

判例評釈

〔刑事判例研究〕

早稲田大学刑事法学会

警察手帳を偽造してインターネット・オークションに売り出した事案について、買主により悪用される蓋然性を認識していたとして行使の目的が認められた事例

（東京地裁平成14年2月8日刑事第1部判決、平成13年刑（わ）第3683号公記号偽造被告事件、判時1821号160頁・確定）

伊藤 亮 吉

一 事実の概要

被告人Aは、以前から警察官に強いあこがれをもっており、インターネットオークションで手錠や警棒などの警察装備品を購入するようになったものである。平成12年10月ごろにオークションを通じて知り合ったBが作成する警察手帳が真正な警察手帳とそっくりであることから、Aはたくさん手帳が売れば一儲けできると考え、Bに対して、Bが警察手帳に酷似した手帳表紙を作成し、Aがオークションに出品した手帳の落札者などと交渉を行って、販売する話しをもちかけた。こうして、AとBは共謀して、平成13年1月ごろ、神奈川県相模原市のB方において、無地手帳表紙に日章の記号と千葉県警察の文字を金色で表示するなどして、真正の警察手帳に酷似した手帳表紙を4冊作成した。

二 判旨

本判決は、被告人Aを公記号偽造罪（刑法166条1項）により、懲役1年6月、執行猶予3年に処し、押収してある警察手帳様のもの4冊の偽造部分を没収した。

①被告人Aは本件公記号の偽造の際に行使の目的がなかった、と弁護人は主張したが、

「被告人は、買主によって悪用される場合がありうることを認識した上でこれをインターネットオークションに出品したものであり、また実際にも買主が本件手帳を悪用することはないとの合理的かつ確実な根拠をもって販売することを決定したということではできず……本件記号を偽造した際、被告人に行使の目的が存在したと認めることができる。」

②行使の目的とは、本件手帳を他人に提示して自らが警察官であるように振舞うことであるが、被告人 A にはその意図はなかった、との弁護人の主張に対しては、

「公記号偽造罪における行使の目的は、公記号に対する公衆の信用を保護法益とするものであるから、偽造者が自ら当該公記号を真正なものとして使用する意図を有する場合のみならず、第三者をして同様に使用させる意図を有する場合、さらには、第三者が同様の意図を有することを認識している場合においても、同罪における行使の目的を有すると解すべきである」「同罪が公共危険犯であることからすれば、当該公記号を真正なものとして使用することが確定的である場合に限らず、そのような蓋然性を認識している場合にも公共の危険が害されうるのであって、行使の目的を有するというべきである」。

③本件手帳の買主が悪用するかもしれないと考えたことはなかった、との被告人 A の供述に対しては、

「被告人が供述するマニアであれば本件手帳を悪用することはないというのは合理的かつ確実な根拠に基づくとは到底言い難く、また、悪用されることがないように十分な手だてを講じたということもできないから、被告人は、本件手帳の買主が本件手帳を悪用する蓋然性を認識していたと認められる」。

三 評 釈

1 偽造罪における行使の目的

印章偽造罪（刑法164条以下）は、偽造罪（刑法148条以下）の一類型として規定されており、印章、署名の真正に対する公共の信用や取引等の安全に対する信用を保護法益とする危険犯である⁽¹⁾。印章偽造罪にいう行使（1項）、使用（2項）とは、偽造された印章等を正当に表示された印章等として他人の閲覧に供しうべき状態に置くことをいい、行使と使用は同義である⁽²⁾。本件公記号偽造罪（刑法166条）においては、行使とは真正な警察手帳としての使用を意味するといえよう。

各種偽造罪は、犯罪成立要件として行使の目的という主観的要素を要求する。しかし、そこでの目的の内容については、目的が主観的違法要素かどうかという目的の性質に関する問題と同様対立が認められる。偽造罪の行使の目的については、現在の判例通説は、誰かが行使するという未必的な認識で足りるとする⁽³⁾。本判決は、判旨①でこれにしたがうが、さらに判旨②に示すとおり、行使の目的を意的側面と知的側面の両面から認めている⁽⁴⁾。

この点、本判決が意的側面に言及することは注目に値するといえよう。意的側面は結果に対する行為者の意図的状态を表すのに対して、知的側面は結果に対する行為者の認識を表すものであるから、知的側面の延長上に意的側面があるので

はない。偽造罪では判例は意的側面については述べていないが、これは意的側面が目的としては認められないのか、意的側面は当然目的だが、知的側面もまた目的であることを強調するためのものなのかは、なお検討を要するところである。⁽⁵⁾

また、本判決は、行為者が共同する第三者が意図を有することを認識している場合にも目的ありとする。これは目的犯の共犯に関する判例の流れに沿うものであるが、目的を意的側面から位置づけようとする本判決からすると、共犯関係の認識面を意思面での目的内容で論じているところからすると、目的犯の共犯においては、目的が特別に取り扱われることを示すことになりそうである。⁽⁶⁾

そして、行使の目的における行使主体は、自己行使と他人行使の両方を意味する。⁽⁷⁾ 本件においては、偽造者は自ら行使する認識、意図はなかったが、第三者である手帳の買主が行使する危険性を有することを認識していたのであるから、判例通説にしたがえば、行使の主体に関して目的を認めるのに十分といえる。⁽⁸⁾

2 目的の法益関連性と公共危険関連性

判旨②は、行使の目的を知的側面と意的側面の両側面から論じているが、ここでは、意的側面を偽造罪が公衆の信用を保護法益とするものという法益侵害性に、知的側面を偽造罪が公共危険犯であることという危険性に関連づけて導いている。

目的が法益侵害性と関係するかどうかということは、従来から目的の主観的違法要素性の是非をめぐる争われてきた。つまり、肯定説は、目的の内容が外部的行為に内在する一般的傾向、可能性の包含しうる以上のものである場合は、目的が加わるにより、その外部的行為は法秩序に対する危険性を帯びまたは増大するので、目的は行為の違法性、危険性を理由づけるの⁽⁹⁾に対して、否定説は、主観的目的と客観的危険の間に必然的な結びつきはなく、主観的目的が直接的に法益侵害性を基礎づけたり高めたりしているわけではなく、客観的行為を媒介として間接的に法益侵害と結びついているのであり、行為の違法性を基礎づける⁽¹⁰⁾のは客観的な危険性であるとし、目的を責任要素と位置づけるとするのである。

このような対立は、結果無価値論内部で主観的違法要素を限定的に認めるかどうかの対立が表面化したものであって、行為無価値論の主張とは違法論における立場の違いとして無関係に論じられてきたといえる。近時、行為無価値論からは、目的を行為規範的観点から論じる見解もみられ、これによると、主観的目的が直接に法益侵害性を基礎づけることはできず、目的の対象は実現する必要のない結果を認識すべき故意とは異なるものであり、目的は構成要件の結果に対応する認識ではなく、行為を統制する意味をもつとされる。⁽¹¹⁾ そして、この見解は、偽

造行為に具体的危険が認められない場合は行為規範違反はあるが、制裁規範は発動せず、偽造行為に具体的危険が認められても目的がなければ、制裁規範の発動の前提である行為規範違反が存在せず、いずれも違法性は否定されるとする。

学説はこのように目的を主として法益侵害性の観点から論じてきたが、そこでは目的を知的側面から位置づけるものである。これに対して、本判決は法益侵害性から目的の意的側面を導いている。判例が目的を法益侵害と関連づけているものかどうかは定かではないが、意図までは要しないとする立場からは、本判決が両者を直接的に関係づけることは疑問とすることになろう。

このように、目的が法益侵害性と関係しうるのは従来から議論が比較的活発に行われてきたが、目的を公共の危険と関連づけて論じるものはほとんどみられない。一般に、公共危険罪とは、不特定または多数人の生命、身体、財産に対する侵害の危険を惹起する危険犯と定義しうる。そして、公共危険罪の犯罪類型としては、騒乱罪(刑法106条以下)や放火罪(刑法108条以下)などがあげられ、これらは公共の安全に対する罪などといわれている。同じ社会的法益に対する罪でも、偽造罪は、公衆の生命、身体、財産に対する危険という観点とは別個の、取引の安全や公共の信用という観点からとらえられており、公共の信用に対する罪といわれている。公共危険罪という場合には、公共の安全に対する罪を念頭に置かれているので、偽造罪が公共危険という観点からは論じられてこなかったことは当然といえるかもしれない。公共危険罪の範囲がどこまで認められるかは概念上の問題であるが、従来からの公共の安全に対する罪(狭義の公共危険罪)に加えて、取引の安全や公共の信用までも含めて広く公共危険罪に含めたり(広義の公共危険罪)、危険犯一般を公共危険罪ということが許されるのであれば、偽造罪も公共危険罪の一種ということはできよう。その際偽造罪における公共危険とは、取引の安全や公共の信用を害する危険と一応定義づけられるであろう。

それでは、このように広義の公共危険罪という類型が認められ、偽造罪は公共危険罪(抽象的危険犯)の一類型であるといえても、公共危険と目的とはいかなる関係に立つのか。抽象的危険犯は、危険が擬制されるか緩やかな程度でも必要とされるかは見解の相違があるが、行為それ自体が公共の危険を発生させるものである。そして、偽造が一般人をして真正なものとして誤認させる程度に至ることを要することからすれば、偽造罪における偽造行為にはそれ自体に客観的危険性が要求されており、偽造行為により客観的な公共の危険が発生することはほとんど問題なくいえるであろう。

公共危険罪では公共危険の認識を要するかが問題となるが、抽象的危険犯としての放火罪においては故意として公共危険の認識は不要とされることとの関連でいえば、判例の趣旨からは公共危険の認識は偽造罪においても故意の内容をなす

ことにはならない。さらに、真正なものとして使用することの認識を取引の安全や公共の信用に対する危険の認識と関連させて解釈する必要もないから、行使の目的の内容として公共危険の認識は目的の内容ではない。また、故意の内容として公共危険の認識を必要とする立場を採用するとしても、公共危険の認識は目的の内容とすることにはならないだろう。故意としての公共危険の認識と目的としての公共危険の認識と2つの公共危険の認識を認める必要性が見出すことが困難だからである。

ところで、行使の目的を法益侵害性の観点から主観的違法要素と認める立場をとれば、目的があれば公共の危険が発生することになる⁽¹⁹⁾。しかし、本判決が目的の内容として公共危険を認識する必要はないが、目的があれば公共危険が発生するということとどまるのにすぎないのであれば、従来からの目的の法益侵害性の議論があるにもかかわらず、わざわざ公共危険の観点から目的を論じる意義はどこにあるのであろうか。むしろ法益侵害性の問題と関係づけて論じれば足りてあろう。

この問題は、危険犯としての性格づけは保護法益をめぐる争いによる影響を受け⁽²⁰⁾るとされることから、危険犯論と保護法益論とは密接な関係が認められる。したがって、法益論から目的の意的側面を、危険犯論から目的の知的側面を直接的に導く理論展開は不分明であるといわざるをえない。本判決の趣旨は、弁護人が目的の内容を自ら警察官として振る舞う意図と主張したことに回答する形で意的側面について述べたものと推測されるが、これは内容的により丁寧に目的を判示していると評価できるのかもしれないが、判旨①で被告人Aについて、買主によって悪用される場合がありうることを認識したという形で目的を認めていながら、判旨②でこのような認定をする必要性があるのかは疑問である。

3 マニアへの偽造物の販売

本判決は、判旨③からも明らかなおり、被告人Aが手帳を売却した相手方が本件手帳を悪用する危険があると認定しているので、直接的には問題とはなっていないが、偽造行為者自身は自己行使目的はないが、偽造物を譲渡する相手方にもし手帳を悪用する危険がない場合にも本罪の成立が認められるかについて考えてみたい。

本判決における弁護人の主張にしたがって、マニアとは、趣味の範囲で本件手帳のような手帳をコレクションして自宅等で手に取り警察官を気取るものといえる。そして、行使や使用の危険性がなければ、偽造物が流通に置かれる危険性がなく、このような者に譲渡するために偽造した場合は、偽造者には行使の目的が欠け、行為に違法性または責任が認められないとも考えられる⁽²¹⁾。

それでは、目的の性質からはこのような問題についてどのように考えられるであろうか。まず、目的を行為規範の観点から論じる見解によれば、行使の客観的危険性がなければ、目的の解釈にかかわらず、違法性を具備しない。⁽²²⁾しかし、他人の手に渡れば自己の統制がきかず行使される可能性はあるともいえるので、その点に客観的危険性が認められれば、危険性が不確定な段階においても、目的の解釈により、犯罪が成立することも考えられよう。次に、目的を法益侵害の観点から主観的違法要素と認める見解からは、いまだ他人が目的を有していないが、自己使用目的のない行為者が、他人が目的を抱くであろうことを予測して偽造する場合は、他人が行使の目的を抱くかどうかはその他人にかかっているから、危険性はいまだ不確定であり、この時点では行使の目的を欠くことになる。⁽²³⁾ここでは偽造物を真正なものと偽る場合はそれ自体が行使であって、他人に対して真実を告げて流通に置くことを唆す場合が想定されているが、この見解によると、マニアへの譲渡の場合はその予測が存在しないこともありうるので、その場合には危険性はさらに不確定なものとなるから、違法とすることはますます難しいといえよう。最後に、目的を責任要素と位置づける見解からは、体系的には目的（責任要素）と法益侵害性（違法要素）とは無関係といえるので、目的を行為規範の観点から論じる見解と同様に考えられるが、目的の客観化の点を重視すれば、目的を法益侵害の観点から主観的違法要素と認める見解と同様の結論を導くことに帰着するものとおもわれる。

このようにマニアへの譲渡においては、偽造行為者においていかに他人行使目的をもっていようとも、偽造物が流通する客観的危険性がないことから違法性が認められないとするアプローチと、他人による偽造物行使の危険性は偽造行為自体で認められるとしても、偽造行為者には依存しない行使主体である他人が偽造行為時において行使するかどうかの不確定であるから、行使の目的がなく違法性が認められないとするアプローチの2つが考えられることになる。前者は行使の危険性を行使の目的とは別にして考えることに帰着するが、このような立場は、目的を法益侵害性とは独立に考察する見解から導きやすいものといえる。これに対して、後者は、行使の客観的危険を一応は認めるかどうかは別として、行使の目的の存否が行使の危険性の存否と関係することになるから、目的を法益侵害性と関連づけて論じる見解から採用しやすいものといえる。

4 結 び

目的犯における目的は、認識なのか、意図なのかは、偽造罪に限らず議論が行われてきたところであるが、判例においてもある犯罪では認識といたり、ある犯罪では意図といたり、また同一の犯罪においても認識としたり、意図とした

り、その内容は明確に論じられてきたとはいえない。そして、目的犯の典型例である偽造罪における行使の目的についても、その内容を論じる判例は必ずしも十分に集積されているとはいえない状況にある。

本判決は、偽造罪における行使の目的の内容としては大方判例の流れにしたがったものといえるが、行使の目的と法益侵害性や公共危険性とを関係づけて論じていること、これらを目的の知的側面、意的側面とそれぞれ結びつけて論じていることは、現状に一石を投じる、今後偽造罪における行使の目的を検討するにあたり多くの示唆を与えてくれる意義のあるものといえよう。しかし、その論理的根拠は必ずしも明確とはいえず、この新たに提示されたアプローチの是非を含めて、目的の内容を明らかにしていくことが課題とされるものと考えられる。

- (1) 大判明治45年3月11日刑録8輯331頁。
- (2) 山口厚『刑法各論』（平成15年）492頁。なお、大判明治44年3月31日刑録17輯482頁は、有価証券偽造罪（刑法162条）において、有価証券本来の効用にしがたって流通に置く場合に限られず、真正な有価証券として使用することで足りるとする。
- (3) 最判昭和28年12月25日集刑90号487頁は、文書偽造罪（刑法155条）において、行使の目的は何人かによって真正な文書と誤信せられる危険があることを意識して文書を偽造すれば足りるとする。これに対して、福田平（岡藤重光編）『注釈刑法(4)各則(2)』（昭和40年）9頁は、目的であるから未必的認識では足りないとする。
- (4) 故意は、行為者がどのように意識しているかにしがたって、知的側面と意的側面とにわけて考えられる（Karl Lackner/Kristian Kühl, Strafgesetzbuch mit Erläuterungen, 24. Aufl., 2001, S. 86ff.）が、目的については、爆発物取締罰則の治安を妨げ又は人の身体財産を害せんとする目的をめぐって多くの判決が出されており、高松高判昭和36年5月31日高刑集14巻3号177頁は意図、新潟地長岡支判昭和37年6月15日下刑集4巻5＝6号520頁は確定的認識、最決平成3年2月1日刑集45巻2号1頁は未必的認識、認容とする。
- (5) なお、東京高判昭和59年6月13日判時1151号145頁は、爆発物取締罰則の治安を妨げ又は人の身体財産を害せんとする目的について、結果発生の可能性を単に認識するだけでなく、結果発生を意図することが必要だが、発生を希求、意欲する場合や、これを認容したり、やむをえないものとして受容する場合も意図にあたるとする。
- (6) 大判大正15年12月23日刑集5巻584頁は、同様に、自ら偽造の株券を行使する意思がなくても他人が行使の目的をもって株券を偽造することを知りながらその他人の依頼に応じて株券を印刷した行為について、行使の目的があり、有価証券偽造罪の共同正犯が成立するとする。なお、内田文昭『『目的犯』と『共同正犯』』判タ712号（平成2年）71頁は、刑法65条1項の身分との関連では、目的を身分に含めるものではなく、少なくとも目的が犯罪を構成する要素である限りは、目的犯の共犯に刑法65条1項の適用はないことを示すものであるとする。
- (7) 最判昭和34年6月30日刑集13巻6号985頁は、外国通貨偽造罪（刑法149条）について、行使の目的は自己が行使する場合に限らず他人をして流通に置かせる目的でもよいとする。これに対して、町野朔『刑法総論講義案（第2版）』（平成7年）182頁は、目的が行為の法益侵害性を高めることを前提に、偽造行為者が左右しうるのは将来の自己の行為であるから、目的は

行為者自身の行使でなければならないとする。

- (8) 他人行使目的が目的に含まれるかは、目的が主観的違法要素であるかどうかということに加えて、他人行使と他人予備との関係についても考察する必要があると考えられるが、この点については他日を期したい。
- (9) 佐伯千仞『刑法における違法性の理論』(昭和49年) 270頁。
- (10) 曾根威彦『刑法総論(第3版)』(平成12年) 75、95頁。
- (11) 高橋則夫「主観的違法要素と違法論—行為無価値論の立場から—」現代刑事法3号(平成11年) 58-59頁。
- (12) 偽造とは、一般人をして真正なものと誤信させる程度のものであることを要し、それで足りるとされている。通貨偽造罪につき、例えば、大判昭和2年1月28日新聞2664号10頁。
- (13) 高橋・前掲注(11) 60頁。
- (14) 大塚仁『刑法概説各論(第3版)』(平成8年) 414頁。
- (15) 内田文昭「目的犯と共犯」神奈川法学33巻3号(平成12年) 5-6頁は、通貨偽造罪が公共危険を予定すると指摘する。
- (16) 山口・前掲注(2) 359頁。
- (17) 最判昭和25年2月28日集刑16号663頁。
- (18) 最決昭和59年4月12日刑集38巻6号2107頁、最判昭和60年3月28日刑集39巻2号75頁。なお、曾根威彦『刑法の重要問題〔各論〕(補訂版)』(平成8年) 287頁は、抽象的危険犯を何らかの危険が必要とする立場から、公共危険の認識を必要とする。
- (19) 本判決もこのように、目的の内容として公共危険の発生の認識を必要としているわけではなく、公記号を真正なものとして使用することの認識がある場合に公共危険が害されうるとしている。
- (20) 曾根威彦「凶器準備集合罪と危険概念」現代刑事法33号(平成14年) 35頁参照。また、山口厚/井田良/佐伯仁志『理論刑法学の最前線』(平成13年) 178頁[井田執筆]は、侵害犯か危険犯か、具体的危険犯か抽象的危険犯かは、法益概念の内容、概念規定の仕方により相対的に決まる面があるとする。
- (21) なお、本判決からは事実関係は不明であるが、被告人Aは公記号使用罪(刑法166条2項)では起訴されていないものとおもわれる。そうだとすると、被告人Aは販売の相手方に対して偽造物であることを告げたり、または、販売の相手方は本件手帳が偽造物であることを知っていたものとおもわれる。
- (22) 高橋・前掲注(11) 60頁。
- (23) 島田聡一郎「いわゆる『故意ある道具』の理論について(一)」立教法学58号(平成13年) 92、118頁。