

偽造「行使罪」と危険犯

——偽造有価証券行使未遂罪が成立するとされた事例——

(東京高裁昭五二年(5)第一八五八号、有価証券偽造、同行使被告事件、昭53・2・8第三刑事部判決(上告)、原審東京地裁、判例タイムズ三六三三号三二六頁、)

刑事判例研究会

奥村正雄

【判決要旨】

有価証券が偽造されたものであることの情を知っている者に対し、そのことに気付かず真正を装って呈示する等行使の行為をした場合は、偽造有価証券行使未遂罪が成立するに止まる。

【事実】

被告人は、三菱信販株式会社の代表取締役であるが、昭和五十一年一月一日頃、他二名の者と共謀して右三菱信販株式会社と聖教新聞社の共同振出の約束手形を偽造してこれを割引に出し、金員を得ようと企てた。そこで、行使の目的をもって、勝手に手形番号AR三五九〇八、支払場所株式会社東海銀行新橋支店、振出人東京都港区東新橋一丁目二番一六号三菱信販株式会社代表取締役村沢務と印刷された手形用紙の振出人欄右横の空白部分に、共同振出人として予め用意した「東京都新宿区信濃町一八番地聖教新聞社管理局長曾根原敏夫と刻したゴム印を押捺し、その名下に同様用意した「曾根原」と刻した丸印を押捺したうえ、右

偽造「行使罪」と危険犯

同志社法学 三一巻四号 一一九 (四九五)

ゴム印の印形の上に右同様用意した「聖教新聞社印」と刻した角印を押捺し、右手形用紙の金額欄にチェックライターを使って「¥2,000,000,000」と記入し、支払期日欄に「52.5.25」と記入し、もって、額面二〇億円、支払期日昭和五二年五月二十五日とする三菱信販株式会社と聖教新聞社の共同振出にかかる約束手形一通の偽造を遂げ、同月二十九日、某ホテル内において、相手方たる松原美知男に対して右偽造にかかる約束手形を真正に成立したもののように装って呈示しこれを行使しようとした。しかし、右松原は、創価学会の会員であったことから、同学会の組織を通じ同学会機関紙である聖教新聞社について手形振出の真偽を調査するため前記曾根原と面談した結果、本件手形は偽造であることを確認していたため、行使の目的を遂げなかったという事案である。

原判決は、被告人の右行為につき、有価証券偽造罪、同行使罪の成立を認めた。そこで、弁護側より控訴がなされた。

【判決理由】

本判決は、右認定事実に基づき、相手方が本件手形は偽造されたものであることを確信していたという事実を重視して、次のように判示した。「被告人は本件偽造にかかる約束手形を真正なもののように装って松原に呈示した際、松原はそれが偽造されたものであることを知っていたことが明らかであるところ、偽造有価証券行使罪の保護法益が有価証券に対する公共的信用を確保し、取引秩序の安全を保護することであり、従って行使とは当該偽造有価証券を真正なものとして偽造であることの情を知らない相手方に呈示する等その内容を認識させ、又は認識しうる状態におくことをいうものと解すべきであるから、その偽造であることの情を知っている者に対し、そのことを気付かず真正を装って呈示する等行使の行為をした場合は行使の実行行為は完了するが、法益侵害の結果を生ぜず、行使罪の構成要件を充足するに至らないので、未遂に止るものと解するのが相当である」とし、偽造有価証券行使罪の既遂を認めた原判決には、判決に影響を及ぼすべき重大な事実の誤認があり、ひいて法令適用の誤りを犯したものであるとして、原判決を破棄した。

【研究】 判旨に賛成する。

一偽造有価証券行使罪における「行使」とは、偽造・変造または虚偽の記入をした有価証券を、真正もしくは内容は

の真実な有価証券として使用することをいい(大判明四四・三・三一)、他人の認識できる状態に置くことによって既遂に達する(大判昭七・五・五新)。
する(大判昭七・五・五新)。
する(大判昭七・五・五新)。

ところで、たとえば偽造文書行使罪では偽造文書である旨を明らかにして他人に呈示したり(大判明四二・三・二五、共犯者に呈示する(大判大三・一〇・六刑) 録二〇輯一八一〇頁) ような行為、すなわち、情を知っている相手方に呈示する行為は、行使罪を構成しない。その理由は、行為者が相手方に対して偽造文書が真正でないことを明示している以上、文書偽造・同行使罪の保護法益である文書に対する「公共の信用」が害される危険性が全くないというところにある。このことは、偽造有価証券行使罪についても当てはまる。こうして、偽造有価証券行使罪の成立要件には、情を知らない相手方に対して呈示するということが付加される(藤木・団藤編註釈刑法(4) (昭五一)二〇八頁参照)。ところで本判決の事例は、被告人が本件偽造にかかる約束手形を真正なもののように装って呈示しようとしたが、相手方がすでに偽造されたものであることを確認していたというのであるから、行為者が自ら相手方に情(真正でないこと)を知らせる場合とは異なる。しかし、純客観的にみれば、行為当時、すでに行使の相手方が情を知っていたという点において両者に差異はない。したがって、本判決における問題点は、行使の相手方が情を知っていたということが、偽造有価証券行使罪の成否に影響を及ぼすかどうかである。しかし、ここで注意しなければならないのは、偽造有価証券行使罪が危険犯であるという点である。侵害犯ならば、結果不発生の場合に、未遂犯の成立は容易に認められるが、実害発生が不要な危険犯とくに抽象的危険犯の場合、抽象的な危険を生じさせるような行為に着手すれば、ただちに既遂犯となることが多いから未遂犯の成立する余地はあまり大きくない(もつとも、抽象的危険犯の未遂は、たとえば一〇八条の放火罪において導火材料が燃えたにすぎない場合など、抽象的危険を生じさせるよ)。
うな行為に着手したか、危険が生じなかった場合に認められるとされるが、どの程度の危険が必要かは必ずしも明らかでないといえよう。そのことは、拳動犯的性格を有する偽造有価証券行使罪についてもいえる(同藤・刑法綱要各論)。したがって、本判決の検

討に際しては、偽造有価証券行使罪が危険犯であることを十分考慮しなければならない。そこでまず、行使罪の構成要件の性格の検討から考察をはじめてみたい。

二 有価証券偽造の罪は、有価証券に対する公共的信用を保護することによって、有価証券による経済的取引の安全を確保するためのものである。ところで、有価証券偽造罪の成立には、文書偽造罪と同様に有価証券に対する公共の信用が害される危険が生ずれば足り(他人が認識できる状態に置くことによって、現実)、有価証券の作成名義人や行使の相手方に財産的損害を生じたことを要しない(大塚・刑法概説(各論)昭五三三四九頁参照)と解されるから、観念的・抽象的な利益を保護する有価証券偽造の罪は、抽象的危険犯と考える点で異論はない(小野・刑法概論(昭三五)二四七頁、大塚・前掲書三四九頁、平野・法学セミナー二二二号(昭四書行使罪につき、具体的危険犯として把握してはならないかと思われるものとして、偽造運転免許証の携帯の事案に関する最大判昭四四・六・一八刑集二三巻七号九五〇頁、偽造有価証券行使罪における共謀者間の有価証券の移転につき、藤木・団藤編前掲注釈刑法二〇九頁参照)。

ところで抽象的危険犯は、通説によれば法が危険だと擬制している場合であり、危険の発生が構成要件要素となっていない点で具体的危険犯と区別されている(団藤・刑法綱要(総論)改訂)。さらにまた、抽象的危険犯は、実質犯であるといえ、場合によりいちじるしく形式犯の性格に接近することが指摘されている(たとえば、一〇八条や一〇九条一項の放火罪についての、掲書(総論)八六頁、(各論)一六一頁。これに対して、制限的解釈を主張するものとして、岡本「抽象的危険犯の問題性」法学三八巻二号(昭四九)一頁以下。)。しかし、抽象的危険犯と形式犯とは、概念上同一視できないとする有力な見解が提唱されており、また、抽象的危険犯の概念じたい、明確な内容を備えていないとする認識が共通となってきた(在子・刑法総論(昭四)一三七頁参照)。そこで、通説に対して、最近、抽象的危険犯においても個々の構成要件の解釈によって、具体的になくてもある程度の危険性の存在が必要であるという考え方が有力になりつつある(平野・刑法総論一

(昭四八)一〇二頁、三井・宮沢Ⅱ大谷編刑法総論(昭五二)一〇四頁以下、内田・刑法総論(昭五二)九七頁以下、岡本・前掲論文二〇二頁以下等)。「危険犯の問題を刑法の『法益保護の原則』『自由保障機能』との関連から考え直せば、危険が構成要件の内容となっていないか否かの区別は形式的にすぎない」と(三井・宮沢Ⅱ大谷編前掲書一〇五頁)とす

る指摘は妥当と思われる。たとえば同じ抽象的危険犯であっても、公共危険罪とよばれる一〇八条の放火罪と本件のような偽造有価証券行使罪などは、それぞれの保護法益や行為態様の差異などによって、危険性の判断基準が異なると考えられる(たとえは、同じ行使罪につき、偽造通貨行使罪と偽造有価証券行使罪とを、前者は流、後者は必要でない。前掲大判明四四・三・三一判決参照。)。要するに、「抽象的危険犯とは一応の分類概念であって、結局は、その規定の解釈によって定まるもの」(平野・前掲書)二二〇頁。である。この見地から偽造有価証券行使罪についても、その罪質に関する検討が必要となる。

三 偽造有価証券行使罪が抽象的危険犯であることに疑いないが、はたしてたんなる抽象的危険犯であろうか。ところで、偽造文書の行使罪にしてみると、行使の相手方については、法律上別段の制限はないとされているが、「その文書について、なんらかの利害関係を有する者でなければならぬ」という見解(大塚・前掲書三七〇頁、安平・改正刑法各論(昭四〇)三四七頁、小野他・ポケット注釈(昭五三)一六二条)が有力である。「行使は、相手方をして、権利・義務、または、社会生活上重要な事項に関するなんらかの行為をさせようとしてなされるのが一般であり、そのような意味をもたない場合には、別段、文書に対する公共の信用を害するおそれのあるものとして、処罰の対象とする必要はない」(大塚・前掲書三七七頁。ただし、判例は、公立高等学校校長名義の中途退学文書行使罪にあたるとした原審判断を相当としたものがある、最小決昭四二・三・三〇刑集二一卷二号四四七頁。もっとも、原判決は、「相手方において右文書についてなんらの利害関係もなくかつ右利害関係につき社会生活上なんらかの行為に出る可能性が存しないものとはいえない」として、これを呈示したという事案につき、偽造公(では)からである。したがって、偽造文書行使罪では、利害関係人を予定し、それを媒介として文書に対する公共の信用が害されるかどうかの危険判断が必要であると解される。そのため、呈示の相手方の事情を限度として、具体的な判断の入り込む余地があると考えられる。すなわち、偽造文書行使罪は、窓口としての当該文書につきなんらかの利害関係を有する者に対してなされてはじめて、「公共の信用」が害されるのであるから、相手方の事情が危険判断に影響を及ぼすと解すべきであり、偽造文書行使罪は、抽象的危険犯であるが、ある程度の具体的危険犯の要素を兼ね

備えた罪質を有し、このことは偽造有価証券行使罪についても当てはまると思われる。本件のような約束手形の場合、行使する者は、当然、相手方を特定しているのであるから、その限りで「行使」行為の危険性の判断に、ある程度具体的判断が入るのではないか。なぜなら、すでに指摘したように、偽造有価証券行使罪は、情を知らない相手方に対してなされてはじめて有価証券の真正に対する公共の信用が害されるからである。換言すれば、偽造有価証券行使罪は、本来的には抽象的危険犯であるが、具体的危険犯の要素を兼ね備えた罪質であることにより、偽造文書行使罪と同様に「抽象的危険犯の一種」と解するのが妥当であろう。したがって、偽造有価証券行使罪が既遂犯となるためには、何らかの危険の発生が必要であると解すべきである。そこで次に、危険判断の具体的方法が問題となる。

四 危険とは、実害発生の可能性であり、物理的可能性と一般人の立場に立って判断した可能性ないし蓋然性であるとするのが、こんにちの一般的見解である(宮内「危険概念について」滝川遼著・現代刑法学の課題下(昭三〇)七六〇頁、藤木「刑法における危険の概念」総合判例研究叢書刑法(昭四二)二七頁、平野・前掲書二一九頁、荏子・前掲書一三六頁、福山「危険犯とは何か」法学教室7(昭五〇)一一二頁、岡本・前掲論文六一―六三頁等)。しかし、ここにいう危険は、実害発生の可能性という、極めてあいまいな内容のものである(藤木、前掲論文七頁)ので、明確で統一的な判断基準を設けることは困難である。他方、既述のように、抽象的危険犯と具体的危険犯との区別も一様でない。したがって、性急に基準設定を行なうことは控えなければならないが、一応、次々に考えられる。抽象的危険犯と具体的危険犯との実質的差異は、危険性の程度によるものと考えられる。両者とも、行為当時に存在した事情を基礎として判断すべきであるが、前者は、一般的な危険性で足りるから、個別具体的に現実的な危険の発生を決定する事情は判断資料から除かれる。後者は、具体的にさしせまった危険が必要であるから、行為当時に存在した全事情に基づいて個別具体的に現実的な危険発生の認定が必要となる。そこで、行使罪のように具体的危険犯的要素を兼ね備えた抽象的危険犯は、何らかの危害発生の可能性という意味での、具体的、現実

的危険の判断が行なわれるべきだということになる。以上の検討を踏まえ、本判決の検討に移りたい。

五 まず、本件行為が実行の着手段階に至っているかどうかが問題となる。被告人は、偽造にかかる約束手形を真正のものと装って相手方に呈示しようとしたのであるから、これによって他人の認識しうべき状態に置くという刑法上禁圧すべき「公共の信用」を害するような危険な行為に出たわけであり、外観上、実行行為は完了したといえる。ところが、本判決は本件行為につき「行使の実行行為は完了するが、法益侵害の結果を生ぜず、行使罪の構成要件を充足するに至らないので、未遂に止るものと解するのが相当である」としている。本判決が、「法益侵害の結果を生ぜず」としているのは、「危殆化」の結果が生じなかったという意味と理解される。では、本件行為は行使罪の構成要件を充足するに至らなかったのであろうか。ここで、本件偽造約束手形の行使の相手方が、すでにそれが真正のものではないという情を知っていたという事情が決定的な問題となる。

ところで、行為当時の事情とは、行為の時、行為者の立場に立って、通常人が知りまたは予見することができたであろう一般的事情および行為者が現に知りまたは予見していた特別の事情を指すというのが一般的見解である(宮内・前六〇頁、田藤・前掲書総論一六〇頁)。本件の場合、行使の相手方が情を知っていたという事情を、行為者の立場に立って通常人が知りまたは予見することができたであろう一般的事情とみなしうるかどうかの問題である。すなわち、本件行使の相手方が、手形振出の真偽を調査して本件手形が偽造されたものであることを確信したということは、一般的に認識可能なことかどうかである。本件行使の相手方が、手形振出の真偽を調査しようと考えたということは、同人が古くからの創価学会の会員であったという事情によるものであり、この特殊な事情があったために同学会関西センターを通じて振出名義人と直接面談して、真偽を確認することができた考えられる。したがって、通説的な行為事情のとらえ方によれ

ば、本件行使の相手方が偽造手形であることを確認していたという事情は、一般的に認識可能な範囲に入らない。したがって通説の見地からは、本件行為は偽造有価証券を真正なものとして、偽造であることの情を知らない相手方に呈示し、その内容を認識させ、もしくは認識しうる状態に置いたということになり、行使罪における「抽象的危険」全体が発生したことになるから、偽造有価証券行使既遂罪が成立するという結論になる。しかし、既述のように、危険発生¹の判断は、行為当時の全事情を考慮して行なうべきだとする見地からすれば、行使の相手方が偽造手形であることを確信していたという事情は、当然、危険性の存否に影響を及ぼし、この点において危険性が欠ける。したがって、本件「行使」行為は、抽象的な危険を発生させるような実行行為に着手したが、行使罪に要求される情を知らない相手方に呈示するという点において、既述の危険性が欠け、行使罪における「抽象的危険」が完全には生じるに至らなかったと解される。この点で、本判決が偽造有価証券行使既遂罪を認めず、未遂罪に止まるとしたのは妥当と思われる。

ところで、偽造文書行使罪に関して、他人名義の借用証書を偽造し、弁済を請求するため、その名義人に呈示するような行為は行使罪にあたるという考え方²（泉^二・日本刑法論下巻（六一）一一一四）³）があり、本判決を検討するに際しても、参考としうるという意見がある⁴（判例タイムズ三三六三三三三）⁵。それによればこの場合も「もちろん、名義人はその偽造であることは知っていることになる」（前掲判例タイムズ⁶の解説）から、本件と類似性があるということになる。しかし、右の事例は本件と異なり、借用証書の呈示行為があるまでは、相手方は偽造されたものであることを認識していなかった場合である。すなわち、名義人は、「行使」行為によってはじめて、借用証書の真正でないことを認識しえたのである。もっとも行使罪では、相手方が行使によって現実に当該文書の内容を認識したかどうかは問題とならないから、この場合は、偽造私文書行

使罪が成立することは疑いないであろう(通貨偽造行使罪に関して、ビール代金の返済に偽造通貨を交付した事案につき、交付した相手方に怪しまれて返

が成立するとした判例がある。大判昭七・六・一五刑集一一卷八三七頁。)以上の検討の結果、本判決は、抽象的危険犯を形式犯的に処罰した従来の判例の態度と

は異なり、抽象的危険犯においてもある程度の危険性の存在を必要とする最近の有力な見解に即応したものと評価できらる。

六 本判決の結論は、危険犯をどのように把握するかによって見解の分わかれる問題だと思われるが(中山「判例回顧律
卷二号四二頁。)残された問題は、本判決が行使未遂罪を認めたとはいふものの、同罪の危険性の程度の実体を何に求めているかということである。一〇八条の放火罪などのように因果の流れに時間的間隔がある程度認められる犯罪類型とは異なり、行使罪のようにいわば挙動犯的性格を有するものは、実行の着手と終了との時間的間隔がほとんどないから、その未遂じたいの把握が困難であり、どの程度の危険の発生を要すると解すべきかは明らかでない。

従来行使罪に関する判例は比較的多数にのぼっているにもかかわらず、危険犯論との関係で、正面から意識的に論じられたことは、ほとんどなかった。それは、本件のような事案の先例がなかったことにもよるであろう。この判決を手がかりに、今後、各種偽造罪・行使罪の危険判断に関する議論を整理し、総合的検討がなされる必要があるであろう。その意味で、本判決は、議論の素材を提供した判例として意義があると思われる。