

参考人の虚偽供述と証拠偽造罪

中 村 悠 人

1. はじめに
2. 虚偽供述自体と証拠隠滅等罪
3. 虚偽供述が書面化された場合と証拠隠滅等罪
4. 検討

1. はじめに

参考人の虚偽供述と刑法 104 条の証拠隠滅等罪を巡っては、虚偽供述自体に証拠偽造罪が成立するか、虚偽供述が書面化された場合に証拠偽造罪が成立するかが争われてきた。虚偽供述が証拠偽造罪として問題になり得るケースとしては、①公判外で参考人が捜査機関に対して虚偽の供述を行った場合、②虚偽の供述が録取され、捜査機関によって供述調書が作成された場合、③参考人ら自身が内容虚偽の上申書等の供述書を作成する場合などがある。裁判例では、③の場合には証拠偽造罪を認めるが、①の場合に証拠偽造罪を成立させることに消極であり、また②の場合にも、証拠偽造罪の成立には消極的であった。学説においても、それと同様の立場を採るものが多数であったが、①や②でも証拠偽造罪を肯定する見解も増えてきている。このようななか、特殊な事案ではあるが、最決平成 28 年 3 月 31 日刑集 70 卷 3 号 58 頁が、内容虚偽の調書作成に捜査機関である警察官が積極的に関与している場合に証拠偽造罪の成立を認める判断を行った。

この平成 28 年決定は（詐欺被告事件でもあるが、証拠偽造被告事件についてのみ扱う）、共犯者 A が被告人と相談しながら、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、二人で警察署へ赴き、A の供述が虚偽であるとわかっている B 警部補および C 巡査部長に対し、D の覚せい剤所持事

件の参考人として虚偽の目撃供述をしたうえ、Cから覚せい剤所持の目撃時期が古いと令状請求ができないなどと言われると、「適当に2か月ほど前に見たことで書いたらええやん」などというBの提案に従い、2か月前にもDにあって旨の供述をし、その後も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重ねて、被告人とAがB、Cと相談しながら虚偽の供述内容を創作し、これに基づきCが供述調書を作成し、被告人とAはその内容を確認して署名押印をして、完成させたという事案である。

第一審は、証拠偽造につき有罪とし、原判決は、参考人であるAが情を知らない捜査官のCをして内容虚偽の供述調書を作成させたのではなく、「本件供述調書は、その実態において、供述調書の形式を利用して、被告人ら4名が共同して創作した内容を書面化したものというべき」であり、「参考人が事情を知らない捜査官にした虚偽供述を録取した供述調書と同視することは到底できない」として控訴棄却した¹⁾。

平成28年決定は、これに対する上告につき、刑訴法405条の上告理由に当たらないとして上告を棄却したが、職権で次のように判断をした。すなわち、「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223条1項）を受けた際、虚偽の供述をしたとしても、刑法104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（大審院大正3年（れ）第1476号同年6月23日判決・刑録20輯1324頁、大審院昭和7年（れ）第1692号同8年2月14日判決・刑集12巻1号66頁、大審院昭和9年（れ）第717号同年8月4日判決・刑集13巻14号1059頁、最高裁昭和27年（あ）第1976号同28年10月19日第二小法廷決定・刑集7巻10号1945頁参照）、その虚偽の供述内容が供述調書に録取される（刑訴法223条2項、198条3項ないし5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とはできない。」としつつ、「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4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

1) 大阪高判平成26年11月26日刑集70巻3号108頁以下。

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4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言え、刑法104条の証拠を偽造した罪に当たる」としたのである²⁾。

これまで、虚偽供述自体に証拠偽造罪が成立するか、そして、虚偽供述が書面化された場合に証拠偽造罪が成立するかが問題となる事例で判断を示した最高裁判例がみられなかったところ、本決定は注目すべき点を多々含んでいる。本稿では、特に捜査機関に対する参考人の虚偽供述が争点となる事例を中心に検討を行い、上記①ないし③の問題について検討を行いたい。

2. 虚偽供述自体と証拠隠滅等罪

(1) 判例・裁判例

(a) 他人に虚偽の供述をさせる場合

大審院および最高裁では、他人に虚偽の証言をさせる場合に証拠隠滅等罪（証憑湮滅等罪）の成立を否定している。まず大審院では、被告人自身またはその親族が被告人に対する刑事被告事件について取調べられた証人に偽証を教唆した事案において刑法104条の成立を否定してきた。例えば、大判大正3年6月23日刑録20輯1324頁は、「証憑湮滅の罪に付き所謂証憑の偽造とは証拠自体の偽造を指称し証人の偽造を包含せざること勿論なり」（一部表現を改めている）としている³⁾。最高裁でも、最決昭和28年10月19日刑集7巻10号1945頁

2) 最決平成28年3月31日刑集70巻3号58頁以下。本決定の評釈としては、前田雅英「判批」捜査研究785号（2016年）53頁、門田成人「判批」法学セミナー738号（2016年）125頁、成瀬幸典「判批」法学教室430号（2016年）152頁、永井善之「判批」神沢法学巻1号（2016年）77頁、十河太郎「判批」刑事法ジャーナル50号（2016年）114頁、同「判批」『平成28年度重要判例解説』（有斐閣、2017年）178頁等がある。

3) 刑事被告人が自己の刑事責任を免れるため、証人に対して偽証を教唆した事案である。被告人の親族が被告人に刑事責任を免れさせるために証人に対して偽証を教唆した事案

が、被告人が他人を教唆して虚偽の証言をさせた事案において、「刑法 104 条の証憑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解すべき」として証拠偽造罪の成立を否定している⁴⁾。

(b) 証人の虚偽の陳述

さらに、証人の虚偽の陳述についても、刑法 104 条の成立には否定的である。大判昭和 9 年 8 月 4 日刑集 13 卷 1059 頁は、被告人が被害者の娘に虚偽の供述をするよう伝え、自身も予審判事の前で宣誓の上同内容の虚偽の陳述をしたとの公訴事実について、第二点に偽証罪を認めつつ第一点につき証憑湮滅罪については犯罪の証明がないとして無罪とした第二審に対する上告につき、上告を棄却しつつ次のように述べた。すなわち、「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場合は勿論同人をして右の如く虚偽の陳述を為さしめたる場合の如きは共に刑法第 104 条を以て処罰すべきものに非ず」（一部表現を改めている）として、証拠隠滅等罪の成立を否定している。

(c) 参考人への虚偽供述の要求

参考人との関連では、参考人への虚偽供述の要求について、証拠隠滅等罪を否定している裁判例がある。大阪地判昭和 43 年 3 月 18 日判タ 223 号 244 頁は、捜査中の被疑事件の参考人に対し逃避を勧め、また参考人に対して虚偽の供述を求めた事案において、次のように判断している。すなわち、①犯人隠避罪と比較しつつ参考人が実際に逃避しなかったときは証憑を湮滅したには当たらず、また、参考人に虚偽の供述を求める行為については、証拠に人証は含むが証拠方法としての人証に限られ証拠資料まで包含しない点、②偽証罪の立法趣旨から宣誓をしない者の虚偽供述を処罰しないと解される点、③出頭や供述を拒む自由を有する

として、大判昭和 8 年 2 月 14 日刑集 12 卷 66 頁も参照。

4) もっとも、偽証罪の教唆は認めている。同決定によれば、「被告人自身に黙秘権があるからといって、他人に虚偽の陳述をするよう教唆したときは偽証教唆の責を免れ」ず、「本件につき証人 A が所論の如く証言拒絶権があるとしても同証人は拒絶権を抛棄し宣誓の上虚偽の証言をしたものであるから偽証罪の成立したものであると被告人が右証人を教唆して偽証させたときは偽証教唆の責を免れない」とする。なお、最決昭和 27 年 2 月 14 日集刑 60 号 851 頁も参照。

参考人の虚偽供述を刑法 104 条により処罰することができてない点から、証憑湮滅罪には当たらないとした。また、宮崎地日南支判昭和 44 年 5 月 22 日刑月 1 卷 5 号 535 頁は、参考人に対して虚偽の供述を求めた点につき、④偽証罪には自白による刑の減免があるが刑法 104 条にはない点、⑤証人等威迫罪は虚偽の供述を強制する場合にも成立するが刑法 104 条より軽く、強制によらない虚偽供述の依頼は不可罰と解される点などから、証拠隠滅等罪またはその教唆罪の成立を否定している⁵⁾。

(d) 参考人による虚偽供述

裁判所は、参考人による捜査官への虚偽供述自体にも証拠隠滅等罪の成立に消極的である。千葉地判平成 7 年 6 月 2 日判例時報 1535 号 144 頁は、被告人が、他人 Y の刑事被疑事件（覚せい剤取締法違反被告事件）につき参考人として取調べを受けた際、Y から頼まれて、自分が Y に風邪薬だと言って覚せい剤入りのカプセルを渡したと虚偽の事実を述べて、内容虚偽の検察官調書が作成されたという事案において、前述の裁判例を参照しつつ、「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、証拠偽造罪には当たらないものと解するのが相当である」としている。

また、同事案の Y の刑事被告事件につき、千葉地判平成 8 年 1 月 29 日判例時報 1583 号 156 頁も、⑥虚偽供述が刑法 104 条の罪に該当するならば処罰範囲が非常に広範で不明確となる点、⑦宣誓無能力者は宣誓をさせても真実の供述を期待することができないとして宣誓をさせずに証言させるものであるから、刑法 104 条の罪の刑罰をもって真実の供述を強制することは妥当ではない点、⑧虚偽供述が刑法 104 条の罪に該当するならば、捜査官が参考人から事情聴取をする際に捜査官の見解と異なる供述がなされれば本罪の嫌疑が生じるため、参考人の記憶に反する供述が導かれる虞がある点、⑨人の供述は不誠実で移ろいやすく往々にして虚偽を含むが、供述は物的証拠と比較して司法作用を侵害する程度は低いため、刑法は虚偽供述を偽証と虚偽告訴（刑法 172 条）に限って処罰する趣旨と解される点を挙げて、参考人の虚偽供述自体への証拠湮滅罪の成立を否

5) なお、前述の大判昭和 9 年 8 月 4 日を引用しつつ、刑法 104 条と 169 条を択一関係としている。

定している。

そして、前述の平成 28 年決定も参考人の虚偽供述自体に刑法 104 条の成立を認めることに消極的である。以上のように、宣誓をしない証人の偽証や参考人の虚偽供述自体は、証拠隠滅等罪にはならないというのが判例の傾向と言えよう。

(2) 学説

学説でも、参考人の虚偽供述自体に証拠隠滅等罪を成立させることに消極的な見解が多い⁶⁾。理由としては、①刑法 104 条の「証拠」には証拠資料は含まれない点、②捜査段階における参考人の出頭および供述を拒む自由、③刑法 169 条の偽証罪との関係、④刑法 105 条の 2 の証人威迫罪との関係が挙げられている。これに対して、特に検察実務家を中心に⁷⁾、上記①から④に反論する形で積極説

6) 小野清一郎『新訂刑法講義各論(第3版)』(有斐閣、1950年)34頁、瀧川幸辰『刑法各論』(世界思想社、1951年)280頁、団藤重光編『注釈刑法(3)各則(1)』(有斐閣、1965年)130頁[香川達夫]、平野龍一『刑法概説』(東京大学出版会、1977年)287頁、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』(有斐閣、1983年)70頁、団藤重光『刑法綱要各論(第3版)』(創文社、1990年)87頁注5、前田雅英「参考人の虚偽供述と証拠偽造罪」研修574号(1996年)12頁、岩間康夫「判批」松尾浩也ほか編『刑法判例百選II各論(第4版)』(有斐閣、1997年)231頁、井田良「司法作用の刑法的保護」山口厚ほか『理論刑法学の最前線II』(2006年)202頁、林幹人『刑法各論(第2版)』(東京大学出版会、2007年)465頁等。伊藤司「判批」平野龍一ほか編『刑法判例百選II各論(第3版)』(有斐閣、1992年)223頁以下、藤岡一郎「判批」西田典之ほか編『刑法判例百選II各論(第5版)』(有斐閣、2003年)242頁以下も参照。

7) 小島吉晴「新判例研究(第189回)」研修518号(1991年)30頁以下、加藤康榮「参考人の虚偽供述と証拠隠滅罪の成否」研修526号(1992年)97頁以下、井上宏「新判例解説(第231回)」研修562号(1995年)36頁、尾崎道明「判例研究」研修569号(1995年)19頁、河村博「刑事判例研究[281]」警察学論集48巻12号(1995年)176頁等を参照。

8) 内田文昭『刑法各論(第3版)』(青林書院、1996年)655頁、奥村正雄「判批」判例セレクト'95(有斐閣、1996年)40頁、藤岡・前掲(注6)243頁、伊東研祐「参考人の虚偽供述と証拠偽造罪」現代刑事法5巻10号(2003年)35頁、堀内捷三『刑法各論』(有斐閣、2003年)320頁、只木誠「参考人の虚偽供述と証拠偽造罪」西田典之ほか編『刑法の争点』(有斐閣、2007年)256頁、大塚仁『刑法概説各論(第3補訂版)』(有斐閣、2008年)598頁。また、中森喜彦「判批」判例時報1597号(判例評論460号)(1997年)238頁、山口厚『問題探究刑法各論』(有斐閣、1999年)291頁等も参照。

も主張されている⁸⁾。また、基本的には虚偽供述に証拠隠滅等罪が成立することに消極的ながらも、限定的に証拠隠滅等罪の成立を認める見解もある⁹⁾。

まず、①については、刑法 104 条にいう「証拠」は、人証は含むものの、それは取り調べの対象となる物理的存在たる証拠方法に限られ、参考人の供述や記載内容といった証拠方法から認識された無形の内容である証拠資料までは含まれないというものである¹⁰⁾。これに対しては、証拠資料も犯罪の成否や刑の量定の基礎となる以上、「証拠」に含めるべきであるとの反論がなされている¹¹⁾。すなわち、旧刑法 152 条は「他人ノ罪ヲ免レシメンコトヲ図リ其罪証ト為ル可キ物件ヲ隠蔽シタル者」だけを処罰対象としていたが、現行刑法は「客体が『物件』から総ての『証憑』とされ、行為が『隠蔽』ではなく証憑の『湮滅及び偽造・変造』に拡大されたことから、『証憑』それ自体の顕出を妨ぐことに加え、その内容の正確性をも確保することが射程に入れられたと考えるのが素直なように思われる。そのように考えると、証憑は物理的存在に限るとか、証憑とは証拠方法を意味し、証拠資料を含まないと解することは、立法者意思に合わないことになりそうである」とする¹²⁾。

9) 例えば、藤木英雄『刑法講義各論』（弘文堂、1973 年）42 頁は、「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、証憑湮滅にあたと解すべきであろう」としており、また、江家義男『刑法各論（増補版）』（青林書院新社、1963 年）43 頁以下は、「宣誓しない証人・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如く仕立てて虚偽の陳述をさせたような場合に限り、証憑偽造罪として処罰すべきである」とする。さらに、柏木千秋『刑法各論（再版）』（有斐閣、1965 年）109 頁は「とくに積極的かつ高度の態様の行為に限り本罪となるものと解すべきであろう」とする。

10) 平野・前掲（注 6）287 頁、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 5 卷 10 号（2003 年）7 頁。

11) なお、大判明治 44 年 3 月 21 日刑録 17 輯 445 頁では証人を証拠に含めている。

12) 井上・前掲（注 7）35 頁。

13) 旧刑法のこの規定は、その影響を強く受けたフランス刑法にも存在せず（当時重罪の不告発罪はあったが、証拠隠滅関係の規定は存在しなかった）、また現行刑法が多く影響を受けたドイツ刑法でも、犯人庇護罪で反射的に刑事司法作用を保護していたにすぎず、司法作用を正面から保護法益とする規定は存在しなかったため、証拠隠滅罪はヨーロッパ刑法に淵源を持たない、日本独特の規定として成立したとされる（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 246 号（1996 年）502 頁以下）。なお、旧刑法の明治 10 年草案では、刑事事件の証拠となる死体のみに

もつとも、現行刑法 104 条の提案理由によれば、旧刑法からの改正¹³⁾で広がったのは、行為態様のみであり、「証憑」は証拠物件に限られていた。すなわち、「単に罪証湮滅の場合のみを規定し其適用甚だ狭きに失するを以て本案は之を修正し総て他人の刑事被告事件に関する有罪若くは無罪の証憑を湮滅し又は偽造、変造若くは偽造、変造の証憑を使用した場合に関して広く其規定を設けた」（一部表現を改めている）ものとされている¹⁴⁾。さらに、「証憑」は、治罪法や明治刑訴法における「証拠徴憑」と同じであり¹⁵⁾、立案関係者による注釈では「証憑」について「その湮滅または偽造変造は実質上物件に限り、証人を隠避せしむる場合のごときは之を包含せざることは論をまたず」（一部表現を改めている）としていた¹⁶⁾。

次に、②については、捜査段階において、参考人は出頭および供述を拒む自由を有しており、捜査官に対する参考人の虚偽供述に違法性はないという論拠である¹⁷⁾。これに対して、証拠隠滅等罪の成立を認める積極説からは、出頭や供述をしないという単なる不作為が許容されているに過ぎず、積極的に虚偽供述まで不問に付すべき理由とはならないと反論する¹⁸⁾。

この点は、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が適切かという問題に関わる。千葉地判平成 8 年 1 月 29 日が指摘したように（前述の（1）(d)、虚偽の供述は、捜査・審判機関に対してだけでなく、弁護士や一般の私人に対してもなされ得るのであり、関係する民事・行政手続でもなされ得る。そのような供述も当該刑事事件の捜査・審判手続に提出されることはあり得るため、虚偽供述を証拠隠滅等罪として処罰する範囲が非常に広範囲で不明確なものとなってしまう。さらに、虚偽供述に証拠隠滅等罪を認めると、捜査官等が既に収集

限定されていた。

14) 倉富勇三郎ほか編『増補刑法沿革綜覧』（信山社、1990年）2170頁以下。

15) 団藤・前掲（注6（各論））86頁。

16) 田中正身『改正刑法釋義』（西東書房、1908年）227頁。

17) 前掲大阪地判昭和 43 年 3 月 18 日。

18) 加藤・前掲（注7）90頁以下。なお、宣誓およ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思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過ぎないとする。さらに、十河太郎「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

した資料から一定の見解をもって取調べや事情聴取を行う場合、捜査官等の見解とは異なる供述がなされたときには、証拠隠滅等罪の嫌疑が生じることになり、参考人の記憶に反する供述が導かれるおそれがある¹⁹⁾。供述は不誠実で移ろいやすいのであり、司法作用が解される程度は高いものではない²⁰⁾。このような点からは、参考人に真実供述義務を課するのは適切ではないであろう。

さらに、刑法上、捜査機関が参考人に真実供述義務を課して供述を得たい場合には、第1回公判期日前に限り、裁判官に証人尋問を請求し、宣誓の上で証言を求めることができる（刑訴法226条、227条）。また、被告人、被害者または弁護人は、証拠保全として、第1回公判期日前に限り、同様に裁判官に証人尋問を請求することができる（同法179条）。さらに、刑訴法350条の2第1項の合意制度は、真実の供述をすることの合意を認め、同法350条の15第1項で合意に違反して虚偽の供述をしたときの罰則がある。これらの規定からすると、刑法上、参考人に刑罰で担保された真実供述義務が課されてはいないことを前提にしていると理解するのが相当となる²¹⁾。

また、③については、偽証罪（刑法169条）が宣誓をした証人の偽証のみを対象としている以上、宣誓をしていない証人による虚偽供述はもちろん、参考人が捜査官に対して為した虚偽供述も不可罰とするべきというものである²²⁾。さらに、偽証罪における自白による刑の減免規定（刑法170条）があるが、それより可罰性の低い証拠隠滅等罪で相応する規定がないことからすれば、刑法104条は虚偽供述自体を対象としておらず、そうでなければ不均衡が生じることになる²³⁾。そして、④については、証人威迫罪は虚偽供述を強制する行為をも処罰するが、

を中心として——」同志社法学46巻5号（1995年）116頁も参照。

19) 伊東研祐・松宮孝明編『新・コンメンタール刑法』（日本評論社、2013年）201頁〔三島聡〕を参照。

20) 前掲千葉地判平成8年1月29日、岩間・前掲（注6）231頁、林・前掲（注6）465頁。

21) 野原俊郎「最高裁判所判例解説」法曹時報69巻10号（2017年）370頁注10を参照。

22) 前掲大阪地判昭和43年3月18日。香川達夫『刑法講義（各論）（第3版）』（成文堂、1996年）86頁や中谷・前掲（注6）70頁は、この場合、偽証罪と証拠隠滅罪は択一関係になるとする。

23) 前掲宮崎地判南支判昭和44年5月22日。

本罪の法定刑は証拠隠滅等罪よりも軽いことからすれば、虚偽供述を求める行為は強制の要素が加わってはじめて可罰的足り得ることになる（強制の要素のない単なる虚偽供述の依頼は不可罰と解さなくてはならない）というものである²⁴⁾。

これに対しては、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、宣誓なしに証言する場合は軽い証拠隠滅等罪で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と反論されている²⁵⁾。証人に偽証させる場合も証拠隠滅行為の一種であるとするならば、偽証罪が成立する場合は、法条競合の特別関係によって証拠隠滅等罪が成立しなくなるに過ぎないことになる²⁶⁾。そして、偽証罪の自白による刑の減免規定は、証拠隠滅等罪に比し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免除規定と証拠隠滅等罪の成立範囲とは次元の異なる問題であるとする²⁷⁾。また、証人威迫罪についても、その保護法益は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等罪とは罪質を異にするとする²⁸⁾。

偽証罪との関係では、自己の刑事事件の証拠を隠滅しても刑法 104 条の正犯として処罰されず、同法 105 条で親族による特例が存在する（現在では任意的な刑の免除事由だが、かつては処罰阻却事由であった）ため、供述が証拠に含まれると、偽証を教唆した被告人らを不処罰とするか、または刑の免除をするかという問題も生じてしまう²⁹⁾。その意味では、証拠を証拠方法に限り、証拠資料を含めない方が良く思われる。もっとも、供述それ自体が刑法 104 条の「証拠」とはならないとしても、それ以外の刑事事件の処理に関する一切の資料

24) 前掲宮崎地日南支判昭和 44 年 5 月 22 日。

25) 小島・前掲（注 7）30 頁。

26) 江家・前掲（注 9）43 頁、大塚・前掲（注 8）598 頁、大谷實『刑法講義各論（新版第 4 版補訂版）』（成文堂、2015 年）605 頁。

27) 加藤・前掲（注 7）91 頁。

28) 加藤・前掲（注 7）92 頁。

29) 証人に自己または親族の刑事事件に関する偽証を教唆したという裁判例で、供述を証拠から除外するのは、偽証教唆で有罪とされた被告人側からの上告を斥ける意味を持っていることになる（松宮・前掲（注 13）503 頁以下）。

は含まれる³⁰⁾。

この点で、証拠隠滅等罪の保護法益を「公判における裁判の判断の適正さ」と理解したうえで、「証拠」を「あくまでも裁判官の判断に影響を与える形態、すなわち公判廷に顕出される形態でなければならない」として、捜査段階における供述それ自体は刑法 104 条にいう証拠にはならないとする見解がある³¹⁾。刑訴法上、裁判所による事実認定に供することができるとする証拠には厳格な資格要件が存在するにもかかわらず、捜査機関や訴追機関による事実の確認については同様の制約を設けていないことからすると、この見解にも理由がある³²⁾。

確かに、起訴・不起訴の判断も司法作用の重要な一部分であり、この妨害も同様の可罰性が認められるべきという批判もあり得る³³⁾。しかし、刑事裁判における一方当事者である捜査機関により採取される供述に、捜査機関によって採取されてもそのまま証拠としての価値が認められる非供述の非伝聞証拠と同様の刑法的保護を与えることは疑問である³⁴⁾。この点は、後述するが、供述が書面にまとめられた場合でも共通の問題である。そこで、次に、虚偽の供述が書面化された

30) 大判昭和 10 年 9 月 28 日刑集 14 卷 997 頁。

31) 深町晋也「司法に対する罪」山口厚ほか編『クローズアップ刑法各論』(成文堂、2007 年) 104 頁以下。この見解の前提には、証拠隠滅罪の保護法益が抽象的なものとして把握されたことから、証拠概念を規定する機能を果たさなかったという問題意識がある。この見解からは、捜査段階における参考人の虚偽供述自体は刑法 104 条の「証拠」とならないが、供述調書として書面化されれば同条の「証拠」となるとし、また公判における供述も同条の「証拠」となるとする(106 頁)。この点、杉本一敏「司法作用に対する罪」曾根威彦・松原芳博編『重点課題 刑法各論』(成文堂、2008 年) 237 頁以下も「証拠」を「事実を証明するための根拠」として、刑法 104 条の「証拠」を「本犯の刑事被告事件において公判廷に提出され得る証拠」と解し、法廷に直接登場しない虚偽供述は「証拠」の偽造ではないが、供述録取書や上申書等の書面はそのままの形で法廷に登場し得ることから「証拠」となるという(247 頁。なお、248 頁注 14 において、捜査官に対する口頭での虚偽供述を聴取した捜査官が証人として内容を法廷で証言する場合(刑訴法 324 条 2 項参照)は、証拠偽造罪の成立を否定する。)

32) 佐川友佳子「虚偽供述と証拠偽造」井田良ほか編『山中敬一先生古稀祝賀論文集 [下巻]』(成文堂、2017 年) 346 頁。

33) 阿部純二「判批」警察研究 34 卷 3 号(1963 年) 105 頁。

34) 安田拓人「司法に対する罪」法学教室 305 号(2006 年) 75 頁以下、伊藤涉ほか『アクチュアル刑法各論』(弘文堂、2007 年) 485 頁[安田拓人]。また、伊東研祐『現代社会と刑法各論(第 2 版)』(成文堂、2002 年) 459 頁も参照。

場合を検討する。

3. 虚偽供述が書面化された場合と証拠隠滅等罪

(1) 判例・裁判例

虚偽供述が書面化されるのは、自らで内容虚偽の供述書、上申書等を作成する場合もあれば、捜査機関によって虚偽の供述が録取されて書面化される場合もある。判例は、参考人が自ら虚偽の内容の上申書を口頭による陳述に代えて作成し、捜査機関に提出したような場合、証拠隠滅等罪を認めている。東京高判昭和36年7月18日東京高裁判決時報(刑事)12巻8号13頁は同種の事案で、証拠隠滅等罪を認めている。また、東京高判昭和40年3月29日高刑集18巻2号126頁は、他人の刑事事件の参考人として検察官から上申書の作成、提出を求められた被告人が、虚偽の内容を記載した上申書を作成、提出した事案において、「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104条にいう証憑を偽造使用したことになる」としている。

これに対して、参考人が捜査官に虚偽供述をして、それに基づき内容虚偽の供述調書を作成させた場合につき、証拠隠滅等罪の成立に消極的な裁判例として、いずれも前述の千葉地判平成7年6月2日と千葉地判平成8年1月29日がある。平成7年判決は、「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ように思われる。しかし、この供述調書は、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(供述調書は、これを供述者に読み聞かせるなどして、供述者がそれに誤りのないことを申し立てたときは、これを署名押印することを求めることができる。ところが、本件にあっても、被告人が供述調書を読み聞かせられて誤りがないことを申し立て署名押印しているが)、参考人が捜査官に対して虚偽供述をすることそれ自体が、証憑湮滅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、それが証憑偽造罪を構成することはあり得ないものと解すべきである」とする。そして、平成8年も、前述(2)(1)(d)の理由をあげて、

積極説を前提とすると、参考人の記憶に反し捜査官に迎合するような供述が導かれるおそれがあるとして、証拠隠滅等罪の成立を否定した。

なお、捜査機関に対する虚偽供述についての先例ではないが、大判昭和12年4月7日刑集16巻517頁は、民事裁判の被告が、他人の刑事裁判の証拠に利用するため、虚偽の債務の請求を認諾し、これを口頭弁論調書に記載させた場合に、証拠偽造罪を認めたものがある。これは、公判廷での訴訟行為としての認諾の事案であり、民事原告である被告人の虚偽の請求に対し、民事被告である共犯者が虚偽の認諾をして裁判所書記官に認諾調書を作成させた事案である。

このように、判例の傾向としては、供述に代えて自ら虚偽の上申書等の供述書を作成して提出する場合には証拠隠滅等罪に当たるが、参考人が捜査官に虚偽供述をして供述調書を作成させる行為については、基本的には消極的である³⁵⁾。この点で、前述の平成28年決定は、被告人、A、B警部補及びC巡査部長の4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場合、「4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」と言え、刑法104条の証拠を偽造した罪に当たる³⁶⁾とした。

本件は、参考人として取調べを受けた際に虚偽の供述をしても証拠隠滅等罪にならず、またその虚偽の供述内容が供述調書に録取される等書面を含む記録媒体上に記録された場合でも、そのことだけをもって、刑法104条にはならないという基本的立場を、傍論ではあるが最高裁が明確にしており、これについては従前の裁判例の動向とも合致する。他方で、裁判例は捜査官が供述を聴取する供述録取書と、参考人らが自ら作成する供述書とは異なるものとして評価してきた。千葉地裁平成8年判決も、なお書きにおいて、参考人自身による内容虚偽の供述書の作成のような事案は「供述が書面等に転化した場合ではない」とし、虚偽供述が書面化された場合とは異なるために矛盾するものではないとしている。平

35) 大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法 第6巻(第3版)』(青林書院、2015年)368頁[仲家暢彦]は、供述に代えて書面を作成した場合や、単なる供述録取書を越えて、執行力等を備えて請求認諾書のようにそれ自体として独立した価値を有する書面が作成された場合には、「証拠を偽造した」に該当すると理解する。

36) 最決平成28年3月31日刑集70巻3号58頁以下。

成 28 年決定は、どのように位置づけるのが適切かを検討するために、次に学説の状況を整理したい。

(2) 学説

虚偽の内容の供述が供述調書や供述書として書面化された場合に、証拠隠滅等罪を認める積極説は多い。この結論は、参考人の虚偽供述自体につき証拠隠滅等罪の成立を認める見解から主張されることもあれば、虚偽供述自体に証拠隠滅等罪を否定する立場からも主張されることもある。また、虚偽供述が書面化された場合にのみ刑法 104 条の成立を認める見解や、自ら内容虚偽の上申書等の供述書を作成した場合にのみ同条の成立を認める見解もある。

(a) 積極説

まず、参考人の虚偽供述も書面化された場合もいずれも証拠隠滅等罪となるという見解は³⁷⁾、刑法 104 条の「証拠」を一切の証拠資料と理解し、虚偽供述を自己の記憶・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」行為に他ならないとする³⁸⁾。そして、目撃者や参考人からの事情聴取が捜査活動の中心となっている現在の捜査実務の下では、捜査官に対する虚偽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のは相当ではない、つまり、供述自体であれ供述書であれ虚偽の内容を含むものであれば適正な刑事司法作用への侵害が程度の差こそあれ発生しているとする³⁹⁾。さらに、刑訴法上も供述書と供述調書は同一に扱われており、捜査への影響を考えても可罰性に決定的違いがあるとは言えないため、供述調書に限定することは疑問であり、他方、供述は供述調書にとられるのが通例であるところ、書面化された場合に限定して両者の間に処罰範囲の限界を画する見解にも疑問があるとする。

積極説からは、平成 28 年決定の事案では証拠偽造罪が認められることになろうが、書面化されていなかったとしても虚偽供述をしている点で、証拠偽造罪となろう。そうすると、虚偽供述自体は刑法 104 条の罪に当たらないという平成

37) さしあたり、奥村・前掲(注8)40頁、只木・前掲(注8)256頁。

38) 小島・前掲(注7)30頁、井上・前掲(注7)34頁以下。

39) 尾崎・前掲(注7)15頁。

28年決定のスタンス（もっとも、傍論ではある）とは異なることになる。

(b) 限定積極説

これに対し、(i) 書面に限定して、あるいは (ii) 供述書に限定して証拠隠滅等罪の成立を認める見解がある。

まず、(i) 書面限定説は、偽証罪に該当しない虚偽供述の全てを処罰の対象から外すべきではないとし、虚偽供述が文書化された場合には証拠として否定し難い重要性を獲得するのであり、積極的に内容虚偽の供述書を作成し提出する行為と、虚偽供述が録取された供述調書に署名押印する行為とを区別する理由はないとする⁴⁰⁾。もっとも、虚偽供述自体につき証拠隠滅等罪を消極に考える立場から主張される場合と、理論的には虚偽供述自体を証拠隠滅等罪と解する余地もあるが限定をかけるという積極説の立場から主張される場合がある。これは宣誓をしていない単なる参考人に真実供述義務を課すことに肯定的か、否定的かの相違に関連する。

積極説からは、虚偽供述自体が証拠隠滅等罪になり得ることを認めつつ、処罰範囲を限定するという観点から、虚偽供述が文書化されて客観的存在となった場合だけ、証拠隠滅等罪の成立を認める⁴¹⁾。他方で、消極説からは、積極説では参考人が捜査官に供述する場合も一般的に真実義務が課されることになり、処罰範囲の拡大と不明確化を招くから、証拠隠滅等罪の客体としての証拠は有体物としての証拠方法に限られるべきであるとする。そして、虚偽供述が捜査官によって録取され、供述調書が作成されたときに署名をすることで、供述調書という証拠を偽造したことになるとする⁴²⁾。

40) 河村・前掲(注7)176頁、中森・前掲(注8)241頁、杉本・前掲(注31)247頁以下、曽根威彦『刑法各論(第5版)』(弘文堂、2012年)303頁、山中敬一『刑法各論(第3版)』(成文堂、2015年)806頁、高橋則夫『刑法各論(第3版)』(成文堂、2018年)649頁。なお、深町・前掲(注31)106頁以下も参照。

41) 十河・前掲(注18)119頁、今井猛嘉ほか編『LEGAL QUEST 刑法各論(第2版)』(有斐閣、2013年)434頁[今井猛嘉]、大谷・前掲(注26)606頁、山口厚『刑法各論(第2版)』(有斐閣、2010年)588頁、西田典之『刑法各論(第6版)』(弘文堂、2012年)464頁、同(橋爪隆補訂)『刑法各論(第7版)』(弘文堂、2018年)488頁。

42) 井田・前掲(注6)203頁、同『講義刑法学・各論』(有斐閣、2016年)561頁。

次に、(ii) 供述書限定説は、虚偽供述が行われたにとどまる場合や供述調書が作成された場合には証拠隠滅等罪は成立しないが、自ら内容虚偽の供述書を作成した場合には同罪が成立するという見解である⁴³⁾。この見解は、基本的に虚偽供述自体への証拠隠滅等罪の成立も消極的であるが、虚偽の上申書等の供述書については、供述とは異なることを強調する。すなわち、供述調書は供述を確認したに過ぎない受け身的色彩が濃く、これを処罰することは虚偽自体を処罰するのに等しいこと、他方で、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異なり、自ら文書にしたという積極的な行為の場合には、不真正の証拠を作出したと解釈しやすく、また保護法益の侵害性の程度も高い点、その処罰によって捜査協力を委縮させる程度は低い点を挙げる⁴⁴⁾。

さらに、取調べ中に供述書を作成する場合、迎合的な内容の供述書が作成される虞があるため、「証拠偽造罪の成立する範囲は、『取調べ以外の場で』内容虚偽の供述書が作成された場合に限定すべきであろう」という見解もある⁴⁵⁾。

限定積極説からは、平成 28 年決定の事案につき、(i) 書面限定説では刑法 104 条は成立しよう。また、(ii) 供述書限定説では否定される余地はあろうが、当該事案では供述調書が受け身的色彩の濃い供述を確認したに過ぎないものでは

なお、飯島暢「判批」西田典之ほか編『刑法判例百選Ⅱ各論（第 6 版）』（有斐閣、2008 年）257 頁も参照。

43) 前田・前掲（注 6）8 頁、斎藤信治『刑法各論（第 4 版）』（有斐閣、2014 年）319 頁以下。

44) 同上。

45) 亀井源太郎「判批」山口厚・佐伯仁志編『刑法判例百選Ⅱ各論（第 7 版）』（有斐閣、2014 年）246 頁。

なく、自ら文書にしたに等しいとして、積極的に解することになろう。平成 28 年決定は、(傍論ながら) 参考人が虚偽供述をしてそれに基づき供述調書が作成された場合には証拠偽造罪は成立しない旨を示しており、この点は供述書限定説の方が親和的である。他方で、平成 28 年決定のいう被告人ら「4 名が、D の覚えい剂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 4 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」であるとの理解も、供述書限定説に親和的であろう。

(c) 消極説

参考人の虚偽供述自体につき証拠隠滅等罪の成立を否定する消極説を徹底する場合、虚偽供述はもちろん、それが供述調書や供述書として書面化された場合であっても、証拠隠滅等罪は成立しないとする見解が主張されている⁴⁶⁾。消極説にもいくつかのヴァリエーションがあるが、真実供述義務を刑罰で担保することを疑問視しつつ、公判期日外の供述が伝聞証拠として原則的に証拠能力が否定されていることを重視している⁴⁷⁾。供述には虚偽の内容が類型的に紛れ込んでいるものであり⁴⁸⁾、それを処罰すると捜査への不協力や捜査官に迎合的な供述をすること⁴⁹⁾、伝聞法則や直接主義、口頭主義といった刑訴法の理念からすれば捜査段階での虚偽供述を処罰する必要性がないこと⁵⁰⁾が理由としてあげられる。

また、刑法 104 条の偽造を文書偽造と同じく「有形偽造」と解し、証拠隠滅

46) 松原芳博『刑法各論』(日本評論社、2016 年) 568 頁以下。なお、刑事手続外で作成された書面については、日記や業務日誌、公的文書等の典型的に証拠価値の高い証拠方法の作出に限って「証拠」の偽造に当たると解すべきであるとする(569 頁)。

47) 香川達夫・川端博編著『新判例マニュアル 刑法 II [各論]』(三省堂、1998 年) 251 頁 [酒井安行]。

48) 岩間・前掲(注 6) 231 頁、林・前掲(注 6) 465 頁。

49) 飯島・前掲(注 42) 257 頁を参照。

50) 伊藤司「判批」『平成 7 年度重版』(有斐閣、1996 年) 142 頁、伊東・前掲(注 34) 459 頁。

等罪の成立を否定する見解も主張されている⁵¹⁾。これは、刑訴法の観点からすれば捜査機関の判断をそのまま保護することは訴訟構造に反することから、証拠偽造罪の射程を裁判官に対するものに限定するものである。

消極説からは、平成 28 年決定の事案でも証拠偽造罪の成立を否定することになろう。参考人の虚偽供述が供述調書にまとめられただけでは、同罪とならないとしている点では平成 28 年決定と共通するものの、結論において証拠偽造罪を認めている点では矛盾する。もっとも、消極説からは、刑法 104 条の罪の成立が否定されても、後述のように他罪の余地は残る。

4. 検討

虚偽供述自体もそれが書面化された場合も可罰性を認める積極説は、証拠隠滅等罪にいう「証拠」を証拠方法のみならず証拠資料も含む。証拠隠滅等罪の保護法益を捜査、審判段階までの次元における国家の刑事司法作用の適正かつ円滑な機能ないし運営とし、それを「証拠」の適正利用の確保を通じて保護しようとするという、目的論的解釈を行っている⁵²⁾。もっとも、前述のように (2. (2))、証拠に証拠資料を含める場合、処罰範囲が格段に広がることになる。そこで、故意の要件で限定をかける見解⁵³⁾や、「証拠偽造罪が成立する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たことが必要となる」という制限をかける見解⁵⁴⁾、『『偽造』等というに相応しい不法実体を伴う態様の虚偽供述のみを捕捉する為の要件を定立する必要がある」として同一の法定刑の刑法 103 条の犯人蔵匿等罪と同程度の法益侵害の危険性を有し得る態様のものとする見

51) 松宮・前掲(注 13) 505 頁以下。

52) 伊東・前掲(注 8) 32 頁。「犯罪の複雑化・広域化・国際化・多発化等々の進む現在の状況下においては、また、供述の記録/記憶方法等の進む現在の状況下においては」、捜査活動の適正かつ円滑な運営ないし機能の保護を証拠隠滅等罪が担うべきとする(35 頁)。

53) 中森・前掲(注 8) 240 頁は、「虚偽供述が証拠偽造罪に当たるとすれば処罰範囲が広範で不明確になるとする点は、供述者には刑事事件に用いられることの故意を要する以上、大きな意味を持ち得ないであろう」とする。

54) 十河太郎「内容虚偽の供述書と証拠偽造罪」同志社法学 49 巻 2 号(1998 年) 47 頁以下。

解⁵⁵⁾がある⁵⁶⁾。

そのような限定をかける試み自体は適切であるとしても、問題は刑訴法における供述証拠と非供述証拠の扱いの違いである⁵⁷⁾。供述証拠は⁵⁸⁾、体験した事実につき、供述過程（知覚・記憶・表現・叙述）を経て事実認定者に到達するところ、その各過程には誤謬が入り込むおそれがあるため、いわゆる伝聞法則（刑訴法320条1項）として⁵⁹⁾、法は、①宣誓と偽証罪による処罰の予告、②不利益を受ける相手方当事者による反対尋問、③裁判所による供述態度の観察によりその信用性の検討・確認を得ている「公判期日における供述」に代えて、そのような信用性の検討・確認を経していない公判期日外の供述を、裁判所による事実認定の基礎たり得る証拠として用いることを原則として禁じている⁶⁰⁾。このことからすれば、参考人の供述は、少なくともそれが裁判において用いられる局面を考えれば、否定的な見解に至ることになる⁶¹⁾。

そうすると、刑法104条の「証拠」に「証拠資料」を含めたとしても、それは「裁判官に認識ないし知覚された証拠の内容」に過ぎないから、裁判官の面前

55) 伊東・前掲（注8）36頁。只木・前掲（注8）257頁も同旨。

56) なお、故意による限定に対しては、未必の故意まで含めれば成立範囲の限定には限界があり、抽象的危険の発生を要求する見解に対しては、内用虚偽の供述調書が作成されながら抽象的危険が否定される事例はあまり想定することができないとの批判（野原・前掲（注21）388頁注52を参照）がある。

57) 安田・前掲（注34（法教））75頁。

58) 辻本典典「参考人の虚偽供述と証拠偽造罪（証拠法の研究）」近代法学65巻3・4号（2018年）14頁は、供述書および供述録取書（刑訴法321条1項3号）はその作成によって証拠として成立するのであり、「捜査段階での取調べによって参考人が虚偽の供述をした場合、それだけで処罰されないのは、供述が証拠資料だからではなく、まだこの段階では『証拠』が存在していないからなのである」とする。

59) さしあたり、酒巻匡『刑事訴訟法』（有斐閣、2015年）530頁以下を参照。

60) 松田岳士『刑事手続の基本問題』（成文堂、2010年）1頁以下を参照。公判期日における供述採取の特徴として重視しているのは、その過程において「公判の対審」が保障されているからであり、「公判の対審」の保障は、「事実認定の正確性」の担保の観点からというより、むしろ、第一義的には、裁判所による「事実認定」の基礎となる供述の採取過程の「適正性」ないし「公正性」の担保という観点からその尊重が要請されるものとされる（12頁）。

61) 伊東・前掲（注34）459頁、安田・前掲（注34（法教））75頁、永井・前掲（注2）88頁以下。

でなされたものではない供述は「証拠資料」にもなり得ないという解釈も可能である⁶²⁾。捜査機関に対する供述を、法廷での供述と同じく「証拠資料」であるというには、捜査機関に対して、裁判官に引き継がれて判決に結実するような心証形成の権限を認めることになるのである⁶³⁾。

積極説からは、供述した参考人の署名押印によりその供述の内容が書面化、固定化されることによって供述自体に比べて内容の信用度が増し、刑事裁判の証拠として利用される可能性も高まるとして、単なる虚偽供述にとどまる場合よりも刑事司法作用を侵害する危険は大きく、当罰性があるとされるが、捜査段階では様々な証拠を広く収集し、虚偽や誤謬が含まれていることを前提に、取捨選択しながら操作を進めるのであって、一般的に当罰性が高いとは言えないであろう⁶⁴⁾。そして、供述調査への署名押印は、自らの供述が正確に録取されていることを承認したことを意味するにとどまり、その供述の内容自体が真実であることを承認したものではない⁶⁵⁾。

さらに、「偽造」概念も問題となり得る。ここでの「偽造」は、不真正な証拠(真実に合致しない証拠)を新たに作り出すことであるとの理解が多いが⁶⁶⁾、このような理解からは、(参考人は証拠方法であるとの理解を前提にして)参考人が虚偽を供述する行為は、真実の記憶の顕出を妨げ、あるいは虚偽の外観上の記憶を作り出すものであって、不真正な証拠を新たに作り出したことになり変わりなく、「偽造」と評価し得ることになる⁶⁷⁾。しかし、偽造だけでなく、隠滅も変造も、物理的な働きかけを含意するものであって⁶⁸⁾、口頭による供述を偽造等に当たるとするには無理であろう⁶⁹⁾。

62) 松宮・前掲(注13) 510頁。

63) 同上。それでは、司法権の担い手が、憲法76条の明文に反して、裁判所ではなく捜査機関にあるとすることになると批判する(511頁)。

64) 野原・前掲(注21) 382頁。

65) 同上。さらに、偽証罪における事後の宣誓(民訴規則112条1項)の場合とは異なるとする。

66) 団藤・前掲(注6(各論)) 87頁、大塚・前掲(注8) 589頁等。

67) 尾崎・前掲(注7) 19頁、中森・前掲(注8) 240頁、山口・前掲(注8) 291頁。

68) 浅田・前掲(注10) 7頁を参照。なお、尾崎・前掲(注7) 19頁、中森・前掲(注8) 240頁も参照。

69) 松原・前掲(注46) 568頁。

このように考えてくると、基本的に消極説が妥当である。平成28年決定が、傍論であるが、単に参考人として捜査官に対して虚偽の供述をし、それに基づき供述調書が作成された場合には刑法104条の成立を否定する点は適切である。もっとも、同決定は、当該事案はそれとは異なる事案であり、参考人が捜査官に虚偽供述をしてそれに基づき供述調書が作成された場合に刑法104条は成立しないという基本的立場が当てはまるものではない（あるいは参考人が捜査官に虚偽供述をしてそれが供述調書となった場合でも証拠偽造罪が成立する可能性がある）ことを示している。その意味では、平成28年決定は、供述調書の形態をとっていても、単に受け身的に虚偽供述が供述調書として録取されたのではなく、自らが供述書を作成した場合と同視し得るような事例にも及び得ることにはなろう。しかしながら、この点は、前述の検討のように証拠偽造罪を成立させるべきではなかったように思われる。もっとも、同決定の事案において刑法104条の成立が否定されても、刑法156条の虚偽公文書作成罪（被告人はその共犯）の余地は残るであろう⁷⁰⁾。供述調書は、供述の通りに捜査官が調書として録取すれば真正な供述調書であるが、本件のように捜査官の提案もあって被告人やAの供述とは異なる内容を文書化したような事案においては、虚偽公文書作成罪（の共犯）で対応すべきであったように思われる。

最後に、証拠隠滅等罪と犯人蔵匿等罪との関係に言及しておきたい。消極説に対しては、参考人の虚偽供述等の捜査妨害的行動に対しては、刑法103条の犯人蔵匿等罪で対応してきたことが指摘されることがある⁷¹⁾。これは、積極説から、証拠隠滅等罪を捜査妨害を取り締まるいわば一般法として機能させるべきという主張である⁷²⁾。これに対しては、消極説から、「証拠」概念を拡張して、参考人の虚偽供述を証拠偽造罪で処罰するよりは、「隠避」概念を従来通り緩やかに理解して隠避罪によって捉える方が無理がないから、証拠偽造罪よりは犯人隠避罪を処罰妨害罪の一般法と解する方が妥当であるとの主張もある⁷³⁾。同一の法定刑である点は措くとしても、実質的に捜査妨害罪として機能させることが適切であ

70) 松宮・前掲(注13)506頁、永井・前掲(注2)92頁。

71) 伊東・前掲(注34)459頁。

72) 伊東・前掲(注8)35頁。

73) 安田・前掲(注34(法教))77頁。

るかは別である⁷⁴⁾。紙幅の関係で、この点は犯人蔵匿等罪の検討もあわせて別に行いたいが、一般法と解するよりは、断片的に、偽証罪は証言を、証拠隠滅等罪は証拠を、犯人蔵匿等罪は犯人と逃走者の身柄の確保をそれぞれ保護対象しているとした方が適切なのではないかとの指摘には留意する必要がある⁷⁵⁾。

74) 井田良「判批」『平成元年度重要判例解説』(有斐閣、1990年)163頁。浅田・前掲(注10)6頁は、現在の日本の刑事司法作用に対する罪は断片的であり、捜査妨害、処罰妨害一般を処罰対象とするものではないとする。

75) 原田國男「判解」ジュリスト943号(1989年)87頁を参照。