

只木ゼミ前期第7問検察レジュメ

文責：1班

I. 事実の概要

5 本件公訴事実は、被告会社は特殊公衆浴場 A を経営していたもの、被告人 X は、被告会社の代表取締役等としてその経営全般を掌理するとともに、本件浴場従業員等を指揮監督していたものであるが、X において、被告会社の上記業務に関し、S 県知事の許可を受けないで、昭和 41 年 6 月 6 日から昭和 56 年 4 月 26 日までの間、本件浴場で、所定の料金を徴収して、多数の公衆を入浴させるなどし、もって業として公衆浴場を経営したとする
10 ものである。

本件浴場については X の実父 B が昭和 41 年 3 月に S 県知事による営業許可を受けていたものの、被告会社が許可を受けたことはなく、その営業は B 名義でなされていた。他方、厚生省(当時)の解釈に基づく運用によれば、公衆浴場の営業の譲渡・相続の場合には名義の変更は許されず、新たに許可を受ける必要があったが、昭和 41 年 7 月の風俗営業取締法等の改正によって、特殊公衆浴場の営業は同法の個室付浴場業にあたり、しかも被告会社の所在地が個室付浴場業の営業禁止区域とされたため、改正後は被告会社が同所で新たな営業許可を受けることはできなかった。ただし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同法にはあった。そこで、昭和 47 年に B の体調が悪化したのを受けて、X は、同県議会有力議員 C に相談したところ、C は、「俺に任せておけ、俺がうまくやっておく」と答えた。それを受けて X は、C にこれを任せておけばなんとかなるだろうと思い、同許可の申請者を B から被告会社に変更する旨の S 県知事あての公衆浴場営業許可申請事項変更届を S 県 M 保健所に提出し、同保健所を通して同知事により変更届が受理され、結果として公衆浴場台帳の記載がその旨訂正されたのであった。

X に公衆浴場法第 8 条 1 項による処罰をすることができるか。なお、行政法で扱うような議論の展開は必要的ではない。

関連条文[公衆浴場法]

第二条 業として公衆浴場を経営しようとする者は、都道府県知事の許可を受けなければならない。

30 2~4 略

第八条 次の各号の一に該当する者は、これを六月以下の懲役又は一万円以下の罰金に処する。

- 一 第二条第一項の規定に違反した者
- 二 略

35

参考判例：最判平成元年 7 月 18 日第三小法廷

II. 問題の所在

本件では、Xは無許可営業が許されると認識している。そこで、故意が認められるためには少なくとも犯罪事実の認識が必要であるが、自己の行為が違法であることの認識を意味する違法性の意識を、故意の要素に取り込むかが問題となる。

5

III. 学説の状況

違法性の意識

ア説(厳格故意説)

違法性の意識を責任故意の要件とする¹立場。

10

イ説(制限故意説)

違法性の意識の可能性は責任故意の要件をなす²とする立場。

ウ説(責任説)

15 違法性の錯誤があっても故意は否定されないが、違法性の意識の可能性がないときは責任が否定される³とする立場。

IV. 判例

東京高判昭和44年9月17日高刑集22巻4号595頁

20 [事実の概要]

映画「黒い雪」の公開上映について、当該映画の監督と映画を配給した日活株式会社の配給部長が、刑法175条(わいせつ図画公然陳列罪)で起訴された。なお、当該映画は映倫管理委員会の審査を通過していた。

[判旨]

25 記録によれば、映倫管理委員会の真摯な努力にもかかわらず、その意図が全面的に具体化されたとは認めがたい節もあり、また、その審査結果について社会的な一応の信頼をえているとはいえ、ときに厳しい批判を招いたことも前記のとおりであり、常に、すべての映画について全面的な信頼をうるまでに立ち至ってはいないことも否定できず、それが社会的に是認されているとか、ただ単に放置されて一般に許されているものというのは当らないところである。

そして、映倫通過の名のもとに横行しているただ単なる性的映画の存在の一因を知るとともに、猥褻性の有無が作者の主観的意図によって影響されないとする前記最高裁判所判例の見解と映倫管理委員会の猥褻性に関する審査基準との間の断層を見出すのである。そ

1 大塚仁『刑法概説(総論)[第4版]』(有斐閣,2008)459頁参照。

2 団藤重光『刑法綱要総論[第3版]』(創文社,1990)317頁参照。

3 井田良『講義刑法学・総論[第2版]』(有斐閣,2018)407頁参照。

れ故、たとえある映画が右のような実状のもとにおける審査を通過したからといって、それは当時の社会通念を推しはかる一つの資料とはなりえても、ただその一事をもつて刑法上の猥褻性を否定し去るものではなく、いやしくもその嫌疑あるにおいては捜査当局の捜査の対象となり、本件映画のごとく改めて司法審査の対象とされることもありうることで
5 あり、場合によっては、処罰をも免れえない結果を招くは必然というべきである。

被告人らはいずれも映倫管理委員会の審査の意義を認めて本件映画をその審査に付し、いわゆる確認審査を経て映倫管理委員会の審査を通過したものであり、被告人両名等本件映画の公開関係者は、右審査の通過によって、本件映画の上映が刑法上の猥褻性を帯びるものであるなどとは全く予想せず、社会的には認められ、法律上許容されたものと信じて公然これを上映したものであることは一件記録に照らして明白であり、映倫管理委員会制度発足の趣旨、これに対する社会的評価並びに同委員会の審査を受ける製作者その他の上映関係者の心情等、前叙のごとき諸般の事情にかんがみれば、被告人らにおいて、本件映画の上映もまた刑法上の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ずるにつき相当の理由があつたものというべきであり、わいせつ図画公然陳列罪の犯意を欠くものとするのが相当である。
10
15

[引用の趣旨]

本判決は、映倫管理委員会の審査により、被告人らが本件映画はわいせつにあたらず、法律上許容されたものだと信じた場合において、映倫管理委員会の審査と最高裁の見解には齟齬があり、映倫管理委員会の審査は時に激しい批判を受けたことがあったことから、
20 審査を通過しても処罰される可能性がないとはいえないとしている。これは、被告人らは映倫管理委員会の審査を経ていたとしても法律上許容されていないとの認識をもつ余地はあったことを前提としており、これにより違法性の認識の可能性があつたことを示唆している点で、制限故意説と親和性があるため引用した。

25 V. 学説の検討

違法性の意識

ア説(厳格故意説)

厳格故意説は、違法性の認識があれば反対動機があり、それにもかかわらず敢えて行為の決意をしたところに責任非難があるとすれば、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、これは現行刑法と相容れないことになる⁴。

よって、検察側はア説を採用しない。

⁴ 齊藤信宰『新版 刑法講義〔総論〕』(成文堂,2007)347頁参照。

ウ説(責任説)

責任説では、故意の構成要素である犯罪事実の認識・認容と違法性の意識を分断したうえで、異なった位置づけを与える根拠が不明であるといえる⁵。

よって、検察側はウ説を採用しない。

5

イ説(制限故意説)

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。たとえば、当該犯人が違法性を認識しうる判断力を有しており、しかも、その違法性を推測させる客観的状況が存在していた以上、表面上は違法性の意識が認められないとしても、違法性を意識したに等しい反規範的態度を認めうるからである。その意味で常習犯や確信犯を含めて、犯罪事実を正しく認識・認容していれば、通常、反対動機の形成可能性もあったと考えられる⁶。

したがって、検察側はイ説を採用する。

15

VII. 本問の検討

1. X の、昭和 41 年 1 年 6 月 6 日から昭和 56 年 4 月 26 日までの間に特殊公衆浴場 A(以下、本件浴場)を業として経営した行為に、公衆浴場法 8 条 1 項による処罰をすることができるか。

20 2. (1) A は、被告会社の代表取締役としてその経営全般を掌理したうえで従業員等を指揮監督していたものであり、これを約 15 年間継続して、所定の料金を徴収し、多数の公衆を入浴させるなどしてきたのであるから、「業として公衆浴場を経営」(公衆浴場法 2 条 1 項)したと言える。

25 (3) したがって、X は「都道府県知事の許可」(公衆浴場法 2 条 1 項)を受けない限り、原則禁止とされる公衆浴場経営を行ったとして「第二条第一項の規定に違反した者」(公衆浴場法 8 条第 1 号)にあたる。

3. 構成要件的故意(刑法 38 条 1 項)とは客観的構成要件該当事実の認識認容をさすところ、上記の通り X は自ら本件浴場の経営を続けてきたことから、これに欠ける点はない。

4. (1) もっとも、X は、C に相談したうえ S 県知事あての公衆浴場営業許可申請事項変更届(以下、本件変更届)を M 保健所に提出し、かかる変更届が受理されているため、「都道府県知事の許可」を得たとして、適法な浴場経営と認められないか。

(2) この点、確かに本件変更届が受理され、結果として公衆浴場台帳の記載が訂正されたものの、当時の厚生省の解釈に基づく運用によれば、公衆浴場の譲渡・相続の場合には名義の変更は許されず、新たに許可を受ける必要があった。そのため、X

⁵ 佐久間修『刑法総論』(成文堂, 2009)289 頁参照。

⁶ 佐久間・前掲 288 頁参照。

の、本件浴場の営業許可申請者を B から被告会社に変更する旨の本件変更届が受理されたとしても、S 県知事による被告会社に対する営業許可は認められない。

(3) よって、X は本件浴場を無許可で営業したと言える。

5. しかしながら、X は本件変更届が受理されたことで、被告会社の本件浴場経営につき許可を受けた適法な経営と誤信していた。そのため、違法性の意識を欠いたとして責任故意が阻却されないか。

(1) ア. この点、検察側はイ説を採用する。すなわち、違法性の意識可能性があれば、責任故意は認められる。

10 イ. X は本件変更届につき、C から「俺に任せておけ」と言われ、これが受理されたのであるから、かかる本件変更届の受理により被告会社に対する営業許可がなされたと認識したのである。しかし、上記の通り、公衆浴場の営業譲渡・相続による名義変更は許されておらず、X が本件浴場経営を続けるためには新たに営業許可を受ける必要があったうえ、被告会社の所在地が営業禁止区域となっていたことから、実際には新たな営業許可を受けることは最早不可能となっていた。そのため、X は S 県知事に本件浴場の営業許可申請をしても、営業許可を得ることができない事実を認識可能だったと言える。また、X は C の言葉を信頼してそれ以上の本件変更届の可否について知ろうとすること無くこれを行っているが、C は S 県における一有力議員に過ぎず、厚生省の管轄にある公衆浴場法の運用につき何ら専門知識や権限を有さない者であるため、C の言葉を漫然と信じた X の行為に相当の理由があったとも認められない。

20 ウ. したがって、X には営業許可の不存在を認識できる可能性があった。

(2) よって、X の責任故意は阻却されない。

6. 以上より、X の本件浴場経営行為を、公衆浴場法 8 条 1 項によって処罰をすることができる。

25

VII. 結論

X が、本件浴場を業として経営した行為につき、公衆浴場法 8 条 1 項による処罰をすることができる。

以上