

再論・参考人の虚偽供述と証拠隠滅等罪の成否

加藤 康 榮

- 第一 問題の所在
- 第二 論点の整理
- 一 議論の類型分析
- 二 類型（A）捜査官の取調べに対する参考人の虚偽供述の罪責
（虚偽供述自体の証拠隠滅等罪の成否を核とする学説）
- 三 参考人の虚偽供述の罪責についての判例・裁判例
- 四 類型（B）最高裁平成二八年決定
- 五 類型（C）合意制度新設に伴う刑訴法「虚偽供述等の処罰」規定
- 第三 検討
- 第四 結語

第一 問題の所在

参考人が記憶に反する虚偽供述をした場合、この行為は宣誓を前提に偽証罪（刑法第一六九条）の処罰対象となる。ところが、参考人が宣誓のない捜査段階で捜査官に対し虚偽供述をしたときは、証拠隠滅等罪（刑法第一〇四条）の成否が従来から議論され、消極説が多数とされてきたが、積極説も根強く私見も従来から積極説に与してきた。⁽¹⁾

もつとも、この議論は、消極説が採られて参考人の虚偽供述自体が証拠隠滅等罪を構成しないとされたとしても、この虚偽供述を供述調書等に書面化した場合には、同罪の成立があり得るのではないか、との問題が残っていた。

この参考人の虚偽供述と証拠隠滅等罪の成否問題については、かねて「議論に混乱状況がみられる」との指摘があり、これに対し、十河太郎教授は「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。（中略）この二つの問題は、理論的にそれぞれ異なる考慮を必要とする問題である」と指摘した上、「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うる」と論じた。⁽²⁾

その後近時、最高裁判所平成二八年三月三二日第一小法廷決定が、「他人の刑事事件について、捜査官と相談しながら虚偽の供述内容を創作するなどして供述調書を作成した行為は刑法第一〇四条の証拠偽造罪に当たる」旨判示したが、その理由の具体的明示がなく、本質的な議論の必要はなお残されている。また、同年には刑訴法第三五〇条の一五（虚偽供述等の処罰規定）も新設されたことから、その趣旨、位置付け等の検討の必要もあるところである（なお、

平成七年の刑法改正で、刑法第一〇四条の構成要件中「証憑」は「証拠」と、罪名の「証憑湮滅罪」は「証拠隠滅等罪」と、表示変更されている。)

第二 論点の整理

一 議論の類型分析

1 類型(A)は、捜査官の取調べに対する参考人の虚偽供述とその書面化における罪責である。

(i)は、当該虚偽供述自体の証拠隠滅等罪の成否を議論する類型である。消極説は、同罪の「証拠」とは人証・物証という物理的存在である証拠方法を意味し、参考人の供述のような無形の証拠資料は含まないと解した上、参考人の虚偽供述については、宣誓を前提とする偽証罪・虚偽鑑定等罪(刑法第一六九条・第一七一条)で処罰できるだけとする。これに対し、当該虚偽供述自体、証拠隠滅等罪に当たると解するのが積極説である。

(ii)は、当該虚偽供述自体ではなく、これが供述調書や供述書として書面化された場合の類型で、いずれの書面化も証拠隠滅等罪の成立を肯定するのが書面化全面積極説である。これに対し、当該虚偽供述自体はもとより、これを供述調書に転化した場合も消極とするが、参考人自身の供述書として書面化された場合に限り、同罪の成立を肯定するのが書面化限定積極説である。

2 類型(B)は、参考人の虚偽供述自体はもとより、これが供述調書や供述書に書面化されても、それだけでは証拠隠滅等罪に当たらないとした上、しかし参考人と捜査官が相談の上内容虚偽の供述調書を創作して、令状請求の資料としたときは、証拠偽造罪に当たるとした前記最高裁平成二八年決定が、新たな犯罪類型を示したものと言える

かの検討になる。

3 類型（C）は、平成二八年刑訴法等一部改正で導入の日本版司法取引となる「合意」に違反して、検察官等に対し、虚偽の供述をし、又は偽造若しくは変造の証拠を提出した合意被疑者に対する「虚偽供述等の処罰」規定（刑訴法第三五〇条の一五第一項―法定刑は五年以下の懲役）の新設である。証拠隠滅等罪との関係等の検討対象になる。

二 類型（A）捜査官の取調べに対する参考人の虚偽供述の罪責（虚偽供述自体の証拠隠滅等罪の成否を核とする学説）

1 消極説の論拠^③

参考人の虚偽供述自体やその書面化は証拠隠滅等罪には当たらないとする消極説の基本的な理由付けとして、従来から以下①ないし⑤のように大略整理され、更に、後掲平成八年千葉地裁判決は、⑥ないし⑩の理由も掲げる。

① 刑法第一〇四条における「証拠（証拠）」とは、人証・物証の「証拠方法」を指し、参考人の供述や書面内容等の「証拠資料」は含まれないと解すべきである。

② 参考人の虚偽供述は、偽証罪（刑法第一六九条）の類型だけを処罰対象としていと解する。すなわち、規定上、宣誓した証人が虚偽陳述した場合に限り偽証罪で処罰し、宣誓のない証人や捜査段階での参考人の虚偽供述は、およそ処罰の対象外とするのが法意と解する（犯人蔵匿等罪・証拠隠滅等罪、証人等威迫罪等はその例外規定とする）。また、両罪は択一関係にあり、偽証罪が不成立の場合は証拠隠滅等罪も成立しないとも解する。^④

③ 捜査段階で参考人の出頭・供述が自由であるということは（刑訴法第二二三条）、その供述に虚偽があつても処罰対象外とするのが法意と解すべきである。証人に対しては出頭の召喚・勾引制度、宣誓の拒絶に対する過料・刑罰や偽証罰等証言の強制性の担保規定があるが、捜査段階での参考人には出頭と供述を拒む自由がある。そのことは、

虚偽供述をしても、違法性を帯びるものではないことと解され、積極説を採るならば、それは「真実供述義務」を課すにも等しくなつて相当ではない（真実供述義務強制化への危惧論）。

- ④ 偽証罪では、自白による刑の減免規定（刑法第一七〇条）を置くが、証拠隠滅等罪には同様の規定がない。そのことは、同罪が参考人の虚偽供述を処罰対象外としているものと解される。もし、証拠隠滅等罪に参考人の虚偽供述を含めさせるならば、偽証罪同様の前記規定を置くべきで、そうでなければ法の不均衡を生じ、そのような不合理な法制度は想定されないと解する。

- ⑤ 証人等威迫罪（刑法第一〇五条の二）が規定されているのは、虚偽供述の依頼だけでは証拠隠滅等罪の処罰対象とはしないとするのが法意と解される。つまり、捜査や審判に必要な知識を有する参考人に対し、虚偽供述をするよう強談威迫すれば、証人等威迫罪が適用されるところ、しかしその法定刑が証拠隠滅等罪より軽いことからすれば、虚偽供述要求の行為に強制の要素が加わつて初めて可罰性たり得ることを意味していると解される。

- ⑥ 人の供述は重要な証拠であるが、その供述は不誠実で移ろいやすい面もあり、物的証拠と比べると、虚偽供述によつて司法作用を侵害する程度は低い。そうすると、刑法の虚偽供述に対する基本的態度は、宣誓の上なされる偽証と被申告者の利益をも害する虚偽告訴罪に限つて処罰する趣旨と解される。

- ⑦ 参考人の虚偽供述まで処罰の対象にすると、その範囲が拡大・不明確になり、起訴裁量によつても解決できない。

- ⑧ 刑事・民事訴訟上、宣誓無能力、宣誓免除者などの証言は、宣誓させても真実の供述を期待できないから、宣誓をさせずに証言させるものであり、刑罰をもつて真実の供述を強制することは妥当でない。

- ⑨ 民事訴訟の当事者尋問では、宣誓の上虚偽供述をしても過料にとどまることとの整合性がとれない。

- ⑩ 捜査官等は既に収集した資料から、事件について一定の見解をもって取調べ等に臨むことがあるから、参考人の記憶に反する供述が導かれる恐れがあることが否定できない（迎合供述の危惧論）。

2 積極説の論拠^⑤

積極説も有力であり、消極説に対しては、以下のような反論がなされる。

- ① 証拠隠滅等罪における証拠を、証人や証拠物の証拠方法にア・プリオリに限定する理由はない。事実認定においては、参考人の供述などの証拠資料こそ含むと解するのが相当である。すなわち、犯罪の成否や刑の量定の証拠には、証拠資料も供され、証拠方法に限定する必然性がない^⑥。

- ② 参考人が捜査官に虚偽供述をした場合、これが偽証罪の対象とはならないとしても、より法定刑の軽い証拠隠滅等罪に当たると解することについては、法構造上の妨げはない。偽証罪は、宣誓の上での証言であり審判作用の公正を害する程度は大きく、その法定刑が重いことには相当の理由がある（法定刑が重いのは、沿革的に宣誓違反重視の要素も強い^⑦）。しかし、それ以外の捜査官に対する参考人の虚偽供述でも、刑事司法作用を害する犯罪類型であることに違いはない。審判作用の妨害に比べて、質的違いはあっても（その分、法定刑は偽証罪より軽い）、適正な裁判の審理に実質大きな影響を及ぼす捜査作用の侵害行為に対する当罰性は依然高い。

また、消極判例は、予審制度下での予審判事が捜査をも主宰していた実態を背景とする判例を、戦後予審制度が廃止されてこれが実質検察官に引き継がれ、警察捜査も独自性を有するに至った改正刑訴法の下でも先例として維持することの問題性も指摘でき得よう^⑧。捜査し、その結果に基づき検察官が起訴・不起訴処分を行う一連の手続は重要であり、偽証罪の規定があることをもって、同罪に該当しない総ての他の虚偽供述を証拠隠滅等罪の対象外と

して取締りを放任すべきとする解釈は、法条相互間の補完・整合性を図る法構造の理解としては相当でない。したがって、両罪の関係では、保護法益の実質的な段階的違いを重視すべきである。

参考人の捜査段階での虚偽供述は、捜査作用を害する独自の危険が大きく、犯罪類型として、証拠隠滅等罪の処罰対象となる実行行為性を有しているものと解すべきであって、偽証罪の当罰性のみに包摂し得るものではない。

③ 参考人に出頭・供述拒否の自由があることが、虚偽供述を不問にすべき根拠とはならない。参考人に出頭や供述の自由があっても、それは捜査協力を前提にした上での不出頭等の不作為を許容するというだけで、殊更虚偽供述をする自由まで認めたと解する根拠とはならない。重要参考人の勾引・抑留制度を採らない我が国の法制下において、参考人に捜査への一般的協力を求める過程におけるその規律の効果として、「出頭して供述をする以上は、殊更虚偽の供述はしない」ことを求めるとの解釈の方が自然である。そして、その虚偽供述を一切処罰の対象外におくべきとする解釈は、刑法第一〇四条の「捜査を誤らせない」との保護法益からしても相当ではない。従来、刑法の第一〇五条において、第一〇三条及び第一〇四条の罪を犯人又は逃走者の利益のために親族が犯しても不処罰とされていたが、予審制度を廃止した昭和二三年にこれらの罪を犯した親族も処罰することとした上、「其刑ヲ免除スルコトヲ得」と改正した。そこには「国家の刑事司法作用に対する協力という公民的倫理を、親族の庇護という家族的倫理よりも優先させるとする思想にもとづく」との見方も示されており、⁹⁾ 国家の刑事司法作用への適切な協力を求めることは不当でもなんでもないと考えられよう。

虚偽供述を処罰対象とすれば、真実供述義務を課することになるとするのが消極説であるが、黙秘権を有し、虚偽供述も自己の刑事事件の証拠の隠滅も不処罰とされる被疑者でも、積極的に嘘をつけば情状が不利に作用するし、

共同被告人で証人となることもある(アメリカ法では、被告人が供述をするときは証人として偽証制裁の下で行うこととされ、イギリスでも一九九四年に、黙秘権に制約を加えることができる刑事司法・公共安全法が制定されている)。まして、参考人には出頭・供述の自由があつて真実供述義務が課せられることはないにしても、裁判に付すべきかどうかが決せられる重要な捜査段階において、普通に記憶通り真実を語ればよいところを、殊更虚偽供述をして捜査を攪乱妨害する非協力的行為まで放任する法的効果を与えなければならない理由などないと言わざるを得ない^⑩。

- ④ 証拠隠滅等罪には、偽証罪にある自白の刑の減免規定がないことをもつて、その当罰性を消極と解する理由とはならない。同規定は、誤判の未然防止という重要性を考慮した政策的規定であつて、法定刑の軽い証拠隠滅等罪に参考人の虚偽供述の行為を含ませるからといって、特段の制度矛盾はない^⑪。

- ⑤ 証人等威迫罪と証拠隠滅等罪との関係も、両罪の保護法益の違いに照らして、同次元では比較の限りではなく、消極の理由足り得ない。証人等威迫罪は暴力団らによるいわゆる「お礼参り」行為を抑止することを目的として、昭和三三年になつて証憑隠滅罪より軽い法定刑をもつて追加された規定であり、同罪の保護法益は国家の刑事司法作用の安全とともに証人、参考人又はその親族の私生活の平穏も含むものであつて、偽証罪や強要罪に近い罪質を有しているのである。また、証憑隠滅罪でも虚偽供述の教唆はあり得るものの、それには教唆された参考人が実行することを要するところ、これが証人等威迫罪では強談威迫等を行なえば直ちに既遂となるなど(その限りでは、証憑隠滅罪や偽証罪の教唆罪の未遂形態を独立して処罰する特別な規定と解される)、両罪は制度趣旨を異にし、一方の存在が他方を否定する理由にはならないと言ふべきである^⑫。

- ⑥ 人の供述は移ろいやすく、参考人の虚偽供述で司法作用が害される程度は高くはないから、宣誓の上での偽証や

被申告者の利益をも害する虚偽告訴罪に限って処罰すべきとする指摘がある。しかし、虚偽供述によって保護されるべき捜査を妨害する行為に対しては、それ相応の当罰性があり（その法定刑もそれ相応に規定）、これも証拠隠滅等罪の適用範囲とするに不合理性は認められない。

- ⑦ 処罰範囲の拡大・不明確化との指摘もある。しかし、証拠隠滅等罪は、参考人による証拠の「隠滅、偽造・変造とその使用」であり、その実行行為は参考人が「殊更虚偽の供述をする行為」である。この謙抑的解释に拡大・不明確さはみられない。供述も、流動的な移ろっている状態を脱して、定着固定化した段階の供述としての「虚偽供述」をもって実行行為とするのであるから、偽証と比しても処罰範囲の基本が不明確とは言えない（大判昭一六・三・八刑集二〇巻一六九頁は、一回の宣誓の下に数個の虚偽の陳述をしても一個の偽証罪のみが成立するとする。）。

- ⑧ 宣誓無能力者等の陳述を偽証罪では処罰対象外とする理由は、「真実の供述が期待できないから」というより、そのような対象者に偽証罪の重い法定刑の処罰をもって臨むのが相当でないとの法意からであると解すべきである。したがって、法定刑のより軽い捜査段階での参考人の虚偽供述に対する証拠隠滅等罪の当罰性については偽証罪とは同日の論ではなく、別個に考えるべきである。

- ⑨ 民事訴訟の当事者尋問では宣誓の上虚偽の陳述をしても過料なのだから、これに刑罰を科するのは民事訴訟法の趣旨に反するとの指摘もある。しかし、刑事訴訟は実体的真実主義であって、紛争解決を目的として「自白の擬制」（民訴法第一五九条―旧第一四〇条）の規定すら置く民事訴訟とは根本的に異なる。したがって、虚偽供述の裁判に及ぼす影響は質的にも大きく違い、処罰の方法が異なっているとしても、合理的な違いにすぎない。

- ⑩ 積極説を採ると、捜査官が参考人に対し「虚偽供述への誘導をし、参考人がこれに迎合する恐れがある」との抽

象的危惧感からの指摘に対しては、捜査官は真相を解明するために捜査しており、取調べでも虚偽供述でないか吟味するものであるから、仮に捜査官に思い込みがあったとしても、真実を述べる参考人が誤って取締りの対象になることなどない。犯人を庇う虚偽供述によって、適正な捜査作用が著しく害される危険抑制の謙抑的取締規定との位置付けであるから、消極のための理屈上の迎合論はとても深く噛み合うような議論とはなっていない。

三 参考人の虚偽供述の罪責についての判例・裁判例

1 消極説の判例・裁判例―以下、(一)ないし(四)は類型(A)の(i)、(五)(六)は類型(A)の(ii)の例

- (一) 大判昭九・八・四（刑集二三卷一四号一〇五九頁）は、被告人が自己の刑事事件について、参考人に対し予審判事の取調べの際に虚偽の供述をするよう依頼し、その旨虚偽の陳述を宣誓のないままさせた事案につき、「証人が法律に依り宣誓を為したると否とを問わず、判事に対し虚偽の陳述を為したる行為は勿論、証人をして虚偽の陳述を為さしめたる行為はいずれも刑法第一〇四条の証憑湮滅罪を構成しない」と判示する。

- (二) 最決昭二八・一〇・一九（刑集七卷一〇号一九四五頁）は、自己の刑事事件について、他人を教唆して偽証させた事案につき、偽証の教唆罪は認めたが、「刑法第一〇四条にいわゆる証憑の偽造とは証拠自体の偽造を指称し、証人の偽証を包含しないと解すべき」として、証憑（証拠）湮滅罪の成立を否定している（同旨判例として、ほかに大判太三・六・二三刑録二〇輯二三三四頁―偽証教唆事件、大判昭八・二・一四刑集一二卷一号六六頁―偽証教唆事件）。なお、これら消極四判例とも虚偽供述自体を擬律判断の対象としながら、消極理由は具体的には明らかでない。

- (三) 大阪地判昭四三・三・一八（判タ二三三三三二四四頁）は、被告人が暴力団組長らに対する自転車競技法等違反事件の捜査対象者三名の参考人の競輪選手に対し、警察官の取調べでは知らないなどと虚偽の供述をするよう強いたこ

とが、証憑湮滅罪の教唆罪には当たらないと判示する。すなわち、同罪の「証憑」（証拠）には参考人の供述などの証拠資料を含まないこと、現行法上、同罪とは別に、偽証罪の規定があつて、特に法律により宣誓した証人が虚偽供述をした場合のみを処罰の対象としていること、捜査機関に対して出頭及び供述を拒む自由を有する捜査段階における参考人の供述であることから考えれば、その際、参考人が虚偽供述をしたとしても、そのような行為は処罰対象外とするのが立法趣旨であるとしている（虚偽供述自体の事案）。

(四) 宮崎地（日南）支判昭四四・五・二二（刑裁月報一卷五号五三五頁）は、看護師に対する医療過誤事件で病院長の被告人が、麻酔医に対し、警察官の取調べで虚偽の供述をするよう依頼して行わせたことについて、証憑湮滅罪と偽証罪の関係は法条競合の択一関係と解されること、参考人の虚偽供述は偽証罪のみ成立すると解されること、偽証罪のみに自白の場合の刑の減免規定があることからして、証憑湮滅罪では参考人の虚偽供述を処罰対象としていないと解されること、証人等威迫罪との比較において、単なる虚偽供述依頼は証憑湮滅罪の該当性を消極すると解されることなどの理由を挙げて、証憑湮滅罪の教唆ないし共同正犯の成立を否定した（虚偽供述自体の事案）。

(五) 千葉地判平七・六・二（判タ九四九号二四四頁）は、被告人（B）が、検察庁の留置場で偶々同房となったA（覚せい剤取締法違反で勾留中の被疑者）から、「検察官の取調べでは、私（B）がAに覚せい剤を『風邪薬だ』と言って渡したから、Aには覚せい剤の認識はない」と虚偽供述をするよう依頼を受け、被告人が検察官の取調べに対し、その旨虚偽の供述を行った上、その旨の供述調書の作成にも応じたという事案である。判決は、これが悪質な捜査妨害行為であることは認めつつ、犯人隠避行為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とした。形式的には、捜査官を利用して同人をして供述調書という証憑を偽造させたものと解することができるが、

しかし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、証憑偽造罪には当たらず、それ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、それが証憑偽造罪を構成することはあり得ないと判示した（虚偽供述書面化の事案）。

（六） 千葉地判平八・一・二九（判時一五三五号一四四頁）は、被告人が前掲千葉地判平七・六・二の事案におけるAであるところ、被告AのBに対する証憑湮滅教唆罪の成立を否定した。その判示するところでは、「刑法が明示的に虚偽供述を処罰対象としているのは偽証罪に限られる」などとする従来の消極理由のほか、事案が書面化の例であつても人の供述は不誠実で移ろいやすい面があつて、虚偽供述によつて司法作用が侵害される程度は、偽証と誣告（虚偽告訴罪）に比して高いものでないこと、参考人の虚偽供述は捜査・審判機関以外に対してもなされるため、証拠偽造罪の成立を認めれば処罰の範囲が不明確になること、証拠偽造罪に積極説を採ると、捜査官に迎合するような供述が導かれる恐れがあること等前掲消極説⑥ないし⑩の理由も挙げる。

2 積極説の判例・裁判例―以下、類型（A）の（ii）書面化の例

（一） 大判昭一二・四・七（刑集一六卷五一七頁）は、公職選挙法違反事件の被告人が、買収金を渡した相手の受供与者Aと通じ、被告人の刑事事件の証拠とするため、Aを民事被告として「渡した金は、貸金であるから返済を請求する」旨の虚偽の民事訴訟を提起し、その口頭弁論期日において民事被告となつているAが前記内容虚偽の認諾をし、情を知らない裁判所書記官をしてその内容虚偽の口頭弁論調書を作成させたという事案である。

判決は「同調書は、被告人の犯罪の成否態様を判定する資料たるべき物的材料であること勿論であつて、刑事被告事件の証憑を偽造したものとなすに妨げなく、刑法一〇四条の罪を構成する」旨判示し、被告人のAに対する同

罪の教唆罪を認めた。この点、「法廷での訴訟行為としての認諾と捜査官による取調べ中の虚偽供述を同列に扱うのは相当でない」とする指摘もある。¹³ 確かに、本件は虚偽供述の証拠の作出が民事裁判での認諾調書作成を利用するという特殊性はあるが、捜査段階における虚偽供述の証拠作出が捜査を誤らせることから、証拠湮滅罪に当たるとを肯定した判例としてこそ意義があるため、従来から積極説の判例の一つに挙げられている。

(二) 千葉地判昭三四・九・一二(判時二〇七号三四頁)は、候補者が秘書Aに買収資金を供与した公職選挙法違反事件の弁護人が、候補者と謀りBに依頼して「候補者がAに供与したとされる現金は、BがAに個人献金したものである」旨の内容虚偽の上申書を作成させ検察官に提出させた事案である。判決は、「弁護人が参考人を教唆し捜査機関に対して、供述に代えて虚偽内容の上申書を提出させた行為は、証拠湮滅罪の教唆罪に当たる」旨判示した(東京高判昭三六・七・一八東京高裁判決時報(刑事)一二巻八号一三三頁も、公職選挙法違反事件で、供与した五〇万円は個人献金である旨の内容虚偽の上申書を作成して検察官に提出した事案につき、同旨の積極判示)。

(三) 東京高判昭四〇・三・二九(高刑集一八巻二号一二六頁)は、Aに対する偽証教唆事件で有罪が確定していた被告人が、同事件の再審請求を行うため、Aを偽証罪で告発し、同被疑事件を受理して捜査中の検察官から上申書の提出を求められるや、協力者Bと共謀の上、Bにおいて内容虚偽のB名義の上申書を作成して、検察官に提出し、Aに対する偽証被疑事件についての証拠を偽造行使した事案である。判決は、提出の右上申書が作成名義に偽りがなく、その作成が口頭による陳述に代えてなされた物であっても、証拠の偽造・同使用罪に該当する旨判示した。

(四) 仙台地(気仙沼)支判平三・七・二五(判タ七八九号二七五頁)は、遠洋漁業船上で発生した傷害致死事件の犯人から依頼を受けた漁労長の被告人が、死亡事故発生報告書に「過失による事故死」とする虚偽の事実を記載して、

これを海上保安部宛に電送提出した事案について、判決は、証憑湮滅罪（証憑偽造・同使用罪）の成立を認めた。

- (五) 福岡地判平五・六・二九（公刊物未登載）¹⁴は、窃盜被疑者が、友人をして虚偽のアリバイを内容とする上申書を警察官に提出させた事案について、証憑湮滅罪の教唆罪を認めた。

四 類型（B）最高裁平成二八年決定

- 1 第一審神戸地裁平成二六年三月六日判決（刑集七〇卷三号九三頁）、その控訴審大阪高裁平成二六年一月二六日判決（刑集七〇卷三号一〇八頁）とも、他人の刑事事件について捜査官と相談しながら虚偽の供述内容を創作するなどして供述調書を作成した行為が証拠偽造罪に当たると認定し、被告人の上告に対し、最高裁平成二八年三月三一日第一小法廷決定（刑集七〇卷三号五八頁）も職権判断でこれを原判決通り認定し、上告を棄却したものである。

- 2 本最高裁決定は、次の通り「犯罪事実」を認定した（なお、被告人らの犯行動機は、スロットゲーム店を無許可で営業中のAが、知人の被告人と一緒に新たな店を経営するに当たって、関係者Dからの嫌がらせの不安から、警察をしてD方を搜索させDを逮捕までさせるため、本件虚偽供述に及んだというものである。¹⁵）。

「本件は、被告人が、平成二三年二月一九日、Aと共に警察署を訪れ、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、暴力団員である知人のDを被疑者とする覚せい剤取締法違反被疑事件について参考人として取り調べられた際、A、B警部補及びC巡査部長と共謀の上、C巡査部長において、『Aが、平成二三年一月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ポリ袋一袋とオレンジ色のキャップが付いた注射器一本があった』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一通を作成し、もって他人の

刑事事件に関する証拠を偽造した。」と認定した。そして、

「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（刑訴法二三三条一項）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るところ（*摘示の消極四判例の記載は省略―筆者）、その虚偽の供述内容が供述調書に録取される（刑訴法二三三条二項、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」との一般論（傍論）を述べた上、

「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」と判示した。

五 類型（C）合意制度新設に伴う虚偽供述の危険防止のための「虚偽供述等の処罰」規定（刑訴法第三五〇条の一五）
同規定については偽証罪、証拠隠滅等罪及びその他の類型との関連等の問題点がある。詳細は次の第三で検討する。

第三 検討

一 参考人の虚偽供述と証拠隠滅等罪成否の議論における判例・裁判例の傾向

先の消極四判例（大判昭九・八・四、最決昭二八・一〇・一九、大判大三・六・二三、大判昭八・二・一四）は類型（A）の（i）で、予審判事の取調べや公判廷での証言において虚偽陳述をさせた事案であるところ、いずれもその虚偽陳述についての証憑湮滅罪の成立を具体的な理由を示すことなく否定・消極とした判例であった。

次に、虚偽供述を書面に転化した類型（A）の（ii）では、供述調書について同罪の成立を消極とするのが判例・裁判例である。しかし、参考人が取調べ以外の場で虚偽の証拠を作出することを企て、虚偽内容を書面に表現した供述書を作成してこれを捜査機関へ提出した類型事案では積極とする。その一方で、証憑（証拠）偽造の方法として、民事裁判における口頭弁論期日に事情を知らない裁判所書記官をして虚偽内容の認諾調書を作成させ、これを捜査機関に提出した事案において、証憑隠滅罪に当たるとした積極判決になる前掲昭和一二年大審院判決もある。

もともと、捜査官の参考人取調べの際、その参考人がその場でその虚偽供述の結果を記載した供述書を作成し、これを捜査官に提出したような事案ではどう解されるかの検討は残されていた。しかしこれも、後述するように、判例の傾向からすれば、事案にもよるが基本的には消極と解されよう。

二 捜査官の加担のない通常の取調べに対し、参考人が虚偽供述をする類型（A）における議論の整理

1 消極説の基本的理由の問題点と偽証・証拠隠滅両罪の対比、再検討

（一）消極理由①は、証拠隠滅等の「証拠」は、人証や物証の有体物たる「証拠方法」に限定するとする。

しかし、判例は証人や参考人を隠匿する行為につき、証拠湮滅罪の成立を認めている。¹⁶ それは、証人や参考人の記憶された事実の知覚が供述されたことで証拠化されるために、その顕出を妨害する行為こそが証拠湮滅に当たると解していることは明らかである。先の消極四判例も、虚偽供述自体が証拠隠滅等罪として当罰性がないことを正面から判断するものではない。山口厚教授も、前掲の消極判例とされる最決昭二八・一〇・一九について「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包含しない」としているが、これは被告人による偽証教唆が自己の刑事事件に関する証拠偽造教唆として不可罰になるわけではないことを示す文脈で述べられたにすぎないものであり、虚偽供述の証拠偽造としての可罰性を否定したものではないと的確に指摘する。¹⁷ これが、証拠資料である虚偽供述も「証拠」に含まれるとする積極説こそが妥当であることの所以である。

消極理由②は、偽証罪の存在が宣誓しない証人・参考人の虚偽供述を不可罰にする根拠と解するが、宣誓しない証人（参考人）がいかに証拠隠滅となる虚偽供述をしても、一切不可罰とするのが法意とまで解するには説得力が乏しい。

虚偽供述は、それが宣誓証人による偽証であれば、その虚偽陳述（証言）自体で偽証罪が成立し、その公判調書は立証のための証拠である（刑事訴訟法第五二条）。これに対し、捜査段階の参考人が手続上宣誓不要の下で、虚偽供述をし、これが供述調書等に転化された場合でも、それは虚偽供述自体が引き継がれたものであり、この文書が証拠隠滅等罪の「証拠」になるということは否定し難いはずである。書面化されても、同罪の「偽造」を文書の作成名義に偽りが無い限り内容の真偽を問わず不処罰とする有形偽造概念に従うなど、証拠偽造を否定する見解もあるが、作成名義人が文書の内容を改ざんする行為の「変造罪」の成立までは否定できず、否定説は採り得ない。¹⁸ ほか、真

実供述義務強化への危惧論（③）等の消極説の補強理由も、決定的理由とはなり得ていない。

（二）偽証罪と証拠隠滅等罪の構成要件、犯罪類型ないし保護法益の検討

両罪の構成要件や犯罪類型ないし保護法益も一つには包摂できないものがある。例えば、偽証罪には事件の限定がないが、証拠隠滅等罪は「他人の刑事事件」に限定される。また、同罪は犯人の利害に関連して証拠の隠滅を図ることにより、刑事司法に繋がる捜査の作用を害する犯罪であり、基本的には行うべき起訴前の適正での確な捜査を妨害する行為を取り締まるところにある。保護法益は、刑事司法を害する行為のカテゴリーの中で、類似はするが一般の業務妨害や公務執行妨害などとは異なるものとして位置付けられている。

これに対し、偽証罪は審判作用の公正を害する罪であるから、裁判官の判断を誤らせる危険を孕んだ証人の「虚偽供述」をもって、犯罪行為（実行行為）とする（刑法第一六九条）。宣誓を要件とすることで、証言の信憑性を高め、他面、虚偽供述を抑制する目的があり、それ故に偽証罪の法定刑は重いのである。この点、起訴前後の公判前証人尋問（刑訴法第二二六条、第二二七条。検察官請求になる、裁判官による参考人に対する第一回公判期日前証人尋問制度）も偽証罪の対象となるが、核心捜査の誤りをなくし、得た真実証拠の保全を目的とする規定になる。それは、捜査機関が作成した供述調書の証拠能力（刑訴法第三二二条第一項二号・三号）よりも、裁判官面前の調書の方がその要件が緩やかであるため（前同条第一項一号）、捜査に協力的でない参考人についてはこの公判前証人尋問の制度が必要な場合があるからである。ただ、立法趣旨を異にし、したがって、同証人尋問制度はその要件を絞りその効果も限定的な仕組みとなっていて、もとより虚偽供述による証拠隠滅・偽造の処罰をカバーできる制度とはなっていないものである。

要するに、虚偽供述を抑止し刑罰権が適正に行使されるようにするのは、審判・捜査共通の目的であり、それは刑法の立法趣旨なのであるから、法の予定する処罰の領域をいたずらに狭める解釈であってはならない。むしろ、法構造全体を見れば、虚偽供述が裁判官の面前でのものであれば偽証罪の処罰対象となるが、虚偽供述が捜査段階でのものであれば、別途処罰規定を置いたという解釈が相当である。すなわち、「罰金以上の刑に当たる者や拘禁中の逃走者を『藏匿』し又は『隠避』させる行為」の類型については、刑法第一〇三条（犯人藏匿等罪）の規定を置き、それ以外の「捜査を誤らせる妨害行為一般」の類型は同じ法定刑の刑法第一〇四条（証拠隠滅等罪）の規定を置いて、それぞれ証拠隠滅の態様に応じて取り締まるものとするのが法意であると解するのが最も合理的な解釈と言える。

このように、前述の消極説の理由②の「宣誓の上での偽証罪が存在するから、宣誓のない他の参考人の虚偽供述は、証拠隠滅等罪を含め総て処罰対象外である」との論理で、偽証罪を本則とし刑法の他の第一〇三条、第一〇四条等を偽証罪の落穂拾いのような例外として位置付けるのはドグマと言わざるを得ないこととなる。

2 刑法第一〇四条の証拠隠滅等における「犯罪行為」の捉え方、成立範囲の検討

(一) 同罪の対象行為は、捜査を誤らせないという保護法益の侵害行為であるが、積極説からは抽象的危険犯であるものの、「一定程度の法益侵害の危険を生じさせる行為に限定」するとの見解もある¹⁹。

この点、十河教授は「ただ、そうした法益侵害の危険性の判断を超えて、弊害と利益の比較衡量という実質的な判断を行うことは、『偽造』の文言解釈には馴染まないように思われる。（中略）その限界を確定するにあたっては、捜査官の面前での供述か否か、客体が供述調書か供述書かという点より、むしろ、供述内容と犯罪事実との関連性、

行為の積極性・主体性、供述内容の真偽の明白性等から、供述やその記録が捜査や公判に及ぼす影響の程度を見極め、刑事司法作用に対する侵害の危険性を判断するほかないと思われる。²⁰⁾とする。

(二) 私見では、従来から類型（A）の参考人の虚偽供述自体で既に証憑隠滅罪に当たるとする全面積極説を支持し、それが書面化されている場合は、虚偽供述の立証のための証拠との位置付けで、もちろん積極との見解であった。この点、山口厚教授は「虚偽供述は証拠偽造罪になるという結論は回避しがたいように思われる。ただし、それでは（中略）処罰範囲が相当に拡張する危険性が存在することは否定できない。そこで、処罰範囲を限定する方策を考える必要があるとすれば、それは理論的には必ずしも理由のあることではないが」とした上で、「処罰の明確性の見地から、虚偽供述が文書化された場合にだけ証拠偽造罪の成立を肯定する」と解している。²¹⁾

そこで、私見を進めれば、刑法第一〇四条（証拠隠滅等罪）の構成要件は、客体が「他人の刑事事件に関する証拠」であり、行為が「証拠の隠滅（証拠価値を害する一切の行為）、偽造（不真正証拠の作出）ないし変造（既存物の内容等の変更）」と、偽造・変造した証拠の「使用」であるところ、虚偽供述によって犯す「蔵匿や隠避をさせる行為」に対しては、刑法の第一〇三条（犯人蔵匿等罪）が適用される。そして、虚偽供述が犯人蔵匿等罪以外の刑法第一〇四条（証拠隠滅等罪）に該当する場合は、それが「本件の事件捜査に無関係の虚偽の供述」でない限り、同罪に該当すると解し、そこでは保護法益上の侵害の「程度」自体は、構成要件としては考慮外とすると解するのである。

偽証罪でも、構成要件の「虚偽の陳述」の解釈は、「証人が殊更に記憶に反する陳述」をしたというものであるが、構成要件に該当する実行行為の判断要素としては、その法益侵害の「程度」は問わない。²²⁾偽証罪の判例でも、

「虚偽の陳述が裁判の結果に影響を有するか否かは、偽証罪の成否に関係はない」としている⁽²³⁾。したがって、証拠隠滅等罪の解釈でも、「虚偽供述」とは、撤回・修正などなく、「固定・明確化するに至った供述」になる。例えば、覚せい剤使用罪の行為者A被告人の覚せい剤の認識、すなわち故意欠如の「証拠」になる「覚せい剤をAに風邪薬と言って飲ませたので、Aには覚せい剤の認識はなかった」とのBの虚偽供述は、それが固定・明確化した供述になったとき、その供述自体が既に捜査妨害の危険行為であり、構成要件の該当性が認められ、証拠隠滅等罪の犯罪行為になる「証拠偽造」の実行の着手になる。

ところで、一般に犯罪の実行行為は、「構成要件に該当する違法有責な行為」とされ、裁判実務では、構成要件に該当する具体的な犯罪行為の存否とその被告人の犯人性の事実認定がなされる（構成要件の該当性が認められれば、そのことにより違法有責の推定機能が働き、その後被告人側が特段これに反論主張をしない限り、これが充足しているものとして審理が進められる⁽²⁴⁾）。

審理過程では、「事実の認定は、証拠による」（刑訴法第三二七条）との規定に従い、公訴事実（訴因）が示す犯罪行為の「証拠」を吟味し、訴訟法上の認定として、その「偽造」等の「事実（情状を含む）の認定」を行い、その認定された犯罪事実、例えば、脅迫罪（刑法第三三二条）ならば、具体的な加害の告知内容等について「法令の適用」を行う。その判断の中核は、法解釈上で具体的事実における当てはめとなる（構成要件の概念を明らかにすべき条文の法解釈は、裁判官の専権事項）。こうして、「犯罪の実行行為」の存否が判断される。当該虚偽の供述が、公訴提起において、一定の具体的な捜査の妨害程度に達しているとの判断は、起訴裁量の問題となる。例えば、窃盗罪で窃取行為が認定される以上、財物の価値の程度は、起訴裁量の範囲の問題となるのと同様である⁽²⁵⁾。

そして、檢察官が起訴する以上は、参考人のその虚偽供述の内容について、供述調書ないし供述書として書面化された物として特定明示されるか、その場で録音・録画されるなど記録媒体化された物、あるいは虚偽供述がなされて犯人隠避をされた現場での、これを聞いた捜査官の供述などで立証する。取調べの録音・録画は、原則任意性立証の手段であるが、場合により実質証拠にもなり得るものである。虚偽の供述がなされたことで、実行行為の着手となり（他人の刑事事件に関する証拠）の「偽造行為」の着手）、捜査妨害を保護法益とする証拠隠滅等罪の侵害の危険が具体化され、そこで表示されている虚偽供述の記載内容が証拠資料として書面化された場合のその書証（あるいは録音・録画等の記録媒体）を立証手段とし、その犯罪行為が公訴事実（訴因）の内容となる。

虚偽供述自体が犯罪行為である以上（虚偽供述を証拠偽造罪の予備ないし準備行為と見るべきではない。予備罪等としての処罰規定もない）、檢察官は、犯罪行為の立証として、その前記「風邪薬虚偽供述」のBの供述調書ないし供述書等を証拠に供するが、その書証等の存在とその内容たる虚偽供述自体が証拠偽造の犯罪行為の中核となる。参考人の虚偽供述を聞いた捜査官の供述なり、あるいは録音・録画の物証など、およそ立証手段は、証拠能力があるかぎり限定の謂れはない（証拠能力がない証拠でも、隠滅・偽造の対象にはなるが）。偽証罪では、偽証が行われた時点で既に遂となり、それは刑訴法第五二条の公判調書で証明されるところ、いわばその関係に類似する立証となる。書証一般は、記載内容だけを証拠とする「証拠書類」と、内容も加えて書面そのものの存在、状態等も証拠とする「証拠物たる書面」とに分かれ、両者は取調方法（朗読・展示）を異にする²⁶。

このように、「虚偽供述自体では犯罪行為となり得ない」とする消極説の解釈はもとより、「虚偽供述は供述調書に転化されて初めて証拠偽造となる」との解釈も論理的とは言えない。さらに、供述調書では消極だが供述書なら

ば積極と解する立場がある。他人の刑事事件の証拠の偽造を、事件関係者らが捜査官の取調べ外において、申し合わせるなどして虚偽内容の供述書を作出したとき、初めて積極だと考える立場である。判例も、このような犯罪類型の事案にあつて証拠偽造罪を認める積極説の傾向にあると言える⁽²⁷⁾。しかし、供述調書と供述書の証拠法上の扱いは同じであり（刑訴法第三二条第一項）、両者を区別するのは形式的な議論と言える⁽²⁸⁾。「供述書」作成は、参考人が虚偽供述を捜査官に述べるという過程（行為形態）を辿るのではなく、参考人が内心で構成した虚偽事実を供述として書面（供述書）に転化する証拠偽造過程を辿るが、それは捜査官に対し虚偽供述を口頭ではなく書面で行ったという違いだけで、虚偽供述を実行するとの実質は異ならないと言うべきである。

ところで、虚偽供述自体の実行行為性を全面否定しながら、これを書面化すれば刑法第一〇四条の「証拠の偽造」に当たるとする見解であるが、この論理では（虚偽供述の明確化のための書面化積極説は別論として）、虚偽供述自体を証拠とするのと変わりはなくなり、「偽証罪以外の虚偽供述は総て不可罰」とする消極理由②との整合性をどう考えるかである。また、偽証罪の成立は「虚偽の陳述」をすればそれで成立し、その公判調書は証明証拠にすぎないとの法理との違いをどう説明するのかである。裁判官面前供述における「裁判の直接主義」を強調する理もあるが、「虚偽供述自体」の実行行為性及びその証拠性の概念自体は同じであるはずである。

結局、証拠偽造罪を虚偽供述自体の違法性とは別個に、新たな証拠の捏造として捉えるとしても、証拠法上は、「証拠物たる書面」として虚偽供述（証拠資料）の認定証拠になるから、虚偽供述自体の違法性が基礎に置かれていることは否定できない。そこで、次に本最高裁平成二八年決定がこの理を肯定しているのかを検討する。

三 参考人の虚偽供述に捜査官もこれに積極的に加担して、虚偽内容を書面化した類型（B）の分析

1 捜査官が参考人の虚偽供述の書面化に加担する犯罪類型と本最高裁判平成二八年決定の判断枠組み

先ず、この類型（B）事案と区別しておかなければならないのは、希有な想定事例ではあるものの捜査官主導型の事例である。すなわち、参考人が積極的に虚偽供述をする事案ではなく、捜査官が企図主導して「傀儡供述人」の参考人を巻き込み、あるいは捜査官が勝手に供述人を仕立てたりして、当該供述があつたように創作して内容虚偽の供述書なり供述調書を作成し、これを令状請求の資料に供するなどする事案である。この場合は、捜査官の実行行為は「虚偽供述自体が存在しないのに、それがあつたように装って内容虚偽の文書を作成する犯罪類型」になり、それは本来的には刑法第一〇四条の保護法益が想定するものではないと言える。したがって、このような参考人の虚偽供述に根差さない文書上の創作になる犯罪類型ならば、第一義的には文書偽造罪（虚偽公文書作成罪等）の成否が問擬され、証拠偽造罪の適用はあるとしてもそれは第二義的になるのが筋ということである。

ところが、本最高裁判平成二八年決定の犯罪類型（B）の事案では、参考人AがDの陥穽を巡らして共犯者と共に警察署を訪れ、捜査官Cらに積極的に「Dが覚えい剤を所持しているのを目撃した」旨の虚偽供述をし、その企みを知った捜査官B・Cもこれに助言等その虚偽性を一層深めることで加担して、供述調書に名を借り、よりフレームアップしたC作成名義の文書を創作したという参考人主導型の行為である。同決定は、傍論ながら「参考人の虚偽供述自体は証拠隠滅等の罪に当たらないし、それが書面を含む記録媒体上に記録された場合でも、それだけでは同罪の該当性は認められない」として、従来の消極四判例を踏襲すると判示した。ところが、本件のような捜査官が参考人の虚偽供述を受けて、相共謀して虚偽供述に根差す証拠たる供述調書を作成する行為については、検察官が設定した

公訴事実（訴因）通り証拠偽造罪が成立するとした。論者によつては、この決定は供述調書と供述書の信用性の担保者双方が、供述調書に名を借りた実質「供述書」として証拠を偽造したものとも評する。⁽²⁹⁾ 私見では、本決定事案が事件捜査のない段階で、参考人がその対象犯人の陥穽を巡らし、虚偽供述を捜査官に持ち込んだというのが真相ならば、実質はむしろ虚偽申告罪（刑法第一七二条）に捜査官が加担した事案と見るのが筋ではないかと考えている。

そこで、本決定の判断枠組みを考察する。

本決定のコアは、本件事案が捜査・審判の適正円滑な機能を害する程度が定型的・類型的に高いとして、これを「証拠偽造」の実行行為と解することにある。この判断枠組みは、悪質事案の当罰性を指摘する点において妥当なように見える。しかし、それは事案の悪質性や行為の積極性を顕現する基準とはなり得ても、前提の実行行為になる虚偽供述自体、ないしその立証手段または行為客体（供述の化体文書）の本来的客観性を明示するものではない。書面化しても原則消極を前提にする以上、書面化が決定的要素とはならず、結局、否定しているはずの虚偽供述自体（証拠資料）の証拠性・実行行為性を認めることこそが論理的帰結との理が透かし見えよう。つまり、本決定事案のような虚偽供述に根差した虚偽文書の作成行為の擬律判断は、参考人主導型で虚偽供述が現に存在するのに、その虚偽供述自体の証拠偽造罪の実行行為性を肯定することなく、消極説で貫くならば、結果として、虚偽供述に根差さない捜査官主導型と同様となるから、この場合は先に述べたように、第一義的には証拠偽造罪の適用ではなく、供述調書作成者の捜査官Cには虚偽公文書作成罪（刑法第一五六条）こそが適用され、その共犯者は、刑法第六五条一項の身分なき共犯として同罪の処罰対象とすると解するのが筋と言えよう（本件では、参考人の供述人Aは虚偽公文書作成罪の教唆罪となる⁽³⁰⁾）。してみると、本決定が無罪ではなく例外的に公訴事実（訴因）通り証拠偽造罪を認めたということは、消

極四判例の踏襲を基本としながらも、「虚偽供述自体の証拠性・実行行為性を容認前提にするに等しい例外事例を敢えて認める」ことを含意していると理解するのが筋と思われる。

本来構成要件は、取締目的の保護法益が既に類型的に認められる範囲で法条化されたものであるから、実行行為性の判断時に悪質性等の事情判断が入るものであつてはならない。結局、構成要件の実行行為としては、「虚偽供述」自体の内容を示すことだけで、法条の定型性の十分性、したがってその罪刑法定主義機能の充足律は既に必要にして十分示されているものと考えるところである。³¹⁾

2 「最高裁判所判例解説」から見る本最高裁平成二八年決定の道筋

同解説は、積極説を貫けば結局、参考人に対し刑罰を担保として真実供述義務を課すことになり、虚偽供述が維持されることによる公判廷での真実解明への悪影響、捜査官への迎合危険、捜査協力への躊躇や処罰範囲の拡大による弊害、捜査段階の供述の流動性と証拠価値から見た当罰性、悪質事案の他罪での立件可能性等を検討する。その結果、参考人が捜査官に虚偽供述をして供述調書を作成させても、証拠偽造罪の成立を認めることは、利益よりも弊害が多く原則的に相当でないとして、真実供述義務を課すのも同然になることの危惧論へと判断の重点を導く。

その上で、「参考人の虚偽供述は偽証罪に該当しない限り不処罰」とする消極四判例の基本の踏襲と、捜査官関与の供述調書、その示唆、関与がある虚偽の供述書は真実供述義務を課す弊害から、その当罰性を原則消極と解する。ただ、捜査官の示唆、関与等なく参考人自らの判断で作成した虚偽の供述書、参考人の積極的意図により捜査官も共謀し供述調書の名で作成された虚偽の文書は、例外的に証拠偽造罪が成立するとの判断枠組みの道筋を説く。³²⁾

この道筋論に従って本決定を考察するならば、捜査官の加担によってそれ以後、虚偽供述が、参考人の虚偽供述か

ら捜査官主導型の「新たな独自の虚偽文書」の創作に変わったと認定し、しかし検察官が選択した公訴事実（訴因）が文書偽造罪ではなく証拠偽造罪であったことから、同罪の成立を肯定したとの道筋も考え得るであろうか。ただ、そもそも真実供述義務強化への危惧論であっても、敢えて取調べに応じ捜査攪乱を狙い殊更虚偽供述をすることまでは正当化できないはずで、賛同し難い。捜査機関は、真相解明のための捜査を行うのであり、また、一度虚偽供述をしても、これを撤回して真実を述べようとする者に対しては、処罰対象とするはずはなく、供述調書等に書面化した場合も同様である。

このようにして、本決定事案の当罰性も全面積極説に従い、論理的には殊更虚偽供述をする行為自体に証拠偽造としての当罰性・実行行為性があるからこそ、首肯できるところである。

四 新設の刑法第三五〇条の一五（虚偽供述等の処罰）の規定（類型（C））の意義付けと証拠隠滅等罪との関連

この新設規定の立法趣旨は、従来の罰則では参考人の虚偽供述に対しての処罰の対象性、十分性について議論が考えられるところ、合意制度によって合意をした被疑者・被告人が、合意に違反して捜査機関に対し虚偽の供述をす行為等を防止すること、そして合意に基づいて提供される証拠の信用性・真正性を確保し、合意制度の適正な運用を担保することにあり、「合意に違反して、捜査機関に対し、虚偽の供述をし又は偽造・変造の証拠を提出した者は、五年以下の懲役に処する」と規定する。ここで、「虚偽」とは刑法第一六九条（偽証）と同様、自己の記憶に反することをいい、「偽造」及び「変造」の意義も、同法第一〇四条のそれと同じであると解される。さらに、虚偽供述をした者が裁判確定前までにこれを自白したときは、刑法第三五〇条の一五第二項に偽証罪の場合と同趣旨の刑の任意的減免規定を置いたが、これは同条第一項の罪に当たる行為により不当な刑事処分が行われることを未然に防止す

るため、同罪を犯した者に対し、その事実を明らかにするよう動機付けるといふ政策的な観点から規定したものである。⁽³³⁾

この新設規定は、特別の捜査手段の導入に伴って更に生じ得る虚偽供述であり、捜査妨害違反として証拠隠滅等罪の当罰性のある既存の虚偽供述行為に比し、その危険が現に犯された場合、宣誓はないが偽証罪に準じて法定刑の重い犯罪類型として特別に規定したものである⁽³⁴⁾。その実行行為は、偽証罪の「虚偽の陳述」と同じく、「虚偽の供述」であることが構成要件として明示されている。その上で、その供述が転化された供述調書も立証上の証明証拠として扱われることの理となる。また、他の虚偽供述による捜査妨害行為との関係では、合意被疑者の虚偽供述の新設罰条が、証拠隠滅等罪との関係では法条競合の特別法として位置付けられる。

また、刑法第一〇三条、第一〇四条及び第一〇五条の二（証人等威迫罪）の法定刑の引き上げの改正も行われた。立法案担当者は、保護法益の性質が類似する強制執行妨害関係の罪（国家の作用に対する妨害という点で類似）、業務妨害の罪（人の業務に対する妨害という点で類似）と比べても軽いこと、「これまで以上に厳正に対処すべき犯罪である」という法的評価を示すとともに、その威嚇力によってこれを抑止し、客観的な証拠や関係者の供述が損なわれたり歪められたりすることなく公判廷に顕出されるようにすることなどにより、公判審理の充実化を図るため、法定刑が引き上げられた」と改正趣旨を解説している。⁽³⁵⁾

これらの罪の法定刑を引き上げ、その威嚇力を高めることで、参考人が殊更に虚偽供述をすることにより、犯人の身柄確保、その特定性や重要な情状の事実関係の捜査妨害が抑止されることとなる。また、それによって真相解明が進み事件解決の司法手続も迅速化されれば、延いては被疑者・被告人の勾留あるいは保釈の適正嚴格化に資すること

にもなつて、その人権保障にも繋がるなどという論者の指摘も理解され得よう。⁽³⁶⁾

五 犯人蔵匿等罪と証拠隠滅等罪との関係

消極の下級審判決である前掲平成七年千葉地裁判決は、「それが犯人隠避罪に当たり得ることは別として、証拠隠滅等罪には当たらない」と判示し、また、前掲平成八年千葉地裁判決は「犯人隠避のほか証拠湮滅（偽造）についても、規定上明示されていないものの、虚偽供述という方法でこれを犯すことを想定することはできる」、「虚偽の供述による犯人隠避では、処罰の対象は犯人の身柄の確保ないし特定を妨げる虚偽供述に限られる」と判示している。

官憲による犯人の発覚逮捕を免れさせるために隠匿場所を提供する「蔵匿」行為、またはそれ以外の方法により官憲の発見逮捕を免れしめるべき一切の方法で行う「隠避させる」行為を構成要件とする犯人蔵匿等罪⁽³⁷⁾も、犯人を確保して顕出させるべきは犯人の供述（自白）であり、それは「証拠」にほかならない。このため、参考人を隠匿する行為や虚偽供述によつて犯人の隠匿がなされれば、証拠隠滅等罪の該当性との関係をどう捉えるかが問題となる。犯人隠避罪の保護法益を身柄の確保に限定すると解するのが「官憲の発見逮捕を免れしめる」との判例解釈上からも自然であり、かつその実行行為性は分かり易い。ところが、犯人隠避罪の保護法益に犯人の特定性も含むとすれば、証拠隠滅等罪の実行行為との区別が曖昧になる。この点、最決平元・五・一（刑集四三巻五号四〇五頁）は、殺人未遂事件で犯人の身柄が確保された後、被告人が他の者を身代わり犯人として警察署に出頭させた事案で「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旨判示し、最決平二九・三・二七（刑集七一巻二号四四九頁）も、警察官に対し「交通事故の被疑者として逮捕されている被疑者は、犯人でなく別人である」旨虚偽の供述をした被告人に対する犯人隠避事件についても、前同旨の判示をしている。

しかし、前掲最高裁二決定とも、必ずしも保護法益が犯人特定まで含むとする判断をしたとまでは解されず、このような「隠避をさせるための虚偽供述」は、証拠隠滅等罪の処罰対象となるものと解し得る。すなわち、犯人隠避罪の保護法益は、その文理解釈上も本質的に犯人の身柄の確保に限定されるべきであり、犯人の特定性については「虚偽供述によつて実行」³⁸されるものであつて、これは「証拠」を偽造して使用する犯罪類型（証拠隠滅等罪）と捉えるのが妥当と言えよう。前掲平成七年・八年の千葉地裁判決の事案は、むしろ証拠隠滅等罪の典型事案と言うべきである。仮に裁判所が犯人隠避罪の保護法益に犯人の特定作用も加えたと解するならば、その点について検察官にその旨釈明を求め、あるいは訴因変更を促すべきとの訴訟手続上の不備（審理不尽）の問題も出てこよう。

さらに、「罰金以下の刑に当たる罪（侮辱罪）の犯人を捜査機関に虚偽供述をして隠避させる行為」が証拠隠滅等罪の処罰対象となるかとの、犯人隠避罪と証拠隠滅等罪とが交錯する問題がある。私見では、これも捜査妨害の保護法益からして積極に解すべきものと考えるところである。また、前掲平成元年及び平成二九年の最高裁決定のように犯人の身柄が確保されている以上、「身代わり犯人を装う」、あるいは「真犯人が別にいる」と虚偽の供述をする行為は、保護法益の観点から証拠隠滅等罪が成立するものと考えるが、これらの虚偽供述が犯人の身柄が確保されていない段階で行われても、同罪の処罰対象となるものと解する。いずれにしろ、犯人隠避について前掲平成元年及び平成二九年の最高裁決定は、明示的言及はないものの、虚偽供述自体で既に犯人隠避罪の抽象的危険が発生しているものであり、その旨の供述調書が作成されて初めて同罪の危険が発生したものではない。それは実況見分の際に、現場で立会人の目撃者が虚偽の指示説明をした場合も、証拠隠滅等罪はその場で成立し、実況見分調書の作成によつてではないのと同様である。

第四 結 語

参考人の虚偽供述と証拠隠滅等罪の成否問題については、私は早くから積極説の立場で論じてきたところであるが、この議論にはこれまで検討してきたように未整理部分が残っていた。戦後、予審制度が廃止されてその役割が検察官に実質引き継がれ、精密司法化していく中で捜査における真相解明の要請が高まり、参考人の虚偽供述は、偽証にも勝るとも劣らぬ危険性を持ち、これは裁判員制度が導入され、また取調べの可視化が進んでも、基本構造自体は変わらないと思われるのである。³⁹⁾

前田雅英教授は、書面化限定積極説の立場で「判例・多数説が（中略）供述（証拠資料）は証拠偽造罪の対象とすべき『証拠』に含まれないと考えてきた（中略）その基礎には、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判断が存在する」とし、虚偽供述自体はもとより供述調書も消極であるが、参考人自ら供述書を作成して捜査機関に提出する場合には、その証拠偽造罪の当罰性を認めるのが相当と解している。⁴⁰⁾

捜査の段階では参考人に捜査協力を求め、自由任意のうちに重要事実を語ってもらうのが必要である。そのためには、虚实混じる供述に対し、厳格な取締規定を置くのはかえって真実の供述を得難いのではないかとの前田教授の指摘は、確かに傾聴に値する。玉石混交の供述の中から、真実を見極める過程が捜査という作用の特徴と言ってよい。考えてみれば、殊更に虚偽供述をする参考人は、犯人とは親族とか近い人が多く、とくに親族の場合は犯人を庇って殊更に虚偽供述をする危険が高いため、犯人蔵匿等罪や証拠隠滅等罪を犯人の親族が犯した場合には、刑の任意的

免除規定を置いている。親族でない参考人も捜査に協力する以上は「殊更に虚偽供述をする」ことはしないよう取締規定を置くことで、その抑止を図るのが法意と言える。その取締りでも、「通常は証憑隠滅の対象となる本件たる犯罪の方が重大である場合が多いため、その本件たる犯罪の解明がなされれば刑政の目的が達せられたとして、その過程で犯された証憑隠滅罪は、本件の補強ないし悪性の情状等として考慮するにとどめ、あえて立件ないし起訴をしない例が多い」ところ、そこで、「捜査機関としても、参考人の虚偽の供述を看破し、これを排除して本件の真相を解明すべく努力を続けるのが通常の捜査形態であつてみれば、本件の捜査の過程で発生した参考人の虚偽の供述自体を、いちいち立件ないし起訴するまでもないとの共通の認識があるものと思われる」こと、したがって「証憑隠滅罪の適用取締りを考えるにしても、やみくもに積極説というわけではなく、捜査の基本に則り、その対象を真に危険な行為に絞って検討すべき」である⁴¹。

ところで、残る課題として、保護法益を共通にする偽証や犯人蔵匿・証拠隠滅の各罪にあつて、なされた司法・捜査作用の妨害となる参考人の虚偽供述が、具体的にどの罪に該当するのか、各罪の犯罪類型の違いに応じて合理的で妥当なスタンダードとなる解釈を導くために、本最高裁判平成二八年決定も見て、関連法条相互間の整理・明確化を立法的に図る必要性があることなどを指摘しておきたい。⁴²

摺筆にあたり——本拙稿は、参考人の虚偽供述にかかる細やかな一モノグラフである。ところで、ルドルフ・v・イエーリングは、その名著『権利のための闘争』（小林孝輔・広沢民生訳、日本評論社・一九七八年——二二頁）において、正義の女神像を語るに「はかりのない剣は裸の暴力であり、剣のないはかりは法の無力を意味する。はかりと剣は相

互依存し、正義の女神の剣をふるう力と、そのはかりをあつかう技術^{わざ}とが均衡するところにのみ、完全な法律状態が存在する。」と喝破している。そして、佐伯仁志・高橋則夫・只木誠・松宮孝明編『刑事法の理論と実務1』（成文堂・二〇一九年）の冒頭「創刊の辞」は、「法科大学院がもたらした成果の一つに、『理論と実務の架橋』が挙げられることは確かである。カントの言葉をモディファイすれば、『理論なき実務は盲目であり、実務なき理論は空虚である』といえるのであり、『理論と実務の架橋』を今後も維持し、そして発展させていかなければならない。」と評するが、言い得て妙である。そこで、更に通底する思索を求めれば、先のイエーリングの「概念法学論から自由法学論へ」の鮮やかな転向（Bekehrung）の研究姿勢が魅惑的である。ともあれ、なお大方の議論を得て、本拙稿論題の一層の深化が見られることを期待するところである。

【注】

- (1) 拙稿「参考人の虚偽供述と証憑湮滅罪の成否」『研修』平成四年五二六号八七頁以下。なお、私はこの上記拙稿を発表して以後、歳月が流れていたところ、今回あたかも「未了の因」を感じするが如くして改めて本題を論ずる機会を得たことから、本稿の論題には敢えて「再論」と付した。
- (2) 十河太郎「内容虚偽の供述調書と証憑偽造罪」同志社法学四九卷二号二八頁以下、五三頁。
- (3) 【消極学説】としては、団藤重光『刑法綱要各論（第3版）』八七頁注（五）。平野龍一『刑法概説』二八七頁、同「刑法各論の諸問題18」法学セミナー二二八号四〇頁（「虚偽の供述をさせることは湮滅とはいえないであろう」とした上、「偽証教唆も証憑湮滅の一種であり、法条競合として重い偽証罪で処罰されるとする見解もあるが、そうすると参考人を教唆して捜査機関に虚偽の供述をさせることも、証憑湮滅になることになる。さらに進んで参考人が虚偽の供述をすること自体、証憑湮滅と

いうことにもなりかねない。これは偽証罪を宣誓した証人に限った趣旨にも反するだろう」とする。」。団藤重光編『注釈刑法（3）各則（1）』（香川達夫）一三〇頁。藤木英雄『刑法講義各論』四二頁（ただし、「証人、参考人として虚偽の供述をするのは、偽証罪に該当しないかぎり、処罰されない」とした上で、「しかし、捜査機関に対して虚偽の供述をするよう申し合わせることは、証憑湮滅にあたりと解すべきであろう」としている。）。福田平『全訂刑法各論（増補版）』三一頁。井田良『講義刑法学・各論』五六二頁。松原芳博『刑法各論』五六八頁。斎藤信治『刑法各論（第四版）』三一九頁。大山弘『松宮孝明「参考人が捜査官に対して虚偽の供述をしその内容を供述調書に録取させた行為は証拠偽造罪に当たるか（否定）」法学セミナー四九〇号八一頁（証拠偽造罪の客体の文書を、文書偽造罪の有形偽造論で統一する。）。永井善之「参考人の虚偽供述と証拠偽造罪」金沢法学五九卷一号八五頁以下（八三頁以下では、積極説の整理も詳しい。）。池田杏奈「刑事判例研究」北大法学論集六八卷六号二〇六頁。

なお、虚偽供述自体は消極ながら、その書面化した物についての限定積極説は、原則、後掲（5）に掲載した。

（4）前掲（1）の拙稿八九頁の解説参照。

（5）【積極学説】（虚偽供述自体は消極だが、書面化された場合は積極とする見解を含む。）としては、大塚仁『刑法概説各論（第3版増補版）』五九八頁、大谷實『刑法各論（第5版）』三九三頁、板倉宏『刑法各論』三二二頁、内田文昭『刑法各論（第3版）』六五五頁、中森喜彦『刑法各論（第四版）』二九三頁、堀内捷三『刑法各論』三二〇頁、十河太朗「犯人蔵匿罪と証憑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一一五頁、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『刑法の争点』二五六頁、伊東研祐「参考人の虚偽供述と証拠偽造罪」現代刑事法五卷一〇号三五頁。藤岡一郎「参考人の虚偽供述と証拠偽造罪」芝原邦爾・西田典之・山口厚編『刑法判例百選Ⅱ各論（第五版）』二四三頁、飯島暢「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『刑法判例百選Ⅱ各論（第6版）』二五六頁等。ほか実務家からも小島吉晴「新判例解説・証人、参考人の虚偽供述の刑法的評価について」『研修』平成三年五一八号三〇頁以下、前掲（1）の拙稿『研修』九七頁。井上宏「新判例解説第二三一回」『研修』平成七年五六二号三六頁、尾崎道明「判例研究」『研修』平成七年五六九号一九頁（虚偽供述自体を積極と解した上での書面化積極説）、

河村博「刑事判例研究」(二八二)「警察學論集四八・一二・一七六等の有力説がある。なお、虚偽供述が書面化された場合に積極と解するのは、西田典之(補訂者橋爪隆)『刑法各論』(第七版)四八八頁、山中敬一『刑法各論』(第三版)八〇五頁以下、高橋則夫『刑法各論』(第三版)六七〇頁、前田雅英『刑法各論講義』(第六版)四六五頁、同「参考人の虚偽供述と証拠偽造罪」『研修』平成八年五七四号一二頁(虚偽供述自体はもとより供述調書でも消極ながら「供述書」ならば積極と解してよいとする)。山口厚『問題探究刑法各論』二九二頁、同『刑法各論』(第二版)五八八頁は、理論的には参考人の虚偽供述自体で同罪の成立を認める余地があることを認めつつ、結論は虚偽供述が文書化された場合だけ証拠偽造罪の成立を認めて処罰範囲の限定化を述べる。前掲(2)の十河四〇頁以下(証拠価値の高さや、書面化されれば証拠方法となり、虚偽供述自体の積極・消説の如何を問わないものとする)。

(6) 前掲(5)の小島二九頁、尾崎一八頁、十河一一七頁。井上三五頁(同稿では、立法経緯も参照)。

(7) 前掲(5)の小島三〇頁。

(8) 前掲(5)の井上三六頁。野原俊郎「最高裁判所判例解説」法曹時報六九卷一〇号三七〇頁は「予審の証人尋問という機能は公判前証人尋問(刑訴法第二二六条・第二二七条)に引き継がれた」とする。しかし、法は捜査機関に、真相解明上必須の重要参考人が捜査に非協力的な場合、証拠保全のため強制捜査になる公判前証人尋問を規定したが、要件を絞り結果的にその効果も限定的な仕組みとなっており(河上和雄ほか編『大コンメンタル刑事訴訟法』(第二版)第4巻)六二八頁(池上政幸・河村博)、参考人の殊更に虚偽の供述をする行為の取締規定でもなく、証拠隠滅等罪に代わる制度とはなっていない。

(9) 大塚仁『注解刑法』(増補第2版)五二六頁。中野次雄『逐条改正刑法の研究』二一九頁は、「今日のように刑事司法における国家権力の行使が人権保障の見地から種々の制約を受ける状況の下にあつては、司法作用の適正のためには国民の側のより積極的な協力が必要とされ、親族といえども刑事司法に対する阻害行為を無条件に許すべきでないという思想である」とする。徳永元「警察官に対する、勾留中の被疑者との口裏合わせに基づいた参考人の虚偽供述が、刑法第一〇三条の『隠避させた』に当たるとした」事例「九大法学一一六号一六頁参照。

(10) 前掲(1)の拙稿九〇頁、九二頁。前掲(5)の十河一一六頁。

- (11) 前掲(1)の拙稿九一頁。
- (12) 前掲(1)の拙稿九一頁〜九二頁。
- (13) 前掲(8)の野原三七四頁。
- (14) 前掲(5)の井上二九頁。
- (15) 前掲(8)の野原三六一頁。
- (16) 大判明四四・三・二二刑録一七輯四四五頁、最決昭三六・八・一七刑集一五卷七号一二九三頁。
- (17) 前掲(5)の山口二九一頁。消極判例の背景には、戦前は犯人が親族に証拠隠滅させても親族が不処罰であって教唆罪不成立の事情もあったと言える。
- (18) 証拠偽造罪の「偽造」を文書偽造罪の有形偽造概念で捉え、供述調書や上申書等については偽造に当たらないとするのは、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四八頁（なお、同四五頁は、人証を証拠隠滅等罪の「証拠」から総てを外す見解を採る）。前掲(5)の山口二九二頁は、名義人が改ざんすれば変造罪とせざるを得ないとして、右松宮説に反対する。大判昭一〇・九・二八刑集一四卷九九七頁は、文書の作成権限者による記載事項の変更に刑法第一〇四条を適用するところ、これを前提に団藤重光『刑法綱要各論（第三版）』八七頁は、同罪では「文書偽造罪のばあい」の『偽造』『変造』とはちがって文書についての作成権限の有無は無関係であり、また、文書としての内容の真否も問わないとする。
- (19) 前掲(5)の伊東三六頁。前掲(5)の只木二五七頁。私見では、証拠偽造罪が抽象的危険犯であっても、虚偽供述が曖昧ないし流動的で未だ供述自体が定まらず固定・明確化していない段階でのものは刑事司法作用の侵害の抽象的危険性すらないから、「偽造」の構成要件の着手すら認められないと言うべきで、この理は当然であると解する。十河太朗「参考人の虚偽供述と証拠偽造罪の成立範囲」『研修』平成三〇年一二月第八四六号一〇頁は、証拠偽造罪は抽象的危険犯とされているが、捜査段階において通常想定される程度の虚偽供述は、刑事司法作用の侵害の抽象的危険犯すらなく、偽造に当たらないというべきであるとする。

(20) 前掲(19)の十河『研修』三頁以下、一三頁。

(21) 前掲(5)の山口二九二頁。前掲(1)の拙稿九一頁以下。なお、書面化の意義の捉え方の違いについて、山口教授は、構成要件の限定のためと捉え、私見は立証の手段と捉えるその点の違いであろうと思われる。

(22) 大判大三・四・二九刑録二〇巻六五四頁。

(23) 大判明四三・一〇・二二刑録一六卷一七一四頁。

(24) 裁判における構成要件論については、金山薫「構成要件論の終焉」『小林充先生・佐藤文哉先生古稀祝賀刑事裁判論集刊行会』(判例タイムズ)二〇〇六年)三頁以下参照。井田良「法令の解釈・事実の認定・法令の適用―刑罰法規適用過程の構造をめぐって」『研修』平成三二年二月八四八号三頁以下。

なお、構成要件理論の基本については、佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』三二頁以下参照。

(25) 検察官の訴因設定と裁判所の審判の範囲につき、最決昭五九・一・二七刑集三八卷一号一三六頁、最大判平一五・四・二三刑集五七卷四号四六七頁参照。

(26) 証拠の取調方法の区別について、最判昭二七・五・六刑集六卷五号七三六頁は、結局立証趣旨によるとする。

(27) 前掲(8)の野原三八八頁の(注53)は、「参考人の作成名義による供述書、上申書等であっても、捜査の場では、捜査官が指示してその面前で供述書、上申書等を作成させる例が多い。重要なのは、供述書か供述調書かという証拠方法、作成名義の差ではない。参考人が捜査官の誘導を受けずに作成したものがどうか重要であろう」とする。なお、前掲(3)の藤木四二頁、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7版)』二四六頁、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「下巻」』三五〇頁以下も各参照。

(28) 前掲(5)の尾崎二四頁は「供述書と供述調書を区別するのは、形式的な議論にすぎず、説得力を欠く」とする。前掲(2)の十河四三〜四四頁等参照。

(29) 辻本典央「参考人の虚偽供述と証拠偽造罪(証拠法の研究)」近畿大学法学六五卷三・四号一五頁参照。なお、前掲(3)の井田三六一頁は、供述調書は公文書、それに含まれる供述部分は私文書と解され、それに署名することにより供述書という証

拠を偽造したと見ることは可能とする。

(30) 大判昭八・七・一三刑集一二卷一三〇三頁は、「司法警察官において供述者の供述をそのまま録取したとするも、供述者と共謀のうえ真実を隠蔽し虚偽の供述をさせてこれを聴取書に記載したときは虚偽の公文書を作成したものとする」としている（なお、供述者自身は、同罪の教唆罪として有罪。そして、供述者に虚偽公文書作成罪が成立するとした判例としては、大判明四四・四・一七刑録一七輯六〇五頁）。前掲(3)の永井九二頁〜九三頁。大塚仁『注釈刑法(4)』一三三頁は、文書の供述内容が真実に反していても、それが供述調書に供述通り録取作成されていれば虚偽公文書作成罪は成立しないと解する。しかし、前記昭和八年判例を引用して、捜査官も虚偽供述と分かつて加担する事案では同罪の成立を肯定する。

(31) 前掲(5)の伊東三四頁は、「悪質性・加害性等が、本来『証拠』たり得ないものを『証拠』とし得るのであるか？それらは、不法実体の付加・増大を意味しはするが、行為客体性を基礎付け得るものとも思われない（中略）（勿論、不法実体の付加・増大を意味すると捉えること自体を不当とする見解もあるであろう）」とする。もともと、同三六頁では「参考人の単純な虚偽供述が総て証拠隠滅等罪に該る、とするのは、現実的でないし、また、解釈論としても妥当ではない」とする。そして、「『蔵匿』『隠避』と同程度の法益侵害の危険性を有し得る態様のものという視点が有用であると思われる」とする。

(32) 前掲(8)の野原三八〇頁以下。なお、三隅諒「他人の刑事事件について捜査官と相談しながら虚偽の供述内容を創作するなどして供述調書を作成した行為が証拠偽造罪に当たるとされた事例」（『刑事判例研究一九三』論究ジュリスト二五号）一九五頁参照。

(33) 立法案担当の吉田雅之『平成二八年刑事訴訟法等改正』（商事法務二〇一八年）一五〇頁〜一五三頁。なお、白取祐司ほか『日本版「司法取引」を問う』九四頁は、合意でなされた供述（供述調書）の内容を、公判で覆して「本当のこと」を述べれば処罰されることになる恐れがあることを指摘するが、私見では、法はその弊を避けるため、偽証の場合と同趣旨の「後戻りのための黄金の架け橋」になる虚偽供述を自白すれば刑の任意的減免がなされる（刑法第三五〇条の一五第二項）。根本的な在り方としては、検察官の徹底した裏付け捜査で虚偽供述を水際で阻止することである。

(34) 前掲(8)の野原三七一頁は「このような制度を新設すること自体、刑法において参考人に刑罰で担保された真実供述義

務が課されていないことを前提にしていると見るのが自然である」と述べる。しかし、私見では、一般的捜査協力の中で殊更の虚偽供述だけはいないよう求めるところ、この合意制度では、自己の罪の減免処分を条件とする司法取引を前提にしての供述であることから、より積極的にそもそもある真実供述義務を特に明文化して課する必要があるからと解するのが相当とすべきである。すなわち、通常の証拠隠滅等罪より法定刑の重い処罰規定を置く必要があるため同規定を新設したと解するのがむしろ自然と言うべきなのである。

(35) 前掲(33)の吉田三三八頁～三四一頁。

(36) 前掲(9)の徳永一六頁～一七頁。

(37) 犯人蔵匿、隠避の意義等については、大判昭五・九・一八刑集九卷六六八頁。なお、「蔵匿」は「匿った」ことであり、「隠避」も「隠避させた」との事態を発生させること、現に隠避の結果が生じていることが必要と解することにつき、山口厚Ⅱ佐伯仁志Ⅱ井田良『理論刑法学の最前線Ⅱ』（岩波書店）二二五頁（佐伯仁志）参照（もつとも、犯人隠避罪は「身柄の拘束だけでなく、最終的な処罰の確保も法益としていると考えるべきなのかもしれない」ともする）。

(38) 前掲(5)の山口二八三頁以下。原田國男『最高裁判所判例解説』平成元年一四一頁参照。前掲(5)の十河七二頁以下。前掲(1)の拙稿九九頁では、隠避行為に当たる場合は両罪の罪数関係について、観念的競合関係とみて犯人隠避罪の該当問題と捉える解釈を採った。しかし、この罪数関係についてはなお議論を深める必要があると思われる。なお、前掲(5)の井上三九頁、前掲(5)の尾崎二六頁参照。

(39) 前掲(1)の拙稿八八頁参照。

(40) 前掲(5)の前田『研修』一三頁。

(41) 前掲(1)の拙稿九九頁～一〇〇頁。なお、世上許される嘘があることにつき、末弘嚴太郎『末弘著作集Ⅳ・嘘の効用』（日本評論社）一九八〇年第二版）八頁以下も参照。

(42) 前掲(5)の尾崎二七頁は、「証拠隠滅、犯人隠避、偽証の各罪の関連において各種の困難な問題が生ずるについては、これらの罪が共通の保護法益を持つ一方、刑法がこの点を必ずしも明確に意識せず、それぞれ、証拠の確保、犯人の確保、証言

の真実性の確保という各観点から行為類型を定めており、その間の統一的整理が図られていないことが大きな原因となっているものと考えられる。これを解決するのは本来立法であるが、現行法の解釈に当たっては、保護法益及び各規定の整合性双方の見地からみて全体として合理的で妥当な解釈が要請されていると考える」と、問題の本質を的確に指摘する（私見と同じく虚偽供述自体も、その書面化も積極説に立つ論者である。）。そして、前掲（5）の十河七三頁は、ドイツでは捜査妨害罪として同一の条文に包摂されていることを指摘し、原田國男『判解』ジュリスト九四三号八七頁は、「刑法大系の中で、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総合的に把握できる」と指摘している。