

◆同志社大学刑事判例研究会◆

自己名義使用の承諾と私文書偽造罪の共謀共同正犯

(東京地裁平一〇(わ)一三六八号、平成一〇年八月一九日刑一一部判決)

奥村正雄

【事実の概要】

被告人Xは、不正に日本人名義の旅券を得ようと企てた中国人A、BおよびCの依頼を受け、六〇万円の報酬を受けることを条件に自己の名義を使用することを承諾したうえで、CのためにXの氏名を冒用してX名義の一般旅券を不正に入手しようと企て、旅券発給に申請に必要な戸籍謄本、住民票、健康保険証、印鑑登録証明書を準備し、自己の印鑑とともにAに渡した。その後、行使の目的でほしのままに、Aが外務大臣あての一般旅券発給申請書正本用の本籍欄と現住所欄に必要事項を記入し、さらにCが所持人署名欄および申請者署名欄にそれぞれ「X」と冒書し、Aが右申請書署名欄の名下に「X」と刻した印鑑を押捺した上、Cの顔写真を貼付し、もって有印私文書であるX作成

名義の一般旅券発給申請書一通を偽造するとともに、その他所要欄に適宜虚偽の記載をするなどした。Cの指定した代理人Bは、旅券課職員に対し、当該偽造に係る一般旅券発給申請書一通を真正に作成されたもののように装い、Cの顔写真およびXの住民票など必要書類とともに提出して行使して一般旅券の発給を申請した。後日、旅券交付に関する葉書を受け取ったXは、これを健康保険証および印鑑とともにAに渡し、Cが外務大臣の発行した当該申請に係るX名義の一般旅券の交付を受けた。これにより、Xは報酬として総額六五万円を受け取った。

以上の事実について、Xは、Aらとの共謀による、旅券法違反（二三条一項）、有印私文書偽造罪および同行使用罪（一五九条）で起訴された。本判決は、以下のように判示して、これらの各罪につき共謀共同正犯の成立を認め、Xに懲役二年執行猶予三年を言渡した〔確定〕。

【判旨】

「なるほど本件一般旅券発給申請書は被告人名義であるが、一般旅券発給申請書は、その性質上名義人たる署名者本人の自署を必要とする文書であるから、例え名義人である被告人が右申請書を自己名義で作成することを承諾していたとしても、他人である共犯者が被告人名義で文書を作成しこれを行使すれば、右申請書を偽造してこれを行使したものであるべきである。そして、被告人は文書偽造及び同行使用の実行行為自体は行っていないものの、前記認定した事実、殊に、本件犯行の実現のためには被告人の関与が不可欠であったこと、六五万円という多額の報酬を受領していることなどに照らせば、被告人は自己の犯罪として右犯行に関与したものであるべきであって、共謀共同正犯と

しての責任を負うものである（被告人が右偽造文書の名義人であり、単独では正犯になり得ないことは右結論には影響しない。）。」

【研究】

一 問題の所在

本件では、被告人が、不正に日本人名義の旅券を得ようとする外国人三名の依頼を受け、自己名義の使用を承諾し、同人等に旅券発給申請の必要書類を交付し、同人等により被告人名義の一般旅券発給申請書を作成するなどしてこれを行使した行為について、第一に、名義人の承諾と私文書偽造罪の成否が争点となり、第二に、これが本件の主要な論点であるが、名義の使用を承諾した本人が私文書偽造罪・同行使罪の共犯となるか否かが争われた。⁽¹⁾ 第二の論点である、名義の使用を承諾した者の罪責について判断した先例がないなか、これを正面から問題にし、初めて被告人に共謀共同正犯の成立を認めた点で、本判決は下級審判例ながら注目される。

二 名義人の承諾と私文書偽造罪の成否

第一の争点については、私文書偽造・変造罪における偽造・変造行為は、権限なしに他人名義を冒用することであるから、名義人の事前の承諾があれば、文書に示された意思・観念の主体と作成者との間に人格の同一性に関する偽

りがないため、他人名義の冒用がなく、その名義で文書を作成しても有形偽造は成立しないことについて争いはない。問題は、この原則に立ちつつ、その例外を認めるかである。後述するように、最高裁は一定類型の私文書については、「文書の性質上」名義人の承諾があっても文書偽造罪が成立するとしており、これが確立した判例の態度となっている。本判決は、従来の判例の立場に沿って有形偽造の成立を肯定したものであり、目新しい点はみられない。しかし、最高裁は「文書の性質上」を問題にするのみで、名義人の事前承諾があっても文書偽造罪の成立する根拠を必ずしも明らかにしているわけではない。学説は、その多くが判例の態度を支持しているが、その理由付けにつき批判的見解も有力に展開されており、若干の検討を要するであろう。

1 判例の態度

従来の判例の態度をみると、判例は、交通事件原票中の供述書、運転免許申請書、私立大学の入試答案（替え玉受験）、一般旅券発給申請書について、名義人の承諾があっても有形偽造の成立を認めている。これらの場合につき、判例が有形偽造を肯定する根拠は何か。

はじめに、交通事件原票中の供述書に関しては、以下のものがある。

(1) 最二小決昭和五六年四月八日⁽²⁾は、自動車の運転免許停止処分を受けていた者が、無免許運転中に交通違反の取締りを受けた際に、交通反則切符中の交通事件原票の供述欄に事前に承諾を得ていた他人の氏名を記載しその場を切り抜けたという事案につき、「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って、右供述書を他人の名義で作成した場合は、あらかじめ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」と判示した。同決定は、有形偽造となる根拠を、「文書の性質上、名義人以外の他人が作成することが法令上許されない」自署が要求される文書であることに求めている。

(2) 最一小決昭和五六年四月一六日⁽³⁾は、(1)と類似する事案につき、交通反則切符中の「供述書は、その性質上、違反者が他人の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」と判示して、(1)と同趣旨の根拠を示している。なお、同決定の補足意見(谷口正孝裁判官)は、「法令上許されない」とする根拠規定として、刑事訴訟法三三二条および刑事訴訟法規則六一條二項をあげている。しかし、これらを根拠規定にすることは、後述するように、疑問がある。

ところで、最高裁は、「文書の性質」を根拠としているが、その内容について特段の説明を加えていない。この点について、類似の事案に関する下級審判例が具体的に掲げている。

(3) 東京高判昭和五〇年一月二八日⁽⁴⁾は、①文書の内容が違反者個人に専属する事実に関するものであること、②専ら道路交通法違反事件処理という手続内において用いられるべきものであること、③文書の性質からして、名義人本人によって作成されることだけが予定されているものであり、他人の名義使用は許されないこと、④実際には違反していない者につき違反者としての手続が進められるのを放置すべきでないことをあげている。

(4) 東京高判昭和五四年八月二八日⁽⁵⁾は、(1)の原判決であるが、文書の内容は名義人が自由に処分できる性質のものではないこと、権限に基づかないで作成され、名義人の意思・観念を表示したものではないことを根拠にあげてい

る。

(5) 東京高判昭和五五年一〇月二二日⁽⁶⁾は、「作成名義人がその名義使用の権限を実際の作成者に与えることにより、作成名義人でない者の認識内容が文書に表示され、これを事実証明の用に供した効果が作成名義人に帰するようなことは、本来あってはならない性質の文書」であることを根拠にあげている。

次に、運転免許申請書に関しては、以下のものがある。

(6) 大阪地判昭和五四年八月一五日⁽⁷⁾は、自己の住民登録がないため自動車運転免許の試験を受けることができないので、友人Aの承諾を受けて、A名義の運転免許申請書を作成し、公安委員会に提出したという事案について、「文書の性質上、文書についての責任を名義人がとることができない場合は、その文書の公共信用性は損われる」と判示して、「文書に関する責任を名義人がとれないこと」を根拠にあげている。

また、替え玉受験に関しては、以下のものがある。

(7) 東京地判平成四年五月二八日⁽⁸⁾は、私立大学の入学試験の替え玉受験を企てた被告人等が現役の大学生等に志願者に替わって受験させ、受験者作成名義の当該大学選抜試験答案を作成させ、提出させたという事案について、傍論として、「仮に、本件各志願者が替え玉受験が行われることにつき何らかの認識があり、『承諾』があつたとしても、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の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は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ら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受

けるべきものであろう」と判示し、「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の欺罔」を根拠にあげるとともに、傍論として、承諾を与え関与した者の共犯成立可能性を示唆している。

(8) 東京高判平成五年四月五日は、(7)の控訴審判決であるが、傍論として、「本件各答案は、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」と判示し、「自署性」を根拠にあげている。

最後に、本件と同様の、一般旅券申請書に関しては、以下のものがある。

(9) 大阪高判平成二年四月二六日は、(一一般旅券) 発給申請書は、申請者本人につき一般旅券の発給交付を受け得る資格が認められるか否かを審査するという公の手續内において用いられる文書であり、したがって、もともと申請者が他人の名義を用いて右発給申請書を作成することは法令上許されないし、「不法な動機・目的のもとにAの名義を用いた」と判示し、「公の手續内で用いられる文書」であること、「違法な動機・目的」に基づくものであることを根拠にあげている。

以上のように、判例は、名義人の承諾があっても私文書偽造罪を認める積極説の立場をとっている。その根拠として、文書の性質上、①名義人以外の者がこれを作成することが法令上認められず、自署を必要とすること(1)、(2)、(3)、(8)、②文書の内容が作成者個人に専属する事実に関するものであること(3)、③名義人以外の者が自由に処分できず、名義人の意思・観念の表示にならないこと(4)、④表示内容について名義人への責任転嫁が生じないこと(5)、(6)、⑤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の欺罔(7)、⑥公の手續内で用いられる

こと(9)、⑦承諾が違法な動機・目的に基づいていること(9)などを、文書の種類や事案に応じてあげている。

しかし、これらの根拠については、説得力に欠けるものが少なくない。①については、既述の(2)決定の谷口補足意見が交通事件原票の供述書につき、他人の作成は法令上認められないとする根拠として刑事訴訟法三三二条および刑事訴訟規則六一条二項をあげている点は疑問である。⁽¹¹⁾なぜなら、前者は被告人の伝聞書面に関する例外の要件を定める規定であり、被告人が作成した供述書または供述録取書でその署名もしくは押印のあるものは任意に被告人に不利な事実を承認するものであるとき、または特に信用すべき状況の下になされたものであるときに限り証拠能力を認める規定であり、後者は書面等に関する署名、押印の特則であり、他人に代書させた場合には、代書させた者がその事由を記載して署名・押印しなければならぬ旨を定める規定であるが、これらの伝聞証拠の例外的な証拠能力の問題と、文書偽造罪の成否とは関係がないからである。かりにこれらの規定を私文書偽造罪の成否の根拠にすると、一般の刑事事件の供述書についても他人の氏名で作成した場合は、全て私文書偽造罪に問われるおそれがある。⁽¹²⁾

②については、文書内容の専属性は形式主義の立場の論拠とならない。

④については、名義人に法的効力が生じえないという根拠についても、交通反則切符の場合は、ひとたび他人名義の交通事件原票が作成され略式命令が発付された以上は、もはや冒用者ではなく、被冒用者にその効力が生ずるとい⁽¹³⁾うのが最高裁判例の態度であり、必ずしも名義人に法的効力が生じないわけではない。⁽¹⁴⁾

⑥については、公の手續に用いられる文書でも、例えば、被害者の裁判所に対する上申書などの任意提出書、還付請求書、所有権放棄書等では名義人の承諾による他人の作成が可能であるため、根拠に乏しい。⁽¹⁵⁾

⑦については、承諾が違法な目的・動機に基いていることは文書偽造罪の成否とは無関係である。

このように、名義人の承諾を無効とする判例の根拠付けは、必ずしも十分論証されているわけではない。では、③と⑤はどうか。③については、論証が十分行われているとはいえないが、後述するように、根拠として妥当性がある。他方、⑤は、「人格の同一性の欺罔」の有無を問題とする点で、他の根拠と異なっているようにみえる。これは、被告人の通称を用いた再入国許可申請書に関する最二小判昭和五九年二月一七日が有形偽造につき文書の名義人と人格の同一性に齟齬を生ぜしめることをいう旨の新たな定義を行ったことを念頭に置いたものであると理解されているが、同判決が偽造は作成名義の冒用であると定義し、その本質は人格の同一性を偽ることと判示しているように、両者は同義であり、後述する一定の意義があるといえよう。

2 学説

一方、学説は、判例の立場を支持する積極説が支配的であるが、消極説も有力に主張されており、対立状況にある。積極説は、さらに三説に分かれ、(i)違法目的での同意は無効であると解する説⁽¹⁸⁾、(ii)文書の性質上、表示内容の名義人への責任転嫁がありえないと解する説⁽¹⁹⁾、(iii)文書の性質上、自署性を要求されると解する説⁽²⁰⁾に分かれている。(i)説に対しては、違法目的でもそれにより文書の作成権限はなくなるわけではないこと、(ii)説に対しては、自筆証書の代筆も偽造になるおそれがあること、(iii)説に対しては、内容虚偽の事実証明文書は名義人がその内容どおりの責任をとれないことは本罪が当然に予定していることなどの批判⁽²¹⁾が加えられている。ただ、自署性が要求されるのは、文書の

性質上、他人名義で文書を作成する権限がないことに求められるので、(ii)説は代筆まで偽造になるという趣旨ではないであろう。これに対し、消極説は、名義人の承諾がある以上、文書の作成者の意義に関する事実説に立たない限り、文書偽造罪は成立しないと解する⁽²²⁾。消極説に従えば、名義人の承諾があると全て無形偽造になる。しかし、後述するように、文書が予定する名義人は文書の性質により異なりうる⁽²³⁾ところ、積極説はこれを一義的に解する点に疑問がある。

ところで、作成者の意義に関しては、事実上の文書の作成者とする事実説と、文書に意思や観念を表示した者または表示させた者をいうとする観念説(意思説・精神性説)との対立があるが、後者が支配的である。観念説は、表示された意思の主体を作成者とし、名義人の意思に基づかない文書を不真正文書と解する。もともと、観念説は二つの見解に分かれ、この観念説内部の対立こそが、名義人の承諾と私文書偽造罪の成否の鍵となるのである。第一の見解は、意識内容を文書に表示したことの責任は表示された意識内容の主体に帰属することであり、文書作成の責任の帰属主体を偽るのが偽造である⁽²⁴⁾と考える事実的意思説(文書作成責任説)である。この見解によれば、名義人の承諾を得て作成した以上、その文書は真正文書といえるので、不可罰の無形偽造ということになって、有形偽造は成立しないということになり、上記の消極説を導く。たしかに、私文書偽造罪は権限なく他人の名義を冒用することを内容とするので、名義人の承諾があれば文書に示された意思・観念の主体と作成者との間に人格の同一性についての偽りがないから、作成された文書は真正文書となる。しかし、本罪は、個人法益に対する罪ではなく、法律上または取引上重要性のある文書に対する公共信用性を保護法益とする社会法益に対する罪であるから、私文書といえども、作成権

限は公共信用性の観点から判断すべきである。名義人の承諾があることにより有形偽造にならない理由は、文書の法律効果が名義人に帰属し、法的責任の追究が可能であることが承認されることによって、当該文書に対する公共信用性が害されないからである。しかし、文書の性質上、文書に記載された意思表示を名義人に帰属させると公共信用性が害されるものについては他人が作成できないはずである。それゆえ、名義人と作成者との間で名義人の表示された意思のみで有形偽造の成否を判断する事実的意思説には問題がある。

一方、観念説の第二の見解は、文書の法律効果は文書の意識内容の主体に帰属し、文書の法律効果の帰属主体を偽るのが偽造であるとする規範的意思説⁽²⁴⁾（法律効果説）である。この見解によれば、文書の性質上、表示された意思・観念についての責任転嫁が許されず、自署のみが予定されている文書が存在し、これについては名義人の同意は無効であり、名義人は文書の意味・観念の主体となることはできないと解することになることから、上記の積極説が導かれる。この説に対しては、私法上の効果の有無で有形偽造の成否を決定しているとか、事実証明文書については文書内容に関する法律効果の帰属は問題とならないとする批判⁽²⁵⁾がある。前者については、代理名義の冒用の場合も、代理人形式の文書は本人に私法上の効果が帰属する形式の文書であり、その文書が本人の意思・観念の表示された文書として公共信用性をもつから、文書に表示された意思・観念の主体である名義人は本人であると解されるがゆえに、代理名義の冒用は有形偽造になるとするのが通説・判例の立場であり、法律効果の帰属は有形偽造の成否を判断する上で考慮の対象となる。また、後者については、たしかに、事実証明に関する文書では、多くの場合、文書を作成させた名義人に効力が及ばないが、文書を作成させたことへの法的責任が問題となろう。しかし、捜査機関の面前で作成

される供述書などの事実証明文書は当該供述者自身の文書であり、その文書に公共の信用性が向けられているから、名義人の承諾があつても、文書に対する名義人の責任は生じないように思われる。

なお、規範的意思説に立つても、名義人が承諾により法律効果を引き受けてよいとする場合は有形偽造にならないとする説⁽²⁶⁾もある。しかし、そのような法律効果を違反者ではない他人が引き受けると、文書に対する公共信用性が害されるであろう。それゆえ、規範的意思説の観点からだけでは積極説は導けず、さらなる限定の法理が必要となるう。

そこで、名義人と現実の作成者との同一性が不可欠となる文書の場合には表示された名義人と作成者は一致している必要があるので、承諾は無効であると解する見解⁽²⁷⁾がある。この見解に対しては、名義人と作成者の同一性の有無を判断すべきであるという観点は事実説に基づくものであり、文書の性質に応じて観念説と事実説を使い分ける論理であつて、実質論としては妥当であるが、理論的に両者の併用を認めるのは困難であるとする批判⁽²⁸⁾がある。たしかに、観念説と事実説との併用は困難であり、自署性の要求それ自体は観念説の論理からは出て来ない。しかし、名義人と現実の作成者との人格の同一性を偽ることは権限なく他人の名義を使うことを意味し他人名義の冒用と同義であつて、名義人と作成者との同一性の有無を問題にすることのポイントは、文書の性質により予定されている名義以外の名義を使えないものがあるということにある。一方、「文書の性質」を理由に名義人以外の者の文書作成を許さないという論理は偽造概念を混乱させ恣意的な偽造認定を導く問題があると指摘し、名義の冒用があるかどうかは名義の使用が代理名義の省略か否かにより判断すべきであると解する見解⁽²⁹⁾がある。文書の性質を問題にすることが偽造概

念を混乱させるとする批判の趣旨は必ずしも明らかではないが、この見解によれば、交通事件原票の供述書は、怪我等の事情による代筆は可能であるが、代理になじまないから、XがYの承諾を得て供述書に「Y」と署名しても代理名義の省略と見られないことになり、有形偽造になる。この見解は承諾を代理権授与の問題として解決する点で注目されるが、他の私文書における代理関係の問題を考えるに際しては、やはり「文書の性質」を問題とせざるをえないとの批判⁽³⁰⁾が妥当する。

結局、規範的意思説を基本的に支持しつつ、積極説を導くためには、文書の内容や効力の有無というよりむしろ、既述の判例の根拠③や規範的意思説の主張にみられるように、文書に記載された意思表示を名義人に帰属させると作成名義に関する公共信用性を害するかという観点に求めるべきではないだろうか。⁽³¹⁾例えば、供述書など捜査機関の前で作成される文書は供述したその者自身の文書であるがゆえに、それに対する公共信用性があるといえるから、他の者に名義の承諾により文書記載の意思表示を帰属させることはおよそ想定できない。同様に、試験答案も現実に試験を受けた者の文書として、また運転免許申請書や本件の一般旅券発給申請書も現実に申請した者の文書として公共信用性があるため、名義使用を承諾した他の者に文書の意味表示を帰属させることはできないであろう。⁽³²⁾

こうして、文書の中には、名義人以外の他人は作成できないことを予定し自署性の要求される文書の特殊性を有するものについては、現実の作成者が本来の名義人となるがゆえに、承諾により他人の名義を記載してもその承諾は法的に無効となり、作成権限なしに不真正文書を作成したことになるのである。

三 名義の使用を承諾した者の罪責

名義人が他人に文書を作成させ、自己の意思や観念を表示した場合は、当該文書の作成者は名義人であり、偽造の問題は生じない。では、偽造文書の名義人であり、単独正犯となりえない場合に、承諾によりその名義を使用し私文書偽造を行う者との共犯は可能か。本件ではこの点が問題となり、本決定は、「自己の犯罪」として本件犯行に関与したとして、共謀共同正犯の成立を認めた。この点に関しては、替え玉受験に関する前掲の(7)判例が傍論で共犯の成立可能性を示唆していた他、若干の論稿でも採り上げられていたが、本判決が正面から問題にし、積極論を展開したのである。その法理を検討する必要がある。

(1) 狭義の共犯成立説 この見解は、共同正犯の成立は認められず、せいぜい教唆犯ないし従犯の成立に止まると解する立場である。⁽³³⁾それによると、共同正犯が成立しない根拠は自己名義の使用を承諾した者は名義人である以上名義を偽ることができず、単独正犯になりえないことに求められている。一方、狭義の共犯の成立可能性を認める根拠は、犯人が第三者に自己の刑事事件の証拠を隠滅させたり、被告人が証人に偽証させたりした場合に証拠隠滅教唆罪・偽証教唆罪の成立が認められるのと同様とする。

この見解に対しては、類型的に期待可能性がないとして正犯となりえない犯人による犯人蔵匿行為と同列に論じることに疑問が投げられている。⁽³⁴⁾たしかに、狭義の共犯成立説は、単独正犯になりえない犯人による第三者へ犯人蔵匿

を働きかける行為が教唆犯となり共同正犯とされていないこととのバランスを考えているともいえよう。しかし、犯人による第三者への犯人隠避を働きかける行為は、通説によれば期待可能性の存在を理由に教唆犯が成立することになるが、名義人の自己名義の文書作成への関与は違法性に係るので、前者による狭義の共犯の根拠づけは難しい。

(2) 消極的身分犯説 この見解は、私文書偽造罪は名義人以外の者が犯せる真正身分犯と捉え、刑法六五条一項の適用により、非名義人という消極的身分との共犯として、名義人の共同正犯を肯定する立場である。⁽³⁵⁾ この見解が消極的身分犯の概念により問題を解決しようとする根拠は、単独では正犯行為のありえない名義人を有形偽造の正犯とするためには、消極的身分犯の違法の連帯に関する規定がなければ、理論的には狭義の共犯の成立しか認められないことに求められている。消極的身分が刑法六五条にいう「身分」に当たるかについては議論があるが、一定の身分がないことにより犯罪が構成されるという類型は、一般に本条の身分に当たらないとされている。身分は、これを有することが特殊で、有しないことが通常でなければならぬから、一定の身分にないという消極的事情が身分になるということはないと解されるからである。⁽³⁶⁾ それゆえ、消極的身分に六五条一項の適用はない。この見解に対しては、本件の判例評釈も、同様の趣旨の批判を加えている。⁽³⁷⁾

(3) 広義の共犯成立説 第三の見解は、名義の使用を承諾した者も、有形偽造の教唆犯、幫助犯、(共謀)共同正犯の成立を肯定する立場である。⁽³⁸⁾ この見解が広義の共犯の成立可能性を認める根拠は、名義人が作成した自己名義の文

書は通常文書に関して名義人への責任追及が可能なので通常は有形偽造文書にならないだけであるから、その文書の名義人自身が文書の作成に何らかの形で関与しても、結果として文書の名義人にその文書の責任が追及できない文書が作成されれば、共犯としての責任が問われることに求められている⁽³⁹⁾。

狭義の共犯については、教唆者や幫助者は有形偽造の実行行為を行う者ではないため、成立可能性を認めるのは比較的容易である。問題は、(共謀)共同正犯の成否である。たしかに、否定説が指摘するように、名義人が他人を利用して自己の意思または観念を書面に表示した場合はこの文書の作成者は名義人であるから偽造にはならないし、名義人である以上名義を偽ることができないから、共同正犯を認めるのは困難なようにもみえる。しかし、現実の作成者による文書作成行為が名義人の意思に基づくものであり、規範的意思説の観点からは名義人が作成者になる場合でも、名義人と作成者の人格の同一性が偽られていることを理由に、私文書偽造罪の成立が認められる以上、名義の使用を承諾した者は文書作成の名義人ではないから、現実の文書作成者との共犯形態での関与により文書に対する公共信用性を害することが可能であり、共同実行の意思と事実があり、相互利用・補充関係が認められれば、共同正犯の成立可能性を否定する理由はないであろう。

四 本判決の検討

本判決は、名義人の名義使用の承諾と私文書偽造罪の成否について、「本件一般旅券発給申請書は被告人名義であるが、一般旅券発給申請書は、その性質上名義人たる署名者本人の自署を必要とする文書であるから、例え名義人で

ある被告人が右申請書を自己名義で作成することを承諾していたとしても、他人である共犯者が被告人名義で文書を作成しこれを行使すれば、右申請書を偽造してこれを行使したものである」と判示し、有印私文書・同行使罪の成立を認めた。本判決は、有形偽造の根拠を、一般旅券発給申請書は「文書の性質上名義人たる署名者本人の自署を必要とする文書」であることに求めており、最近の判例の立場や積極説に従い、いわば予想される判断を示したものであるが、本件と類似事案である前掲の(9)判例など積極的に解した下級審判例が種々の根拠付けを行っているなか、明確に「自署性」を根拠に上げた点が注目される。

本判決の判例評釈はいずれも、本判決が私文書偽造罪の成立を認めた点につき批判するものはない。ただ、この点に関する既述の議論があるところから、紙面の多くを割いて論じている評釈も少なくない⁽⁴⁰⁾。特に本判決が自署性を根拠にした点については、署名された名前は被告人Xを指し示しているのに書面に表れた旅券発給申請意思の主体である作成者がCである場合は、この文書は自署性を必要とするか否かに係りなく、作成者と名義人の同一性を偽る偽造文書となるとする指摘がある⁽⁴¹⁾。この見解の問題点は前述した。

次に、名義の使用を承諾した者の罪責について、本判決は、「被告人は文書偽造及び同行使の実行行為自体は行っていないものの、前記認定した事実、殊に、本件犯行の実現のためには被告人の関与が不可欠であったこと、六五万円という多額の報酬を受領していることなどに照らせば、被告人は自己の犯罪として右犯行に関与したものである」と判示し、共同実行行為の事実はないが「自己の犯罪」として加功したから共謀共同正犯が成立するとした。

この点につき、本件の判例評釈は、本判決を支持する立場と、狭義の共犯の成立に止めるべきだとする立場に評価(42)が分かれる。後者の立場の論拠は、既述のように、名義の使用を承諾した名義人は単独正犯になりえない以上、共同正犯にもなりえないという点に求められている。この点の批判は既に指摘した。一方、本判決を支持する立場も、既述の理論展開により(共謀)共同正犯の成立を肯定しようとするが、本件については「自己の犯罪」とするには認定が些か不充分であり、偽造計画の中で中心的な役割を果たしていたなどの正犯として評価すべき客観的事情が必要であるとする指摘(44)もみられる。というのも、本件の場合、共犯が成立するとしても、共同正犯が成立しなければ幫助犯の成立しか肯定できず、主導的なXの量刑評価としては不十分なので、共同正犯の成立を認めたのではないかという見方もできないわけではないからである(45)。

ところで、共同正犯と幫助犯との限界について、判例は、「自己の犯罪」か「他人の犯罪」かを、行為の客観面・主観面を総合的に考慮して判断しており(46)、本判決もこれに従っている。本判決は、Xが「自己の犯罪」として関与した根拠として、一般旅券発給申請に必要な書類の準備等が本件犯行の実現のために不可欠であったこと、六五万円という多額の報酬を受領したことの二点に求めている。たしかに、「多額の報酬」を受けたということは、正犯として主導的な役割を果たしていたという根拠になるともいえそうにみえる。しかし、「多額の報酬」は、他方で幫助犯の根拠ともなりうるため、十分な根拠づけとなるかは疑問であるように思われる。また、共謀共同正犯の成立を認める場合には、実行行為に参与していない者も含まれるので、実行共同正犯よりもより慎重な認定が必要であり、①相互に他人の行為を利用して各自の意思を実行に移す謀議の存在、②共同実行の意思、③共謀者のある者による犯罪実行

という要件が必須となる。本判決は結論的には妥当であるが、Xが「自己の犯罪」として正犯の責任を負うには、より中心的な役割を果たしたことの論証が些か薄弱なように思われる。

なお、名義人の承諾と私文書偽造罪の成否に関しては、文書の性質上自署性の認められないものは承諾を無効とする判例の態度が確立しており、判例・通説は文書の作成権限や法律効果が及ぶ責任主体は誰かなどの実質的な判断で決定しているが、一方では消極説も根強く主張されている。「文書の性質」により自署性の求められる文書があるにせよ、文書の成立の真正に対する公共信用性を確保する形式主義の観点に矛盾しないように、名義人の承諾が認められない私文書の類型の明確化が求められる。

- (1) 本件では、被告人等が旅券課職員に対し虚偽の申立を行って不実の記載をさせた旅券の交付を受けた点で、一五七条二項の免状等不実記載罪と二四六条一項の詐欺罪の成否が問われるようにみえる。ただ、前者については、旅券法二三条一項が旅券法に基づく申請または請求に関する書類に虚偽の記載をすることその他不正の行為によって当該申請または請求に係る旅券または渡航書の交付を受けた者に対して、一五七条二項の罪より重い三年以下の懲役を科すと規定している。それゆえ、両罪が重なるときは観念的競合となるが、刑罰の重い旅券法違反のみで処罰すれば足りるので、実務上は旅券法のみを適用するケースが多いという。本件でもそのように処理されている。また、後者については、判例は詐欺罪の成立を否定している（最判昭和二七年一月二五日刑集六卷二二号一三八七頁）。その理由として、一般に、旅券は財物性・財産上の利益に欠けるからとする見解が有力であるが、一五七条二項の罪が詐欺罪の類型まで含んでいるからであるとする見解もある。前者につき、大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法第二版八巻』（荒木友雄・波床昌則）（青林書院、二〇〇一年）一八三頁参照。後者につき、西田典之『刑法各論第二版』（弘文堂、二〇〇二年）二〇一頁参照。
- (2) 刑集三五卷三号五七頁。

- (3) 刑集三五卷二号一〇七頁。
- (4) 高刑集二八卷一号二二頁。大阪高判昭和五五年一〇月二九日高検速報一〇号も同旨。
- (5) 高刑集三三卷二号一七三頁。
- (6) 東京高検速報二四六四号。
- (7) 刑月一 一卷七 八号八一六頁。
- (8) 判時一四二五号一四〇頁。
- (9) 高刑集四六卷二号三五頁。
- (10) 大阪高検速報平成二年二号。本判決の評釈として、松田章「名義人の承諾と一般旅券発給申請書についての文書偽造罪の成否」研修五〇九号(一九九〇年)四五頁。
- (11) 奥村正雄「名義人の事前承諾と私文書偽造罪の成否」同志社法学三三卷三号(一九八一年)一三三頁。さらに、住田邦生「作成名義人の承諾と私文書偽造罪の成否」捜査研究四四五号(一九八九年)六八頁参照。
- (12) 刑事訴訟手続の中で取り扱われる文書は多種多様であり、損害賠償の当事者や賠償金額などにも触れた示談書等については、作成名義人の承諾を無効とする論拠とするのは困難であるとの指摘がある。住田・前注(11)七一頁。
- (13) 最三小決昭和五〇年五月三〇日刑集二九卷五号三六〇頁。
- (14) もつとも、④の批判に対して、交通反則手続の効果の帰属問題と文書の作成名義人としての責任の帰属問題とを混同しているとする反論がある。住田・前注(11)六六頁。
- (15) 木村栄作「交通切符中の『供述書』偽造と名義人の事前承諾」警察学論集二九卷一〇号(一九八一年)一七二頁。
- (16) 刑集三八卷三号三三六頁。
- (17) 今井猛嘉「文書偽造罪の一考察(四)」法学協会雑誌一一六卷六号(一九九九年)一二四頁。
- (18) 木村亀二『刑法各論』(有斐閣、一九五七年)二四八頁、福田平『全訂刑法各論〔第三版〕』(有斐閣、一九九六年)九八頁。

- (19) 中森喜彦『刑法各論(第二版)』(有斐閣、一九九六年)二四〇頁。
- (20) 大谷實『新版刑法講義各論』(成文堂、二〇〇〇年)四七八頁、川端博『新版文書偽造罪の理論』(立花書房、一九九九年)二五四頁、西田・前注(1)三六八頁、山口厚『問題探求刑法各論』(有斐閣、一九九九年)二五四頁。
- (21) 西田・前注(1)三六八頁。
- (22) 平野龍一『犯罪論の諸問題(下)』(有斐閣、一九八二年)四〇八頁、平川宗信『刑法各論』(有斐閣、一九九五年)四五〇頁、曾根威彦『刑法の重要問題(各論)補訂版』(成文堂、一九九七年)三一頁、林幹人『現代の経済犯罪』(弘文堂、一九八九年)一四一頁、同『刑法各論』(東京大学出版会、一九九九年)三五八頁、同「有形偽造に関する二つの新判例をめぐって」法曹時報四五卷六号(一九九三年)一三八一頁、佐伯仁志「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(第四版)(一九九七年)一七六頁、伊東研祐『現代社会と刑法各論(第二版)』(成文堂、二〇〇二年)三六七頁等。
- (23) 林・前注(22)三五四頁、平川・前注(22)四五〇頁、曾根・前注(22)三一頁、伊東・前注(22)三六八頁、佐伯・前注(22)一七七頁。
- (24) 大谷・前注(20)、川端博『刑法各論概要(第3版)』(成文堂、二〇〇三年)二六九頁。
- (25) 平川・前注(22)四四九頁、佐伯・前注(22)一七七頁。
- (26) 平野・前注(22)四〇八頁。
- (27) 川端・前注(20)二五四頁、前田雅英『刑法各論講義(第3版)』(東京大学出版会、一九九九年)三九二頁。
- (28) 今井・前注(17)八八頁。
- (29) 松宮孝明「自己名義使用の承諾と私文書偽造罪の共謀共同正犯」法学セミナー五三五号(一九九九年)一〇二頁。さらに、浅田和茂ほか『刑法各論』(松宮)(青林書院、一九九五年)二九四頁。
- (30) 山口・前注(20)二五四頁、今井・前注(17)一三〇頁。
- (31) 今井・前注(17)八八―八九頁が主張する、有形偽造とは作成者と名義人との同一性を誤認させる行為であり、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への信用であると解する責任追及説とはほぼ同趣旨であろう。

- (32) 法令の趣旨や文書の性質から、現実の文書作成者が作成した当該文書につき公共信用性が働く場合が自署性の根拠とする見解として、毛利晴光「名義人の承諾と文書偽造罪の成否(下)」警察学論集四三巻五号(一九九〇年)五九頁、西田・前注(1)三六八頁。なお、住田・前注(11)七〇頁は、供述書について、「刑事訴訟手続における手続の厳格性の要請」と「伝聞法則の要請」から、「作成名義人の承諾がある場合でも作成名義人以外の者が作成に当たった供述書の効力あるいは当該文書の作成名義人としての責任を作成名義人に帰せしめることはできない」とする。
- (33) 角田正紀「名義人の承諾と私文書偽造罪の成否」『中山義房判事退官記念・刑事裁判の理論と実務』(成文堂、一九九八年)五〇三頁、松宮・前注(29)一〇二頁、成瀬幸典「私文書偽造罪において名義の使用を承諾した本人の罪責」判例セレクト99(二〇〇〇年)三四頁。なお、幫助犯の成立可能性を示唆するものとして、中川武隆「交通切符又は交通反則切符中の供述書を事前の承諾を得て他人名義で作成した場合と私文書偽造罪の成否」『最高裁判所判例解説刑事篇昭和五六年度』(法曹会、一九八五年)九八頁。
- (34) 中空壽雅「名義人の自己名義使用の承諾と私文書偽造罪の共謀共同正犯」現代刑事法一卷八号(一九九九年)五三頁、松原久利「名義使用の承諾と共犯関係」大谷實編『判例講義刑法Ⅱ各論』(悠々社、二〇〇二年)一一九頁。
- (35) 山火正則「私文書偽造罪において名義の使用を承諾した本人の罪責」平成一〇年度重要判例解説(一九九八年)一五六頁。
- (36) 大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法第二版第五巻』(川端博)(青森書院、一九九九年)六七二頁参照。
- (37) 中空・前注(34)五七頁、松原・前注(35)一一九頁。
- (38) 毛利・前注(32)六二頁、住田・前注(11)七一頁、大谷・前注(20)四七八頁、西田・前注(1)三六九頁、前田雅英「名義使用許諾と共犯関係」『最新重要判例二五〇刑法(第四版)』(弘文堂、二〇〇二年)一一二〇頁、同「共同正犯と幫助」警察学論集五三巻七号(一九九九年)一六三頁、三浦守「一般旅券発給申請書の名義の使用を承諾した者に有印私文書偽造罪等の共謀共同正犯の成立が肯定された事例」警察学論集五三巻五号(二〇〇〇年)二〇七頁、中空・前注(34)五七頁、松原・前注(34)一一九頁。なお、共犯成立の可能性を示唆するものとして、内田文昭「名義人の承諾と文書偽造罪の成

否」研修三九六号（一九八一年）一〇頁。

(39) 中空・前注(34) 五七頁。

(40) 三浦・前注(38) 二〇四頁、中空・前注(34) 五四頁、松宮・前注(29) 一〇二頁。

(41) 松宮・前注(29) 一〇二頁。

(42) 前田・前注(38) 最新重要判例二二〇頁、三浦・前注(38) 二〇八頁、山火・前注(35) 一五六頁、中空・前注(34) 五八頁、松原・前注(34) 一一九頁。

(43) 松宮・前注(29) 一〇二頁、成瀬・前注(33) 三四頁。

(44) 前田・前注(38) 最新重要判例二二〇頁、中空・前注(34) 五八頁。

(45) 前田・前注(38) 最新重要判例二二〇頁。

(46) 林幹人「正犯の内容―正犯と狭義の共犯の区別」研修六〇一号（一九九八年）三頁、小林充「共同正犯と狭義の共犯の区別」法曹時報五一卷八号（一九九九年）一頁。

〈判例評釈〉本判決の判例評釈として、以下のものがある。

中空壽雅「名義人の自己名義使用の承諾と私文書偽造罪の共謀共同正犯」現代刑事法一卷八号（一九九九年）五三頁、成瀬幸典「私文書偽造罪において名義の使用を承諾した本人の罪責」判例セレクト'99（二〇〇〇年）三四頁、前田雅英「名義使用承諾と共犯関係」『最新重要判例二五〇刑法第四版』（弘文堂、二〇〇二年）二二〇頁、松原久利「名義使用の承諾と共犯関係」大谷實編『判例講義刑法Ⅱ各論』（悠々堂、二〇〇二年）一一九頁、松宮孝明「自己名義使用の承諾と私文書偽造罪の共謀共同正犯」法学セミナー五三五号（一九九九年）一〇二頁、三浦守「一般旅券発給申請書の名義の使用を承諾した者に有印私文書偽造等の共謀共同正犯の成立が肯定された事例」警察学論集五三卷五号（二〇〇〇年）二〇二頁、山火正則「私文書偽造罪において名義の使用を承諾した本人の罪責」平成10年度重要判例解説（二〇〇〇年）一五六頁。

自己名義使用の承諾と私文書偽造罪の共謀共同正犯