

只木ゼミ前期第4問検察レジュメ

文責:3班

I. 事実の概要

5 1. Aは自己の経営する飲食店「白門」の宣伝のため、日本銀行券である一万円札に模した割引券を発行することを思いつき、この考えに基づいた割引券α 100枚を写真製版所に印刷させた。なお割引券αは一万円札と同寸大であり、表面には一万円札とほぼ同図案かつほぼ同色で上下二ヶ所に小さな文字で「白門割引券」と記載され、裏面には店の広告が記載されたデザインのものであった。

10 ところでAは、写真製版所に印刷を頼む前に、Aの知人で警察署の防犯課保安係である巡査、及びその場にいた防犯係長らに割引券αについての相談を持ち掛けていた。この際防犯係長らは、Aに通貨及証券模造取締法の条文について説明し、紙幣と紛らわしいものは同法に違反するため割引券αを一万円札より大きくしたり、「割引券」などの文字を入れたりするべきとの助言をしていた。しかしAは、防犯係長らの好意的な態度から当該助言を
15 重大なものとは思わず、処罰されるとしてもせいぜい罰金くらいのものだらうと考えて助言に従わなかった。なお防犯係長らがAに助言する際、通貨及証券模造取締法の法定刑については説明していなかった。

2. 一方で、「白門」の向かいにある飲食店「青門」の店主であるBは、このままでは客が「白門」に流れてしまうとの危機感を抱き、割引券β 100枚を写真製版所に印刷させた。
20 なお割引券βは千円札と同寸大であり、表面には千円札とほぼ同図案かつほぼ同色で上下二ヶ所に小さく「青門割引券」と記載され、裏面には店の広告が記載されたデザインのものであった。

Bは印刷を頼む前に、弁護士をしている大学時代からの旧友に割引券βについての相談を持ち掛けていた。この際旧友は念のため弁護士会に対して照会を行ったうえで、「この割引券βであれば刑法には引っかからず、適法だろう」とBに伝えた。
25

この言葉を鵜呑みにしたBは、独自に調査検討をすることはしなかった。

A、Bの罪責について検討せよ。

参考条文:通貨及証券模造取締法 第1条、2条

30 第一条 貨幣、政府発行紙幣、銀行紙幣、兌換銀行券、国債証券及地方債証券ニ紛ハシキ外観ヲ有スルモノヲ製造シ又ハ販売スルコトヲ得ス

第二条 前条ニ違犯シタル者ハ一月以上三年以下ノ重禁錮ニ処シ五円以上五十円以下ノ罰金ヲ附加ス

参考判例:最高裁昭和62年7月16日 第一小法廷判決

最高裁昭和32年10月18日 第二小法廷判決

35 大審院昭和9年9月28日 第四刑事部判決

II. 問題の所在

1. 違法性の意識という「違法性」の意義とは何か。
2. 違法性の意識(の可能性)は必要か。また必要として、故意の要素と責任の要素のいずれであるか。

5

III. 学説の状況

1. 違法性の意識における「違法性」の意義

P 説(一般的違法性の認識説)

「違法性」を行為が法的にまたは法律上許されないということと解する立場である¹。

10

Q 説(可罰的刑法違反の認識説)

違法性の錯誤における「違法性」は行為が刑法上処罰されるということであると解する立場である²。

2. 責任故意の要件としての違法性の意識の要否

W 説(厳格故意説・違法性の意識必要説)

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し、現実の違法性の意識こそが故意と過失の分水嶺と考える立場である。

X 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いう立場である。

20

Y 説(制限故意説)

違法性の意識自体は必要ないが、違法性の意識の可能性は故意の要件として必要であるという立場である³。

25

Z 説(責任説)

違法性の意識の可能性は、故意とは別個の責任要素であると考えられる立場である⁴。

30

¹ 西田典之『刑法総論[第2版]』(弘文堂,2010年)223頁。

² 大谷實『刑法講義総論[新版第2版]』(成文堂,2007年)339頁。

³ 団藤重光『刑法綱要総論[第3版]』(創文社,1990年)314頁以下。

⁴ 高橋則夫『刑法総論[第3版]』(成文堂,2016年)373頁。

IV. 判例(裁判例)

大阪高裁平成 21 年 1 月 20 日。

[事案の概要]

被告人は、アメリカ合衆国からインターネットオークションを利用して日本国内のけん銃マニアに対し、真正けん銃を加工したものを無可動銃として販売するビジネスを展開していた。本件けん銃部品の輸入は、事前に専門部署の警察官から詳細な指導を受け、これに従っていた。

[判旨]

「被告人は、輸入事業開始に先立ち、合法的な輸入のため必要とされる加工の方法等を警察官や税関職員から確認した。(中略)銃器類の規制に関する専門的知見を有することが期待される専門部署の警察官 2 人から、その方法を詳細に聴取し、同様の期待が可能な警視庁生活安全課に電話をしたり、関空の税関に出向いたりして、自らの疑問を主体的に提示しながら、念入りに合法性を確認しており、その指導や回答が銃器に関する実務全般に、公的に通用する合法性の基準だと考えるのは、やむを得ない。

加えて、被告人は、警察で教示された基準を、法的な十分条件として鵜呑みにせずこの基準ではなお不十分だと考え、各部品への破壊度を同基準より更に高め、けん銃部品性を確実に失わせようと、積極的に努力した。

以上のとおり、被告人には、本件各部品の輸入がけん銃部品輸入罪の構成要件に該当する違法な行為である旨の意識がなく、かつ、その意識を欠いたことについて相当な理由があったといえるから、けん銃部品輸入罪の故意を認めることはでき、被告人に同罪は成立しない。」

[引用の趣旨]

本判決は、制限故意説に立脚し相当性の有無を検討し、違法性の意識を欠如に相当の理由ありとして故意を阻却したものである。また、違法性の錯誤が問題となる事案での判決の判断過程の論理的緻密性、違法性の意識の可能性に関する各事情を詳細に吟味・検討し「社会正義」及び「当該判断を求めることの過度の困難性」というメルクマールを提示したこと、そして、相当性の判断基準の精度を向上させたことの三点で重要な示唆を含むものであったという理由で掲載した。

しかし、我々検察側は、学説の検討で述べる理由から違法性の意識の可能性について、故意固有の要素ではなく、故意犯・過失犯に共通の責任要素とする責任説を採用している。

V. 学説の検討

1. 違法性の意識における「違法性」の意義

P 説(一般的違法性の認識説)について

違法性の意識の存在が強い非難に値するのは、法規範の要求に直面しながらあえて違法行為を決意する点にあるから、故意責任を認めるためには、原則として、自己の行為が許

されないということ、すなわち違法性を意識する必要があると解すべきである。

よって検察側は P 説を採用する。

Q 説(可罰的刑法違反の認識説)について

- 5 自己の行為が刑罰法規に違反するが、可罰的違法性がないと誤信していた場合や法定刑がそれほど高いとは思っていなかった場合にも違法性の錯誤を認める。

しかし、違法性の意識は、反対動機を形成せしめうるものであれば足りるから、刑罰によって処罰されるという「可罰的刑法違反」の意識まで必要とするものではない。また、軽い犯罪行為を行う自由まで保障する必要はないことから、法定刑の錯誤も違法性の錯誤となり得るとするのは妥当でない⁵。

10

よって検察側は Q 説を採用しない。

2. 責任故意の要件としての違法性の意識の要否

W 説(厳格故意説・違法性の意識必要説)について

- 15 本説では、まず 38 条 3 項の「法律」は「法規」を意味すると考える立場である。しかし、この見解では、常習犯を重く処罰することについて説明ができず、行政犯における違法性の意識の立証も困難である。また過失犯処罰規定がなければ、過失犯が不可罰になってしまい、妥当でないことから、検察側は W 説を採用しない。

20 X 説(違法性の意識不要説)について

本説の根拠は、「法の不知は許さず」というローマ法以来の法諺に由来し、国民は法を知るべきであるという権威主義的な法理解にある。しかし、やむを得ない事情で違法性の意識を欠き、行為者を非難できない場合に、故意責任を肯定することは責任主義に違反し妥当しない。よって検察側は X 説を採用しない。

25

Y 説(制限故意説)について

本説では、違法性の意識の可能性を故意要素と解しており、この「可能性」という過失的要素を故意に導入している点に疑問がある。また、事実の過失は故意を阻却するが、違法性の過失は故意を阻却しないことの根拠が十分でないため、妥当でない。よって検察側は Y 説を採用しない。

30

Z 説(責任説)について

そもそも、事実認識と違法性の意識との間には質的区別があり、違法性の意識の可能性は、事実的故意または過失行為意思の形成過程においてかかる行為意思の形成を妨げる要因として機能したはずなのにかかる行動意思をあえて形成したことへの避難、つまり責任

35

⁵ 山口厚『刑法総論[第 2 版]』(有斐閣,2016 年)249 頁。

評価を成り立たせる要素であり、違法性の意識の可能性は故意とは別個の責任要素に位置付けられるべきである。よって検察側はZ説を採用する。

VI. 本問の検討

- 5 第一 Aの割引券αを作成した行為について通貨及証券模造取締法1条が成立しないか
- 1(1) 本件でAは、一万円札と同寸大であり、表面には一万円札とほぼ同図案かつほぼ同色で上下二ヶ所に小さな文字で「白門割引券」と記載され、裏面には店の広告が記載されたデザインで、「銀行紙幣」に「紛ハシキ外観ヲ有スルモノ」といえる割引券αを「製造」している。
- 10 (2) また、「故意」(刑法38条1項本文)とは客観的構成要件該当事実の認識認容であるところ、Aには故意が認められる。
よってAの上記行為は構成要件に該当する。
- 2 ここで、Aは知人である巡査や防犯係長らに相談した上、割引券αを作成しているため、違法性の錯誤があり、責任が否定されないか。
- 15 (1)ア そもそも、法定刑の錯誤が違法性の錯誤にあたるか。本件で、防犯係長らはAに通貨及証券模造取締法に違反すると助言していることからAは自己の行為が同法に該当する認識はあったと考えられるが、その法定刑につき錯誤があるため問題となる。
イ 検察側はP説を採用するため、法定刑の錯誤は違法性の錯誤にあたらないと考える。
よってAは責任が否定されず、Aの上記行為に通貨及証券模造取締法1条が成立す
- 20 る。
- (2)ア 仮にQ説を採用し、法定刑の錯誤も違法性の錯誤にあたるとして、違法性の錯誤がある場合でも、いかなる場合に責任が否定されるかが問題となる。
イ 検察側はZ説を採用するため、違法性の錯誤につき相当の理由がある場合に限り責任が否定される。
- 25 ウ 本件についてみると、たしかに防犯係長らはAに同法の法定刑(通貨及証券模造取締法2条)の説明はしなかった。
しかし、防犯係長らは同法の条文の説明をしており、割引券αについても具体的助言を行なっている。このことから、Aは割引券αが同法構成要件に該当することを認識でき、さらに同法を調べればその法定刑を知ること当然に可能であったといえる。
- 30 よって、違法性の錯誤につき相当の理由があったとはいえない。
- (3) したがって、責任は否定されず、Aの上記行為に通貨及証券模造取締法1条が成立し、Aは同罪の罪責を負う。
- 第二 Bの割引券βを作成した行為について通貨及証券模造取締法1条が成立しないか
- 1(1) 本件でBは千円札と同寸大であり、表面には千円札とほぼ同図案かつほぼ同色で上下二ヶ所に小さく「青門割引券」と記載され、裏面には店の広告が記載されたデザインで、「銀行紙幣」に「紛ハシキ外観ヲ有スルモノ」といえる割引券βを「製造」している。
- 35

(2) また、Bには故意があるといえる。

よって、Bの上記行為は構成要件に該当する。

2 では違法性の錯誤があるとして、Bの責任が否定されないか。

5 (1) 上述より検察側はZ説を採用するので、違法性の錯誤につき相当の理由があるときに限り責任を否定する。

10 (2) 本件についてみると、Bは弁護士に相談を持ち掛け、その弁護士は弁護士会に照会を行なったものの、弁護士会は公的機関ではない。仮に、弁護士会に照会した場合、自己の行為を法律上許されていると誤信するのが無理もないと考えとしても、本件では、旧友の弁護士を通じた又聞きに過ぎず、かつ弁護士は私人であり、法の解釈・適用について一般社会から絶対の信用を得ているわけではない。またBは相談をした弁護士との関係が旧友であることに甘んじて、疑うことなく信じ切ってしまうことから、違法性の錯誤につき相当の理由があるとはいえない。

15 (3) よって、Bの責任は否定されず、Bの上記行為に通貨及証券模造取締法1条が成立し、Bは同法の罪責を負う。

Ⅶ. 結論

A、Bそれぞれの行為につき、通貨及証券模造取締法1条が成立する。

以上