

I. 事実の概要

- 5 下記2つの事例を読み、X・Yそれぞれの罪責について論ぜよ。但し、2つの事件は何ら関係がなく、XY間には何のつながりもないものとする。

小問1

被告人Xは、法定の除外事由なく、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を麻薬であるコカインと誤認して所持していた。

- 10 Xは、いかなる罪責を負うか。

小問2

被告人Yは、法定の除外事由なく、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、覚せい剤と誤認して、税関長の許可を受けずに輸入した。

Yは、いかなる罪責を負うか。

15

[参考条文]

小問1

覚せい剤取締法41条の2 1項

麻薬及び向精神薬取締法66条1項

20 小問2

覚せい剤取締法41条2項

麻薬及び向精神薬取締法64条2項

(なお、最高裁昭和54年3月27日決定では、関税法109条1項と同法111条1項の関係も問題となっているが、その後法改正があり、現在では覚せい剤も輸入禁制品になっていることに注意)

25

参考判例:最高裁昭和61年6月9日第一小法廷決定
最高裁昭和54年3月27日第一小法廷決定

30 **II. 問題の所在**

小問1について

本問において、Xは客観的には覚せい剤取締法41条の2・1項の罪に該当する行為を行っているが、主観的には麻薬及び向精神薬取締法66条1項の罪の認識をしている。実際にXが所持していたのは、覚せい剤であるから38条2項により、覚せい剤取締法41条の2・

35 1項は成立しない。では、このように客観的に実現された事実と認識事実とずれが生じる場合、故意(38条1項)があるといえるのか。

また、故意犯が認められる場合、どのような範囲で罪責が成立するか。

小問2について

本問において、Yは営利の目的をもって、麻薬であるジアセチルモルヒネの塩類を税関長の許可を受けずに輸入しており、営利目的麻薬輸入罪(麻薬及び向精神薬取締法64条2項)の客体について、同罪の実行行為を行っているといえる。

しかし、Yは本件粉末をジアセチルモルヒネ等の麻薬ではなく、覚せい剤であると認識しており、同罪の故意はないといえるが、Yには営利目的覚せい剤輸入罪(覚せい剤取締法41条2項)についての故意がある以上、故意既遂犯が認められないか。

10 III. 学説の状況

A説(具体的符号説)¹

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ていなければ故意は認められないとする説。

15 B説(抽象的符号説)²

表象した内容と発生した結果とが意思ないし性格の危険性の点で抽象的に符号していれば、故意は阻却されないとする説。

C説(法定的符号説)

20 行為者が認識した事実と実際に生じた事実のそれぞれの構成要件間に共通する要素を見出して事実の重なり合いを探求し、行為類型としての共通性がある場合は、結果に対して故意を認定してもよい³、とする説。

C-1説(厳格な構成要件的符号説)⁴

25 抽象的事実の錯誤における「重なり合い」の意味については、構成要件上の形式的重なり合いと解する説。

C-2説(実質的構成要件的符号説)

30 構成要件の「重なり合い」を実質的に考える見解であり、「法益の共通性および行為の共通性」が構成要件の実質的な重なり合いを肯定し構成要件的符号を認める基本的な基準であり、これを前提として、行為客体の共通性、立法技術上別個の条文に書き分けられて規定されることにより別個の構成要件とされているのかをも考慮する⁵説。

¹ 松宮孝明『刑法総論講義〔第4版〕』(成文堂,2009年)196,197頁。

² 日高義博『刑法における錯誤論の新展開』(平成3年)13頁以下。

³ 川端博『刑法総論講義〔第3版〕』(成文堂,2013年)267頁。

⁴ 団藤光重『刑法綱要総論〔第3版〕』(創文社,1990)299頁。

香川達夫『刑法講義(総論)〔第3版〕』(成文堂,1995年)268頁。

⁵ 前掲・川端269,274,275頁。

IV. 判例

判例 昭和 30 年(う)1369 麻薬取締法違反被告事件

昭和 31 年 4 月 26 日 大阪高等裁判所 破棄差し戻し

(事実の概要)

5 被告人は麻薬注射液を覚せい剤であると誤信して所持していた。

(原判決)

被告人が本件麻薬注射液を覚せい剤であると誤信して所持していたものであるから麻薬所持の故意を欠き罪とならない。

10

(判旨)

軽い甲罪の犯意を以て重い乙罪の事実を実現した場合において、両者その罪質を同じくするときには甲罪の既遂を以てこれに問擬すべきものと解するのが相当とするところ、右覚せい剤の所持は覚せい剤取締法第四一条第一項第二号に該当し、麻薬の所持は麻薬取締法第六四条第一項に該当し、この二つの法条について罪質の異同を検討すると、両者は共にその中毒性習慣性のため個人並に社会の保健衛生に危害を及ぼすことの多い薬剤について濫用を取締まろうとするものでその目的を同じくし（覚せい剤取締法第一条麻薬取締法第一条参照）、且つ、その取締方式においても極めて相似たものがあるのであつて、両者別異の法律を以てこれを規定したのは単に沿革的理由によるにすぎないのであり、また、その刑に

15 軽い甲罪の犯意を以て重い乙罪の事実を実現した場合において、両者その罪質を同じくするときには甲罪の既遂を以てこれに問擬すべきものと解するのが相当とするところ、右覚せい剤の所持は覚せい剤取締法第四一条第一項第二号に該当し、麻薬の所持は麻薬取締法第六四条第一項に該当し、この二つの法条について罪質の異同を検討すると、両者は共にその中毒性習慣性のため個人並に社会の保健衛生に危害を及ぼすことの多い薬剤について濫用を取締まろうとするものでその目的を同じくし（覚せい剤取締法第一条麻薬取締法第一条参照）、且つ、その取締方式においても極めて相似たものがあるのであつて、両者別異の法律を以てこれを規定したのは単に沿革的理由によるにすぎないのであり、また、その刑に

20 軽い甲罪の犯意を以て重い乙罪の事実を実現した場合において、両者その罪質を異にするものと解することができない。従つて、原審認定の前記事実に対しては軽い覚せい剤取締法第四一条第一項第二号を以て処断すべきものといわねばならない。

(引用の趣旨)

25 本問との類似性は被告人が麻薬注射液を覚せい剤であると誤信して所持していた点にみられる。被告人が認識していた事実と現実との間に相違があった場合、またそれらが法律に抵触しうるか否かを検討する際に参考になると考え引用する。

V. 学説の検討

30 A 説(具体的符合説)について

犬だと思って発砲したが、犬だと思っていた対象が蹲っている人間だったという場合のように、実際には行為者がそこにあると思つた客体が必ずそこに・そのような態様で存在するとは限らない⁶。対してこの説は事実の錯誤において、認識している事実と実際に発生

⁶ 井田良『刑法総論の理論構造』(成文堂, 2008 年)91 頁。

した事実が完全には一致しないことから、常に故意を阻却し、発生した事実については過失犯が成立するにすぎず⁷妥当性を欠いている。

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

悪い意思を処罰すべきであるとして刑事政策的配慮を優先させるあまり、故意を抽象化⁸し、犯罪ごとの違法の質的な相違を一切否定している点に置いて、罪刑法定主義および規範を手段とする一般予防の要請⁹という観点から不合理である。

よって検察側は B 説を採用しない。

10

C-1 説(厳格な構成要件的符号説)について

この説は、故意の認識対象たる事実を、各構成要件ごとに個別化するものであるから、認識した罪と実現した罪との間に構成要件上の包含関係が存在するときのみ軽い罪の故意犯を認める。ここで、故意の本質は該当刑罰法規を具体化した行為規範に当たる事実を認識し、これを実現しようとするところにあるが、C-1 説では行為規範レベルの認識内容に注目することがないため、実質的な故意の希薄化をまねきかねないため、妥当ではない¹⁰。

15

よって検察側は C-1 説を採用しない。

C-2 説(実質的構成要件的符号説)について

20

構成要件が異なっても、実質的に構成要件が重なり合っている場合には、その範囲で発生した事実につき故意の成立を認めても、行為者にとって「不意打ち」の結果とはならないのであって、構成要件が法技術的に作り上げられた観念形象である以上、それを専門的観点から認識し得ない「一般人」にとっては、その構成要件が指示している「実体」を現実に表象・意欲しているかどうか、決定的に重要であることになる。

25

そうすると、立法政策的・立法技術的観点から設定された構成要件の厳密な「形式的」符号よりも、一般人が同義と感じられるだけの「実質的」・「実体的」な符号を基準にすることが、現実の故意の内容に相応するのであり、当の行為者にとっても不当な結果責任を追及することにはならず¹¹、妥当である。

よって、検察側は C-2 説を採用する。

30

VI. 本問の検討

1 小問 1 について

⁷ 堀内捷三『刑法総論[第 2 版]』(有斐閣, 2008 年)102 頁。

⁸ 堀内・前掲 103 頁。

⁹ 井田・前掲 89 頁。

¹⁰ 井田良『講義刑法学・総論』(有斐閣, 2008 年)189 頁。

¹¹ 前掲・川端 274 頁。

- (1) Xは覚せい剤所持罪(覚せい剤取締法 41 条の 2 第 1 項)の罪責を負うか。
(2) 同罪の客体は覚せい剤であるが、Xが所持していたフェニルメチルアミノプロパン塩酸塩は覚せい剤であり、同罪の客体となり得る。

また、同罪の実行行為たる「所持」を行っているといえる。

- 5 (3) では、同罪の故意(38 条 1 項本文)があったといえるか。

故意があるといえるためには、客観的構成要件要素についての認識・認容があることが必要であるが、Xは本件粉末を覚せい剤ではなく、麻薬であるコカインと認識しているのであって、覚せい剤であることについての認識・認容はない。

よって、同罪は成立せず、Xは同罪の罪責を負わない。

- 10 (4) しかし、Xには麻薬所持罪(麻薬及び向精神薬取締法 66 条 1 項)の故意が認められる以上、故意既遂犯が認められないかが問題となる。

この点、故意の成立を認めるために決定的なことは、構成要件該当事実の意味ないし性質について理解していることである。そして、検察側は C-2 説を採用するところ、行為者 X が認識した事実に対する罪と実際に生じた事実に対する罪との間に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両罪の間に実質的に構成要件的重なり合いが認められる場合には、重なり合う限度において構成要件該当事実の意味ないし性質の理解があるといえるのでこの場合には故意既遂犯を認めることができる。そして、38 条 2 項の「重い罪によって処断することはできない」との規定は、上記のような意味で重なり合いが肯定される限りで軽い罪を認めるということ

15 性を排斥するものではなく、38 条 2 項を根拠にして構成要件の拡張ないし修正を許容し、重い罪の客観的構成要件を、軽い罪の客観的構成要件として代用することを意味する。

本件においては、両罪の保護法益はともに公共安全であり、行為は所持である。また、行為客体たる覚せい剤とコカインは、強い中毒性・習慣性を有するという点において、その性質上類似しており両罪は軽い麻薬所持罪の限度で実質的に重なり合うものといえる。

したがって、38 条 2 項により構成要件の拡張ないし修正が認められ、軽い罪である麻薬所持罪の構成要件該当事実が存在しなくても重い罪である覚せい剤所持罪の構成要件該当事実がそれに代替するため、Xの行為には麻薬所持罪(麻薬及び向精神薬取締法 66 条 1 項)が成立する。

2 小問 2 について

- (1) Yは営利の目的をもって、麻薬であるジアセチルモルヒネの塩類を税関長の許可を受けずに輸入しており、営利目的麻薬輸入罪(麻薬及び向精神薬取締法 64 条 2 項)の客体について、同罪の実行行為を行っているといえる。

- (2) しかし、Yは本件粉末をジアセチルモルヒネ等の麻薬ではなく、覚せい剤であると認

識しているのであって、同罪の故意はないといえる。

- (3) しかし、Yには営利目的覚せい剤輸入罪(覚せい剤取締法 41 条 2 項)についての故意がある以上、かかる罪の故意既遂犯が認められないかが問題となる。

この点について、小問 1 と同様であるところ、本件においては、両罪の保護法益はとも
5 もに公共安全であり、両罪ともにその営利性ゆえに刑が加重されており、輸入という
行為も共通である。また、行為客体の類似性ないし共通性は小問 1 と同様であり、法定
刑も同一であるから、両罪は実質的に重なり合うものといえる。

よって、営利目的麻薬輸入罪と営利目的覚せい剤輸入罪の構成要件が実質的に重なり
10 合う限り、実現された営利目的麻薬輸入罪の故意が認められるのであるから、Yの行
為には営利目的麻薬輸入罪(麻薬及び向精神薬取締法 64 条 2 項)が成立する。

VII. 結論

Xは麻薬所持罪(麻薬及び向精神薬取締法 66 条 1 項)の罪責を負い、Yは営利目的麻薬輸
15 入罪(同法 64 条 2 項)の罪責を負う。

以上