

I. 反対尋問

- 5 1. 検察側は、一般人が同義と感ぜられるだけの実質的な符合を基準にする(検察レジュメ 4 頁 25 行)実質的符合説を採用しているが、この基準は明確とは言えず、法的安定性を欠くことにならないか。
2. 検察側は、覚せい剤であるという具体的な認識までは必要とはしていないが、これは「事実の認識」を不要としているとも捉えることができ、仮に認識内容が構成要件の枠外であっても故意犯として処罰を認めることを意味し、罪刑法定主義の見地から問題とならないか。
- 10 3. 検察側は、X は、アタッシュケースの中身は大麻類と認識している(検察レジュメ 5 頁 2 行目)と評価しているが、あくまでも X は A の言動などから予測しているものにすぎないため、X が事実を認識していると評価するのは不適當ではないか。

II. 学説の検討

15 A 説(抽象的符合説)について

この説は、行為者が反対動機を形成するための規範は構成要件の形式で与えられることを無視するものである¹。

- また、犯罪ごとに違法の質的な相違があるのに、それを軽視し、故意が構成要件該当事実を認識の対象としている事を否定するのは罪刑法定主義や責任主義といった刑法の基本原則に抵触するものであり妥当でない。
- 20

よって、弁護側は A 説を採用しない。

B-2 説(実質的符合説)について

- 25 検察側は、構成要件を専門的観点から認識し得ない「一般人」にとっては、構成要件の厳密な符合よりも、一般人が同義と感ぜられるだけの実質的な符合を基準にする方が、現実の故意の内容に相応すると主張している²。

しかし、例えば、一般人が同義と感ぜられるだけの実質的に符合している死体遺棄罪と単純遺棄罪については、法益が異なるため、構成要件は重なり合わないと解することになり、これは検察側の主張と矛盾するのではないか。

- 30 また、B-2 説に立つと、構成要件的重なり合いの判断に法益の共通性と行為の共通性を考慮するために、異なる法律間における犯罪にも実質的な重なり合いを認めることになるが、これは立法者がわざわざ別個の構成要件ないし別個の法律に基づいて成立するとした犯罪を同一の構成要件ないし同一の法律とみなすに等しく、罪刑法定主義に反する。すなわち、B-2 説は、本問のように構成要件要素が択一的関係にある場合にも、いわば「薬物所持罪」とでもいうべき共通の構成要件を新たに認めるものである。とすれば、
- 35 実質的には新たな構成要件を創出するに等しく、立法権の領域に介入しひいては超実定法的な構成要件を肯定することになり、構成要件概念によって罪刑法定主義の潜脱を図ることとなるため妥当ではない³。

よって、弁護側は B-2 説を採用しない。

B-1 説(形式的符合説)について

- 40 そもそも、構成要件の故意とは構成要件に該当する事実の認識をいい、この認識が存在しなければ故意も

¹ 牧野英一『刑法総論下巻』(有斐閣,1948年)574頁。

² 大塚仁『刑法概説(総論)[第三版増補版]』(有斐閣,2005)213頁(井田・前掲191頁参照)。

³ 松宮孝明『薬物事犯と抽象的事実の錯誤』(立命館法学,1994年)4巻236号791頁以下。

また存在しない。とすれば、構成要件該当事実を離れて故意の存否を判断することは妥当ではなく、行為時に存在した犯罪事実と発生した犯罪事実とが構成要件的に重なりあう限度で発生した犯罪事実に故意を認めるこの見解⁴は構成要件を基礎とする判断基準である点において妥当である。

- そして、構成要件の故意が存在するためには構成要件該当事実が必要であるとの考え方を貫徹するならば、法条競合(1個の行為が2個以上の刑罰法規に該当するような外観を有するが刑罰法規相互の関係上その一方のみが適用され、他は排除される場合をいう)の場合には異なる構成要件間であっても本来の一罪であるため、この限りにおいてのみ構成要件の重なりあいを肯定するのが妥当である。
- よって、弁護側はB-1説を採用する⁵。

10 III. 本問の検討

1.Xの罪責

Xが覚せい剤を日本に輸入した行為につき、覚せい剤輸入罪及び所持罪(覚せい剤取締法41条、41条の2)が成立しないか。

- 15 (1)XはAから覚せい剤を渡され、それを日本に輸入し所持していると言えるため客観的構成要件は充足し
そうである。もっとも、Xは、アタッシュケースの中身は大麻やマリファナなどの大麻類と認識しており、
少なくとも覚せい剤ではないと思っているため、刑法38条2項の規定により、重い罪の認識がない行為者
を、重い罪によって処罰することはできない。

(2)したがって、本件においてXには覚せい剤輸入罪及び所持罪(覚せい剤取締法41条、41条の2)は成立しない。

- 20 2.もっとも、本件ではXは麻薬類(大麻・マリファナ、スマートドラッグ等々)を運んでいる認識は有していた。
かかる場合、軽い犯罪事実である麻薬輸入罪及び所持罪(麻薬及び精神薬取締法64条、64条の2)は成
立しないか。

- 25 (1)この点につき、行為者が認識していた事実と、現実には発生した事実とが異なる場合、故意犯の成立を認め
られるか学説上争いがあるところ、法定的符合説のうち、より構成要件の故意規制機能を重視する形式的法
定符合説を採用する。本説によれば、故意の構成要件関連性を厳格に解する結果、重なり合いの意味を構成
要件上の重なり合いと捉えるため、符合を認める範囲は狭くなる。

- 30 (2)これを本件についてみると、Xはアタッシュケースの中身は麻薬類であると認識し、実際には覚せい剤
を運んでいる。覚せい剤輸入罪及び所持罪(覚せい剤取締法41条、41条の2)と、麻薬輸入罪及び所持罪(麻
薬及び精神薬取締法64条、64条の2)は法益や行為態様は類似しているが、その構成要件の重要な要素た
る客体は全く異なる覚せい剤と大麻であるから、その構成要件において重なり合いは認められないと言え
る。ここで、もしこのような場合にも重なり合いを認め、罪を認めることとすると、罪刑法定主義ひいては
刑法の自由保障機能を害することになってしまう。

(3)したがって、Xが認識していた麻薬類という事実と、実際の覚せい剤という事実は具体的に一致しない
ため、本件でXには故意は認められない。

- 35 3.よって、Xには麻薬輸入罪及び所持罪(麻薬及び精神薬取締法64条、64条の2)は成立しない。

IV. 結論

Xの行為に麻薬輸入罪及び所持罪(麻薬及び精神薬取締法64条、64条の2)は成立しない。

以上

⁴ 福田平『全訂刑法総論[第三版増補]』(有斐閣,1965年)115頁。

⁵ 香川達夫『刑法講義(総論)[第3版]』(成文堂,1996)268頁(大谷寛『刑法講義総論[新版第2版]』(成文堂,2007)190頁)。