

・事実の概要

甲は飲食店を営んでいたが、自己の店の宣伝をかねて、百円紙幣とほぼ同一のデザインで端に小さく「サービス券」と書いたサービス券を作成しようと考えた。

サービス券作成にあたり、甲は近所の警察署でこのサービス券を作ってよいか相談したところ、「そのままだと通貨偽造にあたる可能性があるから『サービス券』の記載を大きくして紛らわしくないようにすれば大丈夫だろう」と言われた。

ところが甲は、警察官が好意的であったことから助言を重視せず、そのままのデザインでサービス券を作成した。

その後、一応出来上がったサービス券を同じ警察署に持っていたが、特別の注意も受けなかったため、安心してこのサービス券を作成・交付し続けた。

・問題の所在

本問において、甲は百円紙幣とほぼ同一のデザインのサービス券を作成し、交付している。かかる行為につき、通貨偽造罪および同交付罪（148条1項・2項）が成立しないか。

もっとも、甲はサービス券を作成するにあたり、警察署で相談をし、また完成したサービス券を警察署に持っていったにもかかわらず注意されなかったため、処罰されることはないと安心している。

そこで、かかる甲には責任故意が認められないのではないか。責任故意の成立に違法性の意識が必要か否かと関係して問題となる。

・学説の状況

A説 違法性の意識必要説（厳格故意説）¹

違法性の意識があり、反対動機を形成したにもかかわらず、それを乗り越えたことが、重い道義的非難の根拠であり、故意犯の成立には違法性の意識が必要である。

B説 違法性の過失準故意説²

故意の成立に違法性の意識は必要であるが、違法性の意識がない場合でも、そのことにつき過失がある場合には、故意と同様に扱う。

¹ 大塚仁『刑法概説（総論）』第三版増補版（2005）有斐閣 442項以下

² 宮本英脩『刑法大綱』（1935）弘文堂書房 147項

C 説 違法性の意識の可能性必要説（制限故意説）³

現に違法性の意識を有していなくとも、意識の可能性があった場合には、そこに直接的な反規範的人格態度を見出すことができるから、故意犯の成立には、違法性の意識は必要ではないが、意識の可能性が必要である。

D 説 責任説^{4 5}

非難可能性のためには違法性の意識の可能性が必要であるが、故意概念の矛盾を避けるため、違法性の意識の可能性は、故意の成立要件としてではなく、故意とは別個の責任要素として必要である。

E 説 自然犯・法定犯区別説⁶

自然犯と違い、法定犯は法により禁止されて初めて反社会的になるから、違法性の意識は、自然犯については不要であるが、法定犯については必要である。

F 説 違法性の意識の不要説⁷

構成要件的事実の認識があれば、違法性の意識を有するのが通常であるから、故意犯の成立に、違法性の意識の検討は不要である。

・判例⁸

（最大判昭和 23 年 7 月 14 日刑集 2 巻 8 号 889 項）

1、事実の概要

被告人は、有毒なメチルアルコールとの認識のもとに、飲用に供する目的でメタノールを所持し譲渡したとして有毒飲食物等取締法違反にとわれた。

2、判旨

「『メチルアルコール』であること知って之を飲用に供する目的で所持し又は譲渡した以上は、仮令『メチルアルコール』が法律上その所持又は譲渡を禁ぜられている『メタノール』と同一のものであることを知らなかったとしても、それは単なる法律の不知に過ぎないのであって、犯罪に必要な事実の認識に何等缺くところがないから、犯意があったものと認むるに妨げない。」

³ 団藤重光『刑法綱要総論』第三版（1990）創文社 317 項以下

⁴ 大谷實『刑法講義総論』新版第 2 版（2007）成文堂 343 項

⁵ 平野龍一『刑法 総論』（1975）有斐閣 263 項以下

⁶ 牧野英一『刑法總論』下巻（1959）有斐閣 589 項以下

⁷ 前田雅英『刑法総論講義』第 4 版（2006）東京大学出版会 219 項以下

⁸ 他に本件類似の事例として、最決昭和 62 年 7 月 1 6 日（刑集 41 巻 5 号 237 項）がある。

・学説の検討

- 1、 まず A 説（厳格故意説）について、この説によると故意の成立には違法性の意識が現実に存在していることが必要となる。
しかし、そのように解すると、違法性の意識を欠く確信犯や、違法性の意識が鈍った常習犯などの処罰が困難となり妥当でない。
- 2、 次に、B 説について、この説は違法性の意識を欠いたことにつき過失がある場合には故意と同様に扱うこととする。
しかし、故意と過失は別個の概念であり、両者を混同する点で妥当でない。
- 3、 次に C 説（制限故意説）について、この説は故意の成立には違法性の意識の可能性が必要であるとする。
しかし、この説も故意概念のなかに、意識の「可能性」という過失的な要素を取り入れている点で妥当でない。また、可能性の有無の判断方法が明らかでなく、その点でも妥当でない。
- 4、 また D 説は、違法性の意識の可能性を、故意とは別個の責任要素として必要であるとする。
しかし、違法性の意識の可能性がない場合に、無罪とする条文上の根拠がなく、かかる見解は取りえない。
- 5、 次に E 説は、自然犯については違法性の意識は不要であるが、法定犯については違法性の意識が必要であるとする。
しかし、自然犯と法定犯の区別は曖昧なものであり、かかる区別を基準に故意の判断方法を変えるのは妥当でない。
- 6、 思うに、構成要件とは、社会通念上違法な行為を類型化したものである。とすれば、かかる構成要件に該当する構成要件的事実の認識さえあれば、違法性を意識するのが通常であり、格別に意識ないし意識の可能性を論ずる実益はない。
したがって、違法性の意識は不要であるとする F 説が妥当である。

・本問の検討

- 1、 まず本問において甲は、百円紙幣と同じデザインのサービス券を作成したこと、および作成・交付しつづけたことは、通貨偽造罪および交付罪の客観的構成要件に該当するといえる。
- 2、 また、甲は構成要件的事実の認識に欠けるところもないため、構成要件の故意も認められる。
- 3、 さらに、甲は自己の店の宣伝をかねてサービス券を作成しており、流通におく意思があるといえ、「行使の目的」も認められる。
- 4、 そして、Vで述べたように、故意犯の成立に違法性の意識は不要であるとする F 説が妥当であると解するため、甲が警察署で相談したこと、および完成品を注意さ

れなかったことから、仮に違法性の意識またはその可能性がなかったとしても、そのことは故意の成立になんら影響をおよぼさない。

5、以上より、甲にはサービス券を作成した行為につき通貨偽造罪、および作成・交付しつづけた行為につき通貨偽造罪および交付罪が成立する。

・結論

以上より、甲には通貨偽造罪(148条1項)、通貨偽造罪および交付罪(148条1項、2項)が成立し、両罪は包括一罪となる。

以上