

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

(平成20年(う)第528号、銃砲刀剣類所持等取締法違反、火薬類取締法違反、大麻取締法違反、関税法違反被告事件、平成21年1月20日大阪高等裁判所第4刑事部判決(破棄自判)(一部確定、一部上告(後上告取下))判タ1300号302頁)⁽¹⁾

林 弘 正

【事実の概要】

1. 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。被告人は、真正けん銃に加工を施したけん銃様のものの輸入事業を開始する前に、「〔1〕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、けん銃の各部品をどのように加工すればよいかなどを口頭で教えられて、それを書き写したこと〔2〕上記の際、担当警察官が被告人に教示した加工方法は、平成9年12月に、警視庁生活安全局銃器対策課長、警察庁刑事局鑑識課長の連名で、各管区の警察局長等に対して発出された、「無可動銃の認定基準について」と題する書類(原審弁1号証)⁽²⁾に示された内容とほぼ同一であり、機関部体に関連する措置に関する限り、差異のないものであったこと〔3〕被告人は、上記警察官から、輸入の際に引き金と撃鉄との連動を外しても、後で連動する部品を入れると模擬銃器(銃刀法22条の3)になる可能性があることなどを指摘されたため、警視庁の銃器対策課に電話をし、その担当警察官に、模擬銃器に当たる場合、アメリカから直接顧客に送る方法なら罪に問われないのかどうかを尋ね、後刻また電話をして、その方法であれば罰せられない旨の回答を得たこと〔4〕さらに、被告人は、関西国際空港(以下「関空」という。)

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、また、これとは別に、大阪府警察の銃器対策課にも電話をして、引き金と撃鉄を連動させる部品の輸入が違法かどうかを問合せ、違法でないことを確認したこと〔5〕この間、被告人は、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うこととし、アメリカにおいて、連邦の資格を有する銃器工であるガンスミスとの協力を得て加工方法を検討した。」等専門家への照会の後、アドバイスを即した対応をしている。

被告人が罪責を問われたのは、けん銃部品であるフレーム（機関部）の輸入及びけん銃等の所持に関する以下の2つの事実である。

(1)被告人は、平成14年8月5日、アメリカ合衆国オレゴン州ビーバートン市所在の郵便局において修復しないままでけん銃の部品として用いられることが可能な機関部を有するけん銃（自動装填式コルトガバメント型）のようなものを、日本国内に在住の共犯者を受取人として国際スピード郵便で発送し、同月6日、アメリカ合衆国ワシントン州シアトル国際空港発新東京国際空港行きノースウエスト航空7便に登載させ、同月7日、新東京国際空港に到着させ、東京国際郵便局に搬入させ、同月8日、通関後、共犯者方に配達・受領させた。被告人は、以後同様の方法で同年10月28日まで計8回にわたって機関部を有するけん銃のようなものの輸入を繰り返していた。

(2)平成12年7月頃、被告人は、中身はファックスの機械だと言ってスーツケースを離婚した前妻Aの神戸市内の実家に持ち込み、Aは自宅2階納戸に保管していた。平成15年7月5日頃、被告人は、滞在先のアメリカ合衆国から、母親B又は姉Cに電話でAの実家から預けたスーツケースを取ってくるように依頼した。同月14日頃、Cは、Aに電話をし、Aが被告人から荷物を預かっていることを確認した上、翌15日頃、Bと共にAの実家に赴いて、本件スーツケースを受け取り、同日中に、これをそのままの状態、被告人の父親であるDに預けた。Dは、自宅で本件スーツケースをそのまま預かっていた。

スーツケースには、自動装填式けん銃4丁及び回転弾倉式けん銃2丁と短

機関銃1丁と適合実包278発、散弾実包107発及び銃用雷管199個及び大麻草約8.038グラムが梱包されていた。

2. 原審神戸地方裁判所平成20年3月20日判決は、上記(1)のけん銃部品であるフレーム（機関部体）の輸入行為について刑法60条、銃砲刀剣類所持等取締法31条の11第1項2号、関税法109条1項に該当すると判示し、上記(2)のけん銃6丁と短機関銃1丁を適合実包278発と共に所持した行為について銃砲刀剣類所持等取締法31条の3第2項に該当すると判示し、火薬類である散弾実包107発及び銃用雷管199個を所持した行為について銃砲刀剣類所持等取締法31条の8、火薬類取締法59条2号、21条に該当すると判示し、大麻草約8.038グラムを所持した行為について大麻取締法24条の2第1項に該当すると判示した。その上で上記(1)のけん銃部品輸入の各行為は1個の行為が2個の罪名に触れる場合であり、上記(2)のけん銃等所持の各行為は1個の行為が4個の罪名に触れる場合であるからいずれも刑法54条1項前段、10条により1罪として、けん銃部品輸入の各行為については犯情の重い関税法違反の刑で、けん銃等所持の各行為については最も重いけん銃加重所持の罪の刑で処断し、以上は刑法45条前段の併合罪にあたるとして被告人を懲役10年及び罰金200万円に処し、けん銃6丁、短機関銃1丁、適合実包278発、散弾実包107発、銃用雷管199個及び大麻草1袋を没収した⁽³⁾。

3. 弁護人は、けん銃及びけん銃実包等所持の事案については当該けん銃等に対する被告人の所持の事実も故意もないとの主張と一部の対象物が真正なものであることの立証がされていないと主張する。また、けん銃部品輸入の事案については、各部品はけん銃部品である機関部体に該当しないと主張及び被告人にはその輸入行為について違法性の意識がなく、違法性の意識を欠いたことに相当の理由があったと主張する。

【判旨】破棄自判

1. 大阪高等裁判所第4刑事部は、けん銃等の所持事案について(1)被告人による所持の事実及び故意について、(2)対象物の構成要件該当性についての2点から詳細に検討を加え、原判決の認定に誤りはないと判示して弁護人の主

張を排斥した。同裁判所は、けん銃部品輸入事案について「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。これと異なり、被告人に上記違法性の意識があったか、少なくとも、違法性を十分認識できたと認定して、故意の阻却を認めず、被告人を同罪について有罪とした原判決は、事実の認定を誤り、その結果として、刑法38条の適用を誤ったもので、この誤りが判決に影響を及ぼすことは明らかである。この論旨は理由がある。そして、原判決は、原判示第2の1のけん銃等加重所持罪、けん銃実包所持罪及び火薬類所持罪、同2の火薬類所持罪並びに同3の大麻所持罪を科刑上一罪（観念的競合）の関係にあるとしてけん銃等加重所持罪の罪で処断した上、これと同第1の1から8までのけん銃部品輸入の各罪を併合罪として1個の刑を科しているから、その全部について破棄を免れない。」と判示し、法令の適用については、「被告人の原判示第2の1の所為のうち、けん銃6丁及び短機関銃1丁を適合実包合計278発と共に保管して所持した点（以下「けん銃等加重所持」という。）は、包括して、行為時においては、銃刀法31条の3第2項（刑の長期は、平成16年法律第156号による改正前の刑法12条1項による。）、平成19年法律第120号による改正前の銃刀法31条の3第1項、同法3条1項に、裁判時においては、銃刀法31条の3第2項（刑の長期は、平成16年法律第156号による改正後の刑法12条1項による。）、平成19年法律第120号による改正後の銃刀法31条の3第1項、同法3条1項に、けん銃実包所持の点は、行為時においては平成19年法律第120号による改正前の銃刀法31条の8、同法3条の3第1項に、裁判時においては平成19年法律第120号による改正後の銃刀法31条の8、同法3条の3第1項に、火薬類所持の点及び原判示第2の2の所為はいずれも火薬類取締法59条2号、21条に、原判示第2の3の行為は大麻取締法24条の2第1項にそれぞれ該当するところ、けん銃等加重所持の点及びけん銃実包所持の点については、いずれも、これは犯罪後の法令によって刑の変更があっ

たときに当たるから刑法6条、10条により、それぞれ軽い行為時法の刑によることとし、以上は1個の行為が4個の罪名に触れる場合であるから、同法54条1項前段、10条により1罪として最も重いけん銃等加重所持の罪の刑で処断する」と判示し、被告人を懲役7年に処し、けん銃6丁、短機関銃1丁、適合実包278発、散弾実包107発、銃用雷管199個及び大麻草1袋を没収した。

2. 大阪高等裁判所第4刑事部は、けん銃部品輸入事案について客観的側面である各部品の機関部体（けん銃部品）性及び主観的側面である違法性の意識ないしその可能性について、被告人の供述の信用性を認めた上で事実認定の根拠とし、「ア 論旨の概要等、イ 事実経過の概要(ア)けん銃加工品の輸入開始前の事情(イ)けん銃加工品の輸入事業開始後、本件各輸入行為前の事情、ウ 所論の基本的視点の当否、エ 違法性の意識の有無について(ア)警察に対する問合せ等(イ)加工の方法(ウ)同種輸入手続の際の措置(ウ)対象物の用途に関する想定(ウ)違法性の意識を推認させる事情 a 警察の指導の形式的不遵守 b 関係者に対する協力依頼の経緯 c 南原に対する証拠隠滅工作 d その他(經由税関の変更の点) (カ)総合評価、オ 違法性の意識の可能性(ア)純客観的・論理的判断の帰結(イ)具体的経緯を踏まえた総合評価 a 警察における事前の指導等との関係 b 同種輸入手続の集積及びその間における税関側の対応との関係 c 輸入対象物についての意識との関係(ウ)小括、カ 結論」の各項目について詳細な検討を加える。

同裁判所は、輸入手続の際の被告人の違法性の意識の有無について、(1)被告人が主体的に警察の専門部署の警察官から詳細な助言を受け、それを参考に考案した加工方法を警察及び税関の担当係官に説明してその合法性を確認した点、(2)被告人がけん銃加工品の輸入に際して、警察での指導内容を相当大幅に上回る方法で加工した点、(3)本件各輸入手続は、銃器関係品のマニアが専ら観賞用あるいは装飾品として用いることを予定したもので、被告人が本件押収物又はその一部である本件各部品が凶器として用いられあるいは取引される事態を全く意図も想定もしていなかった点等を検討した後、違法性の意識を推認させる事情についても逐一検討した上で被告人には現実違法

性の意識を有していた事実を認定できないと判示する。

同裁判所は、違法性の意識の可能性について純客観的・論理的判断として、銃器類の加工品の輸入を手掛ける業者は、銃刀法による規制の必要性という根本的な問題意識から輸入する機関部体に通常可能な程度を超える補修を加え、これを機関部体として用いて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したと認識し、かつ、そう認識することについて過失がないことを法的・社会的に強く要請されるとし、被告人に違法性の意識の可能性があったと評価することにも一定の合理性が認められると判示する。

他方、同裁判所は、違法性の意識を欠いたことについて相当な理由があったか否かの判断を「具体的局面に即し、その立場に置かれた者に対して、客観的・論理的に適正な思考を求めることが酷でないかどうかを、社会通念に照らし、常識的観点から判断する」ことが必要であるとの視点を提示し、(1)警察における事前の指導等との関係 (2)同種輸入行為の集積及びその間における税関側の対応との関係 (3)輸入対象物についての意識との関係の3点から詳細に検討した上で総合判断し、「純客観的・論理的判断の帰結をそのまま適用し、被告人に違法性の意識の可能性があったと認めることは、常識や社会正義に反する価値評価であり、被告人が違法性の意識を欠いたことは、やむを得ないところであって、これについて相当な理由があったと評価すべきである。」と判示し、被告人には違法性の意識はなく、違法性の意識を欠いたことに相当の理由があるとしてけん銃輸入罪の故意を認めることは出来ないと判示する。

【研究】

1. 本判決は、違法性の意識を欠いたことに相当な理由があるとして故意を阻却した事案である。相当な理由に基づく違法性の錯誤が争点となった判例は、大審院以来一つの系譜の判例として定着している⁽⁴⁾。

相当な理由に基づく違法性の錯誤事案で相当性が肯定された下級審判例としては、東京高裁昭和44年9月17日判決（黒い雪事件）⁽⁵⁾、東京高裁昭和51年6月1日判決（羽田空港ロビー事件第2次控訴審）⁽⁶⁾及び東京高裁昭和55

年9月26日判決（石油カルテル生産調整事件）⁽⁷⁾が主要な事案である。

最高裁判所は、下級審における相当な理由に基づく違法性の錯誤事案を受け、従来の違法性の意識全面的不要説とは異なった判断を示すに至った。その第一は、最高裁昭和53年6月29日第一小法廷判決（羽田空港ロビー事件第2次上告審）である⁽⁸⁾。第2は、最高裁昭和62年7月16日第一小法廷決定（百円札模造事件）である⁽⁹⁾。最高裁の両判例は、違法性の錯誤事案において被告人の違法性の意識を欠いたことについて相当性の有無の判断基準を具体的に検討している⁽¹⁰⁾。

本判決は、石油カルテル生産調整事件以降違法性の意識の可能性を欠いたことについて相当性を肯定した契潤の事案である⁽¹¹⁾。

2. 大阪高等裁判所が、相当性を肯定するに至った判断過程で示した「具体的経緯を踏まえた総合評価」に於ける判断形成について、「警察における事前の指導等との関係、同種輸入行為の集積及びその間における税関側の対応との関係、輸入対象物についての意識との関係」の各項目毎に検討する。

(1) 裁判所は、警察における事前の指導等との関係について、被告人は「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てるのは、やむを得ないところである。加えて、被告人は、警察で教示された基準を、けん銃部品性を否定する法的な十分条件として鵜呑みにすることなく、この基準ではなお不十分であると判断して、各部品に対する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、積極的に努力していた。（中略）客観的に評価しても、警察の専門部署に対して念入りに合法性の基準を確認した上、その基準を上回る加工を実践した以上、自らの行為が法的にも合法であると

確信することには、それなりの根拠があったといえる。」と判示する。

(2) 裁判所は、同種輸入行為の集積及びその間における税関側の対応との関係について、被告人は「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」と判示する。

(3) 裁判所は、輸入対象物についての意識との関係について、「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。」と判示する。

3. 本節では、東京地裁平成14年10月30日判決以降本件大阪高裁平成21年1月20日判決に至るまでの間に違法性の意識の可能性に言及した主要な8事案を検討する⁽¹²⁾。

〔判例1〕神戸地裁平成15年4月24日判決（公職選挙法）⁽¹³⁾

本事案は、兵庫県議会選挙公示日前日までアルバイト料を支払ってビラ配りやポスター張り等の活動をアルバイト学生に依頼した行為について、公職選挙法違反に問われたものである。弁護人は、学生アルバイトの活動を目撃した警察官から事前に何等の警告もなされなかったので被告人には違法性の意識の可能性がなかったと主張した。裁判所は、アルバイト学生の選挙活動の実態を詳細に認定し、その活動内容が選挙活動に当るとは考えなかったとの公判廷での被告人らの供述の信用性を否定し、弁護人の主張を排斥した。

〔判例2〕東京高裁平成15年7月30日判決（電気通信事業法）⁽¹⁴⁾

本事案は、電話による通話内容が盗聴録音されたカセットテープの一部を複製、編集した上で、上記通話内容を第三者に聞かせる行為を電気通信事業者の取扱中に係る通信の秘密を侵害したとして電気通信事業法違反に問われ

たものである。弁護人は、「被告人を含めた自治会役員がいたずら電話に悩まされていたこと、被告人が、氏名不詳者から送られた本件盗聴録音テープの取扱いについて地元の青葉警察署の課長に相談したところ、町内会で話し合って決めるように助言された事実があり、その話合いのためには町内会の構成員にそのテープの内容を知らせる必要があったこと、被告人が再生した本件テープの内容が、いたずら電話に直接関わった人物によるそれに関する会話部分に限定されていること、被告人が、本件テープの取扱いについて弁護士にも意見を求めた上、町内会の構成員からもその内容を知らせてほしいとの要望があったこと、本件テープの再生については、被告人を含む自治会の役員の間で検討した上、その総意に基づいて実行に移したこと、原判示第2の行為（コミュニティハウスにおいて、同所で開催された自治会第6C班班会議に出席した者らに対し、上記方法により盗聴録音された通話内容を聞かせた行為＝筆者註）については、その実行をAが強硬に主張し、他の副会長が同意したことから、被告人がやむなく同意したこと。」等を根拠に、被告人の本件各行為には違法性ないし可罰的違法性はなく、違法性の意識の可能性もないと主張する。裁判所は、「被告人の本件各犯行により、Gと他者2名との通話内容が、2回にわたって延べ十数名の第三者の面前で録音テープが再生されるという生々しい方法で明らかにされた結果、通信の秘密が侵害されただけでなく、上記通話者間のプライバシーが著しく傷つけられたことなどに照らすと、仮に所論指摘の事情があったとしても、本件各犯行に違法性ないし可罰的違法性がないとはいえないし、違法性の意識の可能性がなかったともいえない。」と判示する。

〔判例3〕東京地裁平成16年10月6日判決（旅券法）⁽¹⁵⁾

本事案は、被告人の北朝鮮工作員と認められる人物と接触する等の海外における活動に鑑み、外務大臣が著しくかつ直接に日本国の利益又は公安を害するおそれがあると認めるに足りる相当な理由があるとして昭和63年8月に被告人に対して旅券返納命令を発したが、被告人がこれに従わずその期限内に旅券を返納しなかったという旅券法違反に問われたものである。弁護人は、

「被告人は、返納命令に対して不服申立てをしたことから、その結果が確定するまでは旅券を返納する必要がないと誤信していたものであり、返納義務自体を認識していなかったのであるから、被告人には故意が認められないか、違法性の意識の可能性がなかった。」と主張する。裁判所は、「被告人には返納命令違反の構成要件事実の認識に欠けることなく、不服申立てをすることによってこれに対する決定が出るまで返納する必要がなくなると誤信したとしても、それは単に法律の不知にすぎない。そして、それは特に根拠のない被告人の思い込みにすぎず、被告人は、不服申立書のうちの1通を法律家の団体を通じて提出しようとしていながら、そのような一方的な思い込みの正当性について、法律家や在外公館の担当部署に照会するなどの手段も講じていないのであって、これらの本件の具体的事情の下では、被告人に違法性の認識を欠いたことについて相当な理由があったともいえない。」と判示する。本判決は、相当な理由ありとするには少なくとも「法律家や在外公館の担当部署に照会」等を尽くすことを要求している。

〔判例4〕東京地裁平成17年5月2日判決（薬事法）⁽¹⁶⁾

本事案は、アトピー性皮膚炎等の治療薬としてプラスチック製容器入りのクリーム及びローションを数名の者と共謀し東京都知事の許可を受けず、かつ、法定の除外事由がないのに業として前後2057回にわたり顧客909名に対し医薬品であるクリーム及びローション合計2902個を代金合計2325万4000円で郵送して販売したものである。弁護人は、「〔1〕被告人は、Cから、本件クリーム等が天然成分でできているとの説明を受けたこと、〔2〕被告人は、姉のアトピー性皮膚炎が、ステロイドでは治らず、ウコン、ごま油、マイナスイオン水等の自然物により治癒したとの認識を有していたこと、〔3〕被告人は、Cの子供のアトピー性皮膚炎が本件クリーム等により治ったことについて、Cの子供に直接確認したこと、〔4〕被告人にとって絶対的な地位の師である弁論分離前の相被告人Dらが本件クリーム等の効能について信じていたこと、〔5〕教団は、上下関係が強く、下の者が上の者に対して自由に意見を述べることができない体質を有しており、本件クリーム等に関して

疑義を抱いたとしても、それを指摘することが極めて困難であったこと、〔6〕被告人は、これまで社会経験に乏しく、教団の信者以外の者と交際したことがほとんどなかったこと、〔7〕被告人は、教団外からの情報が入ることが極端に少なく、本件クリーム等について正確な情報が入ってくることを期待できなかった。」等の事情を基に被告人は本件クリーム等の販売について違法性の意識を欠き、違法性の意識の可能性も無かったと主張する。裁判所は、違法性の意識不要説に立った上で弁護人の主張に対して、「〔1〕医薬品の販売は、人の健康に関わる重要な事項であるから、疾病に効能を有する物が医薬品に該当し、その販売に許可が必要とされることは、社会通念上、容易に想定することができるものであり、逆に、医薬品に該当せず、その販売に許可も不要であると判断するためには、慎重な検討が要求されること、〔2〕被告人は、Cや相被告人Dらの説明を信用したというのであるが、Cらは、医薬品の専門家ではないこと、〔3〕被告人は、本件クリーム等の販売に問題がないかどうかについて、関係行政機関や専門家等に照会したり、自ら文献を調べたりすることは一切行っていないこと、〔4〕被告人は、当初は、Cの言動を見て、同人について、詐欺師のような印象を受け、言っていることがすべて嘘のような感想を持ったこと、〔5〕被告人は、平成15年4月ころ、教団の信者であるHらとともに、アトピー性皮膚炎の子供を持つ親の会に参加し、教団作成のチラシを配布しているが、そのチラシには、本件クリーム等について、「塗り始めて2日ほどで肌が改善されるのが分かります」などの文言が記載され、通常 of 自然物の作用とは異質な即効性を有することが宣伝文句になっていること、〔6〕実際にも、教団の信者である共犯者の中には、当初から本件クリーム等の販売が薬事法に違反するとの認識を有する者もいたことなどの事情に鑑みると、前記(1)の弁護士指摘の事情を考慮しても、被告人が、本件クリーム等を医薬品ではなく、その販売に許可は不要であると思いついたことに相当な理由はない。」と判示し、被告人には違法性の意識の可能性があったとする。本判決は、本件クリーム等の販売の是非については「医薬品の専門家、関係行政機関や専門家への照会及び自

ら文献調査を行うこと」を要求している。

〔判例5〕東京高裁平成17年6月16日判決（わいせつ図画頒布罪）⁽¹⁷⁾

本事案は、出版社の代表取締役である被告人が、同社編集局長及び同社と専属契約をしている漫画家と共謀の上、わいせつ図画である本件漫画本合計2万冊余を頒布したものである。弁護人は、「被告人は、出版業界の慣行やこれまでの摘発の状況から、本件漫画本はわいせつ物でないと信じたものであり、被告人には違法性を意識する可能性がない。」と主張する。裁判所は、「網掛けの程度を下げたのは、より高い性的興奮を求める読者の要望に応えるためである。読者の要望にそのまま従えば網掛けをしないことになるが、それではわいせつ物として警察の取締りを受けると思ったので、薄くするとどめたものである。会社を経営していくには売上げを伸ばす必要があり、なるべく性的な興奮度の高いものを出版する必要があったが、取締りを受けてはいけないので、仮に捕まったときにも修正はしていると言い訳ができるように網掛けを行っていた。網掛けといっても、40パーセントや50パーセントの網掛けでは、透けて見えるような状態であり、『○○』がわいせつ物であることに変わりはない。午前中に行われた勾留理由開示の手続きにおいて、本件漫画本のわいせつ性について争いたいという意見を述べたが、その真意は、『○○』がわいせつ物に当たらないと思っていたわけではなく、『○○』よりも細かい描写で修正が行われていない漫画本もたくさんあり、そういった漫画本が今回取締りを受けず、Cが出版した『○○』だけが取締りを受けることについて納得がいかなかったので、わいせつ物に当たらないと思っているという主張をした。自分だけが突出してわいせつ物を出版しているということになるのが我慢ならなかった。」との被告人の検察官に対する供述の信用性を認め、「本件当時、被告人は、本件漫画本がわいせつ物であると認識していた。」と判示し、弁護人の主張を排斥する。

〔判例6〕大阪地裁平成18年10月25日判決（電磁的公正証書原本不実記載罪）⁽¹⁸⁾

本事案は、不動産投資会社を引受人とする第三者割当増資に際し、共謀の

うえ株式の払込みを仮装し、「発行済株式の総数」及び「資本の額」について内容虚偽の登記申請をし、商業登記簿の原本の用に供したものである。弁護人は、取引銀行及び証券会社の関係者から第三者割当増資の株式払込について無効性が指摘されなかったことを理由に被告人には違法性の意識の可能性がないと主張する。裁判所は、取引銀行や副幹事証券会社の関係者が「株式払込みのスキームの形成過程に深く関わって、ときに主導的な立場にあったとみる余地すらありうるとはいえるものの、それらの銀行等は、結局のところ営利を目的とする私企業に過ぎず、公に法令の解釈運用の職責を負っているわけではないのであるから、その指示等に漫然と従ったからといって、被告人ら3名に、本件にかかる違法性の意識の可能性がなく、その故意ないし責任が阻却されるものと認めることはできない。」と判示し、弁護人の主張を排斥する。裁判所は、利害関係当事者であり公権的解釈の職責を負っていない者の指示に漫然と従っているだけでは相当性がないと判断した。

〔判例7〕札幌高裁平成19年3月8日判決（児童福祉法及び児童ポルノ法）⁽¹⁹⁾

本事案は、中学校の教員として勤務していた被告人が1年5ヶ月間に前後20回にわたり自己の勤務する中学校に生徒として在籍していた被害児童（被害当時14歳から15歳）に性交させ又は性交類似行為をさせるとともに20回の淫行の機会のうちの13回において同児童に性交等に係る姿態をとらせ、これをデジタルビデオカメラで撮影して、それら姿態を視覚により認識することができる電磁的記録媒体であるミニデジタルビデオカセットに描写し同児童に係る児童ポルノを製造したものである。弁護人は、減刑事由として「〔1〕児童ポルノ法は改正され、平成16年7月8日に施行されたが、法務省のウェブサイトでも今だに旧法を広報しているのであるから、改正法は、形式的には公布・施行されているが、実質的には公布・施行が欠けており、被告人は改正法を知らなかったから違法性の意識を欠いており、また、期待可能性も減少すると評価すべきであって、児童ポルノ製造罪につき刑法38条3項ただし書を適用して減刑すべきであり、〔2〕被害児童の真摯な承諾があり、か

つ、被告人と被害児童が本件犯行当時結婚を前提に相思相愛の関係で交際していたのであって、児童淫行罪についても違法性の意識を欠いており、同罪につき刑法38条3項ただし書を適用して減刑すべきである。」と主張する。裁判所は、「改正法が公布・施行されている以上、主務官庁である法務省のウェブサイトが本件犯行当時旧法を広報していたとしても、違法性の意識の可能性・期待可能性がないとはいえない。また、被告人は、教師という立場にあり、未成熟な児童に対する性交等の与える影響などについて十分な知識と配慮をすべき立場にあり、それにもかかわらず、上司や同僚の教師から本件以前に生徒との交際につき注意を受け、被害児童との関係を問い質された際にもこれを否定していることに照らすと、自らの行為が社会的に不相当な行為であることや違法性の意識も十分あったと認められる。」と判示した。

〔判例8〕大阪高裁平成20年12月11日判決（職業安定法及び詐欺罪）⁽²⁰⁾

本事案は、街頭募金の名の下に通行人から金を騙し取ろうと企て多数の募金活動員を確保する目的で募金団体の名目上の代表者と共謀し前後6回にわたり仕事内容を偽った広告を求人情報誌に掲載させて労働者を募集し虚偽広告により雇い入れた多数の募金アルバイトを使用して関西の主な繁華街において約2か月間にわたり真実は募金を自己の用途に費消する意思の下に難病児救済のための募金である等として多数の通行人らから多額の金員を騙し取ったとされるものである。弁護人は、詐欺罪について「被告人は、本件当時、相当額の所持金を有しており、犯行の動機がなく、詐欺の故意も違法性の意識もその可能性もなかった。」と主張する。裁判所は、被告人の「イラク募金」及び「難病児募金」の募金活動の実態を詳細に検討した上で、「被告人の行った募金活動は、難病児支援などという高邁な目的を達成するためのもではなく、人件費等の経費及びカモフラージュのための多少の寄附を除いた金員を被告人が個人的な用途のために取得することを主なねらいとしたものと考えられるのであり、被告人が、当初から詐欺の故意で、違法性の認識を有しながら、募金活動を行ったものであることは明白といわざるを得ない。」と判示した。

以上検討した8事案は、いずれも違法性の意識の可能性を肯定し、弁護人の主張を排斥している。東京地裁平成17年5月2日判決、東京高裁平成17年6月16日判決及び大阪高裁平成20年12月11日判決の3事案では、裁判所は弁護人の違法性の意識の可能性についての主張に対して詳細な検討をした上で違法性の意識有りとの判断をしている⁽²¹⁾。

裁判所が違法性の意識の可能性に論及するのは、被告人及び弁護人の事実に基づいた的確な主張がなされる事案であり、単に故意を阻却する事由として違法性の意識の可能性を争点とするだけでは裁判所はその主張に傾聴しないことが明確となった。

4. 相当な理由に基づく違法性の錯誤事案では、相当性の判断基準の定立が課題であることは夙に指摘されている。相当性の判断基準の定立には、ドイツ刑法17条の解釈における「禁止の錯誤の回避可能性の判断基準 (die Kriterien für die Beurteilung der Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums)」が参考となる⁽²²⁾。

ルドルフィは、禁止の錯誤の回避可能性の判断基準として、①行為者にとって、自己の行為が法律上いかなるものとされるかについて考える契機が行為の時点で実際に与えられていること、②行為者が自己の行為を違法だと認識し得る可能性を現実を持ち得ること、③行為者にとって、自己に要求される違法性の認識の可能性を認識することが期待し得ること、という三つのメルクマールを提示する。⁽²³⁾

「相当な理由に基づく違法性の錯誤」の相当性の有無の判断基準設定の基本的視座は、具体的行為にでた行為者自身が自己の行為についての最終的責任を負うものであるとしても、行為者に過度の要求をしたり、行為者の行動の自由を制約したり、社会の活性化を阻害するものであってはならないということである。「相当な理由に基づく違法性の錯誤」の判断基準は、違法性の意識を欠いたことに相当な理由が存するか否かを判断する基準ゆえ、固定的なものではない。法律の専門家等に照会した事案であっても、当該行為状況下において行為者の行動決定として不可能を強いることは許容されない。

相当性の判断基準は、具体的行為状況に対応する当該行為者について判断することが重要である。莊子邦雄教授の主張される「現実的可能性」の論理が示唆的である⁽²⁴⁾。

5. 本判決は、けん銃部品輸入罪について原審が「被告人に上記違法性の意識があったか、少なくとも、違法性を十分認識できたと認定して、故意の阻却を認めず、被告人を同罪について有罪とした原判決は、事実の認定を誤り、その結果として、刑法38条の適用を誤った」と判示する。原審は、けん銃部品輸入の事実に関する弁護人の主張を「(1)各公訴事実において、被告人らがけん銃部品として用いられることが可能な機関部体として輸入したとされている物（以下「本件各部品」という。）は、いずれも銃砲刀剣類所持等取締法（以下「銃刀法」という。）及び平成18年法律第17号による改正前の関税定率法（以下「旧関税定率法」という。）のけん銃部品たる機関部体には該当せず、また、(2)被告人は、本件各部品が輸入を禁止されている機関部体に該当するとは認識していなかったのであるから、被告人は無罪である。」と整理した。原審は、本件各部品がけん銃部品である機関部体に該当すると判示した後、弁護人の主張(2)機関部体に該当する認識がなかったとの主張について検討する。弁護人は、被告人が各部品が輸入を禁止された機関部体であるとの認識に至らなかった根拠として、「本件各部品を輸入するに際して、大阪府警銃器対策課の指導に従っており、実際に、同様の加工をした機関部体を含む無可動銃が通関していた」事実を挙げ、「本件各部品が銃刀法及び旧関税定率法に規定するけん銃部品に該当するとは認識していなかった」と主張する。原審は、「仮に被告人の認識がそうであったとしても、いわゆるあてはめの錯誤にすぎず、そのことから直ちにけん銃部品輸入の故意が否定されるものではない。また、警察の指導や通関検査は、上記『無可動銃の認定基準』に基づいてなされていたものと解されるし、被告人は、その供述によれば、上記警察の指導や通関検査はその趣旨のものと理解していたことが認められるが、上記のとおり、『無可動銃の認定基準』は、少なくとも自動装てん式けん銃の機関部体の該当性について、その基準を過不足なく示した

ものではなく、被告人においてもその公判廷における供述によれば、犯行当時においても、けん銃や弾丸に相当の知識を有していたと認められ、銃刀法及び旧関税込率法上のけん銃部品たる機関部体の意味を十分理解し、各部品が上記『無可動銃の認定基準』を満たしていたとしても、必ずしも機関部体性は否定されないこと、さらに、スライド差込用レールを切除したとしても、金属製弾丸発射能力を肯定され、けん銃部品である機関部体に該当するとされる可能性は十分認識し得たというべきである。」と判示する。

原審は、「本件各部品が銃刀法及び旧関税込率法に規定するけん銃部品に該当する」との認識を欠いていたことを「あてはめの錯誤」と解している。しかしながら、銃刀法及び旧関税込率法に規定するけん銃部品であることの認識は、構成要件的事実の認識であり、その錯誤は構成要件的事実の錯誤である⁽²⁵⁾。更に、原審は、違法性の意識の可能性の相当性判断について被告人に過重な負担を求めるもので妥当ではない。

本大阪高裁平成21年1月20日判決は、違法性の意識の可能性を欠いたことについて相当性を肯定した従前の判決の中でも最も詳細な検討の上で相当性を肯定した事案である⁽²⁶⁾。

本判決は、今後の相当な理由に基づく違法性の錯誤が争点になる事案において以下の3点で重要な示唆を含むものである。第1は、判断形成に至る判決の論理的緻密性である。即ち、本判決は、違法性の意識の有無の判断に際し、違法性の意識を欠如したことを示す有力な事情（消極的な推認）を検討した後に、違法性の意識の存在をそれなりに窺がわせる事実を検討し当該事実の証明力に限界があるとして排斥するという双方の事情を検討するという論理的かつ緻密な認定がなされている。第2は、違法性の意識の可能性について1つ1つの事実を詳細に吟味・検討し、違法性の意識の可能性を欠如したことについての相当性判断の基本的視座として「社会的正義」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である。即ち、本判決は、「具体的局面に即し、その立場に置かれた者に対して、客観的・論理的に適正な思考を求めることが酷でないかどうかを、社会通念

に照らし、常識的観点から判断することも必要である」とした上で、具体的経緯を踏まえた総合評価をした後に、違法性の意識の可能性はなく、違法性の意識を欠如したことに相当の理由があるとしてけん銃輸入罪の故意を否定する。第3は、相当性の判断基準の精度を上げたことである。即ち、本判決は、専門家等に照会する等の基準について専門的知見を有する専門部署の担当者として具体的に職名等を示している点、輸入行為を集積する中で担当機関が当該行為を違法であると指摘することがなく行為者にとり合法性を再確認する実質的機會の有無について検討する点で判断基準の緻密化を図っている。

最高裁は、違法性の意識不要説立脚するのであれば違法性の意識を欠いたことについて相当の理由の有無に論及することなく上告棄却できる羽田空港ロビー事件第2次上告審昭和53年6月29日判決を経て百円札模造事件昭和62年7月16日決定において違法性の意識を欠いたことについて相当の理由の有無に論及し制限故意説への親和性を示し、その後の展開が待たれるままに長時日を経過している⁽²⁷⁾。

本判決は、相当な理由に基づく違法性の錯誤を巡るこのような判例状況の中で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したことに相当の理由有りとして故意を阻却したものであり、妥当な判断であると評する⁽²⁸⁾。

控訴審で詳細な事実認定と判断を示し相当性有りと判示する本判決のような事例では検察官の上告が非常に困難になり、最高裁は、事実上、上告審として相当な理由に基づく違法性の錯誤事案において判断を示す機会がないままに推移して行くものと思慮する。最高裁が相当な理由に基づく違法性の錯誤事案で判断を示す機会が、原審で相当性なしと判示した事案で被告及び辩护人から上告されたケースが考えられる⁽²⁹⁾。このような判例状況の中で、最高裁は違法性の意識全面的不要説に立脚すると解するのは上記羽田空港ロビー事件第2次上告審及び百円札模造事件での最高裁の判断を踏まえる時には説得力を欠くものである。

最高裁は、制限故意説への親和性を示すと考える。

- (1) 本判決には、以下の判例評釈がある。南由介「違法性の意識の可能性がなく故意が否定された事例」、判例セレクト353号（2010年）29頁、同「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〈判例研究〉」、桃山法学15号（2010年）385頁、一原亜貴子「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〈刑事裁判例批評129〉」、刑事法ジャーナル21号（2010年）78頁。
- (2) 警視庁生活安全局銃器対策課長・警察庁刑事局鑑識課長「無可動銃の認定基準について」は、本稿末尾に【資料】として添付する。
- (3) 原審神戸地裁平成20年3月10日判決書謄本は、担当弁護人の藤本尚道弁護士・神戸大学法科大学院非常勤講師の御好意によって参照する機会を得た。
- (4) 相当な理由に基づく違法性の錯誤に関する判例について、拙稿「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）113以下、特に116頁以下及び121頁以下参照。なお、大審院の相当な理由に基づく違法性の錯誤に関する事案では、刑法改正事業の審議に参画し、「相当な理由」という文言を設けた改正刑法假案11条の論議に幹事又は委員として関与された泉二新熊、草野豹一郎、宇野要三郎、三宅正太郎の4名が大審院判事として担当されている。拙稿「違法性の錯誤に関する規定の成立経緯についての一考察－改正刑法假案を中心として－」、法学新報118巻1・2号（2011年）397頁以下、特に498頁以下参照。
- (5) 高刑集22巻4号595頁以下、前註(4)拙稿「違法性の意識」、122頁参照。
- (6) 高刑集29巻2号301頁以下、前註(4)拙稿「違法性の意識」、123頁以下参照。
- (7) 高刑集33巻5号359頁以下、前註(4)拙稿「違法性の意識」、125頁以下参照。
- (8) 刑集32巻4号967頁参照。本判決について、佐藤文哉調査官は、「原判決の法律判断は、なるほど、判例には違反しているけれども、学説の大勢が示している違法性の錯誤の問題が将来進むべき方向と合致しており、もし当小法廷が判例には再検討の余地がありうると考えているとすれば、適切な事案がくるまで現在の判例を更に固めてしまうことがないように配慮することには、合理性があると思われる。」と指摘する。佐藤文哉「無許可の集団示威運動の指導者につき相当の理由に基づく違法性の錯誤があったと

して昭和25年東京都条例第44号集会、集団行進及び集団示威運動に関する条例5条の罪の成立を否定した原判決に事実誤認があるとされた事例』『最高裁判所判例解説刑事篇（昭和53年度）』（1983年）281頁及び前註（4）拙稿「違法性の意識」、124頁以下参照。

- (9) 刑集41巻5号237頁参照。本決定について、仙波厚調査官は、「最高裁判例が伝統的にとってきている違法性の意識不要説について再検討の余地がありうるとの問題意識を示そうとしたものと理解され、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みることもできよう。（中略）これまでの違法性の意識不要説に対する修正の傾向を強めたものと評することができよう。」と指摘する。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62年度）』（1990年）182頁以下参照。拙稿「百円紙幣を模造する行為につき違法性の意識の欠如につき相当の理由があるとはいえないとされた事例」、法学新報95巻1・2号（1988年）191頁以下及び前註（4）拙稿「違法性の意識」127頁参照。
- (10) 相当性の有無の判断基準について、前註（4）拙稿「違法性の意識」、124頁以下参照。
- (11) 本判決が違法性の意識を欠いたことについて相当性の有無を検討するのは、弁護人の主張に対する判断を示すためである。
- (12) 最高裁昭和62年7月16日第一小法廷決定「百円札模造事件」以降平成14年までの違法性の意識の可能性ないしは相当な理由に基づく違法性の錯誤事案の下級審判決に関しては、東京地裁平成14年10月30日判決（判時1816号164頁）についての拙稿「いわゆるレーザー脱毛の営業に関し、医師法違反の違法性の意識を欠いたことに相当な理由があるとはいえないとされた事例」、判例評論545号（2004年）214頁以下特に217頁以下参照。
- (13) LEX/DB【文献番号】28082151参照。
- (14) 刑集58巻4号304頁以下特に307頁以下参照。最高裁は、弁護人の上告を棄却した。最高裁平成16年4月19日第二小法廷決定、刑集58巻4号281頁参照。
- (15) LEX/DB【文献番号】28105191参照。
- (16) LEX/DB【文献番号】25420710参照。
- (17) LEX/DB【文献番号】28135240参照。
- (18) LEX/DB【文献番号】28135003参照。
- (19) 刑集63巻8号1114頁以下参照。最高裁は、弁護人の上告を棄却した。最高裁平成21年10月21日第一小法廷決定、刑集63巻8号1170頁参照。
- (20) 刑集64巻2号208頁以下参照。最高裁は、弁護人の上告を棄却した。最高

裁平成22年3月17日第二小法廷決定、刑集64巻2号167頁参照。

- (21) 検討した8事案の中で違法性の意識の可能性の有無について詳細な分析をする3事案の当該争点に言及する文字の概数は、〔判例4〕東京地裁平成17年5月2日判決2123字、〔判例5〕東京高裁平成17年6月16日判決1394字及び〔判例8〕大阪高裁平成20年12月11日判決1310字である。他の事案では、500字前後である。
- (22) Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts, Allg. Teil. 3A. Aufl. 1978. S.370, Jakobs, Strafrecht, Allg. Teil, 1983. S. 460ff.
- (23) Rudolphi, Unrechtsbewusstsein, Verbotsirrtum und Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums, 1969, S.208ff. und S.217. 西ドイツの判例について、拙稿「禁止の錯誤の回避可能性の判断基準—西ドイツの近時の判例について—」、常葉学園富士短期大学研究紀要創刊号(1991年)1頁以下参照。
- (24) 莊子邦雄『犯罪論の基本思想』、有斐閣、1979年、240頁以下参照。
- (25) 同旨、一原・前註(1)82頁参照。なお、事実の認識と違法性の意識の限界について、南・前註(1)桃山法学 392頁以下参照。
- (26) 相当な理由に基づく違法性の錯誤に論及する各判決が、違法性の意識の可能性の検討に言及する文字の概数は、違法性の意識を欠いたことについて相当性を肯定した事案では東京高裁昭和44年9月17日判決(黒い雪事件、高刑集22巻4号595頁)3081字、東京高裁昭和51年6月1日判決(羽田空港ロビー事件第2次控訴審、高刑集29巻2号301頁)2393字、東京高裁昭和55年9月26日判決(石油カルテル生産調整事件)13814字であり、本大阪高裁平成21年1月20日判決は14192字である。相当性を否定した事案ではあるが、札幌地裁昭和59年9月3日判決(百円札模造事件、刑月16巻9=10号701頁)は7497字である。最高裁で違法性の意識の可能性について論及した事案での検討に言及する文字の概数は、最高裁昭和53年6月29日第一小法廷判決(羽田空港ロビー事件第2次上告審)2194字、最高裁昭和62年7月16日第一小法廷決定(百円札模造事件)88字、最高裁平成8年11月18日第二小法廷判決(岩手県学力調査事件、刑集50巻10号745頁)河合伸一裁判官の補足意見1031字である。なお、違法性の意識不要説に立つとされる最高裁判例の中で、最高裁昭和23年7月14日大法廷判決(有毒飲食物等取締令違反事件、刑集2巻8号889頁)172字、最高裁昭和26年1月15日第一小法廷判決(物価統制令違反事件、刑集5巻12号2357頁)斎藤悠輔裁判官の補足意見1554字、最高裁昭和34年2月27日第二小法廷判決(物品税違反事件、刑集13巻2号250頁)藤田八郎裁判官の少数意見810字である。本大阪高裁判決は、最高裁昭和62年7月16日第一小法廷決定の考察方法を前提に詳細かつ多角的視点からの検討をした上で相当性を肯定した事案で

ある。

- (27) 最高裁昭和53年6月29日第一小法廷判決（羽田空港ロビー事件第2次上告審、刑集32巻4号967頁）及び最高裁昭和62年7月16日第一小法廷決定（百円札模造事件、刑集41巻5号237頁）を契機とする最高裁判例の理解について、判例変更の可能性を留保したものと解する見解として、内藤謙『刑法論議 総論（下）I』、1026頁以下、同『刑法理論の史的展開』、有斐閣、2007年、264頁以下、実質的な判例変更であると解する見解として、西田典之『刑法総論』、229頁、同『注釈刑法 第1巻 総論』、有斐閣、2010年、532頁及び斎野彦弥『刑法総論』206頁、不要説から踏出そうとしていると解する見解として、伊東研祐『刑法講義 総論』282頁、違法性の意識の可能性判断を回避していると解する見解として、林 幹人『刑法総論〔第2版〕』309頁、314頁及び山中敬一『刑法総論〔第2版〕』652頁等がある。
- (28) 本判決は、制限故意説に立脚すると解する。同旨、前掲註（1）南・前掲桃山法学391頁参照。羽田空港ロビー事件第2次控訴審である東京高裁第4刑事部は、チソ水俣病補償請求関連傷害事件控訴審である東京高等裁判所昭和52年6月14日判決とともに寺尾正二裁判官の名を冠して寺尾コートと称され、緻密な事実認定と論理構成が特徴であった。なお、寺尾正二裁判官は、かつて東京高裁第3刑事部中野次雄裁判長の下で右陪席を務めていた。大阪高裁第4刑事部は、その論理的かつ緻密な判断形成から強姦未遂に関する大阪高裁平成19年6月19日判決と並んで古川コートと称することも出来よう。
- (29) 前註（9）拙稿、197頁以下参照。