

## 内容虚偽の供述調書と証拠偽造罪

十 河 太 朗

- 一 問題の所在
- 二 参考人の虚偽供述と証拠隠滅罪
- 三 内容虚偽の供述調書を作成させる行為と証拠偽造罪
- 四 むすび

### 一 問題の所在

公判手続において証人が宣誓のうえ虚偽の供述をすれば、偽証罪が成立する。これに対し、捜査段階において参考人が宣誓によらずに虚偽の供述をした場合には、偽証罪の成立する余地はなく、証拠隠滅罪の成否が問題となる。<sup>(1)</sup>この場合、同罪は成立せず原則として不可罰になるというのが、確立した判例の立場であり、通説もこれを支持している。刑法一〇四条にいう「証拠」とは、いわゆる証拠方法のみを指し、供述のような証拠資料は「証拠」に含まれないというのが、その理由である。

それでは、参考人が捜査官に対して虚偽の供述をした結果、内容虚偽の供述調書が作成されるに至った場合はどうであろうか。右に述べた判例及び通説の考え方を徹底すると、虚偽の供述自体が証拠隠滅罪を構成しない以上、たとえその供述の内容が書面化されたとしても、やはり同罪の成立は否定され、不可罰ということになるであろう。他方、供述そのものと異なり供述調書は証拠方法であるから、これが刑法一〇四条にいう「証拠」に当たるとは明らかである。そうだとすると、内容虚偽の供述調書を作成させる行為は、供述調書という「証拠」を偽造するものとして証拠偽造罪の成立を認めることも可能であるともいえる。こうした点は、これまで、あまり意識的には論じられてこなかったのである。

しかし、この問題を正面から取り扱った判例が最近、相次いで現れた。千葉地裁平成七年六月二日判決<sup>(2)</sup>（以下、単に「平成七年判決」という）及び千葉地裁平成八年一月二九日判決<sup>(3)</sup>（同じく、「平成八年判決」という）である。事実関係は以下の通りである。Xは、覚せい剤取締法違反で逮捕・勾留中に同房となったYに対し、「おれが風邪をひいたというのであんたが覚せい剤を風邪薬だといって渡し、それをおれが知らずに飲んだことにしてくれ」などと依頼した。そこでYは、Xに有利な処分を受けさせるため、Xの覚せい剤取締法違反被疑事件を担当する検察官に対し、真実はXに覚せい剤を渡したことがないのに右の趣旨の虚偽の事実を供述し、内容虚偽の検察官調書を作成させ、これに署名指印した。このような事案について、検察官はYを改正前の刑法一〇四条の証拠偽造罪、Xを同教唆罪としてそれぞれ起訴した。平成七年判決はYに対する判決、平成八年判決はXに対する判決である。両判決は、右の事案における証拠偽造罪の成立を否定し、被告人に無罪を言い渡した。

捜査官に対する虚偽の供述が証拠隠滅罪を構成しないことは、これまでの判例も明言してきたところであるが、右の両判決は、これを一步進めて、供述により内容虚偽の供述調書が作成されるに至った場合にもやはり証拠偽造罪が成立しないことを明らかにした点で、下級審判例ながら大きな意義を有する。中でも平成八年判決は、この点に關し詳細な判示をしており、注目に値するのである。

学説においても、これらの判決は大いに関心を集め、参考人が内容虚偽の供述調書を作成させた場合における証拠偽造罪の成否の問題が盛んに論じられるようになった。<sup>(4)</sup> 学説は、右の判決の結論を支持するものと、これを否定するものとに分かれている。両説からは様々な論拠が示されており、この点に關する理論的な問題点は少なくない。

そこで、以下では、前記の二つの判決とそれに対する学説の反応を中心に、参考人が捜査官をして内容虚偽の供述調書を作成させる場合の罪責について考察を加えていくこととしたい。前田雅英教授が指摘されているように、<sup>(5)</sup> 捜査官に対する虚偽の供述が証拠隠滅罪を構成するかの問題と、供述により虚偽の供述調書を作成させた場合に証拠偽造罪が成立するかの問題は、従来、必ずしも區別して論じられてこなかった。確かに、実際上は、参考人が捜査官に対し供述をした場合にはその調書が作成されるのが通例であろう。しかし、理論的に見れば、右の二つの問題はそれぞれ別個の考慮を必要とする問題であるように思われる。筆者は、以前に、前者の問題について論じたことがあるが、<sup>(6)</sup> 本稿は、後者の問題に焦点を当てて考察しようとするものである。

(1) 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、一二六条ないし一二八条により裁判官の面前で宣誓のうえ証人として虚偽の供述をしたときには、偽証罪が成立しうる。

(2) 判時一五三五号一四四頁。

(3) 判時一五八三号一五六頁、判タ九一九号二五六頁。

(4) 平成七年判決の評釈として、尾崎道明「判批」研修五六九号（平成七年）一五頁、河村博「判批」警察学論集四八卷一二号（平成七年）一七〇頁、大山弘「松宮孝明」判批「法学セミナー」四九〇号（平成七年）八一頁、奥村正雄「判批」判例セレクト<sup>95</sup>（平成八年）四〇頁、伊藤司「判批」平成七年度重要判例解説（平成八年）一四一頁、前田雅英「最新重要判例250〔刑法〕」（平成八年）二四三頁がある。また、平成八年判決の評釈として、前田雅英「最新重要判例250〔刑法〕一九九七年度補遺」（平成九年）一九頁がある。

(5) 前田雅英「参考人の虚偽供述と証拠偽造罪」研修五七四号（平成八年）九頁。

(6) 拙稿「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——」同志社法学四六卷五号（平成七年）一一四頁以下。

## 二 参考人の虚偽供述と証拠隠滅罪

捜査官をして内容虚偽の供述調書を作成させた場合における証拠偽造罪の成否の問題を検討する前提として、捜査官に対する参考人の虚偽供述自体が証拠隠滅罪を構成するのかをめぐる判例及び学説の状況を整理しておくことにする。

(1) 刑法一〇四条の「証拠」とは、犯罪の成立、刑の量定に関する一切の証拠資料をいう。<sup>(1)</sup> 大審院昭和一〇年九月二八日判決<sup>(2)</sup>によると、「証拠トハ刑事被告事件発生シタル場合捜査機関又ハ裁判機関ニ於テ国家刑罰権ノ有無ヲ断スルニ当リ関係アリト認メラルヘキ一切ノ資料ヲ指称スル」。一般に、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も「証拠」に含まれるとされている<sup>(3)</sup>。したがって、証人、参考人となるべき者を逃避させ、隠匿する行為が証拠隠滅罪となることについて争いはない<sup>(4)</sup>。しかし、証人や参考人の偽証自体が証拠隠滅罪を構成するののかということになると、肯定説と否定説が対立するのである。

この点につき、判例は一貫して否定説に立ってきた。大審院昭和九年八月四日判決<sup>(5)</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、最高裁昭和二八年一〇月一九日決定<sup>(6)</sup>は、刑法一〇四条の証拠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する。この大審院及び最高裁の立場は、大阪地裁昭和四三年三月一八日判決<sup>(7)</sup>、宮崎地裁日南支部昭和四四年五月二二日判決<sup>(8)</sup>など、その後の下級審の判例にも踏襲されている。また、こうした判例の流れは、学説においても一般に支持されてきたといつてよい<sup>(9)</sup>。

判例・通説の主な論拠は次の五点にある。①刑法一〇四条の「証拠」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、証拠方法から認識された無形の内容である「証拠資料」は「証拠」に含まれないところ、参考人の供述は、証拠資料にすぎないので刑法一〇四条にいう「証拠」には当たらない<sup>(10)</sup>。②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偽証は不可罰とするのが現行刑法の建て前である<sup>(11)</sup>。③刑事訴訟法一九七条、一九八条、二二三条により、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ことからすると、捜査機関に対する参考人の虚偽の供述に違法性はないというべきである<sup>(12)</sup>。④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条により刑の減免が規定されているのに対し、証拠隠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拠隠滅罪の成立を肯定すると、証拠隠滅罪が問題となる宣誓によらない偽証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。<sup>(13)</sup>⑤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拠隠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、証人に偽証させる行為すべてを処罰の対象とするものではない。<sup>(14)</sup>

このように、判例及び通説の論拠は多岐にわたるが、これらは大きく二つに類型化しうる。第一は、いわば形式的根拠であり、①がこれに当たる。①の論拠は、捜査官に対する虚偽の供述が「証拠を隠滅した」に該当すると解するのは刑法一〇四条の文言解釈として無理があるとするのである。これに対して、第二は実質的根拠であり、②から⑤がこれである。これらの論拠は様々な関連法規との整合性に言及しているが、要するに、現行の法制度のもとで単なる参考人に対し真実供述義務を課すことは妥当でなく、宣誓によらない虚偽の供述には当罰性がないという実質的な価値判断を基礎とするものであるといつてよい。<sup>(15)</sup>

(2) 他方、参考人が捜査官に対して虚偽の供述をした場合に証拠隠滅罪の成立を認めてよいとする立場は、学説において以前から少数ながら存在していたが、近時、<sup>(16)</sup>この立場を支持する見解が、特に実務家によって盛んに主張されている。この見解は、参考人の供述も犯罪の成否・刑の量定の基礎となりうる以上これを刑法一〇四条の「証拠」と

解することは可能であり、また、虚偽供述とは自己の記憶・体験に即した供述の顕出を妨げるという意味において証拠の「隠滅」行為にほかならないという点を形式的根拠としている。<sup>(18)</sup>それと同時に、目撃者や参考人からの事情聴取が捜査活動の中心をなしている現在の捜査実務のもとでは、捜査官に対する虚偽の供述は刑事司法作用に対する重大な侵害行為であり、これを不可罰とすることは許されないという実質的な考慮が、右のような見解の背景にあるといつてよい。<sup>(19)</sup>

この見解は、右に述べた判例及び通説の①から⑤の論拠に反論して、それぞれ次のように述べている。①刑法一〇四条の「証拠」を証拠方法に限定する必然性はなく、証拠資料も犯罪の成否・刑の量定の基礎となる以上、これを「証拠」に含めるべきである。<sup>(20)</sup>②証人が宣誓により証言する場合は重い法定刑の偽証罪が成立し、宣誓なしに証言する場合は軽い証拠隠滅罪によって処罰されると解することも可能であるから、偽証罪の存在が必ずしも参考人の虚偽供述を不可罰とする根拠となるわけではない。<sup>(21)</sup>③参考人が供述を拒む自由を有しているというのは、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場合までも現行刑法が不可罰とする趣旨であるとは解されない。<sup>(22)</sup>④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は、証拠隠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によるものであり、偽証罪における自白による刑の減免規定と証拠隠滅罪の成立範囲とは次元の異なる問題である。<sup>(23)</sup>⑤証人威迫罪の保護法益は、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んでおり、証人威迫罪と証拠隠滅罪とは罪質を異にする面を有している。したがって、両者を単純に比較するこ

とはできない。<sup>(24)</sup>

(3) このような状況の中で、平成七年判決及び平成八年判決はいずれも、参考人による虚偽供述そのものは証拠隠滅罪に当たらないとの判断を示し、従来の判例の立場を踏襲した。このうち、平成七年判決は結論を述べるとどまるが、これに対して、平成八年判決はその理由を詳細に論じている。平成八年判決は、偽証罪、虚偽鑑定等罪、誣告罪、犯人隠避罪に該当しない限り、単なる虚偽供述は不可罰であるとし、その根拠として次の四点を指摘する。(a)人の供述には不誠実で移ろいやすい面があると一般に考えられており、物的証拠の捏造の場合と比べて、虚偽供述により司法作用が侵害される程度は高いものではない。(b)虚偽の供述は、捜査・審判機関ばかりでなく弁護士や一般私人に対してもなされ、関係する民事・行政手続でもなされるところ、そのような供述であっても後に当該刑事事件の捜査・審判手続に提出されることは可能であるから、虚偽供述が証拠隠滅罪に該当することになると、処罰の対象が非常に広範で不明確なものとなる。(c)刑事・民事訴訟における宣誓無能力者などの場合、宣誓をさせても真実の供述を期待できないため宣誓によらない証言が認められており、また、民事訴訟の当事者尋問では宣誓の上虚偽の陳述をしなくても過料の制裁を受けるにとどまるのであるから、虚偽供述を証拠隠滅罪として処罰することはこれらの関連法規との整合性を欠く。(d)捜査官等は、すでに収集した資料から一定の見解をもって取調べや事情聴取に臨むことがあり、参考人の虚偽供述について証拠隠滅罪が成立することになると、右のような捜査官等の認識により、参考人の記憶に反する供述が導かれるおそれがある。以上の四点の論拠はいずれも、現行の法制度上、宣誓をしていない単なる参考人に真実供述義務を課するのは望ましくないという実質的根拠を強調するものといつてよい。



- (1) 大判昭和七年二月一〇日刑集二二卷二号一八一七頁、大判昭和一〇年九月二八日刑集一四卷一七号九九七頁。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補訂版』(平成八年)五五三頁、大塚仁『刑法概説(各論)』(第三版)『(平成八年)五九八頁、前田雅英『刑法各論講義』(第2版)『(平成七年)五一四頁、藤木英雄『刑法講義各論』(昭和五一年)四二頁、香川達夫『刑法講義(各論)第三版』(平成八年)八四頁、福田平『全訂刑法各論(第三版)』(平成八年)三〇頁、中森喜彦『刑法各論(第二版)』(平成八年)三二七頁、川端博『刑法各論概要第二版』(平成八年)三八〇頁。
- (2) 刑集一四卷一七号九九七頁。
- (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(1)八六頁、大谷・前掲注(1)五五三頁、大塚・前掲注(1)五九八頁、藤木・前掲注(1)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(1)五一四頁、香川・前掲注(1)八四頁、福田・前掲注(1)三〇頁、川端・前掲注(1)三八〇頁、内田文昭『刑法各論(第三版)』(平成八年)六五五頁、中森・前掲注(1)三一七頁。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拠隠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) 刑集一三卷一四号一〇五九頁。そのほかに、偽証について証拠隠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一三三四頁、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。
- (6) 刑集七卷一〇号一九四五頁。
- (7) 判タ二二三号二四四頁。
- (8) 月報一卷五号五三五頁。
- (9) 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(Ⅳ)』(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「犯人藏匿および証憑湮滅の罪」法学セミナー一九号（昭和三二年）三一頁、団藤・前掲注（1）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（1）四二頁、福田・前掲注（1）三一頁、中山・前掲注（3）五三〇頁注（1）、前田・前掲注（1）五一五頁注10）、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。

（10）大阪地判昭和四三年三月一八日判タ二二三号二四四頁。また、最決昭和二八年一〇月一九日刑集七卷一〇号一九四五頁も同旨か。

（11）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、偽証罪と証拠隠滅罪は特別法・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月報一卷五号五三五頁、香川・前掲注（1）八六頁、中谷・前掲注（9）七〇頁。

（12）大阪地判昭和四三年三月一八日判タ二二三号二四四頁。

（13）（14）宮崎地裁日南支判昭和四四年五月二二日月報一卷五号五三五頁。

（15）井上宏「判批」研修五六二号（平成七年）三六頁。

（16）草野豹一郎『刑事判例研究第一卷』（昭和九年）一〇六頁、一一三―一一四頁、同『刑事判例研究第五卷』（昭和一五年）三三二頁、大塚・前掲注（1）五九八頁、内田・前掲注（3）六五五頁、大谷・前掲注（1）五五三―五五四頁、中森・前掲注（1）三一八頁。なお、江家義男『増補刑法各論』（昭和三八年）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、証拠湮滅罪として処罰すべきであるとする。

（17）小島吉晴「判批」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拠湮滅罪の成否」研修五二六号（平成四年）九七―九八頁、井上・前掲注（15）三六頁、尾崎道明「判批」研修五六九号（平成七年）一九頁以下、河村博「判批」警察学論集四八卷一二号（平成七年）一七六頁。

（18）小島・前掲注（17）三〇頁、井上・前掲注（15）三四―三五頁。

(19) 井上・前掲注(15)三六頁、尾崎・前掲注(17)一五頁。

(20) 小島・前掲注(17)二九頁、井上・前掲注(15)三四—三五頁、奥村正雄「判批」判例セレクト'95(平成八年)四〇頁。

(21) 小島・前掲注(17)三〇頁。

(22) 拙稿「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——」同志社法学四六卷五号(平成七年)一一六頁。また、加藤・前掲注(17)九〇—九二頁は、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て、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拠隠滅罪が成立するにすぎないとする。

(23) 加藤・前掲注(17)九二頁。

(24) 加藤・前掲注(17)九二—九三頁。

### 三 内容虚偽の供述調書を作成させる行為と証拠偽造罪

(1) 参考人による虚偽の供述が証拠隠滅罪を構成するか否かの問題をめぐる判例及び学説の状況は、以上のごとくである。それでは、参考人が捜査官に対し虚偽の供述をして内容虚偽の供述調書を作成させた場合は、いかに取り扱われるべきであろうか。ここでは、そのような行為が、内容虚偽の供述調書を真正のもののごとく作出したものとして刑法一〇四条の「証拠を偽造した」に当たるか否かが問題となる。

まず、虚偽の供述そのものについて証拠隠滅罪の成立を認める立場は、この場合にも当然に証拠偽造罪の成立を肯定することになる。<sup>(1)</sup> 供述調書は、供述の内容が書面化・固定化されることにより、供述そのものに比べ内容に関する信用度が増すから、供述調書の偽造は、単なる虚偽の供述より刑事司法作用を侵害する程度が高い。したがって、虚

偽の供述が証拠隠滅罪を構成する以上、内容虚偽の供述調書を作成させた場合はなおさら処罰の対象とされるわけである。もっとも、この見解によると、虚偽の供述をした時点で証拠隠滅罪は既遂に達するから、虚偽の供述の結果として調書が作成されたかどうかは、本罪の成否にとってそもそも重要でないともいえる。<sup>(2)</sup>

これに対し、学説上、虚偽の供述について証拠隠滅罪の成立を認めない論者の多くは、供述により虚偽の調書が作成されるに至った場合についても証拠偽造罪の成立を否定している。<sup>(3)</sup> 参考人が捜査官に対し供述をした場合には通常その供述調書が作成されるという現状にあっては、供述により内容虚偽の供述調書が作成された場合について証拠偽造罪の成立を認めることは、事実上、虚偽の供述自体を処罰することと変わらなくなってしまふからである。

平成七年判決及び平成八年判決は、まさにこのような理解に立脚するものといつてよい。平成七年判決の判示は簡潔であるが、「供述調書は、参考人の捜査官に対する供述を録取したにすぎないものであるから……、参考人が捜査官に対して虚偽の供述をすることそれ自体が、証拠偽造罪に当たらないと同様に、供述調書が作成されるに至った場合であっても、やはり、それが証拠偽造罪を構成することはあり得ない」と述べているのは、右のような趣旨であろう。平成八年判決も、先述のごとく、虚偽の供述は偽証罪等に当たらない限り不可罰であるとした上で、供述により内容虚偽の供述調書が作成された場合についても証拠偽造罪の成立を否定し、その根拠を次のような点に求めている。捜査官等が作成した供述録取書に署名押印する場合や、民事訴訟手続などにおいて供述の録取が法定されている場合ばかりでなく、録取が法定されていなくても聴取者が供述中にメモや録音をとる場合など、参考人の供述の大半は何らかの証拠方法に転化する。そのような現状において、参考人が捜査官をして虚偽の供述調書を作成させた場合に証

証拠偽造罪を認めるとすれば、刑法が虚偽供述の可罰性を偽証罪等に限った趣旨を大きく損なう結果になる。平成八年判決はこのようにいのである。

それでは、虚偽の供述自体に関して証拠隠滅罪を否定すれば、捜査官をして内容虚偽の供述調書を作成させた場合にも必然的に証拠偽造罪の成立を否定することになるのであろうか。前述したように、判例及び通説が虚偽供述に關して証拠隠滅罪の成立を否定する根拠は、主として次の二点から成り立っている。第一は、参考人の供述のような証拠資料は刑法一〇四条にいう「証拠」に当たらないという形式的根拠であり、第二は、現行の法制度のもとで単なる参考人に対し真実供述義務を課することはできず、宣誓によらない虚偽供述まで処罰の対象とするのは望ましくないと、いう実質的根拠である。しかし、証拠資料は刑法一〇四条にいう「証拠」に当たらないとする判例・通説の立場においても、供述調書は物理的存在たる証拠方法であり、これが刑法一〇四条にいう「証拠」に当たすることに疑いはない。このことは、不当に供述調書を廃棄した場合に証拠隠滅罪が成立することからも明らかである。<sup>(4)</sup>それゆえ、右の第一の論拠は、内容虚偽の供述調書を作成させた場合については妥当しないことになる。また、第二の論拠も、この場合には決定的なものではない。仮に虚偽の供述には当罰性がないとの理解に立ったとしても、供述の内容を書面化した供述調書は、内容における明確性、確実性、再認の容易性、変更の困難性などの点で供述そのものより信用度が高く、したがって、供述調書の偽造は虚偽の供述の場合と異なり当罰性があると解することも可能だからである。<sup>(5)</sup>

(2) このように考えると、参考人による虚偽供述について証拠隠滅罪の成立を認める立場からはもちろん、これを否定する立場からも、捜査官に内容虚偽の供述調書を作成させた場合については証拠偽造罪の成立を認めることが可

能であるように思われる。現に、単なる虚偽供述は証拠隠滅罪を構成しないけれども、刑事審判において証拠として用いられる文書に虚偽の事実を記載した場合には証拠偽造罪が成立するというのが、従来の判例の基本的な態度であつたといつてよい。

すなわち、従来の判例の主流は、自ら内容虚偽の供述書を作成し提出した場合に証拠偽造罪の成立を肯定してきた。千葉地裁昭和三四年九月一二日判決<sup>(6)</sup>、東京高裁昭和四〇年三月二九日判決<sup>(7)</sup>、福岡地裁平成五年六月二九日判決<sup>(8)</sup>はいずれも、内容虚偽の上申書を作成しこれを検察官または警察官に提出した事案につき証拠偽造罪の成立を認めており、また、仙台地裁気仙沼支部平成三年七月二五日判決<sup>(9)</sup>は、内容虚偽の死亡事故発生報告書を作成した事案を証拠偽造罪に当たるとしている。このうち、千葉地裁昭和三四年判決及び福岡地裁平成五年判決は、結論を示すのみでその根拠には触れていないが、東京高裁昭和四〇年判決は次のように述べている。刑法一〇四条にいう「証拠」とは捜査機関や審判機関が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べき一切の資料を指称し、新たな証拠を創造するのは証拠の偽造に該当するとした大審院昭和一〇年九月二八日判決<sup>(10)</sup>、及び、民事訴訟において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事案において証拠偽造罪の成立を肯定した大審院昭和一二<sup>(11)</sup>年四月七日判決の趣旨に照らすと、「たとえ虚偽の内容を記載した文書の作成名義にいつわりがなく又その文書の作成が口頭による陳述に代えてなされた場合であるとしても、本件のように参考人が虚偽の内容を記載した上申書を作成しこれを検察官に提出すれば、刑法第百四条にいう証拠を偽造使用したことになる」と解するのが、判例にしたがい現実に即した妥当な解釈といわざるを得ない」。つまり、従来の判例の立場を基礎とする限り、上申書が刑法一〇四

条にいう「証拠」に当たるとは明らかであり、その上申書に虚偽の事実を記載した以上、証拠偽造罪が成立するのは当然であるというのである。仙台地裁気仙沼支部平成三年判決が、従来の判例における「証拠」「偽造」の定義を前提に、作成名義人が虚偽の内容の文書等を新たに作出する行為は証拠を偽造する行為に該当するとしたのも、同じ趣旨であると考えられる。

そこで問題となるのは、平成七年判決及び平成八年判決の判断はこうした判例の流れと矛盾するのではないのかということである。先述のごとく、両判決は、虚偽の供述が証拠隠滅罪を構成しない以上、供述の内容が調書に記載されるに至った場合であっても証拠偽造罪は成立しないとするが、この立場を徹底すると、口頭による供述に代えて自ら内容虚偽の供述書を作成し提出した場合にも同様に証拠偽造罪の成立は否定されともいえるからである。

これに対して、平成八年判決は、東京高裁昭和四〇年判決等の「裁判例は、参考人が取調べ以外の場で、当初から虚偽の書面を作成することを企てて打ち合わせた上、虚偽の内容を書面に表現した事案であり、供述が書面に転化した場合ではないから、当裁判所の見解と矛盾するものではない」と判示している。自ら内容虚偽の供述書を作成した場合と、虚偽供述の内容が調書に録取された場合とを区別し、証拠偽造罪が成立するのは前者の場合のみだとするのである。

学説においてこれと同じ理解に立つのが、前田教授の見解である。前田教授によると、証人に偽証させる行為も形式的には証拠隠滅罪に該当するが、偽証罪が存在する以上偽証罪の問題として処理すれば足り、偽証罪に該当しない偽証行為まで証拠隠滅罪として処罰する必要はない<sup>(12)</sup>。判例及び通説は、供述のような証拠資料は刑法一〇四条の「証

「根拠」に含まれないという点にその根拠を求めているが、証拠方法と証拠資料の区別が重要なのではなく、むしろ、「供述（証拠資料）に一部虚偽が含まれていても、それは刑事司法を動かしていく上での潤滑油的な『コスト』であり、そのような無駄まで排除すると、角を矯めて牛を殺すことになりかねない」という実質論に重きを置くべきである。このように述べられた上で、前田教授は、自ら積極的に虚偽の供述書を作成する場合には証拠偽造罪となるのに対し、虚偽の供述調書を作成させる場合には同罪は成立しないと主張される。前者の場合に証拠偽造罪が成立する根拠としては、供述書は内容における明確性、確実性、再認の容易性、変更の困難性といった点で供述とは明らかに異なること、また、自ら文書を作成する行為は積極的な行為であり、証拠偽造罪の保護法益の侵害性も相対的に高く、その処罰が、証人・参考人の地位を害する危険性と捜査協力を萎縮させる程度は低いことが挙げられている。これに對し、後者の場合は、供述を確認したすぎない受け身的色彩が濃く、供述調書に虚偽があれば処罰するということは、ほぼ「虚偽供述を処罰すること」と同義となることを理由に、これを不可罰とすべきだとされるのである。<sup>(16)</sup>

しかしながら、こうした主張は説得力を有するものとはいえない。確かに、供述調書は供述者の供述を聞いた捜査官が作成するのに対し、供述書は供述者自身が作成するものであり、両者は作成者を異にしている。しかし、供述調書も、刑事審判における証拠として用いるために供述者の記憶・体験を記載した文書であるという点では供述書と何ら異なるところはない。前田教授は、供述書は内容における明確性、確実性、再認の容易性、変更の困難性といった点で供述に優るとされるが、供述調書も、供述書と同じく参考人等の主観的な知識を書面に固定化・客観化したものであるから、右のような供述書の特徴は供述調書にもそのまま当てはまるといふべきであろう。<sup>(17)</sup> そうだとすると、



供述調書と供述書を区別して論すべき合理的な根拠はどこにもないといわなければならない。実質的に見ても、捜査官の面前で口頭により供述しその内容が書面に録取された場合と、捜査官の面前で供述する代わりに上申書を作成提出した場合との間で結論が異なるのは不合理であるように思われる。<sup>(18)</sup> いずれの場合も、自己の記憶・体験に反する内容を記載した文書を作成することにより国の刑事司法作用を侵害した点では変わらないからである。

特に、平成七年判決及び平成八年判決の事案のように、参考人が供述調書に署名押印している場合においては、供述調書は証拠として供述書と異ならない価値を有するといえる。平成八年判決は、供述調書に対する署名押印は録取内容の正確性を承認する性格を有しているにすぎず、それが法律上、供述内容自体に真实性を付与したり、これを強化したりするわけではないとして、署名押印の有無は供述調書に関する証拠偽造罪の成否の問題に影響を及ぼすものではないとする。確かに、供述調書に対する署名押印は、供述内容自体の真实性を高めるものではなく、供述内容と録取内容が一致していることを保証するものにすぎない。しかし、供述調書に対する署名押印は、供述の内容が正確に録取されたことを担保し、これを自ら作成した供述書に代える効果を有するものであり、實際上、署名押印のなされた供述調書は、供述書と同様の証拠価値を得ることになる。刑事訴訟法三二一条及び三二二条が署名押印のある供述調書を供述書と同様に扱っているのは、まさにこのような趣旨だといえよう。<sup>(19)</sup>

(3) このようにして、捜査官に内容虚偽の供述調書を作成させる場合と自ら内容虚偽の供述書を作成する場合とを区別し、後者についてのみ証拠偽造罪の成立を認める見解は妥当でないといわなければならない。そこで、両者のいずれの場合についても証拠偽造罪の成立を否定しようとするのが、松宮孝明教授の見解である。

松宮教授によると、判例・通説のいうように、刑法一〇四条にいう「証拠」に供述は含まれず、参考人による虚偽の供述は証拠隠滅罪を構成しない。その意味で、宣誓をしていない参考人に真実供述義務はないのである。<sup>(20)</sup>一方、捜査官の作成した供述調書は「証拠」に当たる。しかし、取調べにおける供述は、通常、調書に録取されるので、もし虚偽の供述調書を作成させた場合に証拠偽造罪が成立するとすると、参考人にも真実供述義務を課すことになってしまい、参考人による虚偽の供述を不可罰としたことが無意味になる。<sup>(21)</sup>そこで松宮教授は、刑法一〇四条の「偽造」概念に着目される。判例及び通説は、従来、「偽造」とは不真正な証拠を新たに作り出すことをいうと解してきたが、これに対し、松宮教授は、証拠偽造罪における「偽造」は文書偽造罪の場合と同じく有形偽造を指すとされるのである。この立場からすると、本罪の客体たる証拠が文書である場合、これを「偽造した」といえるのは作成権限のない者が文書を作成したときに限られるから、たとえ参考人の供述の内容に虚偽が含まれていても、調書の作成権限を有する者が供述者の供述どおりに調書を作成している限り、証拠の「偽造」には当たらないこととなる。<sup>(23)</sup>松宮教授は、このような「偽造」概念を前提として、自ら内容虚偽の上申書を作成提出した場合にも名義の冒用がない限り証拠偽造罪は成立しないとされる。このように、宣誓をしていない参考人に真実供述義務はないという立場を徹底することにより、捜査官に内容虚偽の供述調書を作成させる場合だけでなく、自ら内容虚偽の供述書を作成する場合についても証拠偽造罪の成立を否定するところに、松宮教授の見解の特徴がある。<sup>(24)</sup>

実は、戦前の裁判例の中に、これと同じ立場に立ったと見られるものが存在する。東京地裁大正五年九月三〇日判決<sup>(25)</sup>である。事案は、恐喝事件で公判中の甲等に有利な処分を得させるため、甲が事件当日に被害者に会っていない旨

の虚偽の事実を記載した文書を作成し、被告人が甲にこれを右恐喝被告事件の証拠として裁判所に提出させたというものであった。東京地裁は、「其文書が其日付当時其名義人に依て作成せられたるものなるときは仮令其内容に虚偽の記載ありたればとて是を以て証憑の偽造なりと称することを得ざるものとす」と判示し、証拠偽造罪の成立を否定した。その根拠として、東京地裁は、事実の陳述を書面により行う場合とこれを行頭により行う場合とは単にその表示の方法を異にするにすぎないから、宣誓なしに口頭により虚偽の陳述をした場合は証拠隠滅罪を構成しないのに、内容虚偽の文書を作成した場合を証拠偽造罪として処罰すると不均衡になると述べている。文書作成の日付の点に言及している点を除けば、右の判示は、宣誓をしていない参考人に真実供述義務はないとの前提に立ち、証拠偽造罪における「偽造」を名義の冒用すなわち有形偽造の場合に限定するものであるといつてよい。

しかし、このような立場にも疑問がある。第一に、この見解による場合には、証拠となるものが文書である場合とそうでない場合とで「偽造」の意義が異なることになる。証拠が文書以外のものである場合、たとえば、真犯人でない者を殺人の真犯人に見せかけるために事件とは無関係のナイフにその者の指紋を付着させた場合に、これが証拠の「偽造」に当たることには異論はないであろう。この場合、「偽造」は、不真正の証拠を新たに作り出す行為であると理解されているのであって、決して有形偽造の意味ではない。そうだとすると、松宮教授の見解のように、客体が文書である場合の「偽造」を有形偽造と解するときには、同じ条項における「偽造」という文言が、客体が文書か否かによって異なる意味に用いられるという不都合が生ずるように思われるのである。

第二に、証拠偽造罪の「偽造」と文書偽造罪の「偽造」とを同義に捉える必然性はない。松宮教授は、証拠偽造罪

の「偽造」を文書偽造罪の場合と同じく有形偽造と解することによって、刑法典における「偽造」の概念をほぼ統一的に解釈することができるといわれる。<sup>(26)</sup>確かに、刑法典における同一の文言はなるべく同義に解されることが望ましい。しかし、刑法の目的を考慮に入れた目的論的解釈の結果、同一の文言であっても各場面により異なる意味に理解すべき場合もありえよう。たとえば、「暴行」の概念は各犯罪類型によって異なる意味を与えられているのである。<sup>(27)</sup>このような場合、その文言の意義を確定する手がかりとなるのは、その犯罪の保護法益は何かということであろう。証拠偽造罪についていうと、その保護法益は国の刑事司法作用の適正な遂行にある。<sup>(28)</sup>そして、その保護法益は、名義の冒用だけでなく、虚偽の内容の証拠物を作成することによっても侵害されうる。そうである以上、通説のいうように、証拠偽造罪における「偽造」は真正でない証拠を新たに作り出すことをいい、名義の冒用の有無は問わないと解すべきであろう。<sup>(29)</sup>前記東京高裁昭和四〇年三月二十九日判決及び仙台地裁気仙沼支部平成三年七月二十五日判決も、これと同じ理解に立つものといってよい。このような偽造概念を前提とすると、自ら虚偽の供述書を作成提出する行為だけでなく、捜査官に虚偽の供述調書を作成させる行為も、証拠の「偽造」に当たることになる。

(4) このように見てくると、捜査官をして内容虚偽の供述調書を作成させた場合に証拠偽造罪の成立を否定すべき合理的根拠は存在しないように思われる。少なくとも刑法一〇四条の文言を本来の意義に従って解釈する限り、この場合に証拠偽造罪の成立要件に欠けるところはないといわなければならない。まず、本罪の客体は「刑事事件に関する証拠」である。ここにいう「証拠」とは、犯罪事実の有無・刑の量定に関する一切の資料をいい、しかも、これに物理的存在たる証拠方法が含まれることについて異論はない。それゆえ、供述調書が刑事審判において用いられる証

証拠方法として「証拠」に該当することは明らかである。次に、本罪の実行行為である「偽造」とは、先述のごとく、真実に合致しない証拠を新たに作出することであると解するのが妥当である。内容虚偽の供述調書を作成させるといふことは、情を知らない捜査官を利用して、自己の記憶・体験に反する事実を記載した調書を真正のごとく作出させることを意味し、これは供述調書という証拠の「偽造」にはかならない。つまり、この場合には証拠偽造罪の間接正犯となるのである。

事実、過去の裁判例の中には、平成七年判決及び平成八年判決と類似した事案において証拠偽造罪の成立を肯定したものが存在する。事案は、被告人Aが選挙運動の報酬として乙ら三名に金員を供与したとして選挙買収の罪に問われたため、右三名より形式的に借用証を受け取っていたのを奇貨として、右三名に対する貸金請求の民事訴訟を提起した上、その口頭弁論において、供与した金員は選挙運動の報酬ではなく単なる貸金であるという虚偽の請求を認諾するよう右三名に依頼し、もって情を知らない裁判所書記官をして内容虚偽の口頭弁論調書を作成せしめたというものであった。このような事案につき、大審院昭和一二四年四月七日判決<sup>(30)</sup>は次のように判示し、証拠偽造罪の成立を肯定したのである。「民事原告タル被告人Aノ虚偽ノ請求ヲ民事被告タル乙等三名カ認諾シタル旨記載シタル口頭弁論調書ノ如キハ被告人Aニ係ル判示刑事被告事件ニ付同被告人ノ犯罪ノ成否態様ヲ判定スル資料タルヘキ物的材料タルコト勿論ニシテ右乙等三名カ情ヲ知ラサル裁判所書記ヲ利用シスル虚偽ノ内容ヲ有スル口頭弁論調書ヲ作成セシムルニ於テハ被告人Aニ係ル右刑事被告事件ニ関スル証憑ヲ偽造シタルモノト為スニ妨ケナク……」。口頭弁論調書は物理的存在たる証拠方法として刑法一〇四条にいう「証拠」に含まれ、また、これに虚偽の事実を記載させる行為は証拠

の「偽造」にほかならず、したがって本件行為を証拠偽造罪とすることに何ら問題はないというわけである。

この事案は、虚偽の供述内容を供述調書に録取させたという点で平成七年判決及び平成八年判決の事案と共通している。したがって、平成七年判決及び平成八年判決の判断はこの大審院昭和一二年判決と矛盾するのではないかという疑問が生ずるのである。<sup>(31)</sup>

これに対し、松宮教授は、大審院昭和一二年判決は平成七年判決及び平成八年判決の先例とはならないといわれる。<sup>(32)</sup> 前者は、裁判官の面前での供述が録取された事案であるのに対し、後者は、捜査機関に対する虚偽供述が録取された場合だからである。このように述べられる背景には、証拠偽造罪の成否と訴訟構造との関連についての問題意識がある。松宮教授によると、現行刑事訴訟法は予断排除や無罪の推定を建て前としており、捜査機関の心証を裁判官が引き継ぐことは許されない。このような現在の刑事司法制度を前提とする限り、仮に供述そのものを刑法一〇四条の「証拠」に当たるとしても、刑法上の保護に値する「証拠」は裁判官の面前でなされた供述だけであり、捜査機関に対する供述はそこから除かれるべきである。これに反して捜査機関に対する供述及びその録取書を刑法一〇四条にいう「証拠」に含める見解は、司法権の担い手を裁判所ではなく捜査機関とするものであり、憲法七六条に抵触する。<sup>(33)</sup> このような松宮教授の立場においては、当該録取書が裁判官の面前での供述を記録したのか、捜査官に対する供述を書面化したものかという違いが重要な意味をもつことになるのである。

確かに、現行刑事訴訟法が基本とする当事者主義的訴訟構造において、裁判所は捜査機関から切り離された公平な第三者たる存在である。その趣旨から、現行刑事訴訟法は公判中心主義を採用しており、犯罪事実の有無・刑の量定

はすべて公判廷における審理により決せられることになる。<sup>(34)</sup>しかし、捜査段階で作成された供述録取書も、証拠能力を有する限りで将来の公判手続において証拠として用いられうる点では、裁判官の面前での供述の録取書と何ら異なるところはない。そして、捜査機関に対する供述の調書に虚偽の事実が記載されると、公判廷における適正な刑事審判作用の遂行が妨げられることは明らかであるから、これを証拠偽造罪の客体に含めることは現行刑事訴訟法の基本理念に何ら反するものではないというべきであろう。このように考えると、大審院昭和十二年判決の事案と、平成七年判決及び平成八年判決の事案はいずれも、証拠偽造罪の成立要件を具備するものと解され、当該供述録取書が裁判官の面前で作成されたものか、捜査官により作成されたものかという差異は重要でないことになる。

(5) もっとも、本稿は、捜査官に内容虚偽の供述調書を作成させる行為がすべて証拠偽造罪を構成すると主張するものではない。右に述べてきたように、このような行為が、刑法一〇四条の規定する証拠偽造罪の成立要件を形式的に具備しているという点は否定できない。しかし、証拠偽造罪は抽象的危険犯であり、同罪が成立するためには、国の刑事司法作用という法益を侵害する抽象的危険を生ぜしめることが必要となる。<sup>(35)</sup>たとえば、供述の内容が虚偽であることが明白である場合、あるいは、当該の虚偽供述が犯罪事実の認定に重大な影響を及ぼさないような事項に関するものである場合には、右のような抽象的危険は発生していないというべきである。したがって、このような場合に供述の内容が捜査官により調書に録取されたとしても、やはり法益侵害の抽象的危険は発生しておらず、証拠偽造罪の成立は否定されると解される。ただ、このような結論は、刑法一〇四条の「証拠」「偽造」という文言の解釈からではなく、個々の事例における法益侵害の抽象的危険の有無という実質的・具体的な判断から得られるものであるよ

うに思うのである。

- (1) 奥村正雄「判批」判例セレクト95（平成八年）四〇頁、尾崎道明「判批」研修五六九号（平成七年）二二―二三頁、河村博「判批」警察学論集四八卷一二号（平成七年）一七六頁。
- (2) 小島吉晴「判批」研修五一八号（平成三年）三一頁、三二頁（注15）参照。
- (3) 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（平成八年）五〇七―五〇八頁、大山弘「松宮孝明「判批」法学セミナー四九〇号（平成七年）八一―八二頁、前田雅英「参考人の虚偽供述と証拠偽造罪」研修五七四号（平成八年）一五頁、伊藤司「判批」平成七年度重要判例解説（平成八年）一四二頁。
- (4) 松宮・前掲注(3)五〇五頁。
- (5) 奥村・前掲注(1)四〇頁。
- (6) 判時二〇七号三四頁。
- (7) 高刑集一八卷二号一二六頁。
- (8) 公刊物未登載。この判決の事実関係及び判示の内容については、井上宏「判批」研修五六二号（平成七年）二九頁以下を参照した。

- (9) 判タ七八九号二七五頁。
- (10) 刑集一四卷一七号九九七頁。
- (11) 刑集一六卷八号五一七頁。
- (12) 前田雅英『刑法各論講義〔第2版〕』（平成七年）五一五頁注10)。
- (13) 前田・前掲注(3)一三頁。
- (14) 前田・前掲注(3)一三一―一四頁。
- (15) 前田・前掲注(3)一五頁。前田雅英『最新重要判例250〔刑法〕』（平成八年）二四三頁は、わが国の刑事司法における文書の重要性和、供述書が自らの意思内容を表したものであることを根拠に、供述書は供述と異なり「証拠」に該当するとして



いる。

(16) 前田・前掲注(3)一五頁。同旨、伊藤・前掲注(3)一四二頁。

(17) 尾崎・前掲注(1)二二―二三頁。

(18) 大山Ⅱ松宮・前掲注(3)八二頁参照。

(19) 尾崎・前掲注(1)二四―二五頁。

(20) 松宮・前掲注(3)五二頁。

(21) 大山Ⅱ松宮・前掲注(3)八二頁。

(22) 大判昭和一〇年九月二八日刑集一四卷一七号九九七頁、大判大正七年四月二〇日刑録二四輯三五九頁、大谷實『刑法講義各論第四版補訂版』(平成八年)五五三頁、団藤重光『刑法綱要各論第三版』(平成二年)八七頁、中森喜彦『刑法各論(第二版)』(平成八年)三一七頁、大塚仁『刑法概説(各論)(第三版)』(平成八年)五九八―五九九頁、前田・前掲注(12)五一五頁。

(23) 松宮・前掲注(3)五〇六―五〇七頁、大山Ⅱ松宮・前掲注(3)八二頁。

(24) 小野清一郎ほか『刑法(第三版増補)(ポケット注釈全書)』(中野次雄)(昭和六三年)二五九頁も、同様の理解に立っている。

(25) 新聞一一八〇号一九頁。

(26) 松宮・前掲注(3)五〇六―五〇七頁、大山Ⅱ松宮・前掲注(3)八二頁。

(27) 大谷・前掲注(22)四二―四三頁。

(28) 大谷・前掲注(22)五四七頁。

(29) 内田文昭『刑法各論(第三版)』(平成八年)六五五頁、六五六頁注(9)、団藤・前掲注(22)八七頁、福田平『全訂刑法各論(第三版)』(平成八年)三一頁、中森・前掲注(22)三一七頁は、本罪における「偽造」にとって作成名義(権限)の有無は重要でなく、有形偽造と無形偽造を区別する必要はないとしている。

(30) 刑集一六卷八号五一七頁。

(31) 伊藤・前掲注(3)一四一—一四二頁参照。

(32) 松宮・前掲注(3)五〇五頁。

(33) 松宮・前掲注(3)五一〇—五一二頁。

(34) 高田卓爾『刑事訴訟法(二訂版)』(昭和五九年)一八一—一九頁。

(35) 大谷・前掲注(22)五四八頁。

#### 四　　む　　す　　び

現実の捜査活動において、参考人の供述に虚偽の事実が含まれ、その内容が調書に録取されるという事態は決して珍しくないと思像される。しかも、そのような行為が重大な捜査妨害となることは疑いがない。したがって、そのような場合にいかなる犯罪が成立するかを明らかにすることは、實際上、大きな意義を有しているといえる。この場合に成立しうる犯罪としては虚偽告訴罪や犯人隠避罪も考えられるが、本稿は、もっぱら証拠偽造罪の成否について検討を加えてみた。

(1) すでに検討したところから明らかになったように、この問題をめぐる議論状況は混乱している。その混乱の原因は、参考人の虚偽の供述自体が証拠隠滅罪を構成するかの問題と、参考人が内容虚偽の供述録取書を作成させた場合に証拠偽造罪が成立するかの問題とがあまり区別されずに論じられてきたところにあるように思われる。平成七年判決及び平成八年判決に対する学説の反応を見ても、前者の問題についての考え方の違いが、後者の問題における見

解の対立にそのまま反映している。判例及び通説は、虚偽供述は証拠隠滅罪を構成しないとの態度を一貫して採り続けており、この見解に立つ論者の多くは、虚偽供述の内容が調書に録取された場合についても証拠偽造罪は成立しないとしているのである。右の両判決も、このような見地に立脚するものといつてよい。

しかし、右の二つの問題は、理論的にそれぞれ異なる考慮を必要とする問題である。本稿は、虚偽供述について証拠隠滅罪の成立を肯定すると否とにかかわらず、供述の結果として内容虚偽の供述調書が作成された場合には証拠偽造罪の成立を肯定しようとの結論に至った。刑法一〇四条にいう「証拠」にいわゆる証拠方法が含まれることについて異論はなく、供述調書がこれに当たるのは明らかである。また、判例・通説によると、同条の「偽造」とは現実には存在しない証拠を新たに作出することをいい、内容虚偽の供述調書を作成させる行為は、自己の記憶・体験に反する事実を記載した調書を真正のごとく作出させることを意味するから、これは供述調書という証拠の「偽造」にはかならない。つまり、刑法一〇四条の文言を本来の意義に従って解釈する限り、このような行為は証拠偽造罪の成立要件を具備するといわざるをえないのである。

(2) これに対し、前田教授によると、確かに捜査機関に対する虚偽供述の中には当罰性の高い事案が含まれているが、参考人等の虚偽供述をすべて証拠隠滅罪として処罰すると、参考人等が処罰に萎縮し、捜査機関への協力を躊躇することになり、刑事司法へのマイナスも大きい。<sup>(2)</sup> それゆえ、「当罰性の高いもののみを類型化して、証拠隠滅の實質的解釈に盛り込む努力がなされなければならない」。<sup>(3)</sup> このような理解に立って、前田教授は、自ら内容虚偽の供述書を作成する行為は当罰性が高く、証拠偽造罪として処罰すべきであるが、虚偽の供述内容を調書に録取させる行為

は当罰性が低く、不可罰とすべきだとされるのである。<sup>(4)</sup>

確かに、内容虚偽の供述調書を作成させた場合に常に証拠偽造罪の成立を認めることには問題がある。前田教授がいわれるように<sup>(5)</sup>、参考人の供述に虚偽が含まれていることが刑事司法を動かしていく上での潤滑油的な「コスト」であるという面は否定できないであろう。捜査官に対する虚偽供述の内容が調書に録取された場合をすべて証拠偽造罪として処罰することは、事実上、捜査機関に対するあらゆる虚偽供述を処罰の対象とすることになり、ひいては証人・参考人の地位を害し、捜査協力を萎縮させることにもなりかねない。<sup>(6)</sup>しかし、捜査官に内容虚偽の供述調書を作成させる行為と自ら内容虚偽の供述書を作成する行為との間で当罰性の程度に差異があるとはいえないように思われる。いずれも、自己の記憶・体験に反する内容を記載した文書を作成することにより国の刑事司法作用を侵害する点では異なるところはないからである。

当罰性の有無は、供述書か供述調書かの違いではなく、むしろ、法益侵害の危険性の程度によって決まるというべきであろう。本罪は抽象的危険犯であるから、本罪が成立するためには、刑事事件の捜査及び審判作用という保護法益を侵害する抽象的危険の発生が必要となる。たとえば、積極的に偽の参考人を仕立てて犯罪事実の認定に重大な影響を及ぼす事項に関して虚偽の供述をした結果、その内容が供述調書に録取された場合には、国の刑事司法作用が侵害される現実の危険が発生したといえるであろう。これに対して、虚偽供述の内容がおよそ捜査活動に支障をきたさないような些細なものである場合などは、法益侵害の抽象的危険さえ生じておらず、したがって、そのような供述の内容が調書に録取されたとしても証拠偽造罪の成立は否定されるべきだと解されるのである。

以上のような見地からすると、内容虚偽の供述調書を作成させた場合における証拠偽造罪の成否を検討する上で重要となるのは、具体的にどのような場合に法益侵害の抽象的危険を生ぜしめたといえるかである。そのための判断基準を明らかにすることが、今後の課題となるといえるべきであろう。このことを強調して、本稿を閉じることにした。

- (1) 他人に刑事処分を受けさせる目的で捜査機関に対し虚偽供述をしたときには、虚偽申告罪(刑法一七二条)が成立する。逆に、他人に有利な処分を受けさせるために虚偽の供述をした場合には、犯人隠避罪(刑法一〇三条)の成否が問題となる。判例及び通説は、犯人の身柄の確保を妨げる場合ばかりでなく犯人の特定作用を侵害する場合も「隠避」に含まれるとしており、この立場からすると、平成七年判決及び平成八年判決の事案においては犯人隠避罪が成立することになる。この事案においてYは、覚せい剤取締法違反で勾留中のXに有利な処分を受けさせるため、捜査官に対し、Xが当該薬物を覚せい剤と認識していなかった旨の虚偽の供述をしてこれを調書に録取させた。このような行為は、Xに対する捜査機関等の追及を妨害したという意味において、犯人の特定作用を妨げるものといえるのである。これに対して、学説上は、犯人及び逃走者の身柄の確保を妨げる場合にのみ犯人隠避罪の成立を認める立場も存在する。この立場によると、平成七年判決及び平成八年判決の事案について犯人隠避罪の成立を肯定するのは困難であろう。被疑者に犯罪事実の認識がなかったとの虚偽の供述をしたからといって、直ちにその被疑者の逃走が容易になるわけではなく、それゆえ、そのような行為は必ずしも犯人の身柄の確保を妨害するものとはいえないからである。これらの点については、拙稿「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(平成七年)七二頁以下参照。

- (2) (3) 前田雅英『最新重要判例250(刑法)』(平成八年)二四三頁。
- (4) 前田雅英「参考人の虚偽供述と証拠偽造罪」研修五七四号(平成八年)一三一—一五頁。
- (5) 前田・前掲注(4)一三頁。
- (6) 前田・前掲注(4)一五頁。