

## 逮捕勾留されている者の身代り犯人と なることと犯人隠避罪の成否

丸山雅夫

### I はじめに

刑法 103 条は、「罰金以上ノ刑ニ該ル罪ヲ犯シタル者又ハ拘禁中逃走シタル者ヲ蔵匿シ又ハ隠避セシメタル」場合に、犯人蔵匿罪ないしは犯人隠避罪として処罰することを規定している。これらのうち、犯人隠避罪は、隠避が「蔵匿以外の方法により官憲の発見逮捕を免れしむべき一切の行為」として定義づけられていることから、従来、開かれた構成要件の性格を持つものとして扱われてきた。もっとも、「隠避セシメタ」にあたる場合として具体的にどのような事案を想定するかという点については、若干の論者<sup>1)</sup>を除いて、判例および学説においてほとんど相違するところがなく、格別大きな問題とされることはなかった。

しかし、昭和 61 年に、ある事件で逮捕勾留中の犯人の処罰を免れさせる目的で他の者を教唆して当該事件の身代り犯人として警察署に出頭させ、自己が犯人である旨の虚偽の陳述をさせる行為が、犯人隠避教唆罪を成立させるか否かが問題となる事案が起き（以下、「本件」という）、この点に新たな問題を生じさせることになった。本件については、犯人隠避教唆罪の前提となる犯人隠避罪の成否をめぐって、否定説を採る第一審（福岡地小倉支判昭和 61 年 8 月 5 日判例時報 1253 号 143 頁。以下、「一審判決」という）と肯定説を採る控訴審（福岡高判昭和 63 年 1 月 28 日判例時報 1264 号 139 頁。以下、「控訴審判決」とい

---

1) 後出注 11) 参照。

う)とが顕著に対立した。これに対して、最近、最高裁は、控訴審判決の結論を維持することで問題の解決を図ったのである(最決平成元年5月1日刑集43巻5号405頁。以下、「最高裁決定」という)。

本件に対する各裁判所の判断については、すでにいくつかの評釈等が公にされ、おおむね肯定説の方向に傾きつつあるが<sup>2)</sup>、有力な批判も存在する<sup>3)</sup>。筆者は、本件の結論自体としては肯定説を支持しうると考えるが、控訴審判決および最高裁決定の論理ないしは表現について一部疑問を覚えるものである。そこで、以下において、本件事案およびそれに対する各裁判所の判断を紹介したうえで、この点について若干の検討を試みることにする。なお、本件での直接的な問題は犯人隠避「教唆」罪の成否にあるが、従属的共犯としての教唆犯の成否自体については格別の問題はないと思われるので、教唆犯成立の前提となる犯人隠避罪の成否に限定して論じることとする。

## II 事案の概要および一審判決・控訴審判決の概要

1 控訴審の認定したところによれば、本件事案の概要は、次のようなもの

- 2) 一審判決に対する批判として、大谷實「本人の逮捕勾留中に身代り犯人を立てる行為の罪責」最新判例演習室1988(昭和63年)130頁以下、同・刑法講義各論(第二版・昭和63年)507頁以下、控訴審判決について、香川達夫「逮捕勾留され取調べを受けている者の訴追及び処罰を免れさせる目的で当該被疑事実についての身代り犯人を警察へ出頭させた行為は犯人隠避教唆罪となるか」判例評論351号(判例時報1266号、昭和63年)59頁以下、馬場義宣「逮捕勾留されている者の訴追及び処罰を免れさせる目的で身代わり犯人を警察へ出頭させる行為は犯人隠避教唆罪を構成するか」警察学論集41巻8号(昭和63年)170頁以下、最高裁決定について、尾崎道明「他人を教唆して、既に犯人として逮捕勾留されている者の身代わり犯人として自首させた行為は、犯人隠避教唆罪を構成する」法律のひろば42巻9号(平成元年)53頁以下、原田國男「逮捕勾留中の犯人の身代りを出頭させる行為と犯人隠避教唆罪の成否」ジュリスト943号(平成元年)86頁以下。
- 3) 控訴審判決に対して、松宮孝明「すでに本犯の嫌疑で逮捕勾留されている者に対する犯人隠避罪の成否」南山法学12巻2・3合併号(昭和63年)75頁以下、最高裁決定に対して、日高義博「逮捕勾留中の犯人の身代り自首と犯人隠避罪」法学教室108号(平成元年)88頁以下。

である。

被告人は、暴力団甲野会二代目乙山組の若頭であるが、同組組長 N が某所において A に対し殺意をもって所携の拳銃を発射し、同人に加療約 1 カ月間を要する左手および左前胸部貫通銃創等の傷害を負わせたとの殺人未遂の被疑事実により逮捕されたことを知るや、右 N をして同罪による訴追および処罰を免れさせる目的で、その身代り犯人を立てて右 N を隠避させようと企て、同組組員 M に対し、「どうしても組長を助けないかん。判るやろ。どっちかが身代わりに出るしかない」、「俺が身代わりに立つより、お前が出た方が自然だ」等と申し向け、さらに右 M に対しあらかじめ被告人が入手していた拳銃 1 丁（犯行に使用されたもの）およびその実包 2 発を手渡したうえ、重ねて「警察に行ったら、最初についた嘘をあくまで貫け。どんなに追求されても自分が撃ったんだということで押し通せ」等と申し向けて、右 M において右 N の身代り犯人となるよう教唆し、右 M をしてその旨決意させ、警察署において右拳銃 1 丁および実包 2 発を提出するとともに、右 M 自身が右拳銃を使用しての前記殺人未遂事件の犯人である旨の虚偽の事実を申し立てさせた。M は、出頭後 14 日目になって身代りであることを認め、その 2 日後には、それまで頑強に犯行を否認していた組長 N も殺人未遂の犯行を自白した。そのため、同組長は、結局釈放されることなく起訴された。

被告人は、犯人隠避教唆、銃砲刀剣類所持等取締法違反、火薬類取締法違反の罪名で起訴された（なお、M は昭和 61 年 5 月 29 日福岡地裁小倉支部で本件犯人隠避罪により懲役 1 年、3 年間執行猶予の判決言渡を受け、右判決は同年 6 月 13 日確定した）。

2 第一審の福岡地裁小倉支部は、被告人に対して、銃砲刀剣類所持等取締法違反の罪および火薬類取締法違反の罪についてはその成立を認めたものの（懲役 10 月）、犯人隠避教唆罪については、M の行為はそもそも犯人隠避罪の構成要件に該当しないとしてその成立を否定し、一部無罪の判決を言い渡した。

一部無罪の理由は、次の 2 点に集約される。①「隠避」の意味については、

「蔵匿以外の方法に依り官憲の発見逮捕を免れしむべき一切の行為を包含する」と説明されていること（大審院昭和5年9月18日判決・刑集9巻668頁参照）、刑法103条の立法趣旨が、罰金以上の刑にあたる罪を犯した者および拘禁中逃走した者に対する官憲による身柄の確保に向けられた刑事司法作用の保護にあると解されること、同条の規定する行為のうち「蔵匿」の場合は、逮捕勾留されている者を蔵匿するということは考えられないこと、同条の規定する客体のうち「拘禁中逃走したる者」の場合は、官憲により身柄を拘束されていない者を予定していると考えられることと対比すれば、「同条は、本犯の嫌疑によりすでに逮捕勾留されている者を『隠避せしめる』ことを予定していないと解するのが相当である。」②かりに①の点について一步退いて考えるとしても、「刑法103条にいう『隠避せしめた』とは、官憲から本犯の身柄を隠避させることを意味するものと解されるから、ある行為があっても、その結果が、捜査官憲による本犯特定等の捜査に手間を取らせたという程度にとどまり、本犯の嫌疑によりすでに逮捕勾留されている者のその身柄拘束状態に変化を及ぼさなかった以上、その場合をも本犯を『隠避せしめた』ことになるというのは、刑法103条にいう『隠避せしめた』ということばの解釈上無理があると考えられるから」、「本犯の嫌疑によりすでに逮捕勾留されている者の場合、これを『隠避せしめた』といえるのは、隠避行為の結果、官憲が誤って、本犯の嫌疑による逮捕勾留を解くに至ったときに限られ、そこまで至らなくて、官憲が本犯の右逮捕勾留を続けたときには、『隠避せしめた』ものとはいえないと解するのが相当である。」

この判決については、検察官と被告人の双方が控訴した。

3 控訴審である福岡高裁は、最初に、検察官の控訴趣意（法令適用の誤りの主張）について判断を示し、一連の事実関係を詳細に認定したうえで、本件においては身代り犯人の自首によって（真）犯人の特定に関する捜査が少なからず混乱、妨害させられたことが明らかであるとして、「一般に身代り自首はそれ自体犯人の発見、逮捕を困難にし捜査権の作用を妨害するおそれがある行為として犯人隠避罪を構成するものと解すべきであるばかりでなく」、Mの身代

り自首は「実現にも捜査の円滑な遂行に支障を生じさせる結果を招いたこと前記のとおりであるから、逮捕勾留中の犯人であるNが釈放される事態が生じなかったとしても、犯人隠避の罪責を免れないことは明らかである」とし、さらに、一審判決の見解は「同条の立法趣旨が罰金以上の刑に該る罪を犯した者及び拘禁中逃走した者に対する官憲による身柄の確保に向けられた刑事司法作用の保護にあるとの解釈を立論の前提としているものであるところ、同条が広く司法に関する国権の作用を妨害する行為を処罰する趣旨、目的に出たものと解されることは異論を見ない（最判昭和24年8月9日刑集3巻9号1440頁参照）のであって、原判決のいうように単に身柄の確保に限定した司法作用の保護のみを目的としたものと解すべき合理的根拠はなく、右前提に立脚した原判決の判断にはたやすく賛同できない」として、原判決は法令の解釈適用を誤ったもので、その誤りが判決に影響を及ぼすことが明らかであるから破棄を免れないとした。そのうえで、弁護人の控訴趣意のうち法令適用の誤りについての主張を排斥し、量刑不当の論旨に対する判断は省略して、一審判決を破棄、自判して、被告人に懲役1年6月を言い渡した。

これに対して、被告人が上告した。

### Ⅲ 最高裁決定

最高裁は、憲法31条違反を主張する弁護人の上告趣意を、「実質は単なる法令違反の主張であり、刑訴法405条の上告理由に当たらない」として棄却したうえで、職権により、次のように判断した。すなわち、「刑法103条は、捜査、審判及び刑の執行等広義における刑事司法の作用を妨害する者を処罰しようとする趣旨の規定であつて（最高裁昭和24年（れ）第1566号同年8月9日第3小法廷判決・刑集3巻9号1440頁参照）、同条にいう『罪ヲ犯シタル者』には、犯人として逮捕勾留されている者も含まれ、かかる者をして現になされている身柄の拘束を免れさせるような性質の行為も同条にいう『隠避』に当たると解すべきである。そうすると、犯人が殺人未遂事件で逮捕勾留された後、被告人が他の者を教唆して右事件の身代り犯人として警察署に出頭させ、自己が犯人

である旨の虚偽の陳述をさせた行為を犯人隠避教唆罪に当たるとした原判断は、正当である。」

#### IV 検 討

本件においては、一審判決が犯人隠避罪の成立を否定するために展開した論理との関係で、ふたつの点が検討されなければならない。ひとつは、犯人隠避罪の客体には何らかの制限があるのかという点であり、もうひとつは、本罪の客体に何らの制限もないとした場合に、すでに逮捕勾留されている者の身代り犯人となることを本罪として処断しうるのはいかなる場合かという点である。後者は、抽象的危険犯とされる本罪の性格がその成立範囲にどのような影響を与えるのかという問題でもある。これらの点は、各裁判所の判断においては、いずれも密接不可分なものとして扱われているのであるが、以下では、もっぱら考察の便宜という観点から、「犯人隠避罪の客体」および「犯人隠避罪の性格と『隠避センチメタ』の意味」に一応区別して論じることにする。

##### 〔I〕 犯人隠避罪の客体

1 この点について、一審判決は、本罪の保護法益を「罰金以上の刑にあたる罪を犯した者及び拘禁中逃走した者に対する官憲による身柄の確保に向けられた刑事司法作用」(傍点筆者。以下同じ)として限定的に解するとともに、蔵匿概念および客体のひとつとしての「拘禁中逃走シタル者」との対比において隠避概念をも限定的に解することによって、本罪の客体にふたつの側面からしぼりをかけた。これに対して、控訴審判決は、保護法益を限定的に解する合理的な根拠はないとして一審判決を否定し、最高裁決定は、①本罪の保護法益は限定的には解されないこと、②「罪ヲ犯シタル者」には文理上逮捕勾留されている者も含まれること、③身柄の拘束を免れさせるような性質のものはおよそ隠避行為たりうる、との理由から、控訴審判決の結論を支持したのである<sup>4)</sup>。

2(1) 犯人隠避罪の保護法益については、本罪のそれに意識的に限定して論じたものは見当たらないようであるが、本罪と犯人蔵匿罪とを併せて規定する刑

法 103 条の保護法益として、一般に、広い意味での国家の刑事司法作用の保護が指摘されている。判例においては、控訴審判決および最高裁決定の引用する昭和 24 年の最高裁決定が、「刑法第 103 条は司法に関する國権の作用を妨害する者を処罰しようとするのである」とし、学説においても、「国家の刑事司法作用、すなわち刑事事件の捜査・審判・刑の執行等を妨害する行為を処罰の対象とする」<sup>5)</sup>ものとされているのである。このような理解からするならば、犯人隠避罪はただ単に身柄の確保に限定した司法作用の保護のみを目的としたものと解すべきものではなく、この点で本罪の客体は限定されるべきではないことになる。控訴審判決および最高裁決定は、まさに、このような理解に立ったものである。

ただ、学説による保護法益の理解は、いずれも、広く、刑法第 7 章の「犯人蔵匿及ヒ証憑湮滅ノ罪」全体との関係でなされているものであることに注意しなければならない。したがって、この点を強調するならば、一般的ないしは抽

- 
- 4) もっとも、控訴審判決は、隠避概念自体に限定があるかどうかという点については、格別の判断を示していない。一審判決の立論の前提をなすものとして、保護法益についての限定的解釈を否定すれば充分だと考えたのであろうか。しかし、一審判決が二重の観点から本罪の客体にしぼりをかけていたことからすれば、保護法益についての解釈を否定することによって、「右前提に立脚した原判決の判断にはたやすく賛同できない」と言うことはできるとしても、隠避概念への言及なしには、「被教唆者である M の身代わり自首行為は犯人隠避罪に該当する」といった積極的な結論を導くことまではできなかったはずである。この点で、控訴審判決には論理の飛躍があると言わざるをえない。
- 5) 香川達夫・注釈刑法(3) (昭和 40 年) 112 頁。なお、宮本英脩・刑法大綱 (昭和 10 年) 500 頁、小野清一郎・新訂刑法講義各論 (三版・昭和 25 年) 31 頁、滝川幸辰・刑法各論 (昭和 26 年) 436 頁、久禮田益喜「犯人蔵匿罪、証憑湮滅罪及び偽證罪」刑事法講座第 4 卷 (昭和 27 年) 747 頁、平野龍一・刑法概説 (昭和 52 年) 284 頁、大塚仁・注解刑法 (増補第二版・昭和 52 年) 518 頁、小野清一郎＝中野次雄＝植松正＝伊達秋雄・ポケット註釈全書刑法 [第三版] (昭和 55 年) 254 頁、内田文昭・刑法各論 (第二版・昭和 59 年) 645 頁、団藤重光・刑法綱要各論 (改訂版・昭和 60 年) 77 頁、福田平・全訂刑法各論 (昭和 63 年) 26 頁、大谷實・刑法講義各論 (第二版・昭和 63 年) 505 頁をはじめとして、ほとんどの教科書等において、同趣旨の説明がされている。

象的には同じく国家の刑事司法作用の保護を目的とする犯罪類型であっても、刑事司法作用の段階ないしは場面に応じてそれぞれの犯罪類型を区別したうえで、偽証罪（169条）は証言を、証憑湮滅罪（104条）は証拠を、そして被拘禁者奪取罪（99条）や犯人蔵匿・隠避罪は犯人ないしは逃走者の身柄をそれぞれ確保するための作用を保護するものとして、各犯罪類型の保護法益を限定的に個別化することも不可能ではない。一審判決が被拘禁者奪取罪や証憑湮滅罪の存在に言及して、本罪の保護法益を限定的に解するものも、このような体系的な解釈の結果と見ることができる<sup>6)</sup>。また、法益を広く解する昭和24年判決の趣旨も、「究極的法益をそう解しているだけで、具体的レベルにおいて保護すべき刑事司法作用を身柄の確保から離れて犯人の特定にまで広げる趣旨まで含まないと解する余地もあり<sup>7)</sup>、したがって、「司法に関する国権の作用が保護法益であるとの立場を採ったとしても、そのことから直ちに、逮捕勾留されて身柄の拘束を受けている者まで本罪の客体になるとの結論に結びつくものではない<sup>8)</sup>とすることも可能である。事実、改正刑法草案は、いわゆる「逃走の罪」と本罪との類似性に着目して、「逃走及び蔵匿の罪」を第6章に併せて規定し、その保護法益を「国家の拘禁作用の保護」に限定しようとする立場を採っている<sup>9)</sup>。

(2) このように、本罪の保護法益は、論理的には、広く（ゆるやかに）とらえることも狭く（限定的に）とらえることも可能である。しかし、後者の立場においては、實際上、重大な不都合が生じることになる。たとえば、この立場によれば、真犯人が逮捕される直前に身代り犯人が出頭していれば本罪が成立するのに対し、犯人逮捕直後に身代り犯人が出頭しても本罪は成立しえないと

6) この点について、香川達夫・前出注2) 61頁、62頁、馬場義宣・前出注2) 175頁は、本件が99条ないしは104条によって処断されるべきだとしたものとして一審判決を理解されているようである。しかし、一審判決は、そこまで主張しようとしているわけではなく、本文で述べたように、本罪の保護法益を限定する論拠としてそれらに言及しているにすぎない。

7) 原田國男・前出注2) 87頁。

8) 日高義博・前出注3) 89頁。

9) 法務省刑事局編・法制審議会改正刑法草案の解説（昭和50年）193頁、199頁参照。

せざるをえない。また、この立場を一貫すれば、身柄の拘束を予定しないで任意捜査を行なう在宅事件の場合には、その被疑者は本罪の客体から除かれているとすることにもつながりかねない。さらに、この立場は、被疑者の身柄がすでに確保されている場合であって、偽証罪等の成立の可能性がありえないような事案においては、身代り犯人が出頭することによって真犯人の身柄が完全に解放された場合にも、刑法上何らの犯罪も成立しえないとするところまで行きつくものである。しかし、このような結論は、いかにも不合理だと言わなければならない。これらの点からすれば、本罪の保護法益は、主として「身柄の確保に向けられた刑事司法作用」であると言ってよいが、ことさらそれに限定する論理的必然性ないしは現実的意味はないように思われる。一審判決は、本罪の保護法益を限定的に解する論理的可能性を示した点では評価しうるが、現実的妥当性をも含めてその点について積極的な理由づけを必ずしも充分になしえなかった点で、説得性を欠いているのである。

したがって、本罪が「広く司法に関する国権の作用を妨害する行為を処罰する趣旨、目的に出たものと解されることは異論を見ない」とまで言い切ってしまうことは正しくないが、結論的には、保護法益を広く解する控訴審判決および最高裁決定の立場の方が妥当なものと考ええる。

3(1) 身代り犯人の出頭ないしはそれに類する形態で捜査を妨害した事案について、判例は、広範に、犯人隠避罪の成立を肯定してきた。たとえば、身代り犯人を警察署に出頭させた事案（大判大正4年8月24日刑録21輯1244頁）、複数の犯人のうちのある者にだけ罪を負わせて身代り自白をさせた事案（大判大正8年4月17日刑録25輯568頁）、真犯人の身代りとして他の者を警察署に届け出たうえ出頭させた事案（最決昭和36年3月28日裁判集刑137号493頁）、犯人が別件の嫌疑ですでに検挙取調べを受けている場合に、本件について他人を警察署に身代り出頭させて虚偽の供述をさせた事案（高松高判昭和27年9月30日高刑集5巻12号2094頁）、参考人が犯人から頼まれて捜査官に虚偽の供述をした事案（和歌山地判昭和36年8月21日判例時報284号33頁）、犯人が身代りを警察に出頭させた事案（京都地判昭和43年2月26日判例

タイムズ 221号 240頁)において<sup>10)</sup>、それぞれ、犯人隠避罪ないしは犯人隠避教唆罪の成立が肯定されている。このような一連の判例の根底には、一審判決も引用する昭和5年の大審院判決に代表される隠避概念のゆるやかなとらえ方、すなわち「刑法第百三條ニ所謂蔵匿トハ官憲ノ發見逮捕ヲ免ルヘキ隠匿場ヲ供給スルコトヲ指稱シ隠避トハ蔵匿以外ノ方法ニ依リ官憲ノ發見逮捕ヲ免レシムヘキ一切ノ行為ヲ包含スルモノ」であるとの認識が、存在していると言ってよい。このことは、学説においてより顕著である。学説においては、「隠避」という文理の解釈からそれを限定的にとらえるべきだとする一部のもの<sup>11)</sup>を除いて、圧倒的多数のものは、昭和5年と大正4年の各大審院判決を引用することによって、身代り犯人の事案については当然のように犯人隠避罪が成立することを認めている<sup>12)</sup>。

- 
- 10) 身代り犯人を出頭させた者に犯人隠避罪の成立を認める判例の存在、およびN(組長)、被告人(若頭)、M(被告人の配下組員)の関係からすれば、本件の被告人についても、犯人隠避教唆罪でなしに犯人隠避罪の成立を認めることが可能であったと言えよう。
- 11) たとえば、平野龍一「刑法各論の諸問題18」法学セミナー228号(昭和49年)40頁は、「蔵匿とはかくまうことであり、隠避とは逃げかくれすることである。隠避させるとは、逃げかくれを助けることであるから、本来は、犯人の行為を必要とするように思われる。たとえば、逃走のための旅費を与えとか、逃走先についてアドバイスとか、捜査機関の動きを知らせるような行為は、まさに逃げかくれさせる行為である。しかし判例は、この概念をひろげて、『蔵匿以外の方法で官憲の発見・逮捕を免れさせる一切の行為』と解している。その結果、……身代わりの犯人として自首すること……も、隠避させることだとしている。しかし、右の行為だけで隠避罪が成立するというのは、疑問がある」として、昭和5年と大正4年の各大審院判決を批判されている。さらに、同旨として、中義勝・刑法各論(昭和50年)284頁。
- 12) たとえば、牧野英一・刑法各論上巻(昭和25年)62頁、小野清一郎・前出注5)33頁、青柳文雄・刑法通論Ⅱ各論(昭和38年)106頁、滝川春雄=竹内正・刑法各論講義(昭和40年)401頁、植松正・再訂刑法概論Ⅱ各論(昭和50年)47頁、藤木英雄・刑法講義各論(昭和51年)39頁以下、大塚仁・前出注5)521頁、佐伯千仞・刑法各論(訂正版・昭和56年)28頁、中山研一・刑法各論(昭和59年)527頁、内田文昭・前出注5)648頁、団藤重光・前出注5)81頁、福田平・前出注5)28頁、大谷實・前出注5)507頁、香川達夫・刑法講義〔各論〕(第二版・平成元年)68頁、69頁注⑱、⑳、等。

もっとも、このように広範に犯人隠避罪の成立を認める判例および学説も、真犯人がすでに当該事件によって逮捕勾留されている事例までは念頭に置いていなかったようである。昭和5年判決は、「逃避者ニ逃避ノ便宜ヲ與フルカ如キ行為モ亦同條ノ所謂犯人隠避罪ヲ構成スルモノト解スルヲ妥當トス」とするところから明らかなように、身柄が拘束されていない客体に対する判示であるし、すでに引用した判例のいずれの事案も同様のものであった。本件のような事案については、昭和27年の高松高裁判決が、傍論において、「本件……の被疑事実そのものについて検挙取調を受けている際であつたとしても前叙のような虚偽の供述を為さしめることは犯人であることを晦さんとして捜査を妨害しているのであるから、……捜査段階におけるこのような偽証類似の行為は罪刑法定主義の現行刑法の解釈として犯人隠避罪成立の余地がないものと形式的な解釈をすることは出来ない」として、仮定的に言及していた程度であった<sup>13)</sup>。学説においても、本件のような事案を明確に意識して論じたものはなかったものようである<sup>14)</sup>。その意味で、当該事件（本件）によってすでに逮捕勾留されている者の処罰を免れさせる目的で身代り犯人を立てることが「隠避」概念に含まれるか否かということは、本件によってはじめて問題にされることになった

---

もっとも、昭和5年判決以前にも、すでに、岡田庄作・刑法原論各論（大正9年）は、「隠避セシムルトハ隠匿場所供給以外ノ罪ノ發見ヲ妨害スヘキ一切ノ行為ヲ言フ」（95頁）との前提から、「本罪行為者カ自己ヲ原犯ナリト詐稱シ裁判所又ハ監獄署ニ出頭シ裁判ヲ受ケ又ハ刑ノ執行ヲ受ケタルトキハ亦一ノ隠避行為ナルヤ疑ナシ」（96頁）とされていた。さらに、同旨として、山岡万之助・刑法原理（訂正増補15版・大正12年）690頁。

- 13) この判決が存在することから、香川達夫・前出注2) 62頁は、「この先例との抵触は避けられない」として、一審判決に批判的であるように思われる。しかし、下級審判決の、しかも傍論における仮定的な判断の部分にまで先例性を認めることはできない。
- 14) 香川達夫・前出注5) 119頁は、本件のような事案に対するものとして昭和27年の高松高裁判決を引用されているが、「事情は、甲事実が発覚し、すでに甲事実について調査中であつても同様であるとされる」という表現からうかがわれるように、本件のような事案を意識したうえでそれに対する立場を表明したものではないと思われる。

ものであると言える。

(2) 蔵匿行為が隠匿場所を提供するものであること、また本罪の客体としての「拘禁中逃走シタル者」は文理上当然に身柄が確保されていない者のみを指すものであることからすれば、これらとの対比において、隠避も身柄を拘束されていない者のみを客体とするものだとする一審判決の考え方は、一定程度説得的である。隠避概念を定義づけた昭和5年の大審院判決の事案が逃走中の者を問題としたものであったことも、このような見解を基礎づけよう。しかし、他方で、このような理解は、實際上困難な結果をもたらすことになる。なぜなら、すでに身柄を拘束されている被疑者、被告人についても、有罪判決が確定して収監されるまでは（再審という事態を想定すれば、収監以後も）、証拠関係が変動することによって釈放される可能性が常に残されているからである。しかも、このような可能性は、本罪の保護法益を広くとらえるか狭くとらえるかということとは無関係に、現実的なものとして存在する。事実、一旦身柄が確保された者に対する刑事司法作用が偽証罪を成立させない態様で現実に侵害されうることは、つとに指摘されているところである<sup>15)</sup>。一審判決の論理を徹底すれば、身柄が官憲によってすでに確保されている以上、このような可能性や事態は無視するということになる。一審判決の前半部分は、おそらく、そのように考えているのだと思われる。ただ、一審判決も、前半部分に対しての厳しい反論を予想したのであろう、「仮に、この点について一步退いて考えるとしても」としながら、身代り犯人の出頭によって拘束されていた真犯人の身柄が解放されるに至った場合には例外的に本罪の成立を認めうるとして、この点についての論理的一貫性が事実上不都合な結果を招くことを考慮せざるをえなかったようである。仮定的な問題としてであれ、「一步退いて考え」なければならなかった点に、一審判決の論理の現実的妥当性の弱さが現われたと言えよう。

もちろん、身柄を確保し続けるための前提となる「犯人の特定」を妨害する

15) 香川達夫・前出注2) 61頁、馬場義宣・前出注2) 175頁、尾崎道明・前出注2) 59頁。

ことをも隠避概念に含めることになる控訴審判決や最高裁決定の立場は<sup>16)</sup>、本罪の成立範囲を無限定にする危険性と直結するものとなる。一審判決がこの点を考慮して、隠避概念自体を厳格に限定的に解することによって本罪の成立を合理的な範囲にとどめようとしたことは、評価されてよい。しかし、このような意図は、現実的妥当性とのかねあいで一定程度譲歩せざるをえなかったのである。したがって、隠避概念自体を限定することが事実上困難なのであれば、例外的にはあられ、身柄を拘束されている者に対する隠避もありうるところから出発しなければならない。そもそも、「官憲ノ發見逮捕ヲ免レシムヘキ一切ノ行為」として隠避概念を一般的に定義した昭和5年判決自体が、「発見」という観念化されやすい文言を用いたことで、すでに、身柄を拘束されている者をも隠避しうるところまで行きつく可能性を内在させたものだったのである。結論的には、身柄の被拘束者も「罪ヲ犯シタル者」にあたるとして、本罪の客体から排除しない最高裁決定の立場を支持することができる。このことから、本罪の成立範囲の合理的な限定は、個々の行為が「隠避セシメタ」にあたるか否かという具体的判断において図られるべきだということになる。

## 〔Ⅱ〕 犯人隠避罪の性格と「隠避セシメタ」の意味

1 「隠避セシメタ」の意味について、一審判決は、「官憲から本犯の身柄を隠避させることを意味する」との前提から、逮捕勾留状態に変化がなかった本件は「隠避セシメタ」にあたらなかったとした。控訴審判決は、この点について、「一般に身代り自首はそれ自体犯人の発見、逮捕を困難にし捜査権の作用を妨害するおそれがある行為として犯人隠避罪を構成するものと解すべきである」とするだけで、それ以上は積極的な言及をすることなしに、事実認定を変えることによって一審判決を否定した。一方、最高裁決定は、「かかる者をして現になされている身柄の拘束を免れさせるような性質の行為も同条にいう『隠避』

16) 控訴審および最高裁は、「犯人の特定作用の妨害」が隠避にあたることを明示的に認めているわけではないが、結論的には、このことを認めるものであると言ってよい。

に当たる」としたのである。最高裁は、本罪が抽象的危険犯であることを示すことによって、「当該行為が一般的に右のような性質をもつときには、犯人隠避罪はその段階で成立し、現実には刑事司法作用が侵害され、また、その具体的危険が発生することは必要とされない。したがって、犯人が逮捕勾留されているときでも、当該隠避行為があれば、その身柄の拘束を解かれるに至らなくとも、右行為の段階で犯人隠避罪は成立する」<sup>17)</sup>と考えたのであろう。そして、控訴審判決の背後にも、おそらく、このような考え方が存在していると言ってよい。

2 本罪が抽象的危険犯であるということは、本罪の保護法益を「国家の司法作用一般」として広くとらえることとの関係で、一般に承認されてきた<sup>18)</sup>。

しかし、本罪を抽象的危険犯としてとらえることは、本件のような事案にただちに本罪が成立するとすることと論理的に直結するものではない。なぜなら、本罪が成立するためには、本件で問題になっている行為が「隠避セシメタ」にあたることが積極的に認定されなければならないからである。このことは、抽象的危険犯の典型とされている現住建造物等放火罪(108条)が、放火によって建造物等を「焼燬シタ」とときにはじめて既遂になるのと同じである。本罪が抽象的危険犯であるということの意味は、「隠避セシメタ」ことの結果として、刑事司法に対する現実的侵害ないしはその具体的危険性の発生を必要としないということにすぎないのであって、「隠避セシメタ」の認定がゆるやかでよいとするものではないことに注意しなければならない。すなわち、本罪は、現住建造物等放火罪が建造物等を「焼燬シタ」ことを媒介として公共に対する抽象的危険の発生が認定されるものであるのと同様に、犯人を「隠避セシメタ」ことを媒介として刑事司法に対する抽象的危険の発生が認定されるという性質のも

17) 原田國男・前出注2) 87頁。

18) もっとも、本罪が抽象的危険犯であることを明確に指摘するものは、それほど多くない。この趣旨を明示するものとして、香川達夫・前出注5) 114頁、同・前出注12) 64頁、小野清一郎＝中野次雄＝植松正＝伊達秋雄・前出注5) 254頁。また、黙示的ではあるが明確に指摘するものとして、中山研一・前出注12) 526頁、内田文昭・前出注5) 649頁。

のなのである。一審判決は、この点を明確に意識したうえで、「刑法103条の罪が危険犯であるということは、同条の罪が成立するには、同条に規定する蔵匿し又は隠避せしめた行為があれば、それ以上に、現実に刑事司法の機能を妨害したという事実の発生までは必要でなく、その可能性（危険性）があれば足りるということの意味するけれども、刑法103条の罪が危険犯であるということから、刑事司法の機能を妨害する可能性（危険性）のある行為はすべて同条の行為に該当するということまでは意味しない」としている。

他方、控訴審判決はこの点について格別の言及をしていないし、最高裁決定も、「現になされている身柄の拘束を免れさせるような性質の行為も同条にいう『隠避』に当たると解すべきである」としか判示していない。この点について明確な態度を示していないこともひとつの問題ではあるが、それ以上に、最高裁決定の表現は、不適切なものだと言わざるをえない。なぜなら、最高裁決定の表現によれば、身柄の拘束を免れさせるような性質を持つ行為をただだけで、ただちに本罪の既遂罪が成立するとされることにもなりかねないからである。事実、そのような方向を採ったものとして最高裁決定を理解しているかに思われる立場がある<sup>19)</sup>。しかし、木造住宅の密集地で灯油をしみ込ませた大量のボロ布に点火しただけで消し止められた場合に、放火材料への点火行為それ自体がすでに公共の危険をもたらす性質のものであるにもかかわらず、現住建造物等放火未遂罪しか成立しえないのと同様に、身柄の拘束を免れさせるような性質の行為であっても、それが「隠避セシメタ」にあたらない以上は、本罪の未遂（不可罰）にしかなりえないはずである。「同条にいう『隠避』に当たる」ことを一般論として認めるかのような最高裁決定の表現は、本来は不可罰である本罪の未遂段階を既遂罪として処罰する方向に進む可能性を持っていると言

19) たとえば、最高裁決定に対するコメント（判例時報1313号164頁）は、「身柄の拘束を免れさせるような性質の行為とは、本罪が抽象的危険犯であることを示すものである……。そして、犯人の身柄が確保されている場合でも、身代り犯人として自首する行為は、右の性質の行為に当たるとしているのである」としている。

わざるをえない。もっとも、最高裁決定は、「身柄の拘束を免れさせるような性質の行為も」としているところからして、そのような性質の行為がただちに隠避にあたるということを一一般論として認めたものではなく、当該行為が隠避にあたることもありうるとしただけのものとして理解すべきであろう。このことは、昭和5年の大審院判決の「隠避トハ蔵匿以外ノ方法ニ依リ官憲ノ発見逮捕ヲ免レシムヘキ一切ノ行為ヲ包含スル」という部分を、「官憲の発見逮捕を免れさせるような一切の行為を包含しうる」と読みうるのと同様である。その意味では、最高裁決定の表現も、ことさらにあげつらうべきではないのかもしれない。しかし、それがすでに述べたような方向で処罰の拡大をもたらす可能性を持つものであることも、否定しえないのである<sup>20)</sup>。したがって、そのような方向に踏み出させないためにも、最高裁決定は、「現になされている身柄の拘束を免れさせるような性質の行為も同条にいう『隠避』に当たることがある」と読まなければならないものである点を強調、確認しておきたい。

3 最高裁決定に以上のような留保を付したうえで、身柄拘束中の者の身代りとなる行為は、いかなる場合に犯人隠避罪を成立させる（「隠避セシメタ」にあたる）ことになるのであろうか。身代り犯人の出頭によって被拘束者（真犯人）の身柄が解放された事案においては、本罪の成立を認めることに問題はないであろう。そこでは、身代りによって真犯人の身柄が完全に官憲の手を離れており、それはまさに真犯人を逃げ隠れさせたと言ってよいからである。問題は、本件のように、身代り犯人の出頭によって一定程度捜査が妨害ないしは混乱させられたにもかかわらず、結局真犯人の身柄拘束状態には変化がなかったというような場合である。

「隠避セシメタ」という文言の語調からすれば、実際に逃げ隠れさせた、あるいは、実際に逃げ隠れさせるまでには至らなくても、少なくとも官憲の手の届きにくい状態にすることを要するもののようにも見える。学説の一部が実際に

20) なお、松宮孝明・前出注3) 82頁。

逃げ隠れさせることまでをも要求し、一審判決が「官憲が誤って、本犯の嫌疑による逮捕勾留を解くに至ったとき」に本罪の成立を限定しようとするのも、このような考え方によるものであると言えよう<sup>21)</sup>。しかし、重要なのは、規定の文言の語調それ自体ではなく、むしろ、どの程度官憲の手から遠ざかった（捜査の妨害があった）段階で「隠避セシメタ」ものとして実質的に評価してよいかということである。このことは、放火罪の既遂時期に関して、通説である独立燃焼説が、建造物全体が燃えていなくてもその一部が独立して燃焼を始めた時点で、公共の危険の発生が認められるとして「焼燬シタ」にあたることと同じである。さらに、同様のことは、「鎮火ヲ妨害シタル」とする鎮火妨害罪（114条）や「人ノ名誉ヲ毀損シタル」とする名誉毀損罪（230条）、「人ノ信用ヲ毀損シ若クハ其業務ヲ妨害シタル」とする信用毀損・業務妨害罪（233条）といった一連の危険犯についてもあてはまる。したがって、本罪においても、犯人が実際に逃げ隠れしたりその身柄が官憲の手から完全に離れていない場合であっても、犯人の身柄が官憲の手から一定程度遠ざけられたと見うる場合や、犯人の身柄が官憲の手から一応免れうる状態に達する程度に捜査が妨害された場合には<sup>22)</sup>、刑事司法作用を害する危険性が生じるものとして、「隠避セシメタ」にあたりと評価することができるであろう。

ただ、本件における捜査の妨害の程度については、一審判決と控訴審判決と

21) さらに、大阪高判昭和59年7月27日高刑集37巻2号377頁が、「『隠避セシメ』とは、逃げかくれするのを容易にすることをいい、判例では『蔵匿以外の方法により官憲の発見逮捕を免れしむべき一切の行為を包含する』……とされているが、もとより蔵匿とともに官の発見・逮捕を妨げる行為であるから、右のように『一切の行為』といつても自ら限界があるべきで、蔵匿との対比においてそれと同程度に『官憲の発見逮捕を免れしむべき行為』、つまり逃げかくれさせる行為または逃げかくれするのを直接的に容易にする行為に限定されると解するのが相当であり、それ自体は隠避させることを直接の目的としたとはいいい難い行為の結果間接的に安心して逃げかくれできるというようなものまで含めるべきではない」とするものも、同趣旨であろうか。

22) 小野清一郎＝中野次雄＝植松正＝伊達秋雄・前出注5) 256頁、大谷實・前出注5) 508頁、参照。

で、認定が大きく相違している。一審判決が言うように、Mの行為の「結果が、捜査官憲による本犯特定等の捜査に手間を取らせたという程度」のものにとどまるのであれば、本罪の成立は否定されるべきである。それは、およそ何らかの捜査妨害があればただちに刑事司法作用に対する抽象的危険の発生が認められるというわけでもないからであり<sup>23)</sup>、この程度の捜査妨害があっただけでは、真犯人の身柄が官憲の手を一応免れうる程度の状態に達していると評価することもできないからである。他方、控訴審判決が認定するように、「Mが警察に身代わり自首した当時は捜査がまだその緒についたばかりで証拠も十分整わず、関係者も全面的には信用できない対立暴力団員や、状況について曖昧な認識しか有していないホステス等従業員や客ばかりであり、使用銃器の数、種類、発砲者の数とその人物が誰であるかなど、不明な点が多く、基本的な証拠が収集されていない段階であったところ、Mの右自首により、捜査官はさらに同人に対するポリグラフ検査や多数関係者の事情聴取を重ね、Mの供述の裏付け捜査に従事するなど、徒らに時間と人員の浪費を余儀なくされただけでなく、殺人未遂の真犯人がNであるのか否か捜査官に不安、動揺を生じさせ、犯人の特定に関する捜査が少なからず混乱、妨害させられた」のであるならば、犯人の身柄を確保し続けておくということとの関係で、このような状態を、Nの身柄が官憲の手から一応免れうる状態に達する程度に捜査が妨害されたものとして評価することは可能であるように思われる。もっとも、この点については、「この程度の混乱は一般的に起こりうるものとして捜査機関の負担において解消すべきものである」<sup>24)</sup>との評価も不可能ではない。どの程度の捜査妨害があれば「隠

23) 内田文昭・前出注5) 648頁, 651頁以下参照。

24) 日高義博・前出注3) 89頁。他方、控訴審判決に対するコメント(判例タイムズ664号241頁)は、「将来公判廷で被告人側からの提出が予想される反証がある場合の我が国の公訴権運用の実情を見るに、これについても徹底したつぶしの捜査を終えなければ、そもそも公訴が提起され難い面があることを考えると、一般には、たとえ本犯者が本犯で身柄拘束中であっても、身代わり自首行為により本犯者の逮捕勾留が解かれる危険が乏しいとはいえないであろう」としている。

「避セシメタ」にあたるかということは、官憲による捜査がいい加減であればあるほど真犯人の身柄は官憲の手を脱しやすくなるという事情もあり、事実認定との関わりで一般的な基準を提示することはきわめて困難であるが、いずれにせよ、控訴審判決において認定された程度が限界事例であると言えようか。\*

---

※ 脱稿後、振津隆行「逮捕勾留中の犯人の身代わりを出頭させる行為と犯人隠避罪の成否」法学教室113号（平成2年）別冊付録判例セレクト'89, 39頁に接した。