

只木ゼミ前期第4問検察レジュメ

文責:2班(青山、梅谷、榮多、小林、高木、中山)

I. 事実の概要

Xは東京都T市H町にて中華料理店を経営していた。(以下、甲店とする)昭和58年9月頃、甲店の収益が伸び悩み、経営不振に陥ったことから、Xは甲店の宣伝・集客増加を目的として百円紙幣(日本銀行券)と同寸大、同図案かつほぼ同色のデザインとしたうえ、左右2箇所小さく「クーポン券」と赤い文字で記載し、裏面には広告を記載した「サービス券A」を写真製版所に印刷させた。

サービス券A作成前、製版所側からの指摘もあり、Xは知り合いのK巡査(防犯課保安係)を訪ね、同人およびその場にいた同課防犯係長に相談したところ、同人から紙幣と紛らわしいものを作ることは何らかの法律に違反するかもしれないことを告げられ、サービス券に「見本」「サービス券」と印字するなどサービス券を真券と紛らわしくならないようなものとするのを助言された。しかし、その際のKらの態度が「Xさんこれはすごい！商売繁盛間違いなしだ！」「裏面は紙幣のデザインとは違うし、まっ、問題ないでしょう！」などという好意的なものであり、同助言も断定的、具体的とは言えなかったことから同助言を重大視せず、当時百円紙幣が市中に流通することは全くないし、表面の印刷が百円紙幣と紛らわしいものであったとしても表裏を全体としてみるならば問題にならないのではないかと考え、さらに助言に従い表面に「クーポン券」の文字を入れたデザインにしていたこともあり、処罰されるようなことはあるまいと楽観し、警察官らに提示する前となら変わったのない「サービス券A」の作成に及んだ。

Xの罪責を検討せよ。

参考判例:最高裁昭和62年7月16日第一小法廷決定

II. 問題の所在

1. 本問においてXは、処罰されることはあるまいと楽観し、「サービス券A」の作成に及んでいるが、故意犯が成立するためには違法性の意識が必要となるか。
2. 違法性の意識ないし違法性の意識の可能性は、故意の要素であるのか、あるいは故意とは別個の責任要素であるのか。
3. 犯罪事実の認識がありながら違法性の意識を欠くのが違法性の錯誤であるが、どのような場合に違法性の意識が欠けるといえるか。
4. 違法性の錯誤は、刑事責任にどのような影響を及ぼすか。

III. 学説の状況

・違法性の意識の内容について

α 見解：前法律的規範違反の意識とする見解

違法性の意識の内容を、「反条理性の認識」、「国民的道義に反するものであることの意識」、「反社会性の認識」などとする見解。¹

β 見解：法律上の禁止・命令違反の意識とする見解

違法性の意識とは、行為が「法律上許されないことの意識」であるとする見解。²

γ 見解：可罰的刑法違反の意識とする見解

違法性の意識とは、自己の行為が刑罰法規の対象となることの認識、すなわち刑法違反の認識のみならず、具体的に可罰的に違法とされうることの認識も含めた意味での「可罰的刑法違反の認識」でなければならないとする見解。³

・違法性の意識の要不要、また故意と責任いずれの要素であるかについて

A 説：不要説⁴

故意の要件としては、犯罪事実の認識があればたり、違法性の意識または違法性の意識の可能性は故意または責任の要件ではないとする説。

B 説：厳格故意説⁵

故意責任の特質は、自己の行為が法律上許されないことを意識しつつ、それによって形成された反対動機を突破してあえて行為に決意する直接的な反規範的意思活動ないし人格態度にあるから、故意または責任故意が成立するためには違法性の意識が必要であるとする説。

C 説：制限故意説⁶

故意の要件として、違法性の意識そのものは必ずしも必要ではなく、その可能性があれば足りるとする説。

D 説：責任説⁷

違法性の意識の可能性を故意・過失に共通の独立別個の責任要素とする説。

IV. 判例

東京高等裁判所昭和 51 年 6 月 1 日⁸

〈事実の概要〉

被告人は、空港ビル内で許可を受けずに首相訪米反対の集団示威運動を指導したが、これまで同ビル内における同種の示威運動が黙認されており、当日も現場に居合わせた警察官からもなんら警告も制止もされなかった。

〈判旨〉

¹ 山中敬一『刑法総論第 2 版』(2008,成文堂)654 頁。

² 山中・前掲 655 頁。

³ 山中・前掲 656 頁。

⁴ 大谷實『刑法講義総論[新版第四版]』(成文堂,2013 年)340 頁。

⁵ 大谷・前掲 336 頁。

⁶ 山中・前掲 649 頁。

⁷ 西田典之『刑法総論[第二版]』(弘文堂,2010 年)241 頁。

⁸ 東京高裁昭和 51 年 6 月 1 日判決刑集 29 卷 2 号 301 頁。

「自分の指導する……集団示威運動が法律上許されないものであるとは考えなかった場合に、そのように考えなかったことについて相当の理由があるときは、右指導者の意識に非難する点はないのであるから、……犯罪の成立を阻却する。」

〈引用の趣旨〉

犯罪の成立が阻却されるには、違法性の意識がないだけでは足りず、違法性の意識がないことに相当の理由が求められる。

V. 学説の検討

・違法性の意識の内容について

α 見解：前法律的規範違反の意識とする見解について

この見解は、禁止の内容についてその輪郭があまりにも漠然としており不明確であって、この意味での「違法性」の意識は非常に広範なものとなるおそれがある。現代社会では社会倫理評価も多元化しており、倫理のみを基準とすることは危険である。⁹

したがって、検察側はα見解を採用しない。

β 見解：法律上の禁止・命令違反の意識とする見解について

そもそも、刑法上の罰せられる規定とその他の法律の禁止規定は性質が異なるから、その他の法律の禁止規定を準用するのは自由保証機能を大きく制限するので妥当ではない。

よって、検察側はβ見解を採用しない。

γ 見解：可罰的刑法違反の意識とする見解について

違法性の意識・認識可能性が考慮されなければならないのは、それが違法行為に出ないという反対動機を形成する可能性を行為に与えるものだからであり、刑罰威嚇に違法行為抑止の機能を認める以上、刑法的責任非難には可罰性の認識・認識可能性が存在しなければならない。¹⁰

よって、検察側はγ見解を採用する。

・違法性の意識の要不要、また故意と責任いずれの要素であるかについて

A 説：不要説について¹¹

違法性の意識の可能性がなくても非難可能性を認めることは規範的責任論の立場と矛盾する。また、違法性の意識を欠いたことに相当な理由があり、責任を問うのが無理である場合も実体としてありえるため、検察側はA説を採用しない。

B 説：厳格故意説¹²

この説によると、常習犯人は規範意識が鈍麻している者であるから、違法性の意識の有無、強弱が非難の大小を決定するものであるとすると、常習犯人は違法性の意識はないか、ある

⁹ 山中・前掲 655 頁。

¹⁰ 長井長信(1985)「違法性の意識に関する一考察 - その認識内容を中心として -」,『北大法学論集』36(3)133-236 頁。

¹¹ 大谷・前掲 340 頁。

¹² 大谷・前掲 337 頁参照。

いはあったとしてもその程度は低いために、不可罰にするか責任を軽くしなければならなくなり、常習犯人に対する加重責任(186条)の根拠が説明できない。

また、激情犯、確信犯の場合には、それぞれの犯罪の特性から前者では故意責任を問えず、後者では可罰性を説明できない。

そして、行政犯の多くは過失規定がなく、違法性の意識を欠けば不可罰にするしかなく、取り締まりの目的を達成することが出来ないばかりか、処罰の間隙が生じてしまうので、この説は採用できない。

したがって、検察側は B 説を採用しない。

C 説：制限故意説について

「故意に」とは「知っていながら」ということであるから、違法であることを知らなくてもその可能性があれば故意があるというのは、言葉の上で矛盾が生じる。¹³

すなわち、違法性の意識の「可能性」という過失的要素を故意概念の中に入れることは、故意と過失という本質的に相排斥し合う矛盾概念の混同であって、そのようなことは為し得ない。¹⁴

よって、検察側は C 説を採用しない。

D 説：責任説について

そもそも、責任の中核は、非難可能性にあるが、これは「評価」であり¹⁵、違法性の意識の可能性は「評価」の要素である。即ち、事実的な故意または過失の行為を妨げる機能を果たす違法性の意識の可能性が与えられていたにもかかわらず、その行為に及んだのは不当であるという責任評価が下される行為が犯罪として成立し得るのであり、反対に過失犯の場合でも「違法性の意識の可能性」がない場合には処罰できないはずであるといえる。

よって検察側は D 説を採用する。

VI. 本問の検討

1. X の百円紙幣(日本銀行券)と同寸大で同図案かつほぼ同色のデザインとし、左右 2 箇所に小さく「クーポン券」と赤い文字で記載し、裏面には広告を記載した「サービス券 A」を作製した X の行為につき、X は通貨及証券模造取締法(以下、本法ということがある)第一条および第二条の罪責を負うか。
2. (1)本法一条の「紛ハシキ外観ヲ有スルモノ」とは、模造通貨が通常人をして真正の通貨と誤認させるおそれがあり、欺罔の手段としても用いられる危険性を帯有する程度のものと解すべきであるところ、サービス券 A の裏面は広告であり表面にはクーポン券の記載がなされているが、片面のみが確認されることも多く、小さな文字で「クーポン券」と記載されていても見落とされる可能性が高く、さらに「銀行紙幣」である日本銀行券の百

¹³ 大谷・前掲 338 頁。

¹⁴ 山中・前掲 650 頁。

¹⁵ 山中・前掲 651 頁。

円紙幣と同寸大、同図案かつ同色であるために、当時は百円紙幣の流通量がいかに少なかったといえども当該サービス券が真券と認識される危険性がある。ゆえに、Xの上記行為は「銀行紙幣」「ニ紛ラハシキ外観ヲ有スルモノヲ製造シ」たといえ、通貨及証券模造取締法第一条の構成要件に該当する。

(2)また、検察側はD説を採用するところ、違法性の意識やその可能性がなくとも構成要件の故意(38条1項前段)は認められうるという見解をとるので、Xに百円紙幣に類似した外観を有するものを作ろうとした以上、故意は認められる。

3. ここでXには法的非難が可能な責任があったのかが問題となる。

検察側は既述の通りD説を採用するところ、本件においてXについて違法性の意識の可能性がなかったか、つまりXが違法性の錯誤をしたことにつき相当の理由があったのかが問題となる。なお、違法性の意識の定義は、検察側はY見解を採るところ、可罰的刑法違反の意識と考える。

本件ではXは防犯課保安係のK巡査などに相談をした際に好意的な意見を受けているが、真券と紛らわしいものを作ることが何らかの法律違反になる旨を告げられている他、「クーポン券」との記載があるのに「見本」や「クーポン券」との記載が必要だという助言を受けている以上は当該サービス券の「クーポン券」との表記が見落とされており当該サービス券が真券と誤認される可能性があるとしてXは認識でき、これを看過した以上は、いかに公的な捜査機関の構成員たるKらに好意的な意見を受けたと言えどもXには違法性の錯誤に相当な理由があるとは評価できず責任阻却事由の存在は認められない。

VII. 結論

Xは「サービス券A」を作製した行為につき、通貨及証券模造取締法第一条および第二条の罪責を負う。

以上