

## I. 反対尋問

- 5 1. 検察レジュメ 4 頁 7 行目において、「規範的責任論が中核とする反対動機の形成可能性を重視するならば、実際に当該行為の違法性を意識したかどうかという心理的事実は、責任非難にとって本質的な要素ではない」とあるが、規範的責任論の根拠は、違法行為を避けて適法行為に出ることを期待できたにもかかわらず、あえて違法行為に出たところに非難可能性としての責任が生じる点にある。そうすると、違法行為を避けるために違法性の意識は必要だといえる
- 10 のではないか。
2. 検察レジュメ 3 頁 29 行目において、「犯行の反覆によって違法性に認識が鈍麻した常習犯人に対しては、軽い非難しか加えることができないことになり」とあるが、常習犯人や確信犯は、自己の行為が現行法に反していることは十分に承知しているのだから、違法性の意識は有しているといえるのではないか<sup>1</sup>。

15

## II. 学説の検討

### イ説(制限故意説)

- 構成要件該当事実を認識したものの、違法性の意識を抱くことなく行為に出た場合において、違法性の意識の可能性がある場合には、違法性を意識しなくとも行為の違法性に十分な注意を払わなかったことにより責任非難が基礎付けられるとするのが本説であるが、「そうすべきなのにしなかった」という消極的・規範的判断を行うことは、「可能性の認識」を限界とする故意の概念の中に「認識の可能性」という過失的要素を加味し、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点で故意責任にふさわしくなく、論理的矛盾がある<sup>2</sup>。最終的に違法性の有無を問題とするなら、端的に現実の違法性の意識の有無で故意と過失を
- 20 区別すれば足りる<sup>3</sup>。
- 25

また、なぜ違法性の過失の場合のみ人格形成責任を認めるのか、事実の過失(錯誤)の場合には責任を認めないのかという点についての根拠に欠ける<sup>4</sup>。

よって、弁護側はイ説を採用しない。

30

---

<sup>1</sup> 浅田和茂『刑法総論[第3版]』(成文堂,2024)339頁。

<sup>2</sup> 川端博『刑法総論講義[第3版]』(成文堂,2013)449頁。

<sup>3</sup> 小池直希「故意の提訴機能の史的展開とその批判的検討」早稲田法学 96 巻 3 号(2021) 88 頁以下。

<sup>4</sup> 平場安治「法律の錯誤」刑事法講座 2 巻(1952)、高橋則夫『刑法総論[第5版]』(成文堂,2022)400頁。

ウ説(責任説)

検察側と同様の理由により、弁護側はウ説を採用しない。

ア説(厳格故意説)

- 5 故意責任の本質は、自己の行為が違法であると意識することから生ずる反対動機を押し切つてあえて行為に出たことに対する重い非難にある<sup>5</sup>。とすれば、違法性の意識を欠く場合は、このような反対動機形成の可能性がないため、重い責任非難を加えることは出来ないとすべきである。そして、違法性の意識こそが故意と過失とを分かち分水嶺ともいうべきものである<sup>6</sup>。

よって、弁護側はア説を採用する。

10

### III. 本問の検討

1. A を経営する被告会社の代表取締役である X が、昭和 41 年 6 月 6 日から昭和 56 年 4 月 26 日までの間、S 県知事の許可を受けないで業として A を経営した行為は、公衆浴場法 2 条 1 項に違反し、公衆浴場法 8 条 1 号による処罰対象とならないか。
- 15 2. X は、特殊公衆浴場である A を経営する被告会社の代表取締役としてその経営全般を掌理し、A の従業員等を指揮監督していたものであるから、「業として公衆浴場を経営しようとする者」にあたる。したがって、A の営業につき公衆浴場法 2 条 1 項所定の S 県知事による「許可」を受けなければならない。そして、厚生省の当時の解釈運用によれば、営業を承継した場合には改めて営業許可を受けるべきであった。しかるに、X は実父 B による営業を承継して、
- 20 改めて許可を受けることなく引き続き A を経営したものであるから、上記行為は客観的に無許可営業罪の実行行為にあたる。
3. まず、故意について規定する刑法 38 条は、公衆浴場法上の無許可営業罪についても適用される(刑法 8 条)。

#### (1) 構成要件の故意

- 25 X は B からの営業の承継に際し、昭和 47 年、S 県 M 保健所に営業にかかる許可申請者を B から被告会社に変更する旨の S 県知事宛ての変更届を提出し、かかる変更届が保健所を通じて S 県知事同知事により受理されている(以下、「本件受理」という)。この点、たしかに X は本件会社について許可を受けなければならない義務を認識しており<sup>7</sup>、それにもか

<sup>5</sup> 松原芳博「違法性の意識」法学セミナー668号(2010)115頁。

<sup>6</sup> 小野清一郎『刑法概論[増補新版]』(法文社,1960)116頁。

<sup>7</sup> X が新たな許可の必要性自体は認識していることを前提とした。参考判例(最判平成元年7月18日刑集43巻7号752頁)においても、承継による名義人変更が許されず、変更届が受理されても許可が承継されることがあり得ないことが当然の前提とされ、被告人にも同様の認識があったとされる(前田雅英「違法性の意識と故意・事実

かわらず許可を受けずに A を営業しているから、構成要件該当事実の認識が認められるようにも思える。しかし、後述するように、S 県による本件受理という行政行為により X は新たな許可申請が必要ないものと積極的に誤信するに至り、保健所に申請する必要性を全く考えなかったのであるから、無許可、すなわち「静岡県知事の許可を受けないで」との認識(不作為の認識)は打ち消されている<sup>8</sup>。したがって構成要件的故意は認められない。

## (2) 責任故意

仮に構成要件的故意が認められるとしても、以下のとおり責任故意は認められない。責任故意に関して弁護側はア説<sup>9</sup>を採用する。

ア. X は本件受理によって B に対する営業許可が本件会社にも及ぶものと認識するに至り、以後はその認識のもと A を経営していたのであるから、無許可営業につき違法性の意識を有しないのではないか。

イ. 昭和 41 年 7 月の風俗営業取締法等改正により、特殊公衆浴場たる A の営業は同法の個室付浴場業にあたることとされ、A 所在地は個室付浴場業の営業禁止区域とされた。したがって、たしかに改正後は被告会社が同所において新たな営業許可を受けることはできなかった。しかし、風俗営業取締法には、改正前に許可を受けた営業には同禁止区域の規定を適用しない旨の規定があるから、X が被告会社につき営業許可がなされ得ないことを認識していたとしても、本件受理により許可申請者名義が遡及的に被告会社に変更され、B についてなされた従来の営業許可がなお有効である旨認識していたといえれば、当該違法性の認識は否定され得る。

ウ. そこで、この点につき検討する。X は S 県議会有力議員である C に営業許可の件を相談したところ、C は「俺に任せておけ、俺がうまくやっておく」と X に伝えており、X はこれによりなんとかなるだろうと考えて変更届を提出しているところ、上述のように X が被告会社について新たな営業許可は受けられないことを認識していたことからすれば、「なんとかなる」とは、許可申請者名義が有効にかつ遡及的に被告会社に変更さ

---

の錯誤と法律の錯誤の区別」法学セミナー通号 426 号〔1990〕98 頁以下)。その上で実父 B に対する許可の時点に遡って許可申請者名義を被告会社に変更する旨の変更届の効力とその認識が争われた。

<sup>8</sup> 同様の見解として、高山佳奈子『故意と違法性の意識』(有斐閣,1999)191 頁以下、松原久利『違法性の錯誤と違法性の意識の可能性』(成文堂,2006)32 頁以下、松原芳博『刑法総論[第 3 版]』(日本評論社,2022)292 頁。行為者が広い意味で許されていると誤信した場合には、犯罪事実の認識に欠けるのではないかが問題となるが(事実の錯誤)、同時に法律の錯誤の問題としても扱われる(前田・前掲 99 頁参照)。本問では認識した自然的事実が構成要件事実にあたるという意味の認識を妨げる特異な事情が介在しているため、故意が否定されることになる(香城敏磨「時の判例」ジュリスト 951 号〔1990〕103 頁参照)。

<sup>9</sup> 厳格故意説は、行政犯においては法規違反の認識を要求するとされる(神山敏雄「行政犯及び経済犯における違法性の認識」一橋論叢 98 巻 5 号〔1987〕666 頁)。

れ、新たに許可を受けずとも B に対しての許可をもって A を適法に営業できるに至ることを意味すると解される。

そして、正当な権限を有する機関により本件受理が行われ、実際に公衆浴場台帳にも当該変更が反映されていることから、X は、S 県議会の有力議員である C の計らいにより許可申請者名義が被告会社に有効に変更されたと認識している。そして、本件受理から 9 年余りにわたって、X や被告会社は保健所等の公的機関から A の営業について何らの指摘も受けることはなかったのであるから、責任ある公的機関の言明に従ったものといえることができる。

そうすると、X は自己の行為に少なくとも法規違反の点はないと誤信しており、自己の無許可営業につき違法性の認識を欠くに至っていたといえる。したがって、責任故意は認められない。

4. よって、X の上記行為につき無許可営業罪の故意は認められないから、同罪の故意犯は成立せず、過失犯処罰規定がないから過失犯も成立しない。

#### IV. 結論

X を無許可営業罪(公衆浴場法 2 条 1 項、同法 8 条 1 号)により処罰することはできない。

以上