令５－１肢ア

第１　肢の結論

誤っている。

第２　規範的構成要件要素と故意

１．問題の所在

甲は，客観的にわいせつ性を有する書籍を多数の者に販売した。そのため，「わいせつな文書を頒布し」た者にあたる。よって，わいせつ物頒布罪（１７５条）の客観的構成要件に該当する。もっとも，甲は，その内容を確認して理解したものの，この程度では刑法上の「わいせつな文書」にあたらないとして，販売行為を行っている。

「わいせつな文書」の評価は，裁判官の専門判断を要するいわゆる，規範的構成要件要素であるが，行為者にどの程度，故意（３８条）が必要か問題となる。

２．結論および理由

（１）結論

わいせつに対する認識は，素人的評価，いわゆる意味の認識で足りる。甲は，その内容を理解して販売しており，意味の認識はある。よって，故意としては，十分であり，甲にわいせつ物頒布罪が成立する。よって，成立しないとする肢は誤り。

（２）理由

まず，故意は，客観的構成要件要素の認識，認容である。わいせつ物のような規範的構成要件要素も客観的構成要件要素である。したがって，裁判官の専門判断に沿う認識まで必要であって，甲には，それがない。よって，故意は不十分とも思える。

しかし，犯罪が成立しないとすると，善良な風俗などの法益保護の目的が達成できず不当である。専門的な判断に耐えうる認識，認容を行為者に求めることは，現実的ではない。したがって，故意の認識認容の程度を緩める必要がある。

そもそも，故意責任の本質は，規範の問題に直面し，反対意思形成可能であるにも関わらず，敢えて規範を乗り越えたことによる道義的責任非難である。

わいせつ物に関しては，少なくても，意味の認識があれば，一般人において，処罰を免れるために止めるという反対意思形成が可能である。

したがって，意味の認識で，故意責任を問えると解するのが相当である。

また，他の客観的構成要件要素の認識は全て問題ない。

よって，結論通り，甲にはわいせつ物頒布罪が成立する。

以上