

## 只木ゼミ後期第8問検察レジュメ

文責:1班

### I. 事実の概要

#### 5 問題 1

福岡県春日市役所本庁(以下、本庁という)の市民課調査係長甲は、自己の印鑑証明書が必要になったことから、自らこれを作成し使用しようと考え、同課の事務室において申請書を提出し手数料を納付するという正規の手続を経ずに、市長作成名義の甲宛での印鑑証明書1通を、備え付けの印鑑証明書用紙に申請者の氏名、生年月日、住所を記入、印鑑を押捺したうえ、作成年月日をゴム印で押捺し、さらに作成名義人である市長の名下に戸籍住民基本台帳専用春日市長之印と刻した市長公印を押捺する方法で作成し行使した。この証明書は同課で作成されるものであった。また、本庁における印鑑証明書の作成発行は、同市事務決裁規程により市民課長の専決事項とされ市民課市民係が分掌していたが、実際には課長は1日分の申請書を一括し、印鑑証明書交付の翌朝にこれを決済しており、慣行上も本庁における印鑑証明書の作成発行の事務については、甲を含む市民課員全員がその事務をとる権限を有していた。上記証明書の印影は、保管されている印鑑簿の各印影と同一であり、正規の申請があれば当然に印鑑証明書が交付されるはずのものであった。

また、甲の息子乙は自らの息子の奨学金申請書類に添付するため自らの印鑑証明書が必要であったところ、甲の印鑑証明書をコピーして甲の氏名部分に新たに乙の氏名を書いた紙を貼り付け、本物と同視できるような紙にコピーしてこれを提出した。

#### 問題 2

丙は、福岡県大野城地方事務所において同地方事務所長 A の下にあつて同地方事務所の建築係として一般建築に関する建築申請書類、建築物の現場、住宅金融公庫からの融資により建築される住宅の建築設計、建築進行状況などの審査およびこれらに関する文書の起案等の職務を担当していたところ、その地位を利用し行使の目的をもって未だ着工していない B の住宅の現場申請書に建前が完了した旨または屋根葺、荒壁が完了した旨いずれも虚偽の報告記載をなし、これを同住宅の現場審査合格書の作成権限者たる上記地方事務所長に提出し、情を知らない同所長をしてその報告記載のとおりであると誤信させて所要の記名、捺印をなさしめ、もって内容虚偽の現場審査合格書を作らせた。

30

### II. 問題の所在

1. 偽造は作成権限なしに文書を作成することであるが、補助公務員にすぎない甲は、公文書の作成権限を有するか。また、あるとしてどの範囲で認められるか、問題となる。
2. 文書偽造罪における文書は、原本であることを要するため、通常単なる写しなどには認証文言が付されていない限り文書とは認められない。しかしながらコピーは複写の精度が高く、信用性の高い写しとして社会で広く用いられているところ、文書として保護される

35

べきではないか、問題となる。コピーに原本性が認められれば、文書性があることとなり、文書偽造罪における「文書」にあたるとする。

3. 補助者たる公務員丙は事情を知らない公務員 A をして内容虚偽の公文書を作成させている。ここで、丙に虚偽公文書作成罪の間接正犯(156 条)が成立しないか。157 条と関連して問題となる。

### III. 学説の状況

#### 1. 補助公務員の文書作成権限

A 説：限定肯定説

- 10 その者への授権を基礎づける一定の基本的な条件に従う限度において、補助公務員の作成権限が認められるとする説<sup>1</sup>

B 説：否定説

公務員であっても補助者にすぎない以上、その作成権限を否定すべきとする説

#### 15 2. コピーの文書性

イ説：肯定説

コピーは原本と同一の社会的機能を有し、原本と同一の意識内容を保有するとする説<sup>2</sup>。

ロ説：否定説

コピーは原本ではなく、原本とするのは類推解釈であるとする説<sup>3</sup>。

20

#### 3. 虚偽公文書作成罪の間接正犯

α 説：156 条の主体を作成権限ある公務員に限定する身分犯と解し、身分を有しない者(私人、権限を有しない公務員)による間接正犯を否定する見解<sup>4</sup>。

- β 説：「虚偽の申立て」(157 条)という態様で行う間接正犯については 156 条に当たらないとし、それ以外の場合は主体を問わず 156 条の間接正犯とする見解<sup>5</sup>。

γ 説：156 条の間接正犯を一般的に認め、ただ、157 条に該当するときには法条競合により 157 条の罪のみを成立させる見解<sup>6</sup>。

### IV. 判例

#### 30 1. コピーの文書性 について

最高裁判所第二小法廷昭和 61 年 6 月 27 日決定<sup>7</sup>

<sup>1</sup> 最判昭 51・5・6 刑集 30 卷 4 号 591 頁。

<sup>2</sup> 川端博『刑法各論講義』(成文堂,2007 年)269 頁以下。

<sup>3</sup> 大谷實『刑法講義各論〔新版第 3 版〕』(成文堂,2009 年)429 頁以下。

<sup>4</sup> 香川達夫『刑法講義各論[第 3 版]』(成文堂,1996 年)274 頁。

<sup>5</sup> 西田典之『刑法各論[第 4 版補訂版]』(弘文堂,2009 年)337 頁。

<sup>6</sup> 川端博『刑法各論[第 2 版]』(成文堂,2010 年、)553 頁。

<sup>7</sup> 刑集 40 卷 4 号 340 頁。

＜事案の概要＞

多額の借金の返済に窮していた被告人が、公文書である営林署との国有林の売買契約書の金額欄を改ざんして変造したうえこれを行使し、売買代金名下に金員を騙取するなどした事件。

5 <判旨＞

「・・・被告人は、行使の目的をもつて、ほしいままに、・・・営林署長の記名押印がある売買契約書二通の各売買代金欄等の記載に改ざんを施すなどしたうえ、これらを複写機械で複写する方法により、あたかも真正な右各売買契約書を原形どおりに正確に複写したかのような形式、外観を有するコピー二通を作成したというのであるところ、これらコピーは、原本と同様の社会的機能と信用性を有すると認められるから、被告人の右各所為は、

10 いずれも刑法一五五条一項の有印公文書偽造罪に当たると解するのが相当である」

**2.虚偽公文書作成罪の間接正犯について**

大審院昭和15年4月2日<sup>8</sup>

15 <事案の概要＞

村の助役が情を知らない村長に虚偽の記載を行った文書に署名させた事案

<要旨＞

「村長ノ作成スヘキ軍事扶助調書ニ虚偽ノ事項ヲ記載シテ情ヲ知ラサル村長ニ呈示シ村長ヲシテ右記載事項ヲ認識シ同調書ヲ作成スル意思ヲ以テ之ニ署名捺印セシメタルトキハ刑法第156条ノ間接正犯ヲ構成ス」

20

**V. 学説の検討**

**1. 補助公務員の文書作成権限について**

まずA説について、公文書偽造罪における偽造とは、公文書の作成名義人以外の者が、権限なしに、その名義を用いて公文書を作成することを意味するところ、作成権限は、作成名義人の決裁を待たずに自らの判断で公文書を作成することが許されている補助者も、その内容の正確性を確保することなど、そのものへの授権を基礎づける一定の条件に従う限度においては補助者も作成権限を有している者といえることができるとする説である。

25

確かに、上司とその仕事を補助する機械的補助員の部下という2人の構成ですべての文書が作られるという古典的なイメージの下では、現在の複雑な文書作成業務は把握できない<sup>9</sup>。したがって補助公務員の作成権限をかかると認めるのが妥当なようにも思える。

30

しかし、実質的に作成権限を有しているかどうかの判断に「内容が正確であること」を考慮するということは、もし文書の内容が正確でなかったならば作成権限が認められな

<sup>8</sup> 大審院刑事判例集19巻181頁。

<sup>9</sup> 小名木明宏「補助公務員の作成権限」『現代刑事法 文書偽造罪論の現代的課題(No.35)』(2002年)60頁。

ったことになり<sup>10</sup>、文書の内容が正確であれば作成権限が認められることになる。このことは、刑法が公文書偽造罪(155条)と虚偽作成罪(156条)を区別している以上、文書内容が正確ならば作成権限があるという解釈は形式主義に反するものであるといえる<sup>11</sup>。

したがって、一律に補助者の作成権限を否定することにより、公文書の作成について信用を担保するという形式主義の要請に合致するB説を採用すべきである

## 2. コピーの文書性について

文書とは、文字または文字に代わるべき符号を用い、永続すべき状態において、物体上に記載された意思または観念の表示をいう。したがって、文書の要件として、人の意思・観念の表示、可視性・可読性、永続性が定義より導かれる。また、文書が証拠として保護されることから、名義人の認識可能性も必要とされる。

ここで問題となるのが、①人の意思・観念の表示、②名義人の認識可能性である。口説は、①についてコピーは写しの作成にすぎず、認証文言がない限りそこには意思表示は存在しないと解する。つまり、原本における意思表示は認証文言の存在によって「合意文書」としての写しに取り込まれるのであって、単なるコピーの場合には、そのような関係は認められない、とされる。②については、コピーはその作成者が文面に全く表示されないから、作成名義人が欠け、名義人の認識可能性が存在しないと解している。

しかしながら、社会生活上、取引においてあるいは事実証明のために、官公署等の発行した証明書に代えてそのコピーの提出が許容される場合も少なくないという実情に照らした時、フォト・コピーの文書性を一律に否定することが妥当かどうか、疑問なしとは言えないことから、口説を採用できない。

この点、イ説は、従来の「写し」は手書きによるものであったが、現在ではコピーはあらゆる分野に普及し、しかも高度の複写技術によって原本と寸分たがわずに、そのまま再現できるため、その社会的有用性・機能およびこれに対する一般人の信頼も原本に対するのとなら変わらない、という現状に立脚しており、①を満たす。加えて、②について、認証文言のない写真コピーであっても、原本の名義人が原本の「交付」によって、写しを作成することを事前に包括的に許諾したと考えられることから、現実にはコピーを作成する者はその作成の真正を保証することをせず、むしろ原本に「代えて」これを使用する旨を表明していると解すべきである。したがって、原本の名義人が複写文書についても成立の真正の責任主体、すなわち作成名義人とされる。以上より、①②の要件を満たしコピーも刑法上の文書となりうるのである。

よって、検察側はイ説を採用する。

## 3. 虚偽公文書作成罪の間接正犯について

<sup>10</sup> 前掲・小名木 61 頁参照。

<sup>11</sup> 前掲・西田 363 頁参照。

(1) α 説について

α 説は、157 条が客体を制限し、刑を減輕しているのは 156 条の間接正犯についてはその範囲に限って処断するとの趣旨と解し、さらに作成権限のない公務員は「公務員」にあらず実行行為者たりえないことを根拠とする。しかし、後述の通り、157 条の趣旨は 156 条の間接正犯形態のうち、日常、頻繁におこなわれるもので当罰性の軽いものについて定型的に法定刑を軽減したものである。また、非身分者であっても、情を知らない身分者を利用して公文書の内容的真実性の偽りという構成要件的結果を実現する以上、間接正犯たりうる。

よって、検察側は α 説を採用しない。

10 (2) β 説について

β 説は、157 条の減輕処罰の根拠が「虚偽の申立て」は日常的に犯しやすい誘惑的な行為であることから行為者の責任が減少する点にあることを根拠とし、「虚偽の申立て」という行為態様の場合には 157 条の存在を考慮して、156 条の間接正犯を不可罰とする。

しかし、申立て以外の方法で虚偽公文書を作成させることが現実的に考えられるかというほとんどレアケースであろう。156 条の間接正犯を肯定する根拠を後述するとおり第三者が公務員をして虚偽の公文書を作成させ、もって文書の信用性を破壊することは可能である点に求めるならば、β 説は虚偽の申立てによっても法益侵害が可能であることを看過することになる。

よって、検察側は β 説を採用しない。

20 (3) γ 説について

γ 説は、作成名義人たる公務員を利用して公文書に虚偽の記載をなさしめる行為は、157 条に該当しない限り、常に 156 条の間接正犯として処罰されるとする。

犯罪は、形式的には法規範の命令禁止に違反することであるが、実質的には利益の侵害である。理論上は、あらゆる犯罪について間接正犯が成立するというべきであって、唯一の制限は、事実上の間接正犯を容れる余地がない場合にのみこれを除外するにすぎない。そして、第三者が公務員をして虚偽の公文書を作成させ、もって文書の信用性を破壊することは可能である。したがって、156 条の間接正犯を否定すべき理由はない。

もともと、157 条にあたる場合には、法条競合によって同条の罪が成立するとすれば足り、156 条と 157 条の刑の不均衡については、157 条は日常しばしば起こる事例について規定しており、このような場合には行為者も一般人も常識上これを公文書の偽造に属する一般の場合とは同様に考えないので、特にこれを公文書一般の場合と区別して規定したと考えることができる<sup>12</sup>。

以上より、検察側は γ 説を採用する。

35 VI. 本問の検討

<sup>12</sup> 川端博『現代刑法論争Ⅱ[第2版]』(1997年、勁草書房)286頁。

## 第1. 甲の罪責について

1.(1)市民調査係長である甲が、市民課長の専決事項とされている印鑑証明書を正規の手続きを経ずに作成した行為について公文書偽造罪(155条1項)あるいは虚偽文書作成罪(156条)のどちらが成立するか。印鑑証明書の作成発行について分掌されているに過ぎない市民課調査係長の甲に、これを作成する権限が認められれば虚偽文書作成罪、認められなければ公文書偽造罪の検討を行う。

(2)この点につき、検察側はB説(否定説)を採用するところ、作成された文書の内容の如何にかかわらず、甲は補助者にすぎないため作成権限は認められないと考える。したがって以下において公文書偽造罪の検討を行う。

本罪が成立するには①「行使の目的で」、②「公務所若しくは公務員の印章若しくは署名を使用して」または、「偽造した公務所若しくは公務員の印章若しくは署名を使用して」、③「公務所若しくは公務員の作成すべき文書若しくは図画を」、④「偽造」したことが認められれば成立する。

(3)ア.本問において、甲は自ら作成し使用しようとして本件印鑑証明書を作成しているため①が認められる。

イ.また、戸籍住民基本台帳専用春日市市長之印と刻した市長公印という公務員の印章を押捺するという方法でしようしているため②が認められる。

ウ.そして、市民課長という公務員が作成権限を有している印鑑証明書を、あたかも正規の手続きを経て交付されたように装って作成しているため、③④も認められる。

2. よって甲の行為は有印公文書偽造罪の構成要件に該当する。

## 第2. 乙の罪責について

1. 乙は、甲の印鑑証明書をコピーした上で氏名欄を細工し、本物と同視できるような紙に再度コピーして、自己名義の印鑑証明書を偽造し提出している。この乙の行為は文書偽造罪にあたるか。コピーに文書性が認められ、原本性が認められるか否かが問題となる。

(1)この点、検察側はイ説(肯定説)を採用するところ、コピーであっても原本性が認められるため文書性があると考え。したがって、本件コピーを改造し、自己名義の印鑑証明書を偽造した行為に有印公文書偽造罪(155条1項)が成立しないか。本条の成立要件は前述の通りである。

(2)ア.本問において、まず乙は息子の奨学金申請書類に添付するために本件印鑑証明書を偽造しているから①「行使の目的で」といえる。

イ.また、既存の印鑑証明書を改造しているため、そこに押捺されている公務員の印章を使用していることになるのだから、②も認められる。

ウ.さらに、先述の通り印鑑証明書の作成発行は市民課長の専決事項であるから③も認められる。

エ.そして、自己名義の印鑑証明書を、手続きを経ずに本物と同視できるように偽造し

ているため、④も認められる。

2. したがって、丙の行為は有印公文書偽造罪の構成要件に該当する。

### 第3.丙の罪責について

5 1. 丙は公文書の作成権限がない公務員であるにもかかわらず、事情を知らない所長 A という作成権限を有する者をして、内容虚偽の現場審査合格書を作成させた。この丙の間接無形偽造行為に虚偽公文書作成罪の間接正犯(156条)が成立しないか。そもそも虚偽公文書作成罪に間接正犯が認められるのか、157条と関連して問題となる。

10 (1)この点、検察側は Y 説を採用するところ、作成名義人たる公務員を利用して公文書に虚偽の記載をなさしめる行為は、157条に該当しない限り、常に156条の間接正犯として処罰されるとする。157条は私人の虚偽の申立てによる特定の公文書の間接無形偽造を処罰するものであるが、丙は公務員であり私人ではないから、本問において丙には157条は成立しない。したがって虚偽公文書作成罪の間接正犯が成立しないか。本罪が成立するには、①「公務員が」②「その職務に関し」③「行使の目的で」④「虚偽の文書若しくは図画を作成」し、又は「文書若しくは図画を変造」したこと、に該当することを要する。

15 (2)本問において、丙は現場審査合格書の作成補助者であり、①にあたる。また、丙は、作成権限者たる公務員の職務を補佐して公文書の起案を担当する職員であるから、②といえる。さらに、虚偽の報告記載をなしてまで作成させているのであるから、当然③も認められる。

20 しかし丙は、事情を知らない A に内容虚偽の現場審査合格書を作成させており、丙自身が文書を作成したわけではないから、④に該当するか。間接正犯が認められるかが問題となる。

25 ア.この点、そもそも正犯とは正犯意思を持って実行行為を行う者である。そして、実行行為とは当該構成要件の予定する法益侵害惹起の直接的現実的危険性を有する行為をいうところ、これは他人を利用する場合であっても実現可能である。

したがって、(a)正犯意思を有し(b)他人を道具のように利用し、上記危険性を発生させた場合には間接正犯も正犯足りうると考える。

30 イ. 本問において、丙は自己の地位を利用し行使の目的をもってかかる合格書を作成しているから、(a)正犯意思が認められる。

また、丙は事情を知らない A に、虚偽の報告書を提出することによって誤信させ、一方的に道具として利用し、その報告書の記載通りに合格書を作成させているから (b)といえる。

2. したがって、丙の行為に虚偽公文書作成罪の間接正犯が成立する。

35

## VII. 結論

甲の行為について公文書偽造罪(155条1項)が成立し、甲はかかる罪責を負う。

乙の行為について有印公文書偽造罪(155条1項)が成立し、乙はかかる罪責を負う。

丙の行為について虚偽公文書作成罪の間接正犯(156条)が成立し、丙はかかる罪責を負う。

以上