

## 只木ゼミ前期第3問検察レジュメ

### I. 事案の概要

#### 小問1

被告人 X は、法定の除外事由なく、H26 年 3 月 5 日午後 21 時 30 分頃、東京都八王子市の被告人方居室において覚醒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を所持していた。

X は、同粉末を麻薬であるコカインであると認識して所持しており、覚醒剤であるとの認識はなかった。

この場合、X はいかなる罪責を負うか。

#### 小問2

被告人 Y は、台湾空港から飛行機に搭乗した。その際、バンド活動を通しての知り合であり、機内で同行したアメリカ人 A と気脈を通じ、覚醒剤フェニルメチルアミノプロパン 3000 グラムを腹巻の下に巻き、成田空港に到着した。

搭乗前に A からは本件覚醒剤の運搬を執拗に依頼されており、機内では他人を装って行動すること、運搬に当たって隠密を図ることを命じられていた。運搬にはビジネスクラスが用いられ、日本での宿泊は高級ホテルを用いることとされていた。

Y は、空港に到着後、税関に申告することなく輸入した。

Y は、米国人のドラマーで、アメリカでは覚醒剤を「クリスタル」「スピード」「メス」などと俗称されていた。Y は、前述の覚醒剤を「クリスタルと称する『いい気分のするもの』」であると認識していた。

その後、関税を通過しホテルで一人になったところで、Y は逮捕されている。

この場合、Y はいかなる罪責を負うか。

### II. 問題の所在

#### 小問1について

まず、小問1においては 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が覚醒剤取締法 41 条の 2 に違反しないか問題となるが、X は同粉末を麻薬であるコカインであると認識していたため、X には覚醒剤所持についての故意が認められず、覚醒剤取締法に違反しないと考えられる。次に、逆に X には麻薬であるコカインを所持する認識があったのだから X の行為は麻薬及び向精神薬取締法 66 条 1 項に違反しないかが問題となるが、実際に X が所持していたのは覚醒剤であるから 38 条 2 項により、66 条 1 項の罪責を負わない。

しかし、覚醒剤取締法と麻薬及び向精神薬取締法の犯罪構成要件要素は同一なのである

から、故意を認めることができないか抽象的事実の錯誤問題となる。

小問2について

本問においてはYのフェニルメチルアミノプロパンを輸入した行為が覚醒剤取締法41条の2の1項に違反するのではないか問題となるが、Yはこれを単に「クリスタルと称する『いい気分のするもの』」と認識していた。故意の認識について、故意が認められるためにはどの範囲にまで認識が及んでいることが必要か問題となる。

### III. 学説の状況

#### 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。

A説：法定的符合説<sup>1</sup>(構成要件的符合説)

行為時に認識した犯罪事実と発生した結果とが構成要件的評価上符合している限り、軽い罪の限度において故意を認める説。構成要件間にどの程度符合を認めるべきかという点について学説が分かれている。

A1説：形式的構成要件的符合説<sup>2</sup>

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符合を認める説。

A2説：実質的構成要件的符合説<sup>3</sup>

構成要件の重なり合いの基準として、法益の共通性と行為の共通性を考慮する説。

B説：抽象的符合説<sup>4</sup>

行為者の認識した事実と現に発生した事実とが材質を同じくしない場合でも必ずしも故意を阻却しないとす説。

C説：罪質符合説<sup>5</sup>

構成要件的な符合がなくても罪質が同一の範囲内で故意を認める説であり、符合の範囲は、犯罪の被害法益や犯行方法・態様などを考慮した罪質を基準とするものである。

D説：不法・責任符合説<sup>6</sup>

構成要件該当事実の認識がなくても、構成要件の内容をなす不法・責任事実の認識があれば足りるとし、各構成要件の不法・責任内容において符合が認められる範囲で故意犯の成立を肯定しようとする説。

<sup>1</sup> 大谷實『刑法講義総論[第4版]』(成文堂,2012年)177頁以下。

<sup>2</sup> 浅田和茂『刑法総論[補正版]』(成文堂,2007年)322頁以下。

<sup>3</sup> 西田典之『刑法総論[第2版]』(弘文堂,2010年)236頁。

<sup>4</sup> 植松正『再訂刑法概論I総論』(勁草書房,1974年)282頁以下。

<sup>5</sup> 西原春夫『刑法総論(上巻)[改訂版]』(成文堂,1998年)224頁以下。

<sup>6</sup> 町野朔『刑法総論講義案I[第2版]』(信山社,1995年)299頁以下。

## 2. 故意の認識の範囲について

### 甲説<sup>7</sup>

故意は、当該犯罪を構成する「類型的な不法・責任内容の認識」で足りるとする説。薬物事犯においては、「特に有害な依存性薬物」との認識があればよいとされる。

### 乙説<sup>8</sup>

故意犯処罰に見合う非難を向けうる主観的事情として、「一般人ならばその罪の違法性の意識をもちうる犯罪事実の認識」が故意であるとする説。この説では、「厳格な法規制の対象となっており、依存性の薬理作用を有する心身に有害な薬物(「類」)の認識」はあったが、覚せい剤「(種)」とは知らなかった場合にも覚せい剤の故意が認められることになる。

### 丙説<sup>9</sup>

故意における「意味の認識」としては、「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」があればよいとする説。

### 丁説<sup>10</sup>

法規制の対象となっている「覚せい剤」ないし「麻薬」という個別の客体の認識が必要であるとしつつ、対象物がそのいずれ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」を認めるとする説。

## IV. 判例

### 1. 抽象的事実の錯誤について

最高裁昭和54年3月27日第一小法廷決定 刑集33巻2号140頁。

#### (1) 事案の概要

麻薬取締法及び関税法違反事件であり、被告人は営利目的で、麻薬であるジアセチルモルヒネの塩類である粉末を本邦内に持ち込んだとして、麻薬を輸入する罪と、税関長の許可を得ないで貨物を輸入する罪とに問われたが、その客体を覚醒剤であると誤認していた事案

#### (2) 判決要旨

「麻薬と覚醒剤とは、ともにその濫用における保健衛生上の危害を防止する必要上、

<sup>7</sup> 町野朔「意味の認識について(上)(下)」『警察研究』(良書普及研究会,1983年,1990年)54巻4号,5号,61巻11,12号。

<sup>8</sup> 前田雅英『刑法総論[第5版]』(東京大学出版会,2011年)220頁。

<sup>9</sup> 原田國男「覚せい剤輸入罪及び所持罪における覚せい剤であることの認識の程度」『ジュリスト増刊最高裁時の判例IV刑事法編』(有斐閣,2004年)39頁以下。

<sup>10</sup> 内田文昭「もう一つの「概括的故意」について」『警察研究』(良書研究会,1989年,1990年)60巻12号3頁以下,61巻1号3頁以下。

麻薬取締法及び覚醒剤取締法による取り締まりの対象とされているものであるところ、これらの取り締まりは、実定法上は前記二つの取締法によって各別に行われているのであるが、両法は、その取り締まりの目的において同一であり、かつ、取り締まりの方式が極めて近似していて、輸入、輸出、製造、譲渡、成就、所持等同じ態様の行為を犯罪としているうえ、それらが取り締まりの対象とする麻薬と覚醒剤とは、ともに、その濫用によってこれに対する精神的ないし身体的依存(いわゆる慢性中毒)の状態を形成し、個人及び社会に対し重大な害悪をもたらすおそれのある薬物であって、外観上も類似したものが多いことなどにもかんがみると、麻薬と覚醒剤との間には、実質的には同一の法律による規制に服しているとみうるような類似性があるというべきである。」

## V. 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) B 説について

犯罪的な認識を有する以上、それを根拠に故意非難が可能なのにも見える。しかし、故意犯が成立するには、その罪を成り立たせるだけの認識、つまり当事者犯罪構成要件の主要部分の認識が必要である。これが不要だとすると、故意による犯罪類型の個別化も不能となるので妥当でない。

#### (2) C 説・D 説について

故意は構成要件該当事実の認識なのであるが、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できないため妥当でない。

#### (3) A 説について

##### ア、A-1 説について

A-1 説からすれば、意図した犯罪と実現した犯罪との間に刑罰法規レベルでの完全な包摂関係がある場合(単純横領罪を意図して業務上横領罪を犯した場合など)にのみ故意犯が成立する<sup>11</sup>。しかし、例えば遺失物横領罪を意図し、窃盗罪を実現した場合など、行為規範のレベルで見れば主観面と客観面が符合することに加え、過失により占有を侵害したにもかかわらず全くの不可罰になってしまうことになり妥当でない。

そもそも故意責任の本質は刑罰法規を国民に向け、国民が行為規範に当たる事実を認識し、これを実現したことに対する非難である。にもかかわらず A-1 説は刑罰法規のレベルで事実と認識の重なり合いを要求しており妥当でない。

##### イ、A-2 説について

先述のように、故意責任の本質は規範に直面したにもかかわらずあえて行為に及んだ反道義的行為に対する非難である。

とすれば、構成要件が実質的に重なり合う限度であれば行為者は規範に直面しうるのであり、それに反して行為に及んだのであれば非難も可能である。

<sup>11</sup> 井田良「刑法総論の理論構造」(成文堂,2005)100 頁以下。

よって、構成要件が実質的に重なり合う範囲で故意犯を認めることができ、妥当である。

以上により検察側は A-2 説を採用する。

## 2. 故意の認識の範囲について

### (1) 甲説について

まず、甲説について検討する。甲説の挙げる基準は、それを文字通りに理解するとあまりに無限定で広範すぎ、薬物犯罪における意味の認識としては不特定に過ぎる。たとえば、薬事法や食品衛生法に違反する客体としての認識程度しかなければ、「何らかの違法な物質」としての認識ありとして覚せい剤取締法や麻薬及び向精神薬取締法違反の罪を肯定することはあまりに不当な結論であるといえる。

### (2) 乙説について

次に、乙説について検討する。乙説は、一般人にとって反対動機が形成可能であるという理由で当該行為者に責任を認めうるのか、という点で疑問であり、支持することができない。

### (3) 丁説について<sup>12</sup>

次に、丁説について検討する。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である。この構成要件要素の認識は「社会的意味の認識」があれば足りるとされており、これを「意味の認識」という。そうであれば、丁説は意味の認識を否定するものであり、故意を認めるのにあまりにも厳格すぎる。この基準を一般的に採用するならば、客体の性質について無頓着な行為者ほど有利に取り扱われることになり妥当でない。また、丁説は法規制の対象となっている「覚せい剤」ないし「麻薬」という個別の客体の認識が必要とするが、この個別の認識の程度が「覚せい剤はフェニルアミノプロパン、フェニルメチルアミノプロパン及び各その塩類である」という専門的知識を伴う認識が必要とされるのか、行為者が何となくといった素人的感覚でもって「覚せい剤かもしれない」といった程度の認識が必要とされるのか明らかでない。前者の場合、覚せい剤の運び屋に薬物知識のないものを使用すれば犯罪が成立する可能性が低くなってしまふ。また、後者の認識でよいとするならば丙説との差異はなくなってしまうばかりか、有害で依存性のある薬物であるという認識さえもなしに犯罪が成立する恐れがある。

### (4) 丙説について

丙説について検討する。そもそも、故意の成立を認めるには、その事実を認識していることが、当該行為が違法であり、してはならない行為であると認識する契機となりう

---

<sup>12</sup> 岩倉広修＝小松本卓＝三村三緒「覚せい剤輸入罪における故意」(裁判員裁判における法律概念に関する諸問題 1[大阪刑事実務研究会]) 判例タイムズ 1350 号(2011,判例タイムズ社)48 頁以下。

ることが必要であると解される。覚せい剤というものを知らなくとも、上記の程度の認識があれば、違法な行為に出るはいけないという判断が十分可能であるから、原則として故意を認めて良い。

以上より、検察側は丙説を採用する。

## VI. 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のフェニルメチルアミノプロパンを所持していた行為は覚せい剤取締法66条1項に違反しないか。

Xが所持を認識していたのはコカインであるが、実際に所持していたのはふえ似るメチルアミノプロパンであり、麻薬及び向精神薬ではないから、構成要件に該当せず、麻薬及び向精神薬取締法66条1項に違反しない。

2. (1) 次に、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。

(2) Xはフェニルメチルアミノプロパンという「覚せい剤」を「所持」していた。

(3) ア、次にXは本件において自らが所持する粉末をコカインであると認識していたことから、構成要件該当性について、38条2項によりXは罪責を負わないのではないか、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。

イ、この点、検察側は実質的構成要件符合説(A-2説)を採用するため、原則的には発生した犯罪事実について構成要件の故意は認められないが、認識していた犯罪事実と発生した犯罪事実とが、構成要件的评价として一致する限度で、軽い罪の限度において構成要件の故意を認める。

ウ、本問においては、Xが認識していた犯罪事実は麻薬及び向精神薬取締法違反であり、発生した犯罪事実は覚せい剤取締法違反である。

法の保護法益は社会秩序の安定であり、行為態様も禁止された薬物を所持する点において共通しているといえる。更に、両法の差異は目的物が麻薬か覚せい剤かで後者につき前者よりも重い法定刑が定められているのみで、両法の犯罪構成要件は同一であり、取り締まりの方法も近似していること、その有害性と外観の近似性も考えると両法の構成要件的评价は一致しているといえる。

よって、Xに軽い罪である麻薬及び向精神薬取締法66条1項についての構成要件の故意を認めることができる。

(3) したがって、Xの同行為は覚せい剤取締法41条の2、1項に違反する。

### 第2. 小問2について

#### 1. Yの罪責について

Yのフェニルメチルアミノプロパンを輸入した行為は覚せい剤取締法41条、41条の2の1項に違反しないか。

Yはフェニルメチルアミノプロパンという「覚醒剤」を3000グラム「輸入」していた。

2. (1) 次に、本問においてYは運搬する物について単に「クリスタルと称する『いい気分のするもの』」とだけ認識していたのであり、「フェニルメチルアミノプロパン」とは認識していなかったのであるから、構成要件の故意が認められないのではないか。
- (2) この点、検察側は丙説を採用するため、「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」があれば構成要件の故意は認められると解する。
- (3) 本問において、Yに運搬している物が「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」があったといえるのか。

まず、ある犯罪組織が薬物を海外に持ち出そうとする場合には、発覚を恐れて組織内の人間を運搬に使用するのではなく、組織外の人間を雇うことによって怪しまれないようにする。そして、その運搬の依頼をわざわざ執拗に受けた者はその運搬する物の内容物が何であるか関心を持つことが当たり前であるとされる所、その判断は依頼物の形状、感触、運搬方法、得られる報酬、その利益等を総合的に考慮し判断することが考えられ、それによって、運搬を引き受けるか否かを判断するものである。

そして本問においては機内では他人を装って行動すること、運搬にあたって隠密を図ることを命じられていたこと荷にかんがみると日本に持ち込んではいないのであると容易に予想がつく。そして、腹巻に隠していたことを考えると、腹巻は体に密着するものであり、その運搬物の形状を想像することは簡単であったと考えられる。更に、飛行機はビジネスクラスを使用していたこと、日本に到着してからは高級ホテルでの宿泊であったことを考えればYに渡されたまたは渡される予定であった報酬は高額であったのではないかと予想できる。

次に、Yはアメリカ人のドラマーである。アメリカでは覚醒剤は「クリスタル」「スピード」「メス」などと俗称されており、アメリカではバンドを組む人間の中では通常、一般人より薬物などについて知識を持っているものが多いことを考えると、Yはなにかしら薬物についての知識を持っていたのではないかということが推測される。その状況において、Yは運搬物が「クリスタル」と称するものであると認識しており、さらに、「いい気分のするもの」と認識していたということを考えればYは運搬物が覚醒剤や麻薬などのいわゆるクスリなのではないかと予測したであろうことはいうまでもない。

以上の事柄を総合的に考慮すれば、運搬物の形状は粉のようなものであり、報酬等が高額であったことを考えると日本で輸入が禁止されているものであり、Yが覚醒剤等について知識をある程度は持っていたであろうことを考えると、Yは運搬物について正確なことまではわかっていなかったにしても、「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」があったと考えられる。

よって、Yに構成要件の故意が認められる。

3. したがって、Yの同行為は覚醒剤取締法 41 条、41 条の 2 の 1 項に違反する。

## VII. 結論

小問 1 について

Xは麻薬所持罪(麻薬及び向精神薬取締法 66 条 1 項)の罪責を負う。

小問 2 について

Yは覚醒剤輸入罪(覚醒剤取締法 41 条の 2 の 1 項)の罪責を負う。

以上