

刑法における「文書」概念に関する  
若干の問題の検討

川 端 博

Einige Probleme zum Urkunden-  
begriff im Strafrecht

Hiroshi Kawabata

最近、文書偽造罪に対する関心がにわかにたかまわってきている。ここ数年間、文書偽造罪の基礎理論の研究に従事してきた者として、わたくしはこの傾向を非常に好ましいものと考えている。従来、文書偽造の問題は刑法各論の難問の一つとして敬遠されてきたきらいがない。そのため、本質論・比較法的考察がなおざりにされてきたといっても決して過言ではないのである。

わたくしは、文書偽造罪の保護法益を、文書のもつ証明力・証拠力を基礎とする「制度としての文書」としてとらえるべきことを主張してきている（拙稿「文書偽造罪の本質」『法律論叢』49巻2号37頁以下ほか）。この基本的立場から、近時、実務上も学問上も問題となっている無効文書、写真コピーおよび公用文書毀棄罪と文書偽造罪との関係について、詳細な検討を加えておきたいと思う。

1. 無効文書と偽造・行使

偽造罪および行使罪の行為の対象・客体は、通常、その文書の内容上有効とされるべき文書である。すなわち、文書偽造罪は「真正かつ有効な」文書の外観を無権限で作出する点に特徴が存する。また偽造文書行使罪は、偽造文書を「真正かつ有効な」文書として提示するばあいにとめられるのが通例である。では文面上無効とわかる文書を作成・提示する行為についても偽造罪・

行使罪の成立がみとめられるべきなのだろうか。この点について学説・判例は、従来、突込んだ議論・分析をしていない。たしかに文書偽造罪は原理上困難な論点を包含しており、その解決に関心が寄せられるのは当然であるといえる。しかも従来のわが国の刑法学の傾向としていわば「総論志向」が存在し、西ドイツ刑法学の圧倒的影響の下で西ドイツの「刑法総論」の議論の応接に汲々としてきている。そのため「各論」の研究に力を注ぐことができないという状況が厳然として存在する。したがって文書偽造罪についても、各論の他の領域と同じように、原則的な問題点に関する議論に終始することが多い。しかし、それではいけないと思う。今やわが刑法学も独自の観点からわが国特有の問題点あるいは普遍的な問題点について突込んだ分析を加えていかなければならなくなってきた。その際、単に原理・原則を大上段に振りかざすのではなく、限界線に接する諸問題に肌理の細かい解釈論的検討をほどこしたうえで、原理・原則への還元ないし関係づけをおこなうべきである。このような作業をとおしてはじめて比較法的考察、法理論的考察および立法論的考察が意味を有するようになるのである。以上の観点から見ると、無効文書と偽造罪・行使罪との関係は、きわめて重要な論点であるということになる。この問題を解決するためには、文書偽造罪の保護法益および行使の概念を再検討しなければならない。

問題の所在を明らかにするため、ここでは無効文書と「行使」罪の関係に焦点を合わせることにしよう（このように問題領域を限定することについては、視野狭窄であるとの批判が予想される。しかし学問の方法論として、対象領域を厳格に限定したうえで分析を深化させることのもつ有効性は決して過小評価されるべきではない。普遍性を僭称するよりも、限られた範囲における確実な認識を獲得しこれを徐々に拡大していく方が望ましいからである。いたずらに空疎な原理論を復唱するよりも地道な作業をとおして果実を収穫するように努めるべきであると思う）。

判例は、文書偽造罪の保護法益を文書の成立の真正性に対する公共の信頼としてとらえたうえで、偽造文書「行使」の意義をつぎのように解している。すなわち、行使罪は偽造「文書ヲ真正ノモノトシテ他人ニ呈示スルニ因テ成立シ」（大判大正6・4・12刑録23輯305頁）、「偽造証書ノ行使トハ証書ノ本旨ニ従ヒ使用スル場合ノミヲ云フニ非ス苟モ偽造ノ証書ヲ真正ノ証書トシテ之ヲ他人ニ提出シ或ル証明ノ用ニ供スルニ於テハ文書ノ信用ヲ害スル点ニ於テ証書ノ本旨ニ従ヒ使用シタルト一般ナルヲ以テ行使ノ事実アルモノトス」（大判明治41・12・刑録14輯1130頁）とされる。このような見解は、行使といえ

るためには、偽造文書を「真正なものとして」使用（呈示）すれば足り、かならずしもその文書の「本来の用法に従って使用する必要はないとするものである。通説は判例のこのような考え方を妥当なものとして支持している。この観点から、さらに文書「偽造」罪における「行使」の目的はかならずしも「その本来の用法に従ってこれを真正なものとして使用することに限るものではなく、苟も真正な文書としてその効用に役立たせる目的があれば足りる」（最決昭和29・4・15刑集8巻1号508頁）とされるのである。

このように文書の本来の用法に従った使用でなくても「行使」といえるのであれば、記載内容それ自体から無効であることが明らかである偽造文書を真正なものとして使用する行為を「行使」概念に包含させることは容易であるといえる。というのは、無効文書は記載されている意思表示（思想ないし意識）の内容に関する証明力をもたないので、文書本来の用法に従った使用ということを考えること自体が無意味となり、むしろ成立の真正を侵害する危険の有無が重要とされることになるはずだからである。ここにおいては、文書が真正に作成されたと誤信させる危険があるかどうか、ということだけが最も重要な問題となる。そしてそのような危険の有無は「文書全体としての外観・形式」によって判定されることになるのである（なお、無効文書と行使罪の成否が問題にされるばあい、偽造文書がかりに真正に作成されていたとして、その形式または内容により当該文書が無効とされるべき事態が考察の対象となっていることに注意しておく必要がある。偽造文書のすべてが私法上・公法上無効であることは言うまでもない。そのことと「無効」文書の問題とを混同してはならないのである）。

そこで判例は、偽造された運転免許証に表示されている有効期間を3ヵ月余経過した後その免許証を提示する行為が偽造公文書行使罪を構成することをみとめた（最決昭和52・4・25刑集31巻3号169頁）。すなわち「本件偽造運転免許証は、表示の有効期間を三ヶ月余経過した時点であつても、警察官をして自動車運転免許証自体は真正に作成されたものであつて、被告人が自動車運転免許を受けたものと誤信させるに足りる外観を具備していたことが明らかであるから、右提示行為をもつて偽造公文書の行使にあたる」と解するのは正当であるとしたのである。この決定が、本来の文書として無効である文書について、つねに公文書偽造罪・行使罪の成立をみとめるものではないことは明らかである。問題はその成否の限界画定に存するのである。この点について、公文書の本来の用法以外に「何らかの社会的効用」をもっているばあい、それを基準にすべきであるとの立場が

ある。すなわち、この見解によれば、運転免許証は有効期限が多少経過しても「身分証明書」としての社会的機能をはたしているもので、これについては偽造罪・行使罪が成立するとされる。この見地からは、身分証明書としての機能の消滅を機械的・画一的に確定することは不可能であるから、判例の集積をまつべきことになる。そして最高裁の本決定は有効期限を3ヶ月余経過したばあいでなおその機能が存続することをみとめたものとして重要な意味をもつものと評価されるのである。つまり、本決定はいわゆる「事例判決」であると解されるわけである。

上述の判例の考え方は、前に見たように文書偽造罪の保護法益を文書の真正に対する公共の信頼と解する立場から導き出されている。しかし、公共の信頼という観念は実体の乏しいものである。そのため、ややともすれば実体から遊離した議論を招来する危険が多分に存在する。そこで、わたくしは、保護法益を文書のもつ「証明力・証拠力」という実体にもとづいて確立された「制度としての文書」としてとらえなおすことを提唱しているのである（拙稿「文書偽造罪の本質」『法律論叢』49巻2号56頁以下、拙稿「文書の有形偽造と無形偽造」『刑法の争点』172頁等）。

すなわち、文書は、元来、一定の意識・内容が物体化されることによって明確に表示され、固定的なものとして内容の不可変性が得られることから、高い証拠価値を有するに至るのである。このような文書を不真正に作り出してその証拠価値を悪用する行為は、文書に対する一般の信頼を害し、「制度としての文書」の基礎を動揺させることになるので、当罰的と解されるのである。

ところで「制度」ということばは、通常、法律制度や議会制度などのように人為的な定立の側面が明瞭であるものについて使用されているので、「文書制度」というと奇異の感をもち抵抗を覚える人もいるかもしれない。しかし、言語哲学の領域においてすでに自然言語が「制度」としてとらえられていることを思えば、それは決して不可解な説明ではないはずである。

さて、このように文書偽造罪の保護法益を「制度としての文書」と解する立場からは、偽造文書行使罪における「行使」とは文書の内容に従った証明力を主張することを意味すべきことになる。行使概念をこのように規定する見解は、すでにピンディンク、メツガー、ブライ、江家博士などの所説に見出される（Binding, Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts, BT, 2, 1, 1904, S. 243; Mezger, Strafrecht, II, BT, 6. Aufl., 1958, S. 216; Blei, Strafrecht, II, 10. Aufl., 1976, S. 260; 江家『刑法各論』〔増補〕156—7頁等）。これらの諸説は今

日なお積極的に再評価されるべきものをもっているとわたくしは考えている。

「行使」が文書の内容に従って証明力を主張することであるとすると、無効文書は、その性質上、本来の証明力をもたないので、これに関しては偽造罪ないし行使罪は全く成立しないのではないか、という疑問が生ずる。無効文書は刑法上文書ではないからこれについては偽造罪・行使罪は全然みとめられないとするのが、ドイツ・フランス・イタリアにおける古い考え方であった (Kienapfel, Urkunden im Strafrecht, 1967, S. 284)。しかし、徐々にこの考え方は緩和され、今日では、絶対的無効原因の存する文書、すなわち本質的な形式的または内容的瑕疵があるために無効とされる文書については偽造罪・行使罪の成立を否定するが、相対的無効原因が存するにすぎない文書については偽造罪・行使罪の成立をみとめるとする立場が有力である (Vgl. Kienapfel, ebenda)。この学説は、文書の証明力に着目するものであり、わが刑法の解釈論としても通用すると思う。さらに、わたくしは、キーンアップフェルの所説 (Kienapfel, Zur Problematik der sog. „nichtigen“ Urkunde, JZ 1972, S. 394 ff.; in: ders., Urkunden und andere Gewährungsträger, 1979, S. 81 ff.; ders., Urkundenbegriff und „Rechtserheblichkeit“, ZStW Bd. 82, 1970, S. 344 ff.; ders., Urkunden und andere Gewährungsträger, 1979, S. 18 ff.) に示唆を得て、行使概念をつぎのように修正すべきであると解するようになった。すなわち、行使とは文書を真正なものとして「法的取引ないし法的生活関係において」その証明力を主張することであると解すべきなのである。このような行使概念のもとでは、無効文書を提示することは不能犯とされるべきばあいが多いと解されることになる。これは、文書概念から「法的重要性」(Rechtserheblichkeit) のメルクマールを排除したうえで行使概念を限定しようとするものである (不能犯とされるべき点については vgl. Armin Kaufmann, Die Urkunden- und Beweismittel-fälschung in Entwurf 1959, ZStW Bd. 71, 1959, Fußnote 9, S. 413 f.)。西ドイツ刑法学においては、法的重要性との関連で問題となる文書の「証拠予定性」(Beweisbestimmung) および「証拠適性」(Beweiseignung) のメルクマールを文書要件から除外する見解が増加している (Vgl. Samson, Grundprobleme der Urkundenfälschung, JuS 1970, S. 373; Puppe, Urkundenfälschung, Jura 1979, S. 636 f. usw.)。この立場はきわめて正当なものであると思う。法的重要性のメルクマールと行使概念との関係については、さらに突込んだ考察が必要であり、別の機会に詳しく検討したいと思う。

## 2. 写真コピーの文書性

複写機による公文書の写しの作成が公文書偽造罪を構成しうるかどうかについては、今なお激しく争われている。西ドイツにおいては判例・通説は否定説の立場をとる。これに対してわが国の判例・多数説は肯定説の立場を支持しているのである。わたくしも、すでに判例評釈において肯定説が正当であることを何度も主張してきた (拙稿「複写機による衛生検査技師免許の写しの作成と公文書偽造罪の成否」『法律論叢』48巻1号101頁以下、「公文書の写真コピーの作成が公文書偽造罪にあたりとされた事例」『法律論叢』49巻1号107頁以下、「公文書の写真コピーの作成と公文書偽造罪の成否」『ジュリスト』701号61頁以下)。このように写真コピーという現代の物質文明が産み出した利器の悪用をめぐって、その可罰性・当罰性が論議されている。その際、たんなる刑事政策的考慮だけから解釈論的結論を引き出すといったようなきわめて安易な態度をとるべきではない。行為の可罰性については、あくまでも解釈論上の正しい基礎づけが必要なのである。写真コピーの文書性の問題は、末梢的であるかの観を呈しているが、決してグライヒギュルティヒな問題ではない。キーンアップフェルが指摘しているように、それは学説、実務および法改正にとって興味ぶかい対象となるものである。というのは、この問題こそは刑法上の文書論の一定の中核的問題 (Kernfragen) を明瞭にしてくれるからにほかならない (Kienapfel, Zur Urkundenqualität von Fotokopien, Xerokopien und Abschriften, NJW 1971, S. 1781; ders., Urkunden und andere Gewährungsträger, 1979, S. 92, noch vgl. S. 8, Puppe, Jura 1979, S. 635)。

すでに周知のとおり、最高裁第三小法廷判決は、公文書の写真コピーについて有印公文書偽造罪、同行使罪が成立することをみとめている (最判昭和51・4・30刑集30巻3号453頁)。この判決に対しては、学説上、賛否両論があり、他の小法廷の判例の動向が注目されていた (賛成——宮沢「フォトコピーと文書偽造罪(下)」『判例タイムズ』335号61頁、小暮、『ジュリスト』642号159頁、佐々木=平沢、『判例タイムズ』338号87頁など。反対——平野「罪刑法定主義の感覚」『警察研究』49巻2号3頁、松本、『警察研究』49巻7号79頁、齊藤(誠)「フォトコピーと文書偽造」『判例タイムズ』414号33頁以下など)。このような時期に最高裁第一小法廷は、前記判決を援用して積極説をとることを明らかにした (最決昭和54・5・30刑集33巻4号324頁)。

第一小法廷の本決定には団藤裁判官と戸田裁判官の意見が付されており、それはいずれも公文書偽造罪、同行使罪の成立に関するかぎり、実質的には反対意見となっ

ている。その「意見」の中において展開されている論議は、写真コピーについての問題点を集約的に取りあつたついで、以下、これを批判的に検討することにしよう。

西ドイツおよびオーストリアの判例・通説は写真コピーの文書性を否定しているが、その理論的根拠は、つまるところつぎの点に見出される。すなわち、写真コピーは、文書の要件である①有体化された意思表示、および、②名義人の認識可能性、を充足していないから刑法上の文書となりえない、とされるのである（Kienapfel, Urkunden und andere Gewährschaftsträger, S. 93 und S. 8; noch vgl. Puppe, Jura 1979, S. 635, ZB BGH St. 12, S. 108 ff.）。第一小法廷決定における「意見」においても、これと同じ根拠づけが詳細に展開されているといつてよい。

消極説（否定説）は、まず第一に、文書偽造罪における文書が「原本」にかぎられることを大前提とする。すなわち、写しは「原本の存在と内容」を証明する手段にすぎず、文書内容を直接証明する原本とは決定的に異なるので、写真コピーは、いかに高い証明力をもつにせよ、しよせん写しにほかならず、文書偽造罪の対象とはなりえない、とされる。しかし、文書偽造罪における文書を当然に原本にかぎることの反省こそが、写真コピーの文書性の問題の出発点をなすのである（宮沢・前掲、小暮・前掲参照）。

従来、文書偽造罪における文書が原本にかぎられていたのは、昭和51年判決も明言しているように、手書き・タイプなどによる写しのばあい、写しを作成する段階で人為的な改ざんがほどこされる蓋然性が高く、証明文書としての信用性に乏しいとされたからにはほかならない。認証文言のある写しが文書とされたのは、認証文言の部分が別個独立の原本としてとらえ直されたからである。写真コピーが原本の存在および内容に関して強度の証明力をもっていることについては争いはない。問題は、この証明力に対して社会一般が信頼をおくかどうか、にある（宮沢・前掲60頁）。その信頼は保護に値すると解すべきであるが、これは単に行為の当罰性によってではなくて、あくまでも解釈論的根拠によって基礎づけられなければならない。消極説をとっているキーンアップフェルが、単に刑事政策的観点だけからこの問題を処理すべきでないことを力説しているのは、妥当である（Kienapfel, Urkunden und andere Gewährschaftsträger, S. 94）。

ここで吟味されなければならないことは、公文書の写真コピーが、①意思表示ないし觀念の通知が包含されていること、②作成名義人の記載があること（より正確に

いえば、名義人が認識可能であること）、という文書要件を具備しているかどうかである（平野・前掲4頁、Kienapfel, Urkunden und andere Gewährschaftsträger, S. 93）。消極説は、①について写真コピーは写しの作成（いいかえると、既存の意思表示の単なる複製）にすぎず、認証文言がないかぎりそこには意思表示（意識）は存在しない、と解する。つまり、原本における意思表示は認証文言の存在によって「合成文書」としての写しに取り込まれるのであって、単なる写真コピーのばあいにはそのような関係はみとめられない、とされる。②については、写真コピーは、その作成者が文面に全く表示されないから、作成名義人の記載が欠け、名義人の認識可能性が存在しない、と解されている。

これに対してわが国の判例は、つぎのように解して①および②の要件の存在を肯定する。すなわち、写真コピーに表示された意識内容は、原本のそれが直接的に（コピー作成者の意識の介在なしに）機械的に表示されたものと見うるから、原本の意識の主体が写真コピーの作成名義人である、とされる。これは結論的には妥当であるが、わたくしはつぎのように解すべきであると思う。

すなわち、文書の名義人は文書の成立にいつわりのないことを保証する者としてとらえられるべきである（拙稿「文書偽造罪の本質」『法律論叢』49巻2号61—2頁など）。認証文言のない写真コピーのばあい、現実にコピーを作成する者はその作成の真正を保証することをせず、むしろ原本に「代えて」これを使用する旨を表明していると解されるべきである。原本の名義人が原本の「交付」によって写しを作成することを事前に包括的に許諾したと考えられるから（藤木「公文書の『写』の偽造と文書偽造罪の成否」『警察研究』45巻10号16頁参照）。原本の名義人が複写文書についても成立の真正の責任主体、すなわち作成名義人とされるのである。したがって、認証文言のない写真コピーも①および②の要件を具備する。それゆえ、写真コピーも刑法上の文書となりうるのである。消極説は偽造概念に関する物体化説を前提とせざるをえない点で妥当でない。わたくしは、すでに偽造行為の理解をめぐる「物体化説」（Körperlichkeitstheorie）と「精神性説」（Geistigkeitstheorie）との対立について詳論し、精神性説を支持すべきことを明らかにした（拙稿「代理名義の冒用と文書偽造罪」『法律論叢』48巻4・5・6合併号「明大創立95周年記念論文集」202頁以下、「文書の有形偽造と無形偽造」『刑法の争点』『ジュリスト』増刊）171頁）。最近、この問題についてモノグラフィーが公刊され、根本的な検討が加えられている（Rheineck, Fälschungsbegriff und Geistigkeitstheorie, 1979）。しかし、それにもかかわらずわたくし

は私見を変える必要をみとめない。この点についての論述は、ここでは余分なので省略する。

第二に、消極説においては、公文書は公務所または公務員が作成権限を有する文書にかぎられるべきことが強調されている。公文書の写真コピーは、私人が自由にこれを作成できるので公文書とはいえない、とされる。たしかに公文書は公務所または公務員が職務上作成する文書である。しかし問題は、私人が外見上自由に写真コピーを作成できるばあいに、これをなお公務所または公務員の作成権限にもとづくものと解することができるかどうか、である。上述のとおり、公文書の原本の原本の「交付」によってその正しい写しの作成が包括的に許諾されているから、その範囲内で写真コピーの作成が自由になされうるにすぎず、それは公務所または公務員の作成権限にもとづいているものと評価されるのである。

このように理解することに対しては、写真コピーを作成する権限の有無はその内容の「真否」にかかわらず定まるはずであるとの批判がある（平野・前掲9頁）。なるほど通常的意思表示に関する権限については上の批判があてはまる。しかし、写真コピーの作成権限のばあいは、全く事情が異なることに注意する必要がある。意思表示をおこなうばあい、一定の範囲内で自由に意思「内容」を決定できるのであるから、内容の真否については単に無形偽造の問題を考慮すれば足りる。これに対して写真コピーのばあいは、機械的に正確に写しを作出する権限というのは当然に内容の真实性を要求するのである。こういう内容をもった「作成権限」については奇異の感をもつ者がいるかもしれない。しかし、通常の文書の「代作」・「代筆」の権限と対比して考えると、事柄の本質はきわめて明瞭になるはずである。すなわち、文書の作成にあたって他人に代作代筆させるばあい、表意者（つまり文書の作成名義人—通説の見地によれば）の意思表示を正確に文書化する権限を与えるにとどまる。もし代作者・代筆者が表意者の意思表示の内容と異なる内容を包含する文書を勝手に作成したとすれば、作成権限をこえて無権限で文書を作成したこととなって有形偽造の成立がみとめられなければならない。このことは何人といえども否定することはできないはずである。そうだとすれば、ここにおいては文書作成の権限が、まさに文書内容の真否にかかっていることになる。この理は、写真コピーの作成権限についてもそのままあてはまるのである。

公文書の写真コピーを私人が作成するばあい、上述の内容をもった作成権限を公務所または公務員がいちいち私人に授け、これにもとづいて行為をしているのではないとの批判が加えられている。たしかに純然たる事実現

象として見たばあい、明確な形で（つまり明示的確定的に）権限授与をおこなうケースは少ないといえる。しかし、これを法的見地から（つまり行為の意味的理解という観点から）とらえたばあい、公文書の原本の「交付」が包括的に写真コピー作成の権限を授与するという意味をもつと解しても差し支えない。電子複写機の日ごまし普及により、公文書の原本の「交付」のもっている意味が変質してしまっていることに注意しなければならない。

第三に消極説は刑法 155 条の文言を根拠にして文書を原本に限定している。しかし、これは必ずしも十分の合理性を有するものではない。上述のように写真コピーを包含させることも、本条項として十分に可能であるからである。最後に、写真コピーに対して寄せられている一般の信頼を保護できないとする点においても、消極説は実際的に妥当でない。このようにして、わたくしは積極説が正当であると確信しているのである。

### 3. 文書毀棄と文書偽造罪との関係

「文書」を毀棄したばあい、その文書の性質により公用文書毀棄罪（刑法 258 条）または私用文書毀棄罪（同 259 条）が成立する。これらの条項において、公用「文書」・私用「文書」という文言が用いられているが、ここにいる「文書」は「文書」偽造罪における文書と同一の意味内容を有するのだろうか。それとも両者は全然別個の概念なのだろうか。この問題は、文書偽造罪の本質にかかわるものである。とくに私見のように「制度としての文書」という視点を強調する立場からは、制度的に両者はいかなる関係を有しているのか、ということは重大な関心事となる。そこで保護法益との関連を最も端的に示す公用文書毀棄罪との関係に焦点を合わせて立法の沿革にさかのぼりながら検討していくことにしよう。

旧刑法は、第二編「公益ニ関スル重罪輕罪」の第四章「信用ヲ害スル罪」の第三節「官ノ文書ヲ偽造スル罪」の個所において、官文書の偽造、変造、行使とあわせて官文書の毀棄を処罰する旨を規定していた。私文書については、同章の第四節「私印私書ヲ偽造スル罪」において、私書の偽造、変造および行使罪を規定し、第三編「身体財産ニ対スル重輕罪」の第二章「財産ニ対スル罪」の第十節「家屋物品ヲ毀壞シ及ヒ動植物ヲ害スル罪」において「人ノ権利義務ニ関スル証書類ヲ毀棄滅尽」する行為を処罰する旨を定めていたのである。官文書の毀棄を偽造罪とあわせて規定することについては、すでに旧法当時から批判があった（宮城浩蔵『刑法講義二』264 頁）。両者はその本質を異にするので別個に規定すべきであるとの批判がすなわちこれである。

現行刑法は、公用文書毀棄罪の規定を財産犯の最終章におき、しかも同章にある私文書毀棄罪よりも法定刑を重くしているの、立法当時からその保護法益をめぐって論議があった。立案者は本罪を財産犯として把握していたといえる（『刑法沿革綜覧』（207頁。立案者の見解と同旨の学説として泉二新熊『刑法大要』（増訂版）664―5頁）。しかし「公務所ノ用ニ供スル」という要件があるので、純然たる財産犯としてこれを理解することは困難となる。むしろ、この公務所供用性という要件を重視すれば、本罪をもつばら国家的法益に対する罪としてとらえることも可能となるのである（宮本英脩『刑法大綱』406頁）。改正刑法草案も「本条が公務の円滑な遂行を保護しようとするものであることにかんがみ、規定の位置を損壊の罪の章（各則第四十一章）から」公務妨害の罪の章に移している（『改正刑法草案』附同説明書180頁）。

たしかに旧刑法立案者がいうように、公文書偽造と公文書毀棄とは、その性質において違いがある。というのは、前者が公務所の名義を冒用することによって公文書一般に対する公共の信頼を害する犯罪であるのに対して、後者は公務所の用に供された文書を毀棄することをおして公務所の作用を害するものであるからである。しかし、いずれも文書のもつ「効用」を害する点では同じなのである。文書の効用とは、ひっきょう、文書のもつ「証明力」にはかならない。文書犯罪は、「制度としての文書」を根拠づける文書のもつ証明力（証拠力）を侵害する犯罪であると理解されるべきである。そして文書の証明力は、①思想内容を書面として物体化・有体化することによってそれに固定性・永続性を与えること、②思想内容を物体化・有体化することによって言説（discours）に変質をもたらすこと、③名義人が文書化による諸効果を受忍すること（保証機能）、を基礎としているのである（拙稿「文書偽造罪の本質」37頁以下）。したがって、証拠力をもった「文書」といえるためには、名義人の存在がどうしても必要となる。たしかに、匿名の書面であっても、社会生活上一定の意味をもちうることは少なくないであろう。しかし、それは、その書面の内容を裏づける他の証拠の集積によってはじめて意味をもつに至るにすぎない。文書それ自体のもつ証明作用としては一般的に見て重要ではないので、そのような書面は偽造罪の対象とはされえないのである。

以上と同様のことが文書毀棄についてもいえる。文書偽造罪は虚偽の証明力を創出した（偽造）、既存の証明力を虚偽のものに変更すること（変造）によって、文書制度の基礎（前述の①②③）を侵害する（変造、すなわち無権限で既存の証明力を変更することは、厳密にい

ば、既存の正当な証明力を滅失させ、新たな虚偽の証明力を創出することを意味する。虚偽の証明力の創出という点において偽造と変造は同質なのであるから、両者はその法定刑を同じくすると解される）。これに対して文書毀棄は、文書の証明力を基礎づける前述の①の要素を滅失させることによって、文書制度の基礎を侵害するのである。つまり、それは、あくまでも「文書」の証明力の滅失によって文書の制度的基礎を侵すのである。なお、文書毀棄の対象を真正文書に限定するのが西ドイツの通説であるが（Schönke-Schröder-Cramer, 20. Aufl., 1978, S. 1612, Blei, Strafrecht, II, BT, 10. Aufl., 1976, S. 265 usw.）、不真正文書をも包含すべきであるとする見解もある（Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl., 1969, S. 418. Dazu noch vgl. Schilling, Reform der Urkundenverbrechen, 1971, S. 23 ff.）。

このように解すると、冒頭で提起した問題に対して、文書偽造罪における文書概念と文書毀棄罪における文書概念とは同一でなければならないことになる。西ドイツでも、文書毀棄罪においては文書内容が法的取引にとって重要である必要はないとされる点を除いて、文書概念は文書偽造における文書概念と同一であるとするのが判例・通説となっている。このような立場にたつと、未完成文書は名義人の表示が欠けるので（名義人の認識可能性の欠如）、文書毀棄罪の対象とはなりえず、これを毀棄すれば一般の器物損壊罪が成立することになる。

以上のように解することに対していくつかの批判がありうるので、検討しておくことにしよう。

まず第一に、この立場は文書毀棄罪を財産犯の章においた立法趣旨に合致しないのではないかと、との批判が考えられる。しかし、これは文書毀棄罪が他の毀棄行為と同様に物の効用の滅失という共通点をもっていることと文書が財物としての性格をもあわせもっていることに着眼して、財産犯の章にまとめられたと解することができる。これは、決して文書毀棄罪が制度としての文書に対する侵害であることを否定するものではない。

第二に、公用文書毀棄の法定刑が私文書毀棄のそれより重くなっているのは、本罪を公務妨害罪の一種として把握されているからではないのか、という批判も考えられる。しかし、本罪が公務妨害罪としての性格をもつのは、公務所が「制度として」確立された文書を利用する権能を妨害されるからにはかならない。そうでなければ、本罪の法定刑が95条以下の「公務ノ執行ヲ妨害スル罪」の法定刑よりもかなり重くなっていることの説明が合理的になされえない。

第三に、作成名義人の不在という「形式的要件の欠如」といった程度の瑕疵で、そのすべて（筆者注一未完成

文書)が、258条から排除される結果となって適切でない」(香川達夫『判例評論』230号160頁)という批判がある。たしかに、署名押印それ自体をとり出して見ると、それは文書の内容とはかけ離れたいかにも「形式的」なものと解されうるかもしれないであろう。しかし、前述のように文書犯罪の処罰根拠を文書の証明力の侵害に求めるかぎり、署名押印というのは名義人の表記として重要な意味をもつのである。いいかえると、それは決して形式的なものであるとはいえず、むしろ実質的なものとして把握されるべきである。キーンアップフェルが名義人の認識可能性を文書概念の「実質的要件」であることをつとに強調しているのは、上に述べた意味においてきわめて正当である(Kienapfel, Urkunden und andere Gewächtschaftsträger, S. 9, 93 f. usw.)。つぎに未完成文書を258条から排除しても、これを毀棄すれば器物毀棄として261条で処罰できるのであるから、当罰性という見地から見ても決して不当ではない。しかも261条の法定刑の上限は公務執行妨害罪の上限であるので、公務妨害罪としての側面を十分に評価することができるのである。

このように見てくると、文書毀棄罪および文書偽造罪における文書概念を同一のものと解する立場が正当であることは明らかであるといえる。

実務上とくに問題となるのは、未完成文書と公用文書毀棄罪との関係である。そこでこの点に関する判例の動向を見ておく必要がある。

大審院の判例は、本罪における文書は具体的な思想ないし観念の表示が必要であるが(大判昭和11・7・23刑集15巻1078頁)、文書として未完成であってもよいと解していた(大判明治42・12・27刑集15巻2047頁)。最高裁もこれを踏襲して未完成の弁解録取書を公用文書とみとめた(最決昭和32・1・29刑集11巻1号325頁)。その事案はつぎのようなものであった。司法警察員が刑訴法203条にもとづいて、被疑者に対し被疑事実の要旨および弁護人を選任できる旨を告げ、被疑者がこれに対する供述をした。そこで、当該司法警察員が、その旨を記載した弁解録取書原本を執筆し、これを読み聞かせ誤りの有無を聞いたところ、被疑者は黙秘したため、その旨の文言の一部を記載中、被疑者が隙を見てその弁解録取書を取りあげて毀棄した。本件は、弁解の録取、読み聞かせ、過誤の有無についての質問がすでになされている点に、事案としての特徴がある。つまり、弁解録取書としての重要な部分の記載がほとんど完了していたといえるばあいなのである。ついで、この決定を援用して、所定の署名者の署名押印未了であっても、すでに会長の押印を終わり一般の閲覧に供され、県にも報告された村農地

委員会議事録も公用文書にあたることされた(最決昭和33・9・5刑集12巻13号2858頁)。このように、いずれも文書内容の重要部分がほぼ完成している事実に関するものである。最高裁は、さらに歩を進めて、弁解録取書について、弁解の録取自体が完了していないばあいであっても公用文書といえるとしている(最判昭和52・7・14刑集31巻4号713頁)。すなわち、公務員の作成中の文書が「文書としての意味、内容」をもつに至れば、それは公用文書毀棄罪における文書にあたる、とされたのである。未完成文書のすべてが公用文書にあたるのではなく、少なくとも文書としての意味・内容をもつことが必要であるとすることによって、公用文書概念の不当な拡張に歯止めをかけようとしているところに、本判決の判例としての重要な意義が存する。しかし、判例は、公用文書概念を次第に拡張してきているのであり、そのような基準ではたして歯止めがきくかは疑問である。