



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	刑事判例研究
Author(s)	池田, 杏奈
Citation	北大法学論集, 68(6), 162[191]-146[207]
Issue Date	2018-03-30
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/68625
Type	departmental bulletin paper
File Information	lawreview_vol68no6_07.pdf



刑事判例研究

池田杏奈

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

平成28年3月31日第一小法廷決定（平成26年（あ）第1857号 詐欺、証拠隠滅被告事件）

刑集70巻3号58頁、判時2330号100頁、判タ1436号110頁、裁時1649号7頁

〔参照条文〕刑法104条

【事実の概要】

本件は、①共犯者と共謀の上、生活保護を不正受給して騙し取ったという詐欺事件のほか、②共犯者と共に警察署を訪れ、警察官らと意を通じ、知人の暴力団員が覚せい剤を所持しているのを目撃した旨の共犯者を供述者とする内容虚偽の供述調書を作成して証拠を偽造した、という事案である。

本稿で問題として取り扱う事実②の概要は以下の通りである。

Aは、被告人と相談しながら、暴力団員である知人Dの覚せい剤所持等を平成23年春頃に目撃したという虚構の話を作り上げ、平成23年12月19日、二人で警察署へ赴き、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、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を受けた。その際、被告人らの説明、態度等からその供述が虚偽であることを認識するに至ったB警部補及びC巡査部長から、覚せい剤の目撃時期が古いと令状請求ができないということを聞かされ、B警部補から「適当に2か月程前に見たことで書いっとたらええやん。」などと告げられ、これに応じ

て二人とも2か月前にもDに会っている旨を述べ始め、具体的な覚せい剤所持の目撃時期・場所につき虚偽の供述を続けた。

C 巡査部長は、A らと相談しながら具体化させるなどした虚偽の供述を、それと知りながら、「A が、平成23年10月末の午後9時頃にDが覚せい剤を持っているのを見た。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1袋とオレンジ色のキャップが付いた注射器1本があった」などと虚偽の内容が記載されたAを供述者とする供述調書1通を作成した。Aは、その内容を確認し、C 巡査部長から「正直、僕作ったところあるんで」「そこは流してもうて、注射器とか入ってなかったという話なんすけど、まあ信憑性を高めるために入れてます」などと言われながらも、末尾に署名指印した。

第一審（神戸地判平成26年3月6日刑集70巻3号93-108頁）では、証拠偽造罪につき被告人の故意・被告人とAらの共謀が争われ、証拠偽造罪に当たるか否かについては問題とならなかった。第一審判決では、詐欺及び証拠偽造の各事実につき被告人の故意・共謀を認め、被告人を懲役3年6月に処した（求刑：懲役4年）。

原審（大阪高判平成26年11月26日同刑集108-116頁）の段階から、被告人は「証拠偽造罪を規定する刑法104条を適用しているが、捜査官に対する参考人の虚偽供述に基づき参考人の供述調書が作成されたとしても同罪は成立しないのであるから、原判決には判決に影響を及ぼすことが明らかな法令適用の誤りがある」として刑法104条の適用の誤りを主張し始めた。そのため、参考人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が証拠偽造罪に当たるかということが争点となった。

原判決は、法令適用の誤りの所論について、

「原判示第2の供述調書（以下、「本件供述調書」という。）は、参考人であるAが捜査官であるCに対して供述した内容を録取したという形式がとられているものの、Cも、同席していた捜査官のBも、Aの供述が虚偽であることを分かっていただけでなく、本件供述調書は、B、C、Aのほか、被告人も同席の上、Aの口から出た内容にとどまらず、その場にいたB、C、A及び被告人の4名が相談ないし雑談しながら話した内容がまとめられたものである。

このような事実関係に照らすと、本件においては、参考人であるAが情を知らない捜査官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る。このような本件の事実関係の下では、本件供述調書は、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。したがって、仮に、所論のいうように参考人が捜査官に対して虚偽の供述をしても証拠偽造罪は成立しないと解されるところ、本件供述調書の前記のような実態に照らすと、原判示第2の事実が証拠隠滅罪に当たるとして刑法104条を適用することに、条文上も解釈上も妨げはないというべきである。」と判示し、控訴を棄却した。

これに対して、弁護人は、憲法違反、判例違反、事実誤認、量刑不当を理由に上告した。

【決定要旨】

上告棄却。

「判例違反という点は、事案を異にする判例を引用するものであり、本件に適切でなく、その余は、憲法違反という点を含め、実質は事実誤認、単なる法令違反、量刑不当の主張であって、刑訴法405条の上告理由に当たらない。

所論に鑑み、本件における刑法104条の証拠を偽造した罪の成否につき、職権で判断する。」

「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（レ）第1476号同年6月23日判決・刑録20輯1324頁、大審院昭和7年（レ）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（レ）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、同罪に当たるとすることはできない。

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いえ、刑法104条の証拠を偽造した罪に当たる。したがって、被告人について、A、B 警部補及びC 巡査部長との共同正犯が成立するとした原判断は正当である。」

【評釈】

1. 証拠偽造罪について

刑法104条は、「他人の刑事事件に関する証拠を隠滅し、偽造し、若しくは変造し、又は偽造若しくは変造の証拠を使用した者は、2年以下の懲役又は20万円以下の罰金に処する。」と定める。

「証拠」とは、刑事事件が発生した場合、捜査機関又は裁判機関において国家刑罰権の有無を判断するに当たり、関係があると認められる一切の資料をいい（大判昭和10年9月28日刑集14巻997頁）、犯罪の成否、態様、刑の軽重に関係を及ぼす資料（大判昭和7年12月10日刑集11巻1817頁）のほか、訴訟条件等訴訟手続上の事実に関する資料を含む。物証のみならず人証も含み（大判明治44年3月21日刑録17輯445頁、大判昭和7年12月10日、東京高判昭和35年10月31日判時249号32頁、大阪地判昭和43年3月18日判タ223号244頁）、証拠能力・証拠価値の有無、程度を問わず、被告人・被疑者に利益なものであるか不利益なものであるかを問わないというのが通説である。¹

そして、「偽造」とは、実在しない証拠を実在するかのように新たに作り出すことをいい、事実を虚構することがその概念要素である（仙台高判昭和35年5月17日下刑集2巻5=6号665頁）。物件自体を新たに製作する場合はもちろん、関連性のみを作出する場合も含まれ、犯罪事実と無関係な既存の物件を利用して犯罪事実と関連するかのように新たに虚構する場合も偽造に当たる（大判大正7年4月20日刑録24輯359頁）。²

¹ 大塚仁＝河上和雄＝中山善房＝古田佑紀編『大コンメンタール刑法第三版』（青林書院、2015年）第6巻365頁〔仲谷暢彦〕

² 大塚ほか編・前掲註1、371頁

2. 問題の所在

参考人が他人の刑事事件について虚偽の情報を捜査機関に提供した場合に、証拠偽造罪が成立するかどうかが問題となる。これについては、さらに、(1) 参考人が、自ら虚偽の内容を記載した供述書(上申書・陳述書)を作成し、捜査機関に提出した場合、(2) 参考人が、捜査機関に対して、虚偽内容の供述をした場合、(3) 参考人が、捜査機関に虚偽内容の供述をし、供述調書を作成せしめた場合の3つに分類できる。

3. 類型ごとの証拠偽造罪の成否と学説

類型(1): 参考人が、自ら虚偽の内容を記載した供述書(上申書・陳述書)を作成し、捜査機関に提出した場合

現に捜査中の被疑事件につき、参考人として検察官から上申書の作成、提出を求められた者が、虚偽の内容を記載した上申書を作成して検察官に提出した事案である東京高判昭和40年3月29日高刑集18巻2号126頁は、

「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(昭和34年6月20日東京高等裁判所第10刑事部判決及び昭和36年7月18日同裁判所第6刑事部判決参照)。」(下線部は著者による)と判示した。

判例は証拠偽造罪の成立を肯定³し、学説上も否定説⁴はほぼ見られない。供述書は「他人の刑事事件に関する証拠」であり、これに虚偽の事実を記載する

³ 内容虚偽の死亡事故発生報告書を作成して海上保安部に提出した事例(仙台地裁気仙沼支判平成3年7月25日判タ789号275頁)、公職選挙法違反事件において、金50万円を個人献金として供与したという全く架空の事実について内容虚偽の上申書を作成して検察官に提出した事例(東京高判昭和36年7月18日東京高刑時報12巻8号133頁)、友人に依頼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例(福岡地判平成5年6月29日公刊物未登載)などにおいて、証拠偽造罪の成立を認めている。

⁴ 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、平成9年)231頁、安田拓人「司法に対する罪」法教305号(2006年)76頁

行為は、存在しない証拠を新たに作成するものとして「偽造」に当たるからである。⁵

類型（２）：参考人が、捜査機関に対して、虚偽内容の供述をした場合

（い）裁判例

宣誓した証人が虚偽の陳述をした場合、偽証罪(刑法169条)として処罰され、証拠隠滅罪は成立せず(最決昭和28年10月19日刑集7巻10号1945号)、宣誓していない証人が捜査官に対し虚偽供述をしても、偽証罪にも証拠隠滅罪にも当たらず(大判昭和9年8月4日刑集13巻1059号)、原則として不可罰となるというのが判例・通説の立場である。

最決昭和28年10月19日刑集7巻10号1945号は、被告人が自己の刑事被告事件につき他人に教唆して偽証させた事案であり、弁護人が上告趣意において、被告人には黙秘権が認められており自己の被告事件について他人を教唆して偽証させた場合は、自己の被告事件に関する証憑湮滅(証拠隠滅)行為であるから偽証教唆罪に問うべきではないと述べた点に対し、

「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であるから、自己の被告事件について他人を教唆して偽証させた場合に右規定の趣旨から当然に偽証教唆の責を免れるものと解することはできない。」(下線部は著者による)と判示し、自己の刑事被告事件について他人を教唆して偽証させる行為につき証拠偽造罪の成立を否定した。⁶

大判昭和9年8月4日刑集13巻1059号は、予審判事の尋問に対し、他人に虚偽の供述をさせた行為が証拠隠滅に当たるとして起訴された事案について、原審は犯罪の証明がないと無罪を言い渡したが、

「他人ノ刑事被告事件ニ付證人カ法律ニ依リ宣誓ヲ爲シタルト否トヲ問ハス判事ニ對シ虚偽ノ陳述ヲ爲シタル場合ハ勿論同人ヲシテ右ノ如ク虚偽ノ陳述ヲ爲サシメタル場合ノ如キハ共ニ刑法第百四條ヲ以テ處罰スヘキモノニ非スト解スルヲ相當トス」(下線部は著者による)と判示し、

「原判決ニ於テ右第一ノ公訴事實ニ付犯罪ノ證明ナキ旨説明シタルハ其ノ用語甚タ妥當ヲ缺クモノアリト雖該公訴事實ニ付被告人ニ對シ無罪ノ言渡ヲ爲シ

⁵ 十河太郎「判批」ジュリ臨増1505号(2017年)178頁

⁶ ただし、偽証教唆の成立は認める。

タル所以ノモノ蓋シ敍上説示ノ趣旨ニ依リタルモノト解シ得ラレサルニ非ス」と述べ、上告を棄却した。これは、宣誓していない参考人の虚偽供述自体については証拠偽造罪が成立しないという立場（消極説）に立っているといえる。

上記二つの最高裁判例及び大審院判例の理由は明らかではないが、下級審の裁判例では、その結論を踏襲した上で、理由を判示するものがある（捜査中の自転車競技法違反・詐欺等被告事件につき、共犯者である競輪選手に対し黙秘・虚偽の供述等を申し向けたという事案である**大阪地判昭和43年3月18日判例タイムズ223号244頁**、病院長が、医療過誤事件について虚偽供述をした上、他の看護師に対し、被疑者たる看護師に虚偽供述をするように伝えることを依頼したという事案である**宮崎日南支部昭和44年5月22日刑月1巻5号535頁**⁷⁾）。

その後も、虚偽供述自体は証拠偽造罪に当たらないとする裁判例が出てきた。

検察官の取り調べを待っている間にたまたまYと同房になった被告人は、Yから、Yの覚せい剤使用の事実に関し、覚せい剤を風邪薬だと言ってYに渡したとの虚偽の供述を取調べの際にしてほしい旨の依頼を受け、それに応じて警察官や検察官の取り調べの際に虚偽の供述をし、検察官が録取し読み聞かせたところ、誤りのない旨を申し立てて署名指印したという事案につき**千葉地判平成7年6月2日判時1535号144頁**は、

「他人の刑事被疑事件について、参考人として、取調べを受け、その際、虚偽の事実を供述する、特に、本件のように、全く架空の事実関係を作り上げてそれを積極的に捜査担当検察官に供述することは、悪質な捜査妨害というほかなく、供述調書が作成されるに至ったことをとらえてその処罰を求める本件起訴に、ある程度実質的な理由が存することは認めざるを得ないところである。しかし、それが、・・・刑法104条にいう証憑を偽造した場合に当たるといえるかは、一つの問題である。

よって、検討するに、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

⁷⁾ 前掲大判昭和9年判決について、「この判例は、刑法第104条と刑法第169条との関係を、両者が法条競合の関係にたち後者が前者の特別法になるとはみず、宣誓の有無を問わず偽証は刑法第104条の適用外であるとしているのであるから、両者は択一関係にたつものとみていてと解すべきである。」と述べる。

と解するのが相当である。」(下線部は著者による)と、証拠偽造罪の点について無罪を言い渡した。

これと同一事案についての共犯者 Y の罪責に関して、**千葉地判平成 8 年 1 月 29 日判タ 919 号 256 頁も、**

「刑法は、虚偽供述を手段とする刑事司法作用の妨害については、それが明示的に行為類型とされている偽証、虚偽鑑定又は通訳及び誣告(以下「偽証罪等」という。)と、犯人の身柄の確保ないし特定作用を害する犯人隠避に限って可罰性を認める趣旨であり、それ以外の虚偽供述について証憑湮滅罪が成立することはないと解するのが相当である。」(下線部は著者による)として証憑隠滅教唆について無罪を言い渡した。

このように参考人が、捜査機関に対して、虚偽内容の供述をした場合の証拠偽造罪の適用について、裁判所は消極的・否定的に解している。その理由は、以下の通りである。

(ア) 刑法104条の「証拠」には人証も含むが、「証拠方法」を意味するにとどまり、証人や参考人の供述などのいわゆる「証拠資料」までも包含するものではない。

(イ) 刑法104条とは別に刑法169条の偽証罪の規定があり、それは特に法律により宣誓した証人が虚偽の供述をした場合のみを処罰の対象としており、その立法の趣旨からすると、宣誓をしない証人がした虚偽の供述を処罰の対象としていない。

(ウ) 捜査段階における参考人は捜査機関に対し出頭及び供述を拒む自由を有する以上、捜査官に対する虚偽供述を刑法104条により処罰することはできない。

(エ) 虚偽供述の依頼は強制されてはじめて証人威迫罪(刑法105条の2)の処罰の対象となる。そうすると証人威迫罪の法定刑が証拠隠滅罪よりも軽いことから、強制の要素の加わっていない単なる虚偽供述の依頼は不可罰と解される。

(オ) 偽証罪には自白により刑を減輕又は免除できる規定があるのに(刑法170条)、より軽い証拠隠滅罪を犯した者は自白しても刑の減輕・免除を受けられないため、宣誓しない証人や参考人の虚偽供述を処罰すると不合理な不均衡を生ずることになる。

(カ) 人の供述にはもともと不誠実で移ろいやすい面があり、物的証拠のように、一見動かし難い証拠が捏造される場合に比べると、虚偽供述によって司法作用を侵害する程度は高いものではないから、刑事司法作用の中で最も重要な

段階である審判手続（及びそれに近い形式の証拠保全や公判前の証人尋問の手続）で宣誓の上なされた虚偽供述と、被申告者の利益をも害する誣告に限って処罰する趣旨である。

（キ）虚偽供述が証拠偽造罪に該当することになると、処罰の対象は非常に広範で不明確になる。

（ク）宣誓無能力者については、宣誓をさせても真実の供述を期待することはできないとして、宣誓をさせずに証言させるものであることから、刑罰をもって真実の供述を強制することは妥当でない。

（ケ）参考人の虚偽供述について証拠偽造罪が成立することになると、参考人が捜査官等の見解と異なる供述をした場合、捜査官の認識としては参考人が証拠偽造罪を犯すことになる。捜査官のこのような認識が取調べや事情聴取に反映されると、参考人の記憶に反し捜査官に迎合する供述が導かれるおそれも否定できない。

（ii）学説

学説においては、否定説⁸が多数派であったが、近時は肯定説⁹も有力である。肯定説から上記の論拠のいくつかに対して（記号は両説に対応）、以下のよう

⁸ 平野龍一「刑法各論の諸問題18」法セ228号（1974年）40頁、藤木英雄『刑法講義各論』（弘文堂、1976年）42頁、団藤重光『刑法綱要各論〔第3版〕』（創文社1990年）86頁、87頁註5、福田平『全訂刑法各論〔増補版〕』（有斐閣、1992年）31頁等。

⁹ 小島吉晴「証人・参考人の虚偽供述の刑法的評価について一名古屋地裁平成元年12月6日判決公刊物未登載—」研修518号（1991年）25頁、加藤康榮「参考人の虚偽供述と証憑湮滅罪の成否」研修526号（1992年）90頁以下、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」同法46巻5号（1994年）114-120頁、山口厚『問題探究刑法各論』（有斐閣、1999年）290頁以下、尾崎道明「判批」研修569号（1995年）15頁以下、堀内捷三『刑法各論』（有斐閣、2003年）320頁以下、伊東研祐「参考人の虚偽供述と証拠偽造罪」現刑5巻10号（2003年）35頁、大塚仁『刑法概説各論〔第3版増補版〕』（有斐閣、2005年）598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』（2007年）257頁、山口厚『刑法各論〔第2版〕』（有斐閣、2010年）588頁、中森喜彦『刑法各論〔第4版〕』（有斐閣、2015年）292頁以下等

(ア) 証拠資料も、その隠滅により刑事司法作用の侵害の危険を生じる点では証拠方法と変わらず、虚偽の供述は新たな証拠の創造であって刑法104条の証拠偽造に当たる。

(イ) 宣誓をした者による供述はそれ以外のものより証明力が高いことから、宣誓後の偽証には法定刑の重い刑法169条が、それ以外の虚偽供述にはより軽い104条が適用される。

(ウ) 出頭、宣誓、証言を強制される証人による偽証に対しては法定刑の重い刑法169条が、それ以外には軽い刑法104条が適用される。

(エ) 偽証罪は罪質の重さゆえに政策的に刑の減免規定が設けられており、軽い証拠偽造罪にはそのような減免の必要がない。

(オ) 証拠偽造罪と証人等威迫罪では法益が異なり、前者の成立には虚偽の供述を要するが、後者には面会強請・強談威迫の行為で直ちに既遂になることから、法定刑の相違は合理的に説明される。

類型(3)：参考人が、捜査機関に虚偽内容の供述をし、供述調書を作成せしめた場合

(i) 裁判例

前掲千葉地裁平成7年判決は、

「参考人が捜査官に対して虚偽の供述をしたにとどまらず、その虚偽供述が録取されて供述調書が作成されるに至った場合、すなわち、本件のような場合は、どうであろうか。この場合、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拠を偽造させたものと解することができるようにも思われる。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、これに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されて誤りのないことを申し立て署名指印しているが)、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ものと解すべきである。」(下線部は著者による)と述べ、この類型につき証拠偽造罪の成立を否定した。

前掲千葉地裁平成8年判決は、

「本件のように、参考人の虚偽供述を捜査官が録取し、参考人が読み聞かせを受け、誤りのないことを申し立てて署名押印し、これによって供述調書が完成すると、供述内容は明確になり、かつそこに固定されることになる。右供述調書はいわゆる「証拠方法」として、後にその記載から供述者が知覚した事実を推認することができるようになる。しかし、その点をとらえて証憑湮滅(偽造)罪の成立を肯定すべきではない。」とし、その理由として以下のことを挙げている。

(ア) 虚偽供述の大半は何らかの証拠方法に転化するため、供述が何らかの「証拠方法」に転化したことを理由に証拠偽造罪の成立を認めるとすれば、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。

(イ) 署名押印は、録取内容の正確性を承認する意義を有しているにすぎず、正確に録取されている限りそれ自体に虚偽性はないから、署名押印には証憑偽造罪の成否を左右する特段の意義は認められない。

(ウ) 前掲昭和28年決定は、被告人が「証人の偽証」という証拠を偽造するという構成をとり、それは証拠偽造罪の対象にならないとした。同決定は、虚偽供述はもちろん、それに基づいて手続上当然に供述調書が作成された場合も含めて、供述者に証拠偽造罪の成立を認めないことを前提にしたものと理解することができる。

(エ) 捜査官等は、自己の見解と異なる内容の供述調書が完成すれば、それによって参考人が証拠偽造罪を犯したと認識することになる。証拠偽造罪の成立を供述調書が完成した場合に限るとしても、虚偽供述が導かれるおそれという問題は依然として存在する。

(オ) 作成名義人による内容虚偽の上申書等の作成を証拠偽造罪とした裁判例が存在する(前掲東京高裁昭和40年判決、前掲仙台地裁気仙沼支部平成3年判決)が、こうした裁判例は、参考人が取調べ等以外の場合で、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、供述が書面等に転化した場合ではない。

(ii) 学説

この類型についても、学説に争いがある。**類型(2)**の場合において証拠偽造罪を認める見解からは当然に肯定されるが、他方、**類型(2)**の場合において証拠偽造罪を認めない見解の内部では説が分かれている。

①積極説¹⁰

供述調書は供述そのものと異なり物理的な存在であるから、刑法104条の「証拠」にあたり、これに虚偽の事実を記載させる行為は、存在しない証拠を新たに作成する「偽造」にほかならない。

供述の内容が録取されて供述調書として書面化された以上、内容の明確性等の点では供述書と同じであるから、**類型（１）**の場合と**類型（３）**の場合とで取り扱いを異にする理由はない。

②消極説¹¹

虚偽の供述を不可罰とする以上、その供述の内容が供述調書に録取されるに至ったとしても不可罰とすべきである。現実には参考人が供述すれば供述調書が作成されるのが通常であるから、内容虚偽の供述調書を作成させた行為について証拠偽造罪が成立を認めることは、事実上、虚偽供述そのものを処罰の対象とすることとほとんど変わらない。

類型（１）の場合のように、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、その処罰が証人や参考人の地位を害する危険性と捜査協力を委縮させる程度は低いのにに対し、**類型（３）**の場合は、供述を確認したに過ぎず受け身的色彩が濃い。

4. 供述書と供述調書

「供述書」とは、供述者自らその供述内容を記載した書面であり、「供述を録取した書面」とは、第三者が供述者から聴き取った供述内容を記録した書面である。実務的には、形式上供述者本人が作成名義人であるもの（例えば、上申書、答申書、被害届、任意提出書、捜査報告書、実況見分調書、鑑定書、帳簿、日記、手紙、領収証など）が供述書、これに対し供述者以外の第三者の作成したもの（例えば、証人尋問調書、供述調書、質問てん末書、電話聴取書など）が

¹⁰ 大谷實『刑法講義各論』（成文堂、新版第4版補訂版、2015年）606頁、井田良「司法作用の刑法的保護」山口厚＝井田良＝佐伯仁志『理論刑法学の最前線Ⅱ』（岩波書店、2006年）203-204頁、深町晋也「司法に対する罪」山口厚編『クローズアップ刑法各論』（成文堂、2006年）106頁

¹¹ 前田雅英「参考人の虚偽供述と証拠偽造罪」研修574号（1996年）15頁

供述調書として取り扱われている¹²。

前掲千葉地裁平成7年判決は「参考人が捜査官に対して虚偽の供述をすることとそれ自体が、証憑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。」と判示している。

これに対しては、刑事訴訟法321条、322条が供述書と供述調書を同様に扱っていること等を根拠に、消極説の言うように供述書と供述調書を区別するのは、形式的な議論に過ぎず、説得力を欠くものと言わざるを得ないという指摘がある¹³。内容虚偽の供述調書に署名・押印する行為も、証拠の偽造に当たると解すべきである¹⁴とも言われる。

この点につき、本決定では「その虚偽の供述内容が供述調書に録取される・・・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。」としており、内容虚偽の供述調書に署名・押印する行為は証拠の偽造に当たらないという判断は維持されている。

もっとも、供述書と供述調書を分けて考える立場からは、本件では作成名義人であるC巡査部長自身が虚偽内容の調書を作成したことから、「虚偽の供述書を作成した」とも評価しうる面があるといえる。また、本件において作成された「供述調書」について、刑法104条の証拠を偽造した罪に当たるとしたが、本決定は従来の判例の結論を維持した上で、供述調書の中の例外的なものにのみ証拠偽造罪を認めたと解し得る。すなわち、「供述調書の中でも供述書と同視し得るもの」が刑法104条の客体となりうるとしたと解される¹⁵。

5. 本決定の意義

本決定は、「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（刑事訴訟法223条1項）を受けた際、虚偽の供述をしたとしても、刑

¹² 松本時夫＝土本武司＝池田修＝酒巻匡『条解 刑事訴訟法〔第4版増補版〕』（弘文堂、2016年）848頁

¹³ 尾崎・前掲註9、24-25頁

¹⁴ 大谷・前掲註9、606頁

¹⁵ 前田・前掲註11、64頁

法104条の証拠を偽造した罪に当たるものではない」として、**類型（2）**の場合に証拠偽造罪が成立しないことを改めて確認した。その上で、「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）などとして、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。」とし、**類型（3）**の場合も原則として証拠偽造罪が成立しないことを示している。

本決定は、傍論ではあるが、参考人が虚偽の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が成立しない旨を最高裁として初めて明確にした点、そして、供述調書の形式をとっていたとしても、第三者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、捜査官と相談しながら虚偽の供述内容を創作、具体化させて書面化したような行為については、例外的に証拠偽造罪が成立する旨を明示した点に意義がある。¹⁶

本件の被告人の行為は捜査官に内容虚偽の供述調書を作成させたものであるから**類型（3）**に当たると考えられる。

そうすると、判例の立場からは証拠偽造罪の成立は否定されるようにも思われる。学説においても、被告人の行為による司法作用への影響は、例外として処罰される偽証罪に匹敵するとは言い難いとして証拠偽造罪で対処することに疑問を持つ意見もある¹⁷。

一方、**類型（2）**や**類型（3）**の場合に証拠偽造罪の成立を肯定する立場からは、本件において、被告人らが捜査機関に対して内容虚偽の供述をし、それに基づいて供述調書が作成された以上、当然に証拠偽造罪が成立することになる。

消極説の立場から本決定の結論を支持する見解¹⁸もあるが、虚偽の供述内容が録取された供述調書の作成に証拠偽造罪の成立を否定する見解もある¹⁹。その虚偽供述を処罰すべきでない理由につき、法律により宣誓した場合以外の虚偽供述それ自体を処罰対象にすると、虚偽供述の対象となりうる事実が広いため、処罰範囲が相当に広くなり、不明確にもなりかねないと述べる。

¹⁶ 野原俊郎「判批」ジュリ1511号（2017年）119頁、野原俊郎「判批」曹時69巻10号（2017年）391頁

¹⁷ 門田成人「判批」法セ738号（2016年）125頁

¹⁸ 成瀬幸典「判批」法教430号（2016年）152頁

¹⁹ 保坂和人「判批」警論69巻7号（2016年）158頁

また、参考人の虚偽供述について証拠偽造罪の成立が否定される根拠として、参考人に供述拒絶権があることや、参考人に真実供述義務を課すと参考人を委縮させるということが挙げられる。その際に想定されているのは、参考人と捜査官の、供述する側と聴取する側という対向的な緊張関係である。本件のように、被告人、A、捜査官B及びCが共謀して供述調書に虚偽の事実を記載したような状況においては対向的な緊張関係がない。そのため、被告人らの行為は、供述調書という物理的存在である「証拠」に虚偽の事実を記載することで「偽造した」として、本来の原則通り証拠偽造罪が認められる。このように考えると、**類型（2）**及び**類型（3）**の場合に証拠偽造罪の成立を否定する判例の立場からしても証拠偽造罪の成立が肯定される事案であったといえる。供述書か供述調書かという証拠方法の違いに関係なく、証拠偽造罪の成立する余地があることを示したものともいえるとの意見もある²⁰。

証拠方法の点については、供述者の知覚・記憶・表現・叙述の各過程には誤謬が入り込むおそれがあり、宣誓と偽証罪による処罰の威嚇、事実認定者の面前での反対尋問による吟味がないことから、刑事訴訟法は、伝聞供述に証拠能力を与えず（刑事訴訟法320条1項）、証拠資料として要証事実の証明に用いることを禁じるのである。

供述調書は、供述者の供述するところを第三者が聞いてこれを書面に記載したものをいうのであり、録取者は書面において自己の体験を述べるという点で、録取者自身もまた供述者であり、供述調書はその供述書にあたると解する²¹。供述調書に供述者本人の署名・押印がなければ二重の伝聞供述となるため、刑事訴訟法321条1項により証拠能力が認められるためには、署名又は押印があることが必要である。

供述書と（署名・押印のある）供述調書が刑事訴訟法上、同じように取り扱われることから、**類型（1）**に、証拠偽造罪の成立を認めるのであれば、**類型（3）**においても同様に、証拠偽造罪の成立は認められることになりそうである。しかし、虚偽供述は現実には参考人が供述すれば供述調書が作成されるのが通常

²⁰ 十河太郎「判批」刑ジャ 50号（2016年）118-119頁、十河・前掲註5、178-179頁

²¹ 高田卓爾＝鈴木茂嗣編『新・判例コンメンタール刑事訴訟法4 第一審（2）』150頁〔上口裕〕

であるから、内容虚偽の供述調書を作成させた行為について証拠偽造罪が成立を認めることは、事実上、虚偽供述そのものを処罰の対象とすることとほとんど変わらないことになる。

私見としては、**類型（１）**のように積極的に虚偽の証拠を作出しようとする行為は証拠偽造罪に当たるが、**類型（２）**の虚偽供述まで証拠偽造罪の対象とすべきではないと考える。参考人の虚偽供述を罰するということは、捜査段階における真実供述義務を参考人に課し、それを刑罰で担保することと同じである。そのような威嚇は、供述を委縮させ、かえって真実発見を妨げると考えられる。悪質な虚偽供述であれば、犯人隠避罪（刑法103条）や虚偽告訴罪、虚偽告発罪（刑法172条）等の他罪で処罰することも可能であり、虚偽供述に証拠偽造罪を成立させなくともよいと解する。**類型（３）**においても、虚偽供述をすれば通常それが供述調書に載ることになるため、本件のような例外的なものを除き、証拠偽造罪の成立を否定する。

したがって、**類型（１）**において捜査官から指示を受けたわけでもないのに自ら虚偽の供述書を作成した場合や、**類型（３）**においても単に虚偽供述が供述調書に録取された場合とは違い、本件のように、単に虚偽供述をしただけでなく、捜査官と相談して供述内容を創作し、自ら虚偽の内容が記載された証拠を新しく作り出したと言える場合には、例外的に証拠偽造罪の成立を認める余地がある²²。

また、本件では形式的には虚偽の供述内容が録取された供述調書が作成された事案ではあるが、その実態は捜査官とともに虚偽の供述内容の創作とその書面化がなされたものであるから、実質的には**類型（１）**の場合に近似しているといえるようにも見える。そうすると、**類型（３）**の場合に証拠偽造罪が成立しないとする判例の立場と矛盾するものではなく、**類型（１）**の場合に証拠偽造罪が成立するという判例の理解に親和的な立場と評価することも不可能ではない²³。

本件事案では、①新たな虚偽の証拠を作り出す意図の下に共同して、②警察官を含む４人の共謀により虚偽の内容を創作、具体化させ、③共同正犯者の一人であるＣ巡査部長が名義人である書面を作成したものである、という本件

²² 野原・前掲註16、曹時383頁

²³ 永井善之「参考人の虚偽供述と証拠偽造罪」金沢59巻1号（2016年）91頁

の具体的事情が重要だと考えられる²⁴。

類型（２）において虚偽供述は罪にならないと解した場合、**類型（３）**においてそれが書面に載ったことで証拠偽造罪になるというのは首尾一貫するものではない。本決定において、「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いえ」と判示していることから、**類型（３）**について証拠偽造罪の成立を認めるのは、作成名義人である捜査官が虚偽の書面作成に関与しているような場合に限定しているのではないかと解される。そうであるならば、虚偽の供述だと知らない捜査官を利用し、間接正犯のように供述調書を作成させる場合と違って、本件では、被告人は、捜査官であるＣ巡査部長らと共に供述調書を作成していることが、供述書の作成と同視できるような事案だったと言えるのである。あるいは、「作成名義人である」と述べることで、紛れもない文書偽造に当たるといふことを示しただけかもしれない。

類型（２）と**類型（３）**で証拠偽造罪の成立を否定する裁判例は、「証拠」に当たらないとしているのか、「偽造」に当たらないとしているのかは、定かではない。**類型（１）**の判例についても、証拠偽造罪の成立理由がはっきりしていない。本件の証拠偽造につき、主犯は捜査官らであり、被告人と共犯者Ａは証拠の「偽造」行為に加担したが、その関与形態は共同正犯と評価されたのか²⁵、「供述書と同視しうるような供述調書」という「証拠」の「偽造」行為に加担したといえるのかは、さらなる議論が必要である。

²⁴ 前田・前掲註11、65頁

²⁵ 共犯者であるＡ、Ｂ警部補、Ｃ巡査部長は、いずれも証拠偽造罪で公判請求されており、上告した１名以外は一審で有罪が確定している。