

外国為替等集中規則第三条違反罪の成立時期

真鍋, 毅

<https://doi.org/10.15017/1470>

出版情報 : 法政研究. 30 (3), pp.83-94, 1963-12-10. 九州大学法政学会
バージョン :
権利関係 :

外国為替等集中規則第三条違反罪の成立時期

真鍋毅

最高裁昭和三七年一〇日三〇日第三小法廷判決・刑集一六卷一四三四頁

〔事実〕

第一審

〔昭三四年六月二三日
長崎地裁嚴原支部判決〕

認定の事實は「……被告人Xは昭和三三年十月十二日頃長崎県下県郡嚴原

町内において、その頃韓国貿易船事務長から取得した米国紙幣千六百二ドルを、日本円との交換方を依頼してYに交付し、また同年同月十四日頃……（同様の）……米国紙幣百五十ドルを、……（同様にして）……Yに交付し、もっ

て対外支払手段を外国為替公認銀行に売却せず……」というのである。そしてこの点が外国為替及び外国貿易管理法

第二条・第七〇条第二号、外国為替管理令第三条、外国為替等集中規則（以下外為集規）第三条に該当するとされ

た（この他にも、関税法違反、外国為替及び外国貿易管理法・昭27政令一二七号違反に問われた事實があるが、ここでは省略する）。外為集規第三条というのは、本邦にある居住者が対外

支払手段を取得したときは十日以内、（傍点）（筆者）外国為替公認銀行に売却しなければならぬと規定するものである。X

が本件米国紙幣を取得し、これをYに手交したのは十月十二日及び十四日であったが、Yは同月十七日に司法警察員

によってこれを差し押えられたのであった(厳原から博多へ向う連絡船内の便所に隠しておいたのを発見され、領置された)。

控訴趣意はこの点について、取得してから十日経たないうちに領置されたのであるから、外為集規第三条所定の手續をとることが事実上も法律上も不可能となり、しかもそれはXの責に帰し得ない事由であるから、Xの行為は外為集規第三条違反罪の構成要件にあたらぬ、と主張した。

これに対し第二審(昭三五年三月九日福岡高裁判決)は、Xが本件米国紙幣を取得してからこれを領置されるまで十日を経っていないことは確かであるが、Xは本件米国紙幣がそもそも韓国貿易船事務長によって密輸入されたものであることを知りながら同人からこれを受けとっており、受けとったその日にYに手交したのはYに頼んでひそかに日本円に換えてもらうためであったことが認められ、従ってXにははじめから本件米国紙幣を外国為替公認銀行に売却する意思はなかったものと推認され、売却手続をとらなかつたのはXの責に帰し得ない事由によるものではない、として控訴趣意をしりぞけた。そして、Xははじめから外為集規第三条所定の十日間の期間の利益を享有する意思をもたなかつたといえるから、Yに手交した時にすでに売却義務の履行遅滞に陥つたものと考えても、外為集規第三条の趣旨に反しないとして第一審を支持したのであった。

上告趣意は、少くとも十日以内には売却義務を尽すことも可能であり、十日を経過してはじめて義務不履行が確定すべく、もしXが意をひるがえして十日以内に履行すれば処罰の対象にもならないのであるから、十日を経過しないのに有罪と認定した原審は外為集規第三条の解釈を誤り、憲法に違反すると主張した。

本判決は右の上告趣意に対して、適法上告理由とならないとして上告棄却したものであるが、括弧の中で、実体についての判断を次のように述べている。即ち、

「外国為替等集中規則第三条は、同条所定の集中義務を履行する意思を有する者のために一〇日の猶予期間を定め

たものであって、かかる意思を有せず、ひそかに日本円に交換することを依頼して他人に手交するなど、集中義務の履行と全く相い容れない処分行為をした者にまで、右猶予期間を認める趣旨とは解せられないから、このような者については、その処分行為をしたときにおいて、同条違反の罪の成立を認むべきものである。」と。そして原審認定の事実からみると、XがYから本件米国紙幣を取戻し、外為集規第三条所定の期間内に同条所定の手続を履行することの確実な事情はないから、右期間の経過を待つか、(傍点)筆者、本件米国紙幣をYに手交した時において同条違反の罪の成立を認めた原審の判断は結論的に正しい、となした。なお、垂水・横田(正)両裁判官の意見では、Xは外国為替公認銀行に売却しない意思の下に、右米国紙幣を不特定の第三者と交換のためYに交付し、このことによって十日の期間内の売却をことさらに不可能にしてしまったのであるから、たまたま司法警察員に領置されたとしても、期間内の売却を故意に怠ったことに変りはなく、従って右十日の期間の経過とともに(傍点)筆者、外為集規第三条違反罪(既遂)を構成するにいたったもの、とされるのである。

〔研究〕一 まず、外為集規第三条は何を規定したものであるかを考えてみよう。

為替管理の主な目的は、外貨資金のもっとも有効な利用をはかることである。従って、外貨の集中・分配は、国家の経済政策上、強い関心もたれるものの一つである。外貨の集配を、そのときの、その国の経済政策に適應させるためには、外貨が国またはその代理機関の手にすべて集中され、その後その政策に従って配分されることが要求される。従って外国為替の集中は、右の為替管理の第一次段階として重要な意味をもつ。ところで、集中の具体的な方法としては、国が全面的に外貨を保有する方法(全面集中)、ある程度民間にも保有させる方法(持高集中)などあって、その国のそのときの経済状況に應じ異りうるわけであるが、現行法上は、右の民間による外貨保有は「国際取引の便宜のため」また「資本逃避のおそれがない場合」として特に認められるのであって、原則として

究すべて外貨は国の手に集中されるのが建前となっている。即ち、何人も原則的には外貨集中義務を負っているのである。ただ、外国為替取引当事者の性格によって、その義務の内容を異にするにすぎない。現行の外国為替及び外国貿易管理法では、その第四章第二一条以下に外国為替等の集中と題する諸規定を置いて、右義務を規定するが、その内容には、さらに外国為替管理令および外国為替等集中規則によって具体化されている。即ち、外為集規第三条は、本

邦にある居住者が対外支払手段又は外貨債権を取得又は輸入した場合に集中義務が発生するとし、その日から起算して十日間を集中期間とし、この期間内に外国為替公認銀行等の集中機関へ売却又は取立依頼することを命じている（一項）。と同時に右の集中機関以外の者に対して売却又は取立依頼することを禁止しているのである（二項）。これに違反する者は外国為替及び外国貿易管理法の罰則第七〇条第二一号によって罰せられることになる（以上の敘述は金沢編「貿易関係法」（昭三一年）、貿易実務講座刊行会編「貿易・為替管理法」（昭三五年）によった。このようにして外為集規第三条違反罪は、その処罰根拠を国家の経済政策に依存させつつ、外貨の円滑迅速な集中を保護法益として成立する。一項違反はいわゆる真正不作為犯として、二項違反は作為犯として、集中義務を両側面から規定するものとなる。

二 つぎに、右の犯罪構成要件が、本件のような具体的事案にどのように適用されるべきかを吟味しよう。

本件米国紙幣が同条にいう「対外支払手段」に含まれること、またその入手が「取得」に該当することは争いがな
い（前掲解説書および本件判決の解説法曹時報）。問題は集中期間としての「十日間」にある。元来の立法趣旨を考えれば、本条の「外国為替公認銀行」とは、大蔵大臣の認可を要し、昭和三年現在で、本店数で数えて全国に四七行しかない（金沢編前掲書）ところから、対外支払手段取得者が集中義務に従って所定の手続をとる際のことを考慮したものと考えられる。そのことからみれば、原判決および本判決が、この手続をとる意思がありそうにもない本件被告人につい

て「十日間」を結果的には無視したのも理解できないではない。しかし、その論理過程には疑問がある。即ち、原判決および本判決は（本判決は原判決とその論理過程に異なるものがあるかのようになるが、両者の間には、故意に）「ひそかに決および本判決は（重点を置くか、行為に重点を置くかのニュアンスの相違しがなく、本質的には同じとみてよい）」「ひそかに日本円との交換を依頼して他人に手交する」という作為あることから、「売却しない意思」という故意をみとめ、同時に「売却しない」という不作為がはっきりするとなし、かような者には「十日間」の適用を排除して、その時点で既に犯罪成立とするのである。しかし、ここには作為犯と不作為犯の混同がないであろうか。外為集規第三条第一項は「売却し」なければならぬ、と規定するのであって、他の者に手交してはならぬ、と規定してはいない。もちろん構成要件が不作為であっても、それに該当する行為は、何らかの作為であるのが通常であろう。けれども何らかの作為が、一定の不作為と構成要件的に判断されるためには、不作為の構成要件の定型（それが作為犯に比し、極めてゆるやかであるだけに）が慎重に吟味されねばならない。本件では、この点につき「他人に手交するなど、集中義務の履行と全く相い容れない処分行為」ということによって片づけているが、はたしてそうであろうか。第一に、「ひそかに日本円に交換することを依頼して他人に手交する」故意は、必ずしも「売却しない」故意とひとしくしない。第二に、集中義務の履行には、本件の場合、集中期間即ち義務履行の為の期間が規定されている。本判決では、この猶予期間は、本件被告人のごとき者には認められないと述べているところからみると、十日以内に何らの処分行為もせず、従って外部からは集中義務を履行する意思の有無すらはっきりせぬままに十日を経た者については、取得後十日目に犯罪が成立することになり、義務を履行する意思なきことが何らかの行為によってはっきりすれば、期間の経過如何にかかわらず、その時すぐに犯罪が成立することになるのである。かりに、「何らかの行為をする」故意が、「売却しない」故意とひとしい場合を考えても、例えば自白や他の証拠から、右故意が認定されれば、やはり同じように犯罪が成立するのであろうか。そうであれば、右のような「十日間」の使い分けは、極めてあいまいなもの

と言わざるを得ない。義務の履行に期間があるならば、その不履行は期間の経過をまっしてはじめて確定すると考えるべきであって、そのときにこそ、何らかの作為も、定型的な不作為となる。なお本判決が参考として掲げている昭和三二年四月五日最高裁第二小法廷決定（刑集不登載・法曹時報十四卷十二号前掲解説によつた）は、軍票不寄託罪に関するものであるが、昭和二十七年政令第一二七号第四条第二項違反の事件において、軍票收受直後であっても、同条所定の寄託手続と全く相い容れないような処分行為をした場合には、そのときに同条違反の犯罪が成立する旨判示しており、本判決と軌を一にするものように思われるが、軍票不寄託罪においては、義務履行のための期間の定めがない点で、全く事情を異にするというべきものである。

三 この点、本判決に附された垂水、横田両裁判官の意見が、十日という期間の経過を犯罪成立要件の一に考えているのは正しい。しかし、成立要件と考えてみても、いったい十日という期間の経過なるものは、理論的にどんな位置づけが与えられるものかは、必ずしも明らかではない。のみならず、右意見によれば、取得後十日以内は、どんな処分行為をしても既遂にはならず、本犯罪に未遂を処罰する規定は存しないから、本件は無罪か、というところというのではない。両裁判官の意見では、本判決と同じように、まず「売却しない」意思あることを前提とし、その下に「これとさら十日以内には売却できなくしてしまった」から、というのである。即ち、本件米国紙幣を不特定の第三者と交換のためYに交付する、という自らの作為によって、不作為を決定的にした、というわけで、いかえれば、右作為をもって、構成要件たる不作為の実行行為を認定し、期間の経過は被告人の意図・行為から独立したものとされるがゆえに、一種の処罰条件のごときものと考えられるのであろう。しかし、本件米国紙幣を交換依頼のためYに手交することは、所定手続をとる可能性をまったく無にしようことには必ずしもならないのではなからうか。仮に本件米国紙幣が同法警察員の領置するところにならなかつたものとすれば、Yに手交した後といえども、なおかつ所定手続

を十日以内にとる方法はありうる。そうであれば、司法警察員の領置ということは、「偶々」というようなものではなく、控訴趣意・上告趣意がのべているように、被告人の責に帰すべからざる事由ともなりうる重要な事実ではないだろうか（前掲法曹時報解説に「両裁判官の意見に従えばもし被告人が十日以内に司法警察員に対し領置にかかる米国紙幣を外国為替公認銀行へ売却するよう依頼したとすると、司法警察員としてはこれを拒み得ず、本件犯罪は成立しなかったのではないかと想像される」とのべら）。この点を軽視して、「偶々領置されたとしても、故意に基く…右作為により…売却を怠ったことに变りはなく」とするのであれば、ここにはやはり二にのべた作為犯と不作為犯との混同がある、といわざるを得ない。この点は例えば結果加重犯において、基本的行為の実行が終了したのち、重き結果の発生をみるまでなおお時間の経過を要する場合は異なるのである。なぜなら、真正不作為犯における結果は、一定の作為をなさないことそのものであって、それは期間がある場合には期間の経過をまっしてはじめて確定されるのであり、その途中に何らかの段階を設ける契機、例えば未遂のごとき観念を容れる余地はないからである。このことは、いわゆる真正不作為犯に未遂がありうるか否かの問題であるが、本犯罪には未遂を処罰する規定はないのであるから、つぎに簡単に触れるにとどめよう。

四 右の問題についての判例はない（大塚・実行の着手（総合判例））。現行法上、真正不作為犯の未遂を罰するものがないからであろう（ただし、刑法一三二条が同一一三〇条後段に）。学説は分れている（肯定説として牧野・研究二卷一〇七頁、宮本も及ぶか否かが、学説上争われているに止る）。学説は分れている（肯定説として牧野・研究二卷一〇七頁、宮本などがある。否定説は井上・刑法学一九一頁、吉川・総論二一四頁、香川・ハ）。いわゆる主観主義の立場から、この問題を肯定ブック五五頁など。なお、文献については大塚・前掲書一三頁に詳しい）。いわゆる主観主義の立場から、この問題を肯定するのにさして困難のないことは容易に理解できよう。例えば牧野博士は、「不作為もまた行為の一態様であるから、行為発展の過程に付て、一般に予備、着手、実行の段階を考へ得ることは、不作為にも当然適用されるのであって、而して、それは純正不作為犯と不純正不作為犯との間に区別はない。」例として、甲が「法律に命ぜられたる一

定の行為を為すべき義務を有すと仮定せんに、甲者の挙動よりして、甲者が到底此の法定義務を尽さざるべしと認定せらるべき場合には、即ち甲者の行為は犯罪の着手に在るものなり。然れども、甲者が其の不作为の状態を他に発見せられたるため、急に意を翻へして其の法定義務を尽したりとせば、これ着手未遂」であり、「又甲者が法律に命ぜられたる届出の義務を尽さざらんとし不作为を終了したるも、其の代理人（例へば支配人）が其の届出を為したる為め犯罪が成立せざりしといふが如き場合には之を実行未遂と認められるのである（前掲書一〇七頁、一〇九頁）。もつとも、いかなる場合にも未遂犯の成立を認められるわけではなく、場合によっては、着手点と実行の終了点とが一点に帰着し、未遂を考へることができなときもあるとせられて、刑法一三〇条を例示される。しかし、それは作為犯についても同じことで、不作为犯のみの特質ではないとされる（同一二二頁、一二三頁）。また宮本博士も、真正不作为犯と不真正不作为犯との区別は、単に前者においては法律の用語の形式を、又後者においては結果に対する事実上の形式を標準とする見方の問題にすぎず、法律上の価値はなく、刑法上作為犯と不作为犯も共に犯罪理論上全く差異はない、とせられ（前掲書二〇〇頁）、とくに真正不作为犯に限って未遂を否定するのは誤りとされる。そして、牧野博士と全く同様の設例をしておられる（同三七〇頁、三七二頁注一）。主観主義の立場からは、いわゆる行為定型なるものはさほど重視されないであろうから作為・不作为の区別と真正・不真正の区別の関連の仕方、即ち、法律的・抽象的次元での定型性と、事後的・具体的次元での定型性との両者間に、ある評価を問題とする思考（例えば、倒れかけた神棚のロウソクをそのまま外出する行為が、「火ヲ放ツ」に当るかどうかという評価）には親しまない。そこで、真正不作为犯の未遂の有無の問題も「あまり価値あるとは思わない」とされ（前掲書、ただ「立証の困難ということがあるだけ」に止まり（同上））、なべて作為犯と同一に律せられることとなるのである。この点、同じ主観主義に立脚されつつも、構成要件論を採用される木村教授は、結論はひとしく真正不作为犯の未遂がありうるこ

とを承認されるのではあるが、論理にややニュアンスを異にするものがある。即ち、牧野博士とは全く逆に、刑法一三〇条を例として、「退去を要求せられた者が退去に必要な時間の経過以前に突き出されたような場合」は不退去罪の未遂犯であるとされ、その理由として、作為義務が成立してもその義務を遂行するに必要な時間中はまだ既遂とはならず、着手と既遂の間には実行行為の継続があり、未遂が可能であると説かれるのである（木村前掲三七二頁、これと二巻四〇〇頁）。しかし右の設例および理由は理解しがたい。「退去を要求せられた」ときに作為義務の成立を認めるとして、「退去に必要な時間の経過以前」の段階ではいったい何故に作為義務違反があるのだろうか。いいかえれば、実行の着手はどの点にあるのか。違反がなければ未遂すらないといわねばならないし、違反があれば、即ち既遂を認めねばならない。そして、違反ありというためには、義務遂行に必要な時間の経過を待たねばならないのであろう。従ってこの点については、牧野博士の所説がむしろ正しいように思われる。つぎに、否定説の根拠として、真正不作為犯は形式犯であるから、不作為と同時に構成要件を充足し、未遂を認めるのは困難とするもの（香川前掲）がある。しかし、不作為犯を形式犯とわり切ってしまうのには問題があろう。法益侵害のみが「結果」ではない。真正不作為犯においても、法が要求している一定事態の不発生そのことが「結果」と考えられ、法は右結果を避けるために、単純に一定の態度を命ずるばあいが通常であろうが、また一定の事態回避を命ずることもあろう。従ってこれらの命令違反は常に必ずしも形式犯で律し得ないものがある。あるいは「作為義務違反があれば直ちに既遂となる」点から否定するものがある（吉川前掲）。そのことじたいは正しいとしても、問題は、いったい、いつ義務違反が確定されるか、ということである。即ち、義務違反の確定は、結果発生と同時にしかあり得ないか、がまさに争われているのである。肯定説では、結果発生以前の段階に義務違反の存在をみとめることになるが、それは云うまでもなく客観的に非難に価するもので

なくてはならない（—未遂の違法性）。そこで、不作為としての故意の存在や、構成要件の不作為に相当する事実上具体的の作為について、これをみようとするのであるが、この点につき井上教授が「（肯定説は）真正不作為犯も作為によって犯し得るので、その作為のあったとき着手を認めようとすると、作為可能なる期間であれば、その始めになされようが（肯定説ではここで着手未遂）、終りであろうが（同じくここでは実行未遂）、将又自己の意志によろうが（同じく遂—引強制されようが、命令規範を遵守したものだとい得るのである）」とされるのは全く正しい（井上前掲）。客観主義の立場からは、やはり否定説が右のように根拠づけられなければならない。ちなみに、未遂については主観説が通説となっているドイツでは、真正不作為犯についても未遂を認めうる、とするものが最近は比較的多数のようである（全般的に認めうるものとして Maurach, Lehrbuch I, S. 437; Schönke-Schröder, StGB, § 43 Anm. V. 1; 実行未遂のみ認めうるもの Welzel, Strafrecht, S. 171, 186; Liszt-Schmidt, Lehrbuch (22 Aufl.) S. 196; 着手未遂を認めうるもの Hippel, Strafrecht II, S. 409; 全般的に否定するもの Mezger, Lehrbuch, S. 377; M.E. Mayer, AT, S. 348; Bar, Gesetz und Schuld II, S. 542 などがある。なお文献については Armin Kaufmann, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 1959, S. 204ff. に詳しい。わが国にドイツの学説を紹介されたものとして牧野前掲書がある）。ここでもわが国と同様に、不作為が故意や、不作為に相当する作為に着目して、この問題を肯定する説、これに対し不真正不作為犯が結果回避命令違反であるのに比し、真正不作為犯は単純挙動命令違反であるという点や、義務履行のための期間内は履行しないことを非難できず期間後には即時に既遂となる点から否定する説などが相対している。最近では、この問題をかなり包括的にとり上げているアルミン・カウフマンが、結論的に否定説に立っていることが注目されよう（もっとも、カウフマンは目的行為論の立場から不作為を考えているのであつたことに反対し、また不作為を安易に作為におきかえて考えることに反対している点は正しいと思われる。—前掲書参照）。

五 右のような学説をふまえてみても、本件判旨（そして原判決も）は不当である。不作為に代替される作為及びその故意にとらわれて、かえって構成要件を無視するの嫌いがあると評したく思う。「十日以内」ということを本犯罪の成立要件とみる両裁判官の意見においても、売却手続の履踐の期間内の可能性が無視されているばかりか、真正不作為犯の未遂を認められるような理論構成には賛成できない（この点ではむしろ、本判旨の方が可罰性を認めるにつき卒直であろう）。井上教授が説かれるように、作為義務の履行の可能性が存する限り、未遂すら、認められないのである。このことは、外為集規第三条の構成上、外国為替公認銀行等に売却又は取立依頼をしないのは対外支払手段取得後十日を経てはじめて問題となること（一項——真正不作為犯）、およびそれをしないで外国為替公認銀行等以外のものに売却又は取立依頼をするのが罰せられる（二項——作為犯）ところから、またそもそも本条違反犯罪の可罰性が、一国の経済政策（それは自由取引の方向に向っているのが大勢である）に依存し、極めて行政犯的性格の濃いものであるところから、裏付けられよう。本件の場合、作為義務の期間内履行の可能性は皆無とい得ないし、外国為替公認銀行等以外のものに対しては「売却又は取立依頼」をしたときに限って罰せられるのであるから、本件行為はもちろん右に当らず、無罪となる。もっとも、これでは外国為替等の集中、ひいては貿易管理の目的が能く達成せられないのではないかという懸念もあることであろう。そこで、対外支払手段を入手したときは、十日以内に外国為替公認銀行に売却する事情がない限り、犯罪の成立をみとめようと考えられることもできる。右事情の不存在が確認できなければ、十日の経過をまって犯罪が成立し、確認できれば十日以内であっても成立する、というわけで、いわば消極的処罰条件とでもいうべき考え方である。このような解釈をとれば、外為集規第三条二項にいう「売却又は取立依頼」とはいえなくとも、それに準じうるような何らかの作為を、一項の不作為犯として、とらえることも可能であろう。しかしながら、ある事情の

「不存在」を証明することはなかなか困難とおもわれるし、それだけに逆に、安易な認定を招く危険がないであろうか。集中という目的の達成に急なあまり、不作為犯を安易に作為犯にすりかえて認定してしまった本判旨と同じような誤りに、やはり陥りやすいようにおもわれる。また、犯罪の成立不成立を、右のような事情の有無にかからわしめることは、成立時期の不明確さを招き、公訴時効その他に影響を及ぼすことになりはしないであろうか。結局、構成要件の解釈として、あまりに技巧にすぎるものがあるようにおもわれる。やはり、構成要件の現在のかたちが変らぬ限り、本件は無罪とするのが正しかったとおもう。

なお、本件と同様の事案についての下級審判決として東京高裁昭和三三年六月二三日判決がある（高裁判集十一）。

事案は、本邦居住者たる被告人がアメリカに自動車を註文しようとしてその前金を送金すべくアメリカの某銀行支払の米ドル表示小切手一通を振出し、航空便でアメリカに向け発送したというものである。これに対し、右小切手の振出が行為集規第三条の「対外支払手段の取得」に該当することを前提とし、右発送行為は「たとえ外為集規第三条の集中義務期間内であっても、右外国へ向けた支払の行為によって右集中義務違反の犯罪性が具現されたものとみられるので……集中義務違反罪を構成する」となした。発送行為が振出後何日目のことであったかは判例集からは判らぬが、かりに十日以内のことであれば、やはり問題がある。たしかにここでの事実関係は、さきののべた最高裁判決のそれとは異り、航空便で発送した小切手を取り返して期間内に集中義務を履行するようなことは殆んど考えられない。だからといって、集中期間内に犯罪の成立を認めてよいということに直ちになるわけではないし、またその必要もないと思われる。発送行為（作為）が集中義務違反（不作為）と結びつくためには、集中期間の経過ということの介在を要すると考えるのは、不作為犯の成立時期を明確にする為にきわめて重要である。「十日」の意義は右のように考えるべきであろう。