

# 刑法一〇三条の「罪を犯した者」の意義

中島 広樹

1 はじめに

2 判例

3 学説

4 むすびにかえて

## 1 はじめに

無実の者が、警察の追及を受けつつも善意の人々の助けを借りながら自らの手で真犯人やアリバイ証人を探して、必死に潔白を証明しようとする。

有名なアメリカ映画・テレビドラマ（たとえば「間違えられた男」「逃亡者」）では、主人公のそうした姿が描かれていた。しかし、主人公の無実の証明を助けてくれる人たちは、善意であるにもかかわらず、刑法上犯人蔵匿・隠避罪に問われる可能性<sup>1</sup>がある。

刑法一〇三条は、犯人蔵匿・隠避罪の行為の客体に関して「罰金以上の刑にあたる罪を犯した者」と規定している

が、周知のように、この規定の意義をめぐっては、旧刑法一五一条以来、文理上実際にその罪を犯した者（真犯人）であることを要するとする見解と、本罪の保護法益にかんがみて、その罪を犯した嫌疑によって捜査または訴追を受けている者を広く含むとする解釈に二分され、現行刑法一〇三条については、さらにその中間説ともいべき考え方が存するし、しかもこれらの説の間にもさらに細かい差異が認められるのである。<sup>②</sup>

議論の詳細については後述するが、本稿においては犯人蔵匿罪の行為の客体の問題を、「無実の者を助けようとする者を罰してもよいのか」、という素朴な疑問を中心に据えて考察してみたいと思う。

## 2 判例

まず、刑法一〇三条の「罪を犯した」の意義につき、判例は「真犯人に限る」説（真犯人説と呼ぶ）を採用しているか、「（真犯人に限らず）捜査・訴追を受けている者とする」説（非真犯人説と呼ぶ）を採っているのかについて検討してみたい。<sup>③</sup>

### 【判例①く大判大四・一二・一六刑録二一輯二一〇三頁く】

これは、選挙法違反の行為によって検事に捜索されている者であることを認識しながら自宅に蔵匿したという事案である。

注目すべきなのは、弁護人の上告論旨である。すなわち「被蔵匿者が罰金以上の刑に該る罪を犯したる者なるや否やは、其者に対する裁判確定するに非ざれば之を知るを得べからず。従て右被蔵匿者が罰金以上の刑に該る犯罪を犯

し刑に処せられたる者なる事實は、本罪の構成要件に属するを以て、事實理由中之を認定し且証拠に依りて之を認めたる理由を明示せざる可からず」として、被藏匿者は、刑法一〇三条の法文によれば「罪を犯したる者」であり、罪を犯した、すなわち真犯人であるということは有罪判決の確定によつて認識できることであり、その点は一〇三条の構成要件要素である以上、証拠により被藏匿者が真犯人であると認めた理由を明示すべきである、と主張したのである。

これに対して、大審院は「犯人藏匿罪は「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ナルカ故ニ捜査権ノ行使ヲ侵害シテ犯人ノ発見又ハ逮捕ヲ妨害スルコトヲ認識シ之ニ発見又ハ逮捕ヲ免ルル場所ヲ供給スルカ如キ行為ハ即チ犯人ヲ藏匿スルモノニ外ナラス」「刑法一〇三条ニ所謂罰金以上ノ刑ニ該ル罪ヲ犯シタル者トハ其犯シタル罪ニ付言渡サレタル裁判ノ確定スルコトヲ必要トスルモノニアラス刑法ニ於テ之カ処罰規定ヲ設ケタル趣旨ハ裁判言渡前ナルト其以後ナルトヲ問ワス又公訴ノ提起前ナルト其以後ナルトヲ問ハス汎ク之カ藏匿ヲ禁遏スルニ在ルモノト認ムルヲ相当トス」と判示し、弁護人の主張するような被藏匿者の犯罪についての有罪の確定判決は、犯人藏匿罪の成立要件ではなく、司法に関する国権の作用ないし捜査権という犯人藏匿罪の保護法益の観点からは、裁判の言渡しの前でないし公訴提起の前後を問わず捜査中の者が、本罪にいう「罪を犯した者」に含まれるとしたわけである。<sup>④</sup>

【判例②】大判大八・四・二二刑録二五輯五八九頁】

自宅に横領事件の犯人がいることを知りつつ、警察官の質問に対し、すでに犯人が立ち去った、と偽り隠避させたという事案である。

本判例は、犯人藏匿罪の成立には「必シモ該犯人カ逮捕ノ手続中若シクハ逮捕ノ為メノ捜査手続中ニ在ルト否トヲ

問ハス苟モ当該官カ該犯人ヲ逮捕スルニ当リ情ヲ知リナカラ之ヲ陰避セシメタル以上ハ其所為同条ノ罪ヲ構成スルコト条文上何等ノ区別ヲ設ケサルニヨリテ明カナリ」と判示して、基本的に判例①を継承しつつ、捜査中の中味につき、逮捕手続中と逮捕の為の捜査中に細分化している。

【判例③】大判大一二・五・九刑集二卷四〇一頁】

強盜犯人として捜査中の者を自宅で飲食させ睡眠させたという事案。本判例は、「苟モ罰金以上ノ刑ニ当ル罪ヲ犯シタル者トシ捜査中ノ犯罪人ナルコトヲ知り之ヲ藏匿シ又ハ隱避セシムルニ於テハ刑法第一〇三条ノ罪ヲ構成スルト勿論ニシテ同条ノ罪ヲ以テ処断スルニハ必シモ所論ノ如ク所謂罪ヲ犯シタル者カ確定的犯人タルコトノ事實及証拠ノ説示ヲ要スルコトナシ」と判示し、「罪を犯したる者」には、真犯人のほか、被疑者・被告人を含むという点を比較的に明瞭にしたと評される<sup>⑤</sup>。

【判例④】最判昭二四・八・九刑集三卷九号一四四〇頁】

恐喝事件の被疑者として逮捕状を發付され逃走中のAを、少なくとも罰金以上の刑にあたる罪に関する嫌疑を受け、逮捕のため当局から追われていた者であることを知りつつ、逮捕から免れさせるために自分の家に約二か月間密かに宿泊させて藏匿した事案<sup>⑥</sup>。

最高裁は、「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から『罪ヲ犯シタル者』は犯罪の嫌疑によつて捜査中の者を含むと解釈しなくては、立法の目的を達しえない」と判示し一般に嫌疑対象者説に立つことを明確にしたといわれる<sup>⑦</sup>。

【判例⑤】最判昭二八・一〇・二刑集七卷一〇号一八七九頁】

外国人登録合違反の犯人を特に捜査されていたという事実がないのに自宅に匿ったという事案。

最高裁は、「真に罰金以上の刑にあたる罪を犯した者であることを知りながら、官憲の発見、逮捕を免れるように、これをかくまった場合には、その犯罪がすでに捜査官憲に発覚して捜査が始まっているかどうかに関係なく、犯人蔵匿の罪が成立する」と判示し、捜査前においては本罪の客体は真犯人であることを要する立場によつたとされる。<sup>(8)</sup>

【判例⑥】最判昭三三・二・一八刑集一二卷三号三五九頁】

不法入国の事実が官に発覚して捜査が開始される前に、鮮魚運搬船の船底に不法入国者を匿ったという事案。

最高裁は、「判例③は」刑法一〇三条にいわゆる『罪ヲ犯シタル者』は犯罪の嫌疑によつて捜査中の者をも含むと解釈すべきであるとの趣旨であつて、捜査官憲が犯罪嫌疑によつて捜査するに至らない段階の犯罪者を含まないとの趣旨までを判示したのではないと解するを相当とするのみならず、罰金以上の刑にあたる罪を犯した者であること<sup>(9)</sup>を知りながら官憲の発見、逮捕を免れるようにこれをかくまった場合には、その犯罪がすでに捜査官憲に発覚して捜査が始まっているかどうかに関係なく犯人蔵匿罪が成立するものと解すべきこと当裁判所の判例とするところである」と判示した。本判決には、判例⑤と異なり「真に」という文言を欠くことから、捜査開始前であっても真犯人であることを要しない旨を判示したもので、判例⑤は事実上変更されたとの理解もありうるが、本判決は判例⑤を踏襲したものの見方が自然であるといわれる。<sup>(9)</sup> 捜査前に犯罪の嫌疑を受けていない無実の者を匿うことが犯人蔵匿罪となるのはナンセンスであるから、捜査前の犯罪者とは真犯人をいうものとする解釈が妥当であらう。<sup>(10)</sup>

以上、刑法一〇三条の「罪を犯した者」の意義について検討すべく判例の流れを概観してきたが、判例の見解は「真犯人については、捜査開始の前後を問わず本条の『罪を犯した者』に含まれ、捜査が開始された後は、その罪を犯したとして捜査の対象とされている被疑者、起訴されている被告人が真犯人であることを要しない」という内容で固まっていると解される。<sup>⑪</sup>

それでは、この点に関する学説はどのような状況であろうか。次に、学説について検討したい。

### 3 学説

#### (1) 戦前の状況

刑法一〇三条の客体の意義に関しては、現行刑法制定直後においては、本罪の罪質に着眼した見解が主流だった。すなわち、「(蔵匿も隠避も) 共ニ官ノ搜索權ヲ妨碍スル不法行為ナリ故ニ事實罪ヲ犯シタルコトアルト否ト後ニ有罪ノ判決ヲ受クルト否トハ問フ所ニアラス苟モ蔵匿隠避ノ行為ニ因リ有罪ノ嫌疑ヲ受ケタル者ヲシテ當該官ノ搜索ヨリ免カレシメ其犯人ノ發見ヲ不能ナラシムル乎或ハ著シク困難ナラシメタルトキハ本罪ヲ成立スヘシ」<sup>⑫</sup>。

ところで、田中は、刑法一〇三条は旧刑法一五一条を修正したものであるが、<sup>⑬</sup>それでは旧刑法一五一条の解釈はどうだったのであろうか。ここでは、旧刑法一五一条および刑法一〇三条における行為の客体に関し、本稿の目的との関連において戦前の学説の傾向を、簡単に考察してみよう。

まず、江木衷が「被害ノ物體ハ国家ノ犯罪捜査ノ權ナルヲ以テ官署ノ逮捕シ又ハ捜査セントスル所ノ者即チ犯罪人又ハ逃走ノ囚徒及被監視者又ハ罪證トナルベキ物件ヲ以テ此犯罪タル所為ニ直接ナル物體ナリトス。故ニ一五一条ノ

犯罪人ナルモノハ眞ノ犯罪人タルト否トヲ問ハズ苟モ官ノ捜査ニ係ルモノヲ總稱スルヲ以テ立法ノ精神トスレドモ法文中特ニ犯罪人ト明言シタル以上ハ法律ニ於テ之ヲ犯罪ト認ムルモノニアラザレバ此犯罪ノ物體タルコトヲ得ザルベシ。然レドモ此罪ヲ處斷スルニハ必ずシモ本罪ノ物體タル犯罪人ニシテ確定ノ裁判ヲ經タル後タルコトヲ要セズ。判官ハ犯人藏匿ノ罪ヲ判定スルノ當時ニ於テ單ニ此罪ヲ處斷スルノ目的ニ於テノミ藏匿セラレタル犯罪人ノ果シテ法律上ノ犯罪者タルヤ否ヤヲ定メ以テソノ裁判ノ言渡ヲ爲スベキモノトス」と一五一条の「犯罪人」の意義については、捜査に係る者の総稱とすることが立法当時の考え方だったかもしれないが、法文に「犯罪人」と明言している以上は「犯罪人」とは眞犯人と認められた者と解すべきだとされている<sup>15</sup>。

次に旧派の代表的論客である大場博士は、旧刑法一五一条の「犯罪人」と現行刑法一〇三条の「罪を犯したる者」を同じ意義のものとする前提の下に「眞ニ罪ヲ犯シタル者ヲ指稱ス。故ニ行爲者カ眞ニ罪ヲ犯シタル者ナリト思料シ之ヲ隱避セシムルモ被隱避者カ其實犯罪ヲ犯シタル者ニ非サルトキ又ハ其爲シタル行爲ハ犯罪ヲ構成セサルトキモ亦本罪ヲ構成セス。故ニ當該官廳ニ於テ犯人トシテ搜索中ニ係ル者ト雖モ其實被嫌疑者カ何等犯罪ヲ犯シタル者ニ非サルトキ又ハ嫌疑ニ係ル者ト雖モ其實被嫌疑者カ何等犯罪ヲ犯シタル者ニ非サルトキ又ハ嫌疑ニ係ル者トナラサルトキハ之ヲ藏匿シ若クハ隱避セシムルモ犯罪ヲ構成セス。然ルニ學者或ハ犯罪嫌疑者ヲ藏匿若クハ隱避セシムルトキハ現ニ被嫌疑者カ何等犯罪ヲ犯シタルコトナク又其爲シタル行爲ハ犯罪ヲ構成セサルトキト雖モ本罪ヲ構成スルカ如ク論スルモ斯ノ如キハ法文ヲ無視シタル見解ト謂フ可キナリ」と論じられている<sup>16</sup>。

また、泉二博士も同様に「罪ヲ犯シタル者トハ事實上罪ヲ犯シタル者ノミニ限ルヤ將タ犯罪ノ嫌疑ヲ受ケタル者ヲモ包含スルヤハ疑問ナリト雖モ法律ハ罪ヲ犯シタル者ト規定スルヲ以テ其者カ罪ヲ犯シタリト謂フ事實ノ認定セララルコトカ處罰ノ要件タル可シ」と解されているが、いづれも、あくまで刑法の法文を嚴格解釈して犯人藏匿罪の客體

は「真犯人」に限るとしてゐるわけである。

ここにおいて、大場、泉二ら旧派ないし旧派的立場の論者が、伝統的な罪刑法定主義を尊重し、刑罰法規の厳格な文理解釈を要求し、犯人蔵匿罪の客体は「真犯人」に限るとする態度が明瞭にうかがえるといつてよいであろう。<sup>18)</sup>

このような真犯人説に対して、非真犯人説を主張したのは、勝本勘三郎、岡田朝太郎、牧野英一等の新派的影響を受けた諸家であつた。<sup>19)</sup>

第一に、勝本博士は「(刑法一五一条の) 犯罪人ト云フトキハ罪ヲ犯シタル者ニシテ現ニ有罪ノ者タルコトヲ要スルカ如シト雖トモ本條規定ノ趣旨ハ司法權ノ實行ヲ妨害スル者ヲ罰スルニ在ルト草案逮捕ヲ要ス可キ刑事被告人トアルトニ依テ之ヲ觀レハ茲ニ所謂犯罪人トハ罪ヲ犯シタル嫌疑アル者ト云フ義ニシテ必スシモ有罪ノ者ト云フノ意味ニ非サルハ勿論犯罪ノ嫌疑アル者ノ中ニ付テモ法律上特ニ逮捕ヲ要スヘキモノ即チ重ニ体刑ヲ受ク可キ罪ヲ犯シタル嫌疑アル者ノミヲ云フモノト信セラル」と主張され、次に、岡田博士もまた「(刑法一五一条の) 犯罪人トハ有罪ノ判決ヲ受ケタル者ヲ謂フ乎有罪ノ判決ヲ受ケタルト否トヲ問ハス實際罪ヲ犯シタル者ヲ謂フ乎實際罪ヲ犯シタルト否トヲ問ハス有罪ノ嫌疑ノ爲ニ官ノ捜査スル所トナリタル者ヲ謂フ乎犯罪人ト言フ文字ノミヲ見レハ實際罪ヲ犯シタル事アル者ナラサル可ラサルカ如キ觀アリト雖モ本條ノ精神ヨリ考ヘテ余ハ汎ク解スルヲ至當ト信スルモノナリ元來感本条ハ官ノ捜査ヲ妨害シ司法權ノ實施ヲ煩勞ナラシムル點ヲ主眼トシテ罰スル精神ナルカ故ニ苟モ官ノ捜査スル所トナリタル者ヲ蔵匿隱避スルニ於テハ事實罪ヲ犯シタル事アルト否ト將來有罪ノ判決ヲ受クルト否トヲ問ハス有罪トシ論ス可キモノトス而ラスンハ立法ノ趣旨ヲ貫クハスシテ却テ不公平ニ陥ラン」と論じられ、さらに牧野博士も「司法權の運用を保護する趣旨から、蔵匿罪の成立には被蔵匿者が確定判決を受けた者に限らないし、被蔵匿者がその後確定的に有罪判決を受くるに至れることをも必要としない」とされている。<sup>20)</sup>



すなわち、ここでは、たとえ条文の文理は真犯人説の主張通りだとしても、本条は「司法権の妨害」を罰する趣旨なのだから、その行為の客体は、犯罪の嫌疑を受け捜査の対象となっている者であれば、逮捕されている必要もなく、まして真犯人である（有罪の判決を受けた者である）ことは要しない、と論じられているわけである。

そして、そこには「法の解釈は社会の要求・必要を参酌して目的論的に行われるべきである」という言葉に表現される「刑罰法規の緩やかな理解」<sup>(23)</sup>がここでも、法文の厳格な文理解釈よりも犯人蔵匿罪の目的ないし趣旨を重要視する目的論的解釈が前面に出ていることが認められるであろう。

## (2) 戦後の状況

戦前と同様に、戦後も真犯人説と非真犯人説が基本的に拮抗しているが、さらに中間説というべき見解が登場したことが注目される。<sup>(24)</sup>ただ、従来は、非真犯人説が通説であったが、近年は、少数説とされた真犯人説の支持者が増加し多数説となつているといわれる。<sup>(25)</sup>そこで、これらの学説の内容、論拠、問題点等について検討してみたい。

### ①真犯人説

既述したように、真犯人説は、刑法一〇三条の「罪を犯した者」については、真犯人に限定する見解である。<sup>(26)</sup>真犯人説の論拠は、形式的には「罪を犯した者」の文理に求められる。この文言からすると、真犯人の外に嫌疑を受けて捜査・訴追の対象となつている者を含めるならば、明らかに明文に反するのだから、厳格解釈を堅持しなくてはならない<sup>(27)</sup>のである。

また実質的観点からは、団藤博士が「第一に、違法性の見地からいって、罰金以上の刑にあたる罪の嫌疑によって

捜査中または訴追中の者であっても、実際にその罪を犯したのではない無実の者であったならば、その蔵匿・隠避が司法作用を侵害する程度は、実際にかような罪を犯した者の蔵匿・隠避に比較していちじるしく低いものといわなければならない。第二に、責任の見地からいっても、無実の者が捜査・訴追を受けているばあいには、これをかくまうてやるということは、人情の上からある程度まで無理もないことであつて、期待可能性の点において、実際の犯人の蔵匿・隠避とは大きな差異がある」として、判例の拡張解釈を批判されている。<sup>(28)</sup>

すなわち、本罪の目的や法益保護の面から考えると、刑事司法の目的は、およそ疑わしい者について真犯人か否かの真相を究明することにあるのではなく、適正手続によつて真犯人に間違いない者のみを処罰すること<sup>(29)</sup>にあり、無実の者の蔵匿を「適正な」司法作用の妨害と考えることはできない。<sup>(30)</sup> こうして、真犯人説は、首肯に値すると認められながらも、いくつかの問題を指摘されている。

まず、故意の認定に関する批判が行われる。すなわち、蔵匿・隠避者が重大な過失により容疑者を真犯人でないと誤解したとき、常に本罪の故意が欠けるため、不可罰になってしまうので、国家の刑事司法作用を保護するという法の目的を全うすることができないであろう、というものである。<sup>(32)</sup>

この批判に対して真犯人説からは、少なくとも真犯人であると考えていた場合については、「(蔵匿・隠避したかどうかの審理の適正を害し、国家の司法作用に危険を与えるから)、すくなくとも構成要件的「故意」を認めるべきであり、構成要件実現「行為」を認めるべきことにならう<sup>(33)</sup>」と回答されるが、真犯人でないと誤解していた場合については、故意の認定がしばしば問題となる盗品関与罪などと同様に未必の故意の問題として解決されるべきであると反論されている。<sup>(34)</sup>

第二の批判は、真犯人の確定に関する批判である。すなわち、真犯人説によれば被蔵匿者が真犯人かどうかの判断

は、「終局的には裁判所に委ねるのほかないが、その場合、犯人蔵匿事件を担当する裁判所の判断にまつのか、被蔵匿者自身の犯罪事件を担当する裁判所の判断に従うのかの問題がある」とされる。<sup>35)</sup>

これに対しては、真犯人説の側から以上のように主張される。すなわち、「被蔵匿者自身の犯罪事件を担当する裁判所の判断に従う場合）被蔵匿者の事件が起訴され有罪判決が確定しない限り犯人蔵匿罪について有罪判決を下すことができなくなるといふ不合理を生ずるから、（犯人蔵匿事件を担当する裁判所の判断にまつという）方法によらざるを得ない」と。<sup>36)</sup>

なお、この場合には、犯人蔵匿事件の裁判所は過重な負担を強いられるうえ、被蔵匿者自身の事件に対する裁判所  
の事実認定と、犯人蔵匿事件に対する裁判所の事実認定とが異なる場合に困難が生ずるといふ懸念が示されている。<sup>37)</sup>

しかし、犯人蔵匿事件の裁判所は手続の複雑化によって、過重な負担を強いられる、という難点については、同様のことが赃物罪の認定にもみられるのであつて決して過重な要求ではないと反論されている。<sup>38)</sup>

さらに、被蔵匿者自身の事件に対する裁判所の事実認定と、犯人蔵匿事件に対する裁判所の事実認定とが異なる場合に困難が生ずるといふ懸念についても、「判決は刑事訴訟法上当該事件の被告に対してのみ効力を有するから、原  
犯が無罪または免訴の確定判決を受けた場合でも、庇護事件の裁判でその前提として当該確定判決に反する事実（有罪）を認定しても差支えない」と<sup>39)</sup>とされているように基本的に問題とされていない。<sup>40)</sup>このように、真犯人説に対する批判はいずれも決定的ではないと評されている。<sup>41)</sup>

## ②非真犯人説

他方、非真犯人説は、刑法一〇三条の「罪を犯した者」については、真犯人のほかその罪を犯した嫌疑によつて捜

査または訴追を受けている者を含むと解釈する見解である。<sup>(42)</sup>

そして、非真犯人説の論拠は、国家の刑事司法作用の保護に求められるが、それゆえ非真犯人説は、犯人蔵匿罪で有罪の言渡しをするためには蔵匿・隠避の対象が当時被疑者または被告人であったと認定すれば足り、それが真犯人であると認定することを要しないことになるため、刑事司法の機能が終局的に侵害されたかどうかを確認しないまま本罪の成立を認めざるをえず、甚だしいときは、明らかに真犯人でない者が、捜査機関の重大な過誤によって被疑者・被告人とされた場合にも、これに対する行為には、本罪の成立を認めることとなり、その結果国家の刑事司法作用(とくに捜査権)を過当に保護することになると批判される。<sup>(43)</sup>

すなわち、真犯人説と非真犯人説とは、蔵匿罪の有罪決定が、被蔵匿者の真犯人であることの確定を必要とするか否かに違いがあるだけであるが、その違いの帰結が上記の問題を惹起するわけである。<sup>(44)</sup> このような、見解の相違は、さらに「被蔵匿者が人違いで無罪の宣告を受けたのに、蔵匿者は蔵匿罪のゆえで有罪の宣告を受けざるをえないような場合を認めることにもなり、実際にも大いに不正を生じさせる」という問題をも生じる。<sup>(45)</sup> これに対して、非真犯人説は、「本罪がもつばら国家の司法作用に対する罪として設けられた趣旨からして」、<sup>(46)</sup> 「合理的根拠に基づいて捜査機関によって真犯人として疑われている以上、真犯人か無実かは、刑事裁判により明らかにすべきことで、法治主義のたて前上、無実と信じてかくまう行為も、刑事司法作用を不当に妨害するものであるから、可罰性がないとはいえない」と反論する。<sup>(47)</sup>

しかし、非真犯人説は、説通りに従うならば、捜査開始前の真犯人は嫌疑がないので、本罪の客体から除かざるを得ないという原則的問題があるほか、何よりも、国家の刑事司法作用を保護するためとはいえ、捜査の対象者というだけで本罪の客体に含めるならば、「嫌疑を受けて捜査の対象となつてはいるが、アリバイがあることを自ら知つてい

る等の理由から無実であることが明白な者を蔵匿等する行為を処罰すること」や「誤って捜査の対象とされている者の嫌疑を晴らすために、真犯人が自首する行為すら、少なくとも真犯人が犯人であるとして裁判で認定される保証がない限りにおいて、犯人隠避として処罰の対象となりかねない」という非常識な問題を発生させかねず、結局、非真犯人説は、処罰範囲が不必要に広すぎるという批判を甘受せざるを得ないであろう。<sup>50)</sup>

こうして、真犯人説・非真犯人説はいずれも一面的であるとして、非真犯人説を基礎としながらも、明らかに真犯人でない者を含めるのは刑事司法作用の過度の保護であるとして、処罰範囲の広がりを限定すべく中間説が唱えられることになった。

### ③ 中間説

大塚博士は、「(真犯人説は)、形式的な文理に合致し、厳格な解釈を維持しようとする意図において首肯に値するが、真犯人かどうかをどうして判断するかについて、実際の適用上大きな困難が伴うとともに、真犯人でない信じて蔵匿・隠避させた者に対しては、それが重大な過失にもとづき、かつ、現実的な捜査・審判などを著しく妨げた場合にも、不可罰とせざるをえないという不都合がきたされる。一方(非真犯人説は)、具体的適用上には別段困難はないが、明らかに真犯人でない者が、捜査機関の重大な過誤によって被疑者・被告人とされた場合にも、これに対する行為には、本罪の成立を認めざるをえない結果、国家の司法作用を過当に保護する嫌いがある」と批判的に分析された結果、結局「真犯人および蔵匿・隠避行為のなされた時点において、客観的かつ合理的判断によって真犯人であると強く疑われる者は、捜査の開始前であろうと、捜査中であると、審理中であると、確定判決を受けた後であるとを問わず、本罪の客体となりうるといわなければならない」とされる。<sup>51)</sup>

しかし、中間説に対しては、客体をふりわけける基準として、恣意的に流れる危険性がないといえるのか、あるいは基準として不明確であつて実際の使用には耐えないように思われる等の批判が存在する。なお、近年は、これらの説の難点を克服するものとして「推定真犯人説」が唱えられている。すなわち「本罪の客体を真犯人であるとしつつ、捜査機関によって合理的な嫌疑をかけられている者は、真犯人であると推定されて拳証責任が転換されており、被告人が反証を挙げない限り真犯人と確定されるとみなす見解が有効である。故意の対象は、推定された真犯人であるという事実であるから、真犯人でない信じていても、嫌疑を受けているという事実を認識していれば故意は阻却されない。しかし、真犯人でないことが証明されれば、客観的構成要件該当性がなく、犯人蔵匿罪は成立しない。このようにして、『事後的に反証が挙げられなかった真犯人』が本罪の客体であり、故意は、『合理的な嫌疑をかけられていて、推定された真犯人であるという事実の認識』である」という議論である。<sup>54)</sup>

ただ、真犯人であるとの推定は、蔵匿者にとつては有罪の推定（拳証責任の転換）にほかならず、合理的な理由も認められないのに蔵匿罪の被告人に拳証責任を転換した上、無罪の証明ができなければ有罪ということでは、無罪推定の権利の精神が損なわれるのではないだろうか。<sup>55)</sup>

#### 4 むすびにかえて

刑法一〇三条の「罪を犯した者」について判例、学説を概観してきたが、判例はいわゆる非真犯人説に立つて捜査権を広範に保護しようとし、学説においてはそのような判例の状況を支持する立場も依然として有力であるが、近年は、真犯人説が多数説化している反面、中間説も主張され注目されているという状況を確認した。

私自身は、非真犯人説や中間説の主張内容や議論の背景には、一定の合理性が認められると思うし、実務の運用も相当なものと思測される。

しかしやはり、そこでは厳格に言えば類推適用禁止、明確性の原則、無罪推定の法理、適正手続等、刑事法の大原則に照らして無理な解釈が行われていると感じざるを得ない。

非真犯人説や中間説に対する批判内容は、すでに検討したのでここでは繰り返さないが、結論的には真犯人説を採用すべきだと思われる。<sup>56)</sup> 戦前の学説状況からうかがえるように、一〇三条の解釈においても罪刑法定主義に関する新派的な楽観主義が影響していたことを否定できないであろう。

思うに、今日においても、罪刑法定主義のもつ形式的保障の歴史的意義を再確認するべきである。<sup>57)</sup>

次に、真犯人説に立った場合、被藏匿者が真犯人かどうかの判断は、被藏匿者自身の犯罪事件を担当する裁判所の裁判に従うべきである。この考え方には、被藏匿者に対する裁判が確定しない限り、犯人藏匿罪は処罰できないという不都合があるといわれるが、<sup>58)</sup> しかし、法文には「罪を犯した」とあり、有罪判決が確定するまでは無罪と推定されるのが、無罪推定の権利の<sup>59)</sup> 内容であることは否定できないはずだから、少なくとも一審判決で有罪が確定することは必要である。<sup>60)</sup> さらに、無罪推定の権利のほかに、犯人藏匿事件を担当する裁判所の判断に任せるのを不相当とする理由は、真犯人が誰かを公判廷において認定することを裁判所に要求することには様々な疑問があるからである。<sup>61)</sup>

しかし、それでは被藏匿者自身の事件を担当する裁判の結論が出るまで藏匿者を処罰できないとの批判についてであるが、これはやむを得ないであろう。迅速な裁判が実現できないのであれば、形式裁判で打ち切るべきである。

以上、本稿におけるこれまでの解釈は「無実の者を助けようとする者を罰してもよいのか」、という冒頭の素朴な疑問へのある程度の回答になると思われる。

蛇足ながら、いわゆる「悪質な」藏匿者を迅速に処罰すべき要求の点に関しては、その厳格解釈や無罪推定、適正手続上の要請等から、刑法一〇三条の犯人藏匿罪によつては無理だといふのであれば、刑法二三三条の偽計業務妨害罪を慎重に適用して対処すべきであろう。<sup>(62)</sup> これまで問題になつた犯人藏匿罪のほぼすべての事例に対して、偽計業務妨害罪の適用が可能であるはずであるし、犯人藏匿罪と偽計業務妨害罪とは法定刑は大きく異なるない（前者は二年以下の懲役又は二〇万円以下の罰金、後者は三年以下の懲役又は五〇万円以下の罰金）。しかし、やはり偽計業務妨害罪の適用という解決策では、処罰範囲が広がりすぎるとの懸念は否定できず、最終的には犯人藏匿罪の規定を改正するほかはない。<sup>(63)</sup> 罪刑法定主義等にかかわる疑念を払拭する程度の刑法一〇三条の改正が、実は最初から法治国家におけるあるべき筋道だったのである。



【注】

- (1) 山口厚・問題探求刑法各論(平成二十一年)二八〇―二八一頁。松宮孝明・刑法各論講義(第二版)(平成二十年)四四七頁は、「無実の罪で追われている者をかくまった場合に、本罪を認めた判例はない」としている。なるほど、実務では、無実の者の援助者に本罪を適用しないように細心の注意を払った法の運用がなされているのかもしれない。しかし、「無実の罪で追われている者をかくまった場合に、本罪を認める事件」が今後出てこないという保証はないであろう。なお、無罪や免訴の確定判決を受けた者、親告罪の告訴権の消滅、時効の完成、刑の廃止、恩赦などによって訴追・処罰の可能性のなくなった者などは、司法作用を害するおそれはないから本罪の客体とはならないとされるが、親告罪につきまだ告訴がない者、不起訴処分を受けた者(東京高判昭和三十七年四月一八日判時三〇三三六頁)、死者(札幌高判平一七・八・一八判時一九三・一六〇)については、捜査・処罰の可能性が残されているから犯人蔵匿罪は成立する(大塚仁・注解刑法(増補第二版)(昭和五二年)五二〇頁)。同様に、無実の者であっても、後述するように捜査の可能性が残されているので客体となりうるのである。
- (2) 香川達夫「犯人蔵匿罪」注釈刑法(三)(昭和四〇年)一一四頁、団藤重光・刑法綱要各論(第三版)(平成二年)八〇頁、平野龍一・刑法概説(昭和五二年)二八五頁等。
- (3) 神山敏雄「犯人蔵匿罪・証憑隠滅罪・証人威迫罪」小暮得雄Ⅱ内田文昭Ⅱ阿部純二Ⅱ板倉宏Ⅱ大谷実(編)『刑法講義各論』(昭和六三年)五二五頁が、「真犯人説」と「非真犯人説」という呼称を用いているので、若干不正確な嫌いはあるが、この例に倣うこととする。ちなみに、真犯人の意義について、内田文昭・刑法各論(第三版)(平成八年)六四八頁は、構成要件に該当する違法な者とするが、山口・前掲書(注1)二八一―二八二頁は、「罪を犯した」というためには、有責性まで必要とするし、宮内裕・新訂刑法各論講義(昭和三十七年)三二三頁も、有責性まで要求する。この点については、中森喜彦・刑法各論(第四版)(平成二十七年)二九〇頁も問題視しているが、文理に忠実ならば、やはり有責性の具備は必要であろう。
- (4) 柏木千秋「犯人蔵匿罪」法学セミナー九六号(昭和三九年)五三頁。判例として判例①を掲げているのは、川端博・刑法各論講義(平成一九年)六〇六頁。
- (5) 柏木・前掲論文(注4)五三頁は、判決理由だけで「非真犯人説」を採ることが明らかなのは、判例③だけで、判例④は必ずしも明瞭とはいえないと論じ、判例①にいたっては、上告理由がその主旨明快なのに反して判旨はピンボケだと酷評している。なお、判例③を判例として挙げているのは、内田・前掲書(注3)六四七頁、大塚仁・刑法概説(各論)(第三版増補版)(平成一七年)五九三頁、大谷實・刑法各論講義(新版第四版補訂版)(平成二十七年)五九九頁、川端・前掲書(注4)六〇六頁、団藤・前掲書(注2)八〇頁、中森・前掲書(注3)二八九頁、西田典之・刑法各論(第六版)(平成二二年)四五八頁、

- 西原春夫・犯罪各論(第二版)(昭和五八年)四〇〇―四〇一頁、平川宗信・刑法各論(平成七年)五三九頁、山口厚・刑法各論(第二版)(平成二二年)五七七頁、山中敬一・刑法各論(第三版)(平成二七年)七九六―七九七頁等。
- (6) 本判例の評釈として、森本益之「犯人」の意義、刑判例百選Ⅱ各論(第四版)(平成九年)二三八頁、平良木登規男「犯人」の意義、刑判例百選Ⅱ各論(第五版)(平成一五年)二三八頁、設楽裕文「犯人」の意義、刑判例百選Ⅱ各論(第六版)(平成二〇年)二三八頁、大山徹「犯人」の意義、刑判例百選Ⅱ各論(第七版)(平成二六年)二四二頁等。
- (7) 石堂・前掲論文(注6)二二七頁。判例④は、ほぼすべての教科書において判例として掲げられている。
- (8) 設楽・前掲論文(注6)二五三頁。
- (9) 仲屋暢彦・大コンメンタル刑法(六)(第二版)(平成一一年)二九三頁。
- (10) 石堂・前掲論文(注6)二二七頁。
- (11) 香川・前掲論文(注2)一一五頁、前田雅英Ⅱ松本時夫Ⅱ池田修Ⅱ渡邊一弘Ⅱ大谷直人Ⅱ河村博(編)条解刑法(平成一四年)二八〇頁。なお、福田平・全訂刑法各論(第三版増補)(平成一四年)二八頁は、最高裁判例としては、判例④を挙げずに、判例⑤と⑥のみを掲げている。
- (12) 田中正身・改正刑法釋義下卷(明治四一年)二二六頁。なお、内田幸隆「背任罪の系譜、及びその本質」早稲田法学会誌五一卷(平成一三年)一一二頁においては「田中正身は、現行刑法の有力な起草者の一人である倉富勇三郎の下で刑法改正作業に従事していた人物であり、この『刑法釋義』では、旧刑法の改正にあたって参照されていた立法例ないし草案例が網羅されている」とされ、同書が現行刑法の解釈にとって重要な資料であることが指摘されている。
- (13) 旧刑法一五一条の条文は「犯罪人又ハ逃走ノ囚徒及ヒ監視ニ付セラレタル者ナルヲ知テ之ヲ藏匿シ若クハ隱避セシメタル者ハ十一日以上一年以下ノ輕禁錮ニ処シニ百以上二百以下ノ罰金ヲ附加ス」(二項)と規定され、「犯罪人」の意義について、現行刑法の「罪を犯した者」と同様の解釈上の問題が存した。
- (14) 田中・前掲書(注12)二二五頁。
- (15) 江木衷・現行刑法原論各論(明治二二年)六四一―六四二頁
- (16) 大場茂馬・刑法各論下卷(明治四三年)八二八―八二九頁
- (17) 泉二新熊・日本刑法論下卷(昭和六年)一〇七頁
- (18) 大塚仁・刑法における新・旧兩派の理論(昭和三二年)四四―四七頁、八七頁。

- (19) 大塚・前掲書(注18) 三八―四三頁。
- (20) 勝本勘三郎・刑法析義各論上巻(明治三二年) 二九四頁。
- (21) 岡田朝太郎・刑法論各論之部(明治二八年) 二二五―二二六頁。
- (22) 牧野英一・刑法研究二卷(大正一〇年) 二二三―二四頁、また、宮本英脩・宮本英脩著作集第三卷(昭和五九年) 五〇―頁も同様である。
- (23) 大塚・前掲書(注18) 八七―八八頁。
- (24) 井田良一司法作用の刑法的保護」理論刑法学の最前線(平成一八年) 一八七―一九一頁等。
- (25) 川端・前掲書(注4) 六〇六頁。なお、人的庇護罪が処罰阻害罪として構成される過程をたどったドイツとの比較法的考察から「わが国においても、真犯人の処罰から切り離された捜査権の保護を強調しなければならぬ必然性を、殊更に肯認する理由は存在しない」と主張する学説の存在することが注目される(小野寺一浩「犯人蔵匿罪について」法学四八巻三号(昭和五九年) 四六七頁)。
- (26) 井上正治Ⅱ江藤孝・新訂刑法学〔各則〕(平成六年) 三三七―三三八頁、植松正・再訂刑法概論Ⅱ各論(昭和五〇年) 四六頁、内田・前掲書(注3) 六四七頁、大谷・前掲書(注5) 五九九―六〇〇頁、香川達夫・刑法講義〔各論〕(第三版)(平成八年) 七七頁、川端・前掲書(注4) 六〇六頁、吉川経夫・刑法各論(昭和五七年) 三七五―三七六頁、斎藤信治・刑法各論(第四版)(平成二六年) 三二六頁、佐伯千仞・刑法各論〔補正版〕(昭和五六年) 二八頁、曾根威彦・刑法各論〔第五版〕(平成二四年) 三〇〇頁、瀧川春雄Ⅱ竹内正・刑法各論講義(昭和四〇年) 三九九頁、瀧川幸辰・瀧川幸辰刑法著作集第二卷(昭和五六年) 四三七―四三八頁、団藤・前掲書(注2) 八〇頁、中山研一・刑法各論(昭和五九年) 五二六頁、中義勝・刑法各論(昭和五〇年) 二八三頁、林幹人・刑法各論〔第二版〕(平成一九年) 四六〇頁、福田・前掲書(注11) 二八頁、平川・前掲書(注5) 五三九頁、平野・前掲書(注2) 二八五頁、松宮・前掲書(注1) 四四七頁、山口・前掲書(注5) 五七七頁等。
- (27) 古くは飯塚敏夫・刑法論攷(昭和九年) 二九七頁が、非真犯人説のように、真犯人ではなく、単なる嫌疑を受けた者まで「罪ヲ犯シタル者」の中に含めるのは、「類推適用」だと論じている。また近年では、福田・前掲書(注11) 二八頁や瀧川Ⅱ竹内・前掲書(注26) 三九九頁が、非真犯人説は、構成要件の「不当な拡張」と批判したが、林・前掲書(注26) 四六〇頁にいたっては、非真犯人説のような解釈は、明確に罪刑法定主義に反すると批判し、佐伯仁志・理論刑法学の最前線(平成一八年) 二二三頁も、真犯人説の論拠としての罪刑法定主義を強調している。ただ、非真犯人説の側からは稀に「罪を犯した者に被疑者を含めることは文理上可能である」という指摘もある(堀内捷三・刑法各論(平成一五年) 三一五頁)。

- (28) 団藤・前掲書(注2)八一頁。
- (29) 平川・前掲書(注5)五三九頁。なお、本罪が捜査妨害罪ではなく真犯人に対する科刑作用を妨害する罪だとして、そこから真犯人説を基礎づけるのが、曾根・前掲書(注26)三〇〇頁および杉本一敏「司法作用に対する罪」重点課題刑法各論(平成二〇年)二四一頁であり、さらに本罪を処罰妨害罪と理解して真犯人説に立つのが、安田拓人「司法に対する罪」法学教室三〇五号(平成一八年)七一―七三頁である。
- (30) 中山・前掲書(注26)五二六頁、松宮・前掲書(注1)四四七頁。
- (31) 大塚・前掲書(注5)五九三頁。
- (32) 井田・前掲論文(注24)一八九頁、大塚・前掲書(注5)五九三頁、岡野光雄・刑法要説各論(第五版)(平成二二年)三四三頁、佐久間修・刑法各論(第二版)(平成二四年)三八七頁、中森・前掲書(注3)二九〇頁、西田・前掲書(注5)四五七頁、平野龍一「刑法各論の諸問題一八」法学セミナー二二八号(昭和四七年)三九頁等。なお、青柳文雄・刑法通論Ⅱ各論(昭和三八年)一〇八頁は、「真犯人説によるとより詳細な認定がないと故意があるといえないことが多かろう。そして無実と信じていれば故意がないということになるし、本犯が無実であると称していたので信じていたと弁解された場合に、この打破は難しくなる」とする。
- (33) 内田・前掲書(注3)六四七頁。
- (34) 佐伯・前掲書(注27)一二二頁。なお、浅田和茂「犯人蔵匿・隠避罪の保護法益と危険概念」現代刑事法五四号(平成一五年)六頁は、未必の故意で足りるとしながらも、多くの場合、実際上は、「罪を犯した者」についての故意がないとして解決されうるように思われる、としている。
- (35) 大塚・前掲書(注5)五九四頁。
- (36) 大谷・前掲書(注5)六〇〇頁。そして、香川・前掲書(注26)七七頁によれば、「被隠匿者に対する審判と隠匿者に対する審判とは建前としては別であり、前者の判決に後者は影響されない。したがって、隠匿した事実によって有罪とするためには、前提として被隠匿者が罰金以上の刑にあたる罪をおかしたという事実の認定が要求されるだけである。そのかぎり、被隠匿者が無罪となれば、隠匿者はもはや処断しえなくなる」。この点について同趣旨なのが、井上Ⅱ江藤・前掲書(注26)三三七―三三八頁、植松・前掲書(注26)四六頁、団藤・前掲書(注2)八一―八二頁、中山・前掲書(注26)五二六―五二七頁、福田・前掲書(注11)二八頁、山口・前掲書(注5)五七八頁。その際、同じ刑事裁判所の判断である以上、原則として本犯者の裁判を先決すべきである、とするのが、浅田・前掲論文(注34)六頁、曾根・前掲書(注26)三〇〇頁である。

- (37) 大谷・前掲書(注5)六〇〇頁、堀内・前掲書(注27)三二五頁。
- (38) 香川・前掲論文(注2)一一五頁、中山・前掲書(注26)五二六―五二七頁、林・前掲書(注26)四六〇頁、山口・前掲書(注5)五七八頁。これに対して、青柳・前掲書(注32)一〇六一―〇七頁は、「常に被害者の存する(赃物罪のような)財産犯にくらべるといろいろな場合がおきて認定が困難な場合もあると思われる」とする。
- (39) 久禮田益喜「犯人藏匿罪、証憑隠滅罪及び偽証罪」刑事法講座第四卷(昭和二十七年)七四六頁。
- (40) なお、神山・前掲論文(注3)五二五頁は、もし、犯人藏匿罪の判決が確定した後、本犯の存否が前者と異なつて判断され、被告人に不利になつてゐる場合には再審によつて救済され(この点、西田・前掲書(注5)四五八頁、平野・前掲論文(注32)三九頁等も同旨)、有利となつてゐる場合は一事不再理の法理がはたらくとみるべきであらう、とする。
- (41) 山口・前掲書(注1)二八一頁。他に、中森・前掲書(注3)二九〇頁や平野・前掲論文(注32)三九頁は、一〇三条の「罪を犯した」という文言と刑法二二二条、八九条に「罪を行つた」「罪を犯した」と表現していることとの整合性を問題としているが、刑法と刑事訴訟法では法の目的・性格が異なる以上、同一文言の意味内容が法相互間において異なるのは異とするに足りない。
- (42) 青柳・前掲書(注32)一〇六一―〇七頁、板倉宏・刑法各論(平成一六年)三二八頁、伊東研祐・刑法各論(平成二三年)三九〇頁、岡野光雄・刑法要説各論(第五版)(平成二一年)三四二―三四三頁、小野清一郎・新訂刑法講義各論(昭和二四年)三二二頁、木村亀二・刑法各論(昭和三二年)三一〇頁、草野豹一郎・刑法要論(昭和三二年)一九七頁、江家義男・刑法各論(昭和三五年)三八頁、齊藤信宰・新版刑法講義(各論)(平成一九年)五四八―五四九頁、高橋則夫・刑法各論(第二版)(平成二六年)六三九頁、中森・前掲書(注3)二八九―二九〇頁、西原・前掲書(注5)四〇〇―四〇一頁、藤木英雄・刑法講義各論(昭和五一年)三九頁、堀内・前掲書(注27)三二五頁等。
- (43) 青柳・前掲書(注32)一〇六一―〇七頁は、「ドイツ法は刑を免れさせることが禁じられるので真犯人と結びつくが、わが国の場合には捜査、審判の妨害と解されるので必ずしも真犯人であることを要求しない」とし、江家・前掲書(注42)三八頁も「わが刑法における犯人藏匿罪の性質は、ドイツ刑法における犯人庇護罪の如く、犯人をして刑を免れしめることにあるのではなく、捜査権の行使を妨げることにあるとみるべきである」と述べている。香川・前掲書(注26)七四頁によれば、国家の刑事司法作用は、刑事事件の捜査・審判・刑の執行を内容とするものであるが、上記の記述からすると、真犯人説は、国家の刑事司法作用のうちでも科刑や刑の執行という作用に親近性があり、これに対して非真犯人説のいう国家の刑事司法作用の内容は、捜査に重点を置いたものであることがわかる。なお、さらに前者の捜査妨害も犯人の身柄確保に重点を置く見解と犯人

の特定作用をも含むとする見解に分かれ、わが国の判例は後者に属すると解するのが平野潔「犯人の死亡と犯人隠避罪の正否」刑法判例百選Ⅱ各論〔第七版〕（平成二六年）二五五頁である。

(44) 柏木・前掲論文（注4）五三頁。同旨として、福田・前掲書（注11）二八頁。

(45) 大塚・前掲書（注5）五九三頁。

(46) 中山研一・口述刑法各論（第三版）（昭和六二年）四四〇頁。

(47) 内田・前掲書（注3）六四七頁。同様に、中山・前掲書（注46）四四〇頁も、「現に嫌疑を受けて捜査中であれば、犯人蔵匿罪は成立し、のちに真犯人でないということがわかって無罪になっても蔵匿罪に影響しないというのは、やはり一種の権威的な考え方ではないか」と批判する。この点については、注40に指摘した通り、再審による救済が提言されているが、再審の現実的困難さに鑑みると、再審救済が実現するかは樂觀できないであろうし、迅速な裁判の理念に合致するかも問題である。

(48) 西原・前掲書（注5）四〇〇頁。

(49) 藤木・前掲書（注42）三九頁。同旨として、伊東・前掲書（注42）三九〇頁。

(50) 山口・前掲書（注1）二八〇―二八一頁、山口・前掲書（注5）五七八頁。なお、佐久間修・刑法各論（第二版）（平成二四年）三八七頁は、「非真犯人説は」通常、真犯人説よりも本条の適用範囲が広がるため、国家の刑事司法作用を保護しすぎるといわれる。しかし、その者が真犯人であるにもかかわらず、およそ捜査機関に発覚しておらず、刑事責任の追及を受けていない段階では、真犯人説だけが本罪の成立を認めることになる点で、当然に、非真犯人説よりも適用範囲が狭くなるわけではない」と指摘するが、真犯人に対して適正な処罰を行う国家の刑事司法作用の保護、という本罪の趣旨からすると、真犯人説による処罰範囲の広がり、単なる広がりではなく、「必要な」広がりなのである。

(51) 大塚・前掲書（注5）五九四頁。同様な議論として、「法定刑に罰金以上の刑罰が規定された罪の行為者として、相当程度の嫌疑が向けられた者」（佐久間・前掲書（注50）三八七頁、「その時点で客観的に嫌疑が濃厚な者」（前田雅英・刑法各論講義（第六版）（平成二七年）四六〇頁）等がある。なお、神山・前掲論文（注3）五二四―五二五頁も、中間説を採る。

(52) 香川・前掲書（注26）七七頁。このような批判に対して、佐久間・前掲書（注50）三八七頁は、「客観的・合理的にみたとき、逮捕状を発行するだけの実質的要件が備わった状況であれば、捜査の開始前または審理中のいずれであるかを問わず、本罪が適用されるというべきである」として、中間説適用の基準を具体的に提示している。

(53) 西田・前掲書（注5）四五八頁。これに対しては、山口・前掲書（注5）五七八頁が「犯人でないことが明白な事情が存在す



る場合に可罰性を否定するのであれば、不明確とはいえないであろう」と反論し、基本的に真犯人説の立場ではあるが、最低中間説を採ることが必要であると主張している。

(54) 山中・前掲書(注5)七九六―七九七頁。

(55) 挙証責任の転換が認められるためには、無罪推定(presumption of innocence)の例外である以上、その実質的合理性を要するが、その存否の判断は「推定される事実の直接的立証の困難性」、「その事実の当罰性の高さ」と、「推定された行為が社会通念上相当であること」、「推定の前提として既に証明された事実だけでも一定の当罰性を有すること」、「推定された行為に予定される法定刑が相対的に軽いものであること」などの諸事情を勘案して行われる(池田修Ⅱ前田雅英・刑事訴訟法講義(第五版)(平成二六年)四〇〇頁)。一〇三条の場合、被藏匿者の罪の直接的な立証は困難ではないことは明白であり、推定された行為に予定された法定刑は死刑の場合すらあるので、相対的に軽いとはいえず、したがって、挙証責任転換の合理性は認めたいものと思われる。

(56) そのさい、犯人藏匿罪は、「真犯人の適正妥当な処罰の執行を確保する」ための規定と解するわけであり、再審請求に協力する行為、追徴や没収の対象物を隠匿する行為、有罪判決を受けた者の逃走を援助する行為、他人の身代わりとして刑に服する行為等が、藏匿・隠匿行為となる(安田・前掲論文(注29)七三頁)。ちなみに、ドイツ刑法二五八条「処罰妨害罪」の一項は刑罰等の執行の前提となる捜査・訴追・審判作用の妨害を、同条二項は裁判によって確定した刑罰等の執行そのものの妨害を対象とするとされる(十河太朗「犯人藏匿罪と証憑湮滅罪の限界に関する一考察」同志社法学四六巻五号(平成七年)九六頁)が、後者の行為がわが国の犯人藏匿罪の行為に相応すると思われる。

(57) 中山研一「牧野英一の刑法理論」刑法理論史の総合的研究(平成六年)三〇四頁。

(58) 大塚・前掲書(注5)五九四頁。

(59) 寺崎嘉博・刑事訴訟法(第三版)(平成二五年)三七九頁、水野陽一「被疑者・被告人に認められる権利としての無罪推定」北九州市立大学法政論集四三巻一―二合併号(平成二七年)八八頁等。また、市民的及び政治的権利に関する国際規約(いわゆる人権B規約)一四条二項においては、無罪推定の権利が定められている(刑事上の罪に問われているすべての者は、法律に基づいて有罪とされるまでは、無罪と推定される権利を有する)。鴨良弼「無罪推定の法理」刑事訴訟法の基本理念(昭和六〇年)一一八頁によると、「無罪推定の法理の必要性がようやく意識されるようになったのは、糾問訴訟下の有罪推定の機構に対するきびしい反省からである。糾問手続で訴訟が開始されるときは、すでに、被告人は、捜査でえられた犯罪心証にもとづいた有罪推定下におかれている。被告人はその有罪性に対し自己の無罪を証明しなければならぬ。被告人は非常に過酷

な負担をおわされる。それに自由な防御の権利すらみとめられない。このような個人の自由・人権を軽視した暗い刑事手続からの解放の、なよりの端緒となった有力な要因こそ、無罪推定の法理である」とされる。さらに、「捜査は、捜査機関が単独で行う準備活動にすぎない。被疑者も、これと独立に準備を行う」という弾劾的捜査観（平野龍一・刑事訴訟法（昭和三十三年）八三―八五頁）のもつ現代刑事法への影響を無視できないとすれば、「犯人でもない者を隠匿することは、いわば正当防衛の行為であるのに、それをし、公権力の行使を妨げるものである」との理由により違法視するのは、官憲主義の遺物である」という主張（植松・前掲書（注26）四六頁）によって支持される真犯人説は、他説にも増して説得力をもつはずである。

(60) 判例①の、排斥された上告論旨もこのような主張だった。しかし、柏木・前掲論文（注4）五三頁は、このような議論は現実にもそのような説があるわけではなく、とうてい支持できない考え方だとする。また、井上Ⅱ江藤・前掲書（注26）三三七頁は、あまりに極端な見解だとする。確かに、真犯人であることの確定を要求すると、犯人蔵匿罪が置かれた趣旨を無視することになるかも知れないが、無罪推定の権利を認めるいわゆる人権B規約にわが国が批准したのが昭和五四年であったことを考えると、柏木論文等による上記の批判は、無罪推定の法理をさほど重視することが出来なかつた時代のものではないかとも感ぜられる。

(61) 堀内・前掲書（注27）三一―三五頁。定塚脩「裁判所に現存する別事件記録の証拠調と取寄決定の要否・刑法一〇三条の法意と同条にいわゆる『罪ヲ犯シタル者』の意義」刑事判例評釈集一巻（昭和二十九年）三四六頁には、「罪ヲ犯シタル者」の判示については、少なくとも、犯罪事実をその判決自体で認定しうる程度に（勿論証拠で認定する必要はない）その具体的構成要件（罪となるべき事実）を表示されるべきであろうと思う、としている。非真犯人説に立った場合、被蔵匿者の犯罪は証拠で認定する必要はないとしているわけであるが、このような文章に接すると、真犯人説を採った場合であっても、蔵匿事件の裁判所が果たして厳格な証拠法則に基づいて、被蔵匿者の有罪性を立証できるのであろうか心もとない。また、被蔵匿者は、同一事件について蔵匿者事件の裁判所と自身の事件の裁判所で二度も裁かれるのであるが二重の危険や訴訟経済の問題もあると思われる（樋口亮介「犯人の死亡と犯人隠避罪の正否」刑法判例百選Ⅱ各論（第六版）（平成二〇年）二六五頁は、無罪の確定判決を受けた者の「罪を犯した者」からの除外理由について二重の危険の禁止を指摘しているが、同様に解すべきである）。やはり、被蔵匿者の有罪性の判断は、厳格な証拠法則に基づいて自身の事件の裁判所において一回判断されるべきであり、そうすれば、両裁判所で異なる結論になったとして再審を云々する必要もなくなるはずである。犯罪の成否が、犯罪後の事情に係らせられるものとしては、ほかに刑法一九七条二項の事前収賄罪があり（植松正・ポケット注釈全書刑法（第三版）（昭和五五年）四四六頁）、必ずしも奇異なことではない。



(62)

山口・前掲書(注5)一五九頁や西田・前掲書(注5)二二八頁は、「強制力を行使する権力的公務」には業務性を認めない「限定積極説」(判例)は、公務の自力排除力が偽計には無力と解されるので威力業務妨害罪には妥当しても偽計業務妨害罪には妥当せず、偽計業務妨害罪には積極説を採るべきであるとする。その結果、捜査妨害行為はひろく偽計業務妨害行為として把握されるであろうし、現に判例も権力的公務を偽計によって妨害する場合には偽計業務妨害罪の成立を認めている(横浜地判平一四・九・五判タ一一四〇・二八〇、名古屋簡判平一六・四・二八警察公論六〇・一・八一、東京高判平二一・三・一二判タ一三〇四・三〇二)。この点につき、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(平成二二年)七〇一頁以下参照。

(63)

昭和四九年に、法制審議会より法務大臣に答申された改正刑法草案一五九条一項は、現行の一〇三条に相当する部分を「罰金以上の刑にあたる罪を犯した者又は罰金以上の刑にあたる罪の被告人もしくは被疑者を蔵匿し、又は隠避させた者は、三年以下の懲役又は一〇万円以下の罰金に処する」と改めた。判例④の趣旨を明文化したものとされるが、鈴木茂嗣「逃走及び蔵匿の罪」刑法改正の研究二各則(昭和四八年)一八四頁は、被告人はともかく被疑者ということになれば、どの時点から被疑者になるのか實際上必ずしも明確でなく、法的安定性を害するおそれも強いとして「真犯人」に限定するのが妥当だとしている。