

I. 反対尋問

- 5 1. 検察側が引用した裁判例は、構成要件要素の同一性の認定しか行っていないが、その他の要素(保護法益、社会通念)を考慮する A-3 説を採用する検察側が本裁判例を引用した趣旨は何か。
2. 「V. 学説の検討」4頁2行目の「妥当な解決を図ることができる」とあるが、検察側の考える「妥当な解決」とは何か。
- 10 3. 「V. 学説の検討」4頁6行目の「構成要件は、法技術的に作り上げられた観念形象であるから、それを専門的観点から認識しえない」とはどういう意味か。

II. 学説の検討

(1) A-1 説(厳格符合説)について

- 15 A-1 説は、故意の成立を構成要件が形式的に重なっている場合、つまりは刑罰法規相互が法条競合の関係にある場合のみに限定するものである。類型的には、刑の加重事由のある場合、逆に減輕事由のある場合、財産犯のなかで認識と事実食い違いがある場合の三個の形態に区別しうる。

- 20 抽象的事実の錯誤の場合、構成要件が重なり合うか否かによってその処遇に差が生じる以上、重なり合いを強調するには基準の明示が不可欠である¹。その点、重なり合いを法条競合の関係にある場合に限り、三類型を規定する A-1 説は、基準が明確であり妥当である。

この見解に対しては、符号の範囲が狭すぎるという批判もあるが²、同一罪質、実質的な同質といった価値判断の介在する基準をもちだすことは、基準が不明確³である上に、恣意的な法条解釈を招きかねず危険である。

- 25 よって、弁護側は A-1 説を採用する。

(2) A-2 説(形式的実質的符合説)について

- 30 A-2 説は、基本構成要件と加重・減輕構成要件との関係にあるような構成要件の形式的重なり合いがある場合を出発点とし、構成要件要素にかなりの部分の実質的共通性がある場合にまで重なり合う範囲を拡大する見解を意味する⁴。しかしながら、実質的な重なり合いとはどのような範囲を指すのか、極めてあいまいである。重なり合うのか合わないのかにより、その処遇に差が生じる以上、その基準の明示なくして重なり合いを強調するのは危険である⁵。

¹ 香川達夫『刑法講義総論〔第3版〕』(成文堂,1995年)268頁。

² 内藤謙『刑法講義総論(下)I』(有斐閣,1991年)976頁。

³ 香川・前掲 269頁。

⁴ 山中敬一『刑法総論〔第2版〕』(成文堂,2008年)338頁。

⁵ 香川・前掲 269頁。

よって、弁護側はA-2説を採用しない。

(3) A-3説(実質的符合説)について

5 A-3説は、構成要件の「重なり合い」を形式的にはなく「実質的に」考え、構成要件の「実質的な」重なり合いを肯定し構成要件の符合をみとめる基準を「法益の共通性および行為の共通性」に求める⁶。しかし、構成要件の「実質的な重なり合い」とは、実のところ、罪質の符合ないし法的同価値性ということと同じであり、なぜそこまで緩和できるのか、その理論的根拠は明らかでない⁷。

10 また、立法者が別個の構成要件ないし別個の法律としていることを、単に立法技術上のものといって軽視することは罪刑法定主義に反する。A-3説は、本件のように麻薬と覚せい剤にまたがる錯誤があった場合構成要件に該当するとするが、存在するのは「麻薬」「覚せい剤」という構成要件のみであり、両罪を含む薬物犯罪構成要件というようなものは存在せず、それに該当する犯罪もあり得ない⁸。

15 結局のところ、A-3説はその実質においては、2つの構成要件自体の符合ではなく、各構成要件の内容を抽象化した概念の一致を問題にしている。すなわち、麻薬と覚せい剤の符合を認めるとき、使用者に慢性中毒の状態を惹起し、個人、社会に重大な害悪をもたらすおそれのある薬物であるということを考えている⁹。

よって、実質的な構成要件の拡張を認めるA-3説は、罪刑法定主義の根本を否定するものであるため、採用しない。

(4) B説(抽象的符合説)について

20 検察側と同様の理由により採用しない。

Ⅲ. 本問の検討

第1. 事例1について

25 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いて、覚せい剤所持罪(覚せい剤取締法41条の2の1項)が成立するか。

2. (1) Xは、「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」しており、その客観的構成要件要素を充足する。

30 (2) ではXの故意(38条1項本文)は認められるか。Xは本件覚せい剤を麻薬であるコカインと誤信して所持しており、麻薬および向精神薬取締法66条1項違反の故意で覚せい剤取締法41条の2の1項違反に該当する罪を犯している。そのため、認識していた事実と発生した事実が異なる構成要件にまたがって食い違っている、いわば抽象的事実の錯誤に当たり、その処理が問題となる。

⁶ 川端博『刑法総論講義〔第3版〕』(成文堂,2013年)269頁。

⁷ 井田良『講義刑法学・総論』(有斐閣,2008年)194頁。

⁸ 浅田和茂『刑法総論〔補正版〕』(成文堂,2007年)323頁。

松宮孝明『刑法総論講義〔第4版〕』(成文堂,2009年)192頁。

⁹ 町野朔「法廷的符合について(下)」『警察研究』(良書普及會,1983年)第54巻第5号6頁。

(3) この点、弁護側は A-1 説を採用する。つまり構成要件間の重なり合いの判断基準として、その重なり合いが法条競合の関係に立つ場合に限り、軽い罪が成立すると解する。具体的には、加重事由がある場合、減輕事由のある場合、財産犯の中で認識と事実に食い違いがある場合の 3 種類のどれかに当たる場合に重なり合いがあると考える。

5 (4) 本問において、覚せい剤取締法 41 条の 2 の 1 項と麻薬および向精神薬取締法 66 条 1 項は、違法薬物の輸入という行為に対して罰則を与えているという点で共通している。しかしながら、上記 2 つの構成要件は、それぞれ別の薬物(覚せい剤取締法 41 条の 2 の 1 項はフェニルメチルアミノプロパン等、麻薬および向精神薬取締法 66 条 1 項は同法の別表で掲げられるもの全て)に対して規制を加えており、その構成要件間には加重または
10 減輕の関係などの法条競合に当たる関係が存在しない。

よって、構成要件間に重なり合いは存在せず、覚せい剤取締法 41 条の 2 の 1 項における X の故意は認められない。

(5) 以上より、X の行為に覚せい剤所持罪(覚せい剤取締法 41 条の 2 の 1 項)は成立しない。また、過失犯の規定が存在しないため、覚せい剤所持罪の過失犯も不処罰である。

15 3. もっとも、本件において X は自身が麻薬であるコカインを所持しているという認識・認容を有しているところ、実際にコカインを所持して外国から輸入をするという結果が発生していないので、麻薬所持未遂罪(麻薬および向精神薬取締法 66 条 1 項、3 項)が成立する。

4. 以上より、X の行為には、麻薬所持未遂罪(麻薬および向精神薬取締法 66 条 1 項、3 項)
20 が成立し、X はその罪責を負う。

第 2. 事例 2 について

1. Y は覚せい剤 599.5g を税関に申告せずに輸入しようとした行為について、禁制品輸入罪(関税法 109 条 1 項)が成立するか。

25 (1) Y は、覚せい剤 599.5 g という「輸入してはならない貨物」である「覚せい剤」を「輸入」しており、その客観的構成要件要素を充足する。

(2) では、Y の故意(38 条 1 項本文)はあるか。Y は本件覚せい剤をダイヤモンドの原石であると誤信して輸入しようとしており、関税法 111 条 1 項 1 号違反の故意で関税法 109 条 1 項違反の罪を犯している。そのため、認識していた事実と発生した事実が異なる構成要件にまたがって食い違っている、いわば抽象的事実の錯誤に当たり、その処理が問題となる。
30

(3) この点、弁護側は A-1 説を採用する。つまり構成要件間の重なり合いの判断基準として、その重なり合いが法条競合の関係に立つ場合に限り、軽い罪が成立すると解する。具体的には、加重事由がある場合、減輕事由のある場合、財産犯の中で認識と事実に食い違いがある場合の 3 種類のどれかに当たる場合に重なり合いがあると考える。

35 (4) 本問において、関税法 111 条 1 項 1 号は、許可受けるべき貨物について当該許可を受けないでその貨物を輸入した者に罰則を与えている。また、関税法 109 条 1 項は、覚

せい剤などの関税法 69 条の 11 に定められた貨物を輸入した者に罰則を与えている。つまり上記 2 つの罰則について、一方は許可の申請をすれば持ち込むことのできるのにそれをしなかった不許可物の持ち込みの禁止を、一方は禁輸入禁止物の持ち込みの禁止を定めている点で、処罰の対象を異にし、2 つの構成要件間には加重または減輕の関係な

5

よって、構成要件間に重なり合いは存在せず、関税法 109 条 1 項における X の故意は認められない。

(5) 以上より、Y の行為に禁制品輸入罪(関税法 109 条 1 項)が成立しない。また、過失犯の規定が存在しないため、禁制品輸入罪の過失犯も不処罰である。

10

3. もっとも、本件において Y は自身がダイヤモンドの原石を所持しており、それを税関長の許可なく輸入するという認識・認容を有しているところ、実際にダイヤモンドの原石を所持して、許可なく輸入をするという結果が発生していないので、無許可輸入未遂罪(関税法 111 条 1 項 1 号、3 項)が成立する。

15

4. 以上より、Y の行為には、無許可輸入未遂罪(関税法 111 条 1 項 1 号、3 項)が成立し、Y はその罪責を負う。

IV. 結論

X に麻薬所持未遂罪(麻薬および向精神薬取締法 66 条 1 項、3 項)が、Y に無許可輸入未遂罪(関税法 111 条 1 項 1 号、3 項)が成立し、それぞれその罪責を負う。

20

以上