

参考人の虚偽供述と証拠偽造罪 （証拠法の研究）

辻 本 典 央

- 一 はじめに
- 二 裁判例の動向
- 三 学理の状況
- 四 若干の考察
- 五 おわりに

一 はじめに

刑事裁判は、犯罪の解明と犯人の処罰を究極の目標とし（刑訴1条）、犯罪事實は証拠によって証明されるべきこととされている（刑訴317条）。犯罪事實の解明に用いられる証拠は、証拠能力によって訴訟への持ち込みが規律されるが、これに加えて、証拠偽造（刑104条）や偽証（刑169条）の行為に対して刑事制裁が加えられることをもって、証拠そのものの真実性が担保されるべきこととされている。

このような刑法上の証拠の真正担保に向けた規定において、例えば他人の刑事事件に関して虚偽の物的証拠を作出した場合は証拠偽造罪に該当すること、及び、宣誓した証人が虚偽の陳述を行った場合は偽証罪に該当することは自明である。では、参考人が捜査段階での取調べ（刑訴223条）に際して虚偽の供述を行い、その供述録取書という証拠が作出された場合、どのように擬律されるべきか。具体的には、日本の刑事訴訟法上、捜査段階における参考人聴取の場面で供述者に宣誓をさせる規定がないことから

偽証罪に問えないとしても、証拠偽造罪の成立を認めることができないかが問題となる。この問題について、従来、判例及び刑法学理上、問題状況を分析し、それぞれの類型について検討が行われてきた。そして、近時、最高裁で重要な判断が示されるに至っている。

本稿は、従来の判例及び刑法学理における議論を整理し、近時の最高裁判例を分析した上で、刑事訴訟法理論の観点から一考察を加えるものである。

二 裁判例の動向

参考人が公判外で虚偽の供述を行った場合の可罰性について、裁判例は、次の3つの類型に分けて展開されてきた。

1. 参考人が内容虚偽の供述書を作成した場合（第1類型）

本類型は、下級審裁判例において、証拠偽造罪の成立が認められてきた。

例えば千葉地裁昭和34年判決⁽¹⁾は、弁護人であった被告人がA、B兩名にかかる被疑事実を隠蔽しようと企てて、参考人に内容虚偽の事実を記載した上申書を作成して検察官に提出させたという事案について、特段の理由説明なく、証拠偽造教唆罪の成立を認めた。

また、東京高裁昭和40年判決⁽²⁾は、捜査中の被疑事件について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という事案について、「刑法第104条は、捜査裁判等国の刑事司法の作用が誤りなく運用されることを期して設けられた規定であることは明らかであるから、……所論のようにたとえ

(1) 千葉地判昭34・9・12判時207号34頁。

(2) 東京高判昭40・3・29高刑18巻2号126頁。

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かと解するのが、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」として、やはり証拠偽造罪の成立を認めた。本判決は、この判示を導く上で、大審院判例を引用し、「同条にいわゆる証憑とは、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断ずるに当り関係があると認められるべき一切の資料を指称し、あらたな証憑を創造するのは証憑の偽造に該当する」⁽³⁾、「民事原告である被告人の虚偽の請求を民事被告が認諾した旨記載した口頭弁論調書のようなものは、同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はもちろんであつて、右民事被告が情を知らない裁判所書記を利用しこのような虚偽の内容を有する口頭弁論調書を作成させるのは、いわゆる証憑を偽造したものとなすを妨げない」⁽⁴⁾ という命題から結論付けている。

2. 参考人が捜査機関に対して虚偽供述をした場合（第2類型）

他方、本類型は、判例において、一般に証拠偽造罪の成立が否定されてきた。

例えば、大審院大正3年判決は、「証憑湮滅ノ罪ニ付キ所謂証憑ノ偽造トハ証拠自体ノ偽造ヲ指称シ証人ノ偽証ヲ包含セサルコト勿論ナリ」⁽⁵⁾（下線、筆者）として、それ以上に理由を述べることなく結論付けている。そして、この結論は、以後の判例においても踏襲されている⁽⁶⁾。最高裁も、

(3) 大判昭10・9・28大刑集14卷997頁。

(4) 大判昭12・4・7大刑集16卷517頁。

(5) 大判大3・6・23刑録20輯1324頁。

(6) 大判昭8・2・14刑集12卷66頁，大判昭9・8・4刑集13卷1059頁。

昭和28年判決⁽⁷⁾において、「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」として、大審院時代の判例を引き継いでいる。

ただし、いずれの事例も、被疑者・被告人が参考人に虚偽供述を教唆したという事案で、自己の刑事事件に関する証拠偽造に該当するのだから不可罰であるとの主張を排斥するために、つまり偽証教唆罪に該当することを肯定する前提として、証拠偽造には当たらないとされている点には注意が必要である。前掲最高裁昭和28年判決も、はっきりと、「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⁽⁸⁾」と判示している。

3. 参考人が内容虚偽の供述をして、その供述調書が作成された場合 (第3類型)

以上のとおり、第1類型は証拠偽造罪に該当するが、第2類型は該当しないということで、判例の見解は一致している。これに対して、本類型は、次のとおり見解が分かれてきた。

まず、大審院昭和12年判決⁽⁹⁾は、民事事件の被告が他人の刑事被告事件の証拠に供せられるべきことを認識しながら、口頭弁論で虚偽の供述を行い、その情を知らない裁判所書記をして内容虚偽の口頭弁論調書を作成させたという事案について、証拠偽造罪の成立を認めた。大審院は、その理由中で、口頭弁論調書は、刑事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を認めた上で、右結論を導いている。

これに対して、千葉地裁の平成7年及び平成8年の二判決は、はっきりと証拠偽造罪の成立を否定した。本件は、覚せい剤取締法違反で勾留中の

(7) 最決昭28・10・19刑集7巻10号1945頁。

(8) 最決昭28・10・19刑集7巻10号1945頁。

(9) 大判昭12・4・7刑集16巻8号517頁。

刑事被告人Xが同房者Yに自己に有利となるよう虚偽の供述を依頼し、これに応じてYが担当検察官に虚偽の供述を行い、検察官調書を作成させたという事件である。まずYに対する平成7年判決⁽⁰⁾は、第2類型に掲記した諸判例を引用して「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」とした上で、当該供述について調書が作成された場合も、「それが証拠偽造罪を構成することはあり得ない」として、証拠偽造罪の公訴事実について無罪とした。そして、Xに対する平成8年判決⁽¹⁾も、証拠偽造教唆の公訴事実について無罪とした上で、次の4点にわたり、その理由を判示した。第1に、この類型で証拠偽造罪の成立を認めると刑法が虚偽供述の可罰性を「偽証」罪に限定した趣旨が損なわれること、すなわち、捜査官等が作成した供述録取書に署名押印した場合を含めると、捜査官、弁護人の簡単な事情聴取や単なる私人間の話を除いては、虚偽供述の大半は何らかの証拠方法に転化し、証拠偽造罪の対象となってしまう。第2に、供述調書における署名押印が偽造に当たるかという点について、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、供述内容が調書に正確に録取されている限りそれ自体に虚偽性はない。第3に、第2類型に関する最高裁昭和28年判決は、被告人自身による偽証教唆を肯定する上で、虚偽供述はもちろん、それに基づいて手続上当然に尋問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としている。そして第4に、証拠偽造罪の成立を認めると取調べ等に及ぼす弊害が大きいこと、つまり、捜査官等は、自己の見解と異なる内容の供述録取書が完成すれば、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ってしまう。

(0) 千葉地判平7・6・2判時1535号144頁。

(1) 千葉地判平8・1・29判時1583号156頁。

4. 最高裁平成28年決定

このような状況の中、最高裁⁽¹²⁾は、近時、形式的には第3類型に該当する事案について、重要な判断を示した。本件は、被告人が、知人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、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」などの虚偽の内容が記載されたAを供述者とする供述調書1通を作成したという事案である。本件第1審判決の時点で、既にAだけでなく、警察官兩名にも有罪判決が下されるという、異常な事態に至っていた。

第1審⁽¹³⁾では、主として共謀及び故意が争点となったが、裁判所は、被告人の関与は本件証拠偽造の実現に大きく貢献するものというべきであるとして、被告人を有罪とした。控訴審⁽¹⁴⁾も、「本件は、参考人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というのではなく、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书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」として、被告人の控訴を棄却した。

被告人がさらに上告したところ、最高裁は、次のとおり判示し、上告を

(12) 最決平28・3・31刑集70巻3号58頁。

(13) 神戸地判平26・3・6刑集70巻3号93頁。

(14) 大阪高判平26・11・26刑集70巻3号108頁。

棄却した。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（引用判例略）、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。〔原文改行〕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。〔原文改行〕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」。

三 学理の状況

1. 第1類型、第2類型について

学理においても、判例同様、第1類型は証拠偽造罪に該当するとしつつ、第2類型は該当しないとする見解が有力である。

- (1)第2類型について証拠偽造罪に該当しないとする見解（消極説）は、
- ①刑法104条にいう「証拠」は証拠方法に限られ、供述そのものの証拠資料は含まれない、
 - ②宣誓した証人に限り偽証罪（刑169条）で処罰される、
 - ③偽証罪における自白減免規定（刑170条）がそれよりも軽い証拠隠滅等

罪にはなく不均衡である、④虚偽供述を強要する場合に限り証人威迫罪(刑105条の2)が適用されるにとどまる、という点を挙げている⁽¹⁵⁾。

これに対して、積極説⁽¹⁶⁾は、本類型の場合も証拠偽造罪に当たるという。その理由として、上記消極説への反論の形で、①'証拠方法と証拠資料とで可罰性に違いはない、②'より重い偽証罪に該当しないから軽い証拠偽造罪に該当しないとはいえない(両罪は特別法と一般法の関係にある)、③'刑事政策的に重い犯罪にのみ減免規定を設けることはあり得る、④'証拠偽造罪と証人威迫罪とは規定の趣旨が異なる、といった点が挙げられている。

(2)他方、判例に反して、第1類型についても消極に解する見解も有力である。このような見解は、第3類型でも同様に解するため、その理由は後述する。

これに対して、学理上も、第1類型の場合には証拠偽造罪に該当するとする見解が多数を占める。この点、第2類型を積極に解する見解からは必然的に同様の結論が導かれるが、消極に解する見解からも、第1類型のように供述者が供述書を作成し、提出した場合には積極に解する見解(二分説)⁽¹⁷⁾もみられる。すなわち、供述書の作成・提出は内容上の明確性、確実性などの点で単なる供述の場合と異なり、自ら文書を作成した行為者において不真正の証拠を作出したと解釈できるのであり、それによっても捜査

(15) 只木誠「参考人の虚偽供述と証拠偽造罪」西田典之他編『刑法の争点』(有斐閣、新法律学の争点シリーズ、2007年)256頁参照。

(16) 大塚仁『刑法概説各論』(有斐閣、第3版増補版、2005年)598頁、中森喜彦・判評460号238頁、十河太郎「犯人蔵匿罪と証憑隠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—」同法46巻5号72、114頁など。

(17) 前田雅英「参考人の虚偽供述と証拠偽造罪」研修574号8頁。なお、山口厚『問題探究刑法各論』(有斐閣、1999年)292頁は、第2類型でも理論的には証拠偽造罪の成立を認めつつ、「処罰範囲が相当に拡張する危険性」を考慮して、「理論的には必ずしも理由のあることではないが、処罰の明確性の見地から、虚偽供述が文書化された場合」に限り証拠偽造罪の成立を肯定する。

段階での取調べ行為に対する萎縮効果は小さいというのである。

2. 第3類型について

(1)以上の状況において、学理においても、千葉地裁の二判決が第3類型について証拠偽造罪の成立を否定したことを受けて、本類型に関する議論が高まった。

まず、第2類型の積極説からは、本類型においても当然に証拠偽造罪に該当するとの結論に至る。加えて、第2類型の消極説からも、供述調書が作成されるに至った場合には証拠偽造罪に該当するという見解がみられる。すなわち、供述調書は供述自体とは異なって物理的存在であることから証拠に該当し、虚偽内容の調書を作成させることが偽造に当たるといっているのである⁽¹⁸⁾。このような見解は、従来、第2類型と第1類型との間で証拠偽造罪の成否の違いを認めてきたものが、実質的に、第1類型に限らず第3類型をも含めて書面化の有無に可罰性の違いを求めるものといってもよい⁽¹⁹⁾。

これに対して、千葉地裁二判決の結論を支持し、第3類型においても証拠偽造罪に当たらないとする見解が有力である⁽²⁰⁾。ここでは、千葉地裁平成8年判決が示した理由に加えて、証拠方法と証拠資料との区別や、供述調書は供述内容をそのまま録取するものであることから、供述者の署名押印はその確認にすぎず、偽造行為が認められないといった点が理由とされている。

(18) 今井猛嘉他〔今井猛嘉〕『刑法各論』（有斐閣、リーガルクエスト第2版、2013年）434頁。山口厚編〔深町晋也〕『クローズアップ刑法各論』（成文堂、2007年）105頁以下は、刑法104条の「証拠」は公判廷に顕出されるものに限定されるとの理解から、捜査段階における参考人供述は証拠偽造罪には当たらず、公判供述に限られるとする。

(19) 只木（前掲注(15)）257頁。

(20) 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246号40頁など。

(2)そして、学理におけるこの見解の対立は、最高裁平成28年決定の評価にもつながっている。

本決定の評釈類において、従来積極説に立つ論者からは、証拠偽造罪の文理解釈や当罰性の高さから当然の結論とする見解²¹⁾、従来消極説が根拠としてきた供述の危うさや取調官との対向的な緊張関係といった事情は認められないとして本事案の特殊性を強調する見解²²⁾などがみられる。

これに対して、学理上、なおも消極に解して本決定の結論を批判する見解もみられる。例えば、司法作用への影響は偽証罪に匹敵するとはいえないとする見解²³⁾や、本決定は第1類型に該当することを前提とした判断であり第3類型は依然として消極に解することを明示したものであるとする見解²⁴⁾がみられる。

四 若干の考察

以上の判例・学理の議論状況を踏まえて、若干の考察を行う。ここでは、実体法的視点と、訴訟法的視点とに分けて検討することが適当である。

1. 実体法的考察

(1) 最高裁平成28年決定の意義

まず、前掲最高裁平成28年決定は結論として証拠偽造罪の成立を認めた

21) 保坂和人・警論69巻7号149頁。

22) 十河太郎・刑ジャ50号114頁（同・平28重判178頁）は、第2類型でも積極に解することを前提に、本事案の特殊性を挙げてもはや消極説が妥当しないとす。同様に、前田雅英・捜研65巻6号53頁、成瀬幸典・法教430号152頁も、本事案の特殊性を強調する。

23) 門田成人・法セミ738号125頁。

24) 永井善之・金法59巻1号77頁。なお、永井は、取調官において虚偽公文書作成罪が成立し、本件被告人にその共犯が成立する可能性を認める。

ものであるが、判示内容に照らして、この問題に関する意義が明らかにされなければならない。本件は、確かに、事実を形式的にみれば参考人が警察の取調べに際して虚偽の供述を行い、それが供述調書に録取されたものであるため、第3類型に該当する。しかし、実態は、本決定が示すとおり、「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。すなわち、「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」（本件控訴審）ものであり、第3類型には該当しないものであった。その点で、第3類型が証拠偽造罪に当たらないとする実質的な理由、つまり、取調官と供述者との間の対向的な緊張関係が欠けるのであり²⁵⁾、もはや第1類型に等しいものである²⁶⁾。

このように考えると、本決定が第3類型について証拠偽造罪に当たらないとした判示部分は、これを傍論とする見解²⁷⁾もあるが、本件が第3類型に該当しない（黙示的に第1類型に該当する）ことを理由に証拠偽造罪の成立を認めたとすると、今後の同種事例に向けた先例、つまり判例としての意味を持つものである。

そうすると、実体法的には、第3類型と第1類型との間で証拠偽造罪の成否が分かれることとなる。それゆえ、両類型の可罰性の差異をどう理解するかが問題となる²⁸⁾。なお、第2類型は偽証罪の場合のみ可罰的であり、証拠偽造罪には該当しないとする点は、実体法的には構成要件の規定上の

²⁵⁾ 十河（前掲注²²⁾刑ジャ）119頁。

²⁶⁾ 永井（前掲注²⁴⁾）91頁。

²⁷⁾ 判例タイムズ1436号110頁・本決定匿名解説。

²⁸⁾ 永井（前掲注²⁴⁾）91頁。

理由が挙げられるのみである。この点は、供述の訴訟上の意義からの考察が必要となるため、後述で検討する。

(2) 第1類型と第3類型の相違点

両類型は、第1に、書面（＝証拠）の作成主体に違いが認められる。すなわち、第1類型は供述者本人であるが、第3類型は取調官である。そして、この点が、偽造行為の理解にも違いをもたらしている。すなわち、偽造行為が文書偽造罪のような有形偽造に限定されるとの見解²⁹⁾をとらず、無形偽造（＝内容虚偽）のものも含むと解したとしても、第1類型の場合には偽造行為と認められるのに対して、第3類型では、供述録取という性質上、取調官は供述者の供述をそのまま録取すれば足り、その点に偽造行為性を認めることはできない。また、供述者が調書に署名押印する点も、それは自身が供述したことが調書に正しく録取されていることを示すものであって、供述内容が真実であることを保障すべきものではなく、やはり、そこに偽造行為性を認める余地はない。

ただし、取調官が供述者の供述内容について明らかに虚偽であることを認識しつつ、なおもその虚偽であることを奇貨としてこれを利用する意思で調書を作成する場合は異なる。最高裁平成28年決定の事案なども、同様である。このような場合、もはや第1類型と同様の状況が生じており、その点で内容虚偽の新たな証拠が作出されたものと認めて、証拠偽造罪が成立すると解される。ただし、このような結論の前提として、取調官において未必の故意では足りず、確定的な故意が求められるべきである。取調官は、取調べに際して供述者が必ずしも全て真実を供述するとは限らないという前提で、取調べに際してその矛盾点などを確認しつつ供述を録取するものであるが、その際に、供述内容の虚偽性にいささかの疑いも抱いては

²⁹⁾ 松宮（前掲注²⁰⁾47頁。

ならないとすると、捜査における取調べとその供述録取がおよそ困難なものになってしまうからである。この点は、前掲千葉地裁平成8年判決も指摘していたとおりであり、最高裁平成28年決定の事案との比較からも、確定的故意を要求するというで調整が図られるべきであろう。

なお、証拠偽造罪も有形偽造に限るとして、第1類型においても証拠偽造罪に該当しないとする見解から、最高裁平成28年決定のような事案では、取調官において虚偽公文書作成罪（刑156条）が成立する可能性が示されている⁶⁰。これは、証拠偽造罪の場合も有形偽造に限られるとする前提はともかく、論理的に一貫する見解である。ただし、この場合も、取調官には確定的故意が要求されるというべきであろう。また、これに関連して、第1類型を証拠偽造罪とする見解からは、文書に限り、文書偽造罪と証拠偽造罪とは、前者が一般法、後者が特別法と解することになるであろう（法定刑は前者の方が重いとしても）。したがって、私人である参考人が公務員である取調官の内容虚偽の文書作成に関与する場合、間接正犯類型としては、一般法である公正証書原本不実記載罪（刑157条）に当たらない限り、虚偽供述のみをもってその情を知らない取調官をして内容虚偽の公文書を作成させたとしても（つまり第3類型の場合）、特別法にかかる間接正犯類型を捕捉する規定がないため、証拠偽造罪には当たらない、と結論付けることになる。

2. 訴訟法的考察

以上の実体法的考察による、類型ごとの証拠偽造罪該当性の違いについて、訴訟法的観点から裏付けてみよう。

⁶⁰ 永井（前掲注24）92頁。

(1) 第2類型について

第2類型は、実体法上、判例ではことごとく証拠偽造罪に当たらないとされてきたが、その理論的説明はなされてこなかった。他方、刑法学理上、証拠は証拠方法に限るとし⁸⁰⁾、証拠資料である供述自体を処罰するのは偽証罪に限られるとの説明がなされてきた。

この点、訴訟法的観点からみると、偽証罪処罰を前提にすれば、可罰性において証拠方法と証拠資料とで違いはない。確かに、大局的な観点からの批判はみられるが⁸¹⁾、刑事訴訟の実態として伝聞書面の活用及び重要性に鑑みると、双方の違いを重視することはできない。その意味で、参考人が供述のみを行った場合と、供述書を作成した場合とで（つまり、第1類型と第2類型とで）可罰性を区別することは、形式的にすぎない。

ただし、訴訟法上、供述自体が直ちに証拠となるのは公判等での宣誓供述（刑訴304条、143条以下）に限られているが、供述書及び供述録取書（刑訴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、この点に可罰性の違いを見出すことができる。つまり、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。

(2) 第1類型と第3類型の相違について

では、参考人が虚偽の供述書を作成した場合（第1類型）に加えて、その供述を録取した調書が作成された場合（第3類型）も証拠が作出されたものであるとすると、両類型の可罰性の違いをいかに解すべきか。

参考人の供述書及び供述録取書は、いずれも伝聞書面として原則的に証拠としての使用を禁止されるが（刑訴320条1項）、証拠としての必要性和

80) 井田良『講義刑法学・各論』（有斐閣、2016年）559頁。

81) 松宮（前掲注80）51頁。

特信性を条件に例外的にその証拠能力を認められるものである（刑訴321条1項）。この点で、双方の書面に違いがあるとすると、書面に記述された供述内容の真正（信用性）について、それぞれの作成者にそれを担保することが求められていることである。すなわち、供述書の場合は、供述者がダイレクトに供述内容を書面に記載するのであり、供述者本人にその信用性の担保が求められている。他方、供述録取書の場合は、供述者の供述を聴き取った取調官が、その内容を吟味した上で、疑問点があれば更なる質問を行って解消し、できる限り真実を追求するものとして作成されるべきものであり、したがって、取調官、つまり供述録取者に信用性の担保が求められている。それゆえ、警察官（刑訴321条1項3号）、検察官（同2号）、裁判官（同1号）と進むにつれて、証拠としての許容要件が緩和されているのである。この限りで、第1類型の場合、第3類型と異なり、供述者本人に信用性の担保が求められており、これに反する形で内容虚偽の供述書を直接的な形で作出した点に、証拠偽造罪の成立が認められるのである。

そして、このような理論構成からは、信用性の担保が求められる取調官自身において、その権限を濫用する形で内容虚偽の供述調書を作成した場合、いわばその取調官自身が新たに供述書を作成したのと同視でき、証拠偽造罪の成立を認めることができる。これに当たるのは、最高裁平成28年決定のように取調官と参考人とが共謀して虚偽の供述内容を録取した場合（この場合、供述者及びその協力者は共同正犯又は幫助犯）や、取調官が単独で参考人名の供述を録取したような調書を作成した場合などである。

五 おわりに

以上、本稿では、刑事実体法の判例及び学理で論じられてきた、参考人の虚偽供述と証拠偽造罪との関係について、訴訟法的考察を踏まえた理論

付けを試みた。偽証罪や犯人隠避等罪を含めて、刑事司法に対する犯罪類型は、刑事手続法理論とも交錯する領域であるが、従来、必ずしも実体法と手続法とにまたがる議論が十分なされてきたとはいえない。

その意味で、本稿は試論の域にとどまる点も多いが、今後の議論展開に向けて一石を投じられたとすれば幸いである。