

I. 反対尋問

- 5 1. 検察レジュメ学説の検討4頁5行目「可罰的刑法違反」の意識が「反対動機を形成せしめうる」ことは無いのか。
2. 検察レジュメ学説の検討4頁28行目Y説において「可能性」という過失的要素を故意に導入している点に疑問がある」とあるにも関わらず4頁33行目から5頁初頭にかけてZ説において「違法性の意識の可能性は…責任評価を成り立たせる要素」と重要視しているのはなぜか。
- 10 3. 検察レジュメ本問の検討5頁23行目「違法性の錯誤につき相当の理由がある場合に限り責任が否定される」とする論理は、検察側がZ説を採用したこととどう関係しているのか。

15 II. 学説の検討

1. 違法性の認識における「違法性」の意義について

P説(一般的違法性の認識説)について

本説に立つと、違法性の意識とは、行為が「法律上許されないこと」の意識である。そうであるとすれば、例えば、行為者が犯罪にはならないが不法行為(民法709条)を構成し損害賠償は義務づけられるであろうと誤解していた場合にも違法性の意識があったことにな

20 ってしまう。民法などの他の法律で許されないという認識があったとしてもそのことから直ちに刑法上の非難を基礎づけることは妥当ではない。

よって、弁護側はP説を採用しない。

25 Q説(可罰的刑法違反の認識説)について

刑罰的非難の対象は、構成要件に該当し違法性阻却事由を具備しない可罰的違法行為である。そうであるとすれば、違法性の意識とは可罰的違法行為であることの認識こそが違法性の認識だと考えるべきである¹。

よって、弁護側はQ説を採用する。

30

2. 責任故意の要件としての違法性の意識の要否について

X説(違法性の意識不要説)について

「法の不知は許さず」というローマ法以来の法諺に由来し、国民は法を知るべきであるという権威主義的な法理解を根拠とする本説は、行為者にやむを得ない事情があり、責任

35 非難ができない場合にまで、故意責任を認めうる点で責任主義に反し、妥当でない。

よって、弁護側はX説を採用しない²。

¹ 井田良『講義刑法学・総論』(有斐閣,2017年)377頁。

² 高橋則夫『刑法総論[第3版]』(成文堂,2016年)369頁。

Y 説(制限故意説)について

違法性の意識の可能性があれば、反対動機が形成可能であるとして、故意犯の成立を認める本説は、「可能性」という過失的要素を故意に導入している点、事実の過失は故意を阻却するが、違法性の過失は故意を阻却しないという前者後者の関係性の点で疑問が残る。

5 よって、弁護側は Y 説を採用しない³。

Z 説(責任説)について

違法性の意識の可能性は故意・過失とは別個独立の責任要素であり、違法性の意識の可能性がない場合は、責任が阻却されるとする本説は、事実的故意と違法性の意識を峻別するものであると考えられるが、事実的故意だけで故意犯の本質が尽きるか疑問が残る。

10

よって、弁護側は Z 説を採用しない。

W 説(厳格故意説・違法性の意識必要説)について

刑法典において違法類型は構成要件の形で与えられているので違法性の意識の問題は構成要件の段階で考えるべきである。

15

したがって、弁護側は道義的責任論を追及すべきとする本説を採用する。

III. 本問の検討

第一 A の割引券 α を作成した行為に対し通貨及証券模造取締法 1 条が成立しないか。

20 1.(1)A は一万円札と同寸大であり、表面には一万円札とほぼ同図案かつほぼ同色で上下二ヶ所に小さな文字で「白門割引券」と記載され、裏面には店の広告が記載された「銀行紙幣」「ニ」「紛ハシキ外観ヲ有スルモノヲ製造」している。

(2)また、「故意」(38 条 1 項本文)とは、客観的構成要件該当事実の認識認容のことであり、A には故意がある。

25 2.(1)ここで、A は知人の巡査とその上司に割引券 α の製造について相談し、 α の作成が通貨及証券模造取締法 1 条にあたりと助言されているが、A は同法にあたる認識はあったが処罰されるとしてもせいぜい罰金くらいだろうと考えており法定刑に錯誤があり、責任が阻却されないか。

(2)そもそも法定刑の錯誤が違法性の錯誤にあたるのか。弁護側は Q 説をとるところ、法定刑の錯誤が違法性の錯誤にあたる。

30

3.(1)次に、どのような場合に責任が阻却されるのかが問題となる。

(2)弁護側は W 説をとるところ、違法性の意識がなければ責任が阻却される。

(3)本件において、防犯部長と A の知人の巡査は同法の法定刑について A に説明しておらず、A には法定刑がそれほど高いとは思っておらず、違法性の意識があったとはいえない。

35 (4)したがって、故意は阻却されず A の製造行為に対し通貨及証券模造取締法 1 条は成立しない。

第二 B の割引券 β を作成した行為に対し通貨及証券模造取締法 1 条が成立しないか。

1.(1)B は千円札と同寸大であり、表面には千円札とほぼ同図案かつほぼ同色で上下二ヶ所

³ 前掲・高橋 373 頁。

に小さな文字で「青門割引券」と記載され、裏面には店の広告が記載された「銀行紙幣」「ニ」
「紛ハシキ外観ヲ有スルモノヲ製造」している。

(2)また、Bには故意がある。

2.(1)では、違法性の錯誤によってBの責任が阻却されないか。

5 (2)弁護側はW説をとるところ、違法性の意識がなければ責任が阻却される。

(3)本件について、BはBの旧友の弁護士に相談し、旧友は弁護士会に照会を行ったうえで、
「割引券βであれば刑法には引っかからず、適法だろう」とBに伝えている。そしてBは
それ以外の調査をしておらず、Bには違法性の意識がない。

10 (4)よって、Bの責任は阻却されBの製造行為に対し通貨及証券模造取締法1条は成立しない。

IV. 結論

A、Bともに何ら罪責を負わない。

以上