的な正当防衛事例においても認められる。そのため、「正当防衛とならなかった可能性」を理由に未遂犯の処罰を認めるとすると、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

⁸⁰⁾ 佐伯・前掲注(6)139頁注(10)。また、松原・前掲注(1)52頁も参照。

⁸¹⁾ これに対して、正当防衛による正当化を認めるものとして、川端・前掲注(3)365頁。また、中野・前掲注(3)193頁、伊東研祐『刑法講義総論』（日本評論社、2010年）201頁も参照。

⁸²⁾ これに対して、「正当防衛と第三者」の問題に関して緊急避難の成立を認めるものとして、例えば、大塚・前掲注(3)389頁、大谷・前掲注(3)279頁など。例外的な場合には緊急避難が成立する余地があるとするものとして、山中・前掲注(6)510頁以下、山口厚『新判例から見た刑法〔第3版〕』（有斐閣、2015年）55頁など。

⁸³⁾ 誤想防衛とするものとして、板倉・前掲注(3)203頁、前田雅英『刑法総論講義〔第6版〕』（東京大学出版会、2015年）264頁など。また、責任の問題として解決すべきとするものとして、例えば、内藤・前掲注(2)388頁、曾根・前掲注(15)219～220頁など。

⁸⁴⁾ 佐伯・前掲注(6)140頁注(12)は、「違法性阻却の効果があり得た違法結果の可能性にまで及ぶ」と解する余地があることを示唆する。

られることになってしまうように思われる⁸⁵。そして、正当防衛の成立を認めながらも、その行為を未遂の限度であれ違法と評価することは、結局、その行為を行ってはならないということの意味するのであるから、正当防衛が許される場面を過度に制限してしまうことになるのではないだろうか。

これに対しては、偶然防衛の場合には「正当防衛にならなかった可能性」が非常に高く、通常の正当防衛の事例とは異なるという反論があるかもしれない⁸⁶。しかし、偶然防衛の場合には、確かに典型的にその可能性が高いといえるかもしれないが、理論上、通常の正当防衛の場合にこの可能性を理由に未遂犯の成立が認められ得ることは否定し得ないだろう。さらに言えば、「正当防衛にならなかった可能性」には「過剰防衛になった可能性」も当然に含まれ⁸⁷、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ことでもない限り、正当防衛を行う際には「過剰防衛になる可能性」がかなりの水準で認められるため、やはり、未遂犯の成立が広範に認められることになる。特に、結果無価値論の立場から、防衛行為の相当性を生じた防衛「結果」の相当性により判断する場合には⁸⁸、防衛結果が相当性を有するか否かが偶然に左右されることになるため、「過剰防衛になる可能性」が広範に認められる恐れがある。

結果無価値論に基づく未遂説の論者の中には、こうした問題が生じ得ることを認めながらも、なお未遂説が妥当であるとする者もいるが⁸⁹、正当防衛の成立を認めながらも、「正当防衛ではなかった可能性」を理由に未遂犯の成立を認めることには、看過し得ない実際上の問題があるように思われる。

⁸⁵ 関・前掲注(24)13、17頁参照。

⁸⁶ 例えば、山中・前掲注(6)498頁注(23)は、通常の正当防衛のように「防衛の意思がある場合には、防衛の意思によって結果と因果経過がより確実に支配されているため、不法結果発生の危険性が否定されるがゆえに、未遂も成立しない」とする。

⁸⁷ 山口厚『問題探究刑法総論』(有斐閣、1998年)72頁は、「腕を撃つことは許されるが頭に命中させて死亡させることまでは許されないという場合、頭に当たる可能性がある以上、すなわち過剰防衛の可能性がある以上は、拳銃発射行為は違法である」とする。

⁸⁸ 例えば、橋田久「防衛行為の相当性——防衛行為の危険性判断の基準時をめぐって——」刑法雑誌37巻3号(1998年)11頁、山本輝之「防衛行為の相当性と過剰防衛」現代刑事法9号(2000年)55頁、町野朔『プレップ刑法〔第3版〕』(弘文堂、2004年)173頁、曾根威彦=松原芳博編『重点課題刑法総論』(成文堂、2008年)89頁〔三上正隆〕、曾根・前掲注(15)206頁、松原・前掲注(15)168頁など。

⁸⁹ 松原・前掲注(1)54頁注(28)、佐伯・前掲注(6)139~140頁。さらに、佐伯は、未遂説の「処罰範囲が広すぎると考えるのであれば、刑法43条の解釈として未遂犯は構成要件的结果が不発生の場合に限られると解するか、違法性阻却の効果があり得た違法結果の可能性にまで及ぶと解するか、どちらかの見解を採用することになろう」(同140頁注(12))とする。すでに述べたように、筆者は、未遂犯は構成要件的结果が不発生の場合に限られ、また、かりに「違法な結果が生じた可能性」が未遂犯を基礎づけうるとしても、正当防衛の成立によりその可能性も正当化されることになるため、いずれにせよ未遂犯の成立は認められないと考えている。

第5節 違法性阻却と因果関係

以上のように、「違法な結果が発生した可能性」を未遂犯の処罰を基礎づける客観的違法要素として理解する結果無価値論に基づく偶然防衛未遂説は、理論上も、また、実際上も問題があることからこれを採用することはできず、未遂犯は「法益侵害結果が発生する可能性」を理由にのみ処罰され得るものとして理解されなければならない。このことから、偶然防衛において客観的に正当防衛であることを認める以上は、客観的違法要素が欠けることを否定できないため、結果無価値論の立場からはもちろん、二元的行為無価値論の立場からも、原則として不可罰説が採用されなければならないことになる。

もつとも、こうした理解に立ちながらも、行為者の正当化を否定する理論的余地があることが指摘されている。つまり、「先行事実と後行事実のあいだに刑法上の因果関係が肯定されるためには、単なる条件関係のほかに、……相当性の存在が必要なのである。ここに、相当性判断の対象となる後行事実、行為者にとっての有利不利を問わないものと解するのが自然であろう。そうとすれば、防衛の結果が相当性の範囲外に立つかぎり、これを行為者の利益に援用することも当然否認されなければなるまい⁹⁰」として、違法性（阻却）段階においても、構成要件段階における因果関係判断と同様の判断を行い、防衛行為と防衛効果との間の相当因果関係が否定される場合には、正当化が否定され得ることが指摘されている。

確かに、特に折衷的相当因果関係説によれば、典型事例において、Aの行為の時点でBがAを狙っていたという事情をAが知らず、また一般人にとっても認識不可能な事情であったとすれば、防衛行為と防衛効果との間の因果関係が否定されるであろう。また、防衛行為後に予見不可能な事情が介在したことにより防衛効果が生じたという場合であれば、客観的相当因果関係説からも防衛行為と防衛効果との間の因果関係が否定されることもあり得る⁹¹。さらに、その適用のあり方については別途検討を要するものの、構成要件段階において、近時支持者を増やしている危険の現実化論に基づいて因果関係を判断する立場からも、理論的には、違法性（阻却）段階でも同様の思考枠組みに従って防衛行為と防衛効果との間の因果関係を否定する余地があるだろう。

こうした考え方に対しては、構成要件段階における因果関係判断と同様の判断を違法性（阻却）の段階で行うことが可能であるのかという疑問が向けられるかもしれない⁹²。しかし、構成要件段階では結果無価値を結果として要求することで違法性が基礎づけられるの

⁹⁰ 小暮・前掲注(41)142頁。また、西村克彦「いわゆる『偶然防衛』について」判例時報824号（1976年）5頁、平川宗信「正当防衛論」芝原邦爾ほか編『刑法理論の現代的展開——総論I』（日本評論社、1988年）138頁、内山良雄「偶然防衛における法益保全結果の帰属と違法減少」獨協法学86号（2012年）31頁も参照。

⁹¹ 例えば、本章第2節第3款第3項で挙げた弓矢事例においては、Aに対してBが銃口を向けたという事情は行為後の事情であるため、これが予見不可能な事情であるとするれば、客観的相当因果関係説からも相当因果関係の判断基底から外され、防衛行為と防衛結果との間の相当因果関係が否定され得るだろう。

⁹² 平川・前掲注(11)138頁は、「違法性阻却にそのような相当因果関係の見地を入れるべきかは、なお検討すべき問題である」とする。

に対して、違法性（阻却）段階では結果有価値を結果として要求することで違法性が阻却されるように、違法性（阻却）段階というのは、構成要件段階における結果とは正反対の性質を備える結果を問題とする「構成要件の裏返し」として理解できるのであるから、構成要件段階における因果関係判断を違法性（阻却）段階においても取り込むことは可能であり、むしろ自然であるといえよう。

もっとも、防衛行為と防衛効果との間の因果関係が否定されることから直ちに正当化が否定されるということにはならない。なぜなら、防衛行為と防衛効果との間の因果関係が否定されたとしても、それは防衛行為から防衛効果が生じていないということ、つまり、「失敗した正当防衛」であることを意味するにすぎず、前述のように⁹³、防衛結果との間の因果関係が否定されたとしても、なお、防衛結果が生じた可能性との間に因果関係が認められる限りで、正当化の余地が残されることになる。

第6節 本章のまとめ

本章では、偶然防衛に関する諸見解、とりわけ、現在有力に主張されている結果無価値論に基づく偶然防衛未遂説、つまり、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し、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肯定されるとする見解の批判的検討を通じて、法益を保全した可能性、つまり「正当防衛が成功した可能性」を理由に違法性阻却ないし減少を認め得ることに加えて、「正当防衛ではなかった可能性」により違法性を基礎づけることができるのかという点について検討を加えた。

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、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を前提とせざるを得ず、また、偶然防衛の場合にも正当防衛の成立を認める以上、「違法な結果が発生した可能性」も正当防衛の成立により正当化されるのではないかという点で理論上の問題があるとした。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結果、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あることから、「違法な結果が発生した可能性」を理由に未遂犯の成立を基礎づけることはできないと結論づけた。

⁹³ 本章第2節第1款第2項参照。

このように、違法性（阻却）段階において「結果」として把握されうる「可能性」は、違法性阻却・減少を基礎づけうる「法益を保全した可能性」のみであり、ここに「法益を保全しなかった可能性」は含まれない。

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

第1節 はじめに

本稿では、これまで、裏返し論に基づいて違法性（阻却）段階における「結果」について検討を行ってきたが、裏返し論的発想によれば、違法性阻却・減少が認められるためには、上記のような「結果」が存在するだけでなく、当該結果と行為者の行為との間の「因果性」が認められなければならない。防衛結果が偶然生じたに過ぎない偶然防衛の場合には、防衛結果と行為者の行為との間の因果関係が否定されうるとする上記指摘は、構成要件段階において行為者の行為と構成要件的结果との間に因果性が必要とされるのと同様に、違法性（阻却）段階における結果と行為者の行為との間にも因果性が必要であるということ意識させる適切な指摘である。行為者の行為と違法性（阻却）段階における結果との間に因果性がなければならないということは、ある意味当然のことであり、また、この点に着目する必要性がこれまで認識されていなかったため、十分に議論されてこなかった。しかし、法益侵害結果と行為者の行為との間の「因果性」が解釈論上重要な地位を占めている共犯論、特に、違法性の阻却ないし減少が問題となるいわゆる「違法性の連帯性」の問題に目を向けることで、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」に着目する必要があることを明らかにすることができる。

第1款 「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どうか争われてきた。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、狭義の共犯の成立要件として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。

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、山口厚『刑法総論〔第3版〕』（有斐閣、2016年）327頁、井田良『講義刑法学・総論〔第2版〕』（有斐閣、2018年）513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2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、十河太朗『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。

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⁴（以下、「法令行為事例」とする。）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⁵。また、最決平成4年6月5日刑集46巻4号245頁（以下、「平成4年決定」とする。）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1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成立要件とすることから、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⁶、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⁷。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⁸

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た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 曾根威彦「判批」判例評論410号（1993年）220頁、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）177頁、島田・前掲注(3)23頁など。

7 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。

8 島田・前掲注(3)52頁以下。

も主張されているが、正犯が違法であることを要求する立場から、批判が根強く向けられている⁹。

第2款 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、1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論者は、そうした成立要件が理論的根拠をもって要求さ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¹⁰、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、法律が正犯の違法性を要求してい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で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¹¹。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¹²、進展が見られなくなった感がある。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

⁹ 山口厚「共犯の従属性をめぐって」『三井誠先生古稀祝賀論文集』（有斐閣、2012年）289頁以下。

¹⁰ 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）。

¹¹ 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。

¹² 平野・前掲注(3)358頁、佐伯（仁）・前掲注(3)379頁。

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款 本章の構成と目的

こうした問題意識から、本章では、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節）。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、従来の見解の根拠づけには問題があることを明らかにする（第3節）。そして、最後に、違法性（阻却）段階を構成要件段階の裏返しと考える本稿の立場から、正犯の適法行為に共犯者が関与した場合に共犯者が原則として適法とされる根拠を明らかにする。すなわち、構成要件段階において違法性を基礎づけるためには、結果である結果無価値と行為者の行為との間の因果性が必要であるとされているのと同様に、違法性（阻却）段階においては、違法性の阻却ないし減少を基礎づけるためには、結果である結果有価値と行為者の行為との間に因果性が必要となるため、正犯の適法行為に共犯者が関与した場合には、共犯者が正犯によって実現された結果無価値だけでなく、それを優越する結果有価値にも「因果性」を有しているということから、適法行為に関与した共犯者は原則として適法と評価されることになる、ということを示す（第4節）。これによって、違法性（阻却）段階においても、「因果性」の観点が必要となることを示すことができると考えている。

第2節 「正犯が違法であること」を要求する意義

第1款 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¹³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的前提とするため、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¹⁴、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）構成要件該当性が否定される”と理解してきたということが出来る¹⁵。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¹⁶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¹⁷、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。

¹³ 団藤・前掲注(1)125 頁、大塚・前掲注(1)122 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 4 版〕』（成文堂、2018 年）91 頁、井田・前掲注(1)98～99 頁など。

¹⁴ 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。

¹⁵ 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)513 頁も参照。

¹⁶ 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。

¹⁷ 高橋・前掲注(13)87 頁。

第2款 本質としての違法性の連帯性の側面

第1項 「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、つまり違法性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ない。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¹⁸。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る違法性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 1 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と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。

それゆえに、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 1 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¹⁹」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²⁰。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項 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

¹⁸ 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、本章第 3 節第 4 款第 2 項参照。

¹⁹ 井田良『刑法総論の理論構造』（成文堂、2005 年）395 頁。

²⁰ 松宮・前掲注(16)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、少なくとも本章が問題とする「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、本章第 2 節第 3 款を参照。

性の連帯性を2種類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²¹」。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²²。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。

①違法性の消極的連帯性の意義

制限従属性説の論者が持ち出す、「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²³」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。

②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、従来の議論においても時折示されてきたものであり²⁴、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（akzessorietätsorientierte

²¹ 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。

²² 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。

²³ 団藤・前掲注(1)383頁。

²⁴ 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。

Verursachungstheorie²⁵⁾ 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²⁶⁾」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²⁷⁾」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²⁸⁾。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²⁹⁾。

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

²⁵⁾ 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. 1, 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。

²⁶⁾ *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、西原春夫監訳・イェシエック＝ヴァイゲント『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)。

²⁷⁾ *Jescheck/Weigend*, a. a. O. (Anm. 26), S. 685f.

²⁸⁾ *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、「違法性は特殊刑罰的範疇ではなく、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『レヴィジオン刑法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。

²⁹⁾ 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。

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 項 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³⁰。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³¹』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』³²」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、前述のように、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）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³³。また、修正惹起説を採用する曾根も³⁴、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的意味においてのみ理解されるべきである³⁵」としている。このように、理念上は違法性の

³⁰ 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(21)260 頁。

³¹ 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。

³² 町野・前掲注(31)121 頁。

³³ 町野・前掲注(31)125～126 頁。

³⁴ 曾根威彦『刑法総論〔第 4 版〕』（弘文堂、2008 年）245 頁。

³⁵ 曾根・前掲注(21)262 頁。

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*）³⁶⁾」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³⁷⁾」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、正犯不法の存在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³⁸⁾、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款 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評価されると理解してきたということが出来る。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出来る。

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

³⁶⁾ 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。

³⁷⁾ *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）。

³⁸⁾ 例えば、斉藤誠二「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(19)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、伊東研祐『刑法講義総論』（日本評論社、2010年）360頁、豊田・前掲注(28)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、松宮孝明『刑法総論講義 [第5版補訂版]』（成文堂、2018年）252頁など。

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帯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で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帯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節 違法性の消極的連帯性の根拠

第1款 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、まず手が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³⁹、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1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、ここでは、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項 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。

³⁹ 大越・前掲注(30)6頁。

この点につき、*Roxin* は、一方で、純粹惹起説が述べるように、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に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⁴⁰。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考えられ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⁴¹。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⁴²。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⁴³。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⁴⁴」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⁴⁵」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

⁴⁰ *Claus Roxin*, in: *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, Bd. 1, 11. Aufl., 1993, Vor § 26 Rn. 3.

⁴¹ *Roxin*, a. a. O. (Anm. 40), Vor § 26 Rn. 4.

⁴² *Roxin*, a. a. O. (Anm. 40), Vor § 26 Rn. 5.

⁴³ *Andreas Hoyer*, in: *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 1, 7. Aufl., 2000, Vor § 26 Rn. 18.

⁴⁴ *Roxin*, a. a. O. (Anm. 40), 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。

⁴⁵ *Marios Nikolidakis*, *Grundfragen der Anstiftung: Strafgrund agent provocateur Objektsverwechslung*, 2004, S. 48.

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項 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的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共犯規定⁴⁶に合致することにその根拠があるとしている⁴⁷。

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⁴⁸。すなわち、“正犯の規範違反に加功する”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⁴⁹。また、従属性志向惹起説と対置される従属的法益侵害説は、ドイツ刑法典の共犯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法益侵害説は、そこから導かれるとされてい

⁴⁶ 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ると理解されている（*Bernd Schünemann*, in: *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, Bd. 1, 12. Aufl., 2007, Vor § 26 Rn. 19）。

⁴⁷ *Jescheck/Weigend*, a. a. O. (Anm. 26), S. 685.

⁴⁸ *Nikolidakis*, a. a. O. (Anm. 45), S. 45; *Heribert Schumann*, *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen*, 1986, S. 46.

⁴⁹ 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. 48), 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ではあるが、行為無価値論と惹起説の整合性について疑問を投げかけている。

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⁵⁰や不法共犯説⁵¹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、そこから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要素従属性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同様のアプローチを行うことはできない。本章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⁵²。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⁵³」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⁵⁴」と呼ばれている。さらにいえば、惹起説を前提として、要素従属性を不要とする見解が純粹惹起説、(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⁵⁵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

⁵⁰ *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)。

⁵¹ *Günter Less, Der Unrechtscharakter der Anstiftung, ZStW 1957, S. 47; Stefan Trechsel, Der Strafgrund der Teilnahme, 1967, S. 32.*

⁵² 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。

⁵³ 山中敬一「因果的共犯論」法学教室137号(1992年)29頁。

⁵⁴ 西田・前掲注(3)338頁。

⁵⁵ 松原芳博『刑法総論〔第2版〕』(日本評論社、2017年)395～396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。

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款 違法な「結果」に着目する見解

第1項 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⁵⁶」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⁵⁷。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⁵⁸、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

⁵⁶ これに対して、山口・前掲注(9)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』として不適當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。

⁵⁷ 高橋・前掲注(30)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。

⁵⁸ *Klaus Lüderssen, Zum Strafgrund der Teilnahme, 1967, S. 64* は、「不法概念は相対的

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項 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、結果無価値論に基づく意思方向説⁵⁹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⁶⁰。

また、正当化が認められた場合には「違法な結果」がなくなるとする考え方は、前章で見たように⁶¹、偶然防衛について、偶然防衛についても正当防衛が成立し、「違法な結果」がなくなるが、「違法な結果」が発生した可能性があるため未遂犯の成立を認める見解においても採用されているものであるが、こうした考え方は、構成要件段階と違法性（阻却）段階を区別しない消極的構成要件要素の理論に接近するという点でも採用しがたい。

である。1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。

⁵⁹ 平野・前掲注(3)250頁以下、西田・前掲注(3)192頁、山口・前掲注(1)168頁、松原・前掲注(55)131頁など。

⁶⁰ 西田・前掲注(3)394頁参照。

⁶¹ 第2章第4節参照。

第3項 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⁶³』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⁶⁶・判例⁶⁷の理解とは相容れない。町野もこうした事例について行為媒介者Yを

⁶² 本章第2節第3款参照。

⁶³ 町野・前掲注(31)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、西田・前掲注(3)331頁、山口・前掲注(1)73頁、高橋・前掲注(13)438～439頁、井田・前掲注(1)490～491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

適法としながら背後者 X を違法としており⁶⁸、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⁶⁹、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⁷¹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。

第3款 違法な「正犯行為」に着目する見解

第1項 *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すれば、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とするのが、*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ぬ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と主張し、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

1471 頁、最決平成 9 年 10 月 30 日刑集 51 卷 9 号 816 頁など参照。

⁶⁸ 町野・前掲注(31)124～125 頁。

⁶⁹ 町野・前掲注(31)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(30)174 頁以下参照。

⁷³ *Hoyer*, a. a. O. (Anm. 43), Vor § 26 Rn. 17ff.

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項 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こととする点で、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

⁷⁴ *Hoyer*, a. a. O. (Anm. 43), 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、減軽するものとする。」と規定している。

⁷⁵ *Hoyer*, a. a. O. (Anm. 43), 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. 50), S. 334.

⁷⁸ *Trechsel*, a. a. O. (Anm. 51), S. 32.

⁷⁹ *Mayer*, a. a. O. (Anm. 50), S. 334.

(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⁸²、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⁸³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こと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、正犯が違法でなければならないという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。

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款 狭義の共犯の「二次的責任類型性」に着目する見解

第1項 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

⁸⁰ *Trechsel*, a. a. O. (Anm. 51), 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、篠塚春世訳『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. 51), S. 107.

⁸² *Roxin*, a. a. O. (Anm. 40), Vor § 26 Rn. 11. また、高橋・前掲注(30)120 頁参照。

⁸³ *Samson*, a. a. O. (Anm. 25), Vor § 26 Rn. 6; *Roxin*, a. a. O. (Anm. 40), Vor § 26 Rn. 11.

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』という意味で理解するべきである⁸⁴⁾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⁸⁵⁾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2つの方向性があるといえる。

第2項 客観的処罰条件としての「正犯が違法であること」

まず1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を承認した上で、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、前述のように⁸⁷⁾、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という近時の方向性⁸⁸⁾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”という法感覚⁸⁹⁾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、

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(7)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(9)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(7)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(38)363頁、山口・前掲注(9)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⁾ 本章第2節第2款第1項参照。

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(9)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)の責任を追究すべきであり、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(19)319頁

“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”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。

①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（惹起志向説）⁹⁰、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を処罰しないとする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しない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とする⁹²。

②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違法性の消極的連帯性を否定し、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場合には、上記説明は参考となる。

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。

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づ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。

③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。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

⁹³ 島田・前掲注(3)46～47頁。

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項 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1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

⁹⁴ 橋爪・前掲注(84)127頁。

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款 小 括

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、以上のように、少なくとも従来の見解からは、違法性の消極的連帯性について十分な根拠が示されていないといえることができる。

一方で、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、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としても、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うことは否定できない。そのように、實際上、違法性が消極的に連帯するとされていることは、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、本章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、従来の見解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ことの内実を明らかにしたうえで、本章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。

ここで手がかりとなるのが、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

⁹⁵ 山口・前掲注(1)333頁。

⁹⁶ 本章第1節第1款参照。

⁹⁷ 本章第3節第4款第1項参照。

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係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がかりとなるであろう。

第4節 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。本章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、こうした連帯性は常に認められるわけではないということについては、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えることができる。

第1款 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

⁹⁸ 本章第3節第2款第3項参照。

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

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になる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¹⁰³、私人 X が単独で同様の行為を行ったとして

雄先生古稀祝賀論文集（第 1 巻）』（成文堂、2006 年）520～521 頁、山中・前掲注(57) 954 頁参照。また、松原・前掲注(55)335 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(9)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、山口・前掲注(1)345 頁以下、松原・前掲注(55)426 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

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こと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¹⁰⁶にも表れている。

第 2 款 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係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

野・前掲注(3)366 頁)。具体的には、井田・前掲注(1)569～570 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(38)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な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。

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款 結果有価値の帰属判断

第1項 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。こうしたアプローチは、それ自体が自然な発想であるといえるが、本稿でこれまで取り上げてきた裏返し論の考え方からはより明確に導かれることになる。すなわち、違法性（阻却）段階を構成要件段階の裏返しと考えるのであれば、構成

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のもこのような趣旨であると指摘している。

要件段階において違法性を基礎づけるためには、結果である結果無価値と行為者の行為との間の因果性が必要であるとされているのと同様に、違法性（阻却）段階においては、違法性の阻却ないし減少を基礎づけるためには、結果である結果有価値と行為者の行為との間に因果性が必要となるため、正犯の適法行為に共犯者が関与した場合には、共犯者が正犯によって実現された結果無価値だけでなく、それを優越する結果有価値にも「因果性」を有しているということになる。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のである。

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項 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ことには問題がある。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、そして、背後者 X がそれについて因果性を有しているとすれば、X の違法性も阻却されるということになる。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ることだけを理由に共犯者の違法性阻却を認めると、不処罰範囲が過度に拡張することになるため、因果性が認められても、なお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

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(28)167頁以下。

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成していない場合に「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¹¹²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¹¹³、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¹¹⁴、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

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(9)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。

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出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項 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しよう 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出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¹¹⁶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。

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1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し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を攻撃し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指摘もなされている（林・前掲注(24)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）。この点については、第4章第4節第2款も参照。

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

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¹¹⁸、違法性阻却の前提状況を作出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できるかもしれないが、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あるとしても¹²¹、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

て、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）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(7)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

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」に關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」に關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關係し、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。

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關係する要素であるとするれば、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。

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¹²³、法律上規定されている要件の検討を行う判断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¹²³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。また、法令行為事例のように、背後者について固有の違法性阻却事由が認められないような場合にも、判断①によって結果有価値の帰属が判断されることになるだろう。判断②によって結果有価値の帰属が判断される場合というのは、結果有価値の帰属判断が個々の要件解釈を通じて行われ、また、背後者についてもその成否を個別的に検討可能な正当防衛のような場合に限られることになる。

第5節 本章のまとめ

本章では、従来の見解が、なぜ「正犯が違法であること」を共犯の成立要件として要求し、

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。

正犯に違法性阻却事由が認められる場合には共犯も適法と評価されるとしてきたかについて分析を加えた。

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、それ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。

こうした違法性の消極的連帯性は、伝統的に、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基礎づけられるとされてきたが、共犯の処罰根拠論は違法性の連帯性の根拠となり得ず、より実質的な根拠づけが必要であることから、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た。その結果、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を説明すること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ことから、違法性の消極的連帯性が常に認められることを理論的に基礎づけることはできないと結論づけた。

さらに、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なければならないとする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、従来議論においては、違法性の消極的連帯性は理論的にも政策的に十分に基礎づけられておらず、したがって、共犯の成立要件として「正犯が違法であること」を要求することもできないと結論づけた。また、従来見解は、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とを示した。

そこで、最後に、この点について、私見の立場から説明することを試みた。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的に判断されることを明らかにした。それを前提として、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り、“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ことを明らかにした。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り、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を示した。

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と結論づけた。

第4章 共同正犯における違法性の連帯性

第1節 はじめに

以上のように、違法性(阻却)段階を構成要件段階の裏返しと考えるアプローチによれば、構成要件段階において違法性を基礎づけるためには、結果である結果無価値と行為者の行為との間の因果性が必要であるとされているのと同様に、違法性(阻却)段階においては、違法性の阻却ないし減少を基礎づけるためには、結果である結果有価値と行為者の行為との間に因果性が必要となる。そのため、正犯の適法行為に共犯者が関与した場合に共犯者が原則として適法とされるのは、共犯者が正犯によって実現された結果無価値だけでなく、それを優越する結果有価値にも因果性を有しているということから説明されることになる。

こうした違法性の連帯性については、狭義の共犯の場合だけでなく、共同正犯の領域においても、判例を契機としてより具体的な検討が行われている。

第1款 共同正犯における違法性の連帯性をめぐる従来の議論

前章で見たように、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¹も近時では有力に主張されるに至っているが、「違法は連带的に、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²を筆頭に、正犯が違法でないと評価された場合には共犯も違法でないとして評価されることになるとの理解がなおも通説として主張されている。

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として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」とする。)を素材として、一方の共同正犯者にのみ正当防衛の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

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2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、十河太朗『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。

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、山口厚『刑法総論〔第3版〕』(有斐閣、2016年)327頁、井田良『講義刑法学・総論〔第2版〕』(有斐閣、2018年)535頁など。

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ということができ³⁾」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。

第2款 本章の目的

第1項 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⁴⁾」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

³⁾ 小川正持「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇（平成4年度）』（法曹会、1994年）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版補訂版〕』（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、共同正犯において一方が適法行為である時には、他方の行為には『犯罪』の共同が認められないがゆえに、単独正犯が成立し得る）」とする。

⁴⁾ 橋本正博「判批」平成4年度重要判例解説（1993年）167頁。

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、両見解の主張の核心を正確に理解することができ、また、そのことから、狭義の共犯の場合に違法性の連帯性が認められないのと同様に、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項 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

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的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的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的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はなく、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。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。

前章においては、正当防衛に関与した共犯者については、共犯者について個別的に正当防衛の成否を検討することを通じて、結果有価値の帰属の可否が判断されることを明らかにし、そこでも、背後者について個別的に正当防衛の成否が検討できることを前提としていたが、本章の検討を通じて、そうしたアプローチの正当性をより明らかにすることができると考えている。

第3款 本章の構成

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。本章では、まず、平成4年決定をめぐる議論を手がかりとして、本章が対象とする「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節)。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節)。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、従来の見解が違法性の連帯性について根拠づけを欠いており、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節)。こうした検討を通じて、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。

第2節 平成4年決定と共同正犯における違法性の連帯性

第1款 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。けんかになっ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 卷 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決は、正当として是認することができる。」

第 2 款 平成 4 年決定の 2 つの意義

第 1 項 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 1 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にのみ正当化されるものである」とする見解⁵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⁶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、責任は個別にと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⁷」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・責任個別原理」とする。）は、過剰防衛の法

⁵ 西田・前掲注(1)178 頁。

⁶ 橋田久「判批」甲南法学 35 卷 1 号（1994 年）112 頁。また、曾根威彦『刑法原論』（成文堂、2016 年）564～565 頁も参照。

⁷ 橋本（正）・前掲注(4)167 頁。

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り⁸、それ自体が検討の対象とはされてこなかった。

第2項 過剰防衛の成否と違法連帯・責任個別原理の区別の必要性

①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⁹、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、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¹²。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¹³。これは過剰防衛の法的性質を違法・責任減少とする場合¹⁴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

⁸ 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)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、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。

⁹ 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。

¹⁰ 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。

¹¹ 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。

¹² 急迫性の判断に侵害の予期および積極的加害意思など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に判断されるよう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』の主観的な立場に依拠してのことである」(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に判断されるわけではないとの批判も向けられている。

¹³ 曾根・前掲注(6)564頁参照。

¹⁴ 団藤・前掲注(2)241頁、大塚・前掲注(2)395頁、井田・前掲注(2)319頁、山口・前掲注(2)142頁、高橋則夫『刑法総論〔第4版〕』(成文堂、2018年)302頁など。

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・責任個別原理とは無関係に、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・責任個別原理も、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¹⁵、両者は、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・責任個別原理は、「違法は客観的に、責任は主観的に」という考え方に基づきながらも、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、違法性阻却・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。

②過剰防衛の法的性質と違法連帯・責任個別原理の関係

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理に基づいてその帰結を導いている。このように、違法連帯原理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理も同様であり、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・責任個別原理の意義に照らすと、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

¹⁵ 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」同『刑事違法論の研究』（成文堂、1998年）260頁。

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¹⁶、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 に連带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¹⁷。

第 3 款 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带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 1 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¹⁸、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 1 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、

¹⁶ 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（曾根威彦「判批」判例評論 410 号（1993 年）220 頁、葛原・前掲注(8)177 頁、島田・前掲注(1)23 頁など）。

¹⁷ 例えば、船山泰範「判批」判例評論 448 号（1996 年）175 頁は、平成 4 年決定を、「共同正犯に違法性が連带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。

¹⁸ 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)41 頁。また、板倉宏「中止犯」阿部純二ほか編『刑法基本講座（第 4 巻）』（法学書院、1992 年）44 頁も参照。）。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。

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。

第3節 共同正犯における違法性の連帯性

第1款 従来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明示的に展開されたのに対して、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、こうした従来の学説の対立を概観する。

第1項 共同正犯の場合にも違法性の連帯性を認める見解

①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い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うことができるため¹⁹、【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²⁰。

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²¹、現在でもこうした考え方を採用する論者は存在する²²。例え

¹⁹ 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。

²⁰ 山口・前掲注(19)214頁、217頁参照。

²¹ 現在の見解については、山口厚「共犯の従属性をめぐって」『三井誠先生古稀祝賀論文集』（有斐閣、2012年）277頁以下参照。

²² 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(14)488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、

ば、前田雅英は、【事例①】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²³く、「因果性は、違法な結果が存在してはじめて問題となる²³」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²⁴」と呼ばれている。

②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²⁵。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²⁶。

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とする²⁷。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

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」芝原邦爾ほか編『刑法判例百選 I 総論 [第 5 版]』(有斐閣、2003 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。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。

²³ 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。

²⁴ 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。

²⁵ 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(19)213 頁も参照。

²⁶ この点については、本稿第 3 章第 3 節第 2 款参照。

²⁷ 高橋・前掲注(15)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(22)862 頁。

えない²⁸」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、「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²⁹」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。

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ことができるだろう。

第2項 共同正犯の場合には違法性の連帯性を認めない見解

①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³⁰」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³¹」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じたいが、これと矛盾するように思われる³²」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³³」と呼んでいる。控除説に対す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³⁴、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

²⁸ 町野・前掲注(12)120頁。

²⁹ 町野・前掲注(12)120頁。

³⁰ 井田・前掲注(24)229頁。

³¹ 井田良『刑法総論の理論構造』（成文堂、2005年）354頁。

³² 井田・前掲注(31)355頁。

³³ 井田・前掲注(24)229頁。

³⁴ 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

件関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³⁵⁾としている。

②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いとすることはできない。この点については、「教唆犯とて構成要件関係的に捉えられるべきことには変わりはなく、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³⁶⁾」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とされてきたのである。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³⁷⁾」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るとし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、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

学 37 号 (2017 年) 265 頁。

³⁵⁾ 橋本（正）・前掲注(4)167 頁。

³⁶⁾ 橋本（正）・前掲注(4)167 頁。

³⁷⁾ 井田・前掲注(2)513 頁。また、山口・前掲注(2)315 頁も参照。

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款 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。

そこで手がかりとなるのが、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項 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、原理的に決定不可能である」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得ない³⁸⁾とする。こうした理解によれば、本章が問題とする「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³⁹⁾」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⁴⁰⁾」としている。

³⁸⁾ 山口・前掲注(21)287頁。

³⁹⁾ 高橋・前掲注(14)487頁。また、高橋・前掲注(25)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。

⁴⁰⁾ 照沼・前掲注(34)265頁。

第2項 適法評価の連帯の肯定と違法評価の連帯の否定

もっとも、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⁴¹。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⁴²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）場合を例に、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にのみ違法性の（消極的）連帯性を認める見解（混合惹起説⁴³）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從属・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。

⁴¹ 本稿第3章第2節第2款第2項参照。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(15)262頁参照。

⁴² 例えば、町野・前掲注(12)121頁、曾根威彦『刑法総論〔第4版〕』（弘文堂、2008年）245頁など。

⁴³ 例えば、斉藤誠二「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(31)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(3)254頁など。

第3項 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的見解に従えば、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項 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⁴⁴」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

⁴⁴ 山口・前掲注(2)359頁。また、山口・前掲注(21)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(43)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頁などを挙げるができる。

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款 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項 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、結果それ自体が「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、典型的に、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みえるが、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】」とする⁴⁵⁾）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うえで、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⁴⁶⁾。

⁴⁵⁾ 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。

⁴⁶⁾ 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(19)216～217頁を参照。また、高橋・前掲注(14)488頁も参照。

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⁴⁷、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法性の連帯性を認めることはできないのではないかとの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っ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⁴⁸」。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項 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うことがきる。

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⁴⁹。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。

⁴⁷ 橋田・前掲注(6)108頁。

⁴⁸ 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1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。

⁴⁹ 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。

第4節 控除説と加算説の検討

では、共同正犯のうちの一方向の関与者にのみ違法性阻却事由、とりわけ正当防衛の成立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款 控除説の問題点

第1項 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が向けられている⁵⁰。

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⁵¹。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になる⁵²。

第2項 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の考え方を適用することができないであろう⁵³。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

⁵⁰ 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(12)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(23)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。

⁵¹ 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。

⁵² 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。

⁵³ 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、被害者を基準に考えれ

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⁵⁴、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⁵⁵、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⁵⁶。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という事は、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

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(22)857 頁。また、前田・前掲注(23)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。

⁵⁴ 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。

⁵⁵ 橋爪・前掲注(48)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）とも指摘している（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 卷 8 号 509 頁も参照。

⁵⁶ 井田・前掲注(24)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。

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⁵⁷」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⁵⁸。

第3項 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ということに起因している⁵⁹。

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だろう⁶⁰。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の意味するのではなく、その行為によって保護された利益（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⁶¹。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

⁵⁷ 井田・前掲注(24)230頁。

⁵⁸ 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(25)178頁参照）。

⁵⁹ この点については、第3章第3節第2款第1項も参照。

⁶⁰ 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。

⁶¹ 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。

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の結果ではないとする控除説的結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⁶²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⁶³」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款 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、実行者に正当防衛の成立が認められる場合であっても、背後者について個別的に正当防衛の成否が検討されなければならないのは、前章で示したように、背後者は、実行者の正当防衛行為に因果性を及ぼしている限りで、実行者が生じさせ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及ぼしていることになるが、背後者に違法性阻却を認めるためには、それに加えて、個別的に正当防衛の成否を検討することで

⁶² 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。

⁶³ 照沼・前掲注(34)265頁。

「結果有価値の帰属」が認められなければならないからである。そのため、ここでは、結果有価値との因果性という観点によって背後者の違法性阻却が積極的に基礎づけられる一方で、「結果有価値の帰属」の判断である背後者についての正当防衛の成否の個別的検討は、背後者の違法性が阻却される範囲を限定する役割を果たすことになる。

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評価されることになるとして、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おり⁶⁴、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ない。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。

第1項 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が歩いていたら、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ということを指摘するものである⁶⁵。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

⁶⁴ 島田・前掲注(1)54頁以下参照。また、橋爪・前掲注(48)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。

⁶⁵ 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(6)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(44)82頁など。

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とともに、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⁶⁶。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⁶⁷」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には⁶⁸、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⁶⁹。しかし、仮にそうだとした場合、このこ

⁶⁶ 高橋・前掲注(14)276頁、橋爪・前掲注(48)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。

⁶⁷ 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1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。

⁶⁸ 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))。

⁶⁹ 橋爪・前掲注(48)648頁。また、最決平成29年4月26日刑集71巻4号275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、侵害場所に出向く必要性、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味内容等を考慮し、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

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項 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⁷⁰、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⁷¹。

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

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 卷 4 号 747 頁参照）など、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。

⁷⁰ 本稿第 3 章第 3 節第 1 款参照。

⁷¹ 橋爪・前掲注(44)82～83 頁。また、橋田・前掲注(6)108 頁も参照。

後者 X 自身が A を取り押さえなければ簡単に事態を收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⁷²。ここでは、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節 本章のまとめ

本章では、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ることで、違法性の連帯性に関する従来の見解の基礎づけが不十分であることから、「因果性」に着目した基礎づけが必要であり、また、背後者について個別的に正当防衛の成否が検討可能であるとする、前章で示した私見の正当性をより明らかにすることを試みてきた。本章の内容は、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

⁷² 橋爪・前掲注(48)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。

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。

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。

このように、正犯者の正当防衛行為に関与する共犯者の違法性阻却は、共犯者が、正犯者の正当防衛行為に因果性を及ぼしている限りで、正犯者が生じさせ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及ぼしていることになるが、共犯者に違法性阻却を認めるためには、それに加えて、個別的に正当防衛の成否を検討することで「結果有価値の帰属」が認められなければならない、とする前章で示した私見は、共同正犯にお

いても同様に妥当するものである。

第5章 中止犯論の結果帰属論的考察

第1節 はじめに

本稿では、ここまで、法益侵害結果およびその危険を生じさせたことに基づいて違法性が積極的に基礎づけられる構成要件段階を裏返したものとして違法性（阻却）段階を把握するという考察手法に依拠して、法益侵害の阻止、法益侵害の程度を弱体化、法益侵害の発生時期の先送りおよびそれらの可能性を違法性（阻却）段階における「結果」としたうえで、違法性阻却ないし減少を認めるためには、そうした結果と行為者の行為との間に「因果性」が必要となることを明らかにすることで、違法性の消極的連帯性の理論的に基礎づけを試みてきた。

前章でみたように、違法性の消極的連帯性それ自体が認められるか否かについては、共犯論において総論的問題として取り扱われてきた一方で、違法性の消極的連帯性の観点は、違法性に関係する限りで、共犯論以外の各論点においても取り上げられてきた。例えば、緊急避難、過剰防衛、中止犯といったその法的性格について争いがある問題において、これらの法的性格として違法性阻却・減少の側面を認める場合には、正犯者にそうした事由に基づく違法性阻却・減少が認められると、それによって共犯者の違法性も阻却ないし減少するとされてきたのである。そして、こうした違法性の消極的連帯性の観点は、ある時には法的性格に違法性阻却・減少の側面を認める見解を裏づける論拠として、またある時にはその主張の問題点として取り上げられてきた。

第1款 違法減少説と中止犯の一身専属的效果および違法減少の内実

その中でも、違法性の連帯性の観点が特に重要な役割を果たしてきたといえるのが、中止犯の法的性格をめぐる問題である¹。すなわち、中止犯の法的性格に関する法律説、特に違法減少説によれば、中止行為を行った正犯者の違法性が減少する以上、違法性の連帯性の観点からは、先行する未遂行為にのみ関与し、中止行為に何ら関与していない共犯者の違法性も減少することになるが、こうした帰結は中止犯の一身専属的效果と矛盾することになるため、これが違法減少説を採用し得ない理由の1つとされてきた。また、違法減少説に対しては、中止行為によってもたらされるとする「違法減少」の内実が明らかでない、あるいは、違法減少を基礎づけられないものを「違法減少」と呼んでいるにすぎない、というその主張の根幹にかかわる批判も向けられてきた。こうしたことから、違法減少説を採用することができないために、責任減少説や、違法性や責任と関連させずに中止犯の法的性格を明らかにする政策説が有力に主張されるに至っている。

第2款 違法減少説のアプローチの正当性

しかし、責任減少説や政策説が中止犯の法的性格を十分に説明しているかといえば、必ずしもそうではないように思われる。違法減少説やとりわけ近時有力に主張されているいわ

¹ 野澤充『中止犯の理論的構造』（成文堂、2012年）405頁注(147)参照。

ゆる「裏返し論」が主張するように、中止犯の本質は、「犯罪を中止した」こと、つまり、行為者自身が法益侵害の危険を消滅させた点にあることを否定できないため²、このことから、「犯罪を中止した」という客観的側面ではなく中止行為者の主観面に中止犯の本質を見出す責任減少説の主張には疑問があるといえる。他方で、先行する未遂行為によって基礎づけられる刑罰が、行為者が中止行為を行うことにより減輕ないし免除されることを刑法43条但書が前提としている以上、解釈論としては、これを犯罪論上の違法または責任の観点から説明すべきであるとする法律説の主張にも一定の説得力があり、この点では、政策説のアプローチには疑問があるといえる。

こうした点を踏まえると、「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を見出し、かつ、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の正当性は、否定できないように思われる。責任減少説や政策説ではなく、まさに違法減少説が採用されなければならないというこうした漠然とした問題意識は、中止犯の法的性格をめぐる従来の議論を詳細に分析することで具体化することができる。

第3款 本章の目的と構成

しかし、違法減少説を採用するのであれば、中止犯の一身専属的效果をどう説明するのか、また、違法減少説のいう「違法減少」の内実は何か、といった批判に応える必要があるが、これに応えるためには、違法減少説をこれまでとは異なる観点から根本的に考え直す必要があるように思われる。

そこで、こうしたアプローチに際して本章で手がかりとしたいのが、本稿でこれまで検討してきた違法性（阻却）段階における「結果」と「因果性」という観点である。なぜなら、上述のように、違法性の消極的連帯性の観点は中止犯の法的性格論において重要な役割を果たしてきたのであるから、違法性（阻却）段階における「結果」と「因果性」に着目した、従来とは異なる違法性の消極的連帯性に関する本稿の説明を中止犯の法的性格論に応用すれば、それによって得られる知見も、中止犯の法的性格論にとって重要なものになると考えられるからである。

本稿では、違法性（阻却）段階においては法益の保全が「結果」として把握され、違法性阻却ないし減少を認めるためには、そうした結果と行為者の行為との間に因果性が必要となるという観点から、違法性の消極的連帯性を再構成し、例えば、正犯者の正当防衛行為に共犯者が関与した場合、共犯者は、正犯者が生じさせ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及ぼしていることになるため、正犯が適法とされる場合には共犯も適法になると説明したが、こうした説明の中でも、①利益の保護、つまり、法

² 特に、山口厚『刑法総論〔第3版〕』（有斐閣、2016年）295頁は、「意識的危険消滅」という点に中止犯の本質があることを強調する。

益侵害の危険を実現させないことは「結果有価値の実現」にほかならず、違法評価を相殺する性質を備えており、また、②「結果有価値」はそれと因果性を有している者にのみ違法評価を相殺する形で作用するという説明は、中止犯にも応用可能な説明であり、中止犯における「違法減少」の内実およびその効果の一身専属性を説明するにあたり、重要な観点となる。つまり、中止犯の本質を「行為者自身による法益侵害の危険の消滅」に求める場合、「法益侵害の危険の消滅」とは「結果有価値の実現」であり、この点に中止犯の違法減少的側面を見出すことができ、また、生じた結果有価値に対して因果性を及ぼしている場合にはじめて「行為者自身による」結果有価値の実現と呼ぶことができ、このことから、中止犯に違法減少の側面を認めながらも、中止行為に関与していない共犯者について違法減少が認められないことが説明され得るのである。

本稿は、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、違法性に関するいくつかの問題について検討を行ってきたが、本章では、そうした検討から得られた成果を、今度は反対に、中止犯論に応用し、「中止行為＝結果有価値実現行為」という観点から違法減少説を再構成することで、違法減少説に向けられてきた様々な批判に応えると同時に、中止犯の法的性格を適切に把握することを試みる。

本章では、まず、中止犯の法的性格をめぐる従来の議論を批判的に検討することを通じて、従来の学説の問題点および中止犯の法的性格論が果たすべき役割の観点から、違法減少説を採用する必要性があること、そして、違法減少説を採用するにあたり解決しなければならない問題を明らかにする（第2章、第3章）。そして、それを踏まえて、「中止行為＝結果有価値実現行為」という観点から違法減少説を再構成する私見を提示し、私見の立場から導かれる中止犯の成立要件を明らかにするとともに、違法減少説に対して向けられてきた様々な批判に応えることを試みる（第4章）。

第2節 法律説

中止犯の法的性格をめぐる従来の見解を検討するにあたり、まず、犯罪論における違法性や責任の観点から中止犯の法的性格の問題にアプローチしてきた法律説の検討から始めたい。

法律説としては、大別すると、違法減少説、責任減少説、違法・責任減少説が主張されてきた。さらに、特に違法減少の点に関しては、これを結果無価値論の観点から説明するのか、行為無価値論の観点から説明するのかという点で見解が分かれてきた。そのため、従来の法律説は、結果無価値論に基づく違法減少、行為無価値論に基づく違法減少、責任減少の3つの観点から構成されてきたといえる。これらのうちの1つの観点から中止犯の法的性格を説明する見解も主張されてきたが、他方で、複数の観点から説明する見解も主張されており、その組み合わせに応じて法律説のバリエーションは多岐にわたっている。こうした多種多様な法律説を個別的に検討することも1つの方法であるが、重要なのは、そもそも上記3つ

の観点が、中止犯規定と合致する形で中止犯の法的性格を十分に説明しうるものであるのかを明らかにすることである。従来は、複数の観点を組み合わせることで個々の観点の問題点を補うという手法もとられてきた。しかし、筆者は、法律説の論者による従来の説明に従う限りでは、上記 3 つの観点にはそれぞれに固有の問題があり、他の観点と組み合わせたとしても、中止犯規定と合致する形で中止犯の法的性格を十分に説明することはできないと考えている。

そこで、以下では、法律説において考慮されている上記 3 つの観点を、法律説に対して向けられてきた様々な批判のうち、とりわけ各観点の本質的な問題を指摘する批判を手がかりとして検討し、法律説の現状とその問題点を明らかにする。

第 1 款 結果無価値論に基づく違法減少の観点

第 1 項 基本的な考え方

まず、法律説の立場からは、行為者自身が法益侵害の危険を消滅させたということが、先行する未遂行為により基礎づけられる違法評価を一定の限度で相殺するという考え方が主張されている。これは、法益侵害の危険と関連する限りで、結果無価値論に親和的な考え方であるといえる。つまり、結果無価値論によれば、違法性は法益侵害結果あるいはその危険によって基礎づけられるため、反対に、現存する法益侵害の危険を消滅させる中止行為を行った場合には、それが違法性を失わせる方向に作用することになるのである。

現存する法益侵害の危険を消滅させるには 2 つの方法がある。第 1 に、例えば、行為者の殺人未遂行為により致命傷を負った被害者を行為者自身が病院に連れて行った場合のように、中止行為に出ること（作為による中止）により現存する法益侵害の危険を消滅させることができる。第 2 に、例えば、人に向けてピストルを構えて引き金に指をかけている状態で、思い直して発砲を取りやめた場合のように、さらなる犯罪行為を取りやめること（不作為による中止）により現存する法益侵害の危険を消滅させることができる。

不作為による中止については、これまで、着手未遂段階において故意が客観的な危険性に影響を与えることを理由にこれを主観的違法要素と理解する場合³にはじめて、故意の放棄によって法益侵害の危険も消滅することになるという説明が一般になされてきた⁴。しかし、結果無価値論の立場から着手未遂の段階における故意を主観的違法要素とする見解は少数説に止まっており、こうした説明が現在でもなお妥当するかについては疑問がある。むしろ、人に向かってピストルを構えて引き金に指をかけている状態で「次に引き金を引く意思」といった「行為意思」は、客観的な法益侵害の危険の存否に影響を与えるため主観的違法要素となるとする現在の理解⁵に従えば、不作為による中止の場合には、行為意思の放棄をもつ

³ 平野龍一『刑法総論Ⅱ』（有斐閣、1975年）314頁。

⁴ 代表的な説明として、平場安治『刑法総論講義』（有信堂、1961年）141頁。また、平野・前掲注(3)333頁も参照。

⁵ 町野朔『刑法総論講義案Ⅰ〔第2版〕』（信山社、1995年）188頁、高山佳奈子『故意と違法性の意識』（有斐閣、1999年）151頁、西田典之『刑法総論〔第2版〕』（弘文堂、

て危険性が消滅すると考える方が適切であろう。

結果無価値論に基づく違法減少の側面を認めるこうした見解に対しては、先行する未遂行為によって生じさせた法益侵害の危険という過去の事実を、中止行為により無かったことにすることはできないのではないかという疑問が投げかけられることがある⁶。確かに、例えば、ピストルを発射したが被害者に命中しなかった場合のように、ピストルの発射により被害者が死亡するおそれがあったという過去に生じた法益侵害の危険を消滅させることはできない。しかし、結果無価値論に基づく違法減少説が問題としているのは、被害者が法益侵害の危険にさらされたという過去の事実ではなく、法益侵害の危険にさらされているという現在の事実である。上記事例に則していえば、被害者が致命傷を負っている、あるいは、行為意思をもって被害者にピストルが向けられていることで、被害者が死亡する危険が現存しているといえ、こうした危険は行為者の行為により消滅させることが可能である⁷。

このように、結果無価値論に基づく違法減少の側面を認める場合、行為者自身が法益侵害の危険を消滅させたということが重要となり、そうした危険を消滅させて「犯罪を中止した」ことが原則的に要求されることになる。

そのため、こうした考え方に対しては、「犯罪を中止した」ことが要求されている根拠を説明できるとしても、「自己の意思により」中止することが要求されていることを説明できないとの批判も向けられてきた⁸。しかし、この要件を「任意性」の問題と解する限りでは、この批判は当たらないとされている。なぜなら、特に不作為による中止に関して「恐怖・驚愕のために『体が動かなくなった』場合や中止行為を強制されたというような例外的な場合……には、犯罪遂行の事実的可能性が失われ、既遂の危険が失われるために、消滅させるべき危険がもはや存在せず」、行為者は危険消滅行為を行うことができないと考えられており⁹、上記のような例外的な場合には危険消滅行為の前提が欠けると理解することが可能だからである。そのため、法益侵害の危険の消滅という観点から任意性の要件を説明できないということにはならない。

むしろ中止犯の成立要件との関係で問題となるのは、こうした観点からは、中止犯の主観的成立要件として一般に要求されている中止故意（および結果回避意思¹⁰）が不要となってしまうという点である。具体的には、行為者が被害者に致死量の毒薬を飲ませた後に、さらに別の毒薬を飲ませようとしたところ、誤って最初に飲ませた毒薬の解毒剤を飲ませてし

2010年) 213頁、佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』(有斐閣、2013年) 107頁、松原芳博『刑法総論〔第2版〕』(日本評論社、2017年) 110頁など。

⁶ 例えば、山口厚『問題探究刑法総論』(有斐閣、1998年) 223頁。

⁷ この点については、本章第4節第1款第2項①も参照。

⁸ 川端博『刑法総論講義〔第3版〕』(成文堂、2013年) 495頁、佐伯(仁)・前掲注(5)355頁、井田良『講義刑法学・総論〔第2版〕』(有斐閣、2018年) 464頁など。

⁹ 山口・前掲注(2)302~303頁。この点については、本章第4節第1款第2款第2項も参照。

¹⁰ 結果回避意思に関する詳細な研究として、鈴木一永「中止意思について」早稲田大学大学院法研論集 135号(2010年) 101頁以下参照。

まった場合であっても、中止行為が任意に行われたということが出来る以上、たまたま中止したにすぎないとしても法益侵害の危険を中止行為者が消滅させたということは否定できないため、中止犯の成立が認められることになってしまい不当であるとされている¹¹。

第2項 「法益侵害の危険を消滅させた」ことの違法論的意味づけ

上記のような考え方から導かれる結果無価値論に基づく違法減少の側面を認める見解には様々な問題があると指摘されてきたが、その中でも本質的なのは、この見解のいう「違法減少」の内実が明らかでないという問題である¹²。この問題は、「法益の侵害とその客観的危険を違法の核心とする結果無価値論の立場からみれば、障害未遂と比べて、中止犯の場合だけがとくに違法（客観的・具体的危険）を減少させるわけではない¹³」という違法減少説に対する批判とも関連している。

この批判は、中止行為者自身の行為により法益侵害の危険が消滅した場合（中止未遂）も、他人の行為による同等の危険消滅行為により法益侵害の危険が消滅した場合（障害未遂）も、危険性が消滅して未遂に止まったという点では同じであり¹⁴、そして、未遂行為に対する違法評価は、行為者が未遂行為により（消滅不可能な過去の事実としての）法益侵害の危険を生じさせたことに対して行われるのであるから、両者の場合に違法性の程度に違いはないということを経るものである。しかし、こうした指摘は、上記見解の核心を捉えていない。上記見解は、法益侵害の危険が消滅したという点ではなく、中止行為者が法益侵害の危険を消滅させたという点に着目しており、中止犯の特殊性はまさに後者の点に存在し、だからこそ中止未遂は障害未遂と比べて違法性が減少しているとするのである。

ただし、上記見解の問題もこの点に存在する。つまり、法益侵害の危険を中止行為者自身が消滅させたという点に障害未遂とは異なる中止未遂の特徴があることは確かであるが、法益侵害の危険を生じさせたことによって基礎づけられる違法性が、法益侵害の危険を消滅させたことによってなぜ減少することになるのかが明確には説明されていないのである。例えば、「中止犯の場合は、自己の行為により発生させた法益侵害の危険性を、その後自ら中止行為によって取り除いているのである」から、「そのようなことがない障害未遂の

¹¹ 井田良＝川端博「対談 中止犯論の現在と課題」現代刑事法 45号（2003年）14頁〔井田良の発言〕。本章第4節第1款第2項②も参照。

¹² 山口・前掲注(6)223頁。

¹³ 内藤謙『刑法講義総論（下）Ⅱ』（有斐閣、2002年）1285頁。この点を特に指摘するものとして、中空壽雅「中止犯の法的性格と成立要件——行為無価値論の立場から——」現代刑事法 45号（2003年）36頁、中山研一『新版概説刑法Ⅰ』（成文堂、2011年）202頁、曾根威彦『刑法原論』（成文堂、2016年）493頁など。

¹⁴ 仲道祐樹「中止犯——2つの裏返し、2つの考察法」高橋則夫ほか『理論刑法学入門——刑法理論の味わい方』（日本評論社、2014年）154頁は、「結果が発生しても、結果が発生しなくても、それはいずれかの事態に収束しており、危険性それ自体は存在しなくなっている」のであるから、「『危険性が消滅したこと』自体が重要なのではない」とする。

場合より、違法性の減少が認められるというのは当然のことである¹⁵⁾とする論者もいるが、その「当然のこと」を違法論、とりわけ、こうした理解の前提である結果無価値論の観点から説明する必要がある。

確かに、中止行為者自身による法益侵害の危険の消滅という事態は、法益侵害の危険に係る限りで結果無価値論に親和的なものであるということ是可以する。しかし、それがどのような形で違法性を減少させるように作用するのかを結果無価値論の観点から説明することができないのであれば、そこでいう「違法減少」は違法論の観点によって基礎づけられる実体を伴っておらず、「いわばレッテルとして用いられているにすぎない¹⁶⁾」。そして、これを違法論の観点から説明することが困難であるからこそ、多くの論者は、法益侵害の危険の消滅という点に中止犯の特徴を見出しながらも、違法性に関連しないという意味で、これを政策的なものとして理解しているのである。

中止行為者が法益侵害の危険を消滅させたということに着目して違法・責任減少説の採用を試みている近時の法律説の論者ら¹⁷⁾は、未遂行為と中止行為をどのように一体的に評価するかという点に理論的関心を寄せているが、結果無価値論に基づく違法減少の観点から中止犯の法的性格を説明するためには、一体的評価の前段階の問題として、そもそも行為者自身による危険消滅が、何故に、未遂行為によって基礎づけられる違法評価を一定の限度で相殺するように作用するのかを解明する必要がある。

第2款 行為無価値論に基づく違法減少の観点

第1項 基本的な考え方

上記のような結果無価値論に基づく違法減少の観点とは異なり、行為無価値論に基づく違法減少の観点に中止犯の法的性格を見出す見解も主張されている。

行為無価値論によれば、違法性は社会的相当性を逸脱する行為あるいは規範違反行為によって基礎づけられるため、反対に、中止行為という社会的に相当な行為あるいは合規範的行為を行えば、全体として違法性の減少が認められることになる¹⁸⁾とされている。この立場

¹⁵⁾ 山本輝之「中止犯の法的性格と成立要件——結果無価値論の立場から——」現代刑事法45号(2003年)41頁。

¹⁶⁾ 島田聡一郎＝小林憲太郎『事例から刑法を考える〔第3版〕』(有斐閣、2014年)242頁〔小林憲太郎〕。もっとも、小林は、違法減少説をとるのであれば、「当初の未遂犯の違法性が事後の中止により遡及的に減少することを解釈によって認めなければなら」ず、「それが絶対に不可能だというつもりはない」が、問題なのは、「真正の違法減少を論ずるときにはかなりの無茶をする『覚悟』が必要」であるにもかかわらず、「ほとんどの違法減少説その他にはそのような『覚悟』がない」ことであるとする(同241～242頁)。

¹⁷⁾ 例えば、金澤真理『中止未遂の本質』(成文堂、2006年)92頁、松原・前掲注(5)344頁以下。

¹⁸⁾ 社会的相当性に依拠する行為無価値論からの説明については、大谷實『刑法講義総論〔新版第4版〕』(成文堂、2012年)384頁、規範違反性に依拠する行為無価値論からの説明については、西原春夫『刑法総論(上巻)〔改訂版〕』(成文堂、1998年)332～333、井田良『刑法総論の理論構造』(成文堂、2005年)280頁参照。また、同じく行為無価値論

からは、故意をもって犯罪行為に出たことが違法と評価されることに対応して、中止行為による違法減少を認めるためには、法益侵害の危険を認識した行為者が危険を消滅させようとして行為を行ったことが要求されることになる¹⁹。さらに、「自己の意思により」中止行為を行ったといえなければ、社会的相当性または合規範性に基づく違法減少を認めることができないため、任意性の要件も違法減少の観点から説明されることになる²⁰。

これに対して、行為無価値論に基づく違法減少という観点によれば、「犯罪を中止した」という客観的要件との関係が希薄となり、犯罪が未遂に止まったという中止結果やそれと行為者の行為との間の因果関係がなくとも違法減少が認められうることになる²¹。

第2項 検討

結果無価値論に基づく違法減少の側面を認める見解が、中止行為者が法益侵害の危険を消滅させたということから導かれるとする違法減少の内実を違法論の観点から十分に説明することができていないことと比べると、行為無価値論に基づく違法減少の側面を認める見解は、中止行為が社会的に相当な行為あるいは合規範的行為であることを明示することで、中止行為が違法性を減少させる性質を備えていることを違法論の観点から説明していることができる。しかし、行為無価値論に基づく違法減少の観点から中止犯の法的性格を説明することにも問題がある。

に基づく違法減少の側面を認めるものとして、板倉宏「中止犯」阿部純二ほか編『刑法基本講座（第4巻）』（法学書院、1992年）42頁以下、中空・前掲注(13)36頁。さらに、独自の規範論の観点から中止未遂と障害未遂とで違法性の程度に違いがあることを説明する野村稔『未遂犯の研究』（成文堂、1984年）452～453頁と、それに批判的検討を加える仲道・前掲注(14)151頁以下、高橋則夫「中止行為の規範論的基礎づけ」『浅田和茂先生古稀祝賀論文集（上巻）』（成文堂、2016年）419頁以下も参照。

¹⁹ 大谷・前掲注(18)385頁、井田・前掲注(8)468頁。

²⁰ もっとも、導かれる任意性の基準は異なっており、例えば、福田平『全訂刑法総論〔第5版〕』（有斐閣、2011年）237頁は、行為者を基準に「やろうと思えばできたか」を判断すべきとするのに対し、西原・前掲注(18)334～335頁は、社会一般（一般人）の観点から判断すべきであるとする。後者の立場は、違法性の判断を一般人基準で、責任の判断を行為者基準で行う伝統的な新客観的違法論の立場を反映したものであるといえる。さらに、大谷・前掲注(18)385～386頁は、行為者基準と一般人基準を併用すべきであるとする。これに対して、井田は、違法減少の観点から法益侵害の危険を認識した行為者が危険を消滅させようとして行為することが要求されるとしても、行為者の規範意識が働きうる心理状態を要求する任意性の要件は、責任減少の要件に他ならないとする（井田・前掲注(8)465頁）。

²¹ 川端・前掲注(8)501頁は、既遂結果が生じた場合であっても、行為無価値論に基づく違法減少および責任減少が認められる場合には、刑の減輕の限度で中止犯規定を類推適用してよいとする。これに対して、山口・前掲注(6)223頁は、こうした考え方を徹底すれば、「犯罪を中止した」という成立要件は、「実質論の徹底を阻む一種の『外在的制約』と解されることになろう」が、「未遂にとどまるというのは中止犯概念の本質的内容であり、それを『外在的制約』としなければならないところに、……解釈論としての限界が現れている」ことになるとする。

①未遂行為と中止行為の一体的評価

行為無価値論に基づく違法減少の側面に着目している見解に対して向けられている批判としては、まず、「一つの事実に対する違法評価は固定的なものであり、変化した事実に対する違法評価はさきのものとは別個であって、さきの事実に対する違法評価に影響をおよぼすことはできない²²」という批判を挙げることができる。確かに、違法評価の対象を先行する未遂行為に限定すれば、その後に行われた中止行為により未遂行為に対する違法評価が影響を受けることはないため、上記批判は妥当するであろう。もっとも、中止犯が問題となる場合には、その後違法性を減少させる性質を備えた中止行為が行われているのであって、中止行為まで含めた一連の事態を広く違法評価の対象とすれば、全体として、中止行為が行われていない障害未遂の場合よりも中止行為が行われた中止未遂の場合の方が、違法性が低いと評価することは可能であるように思われる²³。

しかし、こうした一体的評価をどのように認めるのかがまさに問題であり、法律説一般に対しては、従来から、未遂行為と中止行為のこうした一体的評価は、中止犯規定が存在するからこそ認められる特別の効果であって、刑法理論の観点からこれを基礎づけることはできないのではないかという批判が向けられている²⁴。具体的には、法律説が、「結果発生阻止行為が行為者の自発的意思によるものであって初めて実行行為と中止行為とを全体的に評価することができる²⁵としているのに対して、近時の一連の行為をめぐる議論の観点から、

²² 木村静子「中止犯」日本刑法学会編『刑法講座（第4巻）』（有斐閣、1963年）25頁。また、中野次雄『刑法総論概要〔第3版補訂版〕』（成文堂、1997年）135頁注(11)も参照。さらに、未遂行為に対する違法評価だけでなく、責任評価も事後的に変更されないとするものとして、伊藤渉ほか『アクチュアル刑法総論』（弘文堂、2005年）265頁〔安田拓人〕、伊東研祐『刑法講義総論』（日本評論社、2010年）339頁、今井猛嘉ほか『刑法総論〔第2版〕』（有斐閣、2012年）333頁〔橋爪隆〕、佐伯（仁）・前掲注(5)355頁など。

²³ 板倉・前掲注(18)43頁、中空・前掲注(13)37頁、川端・前掲注(8)494頁。さらに、井田・前掲注(8)463頁注(7)は、こうした一体的評価を認めることは不可能ではないとし、従来の法律説はこうした一体的評価を前提としているとする。例えば、量的過剰が問題となる場面では、正当防衛行為である第一行為から違法行為である第二行為までの一連の事態を違法評価の対象とすることが認められているように、こうした一体的評価自体は理論的に可能であろう。もっとも、岡本勝「中止未遂における減免根拠に関する一考察」齊藤誠二先生古稀記念『刑事法学の現実と展開』（信山社、2003年）284～285頁注(17)は、こうした考え方に対して、「中止行為が行われるかどうかを時間をかけて見定めない限り一般的に『未遂』の成否を確定できないことになろうが、それは奇妙な主張である」とする。

²⁴ 岡本勝「中止犯論の現状と展望」現代刑事法45号（2003年）31～32頁、佐伯（仁）・前掲注(5)356頁。さらに、佐伯（仁）は、事後の行為との総合判断を認めるのであれば、既遂後の盗品の返還や損害賠償も一体的に評価されかねないとする。

²⁵ 金澤・前掲注(17)92頁。仲道・前掲注(14)151頁は、「このような思考方法は、いわば未遂犯と中止犯との混合的包括一罪を認めるという方向性を示唆している」とする。また、松原・前掲注(5)345頁は、「1個の法益侵害に向けられた複数の行為は包括一罪を構成し、各行為の違法性と責任は一体的に評価される」と同様に、「法益侵害の発生前の

行為の性質が侵害方向から救助方向へ転化しており、また犯罪遂行を断念しているという点で意思の断絶が生じている中止犯の場合には、とりわけ「意思の一貫性」という観点からは、一体的評価を認めることは困難であるとの批判が向けられている²⁶。筆者自身は、こうした批判は必ずしも的を射ていないと考えているが、一体的評価を認める論者らがこうした批判に十分応えているとはいえず、中止犯の場面における一体的評価をどのように基礎づけるのかについてはさらなる検討を要する。

このように、中止行為に違法減少を基礎づける内実があることを示したとしても、その次の問題として、それと先行する未遂行為とを一体的に評価可能であることをどのように説明するかが問題となる。これを明らかにしない限り、中止行為を行うことにより、全体としてみれば違法性が減少しているということとはできないであろう。

②中止犯の一身専属的效果と違法性の連帯性

また、仮に一体的評価が可能であり、行為無価値論に基づく違法減少の側面から全体としてみれば違法性が減少しているといえるとしても、今度は、制限従属性説に代表されるような違法性の連帯性を認める通説的見解によれば、中止犯の成立により正犯に違法減少が認められる以上、それに連帯して、先行する未遂行為にのみ関与した共犯者の違法性も減少することとなり、中止犯の一身専属的效果を説明できないとの批判が当たることになる²⁷。

こうした批判に対しては、まず、「中止者の行為は中止によって減少されてもやはり違法であるから、他の共犯の成否には影響を及ぼさない²⁸との反論がなされているが、違法性の連帯性を認めるのであれば、違法性が阻却される場合と減少する場合で区別を設ける理由はないであろう²⁹。また、違法性の中核を行為者の主観的要素に求める行為無価値論の立場からは、中止故意および結果回避意思をもって中止行為を行った正犯者に違法減少が認められるとしても、そうした主観的要素を備えない共犯者に違法減少を認めることはできな

『浮動状態』において」は、「1個の法益侵害に向けられた行為とその回避に向けられた行為は一体的な評価に服すると考え」ることができるとする。

²⁶ 仲道・前掲注(14)150～151頁。また、この点については、仲道祐樹『行為概念の再定位』（成文堂、2013年）55頁以下も参照。

²⁷ 野村稔『刑法総論〔補訂版〕』（成文堂、1998年）354頁、内藤・前掲注(13)1286頁、中山・前掲注(13)202頁、曾根・前掲注(13)498頁。また、野澤・前掲注(1)379頁以下は、この点を特に強調して法律説が不当であることを説いている。他方で、安田・前掲注(22)267頁は、「正犯である中止行為者に違法性の減少を認めるべき実質があるのであれば」、それに伴って中止行為に関与していない共犯者の違法性も減少するという「結論が真に不当かを再考する余地もあるのではないか」とする。

²⁸ 板倉・前掲注(18)44頁。また、小川正持「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇（平成4年度）』（法曹会、1994年）41頁も参照。

²⁹ 曾根・前掲注(13)498頁。また、違法性の連帯性を認めないにもかかわらず、共犯の成立要件として「正犯が違法であること」を要求するとすれば、それは「正犯が違法であること」を犯罪論上の実体を伴わない、共犯者にとっての客観的処罰条件として要求していることになる。この点については、本稿第3章第3節第4款第2項参照。

いため、行為無価値論に基づく違法減少の観点からは、中止犯の一身専属的效果を説明することができるとの反論もなされている³⁰。しかし、個々の行為者について個別的に違法性阻却の有無を検討するという意味での違法評価の原則的な相対性を認めるのであればともかく³¹、違法性の連帯性を認めるのであれば、行為無価値論を採用する立場からも、正当防衛のようなその他の違法性阻却・減少事由が問題となる場合には、正犯者に認められる違法性阻却・減少事由の効果が共犯者にも及ぶと考えられているのであるから、中止犯の場合に限って違法性が連帯しないとすることはできないであろう³²。また、そもそも、違法性の原則的な相対性を認めることについてもやはり疑問がある。

第3款 責任減少の観点

第1項 基本的な考え方

上記のように、結果無価値論に基づくにせよ、行為無価値論に基づくにせよ、中止犯の法的性格を違法減少の観点から説明することは困難であるために、法律説の立場からは、中止犯の法的性格を、以上のような違法減少の観点とは異なる責任減少の観点に見出す見解も主張されている。

この見解によれば、中止未遂の場合、「いったん抱いた既遂結果実現（法益侵害）の意思（故意＝決意）を法の呼びかけに応じて自発的・事後的に放棄し、中止行為をすることにより、既遂結果を発生させなかった（未遂犯の違法性＝法益侵害の具体的危険にとどめた）ので、責任（＝法的非難可能性）が一般の未遂犯（障害未遂）より減少する³³」ことになる。こうした観点からは、責任減少を認めるためには、まず、中止故意（および結果回避意思）をもって中止行為を行うことが要求されることになる³⁴。他方で、責任減少を認めるためには、任意性につき、自発性だけでなく悔悟その他の倫理的に是認すべき動機が要求されることになるとの指摘がなされているが³⁵、責任概念を道義的に理解するならともかく³⁶、法的

³⁰ 板倉・前掲注(18)44頁、中空・前掲注(13)36～37頁、井田・前掲注(8)464頁注(12)。

³¹ 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2巻）』（成文堂、1998年）472～473頁、十河太郎『身分犯の共犯』（成文堂、2009年）234頁。

³² 例えば、正犯者には防衛の意思が認められるが、共犯者にはこれが認められないという場合に、正犯が違法でなくても共犯が違法となる場合があることを指摘してきたのはいわゆる最小限従属性説である（平野・前掲注(3)358頁参照）。制限従属性説の立場からは、防衛の意思のない共犯者も適法となることが一貫して認められてきたのであるから、中止犯の場合に限って中止意思の有無の観点から違法性の相対性を認めることは一貫性を欠くように思われる。

³³ 内藤・前掲注(13)1286～1287頁。岡野光雄『刑法要説総論〔第2版〕』（成文堂、2009年）255頁、曾根・前掲注(13)499頁も参照。

³⁴ 内藤・前掲注(13)1287頁、曾根・前掲注(13)505頁。

³⁵ 平野・前掲注(3)333頁。また、中空・前掲注(13)36頁、井田・前掲注(8)464頁注(10)も参照。

³⁶ 例えば、団藤重光『刑法綱要総論〔第3版〕』（創文社、1990年）258頁。

責任論を採用する現在の理解からはそうした限定は必要でないとされている³⁷。一方で、行為無価値論に基づく違法減少の観点に中止犯の法的性格を見出す場合と同様に、行為者の主観面に着目する限りで、中止結果およびそれとの間の因果関係がなくとも責任の減少が認められうることになる。

このように、任意性の要件を中心とした中止行為の主観面に着目し、それが行為者に対する非難可能性に結びつくことから責任減少の観点が見出されるとされている。

第2項 検討

①減少する「非難」の内実

中止犯の法的性格として責任減少の側面を認める見解は、結果無価値論に基づく違法減少の側面を認める場合と同様に、そこで減少するとされている「責任」の内容に関して問題を抱えている³⁸。

この点については、違法・責任減少説の立場から、責任の対象たる行為の違法性が減少した以上、同時に責任非難も減少していることになるとして、ここで認められる責任減少は違法減少の反射的効果であることが指摘されている³⁹。しかし、ここでいう違法減少の反射的効果としての責任減少とは、中止犯に限らず違法減少の際に常に伴う責任減少であり、こうした責任減少を指摘することは解釈論上の意味を持たない⁴⁰。例えば、過剰防衛の法的性質として少なくとも責任減少の側面を認める見解が、恐怖・驚愕等の心理的動揺に由来する責任減少を問題とするように、違法減少に伴う責任減少とは異なる固有の責任減少的側面を指摘することではじめて、責任減少の側面に解釈論上の意義が認められることになる。そのため、中止犯の場合に解釈論上有意な責任減少を認めようとするのであれば、中止犯に固有の責任減少の側面が見出されなければならない⁴¹。

そこで中止犯の場合を考えてみると、確かに、行為者が自発的に中止行為を行った場合、行為者に対する何らかの「非難」は障害未遂の場合よりも軽いといえることができるであろう。しかし、ここでいう「非難」が犯罪体系論上の「責任」非難に当たるといえるのであろうか。現在の通説的理解によれば、「責任」とは、行為を行う際に適法行為に出ることが可能であったのに（他行為可能性）、あえて違法行為の実行を選択したことに対する非難である（規

³⁷ 内藤・前掲注(13)1287頁、曾根・前掲注(13)499～500頁。

³⁸ 山口・前掲注(6)222頁は、『責任減少』というものの内容（いかなる意味で責任が軽くなるのか）については、実は不明瞭なものが残る」とする。

³⁹ 金澤・前掲注(17)92頁。

⁴⁰ 西田・前掲注(5)315頁は、「違法・責任減少説にいう責任減少とは、違法減少の認識による責任減少にすぎず、実質的に違法減少説と異ならない」としてこの点を指摘する。また、曾根・前掲注(13)500頁も参照。

⁴¹ 内田文昭『刑法概要（中巻）（犯罪論（2））』（青林書院、1999年）391頁、中空・前掲注(13)36頁は、広義の悔悟等が認められる場合にのみ、違法減少に伴う責任減少とは異なる、固有の責任減少が認められうる」とする。

範的責任論⁴²⁾。これによれば、例えば、恐怖・驚愕・興奮などにより（過剰防衛）、あるいは、是非弁識能力または行動制御能力が著しく減退していたことにより（心神耗弱）、実行行為時に行為者に適法行為を選択することを十分に期待できなかつたといえる場合に、責任減少が認められることになる。

これに対して、中止犯の法的性格を責任減少の側面に見出す論者が指摘しているのは、「適法行為の期待可能性が困難な状況で……、あえて適法行為（中止行為）を選択したこと（動機の自発性）による非難の減少⁴³⁾」であるが、こうした非難の減少は、他行為可能性に基づく「責任」非難の減少を意味しない。なぜなら、確かに、違法性のレベルにおいては、違法性を基礎づける行為（例、法益侵害行為、社会的相当性を逸脱する行為）と対照的な行為（例、法益救助行為、社会的に相当な行為）を行ったという積極的な事態が違法性を減少させる方向で作用するのに対して、適法行為を行うことができたにもかかわらずあえて違法行為を選択したという他行為可能性に基づく「責任」非難を相殺するのは、それと対照的な行為、つまり、適法行為を自ら選択したという積極的な事態ではなく、適法行為を期待することが困難であったという消極的な事態だからである。実際に、適法行為を自ら選択したという事情は、上記の過剰防衛や心神耗弱の場合にみられるような「責任」非難の減少を基礎づけ得ないであろう。その意味で、責任減少の観点に着目する見解のいう「責任減少」は、他行為可能性に基づく責任非難を減少させうる内実を備えていないのである。

責任減少説に対しては、従来から、「すでに未遂犯が成立している以上、犯罪成立要件としての責任が事後的に減少するということはない⁴⁴⁾」という批判が向けられてきたが、こうした批判の核心も、中止行為を自ら選択したという事情には、「責任」非難を減少させうる性質が備わっていないという点にあるように思われる。

②量刑責任を減少させる事情としての自発的な中止行為

もっとも、自発的に中止行為を行ったという事情は、先行する未遂行為に対する他行為可能性に基づく責任非難を減少させうる性質を備えていないとしても、従来から「量刑責任」を減少させる事情として考慮されてきたものであるといえる⁴⁵⁾。責任減少説を主

⁴²⁾ 例えば、井田・前掲注(8)396～397頁、西田・前掲注(5)209頁、山口・前掲注(2)197頁、高橋則夫『刑法総論〔第4版〕』（成文堂、2018年）352頁など。

⁴³⁾ 曾根・前掲注(13)499頁。

⁴⁴⁾ 西田・前掲注(5)316頁。また、佐伯（仁）・前掲注(5)356頁や前掲注(22)も参照。

⁴⁵⁾ 山口・前掲注(6)223頁は、「責任減少説は、中止犯という独自の制度を単なる量刑事情と意図的に混同するものである」とする。また、橋爪・前掲注(22)333頁は、「事後的に中止行為に出たということは未遂犯成立後の事情にすぎず、例えば被害者に対して謝罪したり、損害賠償をしたことと質的には異ならない以上、それはあくまでも量刑事情にすぎず、犯罪成立要件としての責任の存否ではない」とする。一方、自発的に中止行為に出たような場合は、そもそも未遂行為時の責任が軽かつたといえるとする見解（浅田和茂『刑法総論〔補正版〕』（成文堂、2007年）391頁、二本柳誠「中止犯」曾根威彦＝松原芳博編『重点課題刑法総論』（成文堂、2008年）206頁）も主張されているが、こうした説明は

張する論者の中には、こうした量刑事情を責任判断の中に取り込む見解を主張する者もいる。つまり、「責任」があるというためには、規範的責任論のいう他行為可能性に基づく（狭義の）責任が存在するだけでなく、処罰の必要性に裏付けられた「可罰的責任」が存在しなければならないとする可罰的責任論⁴⁶を採用する立場からは、自発的な中止行為によってこの可罰的責任が減少するとの説明がなされている⁴⁷。

確かに、処罰の必要性に基礎づけられる「可罰的責任」が中止行為により減少するという考え方はありうるであろう。責任減少の内実が可罰的責任の減少であることを明示していない他の責任減少説の論者らが、実行行為後の事情を考慮して責任減少を認めている実際上の理由も、その論者らが責任の本質について「可罰的責任」の概念を認めているという点に見出すことができる⁴⁸。しかし、処罰の必要性が量刑事情を考慮して判断されるとすれば、「可罰的責任」減少の実体は、量刑責任が軽いということに他ならず、他行為可能性に基礎づけられる「責任」本体が減少しているわけではない。そのため、こうした見解は、量刑責任を犯罪論体系の内部に位置づけている限りで形式的には法律説と呼ぶことができるかもしれないが、実質的には、犯罪論における違法・責任の本体と関係させないという意味では政策説であり、いわゆる「法定量刑事由説」と異なる。

法定量刑事由説を提唱した西田典之は、第1に、「すでに未遂犯が成立している以上、ここでは結果発生 of 具体的危険が生じているのであり、その意味での結果無価値が事後的に減少することはあり得」ず⁴⁹、また、「犯罪成立要件としての責任が事後的に減少することはない⁵⁰」と指摘して、法律説を採用し得ないとする。そして、第2に、「すでに未遂犯は成立している以上、これとの関連を不問に付して単に政策だということでは説得力がない⁵¹」として、中止行為と未遂行為を何らかの形で関係させて論じなければならないとする。こうした分析から、西田は、「窃盗犯人が自首した場合（42条）、盗品を被害者に返還した場合、被害弁償をした場合など、犯罪後の情状によって量刑の場面において責任非難が減少するということはある得る」ため、「中止犯の場合も、自己の意思による中止行為という事後の情状が量刑責任を減少させるということができ」、「中止犯における刑の減免は、責任の

フィクションにすぎず、実態に即しているとはいえないであろう（松原・前掲注(5)345頁）。

⁴⁶ 山中敬一『刑法総論〔第3版〕』（成文堂、2015年）727頁参照。また、佐伯千仞『四訂刑法講義（総論）』（有斐閣、1981年）232頁以下も参照。

⁴⁷ 山中敬一『中止未遂の研究』（成文堂、2001年）72頁、浅田・前掲注(45)391頁。

⁴⁸ 内藤謙『刑法講義総論（下）I』（有斐閣、1991年）763頁、曾根・前掲注(13)293頁。また、松原芳博『刑法各論』（日本評論社、2016年）224～225頁も参照。

⁴⁹ 西田・前掲注(5)315頁。

⁵⁰ 西田・前掲注(5)316頁。

⁵¹ 西田・前掲注(5)314頁。

側面からの未遂犯における量刑事情の法定化である⁵²⁾とする⁵³⁾。

③量刑責任の減少に着目する必要性と不当性

可罰的責任減少説と法定量刑事由説はそれを体系的にどこに位置づけるかについては異なるものの、実質的にはいずれも量刑責任の減少を問題としているものであるといえよう。そして、こうした説明は、刑の必要的減輕を超えて、刑が裁量的に免除される場合の説明としては適切である。なぜなら、例えば、殺人未遂行為により傷害罪の既遂に当たる事実（内包既遂）が発生している場合、既遂に達している部分も含めて、中止行為により刑が免除される理由を違法や責任の観点からは説明することができないという意味で政策的観点が入らざるをえないからである⁵⁴⁾。そのため、刑の減輕を超えて裁量的に刑を免除するか否かの問題の実体は、量刑責任の問題であるといえる⁵⁵⁾。

また、こうした理解は、現行法の理解とも合致する。従来、特に法律説の立場から、政策説を採用することができない理由として、違法性や責任の観点から中止犯を分析しなければ、減輕が認められる場合と免除が認められる場合を区別できないということが指摘されてきた⁵⁶⁾。それゆえ、法律説によれば、違法減少の程度の高い場合が免除で、低い場合が減

⁵²⁾ 西田・前掲注(5)316頁。また、中止犯は違法関連的量刑事情と責任関連的量刑事情を法定化したものであるとする論者として、鈴木一永「中止犯の根拠論について」早稲田法学会誌 66巻2号(2016年)296頁。

⁵³⁾ 「可罰性減少説」も同一の方向性を示す見解として挙げることができるかもしれない。この見解を具体的に展開した高橋則夫は、まず、西田と同様に、実行行為時の違法・責任が減少すると考えることはできないため法律説を採用することはできないとする。そして、中止行為の事後的な回復行為としての側面を刑法上どのように評価するかが問題となるが、これを犯罪論体系における構成要件該当性・違法性(阻却)・責任(阻却)という3つのカテゴリーに包含させることはできないとする。しかし、3つのカテゴリーに続く第4の「可罰性(阻却)」というカテゴリーを認める自身の立場からは、中止行為をここに位置づけることができ、それゆえに、「実行行為によって惹起された具体的危険(危険の進展)を消滅させるという、(実行行為時の違法性とは関係しない)違法性関連的な可罰性が減少することになる」とする(高橋・前掲注(42)420頁)。また、中野・前掲注(22)5頁注(135)も、「違法・責任は実行行為またはそれをしたことに対する評価であるから、すでになされた行為の違法性または責任そのものが事後に減少すると考えることは困難で、むしろそれに基づく可罰評価が事後に生じた他の理由により減殺されるのだと考うべきである」として、同様の理解を示している。

⁵⁴⁾ 井田・前掲注(18)276～277頁。これに対しては、中止犯が認められることによって殺人罪について責任を負わないにとどまり、傷害既遂についてはなおも責任を負うとされているドイツやフランスとは異なり、殺人未遂に内包される既遂の犯罪についても免除の可能性を認める日本においては、中止した未遂の中にすでに軽い罪の既遂が成立している場合(加重未遂)には刑の減輕にとどめるべきであるという主張がなされている(町田行男『中止未遂の理論』(現代人文社、2005年)40頁以下、安田・前掲注(22)265頁)。この点については、本章第3節第3款第2項②も参照。

⁵⁵⁾ 岡本・前掲注(23)287頁、佐伯(仁)・前掲注(5)357頁。

⁵⁶⁾ 香川達夫『中止未遂の法的性格』(有斐閣、1963年)57頁、団藤・前掲注(36)361頁、西田・前掲注(5)315頁、川端・前掲注(8)492頁など。

軽であるとか⁵⁷、あるいは、責任減少の程度に応じて減輕と免除を区別することになる⁵⁸と説明されてきた。しかし、刑が免除される場合にも犯罪の成立は認められるとする現行法の立場を維持する限り⁵⁹、免除の場合を違法減少や責任減少の観点のみから説明することは困難であり⁶⁰、量刑責任の減少という観点から説明せざるを得ないように思われる。

このように、上記見解は、刑の裁量的免除を実質的には量刑責任の問題と把握する点では適切であるといえる。しかし、この見解の問題は、刑の必要的減輕の場合までもその実体を量刑責任の問題として捉えようとする点にある⁶¹。なぜなら、刑の必要的減輕の実質が量刑責任の減少に基礎づけられていると理解する立場からは、量刑責任を減少させうる様々な事情のうち、なぜ「自己の意思により」「犯罪を中止した」ことのみが中止犯の成立要件として定められているのかを説明することができないからである。さらに、量刑責任の減少の問題とする立場は、中止犯の成立要件としていかなる基準を採用するものとしてそうした文言を解釈すべきかを明らかにすることができないという点で解釈論上の問題があるといえる⁶²。実際に、法定量刑事由説の論者の中でも、任意性の要件につき、中止行為が反省、悔悟、憐憫、同情といった動機による場合に限定する限定主観説を採用し、これを中止犯の成立要件とするのか⁶³、反省や悔悟といった中止の動機は中止犯の成立要件ではなく、免除の判断の際に考慮されるにすぎないとするのか⁶⁴で見解が分かれている。量刑責任の減少という観点からは、単なる自発性と広義の悔悟という量刑責任を減少させうる事情のうち、刑の減輕という最低限の法効果を認めるための中止犯の成立要件としてどちらを基準にすべきかを明らかにすることができないという問題が、まさにこの点に表れているといえる。

⁵⁷ 西原・前掲注(18)333頁。

⁵⁸ 浅田・前掲注(45)391頁。

⁵⁹ この点については、団藤・前掲注(36)519頁参照。これに対して、浅田・前掲注(45)391頁は、刑の免除は実質的には無罪であるとするが、犯罪不成立の場合と刑の免除の場合を明確に区別する現行法の解釈としては疑問がある。

⁶⁰ こうした理解に対して、城下裕二「中止未遂における必要的減免について——『根拠』と『体系的な位置づけ』——」北大法学論集 36 卷 4 号 (1986 年) 1439 頁は、過剰防衛や過剰避難における免除が問題となる場合には、違法性や責任の減少の観点から説明されているのであるから、「刑の免除」であるからといって直ちに政策的考慮に結びつけることには疑問があるとしている。しかし、刑の免除が有罪判決であるとする現行法を前提とするのであれば、むしろ、過剰防衛や過剰避難の場合の刑の免除もそれと整合する形で解釈されなければならないのではないかと思われる。

⁶¹ 岡本・前掲注(23)281 以下頁参照。

⁶² 鈴木・前掲注(52)301 頁は、「43 条但し書はあくまで中止犯の法的効果として法定された量刑事情であるから、中止犯と関連する事情以外は免除の可否についてであっても考慮すべきではなかろう」とするが、考慮しうる量刑事情にそうした限定が必要である理由は理論的には導かれない。中止犯を理由とする刑の免除の可否につき、一般的な情状が広く考慮されるとするものとして、岡本・前掲注(23)287 頁。また、裁判例においても刑の免除の可否の判断の際には一般的な情状が考慮されていることを指摘するものとして、仲道祐樹「条文からスタート 刑法 未遂 (43 条)」法学教室 407 号 (2014 年) 22 頁。

⁶³ 西田・前掲注(5)321 頁。

⁶⁴ 鈴木・前掲注(52)300 頁。

中止犯の成立要件について解釈指針を提供することができないというこうした問題は、上記見解が中止犯の法的性格論としての適格を欠いているということを意味している。従来、犯罪の成立要件あるいは刑罰減輕・阻却事由の要件を明らかにするにあたっては、その法的性格を違法性や責任と関連させて論じることによってそこから演繹的に一定の要件を導くという手法がとられてきたように、法的性格論は、それを明らかにすることによって一定の要件が導かれるような演繹機能を有するものでなければならない。そうした役割を果たすことではじめて、法的性格論が解釈論上の意義を獲得することになる。そうだとすれば、中止犯の法的性格論も、それを明らかにすることによって、中止犯の成立要件につき一定の解釈指針を示すことができるものでなくてはならないだろう⁶⁵。量刑責任の減少に着目する見解は、中止犯における刑の減輕あるいは免除という法効果の内実を量刑責任の減少と説明しているにすぎず、そこからは中止犯の成立要件について有益な示唆を得ることができないのであるから、法的性格論としての任務を十分に果たしているとはいえないのである。

法定量刑事由説に対しては、単なる量刑規定として捉えられてはならない等の批判が向けられており⁶⁶、また、可罰的責任減少説に対しては、そうした特別なカテゴリーを犯罪論において認めるべきかについて疑問が残るが、これらの見解に共通する本質的な問題は、ここで示される法的性格の観点から中止犯の成立要件を具体的に導くことができないという点に集約されるように思われる。

第4款 小括

以上のように、中止犯の法的性格論は、それを明らかにすることによって中止犯の成立要件につき一定の帰結を導くことができるようなものでなければならない。従来主張されてきた法律説は、中止犯の法的性格を違法減少や責任減少の側面に見出すことで、「自己の意思により」「犯罪を中止した」という中止犯の成立要件が要求されていることを根拠づけ、また、それらの要件につき具体的にどのような基準が採用されるべきかを明らかにしてきた。その点で、法律説のアプローチ自体は正当であったといえよう。

ただし、本章で検討したように、法律説を構成している結果無価値論に基づく違法減少、行為無価値論に基づく違法減少、責任減少の各観点はそれぞれ問題を抱えている。まず、中止行為によって他行為可能性に基づく責任非難が減少すると考えることはできないため中止犯に責任減少の側面を認めることはできない。それと同様に、中止行為によって法益侵害の危険を消滅させたとしても、それが何故に違法減少を基礎づけるのかが明らかにされていないという点で、少なくとも従来の説明では、中止犯に結果無価値論に基づく違法減少の側面を認めることもできない。また、中止行為を社会的に相当な行為または合規範的行為

⁶⁵ 野澤・前掲注(1)397頁以下。

⁶⁶ 法定量刑事由説に対する詳細な批判的検討については、野澤充「中止犯規定は単なる『量刑規定』か？」『浅田和茂先生古稀祝賀論文集（上巻）』（成文堂、2016年）433頁以下参照。

と理解することで、中止行為に行為無価値論に基づく違法減少の側面を認めることはできるが、それを先行する未遂行為と一体的に評価することができるのか、そして、中止犯の一身専属的效果を違法性の連帯性の観点と矛盾しないように説明できるのかについて疑問が残り、さらには、こうした観点からは「犯罪を中止した」という中止犯の本質的要件との関係が希薄となるという点で、行為無価値論に基づく違法減少の観点からも中止犯の法的性格を十分に説明することができていないといえる。

このように各側面はそれぞれに問題を抱えており、これらの問題は各観点を組み合わせることで消滅することはできない。だからこそ、中止犯の法的性格を違法・責任と関係しない観点から説明する政策説が有力に主張されており、特に、刑罰の科せられる犯罪の裏返しとして中止犯を理解する見解が近時支持を拡大しているのである。

第3節 政策説

第1款 モデル的な政策説

まず、最もよく知られた政策説といえるのが、「中止犯について寛大な取扱をみとめる」のは、「行為者に『後戻りのための黄金の橋』(リスト)を与えることによって、なるべく犯罪の完成を未然に防止しようという政策的な考慮によるもの⁶⁷⁾」として、中止犯規定が定められた刑事政策的な立法目的を指摘する見解である。こうした説明は、多くの基本書等において政策説として紹介されており、多くの論者が典型的な政策説として想定しているモデル的な政策説であるといえよう。

この見解に対しては、従来、中止犯を不可罰とするドイツとは異なり⁶⁸⁾、必要的減輕または裁量的免除しか定めていない日本の中止犯規定について同様の説明をすることはできない⁶⁹⁾、あるいは、中止犯規定を知らない者には中止犯の政策的な法効果が及ばないことになる⁷⁰⁾、といった批判が向けられてきた。しかし、この見解にとって本質的なのは、上記立法

⁶⁷⁾ 団藤・前掲注(36)361頁。

⁶⁸⁾ ドイツ刑法 24 条 1 項は、中止犯に関して、「任意に、更なる行為の遂行を放棄し又は行為が既遂に達するのを妨げた者は、未遂を理由としては罰せられない。中止行為者の関与がなくとも行為が既遂に達しなかったとき、中止行為者が、任意かつ真摯に、行為が既遂に達するのを妨げるよう努力した場合には罰せられない。」と規定している。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）を参照した。

⁶⁹⁾ 二本柳・前掲注(45)202 頁、大谷・前掲注(18)383 頁、川端・前掲注(8)492 頁、橋本正博『刑法総論』（新世社、2015 年）212 頁など。この点から、日本の中止犯規定が設けているのは、「引き返すための木の橋」（板倉・前掲注(18)37 頁）、「引き返すための銀あるいは銅の橋」（大越義久『刑法総論〔第 5 版〕』（有斐閣、2012 年）172 頁）にすぎないといわれることがある。しかし、こうした批判に対して、佐伯（仁）・前掲注(5)357～358 頁は、法効果の規定の仕方は政策問題にすぎず、また、未遂に含まれる他の犯罪の既遂で処罰されるドイツよりも、それを含めて刑が免除される可能性のある日本の方がむしろ効果が大きいとさえいえることを理由に、こうした批判の不当性を指摘している。

⁷⁰⁾ 団藤・前掲注(36)361～362 頁、佐久間修『刑法総論』（成文堂、2009 年）332 頁、西

目的が中止犯規定の背後に存在することは法律説を採用する論者も否定しないように、モデル的な政策説は法規定の背後にある政策的考慮を述べているにすぎないという批判⁷¹であろう。つまり、「刑罰規定は、すべて犯罪の防止という刑事政策目的で規定されているのであるから、その意味では、犯罪論はすべて政策論である。政策説が、中止犯の規定は、結果発生の防止を目的とした規定である、ということだけを言っているのだとすると、何も言っていないのに等しい⁷²」。そして、立法目的を指摘するにとどまるモデル的な政策説の解釈論上の問題は、そうした観点を提示したところで、いかなる場合に「自己の意思により」「犯罪を中止した」といえるかについて何ら解釈指針を示すことができないという点にある⁷³。

すでに述べたように、中止犯の法的性格論は、それを明らかにすることによって中止犯の成立要件について具体的な帰結をもたらすことができはじめて、解釈論上の意義を獲得することができる。上記のような抽象的な立法目的を指摘したとしても、そこから中止犯の成立要件について具体的な指針が導かれるわけではない。そのため、モデル的な政策説は中止犯の法的性格論としての適格を欠いているということが出来る。法律説の中には、こうした政策的観点を併せて考慮する見解⁷⁴も主張されているが、こうした観点を取り込んだとしても、中止犯の成立要件を明らかにするための手がかりを得ることはできない。

そうだとすると、中止犯の法的性格論としてはやはり法律説を採用せざるを得ないように思われるかもしれない。しかし、だからといって必然的に法律説を採用しなければならないということにはならない。なぜなら、仮に、法的性格を違法性や責任以外の観点から説明することでも中止犯の成立要件を明らかにすることができるのであれば、その主張は法的性格論として十分に機能しうるからである。実際に、法律説を採用することなく、中止犯の成立要件を演繹しようとする見解が主張されている。

第2款 野澤充の見解

政策説の立場から中止犯の成立要件の導出に重点を置いて中止犯の根拠論⁷⁵を論じている論者としては、まず、野澤充を挙げることができる。野澤は、中止犯論の歴史研究を通じて、「中止犯の根拠論というのは、それ自体が中止犯の成立範囲を方向づけるものでなけれ

田・前掲注(5)314頁、橋本・前掲注(69)212頁など。もっとも、こうした批判に対しては、政策を知らなければ予防効果がないとすれば、刑罰による予防効果もないということになりかねず、規定を知っているか否かは重要でない(佐伯(仁)・前掲注(5)357頁、井田・前掲注(8)462頁)というもっともな反論が向けられている。

⁷¹ 高橋・前掲注(42)420頁。

⁷² 佐伯(仁)・前掲注(5)355頁。

⁷³ 金澤・前掲注(17)20頁、85頁、中空・前掲注(13)34～35頁。

⁷⁴ 例えば、大塚仁『刑法概説(総論)[第4版]』(有斐閣、2008年)257～258頁など。

⁷⁵ 本章で「中止犯の法的性格論」と呼んでいるものと同義であるが、野澤は「中止犯の根拠論」と「中止犯の法的性格論(体系的位置づけ論)」の区別を重視していることから、本款では、野澤の用語法に従い「中止犯の根拠論」と呼ぶ。

ばならない⁷⁶」とした上で、その内容を「とにかく犯罪の結果発生は回避されるべきなので、どんな理由からでも、誰でもよいから結果発生を回避させた者には、中止犯としての優遇を認める」という点に見出すことで、中止犯の成立要件を広く認めるという方向性が示されるとする⁷⁷。具体的には、例えば、ある人間に対する強盗の際に、金銭をより多く持っていそうな人間が通りかかったので、最初の人間に対する強盗行為を中止したという悪い動機に基づく中止の場合であっても中止犯は成立し⁷⁸、行為者の反省や悔悟といった内心の事情は、免除の可否を判断する際に量刑事情として考慮されるにすぎないとする⁷⁹。こうした野澤の見解は、中止犯規定の目的を具体的に提示することで中止犯の成立要件について一定の方向性を示しているという点で、中止犯規定の抽象的な立法目的を明らかにしているにすぎないモデル的な政策説とは異なっている。

しかし、上記のように中止犯規定の目的を具体化したとしても、中止犯の個々の成立要件について具体的な基準を導くことはできない。なぜなら、中止犯規定のそうした目的からは、確かに、中止犯規定の文言に反する形で中止犯の成立範囲を限定してはならないという方向性は示されるかもしれないが、文言に反しない範囲でいかなる成立要件を要求すべきなのかは明らかとならないからである⁸⁰。例えば、野澤が、中止行為と結果不発生との間に因果関係が必要であるか否かについて、これを不要とすることは現行法上の解釈として不可能であるとする際には、犯罪論で因果関係が要求されることを考慮しているように⁸¹、上記のような中止犯規定の目的を指摘するだけでは個々の要件について具体的な基準を導くことはできず、結局のところ、具体的な基準を導くためには、犯罪論において用いられてきた考え方を取り入れざるを得ないであろう。

このように、中止犯規定の目的を具体化することで導かれる中止犯の成立要件は限られており、上記見解は、中止犯の根拠論として十分なものとはいえない。中止犯の根拠論として解釈論上の意義を認めるためには、中止犯の成立要件についてより具体的な方向性、それ

⁷⁶ 野澤・前掲注(1)373頁。

⁷⁷ 野澤・前掲注(1)397頁。

⁷⁸ 野澤・前掲注(1)397～398頁。

⁷⁹ 野澤・前掲注(1)404頁注(146)。

⁸⁰ 金澤真理「中止犯の論じ方——野澤充『中止犯の理論的構造』(成文堂、2012年)を読む——」川端博ほか編『理論刑法学の探究⑥』(成文堂、2013年)237～238頁。この点につき、野澤・前掲注(1)403頁注(141)は、こうした批判がありうるとした上で、「中止未遂の成立範囲について『緩やかに広く考える説』と『(規範的に)厳格に狭く考える説』があるという対比状況の方向づけがある限りは、……根拠論としての意義は全く失われな」とする。一方で、「文言に反する限定がなされてはならない」と述べる際には、中止犯の根拠論よりも、むしろ罪刑法定主義が援用されており(野澤・前掲注(1)405頁)、この点でも、中止犯の根拠論の独自の意義がどれほど残されているかについては疑問が残る。

⁸¹ 野澤・前掲注(1)457頁注(10)参照。さらに、しばしば議論される中止故意(結果回避意思)の要否は文言で定められていないが、こうした立場からいかなる帰結が導かれることになるのかは明らかでない。

も、法律説を採用した場合と同等の明確さをもって解釈の指針が示されなければならない。

第3款 中止犯規定を「構成要件の裏返し」と理解する見解

第1項 基本的な考え方

そうした要請に応えるものとして有力に主張されている見解が、中止犯規定を犯罪構成要件の裏返しと考えることで、犯罪論において用いられている考え方を中止犯に応用する見解（以下、「裏返し論」とする。）である⁸²。

こうしたアプローチを提唱した平野龍一によれば、「中止とは、犯罪が既遂に達することを防止する意思で、防止するに足りる行為をなし、その結果防止されたことをいう。これを『防止』を結果とする一つの構成要件——いわば逆の方向に向った——になぞらえることができる⁸³」。そして、このように「中止犯を『裏返し（逆向き）構成要件』と解することから、客観的には、中止行為、中止結果、両者の間の因果関係が必要であること、主観的には、中止行為の任意性と中止故意が必要であること、を導くことができる⁸⁴」とされている。

こうした考え方は、犯罪行為と中止行為をパラレルに考え、違法性や責任の概念を用いて犯罪論において導かれている犯罪成立要件をそのまま中止犯にも応用することで、違法性や責任に直接言及することなく、政策説に立ちながらも中止犯の成立要件について明確な基準を提供している。こうした立場からは、中止構成要件の客観的側面は法益侵害に関連する限りで違法減少、主観的側面は行為者の主観に関連する限りで責任減少と呼ぶことができるとされたり⁸⁵、また、このような考え方は従来の法律説を理論的に説明したものであるとされたりする⁸⁶ことがあるため、近時では法律説と政策説、特に裏返し論との区別が非常に曖昧となっている。しかし、この見解の論者らが、過去の事実は過去に確定したのであって、実行の着手によって一旦成立した未遂行為に対する違法・責任評価がその後に行われた中止行為によって変更されることはないとしているように⁸⁷、あくまで犯罪論の外側で中止行為を問題としている点で、裏返し論は法律説の主張とは一線を画しているといえる。

第2項 検討

裏返し論は、中止犯の成立要件を具体的に示しているという点では、中止犯の法的性格論としての前述の役割は十分に果たしているといえることができる。しかし、その一方で、従来

⁸² 平野龍一『犯罪論の諸問題（上）総論』（有斐閣、1981年）146頁、塩見淳「中止行為の構造」『中山研一先生古稀祝賀論文集（第3巻）』（成文堂、1997年）247頁以下、山口・前掲注(6)225頁、井田・前掲注(8)465頁、佐伯（仁）・前掲注(5)358～359頁など。

⁸³ 平野・前掲注(82)146頁。

⁸⁴ 佐伯（仁）・前掲注(5)359頁。

⁸⁵ 井田・前掲注(18)283頁、佐伯（仁）・前掲注(5)359頁、山口・前掲注(2)295頁。

⁸⁶ 平野・前掲注(3)333頁参照。

⁸⁷ 佐伯（仁）・前掲注(5)355頁、山口・前掲注(6)224頁。

の法律説や量刑責任の減少に着目する見解とは異なり、先行する未遂行為によって基礎づけられる「何が」中止行為により減少することになるかについて十分な関心を寄せてこなかったという点に問題があるように思われる。裏返し論の論者らがこの点についてどのように考えてきたのかは必ずしも明らかではない。

① 必要的減輕の場合との比較から導かれる任意的免除

刑法 43 条但書は、刑の「必要的減輕」と「裁量的免除」という 2 段階の法効果を定めているが、その法効果を生じさせる具体的な基準が定められているのは必要的減輕（＝中止犯成立）の場合のみであり、免除されるか否かは、減輕の場合と比較して決定するほかない。つまり、刑の免除が認められるべき場合というのは、刑の減輕（＝中止犯の成立）が認められる場合には存在しない「何か」が存在する場合であると理解されることになる。法律説は、この「何か」を、より大きな違法減少または（量刑）責任の減少であると理解してきた。これに対して、上述のように、裏返し論の一部の論者は、それを犯罪論における「違法性」や「責任」とは異なる意味での「違法減少」や「責任減少」と呼んでいるが、その内実は明らかではなく、また、これを内実を伴わない単なる「レッテル」と理解しているかもしれない。しかし、これを単なるレッテルとして理解するだけでは、刑の減輕が認められるにすぎない場合と比較して、刑を免除すべきとされる場合に認められなければならない「何か」を明らかにすることはできない。そのため、この「何か」の内実を具体化する必要があるのである。

こうした観点から、裏返し論によればいかなる点に刑の減輕と免除の間の差異が見出されうるかを検討してみると、まず、消滅させた法益侵害の危険の程度に着目する考え方がありうるだろう。こうした理解は、ドイツにおいて裏返し論と類似する見解を主張した *Christian Jäger* の見解およびそれに対する山中敬一の分析から導き出すことができる⁸⁸。

Jäger は、ドイツ刑法 24 条の中止犯規定の法的性格を以下のように説明する。

被害者が危殆化されていることを問題とする中止犯の本質に鑑みると、行為者は、被害者が危殆化されている場合には結果を阻止することでその危殆化を逆転しなければならず、また、そうした危殆化が存在しない場合には、真摯な回避行為を行うことで危殆化の逆転を試みるだけでよい。このように、中止犯の本質は危殆化の逆転という点にある⁸⁹。それゆえに、刑罰から解放される決定的な根拠は、ドイツ刑法 24 条の外側にある刑事政策的な考察ではなく、中止によって生じる、あるいは、少なくとも意図された危殆化の逆転に見出されなければならない。こうした逆転のみが処罰からの解放を正当化する。ドイツ刑法 24 条が帰属可能な危殆化の逆転という原理に裏づけられ、そして、一般の犯罪論において知られたあらゆる帰属要素がそれと一致するとすれば、独自の処罰解放構成要件（*Strafbefreiungstatbestand*）が問題となるのである。もちろん、処罰からの解放を享受したければ、この構

⁸⁸ 山中・前掲注(47)54 頁以下。

⁸⁹ *Christian Jäger, Der Rücktritt vom Versuch als zurechenbare Gefährdungsumkehr*, 1996, S 65.

成要件を自ら実現しなければならない。それゆえに、ドイツ刑法 24 条は、先行する未遂の不法および責任とは無関係であり、未遂に引き続いて、独自の処罰解放構成要件として検討されなければならない。先行する未遂の不法および責任は、除去されることも影響を受けることもない。というのも、いったん存在するに至った未遂不法および責任は、事後の行為によってなくなるからである⁹⁰。したがって、中止は、独自の処罰解放構成要件であり、行為者はこれを帰属可能な形で実現しなければならない。立法者が犯罪構成要件を創設することができるのと同様に、立法者は、判断特権の範囲内で、ドイツ刑法 24 条のような処罰解放構成要件も創設することができる⁹¹。

以上のように、*Jäger* は、中止行為によって先行する未遂行為の違法性や責任が影響を受けることはないとしつつも、被害者に対する法益侵害の危険を消滅させるという点に中止犯の本質を見出し、中止犯の成立要件を犯罪論における犯罪成立要件に引きつけて考えることで、ドイツ刑法 24 条を未遂の成否の後に検討される独自の処罰解放構成要件と捉えている点で、日本における裏返し論に類似するアプローチを採用している。こうした *Jäger* 説を山中敬一は以下のように分析している。

「イェーガーによると、……実行行為による危殆化は大きければ大きいほど中止の可能性が高くなることになる。危殆化の消滅という結果においては通常の未遂でも中止未遂でも同じであるのに、中止行為時の危殆化が大きければ、危殆化の劇的な逆転が可能であり、それが処罰からの解放の根拠であるということになる。通常の犯罪体系においては、危殆化が大きいほど可罰性が高く、処罰解放構成要件においては、危殆化が大きいほど処罰から解放される可能性が高いというのは評価矛盾である⁹²」。

こうした分析は、裏返し論によれば、免除を判断する際には、法律説がより大きな違法減少あるいは（量刑）責任の減少を問題とするのと同様に、「より大きな法益侵害の危険を消滅させた」か否かが手がかりとなることを示していると同時に、それだけをもって免除の可否を判断することには問題があることを示している。

②未遂行為と中止行為を比較する必要性

犯罪論においては、原則として、生じさせた法益侵害結果あるいはその危険が大きければ大きいほど、その者に科される刑罰も重くなる。そうだとすれば、中止犯を犯罪の裏返しと考える裏返し論を前提とすると、中止行為によって消滅させた危険が大きければ大きいほど、それによって得られる恩典も大きくなる。中止犯の法効果に照らしていえば、これは、消滅させた危険が大きければ大きいほど免除の可能性が大きくなるということを意味している。まさに山中が指摘するように、中止行為により消滅可能な法益侵害の危険の大小は、先行する未遂行為によって生じた危険の大小によって決まり、より大きな法益侵害の危険

⁹⁰ *Jäger*, a. a. O. (Anm. 89), S.126f.

⁹¹ *Jäger*, a. a. O. (Anm. 89), S.126.

⁹² 山中・前掲注(47)59 頁。

を生じさせた者ほど、中止行為によってより大きな危険を消滅させることができるのであるから、より危険な行為を行った者ほど免除の可能性が高くなる。しかし、より危険な行為を行った者の方が免除の可能性が高いというのは、まさに評価矛盾であるように思われる。例えば、殺意をもって他人に素手で殴りかかろうとするよりも、ピストルで射殺しようとする方が生命に対する危険がより高いからといって、中止した場合に後者の方が免除の可能性が高く、また、ピストルの発射によってより重大な傷害を負わせた者が中止行為を行った方が免除の可能性が高いとは言えないであろう。

これは、免除の可否を判断する際には、中止行為がいかなる事態を生じさせたかを問題とするだけでは適切な帰結を導くことができず、その際には、未遂行為がいかなる事態を生じさせたかも問題とせざるを得ないことを示している。つまり、適切に刑の免除の可否を判断するためには、先行する未遂行為によって基礎づけられる「何が」中止行為により減少することになるのかを問題としなくてはならないのである。従来の裏返し論の論者も、免除の可否の判断の際には、明示的にせよ黙示的にせよ、未遂行為と中止行為のこうした比較を行ってきたのではないかと思われる⁹³。

前述のように、学説の中には、殺人未遂行為により被害者に傷害を負わせた後に中止行為を行った場合、中止犯が認められることによって殺人罪について責任を負わないが、傷害既遂についてはなおも責任を負うとされているドイツやフランスとは異なり、殺人未遂に内包される既遂の犯罪についても免除の可能性を認める日本においては、中止した未遂の中にすでに軽い罪の既遂が成立している場合（加重未遂）には刑の減輕にとどめるべきであるとする見解もある⁹⁴。こうした見解に対しては、被害者の負った傷害がどれほど軽微なものであったとしても刑を免除できないということになってしまい、また、かりに免除を排除する傷害をある程度重大なものに限定するとしても、中止犯規定の文言上そのような限定の必要性があるのか疑問であるという批判が向けられている⁹⁵。確かに、軽微な傷害を負わせたにもかかわらず免除の可能性が一切排除されてしまうとすれば問題があるが、先行する未遂行為によって生じた危険の重大さやそこに内包される既遂結果の重大さが、刑の減輕を超えて免除を選択するか否かを判断する際の一資料となることは否定し得ないと思われる⁹⁶。そうだとすれば、法益侵害の危険あるいはそこに含まれる既遂結果が重大であれ

⁹³ 松原・前掲注(5)346頁注(20)は、「刑事政策説（裏返し理論）にあっても、刑を免除するか否かの判断や具体的な量刑に際して実行行為と中止行為の総合評価は不可避であろう」とする。

⁹⁴ 前掲注(54)参照。

⁹⁵ 小林・前掲注(16)238頁。

⁹⁶ 鈴木・前掲注(52)300頁はこの点を指摘し、また、「殺人未遂の中止犯の場合に、すでにかんがりの重傷を負ってしまっても免除の可能性を認める」とすれば、「実務の運用にも適合しない」としている。さらに、佐伯（仁）・前掲注(5)368～369頁は、大阪地判昭和59年6月21日判例タイムズ537号256頁の事案の分析において、「殺人の故意で加療19日を要する傷害を負わせている以上、刑の免除が認められる事案ではおそらくないであろう」として、殺人未遂行為に伴って生じた傷害結果の程度が免除を決定する際に考慮され

ばあるほど、免除の可能性は小さくなるはずである。

法律説は、先行する未遂行為によって基礎づけられる違法または（量刑）責任が中止行為により減少すると考えることで、先行する未遂行為に付随する事情を免除の可否を判断する際に考慮してきたといえる⁹⁷。この点について、裏返し論の論者がどのように考えてきたのかは明らかではないが、法律説を採用しえないとする論者らの考え方を前提とすると、犯罪論における違法または責任の観点からこれを説明してきたと考えることはできない。そうだとすれば、裏返し論の論者らも、刑の減輕ないし免除が認められる実質的根拠を犯罪論における違法性や責任とは異なる観点、例えば、量刑責任の減少⁹⁸と理解することで、未遂行為により基礎づけられる量刑責任が中止行為により減少する結果、残された量刑責任が免除に値するほど小さい場合に刑が免除されることになることと理解してきたということができるのではないだろうか。その意味で、裏返し論は、一方で、中止犯の成立要件を「構成要件の裏返し」という観点から基礎づけ、他方で、中止行為により減少する実体を「量刑責任」という観点から基礎づける考え方であると整理することができる。

しかし、このように、中止犯の成立要件という形式面と中止行為により減少する実体という実質面を分離して考えるとすれば、成立要件は充足するが刑の減免を基礎づける実体の減少が認められないという場合や、反対に、中止犯の成立要件を充足しないが刑の減免を基礎づける実体の減少が認められるという場合がありうることになる。こうした中止犯の成立要件と減免を基礎づける実体の乖離という問題それ自体は、前述のように、行為無価値論に基づく違法減少説や責任減少説からは既遂結果が生じた場合でも違法減少や責任減少が認められることになるとの批判において従来から指摘されてきたものである。裏返し論の論者が上記のような二元的な構成を採用しているとすれば、こうした要件と実体の乖離には問題があるとしてきた従来の議論を踏まえると、裏返し論もまた採用することはできないであろう⁹⁹。こうした批判を回避するためには、刑の減免を基礎づける実体の減少の観点から中止犯の成立要件を導出するほかない。

ることを示唆している。

⁹⁷ 違法減少または責任減少の観点から刑の免除まで基礎づけようとしてきた法律説の問題については、本章第2節第3款第2項③参照。

⁹⁸ ほかに、当罰性の減少、可罰性の減少など、論者によって減少する実体の呼び方は異なりうるであろう。

⁹⁹ さらに、裏返し論に対しては、「通常の犯罪論において被告人に不利な効果を導く判断に際して要求される厳格さが、中止犯規定の適用という被告人に有利な判断に際しても同程度に要求される必然性はない」（二本柳・前掲注(45)207頁）との批判がなされている。また、二本柳が、中止故意が必要とされることに対して疑問を投げかけているのと同様に、鈴木・前掲注(10)116～117頁は、中止犯の成立要件としては、行為者自身による危険の状況に対する判断に応じた形での結果回避行為の認識、つまり、結果回避意思を持つことで十分であり、中止行為者の認識が合っているという意味での中止故意は必要でないとする。

第4款 小括

以上のように、裏返し論は、中止犯の成立要件について具体的な基準を示すことができるという点で解釈論上の意義を備えているといえることができるが、他方で、未遂行為によって基礎づけられる「何が」中止行為により減少するのかを問題としない、あるいは、中止犯の成立要件を導出する際に用いるのとは異なる観点からこれを導き出すという点で問題がある。こうした点を踏まえると、中止犯の法的性格論は、未遂行為によって基礎づけられる「何が」中止行為により減少するのかを明らかにし、そこで明らかとした実体をもとに中止犯の成立要件を演繹するという点ではじめて、解釈論上の意義を獲得することになるといえることができる。そして、こうしたアプローチを採用してきたのが、まさに法律説にほかならない。

しかし、すでに検討したように、中止行為によって他行為可能性に基づく責任非難が減少すると考えることはできず、また、行為無価値論に基づく違法減少の観点によれば、「犯罪を中止した」という中止犯の本質的要件との関係が希薄となるため、この点に中止犯の本質を見出すこともできない。そうだとすれば、「犯罪を中止した」という点に中止犯の本質を見出す結果無価値論に基づく違法減少の観点が基本的には適切であるように思われる。もっとも、前述のように、結果無価値論に基づく違法減少説からは、中止行為者が法益侵害の危険を消滅させた点に違法減少的性格を見出そうとする試みがなされてきたが、この場合になぜ違法性が減少することになるのかはこれまで十分に説明されておらず、また、説明することができないとされてきた。しかし、これを違法論の観点から説明することができるのであれば、結果無価値論に基づく違法減少の観点から中止犯の法的性格を説明することも不可能ではない。筆者は、本章の冒頭で示したように、中止行為を「結果有価値実現行為」として把握することで、法益侵害の危険性を消滅させることに違法減少的性格があることを説明できると考えている。そこで、以下では、中止行為を「結果有価値実現行為」として把握することで、中止行為者による法益侵害の危険の因果的な消滅が違法減少をもたらす性質を備えていることを明らかにした上で、そうした立場から導かれる一定の帰結を提示し、違法減少説に向けられてきた従来からの批判に答えることを試みる。

第4節 私見

第1款 違法性（阻却）段階における「結果有価値実現行為」としての中止行為

第1項 結果有価値実現行為としての中止行為の構造

構成要件を少なくとも違法類型であるとする現在の通説的理解¹⁰⁰によれば、刑法上の違法評価は構成要件段階および違法性（阻却）段階での判断を通じて明らかにされる。もっとも、それぞれの段階で違法評価の対象として取り上げられる要素は異なっている。つまり、結果無価値論によれば、構成要件段階においては法益侵害結果およびその危険という意味

¹⁰⁰ 団藤・前掲注(36)125頁、大塚・前掲注(74)122頁、西田・前掲注(5)70頁、山口・前掲注(2)30頁、高橋・前掲注(42)90頁、井田・前掲注(8)99～100頁など。

での「結果無価値」が問題とされるのに対して、違法性（阻却）段階では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」が問題となる。そして、原則的には構成要件段階において実現された結果無価値の重大さに応じて違法評価が定まることになるが、例外的に結果有価値の実現が認められる場合には、両者を比較衡量し、結果有価値が結果無価値を優越する場合には違法性が阻却され、それに至らない場合には違法性が減少するとどまることになる。

では、結果無価値論に基づく違法減少説が問題とするような、行為者自身による法益侵害の危険の消滅という事態は、構成要件段階における結果無価値にかかわるものであろうか、それとも、違法性（阻却）段階における結果有価値にかかわるものであろうか。結論から先に述べると、これは構成要件段階においては考慮し得ない、違法性（阻却）段階にかかわるものであるといえる。

構成要件段階では、客観的にどの程度の法益侵害結果あるいはその危険が生じたか否かに応じて違法評価が決定づけられ、行為者がそれとの間に因果関係を有していれば行為者が違法と評価されることになる。ただし、中止犯の場面においては、先行する未遂行為によってすでに法益侵害の危険が生じているという点で、生じさせた法益侵害の危険と行為者の行為との間の因果関係は問題とならず、また、客観的にどの程度の法益侵害の危険が生じたのかも問題とならない。とりわけ後者については異論が向けられるかもしれないが、結果無価値論に基づく違法減少説に対して批判を向ける論者が述べるように、未遂行為を行った者によって法益侵害の危険が消滅した場合（中止未遂）であっても、第三者の手により法益侵害の危険が消滅した場合（障害未遂）であっても、それによって消滅させられた現に存在していた法益侵害の危険を除いた、法益侵害の危険を生じさせたことについて違法と評価されるという点では、構成要件段階において、中止未遂と障害未遂に対する違法評価が異なることはない。つまり、構成要件段階では、中止行為者自身が法益侵害の危険を消滅させたということを違法減少、とりわけ結果無価値それ自体を減少させる事情として考慮することはできないのである。

従来の議論において、中止行為者自身が法益侵害の危険を消滅させたという事情に違法減少の側面を認める場合、これが構成要件段階の問題であるのか、違法性（阻却）段階の問題であるのかがほとんど意識されてこなかったが、中止行為が法益侵害の危険という現存する結果無価値を消滅させるものであることから、暗黙裏に、構成要件段階の問題であると捉えられてきたように思われる。しかし、前述のように、これを理由に、構成要件段階において中止未遂と障害未遂に対する違法評価が異なることはなく、この点に、結果無価値論に基づく違法減少の側面を認める見解の問題があったといえる。

これに対して、違法性（阻却）段階においては、中止行為者自身による法益侵害の危険を消滅させる行為を「結果有価値実現行為」と把握することで、この点に違法減少の側面を認めることができるであろう。こうした考え方は突飛なものではなく、井田良は「自ら生じさせた法益に対する危険を自ら消滅させることは、自己の行為の法益侵害性のある程度『帳消

し』にすることであり、違法性阻却に準じた事態が認められるとするのが結果無価値論による説明ということになる¹⁰¹』として、こうした理論構成の可能性をすでに指摘している。筆者は、中止行為を結果有価値実現行為として把握することで、こうした「違法性阻却に準じた事態」を基礎づけることができると考えている。

例えば、XがAに向かって発砲しようとしているのを目撃したYが、Xを取り押さえたという場合を考えてみよう。この場合、Xに対するYの暴行行為は正当防衛として正当化される。ここでは、Aに対する法益侵害の危険をYが消滅させたということが、Yの行為の正当化を基礎づける結果有価値の実現の一部として考慮されることになる。このように、法益侵害の危険を消滅させることは結果有価値実現行為であり、刑法上の違法性を減少させる方向へ作用しうる¹⁰²。上記事例ではこれがYの行為によってもたらされているために、Yの違法性を減少させる方向で作用するのである。上記事例は、見方を変えてXの観点からみれば、他人の行為により犯罪が未遂に止まったという点で障害未遂の例であるといえるが、ここで法益侵害の危険の消滅という結果有価値がXに対して作用しないのは、Xの行為から結果有価値が生じたということができないからである。

そうだとすれば、結果有価値の実現がXの行為から生じたといえる場合、つまり、上記事例において、Xが自発的に発砲を中止したという中止未遂の場合には、結果有価値をXが実現したといえるため、中止行為に結果有価値実現行為として違法減少の側面があるといえることができる。

第2項 中止犯の成立要件

①因果関係

以上のように、結果有価値実現行為という観点から中止行為に違法減少の側面を認める場合、先行する未遂行為を行った者と結果有価値との間に因果関係が存在していなければならない。例えば、行為者の行為によって被害者が致命傷を負ったが、第三者が病院に連れて行ったことから一命を取り留めたという場合、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存在しないため違法減少を認めることはできず¹⁰³、中止犯の成立は認められない。

もっとも、現存していない過去の法益侵害の危険を消滅させることができるのか否かについては争いがある。例えば、殺意をもって被害者に毒薬を飲ませた後に翻意して被害者を病院に連れて行ったが、実際には毒薬が致死量に達していなかったため被害者が死亡することはなかったという事例について、行為者の行為によって法益侵害の危険が消滅してい

¹⁰¹ 井田・前掲注(8)464頁。また、井田＝川端・前掲注(11)14頁〔井田の発言〕も参照。

¹⁰² 不作為による中止の場合だけでなく、作為による中止の場合にも同様のことが妥当する。

¹⁰³ 佐伯(仁)・前掲注(5)363頁は、この場合、そもそも中止行為がないということもできるとする。

ない以上、中止犯の成立は認められないとする見解¹⁰⁴と、毒薬が致死量であったか否かで中止犯の成否を分けることには問題があるとして、毒薬が致死量に達していない場合でも、致死量であったと仮定したうえでその危険を消滅させる行為を行ってれば中止犯の成立を認めてよいとする見解¹⁰⁵が主張されている。

この点については、後者の見解の趣旨も十分に理解可能であるが、その判断が二重のフィクションを介在させているという点で疑問があり¹⁰⁶、また、現存する危険を消滅させた場合と存在しえた危険を消滅させ得た場合に対して客観的に同等の評価を与えることはできないと思われる¹⁰⁷。したがって、この点については、前者の立場が妥当であると考えられる。

②任意性

また、こうした立場からは、中止行為を行うためには法益侵害の危険が存在していなければならないため、発砲しようとしているのを取り押さえられたことにより発砲が不可能となった、あるいは、恐怖・驚愕のために体が全く動かなくなったといったように、中止行為以前の段階ですでに危険性が消滅させられてしまったような場合には、中止行為をそもそも行うことはできない¹⁰⁸。その意味で、「任意性の要件は、危険が消滅したところでは中止犯の余地はないという、中止行為の可能性の限界を画する意義を有するにすぎないもの¹⁰⁹」と理解することができる。

¹⁰⁴ 山口・前掲注(2)298～299頁、西田典之ほか編『注釈刑法（第1巻）』（有斐閣、2010年）680頁以下〔和田俊憲〕など。また、「不能犯について、……仮定的蓋然性説をとる以上、いったん発生した未遂犯成立要件としての結果発生蓋然性が事後的に減少することはあり得ない」（西田・前掲注(5)315頁）との指摘もある。

¹⁰⁵ 平野・前掲注(82)148頁、佐伯（仁）・前掲注(5)364頁、松原・前掲注(5)348～349頁など。

¹⁰⁶ 曾根・前掲注(13)507頁注(72)。

¹⁰⁷ 法益侵害の危険を実際には消滅させておらず、消滅させ得たにすぎない場合、それは「中止未遂の未遂」に過ぎないであろう。この点につき、仲道・前掲注(14)147頁以下参照。

¹⁰⁸ 山口・前掲注(2)302～303頁。この点については、本章第2節第1款第1項も参照。もっとも、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という場合に、法益侵害の危険がすでに失われているといえるかについては疑問の余地があり、むしろ、そのような場合には、法益侵害の危険がなお存在するが因果性が認められない、または、中止行為者の作為または不作為が危険性の消滅の一因となっていることを否定できないが、行為性が欠けるために当該行為者に違法減少の効果が帰属されない、あるいは、より一般的に、結果有価値の客観的帰属が否定されると説明する方が適切かもしれない。また、齋野彦弥「中止未遂の因果論的構造と中止故意について」『田宮裕博士追悼論集（下巻）』（信山社、2003年）599頁は、「因果的に行為者自身の行為に帰することができる場合とは、外部的に結果を〔ママ〕不発生を導く要因が存在しないのに、行為者によって結果不発生させた場合であり、それが、通説における『任意性』に重なりうる」とする。

¹⁰⁹ 山口・前掲注(6)232頁。

③中止故意（結果回避意思）

他方で、従来の結果無価値論の理解に従う限り、中止故意ないし結果回避意思は結果有価値の存否に影響を与えないため、中止犯の成立要件とはならない。例えば、行為者が被害者に致死量の毒薬を飲ませた後に、さらに別の毒薬を飲ませようとしたところ、誤って最初に飲ませた毒薬の解毒剤を飲ませてしまったという「偶然中止」のような場合であっても、行為者による結果有価値の実現が認められる以上、中止犯の成立が認められることになる。他方で、行為無価値論に基づく違法減少の側面を認める場合には、こうした主観的要素が中止犯の成立要件として要求されることになる。したがって、結果回避意思や中止故意が要求されるか否かは、「偶然防衛」の場合と同様に、それぞれの論者が依拠する違法論次第ということになる。

こうした偶然中止の場合に中止犯の成立を認めることに対しては、結論が不当であるとの批判があり得るだろう¹¹⁰。しかし、實際上、こうした事例においては、行為者が中止意思を放棄していないことから再度犯行におよぶことが考えられ、その場合には中止犯の成立を否定し、あるいは、新たに犯行におよんだ点を別途処罰すれば足り、他方で、当該中止行為によりその場での犯行が完全に不可能となったのであれば、中止犯の成立を認めることもそれほど不当でないように思われる¹¹¹。

第2款 未遂行為と中止行為の一体的評価

このように、結果有価値実現行為と把握することで中止行為に違法減少の側面を認めることができるとしても、これを未遂行為と一体的に評価することができなければ、法益侵害の危険を生じさせた未遂行為に対する違法評価が、中止行為により実現された結果有価値により一定の限度で相殺されると考えることはできない。

前述のように、近時の法律説の論者が、実行行為後に行われた結果発生阻止行為が行為者の自発的な意思に基づく場合に、未遂行為と中止行為の一体的評価を認めてよいとしているのに対して、一連の行為論の観点から、行為の性質が侵害方向から救助方向へ転化しており、また犯罪遂行を断念放棄しているという点で意思の断絶が生じている中止犯の場合に一体的評価を認めることは困難であるとの批判が向けられてきた¹¹²。しかし、こうした批判は、中止犯の場合に一体的評価を認める立場にとって決定的なものではないと思われる。なぜなら、一体化の対象となる複数の行為が客観的に侵害方向あるいは救助方向に向けられていなければならないと、また、それに応じて意思も同一の侵害方向あるいは救助方向に向けられていなければならないというのは、それが同一方向に向けられた複数の行為を一体的に評価する際に重要となる観点であるにすぎないからである。その意味では、同一方向に向け

¹¹⁰ 井田＝川端・前掲注(11)14頁〔井田の発言〕。

¹¹¹ 偶然防衛の場合と同様に考えるのであれば、解毒薬を飲ませる行為について、毒薬を飲ませる可能性があったといえるのであれば、その点を独自に取り上げて殺人未遂として処罰するということが考えられる。

¹¹² 本章第2節第2款第2項①参照。

られた複数の行為を一体的に評価することが念頭に置かれた当該基準を、侵害方向へ向けられた行為（未遂行為）と救助方向へ向けられた行為（中止行為）という反対方向を向いた2つの行為の一体的評価という場面にそのまま用いようとしていること自体に疑問があるといえよう。

そこで、未遂行為と中止行為の関係に着目すると、確かに、両行為は、一方が法益侵害に向けられ他方が法益の救助に向けられてはいるが、未遂行為によって発生した法益侵害の危険を中止行為によって消滅させているという点で同一の法益に向けられた行為である。そして、中止行為が法益侵害結果発生前の「浮動状態¹¹³」で行われる同一の法益に対する救助行為であり、それが外部的障害に影響されることなく行われるという中止犯に固有の状況に鑑みれば、未遂行為と中止行為を客観的に一連の事態として把握することはなお可能であると思われる¹¹⁴。むしろ、中止行為は先行する未遂行為によって生じた危険を消滅させる行為であるという点で、両者は内容的に無関係な行為ではあり得ず¹¹⁵、また、裏返し論の検討を通じて明らかになったように、とりわけ免除の可否を検討する際には、未遂行為によって基礎づけられる違法性や（量刑）責任が中止行為により減少するという形で、未遂行為と中止行為を総合的に評価する必要があることは否定できないということからも¹¹⁶、未遂行為と中止行為のこうした一体的評価が基礎づけられることになる。

第3款 違法性の連帯性の問題と中止犯の一身専属的効果の調和

このように、結果有価値実現行為としての中止行為と先行する未遂行為を一体的に評価することで違法減少が認められるとすると、次に、先行する未遂行為にのみ関与した共犯者にも違法減少の効果が連带的に作用することになり、中止犯の一身専属的効果と矛盾することになるとの従来からの批判にさらされることになるだろう。こうした批判は、“正犯が違法でなければ共犯も違法でない”という消極的な意味での違法性の連帯性（違法性の消極的連帯性）を認めることで、「正犯が違法であること」を共犯の成立要件として要求してきた従来通説的理解を前提とするものであるが、ここでは、なぜそうした違法性の消極的連帯性が認められることになるのかを実質的に考察する必要がある¹¹⁷。

¹¹³ 松原・前掲注(5)345頁。

¹¹⁴ こうした考え方によれば、犯罪論においても同様に、例えば、法益侵害結果発生前の浮動状態で行われる、同一人に対する複数の刺突行為は、少なくとも量的過剰防衛や実行行為途中の心神耗弱などの事情がない限りは、意思の一貫性を考慮するまでもなく、客観的にみて一体的に評価可能であるということになるだろう。もちろん、こうした場合には、通常、意思の一貫性が認められることは否定できないが、こうした場面においてそれが一体的評価の必要条件となるかについては疑問がある。

¹¹⁵ 川端・前掲注(8)494頁。

¹¹⁶ 松原・前掲注(5)346頁注(20)は、裏返し論は、「総合評価を犯罪論ではなく刑罰論に位置づけるのかもしれない」とする。

¹¹⁷ 佐伯（仁）・前掲注(5)363頁注(47)は、違法性の連帯性を認めるような「従属性をア・プリオリに認めるべきかがまさに問題である」としている。

私見によれば、例えば、正犯者の正当防衛行為に関与した共犯者が正犯者と同様に適法と評価されるのは、共犯者が、正犯者の実現した結果無価値だけでなく、そこで実現された優越的な結果有価値についても同時に因果性を有していることに基礎づけられる。通常、正犯者が違法性（阻却）段階で適法と評価される場合、正犯者の行為は結果無価値とそれを優越する結果有価値を同時に実現する行為であるため、それに関与した共犯者が結果無価値についてのみ因果性を有し、結果有価値については因果性を有しないという事態は想定されない。しかし、中止犯が問題となる場合、結果無価値を実現する行為は先行する未遂行為である一方で、結果有価値を実現する行為は中止行為であるために、結果無価値の実現についてのみ因果性を有し、結果有価値の実現については因果性を有しないという事態が生じうる。共犯者が先行する未遂行為にのみ関与したという場合がまさにこれに当たるのであるから、こうした場合には、正犯者の違法性が減少するとしても、中止行為に関与していない共犯者には違法減少が認められないというのは当然である。

従来から、違法減少の側面を認める場合であっても、中止行為に因果性を及ぼしていない共犯者には違法減少が認められないことが指摘されてきたが¹¹⁸、こうした指摘の内実は、中止行為を結果有価値実現行為と把握し、違法性の消極的連帯性が結果有価値との因果性によって基礎づけられると解することではじめて明らかにすることができるだろう。

これに対しては、違法性の消極的連帯性の内実について特殊な理解をしているからこそ上記のような理解が可能であり、制限従属性説に代表されるような通説的理解に従えば、違法減少説を採用する以上、中止行為に関与していない共犯者にも違法減少を認めざるを得ないという批判があるかもしれない¹¹⁹。しかし、因果性を有していない事情によって違法評価が左右されるということはないのであるから、むしろ、こうした場面においても違法性の消極的連帯性を形式的に認めてきた従来の理解の方に問題があるといえる。だからこそ、違法性（阻却）段階での違法性の連帯性の理論的根拠を、上記のように共犯者が正犯者の実現した結果有価値にも因果性を有しているという点に求める必要があるのである。共犯者が違法評価を左右しうる事由について因果性を有していない場合であっても、正犯に違法減少が認められたことから形式的に共犯の処罰を限定するとすれば、それは、正犯者の違法性の有無・程度を、共犯者の処罰を政策的に限定する客観的処罰条件として理解することに他ならない。正犯者に対する違法評価を限度に共犯者の処罰を客観的に限定するということは理論上考えうるが、従属性に関する明文規定の存在しない我が国において、処罰をそのように客観的に限定する必要はないであろう。

¹¹⁸ 清水一成「中止未遂における『自己ノ意思ニ因リ』の意義」上智法学 29 卷 2・3 号（1986 年）237 頁、二本柳・前掲注(45)204 頁、佐伯・前掲注(5)363 頁、松原・前掲注(5)346 頁注(21)。

¹¹⁹ 野澤・前掲注(1)381～382 頁。

第4款 減軽と免除の区別

以上のようにして中止犯の成立が認められる場合、確かに、法益侵害の危険を消滅させたことは違法性を減少させる方向で作用するが、中止犯の場面において、先行する未遂行為によって生じた結果無価値を優越するほどの結果有価値が存在するとはいえない。例えば、人に向けてピストルを構えて引き金に指をかけている状態で、思い直して発砲を取りやめたという事例であっても、法益侵害の危険を生じさせたという事実がある以上、そこで実現された結果有価値が先行する未遂行為に由来する違法評価を阻却するほど大きいものであると評価することはできない。そのため、中止犯の成立が認められる場合であっても、犯罪が不成立となることはなく、あくまで刑が必要的に減軽されるにすぎない¹²⁰。

そして、刑の必要的減軽を超えて刑が裁量的に免除されるか否かは量刑の問題であり¹²¹、これは、中止犯の成立により違法性の減少が認められた後に残された未遂行為の違法性の程度と、一般情状を考慮して減少しうる量刑責任の程度を比較衡量して決定されることになるだろう。前者については、特に未遂行為により行為者が生じさせた法益侵害の危険¹²²および既遂結果¹²³の重大さを基準に判断され、後者については、従来から中止犯に関して議論されてきた真摯性や広義の悔悟等の動機だけでなく、中止故意や結果回避意思もここで考慮されることになる¹²⁴。したがって、刑が免除される場合というのは、違法減少が認められた後に残される違法性が小さく、かつ、認められる量刑責任の減少が大きい場合であるといえることができる¹²⁵。しかし、実務において免除判決が下された例が極めて少ないように¹²⁶、

¹²⁰ もっとも、これは評価の問題であるため、事例によっては違法性が阻却される場合が例外的に存在するとの評価もありうるかもしれない。

¹²¹ 本章第2節第3款第2項③参照。

¹²² ここでは、例えば、具体的に実行行為を行った回数が重要となる。傷害結果を生じさせなかった場合でも、弾丸を1発も発射せず中止した場合と、発射した5発が外れた後に6発目の発射を中止した場合を比べると、両者は、次の発砲を取りやめることで消滅させた危険の程度は同じであるが、法益侵害の危険を生じさせた回数の多い後の方がより違法性が高いといえることができるため、違法性の減少が認められた後に残される違法性も後の方が高くなる。

¹²³ 例えば、殺人未遂行為に伴って生じた傷害結果の重大さが問題となる。

¹²⁴ 従来から、多くの論者が任意性に関する限定主観説が要求するような動機や真摯性を免除の判断の基準あるいは考慮事項とすることを認めている。例えば、岡野・前掲注(33)260頁、齊藤信幸『新版刑法講義(総論)』(成文堂、2007年)398頁、佐伯・前掲注(5)361～362頁、鈴木・前掲注(52)300頁など。また、鈴木一永「量刑事情と中止犯」早稲田大学大学院法研論集161号(2017年)125頁以下も参照。

¹²⁵ この点について、小林憲太郎『刑法総論の理論と実務』(判例時報社、2018年)489頁139頁は、「かりに中止犯の規定を捨象したとき、(法定減軽とは別に行われうる)酌量減軽を相当とする事案においては刑の免除がなされるべきである」とする。もっとも、このように考えた場合、論者自身が指摘しているように、刑が免除されるケースが多数に上ることになる。

¹²⁶ よく知られているように、公刊されている判例の中において中止犯が成立する場合に刑の免除が認められたのは、和歌山地裁昭和35年8月8日判決下刑集2巻7=8号1109頁、和歌山地裁昭和38年7月22日判決下刑集5巻7=8号756頁の2件のみである。

実際に免除判決が下されるべき場合は非常に限られるであろう。

このように理解することではじめて、中止犯の法的性格論から中止犯の成立要件を明確に演繹することができるとともに、刑の免除が裁量的であり、有罪判決の一種であるということの説明が可能となる。

第5節 本章のまとめ

本章では、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得られた本稿の成果を中止犯論に応用し、「中止行為＝結果有価値実現行為」という観点から違法減少説を再構成することを試みた。

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。

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いるということができ、中止犯規定はこ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輕が基礎づけられることになる。もっとも、中止行為により実現された結果有価値が、先行する未遂行為によって生じた結果無価値を優越するほど大きいと評価することはできないため、中止行為による違法減少は刑の必要的減輕を基礎づけるにとどまる。そのため、刑の免除は、（特に未遂行為によって生じた法益侵害の危険や既遂結果の重大さに左右される）違法減少後に残される違法性が小さく、かつ、（中止犯の議論において考慮されてきた中止故意、真摯性、広義の悔悟等を含む）量刑責任を減少させる事情を考慮して認められる量刑責任の減少が大きいと判断された例外的な場合にのみ認められることになる。

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

本稿においては、中止犯を犯罪の成立を基礎づける構成要件ないし犯罪の「裏返し」と理解することで、構成要件論ないし犯罪論において用いられている解釈を中止犯の解釈に応用する「裏返し論」から着想を得て、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」の関係にあることに着目し、違法性阻却・減少事由を、法益の保全（結果有価値）という結果の因果的帰属が問題となる結果帰属行為として考察可能であるとの仮説を提示し、こうした仮説に基づいて、構成要件段階において展開されてきた「結果」の同定手法や「因果性」に着目した検討手法を違法性阻却・減少事由に応用し、違法性阻却・減少事由をめぐる各論的問題について検討を行った。本稿で得られた主要な成果は、以下の通りである。

まず、構成要件段階で法益侵害の程度を悪化させた場合や法益侵害結果の発生時期を早期化させた場合にも「結果」の惹起があると認められ、また、法益侵害の可能性（危険）も違法性を基礎づけるとされていることを応用し、違法性（阻却）段階では、法益侵害の程度を緩和し、あるいは、法益侵害の発生時期を遅らせた場合にも法益保全「結果」が認められ、さらに、法益保全の可能性も違法性阻却ないし減少を基礎づけうることを明らかにした。いわゆる失敗した正当防衛については、攻撃の程度を弱体化し、または遅延させた場合や攻撃を阻止する可能性しかない場合であっても正当化が認められるとされてきたが、こうした理解は、まさに違法性（阻却）段階を構成要件段階の裏返しと理解することから導かれる上記解釈により理論的に基礎づけることができる。

他方で、偶然防衛の議論においては、上述のような「結果」ないし「可能性」ではなく、「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」を違法性（阻却）段階における一種の結果と捉え、それに基づいて未遂犯の成立を認める見解が有力に主張されてきた。しかし、こうした見解は、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り、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。

裏返し論的発想によれば、違法性阻却・減少が認められるためには、上記のような「結果」

が存在するだけでなく、当該結果と行為者の行為との間の「因果性」が認められなければならないが、このことは、法益侵害結果と行為者の行為との間の「因果性」が解釈論上重要な地位を占めている共犯論、特に、違法性の阻却ないし減少が問題となるいわゆる「違法性の連帯性」の問題に目を向けることで、明らかにすることができる。

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。

そして、最後に、以上の違法性阻却・減少事由の結果帰属論的考察を踏まえて、中止犯における違法減少説を再構成することを試みた。

中止犯に違法減少の側面が認められるとすることに対しては、そこで問題としている「違法減少」の内実が明らかでないとの批判が向けられてきた。しかし、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。そして、先行する未遂行為と中止行為は、未遂行為によって発生した法益侵害の危険を中止行為によって消滅させているという点で同一の法益に向けられた行為であり、また、中止行為が法益侵害結果発生前の「浮動状態」で行われる同一の法益に対する救助行為であり、それが外部的障害に影響されることなく行われるという中止犯に固有の状況に鑑みれば、未遂行為と中止行為を客観的に一連の事態として把握することはなお可能であり、中止犯規定もそうした一体的評価を前提とした規定であるとみることができ。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輕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。

本稿の目的は、違法性阻却・減少事由を、法益の保全（結果有価値）という結果の因果的帰属が問題となる結果帰属行為として考察することで、違法性阻却・減少事由をめぐるいくつかの各論的問題について演繹的に適切な解決を導くと同時に、こうした結果帰属論的考察から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、あるいはそれを補完するものとして違法性阻却・減少事由を考察する際の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が、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。

初出一覧

本論文の原型となった既発表論文は、以下の通りである。

第1章 失敗した正当防衛

「失敗した正当防衛について」早稲田法学会誌 69 巻 2 号（2019 年 3 月刊行予定）頁数未定

第2章 偶然防衛

「違法性阻却段階における『可能性』判断について——偶然防衛における未遂説の批判的検討を通じて——」早稲田法学 94 巻 1 号（2018 年）235 頁以下

第3章 狭義の共犯における違法性の連帯性

「『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）421 頁以下

第4章 共同正犯における違法性の連帯性

「共同正犯における違法性の連帯性と正当防衛の成否」早稲田法学 93 巻 1 号（2017 年）163 頁以下

第5章 中止犯

「中止犯の法的性格論における違法減少説再興の試み——違法性の連帯性を手がかりに——」早稲田法学会誌 68 巻 2 号（2018 年）293 頁以下

参考文献一覧

〔日本語文献〕

浅田和茂

- 『刑法総論〔補正版〕』（成文堂、2007年）
- 「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）503頁以下

阿部純二＝板倉宏＝内田文昭＝香川達夫＝川端博＝曾根威彦編

- 『基本法コンメンタール刑法〔第4版〕』（日本評論社、1989年）

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 卷 2・3 号（2017年）1頁以下

飯島暢

- 『自由の普遍的保障と哲学的刑法理論』（成文堂、2016年）

板倉宏

- 「中止犯」阿部純二ほか編『刑法基本講座（第4巻）』（法学書院、1992年）34頁以下
- 『刑法総論〔補訂版〕』（勁草書房、2007年）

井田良

- 「違法性における結果無価値と行為無価値（1）——いわゆる偶然防衛をめぐって——」法学研究 63 卷 10 号（1990年）1頁以下
- 「違法性における結果無価値と行為無価値（2・完）——いわゆる偶然防衛をめぐって——」法学研究 63 卷 11 号（1990年）53頁以下
- 『犯罪論の現在と目的的行為論』（成文堂、1995年）
- 「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）227頁以下
- 『刑法総論の理論構造』（成文堂、2005年）
- 『講義刑法学・総論〔第2版〕』（有斐閣、2018年）

井田良＝川端博

- 「対談 中止犯論の現在と課題」現代刑事法 45 号（2003年）5頁以下

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）

伊東研祐

——『刑法講義総論』（日本評論社、2010年）

伊藤渉＝小林憲太郎＝鎮目征樹＝成瀬幸典

——『アクチュアル刑法総論』（弘文堂、2005年）

今井猛嘉＝小林憲太郎＝島田聡一郎＝橋爪隆

——『刑法総論〔第2版〕』（有斐閣、2012年）

内田文昭

——『刑法概要（中巻）（犯罪論（2））』（青林書院、1999年）

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1巻）』（成文堂、2006年）511頁以下

——「偶然防衛における法益保全結果の帰属と違法減少」獨協法学 86号（2012年）248頁以下

——「緊急救助型と自己防衛型の偶然防衛について」『曾根威彦先生・田口守一先生古稀祝賀論文集（上巻）』（成文堂、2014年）369頁以下

大越義久

——『共犯の処罰根拠』（青林書院新社、1981年）

——『刑法総論〔第5版〕』（有斐閣、2012年）

大塚仁

——『刑法概説（総論）〔第4版〕』（有斐閣、2008年）

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2巻）』（成文堂、1998年）457頁以下

——『刑法講義総論〔新版第4版〕』（成文堂、2012年）

岡野光雄

- 「過剰防衛の連帯性と個別性」研修 584 号（1997 年）3 頁以下
- 『刑法要説総論〔第 2 版〕』（成文堂、2009 年）

岡本勝

- 「中止未遂における減免根拠に関する一考察」齊藤誠二先生古稀記念『刑事法学の現実と展開』（信山社、2003 年）277 頁以下
- 「中止犯論の現状と展望」現代刑事法 45 号（2003 年）29 頁以下

小川正持

- 「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

香川達夫

- 『中止未遂の法的性格』（有斐閣、1963 年）

金澤真理

- 『中止未遂の本質』（成文堂、2006 年）
- 「中止犯の論じ方——野澤充『中止犯の理論的構造』（成文堂、2012 年）を読む——」川端博ほか編『理論刑法学の探究⑥』（成文堂、2013 年）223 頁以下

川端博

- 『刑法総論講義〔第 3 版〕』（成文堂、2013 年）

木村静子

- 「中止犯」日本刑法学会編『刑法講座（第 4 巻）』（有斐閣、1963 年）21 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

葛原力三＝塩見淳＝橋田久＝安田拓人

- 『テキストブック刑法総論』（有斐閣、2009 年）

康元燮

- 「偶然防衛」早稲田大学大学院法研論集 63 号（1992 年）83 頁以下

小暮得雄

——「正当防衛」日本刑法学会編『刑法講座（第2巻）』（有斐閣、1963年）129頁以下

小島秀夫

——『幫助犯の規範構造と処罰根拠』（成文堂、2015年）

小林憲太郎

——『因果関係と客観的帰属』（弘文堂、2003年）

——『刑法総論』（新世社、2014年）

——『重要判例集刑法総論』（新世社、2015年）

——『刑法総論の理論と実務』（判例時報社、2018年）

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）1頁以下

齊藤信幸

——『新版刑法講義（総論）』（成文堂、2007年）

齋野彦弥

——「中止未遂の因果論的構造と中止故意について」『田宮裕博士追悼論集（下巻）』（信山社、2003年）587頁以下

佐伯仁志

——『刑法総論の考え方・楽しみ方』（有斐閣、2013年）

佐伯千仞

——『四訂刑法講義（総論）』（有斐閣、1981年）

佐久間修

——『刑法総論』（成文堂、2009年）

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1巻）』（成文堂、1998年）237頁以下

塩見淳

- 「中止行為の構造」『中山研一先生古稀祝賀論文集（第3巻）』（成文堂、1997年）
247頁以下

篠塚春世訳

- 『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）

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）21頁以下

島田聡一郎＝小林憲太郎

- 『事例から刑法を考える〔第3版〕』（有斐閣、2014年）

清水一成

- 「中止未遂における『自己ノ意思ニ因リ』の意義」上智法学 29巻2・3号（1986年）165頁以下

荘子邦雄

- 『刑法総論〔初版〕』（青林書院新社、1969年）
——『刑法総論〔第3版〕』（青林書院、1996年）

城下裕二

- 「中止未遂における必要的減免について——『根拠』と『体系的位置づけ』——」
北大法学論集 36巻4号（1986年）1411頁以下

杉本一敏

- 『真意説』の真意を問う——『被害者の同意』のオセロ的理解から帰属的理解へ」
高橋則夫ほか『理論刑法学入門——刑法理論の味わい方』（日本評論社、2014年）
129頁以下

鈴木一永

- 「中止意思について」早稲田大学大学院法研論集 135号（2010年）101頁以下
——「中止犯の根拠論について」早稲田法学会誌 66巻2号（2016年）267頁以下

鈴木左斗志

- 「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）
58 頁以下

須之内克彦

- 「正当防衛における『防衛意思』に関する一試稿」愛媛法学会雑誌 6 巻 2 号（1980 年）29 頁以下

関哲夫

- 「偶然防衛についての一考察」國士館法学 37 号（2005 年）1 頁以下

関根徹

- 「偶然防衛について」『立石二六先生古稀祝賀論文集』（成文堂、2010 年）189 頁以下

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 頁以下
- 『身分犯の共犯』（成文堂、2009 年）

曾根威彦

- 「判批」判例評論 410 号（1993 年）219 頁以下
- 『『偶然防衛』再論——自己のための偶然防衛を中心として——』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）63 頁以下
- 『刑事違法論の研究』（成文堂、1998 年）
- 『刑法総論〔第 4 版〕』（弘文堂、2008 年）
- 『刑法原論』（成文堂、2016 年）

高橋則夫

- 『共犯体系と共犯理論』（成文堂、1988 年）
- 「中止行為の規範論的基礎づけ」『浅田和茂先生古稀祝賀論文集（上巻）』（成文堂、
2016 年）419 頁以下
- 『規範論と刑法解釈論』（成文堂、2007 年）
- 『刑法総論〔第 4 版〕』（成文堂、2018 年）

団藤重光

——『刑法綱要総論〔第3版〕』（創文社、1990年）

団藤重光編

——『注釈刑法（2）のI総則（2）』（有斐閣、1968年）

高山佳奈子

——『故意と違法性の意識』（有斐閣、1999年）

——「正当防衛論（上）」法学教室267号（2002年）81頁以下

——「正当防衛論（下）」法学教室268号（2003年）66頁以下

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）190頁以下

辰井聡子

——『因果関係論』（有斐閣、2006年）

立石二六

——『刑法解釈学の諸問題』（成文堂、2012年）

——『刑法総論〔第4版〕』（成文堂、2015年）

津田重憲

——「いわゆる正当防衛における『防衛の意思』について」経済と法15号（1982年）57頁以下

——『正当防衛の研究』（時潮社、1985年）

照沼亮介

——『体系的共犯論と刑事不法論』（弘文堂、2005年）

——「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）249頁以下

豊田兼彦

——『共犯の処罰根拠と客観的帰属』（成文堂、2009年）

内藤謙

——『刑法講義総論（上）』（有斐閣、1983年）

- 『刑法講義総論（中）』（有斐閣、1986年）
- 『刑法講義総論（下）Ⅰ』（有斐閣、1991年）
- 『刑法講義総論（下）Ⅱ』（有斐閣、2002年）

中空壽雅

- 「中止犯の法的性格と成立要件——行為無価値論の立場から——」現代刑事法 45号（2003年）34頁以下

中野次雄

- 『刑法総論概要〔第3版補訂版〕』（成文堂、1997年）

仲道祐樹

- 『行為概念の再定位』（成文堂、2013年）
- 「中止犯——2つの裏返し、2つの考察法」高橋則夫ほか『理論刑法学入門——刑法理論の味わい方』（日本評論社、2014年）145頁以下
- 「条文からスタート 刑法 未遂（43条）」法学教室 407号（2014年）19頁以下

中山研一

- 『刑法総論』（成文堂、1982年）
- 「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）68頁以下
- 『新版概説刑法Ⅰ』（成文堂、2011年）

中山研一＝浅田和茂＝松宮孝明

- 『レヴィジョン刑法3』（成文堂、2009年）

中義勝

- 『講述犯罪総論』（有斐閣、1980年）

西田典之

- 『共犯と身分〔新版〕』（成文堂、2003年）
- 『刑法総論〔第2版〕』（弘文堂、2010年）

西田典之＝山口厚＝佐伯仁志編

- 『注釈刑法（第1巻）』（有斐閣、2010年）

西原春夫

——『刑法総論（上巻）〔改訂版〕』（成文堂、1988年）

西原春夫監訳・イエシエック＝ヴァイゲン

——『ドイツ刑法総論〔第5版〕』（成文堂、1999年）

西村克彦

——「いわゆる『偶然防衛』について」判例時報 824号（1976年）3頁以下

二本柳誠

——「中止犯」曾根威彦＝松原芳博編『重点課題刑法総論』（成文堂、2008年）201頁以下

野澤充

——『中止犯の理論的構造』（成文堂、2012年）

——「中止犯規定は単なる『量刑規定』か？」『浅田和茂先生古稀祝賀論文集（上巻）』（成文堂、2016年）433頁以下

野村稔

——『未遂犯の研究』（成文堂、1984年）

——「判批」法学教室 177号（1995年）72頁以下

——『刑法総論〔補訂版〕』（成文堂、1998年）

——『刑法研究（上巻）』（成文堂、2016年）

橋田久

——「判批」甲南法学 35巻1号（1994年）103頁以下

——「防衛行為の相当性——防衛行為の危険性判断の基準時をめぐって——」刑法雑誌 37巻3号（1998年）1頁以下

——「正当防衛に対する緊急避難」名古屋大学法政論集 262号（2015年）1頁以下

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1巻）』（成文堂、2006年）635頁以下

——『正当防衛論の基礎』（有斐閣、2007年）635頁以下

——「共謀の意義について（1）」法学教室 412号（2015年）123頁以下

——「共同正犯と正当防衛・過剰防衛」法学教室 416号（2015年）79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
- 『刑法総論』（新世社、2015年）

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
- 『刑法の現代的課題』（有斐閣、1991年）
- 『刑法総論〔第2版〕』（東京大学出版会、2008年）
- 「判批」平野龍一ほか編『刑法判例百選Ⅰ総論〔第3版〕』（有斐閣、1991年）54頁以下

林陽一

- 『刑法における因果関係理論』（成文堂、2000年）

日高義博

- 「偶然防衛と違法モデル」専修大学法学研究所紀要23号（1998年）113頁以下
- 『違法性の基礎理論』（イウス出版、2005年）

日高義博＝川端博＝曾根威彦

- 「偶然防衛」植松正ほか著『現代刑法論争Ⅰ〔第2版〕』（勁草書房、1997年）126頁以下

平川宗信

- 「正当防衛論」芝原邦爾ほか編『刑法理論の現代的展開——総論Ⅰ』（日本評論社、1988年）123頁以下

平野龍一

- 『刑法総論Ⅰ』（有斐閣、1972年）
- 『刑法総論Ⅱ』（有斐閣、1975年）
- 『犯罪論の諸問題（上）総論』（有斐閣、1981年）
- 「結果無価値と行為無価値」法学教室37号（1983年）20頁以下
- 『刑法の機能的考察』（有斐閣、1984年）

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)

平場安治

——『刑法総論講義』(有信堂、1961年)

福田平

——『全訂刑法総論〔第5版〕』(有斐閣、2011年)

福田平=大塚仁

——『対談刑法総論(中)』(有斐閣、1986年)

藤木英雄

——『刑法講義総論』(弘文堂、1975年)

船山泰範

——「判批」判例評論448号(1996年)223頁以下

——「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

振津隆行

——「認識なき正当防衛について」金沢法学56巻1号(2013年)1頁以下

——「認識なき正当防衛小考」法学57巻1号(2014年)75頁以下

——『刑事不法論の再構成』(成文堂、2015年)

法務省大臣官房司法法制部編

——『ドイツ刑法典』法務資料461号(法曹会、2007年)

堀内捷三

——『刑法総論〔第2版〕』(有斐閣、2004年)

前田雅英

——「正当防衛に関する一考察」『団藤重光博士古稀祝賀論文集(第1巻)』(有斐閣、1983年)333頁

——『現代社会と実質的犯罪論』(東京大学出版会、1992年)

——「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)147頁以下

——『刑法総論講義〔第6版〕』（東京大学出版会、2015年）

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）

町田行男

——『中止未遂の理論』（現代人文社、2005年）

町野朔

——「誤想防衛・過剰防衛」警察研究 50 巻 9 号（1979年）37 頁以下

——「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）113 頁以下

——『刑法総論講義案 I 〔第2版〕』（信山社、1995年）

——『プレップ刑法〔第3版〕』（弘文堂、2004年）

——「違法性の概念」西田典之ほか編『刑法の争点』（有斐閣、2007年）32 頁以下

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

松原芳博

——『犯罪概念と可罰性』（成文堂、1997年）

——「偶然防衛」現代刑事法 56 号（2003年）47 頁以下

——「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

——『刑法各論』（日本評論社、2016年）

——『刑法総論〔第2版〕』（日本評論社、2017年）

——「偶然防衛をめぐる諸論点」『日高義博先生古稀祝賀論文集（上巻）』（成文堂、2018年）87 頁以下

松宮孝明

——『刑事立法と犯罪体系』（成文堂、2003年）

——「被害者による加害行為と暴行および正当防衛の成否」立命館法学 310 号（2006年）409 頁以下

——『刑法総論講義〔第5版補訂版〕』（成文堂、2018年）

三上正隆

- 「正当防衛」曾根威彦＝松原芳博編『重点課題刑法総論』（成文堂、2008年）76頁以下

明照博章

- 「偶然防衛の処理」『三原憲三先生古稀祝賀論文集』（成文堂、2002年）377頁以下
- 「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 卷 6 号（2014年）94頁以下

安廣文夫

- 「正当防衛・過剰防衛」法学教室 387 号（2012年）14頁以下

山口厚

- 『問題探究刑法総論』（有斐閣、1998年）
- 「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）209頁以下
- 「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）231頁
- 『刑法総論〔第2版〕』（有斐閣、2007年）
- 「共犯の従属性をめぐって」『三井誠先生古稀祝賀論文集』（有斐閣、2012年）275頁以下
- 『新判例から見た刑法〔第3版〕』（有斐閣、2015年）
- 『刑法総論〔第3版〕』（有斐閣、2016年）

山中敬一

- 「因果的共犯論」法学教室 137 号（1992年）24頁以下
- 『中止未遂の研究』（成文堂、2001年）
- 『刑法総論〔第3版〕』（成文堂、2015年）

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）

山本輝之

- 「中止犯の法的性格と成立要件——結果無価値論の立場から——」現代刑事法 45

- 号（2003年）40頁以下
- 「正当防衛における防衛の意思」西田典之ほか編『刑法の争点』（有斐閣、2007年）
46頁以下
- 「優越利益の原理からの根拠づけと正当防衛の限界」刑法雑誌 35 卷 2 号（1996
年）206頁以下
- 「防衛行為の相当性と過剰防衛」現代刑事法 9 号（2000年）51頁以下

吉田敏雄

- 「正当防衛（2）」北海学園大学学園論集 153 号（2012年）17頁以下

米田泰邦

- 『緊急避難における相当性の研究』（司法研修所、1967年）

〔外国語文献〕

Alwart, Heiner

—— Zum Begriff der Notwehr, JuS 1996, S. 953ff.

Duttge, Gunnar

—— in: Dölling/Duttge/König, Gesamtes Strafrecht, 4. Aufl., 2017, §32

Engländer, Armin

—— Grund und Grenzen der Nothilfe, 2008

—— in: Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2013, §32

Erb, Volker

—— in: Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 2. Aufl., 2011, §32

Fischer, Thomas

—— Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 66. Aufl., 2019

Freund, Georg

—— Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 2009

Frister, Helmut

—— Strafrecht Allgemeiner Teil, 8. Aufl., 2018

Gropp, Walter

—— Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Aufl., 2015

Günther, Hans-Ludwig

—— in: Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 7. Aufl., 1999, §32

Herzberg, Rolf Dietrich

—— Handeln in Unkenntnis einer Rechtfertigungslage, JA 1986, S. 190ff.

Herzog, Felix

—— in: Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 3. Aufl., 2010, §32

Hoyer, Andreas

— in: Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 7. Aufl., 2000, Vor § 26

Jäger, Christian

— Der Rücktritt vom Versuch als zurechenbare Gefährdungsumkehr, 1996

Jakobs, Günther

— Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 1991

Jescheck, Hans-Heinrich/Weigend, Thomas

— Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 1996

Joecks, Wolfgang

— Erfolgreiche Notwehr, in: Festschrift für Gerald Grünwald, 1999, S. 251ff.

Kindhäuser, Urs

— Strafrecht Allgemeiner Teil, 8. Aufl., 2017

— in: Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 5. Aufl., 2017, §32

Krause, Friedrich-Wilhelm

— Zur Problematik der Notwehr, in: Festschrift für Hans-Jürgen Bruns, 1978, S. 71ff.

Krey, Volker/Esser, Robert

— Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl., 2016

Kühl, Kristian

— Strafrecht Allgemeiner Teil, 8. Aufl., 2017

Lauth, Roman

— Antizipierte Notwehr, 2004

Lenckner, Theodor

— in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 25. Aufl., 1997, §32

Less, Günter

— Der Unrechtscharakter der Anstiftung, ZStW 1957, S. 43ff.

Lüderssen, Klaus

— Zum Strafgrund der Teilnahme, 1967

Mayer, Hellmuth

— Das Strafrecht des Deutschen Volkes, 1936

Murmann, Uwe

— Grundkurs Strafrecht, 4. Aufl., 2017

Nikolidakis, Marios

— Grundfragen der Anstiftung: Strafgrund — agent provocateur — Objektverwechslung, 2004

Noltenius, Bettina

— Kriterien der Abgrenzung von Anstiftung und mittelbarer Täterschaft: Ein Beitrag auf der Grundlage einer personalen Handlungslehre, 2003

Perron, Walter

— in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl., 2014, §32

Puppe, Ingeborg

— Der Erfolg und seine kausale Erklärung im Strafrecht, ZStW 1980, S. 863ff.

— in: Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 5. Aufl., 2017, Vor §13

Redmann, Michael

— Anstiftung und anstiftungsähnliche Handlungen im StGB unter Berücksichtigung linguistischer Aspekte, 2014

Rengier, Rudolf

— Strafrecht Allgemeiner Teil, 10. Aufl., 2018

Rönnau, Thomas/Hohn, Kristian

— in: Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 2, 12. Aufl., 2006, §32

Rosenau, Henning

— in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, Strafgesetzbuch, Kommentar, 3. Aufl., 2016, §32

Roxin, Claus

— in: Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 1, 11. Aufl., 1993, Vor § 26
— Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. II, 2003
— Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. I, 4. Aufl., 2006

Rudolphi, Hans-Joachim

— Rechtfertigungsgründe im Strafrecht, in: Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, 1989, S. 371ff.

Samson, Erich

— in: Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 5. Aufl., 1992, §32
— in: Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 5. Aufl., 1993, Vor § 26

Schumann, Heribert

— Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen, 1986

Schünemann, Bernd

— in: Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 1, 12. Aufl., 2007, Vor § 26

Sengbusch, René

— Die Subsidiarität der Notwehr, 2008

Spendel, Günter

— in: Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 2, 11. Aufl., 2003, §32

Stemler, Patrick

— Die Notwehr, ZJS 2010, S. 347ff.

Sternberg-Lieben, Irene

— Voraussetzungen der Notwehr, JA 1996, S. 299ff.

Stratenwerth, Günter/ Kuhlen, Lothar

— Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl., 2011

Trechsel, Stefan

— Der Strafgrund der Teilnahme, 1967

Warda, Günter

— Die Eignung der Verteidigung als Rechtfertigungselement bei der Notwehr (§§32 StGB, 227 BGB), Jura 1990, S. 344ff., 393ff.

— Die Geeignetheit der Verteidigungshandlung bei der Notwehr — Strittiges in der aktuellen Diskussion, GA 1996, S. 405ff.

Wessels, Johannes/Beulke, Werner/Satzger, Helmut

— Strafrecht Allgemeiner Teil, 48. Aufl., 2018

Wolter, Jürgen

— Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem, 1981

Zaczyk, Rainer

— Das Mordmerkmal der Heimtücke und die Notwehr gegen eine Erpressung, JuS 2004, S. 750ff.