

# 文書偽造罪における有形偽造の概念

佐 瀬 恵 子

## 目 次

- 1. 序 論
- 2. 文書偽造罪の意義
  - (1) 文書偽造罪の保護法益
  - (2) 有形偽造・無形偽造の概念
  - (3) 作成者・名義人の意義
- 3. 作成者と名義人の「人格的同一性」について
  - (1) 判例検討
  - (2) 代理権の冒用（逸脱及び濫用）の場合
  - (3) 私 見
- 4. 結 論

## 1. 序 論

近年、文書偽造罪の基本的理解に関する問題が議論にあげられている。これまで文書偽造罪に関しては、文書の意義、電磁的記録・コピーの偽造による文書偽造罪の成否といった問題が議論されてきたが、近年になって、文書偽造罪の「有形偽造」を判断する上で重要となる「名義人」及び「作成者」の概念に対する解釈について議論がなされている。

文書偽造罪は、文書に対する公共の信用を保護するものである。社会生活において、文書は、権利・義務関係の存在、また、社会生活上・法律上重要な事実関係の存在を示し、証明する手段となっている。つまり、文書は公衆に対して信用を与えるものであることから、文書を偽造・変造することは、公衆の文書に対する信用が害され、社会生活における文書による取引の安全が侵害されることになる。そこで、刑法は各種文書偽造の罪を規定し、罰則規定を置いて

いる。

しかしながら、文書偽造罪は文書の虚偽内容を総じて処罰するものではない。文書偽造罪の罰則は、「文書の作成者＝名義人であることについての信用性を担保するためのものである」と言われているように、その文書に虚偽の内容が記載されていたとしても、作成者と名義人が同一である場合には適用されない<sup>1)</sup>。これは、文書の作成者と名義人が同一であれば、文書内容を追求する人物が特定されているので、虚偽の内容に対しての責任を表示の名義人に帰属せしめることが可能となるからである。つまり、内容虚偽の文書により生じた信用の侵害は民事的解決などに委ねられ、文書偽造罪として処罰すべき対象とはされない。このような理解に立って、文書の作成者と名義人が異なる場合は「有形偽造」、文書の作成者と名義人が同一で、内容虚偽の文書である場合は「無形偽造」と称し、文書偽造罪は基本的に「有形偽造」を処罰するものと解されている。

しかし、近年、裁判所において、従来の「有形偽造」の概念に新たな解釈が用いられている。従来の判例・学説は、有形偽造を「文書の名義人以外の者が、権限なしに、その名義を用いて文書を作成すること」と解していたのに対し<sup>2)</sup>、近年、多くの裁判所において、有形偽造は「文書の作成者と名義人の間の人格的同一性の齟齬」があることと解されるようになってきている。これは同じ実体を指すと理解できるものではあるが、詳細にみると二つの定義には相違点が存在する。前者の定義は「名義人以外の者」が文書を作成するという、名義人ではない「別の人物」による文書の作成こそ「有形偽造」であることを明らかにしているのに対し、後者の定義は、作成者が名義人以外の「別の人物」であることを明示しておらず、単に「人格的同一性」に齟齬があればよいというものとなっている。後者の定義によれば、例えば、実際の作成者が資格や肩書を有していないにもかかわらず、文書に表示された名義人は資格や肩書を有していると理解されるような文書であった場合、作成者と名義人は人物としては同一であったとしても、作成者と名義人の人格的同一性に齟齬があると解することができる。このため、有形偽造に「作成者と名義人の人格的同一性」の定義を用いることによって、「無形偽造」として処罰の対象となっていない内容虚偽の文書作成行為を「有形偽造」に含めて処罰することが可能となるのである。近年、資格・肩書の冒用の場合、代理名義の冒用の場合などが問題となる判例におい

て、この「文書の作成者と名義人との間の人格的同一性」という定義が採用され、有形偽造として処罰される事案が増えている現状にある。

「人格的同一性」の齟齬を基礎とした新たな「有形偽造」の概念を明らかにするためには、この定義における「名義人」と「作成者」の概念は何か、また、この定義に基づき「有形偽造」・「無形偽造」の判断はどのように行われるべきかについて検討を加える必要があると思われる。また、それと同様に、これまでも議論の対象となっていた「代理権の冒用」につき、いかに解するかについても検討すべき必要があるであろう。

本論文では、文書偽造罪における肩書の冒用が問題となった近時の裁判例を参考としながら、「文書の作成者と名義人との間の人格的同一性の齟齬」を基礎とした新たな「有形偽造」の概念について考察を行っていくものとした。

## 2. 文書偽造罪の意義

### (1) 文書偽造罪の保護法益

文書偽造罪の保護法益は、「文書の信用と法律的取引の安全」と考えられている。また、文書偽造罪の客体としての文書は、「一般に、文字又はこれに変わるべき可視的符号により、一定期間永続すべき状態において、ある物体の上に記載した人の意思・観念の表示」であり、「その名義人が認識可能」なもの<sup>4)</sup>を指すと解されている。文書偽造罪では、立法主義に基づき、文書に対する公共の信用を保護する内容につき2つの見解が存在する<sup>5)</sup>。これらは、文書偽造罪において「形式的側面における真正性」を保護すべきか、あるいは「実質的側面における真正性」を保護すべきか、という点で異なる見解を示している。

文書では、「文書の名義人の部分が文書の形式的側面であり、意思表示の内容部分が実質的側面」といえる。文書偽造罪では、形式的側面における真正性を保護すべきか、実質的側面における真実性を保護すべきかで見解の対立があり、前者を形式主義、後者を実質主義とよんでいる。形式主義は、作成名義の真正性を保護するものであるため、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を罰すべきであるとする。これに対し、実質主義は、文書内容の真実性を保護するものであるため、内容が虚偽である文書を作成する行為を

処罰すべきであるとしている。

わが国の刑法は形式主義を基調として<sup>7)</sup>いる。文書に対する公共の信用は、作成権限者によって真正にその文書が作成されたかどうかに向けられ、文書は名義人の意思に反して作成されてはならない。したがって、内容が真実であるとしても、名義人でない者が権限なく名義を冒用して文書を作成する行為は禁止する必要がある。こういった見地から文書偽造罪は、文書から認識可能な真正の「名義人の意思・觀念の表示を証明する証拠」として保護の対象とされている。故に、刑法は形式主義に基づき、私文書偽造罪（刑法159条）に関しては、原則として有形偽造のみを処罰することとしている。有形偽造のみを処罰の対象としているのは、有形偽造の場合、作成名義が偽られることによって、文書の受取手において作成者が誰であるかを知ることができなくなり、事後的に作成者の責任を追及することが困難となるためである。これに対し、文書内容の真実性に虚偽があるに過ぎない「無形偽造」の場合には事後的に作成者の責任を追及することが可能であるという点から、無形偽造よりも有形偽造の当罰性がより高いと考えられている<sup>8)</sup>。しかし、ここにおいて、資格・肩書を偽った内容の文書を「有形偽造」と解することは可能かが問題とされている。なぜなら、文書の作成権限・資格を偽った場合や、肩書を偽った場合は、文書の名義人が特定されている内容虚偽の文書ということになるため、本来「無形偽造」に該当することとなるからである。このような問題を受け、文書に対する公衆の信用は、内容の真実にも向けられることがあるから、資格・肩書を偽った内容である場合も「有形偽造」として処罰すべきであるとの意見がある。確かに、公文書・特殊な私文書については、記載内容の真実性を確保するため、虚偽の記載を処罰する規定がおかれているが（刑法156条・160条）、あくまでもこの規定は特殊な文書に限られるものであり、立法者は「公文書・私文書を通じて形式主義を採用し、内容の真実性が証明手段として重要性を有する公文書・及び診断書等の特別の私文書に限って実質主義を採用した」と考えられるため、基本的に文書偽造罪は名義人の真正性を保護するものであると解すべきである<sup>9)</sup>。そして、その上で、資格・肩書を偽った場合が、どのような観点から名義人の真正性を害するものであるか検討すべき必要があると思われる。

## (2) 有形偽造・無形偽造の概念

文書偽造の概念には、狭義の意義と広義の意義がある。狭義の意義における文書偽造とは、「文書の作成そのものを偽ること、すなわち、他人の作成名義を冒用して文書を作成すること」<sup>10)</sup>である。これは「有形偽造」といわれるものである。これに対し、広義の意義における文書偽造は、有形偽造のほか、「無形偽造」を含むものを指す。つまり、広義の意義における文書偽造は、他人の名義を冒用して文書を作成する「有形偽造」と、本人が内容虚偽の文書を作成する「無形偽造」とがある。そして、わが国において、有形偽造は、公文書・私文書を通じて原則として処罰の対象となっているのに対し、無形偽造は内容の真実性が重視される種類の文書に関して処罰されているに過ぎないものであるため、通常、「文書偽造」というときは有形偽造を指すものである。

既に述べたように、「無形偽造」であっても内容の真実性が重視される文書に関しては処罰されるべきであるため、公文書に関しては、刑法156条で広範囲に無形偽造が処罰の対象となっている。これに対し、私文書に関しては、刑法160条における、「医師が公務所に提出すべき診断書、検案書又は死亡証書」に限って処罰されている。このことから、特に私文書偽造においては特殊な場合に限って無形偽造を処罰していることが理解される<sup>11)</sup>。このため、私文書偽造罪において名義人の資格・肩書を偽るといったような、資格・肩書の冒用によって文書を作成した場合、これを「有形偽造」とみるべきか「無形偽造」とみるべきかについては学説上争いがある。また、資格・肩書の冒用と並んで、代理名義又は代表名義の冒用によって、代理文書又は代表文書を作成する行為もまた、有形偽造とすべきか無形偽造とすべきかが問題となっている。近年の裁判所の判断や学説は、資格・肩書の冒用や代理・代表名義の冒用の事案を有形偽造として処罰する傾向にある。

有形偽造となるか、無形偽造となるかについて、近年、裁判所や多くの学者が、当該文書の作成者と名義人との「人格的同一性についての齟齬 (Täuschung über die Identität der Person, Identitätstäuschung)」という定義を用いて、判断を行っている<sup>12)</sup>。ここでいう「人格的同一性」とは、「氏名その他称号の同一性のことではなく、氏名とか称号を通して知り得られる人格的同一性」を指すものといわれている<sup>13)</sup>。現在、わが国の判例も多くがこの定義を採用し、有

形偽造か無形偽造かの判断を行っている（なお、「人格的同一性」を用いて有形偽造か無形偽造かに関する判断を加えている判例については後述するものとする）。

### (3) 作成者・名義人の意義

文書と認めるためには、文書に記載される意思・観念の担い手が誰であるかを、文書から読み取ることができなくてはならない。文書の意思・観念の担い手は「名義人」と呼ばれている。そして、文書の作成者とは、文書を表示した者を指す。作成名義のない文書や出所不明の文書は、一般的に信用を受けるものではない。したがって、作成名義のない文書の内容が虚偽であってもその偽造を文書偽造罪として処罰するに足りるものとは考えない。作成者と名義人が一致する文書は、真正に作成した文書であるから真正文書と呼ばれ、両者が一致しない文書は不真正文書と呼ばれる。不真正文書の作成は、他人名義の冒用であり、文書偽造行為となる。このため、文書偽造罪として処罰される行為かを判断する上で、名義人及び作成者の意義を明確にすることが重要である。

文書の作成者と名義人との区別については争いがあり、作成者の意義においていくつかの学説が存在している。第一は観念説<sup>14)</sup>と呼ばれる学説である。観念説とは、文書の作成者は文書における思想の表示者であり、それはつまり文書の名義人にほかならないという学説である（又は精神性説と呼ばれる）。第二は事実説<sup>15)</sup>と呼ばれる学説である。事実説とは、名義人は思想の主体であり、作成者は名義人の思想を文書に事実上記載した者であるという学説である（又は物体化説と呼ばれる）。第三は効果説<sup>17)</sup>と呼ばれる学説である。効果説とは、作成者は文書から生じる効果を帰属しうる者であるという学説である。最後は法的責任説<sup>18)</sup>と呼ばれる学説である。法的責任説とは、作成者は文書作成についての法的責任を負う者であるという学説である。これらの学説は、他人に執筆を依頼して文書を作成させる場合において、執筆者を作成者とするか、執筆依頼者を作成者とするかで見解が分かれている。執筆者を作成者とする見解は事実説、執筆依頼者を作成者とする説は観念説である。さらに効果説では、文書の効果が帰属される主体が作成者となるので、作成者は執筆依頼者となり、また、法的責任説では、作成者は法的責任追及が可能な者となるので、執筆依頼者となる。

事実説によるときは、他人に依頼して文書を作成する場合、たとえば、依頼人が作成者に文書の代筆を依頼する場合などにおいては、作成者と名義人の一致しない不真正文書が作成されると解されるため、文書偽造行為に当てはまることになる。しかし、他人に依頼して文書を作成することは日常的に通常行われていることであるから、事実説のような理論構成は日常感覚に合致しないものであるといえよう。次に効果説であるが、効果説は以下の点で妥当性に欠けることが指摘されている。第一に、自己名義で作成した文書であっても公序良俗違反により法的効果が作成名義人に帰属しない場合が問題となること、第二に、事実証明文書について、文書内容に対応した法律効果が作成名義人に帰属するということが問題とならないこと、第三に、法律効果は文書内容にかかわることなので、文書の証拠性と直接関係がなく、「作成名義人から授与された作成権限を逸脱して文書が作成されたときでも、民法上の善意者保護規定により文書内容に対応した法的効果を追及できる場合には有形偽造が否定されることになる」という点である。<sup>19)</sup>ここで指摘されているように、文書は意思・観念の表示を証明するものとして保護の対象とされていることを考慮すれば、意思・観念の表示の証拠として使用できるかという問題と、証拠により証明されるべき実態関係に対応する法的効果が肯定されるかという問題を区別すべきであるため、この意見には賛成である。<sup>20)</sup>最後の法的責任説であるが、この学説における文書の法的責任が何に基づくものかが明確になっていないため、採用することはできないものと思われる。以上により、作成者の概念は観念説が妥当である。

しかし、観念説を採用する上で注意をしなければならないのが代理権の冒用の場合である。代理権の冒用には、無権代理のように、代理権が全くない者が代理権を冒用する場合や、代理権者が代理権を逸脱する場合、また、代理権者が代理権を濫用する場合が考えられる。たとえば、無権代理による文書偽造は、代理権のない乙が甲代理人乙名義の文書を作成する場合であるが、観念説からすると、ここにおける文書の思想の表示者は代理権のない乙であり、文書名義人は甲の代理権を有する乙と解することができる。これは、本人にあたる甲が実際に乙に対し文書作成を依頼したわけではなく、乙が甲の代理権を勝手に冒用した例であるため、文書の作成者が代理権のない乙ということが理解される。しかし、それに対して、代理権の逸脱・濫用の場合においては、本来甲の代理

人たる乙がその権限を逸脱・濫用した文書を作成するということになるため、その文書の思想の表示者は本人たる甲と理解されることとなる。ここにおいて、少なくとも乙は甲の代理権を有する代理人であるため、乙が文書を作成する場合は、甲の依頼に基づいて行われていると解されるからである。しかし、このように解することは、民法の規定に照らして妥当ではないように思われる。代理権の逸脱・濫用の場合においては、乙が甲の代理権を有して甲代理人乙名義の文書を作成しているならば、その作成者は本人ではなく、あくまでも「権限を逸脱した（濫用した）甲代理人乙」と理解し、そこで名義人として理解される「甲代理人乙」との人格的同一性の齟齬があるかどうか検討を行っていくべきであると思われる。<sup>21)</sup>

同様に、文書の名義人の意義についても問題がある。まず、作成名義のある文書とは、氏名又は称号の記載がある文書ということではなく、氏名、称号、筆跡、内容などによって作成者たる人格が知られうる文書をいう。つまり、ここでの氏名や称号は人格を特定する人格形成要素に過ぎないものである。<sup>22)</sup>そして、その符号に基づき、一般人が認識しうる文書の意味・観念の担い手を名義人としている。名義人を特定する場合に問題となるのが、たとえば、依頼者が、代理人又は代表者をして代理文書又は代表文書を作らせる場合である。この場合、依頼者本人が名義人であるのか代理人又は代表者が名義人であるのかが問題となる。裁可名義人説は、名義人を、思想内容の帰属者、文書の効果の帰属主体として理解し、裁可者こそが名義人であるとする立場から、代理文書又は代表文書の名義人は本人であるとする。<sup>23)</sup>通説も法的効果が直接に本人に帰属するという理由から、本人名義の文書と解しており、近年有力な学説も、名義人は文書の作成について責任を負うべき者であるという理由から、本人名義の文書と解している。<sup>24)</sup>しかし、名義人の概念は、法的効果の帰属主体ではなく、意思・観念の表示主体として理解すべきであり、また、代理文書・代表文書は代理人又は代表者が、本人のために、自己の意思・観念を表示している文書であると考えられることから、代理文書又は代表文書の名義人を本人とすることについては問題がある。この問題については、基本的に代理文書の名義人は代理人であると解すべきであるが、その際には、代理・代表資格を冒用・逸脱・濫用する場合など、それぞれにおいて検討されるべき問題がある。また、有形偽



造を判断する上で採用されている「作成者と名義人との人格的同一性の齟齬」という判断基準をもって、代理権の冒用・逸脱・濫用における有形偽造の判断についても詳細に検討を行う必要があるため、別途後述していきたいと思う。

### 3. 作成者と名義人の「人格的同一性」について

#### (1) 判例検討

かつて、文書偽造罪における有形偽造及び無形偽造の判断は、「文書の名義人以外の者が、権限なしに、その名義を用いて文書を作成すること」<sup>23)</sup>であるとされていた。その後、現在でも多く用いられている「文書の作成者と名義人との間の人格的同一性を偽ること」といった有形偽造の概念が定着を見せるようになるのだが、この有形偽造の概念を始めて明言したのは、最高裁昭和59年2月17日の判決である。これは、被告人が他人Aの氏名を通称として用い、A名義で文書を作成・提出した事案<sup>26)</sup>である。そして、その後の文書偽造罪が問題となる判例においても、文書偽造の本質は、「文書の作成者と名義人との間の人格的同一性に齟齬を生じさせた」点にあるとして本判決を引用し、私文書偽造罪を肯定した判例が多く見られるようになった。例えば、弁護士資格のない被告人が、同姓同名の弁護士Aの存在を利用して、弁護士であるように偽り文書を作成した事案<sup>27)</sup>や、他人Bの名義を用いて、虚偽の生年月日・住所・経歴等を記載し、被告人の顔写真をはりつけた履歴書・雇用契約書を作成・行使した事案<sup>28)</sup>などがあげられる。

以上のように、近年、名義人が資格や肩書を冒用して内容虚偽の文書を作成した場合であっても、文書の性質や文書が与える社会的信用性の程度が高い場合は、有形偽造として処罰する傾向となっている。そして、その際に用いられる概念が「文書の作成者と名義人との間の人格的同一性を偽ること」である。この概念を用いて判断を行った最も新しい最高裁の決定があるので、本決定につき検討を加えていきたいと思う。

それは、最高裁平成15年10月6日の決定である。本事案は、「国際旅行連盟(ITA)」なる団体が発給者として表示された国際運転免許証様の文書を作成したことにつき、有印私文書偽造罪で起訴された事案である。私文書偽造罪におい

ては、基本的に有形偽造が処罰の対象となり、無形偽造は不処罰となると考えられていることから、本事案は、有形偽造か無形偽造かを判断するために必要である「文書の名義人の特定・限定」が問題とされた。そこで、弁護人は、「国際旅行連盟」はメキシコに実在する民間団体であり、被告人は同団体から本件文書の作成を委託されていたものであるから、作成名義に偽りのない内容虚偽の文書を作成したにすぎず、無形偽造であるとして私文書偽造罪は成立しないと主張した。このような事案につき、第一審の東京地裁（東京地判平成13・12・25）は、「私文書偽造罪の本質は、文書の作成者と名義人の間の人格的同一性を偽ることによって、文書に対し社会一般が抱く公共の信用を害することにあると解される（最決平成5・10・5刑集47巻8号7頁参照。）から、問題となる文書の名義人を決定するに当たっては、文書に記載されている団体名や個人名等のほか、文書の形状や記載内容、更には文書から窺われる使用目的なども考慮した上で、その文書から認識される人格主体は誰かを判断するのが相当である」との判断を行った。さらに、本件について、「本件国際運転免許証様の物の名義人は、上述したように、『ジュネーブ条約に基づき国際運転免許証を発給する権限を有する団体としてのITA』と解されるところ、そのような団体が実在しない以上、それは弁護人が主張するITAなる団体とは別の人格主体とすべきであるから、被告人が上記白色冊子型の台紙にゴム印等を使用して判示行為に及び本件国際運転免許証様の物を作成した行為は、架空団体名義による文書を偽造した行為に当たると解することができる。」として私文書偽造罪の成立を肯定した。

以上のような第一審判決を不服として被告人・弁護人から控訴がなされたのだが、その後、第二審たる東京高裁は第一審判決を踏襲して以下のように判示した（東京高判平成14・5・28）。名義人の特定については、「単に名義人記載部分だけを局所的に取り上げて判断するのではなく、公共の信用の観点から、文書全体の記載や形状、及び、これらの点から窺われる当該文書の機能、性質等をも含め、総合的かつ合理的に判断す」べきであるとし、本件については、「被告人が、いわゆる虚無人名義の文書を、その名義人が実在し、真正に作成したと誤信させるようなものとして作成したことに帰する」とし、第一審と同様の理由により、第一審判決を維持して文書偽造罪の成立を肯定した。

これに対し、被告人側から上告がなされた最高裁は、最終的に以下のように判示した。「(本件文書の)形状、記載内容等に照らすと、本件文書は、一般人をして、ジュネーブ条約に基づく国際運転免許証の発給権限を有する団体である国際旅行連盟により作成された正規の国際運転免許証であると信用させるに足りるものである」とし、「本件文書の記載内容、性質などに照らすと、ジュネーブ条約に基づく国際運転免許証の発給権限を有する団体により作成されているということが、正に本件文書の社会的信用性を基礎付けるものといえるから、本件文書の名義人は、『ジュネーブ条約に基づく国際運転免許証の発給権限を有する団体である国際旅行連盟』であると解すべきである。そうすると、国際旅行連盟が同条約に基づきその締約国等から国際運転免許証の発給権限を与えられた事実はないのであるから、所論のように、国際旅行連盟が実在の団体であり、被告人に本件文書の作成を委託していたとの前提に立ったとしても、被告人が国際旅行連盟の名称を用いて本件文書を作成する行為は、文書の作成者と名義人との間の人格的同一性を偽るものであるといわねばならない」として、被告人に対し有印私文書偽造罪の成立を認めた原判決の判断を正当として上告を棄却した。<sup>29)</sup>

最高裁は「国際旅行連盟」を実在の団体として認識し、被告人は実在の団体から文書の作成を委託されていたと解している。このため、本件は当該団体がそもそも文書の作成権限を有していないという「資格冒用の事例」と考えられ、有形偽造における名義人の特定につき問題が生ずるものとなった。これにより、本決定は、「資格冒用の事例」における名義人の特定について、最高裁として初めての判断を示したという点において重要な意義をもつものであるといわれている。<sup>30)</sup>

本件について最高裁は、「国際旅行連盟」は実在する団体であり、被告人は「国際旅行連盟」から文書作成の委託がなされていたとの理解に立っている。このように考えれば、作成者は作成名義の冒用がなく、国際旅行連盟が国際運転免許証を発給する権限がないのにあるように装った「資格・肩書の冒用」として無形偽造と解することも可能となる。しかし、最高裁は、私文書偽造罪における「有形偽造」・「無形偽造」の区別のための名義人の特定を、昭和59年の最高裁判決において示された「文書の作成者と名義人との間の人格的同一性の齟齬」

の有無に基づいて判断を行うこととし、国際運転免許証という文書の性質や社会的信用性に言及し、当該文書の名義人を単に「国際旅行連盟」という実際の団体ではなく、「国際運転免許証の発給権限を有する国際旅行連盟」と解している。このように解すれば、当該作成者と名義人との間には「国際運転免許証の発給権限を有しない国際旅行連盟」と「発給権限を有する国際旅行連盟」というように人格的同一性に齟齬が生じていることとなり、有形偽造として処罰することが可能となる。<sup>31)</sup>

しかしながら、「作成者と名義人との間の人格的同一性の齟齬」といった判断基準を広く適用してしまうと、従来基本的に不可罰であると解されてきた「資格・肩書の冒用」の事例が有形偽造と解され、処罰範囲が拡大されてしまうことも否定できない。こうなってしまうと、文書偽造罪の過度の犯罪化をもたらすおそれがあるため、当該判断基準を用いる際には、当該文書が資格・肩書がなければ作成することの許されない性質を有していることや、名義人の特定に関する記載内容や文書が利用される際の状況、事後的な責任追及性など、文書の性質や文書から生ずる社会的信用性の内容から名義人を特定し、その実質的違法性を検討することが重要であると考えられる。<sup>32)</sup>

これを本件についてみるに、当該国際運転免許証様の文書は、一般人をして、ジュネーブ条約に基づく国際運転免許証の発給権限を有する団体である国際旅行連盟により作成された、正規の国際運転免許証であると信用させるに足りるものであり、その文書の性質からも高い社会的信用性を有するものであるといえる。このことから、最高裁決定が、国際運転免許証の性質及び社会的信用性も考慮した上で、「文書の作成者と名義人との間の人格的同一性」といった判断基準を用いて、作成者と名義人との間の人格的同一性に齟齬ありと判断し、私文書偽造罪成立を肯定したことは妥当であったと思われる。

このとき、もしも、文書自体が資格・肩書がなければ作成することのできない性質の文書ではなく、そこから生じる一般的な社会的信用性の程度も低い場合であるならば、当該文書偽造行為は「作成者と名義人の人格的同一性に齟齬がある」有形偽造として、文書偽造罪の構成要件に該当するものであっても、文書偽造罪の保護法益を著しく侵害するものではなく、また、処罰に値すべき違法性を備えている行為であるとはいえない可能性が生ずることに注意しなく

てはならない。このような場合であるならば、当該行為は有形偽造として文書偽造罪の構成要件に該当するとしても、違法論において可罰的違法性に欠けるものであると理解されうる。つまり、そのような有形偽造は、文書偽造罪が予定していた程度の可罰的違法性を有しないものであることから、処罰すべき違法はなく、不可罰となると解すべきであろう。

## (2) 代理権の冒用（逸脱及び濫用）の場合

資格・肩書の冒用の問題と並んで、代理名義又は代表名義の冒用によって代理文書又は代表文書を作成する行為が、有形偽造となるか無形偽造となるかについて問題が生じている。代理名義・代表名義の冒用の場合は、今日、無形偽造として不可罰とする見解や判例はみられず、有形偽造と解釈して処罰の対象となっている。

代理名義・代表名義の冒用を有形偽造と解する見解の中で、通説的な見解として本人名義人説がある。本人名義人説は、代理文書又は代表文書は、本人のために作成されたものであり、その文書の法律効果が直接本人に帰属するから、代理文書又は代表文書の名義人は本人であり、代理資格又は代表資格をもたない者がその資格を冒用して代理文書又は代表文書を作成する行為は、作成権限がないのに他人名義を冒用して文書を作成することとなるため、有形偽造に当たるとされている。しかし、この見解は民法99条1項「代理人がその権限内において本人のためにすることを示してした意思表示は、本人に対して直接にその効力を生ずる」<sup>33)</sup>という規定と矛盾が生じるものである。民法99条1項の規定<sup>34)</sup>に従えば、代理人はその権限に基づき自ら代理文書を作成し、自身の意思表示をなすことが可能であると考えられるため、代理文書・代表文書の名義人は代理人と解すべきであるように思われる。ここで、代理・代表資格の冒用につき、有形偽造の判断に「作成者と名義人の人格的同一性の祖語」の定義を採用しながらいかに解すべきかについて検討を行っていきたい。

代理・代表名義に関する問題は、以下の3つの場合に分けることが可能である。第一に代理・代表資格の冒用の場合（無権代理の場合）、第二に代理・代表資格の逸脱の場合、第三に代理・代表資格の濫用の場合である。第一の「代理・代表資格の冒用の場合」は、代理資格を全く有しない者が他人の代理人として意思表示をすることであり、すなわち、無権代理を指すものである。第二の「代

理・代表資格の逸脱の場合」は、代理資格を有する代理人が、その権限を超えて代理人として意思表示する場合を指すものである。第三の「代理・代表資格の濫用の場合」は、資格を有する代理人又は代表者が、その権限内の事項につき、権限を与えられた趣旨に反して文書を作成する場合を指すものである。

第一の、代理・代表資格を冒用して文書を作成する場合、たとえば、代理資格又は代表資格を有しない乙が、「甲代理人乙」又は「甲代表者乙」と記載した代理文書又は代表文書を作成した場合であるが、そこにおける「甲代理人」という表示は、一つの資格を示すいわば「肩書」であって、作成名義そのものではないと解することが可能である。したがって、「肩書」の中に他人の氏名を冒用したとしても、これはむしろ無形偽造と考えることもできよう。しかし、代理資格を全く有しない者が代理人を偽って代理文書を作成する行為が処罰から免れるというのも妥当ではない。このため、わが国の判例・学説ではこれを有形偽造としている。

これを有形偽造とする考え方はいくつかの学説が存在する。第一の学説は、代理人の作成する文書においては、文書の作成者は代理人であるが文書の名義人は本人であるとの見地に立ち、代理資格に本人の名義を冒用して文書を作成するのは有形偽造であると解するものである（裁可名義人説<sup>35)</sup>）。この説は、代理文書における文書の作成者は代理人であるが、文書の名義人は代理人ではないという判断を行っている。この説によれば、第一の「代理・代表資格冒用の場合」も、第二の「代理・代表資格逸脱の場合」も、名義人は本人である甲であり、乙はその代理・代表の資格が全くない者、あるいは代理・代表権限を越えてしまっている者であるため、代理・代表文書を作成することは、代理・代表資格に本人甲の名義を冒用して文書を偽造することとなり、どちらも有形偽造となると解している。

第二の学説は、代理人が作成する文書においては、代理人と本人との合一したものがその名義人であると解するものである。この説によれば、第一の「代理・代表資格冒用の場合」も、第二の「代理・代表資格逸脱の場合」も、文書の作成者は代理人であるが名義人は代理人並びに本人であり、ここでは、作成名義の一部たる本人名義の冒用があるから有形偽造となると解する。本人が代理人と合一されて名義人となることの理由として、①代理人の作成する文書に

においては代理人の氏名よりも代理資格が取引上重要性を持つこと、②代理人が代理権限以外の事項についての文書を作成するときには、常に本人の作成名義を冒用した有形偽造となり、全く権限を有しない者が他人の代理名義を冒用することは、当然に本人名義の有形偽造となる<sup>30)</sup>ことがあげられている。

しかし、上記、有形偽造の二つの学説とも、名義人を本人、あるいは本人と代理人の合一と解することには疑問が残る。民法99条1項にあるように、代理人が本人のために代理文書を作成する場合、その代理文書の名義人を本人と解することは難しいように思われる。代理人が本人の意思表示を代筆するだけの存在と考えるならば、名義人が本人であると解することは間違いではないと思われるが、一般的に、代理人が代理文書を作成する場合は、代理人自身の意思表示を文書に記載するが多い。故に、一律に代理文書の名義人を本人と解することには賛成しがたい。代理権冒用の事例であっても、すべて当然に「本人名義」の冒用とすることは妥当ではないように思われる。ただし、第二の学説における「本人と代理人の合一」の意義が、文書の法的責任者として「本人」と「代理人」を合一したという意味ではなく、代理人の人格形成を明らかにするために「甲」の代理人という要素が必要であるという意味であれば、その見解は妥当なものであると思われる。そこにいう「甲」は「乙」の背後にいる法的責任の追及先を明らかにしているのではなく、あくまでも名義を明らかにする上での乙の人格形成要素の一つであると解する。つまり、名義人は「甲代理人である『乙』」となり、この意味において「甲と代理人の合一」したものと解しているのであれば、その見解は評価すべきものである。

代理・代表資格の冒用・逸脱・濫用については、まず、作成者及び名義人の意義を明らかにした上で、「作成者と名義人の人格的同一性」の概念に基づき判断するのが妥当であるように思われる。このような見解に基づく、第一の代理・代表資格を有しない作成者が代理・代表文書を作成する場合は、資格・肩書を冒用する場合と同様に考えることが可能である。代理・代表資格を冒用する場合、文書の作成者は、本人甲から依頼されたものではないから、「代理権又は代表権を有しない乙」となり、名義人は、文書における意思・観念の主体である「代理権又は代表権を有する乙」であるといえる。このように考えると、そこには作成者と名義人の間に人格的同一性が存しないから、有形偽造と解す

ことが可能である。

第二の、代理・代表資格を有する乙が代理権又は代表権を逸脱して「甲代理人乙」又は「甲代表者乙」と記載した代理文書又は代表文書を作成する場合は、当該代理文書又は代表文書において「代理権又は代表権を有しない乙」が作成者であり、意思・観念の表示主体としての名義人は「代理権又は代表権を有する乙」<sup>37)</sup>であると解することができる。このように考えれば両者の人格的同一性は認められず、その行為は有形偽造であるといえる。これに対し、有形偽造として処罰されるべきは「代理権を有する他人の作成した文書と信じさせる文書を作成した場合にのみ」<sup>38)</sup>限るべきであるとの意見がある。たしかに、たとえば代理権限を越えた事項につき文書を作成する行為があった際に、その文書から、一般的に作成者は代理権を有する「甲代理人乙」であると信じさせる場合もありえよう。例えば、会社の取締役や支配人のように代表権限の広い者が、代表権限を越えた事項について文書を作成した場合、一般的に作成者は会社の取締役・支配人であり、名義人も「会社の取締役・支配人」と考えられ、全く権限がない人物により作成された文書と信じる可能性は低いといえる。しかし、この場合でも、会社の取締役・支配人の権限を越えた事項につき文書が作成されているので、作成者は「その範囲内については権限のない取締役・支配人」であり、文書から認識される「権限のある取締役・支配人」とは人格的同一性に齟齬を認め、処罰の対象となる有形偽造と解すべきである。ただし、その上で、当該有形偽造が文書の公共の信用及び文書による取引の安全を害すべき違法な有形偽造かどうかは、違法論において検討すべきである。このとき、もし、社会一般に「会社の取締役・支配人」として権限外の内容につき文書を作成したことが、取引の安全を害する程度が低く、文書の信用を不当に害することがないのであれば、それは可罰的違法性に欠く行為であるため、処罰は免れるものと解すべきである。

最後に、第三の、代理資格又は代表資格を有する乙が、代理権又は代表権の範囲内において権限を濫用して「甲代理人乙」又は「甲代表者乙」と記載した代理文書又は代表文書を作成した場合であるが、この場合、作成者は「代理資格又は代表資格を有する乙」であり、名義人も「代理資格又は代表資格を有する乙」であると解することができるから、その行為は真正文書の作成であり有



形偽造ではない。これは、代理人が独立して自らの意思表示を示し、文書の作成を行っている場合と認められるからである。判例も、以前は代理権濫用の事案を処罰の対象としていたが、その後、本人の利益のためにしたときは文書の偽造ではないとし、さらに、権限内の事項に関する限り、権限の濫用があっても文書偽造罪を構成しないものと判断している。裁判所の判断の傾向からも、以上のように解することが妥当であるように思われる。<sup>39)</sup>

### (3) 私見

有形偽造と無形偽造の区別の基準を「作成者と名義人の人格的同一性」に求める場合、まず、第一に作成者と名義人の意義を明確にすることが重要である。作成者と名義人が人格的に同一であるか否かを判断するためには、両者の意義が明確にされることが必須であるからである。その際に、作成者の概念には観念説を採用し、文書の作成者は文書における意思・観念の表示者であると解する。観念説を採用すれば、依頼を受けて依頼者名義の文書を作成する場合、その文書の作成者は依頼を受けた者ではなく依頼者となるため、そこに両者の人格的同一性の齟齬は生じないことになる。また、名義人の概念は、文書において氏名、称号、筆跡、印章、内容などの人格を構成する要素をもって知りうる人格のことを指す。このような見解に基づき、作成者と名義人の意義を定めた上で、両者の人格的同一性に齟齬が生じている場合を有形偽造と解すべきである。

「人格的同一性の齟齬」は、これまでの有形偽造の判断として用いられた「他者の名義を冒用する」定義とは異なり、他人物の名義を冒用することに限定されているものではない。たとえ、作成者と名義人が自然的に見て同一人物であったとしても、文書に記載された人格形成要素によって全く別人格を作り出してしまったような場合は、「人格的同一性の齟齬」が認められる。

人格的同一性の齟齬の概念を採用する上で、第二に重要となるのが、有形偽造として処罰すべき違法性を有しているか否かを法益保護の見地から検討を行うことである。従来は、作成者と名義人が自然的に見て同一人物である場合は、他人の名義を冒用しているのではなく、内容虚偽の文書を作成しているに過ぎないとして無形偽造により不処罰と考えられていたが、「他者の名義を冒用する」定義が変わって「人格的同一性の齟齬」の定義が用いられるようになり、「資格・

肩書の冒用」など、本来不処罰とされていた無形偽造を処罰の対象である有形偽造へと変容させてしまう可能性が生ずることとなった。このため、「人格的同一性の齟齬」により処罰される有形偽造の範囲が拡大するという新たな問題を検討する必要性が生まれた。だが、これについては「可罰的違法性の理論」を採用することによって、問題に一応の解決をはかることが可能であると思われる。「人格的同一性の齟齬」の定義を用いることによって拡大してしまった有形偽造に、文書偽造罪の予定する可罰的違法性があるか否かで、処罰すべき有形偽造か否かを検討すべきである。可罰的違法性の有無を判断する基準は、その人格的同一性の齟齬が、文書との関係で、文書の信用性に対しどれほどの影響を与えるものかで判断すべきであろう。これは、文書の性質によっても変化するものであろうと思われる。ここでは、本稿で引用した最高裁の判断を用いて、当該文書が資格・肩書・権限がなければ作成することの許されない性質を有していること、名義人の特定に関する記載内容や、文書が利用される際の状況、事後的な責任追及性など、文書の性質や文書から生ずる社会的信用性の内容等を検討した上で、人格的同一性の齟齬が、文書が発する信用性に対しわずかばかりの影響しかもたらさないものであれば、その違法性は文書偽造罪によって罰すべき程の実質的違法性を兼ね備えていないと理解することができるため、可罰的違法性を欠き処罰を受けないものと解すべきである。

このような理解に立った上で、これまで議論の対象となっていた「代理権の冒用（逸脱・濫用）」に対して再考察を行うと以下のように解することができる。

無権代理のような場合である代理権の冒用の事例における有形偽造の判断は、資格・肩書を冒用する場合と同様に考えられる。ここでは、代理権を有していない作成者が、あたかも他人の代理権を有するような名義で文書を作成することとなるため、作成者と名義人の間に人格的同一性の齟齬が認められ、有形偽造であると解される。ただし、代理文書は資格・肩書を冒用する文書よりも法律行為にかかわる内容の文書であることから、代理文書を偽造する行為の可罰的違法性は資格・肩書を冒用して偽造する行為よりも高いものと理解されるため、その処罰範囲は広いと考えられる。

次に、代理権の逸脱及び濫用の場合であるが、この場合は、本人の代理権を有している者がその権限を逸脱・濫用して文書を作成する行為であるため、文

書の作成者は依頼者である本人であると解される場合も考えられる。しかし、民法99条1項に基づき、代理人の意思表示は社会生活上や、取引上においても代理人の意思表示として重要性をもつものであると考えられることから、代理人が代理文書を作成する場合、通説のように、その作成者及び名義人を一律に本人であると解することには疑問が生じる。乙が甲の代理権限を有し、甲代理人乙として代理文書を作成する場合は、作成者は「甲代理人乙」であり、その文書から表示される名義人も「甲代理人乙」と解すべきである。しかし、このとき、観念説を採用するのであれば、乙は甲の代理権を有する者であるから、文書の作成を依頼した甲こそが文書の作成者と解されるため、文書の作成者を「甲代理人乙」と解することはできないとの指摘がなされるであろうと思われる。確かに、観念説によれば、一見、代理権の逸脱・濫用の場合の作成者は甲本人と解されるように感じるが、そのように解することは民法の規定からも相容れないものであることを考慮すると、代理人は独立して文書の作成をしているのであるから、依頼による文書作成の場合についての観念説を適用する必要はないと考えるべきである。あくまでも代理人は独立して文書を作成している者であり、作成者は「甲代理人乙」と解すべきである。そうした理解に立った上で、代理権の逸脱・濫用の場合をいかに解すべきかであるが、代理権の逸脱の場合には、作成者は「代理文書内容につき代理権を有しない乙」となり、代理権の濫用の場合には、代理権を有する乙が代理権の範囲内において権限を濫用した場合であるため、「甲代理人乙」ということになる。その上で、文書から理解される名義人は、「甲代理資格を有する乙・甲代理人乙」ということになるため、前者の代理権逸脱の場合は有形偽造<sup>41)</sup>、後者の代理権濫用の場合は無形偽造と解することができる<sup>42)</sup>。そして、代理権逸脱の場合につき、文書偽造罪として処罰すべき実質的違法性を有しているかについては、代理権逸脱文書が社会的な信用性をどれほど害するものであるかによって判断すべきであろうと思われる<sup>43)</sup>。

#### 4. 結論

以上、文書偽造罪の有形偽造の概念に「作成者と名義人の人格的同一性の齟齬」を採用し、資格・肩書の冒用の場合にいかに適用されるべきかについて、

近年の判例をもとに検討を行ってきた。さらに、代理権の冒用・逸脱・濫用の場合に「人格的同一性の齟齬」という定義を用いて、作成者・名義人の定義を明らかにし、有形偽造の判断にどのような解釈を加えられるかにつき考察を行ってきた。

これまでの「他人の名義を冒用すること」という定義に変わり、「人格的同一性の齟齬」という定義が用いられ始めたことによって、「資格・肩書の冒用」により文書が作成された際に、その文書が社会一般に与える信用が大きい場合においても有形偽造として処罰することが可能となった。しかし、「資格・肩書の冒用」の場合をすべて有形偽造として処罰の対象とってしまうことは、文書偽造罪が形式主義を採用していることと相容れるものではない。故に、本稿で引用した最高裁決定のように、有形偽造として処罰される場合を、当該文書が資格・肩書がなければ作成することの許されない性質を有していることや、名義人の特定に関する記載内容や、文書が利用される際の状況、事後的な責任追及性など、文書の性質や文書から生ずる社会的信用性の内容から検討し、社会的信用性を害するにつき著しい影響を与える資格・肩書の冒用に限って処罰すべきであるとしたことは既に述べたとおりである。文書の社会的信用性に対し、いかなる影響を与えたかについては、文書偽造罪の規定が予定していた実質的違法性を有しているか否か、つまり、可罰的違法性の理論と関連づけて判断することがもっとも妥当であろうと思われる。当該最高裁決定は、有形偽造として処罰されるべき可罰的違法性の有無を判断する具体的内容を示したという意味においても重要な決定であったといえるであろう。

さらに、「人格的同一性の齟齬」という定義を用いることによって、これまで議論されていた代理権の冒用・逸脱・濫用につき、作成者及び作成名義人の意義、適用についての新たな解釈を導き出すことができたのではないだろうか。

代理権を冒用・逸脱・濫用する場合につき、有形偽造か無形偽造かを判断する上で重要となるのが、作成者と名義人の意義であるが、通説は、代理権を冒用・逸脱して代理文書を作成する場合、作成者あるいは名義人は「本人」であるとして、他人名義の文書を冒用する有形偽造であると解してきた。しかし、「人格的同一性の齟齬」という定義が用いられることによって、他人物の名義を冒用することが有形偽造であると限定する必要はなくなり、同一人物であった

としても、他人格を偽ることによって有形偽造と解することが可能となった。これにより、代理権冒用・逸脱の事例につき、作成者あるいは名義人に「本人」を用いて、作成者と名義人の間の他人性を求める必要はなくなったといえる。このことから、代理権を有する代理人が代理文書を作成する場合は、代理文書の取引上の重要性や、民法上の規定から、代理人が独立して代理文書を作成している場合であって、その作成者は代理人であり、名義人も代理人であると解したとしてもなんら問題は無いであろう。代理権を冒用する場合は、資格・印書の冒用の場合と同様に考え、作成者を「代理権限を有しない者」、名義人を「代理権限を有する者」として、人格的同一性に齟齬ありと解すべきである。このように、「人格的同一性の齟齬」という定義を用いることは、代理権の冒用・逸脱・濫用の事案における作成者・名義人の意義についても新たな解釈を導き出すものであるといえる。この点においても、「作成者と名義人の人格的同一性の齟齬」という定義は、非常に重要な意義を有するものであると思われる。

## 注

- 1) 山口厚『新判例から見た刑法』2008年275頁参照。
- 2) 山口厚『刑法各論 [補訂版]』2005年426頁以下参照。
- 3) 本稿において後述するが、最判昭和59年2月17日刑集38巻3号336頁(判時1120・138、判タ531・151)、最決平成5年10月5日刑集47巻8号7頁(判時1484・138、判タ838・201)、最決平成11年12月20日刑集53巻9号1495頁、最決平成15年10月6日刑集57巻9号987頁(判時1840・147、判タ1138・78)などがあげられる。
- 4) 大判明治43年9月30日刑録16輯1572頁。
- 5) 江家義男『増補 刑法各論』1969年126頁参照。
- 6) 川崎一夫『刑法各論 (30講)』2010年261頁参照。
- 7) 旧刑法では、文書偽造罪の保護法益は実質主義に基づき解釈されていた。旧刑法改正の過程において、実質主義から形式主義へと変容されたものである。これについて詳細なものに、山火正則「現行『文書偽造の罪』規定の成立過程」『西原春夫先生古稀祝賀論文集』第3巻1998年244～245頁参照。
- 8) わが国のみならず、ドイツにおいても通説・判例は形式主義を採用している。Schönke/Schröder StGB Kommentar 27. Aufl., 2006, § 267 Rn 1ff. また、それについて詳細なものに、園田寿「文書偽造罪における『偽造』の概念と精神性説 — 西ドイツにおける理論状況 —」1987年345頁以下、江家前掲注5 125頁以下参照。
- 9) 川崎前掲注6 262頁参照。
- 10) 江家前掲注5 134頁参照。
- 11) ドイツ刑法においても同様に理解されている。Maurach, Strafrecht, 5. Auflage, 1978,

S. 378ff.

- 12) Schönke, Urkundenfälschung und Zeiten mit fremdem Namen, in ; Probleme der Strafrechtserneuerung (Kohlrausch-Festschrift), 1944, S.360, Maurach, a.a.O., S.378ff., StGB LK 9.Aufl., § 267 Rn 126ff.
- 13) 江家前掲注5 135～136頁参照。
- 14) 作成者の概念について詳細なものに、松宮孝明「文書偽造罪における作成者と名義人について」立命館法学264号1頁以下、山中敬一「文書偽造罪における『偽造』の概念について — 作成行為帰属主体説の提唱 —」関西大学法学論集50巻5号2000年1頁以下、林幹人「有形偽造の新動向」『田宮裕博士追悼論集上巻』2001年445頁以下参照。
- 15) 川崎前掲注6 261頁以下、林前掲注14 445頁以下、中山研一『新版口述刑法各論』補訂2版2006年274頁、大谷實『刑法講義各論』新版第3版2009年432頁、大塚仁『刑法概説（各論）』第3版増補版2005年441頁参照。
- 16) 作成者の概念に事実説を採用しているものに、山中前掲注14 27頁参照。
- 17) 平野龍一『刑法概説』1977年254頁以下、町野朔『犯罪各論の現在』1996年312頁以下、山口厚『刑法各論』2010年437～439頁参照。
- 18) 今井猛嘉「文書偽造罪の一考察（4）」法協116巻6号88頁以下参照。
- 19) 島田総一郎「代理・代表名義の冒用、資格の冒用」現刑35号49頁以下参照。
- 20) 山口前掲注1 280頁参照。
- 21) 同様に解しているものに川崎前掲注6 265～269頁参照。この問題に関する検討は後述を参照のこと。
- 22) 江家前掲注5 136頁参照。
- 23) 宮本英脩『刑法大綱』1935年548頁、佐伯千仞『刑法各論』改訂版1981年81頁以下参照。
- 24) 名義人は「文書を作成すること自体に関する責任の主体」（責任主体説）であるとするものに、川端博『刑法各論講義』第2版2010年536頁及び538頁参照。
- 25) 最判昭和51年5月6日刑集30巻4号591頁及び大判明治43年12月20日刑録16輯2265頁。
- 26) 前掲注3最判昭和59年2月17日刑集38巻3号336頁（判時1120・138、判タ531・151）。
- 27) 前掲注3最決平成5年10月5日刑集47巻8号7頁（判時1484・138、判タ838・201）。
- 28) 前掲注3最決平成11年12月20日刑集53巻9号1495頁。
- 29) 前掲注3最決平成15年10月6日刑集57巻9号987頁（判時1840・147、判タ1138・78）。西田典之・山口厚・佐伯仁志『判例刑法各論』第5版2009年488～489頁参照。
- 30) これに対し、これを単なる資格冒用の事例と解するのではなく、存在しない代理権限（文書作成権限）を偽った「代理権限の冒用の事例」と解することが可能であるとの見解もある。本件を顕名代理による代理権の冒用の場合と解すれば、名義人は単なる「国際旅行連盟」ではなく、代理権（文書作成権限）を有する「国際旅行連盟」という虚無人（架空人）として有形偽造を肯定することができる（架空人説）。山口前掲注1 282頁以下参照。本件第一審及び第二審判決は上記のような判断を行っている。
- 31) 前掲注3最決平成15年10月6日判タ1138号78頁、山口前掲注1 285～286頁参照。
- 32) 山口前掲注1 285～286頁参照。

- 33) 最決昭和45年9月4日刑集24巻10号1319頁。また、代理権を冒用した事案につき、「名義人は、代表もしくは代理された本人であると解するのが相当である」としたものに、最決平成11年12月20日刑集53巻9号1495頁。なお、2(3)において前述した裁可名義人説も同様の見解である。
- 34) この矛盾を回避するため、効果説は、文書の名義人の意義を「文書の法律効果の帰属主体ないしは裁可者を名義人とする」と解している。山口前掲注17 437～439頁。
- 35) 宮本前掲注23 548頁、佐伯前掲注23 81頁以下、岡藤重光「落款及び箱書の偽造」評釈2巻354頁、小野清一郎「刑法159条1項に謂ゆる事実証明に関する文書」評釈2巻165頁参照。
- 36) 植松正「死者名義の私文書偽造罪」評釈13巻138頁、中山研一・西原春夫・宮澤浩一『現代刑法講座』5巻1982年144頁、植松正・川端博・曾根威彦・日高義博『現代刑法論争II』1997年301頁以下、山中敬一『刑法各論』第2版2009年563頁参照。
- 37) この場合において、作成者の意義に観念説を採用するのであれば、作成者を甲本人ではなく、「代理権又は代表権を有しない乙」とすることに疑問が提起される可能性がある。しかし、代理人による代理文書作成の場合は、依頼による文書作成の場合と同様に観念説を採用する必要はなく、代理人が独立して文書を作成する場合と解することが妥当であると思われる。これについては、本稿後述の私見でもまとめている。川崎前掲注6 267～268頁参照。
- 38) 江家前掲注5 142～143頁参照。
- 39) 大審院判例は、当初、文書の作成権限を有する者が、その権限を濫用して文書を作成した場合において、もっぱら自己又は第三者の利益を図ったときには有形偽造となるが(大判大正8年7月9日刑録25輯846頁)、もっぱら本人の利益を図った場合には有形偽造とはならないとしていた(大連判大正11年10月20日刑集1巻558頁)。これを参照しているものに、山口前掲注17 462～463頁及び江家前掲注5 144～145頁参照。
- 40) 川崎前掲注6 267～268頁参照。
- 41) 代理権逸脱の場合を有形偽造としているものに、大判昭和7年10月27日刑集11巻1506頁。
- 42) 代理権濫用の場合を無形偽造としているものに、前掲注39大連判大正11年10月20日刑集1巻558頁。
- 43) 同様の見解を採用しているものに、江家前掲注5 137頁以下及び川崎前掲注6 265頁以下参照。