

# 犯人隠避罪について

——最高裁平成二九年三月二七日決定を素材として——

山  
本  
高  
子

## 〔目次〕

- 一. はじめに
- 二. 最高裁平成二九年三月二七日第二小法廷決定
- 三. 隠避概念
- 四. 虚偽供述と証拠偽造罪
- 五. おわりに

## 一. はじめに

最高裁判所は、平成二九年三月二七日に、身柄を拘束されている被告人との事前の口裏合わせに基づいて、参  
考人として警察官に虚偽の供述をした者に、犯人隠避罪の成立を認める決定を下した。<sup>①</sup>以前より議論がなされて

いた、身柄拘束中の犯人の身代わりとして他の人物を出頭させた、いわゆる身代わり自首の事案に類似する一事例として、事例判断ではあるが意義があるものと思われる。このような参考人の虚偽供述について犯人隠避罪を認めることは、比較的異論が少ない。しかし、刑法第一〇三条に規定されている犯人隠避罪は、同じ規定において蔵匿行為を処罰の対象としており、その蔵匿については、後述するように、隠匿場所を提供してかくまうことと理解されているため、身柄を拘束されている者に対しては認められないと考えられているところ、隠避に関しても同様に、身柄拘束中の事案において、犯人隠避罪を成立させることに疑問が呈されていることもあり、本決定についても、犯人隠避罪が成立するのか、若干疑問を禁じ得ないところである。

そこで、本稿においては、最高裁平成二九年三月二七日第二小法廷決定を素材として、犯人隠避罪という隠避とはどのような概念であるのか、若干の考察を試みたい。これまでの裁判例や学説を参照し、さらには、同じように近年最高裁の判断が示された虚偽供述と証拠偽造罪との関連も視野にいたした上で、犯人隠避罪に何らかの限定を付すことが可能であるのか、検討することとする。

## 二、最高裁平成二九年三月二七日第二小法廷決定

### (1) 事実の概要

最高裁判所第二小法廷が決定を下すにあたり認定した事実は以下の通りである。

Aは、平成二三年九月一八日午前三時二五分頃、普通自動二輪車（カワサキZEPHYR）を運転し、信号機により交通整理の行われている交差点の対面信号機が赤色表示であることを認めたとにもかかわらず、停止せずに

同交差点内に進入し、右方から普通自動二輪車を運転進行してきた被害者を、同車もろとも路上に転落・滑走させ、同車をAの普通自動二輪車に衝突させ、よって被害者に外傷性脳挫傷等の傷害を負わせる交通事故を起こし、その後被害者を同傷害により死亡させたのに、所定の救護義務・報告義務を果たさなかった。

被告人は、自ら率いる不良集団の構成員であったAから、上述の事故を起こしたことを聞き、Aの普通自動二輪車の破損状況から、捜査機関が前記道路交通法違反及び自動車運転過失致死の各罪の犯人がAであることを突き止めるものと考え、Aの逮捕に先立ち、Aとの間で、Aの普通自動二輪車は盗まれたことにする旨の話し合いをした。

Aは、前記交通事故に係る各被疑事実により、平成二四年七月八日に通常逮捕され、引き続き勾留された。被告人は、その参考人として取調べを受けるにあたり、警察官から、本件交通事故のほか、AがAの普通自動二輪車に乗っているかどうか、Aの普通自動二輪車がどこにあるか知っているかについて質問をうけ、Aの普通自動二輪車が加害車両であると特定されていることを認識したが、警察官に対し、「Aがゼファーという単車に実際に乗っているのを見たことはない。Aはゼファーという単車を盗まれたと言っていた。単車の事故があったことは知らないし、誰が起こした事故なのか知らない。」などの嘘を言い、本件交通事故の当時、Aの普通自動二輪車は盗難被害を受けていたことなどから、道路交通法違反等の各罪の犯人は、Aではなく、別人であるとする虚偽の説明をした。

(2) 決定要旨

上述の認定事実に基づき、最高裁判所は以下のように述べて、犯人隠避罪の成立を肯定した。

「被告人は、前記道路交通法違反及び自動車運転過失致死の各罪の犯人がAであると知りながら、同人との間で、A車が盗まれたことにするという、Aを前記各罪の犯人として身柄の拘束を継続することに疑念を生じさせる内容の口裏合わせをした上、参考人として警察官に対して前記口裏合わせに基づいた虚偽の供述をしたものである。このような被告人の行為は、刑法一〇三条にいう『罪を犯した者』をして現にされている身柄の拘束を免れさせるような性質の行為と認められるのであって、同条にいう『隠避させた』に当たると解するのが相当である（最高裁昭和六三年（あ）第二四七号平成元年五月一日第一小法廷決定・刑集四三卷五号四〇五頁参照）。」

### (3) 小貫芳信裁判官の補足意見

本決定には、小貫裁判官の補足意見が述べられている。その補足意見においては、隠避行為の性質や、平成元年の最高裁決定との関係性などに詳細に言及されている。以下、犯人隠避罪の成立が肯定される根拠として挙げられている部分を簡潔に参照する。

「隠避行為とは、『犯人の身柄拘束を免れさせる性質の行為』をいうものと解するのが相当である。そして、虚偽供述がそのような行為に該当するというためには、客観的に刑事司法作用を誤らせる危険性を有するものであること、すなわち、当該虚偽供述が犯人の身柄拘束の継続に疑義を生じさせる性質のものであることを要するといふべきである。

まず、『犯人の身柄拘束を免れさせる性質の行為』といえるためには、単に身柄拘束の可否を判断することに何らかの関連を有する供述というだけでは広範なものが含まれ、処罰の範囲を画することができないので、その可否判断に直接ないし密接に関連した供述内容でなければならない。」

「次に、本件は、虚偽供述にとどまるものではなく、Aと口裏合わせをした上で、前記虚偽供述をした事案である。参考人の供述は、関係者の供述や客観的証拠と整合性があるかどうかを確認して信用性判断がされるものであるが、口裏合わせはその有力な確認方法の一つをあらかじめ奪って、信用性チェックを困難にし、場合によつては虚偽供述の真実らしさを増幅させ、捜査の方向を誤らせる可能性もあり、客観的に刑事司法作用を誤らせる危険性を有するものといえることができる。その程度は、実務上犯人隠避罪に当たるとすることに異論をみない身代わり自白と差がないものと評価できよう。」

「本件は、犯人が身柄拘束中に犯人と意思を通じて虚偽供述に及んでいる点で、法定意見が引用する最高裁判成元年五月一日第一小法廷決定の事案と共通しており、また、口裏合わせを伴う虚偽供述は同決定の身代わり自白と刑事司法作用を害する程度において差はないと思われるので、本件は同決定と類型を同じくする事案といえることができる。」

本決定の事案においては、事故時に犯人が事故を起こした車両を使用することが可能であったかが必須の捜査事項であるため、被告人の虚偽供述は、身柄拘束を免れさせることに直接かわる供述内容といえ、それに加えて、身柄拘束がされる前に、事故を起こした犯人との口裏合わせに基づいて供述がなされることが、重視されている。このような口裏合わせの事実は、重要な考慮事項とされることが、補足意見から看取される。

## 三、隠避概念

## (1) 犯人隠避罪の保護法益と隠避概念

犯人隠避罪は、刑法第一〇三条において「罰金以上の刑に当たる罪を犯した者又は拘禁中に逃走した者を蔵匿し、又は隠避させた者は、三年以上の懲役又は三十万円以下の罰金に処する。」旨規定されている。本罪に関しては、刑事司法作用を害する罪として、国家的法益に分類される。<sup>②</sup>判例においても、「犯人蔵匿罪ハ司法ニ関スル国権ノ作用ニ因リ法益ヲ侵害スル犯罪」であるとの表現や、「司法に關する国権の作用を妨害する者を処罰しようとする」<sup>④</sup>ものとして刑事司法作用を保護法益とする犯罪であることが認められている。<sup>⑤</sup>

しかし、このように刑事司法作用を保護法益とする点については一致が見られるものの、この刑事司法作用をどのように捉えるかについては、見解の対立がある。刑事司法作用を、「犯人等の身柄の確保」として限定的に把握する見解と、身柄の確保に加えて、「犯人の特定等の捜査活動も含む」として広く捉える見解である。この見解の対立は、後述する「隠避」概念の範囲に密接に関連することになる。

ところで、刑法第一〇三条において隠避とともに規定されている「蔵匿」とは、「官憲の発見・逮捕を免れるべき隠匿場を提供してこれをかくまうこと」を意味するとし、<sup>⑥</sup>「隠避」とは、「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」をいうとするのが、判例の立場と理解されており、<sup>⑦</sup>学説においてもこのような区分が支持を得ている。蔵匿に関しては、隠匿場所の提供が前提となっているため、犯人の身柄がすでに拘束されている場合には蔵匿行為を認めることはできないことになる。これに対し、隠避は、蔵匿以外の行為一切をい

うため、変装用の道具を貸す、資金を提供するといった有形的方法のほかに、捜査に関する情報を与えるといった無形的方法も隠避にあたりと解されている。それゆえ、隠避とは、犯人の身柄が拘束されていない段階で、その犯人自身に働きかける行為のみならず、身柄が拘束されている段階にも行われうるとして、例えば、捜査機関に対し、参考人や証人として虚偽の供述をする場合や、身代わり犯人を出頭させるといった場合も含まれることになる。

(2) 判例における隠避

判例は、犯人隠避罪の保護法益を刑事司法作用の保護に求め、その刑事司法作用とは、犯人等の身柄の確保に限らず、犯人の特定等の捜査活動をも含むとする立場に立っているとみられる。後述するように、逃走資金を提供した場合や、捜査情報を提供するといった犯人の身柄が拘束されていない事例のみならず、身代わり犯人として出頭する場合や、アリバイについて虚偽の証言をするといった、すでに犯人の身柄が拘束されている事例においても、犯人隠避罪の成立が認められてきたのである。

大審院時代に犯人隠避罪を認めたものとして、特定の地域に向けて逃避することを勧告した事例<sup>⑧</sup>、偽名を用いるために、他人の戸籍謄本等を供与した事例<sup>⑨</sup>、警察官に犯人の所在について虚偽の証言をした事例<sup>⑩</sup>、資金を提供した事例<sup>⑪</sup>、逃走に資する情報を提供した事例<sup>⑫</sup>、等があり、最高裁判所においても、大審院時代に認められた事例類型に加えて、犯人を宿泊先までハイヤーで送り届けた事例が存在する<sup>⑬</sup>。さらに、下級審のものとして、逃走のための資金を提供し、整形手術をさせた事例<sup>⑭</sup>、詐欺事件で逃走していた犯人の同棲相手であった被告人が、犯人と共に一般のホテル等に宿泊した際、被告人が宿泊名簿に偽名等を用いて宿泊を申し込んだ事例等<sup>⑮</sup>が挙げられる。

これらの事例の中には、刑法第一〇三条の「罪を犯した者」にあたるかが問題となった事例も含まれているため、正面から隠避を問題とした事例だけではないが、裁判所で示された判断の中には、犯人隠避罪を刑事司法作用を保護するものとして、身柄の確保にとどまらず、不法に個人を庇護して捜査権の作用を妨害するものであると述べたものもあり、犯人隠避罪を捜査妨害として捉えている裁判例も散見される。

身柄が拘束されていない段階で、捜査機関に対して身代わりとして出頭したことが、隠避として認められた事例もいくつか存在する。例えば、無免許運転で事故を起こした者の身代わりとして出頭した事例<sup>15</sup>、連座制限の刑責を免れようと身代わりを出頭させた事例等である。

また、本決定と類似する事案として、参考人として警察官の取調べを受けた際、犯人のアリバイや事件に関して虚偽の証言をしたことが犯人隠避罪にあたりとされた事例もいくつか存在する。著名なものとして挙げられる、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）において、被害者を口論の末小刀で刺突し、後に病院で死亡させた事件に関し、その目撃者が、犯人から「現場にいなかったことにしてくれ」と頼まれ、警察官の取調べにおいて、その旨供述をした事例につき、「刑法第一〇三条所定の犯人隠匿の罪は犯罪の捜査、審判及び刑の執行に関する国家の機能即ち刑事司法の運用を妨害する罪であつて、同条のいわゆる隠避とは蔵匿以外の方法により犯人等をして官憲の発見逮捕を免れさせる一切の行為を包含するものと解すべきであり、従つて事件の参考人として取調を受ける者が捜査官に対し、犯人の発見又は逮捕を免れしめる目的を以て、虚偽の供述をした場合は、当然右法条に触れるものと云わねばならない」として、「しかしながら参考人には法律上供述の義務がない（刑事訴訟法第一九七条、第一九八条、第二二三条）から捜査権を行う者に対し受動的な地位に立ち、その発問に対して黙秘することや、犯人又は逃走者であることを知つて、これを告知しないという単なる不作為



は犯人隠避に当たらないけれども、犯人の発見逮捕を妨阻せんがため、積極的に虚構の事実を供述して捜査官を欺き、適正な捜査活動を妨害する行為までが自由な行為として放任さるべき云われはない」旨判示している。この他にも、別罪で勾留中である業務上横領罪の犯人の刑責を免れさせるため、業務上横領罪について偽造した証拠を携え、虚偽の陳述をさせた事例において、「犯人の発見を困難にし捜査権の作用を妨害しているのであるから、犯人隠避罪が成立するものと解すべき」として、犯人隠避罪の成立を認め、さらに、犯人のアリバイについて虚偽の供述をした事例<sup>19</sup>、傷害事件に関して、被害者自身が転倒して負傷した旨の虚偽の事実を警察官に申し述べた事例等<sup>20</sup>が挙げられる。

本決定も引用する判例である最決平成元年五月一日（刑集四三巻五号四〇五頁）は、すでに身柄拘束中の者の身代わりとして、他人を出頭させた犯人隠避教唆の事案である。暴力団の組長Aが、相手の組員に対して拳銃を発砲し、傷害を負わせた殺人未遂の被疑事実によつて逮捕されたが、この事実を知った暴力団の若頭である被告人が、身代わり犯人を出頭させ、Aを隠避させようと企て、組員のBに対し、Aが使用した拳銃を手渡し、警察署に出頭させたものであった。このような事実関係において、第一審である福岡地裁小倉支部（昭和六一年八月五日判決）は、次のように述べて、犯人隠避教唆罪は成立しない旨判示した。すなわち、「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」を意味するものであり、刑法第一〇三条の立法趣旨は、「官憲による身柄の確保に向けた刑事司法作用の保護にある」と解した上で、刑法第一〇三条に規定されている「蔵匿」が、逮捕拘留されている者を蔵匿することは考えられず、「拘禁中逃走したる者」の場合は、官憲により身柄が拘束されていない者を予定していることとの対比から、「隠避」に、本犯の嫌疑によりすでに逮捕拘留されている者を含ませることは予定されていないとして、仮にこの点について一步退いて考えるとし

ても、「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、ある行為があつても、その結果が、捜査官憲による本犯特定等の捜査に手間取らせたという程度にとどまり、本犯の嫌疑により既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つた以上、その場合をも「隠避せしめた」ことになるというのは、言葉の解釈上無理があるとした。これに対し、原審である福岡高裁（昭和六三年一月二八日判決）は、一審判決を破棄し、犯人隠避罪を構成すると解したが、その理由として、Bが身代わりとして出頭することで、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A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、妨害させられたことは明らかである」ことを挙げ、原判決がいうように、刑法第一〇三条を「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」、「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、Bの行為は、現実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」としたのである。このような原審の判断に対し、原審においては、司法に関する国権の作用を広く保護することが考えられており、捜査の円滑な遂行に支障を生じさせることも処罰の対象となつているとの批判がなされ、学説上隠避行為を限定することについて議論を提起したのである。<sup>(21)</sup>これに対し、最高裁は、「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つて、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あ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」旨判示し、原審の判断を支持している。

このような平成元年の最高裁決定の後、犯人が死亡していた可能性が否定できない場合について、「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。そして、捜査機関に誰が犯人か分かっていない段階で、捜査機関に対して自ら犯人である旨虚偽の事実を申告した場合には、それが犯人の発見を妨げる行為として捜査という刑事司法作用を妨害し、同条にいう『隠避』に当たるとは明らかであり、そうだとすれば、犯人が死者であつてもこの点に変わりはない」と判断した下級審判決が存在する。<sup>(2)</sup>ここでは、犯人の発見を妨げる行為も、捜査という刑事司法作用を妨害するものとして、犯人隠避罪を構成すると判断されている。

これに対して、隠避を限定的に解する裁判例も存在する。逃走中の犯人の依頼により、その犯人の内妻に飲食店買い取りのための金員を供与し、その金員が犯人に渡っていた事例において、『隠避セシメル』とは、逃げ隠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、蔵匿とともに官憲の発見・逮捕を妨げる行為であるから、『一切の行為』といつても自ずか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安心して逃げかくれできるといふようなものまで含めるべきではない」と判示している。

このような判例の判断からは、同じ条文に規定されている「蔵匿」との整合性ではなく、より限定的な行為である「蔵匿」に対して、「隠避」はそれを補充するものとして、より広く、比較的緩やかに認める傾向があると評価できよう。下級審や大審院時代の判例においては、明示的に捜査を妨害するといった文言を使用するものも見られるが、基本的には身柄の拘束を妨害するものが隠避として認められており、身柄が拘束されている場合に

は、身柄の拘束を免れさせるような性質の行為がなされていれば、隠避として認められると理解されうると思われる。

### (3) 学説

学説においては、犯人隠避罪の保護法益を、判例と同様に刑事司法作用の保護に求めることには一致が見られるが、その刑事司法作用の内容として、犯人等の身柄の確保に求める見解と犯人の特定等の捜査活動をも含むとする見解に区分される。さらに、平成元年の最高裁の判断をうけて、限定を付するべきであるとの主張も見られる。平成元年の最高裁決定のような身代わり自首の場合に隠避を認めると、隠避概念が広範に及ぶことになるため、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づける方が、全体を整合的に把握できるとの指摘もなされたが、そのような明快な区別が可能であるか、議論は錯綜している。

これまでの判例の結論を支持する見解は、犯人隠避罪の保護法益が犯罪の捜査や刑事裁判、刑の執行など国家の刑事司法作用にある以上、他人を訴追や処罰から免れさせる行為は、全て隠避にあたる<sup>25</sup>。この立場によると、身代わり自首だけでなく、参考人の供述も犯人隠避罪を構成することとなるが、その場合には、少なくとも被疑者の特定を害するような性質を有していることが必要とされている<sup>26</sup>。

これに対して、刑事司法作用を犯人の身柄の確保として解する見解は、そのように限定的に解する根拠として、以下のものを挙げる。「蔵匿」や「隠避」といった文言が本来有している意味を考えると、かくまうこと、逃げ隠れすることを意味するものであるため、犯人蔵匿罪の本質を身柄確保の侵害に求めることが素直な解釈である

といえること、犯人蔵匿罪の保護法益を広く解すると、捜査活動や公判手続などの刑事司法作用を妨害する行為は、すべて犯人隠避罪を構成することになり、その成立範囲が不当に拡大すること、<sup>(27)</sup> 犯人蔵匿罪の客体として、「拘禁中に逃走した者」が規定されていること、隠避と並び規定されている蔵匿は、身柄の確保を侵害する行為として処罰されることとの整合性などである。<sup>(28)</sup> さらに、捜査の円滑な遂行に支障を生じさせることで足りると解する場合には、捜査活動を過度に保護することにつながることも主張される。<sup>(29)</sup> 判例の考え方に立つと、真犯人でなくても嫌疑をうけて捜査・訴追の対象とされている者であれば、犯人隠避罪の客体になりうるため、隠避を限定なく、広範に認めるということになる結果、目撃者として出頭して虚偽の内容を陳述したり、参考人として事情聴取を受けて不実の内容を述べる行為などについても、無制限に犯人隠避罪を構成し得ることになり、加えて、犯人と目されている者の身柄の釈放を可能にし、またはその訴追を困難にするような、捜査段階や公判段階の弁護人の活動にも犯人隠避罪やその共犯が認められることにもなりかねず、「捜査妨害罪」にきわめて近いものとなるとの懸念も呈されている。<sup>(30)</sup> このような見解からは、犯人の特定作用の侵害自体は、捜査機関等に対する虚偽情報等の提供によりなされるものであり、これは正に証拠の偽造、偽造証拠の使用として証拠隠滅罪を構成する行為にほかならず、犯人特定作用の侵害自体は、証拠隠滅罪が正面から対象とする行為であり、証拠隠滅罪の規定によりカバーすべきもので、犯人隠避罪の規定を拡張して、それまでをカバーする必要はないと主張されるのである。<sup>(31)</sup>

このような隠避概念をかなり限定的に捉え、証拠隠滅罪との明確な線引きを強力に主張される論者として、十河太朗教授が挙げられるが、教授は、隠避を身柄の確保を困難にする行為に限るとし、その根拠を、隠避と蔵匿との関係、証拠隠滅罪・偽証罪との限界が曖昧になる点を挙げられる。<sup>(32)</sup> すなわち、蔵匿との関係について、隠避

と並ぶ構成要件的行為である蔵匿は、犯人等に隠匿場所を提供することをいうので、その本質は、犯人の特定作用の妨害ではなく、身柄確保の妨害にあり、これとの均衡上、隠避についても、犯人等の身柄の確保を妨げる点にその本質が見出されるべきであることを指摘される<sup>(33)</sup>。また、証拠隠滅罪・偽証罪との線引きの明確化に関し、犯人の特定につながる証拠を隠滅する場合や、有罪の基礎となるべき事実について宣誓の上偽証する場合のように、証拠隠滅行為や偽証行為も犯人の特定作用を侵害するという側面を有していることが指摘され、犯人の特定作用に対する妨害行為も隠避に含まれると解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ふ点では、隠避と証拠隠滅行為は何ら異ならないため、犯人蔵匿罪は、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は証拠隠滅罪や偽証罪の問題と解した方が、区別が明確になると主張されている<sup>(34)</sup>。このように、基本的には身柄の確保の妨害をいうと解されるものの、身柄拘束制度の目的は、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ことが必要であることに存在するため、隠避とは、身柄の確保を困難にするという側面ばかりではなく、犯人の所在の究明を妨げることも含まれ、これらにより、刑事司法作用の適正な実現を侵害すると解されるのである<sup>(35)</sup>。

ただ、このような犯人隠避罪の保護法益を身柄の確保に限る見解に対しては、在宅処理される事件や身柄拘束中とはいえ複数の犯罪のうち重大なものについてだけ身代わりを立てることも考えられるため、隠避概念の範囲を限定することは困難であるとの指摘や、身柄拘束は、それ自体が目的ではなく、あくまで犯人を特定し、その犯人に対してあるべき公的判断をするための一手段にすぎないため、身柄拘束それ自体を特別視すべきではないとの批判がなされている<sup>(37)</sup>。

犯人隠避罪や証拠隠滅罪の趣旨を、従前の見解と異なる立場から構成し、隠避概念の明確化を試みる見解も存在する。安田拓人教授は、沿革的にみると、犯人隠避罪が犯人庇護罪の性格を有するものであり、犯人隠避罪と証拠隠滅罪の法定刑が同一であることを指摘され、犯人隠避罪と証拠隠滅罪を庇護罪の性格のもと位置づけられる<sup>(38)</sup>。このような立場に対し、犯人隠避罪は、庇護罪の行為に限られていないことを問題視されるが、このような処罰範囲の拡張は、陥罪の性格の反価値性を考慮して、庇護罪の性格の行為を超えて拡張したものと解されるのである。このような犯人隠避罪の解釈に基づいて、「隠避」とは、「真犯人に対する遺漏なき適正妥当な処罰を確保することを妨げるべき一切の行為」と定義される<sup>(39)</sup>。犯人隠避罪はそのような行為を含めて処罰する受け皿構成要件として、一般法として機能するものであり、犯人庇護罪の性格をもつ処罰妨害罪であると理解されるのである。

なお、このように保護法益に関連した隠避概念を導く立場とは異なり、犯人隠避罪の「隠避させた」という文に着目する見解もある。一般的には、犯人隠避罪は抽象的危険犯として、現実に刑事司法の機能を妨げたという結果の発生は必要ないと理解する見解が多数であるが、隠避させたというときには、隠避の結果が生じたことが要求されるとする立場がある<sup>(41)</sup>。とりわけ、身代わり犯人として自首する事例において、隠避させようとしたというのと隠避させたというのでは、事情が異なるとの姿勢に基づき、結果の発生を必要とされるのである<sup>(42)</sup>。

(4) 検討

上述したように、判例や学説においては、犯人隠避罪の保護法益を刑事司法作用の保護に求める点について一致があるものの、その刑事司法作用の内容として、犯人の身柄の確保に限るのか、犯人の特定などの捜査活動も

含むと解するののかについて、対立が存在する。

判例においてこれまで隠避が認められてきた事例からは、犯人隠避罪の保護法益を身柄の確保にとどまらず、犯人の特定も刑事司法作用に含むと解することにより、隠避概念をより広範に認める傾向が看取される。ただ、下級審の裁判例においては、明示的に「捜査権の妨害」といった文言を使用し、捜査活動も保護の対象としているような表現が見うけられるものの、本稿で問題としている平成二九年最高裁決定や平成元年の最高裁決定においては、あくまでも身柄の拘束の妨害を主眼としつつ、身柄が拘束されている場合には、「身柄の拘束を免れさせるような性質の行為」と解しているため、そのような危険性を有する行為といえるかが、隠避と認められるかのポイントとなってきたものと評価できる。明示的に「捜査権の妨害」や「捜査活動の妨害」といった文言を使用せず、「身柄の確保」の問題として捉えているようにも理解できるが、身柄の拘束を免れさせる行為の中には、犯人の特定を妨げる行為も含まれることは否定できない。なぜなら、仮に犯人の身柄の拘束を免れさせることに成功した場合には、捜査機関は、再度捜査をやり直し、犯人を再度特定することが必要になるため、身柄を免れさせることは、捜査機関のこれまでの捜査をやり直させる、すなわち捜査活動を妨害するということにもつながることになるためである。それゆえ、最高裁の立場においては、身柄の拘束を免れさせるような危険性を有する行為に、犯人の特定を妨害するような行為も含まれると解することも可能であるように思われる。そして、それが犯人との口裏合わせに基づいてなされた虚偽供述ということになると、小貫裁判官の補足意見が述べていたように、犯人の身柄拘束を免れさせる危険性が高まり、再度犯人を特定するとしても、供述は口裏合わせに基づいてなされているため、犯人の特定もより困難を伴い、無実の者を犯人として誤認する結果にもつながることになり、刑事司法作用を誤らせる危険性を有するものであることも否定できない。これまでの裁判例において、犯人



隠避罪が認められてきた事例は、その多くが、刑事司法作用を誤らせる危険性を有するものであったと評価することができ、本決定もその流れにあると評価することができらるだろう。

しかし、このような「身柄の拘束を免れさせる性質の行為」として、事実上犯人の特定を妨げるような行為も含めて、犯人隠避罪を広範に解することが妥当であるかについては、若干の疑問が残る。とりわけ、平成元年の最高裁決定において問題とされた、身柄拘束中の犯人の身代わりとして捜査機関に出頭させるべく他人を教唆した事例については、犯人隠避罪が捜査妨害罪の規定にきわめて近いものにするとの批判がなされてきた。本決定の虚偽供述についても、いくら口裏合わせがなされているとはいえ、参考人の供述以外にも証拠を収集することは可能であるとも考えられ、このような事例において犯人隠避罪の適用を認める場合には、なおいっそう犯人隠避罪が、捜査妨害罪に近い性格の規定に変化するとの批判が妥当するようにも思われるのである。本決定はあくまでも事例判断であり、小貫裁判官が補足意見で述べていたように「口裏合わせ」がなされていたことが重要とされているため、虚偽供述一般について犯人隠避罪を認めたと断ずるのは早計であるが、虚偽供述については、身柄拘束下にある場合であっても、事例によっては、隠避として認められることになる。

それでは、「隠避」をどのように解するのが妥当なのであろうか。犯人隠避罪の保護法益を犯人の身柄の確保として限定的に捉える見解に立つことが、基本的には妥当なのであろうと思われる。その理由は、限定的に解する立場が述べていたように、同じ構成要件に規定されている「蔵匿」との整合性である。蔵匿は、犯人に隠匿場所を提供してかくまうことであるため、身柄拘束下の犯人を蔵匿することはできない。それゆえ、身柄の確保を妨げる行為が蔵匿行為として予定されている。このように蔵匿を理解する場合には、隠避についても、身柄の確保を妨げることが、規定の本来の趣旨であると解する方が素直な条文解釈ではないかとも思われる。これに対し

て、在宅処理される事件や身柄拘束中とはいえ複数の犯罪のうち重大なものについてだけ身代わりを立てる場合については、犯人隠避罪を認められなくなってしまうとの懸念も存在しうる。在宅処理される事件については、身柄を確保されているわけではないが、その所在については確認されている必要があるため、このような在宅処理される事件の犯人を隠避させた、すなわち、所在を不明にした場合には、犯人隠避罪として構成しうるのは当然であろう。また、複数の犯罪のうち、重大なものについてだけ身代わりを立てる場合については、身代わりを立てられなかった事件について、身柄が拘束されている限りは、その重大なものについて犯人隠避罪を構成することは、難しいのではないかとも思われる。仮に、このような身柄の拘束が継続される場合についても犯人隠避罪を認めることになると、犯人隠避罪に犯人庇護的な性格を加味する必要があるのではないだろうか。犯人隠避罪は、刑事司法作用を保護法益とする国家的法益を保護する犯罪であると解されているものの、身柄を拘束されている犯人についても、犯人隠避罪の成立を認める可能性を考えると、犯人庇護的な性格を認めざるを得ないようにも思われる。犯人庇護的な性格を加味する場合には、犯人に対して処罰を免れさせる行為を犯人隠避罪として構成することも可能になるようにも考えられる。ただ、そのような考え方が妥当であるかについては、疑義なしとはしない。これまで議論されてきたように、犯人隠避罪は、犯人の身柄の確保を保護法益とする犯罪であり、身柄が拘束されている場合には、その身柄の拘束の継続に疑義が生じ、身柄の拘束を免れさせる危険性を高めることが必要なのではないだろうか。

それゆえ、これまで判例において隠避と認められた事例のうち、とりわけ犯人の身柄が確保されていない事例については、おおむね隠避と認めてよいものと解される。これに対して、犯人の身柄が拘束されている場合における犯人隠避罪の成立範囲は、比較的広範に認められすぎているようにも思われる。身代わり犯人を出頭させる

場合については、犯行に使用した道具などを携帯して出頭する場合、すでに身柄を拘束されている犯人が真犯人であるのか、疑義が生じることと考えられ、身柄が拘束されている者を釈放する可能性も否定できないであろう。これに対して、本稿で問題としている参考人の虚偽供述の場合には、近年、監視カメラ等その他の証拠が存在する場合が多く考えられ、参考人の虚偽供述のみが重要な証拠として取り上げられるのか、若干疑問も存在する。参考人の虚偽供述は、犯人隠避罪ではなく、後述する証拠偽造罪の問題として検討する方が、本来の意味と適うものではないだろうか。

#### 四．虚偽供述と証拠偽造罪

参考人として虚偽の供述をすることが、証拠偽造罪にあたるのではないかも問題となりうる。公判段階で、証人が法廷に出廷し、宣誓の上虚偽の陳述をした場合には、刑法第一六九条の偽証罪が成立するが、捜査段階で参考人として捜査機関に対して虚偽の供述を行ったときに、刑法第一〇四条の証拠偽造罪が成立するのか、さらには犯人隠避罪もあわせて成立しうるのか、問題となる。これまでの裁判例においては、捜査段階で虚偽の供述をしても証拠偽造罪は成立しないとの理解が一般的であった。その理由として、犯人隠避罪が広範な処罰範囲を有しているため、証拠偽造にあたる事案も犯人隠避罪で処罰してきたことが背景として指摘されている<sup>(43)</sup>。しかし、近年下級審や最高裁において虚偽供述が証拠偽造罪にあたるのかについて判断が示されたこともあり、注目を集めている。

証拠偽造罪は、刑法第一〇四条において「他人の刑事事件に関する証拠を隠滅し、偽造し、若しくは変造し、

又は偽造若しくは変造の証拠を使用した者は、三年以下の懲役又は三十万円以下の罰金に処する。」と規定されている。この証拠偽造罪という「証拠」とは、捜査機関または裁判機関において国家刑罰権の有無を判断するにあたり関係があると認められる一切の資料をいい、この資料には、犯罪の成否、態様、刑の軽重に影響を及ぼす資料が含まれるとされる。この証拠には、物証だけでなく人証も含まれる<sup>(45)</sup>。また、「偽造」とは、新たに証拠を作成することをいい、実在しない証拠を実在するように新たに創り出すことをいうとされる。この「偽造」に関しては、文書偽造罪や通貨偽造罪という偽造と同じ概念であるとし、有形偽造の意義に解することから、作成名義に偽りが無いものについては、偽造にあたらないとする立場も主張されているが、判例や学説の多数の立場は、作成権限の有無を問わないと解している<sup>(47)</sup>。

### (1) 判例

大審院時代の判例においては、虚偽供述について証拠偽造罪の成立を消極的に解する判断が多く見られる<sup>(48)</sup>。また、下級審の事案においても、例えば、捜査中の被疑事件の参考人に対して虚偽の供述を求める行為や、過量の麻酔薬を注射したため、患者を呼吸麻痺により死亡させた医療過誤の事案において、参考人が警察官に対して虚偽の供述をすることを共謀した事例<sup>(50)</sup>、参考人が検察官に虚偽の供述をし、それが供述調書として作成された事例<sup>(51)</sup>に関して、証拠偽造罪の成立を否定する判断が示されている。さらに、最高裁判所においても、平成二八年三月三十一日決定（刑集七〇巻三号五八頁）において、参考人の虚偽供述が、証拠偽造罪にあたるかが問われた事例に対して、「他人の刑事事件に関し、被疑者以外の者が捜査機関から参考人として取調べ（刑訴法二二三条一項）を受けた際虚偽の供述をしたとしても、刑法一〇四条の証拠を偽造した罪に当たるものではないと解され、虚偽

の供述内容が供述調書に録取される（刑訴法二二三条二項、一九八条三項ないし五項）などして、書面を含む記録媒体上に記録された場合であっても、そのことだけをもって同罪に当たるといえることはできない」旨判示した。しかし、当該最高裁決定においては、虚偽の内容の供述調書の作成に、捜査機関である警察官も積極的に関与していたため、参考人として捜査官に対して虚偽の供述をし、それが供述調書に録取された事案とは異なり、作成名義人である警察官を含む四名が共同して虚偽の内容が記載された証拠を新たに作り出したものといえるとして、結論としては、証拠偽造罪の成立が認められている。<sup>52</sup>

ただ、これまでの裁判例においても、虚偽供述に基づく書面が作成されたり、供述に代えて内容虚偽の書面が作成された場合には、証拠偽造罪にあたるとしたものも、散見される。例えば、民事訴訟事件の当事者が、他人の刑事被告事件の証憑に供せられることを認識しながら、その事情を知らない裁判所書記官に内容虚偽の口頭弁論調書を作成させた事例や、<sup>53</sup> 弁護士が、虚偽の事実を記載した上申書を検察官に提出するよう唆した事例、<sup>54</sup> 捜査中の被疑事件につき、参考人として検察官から上申書の作成、提出を求められた者が、虚偽の内容を記載した上申書を作成して検察官に提出した事例、<sup>55</sup> 船内で起きた傷害致死事件について、虚偽の内容の文書を作成した事例<sup>56</sup> 等において、証拠偽造罪が認められている。

## （２） 学説

学説においても、これまでの裁判例のように、虚偽供述に証拠隠滅罪の適用を消極的に解する立場が主張されている。<sup>57</sup> これらの立場の論拠として、<sup>58</sup> ①刑法第一〇四条にいう「証拠」は、有形の「証拠方法」に限られ、無形の「証拠資料」を含まないこと、②宣誓した証人のみに成立する偽証罪の規定に照らすと、宣誓をしていない証

人や参考人の虚偽の供述は、不処罰とするのが法の趣旨であること、③偽証罪には、自由による刑の減免規定があるが、それよりも可罰性は低いとされる証拠隠滅罪には、そのような刑の減免規定がないので不均衡が生じること、④刑法第一〇五条の二に規定されている証人威迫罪は、虚偽供述を強制する行為も処罰の対象としているが、その刑は証拠隠滅罪と比較して軽いため、強制の要素が加わっていない単なる虚偽供述の依頼は、不可罰と解さざるをえないこと等である。加えて、千葉地裁平成八年の判決において詳細に述べられた論拠として、⑤供述は不誠実で移ろいやすい面があり、供述の証拠価値は高く評価されるものではなく、虚偽供述によって司法作用が害される程度は、偽証や虚偽告訴などに比べて高いものではないこと、⑥犯人隠避罪にあたる虚偽供述の範囲は、犯人の身柄の確保を妨げるものなど一定のものに限られるが、証拠偽造罪に該当することになる虚偽供述の範囲は、刑事事件に関する虚偽の供述となり、広範に及ぶため、捜査機関や審判機関以外のものに対してもなされること、⑦参考人が捜査官の見解と異なる供述をした場合、捜査官の認識としては、参考人は証拠偽造罪を犯すことになるが、捜査官のこのような認識が取調べ等に反映されると、捜査官に迎合した供述がなされるおそれ否定できないといったものである。さらに、⑧出頭や供述が義務づけられていない参考人の供述を証拠偽造罪で処罰することはできないとの指摘もなされている。

これに対して、参考人の虚偽供述に關しても、証拠偽造罪の成立を認めるべきだと解する立場も有力に主張されている<sup>59</sup>。証拠偽造罪の成立を肯定する立場は、否定説から主張される批判に、次のように反論する。証拠方法で区別する①の論拠については、そのように限定する理由が明らかではないこと、偽証罪の規定から不処罰を導く②の論拠については、偽証罪で処罰されないことから必然的に証拠隠滅罪による不可罰が導き出されるものではなく、偽証罪は証明力の見地から重い犯罪とされているのであり、宣誓によらない証人等の虚偽供述を不可罰

とする趣旨だといえないこと、偽証罪の自由による刑の減免規定に関する③の論拠については、偽証罪の減免規定は、偽証罪の特殊性を考慮した政策的なものであり、いずれにせよ証拠偽造罪には減免規定はないため、虚偽供述に限られないこと、証人威迫罪に関する④の論拠については、罪質が異なるため、単純な比較はできないといった反論がなされている<sup>(60)</sup>。さらに、千葉地裁平成八年の判決において指摘された否定説の論拠(⑤⑥⑦)についても、積極説に立たれる中森喜彦教授が、詳細に以下のような反論をされている<sup>(61)</sup>。すなわち、虚偽供述が証拠偽造罪にあたるとすれば処罰範囲が広範に及び不明確になるとの指摘については、供述者に「刑事事件で」用いられることの故意を要求する以上、大きな意味をもちえないし、捜査段階においても、公的手続によらずに他人の記憶を介して伝達される虚偽供述が重視されるとは思われず、本人による確認が得られず、裏付けのない供述が捜査に与える危険は小さく、当罰性にも疑問があるとされ、捜査官に迎合する供述が得られる危険性があると批判に対しては、「穩当を欠く」上、「同様の危険は公判前の証人尋問との関係でも認められる」とされる。最後に挙げた証人には出頭や供述が義務づけられていないとする⑧の論拠についても、出頭義務がないからといって虚偽供述が許されるわけではないとも指摘されている<sup>(62)</sup>。

以上のような反論をふまえて、肯定説の論者は、証拠隠滅罪において証人や参考人の隠匿も「隠滅」にあたりと解されている以上、そのような隠匿は、そのことよって適切な証拠が得られなくなることが重要な点であり、虚偽供述も証拠関係をかく乱する点においては変わりはなく、その法益侵害の程度に変わりはないと主張される。結局、否定説からの批判を総合的に判断すると、肯定説については、証拠をどのように解するか、供述の証拠価値や処罰範囲についての実質論、捜査への影響を勘案する政策論が問題になると指摘される<sup>(63)</sup>。肯定説に立たれる只木教授は、このような指摘をふまえて、虚偽の供述の存在を示す事実の存在や、犯人隠避罪の場合と同程度の

法益侵害の危険性の存在を前提に、虚偽供述についても、証拠偽造罪の成立を認めるとするのである。<sup>64</sup>

また、供述調書や単なる虚偽供述を処罰することは妥当でないが、虚偽供述が文書化された場合には、証拠に含まれるとする限定積極説も主張されている。<sup>65</sup>「取調べ以外の場で」内容虚偽の供述書が作成された場合に限定すべきだとする立場も限定積極説の一類型として主張されている。<sup>66</sup>ただし、このような書面の性質により区別する立場に対しては、供述は大抵調書にとられるのが普通であり、調書でなく供述書の形にすればさらに法益侵害の程度が高まるとするのは、理解が困難であるとの指摘がなされている。<sup>67</sup>

### (3) 検討

これまでの判例においては、虚偽供述に証拠偽造罪の成立は認められてこなかった。供述は、記憶を頼りに作成されるものである以上、場合によっては記憶が曖昧なものも含まれてしまい、また、捜査機関に積極的に協力して陳述を行ったとしても、それが虚偽であった場合には処罰されるとなると、証人や参考人として協力をすることが期待できなくなることも懸念されるため、証拠偽造罪の成立を消極的に解してきたのである。

このように、肯定説に立脚する場合の問題点は、上述した否定的な裁判例や学説の立場が主張してきた批判のみならず、証拠偽造罪を認めるとなると、捜査活動に協力を得ることができず、捜査への支障が生じるのではないかと懸念ではないだろうか。しかし、近年の科学技術の発展により、他の客観的な証拠が存在することも考えられ、参考人や証人の供述のみで捜査や公判を進めていかなければならない事例が多く存在するのだろうか。否定説は、参考人の供述の証拠価値はそれほど高いものではないとされており、そうであるならば、捜査に支障を来たす可能性もそれほど高いものではないかとも思われるのである。



わたくしは、参考人の供述自体を証拠として認めてもよいのではないかと考える。否定説は、証拠には証拠方法のみが含まれ、証拠資料は含まれないとしているが、参考人や証人を逃避させたり隠匿する行為が、証拠隠滅罪を構成することは、認められている。なぜ、参考人の供述は、証拠にならないのだろうか。十河教授は、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であり、参考人の隠匿も証拠隠滅にあたることから、証拠として認められるのではないかと示唆される<sup>(68)</sup>。わたくしもこのような十河教授の指摘は、妥当なものと考ええる。証拠方法と証拠資料という区分自体、有用なものではなく、根拠のない区別ではないだろうか。また、供述に虚偽の内容が混在する危険性を顧みたとしても、記憶が曖昧な場合であっても、その記憶が虚偽であることを認識して陳述するわけではないので、証拠偽造についての故意を要求すれば、処罰範囲は限定できるものと思われる。さらに、このような故意という主観的要件のみならず、只木教授が指摘されていたように、供述が虚偽であることを示すような事実が存在している場合や、刑事司法作用を誤らせるような高度の危険性が存在するといった客観的要件も重ねて要求することで、証拠偽造罪を認めても差し支えないであろう。そして、供述はたいいてい文書にまとめられるのであり、虚偽の供述がなされた場合（そして多くの場合はそれが調書として文書化されるであろう）には、証拠偽造罪の成立を認めてよいものと考ええる。

## 五. おわりに

最高裁判平成二九年三月二七日決定を素材として、犯人隠避罪における隠避概念を検討してきたが、これまで大審院から最高裁まで続く流れは、犯人隠避罪の成立を比較的広範に認めた上で、証拠偽造罪については消極的に

解し、両罪を区分する立場に立つてきたものと解される。犯人隠避罪と証拠偽造罪は、同じく刑事司法作用の適正な運用を保護法益としているが、異なった条文において規定されている以上、異なる適用領域が与えられるべきであるように思われる。ただし、わたくしは、判例がとってきたように犯人隠避罪の成立範囲を広範に認めることは妥当ではないと考える。犯人隠避罪は、犯人蔵匿罪と同じ条文に規定されていることから、蔵匿と価値的に同じ類型の行為を処罰するものであると解するのが妥当ではないかと思われる。犯人の身柄の確保を困難にすることが犯人隠避罪の適用される隠避行為であるとするべきであろう。それ以外については、証拠偽造罪の問題とすべきではないかと考える。

なお、このような身代わり自首による犯人隠避行為や虚偽供述などに対し、偽計業務妨害罪の成立を認める立場や、<sup>(69)</sup>その成立を検討する立場も展開されている。裁判例において、公務員の職務執行を暴行や脅迫以外の方法で妨害した場合に、業務妨害罪の成立を認めるものも現れており、業務妨害罪の適用領域も拡大している。公務と業務の区別の問題も含めて、このような虚偽供述に業務妨害罪の成立を認めることができるのかについては、他日を期したいと考える。

## 注

- (1) なお、本決定に関する評釈として、豊田兼彦「判批」法学セミナー七四九号(二〇一七年)九七頁、成瀬幸典「判批」法学教室四四二号(二〇一七年)一三〇頁、前田雅英「判批」捜査研究七九七号(二〇一七年)一七頁がある。
- (2) これに対し、ドイツにおいては、犯人隠避罪に類似する犯人援助罪の規定は、人的庇護罪として、贓物故買罪と同じ章に規定されている(ドイツの規定についての詳細は、十河太郎「犯人蔵匿罪と証拠湮滅罪の関係」同志社法学四六卷五号(一九九五年)九三頁以下参照)。ドイツにおいて、人的庇護罪としての犯人援助罪は、行為者が前提行為

(Vortat) から得られた利益を、その剥奪から確保することを目指す犯罪であるのに対し、物的庇護罪である贓物故買罪は、前提行為から得られた盗品を移動することにより、違法な所有状況を維持することとして、共通すると解されている (W/Stree/B/Hecker, A/Schinke/H/Schröder (Hrsg.), Stragesetzbuch: Kommentar, 29. Aufl., 2014, § 257)。人的庇護罪としての犯人援助罪の不法は、前提行為者に対して被害者や国家机关が介入することにより再構築されうる合法的な状態を再修復することを、援助者が阻害することによりもたらされる司法の妨害にある。援助者は、前提行為により得られた利益を前提行為者から剝奪するよう、前提行為者と争うことにより、被害者に付加された害の回復を達成する可能性を排除し、あるいは低下させる。このような理解から、犯人援助罪は、権限をもつ国家机关や被害者の回復や補償の見通しを侵害する。犯人援助罪の保護法益は、一方では、前提行為の作用を排除し、合法的な状態を再度回復する使命を有する国家司法であり、他方で、前提行為により侵害をうけた人物について、かつての状態への回復をもたらすといった個人的法益である。事後行為の援助を処罰することと、それにより目的とされた前提行為の孤立化は、当該規定の一般予防目的を明確化するものであると解されている。

- (3) 大判大正四年一月一日刑録二二輯二一〇三頁。
- (4) 最判昭和二年八月九日刑集三卷九号一四四〇頁。
- (5) 大塚仁・河上和雄・中山善房・古田佑紀編『大コンメンタール刑法(第三版) 第六卷』(青林書院、二〇一五年) 三三三頁【仲家暢彦】。
- (6) 大判明治四三年四月二五日刑録一六輯七三九頁。
- (7) 大判昭和五年九月一八日刑集九卷六六八頁。
- (8) 大判明治三五年五月一九日刑録八輯一四七頁、大判明治四四年四月二五日刑録一七輯六五九頁等。
- (9) 大判大正四年三月四日刑録二二輯二二二一頁。
- (10) 大判大正八年四月二二日刑録二五輯五八九頁。
- (11) 大判大正一二年二月一五日刑集二卷六五頁。
- (12) 大判昭和五年九月一八日刑集九卷六六八頁。隠避とは、「藏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」との定義が示されている。

- (13) 最判昭和三五年三月一七日刑集一四卷三号三五頁。
- (14) 東京高判平成一四年一月三一日判タ一〇八一号一六二頁。
- (15) 東京地判平成一七年九月二八日東時五六卷一〇二二号五九頁。
- (16) 最決昭和三五年七月一八日刑集一四卷九号一一八九頁。
- (17) 最決昭和六〇年七月三日裁判集刑事二四〇号二四五頁。
- (18) 高松高判昭和二七年九月三〇日高刑集五卷一〇二二号二〇九四頁。
- (19) 札幌高判昭和五〇年一〇月一四日高檢速報九九号。
- (20) 神戸地判平成二〇年一二月二六日LEXDB二五四四〇七三一。
- (21) 日高義博「時の判例・逮捕勾留中の犯人の身代り自首と犯人隠避罪」法学教室一〇八号（一九八九年）八九頁。
- (22) 札幌高判平成一七年八月一八日判時一九二三号一六〇頁。
- (23) 大阪高判昭和五九年七月二七日高刑集三七卷二二七二七頁。
- (24) 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」ジュリスト九四三号（一九八九年）八六頁。
- (25) 前田雅英『刑法各論講義（第五版）』（東京大学出版会、二〇一一年）六四〇頁。
- (26) 前田雅英・前掲書・六四〇頁脚注三〇。
- (27) 大判明治四四年四月二五日刑録一七輯六五九頁。
- (28) 山口厚『問題探究 刑法各論』（以下『問題探究』として引用）（有斐閣、一九九九年）二八二頁、同『刑法各論（第二版）』（以下『刑法各論』として引用）（有斐閣、二〇一〇年）五八一頁。
- (29) 山口厚『刑法各論』五八一頁。
- (30) 井田良「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」『平成元年度重要判例解説』（有斐閣、一九九〇年）一六三頁。
- (31) 山口厚『問題探究』二八五頁以下。
- (32) 十河太郎「身代わり犯人と犯人隠避罪」西田典之・山口厚・佐伯仁志編著『刑法の争点』（有斐閣、二〇〇七年）

- 二五五頁。
- (33) 十河太朗「犯人蔵匿罪と証憑湮滅罪の關係」同志社法学四六卷五号（一九九五年）一〇四頁。
- (34) 十河太朗・前掲論文（注三三）一〇五頁。
- (35) 十河太朗・前掲論文（注三三）一〇六頁以下。
- (36) 中森喜彦『刑法各論（第四版）』（有斐閣、二〇一五年）二九〇頁脚注三〇。
- (37) 西田典之・山口厚・佐伯仁志編『注釈刑法（第二卷）』（有斐閣、二〇一五年）一一五頁以下【島田聡一郎】。
- (38) 安田拓人「司法に対する罪」法学教室三〇五号（二〇〇六年）七二頁。
- (39) 安田拓人・前掲論文・七四頁。
- (40) 西田典之『刑法各論（第六版）』（弘文堂、二〇一二年）四五九頁、大谷實『刑法講義各論（新版第四版補訂版）』（成文堂、二〇一六年）六〇三頁、佐久間修『刑法各論（第二版）』（成文堂、二〇一二年）四二八頁、中森喜彦・前掲書・二九〇頁等。
- (41) 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」南山法学一二卷二・三号（一九八八年）八二頁、同『刑法各論講義（第四版）』（成文堂、二〇一六年）四七一頁。
- (42) 同じような指摘として、松原芳博『刑法各論』（日本評論社、二〇一六年）五六五頁（隠避させるような行為をしたのでは十分でなく、隠避させたという結果の発生が必要であり、何らかの危険の発生を要するとされ、また、匿つたに相当する自体の発生を要するとされる）、豊田兼彦・前掲論文・九七頁等参照。
- (43) 伊東研祐「参考人の虚偽供述と証拠偽造罪」現代刑事法五四号（二〇〇三年）三〇頁。
- (44) 大判昭和七年二月一〇日刑集一一卷一八一七頁。
- (45) 大判明治四四年三月二一日刑録一七輯四四五頁。
- (46) 松宮孝明「捜査機関に対する参考人の虚偽供述と証拠隠滅罪」立命館法学二四六号（一九九六年）四八頁、同・前掲書・四六二頁。
- (47) 大塚仁・河上和雄・中山善房・古田佑紀編『大コンメンタール刑法（第三版）第六卷』（青林書院、二〇一五年）三七一頁【仲家暢彦】。

(48) 大判大正三年六月二三日刑録二〇輯一三三四頁(証人をして虚偽の陳述をさせる行為は、証拠を偽造したものではないとされた事例)、大判昭和九年八月四日刑集二三卷一〇五九頁(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フ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一〇四条ヲ以テ処罰スヘキモノニ非ス)。

(49) 大阪地判昭和四三年三月一八日判タ二二三号二四四頁(「証拠」とは、刑事事件につき捜査機関または裁判機関が國家の刑罰權を確定するに際し關係ありと認められる一切の資料をいい、いわゆる物証のほか証人参考人等の人証をも含むと解すべきは、前記のとおりであるが、しかしそれらは、右規定の文言上もいわゆる「証拠方法」を意味するにとどまり、証人や参考人の供述などのいわゆる「証拠資料」までも包含するものと解すべきではないこと、刑法第一六九条以下において規定されている偽証罪は、特に法律により宣誓をした証人が虚偽の供述をした場合のみを処罰の対象としており、その立法の趣旨からすれば、宣誓をしない証人が虚偽の供述をした場合や、第三者が証人に対して虚偽の供述をするように依頼したような場合に処罰の対象とする趣旨とは解し難いため、まして捜査機関に対して出頭および供述を拒む自由を有する捜査段階における参考人が捜査官憲に対して虚偽の供述をした場合や、第三者が右のような参考人に対して虚偽の供述をするように依頼した場合も証拠湮滅罪やその教唆罪にはあたらないと判示)。

(50) 宮崎地日南支判昭和四四年五月二二日刑月一卷五号五三五頁(いわゆる「証拠」とは、物理的な存在であることを要し、したがって人証の証言ないし供述はこれに含まれず、よつて人証の虚偽供述は右「証拠の偽造」にならず、また人証の虚偽供述という行為は証拠湮滅罪の行為類型に入らないものと解すべきであるから、虚偽供述の教唆もまた「証拠の湮滅」にならないといわなければならないと判示)。

(51) 千葉地判平成七年六月二日判時一五三五号一四四頁、千葉地判平成八年一月二九日判時一五八三号一五六頁。

(52) 本決定の評釈として、門田成人「判批」法学セミナー七三八号(二〇一六年)一二五頁、成瀬幸典「判批」法学教室四三〇号一五二頁、十河太郎「判批」刑事法ジャーナル五〇号(二〇一六年)一一四頁、保坂和人「判批」警察学論集六九卷七号(二〇一六年)一四九頁、前田雅英「判批」捜査研究七八五号(二〇一六年)五三頁、永井善之「判批」金沢法学五九卷一号(二〇一六年)七七頁等。

- (53) 大判昭和十二年四月七日刑集一六卷八号五一七頁。
- (54) 千葉地判昭和三四年九月二日判時二〇七号三四頁（なお、控訴審判決として、東京高判昭和三六年七月一八日東時一二卷八号一三三頁）。
- (55) 東京高判昭和四〇年三月二九日高刑集一八卷二号一二六頁。
- (56) 仙台地気仙沼支判平成三年七月二五日判夕七八九号二七五頁。
- (57) 団藤重光『刑法綱要各論（第三版）』（創文社、一九九〇年）八七頁、平野龍一『刑法概説』（東京大学出版会、一九七五年）二八七頁、松宮孝明・前掲論文（注四六）四〇頁以下等。最近の論稿で、裁判員裁判など刑事裁判における証拠の取扱いの変化を指摘するものとして、佐川友佳子「虚偽供述と証拠偽造」『山中敬一先生古稀祝賀論文集』（成文堂、二〇一七年）三四七頁。
- (58) 以下の学説の分類や論拠については、只木誠「参考人の虚偽供述と証拠偽造罪」西田典之・山口厚・佐伯仁志編著『刑法の争点（有斐閣、二〇〇七年）二五六頁以下参照。
- (59) 大塚仁『刑法概説 各論（第三版増補版）』（有斐閣、二〇〇五年）五九八頁、中森喜彦「判批」判例評論四六〇号（判時一五九七号）（一九九七年）七六頁、十河太郎「犯人蔵匿罪と証拠湮滅罪の限界に関する一考察」同志社法学四六卷五号（一九九五年）一一四頁以下、伊東研祐・前掲論文・三〇頁、小島吉晴「判批」研修五一八号（一九九一年）三〇頁、加藤康榮「参考人の虚偽供述と証拠湮滅罪の成否」研修五二六号（一九九二年）八八頁等。基本的には文書化されたときに肯定するものであるが、大谷實・前掲書・六〇五頁、西田典之・前掲書・四六三頁、山口厚「問題探究」二九〇頁以下、山中敬一「刑法各論（第三版）」（成文堂、二〇一五年）八〇六頁も、肯定説に含められることが多い。
- (60) 以上の記述につき、山口厚「問題探究」二九〇頁。
- (61) 以下の記述につき、中森喜彦・前掲論文・七八頁。
- (62) 山口厚「問題探究」二九〇頁。また、深町教授も、犯人隠避罪が認められた和歌山地裁の判決に関して、出頭義務すら課されていない参考人については、「人証となることを拒む自由」があることを指摘される（深町晋也「隠避の意義（3）―参考人の虚偽の供述」『判例プラクティス刑法Ⅱ』（信山社、二〇一二年）一〇三頁）。

- (63) 只木誠・前掲論文・二五七頁。  
 (64) 只木誠・前掲論文・二五七頁。  
 (65) 前田雅英「参考人の虚偽供述と証拠偽造罪」研修五七四号（一九九六年）一三頁。  
 (66) 亀井源太郎「参考人の虚偽供述と証拠偽造罪」山口厚・佐伯仁志編『刑法判例百選Ⅱ各論（第七版）』（二〇一四年）二四七頁。  
 (67) 中森喜彦・前掲論文・七九頁。  
 (68) 十河太朗・前掲論文（注三三）一一九頁。  
 (69) 山口厚編著『クローズアップ刑法各論』（有斐閣、二〇〇七年）九四頁以下【深町晋也】。  
 (70) 小名木明宏「犯人の死亡と犯人隠避罪についての一考察」『立石二六先生古稀祝賀論文集』（成文堂、二〇一〇年）七〇一頁以下。

この度めでたく古稀を迎えられる東中野先生には、折にふれて、ご指導を賜ってきた。先生の穏やかな物腰とは対照的に、学問に対する厳しくも真摯な姿勢からお教えたことは数えきれない。先生がお元気で古稀を迎えられたことをお祝い申し上げるとともに、今後の益々のご研究の発展をお祈りし、拙いものではあるが小考を捧げさせていただきたい。

（本学法学部准教授）