

I. 反対尋問

- 5 1. 検察レジュメ3頁21行目「①行為態様の共通性②保護法益の共通性によって判断する」とあるが、どのような基準で共通性を判断するのか、またそれはどの程度の範囲か。
2. C-2説において、行為様態・保護法益の共通性に着目し、それによって構成要件の実質的な重なり合いを判断するが、共通性を見出す際に各構成要件を抽象化しているのか。また、その根拠は何か。
- 10 3. 検察レジュメ3頁37行目に「構成要件の故意(38条1項本文)とは、特定の構成要件該当事実の認識認容」とあるのにもかかわらず、C-2説では「主観と客観的事実が異なる構成要件にまたがっても、行為者は行為規範に直面しているといえ、尚も犯罪を犯した者を処罰しても「不意打ち」とはならない」(3頁23行目)とするのは、「特定の」構成要件該当事実について、認識がない場合にも故意犯として処罰してしまっている点で矛盾していないか。

15 II. 学説の検討

A説(具体的符合説)について1

- 方法の錯誤の場合には予見事実と実現事実との間に齟齬があって、具体的に両事実は符合しないから、故意が認められず、予見事実についての未遂と実現事実についての過失となる。一方、客体の錯誤では予見事実と実現事実との間に齟齬はないとして、ただちに実現事実について故意があるとするのであるとする。しかし、もともと行為者の主観を重んずるところにこそ具体的符合説の本旨があるはずである。したがって、客体の錯誤の場合において、行為者の主観的意図に適合しないにもかかわらず、故意を認めることはこの説の建前と矛盾する。よって、弁護側はA説を採用しない。
- 20

B説(抽象的符合説)について2

- 本説は故意を「違法な行為一般を行う意思」として抽象化するものである。しかし、故意を抽象化するあまり犯罪の客観面と主観面との構成要件的な対応関係を破壊するものになってしまう。よって、妥当ではなく、弁護側はB説を採用しない。
- 25

C説(法定的符合説)について

C-1説(厳格法定的符合説)について

- 構成要件が形式的にみて包摂関係になければならないとする見解は、例えば同意殺人罪と殺人罪のように、行為者の行為と結果という行為者による軽い罪の客観的構成要件が満たされているのにも拘らず犯罪が何ら成立しないこととなる場合がある。
- したがってこの説をとると、同意殺人罪の故意をもって人を殺したとき、被害者の同意が実際にあった場合には同意殺人罪が成立し、被害者の同意がなく単純に人を殺めた場合には不可罰となる。かかる結論は罪刑の均衡を失するものであり妥当ではない。よって、弁護側はC-1説を採用しない。
- 30

35 C-2説(実質的法定的符合説)について3

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のでは、罪刑法定主義は成り立たない。したがって、構成要件の実質的な重なり合いを基準とするこの説は妥当ではない。

よって、弁護側はC-2説を採用しない。

40

以上の通り、検察側が提起した上記の説について採用しうる説がなかったため、弁護側は新たにC-3説(厳格符合説)を提起する。

1 植松正 『再訂刑法概論』(勁草書房, 1985年) 277頁

2 中山研一 『口述刑法総論 補訂2版』(成文堂, 2007年) 226頁

3 浅田和茂 『刑法総論補正版』(成文堂, 2007) 323頁

C-3説(厳格符合説)⁴

当説は法定的符合説の重なり合いの範囲を刑の加重事由・減軽事由のある場合、財産犯のなかで認識と事実に食い違いがある場合とし、その重なり合いはともに法条競合の関係に立つ場合に限定した説である。

- 5 本説は抽象的事実の錯誤において重要な重なり合いの基準を「法条競合」にたつ場合と明示している点で、同一罪質や実質的な同質といった価値判断の介在する他の基準や、その上その範囲が必ずしも明確にならない他説よりも、合理的である。

よって、弁護側はC-3説を採用する。

10 III. 本問の検討

第一. Aの罪責について

1. Aのメタンフェタミンを含む覚せい剤(以下、本件薬剤)を携帯している行為は覚せい剤取締法第41条の2の1項に違反しないか。
2. Aはメタンフェタミンという覚せい剤を所持していたといえ、本罪の客観的構成要件要素をみたらす。
- 15 3.(1)しかし、Aは本件薬剤をコカインだと誤信し譲り受けたため、麻薬所持罪(麻薬及び向精神薬取締法66条1項)の故意のみが存在する。そのため刑法38条2項により、覚せい剤所持罪の故意は原則認められない。しかし、より軽い罪である麻薬所持罪の故意の範囲で犯罪を成立させることができな
- 20 (2)この点、弁護側は前述のとおりC-3説を採用する。この説によれば、認識と事実が構成要件的に一致している限り故意は阻却されないとする。具体的には認識と事実が刑の加重事由や減軽事由がある場合や財産犯の中で認識と事実に食い違いがある場合で、かつ両者が法条競合の関係にある場合にのみ構成要件的な重なり合いを認め、重なり合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。
- 25 (3)これを本問についてみるに、覚せい剤取締法41条の2 1項と麻薬及び向精神薬取締法66条の1項は客体が異なるため加重事由等にあらず、法条競合の関係にないといえ、構成要件的な重なり合いは認められず、本罪における故意は認められない。
- (4)以上によりAは覚せい剤取締法41条の2 1項の罪責を負わない。
4. もっとも、コカイン所持という結果は発生していないが、Aにはコカインを譲り受ける実行の着手はあるので、麻薬所持未遂罪(麻薬及び向精神薬取締法66条の2 1項及び3項)が成立する。

30

第二. Cの罪責について

1. CのAから覚せい剤を譲り受ける行為が覚せい剤譲受罪(覚せい剤取締法41条の2 1項)に当たるかが問題となる。覚せい剤譲受罪(覚せい剤取締法41条の2 1項)の構成要件は覚せい剤を譲り受けることである。
- 35 2. (1)CはAから覚せい剤を譲り受けていることから覚せい剤譲受罪(覚せい剤取締法41条の2 1項)の客観的構成要件要素をみたらす。
- (2)しかし、Cはいつも使っていた危険ドラッグを譲り受けるつもりでAに「使い終わったからくれよ」といい、本件薬物を受け取った。よって、Cは指定薬物譲受罪(医薬品、医療機器等の品質、有効性及び安全性の確保等に関する法律76条の4)の故意であるから、重い罪の覚せい剤譲り受けは成立しない(38条2項)。
- 40 3. (1)そこで、かかる場合にCが認識している軽い罪の範囲で犯罪が成立しないか問題となる。
- (2)本件では、覚せい剤譲り受け罪(覚せい剤取締法41条の2、1項)と指定薬物譲受罪(医薬品、医療機器等の品質、有効性及び安全性の確保等に関する法律76条の4)とは客体が異なるため加重事由等にあらず、法条競合の関係ではないため故意は阻却される。
- 45 (3)よって、違法薬物等譲り受け罪(医薬品、医療機器等の品質、有効性及び安全性の確保等に関する

⁴ 香川達夫 『刑法講義【総論】 第三版』(成文堂, 1982年) 268頁

法律76条の4)は成立しない。

4. 以上により、Cは何ら罪責を負わない。

IV. 結論

5 Aは麻薬所持未遂罪(麻薬及び向精神薬取締法66条の2 1項及び3項)の罪責が成立し、Cは何ら罪責を負わない。

以上