

刑法四二条一項の自首が

成立するとされた事例

(業務上過失傷害、道路交通法違反被告事件、最高裁昭和五八年(あ))

第一七七七号、同六〇年二月八日第二小法廷決定、上告棄却、刑集第三
九卷一号一頁、判例時報一一五四号一五二頁)

鈴 木 晃

一 事実の概要

被告人は、右方に湾曲し最高速度が四〇キロメートル毎時と指定されている道路を、対向車線に進入して時速約六五キロメートルで進行していたところ、対向車線を進んできた車両を発見し、衝突を避けようとした際、自車をガードレールに衝突させたうえ海中に転落させ、同乗者の女性Xに対し加療約四カ月を要する傷害を負わせた。その際、被告人は無免許であり、人の負傷を伴う交通事故の報告義務にも違反したということ

ある。一方、警察は一般通行人からの事故についての届出を受け、車の登録番号から被告人の所有と判明したので、被告人と連絡をとったところ、被告人から電話で、運転していたのは友人の女性で自分は同乗していた旨申し立てたが、翌日、警察官の取調べの際には、「実は自分が運転していた。同乗者はいない。」と申し立てた。そこで、警察は被告人が無免許運転中に物損事故を起こしたものであるとして事件処理をしたが、被告人は、Xの治療代を自賠責保険から得るのに人身事故の証明書が必要だったことと、警察官に虚偽の申述をしたことについての呵責の念

ついでには、特に、自発的なものであることが要求されるが、その動機まで拘束するものではないと思われる³。しかし、その判断基準にはかなり微妙なものが含まれているといえる。本決定の意義は、このような自首の成立要件と関連して、被告人自身が捜査官憲を欺いて自己の犯罪事実の発覚を遅らせた場合であつても、右の二要件（特に後者）を満たすといえることを宣言したところにある。

2 ところで、このような自首減輕の理由としては、改悛による非難の減少と捜査及び処罰を容易ならしめるという二つの理由があるとされている⁴。しかしながら、前者の理由については、これを不要と考える者もいることに注意が必要である⁵。それは、前者が「国家への恭順」だけを強調するものであるなら、自首は「国家倫理的刑法觀の遺物」と考えられることになる⁶、という原則的批判の他、解釈論的にも、改悛を強調すれば発覚後でもかまわないはずであるが、刑法四二条一項には発覚前という手続的要件があるとか、本条には改悛といった主観的要件が必要とされていない⁷、という理由にもとづくものである。ただ、自首が任意的減輕とされているのは、被告人の改悛の程度を裁判官が具体的に評価するためであるという反論も可能ではある⁸。しかし、捜査および処罰を容易ならしめるという事柄も程度の差があるものであつて、裁判官の具体的な評価・判断は必要である。むしろ動機などを考慮する判断は、刑法六六条の酌量減輕になじむものと思われるのである。

もっとも、これらの議論には、若干整理されていない側面があると思われる。というのは、このような自首減輕の理由についての議論は、まさにその「理由」についての議論であつて、自首成立の「要件」についての議論ではないからである。言い換えれば、自首減輕の一般的正当化の問題と、自首の具体的要件の問題とが区別されていないように思われるのである。実際、自首減輕の理由として、改悛により非難の減少を考慮するとしても、被告人が具体的に改悛したことまでは必要ないと説明する学説もあるのである⁹。しかし、改悛による非難の減少を完全に否定するか、あるいはそれに消極的な見解が、その区別を全く無視するのではなく、むしろそれを肯定した上で、両者が相互に関連していることを強調するというのならば、それなりに根拠のある主張であるということになる。つまり、改悛したことを自首減輕の理由として強調する場合には、その要件にもそれが反映するというのであろう。動機過程に不純なものが含まれている以上、例えば、「自首シタル」の要件に含まれる「自発性」がないとされることになるのかもしれない。さらに、もっと本質論的に、要件は存在理由を前提としかつそれに拘束されるということなのかもしれない。しかし、何故自首制度が存在しなければならないということと、自首がどんな条件のもとで認められるべきかという問題とは、一部重なる部分があるとしてもやはり別だと思われるのである。つまり、犯罪者が改悛した上で捜査を容易にすることが自首制度の究極の目的として設

定されるとしても（従ってそれが自首制度の存在理由であるとしても）、現実に自首を適用するための要件としてもそれが設定されるというわけではない。要件は、右の目的達成のための一つの類型的事実である。例えば、「自発性」の存在は、改悛を推定できる一つの類型的事実であり、改悛そのものではないのであるし、現実にも、「自発性」がある場合に常に改悛してゐるとはいえないのである。⁽¹¹⁾

さらに、旧刑法以来の立法史を根拠の一つにして、改悛を自首制度の理由としないとする見解がある。⁽¹²⁾しかし、確かに旧刑法時代に自首について悔悟の情を考慮しない傾向があったことは事実と思われるが、旧刑法の成立過程においても、「自首ニ仍テ其罪ヲ免スノ原因ハ畢竟其罪ヲ犯シタル悪心ヲ善心ニ改メタルヲ以テ道徳上ヨリ善道ニ導クノ道理ヲ主トシテ法律ニ之ヲ立ツヘシト為スナリ」という議論が存在していたのであり、もっと直接的には、旧刑法が自首を「必要的」減軽事由としていたが故に、自首減軽を最初から見込んで犯罪行為に出る者がいるという弊害を生じ、またそうでないにしても個人的に異なる悔悟の情を「必要的」減軽事由としての自首の存在理由として考慮する訳にはいかなかったものと思われるのである。⁽¹⁴⁾

3 ところで、このような自首減軽は、どの国においても認められてゐるといふわけではないことに注意が必要である。自首は「西洋の法制には見られない東洋特有の刑法的伝統である⁽¹⁵⁾」とされてゐるのが通常である。⁽¹⁶⁾それでは、何故自首が西洋

には存在しないのかということであるが、その一つの理由として、自首は黙秘権の保障に触れるので減軽事由として考慮しないという見解があげられる。⁽¹⁷⁾この点については、佐伯博士が、自首に関してであるが、次のように述べていることが参考になる。つまり、自首したか否かというのは、被告人の対社会的態度を判断するには極めて頼りない資料であり、かつそれを量刑理由として考慮することになると、結局のところ、憲法の保障する自己帰罪拒否特権に抵触することになるというのである。⁽¹⁸⁾これは、確かに自首について言えばその通りであり、もし実務が自首を実質的な必要的減軽事由としてゐるならばそれは是正されねばならない問題であると思われる。⁽¹⁹⁾しかし、自首について言えば、被告人の対社会的態度というよりは、むしろ捜査を容易にするという政策的根拠が中心となっており、しかもその刑の減軽は任意的であつて、実務的にも本件のように自首しても減軽されない事例もあるのであるから、立法論的に検討される問題があるとしても、解釈論的には違憲とまではいえな
いとと思われる。⁽²⁰⁾

4 さて、すでに述べたように、本件事案においては、被告人自身が犯罪の発覚を遅らせた場合においても、その後その犯罪を申告した場合に自首を認めるべきか否かが問題になったのであるが、そこでは主として被告人の当該申告が自発的なものといえるかどうかの問題になると思われる。ただ、同種事案について、「官未発覚」の要件が問題とされた判例もあり、ここ

ではまず、「官未発覚」の要件に関する判例の立場と本件事案との関係を検討することにしよう。

まず、肯定判例から紹介することにする。東京高判昭和二七・一二・一八東高刑三七・一三〇は、盗難被害届が被告人の告知の一〇日前に出されていたとしても、犯人が誰であるか発覚していない時には自首にあたるとした。同種事案として、半年前に被害届の出ていた事案である、名古屋高判昭和二八・一一・二六高集六・一三・一八四六がある。このように、犯罪自体が発覚していても、犯人が確定されていない場合には自首が成立するとする判例として、東京高判昭和二八・一〇・一五東高刑四・四・一二九がある。また、おそらく被告人が被害者を殺害したであろうという単なる想像にもとづく関係者の申告で調査が調査を始めたにすぎない時には、自首にあたるとした、東京高判昭和二三・一・一六東高刑九・一・一もある。被告人の自首の時期と警察官の発覚の時期とが微妙な事案としては、自首のため警察に向かう途中に、家人からの警察への通報（但し「大変なことが起きた」旨の通知にとどまった）により、現場にかけつけた警察職員にであった事案で、発覚前と認めた東京高判昭和三四・二・一〇東高刑一〇・二・一〇七、自首するため派出所に出頭したが、警察官不在のため待機中に、犯人が何人であるか捜査機関に判明した時には、出頭の時に自首があったものとすべきとした名古屋高金沢支判昭和四一・一〇・六下刑集八・一〇・一二八五、泥棒が入っている旨の一〇番の通

報にもとづき現場にかけつけた警官に「すみません、悪いことをしました」と言って逮捕に応じるのは、まだ犯人が特定されていないので、自首にあたるとした大阪地判昭和四五・二・二八判タ二五五・二八二、自首すべく警察署に行ったが、目撃者が通報していた事案で、「お前がやったのか」と言われたところ、包丁をもってうなだれていたという事案で、黙示的に事実の告知をなしたとされ自首が認められた東京地判昭和四六・二・九判時六四二・八四がある。

否定判例としては、犯罪事実及び犯人の何人なるかが判明しているが、その所在だけが判明していない場合は、自首には当たらないとした最判昭和二四・五・一四刑集三・六・七二^{a)}、本件事案と同種事案で、ただ本件と異なり業務上過失致死罪の犯罪事実は捜査官憲に発覚しており、また事故現場において被告人と同乗者が共に取り調べをうけていて、犯人が被告人か同乗者のどちらかという二者択一的関係にある場合には、自首にあたらないとした東京高判昭和五五・六・一六判時九九四・一二五がある。

これらの判例をみても判るように、本件事案においては、「官未発覚」という点において問題はない。現に本件においては、この点は問題とはなっていない。最後に紹介した東京高等裁判所の判例においても、同乗者に責任を転嫁しようとする虚偽の供述をした点は類似しているが、本件とは異なり事件当時から犯罪事実自体は発覚しており、犯人についても二分の一の確率で

「特定」していたという点で本件と全く同じではないと説明されるかもしれない。しかしながら、犯人が二者択一関係にあるという点から犯人を特定できていたとする点については二者択一ではあっても犯人は厳密には特定できていないという指摘がなされている。⁽²²⁾この点で右東京高等裁判所判例の方に疑義があるともいえる。もっとも、自ら犯罪事実を隠蔽した者は「官未発覚」という利益を一種の権利の濫用ということと主張できないという見解があるかもしれない。しかし、この場合少なくとも構成要件をそのように価値的に見るべきではないと思われるし、自首は任意的減軽であるから、そのような行為のある時には減軽を行わなければよいだけではないかと思われるのである。そこで、論点は本件において犯罪の発覚を犯人自ら遅らせた行為が「自発性」の有無に影響を及ぼすのか否かということに限定されることになる。

5 まず、「自発性」が問題となった判例の中で、肯定判例からみておこう。

大阪高判昭和三六・七・六下刑集三・七〇八・六七五は、窃盗で取調中にまだ発覚していない別の窃盗について自ら申告したときは自首にあたるとし、東京高判昭和四二・二・二八東高刑一八・二・五八は、形式的には職務質問により犯罪を申告した場合であっても職務質問そのものを原因として犯罪を申告したのではない場合には自首にあたるとした。このように、判例は、取調や職務質問の際に自己の犯罪事実を申告した場合で

あっても、それらを原因として自白したのではない限り、「自発性」を認めているように思われる。もっとも、取調や職務質問の際に、「自発性」の認められる事案は、当該状況を考慮するとそれほど多くはないものと思われる。

否定判例としては、巡査の詰問に対しようやく犯行を陳述するときには自首とはいえないとした大判昭和一〇・五・一三新聞三八六六・七、同じく職務質問中の犯行の陳述としては、最判昭和二九・七・一六集八・七・一二一〇、東京高判昭和四五・九・一〇東高刑二一・九・三〇七、大阪高判昭和五〇・一一・五月報七・一一〥一二・八六九（巡査が警ら中に視線をそらし立ち去ろうとする者に対し職質し、所持掲示を求めると拳銃の所持を申告した）、取調中の犯罪と連続一罪をなす犯罪についてその犯行を陳述しても自首とはならないとした大判昭和一二・三・二〇集一六・三八七、取調による自白とした名古屋高判昭和二九・六・一七判体三〇・一二〇四の六、⁽²³⁾東京高判昭和四三・四・二二東高刑一九・四・九〇、東京高判昭和五二・一一・二二六月報九・一一〥一二・八六一（窃盗について取調中、余罪を追及され他の窃盗を自供）、東京高判昭和五五・一一・八月報一二・一二・一二三七（窃盗で逮捕され取調中、余罪を追及され強姦について犯罪事実を申告）がある。ただし、これら多くの否定判例の中でも、形式的に取調中であるとか職務質問の際によるものであるとかということと「自発性」を否定するものは少ないものと思われる、多くの場合、客観主観の諸状況を総合

的に判断して「自発性」の有無を検討する態度がうかがわれるのである。²⁴⁾

このような判例の態度からすれば、本件の場合、特に捜査官憲に詰問されたとか、取調の際に犯罪を申告したとかいう事情は存在せず、被告人の犯罪の申告時の状況のみを対象とする「自発性」が認められるものと思われる。

6 それでは、何故、原審は自首を認めなかったのであろうか。問題は、やはり原審のいう「自首制度の趣旨・目的」の意味にあるものと思われる。原審が、「自発性」を「自首制度の趣旨・目的」から限定するという見解をとるものであるとすると、「自発性」の中に改悛の情が含まれることになると思われるが、「自発性」にそこまで求めるのは、法の要求するところではないことはすでに述べた。また、「自発性」そのものは肯定したが、いわば第三の要件として「自首制度の趣旨・目的」をいうとしても、真実発見を遅らせる行為が、その後の自発性ある自首の要件としての改悛・検挙を容易にすることとどうのように関係するのか明確でない。原審は、一旦検挙を遅らせる行為をした以上、その後の自首行為はいわばプラス・マイナス・ゼロの行為だということのかもしれない。しかし、犯罪後のすべての事情を考慮する全体的考察は、当該行為が自首にあたるか否かの個別的判断にはなじまないものと思われるし、もともと自己の刑事被告事件については、犯罪を申告することについて期待可能性がないと思われるわけであるから、それを被告人の不

利益に考慮することには問題がある。しかも、極めて悪質な捜査妨害行為である場合には、自首を認めても「任意的」であるから減輕しなければそれで支障はないと思われる。原審の判断する事情は、自首の成否でなく、減輕の有無を判断する事情として考慮すべきであると思われるのである。²⁵⁾

このように、原審が「自首制度の趣旨・目的」を安易に持ち出してきたことに対し、本件決定がこれを否定し、自首を認めたとについては、妥当な結論であるといえよう。

(注)

- (1) この要件は改正刑法草案第四九条で緩和され、発覚後でも自首が可能となった。これは後述する自首減輕の理由のうち改悛の情を強調するものといえよう。
- (2) 団藤重光『刑法綱要総論改訂版』(一九七九年)四九二頁、大塚仁『刑法概説(総論)(改訂版)』(一九八六年)四七九頁、西原春夫『刑法総論』(一九七七年)四四九頁、藤木英雄『刑法講義総論』(一九七五年)三五四頁、大谷實『刑法講義総論』(一九八六年)五〇四頁。
- (3) 参照、団藤、同右四九二頁。
- (4) 通説である。小野清一郎『新訂刑法講義総論』(一九四八年)二九二頁、植松正『再訂刑法概論I総論』(一九七四年)四四〇—一頁、団藤、同右四九二頁、莊子邦雄『刑法総論(新版)』(一九八一年)四八八頁、井上正治『刑法学総則』(一九五一年)二八一—二頁、大塚、前掲四七九頁、中義勝『刑法総論』(一九七二年)二八一頁、香川達夫『刑法講義(総論)』(一九八〇年)四八三頁、中山研一『刑法総

論』(一九八二年)五六二—三頁、大谷、前掲五〇四—五頁。

(5) 山火正則「刑法四二条一項の自首が成立するとされた事例」判例評論三二二号三九頁。参照、団藤重光編『注釈刑法(2)のII』(一九六九年)四三九頁(田宮裕)、福田雅章「刑法四二条一項の自首が適用された事例」『昭和六〇年度重要判例解説』(一九八六年)一五一頁。

(6) 福田、同右一五一頁。

(7) 田宮、前掲四三九頁。

(8) 田宮、同右四三九頁。

(9) 自首による刑の免除が必要的とされている、刑法八〇条と九三条、さらにその減免が必要的とされている、刑法二二八条ノ三については、この反論はなりたないことになる。

(10) 植松、前掲四四〇—一頁、団藤、前掲四九二頁、大塚、前掲四七九頁。

(11) もっとも、改悛の不存在が「自発性」を否定する根拠として認められるという説明が可能かもしれない。換言すれば、「自発性」にはその動機過程も考慮されるべきではないかということである。目的と要件とが完全に一致するのが望ましいという基本的な立場をとるとそのような結論にはなるであろう。しかし、法はそのような理想を現実的な問題として直接に追求するものではないと思われるのである。まして、この場合、「改悛」という比較的その内容が開かれている概念が問題となっており、どんな内容をそこに含ませるかにより、相当問題のある概念となることが予想されるわけであるから、直接に要件として認めるわけにはいかならないと思われる。

(12) 山火、前掲三九頁。

(13) 早稲田大学鶴田文書研究会・早稲田大学編『日本刑法章

案会議筆記第I分冊』(一九七六年)二六八頁。

(14) 福田、前掲一五一頁。

(15) 佐伯千仞『四訂刑法講義(総論)』(一九八一年)四一九頁。

(16) たとえば、小野、前掲二九一頁、植松、前掲四四〇頁、団藤、前掲四九二頁(ただし、デンマーク刑法八四条九号には自首規定があるとのことである)、大塚、前掲四七九頁、中、前掲二八一頁、中山、前掲五六二頁、田宮、前掲四三八頁。

(17) 参照、田宮、前掲四三九頁。

(18) 佐伯千仞「量刑理由としての自白と否認」団藤・平場・鴨編『木村博士還暦祝賀刑事法学の基本問題(下)』(一九五八年)一〇〇九—一一頁。

(19) 反対、田宮「被告人・被疑者の黙秘権」日本刑法学会編『刑事訴訟法講座第一巻』(一九六三年)八五頁。田宮教授は、「刑罰その他の手段で供述を強要することを禁止するのが黙秘権の効果であるから、供述した被告人と黙秘している被告人を、量刑上等しく扱わなければならない」ということを、黙秘権の内容と理解するのは困難である。」とするが、量刑上等しく扱わなければ、その「効果」として供述が強要されることになると思われる。

(20) 参照、田宮、前掲(注5)四三九頁。なお佐伯博士は、E・シュミットの一定の条件を前提として自白を量刑理由とする見解を疑問視し、どんな場合でもそれを否定すべきであるとするので、それを敷衍すれば自首についても違憲の疑いがあるということになる。佐伯、前掲(注18)一〇〇八頁以下。

(21) 反対、長利正己「刑法四二条一項にいわゆる『罪を犯し

未だ官に発覚せざる前』の意義」刑事判例研究会編『刑事判例評釈集第一一巻』（一九五四年）二四四頁以下。

(22) 参照、山火、前掲四〇頁。

(23) 但し、この判例においては、被告人が「私の主人が、私が盗んだことをうすうす知っていたらしく、小さいことであるから放っておくといったので、自責の念に堪えかね、夜派出所へ行ったところ、忙しいから明日にしてくれといわれ、翌日昼間働いていたところ、司法巡査が呼びに来て取り調べを受け、自白した」という供述しており、「自発性」が認められるか否かは微妙であったと思われる。

(24) 参照、山火、前掲四〇—四一頁。

(25) 井上廣道「刑法四二条一項の自首が成立するとされた事例」ジュリスト八三七号七九頁参照。