

【刑法】

一 有印私文書偽造（159条1項）の成否

1 客体 事実証明に関する私文書

厳密な名義人は後に検討しますが、とりあえず、公務員・公務所が名義人ではないことは明らかなので私文書。とすると「権利義務もしくは事実証明に関する文書」のいずれかである必要があります。本事例では、丙山がインフルエンザにかかっているという診断書で、権利・義務に関する文書ではないことは明らかですが、追試験受験の権利があるかどうかという実社会生活に重要な交渉を有する事項であるインフルエンザ感染の事実を証明する文書ですから、事実証明に関する文書と言えます（事実証明文書＝実社会生活に交渉を有する事項を証するに足りる文書：最決 S33.9.16）。

2 偽造（有形偽造）

私文書は、160条虚偽診断書作成罪の場合を除いて、有形偽造のみを罰しています。甲野が作成したのは、確かに虚偽診断書ですが、「公務所に提出すべき診断書」ではないので同罪にはあたらず、通常の私文書と同様の扱いを受けることになり、犯罪が成立するためには159条の要求する「偽造」、すなわち有形偽造である必要があります。そこで、有形偽造の定義ですが、「作成者と名義人の人格の同一性を偽ること」であるので、作成者と名義人を特定して、その齟齬を指摘する必要があります。

(1) 作成者

作成者の定義については争いがあります。最も古くから唱えられていた「事実説」では、「その文書を事実として作成した者（物理的に書いた者＝手を動かした者）」が作成者とされます。社長秘書が代理で社長名義の文書を作成した場合は作成者は秘書であり、名義人（社長）との齟齬があつて有形偽造にあたるのですが、社長の同意があるので違法阻却されることとなります。これに対し、その後有力になった「意思説（観念説・事実的意思説…この辺りはまだ名称が定まっておらず、教科書により様々な呼ばれ方をしています）」では、「その文書に表示された意思・観念が（事実として）由来する者」を作成者とするので、社長秘書の場合、社長に命じられて作成しているのだから、作成者は社長であり、同意による違法阻却以前に、そもそも有形偽造ではないこととなります。更に、近年の通説判例である「効果説（規範的意思説）」では、意思説を基本としますが、意思説のように一律に処理するのではなく、文書の種類によって作成者は異なるとの観点から（この辺が規範的意思説と呼ばれるゆえんです）、作成者を「文書の効果が規範的に帰属する者」と定義します。

「効果」は文書の内容によって異なるから、「作成者」も文書の内容によって左右され、有名な替え玉受験事件のようなケースで、答案用紙のような自署性が求められる場合には、受験生の同意に基づいて作成した答案であっても、現にそれを書いた人（替え玉）が作成者となるとされるわけです。

本問の場合は、手を動かしたのは甲野だし（事実説）、「丙山がインフルエンザに罹っている」という文書内容の意思が由来するのも甲野であり（意思説）、特段に「自

署性」が要求される文書でもない（効果説）ので、どの説に立っても、作成者は甲野となるでしょう。

(2) (作成) 名義人

名義人とは、作成名義人のこと（判例などでも「名義人」と書かれたり「作成名義人」と書かれたりして、初学者は混乱しがちですが、文書偽造罪で出てくる「名義人」は、「作成名義人」のことを指していると考えていいと思います）、「文書に表示された意思または観念の主体」と定義されたりしますが、要は、その文書の外観上の作成者のことで、「誰が作ったように見えるか」の問題ですから、当然、上述の「作成者」の定義を巡る立場の違いによって異なってきます。「事実説」や「意思説（観念説・事実的意思説）」では、そこに書いてある名前の人が名義人です。そこに書いてある名前の人が、手を動かし、あるいは作成意思の由来者のように見えるからです。これに対し、ここでも、「効果説（規範的意思説）」では、名義人の特定は文書の内容によることとなります。だから、通常はそこに書いてある名前の方が名義人となりますが、「文書の信用性そのものに関わる資格・肩書き」である場合には、資格や肩書きも「名義」に含まれることとなります。事実説や意思説では、肩書は「文書の内容」に過ぎず、従って虚偽の肩書を付けた文書の場合、氏名に偽りがなければ、真正の名義で内容虚偽の文書を作成した無形偽造に過ぎず、有形偽造にはあたらないとされるのですが、効果説では、文書の内容によっては肩書も名義の一部とされるのです。判例では、弁護士報酬を要求する文書で「弁護士」という虚偽の肩書きを名義に含めた最決 H5. 10. 5、「国際運転免許発給権限者」であるという文書内容から読み取れる資格を名義に含めた最決 H15. 10. 6 などがあります。この場合、肩書全般が名義に含まれるのではなく、あくまで文書の内容との関係で重要な肩書に限られる点が重要です（例えば山口教授などは、その肩書がなければ文書としての意味が失われるような重要な肩書に限るとされています）。

さて、以上を踏まえて、本事例の検討ですが、「事実説」や「意思説（観念説・事実的意思説）」では、名義人は「甲野乙郎」であり、作成者も「甲野乙郎」なので有形偽造と言えず、私文書で無形偽造を処罰するのは「虚偽診断書作成罪（160条）」のみですが、上述のとおり、公務所に提出する診断書ではないので、犯罪不成立となります。これに対して、「効果説（規範的意思説）」では、「甲野乙郎」という氏名の前に書いてある「医師」という肩書きは、「診断書」である本文書の内容の信用性にとって、決定的に重要な事実であり、医師が作成したものであるからこそ「診断書」としての社会的信用を得られるものであるから、名義人は「医師 甲野乙郎」となります。これに対して作成者は「（医師資格のない）甲野乙郎」であるから、名義人と作成者の人格の同一性を偽る有形偽造であり、私文書の「偽造」といえることになるわけですね。

3 有印性

「甲野」の印は押してあるが、これは自分が日常的に使っている自分の印鑑であり、「他人の印章」と言えるだろうか、と悩んだ方もいるかもしれません。学界でもあまり議論されておらず、講義でもあまり説明しないので、今回の試験では、この点についての論述はあまり重視しませんが、このような問題に直面したときには、その罪の本質に

戻って自分で考えることが肝要です。このようなケースは司法試験本番でも出てくる可能性はありますが、きちんと理由をつけて、それと矛盾しない結論を示していれば充分評価されると思います。本問では、事実説・観念説・効果説の考え方を基礎に、「なぜ（他人の）印章があると刑が重くなるのか」を保護法益（文書の信用性）との関係で考えてみましょう。

「事実説」、「意思説（観念説・事実的意思説）」では、もともと、このケースでは有形偽造自体が認められないのだから有印性を考える意味がないのですが、説明するとすれば、この診断書では名義人と作成者は一致していると考えているのだから、「他人の印章」であるわけがない、ということになるでしょう。これらの説では、自分の印鑑を用いているのに有形偽造となるケース自体が考えにくい、というのが、従来このようなケースでの有印性が議論されてこなかった理由だと言えそうです。

「効果説（規範的意思説）」では、結論は分かれると思います。

有印性肯定の論理は、概略、次のようなものになるでしょう。①印章があることで刑が重くなっているのは、印章がない場合に比して、飛躍的に「文書の信用性」が高まるからであり、現にこの偽造文書の信用性も高まっている。②もともと名義人を文書の内容との関連で決定する以上、「他人の印章」かどうか、「事実」ではなく、文書の内容との関連での「外観」によって決めるべきである。③そして、本文書に用いられた印章は外観上「医師である甲野乙郎」の印章であり、「医師資格のない甲野乙郎」のものではない。よって有印性は認められる。判例は虚偽の肩書が問題となった上記いずれのケースにおいても、有印私文書偽造に問擬していますが、この考え方によるものと言えるでしょう。

有印性を否定する論理は、文書偽造の本質論よりは、条文の文言による自由保障、すなわち罪刑法定原理に訴えることになるでしょう。①条文上「他人の印章を使用し」となっているのだから、「他人の印章」性までを文書の外観から判断するのは、刑法上許容される解釈の域を超えた類推解釈である。②甲野は自己所有の、自己のものとして使っている印章を用いたのだから「他人の印章を用いて」とは言えない。よって、有印性は否定される。

4 故意

甲野は、上記の構成要件該当事実を認識して行為を行っているから故意は認められる。

5 行使の目的

甲野は、「丙山が、追試願いのために、〇女子大学の教務課に提出する」ために診断書を作ったのだから、「行使の目的」もある。

なお、丙山に偽造文書を渡したことが行使罪にあたるか、という点も触れておくと、これは無理です。第一に、丙山は偽造文書であることを知っているから「真正な文書として認識させ、または認識しうる状態におく」という「行使」の定義にあてはまりません。第二に、既に偽造文書と気付いている相手に見せた場合に行使の未遂にした判例はありますが、今回の場合は、丙山は文書偽造についても共犯的地位にあるので、それに渡したことを以て行使の未遂にすることも無理でしょう。

二 その他の罪

1 建造物侵入

甲野が立ち入ったのは、T医科大学病院の診察室で、問題文には住居（起臥寝食の場）としての設備については特に書いていませんから、記載内容だけから判断すれば通常の総合病院の診察室であり、建造物どまりでしょう（入院病棟となると住居の可能性も出てくるかもしれませんが）。とすると、「人の看取する」という要件が必要になります。病院自体は公共施設で、基本的に入出り自由なわけですが、甲野が立ち入ったのは、診察を受ける患者以外は立ち入りを許されない診察室であり、鍵はかかかっていなかったものの、通常は医師なり看護師なりがいて、部外者の立ち入りを拒絶できる状態にあるのに、その隙をついて入ったわけだから「人の看取する」建造物に入ったと言えそうです。また、診断書作成用紙の窃取という目的からして、管理権説、平穩説のいずれに立っても「（正当な理由のない）侵入」と言っていいいでしょう。

2 窃盗

T医科大学病院の備品である診断書用紙（他人の財物）の占有を、その意思に反して自己に移しています（窃取）。診断書用紙数枚という点から、財物価値が問題となりえますが、「悪用防止」という保管価値の観点からこれを肯定できるでしょう（判例では、消印済み収入印紙、選挙の投票用紙、使用済み乗車券等につき財物性を認めたものがあります）。故意・不法領得の意思ももちろんあります。

三 罪数

診断書用紙の窃盗とT医科大学病院への建造物侵入は牽連犯。これと（有印）私文書偽造罪が併合罪となります。

以上