

只木ゼミ前期第3問弁護レジュメ

I. 反対尋問

1. V. 学説の検討 1(1)における B 説の批判において、「故意犯が成立するには、…当事者犯罪構成要件の主要部分の認識が必要である。」とあるが、「当事者犯罪構成要件の主要部分」とは具体的に何か。
2. 検察側が法定的符合説を採用する根拠及び実質的法的符合説を採用する根拠は何か。
3. 検察側の採用する A2 説は法益の共通性と行為の共通性をもって構成要件的重なり合いを認めるものであるが、この 2 つの要素を基準とする根拠は何か。
4. V.学説の検討 2(3)において、『構成要件要素の認識は、「社会的意味の認識」があれば足りる』とあるが、構成要件に該当する客観的事実の認識を不要とする根拠は何か。

II. 学説の検討

1. 抽象的事実の錯誤があった場合に故意犯の成立は認められるのか。

- (1) まず、B 説、C 説及び D 説について、弁護側は検察側と同様の理由で採用しない。
- (2) 次に、A 説について検討する。

ア、A2 説について

弁護側は以下の理由から A2 説を採用しない。

第 1 に、A2 説に立つと、構成要件的重なり合いの判断に法益の共通性と行為の共通性を考慮するために、異なる法律間における犯罪にも実質的な重なり合いを認めることになるが、これは立法者がわざわざ別個の構成要件ないし別個の法律に基づいて成立するとした犯罪を同一の構成要件ないし同一の法律とみなすに等しく、罪刑法定主義に反する。すなわち、A2 説は、本問のように構成要件要素が択一的関係にある場合にも、いわば「薬物所持罪」とでもいうべき共通の構成要件を新たに認めるものである。とすれば、実質的には新たな構成要件を創出するに等しく、立法権の領域に介入しひいては超実定法的な構成要件を肯定することになり、構成要件概念によって罪刑法定主義の潜脱を図ることとなるため妥当ではない¹。

第 2 に、麻薬であるコカインを覚醒剤だと誤認して所持したという本件とは逆の場合において、覚醒剤の所持についての故意は認められるのであるから、覚醒剤所持未遂罪(覚せい剤取締法 41 条の 2、3 項、同条 1 項)が成立するはずである。この事例を A2 説に立って考えると、構成要件的重なり合いの限度で麻薬所持罪の故意を認めることとなり、同罪と覚せい剤所持罪の未遂罪をともに成立させることとなる。このような帰結は、故意の二重評価にあたり許されない。

以上より、A2 説は妥当でない。

¹ 松宮孝明『薬物事犯と抽象的事実の錯誤』(立命館法学, 1994 年)4 巻 236 号 791 頁以下。

イ、A1 説について

A1 説は錯誤が異なる構成要件間にわたる場合に、刑の加重事由のある場合及び減輕事由のある場合、財産犯のなかで認識と事実のくいちがいがある場合という法条競合の場合に限定して、構成要件の重なりあいを肯定する見解である²。

そもそも、構成要件の故意とは構成要件に該当する事実の認識をいい、この認識が存在しなければ故意もまた存在しない。とすれば、構成要件該当事実を離れて故意の存否を判断することは妥当ではなく、行為時に存在した犯罪事実と発生した犯罪事実とが構成要件的に重なりあう限度で発生した犯罪事実に故意を認める A 説は構成要件を基礎とする判断基準である点において妥当である。

そして、構成要件の故意が存在するためには構成要件該当事実が必要であるとの考え方を貫徹するならば、法条競合(1 個の行為が 2 個以上の刑罰法規に該当するような外観を有するが刑罰法規相互の関係上その一方のみが適用され、他は排除される場合をいう)の場合には異なる構成要件間であっても本来の一罪であるため、この限りにおいてのみ構成要件の重なりあいを肯定するのが妥当である。

(3) 以上より、弁護側は A1 説を採用する。

2. 故意の認識の範囲について

(1) 甲説及び乙説については検察側と同じ理由で採用しない。

(2) 丙説について

弁護側は以下の理由から丙説を採用しない。

第 1 に、丙説はその前提として、故意を「意味の認識」で足りるとするものである。そして、丙説によれば対象物の「意味の認識」が認められれば、構成要件に該当する客観的事実としての「覚せい剤」については、「意味の認識」(ここでは、厳格な法規制の対象となっている、依存性のある心身に有害な薬物の認識)に包含されることから、「覚せい剤」についての認識の有無はおよそ問題にならないとされる。

しかし、このように考えてしまうと、客体の違いによってその犯罪の違法性や有責性の程度が異なることを看過することとなり、妥当でない。たとえば、大麻所持罪(大麻取締法 3 条 1 項)と覚せい剤所持罪(覚せい剤取締法 41 条の 2, 1 項)を比べた場合、後者の方が法定刑が重いことから、覚せい剤が大麻に比べ法益侵害性の高い薬物として把握されており、後者が前者に比して違法・責任の重さについて優越しているものといえる。そうであるならば、後者の故意を認めるためには、この優越性に対応するだけの事実の認識、すなわち覚せい剤よりも軽い法定刑によって規制されている他の依存性薬物と区別しうるだけの事実の認識が必要とならざるをえない³。

² 香川達夫『刑法講義総論[初版]』(成文堂,1980 年)235 頁以下。

³ 秋葉悦子「覚せい剤取締法違反罪の故意(1)(2)」『警察研究』(良書普及會,1990 年)61 卷 9 号 36 頁以下。

第 2 に、丙説はその前提として故意の判断における構成要件的要素の認識は「意味の認識」で足りるとする。しかし、あくまで故意とは構成要件に該当する事実の認識をいうのであるから、構成要件該当事実の認識を必要とすべきであり、「意味の認識」だけで故意が認められるとするのは妥当でない。

以上より、丙説は妥当でない。

(3) 丁説について

ア、丁説は、故意には構成要件該当事実の認識が必要であるとする故意概念の下、法規制の対象となっている個別の客体の認識が必要であるとし、対象物がそのいずれかであるかがはっきりしていない場合に、いずれかの可能性を排除していないという意味において「概括的故意」ないし「未必の故意」を認める見解である。

イ、まず、前述したとおり、構成要件的故意とは構成要件に該当する事実の認識をいう。そして、構成要件に該当する事実とは対象物の外形的・自然的認識を指すところ、丁説は法規制の対象となっている個別の客体の認識が必要であるとする点で、妥当である。また、故意に必要なのは、現に生じた客観的犯罪事実が該当すると考えられる構成要件の重要部分を実行行為時に認識していることである。そのため、構成要件の微細な事実は認識する必要はないし、構成要件の重要部分の認識があるならば、行為者が行為時に予測していた事情とずれた結果が発生しても故意は認められるといえる。とすれば、結果の発生が一定範囲のいずれかの客体であるかが不明確な場合である概括的故意の場合にも故意犯は成立しうる。

ウ、以上より、弁護側は丁説を採用する。

III. 本問の検討

第 1. 小問 1 について

1. X の罪責について

(1) X がフェニルメチルアミノプロパンを所持していた行為については検察側と同様の理由により、麻薬及び向精神薬取締法 66 条 1 項に違反しない。

(2) それでは、X の同行為は覚せい剤取締法 41 条の 2, 1 項に違反しないか。

まず、X はフェニルメチルプロパンという「覚せい剤」を「所持」していたのであるから、本条の客観的構成要件該当性が認められる。次に、X に本条の故意が認められるか。X は同粉末をコカインであると認識しており、覚せい剤であるとの認識がなく、本条における故意がなかった。そこで、抽象的事実の錯誤があった場合の故意犯の成立が問題となる。

ア、ここで、弁護側は前述の通り A1 説を採用する。この説によれば、加重減輕類型といった法条競合の場合及び財産罪の場合にのみ構成要件的な重なりあいを認め、重なりあいの限度で発生した犯罪事実に故意を認めることとなる。

イ、これを本問についてみるに、麻薬及び向精神薬取締法 64 条の 2, 1 項と覚せい剤取

締法 41 条の 2、1 項は、前者が「ジアセチルモルヒネ等」を客体とし、後者が「覚せい剤」を客体とするため、客体がまったく異なっており、両罪は法条競合にあたらな
い。よって、構成要件的な重なりあいが認められず、同条における故意は認められな
い。

ウ、以上より、X は覚せい剤取締法 41 条の 2、1 項の罪責を負わない。

- (3) もっとも、X はコカインを所持しているとの認識は有しており、コカイン所持という結
果は発生していないのであるから、X の行為に麻薬及び向精神取締法 64 条の 2、3 項及
び 1 項により麻薬所持未遂罪が成立する。

また、X が過失により覚せい剤を所持していたとも考えられるが、過失による覚せい剤
所持は不可罰である。

- (4) 以上より、X に麻薬及び向精神取締法 66 条の 2、3 項及び 1 項により麻薬所持未遂罪が
成立する。

第 2. 小問 2 について

1. Y の罪責について

- (1) Y がフェニルメチルアミノプロパンを輸入した行為について、覚せい剤取締法 41 条・
41 条の 2 に違反しないか。

まず、Y はフェニルメチルアミノプロパンという「覚せい剤」を「輸入」したのである
から、本条の客観的構成要件該当性が認められる。

- (2) 次に、Y に本条の故意が認められるか。

これについて、本問において Y は、フェニルメチルアミノプロパンを単なる「クリスタ
ル」と称する『いい気分のするもの』としか認識していなかったため、故意が認められる
か。故意の認識の範囲が問題となる。

ア、ここで、弁護側は前述のとおり丁説を採用する。これによれば、法規制の対象とな
っている個別の客体の認識が必要であるとし、対象物がそのいずれかであるかがはっ
きりしていない場合に、いずれかの可能性を排除していないという意味において「概
括的故意」ないし「未必の故意」を認める。

イ、それでは Y に自己が運搬した本件薬物について「覚せい剤」であるとの認識がある
か。

これを本問についてみるに、アメリカでは覚せい剤が「クリスタル」や「スピード」、
「メス」などと俗称されていたことから、米国人のドラマーである Y がクリスタルと
いう名称が覚せい剤を指すものであることは認識していた可能性が高い。また、機内
では A から他人を装って行動すること、運搬にあたって隠密で図ることを命じられて
いたこと、飛行機はビジネスクラスを利用しており、日本に着いてからは高級ホテル
での宿泊があったことからすれば Y の報酬は多額であると推認される。

よって、Y が本件薬物に対し「クリスタル」と称する『いい気分のするもの』という

認識しなかったとしても、上記の客観的事実から運搬を依頼された対象物が何らかの違法な薬物であることは強く予想され、かつ、クリスタルが覚せい剤を意味すると知っていた可能性が高いことからすれば、Yは当該対象物が覚せい剤や麻薬などの違法薬物ではないかという認識をもったことは否定できない。

ウ、そして、実行行為時において、Yは当該対象物が覚せい剤や麻薬などの違法薬物のうち具体的に何であるかをはっきりと認識していなかったのであるから、認識の対象から覚せい剤が除外されるような特段の事情の無い限り、「概括的故意」が認められる。

(3) 以上より、Yについて認識の対象から覚せい剤が除外されるような特段の事情がある場合には覚せい剤取締法 41 条・41 条の 2 に違反しない可能性がある。

IV. 結論

小問 1 について、X は麻薬所持未遂罪の罪責を負う。

小問 2 について、Y は覚せい剤輸入罪の罪責を負う可能性がある。

以上