

＜ケイジハンレイケンキュウ＞ギゾウウンテンメン キョシヨウコウシザイノセイリツスルジレイ

井上, 祐司
九州大学法学部助教授

<https://doi.org/10.15017/1422>

出版情報：法政研究. 28 (3), pp.71-80, 1962-02-28. 九州大学法政学会
バージョン：
権利関係：



偽造運転免許証行使罪の成立する事例

(昭和三十六年五月二三日最高裁第三小
法廷決定刑集一五卷五号八一二頁)

井 上 祐 司

決定要旨 「偽造にかかる公安委員会作成名儀の運転免許証を携帯して自動車を運転した場合は偽造公文書行使罪が成立する。(少数意見がある。)」

事実を簡単に要約すると、自動車修理業を営む被告人Mが青果業を営む被告人Yに自動三輪車の売込を勧誘していたが、Yに免許がないため、Mは県警察書記交通係Nと共謀して、Yの自動三輪車免許証を偽造し、Yに交付した。

Yは昭和二九年初め頃から翌三〇年九月一日迄(免許証の定期検査のため県警に提出して偽造証書なることが発覚するまで)にわたり、当偽造免許証を携

帯して自動車を運転したものである。その間に、関係官憲又は他人に呈示したり提出したことは訴因とされなかった(但し、第一審判決は、右の定期検査のための提出を訴因の追加をまつことなく認定している。)。問題となるのは、偽造にかかる運

転免許証を情を知りつつ携帯して運転する行為の擬律についてである。これを行使にあたりとすることについては第一審以来一度も争われなかった。ただ最高裁において少数意見として垂水裁判官が否定的見解を示されたにとどまる。多数意見もこの点については「記録によっても刑訴四一一条を適用すべきものとは認められない」としているだけ

で、いかなる理由によってそうなのかについて一言も説明をしていない。「簡にして要を得た」「傾聴すべき」少数意見(法曹時報一三卷七号一一六頁、田中永司調査官評。田中氏は少数意見に好意的である)を手がかりとして、この問題について判例批評を試みることにしよう。結局において筆者もこの少数意見の方が正しいと思うものであるが、次にその垂水裁判官の見解をあげておこう。

「行使とは他人に対する外部的行為であって……他人の閲覧しうべき状態におくことである……備付行使をふくむが、……それは……法令または実例上公務所その他の場所に文書を備付けて係員関係人等が必要に応じ随時閲覧できるように扱われている場合に……そこに備付けたときはこれによって関係人らに対し該文書を真正の文書として閲覧しうべき状態におく外部的行為があったものといふことができる」……「しかし、たとえ法令上自動車運転する場合に運転免許証を携帯すべき義務ある場合であっても、運転手が運転の際、偽造の運転免許証を単にポケットまたは自動車内に携帯所蔵しているだけでは、未だもって他人が随時これを真正な文書として閲覧できる状態においたものというに足りない。他人に対する外部的行為がないのであるからこれを原判示のように偽造免許証の行使罪に当るものということはできない。被告人の判示所存は罪とならない。原判決は失当であって、当審としては刑訴四一一号によりこれを破棄すべきものである」。

評釈 一 偽造文書行使罪において「行使」の概念内容及びその既遂時期に関しては、「行使」という文言の

比較的広い内容や、行使の様態がその手段たる偽造文書じたいの性質に依存して多面的であることのために、議論が分れている。しかし、大体のところ、偽造文書を「行使」するとは、「偽造文書を真正な文書として使用し他人の閲覧しうべき状態におくこと」(明三六・四・一〇録九・五〇七、明四二・一・二五録一五・一六六一等)であり、従って、態様としても提出・呈示のほか、

特定の状況下において備付を含むことについては異論がない(明四二・六・一七録一五・七八三、大六・一・二〇二〇。録二二三・一五四一、大一四・一二・二三集四・七八七)。

* 井上・各論二〇四頁、滝川・各論二四三頁、小野各論一〇三頁、団藤・各論一七六頁、福田・各論一〇三頁、宮内・各論三二六、

三三三頁、莊子・ハンドブック・各論一五二頁、齊藤・各論一三七頁、下村・各論二〇八頁、牧野・各論 上二〇八頁、木村・各論
二五六頁、草野・電報偽造論八刑事判例研究第一冊V四七〇頁、安平・講座四卷七三二頁、安平・文書偽造罪の研究・一六一頁以下
等。ドイツの通説。西ドイツでは Frank, StGB, 16Aufl. (1925) S. 582; Maurach, Besonderer Teil, 1952, S. 381; Leipziger
Komm. 6/4 Aufl. Bd. 2 S. 520; Schönke = Schröder, Komm. 9Aufl. 1959, S. 1014; Welzel, Deutsches Strafrecht, 6 Aufl. S.
336; RG 66 313; 東ドイツでは E. Hübner, Verbrechen gegen das gesellschaftliche, persönliche und private Eigentum.
1956 S. 79. 但し、リストは、文書ではない(文書の内容ではない)の現実の感覺的知覚をもって既遂としたし、(Liszt = Schmidt,
Lehrb. 25Aufl. 1927, S. 744) ユンデングは被欺関者が文書について感覺的知覚をうるような彼と文書との間の場所的近接関係、
特に占有引渡を要求した(Weismann, VD Bes. Teil Bd. VII S. 366)。

二 そこで問題はこれら従来の判例や学説に照らして本件事実を以てなお「行使」といいうるか否かにある。

多数意見が本件事実を行使に当たるとした根拠につき判例解説者は次のように推測されている。

「恐らく、多数意見は、当時の道路交通法九条一項で「自動車は公安委員会の運転免許を受けた者でなければこれを運転してはならない」、同三項で「自動車の運転者は、運転中、運転免許証を携帯していなければならない」とされているところから、免許証を携帯して運転することは、免許証を用法に従って使用するものであると見、而も、携帯しているときは、いつでも取締官憲の呈示要求に応じて呈示し得る状態にあるといえることをも加えて、行使に当たるとしたものと推案される……」(法曹時報一三卷七号一官) (一六頁、田中永司調査)

この推察どおりとすれば、多数説の根拠は大きな問題を含んでいる。携帯が行使であることの一つの理論的支柱として、携帯を道交法が義務づけているという点があげられている。これは全く論法が逆である。問題は何よりもまず携帯も行使であるか否かにある。従って、もし行使に当るならば、道交法上の携帯義務は文書の行使義務の一態

様であることにもなるが、もし行使でないならば、道交法は免許証につき、文書としての行使以外の用法を義務づけているに止るということになる。(官憲への呈示、定期検査における提出がそれぞれ行使の義務づけであることは勿論である。影響のないことをドイツの判例は) かして行使がかかる義務履行であっても一行為者の完全な任意行為でない一行使罪の成否に影響すRGzY, LK. S. 520) それだけのことであって道交法上の義務づけが直接に行使に当ることの根拠となる筈はない。正にそれこそが論証さるべき命題なのであるから。問題のたて方のこの出発点におけるあやまりは、文書の用法上の使用という概念が曖昧であって、学説としても争われていることにもよるであろう。そこでその文書の用法上の使用とは何をいうかを明確にせねばならない。

三 まず「文書の用法に従った使用」とは何をいうかが問題となる。いわば、行使の概念の内包の問題である。既遂・未遂を通じて、行使の実行行為の定型性をとうものである。用法に従った使用とは文書のある社会関係の中での一つの証拠方法として使用することである。

* 証拠方法として使用することは、「主張」Behauptung としての意味をもつことではなからうか。ただ、「主張」なり「証明」なりが文書の内容についてに限るか、存在したいをも含むかは学説に争いがあるが、さしあたりここでは問題でない。学説・判例ともに文書概念からして当然用法とは証明をいうと解することになるが、特に明言しているのは、草野・前掲四七〇頁、莊子・前掲一五二頁、Liszt=Schmidt, S. 744; Weismann, VD Bes. Teil, Bd VII, S. 367; 大九・一一・一録二六・八五五頁。「主張」ということを、使用との対抗概念として考えることもできる。この意味に使っている文献がある。井上・前掲二〇四頁、莊子・前掲一二頁、福田・前掲一〇三頁。牧野、草野両博士の論点は、用法としての使用が、文書の内容の主張をいうか、文書の存立の主張たるかということであった。リストが「文書の真正についての明示又は黙示の主張」というときは、おそらく、使用との対抗関係を意味しているよう(Liszt, S. 744)。しかし、黙示の主張ということになれば、対抗関係としての意味は失われる。文書を何らかの証拠方法として使用すれば足りると思う。文書本来の用法にしたがった使用でなくともよい(明四四・三・二四録一七・四五八、大三

・一一・一八録二〇・二二五七、昭二九・四・一五集八・五〇八など）とするのは、文書の内容との関連でいわれているのであって、ここでのべた立場と矛盾するものでないと思う。

免許証の携帯という行為は、文書を証明手段として使用していることであろうか。携帯は所持と同一の内容であるが（ただ携帯とは運転という主要）、一体誰に対して何を証明する行為であろうか。所持も文書の使用の一形態である。特にさきにふれたように、免許証の道交法上の用法としての使用ではあるが、それが同時に、偽造文書行使罪における「文書としての用法」として使用されるものといえるためには、「証明のために使用された」という要素が含まれなければならない。

携帯して運転する場合、通常は必要に応じて呈示の目的を以て携帯される場合が多い。（呈示の目的のない携帯は、最
おている状態と全く同一に帰し、それとは法）官憲の呈示の要求あるときは、自己が運転免許者であることを免許証の呈示によって証明する。呈示が証明行為であることは勿論である。しかし、たとえ呈示の明確な意図の下においてであっても、単に所持しているに止まる場合は、呈示の準備は完了していても、未だ証明行為に着手したということではない。所持をもって呈示の着手と観念することができないからである。それでは携帯して運転するという行為全体が呈示という証明行為とは別箇独立して何ごとかを誰かに対して証明していることになるであろうか。この点も否定しなければならぬ。成程、免許制度を前提としているから、運転という一定の対世的行為があると、この社会的事実じたいが既に一定の証明力——対世的主張（運転免許者であるとの主張）——をもつ。しかし、これは、免許証という文書の、従って、その所持の有無とは係わりのない効果である。運転行為の証明力と所持の証明力とを混同してはならない。所持じたいは何人に対しても何ごととも立証する行為ではない。免許証の呈示をまつことなしにはそこに主張も証明行為も見出すことはできない。

所持が証明の要素を含まぬことは次のことから根本的には生ずるのではないか。呈示の目的は、呈示すべき時に行爲者がその意志を翻すことによつて直ちに撤回され、呈示行爲は存在しなくなる（官憲の要求があつたとき、家に忘れた許の自白も）。多くは、呈示のために携帯するのだから、呈示するのが常態であるが、しかし呈示を否定することが皆無でないばかりでなく、かりに通常の如くに呈示するとしても、その行爲は携帯行爲から反射的自動的に展開される訳ではない。更に新たな動機の葛藤を通じそれを克服して実現される行爲である。これらの事情は携帯と呈示とが異質の行爲であることを示すものである。所持が既に証明であるなら、撤回も動機の葛藤も無意味であろう（この点の撤回・破棄と異なる。明四二・一・二五録一五・一六六一は一たん備付）。これらの事情は両行爲の社会的意味の相違——があつた以上既遂に達しその後の破棄・抹消も責任を免れないとする）。証明の用意と証明したい——を語っている。証明の予備にとどまっているから、行爲者のその後の新たな意志次第で証明の用に供することも、又は否定することもできる。垂水裁判官が行使とは他人に対する外部的行爲であるとされるのも同じ気持からではないであろうか。

要するに、免許証の所持が何ごととも主張したことでなく、証明行爲たり得ないのは、垂水裁判官が簡決に指摘されたように、証明が外部的行爲を待たずしては観念し得ないのに、所持は内部的行爲に止まるからであるというに尽きよう。

行使がその実体を証明にもつことから、行使は常に相手方を予定した観念となり（Frank, S. 583）、更に、その既遂時期についても、単に、文書の信用に対する公共危険の発生という偽造罪、行使罪、行使未遂罪について共通の要素からのみならず、更に加えて、その危険の程度を証明行爲としての終了の時期をもつて劃することになる。「他人の認識・閲覧しうべき状況に対する」ことを以て既遂の時期するのは、この意味を含むものとして理解できる。

四 行使罪が公共危険犯として文書の信用（証明力をもっている文書の内容の真正さに対する信頼）を侵害する危険が現実に発生することを要す

るため（公共危険、抽象的危険とは別異の概念であるがこゝで深入りしない。木村・各論一八八頁註四。）、文書の行使の既遂というためには文書の内容が相手方の「閲覧しうる状態に達すること」を要すること、さきに見た通りである。いわば行使の概念の外延にかかわる問題といえる。行使既遂と未遂とを分つ概念要素である。

携帯が既に行使概念の内包において——証明行為か否か——否定された今、認識しうるか否かという問題をたてる余地はなく、行使未遂さえ問題とならぬといわねばならない。他人の認識しうべき状態におかれていないから行使に当らぬとただけでは、当然に、行使未遂を排斥することにならないから、更にその点を論ずる必要がでてくることになる。既に文書を証明の用に供する行為でないとするならば、その点で行使とはいえないから、たとえ相手方の現実の認識に達していても、行使罪に該当しないというべきである。

* さきにあげた判例は登記申請書作成の資料として代書人に偽造文書を交付した事実につき、事実証明の用に供したものでないから行使に当らぬとする（大九・一二・一）。同じ理由から、学説として草野・前掲四七〇頁以下は、偽造の借用証書に確定日付を得るため公証人に提出する行為を行使とした大三・一一・一八録二〇・二二五七を、また牧野・二一〇頁以下は、裁判上の証明の用に供するため訴訟代理人、告訴代理人に偽造書面を交付する行為を行使とする明四二・四・二二録一五・四八一、明四二・七・二七録一五・一〇四八、大三・一一・五録二〇・二〇二七、大四・五・一八録二一・六四五を、それぞれ批判される。草野博士は訴訟関係人への交付は、文書の内容を主張する場合に当るとして判例を肯定される。ワイスマンは、遺言書の供託をもって行使とする判例（RG 26 143）を同じ理由から否定する。Weismann, S. 367.

逆に、行使未遂罪のごとく、証明の用に文書を供しても、相手方の認識しうる状態に達していない行為は行使罪に該当しない（偽造文書の郵送による行使につき、受取人の手許に達し又は受取人の）。同じく行使罪に該当しない場合でも、後者については未遂が問われるが、前者については、未遂でさえないのである。本件事案は、免許証についてその内容

(運転免許者たる事実)を主張し証明する行為ではなく、よって行使に当らぬと解したのであるから、行使未遂を論ずる余地がない。

ついでながら、行使罪と行使未遂罪との関係につき、「認識しうる状態」がいかなるものかは、特に備付行使について問題となるが、ドイツの次の判例はかなり明確な内容を示す。

商業帳簿を店の番頭が偽造した場合に、「その帳簿は帳場で仕事をするすべての人に自由に用立てられる」(RG 7 51—L.K. s. 520)とか、偽造のナンバープレートをつけて自動車を公道上で運転することをもってプレートの行使とした(RG 72 370) 事業につき「共同通行者や警察が認識しうる」(Schönke = Schröder, S. 1014)とか、帳簿の備付に関し、「他人にその文書を感じ得ることが即座に ohne weiters 自由である。即ち、それが彼の処分にかかされている場合には行使となる(RG 66 313, RG HRR 1939 Nr. 1492)」(Schönke = Schröder, a. a. o.)とか。また「他人の実力圏 Machtbereich におちる」(RG 66 313—Welzel, S 336)とか、「行為者の側においてなすべきことのすべてをなしてしまっても充分でない(RG HRR 1940 Nr. 1272) とかのべている。これらの事案に照らしてみると、かりに本件を証明の用に供する行為と仮定しても、行使既遂に当るとはいえないであろう。

* 文書偽造行使については、真正印章の不正使用罪(一六七条二項)に関し、盗捺のみでは本罪の未遂でなく、予備にしか当らぬとした判例(明治四・一一・一集八・五二三)がある。ただし、この判例については、本罪の構成要件が「他人の印章を盗用した上、之を他人の閲覧し得べき状態におく全過程をふくむ」と解すべきで、「他人の閲覧し得べき状態におくことを切離して使用行為となし、それ以前の行為を……予備行為とする説には賛成し難い。即ち、行使の目的を以て他人の印章を盗用するときは既に不正使用の着手があったとみるべきだ」とされる見解がある(平出末・刑評四・二二五)。この判例と評釈とは本件につき直接の関係はないが、評釈者の説をとると、本件について行使未遂をみとめることになるであろうか。尤も、不正使用という観念は行使よ

りも幅の広い観念であるから、直ちに類推はできないけれども。

五 偽造免許証の携帯をもって行使に当らぬとすることは、取締目的からみて、更には行使罪の立証の問題からみて、必ずしも十全な結果でないことは容易に想像される。しかし、これらの事由から、行使罪の幅を広げて理解することは、行使未遂罪を認めている現行法の建前からみても、やはり行きすぎであって、とにかく立法による解決が必要であろう。ニューヨーク刑法典五二一条は、欺罔を實行せんとする目的で偽造文書を所持することじたいを処罰している(Weismann,)。ソヴェト・ロシア刑法において、文書偽造と偽造文書の行使とを処罰するが(七二条一)、この行使は提出と呈示が観念され、行使の目的を以てするあれこれの方法による偽造文書の獲得^{ブリオンレチエーニエ}行為を、行使罪の予備として処罰するとする(モククワ大学版・ソヴェト刑法各論、一九五七年 三九四頁以下)。しかし、本質的に予備であるかかゝる行為を目的考察からのみ可罰として立法することが妥当かどうか慎重に検討を要する(予備を処罰することは心情刑法への傾向をもつことは否定できないから)。(以上)