

# 偽造の程度について

東北大学大学院法学研究科教授 成瀬 幸典

## I はじめに

## II 偽造の程度の判断方法に関する裁判例

- 1 行使形態考慮説的立場に依拠した裁判例
- 2 客観的形状基準説的立場に依拠した裁判例
- 3 客観的形状基準説を基本としつつ、行使形態の考慮を限定的に認めた裁判例
- 4 小 括

## III 偽造の程度の判断方法に関する学説の状況

- 1 客観的形状基準説
- 2 行使形態考慮説

## IV 検討及び私見

- 1 偽造の程度の判断の基礎——偽造の程度の判断と文書偽造罪の保護法益
- 2 文書の行使形態の考慮の可否——直接行使の考慮の不可欠性と考慮が許される直接行使の態様
- 3 間接行使の考慮の可否——公共の信用の対象としての「文書」

## V 結 語

## I はじめに

ある行為を文書偽造罪における偽造と認めるためには、当該行為によって作成された文書が、どの程度の外観を備えていなければならないかということが、学説・判例上、問題とされてきた（以下、偽造と認めるために、作出さ

れた文書の外観が備えていなければならない程度のことを「偽造の程度」と、偽造の程度を満たしているか否かの判断のことを「偽造の程度の判断」とする)。この点につき、現在では、通説<sup>1)</sup>・判例<sup>2)</sup>ともに、作成された文書が一般人をして真正な文書であると誤信させうる程度の外観を備えていることが必要であるとしており、特に争いはない<sup>3)</sup>。

もっとも、偽造の程度の判断方法に関しては見解が一致しておらず、特定の行使形態との関係では偽造の程度を満たしているといえるが、それ以外の場合には、満たしているといえない場合について、どのように考えるべきかが、学説・判例上、議論されている。特に、近年では、直接的に呈示し、視認させたとき（以下、対象となる文書そのものを相手方に直接的に視認させることを「直接行使」とする）には、一般人を真正なものと誤信させることができないが、ファクシミリやイメージスキャナー等の機器を使用し、印字されたファクシミリ書面やディスプレイ上の画像を介して呈示したとき（以下、対象となる文書そのものを直接的に視認させるのではなく、写真コピー・ファクシミリ書面・ディスプレイ上の画像等を通じて、間接的に認識させることを「間接行使」とする）には、誤信させうる外観を備えた文書を作成した事案を主たる対象として、偽造の程度の判断は、専ら当該文書の客観的形状を基礎として行うべきであり、直接的に視認すれば、偽造であることが明らかに分かる形状

1) 伊東研祐『刑法講義各論』（日本評論社、2011年）309頁、今井猛嘉ほか『刑法各論〔第2版〕』（有斐閣、2013年）347頁（今井猛嘉）（以下、『各論』と略記）、高橋則夫『刑法各論〔第2版〕』（成文堂、2014年）501頁、中森喜彦『刑法各論〔第3版〕』（有斐閣、2011年）195頁、西田典之『刑法各論〔第6版〕』（弘文堂、2012年）358頁、前田雅英『刑法各論講義〔第5版〕』（東京大学出版会、2011年）521頁、松宮孝明『刑法各論講義〔第3版〕』（成文堂、2012年）368頁、山口厚『刑法各論〔第2版〕』（有斐閣、2010年）439頁（以下、『各論』と略記）、山中敬一『刑法各論〔第2版〕』（成文堂、2009年）560頁、大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法 第8巻〔第2版〕』（青林書院、2001年）91頁（荒木友雄＝小出鎔一）（以下、『大コンメ』と略記）等。なお、林幹人『刑法各論〔第2版〕』（東京大学出版会、2007年）353頁。

2) 大判大正元・10・31判録18輯1313頁、大判昭和19・2・22刑集23巻11頁、神戸地判昭和43・7・9下刑集10巻7号749頁、京都地判昭和46・12・23刑月3巻12号1755頁等。また、本稿で取り上げる偽造の程度に関する後述の5つの裁判例も通説・判例の立場を前提にしている。

3) 本稿では、有形偽造を対象として検討を行うが、以下に述べることは、無形偽造（虚偽文書作成罪）にも妥当する。なお、無形偽造に関する偽造の程度は、作出された文書が一般人をして内容の真実な真正文書であると誤信させうる程度となる。

しか備えていないのであれば（間接行使によって一般人を真正なものと誤信させることができるとしても）、偽造と認めることはできないとする見解（客観的形状基準説）と、偽造の程度の判断は、文書の行使形態をも考慮して行うべきであり、間接行使によって一般人を真正なものと誤信させることができるのであれば、偽造と認めてよいとする見解（行使形態考慮説）が主張されており、裁判例の判断も分かれている。筆者は、以前、この点に関して簡単に論じたことがあるが<sup>4)</sup>、本稿では、近年の裁判例と学説の動向を踏まえつつ、文書偽造罪の保護法益の理解と関連付けながら、より詳細に検討することにした。

## II 偽造の程度の判断方法に関する裁判例

偽造の程度の判断が問題となった近年の裁判例としては、大阪地判平成8・7・8判タ960号293頁（以下、裁判例①とする）、釧路地判平成16・12・15 LEX/DB 28105058（以下、裁判例②とする）、札幌高判平成17・5・17高検速報（平17年）343頁（以下、裁判例③とする）、東京高判平成20・7・18判タ1306号311頁（以下、裁判例④とする）、東京地判平成22・9・6判時2112号139頁（以下、裁判例⑤とする）等があり<sup>5)</sup>、それらはすべて、偽造の程度に関する上記の通説的立場を前提にしているが<sup>6)</sup>、その判断方法については、行使形態考慮説的立場によるもの、客観的形状基準説的立場によるもの、両説の中間的立場によるものに分かれている。本章では、それぞれの立場ごとに裁判例の

4) 拙稿「偽造の意義」芝原邦爾ほか編『刑法判例百選Ⅱ各論〔第5版〕』（有斐閣、2003年）176頁以下、同「偽造の程度」成瀬幸典ほか編『判例プラクティス刑法Ⅱ各論』（信山社、2012年）435頁。

5) 横浜地判平成24・10・9 LEX/DB 25483491は、視覚障害者である被告人が、パソコンで作成した架空の人物の名前等を印刷した紙を、所有する身体障害者手帳に貼り付けてカラーコピーするなどして、架空人名義の身体障害者手帳を作成した行為につき偽造に当たるとした。同判決の量刑理由では、その「偽造方法は、……稚拙な態様」であったものの、「一般人が普段見慣れない身体障害者手帳を利用」したため、行使の相手方である銀行員や店員らを真正なものと信じ込ませたとされている。偽造の程度については、特に争われなかったようで、事案の詳細が不明であるが、客観的形状基準説による場合、偽造の程度が否定される可能性があったのではないかとも思われる。



事案と判旨を確認し、偽造の程度の判断に関して、何が問われており、その解決のために何を明らかにする必要があるのかを明確にすることとしたい。

## 1 行使形態考慮説的立場に依拠した裁判例

(1) 偽造の程度の判断につき、文書の行使形態をも考慮すべきであると明示し、偽造の程度に関する近時の議論の契機となったのが裁判例①である<sup>7)</sup>。裁判例①の事案は以下のとおりである。

金融会社の無人店舗に設置された自動契約受付機を悪用し、他人になりすまして融資金入出用カードを騙し取ろうと企てたXは、Aの運転免許証の写しから氏名、生年月日、本籍・国籍、住所、交付の各欄及び免許証番号欄の一部を切り取り、これをXの運転免許証の該当箇所に重なるようにして置き、さらに、その氏名欄の氏の部分にBの文字のある紙片を置き、上からメンディングテープを全体に貼り付けて固定することにより、XがBであるかのような外観を呈する運転免許証（以下、本件免許証とする）を作成した。その後、XはP社C支店の自動契約受付機設置コーナーにおいて、同コーナーに設置された自動契約受付機のイメージスキャナーに本件免許証を、他の必要書類と共に順次読み取らせ、同イメージスキャナーと回線で接続された同支店設置のディスプレイにこれを表示させたが<sup>8)</sup>、本件免許証は、直接手に取って見れば、改ざんされたものであることが容易に見破られるものと見る余地がないではないものであった。

6) 例えば、裁判例③は、「偽造文書といえるには、一般人からみて真正に作成されたものであると誤信させるに足る程度の形式、外観を備えていることが必要である」とし、裁判例④は、「文書偽造罪における偽造といえるためには、当該文書が一般人をして真正に作成された文書であると誤認させるに足る程度の形式・外観を備えていることが必要である」としている。また、裁判例①、裁判例②、裁判例⑤も同様の立場を前提にしている。

7) 裁判例①に関する評釈類として、森永真綱「偽造の意義」西田典之ほか編『刑法判例百選Ⅱ各論〔第6版〕』（有斐閣、2008年）188頁以下（以下、「百選〔第6版〕」と略記）、松尾誠紀「偽造の意義」山口厚ほか編『刑法判例百選Ⅱ各論〔第7版〕』（有斐閣、2014年）180頁以下（以下、「百選〔第7版〕」と略記）など。

8) なお、対応したP社の係員は本件免許証を真正な運転免許証と誤認した。

このような事案に関し、裁判例①は、「当該文書の形式・外観が、一般人をして真正に作成された文書であると誤認させるに足りる程度であるか否かを判断するに当たっては、当該文書の客観的形狀のみならず、当該文書の種類・性質や社会における機能、そこから想定される文書の行使の形態等をも併せて考慮しなければならない」として、行使形態考慮説的立場に依拠すべきことを明示したうえで、「運転免許証は、自動車等の運転免許を受けているという事実を証明するためのみではなく、広く、人の住所、氏名等を証明するための身分証明書としての役割も果たしており、その行使の形態も様々であり、呈示の相手方は警察官等の公務員のほか、広く一般人であることもあり、また、必ずしも相手方が運転免許証のみを直に手に取って記載内容を読み取るとは限らず、免許証等入れのビニールケースに入ったまま、しかも、相手に手渡すことなく示す場合もあるし、その場面も、夜間、照明の暗い場所であったりするし、時間的にも、瞬時ないしごく短時間であることさえある。さらに、近時は、相手方の面前で呈示・使用されるだけではなく、身分証明のために、コピー機やファクシミリにより、あるいは、本件のように、イメージスキャナー等の電子機器を通して、間接的に相手方に呈示・使用される状況も生じてきている（このような呈示・使用が偽造文書行使罪における『行使』に該当することはもちろんである。）」として、運転免許証の行使形態が多様であることを述べ、本件免許証について、「電子機器を通しての呈示・使用も含め、運転免許証について通常想定される……様々な行使の形態を考えると、一応形式は整っている上、表面がメンディングテープで一様に覆われており、真上から見る限りでは、表面の切り貼り等も必ずしもすぐ気付くとはいえないのであって、……一般人をして真正に作成された文書であると誤認させるに足りる程度であると認められる」と結論づけた<sup>9)</sup>。

(2) 裁判例①はイメージスキャナーを介した間接行使が行われた事案につ

9) なお、裁判例①は、「電子機器を通しての呈示・使用も含め、運転免許証について通常想定される……様々な行使の形態を考えると」としたうえで、「真上から見る限りでは、表面の切り貼り等も必ずしもすぐ気付くとはいえない」としており（下線は引用者）、本件免許証につき、間接行使された場合にのみ、偽造の程度を満たすとしているわけではない。

いて行使形態の考慮の必要性を述べたものであったが、直接行使の事案においても、行使形態の考慮の可否が問題になりうることを示したのが裁判例⑤である<sup>10)</sup>。裁判例⑤の事案は以下のとおりである。

有効期限の徒過した駐車禁止除外指定車標章<sup>11)</sup>を利用して同標章を偽造しようと企てたXは、Aを被交付者とするビニール製ケース入り同標章（以下、Aの標章とする）の有効期限欄の「平成20年11月7日」の「20」と記載された部分に「22」と記載した紙片を、同発行日欄の「平成18年6月2日」の「18」と記載された部分に「20」と記載した紙片（その大きさ、形状、色、印字内容、字体等が真正な記載と酷似しているもの）を、上記ケースの上面とAの標章との隙間からそれぞれ差し入れ、上記紙片を上記ケースとAの標章との間に挟まれた状態として固定することによって、上記紙片に記載された数字（年）が正規の有効期限及び発行日であるかのような外観を呈する駐車禁止除外指定車標章を作成した。

このような事実に関し、弁護人は「数字をコピーした紙を駐車禁止除外指定車標章の日付部分に載せたが、載せた紙片の上部がめくれて少し浮かび上がる状態であったなど偽造方法は稚拙であり、本件標章は外観において実在の公務所の作成した文書と誤信させる程度には至っていない」と主張したが、裁判例⑤は「警察官等がフロントガラス越しに確認するという駐車禁止除外指定車標章の本来的な用法も併せ考慮すれば、上記紙片に印字された数字が他の数字の位置と上下にずれており、載せた紙片の上部がめくれて少し浮かび上がる状態であったなどという弁護人指摘の点を踏まえても、本件標章が、一般人をして……真正な公文書と信じさせるに足る程度の外観を備えたものといえることは明らかである」として、Xの行為は偽造に当たるとし

10) 裁判例⑤に関する評釈・判例解説として、山崎耕史「判批」警論65巻3号158頁以下、豊田兼彦「判批」法セミ681号133頁、林陽一「判批」法教377号別冊付録（判例セレクト2011）36頁、松澤伸「重判解平成23年度」161頁以下、宮川基「判批」刑事法ジャーナル29号115頁以下等。

11) 駐車禁止除外指定車標章に関する諸規定及びそこから導かれる同標章の本来的な呈示方法については、宮川・前掲116頁が有益である。



た。

弁護人の主張は、偽造の程度の判断は、文書を手にとって見るという直接行使の形態を前提に行うべきであるとの理解を基礎にしたものと考えられるが、これに対し、裁判例⑤は、直接行使の一種である「フロントガラス越しの確認」という駐車禁止除外指定車標章の「本来的な用法」<sup>12)</sup>を考慮し、本件標章について偽造の程度を満たしていると判断したものといえる<sup>13)</sup>。裁判例⑤は、これまで、間接行使の考慮の可否という形で論じられていた偽造の程度の判断方法に関して、考慮可能な直接行使の形態とはいかなるものか(あるいは、直接行使とはどのような行使形態を指すのか)という問題も存在することを明らかにした点で、重要な意義を有するといえる。

(3) 裁判例①・⑤は行使形態考慮説的な立場を前提にしているが、そこでは偽造の程度の判断に際し、行使形態を考慮すべき根拠は示されていない。

12) なお、学説には、裁判例⑤は当該文書の「『本来的』用法を考慮したにとどまる」もので、裁判例①(及び裁判例③)のように、「一般的ではあるが、本来的ではない用法」を考慮した裁判例とは異なるとし、「本来的用法を考慮することの是非という新たな論点を付け加えたもの」と評するものもある(豊田・前掲133頁)。しかし、裁判例⑤は「本来的な用法」を考慮すれば偽造の程度を満たしているとの評価が可能であったために、本来的用法のみに言及しただけで、「本来的ではない、一般的な用法」を考慮することを否定しているわけではないであろう。松澤・前掲書162頁も指摘するように、裁判例⑤は「『本来的な用法』という言葉を用いているものの、素直に見れば、偽造の程度の判断にあたり、行使の態様を一般的な用法を含めて考慮に入れる判例の基本線上にある」ように思われる。なお、裁判例⑤に関する判例時報の匿名解説は、裁判例⑤は裁判例④と同様に、行使形態の考慮の限界を認めつつも、文書の本来的な用法を考慮することは許容されとの立場を前提にしたものと理解する余地があるとしているが(判時2112号140頁)、判決文からそこまで読み取れるかは疑問である。

13) 裁判例⑤と同じく、直接行使が問題になる事案につき、問題となる客体の「本来の用法」を考慮して、偽造の程度を判断したものとして大阪高判平成12・12・14高刑集53巻2号97頁がある(ただし、「自動車登録番号標偽造罪(道路運送車両法98条1項)」の偽造概念に関するものである)。同判決は、その外形上、停止している状態で見れば、真正の自動車登録番号標ではないと見る余地もある同標を作成した行為につき、「その模倣の程度は通常一般人をして真正の自動車登録番号標と誤認させるまでに至っていない」との弁護人の主張に対し、「自動車登録番号標は、自動車が停止しているときだけでなく、走行中も外部から明確に視認され得ることを前提にして製造され、かつ、車両に取り付けられるもの」であることを指摘したうえで、自動車が走行中であれば、よほど注意して見ない限り、真正なものと識別することは不可能であるなどとして、偽造に当たるとしたのである。なお、原判決である大阪地判平成12・6・30高刑集53巻2号103頁は、被告人が作成した物の客観的形状と「通常的使用方法を併せ考え」、偽造に当たるとし、大阪高裁もその判断を相当として是認できるとしているので、同高裁も客体の客観的形状と通常的使用方法を併せ考慮しているといえよう。

この点を文書偽造罪の保護法益と関連付けて説明したのが裁判例③である<sup>14)</sup>。裁判例③の事案は以下のとおりである。

不正に作出した自衛官診療証（以下、単に診療証とする）の写しを利用するなどして、消費者金融業者からキャッシングカードをだまし取ろうと考えたXは、①自衛隊の同僚Yの診療証を盗んだうえ、それを白黒コピーし、そのコピーの生年月日欄の年の「59」の上に修正テープを貼り、その上に黒色スタンプを使って「57」と記入して、診療証の写し（第1文書）を作成し、また、②Xを被保険者とする真正な診療証をカラーコピー機でコピーし、そのコピーの生年月日欄等を修正ペンで塗りつぶした上、再度コピーし、このコピーの氏名欄、生年月日欄等に、ボールペンを使って、「Y」「57」「11」「29」などと記入して診療証の写し（第2文書）を作成した。その後、Xは第1文書・第2文書を、消費者金融業者が設置した自動契約機のスキャナーを介して、このスキャナーと回線で接続された別の場所にある同金融業者の端末機画面に、他の偽造書類と共に表示させ、同金融業者の従業員に各文書を閲覧させ、XがY本人であると誤信させて、キャッシングカードを騙取した。

このような事案につき、裁判例③は「（第1文書・第2文書）を直接手に取り子細に見れば、改ざんされたものと見破られる余地がないとはいえない」としつつも、作成された文書が偽造の程度を満たしているか否かは、「当該文書の社会における機能やその行使態様をも考慮して判断されなければならない」として、行使形態考慮説的立場に依拠すべきことを示したうえで、「スキャナーを介して呈示したという本件の行使態様を合わせて考慮すると、本件各文書は、一般人からみて真正に作成された文書であると誤信させるに足りる形式、外観を備えていると認めることができる」としたが、その際、「偽造罪が、文書に対する公共の信用を保護法益とし、文書が証明手段としても社会的機能を保護しようとするものであることからすると、偽造文書にあたるかどうかは、その行使態様をも考慮して判断するのが相当である」と述

14) 裁判例③に関する評釈として、小野正弘「判批」研修688号103頁。



べ、行使形態考慮説に依拠すべき根拠が法益保護の観点に求められることを指摘したのである。

## 2 客観的形状基準説的立場に依拠した裁判例

偽造の程度の判断に関して、行使形態考慮説的立場に依拠した裁判例①・③・⑤に対し、客観的形状基準説的立場を前提にしていると考えられるのが、裁判例③の原判決である裁判例②である。裁判例②と裁判例③では、認定された事実と重大な相違はないが、裁判例②は、既述の第1文書について、①黒色スタンプで記入された数字と正規に印刷されていた数字の字体及び文字サイズが明らかに異なること、②子細に見れば、黒色スタンプで記入された数字の背景が生年月日欄の他の背景と異なっていることが十分に見て取れることを理由に、また、第2文書について、③写真コピーのトナーとボールペンのインクの2種類のインクで作成されたものであることを理由に、上記各文書は一般人にとって、作成権限者が作成した文書（自衛官診療証の写し）であると誤信させるには足りないか、少なくともその疑いが残るといふべきであるとして有印公文書偽造罪の成立を否定した。

裁判例②は、偽造の程度の判断は、作出された文書の客観的形状を基礎として行うべきであるとは明言していないが、上記の①・②・③の各事実（特に、②と③）は、「スキャナーを通して端末画面に映し出された上記各文書の映像」では気付くのが困難なものであったようであるから<sup>15)</sup>、行使形態考慮説によれば、各文書とも偽造の程度を満たしていると考えられること、また、第2文書について、当該文書を自動契約機のスキャナーと回線で接続された端末機画面を通じて見れば、一般人にとって、作成権限者が作成したものと誤信させるに足りる程度の外観を備えているといえるとの検察官の主張に対し、「そのような見解は、処罰範囲をあいまいにするものであって、当裁判所

15) 裁判例③を参照。

の採用するところではない」として明確に退けていることに照らすと、客観的の形状基準説的立場を前提にしているといつてよいと思われる。

### 3 客観的の形状基準説を基本としつつ、行使形態の考慮を限定的に認めた裁判例

客観的の形状基準説を基本としつつ、写しの直接行使については、行使形態の考慮を認めた裁判例として裁判例④がある。裁判例④の事案は以下のとおりである。

自己の生年月日・住所等を偽って携帯電話機を取得しようと企てたXは、A店において、Xを被保険者とする国民健康保険被保険者証（以下、本件保険証とする）をA店備付けのファクシミリ複合機を用いてA4大の用紙に3枚複写し、その1枚の被保険者の生年月日・住所欄等に他の2枚から切り抜いた数字を糊で貼り付けて、本件保険証のコピーのように見える物（以下、本件改ざん物とする）を作り出した。その後、Xは本件改ざん物を本件保険証の大きさに切り取ることなく、A4大のまま上記ファクシミリ複合機にセットし、受信先で拡大表示するように設定してその画像データをB店に送信し、これをB店所在の端末機の画面に表示させてB店の従業員に閲覧させた。

このような事案につき、検察官は、偽造の程度の判断は、文書の客観的の形状のみならず、文書の種類・性質や社会における機能、そこから想定される文書行使の形態等をも考慮して行わなければならないが、本件改ざん物は、ファクシミリ複合機に読み取らせて送信することを想定しており、相手方が端末機の画面の表示を閲覧した場合には本件保険証の原本の複写物であると誤認させうる程度のものであったし、このような行使方法は、保険証という公文書の行使方法として通常想定されるものであるので、本件改ざん物は偽造の程度を満たしていると主張した。これに対し、裁判例④は「文書偽造罪が偽造文書行使罪とは独立の犯罪類型として規定されている以上、偽造の成否は当該文書の客観的の形状を基本に判断すべき」であり、「文書偽造罪が行使

の目的をその要件としていることからすれば、偽造の成否の判断に際して文書の行使形態を考慮すべき面はあるが、その考慮できる程度には限度があるといわざるを得ない」としたうえで、「本件改ざん物は、ファクシミリ複合機によりデータ送信された先の端末機の画面を通して見れば、一般人をして本件保険証の原本の存在を窺わせるような物であるが、そのような電子機器を介する場合以外の肉眼等による方法では、その色合いや大きさ等の客観的形狀に照らせば、これを本件保険証の『原本』と見誤ることは通常は考え難い」ので、本件改ざん物の作出時点では、「いまだ公文書である本件保険証の『原本』に対する公共の信用が害されたとは評価できないし、物の客観的形狀を離れて行使形態を過度に重視することは、偽造概念を無限定にするおそれがあり、当裁判所としては与することができない（仮に被告人が本件改ざん物をファクシミリで送信する前の段階で検挙されたとした場合に、原本としての有印公文書偽造罪が成立すると判断できるかは疑問がある。）」として、「本件保険証の『原本』の偽造」については否定した。しかし、裁判例④は、控訴審段階で予備的に追加された「Xが本件保険証の『写し』を偽造し、これを行使した」とする訴因に関して、「本件改ざん物は、これを直接手に取るなどして見分するならば、紙片を貼り付けた状態のままの部分があることから、改ざんが認知される可能性がある」が、「国民健康保険被保険者証のコピーの呈示・使用の形態」の中には「相手に渡すことなく示すにとどまる場合」もあることに照らすと、本件改ざん物の場合、「真上から一見する程度であれば、表面の切り貼り等が認知されない可能性は十分にある」とし、「本件改ざん物は、本件保険証のコピーそのものではないけれども、一般人をして本件保険証の真正なコピーであると誤認させるに足る程度の形式・外観を備えた文書と認めるのが相当」であるとして、「本件保険証の『写し』の偽造」については肯定した。

裁判例④は「偽造の成否は当該文書の客観的形狀を基本に判断すべき」であると明示したうえで、「本件保険証の原本の偽造」を否定するに際して、「電子機器を介する場合以外の肉眼等による方法では、その色合いや大きさ



等の客観的形状に照らせば、これを本件保険証の『原本』と見誤ることは通常は考え難い」としていることから、偽造の程度の判断に関し、客観的形状基準説を基本とし、間接行使については考慮すべきではないとの立場を前提にしていることは明らかである<sup>16)</sup>。他方で、「本件保険証のコピーの偽造」を肯定するに際して、「直接手に取り見分する」、「相手に渡すことなく示す」、「真上から一見する」といった様々な直接行使の形態を指摘・考慮していることから、直接行使については、文書の種類・機能・性質等を踏まえつつ、考慮可能な行使形態を特定すべきであるとの立場をとっていると考えられる。

なお、裁判例②と裁判例④は、偽造の程度に関して、文書の客観的形状を基礎に判断すべきであり、間接行使形態を考慮して判断すべきではないとしている点では共通性が認められる。もっとも、裁判例④は、直接行使について、その多様性に言及したうえで、行使形態の考慮を認めているのに対し、裁判例②は、この点について言及していないという相違がある<sup>17)</sup>。裁判例②は、文書を手に取って見た場合を基礎に、偽造の程度を判断すべきであるとの理解を前提にしているものと推測され、両者は立場を異にすると考えるべきように思われる。

## 4 小 括

上記のように、偽造の程度の判断方法に関する裁判例の立場は分かれており、裁判例④に関する判例タイムズの匿名解説でも、この問題に関して「実務上統一的な見解が定着しているとまでは言い難い」と評されているが<sup>18)</sup>、

16) 判タ1306号312頁の匿名解説も参照。

17) 裁判例②で問題となった第1文書・第2文書は自衛官診療証の写しであり、裁判例④で問題となった国民健康保険被保険者証の写しと社会的機能・性質の点では同質的であるから、文書の機能・性質の観点から、偽造の程度の判断方法が異なることになるとは考え難い。

18) 判タ1306号312頁。裁判例⑤に関する匿名解説（判時2112号140頁）、山崎・前掲164頁も参照。

結論が分かれていること以上に問題であるのは、上記の各裁判例がそれぞれの立場を理論的に十分には根拠づけていない点である。

裁判例①・⑤が偽造の程度の判断に際して、行使形態を考慮すべきであるとの結論を述べただけであることは既に確認したとおりであるが、それを保護法益の観点と関連づけた裁判例③も、文書偽造罪の保護法益が文書に対する公共の信用であり、同罪が文書の証明手段としての社会的機能を保護しようとする点にあることと、偽造の程度の判断に際して文書の行使形態を考慮すべきことが、どのように関係するのかについて十分な説明を行っていない。また、偽造の程度の判断を文書の客観的形狀を基礎として行うべきであるとした裁判例②は、そのように解すべき理論的根拠を示しておらず、文書の行使形態を考慮して偽造の程度を判断する場合、処罰範囲が曖昧になるという実質論を示しているにすぎない。しかも、その実質論自体にも問題があるだろう。行使形態考慮説的立場に依拠した裁判例は、問題となる文書の種類・性質や社会における機能を踏まえただけで、そこから想定される行使形態に限定して考慮すべきであるとしているが<sup>19)</sup>、そのような形で限定を図った場合にも生じることとなる処罰範囲の曖昧さは、あらゆる文言解釈に不可避免的に随伴するものといえるからである<sup>20)</sup>。最後に、裁判例④は、一方で、文書偽造罪が偽造文書行使罪とは独立の犯罪類型として規定されていることを根拠として、偽造の程度の判断は文書の客観的形狀を基本に行うべきであるとしつつ、他方で、文書偽造罪が行使の目的を要件としていることを根拠に、偽造の程度の判断に際し、文書の行使形態を考慮すべき面があるとしているが、両者がいかなる関係にあるのか、また、両者が整合的に説明可能であるのかは判然としない。さらに、偽造の程度の判断に際し、文書の行使形態を

19) 裁判例①はこの点を明言しているし、裁判例⑤も駐車禁止除外指定車標章の「本来的な用法」を踏まえた判断を行っている。また、裁判例③も、自衛官診療証が身分証明文書として利用されることがあることを前提に、その場合には、「スキャナーを通して間接的に呈示する方法も広く行われている」としている。

20) その表現に不明瞭な部分はあるが、裁判例③が文書の使用形態を考慮しても処罰範囲が曖昧になるわけではないとしたのも同趣旨であろう。

考慮すべき面はあるが、その考慮できる程度には限度があるとしている点については、その限度がどこに求められるのかを説明しておらず、結論を述べただけに止まっている。

このように、偽造の程度の判断が問題になった近時の裁判例は、それぞれの立場を理論的に十分に説明していない。では、この問題に関する学説はどのような状況にあるだろうか。章を改めて、この点を確認することにしよう。

### Ⅲ 偽造の程度の判断方法に関する学説の状況

従来、偽造の程度の判断方法について、学説上、活発な議論が展開されてきたとはいいい難いが、Ⅱで確認した裁判例に関する論稿・評釈類を通じて、近年、議論が深まりを見せつつある。以下では、客観的形狀基準説及び行使形態考慮説それぞれの主張をその論拠とともに確認し、解決すべき課題を明らかにすることとしよう。

#### 1 客観的形狀基準説

(1) 一部の有力な学説は、偽造の程度につき、文書の客観的形狀を基礎に判断すべきであり、行使形態（特に、間接行使）を考慮することによって、偽造と認めるために必要な外観の程度を相対化すべきではないと主張している<sup>21)</sup>。西田教授はいう<sup>22)</sup>。

「偽造罪の成立に必要な文書の外観は、当該文書の行使方法により変化するものと解すべきではないように思われる。それゆえ、写真コピーによる写しの呈示が行使にあたりうるとしても、その前提としては、原本自体が偽造

21) 西田・前掲書358頁以下、山口『各論』439頁、山口厚「文書偽造罪の現代的展開」山口厚ほか著『理論刑法学の最前線Ⅱ』（岩波書店、2006年）154頁以下（以下、『最前線』と略記）、今井ほか『各論』347頁以下（今井）、森永「百選〔第6版〕」188頁以下など。林（幹）・前掲書352頁以下も参照。

22) 西田・前掲書358頁。



と いう 外 観 を も つ こ と が 必 要 な の で あ る」、と。

も っ と も、西 田 教 授 自 身 は「偽 造 と い う 外 観」の 内 容 に つ い て 明 確 に は 述 べ て い な い。こ の 点、山 口 教 授 は「お よ そ 実 物 を 人 の 面 前 に 呈 示 す る こ と が 想 定 さ れ て い な い 文 書<sup>23)</sup> で あ れ ば と も か く (……)、人 の 視 認 に よ る 真 正 性 の 確 認 を ク リ ア で き な い 場 合 に、有 形 偽 造 の 成 立 を 肯 定 す る こ と に は 疑 問 が あ る」<sup>24)</sup> と の 立 場 か ら、偽 造 と い う 外 観 と は 一 般 人 が 当 該 文 書 を 視 認 (直 接 行 使) し た 場 合 に 真 正 文 書 と 誤 信 し う る 外 観 の こ と と 解 し て い る よ う で あ る<sup>25)</sup>。客 観 的 形 状 基 準 説 の 主 張 の 核 心 が、間 接 行 使 が 行 わ れ た 場 合 に (の み) 偽 造 の 程 度 を 満 た し て い る こ と を 根 拠 に 偽 造 該 当 性 を 肯 定 す る こ と を 否 定 す る 点 に あ っ た こ と に 照 ら す と、山 口 教 授 の 説 明 は 同 説 の 支 持 者 の 多 く が 共 有 可 能 な も の で あ る と 思 わ れ る。

(2) で は、偽 造 の 程 度 の 判 断 は、文 書 の 客 観 的 形 状 を 直 接 的 に 視 認 し た 場 合 を 基 礎 に 行 う べ き で、行 使 形 態 (特 に、間 接 行 使) を 考 慮 す べ き で は な い と 解 す る 理 由 は ど こ に あ る の で あ ろ う か。こ の 点 に つ き、裁 判 例④ は「文 書 偽 造 罪 が 偽 造 文 書 行 使 罪 と は 独 立 の 犯 罪 類 型 と し て 規 定 さ れ て い る」こ と を 指 摘 し て い た が、学 説 に も 同 様 の 主 張 が 存 在 す る。山 口 教 授 は い う<sup>26)</sup>。

「偽 造 文 書 行 使 罪 は、文 書 偽 造 罪 の 客 体 で あ る 文 書 が 存 在 す る 場 合 に の み 成 立 し う る の で あ り、偽 造 概 念 に は そ れ 自 体 と し て 限 定 が あ る (そ れ に 対 応 し て 行 使 概 念 も 本 来 限 定 さ れ る) と 解 す べ き で あ る。行 使 が 可 能 な も の で あ れ ば、文 書 偽 造 罪 の 成 立 を 肯 定 し う る と い う の で は、偽 造 概 念 は 無 限 定 に 広 が り か ね ず、疑 問 が あ る」、と。

ま た、今 井 教 授 は い う<sup>27)</sup>。

「偽 造 と 行 使 と は 別 個 の 犯 罪 で あ り、偽 造 と は、そ れ が 行 使 さ れ た 場 合 に お

23) 山 口 教 授 は、こ の よ う な 文 書 を「刑 法 上 の 文 書 (文 書 偽 造 罪 に お け る 文 書)」と 認 め る こ と 自 体 に 批 判 的 で あ る。そ の よ う な 理 解 に よ る 場 合、機 器 を 通 じ た 間 接 的 認 識 可 能 性 が あ る 電 磁 的 記 録 も 刑 法 上 の 文 書 に 含 ま れ る こ と に な る こ と を 理 由 と す る (山 口『各 論』439頁)。

24) 山 口『各 論』439頁。

25) 山 口『各 論』439頁、同『最 前 線』154頁 以 下 参 照。

26) 山 口『最 前 線』155頁。

27) 今 井 ほか『各 論』348頁 (今 井)。

いて名義人と作成者が一致していると誤解させるだけの危険性を内包する媒体を作出することだと解すれば」、「作出された媒体が偽造と評価されるだけの外観を有することが必要であって、当該媒体の行使態様を考慮すべきではない」、と。

両教授の主張は「行使が可能な場合に偽造と認められるのではなく、偽造と認められた場合に行使罪の成否が問題になる」と要約でき、裁判例④も同様の理解を前提にしていると考えられるが、その背景には、法益侵害性（その裏面としての法益保護の必要性）の強調を通じた、構成要件の（過度の）拡大解釈に対する警戒・批判があると考えられる。刑法の法益保護機能を強調すると、法益侵害性を理由とした拡大解釈を是認する方向に至りやすいが、刑法の捕捉対象は「法益侵害行為」ではなく、「構成要件において定められた客体・行為等の要件を満たした法益侵害行為」であるから、客体や行為の意味内容の最外郭は法益侵害性の観点とは「ひとまずは」別個に確定し、解釈の限界を定める必要がある。偽造の程度に関していえば、「行使が可能であること＝当該行使形態において一般人が真正文書と誤信する可能性があること＝文書に対する公共の信用が侵害される（危険性がある）こと」とは別に、偽造と認めるための必要条件を確定する必要があるものであり、法益の保護はその範囲内で図られるべきなのである<sup>28)</sup>。山口教授は「偽造文書の行使とは、それを真正な文書として呈示することが必要であり、その内容を口頭で告知することでは足りない」と解されているが、それは、行使というためには、一般人に真正なものと誤認させる外観を利用したことが必要であり、その前提として、そうした外観を作出することが偽造といいうるためには要求されることによる。そのような偽造概念の限定を取り払い、さらに、利用しうるものであればよいとして偽造・行使概念を広げると、口頭による告知を予定した利用形態を前提に判断した場合（……）、文書偽造罪の成立を肯定するため

28) 森永「百選〔第6版〕」189頁が「原則的な文書の行使形態である『原本の直接的な呈示』を想定した従来の偽造概念を維持するのが妥当であり、また抽象的なレベルにおける信用の保護はそれで足りる」との指摘も、このような認識を基礎にしているものと考えられる。

に、偽造文書が存在することすら不要であることになりかねない」というが<sup>29)</sup>、これも同様の趣旨であると思われる。

(3) 以上のように、客観的形状基準説とは、法益侵害性（に基づく処罰の必要性）の観点から偽造概念が無限定に拡大することを防ぐ意図のもと、作出された文書の外観が、当該文書が直接行使された場合に、一般人をして真正なものと誤信させうる程度のものであることを要求する見解であるといえるが、文書の直接行使も文書の行使形態の一種であるから、同説は行使形態を全く考慮しない見解ではなく、直接行使以外の行使形態を考慮しない見解と理解するのが精確である。そもそも、作出された文書を行使しなければ、相手方をして真正なものと誤信させることはできないのであるから、一般人をして真正な文書と誤信させうる外観を有しているか否かを判断する場合にも、何らかの形態で行使がなされたことを仮定せざるをえない。偽造の程度の判断方法に関して問題とされるべきは、行使形態を考慮することの可否ではなく、いかなる行使形態を考慮すべきかであり、客観的形状基準説は、この点につき、直接行使に限定すべきであると主張しているのである。

客観的形状基準説の実践的意図は上記のとおりであるが、他方で、同説を主張する論者は、偽造の程度の判断に際して間接行使を考慮すべきでない理論的理由について十分な説明を行っていない。一部の論者は、文書は人に対する行使が予定された媒体であるので、肉眼により閲覧された場合を問題にすべきであるとするが<sup>30)</sup>、間接行使も人に対する行使の一種ではあり、「肉眼での閲覧」に限定される理由は定かでない。また、別の論者は、「『原本の直接的な呈示』という行使形態は立法当時より長らく想定されてきたもの」であり、それに基づいて確立された偽造概念は閉じられた性質を備えている

29) 山口『最前線』155頁。ここでは「一般人に真正なものと誤認させる外観」の存在が偽造と認めるための必要条件（法益侵害性を理由とした処罰の必要性を理由に除外してはならない要件）であることが指摘されているといえる。もっとも、間接行使の場合も、相手方に作出された文書の外観を（間接的には）認識させることになるので、この指摘は偽造の程度の判断に際して間接行使を考慮してはならない理由としては不十分であると思われる。

30) 今井ほか『各論』348頁（今井）。



ので、「原本の直接的な呈示とは明らかに異なる間接的な呈示の形態を考慮して『再構成』するという政策判断を行うことが、裁判所に許されるかは疑問が残る」というが<sup>31)</sup>、そのような歴史的な経緯にどの程度の拘束力を認めるべきかは1個の問題である。時代や社会の変化に応じて、ある文言の解釈が変容することは、しばしば見出されることであり、偽造の程度についても、科学技術の発展等の結果、間接行使が作出された文書の一般的な行使形態と呼べるほどに普及している場合については、その実態に応じた偽造の程度の判断方法を採用すべきであるともいえるであろう。

なお、客観的形状基準説による場合でも、考慮可能な「直接行使の態様（視認方法）」の特定は問題になる<sup>32)</sup>。学説には、客観的形状基準説とは、作出された文書を「手に取って見た場合」を基礎に偽造の程度を判断する見解であると説明するものもあるが<sup>33)</sup>、裁判例⑤の事案のように、対象文書の本来の用法（本来の行使形態）として、直接手に取って見ることが想定されていないものもあることに照らすと、このような理解には疑問を覚える。同説を支持する論者も、裁判例⑤の事案については、対象文書の本来的な行使形態である「フロントガラス越しの確認」を基準に判断するのではなかろうか。客観的形状基準説による場合、間接行使を考慮して偽造の程度の判断を行うことが許されないことは明らかであるが、「手に取って見る」という行使形態以外に、いかなる形態のものが考慮可能であるかは明らかでなく、この点の解明を課題として残しているのである。

## 2 行使形態考慮説

(1) 偽造の程度の判断につき、学説の多くは、行使形態考慮説的立場を支持しており、間接行使を含む文書の行使形態を考慮して、偽造の程度を満た

31) 森永「百選〔第6版〕」189頁。

32) 宮川・前掲119頁参照。今井ほか『各論』348頁（今井）も参照。

33) 林（陽）・前掲36頁、松澤・前掲書162頁。

しているか否かを判断すべきであるとしている<sup>34)</sup>。例えば、山中教授は要次のように述べる<sup>35)</sup>。

偽造の程度の判断に際しては、「文書の客観的形状のみならず、文書の種類・性質や社会における機能、さらに、そこから想定される文書の行使形態等を考慮しなければならない」。裁判例①の場合、「細工した運転免許証を、イメージ・スキャナーによってディスプレイ上に表示させた画像を媒介として、係員が、ほとんどリアルタイムで見ているので、行使の対象となっているのは、その細工した免許証自体である。このような行使態様においては、真正文書の外観を備えているとかわろうじていえるものと思われる」、と。

このような行使形態考慮説の背景には法益保護の観点があると考えられる。通説・判例が、偽造というためには、作出された文書が一般人をして真正な文書であると誤信させうる程度の外観を備えていることが必要であると解している理由は、そのような外観を備えていなければ行使されたとしても一般人が当該文書を真正なものと誤信することはなく、文書偽造罪の保護法益である「文書に対する公共の信用」が害されることもないと解されることにあるが<sup>36)</sup>、そうだとすれば、間接行使によってであれ、一般人を真正文書と誤信させる可能性のある外観を備えているのであれば、文書に対する公共の信用が害されるおそれがあり、法益保護の観点からは、偽造の程度を満たしていると解すべきだと考えられるからである<sup>37)</sup>。先に引用した裁判例③の「偽造罪が、文書に対する公共の信用を保護法益とし、文書が証明手段としても社会的機能を保護しようとするものであることからすると、偽造文書にあたるかどうかは、その行使態様をも考慮して判断するのが相当である」と

34) 高橋・前掲書502頁、松宮・前掲書368頁、山中・前掲書560頁、松尾「百選〔第7版〕」181頁等。実務家の論稿として、吉田統宏「イメージスキャナ、ファクシミリ等のコンピューター機器を利用した偽造文書の行使について」研修571号110頁、川端博ほか編『裁判例コンメンタル刑法第2巻』（立花書房、2006年）198頁（朝山芳史）（以下、『裁判例コンメ』と略記）、池田修＝金山薫編『新実例刑法〔各論〕』（青林書院、2011年）294頁以下（吉村典晃）（以下、『実例』と略記）等。

35) 山中・前掲書560頁以下。

36) 伊東・前掲書309頁、森永「百選〔第6版〕」188頁、松尾「百選〔第7版〕」181頁等。実務家の論稿でも同様の理解が示されている（山崎・前掲159頁等）。

いう部分もこのことを述べたものといえよう。

(2) もっとも、このような法益保護の観点の強調は、偽造概念の著しい拡大を招きかねず、そのことに対する危惧が客観的形状基準説の基礎にあることは1で確認したとおりである。そこで、考慮可能な行使形態（特に、考慮可能な間接行使の形態）に限界はあるのか、あるとして、それはどのように特定されるのかが問題になるが<sup>38)</sup>、この点に関し、文書偽造罪が「行使の目的」を要件としていることを重視し、行為者の目的に従って、考慮すべき行使形態を特定することが考えられる。松尾准教授はいう<sup>39)</sup>。

「目的犯である偽造罪の成否に際しては、行為者の有する目的の内容に応じて当該偽造行為の危険性が判断されるべきであるから、偽造の程度の判断においては行為者の企図した行使の形態が考慮されるべきである」、と。

しかし、この立場による場合、偽造の程度を満たしていないと判断されることはほとんどないことになってしまうであろう。行為者は、当該行使形態であれば、この程度の外観であっても、相手方を真正な文書と誤信させうると考えて文書を作成するはずであるが、行為者も相手方も、通常は、一般人であるから、行為者がそのように考えて作成した文書は、(少なくとも)当該行使形態との関連では、一般人をして真正な文書と誤信させうる外観を備えていると判断されることになると考えられるからである。

そこで、別の論者は、問題となる行使形態が当該文書の行使方法として一

37) 高橋・前掲書502頁は「学説上、(裁判例①・③のように——引用者注)文書の行使形態を考慮することについては、反対説もある。しかし、行使形態との関連で、一般人を真正文書であると誤信させる可能性がある場合には、文書に対する公共の信用に対する危険は肯定できるであろう」とする。松澤・前掲書162頁、林(陽)・前掲36頁等も参照。同旨を述べる実務家の論稿として、吉田・前掲110頁、『裁判例コンメ』198頁(朝山)、『実例』294頁(吉村)、山崎・前掲167頁。

38) この点は、客観的形状基準説に依拠した場合にも、考慮可能な直接行使の形態とはどのようなものかという形で問題になりうる。

39) 松尾「百選〔第7版〕」181頁。吉村判事も「作成者においてファクシミリやスキャナーを介することにより、原本であるかのように見せかけるつもりで、コピーを作り、ファクシミリやスキャナーを用いて相手方にこれを提示し、相手方においても原本であると誤信するような状況であったとすれば、文書に対する社会的信用という観点からして、それらは、まさしく、原本の偽造・行使とするのが素直な解釈である(下線は引用者)」として、作成者の意図・目的を考慮すべきことを述べる(『実例』294頁)。



一般的であるか否かという観点から、考慮可能な行使形態を限定すべきであるとしている。山中教授が、偽造の程度を判断するに際しては、「文書の種類・性質や社会における機能から想定される行使形態」を考慮すべきであるとしていたのは、その一例である。また、朝山判事は、裁判例①の結論を支持するに際して、「電子機器を通じて相手方に呈示するという行為は、文書の行使の方法として一般化している」こと、この事案では、「イメージスキャナーを通してディスプレイに表示させることが行使方法として予定されている」こと<sup>40)</sup>を指摘しているが、これも問題の行使形態が一般的なもので、具体的事案において、そのような行使形態がとられることが想定されるものであることを重視するものといえよう。考慮可能な行使形態を当該文書の行使方法としての一般性という観点から限定しようとするこの見解は基本的に妥当であると思われるが、問題はそうように解すべき理由である。そもそも、行使形態考慮説の多くは、考慮可能な行使形態の特定方法について、自覚的に論じておらず、その解明を課題として残しているのである。

## IV 検討及び私見

ここまで、偽造の程度及びその判断方法に関する裁判例・学説の状況を確認してきたが、最後に、そこから得られた知見を踏まえて、この問題に関する私見を述べることにしたい。

### 1 偽造の程度の判断の基礎——偽造の程度の判断と文書偽造罪の保護法益

(1) 偽造の程度に関して、通説・判例は、作出された文書が一般人をして真正な文書であると誤信させうる程度の外観を備えていることが必要である

40) 『裁判例コンメ』198頁(朝山)。

としているが、既述のように、多くの論者は、そのように解すべき理由を文書偽造罪の保護法益の観点から説明している。すなわち、文書偽造罪の保護法益は「文書に対する公共の信用」<sup>41)</sup>であるが、「公共」を構成する人の多くは一般人に他ならないから、作出された文書が一般人をして真正な文書であると誤信させる程度の外観を備えている場合には、文書の真正性に対する「公共」の信用が害されるが、一見して偽造であることが明らかな場合、そのような侵害は認められないので、偽造には当たらないというのである<sup>42)</sup>。偽造の程度の問題とは、行為者の行為が文書偽造罪の実行行為である偽造に該当するか否か（文書偽造罪の実行行為性が認められるか否か）に関するものであるが<sup>43)</sup>、一般に、実行行為性を認めるためには、行為が問題となる犯罪の法益を侵害する類型的な危険を含むものであることが必要であると解されていることに照らすと、上記の説明は十分な説得力を有するといえよう。

なお、多くの論者が、偽造の程度に関する判例として引用する大判大正元・10・31刑録13輯1313頁は、偽造の程度の判断が問題になった事案に関するものではなく、「虚無人名義で文書を作成した場合の文書偽造罪の成否（名義人の実在性の要否）」に関するものである。旧刑法下の学説・判例及び現行刑法典制定後の初期の判例や一部の学説は、虚無人名義での文書の作成は文書偽造罪に当たらないとしていたが、前掲大判大正元・10・31は、作成日付の時点では、既に死亡していた公務員名義（この意味で、虚無人名義）で文書を作成したという事案に関して、「公文書偽造罪ノ成立ニハ文書ノ形式又ハ其内容ヲ偽ハリタル所為カー一般人ヲシテ公務所又ハ公務員ノ権限内ニ於テ作成シタル文書ナリト信セシムル程度ニ於テ其形式外観ヲ具有シ公文書ノ信用

41) 文書偽造罪の保護法益に関しては、拙稿「文書偽造罪の保護法益」現代刑事法35号33頁以下及び拙稿「文書犯罪の本質」川端博ほか編『理論刑法学の探究⑦』（成文堂、2014年）117頁以下（以下、「本質」とする）参照。

42) 前掲注36)に挙げた文献参照。

43) なお、山口『各論』439頁は、一般人をして真正な文書であると誤信させる程度の外観に至らない場合には、（不可罰の）文書偽造未遂であるとするが、このようにいうためには、そのような外観を備えた文書を作成する可能性があったといえることは必要であろう。

ヲ害スヘキ危険アルヲ以テ足り……」として、文書偽造罪の成立を肯定したのである<sup>44)</sup>。偽造の程度の判断方法と名義人の実在性の要否は、全く別の問題であるようにも思われるが、いずれも、作成された文書の形式・外観が、一般人をして真正な文書であると誤信させる程度であり、文書偽造罪の法益侵害性を肯定しうるか否かが問われている点では共通しているのである。

(2) このように文書偽造罪の保護法益の観点を基礎にした偽造の程度に関する通説・判例には説得力があり、一般論としては、特に異論が呈されていないことにも理由がある。しかし、ここまで確認してきたように、偽造の程度の判断方法については、学説・実務において見解が対立しており、しかも、各見解とも自説を理論的に十分に基礎づけているとはいえない。このような現状の原因は、文書偽造罪の保護法益とされている「文書に対する公共の信用」における「公共」という言葉の内容が明らかでなく、偽造の程度の判断に際して措定されるべき「一般人」の内容が特定されていないことにあると考えられる。一般に、公共とは、不特定又は多数の人を指すと考えられているが<sup>45)</sup>、その性質上、転々流通し、不特定又は多数の人が直接手に取ることが予定されている通貨とは異なり、文書の使用形態は様々で、「文書一般」について不特定又は多数の人が信用を寄せているといえるかは疑問の余地があるため、偽造の程度の判断に際し、一般人として「不特定又は多数の人」を措定すべきであるかが問題になるのである<sup>46)</sup>。そこで、学説には、上記のような文書の特質を踏まえ、文書偽造罪によって保護されるのは公共の信用ではなく、文書に対する関係者（以下、文書関係者とする）の信用であるとの見解も主張されている<sup>47)</sup>。ここで問題になっているのは、文書に信用を

44) 同じく、偽造の程度に関する判例として引用されることの大判大正8・3・10刑録25輯307頁も、作成日付の時点では、公務員の身分を失っていた公務員名義（この意味で、虚無人名義）で文書を作成したという事案に関するものである。名義人の実在性の要否に関する学説・判例については、拙稿「本質」124頁以下参照。

45) もちろん、放火罪等の解釈論の場において、細かい対立は存在する。

46) 例えば、各種学校の卒業証明書や成績証明書等は、文書を使用する直接の相手方との関係でしか意味を持たず、その真正性を偽ったとしても、「特定かつ少数の人」の信頼が害されるにすぎないとも考えられる。

47) 山口『各論』428頁以下、同『最前線』149頁以下、今井ほか『各論』340頁（今井）参照。



(直接)行使形態においても同様に判断されるはずだからである<sup>53)</sup>。しかし、通貨のように、その性質上、当事者間での授受を通じて転々流通することが予定されているものについては格別、社会における機能や使用形態が多様である文書について、直接手に取って見た一般人を真正なものと誤信させうる外観が備わっていなければならないと限定的に解すべき必然性はない<sup>54)</sup>。既述のように、文書偽造罪の保護法益としての文書に対する公共の信用とは、不特定又は多数の文書関係者の文書の真正性に関する信用のことであり、作出された文書が偽造の程度を満たしているか否かも、この意味での公共の信用の侵害の有無を基準に判断しなければならないからである。このような理解による場合、ある直接行使の形態（例えば、フロントガラス越しに呈示する場合）では一般人を真正なものと誤信させうるが、別の形態（例えば、直接手に取って確認させる場合）では誤信させえない文書については、当該文書の種類・性質・社会的機能等を踏まえ、前者の行使形態が当該文書の「本来の行使形態（本来の用法）」又は「通常想定される行使形態（一般的用法）」に含まれるといえるか否かが、偽造の程度の判断にとって決定的な意味を持つことになる。これが肯定される場合、文書の真正性に対する（少なくとも）潜在的な文書関係者の信用が害されることになるからである。裁判例⑤の事案では、フロントガラス越しの呈示は当該文書の「本来の行使形態」であり、フロントガラス越しにそれを確認する人（文書関係者）が想定され、その者の信用を害する危険があるか否かが問われるべきであるから、当該行使形態を考慮し、偽造の程度を判断した裁判例⑤は、結論を含め妥当であったと思われる。

53) 客観的形狀基準説を徹底する場合、直接行使のこの形態のみを前提に判断すべきで、その他の直接行使の形態は考慮すべきではないことになる。それ以外の直接行使の形態を考慮する場合、直接行使の形態に応じた偽造の程度の判断の相対化（緩和化）を認めることになるからである。したがって、客観的形狀基準説をこのように理解する見解（前掲注33）参照）にも一理はあるが、同説の主張者が実際にそのように解しているとは思えない。この点につき、本稿Ⅲ 1(3)参照。

54) 通貨偽造罪における「行使」概念が、文書偽造罪におけるそれとは異なり、偽造通貨を流通におくことと解されていることから推知されるように、通貨偽造罪の保護法益における「公共」は通貨の流通範囲にある不特定又は多数の人である。したがって、本文で述べた程度の外観が備わっていなければ、作出された通貨が流通することはありえず、通貨偽造罪の法益侵害性は認められない。

このように偽造の程度の判断に際しては、当該文書の「本来の行使形態」又は「通常想定される行使形態」を考慮する必要があると考えられるが、既述のように、一部の学説は、文書偽造罪が目的犯であることを理由に、「行為者の有する目的の内容に応じて当該偽造行為の危険性が判断されるべき」であり、「偽造の程度の判断においては行為者の企図した行使の形態が考慮されるべきである」と主張している<sup>55)</sup>。しかし、この見解による場合、偽造の程度が否定されることはほとんどないことになってしまうという既述の問題の他に、特定かつ少数の現実的文書関係者しか誤信させえない杜撰な外観しか備えていない文書も偽造の程度を満たすこととなりかねないという問題も生じるように思われる。このような外観の文書の行使が、特定かつ少数の現実的文書関係者に対する欺罔行為に当たり、個人的法益に対する罪である詐欺罪が成立することはありうるであろうが、このような文書を作成しても文書に対する公共（不特定又は多数の文書関係者）の信用が害されることはないので、文書偽造罪が成立することはないと解すべきであろう<sup>56)</sup>。

(3) なお、このように偽造の程度の判断に際して文書の行使形態を考慮することは、文書偽造罪の保護法益に関して証拠犯罪説を支持することと矛盾するわけではない。松澤教授は、「証拠として文書を利用する場面というのは、通常、裁判の際、裁判所に対して書証を提出する場面にはほかならない」が、「提出された書証の原本は、通常、裁判所や相手方当事者が直接に視認し、その真正を審査する」ことになるので、証拠犯罪説による場合、偽造の程度の判断は「証拠としての原本の確認、すなわち、直接手にとって視認した場合」を前提に行われるはずであるとし、同説を支持する筆者が行使形態の考慮を認めることは疑問であると批判する<sup>57)</sup>。確かに、文書は究極的には裁判で書証として使用されることが予定されており、そのような使用可能性が認められるがゆえに、社会において広く信用の対象とされ、活用されてい

55) 本稿Ⅲ 2(2)参照。

56) 文書偽造罪の予備罪的性格を重視した見解に依拠する場合（拙稿「本質」133頁以下参照）には、法益侵害性を肯定することができるであろうが、前提にされている文書偽造罪の理解自体が妥当でないと思われる（拙稿「本質」144頁、145頁注92）参照。

る。証拠犯罪説とは、このような証拠としての使用可能性を基礎づける文書の真正性に対する公共の信用を文書偽造罪の保護法益（有形偽造の本質）と解する見解である。しかし、ここでの文書の真正性に対する公共（文書関係者）の信用とは、（潜在的なものも含む）文書のやり取りの場において、文書関係者が寄せる当該文書の真正性（証拠としての使用可能性）に関する信用であることに注意する必要がある。文書を利用した社会生活の安全を確保するためには、文書関係者が個々の具体的な文書のやり取りの場面において適切と考えられる確認方法によって行う「当該文書は真正である（当該文書は証拠として使用可能である）」との判断を<sup>57)</sup>、それ自体として保護する必要がある。「本来の行使形態」及び「通常想定される行使形態」との関連で、（潜在的なものも含む）文書関係者を真正文書と誤信させうる外観を備えた文書を作成する行為は、この意味で文書偽造罪の予定する法益侵害性を有する行為といえるのである。

### 3 間接行使の考慮の可否——公共の信用の対象としての「文書」

(1) 偽造の程度の問題は、文書偽造罪の法益侵害性に関わるものであるから、その判断は、文書の本来の行使形態及び通常想定される行使形態を考慮したうえで、文書関係者が真正な文書と誤信しうる程度の外観が備わっているか否かによって行うべきであるとの理解を前提にした場合、間接行使であっても、それが通常想定される行使形態に含まれる場合には、考慮することが許され、当該間接行使形態において、文書関係者を誤信させうる外観を備えた文書は偽造の程度を満たしているということになりそうである。しか

57) 松澤・前掲書162頁。なお、証拠犯罪説と行使形態の考慮の可否についての松澤教授の分析によれば、証拠犯罪説による場合、文書偽造罪における行使の目的や偽造文書行使罪における行使は直接行使に限られることになろうが、教授が証拠犯罪説の論者とされる西田教授や山口教授は間接行使を行使の一種と認めている。後掲注 61) 参照。

58) この判断は、裁判の場における裁判所や相手方当事者と同様の厳密な真正性の確認によってなされるとは限らない。



し、間接行使の場合、文書関係者が認識しているものは「文書の複製物・再現物」であり、間接行使によって「『文書』に対する公共の信用」が害されることになるかは問題である。間接行使が当該文書の通常想定される行使形態に含まれ、間接行使によって「公共の信用の侵害」が認められたとしても、それが「『文書』に対する公共の信用の侵害」といえるか否かが確認されなければならないのである。これは偽造文書行使罪における行使に間接行使が含まれるかという問題に他ならない。偽造文書行使罪の保護法益も「文書に対する公共の信用」であり、同罪における行使は「『文書』に対する公共の信用」を侵害するものでなければならないからである。

(2) この点については、以前から、「文書の行使は、それを直接人に見せなくても、ファックス、テレビ映像などで間接的に見せることでも足りるであろう」として、間接行使も行使罪における行使に当たるとする見解が有力に主張されており<sup>59)</sup>、裁判例にも、公印を冒用して契約書を偽造したXが、町長に対して契約金の支出等について決裁を求めるに際して、偽造契約書そのものを直接使用しないで、その縮小コピーを作成し、提出したという事案につき、「偽造原本の写真コピーを作成してこれを使用する行為は偽造文書行使罪を構成するというべきであり、本件のように偽造文書そのものは主管課で保管し、決裁を求めるに当たりその縮小コピー（……）を作成して使用する行為は、偽造文書の使用の一態様として偽造文書の行使罪が成立すると解するのが相当である」としたものがあつた<sup>60)</sup>。現在でも、客観的形状基準説を支持する論者を含め、学説の多くは間接行使も行使に当たると解している<sup>61)</sup>。

このような解釈は、一見、十分に成り立つように思われる。偽造文書行使罪における行使につき、通説・判例は、文書の内容を相手方に認識させ、又

59) 町野朔『犯罪各論の現在』（有斐閣、1996年）325頁。平野龍一『犯罪論の諸問題（下）各論』（有斐閣、1982年）412頁等も参照。

60) 福島地判昭和61・1・31判時1233号159頁。東京高判昭和52・2・28高刑集30巻1号108頁も参照。

61) 行使形態考慮説を支持する論者として、高橋・前掲書505頁、松尾「百選〔第7版〕」181頁等、客観的形状基準説を支持する論者として、西田・前掲書369頁、山口『各論』456頁（ただし、「肯定する余地があろう」という微妙な表現がとられている）。

は、認識可能な状態に置くことと解しており<sup>62)</sup>、この点につき特に争いはないが、写真コピー(以下、コピーとする)・ファクシミリ・イメージスキャナー等を利用した文書(原本)の間接行使によっても、コピー・受信されたファクシミリ書面・イメージスキャナーと接続されたディスプレイに表示された画像等を通じて、原本の内容が認識されることになるからである。

しかし、文書(原本)の間接行使によって「『文書』に対する公共の信用」は害されることはなく、間接行使を偽造文書行使罪(及び文書偽造罪の主観的要件である「行使の目的」)における行使に当たると解することはできないと解すべきである<sup>63)</sup>。「文書」に対する公共の信用とは、「永続的な形で表示された文書作成者(名義人)の意思・観念」に対する信用であるが、上記の形態での原本の間接行使によって、相手方が「直接的に」認識しているのは、「コピー・受信されたファクシミリ書面・ディスプレイに表示された画像」であり、それらは、それらと同一内容の原本が存在することを知覚させるにすぎないため、そこで問題になる信用の内容も「コピー・受信されたファクシミリ書面・ディスプレイに表示された画像と同一内容の原本が存在すること」に対するものにすぎないからである。伝統的な通説<sup>64)</sup>・判例<sup>65)</sup>が、行使を認めるためには、相手方が文書の内容を「直接的に」認識できる状態に置くことが必要であると解してきた理由もここにある。確かに、コピーや受信されたファクシミリ書面は、原本を機械的に再現したものではあるが、当該書面と同一の原本が存在することを内容とした写しに他ならず、その認識をもって原本の認識とすることはできない<sup>66)</sup>。また、イメージス

62) 最大判昭和44・6・18刑集23巻7号950頁等参照。

63) 間接行使は行使に当たらないとするものとして、山中・前掲571頁(ただし、561頁の記述によると、イメージスキャナーによってディスプレイに表示させる行為は、直接行使に当たると見ているようである)、橋本正博「行使の意義」西田典之ほか編『刑法の争点』(有斐閣、2007年)240頁。なお、今井猛嘉「コンピュータ時代における文書偽造罪の変容」川端博ほか編『理論刑法学の探究⑦』(成文堂、2014年)171頁参照。

64) 大塚仁『刑法概説(各論)(第3版増補版)』(有斐閣、2005年)459頁等。

65) 大判明治43・8・9刑録16輯1452頁等。

66) もっとも、ファクシミリを利用した書面の送信に際して、送信状が送られている場合、送信状を含めた受信書面全体を送信状の名義人名義の1個の文書と見ることができる場合はありうる。この点については、拙稿「刑法における文書概念」刑雑41巻2号159頁注16参照。

キャナーと回線で接続されたディスプレイに表示された画像も原本をそのまま認識させるものではなく、画像と同一の原本が存在することを示すものにすぎない。学説には、イメージスキャナーを使用した間接行使について、「スキャナーを介して送信文書の内容、筆跡、形状等が機械的に正確に再現されたものを、呈示の相手方が画面上で閲覧する限りにおいて、それはレンズを通して対象物を見るのと同じであるから、なお行使といえる範囲にある」とするものもあるが<sup>67)</sup>、「スキャナーは、原稿台の原稿に光を当て、その反射光ないし通過光を映像素子で電気信号に変換し、さらに、その電気信号を変換回路によってデジタルデータ化するもの」であり、「外部に送信する場合には、外部インターフェース信号に変換する過程を経るが、回線で繋がれた画面に映し出されているのは、そういった電磁的記録に他ならない」<sup>68)</sup>のであって、ディスプレイに表示された画像を見ることと、イメージスキャナー上に置かれた文書そのものを「レンズを通して見る」こととは原理的に同一ではない。偽造の程度の判断に際して、行使形態を考慮することが妥当であるとの立場を前提にする場合でも、考慮可能な行使形態に間接行使を含むと解することはできないのである。この点で、間接行使形態を考慮して偽造の程度を判断した裁判例①・③は妥当でない<sup>69)</sup>。

(3) もっとも、上記の私見は、コピー等は原本を機械的に正確に再現してはいるものの、その本質上、あくまでも、コピー等と同一内容の原本が存在することを内容とした写しにすぎず、刑法上の文書ではない（コピーの文書性は否定すべきである）との立場を前提にしたものである<sup>70)</sup>。これに対して、判例や判例と同様の理由からコピーの文書性を肯定する見解によれば、原本を

67) 松尾「百選〔第7版〕」181頁。なお、松尾准教授は、ファクシミリを通して受信側で写し  
が作成される場合も、これと同様であるとする。

68) 『実例』290頁（吉村）。

69) ただし、裁判例①については、「真上から見る限りでは、表面の切り貼り等も必ずしもすぐ  
気付くとはいえない」とあるので、結論的には、偽造の程度を満たしていたといえなくもな  
いように思われる。

70) コピーの文書性を否定すべき理論的根拠の詳細については、拙稿「文書概念」27頁以下参  
照。



機械的に正確に再現する機器を利用した間接行使の場合、行使の相手方は「これを見る者をして、同一内容の原本の存在を信用させるだけではなく、印章、署名を含む原本の内容についてまで、原本そのものに接した場合と同様に認識させる特質」<sup>71)</sup>を持つものを認識しているので、原本が直接行使された場合と同視でき、「文書」に対する公共の信用の侵害を認めることができるようにも思える<sup>72)</sup>。なお、間接行使も原本の内容を認識させることに変わりはないので行使に当たるとする場合、相手方に対して、手書きの写しを示す場合や「〇〇の内容の●●名義の文書が存在する」と口頭で伝える行為も行使に該当することになってしまうが、それは明らかに結論の妥当性を欠くであろうから、間接行使も行使に該当すると主張する論者は、間接行使一般ではなく、原本を機械的に正確に再現する機器を利用した間接行使のみを念頭に置いているものと推測される<sup>73)</sup>。しかし、コピーの文書性を肯定する立場を前提にする場合、上記のような機器を利用した間接行使を行使に当たると解することには実益がないように思われる。行使の相手方が手にしたコピーやファクシミリ書面は、それ自体が文書（もう1つの原本）であり、コピーやファクシミリ書面という文書の直接行使が認められるはずだからである<sup>74)</sup>。コピー等の特質を根拠に、それらを利用した間接行使に限って行使罪における行使と解することの実益は、相手方が直接認識しているものについて文書性が否定される場合に認められるにすぎないのである<sup>75)</sup>。

(4) 間接行使に関する以上の検討を踏まえて、最後に、裁判例④についてコメントしておきたい。裁判例④は、保険証の原本の偽造については否定しつつ、保険証のコピーの偽造については肯定したが、その際、偽造の程度の

71) 最判昭和51・4・30刑集30巻3号453頁参照。最決昭和54・5・30刑集33巻4号324頁、最決昭和58・2・25刑集37巻1号1頁、最決昭和61・6・27刑集40巻4号340頁も参照。

72) 学説には、コピーの文書性を否定しつつ、間接行使の行使該当性を認める見解が少なくないが、極めて疑問である。

73) この点につき、吉田検事は、「正確な機械的再現文書は、それが原本を忠実に再現したものであることに対する公共の信頼性において、手書きの写しとは質的な違いがあり、これを示すことは、単に相手方に原本文書の存在を想像させるにとどまらず、原本文書の存在を確実に認識させ、原本文書に対する公共の信用を害する危険を発生させる」と明言している（吉田・前掲107頁）。

判断方法が原本と写し（コピー）とでは異なるとの前提をとっているように思われる<sup>76)</sup>点で重大な問題がある。コピーの文書性を肯定した最高裁の論理<sup>77)</sup>によれば、コピーはその性質上、——外観上、明らかにコピーであることが分かる場合でも——原本主義人の意思・観念を直接的に表示した、原本主義人名義の文書（「もう1つの原本」）である。その立場を前提にする限り、裁判例④で問題となった保険証のコピーについても、その大きさや紙質等の様々な点で、原本の保険証とは似ても似つかないとしても、刑法上の文書という観点から見れば、原本と同一の社会的機能を有するもう1つの原本と解さなければならない。裁判例④の保険証のコピーは拡大されたもので、その外形上、原本である保険証と見間違はずがいないものであろうが、そもそも、コピーの文書性の問題とは、コピーであることが明らかなコピーについて、「もう1つの原本」と認めうるかを問うものであり、コピーと原本の外形上の類似性は、非刑法的・社会的観点からの両者の同一性判断においては重要であるが、刑法上の文書性（文書偽造罪の構成要件における文書。主義人の意思・

74) 拙稿「行使の態様」成瀬幸典ほか編『判例プラクティス刑法Ⅱ各論』（信山社、2012年）452頁参照。なお、この点、前掲福島地判昭和61・1・31は、縮小コピーの作成自体を新たな偽造文書の作成として捉え、それを偽造原本とは別個の偽造文書と解することも可能であり、このような理解によるほうが、「写真コピーの使用（行使）の時点ですでに偽造原本が滅失している場合にも行使罪の成立を無理なく説明できる等の点で」、「一層合理的であるといえなくもない」としつつも、「偽造文書の写真コピーの作成は、真正な原本に改ざんを加えたうえで写真コピーを作成するなどのように、写真コピーの作成による偽造の場合などと違って、原本と別個の意識内容の新たな文書の作成（偽造）とはいえないこと及び特に、本件においては、縮小コピーそのものによって文書の内容である契約の事実を証明しようとしたものというよりは、支出票等に添付されている縮小コピーの原本たる契約書が現実に作成されて存在し、主管課である水道課に保管されていることを明らかにするための一便法として使用されているとみられること等の点を併せ考えると、少なくとも、本件事案においては、縮小コピー提出による使用は偽造原本使用の一態様としての行使と解するのが相当である」とした。しかし、前半部分は、原本が偽造文書であり、それをコピーすれば、やはり名義を偽ることになることを看過している点で、また、後半部分は、縮小コピーの内容（意思・観念の表示）をそのように理解した場合、コピーはもはやもう1つの原本とはいえないことになってしまう点で問題である。

75) したがって、ディスプレイに表示された画像について、文書要件である永続性を欠くとして、文書性を否定する場合、ディスプレイに表示された画像を介した間接行使については、行使該当性を論じる実益が認められる。

76) 裁判例④が登載された判タ1306号312頁の匿名解説参照。

77) 前掲最判昭和51・4・30参照。

観念を永続的な形で表示したもの)という観点からは意味がない。このようにコピーはもう1つの原本であると解する以上、原本に関する偽造の程度の判断に際して考慮できない行使形態について、コピーについては考慮できるなどということは、論理的にありえない。裁判例④は、偽造罪と行使罪が別個の犯罪類型とされていることを根拠に、原本の偽造に関して行使形態を考慮すべきでないとしたのであるから、コピーの偽造の程度の判断に際しても、行使形態を考慮することは許されないと解さなくてはならなかったのである。確かに、裁判例④が述べるように、現実の社会において、コピーは原本とは異なる使われ方をしているであろうが、そのことはコピーが原本と同一の社会的機能を有していないことを意味しているのであり、この点を重視するのであればコピーの文書性は否定するのが筋であることになろう。

## V 結 語

以上の考察から、①偽造の程度の判断とは文書偽造罪の実行行為性（偽造行為該当性）の問題であり、対象となる行為の法益侵害性という観点から考察する必要があること、②文書偽造罪の保護法益としての文書に対する公共の信用とは「文書に対する不特定又は多数の文書関係者の信用」を意味し、作出された文書がそのような文書関係者をして真正な文書と誤信させうる外観を備えている場合に偽造の程度が満たされているといえること、③偽造の程度を判断する際、文書の行使形態を考慮する必要があるが、間接行使を考慮することは許されず、直接行使のうち、当該文書の「本来の行使形態」又は「通常想定される行使形態」のみが考慮可能であることが結論として得られた。本稿では、紙幅の都合上、これらの結論を踏まえた、個々の裁判例に関する詳細な批判的検討を十分には行うことができなかった。この点については、他日を期すこととしたい。

(なるせ ゆきのり)