

# 適法行為を利用する違法行為

島田 聡一郎

- 一 問題の所在と本稿の議論の射程範囲
- 二 適法行為を利用する違法行為をめぐる学説の状況
- 三 自説の展開
- 四 具体的事例の検討
- 五 利益不存在原則の場合
- 六 おわりに

## 一 問題の所在と本稿の議論の射程範囲

### 1 はじめに

本号が献呈される所一彦教授は、周知のごとく刑事学、犯罪学の泰斗であられる。そして、その御業績も、非難の觀念についてのアンケート調査があると思えば、訓古学的手法を用いられた牧野刑事法学について精緻な分析があり、さらにはゲーム理論を用いて抑止刑のモデル化をはかれるなど、極めて多岐にわたる。<sup>(1)</sup>しかし、所教授の御業績はそこにすらとどまらない。現在では、皮肉にも、刑事学分野における所教授の御業績の多彩さによって若

干隠されてしまっている感がないではないが、伝統的な刑法解釈学の分野においても、多くの優れた御業績を残されている。境界損壊罪についての先駆的な分析<sup>(2)</sup>や、自殺関与罪と殺人罪の区別に関する判例への鋭利な批判<sup>(3)</sup>等がそれである。そのような所教授の刑法解釈学における御業績の一つに、正当防衛における防衛の意思についての極めてコンパクトかつ印象的な御論文が存在する<sup>(4)</sup>。そこで、所教授は、当時少数説であった防衛の意思不要説を擁護されて以下のように言われた。

「仮に頭書の説例（筆者注、AはBを殺そうとしていた、Cはそれを知らずにAを殺した、という場合のCの罪責）のような事案が実際にあったとして、Cを無罪放免するのは、それほど不当なことであろうか。かりにあなたがそこを通りかかり、すべての事情を察知しながらAを制することもBをかばうこともできないとせよ。あなたはCを制止するか。制止すればBは殺されるのである。おそらくあなたは制止しないだろう。それでもCの行為は違法なのか。また、もしあなたが警官<sup>(5)</sup>だとして、漫然看過したあと躊躇なくCを逮捕するか。Cは百年に一人もでない幸運者なのだと考えてはいけな<sup>(5)</sup>いのだろうか。」

ここでの所教授の議論の特色は、従来の防衛の意思をめぐる議論が、もっぱら攻撃者と防衛者（ここでいえばAとC）の二者関係のみを念頭に置いていたのに対し、複数の人物（A・Cの他、Aの被害者B、傍観者（あなた）、警官）を登場させておられる点である。そして論証の際には、ある者から見て違法とはいいがたい行為（「あなた」はCを制止しないであろう）は、それ自体の性質として違法でない（Cの行為は違法でない）、という論証プロセスを用いられているのである。これは伝統的な違法判断の客観性・人的統一性の理論を、実例を用いて説得的にパラフレーズされたものであると位置づけることができるだろう。私も、この事案に関する限り所教授の議論に賛成である。

しかし、最近、所教授が論証の前提とされていた、複数人間の違法判断の客観性・統一性の理論に対して批判的

な論者が増えてきている。<sup>(6)</sup>それは、まず純理論的な点についての対立から始まった。いわゆる共犯の処罰根拠論における純粹惹起説と修正惹起説の「違法の相対性」をめぐる対立がそれである。<sup>(7)</sup>つまり、共犯の処罰根拠におけるいわゆる修正惹起説からは違法の相対性が認められないが、純粹惹起説からは認められるので、ある者にとって適法でも他の者にとっては違法となりうる、といった形で議論がなされたのである。

しかし、さらにインパクトが大きかったのは、実行行為者に過剰防衛が成立する場合に、背後の共謀共同正犯者に積極的加害意思があることを理由に侵害の急迫性を否定し、彼については過剰防衛の成立を否定した平成四年の最高裁決定<sup>(8)</sup>である。この決定は「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の要件を検討して決するべきである」として、積極的加害意思のなかった実行行為者については急迫不正の侵害があるとしても、積極的加害意思で侵害に臨んだ背後の共謀者に「<sup>(9)</sup>としては急迫性を欠くもの」であるとしたのである。この決定を単に「責任の個別性を認めすぎない」と理解する論者<sup>(9)</sup>もいるが、それは曲解であろう。

この決定の論理は、複数人間の「侵害の急迫性」の相対化を認めたものであり、そして、「侵害の急迫性」は正当防衛の前提要件でもあるから、この判旨は正当防衛の場合にも妥当するものと考えられるのである。<sup>(10)</sup>

この決定を契機に、複数の関与者間の違法評価の相対性を説く議論が活発となった。例えば、川端教授は同決定を高く評価されて以下のように言われる。「この点につき本件決定は、積極的加害意思の存在によって急迫性が失われるのであるから、それを有する者にとっては、当然、正当防衛状況は否定されるものとする。つまり、正当防衛状況の「相対性」が認められているのである。これは、きわめて明解な立場であり、違法性における主観的要素の役割を積極的に肯定するものといえよう」<sup>(11)</sup>と。そうすると、所教授の論証の前提はすでに崩されているのだろうか。後述するように私はそうは思わない。原則としてはその命題は維持すべきように思われる。ただ、所教授が(少なくとも論文上は)念頭に置かれておられなかったような例外的な事態が生じていることもまた否定できない。

そのような場合の解決の指針を示すこと、つまり、関与者間の違法判断の客観性・統一性をめぐる諸問題の内、直接行為者ないし行為媒介者<sup>(12)</sup>が適法行為を行っている場合に、背後者がはたして、またいかなる要件の下で、違法な行為を行った者として処罰されるのか<sup>(13)</sup>、について（我が国の正犯・共犯論のモデルとなっているドイツの議論を参照しながら）検討を加えること、これが本稿の課題である。

この問題、一言でいえば、適法行為を利用する違法行為の問題、はドイツにおいては戦後、ナチス・ドイツ支配下における政治犯等に対する濫用的告訴者の間接正犯性に関する判例<sup>(14)</sup>を契機に活発に議論されるようになった。これに対して我が国においてはこの問題が意識的に学説の議論の俎上に載せられるようになったのは、前述したように共犯の処罰根拠論における純粹惹起説対修正惹起説の「違法の相対性」をめぐる対立をきっかけとしてであった。我が国ではその後、前述した平成四年決定を巡り、更なる議論の深化を見ているが、そこでも共犯の処罰根拠とリンクした議論が有力である。例えば共犯の処罰根拠においては修正惹起説が妥当だとしても、共同正犯においてはその共犯の処罰根拠が妥当する<sup>(15)</sup>のか、といった形で議論がなされているのである。

このようにドイツと我が国では議論の重点にズレがある。そしてそのことが単に事実上の差にとどまっているのならば問題はない。しかし、私には我が国の最近の有力説のような問題設定の仕方は、議論をやや混乱させるものではないか、との疑問がある。まずはこの点について言及しておこう。

## 2 議論の射程①——「違法の相対性」と適法行為を利用する違法行為

大越教授は共犯の処罰根拠における惹起説内部での対立は結局「違法の相対性」を、認めるか、認めるとしてどの範囲まで認めるか、の問題である<sup>(16)</sup>、とされた上で、必要的共犯、未遂の教唆、適法行為を利用した間接正犯などの問題を、この「違法の相対性」の観点から統一的に説明しようとされる。そして、主観的要素が違法性に関係す

る場合及び被害者の地位が関係する場合が違法の相対性が認められる場合である、とされるのである。<sup>(17)</sup> しかし、すでに中博士<sup>(18)</sup>や林幹人教授<sup>(19)</sup>も指摘されているように、直接行為者に違法性が欠ける場合と、直接行為者は違法であるが背後者が不可罰の場合とは問題点が異なるように思われる。前者においては、主として背後者自身に違法性阻却事由ないし構成要件該当性阻却事由がなくとも、直接行為者に存在する違法性阻却事由に、背後者をなお不可罰とすることができるか、が問題となるのに対して、<sup>(20)</sup> 後者においては背後者自身に違法性阻却事由ないし構成要件該当性阻却事由が存在しているかどうか問題となるからである。

例えば、甲が乙を唆して正当防衛させる時に、乙について正当防衛が成立することを理由に、甲に第三者のためにする正当防衛の要件が満たされていないときでも、甲が不可罰であるといえるか、というのが前者の問題であり、甲が乙に対して自己(甲)所有物を丙のものであると思つて壊すように唆し、乙がそれに従つた場合、乙には構成要件該当性も違法性もあるが、甲の行為に「他人の物を壊したことへの教唆」、という構成要件該当性があるのか(言い換えればここでの甲にとつての「他人」は乙にとつての他人であれば足りるのか(不法共犯論)、あるいは甲にとつても他人でなければならぬのか(因果共犯論ないし惹起説)、というのが後者の問題なのである。大越教授のよう<sup>(21)</sup>に両者を結局の所同じ要件で判断することはそれ自体としては、論理的に誤りというわけではないが、この二つの問題は分けて論じる方が少なくとも議論の整理には資するであろう。そして以下ではもっぱら前者、つまり直接行為者が適法に行為する場合に背後者がはたして、またどのような要件の下で違法に行為したといえるか、を中心に議論してゆくこととする。

### 3 議論の射程②——何が「適法行為」か

さらに、ここでもう一つ議論の射程を画しておく必要がある。それはどの範囲までが「適法行為」といえるか、

そして適法行為の中でもどこまでが同一の要件で判断されるか、という問題である。

(一) 緊急避難について

まず前者としては特に緊急避難をめぐって激しい争いがある。そして、このことが適法行為を利用する違法行為という概念を認める必要性にも影響してくる。緊急避難状況の利用の場合が、単なる違法行為への関与の問題なのだとする、従来、適法行為を利用する違法行為として当罰性があるのではないかとされてきた事例群のかなり部分が、その問題領域から外されることになり、適法行為への関与はすべて適法であるとしても、不当な結論には至らず、あえてこの問題を正面から議論する必要はなくなる、とも考えられるからである。現に、例えば松宮教授は「緊急避難は完全な違法性阻却事由とはいえない」として、緊急避難を利用する場合に間接正犯を認めるとしても、それを適法行為を利用した間接正犯と構成する必要はないのではないかと、という方向を示唆しておられるのである。<sup>(21)</sup>

しかし、結論からいえば、私は、そのような議論には賛成できない。以下では、こうした緊急避難の体系的位置づけについて、本稿に必要な範囲で、検討を加えていくこととする。

それは、現在の危険の危険源の種類を問わず一定の場合は違法阻却が認められず責任阻却にとどまるのではないかと、という問題（いわゆる緊急避難の法的性格の問題）と危険の危険源が人の犯罪行為の一環としての強要である場合に特殊なルールが妥当するか（いわゆる強制による緊急避難）という問題に大別される。

(1) 緊急避難の法的性格について

緊急避難の法的性格については本稿の課題を越えるので詳論できないが、現段階では緊急避難の規定である三十七条一項前段は結果無価値論における違法阻却の一般原理である優越的利益原則の典型的な現れであり、違法阻却一元説（通説<sup>(22)</sup>）が妥当であると考えている。両立不可能な複数の法益が衝突している場合には、社会全体から見れば

より大きい法益が守られることが望ましく、また法益が同価値の場合も積極的なマイナスがない以上、なお処罰に値する違法性が存在しない、と考えるのである。このような考え方に対しては最近ドイツの議論の影響を受けて、「危難を転化される相手方の自律への侵害の点を無視した議論であり、全体主義的である。緊急避難は危難を転化する相手方に社会連帯義務が認められる場合にのみ違法阻却で、後は責任阻却と見るべきだ<sup>(23)</sup>」、との有力な批判がある。しかし、通説は決して全体主義的観点に立つのではない。むしろ個人主義的法益観を基礎とした上で、どの個人の法益にも平等の価値を持つ資格があると考えているからこそ、法益が両立し得ない場合には、客観的に価値の高い法益が守られることが望ましい、としているのである。従ってこのような批判は当たらないように思われる。

むしろ、逆に近時の有力説の方が問題が多いように思われる。まず第一に、「個人の自律性の侵害」は法益侵害の中に包含されているはずであり、それをいわばダブルカウントする理由はない。第二に、例外的な観点として持ち出される社会連帯の視点がどこから導かれ、いったいいかなる内容を有し、個人の自律といかなる関係に立つのか、それと法益考量（これは条文上の要件であり無視することはできない）とがどのような関係に立つのかが明らかでない。第三に、そもそも違法性阻却事由としての緊急避難の規定と責任阻却事由としての緊急避難の規定とを合わせ持つドイツ刑法典と緊急避難の条文が一つしかない日本刑法典とは条文の構造が異なるので、ドイツでの法的性格論を日本にそのまま持ち込むことは困難である。以上のような点に鑑みると、こうした最近の有力な見解を支持することはできないように思われる。そこで以下では基本的には通説を前提とした議論をしてゆくこととする。もつともこの点は現段階の暫定的な結論であり、今後の更なる検討を要する。<sup>(24)</sup>

## (2) 強制による緊急避難

さらに、強制による緊急避難について特殊ルールを認めるべきか、ということとは、本稿の課題である複数人関与

の違法の相対性をめぐる議論と関わりが深いので、以下少々詳しくめに検討することとする。強制による緊急避難の問題とは、例えば、甲が乙に対してピストルを突きつけ、「丙を殺さなければおまえを殺す」と脅したため、乙がやむなく丙を殺した<sup>(25)</sup>、あるいは「丙の壺を壊さなければおまえを殺す」と脅したため、乙がやむなく丙の壺を壊した、といった事案で乙の行為が一見すると三七条一項前段の要件を満たしているように思われるが、危険源が背後者甲の犯罪行為であるが故に乙の行為の違法阻却を否定するべきか否か、という問題である。これらの場合には、強制を加えている背後者（甲）が存在しており、その行為にどのような評価を下すべきかは、本稿の課題の重要な部分をなすものである。そして、被強制者（乙）の行為がどのような評価を受けるか——違法阻却されるのか、責任阻却にとどまるのか——によって、背後者の行為への評価も変わりうる。従って、この点に検討を加え、態度決定することは、本稿の課題との関係で重要な意味を持つと思われるのである。

### ① 責任阻却説

近時、我が国において、この点について詳細な検討を加えられた橋田助教教授は、両事例とともに乙の行為の違法阻却を否定すべきだ、とされる。その実質的論拠としては①丙に乙に対する正当防衛を認めるべきであること、②このような場合には通常の犯罪であれば背後者は間接正犯となるが、強要された犯罪が自手犯や身分犯の場合は背後者を間接正犯とできないから、違法阻却説からは共犯の制限従属性説を前提とする限り背後者が不可罰となり不当であること、をあげられる。そしてそうした結論を、前述した緊急避難の解釈において個人の自律と社会連帯義務の緊張関係を重視する立場から、このような場合は背後者が被強要者の強制状況の惹起のみならずこの者を利用した犯罪の実現をも意欲しており、直接行為者はこうした不法に加担する道具である、被害者にそうした道具の行為を甘受しなければならぬ<sup>(26)</sup>社会連帯義務は認められない、従って緊急避難による違法阻却は否定されるのだ、と理論化される。



しかし、この議論は説得的とは思われない。実質的論拠、理論構成ともに問題があるように思われる。まず第一に、丙の乙に対する正当防衛を認めるべきだとの論拠①は決定的とは思えない。ここは正当防衛の理解及び乙の行為の法的性格をどのように位置づけるかによって結論はいずれにもなりうるであろう。この点については我が国ではすでに林幹人教授が、橋田助教授とは正反対に、この場合甲に対しては丙の正当防衛を認めるべきだが、乙に対しては認めるべきでない、ということをもまことに論拠とされて、乙に緊急避難による違法阻却を認めるべきだ、とされている<sup>(27)</sup>。ドイツにおいても正当防衛の本質に関する法確証の利益を前提として、何らの落ち度もない、いわば甲の被害者である乙に対して正当防衛を認めるべきではない、<sup>(28)</sup>という主張も有力になされているのである。これに対して橋田助教授は、甲が乙の杖で丙に殴りかかった場合、丙が乙の杖を壊したとしても正当防衛でないというのはおかしい。それとの均衡上ここでも丙に正当防衛を認めるべきだ、と反論される<sup>(29)</sup>。この事例自体についても、乙には何ら落ち度もない以上正当防衛を否定する余地もあるが、<sup>(30)</sup>仮にこの場合には杖に対する正当防衛を肯定するとしても、ここでは乙の行為がそもそも問題とならないので、乙の行為により客観的に他の利益が保全されたという関係が存在するわけではなく、強制による行為の場合とは別だ、と反論することも可能であろう。

また、度々指摘されている、丙の正当防衛権を奪うと、甲は正当防衛を免れるためには他人を強制しさえすればよいということになってしまい、犯罪者甲を不当に利することになる<sup>(31)</sup>、との批判も、乙の行為の違法阻却を認めただからといって、丙の甲に対する正当防衛を否定するものではない以上、あたらないように思われる<sup>(32)</sup>。

丙の乙に対する正当防衛の可否について最終的結論を出すことは本稿の課題を越えるので、控えざるをえないが、この実質論はさほど多くの人に受け入れられているわけではなく、かつそのことが決定的な論拠とはなり得ない、という点は指摘しておこう。

また、自手犯、身分犯に関する論拠②は、こうした事例が不可罰ではおかしいという限度では私も全く賛同す

る。そして確かにドイツにおいては制限従属性説が明文で規定されているから、このような行為を可罰的と見るためには被利用者の行為を違法と見ざるを得ないというのは理解できる<sup>(33)</sup>ところである。しかし、我が国においてはこの点の明文の規定が存在しないから、共犯の従属性自体を解釈により動かすことが可能である。そして私は後述するように共犯成立のための必要条件という意味での従属性はいわゆる最小限度従属性（正犯の構成要件該当性のみが必要）で足りると考え、通説が制限従属性説を採用していた実質的価値判断には、共犯行為と正犯に存在する違法性阻却事由との関係がいかなるものであるか、という観点から十分配慮できると考える。この点は本稿の主題なので後述するが、そのように考えれば②の論拠も決定的とはいえない。

さらに、この見解の理論的根拠にも問題がある。前述したようにこの見解の前提とする社会連帯義務を緊急避難の違法阻却根拠とする考え方自体にも疑問があるが、仮にそれを前提としたとしても、背後者による直接の強制が存在する場合と（橋田助教授も違法阻却を肯定される<sup>(34)</sup>）背後者が緊急避難状況を創出したにとどまる場合との間に差を見いだすことは、困難であると思われるからである。まず理論的に見ても両者はいずれも被利用者が背後者の犯罪実現の「手段」として利用されていることには変わりはないのだから、橋田助教授の論理からはいずれも「不法に加担している」とはいえないのだろうか。この点、橋田助教授は不法と関係しているだけでは足りず、完全な道具でなければならぬのだと反論されるであろう。ではいかなる場合がそれに当たるのだろうか。その具体的基準が明快でかつ理論的な基礎付けを持つのであろうか。橋田助教授が具体的基準を必ずしも明らかにされていないので、以下考え得る基準をいくつかあげて検討を加えることとする。

まず、甲に緊急状況を利用して乙に犯罪を行わせる意思があるかを基準とすることが考えられる<sup>(35)</sup>。しかし、橋田助教授は甲が丙に危害を加えようと考え、乙、丙両者の乗った船を転覆させ、二人を一人の重量にしか耐えられない板につかまらせた、泳げない乙は丙を水中に突き落とすことであらうじて助かり、他方泳ぎの達人丙は一命は取

り留めたがひどく疲れ切った、という場合については乙の行為に緊急避難による違法阻却を認められる。<sup>(36)</sup> そうすると基準はより厳格なのでであろうと推察される。

そしてこの事例から考えると甲から乙への直接の強制の有無を基準とされるようにも思える。しかし、橋田助教はさらに、最近のオウム真理教リンチ殺人事件、つまり被告人が捕縛状態のまま部屋に監禁され、教祖に身柄を解放する代わりに被害者を殺せ、さもないとおまえも殺すと脅迫され、被告人がそれに従った事例、を評されて「被告人がX（被害者）を殺害することを期待できたとすれば、被告人はA（教祖）の手足とまではいえない」とされ、緊急避難による違法阻却の余地を認められる。<sup>(37)</sup> そうだとすると直接強制に加えてさらに乙に期待可能性がない場合に始めて、強制による行為とされるのであろうか。

そして今まであげた三つの基準に対してはそれぞれ理論的批判が当てはまるように思われる。まず、第一の故意を基準とする説に対しては、被利用者自身とは無関係な背後者の純粋な主観によって被利用者の法的性格を決するのは妥当でない、との批判が妥当するであろう。第二の直接強制の有無を基準とする説に対しては、直接か間接かというのは相対的な基準にすぎず、ピストルを突きつけて殺人を強要するという事例においてもピストルにより被利用者への危険を作り出しそれが間接的に被利用者の心理に影響しているのだともいえるのに、なぜ、そうした事実的かつ相対的な差が違法阻却か責任阻却かという規範的な差を根拠づけるのかについての説明がない、というであろう。第三の期待可能性の有無を基準とする説に対しては、緊急避難という違法性阻却事由の成否が責任阻却の有無によって決まるのは体系矛盾である、という批判が妥当するように思われる。

以上のように考えると背後者による強制行為であるが故に緊急避難の違法阻却に関して特殊ルールを認めるべきだ、との見解には首肯し得ない。やや穿った見方かもしれないが、私にはこのような議論がドイツにおいて行なわれているのは、優越的利益原則が違法阻却の一般原理として承認されていなかった時代<sup>(38)</sup>に旧五二条の強制による行

為の不可罰性が責任阻却と見られていたことの伝統の残滓にすぎないように思われるのである。<sup>(39)</sup>

## ② 包括的利益考量説

さらに、最近では強制による行為であったか否かを「相当性」ないし、包括的利益考量のファクターの一つとして考慮するという限度で特殊性を認める見解も有力である。<sup>(40)</sup> この見解の中にも様々なバリエーションがあるが、それを最大公約数的にまとめれば、始めにあげた二事例の内、乙が壺を壊した事例では緊急避難による違法阻却を肯定し、例えば強制により傷害や殺人を行なった場合にはせいぜい責任阻却だとするのである。しかし、法益考量の観点とこうした「不法への加担」との関係が明らかでなく、両者をなぜ同一平面上で精算ないし考量可能なかが理論的に十分説明されているとは言い難いという問題点がある。

以上のように考えると結局強制による行為の場合であっても特殊ルールを認めるべきではない。ヘルツベルクもいうように「やむを得ない場合には、より価値の高い法益は、価値の低い法益の犠牲においても可能な限り保全されるべきだ、という立法者が基礎としている正当化緊急避難の思想は危険源の種類に関わらず妥当する」と考えるべきだと思われる。

従って、強制による緊急避難を利用した背後者の罪責は本稿の射程に入ることになる。以下ではそのような前提の下に論じてゆくこととする。

## (二) 「適法行為」を利用するといえない場合

逆にドイツにおいては適法行為を利用した間接正犯として激しく議論されている事例であっても、我が国においては射程に含まれない論点も存在する。<sup>(43)(44)</sup>

その典型例は以下の事例であろう。ドイツにおいては環境刑法において行政庁の許可が形式的に存在することがそれ自体として違法性阻却事由であると最近まで明文で規定されており（いわゆる行政従属性<sup>(45)</sup>）、このため州の環境

保護担当の公務員が意識的に州に不適切な所見を報告し、それに基づいて会社にゴミ廃棄の許可が与えられ、ゴミが捨てられたが、それは極めて有害で普通なら許可が与えられるようなものではなかった、という事案で、公務員を(行政上の許可を受けた業者の)適法行為を利用した間接正犯である、とした判例が最近登場し、<sup>(46)</sup>学説上大きな議論を巻き起こした。<sup>(47)</sup>現在のドイツの議論においては、この問題を避けては、適法行為を利用した間接正犯の議論を語れないほどである。しかし、我が国においては、むしろ逆に行政指導と石油カルテルの違法性との関係が問題となった事案において、行政指導は実質的にも独禁法の趣旨に反しない場合のみ適法であり、そして被告人がそのような適法な行政指導に従った場合のみ、適法な行為といえる、<sup>(48)</sup>としているから、ドイツで問題となった実質的に刑法規にふれるが、たとえその点を認識していたとしても形式的には行政法上適法という領域は生じにくいように思われる。<sup>(49)</sup>またドイツにおいてはこの問題に関しては、環境政策上公務員にどのような義務を認めるべきか、というアクチュアルな政策問題に議論が影響されすぎている観もある。それ故この問題及びこの問題を特に念頭に置いて論じられた議論<sup>(50)</sup>はあえて扱わないことにする。

### (三) 適法行為の中の類型化

こうしたそもそも適法行為か否かが問題となる事案の他に、被害者の地位や同意といった法益性の欠如に基づく適法行為については、私は適法行為ではあるがここでの議論の射程には理論的に含まれないと考えている。この点については、しかし、本論である自説を提示した後<sup>(51)</sup>にふれることとする。

### 4 議論の射程③——「利用」の意義、背後者の行為について

3で見てきたのは直接行為者・行為媒介者の性質に関する射程の問題であったが、さらに背後者に関する射程も問題となる。ここで特に問題となるのは、直接正犯において行為者の行為後に違法阻却される行為が介入した

場合において適法行為を利用する違法行為と同じ問題が生じるか否か、である。

この点について、学説の中には適法行為を利用する間接正犯は認めないか、あるいは極めて厳格に解しつつも、<sup>(52)</sup>直接正犯の実行の着手後に適法行為が介入して既遂に至った場合には、相当因果関係が満たされる限りで既遂の責任を問いうる、とする見解<sup>(53)</sup>もある。例えば、平野博士は、甲が墮胎行為により妊婦乙の生命の危険を生じさせてしまったため、医師丙に手術を頼んで、丙が緊急避難ないし正当業務行為として墮胎手術を行ったという事案について、甲に墮胎罪の間接正犯を認めた判例<sup>(54)</sup>を評されて、以下のようにいわれる。「行為者は、墮胎の直接正犯としての実行行為に着手しており、放置すれば胎児の死すなわち墮胎の結果が発生するであろう場合だったのである。医師は母体の死を防止したにすぎない。したがって、この判決をもとにわが国の判例が適法行為を利用した間接正犯を認めたというのは早計であろう<sup>(55)</sup>」。この趣旨は必ずしも明らかではない部分もあるが、まず第一に、平野博士は判例が甲に墮胎罪の罪責を認めたこと自体には反対しておられない、ということの確認しておこう。「この判決をもとに：早計であろう」という記述は、この判決の結論には賛成できるが、そのことは適法行為を利用する間接正犯という論理を使わずとも導ける、と理解するのが適切だと思われるからである。第二に、前半部分は甲が（同意墮胎罪に仮に未遂があるとすれば）その時点において未遂の危険がある行為という意味での実行行為を自らの手でを行い、そこから相当因果関係をもつて結果が発生しているのであるから、と理解できるように思われる。「放置すれば結果が発生するような場合であった」というのは平野博士の相当因果関係肯定の論理であり、いわゆる米兵ひき逃げ事件<sup>(56)</sup>において第一行為者に既遂の責任を問うべきだ、と主張される際に理由としてあげられているものである。以上の二点をあわせて考えると、この見解の主張は適法行為を利用した間接正犯はともかく、直接正犯として、実行行為を自らの手で行った場合には、適法行為の介入であることは特別な意味を有するものではなく、相当因果関係が満たされる限り、既遂の責任を認めるということだと理解することができるだろう。

こうした見解はおそらく以下のような発想を暗黙の内に前提としているように思われる。つまり直接正犯は自己の手をもって実行行為を行うのであるから、そのことのみを理由として、正犯であるとしてさしつかえない。そのように考えても処罰範囲が過度に広がるおそれはない。しかし、間接正犯の場合は自己の手で実行行為を行うわけではないからその成立範囲は慎重に決しなければならぬ。そして適法行為を利用した間接正犯という概念を認めると、適法行為を利用することがそれ自体をもって間接正犯成立の根拠となると考えることにつながりかねないが、そうなってくると正犯概念が不当に広がるのではないか、という発想を。平野博士が判例に関する記述の直前に、司法警察員が裁判官に虚偽の事実を述べて逮捕状を得て逮捕させた場合について、「道具のように用いられた、といえるか疑問がある」とされ、またメツガーが、甲が乙を殺す意図で乙に対して丙を殺すよう唆し、乙が丙に襲いかかったところ丙がこれを正当防衛で殺害した、という場合には乙が甲に道具のように用いられてとはいえない、としつつも、乙が精神病者や幼者の場合には、甲は直接正犯として可罰的だ、としている<sup>(57)</sup>のも、これらの見解が適法行為の利用だからという理由のみで甲を正犯と見ることへの疑問から出発していることを物語っているように思われる。

この見解には確かに正しい核心も含まれている。たしかに行為媒介者に違法性阻却事由があることの一事をもつて常に背後者に間接正犯が成立すると考えるべきではない<sup>(58)</sup>。それは、一種の拡張的正犯概念への回帰を意味するからである。それ故、この見解が行為媒介者に違法性阻却事由がある場合であっても、背後者の正犯性の精査が必要であると考えていることは適切であろう。

しかし、逆にこの見解が適法行為を利用する場合であっても、実行行為の自手実行の点さえ満たされれば、それだけで処罰が正当化できる、と考えている点は妥当でないように思われる。そもそも既遂結果が適法行為により発生させられているという点では、実行の着手後に適法行為が介入している場合も着手段階ないしそれ以前に介入し

ている場合でも差異はない。そして現在の我が国の通説<sup>(59)</sup>のように、実行の着手に未遂という結果犯における危険結果の発生時期という意味しか認めないのであれば、実行の着手段階で行為が違法であったか否かは、未遂結果を引き起こした行為の違法性には関係しても、既遂結果を直接引き起こした行為についての違法性には関わりがないはずである。そして既遂結果が適法行為により発生させられているということは、その行為を直接行った者の行為については法秩序が否定的評価を下していない、ということである。そうだとすれば、なぜそのような行為に關与した者が違法と評価されてよいか、については積極的な理由付けが必要だ、というべきではないだろうか<sup>(60)</sup>。

従って適法行為を利用する間接正犯の問題も、直接正犯で実行の着手後に適法行為が介入する場合も、適法行為を利用する違法行為の問題として、同一の観点から「違法の相対性」が基礎づけられなければならないと考える<sup>(61)</sup>。

## 二 適法行為を利用する違法行為をめぐる学説の状況

### 1 議論の若干の整理

さて、以上の前提を基に、以下では、はたして、またいかなる要件の下で、適法行為を利用する違法行為が成立するかについて検討してゆくこととする。注意しなければならないのは、ここには①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②背後者自身に固有の違法性阻却事由が存在するか、つまり適法行為を利用する違法行為者自身の違法性阻却事由の問題の二つがある、ということである。

この問題は我が国では必ずしも十分に意識されておらず、そのために議論がかみ合わなくなっている部分があるように思われる。一例を挙げてこの点を明らかにしよう。

例えば、甲が責任無能力者乙が丙に正当防衛で殺されることを願って、乙に丙を攻撃させ、乙が甲の計画通り殺



害された、という事案に関する議論の状況を見てみよう。この点について詳細な検討を加えられた林幹人教授は甲の関与形態に正犯性が肯定できず、共犯にとどまる場合には、制限従属性により甲は不可罰であるが、甲が正犯である場合には違法性は甲の行為について独立に検討すべきで、甲の行為は急迫不正の侵害に向けられたものではないから違法の相対性が認められる、とされる<sup>(62)</sup>。林教授は、共犯の場合は背後者自身の違法性阻却事由がなくとも行為媒介者に違法性阻却事由があれば背後者は共犯構成要件に該当しない、しかし、背後者が正犯の場合には彼に固有の違法性阻却事由がない限りは、可罰的である、そしてこの事案では甲には固有の違法性阻却事由は存在しない、と考えておられるのである。これに対して、町野教授は「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(中略)立場に応じてのことである。正当防衛を利用した間接正犯の事例においてA(筆者注、乙)からの攻撃を受けたのはB(丙)一人であり、X(甲)が攻撃を受けたのではない。侵害はB(丙)に対する一個しか存在しないのである。そしてB(丙)に対して急迫不正の侵害が存在する以上、攻撃を受けていないX(甲)にとっても「B(丙)に対する急迫不正の侵害」があることには変わりはない」と批判される<sup>(63)</sup>。しかし、これは①において行為媒介者に違法性阻却事由がある場合には、いかなる場合でもそれが背後者の行為の構成要件該当性ないしは違法性を失わせる、という前提に立たない限りいえないことであろう。丙に対する急迫不正の侵害が存在し、丙の行為が正当防衛により違法阻却されたとしても、それが甲の行為の法的性質には影響を及ぼさないと考えるのであれば、攻撃を受けていない甲にとっては、丙に対する急迫不正の侵害があったか否かは無関係なことだからである。そして林教授は、甲が正犯の場合にはまさにそのように考えるべきだ、と主張されているのである。

また、町野教授のいわれる「攻撃を受けたのは丙一人である」ということは林教授も前提とされている。そうであるからこそ甲には急迫不正の侵害がない、とされているのである。そうであるなら町野教授が本来重点的に批判

されるべきなのは、林教授が正犯の場合には行為媒介者に違法性阻却事由があってもそれは背後者に影響しない、とされているところであろう。この点についての町野教授の論拠は「結果無価値論の違法概念からするならば、生じた結果の性質が途中から変質してしまうことはあり得ない<sup>64</sup>」というものである。結局町野説の論拠として成り立ちうるのはこの一点のみであり、前述した急迫性概念の点は結論の先取りのように思われる。この見解の当否については後述するが、以上に見たところからも我が国の議論に見られる若干の混乱と、その整理の必要が明らかになったように思われる。以下では現在主張されている学説についてこの二点をできるだけ峻別して、そして複数人の関与に特有の問題である①を中心として、検討を加えてゆくこととしたい。

## 2 直接行為者の違法性阻却事由の存在は背後者に一切影響しないという見解

### (一) 内 容

まずドイツ及び我が国において少数ながら有力に主張されている見解<sup>65</sup>として、①の問題については常に否定的に解する、つまり行為媒介者に違法性阻却事由があることは背後者が正犯であっても共犯であってもその可罰性に一切影響しないのだ、という見解がある。こうした見解からは適法行為への関与の問題は②の背後者自身に違法性阻却事由があるか、という観点のみによって決せられることになる。

そして少なくとも（私見からは共犯の一種である）共謀共同正犯で違法性阻却事由として正当防衛が問題となる場合に関しては、我が国の判例もこのような見解を前提としているようにも思われる。前述した最高裁の平成四年決定は「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各人につきそれぞれの要件を満たすかどうかを検討して決すべきである<sup>66</sup>」とした上で、過剰防衛の前提要件である、「侵害の急迫性」について背後者と行為媒介者で異なった判断をしている<sup>66</sup>。前述したように「侵害の急迫性」は正当防衛の前提要件でもあるから、この

判旨は正当防衛の場合にも妥当するものと考えられる<sup>(67)</sup>。そうだとすると少なくとも共同正犯で、正当防衛が問題になっていない場合に関しては、①については行為媒介者ないし直接行為者に違法性阻却事由があることは背後者に影響しない、②の問題として背後者自身の行為について正当防衛か否かを検討することだけで足りる、ということになるであろう。

また、正犯の場合であろうと、共犯の場合であろうと背後者に「防衛の意思」がない場合には違法の相対性が認められる、という見解<sup>(68)</sup>もこのような前提をとらなければ本来いえないはずであると考ええる。この点については論者は客観的な防衛行為性は行為媒介者ないし直接行為者について必要でありかつそれで足りるが、主観的な防衛の意思のみは背後者自身に必要である、として①の問題としても行為媒介者ないし直接行為者の違法性阻却事由の客観面のみは背後者の罪責に影響すると考えているようである<sup>(69)</sup>。

しかし、このように考えることは妥当でない。ヘルツベルクや町野教授が適切に指摘されるとおり、「防衛の意思」は仮にそれが必要だとしても、防衛行為についての主観的要件なのであるから、それが要求されるべき行為は「防衛行為」でなければならぬ。従って上に述べたような防衛の意思と正当防衛の客観的な要件とを分離することはできないはずである。そうであるならば背後者の行為について防衛の意思を要求するということは裏を返せば背後者の行為が防衛行為でもなければならぬということの意味するはずである。そうだとすると結局このような見解は、背後者自身について正当防衛の要件が満たされていないければ、行為媒介者ないし直接行為者に正当防衛が成立したとしても背後者を処罰するのだ、ということに帰着せざるを得なくなるはずではないだろうか。

## (二) 評 価

こうした見解は確かに一つの一貫した考え方であるように思われる。そしてこのように考えたとしても前述した正当防衛事例等においては——乙に違法性阻却事由がある場合にも甲を不可罰とする見解より処罰範囲は若干広

がるが——甲自身にとって第三者のための正当防衛の要件が満たされていれば、結果的に甲は不可罰であるということにはなる<sup>(71)</sup>。

私もこの見解の出発点には基本的に賛成である。たしかに、刑法典の解釈としても、三五条以下の違法性阻却事由の規定は「〇〇な行為は、罰しない」としているから、違法性阻却事由の存否は各人の行為について判断すべきであり、かつそれで足りる、という解釈は十分成り立ちうる。しかし、この考え方に全面的に従うことはできない。なぜなら、この考え方を一貫するときには、例えば適法な懲戒権の行使の促しや、正当な要件が備わった逮捕状の執行の促しといった、正当化が一定の人的要素と結びついている場合、言い換えればそうした「身分」のないものについて固有の違法性阻却事由を認めることができない場合、に背後者をすべて可罰的とすることになってしまいいかねないからである<sup>(72)</sup>。

例えば、適法要件を満たした逮捕状を持っている司法警察員乙に対して被疑者丙の居場所を教えた私人甲は結論としては不可罰とすべきであろう。彼はまさに法秩序にとって好ましいように事態を進めただけに、それを法秩序が否定的に評価すべきではないからである。こうした見解に立つ論者の中にもこうした結論を明示的に否定する者はいないようである<sup>(73)</sup>。しかし、この見解は甲自身に違法性阻却事由が存在するかどうか問題としないのであるから、乙の行為が正当化されることを理由に甲の不可罰を導くことはできない。そしてこの事案では甲自身については違法性阻却事由は存在しない。このことは私人である甲がすでに逮捕状のでている被疑者丙をそのことを知って勝手に「逮捕」してしまった場合に、逮捕罪の成立が争いなく認められることから、明らかであろう。

こうした批判に対しては、この見解の論者からは「こうした批判は正当防衛の場合と逮捕等の場合とを、同じ基準で判断するという前提に基づいている。しかし、違法性阻却事由の性質に応じて判断基準を変えてもよいのではないか」との反論がなされるかもしれない。なるほど、適法行為を利用する違法行為の成立要件が違法性阻却事

由の性質に応じて変わってくるということはないように思われる。異なる原理に基づく違法性阻却事由であれば、それぞれの特性に応じて、背後者による援用を否定する基準を変えることも可能なように思われる。しかし、ここでの逮捕と正当防衛とを比べてみると、前者の方が後者よりも「連带的」であるべきだという根拠となり得るようなファクターは何一つ存在しない。むしろ人的な違法性阻却事由が関連する方が、違法の相対性を認めやすいのだ、とさえいえてしまうかもしれないのである。<sup>(74)(75)</sup>

以上見てきたように、常に、②、つまり背後者自身の違法性阻却事由の存否の検討のみで足りるとする見解、あるいはそこに帰着せざるを得ない見解は妥当でない。そこでドイツ及び我が国の多数説はそのような見解を採用せず、①、つまり行為媒介者の違法性阻却事由の背後者への影響、について背後者に一定の客観的要件が満たされ、正犯といえる場合にのみ、行為媒介者ないし直接行為者の違法性阻却事由が背後者の処罰に影響しない、との見解を採用する。以下ではこの見解について検討してゆこう。

3 正犯の場合には行為媒介者・直接行為者の違法性阻却事由は背後者に影響しないが、共犯の場合には影響するという見解

(一) 内 容

ドイツ及び我が国の多数説は、共犯については制限従属性説を前提とし、直接行為者である正犯に違法性阻却事由が存在すれば、共犯自身に固有の違法性阻却事由が存在しなくても、背後者である共犯は常に不可罰であるとし、他方背後者が正犯の場合には、行為媒介者・直接行為者の違法性阻却事由は背後者に影響せず、背後者自身に固有の違法性阻却事由がなければ彼を処罰すべきである、としている。<sup>(76)</sup>ここでいう正犯に共同正犯も含まれるかは見解の分かれる<sup>(77)</sup>ところであるが、これは共同正犯の正犯性を重視するのか共犯性を重視するののかの問題であり、共

犯性を重視する立場からは含まれないということになるだろう。前述した平成四年の最高裁決定もあるいはこうした立場の内、共同正犯も正犯に含まれるとする理解をとった、と理解することも可能かもしれない<sup>(78)</sup>。

このように考えることのメリットは、前述した適法な逮捕行為への関与等、直接行為者には違法性阻却事由が存在するが、背後者に固有の違法性阻却事由が認められない場合で、関与の程度が「弱い」場合を不可罰とすることができる、ということである。例えば、前述した、司法警察員へ逮捕状がでている被疑者の居場所を教える行為は適法行為への共犯であるから不可罰となる。他方、背後者がそうした行為媒介者・直接行為者の違法性阻却事由を濫用的に利用している場合、例えば司法警察員が真犯人でない者を真犯人であると偽り、かつ証拠を捏造する等して、裁判官に「罪を犯したことを疑うに足りる相当な理由」があるように思わせ、逮捕状を發布させ、逮捕に至った場合には、彼は裁判官に対して「錯誤を利用した行為支配」を及ぼしているから間接正犯となり、従って裁判官の行為が適法であることは彼の罪責に何ら影響しなくなる、とするのである。

ドイツの学説の理解によれば、ドイツの判例も基本的にはこのような考え方を採用しているとされている<sup>(79)</sup>。判例がそのように明言しているわけではないが、本章冒頭にあげた連邦最高裁の二つの判例の分析からそのような理解が導かれているのである。その二つの判例の内一つは、ナチス支配下当時において、背後者が、被害者が軍隊でサボタージュをしたと虚偽の事実を述べて、それに基づいて被害者が逮捕され拘留されたが、その後軍裁判所で無罪となったという事案において、直接正犯が適法に行為したかどうかは間接正犯が違法か否かとは関わりがない、として背後者に逮捕罪の間接正犯を認めたものであり、もう一つは、これもナチス支配下において死刑に当たる政治犯罪を犯した者を日頃恨んでいた背後者が真実を官憲に告げて逮捕させた<sup>(80)</sup>（しかし、死刑が執行される以前にナチス体制が崩れた）、という事案において、背後者が真実を告げた場合には、「違法性の判断は関与者すべてについて統一的になさなければならない」として背後者を不可罰としたものである<sup>(81)</sup>。

そしてドイツの多数説はこのように理解された判例を基本的に支持しているようである。<sup>(82)</sup>

## (二) 評 価

このように考えると背後者の行為が行為媒介者の違法性阻却事由の影響を受けるか否かは、背後者が正犯か否かによることになる。しかし、このような見解にも問題があるように思われる。

まず第一に、この見解が背後者の正犯性をそれ自体として基礎づける事情が行為媒介者に存在する場合にどのように考えるのか、ということが問題となる。例えば通説は責任無能力者の利用の場合は——責任無能力者なら常にと考えるのか、少年の場合などは実質的な弁識能力の欠如まで要求するのかは別として——<sup>(83)</sup>背後者が責任無能力状態の作出に関わっていなくても、その者を利用して犯罪を実現した背後者を間接正犯としている。例えば五歳の子供を利用して犯罪を実現することは、行為媒介者がそのような年齢の子供であること自体によつて、間接正犯とされるのである。そうすると例えば甲が、火事から逃れるためには隣家の壁を壊さざるを得ない状況におかれている五歳の乙に金槌を貸す場合、甲は間接正犯となるはずである(乙は金槌なしでは壁が壊せない、すなわち甲の行為にはいわゆるコンディチオ・シネ・クア・ノンも満たされていると仮定する)。この場合にも五歳の子供を利用した犯罪の現という要件は完全に満たされているからである。これに対しては違法性阻却事由が行為媒介者に存在する場合に別個の議論が必要だ、と反論されるかもしれないが、それでは間接正犯の要件が満たされているにもかかわらず、行為媒介者に違法性阻却事由があることを理由にして、背後者の行為に関して特別な要件を課すことになり、間接正犯の場合には行為媒介者に存在する違法性阻却事由が背後者には影響しないとした多数説の前提と矛盾するであろう。そして甲自身について第三者のための緊急避難が成立しない場合、例えば甲自身が壁を壊さずとも乙を救い出せた場合等、には甲は器物損壊罪で処罰されることになる。しかし、多数説に従えば同じ状況で乙が十四歳の場合には甲は適法行為への共犯として不可罰なのである。この二つの事例にこれだけの差をもうけるだけの理由

があるのだろうか。甲はいずれの場合も法秩序の想定するとおりに乙が助かるように振る舞っただけであり、不可罰とすべきではないのだろうか。

また、例えば甲が、乙に襲いかかってくる丙に対して正当防衛として殴り返すように乙を強制した場合、ほとんどの見解は強制に基づいて他人を行為させた場合に背後者が（間接）正犯となる余地を認めているから、少なくとも強制の程度が強度であれば多数説からは甲は乙の正当防衛を利用した傷害罪の間接正犯となるはずである。そして間接正犯であれば各人の違法性は独立に判断されなければならないという多数説の立場からは、乙に正当防衛が認められることは甲の罪責には影響しない、ということになる。甲に第三者のための正当防衛（緊急救助）が認められる余地はあるが、それは甲の行為が「防衛のためにやむを得ずにした行為」といえる場合だけである。

しかし、甲が単に乙に正当防衛として丙を殴るように促し、乙がこれに従った場合には甲が不可罰なことには争いはない。<sup>(84)</sup>つまり、前者と後者では甲が傷害罪で処罰される範囲が異なるわけである。しかし、両者の違いは単に乙の意思決定が害されたかどうかの差にすぎない。それは強要罪で評価すれば十分なように思われる。このような見解に対しては、次のような反論があり得る。例えば、AがBの壺を壊そうとしていた、Bは防衛しようと思えばできたがAには口頭から恩義があるので、ここはAの好きにさせておこうと思つて、ほおっておこうとしたところ、XがBに「正当防衛」でAを殴つてケガをさせて行為をやめさせることを強制した場合のXは傷害の間接正犯として処罰すべきではないか、こうした事例も考えると、むしろX自身について第三者のための正当防衛の要件が備わらない限りXを可罰的としてもよいのではないか、というものである。しかし、このような場合にはそもそもBは同意により法益を放棄している<sup>(85)</sup>のだから、Aの行為は急迫不正の侵害ではないのである。<sup>(86)</sup>この場合のBの行為についてはむしろXの強制に基づく緊急避難の余地があるだけだと考える。そうだとするとこの場合は緊急状況はまさにXによって引き起こされたのであるから、前の例とは状況を異にするといえよう。つまりこのような事案の



Xが当罰的だからといって、先の例の(正犯性の満たされる)甲まで、(原則として)処罰すべきだ、ということにはならないのである。

なお、ドイツのヘルツベルクは先に述べた「正当防衛」の強要の事案について、防衛の意思必要説を前提として、Bが強制されても防衛の意思があるのならその場合のBは防衛の意思を持てたという限度でなお「自由」であり、Xの道具とはいえない、従ってXは正当防衛の教唆として不可罰である。逆に意思決定の自由が完全に阻却されている場合にはBには防衛の意思がないから違法であり、そのような場合にのみXは間接正犯とされるとき、何とか通説との整合性をはかりつつ、Xの処罰範囲を限定しようと試みている。<sup>(87)</sup>

しかし、彼は一般的には行為媒介者に緊急避難の要件が満たされ、かつその状況を背後者が作っていれば背後者は間接正犯だ、とするのである。<sup>(88)</sup> この場面において彼が正犯性の要件を例外的に限定していることは明らかであるが、その点についての理論的根拠は十分に示されているとはいえない。また、防衛の意思必要説を前提としたとしても強制されたBに防衛の意思がないとはいえないように思われる。Bには防衛の認識はもちろん存在するし、その機会を利用して積極的な加害の行為に出る意思もないからである。しかし、ヘルツベルクがここまで苦しい理論構成をとってまで何とか処罰範囲を限定しようとしたということは、逆に言えば彼がこのような事例においてXを傷害罪の正犯で処罰することにどうしてもためらいを感じたということであろう。その感覚自体は傾聴すべきもののように思われる。

第二に、逆に背後者が緊急状況を作出したが、背後者が身分の欠如等のために間接正犯とならない場合が問題となる。例えば、甲が医者乙にピストルを突きつけ、「患者の秘密を公表しなければ殺す」といったため甲がやむなくこれに従った場合、あるいは甲が宣誓した証人乙の家族を人質にとつて「偽証しなければ家族を殺す」と脅したため、乙がやむなくこれに従った場合<sup>(89)</sup>など、前述した強制に基づく緊急避難について特殊ルールを認めない立場か

らは、この場合も乙の行為は違法性が阻却される。そして間接正犯は処罰拡張事由ではなく、直接正犯と同一の要件でのみ処罰が許されるという立場を前提とする限り<sup>(90)</sup>、甲に構成要件上要求されている身分がない以上、甲は間接正犯としては処罰されない。そうだとすると、通説からは、甲がより軽い、緊急避難の要件が満たされないような脅迫を行った場合には、甲に強要罪に加えて秘密漏示罪ないし偽証罪の教唆犯が成立するのに、より強度の脅迫を行い、法益侵害の実現により重要な役割を果たした場合には、乙の行為が違法阻却される以上、制限従属性により甲に強要罪のみしか成立しない、ということになる。しかし、少なくとも秘密漏示罪の保護法益を個人の秘密につきると考え、偽証罪の罪質を国家の審判権の適正な運用に対する危険犯と考える限りは、<sup>(91)</sup>そのような結論は妥当でないように思われる。<sup>(92)</sup>

さらに、このような見解には理論的な観点からの疑問もある。大越教授<sup>(93)</sup>や町野教授<sup>(94)</sup>が指摘されるように、共犯の処罰根拠において法益侵害結果との関係が重要であるという因果共犯論を前提とすれば、共犯も間接正犯さらには直接正犯で行為後に他人の行為が介入した場合も、第三者を媒介とした結果に対する因果設定行為であることには変わりはないはずである。そうだとすれば適法行為を利用する共犯と適法行為を利用する間接正犯とで、そうした結果を媒介する第三者に存在する違法性阻却事由が背後者にいかなる影響を及ぼすかも、本来同一の観点から決せられるべきであるように思われる。

そして、通説の論理によると、その前提とする共犯の制限従属性説も理論的基礎を持たない単なる純粹に政策的なものに墮してしまふように思われる。つまり通説は行為媒介者に存在する違法性阻却事由が背後者に影響するかな否かは背後者が正犯か否かによるとするのであるが、第三者を介した結果の惹起という点では両者の構造が異ならないのだとすると、両者に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、<sup>(95)</sup>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ぬ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、との批判が従属性の強化（共犯成立要件の厳格化）を支持する論者からも従属性の緩和（共犯成立要件の緩和）を支持する論者からもなされているのである。<sup>(96)</sup>まして共犯規定がいかなる従属性を前提としているのかが明文上明らかではない我が国では、こうした「政策」に安住することはできないのではないだろうか。<sup>(97)</sup>

以上のように考えると、少数説のように直接行為者ないし行為媒介者の違法性阻却事由が背後者に影響すること常を否定するのも、通説のように正犯の場合にのみそれを否定するのも問題がある、ということになる。そこでこの問題を正犯・共犯に関わりなく常に肯定する見解が登場することになる。この見解はドイツにおいては現在では誰も主張しないもはや歴史に属するものとなってしまったが、近年我が国でかなりの支持者を集めている。以下ではこうした見解を検討してゆくこととする。

4 直接行為者ないし行為媒介者に違法性阻却事由が存在すればそれは背後者に原則として常に影響するとする見解

(一) 総説

この見解は行為媒介者に違法性阻却事由が存在していれば、それが被害者の地位等の法益主体が関連する利益不存の原則に基づくものである場合を除いて、そのこと自体で背後者についても構成要件ないし違法性の阻却を認める。いわば共犯の制限従属形式と同様の原理を背後者が正犯の場合にまで及ぼすものであるといえよう。このような見解は今世紀初頭のドイツにおいてはかなり有力に主張されていたが、その後ドイツにおいては前述した連邦最高裁の判例の登場や、学説における主観的違法要素論、行為無価値論の有力化に伴い、支持者がいなくなつた。

我が国でもごく最近までこのような見解を明示的に主張する論者はいなかったが、近時、町野教授が平成四年の最高裁決定を批判されてこのような見解を主張され、これに賛同する論者も増加しつつある。<sup>(99)</sup> 以下では町野教授の議論を中心に検討してゆくこととする。

## (二) 町野説の検討

町野教授は前述したように最高裁決定を批判されて、行為媒介者に正当防衛が成立すればそれだけの理由で背後者を不可罰とすべきであるとされ、さらに適法行為を利用した間接正犯も原則として否定される。その理由としては、(あ)「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得ないという点、(い) 例えば正当防衛における急迫不正の侵害といった違法阻却の前提要件は違法阻却の対象となる行為を現実に行ったものについて検討すべきである、そして背後者にとっても「前置者に対する急迫不正の侵害」が存在している以上、背後者自身に急迫不正の侵害が存在しないという論理は成り立たないという点、があげられている。

しかし、先にも述べたように(い)は結論を先取りした論理であるように思われる。いわゆる「違法の相対性」を認める論者も、背後者との関係で行為媒介者ないし直接行為者に違法性阻却事由が存在していることそれ自体は承認している。ただそのような違法性阻却事由の存在が背後者に影響しない、単に背後者自身の固有の違法性阻却事由が存在するか否かだけが問題なのだ、と考えているわけである。判例が背後者にとっては急迫不正の侵害がないといっているのが、背後者固有の違法性阻却事由の有無を問題とし、かつそれが存在しない、という趣旨であれば、そこには論理的な誤り自体は存在しないように思われる。<sup>(100)</sup>

そこで当否が問題となるのは(あ)、つまり結果無価値論からは生じた結果の性質が惹起過程の途中から変質してしまうことはない、という論拠である。なるほどこのような議論には一見極めて論理的で説得力があるようにも

思える。しかし、まず町野教授御自身も認められているように、被害者を利用した間接正犯の場合には、「結果の性質が惹起過程の途中から変質すること」を認めざるを得ないであろう。そしてそのような被害者の関与の場合に適法行為を利用する違法行為を認める論拠は、結果無価値論の観点からは法益主体の観点を重視するという帰結が導かれる、という点にある。<sup>(102)</sup>つまりここでは結果無価値論が、「結果の性質が惹起過程の途中から変質すること」の論拠となっているのである。

このように結果無価値の概念が、ある命題を場合によつては基礎付け、場合によつては否定するというのであるとすると、結果無価値論からは直接行為者・行為媒介者の行為が適法であれば背後者の行為も適法となる、と観念的、抽象的にいうことはできないように思われる。私自身も現段階では刑法上の不法は(原則として)当該構成要件の予定する形態での法益侵害あるいは危険の惹起によつて基礎づけられ、「利益の不存在」と「優越的利益」の場合には不法が否定又は阻却される、という意味での結果無価値論を支持するのであるが、少なくともこの論点においては、町野説のような理由付けに寄りかかるとはできないように思われる。同じ結果無価値論者である西田教授が、違法の連帯というのは客体化ないし対象化された法益侵害の事実が共通であり、それと因果性を持つという点において「連帯」するだけであり、実質的な理由があればそうした事実と違法性においてどういう関係を持つかということとは、むしろ個別的であつてよい、とされていること<sup>(103)</sup>をも想起すればなおさらであろう。

もっとも、町野説は以下のように理解することができるかもしれない。つまり適法な行為の惹起は違法、違法な行為の惹起は違法というのが結果無価値論からの原則であるが、被害者の地位のように結果無価値論の前提とする違法観と矛盾しない限度では、適法行為を利用する違法行為を認めてよい、しかし、単なる背後者の悪質な主観とといった心情無価値的要素のみを理由として、適法行為を利用する違法行為を認めるべきではないのだ、<sup>(104)</sup>と。もし町野説をこのように理解することができるのであれば、私は基本的にこの見解に賛成である。しかし、そうであるなら

ば、結果無価値論の前提とする違法観と矛盾しない、他の「例外」も論理的にはあり得ることになる。<sup>(105)</sup>

もつともこの点に関しては、被害者を利用する「間接正犯」の場合にも例外を認めない、と考えれば、町野説のような矛盾は生じないことになる。そして現にこのような場合すら背後者の行為を違法と見ることに疑問を呈される論者も存在するのである。<sup>(106)</sup>

しかし、このように考えたとしても背後者が直接正犯といえる場合には、やはり「違法の相対性」を認めざるを得ないであろう。さもないと、刑法の少なくとも個人法益に対する罪の規定はおよそ適用できないことになってしまい、それではもはや刑法典の解釈とはいえなくなってしまうからである。現に論者も背後者が直接正犯とみうる限度で処罰するのだという方向を示唆されている。<sup>(107)</sup>しかし、そうだとすると先にメツガーの一九三二年論文の見解や平野博士の見解の検討の際に述べたように、既遂結果との間に適法行為が介入しているという点では両者は同じ問題であり、なぜ未遂結果という別個の結果が違法に引き起こされたかどうかによって結論が変わってくるのかについての理論的根拠を欠く、という批判が可能であろう。

## 5 関与類型に関わらず一定の基準で適法行為を利用する違法行為を認める見解

### (一) 総説

以上のような学説の検討から明らかになったのは、①適法行為を利用する違法行為の問題は背後者の関与類型に関わらず統一的な観点から解決されるべきであること、②行為媒介者の行為が適法なことが背後者の行為の適法性に一切影響しないと考えることも、また常に影響すると考えることにも、それぞれ問題がある、ということであった。そこで以下では背後者に関して（関与類型に関わらない）一定の事情がある場合に、行為媒介者に存在する違法性阻却事由が背後者に影響しなくなる、という見解を検討してゆくこととする。前述した正当防衛への関与事例

において背後者に防衛の意思等の主観的正当化要素がない場合には背後者の行為を違法と見るといふ見解も自らをここに位置づけているのかもしれないが、そのような位置づけは成り立ち得ないことは前述したとおりである。

そして、まずは違法性阻却事由の内、利益不存在ではなく、優越的利益が根拠となつてゐるものを念頭に置いて議論を進めてゆく。後述するように、私には両者の場合で「違法の相対性」を認める要件が異なるべきであるように思われるからである。

(二) 背後者の行為が犯罪行為か否かを問題とする見解

このような①、②の前提自体がこれまで必ずしも認められてこなかったため、以上のような前提に基づく具体的解釈論も当然のことながら極めて少ない。

ここに位置づけうる数少ない見解の一つとして、背後者の行為が「違法」であるかを問題とする見解が——やや不明確な形においては——主張されている。つまり背後者の行為がそもそも犯罪行為である場合には、背後者は行為媒介者の違法性阻却事由を理由に処罰を免れることはできないが、その行為がそれ自体としてみたときに適法行為である場合には、行為媒介者の違法性阻却事由の存在により背後者は処罰を免れる、というものである。<sup>(108)</sup> この見解からは、例えば誣告罪に当たるような虚偽の告訴を行い、それが「罪を犯したことを疑うに足りる相当な理由がある」ものであったため逮捕状が発布され被害者が逮捕されたとすれば、背後者は適法行為を利用して違法に逮捕に関与したことになるが、真実の告知の場合は、それ自体が「犯罪行為」ではないので背後者は不可罰となる。また、この見解は利益不存在の場合も同様の基準を用いるので、被害者を強制した場合にも、強制が強要罪の程度に達したかどうかで、背後者の行為を違法と見るか否かを決するのである。<sup>(109)</sup>

しかし、このような見解には賛同できない。すでにヘルツベルクらが適切に指摘しているように、こうした論理は当該犯罪の違法性の欠如を他の犯罪類型の違法性で補うことを認めるものであり、当該構成要件の予定する違法

性の質が備わらなければ当該犯罪の成立を認めてはならないという、結果無価値論、行為無価値論を問わず前提とされるべき可罰的違法性の考え方に真つ向から反するものだからである。

## 6 新たな視点

では、いったいいかなる観点から考えるべきなのだろうか。ここで注目されるのがマウラツハルゲツセルが、適法行為を利用した間接正犯の成立を認めることができるのは、背後者が行為支配を有することに加えて、さらに行、為、媒、介、者、に、存、在、す、る、違、法、性、阻、却、事、由、が、同、時、に、背、後、者、の、行、為、を、も、か、バ、ー、し、な、い、場、合、で、あ、る、と、し、て、い、る、こ、と<sup>(11)</sup>(傍点筆者)である。つまり、いかなる場合に行為媒介者に存在する違法性阻却事由が背後者に有利なように「連帯」するか、をそれぞれの違法性阻却事由の趣旨から考えるべきだ、とするのである。もともと彼らのこの一文はその後の記述において具体的に展開させられることがなく、その後の論証過程は、前述したドイツの通説とさほど変わりはなく、このような観点には正しい核心が含まれているように思われる。前述したようにここでの問題は背後者の行為それ自体に違法性阻却事由が存在するかどうかではなく、行為媒介者の行為に存在する違法性阻却事由が背後者に影響するかどうかであるし、またその問題はなぜ行為媒介者のそのような行為に違法性がないのかの検討なしには答えられないように思われるからである。以下ではそのような観点から若干の私見を述べることにする。

## 三 自説の展開

### 1 優越的利益原則の趣旨と適法行為を利用する違法行為

まず私は違法性阻却に関する一般原理としての優越的利益原則を基本的に支持する<sup>(12)</sup>。優越的利益原則の趣旨は、以下のように敷衍できるであろう。複数の法益が衝突し、いずれかの法益が失われざるを得ない状況にあるとき



は、より大きな法益が救われることが望ましいし、また同価値な法益が救われた場合にも刑法上好ましくない事態が生じたとはいえないのだ、と。ここでは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いる。もし複数の法益が両立可能ならば、両者とも救われることが望ましく、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。<sup>(14)</sup> 複数人の関与における背後者による行為媒介者に存在する違法性阻却事由の援用の可否の場面においても、このような優越的利益説の趣旨を考慮すると、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、背後者によって始めて違法性阻却の前提状況が作出され、それが背後者の掌中に収められている場合とで差をもうけるべきであるように思われる。<sup>(15)</sup>

まず、前者の場合には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。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、と決断しているのであるから、そのような法秩序の予定する方向に事態を押し進めた者に対して法秩序が否定的評価を下すのは評価矛盾だからである。しかし、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者である。彼は、いわばそうした違法阻却状況の外側にあつて、そうした事態を自己の支配下に収めており、本来それをそもそも衝突させるべきではなかった。従つて、そのような場合には、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ず、背後者自身の行為に違法性阻却事由がない限りは、背後者は（責任が備わる限りで）処罰されるのだ、と。通説の制限従属性説の実質的論拠もこのような点にあるのではないだろうか。そして、もしそのようなように理解することが許されるのだとすれば、条文上制限従属性説が明定されているドイツにおいてはともかく、共犯の従属性についてかなるものを予定しているかが明らかではない我が国の法典の解釈としては、通常は制限従属性説と同じ結論となるが、例外的にその緩和が認められる、という結論も十分可能なように思われるのである。<sup>(17)</sup>

なお、誤解を招かないように付言しておく、私は、違法性阻却事由の前提状況が事前に回避可能であったのにそれを生じさせた場合には、常に違法阻却が否定される、といっているのではない。複数人が関与している場合において、そのような状況が生じたときは、背後者が行為媒介者ないし直接行為者に存在する違法性阻却事由を援用できない、といっているだけである。<sup>(118)</sup> こうした違法阻却の前提状況の引き起こしがあるのに、背後者に固有の違法性阻却事由がなお認められる場合もありえないではない。例えば、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であろう。<sup>(119)</sup> そしてここではあくまで甲自身の行為についての違法阻却が問題となっているのだから、甲が正犯か共犯かは、甲の行為の違法性に何ら関係しない。従って上の例で、犯人が凶暴なことを知っていた乙が怖がって執行をいやがるのを甲が強制したとしても、強要罪の成否はともかく、<sup>(120)</sup> 傷害罪との関係では、違法性阻却の余地を否定することはできないであろう。

## 2 自説の具体化

### (一) 総説

さて以上の基本ラインを以下でもう少し具体的に展開してゆこう。まず優越的利益原則に基づく適法行為を利用する違法行為の射程であるが、現状では同意及び被害者の地位といった利益不存在原則<sup>(121)</sup>に基づく適法行為以外はすべて射程に含めるべきと考えており、以下ではそれを前提として議論をすすめてゆく。まず適法行為を利用する違法行為の要件である「違法性阻却の前提状況を始めて作出した」というのが、より具体的にどのような場合かを検討してゆくこととする。

(二) すでに存在する状況の濫用

まず、違法性阻却の前提状況がすでに存在している場合には、背後者がいかに不当な動機から、状況を「ここぞとばかりに利用した」(ausnutzen) 場合であつたとしても背後者の行為を違法と見るべきではない。<sup>(122)</sup> 例えば、乙が猛犬に襲われそうになり、唯一の逃走手段が丙を突き飛ばして逃げることだった、という場合に、躊躇する乙に対して、日頃から丙を恨んでいた甲が(自分で猛犬を止めることはできたが)、これ幸いと、「さつさと丙を突き飛ばして逃げろ」といい、乙がそれに従つた場合などがこれに当たる。こうした場合背後者に不当な意図がなければ不可罰だということに争いはないのに、単なる主観的意図、動機のみで処罰することは心情刑法となり妥当でないからである。<sup>(123)</sup>

(三) 回避行為を始めて可能にした場合

次に問題なのは、例えば緊急避難を例にとつていえば、背後者の関与以前から現在の危難は存在したが、行為媒介者がそれを回避する手段がなかつたところへ、背後者が危難回避手段を与えたために、始めて行為媒介者による避難行為が可能となつた(erst ermöglicht) 場合を、ここに含めるべきかどうかである。例えば乙が火から逃れるためには隣家の壁を壊さざるを得なかつたが、乙は素手だったのでそれは不可能であり、このままでは焼け死ぬところへ、ハンマーを持った甲が現れ、甲は壁を壊さなくても乙を助けることができたが、ハンマーを渡し、乙はそれによつてかなり大きく壁を壊して何とか逃げ延びた、という場合の甲の罪責の問題である。

この問題はドイツにおいては責任阻却事由としても緊急避難の場合も含めてもつぱら甲の正犯性の問題として議論されてきた。こうした場合に背後者に正犯性を認め——そして前述したようにドイツにおいては背後者の正犯性の問題と適法行為を利用する違法行為の成立要件とを一致させるのが通説であるから——その結果として、甲の行為を違法と見る、という見解も有力である。<sup>(124)</sup>

しかし、この場合の甲が正犯であるとしても、そこから当然に、乙に違法性阻却事由が存在することが甲に影響しないという結論を導くことができないことは前述したとおりである。もし法秩序にとって好ましい状況を作り出したにすぎないのならば、いかに「強い」関与であろうとも処罰すべきではないのである。

そしてこうした場合においては行為媒介者はすでに違法阻却の前提状況すなわち利益衝突状況に陥っているのである。その状況においていかなる手段をとり得たかは、防衛ないし避難行為性の問題であり、そうした手段が仮に存在していなかったとしても、利益衝突状況における法秩序の価値判断自体には何の影響もないはずである。むしろそうした法秩序にとって好ましい事態が実現できなさそうな場合に、それを可能にしたのであるから、甲の行為はむしろ賞賛されるべきものであり（法益同価値の場合も、何ら好ましくない事態を作り出したものとはいえず）、そこに否定的評価を下すべきではないように思われる。

そうだとすると、こうした類型においても行為媒介者に存在する違法性阻却事由を理由に背後者は処罰されない、と考えるべきであろう。

#### (四) 「作出」の具体的内容

(二)、(三)は、いわば「作出」の射程の問題であるが、さらに「作出」の具体的内容が問題となる。この点は従来あまり明示的に議論されていないが、以下の二つの観点から検討を加えてみよう。

##### (1) コンディチオ・シネ・クア・ノンの要否

まず、前述した所から、背後者の行為が違法性阻却の前提状況を作り出すことと無関係な場合、つまり背後者の行為が違法性阻却の前提状況が生じることに対して因果関係（合法的条件関係）がない場合は、適法行為を利用する違法行為の成立は認められない。訴訟法上は背後者の介入時においてすでに違法性阻却の前提要件が存在していたかもしれないという合理的疑いが残る場合には、適法行為を利用する違法行為として有罪判決を下すことはで

きない、ということになる。

ではさらに、背後者の行為と違法阻却の前提状況との間に「あれなければこれなし」(コンディチオ・シネ・クア・ノン)が必要であろうか。

従来の通説はこれを暗黙の内に要求していたようである。<sup>(125)</sup> その理由は推察するにおそらく以下のようなものであろう。従来は背後者が正犯の場合にのみ適法行為を利用する違法行為が成立するという見解が有力であった。他方、正犯行為は結果との関係ではコンディチオ・シネ・クア・ノンが必要であるとの理解が多数説であった。そのため正犯性が認められる場合には違法性阻却の前提状況との間でもコンディチオ・シネ・クア・ノンが満たされることが實際上多かつた。そこで両者が一致する場合がもつぱら念頭に置かれて、そうした場合を記述するような基準が立てられたため、そのような結論になったのではなからうか。

しかし、私はその結論には反対である。通説は次のような事例における甲の罪責をどう考えるのであろうか。丙が乙に対してピストルを突きつけて、「丁の壺を壊さなかつたら殺すぞ」と脅迫し、乙がそれに従った、そのピストルは甲が事情を知って丙に貸し与えたものであった、しかし、丙は他に包丁を持っていた、それでも脅迫は可能であったかもしれない、という場合である。<sup>(126)</sup> このような場合の甲を不可罰と見るのは妥当でないだろう。当該違法阻却の前提状況を作り出したのは丙であり、甲はその丙による作出行為を共同で作りだしているのであるから、乙の違法性阻却事由との関係では甲と丙は一体となつてその外部にいと考えるべきであろう。もつとも通説はこれに対して、「こうした場合は丙が器物損壊罪の(違法な)間接正犯となる。そして甲は幫助犯であり、丙の違法行為に関与しているから共犯の制限従属性を前提としても可罰的となるのだ、そのように考えれば適法行為を利用する違法行為の成立要件としては違法阻却の前提状況とのコンディチオ・シネ・クア・ノンを要求しても妥当な結論が導けるのだ」と反論するかもしれない。しかし、それではXとYが意思連絡の下一緒にZにピストルを突きつ

けて脅迫したが、片方がいなくともおびえやすい乙はやはり壺を壊していたであろう、という事例はどうなるのだろうか。この場合に「共犯の従属性」を持ち出すことはできない。そもそも、惹起説を前提とする限り、共犯も正犯行為の違法性を借り受けることを理由に処罰されるのではなく、あくまで結果の惹起が処罰根拠であり、そしてこの場合には行為と結果との間に乙の違法性阻却事由が介入している点については、甲も丙も同じ状況にあるのだから、その違法阻却の効果が及んでくることを否定するためには、同様の要件が必要だ、というべきであろう。

このように考えると、背後者の行為と違法性阻却の前提状況との間にコンディチオ・シネ・クア・ノンは不要であるという結論が妥当なように思われる。理論的に見ても、単独犯において行為と結果との間にコンディチオ・シネ・クア・ノンを要求する見解の論拠は、行為をやめさせても結果が生じたであろう場合には、そのような行為を禁圧しても法益保護の観点から意味がないのでそのような行為を処罰すべきではない、という点にあるが、ここで問題としている事案においてはそもそも結果が（少なくとも共犯者全員をあわせて考えれば）回避可能なことを前提として、正犯・共犯に共通の行為への違法評価が問題となっているのであるから、仮にそのような見解を前提としても、処罰を否定する合理性はない、むしろ複数人によって違法性阻却状況が共同で作られている場合にはそのいづれの者に対しても同様に、その違法性阻却事由の援用を認めるべきでないのだ、<sup>(128)</sup> といえるように思われる。

## (2) 因果経過が異常な場合

さらにこうした意味での条件関係があれば常に違法性阻却事由の援用を否定すべきかが問題となる。つまり異常な経過を経て違法阻却の前提状況が生じた、あるいは行為時に引き直していえば違法阻却の前提状況が生じる蓋然性が相当低い行為を背後者が行った場合にはどうか、という、いわば相当因果関係的な問題である。例えば甲が暴走族乙の服に派手な刺繍をしてやったが、その際に「このような目立つ格好だと、もしかしたら他の暴走族丙にからまれるかもしれないが、乙は空手を知っていてやり返せるから大丈夫だろう」と思っていた所、実際にそのよう

な状況となり、しかも乙は新しい刺繍に気をよくして正当防衛の範囲内ではあるが普段以上にやる気になっていた場合、甲の行為は結果との間の心理的因果性もあり、また確かに乙に対する急迫不正の侵害の作出に対する一条件を与えているが、そのこと故に違法な幫助犯となるか、という問題である。

これは否定すべきと考える。前述したように背後者が違法阻却の前提状況を作成した場合に、違法性阻却事由の援用を否定する理論的根拠は、そのような場合には背後者が（単独であるいは他の背後者と共同して）当該違法性阻却状況を支配下に収めている点にあった。そしてこのような自己の支配下、支配可能な範囲にあるといえるためにはそうした事情の客観的利用可能性が存在することが必要であるから、行為に当該違法性阻却の前提状況の作出との関係でそのような客観的性質が備わっていたことが、適法行為を利用する違法行為の成立要件として必要なように思われる。そして、こうした相当性判断の内部において、「法秩序としては責任ある主体は原則として犯罪を行わないよう期待しており、そのような者の行為が介入した場合に相当性が肯定されるためには何らかの特別の状況が必要である」という観点を考慮すべきであろう。<sup>(131)</sup>従って、背後者自身が行為媒介者に直接働きかけて犯罪に向かわせたり、行為媒介者の犯行への決意が明らかなどころへ関与した場合でない限り、こうした意味での相当性は否定されるべきであろう。前述した平成四年の最高裁決定においても、第三者が過剰防衛者を襲ってきたという点について、背後者が彼を現場に行かせたことが、相当性があるかを、より慎重に検討すべきであったように思われる。この事案では第三者は、背後者等の到着前から、背後者に対して、加害しようという決意を固めていたようであるので、そうした状況から相当性を認定することが可能であったと思われる。

なお、この点と関連して、ドイツにおいては、違法な手段によって手に入れた形式的に適法な手段を利用した場合には、背後者は間接正犯にならない（＝適法行為を利用した違法行為でなく不可罰である）という議論が一部で主張されている。<sup>(132)</sup>例えば①虚偽の訴えにより物の引き渡し請求権を認める確定判決を得た甲が②それを執行官に提示

して、適法な執行行為により引き渡しを受けた場合に、甲は①の点について裁判官の適法行為を利用した詐欺罪とはなり得ても、②の行為については（執行官の適法であり義務づけられた行為を利用した）窃盗<sup>(133)</sup>の間接正犯とはならない、とするのである。しかし、その理論的根拠は明らかでなく、せいぜいこのような結果と遠い関係にある場合には相当性の検討を慎重にすべきだ、ということとどまるように思われる<sup>(134)</sup>。

### (3) 主観面の問題点

以上は客観面の問題であるが、作出のいわば主観面の問題として、そのような適法行為の介入、及び自己がその前提状況を作成することを予想していることが必要かどうかも問題となる。ドイツにおいては、「意図的に正当化の前提状況を引き起こしたこと」<sup>(135)</sup>を要求するのが通説である。これは故意の間接正犯のみを念頭に置いた議論がなされているからであろう。しかし、前述したように直接正犯の場合の治療行為の介入等の実行の着手後の介入の場合も射程に含めるべきであるとする、このような限定は妥当でないように思えてくる<sup>(136)</sup>。また、理論的にも私のように違法阻却の前提状況への客観的支配を志向する立場からは、このような要件は不要なようにも思える。

この点はより厳密に考えると、二つの異なった類型に分けるべきであるように思われる。まず、①適法行為の介入自体をおよそ予想していない場合（前述した治療行為の介入の場合のようにそもそも自己の行為により結果を発生させるつもりであった場合）や違法な行為が介入すると思っていた場合、は処罰しても何ら問題はない。この場合は客観的に違法阻却の前提状況に対する支配及び一般の結果帰属要件が存在し、主観面でも行為者には違法性を基礎づける事実の認識があるからである。しかし、②行為者が適法な行為が介入するとは思っていたが、自己の行為が違法阻却の前提状況を作成している点についての認識がない場合には問題があるように思われる。例えば、甲が、乙がこのままでは火に巻かれてしまうと思って、丙の家の塀を壊して逃げるよう唆した、しかし、実は乙はまだ十分逃げられるような状況にあった。甲は気づいていなかったが、甲はオイルをずっとこぼし続けおり、そのためし



ばらくして乙は本当に逃げる手段がなくなり、やむを得ず、緊急避難として丙の塀を壊した、という場合には、甲の逃げるよう促した行為の時点では違法阻却の前提状況は存在せず、しかも甲のそこにいる行為が違法阻却の前提状況を作出しているが、甲はその点を認識していない。このような場合にはもし違法性阻却事由の前提状況の誤認を事実の錯誤と見る通説的立場に立つのであれば、それとの均衡上、故意を否定すべきではないかと思われる。

また、もし背後者の関与行為が共犯にとどまるのであれば、共犯の最小限度従属性を放棄しない限りは、正犯の構成要件該当行為が介入することの認識は必要である。しかし、適法行為が介入することの予見、適法行為を意図的に作り出すこと、は必要ではない。<sup>(137)</sup>

#### 四 具体的事例の検討

##### 1 総 説

以上をもう一度まとめると、優越的利益原則が妥当する違法性阻却事由においては、適法行為を利用する違法行為の成立要件は、背後者が正犯か否かに関わりなく同一の基準で判断されるべきである。その基準は違法阻却の前提状況の客観的な作出、である。以上の前提を下に、以下ではこれまで判例において問題となった事案及び若干の講壇設例が自説からどのように解決されるかを見てゆくこととする。

##### 2 正当防衛について

まず正当防衛の利用について検討する。これについてよく議論されている事例は、甲が丙の防衛行為を利用して乙を殺す意図で、乙に対して丙を殺すよう唆し、丙の正当防衛により乙が殺害された、という事案である。この場合、甲に正犯性が認められるためには乙及び丙を「支配」していなければならぬであろうが、甲の行為を違法と

見るには必ずしもそのような要件は必要でない。正当防衛の前提状況が甲によって作出されたといえれば、甲は状況により殺人の間接正犯あるいは丙の乙に対する殺人罪の共犯<sup>(138)</sup>として処罰されうる。これに対しては「乙が完全に答責的な主体として事態をすべてわかった上で丙に攻撃を加えている以上、丙に法律上認められた正当防衛権の行使から生じる帰結は乙自身に帰せられるべきだ<sup>(140)</sup>」という批判がある。なるほどこの批判は直感的にはもつともにも思える。しかし、まず第一に、乙が「完全に答責的な主体」といえるのだろうか。乙は確かに丙への殺人未遂については「完全に答責的な主体」として「事態をすべてわかった上で」関与している。しかし、乙は普通自分が正当防衛で殺されると思って行動などしないであろう。つまり乙は自己の死など全く認識していないのである。そうであるならばこの場合の乙が「完全に答責的な主体」として「事態をすべてわかった上」の関与をしているということはできないように思われる<sup>(141)</sup>。この場合確かに乙が抽象的、一般的に見て「自由」な責任能力者であることは否定できない。しかし、行為の構成要件該当性、正犯性は、あくまで実現された構成要件該当事実毎に検討されなければならないのだとすると、こうした抽象的意味での「自由」が具体的な結果について「不自由」である点に優先するとすべきではないだろう<sup>(142)</sup>。もつともこうした見解は、一般論としては具体的な意味での不自由性を要求しつつも、ここでは例外的に「違法な侵害を行うものは正当防衛により違法性が阻却される範囲での損害については認識しているものと擬制される」と考えているのかもしれない。しかし、これは当該構成要件該当事実とは別個の構成要件該当行為を理由に（丙についての殺人未遂結果と乙に対する殺人既遂結果とは異なる構成要件該当事実である）した擬制を行うものであり、妥当でないように思われる。

第二に、仮に乙が丙により攻撃を受けて自らが死亡することをわかって、それでもなお（例えば相打ちでもよいと思って）、あえて行為にでたという例外的場合であっても、「自己答責的な主体」の介入は正犯性を否定はするが共犯の成立を当然に否定はしないはずである。もつともこの場合は被害者に対する関与が問題であり、ドイツ刑法

では被害者への共犯的関与はおよそ処罰されていないから、甲は不可罰となるが、我が国においては、乙が殺されたいしは殺されかけた場合であれば、少なくとも自殺関与罪(あるいはその共犯)の成立を認めることができるだろう。<sup>(43)</sup> 以上のようにこうした批判は、妥当でないように思われる。<sup>(44)</sup>

正当防衛利用に関する別個の類型として前述した最高裁平成四年決定の類型がある。つまり甲が乙に対して丙を殺すよう唆して、乙が丙の家の側にいたら、突然丙に後ろから急襲されたので、正当防衛として丙を殺害した、という場合である。この場合も基本的には前例と同様であるが、前述したように正当防衛の前提状況との間に丙の犯罪行為が介入しているので、「作出」が認められるか、相当因果関係があるかどうか、については慎重な検討が必要である。すでに丙が甲の行為の時点で犯罪行為を決意していた場合等にはそれが認められやすくなるであろう。

### 3 緊急避難及びそれに類似した事案について

#### (一) 背後者が行為媒介者に存在する違法性阻却事由を援用できない場合

次に緊急避難利用の場合について見てゆこう。前述した大審院の墮胎の事案では背後者はまさに自己の手で妊婦の生命に対する危険を作り出したのであり、問題なく「作出」を肯定できるであろう。このことは医師の緊急避難行為の介入が甲の正犯性を否定するか否かに関わりない。

強制による緊急避難事例もこうした観点から適法行為を利用する違法行為が認められる典型的な場合である。背後者は間接正犯とされることが多いだろうが、身分犯で背後者に正犯として必要な身分がない場合には共犯となる。

もちろんいずれの場合も当該構成要件の予定する法益侵害結果が生じていなければならぬから、各則の解釈として、犯罪の成立が否定されることはあり得る。このような事態は身分犯等においては時折おこりうることであ

る。例えば、公務員を強制して「賄賂」を收受させるような場合は、そのような金員の授受によっては公務員の職務の不可買収性が害されていないので、背後者には強要罪（事案によっては職務強要罪）しか成立しないことになる。<sup>(145)</sup>

緊急避難と類似した違法性阻却事由である義務衝突についても同様の観点から解決すべきである。例えば、甲が、乙の三歳の息子丙が溺れている所へ、さらに乙の二歳の息子丁を突き落とし、乙はいずれか一人しか助けられなくなってしまうた、という場合、甲は丁に対する殺人未遂の直接正犯の他、助けられなかった方について（乙の適法行為を利用した）殺人正犯<sup>(146)</sup>としての罪責を問われると考える。

また、治療行為についても、被害者の同意が無くとも、一定の客観的事情（特に生命に対する差し迫った危険）があれば、一定の範囲で優越的利益に基づく違法阻却を認める、という見解<sup>(147)</sup>に立つとすると、そのような客観的事情を作り出した者は治療行為から生じた結果についても罪責を問われる（量刑上の加重にとどまることが多いであろうが、公訴時効に関する判例の立場<sup>(148)</sup>を前提とすれば公訴時効との関係でも実益があろう）。もつともこの場合も共犯にとどまるのであれば、新たな結果惹起行為の介入の予見は必要である。ただし前述のようにそれが適法な治療行為であると知っている必要はない。

さらに、臓器移植法における脳死状態の患者からの臓器移植についても、事前の同意のみで利益不存在を認めることはできないであろうから、やはり優越的利益の観点が必要と思われる。そしてその前提状況として提供者が脳死状態にあることが必要である。そうであるならば、被害者を脳死に陥らせ、その後臓器移植がなされ、心臓死に至った場合、同法の臓器移植との関係では脳死は死であるという条文を限定的に解釈し、脳死の段階では行為者は殺人未遂にとどまるとしても、適法な行為により生じさせられた死の結果について罪責を問うことができるように思われる。<sup>(149)</sup>

(二) 背後者が違法性阻却事由を援用できる場合

逆に緊急避難の前提状況を作成せず、単にその後に関与する場合には、不可罰となる。例えば、甲が乙に対して、丙を殴らなければ殺す、と強制し、それを見ていた丁がハンマーを乙に渡した場合には、丁は不可罰である。ただし事前に甲と丁との意思疎通があるなど、丁が前提状況作出に関与しており、甲に対する共犯とみうる場合には、丁は可罰的である。<sup>(10)</sup>

(三) 被害者内部での緊急避難類似状況？

さらに被害者内部において「緊急避難的」状況が存在する段階で関与した者が、どのように扱われるべきか、も問題となる。<sup>(11)</sup> 例えば、甲が乙の所有する虎を乙にけしかけ、乙はやむを得ずそれを殺そうと決意したところへ、通りがかつた猛獣使い丙が鞭で虎をおとなしくさせることもできたが、ライフルを乙に渡し、乙はそれで虎を射殺した、という場合をこうした基準で解決してよいか、である。

私はこれは否定すべきと考える。つまり丙は自分自身について固有の違法性阻却事由がない以上、処罰されると考えるのである。この場合に乙の行為が違法でないのは緊急避難だからではなく、そもそも自己物の侵害で構成要件該当性がないからであり、第三者の利益を侵害する場合は異なる。そしてこのような緊急状況下では乙は自由な意思決定ができず、やむを得ず自己物を損壊しているのである。その点でこうした事例は同意が無効な場合に関与した者の罪責と同じである。そしてこうした場合については私は後述のように被害者の意思に反するか否かによつて結果の意味が変わるのであり、そうした結果の意味に被害者を除くすべての関与者が拘束され、同意の瑕疵を引き起こしたか否かは決定的ではないと考えるのである。

## 4 法令行為について

## (一) 総説

つづいて、法令行為について検討を加える。ここには極めて多種多様な事例が含まれており、そのすべてを検討することはできないが、以下では、親権の範囲内での適法な懲戒権の行使、訴訟詐欺及び適法な誤認逮捕・勾留、そして最後に、最近判例で問題となったコントロール・デリバリーについて検討を加えることとする。<sup>(12)</sup>

## (二) 親権行使

前述したように適法な親権の行使の範囲での暴行を唆した者は不可罰である。このことは背後者がいかに「強度」の関与をしても本来は同じはずである。もつとも親権の行使は、その親の意思にゆだねられる部分が多く、当該親の子に対する態度全体の文脈の中でとらえられなければならないことから、親が行使をいやがっているところを強制したような場合には、究極的には子の利益に資するという長期的な意味での優越的利益が存在しないが故に、そもそも適法な懲戒権の行使ではなくなる（そして親については強要緊急避難で処罰が否定される）、と考える余地はあるかもしれない。

また、私見からは、一方で子に対して非行を唆し、懲戒権の行使を必要としておきながら、他方では親に対して懲戒権の行使を唆す場合<sup>(13)</sup>も、背後者は適法行為を利用した教唆となりうる。これに対して、隣人が単に子が殴られるの見たいたいというサディスティックな興味から、現実に存在する非行事実の存在を親に告げ、その結果として子供が（適法な懲戒権の範囲で）殴られた、といった場合には、隣人は不可罰とすべきであろう。隣人を暴行の間接正犯とする見解もあるが、<sup>(14)</sup>そのような背後者の反道徳的な意図のみを理由として処罰するのは、心情刑法に陥り、妥当でないように思われる。

（三）訴訟手続きの濫用

訴訟詐欺については我が国においては適法行為を利用する違法行為の問題であると意識されることは少ないが、裁判官が自由心証主義（民訴法二四七条）の下、客観的には虚偽であるが合理的な疑いを入れない程度の確信にいたって判決した場合や、弁論主義の下、自白（一七九条）、擬制自白（二五九条一項）ないし欠席に基づく擬制自白（二五九条三項）等に基づいて客観的には虚偽の判決を下した場合は、裁判官の行為は法令行為として適法であるといわざるを得ないであろう。そうであるならば、もし訴訟詐欺も一定の場合には詐欺罪を成立させると考えるのであれば、裁判官の適法行為を利用した違法行為であるといわざるを得ないように思われる。<sup>(156)</sup>

また、誤認逮捕、勾留等については、事後的に被逮捕者が真犯人ではないと裁判で判明した場合には、行為時に刑法上の逮捕、勾留の適法要件（刑訴法一九九条、二二二条、二〇七条、六〇条以下）が備わっていたとしても違法であるとの見解もあるが、刑法三五条の文言に正面から抵触するものであり、法秩序の統一性及び罪刑法定主義<sup>(157)</sup>の観点から疑問があるし、実質的にも捜査の円滑な運用という優越利益確保のために、事後的な刑事補償制度とセットとなつて認められているこれらの制度の独自の存在意義を全く無視するものであり、妥当でないように思われる。<sup>(158)</sup>

そして前述した私見の立場からは、すでにそうした客観的状況が存在していた場合に、逮捕を唆す行為は不可罰となる。従つて、被害者が背後者の関与と関わりなくすでに犯罪行為を行つていた場合には、すでにそのことだけで違法阻却の前提状況は存在しているといえるから、背後者は不可罰となる。<sup>(159)</sup> 前述したようにドイツの判例が「このような場合には違法判断は関与者全員につき統一的になされるべきである」としているのはこの意味で妥当であろう。また、すでに犯罪に関し十分な嫌疑があり、いつでも逮捕状をとれる段階での関与も（仮に真犯人ではないことが後から判明しても）、こうした観点から不可罰となる。<sup>(160)</sup>

これに対して客観的な嫌疑がないのに、客観的嫌疑を作り出した者は可罰的となる。従って無実であり嫌疑もない者を誣告して、逮捕・監禁させた者は逮捕、監禁罪の正犯または共犯として罪責を問われる。前述したようにドイツの多数説及び判例もこうした場合には——間接正犯だからという理由ではあるが——背後者を処罰すべきだとしている。もつとも虚偽告訴罪が当該被害者の個人的法益である身体活動の自由まで保護法益としているのだ、と考えれば、こうした虚偽告訴罪も成立する事案においては、罪数論の問題として虚偽告訴罪の包括一罪と解する余地はあるかもしれない。

また、私見からはドイツの多数説とは異なり、例えば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、(その認定には慎重は要するが)共犯としての結果帰属要件が満たされる限り、甲を逮捕監禁罪の共犯として処罰することができる。この場合は虚偽告訴罪は成立しないので、罪数論の問題は生じない。

訴訟詐欺の場合には訴提起という裁判所に対する行為の時点で、こうした客観的状況が存在していることはあり得ないから、事実上常に適法行為を利用する違法行為の成立を認めることができるであろう。もつとも、訴訟詐欺にはその他の詐欺罪成立の一般的要件と関連した問題点もあるから、その点が満たされなければ、詐欺罪が成立しないことはもちろんである。<sup>(102)</sup>

#### (四) コントロール・デリバリーについて

優越的利益原則に基づく違法性阻却事由が結果との間に介入する事例の最後に、近時の判例で問題となった、コントロール・デリバリーの介入について若干の検討を加えることとする。判例の事案はおおむね以下のようなものである。被告人等は国際宅配便を利用して大麻を密輸しようと企て、フィリッピンから大麻を隠匿した航空貨物を被告人の経営する居酒屋宛に発送した。<sup>(103)</sup> 貨物の成田空港到着後、事情を知らない通関業者が輸入申告し、税関検



査が行われ、その結果大麻の隠匿が判明したため、税関及び捜査当局の協議により、麻薬特例法四条に基づいてコントロールド・デリバリーが実施され、税関長の許可を得て、配送業者が、捜査当局と打ち合わせの上、貨物を居酒屋に配達し、被告人がこれを受け取った。そして被告人に大麻輸入罪の既遂に加え、関税法一〇九条一項の禁制品輸入罪の既遂も成立するか否かが争われた。<sup>(164)</sup>

この事案ではコントロールド・デリバリー下においても、なお禁制品輸入罪の予定するだけの法益侵害の危険が存在しているかという点や、被告人の正犯性も問題となるが、<sup>(165)</sup>以下では本稿と関連する適法行為を利用する違法行為の問題に絞って考察する。

まず、この事例では被告人に少なくとも密輸罪の未遂正犯が成立することは問題ないであろう。<sup>(166)</sup> いわゆる離隔犯の実行の着手に関する、「発送説」を前提とすればもちろん、判例の立場といわれている「到達説」を採用したとしても、大麻は成田空港に到着し、税関検査までなされており、しかもそこまで介入しているのは情を知らない通関業者のみだからである。弁護人側も未遂が成立するところまでは認めている。問題は被告人が同罪の既遂の責任を問われるかどうか、である。まず輸入罪の既遂時期は判例によれば物を本邦に引き取った時点<sup>(167)</sup>、つまりこの事案であれば保税地域を越えたときである。これ以降にいかなる属性の人の行為が介入しても、一旦成立した既遂が否定されることは理論的にありえず、それは量刑判断に影響するにすぎない。

そこで、この既遂結果までの間に存在する人の行為をあげてみると、①情を知らない通関業者の輸入申告、②税関捜査機関の協議とそれに基づく輸入許可、③捜査機関により情を知らされた配送業者による引き取り（と配送の税関までの部分）、があげられる。

ここで問題なのは②・③の行為をどう評価するかということになる。この点、同決定は、輸入の内容である本邦への引き取りには申告、検査、関税の賦課徴収及び輸入許可という一連の行為が予定されており、被告人はそうし

た通関業者、配送業者の行為を予期してこれらの者を道具として利用しようとしたのであり、そしてこれらの者の行為は被告人の依頼の趣旨に沿うものであり、配送業者が情を知って捜査機関の監視の下で行ったからといって、それが被告人からの依頼に基づく運用契約上の義務の履行としての性格を失うものではなく、被告人は、その意図したとおり第三者の行為を自己の犯罪実現のための道具として利用したというに妨げない、として被告人に間接正犯の既遂の責任を認めた。

この決定理由においては②・③の行為が適法行為であることには特に配慮がなされていないようである。<sup>(168)</sup>これはあるいは、立法実務担当者が、本条の規定による輸入又は輸出の許可は申告されていない規制薬物には及んでいない、としていたからかもしれない。<sup>(169)</sup>しかし、コントロール・デリバリーが刑事訴訟法上認められた捜査、法令行為として適法なものである以上、それを引き起こした被告人の行為が違法とされるためには、積極的な理由付けが必要であろう。つまり、なぜ「規制薬物には許可の効力が及んでいない」といえるか、についての実質的理由が必要のように思われるのである。私見からはコントロール・デリバリーの違法性阻却の前提要件である法益の対立状況、つまり当該犯罪ないしはそれと関連する犯罪の捜査の必要性、を作り出したのは被告人であるから、既遂結果は被告人にとっては違法なものといえることができるように思われる。<sup>(170)</sup>

## 五 利益不存在原則の場合

### 1 総説

三、四においては優越利益原則に基づく違法性阻却事由が行為媒介者に存在する場合に、いかなる要件の下でその違法性阻却事由の存在が背後者に影響しなくなるか、を検討してきた。これに対して、行為媒介者について利益不存在原則に基づく（違法性あるいは）構成要件該当性阻却事由が存在する場合には、その背後者への影響について

ては別個の基準が妥当すべきように思われる。例えば、①自分のもっているあたり馬券をはずれと誤信している乙に対して、甲が「そんなもの破いたら」と言い、乙がそれに従った場合や、②甲が乙に対して丙を強姦しようとしたが、乙は実は丙の情夫であり、丙は乙と同意の上性交した場合、などがここで問題となる類型である。また、③外科医甲は乙に難しい外科手術を頼まれたが、乙を麻酔後、技量の不十分な医学生丙に執刀させた、という場合もここでの議論と密接な関連がある。

結論からいえば、こうした場面においては以下のような判断構造になる。まず当該構成要件の予定する処罰に値する法益侵害が生じたか否かを慎重に検討する必要がある、それは被害者による有効な法益処分の有無によることになる。これは客観的な法益侵害の存否の問題であり、この段階においては「相対化」の余地はない。法益侵害が存在することを前提として、違法の相対性を認めることができるのは被害者とそうでない者との間のみであり、そしてそれは常に肯定される。

## 2 同意の相手方の相対化

ドイツ及び我が国では、私見とは異なり、同意を与えられた者に対しては法益への攻撃が許容されているが、そうでないものには許容されていないから、前者にとっては適法、後者にとっては違法という事態が生じる、とする見解がむしろ有力である。<sup>(註)</sup>これは一般的な命題としていわれると一見説得力があるようにも聞こえる。しかし、具体的事例を検討してゆくと必ずしもそのようにはいえない、ということが明らかになってくる。

まず事例③についてみてみよう。この場合確かにこうした見解のいうように丙の行為は違法であり傷害罪が成立するであろう。乙は自分の生命・身体への危険性の低い甲の手術に同意していたのであり、失敗の危険性が高い丙の行為には同意していなかったのであるから、錯誤に基づく同意の有効性に関する法益関係的錯誤説を前提として

も、乙の同意はまさに法益関係的錯誤により無効になると考えられるからである。<sup>(172)</sup> しかし、このような場合に、はたして「同意」の与えられた甲の行為が適法といえるのだろうか。そうはいえないように思われる。むしろ、この場合は現に生じた結果については同意の効果が及んでおらず、その結果は違法であり、甲はそうした違法な結果を惹起しており、甲自身に違法性阻却事由も存在しないから、甲は傷害罪の共犯として処罰されるべきであろう。<sup>(173)</sup>

これに対して、手術が簡単で学生でも全く問題なく行えるような内容であった場合には、そもそも乙の同意は有効であり、<sup>(174)</sup> 結果は生じていない。甲が不可罰となるのはそうした違法結果の不存在故であり、甲に固有の違法性阻却事由があるからではない。この場合は丙も同様に不可罰となると考えるべきなのである。<sup>(175)</sup>

乙によって生じさせられた結果が同意によりカバーされている事例②の場合も同じに考えるべきである。こうした場合の甲の罪責はせいぜい強姦教唆の未遂であり、共犯(実行)独立性説に立たない限り不可罰と考えるべきであらう。

以上に述べた結論は、以下のような観点から理論的に基礎づけることができる。刑法の任務を法益保護に求め、かつその法益を具体的な法益主体の意思と不可分なものと考える立場からは、個人的法益においては有効な同意の存在は原則として法益侵害の存在自体を否定することになる(利益不存在原則<sup>(176)</sup>)。そして、被害者の自己決定を重視する立場からは、その存否は純粹に被害者の意思にのみかかっているというべきである。そうだとすると、法益侵害の存否自体は純粹に被害者側の事情であり、そしてそれは被害者以外のどのような行為者にとっても客観的には同一のものである。従って法益侵害自体は存在し、それが他の利益との対立状況の下でどの範囲まで正当化されるか、という優越的利益原則に基づく違法性阻却事由の場合とは異なり、法益侵害の有無自体が問題となる利益不存在原則に基づく違法性ないし構成要件該当性阻却事由に関しては、被害者以外の者の間での違法の「相対化」は結果的に認められなくなるのだ。<sup>(178)</sup>と。

逆に法益を処分するか否かを自らの内部に完全に委ねられている被害者と、それ以外の者との間では、同意が無効であれば常に違法の相対性自体は肯定される。これが事例①のあたり馬券をはずれと偽って破かせた事例である。もつとも、背後者に正犯性が肯定できるだけの関与がなければ、共犯の従属性の観点から、背後者は不可罰となるが、そうした場合の正犯概念についての検討は、別稿に譲ることとする。

### 3 同意類似の利益不存在原則

また免許、許可等の本来許されない行為を例外的に行える権限を有する者が、それを有しない者とともに当該行為を行った場合についても、同様の基準によって解決できる。このような免許、許可は、いわば当該行為に対する国家、社会からの事前の包括的「同意」類似のものであると考えることができるからである。つまり、免許あるものしか当該禁止行為（例えば狩猟、選挙活動）を行っていないのであれば、そこには違法な結果は存在せず、そこに関与するものは不可罰である。逆に非免許者が禁止行為を行えば、そこに違法な結果が存在し、そこへの関与は可罰的となる。それは非免許者であればもちろん、免許者であっても同じである。そしてそのことは免許者自身もまた当該禁止行為を行っているかどうかに関わりない。もちろん無免許者が当該禁止行為を行った、といえるかどうかの点については慎重な検討が必要である。例えば、狩猟法の場合であっても、無免許者が免許者の単なる補助者として行動したような場合には、無免許者による狩猟という、当該法規が好ましくないと考えている事態が発生していない、として双方とも不可罰とすべきである。<sup>(18)</sup>

## 六 おわりに

本稿の主張をまとめると以下のようなようになる。①まず適法行為を利用する違法行為の成否においては、背後者自身に固有の違法性阻却事由があるかの問題と、行為媒介者に存在する違法性阻却事由が背後者にどのような影響を及

ぼすかの問題の、二つの問題がある。前者は違法性阻却事由一般の問題であり、後者が複数人の関与に特有の問題である。②そして後者については背後者が正犯であっても共犯であっても同様の基準が妥当すべきである。③その基準の具体的内容は当該違法性阻却事由が優越的利益原則に基づく場合と利益不存在原則に基づく場合で異なったものとなる。④前者(優越的利益)においては背後者が違法阻却の前提状況(法益対立状況)を作出した場合には、背後者は、行為媒介者に存在する違法性阻却事由を理由として無罪となることはない。背後者自身の行為の違法性阻却が問題となるだけである。⑤後者(利益不存在)においては被害者の同意の有無すなわち法益侵害の存否については「相対化」はあり得ないが、被害者その他の関与者との間では、法益侵害が存在し関与者に固有の違法性阻却事由がない限り「相対化」は常に肯定される。

本稿の結論は以上である。私は学部学生時代から、御論文を通じて、所教授の幅広い方法論と極めて明快で核心をついた議論とに度々感銘を受けてきた。立教大学に奉職してからは、短い間ではあったが先生と同じ職場で過ごすことができたことを心から嬉しく思っている。このような機会に拙稿を捧げることができたことを心から感謝して、本稿を閉じることとする。

- (1) いずれも、所一彦『刑事政策の基礎理論』(一九九四年)に収められている。
- (2) 団藤重光編『注釈刑法6巻』(一九六四年)六一九頁(所一彦)。
- (3) 平野龍一他編『刑法判例百選(各論) 第二版』(一九八四年)八九頁(所一彦)。
- (4) 所一彦「正当防衛における防衛の意思」ジュリスト三〇〇号二八四頁(一九六四年)。
- (5) 所・前掲論文(注4)二八五頁。
- (6) なお、こうした第三者防衛型の偶然防衛の場合と、二者間の偶然防衛とで結論をかえられる論者(曾根威彦『刑法における違法性の理論』(一九八〇年)二二六頁以下)もいるが、本稿ではこの点については立ち入らない。
- (7) この議論の嚆矢をつけたのは、大越義久『共犯の処罰根拠』(一九八一年)である。

- (8) 最決平四・六・五刑集四六卷四号二四五頁。
- (9) 松宮孝明「共犯の從属性について」立命館法学二四三・二四四号三二〇—三二二頁。あるいは、松宮教授はこの論理を正当防衛の場合に及ぼすのが不当であるという価値判断に基づいて、同決定を限定解釈しようとするのかもしれない。しかし、そうした結論の当否と決定自体の論理構造とはまた別物である。
- (10) 曾根威彦・判例評論四一〇号四二頁、松尾浩也他編『刑法判例百選(総論) 第四版』(一九九七年)一七七頁(葛原力三)。
- (11) 川端博「共同正犯と過剰防衛について」研修五四〇号二六頁。
- (12) 以下では、この二つの言葉は、ともに構成要件の結果を他人を介在させることなく実現した人物という意味で用いる。二つの言葉を用いるのは、背後者が間接正犯の場合には、行為媒介者、(広義の)共犯の場合には、直接行為者という語が、人口に膾炙しており、他方の言葉を用いると、やや違和感があるからという事実上の理由にすぎない。
- (13) 従って、いわばその逆の、違法行為への関与といえるのが争われる場合、つまり直接行為者が過剰防衛とされるにもかかわらず、背後者が正当防衛にとどまっている最判平六・一二・六刑集四八卷八号五〇九頁のような事例は扱わない。
- (14) Vgl. BGHS3, 4; BGHS3, 112. 事案については後述する。
- (15) 例えば、高橋則夫・判批・法学教室一四八号一一三頁。ただし高橋教授自身は共同正犯においては他人の違法行為の相互帰属が問題となる、として狭義の共犯との違いを強調される(高橋則夫「共同正犯の帰属原理」『西原春夫先生古希祝賀論文集第二卷』(一九九八年)三四六頁)。
- (16) 大越・前掲論文(注7)二二二頁。
- (17) もっとも大越教授はその後主観的違法要素全面否定論に改説された(大越義久「実行の着手」『刑法解釈の展開』(一九九二年)一二九頁)。従って前者の類型は現在では問題とならない。そうした現大越説と結論的にほぼ同旨の見解として、町野朔「惹起説の整備・点検」『内藤謙先生古希祝賀論文集・刑事法学の現代的状況』(一九九四年)一二四頁。町野説については後述する。
- (18) 中義勝「違法の連帯性と要素從属性」『刑法上の諸問題』(一九九一年)四六四頁。
- (19) 林幹人「適法行為を利用する違法行為」『刑法の現代的課題』(一九九一年)一一二頁。
- (20) ドイツにおいて当時の通説が、前者の問題のみを議論して、この問題へ十分な考慮をほらつていなかったことを指摘したが、Klaus Lüderssen, *Zum Strafgrund der Teilnahme*, 1966, S. 26 である。
- (21) 松宮孝明『刑法総論講義(第二版)』(一九九九)二三四—三五頁(以下、日本の教科書類は、松宮・総論といった略称で引用する)。
- (22) 例えば、平野龍一『刑法総論II』(一九七五年)二二九頁、村井敏邦「緊急避難の本質」中義勝編『論争刑法』(一九七六年)六四頁以下、前田雅英『刑法総論講義(第3版)』(一九九八年)二五五頁。ただしさらに違法阻却の「陰に隠れた」責任阻却も存在するかどうかは問題がある。この点については通説は第三者のためにする緊急避難の場合には(第三者との特別な関係がない限り)責任阻却はないと考えているようであるが、緊急状況に置いては自由な意思決定が害されていると考えれば、肯定する余地もあるように思われる(ドイツ刑法三四条について)Jan

C. Joerden, Strukturen des strafrechtlichen Verantwortlichkeitsbegriffs: Relation und ihre Verkettungen, 1988, S. 76)。そのように考えないと、過剰避難における刑の減免の判断資料の中心が責任減少にあると考える限り、第三者のための過剰避難の成立範囲が極端に狭くなるのではないだろうか。もつともこの点はなお検討を要する。

(23) 例えば、橋田久「強制による行為の法的性質(一)」法学論叢二三一巻一号一〇五頁、伊藤寧他『刑法総論教科書総論上』二二〇頁以下(川口浩二)、松宮孝明「日本刑法三七条の緊急避難について」立命館法学二六二号一〇五八頁以下等。

(24) なお近時フランスの議論を参照しつつ、行為者の不可罰根拠の問題と、避難行為に対する対向行為の可否の問題は、分けて考えるべきだ、という前提の下、緊急避難は前者の観点からは可罰的違法性阻却事由であるが、後者の観点からは、法益の著しい優越がない限り適法行為とはいえない、とする見解も主張されている(井上宜裕「緊急避難の不可罰性と第三者保護に関する一考察(三・完)」大阪市立大法学雑誌四四巻三号一〇四頁)。この見解の当否は本稿の射程を超えるので、検討できないが、このような立場からも、法益の著しい優越がある場合には、以下で述べる適法行為を利用する違法行為の問題が登場せざるを得ない。

(25) 東京地判平八・六・二六判時一五七八号三九頁参照。

(26) 橋田久「強制による行為の法的性質(二)」法学論叢二二二巻四号九一頁以下。ドイツの議論の紹介もそこに詳細である。

(27) 林・前掲論文(注19)一一二頁。

(28) Z.B.Günther Jakobs, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 1991, S. 416. 我が国でも、井田良「正当防衛論」現代刑事法十一号八五頁も帰責性のない者に対しては正当防衛を認めるべきでない、とする。

(29) 橋田・前掲論文(注26)九六頁。しかし、橋田助教教授御自身も、近時、飼主に故意がない場合には動物に対する対物防衛は認められないとされている(橋田久「侵害の不正性と対物防衛」現代刑事法九号四二頁)。これと本文中に引用した部分との整合性は明らかではない。

(30) 例えば、内田文昭『改訂刑法I(総論)』(一九八六年)二〇二頁。

(31) Z.B. Hartmut Johannes, Mittelbare Täterschaft bei rechtmäßigem Handeln des Werkzeugs, 1961, S. 65; Adolf Schönke/Horst Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, 25. Aufl., 1997, § 34Rn41b (Theodor Lencker) (以下「ドイツの教科書コンメンタール類は Schönke/Schröder (Lencker) とした略称で行うこととする) 我が国では、橋田・前掲論文(注26)九二頁以下の他、例えば、松宮・総論一四五頁。

(32) Rolf-Dietrich Herzberg, Mittelbare Täterschaft bei rechtmäßig oder unverbotten handelndem Werkzeug, 1967, S. 33.

(33) Ulfried Neumann, Der strafrechtliche Nötigungsnotstand- Rechtfertigungs- oder Entschuldigungsgrund?, JA1988, S. 335.

(34) こうした場合でも違法阻却を否定する論者もある(Richard Lange, Terrorismus kein Notstandsfall? Zur Anwendung des § 34 StGB im öffentlichen Recht, NJW1978, S. 784ff. は危険源が人の違法行為に由来する場合すべて違法阻却を否定するように読める)が、橋田助教も適切に指摘される(橋田・前掲論文(注23)一九四頁)とおろ、およそ不法な行為には常に対抗すべきだとの一般的義務を認めることになりかねず妥当でない。



- (35) Vgl. Neumann, a.a.O. (Anm. 33), S. 334.
- (36) 橋田・前掲論文(注26)一〇六頁。
- (37) 橋田久・判批・法学教室別冊判例センクツ九七・三二頁。
- (38) ここではドイツにおける優越的利益原則の歴史的形成過程について詳論することはできないが、一般には、この概念が定着したのは民法典の違法性阻却事由としての緊急避難を参考にして超法規的緊急避難を認めた一九二七年のライヒスゲリヒトの判例(RGSt61, 242)が大きなきっかけとなっている」と理解をねづいて(statt vieler, Claus Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd1, 3. Aufl., 1997, S. 610)。これは期待可能性思想がフランク(Reinhard Frank, Über den Aufbau des Schuldbegriffs, 1907)とトントニョフマン(James Goldschmidt, Notstand, ein Schuldproblem, 1913)がそれぞれ理論化された時期より若干の遅れがある。
- (39) Vgl. Heribert Schumann, Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung des Anderen, 1986, SS. 84-85.
- (40) Z.B. Roxin, AT, S. 637f.; ders., Die notstandsähnlichen Lage ein Strafrechtsausschlussgründe?, Festschrift für Dietrich Oehler, 1985, S. 187; Neumann, a.a.O. (Anm. 33), S. 329; 我が国では松宮・総論一四四頁が同旨か。
- (41) もっともドイツ刑法においては、正当化緊急避難は被保全法益の被害法益に対する本質的優越を要求しているから生命侵害の場合には強制によるか否とに関わりなく、責任阻却の余地があることとされる。なおここでいう「本質的優越」の具体的内容に関しては、争いがある(vgl. Schönke/Schröder (Lenckner) § 34Rn45)が、侵害法益が生命の場合にこの要件が満たされないことにはほぼ問題はない。
- (42) Herzberg, a.a.O. (Anm. 32), S. 32.
- (43) これと関連して、ドイツでは必ずしも意識的にそのような主張がされているわけではないが、毒薬を郵便で送った場合の郵便配達人の行為等の社会制度上の行為の利用も「適法行為」の利用であるという前提の下で議論されることが時々見受けられる(例えばErich Samson, Hypothetische Kausalverläufe im Strafrecht, 1972, S. 171は情を知らない郵便配達人に時限爆弾の入った小包を門から戸まで最後の一メートルを運んでやろうと申し出た者について、「違法な」関与の引き受けを欠くとして不可罰とする)。さらにヤコブスのように積極的にこうした事案を「犯罪的意味を欠く行為の利用」であるとして、適法行為を利用した間接正犯の一類型と見る考えもある(Günther Jakobs, Objektive Zurechnung bei mittelbarer Täterschaft durch ein vorsatzloses Werkzeug, GA1997, S. 559)。しかし、私は現段階においてはこのような行為は違法であるが責任が欠けるだけだと考えるので、本稿の検討対象からは除くこととする。
- (44) また、例えば軍隊において上官が(一般的には服従義務がある)部下に違法な命令を出し、部下がそれに従ったといういわゆる違法拘束命令については、これも(部下は上官の命令に従う義務に従って行為しているから適法であり)適法行為を利用する間接正犯であるとの見解もあるが、上位者の下位者に対する服従義務の履行によって守られるのは国家組織体の秩序維持という抽象的な利益にすぎず、違法命令の執行による具体的な法益侵害を正当化することは困難であると思われる。従ってここでは(下位者に緊急避難など他の違法性阻却事由があれば別だがそれ以外の場合)せいぜい責任阻却が問題になるにすぎない。従ってこの問題は適法行為を利用する違法行為の問題ではないというべきであろう(同旨の見解としてz.B. Welzel, LB, S. 104; Herzberg, a.a.O. (Anm. 32), S. 45; 橋田・前掲論文(注26)一〇二頁等)。

- (45) ドイツ刑法三二六条。ただし次注の判例が登場した後に脅迫、欺もう、共謀により得られた形式的に有効な「許可」は無効であるということが明文化された(三三〇条d五項)。
- (46) BGHSt 39, 381. それ以前にもランクトノ上級裁判所に同旨の判例 (NJW1987, S. 2753) があり、それとかなりの議論を呼んだ。
- (47) Z.B. Wolfgang Wohlers, Der Erlaß rechtsfehlerhafter Genehmigungsbescheide als Grundlage mittelbarer Täterschaft, ZStW108, S. 61f.; トーマス・ヴマイゲント (高橋則夫訳) 「ドイツ刑法における間接正犯の新しい形態」早大比較法学三二巻一号一三三頁以下。Karsten Randt, Mittelbare Täterschaft durch Schaffung von Rechtfertigungslagen, 1997 年の問題に一章を割いている。
- (48) 最判昭五九・二・二四刑集三八巻四号一二八七頁。
- (49) 司法警察員が、裁判官に虚偽の事実を申し立てて逮捕状を發布させ、逮捕がなされた場合はこれと似ているが、こうした事例についてはドイツにおいても別の議論がされているので、そちらの方を参照する。
- (50) Z.B. Eckhard Horn, Strafbares Fehlverhalten von Genehmigungs- und Aufsichtsbehörden, NJW1981, S. 1ff.; Hans-Joachim Rudolph, Problem der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Amtsträgern für Gewässerunreinigungen, Festschrift für Hanns Dünnebier, S. 561ff.; ders., Anmerkung zu BGHSt39, 381, NSZ1994, S. 433.
- (51) Edmund Mezger, Mittelbare Täterschaft und rechtswidriges Handeln, ZStW52 (1932), S. 529f. insbesondere, S. 536.
- (52) 平野・総論II三六二頁、松宮・総論二三五頁等。
- (53) 注51、52に掲げた文献参照。
- (54) 大判大一〇・五・七刑録二七輯二五七頁。なお近時の最決平九・一〇・三〇刑集五一巻一〇号八一六頁も実行の着手後の行為の介入に関して、その行為が背後者の「道具」であるか否かを検討している。
- (55) 平野・総論II三六二頁。
- (56) 平野龍一『刑法総論I』(一九七二年)一四六頁参照。
- (57) Mezger, a.a.O. (Anm. 51), S. 536. 前例のこの道具性を否定する記述は、行為媒介者に違法性阻却事由があり、背後者にそれに対応する違法性阻却事由がなければ背後者は間接正犯である(優越性説)とするケーラーの見解 (August Hegler, Mittelbare Täterschaft bei nichtrechtswidrigem Handeln der Mittelperson, Festgabe für Richard Schmitt, 1932, S. 529) を批判するために述べられたものである。もともとこの論文以前にはメツガーは「行為媒介者が適法に振る舞っている場合には、彼が他人によって犯罪の遂行に利用されるということとはあり得ない」として、後例の責任無能力者の利用のような事案においても背後者を不可罰とせざるを得なくなるような論理を提示していた (Edmund Mezger, Strafrecht, 1931, S. 426 この記述は第三版に至るまで維持されている)。a.a.O. (Anm. 51) にはこの理由付けがあげられていないという事実は極めて興味深い。メツガーは後年正当防衛における防衛の意思の観点から適法行為を利用する間接正犯不可罰説から可罰説に改説した、というのが一般的な理解だが、実は彼は適法行為を利用する違法行為否定説から、適法行為を利用する直接正犯可罰説に、その後適法行為を利用する間接正犯肯定説にと、二度改説したと考える方が正確であらう (vgl. Herzberg, a.a.O. (Anm.32), S. 9)。

- (58) Vgl. Günter Stratenwerth, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 3. Auflage, 1981, S. 226.
- (59) 注52にあげた平野博士、松宮教授もこのような理解を採用される。
- (60) 大越義久『刑法総論(第2版)』(一九九六年)二二三頁参照。
- (61) 山口厚「自招危難について」『香川達夫先生古希祝賀論文集・刑事法学の課題と展望』(一九九六年)二〇七頁の記述も(単独犯に関してであるが)原因において違法な行為という実行の着手前の行為と着手後の行為の違法の相対性の問題と、実行の着手後に医者の治療行為によって結果が発生ないし拡大した場合の違法の相対性の問題とを同じ要件で判断することを前提とされている。
- (62) 林・前掲論文(注19)一〇九一一一〇頁。
- (63) 町野・前掲論文(注17)一二三頁。山中敬一『刑法総論II』(一九九九年)七八一頁も、「被利用者にとっての急迫不正の侵害は、被利用者を通じて行為する利用者にとっても急迫不正の侵害である」とされる。
- (64) 町野・前掲論文(注17)一二〇頁; vgl. Mezger, *LB*, S. 426.
- (65) ドイツではz.B. Lüderssen, a.a.O. (Anm. 20), S. 26; Johannes, a.a.O. (Anm. 30), S. 44. 我が国では例えば中義勝『講述犯罪総論』(一九八〇年)二五七頁。大越・前掲書(注7)二四四頁も「違法の相対性は原則として認められない」とされつつも実際にはこのような立場と発想が共通している部分が多い。また近時大谷教授も行為無価値論を理論的根拠とされ、基本的にこのような立場を主張される(大谷実「最小從属性説について」『西原春夫先生古希祝賀論文集第二巻』(一九九八年)四七三頁)。
- (66) 判例からはこのような結論に至るであろうとすでに予測されていたのは、大越・前掲書(注7)二四四頁。
- (67) 曾根威彦・判例評論四一〇号四二頁。
- (68) 平野・総論II三五八頁参照。
- (69) 高橋・前掲論文(注15)一一三頁参照。なお、このように考えるのであれば直接行為者に正当防衛の客観的状況が備わっているが防衛の意思がなく、背後者には「防衛の意思」がある場合は、背後者は不可罰となるということになるだろう。そのような、防衛行為と切り離された防衛の意思の内容は明らかではないが。
- (70) Herzberg, a.a.O. (Anm. 32), S. 24; 町野・前掲論文(注17)一二〇頁。
- (71) 井田良・丸山雅夫『ケーススタディ刑法』(一九九七年)二九〇頁の分析も参照。
- (72) 山口厚『問題探究刑法総論』(一九九八年)二四二頁。
- (73) 山中教授は、純粹惹起説の立場からも、これらの場合の関与者は、不可罰であるとされ、その理由を、「正犯行為が正当化されるならば、共犯行為にとつても、危険ないし結果が正当化されたのであり、処罰しえない」(山中・総論II七六四頁)とされる。これは基本的に町野教授の議論と同趣旨である。この論理からは、適法行為を利用した違法行為は全面的に否定されるはずである。しかし、山中教授はその記述のすぐ後において、正当防衛の利用が場合によっては違法な共犯となることを認めておられる。そうである以上両者を区分する実質的な基準を示される必要があるのではなからうか、そしてその点こそがまさに本稿の主題である。

(74) 町野・前掲論文(注17) 一一二頁。

(75) なおこの点 Herzberg, a.a.O. (Anm. 32), S. 61. はこうした一定の主体に正当化が結びつけられている場合には、背後者はそうした主体を道具として利用した場合に、そのような行為をすることが許される(固有の違法性阻却事由がある)と解している。しかし、なぜそのような固有の違法性阻却事由が認められるかの理論的根拠が明らかでなく、これは結局行為媒介者に存在する違法性阻却事由が背後者に影響することを認めることと同じだと思われる。

(76) ドイツでは z.B. Welzel, LB, S. 105; Schönke/Schröder (Cramer) § 25Rn26; Hans-Ludwig Schreiber, Rechtfertigung und Entschuldigung bei Tatbeteiligung mehrer, in: Georg Fetscher/Albin Eser (Hrsg.), Rechtfertigung und Entschuldigung II, 1988, S. 1180; 我が国では、団藤重光『刑法綱要総論(第三版)』(一九九〇年)三三三頁、林・前掲論文(注19)一一六頁等がこの点を強調する。

(77) 共同正犯も含まれるとしているのは、例えば、橋本正博・平成四年度重判解一六六頁等、共同正犯の本質についてのドイツの有力説である機能的行為支配説を前提として、共同正犯の正犯性を強調する論者である。

他方、共同正犯の場合と間接正犯の場合とは異なるとするのは、共同正犯を処罰拡張事由として狭義の共犯と単独犯の中間的存在と位置づける前田雅英「共同正犯と正当防衛」『内藤謙先生古希祝賀論文集・刑事法学の現代的状況』(一九九四年)一七五頁、一七六頁である。なお前提とされる共同正犯論及び理由付けは明らかでないが、橋田久「判例研究」甲南法学三五巻一号一一〇頁も、適法行為を通じた違法行為の実現は間接正犯については認められるが、共同正犯については認めるべきではない、とされる。

(78) 橋本・前掲評釈(注76)一六六頁。しかし、共謀共同正犯を広く認め、また必要的共犯論を共謀共同正犯にも及ぼす判例(最決昭五一・三・一八刑集三〇巻二号二二二頁)がこのような前提に立っているのかどうかは疑わしい。

(79) Z.B. Hans Welzel, Zur Kritik der subjektiven Teilnahmelehre, SJZ1947, S. 647; Maurach/Gössel, AT, S. 275; LK (Roxin) § 25Rn80, 81; Schönke/Schröder (Cramer) § 25Rn27 以下に對してイェシエクハ・ヴアイグントは判例の結論には賛成しつつも、その理由付けとして、真実を述べた場合は背後者自身が適法に行為しているから、間接正犯とはいえない、とする(Jeschek/Weigend, AT, S. 668)。彼らがどこまで意識的にこのような表現を用いているかは不明であるが、適法か否かと、間接正犯か否かという構成要件該当性の問題とは別次元のように思われる。

(80) BGHSt3, 4.

(81) BGHSt3, 112.

(82) 注79に掲げた文献参照。

(83) 前者の見解として、例えば、西原春夫『刑法総論下(改訂準備版)』(一九九三年)三六四頁、後者の見解として、例えば、小野清一郎『刑法講義』(一九三二年)一九八頁、団藤・総論一五七頁等。

(84) いわゆる最小限度従属性説を採用する論者も正犯に正当防衛が成立する場合にこれに關与するものが常に違法となると考えているわけではない(平野龍一『刑法総論II』(一九七五年)三五八頁、前田雅英『刑法総論講義(第3版)』(一九九八年)三九九頁、大谷実『最小限度従属

形式」について『西原春夫先生古稀祝賀論文集第二卷』(一九九八年) 四七三頁参照。

(85) 私は違法性が肯定されるためには法益侵害という結果無価値は不可欠であると考えるので(いわゆる結果無価値・行為無価値二元説からもこのような帰結となるはずである。大谷・総論二九六頁)、同意が存在し、利益不存在の原則が適用される限りで、構成要件該当性がなくなるという違法性が阻却されることを、同意の表示は不要だとするいわゆる意思方向説に立つ。

(86) Ulrich Stein, Die strafrechtliche Beteiligungformenlehre, 1988, S. 287.

(87) Herzberg, a.a.O. (Anm. 32), S. 60.

(88) Herzberg, a.a.O. (Anm. 32), S. 30.

(89) 大判昭和九・九・一四刑集一三卷一二五七号参照。

(90) 明文で身分が限定されている犯罪類型において、身分がない者にも間接正犯を認める論者もいないわけではない (z.B. Robert von Hippel, Deutsches Strafrecht, Bd2, 1930, S. 382; August Hegler, Zum Wesen der mittelbaren Täterschaft, RG-Festgabe V, 1929, S. 311; 我が国では例えば、藤木英雄『刑法総論講義』(一九七五年) 二八一頁、莊子邦雄『刑法総論(第三版)』(一九九七年) 四六二頁、西田典之「公文書無形偽造の間接正犯について」『西原春夫先生古稀祝賀論文集第三卷』(一九九八年) 二七五頁)。しかし、これは間接正犯の成立要件を直接正犯のそれよりゆるめるものであり、明文の処罰拡張規定があればともかく、そうでない以上は罪刑法定主義の観点から疑問がある。なお六五条一項を根拠として非身分者の間接正犯を肯定する見解もあるが(例えば、泉二新熊『日本刑法論総論』(一九二七年) 六六四頁) 同条が「共犯」と規定している以上、共犯の一種である共同正犯はともかく、そこに間接正犯を含めることには賛成できない。

(91) これに対して秘密漏示罪の保護法益を公衆の他人の秘密を預かる職業への信頼と考えれば(例えば、佐久間修「医療情報について」『莊子邦雄先生古稀祝賀論文集』(一九九一年) 三二一頁参照)、軽度の強制の場合には、なお医師が自由に違法行為を行っているから信頼が害されており、背後者はこれに関与しているのだから共犯として可罰的であるが、重度の強制の場合には医師に対する信頼は害されていない(そのような状況では仕方ないかと人々が思う)ので、背後者はその点については責任を問われたいという見解も成り立ち得るようにも思える(斎藤信治「正犯と共犯」阿部純二他編『刑法基本講座4巻(未遂、共犯)』(一九九四年) 六九頁参照)。しかし、秘密漏示罪の保護法益をそのように考えたとしても、後者の事例においても背後者は医師に(その心理状況を一旦捨象して)客観的に見れば信頼を害するような行為を行わせた、しかも彼をそのような行為に追い込んだのだ、と考えれば当罰的と見ることも可能であろう。

(92) そこで、ヤコブスは違法性阻却事由の相対化、という手法を用いる可能性を示唆する。つまり、このような場合、行為媒介者にとっては違法性が阻却されるが、背後者についてはそうではない、として背後者の可罰性を肯定できないか、というのである(Jakobs, AT, S. 397, S. 641)。後述のように私もこれに類似した考え方によって妥当な結論を導くことができると考えている。しかし、そのような議論を認めることは、とりもなおさず、共犯の成立要件には(正犯者自身から見た)正犯の構成要件に該当する違法な行為が必要である、という(ドイツでは明文化されている)共犯の制限従属性の考え方と正面から抵触するように思われる。

(93) 大越・前掲書(注7)二四二頁。

(94) 町野・前掲論文(注17) 一一〇頁。

(95) 我が国では山口・前掲書(注72) 二四三頁、林・前掲論文(注19) 一一一頁等参照

(96) Z.B. Maurach/Gössel, AT, S. 380; Günther Jakobs, Akzessorität Zu den Voraussetzungen gemeinsamer Organisation, GA1996, S. 254; Randt, a.a.O. (Anm. 47), S. 60.

(97) 中・前掲論文(注18) 四八二頁。

(98) Z.B. Max Ernst Mayer, Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts, 2. Aufl., 1923, S. 334; Wolfgang Mittermair, Gutachten über § 300 RStGB, ZStW21, S. 246; vgl. Mezger, LB, S. 426.

(99) もっとも佐伯千仞『共犯理論の源流』(一九八六年、ただし初出は一九三四年) 六七頁は間接正犯を全面的に否定された上で、共犯(これは「実行行為」を他人を介して行った場合のすべてを指す)が従属すべき正犯行為は何らかの意味で違法であることが必要だ、とされている。ここからは直接行為者に違法性阻却事由が存在すれば背後者にそれが常に影響するという帰結が導かれるように思われる。しかし、同『四訂刑法講義総論』(一九八一年) 三五六頁においては反対に、こうした場合でも共犯の成立を認めるように読める記述もある。

(100) 例えば、浅田和茂『共犯論覚書』『中山研一先生古希祝賀論文集第三巻』(一九九七年) 二七八頁、中山研一他『レヴィジョン刑法I』(一九九七年)(中山) 一〇四頁。

(101) さらにいえば、事前共謀の場合には、背後者の問責行為である共謀の時点では急迫不正の侵害は常にならないのだから、判例のように「積極的加害意思」をことさらに強調する必要さえないことになる。

(102) 大越・前掲書(注7) 二二六頁。

(103) 刑法雑誌二七巻一号一五三頁の「共犯の処罰根拠」をめぐる討論における西田教授の発言。さらに堀内捷三「共犯の処罰根拠―2」法学教室一二五号五三頁も参照。

(104) 町野・前掲論文(注17) 一二三頁参照、心情無価値のみを理由として適法行為を利用する違法行為を認めるべきではないことはドイツにおいては、すでに前述したBGHの判例をめぐる議論において指摘されていた。Welzel, a.a.O. (Anm. 79), S. 647; Günter Less, Gibt es strafbare mittelbare Täterschaft, wenn der Tarnmittel rechtmäßig handelt?, JZ1951, S. 551.

(105) 町野・前掲論文(注17) 一二三頁も適法な誤認逮捕を利用する場合には背後者は違法であるとされる。もっとも町野教授のこの論点における理由付けについては、後述するように賛成できない。

(106) 中山研一「刑事法学の動き」法律時報六七巻一二号七〇頁(町野論文の書評)。

(107) 中山研一『刑法総論』(一九八二年) 四七八頁。

(108) Less, a.a.O. (Anm. 104), S. 552 (もっともLessの論証過程はまず原則として行為媒介者の違法性阻却事由は背後者の罪責に影響しない、とした上で、しかし、それでは適法な行為に対して単に悪質な心情をもって関与しただけの者を可罰的とすることになってしまい、心情刑法となるから、背後者の行為を限定すべきだ、として、本文のような基準を要求する、というものである)。町野・前掲論文(注17) 一二三頁は必ず

しも明らかではないが、誤認逮捕利用の場合については補充的に「刑法が誣告罪を処罰していること」をも理由とされる。なお（私見からは同様の基準で判断されるべき）結果の客観的帰属の場面に関する議論であるが、vgl. ferner: Wolfgang Frisch, Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, 1988, S. 479, S. 491.

(10) Less, a.a.O. (Anm104), S. 552.

(11) Herzberg, a.a.O. (Anm. 32), S. 22.

(12) 井田良「違法性における結果無価値と行為無価値」『犯罪論の現在と目的的行為論』（一九九五年）一四六頁。

(13) Maurach/Gössel, AT, S. 275.

(14) なお、利益不存在も不法を否定するものではあると考えるが、後述のようにむしろ（不法）構成要件該当性の問題と位置づけるべきであると考え。そして後述するように両者で適法行為を利用する違法行為の成立要件を変えるべきように思われる。

(15) 山口・前掲書（注72）五三頁参照。

(16) なお、このような場合に当たるとかが問題となる特殊な場合として、補充性がない状況からある状況へと追い込んだ、という事例があげられる。例えば、甲が、丙が乙を殺すために、乙宅に放火しようという計画を立てていることを知り、乙宅の玄関をふさいでおいた、このため、乙は隣家（丁宅）との壁を壊して逃げざるを得なくなった。甲は、そのようにしておけば、乙が丁宅の壁を壊さざるを得なくなるだろうとわかっていた、という場合である。この場合乙の行為は緊急避難である。他方、放火により乙の生命への危険を直接作り出しているのは丙であって甲ではない。甲は乙をいわば補充性のない状況からある状況へと追い込んでいるのである。この場合を、「前提状況の作出」に含めることができるかは一個の問題である。一見すると、これは「前提状況」ではなく、状況を前提とした上での、避難行為の補充性の問題のようにも思える。しかし、このように峻別することにはやや抵抗を覚える。違法性阻却の前提状況として「他の方法では避け得ない」危険（ドイツ刑法三四条参照）が要求されているのだと定義すれば、これは前提状況の問題となるが、このように実質は異ならず、単に文言が違うだけで差を設けてよいのかに疑問を覚えるからである。もっとも、この点は、違法性阻却事由における補充性と危険の現在性との関係についての本格的な検討を経て結論を出すべき問題だと思われるので、本稿では問題点を指摘するにとどめることとする。

(17) Herzberg, a.a.O. (Anm. 32), S. 27; 中・前掲論文（注18）四七六頁参照。なお、自招防衛者への防衛行為時の関与に関する記述であるが、vgl. ferner, Theodor Lenckner, Notwehr bei provoziertem und verschuldetem Angriff, GA1961, S. 306.

(18) すでに平野・総論II三五八頁は「一般的には制限従属性説をとり、これら（筆者注・適法行為を利用する違法行為が認められる場合の共犯）の場合をその例外としても差し支えないであろう」とされていた。また曾根教授も「法益の侵害・危険という側面では違法評価が連帯することを認めるとしても、法益が衝突する違法阻却の面では個々の具体的事情が考慮されるために、利益考量の結果として人により違法評価が相対化する場合がある」とされる（曾根威彦『刑事違法論の研究』（一九九八年）二六三頁）。

(19) いわゆる自招防衛・避難についての検討は本稿の課題を越えるので省略する（この点に関する近時の優れた検討として、橋爪隆「不正の侵害に先行する事情と正当防衛の限界」現代刑事法九号二八頁以下がある）。本稿の論理が、そもそも同一人の複数の行為の評価が問題となって

いる事案に適用可能かどうか、はなお慎重な検討を要する（これを適用可能とすると、いわゆる原因において違法な行為の理論と同じ結論となる）。同一人の複数の行為が問題となっている場合には、そもそもいずれの行為を問責対象行為と見るべきか、という別個の問題が付け加わるからである。なお、仮に本稿の論理をそうした場合に適用するとしても、現行法上自己を利用した共犯というのは認められていないから、第一の行為が第二の行為に対して単に「共犯的」な関わりがあるだけでは足りず、第一の行為による結果の実現に単独正犯性＝基本的構成要件該当性が満たされなければならない。従って、仮に適用してもそれほど処罰範囲が広がるというわけではない。

(119) 山口・前掲書(注72)五三頁参照。

(120) もっとも強要罪自体も職務行為として違法阻却される余地はある。

(121) 同意も優越的利益の観点から説明する見解もある（ドイツ語圏では特に Peter No 11, Übergestrichle Rechtfertigungsgründe im Besonderen die Einwilligung des Verletzten, 1955. 我が国では特に曾根威彦『刑法における正当化の理論』（一九八〇年）一四九頁）が、被侵害法益との考量の対象として具体的な被害者の意思を離れた抽象的な「自己決定の自由」を觀念し、いわば法秩序による理性的行為の押しつけを認める点に問題があると考ええる（Roxin, AT, S. 466；山口・前掲書(注72)七六頁等参照）。

(122) ドイツにおいては行為媒介者がすでに責任阻却事由としての緊急避難の前提状況に陥っている場合については、そのような状況を「ごぞとばかりに利用」ないし「濫用」(mißbrauchen) した場合には、背後者を教唆犯として処罰するのではなく、間接正犯として処罰する見解も有力（z.B. Schönke/Schröder (Cramer) § 25Rn33；Jakobs, AT, S. 644）であるが、違法性阻却事由であることに争いが無い正当防衛の利用の場合にはすでに急迫不正の侵害に直面している者への関与は不可罰であり、正当防衛状況を引き起こす (herbeiführen) することが必要だとする（z.B. Schönke/Schröder (Cramer) § 25Rn28；Welzel, LB, S. 105；Maurach/Gössel, AT, S. 275）。これは後者のようにまさに可罰的か否かを決する場面において、心情無価値が決定的なものとなることへの危惧故のことと理解できるように思われる。

(123) Welzel, LB, S. 105；Herzberg, a.a.O. (Ann. 32), S. 74 がこの点を強調する。

(124) Z.B. Roxin, TuT, S. 152；Friedrich-Christian Schroeder, Der Täter hinter dem Täter, 1965, S. 75f.；Maria-Katharina Meyer, Ausschluss der Autonomie durch Irrtum, 1984, S. 46.

(125) 注123、124にあげた文献参照。

(126) Vgl. Herzberg, a.a.O. (Ann. 32), S. 71.

(127) このことは修正惹起説「違法の連帯」を認める立場でも同じである。この点については例えば中・前掲論文(注18)四六一頁、山口・前掲書(注72)二四三頁等参照。

(128) 例えば、山口・前掲書(注72)一〇頁。

(129) もっとも、前述したように単独犯においてコンディチオ公式が結果帰属のために必要だという見解に立つとすると、単独犯の場合には結果的に違法性阻却の前提状況とのコンディチオ・シネ・クア・ノンが実際には要求されるということになるだろう。しかし、この点については本稿の課題を越えるので省略する。



- (130) 山口・前掲書(注72)二七頁、町野・総論一六四頁参照。
- (131) Vgl. Claus Roxin, Bemerkung zum Regreßverbot, Festschrift für Herbert Tröndle, 1989, S. 190
- (132) Schönke/Schröder (Cramer) § 25Rn27.
- (133) 執行官には形式的審査権限しかなく、被害者の財産を処分する実質的権限があったとは言い難いから、この行為について詐欺罪を認めることは無理であろう。クラマーもそのように考えているようである (ebenda)。
- (134) もっともこの事案に限って言えば詐欺罪と窃盗罪との競合関係という各論の議論として、結果的にこの見解のいうように詐欺罪のみとなると解する余地はある。
- (135) Hegler, a.a.O. (Anm. 76), S. 16; Schönke/Schröder (Cramer) § 25Rn27, Jescheck/Weigend, AT, S. 667. 橋本正博・判例セレクト九八(法学教室二二三号別冊)二八頁が、次注の最高裁決定を適法行為を利用した間接正犯の類型に含めることはできない、とされているのも同趣旨であろうか。
- (136) 大麻の輸入が適法なコントロール・デリバリーによって既遂に達した事案において、大麻輸入罪の既遂に加えて、(既遂時期が通関突破時と解されている) 関税法上の禁制品輸入罪をも認めた近時の判例においても、適法行為の介入の認識、意図的引き起こしは既遂処罰の要件として要求されていない(最決平九・一〇・三〇刑集五一巻一〇号八一六頁)。ただし(判例は間接正犯を認めたので問題とならないが)最終的に結果を生じさせた配送業者の客観的構成要件該当行為の認識はある事案であった。
- (137) なお正犯に違法性阻却事由が存在すると共犯が誤信した場合に関して vgl. Heribert Schumann, Die rechtswidrige Haupttat als Gegenstand des Teilnehmervorsatzes, Festschrift für Walter Stree, Johannes Wessels, 1993, S. 392.
- (138) この点について、山中教授は「XはAを教唆し、AはすでにY殺害の実行の着手にており、Xの教唆行為の違法性も実行行為の中に現実化している」という理由で、Xを、Aを被害者とする殺人教唆であるとされる(山中・総論II七六四頁)。しかし、山中教授の論拠は、Yを被害者とする殺人未遂の教唆についての違法性の根拠にはなりうるが、Aを被害者とする殺人既遂の教唆の違法性の根拠とはなり得ないように思われる。XのA殺害についての共犯の従属の対象は、Aの行為ではなく、Yの行為だからである。
- (139) 甲の丙への関与は片面的なので、片面的共犯否定説ならば、共犯の成立の余地はない。
- (140) Mezer, a.a.O. (Anm. 57), S. 535; 松宮・総論二三四頁。
- (141) 乙が強制されたり、責任無能力者でなければ甲の乙に対する「支配」が認められないという限定を付すドイツの有力な学説 (z.B. Welzel, LB, S. 105; Roxin, TuT, S. 166; Schönke/Schröder (Cramer) § 25Rn28; SK (Samson) § 25Rn81) は、この点を見逃しているように思われる。こうした限定を不要とし、正当防衛状況の作出の有無のみで「行為支配」を決するのは Maurach/Gössel, AT, S. 275.
- (142) 正犯概念については詳しくは別稿による検討を予定している。
- (143) 甲が、乙は殺されることを認識していないだろうと思っていた場合は、抽象的事実の錯誤の問題となり、結局は自殺教唆が成立する。
- (144) なお、ドイツ刑法学に基本的に依拠して、スイスにおいて近時間接正犯について包括的な検討を加えたフーバーは、乙が責任無能力者等で

ない場合に、甲に間接正犯を認める（その結果甲の行為を違法とする）と、「犯罪を教唆した場合には、場合によっては正当防衛による反撃があり得るかもしれないのだから、被教唆者に対する教唆者の罪責を常に問題としなければならない」ということになってしまふ」と批判する（Dieter Christian Huber, Die mittelbare Täterschaft beim gemeinen vorsätzlichen Begehungsdelikt, 1995, S.256）。しかし、間接正犯の実行の着手時期を、常に行行為者の行為の時点に求めるといふ立場に立つのならばともかく、現在の我が国の通説のように、客観的な危険が生じた段階ではじめて着手があると考えるのであれば、現実に正当防衛による反撃がなされた場合にのみ、着手が認められ、そうした場合に限ってその点を検討すればよいのだから、そのような批判は当たらない（甲が共犯にとどまる場合はなおさらである）。

(145) 西田典之『共犯と身分』（一九八二年）一八八頁参照。

(146) Vgl. Ulrich Stein, Die strafrechtliche Beteiligungslehre, 1988, S. 302.

(147) 平野・総論II二五五頁、武藤眞朗「治療行為における違法性と正当化—患者の承諾の意義」早大院法研論集五九号二一四頁、松宮・総論一八八頁等。

(148) 最決昭六三・二・二九刑集四二卷二号三三四頁。

(149) 大阪地判平五・七・九判時一四七三号一五六頁参照。

(150) これに対し Roxin, a.a.O. (Anm. 40), S. 189は前述した、強制による緊急避難を重大な法益侵害の場合には責任阻却であると考える立場から、乙による法益侵害が傷害などの場合には、丁の可罰性を肯定し、またそれが妥当な結論だとする。しかし、前述したようにこうした二分説自体に賛成できない。また彼は（主体を本文に対応させると）「甲の手下丁が」関与した場合をあげているが、そのような場合は本文で述べたように、甲に対する共犯が成立する場合が実際上多いため、丁を処罰するという結論が妥当なように直感的に感じられるだけのようと思われる。

(151) Vgl. Herzberg, a.a.O. (Anm. 20) S. 80.

(152) なお、判例において法令行為を利用する間接正犯が認められたとも理解されている事案として、この三類型以外に、被告人（麻薬中毒者）が医者胃痛腹痛を装い、治療のために必要であると誤信させて、麻薬を注射させた点について麻薬施用罪を認めたもの（最決昭四四・一一・一一刑集二三卷一一号一四七一頁）がある。もっともこの場合、医者の行為も客観的に施用罪の構成要件に該当し違法であり、単に責任を欠くだけだと考えた上で、被告人に（対向犯的関与である）受施用罪の正犯を認めるべきだ、という見解も有力である（香城敏磨・判批・警察研究四三卷九号一〇九頁）。仮にこうした場合の医者の行為が適法であると考えるのであれば、それは行為時における客観的判断において治療の必要性があるように思われることが、違法性阻却の前提条件であるということになるから、被告人はそのような状況を自ら作り出したとして、その行為を違法とみることができらるだろう。

(153) Vgl. Herzberg, a.a.O. (Anm. 32), S. 45.

(154) Reinhart Maurach, Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 1971, S. 129. かつ、Maurach/Gössel, AT 205ff. は、この例は見あたらない。

- (155) ドイツではこのような理解が一般である。Z.B. Schönke/Schröder (Cramer) § 25Rn28; LK (Roxin) § 25Rn80; Kühl, AT, S. 686. 我が国においてもすでに泉二新熊『日本刑法論下巻』(一九〇八年) 八一四頁は、そのような指摘をしていた。これに対して Herzberg, a.O. (Anm. 32), S. 36 は、これは直接正犯の事案であるから、適法行為を利用した間接正犯を問題とする必要はない、とする。しかし、前述したように直接正犯であっても適法行為の利用が違法となるかはやはり問題とせざるを得ないのである。
- (156) 例えば、村井敏邦『公務執行妨害罪の研究』(一九八六年) 一三三六頁、曾根威彦『刑法における実行、危険、錯誤』(一九九一年) 一三二頁以下。
- (157) 中森喜彦『刑法各論(第二版)』(一九九六年) 二九七頁。
- (158) このような違法性阻却事由においては(訴訟詐欺における自白、擬制自白の場合を除く)その前提状況が事前判断により決まる、とされることがある(例えば、野村稔『未遂犯の研究』(一九八四年) 三五四頁)が、ややミスリーディングなように思われる。このような場合には「当該法規によって定められた、行為時における一定の客観的状況が存在している」ことが違法阻却の前提状況なのであり、その有無は裁判官の立場からやはり事後的に客観的に判断されるのである(平野龍一『刑法概説』(一九七七年) 二七八頁参照)。
- (159) なお満州国の警尉である被告人が、麻薬の密輸入らしき者を取り調べに仮託して恐喝する意図で、北京の警察職員に逮捕させた行為について、監禁罪の間接正犯を認めた判例(大判昭一四・一一・四刑集一八巻四九七頁)がある。当時の満州国及び北京の法律が不明なので、断言はできない(小野清一郎『刑事判例評釈集2巻』二三六頁参照)が、もし北京の警察職員の行為が適法なのだとしたら、被告人はその正当化の前提状況を作り出したわけではない(嫌疑はすでに存在していた)のだから、私の見解からは監禁罪では処罰されない(その後に行われた恐喝罪のみで処罰される)ということになる(松宮・総論二三五頁参照)。しかし、このような手続きに基づく逮捕行為は違法であり、行為媒介者は適法な司法共助の要請があったと信じていただけだとすれば、背後者は正当化の前提事実の認識を欠く者に対する関与となる。この場合に間接正犯となるか教唆犯となるか、あるいは正犯・共犯の類型性を欠き不可罰か、については別稿による検討に譲る。
- (160) BGHS3, 112.
- (161) 林・前掲論文(注19) 一二七頁は、このような場合は背後者は正犯でないという理由で、背後者を不可罰とされる。しかし、なぜ正犯性が否定されるかについての理由付けは見られない。
- (162) 山口厚『問題探交刑法各論』(一九九九年) 一五〇頁。
- (163) 厳密に言えば、発送行為を自体を行ったのは別人で、被告人はその共謀共同正犯である。しかし、その点については、法律論的には争われていないので省略する。
- (164) 最決平九・一〇・三〇刑集五一巻一〇号八一六頁。
- (165) 以上の点について、詳しくは、島田聡一郎・判批・ジュリスト一一六二号一五五頁。
- (166) なお、関税法の禁制品輸入罪の実行の着手時期に関して判断を加えた近時の判例として、最決平一一・九・二八判時一六九七号一二三頁がある。

- (167) 最判昭三三・一〇・六刑集一二卷一〇号三二四頁。
- (168) これに対して、原審判決は、これらの行為が適法行為であることをむしる理由として、被告人の間接正犯性を肯定していた。東京高判平八・六・二四判時一五九五号一五一頁。
- (169) 古田佑紀他『国際的な協力の下に規制薬物に係わる不正行為を助長する行為等の防止をはかるための麻薬及び向精神薬取締法等の特例に關する法律』及び『麻薬及び向精神薬取締法等の一部を改正する法律』の解説(一)「法曹時報四四卷七号四〇頁。もっとも、三好幹夫・判解・曹時五一卷一二号二七五頁は、この記述は、単に捜査手法を述べたにすぎない」とされる。
- (170) もっとも、この場合に背後者に正犯性が認められるかどうかは一個の問題である。この点については、島田・前掲評釈一五七頁において、不十分なが若干の検討を加えたが、ここでは、紙幅の関係上、適法行為を利用した違法行為は間接正犯の場合しか成立しないという通説理論を前提として論じた(同所に「現在の通説のように共犯であれば制限従属性が妥当するが間接正犯の場合には違法性は独立に判断されるという前提に立つのであれば」とあるのはそのような趣旨である)。しかし、本稿のような理解を前提とすれば、既述結果については共犯とした上で、違法とする余地もある。この点については、別稿に譲る。
- (171) Herzberg, a.a.O. (Ann. 32), S. 57; 大越・前掲書(注7)一三四頁。
- (172) Gunther Arzt, Willensmängel bei der Einwilligung, 1970, S. 22; Roxin, AT, S. 490. なお無免許者が医師免許があるかのように偽って行った豊胸手術について、東京高判平九・八・四判タ九六〇号二八七頁参照。
- (173) Vgl. Harro Otto, Strafloße Teilnahme?, Festschrift für Richard Lange, 1976, S.211. (居住者に立ち入りを許可された甲が、さうでない乙を唆して住居侵入させた場合、甲も可罰的になるとする)。
- (174) 傍論ではあるが vgl. BGHSt16, 311.
- (175) 大谷・前掲論文(注65)四七三頁参照。
- (176) こうした立場に立つ最近の論者として z.B. Hans-Joachim Rudolphi, Besprechung von Gunther Arzt, Willensmängel bei der Einwilligung, ZStW86, S. 87; Thomas Weigend, Über die Begründung der Straflosigkeit bei Einwilligung des Betroffenen, ZStW98, S. 61; Eberhard Schmidhäuser, Handeln mit Einwilligung des Betroffenen strafrechtlich: eine scheinbare Rechtsgutsverletzung, Festschrift für Friedrich Geerds, 1995, S. 601; Roxin, AT, S. 462. 我が国では例えば前田・総論一一七頁、山口・前掲書(注72)七六頁など。
- (177) そしてこのように考えるのであれば同意を違法性阻却事由ではなく、構成要件該当性自体を否定する事由に位置づける方が簡明である。Vgl. Roxin, AT, S. 464.
- (178) 図示すると以下のようなになる。

優越的利益: 甲

└─乙  
○  
☆

甲が乙・丙の法益を対立させているかが問題

利益不存在… 甲 乙 丙

○or●

丙の法益侵害の有無が問題

(179) 免許者が非免許者の行為に関与した場合に可罰的とした判例として、例えば、大判昭一二・二・一七刑集一六卷九二頁（旧衆議院議員選挙法違反―共同正犯）大判昭一四・七・一九刑集一八卷四一七頁（旧狩猟法違反―教唆犯）。さらに許可を受けた者自身も、許可の範囲を超えていたという事案であるが、福岡高判昭四二・二・三下刑集九卷二号八三頁（銃刀法違反―共同正犯）。

(180) これに対し、中山研一他・前掲書（注100）一三五頁（中山）は、共同正犯であれば資格者の適法への連帯ということも考えられる、とされる。しかし、本文のように考えれば、このような区別は理由がないことになる。実質的に見ても、免許者が無免許の他人に狩猟を行わせた場合と、免許者が無免許の他人に狩猟を行わせた上、自らも免許の範囲で狩猟を行った場合とで、免許者の可罰性に差が生じるのは、おかしなところのように思われる。

(181) 佐伯・前掲書（注99）二八八頁参照。