

I. 事実の概要

5 飲食店の経営者Aは、売上の低迷に悩んでいた。集客のためにお得なサービス券を作成しようと考え、製造にあたって法律を確認しようとして事前に弁護士の友人Bにあたり、「政府発行紙幣…ニ紛ハシキ外觀ヲ有スルモノ」の製造を罰則をもって禁じている通貨及証券模造取締法の条文を示され、念のため地元の警察署の防犯係長Cにも相談に行った際同様の条文を示され、紙幣と紛らわしい外観とならないように具体的な助言を受けた。しかし、
10 AはB、Cの好意的な態度や厳しく注意や助言を行わなかったことから、2人のアドバイスを重要視せず、そこまで厳重にデザインをチェックしなくとも、商品券として利用するのならば処罰されることはないだろうと楽観していた。そして、表面には小さく(文字の大きさは1センチほどであった)「サービス券」の表示があるものの、一万円紙幣と同寸法・同図案のサービス券甲を作成し、宣伝及び確認の意も込めて、サービス権を持参し再び警察署を訪れCに配布したところ、注意を受けることなく同僚にもくばってやってくれ等を
15 言われたことから、サービス券甲は法律には触れないものであると安心した。

そこでAは、ならいっそもう少し一万円紙幣に近づけてみても大丈夫であろうと思い、一万円紙幣と同色の紙にて同様のサービス券乙(以下本件サービス券)を作成した。なお、本件サービス券は客観的には「紛ハシキ外觀ヲ有スルモノ」に当たるとする。

20 本件サービス券を製造したことにつきAの罪責について論ぜよ。

II. 問題の所在

いわゆる違法性の意識の欠如(あるいは違法性の錯誤)、即ち、行為が法律に反しているという意識がない場合において、その行為につき、犯罪を成立させることができるか。違法性の意識におけるその犯罪成立要件上の判断及び評価が問題となる。
25

III. 学説の状況

ア説(厳格故意説)

違法性の意識を故意の要素であるとし、故意が認められるためには、違法性の意識が
30 現実に存在しなければならないとする説¹。

イ説(制限故意説)

¹ 大塚仁『刑法概説(総論)[第4版]』(有斐閣,2008)463頁以下参照。

違法性の意識は故意の要件ではあるが、その充足の為には違法性の意識そのものは必ずしも必要でなく、その可能性があれば足りるとする説²。

ウ説(責任説)

- 5 違法性の意識の可能性があれば足りるが、違法性の意識の可能性は故意の要素でなく、故意とは区別された責任要素であるとする説³。

IV. 判例(裁判例)

東京高判昭和55年9月26日判決。高等裁判所刑集33巻5号359頁。

10 [事実の概要]

被告人甲(石油連盟会長)・乙(同需給委員会委員長)は、共謀により、被告人丙(関裕連盟)の業務に関し、石油精製会社の原油処理量の調整を行い、原油取引に関する取引分野における競争を実質的に制限したとして独占禁止法違反により起訴された。本件生産調整は、石油業法の定める供給計画制度実施のために同法が許容する措置とは認められないから、通産省の容認の下に行われたとしても、違法性は阻却されないとされた。本件においては、昭和37年石油業法施行当時から通産省又はその指示を受けた石油連盟による生産調整が公然と行われ、本件まで通産省の要請・容認による同連盟による生産調整が継続されて国会審議等により関係者に周知の事実となっていたにも拘わらず、公取委が何らの措置を取らず、同委員長が通産省の行政指導による石油の生産調整を容認するかのような国会答弁を行っている等の事情がある。

20 [判旨]

「…尤も、この点については『故意があるとするためには犯罪構成要件に該当する具体的事実を認識すれば足り、その行為の違法を認識することを要しない』とする法律判断が最高裁判所の判例として定着しているから、犯罪の成否の問題としては右事実について判断する必要がないという見解もあり得る。しかしながら、右の趣旨の判例は、違法であることを知らなかったとの被告人に主張は通常顧慮することを要しないという一般原則を示したものであるか、或いは当該事件においてはその主張に理由がないとするものであって、行為者が行為の違法性を意識せず、しかもそのことについて相当の理由があつて行為者を非難することが出来ないような特殊な場合についてまで言及したのではないと解する余地もないではない。そうして、右の特殊な場合には行為者は故意を欠き、責任が阻却され

² 団藤重光『刑法綱要概説[第3版]』(創文社,1990)317頁参照。

³ 制限責任説につき、平野龍一『刑法—総論II』(有斐閣,2004)263頁参照。

厳格責任説につき、川端博『刑法総論講義[第3版]』(成文堂,2013)451頁以下参照。

ると解するのが、責任を重視する刑法の精神に沿い、『罪を犯す意なき行為は之を罰せず』という刑法38条1項本文の文言にも合致する至当な解釈であると考え。」

[引用の趣旨]

5 責任主義の下、違法性の意識の可能性の欠如、換言すると、相当な理由に基づく違法性の意識の欠如が、責任故意を阻却とした本判決は、違法性の意識の可能性があれば犯罪成立を妨げず、又、違法性の意識の可能性を責任故意阻却事由、即ち責任要素であるとして判断している点で、ウ説を採用するにあたり、有用な資料である(又、大阪高判平成21年1月20日判例タイムズ1300号302頁も同様の判旨を述べている)。

10 V. 学説の検討

ア説(厳格故意説)について

本説は、違法性を意識しながら行為に出た場合に、重い故意責任を問うことができるとする見解であるが、法的に許されていると軽率に思っただけで故意犯の成立が否定されることとな

15 るから、結論の妥当性に疑問が生じる⁴。従って、検察側はア説を採用しない。

イ説(制限故意説)について

20 本説は、違法性を要件としない点で妥当でない結論を回避できる。しかし、可能性という程度概念を一定の認識が「あるか、ないか」が問題となる故意の要素とすることに疑問が生じ、妥当でない⁵。従って、検察側はイ説を採用しない。

ウ説(責任説)について

25 違法性を意識していながら行為に出ることが故意責任を基礎づけると解するのであれば、構成要件該当事実の認識(事実的故意)は独自の意義を失う⁶。従って、事実の認識と違法性を区別し、違法性の意識の可能性を責任要素とする本説が妥当である。そして、本説は、行為者が自身の行為が刑法上禁止されているという認識に到達し、その可能性が認められた場合に、行為者が行為にでたことにつき、非難可能となる。

検察側は本説を妥当とし、ウ説を採用する。

30 VI. 本問の検討

1. Aが本件サービス券を製造した行為は、通貨及証券模造取締法(以下「本法」とい

⁴ 山口 厚『刑法総論[第3版]』(有斐閣,2016)265頁。

⁵ 山口・前掲265頁。

⁶ 山口・前掲267頁。

う。)第1条に違反しないか。

(1) まず、Aは、「銀行紙幣」である一万円紙幣と客観的に見て「紛ハシキ外観ヲ有スルモノ」に当たる本件サービス券を「製造」している。

5 (2) 次に、故意(刑法38条1項)とは、犯罪事実の認識・認容をいうところ、検察側が採用するウ説に立った場合、故意の要素として違法性の意識及びその可能性は不要である。そして、Aは、本件サービス券の外観を一万円紙幣に近づけようとしていることから、故意が認められる。

10 (3) もっとも、Aは、B及びCからの注意や助言、サービス券甲を見せた時のCの反応等により、サービス券甲は法律に触れないものであると誤っていることから、違法性の意識又は違法性の意識の可能性を欠き責任が阻却されないか。責任故意の要素が問題となる。

ア この点について、検察側が採用するウ説では、違法性の意識は責任故意の要素において不要であり、違法性の意識の可能性があれば責任は阻却されない。

15 イ これを本問についてみると、Aは、サービス券を製造する際に弁護士である友人Bと警察の防犯係長であるCに相談していて、本法第1条を示された上で紙幣と紛らわしい外観とならないようにと具体的な助言を受けている。仮に、法律や犯罪に精通しているB及びCの助言を忠実に守りサービス券を製造していたならば、違法性の意識の可能性がないといえる相当な理由があったと思われる。しかし、Aは、二人の助言を重要視せず楽観的に考え、一万円紙幣と同寸法・同図案という明らかに一万円紙幣を意識したサービス券甲を製造した。その上、サービス券であることを示すという点で重要な「サービス券」の表示は、1センチという注視しなければ気づくことが困難な大きさと製造された。そして、20 Aが、サービス券甲をCに見せた時の反応が好意的であったからといって、さらに一万円紙幣と同色の紙で本件サービス券を製造していることからしても、Aに違法性の意識の可能性がないといえる相当な理由は存在しない。

ウ そのため、Aに違法性の意識の可能性があったといえ、責任は阻却されない。

25 2. よって、Aは、本法第1条に違反し、同法第2条の罪責を負う。

VII. 結論

Aは、通貨及証券模造取締法第1条に違反し、同法第2条の罪責を負う。