

犯人による犯人隠避・証拠隠滅の教唆と共犯の処罰根拠論

今 上 益 雄

目 次

- 一 問題の所在
- 二 学説のスケッチ
- 三 判例のスケッチ
- 四 最高裁昭和六〇年七月三日第一小法廷決定と  
谷口裁判官の反対意見
- 五 私 見
- 六 犯人の親族に対する犯人隠避・証拠隠滅の教唆

## 一 問題の所在

犯人自身が刑事責任を免れるために自己隠避又は自己蔵匿（以下原則として蔵匿を含めて「隠避」という。）をしたり、自己の刑事事件に関する証拠を隠滅する行為が犯罪を構成しないことは、刑法の法文からみて争いがない。犯人隠避罪（刑法一〇三条）は、「罰金以上の刑に当たる罪を犯した者……を蔵匿し、又は隠避させた者」として犯人を客体として規定しており、犯人自身が主体たりえないことは構成要件上明らかであり、また、証拠隠滅罪（同法一〇四条）は、「他人の刑事事件に関する証拠を隠滅」した場合に成立するものであるからである。そして、その実質的背景には、自ら逃げ隠れし、自分の刑事事件の証拠を隠滅することは一般に期待可能性を欠き責任がないとする考慮がある。

このように、犯人自身が自ら行った正犯の場合には全く犯罪を構成しない行為を、犯人が他人を教唆して行わせた場合にも、犯罪を構成しないものであろうか。すなわち、犯人が他人を教唆して自己を隠避させ、又は自己の刑事事件に関する証拠を隠滅させた場合、それぞれ犯人隠避罪又は証拠隠滅罪の教唆犯が成立するの否かについては争いがある。これを一般化すれば、「ある犯罪の正犯としては処罰されない者を、その犯罪の教唆犯（又は幫助犯）として処罰することができるのか、できるとすればどの範囲でなのか」という問題である。

学説は、これらの罪について教唆犯の成立を肯定する積極説、逆に教唆犯の成立を否定する消極説、犯人隠避罪については教唆犯の成立を否定し、証拠隠滅罪についてはこれを肯定する二分説とに分かれるが、判例は、大

審院以来今日に至るまで一貫して積極説の立場に立っている。

ところで、犯人による自己隠避又は証拠隠滅の教唆をどう取り扱うかについては、従来、犯人隠避罪・証拠隠滅罪とともに犯人庇護罪としての性格を合わせ持ちつつ国家の捜査・審判及び刑の執行等の広義の刑事司法作用を侵害する罪であり、犯人自身が自己隠避・証拠隠滅をしても罰せられないという共通性に着目し、期待可能性の程度の差ないし共犯論（実行従属性の有無）との関係という同一の原理によって同一の処理をするという見解が多かったといえよう<sup>①</sup>。しかし、近時は、両犯罪類型の本質、構成要件の実質的分析を基礎に異なった取扱いをすべきではないのかという見解が有力に主張されるようになった。とりわけ、後掲のように道路交通法違反事件において、身代り犯人として自首させた事案で、犯人隠避罪の成立を認めた最高裁昭和六〇年七月三日第一小法廷決定<sup>②</sup>における谷口裁判官の反対意見に共犯の違法性について注目すべき論点が含まれていたため、もはや論義もつくされたと思われるこの問題について、新しい視点からする議論が展開されることとなった<sup>③</sup>。

そこで、本稿では、犯人自身による自己隠避・証拠隠滅の教唆についての学説及び判例をスケッチしたうえで、谷口裁判官の反対意見を一つの資料として共犯の違法性を正犯との関係でどのように位置づけるかの問題、すなわち、共犯の処罰根拠論からする法的処理についての私見を述べることにしたい。なお、この問題の処理に関連して刑法一〇五条が親族による犯人隠避・証拠隠滅行為につき刑の任意的免除の余地を認めているので、犯人の親族に対する自己隠避・証拠隠滅の教唆の取扱いについても論及することとする。

(1) 小松 進「犯人自身の証憑湮滅の教唆」刑法の争点(新版)一七八頁。

(2) 裁判集(刑事)二四〇号二四五頁、判例時報一一七三号一五一頁。

(3) その先駆けとなったもの一つは、高橋則夫「犯人による犯人隠避の教唆」法学教室六五号七四頁以下である。

なお、拙稿「犯人による自己隠避の教唆と共犯の処罰根拠」東洋三四卷一・二号一七頁以下参照。

## 二 学説のスケッチ

前述したように積極説、消極説及び二分説の三説に大別することができる。そして比較的最近までは、共犯独立性説からは消極説が、共犯従属性説からは犯人に教唆しないことの期待可能性があるかどうかによって積極説・消極説のいずれかに結論が分かれるという図式が示されていたといえよう。すなわち、共犯独立性説によれば、教唆行為も実行行為そのものであるので、犯人が他人を教唆して自己隠避をさせ又は証拠隠滅をさせた場合にもこれらの罪の教唆犯を構成しないと<sup>①</sup>する。この説の背後にある徴表説では、犯罪は行為者の危険性の発現であり、自ら実行しようと、人を教唆して実行させようと、行為者の危険性の発現の点で本質的な区別がなく、したがって正犯たりえない犯人は、共犯ともなりえないことになる。他方、共犯従属性説の立場に立つたうえ積極説を採る立場は、犯人自身による犯人隠避行為や証拠隠滅行為は定型的に期待可能性がないから不可罰であるが、他人を教唆してこれを行わせることは自ら行うのとは情状を異にし、もはや定型的に期待可能性がないとはいえない<sup>②</sup>とするのに対し、消極説は、右の行為も犯人による防禦の範囲内の行為であって期待可能性がないとする。

それゆえ、共犯独立性説と消極説、共犯従属性説と積極説とは必ずしも対抗関係にはなく、積極説も消極説も、それぞれ次のような独自の理由づけを主張する。

## 1 積 極 説

一 教唆とは、犯罪を犯す意思のない者に特定の犯罪を犯す意思を生じさせることである。それで、教唆犯には、他人の行為を利用して犯罪を実現するという反社会性のほか、教唆により人を墮落させ新しい犯罪人をつくり出すという反社会性がある。したがって、自分自身がすれば犯罪とならない行為でも、他人を教唆して自己隠避又は証拠隠滅をさせた場合には、その教唆犯として処罰されるのである。<sup>③</sup>これは、共犯の処罰根拠についての責任共犯説（墮落説）による根拠づけといえよう。

二 「正犯としての期待可能性」と「共犯としての期待可能性」は同一ではなく、後者については、他人を巻き添えにすることの期待可能性の有無をも検討しなければならない。そして、この場合は、一般的には期待可能性がないとはいえないことが多いから、教唆犯が成立するとする。<sup>④</sup>

三 犯人隠避罪は、対向犯のうち、藏匿・隠避する行為のみが処罰され、これに対向する藏匿・隠避される行為が処罰されない場合である。ところで、一般に対向犯のうち、一方の行為が処罰され片方の行為が処罰されない場合には、処罰されていない方の行為が処罰されている行為にとり必要な程度のものときに限るのである。そして、犯人が他人を教唆して自己を藏匿・隠避させた場合には、犯人藏匿・隠避という行為の程度を超えたものである。したがって、この場合には、犯人隠避罪の教唆犯が成立し、<sup>⑤</sup>対向犯の関係にない証拠隠滅罪の教唆犯

も可罰的と解すべきであるとする。

## 2 消極説

一 犯人が他人と一緒にあって、隠避又は証拠隠滅の実行行為をした場合には、共同正犯として処罰されない。ところが、積極説によれば、犯人が他人と共同して実行行為をしても罰せられないのに、「一步退いて他人と協力実行するに至らず、ただ他人を教唆して実行させる場合には卒然として責任を負荷することになり、いかにも奇異である」からである。

二 犯人が犯人隠避罪又は証拠隠滅罪を正犯としては行いえないが教唆として行いけると解するのは妥当ではない。犯人自身が自らを隠避し又は証拠隠滅を行っても、他人を教唆して実行させても刑事司法作用を妨害するという意味では法益侵害の程度は原則として同一である。さらに、本人が行うより他人を介する教唆の方が法益侵害がより間接的でありその犯罪性は正犯より軽いか少なくとも同じであるにもかかわらず積極説ではその逆となってしまう。<sup>⑦</sup>これは、共犯の処罰根拠を正犯者の行為を通じて正犯者とともに法益侵害を惹起する点に求める惹起説（因果的共犯説）の立場から、正犯として責任を欠く者は、共犯としても責任を欠くという立論といえよう。

三 犯人隠避罪・証拠隠滅罪において、「犯人」・「被告人」というのは期待可能性の不存在を理由に責任が阻却される一種の責任阻却身分と解される。したがって、責任阻却身分を有する者が非身分者の行為に加功したときは、非身分者に犯人隠避罪・証拠隠滅罪が成立するとしても、責任は個別的に作用するから責任のない身分犯

(教唆犯) はやはり不可罰である。<sup>8)</sup>

### 3 二 分 説

犯人藏匿罪は、藏匿・隠避させる者と藏匿・隠避される犯人の両者を必要な成立要件としている犯罪であるが、法は前者についてのみ処罰規定を置いて後者を不可罰としているのであるから、対向的必要的共同正犯の場合と同様に犯人の教唆行為は犯罪を構成しないが、証拠隠滅罪については右のような関係がないので、教唆行為は可罰的である。

- (1) 木村龜二「刑法各論」三二四頁等。
- (2) 団藤重光「刑法綱要各論」(改訂版)八八頁、大塚 仁「刑法各論」(下巻)六三五頁、福田 平「刑法各論」(全訂版)五〇頁、香川達夫「注釈刑法」(3)一二二頁、藤木英雄「刑法講義各論」四三頁等。
- (3) 江家義男「刑法各論」(増補版)四五頁。なお、江家博士は独自の一つの共犯独立性説を採っていたことは良く知られている。
- (4) 内田文昭「刑法各論」(第三版)六五二頁。もつとも、内田教授は、「他人を巻き添えにすること」も、事情上やむをえなかつたといわざるをえない場合もありえようが、それは「共犯としての期待可能性」一般に妥当するのではなしに、「行為者標準説」的見地にたつて、正犯・共犯の区別を問わず、個々具体的に限界状況の有無を検討することを前提としてはじめて導かれる帰結である、とされる。前掲六五三頁。
- (5) 佐伯千仞「刑法各論」(新訂版)三一頁。
- (6) 植松 正「刑法概論Ⅱ」(全訂版)五七頁。
- (7) 平野龍一「刑法概説」二八五頁。滝川春雄・竹内 正「刑法各論講義」四〇八頁等。なお、川端教授は、犯人の庇護という観点から見ると、直接、犯人みずから行おうが、他人を介して行おうが、人間の至情の発露において本

質的な差異はないとされる。川端 博「基本論点刑法」二七〇頁。

(8) 曾根威彦「犯人藏匿・証拠隠滅・偽証の共犯」刑法各論の重要問題三三四頁。

(9) 鈴木享子「犯人に対する犯人隠避教唆罪の成立」警察研究三三巻四号一三五頁。なお、犯人隠避罪が必要的共犯の一類型であるか否かについて、鈴木教授はこれを肯定したうえで、犯人による教唆行為を当然に予定されていると解するのに対し、団藤博士は、犯人の存在は定型的であるが、藏匿・隠避してくれという犯人の行為は定型的でないとして、必要的共犯ではないとされる。前掲書四〇七頁。

### 三 判例のスケッチ

一 犯人による自己隠避の教唆 犯人が他人を教唆して自己を隠避させた場合、犯人隠避罪の教唆犯が成立するとすることは一貫している。犯人の身代りとして捜査機関に出頭し、自ら犯人である旨の虚偽の供述をした事案につき、大審院昭和八年一〇月一八日判決は、「犯人カ其ノ発見逮捕ヲ免レントスルハ人間ノ至情ナルヲ以テ犯人自身ノ単ナル隠避行為ハ法律ノ罪トシテ問フ所ニ非ス所謂防禦ノ自由ニ属ス」る。しかし、「他人ヲ教唆シテ自己ヲ隠避セシメ刑法第百三条ノ犯罪ヲ実行セシムルニ至リテハ防禦ノ濫用ニ属シ法律ノ放任行為トシテ干涉サル防禦ノ範圍ヲ逸脱シタルモノト謂ハサルヲ得サルニヨリ被教唆者ニ対シ犯人隠避罪成立スル以上教唆者タル犯人ハ犯人隠避教唆ノ罪責ヲ負ハサルヘカラサルコト言フ俟タス」とした。この判文から、教唆犯成立の根拠の一つが共犯の従属性であることは明らかであるが、他の一つである「防禦ノ濫用」の意味・性格は必ずしも明らかではない<sup>2)</sup>。それが「防禦権」を意味するのであれば、自己隠避は権利行為であって違法性を欠くが、権利行

為ではなく、ただ自己隠避を拒否しえないだけだと解すれば、自己隠避それ自体は違法であるが、責任が阻却されるだけのことに帰する。<sup>③</sup> 最高裁判所は、その最初の判断である昭和三五年七月一八日決定において、「犯人が他人を教唆して自己を隠避させたときは、犯人隠避罪の教唆犯が成立するものと解するのを相当とする」として括弧内において判示するにとどまり、格別の理由を示していない。そしてその後の昭和四〇年二月二六日決定、昭和四三年七月九日決定及び昭和六〇年七月三日決定も昭和三五年決定を引用してその可罰性を肯定しているものの、やはり積極的な理由づけをしていない。このような判示の方法は、最高裁判所が犯人を教唆犯として処罰する根拠をも含めて前掲大審院判例の立場を踏襲していることを示すものといえよう。

この点に関する下級審判例も、大審院・最高裁判所と基本的には同旨であるが、犯人につき教唆犯が成立する根拠として、右の理由のほか、他人を教唆して犯罪に陥れることの責任をあげるもの<sup>④</sup>、また、業務上過失致傷罪を犯したXが、他人Yに身代りを頼んだうえ、これを承諾したYとともに警察官に対しYが運転者である旨虚偽の陳述をした事案で、XはYと共同して自己を隠避した正犯であるから不可罰であるとの主張を排斥し、Xについて犯人隠避罪の共同正犯が成立する余地がないから教唆犯が成立するにとどまるとしたもの<sup>⑤</sup>などがある。

二 犯人による証拠隠滅の教唆 犯人が他人を教唆して自己の刑事事件の証拠を隠滅させた場合も、判例は証拠隠滅罪が成立するとすることで一貫している。この問題についての最初の大審院判例である明治四五年一月一五日判決は、「苟も他人ノ刑事被告事件ニ関スル（証拠隠滅の）行為ヲ為シタル以上ハ縦令刑事被告人ハ該罪ノ教唆者トシテ論スヘキモノトス」と判示して、共犯の従属性により教唆犯が成立するとした。また、昭和一〇年

九月二八日判決は、「犯人自ラ為シタル証憑湮滅ノ行為ヲ罰スヘシト為スハ人情ニ悖リ被告人ノ刑事訴訟ニ於ケル防禦ノ地位ト相容レサルモノアリトシ刑事政策上之ニ可罰性ヲ認メサルモノニ係ル」と判示し、期待可能性の問題としつつも、教唆犯成立の根拠として、明治四五年判決と同じく共犯の従属性をあげるのみである。

他方、最高裁判所の判例としては、昭和四〇年九月一六日決定<sup>(12)</sup>があるが、ここでも他人を教唆して自己の刑事事件に関する証拠を偽造させる行為は期待可能性がないとの被告側の上告趣意に対し、「犯人が他人を教唆して自己の刑事被告事件に関する証拠を偽造させたときは、刑法一〇四条の証憑偽造罪が成立するものと解すべきである」との結論を示すにとどまっております、その理論的根拠を含めて大審院判例を踏襲したとみるほかはない<sup>(13)</sup>。

(1) 刑集一二卷二〇号一八二〇頁。なお、これに先立つ同種の事案として大判大正四年八月二四日刑録二二輯一二四四頁、大判大正八年四月一七日刑録二五輯五六八頁がある。

(2) 香川・前掲書二二二頁。

(3) 仲家裁判官は、「防禦の範囲の逸脱」は、いわゆる権利の濫用という趣旨ではなく、他人に対する教唆は、もはや法の放任する範囲を超えており、期待可能性がないとはいえないということであろうとされる。仲家暢彦「大コンメンタール刑法」四卷二九四頁。他方、曾根教授は、この判例が前提とする犯人自身の藏匿・隠避行為が防禦権の行使として違法性を欠くとする考え方は、犯人自身の行為であっても国家の司法作用を害すること、すなわち違法であることには変わりがなく疑問であるとされる。曾根・前掲書三三二頁。

(4) 刑集一四卷九号一一八九号。

(5) 刑集一九卷一号五九九頁。

(6) 裁判集（刑事）一六八号二二二頁。

- (7) 裁判集(刑事)二四〇号二四五頁。
- (8) 東京高判昭和三八年一月二八日下刑集五卷一〇二七頁。
- (9) 東京高判昭和五二年二月二二日刑裁月報九卷一一二二八五七頁。
- (10) 刑録一八輯一頁。
- (11) 刑集一四卷九九七頁。
- (12) 刑集一九卷六六七九頁。
- (13) 堀江一夫「最高裁判所判例解説刑事篇」昭和四〇年一八九頁。

#### 四 最高裁昭和六〇年七月三日第一小法廷決定と谷口裁判官の反対意見

次に、犯人が他人を教唆して自己を隠避させたときに、犯人隠避罪の教唆犯が成立するか否かの法律判断について、判例上、初めて反対意見が付され、その後の論議にインパクトを与えたものとして注目された前掲最高裁昭和六〇年七月三日第一小法廷決定を見てみることにしよう。

##### 1 多数意見

事案の概要は、暴力団の親分Xが最高時速四〇キロの道路上を一〇五キロの速度で運転・進行したため、警察が道路交通法上の最高速度違反の罪として犯人を捜査中であることを知り、自己の犯行が発覚されること及び逮捕されることを免れるため、配下の組員Yに、自己の身代り犯人として警察署に出頭するよう依頼し、警察官に對し、右事件の犯人がYである旨の虚偽の申告をさせたというものである。

多数意見は、前掲最高裁昭和三五年七月一八日第二小法廷決定を踏襲して、「犯人が他人を教唆して自己を隠避させたときは、刑法一〇三条の犯人隠避罪の教唆犯の成立を認めることは、当裁判所の判例とするところ」であるとし、格別の理由を示さずにこれを積極に解した。

## 2 谷口裁判官の反対意見

谷口裁判官は、積極説の理由とするところは、犯人が自ら隠避する行為と他人を教唆して自己を隠避させる行為との間には、法的評価において自ずから異なるものがあることを強調するものである。確かに弱い立場にある配下の組員Yに自己の犯した罪の責任を転嫁し、自らは罪を免れようとした被告人Xの行為は卑劣である。が、この場合に、Xを犯人隠避罪の教唆犯に問えるかということとは別の問題であつて、やはり消極に解すべきであるとした。そして、判例のあげるものは、第一に、被教唆者について犯人隠避罪が成立する以上、その実行を教唆した者についてその教唆犯が成立することは当然であるとするものと、第二に、犯人の防禦権の濫用を理由とするものとの二つであるが、判例の理由とするところには、必ずしも説明の尽くされないものがあるとし、次のように反論する。先ず「犯人が自ら隠避する行為は、犯人の防禦の自由に属するものであるが、そこにいう自ら隠避する行為というのは、犯人が刑罰請求権の行使を免れるためにする一切の行為のうち、唯単に自ら逃げ隠れる行為だけになぜ限定されるのかについては説明がない。犯人が他人を教唆して自己を隠避させる行為もまた犯人の自己隠避行為の一場合ではないのか。前者が法律の放任行為として法の干渉しない行為であるのに、後者の場合は防禦権の濫用となるのはいかなる理由によるものか説明として聴くべきものがない。つきつめて考

えれば、被教唆者について犯人隠避罪が成立する以上、その罪を教唆した犯人に対して同罪の教唆犯が成立するのは当然ではないか、ということに尽きるのではなからうか」。さらに、判例を支持して「責任論の立場から犯人が自ら隠避する場合と他人に犯人隠避罪の罪を犯させてまで隠避の目的を遂げる場合とは情状が違い、前者の場合には定型的に期待可能性が欠缺するが、後者の場合にはもはや定型的に期待可能性がないとする説がある」。また、「行為の違法性を考え、『教唆犯には、他人の行為を利用して犯罪を実現するという反社会性のほかに、教唆によって新たな犯罪人をつくり出すという反社会性がある。それで、自分自身で行えば、犯罪にならないう行為でも、他人を教唆してそれを実行させた場合には、その教唆犯として処罰すべきである』という観点から、犯人が他人を教唆して自己を隠避させた場合犯人隠避教唆罪の成立を肯定する見解もある」。これらは、いずれも傾聴すべき見解であるが、「責任論の立場で事を論ずるとすれば、しよせん見解の相違ということにならうし、教唆犯が新たな犯罪人をつくり出すといういわば正犯に加算された反社会性ということを問題にするとすれば、教唆犯がそのように二重に評価される所以を理解し難いばかりでなく、教唆犯を正犯に準ずる（刑法六一条）とした刑法の趣意といかに調和するかについても問題を残すであろう」。そして最後に、犯人隠避罪は、行為定型として「蔵匿し、隠避させる者と蔵匿・隠避される犯人の両者を関与形態として予定し、しかも同罪が成立するについては、後者から前者への働きかけをするのが通常の事態とすべきであり、立法事実としても当然そのような事態を考えたであろうと思われるのに、刑法は前者についてのみ処罰規定を置いているのである。本件はまさに右の通常の事態にあたる。そうだとすると、対向的必要的共同正犯としてとらえられる犯罪について、法が

一方の関与行為者のみを処罰している場合、他方の関与者は不処罰とした趣旨であると考えられる思考形式がここでもあてはまる。」とした。

要するに、谷口裁判官の反対意見は、①犯人が他人を教唆して自己を蔵匿・隠避させることも、犯人が自分で自分を蔵匿・隠避することの一つであり、防禦の自由の範囲にある。②この場合に、およそ期待可能性があるかないかというの見解の違いではない。③さらに、新しい犯罪人をつくり出すという反社会性があるというの、果して刑法の趣意といえるか疑問である。④犯人隠避罪は必要的共犯の一つである対向犯のうち、蔵匿・隠避する行為のみが処罰され、これと向かいあっている片方の蔵匿・隠避される行為は処罰されない場合である。したがって、犯人が他人を教唆して自己を隠避させても犯人隠避罪の教唆犯は成立しないものと解すべきであるが、本件事案において、配下の組員YをXの身代り犯人に仕組んだXの卑劣な行為は、「道路交通法違反罪の犯人として被告人を処罰する場合の悪しき情状として考慮すれば足りる」とした点にある。

(1) 谷口裁判官は、参照判例として証憑湮滅罪（現行は証拠隠滅罪）の教唆犯の成立を肯定した前掲大審院昭和一九年九月二八日判決を引用する。

(2) 谷口裁判官は、(1)と同じく参照判例として犯人隠避罪の教唆犯の成立を肯定した前掲大審院昭和八年一〇月一八日判決を引用する。

判例は一貫して積極説を採り、学説上争いのある犯人による犯人隠避・証拠隠滅の教唆について、われわれはどのように考えるべきであろうか。この点につき谷口裁判官の反対意見に即しつつ検討を試みることにしたい。

### 1 自己隠避の教唆

一 期待可能性・共犯の処罰根拠論 先ず、谷口裁判官が判例の理由としてあげる第一点は、被教唆者について犯人隠避罪が成立する以上、その実行を教唆した者について犯人隠避教唆罪が成立することは当然であるというものである。これは、共犯は独立した犯罪性を有せず、正犯の可罰性を借用してはじめて可罰的になるとする共犯借受説<sup>①</sup>を前提にしていると考えてよい。しかし、ビンディングが指摘するように、「いかなる共犯者も他人が可罰的行為をなしたことから処罰されるのではなく、自ら犯罪行為をなしたがゆえに処罰される」<sup>②</sup>のである。共犯借受説は近代刑法の個人責任の原則に反し、しかも法益侵害を刑法の基本と考える観念にも悖り<sup>③</sup>、そして、今日この共犯借用説を採る者はいないのである。したがって、共犯固有の処罰根拠を問題とすべきであろう。

次に、判例の理由としてあげる第二点は、犯人の防禦権の濫用というものである。この点については、谷口裁判官が指摘するように、「犯人が刑罰請求権の行使を免れるためにする一切の行為のうち、唯単に自ら逃げ隠れる行為だけになぜ限定されるのかについては説明がないのである」。犯人が自ら隠避する行為が「防禦の自由」に属し、「放任行為として法の干渉しない行為である」のなら、犯人が他人を教唆して自己を隠避させる行為も、

「犯人の自己隠避行為の場合」であり、防禦の自由の範囲に属するのではないか。この理論からすれば、自ら隠避する行為も他人を教唆して自己を隠避させる行為も違法性が阻却されると解する余地もある<sup>④</sup>。とすれば、犯人による犯人隠避教唆の問題は共犯がなぜ処罰されるのかを正犯との関係で分析しようとする共犯の違法性・処罰根拠論のみによって解決されることになる。しかし、犯人の発見・逮捕を困難にする行為が国家の刑事司法作用を害するという法益侵害性は、誰が主体であろうと同様であるはずである<sup>⑤</sup>。それでは、その法益侵害性は、犯人が自ら隠避した場合の方が、他人を教唆して犯人を隠避させた場合よりも高まるのであろうか。この点で参考となるものに旭川地裁昭和五七年九月二七日判決<sup>⑥</sup>がある。事案は、監禁致死罪の犯人Xが、自分自身及び他の共犯者の利益のため共謀して蔵匿・隠避させたというものであるが、犯人隠避罪と証拠隠滅罪の法益保護の具体的態様の相違から、犯人隠避罪の成立を肯定したものである。本件判決は、両罪の保護法益は、「抽象的には、いずれも国家の刑事司法作用であるが、同法一〇四条の証拠湮滅罪は他人の刑事被告事件に関する証拠の完全な利用を妨げる罪であるのに対し、同法一〇三条の犯人蔵匿・隠避罪は犯人を庇護して当該犯人に対する刑事事件の捜査、審判及び刑の執行を直接阻害する罪であって、このような法益保護の具体的な態様の相違に着目する」ことにより、共犯者である犯人自身の刑事被告事件における刑執行の客体たる者を蔵匿・隠避させ刑の執行を直接阻害する行為は、「もはや防禦として放任される範囲を逸脱するものといふべきであって、自己の刑事被告事件の証拠湮滅としての側面をも併有することが、一般に期待可能性を失わせる事由とはなりえない」としたのである。問題は、本件判決のいう「法益保護の具体的態様の相違」とは何かである。犯人隠避罪は犯人自身を蔵匿・

隠避するものであるから、犯人の存在を前提とする証拠隠滅罪よりも「法益侵害の程度が重大」である趣旨<sup>⑦</sup>とも、犯人隠避罪は刑事司法作用への「直接的な」法益侵害であるのに対し、証拠隠滅罪は「間接的な」法益侵害である趣旨<sup>⑧</sup>とも考えられる。このように考えるならば、「間接的」で「軽い」法益侵害である証拠隠滅罪において期待可能性がないからといって、「直接的」で「重い」法益侵害である犯人隠避罪において期待可能性がないとは言えないということになろう。

そして、両罪の相違を法益侵害についての「直接性、重大性」と「間接性、軽微性」によって区別することは、両罪の法定刑が「二年以下の懲役又は二〇万円以下の罰金」である点で全く差がないことを理由に、そのような区別は事実上あるいは事案上認められるにすぎないという見解もある<sup>⑨</sup>。しかし、保護法益及び法定刑を根拠に犯罪類型上の区別を否定するとすれば、例えば、窃盗罪（刑法二三五条）と財物に対する詐欺罪（同法二四六条一項）又は恐喝罪（同法二四九条一項）がともに「十年以下の懲役に処する」ことの説明に窮することになるであろう。その意味で本件判旨は基本的には妥当というべきである。そうすると刑事司法作用を直接阻害する罪である犯人隠避罪においても、他人を介して隠避を実行させる教唆の方が法益侵害は間接的で、犯罪としての犯情は軽微だとも言えるのである。

また、直接に法益を侵害することに期待可能性がないのであれば、間接に法益を侵害することには一層期待可能性がないというべきである。が、期待可能性があるかないかの議論は多分に感じ方の問題であり、しよせん水掛け論<sup>⑩</sup>ないし見解の相違というほかはない。のみならず、「正犯の刑を科する」教唆犯（刑法六一一条一項）は、犯

人が自ら実行したのであるから正犯として処罰されないのであれば、教唆犯としても不可罰とされるべきである。「他人を罪に陥れたから情状が重い」とは言い、うるとしても、「他人を罪に陥れたから適法行為の期待可能性が生じる」とは言い難いからである。そうだとすると、他人を教唆して隠避をさせる行為が防禦の自由の範囲に属し違法性がないと解する場合はもとより、期待可能性の判断にかからしめた場合でも、教唆犯の成否は共犯の処罰根拠との関係で分析されざるをえないのである。

そして、共犯の処罰根拠論<sup>12</sup>として、共犯の違法性と正犯の違法性とに質的な差異がなく、量的な差異があるものと考えた場合に、はじめ、正犯として期待可能性がなければ共犯としての期待可能性がないという結論を導くことができる。したがって、消極説は、「共犯者は正犯者とともに犯罪結果を惹起した（ただし、正犯は直接的に、共犯は間接的に）ので処罰される」とする純粹惹起説によって基礎づけることができる。犯人が自ら隠避し直接法益を侵害する行為ですら期待可能性を否定しているのであるから、間接的に法益を侵害するにすぎない共犯は、より一層期待不可能と考えられるからである。ただ、この発想の背後には、法Ⅱ国家は、前者ですら期待を断念したのであるから、後者は、より一層容易に期待を断念しようというものであり、期待可能性の標準についての国家標準説的発想があるともいえよう。<sup>13</sup>

他方、「共犯は、正犯が法益を侵害するのに加担したからであると考え、共犯の違法性は共犯行為自体にあるのではなく、正犯行為の違法性にもとづくので処罰される」とする修正惹起説（従属性指向の惹起説）によれば、違法の連帯性を貫徹するので、正犯にとって違法な結果が惹起されれば、共犯者も違法となり共犯の責任の捉え

方も異なり、積極説におもむくであらう。<sup>14)</sup>

同様に、「共犯者は、正犯をとおして法益を侵害したためではなく、正犯者を墮落させ、罪責と刑罰に陥れたので処罰される」とする責任共犯説あるいは「共犯者は、正犯者を犯罪にはしらせ、正犯者の反社会的な状態を惹起し、社会の平和を乱したので処罰される」とか「共犯者は、正犯の実行行為を惹起したがゆえに処罰される」とする不法共犯説<sup>15)</sup>によれば、共犯の違法性は正犯の違法性と質的に異なり、したがって、正犯として典型的に期待可能性がなくても、正犯の場合と別個の違法内容についての期待可能性が問題となり、適法行為への期待可能性がないとはいえないとの結論に至るであらう。

純粹惹起説をもって妥当と解する。

責任共犯説・不法共犯説は、共犯の処罰根拠を、正犯行為ないしは正犯者との関係で把握しようとする行為無価値論的な共犯論というべきであり、責任共犯説の解釈論的帰結は、可罰性借用説のそれにきわめて近いものとなる。<sup>16)</sup> また、不法共犯説は、法益侵害という側面をも考慮に入れてはいるが、その重点は不法要素と捉えた犯罪への誘惑要素にあるからである。これに対し、惹起説は、刑法の謙抑性を強調し、刑法の任務を法益の保護に求める結果無価値論的な共犯論の立場からの帰結といえる。そして、純粹惹起説は違法の相対性、すなわち違法の個別的把握を肯定し、共犯は正犯とともに結果を惹起すれば足りるとするのに対し、修正惹起説は、違法の相対性を否定し、共犯は正犯とともに違法な結果を惹起しなければならいとすることからである。<sup>17)</sup>

二 対向犯論 谷口裁判官が最後に論じている対向的必要的共同正犯の問題は、右の共犯の処罰根拠論の態度

決定に関わるものであり、これを補充する意味しかない。

すなわち、犯人隠避罪が対向犯であるとしても、定型的に予想される関与行為は共犯としても処罰しないのが立法者の意思であるというのにとどまらず、対向的關係にある行為のうち蔵匿・隠避のみ処罰規定があることの実質的根拠からの分析が必要であらう。<sup>18)</sup>

そして、「蔵匿・隠避させる」行為には責任がないため正犯としての処罰規定を置いていないとすると、これを「蔵匿・隠避する」行為への共犯としても処罰しない趣旨か否かは、定型的関与か否かではなく、共犯の違法性・責任の問題に帰着するからである。

## 2 証拠隠滅の教唆

本罪は、犯人隠避罪と異なり、専ら犯人庇護的な行為だけではなく、犯人に有利な証拠の隠滅も考えられるが、犯人が自ら行う隠滅行為は、不利な証拠の隠滅が定型の場合であり、それについては類型的に期待可能性がなく、この点は犯人隠避罪と同じ論理で処理してよい。消極説が妥当である。

(1) 共犯借受説ないし可罰性借用説は、わが国では泉二博士、山岡博士等によって、かつて強力に主張されたものである。泉二新熊「改正日本刑法論」三五―頁以下、山岡萬之助「刑法原理全」(訂正増補一七版)一三四頁。

(2) Binding, *Strafrechtliche und strafprozessuale Abhandlungen*, Bd. I, 1915, S. 347.

(3) 齊藤教授は、谷口裁判官の反対意見は犯人による自己隠避は防禦の自由の範囲内にあり、違法性が阻却されるからである、と考えるのが妥当であり、そういう方向を示しているとされる。齊藤誠二「特別講義刑法」三〇〇頁。

- なお、高橋教授もまた、防禦権の行使として適法行為と解することも可能と思われるとし、とすれば、犯人隠避の教唆の問題は共犯の違法性・処罰根拠によつてのみ解決されるとされる。高橋則夫・前掲犯人隠避の教唆七五頁。
- (4) 山中敬一「共犯の処罰根拠」論 刑法雜誌二七卷一号一三九頁。なお大越義久「共犯の処罰根拠」六一頁以下。
- (5) 酒井安行「犯人蔵匿罪」岡野光雄編著・刑法演習II各論二四六頁。なお森本益之「共犯者による犯人蔵匿等の成否」判例評論二九五号六七頁参照。
- (6) 刑月一四卷九号七一三頁。
- (7) 植松・前掲書四九頁。
- (8) 森本・前掲判例評論六七頁。
- (9) 高橋則夫「共犯者による犯人蔵匿罪の成否」刑法判例百選II各論(第三版)二二七頁。
- (10) 酒井安行・前掲論文二四八頁。なお、酒井教授は、期待可能性の有無を、正犯としての期待可能性の対象と共犯のそれとの質的異同という観点で分析するというアプローチは、議論を水掛論から脱出させる試みとして評価すべきであるという。同論文二五〇頁。
- (11) 前田雅英・刑法演習講座四八七頁。
- (12) 共犯の処罰根拠論については、大越・前掲書が詳しい。また、香川達夫「共犯の処罰根拠」参照。なお、共犯の中に共同正犯を含むのか、学説の分類をどう考えるのかを含めて争いがあるが、本稿では考察の対象外とした。
- (13) 酒井・前掲論文二四九頁。
- (14) 齊藤教授及び高橋教授は、積極説に至るであろうとされる(齊藤・前掲書三〇一頁。高橋・前掲犯人隠避の教唆七五頁)のに対し、酒井教授は修正惹起説では、共犯違法は正犯違法(自己蔵匿の違法)と同一である以上ここでもやはり期待不能となると思われる(酒井・前掲論文二四九頁)が、消極説が妥当であろう。
- (15) 大越義久教授は、共犯の処罰根拠については、「責任共犯説」「社会的完全性侵害説」「行為無価値惹起説」「修正された惹起説」及び「純粹な惹起説」の五つの見解に分け、違法共犯論に社会的完全性侵害説、行為無価値惹起説修正された惹起説が対応するという。不法共犯説はここにいう社会的完全性侵害説に相当するものである。大越・前掲書六七頁。なお大塚 仁「刑法の焦点II(共犯)」三〇頁参照。

- (16) 理論上、例えば、教唆の未遂、未遂の教唆は可罰的であるが、共犯の概念上前提となる正犯の行為は、構成要件に該当する違法でかつ有責な行為でなければならぬという極端従属性説に結びつく等が帰結される。大越・前掲書九二頁。大越・前掲書一二五頁。
- (17) 平野龍一・「刑法総論II」三八〇頁。

## 六 犯人の親族に対する犯人隠避・証拠隠滅の教唆

刑法一〇五条は、犯人（又は逃走者）の親族がこれらの者の利益のため犯人隠避罪又は証拠隠滅罪を犯したときは、「その刑を免除することができる」と規定し、親族による犯罪の特例を定める。もつとも昭和二二年の改正前は、本規定は「罰セス」と規定していたが、その趣旨について、判例は、「親族互ニ相扶ケ相憐ムハ人情ノ自然ニシテ斯ノ如キ場合ヲモ処罰スルハ酷ニ失スル嫌アルヲ以テ寛假して庇護ノ自由ヲ認メタ」ものであるとし（大判昭和八年一〇月一八日<sup>①</sup>）、犯罪の成否について、「刑事政策上犯人自身カ自己ノ犯罪ヲ証拠ヲ湮滅スルト同シク証拠湮滅罪ノ特別構成要件ヲ具備セサルモノトナシ之ヲ可罰行為外ニ放任シタルモノト解スルヲ相当トス」（大判昭和九年一月二六日<sup>②</sup>）として、犯罪自体そのものが成立しないとしていた。そしてその刑事学的意味は、「父は子のために隠し、子は父のために隠すこと、直きことその中にあり<sup>③</sup>」という儒教思想の影響によるもので、親族による犯人隠避や証拠隠滅は正しい行為とすら考えられていたのである。しかし、新規定への改正は、国家の刑事司法に対する協力という公民的倫理を親族の庇護という家族的倫理よりも優先させたことに基づく。また、

その法的性質については、期待可能性が少ないことによる責任の低減であるとするのが多数説である<sup>④</sup>。それでは、犯人自身Xが親族Yを教唆して隠避・証拠隠滅をさせた場合、X・Yはどのように扱われるのであろうか。先ず自ら実行行為をしたYについては犯人隠避罪又は証拠隠滅罪が成立するが、刑法一〇五条により刑の免除が可能となることに争いが無い。問題はXの罪責である。ここでは、前述したXが、第三者に犯人隠避又は証拠隠滅を教唆した場合の対立関係がそのままではまる。

積極説からは犯人Xについて教唆犯の成立を認める。そして、この見解の多数は、親族Yが刑を免除されうるのに準じて、犯人Xにも刑の免除の可能性を認めるべきであると主張する。しかし、このような考え方は、積極説の前提とした思考方法と矛盾する。なぜなら、犯人が他人を教唆して隠避又は証拠隠滅を犯させ犯罪に巻き込むから期待可能性は減少しないとして積極説を採用し、そして全く同じ理由で、親族が第三者を教唆して実行させた場合には刑法一〇五条適用否定説を採用するのである。それならば、犯人Xが親族を犯罪に巻き込んだ場合も刑の免除の可能性がないはずである。しかし、犯人が処罰され刑の免除の可能性もないとすると、著しく不合理な結論に至ってしまう。そこで、刑法一〇五条を準用するのであるが、そのことは、積極説がよって立つ根幹となる考え方を否定することになるのである<sup>⑤</sup>。

これに対し、消極説によれば、そもそも刑法一〇五条準用の問題を生じないのである。右からしても、一層消極説が妥当といわなければならないのである。

- (1) 刑集一二卷一八二〇頁。
- (2) 刑集一三卷一五九八頁。
- (3) 論語子路篇一三。
- (4) 団藤・前掲書八六頁、大塚・前掲書六三三頁、香川・前掲書一三五頁、江家・前掲書四五頁等。
- (5) 前田・前掲書四九二頁。