

只木ゼミ前期第3問検察レジュメ

文責:1班(木下、鈴木、塚越、塚本、橋本、村本)

I. 事実の概要

5 A はコカインを数十回に渡り使用していた。今まで取引のあった売人が逮捕されたことから違法薬物の売人である B から平成 27 年 11 月 29 日に初めてコカイン 1g を 6 万円で購入した。この後、3 か月の間に A は B から 5 回に渡りコカイン計 5g を計 30 万円で購入した。平成 28 年 2 月 29 日に八王子市所在の飲食店内で A は「いつものが欲しいんだ」と B に話したところ、B は「最近はずつとかマトリがあたりをうろついてやがる」「こっちは危険な道渡ってるんだから値上げしてもいいよな」と言い結晶状の
10 覚せい剤「以下、本件薬物という」2g をメタンフェタミンを含む覚せい剤であると伝えずに 20 万円で A に売った。A は帰宅直後の同日午後 2 時に A 宅にて本件薬物 0.1 g を経口摂取にて使用したところ、いつもと使用感が違ったが、疑問には思わず本件薬物について B に確認を取らなかった。

また、A は本件薬物 1g を携帯して平成 28 年 3 月 20 日に八王子市内で友人 C と会った。両者が使用していた危険ドラッグ CRL-40,940 について話していたところ、C は同月 18 日に当該危険ドラッグを使い切っていたため「使い終わったからくれよ」と言い、A は同月 18 日に当該危険ドラッグを使い切っていたが「コカインも危険ドラッグも変わらない」と考え、本件薬物を特に何であるかも伝えずに C に無償で譲り渡した。
15

なお、CRL-40,940 は平成 28 年 3 月 9 日に公布され同月 19 日に施行された、平成 28 年厚生労働省令第 28 号により、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第二条第十五項に
20 規定する「指定薬物」に指定された薬物を含む危険ドラッグである。

A と C の罪責について論ぜよ。ただし、東京都薬物の濫用防止に関する条例は考慮しないものとする。

参考判例：最高裁判所第一小法廷決定昭和 61 年 6 月 9 日

II. 問題の所在

25 刑法 38 条 2 項は「重い罪に当たるべき行為をしたのに、行為の時にその重い罪に当たることとなる事実を知らなかった者は、その重い罪によって処断することはできない。」としているが、軽い罪の故意が存在する場合に、その軽い罪の故意犯が成立しないか。

本問では、A はメタンフェタミンを含む覚せい剤をコカイン(麻薬)である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 項違反の罪を犯している。
30 また、C は右覚せい剤を CRL-40,940(危険ドラッグ)であると誤信して所持しており、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 違反の故意で覚せい剤取締法 41 条の 2 の 1 項違反の罪を犯している。そのため、異なる構成要件にまたがる事実の錯誤として抽象的事実の錯誤にあたり、その処理が問題となる。

35 III. 学説の状況

A 説(具体的符合説)¹

故意犯が成立するためには、行為者の認識した事実と発生した事実とが『具体的に』符合・一致する必要があるとする説。

B 説(抽象的符合説)²

40 行為者の危険性に着目し、行為者が認識した事実と実現した事実とが異なる構成要件にまたがる場

¹ 川端博『刑法総論講義(第3版)』(成文堂,2013年)248頁

² 川端・前掲 263頁参照

合でも、何らかの「犯罪的意思」に基づいて犯罪結果を実現した者は、その危険性につき実現した犯罪事実と故意に抽象的な符合があるため、故意を阻却しないとする見解。

C 説(法定的符合説)

また C 説については、罪の「重なり合い」の基準により説が分かれる。

5 C-1 説(厳格法定的符合説)³

故意の認識対象を構成要件ごとに完全に個別化・具体化する見解。これによれば、抽象的事実の錯誤の場合のほとんどは、発生事実について故意が阻却される。例外的に、認識した X 罪と実現した Y 罪との間に包摂関係が存在するばあいには、重なり合う範囲内で故意犯が認められる。

C-2 説(実質的法定符合説)⁴

- 10 行為者が表象した事実と発生した犯罪事実が構成要件を異にする場合、原則として故意を阻却する。ただし、行為者の表象した事実と現実に発生した事実が構成要件内で実質的に重なり合う範囲の限度において故意犯を認める。

IV. 判例

- 15 最高裁昭和 54 年 3 月 27 日第一小法廷決定 刑集 33 卷 2 号 140 頁

〈事実の概要〉

被告人 A は法定の除外事由がないのに、営利の目的で覚せい剤を本邦に輸入しようと企て、被告人 A はタイ国内で購入した麻薬であるジアセチルモルヒネの塩類である粉末約 90 グラムを覚せい剤と誤認して携帯し、航空機に搭乗して、東京都大田区羽田空港所在の国際空港羽田飛行場に到着して本邦内にこれを持ち込み、もって右麻薬を輸入した。

- 20 〈判旨〉

麻薬と覚せい剤とは、ともにその濫用による保健衛生上の危害を防止する必要上、麻薬取締法及び覚せい剤取締法による取締の対象とされているものであるところ、これらの取締は、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、その取締の目的において同一であり、かつ、取締の方式が極めて近似して、輸入、輸出、製造、譲渡、所持等同じ態様の行為を犯罪としているうえ、それらが取締の対象とする麻薬と覚せい剤とは、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かんがみると、麻薬と覚せい剤との間には、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。

- 30 本件において、被告人は、営利の目的で、麻薬であるジアセチルモルヒネの塩類である粉末を覚せい剤として誤認して輸入したというのであるから、覚せい剤取締法 41 条 2 項、1 項 1 号、13 条の覚せい剤輸入罪を犯す意思で、麻薬取締法 64 条 2 項、1 項、12 条 1 項の麻薬輸入罪にあたる事実を実現したことになるが、両罪はその目的物が覚せい剤か麻薬かの差異があるだけで、その後の犯罪構成要件要素は同一であり、その法定刑も全く同一であるところ、前記のような麻薬と覚せい剤との類似性にかんがみ
- 35 ると、この場合、両罪の構成要件は実質的に全く重なり合っているものとみるのが相当であるから、麻薬を覚せい剤と誤認した錯誤は、生じた結果である麻薬輸入の罪についての故意を阻却するものではないと解するべきである。してみると、被告人の前記の所為については、麻薬取締法 64 条 2 項、1 項、12 条 1 項の麻薬輸入罪が成立し、これに対する刑も当然にそれによるものというべきである。

40 V. 学説の検討

³ 阿部純二等『刑法基本講座(第 2 巻)』(法学書院,1994 年)242 頁

⁴ 大谷實『刑法講義総論(新版第 4 版)』(成文堂,2013 年)176 頁

A 説(具体的符合説)について⁵

具体的符号説には第一に方法の錯誤と客体の錯誤でその取扱いを異にする点、また第二に方法の錯誤において、未遂も過失も処罰されない場合に処罰に間隙が生ずる。

よって検察側は A 説を採用しない。

5 B 説(抽象的符合説)について⁶

B 説は故意を「何らかの犯罪的意思」にまで抽象化してしまうため、客観的構成要件該当性の判断の段階で個別化した、犯罪行為を再び抽象化することとなり、それぞれの構成要件に独自の法的評価があることを没却するものである。

したがって、検察側は B 説を採用しない。

10 C 説(法定的符合説)について

C-1 説(厳格法定符合説)について⁷

この説は構成要件の「重なり合い」を厳格に理解するところ、あまりにも厳格かつ形式的に考えてしまうと、例えば、恐喝罪は被害者の任意の意思に基づいた財物・利益の移転を構成要件とするのに対し、強盗罪は任意の意思に基づかない財物・利益の移転を構成要件とするから、前者の構成要件が後者の構成要件と重なり合っているとは言えなくなる。このように、過度に処罰範囲が限定されてしまい、結論の妥当性を欠く。

よって、検察側は C-1 説を採用しない。

C-2 説(実質的法定符合説)について⁸

そもそも構成要件とは法益侵害(行為)類型であるから行為と結果の類似性を限度に重なり合いを認めるべきである。そこで構成要件の重なり合いの判断基準は①行為様態の共通性②保護法益の共通性によって判断される。この二つの要件を満たす限度において構成要件の重なり合いを認めるのであれば、たとえ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。

よって、検察側は C-2 説を採用する。

25

VI. 本問の検討

第 1. A の罪責について

1. A の覚せい剤(以下、本件薬剤)を所持している行為は、覚せい剤所持罪(覚せい剤取締法第 41 条の 2 の 1 項)に当たるようにも思える。

30

しかし A は、3 ヶ月間に渡りコカインの取引を行っていた B に、「いつものが欲しいんだ」といって覚せい剤を譲り受けて、コカインだと誤信し所持していたため、麻薬所持罪の故意(38 条 1 項本文)しかない。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、A には麻薬所持罪(麻薬及び向精神薬取締法第 66 条 1 項)の故意があるため、かかる軽い罪の限度で故意犯が成立しないか。軽い罪の故意に対応する、客観的構成要件該当性がないため問題となる。

35

(2)そもそも、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をいう。

そうだとすれば、いわゆる抽象的事実の錯誤の場合には構成要件該当事実の認識認容がないため原

⁵ 立石二六『刑法総論(第 4 版)』(成文堂,2015 年)211 頁

⁶ 井田良『講義刑法学・総論』(有斐閣,2009 年)189 頁以下

⁷ 川端博『事実の錯誤の理論』(成文堂,2007 年)121 頁

⁸ 西田典之『刑法総論(第 2 版)』(弘文堂,2010 年)235 頁

井田・前掲 192 頁以下参照

則として故意が阻却される。

もつとも、構成要件が実質的に重なり合う場合には、重なり合う限度で共通の構成要件を見出すことができ、その共通構成要件該当事実についての認識認容は認められるので、かかる場合には重なり合う限度で軽い犯罪の故意が認められ、故意犯が成立するべきであると考ええる。

5 そして、この構成要件の重なり合いの判断基準について検察側は実質的法定的符合説(C-2説)を採用する。構成要件とは違法で有責な行為の類型であるから、構成要件の重なり合いについては①保護法益及び②行為様態の共通性を基礎として判断するべきである。

3. 本件において、覚せい剤所持罪と麻薬所持罪とでは、社会の衛生、安全という保護法益が共通して

10 い
るといえる(①充足)。また覚せい剤とコカインはその形状、毒性が類似している薬物であり、それを譲り受け、譲渡するという行為様態の面も類似している(②充足)。

したがって、Aには麻薬所持罪の故意に対応する客観的構成要件該当性が認められるので、Aの覚せい剤を所持している行為につき、麻薬所持罪が成立する。

15 4. またAのCに対して覚せい剤を譲渡する行為についても同様に、覚せい剤をコカインと誤信したまま譲渡しているが、社会の衛生、安全という保護法益及び類似した薬物を譲渡するという行為様態において共通性が認められるので(①②充足)、軽い罪である麻薬譲渡罪(麻薬及び向精神薬取締法第66条1項)が成立する。

第2. Cの罪責について

20 1. CのAから覚せい剤を譲り受ける行為は、覚せい剤譲受罪(覚せい剤取締法第41条の2の1項)に当たるといえる。

しかしCはAが同じく使用していた、危険ドラッグであるCRL-40,940を「使い終わったからくれよ」といい、Aから覚せい剤を譲り受けているため、覚せい剤を譲り受けたという故意はなく、危険ドラッグを譲り受けたという故意しかない。

25 2. そこでCについてもAと同様に、①保護法益及び②行為様態の共通性を基準として、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第76条の4)の故意に対応する客観的構成要件該当性が認められるかを検討する。

3. 本件においては、覚せい剤譲受罪と指定薬物譲受罪とでは、社会の衛生、安全という保護法益が共通している(①充足)。また、覚せい剤と危険ドラッグであるCRL-40,940とはその毒性が類似しており、それを譲り受けるという行為様態の面も類似している(②充足)。

30 したがって、Cには指定薬物譲受罪の故意に対応する客観的構成要件該当性が認められるので、Cの覚せい剤を譲り受ける行為につき、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第76条の4)が成立する。

VII. 結論

35 Aの行為には麻薬所持罪及び麻薬譲渡罪(麻薬及び向精神薬取締法第66条1項)が成立し、両罪は包括一罪として処理される。

Cの行為には指定薬物譲受罪(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第76条の4)が成立し、その罪責を負う。

以上