

## I. 反対尋問

- 5 1. 制限故意説にたった場合、違法性の認識の可能性がない事案において、過失犯の成立を肯定するのか否定するのか問いたい。
2. 判例では違法性の認識の可能性があると認められているにも関わらず、犯意が否定されたのはなぜなのか。
- 10 3. 検察レジュメ4頁16行目の団藤先生の解釈からどのようにして刑法38条1項の「罪を犯す意思」を違法性の認識が喚起可能な心理状態と解することができるのか。

## II. 学説の検討

### α 説(違法性の意識不要説)

検察側と同様の理由により、採用しない。

15

### γ 説(責任説)

検察側と同様の理由により、採用しない。

### β-1 説(制限故意説)

- 20 可能性という過失的要素を故意概念に持ち込むのは適切でないという批判、故意は「知っている」ことを意味するから、違法であることを知らなくても故意があるとするには言葉の上でも無理があるという批判がある<sup>1</sup>。また、違法性の意識があった場合とその可能性があったにすぎない場合とで、行為者の心情がまったく異なることを無視している<sup>2</sup>。
- よって、弁護側はβ-1説を採用しない。

25

### β-2 説(厳格故意説)

故意の責任非難を、行為の違法性を知りながら反対動機を抑圧して行為に出た点に求めるなら、違法性の認識は故意の不可欠の要素とならなければならない<sup>3</sup>。

- 30 違法性の意識が故意(刑法38条1項本文)の要素としており、違法性の意識が「故意と過失とを分つ分水嶺」<sup>4</sup>となっているため理論的に明快である。
- よって、弁護側はβ-2説を採用する。

<sup>1</sup> 浅田和茂『刑法総論[補正版]』(成文堂,2007)331頁。

<sup>2</sup> 浅田・前掲341頁。

<sup>3</sup> 松宮孝明『刑法総論講義[第5版補訂版]』(成文堂,2018)185頁。

<sup>4</sup> 大塚仁『刑法概説(総論)[第4版]』(有斐閣,2008)460頁参照。

### Ⅲ. 本問の検討

1. S が T 及びゼミ員のために旧紙幣の新渡戸稲造の顔部分に T の顔を描いたプレゼントを作成した行為に通貨模造罪(通貨及証券模造取締法 1 条)が成立するか。

(1) 通貨及証券模造取締法 1 条は、「貨幣、政府発行紙幣、銀行紙幣、兌換銀行券、国債証券及地方債証券ニ紛ハシキ外觀ヲ有スルモノヲ製造シ又ハ販売スルコトヲ得ス」と規定するところ、S の作成した本件プレゼントは、旧紙幣とは異なり、T の顔を描き、透かしを入れず、大きさを一回り大きくし、日本銀行の記述を S 銀行と変更している。しかしながら、紙幣の形をしていることに変わりはない。よって、「政府発行紙幣(...)ニ紛ハシキ外觀ヲ有スル」と言える。

(2) 故意(刑法 38 条 1 項本文)とは、客観的構成要件該当事実の抽象的認識認容をいうところ、S は本件プレゼントの作成について上記認識認容を有しており、故意が認められる。

(3) よって、S の本件行為に通貨模造罪(通貨及模造取締法 1 条)が成立するように思われる。

2. もっとも、S は警察官である U の助言のもとで本件プレゼントを作成しており、責任故意が阻却されないか。いわゆる違法性の錯誤が問題となる。

(1) 違法性の錯誤について、弁護側は B-2 説を採用する。すなわち、責任故意の要件として、違法性の現実的認識が故意の要件であると解する。

(2) 本件において、S は作成につき、警察官である U の助言を受け改良をし、改良後の本件プレゼントを U に持って行ったところ、U は喜び家族に配布するために複数枚これを受け取った。一般的に犯罪の取り締まりについて専門的知識を有すると考えられる警察官という職業に従事する U の助言に従い法に適合するよう改良をし、その上 U は改良後の本件プレゼントを受け取り家族に配ったことから法律に反しないと考えた。

したがって、S が、本件プレゼントが通貨模造罪に該当することにつき、違法性の「現実的認識」を有していなかったから、責任故意が阻却される。

3. よって、S の上記行為に、通貨模造罪は成立しない。

### Ⅳ. 結論

上記の通り、S の本件プレゼント作成の行為に、通貨模造罪は成立せず、何らの罪責を負わない。

以上