

## I. 事実の概要

被告人 X は過去数十回にわたり大麻を譲受・譲渡あるいは所持したことがあるものであったが、平成 24 年 3 月 6 日に、覚せい剤であるフェニルメチルアミノプロパン塩酸塩を含有する粉末 0.044g を麻薬であるコカインと誤認して所持していた。

## II. 問題の所在

本問において、X の主観では麻薬及び向精神薬取締法 66 条 1 項の罪を犯しているが、客観的には覚せい剤取締法 41 条の 2・1 項の罪が発生している。このように、異なる構成要件間での錯誤があった場合、故意犯の成立を認めることは出来るか。38 条 2 項から、重い罪で処断することが出来ないことは明らかであるが、罪責を負わせることが出来るのか明らかでなく問題となる。

また、仮に故意犯の成立を認めることが出来るとした場合、どのような範囲で罪責が成立するか。

## III. 学説の状況

### 1. 抽象的事実の錯誤において、故意を認めることが出来るか。

甲説：具体的符号説<sup>1</sup>

構成要件的に重要な事実において、行為者が認識した内容と実際に発生した内容とが、具体的に一致していなければ、故意は認められない。

乙説：法定符号説<sup>2</sup>

行為者が認識した事実と実際に生じた事実とが構成要件の範囲内において符合している場合に、その限度において故意が認められる。

丙説：抽象的符号説<sup>3</sup>

故意既遂犯の成立を無制限に肯定する。

### 2. 法定符合説を採用した場合、

A 説：厳格符合説<sup>4</sup>

故意の認識対象たる事実を、各構成要件ごとに完全に個別化する説。

B 説：形式的符合説<sup>5</sup>

構成要件上の形式的重なり合いがある場合には、両者の重なり合いを認めることができる説。

C 説：実質的符合説<sup>6</sup>

構成要件の意味を実質的に観察して、ある構成要件と他の構成要件との間に、それぞれの保護法益の共通性および構成要件的行為の共通性が見出される場合には、両者の重なり合いを認めることができるとする説。

<sup>1</sup> 松宮孝明『刑法総論講義[第4版]』(成文堂, 2009)196, 197頁。

<sup>2</sup> 山口厚『刑法総論[第2版]』(有斐閣, 2010)203頁。

<sup>3</sup> 井田良『講義刑法学・総論』(有斐閣, 2008)189, 200頁。

<sup>4</sup> 松宮孝明『刑法総論講義[第4版]』(成文堂, 2009)182, 183頁(井田良『講義刑法学・総論』(有斐閣, 2008)189頁参照)。

<sup>5</sup> 香川達夫『刑法講義(総論)[第3版]』(成文堂, 1996)268頁(大谷寛『刑法講義総論[新版第2版]』(成文堂, 2007)190頁)。

<sup>6</sup> 大塚仁『刑法概説(総論)[第三版増補版]』(有斐閣, 2005)213頁(井田・前掲 191頁参照)。

#### D 説：不法責任符合説<sup>7</sup>

構成要件の重なり合いは不要とし、各構成要件間の不法責任内容において符号が認められれば足りるとする説。

#### E 説：罪質符合説<sup>8</sup>

犯罪の被害法益や犯行行為などを考慮して罪質が符合していれば足りるとする説。

### IV. 判例

東京地方裁判所平成 13 年 7 月 12 日判決<sup>9</sup>

#### 事実の概要

甲は、納税証明書を偽造して被告人から謝礼金を得ようと考え、被告人に対し、あたかも現役の国税職員に虚偽の内容の納税証明書を作成してもらえるかのように嘘を言って、乙商事等に係る数年分の正規の納税証明書と、代理人税理士と署名押印したのみで他は空欄となっている納税証明書用紙数枚（以下「本件納税証明書用紙」という）を被告人から受け取った。なお、甲は、これらの文書を利用して納税証明書を偽造する意図であったが、被告人に対してはその情を知らさなかった。甲は、印鑑屋に東京国税局長名の職印及び納税証明書の偽造に必要なゴム印の作成を依頼し、これらを受領すると、正規の納税証明書を参考に、本件納税証明書用紙に虚偽の内容を記入するなどして、納税証明書六通を偽造した。その後、甲は上記偽造に係る納税証明書六通を被告人に手渡した。

被告人は、乙商事株式会社の本社事務所において、丙に対し、上記偽造納税証明書六通をあたかも真正なもののように装って交付した。

#### 判旨

虚偽公文書作成罪と有印公文書偽造罪は、共に刑法の「文書偽造の罪」の章に規定され、いずれも公文書を客体とし、公文書に対する公共の信用を保護法益とする犯罪であり、その法定刑は全く同一に定められている上、両罪の実行行為は、公文書を不正に作出するという意味で、偽造として統一的に把握し得ることに鑑みると、両罪は別個の条文に規定されているとはいえ、その構成要件はその重要な部分で実質的に重なり合っているものとみるのが相当である。したがって、上記の錯誤によって、生じた結果である有印公文書偽造罪についての故意は阻却されないと解すべきである（最一小決昭和五四年三月二七日・刑集三三卷二号一四〇頁、最二小判昭和二三年一〇月二三日・刑集二卷一十一号一三八六号参照）。また、虚偽公文書行使罪と偽造有印公文書行使罪との間でも、同様に解される。

したがって、本件有印公文書偽造罪及び同行使罪につき、被告人には故意が存すると認めることができる。

### V. 学説の検討

#### 1. 抽象的事実の錯誤において、故意を認めるところが出来るか。

(1) まず、甲説では、例えば遺失物等横領罪の故意で窃盗罪を実現した場合、軽い故意犯の成立を認めることはできず、不可罰となる。他人の物を領得する行為を禁じる遺失物等横領罪の行為規範

<sup>7</sup> 町野朔『刑法総論講義案 I [第 2 版]』（信山社，1995）230 頁（大谷・前掲 190，191 頁参照）。

<sup>8</sup> 西原春夫『刑法総論（上巻）[改訂版]』（成文堂，1993）220 頁（大谷・前掲 191 頁参照）。

<sup>9</sup> 判例タイムズ 1083 号 288 頁。

のレベルで見れば、主観面と客観面は全く符合する。それにもかかわらず、行為者の意図しない占有侵害が付加されることにより、不可罰になるのは疑問である。故意責任の本質は、構成要件という規範に直面しつつあえて行為に出たことに対する道義的責任であるところ、甲説は行為規範レベルでの認識内容に着目せず、刑罰法規（裁判規範）のレベルにおける事実と認識の重なり合いまでの要求するものであり、処罰範囲を不当に狭めるものであるから、妥当でない。

よって、検察側はこの説を採用しない。

(2) 次に丙説では、抽象的な犯罪意思について符合すれば故意を認めるというものであるから、構成要件を無視して不当に故意の成立範囲を広げてしまうので、妥当でない。

(3) では、次に乙説について検討する。そもそも故意責任の本質は、構成要件という規範に直面しつつあえて行為に出たことに対する道義的責任であり、規範は構成要件によってあたえられる。したがって、行為者が認識した事実と実際に生じた事実とが構成要件の範囲内において符合している場合に、その限度において故意を認める乙説が妥当である。

よって、検察側は乙説を採用する。

## 2. どの範囲で罪責が成立するかについて

(1) まず A 説について、これは一般通常人とは異なる反社会的な規範意識を持つ者を理由なく有利に扱うものである。これでは、刑法規範の拘束力がその人の主観的価値基準によって左右されることになり、妥当でない。<sup>10</sup>

よって、検察側はこの説を採用しない。

(2) 次に B 説について、これを徹底すると、恐喝と強盗、窃盗と遺失物横領などにまで一切重なり合いが認められず不可罰となることになる。このように、故意の認められる範囲が狭くなりすぎる点で妥当でない。

したがって検察側は B 説を採用しない。

(3) また、D 説は構成要件要素の一つであるはずの故意概念を構成要件要素から切り離してしまうのは妥当でない。

よって検察側は D 説を採用しない。

(4) そして E 説は罪質の概念が不明確であり妥当でない。

したがって検察側は E 説も採用しない。

(5) そもそも、構成要件とは保護法益と行為態様に着目して類型化されたものである。

そこで、異なる構成要件間で保護法益及び行為態様が実質的に重なり合っているとすれば、その重なり合いの範囲において故意犯が成立するといえる。<sup>11</sup>

したがって、検察側は C 説を採用する。

## VI. 本問の検討

1. X が覚せい剤であるフェニルメチルアミノプロパン塩酸塩を含有する粉末 0.044g を所持していた行為につき、覚せい剤所持罪(覚せい剤取締法 41 条の 2 1 項)が成立しないか、以下検討する。

<sup>10</sup> 井田・前掲 376 頁。

<sup>11</sup> 大谷實『刑法講義総論 [新版第 3 版]』(成文堂,2009)191 頁参照。

2. Xは「覚せい剤」を「所持」していたことから、覚せい剤所持罪の客観的構成要件を充足する。
- 3.(1) もっとも、Xは覚せい剤をコカインと誤認して所持しており、主観的には一般麻薬所持罪(麻薬及び向精神薬取締法 66 条 1 項)の故意で客観的には覚せい剤所持罪の行為を行っているといえる。そこで、かかる異なる構成要件間の錯誤でも故意が認められるか、38 条 2 項と関連して問題となる。
- (2)ア. この点につき、検察側は乙説を採用し、構成要件の重なり合いについて、B 説を採用する。そこで、両罪の保護法益及び行為態様について検討する。
- イ. これを本問についてみると、覚せい剤所持罪と一般麻薬所持罪の保護法益は社会の衛生・安全で共通しており、形状・毒性が類似している薬物を譲り受けるという行為も類似している。よって、覚せい剤所持罪と一般麻薬所持罪の構成要件は重なり合っているといえる。したがって、Xには軽い一般麻薬所持罪の範囲で故意が認められるため、一般麻薬所持罪(麻薬及び向精神薬取締法 66 条 1 項)が成立する。

## Ⅶ. 結論

Xは、一般麻薬所持罪(麻薬及び向精神薬取締法 66 条 1 項)の罪責を負う。

以上