作成権限の濫用・逸脱と有価証券偽造罪・文書偽造罪の成否

松澤伸

Ⅰ 問題の所在
Ⅱ 漁業組合参事による手形振出し事件の分析
Ⅲ 手形・小切手の偽造と「信用の内容」
Ⅳ 権限濫用と権限逸脱の区別
Ⅴ おわりに

Ⅰ 問題の所在

(1) 有価証券偽造罪における有形偽造とはなにか、という問題は、「一応明快である」[1]といわれつつも、実際には、さまざまな形で、ずっと昔から議論されてきている難問である。有価証券偽造罪は、文書偽造罪の特別類型であるから[2]、この問題は、文書偽造罪における有形偽造の概念と直結しており、有形偽造の概念が依然としてはっきりしない――むしろ最近の判例によって、さらに確定的なものではなくなってきている――現状においては、あら

ためてこの問題をとりあげ、詳細な検討を行う必要があるように思われる。

この問題についての議論は、後述する漁協組合参事による手形振り出し事件を契機として展開された従来の通説的な有形偽造の理解に対して林幹人教授から批判が寄せられ、新たに、作成者の特定に関して、作成者の事実的意思を重視する見解（事実的意思説）が提唱されたことによって、本格化した[3]。

一方で、最近の傾向として、文書・有価証券の〝成立の真正〟を保護するとの理解（証拠犯罪説）が、山口厚教授を中心に有力に主張されており、この立場から、名義人の現実の意思だけでなく文書に表示された意思表示が名義人に帰属されるかを基準とする見解も主張されるようになっている（帰属説）[4]。

(2)　筆者は、荒木伸怡教授によって展開された法と裁判の機能的考察の方法論[5]に大きな学問的刺激を受け、北欧諸国、とりわけデンマークの機能的考察の方法論を我が国に導入すべく研究を行ってきた[6]者であるが、そのような筆者の見地から見ると、この問題についてのわが国の現在の議論は、判例・実務における有形偽造の理解とはやや異なる観点からの解釈論的・理論的な研究に偏った議論となっているように見える。

荒木教授の主張する機能的考察の方法論は、経験科学的事実認識を前提とした法解釈論を展開せよ、という点にその根幹があると思われるが、筆者もその点について、大いに共感している。ただ、筆者の見解が荒木教授の見解と異なるのは、荒木教授が経験科学的事実認識の対象を法学の周辺諸科学とし、これを基礎として判例や実務に対して有益な提言を行っていこうとされているのに対して、筆者は、事実認識の対象を、国家における法解釈の最終的な決断である裁判を行っている裁判官の心理に限定して求めていこうとする点にある[7]。

このような方法論によると、前に示したふたつの有力な見解と、現在の我が国の判例・実務の現状とには、ズレが見られるように思われるのである。

(3)　筆者は、かつて、文書偽造罪の保護法益理解について、最近の判例を例に取りつつ、現在の裁判官の思考を

言語化しようと試みたことがある[8]。そこで得られた結論は、文書偽造罪における〝公共の信用〟とは、文書の受け手一般の信用であり、文書の作成者の特定につき、少なくとも、権利義務に関する文書については、従来の通説である規範的意思説の思考形式が――不十分ながらも――依然として基本的に妥当する、というものであった。

では、規範的意思説を取るはずの判例が、なぜ漁協組合参事による手形振り出し事件について、有形偽造であると判断したのか。それは、判例が規範的意思説を脱却し、あらたな基準を設定したからにほかならない。その理論とは、規範的意思説を下位に含むメタ理論であり、文書に対する信用を文書ごとに確定しようとする新たな理論である。

本稿では、文書偽造罪の保護法益を、〝文書の受け手一般の信用〟と考える視点から、この判例（およびこの種の商刑が交錯する事例）をいかに読むべきか考察し、さらに手形・小切手[9]の偽造を中心に、作成権限の逸脱・濫用に関して問題となる事例群を整理する。

（1）林幹人「有形偽造の考察」『現代の経済犯罪』（弘文堂、一九八八年）一〇三頁
（2）山口厚『刑法各論』（補訂版、有斐閣、二〇〇五年）四七二頁。
（3）林・前掲注（1）論文一四一頁以下。
（4）山口・前掲注（2）『刑法各論』四三一頁以下、同「文書偽造罪の現代的展開」山口厚＝井田良＝佐伯仁志『理論刑法学の最前線Ⅱ』（岩波書店、二〇〇六年）一四九頁以下等を参照。
（5）その代表的なものとして、荒木伸怡『裁判――その機能的考察』（学陽書房、一九八八年）。
（6）松澤伸『機能主義刑法学の理論』（信山社、二〇〇一年）等。
（7）松澤・前掲注（6）『機能主義刑法学の理論』二六四頁以下。
（8）松澤「文書偽造罪の保護法益と公共の信用の内容――最近の判例を素材として」早稲田法学八二巻二号（二〇〇七年）三一頁以下。
（9）以下、本稿では、煩瑣になることを避けるため、文脈によって、〝手形・小切手〟または〝手形〟と表記するが、〝手形〟に妥当する内容は、基本的に、〝小切手〟にも妥当する。

Ⅱ　漁業組合参事による手形振出し事件の分析

1　最高裁の判断と当時の分析

(1)　有価証券偽造罪の成否について、最も注目され、議論の素材とされてきたのは、うえでも触れた最高裁昭和四三年六月二五日第三小法廷決定・刑集二二巻六号四九〇頁である。本稿では、この決定を手がかりに、裁判所の考えている有形偽造の実質的内容を探る。

事案は、以下のようなものであった。被告人は、神奈川県漁協組合の参事で、約束手形を発行する事務を担当していた。同組合の内規によれば、組合員に対して組合長振出し名義の手形を振り出すには、専務理事の決済が必要とされていた。被告人は、数名と共謀して、専務理事の決済を得ずに、多数回に渡り、組合長振出し名義の約束手形を作成し、共謀者が、事情を知らない金融業者に交付し、現金の支払いを受けた。

このような事実関係のもと、最高裁判所は、「被告人は第一審判示神奈川県鰹鮪漁業協同組合の参事であつたが、当時同組合内部の定めとしては、同組合が組合員または準組合員のために融通手形として振り出す組合長振出名義の約束手形の作成権限はすべて専務理事林信雄に属するものとされ、被告人は単なる起案者、補佐役として右手形作成に関与していたにすぎないものであることが、明らかである。もつとも、同人は、水産業協同組合法四六条三項により準用されている商法三八条一項の支配人としての地位にあつた者であるけれども、右のような本件の事実関係のもとにおいては、単に同人の手形作成権限の行使方法について内部的制約があつたというにとどまるものではなく、実質的には同人に右手形の作成権限そのものがなかつたものとみるべきであるから、同人が組合長または専務理事の決裁・承認を受けることなく准組合員のため融通手形として組合長振出名義の約束手形を作成した本件行為が有価証券偽造罪にあたるとした原審の判断は、その結論において相当である。」と判示し、有価証券偽造罪

の成立を認めた。

(2)　本決定については、以下のような疑問が呈されてきた。すなわち、本件は、私法上の第三者保護規定により、善意の第三者が保護されるはずの事案である。本件組合参事は、事件の当時、水産業協同組合法四六条三項（現四五条三項）により準用されている商法三八条一項（現商法二一条一項）の支配人であったのであり、その代理権に加えた制限は、善意の第三者に対抗できない（現商法二一条三項）。もし、第三者が金銭を有効に取得できるのであれば、有価証券に対する公共の信用が害されたとは言えず、有形偽造とはならないため、有価証券偽造罪が成立しないということになるのではないか――。このような疑問である(10)。

従来、有形偽造とは、作成権限を偽ること＝名義を偽ること、すなわち、現実の作成者と書面上の名義人に不一致を生じさせることと考えられてきた。名義人とは、書面に現れている効果が帰属すると見られる主体であって、その特定はあまり大きな問題とならず、むしろ、作成者の方をいかに特定するかが重要な問題とされてきた。作成者の特定について、本決定が登場した当時の通説は、私法上の効果の帰属主体が作成者である、と考えていたように思われる。この見解によれば、有形偽造の成否は、私法上の効果と直結する。本件の場合、名義人は、手形に現れている漁協組合である。そして、参事が組合を代理して手形を振り出し、その効果が有効に漁協組合に対して発生するのだから（善意の第三者に内部的制限を対抗できなければ、善意の第三者は手形の支払を受けられる）、私法上の効果の帰属主体である作成者も、漁協組合ということになる。こうして、本件では、有価証券偽造罪の成立が否定されることになる。このような見解は、現在、規範的意思説ないし効果説と呼ばれている。

しかし、この見解では、うえで見たように、本決定の結論を説明できないという問題が生じる。ではどうするか。そこで、本決定を説明することのできる新たな理論が提唱されるに至った。その中で、特に注目すべきものがふたつある。ひとつは、林幹人教授の事実的意思説（あるいは単に意思説とも呼ばれる）であり、もうひとつは、山

口厚教授の帰属説である。以下、このふたつを順に検討する。

2　事実的意思説

(1)　林幹人教授は、現在の有形偽造論の出発点ともなる議論の枠組みを提示した。教授は、前出の昭和四三年決定で示された判例理論を詳細に分析したうえで、前述した当時の通説を〝規範的意思説〟と呼んで批判し、〝事実的意思説〟と呼ばれる新たな見解を主張したのである(11)。事実的意思説とは、文書にあらわれている観念について事実上の表示意思を持つ者を作成者であると解する見解である。

そもそも、法的効果の帰属主体が作成者であるとする規範的意思説は、意思説としては不徹底な部分がある。規範的意思説によれば、文書について効果意思を有していなくても、私法上有効であれば作成者となってしまう。これを意思説と呼ぶのは難しい（それゆえ、効果説と呼ばれることがある）。また、法的効果の帰属を問題とする余地のない事実証明に関する文書について、法的効果を基準とする規範的意思説をどのように適用するのか、不明確な点がある。

事実的意思説は、この欠点を克服すべく、事実的な意思の存在の有無に着目した見解である。事実的意思説によれば、先の昭和四三年決定の事案については、有価証券偽造罪の成立が認められる。すなわち、漁協組合名義の手形の振出しは専務理事の承認を得なければならなかったのだから、専務理事の効果意思に基づいて作成されたときにはじめて漁協組合の意思があったことになるが、本件では、参事がひとりで作成しており、専務理事の効果意思がないから、参事が作成者で漁協組合が名義人であり、作成者と名義人の不一致が生じ、有形偽造になる、と説明されるのである。

(2)　事実的意思説は、本決定の説明としては適切かもしれない。しかし、他の判例に目を転じると、事実的意思

説では説明できないものが多数出てくる。たとえば、〝名義人の承諾〟と呼ばれる以下のような事案について、判例は、私文書偽造罪の成立を認めている[12]。すなわち、無免許運転をしていた被告人は、取締りの警察官から運転免許証の提示を求められたが、「免許証は家に忘れて来ました」と言って友人Aの氏名等を称し、交通事件原票中の供述書欄の末尾に〝A〟と署名し、これを同警察官に提出したが、Aは、あらかじめそのような場合について承諾を与えていたという事実について、最高裁は、「交通事件原簿中の供述書は、その文書の性質上、作成名義人以外の者がこれを作成することは法令上許されないものであって、右供述書を他人の名義で作成した場合は、あらかじめその他人の承諾を得ていたとしても、私文書偽造罪が成立する」と判示し、私文書偽造罪の成立を肯定している。この判例は、事実的意思説からは説明できない。なぜなら、Aは文書について効果意思を有しており、作成者・名義人ともにAとなるからである。事実的意思説の理論的な価値はともかくとして、このような点から、判例は、事実的意思説を採用していないと考えられるであろう。さらに、事実的意思説には、未成年者や意思無能力者の法定代理の場合には事実的意思が欠けるため、本人を作成者とすることができないのではないかという理論的な疑問点も残されている。

3　帰属説（証拠犯罪説）

(1)　山口厚教授の帰属説は、偽造罪を〝証拠犯罪〟ととらえるところから出発する[13]。すなわち、（有価証券を含む）文書は、〝名義人のなした意思・観念の表示の証拠〟として保護の対象となっている。そして、証拠にならない文書を作出することが文書の証拠としての機能を害するので処罰される、とするのである。これを、証拠犯罪説と呼ぶ。証拠犯罪説は、証拠とならない文書・有価証券を作り出したことが文書偽造罪・有価証券偽造罪の処罰根拠であるとする。では、証拠とならない文書・有価証券とはなにか。それは、意思・観念の表示の証拠とならない

文書であり、有価証券である。換言すれば、不真正文書（不真正有価証券）、偽造文書（偽造有価証券）である。

この考え方に従えば、意思・観念の表示の帰属主体が名義人と一致すれば、それは証拠となるわけだから、意思・観念の表示の帰属主体が作成者である（帰属説）。逆に言えば、表示された意思・観念が作成名義人に帰属しない文書、あるいは有価証券を作成することが文書偽造罪、あるいは有価証券偽造罪に該当するのである。そして、作成名義人が一般的に与えた文書作成権限を濫用して文書が作成された場合には、文書に表示された意思・観念は作成名義人に帰属することになり、有形偽造は否定されることになる(14)。これは、〝有形偽造とは作成権限を偽ることである〟という定義にぴったり対応している。端的に、作成権限を逸脱した場合が有形偽造、それ以外の権限濫用行為は有形偽造ではない、という理解になるのである。

このことは、昭和四三年決定が、結論的に、権限濫用と権限逸脱という基準で有価証券偽造罪の成否を決定していることとも一致する。昭和四三年決定は、その判文にあらわれているように、本件は内部的制限が行われているというよりも、被告人である参事にそもそも手形の権限がなく、権限逸脱であるから、有価証券偽造罪が成立する、と理解しているのである。以上のように、山口教授の帰属説は、証拠犯罪説を前提とする限り、論理的に一貫したものであり、昭和四三年決定の結論も、明快に説明できる。

(2)　しかし、帰属説およびその前提となる証拠犯罪説には、いくつかの疑問がある。そのひとつは、文書偽造罪を証拠犯罪として理解すると、現行刑法が虚偽文書の作成も処罰する場合がある理由がよくわからなくなる、という疑問である。虚偽文書は、内容は虚偽であるものの、権限ある者が作成した以上、成立は真正であるはずである。成立が真正な文書ならば、当然、証拠となる（民事訴訟法二二八条一項参照）。もし、証拠とならない文書を作り出したことが文書偽造罪の処罰根拠であるとするならば、虚偽文書の作成は、証拠とならない文書を作り出したのではないのだから、一律に不処罰としなければならないのではないか、という疑問が生じるのである(15)。証拠犯罪

説は、有形偽造の処罰根拠をクリアーにしようとするあまり、虚偽文書の作成を文書偽造罪から理論的に排除してしまうことになるのではなかろうか。

さらに、ヴァリッド・ローを重視する本稿の立場からみると、そもそも、判例は、文書偽造罪を証拠犯罪としてとらえていないのではないかという疑問がある[16]。特に重要なのは、コピーの文書性の問題である[17]。我が国の判例は、写真コピーを原本ではなくコピーとして使用する場合であっても、それが原本を正確に複写していることから、コピーを公文書としており[18]、これは判例として確立している。しかし、証拠犯罪説に立つ場合、コピーを文書と解することは、理論的には困難である。なぜなら、我が国の民事訴訟においては、証拠となる文書は原本であることが要求され[19]、コピーは原本でないため証拠となりえず、結局、文書の証拠としての機能は害されないからである。実際、文書偽造罪を証拠犯罪であるとする論者のほとんどが、山口教授を始め、コピーの文書性を否定している[20]。こうして、証拠犯罪説は、我が国の判例の最も重要な帰結のひとつを説明できないのである[21]。

文書に対する公共の信用の実質を考えると、やはり、単に意思が帰属するというだけでなく、効果帰属、さらにその背後にある文書の有効・無効という観点は無視できないであろう。証拠犯罪説＝帰属説では、〝文書が証拠となること〟への信用が保護されることになるわけであるが、〝証拠となること〟への期待の意味は、〝証拠を得たのだからあとでトラブルになったり裁判になったりしても大丈夫だ〟という意味ではなく[22]、〝証拠を得たのだから当人に見せれば実際に内容を実現してくれるから大丈夫だ〟という意味であるはずである。証拠犯罪説の偽造罪の本質理解は、〝公共の信用の保護〟という従来の判例・通説的理解とは、かなり異なってしまっている。

4　私見による分析

(1)　従来、判例の理論を説明するとき、一般に用いられてきたのは規範的意思説であった。そして、規範的意思

説からも、依然として判例を説明できるとする理解もあった。平野龍一博士の理解である。平野博士は、有価証券が「完全に」有効であれば、偽造罪は成立しないが、善意の第三者に対抗できないだけでは、ただちに「完全に」有効といえるかは問題である[23]、と述べ、本件手形は完全に有効でなかったから、有価証券偽造罪が成立する、と解している。このように考えると、規範的意思説からも、判例について、一応の説明を行うことができるようにも見える。

しかし、規範的意思説の立場からこのように説明する場合、手形に対して〝公共の信用〟をよせる者すべての者（善意の者）が、最終的に目的たる金銭を取得できるのに、〝公共の信用〟が害されているといわざるを得ないのではないか、という問題がでてくる（悪意の者はそもそも手形に信用を寄せないから、その者の信用は保護されないはずである）。そして、結果として効果帰属が生じているなら、公共の信用は害されていないのではないか、という疑問が生じる。

確かに、手形はあくまでも無効であるから有形偽造となる、という説明は、理論的には正しい。この理解は、後で見るように、問題解決のために絶対に必要な視点である。しかし、現実問題として、金銭を回収できているという現状をみた場合、理解しにくい。そこで、規範的意思説とは異なる説明のプロセスが必要になる。

(2)　ところで、近時、文書偽造罪における〝公共の信用〟概念に対する見直しが問題となっている[24]。有価証券も、文書偽造罪の特別法である以上、同一の問題をもつ。これは、有形偽造の本質がいまだに軌を一にしないことから起こっている。筆者は、この〝公共の信用〟の概念までさかのぼることで、我が国における裁判所の考えを理解することができると考えている。筆者の理解は、以下のようなものである。

すなわち、〝公共の信用〟とは、その内容をより明確に示せば、文書に関わる者の具体的信用であり、具体的利益である。そうすると、個々の具体的な文書について、文書に接する者一般の信用が害されているかどうかによ

り、有形偽造となるかどうかを決定すべきことになる。そして、そこでは、文書の種類、信用の内容についての個別的な検討が不可欠となる。(25)

こう述べてくると、手形や権利義務に関する文書については、文書に接した者の信用は、書面に書かれた内容の実現であるから、すでにみた規範的意思説とまったく同じ結論が導かれるようにも思われるであろう。実際、規範的意思説が、手形の有効・無効に着目した基本的発想は、〝公共の信用〟の直感的な理解として正しいし、判例の理解とも合致している。判例は、偽造罪において、書面に接する者一般の信用を保護している。(26)

ただ、規範的意思説の問題は、手形記載の金額を取得できるかどうかということと、手形の〝公共の信用〟とを直結させたことにある。結論から述べれば、手形に接する者の信用の内容は、手形に記載された金銭を結果として取得できるという信用ではない。それは、〝手形債務者が手形に記載された額面の金額を手形債務に従って支払ってくれる〟という信用である。

この点、私見は、以下のように解する。

権利義務に関する書面――本件においては手形に対する信用――の内容とは、〝書面に書かれた内容を名義人が実現してくれるであろうという信用〟である。すなわち、手形を受け取った者一般の手形に対する信用の内容は、〝手形債務者が、手形債務の存在に基づいて、手形に記載された金額を支払ってくれる〟という信用である。

しかし、本件のように、代理人の権限逸脱によって手形が作成されている場合、手形債務者は、手形記載の金額を支払う義務を負わない。手形債務者は、手形偽造を原因とする手形の無効を理由に、物的抗弁が可能である。なお、第三者は、別個の第三者保護規定により保護される場合もある。しかし、これは手形債務者が手形記載の権利の内容を実現してくれたわけではなく、別個の政策的な理由によって、金銭が支払われるだけのことである。物的抗弁が可能であるということは、すなわち、手形債務が存在しないということであり、手形債務の存在しない手形

が作り出されたことで、手形の信用は害されているのである。

逆に、代理人の権限濫用によって手形が作成されている場合、手形債務者は、原則として、手形記載の金額を支払う義務を負っている。権限濫用によって作成された手形は、手形法上完全に有効な手形だからである。ただし、手形債務者は、第三者が悪意・有過失の場合、民法九三条但書の類推適用によって、手形債務の無効を主張することができる。この場合、第三者は、手形債務者から金銭を支払ってもらうことができない。そのため、手形に対する公共の信用が害されているようにも見える。しかし、ここで信用が害されていると見るのは、規範的意思説の見方である。偽造罪における信用が害されたか否かは、金銭を得られたか否かで決せられるのではない。確かに、悪意・有過失の第三者は、金銭の支払いを受けられない。しかし、この場合、第三者が金銭の支払いを受けられない理由は、手形が無効だから（有価証券が偽造されているから）ではなく、第三者が、権限濫用について悪意・有過失だからなのである。すなわち、第三者が金銭が得られない理由は、手形の偽造とは無関係な事情によるのであって、手形そのものの有効性は疑いなく、手形の信用は害されていない。そもそも、悪意・有過失の手形取得者の信用は、刑法上も保護に値しないものと評価されるのである。

(3)　この結論は、偽造罪を証拠犯罪ととらえた場合とほぼ一致することになる。しかし、それはあくまでこの問題に関する結論の上でのことであって、この問題における〝信用〟の内容を分析していった結果、このような理解に到達したのである（このような結論に至るのは、手形については政策的に動的安全が極めて強く保護されているため、その信用の実質が最初の手形の成立までもどってくることに由来する）。

信用の内容を確定しそれが裏切られたかどうかによって有形偽造の成否を決定する筆者の見解は、権利義務に関する文書の限られた部分について、規範的意思説の基準を下位基準として用いる見解ともいうべきもので、規範的意思説を発展的に脱却したものとも考えられよう。

こうして、有形偽造の成否は、権限濫用と権限逸脱によって区別できることが確定できた。一方で、権限濫用と権限逸脱の区別に加えて、内部的制限の内容を分析しつつ、基準を立てようとする見解が主張され、有力となっている。しかし、権限濫用と権限逸脱は、基本的に私法上の区別に従うべきであって、刑法でそのような新たな区別を行うことは適切ではないと思われる。これについては、後に検討する。

(10) このような疑問が出てくるのは、大審院時代、本件に類似した事案について（大連判大正一一・一〇・二〇刑集一巻五五八頁）、有価証券偽造罪の成立が否定されているからである。この疑問については、林・前掲注（1）論文一二二頁以下の議論の展開を参照。

(11) 前掲注（1）論文一四一頁以下。

(12) 最判昭和五六・四・八刑集三五巻三号五七頁。

(13) 山口・前掲注（2）『刑法各論』四二三頁。そのほか、証拠犯罪説をとるものとして、成瀬幸典「文書偽造罪の保護法益――有形偽造の本質」現代刑事法三五号（二〇〇二年）三六頁以下、島田総一郎「代理・代表名義の冒用、資格の冒用」現代刑事法三五号（二〇〇二年）五〇頁以下等。

(14) 山口・前掲注（2）『刑法各論』四二三頁。

(15) この点、通説（文書偽造罪を公共の信用に対する犯罪ととらえる考え方）は、虚偽作成の処罰を説明できると思われる。確かに、虚偽文書を作成しても、名義は偽られていないのであるから、作成者に到達することができ、作成者に責任をとってもらうことができるため、公共の信用が害される程度は低い。しかし、内容虚偽の文書を見た文書の受け手一般は、その内容が実現されることを信じるのであるから、内容が偽られていれば、依然として公共の信用が害されているとも言いうる。おそらく、このように説明しない限り、虚偽文書の作成は処罰し得ないのではないか。

(16) 井田良教授は、山口説を「判例の基準を……（おそらく最も適切な形で）言い換えたもの」（井田「コメント①」前掲注（4）『理論刑法学の最前線Ⅱ』一七七頁）というが、果たしてそういえるか疑問である。

(17) この視点は、成瀬幸典教授よりご教示をいただいたものである。

(18) 最判昭和五一・四・三〇刑集三〇巻三号四五三頁。

(19) たとえば、吉村徳重＝小島武司編『注釈民事訴訟法(7)』（有斐閣、一九九五年）二五頁〔吉村〕は、書証の証拠調べにつき、「文書の提出は、原則として原本によらなければならない」とする。また、同書同頁は、写し（コピー）そのものを原本として提出する場合についての取り扱いを問題としているものの、刑法におけるコピーの文書性の問題は、原本ではなくコピーであることを前提としたうえで論じられるものであ

るから、民事訴訟法上は、やはり原本であることが要求されているといえる。

(20) 例外は、川端博教授である。証拠犯罪説の展開について、川端博『文書偽造罪の理論』（新版、立花書房、一九九九年）三頁以下、コピーの文書性を肯定する理論の展開について、一三七頁以下参照。

(21) また、帰属説からは、判例の結論と一致するとされているいくつかの論点について、本当は判例とは異なる結論に至るのではないかと思われる点も指摘されている。佐伯仁志「コメント②」前掲注（4）『理論刑法学の最前線Ⅱ』一八〇頁、一八一頁参照。

(22) なお、責任追及説もこのような理解を前提としていると思われるが、同様な意味で疑問である。

(23) 平野龍一「有価証券の有効無効と偽造罪成立の関係」『犯罪論の諸問題（下）』（有斐閣、一九八二年）三九八頁

(24) 現代刑事法三五号（現代法律出版、二〇〇二年）における特集「文書偽造罪論の現代的課題」は、このような問題意識から編まれている。

(25) なお、信用の内容はいかにして確定されるか。それは、その文書の通常の用途はなにか（誰に対して何を示そうとしている文書か）によって決定される。すなわち、文書が誰を名宛人とし、名宛人のどのような信用が害されるのかが重要なのである。このプロセスは、実は、名義人の特定のプロセスでもある。名義人の特定とは、その文書に対する信用の内容を確定するプロセスにほかならない。信用の対象となるのは名義人であって、名義人の特定は、文書に対して寄せられる信用の内容と不可分のものである。名義人の特定は、文書の性質に従って、個別的、具体的に行われなければならない。一方、作成者の特定は、文書に加えられた作為によってその信用が現実に害されるか否かを判断するプロセスである。権利義務に関する文書については、信用の内容は、〝書面に書かれた権利を名義人が実現してくれるであろうということ〟であるから、文書が有効で、その権利内容が実現されれば、公共の信用は害されないことになるからである。

(26) 松澤・前掲注（8）論文三四頁以下参照。

Ⅲ　手形・小切手の偽造と「信用の内容」

1　序

昭和四三年決定の検討を通じて得られた結論は、私法上、手形・小切手が有効に成立しているか否かにより、有価証券偽造罪の成否が決せられる、というものであった。ここでいう私法上の有効・無効とは、成立に関する有効・無効であって、最終的な効果帰属の意味ではないことに注意が必要である。

ところで、手形・小切手の有効性については、私法上、様々な規定が設けられており、また、学説における理論

も発展している。したがって、偽造、無権代理、表見代理、第三者保護等についての規定、判例、学説を見なければ、手形・小切手の私法上の有効性は判断できないのであって、それは、とりもなおさず、有価証券偽造罪の成否も判断できないということを意味する。

そこで、本章では、手形法、さらには会社法等の商法の規定や、民法の規定を参照しつつ、どのような場合に手形・小切手が有効とされるのか、どのような場合に無効とされるのかを確認する。そして、それを前提に、作成権限を濫用して、あるいは作成権限を逸脱して手形・小切手を作成した場合における有価証券偽造罪の成否について、〝信用の内容〟をさらに踏み込んで解明しつつ、検討してゆくこととする。

2　権限逸脱の場合

(1)　手形・小切手の作成について、その作成権限を逸脱した場合、あるいは、最初から作成権限がない場合は、手形法上、無権代理ないし偽造として扱われる。

無権代理と偽造は、他人による手形行為が、代理方式によるものか機関方式によるものかで区別される。代理方式とは、他人が本人のためにすることを示して手形行為をする方法であり、機関方式とは、他人が直接に本人名義で手形行為をする方法である。そして、代理方式で手形行為が行われているが権限がない場合が無権代理、機関方式で手形行為が行われているが権限がない場合が偽造である。かつては、手形法上、無権代理と偽造をいかに区別すべきかについて、様々な議論があった。しかし、現在では、この区別は形式的なものに過ぎず、ほとんど類似のものとして取り扱われている。すなわち、作成権限を逸脱した場合、あるいは、最初から作成権限のない者によって作成された手形は、無効である。そして、原則として本人＝名義人は、物的抗弁により、誰に対しても手形の無効を対抗できる。

ただし、第三者保護規定により、手形の取得者が保護される場合もある。これは、無権代理と偽造の場合で若干異なるので、順に見てみよう。

まず、無権代理の場合である。無権代理の場合、代理人の直接の相手方が善意無過失である場合、その者は〝第三者〟として表見法理により保護され、本人＝名義人に手形債務を請求できる（民法一〇九条、一一〇条、一一二条による救済）。しかし、この場合の〝第三者〟は、直接の相手方に限定されるというのが判例の立場である[27]。そして、第三取得者以降の者は、代理人に対して、手形法八条により、無権代理人の責任を追及できるにすぎず、手形債務は実現されないことになる。すなわち、本人＝名義人には、金銭を請求できないわけである。

次に、偽造の場合である。偽造の場合、本人＝名義人は一切の責任を追及されない。すなわち、絶対無効とされている[28]。なお、被告の親戚に当たる者（無権限者）が自身の利益のため被告名義の手形を振り出した事案について、民法一一〇条を類推適用した判例があり[29]、この点では、表見法理がもちいられる余地も残されている。

(2)　無権代理および偽造が問題となる場合、信用の内容を分析して有形偽造の成否を判断する本稿の立場から、手形に寄せられる手形取得者一般の信用の内容を分析してみる。この場合の手形取得者一般の信用は、手形債務が実現されるという信用である。債務に相当する金額を何らかの手段で取得することではない。たとえ第三者保護規定等の政策的理由により、結果として手形債務相当の金銭を入手できるにしても、手形に対する信用は害される。こうして、有価証券偽造罪が成立する。うえで見たように、この場合の第三者保護は、表見法理が用いられる場合でさえ、第三者の範囲が限定されるなど、第三者保護に厚いとはいえない。このような第三者保護の薄さは、手形がそもそも無効であることに由来するのであって、この点からも、手形に対する信用が著しく害されていることが見てとれる。

また、無権代理の場合、無権代理人は、本人として表示された者が負担すべき責任と同一の責任を負担すること

になる（手形法八条）。同様に、偽造の場合、偽造者が手形上の責任を負担する（手形法八条類推適用。判例[30]・通説[31]である）。このような場合、手形取得者は金銭の満足を得ることができるが、これは本来の手形債務に基づくものではないのであるから、依然として手形の信用は害されていることになるというのは、すでに述べたとおりである。

なお、無権代理および偽造された本人が、手形を追認する場合がある。この場合、手形は、遡及的に有効となる（民法一一六条）。しかし、遡及効には例外があり（同但書）、手形債務が本来の形で充足されたといってよいか、疑問が残る。また、一旦は無効な手形が作成されたのだから、その時点で、公共の信用が害されたともいいうる（一旦発生した結果は、遡及効によっても履滅し得ない）。したがって、理論的には、有価証券偽造罪の成立を肯定してよいであろう[32]。

もうひとつ、第三者保護と関連して、一点確認しておきたい。いわゆる責任追及説に立ちつつ、「善意者保護の規定は個別的救済を図るものに過ぎず、多くの場合は有価証券の受領者に善意の立証責任を負わせるものであるから、その限りで有価証券に対する公共的信用は害されているといわざるを得ない」ことを理由として、昭和四三年決定についても、有形偽造を認める見解がある[33]。しかし、昭和四三年決定のように、支配人の内部的制限についての第三者の主観的態様が問題となるケースについては、商法では、「第三者の悪意の立証責任は商人の側にある[34]」とされるのが一般である。そうだとすれば、少なくとも、この昭和四三年決定のケースでは、有価証券の受領者は善意の立証責任を負わされていないのであって、立証責任が第三者にあることを理由に、「有価証券に対する公共的信用は害されているといわざるを得ない」ということはできないように思われる。私法上の効果に着目する規範的意思説や、法的責任を追及できる限り有形偽造は成立しないとする責任追及説からは、昭和四三年決定は無罪とせざるを得ないし、そのように解するのが一貫しているといえよう。

3　権限濫用の場合

(1)　手形・小切手の作成について、その権限を濫用した場合、手形法上は、偽造ではない、すなわち、権限濫用によって作成された手形・小切手は、完全に有効であるとするのが判例[35]・通説である。したがって、第三者は、原則として、有効に手形債務の支払を受けることができる。但し、権限濫用について悪意・有過失の手形取得者は、民法九三条但書類推適用により、無効を対抗されるとするのが判例[36]・通説[37]である。

(2)　権限が濫用された場合について、信用の内容を分析して有形偽造の成否を判断する本稿の立場から、手形に寄せられる手形取得者一般の信用の内容を分析してみる。この場合の手形取得者一般の信用は、手形債務が実現されるという信用であるから、手形が有効である以上、手形記載の債務が実現され、信用は害されない。

問題は、悪意・有過失の手形取得者である。この場合の手形取得者は、本人から無効を対抗され、有効に手形の払戻しを受けられない。この点で、手形取得者の信用が害されているように見える。しかし、前述したように、この場合の手形取得者は、悪意・有過失なのであるから、そもそも、彼の信用は、刑法上も保護に値しないものと評価できる。

なお、手形を濫用した者の刑事責任は、背任罪または横領罪によって追及されることになるが、ここでは立ち入らない。

4　まとめ

権限逸脱の場合は、手形取得者が保護されるという結論になる場合であっても、第三者保護規定または表見法理によって救済されるのが限度であり、第三取得者以降に至っては、名義人に請求することすらできない。これに対し、権限濫用の場合は、手形取得者は、原則として、有効に手形債務の支払を受けることができる。

このような商法の規定・判例・解釈論を前提として、私見による信用の内容に着目した分析を行うと、権限逸脱の場合は、手形・小切手を受け取る者の信用が害されるため、有形偽造となるが、権限濫用の場合は、信用が害されず、有形偽造とならない、という結論が導かれることになる。これは、判例が示している、権限逸脱の場合は偽造罪が成立、権限濫用の場合は偽造罪成立せず、という結論とも一致するのであって、私見は、判例の結論は、このような点に由来するものと考えるのである。

(27) 最判昭和五二・一二・九金判五四三号三頁。
(28) 大判昭和八・九・二八新聞三六二〇号七頁。
(29) 最判昭和四三・一二・二四金判一五二号八頁。
(30) 最判昭和四九・六・二八民集二八巻五号六六七頁。
(31) 前田庸『手形法・小切手法』（有斐閣、一九九九年）八三頁、田邊光政『最新手形法小切手法』（5訂版、中央経済社、二〇〇七年）九六頁など。
(32) 島田聡一郎・前掲注（13）論文五一頁参照。なお、今井猛嘉「文書偽造罪の一考察（五）」法学協会雑誌一一六巻七号一四〇頁は、有形偽造の成立を否定する。
(33) 西田典之『刑法各論』（第四版、弘文堂、二〇〇七年）三一二頁。
(34) 森本滋編『商法総則講義』（第3版、成文堂、二〇〇七年）九八頁〔北村雅史〕。
(35) 最判昭和四四・四・三民集二三巻四号七三七頁。
(36) 最判昭和四二・七・六金判六七号一六頁。
(37) 但し、悪意・重過失の相手方が本人にその権利を行使するのは権利濫用ないしは信義則違反として許されないとする有力な主張がある。たとえば、大隅健一郎『新版手形法小切手法講義』（有斐閣、一九八九年）二〇四頁など。

Ⅳ　権限濫用と権限逸脱の区別

1　問題の所在

権限濫用と権限逸脱で有形偽造の成否を区別するという基準は、判例によって確立され、学説の多数が支持するところとなっている。しかし、いくつかの学説は、さらに、検討を推し進め、「従来の『権限の濫用か逸脱か』という規準を超える、より具体化された実質的な規準」[38]を求めようとしている。そこで、「問題となるいくつかの具体的な特殊事例から判断の手がかりとなるメルクマールを拾い上げる作業」[39]が行われることになる。

その作業の一つの成果が、行為者に課せられていた作成権限の内部的制約が権限自体を否定する趣旨のものか、権限の行使方法についての手続的制約にすぎないのか、という基準である[40]。また、このような基準は有形偽造の成否を決するポイントとはなり得えない、という批判[41]もある。こうして、手続的瑕疵をめぐる議論が、現在、議論の中心となっている趣がある。

しかし、そもそも、このような具体化された実質的な区別基準を、刑法解釈論のレベルで打ち立てることは、必要なことなのであろうか。これらの理論およびここで交されている議論は、商法での議論をあまり考慮していないように思われる。

2　考察――商法との交錯

(1)　筆者には、この問題は、商法における議論を参考として考察すべきであるように思われる。刑法学者が濫用・逸脱の具体化された実質的区別基準を定めようといろいろ苦心してきたのは、昭和四三年決定を合理的に説明するためであったと思われるが、それは、刑法独自の基準を立てなくてもできることである。

商法では、昭和四三年決定のように代表者の権限に内部的制限が加えられている場合、内部的制限について善意の第三者は保護されるという一連の規定がある（昭和四三年決定の事案について、旧商法三八条三項、現商法二一条三項、同様の趣旨の規定として、会社法一一条三項、会社法三四九条五項等）。以上の規定は、支配人、参事、代表取締役といった特定の者の権限に内部的制限を加えた場合、その制限は第三者に対抗できない、という趣旨のものである。内部的制限が第三者に対抗できないということは、この権限に対する制限は、あくまで内部的な制限にとどまるものであって、対外的には制限ができないものであるから、このような権限は、包括的・不可制限的権限と呼ばれる。

内部的制限を超えた行為の有効性については、商法上、あまり議論がなされておらず、有効であることを前提とした説明が多いように見えるものの、それが有効か無効かは、理論上、確定的に詰められてはいないようである。ただ、少なくとも、包括的・不可制限的権限を有する者の行為について、ある種の手続的な取決めがなされている場合については、その手続に違反した行為であっても、商法上有効であるという結論を示している判例が存在する。たとえば、定款に、一定の取引については取締役会の決議を経なければならないという定めがあった場合、代表取締役が、その定めに反して行った行為は、原則として有効である(42)(43)。

昭和四三年決定で問題となった内部的制限は、専務理事の決済を受けなければ手形を作成・発行できない、というものであった。これは、うえの判例にあらわれている定めと基本的に同じものであるように見える。もし、うえの判例にしたがい、その定めを超えた行為も私法上有効であると解したうえでこの問題を処理すると、参事の手形振出は原則として有効となり、手形の信用は害されないから有価証券偽造罪は成立しない、ということになってしまう。

ここで、商法を参照しつつ、改めて考える必要がある。すでに述べたように、本件参事については、支配人の規

定が準用されるが、商法の通説では、支配人とは、商人からその営業に関する一切の裁判上または裁判外の行為をする権限を与えられた者と解されている[44]。そして、「支配人を、商人から包括的定型的代理権を与えられた商業使用人であると解する通説の立場……を前提にすると、営業に関して包括的ではあるが、多少制限された代理権を付与された商業使用人は、商法二一条三項……の適用のある正規の支配人ではないことになる[45]」。そうすると、本件参事の手形作成権限は非常に限定的なものであったのだから、商法の解釈上も、そもそも、支配人・参事には該当しないと考えられる[46]。

このような点から、昭和四三年決定は、手形振出について専務理事の決済が必要であった本件参事については、「実質的には作成権限がなかった」と判断したものと思われる。すなわち、ここで、裁判所は、権限逸脱の事案というよりも、より正確には、そもそも権限が与えられていない、まったくの無権代理の事案として処理したのだと考えられる。無権代理であれば、完全に無効な有価証券を作成しているのだから、内部的制限に関する議論を待つまでもなく、有価証券偽造罪は成立することになる。

こうして、判例は、内部的制限についての「具体化された実質的基準」を見出す方法をとるのではなく、「権限の有無」という単純な基準をとったうえで、事実認定あるいはあてはめのレベルで実質的な考慮を加えつつ、偽造罪の成否を判断しているものと考えられるのである[47]。

(2)　なお、包括的・不可制限的権限が与えられている場合と異なり、一定限度の小切手等の振出権限が与えられている者（たとえば、経理部長など）が、上限を超えて手形・小切手を振り出した場合が問題とされることがある。

この場合について、「事務処理手続において小切手等の振出しに必要な印鑑等のすべてを保管し、上司の決済を受けることなく振り出すことが認められている場合には、たとえ上限の金額が決められていたとしても作成権限を肯定すべきであろう」という見解が主張されている[48]。この見解が、この場合に作成権限を肯定する理由は必ずしも

定かではない。あるいは、論者は、一定額以上は決済がなければ振り出せないという点をもって手続的制限と解し、無形偽造でよいとされるのかもしれない。

しかし、代理権の範囲内の額については本人が当然に責任を負い、それを超える分については無権代理（但し民法一一〇条により表権代理の成立が認められる余地はある）となるのだから、〝権限逸脱〟の事例として、有価証券偽造罪の成立を認めるべきではなかろうか。この問題につき、ある手形法の文献は、「たとえば一〇〇万円の手形を振り出す代理権を有する者が三〇〇万円の手形を代理人として振り出す場合のように、なんらかの代理権を有する者がその代理権の範囲を越えて本人のために手形行為をした場合（越権代理）には、本人は代理権の範囲内の部分については当然に責任を負わなければならない。しかし越権部分については、本人が追認せず、または表見代理の成立が認められないかぎり、本人は責任を負わず、越権代理人が本人に代わって手形上の責任を負うことになるのであって、越権代理人についての法律関係は無権代理人についてと同様である（手形法八条三項）」と説明している[49]。ここでも、刑法独自の解釈を施すべきではなく、手形法の解釈に従い、〝権限濫用〟ではなく、〝権限逸脱〟の事例として、有価証券偽造罪の成立を認めるべきであろう。

(3)　以上のように、権限濫用と権限逸脱を私法の区別基準によるとする説明は、証拠犯罪説の説明とも一致する点が多い[50]。しかし、その理由は異なる。証拠犯罪説は、証拠に用いることができるかどうかを有形偽造成否の基準とする。しかし、本稿の〝信用内容分析〟説では、手形の性質、手形債務に対する信用の分析内容から、同様な結論に至るのである。したがって、手形の場合は成立の真正が保護されることになっても、ほかの書面でそうなるとは限らない。たとえば、文書の場合は、成立の真正が保護されるのではない。

(38)　葛原力三「権限の内部的制限と有価証券偽造」山口厚＝佐伯仁志編『刑法の争点』（有斐閣、二〇〇七年）二二五頁。

(39) 葛原・前掲注（38）論文二二五頁。
(40) 西田・前掲注（33）『刑法各論』三三一頁、井田良『刑法各論』（弘文堂、二〇〇七年）一七九頁等。
(41) 葛原・前掲注（38）論文二二五頁。
(42) 最判昭和四〇・九・二二民集一九巻六号一六五六頁。
(43) この論点についての商法上の評価は様々であり、はっきりと代表権の制限の問題として処理する見解もある（代表権制限説。たとえば、龍田節『会社法』（第10版、有斐閣、二〇〇五年）一〇八頁、一〇九頁等）。しかし、判例は、取締役会の決議が存在しないのに代表取締役が行為を行ったという点で、内心と意思表示が一致しない心裡留保（民法九三条）類似の状況として問題を処理している（心裡留保説）。その意味で、ここに本判例を掲げるのは適切ではないという批判もありうると思われるが、本文に示したように、定めに従わなかった行為の有効性という点では同一の問題状況であると思われる。また、江頭憲治郎『株式会社法』（第2版、有斐閣、二〇〇八年）三七二頁注（5）は、取締役の過半数の決定を要する取引が、その決定を欠いたまま代表行為として行われた場合につき、相手方がそれを知りまたは知り得べきとき無効とした裁判例（東京高判昭和六二・七・二〇金法一一八二号四四頁、大阪地判平成一七・一一・九判例自治二七九号五二頁）を、代表権に制限が加えられた場合の行為の効力についての判例として引用している。そして、これらの裁判例では、当該行為が原則的に有効であることが前提とされているのである。
(44) たとえば、鴻常夫『商法総則』（新訂第五版、弘文堂、一九九九年）一六四頁。
(45) 森本編・前掲注（34）『商法総則講義』九八頁〔北村雅史〕。
(46) なお、この問題について、少数説は、支配人を、「商人が営業所の営業の主任者として選任した商業使用人である」と解しているが（森本編・前掲注（45）『商法総則講義』九三頁〔北村雅史〕参照）、少数説に立った場合でも、「支配人である以上、営業に関する相当程度の包括的代理権が付与されていなければならない」（同書・九八頁）のであって、本件参事は、通説をとった場合と同じく、商法上の支配人・参事と解することはできないであろう。
(47) なお、昭和四三年決定の文言にあらわれている「単に同人の手形作成権限の行使方法について内部的制約があったというにとどまるものではなく」という表現は、内部的制限が権限の行使方法の制限にとどまるのであれば有価証券偽造罪は成立しない、という意味にも取れる。有力な学説が、行為者に課せられていた作成権限の制約が権限自体を否定する性質のものか、権限行使の際の手続的制約に過ぎないものかを問題とするのも、その意味で理解できる。しかし、この判例の表現は、本件において被告人に作成権限がまったくないことを強調する意味に理解することもできるように思われる。
(48) 西田・前掲注（33）『刑法各論』三一二頁、なお、藤木英雄『経済取引と刑法』（有斐閣、一九六五年）二七八頁。
(49) 上柳克郎＝北沢正啓＝鴻常夫編『新版・手形法・小切手法』（有斐閣、一九九八年）七四頁。
(50) 島田・前掲論文（13）五六頁注（7）は、証拠犯罪説の立場から、「権限濫用と逸脱の区別は……基本的に民事法のルールに従うべきであ

る」とする。

V　おわりに

(1)　本稿では、有価証券偽造罪においては有価証券に対する〝公共の信用〟が保護法益とされるという従来の伝統的な理解から出発し、漁協の参事による手形振出しにかかる昭和四三年決定の分析を通じて、裁判所が有価証券に対する〝公共の信用〟の内容をどのように考えており、有形偽造と無形偽造をどのように区別しようとしているのか、明らかにしようと試みた。

そして、①有価証券の代表的な例である手形に対する〝公共の信用〟の具体的な内容は、手形債務の実現であり、これが害されるのは、無効な手形・小切手を作成した場合であるから、無効な手形作成こそが有価証券偽造罪の本質であること、②たとえその後、第三者保護規定等により、手形取得者が金銭の満足を得たとしても、手形債務が実現されていない以上、手形に対する〝公共の信用〟は害されているのであって、私法上の第三者保護規定の適用の有無と有価証券偽造罪の成否は無関係であるということ（したがって規範的意思説は支持できないこと）、③有価証券偽造罪の成否を決する手形の有効・無効は、基本的に私法の規定によって定められるべきであること（あわせて、権限の内部的制限にかかる刑法独自の議論の必要性には疑問があること）、④したがって、権限濫用の場合には手形は有効であり有価証券偽造罪は成立せず、権限逸脱の場合には手形は無効であり有価証券偽造罪は成立するという結論となること（すなわち、有形偽造と無形偽造の区別は、権限逸脱か権限濫用かで区別されること）、⑤この結論は、いわゆる証拠犯罪説とほぼ一致するが、本稿は、〝公共の信用〟の内容を分析することによりこのような結論に至るのであって、証拠犯罪説は、我が刑法が認める虚偽文書の部分的な処罰がうまく説明できないこと、また、

我が国の裁判所の考え方とは一致しない点があること、等を論じた。

(2)　有価証券偽造罪においても、文書偽造罪においても、そこで保護されている〝公共の信用〟の内容を、具体的な有価証券・文書の性質に応じて分析し、その信用に対する裏切りとはなんなのかを論定した上で、有形偽造と無形偽造を区別していくべきである、というのが、筆者の理解する我が国の裁判所の考え方であって、筆者自身、妥当と考える偽造罪の理論である。そして、このような理解を前提とする偽造罪の理論のさらなる発展は、〝信用の内容〟の精査にかかっているのである。