

I. 事案の概要

- 5 Xは某大学の刑法ゼミの副ゼミ長であったところ、ゼミの担当教員Aとゼミ員に日頃の感謝として何かウィットに富んだものをプレゼントしようと考えた。そこで、過去の一万円札に描かれている聖徳太子の顔面部分に、Aの顔を描いたものを作成し、これが通貨及証券模造取締法に違反するものか否かについて、ゼミ長Yに意見を聞いた。この時Yは一般紙幣と紛らわしいため違法ではないか、と答えた。そこでXはさらに改良を加え、本物の紙幣のように透かしを入れず、大きさは一回り大きくし、日本銀行と書かれている箇所を全てX銀行に変えた。Xはここまで本物の紙幣と違いがあれば、まさか処罰されることはないだろうと楽観し、これをAとゼミ員に配布した。
- 10 Xの罪責を論ぜよ。

参考判例：最高裁昭和62年7月16日第一小法廷判決

15

II. 問題の所在

- 1.Xは、処罰されることはないだろうと楽観し、本件行為に及んでいるが、犯罪成立のために違法性の意識が必要であるか、また、不要であるとしても違法性の意識の可能性は必要であるのか。
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の要素であるのか。
- 20

III. 学説の状況

A説：厳格故意説

故意の要素として、具体的な違法性の意識を必要とする説¹。

25

B説：違法性の意識不要説

故意の要件としては犯罪事実の認識があれば足り、違法性の意識または意識の可能性は故意または責任故意の要件ではないとする説²。

30 C説：制限故意説

違法性の意識を故意の要素としつつ、その内容を「法盲目性」、「法敵対性」といった潜在的な意識で足りるとする見解³。

D説：責任説

- 35 違法性の意識の可能性は、故意とは区別された別個の責任要素であるとし、ここから違法性の錯誤は、故意の成立とは無関係でただその錯誤が避けられなかった場合には責任を阻却するが、避けられた場合

¹ 大塚仁『刑法概説（総論）[第4版]』（有斐閣,2008年）463頁。

² 大谷實『刑法講義総論[第4版]』（成文堂,2012年）337頁。

³ 西田典之『刑法総論[第2版]』（弘文堂,2010年）242頁。

には責任が軽減されうるだけであるとする説⁴。

IV. 判例

東京高等裁判所昭和 51 年 6 月 1 日

5 (事実の概要)

被告人は、羽田空港の国際線出発ロビーにおいて、日本中国友好協会の関係者ら 300 名が集合し、東京都公安委員会の許可を受けないで、集団示威運動を指導した。本件発生の 2 ヶ月前にも、同様の抗議運動をとっていたにもかかわらず、その際も現場に居合わせた警察官に警告も制止もされなかった体験をもっていたこと、当日も、同被告人の目前で状況を現認していた制服・私服の警察官からは終始なん

10

らの警告も制止もなされなかったこと等から、被告人は本件集団示威運動を指導した際、無許可ではあ

っても、集団示威運動が法律上許されないものであるとまでは考えなかった。

(判旨)

「…無許可の集団示威運動の指導者が、右集団示威運動に対し公安委員会の許可が与えられていないことを知っている場合でも、その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、

15

かく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べき点はないのであるから、右相当の理由に基づく違法性の錯誤は犯罪の成立を阻却する。」

(引用の趣旨)

本判決は、違法性の意識を欠いたことについて、相当な理由がある場合には犯罪の成立を否定すると示し、違法性の意識を不要とする判例について、正面から否定することはなかったものの、今後、責任

20

説が有力化するのではないかという推測の余地を残す判例と見ることができる。

V. 学説の検討

A 説：厳格故意説について

この説は、38 条 3 項について、①同条 3 項本文の「法律」とは「法規」の意味であり、個々の法規の

25

条文を知らなくても故意を阻却せず、違法性の意識に関するものではないと解し、②但し書は、違法性の意識があっても「法律」の認識が無い場合には、刑の減輕を成しうるとする。

この説よれば、違法性の意識こそ故意責任の本質であって、犯罪事実の認識はその前提にすぎないと考えるものである。しかし、それは、規範それ自体を保護の対象とし、規範に意識的に反抗する意思に対して責任非難を向ける点で権威主義的である。違法性の意識は、故意によって認識された事実が法規

30

範によって否認されているという法的評価を行為者が追体験したものであり、法による動機づけの可能性を保障する機能を有する。この機能からすれば、違法性の意識は、現実の意識である必然性はなく、その可能性で足りる。なぜなら、犯罪が現実に行われた以上、法規範は行為者の動機づけに失敗しているのであり、行為者の責任を問題とする場面では、現実の動機づけではなくその「可能性」が問題となるからである⁵。

35

加えて、激情犯や確信犯、そして常習犯には違法性の現実的意識を欠き、または鈍磨している場合が多く、これらの犯罪の処罰や加重処罰を根拠づけられない。とくに行政犯においては、違法性の意識を実証することは困難であり、厳格故意説によると、實際上、故意犯による処罰ができなくなり、行政取

⁴ 福田平『全訂・刑法総論[第 5 版]』(有斐閣, 2011 年)209 頁。

⁵ 松原芳博『刑法総論』(日本評論社, 2013 年) 239-240 頁。

締目的を達成することが困難になる。

よって、検察側はこの説を採用しない。

B 説：違法性の意識不要説について

- 5 この説は、その根拠として、違法性の意識を要件とすると法の弛緩を招くことなどを挙げている。しかし、国民はすべて法律上禁止されている事柄を知っておくべきであるという権威主義的態度は、国家の権威の一面的強調であって個人の価値を軽視するものである。加えて、故意さえあれば、違法性の意識を問題にしないというのは、必罰主義にすぎる。これらは、今日の自由主義的社会とは相容れない⁶。
- よって、検察側はこの説を採用しない。

10

C 説：制限故意説について

- この説は、その根拠として、違法性を意識するに至らなかったことに対して、人格形成上の責任を問うことによって、違法性の意識の可能性で足りることを挙げている。「可能性の認識」を限界とする故意の概念に、「認識の可能性」という過失的要素を導入し、故意と過失という本質的に相排斥し合う矛盾概念を結合しようとするところには、論理的矛盾がある。加えて、違法性の意識の可能性は、法による動機づけの機会を保障するものとして過失犯でも必要とされるべきところ、この説からは、違法性の意識の可能性を欠く場合には「故意」を阻却するにすぎないため、過失犯の成立する余地が残ってしまう⁷。
- よって、検察側はこの説を採用しない。

20

D 説：責任説について

この説によれば、38条3項についてまず、①行為者に違法性の意識がある場合、②または、違法性の錯誤で違法性の意識は無いがその錯誤が容易に回避しえた場合は、38条3項本文で故意責任が肯定され、③錯誤の回避が不可能ではないが、困難で、違法性の意識がない場合は、38条3項但し書きで故意責任が減少し、④違法性の錯誤が回避不可能であるため、違法性を意識しなかった場合は、不可罰となる⁸。

25

違法性の意識の可能性を故意の要素として捉えると、「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うえで矛盾が生じる⁹。しかし、この説では違法性の意識及びその可能性を故意とは別個の責任要素として捉え、故意から違法性の意識の可能性を除去することによって、故意という言葉の矛盾を避けることができる¹⁰。また、故意は犯罪事実の認識という心理的事実を本質とするから、それが法律上許されているか否かという規範と区別すべきであること、違法性の意識の可能性は規範的責任論の立場から責任要素として不可欠であることなどの理由から考えても、違法性の意識及び意識の可能性は故意の要素でなく責任要素として捉えるべきである¹¹。

30

また、この説では違法性の意識及びその可能性を故意責任の消極的要素と捉え、違法性の意識の不存

⁶ 大谷・前掲 337 頁。

⁷ 松原・前掲 240 頁。

⁸ 高橋則夫『刑法総論[第3版]』（成文堂 2016 年）373 頁。

⁹ 大谷・前掲 338 頁。

¹⁰ 大谷・前掲 339 頁。

¹¹ 大谷・前掲 333 頁。

在を責任阻却事由とする。このことは訴訟法的見地から見ても妥当である。故意・過失は刑事訴訟法 335 条 1 項の「罪となるべき事実」に属し、検察官は常にこれを立証しなければならないが、責任阻却事由たる違法性の意識の可能性の不存在は、同条 2 項の「犯罪の成立を妨げる理由」であってこれに当たる事由については、その存在の疑いが生じたとき、すなわち被告人が証拠提出の責任を果たしたときに、
5 検察官がその不存在を立証すれば足りる。

この説は、事実の認識については、認識と認識の可能性の間に質的差異を認めながら、違法性の意識については、意識と意識の可能性の間にいわば量的な差異しか認めないとの批判を受ける。確かに、前者については、犯罪事実を認識していたか、その可能性にとどまるのかの相違は、責任非難に質的相違をもたらす。しかし、違法性の意識と違法性の意識の可能性は、いずれも違法行為に出ないという反対
10 動機の形成の可能性を与えるという意味では同じである。したがって、違法性の意識がある場合での直接的な反対動機の形成の可能性と、違法性の意識の可能性がある場合での間接的な反対動機の形成の可能性とでは、非難の程度に量的な相違はあっても、責任非難を根拠づける点では質的な相違はない¹²。

よって、検察側はこの説を採用する。

15 VI. 本問の検討

1. X が本物の紙幣のように透かしを入れず、大きさは一回り大きくし、日本銀行と書かれている箇所を
10 全て X 銀行に変えた一万円札に模した紙（以下本件紙）をゼミ員らに配布した行為について、通貨及証券模造取締法第一条及び第二条（以下本法とする）の罪責を負うか。

2. 本法一条の「紛ラワシキ外觀ヲ有スルモノ」とは、模造通貨が通常人をして真正の通貨と誤認させる
20 おそれがあり、偽罔の手段として用いられる危険のあるものと解すべきところ、本問において配布された紙は確かに様々な加工が施されてはいるものの、透かしをなくす、日本銀行の文字を変えるという加工は一般人が一目見ただけでは判別しづらいものである。故に本件紙は真正の通貨と誤認する危険性を有しており、「紛ラワシキ外觀ヲ有スルモノ」であるといえる。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は構成要件的故意（38 条 1 項前段）の認定に影響しないと解するので、X が過去の
25 一万円札に類似するものを作成した事より、故意が認められる。

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D説を採用するところ、本
30 件においてXについて違法性の意識の可能性が無かったか、つまりXが違法性の錯誤をした事につき相当な理由があったかどうか問題となる。本問においてXはゼミ長であるYに相談しその助言に基づいて本件紙を作成したが、あくまでも犯罪に触れる可能性があるという認識があったのならば、ゼミ長という学生ではなく教員などのより刑法に精通している人に助言を求めるべきであり、ゼミ長から法律違反になるのではという指摘を受けた後に作成したものを法律違反になるかの確認を怠っており、こうしたところからXについて違法性の錯誤を認めるのに相当な理由があるとはいえず、Xは責任阻却されな
い。

35 VII. 結論

Xは本件紙をゼミ員らに配布した行為につき通貨及証券模造取締法第一条及び第二条の罪責を負う。

¹² 山中・前掲 700 頁。