

昭和三二年愛知県条例第三一号金属くず取扱業に関する条例第一条の「販売者の身許確認の方法」と「同条違反罪の故意」

井上, 正治
九州大学法学部教授

田中, 久智

<https://doi.org/10.15017/1461>

出版情報：法政研究. 30 (1), pp.99-106, 1963-07-20. 九州大学法政学会
バージョン：
権利関係：



昭和三二年愛知県条例第三一号金属くず取扱業に関する
条例第一一条の「販売者の身許確認の方法」と
「同条違反罪の故意」

(名古屋高裁昭和三五年四月二五日第五刑事部判決・高刑集一三卷四号二六三頁)

井 上 正 治
田 中 久 智

判例・研究

〔事実〕 被告人は金属くず取扱業を営む者であり、昭和三二年愛知県条例第三一号金属くず取扱業に関する条例第一一条により、販売者の身許確認義務を負うにもかかわらず、Aと取引をした際、同人をして住所、氏名、年令、職業を自署させ、指紋を押捺させただけで、右身許確認手続をしなかったとして、同条違反罪に問われた。被告人は、控訴趣意で、「Aと取引をした際、同人をして住所、氏名、年令、職業を自署させ、指紋を押捺させて保存していたのであるから、これは条例第一一条所定の確認手続を経たものというべきである。…もし、右Aの住所、氏名、年令の自署、指紋の押捺をもって同条所定の要求を満たすものでないとしても、これによって被告人は同条所

定の要件を満たすものと解していたのであるから、同条違反については、被告人には犯意が存しなかった」と主張した。これに対し名古屋高等裁判所は、「論旨はいずれも独自の議論であって採用できない」とし、次のように判示した。

思うに、条例第一一条の規定の趣旨は、住所、氏名、年令等の不確実な者が贓物等を販売のため持ち込むことのあ
る危険に備え、これを防止すると共に、延いて盗犯等の防止を図る目的から、金属くずの取扱を業とする者に対し
て、販売者の住所、氏名、年令等を確認すべきものとしたものである。同条のかかる規定の趣旨に徴すればそこで
要求されている販売者の身許確認の方法としては、その身許を確認するについて客観的に相当と認められる方法、
例えば、自ら出向きもしくは電話をかけ相手方の住所を確かめるとか、相手方の告知にかかる氏名、住所等が偽りの
ものでないことを確認するに足りる手段を講ずること、すなわち、身分証明書、主要食糧通帳、定期乗車券等の呈
示を求める等の方法を用いることをいうものである。(古物営業法施行規則二十一条参照)従って、被告人が単に
相手方をして住所、氏名、年令を自署させ、指紋を押捺させたとしても、それはひっきり相手方の申告をそのま
ま受け取って書面の上に明確にしたというだけのことであって、未だ前記第一一条の所期する相手方の身許確認に
ついて客観的に相当な手段を尽したものとはいえない。

次に、被告人が相手方の自署、指紋の押捺をもって同条の身許確認の方法として必要にして充分なものと考えて
いたとしても、それは結局同条の解釈を誤ったものであり、被告人がそのように誤信したことについて相当な事情
があったものとは、記録上とうてい認められないから、右の事由があっても、未だ本件条例第一一条違反罪の故意
を阻却するものとはなし難い。」

〔研究〕 一、まず、昭和三十二年愛知県条例第三一号「金属くず取扱業に関する条例」第一一条によって、金属くず

取扱業者に要求される販売者の身許確認の方法について考察しよう。販売者に住所、氏名、年令を自署させ、指紋を押捺させただけでは、同条例第一条の身許確認の方法として相当な手段とはいえないものか。愛知県条例は、業者に要求される販売者の身許確認義務について、たんに、「その相手方の住所、氏名、及び年令を確かめなければならない」（第一条）と規定しているだけである。この点、他の多くの府県では、更に同条例施行規則で、その確認方法を具体的に示し、「直接に相手方の住所、氏名、職業、年令を確かめ、及び身分証明書、定期乗車券、その相手方の住所、氏名、職業、年令を確かめるに足りるものの呈示を受けなければならない」と規定されているところとは異なる。これは、愛知県条例が、身許確認の方法をば、他の府県におけるように画一化することはせず、すべて具体的に事情に応じて妥当とおもわれるところに委ねておけば足りるとした趣旨と解される。そこで被告人は、販売者に住所、氏名、年令を自署させ、指紋を押捺させれば、社会の経験則上、「相手方の住所、氏名、年令を確かめた」といえるのではないかを争ったわけである。しかし、本判例は、古物営業法施行規則第二条を参照することによって、愛知県条例第一条で要求されている販売者の身許確認の方法としては、「その身許を確認するについて客観的に相当と認められる方法、例えば、自ら出向きもしくは電話をかけ相手方の住所を確かめるとか、相手方の告知にかかる氏名、住所等が偽りのものでないことを確認するに足りる手段を講ずること、すなわち、身分証明書、主要食糧通帳、定期乗車券等の呈示を求める等の方法を用いることをいうものである。従って、被告人が単に相手方をして住所、氏名、年令を自署させ、指紋を押捺させたとしても、それはひきょう相手方の申告をそのままに受け取って書面上に明確にしたというだけのことであって、未だ前記第一条の所期する相手方の身許確認について客観的に相当な手段を尽したものとはいえない」（註点）と判示したのであった。

本判決のこの見解は正しいと考える。本判決は、相手方に自署、指紋を押捺させただけでは身許の確認とはいえない

いことを判示するために、古物営業法施行規則第二一条の身許確認の方法を参照したのであったが、それはもちろん確認方法をそれだけに限定して解する趣旨ではないと考えられる。しかもこのばあい、古物営業法施行規則第二一条の身許確認の方法を参照したのは、そこには身許確認のための客観的に相当な方法がかなり明確に示されており、これによって身許確認の一般的に妥当な方法を探し出すことによって、相手方に自署、指紋を押捺させただけでは身許を確認したとはいえないことを明確に示し得るからにはかならない。なお、古物営業法施行規則第二一条の明示する身許確認方法は、また「金属くず」取引についても通常の確認方法として等しく用い得ることは明らかである。蓋し、金属くず取扱業に関する条例（第一一条）は、質屋営業法（第一三条）、同法施行規則（第一六条）、古物営業法（第一六条）、同法施行規則（第二一条）と相俟って、「住所、氏名、年令等の不確実な者が贓物等を販売のため持込むことのある危険に備え、これを防止すると共に延いて盗犯等の防止を図る目的から、業者に対して販売者の住所、氏名、年令等を確認すべきもの」とする同一の立法趣旨に基く一連の規定であり、しかも、「金属くず類」は「古物」の一種と解されるからである。

（このことは、「金属くず類」とは、金属塊、金属製品であって、(1)そのものの本来の生産目的に従って売買し、交換し、加工し又は使用されるもの、(2)古物営業法第一条第一項に規定する古物以外のものとされていることから知り得る）。

二、それでは次に、本件被告人に「金属くず取扱業に関する条例」第一一条にいわゆる販売者の身許確認義務違反罪の故意を認め得るかどうかについて検討してみなくてはならない。この点、本判決にも、そしてまた被告人の控訴趣意にも疑問がないわけではない。

被告人が、「販売者の住所、氏名、年令の自署、指紋の押捺をもって同条所定の要件を満すものと解していたのであるから、同条違反の故意がなかった」と主張するばあい、それは、真正不作為犯の故意には、（一定の方法による

身許確認義務という) 作為義務の存在を認識し更にその義務に反する不作為の認識が必要であるという理論的立場に立つものであって、ただ本件のばあい被告人にはその身許確認義務に違反することの認識が欠けていたのであるから故意がないと考えたものである。

しかし、真正不作為犯の故意には、作為義務の認識が必要であるとする見解には疑問がある。というのも、その種の見解は、まずマウラッハが「刑法総論」第一版(一九五四年)において考えているように、不作為犯では、「行為義務の存在が客觀的構成要件要素であるからである」と考えるところにその理論的根拠をおくものである。そこでは、「構成要件の中に取り入れられている作為義務」と「構成要件の基礎になっている規範」とが異なるものとして觀念され、規範とは「命令もしくは禁止規範」であるのに対し、作為義務は「その規範が遵守されるよう一定の積極的行動を命ずるもの」として把握される。そして、そのような作為義務は、規範の内容をなすものではなく、規範に基礎づけられている構成要件の内容をなすものであると考える。その意味は、真正不作為犯の構成要件の内容は、「規範が遵守されるよう一定の積極的行動を命ずる作為義務に違反してその一定の行動をしなかった不作為」であって、単なる不作為の事実ではないということ、更にいいかえれば、不作為犯とは作為義務によって義務づけられた一定の行為の不作為であって、従って、その不作為は作為義務と表裏して存在するものであり、両者は一体をなす事実要素であるということである。そこで、行為者が作為義務の存在について錯誤したばあいは、客觀的構成要件要素の錯誤となつて、故意を阻却することとなる。(Maurach, Deutsches Strafrecht, Allge-)しかし、不作為が、作為義務によつて義務づけられた一定の不作為であり、その意味において作為義務と表裏の關係をなして存在するものであるということは、何もその作為義務じたいを真正不作為犯の構成要件要素をなすものとして理解しなければならぬことを意味するものではない。寧ろ、ヴェルツェルのいうように、一定の事情の下における一定の行為の不作為を不作為犯

の構成要件と解し、作為義務はその外部にあって、一定の不作为を義務に違反するものとして評価する規範要素であると考えるべきではないか。従って、作為義務の認識は、規範による命令禁止の認識であり、それは故意の内容をなすものではなく、責任要素であると解さざるを得ない。マウラツハジしんその刑法総論第二版（一九五八年）では、作為義務の錯誤は禁止の錯誤であると説を改めていることを強調しておきたい。真正不作为犯の客観的構成要件要素は、たんに「（作為義務を基礎づける）一定の事情の下における一定の不作为」にすぎないのである。そこで結局、真正不作为犯の故意としては、「一定の事情の下における一定の不作为の認識」があれば足りることとなる。 （Weil, Das deutsche Strafrecht, 6 Aufl., 1958, S. 176f.; Busch, Über die Abgrenzung von Tatbestands- und Verbotstratum, Festschrift für Edmund Mezger, 1954, S. 165ff.; Warda, Die Tatbestands- und Verbotstratum bei Blankettstrafgesetzen, 1955, S. 47. これらの者は、作為義務の認識が規範（禁止性）の認識であると考える点では全く。） これに対し、やはり作為義務の認識は真正不作为犯の故意の内容をなすと考えるべきではないかという前述の立場からの次のような反論が当然予想される。それは、一定の作為が命じられていることを知っているばあいのみ、その一定の作為をしないという不作为の認識が可能であるので、従って、一定の不作为の認識には、作為義務の認識が前提にならなくてはならないことである。 （Hardwig, Sachverhaltsirrtum und Pflichtirrtum, Goldamers Archiv für Strafrecht, 1956, S. 373; Schröder, Die Irrtumsrechtsprechung des BGH, ZStW Bd. 65, S. 182, 203） しかし、真正不作为犯の故意の内容をなす「一定の不作为の認識」は何も「作為義務の認識」を前提にしなければ導かれ得ないものではない。作為義務があるのではないかと考えたが、作為義務はないと判断したばあいにも、その一定の行為をしない意識は認められ得る。（但しこのばあい、「作為義務の存否についての意識」はあくまで、義務違反性即ち禁止性の意識であり、ただその意識と表裏して生ずる「一定の不作为の意識」のみが故意の内容をなすと考える）

（田中久智「物品税法の無申告製造罪における故意の内容」構成要件的錯誤と禁止）の錯誤の区別に関する一考察」『九大法学』第六号（一九五九年下）三七頁参照）

以上の考察から、本条例第一条違反罪の故意は、「販売者の住所、氏名、年令を確認するために、自ら出向きもしくは電話をかけ、又は身分証明書、主要食糧購入通帳、定期乗車券等の呈示を求める等の方法を用いないで、金属くずの売買をする認識」をいうものであると考える。従って、本件被告人に故意を認めうるには、結局、行為者にそのような事実の認識があれば十分であって、「販売者は住所、氏名、年令を自署させ、指紋を押捺させたので充分なものと考えた」ということは禁止の錯誤の問題であった。

高裁判決は、「被告人が相手方の自署、指紋の押捺をもって同条の身許確認の方法として必要にして充分なものと考えていたとしても、それは結局、同条の解釈を誤ったもの」にすぎないと判示する。この判旨によれば、それ故に、作為義務の錯誤は禁止の錯誤と解されなくてはならないこととなるのである。この点、既に考察してきたように、正しい見解であるといわなくてはならない。しかし、それだけのことでは、本判決が、真正不作為犯の構成要件要素を、「一定の事情の下における一定の行為の不作為」であること、従ってまた、真正不作為犯の故意が「一定の事情の下における一定の不作為の認識」であると解する理論的立場に立つものであるかどうかは必ずしも明確でない。勿論、判旨は、被告人に本罪の故意である「(法によって要求される)一定の身許確認の方法をしないで、金属くずの売買をする認識」があったと認めたとしたものと同解され得る。それ故に、被告人が販売者に住所、氏名、年令の自署、指紋の押捺をさせれば充分と考えたのは、禁止の錯誤にすぎないと判断したものと解され得る(もし本判例がこのに立つものであれば、後述する最高裁昭和三四年二月二七日判決(最刑)しかし、そうであれば、本件被告人に故意の成立に集二三卷二号二五〇頁)との理論的統一が図られなければならない。

必要な事実の認識として法定の身許確認の方法をしない認識があることをもっとはっきり判示しなくてはならない。というのも、被告人が「(法の要求する)一定の身許確認方法を知らなかったばあい」には、本件のように「相手方に

住所、氏名、年令を自署させ、指紋を押捺させれば充分と考えていた」ことも「事実の錯誤」と解さなくてはならなくなるからである。そこで、判旨が、「被告人が相手方の自署、指紋の押捺をもって同条の身許確認の方法として必要にして充分なものと考えていた」としてもそれは一律に「法律解釈の誤り」であると解するものであるかのような表現をしているのは、あるいは、本罪の故意として「金属くずを取引する事実の認識」のみを考える理論に立つのではないかと疑われるのである。しかし、もし判旨がそのような考えをその基礎とするものであれば、強く批判されなくてはならない。というのは、本罪の故意としてたんに「金属くずを取引する事実の認識」で足りるとする見解は、結局、「一定の不作为」即ち「(法の要求する)一定の身許確認方法をしない」事實は、「金属くずを取引する」という構成要件要素の義務違反性(違法性)を示す評価要素(違法要素)であり、それは構成要件要素ではないと考えるものであると結論せざるを得ない(最判昭和三四年二月二七日・最刑集一三卷二号二五〇頁・田中・前掲論文・特に四一、四二頁参照)。しかし、このように解するならば、条例の要求する一定の身許確認の方法を尽して「金属くずの取引をした」者でさえも、本条の構成要件に該当し、ただ違法性が阻却されるにすぎないこととなるが、これは妥当でないと考える。