HOKUGA 北海学園学術情報リポジトリ
学校法人北海学園
北海学園大学
北海商科大学

タイトル	刑事判例研究　最高裁平成29年3月27日第二小法廷決定（参考人の虚偽供述と犯人隠避罪の成否）
著者	瀬川，行太；SEGAWA，Kouta
引用	北海学園大学法学研究，53(3)：83-107
発行日	2017-12-30

Hokkai-Gakuen Organization of Knowledge Ubiquitous through Gaining Archives.

判例研究

参考人として警察官に対して犯人との間の口裏合わせに基づいた虚偽の供述をする行為が刑法（平成二八年法律第五四号による改正前のもの）一〇三条にいう「隠避させた」に当たるとされた事例

最二小決平成二九年三月二七日（平成二七年（あ）一二六六：犯人隠避、証拠隠滅被告事件）
刑集七一巻三号一八三頁

瀬川行太

【事実の概要】

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（以下A車とする）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の赤色表示を認めたにもかかわらず、停止せずに、同交差点内に侵入した過失により、右方から普通自動二輪車を運転進行してきたBを同車もろとも路上に転倒・滑走させ、同車をA車に衝突させ、よってBに外傷性脳損傷等の傷害を負わせる交通事故を起こし、その後Bを同傷害により死亡させたが、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から同人が本件事故を起こしたことを聞き、A

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車は盗まれたことにする旨の話合いをした。Aは、上記にかかる各被疑事実により、平成二四年七月八日通常逮捕され、引き続き勾留された。被告人は、その参考人として取り調べを受けるにあたり、警察官から、本件事故のほか、AがA車に乗っているか、A車がどこにあるか知っているかについて質問を受け、A車が本件事故の加害車両であると特定されたが、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、本件事故当時、A車が盗難被害を受けていたことなどから、前記各罪の犯人はAではなく別人であるとする虚偽の説明をした。

【第一審判決】

「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作用を妨害する者を処罰しようとする趣旨の規定であり、『隠避』とは、『蔵匿以外の方法に依り官憲の発見逮捕を免れせしむべき一切の行為』（大判昭和五年九月一八日・刑集九巻一〇号六六八頁）をいう。被告人の前記虚偽供述は、被告人が事前に示し合わせていたAの弁解内容と相まって、本件事故当時Aがゼファーを保有していたかどうかに疑義を生じさせ、犯人の特定作用に支障を与えるような性質の行為であり、実際に、その支障が生じたことは、Aに対する嫌疑が濃厚でありながら、処分保留のままAの身柄の釈放を余儀なくされたという事後の経過に照らしても明らかである。被告人の前記行為は、『身柄の拘束を免れさせるような性質の行為』（最一小決平成元年五月一日・刑集四三巻五号四〇五頁）として、犯人隠避罪に当たるものと認められる」として、被告人に犯人隠避罪の成立を認めた。

【控訴審判決】

破棄自判。[1]

「犯人隠避罪における『隠避』とは、犯人の身柄の拘束を免れさせるような行為、あるいは、犯人の特定作用に支障をもたらすような性質の行為をなすことをいうものと解されるところ、原判決が認定した、被告人の警察官に対する虚偽供述は、まさに、上記二つの性質を有するものであるから、それ

が隠避にあたるとした原判決は正当である」として、被告人に犯人隠避罪の成立を認めた。

これに対し、弁護人は、「犯人隠避罪における隠避の意義について、犯人の身柄の拘束を免れさせるような行為、あるいは犯人の特定作用に支障をもたらすような性質の行為をなすことをいうと解釈した原判決は、犯人の特定作用に支障をもたらすような性質の行為といえるだけで隠避に当たるとした点で、平成元年最決に反する解釈をしたものである」とし、加えて、「犯人隠避罪の保護法益は、（所在の究明を含む）身柄の確保であり、犯人の特定作用は保護法益ではないと解すべきである。したがって、隠避にあたるのは、犯人等の身柄の確保を害する性質の行為に限られるものであり、犯人の特定作用に支障をもたらすような性質の行為は、身代わり犯人の出頭など、直接身柄の確保を害することとなる性質を有する場合に限って犯人隠避となりうる」として、上告した。

【決定要旨】

上告棄却。

「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、刑集四三巻五号四〇五頁参照）。したがって、被告人について、犯人隠避罪の成立を認めた原判断は是認できる」

※なお、被告人の行為が隠避に当たる理由に関し、以下の小貫芳信裁判官の補足意見が存在する。

「隠避行為とは、法廷意見が説示するとおり、『犯人の身柄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

うべきである。

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。このような点から本件供述内容をみると、本件では、事故時に犯人がA車を使用することが可能であったことが必須の捜査事項であったところ、本件被告人の虚偽供述の内容は、『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。』というものであり、AはA車を使用することは不可能であり、結局Aが本件事故車の運転者ではあり得ないことを供述内容とするものであるから、Aの身柄拘束を免れさせることに直接関わる虚偽供述内容といえよう。

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、場合によっ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うことができる。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。このような意味で、口裏合わせの事実は、虚偽供述が隠避に該当するというための重要な考慮要素というべきである。

以上によれば、口裏合わせを伴う本件虚偽供述は、『犯人の身柄の拘束を免れさせる性質の行為』とみることができ、刑法一〇三条の隠避に該当する。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、法廷意見が引用する最高裁平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うことができよう。」

Ⅰ：問題の所在

本決定は、犯人が身柄拘束されている場合に、参考人の虚偽供述に対し犯人隠避罪の成立を認めたものである。本決定

の問題点としては、二点挙げられる。第一に、虚偽供述と、犯人隠避罪[2]における「隠避」がどのような関係にあるのかという点である。第二に、犯人が身柄拘束されている場合に犯人隠避罪の成立を認めたものとして、身代わり自首のケースである最決平元・五・一刑集四三巻五号四〇五頁が挙げられ、本決定もこの判例を引用しているため、本決定と最決平元・五・一刑集四三巻五号四〇五頁はどのような関係にあるのか（パラレルな位置づけなのか、それとも本決定は最決平元・五・一刑集四三巻五号四〇五頁と別の判断をしたのか）という点である。

最後に、付随的ではあるが、参考人の虚偽供述については、証拠偽造罪との関係も問題になる。これについては単なる虚偽供述及びそれが供述調書に録取されただけでは証拠偽造罪には該当しないとした最決平成二八・三・三一刑集七〇巻三号五八頁との関係も問題になる。

このような背景を踏まえて、以下では、上述した犯人隠避罪における論点を検討した上で、本件最高裁決定を考察することとしたい。

Ⅱ．判例における「隠避」概念

隠避とは、「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」（大判昭和五・九・一八刑集九巻六六八頁）とされている。蔵匿とは、「犯人ノ發見逮捕ヲ妨害スル所為ニシテ蔵匿ト謂ヒ…犯人ニ潜匿スヘキ場所ヲ給與シ捜査ヲ困難ナラシメ」（大判明治四三・四・二五刑録一六輯七三九頁）と定義されているため、この蔵匿の定義に該当しない、官憲による逮捕発見を免れさせる行為が、隠避に該当することになる。

それでは、具体的にはどのような行為が隠避に該当するのか。判例において、隠避とされたものは、大別すれば、①犯人に対して働きかけるもの、②捜査機関に対して働きかけるもの、③司法関係者による不作為行為、の三つに分類できる。[3]

まず、①「犯人に対して直接働きかけるもの」としては、犯人に特定の地域に向けて逃走するように勧める行為（大判明四四・四・二五刑録一七巻六五九頁）、偽名を用いて逮捕を免れるために、犯人に対して他人の戸籍謄本と身分証明書を供与した行為（大判大四・三・四刑録二一輯二三一頁）、犯人をハイヤーに乗せて旅館まで逃走させた行為（最判昭三五・

三・一七刑集一四巻三号三五一頁）、犯人に警察の捜査状況を告知し、逃走を勧告した上で、逃走資金を提供する行為（浦和地判昭四九・一〇・二九刑月六巻一〇号一一〇七頁）、が挙げられる。

次に、②「捜査機関に対して働きかけるもの」としては、巡査に対し犯人の現在場所につき虚偽の陳述をする行為（大判大正八・四・二二刑録二五輯五八九頁）、捜査官に対して真犯人でない者を犯人であると供述する行為（大判昭和八・一〇・一八刑集一二巻一八二〇頁）、参考人として事情を聴取されるにあたり、犯人が犯行現場にいなかった旨の虚偽の供述をする行為（和歌山判昭和三六・八・二一下刑集三巻七＝八号七八三頁）、被告人が、Bの顔面を殴打して傷害の罪を犯した者がAであることを知りながら、その処罰を免れさせる目的で、司法警察員に対しBが過失により自分で転倒したという虚偽供述をする行為（神戸地判平成二〇・一二・二六裁判所ホームページ）がある。

最後に、③「司法関係者による不作為」としては、巡査が数名の賭博の現行犯を逮捕することが可能であったのに放免した行為（大判明四四・七・一八刑録一七輯一四六二頁）、地裁で係属中の虚偽有印公文書作成等被告事件の証拠であるフロッピーデスクに記録された文書データを改ざんした部下の検事を、地検特捜部長と副部長が共謀の上、上司や上級庁に対しては犯人の証拠隠滅に関する建議を抱かせないための工作を行い、同検察庁の内部及び部下の検察官に対しては、当該嫌疑に関する情報を管理し、捜査に向けた動きを封じる工作を行った行為（大阪高判平成二五・九・二五、LEX/DB二五五〇二〇七二）が挙げられる

上に挙げた分類からすれば、本件の最高裁決定は②類型に属する。もっとも、②類型は「犯人が身柄拘束されていない事案」につき、参考人が、事実と異なる供述を捜査機関に対して行う行為に関し犯人隠避罪の成立が認められてきたケースである。本件の最高裁は、「犯人が身柄拘束されている事案」であるから、この点で異なるのであり、パラレルに論じることはできない。そこで、犯人が身柄拘束された事案として、身代わり自首行為と犯人隠避罪の成否が問題になった最決平元・五・一刑集四三巻五号四〇五頁があるため、以下では、この事案を検討することとしたい。

Ⅲ：身代わり自首行為と犯人隠避罪の関係

真犯人が既に身柄を拘束されている段階で、自ら真犯人と

称して出頭する行為が犯人隠避罪を構成するかが問題になった事案として、最決平元・五・一刑集四三巻五号四〇五頁がある。本件は、暴力団幹部（若頭）Xが、組長であるAが殺人未遂の被疑事実で逮捕されたことを知り、その身代わり犯人を立ててAの訴追・処罰を免れさせる目的で、組員Bに犯行で使用されたけん銃および実包を持たせて、B自身が犯人である旨申し立てさせたとして、犯人隠避罪の教唆犯（及び銃刀法違反）で起訴されたというものである。

第一審（福岡地小倉支判昭和六一・八・五判時一二五三号一四三頁）は、①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に照らして、更にまた、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は考えられないことや、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と考えられることと対比して考えると、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刑法一〇三条にいう「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一〇三条にいう「隠避せしめた」ということばの解釈上無理がある、という二点の理由から犯人隠避罪の教唆犯の成立を否定した。

控訴審（福岡高判昭和六三・一・二八判時一二六四号一三九頁）は、①一〇三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（最判昭和二四年八月九日刑集三巻九号一四四〇頁参照）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い、②一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、被告人の行為により、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、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ったとしても犯人隠避罪の罪責を免れないことは明らかである、という二点の理由から原判決を破棄し、犯人隠避罪の教唆犯の成立を認めた。つまり、控訴審は、一審とは異なり、犯人特定作用も保護法益に含める特定作用包含説の立場から、身体拘束状態に変化がなくとも、身代わり自首は隠避に該当すると判断したことになる。

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って（最高裁昭和二四年（れ）第一五六六号同年八月九日第三小法廷判決・刑集三巻九号一四四〇頁参照）、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わ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」と述べて、上告を棄却し、犯人隠避罪の教唆犯の成立を認めた。つまり、最高裁は、一〇三条の保護法益が身柄確保に向けられた刑事司法作用に限定されるか否かについては積極的な判断をしていないことになる。[4] もっとも、これに対しては、犯人隠避罪の保護法益を身柄確保に向けられた刑事司法作用に限定するとしても、同罪を抽象的危険犯として把握すれば、一般的にみてそのような保護法益を侵害しうる行為である以上、隠避に該当するため、その観点のみで説明したにすぎず、最高裁は保護法益に犯人特定作用まで含める見解を否定はしていないとの指摘[5]もなされている。

このように、身代わり自首が問題になった最決平元・五・一刑集四三巻五号四〇五頁は、一審、控訴審、最高裁で犯人隠避罪の成否を判断するための論理が、それぞれ異なっている。それゆえに、一審、控訴審、最高裁のそれぞれの見解に対する学説からの批判も存在する。

まず、一審判決の①の理由に対しては、「真犯人が既に逮捕勾留されているということだけで、身代わり犯人を犯人隠避罪で処罰することはできないという結論になり、首尾よく身代り犯人の言い分がとおり、真犯人が釈放されても、身代り犯人には、犯人隠避罪が成立しないということになる」との

批判[6]、②の理由に対しては、「犯人隠避罪を抽象的危険犯と解しつつ、犯人が逮捕勾留されている場合には、身代わり犯人として自首しても、身柄の確保についての抽象的危険は実質的に発生していないという趣旨であろう。しかし、釈放されるまでは不可罰ということになれば、やるだけやってみようという考えから安易に犯人隠避行為に走る傾向が生じかねない。身代わり犯人の自首は、暴力団犯罪によくみられるところであって、右の懸念は決して杞憂ではない」との批判[7]がなされている。

次に、控訴審判決に対しては、「身柄拘束作用を超えて、捜査の円滑な遂行まで犯人隠避罪の保護法益に含め犯人隠避罪の成立を基礎づけようとすると、犯人隠避罪が業務妨害罪化してしまい、犯人隠避罪固有の性格と成立範囲の限界づけが失われてしまう」との批判[8]がなされている。

最後に、最高裁決定に対しては、「判例が用いる『蔵匿以外の方法により官憲による発見・逮捕を免れさせる一切の行為』=『隠避』という概念の曖昧さに加えて、『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』が犯人隠避罪を構成すると考えるならば、身代わり犯人の行為ばかりではなく、目撃者として出頭して虚偽の内容を陳述する行為や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およそ無制限に犯人隠避罪が成立し得ることになり、犯人隠避罪は包括的な『捜査妨害罪』にきわめて近いものとなってしまう。場合によっては、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での弁護人の活動についても犯人隠避罪（又はその共犯）の成立が認められることにもなりかねない」との批判[9]がなされている。

Ⅳ：学説における「隠避」概念

上述のように、判例においては、「蔵匿以外の方法により官憲による発見・逮捕を免れさせる一切の行為」=「隠避」と解されていることから、これでは隠避の範囲が広すぎるとして、学説では、隠避の概念を限定的に解する見解も存在する。例えば、判例の定義では、自首の決意を阻止するという消極的な行為（大判昭和五・二・七刑集九巻五一頁）や、身代わり犯人として自主する行為（大判大正四・八・二四刑録二一輯一二四四頁）も隠避させることだとしているがこの考えを貫くと、参考人としての取調べの際に虚偽供述をすることまで隠避に含まれることになりかねないため妥当でないとし、「隠

避」=「逃げ隠れすること」、「隠避させる」=「逃げ隠れを助けること」から、隠避というためには犯人の行為を必要とする見解[10]が存在する。他方で、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が、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るのだから、これとの均衡上、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考え、捜査機関等に対して自ら虚偽供述を行う場合又は他の者に虚偽の陳述を行わせる場合、身代わり犯人として自首する行為は、犯人の特定に関する捜査及び審判作用を侵害しているにすぎないのであるから、隠避ではなく証拠隠滅罪で対処すべきであるという見解[11]も存在する。

もっとも前者の見解に対しては、「犯人の意思に反して犯人を匿う場合や、犯人を気づかないうちに隠避する行為であっても、蔵匿及び隠避に該当し、司法作用への侵害も変わらないことから、犯人の行為を必要とするという前提が適切でない」との批判[12]があり、後者の見解に対しては、「仮に一〇三条の保護法益を身柄確保に向けられた司法作用に限定したとしても、やはり、虚偽供述や身代わり自首が、犯人の身柄確保の妨害となる場合があることを否定できない」との批判[13]がある。

そこで、近時は、犯人隠避罪の保護法益を犯人の身柄確保に向けられた刑事司法作用の適正さと解した上で、犯人の特定を害する行為は隠避に該当しないという立場から、犯人が既に身柄を確保されている場合には、犯人が釈放されるなどの、身柄拘束状態に変化を生じさせる程度のものであって初めて隠避に該当するという見解[14]が主張されているが、この見解の当否については、次項の検討部分で考察することとしたい。

V：検討

これまでの判例及び学説の考察をふまえると、虚偽供述と犯人隠避罪の成否を検討するにあたって、①刑法一〇三条の趣旨を、「身柄確保に向けられた刑事司法作用の保護」と考えるか、それとも「犯人特定作用まで包含する、捜査等の広義の刑事司法作用の保護」と考えるか、②「隠避」という文言をどのように解するのか、具体的には「身柄を拘束されていない者を官憲から隠すことを意味するのか」、それとも「身柄を拘束されている者についてもその拘束を免れさせるような性質の行為」を意味するのか、③犯人隠避罪が成立するには、

捜査に対する何らかの妨害がなされたことを必要とするのか否か、という三つの論点をどのように解するかが問題になる[15]といえよう。

第一審は、第一の問題点については、「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作用を妨害する者を処罰しようとする趣旨の規定」とし、「犯人の特定作用に支障をもたらすような性質の行為」と述べていることから、刑法一〇三条の保護法益を、「犯人特定作用まで包含する広義の刑事司法作用」と解していることがわかる。第二の問題点については、「身柄を拘束されている者についても、その拘束を免れさせるような性質の行為」を隠避と解し、第三の問題点については、「処分保留のままAの身柄の釈放を余儀なくされた」という事後の経過を問題にし、実際に捜査の支障が生じたことを認定していることから、犯人隠避罪の成立につき、捜査に対する何らかの妨害がなされたことを必要と解しているように思われる。

控訴審は、第一と第二の問題点については、原判決と同様の立場を採用している。しかし、第三の問題点については、被告人の警察官に対する虚偽供述を問題にし、その後の捜査の過程については言及していないことから、捜査に対する何らかの妨害の発生は必要ではないと解しているように思われる。

最高裁は、第一の問題点である刑法一〇三条の趣旨については、「身柄の拘束を免れさせるような性質の行為」を問題にしていることから、身柄確保の観点から説明しており、犯人の特定作用という観点には言及していない。この点では、最高裁は、第一審判決及び控訴審判決とは異なった立場を採用しているようにも思われるが、身柄の確保という観点のみで犯人隠避罪を説明できることから、その限度で判断を示したにすぎず、犯人の特定作用に支障を与える行為が隠避に該当しないことを述べているわけではないと考えれば、最決平元・五・一刑集四三巻五号四〇五頁と同じ論理を採用しているといえる。

第二の問題点である隠避という文言をどのように解するのかについては、「罪を犯した者をして、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」としていることから、「隠避」＝「身柄を拘束されている者についてもその拘束を免れさせるような性質の行為」と把握していることになり、「隠避」＝「身柄を拘束されていない者を官憲から隠す行為」という解釈は採用しておらず、第一審及び控訴審判決と同様の立

場であるように思われる。なお、最決平元・五・一刑集四三巻五号四〇五頁は、「同条にいう罪を犯したる者については、犯人として逮捕拘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『隠避』に当たる」と述べているため、本決定は、最決平元・五・一刑集四三巻五号四〇五頁を踏襲した上で、犯人隠避に該当する新たな事例を示すものといえる。[16]

第三の問題点である犯人隠避罪と捜査妨害の存否については、実際の捜査妨害の発生には言及されておらず、判旨では、「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と認められる」と述べられており、実際の捜査妨害の発生は不要であると解していることがわかることから、最決平元・五・一刑集四三巻五号四〇五頁と同じといえる。

以上を踏まえると、本件最高裁決定は最決平元・五・一刑集四三巻五号四〇五頁とパラレルに把握することができよう。もっとも、本件には、決定要旨に加えて、小貫裁判官の補足意見が付されているため、以下では、補足意見について検討する。

小貫裁判官の補足意見をみると、全ての虚偽供述が「犯人の身柄拘束を免れさせる性質の行為」に該当するわけではなく、同行為に該当するためには、「客観的に刑事司法作用を誤らせる危険性を有する行為」である必要があり、そのためには、「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」を要求している。

本件最高裁は、「隠避」=「犯人の身柄の確保を免れさせるような性質の行為」としており、この限りでは、最決平元・五・一刑集四三巻五号四〇五頁を継承している。その上で、「虚偽供述」が「隠避」=「犯人の身柄の確保を免れさせるような性質の行為」に該当するための条件としては、「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」を挙げており、このような危険性を有するためには、具体的には、「供述内容が、犯人の身柄の継続に疑義を生じさせる性質のものであること」と「法益侵害の客観的危険性を有すること」を必要とする。そして、犯人の身柄拘束の継続に疑義を生じさせる性質か否かは、「身体拘束の可否判断に直接ないし密接に関連した供述内容か否か」が基準とされることになる。

この基準を本件にあてはめると、まず、「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。」という被告人

の供述内容は、AはA車を使用不可能であることを意味し、それはすなわち「Aが本件事故車の運転者になりえないこと」を意味する。それゆえに、被告人の供述内容はAの身体拘束の可否判断に直接ないし密接に関連するといえる。

もっとも、補足意見によれば、「供述内容が身体拘束の可否判断に直接ないし密接に関連した内容」だけでは不十分であり、「法益侵害の客観的危険性」が存在しなければならないとされる。具体的には、「参考人の虚偽供述は、関係者の供述や客観的証拠と整合性を確認して信用性を判断すること」、「口裏合わせは、供述の信用性を確認する方法の一つを奪い、場合によっては捜査の方向性を誤らせる可能性がある」として、本件ではAと口裏合わせが存在したことから、「刑事司法作用を誤らせる危険性を有する」=「法益侵害の客観的危険性を有する」と判断されている。

上記の二つの条件を満たすことで、本件の被告人の虚偽供述は犯人隠避罪に該当すると判断された。そこで、なぜ補足意見がこのような論理を採用したかが問題になる。まず、補足意見が第一の条件である、「供述内容が、犯人の身柄の継続に疑義を生じさせる性質のものであること」を要求したのは、虚偽供述は、身代わり自首と異なり、その法益侵害性の程度に応じて様々なものが存在するために、一定の供述内容に限り隠避に該当することを示すためであると思われる。

次に、補足意見はこの第一の条件に加えて、「法益侵害の客観的危険性」をも要求している。その理由としては、たとえ「身体拘束に直接ないし密接に関連する事項」であっても、参考人の供述については裏付け捜査が行われるため、当該供述内容の裏付け捜査の際に、犯人等に確認し、そこで嘘だとわかるものについては、犯人隠避罪が抽象的危険犯とはいえ、抽象的危険犯を認めるだけの危険性が発生していないと考えるためであろう。他方で、口裏合わせが存在した場合には、虚偽供述を信用して、犯人の身柄拘束を解く可能性が生じるため、刑事司法作用を誤らせる危険性（法益侵害の客観的危険性）が生じているという論理になる。

なお、本件最高裁決定が引用している最決平元・五・一刑集四三巻五号四〇五頁の結論に対する批判の一つとして、前述のように、参考人の単なる虚偽供述に対しても、犯人隠避罪が成立してしまうことで、犯人隠避罪の成立範囲が無限定になり、捜査妨害罪化してしまうとの指摘[17]が存在していた。しかし、補足意見が挙げた、「虚偽供述内容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」と「法益

侵害の客観的危険性」を具体的事実との関係で認定する手法によれば、最決平元・五・一刑集四三巻五号四〇五頁に対してなされていた、あらゆる虚偽供述にも犯人隠避罪の成立が認められてしまうことで、犯人隠避罪の成立範囲が拡張し、捜査妨害罪化するという批判はあたらないことになる。[18]

次に、本件最高裁決定に対して検討すべき問題としては、最決平元・五・一刑集四三巻五号四〇五頁に対してなされていた、もう一つの批判である、「隠避させようとした」＝「隠避させた」という解釈は成立しえないのではないかという指摘[19]の是非ということになる。この指摘をする見解としては、「犯人蔵匿罪の成立には、現に犯人が蔵匿されたという結果が必要であり、隠れ家を用意して犯人をそこに向かわせたが、犯人は隠れ家に到着する前に逮捕されてしまった場合に犯人蔵匿は未遂であり不可罰であることから、犯人隠避罪の場合にも、犯人蔵匿罪の場合と同様に解するならば、身柄の拘束に向けられた司法作用の適正を侵害する抽象的危険のある行為をしただけでは足りず、現に隠避の結果が生じていることが必要となり、隠避を、逃走が容易になった状態と解するならば、身柄が釈放されてはじめて隠避の結果が生じたと解することは可能である」とするもの[20]、「抽象的危険犯においても法益侵害の危険は擬制されるべきではなく、何らかの危険の発生が必要であるとするのが侵害原理の要請であり、隠避させたことを要件としている一〇三条においては、隠避させるような行為をしたでは足りず、隠避させたという結果の発生を必要とするというのが、罪刑法定主義の要請であることから、現住建造物放火罪（一〇八条）が焼損の結果を必要とするように、抽象的危険犯であっても、結果犯の形式で規定されている限り、構成要件的結果の発生を要求すべきことを根拠として、犯人の身柄拘束状態に変化がない以上は、犯人をして逃げ隠れさせたといえる事態は生じていないため、犯人隠避罪は成立しない」とするもの[21]が挙げられる。

もっとも、この批判に対しては、「隠避したという文言を、隠避行為が行われたという読む解釈も十分ありえるのであり、文理だけでは決め手にならない」という反論[22]や、「釈放されるまで不可罰ということになれば、やるだけやってみようという考えから、安易に犯人隠避行為に走る傾向が生じかねない」という反論[23]、「犯人が釈放されるに至ったときは、隠避が首尾よく成功した場合であり、発覚は困難となり、仮に後の事情から身代わり犯人とわかったとしても時効等の関係で手遅れということもありえる」という反論[24]も存在する。それ

では、どのように考えるべきであろうか。上述のように、身柄拘束状態に変化がないと隠避を認めない前述の見解は、第一に、「隠避」と「蔵匿」の解釈の同義性、第二に、現住建造物放火罪（一〇八条）を例に、抽象的危険犯においても構成要件的結果発生を要求すべきこと、の二点を根拠としていたので、この二点の根拠を以下で検討することとしたい。

第一の根拠については、確かに同一条文の言葉は同じように解釈すべきであり、「蔵匿」と「隠避」を異なって解釈するのは不合理であるように思える。しかし、「蔵匿」という言葉は、「犯人を匿うこと」と明確に定義されるが、「隠避」という言葉は、「蔵匿以外の方法により犯人の発見を妨げること」と定義されるため、「隠避」という言葉自体が不明確であるという点も否定できない。それゆえに、「蔵匿」と「隠避」で異なって解釈することも不合理であるとはいえず、「隠避」と「蔵匿」との解釈との同義性というのは、決め手にはならないように思われる。

次に、第二の根拠の検討に移る。この根拠は、「隠避しようとした」と「隠避させた」は同義ではないと解し、犯人の身柄拘束状態の変化が生じない限り隠避させたとはいえないとして、最高裁を批判するものであった。この根拠が、実行行為としての隠避を最高裁決定と同じように「犯人の身柄拘束を免れさせるような性質の行為」として把握する限りは、この根拠と最高裁決定との違いは、抽象的危険犯の既遂時期、つまり抽象的危険犯を認めるだけの危険性とは、いかなる程度のものが要求されるかという問題をどう解するかということになる。

抽象的危険犯の危険性については、学説では、「差し迫った危険は必要ではないが、ある程度の危険性は存在しなければならないとする見解」[25]や、「従来抽象的危険犯として一括されてきた犯罪の中には、法文上危険の発生が要求されてはいないが、処罰の対象となる構成要件に該当する行為が行われたと認めるためには、何らかの結果事態に関する、ある程度具体的な実質的危険（抽象的危険犯の処罰根拠をなす危険よりも「具体的なもの」）を要求する見解」[26]などが存在する。しかし、犯人隠避罪との関係では、「逃亡を勧めたが犯人がこれに応じなかった場合のように全く危険を生じなかったときは除かれると解すべきであろう」との指摘[27]が存在するだけで、あまり詳細な議論はなされていないのが現状である。いずれにしても、本件最高裁決定は、参考人の虚偽供述の時点で既に、抽象的危険犯を認めるだけの危険性が発生し、「隠避させた」

と評価するのに対し、これに反対する見解は、参考人の虚偽供述時点ではなく、犯人の身柄拘束状態に変化が生じて、抽象的危険犯を認めるだけの危険性が発生し、「隠避させた」といえることを主張する。

しかし、最高裁決定に反対する見解が主張する、身柄拘束状態に変化が生じた時というのは、犯人隠避罪の保護法益である「刑事司法作用の公正さを侵害する危険が発生した時」ではなく、もはや「刑事司法作用の公正さが侵害される時」とも評価できる。第二の根拠を主張する見解が、抽象的危険犯を認めるための基準としてどの程度の危険性を要求するのかは定かではないが、この見解からは、犯人隠避罪が抽象的危険犯ではなく侵害犯に転化する可能性が生じる可能性は否定できないだろう。加えて、抽象的危険犯であっても結果を要求すべきとの立場に依拠しても、身体拘束を免れさせる危険が発生すれば、抽象的危険犯としての、「隠避させたという結果」は発生していると評価することは可能なので、当該虚偽供述の時点で、「身体拘束を免れさせる危険性」は発生したとしても、隠避させたという結果が発生していないわけではない。

以上の検討を踏まえると、犯人隠避罪の成立を認めた最高裁の見解に対する批判は、あたらないのではないか。抽象的危険犯を認めるだけの危険性は、差し迫った危険ではなく、ある程度の危険性が足りると解する立場から考えれば、最高裁の立場は妥当であるように思われる。

もっとも、上記の最高裁決定の問題点に対する検討は、補足意見を前提にした場合の帰結であることに注意を要する。本件最高裁の決定要旨に限ると、「身柄の拘束を継続するに疑急を生じさせる内容の口裏合わせをした上で、口裏合わせに基づいた虚偽の供述をした」ことしか、犯人隠避罪の成立を認めるにあたり言及されていないことに鑑みれば、どのような論理で、いかなる範囲の虚偽供述につき犯人隠避罪が成立するのかについては、不明確なままであるといえる。[28] それゆえに、最決平元・五・一刑集四三巻五号四〇五頁に対して学説から指摘されていた二つの批判のうち、「隠避させようとした」＝「隠避した」とはいえないのではないかという批判は、本決定に対してもあたらないと反論することは可能であっても、「あらゆる虚偽供述につき犯人隠避罪が成立することで、同罪の成立範囲が拡張し、捜査妨害罪化する」という批判は、本件最高裁決定に対しても依然としてあたると思われる。[29]

Ⅵ：他罪との関係（偽計業務妨害罪及び証拠偽造罪の成否）

仮に本件で被告人に対して犯人隠避罪の成立を認めない場合に、成立する可能性のある犯罪について検討する。第一に、虚偽供述により、捜査が混乱妨害されたと考え、偽計業務妨害罪の成立を認めることが考えられる。[30] 判例の立場からは、「強制力を行使する権力的公務」は業務から除外されるが、[31] その際に、強制力を行使する権力的公務に該当するか否かは、形式的・一般的に判断されるのではなく、威力や偽計により妨害を受ける当該公務が、具体的に妨害を排除するための強制力を行使できるか否かにより判断される。[32] この基準を本件にあてはめると、捜査機関による参考人の取り調べにおいて虚偽供述がなされた場合には、妨害を排除するための強制力を行使することはできないため、「業務」には該当すると考えることができる。

もっとも、このことから直ちに被告人に偽計業務妨害罪が成立するわけではない。偽計業務妨害罪の成立を認めるためには、業務を「妨害した」ことが要求される。そこで、本件のような虚偽供述のケースで、「妨害した」といえるのか否かの問題が生じる。判例の立場からは、業務を妨害するに足りる行為が行われれば足りることになるが、[33] 犯人隠避罪の成立を認めない見解は、身体拘束状態の変化が生じて初めて隠避を認めることになることからすれば、偽計業務妨害罪の場合にも、現実に捜査活動に支障が生じることを要求することになるかと思われる。そうすると、本件のような虚偽供述の場合にも、捜査活動に支障が出ることが必要だが、仮に参考人が本当のことを供述したとしても、参考人の供述の裏付け捜査は行われることに鑑みると、虚偽供述時に捜査活動に支障が生じた＝「妨害した」といえるかどうかは疑問である。[34] このように考えると、本件の場合に、「業務」には該当するといえても、「妨害した」とはいえないために、偽計業務妨害罪の成立を認めることは困難であるように思われる。

第二に、刑法一〇四条の「証拠」に証拠資料である「供述」も含まれるとして、当該虚偽供述により、新たな証拠を作成したとして被告人に対して証拠偽造罪の成立を認めることが考えられる。この問題については、近時、参考人の虚偽供述につき証拠偽造罪の成否が問題になったケースとして、最決平成二八・三・三一刑集七〇巻三号五八頁がある。この判例の事案は、以下のようなものである。

被告人とAは平成二三年一二月一九日、暴力団員である知人Dが覚せい剤を所持している状況を目撃したという虚構の話を作り上げた上で、二人で警察署を訪れ、同署刑事課組織犯罪対策係所属のB警部補及びC巡査部長から、Dを被疑者とする覚せい剤取締法違反被疑事件として参考人として取り調べられたが、その際にXとAの説明・態度から、二人の供述が虚偽であることを認識したB警部補及びC巡査部長から、覚せい剤所持の目撃時期が古いと令状請求をすることができないと示唆され、「適当に二か月程前に見たことで書いとったらええやん」などどいわれ、これに応じて話を合わせ、具体的な覚せい剤所持の目撃時期、場所につき被告人の作り話に従って、虚偽供述を続けた。C巡査部長はAらと相談しながら、虚偽の供述を具体化させ、「Aが、平成二三年一〇月末の午後九時頃にDが覚せい剤を持っているのを見た。Dの見せてきたカバンの中身をAがのぞき込むと、中には、ティッシュにくるまれた白色の結晶粉末が入った透明のチャック付きのポリ袋一袋とオレンジ色のキャップが付いた注射器が一本あった」などの虚偽の内容が記載されたAを供述者とする供述調書の形にした。Aはその内容を確認し、C巡査部長から「正直僕作ったことあるんで」「そこは流してもうて、注射器とか入ってなかっていう話なんすけど、まぁ信憑性を高めるために入れてます」（原文ママ）などと言われながらも、末尾に署名指印をした。

上記の事案につき、最高裁は上告を棄却した上で、証拠偽造罪については、「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るところ……その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、同罪に当たるということはできない……しかしながら、本件において作成された書面は、参考人AのC巡査部長に対する供述調書という形式をとっているものの、その実質は、被告人、A、B警部補及びC巡査部長の四名が、Dの覚せい剤所持という架空の事実に関する令状請求のための証拠を作り出す意図で、各人が相談しながら虚偽の供述内容を創作、具体化させて書面にしたものである。このように見ると、本件行為は単に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という事案とは異なり、作成名義人であるC巡査部長を含

む被告人ら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、刑法一〇四条の証拠を偽造した罪に当たる」とした。

従来、捜査官に対する参考人の「供述」・「供述調書」・「供述書」のそれぞれにつき、証拠偽造罪の成否についての最高裁の立場は明らかではなかったが[35]、最高裁は、単なる虚偽供述は証拠偽造罪には該当しないと判断したことからすれば、判例の立場からは、虚偽供述については、法益侵害性の高いものは犯人隠避罪で処罰され、たとえ供述調書が作成されたとしても証拠偽造罪では処罰されないという結論になる。それゆえに、虚偽供述に対して犯人隠避罪の成立を認めると、証拠偽造罪との区別が困難になるという批判は生じないことになろう。

以上を踏まえて、虚偽供述に対して証拠偽造罪の成立を認めるべきとする見解はどう考えるべきであろうか。やはり、「証拠を隠滅・偽造・変造するとは、証拠に物理的作用を及ぼすことと解するべきであり、物理的作用を及ぼしうる対象は証拠方法に限られる」のではないだろうか。もっとも、一〇四条の「証拠」に、供述等の「証拠資料」も含まれるとする解釈も不可能ではないから、形式面である文理は決め手にはならないとしても、「参考人の虚偽供述について証憑偽造罪が成立するとなると、参考人が捜査官等の見解と異なる供述をした場合、捜査官等の認識としては、参考人は同罪を犯すことになる。捜査官等のこのような認識が取り調べや事情聴取に反映すると、もちろん参考人から記憶通りの供述が導かれることもあるが、逆に、記憶に反する供述が導かれるおそれも否定できない」という指摘[36]は、看過できないだろう。やはり、虚偽供述一般に証拠偽造罪の成立を認めてしまうと、捜査官に迎合する危険性は否定できないように思われる[37]。このように考えると、単なる虚偽供述は証拠偽造罪に当たらない[38]と解釈すべきであり、最決平成二八・三・三一刑集七〇巻三号五八頁の見解が妥当であるように思われる。

なお、参考人の虚偽供述は証拠偽造罪に該当しないが、捜査官により供述調書が作成された場合には、証拠として否定しがたい重要性を獲得すること、加えて、内容虚偽の上申書の作成提出は証拠偽造罪で処罰されていることを根拠に、証拠偽造罪の成立を認める見解[39]もあるが、前者の理由については、虚偽供述そのものを処罰することになってしまうという批判[40]、後者の理由については、虚偽供述行為と内容虚偽の上申書を作成提出する行為はパラレルに評価できないという批

判を免れることはできないだろう。

以上の考察を踏まえると、本件で犯人隠避罪の成立を否定した場合に、偽計業務妨害罪及び証拠偽造罪の成立を認めることは困難ではないかと思われる。

Ⅶ：本決定の意義と私見

本決定は、身代わり自首と犯人隠避罪の成否が問題になった最決平元・五・一刑集四三巻五号四〇五頁とパラレルに位置づけられる。その上で、補足意見からは、参考人の虚偽供述一般につき、犯人隠避罪が成立するわけではなく、供述内容が「犯人の身柄拘束の可否判断に直接ないし密接に関連する供述であること」と、「口裏合わせ等による法益侵害の客観的危険性が存在すること」の要件を満たした場合に、犯人隠避罪が成立することを示した判例であることが読み取れる。これは、犯人隠避罪を抽象的危険犯として把握した上で、実際の事案との関係で、抽象的危険犯を認めるだけの危険性が発生したか否かを検討する枠組みであり、抽象的危険犯を形式犯のように把握しない補足意見の工夫がうかがえるようにも見える。

もっとも、これは前述のように、補足意見から読み取れる本決定の射程である。最高裁の決定要旨だけに限ってみれば、「身柄の拘束を継続するに疑念を生じさせる内容の口裏合わせをした上で、口裏合わせに基づいた虚偽の供述をした」ことしか指摘されていないため、いかなる範囲の虚偽供述につき、犯人隠避罪が成立するかは不明確であり、それゆえに、最決平元・五・一刑集四三巻五号四〇五頁に対して指摘されていた、犯人隠避罪の成立範囲が拡張し、捜査妨害罪化するという問題は依然として残ることになる。それゆえに、虚偽供述と犯人隠避罪の関係についての判例の立場は不確定であり、今後の判例の集積を待つしかないというのが現状ではないだろうか。

これまでの考察を踏まえれば、犯人隠避罪の保護法益は、「身柄確保に向けられた刑事司法作用」と解するべきであり、「犯人特定作用」は含めるべきではないだろう。なぜならば、犯人特定作用まで犯人隠避罪の保護法益に含めてしまうと、偽証罪及び証拠隠滅罪との区別が困難になるからである。「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」という指摘[41]は妥当であり、その意味で、本件第

一審判決及び控訴審判決の立場には賛同できない。なおこのような私見に対しては、犯人特定作用を考慮しないと犯人隠避罪で処罰できない類型（在宅事件・身代わり自首・虚偽供述）が存在するとの批判が予想される。しかし、まず、「在宅事件」については、「所在の究明」も含めた身柄の確保を犯人隠避罪の保護法益と考えれば、犯人の身柄確保を妨げていることに変わりはないのだから、犯人隠避罪の成立を認めることは可能である。[42] 次に、「身代わり自首」のケースについては、犯人隠避罪を抽象的危険犯として把握する以上は、身代わり自首それ自体が、法益侵害の危険性が高い性質の行為であるから、犯人隠避罪の成立は認めることは可能である。最後に、「虚偽供述」についても、本件補足意見の論理からすれば、全ての虚偽供述につき犯人隠避罪の成立が認められるわけではないのだから、犯人隠避罪の成立範囲が無限定となり、捜査妨害罪化するという批判もあたらないのではないだろうか。本稿は、本件最高裁決定の補足意見の立場が妥当であると考える。

（1）第一審では、被告人には、犯人隠避罪の成立に加えて、A運転車両を隠匿・解体・処分したことにつき証拠隠滅罪の成立と、自動車運転過失致死罪の犯人がAであること及び同事件前後の状況を知悉するP女に対し強談威迫の行為をしたことにつき証人威迫罪の成立が認められていたが、控訴審では、P女に対する強談威迫の行為を認めることができないとして証人威迫罪については無罪となったため、破棄自判となった。

（2）犯人隠避罪については、平成二八年改正により法定刑が引き上げられ、「二年以下の懲役又は二〇万円以下の罰金」から、「三年以下の懲役又は三〇万円以下の罰金」となった。これは、証拠偽造罪についても同様であり、「二年以下の懲役又は二〇万円以下の罰金」から、「三年以下の懲役又は三〇万円以下の罰金」となっている。

（3）このような分類をするものとして、西田典之＝山口厚＝佐伯仁志編『注釈刑法第二巻各論（一）』（二〇一六年）一一一頁以下［島田聡一郎］。

（4）このような指摘をするものとして、原田國男「判解」最高裁判例調査官解説平成元年刑事編一四一頁。

（5）島田・前掲注（3）一一六頁、原田・前掲注（4）一四一頁。

（6）原田・前掲注（4）一四〇頁。

（7）原田・前掲注（4）一四一頁。

（8）松原芳博『刑法各論』（二〇一六年）五六五頁、井田良「判批」『平成元年度重要判例解説』（一九九〇年）一六三頁。

（9）井田・前掲注（8）一六三頁。

（10）平野龍一「刑法各論の諸問題（一八）」法学セミナー二二八

号（一九七四年）三九頁。

(11) 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・『隠避』概念の検討を中心として」同志社法学四六巻五号（一九九五年）一二三頁以下。

(12) 島田・前掲注（3）一一四頁。

(13) 島田・前掲注（3）一一四頁、松原・前掲注（8）五六五頁。

(14) 松原・前掲注（8）五六五頁、山口厚＝井田良＝佐伯仁志『理論刑法学の最前線Ⅱ』（二〇〇六年）二二五頁［佐伯仁志］。

(15) このような指摘をするものとして、池田修＝金山薫編『新実例刑法［各論］』（二〇一四年）二四三頁［伊藤寿］。

(16) このような指摘をするものとして、成瀬幸典「判批」法学教室四四二号（二〇一七年）一三〇頁。

(17) 井田・前掲注（8）一六三頁。

(18) 最決平元・五・一刑集四三巻五号四〇五頁が、犯人隠避罪を抽象的危険犯として把握した上で、行為の一般的属性を問題にする点に鑑みれば、形式説に依拠しているように思われ、その限りでは、具体的事実の関係を問題にする本決定とは判断枠組みが異なるようにもみえる。しかし、身代わり自首の場合には本決定のような虚偽供述の場合とは異なり、それ自体として法益侵害の客観的危険性が高いため、端的に「身柄の拘束を免れさせるような性質の行為」を問題にすれば足りることから、最決平元・五・一刑集四三巻五号四〇五頁が、犯人隠避罪の成否において具体的事実を問題にしないとはいえないように思われる。

(19) 豊田兼彦「判批」法学セミナー七四九号（二〇一七年）九七頁。

(20) 佐伯・前掲注（14）二二五頁。但し、佐伯・前掲注（14）二二五頁では、「もっとも、犯人隠避罪の法益を身柄の拘束に向けられた司法作用の適正と解することは、実は、狭すぎるのであって、同罪は、身柄の拘束だけでなく、最終的な処罰の確保をも法益として考えるべきなのかもしれない。例えば、身代わり犯人の事例で、真犯人は逃げ隠れするつもりはまったくなく警察は所在を把握しているという場合（例えば、大会社の社長の身代わりに社員がなったような場合）でも、犯人隠避罪が成立するであろう。また、仮に刑訴法が改正されて、罰金以下の罪の被疑者・被告人については身柄拘束を一切認めないようになったとしても、罰金の刑に当たる罪を犯した者を隠避すればやはり同罪が成立するであろう。法益を広く解すれば、身代わりの出頭によって、真犯人が処罰を免れる抽象的危険が生じたといえれば、犯人隠避罪の成立を認めることが可能になり、結局、判例の結論を支持しうることになる」とも述べられている。

(21) 松原・前掲注（8）五六五頁。

(22) 島田・前掲注（3）一一七頁。

(23) 原田・前掲注（4）一四一頁。

(24) 原田・前掲注（4）一四一頁。

(25) 平野龍一『刑法総論Ⅰ』（一九七二年）一二〇頁。

(26) 山口厚『危険犯の研究』(一九八二年)二五一頁。

(27) 西田典之『刑法各論［第六版］』(二〇一〇年)四五九頁。

(28) 決定要旨だけを見ると、本件最高裁決定は、犯人隠避罪を抽象的危険犯とした把握した上で、行為の一般的属性を問題にする形式説の立場に依拠しているようにも見えるが、補足意見まで考慮すると、抽象的危険犯が成立するためには、一定程度の危険発生を要求する実質説の立場に依拠しているため、本件最高裁決定の立場は定かではない。

(29) 本件のような犯人の身柄が拘束されている虚偽供述の事案ではないが、この批判が該当する近時の判例として、札幌高判平成一七・八・一八判時一九二三号一六〇頁が挙げられる。この判例は、「被告人他四名が同乗する自動車が川に転落した際に、自動車の運転者が飲酒をしていたことが発覚することを恐れた被告人が警察官に対し、自分が運転者であり事故を起こしたという虚偽の事実を述べたが、その時点で既に自動車の運転者は死亡していた事案」であるが、札幌高裁は「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』に当たることは明らかであり、そうとすれば、犯人が死者であってもこの点に変わりはないと解される。なるほど、無罪や免訴の確定判決があった者などは、これを隠避しても同条によって処罰されないが、このような者はすでに法律上訴追又は処罰される可能性を完全に喪失し、捜査の必要性もなくなっているから、このような者を隠避しても何ら刑事司法作用を妨害するおそれがないのに対し、本件のような死者の場合には、上記のとおり、なおそのおそれがあることに照らすと、同条にいう『罪を犯した者』には死者も含むと解すべきである」として、被告人に犯人隠避罪の成立を認めた。しかし、犯人が死亡している場合に、自己が犯人であるという虚偽供述をする行為は、刑事司法作用の侵害ではなく、実質は捜査妨害に外ならないため、犯人隠避罪が捜査妨害罪化してしまうことになろう。

(30) 本決定のような虚偽供述の場合ではないが、最決平成元・五・一刑集四三巻五号四〇五頁のような、身代わり自首の場合に、このような見解を主張するものとして、山口厚編『クローズアップ刑法各論』(二〇〇七年)九四頁以下［深町晋也］。

(31) 最決昭和六二・三・一二刑集四一巻二号一四〇頁では、「本件において妨害の対象となった職務は、新潟県議会総務文教委員会の条例案採決等の事務であり、なんら被告人らに対して強制力を行使する権力的公務ではないのであるから、右職務が威力業務妨害罪にいう『業務』に当たるとした原判断は、正当である」と述べられている。

(32) 例えば、東京高判平成二一・三・一二判タ一三〇四号三〇二頁は、「被告人が、自宅に設置されたパソコンを利用してインターネット掲示板に、一週間以内に無差別殺人を実行する旨の虚偽の殺人事件の実行を予告し、これを不特定多数の者に閲覧させたところ、同掲示板を閲覧した者からの通報によ

り、警察署職員らを駅構内等へ出勤、警戒等の徒労の業務に従事させることで、その間、被告人の予告さえ存在しなければ遂行されたはずの、警ら等の業務の遂行を困難ならしめた事案」であるが、東京高裁は、「最近の最高裁判例において、『強制力を行使する権力的公務』が本罪にいう業務に当たらないとされているのは、暴行・脅迫に至らない程度の威力や偽計による妨害行為は強制力によって排除し得るからなのである。本件のように、警察に対して犯罪予告の虚偽通報がなされた場合（インターネット掲示板を通じての間接的通報も直接的一一〇番通報と同視できる。）、警察においては、直ちにその通報が虚偽であることを看破できない限りは、これに対応する徒労の出勤・警戒を余儀なくさせられるのであり、その結果として、虚偽通報さえなければ遂行されたはずの本来の警察の公務（業務）が妨害される（遂行が困難ならしめられる）のである。妨害された本来の警察の公務の中に、仮に逮捕状による逮捕等の強制力を付与された権力的公務が含まれていたとしても、その強制力は、本件のような虚偽通報による妨害行為に対して行使し得る段階にはなく、このような妨害行為を排除する働きを有しないのである。したがって、本件において、妨害された警察の公務（業務）は、強制力を付与された権力的なものを含めて、その全体が、本罪による保護の対象となると解するのが相当である」と述べて、被告人に対して業務妨害罪の成立を認めている。

(33) 最判昭和二八・一・三〇刑集七巻一号一二八頁では、「業務妨害罪にいう業務の『妨害』とは現に業務妨害の結果の発生を必要とせず、業務を妨害するに足る行為あるをもって足る」と述べられている。

(34) なお、深町・前掲注（30）九五頁では、身代わり自首と偽計業務妨害罪における関係につき、「身代わり自首をした時点では、捜査がその緒についたばかりであって、証拠も十分整っていないため、身代わり犯人の供述の裏付け捜査に従事するなど、犯人の特定に関する捜査が少なからず混乱、妨害させられたといった事情があって初めて偽計業務妨害罪の成立を認めるべきであること」及び「真犯人が釈放される具体的・現実的危険性があって初めて犯人隠避罪が成立すると解するので、事実上、偽計業務妨害罪が成立する場合とかなり重なることになろう。しかし、真犯人が釈放される危険性がさほど具体的ではないとしても、余計な裏付け捜査を強いられる場合は想定し得るので、この限度では、『捜査妨害』についての処罰の間隙を埋めることができよう」と述べられている。

(35) 下級審裁判例では、虚偽供述それ自体は「証拠」に該当しないとし、参考人の虚偽供述に関しては証拠偽造罪の成立が否定されている。例えば、大阪地判昭和四三・三・一八判タ二二三号二四六頁では、「『証憑』とは、刑事事件につき捜査機関または裁判機関が国家の刑罰権を確定するに際し関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に証人参考人等の人証を含むと解すべきは、前記のとおりである

が、しかしそれらは、右規定上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」と述べられており、千葉地判平成七・六・二判時一五三五号一四四頁では、「参考人が捜査官に対して虚偽の供述をすることは、それが犯人隠避罪に当たり得ることは別として、証憑偽造罪には当たらないものと解するのが相当である」と述べられている。

(36) このような指摘をするものとして、千葉地判平成八・一・二九判タ九一九号二六一頁がある。この判例は、「被告人が、自己の覚せい剤取締法違反被疑事件につき、有利な処分を得ようと企て、検察庁内一時留置場同房のXに対し、被告人に対し風邪薬だと言って渡したなどと虚偽の事実を検察官に供述して、検察官調書を作成するように依頼し、Xをしてその旨供述させて検察官調書を作成させた事案」であるが、被告人に対しては、証拠隠滅教唆罪の成立が否定された。

(37) このような指摘をするものとして、島田・前掲注(3)一三八頁。

(38) 松原・前掲注(8)五六八頁では、「立法者にとって、参考人の虚偽供述は当然予想される事態であるから、これを処罰したいのであれば、『参考人虚偽供述罪』といった明示的な処罰規定を設けたはずであって、そのような規定を欠く以上、参考人の虚偽供述は処罰しないのが刑法の趣旨であると解される」と指摘されている。

(39) 例えば、山口厚『刑法各論［第二版］』(二〇一〇年)五八八頁。

(40) 保坂和人「判研」警察学論集第六九巻第七号(二〇一六年)一六〇頁では、最決平成二八・三・三一刑集七〇巻三号五八頁に関して、「近時、取調べにおける供述は、供述調書に録取されるだけでなく、録音・録画の方法により記録されることが多くなっている。このような録音・録画記録媒体は、供述調書と同じ証拠価値を有するものであり、明らかに『証拠』である一方、供述調書作成の場合と異なり、供述と記録が同時に行われ、供述人による内容確認や署名等も不要となるため、虚偽供述をしている録音・録画記録の作成を処罰することは、供述調書の場合以上に、虚偽供述それ自体を処罰するのと変わらないことになるように思われる。本件決定が、『書面を含む記録媒体上に記録された場合であっても』としているのは、この点を意識したのかもしれない」と指摘されている。

(41) 原田國男「判批」ジュリスト九四三号八七頁。

(42) このような指摘をするものとして、深町・前掲注(30)九三頁。