

I. 事実の概要

- 5 乙は暴力団関係者であるから甲から、「中身は開くな。数日預かってほしい」と言われ、紙袋を受け取った。乙は、袋の中に違法薬物が入っている可能性が高いと思ったが、甲との関係を悪化させたくないと考え、中身を確認しないまま自宅クローゼットに保管した。
- 10 数日後、甲から「すぐに紙袋を信頼できる人に渡して預かってもらえ」と指示がきた。乙は知人丙に「揮発しやすい化粧品が入っているため、中身は開かずに預かってほしい」と頼んだ。丙は昔ながらの関係である乙の言葉を信じ、中身を確認しないまま自宅にて保管していた。そのさらに数日後、警察の捜索により、袋内から覚せい剤が発見された。乙、丙は「覚せい剤とは知らなかった」と供述している。
- 15 甲、乙、丙の罪責を論ぜよ。

最高裁平成2年2月9日第二小法廷決定

II. 問題の所在

1. 乙は袋の中に違法薬物が入っている可能性が高いと思っているのみであって、覚醒剤所持の認識までは有していなかった。かかる場合、故意が認められるか。
- 20 2. 甲は乙に対し本件紙袋を預かることを依頼しているが、本件紙袋の中身が覚醒剤であることを乙に伝えていない。かかる場合、甲と乙に共謀が認められるか。共同正犯の処罰根拠から問題となる。

III. 学説の状況

25 1. 故意の内容

A説（不法・責任符号説）

覚醒剤の未必の認識がある場合にだけ故意を認める見解¹。

B説（実質的故意論）

- 30 覚醒剤の認識は、「類」の認識にとどまる場合にも故意を認める趣旨であるとする見解。その内部で、二つに分かれる。

¹ 小池直希「薬物事犯における[違法な薬物]の認識の意義」早稲田大学院法研論集(2018)152頁参照。

B-1説

覚醒剤の認識は、「類」の認識のように緩和された形で足りる、もっとも認識対象から覚醒剤が除外されている場合や、覚醒剤に匹敵するような重い評価を受ける薬物ではないと認識していた場合には、覚醒剤の認識は否定されとする見解²。

5

B-2説

覚醒剤の認識としては、あくまで「種」の認識が必要であるが、「類」の認識が認められる場合には、特別な場合を除いては、「種」の認識の証明として十分であるとする見解³。

10

2.共犯の処罰根拠

α説（惹起説[因果的共犯論]

「共犯は、他人によって引き起こされた法益侵害と因果性を有するがゆえに処罰される」という考え方である。すなわち、共犯とは、他の犯罪関与者を媒介とした間接的法益侵害行為と解するのである。それゆえ、そこでは、侵害された法益が共犯者自身に対しても保護されていると言うことが必要となる⁴。かかる説の内部には、以下三つの考え方がある。

15

α-1説（純粹惹起説）

共犯は正犯の違法な結果と因果関係をもてばよいとする⁵見解。この考え方によれば、正犯行為は、なんらかの違法行為であればよく、正犯行為に構成要件該当性がなくとも共犯は成立し得るとされる⁶。

20

α-2説（修正惹起説）

狭義の共犯が正犯者の実行行為を通じて結果を惹起することを強調し、正犯者の違法評価に対する共犯者の違法評価の従属性から出発するのが「修正惹起説」である。本説によれば、共犯の処罰根拠は、正犯者からみて構成要件に該当し違法といえる事態を招来したことに求められる⁷。

25

² 小池・同上153頁参照。

³ 小池・同上153頁。

⁴ 西田典之(橋爪隆 補訂)『刑法総論[第4版]』(弘文堂,2025)367頁。

⁵ 西田・同上367頁参照。

⁶ 西田・同上368頁参照。

⁷ 松原芳博『刑法総論[第3版]』(日本評論社,2022)431頁参照。

α-3説（構成要件的惹起説[混合惹起説]）

関与者の誰かの行為が構成要件を充足することが、共犯の処罰根拠になると解する⁸見解。狭義の共犯の処罰根拠を共犯者と正犯者の双方からみて構成要件に該当し違法といえる事態の惹起に求める⁹。

5

β説（不法・責任共犯説）

かかる説は、共犯は正犯を誘発・助長したことにその処罰根拠があるとする考え方¹⁰である。教唆犯は他人に犯罪を実行させれば足りるのであって、自分が犯罪結果を目指す必要はない¹¹。

10

IV. 判例

1. 故意の内容

東京高判平16年3月5日LEX/DB 28115046

[事実の概要]

15 被告人らは、氏名不詳の黒人男性から衣類等のサンプル運搬を依頼されたが、その旅程や回数、仕事内容に比して相当に多額な報酬を認識していた。また、本件スーツケースは、底上げ加工により大麻約5キログラムが隠匿されていたため、中身のサンプル品に対して明らかに異様な重量(1個あたり約18～20kg)であった。被告人らはバンコクで内容物の量や現物を確認した上で、これを1人2個ずつ携行していた。さらに、依頼者の指示に従って来日目的や荷物の所有者について虚偽の供述をし、税関検査でも不合理な弁解や嘘の回答を行っていた。

20

[判旨]

被告人らが、運搬していた本件スーツケースに、大麻等を含む身体に有害で違法な薬物類(以下、単に「違法有害な薬物類」という。)が隠匿されていたことの少なくとも未必的認識・認容があったことが優に推認されるから、被告人らにつき本件犯行についての概括的故意を認定することができる。……これらを運搬していた被告人らは、本件犯行時においては、スーツケース内に違法有害な薬物類が隠匿されていることを少なくとも未必的に認識していたものと優に認められる。……若干付言するに、違法有害な薬物類との認識については、違法有害な薬物類に間違いのないという意味での確定的なものに限らず、未必的なものでも足りると解されるから、隠匿物が違法有害な薬物類かもしれないがそれでもや

25

30

⁸ 西田・同上368頁。

⁹ 松原・同上432頁参照。

¹⁰ 松宮孝明「現代刑法の理論と実務・総論 狭義の共犯」法学セミナー(2019)101頁。

¹¹ 松宮孝明「特集 法律的に考えよう！第3部 さあ、考えてみよう！条文解釈の仕方」法学セミナー(2000)28頁。

むをえないと考えたのであれば、薬物の種については概括的故意ではあるが当該薬物隠匿所持の未必的認識・認容があるといえるのである。

[引用の趣旨]

5 本判決の被告人は、本件スーツケースに違法薬物が入っている確定的な認識は有していないものの、従前の状況から本件スーツケースの中身に懐疑的な念を抱いていた。本間における乙も紙袋内に違法薬物が入っているという確定的な認識は有していないものの、何らかの違法薬物が入っている可能性が高いと考えている。よって本判決と類似していると考え、引用した。

10 2. 違法薬物の認識

第二小決平成25年10月21日刑集第67巻7号755頁

[事実の概要]

被告人らは、氏名不詳者らと共謀の上、営利の目的で、平成22年6月2日、ベナン共和国の空港において、約248.1グラムの覚せい剤(以下、「本件覚せい剤」とする。)を2包に小
15 分けし、粘着テープ等で隠匿したうえで、これを茶色のソフトスーツケース(以下、「本件スーツケース」とする。)内に収納し、航空機の預託手荷物として搭載された。その後、本スーツケースはフランス共和国のシャルル・ド・ゴール国際空港で別便に積み替えられ、同月4日に成田国際空港へ到着した。被告人は、成田空港の税関審査において、覚せい剤を所持・携帯している事実を申告しないまま旅具検査場を通過しようとしたが、税関職員
20 による検査で本件スーツケース内から覚せい剤が発見されたため、輸入は未遂に終わった。

[判旨]

覚醒剤密輸組織が関与する事案では、「運搬者に対荷物の回収方法について必要な指示等をした上で覚せい剤が入った荷物の運搬を委託するという密輸方法を採用するのが通
25 常」であり、「運搬者の知らない間に覚せい剤をその手荷物の中に忍ばせる」方法は「特別な事情」がある場合に限られるとした。その上で、本件ではそのような特段の事情は認められず、被告人は密輸組織から本件スーツケースの運搬を依頼されていたと認定できることなどから、「本件スーツケースの中に覚醒剤等の違法薬物が隠匿されているかもしれないことを認定していたと推認できる」として、被告人の知情性を肯定し、第1審判決の
30 無罪認定を経験則の適用を誤ったものとして是認できないと判示した。

[引用の趣旨]

被告人が少なくとも違法薬物が隠匿されている可能性を認識していたと推認できるとしている。これは、客観的事実及び経験則に照らして、少なくとも違法薬物に関する認識を有していたと推認できることを示すものである。そして、これは違法薬物という概括的故

意で足りるとする平成2年決定を前提としているため、検察側が採用するB説に親和的である
と考える。

3. 共同正犯の処罰根拠

5 最二小決平成30年10月23日刑集72巻5号471頁判時2405号100頁

[事実の概要]

被告人XとAは、制限時速60kmの道路を時速約130km以上の高速度で連なって走行し、事故現場の交差点に差し掛かった。同交差点の信号機は約32秒前から「赤」を表示していたが、両名は赤色信号を殊更に無視する意思で、時速100kmを上回る高速度でA車、X車の順
10 に連続して進入した。その結果、信号に従い進入してきたB運転の貨物自動車にA車が衝突し、同乗者C・Dが車外に放出された。さらに、後続のX車が路上に転倒したDを轢過(れ
きか)して引きずるなどし、結果として4名を死亡させ、1名に重傷を負わせた。

[判旨]

XとAは、互いに、相手が本件交差点において赤色信号を殊更に無視する意思であることを認識しながら、.....速度を競うように高速度のまま本件交差点を通過する意図の下に赤
15 色信号を殊更に無視する意思を強め合い、時速100kmを上回る高速度で一体となって自車を本件交差点に進入させたといえとし、XとAは、赤色信号を殊更に無視し、かつ、重大な交通の危険を生じさせる速度で自動車を運転する意思を暗黙に相通じた上、共同して危険運転行為を行ったものといえるから、Xには、A車による死傷の結果も含め、危険運転致
20 死傷罪の共同正犯が成立する。

[引用の趣旨]

本判決は、被告人XとAに明示的な共謀はなかったものの、黙示的な共謀を認定し共同正犯の成立を認めたものである。本問においても、甲は乙に対し本件紙袋の中に覚醒剤が入っていることを伝えていないが、乙は違法薬物が入っている可能性が高いと考えているから、黙示的な共謀が認められると考え、本決定を引用した。
25

V. 学説の検討

1. 故意の内容

A説（不法・責任符号説）

30 このような専門的な法律知識を犯人に求めた場合、法律に明るい者のみ処罰可能となる上、一般の被疑者が全て無罪となるという結論となる。法的事項の当てはめは裁判官の職務であって、被疑者は意味の認識さえあれば故意として十分である。

よって、検察側はA説を採用しない。

B-1説（覚醒剤の認識は、「類」の認識のように緩和された形で足りる、もっとも認識対象から覚醒剤が除外されている場合や、覚醒剤に匹敵するような重い評価を受ける薬物ではないと認識していた場合には、覚醒剤の認識は否定されとする見解）

5 違法薬物であるとの認識を有しているにもかかわらず、覚醒剤と同程度に重い薬物であるとの認識まで要求することは、実質的には覚醒剤そのものについての具体的認識を要求するのに近く、故意の成立範囲を不当に狭めるおそれがある。

そもそも、故意の本質は、構成要件該当行為の反社会性・違法性を基礎付ける重要な事実を認識しつつ行為に出た点にある。そうである以上、違法薬物である可能性を認識しながらこれを認容している場合には、覚醒剤と同程度の反社会性を有する薬物であるとの認識まで要求する必要はない。

よって、検察側はB-1説の見解を採用しない。

15 B-2説（覚醒剤の認識としては、あくまで「種」の認識が必要であるが、「類」の認識が認められる場合には、特別な場合を除いては、「種」の認識の証明として十分であるとする見解）

実行行為時に現に生じた客観的犯罪事実が該当すると考えられる構成要件の重要部分の認識があれば、行為時に思い描いていた自招とずれた結果や因果経過が生じて、故意は認められる。故意の成立に必要な認識の対象である重要な事実とは、①故意「非難」という観点から、「一般人ならばその罪の違法性を意識し得る(その罪の規範に直面し得る)事実の認識」が必要となる。そして、②具体的故意犯の成立範囲の確定の要請から、各構成要件の主要事実の認識が要求される。故意の成立には、正当化事由等の構成要件以外の実事認識も影響する¹²。また、薬物の種類は多種多様で、常に新たな薬物が製造されている以上、厳格に故意を判断すると、薬物ごとに法令を定める必要があり、政策的な面から妥当ではない。

25 よって、検察側はB-2説を採用する。

2.共同正犯の処罰根拠

α説（惹起説[因果的共犯論]

α-1説（純粹惹起説）

30 かかる説は、たとえば、Aという弁護士がBという被疑者に対して、Bの刑事事件の証拠隠滅を教唆した場合、この弁護士Aは、刑法104条の教唆犯として可罰的になるかと言う点において、問題が生じる。本説は、共犯の処罰根拠は法益侵害との因果性にあるとする。

¹² 前田雅英『刑法総論講義[第8版]』（東京大学出版会,2024）199頁。

したがって、証拠隠滅罪の場合、犯人が証拠を隠滅しても、責任がないだけで法益侵害はなお存在するのであるから、この弁護士Aは当然に証拠隠滅罪の共犯ということになる。すなわち、本説の考え方によれば、正犯行為は、なんらかの違法行為であればよく、正犯行為に構成要件該当性がなくとも共犯は成立し得るとされるのである。この考え方を徹底すれば、秘密漏示罪(刑法134条)の主体とはされていないが、医者と患者の会話を聞いて患者の秘密を知るに至った看護師を教唆して、患者の秘密を漏示させた場合でも、秘密漏示罪の教唆犯が成立することになる。そこでは、正犯はいないが共犯がいるという奇妙な状況になるのである¹³。

よって、検察側はα-1説を採用しない。

α-3説（構成要件的惹起説）

かかる説によれば、正犯行為が不法であったとしても、共犯者については不法が認められない場合があり得ることとなる。その結果、同一の犯罪結果に関与しているにもかかわらず、正犯と共犯との間で違法性判断が相対化されることになる¹⁴。しかし、共犯も正犯の実現した犯罪を共同して惹起する点にその違法性の本質がある以上、違法性を過度に相対化することは、共犯の処罰根拠を不安定にするおそれがある。さらに、特に結果無価値論を前提とする場合には、不法の中心は結果侵害に求められる以上、正犯結果の存在のみから共犯の不法を導くこととなり、共犯固有の不法を十分に説明しきれないという問題もある¹⁵。

よって、検察側はα-3説を採用しない。

β説（不法・責任共犯説）

かかる説は、たとえば、殺し屋を現行犯逮捕するために、わざと誰かをおとりにして、殺人を未遂で終わらせるつもりで殺し屋に殺人を依頼する者は、自らは犯罪結果を目指す者ではない。

このような「未遂の教唆」でも、他人に「殺人未遂」という犯罪を実行させている以上、その教唆犯に間違いないというのである。他人を犯罪者に仕立ててあげながら自分は刑事責任を免れると言うのは不公平である¹⁶。

よって、検察側はβ説を採用しない。

¹³ 西田・同上368頁。

¹⁴ 松宮孝明「現代刑法の理論と実務・総論 狭義の共犯」法学セミナー(2019)101頁。

¹⁵ 伊東研祐「共犯論-その1: 共犯の意義と形態ならびに処罰根拠」法学セミナー(2007)101頁参照。

¹⁶ 松宮孝明「特集 法律的に考えよう! 第3部 さあ、考えてみよう! 条文解釈の仕方」法学セミナー(2000)28頁。

α-2説（修正惹起説）

純粹惹起説が共犯者に対する評価の独立性から出発するのに対して、共犯が正犯の実行行為を通じて結果を惹起することを強調し、正犯者の構成要件該当性・違法性への従属性から出発する説である。共犯者の処罰根拠は、正犯者からみて構成要件に該当し違法と言える事態を招来したことに求められる。このように、修正惹起説からは、正犯者に構成要件該当性・違法性も肯定されるとする積極的な意味での制限従属性説が帰結される¹⁷。また、処罰根拠として、正犯の構成要件の違法性ないし刑事不法の創出、換言すれば、正犯不法の創出に着目するのであるが、その中に通常は主観的にも客観的にも共犯不法を同時的に捉えることができることから、共犯不法の従属という点で原理的な相違が存するにも拘わらず、惹起説を修正したものとして位置付けられていると言い得る。不法本質論として二元的行為無価値論を取る場合にも、適合的である¹⁸。

よって、検察側はα-2説を採用する。

VI. 本問の検討

15 第1 甲の罪責について

1. 甲が乙に本件紙袋を保管させていた行為について、覚醒剤所持罪(覚醒剤取締法14条)が成立する。

(1) 甲は、「覚醒剤製造業者、覚醒剤施用機関の開設者及び管理者、覚醒剤施用機関において診療に従事する医師、覚醒剤研究者並びに覚醒剤施用機関において診療に従事する
20 医師又は覚醒剤研究者から施用のため交付を受けた者」には当たらない。

(2) 甲は、本件紙袋を乙に預けているため、自ら直接保持していない。そこで、甲に「所持」が認められるが問題となる。

ア この点、所持とは、物に対する事実上の支配管理をいう。

本件において、甲は、本件紙袋の中身が覚醒剤であることを認識した上で、乙に対しその保管を依頼している。また、甲は乙に対し、「中身を見るな」と指示している
25 ほか、「信頼できる人に預けろ」と保管方法についても具体的な指示をしている。

イ さらに、乙は暴力団員である甲との関係悪化を恐れてその指示に従っていることから、本件紙袋に対する最終的な支配権限はなお甲に帰属していたといえる。

ウ したがって、甲は乙を介して本件紙袋を事実上支配管理していたといえ、「所持」
30 が認められる。

¹⁷ 松原芳博「共犯の処罰根拠・その1-共犯の処罰根拠・惹起説内部の対立・未遂の教唆・因果性の内容」法学セミナー(2011)135頁参照。

¹⁸ 伊東・同上101頁参照。

(3) 甲は、本件紙袋の中身が覚醒剤であることを認識していたことから、故意(刑法38条1項本文)も認められる。

2. 以上より、甲には覚醒剤所持罪(覚醒剤取締法14条)が成立する。

3. さらに、甲には乙との関係で覚醒剤所持罪の共同正犯(刑法60条)が成立する。

- 5 (1) 共同正犯の処罰根拠について、検察側は修正惹起説を採用する。すなわち、共同正犯とは、共謀に基づき、他人の行為を自己の犯罪実現の手段として利用し、構成要件の結果を共同して惹起した点に処罰根拠を有する。

共同正犯が成立するには、①共謀、②①に基づく実行行為が必要である。また、①では i 意思連絡、ii 正犯意思について検討する。

- 10 ア 本件において、甲は、本件紙袋の中身が覚醒剤であることを乙に明示していないため、明示的な意思連絡は認められない。

しかし、甲は、本件紙袋の中身が覚醒剤であることを認識した上で、その保管を乙に依頼している。他方、乙も、本件紙袋の中身が違法薬物である可能性が高いと認識しながら、甲との関係悪化を避けるため、本件紙袋を保管している。

- 15 そうすると、乙は、本件紙袋の中身が違法薬物である可能性を認識しつつも、これを受け入れて保管しているのであるから、甲乙間には覚醒剤所持についての黙示的な意思連絡が認められる(i)。

- イ また、甲は、本件紙袋の中身が覚醒剤であることを認識しながら、その保管を乙に依頼していることから、自己の犯罪として覚醒剤所持を実現する意思、すなわち正犯意思が認められる(ii)。

さらに、甲は乙を介して覚醒剤所持という違法な事態を実現しており、結果惹起に対する因果的・規範的重要性を有している。

ウ 乙は、上記黙示的意思連絡に基づき、本件紙袋を自宅のクローゼット内に保管していることから、共謀に基づく実行行為(②)も認められる。

- 25 (2) また、甲は本件紙袋の中身が覚醒剤であることを認識しているから、故意(刑法38条1項本文)も認められる。

4. 以上より、甲には乙との関係で覚醒剤所持罪の共同正犯(刑法60条)が成立する。

5. なお、甲が乙に対し、「すぐに紙袋を信頼できる人に渡して預かってもらえ」と指示した行為について、覚醒剤所持罪の教唆犯の教唆犯(刑法61条2項)が成立しないか問題となる。

30 しかし、後述の通り、乙には丙に対する覚醒剤所持罪の教唆犯が成立しないため、甲にも教唆の罪は成立しない。

第2 乙の罪責について

1. 乙が本件紙袋を自宅に保管していた行為について、覚醒剤所持罪(覚醒剤取締法14条)が成立する。

(1) 乙は、「覚醒剤製造業者、覚醒剤施用機関の開設者及び管理者、覚醒剤施用機関において診療に従事する医師、覚醒剤研究者並びに覚醒剤施用機関において診療に従事する医師又は覚醒剤研究者から施用のため交付を受けた者」には当たらない。

(2) 乙は、本件紙袋を自宅のクローゼット内に保管していたことから、「所持」が認められる。

(3) もっとも、乙は本件紙袋の中身について、違法薬物である可能性が高いとは認識していたものの、覚醒剤であるとの明確な認識までは有していなかった。そこで、故意(刑法38条1項本文)が認められるかが問題となる。

故意とは、客観的構成要件該当事実の認識・認容をいう。

この点について、検察側はB・2説を採用する。すなわち、覚醒剤の認識としてはあくまで「種」の認識が必要であるが、「類」の認識が認められる場合には、特別な場合を除いては、「種」の認識の証明として足りると解する。なぜなら、かかる場合にも、覚醒剤所持行為の反社会性・違法性を基礎付ける重要な事実についての認識は存在するからである。

本件において、本件紙袋は暴力団員である甲から受け取ったものであり、さらに甲から「中身は開くな」と強制的に指示されていた。このことから、暴力団関係者である甲から本件紙袋の保管について委託があったといえる。よって、乙は本件紙袋の内容物が社会通念上強い違法性を有する薬物である可能性を認識していたといえる。そうすると、乙につき覚醒剤に匹敵する違法薬物についての認識、すなわち「類」の認識が認められる。

2. 以上より、乙には覚醒剤所持罪(覚醒剤取締法14条)が成立する。

3. なお、乙が丙に対し、本件紙袋の保管を依頼した行為について、覚醒剤所持罪の教唆犯(刑法61条1項)が成立しないかが問題となる。

しかし、後述の通り、丙には覚醒剤所持罪が成立しない。よって、「犯罪を実行させた」とはいえず、乙に教唆犯は成立しない。

第3 丙の罪責について

1. 丙が本件紙袋を自宅に保管していた行為について、覚醒剤所持罪(覚醒剤取締法14条)が成立しない。

(1) 丙は、「覚醒剤製造業者、覚醒剤施用機関の開設者及び管理者、覚醒剤施用機関において診療に従事する医師、覚醒剤研究者並びに覚醒剤施用機関において診療に従事する医師又は覚醒剤研究者から施用のため交付を受けた者」には当たらない。

(2) 丙は、本件紙袋を自宅に保管していたことから、「所持」は認められる。

5 (3) しかし、丙は、本件紙袋の中身を「化粧品」と信じており、覚醒剤を含む違法薬物であるとの認識を一切有していなかった。

また、そのような認識可能性を基礎付ける事情もうかがわれない。

したがって、丙には故意(刑法38条1項本文)が認められない。

2. よって、丙には覚醒剤所持罪(覚醒剤取締法14条)は成立しない

10

VII. 結論

甲には覚醒剤所持罪(覚醒剤取締法14条)及び乙との関係で同罪の共同正犯(刑法60条)が成立する。

乙には覚醒剤所持罪(覚醒剤取締法14条)が成立する。

15 丙には何ら罪は成立しない。

以上