

《WLJ 判例コラム 臨時号》第 262 号

絶滅危惧種とされる「教唆犯」は、絶滅することはない

～最 1 小決令和 3 年 6 月 9 日—強盗致傷、犯人隠避教唆、犯人蔵匿教唆被告事件¹～

文献番号 2022WLJCC014

東京都立大学 名誉教授
前田 雅英

I 判例のポイント

共犯の本質をめぐる**共犯従属性説**と**共犯独立性説**の争いは、刑法解釈論の中心論点であった。具体的には、例えば殺人を唆した場合に、正犯者が実行に着手しなくとも殺人教唆（未遂）の成立を認める独立性説と、それを否定する従属性説の対立である。しかし、このような議論は、「机上」のものにすぎない。なぜなら、司法統計によれば、教唆犯の有罪人員は、ほとんど存在しないからである（前田雅英『刑法総論講義〔第 2 版〕』（1994）434 頁）。

教唆の実態は、最近ようやく学界でも共有されるようになってきた。松澤教授が「教唆犯の処罰は事実上消滅したといってよい」とされたことが大きかったが（松澤伸「教唆犯と共謀共同正犯の一考察—いわゆる「間接正犯と教唆犯の錯誤」を切り口として—」*Law & Practice* 4 号（2010）99 頁）、佐伯教授も「絶滅危惧種としての教唆犯」という論文を公表された（山口厚ほか編『西田典之先生献呈論文集』（2017）171 頁。さらに、それに先行して 1999 年に大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法〔第 2 版〕第 5 巻』（445 頁）でも指摘されていた）。現実の犯罪現象を踏まえた刑法解釈においては、教唆犯が現実の刑事司法の中で、ほとんど存在しないという事実は、「教唆の処罰根拠論」はもとより、共謀共同正犯論をはじめとした共犯論全体にとって、非常に重要な前提事実である。

しかも、教唆犯は、少ないのみならず、特定の犯罪に限られている。本件最高裁判例が対象と

した犯人隠避罪や証拠隠滅罪が過半数を占めるのである。だから「絶滅危惧種」と呼ばれる面があるのだが、逆に、本決定（多数意見）の存在は、「教唆犯が絶滅しない理由」を示している。そこに、判例の「現実的共犯理解」の本音が読み取れるように思われる。

II 事実の概要

- 1 本件は、強盗傷人事件の犯人として捜査中であった被告人 X が、逮捕を免れる目的で、そのことを知っている W に対し、自己を匿うことを依頼し、W にその旨を決意させて、O 府から K 県内の D 方まで自動車 X を運搬するなどさせた上、約 5 時間 D 方に X を滞在させて犯人隠避及び蔵匿を教唆したとされた事案である。
- 2 第 1 審は刑法 103 条の教唆罪に当たるとし、強盗傷人の事実と併合し、X を懲役 3 年 8 月に処した。これに対し、X 側は、犯人自身による隠避・蔵匿行為は処罰の対象とされておらず、その理由は、期待可能性の欠如にあると解されるから、それよりも弱い関与形態である教唆の場合についても同様に期待可能性がないものとして犯罪の成立を否定すべきであると主張して控訴した。
- 3 これに対し、原審大阪高裁は、犯人自身による隠避・蔵匿行為が処罰されない理由については、犯人の刑事手続上の当事者性等を考慮して政策的に不問に付されているものと考えられ、他人に犯罪の意思を形成させてこれを実行させた場合まで不問に付する理由は、前記当事者性等を踏まえても、見出すことができない。この点に関する最高裁判所の判例（最 2 小決昭和 35 年 7 月 18 日（刑集 14-9-1189）等）は変更されるべきであるとはいえないとして控訴を棄却した。

III 判旨

最高裁は、弁護人の上告に対し、その趣意は単なる法令違反、量刑不当の主張であって、刑訴法 405 条の上告理由に当たらないとし、上告を棄却した。

そして「なお、犯人が他人を教唆して自己を蔵匿させ又は隠避させたときは、刑法 103 条の罪の教唆犯が成立すると解するのが相当である（最高裁昭和 35 年（あ）第 98 号同年 7 月 18 日第二小法廷決定・刑集 14 卷 9 号 1189 頁参照）。被告人について同条の罪の教唆犯の成立を認めた第 1 審判決を是認した原判断は正当である」と判示した。

これに対して、以下の山口裁判官の反対意見が付されている。

「私は、被告人に犯人隠避・蔵匿罪の教唆犯の成立を認めることは相当でないと考える。

刑法 103 条は、罰金以上の刑に当たる罪を犯した者（以下「犯人」という。）が自ら行う蔵匿・隠避行為を処罰の対象としていない。それは、犯人が自ら逃げ隠れしても「蔵匿」したとはいわないし、「隠避させた」という要件は犯人隠避罪に該当する行為を行う者が犯人以外の者であることを前提としていると理解できるからである。このように、犯人による自己蔵匿・隠避行為は同条が定める構成要件に該当していない。この理由として、原判決のように、それらの行為も同条の規定が保護する刑事司法作用に侵害を与え得るものではあるものの、犯人の刑事手続における当事者性を考慮して政策的に処罰を限定したものであるなどと説明されることがあるが、このような処罰の政策的な限定を理論的に表現したものが、「犯人には期待可能性が認められない。」とする説明である。

当審判例は、犯人が他人を教唆して、自らを蔵匿・隠避させた場合は、処罰を限定する上記立法政策の射程外であり、教唆犯として処罰の対象となるとしてきた。

それを支える根拠・理由として幾つかのことが指摘されているが、犯人が一人で逃げ隠れするより、他人を巻き込んだ方が法益侵害性が高まるとの指摘がされることがある。このこと自体には理由があると考えられるが、他人の関与により高められた法益侵害性は、教唆された正犯者を処罰することによって対応し得るものであり、法益侵害性の高まりから犯人を教唆犯として処罰すべきことが直ちに導かれるわけではない。結局、正犯としてではなく、教唆者としては犯人を処罰の対象とし得ると解することは、「正犯としては処罰できないが、教唆犯としては処罰できる」ことを認めるものであり、この背後には、「正犯は罪を犯したことを理由として処罰され、教唆犯は犯罪者を生み出したことを理由として処罰される。」といういわゆる責任共犯論の考え方が含まれ、犯罪の成否を左右する極めて重要な意義がそれに与えられているように思われる。このような共犯理解は、他人を巻き込んだことを独自の犯罪性として捉え、正犯と教唆犯とで犯罪としての性格に重要な差異を認めるものであり、相当な理解とはいえないであろう。なぜなら、正犯も教唆犯も、犯罪結果（法益侵害）と因果性を持つがゆえに処罰されるという意味で同質の犯罪であると解されるからである。このような共犯理解によれば、正犯が処罰されないのに、それよりも因果性が間接的で弱く、それゆえ犯罪性が相対的に軽い関与形態である教唆犯は処罰されると解するのは背理であるといわざるを得ない。

以上から、私は、犯人による犯人蔵匿・隠避罪の教唆犯の成立は否定されるべきだと考えるものである。」

IV コメント

- 1 戦後の司法統計上、通常第 1 審の有罪人員は、総計 3,163,593 人であるが、その内、複数が関与したもの（共同正犯（被教唆正犯、被幫助正犯を含む）、教唆犯、幫助犯）の合計は、847,591

人である²。その内、共同正犯が 813,577 人、教唆犯が 2,160 人、幫助犯が 14,847 人なのである。

教唆犯は、年平均 43 人に過ぎず、複数関与事犯の 0.25%に過ぎない。これに対し、共同正犯は 98.0%、幫助は 1.75%存在する。その意味で、教唆犯を「絶滅危惧種」とするのは「的を射た指摘」といってよい。しかし、絶滅することはないように思われるのである。少ないなりに、コンスタントに存在し続けているからである。

ここで重要なのは、前述のように、数少ない教唆犯が、特定の犯罪、具体的には犯人蔵匿・証拠隠滅罪に集中しているという事実である。最近でも、平成元年から 10 年までの教唆犯有罪人員は、232 人であるが、その内 148 人が犯人蔵匿・証拠隠滅罪の教唆なのである。そのような結果が生じる理由は、犯人自身が唆した場合に本罪の主体になり得ないという点にある。日本では、オウムサリン事件のように、実行を命じた行為も共謀共同正犯とされるが、刑法 103 条の場合、犯人による隠避の働きかけを共同「正犯」とすることは困難なので、処罰するとすれば、教唆犯の成立を認めざるを得ないのである。ただ、「犯人自身の隠避教唆は無罪とすべき」という学説も有力である。

判例が無罪説を採用すれば、「教唆犯の絶滅」が到来するかも知れない。しかし、本件最 1 小決令和 3 年 6 月 9 日の判示の仕方は、教唆犯の絶滅があり得ないことを示しているように見えるのである。

- 2 犯人自身が身を隠しても不可罰であるが、犯人が他人に自己を匿わせた場合は、犯人蔵匿・隠避罪の教唆犯が成立するのかが、学説上対立してきた³。ただ、学説の対立に比し、判例は「教唆犯が成立する」として、その判示内容は全く揺らいでいない⁴。その意味で、本決定は、犯人隠避罪に関し、肯定説（教唆犯成立説）を踏襲したものに過ぎない。ただ、従来判例と対立する学説が、反対意見として付されているため、注目を集めることになった。成立説の多数意見と、否定説の反対意見の対立の構図は、明治以来の判例と学説の対立全体の縮図といってもよい。
- 3 この問題に関する先例として最も重要なのが、大判昭和 8 年 10 月 18 日（刑集 12-1820）である⁵。県会議員である被告人 X が、自ら仕掛けた据銃により女中に重傷（後に死亡）を負わせたが、このことが公になり刑罰を科されれば堪え難き不面目になると苦慮し、他人に、「X の犠牲となり事件の責任を引受けてくれ」と依頼して、銃を仕掛けて被害者を死亡させた旨の虚偽の申告をさせ、罰金の略式命令を確定させたという犯人隠避の事案で、犯人隠避教唆罪の成立を認めた。犯人自身の単なる隠避行為は、防御の自由に属するが、他人を教唆して自己を隠避させるに至れば防御の濫用に属し、法律の放任行為として干渉せざる防御の範囲を逸脱としたのである。その結論は、その後 100 年近く維持され続けている。ここであらためて確認しておかねばならないのは、刑法 103 条が犯人の処罰を予定していない法意は、「推奨すべき行為」だからではなく、法律の放任行為として法は干渉しないとただけだという解釈である。

最高裁も、最 2 小決昭和 35 年 7 月 18 日（刑集 14-9-1189）が、自動車事故の身代わり犯人を仕立てた行為について、犯人隠避罪の教唆犯が成立するものと解するを相当として、教唆犯成立の論拠を示すことなく、大判昭和 8 年 10 月 18 日を踏襲した⁶。

- 4 かつては、新派對旧派、共犯独立性説對共犯従属性説の対立も重視されていたが⁷、本問題においては、昭和初期から一貫して、条文構造を前提に、そこから素直に無罪の結論を導くか、犯人の隠避教唆の中に「情状」の重いものを認め、教唆犯の成立を認める余地を認めるかの対立が軸となってきた。前者を代表するのが「被告人による犯人隠避の教唆は、正犯として犯罪が成立しない以上、当然教唆犯としても成立しない」（大場茂馬『刑法各論〔第 8 版〕下巻』（1914）847 頁、839 頁）という説である。それを理論化して、犯人に、逃げ隠れしないという期待をかけることが不可能であるとする以上、人を教唆して隠避する行為も期待できないとする説といってもよい（滝川幸辰『刑法各論』（1951）281 頁）⁸。

これに対し、犯人が単独で自己を隠匿することは恕すべしとしても、「他人をして故意に犯人蔵匿又は証憑湮滅の罪を犯さしめることになると、それは情状に於て同一ではない」とする説が対立する（小野清一郎『新訂 刑法講義各論』（1950）36 頁）。他人に犯人蔵匿の罪を犯させてまでその目的を遂げるのは、自ら犯す場合とは情状が違ふとし、「教唆者が自分に関することであるとはいえ、教唆犯の成立を否定するだけの根拠はない」とする（団藤重光『刑法綱要各論〔第 3 版〕』（1990）90 頁）⁹。

- 5 対立の核心は、「他人に犯人隠避の罪を犯させてまでその目的を遂げるのは、自ら犯す場合とは犯情が異なるか」という点にある。「正犯として処罰されない以上、軽い類型である教唆犯として処罰されない」という「自然な解釈」に対し、「教唆の方が犯情が重い場合があり得るので、犯人自身の隠避教唆を一律に無罪とすることができない」と解するかである。

「教唆は正犯より軽い」という命題を、誤りだとする必要は無い。ただ少なくとも、「期待可能性は具体的な行為の態様についての法的評価であるから、共犯は正犯より軽いということだけでその立場を根拠づけることには無理があろう」（中森喜彦『刑法各論〔第 4 版〕』（2015）293 頁）。この 30 年来、「共謀共同正犯」が、学説上もほぼ定着してきた日本では（前田雅英『刑法総論講義〔第 7 版〕』（2019）347 頁）、直接実行行為に関与した者より、「犯罪を計画し唆す者の罪質を重く見るべき場合」がかなり存在することの認識が、広く共有されるようになったといつてよい^{10 11}。

- 6 「犯人自身の隠避教唆は、すべて処罰すべきである」ということではない。構成要件該当性判断においても、具体的事実を踏まえた規範的評価が加えられる¹²。立件、起訴の段階でスクリーニングがなされるのも、当然である。

ただ、犯人自身の教唆を認めた判例には「県会議員が自ら仕掛けた据銃により女中を死亡させた犯罪を隠避しようと、身代わり犯人を仕立てた事案（大判昭和 8 年 10 月 18 日）」に代表されるように、影響力を行使し得る者に対して身代わり犯人になるよう命じたり依頼した事案

が目立つ¹³。少なくとも、これらの教唆事案では、「刑事司法作用」という国家法益の侵害が大きいし、強い責任非難も向け得ることは疑いない（前田雅英『刑法各論講義〔第7版〕』（2020）478頁）。判例の実質的基準からすれば、共謀共同正犯として処断すべきであるが、条文構造上、教唆犯とせざるを得なかったのである。このような事案に関し、「類型的に教唆を軽く見るべきだから、犯人による刑法103条の教唆行為を罰すべきでない」という主張を、判例が認めないのは当然であると思われる。

- 7 この点、本件反対意見も「犯人が一人で逃げ隠れするより、他人を巻き込んだ方が法益侵害性が高まるとの指摘がされることがある。このこと自体には理由があると考えられる」とした。ただ、「他人の関与により高められた法益侵害性は、教唆された正犯者を処罰することによって対応し得るものであり、法益侵害性の高まりから犯人を教唆犯として処罰すべきことが直ちに導かれるわけではない」とするのである。

しかし、このような反論は、「身代わり犯人になることを強く慫慂したような悪質な事案」に直面した裁判官には、説得力を有しない。「他人の犠牲において即ち他人を教唆して犯罪に陥入れて自らの犯した犯罪の発覚を合法的に防止することを許すが如きこととなり、かような解釈は到底採用の余地がない」との実務家の「心情吐露」は（前掲注6 東京高判昭和38年1月28日）、現在も説得力が高いといえよう。

- 8 「犯人自身による隠避教唆行為」の問題は、日本人の規範的評価をやや重視する判例と、明治期に導入された欧米型の刑法についての「母国」の解釈をより重視する学説の、複雑なもつれ現象の典型例であり、共謀共同正犯論の定着の流れとも密接に結びつく。

日本では、「犯行の計画をするなど、犯罪の中心にいる者」が正犯で、「直接」実行したか否かのみで正犯か否かを決定すべきでないという考え方が存在してきた。その結果として、教唆のほとんどの部分が、共謀共同正犯で処理されることになった¹⁴。しかし、犯人蔵匿隠避罪等は、犯人（被告人）が行った場合の処罰を排除しており、共同正犯とすることに無理があるので、「やむなく」教唆で処理してきたように思われる。

もちろん、大場博士、滝川博士以来の「正犯として犯罪が成立しない以上、当然教唆犯としても成立しない」との主張は、それだけ見れば、ごく自然のものである。しかし、具体的事案を踏まえた規範的評価に基づかざるを得ない判例は、一貫して成立説を採用してきたし、今後も採用し続けるように思われる。

- 9 本決定は、判例の流れに沿う多数意見と、反対意見に明示された不成立説の学説の対立構造を、あらためて浮き彫りにすることになった。ただ、100年に及ぶ判例の流れの中に位置づけてみると、成立説の「実務上の揺るぎなさ」を示すことにもなったように思われる。今回は「反対意見」であり、「方向」は真逆であるが、判例の規範的評価を学説に浸透させていくという意味では、共謀共同正犯を定着させた最1小決昭和57年7月16日（刑集36-6-695、[WestlawJapan 文献番号 1982WLJPCA07160009](#)）の補足意見と、結果的に類似した役割を果たすことになる

とみるのも、強ち、穿ちすぎたとはいえないように思われる。

(掲載日 2022年5月25日)

-
- ¹ 本決定は、最1小決令和3年6月9日(裁時1770-24、[WestlawJapan 文献番号 2021WLJPCA06099002](#))を参照。
- ² 平成11年からは、裁判所は共犯に関する数値を公表しなくなったため、共犯についての分析を行う本稿では、資料として意味のある平成10年までの司法統計年報を用いる。なお、前田雅英『刑法総論講義〔第7版〕』(2019)324頁参照。
- ³ 前田雅英編『条解刑法〔第4版〕』(2020)337頁、340頁、500頁参照。ほぼ同様に、犯人自身が自己の犯した事件に関し証拠の隠滅・偽造を行う場合は不可罰であるが、第三者に証拠を隠滅・偽造するよう働きかける行為については、証拠隠滅罪の教唆犯が成立し得るかについても学説の対立がみられる。また、被告人が自己の刑事被告事件について他人を教唆して虚偽の陳述をさせた場合の処理も関連する。
- ⁴ この問題に関する最高裁判例の調査官解説も、「学説は、その理由とするところは多様に分かれているものの、結論としては、積極、消極相半ばする状況にある。そのなかで、判例は、大審院以来一貫して全面肯定説を採っており、実務上もほぼ争いはない」とされている(最1小決昭和60年7月3日判タ579-56解説。さらに、吉川由己夫・判解昭和35年67事件解説、西川潔・判解昭和40年5事件解説、堀江一夫・判解昭和40年36事件解説参照)。裁判所全体として、結論としての「肯定説」は、今後も揺らがないように思われる。
- 35年前の最1小決昭和60年7月3日(判時1173-151、[WestlawJapan 文献番号 1985WLJPCA07031050](#))に、谷口裁判官の反対意見が付されたが、刑集に登載されることもなく、その後の同様の事案に関する最高裁の判断で、反対意見が「多数となる兆し」は全く見られなかった。本決定も刑集に登載されないようで、4名による多数意見からも、その兆しは読み取れない。
- ⁵ 犯人蔵匿・隠避罪に関しては、大判昭和8年10月18日(刑集12-1820、[WestlawJapan 文献番号 1933WLJP CA10186004](#))、最2小決昭和35年7月18日(刑集14-9-1189、[WestlawJapan 文献番号 1960WLJPCA07180004](#))、最2小決昭和40年2月26日(刑集19-1-59、[WestlawJapan 文献番号 1965WLJPCA02260009](#))、前掲注4最1小決昭和60年7月3日、最1小決平成元年5月1日(刑集43-5-405、[WestlawJapan 文献番号 1989WLJPCA05010002](#))があり、証拠湮滅罪に関するものとしては、大判明治45年1月15日(刑録18-1、[WestlawJapan 文献番号 1912WLJPCA01156001](#))、大判昭和10年9月28日(刑集14-997、[WestlawJapan 文献番号 1935WLJPCA09286002](#))、最1小決昭和40年9月16日(刑集19-6-679、[WestlawJapan 文献番号 1965WLJPCA09160005](#))、最3小決平成18年11月21日(刑集60-9-770、[WestlawJapan 文献番号 2006WLJPCA11210001](#))がある。
- ⁶ 判例の積極説の論拠を率直に表現したものとして、東京高判昭和38年1月28日(下刑5-1=2-7、[WestlawJapan](#)

[文献番号 1963WLJPCA01280011](#))がある。犯人が他人を教唆して自己を隠避させた場合は、自ら限度あるべき犯人の自己防禦行為としての放任行為の範囲を明らかに逸脱しており、無罪説は、「他人の犠牲において即ち他人を教唆して犯罪に陥入れて自らの犯した犯罪の発覚を合法的に防止することを許すが如きこととなり、かような解釈は到底採用の余地がないものと云はなければならない」としている。

⁷ 新派・共犯独立性説の立場からは、教唆犯の処罰は正犯行為とは独立に、その悪性に従って評価すべきだということになり、教唆犯成立説に親近性を有するよう見えるが、「教唆が実行行為そのものである」として、それを刑法 103 条等にあてはめて、成立否定説を採用したのである(牧野英一『重訂日本刑法 下巻』(1938) 54 頁等、さらに、木村亀二『刑法各論』(1959) 314 頁参照)。本問題に関する議論に当たっては、共犯独立性説からの帰結を論じる意味は少ないように思われる。

⁸ このような立場の学説として、平野龍一『刑法概説』(1977) 285 頁、大谷實『刑法講義各論新版〔第 4 版〕』(2013) 605 頁以下、曾根威彦『刑法各論〔第 5 版〕』(2012) 301-2 頁、西田典之『刑法各論〔第 6 版〕』(2012) 460 頁、日高義博『刑法各論』(2020) 682 頁、山中敬一『刑法各論〔第 3 版〕』(2015) 801 頁を挙げることができる。

⁹ さらに、福田平『全訂刑法各論〔第 3 版〕』(1996) 34 頁、藤木英雄『刑法講義各論』(1976) 40 頁参照。

¹⁰ 争議に関する「あおり罪」のように、正犯を処罰せず教唆者のみ罰することも行われ、反対する学説の厳しい批判にもかかわらず、広く運用され、定着していたのである。

¹¹ これに対し、ドイツの理論を導入した「共犯処罰根拠論」に依拠して、教唆成立説は教唆犯の反社会性を強調するもので「責任共犯論」に親近性があり、「因果的共犯論」「違法共犯」に立脚するのであれば、消極説を妥当とすべきものと思われるとする学説も多い(中山研一『刑法各論』(1984) 532 頁、高橋則夫『刑法各論〔第 3 版〕』(2018) 664 頁等)。ただ、「責任共犯論は誤りなので、消極説を採用すべきだ」とするのは、「結論の先取り」に過ぎない。問題は、犯人自身の隠避教唆行為における「反社会性」が、日本の共犯の考え方から見て、現行法の解釈としても、可罰性があると規範的に評価できるかなのである。

¹² 刑法 103 条の解釈に限っても、蔵匿と隠避は分けて考えなければならない。蔵匿については、蔵匿者と犯人の間に「必要的共犯的關係」があるともいえる。通常は、蔵匿者の方が主体的に犯人を匿う例は少なく、犯人の依頼による場合が想定される。そこで、通常の依頼程度では、共犯を構成しない。通常の依頼を超えて執拗に蔵匿を懲慥した場合などに限り共犯(教唆)としての可罰性を認めるべきである。しかし、隠避については、そのような関係は通常生じないので、隠避を依頼したときは、隠避教唆の可罰性が認められる(藤木英雄『刑法講義各論』(1976) 40 頁参照)。

¹³ 前掲注 5 最 1 小決平成元年 5 月 1 日、前掲注 4 最 1 小決昭和 60 年 7 月 3 日、前掲注 5 最 2 小決昭和 40 年 2 月 26 日、前掲注 6 東京高判昭和 38 年 1 月 28 日、前掲注 5 最 2 小決昭和 35 年 7 月 18 日等参照。

¹⁴ わが国では伝統的に、正犯が犯罪の中心で共犯は従たる存在であるとされ、「直接」実行したか否かのみで正犯か否かを決定すべきでないと考えられてきた(平松義郎『江戸の罪と罰』(2010) 101 頁参照)。新律綱領・名例律下の共犯罪分首従も「凡共に罪を犯す者は造意一人を以て首と為し随従者は、従と為し一等を減す」と定め

ていた。しかし、ヨーロッパ型の共犯規定を採用した刑法典の解釈論においては、「実行行為」を全く行わない者は共同「正犯」たり得ないとされることになる。そこで、伝統的な共犯概念を加味した実務の共犯論と、西欧型の「理論」に忠実な学説の共犯論との対立が生じることになった（前田雅英『刑法総論講義〔第7版〕』（2019）346-47頁参照）。そして、現代でも国民は、実行犯より命じた者の刑責を重く見ているのである（司法研究報告書 57-1-86 参照）。