

自己の刑事事件に関する証拠偽造を 他人に依頼した行為と証拠偽造教唆罪の成否

（最高裁平成一八年一月二一日第三小法廷決定 平成一七年（あ）第三〇二号
法人税法違反、証拠隠滅教唆被告事件 刑集六〇巻九号七七〇頁、
判時一九五四号一五五頁、判タ一二二八号一三三頁）

十 河 太 朗

【事実の概要】

被告人は、スポーツイベントの企画および興行等を目的とする株式会社Aの代表取締役として同社の業務全般を総括していたものであるが、同社の平成九年九月期から同一二年九月期までの四事業年度にわたり、架空仕入れを計上するなどの方法により所得を秘匿し、虚偽過少申告を行って法人税をほ脱していたところ、同社に国税局の査察調査が入るに及び、これによる逮捕や処罰を免れるため、知人の甲に対応を相談した。

甲は、被告人に対し、脱税額を少なく見せかけるため、架空の簿外経費を作つて国税局に認めてもらうしかないとして、Aが主宰するボクシング・ショーに著名な外国人プロボクサーを出場させるといふ計画に絡めて、同プロボクサーの招へいに関する架空経費を作出するため、契約不履行に基づく違約金を経費として認められることを利用して違約金条項を盛り込んだ契約書を作ればよい旨教示し、この方法でないと所得金額の大きい平成一一年九月份と平成一二年九月份の利益を消すことができななどと、この提案を受け入れることを強く勧めた。

被告人は、甲の提案を受け入れることとし、甲に対し、その提案内容を架空経費作出工作の協力者の一人である乙に説明するように求め、被告人、甲および乙が一堂に会する場で、甲が乙に提案内容を説明し、その了解を得た上で、被告人が甲および乙に対し、内容虚偽の契約書を作成することを依頼し、甲および乙は、これを承諾した。

かくして、甲および乙は、共謀の上、乙がAに対し上記プロボクサーを上記ボクシング・ショーに出場させること、Aは乙に対し、同プロボクサーのファイトマネー一千万ドルのうち五百万ドルを前払いすること、さらに、契約不履行をした当事者は違約金五百万ドルを支払うことなどを合意した旨のAと乙との間の内容虚偽の契約書および補足契約書を用意し、乙がこれら書面に署名した後、A代表者たる被告人にも署名させて、内容虚偽の各契約書を完成させ、Aの法人税法違反事件に関する証拠偽造を遂げた。

なお、甲は、被告人から、上記証拠偽造その他の工作資金の名目で多額の資金を引き出し、その多くを自ら利得しているが、甲において、上記法人税法違反事件の犯人である被告人が証拠偽造に関する提案を受け入れなかったり、その実行を自分に依頼してこなかったりした場合にまで、本件証拠偽造を遂行しようとするような動機その他の事情はうかがわれない。

このような事実につき、検察官は、被告人を証拠偽造教唆罪として起訴した。弁護人は、被告人から甲らに対し証拠

偽造を実行するよう働きかけがなされる以前に甲は犯罪意思を形成していたから、被告人の働きかけにより甲の犯罪意思が形成されたとはいえないとして、証拠偽造教唆罪は成立しないと主張した。これに対し、第一審判決（東京地裁平成一六年一月一四日判決）は、甲が自ら証拠偽造を実行しようとの意思は、被告人の働きかけによって初めて生じさせられたものと認められるとして、証拠偽造教唆罪の成立を認めた。弁護人は、量刑不当を理由に控訴したが、第二審判決（東京高裁平成一六年一二月六日判決）は、控訴を棄却した。そこで、弁護人が、甲は被告人の証拠偽造により新たに犯意を生じたものではないから甲に対する教唆は成立しないと主張し、上告したところ、最高裁は、弁護人の上告趣意はいずれも適法な上告理由に当たらないとして、上告を棄却したが、職権により次のような判断を示した。

【決定要旨】

「なるほど、甲は、被告人の相談相手というにとどまらず、自らも実行に深く関与することを前提に、Aの法人税法違反事件に関し、違約金条項を盛り込んだ虚偽の契約書を作成するという具体的な証拠偽造を考案し、これを被告人に積極的に提案していたものである。しかし、本件において、甲は、被告人の意向にかかわらず本件犯罪を遂行するまでの意思を形成していたわけではないから、甲の本件証拠偽造の提案に対し、被告人がこれを承諾して提案に係る工作の実行を依頼したことによって、その提案どおりに犯罪を遂行しようという甲の意思を確定させたものと認められるのであり、被告人の行為は、人に特定の犯罪を実行する決意を生じさせたものとして、教唆に当たるといふべきである。」

【研究】

一 問題の所在

本決定は、自己の脱税事件に関する証拠の偽造を他人に依頼した行為につき証拠偽造教唆罪の成立を認めたものである。教唆とは、他人に犯罪の実行を決意させることをいうとされているところ、本件では、正犯者である甲が被告人の刑事事件の証拠偽造の具体的な方法を考案して被告人に強く勧め、被告人がこれを承諾してその方法による証拠偽造を甲に依頼したという事情があることから、果たして被告人が甲に犯行を決意させたといえるのが争われた。本決定は、たとえそのような事情があったとしても、本件においては被告人が甲の犯罪遂行の意思を確定させたとして教唆犯の成立を認めた。

実務上、共犯事件において関与者が教唆犯として処罰されることは稀であり、教唆行為の内容や教唆犯の成立範囲に言及した裁判例もそれほど多くない。そのような中で、本決定が最高裁として教唆の意義について判断を示したことは注目される。

さらに、本件においては、犯人が他人に自己の刑事事件の証拠を隠滅等させた場合は可罰的か、また、可罰的であるとして、教唆犯ではなく共同正犯や幫助犯の成立する余地はあるのかといった点も問題となる。

以下では、こうした点を検討しながら、本決定の意義について論じることにした。

二 犯人による証拠隠滅等への関与

刑法一〇四条は、「他人の」刑事事件に関する証拠を隠滅等した場合に証拠隠滅罪が成立すると規定しており、犯人が自己の刑事事件の証拠を隠滅しても不可罰であることは、法文上明らかである。これに対し、犯人が他人を教唆して

自己の刑事事件の証拠を隠滅等させた場合に証拠隠滅罪の教唆犯として可罰的かについては、可罰説^②と不可罰説^③が対立している。学説上は、①正犯に証拠隠滅罪が成立する以上、これを唆した者は正犯に従属して証拠隠滅罪の教唆犯となること、②自己の刑事事件に関する証拠を隠滅しても不可罰とされている理由は期待可能性の欠如にあるが、他人を利用してまで証拠を隠滅する場合には期待可能性がないとはいえないことなどを根拠に、教唆犯の成立を認める可罰説も有力である。しかし、①重い関与形式である正犯としてすら期待可能性がない以上、より軽い関与形式である共犯の場合にはなおさら期待可能性がない、②犯人が自己の刑事事件の証拠を隠滅等しても不可罰とされているということは、証拠隠滅罪の法益が犯人に対しては保護されていないことを意味しており、そうである以上、犯人が他人の証拠隠滅行為に加功しても、やはり法益を侵害とはいえないがたい、などの理由により、不可罰説が近時、支持者を増やしつつある。不可罰説からすると、本件においては、当然に教唆犯の成立は否定されることになる。

一方、判例は、犯人が他人を教唆してまで自己の刑事事件の証拠を隠滅しようとすることは防禦権の濫用であるなどとして、大審院時代から一貫して可罰説に立っている^④。本決定は、この点について直接言及していないが、可罰説を当然の前提として証拠偽造教唆罪の成立を認めたものであり、従来の判例の立場を踏襲したものにすぎない。

三 教唆の意義

(一) 条件付故意と教唆

(1) むしろ本決定の判示事項として重要なものは、教唆の意義について判断を示した点である。

一般に、教唆とは、他人に特定の犯罪を実行する決意を生じさせることをいうとされている^⑤。つまり、まだ犯罪の遂行を決意していない者に決意させて初めて教唆といえるのであって、すでに犯罪の遂行を決意している者に心理的な働

きかけをしても、それは精神的補助にすぎない^⑥。したがって、正犯者がどの時点で犯罪の実行を決意したかが、教唆と精神的補助を区別する上で重要となる。

本件では、被告人が自己の脱税について逮捕や処罰を免れるため甲に相談したところ、違約金条項を盛り込んだ架空の契約書を作成するなどの具体的な証拠偽造の方法を甲が考案して、これを被告人に強く勧めている。その結果、被告人がこれを承諾し、甲の提案した方法による証拠偽造を甲に依頼した。このように、被告人が甲に証拠偽造を依頼する以前に甲はすでに証拠偽造の実行を決意していたとも考えられることから、被告人の行為は教唆に当たらないのではないかが争われた。

(2) 問題は、どのような場合に正犯者が犯罪の遂行を決意したといえるのかである。この点について、多くの見解は、「犯罪遂行の決意」を故意と同義に解し、他人に故意を生じさせることをもって教唆としている^⑦。このような理解に立ったときに問題となるのが、条件付故意である。条件付故意とは、結果の実現を一定の事態の発生にかからせている場合の故意をいう^⑧。本件において、甲は、被告人が甲の提案を承諾することを条件に犯罪を實行しようと考えており、被告人が甲に証拠偽造を依頼する以前において甲には条件付きではあるにしても故意があつたと認められる可能性がある。もしその時点で甲に故意が認められれば、教唆犯の成立は否定されることになる。そこで、本件における教唆犯の成否を検討する上で、結果の実現を一定の条件にかからせているときにも故意が認められうるのか、認められるとすればそれはどのような場合かが問題となるのである^⑨。

条件付故意に関しては、最決昭和五六年一月二二日（刑集三五巻九号九一一頁）がリーディングケースとされている。組織暴力団の幹部である被告人が配下の者を使って被害者を殺害させたが、その謀議の際、被告人は、配下の者と被害者とが喧嘩になるなどの事態になれば配下の者が被害者を殺害するもやむないと考えていた事案について、最高裁

は、「謀議された計画の内容においては被害者の殺害を一定の事態の発生にかからせていたとしても、そのような殺害計画を遂行しようとする意思が確定的であったのであり、被告人は被害者の殺害の結果を認容していたのであるから、被告人の故意の成立に欠けるところはない」と判示した。また、最判昭和五九年三月六日（刑集三八巻五号一九六一頁）も、同様の判断を示している。

このように、結果の発生を一定の条件にかからせていても、犯罪を遂行する意思が確定的である場合には故意を認めよよいというのが、判例の立場である。そして、学説も、この点については異論を唱えておらず、判例と同様の理解に立っていると見てよいであろう。¹⁰⁾

本決定も、こうした立場を前提として本件における甲の決意の有無を判断したといえる。すなわち、本決定は、被告人の依頼によって「犯罪を遂行しようという甲の意思を確定させた」と述べており、これは、被告人の依頼の以前に甲の犯罪遂行意思が確定していたかどうかを基準として教唆犯の成否を判断したものと解されるのである。

(3) それでは、被告人の依頼の以前に甲の犯罪遂行意思は確定していたのであろうか。本決定は、被告人の依頼の以前には甲の犯罪遂行意思は確定しておらず、被告人の依頼によって初めて甲の犯罪遂行意思が確定的になったとして、教唆犯の成立を認めた。学説も、概ね本決定の結論に肯定的である。¹¹⁾

これに対し、弁護人は、甲は証拠偽造の方法を被告人に教示した時点においてすでに犯罪意思を固めていたから被告人の行為は教唆に当たらないと主張した。確かに、最高裁昭和五六年決定や最高裁昭和五九年判決の基準を当てはめると、甲がすでに犯罪の遂行を確定的に決意していたと解する余地もあろう。最高裁昭和五六年決定や最高裁昭和五九年判決は、被害者の抵抗などの一定の条件にかからせていたとしても、その条件が満たされたときには結果が発生してもかまわないと考えていた点を理由に、行為者の犯罪遂行意思は確定していたとした。一方、本件において甲は、証拠偽

造の具体的な方法を考案し、被告人にこれを積極的に提案しており、この点からすると、甲にとっては被告人の承諾が犯罪遂行の条件となつてはいたものの、逆にそうした条件さえ満たされれば証拠偽造が実現されるであろうと認識していたと考えられる。そうだとすると、最高裁昭和五六年決定や最高裁昭和五九年判決の事案と同じく、甲の犯罪遂行意思は、その時点ですでに確定していたともいえるのである。

この点、必要とされる「確定」の程度を嚴格に解したとしても、本決定のような結論を導けるわけではない。意思が確定的であったというためにはどの程度強度な意思が必要かについて、^①犯罪遂行意思が最終的に確定することを要するとする最終性説と、^②最終的に確定していることまでは要せず、犯罪遂行意思が犯罪抑制意思に優越していれば足りるとする優越的法益侵害意思説とが主張されているが、本件の甲が「被告人の承諾さえあれば必ず犯罪を遂行しよう」という強い意思を有していた点に着目すれば、優越的法益侵害意思説からはもちろん、最終性説からも、被告人の承諾の以前において甲の犯罪遂行意思の程度は「確定」にまで達していたことになるからである。

また、学説の中には、意思の強度の問題とともに条件の内容にも着目し、条件の内容と犯罪事実との間に実質的な関連性が存在する場合に限って決意を認める見解も主張されているが、被告人の承諾という条件の内容は、証拠偽造を実行する上で不可欠の要件であるから、本件において条件の内容と犯罪事実との間に実質的な関連性は存在するといえよう。したがって、少なくともこの見解の主張を文字どおりに理解すれば、本件においては被告人の依頼の以前に甲は犯行を確定的に決意しており、教唆犯は成立しないということになるはずである。

(4) おそらく本決定は、被告人の承諾および依頼という条件が満たされた後に甲による犯罪の遂行がなされる点に着目したのであろう。最高裁昭和五六年決定や最高裁昭和五九年判決の事案においては、行為者の行為は謀議への関与で尽きており、行為者は、自己の行為の終了後に結果の発生を一定の条件にからせていたというにすぎない¹⁶。これに対

し、本件では、被告人の脱税に関する証拠を偽造しても甲の利益になるわけではなく、被告人が甲の提案を受け入れなかったりその実行を甲に依頼しなかったりした場合にまで証拠偽造を遂行するような動機が甲にあったわけではないと指摘されている¹⁷⁾。そうだとすると、甲が証拠偽造を実行するかどうか自体が被告人の承諾および依頼という条件に委ねられており、また、被告人の承諾および提案があった後に甲は証拠偽造を実行に移すかどうかの決断をする必要がある。その点を捉えて、本決定は、被告人の依頼の以前に甲は確定的には犯罪遂行の意思を有していなかったものと思われる。本決定が、「甲は、被告人の意向にかかわらず本件犯罪を遂行するまでの意思を形成していたわけではない」と述べているのは、そのような趣旨であろう。¹⁸⁾

なお、前述したように、犯罪遂行意思の確定の意義に関して最終性説と優越的法益侵害意思説の争いがあるが、本決定は、その点については判断を示していない。本件では、被告人の承諾と依頼があつて初めて甲が証拠偽造の実行を移すかどうかの決断をする以上、その以前の段階においては、最終的な決意はもちろん、優越的な決意も認められないということになるから、本決定の結論は、いずれの見解からも説明可能であるといえよう。¹⁹⁾

本決定の立場からすれば、たとえば、殺し屋XがYに対し、報酬を支払ってもらえるならAを殺害しようと申し出たところ、Yがその申し出を受け入れてXにA殺害を依頼し、Xがこれを実行した場合も、単なる幫助犯ではなく教唆犯が成立しうることになるであろう。この場合、報酬が支払われなければXは殺人を実行しないのであるから、YがXの申し出に応じる以前の時点では、Xは、殺人の実行を確定的に決意したとはいえないからである。²⁰⁾

(5) なお、これまで述べてきた解決は、犯罪遂行の決意を故意と同義に解し、他人に故意を生じさせることをもって教唆とする理解を前提とするものであるが、学説の中には、非故意行為に対する教唆を肯定する見解も存在する²¹⁾。この見解によれば、教唆というためには、他人に故意を生じさせることは必要でないから、上記のような条件付故意に関する

る議論が教唆行為の有無を決定するという必然性はない。

ただ、実際上は、非故意行為に対する教唆を認める見解も、教唆とは犯罪意思を発生させる行為であるとしており、²²⁾そこでいう「犯罪意思」は、判例の採用する確定的な決意という基準とほぼ同じであると解される。したがって、この見解においても、教唆と精神的幫助の区別に関し判例や通説と大きく結論が異なるというわけではないであろう。²³⁾

(二) 決意の喚起と教唆

(1) このように、通説および判例は、教唆と精神的幫助との区別基準を、他人に犯罪遂行の決意を生じさせたかどうかに求めているのであるが、そもそも犯行決意の喚起を教唆犯の成立要件とすることに合理的な根拠があるのかについては検討の余地がある。教唆犯は、幫助犯と並ぶ狭義の共犯ではあるが、幫助犯と異なり正犯と同じ法定刑によつて処罰される。そうだとすると、教唆犯は、正犯と同じ法定刑を適用するに値する類型的な違法性および責任を備えていなければならないはずである。しかし、他人に犯罪遂行を決意させることにそのような類型的な違法性および責任が認められるのかは、疑問である。むしろ、構成要件の結果の実現において正犯と同程度に重要な役割を演じたといえるときに初めて教唆犯に正犯と同じ刑を科すことが正当化されるのではないだろうか。²⁴⁾たとえば、まだ犯罪の遂行を確定的に決意していない者に犯行を決意させたとしても、具体的な犯罪遂行の方法を指示するなどの重要な寄与をしていないときには、教唆犯の成立を認めるべきではないように思われる。²⁵⁾ただし、本件では、そもそも正犯行為の内容は被告人の脱税に関する証拠の偽造であり、その実行には被告人の承諾が不可欠だったことなどから、被告人は重要な役割を果たしているといつてよく、教唆犯の成立を認めることは可能であろう。²⁶⁾

(2) この点、判例が、他人に犯行を決意させたかどうかのみで教唆犯の成否を判断しているとは言い切れない部分もある。たとえば、森林主事である被告人がXから国有林の立木を伐採して利用することを承諾してほしいと頼まれ、内

諾した結果、Xが伐採を行ったという事案について、原判決が、被告人の内諾によってXが盗伐の意思を生じたとして森林窃盗罪の教唆犯の成立を認めたのに対して、大判大正六年五月二八日（刑録二三輯五七七頁）は、「Xニ於テ自ら進テ盗伐スルノ意思ヲ有シ唯之ヲ決行スルニハ被告ノ内諾ヲ必要ナリトシテ被告ニ依頼シ其内諾ヲ得テ自ら犯意ヲ決定シタルモノニシテ被告ノ教唆ニ依リ犯意ヲ決定シタルモノニ非サル」と判示して、教唆犯ではなく幫助犯にすぎないとした。大判明治四三年九月二〇日（刑録一六輯一五二二頁）も、ほぼ同様の事案について幫助犯の成立を認めている。また、Xが小麦を窃取しこれを売却することを企図したが、自ら売却することは困難であると思ひ、被告人に事情を述べて売却の周旋を依頼したところ、被告人がこれに応じたためにXが窃盗の犯意を固めたという事案において、大判昭和九年一〇月二〇日（刑集一三卷一四四五頁）は、被告人の行為を幫助犯であるとしている。

これらの事案においては、本件と同じく、被告人の承諾が正犯者の犯罪遂行の条件となっており、被告人の承諾によって正犯者が確定的に犯罪の遂行を決定したといえる。それにもかかわらず、教唆犯の成立が否定されている。

さらに、XがYらに殺人を依頼し、その成功謝金額について折衝を重ねていたところ、被告人が「その位でやってやれ、礼金は引き受けた」と言ったことから、XからYらに謝金として九万円を支払う約束の下に殺害の謀議が成立し、Yらがこれを実行したという事案（大判昭和二年七月一九日刑集四卷八号一四六三頁）や、Xから強盗の話もちかけられた被告人が、金持ちであり昼間は老女しかいないA方を紹介したところ、Xは、A方において強盗の意思を生じ、これを実行したという事案についても、神戸地判昭和三六年四月八日（下刑集三卷三〓四号二九五頁）は、幫助犯が成立するとしている。これらの事案においても、被告人の行為によって正犯者に犯罪遂行の意思が生じているにもかかわらず、単に幫助犯が成立するとされているのである。

このように見てくると、判例は、正犯者に犯意を生じさせたことをもって直ちに教唆犯の成立を認めるのではなく、

構成要件の実現において重要な役割を果たしたといえるかといった観点も考慮しているのかもしれない。

四 共同正犯および幫助犯の成立可能性

(1) ところで、本件において共同正犯の成立する余地はないのであろうか。被告人は、自己の脱税について処罰を免れるために甲にその対策を相談し、証拠偽造を依頼しているほか、自ら虚偽の契約書に署名などの行為も行っており、謀議に参加するとともに実行行為の一部も分担することにより証拠偽造罪の構成要件実現において主体的な役割を果たしたといえる。したがって、従来の判例や学説の一般的な理解を前提とすれば、本件は、そもそも教唆犯の成否を問題とする以前に共同正犯の成立を認めるべき事案であったとも考えられる。²⁷⁾ 仮に本件が文書偽造罪や詐欺罪の事案であれば、共同正犯として処理されていたと推測される。

過去の裁判例を見ても、犯人が証拠隠滅罪に関与した事例においては常に教唆犯として処罰されており、共同正犯の成立を認めたものは見当たらない。しかし、いずれの事案も、自己の利益のために証拠の隠滅等を他人に依頼して実行させており、共同正犯の成立を認めることも十分に可能であったともいえるのである。

もっとも、本件がそうであるように、犯人が他人に依頼して自己の刑事事件の証拠を隠滅等させた事案については、検察官は従来の取扱いに従い証拠隠滅教唆罪の訴因で起訴するのが通例であるから、そうである以上、裁判所としては、教唆犯の成否を判断するほかに、共同正犯の成立を認めることは許されない。したがって、犯人が証拠隠滅に関与した行為が教唆犯とされてきたのは、検察官がそのような犯人を教唆犯として起訴するところに理由があるにすぎず、裁判所がえて共同正犯の成立の可能性を否定しているというわけではないともいえる。

しかし、そうだとしても、理論的に共同正犯の成立を認める余地はないのかという点は検討しておく必要があるはず

である。とりわけ教唆犯の成立を認めることができなない場合には、この問題が表面化する。たとえば、本決定の基準からすると、仮に甲が被告人の刑事事件と利害関係を有しているなどの理由で被告人の承諾の有無にかかわらず証拠偽造を實行しようと決意していた場合には、教唆犯の成立は否定されることになる²⁸と考えられるから、その場合には共同正犯の成立が可能かどうか問われることになろう。

(2) それでは、犯人が自己の刑事事件に関する証拠の隠滅等に関与した場合に、共同正犯の成立を認めることは可能であろうか。この点については、従来、必ずしも意識的には論じられてこなかったが、学説は、肯定説と否定説に分かれています。

否定説は、犯人が証拠隠滅罪の主体から除外されている以上、犯人は正犯の一類型である共同正犯の主体にはなりえないとする²⁹。実務の取扱いも、このような理解を前提としているのかもしれない。

実際、犯人隠避罪の事案ではあるが、下級審の裁判例は、いずれも否定説に立っている。東京高判昭和五二年一二月二二日（刑月九卷一一―一二号八五七頁）は、自動車を運転中に業務上過失傷害の罪を犯した被告人がXに身代わり犯人になってくれるよう依頼し、Xが警察官にその旨告えた際、被告人自身も警察官に同様に述べたという事案について、「被告人自身については自己を教唆させる行為は犯罪構成要件に該当せず可罰的でないのであるから（刑法一〇三条参照）、右のようにXに対し自己を隠避させるよう教唆し、さらにXと共にその隠避行為を共同して実行したからといって被告人について法律上犯人隠避罪の共同正犯の成立する余地はなく、かような場合には甲に対する関係で犯人隠避罪の教唆犯が成立するにとどまる」としている。

京都家決平成六年二月八日（家月四六卷一二号八二頁）は、Xから借りた自動車を運転中に業務上過失傷害の罪を犯した少年が自己およびXに刑責が及ばないようにしようと企て、Xに対し、加害車両が何者かに窃取された旨の盗難届

けを警察署に提出するよう依頼し、実行させたとして、犯人隠避教唆罪に問われた事例について、「本件の事案は、送致事実において被教唆者とされたXが、自分も無免許運転補助の犯罪を犯したとの認識のもとに当初から積極的に謀議に加わっており、X自身、自己の行為をも隠避する趣旨で実行行為を行ったという事実が認定できるのであって、本件を、少年がXを犯罪行為に引き込んだ事案であると評価することはできず、かえって、少年がXに迷惑をかけないための方策を考える過程で盗難届けというアイデアを思いつき、Xを含む共謀者全員がこれを実行に移すことに積極的に合意したと認められる」として、本件は教唆犯ではなく共謀共同正犯の事例であるとの理解に立ち、「現行法上、自己隠避教唆は不可罰であり、送致にかかる少年の自己隠避の教唆行為は、当裁判所の認定としては自己隠避の共謀行為であり、正犯としての行為ということになるから、結局少年には非行がないということとなる」と結論づけている。

大阪高判平成七年五月一八日（高検特報平成七年一二九頁）は、「犯人が身代わり犯人を立てて自首させる行為は、……たまたま既に他人が身代わり犯人として立つ犯意を生じているのに乗じて、共同正犯の形態でその者に身代わり犯人として自首してもらおうような場合と異なり、…教唆犯の成立を否定すべき理由はない」とする。

(3) これに対し、肯定説は、①共同正犯の場合も、犯人以外の者が関与することにより司法作用に対する侵害の程度が類型的に大きいという点では教唆犯の場合と同じである³⁰⁾、②教唆犯の場合は可罰的であるのに、より積極的に関与する共同正犯の場合に不可罰となるというのは不均衡である³¹⁾、③証拠隠滅罪は、犯人でない者のみがなしうる身分犯であり、犯人であることは消極的身分であると解すれば、非身分者である犯人を刑法六五条一項により共同正犯として処罰することも可能である³²⁾、などと主張する。

犯人が証拠隠滅に関与した場合は教唆犯として可罰的であるとの理解に立つのであれば、肯定説のいうように、教唆犯と共同正犯とで異なる取扱いをする理由はないように思われる。犯人が他人と共謀の上、共同して証拠隠滅を実現し

た場合には、共同正犯の成立を認めることは可能であるというべきであろう。

このような理解に立った場合、本件については共同正犯の成立が認められることになろう。被告人は、脱税について処罰を免れるという自己の利益を図って甲にその対策を相談し依頼することにより甲との間で証拠偽造の謀議をなし、さらに虚偽の契約書に署名するなど自ら実行行為の一部も分担しているからである。

(4) 同じことは、幫助犯の場合もいえる。犯人が他人の証拠隠滅を手助けしたときに、幫助犯の成立を認めることは可能であろう。³³⁾ たとえば、すでに証拠隠滅の実行を確定的に決意している者に対し犯人が助言や激励などを行ったときには、教唆犯の成立は否定されるが、正犯行為を精神的に援助、促進するものとして幫助犯が成立しうることになろう。いずれにしても、本決定は、検察官の訴因の枠内で証拠偽造教唆罪の成否を判断したにすぎず、犯人が証拠偽造に關与した場合における共同正犯や幫助犯の成立の可能性について何も語っていない。³⁴⁾ この点については、今後の判例の動向を注視する必要がある。

五 本決定の意義

正犯者に犯罪の遂行を決意させることをもって教唆とする判例の立場においては、教唆犯が成立するためには被教唆者がまだ犯罪の遂行を決意していないことが必要となる。しかし、どのような場合に犯罪の遂行を決意したといえるのかは、これまでの裁判例においても必ずしも明確にされてこなかった。実務上、共謀共同正犯を肯定することにより犯罪事件の大半は共同正犯として処理され、教唆犯の成立する事案は極めて少ないため、こうした問題が顕在化することがなかったであろう。³⁵⁾ しかし、犯人が証拠隠滅や犯人蔵匿に關与した場合については共同正犯ではなく教唆犯とするのが通例であることから、本件においては、決意の喚起の有無という問題が正面から取り上げられることになった。そ

の点で、本決定がこの問題について判断を示したことは、貴重であり、重要な意義を有する。

ただし、決意の喚起の有無という観点からのみ教唆犯の成否を判断してよいのか、また、犯人が証拠隠滅や犯人蔵匿に加功した場合に共同正犯や帮助犯の成立する余地はあるのかといった点は、本決定においても未解決のままである。今後、こうした問題について検討を深める必要がある。

- (1) 松宮孝明『「正犯」と「共犯」』同『刑事立法と犯罪体系』(成文堂、二〇〇三年)二〇九頁以下参照。
- (2) 団藤重光『刑法綱要各論』(創文社、第三版、一九九〇年)九〇頁、大塚仁『刑法概説(各論)』(有斐閣、第三版、一九九六年)六〇二頁、前田雅英『刑法各論講義』(東京大学出版会、第四版、二〇〇七年)五四三頁。
- (3) 山口厚『刑法各論』(有斐閣、補訂版、二〇〇五年)五八三頁、大谷實『刑法講義各論』(成文堂、新版第二版、二〇〇七年)五七四頁、西田典之『刑法各論』(弘文堂、第四版、二〇〇七年)四九七頁。
- (4) 大判明治四五年一月一五日刑録一八輯一頁、大判昭和一〇年九月二八日刑集一四卷九九七頁、最決昭和四〇年九月一六日刑集一九卷六号六七九頁。
- (5) 大谷實『刑法講義総論』(成文堂、新版第二版、二〇〇七年)四三八頁。
- (6) 大判大正六年五月二五日刑録二三輯五一九頁。大谷・前掲注(5)四四九頁。
- (7) 前田雅英『刑法総論講義』(東京大学出版会、第四版、二〇〇六年)四五六頁、大谷・前掲注(5)四三九頁。
- (8) 大谷・前掲注(5)一七三頁。
- (9) 前田巖『判解』ジュリスト一三三六号(二〇〇七年)一一〇頁。
- (10) 前田・前掲注(7)二〇九頁、大谷・前掲注(5)一七三、一七四頁、山口厚『刑法総論』(有斐閣、第二版、二〇〇七年)二〇〇頁。
- (11) 門田成人『判批』法学セミナー六二六号(二〇〇七年)一一九頁、小林憲太郎『判批』ジュリスト一三五四号(二〇〇八年)一七二頁、関根徹『判批』速報判例解説編集委員会編『速報判例解説Vol.1』(二〇〇七年)一八七頁、嶋矢貴之『判批』ジュリスト一三六三三号(二〇〇八年)一三三頁、山元裕史『判批』警察学論集六〇巻九号(二〇〇七年)二〇六頁。
- (12) 大越義久『実行の着手』芝原邦爾ほか編『刑法理論の現代的展開総論Ⅱ』(日本評論社、一九九〇年)一六二頁、西村秀二『いわゆる「条

件付故意」について——未完成犯罪を中心として——上智法学論集三〇巻一号（一九八七年）二八一頁以下。なお、宮川基「条件付故意について（二・完）」法学六三巻四号（一九九九年）九四頁以下参照。

- (13) 園田寿「判批」平野龍一・松尾浩也編『刑法判例百選Ⅰ総論』（有斐閣、第二版、一九八四年）一〇三頁、安達光治「判批」芝原邦爾ほか編『刑法判例百選Ⅰ総論』（有斐閣、第五版、二〇〇三年）七七頁、篠田公穂「条件付き故意」名古屋大学法政論集二二三号（一九八八年）二二〇頁。

- (14) 塩見淳「条件付故意について」刑法雜誌三〇巻一号（一九八九年）八三頁以下。

- (15) 塩見・前掲注（14）八三頁以下。

- (16) この点を捉えて、町野朔「刑法総論講義案Ⅰ」（信山社、一九九五年）二〇八頁、西田典之『刑法総論』（弘文堂、二〇〇六年）二〇二頁、西村秀二「確定的故意と不確定的故意」阿部純二ほか編『刑法基本講座第二巻』（法学書院、一九九四年）一八三頁は、行為者がなすべきことを終了している場合は本来の条件付故意の問題ではないとする。

- (17) 前田・前掲注（9）二二〇頁。犯罪遂行決意の認定については、山元・前掲注（11）一九八頁参照。

- (18) 前田・前掲注（9）二二〇頁、門田・前掲注（11）一一九頁、関根・前掲注（11）（二〇〇七年）一八七頁。

- (19) 豊田兼彦「判批」刑事法ジャーナル八号（二〇〇七年）一四四頁。

- (20) 前田・前掲注（9）二二〇頁、園田・前掲注（13）一〇三頁、塩見・前掲注（14）八三頁。これに対して、西村・前掲注（12）二八三頁は、この場合には幫助犯になるとする。なお、宮川・前掲注（12）七七頁以下参照。

- (21) 中山研一『刑法総論』（成文堂、一九八二年）四六九頁、浅田和茂『刑法総論』（成文堂、補正版、二〇〇七年）四三三頁。

- (22) 中山・前掲注（21）四六八・四六九頁、浅田・前掲注（21）四一九頁。

- (23) 小林・前掲注（11）一七二頁。

- (24) 嶋矢・前掲注（11）一三二頁。

- (25) 拙稿「教唆犯の本質に関する一考察（二・完）」同志社法学四三巻三号（一九九一年）一三三頁以下。嶋矢貴之「過失犯の共同正犯論（二・完）」——共同正犯論序説——法学協会雜誌一二二巻一〇号（二〇〇四年）一六九六頁以下も、教唆犯と幫助犯との間の法定刑の軽重は寄与の重大性によって決せられるとしている。もっとも、嶋矢・前掲注（11）一三二頁は、まだ犯罪の遂行を決意していない者に対し犯罪の遂行を決意させることを教唆犯の要件としているようである。この見解については、小林・前掲注（11）一七二頁参照。

自己の刑事事件に関する証拠偽造を他人に依頼した行為と証拠偽造教唆罪の成否 同志社法学 六〇巻八号 四四二（四七二四）

(26) 中村雄一「教唆と精神的幫助の限界づけについて——L. S. S. S. の見解を中心に——」中央大学大学院研究年報一三号I12（一九八四年）八三頁以下、同「行為決意者に対する助言による介入と関与形態」秋田法学一九号（一九九二年）二〇七—二〇八頁は、計画支配の有無によつて教唆と精神的幫助を区別しようとする。この見解については、拙稿「教唆犯の本質に関する一考察（一）」同志社法学四三巻二号（一九九一年）八〇頁以下、同・前掲注（25）一一九頁以下参照。

(27) 門田・前掲注（11）一一九頁、豊田・前掲注（19）一四四頁、山元・前掲注（11）一九八頁。

(28) 前田・前掲注（9）一二〇頁。

(29) 藤永幸治「判批」研修三七九号（一九八〇年）七一頁、鈴木彰雄「判批」法学新報九三巻一一—一二号（一九八七年）一四五頁、関根・前掲注（11）一八八頁。

(30) 安田拓人「司法に対する罪」法学教室三〇五号（二〇〇六年）八〇頁。さらに、嶋矢・前掲注（11）一三四頁参照。

(31) 安田・前掲注（30）八〇頁、瀬戸毅「判批」研修七一〇号（二〇〇七年）二二頁。

(32) 内田文昭「消極的身分と共犯」田宮裕博士追悼論集上巻（二〇〇一年）四三〇頁、安田・前掲注（30）八〇頁、瀬戸・前掲注（31）一二三頁。

(33) 安田・前掲注（30）八〇頁。

(34) 前田・前掲注（9）一二〇頁。

(35) 前田・前掲注（9）一一九頁、豊田・前掲注（19）一四四頁。