

I. 事実の概要

- 5 Sは某大学の刑法ゼミのゼミ長であったところ、ゼミの担当教員Tとゼミ員に日頃の感謝として何か粋なものをプレゼントしようと考えた。そこで、過去のお札に描かれている新渡戸稲造の顔面部分に、T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、ゼミの卒業生であり警察官であるUに意見を聞いた。一般紙幣と紛らわしいため違法ではないか、とのUからの助言をうけ、Sはさらに改良を加
- 10 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S銀行に変えた。これをUに持って行ったところ、Uは喜び家族に配布するため複数枚これを受け取るに至った。S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Tとゼミ員に配布した。なお、模倣した紙幣は現在では流通していないものである。
- 15 Sの罪責を論ぜよ。

参考判例：最判昭和62年7月16日第一小法廷

II. 問題の所在

- SはUからの助言を受けて、当該プレゼント(以降「甲」とする)を作成したのだが、その際に警察官であるUの意見を聞き入れ、工夫をしたことで自身の行為が通貨及証券模造取締法1条に違反していないものと認識していた。このような場合に故意犯が成立するのか。違法性の錯誤の問題となる。
- 20

III. 学説の状況

- 25 α説(違法性の意識不要説)

事実の認識さえあれば足り、違法性の意識は故意ないし責任の要件ではないとする説。刑法38条3項が根拠となっている¹。

β説(故意説)

- 30 違法性の認識は「故意の要素」であるとする説²。

β-1説(制限故意説)

故意の要件として違法性の現実的認識は不要であり、「違法性の認識の可能性」があれば足りると解する。この説によると、違法性の錯誤がある場合、違法性の認識可能性があ

¹ 莊子邦雄『刑法総論[第3版]』(青林書院,1996)377頁参照。

² 川端博『刑法』(成文堂,2014)122頁。

る場合には故意犯が成立し、それが存在しないときには、過失犯処罰規定があれば、過失犯の成否が問題となる。

β-2説(厳格故意説)

- 5 この説は、違法性の「現実的認識」を故意の要素であると解する。故意の要件として「違法性の認識そのもの」を要求しており、違法性の錯誤がある場合には違法性の認識が欠けているため、故意犯の成立は認めずあらためて過失犯の成否を問題とする。

γ 説(責任説)

- 10 違法性の認識を故意の要素ではなくて独立の「責任要素」とであると解する説³。

γ-1説(厳格責任説)

- 違法性の認識ないしその可能性は故意の要素ではなくて独立の責任要素であると解し、「正当化事情の錯誤(違法性阻却事由の事実的前提に関する錯誤)」も違法性の錯誤である
- 15 とする。違法性の錯誤があった場合、その錯誤を避けることができた時には、違法性認識の可能性があるから、故意犯の成立が肯定される一方で、避けることができなかった場合には違法性認識の可能性が欠けるから、責任が阻却されて故意犯が成立せず、改めて過失犯の成否を問題にする必要はないとする⁴。

20 γ-2説(制限責任説)

違法性の認識ないしその可能性を独立の責任要素であると解している点は厳格責任説と同じであるが、正当化事情の錯誤を「事実の錯誤」と解して故意阻却を認める点で異なる。違法性の錯誤の扱いに関しては、厳格責任説と全く同じである。

25 γ-3説(修正責任説)

故意を責任要素と解しながら、違法性の認識可能性は故意とは別個の責任要素であるとする点に特徴がある。これは、「故意」を責任の要素とする点で純粋な責任説と異なるが、違法性の認識可能性を故意ではなく責任要素と解している点で責任説の一種であるとされる。

30

IV. 判例

東京高判昭和44年9月17日高刑集22巻4号595頁

[事案の概要]

映倫審査を通過した映画の上映がわいせつ図画陳列罪に問われた。

³ 川端・前掲122頁。

⁴ 川端・前掲123頁。

[判旨]

映倫制度発足の趣旨や映倫に対する社会的評価から上映が許されると信じたことに相当の理由があったとして同罪の犯意を否定した。

[引用の趣旨]

- 5 本件では、違法性の認識の可能性があるため要件は満たしていたが、映倫審査を通過したことで、当該映画がわいせつ図画に該当するという違法性の錯誤を回避しえなかったことから故意が阻却されており、検察側が採用する制限故意説と親和的であると解し引用した。

10 V. 学説の検討

α 説(違法性の意識不要説)

- 伝統的な判例が支持していた立場であるが、すべて国民は犯罪事実が法によって許されるべきものではないものであることを知っているはずであるという権威主義的な擬制をその基礎においている点で、今日の社会観念に適合しない。違法性の意識を欠いたことが不可抗力的原因である場合にも、行為者に責任故意を認めることが、責任主義に反するのは明らかである⁵。また、この説の根拠となっている刑法38条3項についても、個々の刑罰法規の不知が故意の成立に影響のない事実を規定したまでであって、この存在が直ちに違法性の意識を全く必要としないとまで断定しうる趣旨かどうかについては疑義がある⁶。

よって、検察側はα説を採用しない。

20

B-2説(厳格故意説)

- 厳格故意説によるとき、自己の行為が許されていると信じて為した場合、あるいは禁止されていることを知らなかった場合、特に確信犯などについては、違法性を意識することを期待しえない欠陥をもつ⁷。そこから、違法性の意識を欠いたことに過失があったとして、その過失を処罰しようとするが、それにしても過失は過失犯の処罰規定が存する範囲で処断されただけのことであり、しかも過失犯の軽い刑で処罰するほかないというような政策的な不利益ももたらす。

よって、検察側はB-2説を採用しない。

30 γ 説(責任説)

責任説自体が、違法性の意識ないしその可能性を直ちに責任要素と解する点に根本的な疑問がある。この立場においては、単なる事実的故意をもって故意犯の範疇を画そうとするのが一般的であるが、事実的故意の存在だけでは、故意犯の本質としての法規範に違反

⁵ 大塚仁『刑法概説(総論)[第4版]』(有斐閣,2008)460頁以下。

⁶ 香川達夫『刑法講義(総論)[第3版]』(成文堂,1995)236頁。

⁷ 香川・前掲238頁。

する行為者の積極的な人格態度を十分にうかがいうるものではない。故意犯と過失犯との区別は、終局的には、やはり責任故意の存否によってなされなければならない⁸。

また、責任説においては、事実の認識とその可能性については質的差異が認められるが、違法性の認識とその可能性の間に質的差異がなく、単に量的差異があることになる。

- 5 自己の行為が違法であることを認識しつつ、あえてその行為を行う場合と、違法性を認識する可能性はあったが、現実にはその認識を欠いて行為した場合とでは行為者の心情がまったく異なり、当然それに向けられる責任非難の程度も異なるべきである。
- よって、検察側はγ説を採用しない。

10 B-1説(制限故意説)

犯罪事実の認識認容により違法性の意識が喚起可能な状態で犯罪を実行する際には、違法行為を行わない反対動機形成が直接可能であるため、反規範的意思に基づく行為として法的な非難、故意責任を問える。以上より、違法性の意識可能性は故意の要件であると考えることができる。これに基づくと、違法性の意識が不可能である場合、並びに違法性の

- 15 錯誤をするに足る十分な理由があるときのみ故意阻却事由と解するべきである。

また、団藤先生が刑法38条3項本文を法律の不知、あてはめの錯誤について故意を阻却しない規定であり、ただし書きを違法性の錯誤について違法性の意識可能性がある場合に責任を軽減させるものとしていることを踏まえて⁹、刑法38条1項の「罪を犯す意思」を犯罪事実の認識認容により違法性の意識が喚起可能な心理状態と解すると違法性の錯誤につ

- 20 いて故意を原則阻却しない規定とみなすことができる。

よって、検察側はB-1説を採用する。

VI. 本問の検討

1. SがT及びゼミ員のために旧紙幣の新渡戸稲造の顔部分にTの顔を描いたプレゼント甲
- 25 を制作した行為に通貨模造罪(通貨及証券模造取締法1条)が成立するか。

(1) 通貨及証券模造取締法1条には、「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」とある。甲は、現在流通はしていないが政府発行紙幣を元にしており、透かしもなくし大きさも一回り大きくしていることを踏まえても、紙幣の形をしていることに変わりはない。

30

(2) よって、Sは政府発行紙幣に紛らわしい外観を有するものを製造したといえ、上記行為に通貨偽造罪が成立する。

⁸ 大塚・前掲463頁。

⁹ 団藤重光『刑法綱要総論[第3版]』(創文社,1990)311頁以下。

(3) しかし、Sは事前に通貨及証券模造取締法に違反してしまう可能性を考え、警察官であるUから助言を受けることで甲に改良を加えた。このことから、違法性の錯誤(刑法38条)により、故意が阻却されるかが問題となる。

5 ア. 違法性の錯誤に関する学説として検察側は、B-1説を採用する。すなわち、故意の要件として違法性の現実的認識は不要であり、「違法性の認識の可能性」があれば足りる。

10 イ. 上記の通り、Sは甲を作成する行為が通貨及証券模造取締法に違反する可能性を認識していた。また、警察官であるUからのアドバイスも、アドバイスを受けたのちにデザインのベースを旧紙幣から変更しなかったことから、違法性の錯誤を回避しえないやむを得ない理由にもならないと判断できる。

 ウ. したがって、Sの故意は阻却されず、故意が認められる。

(4) 以上より、Sの上記行為に通貨模造罪(通貨及証券模造取締法1条)が成立する。

VII. 結論

15 Sに通貨模造罪(通貨及証券模造取締法1条)が成立する。

以上