

# 私文書偽造における「人格の同一性」について

—最高裁平成五年一〇月五日（一小）—

刑集四七卷八号七頁を中心として—

Zur Lehre von die Fälschung privater Urkunden

三 枝 有

一 枝 有

わが国では、私文書偽造罪の対象となるのは有形偽造行為であって、無形偽造行為は処罰の対象から外されている。このため「偽造」概念において、本来明確に有形偽造行為と無形偽造行為とが区別できなくてはならない。しかし、現実の事例においては両者の区別は、かなり微妙で困難なものであるといえる。このことは、本稿で扱う同姓同名の名義使用の場合には特にいえることである。

従来、文書偽造における中心概念たる「偽造」は、判例によれば「作成権限を有しない者が他人の名義を冒用して文書を作成すること」と理解されてきた。<sup>1)</sup>その後、最高裁は、作成権限を有しない者が、他人名義を冒用することは

「人格の同一性」を偽るものと定義する判例（最高裁昭和五九年二月一七日刑集三八卷三号三三六頁）を登場させている。このような新たな「偽造」の定義は、現実の社会における偽造の新たな側面への対応のための解釈限定作業であったといえよう。すなわち、自己の名義の使用行為そのものが、まさしく他人名義の使用そのものとなる。通称の使用、同姓同名の使用の場合について、人格の同一性を偽った場合こそが、権限もないのに他人名義を冒用して文書を作成したものととして「偽造」になるのである。そして、この新たな基準としての「人格の同一性」について、ドイツの通説・判例といえる意思説（Gestaltkeistheorie）に従ったと思われる判例<sup>2)</sup>があり、そこでは現実の作成者ではなく、観念的に見て誰の意思により作成されたのかという意味において「人格の同一性」が問題となっている<sup>3)</sup>。この点で、通称や同姓同名の使用については人格の同一性を害するのではないかが問題となる。その際、形式論理的に考えれば、通称や同姓同名の使用は「人格の同一性」に少なくとも何等かの齟齬を生じさせるものには違いないことから、即座に偽造罪が成立すると思われる事になりかねないが、偽造罪が公共的信頼に対する抽象的危険犯であることから、法益侵害の危険性に基づく一定レベルの可罰的違法性を充足した場合に初めて犯罪として取り扱われるべきで、それに至らない程度の可罰的違法性を保有するにすぎない行為については、処罰の対象外として処理すべきであろう。それゆえに、以下では同姓同名の使用について「人格の同一性」の観点から、判例特に最高裁平成五年一〇月五日（小小）刑集四七卷八号七頁の事件をベースとして具体的解釈の問題を中心に検討するものである。

（1）最高裁平成五年一〇月五日の事件概要

被告人は、弁護士資格を有しないにもかかわらず、実在する第二東京弁護士会に所属する弁護士山田捷雄と自己の姓名が同じであることを利用して、同弁護士山田捷雄であるかのように装い、被告人を弁護士と信じていた不動産業者福井由隆から弁護士報酬金を得ようとして昭和六三年に五通の書面を郵送したものである。すなわち、①「弁護士

報酬金請求について」と題した書面で「第二東京弁護士会所属、弁護士山田捷雄」と記載し、土地調査に関する鑑定料等として弁護士報酬規定にもとぎ七八〇〇〇円を請求した文書。②振込依頼書で、被告人名義の普通預金口座に上記金額を振り込むように依頼したもので、「山田法律事務所大阪出張所、第二東京弁護士会所属、弁護士山田捷雄」と記載した文書。③上記金額を請求する請求書に、「山田法律事務所（大阪事務所）、弁護士山田捷雄」と記載した文書。さらに、④土地の調査結果の報告に関する「経過報告書」と題する書面において、「山田法律事務所大阪出張所、弁護士山田捷雄」と記載した文書。⑤土地調査に関する鑑定料等の一〇万円の領収書に「山田法律事務所（大阪事務所）、弁護士山田捷雄」と記載した文書であり、これらのいずれの文書についても山田捷雄弁護士のものと同われる印影が存在していた。

(2) 最高裁平成五年一〇月五日の判旨

判決は、まず「私文書偽造の本質は、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」としたうえで、「被告人は、自己の氏名が第二東京弁護士会所属の弁護士山田捷雄と同姓同名であることを利用して、同弁護士になりすまし、『弁護士山田捷雄』の名義で本件各文書を作成したものであって、たとえ名義人として表示された者の氏名が被告人の氏名と同一であったとしても、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山田捷雄であって、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は明らかであることから、本件各文書の名義人と作成者との人格の同一性に齟齬を生じさせたものというべきである。したがって、被告人は右の同一性を偽った者であって、その各所為について有印私文書偽造罪、同行使罪が成立するとした原判断は、正当である。」との判断を下している。

## 二 偽造罪について―「人格の同一性」を中心に

私文書偽造罪では、不真正な文書の作成、すなわち権限なしに他人名義の文書を作成することである有形偽造 (faux materielle) を「偽造」概念の原則としている。ここでは、私文書偽造罪の前提としての保護法益が文書の公共的信用にあるとの理解に立って、文書作成名義の真正性を保護すべきとする形式主義を採用していると考えられている<sup>⑧</sup>。このような観点からは、同姓同名者による作成文書は文書の作成名義人と現実の作成者との齟齬を生じさせる点で、その文書を信頼した一般人の利益を害する危険性が少なからず存在するものとして、「人格の同一性」を偽った不真正文書を作成したものであり、有形偽造とすることができる<sup>⑨</sup>。しかし、作成名義人の同意を得て文書を作成した場合や自己の通称等で文書を作成した場合には、社会一般に作成名義人と現実の作成者との人格の同一性を偽ったとはいい難く偽造罪は成立しないといえよう。そして本件における同姓同名の使用についても同様の問題がある。それは、被告人が偽った「名義人」そのものであることである。すなわち、「名義人」とは当該文書そのものから作成者として認識される者であり、本件での「弁護士山田捷雄」との記載が誰を名義人としているのかの問題である。ここでは、まず第一に被告人とは全く別人である弁護士山田捷雄そのものを作成者として認識させ、その者を名義人としているのか、それとも被告人自身が文書の作成者であることに変わりはなく、被告人＝山田捷雄が単に自分に弁護士資格があると文書上主張しているに過ぎないのか、が問題となっている。前者では、有形偽造が成立するのに対し、後者では無形偽造が成立することはあっても、有形偽造は成立し得ないのである<sup>⑩</sup>。

### (一) 文書偽造の本質について

「偽造」すなわち有形偽造とは、名義人でない者(作成権限のない者)が他人の名義を冒用して文書を作成する行為である<sup>⑪</sup>。判例は、私文書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点にあるとしている<sup>⑫</sup>。

「人格の同一性」を偽るとは、文書の上に現れている意思または観念の現実的な主体たる作成者（作成名義人）と実際に作成した表示者とが一致しないことであり、このために偽造となるのである。氏名の同一性ではなく、それらを通じて認識できる人格主体そのものの同一性であり、文書から認識できる意思主体としての作成名義人と作成者とが一致するかどうか（意思説に基づく）である。<sup>13</sup> このことからすれば、作成者がたとえ自己の本名を使用しても、同姓同名の他人が指示される場合には文書偽造になり得ることになるのである。本件では、被告人が自己と同一の氏名を用いていることから、文書の名義人と作成者との間の「人格の同一性」についての欺罔が生じているのが問題となる。その際、どの程度までの人格的特定をすれば「人格の同一性」に齟齬を生じないのが問題となる。

ところで、「人格の同一性」を偽ったか否かの判断基準として、文書の外観や記載内容から客観的に判断すべきだとする客観説<sup>14</sup>ならびに文書の内容の他に行為者の文書作成の意図・目的等を判断基準とする主観説<sup>15</sup>が存在する。本件判決でも、弁護士資格を偽る意図を問題としてはいる。確かに、自己と同姓同名の氏名を使用した場合には、文書の内容外観を中心としながらも行為者の意図、目的を判断資料とすることを否定しなければならない理由<sup>16</sup>はないとの発言は魅力的ではある。そして確かに主観としての故意が、行為の客観的危険性を増減させることは、犯罪目的達成への規整性すなわち確実性を示すものといえる。<sup>17</sup> しかし、このことはあくまで客観的に行為そのものの法益侵害への危険性を前提とした上での問題であることを忘れてはならないのである。そしてまた、このように主観を重視する考え方は、あくまでも文書偽造を積極的に成立させる立場からの見解であって、主観的意思の考慮は、ややもすれば十分な根拠を示すことなく偽造の成立を肯定する結果をもたらすことになりかねない<sup>18</sup>との批判が当たるものとなる。文書偽造罪の保護法益は文書に対する公共的信用であることから、当該保護法益への侵害は、より客観的に法益侵害への危険性を中心に認定されることが必要と思われる。

本件の第一審でも、被告人と山田捷雄弁護士との関係の有無、被告人の弁護士詐称の状況、改名の経緯のほか、本件文書の性質、内容に立ち入って検討する必要があるとし、具体的検討結果として、被告人と山田捷雄弁護士とは本件発覚まで一面識もないことを認定した上で、弁護士詐称の状況や改名の経緯については、被告人が当初より山田弁護士資格を利用しようとする目的で改名した疑いが極めて強いこと、また山田弁護士の勤務先を記載した「弁護士山田捷雄」の名刺を自己の名刺としていたことなどから、少なくとも、被告人は本件当時に山田弁護士の存在を熟知した上で、自己が同姓同名であることを利用して、弁護士資格を偽る意図を持っていたものと認定している。<sup>19)</sup>

## (2) 学説の検討

### 文書偽造罪肯定説

同姓同名の使用についての私文書偽造罪の成否については、本件判決をはじめとする文書偽造罪肯定説が存在する。<sup>20)</sup> この説では、同姓同名者が、別人の肩書・資格を付記することで、文書からうかがわれる名義人が作成者と同一人格者と見られるかどうかで「人格の同一性」を偽ったか否かを判断するものである。ここでは、同姓同名による文書の作成は、自己と同姓同名の他人の文書にみせかけようとして、ほしのままにその他人の肩書・資格を用いたときには、作成名義を冒用したものと<sup>21)</sup>して偽造罪が成立するとか、医学博士でない者が、別人たる医学博士甲野一郎なるが如く詐りて行使の目的をもって文書を作成したときには、単に自己の肩書きを僭称したるに非ずして他人の名義を偽るものである<sup>22)</sup>としている。そこでは、文書の客観的な事実以上に主観的な意思の不当性そのものを処罰根拠としており、不当な意思の存在そのものが行為の法益侵害への抽象的危険性を裏付けているように思われる。文書偽造罪肯定説を本件にあてはめた場合には、「弁護士山田捷雄」の記載が表示する人格は、実在する弁護士である山田捷雄であり、人格主体の同一性の欺罔であることになる。このような結論は、文書の性質そのものを重視する見解でも同様となる。

すなわち、文書の中には本名以外の名称の使用を許さない趣旨のものがある。これらについては、いかに社会通用性がある別名を用いても偽造となるとされている。<sup>26)</sup> もっとも、文書の性質に関する理解の仕方も様々で、かなり限定的に理解していく立場やより厳格に理解して、氏名を含めた文書内容の正確、真正性を要求していくことで、むしろ虚偽記載の処罰規定を要するとする考え方<sup>24)</sup>などがある。

#### 文書偽造罪否定説

前述の文書偽造罪肯定説に対して、「弁護士山田捷雄」の記載が表示する人格は、あくまで被告人であり、「弁護士」との記載は、自分の名前に虚偽の肩書きを付記したものにすぎないとして、別名が作成者を指称することが社会一般に知られておらず、人格を特定識別する機能が限られた範囲でしか認められないとしても、文書が別名の通用する範囲内で流通するものであれば、別名が作成者を指すことは関係者間では明白であり、人格の同一性について齟齬を生ずるおそれがないことから不真正な文書とはならないとする文書偽造罪否定説<sup>26)</sup>がある。

本件では、文書を受け取った者たちは、東京在住の真実の弁護士山田捷雄を思い浮かべようもなく、彼等にとって、その文書の名義人は、大阪に在住し（不法にも）弁護士業務を営む被告人のほかはありようがなかったとよくしたがって彼等にとって、人格の「存在」の同一性については齟齬は生じておらず、せいぜい、その人格の「性質」についてしか齟齬は生じていなかったとの理解が可能である。すなわち彼等は、名義人である被告人は弁護士でないにもかかわらず、弁護士であるかのように騙されていたにすぎないと理解<sup>26)</sup>することができる。このような理解を前提とすれば、本件判例は妥当性を欠くことになる<sup>27)</sup>。しかし、事件の概要からも明らかのように、被告人は「第二東京弁護士会所属弁護士山田捷雄」と記載したり、「山田法律事務所大阪出張所、第二東京弁護士会所属、弁護士山田捷雄」と記載したりしており、そこでは被告人は確実に人格の同一性を偽ろうとしているともいえよう。それゆえに、

軽犯罪法一条一五号のような単なる称号の詐称として弁護士資格を偽ろうとしたのとは同一に帰し難いものとも思われる。ただ、本件文書中に記載された住所や電話番号は、被告人自身のものであることから、有形偽造成立については、この点への配慮が必要であるといえよう<sup>28</sup>。また、文書の内容、性質も一概に形式的に判断するのではなく、それぞれの状況に応じた相対的なものとして考察する必要性がある。このような観点以外にも、そもそも文書偽造罪が、文書の公共的信用を保護法益とすることから、作成者の意思に反して名義を冒用する場合を処罰することについても、それは名義人の個人的な利益を保護するというよりは、文書制度全体に対する国民の信頼を守ることにあるといえる<sup>29</sup>。すなわち、文書偽造罪は、文書の経済的取引の重要な手段に対する信用を保護する「公共危険罪」の一種として理解されるのであり、個人ないしは社会・国家が、現実 to 実害を受けるに至ったことが処罰根拠となるのではなしに、その抽象的危険、特に多数市民の取引生活における危険招来が処罰根拠をなしている<sup>30</sup>。しかも、偽造行為の客体は偽造された文書そのものであるのに対して保護法益は文書に対する公共的信用である。それゆえに、保護法益に対してならぬらの危険をも有していない行為を処罰する可能性がある<sup>31</sup>。これを限定する機能が「人格の同一性」にあることから、人格の同一性を偽ることが公共的信用を害する抽象的危険を生じさせたか否かがまさしく問題となるのである。そして、抽象的危険犯が、全く危険のない行為をも処罰する「形式犯」ではないこと<sup>32</sup>から、法益侵害の危険性の判断がまさしく必要となるのである。その際の危険性とは、確かに具体的危険性ではないまでも、少なくとも当該行為の可罰的違法性を充足するだけの個別具体性を帯びた危険性を要求されるものと思われる。この点からすると、本件では文書受取者にとっては、人格の「存在」の同一性については齟齬は生じておらず、人格の「性質」についての程度でしか齟齬は生じていなかったことから、文書偽造罪の可罰的違法性を充足するに足りるだけの一定程度の具体性を帯びた危険性は存在しなかったと考えられる。



### 三 判例の検討

文書偽造に於ける「人格の同一性」に関する判例としては、本件判決以外に最高裁決定昭和五六年二月二二日刑集三五卷九号九五三頁と最高裁昭和五九年二月一七日刑集三八卷三号三三六頁との二つの重要な判例が存在する。特に、本件判例が昭和五九年の判例の踏襲的側面を持っていることから、これらの判例において「人格の同一性」がいかなる形で取り扱われてきたかを考察しておくことは大きな意味を持つものと思われる。

・最高裁決定昭和五六年二月二二日刑集三五卷九号九五三頁は、窃盗罪で六年の懲役に処された被告人が、受刑中に逃走し、義弟の氏名を承諾を得たうえで約二年余にわたって通称を使用していたもので、兵庫県揖保郡太子町を中心に姫路市方面の取引関係など相当範囲において被告人自身として指称するものとして通用していたもので、無免許運転の容疑で検挙された際に交通事件原票の供述書を作成したものである。この事件で最高裁は、他人の氏名が限られた範囲に於いて行為者自身を指称するものとして通用していたとしても、その氏名を用いて交通事件原票中の供述書を作成する所為は、被告人が供述書の作成名義を偽り、他人の名義でこれを作成したにかわりなく、私文書偽造罪にあたるとした。しかしながら、この事件では、名義人自身がその氏名の使用を承諾しており、このことを前提としてその氏名が行為者自身を一定範囲に於いて指称するものとして通用していたことを考慮する場合には、通称についての特別識別機能は十分存在することから、少なくとも個人および一定範囲の社会の信頼そのものへの侵害のみならずその危険性も存在しなかったということが可能であろう。<sup>35)</sup>そして、文書偽造罪が文書に対する社会の信頼に危険を生じさせる犯罪である以上、このような法益侵害の危険性そのものが極めて些少な場合には、少なくとも可罰的違法性を欠きうる場合として考慮すべきであろう。にもかかわらず判例が偽造罪の成立を認めているのは、ひとつには、義弟の氏名、本籍、生年月日から義弟が名義人として特定される可能性が高いこと、<sup>36)</sup>さらには、交通事件原

票という文書の性質<sup>37</sup>上あるいは交通反則手続の特殊性から単なる名義人ではなく違反行為を行った者という過多な属性をも要求することで、「人格の同一性」を欠くとの結論に至ったことによるといえよう。

・最高裁昭和五九年二月一七日刑集三八卷三号三三六頁は、わが国に密入国した被告人が、新規に外国人登録法の新規登録申請をしていないのに、昭和二四年にA名義の外国人登録証明書を他から入手して以来、この名称を登録確認申請手続など公的生活のみならず一般社会生活においても一貫して使用し続けた。このため、A名称が被告人自身を指称するものとして社会生活一般に通用するようになっていたもので、第一、二審<sup>38</sup>はこの点を考慮して作成名義を偽ったことにならないとして私文書偽造罪を否定したのである。これに対して、最高裁は、本件が上記昭和五六年の事件以上に本名と異なる氏名を長年（二五年間）公然と使用した結果、相当広範囲に被告人を指称するものとして通用しており、高度の特定識別機能を有するに至っていたにもかかわらず、人格の同一性に齟齬を生じているとして、有形偽造を構成するとした。もっとも判決では、偽造とは、名義人でない者が権限がないのに、他人の名義を冒用して文書を作成する行為とし、名義が他人のものであったかどうかを、文書の名義人と作成者との「人格の同一性」という視点からとらえ直した初めての最高裁判決であるが、再入国許可書申請書という公的文書の特殊性を強調することで、再入国許可申請書の名義人は、適法な在留資格を有するものとして登録されている外国人であるとの観点から、「本件文書により表示されたA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Aであって、密入国をし、なんら在留資格をも有しない被告人とは別の人格であることが明らかである」として有形偽造を認めている<sup>39</sup>。ここでは、再入国許可申請書の出入国管理機能を重視した結果として、作成者が在留資格を有した別人であるかのように偽った。すなわち在留資格そのものを偽ったのではなく、在留資格を有する別人格を作出したものであるとして過多な名義人属性を要求している<sup>40</sup>といえよう。確かに、いかに定着しても「本名」と「通称名」との間には齟

齟齬が残るといえる。そして、その齟齬が一般的な視点からは小さくとも、問題となった文書の機能・目的からいって重要な場合には、人格の同一性を欠く文書となる可能性が存在すること<sup>(41)</sup>は事実であろう。しかし、旅館の台帳をはじめとして、ほとんどすべての署名を求めた文書については、人格の同一性を要求しているといつてよく、また「本名」と「通称名」さらには同姓同名者の間には常に齟齬が存在するといつてよい。このことを前提として、「人格の同一性」を要求するに際しては、その使用された文書の機能・目的からの同一性の要求を厳格に理解したうえで、法益侵害の危険性を考慮し、可罰的違法性の理論を適用することで解釈上妥当な理解をはかるべきであろう。

#### 四 おわりに

本件事件について、第一審は、被告人は同姓同名の山田弁護士の弁護士資格を利用して弁護士を詐称する目的で同一氏名に改名した疑いが極めて濃く、そうでないとしても事件当時山田弁護士の存在を熟知したうえで、同姓同名であることを利用して、弁護士資格を偽る意図を持っていたと認定されている<sup>(42)</sup>。このような事実認識は、単に弁護士資格そのものの利用ではなく、行為者の主観に重点を置いて山田捷雄という人格の同一性を偽るものと把握するもので、行為そのものの客観的危険性よりも行為者の動機等の主観を偏重したものであると言えよう。しかも、本件での被告人の動機そのものについても「疑いが極めて濃い」程度のものであり、未必の故意そのものの認定ならともかく、少なくとも行為そのものの法益侵害への抽象的危険性の認定には不十分なものといえる。もっとも、その後の判例では意図的な改名行為との認定を退け<sup>(43)</sup>、客観的要素の検討を行ない、偽造文書の内容、性質等を考慮して当該文書の表示から認識される人格の同一性を問題としている。そしてこの点に付いての検討こそが、文書に対する社会の信頼に抽

象的危険性を及ぼしたかどうかの問題であり、本件での核心的部分であるといえよう。その際注意を要するのは、文書偽造罪が要求する危険性は、たとえそれが抽象的な程度のものであっても、少なくとも犯罪として刑罰の対象となるべきものとしての可罰的違法性を裏付けるに足りる程度であることが必要であり、決して何等かの危険程度のものではないといえる。このような観点から、本件事件を見る限り、現実社会の信頼に抽象的であっても危険性を及ぼしていたかについては、大いに疑問ありとしなければならない。すなわち、本件行為時の一年三か月前に改名がなされておき、本来同姓同名者が自己の氏名を文書に使用することは何等の犯罪性を帯びないものであるが、この氏名に弁護士肩書を付して外観上は「山田法律事務所大阪出張所、第二東京弁護士会所属、弁護士山田捷雄」のごとく作成者が大阪以外の地域にも拠点を有するかのような表示を行っており、形式的には「人格の同一性」に齟齬を生じ得る。しかし、単に資格を偽った者が、たまたま同姓同名の有資格者が存在したことから文書偽造罪に問われるというのは妥当性を欠く、資格の僭称は有形偽造と異なることから、少なくとも「人格の同一性」を欠き、実質的に処罰に値するだけの社会の信頼を害する危険性を有していることが必要である。この点についての具体的検討としては、文書には被告人の住所や電話番号が記載されており、実質的には相当広範囲の地域に渡って当該氏名で人格に齟齬を生じておらず、今後も被告人自身を特定し齟齬を生じる可能性はないこと、さらに請求書や領収書については、文書の性質上も依頼者達の限られた関係者の間でしか意味をもたないものといってよい点<sup>14</sup>が重要と思われる。このような点を重視した場合、はたして本件行為について私文書偽造としての可罰性が十分に充足されているといえるであろうか。文書を受けとった相手方に人格の同一性についての齟齬がない以上、弁護士でない者が弁護士であるかのように欺いたにすぎず軽犯罪法一条一五号程度の可罰的違法性しかないといえるものとおもわれる。

〔注〕

- (1) 大判大正四年九月二日刑録二輯二三九〇頁をはじめ最決昭和五年五月六日刑集三〇卷四号五九一頁他多数の判決が存在する。
- (2) 参照、最決昭和四五年九月四日刑集二四卷一〇号一三一九頁
- (3) このような観念説的な解釈ではなく、事実説に立ちながら、作成権限を作成が法的に許容されるかどうかによって決めるとする「修正された事実説」の立場が、判例を最もよく説明できるとする考え方(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各論第三版』(平成四年)一七一頁)がある。
- (4) 林幹人「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六頁以下参照。
- (5) 最高裁昭和五九年二月一七日(二小)刑集三八卷三号三三六頁参照。
- (6) 最高裁平成五年一〇月五日(一小)刑集四七卷八号七頁以下参照。
- (7) 団藤重光『刑法網要各論』(昭和三九年)一三六頁。Schonke-Schroder Strafgesetzbuch, Kommentar, 19 Aufl. 1978 S. 1804ff.
- (8) 前田雅英『刑法各論』(平成元年)四四四頁。
- (9) 小島吉晴「私文書偽造・同行使罪の成立が認められた事例」研修五二九号三六頁。内田文昭『刑法各論第二版』(昭和五九年)五三六頁。参照、RG1903. 4. 20, GA. Bd. 50. 278. Schonke-Schroder, a. a. O. S. 1805.
- (10) 同旨、山口厚「偽造概念における「人格の同一性」をめぐって」研修五四三三三頁。林・前掲(4)書一一頁以下。
- (11) 藤木英雄『刑法講義各論』(昭和五年)一三六頁、大谷実『刑法講義各論』(平成六年)四一八頁。なお、通説的な有形偽造の定義に対して結果無価値的な立場から新たに有形偽造を定義する見解(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」法学教室一六九号三五頁)が存在する。
- (12) 最高裁昭和五九年二月一七日(一小)刑集三八卷三号三三六頁参照。
- (13) 田中利幸「通称の使用と人格の同一性」刑法判例百選Ⅱ各論(第三版)一六九頁。参照、川端博『文書偽造罪の理論』(昭和六三年)五二頁。
- (14) 山口厚『昭和五五年重要判例解説』一八四頁。客観説によったと思われる判例として大阪高裁昭和五七年二月六日判時

一〇九二号一五四参照。

(15) 伴義聖「他人名義で再入国許可申請書を作成した場合における私文書偽造罪の成否について」研修四一六号五五頁。林幹人「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一二頁では、一般的に偽る意図があったというだけで、有形偽造が認められてはならないとされているが、有形偽造の成否に作成者の意思がまったく影響を及ぼしえないとまではいえないとされている。

(16) 土屋真一「通名による再入国許可申請書の作成と私文書偽造罪の成否」研修四三二一四八〜四九頁。

(17) 平野龍一「刑法総論Ⅱ」（昭和五〇年）三二四頁参照。

(18) 山口・前掲(10)書五頁。

(19) 大阪地裁平成三年一月七日判決判例タイムズ七九号二八三頁参照。

(20) 江家義男『刑法各論増補版』（昭和三八年）一三五頁、今井猛嘉「同姓同名の弁護士が実在する場合に弁護士の肩書きで文書を作成する行為と偽造罪の成否」法学教室一六六号一二九頁、青柳勤「自己の氏名が弁護士甲と同姓同名であることを利用して「弁護士甲」の名義で文書を作成した所為が私文書偽造罪に当たるとされた事例」ジュリスト一〇四四号一三〇頁。

(21) 大塚仁『注釈刑法（4）』（団藤重光編（昭和四三年））六五頁。

(22) 泉二新熊「日本刑法論各論」（昭和六年）二九五頁、中森喜彦『刑法各論』（平成三年）二四二頁。

(23) 宇津呂英雄「長期間使用中の偽名を用いて文書を作成する行為と私文書偽造罪の成否」警察学論集二三六卷二号一五一頁。同旨、小島・前掲(9)書三六頁、土屋・前掲(16)書四九頁。

(24) 田中・前掲(13)書一六九頁では、文書の性質にもとづき判断することにつき限定的ではあるが肯定しているのに対して、小松進「通称の使用と私文書偽造罪の成否」刑法判例百選Ⅱ各論（第二版）一七九頁では、むしろ文書の性質そのものの考慮に否定的である。

(25) 参考、阿部純二「他人の氏名が限られた範囲で被告人を指称するものとして通用していた場合において右氏名を用いて交通切符中の供述書を作成した所為と私文書偽造罪の成否」判例評論二八四号六二頁。同旨、吉田淳一「長期間使用中の偽名を用いた場合と私文書偽造罪の成否」警察学論集三三卷四号一七四頁。

(26) 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」『平成五年度重要判例解説』一七五

- 頁参照。ここでは、林教授は、刑法は人格の存在の同一性について偽りがなく、ただ人格の性質について偽りがあるにすぎないときには、有形偽造にならないとの前提を採っているとされている。
- (27) 同旨、中山研一『刑法各論』（昭和五九年）四三五頁。現実の作成人と文書から認識される名義人とが一致し、特定が可能であれば、有形偽造ではなく、無形偽造であるとしている。
- (28) 同様の観点から、被告人の記載文書を個々に検討して有形偽造の成否を判断する見解（今井・前掲(20)書二一九頁）がある。このように個別的に検討してある文書につき有形偽造とし、他のものについては不成立とすることは一応の合理性は存在するが、本件では被告人の作成目的や行為形態からみて、一連の文書作成行為として一体的に検討することが妥当と思われる。
- (29) 前田・前掲(8)書四四四頁。
- (30) 同旨、内田・前掲(9)書五三三頁。判例も文書偽造罪を抽象的危険犯と解している（大判明治四三年二月一日刑録一六輯二一八頁）。Vgl. Schonke-Schroder, a. a. O. S. 1793f.
- (31) 松生建「危険犯における危険概念」刑法雑誌三三卷二号一三六頁参照。
- (32) 中山・前掲(27)書四二五頁。なお、このような形式犯的理解は、擬制説（木村亀二『刑法総論』（昭和三四年）一七〇頁）でも生じ得る。
- (33) 可罰的違法性に関しては、拙稿「可罰的違法性に関する一考察」中京大学大学院生法學研究論集三号一頁以下参照。
- (34) このようなことを前提としても有形偽造が成立すると解する説（田中清「交通反則符又は交通反則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』三九頁）もある。もっとも、供述調書の場合、文書の性質上は作成者と名義人の齟齬の程度は許されないが、実際上は、他の客観的状況から人格の同一性は維持されると考えられよう。参照、山口厚「交通事件原票の供述書に他人の氏名を署名することと私文書偽造罪の成否」ジュリスト七四三号一八二頁。
- (35) 承諾に基づく他人名義での私文書作成行為を偽造罪とする判例は、その後最高裁決昭和五六年四月一六日刑集三五卷三号一〇七頁、最高裁決昭和五六年二月二二日刑集三五卷九号九五三頁などに見られ確立したものとなっているといえる。もっとも、従来の判例（大判昭和九年二月二日刑集一三号一五三六頁）は、文書の作成につきあらかじめ名義人の承諾を得

ていた場合には、偽造罪が成立しないとの立場であったように思われる。

- (36) 林幹人「他人の氏名が限られた範囲で被告人を指称するものとして通用していた場合において右氏名を用いて交通切符中の供述書を作成した所為と私文書偽造罪の成否」警察研究五四卷一〇号六八頁以下では、名義人につき事実的意思説を採用しつつ、有形偽造とされてもやむをえないとされている。

- (37) その後の判例の傾向は、まさしく文書の性質そのものに重点を置いた解釈の結果であるといえよう。承諾があれば人格の同一性につき齟齬はなく有形偽造は不成立とする見解としては、林幹人「有形偽造の考察」上智法学論集二七巻一号五八頁、川端博「文書偽造における偽造の概念」『刑法の基本判例』（昭和六三年）一八三頁がある。

- (38) 控訴審判決は、第一審を是認したもので、本件については、被告人の通名をもって私文書を作成したものであり、私文書の作成名義を偽って私文書を偽造したということにはあたらないとの見解を採用している（大阪高裁昭和五七年二月六日判時一〇九二号一五四頁参照）。ここでは、本名を用いることなく文書を作成した場合であっても、当該文書に表示された名称が、通名等であって、特定識別機能を果たし得るものであれば、当該文書の性質等をも加味した上で、名義人と作成者の間の人格の同一性の確認、すなわち、名義人は作成者にはかならないという確認が可能となれば文書偽造とはいえないとしており、具体的には、再入国許可申請書という文書の特質を考慮したとしても、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しているとして「客観的に人格の同一性」が認められるとした。同旨、林・前掲(36)書六八頁、清水一成「通称名による再入国許可申請書の作成と私文書偽造罪の成否」警察研究六一巻二号四五頁。

- (39) 最高裁昭和五九年二月一七日刑集三八巻三三三六頁の事件に関しては、多くの評釈が存在する（判例時報一一二〇号一三八頁、判例タイムズ五三一号一五一頁など）。判決と同様の立場から、再入国許可証申請書などの文書自体の特殊性を強調して偽名の特定識別機能を否定することで控訴審判決に反対するものとして、内田文昭「被告人を指称するものとして相当広範囲に定着していた氏名を用いて再入国許可申請書を作成した所為が私文書偽造罪同行使罪にあたる」とされた事例」判例評論三二六号六一頁、宇津呂・前掲(28)書一五一頁、伴・前掲(15)書四九頁がある。これに対し、再入国許可制度と申請書という文書の性質を混同しているとして、文書偽造罪を否定する余地があるとする説もある（田中・前掲(13)書一六八頁）。

- (40) 同様に「敢えていえば、「適法に在留する者」というもう一つの（取って付けたような）名義人属性を取り込むことによっ



て(不合理な?)処罰欲求の充足の形式的な正当化をしているだけのように思われる。」との見解(伊東研祐「偽造罪下」法学セミナー四八一号一一一頁)がある。

(41) 前田雅英『刑法演習講座』(平成三年)四六六頁。

(42) 参照、大阪高裁平成三年一月七日判例タイムズ七九号二八三頁。

(43) 大阪高裁平成四年一月一七日判例タイムズ八二五号七二四頁でも被告人の改名行為が名変更許可の審判申し立ての約五年前から通称として「捷雄」の名前を使用していた事実関係を重視して、原判決の当初より意図的に改名したとの判示部分を排斥している。この判決では、当該文書が第三者の目に触れる可能性があること、また文書の性質上弁護士でないものによる作成が法令上許されないことの二点を重視して人格の同一性を偽ったとしている。

(44) 龍岡資晃「他人の氏名が限られた範囲で被告人を指称するものとして通用していた場合において右氏名を用いて交通切符中の供述書を作成した所為と私文書偽造罪の成否」『最高裁判所判例解説刑事事篇昭和五六年度』三三二頁では、請求書、領収書では認識される人格は被告人ではないかとの疑問を提示している。参照、上嶋一高「同姓同名の他人の肩書の付記と私文書偽造」『判例セレクト』92「三四頁。