

# 文書偽造罪における有形偽造概念

高田 毅

## 目次

1. 問題の所在	1
2. 文書偽造罪の保護法益	1
3. 作成者概念	4
(1)学説	5
I. 行為説	5
II. 意思説	5
①規範的意思説（効果説）	5
②事実的意思説	6
③帰属説（証拠犯罪説）	7
④責任追及説	7
(2)判例	8
(3)小括	10
4. 名義人概念	12
(1)学説	13
①思想主体説	13
②資格氏名一体説	13
③責任主体説	14
(2)判例	15
(3)小括	18
5. 結論	19
注	20
参考文献一覧	22
判例一覧	23

## 1. 問題の所在

わが国の現行刑法は、155 条、156 条において、公文書について有形偽造と無形偽造の両方を処罰の対象としている。しかし、私文書に目を向けてみると、159 条は有形偽造のみを処罰の対象にし、160 条は医師によって作成される診断書に限定して無形偽造を処罰すると規定している。このように、私文書に関して、原則として有形偽造を処罰の対象とし、無形偽造を例外的に処罰することから<sup>(1)</sup>、わが国の刑法典は形式主義を基調としていとされている<sup>(2)</sup>。そこで、いかなる場合に有形偽造が成立するかが重要となる。

そもそも、有形偽造とは、適法に文書を作成する権限をもたない者が、他人の名義を偽って文書を作成すること<sup>(3)</sup>、若しくは作成者と名義人の同一性を偽ること<sup>(4)</sup>とされているが、この両者には実質的な意味としての相違はないものと思われる。いかなる場合に同一性が偽られたとして有形偽造が成立するかという問題について、こ

れまで学界においては、作成者は誰か、名義人は誰かという問題を形式的に別個の問題として捉えることに力が注がれてきた。つまり、作成者概念及び名義人概念について、従来の通説は、作成者を「文書の内容を表示した者」、名義人は、それとは無関係に「文書から認識される意思または観念の主体」と定義し、有形偽造概念を形式的に理解してきたのである<sup>(5)</sup>。

しかし、近年の判例では、これまで見られなかった、より巧妙な文書偽造行為においては十分に対応できない事例が問題となった。すなわち、弁護士資格を有する同姓同名の人物になりすまして文書を作成したという事例<sup>(6)</sup>や、発給資格がないにもかかわらず国際運転免許証に酷似した文書を作成したといった事例<sup>(7)</sup>での有形偽造の成否が問題となったのである。これらの事例においては、従来の通説に基づいて形式的に有形偽造の成否を考えると、実質的には現実に作成した者と文書に記載されている本人は別人格ではあるものの、作成者と名義人は一応一致することとなり、有形偽造に当たらない可能性がある。また、偽名等を使用して自らの顔写真付きの履歴書を作成した事例<sup>(8)</sup>では、実際にも文書内容を表示した者と文書の意思の主体は同一人物であることになる。これらのような事例において、もし当該行為が有形偽造に当たらないとすれば、私文書を客体とするこれらの事例については処罰されないことになってしまうが、果たしてこのような形式的な捉え方が妥当であろうか。こうした問題点を受けて、学界では近時の最高裁決定等を契機として、作成者概念と名義人概念に関しては、より実質的に、それぞれ深化する動きが出てきている。しかし、現在の動きの中で、作成者概念と名義人概念をめぐる議論は深められてはいるものの、両者の関連性については、明確には論じられていないのである。

したがって、本論文では、作成者概念と名義人概念の論理的関連性を考察し、論じていく必要があると考える。本稿における意義はここにあるのである。

また、偽造概念の問題を考察するためには、その前提となる文書偽造罪の保護法益論まで立ち返って検討する必要がある。したがって、本稿においては、保護法益を検討した上で、作成者概念と名義人概念について検討し、さらに作成者概念と名義人概念の関連性について検討していきたい。

## 2. 文書偽造罪の保護法益

### (1) 学説

文書偽造罪の保護法益は、一般的に文書に対する公共の信用といわれているが<sup>(9)</sup>、それだけでは文書偽造罪がいかなる意味で公共の信用を害するのかは明らかではない。そもそも、ほとんどの犯罪は何らかの意味で公共の信用を害するといえるのであり、客体である文書が独自

の保護に値することを明示しなければならない。この問題については、文書偽造罪の保護法益を、文書が用いられる手続きと関連させて捉えるべきか、それとも、そのような手続きとは切り離して文書偽造罪固有の保護法益と捉えるべきかという問題についての争いがある。したがって、本稿ではまず、偽造概念の検討に入る前に、本章において文書偽造罪の保護法益について検討していきたい。

後述する「意思説」を前提とする立場からは、「公共の信用」について、文書に表示されている意思内容が作成名義人（文書に表示された意思表示の主体）によって表示されたものであるということに対する社会の信用と考えられている<sup>(10)</sup>。この点について、学説は一致しているものと思われる。

しかし、文書偽造罪における有形偽造概念を明確化していくにあたっては、保護法益のより厳密な理解が作成者概念や名義人概念に重大な影響を及ぼすことになる。そこで、「公共の信用」という、あいまいで漠然とした概念の内容をいかに捉えるかという問題について、詳細に考察する必要がある。この問題は、文書偽造罪の保護法益を、文書が用いられる手続き（実体的法関係）と関連させて考えるべきか、それとも、そのような手続きとは切り離して、文書偽造罪に固有の保護法益を考えるべきか、という問題に関係する。

以下、この点に関する学説を検討していきたい。

### ①取引保護説

文書偽造罪の保護法益を実体的法関係と結び付け、取引における手続きの手段としての文書に対する信用を保護するとする見解である。

この見解は、社会において文書が「取引の手段」として使用されているものの真正性・真実性を担保し、それらに対する公共の信用を確保することで取引の安全を図るものであり、取引の安全のための責任の所在に偽りのないことが最も重要であるという立場に立っている<sup>(11)</sup>。

この見解によれば、私文書においては、私法を前提とした文書作成の法的効果が作成名義人（文書において法的効果が帰属するとされている者）に帰属し、取引の安全を確保するために必要な責任の追及が可能であれば、有形偽造には当たらないと解される<sup>(12)</sup>。この見解の意図するところは、当該文書が用いられる手続きの中で当該文書に期待されている役割を、文書偽造罪を用いて保護しようとしていると思われる。

したがって、取引保護説からは、当該文書が用いられる手続きを保護するために、可能な限り文書偽造罪を認めていくべきと考えることになるだろう。そうすると、処罰範囲が広範囲になるものと思われる<sup>(13)</sup>。

取引の安全を直接的に保護の対象とする論理から、保護法益に関してこの見解を採用すると、後述する文書の

作成者を決定する基準については、文書の法的効果の帰属を問題とする規範的意思説や責任追及説に結びつきやすい。

### ②文書制度説

この見解は、文書偽造罪の保護法益は実体的な法関係からは切り離し、文書偽造罪に固有の保護法益を考えるべきであるという考え方に基づく。そして、文書は「証拠」「証明手段」としての機能を有するために取引の手段として用いられているとして、証拠機能が公共の信用の対象となっていると解する見解である。このような見解の本質的な理解としては、証拠としての文書が社会において、社会生活等の円滑化の基盤として重要な機能を果たしていることに照らし、偽造と関連して生じる個別的な利益侵害とは別個に、文書の真正性・真実性それ自体を保護する必要があるとの考えを基礎にするものである<sup>(14)</sup>。言い換えると、不真正文書を作成するということは、証拠にならないものを作出することになり、文書の証拠としての意義が損なわれてしまうため、そのようなものを作出する行為を処罰の対象として捉えるということになる。

また、川端教授は、文書偽造罪の保護法益を「文書制度」に求めている。川端教授によれば、「文書による証明が、簡潔かつ確実になされることが明らかになると、それは頻繁に用いられることとなり、永続性と安定性を獲得するのである。ここにおいて、文書が、一定の事実を証明するための制度として確立する」<sup>(15)</sup>と説明されるのである。

一方で、「文書は、人間の思想の表示の物体化、表示行為の固定化として、固有の存在意義を持つ独立した制度とみるべきものである。したがって、文書の成立の真正性は、取引の安全の要請とは、切り離して考えるべきである。有形偽造の解釈を、実体法上の権利義務関係の解釈に従属させてはならないのである」<sup>(16)</sup>とされている林（幹）教授の見解も、この文書制度説に属するものと思われるが、保護法益の内容を、具体的には文書が名義人の表示意思に基づいて作成されているということに対する社会の信用と解すべきであるとされ、「証拠機能」を重視する川端教授の見解とは異なり、「表示意思」を保護の中核において考えているものと思われる。ここにいう「表示意思」とは、作成名義人が有していた現実の意思の内容ではなく、自己の思想を表示しようとする意思だけを考えるべきだとされている<sup>(17)</sup>。

### ③文書作成権説

文書作成権説も、文書偽造罪固有の保護法益を考えるべきという見解である点では、文書制度説と一致している。しかし、文書の証拠能力よりも、その伝達機能を出発点としている点で見解の前提に相違がみられる。この

学説は、文書偽造罪の保護法益を、「表意主体が持つ意思の自由、すなわち、『意思の表現を物体上に示現しうる固有の法的地位』(文書作成権)であるとし、偽造の本質は、各人格主体が意思表示の方法として有する固有の文書作成権を、権限を有しないものによって不法に行使されたという点に求められるべき」<sup>(18)</sup>であるとする見解である。文書作成説は、実体的な法関係とは別個に、文書偽造罪独自の保護法益を捉えたものだが、この見解からは、表意主体の文書作成権が侵害されたときに偽造が成立することになる。この見解を主張する正田博士は、「表意主体である本人固有の権利(文書作成権)を侵害するが故に、有形偽造になる」<sup>(19)</sup>とされている。

また、正田博士の説明によると、『制度としての文書』の根基は、意思伝達的手段ないしは情報交換の媒体として、文化的社会を形成する基礎条件のうちにあるのであって、特にそれが文書の証明力と直接結びつく関係にあるとは思われない。<sup>(20)</sup>とされており、このことから、この立場は、文書の機能における意思伝達の機能を重視しているものと思われる。

## (2) 判例

ここで、文書偽造罪の保護法益についての考え方を示していると思われる大審院判例と最高裁判例を概観していく。

### ①大判明 43・12・13<sup>(21)</sup>

本判決は、文書偽造罪の保護法益について触れている大審院判例である。

事実の概要は、某村の村長 X が、官有地の私下げを受けるに際して、一筆の土地を三筆と偽って当該土地に係る誤記訂正上申書を作成し、郡長に提出したというものである。

大審院は、「文書偽造罪は文書の形式又は其内容を偽り因て以てその文書が証明の具として交通上に於て有する信用を害するに因りて成立する犯罪にして所論実害の要件としては抽象的に文書の信用を害するの危険あるのみを以て足り之を外にして特定の人に対し具体的に損害を与へ又は之を与ふるの危険あることを必要とせず」として公文書偽造罪の成立を認めた。

本判決は、公共の信用の内容について「証明の具として交通上に於て有する信用」として捉え、文書の証明機能を重要視しているとみることができる。また、本判決は、判旨の中では具体的は損害までは要求せず、本罪を取引の安全、もしくは証明機能に基づく文書制度に対するものであると捉えているものと思われる。

### ②最決昭 48・3・15<sup>(22)</sup>

次に、最高裁が保護法益についての立場を示したと見ることのできる判例を取り上げる。

事実の概要は次の通りである。すなわち、被告人は、甲府市役所において、住所を甲府市から東京都に変更する事実がないのに、第三者である A が東京都に転出する旨の内容虚偽の住民異動届を提出し、事情を知らない市役所吏員に権利義務に関する公正証書の原本である住民基本台帳原本にその旨不実の記載をさせた。本件では、住民基本台帳原本が「権利、義務ニ関スル公正証書ノ原本」に当たるか否かが争われた。

本決定は「被告人自身に対する住民基本台帳法の適用とは無関係な、第三者の住民票の記載事項に関して虚偽の届出をしたというものであるところ」、「住民基本台帳法に基づく住民票の原本が刑法 157 条 1 項にいう『権利、義務ニ関スル公正証書ノ原本』に該当するとして、公正証書原本不実記載罪の成立を認めた。最高裁は、判決文の中では保護法益について直接は言及していない。しかし、判決文の論理構成からは、本件の住民票に「公証機能」を認めていることが読み取れる。この点について、川端教授は、本決定については住民票が、住民たる資格等を簡易に証明する手段として利用され、公職選挙法、地方自治法などの規定にある地方公共団体の構成員であることに基づく権利義務の前提事実の証明の手段でもあることから、「社会的機能」を果たしている点を重視していると評価されている<sup>(23)</sup>。このような側面から住民票が、「権利、義務ニ関スル公正証書ノ原本」に該当する根拠を考えると、住民票は、住民であることの資格などを証明する手段として利用されるものとして捉えられ、最高裁においては文書偽造罪の保護法益として、社会的に認められた文書の証明機能を重視していると見ることができるように見える。

## (3) 小括

以上に見てきたように、学説は取引保護説、文書制度説、文書作成権説に分かれている。これに対して、判例は、文書が事実の証明機能を有する点を刑法による保護の対象として捉えていると思われる。それでは、文書偽造罪の保護法益はいかに解されるべきであろうか。

まず、取引保護説について検討したい。取引保護説は、「取引の手段」として使用される文書の真正性を保護し、それらに対する公共の信用を確保することで取引の安全を図る見解であるが、文書が取引の手段として用いられている理由是不明確である。また、私文書偽造罪について規定している刑法 159 条 1 項は、本罪の客体として「権利、義務、事実証明」に関する文書を挙げている。この点に関し、取引保護説からは「権利、義務」に関する文書については、私法に基づく実体的法関係を前提に考えることができるが、「事実証明に関する文書」に関する文書については、私法秩序を前提にして明確に保護法益を捉えることは困難であるといわざるをえない。そこで、文書に対する「公共の信用」の概念には、実体的な法関

係からは切り離して、実質的にいかなる意味で「公共の信用」を侵害するのかを検討しなければならないと考える。

次に、保護法益を実体的法関係から切り離し、文書偽造罪に固有の保護法益を考えるべきとする学説について検討していきたい。

文書作成権説によれば、文書作成権を侵害することによって偽造が成立するとされているが、表意主体を特定する論理が明白ではなく、そのため、偽造概念が不明確になってしまう。また、文書作成権説は文書の機能における意思伝達の機能を重視していることになるが、意思伝達の機能は文書特有のものではなく、口頭による意思表示においても存在するものとも思われる<sup>(24)</sup>。もしそうだとすれば、「表意主体である本人固有の権利」は文書の特質を示すものとはいえず、文書偽造罪の保護法益として捉えることは妥当ではないであろう。

文書は、意思又は観念の存在を確実に保存・伝達する手段であり、名義人が実際に意思表示したということを固定化していることで証明力を有しているといえる。そして、公衆はこのような文書を真正なものとして信用し、社会生活を営んでいる。現実の作成者と名義人との間に齟齬がある不真正文書の場合、名義人は文書内容を自らの意思に基づいて表示していないので、その文書の内容について保証する必要がない。そのため、その信用性が揺らぐと、取引は不可能になり、円滑な社会生活が阻害されてしまう。このように、文書には取引の安全・生活基盤の円滑化を図るための機能があり、このような機能を果たしているものを「制度」として捉えることができ、文書偽造罪を、文書の「制度」に対する犯罪として位置づけられる<sup>(25)</sup>。

文書が用いられている制度自体の利益を、文書偽造罪の保護法益として解する立場に対しては、今井教授が取引保護説の立場から、保護法益を『文書制度』と解するならば、文書の利用が予想される場合を考慮する必要も乏しい」とされ、「法益をより具体的に理解し」、取引の安全を保護するために、文書に特有の利用形態を念頭に置くべきであると批判される<sup>(26)</sup>。しかし、公共の信用の対象となる文書の利用形態は、取引の手段に限られるものではなく、むしろ広く社会生活の円滑化を予定している。つまり、証拠として用いることに備えるという文書に特有の機能（永続化機能）によって証拠性を有した形で固定化されていることが念頭に置かれるべきであると考える。

したがって、文書偽造罪の保護法益である文書に対する「公共の信用」の内容は、「文書制度」であると解する。私見は、この点に関しては、前述した「文書制度説」の考え方と一致する。

しかし、社会生活の中では、すべての文書が証明のためだけの手段として作成されるわけではなく、意思伝達

や情報交換の手段として作成されていることも多いと思われる。それは、文書が取引の手段などとして用いられるのは、文書に「意思伝達手段」としての役割も存在するためではないか。つまり、文書制度が社会生活の円滑化を図るために受容されているのは、文書によって、確実に文書の作成者の意思や情報が伝達されるためでもあるという見方もできるのではないか、ということである。

それでは、文書偽造罪の保護法益である「文書制度」を基礎付けるものは、「証拠機能」と「意思伝達機能」による二元的な機能と解すべきであろうか。この点、「意思伝達機能」をも保護法益として認める考え方を徹底させると、伝達される「意思の内容」をも保護の対象とし、無形偽造をも処罰の対象としなければならないことになってしまうという問題が生じると思われる。現行刑法は形式主義を採用しているのであるから、あくまで、ここで文書偽造罪の保護の対象とされるべきなのは、当該文書を作成した者の意思が存在したという事実が文書の受取手に伝達されることであり、処罰範囲は有形偽造に止まるものとする。このように解すると、文書には、文書を作成した者の「意思が存在したという事実」を固定化・伝達する点に、当該意思の存在事実を証明する手段としての機能があると見ることができる。言い換えれば、意思の存在が伝達されるということは、意思が存在したことを証明するということと同一視できるといえるのである。したがって、文書制度は、意思の存在を伝達する役割をも有する「証拠機能」によって一元的に基礎付けられるものであると解する。

### 3. 作成者概念

以上において、文書偽造罪の保護法益について論じてきたが、作成者の概念をめぐることは、保護法益論における議論が、大きく影響を及ぼすことになる。すなわち、作成者を決定する上で、どのような事情を考慮するかという問題を考察する際には、実体的法関係に基づいて考えるか、独自の文書制度概念を基礎に考えるかが重要な要素となるのである。そこで、この点を踏まえながら作成者概念を検討しなければならない。

そして、現実には文書の内容を表示した者が「作成者」とされるが<sup>(27)</sup>、この「表示した」という意味を保護法益論を前提としていかに解すべきであるかが問題となる。また、作成者概念に関しては、具体的には名義人の承諾の事例の処理において相違が現れるため、それを念頭に置きながら考察していきたい。なぜなら、名義人の承諾の事例では、「名義人」の特定は問題にならないが、「名義人」として特定される者が、当該文書の作成に同意を与えていたという事実の存在のために、表示された意思・観念の主体となりうるか、言い換えれば、「作成者」を「名義人」とは異なる物理的な文書の執筆者と考える

べきであるのか、「名義人」自身と考えるべきであるのか  
が問題となるからである。

## （１）学説

まず、作成者概念をめぐる、次の行為説（事実説）  
と意思説<sup>(28)</sup>（観念説）が対立している。

### Ⅰ．行為説（事実説）

この見解は、文書の名義人と作成者とを厳格に区別し、  
名義人が文書における意識の表示主体であるのに対して、  
作成者は名義人の意識を実際に記載した者とするもので  
ある。

この見解の特徴として、文書の作成者をもっぱら有体  
的・形式的に理解し、文書の「作成」を「作出」や「記  
載」と同一視するため<sup>(29)</sup>、名義人以外の者によって作  
り出された他人名義の文書は、名義人と作成者が異なるこ  
とになる。したがって、会社の社長が秘書に文書を作ら  
せた場合には、有形偽造に該当することになるのである。

ただし、この立場からは、名義人の承諾がある場合に  
は、当該文書を作成する行為は、文書偽造罪の構成要件  
に該当するが、名義人の承諾に基づく違法性阻却（正当  
化）が認められうるとされる。

行為説の根底にある意図としては、文書は必ず誰かの  
作成行為によって作成されるのだから、その者の同一性  
を偽ることを防ぐことが最も重要だと考え、作成者の認  
定を明確にしようとしていること、そして、BがAから  
名義人の承諾や代理権を得ているような場合には、その  
BとAの関係は、「単なる事実的なものではなく、規範  
的なものであって、したがって構成要件該当性の判断に  
はなじまないと考えた」のではないかとされている<sup>(30)</sup>。

行為説に対しては、「他人に作らせた文書によって取引  
が迅速かつ大量に行われるなどの現象がひろく見受けら  
れる」現代においては、物理的な「作成行為を誰がした  
かはそれ自体としては重要でなく」<sup>(31)</sup>、理論的基盤を失  
っているという見方が有力である。そのため現代におい  
てはほとんど主張されていなかった。

しかし、最近、山中教授より行為説に基づいた見解が  
主張されている<sup>(32)</sup>。すなわち、山中教授は作成者とは、  
民法上・公法上の原則によりその法的効果は本人に帰属  
される、「自らの」表示行為を行った者であるとされる。  
また、いかなる行為が表示行為（作成行為）に当たるか  
という問題に関しては、自ら文書の内容・形式・表現に  
ついて判断し、決定した後に、そのような文書の作成が  
帰属される「行為」をいうとされ、文書の作成を「包括  
的に委任している場合には、委任者は、文書の作成者で  
はない」と主張されるのである。山中教授はこの見解を  
「作成行為帰属主体説」と命名されている<sup>(33)</sup>。この見解  
によれば、「印刷業者や秘書は、決して他人に帰属される  
自らの意思表示を行ったわけではない。これらの者にと

ってはじめてから、各々の依頼者から由来する他人の意  
思表示が問題である」<sup>(34)</sup>とされる。

これらの説明から考えると、作成行為帰属主体説は、  
従来の行為説に向けられた批判を克服するために、自ら  
の意思に基づいた作成行為を行った者を作成者として捉  
えようとした見解と思われる。

### Ⅱ．意思説（観念説）

わが国で通説となっている意思説（観念説）は、文書  
の記載をさせた意思の主体を作成者とする見解である  
<sup>(35)</sup>。この見解によれば、名義人の承諾のもとで、名義人  
の意思内容が実質的に表示された場合には、有形偽造は  
成立しない。

意思説は、文書の作成者を精神的・実質的に理解し、  
文書のなかに記載されている意識の内容が精神的にその  
者から発するところの者を名義人と把握する<sup>(36)</sup>。そして、  
文書が誰の意思に基づいて作成されたのかということが  
社会生活上意味を持ち、それによって文書の信用性が付  
与されているということを根拠にしている。また、意思  
説によると、文書の作成に関する「意思」を重視するた  
め、「文書を現実につくり出す者、つまり文書の執筆者は  
法的には重要性を有しないことになり、文書を現実につ  
くり出す過程じたいも重要でなくなる」<sup>(37)</sup>ことになる。  
なぜなら、単なる物理的な文書の作出には、「意思」は介  
在しないと考えるからである。

意思説によると、現実の有体的な執筆者と名義人とが  
分離されうることになるため、作成された文書の意思内  
容を表示させた意思の主体（作成者）が誰なのかを判断  
する基準・根拠は何かということが問題となる。

この点に関する学説について概観していきたい。

#### ①規範的意思説（効果説）

この見解は、法律上ないし社会通念上、文書の効果が  
誰に帰属するかを基準とする見解であり<sup>(38)</sup>、作成された  
文書に表示された意識内容に基づく法律的效果・効力が  
本人（名義人）に帰属するのであれば、作成者は本人（名  
義人）であり、作成者と名義人の不一致は生じないので  
有形偽造ではないということになる。

この立場に立つ平野博士は、文書偽造罪の保護法益を  
「取引手段にたいする信用を保護し、これによって権  
利・義務その他の社会的法益の安全を図ろうとするもの」  
と捉えた上で、偽造罪は、「文書の作成者（B）から、名  
義人（A）を保護するためのものではなく、文書に対す  
る第三者（X）、さらには公衆の信頼を保護するものであ  
る。したがってBが権限なくA名義の文書を作成しても、  
Xに対する関係ではAが自ら作った場合と同じく、文書  
の内容に従ってAが責任を負わなければならない場合に  
は、Xとしては信頼を害されることはないのであるから、  
有形偽造の成立を認める必要はない」とされている<sup>(39)</sup>。

また、町野教授も、「不法を生むから行為は違法なのであって、行為が不法だから違法になるのではない」<sup>(40)</sup>という、いわゆる結果無価値論の基本的テーゼを前提に、有形偽造行為があつて有形偽造文書ができるものではなく、有形偽造文書を存在させる行為が有形偽造行為であると捉えた上で、「有形偽造罪における保護法益が、文書内容に名義人が保証を与えていることに関する流通に参与する人たちの信頼である以上、名義人が責任を負わない文書が有形偽造なのである」<sup>(41)</sup>とされている。

このように、規範的意思説は文書偽造罪の保護法益を「取引の安全に対する信用」と捉え、作成者を、規範的観点、特に法的效果の帰属などの法律的観点で決定する見解であるといえる。また、結果無価値論的偽造概念に基づき、有形偽造を、行為の結果、客体に生ずるに至った性質のものとして捉えている。つまり、規範的意思説は、法律上の効果の所在に関する評価は、客体である文書に向けられるものであり、偽造行為に向けられるものではないという概念に基づくのである。

この規範的意思説に対しては、林(幹)教授によって次のような批判がなされている。すなわち、権利・義務に関する文書に当たらない「事実証明に関する文書」では、名義人に、その文書の内容どおりの法律上の効力、効果を問うるかは問題にならないのではないかという批判である<sup>(42)</sup>。例えば、交通事件原票では、確かに名義人から罰金を取り立てられるかが問題とされうるが、これは、交通事件原票という違反事実を証明する文書にすぎないものにとっては、副次的な効果であり、この効果から有形偽造の成否を決めるのは不当であるということである。

また、林(幹)教授は、さらに別な観点からの批判も加えられている。すなわち、「この見解（規範的意思説）を推し進めれば、『事実証明に関する文書』の場合には、真実ならば有形偽造とするまでもないということになる。逆に、虚偽ならば有形偽造ということにもなる。しかし、このように解することは、形式主義を採用した現行法の建前に反することであろう」という批判である<sup>(43)</sup>。つまり、民事法上の効力を問題とする立場を徹底すれば、文書が民事法上無効な場合には、それだけで偽造が成立してしまうということである<sup>(44)</sup>。例えば、Aが公序良俗に反する意思表示を内容とするA名義の文書を作成した場合、Aにその文書の内容通りの法律上の効力・効果を帰属させることはできないため、規範的意思説によると有形偽造が成立するが、このような文書は真正に作成されたものと解すべきであると批判されるのである。

このような林(幹)教授の批判がなされた後には、規範的意思説の立場からの主張はほとんど見られなくなった。しかし、近年、小野寺教授は従来の規範的意思説の論理に近い主張をされている。小野寺教授は、「私文書の偽造とは、私法的な角度から、私文書において私文書の効果帰属の主体と認められる者（作成名義人）に対して、そ

の文書作成から生じる効果が帰属しない私文書を作成すること」<sup>(45)</sup>とされる。この考え方は、基本的には規範的意思説の立場と同様のものと思われるが、しかし、一方で「作成名義人が文書の作成から生じる効果を自らに帰属させる意思を明示していた場合には、作成名義人に対して私文書の作成それ自体についての責任の追及が可能であり、私文書の作成から生じる効果が作成名義人に帰属するのであるから、偽造を認める必要はない。」<sup>(46)</sup>とされ、たとえ文書の内容の効果が法的に無効な場合であっても、名義人がその効果の責任を自らが負う意思を表示している場合には「責任の追及が可能」であることを根拠に有形偽造は成立しないと主張されるのである。

この小野寺教授の見解は、後述する責任追及説的な考え方を取り入れることで妥当とされる結論に導き、規範的意思説に向けられた批判を回避しようとしたものと思われるが、「私法的な角度から」の文書の効果帰属を問題としておきながらも、私法上効果の認められない「文書の作成から生じる効果」の責任が追及できる場合には有形偽造に当たらないとするという論理には矛盾があるのではないかと思われる。

## ②事実的意思説

前述したように、規範的意思説に関しては、林(幹)教授の適格な指摘によって重大な問題点が浮き彫りになったといえる。このように、規範的意思説を批判的に見る論者によって、文書の作成者を、事実上、誰の意思に基づいて作成されたかによって決定するべきという見解である事実的意思説が主張されるようになった。この見解は、名義人の意思の範囲内で文書が作成された場合には、たとえ名義人自身の行為によって作成されたものではなくとも、名義人が文書の作成者となり、名義人の意思の範囲外で文書が作成された場合は現実には文書を作成した者が作成者となると解するものである。

事実的意思説に立つ林(幹)教授は、「BがA名義の文書を作成したときでも、そのことについてBがAから承諾・代理権を得ていたときは、有形偽造は成立しない。」という基本テーゼを提示したうえで、その根拠として、「Aは確かにそのような文書に自己の思想を表示しようとする意思—表示意思—をもち、Bは事実上そのAの表示意思に基づいて文書を作成したからである。」とされ<sup>(47)</sup>、A自身が自分の手で作成した場合と同視でき、作成者は名義人Aであるということになると説明される。

規範的意思説が文書偽造罪の保護法益である「文書に対する公共の信用」の内容を、「取引の信用」を保護の対象としているのに対し、事実的意思説は「名義人自身の作成行為によって作成されたことに対する社会の信用」、換言すれば「名義人に文書作成主体としての責任を問うることに対する社会の信用」としている。そして、名義人が自己の名義での文書の作成を承諾した場合には、

名義人が文書に対する責任を負い、法益侵害が生じないので偽造は成立しないと考えていると思われる。

しかし、事実に意思説の考え方を徹底すれば、名義人が承諾を与えていれば文書の性質がどのようなものであろうと、有形偽造を否定することになってしまう。例えば、後で取り上げる「替え玉受験」の事例のように名義人と作成者の同一性が厳格に要求される文書の場合でも、有形偽造は成立しないということになる。

### ③帰属説（証拠犯罪説）

この学説は、文書偽造罪の保護法益について文書制度説に立っている論者によって主張されている。

この見解をわが国において展開された川端教授は、「一定の意識内容を文書にする者は、この言説（言語活動）の変化をもたらす効果を甘受することを承認していると見てよいのであり、……名義人の存在によって文書の信用性はさらに高められる」とされたうえで、「文書偽造罪は、文書作成の責任者である名義人をいつわることによって、文書に対する信頼を侵害し、「制度としての文書全体の基礎を動揺させることに、その本質がある」とされる<sup>(48)</sup>。つまり、川端教授の説明によれば、名義人自身が作成したものと評価される文書であるにも関わらず、本来文書作成の責任を負担すべき者（作成者）が別の人格である場合には、文書に対する信頼が害されたとして、有形偽造の成立を認めるとされているのである。したがって、作成者は「当該文書を自己の意思表示の証拠として使用されることを甘受すべき立場にある者」ということになる<sup>(49)</sup>。

また、山口教授も帰属説を主張する立場から、次のように説明される。すなわち、山口教授は、作成名義の「検討の出発点は、文書はそこに記載された意思表示の証拠として保護されるという認識である」とされ、「文書に記載された意思表示が名義人に『帰属するか』が判断基準となる」<sup>(50)</sup>とされるのである。

ここでいう「帰属する」とは、意思表示によって発生する効果の責任を負うことを意味すると思われるが、帰属説における「効果」と規範的意思説の「効果」には、その発生元に違いがあることになる。すなわち、規範的意思説における「効果」は文書の内容による効果、つまり文書に記してある内容から発生する法的効果のことを示すが、帰属説における効果は、「文書の真正を保証したこと」による効果であるといえると思われる。

### ④責任追及説

今井教授は、無形偽造の不可罰根拠について、当該文書の作成者に偽りがなければ、たとえ内容が虚偽であっても、「作成者が誰であるかが文書から明らかであり、虚偽文書を作成したことに対する法的責任を、作成者として認識される者に追及できるからであろう」とされる。

そして、有形偽造の処罰根拠については、「刑法典が予定する処罰の原則形態である有形偽造とは、『作成者』（即ち『文書作成に関する責任主体』）として認識される者（『名義人』）の同一性を誤認させる行為（『名義人と作成者の人格の同一性の欺罔』）であり、保護の対象は、名義人に対して、文書作成に関する責任を追及しうることに信用だと解することができる。」とされている<sup>(51)</sup>。すなわち、文書から推測される名義人、つまり作成者に、当該文書に関する文書について責任を追及することができれば、有形偽造は成立しないと考えらるべきであるとされている。なお、この説明によると、責任追及説と帰属説の決定的な相違は、帰属説が、独自の文書制度に基づいた責任追及の可否を問題とするのに対し、責任追及説は「法的な」責任追及を考慮する点にあることになる。

このような責任追及説の説明を分析すると、この学説は以下のような論理を構成していると思われる。まず、①「内容が虚偽であるに止まる文書（無形偽造の文書）」では、文書の「内容」に対する信用が侵害されるにすぎないため、当該文書の作成者に対する法的な責任追及が可能であれば刑法上の当罰性を有するには至らない。したがって、わが国の刑法はその趣旨で原則として不可罰としている。そして、②「文書において、それを作成した者として表示されている人格と、現にこれを作成した人格とが同一でない文書（有形偽造の文書）」の場合には、「表示されている人格」に対して文書を作成したことについての責任（「民事の損害賠償責任に代表されるような様々な法的責任」）を追及できないため<sup>(52)</sup>、①の文書に比べて当罰性が高いので、刑法による処罰の対象となる。

また、さらに今井教授は、この見解からは「受取人が文書中の誰かに到達して責任を追及できれば、即、有形偽造が否定されるのではない。……名義人を認定するためには、責任主体に対する受取人の『信用』を考慮する必要がある。そして受取人の『信用』は、個々の文書の性質を問題としなければ評価しえないのである。」とされる<sup>(53)</sup>。この考え方は、代表・代理名義や資格の冒用の場合を考察する上で関連してくる。詳しくは、第4章で「名義人概念」について論じる際に取り上げる。

責任追及説に対しては、帰属説の立場から山口教授が次のような批判をされている。すなわち、責任追及説は「文書を作成したことについての法的責任の追及を問題としているが、責任追及の基礎としての意思表示の帰属にこそ着目すべきであり、「文書の有する実体関係に対する効果それ自体が問題なのではない」と批判されるのである。責任追及説は、取引の手段としての文書を保護の対象として、私文書の場合に民事法による責任追及が可能か否かを基準とする。つまり、責任追及説と帰属説の対立軸は、保護法益論において、実体的法関係と密着させて考えるか、文書偽造罪固有の保護法益として考え

るかという問題に由来することになるといえる。

## （２）判例

それでは、判例は作成者を認定する基準についてどのように捉えているのだろうか。ここで、だれが作成者とすべきなのかが問題となった事例と、それに関して判例の示した作成者概念についての立場を、前述した学説と比較しながら検討していく。

判例①は規範的意思説の肯否に関して言及があった点に意義があり、次の判例②、③で取り上げる２つの昭和56年決定は極めて近い時期に下されたものだが、それ以前の名義人の承諾の事例に関する下級審判例<sup>(54)</sup>の結論を踏襲する判断を下した、初めての最高裁決定である。また、判例④は、判例②、③のいう「名義人以外の者の作成が『法令上』許されない文書」とまではいえない「入試答案」の志願者の承諾があった場合にも、私文書偽造罪が成立するかという問題に対して判例の立場が明らかになったという点に意義があると思われる。

### ①東京高判昭 40・6・18<sup>(55)</sup>

事実の概要は次の通りである。すなわち、被告人Aは、漁業協同組合の参事であり、被告人Bは同組合の書記であった。同組合の準組合員であり、同組合からの融資を希望していたK漁業株式会社は経営状態が悪く、専務理事であるXが到底承認しえない状態にあったので、A及びBはXの承諾を得ずに組合長振出名義の約束手形を作成して交付した。

原審<sup>(56)</sup>は、「偽造の右約束手形一通をあたかも真正に作成されたものの如く装って交付して行使し、……真正に振出されたものと誤信させ」たとして、当該約束手形を作成した行為は有形偽造に該当するとし、有価証券偽造が成立すると判示した。弁護人は、作成した約束手形は、善意の第三者との関係では私法上有効だと解するものであり、「偽造とは言えないということになるのである」と主張し、控訴した。

これに対し、本判決は、「私法上の効力と偽造にあたるかどうかを不可分のものとして考え、それが有効であれば偽造でないとする所論の考え方」は「文書が私法上有効であることに対する社会一般の信用を保護法益と考えることによって一貫する」が、その考え方は偽造罪の保護法益を「文書の作成の真正に対する社会の信用」と解して「刑法の趣旨に合致しない」と述べ、控訴を棄却した<sup>(57)</sup>。

本判決のいう「私法上の効力と偽造にあたるかどうかを不可分のものとして考え、それが有効であれば偽造でないとする所論の考え方」とは、規範的意思説を指していると思われる。したがって、規範的意思説を明確に否定する趣旨の言及がなされた点に、本判決の意義があるといえる。

しかし、次に取り上げる２つの最高裁決定の中では、規範的意思説の論理を用いているのではないと思われる考え方が採用されている。

### ②最決昭 56・4・8<sup>(58)</sup>

事実の概要は次の通りである。被告人は、酒気帯び運転等により運転免許停止の処分を受けていたが、共同経営者であるAは、「免許がなかったら困るだろう。俺が免許証を持っているから、俺の名前を言ったら」と勧め免許証を見せ、自分の本籍、住所、氏名、生年月日を書いたメモを被告人に交付した。後に、被告人は取締りの警察官から運転免許証の提示を求められた際に、「免許証は家に忘れて来ました」と言ってAの氏名等を称し、交通事件原票中の供述調書の末尾に「A」と署名して、これを警察官に提出し、免許証不携帯による反則金を即日納付した。

原審<sup>(59)</sup>は、「他人名義で作成された供述書は、その文書の性質上、作成名義人以外の者がこれを作成することは法令上許されないものであつて、右供述書を他人の名義で作成した場合は、あらかじめその他人の承諾を得ていたとしても、私文書偽造罪が成立する」として、私文書偽造罪の成立を認めた。弁護人は、名義人から作成権限が全面的に付与されている場合には、文書の公の信用は害されず、私文書偽造罪は成立しないとして、これを上告した。

この上告に対して、本決定は、「交通事件原票中の供述書は、その文書の性質上、作成名義人以外の者がこれを作成することは法令上許されないものであつて、右供述書を他人の名義で作成した場合は、あらかじめその他人の承諾を得ていたとしても、私文書偽造罪が成立すると解すべきである。」として、上告を棄却した。

### ③最決昭 56・4・16<sup>(60)</sup>

事実の概要は次の通りである。被告人Xは、運転免許を有しないにも関わらず、普通乗用自動車運転し、道路標識により車両の通行が禁止された時間内の道路を通行し、警察官より運転免許証の提示を求められた際、「免許証は忘れてきた」と偽って氏名を、事前に承諾を得ていて、運転免許を有するAと名乗り、交通事件原票にもAと署名し、これを警察官に提出した。

原審<sup>(61)</sup>は、「(交通事件原票は)名義人であるAが自由に処分できる性質のものではなく、専ら当該違反者本人に対する道路交通違反事件の処理という公の手続のために用いられるのであつて、これが供述書の作成名義の真正に対する公共の信用を害することは明らかである。」として、有形偽造の成立を認めている。

これに対して本決定は、「(交通切符又は交通反則切符中の)供述書は、その性質上、違反者が他人の名義でこれを作成することは、たとえ名義人の承諾があつても、



法の許すところではないというべきである。そうすると、前示Aがその名義の使用を事前に承諾していたという事案は、被告人の本件所為につき私文書偽造罪の成立を認めることの妨げにはならない」として、有形偽造を肯定した。

判例②の原審も「文書を作成する権限」という考え方をういているように、判例は有形偽造を「作成権なく他人の名義で文書を作成すること」として定義してきた。そして、判例②、③で、最高裁は「法令上許されない」「法の許すところではない」ことを根拠に有形偽造を認めているが、このように解するならば、法令上許されない場合には物理的な作出者を作成者とする点で、行為説的な理解が前提となり、「作成権」を文書作成が許されている場合には有形偽造にならないとする修正がなされていると解されうる。行為説を出発点として考える山中教授は、この「法の許すところではない」という論理の意図するところは、「事実証明に関する文書については、自己の名義において事実を証明する『知見表示』をなしうるのは、その『知見』の保有者のみであって、他の者はこれを行ないえない」<sup>(62)</sup>として、このような文書においては、「名義人」となりうる者が限定されていると解される。

一方、最高裁の、本件における当該文書（交通事件原票）の作成が「法令上許されない」「法の許すところではない」ことを、有形偽造成立を認める根拠とする考え方は、名義人に対して法律上の効力・効果を帰属せしめうるかどうかを問題とする、規範的意思説に似た論理構造を持っているともいわれている<sup>(63)</sup>。

判例②に対して、安達准教授は、「法令上許されないという場合、それが具体的にいかなる法令を意味するのかは必ずしも明らかではない。本件のような文書については他人名義の使用を法は許さないとする見方もあるが、むしろ実際には、他人名義の使用を許さないのは、法そのものではなく、大量、迅速かつ一括の事件処理という政策目的というべきである。」と述べられている<sup>(64)</sup>。

また、川端教授は、意思説の趣旨を重視する立場から次のような批判をされている。すなわち、「他人名義で供述書を作成されているばあいには、名義人の事前の承諾に基づいて他人が供述書を作成すると、その供述書が、本来、予定していた証拠価値はまったく生じないことになる。たしかに、……当該文書は無効となることが多いであろう。しかし、そのことと不真正文書の作成とは区別されるべきである。」<sup>(65)</sup>という批判である。

同様の趣旨で、事実的意思説に立つ林(幹)教授も「その文書（交通事件原票）は、名義人として認識される人格の、そのような種類・形式の文書に自己の思想を表示しようとする意思に事実上基づいて作成されたといえるから、真正とすべきである。」と批判される<sup>(66)(67)</sup>。

#### ④東京高判平5・4・5<sup>(68)(69)</sup>

事実の概要は次の通りである。学校法人明治大学職員である被告人XおよびYは、同大学職員ではないが同大学野球部監督を務めたことがある被告人Zとともに、1991年度同大学の一部政治経済学部、二部法学部および二部商学部の入学選抜試験に際し、これらの学部に入學を希望している者（A）に合格点を取らせるため、いわゆる替え玉受験者（B）に同試験を受験させてその答案を偽造、行使することを企て、仲介者や替え玉受験生となる大学生らと共謀の上、複数回にわたり、同大学教室において、行使の目的をもって、ほしいままに、替え玉受験生らにおいて、配布された解答用紙の氏名欄、受験番号欄、解答欄に黒色シャープペンシルなどを用いて記入し、もって、他人の署名を偽造して答案を偽造した上、同所において、試験監督者に対し、右偽造にかかる答案をあたかも真正に成立したもののように装って提出して行使したという事実について、有印私文書偽造、同行使罪で起訴された。

第1審<sup>(70)</sup>は、「これらの各志願者は、本件当時、自分らに替わって他の者が本件選抜試験を受験することは認識していなかったことが認められ、……なお、仮に、本件各志願者が替え玉受験が行なわれることにつき何らかの認識があり、『承諾』があったとしても、本件のようにまさに文書の作成名義人と現実の作成者との人格の同一性について欺罔が存する場合には、その目的のために与えられた『承諾』を有効と認めるべきでないことは当然である。そのような『承諾』は、作成者に適法な作成権限を与えるという性質のものではありえず、かえって、文書偽造罪の共犯を構成する行為としての評価をうけるべきであろう」として、被告人X、Y、Zに有印私文書偽造、同行使罪の成立を認めた。

東京高裁<sup>(71)</sup>は、「原判決が認定、判示するとおり、本件各志願者は、本件当時、自分に替わって他の者が本件入学試験選抜試験を受験することを認識していたとは認められず、仮に、本件志願者のうち、替え玉受験が行なわれることについて何らかの認識があり、これを承諾するものがあったとしても、本件答案は、志願者本人の学力の程度を判断するためのものであって、作成名義人以外の者の作成が許容されるものではないことは明らかであるから、名義人の承諾あるいは被告人Xのこの点についての認識が本件有印私文書偽造、同行使罪の成立を妨げるものでないことも明らかである。」と判示した。

本決定に対して、責任追及説に立つ西田教授は、「法令の趣旨や文書の性質からみて、一定の場所的状況において作成されることが当然に予定されている」ことを根拠に、名義人は「実際に受験した乙…だといわねばならない」として、承諾が無効であるとし、本決定の結論を支持している<sup>(72)</sup>。

また、今井教授も、次のように西田教授と同様の指摘をされている。すなわち、「この種の文書の信用性を判断するには、当該文書に通常予定された状況で作成したと認められる者に、文書作成につき問い合わせが可能でなければならない。」「この種の文書で作成者（『文書作成の責任主体』）として認識される者（『名義人』）は、当該状況で実際に文書を作成したことになっている者であり、この者に対する信用が、文書自体の信用を基礎付けていると解することができる。」<sup>(73)</sup>とされるのである。

つまり、両教授の見解によれば、「一定の状況での作成」が名義に必要な要素となるため、名義人を「実際に受験した『A（入学希望者）』』という架空人名義として捉え、作成者である「B（替え玉受験者）」との同一性が認められないために有形偽造の成立を肯定されている<sup>(74)</sup>。

一方、本件については、意思説によれば名義人の意思の範囲内であるため、精神的な作成者について偽りはないので、有形偽造は否定されうるように見える。しかし、川端教授は、かつて意思説の趣旨を徹底する立場から、名義人の承諾があった場合にはいかなる場合であっても有形偽造を否定する見解を主張されていたが<sup>(75)</sup>、この明治大学替え玉入試事件を契機に改説されている。川端教授は、入試答案のように「文書の内容が、直接、本人自身によって表示されること自体が一定の証拠性を有する文書については、文書の作成が本人の『意思』に基づいていることよりも、むしろ本人自身『直接』その文書を作成したことが重視される」として、有形偽造の成立を肯定されている<sup>(76)</sup>。

このような事例において、文書の特殊性、つまり自署性（名義人自身による署名）の要求から有形偽造を説明しようとする主張は、他からもなされている。例えば、大谷教授は、「文書の性質上、表示された意思・観念についての責任の転嫁が許されず、その名義人自身による作成すなわち自署だけが予定されている文書については、事前に名義人の同意があっても、その名義人は文書の意思・観念の主体となることは出来ないから、その同意に基づいても、権限なくして他人の名義を冒用したことに当たると解すべきである」とされている<sup>(77)</sup>。また、前田教授も、「承諾があっても、作成者と名義人が同一になるわけではない。」「その同一性が厳しく要請される文書の場合には、表示された名義人と作成者のほぼ完全な一致が必要で、名義人の承諾があっても不真正文書となる」と主張されている<sup>(78)</sup>。

また、作成行為帰属主体説によれば、次の説明により判例の結論が肯定される。すなわち、「この文書の名義人は、替え玉を依頼した受験生であり、作成者は、替え玉受験者であるから、名義人と作成者との人格の不一致があり、偽造文書であること」になるとされる<sup>(79)</sup>。すなわち、作成者は現に作成行為を行った替え玉受験者であり、その者が他人の名義を用いることは、本来、自己の名義

で作成すべき文書を他人の名義で作成したものであって「偽造」にあたるとされるのである。

私法上の効力ないし文書の性質をどう考慮するかという観点から、これまで見てきた判例から見ると、判例①は私法上の効力の有無と有形偽造の成否の関連性を否定したが、判例②と判例③は法令上の有効性を有形偽造成立の根拠としている。そして、判例②、③に対して、判例④は当該文書が「作成名義人以外の者の作成が許容されるものではない」文書であることを根拠に有形偽造の成立を認めている。判例①を除く3つの判例はいずれも「文書の性質」から「他人名義での作成が許されない」という導き方をしてきた。したがって、判例は、作成者の認定の問題について、他人名義で文書を作成したとしてもその名義人の事前の承諾があれば名義人が作成者となり、有形偽造は成立しないという原則に対して、例外的に「他人名義での作成が許されない文書」の場合には、作成者は文書を作成した者となり、有形偽造が成立するとしているものと思われる。

### （３）小括

まず、行為説と観念説の争いに関して私見を述べておきたい。現代の社会においては、名義人の名称や商号が機械的に複製され、他人につくらせた文書によって取引が迅速かつ大量に行われるなどの現象は日常的に広く見られ、むしろ、実際には自筆による文書に自ら署名するという形態のほうが少ないといっても過言ではないだろう。このような現状においては、機械的に名称・商号を記載若しくは押印・印刷する行為自体に特別の意味があるのではなく、その名称・商号の主体が文書に表示されているということが、法律上重要な意味を持つのであり、このことを考慮に入れていない従来の行為説は妥当ではない<sup>(80)</sup>。私見は、文書の執筆者、つまり文書を現実に作り出す者は、法的には重要性を有しないものであり、社会生活上重要な意味を持つのは、誰の意思に基づいて作成されたかという、観念的な作用としての文書の作成であると考えべきであるとして、意思説（観念説）が妥当であると解する。

しかし、山中教授から行為説を出発点にしながらも、これらの批判を回避しうる学説が主張されている。したがって、以下、山中教授の主張する作成行為帰属主体説について検討し、その上で意思説の中で争われている学説を概観していく。

#### ａ）作成行為帰属主体説の検討

この学説を主張する山中教授は、『『作成行為』が誰によるのかが作成者を決定する出発点』とされるが、印刷業者や秘書が依頼者の依頼により執筆した文書の場合には「決して他人に帰属される自らの意思表示を行ったわけではない」<sup>(81)</sup>とされる。これらの説明から考えると、

作成行為帰属主体説は、行為説的な理解に基づきながら、この学説の抱える問題点を克服するために作成者の決定基準に「自らの意思表示」を含めることで、意思説への接近を試みた見解と思われる。山中教授の説明から考えると、作成者の決定基準において、「意思表示」と「作成行為」を二元的に捉えているに過ぎないのではないだろうか。そうだとすれば、本来、作成者概念を考える上で「意思」の要素を認めない行為説の考え方とは、本質的に異なるものというべきであろう。

この作成行為帰属主体説によれば、名義人の承諾があった場合には作成者が文書上の名義人ではないということになる。文書作成の意思が誰に由来するかを問題としないため、承諾があれば承諾者が作成者となるというわけではないことから、承諾があっても不真正文書となることになる<sup>(82)</sup>。ただし、山中教授は「偽造」には当るものの、代理権を有する匿名代理の場合（名義人の承諾を得て、名義人の氏名を使用して文書を作成すること）には構成要件該当性は否定されると主張される。すなわち、「本人に法的効果が発生し、第三者になんらの具体的危険をも生じさせない場合には、法益侵害は否定される」<sup>(83)</sup>とされるのである。これは、文書偽造罪の構成要件は「偽造」行為があれば充足されるのではなく、さらにそれによって公共の信用を害するある程度の危険を、別個の構成要件要素とされる考え方にに基づいているものと思われる。

山中教授の説明から分析すると、この学説は、有形偽造の成否は直接に文書偽造罪の構成要件該当性の有無に影響するものではなく、むしろ構成要件を限定する要素にすぎないと捉えているのではないかと思われる<sup>(84)</sup>。

さらに、意思説においては、文書が誰の意思に基づいて作成されたのかをどのように判断すべきかが問題となる。次に意思説の立場を前提にした、文書偽造罪における作成者概念について論じていきたい。

## **b) 規範的意思説の検討**

法律上ないし社会通念上、文書の効果が誰に帰属するかを基準とする規範的意思説（効果説）が主張されている。しかし、権利・義務に関する文書に当たらない「事実証明に関する文書」では、名義人にはその文書の内容どおりの法律上の効力、効果は問題になりえないはずである。また、文書が名義人に対して法律上有効か否かは、文書の「内容」に関する問題であり、文書作成の真正性とは無関係であるから、作成された文書の内容に関連した効果が生ずるか否かという問題とは直接関係しないと考えるべきである。また、例えば文書に表現された意思や観念の内容が、公序良俗に反していた場合のように、法律上無効となり、それに従った責任を負うことが法的に許されないときには、それを理由に有形偽造を成立させることになるという不当な結論に帰結することになる<sup>(85)</sup>。

したがって、これらの問題点のある規範的意思説は妥当ではないと解すべきである。

## **c) 事実的意思説の検討**

事実的意思説では、文書の作成者を、事実上、誰の意思に基づいて作成されたかによって決定するべきとされる。しかし、林(幹)教授によれば、権限濫用の場合、例えば、百万円の借用証書を作成する権限を与えられたAの代理人Bが、自己の利益を図るために作成したとき、それはAの利益のために作成してもらおうとするAの意思には反している。しかし、Bが百万円の借用証書を作成したのであれば、Aのそのような種類・形式の文書に自己の思想を表示しようとする意思には反していないため、有形偽造は成立しないとされる<sup>(86)</sup>。

しかし、このような権利の濫用の場合には、本人（A）の意思に反しているからこそ権利の濫用として問題となるのであり、Aの意思に基づいていたとはいえないのではないだろうか。そうだとすれば、事実的意思説の考え方を前提にすれば、作成権限のない者が文書を作成した場合には、ほとんどの場合に有形偽造が成立するという結論に至るのではないかと思われる。

また、民法99条1項は「代理人が…なした意思表示」と規定し、さらに民法101条1項では、意思表示の瑕疵は代理人について規定されている。これらの民法上の規定から見ても、たとえ代理人が本人の承諾を得た上で作成した文書であっても、文書に表示されている意思には、代理人の意思表示と捉えられる余地があるということになるのではないだろうか<sup>(87)</sup>。このような問題を抱える事実的意思説は妥当ではないと思われる。

## **d) 責任追及説の検討**

この学説は、作成者概念を「文書作成に関する法的な責任主体」と捉える。しかし、また、責任追及説の考え方では、私文書では、民事法的責任追及が可能な場合には有形偽造は成立しない。しかし、文書作成の責任の追及を考えるにあたっては、法的責任の追及自体は、偽造の成否に関りなく可能であるといえるからである<sup>(88)</sup>。

また、文書の受取手が、文書に表示されている者に対して民事法上の権利を実現できる場合には、有形偽造は成立しないという論理から考えると、規範的意思説と同様に「事実証明に関する文書」の場合についての説明が困難になる。すなわち、文書に記載してある氏名とは別の人格の人物が、本人の意思に反して作成した、真実の内容が記載してある「事実証明に関する文書」については、民事法上有効であれば、有形偽造は成立しないということになる。そして、当該文書の内容が虚偽の場合には有形偽造が成立するということにもなると思われる。このように、有形偽造の成否が文書の「内容」に依拠する考え方は、わが国の刑法が採用している形式主義に反

することになり妥当ではないと解する。

一方、民法では無権代理の場合に、本人の追認があったときには代理人の意思表示の効果の責任は本人が負うことになるが、追認がなされる以前には有形偽造が成立し構成要件の結果が発生し、追認後にはそれが消滅するということになる。このように、遡及的效果により一度確定した不法が取り消されるという論理は、刑法では認められるべきではない。他にも、民事上の効力は、たとえば手形の場合には受取手が過失か重過失か、もしくは悪意かなどの、文書が作成された後での事情によって変化するものであり<sup>(89)</sup>、そのような行為者の行為後の事情によって、有形偽造の成否が左右されうることになってしまう。この点においても、責任追及説は妥当性を欠くといわざるをえない。

#### e) 帰属説の検討

私は、文書偽造罪の保護法益を「文書制度」として捉える立場から、作成者概念については帰属説を妥当と解する。

文書偽造罪の保護法益を、文書が用いられている保護法益と解し、作成者を「当該文書を自己の意思表示の証拠として使用されることを甘受すべき立場にある者」と考える帰属説の立場に対しては、今井教授から、証拠機能を重視すれば、結局実質主義に帰着するのではないかという批判がなされている<sup>(90)</sup>。

しかし、文書の受取手は、通常、後日、文書を当該名義人の意思表示の証拠として使用することを期待している<sup>(91)</sup>。このような証拠としての使用のためには、当該文書が名義人の意思に基づいて作成されているという事実によって、文書に明記されている者に作成責任が帰属することが前提となる<sup>(92)</sup>。

要するに、ここでいう「証拠機能」は、文書の「内容」に関して厳密に証明することを可能にするという機能ではなく、あくまで、文書を証拠として使用可能なものとして用いるために、作成責任の主体を明らかにする機能であるものと捉えていると思われる。作成責任の主体が文書に表示されることによって、例えば、代理・代表形式の文書の場合には、受取手の関心を考慮して考えると、受取手は代理人が有権代理であることを期待しているのであり、有権代理であれば、本人を相手に文書を証拠として使用することができるのである。また、文書の「意思伝達機能」の面から考えると、受取手の関心は「誰から発信された意思なのか」ということになる。つまり、意思・情報の発信源が誰なのか文書の中で明らかにされているかどうかという面も、受取手にとっての関心事となるといえると考ええる。

ここで、私見が採用する帰属説の論理構成を明らかにするために、前述した判例について、帰属説の観点から検討をしていきたい。

判例②、③では、自署性の要求される文書であること

を理由に有形偽造の成立を肯定している。つまり、「他人が作成できない」ものである以上、形式上「無効」とするということである。しかし、このような論理が、例えば判例④のように、替え玉受験生によって、受験生の身代わりが入学試験の答案を作成する場合にも適用されるかには、問題があると思われる。なぜなら、「文書の『内容』の作成を他人に委ねることは許されない」という論理は、形式主義の下では有形偽造を構成すべきではないからである。

この点、自署性の要求される文書に関しては、文書の性質によって「証拠性」に差が出てくる場合には、当該文書の性質に対応する有形偽造概念を考えていかなければならない。例えば、入学試験の答案の作成においては、文書に表記されている者が執筆しなければ、答案はその者の学力を証明する証拠にはなり得ない<sup>(93)</sup>。したがって、替え玉受験の場合には、有形偽造は成立すると考えるべきである。

この考え方によれば、判例②の交通事件原票の場合は、「違反したのは私です」という意思表示し、それによって「証拠」としての価値が出てくることになる。つまり、この点に、当該文書に関しては違反した者以外のものは代行できないという「制度的な枠組み」が認められるのである。したがって、このような文書制度に照らして、道路交通法違反として取締りを受けていない者は、当該文書の作成は予定されておらず、「文書を自己の意思表示の証拠として使用されることを甘受すべき立場にある者」とは認められない。そして、交通事件原票の作成者にはなりえないため、作成者は実際に違反して、取締りを受けて交通事件原票に記載をした者になる。そして、名義人は文書に記載してある氏名の者となり、作成者と名義人が同一の人格ではないため、有形偽造の成立を認めるべきであると考ええる。

#### 4. 名義人概念

ここまで、文書の作成者はいかなる基準によって決定されるべきか、「作成者概念」について検討してきた。次に、文書偽造罪の有形偽造概念を考察する上で、「名義人概念」を明らかにしていく。本章では、第3章で検討した作成者概念に関する各々の学説の立場から、名義人に関してはいかなる帰結に至ることになるのかを明確にしていき、私見を述べていきたい。また、名義人概念をいかに解するかという問題についての学説の相違は、代理・代表名義や資格の冒用の事例、通称名の使用の事例の処理において具体的に現れることになる。なぜなら、そういった事例では、いかなる事情を考慮して名義人としての人格を考えるかが問題となるためである。例えば、代理・代表名義の文書では、意思表示を行う代理人・代表者を名義人として捉えるか、それとも意思表示の効果

が帰属する本人を名義人として捉えるか、または「A 代理人 X」という一体化された人格を名義人として捉えるかが問題となる。そこで、名義人概念を明確にはどのように考えるべきかという問題についての学説の内容を検討し、代理・代表名義の冒用の事例をいかに処理すべきかについても考察していきたい。

## （１）学説

### ①思想主体説

この学説は、意思説の立場から、文書が公共的信用を得るのは、それに特定の意思・観念が表示されているためであるとして、文書に表示されている意識内容の主体が誰なのかを問題とする見解である。したがって、思想主体説は、名義人とは「文書の記載内容から理解される意識内容の主体」と捉える。

この考え方によれば、例えば、「X が A の代理人ではないにもかかわらず、A の代理人と名乗り『A 代理人 X』という名義で契約書（私文書）を作成した。」という場合には、X は自分の意思を文書に表明しているため「A 代理人」という資格を示す肩書は、文書の内容であり、文書の内容を偽っているにすぎないので、有形偽造には該当せず、無形偽造であるという結論に至りうる<sup>(94)</sup>。

しかし、無形偽造だとすると、私文書の場合には原則として処罰されない。牧野博士はこの結論を妥当ではないとして、「無形偽造といえども、行使の目的の下に、生活取引において不正な証拠となるべきものを文書として製出するものであるにおいては、やはり、文書の偽造として論ぜらるべきものとするのである。ただ、それは、刑法第一百五十五条及び第一百五十九条の各第三項の適用を受けることになるのである。そうして、代理名義を冒用する場合も、それが無形偽造たる点に就いて考えるときは、おなじく右両条各三項に依るべきものとする」と解している<sup>(95)</sup>。

また、木村博士も、牧野博士と同様に、代理・代表名義の冒用を無形偽造と解しながらも、次のように説明して 159 条 3 項を適用して処罰するべきであるとされた。すなわち、木村博士は、159 条 3 項は有印私文書が有形偽造である場合と、自己名義の文書が無形偽造である場合に適用される規定であるとして、「刑法が無形偽造に関する規定を特に設けて居るその他の場合の精神を推度すれば、刑法が無形偽造を罰するのは制限の場合なりと解すべきが故に、……無形偽造即ち代理・代表資格を冒用して自己名義の文書を作成する場合に限られるべきである。」<sup>(96)</sup>とされる。牧野博士が、現行刑法が実質主義を採用しているという解釈を前提にしているのに対して、木村博士は形式主義を原則としながらも、代理・代表名義の冒用の場合には例外的に無形偽造を処罰するという説明がなされたものと思われる。

しかし、牧野博士と木村博士の説明では、無罪になる

という結論を避けるべきという目的のほかには、無形偽造の私文書を処罰する根拠は明らかではなく、基本的に形式主義に立脚する現行刑法の立場にも反するとして、通説の見解は無形偽造として処理する見解を否定する<sup>(97)</sup>。そこで、通説は、名義人とは、当該文書の内容の思想内容の主体をいうが、代理名義の文書は法的効果が本人に帰属する形式の文書であるから、その文書は本人の意思または観念が表示された文書であるとして信用されるはずであるから<sup>(98)</sup>、本人 A が名義人であると主張する<sup>(99)</sup>。

作成者概念を規範的意思説の立場から捉える見解は、作成者を「文書の内容の効果が帰属する主体」として考える。そして、第 3 章で述べたように、規範的意思説によれば、文書による法的効果の本人への帰属が有効であれば有形偽造は成立しないとされている。つまり、規範的意思説のこの考え方は、法的効果が帰属すべき「作成者」と、文書上から法的効果が帰属するように見える「名義人」の同一性が認められれば、当該文書は有効であることになるということになる。そして、この論理はまさに「法的効果が本人に帰属する形式の文書」によって法的効果が帰属するように「見える」本人が名義人であるとする思想主体説における現在の通説の見解のものと一致するものと思われる。

したがって、規範的意思説を批判する林(幹)教授からは、思想主体説に立脚する通説に対しても同様に次のような批判がなされている。すなわち、法律上有効か無効か、名義人に対して当該文書の内容どおりの法律上の効力・効果を帰属せしめうるかという問題と、文書が真正か不真正かという問題は、直接の関係を持つものではないから、民事的效果を文書の名義人を決定基準にするのは妥当ではないという批判である<sup>(100)</sup>。また、一般の文書の名義人について思想主体説に依拠するにもかかわらず、代理文書の名義人の決定に当たって法的効果の帰属を論ずることは、通常の文書と代理資格の冒用の文書の名義人の意義について差異を生じさせて考えるのは論理が首尾一貫していないとの批判もある<sup>(101)</sup>。

### ②資格氏名一体説<sup>(102)</sup>

この学説は、通説が名義人を本人と解しているのに対し、代理名義の文書である以上、効果が本人に帰属するというのみを理由として、意思表示の主体が代理人であることを否定するのは困難であるとする。本罪の成否が肯定されるのは、文書の性質や受取手の関心からみて、代理資格と代理人の氏名とが一体として名義人（A 代理人 X）であると解されるのに、現実の作成者は代理権のない X であるため、名義人と作成者の人格の同一性の偽りがあり、有形偽造が成立するという見解である<sup>(103)</sup>。この見解によれば、名義人は「A 代理人 X」であり、実際には「A 代理人 X」という人格は存在しないため、ここでは、名義人として虚無人が把握されていることに

なる。したがって、代表・代理名義の冒用の場合には、作成者は「X」、名義人は「A 代理人 X」となり、両者の人格の同一性の偽りが認められるので、有形偽造の成立が肯定されることになる。

この結論に至る理由付けとして、資格氏名一体説を主張する今井教授は、代理資格と本人の名前から合成される名義を考えるのは、代理、代表名義の文書では、代理人の氏名よりも、本人の代理人としての資格が取引上重要であると解するためであるとされ、特定の有資格者だけが作成者として信用される文書において、当該資格を偽れば、別人格が責任主体として連想され、信用が害されるためであると説明される<sup>(104)</sup>。つまり、資格氏名一体化説は、文書に対する信用は、名義人への信用、すなわち、「当該文書の責任主体として認識される者へ責任追及できることへの信用」によって担保されるとされていると捉えているのである。

この学説は、作成者概念における責任追及説の立場を前提としているといえる。なぜなら、責任追及説は、代理名義の有する取引上の意味を実質的根拠にし、私文書において民事法上の責任が追及可能であるだろうという受取手の信用を保護法益として捉える。つまり、受取人が、文書を見て「誰が代理資格を有しているのか」に関心を持ち、『代理資格を有している X』なら、法的責任の追及が可能であろう」という信用が生じることになるということを根拠にしているのである。

一方、作成者概念について帰属説に立つ島田准教授も、資格の冒用の場合に資格を有する氏名を名義人と解する見解を採用する<sup>(105)</sup>。島田准教授によれば、名義人として「資格を有する者」が特定されるとされ、意思表示の帰属が要求される本来の趣旨である、証拠能力の保護に鑑みると、資格を冒用して文書を作成する行為も「A 代理人 X」として有形偽造とすべきとされる。ただし、この点の島田准教授の説明は、弁護士資格などの単純な資格の冒用についてなされているため、代理資格の冒用の名義人概念についてもこの論理によって処理されることになるかは明らかではない。しかし、資格の冒用の場合に受取手が「当該資格を有する者が作成した」と認識することと、それに伴う文書への信用を保護することを根拠にしていることから考えれば、代理資格の冒用についても同様の論理を適用するものと思われる。

### ③責任主体説

これまで概観してきた二つの学説は、いずれも名義人を思想内容の主体として捉えながら、代理・代表名義の文書の場合には、例外的に名義人を本人であると解するというダブルスタンダードを設けている点に一貫性がないという問題点がある。

そこで、通常の有形偽造と代理名義の冒用とを統一的に理解しようと試みた見解として、「裁可名義説」がある。

「裁可名義者」とは「思想の具体的表現に付き其効力を受け責を負ふ者」<sup>(106)</sup>であり、文書偽造は「斯かる裁可名義を偽ること」<sup>(107)</sup>とされている。この見解は、名義人概念とは別の「裁可名義者」という概念を用いて説明するものであるが、この説のいう「裁可」の意義は定かではなく、仮に単に本人の承諾を意味するとすれば、代理資格の冒用は本人の承諾を偽ること、つまり、作成権限を偽ることと同じ意味になり、現在では名義人に代えて別の概念を持ち出す意義は小さいとされている<sup>(108)</sup>。

このような指摘がなされたことから、現在では裁可名義説は主張されなくなった。しかし、裁可名義説の考え方を取り入れたと思われる「責任主体説」が、近年有力に主張されている。この責任主体説を展開された川端教授は、文書の名義人とは「文書を作成することに関する責任の主体」であり、「文書の成立にいつわりのないことを保証する者」とであるという捉え方をされる<sup>(109)</sup>。この学説は、通常の他人名義の冒用と代理・代表名義の冒用の場合に、異なる名義人概念を用いる通説の論理を批判し、両者を統一的に説明する見解といえる。また、山口教授は文書に記載された意思表示が名義人に帰属するかを判断基準とする主張されるが<sup>(110)</sup>、川端教授も他方で、「名義人」について「文書作成の効果が自己に帰属することを甘受する者」とも定義されている<sup>(111)</sup>。したがって、文書を名義人が精神的に作成したことによって、当該文書の作成の効果を名義人に帰属することができることになり、文書の真正が保証される。そして、名義人に「意思表示が帰属する」、つまり「文書作成の責任を負う」という趣旨において、川端教授の見解と山口教授の見解は類似した考え方といえる<sup>(112)(113)</sup>。

この見解によれば、文書には、本人 A の意思表示に基づいて代理人 X が作成したことになるため、文書から推測される責任主体である名義人は A であり、現実には X の表示意思に基づいて X が作成していることから、作成者は X になる。したがって、作成者と名義人に齟齬が認められるため、有形偽造が成立することになるという結論に至る。

また、川端教授は、再入国許可申請書や国際運転免許証など、自署性の要求される、本人自身によって表示されること自体が一定の証拠性を有する文書の場合には、「証拠性」が損なわれるため、本人以外の者が文書を作成したときには有形偽造が成立するとされている。意思説を徹底すれば、このように文書の性質は有形偽造の成否を決定する上では問題にならないはずだが、責任主体説によれば、いかなる論理構成によって有形偽造の成立を肯定しているのか。

この点、この学説は、文書偽造罪の保護法益を文書の証拠性を基礎にした「文書制度」と考える立場からの帰結とみられるが、ここでいう「証拠性」の内容を山口教授は次のように説明されている。すなわち、山口教授は

有形偽造の本質を、文書に記載された意思表示が名義人に帰属できない文書を作成すること、換言すれば「証拠にならないものを作成すること」であるとされ、有形偽造の成否の問題については、作成された文書が「証拠として使用することが可能か否か」を判断基準とする。つまり、「証拠性」を「証拠としての使用可能性」という概念によって説明したことになる。したがって、自署性の要求される文書において、本人ではない者が作成した場合には、当該文書は「本人の意思または観念が表示されている」という証拠として使用される可能性を損なわれたことになり、この点を根拠に有形偽造の成立を認めている。

## （２）判例

それでは、名義人概念についての判例の立場を概観していきたい。以下で取り上げる最高裁判例は、文書から認識される要素のうち、何を基準として名義人を判断すべきかを扱ったものである。判例①は代理・代表名義の冒用の事例について最高裁としての立場を最初に示した判例である。判例②は、本名とは異なる通称の使用が人格の同一性を偽ることになるかが問題となった事例である。判例③は、同姓同名の「実在する」弁護士に装って文書を作成した場合に、被告人が名義人として認められるかが争点になった事例である。判例③は資格の冒用だけでなく、「なりすまし」の側面があるが、判例④では、文書作成の「資格」がないのにあるように装う純粋な「資格の冒用」の事例といえる。

これらの事例を通して、判例が「名義人の意義」に関してどのように捉えているのかを見ていく。

### ①最決昭 45・9・4<sup>(114)</sup>

被告人 X および Y は、学校法人 K 義塾の理事であったが、理事長の地位が空席であったにもかかわらず、被告人 X が理事長に選任されたような理事会決議録を勝手に作成しその旨の登記をして、被告人 X に単独の理事署名人として署名捺印して文書を作成する権限が与えられなかったにもかかわらず、被告人 X および Y は共謀の上、理事会決議録なる文書を作成しようとし、行使の目的をもって理事会決議録と題し、同日の理事会において被告人 X を理事長に選任し、当日の議事録署名人を被告人 X とすることを可決した旨の虚偽の記載をなし、末尾に「理事録署名人、X」と記名し、その名の下に被告人 X の印を押して文書を作成した。

第 1 審<sup>(115)</sup>は「被告人 X において権限がなかった理事会議事録についての署名人の資格を冒用し、理事会議事録署名人作成名義の理事会決議録なる文書を偽造し」として有印私文書偽造罪（159 条 1 項）の成立を肯定し、原審<sup>(116)</sup>も第 1 審を支持した。これに対し、被告人側は上告した。

最高裁は、まず、名義人が誰かという問題について「他人の代表者または代理人として文書を作成する権限のない者が、他人を代表もしくは代理すべきものと誤信させるに足りるような資格を表示された意識内容にもとづく効果が、代表もしくは代理された本人に帰属する形式のものであるから、その名義人は、代表もしくは代理された本人であると解するのが相当である。」という規範を示した。その上で、本件については「理事会決議録なる文書は、普通人をして、同理事会を代表者または代理人として同理事会の議事録を作成する権限がないのに、普通人をして、同理事会を代表するものと誤信させるに足りる理事録署名人という資格を冒用して、同理事会名義の文書を偽造したものというべきである。」として有形偽造の成立を認めた。

本決定は、代理・代表名義の冒用を有形偽造と解する従来の判例の態度を踏襲したものである<sup>(117)</sup>。また、その後の判例においても、代理・代表名義の冒用の事例には本決定の論理が適用されていると思われる<sup>(118)</sup>。

ただし、最高裁は「これを理事会議事録署名人作成名義の文書を偽造したものとした第一審判決およびこれを是認した原判決は、法令の解釈適用を誤ったもの」としている。この点で、当該文書の署名人作成名義の文書を偽造したものとして「代理名義」を冒用したとする一審、二審の考え方を否定し、理事会名義の文書を作成したものとして「代表名義」を冒用したものであると判断している。この点から考えると、もし、この事例で被告人 X が自己の氏名に「理事録署名人」ではなく単に「理事」と付した場合には、最高裁の論理によれば、有形偽造は成立しないことになると思われる。

一方、本決定の原審の「理事会議事録署名人作成名義の理事会決議録なる文書を偽造し」という判断は、名義人を「理事録署名人、X」として捉え、資格氏名一体説の考え方による名義人概念に基づいていると見られる。しかし、最高裁はこれを否定し、名義人を「理事録署名人」、もしくは「理事会代表」とであると捉える見地に立っているものであるといえる。この点において、代理・代表名義の文書の名義人を本人（本件でいう理事会）とする点で、最高裁判例と通説が同じ立場に立つようにも見える。

しかし、その理由付けは異なる。すなわち、判例が「文書の性質」による意思表示の効力が本人に帰属することを根拠に、その文書は本人の名義となるとしているのに対して、通説は、本人に法的効果が帰属する「形式」の文書であるのでその文書の名義人は本人であると解しているのである。つまり、判例は文書の効力の帰属それ自体を問題にし、通説は「法的効果が本人に帰属する形式の文書」の帰属形式を重視しているものと見られる。

### ②最判昭 59・2・17<sup>(119)</sup>



被告人Xは日本統治下の朝鮮済州等島出身の外国人である。Xは日本に密入国し、外国人の新規登録申請をしなかった。一方、すでに正規の外国人登録を行なっている別人Aが、これとは別にBという仮名とA自身の写真とを用いてさらに外国人登録証明書を取得したところ、何者かが、これと被告人Xの写真とを用いて、新たに外国人登録証明書の交付申請を行い、Bの名前で外国人登録証明書の発行を受け、これを被告人が入手した。被告人はこれ以降、Aを自己の氏名として25年以上日本で生活し、9度にわたって外国人登録を繰り返したが、親族や同郷者の一部など少数の者に対しては、本名を使用していた。その後被告人は、北朝鮮に出国するため、Bの名前で法務大臣宛ての再入国許可申請書を作成し、入国管理事務所の担当者に提出した。

原審<sup>(120)</sup>は、他人との混同を生ずるおそれのない高度の特定識別機能を十分に果たすに至っていることが明らかであり、……名義人と作成者である被告人との間に客観的に人格の同一性が認められ、不真正文書でない」として、有形偽造の成立を否定した。

これに対し、本判決は、まず「原判決が、私文書偽造とは、その作成名義を偽ること、すなわち私文書の名義人でない者が、権限がないのに、名義人の氏名を冒用して文書を作成することをいうのであって、その本質は、文書の名義人と作成者との間の人格の同一性を偽る点にあるとした点は正当である」とした。そして、本件については次のように文書の性質に照らして判示された。「再入国許可申請証は、右のような再入国の許可という公の手續内において用いられる文書であり、また、再入国の許可は、申請人が適法に本邦に在留することを前提としているため、その審査にあたっては、申請人の地位、資格を確認することが必要、不可欠のこととされているのである。したがって、再入国の許可を申請するにあたっては、ことからの性質上、当然に、本名を用いて申請書を作成することが要求されているといわなければならない。」したがって、「本件文書に表示されたBの氏名から認識される人格は、適法に本邦に在留することを許されているBであって、密入国をし、なんらの在留資格をも有しない被告人とは別の人格であることから、そこに本件文書の名義人と作成者との人格の同一性に齟齬が生じているというべきである。」として、被告人Xの行為は有形偽造に当たるとしている。

本判決は、最高裁として初めて、有形偽造とは「文書の名義人と作成者との間の人格の同一性を偽る点にある」ということを示した点に意義がある<sup>(121)</sup>。人格の同一性の評価としては「再入国許可申請書の性質にも照らすと」、作成者=Xと、名義人=「在留許可のあるB」とでは、人格の同一性に齟齬があるとして、私文書偽造罪の成立を認めたものである。この点について、資格氏名一体説から「在留する資格のあるB」と解する見方もあ

るが<sup>(122)</sup>、現実に在留が許可されているのはCである以上、「BことC」という見方も可能であると思われる。

本判決の結論に対しては、「人格の同一性について欺罔があっても、その責任の所在はすでに明らか」であり、実質的には無形偽造を処罰することになるという批判がある<sup>(123)</sup>。しかし、この批判に対しては「特定の資格を有する者だけが作成すると見られる文書は、その有資格者に文書内容について問い合わせ」ることで責任を追及することができるという信用が保護にあたるという反論がなされている<sup>(124)</sup>。

### ③最決平5・10・5<sup>(125)</sup>

弁護士資格を有しない被告人Aは、第二東京弁護士会所属の弁護士Aと同姓同名であることを利用して、自己が同弁護士であるかのように装っていたが、土地調査の依頼を受けた不動産業者から弁護士報酬を得ようとして、「第二東京弁護士会所属、弁護士A」と記載した、「弁護士報酬金請求について」と題する書面、「A法律事務所大阪出張所、第二東京弁護士会所属、弁護士A」と記載した振込み依頼書、「A法律事務所（大阪事務所）、大阪府南河内郡……、電話……、弁護士A」と記載した、請求書各1通を作成し、これをAに一括郵送した。本件では、被告人がこれらの文書を作成・行使したことが有印私文書偽造・同行使罪に該当するかが争われ、1・2審ともにこれを肯定したため、被告人は、上記偽造行為は私文書の無形偽造にすぎず、せいぜい弁護士法74条の非弁護士の虚偽標示罪が成立しうるのみである旨を主張して上告した。

これに対し、最高裁は、「私文書偽造罪の本質は、文書の名義人と作成者との間の人格の同一性を偽る点にあるところ」、「本件各文書が弁護士としての業務に関連して弁護士資格を有する者が作成した形式、内容のものである以上、本件各文書に表示された名義人は、第二東京弁護士会に所属する弁護士Aであって、弁護士資格を有しない被告人とは別人格の者であることが明らかであるから、本件各文書の名義人と作成者との人格の同一性にそごを生じさせたものというべきである。」として有形偽造の成立を認めた。

本決定では、(i)文書が弁護士業務に関連して作成されたものである点、(ii)同姓同名の弁護士Aが存在する点の二点が考慮されて有形偽造の成立を認めている。すなわち、(i)の点に関して、最高裁は、本件各文書が弁護士としての「業務に関連して」弁護士資格を有する者が作成した形式・内容であるという文書の性質から、名義人を弁護士であるA（虚無人名義）と認定し、作成者については「弁護士資格を有しない」被告人と認定している。また、(ii)の点からは、実在する弁護士資格のある弁護士Aが名義人として認められるため、作成者である弁護士資格のない被告人Aとの同一性が否定され、いわゆる「な



りすまし」の側面から有形偽造が成立するという論理が成り立つ。この(i)と(ii)からは、それぞれ異なる論理によって有形偽造が成立することになるが、仮に同姓同名の弁護士Aが存在しなかった場合には、実在する別の人格への「なりすまし」の要素がなくなるため、(ii)の論理からは説明できないことになる。なお、本決定では東京に弁護士Aが実在した点に触れてはいるが、主に文書の形式、内容の側面が重視されているように見える。

また、本決定に対して、林(幹)教授から次のような批判が提示されている。すなわち、当該文書を受け取った者が、真実の弁護士Aの存在を知らなかったとすれば、文書の名義人は被告人Aということになり、人格の同一性について齟齬は生じなかったことになるのではないかと、いうものである<sup>(126)</sup>。この点に関しては、例えば、文書中に、住所や電話番号といった、資格以外の人格を特定する記載があったり、流通可能性の乏しい文書であれば、受取手にとっては被告人Aが名義人として想定されることになり、有形偽造の成立の余地は小さくなるように思われる。しかし、本件においては「弁護士報酬金請求について」と記された文書については、被告人Aの住所等は記載されておらず、当該文書が税務署員等の被告人Aを知らない者に流通が及ぶ可能性は否定できない<sup>(127)</sup>。このような観点から考えると、本決定の結論に対する林(幹)教授の批判は当てはまらないことになる。

#### ④最決平 15・10・6<sup>(128)</sup>

被告人は、正規の国際運転免許証に形状・記載内容等が似た物を作成した。その表紙には英語で「国際旅行連盟」と刻された印章様のものが印字されており、被告人は、この書面が「メキシコ合衆国に実在する民間団体である国際旅行連盟」から委託されて作成したものだと主張していた。しかし、国際旅行連盟なる団体がジュネーブ条約に基づいて国際運転免許証の発給権限を与えられた事実はなく、被告人もそのことを認識していた。

このような事案について、本決定は次のように述べて、有印私文書偽造罪の成立を認めた。「本件文書は、一般人をして、ジュネーブ条約に基づく国際運転免許証の発給権限を有する団体である国際旅行連盟により作成された正規の国際運転免許証であると信用させるに足りるものである。」「本件文書の記載内容、性質などに照らすと、ジュネーブ条約に基づく国際運転免許証の発給権限を有する団体により作成されているということが、正に本件文書の社会的信用性を基礎付けるものといえるから」、本件文書の名義人は、「ジュネーブ条約に基づく国際運転免許証の発給権限を与えられた事実はないのであるから、所論のように、国際旅行連盟が実在の団体であり、被告人に本件文書の作成を委託していたとの前提に立ったとしても、被告人が国際旅行連盟の名称を用いて本件文書を作成する行為は、文書の名義人と作成者との間の人格

の同一性を偽るものである。」

殊に、本件場合は文書に表示された名義人の名称は作成者と同一であるが、当該文書を作成するために一定の資格が必要である場合に、名称の他に「当該文書の作成資格を有する」という人格に属する性質を含めて名義人を特定すべきかが問題になる。そして、本決定には、このような資格の冒用の事例に対して初めて最高裁としての判断を示したものであるという点に意義が認められる。

本決定は、有形偽造の本質を「文書の名義人と作成者との間の人格の同一性を偽る」こととした上で、名義人を「ジュネーブ条約の基づく国際運転免許証の発給権限を有する団体」とし、作成者は当該発給権限は与えられていない者である被告人であるから、その間に同一性はないことを根拠に有形偽造を成立させている。ここで着目すべきなのは、本決定が、「本件文書の社会的信用性を基礎付ける」ことを根拠に、当該作成資格による名義人の限定を行っていることである。しかし、最高裁が、「社会的信用性を基礎付ける」要因として考えているものが、「文書制度」なのか、「法的有効性」の類のものなのかは明らかではない。

#### ⑤最決平 11・12・20<sup>(129)</sup>

被告人はオウム真理教に入信して活動し、爆発物取締罰則違反容疑で指名手配を受けて潜伏していたが、生活費に窮したため、偽名を用いて就職しようと考えた。そこで、Aという虚偽の氏名、生年月日、住所、経歴等を記載して押印し、自分自身の顔写真を貼り付けた履歴書を作成・提出することで、北海道阿寒郡阿寒町（現釧路市）の阿寒湖畔温泉にあるホテルに接客係として採用された。被告人は約1年間勤務して正社員になるよう誘われたが、雇用保険への加入の際に偽名使用が発覚するのを恐れて退職することとし、人材派遣業者に同様の履歴書を提出し、さらに紹介された先の雇用契約書・給与振込依頼書等にも偽名を記載した。

このような事案について、本決定は、「これらの文書の性質、機能等に照らすと、たとえ被告人の顔写真がはり付けられ、あるいは被告人が右各文書から生ずる責任を免れようとする意思を有していなかったとしても、これらの文書に表示された名義人は、被告人とは別人格の者であることが明らかであるから、名義人と作成者との人格の同一性にそごを生じさせたものというべきであり、「被告人の各行為について有印私文書偽造、同行使罪が成立するとし」、有形偽造の成立を認めた。

本件事案は、偽名は用いてはいるものの、自らの顔写真を使用し、実在する他の人物になりすましているわけではない。この点に関して、自己の同一性を偽っているとはいえるかが問題となる。本決定は、当該履歴書の「文書の性質、機能等に照らすと……名義人と作成者との人

格の同一性にそごを生じさせた」として、氏名以外にも他の記載事項や、文書の受取手の関心や文書の使用状況なども考慮して「被告人とは別人格のA」を名義人として判断した。

本決定の結論に反対する松宮教授は、「被告人も会社側も、Xという偽名が被告人以外の人格を指し示すものとは考えていなかったのであるから、これについて『人格の同一性を偽った』と解するのは疑問である」とされる<sup>(130)</sup>。つまり、松宮教授は、履歴書の受取手である雇用者側は、当該履歴書を作成し提出した被告人をXであると思っていたことになるため、名義人として認識される人格は被告人本人であり、有形偽造は成立しないとされる。

一方、林(幹)教授も同様の趣旨から、本名の使用が要求される履歴書において氏名や経歴を偽っても必ずしも有形偽造にはならないとしつつも、本件については、被告人には逮捕されそうになったら行方をくらましかねない状況にあったことから、有形偽造を認めてよいとされ、本決定の結論を支持される<sup>(131)</sup>。しかし、林(美)教授は、この点に関し、受取手すなわち当該文書の利用予定範囲との関係で人格の同一性を判断すべきであるとされ、文書の本来の利用予定範囲を越えるわずかな可能性を有形偽造の根拠とすべきではないと批判される<sup>(132)</sup>。

以上に見てきたように、判例が名義人の認定に関して、「文書の性質」を考慮していることは間違いない。しかし、どのように「文書の性質」を考慮しているのかは定かではない。なぜなら、例えば判例①は文書の性質による意思表示の効果が誰に帰属するかを考慮するとしているが、判例②～⑤は文書の形式や内容といった性質によって名義人が決定する（他の者は名義人になりえない）という、比較的抽象的な規範を示しているからである。判例②～⑤が、判例①の示した規範に依拠しているとするれば、「文書が予定している名義人に意思表示の効果が帰属しない場合」に有形偽造が成立するという論理によってのものといえると思われる。

### （３）小括

ここで、以上で取り上げた名義人概念に関する学説についての私見を述べておきたい。

#### ａ）思想主体説の検討

まず、思想主体説は、名義人とは「文書の記載内容から理解される意識内容の主体」であるという考え方を徹底させ、代理・代表名義の冒用の場合には有形偽造は成立せず、無形偽造が成立するに止まり、159条3項を適用して処罰すると解する。確かに、文書に対する信用を害するという点においては、単に他人名義を冒用して文書を作成する場合と、代理名義を冒用して文書を作成する場合とでは差がないといえる<sup>(133)</sup>。そのため、これを処

罰しないとする結論は不当であろう。しかし、この見解では、無形偽造の私文書を処罰する根拠は明らかではなく、形式主義に立脚する現行刑法の下で有形偽造の準用を認めるのは、罪刑法定主義の趣旨に反するものと思われる。

#### ｂ）資格氏名一体説の検討

次に、同様に名義人を「文書の記載内容から理解される意識内容の主体」としながらも、無形偽造とする結論を避けるために、代理・代表名義の冒用の場合についての文書の内容による法的効果が帰属する「本人」が名義人であるとする通説について検討する。この見解のように、通常の文書と代理資格の冒用の文書の場合に分けて、異なる名義人概念から判断することには矛盾があり、そもそも、文書の「内容」の法的効力の有効性を問題にすることは無形偽造を処罰することになり、妥当ではないというべきである<sup>(134)</sup>。

それでは、代理人以外の者を名義人として解して有形偽造が成立する学説について検討していきたい。

代理人の氏名の表示と代理資格の表示とが一体となったもの（「A 代理人 X」）を名義人として解する資格氏名一体説は、代理資格の存在が取引上重要視されるものとされることを根拠としている。つまり、当該文書の法的責任を、A の代理人である「X」に追及することが可能な文書には有形偽造は成立せず、A の代理人ではない「X」には追及不可能である場合に、有形偽造を認めるということになる。このように考えると、「A 代理人 X」という表記は、X が A を代理した人格であるにすぎず、「A 代理人 X」は「X」と別個の人格を示すものとは捉えるべきではないものと解する<sup>(135)</sup>。したがって、資格氏名一体化説は妥当ではない。

#### ｃ）責任主体説の検討

私は、文書の名義人とは「文書を作成することに関する責任の主体」とであるとする責任主体説を妥当と解する。代表・代理名義の文書における意思の表意者は代理人であるが、当該文書の作成に関する責任を負うのは代理人ではなく本人である。そもそも、文書が、取引を含めた社会生活の中で信頼されるのは、文書の効果が本人に帰属するからであるとする。そして、作成者概念における意思説を前提とする以上、文書の受取手から見て「作成者に見える者」、すなわち「名義人」が、文書の真正を保証し、文書作成の責任を負担する意思を示した「本人」と推測されるのである。

この論理を前提に考えると、代理名義を冒用して文書を作成する場合には、無権代理人である行為者は、文書の作成についての責任を負うべき者の名義を偽ることによって、文書に対する公共の信用を害することになる。

この見解に対しては、表意者である代理人が名義人とされるべきなのではないか、という批判が考えられる。

確かに、代理・代表名義の冒用の場合の代理人は、単なる代筆者とは異なり、代理人が表意者となる<sup>(136)</sup>。しかし、名義人を決定する上で考慮されるべき「意思」とは、「作成された文書の内容を表示する意思」ではなく、「文書が真正に作成されたことに関しては争わない意思」と考えるべきである。なぜなら、代理名義の文書の場合には、文書の「内容」の表意者と文書作成の責任者が異なる場合に、文書制度に対する信用が侵害されたとして有形偽造の成立を認めるべきだからである。

ここで、本論文の採用する論理構成を明確にするために、私見の立場から本章で取り上げた判例について簡潔に検討していきたい。

まず、判例①では、本決定が「その文書によって表示された意識内容にもとづく効果が、……本人に帰属する形式のものである」ことを根拠に名義人を「本人」であるとしている。私見から捉えても、当該文書から見て、文書作成の責任を負担するのは「本人」であるから、本決定の結論については支持できる。しかし、その理由づけには相違がある。すなわち、責任主体説が問題とするのは、文書の作成責任を甘受する意思表示による「効果」の所在であるのに対して、本決定は「意識内容にもとづく効果」の所在を問題としている点に相違点が認められるのである。

次に、判例②について述べる。本件事案においては、作成者である被告人が「文書が証拠として使用されることに関する責任の主体」としての名義人となりうるかが問題となる。本件のように、文書を用いた証明手続が存在し、その手続において一定の資格の存在が文書作成の必要不可欠な前提とされている文書の場合には、文書の受取手は文書から当該資格を有する者だけが名義人となることができるのである。そして、本件では当該資格を持たない被告人が作成した文書は証拠能力を有しないため、被告人は当該文書の名義人には当たらず、有形偽造が成立するものとする。したがって、本判決のいう「文書の性質」の内容が証拠機能に基づく「文書制度」によって基礎付けられるものか否かは定かではないが、少なくとも結論に関しては支持できる。

判例③についてだが、「弁護士資格を有する A」が実在し、例えば本件の客体の一つとされている「領収書」が被告人 A を知らない税務署職員の目に触れる可能性などを考えると、文書の受取手が文書作成の責任の所在が弁護士 A だと誤信する可能性が否定できない。したがって、名義人は「弁護士 A」となり、作成者である「被告人 A」との間に齟齬が生じていると捉えることになる。一方、本決定は「弁護士資格を有する A」が実在することよりも、むしろ本件の文書が「弁護士資格を有する者が作成した形式、内容のものである」ことを重視し、被告人 A が本件文書の名義人にはなりえないことを主な理由としているように思われる。この点に私見と本決定の立場の

相違点が見られる。

判例④では、判例②と同様に本決定のいう「社会的信用性を基礎付ける」ものの内容は明らかではない。本件事案について、私見によれば、文書の作成者である被告人が、「当該文書が証拠として使用されることの責任を負う者」としての名義人といえるかどうかを問題とする。この点、本件においては、国際運転免許証という文書の性質上、発給権限という属性を備えた者が作成することが、証拠として使用されるための条件となると考える。しかし、被告人には当該発給権限はなく、「文書が証拠として使用されることの責任を負う者」としての名義人にはなりえないため、作成者である被告人との間に齟齬が生じ、有形偽造が成立する。したがって、本決定の結論は妥当であるとする。

一方で、判例⑤の結論については支持できない。有形偽造の成否を検討する際には、文書の受取手の関心を考慮に入れる必要がある。当該履歴書の受取手である雇用者は、履歴書に記載されている名前の人物が被告人であると認識したはずである。したがって、当該文書から受取手が推測する文書の責任主体は被告人となると捉えるべきであるので、本件に関しては有形偽造の成立は認めべきではない。たとえ、被告人には行方をくらましかねない状況にあったとしても、本来、履歴書という文書は就職に際して、記載されている人物の経歴等の情報を提供するために利用されることが予定された文書である。このような、文書の利用予定範囲を超えて有形偽造を肯定する考え方は、妥当性を欠いているといわざるを得ないだろう。

## 5. 結論

本論文では、これまで①文書偽造罪の保護法益、②作成者概念、③名義人概念について検討してきた。そして、それぞれの章の小括において論じたように、私は保護法益については、文書の「意思の存在事実」を伝達する役割をも有する「証拠機能」に基づいた文書制度であると解する。また、作成者概念については帰属説を、名義人概念においては責任追及説を妥当と解してきた。本章では、私見の立場を中心に、文書偽造罪における有形偽造概念の捉え方を体系的にまとめていきたい。

まず、保護法益を独立した「文書制度」に求める考え方についてだが、そもそもここでいう「制度」とは、特定の目的のために特定の領域で受容され、機能しているものを指し<sup>(137)</sup>、他法の効力等からは独立したものとして捉えられるものである。したがって、文書の真正性を判断する（作成者、名義人を決定する）うえでは、文書が法的に有効か否かであるとか、私文書の場合には民法に基づく責任追及が可能かという要素は問題にならない。

この文書制度説では、有形偽造の本質を「文書の証拠としての危殆化」<sup>(138)</sup>にあるとされている。つまり、有形偽造の文書は証拠として使用できない可能性のある文書（不真正文書）を発生させ、そのような文書が社会に流通する危険性が発生することで、文書の証拠としての使用可能性に対する公共の信用を侵害すると考えるのである。

そして、この点が作成者概念の理解に大きく関わってくることになる。意思説に従えば、名義人の意思で作成された文書については、原則として有形偽造は成立しない。しかし、当該文書が証拠として使用できない文書であった場合には、有形偽造が成立することになる。どのような文書であれば「証拠として使用できない文書」に当たるかという、名義人自身が作成したものと評価される文書であるにも関わらず、本来文書作成の責任を負担すべき者が別の人格である場合、つまり、名義人と作成者との間に同一性が認められない、不真正文書の場合である。したがって、ここでいう「文書作成の責任を負担すべき者」とは、厳密に述べると「当該文書を自己の意思表示の証拠として使用されることを甘受すべき立場にある者」とも説明されることになる。

なお、かつて判例は<sup>(139)</sup>有形偽造の定義として「作成権限のない者が他人名義の文書を作成すること」と示されていたが、私見では作成権限を、作成者を認定する基準として捉える。なぜなら、作成権限は、文書作成の効果が名義人に帰属する基盤として見ることができるからである。つまり、もし文書を作出した者に作成権限が無ければ、その文書の作成責任は作出した者に帰属することになり、名義人と作成者との間に齟齬が生じるため、有形偽造が肯定されることになるということになるという結論に至るのである。

それでは、最後に、保護法益や作成者概念が名義人概念にいかに関連するのかをまとめていく。本論文の冒頭でも触れたが、名義人は「文書から作成者らしく見える者」ということになる。このように、名義人概念は作成者概念を前提に考えざるを得ないのである。したがって、作成者については「当該文書を自己の意思表示の証拠として使用されることを甘受すべき立場にある者」としたが、それを前提に考えると、名義人については文書から見て「文書作成の効果が自己に帰属することを甘受する者」に見える者という捉え方が妥当となるのである。

このように、本論文は、有形偽造概念を検討するうえで、作成者と名義人を別個に捉える通説の理解に疑問を投げかける主旨から、有形偽造概念を両者の論理的な関連性という側面から捉えなおすことを主眼に置いてきた。

そして、これまで述べてきたように、有形偽造の成否が問題となる事例は、個々の類型によって細かな論点は異なるといえども、作成者概念と名義人概念をどう捉え

るかという基本的な問題を基礎にして考えるべきことになる。そして、作成者概念は、保護法益論を前提にした意思説の明確な理解によって解されるべきものである。一方、広い概念で捉えれば、名義人は「文書から作成者らしく見える者」という基本テーゼに基づいて考えられることになる。したがって、名義人概念は作成者概念及び保護法益を前提に検討されるべきである。こうして、有形偽造の成否の問題に関しては、文書制度という保護法益の理解に基づく、一貫した解釈が必要となるのである。

ただし、保護法益を文書制度とする本論文の見解によれば、交通事件原票や入試答案などの事例のように、文書の性質によって「証拠性」に差が出てくる場合、その客体に応じて偽造概念を考えなければいけないことになる。つまり、その文書の証拠性がどのように制度として社会に認められているかを基準として検討することになるのである。しかし、制度が事実的に基礎付けられ社会に承認されているといえる射程範囲はどこまでなのか、または、その根拠は具体的にどのように説明できるか、という疑問はないわけではない。この点については、今後検討されるべき課題と思われる。

---

<sup>(1)</sup>例外的に、160条は「医師が公務所に提出すべき診断書、検案書又は死亡証書に虚偽の記載」することを禁じ、私文書である医師による診断書等の無形偽造を処罰の対象としている。一方、156条は「公務員が、その職務に関し、行使の目的で、虚偽の文書若しくは図画を作成」することを禁じ、公文書の無形偽造を処罰の対象としている。

<sup>(2)</sup>団藤重光『刑法綱要各論 第三版』（創文社・1990年）276頁。

<sup>(3)</sup>川端博『刑法各論講義』（成文堂・2007年）452頁。

<sup>(4)</sup>木村亀二『刑法各論』（法文社・1957年）247頁。

<sup>(5)</sup>大塚仁・『刑法概説（各論） 増補版第3版』（有斐閣・2005年）441頁は、「文書の名義人と作成者とは区別されなければならない。」とされる。

<sup>(6)</sup>最決平 5・10・5 刑集 47・8・7。

<sup>(7)</sup>最決平 15・10・6 刑集 57・9・987。

<sup>(8)</sup>最決平 11・12・20 刑集 53・9・1495。

<sup>(9)</sup>西田典之『刑法各論 第4版』（弘文堂・2007年）327頁。

<sup>(10)</sup>大塚(仁)・前掲注(5)434頁。

<sup>(11)</sup>団藤・前掲注(2)276頁。

<sup>(12)</sup>小野寺一浩「私文書偽造罪における『偽造』概念」『福岡大学法学論叢』38巻第2・3・4号（福岡大学総合研究所・1994年）400頁。

<sup>(13)</sup>この点について、取引保護説の立場から処罰範囲が拡大しやすい「事実証明文書に関しては、権利・義務文書に関係する形で、私文書偽造罪による保護を図るべきであろう。」とされるものとして、小野寺・前掲注(12)426頁。

<sup>(14)</sup>成瀬幸典「文書偽造罪の保護法益—有形偽造の本質—」『現代刑事法』35号（現代法律出版・2002年）34頁。

<sup>(15)</sup>川端博『新版 文書偽造罪の理論』（立花書房・1999

年) 41 頁。  
(16)林幹人『現代の経済犯罪』(弘文堂・1988 年) 138 頁。  
(17)林(幹)・前掲注(16)144 頁。  
(18)正田満三郎「文書偽・変造罪の本質と文書概念(中)」『判例時報』1217 号(判例時報社・1987 年) 6 頁。  
(19)正田・前掲注(18)6 頁。  
(20)正田・前掲注(18)4 頁。  
(21)刑録 16・2181。  
(22)刑集 27・2・115。  
(23)川端博「住民基本台帳法に基づく住民票と刑法 157 条第 1 項の<権利、義務ニ関スル公正証書ノ原本>」『法律論叢』47 巻 5 号(明治大学法律研究所・1975 年) 139 頁。  
(24)小野寺・前掲注(12)415 頁。  
(25)成瀬・前掲注(14)33 頁以下。  
(26)今井猛嘉「文書偽造罪の一考察(4)」『法学協会雑誌』116 巻(法学協会・1999 年) 972 頁。  
(27)大塚裕史『新版 刑法各論の思考方法』(早稲田経営出版・2007 年) 406 頁。  
(28)わが国において先駆的に作成者概念の本格的な検討を加えられた林(幹)教授は、後述する「事実的意思説」と「規範的意思説」の上位概念 *Geistigkeitstheorie* の訳語として「意思説」を用いられている。これらの学説に対し、異なる呼び名を用いる文献も見られるが、本論文では林(幹)教授の訳語を用いて論じる。  
(29)川端・前掲注(15)52 頁。なお、川端教授がこの見解を主張しているわけではない。  
(30)林(幹)・前掲注(16)114 頁。  
(31)川端・前掲注(15)53 頁。  
(32)山中敬一「文書偽造罪における『偽造』の概念について」『関西大学法学論集』50 巻 5 号(関西大学法学会・2000 年) 26 頁以下。  
(33)山中教授は作成行為帰属主体説のことを、行為説(事実説)の論理を修正したものであるということであることから「修正事実説」とも呼ばれる。  
(34)山中・前掲注(32)27 頁。  
(35)大塚(仁)・前掲注(5)441 頁。  
(36)川端・前掲注(15)52 頁。  
(37)川端・前掲注(15)53 頁。  
(38)大塚・前掲注(5)406 頁。  
(39)平野龍一『刑法概説』(東京大学出版会・1977 年) 255 頁。  
(40)町野朔「偽造罪の体系、コピーによる文書偽造—有形偽造文書と有形偽造行為Ⅰ」『法学教室』169 号(有斐閣・1994 年) 34 頁。  
(41)町野朔「偽造罪の体系、コピーによる文書偽造—有形偽造文書と有形偽造行為Ⅲ」『法学教室』171 号(有斐閣・1994 年) 84 頁。  
(42)林(幹)・前掲注(16)132 頁。  
(43)林幹人「有形偽造の新動向」『田宮裕博士追悼論集 上巻』(信山社・2001 年) 461 頁。  
(44)林(幹)教授は、この点について、「民事上の効力は、たとえば手形の場合、受け取った相手が過失か重過失・悪意か、追認したか、などの文書作成の後の事情によって変わりうるものである。そのような事情によって有形偽造の成否を動かすことはできない」(林(幹)・前掲注(43)461 頁)と補足されている。  
(45)小野寺・前掲注(12)426 頁。  
(46)小野寺・前掲注(12)427 頁。

(47)林(幹)・前掲注(16)123 頁。  
(48)川端・前掲注(15)45 頁以下。  
(49)川端博『刑法各論概要 第三版』(成文堂・2003 年) 265 頁。  
(50)山口厚『問題探求刑法各論』(有斐閣・1999 年) 251 頁。  
(51)今井・前掲注(26) 958 頁。  
(52)今井猛嘉「文書偽造罪の成否(1)」『現代刑事法』61 号(現代法律出版・2000 年) 112 頁。  
(53)今井・前掲注(26)977 頁。  
(54)東京高判昭 54・8・28 高刑集 32・2・173、福岡高宮崎支判昭 55・7・22 刑集 35・3・113 など。なお、前者は判例①の原審、後者は判例②の原審にあたる。  
(55)高刑集 18・4・377。  
(56)横浜地横須賀支判昭 38・9・27 高刑集 18・4・398。  
(57)本件の上告審(最決昭 43・6・25 刑集 22・6・490)は、本判決のように直接的には「私法上の有効性」の考慮の余地を否定する趣旨の判示はしていないが、商法上の支配人としての地位にあった者ではあっても「作成権限そのものがなかったものとみるべきである」として、本判決の結論を支持した。  
(58)刑集 35・3・57。  
(59)東京高判昭 54・8・28 高刑集 32・2・173。  
(60)刑集 35・3・107。  
(61)福岡高宮崎支判昭 55・7・22 刑集 35・3・113。  
(62)山中・前掲注(32)56 頁。  
(63)法的効力を根拠に本決定を支持するものとして、前田雅英『刑法各論講義 第 4 版』(東京大学出版会・2007 年) 447 頁、西田・前掲注(9)348 頁など。  
(64)安達光治「名義人の承諾と私文書偽造罪の成否」芝原邦爾＝西田典之＝山口厚編『刑法判例百選Ⅱ各論 第 5 版』(有斐閣・2003 年) 191 頁。  
(65)川端・前掲注(3)462 頁。  
(66)林(幹)・前掲注(16)151 頁。  
(67)佐伯仁志「名義人の承諾と私文書偽造罪の成否」松尾浩也＝芝原邦爾＝西田典之編『刑法判例百選Ⅱ各論 第 4 版』(有斐閣・1996 年) 176 頁も、「観念説の立場からは、本件のような事例については、名義人の意思に基づいて作成された文書であり、作成者は名義人自身であるから有形偽造ではない、という結論になるのが自然である」とされる。  
(68)高刑集 46・2・35。  
(69)本件は上告されているが、上告審では名義人の承諾については争われていないので、ここでは高裁判決を取り上げる。  
(70)東京地判平 4・5・28 判時 1425・140。  
(71)東京高判平 5・4・5 高刑集 46・2・35。  
(72)西田・前掲注(9)348 頁。  
(73)今井・前掲注(26)976 頁。  
(74)この見解によれば、名前の使用を承諾した者(A)は、当該文書の名義人(実際に受験したA)とは別人格となるので、現実の作成者とともに文書に対する公共の信用を侵害した者として、文書偽造罪の教唆犯、幫助犯、共同正犯の成立の余地があることになる(西田・前掲注(9)348 頁)。  
(75)川端・前掲注(5)195 頁。  
(76)川端博「入学選抜試験の答案と刑法 159 条 1 項にいう事実証明に関する文書」『判例評論』447 号(判例時報社・1996 年) 73 頁。

(77)大谷實『刑法講義各論 新版第2版』(成文堂・2007年) 454頁。  
(78)前田・前掲注(63)。  
(79)山中・前掲注(32)61頁。  
(80)川端・前掲注(15)212頁。  
(81)山中・前掲注(32)29頁。  
(82)山中・前掲注(32)53頁。  
(83)山中・前掲注(32)55頁。  
(84)同様の趣旨の論理を用いて説明するものとして、高山佳奈子「文書の名義人」山口厚編著『クローズアップ刑法各論』(成文堂・2007年) 251頁。  
(85)林(幹)・前掲注(16)132頁以下。  
(86)林(幹)・前掲注(16)145頁。  
(87)島田聡一郎「代理・代表名義の冒用、資格の冒用」『現代刑事法』35号(現代法律出版・2000年) 49頁。  
(88)山口・前掲注(50)251頁。  
(89)林(幹)・前掲注(43)461頁。  
(90)今井猛嘉「文書偽造罪の一考察(3)」『法学協会雑誌』114巻7号(法学協会・1997年) 843頁。  
(91)島田・前掲注(87)51頁。  
(92)私見における「意思伝達機能」を「証拠機能」の中に還元した見方からも、同様の反論が可能であると考ええる。  
(93)川端博＝日高義博＝今井猛嘉「《鼎談》文書偽造罪論の現在と展望」『現代刑事法』35号(現代法律出版・2000年) 19頁、[川端教授の発言]。  
(94)ただし、林(幹)教授は代理名義の冒用の場合であっても「本人の表示意思に基づいて作成された形式のものである」として本人が名義人であるとされる(林幹人『刑法各論 第2版』(東京大学出版会・2007年) 359頁)。  
(95)牧野英一『刑法各論上巻 第10版』(有斐閣・1969年) 164頁。なお、牧野博士は実質主義を処罰対象としてしていると解する。  
(96)木村亀二『刑法各論』(法文社・1967年) 250頁。  
(97)例えば、団藤・前掲注(2)278頁、大塚(仁)・前掲注(5)など。  
(98)大谷・前掲注(77)450頁。  
(99)なお、この通説を「法効果帰属主体名義人説」として思想主体説とは区別する見方も可能であろうが、本論文では、通説が代表・代理人名義の冒用以外の、通常文書についての名義人概念を「文書の意識内容の主体」としていることに着目して、思想主体説の一類型として扱う。  
(100)林幹人「有形偽造について」『刑法雑誌』26巻2号(日本刑法学会・1988年) 318頁。  
(101)川崎一夫「偽造概念と文書の意義」阿部純二ら編『刑法基本講座 6巻』(法学書院・1993年) 233頁。  
(102)この学説も、通説と同様に一般的な名義人概念を「文書の意識内容の主体」として捉えているが、「文書の責任主体」という側面をより重視していることに着目して、本論文では思想主体説とは別個の学説として分類する。  
(103)西田・前掲注(9)346頁、今井猛嘉「文書偽造罪の一考察(5)」『法学協会雑誌』116巻7号(法学協会・1997年) 98頁、福田平『刑法各論 第三版増補』(有斐閣・2002年) 97頁。  
(104)今井・前掲注(26)100頁以下。  
(105)島田・前掲注(87)54頁。  
(106)宮本英脩『刑法大綱』(弘文堂・1935年) 548頁。  
(107)宮本・前掲注(106)545頁。  
(108)川端・前掲注(15)80頁。

(109)川端・前掲注(15)81頁。  
(110)山口・前掲注(50)251頁。  
(111)川端・前掲注(48)263頁。  
(112)山口教授は、この点に関する自身の見解について、川端教授の見解と類似するものであることを認めておられる(山口・前掲注(50)251頁)。  
(113)両教授の言い回しの相違は、川端教授は事実的意思説的論理から、山口教授は規範的意思説的論理からのアプローチによっていることから生じているものと思われる。  
(114)刑集 24・10・1319。  
(115)山口地判昭 41・6・4 刑集 24・10・1324。  
(116)広島高判昭 44・5・29 刑集 24・10・1330。  
(117)本決定以前に同様の判断を下したものとして、大判大 12・6・16 刑集 2・546。  
(118)これ以降に最高裁が本決定の立場を踏襲したものとして、最決平 15・10・6 刑集 57・9・987。  
(119)刑集 38・3・336。  
(120)大阪高判昭 57・12・6 刑集 38・3・373。  
(121)伝統的には、判例は「作成権限のない者が他人名義を冒用して文書を作成すること」と定義していた。なお、本判決はこの定義も用いて説明している。  
(122)島田聡一郎「通称の使用と人格の同一性」芝原邦爾＝西田典之＝山口厚編『刑法判例百選Ⅱ各論[第5版]』(有斐閣・2003年) 185頁。  
(123)林(幹)・前掲注(16)166頁。  
(124)今井・前掲注(26)1345頁。  
(125)刑集 47・8・7。  
(126)林幹人「同姓同名であることを利用して弁護士資格を冒用した場合の有形偽造の成否」『平成5年重要判例解説』(有斐閣・1994年) 175頁。  
(127)島田・前掲注(87)53頁。  
(128)刑集 57・9・987。  
(129)刑集 53・9・1495。  
(130)松宮孝明『刑法各論講義[補訂版]』(成文堂・2006年) 359頁。  
(131)林(幹)・前掲注(43)455頁。  
(132)林美月子「顔写真の使用と人格の同一性」芝原邦爾＝西田典之＝山口厚編『刑法判例百選Ⅱ各論[第5版]』(有斐閣・2003年) 189頁。  
(133)川端・前掲注(15)76頁。  
(134)林(幹)・前掲注(100)318頁。  
(135)川端・前掲注(15)78頁。  
(136)川端・前掲注(15)82頁。  
(137)成瀬・前掲注(14)34頁。  
(138)松宮孝明「文書偽造罪における作成者と名義人について」『立命館法学』264号(立命館大学法学会・1999年) 358頁。  
(139)例えば、第3章で判例①に取り上げた最決昭 45・9・4 刑集 24・10・1319 など。

## 参考文献一覧

安達光治「名義人の承諾と私文書偽造罪の成否」『刑法判例百選Ⅱ各論[第五版]』芝原邦爾＝西田典之＝山口厚編(有斐閣・2003年) 191頁以下  
今井猛嘉「文書偽造罪の一考察(1)」『法学協会雑誌』112巻2号(法学協会・1995年) 167頁以下  
今井猛嘉「文書偽造罪の一考察(2)」『法学協会雑誌』112巻6号(法学協会・1995年) 715頁以下

今井猛嘉「文書偽造罪の一考察（3）」『法学協会雑誌』  
114 巻 7 号（法学協会・1997 年）816 頁以下  
今井猛嘉「文書偽造罪の一考察（4）」『法学協会雑誌』  
116 巻 6 号（法学協会・1997 年）946 頁以下  
今井猛嘉「文書偽造罪の一考察（5）」『法学協会雑誌』  
116 巻 7 号（法学協会・1997 年）1122 頁以下  
今井猛嘉「文書偽造罪の一考察（6 完）」『法学協会雑誌』  
116 巻 8 号（法学協会・1997 年）1297 頁以下  
大塚仁『刑法概説（各論）』（有斐閣・2005 年）  
大塚裕史『新版 刑法各論の思考方法』（早稲田経営出版・2007 年）  
大谷實『刑法講義各論 新版第 2 版』（成文堂・2007 年）  
小野寺一浩「私文書偽造罪における『偽造』概念」『福岡大学法学論叢』38 巻（福岡大学総合研究所・1994 年）  
川崎一夫「偽造概念と文書の意義」阿部純二ら編『刑法基本講座』6 巻（法学書院・1993 年）233 頁以下  
川端博「住民基本台帳法に基づく住民票と刑法 157 条第 1 項の＜権利、義務＞関スル公正証書ノ原本＞」『法律論叢』47 巻 5 号（明治大学法律研究所・1975 年）139 頁以下  
川端博「入学選抜試験の答案と刑法 159 条 1 項にいう事実証明に関する文書」『判例評論』447 号（判例時報社・1996 年）73 頁  
川端博『新版 文書偽造罪の理論』（立花書房・1999 年）  
川端博＝日高義博＝今井猛嘉「文書偽造罪の現在と展望」『現代刑事法』35 号（現代法律出版・2002 年）4 頁以下  
川端博『刑法各論概要 第三版』（成文堂・2003 年）  
川端博『刑法各論講義』（成文堂・2007 年）  
木村亀二『刑法各論』（法文社・1957 年）  
木村亀二『全訂新刑法読本』（法文社・1967 年）  
佐伯仁志「名義人の承諾と私文書偽造罪の成否」松尾浩也＝芝原邦爾＝西田典之編『刑法判例百選Ⅱ各論 第 4 版』176 頁  
酒井安行「作成者・名義人の概念とその承諾」『現代刑事法』35 号（現代法律出版・2002 年）40 頁以下  
塩見淳「代表名義の冒用と私文書偽造罪」『刑法判例百選Ⅱ各論[第五版]』芝原邦爾＝西田典之＝山口厚編（有斐閣・2003 年）183 頁以下  
島田聡一郎「代理・代表名義の冒用、資格の冒用」『現代刑事法』35 号（現代法律出版・2002 年）47 頁以下  
島田聡一郎「通称の使用と人格の同一性」『刑法判例百選Ⅱ各論[第五版]』芝原邦爾＝西田典之＝山口厚編（有斐閣・2003 年）185 頁以下  
正田満三郎「文書偽・変造罪の本質と文書概念（上）」『判例時報』1216 号（判例時報社・1987 年）3 頁  
正田満三郎「文書偽・変造罪の本質と文書概念（中）」『判例時報』1217 号（判例時報社・1987 年）6 頁  
高山佳奈子「文書の名義人」山口厚編著『クローズアップ刑法各論』（成文堂・2007 年）251 頁以下  
団藤重光『刑法綱要各論 第三版』（創文社・1990 年）  
長井長信「同姓同名の使用と人格の同一性」『刑法判例百選Ⅱ各論[第五版]』芝原邦爾＝西田典之＝山口厚編（有斐閣・2003 年）187 頁以下  
成瀬幸典「文書偽造罪の保護法益—有形偽造の本質—」『現代刑事法』35 号（現代法律出版・2002 年）33 頁以下  
成瀬幸典「名義人の承諾と文書偽造罪（1）」『法学』67 巻 1 号（東北大学法学会・2003 年）1 頁以下

成瀬幸典「名義人の承諾と文書偽造罪（2）」『法学』67 巻 3 号（東北大学法学会・2003 年）1 頁以下  
成瀬幸典「名義人の承諾と文書偽造罪（3）」『法学』69 巻 5 号（東北大学法学会・2006 年）33 頁以下  
成瀬幸典「名義人の承諾と文書偽造罪（4）」『法学』71 巻 1 号（東北大学法学会・2007 年）1 頁以下  
西田典之「刑法各論 第 4 版」（弘文堂・2007 年）  
林幹人『現代の経済犯罪』（弘文堂・1988 年）  
林幹人「同姓同名であることを利用して弁護士資格を冒用した場合の有形偽造の成否」『平成 5 年重要判例解説』（有斐閣・1994 年）175 頁  
林幹人「有形偽造の新動向」廣瀬健二＝多田辰也編『田宮裕博士追悼論集 上巻』（信山社・2001 年）21 頁以下  
林美月子「顔写真の使用と人格の同一性」芝原邦爾＝西田典之＝山口厚編『刑法判例百選Ⅱ各論[第 5 版]』（有斐閣・2003 年）189 頁以下  
平野龍一『刑法概説』（東京大学出版・1977 年）  
福田平『刑法各論 第三版増補』（有斐閣・2002 年）  
牧野英一『刑法各論上巻 第 10 版』（有斐閣・1969 年）  
松生光正「事実証明に関する文書の意義」『刑法判例百選Ⅱ各論[第五版]』芝原邦爾＝西田典之＝山口厚編（有斐閣・2003 年）175 頁以下  
松宮孝明『刑法各論講義 補訂版』（成文堂・2006 年）  
松宮孝明「文書偽造罪における作成者と名義人について」『立命館法学』264 号（立命館大学法学会・1999 年）359 頁  
町野朔「偽造罪の体系、コピーによる文書偽造—有形偽造文書と有形偽造行為Ⅰ」『法学教室』169 号（有斐閣・1994 年）34 頁  
町野朔「偽造罪の体系、コピーによる文書偽造—有形偽造文書と有形偽造行為Ⅲ」『法学教室』171 号（有斐閣・1994 年）84 頁  
宮本英脩『刑法大綱』（弘文堂・1935 年）  
山口厚『問題探求刑法各論』（有斐閣・1999 年）  
山中敬一「文書偽造罪における『偽造』の概念について」50 巻『関西大学法学論集』（関西大学法学会・2000 年）26 頁以下

## 判例一覧

大判明 43・12・13 刑録 16・2181  
東京高判昭 40・6・18 高刑集 18・4・377  
最決昭 45・9・4 刑集 24・10・1319  
最決昭 48・3・15 刑集 27・2・115  
最決昭 56・4・8 刑集 35・3・57  
最決昭 56・4・16 刑集 35・3・107  
最判昭 59・2・17 刑集 38・3・336  
東京高判平 5・4・5 高刑集 46・2・35  
最決平 5・10・5 刑集 47・8・7  
最決平 11・12・20 刑集 53・9・1495  
最決平 15・10・6 刑集 57・9・987