

## 研究ノート

# 犯人蔵匿罪と証憑湮滅罪の限界に関する一考察

——「隠避」概念の検討を中心として——

十 河 太 朗

- 一 問題の所在
- 二 「隠避」概念をめぐるわが国の議論状況
  - (1) 犯人蔵匿罪の保護法益
  - (2) 従来「隠避」概念
- 三 ドイツ刑法における処罰妨害罪の概要
  - 四 犯人蔵匿罪と証憑湮滅罪の限界
    - (1) 「隠避」の意義
    - (2) 宣誓によらない虚偽の供述と証憑湮滅罪の成否
  - 五 むすび

## 一 問題の所在

犯人蔵匿罪（刑法一〇三条）と証憑湮滅罪（刑法一〇四条）は共に、国の刑事司法作用に対する罪であるとされて

おり、現行刑法も、両罪を同一章下に規定している。それでは、犯人蔵匿罪と証憑湮滅罪は果たしていかなる関係に立つのであろうか。この問題については、これまであまり意識的には論じられてこなかったといつてよい。確かに、犯人蔵匿罪は逃走者または犯人の発見・逮捕を免れさせる犯罪であるのに対し、証憑湮滅罪は他人の刑事事件に関する証拠の完全な利用を妨げる犯罪なのであるから、両者の違いは明白であるようにも思える。しかし、従来の議論を前提としたとき、犯人蔵匿罪と証憑湮滅罪との限界を明確に画することが可能であるかについては疑問がある。そしてその原因は、刑法一〇三条にいう「隠避せしめた」の意義に関する検討がこれまで不十分であった点に存するようと思われるのである。

犯人蔵匿罪の実行行為は、罰金以上の刑に当たる罪を犯した者または拘禁中逃走した者を「蔵匿しまたは隠避させる」ことである。「蔵匿」とは、官憲による発見・逮捕を免れるべき隠匿場所を提供することをいい、「隠避」とは、蔵匿以外の方法により官憲による発見・逮捕を免れしめるべき一切の行為をいうとするのが判例の立場であり、学説も一般に、この定義に従っている。<sup>(2)</sup>このように「隠避」は包括的な概念であるため、具体的にいかなる内容を「隠避」の概念に盛り込むかは解釈によって確定するほかはない。そして判例や学説はこれまで、実に様々な態様の行為を「隠避」に当たると解してきた。たとえば、犯人に逃走のための資金を調達し、あるいは犯人に逃走すべき地域を指示するなど、現実に捜査機関等から逃避中の犯人に働きかけてその逃避を直接容易にするような行為は、まさに官憲による発見・逮捕を免れさせるものとして「隠避」に該当するといえるであろう。しかし、従来「隠避」に当たるとされてきた事例は、そのような場合ばかりではない。たとえば、身代り犯人として自首する行為が犯人隠避罪を構

成することは一般に承認されているし、判例には、捜査機関に対し犯人が犯行現場にいなかった旨虚偽の供述をした事例について犯人隠避罪の成立を肯定したものもある。これらの場合には、必ずしも逃避中の犯人に働きかけてその逃避を直接容易にしたというわけではない。それにもかかわらず身代り自首等の行為が「隠避」に当たるとされるのは、おそらく、捜査機関に対し虚偽の供述をすることにより真犯人が誰であるのかについての捜査機関の判断を誤らせ、もって犯人の発見・逮捕を妨げているとの理由によるものであろう。

そうすると問題となってくるのは、これまで証憑湮滅罪とされてきた行為も「隠避」の中に含まれることになるのではないかということである。なぜならば、有罪の基礎となるような証拠を湮滅する行為も、犯人の特定に関する捜査及び審判作用を誤らせることにより犯人の発見・逮捕を妨げているという点では、身代り自首等の行為と何ら異なるところはないからである。しかし、物証や人証などの証拠を湮滅する行為が犯人隠避罪を構成するとは一般に考えられていないといつてよい。そうだとすれば、身代り自首等の行為と証拠湮滅行為との違いはいかなる点に存するか、そして、そもそも「隠避」概念の限界はどこに求められるのが問題となるはずである。この点を明らかにしなければ、犯人蔵匿罪と証憑湮滅罪との限界は曖昧なものとならざるをえないであろう。しかし、こうした問題についての検討はこれまで十分ではなかったのである。

このように、従来の通説・判例が様々な態様の行為を「隠避」概念の中に取り込んできた結果、犯人蔵匿罪と証憑湮滅罪との限界は極めて曖昧なものとなっているように思われる。このような現状を踏まえてみると、犯人蔵匿罪と証憑湮滅罪との限界を明確に画するためには、「隠避」概念の内容について再検討を加える必要があるのではないだ

ろうか。本稿はこのような問題意識から、刑法一〇三条の「隠避」の意義に関する従来の議論状況を整理した上で、望ましい「隠避」の概念とはどのようなものかについて検討し、それにもとづいて、犯人蔵匿罪と証憑湮滅罪との限界づけの基準を明らかにしようとするものである。

(1) 大判明治四三年四月二五日刑録一六輯七三九頁、大判大正四年二月一六日刑録二一輯二〇三頁、大判昭和五年九月一八日刑集九卷一〇号六六八頁。

(2) 団藤重光『刑法綱要各論第三版』(平成二年) 八二―八三頁、大谷實『刑法講義各論第四版』(平成六年) 五五〇頁、大塚仁『刑法概説(各論)(改訂増補版)』(平成四年) 五七五頁、藤木英雄『刑法講義各論』(昭和五年) 三九―四〇頁、前田雅英『刑法各論講義』(平成元年) 五三七頁、香川達夫『刑法講義(各論) 第二版』(平成元年) 六八頁、内田文昭『刑法各論(第二版)』(昭和五九年) 六四八頁、福田平『全訂刑法各論(増補版)』(平成四年) 二八頁、曾根威彦『刑法各論』(平成二年) 二六七頁、中森喜彦『刑法各論』(平成三年) 三二七頁など。これに対し、大場茂馬『刑法各論下巻』(大正元年) 八三三―八三六頁は、「蔵匿」とは当該官庁による犯罪者または逃走者の発見を妨げるために他人がする行為をいい、「隠避」とは犯罪者または逃走者自身が当該官庁による発見を免れるためにする行為をいうとする。

## 二 「隠避」概念をめぐるわが国の議論状況

### (1) 犯人蔵匿罪の保護法益

(a) これまで判例や学説において、「隠避」の意義をめぐる対立が生じたということとはあまり多くなかったといつてよい。しかし、最近、犯人蔵匿罪の保護法益を何に求めるかについて異なる二つの立場が主張されるに至り、その考え方の違いが「隠避」概念の理解の仕方にも影響を及ぼしている。そこで最初に、犯人蔵匿罪の保護法益をめ

ぐる最近の議論の状況を概観することにした。

現在、犯人蔵匿罪の本質を事後従犯的性格または犯人庇護的性格に求める立場は姿を消しており、犯人蔵匿罪が犯罪の捜査・刑事裁判・刑の執行など国の刑事司法作用に対する侵害を内容とする犯罪であるという点については、全く異論がないといってよい。すなわち、「犯人蔵匿罪ハ司法ニ関スル国権ノ作用ヲ妨害スルニ因リ法益ヲ侵害スル犯罪」であるとした大審院大正四年二月一六日判決<sup>(1)</sup>、及び、「刑法第一〇三条は司法に関する国権の作用を妨害する者を処罰しようとするのである」とした最高裁昭和二四年八月九日判決<sup>(2)</sup>が、確立した判例として学説上も支持されてきたのである<sup>(3)</sup>。

しかし、福岡地裁小倉支部昭和六一年八月五日判決<sup>(4)</sup>が犯人蔵匿罪の立法趣旨に関し注目すべき判断を示したことを契機として、犯人蔵匿罪の保護法益とは何かという問題が、にわかに議論されるところとなった。事案は、犯人が殺人未遂事件で逮捕勾留された後に、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虚偽の供述をさせたが、結局真犯人は釈放されるには至らなかつたというものである。福岡地裁小倉支部は、このような事案につき犯人隠避教唆罪の成立を否定したが、その根拠の一つとなつたのが、「刑法一〇三条の立法趣旨は身柄の確保に向けられた刑事司法作用の保護にある」という点である。すなわち、福岡地裁小倉支部は、本件のように犯人がすでに逮捕勾留されている以上もはや「犯人の身柄の確保」という法益が侵害されるということ<sup>(5)</sup>はありえないから、すでに逮捕勾留されている者は犯人隠避罪の客体から除外されるとしたのである。

犯人蔵匿罪の保護法益を「国家の刑事司法作用」としてきた従来の判例及び通説の立場に比べ、右の福岡地裁小倉

支部判決は犯人蔵匿罪の保護法益を限定的に捉えたものといえるが、このような福岡地裁小倉支部判決の立場に対しては批判が寄せられている。まず、この判決の控訴審である福岡高裁昭和六三年一月二八日判決<sup>(7)</sup>は、刑法一〇三条は「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、目的に出たと解されることは異論を見ないのであって、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い」と判示し、福岡地裁小倉支部昭和六一年判決の立場を明確に否定した<sup>(8)</sup>。次いで、学説においても、福岡高裁昭和六三年判決の立場を支持し、犯人蔵匿罪の保護法益を「逃走者及び犯人の身柄の確保」に限定すべきではないとする見解<sup>(9)</sup>が主張されている。この見解は、もし犯人蔵匿罪の保護法益が「逃走者及び犯人の身柄の確保」にあるとすると、身柄の拘束を予定しないで任意捜査を行う在宅事件においてその被疑者は本罪の客体から除外されることになり、実際上不都合が生ずるとして、本罪の保護法益は「広く国の刑事司法作用」に求めるべきだと主張するのである<sup>(10)</sup>。

一方、福岡地裁小倉支部昭和六一年判決に好意的な見解<sup>(11)</sup>も、学説上主張されている。この見解は、「蔵匿」「隠避」という文言は本来、かくまうこと、逃げ隠れすることを意味するのであるから、犯人蔵匿罪の本質を「逃走者及び犯人の身柄の確保に対する侵害」に求めるのがもつとも素直な解釈であると主張する。また、福岡高裁昭和六三年判決のように本罪の保護法益を広く解すると本罪の成立範囲が不当に広くなるという点も、本罪の保護法益を限定的に捉える立場の根拠となっている。つまり、一般に犯人蔵匿罪は抽象的危険犯と解されているところ、仮に本罪の保護法益を「広く司法に関する国権の作用」と解すると、捜査活動や公判手続などの刑事司法作用を妨害する抽象的危険を生ぜしめさえすれば本罪が成立することとなり、したがって、本罪の保護法益を広く解することは事実上の「捜査妨

「害罪」の規定の創設に等しいというのである。<sup>(12)</sup>

このような状況にあつて、福岡高裁昭和六三年判決の上告審である最高裁平成元年五月一日決定は、「刑法一〇三条は、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る」とした上で、本件身代り自首のように、犯人として逮捕勾留されてい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「隠避」に当たるとの判断を示した。本決定が、犯人蔵匿罪の立法趣旨を限定的に解すべきだとの立場を特に表明せず、刑法一〇三条の立法趣旨は「広義における」刑事司法作用の保護にあるとしたことから、学説の中には、本決定は本罪の保護法益を限定的に捉える立場を否定したものと見るものもある。<sup>(14)</sup>しかし、本決定の解説をされた原田調査官は、本決定にいう「広義における」とは刑の執行、少年法上の処分や逃亡犯罪人引渡法上の処分等をも包括させる趣旨なのであつて、犯人蔵匿罪の保護法益が「身柄の確保に向けられた刑事司法作用」に限定されるかどうかについて本決定は積極的な判断を示していないとされている。<sup>(15)</sup>原田調査官によると、本件事案においては身代り自首によって逮捕勾留されている者の身柄の拘束状態が侵害される抽象的危険は生じたといえるから、犯人蔵匿罪の保護法益を広く解する立場からはもちろん、これを「身柄の確保に向けられた刑事司法作用」に限定する立場からも、本件事案における犯人隠避罪の成立は基礎づけられうるとするのが本決定の趣旨であり、このことは、本決定が本件身代り自首を「身柄の拘束を免れさせるような性質の行為」と表現していることから明らかだといっているのである。<sup>(16)</sup>そうだとすれば、犯人蔵匿罪の保護法益を「広く国の刑事司法作用」と解すべきか、それともこれを「身柄の確保に向けられた刑事司法作用」に限定すべきかという点に関して最高裁がいかなる立場を採るのかは、

依然として明らかではないというべきであろう。

なお、原田調査官は、一方で、犯人蔵匿罪の本質を「身柄の確保に向けられた刑事司法作用に対する侵害」という観点からのみ説明することには無理があるとされながらも、<sup>(17)</sup>他方で、本罪の保護法益を福岡高裁昭和六三年判決のよう<sup>(17)</sup>に広く解すると「犯人蔵匿罪は、犯人の特定に関する偽証罪や証憑湮滅罪もその一部に取り込む一般規定的性格をもつことになる。刑法体系のなかで、偽証罪は証言を、証憑湮滅罪は証拠を、そして、犯人蔵匿隠避罪は、犯人と逃走者の身柄の確保をそれぞれ保護対象とするものと位置付ける方が全体を整合的に把握できるともいえる<sup>(18)</sup>」とされ、犯人蔵匿罪の保護法益を福岡高裁昭和六三年判決のように広く解することにも若干の躊躇を示されている。

(b) 以上のような犯人蔵匿罪の保護法益をめぐる議論に関連して注目されるのが、一連の刑法改正作業における犯人蔵匿罪の取扱いである。

まず、昭和一五年に発表された改正刑法仮案は、現行刑法において同一章下に規定されている犯人蔵匿罪と証憑湮滅罪とを分割し、「第二編第八章逃走及蔵匿ノ罪」と題して犯人蔵匿罪を逃走罪と同一章下に、また「第二編第九章偽証及証拠湮滅ノ罪」として証憑湮滅罪を偽証罪と同一章下にそれぞれ規定した。このように改正刑法仮案が、国家の拘禁作用を保護法益とする逃走罪と同じ章の下に犯人蔵匿罪を規定したことから、改正刑法仮案においては、犯人蔵匿罪の保護法益を「逃走者及び犯人の身柄の確保」とする立場が採られているのではないかと推測される。しかし、改正刑法仮案が犯人蔵匿罪の保護法益を国家の拘禁作用に求める趣旨であるかどうかは、必ずしも明らかではないのである。改正刑法仮案の注釈<sup>(19)</sup>によると、犯人蔵匿罪と逃走罪はいずれも刑事司法に対する罪として国家の機能を



害する罪であるとされている。しかし、逃走罪や犯人蔵匿罪ばかりでなく証憑湮滅罪や偽証罪も、「刑事司法に対する罪として国家の機能を害する罪」という側面を有しているのであるから、「逃走罪及び犯人蔵匿罪」と「証憑湮滅罪及び偽証罪」との違いを、刑事司法に対する罪か否かという観点から説明することは許されないといふべきであろう。むしろ、証憑湮滅罪と偽証罪は共に広義における証拠湮滅罪であると改正刑法仮案の注釈が述べていること<sup>(20)</sup>から考えると、改正刑法仮案は、まず、国の審判作用を誤らせるという点で証憑湮滅罪と偽証罪とが共通していることに着目して証憑湮滅罪を偽証罪と同一章下に規定し、その結果として、犯人蔵匿罪と逃走罪が同一章下に規定されることになったともいえるのである。

次いで、改正刑法仮案を有力な参考案として、昭和三六年に発表された改正刑法準備草案は、犯人蔵匿罪の取扱いに關しても改正刑法仮案の形式を踏襲し、犯人蔵匿罪を逃走罪と同じ章の下に（第二編第七章逃走及び蔵匿の罪）、証憑湮滅罪を偽証罪と同じ章の下に（第二編第八章偽証及び証拠隠滅の罪）それぞれ規定した。このような改正刑法準備草案の立法形式は、基本的に改正刑法仮案の規定の仕方に従ったものとされているが、そのほかに、犯人蔵匿罪と逃走罪とを同じ章の下に規定した実質的な理由として、「拘禁中逃走した者」を客体とする点で犯人蔵匿罪と逃走罪とが共通していることが挙げられている<sup>(22)</sup>。つまり、「拘禁中逃走した者」の蔵匿隠避は、逃走罪と同じく国の拘禁作用を侵害する点に本質があるとするのであろう。しかし、改正刑法準備草案が、「罰金以上の刑に当たる罪を犯した者」の蔵匿隠避についても、「国の拘禁作用に対する侵害」にその本質を求める趣旨かどうかは明らかではない。

これに対し、犯人蔵匿罪と逃走罪との罪質の共通性を正面から承認したのが、昭和四九年に提出された改正刑法草

案である。改正刑法草案も、犯人蔵匿罪を逃走罪と同一章下に（第二編第六章逃走及び蔵匿の罪）、証憑湮滅罪を偽証罪と同一章下に（第二編第七章偽証及び証拠隠滅の罪）規定したが、犯人蔵匿罪を逃走罪と同じ章に置いた理由として改正刑法草案理由は、犯人蔵匿罪と逃走罪は共に「国家による拘禁、とくに刑事司法に関連のある自由拘束を妨害する罪」<sup>(23)</sup>であるという点を指摘している。つまり、改正刑法草案は、犯人蔵匿罪の保護法益を「身柄の確保に向けられた刑事司法作用」に見出しているものであり、この立場は、前記福岡地裁小倉支部昭和六一年判決と軌を一にするものといつてよいであろう。<sup>(24)</sup>

一方、学説においては、改正刑法草案のような犯人蔵匿罪等の規定の仕方について「大方の異論のないところであろう」<sup>(25)</sup>と評価するものもあるが、他方、改正刑法草案の立法形式に対しては批判<sup>(26)</sup>も多い。その批判の要点は、確かに「拘禁中逃走した者」の蔵匿隠避は逃走罪と同じく国家による拘禁作用を侵害するところに本質があるといつてよいが、「罰金以上の刑に当たる罪を犯した者」の蔵匿隠避の場合は、必ずしも国家による拘禁作用ばかりでなく捜査・裁判・刑の執行など広く国家の刑事司法作用の適正な実現を侵害するものであり、その意味では、犯人蔵匿罪の罪質はむしろ証憑湮滅罪や偽証罪のそれに近いという点にある。このような考え方は、犯人蔵匿罪の保護法益を「身柄の確保に向けられた刑事司法作用」に限定すべきでないとする前記福岡高裁昭和六三年判決と同じ認識に立脚するものといつてよいのである。

このように、犯人蔵匿罪の保護法益を「身柄の確保に向けられた刑事司法作用」に限定すべきか否かについての対立は、刑法改正作業をめぐる議論の中にも存在している。それでは、以上のような犯人蔵匿罪の保護法益に関する考

え方の違いは、「隠避」概念の内容にどのような影響を及ぼしているのであろうか。次には、この点を検討することにしよう。

(1) 刑録二二輯二一〇三頁。

(2) 刑集三巻九号一四四〇頁。また、刑事司法作用の内容について「捜査、審判及び刑の執行」と判示するものとして、広島高判昭和二八年九月八日高刑集六巻一〇号一三四七頁、旭川地判昭和五七年九月二九日刑月一四巻九号七一三頁、判時一〇七〇号一五七頁がある。このように、犯人蔵匿罪の本質を国の刑事司法作用の侵害に求めるのが判例の主流であるといえるが、他方で、本罪の犯人庇護的性格を強調する判例も存在する。たとえば、大判大正一二年二月一五日刑集二巻一六五頁は、「犯人ヲ蔵匿又ハ隠避セシムル罪ハ、不法ニ個人ヲ庇護シテ、捜査権ノ作用ヲ妨害スルモノナルヲ以テ、同一ノ犯罪事件ニ付共犯者数名アル場合ニ数個ノ行為ヲ以テ各別ニ之ヲ蔵匿又ハ隠避セシムルハ犯人一名毎ニ独立ノ一罪ヲ構成シ、又、一個ノ行為ヲ以テ之ヲ蔵匿又ハ隠避セシムルハ一行為犯罪名ニ触ルルモノニ該当スルモノトス」と判示している。同旨、最判昭和三五年三月一七日刑集一四巻三三三五一頁。団藤重光『刑法綱要各論第三版』（平成二年）七九頁は、これらの判例は一貫性がないとする。これに対して、判例の立場は必ずしも矛盾するものではないとするのは、香川達夫『刑法講義〔各論〕第二版』（平成元年）六四頁、河上和雄「犯人蔵匿罪について」『捜査研究三二巻一〇号（昭和五七年）三頁。

(3) 団藤・前掲注(2)七九頁、大谷實『刑法講義各論第四版』（平成六年）五四七頁、大塚仁『刑法概説（各論）〔改訂増補版〕』（平成四年）五七二頁、内田文昭『刑法各論〔第二版〕』（昭和五九年）六四五頁、福田平『全訂刑法各論〔増補版〕』（平成四年）二六頁、藤木英雄『刑法講義各論』（昭和五一年）三八頁、団藤重光編『注釈刑法(3)各則(1)』（香川達夫）（昭和四〇年）一一二頁、中山研一『刑法各論』（昭和五九年）五二五頁、中森喜彦『刑法各論』（平成三年）三一六頁、久禮田益喜「犯人蔵匿罪、証憑湮滅罪及び偽証罪」日本刑法学会編『刑事法講座第四卷刑法(Ⅳ)』（昭和二七年）七四五頁など。なお、曾根威彦『刑法各論』（平成二年）二六六頁は、犯人蔵匿罪及び証憑湮滅罪は刑事司法作用を害する罪（国家犯罪）としての側面のほか、犯人庇護罪（事後従犯）としての側面を合わせ有しているとみる。

(4) 判時一二五三号一四三頁。

(5) 本判決は、①刑法一〇三条にいう「隠避せしめた」の意義について一般に、「隠避と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」と説明されていること、②刑法一〇三条の立法趣旨が、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の保護にあると解されること、③刑法一〇三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とは考えられない（なお、逮捕勾留されている者を奪取した場合には、刑法九九条の被拘禁者奪取罪が成立する。）ことや、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こととの対比という三つの点を根拠として、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の判断を示し、また、仮にすでに逮捕勾留されている犯人が本罪の客体となるとしても、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るとした。

(6) 原田國男「判解」法曹時報四二卷四号（平成二年）二一〇頁、尾崎道明「判批」法律のひろば四二卷九号（平成元年）五五頁。

(7) 判時一二六四号一三九頁、判タ六六四号二四〇頁。

(8) 本判決は、本件身代り自首によって、捜査官は「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」のであり、「一般に身代わ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、いわんやYの右行為は、現実にも捜査の円滑な遂行に支障を生じさせ」たのであるから、逮捕勾留中の犯人が釈放される事態が生じなかつたとしても、犯人隠避の罪責を免れないとした。

(9) 香川達夫「判批」判例評論三五一号（昭和六三年）六一頁、馬場義宣「判批」警察学論集四一卷八号（昭和六三年）一七四—一七五頁、丸山雅夫「判批」商学討究四〇卷四号（平成二年）一五九頁、尾崎・前掲注（6）五七頁。

- (10) 尾崎・前掲注(6)五六―五七頁、丸山・前掲注(9)一五九頁、横溝秀樹「判批」西南学院大学法学論集二二巻二号(昭和六三年)一八五頁注(9)。
- (11) 日高義博「判批」法学教室二〇八号(平成元年)八九頁、振津隆行「判批」判例セレクト89(平成二年)三九頁、井田良「判批」平成元年度重要判例解説(平成二年)一六二頁。なお、団藤・前掲注(2)八三頁注(七)は、「官憲による犯人の身柄の確保を妨害することによって刑事司法の作用を害するのが本罪の要点である」という。
- (12) 井田・前掲注(11)一六三頁。
- (13) 刑集四三巻五号四〇五頁、判夕六九九号一八五頁、判時一三一三号一六四頁。本判決については、奥村正雄「犯人蔵匿罪と犯人の身代り」法学教室二三二号(平成三年)三一頁参照。
- (14) 日高・前掲注(11)八九頁、振津・前掲注(11)三九頁、川端博「判批」法学セミナー四二二号(平成二年)九九頁、丸山・前掲注(9)一五七頁。なお、尾崎・前掲注(6)五八頁参照。
- (15) 原田國男「判解」ジュリスト九四三三三号(平成元年)八七頁。同旨、井田・前掲注(11)一六三頁、真鍋毅「判批」平野龍一ほか編『刑法判例百選Ⅱ各論(第三版)』(平成四年)二二九頁。
- (16) 原田・前掲注(6)二二三頁、同・前掲注(15)八七頁。なお、大谷實「判批」法学セミナー四〇〇号(昭和六三年)一〇二頁参照。
- (17) 原田・前掲注(6)二二一―二二二頁。
- (18) 原田・前掲注(15)八七頁。
- (19) 久禮田益喜「昭和一五年改正刑法仮案注釈」法律時報三三巻八号(昭和三五年)二七八頁。この注釈は、逃走罪の被害法益は国家の実体的もしくは形式的拘禁権であり、犯人蔵匿罪は国家の刑罰権の行使を妨害する性質を有するとしている。
- (20) 久禮田・前掲注(19)三七九頁。
- (21) 植松正ほか「研究会改正刑法準備草案——各則の部・完——」ジュリスト二〇七号(日沖憲郎発三三)(昭和三五年)一四頁。日沖博士は、改正刑法準備草案第七章、第八章、第九章を、いずれも国家の司法権を害する犯罪として一まとめにし、

さらにその間に同種の犯罪を各一章にまとめたとされている。

- (22) 刑法改正準備会『改正刑法準備草案附理由書』（昭和三十六年）二〇六頁。
- (23) 法務省刑事局編『法制審議会改正刑法草案の解説』（昭和五〇年）一九三頁。
- (24) 原田・前掲注(15)八七頁、原田・前掲注(6)二〇九頁。
- (25) 松尾浩也「司法作用を害する罪」法律時報三三卷八号（昭和三五年）二二七頁。
- (26) 鈴木茂嗣「逃走及び藏匿の罪」平場安治・平野龍一編『刑法改正の研究2各則』（昭和四八年）一七八―一七九頁、香川・前掲注(2)六四頁、中山・前掲注(3)五二五頁注(1)、青木清相「証憑湮滅罪における『刑事被告事件』の意義」法学紀要八卷（昭和四一年）二八―二九頁注(8)など。

## (2) 従来の「隠避」概念

(a) 以上のような犯人藏匿罪の保護法益をめぐる見解の対立は、「隠避」概念の理解の仕方にも反映するであろう。すなわち、犯人藏匿罪の保護法益を「逃走者及び犯人の身柄の確保」に限定する立場によると、「隠避」とは逃走者及び犯人の身柄の確保を困難にする行為を意味するのに対して、本罪の保護法益を「広く国の刑事司法作用」と解する立場からは、必ずしも逃走者及び犯人の身柄の確保を困難にする行為でなくとも、国の刑事司法作用を侵害する危険性を有する行為であれば「隠避」に当たることになるといふ図式が、一応成り立ちうるように思われる<sup>(1)</sup>。

もつとも、犯人藏匿罪の保護法益をどう理解するにせよ、「隠避とは藏匿以外の方法により官憲による発見・逮捕を免れさせる行為である」という定義を採用することについて争いはないのであるから、本罪の保護法益に関する考え方の違いが「隠避」の意義に影響を及ぼすことはないとの見方もありえよう。しかし、本罪の保護法益をいかに解

するかによって、右のような「隠避」の定義の捉え方自体に違いが生ずるとの指摘がなされている点には注目する必要がある。この指摘によると、こうである。犯人蔵匿罪の保護法益を「逃走者及び犯人の身柄の確保」に限定する立場は、「隠避」の定義の中の「発見・逮捕」という文言を、「所在を究明することにより身柄を確保する」という意味に理解している。したがってこの立場においては、逃走者及び犯人の身柄の確保を困難にする行為のみが「隠避」であるということになる。これに対して、本罪の保護法益を「広く国の刑事司法作用」とする立場は、「隠避」の定義の中の「発見」という文言を、誰が真犯人であるのかを追及する「犯人の特定作用」という意味に解した上で、「隠避」には、逮捕すなわち逃走者及び犯人の身柄の確保を困難にする行為ばかりでなく、発見すなわち犯人の特定作用を妨げる行為も含まれるとしている。つまり、この立場によると、「隠避」とは他人を訴追や処罰などの刑事手続から免れさせるすべての行為を指すのであって、その手段は、逃走者及び犯人の身柄の確保を妨害すると、犯人の特定作用を誤らせるとを問わないのである。

(b) このような指摘が正しいとすると、従来ほとんど争いのなかった「隠避」の意義に関しても、異なる二つの考え方がありうるということになる。そこで、従来の判例や学説が右のいずれの立場を採ってきたのかを見ていくことにしよう。判例が犯人隠避罪の成立を肯定した事例としては、①犯人に逃走・隠避するよう勧告した事例<sup>(3)</sup>、②逃走・隠避すべき地域を指示した事例<sup>(4)</sup>、③犯人に逃走のための金員を供与した事例<sup>(5)</sup>、④逃避者に対して留守宅の状況、家族の安否、官憲捜査の形勢等を通報した事例<sup>(6)</sup>、⑤犯人に対し他人の戸籍謄本及び身分証明書を交付し、犯人の逮捕を困難にした事例<sup>(7)</sup>、⑥犯人を宿泊地までハイヤーに乗せて逃走を援助した事例<sup>(8)</sup>、⑦犯人の所在確認に訪れた警察官に

対し、犯人が現に自宅内にいるのにすでに他所へ向かった旨の虚偽の供述をした事例<sup>(9)</sup>、⑧警察官が現行犯人を逮捕したにもかかわらず、その哀訴を容れて放免した事例<sup>(10)</sup>、⑨警察官がことさらに犯人の逮捕を怠った事例<sup>(11)</sup>、⑩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例<sup>(12)</sup>、⑪真犯人の身代りとして他の者を警察署に届出で、かつ右の者を出頭させた事例<sup>(13)</sup>、⑫多数の犯人のうち、ある者だけに罪を負わせて身代り自首をさせた事例<sup>(14)</sup>、⑬身代り事件の弁護人が真犯人の自首を阻止するとともに、身代り犯人による虚偽の申立を黙認し、身代り事件を結審させた事例<sup>(15)</sup>、⑭参考人が犯人から頼まれて、捜査官に対して犯人が犯行現場にいなかったとの虚偽の供述をした事例<sup>(16)</sup>、⑮参考人として取調べを受けた者が捜査官に対し、犯人のアリバイについて虚偽の供述をした事例<sup>(17)</sup>、⑯過失により被害者を死に至らしめたにもかかわらず、警察に対し、被害者が自ら転落死したとの虚偽の届出を他の者にさせた事例<sup>(18)</sup>などがある。学説も、こうした判例の結論を概ね支持しているといえよう<sup>(19)</sup>。

右の各事例のうち、①から⑨の事例は、現実には逃避中の犯人やまさに逃避しようとしている犯人の逃走を援助し、その逃走を容易にしている場合である。このような行為は、まさに犯人の身柄の確保を妨げるものといえる。したがって、逃走者及び犯人の身柄の確保を困難にする行為のみを「隠避」とする立場からも、①から⑨のような事例については犯人隠避罪の成立が肯定されるであろう。これに対して、⑩から⑯の事例が逃走者及び犯人の身柄の確保を困難にするものといえるかについては、若干の疑問がある。これらの事例においては、必ずしも現実には逃避しようとしている犯人の逃走を直接援助しているわけではないからである。⑩から⑯の事例の特徴は、捜査機関や裁判所に対して犯罪事実につき自ら虚偽の供述を行い、あるいは他の者に虚偽の供述を行わせることにより、捜査機関や裁判所



に真犯人を犯人ではないと判断させて、その結果真犯人を訴追及び処罰から免れさせるという点にある。このような行為は、明らかに犯人の特定作用を誤らせる危険を生ぜしめる行為といえる。したがって、犯人の特定作用を妨害する行為をも「隠避」に含める立場からは、⑩から⑯の事例についても容易に犯人隠避罪の成立が肯定されうるであろう。このように見てくると、従来の判例及び通説は、「隠避」とは他人を訴追や処罰などの刑事手続から免れさせるすべての行為をいうのであって、その手段としては、逃走者及び犯人の身柄の確保を困難にする行為のみならず、犯人の特定作用を妨害する行為でもよいとしているのではないかと推測されるのである。<sup>(20)</sup>

事実、犯人の特定作用に対する妨害という点に「隠避」の本質を求めていると思われる判例も散見される。たとえば、大審院昭和五年二月七日判決<sup>(21)</sup>は、「他人ノ犯罪ヲ自己ノ犯罪ナルカ如ク虚構ノ申立ヲ為シ以テ其ノ他人ノ犯罪ノ発見ヲ妨阻スル行為ハ刑法第百三条所定ノ隠避罪ヲ構成ス」と判示したが、この判示にいう「他人ノ犯罪ノ発見」は犯人の特定作用を意味すると解されるであろう。また、福岡高裁昭和六三年一月二十八日判決<sup>(22)</sup>は、本件身代り自首により「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」（傍点筆者）ことを理由に、犯人隠避罪の成立を肯定した。さらに、高松高裁昭和二七年九月三〇日判決<sup>(23)</sup>は、身代り犯人を立てる行為が犯人隠避罪を構成するのは、「（真犯人が）犯人であることを晦さんとし、捜査を妨害している」からだとしている。

そうすると問題となるのは、証拠を湮滅する行為も「隠避」に含まれることになるのではないかという点である。たとえば有罪の基礎となる証拠を湮滅する場合のように、証拠湮滅行為によっても犯人の特定作用が侵害されるとい

うことはありうるからである。それにもかかわらず、証拠湮滅行為は犯人隠避罪を構成しないと一般に考えられているとよい。そうだとすれば、「隠避」と証拠湮滅行為との差異はいかなる点に存するのか、また、「隠避」概念の限界はどこに求められるのが問題となるはずである。しかし、この問題について、従来の判例及び通説は何ら答えていないのである。

もつとも、前記の⑩から⑯の事例において犯人隠避罪が成立する根拠を「犯人の身柄の確保に対する妨害」という観点から説明することも、全く不可能ではない。すなわち、参考人等が虚偽の陳述をしたことにより捜査機関が真犯人を犯人ではないと判断すれば、当然、真犯人は被疑者・被告人として逮捕・勾留されることもないのであるから、結局、犯人の特定作用を誤らせるような虚偽の陳述は官憲による犯人の身柄の確保を妨害することになるのである。犯人蔵匿罪の保護法益を「逃走者及び犯人の身柄の確保」に限定すべきだとする論者も、一般に身代り自首がある犯人隠避罪を構成すること自体は否定しておらず、その背後には、身代り自首も右のような意味において犯人の身柄の確保を妨害しているとの理解が存するのかもしれない。

しかし、犯人の特定作用が侵害された結果犯人の身柄の確保が妨げられるという事態は、証拠を湮滅する場合にもやはり生じうることである。なぜならば、有罪の基礎となる証拠を湮滅した結果捜査機関が真犯人を犯人ではないと判断すれば、真犯人は逮捕等の身柄の拘束を免れることになるからである。そうだとすれば、仮に、身代り自首等の行為について犯人隠避罪が成立する根拠を「犯人の身柄の確保に対する妨害」という観点から説明するとしても、「隠避」と証拠湮滅行為とをどう区別するかという問題は、依然として残ることになる。

いずれにしても、従来「隠避」に当たるとされてきた事例には異なる二つの類型が含まれているという点に注意しなければならない。第一の類型は、前記の①から⑨の事例のような場合であり、犯人の特定に関する捜査及び審判作用を誤らせることなく、現実に逃避中の犯人やまさに逃避しようとしている犯人の逃走を直接容易にすることにより、犯人を身柄の確保から逃れさせるおそれを生ぜしめるというものである。第二の類型は、⑩から⑯の事例のような場合であり、捜査機関等に対して自ら虚偽の陳述を行い、あるいは他の者に虚偽の陳述を行わせることにより、犯人の特定に関する捜査及び審判作用を誤らせ、もって犯人を訴追及び処罰から免れさせるおそれを生ぜしめるというものである。そして後者の類型は、犯罪事実を解明するための捜査及び審判作用を侵害している点で証憑湮滅行為と共通する性質を有しており、そのために、「隠避」と証憑湮滅行為との違いがどこにあるのかが問題となるのである。しかし、この問題に関する判例・通説における検討は極めて不十分であり、このことが、これまで「隠避」概念の限界を不明確にしてきたといえよう。

(c) 一方、このような判例及び通説における「隠避」概念を批判したものとして、平野龍一博士の見解がある。平野博士は、「隠避させる」とは逃げ隠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とされた上で、犯人に逃走資金を与える行為、逃走先についてアドバイスする行為、捜査機関の動きを知らせて逃走の便宜をはかる行為などは「隠避」に当たるが、真犯人の自首を阻止する行為、身代りの犯人として自首する行為、参考人としての取調べの際に虚偽の供述をする行為などを「隠避」とすることは疑問とされた<sup>(25)</sup>。つまり平野博士は、前記の①から⑨のような場合については犯人隠避罪の成立を肯定されたのに対して、⑩から⑯のような場合における犯人隠避罪の成立

を疑問視されたのである。

それでは、妥当な「隠避」の概念とはどのようなものなのであろうか。右の検討からも明らかのように、「隠避」概念の限界がこれまで不明確であった原因は、「隠避」と証拠湮滅行為との差異がどこにあるのかという点が自覚的に論じられてこなかったところにあるといつてよい。そうだとすると、妥当な「隠避」概念を追求するためには、犯人蔵匿罪と証拠湮滅罪との関係をいかに捉えるべきかという視点が不可欠となると思われる。そこで以下では、このような観点から、望ましい「隠避」の概念について検討していくことにするが、その前に、現行刑法の制定当時からわが国の刑法理論に大きな影響を与えてきたドイツにおいて、犯人を隠避させる行為がどのように取り扱われているのかを見ることにしたい。ドイツの議論状況を考察する際にも、犯人を隠避させる行為と証拠湮滅行為との違いがどのように理解されているのかという点に焦点が当てられるであろう。

- (1) 井田良「判批」平成元年度重要判例解説(平成二年)一六二頁参照。
- (2) 松宮孝明「判批」南山法学二二卷二二三号(昭和六三年)八〇頁、原田國男「判解」法曹時報四二卷四号(平成二年)二一〇頁、真鍋毅「判批」平野龍一ほか編『刑法判例百選Ⅱ各論(第三版)』(平成四年)二二九頁、丸山雅夫「判批」商学討究四〇巻四号(平成二年)一六二―一六三頁。なお、大越義久「判批」警察研究六四巻三号(平成五年)四九―五〇頁参照。
- (3) 大判明治四四年四月二五日刑録一七輯六五九頁、浦和地判昭和四九年一〇月二九日刑月六巻一〇号一一〇七頁。
- (4) 大判明治三五年五月一九日刑録八輯五巻一四七頁。
- (5) 大判大正一二年二月一五日刑集二巻一六五頁、東京高判昭和三七年四月一八日高刑集一五巻三号一八六頁、浦和地判昭和四九年一〇月二九日刑月六巻一〇号一一〇七頁。
- (6) 大判昭和五年九月一八日刑集九巻一〇号六六八頁、浦和地判昭和四九年一〇月二九日刑月六巻一〇号一一〇七頁。

- (7) 大判大正四年三月四日刑録二一輯二三一頁。
- (8) 最判昭和三年三月一七日刑集一四卷三三三頁。
- (9) 大判大正八年四月二二日刑録二五輯五八九頁。
- (10) 大判明治四四年七月一八日刑録一七輯一四六二頁。
- (11) 大判大正六年九月二七日刑録二三輯一〇二七頁。
- (12) 大判昭和八年一〇月一八日刑集一二卷二〇号一八二〇頁、最決昭和三五年七月一八日刑集一四卷九号一一八九頁、最決昭和四三年七月九日裁判集刑一六八号二一一頁、最決昭和六〇年七月三日判時一一七三号一五一頁、東京高判昭和三八年一月二八日下刑集五卷一〇二七頁、東京高判昭和四〇年七月八日高刑集一八卷五号四九一頁、京都地判昭和四三年二月二六日判タ二二二号二四〇頁、東京高判昭和五二年二月二二日刑月九卷一一二二号八五七頁、福岡高判昭和六三年一月二八日判時一二六四号一三九頁、最決平成元年五月一日刑集四三卷五号四〇五頁。
- (13) 大判大正四年八月二四日刑録二一輯一二四四頁、最決昭和三六年三月二八日裁判集刑一三七号四九三頁。
- (14) 大判大正八年四月一七日刑録二五輯五六八頁、旭川地判昭和五七年九月二九日刑月一四卷九号七二三頁。
- (15) 大判昭和五年二月七日刑集九卷二五五頁。
- (16) 和歌山地判昭和三六年八月二一日下刑集三卷七〇八号七八三頁。
- (17) 札幌高判昭和五〇年一〇月一四日大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法第四卷』(仲家暢彦) (平成二年) 二八九―二九〇頁。
- (18) 最決昭和四〇年二月二六日刑集一九卷一五九九頁。
- (19) 団藤重光編『注釈刑法(3)各則(1)』(香川達夫) (昭和四〇年) 一一八頁以下、大塚ほか編(仲家)・前掲注(17)二八九頁以下参照。なお、柏木千秋「犯人蔵匿罪」法学セミナー九六号(昭和三九年) 五四頁は、告訴、告発を妨害する行為も「隠蔽」に当たるとしている。
- (20) 松宮・前掲注(2)八〇頁参照。

(21) 刑集九卷二号五一頁。

(22) 判時一二六四号二三九頁。

(23) 高刑集五卷二二二号二〇九四頁。

(24) 日高義博「判批」法学教室一〇八号(平成元年)八九頁、振津隆行「判批」判例セレクト'89(平成二年)三九頁。また、旭川地判昭和五七年九月二九日刑月一四卷九号七二三頁は、被告人は身代り自首により真犯人の逃走を容易にしたと認定している。

(25) 平野龍一「刑法各論の諸問題18」法学セミナー二二八号(昭和四九年)四〇頁。同頁、中義勝『刑法各論』(昭和五〇年)二八四頁注(3)。また、井田良「判批」平成元年度重要判例解説(平成二年)一六三頁も、参考人としての取調べで虚偽の供述をする行為について犯人隠避罪の成立を肯定することには疑問を示している。なお、平野龍一『刑法概説』(昭和五二年)二八五頁は、身代り自首も「隠避」に当たるとしている。

### 三 ドイツ刑法における処罰妨害罪の概要

(a) わが国の犯人蔵匿罪、証憑湮滅罪及び赃物罪に当たる行為は、犯人(本犯者)を援助する側面を有していることから、ドイツでは沿革的に事後従犯(auxilium post factum)として共犯の一種に位置づけられてきた。<sup>(1)</sup>しかし、これらの行為は、他人が犯罪行為を行った後になされるものであつて、他人の犯罪行為自体に加担する共犯とは明確に区別すべきである。このような認識から、やがて、犯人の蔵匿隠避、証憑湮滅、赃物故買等の行為は、共犯ではなく犯人庇護罪(Begünstigung)ないし赃物罪(Heherei)という独立の犯罪類型であると考えられるようになった。<sup>(2)</sup>そうして、ドイツ旧刑法は、犯人庇護罪(二五七条)及び赃物罪(二五八条、二五九条)を各則上の犯罪として規定

したのであるが、ドイツ旧刑法においては、両罪は共に犯人を庇護する性質を有するものとして同一章下に規定されたのである。<sup>(3)</sup>

ところで、学説においては、旧二五七条の犯人庇護罪の内容を、物的庇護罪 (sachliche Begünstigung) と人的庇護罪 (persönliche Begünstigung) とに区別して理解するのが一般的である。<sup>(4)</sup> 物的庇護罪とは、他人が犯罪によって得た利益を保持させる罪であるのに対し、人的庇護罪とは、犯人を訴追や処罰から免れさせる罪を指す。わが国の犯人蔵匿罪及び証憑湮滅罪は、人的庇護罪に当たる。これに対し物的庇護罪の事例としては、他人が窃取した物を保管し隠匿する行為、他人が窃取した自動車の色を塗り替えて盗難車であることを判らなくする行為、他人が窃取した預金通帳から現金をおろす行為、盗品の販売を手助けする行為、他人が犯罪によって得た利益を保持させるために捜査機関に対して虚偽の供述をする行為などがあり、<sup>(5)</sup> また、他人が財産犯以外の犯罪によって得た財産以外の利益を保持させる場合にも物的庇護罪となる。<sup>(6)</sup> このうち、人的庇護罪の保護法益が国の刑事司法作用にあることについてはほとんど争いがないの<sup>(7)</sup> に対し、物的庇護罪の本質をめぐっては、これを国の刑事司法作用に対する罪と解する立場や、本犯が侵害した法益に対する罪とする立場などが対立しており、複雑な議論が展開されている。<sup>(8)</sup> このように旧二五七条の犯人庇護罪には異質な二つの犯罪類型が含まれており、このことが犯人庇護罪の構成要件の明確な解釈を妨げているとの批判が学説によってなされ、<sup>(9)</sup> 法改正の要求が高まったのである。

そこで、一九七五年に施行されたドイツ現行刑法は、一九七四年の刑法典施行法 (Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch) の規定にもとづいて、物的庇護罪と人的庇護罪を別条とし、物的庇護罪のみを「犯人庇護罪」(Begün-

stigung) として二五七条に規定し、人的庇護罪は二五八条に「処罰妨害罪」(Strafvereitelung) として規定するに至った。<sup>(10)</sup> もっとも、現行刑法においても、「第二章赃物罪及び庇護罪」と題して、犯人庇護罪、処罰妨害罪及び赃物罪は同一章下に規定されており、この点は旧刑法から変更されていない。<sup>(11)</sup> しかし、既述のごとく、学説はほぼ一致して、処罰妨害罪の保護法益を国の刑事司法作用に求めるとともに、赃物罪を他人の財産に対する罪と解しており、<sup>(12)</sup> 両罪の罪質の間に違いが存することは通説の承認するところである。

(b) このような経緯をたどり、わが国の犯人蔵匿罪及び証憑湮滅罪に当たる行為は、ドイツにおいては刑法二五八条の処罰妨害罪として処罰されているのである。ドイツ刑法二五八条は、以下のように規定している。

一項 他人が違法な行為を理由として刑罰法規により刑に処せられ又は処分(一一条一項八号)を科せられることとの全部または一部を、意図的に又は情を知りつつ妨害した者は、五年以下の自由刑又は罰金刑に処する。

二項 他人に対して科せられた刑罰又は処分の執行の全部又は一部を、意図的に又は情を知りつつ妨害した者の処罰も前項と同じである。

三項 その刑は、本犯について規定されている刑より重いものであつてはならない。

四項 未遂は罰する。

五項 本条の行為によって、同時に、自己が刑に処せられもしくは処分を科せられること、又は自己に科せられた刑罰もしくは処分が執行されることの全部または一部を妨害することを意図した者は、処罰妨害罪によつて罰しない。



六項 親族のために本条の行為を行った者は、罰しない。<sup>(13)</sup>

このように本罪の実行行為としては、一項の「刑事責任の追及に対する妨害」(Verfolgungsverweigerung)と、二項の「刑罰または処分の執行に対する妨害」(Vollstreckungsverweigerung)とが規定されている。一項の「刑事責任の追及に対する妨害」とは、刑罰または処分の執行の前提となる捜査・訴追・審判作用を妨害することをいうのに対し、二項の「刑罰または処分の執行に対する妨害」とは、裁判によって確定した刑罰または処分の執行そのものを妨害する行為を意味する。<sup>(14)</sup> こういって「刑罰」(Strafe)とは、自由刑、罰金刑、付加刑など刑法上の制裁を意味し、懲戒罰 (Disziplinarstrafe) ˙ 過料 (Geldbuße) ˙ 秩序金 (Ordnungsgeld) ˙ 秩序拘禁 (Ordnungshaft) などは含まれない。<sup>(15)</sup> これに対し、二五八条にいう「処分」(Maßnahme)とは、ドイツ刑法二二条一項八号に規定されているものをいい、改善及び保安の処分 (Maßregel der Besserung und Sicherung) ˙ 追徴 (Verfall) ˙ 没収 (Einziehung) ˙ 使用不能 (Unbrauchbarmachung) などがこれに含まれる。<sup>(16)</sup>

それでは、具体的にどのような行為が処罰妨害罪に当たるとされているのであろうか。一項の「刑事責任の追及に対する妨害」に該当する事例としては、犯人を追跡している警察官の追跡を妨害する行為、<sup>(17)</sup> 追跡されている犯人を隠匿する行為、<sup>(18)</sup> 犯人に隠れ場所として宿を提供する行為、<sup>(19)</sup> 犯人の逃走を援助するために乗り物・偽造証明書・現金などを犯人に与える行為、<sup>(20)</sup> 捜査の進展状況を犯人に伝える行為、<sup>(21)</sup> 犯人に逃走するよう助言する行為、<sup>(22)</sup> 犯人に嫌疑がかからないようにするために証拠を隠匿する行為、<sup>(23)</sup> 証拠の価値を滅失させる行為、<sup>(24)</sup> 不真正の証拠を捏造する行為、<sup>(25)</sup> 無実の者に犯罪の嫌疑をかけさせる行為、<sup>(26)</sup> 自らが犯人である旨虚偽の供述をする行為、<sup>(27)</sup> 捜査を誤らせるような虚偽の供述を捜

査機関に対して行う行為<sup>(28)</sup>、捜査機関に対して虚偽の供述を行うよう他人に働きかける行為<sup>(29)</sup>、偽証しようとしている証人の決意を強める行為<sup>(30)</sup>、強制または欺罔によって他人に黙秘させる行為<sup>(31)</sup>、告発する義務があるにもかかわらず告発しない行為<sup>(32)</sup>、告発する義務のある公務員に対して告発しないよう働きかける行為<sup>(33)</sup>、宣誓により偽証する行為または宣誓によらずに偽証する行為<sup>(34)</sup>、横領の事実を隠蔽するための現金を調達する行為<sup>(35)</sup>などがある。また、何も知らないと警察に対して虚偽の供述をすることにより、犯人に対する刑事責任の追及を妨げる場合にも、一項の構成要件に該当する<sup>(36)</sup>。「刑事責任の追及を一部妨害する」とは、刑罰加重事由があるのになどと証言する行為、日数罰金の基準となる一日当たりの金額を実際の収入に応じた金額より低く確定させる行為、追徴及び没収の命令が対象物の一部にしか及ばないようにする行為などをいう<sup>(37)</sup>。

二項の「刑罰または処分の執行に対する妨害」の事例としては、有罪判決を受けた者を警察から隠匿する行為<sup>(38)</sup>、有罪判決を受けた者に隠れ場所として宿を提供する行為<sup>(39)</sup>、拘禁者の脱獄を幫助する行為<sup>(40)</sup>、有罪判決を受けた者の逃走を援助する行為<sup>(41)</sup>、犯人の刑の執行猶予について虚偽の申請をする行為<sup>(42)</sup>、不正な手段によって犯人に恩赦を受けさせる行為<sup>(43)</sup>、刑の執行行為を妨害する行為<sup>(44)</sup>、追徴や没収の対象物を隠匿する行為<sup>(45)</sup>、罰金刑の執行の際に、有罪判決を受けた者の資産額を隠す行為<sup>(46)</sup>、他人の身代りとして刑罰に服する行為<sup>(47)</sup>などである<sup>(48)</sup>。また、「刑罰または処分の執行を一部妨害する」とは、刑期の一部を服役した後に脱獄した者の逃走を援助する場合、あるいは追徴や没収の対象物の一部を隠匿する場合などである<sup>(49)</sup>。

(c) 以上のような事例が、処罰妨害罪に当たるとされている。ここからも明らかのように、犯人の逃走を援助し、

あるいは犯人の身代りとして自首するなどわが国の犯人蔵匿罪に当たる行為ばかりでなく、証憑湮滅罪に当たる行為も、ドイツにおいては処罰妨害罪により処罰されている<sup>(50)</sup>。つまり、犯人の蔵匿隠避及び証拠の湮滅は共に、犯人を訴追や処罰から免れさせるすべての行為が「隠避」に当たると解すると証拠湮滅行為も「隠避」に含まれることになるのではな  
いかとの疑問を提起したが、ドイツ刑法の処罰妨害罪の内容を見ると、このような疑問は一層深まることとなる。まさにドイツにおいては、犯人の蔵匿隠避及び証拠の湮滅はいずれも、犯人に対する訴追や処罰を妨げるという点では何ら異なるところはないと解されているからである。

確かに、ドイツにおいては、犯人の蔵匿隠避と証拠の湮滅はいずれも処罰妨害罪により処罰されることから、両者の違いをどこに見出すかという問題は、そもそも生じない。しかし、わが国の刑法はドイツ刑法と異なり、刑事司法作用を侵害する罪として犯人蔵匿罪及び証拠湮滅罪という異なる犯罪類型を置いているのであるから、両罪をいかに限界づけるかということが問題となる。そして、両罪の限界を明確なものとするためには、先述したように、「隠避」と証拠湮滅行為との違いがどこに存するかについての検討が必須の課題となるのである。

(1) Rub. Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. 10. Aufl. 1989. § 257 Rdnr. 1; Stree, Begünstigung, Strafreitelung und Heherei. Jus 1976. S. 137. Vgl. Maurach=F.-C.Schroeder. Strafrecht. Besonderer Teil, Teilband 2. 6. Aufl. 1981. S. 320 f.

(2) ドイツにおいて犯人庇護罪が共犯ではなく各則上の独立の犯罪類型として把握されるようになった過程については、小野寺一浩「犯人蔵匿罪について」法学（東北大学）四八巻三号（昭和五九年）一二二頁以下に詳しい。

(3) Vgl. Schröder, Die Rechtsnatur der Begünstigung und Heherei. MDR 1952. S. 68 ff.; Welzel, Das Deutsche Strafrecht. 11.

Aufl., 1969, S. 392 f.; Ruß, a. a. O. (Anm. 1), § 257 Rdnr. 1. ヴァイツ旧刑法は、二五八条を「人的赃物罪」(persönliche Hehlerei)、「二五九条を「物的赃物罪」(sachliche Hehlerei) とつづいた。

- (4) Ruß, a. a. O. (Anm. 1), vor § 257 Rdnr. 1.
- (5) Stree, Schönke=Schröder, Strafgesetzbuch, 24. Aufl., 1991, § 257 Rdnr. 16; Dreher=Tröndle, Strafgesetzbuch, 45. Aufl., 1991, § 257 Rdnr. 6. Vgl. Samson, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band II, Besonderer Teil, 5. Aufl., 1994, § 257 Rdnr. 17.
- (6) Wessels, Strafrecht, Besonderer Teil-2, 16. Aufl., 1993, S. 178; Samson, a. a. O. (Anm. 5), § 257 Rdnr. 2.
- (7) BGHSt. 30, S. 77; OLG Celle JR 1981, S. 34; OLG Bremen JR 1981, S. 474; Dreher=Tröndle, a. a. O. (Anm. 5), vor § 257 Rdnr. 2; Ruß, a. a. O. (Anm. 1), § 258 Rdnr. 1; Stree, a. a. O. (Anm. 1), S. 139; Stree, Schönke=Schröder, a. a. O. (Anm. 5), § 258 Rdnr. 1; Samson, a. a. O. (Anm. 5), § 258 Rdnr. 2; Otto, Grundkurs Strafrecht, Die einzelnen Delikte, 3. Aufl., 1991, S. 438; Maurach=F.-C.Schroeder, a. a. O. (Anm. 1), S. 322; Wessels, Strafrecht, Besonderer Teil-1, 17. Aufl., 1993, S. 150. 他方、処罰妨害罪は国の刑事司法作用の保護ばかりでなく、犯人に対する事後的な援助を禁止することにより犯罪一般を未然に防止するところをも目的としてつづくとする立場も主張されている。Lenckner, Zum Tatbestand der Strafvereitelung, in: Gedächtnisschrift für Horst Schröder, 1978, S. 353; Rudolphi, Strafvereitelung durch Verzögerung der Bestrafung und Selbstbegünstigung durch Vortäuschen einer Straftat — BayObLG, NJW 1978, 2563; Jus 1979, S. 861; Amelung, Vorteilssicherung und Angehörigenprivileg, JR 1978, S. 229. Vgl. Miehe, Die Schutzfunktion der Strafrohungen gegen Begünstigung und Hehlerei, in: Festschrift für Richard M. Honig, 1970, S. 105, 112; Müller=Dieltz, Strafvereitelung und Strafvereitelung, Jura 1979, S. 244 f.
- (8) Vgl. Stree, Schönke=Schröder, a. a. O. (Anm. 5), § 257 Rdnr. 1 f.; Ruß, a. a. O. (Anm. 1), § 257 Rdnr. 2; Dreher=Tröndle, a. a. O. (Anm. 5), vor § 257 Rdnr. 2; Samson, a. a. O. (Anm. 5), § 257 Rdnr. 2 ff.; Geppert, Begünstigung, Jura 1980, S. 270; Amelung, a. a. O. (Anm. 7), S. 227 ff.

犯人蔵匿罪と証憑湮滅罪の限界に関する一考察

- (9) Vgl. Stree, a. a. O. (Anm. 1), S. 137; Müller=Dieltz, a. a. O. (Anm. 7), S. 244.
- (10) Vgl. Göhler, Das Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch, NJW 1974, S. 833; Sturm, Änderungen des Besonderen Teils des Strafgesetzbuches durch das Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch, JZ 1975, S. 10 f.; Ruß, a. a. O. (Anm. 1), vor § 257 Rdnr. 1. なお、ドイツ現行刑法は、二五八条の加重類型として、刑罰または処分の手続に関する公務の担当者为主体とする処罰妨害行為を二五八条aにより処罰している。
- (11) Stree, a. a. O. (Anm. 1), S. 137は、現行刑法において犯人庇護罪、処罰妨害罪及び赃物罪が同一章下に規定されたのは、単なる立法技術的な理由にすぎないとする。
- (12) Stree, Schönke=Schröder, a. a. O. (Anm. 5), § 259 Rdnr. 1; Wessels, a. a. O. (Anm. 6), S. 182; Dreher=Tröndle, a. a. O. (Anm. 5), vor § 257 Rdnr. 2.
- (13) 法務大臣官房司法法制調査部『ドイツ刑法典』法務資料四三九号〔宮澤浩一訳〕(昭和五七年)一七三頁参照。
- (14) Wessels, a. a. O. (Anm. 7), S. 150; Samson, a. a. O. (Anm. 5), § 258 Rdnr. 5.
- (15) Stree, Schönke=Schröder, a. a. O. (Anm. 5), § 258 Rdnr. 13; Ruß, a. a. O. (Anm. 1), § 258 Rdnr. 2; Samson, a. a. O. (Anm. 5), § 258 Rdnr. 19.
- (16) Stree, Schönke=Schröder, a. a. O. (Anm. 5), § 258 Rdnr. 14; Ruß, a. a. O. (Anm. 1), § 258 Rdnr. 2; Samson, a. a. O. (Anm. 5), § 258 Rdnr. 20.
- (17) Stree, Schönke=Schröder, a. a. O. (Anm. 5), § 258 Rdnr. 17.
- (18) Ruß, a. a. O. (Anm. 1), § 258 Rdnr. 14; Dreher=Tröndle, a. a. O. (Anm. 5), § 258 Rdnr. 6.
- (19) Stree, Schönke=Schröder, a. a. O. (Anm. 5), § 258 Rdnr. 17; Maurach=F.-C.Schroeder, a. a. O. (Anm. 1), S. 324; OLG Stuttgart NJW 1981, S. 1569; LG Hannover NJW 1976, S. 978.
- (20) Stree, Schönke=Schröder, a. a. O. (Anm. 5), § 258 Rdnr. 17; Wessels, a. a. O. (Anm. 7), S. 151; OLG Stuttgart NJW 1976, S. 2084; BGHSt. 33, S. 347.

- (21) Wessels, a. a. O. (Anm. 7), S. 151 ; RGSt. 36, S. 76. 逮捕や搜索が予定されていることを犯人に伝える場合などが、これに  
 当てな。
- (22) RGSt. 36, S. 76 ; Dreher=Tröndle, a. a. O. (Anm. 5), § 258 Rdnr. 6.
- (23) BGH bei Dallinger, MDR 1956, S. 271 ; Ruß, a. a. O. (Anm. 1), § 258 Rdnr. 14.
- (24) Stree, Schönke=Schröder, a. a. O. (Anm. 5), § 258 Rdnr. 17 ; Wessels, a. a. O. (Anm. 7), S. 151 ; RGSt. 50, S. 364 ; RGSt.  
 66, S. 316.
- (25) Ruß, a. a. O. (Anm. 1), § 258 Rdnr. 14.
- (26) Ruß, a. a. O. (Anm. 1), § 258 Rdnr. 14.
- (27) Ruß, a. a. O. (Anm. 1), § 258 Rdnr. 14.
- (28) Ruß, a. a. O. (Anm. 1), § 258 Rdnr. 14.
- (29) RGSt. 20, S. 233.
- (30) RGSt. 70, S. 390.
- (31) Ruß, a. a. O. (Anm. 1), § 258 Rdnr. 14.
- (32) RGSt. 53, S. 108.
- (33) RGSt. 9, S. 242.
- (34) RGSt. 20, S. 233 ; RGSt. 28, S. 111 ; RGSt. 46, S. 74 ; RGSt. 60, S. 101.
- (35) Stree, Schönke=Schröder, a. a. O. (Anm. 5), § 258 Rdnr. 17.
- (36) Ruß, a. a. O. (Anm. 1), § 258 Rdnr. 16 ; RGSt. 54, S. 41 ; BayObLG NJW 1966, S. 2177.
- (37) Stree, Schönke=Schröder, a. a. O. (Anm. 5), § 258 Rdnr. 16.
- (38) RGSt. 73, S. 331.
- (39) OLG Koblenz NJW 1982, S. 2785.

- (40) RGSt. 7, S. 244 ; RGSt. 57, S. 301.
- (41) Stree, Schönke=Schröder, a. a. O. (Anm. 5), § 258 Rdnr. 28 ; Ruß, a. a. O. (Anm. 1), § 258 Rdnr. 24.
- (42) RGSt. 16, S. 204.
- (43) RGSt. 35, S. 128.
- (44) Stree, Schönke=Schröder, a. a. O. (Anm. 5), § 258 Rdnr. 28.
- (45) Ruß, a. a. O. (Anm. 1), § 258 Rdnr. 24.
- (46) Stree, Schönke=Schröder, a. a. O. (Anm. 5), § 258 Rdnr. 28.
- (47) RGSt. 8, S. 366 ; Wessels, a. a. O. (Anm. 7), S. 153 ; Dreher=Tröndle, a. a. O. (Anm. 5), § 258 Rdnr. 9.
- (48) もっとも、有罪判決を受けた者の代わりに罰金を支払う行為が、二五八条二項に該当するかに関しては争いがある。特に、罰金を支払った者に対して罰金額を補填するなどの場合に、困難な問題が生ずる。Vgl. Wessels, a. a. O. (Anm. 7), S. 153 ; Dreher=Tröndle, a. a. O. (Anm. 5), § 258 Rdnr. 9 ; Samson, a. a. O. (Anm. 5), § 258 Rdnr. 34 f.
- (49) Stree, Schönke=Schröder, a. a. O. (Anm. 5), § 258 Rdnr. 27.
- (50) 本罪は結果犯であり、刑罰または処分が現実には妨害された時点において、本罪は既遂に達する。「刑罰または処分を現実に妨害した」というためには、刑罰または処分の執行を最終的に全く不可能にすることまでは必要ではなく、捜査・裁判・刑の執行などの刑事司法作用を「相当の期間」遅延させれば足りる。Vgl. Samson, a. a. O. (Anm. 5), § 258 Rdnr. 25 ff. ; Otto, a. a. O. (Anm. 7), S. 439 ; Ruß, a. a. O. (Anm. 1), § 258 Rdnr. 10. もっとも、「相当の期間」とは具体的にどの程度の期間をいうのかの判断は、必ずしも容易ではない。判例には、七日間捜査を遅れさせたというだけでは十分ではないとしたものがある一方で (BGH NJW 1959, S. 494)、未決勾留から脱走した犯人を外国へと逃亡させたがその犯人が自らの意思で約一〇日後帰国した場合には、「相当の期間」に達したといえるとしたものもあり (OLG Stuttgart NJW 1976, S. 2084)、刑事司法作用が「相当の期間」遅延したか否かの判断はかなり微妙である。なお、当該行為が刑罰または処分を相当の期間遅延させたことを立証するのは非常に困難であり、実際上は、未遂犯として処罰される事例が多いとされている。Stree,

#### 四 犯人蔵匿罪と証憑湮滅罪の限界

##### (1) 「隠避」の意義

これまでの叙述により、「隠避」概念をめぐる従来の議論状況が明らかになったと思う。そこで以下では、妥当な「隠避」概念とはどのようなものかについて考察を加えることにしたい。

(a) 既述のように、「隠避」の意義に関しては次の二つの考え方が対立している。一つは、逃走者及び犯人の身柄の確保を困難にする行為のみを「隠避」と解する立場であり、いま一つは、逃走者及び犯人の身柄の確保を妨げる行為であると、犯人の特定作用を侵害する行為であるとを問わず、他人を訴追や処罰から免れさせるすべての行為を「隠避」としてよいとする立場である。それでは、いずれの立場をもって正当とすべきであろうか。結論からいえば、前者の立場が基本的に妥当なのではないかと思う。その根拠は、以下のような点に求められる。

第一は、「隠避」の意義と「蔵匿」の意義との均衡という点である。「蔵匿とは官憲による発見・逮捕を免れるべき隠匿場所を提供することをいう」のであるから、「蔵匿」の本質は、犯人の特定作用を妨害することではなく、むしろ逃走者及び犯人の身柄の確保を困難にすることにあると見てよい。つまり、「蔵匿」の定義の中の「発見・逮捕」とは「逃走者及び犯人の身柄の確保」のことであって、「犯人の特定作用」という意味は含んでいないのである。このことを前提とすると、「隠避とは蔵匿以外の方法により官憲による発見・逮捕を免れしめるべき一切の行為である」



というときの「発見・逮捕」という文言も、「犯人の特定作用」という意味ではなく、「逃走者及び犯人の身柄の確保」という意味に理解すべきであろう。そうすると、「隠避」とは逃走者及び犯人の身柄の確保を困難にする行為をいうのであって、犯人の特定作用を誤らせる行為は「隠避」には当たらないとするのが、素直な解釈であるように思われるのである。<sup>(1)</sup>

第二は、犯人の特定作用を妨害する行為も「隠避」に当たるとすると、犯人蔵匿罪と証憑湮滅罪との区別が不明確になるという点である。既述のように、証拠湮滅行為によっても犯人の特定作用が妨害されることはありうる。したがって、もし犯人の特定作用に対する妨害行為も「隠避」に含まれるとすると、犯人の特定作用を誤らせ犯人の訴追及び処罰を妨害するという点では「隠避」と証拠湮滅行為とは何ら異なることとなり、両者を区別することができなくなるのではないだろうか。事実、ドイツ刑法においては、犯人の蔵匿隠避と証拠湮滅は共に、犯人の訴追及び処罰を妨げる犯罪として同じ条文の適用を受けるのである。しかし、わが国の刑法はドイツの刑法とは異なり、犯人蔵匿罪と証憑湮滅罪を別条とし異なる犯罪類型としているのであるから、両者を明確に区別することが必要となるであらう。

仮に、犯人の特定作用を誤らせる行為も「隠避」に含まれるとする考え方を徹底すると、証拠湮滅行為によって犯人の特定作用が侵害された場合には、犯人隠避罪と証憑湮滅罪との観念的競合ということになる。そればかりでなく、有罪の基礎となるような事実について宣誓の上偽証した場合も、犯人の特定作用が侵害される危険が生じたといえるから、偽証罪と同時に犯人隠避罪が成立することになる<sup>(2)</sup>。しかし、証拠湮滅罪は、他人の刑事事件に関する証拠の

完全な利用を妨げることによって刑事事件の捜査及び審判作用を侵害する点に処罰根拠があると解される<sup>(3)</sup>ところ、犯人の特定作用は刑事事件の捜査及び審判作用の中心をなすものであることから考えると、証憑湮滅罪は本来、犯人の特定作用に対する侵害を処罰の対象として見らるべきであろう。また、偽証罪は国の審判作用の適正な実現を保護法益として<sup>(4)</sup>いるが、真犯人が誰であるかを確定することは刑事事件の審判においてはもつとも重要な課題となるのであるから、偽証罪も構成要件の性質上、犯人の特定作用の侵害を処罰の対象として当然に予定しているものと解される。そうだとすると、証拠湮滅行為または宣誓による偽証によって犯人の特定作用を侵害した場合には、証憑湮滅罪または偽証罪のほかに犯人隠避罪は成立しないとするのが明快なのではないだろうか。つまり、犯人蔵匿罪が成立するのは逃走者及び犯人の身柄の確保を妨げる場合に限られ、犯人の特定作用の妨害など刑事事件の捜査及び審判作用を侵害する行為については証憑湮滅罪もしくは偽証罪の問題とすると解した方が、犯人蔵匿罪と証憑湮滅罪の区別が明確になるように思われるのである<sup>(5)</sup>。その意味では、原田調査官のいわれるように、「刑法の体系のなかで、偽証罪は証言を、証憑湮滅罪は証拠を、そして犯人蔵匿隠避罪は、犯人と逃走者の身柄の確保をそれぞれ保護対象とするものと位置付ける方が全体を整合的に把握できる<sup>(6)</sup>」というべきであろう。

このようにして、「隠避」の本質を逃走者及び犯人の身柄の確保に対する妨害に求める立場が基本的には支持されるべきである。もつとも、この立場にも多少の修正が必要であるように思われる。もし逃走者及び犯人の身柄の確保を妨げる行為のみを「隠避」とすると、道路交通法違反事件など通常身柄の拘束を予定していない在宅事件の犯人が犯人隠避罪の客体から除外されることになるという批判<sup>(7)</sup>が妥当するからである。もとより、在宅事件の犯人であって

も逃亡をすれば身柄拘束の対象となりうるのであるから、在宅事件の犯人を逃避させる行為も、結局は犯人の身柄の確保を妨げることになるといえるかもしれない。しかし、「隠避」の本質を「身柄の確保に対する妨害」という観点からのみ説明することには、やはり無理があるように思われる。

思うに、犯人蔵匿罪の客体のうち「拘禁中逃走した者」の場合には、現に拘禁作用が侵害されている状態において蔵匿隠避行為がなされるのであるから、「拘禁中逃走した者」を蔵匿し隠避させる行為は、端的に身柄の確保に対する妨害行為として理解することができる。<sup>(9)</sup>これに対し「罰金以上の刑に当たる罪を犯した者」を客体とする場合には、事情が異なるのではないだろうか。もちろん、逮捕状が発付されているなど身柄拘束を予定されている犯人を蔵匿し隠避させる行為は、まさに身柄の確保に対する妨害行為としての性格を有しているといつてよい。しかし、そもそも被疑者及び被告人に対する身柄拘束は、一定の要件を満たした場合に行われるにすぎず、被疑者及び被告人は当然に身柄拘束の対象になるというものではない。たとえば逮捕・勾留は、犯罪を行った相当の嫌疑があり、かつ被疑者・被告人に逃亡及び罪証湮滅の虞があるなどの場合に限ってなされるものである。<sup>(10)</sup>つまり現行刑事訴訟法の建て前としては、被疑者・被告人は本来身柄拘束の対象ではないのであり、そうである以上、犯人を蔵匿し隠避させる行為を「身柄の確保の妨害」という観点からのみ理解することは許されないといふべきであろう。

そこで、遑って考えてみると、逮捕・勾留等の身柄拘束制度の主な目的は、被疑者や被告人の所在が把握できなければ公判手続の維持に重大な支障をきたすことからこれらの者の逃亡を防止しその所在を明らかにしておくという点にある。<sup>(11)</sup>つまり、裁判・刑の執行など刑事司法作用の適正な実現のためには、被疑者・被告人の所在を明確にするこ

とが必要不可欠であり、逮捕・勾留等の身柄拘束制度も、被疑者・被告人の所在を明らかにするための手段なのである。一方、被疑者・被告人をかくまい、あるいはその逃走を援助する行為が、被疑者・被告人の所在の究明を妨げる危険を生ぜしめるものであることは明らかである。そうすると、犯人を蔵匿し隠避させる行為が、犯人の身柄の確保を困難にするという側面ばかりでなく、犯人の所在の究明を妨げることにより刑事司法作用の適正な実現を侵害するという側面をも有している点を見捨てることはできないといふべきであろう。<sup>(12)</sup> こう考えると、厳密に言えば「隠避」とは、蔵匿以外の方法により逃走者及び犯人の所在の究明及び身柄の確保を困難にする行為であると定義されることになる。身柄の確保を通常予定していない在宅事件の犯人を逃避させる行為も犯人の所在の究明を妨げることは明らかであるから、右のように解することによって、在宅事件の犯人が犯人蔵匿罪の客体に含まれることを無理なく説明することが可能になると思われる。

(b) 以上のような認識に立脚すれば、犯人蔵匿罪の保護法益の問題については次のようにいえるであろう。既述のように、犯人蔵匿罪の保護法益に関しては、これを「身柄の確保に向けられた刑事司法作用」に限定する立場と、「広く国の刑事司法作用」に求める立場とが対立している。もともと、犯人蔵匿罪の究極的な保護法益が国の刑事司法作用にあるという点に関しては、両説の見解は一致しているといつてよい。両説の実質的な対立点は、犯人蔵匿罪の究極的な保護法益が国の刑事司法作用にあることを承認した上で、そこからさらに犯人蔵匿罪の保護法益を「身柄の確保に向けられた刑事司法作用」に限定すべきか、それともそのような限定をすべきではないかという点に帰着するのである。

思うに、刑法一〇三条にいう「蔵匿」「隠避」とは、逃走者及び犯人の所在の究明及び身柄の確保を困難にする行為をいい、犯人の特定作用を妨害する行為は「隠避」には当たらないと解すべきである。犯人の特定作用の妨害など刑事事件の捜査・審判作用を誤らせる行為は、むしろ証憑湮滅罪または偽証罪の成否の問題なのである。このような立場からすると、犯人蔵匿罪は、刑事司法作用の適正な実現を妨害するすべての行為を処罰するのではなく、刑事司法作用に対する侵害行為の中でも、逃走者及び犯人の所在の究明及び身柄の確保を妨げる行為に限って処罰の対象とする犯罪類型であるというべきであろう。そうだとすると、確かに犯人蔵匿罪の究極的な保護法益が広義における国の刑事司法作用にあることに疑いはないが、より詳しくいうと、犯人蔵匿罪の保護法益は「逃走者及び犯人の所在の究明及び身柄の確保に向けられた刑事司法作用」にあるということになる。<sup>(13)</sup>これに対し、証憑湮滅罪も犯人蔵匿罪と同じく国の刑事司法作用を究極的な保護法益とするものではあるが、刑事司法作用に対する侵害行為のうち、犯人の特定など刑事事件の捜査・審判作用に対する侵害行為を処罰の対象とする点で、証憑湮滅罪は犯人蔵匿罪から区別されるのである。<sup>(14)</sup>

(c) それでは、以上のような理解を前提とするとき、具体的にはどのような行為が「隠避」に当たると解されるのであろうか。すでに確認したように、従来「隠避」とされてきた事例には、異なる二つの類型が含まれている。第一の事例は、犯人の特定に関する捜査及び審判作用を誤らせることなく、現実に逃避中の犯人やまさに逃避しようとしている犯人の逃走を容易にする場合である。たとえば、逃走中の犯人に逃走のための資金を提供する場合、逃走すべき地域を指示する場合などがこれに当たる。これに対して第二の事例は、捜査機関等に対し虚偽の陳述をすること

により犯人の特定に関する捜査及び審判作用を誤らせ、もって犯人を訴追及び処罰から免れさせるおそれを生ぜしめる場合である。身代り犯人を立てる場合、捜査官に犯人が犯行現場にいなかったとの虚偽の供述をする場合、捜査機関に対し犯人のアリバイについて虚偽の供述をする場合などが、この類型に含まれる。

「隠避」とは逃走者及び犯人の所在の究明及び身柄の確保を困難にする行為に限られるとする本稿の立場からは、第一の事例を「隠避」と解することに異論はない。第一の事例のように、犯人の逃走を直接的に容易にする行為は、まさに犯人の所在の究明及び身柄の確保を妨げるものといえるからである。これに対して、第二の事例のような行為を「隠避」とすることには疑問がある。第二の事例においては、犯人の特定作用が妨害されているにすぎず、犯人の逃避の援助などにより犯人の所在の究明または身柄の確保が直接妨げられているわけではないからである。第二の事例について犯人隠避罪の成立を肯定するという結論は、犯人の特定作用に対する侵害行為をも「隠避」に含める立場からのみ支持されうるようにも思われるのである。

もつとも、既述のように、第二の事例においても犯人の身柄の確保が妨害されていると解することも不可能ではない。参考人等が虚偽の陳述を行い、犯人の特定に関する捜査及び審判作用を誤らせれば、真犯人は被疑者または被告人としての逮捕・勾留を免れるから、結局、犯人の特定作用を誤らせるような虚偽の陳述は官憲による犯人の身柄の確保を妨害することになるとするのである。

しかし、たとえ第二の事例において犯人の身柄の確保が妨げられているとしても、それは、犯人の特定作用を誤らせた結果として間接的に生じたものにすぎず、そのような間接的な身柄の確保の妨害をも「隠避」に含ましめること

には疑問がある。もちろん、犯人蔵匿罪は抽象的危険犯であり、<sup>(15)</sup>本罪が成立するためには犯人の所在の究明及び身柄の確保を妨害する具体的危険を生ぜしめる必要はないともいえる。しかし、そうだとしても、本罪の実行行為としては、法益侵害の抽象的危険を有する行為、すなわち類型的に犯人の所在の究明及び身柄の確保を困難にするといえるような性質の行為でなければならぬ<sup>(16)</sup>である。具体的にいふと、「隠避」は「蔵匿」と並ぶ刑法一〇三条の構成要件的行为なのであるから、「隠避せしめた」というためには、「蔵匿」と同程度に逃走者及び犯人の所在の究明及び身柄の確保を妨害する危険性を生ぜしめることが必要であると解すべきであろう<sup>(17)</sup>。そして、逃走者及び犯人に隠匿場所を提供しこれをかくまう「蔵匿」の場合には、官憲による所在の究明及び身柄の確保を一応妨げうる状態に達しているといつてよい<sup>(18)</sup>。これと同程度に所在の究明及び身柄の確保を妨害する危険性を生ぜしめたといえるのは、やはり、逃避のための資金を提供するなど逃走者及び犯人の逃避を直接的に容易にするような場合に限られるといふべきであろう。身代り自首の場合のように、虚偽の陳述により犯人の特定に関する捜査及び審判作用を誤らせる場合には、それによって直ちに官憲からの逃避が容易になるといふわけではなく、したがって、身代り自首等の行為によって、犯人の所在の究明及び身柄の確保が妨げられる抽象的危険が発生したとまではいえないように思われる。

以上のような検討により、捜査機関に対して身代り犯人として自らが犯人である旨虚偽の供述をする行為、犯人の身代りとして他の者を警察署に出頭させる行為、捜査機関に対し犯人のアリバイに関して虚偽の供述をする行為などについては、犯人隠避罪の成立を認めるべきではないと解される。これらの行為は、虚偽の陳述をすることにより犯人の特定作用を侵害し刑事事件の捜査及び審判作用を誤らせるという点に特徴があり、むしろ証憑湮滅罪もしくは偽

証罪の成否の問題とすべきものである。なお、前述したように、平野博士も、捜査機関に虚偽の供述をする場合については犯人隠避罪の成立を認めるべきではないとされ、本稿と同じ結論を主張された。この平野博士の見解は、「隠避」とは本来逃げ隠れを助けることをいうとの理解を基礎としたものであるが、これが、犯人の所在の究明及び身柄の確保を困難にする行為として「隠避」の意義を捉える趣旨だとすれば妥当である。

(1) 福岡地裁小倉支判昭和六一年八月五日判時一二五三号一四三頁参照。

(2) 原田國男「判解」法曹時報四二巻四号(平成二年)二二二頁は、「隠避」の本質を「犯人の特定作用に対する侵害」に求めるときには、「被告人の公判で嘘のアリバイを証言した場合は、当然偽証罪になるが、これとともに、犯人隠避罪も成立することになる」と指摘している。

(3) 大谷實『刑法講義各論第四版』(平成六年)五五三頁。

(4) 大谷・前掲注(3)五五九頁。

(5) 原田調査官は、「隠避」の本質を犯人の特定作用に対する侵害に求めるときには、「宣誓無能力者に偽証を教唆した場合、例えば強制わいせつ罪の被害者の幼児に被告人が犯人ではないと言わせる場合には、法律による宣誓をしていないから偽証罪に当たらないし、証人の偽証は証憑湮滅にも当たらないが、犯人隠避教唆で処罰できることになる。さらに、弁護士が被告人が犯人であることを熟知しながら、犯人でないという立証をする場合も、犯人隠避罪の構成要件に一応該当し、正当業務行為と認められる範囲で違法性が阻却されるということになる」とされている。原田・前掲注(2)二二二頁。

(6) 原田國男「判解」ジュリスト九四三三号(平成元年)八七頁。なお、旭川地判昭和五七年九月二九日判時一〇七〇号一五七頁参照。

(7) 尾崎道明「判批」法律のひろば四二巻九号(平成元年)五六―五七頁、横溝秀樹「判批」西南学院大学法学論集二二巻二号(昭和六三年)一八五頁注(9)、丸山雅夫「判批」商学討究四〇巻四号(平成二年)一五九頁。

(8) 尾崎・前掲注(7)五六頁。



- (9) 鈴木茂嗣「逃走及び蔵匿の罪」平場安治・平野龍一編『刑法改正の研究2各則』(昭和四八年)一七八―一七九頁。
- (10) 刑事訴訟法六〇条、一九九条一項、二〇七条以下、刑事訴訟規則一四三条の三。この点については、鈴木茂嗣『刑事訴訟法(改訂版)』(平成二年)七三頁以下、一四七頁以下、三井誠『刑事手続法(1)』(平成五年)九頁以下、一七頁以下、松尾浩也『刑事訴訟法上補正第三版』(平成三年)五〇頁以下、八四頁以下、一八九頁以下参照。
- (11) 三井・前掲注(10)九頁、一七頁参照。
- (12) 大場茂馬『刑法各論下巻』(大正元年)八三三頁は、「罰金以上の刑に該る罪を犯したる者」の蔵匿隠避は、裁判事務を妨害する性質を有するのに対し、「拘禁中逃走したる者」の蔵匿隠避は、その者に対する当該官庁の実力支配の回復を困難にする性質を有するから、両者の性質は異なるとする。
- (13) 井田良「判批」平成元年度重要判例解説(平成二年)一六二頁は、犯人蔵匿罪の保護法益を「犯人の所在の究明及び身柄の確保」としている。
- (14) したがって、改正刑法草案による犯人蔵匿罪の本質の捉え方は、基本的に妥当である。もっとも、改正刑法草案等のように、犯人蔵匿罪と証憑湮滅罪を分割し、犯人蔵匿罪と逃走罪を同じ章の下に、証憑湮滅罪と偽証罪を同じ章の下に規定するのが妥当かどうかは、検討の余地がある。確かに、犯人蔵匿罪と逃走罪は、広義における刑事司法作用に関連する拘禁作用を保護法益とする点において共通している。また、共に「拘禁中逃走した者」を客体としている点にも両罪の共通性が見出されよう。しかし、他方で、捜査・裁判・刑の執行などの適正な実現を保護するという点では、犯人蔵匿罪は、逃走罪より、むしろ証憑湮滅罪に近い性質を有している。青木清相「証憑湮滅罪における『刑事被告事件』の意義」法学紀要八巻(昭和四一年)二八―二九頁注(8)参照。
- (15) 大谷・前掲注(3)五四八頁、香川達夫『刑法講義(各論)第二版』(平成元年)六四頁、小野清一郎ほか『刑法(第三版増補)』(ポケット注解全書)〔中野次雄〕(昭和六三年)二五四頁など。判例としては、「犯人蔵匿罪は捜査を現実に妨害する」という結果の発生は必要でなく、妨害の可能性があればよい」として、たとえ捜査官憲が被蔵匿者の所在を知っていたとしても、蔵匿行為が存在すれば本罪が成立すると判示した東京地判昭和五二年七月一八日判時八八〇号一〇頁がある。さ

らに、浦和地判昭和四九年一〇月二九日刑月六卷一〇号一一〇七頁。これに對して、内田文昭『刑法各論(第二版)』(昭和五九年)六四八頁は、官憲が被藏匿者の所在を知っているときに犯人藏匿罪の成立を認めるのは疑問であるという。なお、河上和雄「犯人藏匿罪について」『捜査研究三一巻一〇号(昭和五七年)』三頁は、「拘禁中逃走した者」については、具体的な刑事司法手続が開始されており、その者を藏匿する行為自体、具体的な刑事司法を侵害する行為として具体的危険犯と解されるが、「罰金以上の刑に当たる罪を犯した者」を客体とするときには、捜査機関が何らその犯罪を関知していなくてもこの要件にあてはまることは明文上明らかであるから、具体的な刑事司法作用の侵害を要件としていないのであり、抽象的危険犯であるとする。他方、本罪を侵害犯と考えるのは、金澤文雄「判批」判例タイムズ三二五号(昭和五〇年)一〇四頁、具体的危険犯とするのは、小暮得雄ほか編『刑法講義各論』(神山敏雄)(昭和六三年)五二二―五二三頁である。「隠避」の意義と「危険」の概念との關係については、藤岡一郎「刑法一〇三条の『隠避せしめる』の意義」法学教室九九号(昭和六三年)八七頁参照。

(16) 原田・前掲注(2)二一四頁以下参照。

(17) この点に關連して注目されるのが、大阪高判昭和五九年七月二七日高刑集三七卷二号三七七頁である。大阪高裁は、「隠避セシメ」るとは逃げかくれするのを容易にすることをいい、「藏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」と説明されているが、「もとより藏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、藏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」として、逃走中の被疑者から依頼を受けてその内妻に現金を貸したが、被疑者に渡った現金は皆無であつたという事案につき、犯人隠避罪の成立を否定した。団藤重光『刑法綱要各論第三版』(平成二年)八四頁注(一〇)、前田雅英『刑法各論講義』(平成元年)五三七―五三八頁も、この大阪高裁判決を支持している。

(18) 大谷・前掲注(3)五五〇―五五一頁は、「隠避せしめた」といえるためには、犯人の発見・逮捕を一応免れる状態に達す

ることが必要であるとして、犯人に逃避を勧めたが犯人がそれに応じなかったときには、犯人隠避罪は既遂に達しないとされている。同旨、小野ほか〔中野〕・前掲注(15)二五六頁。

(2) 宣誓によらない虚偽の供述と証憑湮滅罪の成否

(a) 以上検討したところから、捜査機関等に対して虚偽の供述をすることにより犯人の特定作用を誤らせる行為は、犯人隠避罪を構成するものではなく、むしろ証憑湮滅罪もしくは偽証罪に近い性質を有しているとの結論に至った。それでは、虚偽の陳述をすることにより犯人の特定に関する捜査及び審判作用を誤らせた場合に証憑湮滅罪及び偽証罪は成立しうるのであろうか。もちろん、そのような虚偽の陳述が公判手続において宣誓の上なされたのであれば、偽証罪が成立する。しかし、実際には、犯人を訴追及び処罰から免れさせるために虚偽の供述をする事例として<sup>(1)</sup>は、捜査段階において宣誓をせずに供述がなされるという場合が多く、この場合には偽証罪の成立する余地はない。<sup>(1)</sup>そこで検討しなければならぬのは、捜査機関等に対して宣誓によらずに虚偽の供述をする行為が証憑湮滅罪を構成するの点である。

刑法一〇四条の「証憑」とは、犯罪の成立・刑の量定に関する一切の証拠資料をいい、<sup>(2)</sup>証拠物・証拠書類などの物的証拠ばかりでなく、証人・参考人などの人的証拠をも含むとするのが、判例・通説である。<sup>(3)</sup>したがって、証人・参考人となるべき者を逃避させ隠匿する行為が証憑湮滅罪となることについて争いはない。<sup>(4)</sup>しかし、証人や参考人の虚偽の供述自体が証憑湮滅罪を構成するの点になると、肯定説と否定説が対立するのである。

判例としては、虚偽の供述をすることにより情を知らない裁判所書記官をして内容虚偽の口頭弁論書を作成せしめた場合には証憑湮滅罪の間接正犯となるとした大審院昭和一二年四月七日判決<sup>(5)</sup>、及び、供述に代えて内容虚偽の上申書を捜査機関に提出した事例について証憑湮滅罪の成立を肯定した東京高裁昭和四〇年三月二九日判決<sup>(6)</sup>はあるものの、参考人の虚偽の供述自体は証憑湮滅罪を構成しないというのが判例の立場であるといつてよい。すなわち、大審院昭和九年八月四日判決<sup>(7)</sup>は、「他人ノ刑事被告事件ニ付証人カ法律ニ依リ宣誓ヲ為シタルト否トヲ問ハス判事ニ対シ虚偽ノ陳述ヲ為シタル場合ハ勿論同人ヲシテ右ノ如ク虚偽ノ陳述ヲ為サシメタル場合ノ如キハ共ニ刑法第四百四条ヲ以テ処罰スヘキモノニ非スト解スルヲ相当トス」とし、また、最高裁昭和二八年一〇月一九日決定<sup>(8)</sup>は、刑法一〇四条の証憑の偽造というのは証拠自体の偽造を指称し、証人の偽証を含まない旨判示している。また下級審の判例にも、右の大審院及び最高裁の立場に従うものが散見される<sup>(9)</sup>。

一方、学説においても、宣誓によらずになされた虚偽の供述が証憑湮滅罪を構成するの点に関しては、否定説<sup>(10)</sup>が通説であり、肯定説は少数説にとどまっているといつてよい。また肯定説の中でも、ほとんどの論者は、他人に虚偽の供述をさせる行為について証憑湮滅罪の成立を肯定しているにすぎず<sup>(12)</sup>、自ら虚偽の供述をする行為が証憑湮滅罪となると明言する学説<sup>(13)</sup>はほとんど見受けられないというのが、現状である。

(b) しかし、判例及び通説である否定説の立場に疑問はないのであろうか。以下においては、否定説の論拠の妥当性につき検討することにした。否定説の論拠は多岐にわたるが、次のように整理することが許されよう。

第一に、否定説は、刑法一〇四条の「証憑」は取調べの対象となる物理的な存在である「証拠方法」に限られ、証

扱方法から認識された無形の内容である「証拠資料」は「証憑」に含まれないとの前提に立ち、証人は証拠方法であるから「証憑」に当たるが、証人の供述は証拠資料にすぎないので「証憑」とはいえないと主張する<sup>(14)</sup>。証憑湮滅とは司法機関による証拠の利用自体を物理的に困難ないし不可能にする行為のみを意味するとする立場も、これと同趣旨であろう。しかし、このような主張に対しては、なぜ刑法一〇四条の「証憑」は証拠方法に限られ、証拠資料を含まないのかという理由が明らかではないというべきであろう<sup>(16)</sup>。証拠資料も、その湮滅により刑事事件の捜査及び審判作用が侵害される危険が生ずるという点においては証拠方法と何ら異なるところはなく、したがって、刑法一〇四条の「証憑」を証拠方法に限定する必然性はないのではないだろうか。

第二の論拠として否定説は、刑法一六九条の偽証罪が宣誓をした証人の偽証のみを処罰の対象としている以上、宣誓によらないでなされた虚偽の供述は不可罰とすべきであるという点を指摘している<sup>(17)</sup>。しかし、宣誓によりなされた証言は宣誓によらずになされた証言に比べて証明力が強いことから、証人が宣誓の上偽証する場合は、三月以上一〇年以下の懲役という重い法定刑の偽証罪が成立し、宣誓によらずに虚偽の供述をする場合は、二年以下の懲役または二〇万円以下の罰金という軽い法定刑の証憑湮滅罪によって処罰されるとの解釈も成り立ちうるであろう<sup>(18)</sup>。したがって、偽証罪の規定が存在するからといって、宣誓によらない虚偽の供述を不可罰とするのが現行刑法の建て前であるとは必ずしも解されないのである。

第三に、捜査段階において参考人は出頭及び供述を拒む自由を有しているのであるから、参考人が捜査機関に対し虚偽の供述をしても証憑湮滅罪の成立を認めるべきではないという点が否定説の論拠となっている<sup>(19)</sup>。しかし、この点

に關しても反論は可能である。確かに、証人の場合は、刑事訴訟法一六〇条、一六一條により正当の理由がなく宣誓または証言をしないことが禁止されているのに対し、捜査段階における参考人は、刑事訴訟法一九七條、一九八條、二二三條により法律上出頭及び供述を拒む自由を有している。しかし、このことは、何も供述しないという単なる不作為が参考人に対して許容されていることを意味するにすぎず、捜査段階において参考人が積極的に虚偽の陳述をすることにより国の適正な刑事司法作用を侵害する危険を生ぜしめる場合までも現行刑法が不可罰とする趣旨であると解することはできない。また、宣誓及び証言の強制されている証人の偽証については法定刑の重い偽証罪が問題となるのに対し、供述を拒む自由を有する参考人の虚偽の供述については法定刑の軽い証憑湮滅罪が成立するにすぎないと解することも可能であろう。<sup>(20)</sup>

否定説の第四の論拠は、偽証罪については、証人が事件の裁判確定前に自白した場合に刑法一七〇條により刑の減免が規定されているのに対し、証憑湮滅罪にはそのような規定がないため、もし宣誓によらない虚偽の供述について証憑湮滅罪の成立を肯定すると、より重い偽証罪が問題となる宣誓にもとづく偽証を行った者が自白をすれば刑を減免されるのに、より軽い証憑湮滅罪が問題となる宣誓によらない虚偽の供述を行った者が自白をしても刑の減免が適用されないことになり、不均衡が生ずるといふ点である。<sup>(21)</sup>しかし、この点に關しては次のような反論が可能であろう。偽証罪について自白による刑の減免規定が置かれているのに、証憑湮滅罪にはそのような規定が存在しないのは、証憑湮滅罪に比べて罪質の重い偽証罪が実行されるのを未然に防ごうとする政策的理由からである。そうだとすると、偽証罪における自白による刑の減免規定と証憑湮滅罪の成立範囲とは次元の異なる問題であり、したがって、偽証罪

における自白による刑の減免規定の存在は、宣誓によらない虚偽の供述を証憑湮滅罪による処罰の対象から除外する理論的根拠とはならないと解すべきであろう。<sup>(22)</sup>

第五に、否定説は、自己もしくは他人の刑事被告事件の捜査もしくは裁判に必要な知識を有すると認められる者に対する面会強請及び強談威迫の行為を処罰する刑法一〇五条の二の法定刑が証憑湮滅罪の法定刑より軽いことから考えると、現行刑法は、強制によって虚偽の供述をさせる行為のみを可罰的としているのであって、証人に虚偽の供述をさせる行為すべてを処罰の対象とするものではないという点を論拠として挙げている。<sup>(23)</sup>しかし、この論拠も説得力のあるものではない。刑法一〇五条の二の証人威迫罪は、犯人側から刑事事件の証人などに対してなされる「お礼参り」を防止するために創設された規定であり、その保護法益は、<sup>(24)</sup>国の刑事司法作用だけでなく、刑事事件の証人・参考人またはその親族の私生活の平穩をも含むとされている。<sup>(24)</sup>このように証人威迫罪は証憑湮滅罪と罪質を異にする面を有している以上、証人威迫罪と証憑湮滅罪とを単純に比較することはできないのである。<sup>(25)</sup>このことは、証人威迫罪が行為者自身の刑事事件についても成立しうるのに対し、証憑湮滅罪の客体は他人の刑事事件に関する証憑に限られていることから窺われる。<sup>(26)</sup>さらに、証人に虚偽の供述をさせる行為は証憑湮滅罪を構成すると解した上で、証憑湮滅罪の場合に既遂となるためには、証人に虚偽の供述を要求した結果証人が実際に虚偽の供述をすることが必要であるのに対し、証人威迫罪の場合には、面会を強請しまたは強談威迫の行為をするだけで既遂に達することから、証人威迫罪の法定刑が証憑湮滅罪の法定刑に比べて軽くなっているという解釈も可能であろう。<sup>(27)</sup>

このように考察してみると、証人または参考人が捜査機関等に対して虚偽の供述を行った場合に証憑湮滅罪の成立

を否定する理由はないように思われる。むしろ、虚偽の供述をする行為については積極的に証憑湮滅罪の成立を肯定すべきであろう。問題は、参考人の供述が刑法一〇四条にいう「証憑」に当たるか否かである。思うに、捜査機関が目撃者や参考人から事件につき事情を聴取することは捜査活動の中心をなすものであり、その意味では、参考人の供述は物的証拠と同じく犯罪事実を解明するための重要な証拠となる。特に「精密司法」といわれる現在の捜査状況のもとでは、捜査段階における参考人の供述は、公判手続での証人の証言と異ならない重要性をもっているといえるであろう。<sup>(28)</sup> また、そもそも証人・参考人を逃避させ隠匿する行為が証憑湮滅罪に該当するとされる根拠は、事件に関する体験・知識等についての証人や参考人の供述が妨害されることによつて国の適正な刑事司法作用が侵害される危険が生ずるといふ点に存するのであり、このことは、供述が犯罪事実に関する重要な証拠となりうるということの意味しているにほかならない。<sup>(29)</sup> このように、参考人の供述も犯罪の成否・刑の量定に関する証拠となりうる以上、参考人等の供述は刑法一〇四条の「証憑」に当たるとすべきであろう。また、虚偽の供述をするということは、自己の体験・知識に即した供述の顕出を妨げ、あるいは自己の体験・知識に反する供述を真正の供述のごとく新たに作出することを意味するのであるから、虚偽の供述をする行為は、供述という証憑を「湮滅、あるいは偽造・変造」するものと解されるのである。<sup>(30)</sup> こう考えると、証人・参考人が宣誓によらずに犯罪事実に関して虚偽の供述をする行為は、証憑湮滅罪の構成要件に該当するとしてよいように思われる。<sup>(31)</sup> そして、以上のような理解を前提とすると、他の者に虚偽の供述をさせる場合のみならず、自ら虚偽の供述をする場合にも、証憑湮滅罪の成立が承認されよう。

(c) 以上のような立場からは、捜査機関等に対して虚偽の陳述をすることにより犯人の特定作用を侵害する場合



について証憑湮滅罪の成立を肯定することが可能となる。<sup>(32)</sup> すなわち、身代り犯人として自らが犯人である旨虚偽の供述をする場合、犯人の身代りとして他人を警察署に出頭させる場合、捜査機関に対し犯人のアリバイについて虚偽の供述をする場合などは、捜査機関に対して宣誓によらずに自ら虚偽の供述を行い、あるいは他人に虚偽の供述を行わせるものであるから、証憑湮滅罪の成立を肯定してよいということになる。従来、これらの場合には犯人隠匿罪が成立するとされてきたが、そのような立場は妥当でなく、むしろ、刑事事件の捜査及び審判作用を誤らせている以上証憑湮滅罪の問題とすべきなのである。

もちろん、証憑湮滅罪が成立するためには、刑事司法作用を侵害する抽象的危険の発生が必要となるから、あらゆる虚偽の供述が証憑湮滅罪を構成すると解することはできない。しかし、右に挙げた身代り自首等の行為は、真犯人が誰であるのかについての捜査機関や裁判所の判断を誤らせる危険を有するものであり、このような行為は、通常は刑事司法作用を侵害する抽象的危険を生ぜしめるものといえる。したがって、身代り自首など虚偽の陳述により犯人の特定作用を誤らせるような行為は、原則として証憑湮滅罪を構成するものと解してよいであろう。<sup>(33)</sup>

(1) もっとも、捜査段階における参考人であっても、刑事訴訟法一七九条、二二六条ないし二二八条により裁判官の面前で宣誓の上証人として虚偽の供述をしたときには、偽証罪が問題となる。

(2) 大判昭和七年二月一〇日刑集一一巻一一号一八一七頁、大判昭和一〇年九月二八日刑集一四巻一七号九九七頁。団藤重光『刑法綱要各論第三版』(平成二年)八六頁、大谷實『刑法講義各論第四版』(平成六年)五五三頁、大塚仁『刑法概説(各論)(改訂増補版)』(平成四年)五七八頁、前田雅英『刑法各論講義』(平成元年)五三八頁、藤木英雄『刑法講義各論』(昭和五十一年)四二二頁、香川達夫『刑法講義(各論)第二版』(平成元年)七三頁、福田平『全訂刑法各論(増補版)』

- (平成四年) 三〇頁、中森喜彦『刑法各論』(平成三年) 三一九頁。
- (3) 大判明治四四年三月二二日刑録一七輯四四五頁。団藤・前掲注(2) 八六頁、大谷・前掲注(2) 五五三頁、大塚・前掲注(2) 五七八頁、藤木・前掲注(2) 四二頁、平野龍一『刑法概説』(昭和五二年) 二八六頁、前田・前掲注(2) 五三八頁、香川・前掲注(2) 七三頁、福田・前掲注(2) 三〇―三二頁、内田文昭『刑法各論(第二版)』(昭和五九年) 六五五頁、中森・前掲注(2) 三一九頁。なお、中山研一『刑法各論』(昭和五九年) 五二九―五三〇頁注(3) 参照。
- (4) 捜査段階において参考人を隠匿する行為について証憑湮滅罪の成立を肯定した判例として、最決昭和三六年八月一七日刑集一五卷七号一二九三頁、東京高判昭和三五年一〇月三一日東時一一卷一〇号二八七頁。
- (5) 刑集一六卷八号五一七頁。
- (6) 高刑集一八卷二号二二六頁。同旨、千葉地判昭和三四年九月二二日判時二〇七号三四頁。
- (7) 刑集一三卷一四号一〇五九頁。そのほかに、偽証について証憑湮滅罪の成立を否定した大審院判例として、大判明治四二年一〇月二五日新聞六〇八号二〇頁、大判大正三年六月二三日刑録二〇輯一三二四頁、大判大正六年七月九日刑録二三輯八四八頁、大判昭和八年二月一四日刑集一二卷一号六六頁。
- (8) 刑集七卷一〇号一九四五頁。
- (9) 大阪地判昭和四三年三月一八日判タ二二三号二四四頁、宮崎地裁日南支判昭和四四年五月二二日刑月一卷五号五三五頁。
- (10) 尾後貫莊太郎「判批」法学志林三七卷三号(昭和一〇年) 九一―九二頁、久禮田益喜「犯人蔵匿罪、証憑湮滅罪及び偽証罪」日本刑法学会編『刑事法講座第四卷刑法(V)』(昭和二七年) 七四八頁、小野清一郎『新訂刑法講義各論』(昭和二四年) 三四頁、佐伯千仞「犯人蔵匿および証憑湮滅の罪」法学セミナー一九号(昭和三二年) 三二頁、団藤・前掲注(2) 八七頁注(五)、平野・前掲注(3) 二八七頁、団藤重光編『注釈刑法(3)各論(1)』(香川達夫)(昭和四〇年) 一三〇頁、藤木・前掲注(2) 四二頁、福田・前掲注(2) 三二頁、中山・前掲注(3) 五三〇頁注(1)、前田・前掲注(2) 五三九頁注(6)、中谷瑾子「犯人による偽証教唆」西原春夫ほか編『判例刑法研究7』(昭和五八年) 七〇頁など。
- (11) 草野豹一郎『刑事判例研究第一卷』(昭和九年) 一〇六頁、一二三―一四頁、同『刑事判例研究第五卷』(昭和一五年)

三三二頁、大塚・前掲注(2)五七九頁、内田・前掲注(3)六五五頁、大谷・前掲注(2)五五三頁、中森・前掲注(2)三二〇頁。

(12) 大谷・前掲注(2)五五三頁、中森・前掲注(2)三二〇頁、大塚・前掲注(2)五七九頁。

(13) 小島吉晴「証人・参考人の虚偽供述の刑法的評価について」研修五一八号(平成三年)三〇―三二頁、加藤康榮「参考人の虚偽供述と証憑湮滅罪の成否」研修五二六号(平成四年)九七―九八頁。なお、江家義男『増補刑法各論』(昭和二八年)四三―四四頁は、宣誓しない証人または参考人を偽作して、つまり、事実の見聞者でない者を見聞者のごとく仕立てて虚偽の陳述をさせたような場合に限り、証憑湮滅罪として処罰すべきであるとする。

(14) 大阪地判昭和四三年三月一八日判タ二二三号二四四頁。最決昭和二八年一〇月一九日刑集七巻一〇号一九四五頁も同旨か。

(15) 中山・前掲注(3)五三〇頁注(1)。

(16) 小島・前掲注(13)二九頁。

(17) 大阪地判昭和四三年三月一八日判タ二二三号二四四頁。このような理解を前提とする立場においては、偽証罪と証憑湮滅罪は特別法・一般法の関係ではなく、択一関係にあると解されている。宮崎地裁日南支判昭和四四年五月二二日刑月一卷五号五三五頁、香川・前掲注(2)七四頁、中谷・前掲注(10)七〇頁。

(18) 小島・前掲注(13)三〇頁。

(19) 大阪地判昭和四三年三月一八日判タ二二三号二四四頁。

(20) 加藤・前掲注(13)九〇―九二頁。

(21) 宮崎地裁日南支判昭和四四年五月二二日刑月一卷五号五三五頁。

(22) 加藤・前掲注(13)九二頁。

(23) 宮崎地裁日南支判昭和四四年五月二二日刑月一卷五号五三五頁。

(24) 大谷・前掲注(2)五五七頁。

(25) 加藤・前掲注(13)九二―九三頁。

- (26) 加藤・前掲注(13)九一―九二頁。
- (27) 加藤・前掲注(13)九二頁。
- (28) 小島・前掲注(13)二七頁、加藤・前掲注(13)八八―八九頁。
- (29) 小島・前掲注(13)三〇頁、加藤・前掲注(13)九七―九八頁。
- (30) 小島・前掲注(13)三〇頁。
- (31) もっとも、偽証について証憑湮滅罪の成立を否定する立場においても、参考人が虚偽の供述をしたことにより情を知らない捜査機関がその供述の通りに調書を作成した場合には、証憑湮滅罪の成立は肯定されるであろう。このことは、判例も承認するところである。しかし、このような立場においては、調書が作成された段階になって証憑湮滅罪が既遂に達するのに対し、偽証自体について証憑湮滅罪の成立を肯定する立場からは、虚偽の供述をした段階で証憑湮滅罪の成立が肯定されることになるであろう。小島・前掲注(13)三二頁(注15)参照。
- (32) 内田・前掲注(3)六五五頁、大塚・前掲注(2)五七九頁は、偽証罪と証憑湮滅罪は法条競合とする。これに対して、大谷・前掲注(2)五五三―五五四頁は、偽証罪と証憑湮滅罪は罪質が異なるので、宣誓した証人に偽証させた場合には両罪の観念的競合とする。
- (33) もっとも、具体的にいかなる場合に刑事司法作用を侵害する抽象的危険が生じたと解すべきかについては、別稿に譲らなければならぬ。「危険」の概念については、山口厚『危険犯の研究』(昭和五七年)三五頁以下、岡本勝『「抽象的危険犯」の問題性』法学(東北大学)三八卷二号(昭和四九年)一頁以下など参照。

## 五 む す び

刑法一〇三条にいう「隠避せしめた」の意義がこれまで明確にはされてこなかったために、犯人蔵匿罪と証憑湮滅

罪との区別が極めて曖昧なものとなっているのではないだろうか。本稿は、このような問題提起を出発点とし、「隠避」の意義について再検討を加えることにより犯人蔵匿罪と証憑湮滅罪との限界づけの基準を模索したものである。最後に、これまでの考察によって得られた結論を要約し、むすびとしたい。

従来、判例及び通説が「隠避」に当たるとしてきた事例の中には、二つの異なる類型が含まれている。第一の事例は、犯人の特定に関する捜査及び審判作用を誤らせることなく、現実に逃走中の犯人やまさに逃走しようとしている犯人の逃避を直接容易にすることにより、犯人を身柄の確保から逃れさせるおそれを生ぜしめるというものである。たとえば、犯人に逃走・隠避するよう勧告する場合、逃走中の犯人に逃走のための資金を提供する場合、逃走すべき地域を指示する場合などがこれに当たる。これに対して、第二の事例は、捜査機関等に対して自ら虚偽の陳述を行い、あるいは他の者に虚偽の陳述を行わせることにより、犯人の特定に関する捜査及び審判作用を誤らせ、もって犯人を訴追及び処罰から免れさせるおそれを生ぜしめるというものである。身代り犯人として捜査機関に他人を出頭させ、自らが犯人である旨虚偽の供述をさせる場合、捜査官に犯人が犯行現場にいなかったとの虚偽の供述をする場合、捜査機関に対し犯人のアリバイについて虚偽の供述をする場合などが、この類型に含まれる。

このうち、「隠避」に当たるのは第一の事例のみであり、第二の事例は「隠避」の範疇から除外すべきである。確かに、逃走者及び犯人の身柄の確保を困難にする行為ばかりでなく犯人の特定作用を妨げる行為も「隠避」に含まれるとの前提に立てば、第二の事例についても犯人隠避罪の成立が肯定されうるであろう。しかし、「隠避」とは逃走者及び犯人の所在の究明及び身柄の確保を困難にする行為に限られると解すべきである。その根拠としては、第一に、

「隠避」と並んで刑法一〇三条の構成要件的行為である「蔵匿」は、逃走者及び犯人の所在の究明及び身柄の確保を妨げる点に本質があり、これとの均衡上「隠避」の場合にも、逃走者及び犯人の所在の究明及び身柄の確保に対する侵害にその本質を見出すべきである。第二に、証拠湮滅行為によって犯人の特定作用が侵害されることは当然に予想されうることであるから、証拠湮滅罪は本来、犯人の特定作用に対する侵害を処罰の対象としているといふべきであり、したがって、犯人の特定作用に対する侵害をも「隠避」に含めることは、犯人隠避罪と証拠湮滅罪との限界を曖昧にすることになる。以上の理由によって、逃走者及び犯人の所在の究明及び身柄の確保を困難にする行為のみが「隠避」に当たると解される。このような立場からは、第一の事例のように逃走者及び犯人の逃避を直接容易にする場合に限り、犯人隠避罪の成立が肯定されることとなり、第二の事例のごとく、捜査機関等に対し虚偽の供述を行うことにより犯人の特定に関する捜査及び審判作用を誤らせる行為は、犯人隠避罪を構成しないのである。

身代り犯人として自首するなど捜査機関等に対して犯罪事実につき虚偽の供述をする行為は、むしろ証拠湮滅罪の問題とすべきである。このような行為は、刑事事件の捜査及び審判作用を誤らせるという点で証拠湮滅行為と共通した性質を有しているからである。虚偽の供述をする行為は証拠湮滅罪を構成しないと見る立場もあるが、供述も犯罪事実の成否・刑の量定の証拠となりうる以上、参考人または証人が自己の記憶・体験に反する供述をする行為は証拠湮滅罪の構成要件を充足するといふべきである。それゆえ、身代り自首等の行為については証拠湮滅罪の成立を肯定してよいということになる。

このように解することによって、これまで曖昧であった犯人蔵匿罪と証拠湮滅罪の限界を明確に画することが可能

になると思われる。犯人蔵匿罪と証憑湮滅罪は、広義における国の刑事司法作用に対する侵害を内容とする犯罪であるという点で共通しているが、このうち証憑湮滅罪は、刑事事件に関する証拠を湮滅等することによって犯罪事実の捜査及び審判作用を誤らせることを内容とする犯罪である。これに対し犯人蔵匿罪は、官憲による逃走者及び犯人の所在の究明及び身柄の確保を直接に困難にするところに本質があり、刑事事件に関する捜査及び審判作用を誤らせる行為は犯人蔵匿罪の問題ではないのである。

以上のような結論は、これまでの判例及び通説の立場からは受け入れがたいものであろう。しかし、本稿の考察が、犯人蔵匿罪及び証憑湮滅罪の本質に関する従来の議論への一つの問題提起となったとすれば幸いである。