

I. 反対尋問

- 5 1. 検察側レジュメ 4 頁 23 行目において「一般人」とはいかなるものを指すか。
2. 検察側レジュメ 4 頁 25 行目以下において「「一般人」が同義と感じられるだけの「実質的」・「実体的」な符合を基準にする」とあるが、それはなにか。
3. 検察側レジュメ 4 頁 25 行目以下において、罪刑法定主義は立法政策と密接に関わるところ、立法政策的観点から設定された構成要件の形式的な符合よりも、一般人を基準とした
- 10 実質的な符合を優先させるとするならば、罪刑法定主義がないがしろにされ、刑法の自由保障機能が害されることにならないか。
4. 検察側レジュメ 5 頁 14 行目以下において「法益の共通性と行為の共通性、行為客体の共通性、立法技術上別個の条文に書き分けて規定されることにより、別個の構成要件とされているか否か、という基準に基づき」とあるが、検察側の説の検討においてまったく触れら
- 15 れていないのはなぜか。

II. 学説の検討

A 説(具体的符合説)について

- 本説は、あらゆる具体的な事実において、認識した内容と発生した事実が具体的に一致し
- 20 ていなければ故意は認められないとする見解である。しかし認識した内容と発生した事実とが構成要件的に異なる抽象的事実の錯誤では、いかなる場合も故意が認められず、過失犯が成立するにとどまり妥当でない¹。

ゆえに、弁護側は A 説を採用しない。

25 B 説(抽象的符合説)について

- 本説によれば、殺人の故意で実行行為に出て犬を殺すとき、表象した内容は「器物損壊」である。また、発生した内容も「器物損壊」であるため器物損壊罪の既遂が成立する。しかし、行為者の故意内容は「殺人」であって「器物損壊」についての故意ではない。そのため、かかる場合にまで器物損壊罪の故意既遂を認めると、ある犯罪についての故意があれば発
- 30 生した犯罪の故意についても認められることになる。だが、このような故意の抽象化は罪刑法定主義に反するため妥当ではない²。

ゆえに、弁護側は B 説を採用しない。

C-2 説(実質的構成要件的符合説)について

¹ 川端博『刑法総論講義[第3版]』(成文堂, 2013年)249頁参照。

² 立石二六『刑法総論[第3版]』(成文堂, 2008年)217頁参照。

本説は構成要件の重なり合いを実質的に考え、構成要件の符合が認められる基準を「法益の共通性および行為の共通性」とする。しかし、この見解は一般人を基準として「法益」と「行為態様」の共通性を判断するため、重なり合いの認められる範囲の明確性を欠く。また、本説では実質的な構成要件の拡張も認められるため、罪刑法定主義の根本を否定するものであり妥当ではない³。

ゆえに、弁護側は C-2 説を採用しない。

C-1 説(厳格な構成要件の符合説)について

本説は構成要件相互に重なり合いが認められると考えられる事例を、①刑の加重事由がある場合②逆に減軽事由がある場合③財産犯において認識と事実に食い違いがある場合の3類型に分類し、重なり合いが認められる場合とは法条競合の関係に立つ場合に限定されるとする説である⁴。

本説は重なり合いが認められる範囲を法条競合が認められる場合に限定した点で、処罰範囲が明確であり、処罰範囲を過度に拡張させるものでもない。

ゆえに、弁護側は C-1 説を採用する。

Ⅲ. 本問の検討

第1 小問1について

1. (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 0.05g 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)は成立するか。
2. (2)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 0.05g を所持していたため、覚せい剤取締法 41 条の 2 の 1 項の客観的構成要件を充足する。(3)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認して所持しており、麻薬及び向精神薬取締法 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。

(4)ここで弁護側は厳格な構成要件の符合説をとる。すなわち異なる構成要件間の重なり合いの限度を法条競合の関係に立つ場合に限るというものである。具体的に述べると、重なり合いを認める範囲を①刑の加重事由のある場合②逆に減軽事由のある場合③財産罪において認識と事実に食い違いがある場合の 3 つに限定するというものである。

(5)そこで、X の当該行為について覚せい剤取締法 41 条の 2 の 1 項の故意が成立する

³ 山中敬一『刑法総論[第2版]』(成文堂,2008年)340頁参照。

⁴ 香川達夫『刑法講義(総論)[第3版]』(成文堂,1995年)268頁。

か。

本問において、覚せい剤取締法 41 条の 2 の 1 項と麻薬及び向精神薬取締法 66 条 1 項は、違法薬物の所持に対して罰則を加えているという点において共通している。

しかしながら、上記 2 つの構成要件はそれぞれ別の薬物に対し規制を加えており、その構成要件間には加重または減軽の関係などの法条競合も認められない。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。

(6)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。また同罪には過失犯の規定は存在しないため、覚せい剤所持罪の過失犯も不処罰である。

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する結果が生じていない。しかし麻薬所持罪(麻薬及び向精神薬取締法 66 条 1 項)の実行の着手は認められるので麻薬所持未遂罪(麻薬及び向精神薬取締法 66 条 1 項、3 項)が成立する。

4. 以上より、X の行為については麻薬所持未遂罪(麻薬及び向精神薬取締法 66 条 1 項、3 項)が成立し、X はその罪責を負う。

第 2 小問 2 について

1. (1)Y が営利目的をもって麻薬であるジアセチルモルヒネの塩類である粉末を税関長の許可を受けずに輸入した行為について、営利目的麻薬輸入罪(麻薬及び向精神薬取締法 64 条 2 項)は成立するか。

2. (2)Y は麻薬であるジアセチルモルヒネの塩類である粉末を税関長の許可を得ず輸入したため、麻薬及び向精神薬取締法 64 条 2 項の客観的構成要件を充足する。

(3)では、Y の故意(38 条 1 項本文)は認められるか。

Y は本件麻薬であるジアセチルモルヒネを覚せい剤と誤認して輸入しており、覚せい剤取締法 64 条 2 項の故意で麻薬及び向精神薬取締法 41 条 2 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。

(4)ここで、弁護側は厳格な構成要件的符合説をとる。すなわち、異なる構成要件間の重なり合いの限度を法条競合の関係に立つ場合に限るというものである。具体的に述べると、重なり合いを認める範囲を①刑の加重事由のある場合②逆に減軽事由のある場合③財産罪のなかで認識と事実に食い違いがある場合の 3 つに限定するというものである。

(5)そこで、Y の当該行為について麻薬及び向精神薬取締法 64 条 2 項が成立するか。

本問において、麻薬及び向精神薬取締法 64 条 2 項と覚せい剤取締法 41 条 2 項は違法薬物の所持に対して罰則を加えているという点において共通している。

しかしながら、上記 2 つの構成要件はそれぞれ別の薬物に対し規制を加えており、

その構成要件間には加重または減軽の関係などの法条競合も認められない。よって構成要件間に重なり合いは存在せず、麻薬及び向精神薬取締法 64 条 2 項の故意は認められない。

(6)以上より、X の行為に営利目的麻薬輸入罪(麻薬及び向精神薬取締法 64 条 2 項)は成立しない。また、同罪には過失犯の規定は存在しないため、営利目的麻薬輸入罪の過失犯も不処罰である。

3. もっとも本件において Y は自身が覚せい剤を営利目的で税関長の許可を受けず輸入していることに認識・認容を有しているところ、実際に覚せい剤を輸入する結果が生じていない。しかし営利目的覚せい剤輸入罪(覚せい剤取締法 41 条 2 項)の実行の着手は認められるので、営利目的覚せい剤輸入罪の未遂(覚せい剤取締法 41 条 2 項、3 項)が成立する。

4. 以上より Y の行為については営利目的覚せい剤輸入未遂罪(覚せい剤取締法 41 条 2 項、3 項)が成立し、Y はその罪責を負う。

15 IV. 結論

X は麻薬所持未遂罪(麻薬及び向精神薬取締法 66 条 1 項、3 項)の罪責を負い、Y は営利目的覚せい剤輸入未遂罪(覚せい剤取締法 41 条 2 項、3 項)の罪責を負う。

以上