

<判例研究>

けん銃部品の輸入について，違法性の
意識の可能性がなく，故意の成立が
認められないとされた事例

(大阪高判平成21年 1 月20日判タ1300号302頁)

南 由 介

目 次

- 1 事実の概要
- 2 判旨
- 3 評釈

キーワード：違法性の意識の可能性

1 事実の概要

銃器関連品を日本に輸入販売する事業を営んでいた被告人は、真正なけん銃に加工を施し、弾丸の発射機能を有しない状態にした加工品をアメリカから輸入するため、主要なけん銃部品にそれぞれ切除等の加工を施し、その一つである機関部体には、スライドまたはこれに相当する部品を装着するガイドレールを8割から9割切除する加工を行なった。しかし、この加工された機関部体と性能に欠陥のない別の部品とを組み合わせでけん銃を製作した場合、スライドを取り付け前後に動かすことは支障なく可能であり、弾薬の装填、撃鉄や撃針の作動、弾丸の発射という過程に不都合が生じたり、撃発された弾丸の運動活力が特に減殺されることはなかった。また、加工がなされているため、残りのガイドレールだけでは、火薬の撃発直後のスライドの後退や銃器全体の動きによる急激な加圧に耐え切れず、スライドが外れて使用者が負傷する危険性や、破損によりさらに金属性弾丸を発射することが不可能になる可能性は排斥できないという事情が認められた。

なお、本件加工品の輸入事業開始にあたって被告人は、大阪府警察本部生活安全課の警察官にけん銃加工品を無可動銃として合法的に日本に輸入するための方法を相談しに行き、担当警察官から口頭で教えられ、また、警視庁の銃器対策課に電話をし担当警察官に尋ね、関西国際空港の税関に出向いて税関と警察の係官に対し、予定していた加工の方法を説明し、大阪府警察の銃器対策課に電話をして、違法かどうかを問い合わせ、違法でないことを確認したが、警察官が示した基準では機関部体性を失わせるには不十分であると判断し、警察での指導内容を参考にそれよりも復旧が難しい加工を行なうことにした。輸入事業開始後は、加工品の輸入を相当回数繰り返していたが、税関ないし警察から、加工品の銃身について完全に埋めるよう指示されたことや無可動銃の要件として規定する白または金色の塗色が薄かったため注意を受けたこと、銃身にもう一つ穴を開けるよう

に指示されたこと等が認められるものの、機関部体性について税関や警察から注意や指摘を受けたことはなかった。

原審は、本件部品がけん銃部品にあたり、また、違法性の意識についても被告人は有していたか、少なくとも、そのことを十分認識できたとして故意を認め、けん銃部品輸入罪の成立を肯定した。そこで、被告人側より控訴がなされた。

2 判 旨

破棄自判・一部確定、一部上告（後上告取下）。

本件部品が銃砲刀剣類所持等取締法（銃刀法）3条の2が規定する機関部体に該当するとした上で、以下のように判断した。

「真正けん銃の機関部体に加工を施して、機関部体としての性質を奪うためには、通常可能な程度を超える補修を加えない限り、これを機関部体として用いて同所に示した発射機能を有する銃器を製作することができない状態にすることが必要であり、したがって、被告人に、違法性の意識を欠いたことについて相当な理由があるといえるためには、被告人が、本件各部品を上記のような状態にしたと認識し、かつ、そう認識することについて過失がなかったことを要する考えるのが、最も正当である。」

「けん銃加工品の輸入事業開始に先立ち、合法的な輸入を行うために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ているが、この確認行為は、単に個人的に面識のある警察官等に事実上の打診をしたとか、別の話題の中でたまたま付随的に話された内容を信じたとかいうものではなく、けん銃加工品の輸入行為を合法化するという明確な目的をもって、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たのであるから、被告人が、その指導や回答の内容について、それが警察や税関の内部、ひいては、銃

器に関する実務全般に、公的に通用している合法性の基準であると考えるのは、やむを得ないところである。……これと異なる見解をとることは、被告人に対して、その指示を守れば適法な輸入ができるという趣旨で、しかも、担当警察官個人の見解ではなく、警察内部の公的な基準に基づいて、客観的には不十分な指導しかしなかった捜査機関自身の落ち度を、その指導内容を上回る実践をした被告人に、刑事責任という重大な不利益を負わせるという形で転嫁することにほかならず、こうした社会的正義の観点も、可能な限り、法的評価に反映させるのが相当である。」

「被告人が、本件各輸入行為より前に、同種加工品の輸入を繰り返し、その間、税関側から、実質的な安全性にほとんど影響しない些細な不備を含めて、是正を求められていたのに、機関部体自体に関する問題点の指摘は一切受けることがなかったのであって、被告人には、同種加工品の輸入の合法性を再検討する機会を実質的にはなかったといえ、むしろ、そのような経験を重ねる中で、被告人が、同種加工品は、銃刀法上も機関部体に当たらないという確信を更に強めたとしても、何ら不自然ではなく、そのような被告人に対し、一度も実質的な機会を与えないまま、本件各輸入行為に際して、その適法性に関する客観的かつ冷静な判断を求めることには、實際上、過度の困難を強いる面がある。」

「本件各輸入行為の実態を見れば、本件各部品は、決して独立した輸入の対象品ではなく、上記のような観賞用のセットの一部分にすぎず、本件各部品がそのセットと切り離されて、性能に欠陥のない別の部品と組み合わせられ、凶器として使用されるような可能性も、事実上、ほとんどなかったといえる。……そのような状況で、観賞用の銃を一つのセットとして輸入しようとする者に対し、本件押収物の発射機能とは別に、部品ごとに厳密なけん銃部品該当性の冷静かつ正確な把握を求め、『本件各部品を、性能上欠陥のない他の部品と組み合わせられて使用すれば、金属製弾丸を最低1発発射できるか』、という現実味の希薄な仮定論に立った判断を求めるのは、相当困難な要求である。」

「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ず、被告人に同罪は成立しない。」(なお、被告人は、以上のこととは別にけん銃所持および大麻所持等により、有罪判決が下されている。)

3 評 釈

(1) 判例の状況

違法性の意識の可能性が否定された場合に犯罪不成立となる余地があることを、百円札模造事件において最高裁が示したことは、周知の事実である。⁽¹⁾ また、それ以前においても、東京都公安委員会の許可を受けずに羽田空港ビル内において集団示威運動を行ない、東京都条例に違反した事件において、原判決が違法性の意識が欠けたことにつき相当の理由があるとして犯罪不成立としたのに対し、最高裁は、判例違反ではなく、被告人は違法性の意識を有していたとし、事実誤認として破棄差戻しており(羽田空港ビル内デモ事件第二次上告審判決)、違法性の意識不要説から違法性の意識可能性説⁽³⁾への判例変更の可能性が示唆されていたことが認められる。ただし、現在までに違法性の意識が欠けたことについて相当な理由が認められるとして犯罪の成立を否定した最高裁判例は現れていない。

一方、下級審裁判例においては、犯罪の成立を否定したものがいくつか見られる。黒い雪事件においては、映倫の審査を通過したものについて、猥褻性を有するものではなく法律上許容されたものと信じたことにつき相当の理由があるとして175条の犯意を欠くとし、石油やみカルテル事件では、かつて通商産業省の指示による生産調整が行なわれ、その後も同省の要請または容認のもとに生産調整が続けられ、また、公正取引委員会はこれに何ら注意、警告等をせず、行政指導による石油の生産調整を容認するかなのような答弁を国会にて行なっていた事情が認められたことから、被告人らには違法性を意識しなかったことについて相当の理由があるとして、独占禁止法違反の故意を否定している。⁽⁵⁾ 高知地裁昭和43年4月3日判決は、

詰連珠営業に関し、風俗営業の許可願を警察署に提出したところ不要であるとされ、かわりに露店営業設置許可の申請をし許可を受けた被告人について、風俗営業取締法の許可を受ける必要がないと信じ、かつ、信じたことにつき相当の理由があったとして故意が阻却されるとした⁽⁶⁾⁽⁷⁾⁽⁸⁾。また、犯罪の成立を肯定したとしても、違法性の意識が欠けたことにつき相当な理由があったとは認められないことを理由とする裁判例も散見される。例えば、大阪高裁昭和63年9月20日判決は、被告人が、商標法違反で押収されていたウイスキーの還付を受けた際、アルミキャップのマークにヤスリで×印を打刻され、瓶には「偽造」と書かれていたが、それを譲渡した点について、商標法に違反しない旨の確答を得たわけでもなく、有効な商標でなくなった旨言明されたわけでもないことから、相当の理由があったということとはできないとし⁽⁹⁾、東京高裁平成5年6月4日判決は、儀式用包丁として刀を製作し所持していた被告人が、関係官庁の助言・指導を求めるなどの行為に出なかった事実関係の下では、「相当な理由があったとは認められない」⁽¹⁰⁾⁽¹¹⁾とした。

以上のように、下級審においては、違法性の意識可能性説がかなり根拠していることがうかがえる。本判決もそのような裁判例の一つと見ることができよう。このような傾向は、百円札模造事件の調査官解説が、「本決定によって、実質的には判例変更がなされたと同様の効果を生じるに至った」とし、「下級審としては、違法性の意識を欠いたことにつき相当の理由があると主張されたような場合には、その点について証拠調べをし、判決における判断を示しておくのが相当であらう⁽¹²⁾」と述べているように、百円札模造事件最高裁決定によって、より一層強まったものと思われる。

なお、違法性の意識が欠けたことにつき相当な理由を認め犯罪の成立を否定した判例においては、制限故意説に立つのか、責任説に立つのかが理論上、問題となる。この点について、黒い雪事件では「犯意を欠く」とし、石油やみカルテル事件では「故意がなかった」として、また、本判決においても「故意を認めることはできず」としており、これらは制限故意説に立ったものであると指摘することができる⁽¹³⁾⁽¹⁴⁾。しかし、「端的な責任阻却と

いう理由をとらず故意阻却としたのは、刑法38条1項という法文にその手がかりを求めたにすぎない⁽¹⁵⁾」との評価も可能であろう。制限故意説については、学説上、批判がなされており、多数の見解は責任説を主張している⁽¹⁶⁾ものの、裁判所としては、現行刑法上、明確な根拠をもたない責任説を採用するより、38条1項に根拠を求める方が、無罪判決を出すにあたっては抵抗が少ないものと思われる。もっとも、責任説においても、38条3項に手がかりを求めることが可能であり⁽¹⁷⁾、責任説を超法規的責任阻却事由と捉える必要はない⁽¹⁸⁾。

(2) 事実の認識と違法性の意識の限界

判例の状況を考察するにあたってもう一つ考えなければならないのが、事実の認識の問題と違法性の意識の問題との区別が、実は曖昧であるという点である。百円札模造事件により違法性の意識可能性説への転換の機運が一気に高まったと言い得るが、「最高裁の責任説への傾斜は、この百円チラシ事件がピークであり、それ以降は、意味の認識論による故意論での事案解決に変更されることにな⁽¹⁹⁾」ったとも指摘されており、そのように考えるのであれば、違法性の意識可能性説はおよそ不要な理論となりかねないのである（そして、判例変更の必要性もなくなる⁽²⁰⁾）。実際、公衆浴場無許可営業事件において、最高裁は、「被告人には『無許可』営業の故意が認められない⁽²¹⁾」とし、事実認識の問題として解決した。確かにこの点については、無許可営業の故意を認めるためには、無許可の認識（許可を受けているという認識がないこと）が行為者には必要だと考えるならば故意の問題となる⁽²²⁾。しかし、行為者が、名義変更ができないという事実を知りながら変更届けを提出し、受理されたことから営業を行なったという点では、関係官庁の誤った指示に基づいて行為した場合であり、違法性の意識の問題と考えることも可能である⁽²³⁾。

ここでの問題は、意味の認識の内容をどのように捉えるべきかという問題に行きつく。故意において反対動機形成可能性を要求し、意味の認識の内容を違法性の意識を喚起し得る程度の事実の認識とした場合、つまり、⁽²⁴⁾

故意の提訴機能を要求した場合には、無許可の認識が行為者に認められなければ、違法を意識し得る契機が与えられないことから、事実の認識が欠けることになる⁽²⁵⁾（このような見解からは、違法性の意識の可能性が問題となる領域は縮小されることになる）。無許可の認識をも有して初めて行為者に反対動機を形成する可能性が生じるからである。また、「一般人ならばその罪の違法性の意識を持ち得る犯罪事実の認識」が故意⁽²⁶⁾とする実質的故意論や、構成要件関係的利益侵害性の認識を故意とする見解⁽²⁷⁾、社会的有害性の意識を故意とする見解⁽²⁸⁾（修正故意説）からも同様の結論になろう⁽²⁹⁾。それに対し、故意の提訴機能を否定し、意味の認識を実質的に理解すること⁽³⁰⁾に否定的な立場からは、故意を肯定した上で違法性の意識の可能性を否定する結論を導くことが可能となる。もっとも、公衆浴場無許可営業事件がどちらの錯誤の問題かという点、違法性の錯誤と考える立場が主流であるわけではない。故意の提訴機能を否定する見解からも、公衆浴場無許可営業事件については故意を否定するものが存在する⁽³¹⁾。このような学説の状況に鑑みると、公衆浴場無許可営業事件は違法性の錯誤としか理解できないものを事実の錯誤として解決した事案である⁽³²⁾とまではいえず、判例が違法性の意識可能性説に対して距離を置きはじめたと判断するには早計であるように思われる⁽³³⁾。

また、判例においては、従来、違法性の意識不要説を採用していたことから、違法性の錯誤であるかに思われる事案であったとしても、故意責任を問うべきでない場合には故意が欠ける（事実の錯誤）という処理をしてきた⁽³⁴⁾と評価し得る^{(35) (36)}。それ故、故意の内容を実質的に理解し、公衆浴場無許可営業事件のように無許可の認識を故意の要件とすることは、従前の判例と比較し、違和感のあることではない。違法性の意識可能性説における「可能性」の否定される場合が明確ではないこともあり⁽³⁷⁾、判例の立場からは、事実認識の問題として解決できるならば、わざわざ違法性の意識の可能性の問題とする必要はないともいえよう。しかし、下級審においては、着実に違法性の意識可能性説に立った裁判例が積み重ねられており、本判決では可能性説の立場から無罪判決が出されたのである⁽³⁸⁾。本件では、警察

官らにけん銃加工品の加工方法を示し、指導を受けた上で加工したことや税関係官が機関部体については何ら触れなかったこと等を考えれば、意味の認識を実質的に理解することにより、被告人にけん銃部品であるとの認識が欠けていたとすることも不可能ではなかったように思われる（実質的故意論や構成要件関係の利益侵害性の認識を故意とする見解からは故意の問題となるであろう）。それにもかかわらず、故意論ではなく違法性の錯誤の問題として解決がなされた。これは、判例がすべて故意論で解決しようとはしていないことを示すものであり、このような状況からしても、判例の違法性の意識可能性説への傾斜はおさまったとは言い切れないのではなかろうか。

なお、本判決が、正当にも本件事案を違法性の錯誤の問題と解し、違法性の意識の可能性が欠けたことを理由に解決したことは、故意（意味の認識）の内容、ひいては、事実の錯誤と違法性の錯誤の区別を明確にするためにも、妥当であったと評価できる。

（３） 相当な理由の判断

違法性の意識可能性説に立った場合、いかなる場合に違法性の意識の可能性が欠けるのかが問題となる。それは一般的には、違法性の意識が欠けたことにつき相当な理由が認められる場合に違法性の意識の可能性が欠けるとされている。^{(39) (40) (41)} 本判決を含め、判例では、このように考えられている。⁽⁴²⁾ 相当な理由の有無の判断においては、様々な事情を考慮する必要がある⁽⁴³⁾が、学説上、公的機関に照会（問い合わせ）し、その見解に従った場合には相当な理由がある（違法性の意識の可能性がない）とされる。^{(44) (45)}

百円札模造事件は、被告人Xは知り合いの巡査を警察署に訪ね、その際、防犯課防犯係長から助言されたが、処罰されることはないと楽観し、助言に従わずサービス券を作成し（第1行為）、その後、警察署にサービス券を持参したところ、格別の注意や警告を受けなかったことから、さらに作成した（第2行為）という事案であったが、Xの第1の行為については、助言通りにサービス券を製作しなかったことから、関係官庁への照会に従

った行為とはいえず、相当な理由は認められない。問題となるのは第2の行為であるが、「サービス券の違法性について判断を仰いだ趣旨の行為ではない⁽⁴⁶⁾」と見るならば、警察官の何ら注意等をしなかったという対応は、照会による言明とまでは言い切れず、最高裁の結論が肯定されることになる。

前出大阪高判昭和63年9月20日は、アルミキャップのマークに×印を打刻されていた点について、被告人が還付の際、係官に聞いたところ、「これでいいんだ」との返答がなされた点が問題となるが、その返答の趣旨は、「あくまでも自家消費を前提としてのもの」であり、「これをそのまま使用する（有償譲渡等）と商標法違反となるのではないかを危惧したという被告人においては、そのことを明示して前示係官にその疑問をただし、責任ある係官の回答を得て行動をするべきものであった」としている。この判断は、相当な理由を認めることができる照会行為とするには、公務員に明確に事実を告げその是非の回答を得る必要があるとしたものと思われる。百円札模造事件におけるサービス券の持参行為に対するものと同様の判断基準に立ったものといえよう。一方、石油やみカルテル事件では、かつて通商産業省の指示で生産調整が行なわれていたこと、その後も同省の要請、容認のもと続いていたこと、公正取引委員会も何ら注意、警告等をせず、容認するかのような国会答弁がなされていたこと、という事情が存在した。通産省の要請、容認については、被告人らに対し公的機関による言明があったと考えることができる。また、前出高知地判昭和43年4月3日は、警察署が許可は不要だとしており、公的機関の指導に従ったものといえる。

以上のように、判例においても、公的機関に照会し、その助言に従って行動した場合には、違法性の意識が欠けたことにつき相当な理由を認めているといえよう。行為者が違法行為を避けるために公的機関の指示に従って行為した場合には、公的機関が後からそれを処罰するというのは矛盾である。そのような場合に処罰を肯定するのは違法性の意識不要説の結論であらう。⁽⁴⁷⁾それ故、判例の傾向は妥当である。本判決も、被告人の錯誤がや

むを得ないものではないとするならば、「警察内部の公的な基準に基づいて、客観的には不十分な指導しかしなかった捜査機関自身の落ち度を、その指導内容を上回る実践をした被告人に、刑事責任という重大な不利益を負わせるという形で転嫁することにほかなら」ないと指摘しており、正当である。また、助言を受けた公的機関と取締機関が異なっていたとしても相当な理由は認められるべきであると思われる。国家にとって組織の違いは大きいかもしれないが、国民にとってそれは重要ではないからである。

ただし、判例は、照会行為について厳格に解しており、照会の意図を行為者が有する必要があるとしている。本判決でも、「確認行為は、単に個人的に面識のある警察官等に事実上の打診をしたとか、別の話題の中でたまたま付随的に話された内容を信じたとかいうものではなく」、明確な目的をもって行なわれた点を指摘しており、これは、百円札模造事件と同様の判断基準に立っているものと思われる。本件では照会の明確な目的を被告人が有していたことが、百円札模造事件最高裁決定との結論の違いを導いたといえる。問題は、そのような照会の意図が必ず行為者に必要なかどうかである。もちろん、私的に、知人である職責ある公務員を訪れ、そのことに関する雑談をしたという程度では不十分であろう⁽⁴⁸⁾。だが、百円札模造事件のように、助言を受けた防犯係長ら、知人の巡査以外の警察官らにもサービス券が配布され格別の注意がなされなかったという事実は、その行為は問題ないと警察官が示唆したことを意味するのではなかろうか。被告人Xの第1行為については違法性の意識の可能性は否定できないが、第2行為については相当な理由を肯定する余地もあったように思われる^{(49) (50)}。

行為者に照会の目的がない場合における公務員の対応に関し、なお、相当な理由を肯定する根拠となるであろう場合が考えられ得る。石油やみカルテル事件における、公正取引委員会の何ら注意等をしなかったという対応や、本件事案における税関側の、些細な不備については指摘していたものの、機関部体自体に関しては一切指摘しなかったという点である。もっとも、それだけで直ちに違法性の意識の可能性が否定されるとすべきではない。公的機関が何ら指摘をしないということは、公務員が見落としたと

いう可能性も残っており、その場合、公務員の落ち度は否定できないものの、違法ではないと言明したとまでは言い切れないからである。回数を重ね、その都度確認し、何ら問題としなかったという事情があれば相当な理由を認める余地が生じ得るかと思われる⁽⁵¹⁾。ただし、そのような場合でも、最初の行為については、相当な理由が存在しないことから犯罪の成立は否定できないであろう。それ故、そのような公務員の対応は、通常、そのみで犯罪不成立とすることはできず、照会行為とあわせて考え、違法性を意識することをより困難にさせたものとして評価するにとどまるように思われる。また、石油やみカルテル事件における公正取引委員会の国会での答弁のような場合であるが、直接行為者に向けてなされたものではないと言い得るのであれば、やはり、そのみをもって直ちに相当な理由があったとはできない。

また、本件事案では問題とはならなかったが、私人の言動に従った場合における相当な理由の有無も問題となり得る。百円札模造事件では、被告人Yは、被告人Xの問題はないという言動を信頼してサービス券を作成している。YがXの言明に従った点は私人への照会ということができよう（また、銀行関係者が帯封をまくことを簡単に承諾してくれたこともあり、Xは警察官の助言を重大視しなかったという事情も存在したが、この点も私人への照会の一態様と考えることもできる）。黒い雪事件については、映倫という私的組織の審査を通過したものについて、猥褻性につき法律上許容されたものと信じたことに対し裁判所は相当の理由を認めたが、これは私人の言明に従ったとしても違法性の意識の可能性が否定され得る余地があることを示した判例といえる。

私人の見解に従った場合については、通常、相当な理由が欠けると考えて問題ないであろう。私人は、当該行為について何の判断をする権限も与えられていないからである⁽⁵³⁾。それ故、百円札模造事件における被告人Xの言明や銀行関係者の対応は、行為者の違法性の意識の可能性について何ら影響を与えないと考えるべきである。しかし、黒い雪事件のように、例外的に相当な理由を認め得る余地があるように思われる⁽⁵⁴⁾。映倫という組織の

公的性格や映倫の審査制度発足以来、はじめて公訴が提起されたという特殊な事情を考慮すれば、なお、相当な理由を肯定することができよう。⁽⁵⁵⁾ただし、映倫の審査を通過したものであっても175条の猥褻性について問題となり得ることが黒い雪事件以降明らかとなったことから、現在においては映倫の審査通過のみをもって違法性の意識の可能性が欠けるとすべきではない。また、弁護士への照会も問題となる。市民にとっての法情報のアクセスの可能性を考え、一般市民に法に関する情報を与える存在として承認されているものについては免責を認めてもよいとするならば、弁護士に照会し、その見解に従った場合も相当な理由に含まれることになるであろう。⁽⁵⁶⁾あるいは、資格者の業務は法律で規定されており、彼らによる情報は、濫用、不注意から保護されていることを理由に、公的機関と同様に扱うべきとの主張もなされている。⁽⁵⁷⁾しかし、弁護士といっても私人であることには変わらないのであり、直ちに相当な理由を認めるべきではない。⁽⁵⁸⁾弁護士会レベルの回答に限られるべきであるように思われる。^{(59) (60)}

なお、行為者に照会行為がなければ、相当な理由は認められないのかも問題となる。照会行為がない点については、相当な理由を否定する根拠とすべきでないとする見解も主張されている。例えば、法規を認識する義務はなく、調査義務は要求すべきではない、また、仮に調査行為を想定したとしても、個別行為責任の原則からは行為より遡っての調査義務はないはずであるとする見解である。^{(61) (62)}前出東京高判平成5年6月4日は、銃刀法の刀にあたるかどうかは、「結局、銃刀法の解釈が最も重要な問題となることが明らかであるから、この点については、関係官庁（警察）の助言、指導を求め、又は、弁護士に鑑定を依頼するなどして、自らの判断に誤りのないことを期する周到な用意が必要であったといわなければならない」として相当な理由を否定している。ただし、この判例も、被告人が刃物の製作、販売を業とする者である点に着目し、それ故、慎重に検討しなければならないとした上で照会行為を要求している。照会行為のないことが常に違法性の意識の可能性を肯定することにはならないであろうが、このような事案においては、照会行為が存在しないことを根拠に責任を肯定するこ

とが可能であるように思われる。⁽⁶³⁾国民には法を知る義務がないとしても、法に違反しないよう努力する必要はある。問い合わせることが容易であり、その結果、行為の違法性を意識することができる場合には、それを怠った者に対して非難することは可能であろう。⁽⁶⁴⁾それが「事前行為」であったとしても、法を遵守する努力をなしていないという状況を行為者自身が認識した上で行為したのであれば、行為時の違法性の意識の可能性を問うものであり、行為者を非難することができる。⁽⁶⁵⁾

本判決では、さらに、観賞用に輸入されたけん銃加工品の一部である機関部体が、「性能に欠陥のない別の部品と組み合わせられ、凶器として使用されるような可能性も、事実上、ほとんどなかった」という点も違法性の意識の可能性を否定する根拠としてあげられている。本件の対象物がけん銃部品であったことから、相当な理由を認めるにあたって裁判所は慎重に判断したものと思われる。このような事情は単独では相当な理由とはならないであろうが、警察官らへの照会に対する回答や税関側の対応とあいまって、被告人の違法性の意識の可能性を否定する方向へ働いたものと理解することができよう。もっとも、このような事情が認められなくとも（本件けん銃加工品が実際に暴力団等の手に渡り、別の部品と組み合わせられて真正けん銃が製作される可能性があったとしても）、警察官らの回答や税関側の対応によって、被告人の違法性の意識の可能性を否定することは可能であったように思われる。先にも述べたように、行為者が公的機関の指示に従って行為し、後からそれを処罰するというのは矛盾するからである。それ故、本件で違法性の意識の可能性が欠けるとする結論において決定的であるのは、警察官らの照会に対する回答と考えるべきである。

ただし、照会に対して、公的機関の不適切な指導があったとしても、行為者本人が、公的機関が把握していない事実を特に認識していた場合には、違法性の意識の可能性を肯定してもかまわないと思われる。⁽⁶⁶⁾例えば、けん銃部品として十分使用可能であることを理解し、公的機関の不知を認識しつつ、輸入した場合である。本判決も、「通常可能な程度を超える補修を加えない限り、これを機関部体として用いて同所に示した発射機能を有す

る銃器を製作することができない状態にすることが必要であり、したがって、被告人に、違法性の意識を欠いたことについて相当な理由があるといえるためには、被告人が、本件各部品を上記のような状態にしたと認識することが必要だとしている。行為者に、本件加工品がけん銃部品になり得るとの認識が認められたとすれば、公的機関の言明が誤りであることに到達可能であり、違法性の意識の可能性は肯定し得たであろう。

〔注〕

- (1) 最決昭和62年7月16日刑集41巻5号237頁。
- (2) 最判昭和53年6月29日刑集32巻4号967頁。
- (3) 制限故意説を違法性の意識可能性説とし、責任説と区別する分類もあるが、本稿では、制限故意説と責任説とをあわせて違法性の意識可能性説と表記する。
- (4) 東京高判昭和44年9月17日高刑集22巻4号595頁。
- (5) 東京高判昭和55年9月26日高刑集33巻5号359頁。
- (6) 高知地判昭和43年4月3日判時517号89頁。
- (7) その他、違法性の意識が欠けたことにつき相当の理由を認め、犯罪不成立としたものとして、例えば、東京高判昭和27年12月26日高刑集5巻13号2645頁（こんにやく玉窃取の目的で畑に近づき、人の姿に気づいて逃げ出した被害者を、現行犯人と信じて逮捕した事案）、広島高判昭和44年5月9日判時582号104頁（労働争議において、組合側が管理占有する自動車を損壊する行為は器物損壊罪にあたりと考え、所有者である会社の方針で損壊を行なった被害者を現行犯逮捕した事案）等がある。
- (8) 別の理由づけにより犯罪の成立を否定したと思われる裁判例として、広島高岡山支判昭和32年8月20日裁特4巻18号456頁がある（「被告人がかく信じたことについて何等の過失の責むべきものもなく、又かく信ずることについて正当の理由がある場合に該当するから被告人には違法の認識なく、犯意を阻却するものである」とする）。大塚仁＝河上和雄＝佐藤文哉＝古田佑紀編『大コンメンタール刑法・第2版』（1999年）264頁〔佐久間修〕は、これを法律過失準故意説に立つものとしている。
- (9) 大阪高判昭和63年9月20日判時1306号135頁。
- (10) 東京高判平成5年6月4日高刑集46巻2号155頁。
- (11) 同様の裁判例として、例えば、東京高判平成元年3月27日高刑速（平

- 1) 号67頁(無線機を無免許で使用した電波法違反事件において、無線機を購入する際に電気店員らに法的規制の有無について確認し、免許が必要であることを容易に認識できたとして相当な理由はなかったとした事案)、東京地判平成14年10月30日判時1816号164頁(医師資格がないのにレーザー脱毛機器を使用してレーザー脱毛の医行為を行ったことについて、厚生省等に問い合わせをしなかった等を理由に相当な理由を認めなかった事案)。
- (12) 仙波厚「百円紙幣を模造する行為につき違法性の意識の欠如に相当の理由があるとはいえないとされた事例」『最高裁判所判例解説刑事篇昭和六二年度』(1990年)160頁以下。
- (13) 前掲高知地判昭和43年4月3日、前掲東京高判昭和27年12月26日、前掲広島高判昭和44年5月9日も同様である。
- (14) 一方、責任説に立ったと思われるものとして、鹿児島地判昭和36年1月11日下刑集3巻1=2号65頁がある(38条3項は、「違法性の認識の可能性すらないために、当該所為が法的に許されないことを認識しなかった場合は、全く責任がないことまで含めて規定したものと解すべき」とする。なお、違法性を認識することは容易であったとして責任阻却は否定している)。また、前掲大阪高判昭和63年9月20日は、「被告人の(事実誤認としての)犯意の存在に疑いをいれる余地はなく、所論がいうところは、次に検討する違法性の認識に関する主張に帰するものと解せられる」と述べていることから、故意と違法性の意識の可能性の問題を区別して理解していると見ることもできよう。
- (15) 山口厚『刑法総論・第2版』(2007年)246頁。
- (16) 南由介「故意説の理論構成について」法学政治学論究54号(2002年)187頁以下参照。
- (17) 責任説については、南由介「意味の認識の限界と禁止の認識」法学政治学論究59号(2003年)297頁以下、および、南由介「責任説の再構成—意味の認識の視点から—」桃山法学7号(2006年)99頁以下参照。
- (18) 山口『刑法総論・第2版』(前掲注(15))246頁。前掲鹿児島地判昭和36年1月11日もこのように考えている。
- (19) 齋野彦弥「事実の錯誤と違法性の錯誤の限界」刑法の争点(2007年)73頁。
- (20) もっとも、このように指摘する論者によっても故意の問題のみで解決することはせず、責任阻却の要件として、可罰的評価の認識可能性を要求している。ただし、この見解によれば、「可能性」による責任阻却を

論じる余地は、なお存在するものの、違法性の意識可能性説が考えるものに比べ著しく範囲は狭い。齋野彦弥『故意概念の再構成』(1995年)193頁以下参照。

- (21) 最判平成元年7月18日刑集43巻7号752頁(特殊浴場の営業に関し、許可名義の変更ができなかったにもかかわらず、県議会議員を通じて陳情し、変更届を提出・受理された被告人が無許可営業罪に問われた事案)。
- (22) 西田典之『刑法総論』(2006年)199頁。
- (23) 公衆浴場無許可営業事件を違法性の錯誤の問題だとするのは、例えば、井田良『講義刑法学・総論』(2008年)384頁、福田平『刑法解釈学の諸問題』(2007年)39頁、63頁、安田拓人「責任の理論」伊藤渉＝小林憲太郎＝鎮目征樹＝成瀬幸典＝安田拓人『アクチュアル刑法総論』(2005年)235頁以下。
- (24) 例えば、松原久利『違法性の錯誤と違法性の意識の可能性』(2006年)28頁以下。
- (25) もっとも、故意の提訴機能を要求しない見解からも同様の結論を導くことは当然可能である。また、その逆もあり得よう。
- (26) 前田雅英『刑法総論講義・第4版』(2006年)204頁。
- (27) 齋野『故意概念の再構成』(前掲注(20))185頁以下。
- (28) 石井徹哉「故意の内容と『違法性』の意識—行政取締法規違反における問題を中心に—」早稲田法学会誌39巻(1989年)27頁以下。なお、百円札模造事件は、この見解によれば、行為者は法益侵害性あるいは社会的有害性の観点において事実の意味を認識しておらず、故意が欠けるとされる(47頁)。同様に、具体的法益侵害性の意味認識を故意の成立に要求する、長井長信『故意概念と錯誤論』(1998年)192頁以下、207頁以下も百円札模造事件において故意の成立を否定する。
- (29) また、中山研一『違法性の錯誤の実体』(2008年)167頁は、従来、違法性の錯誤とされてきた事案は、「構成要件の違法な事実」の錯誤(事実の錯誤)として再構成し得ることを主張する。
- (30) 故意の提訴機能を要求する見解や実質的故意論、構成要件関係的利益侵害性の認識を故意とする見解の是非について、かつて筆者は批判的に検討しており、本稿では深く立ち入らない。南「故意説の理論構成について」(前掲注(16))189頁以下、南「責任説の再構成」(前掲注(17))97頁以下参照。
- (31) 高山佳奈子『故意と違法性の意識』(1999年)190頁以下は、行為者に刑法が着目する属性の認識が欠けるとして故意の成立を否定する。

- (32) もっとも、本稿は、違法性の錯誤の事案であったと理解している。事実の錯誤と違法性の錯誤の区別については、別の機会に検討したい。
- (33) 香城敏磨『刑法と行政刑法』（2005年）88頁参照。
- (34) 例えば、たぬき・むじな事件（大判大正14年6月9日刑集4巻378頁）、むささび・もま事件（大判大正13年4月25日刑集3巻364頁）を参照。
- (35) 内藤謙『刑法講義総論（下）Ⅰ』（1991年）1049頁以下、福田平『総合判例研究叢書刑法（16）』（1961年）115頁。ただし、内藤は、たぬき・むじな事件、むささび・もま事件の判例が採った事実の錯誤と違法性の錯誤の区別に賛成している（1077頁以下）。
- (36) 植村立郎「行政犯における故意の認定」判例タイムズ772号（1992年）46頁は、たぬき・むじな事件を「法律の錯誤と事実の錯誤とが共存した場合」とする。
- (37) 平野龍一『刑法総論Ⅱ』（1975年）266頁以下参照。
- (38) 本判決の無罪部分に対し、検察側から上告がなされなかったとのことであり（判タ1300号303頁の匿名解説）、違法性の意識可能性説が実務に定着していることがうかがえる。
- (39) 改正刑法草案21条2項は、「相当の理由があるときは、これを罰しない」とする。
- (40) 松原『違法性の錯誤と違法性の意識の可能性』（前掲注（24））52頁は、「相当の理由があるとき」とは客観的基準で判断するものであり、客観的責任の危険があるとして疑問を呈している。また、大谷實『刑法講義総論・新版第3版』（2009年）350頁以下。
- (41) 高山『故意と違法性の意識』（前掲注（31））330頁は、「相当の理由」は、相当の理由となるような行為をなしたことが実体法的に要求されると考えるべきではなく、事実認定上の表現として用いるべきだと指摘する。
- (42) もっとも、本判決では、「過失がなかったことを要する」としており、違法性の意識を欠いたことにつき過失がないことを要求しているかに思われる。この点に関し、内藤『刑法講義総論（下）Ⅰ』（前掲注（35））1037頁以下は、違法性の意識の可能性と過失とでは可能性を問う点で類似するが、性質は同じではないと指摘する。
- (43) 照会行為の有無が相当な理由の判断にとって重要となろうが、それに限られるわけではない。仙波「百円紙幣を模造する行為につき違法性の意識の欠如に相当の理由があるとはいえないとされた事例」（前掲注（12））161頁は、「本決定は、警察官の助言に十分な配慮をしなかったこ

とと、行為の適否につき私人たる第三者の言葉をうのみにし、独自の調査検討を欠いたことをあげて、相当の理由がないとしたものであるが、相当性の判断基準としては、本決定が示した二つのメルクマールに限られるわけでない」と指摘する。

- (44) 井田『講義刑法学・総論』（前掲注（23））379頁以下、一原亜貴子「違法性の錯誤と負担の分配（二・完）」関西大学法学論集54巻1号（2004年）110頁、伊東研祐『刑法総論』（2008年）262頁、大谷『刑法講義総論・新版第3版』（前掲注（40））352頁、川端博『刑法総論講義・第2版』（2006年）434頁、佐久間修『刑法総論』（2009年）300頁、鈴木茂嗣『刑法総論〔犯罪論〕』（2001年）125頁、曾根威彦『刑法の重要問題〔総論〕・第2版』（2005年）221頁、高山『故意と違法性の意識』（前掲注（31））348頁、内藤『刑法講義総論（下）I』（前掲注（35））1040頁、西田『刑法総論』（前掲注（22））229頁以下、林幹人『刑法総論・第2版』（2008年）314頁、松原『違法性の錯誤と違法性の意識の可能性』（前掲注（24））140頁、安田「責任の理論」（前掲注（23））240頁、山口『刑法総論・第2版』（前掲注（15））250頁、山中敬一『刑法総論・第2版』（2008年）662頁。
- (45) なお、法令適用事前確認手続制度（ノーアクション・レター）が有用である。笠井修＝高山佳奈子「ノーアクション・レターに対する信頼と民・刑事責任（1）～（3・完）」NLB720号（2001年）6頁以下、725号（2001年）59頁以下、731号（2002年）51頁以下参照。
- (46) 仙波「百円紙幣を模造する行為につき違法性の意識の欠如に相当の理由があるとはいえないとされた事例」（前掲注（12））158頁。
- (47) 内藤『刑法講義総論（下）I』（前掲注（35））1037頁。
- (48) 伊東『刑法総論』（前掲注（44））262頁参照。
- (49) 高山佳奈子「違法性の意識」刑法雑誌37巻2号（1998年）131頁。
- (50) 仙波「百円紙幣を模造する行為につき違法性の意識の欠如に相当の理由があるとはいえないとされた事例」（前掲注（12））158頁は、警察官らの対応のまずさを指摘した上で、「当初の相談時において、ほぼ適切な助言がなされていることを考えると、かなり微妙ではあるが、違法性の錯誤に相当の理由があるとはいえない」とする。
- (51) このような公務員の落ち度があることを理由に、直ちに相当な理由を認めるのは行き過ぎであるように思われる。公務員であつても過ちをおかすことは容易に想定できるからである。ただし、照会に対する言明については、過ちが想定できることを理由に相当性を否定すべきではない。

照会への対応としては、公務員はより慎重に判断した上での回答が要求されるからである。

- (52) 松原『違法性の錯誤と違法性の意識の可能性』（前掲注（24））81頁以下は、権限ある官庁が黙認した場合、その多くは期待可能性の問題になるとする。
- (53) 大塚＝河上＝佐藤＝古田編『大コンメンタール刑法・第2版』（前掲注（8））268頁〔佐久間〕。
- (54) 林弘正「違法性の意識－わが国の近時の判例における『相当な理由に基づく違法性の錯誤』の判断基準について－」刑法雑誌30巻1号（1989年）139頁は、相当な理由の判断基準は固定的なものではなく、行為者の行動決定として不可能を強いるものであってはならないことを主張し、公的機関の判断をあおぐという点を強調すれば、個人の行動が停滞し、活性化を失ったものになってしまうと指摘する。
- (55) 黒い雪事件判決に否定的なのは、平野『刑法総論Ⅱ』（前掲注（37））269頁以下。
- (56) 井田『講義刑法学・総論』（前掲注（23））380頁、伊東『刑法総論』（前掲注（44））262頁。松原久利「違法性の意識」刑法の争点（2007年）71頁は、判例や公的機関の情報がない場合には、弁護士などの私人の言明によって違法性の意識の可能性が否定されるとする。
- (57) 一原「違法性の錯誤と負担の分配（二・完）」（前掲注（44））96頁。
- (58) 中森喜彦「錯誤論3・完」法学教室108号（1989年）44頁、平野『刑法総論Ⅱ』（前掲注（37））269頁。
- (59) 大谷『刑法講義総論・新版第3版』（前掲注（40））352頁、川端『刑法総論講義・第2版』（前掲注（44））434頁、鈴木『刑法総論〔犯罪論〕』（前掲注（44））125頁、内藤『刑法講義総論（下）Ⅰ』（前掲注（35））1041頁、西田『刑法総論』（前掲注（22））230頁。林「違法性の意識」（前掲注（54））139頁は、複数の弁護士の判断をあおいだ場合に相当性を否定するのは形式的に過ぎるとする。
- (60) 安田拓人「錯誤論（下）」法学教室274号（2003年）96頁は、私人による回答を信頼した場合、回避可能性を否定（相当な理由を肯定）するのに積極的に解すか、消極的に解すかの二者択一的に論じるべきではなく、国家の側の事情（弁護士に頼らざるを得ない状況の作出、放置）と行為者側の事情（所轄官庁への照会・調査手段の困難性）の衡量においてなされるべきであると主張する。本稿もこのような衡量を否定するものではないが、弁護士への照会によって相当な理由が認められる余地はかな

り限られているように思われる。

- (61) 高山『故意と違法性の意識』(前掲注(31))336頁以下。同様に指摘するのは、石井徹哉「責任判断としての違法性の意識の可能性」早稲田法学会誌44号(1994年)60頁以下。
- (62) 一原亜貴子「違法性の錯誤と負担の分配(一)」関西大学法学論集53巻6号(2004年)125頁は、「実際に行われなかった照会は、違法性の認識可能性判断において何ら意味を持たないと考えるべきである」とし、行為者が適切な照会を行ったが違法性を認識し得なかった場合には、行為者に有利に考慮することができるとする。
- (63) 松原『違法性の錯誤と違法性の意識の可能性』(前掲注(24))206頁は、東京高裁平成5年6月4日判決について、違法性の意識の可能性が認められるには、さらに、関係官庁に照会すれば、許可を受けなければ違法である旨の情報を得られたことが必要であるとする。
- (64) 調査義務を認めるものとして、例えば、小林充『刑法・第3版』(2007年)95頁、吉田宣之「違法性の意識」刑法判例百選Ⅰ総論・第6版(2008年)95頁。
- (65) 松原『違法性の錯誤と違法性の意識の可能性』(前掲注(24))122頁以下、安田「錯誤論(下)」(前掲注(60))96頁参照。
- (66) 山口『刑法総論・第2版』(前掲注(15))250頁参照。