

抽象的事実の錯誤と法令の適用

前 田 稔

目 次

- 第 1 はじめに
- 第 2 法令の適用における A 方式と B 方式
 - 1 刑法38条 2 項の解釈との関係
 - (1) 同項の適用範囲
 - (2) A 方式と B 方式
 - (3) 刑法第38条 2 項における「処断」の定義
 - 2 構成要件の故意との関係
 - (1) 故意を構成要件要素としない立場
 - (2) 故意を構成要件要素とする立場
- 第 3 判例にあらわれた法令の適用
 - 1 A 方式による裁判例
 - (1) A 方式
 - (2) 裁判例
 - 2 B 方式による裁判例
 - (1) B 方式
 - (2) 裁判例
 - 3 犯罪間に軽重関係がない場合の裁判例
 - (1) 犯罪間に軽重関係がない場合
 - (2) 裁判例
- 第 4 抽象的事実の錯誤における犯罪間の軽重関係
 - 1 刑法38条 2 項と犯罪間の軽重関係
 - (1) 犯罪間に軽重関係がある場合
 - (2) 犯罪間に軽重関係がない場合

2 犯罪間の軽重判断基準

- (1) 法定刑基準説
- (2) 法定刑・犯情基準説
- (3) 違法（不法）・責任の量基準説

第5 薬物事犯における抽象的事実の錯誤と没収との関係

1 問題点

- (1) 犯罪間に軽重関係がある場合
- (2) 犯罪間に軽重関係がない場合

2 没収問題と法令の適用

- (1) 法令の適用調整説
- (2) 任意的没収説

3 薬物誤認の処理と没収問題

- (1) 故意論によるアプローチ
- (2) 構成要件修正によるアプローチ
- (3) 必要的没収規定の修正によるアプローチ
- (4) A方式によるアプローチ

第6 まとめ

第1 はじめに

抽象的事実の錯誤における刑法38条2項の直接適用場面は、異なる構成要件間に実質的重なり合いが認められ、軽い罪の犯意で重い罪に当たる罪を犯した場合である。実務上、この場合における法令の適用方式には、重い罪が成立し、科刑上、軽い罪の刑で処罰するという方式と軽い犯罪が成立し、同罪により科刑されるという方式が存在してきた。本稿では、「客観的に発生した事実を基礎とする重い罪を成立罪名、行為者の認識していた事実を基礎とする軽い罪を科刑罪名とする方式」をA方式、「行為者の認識していた事実を基礎とする軽い罪を成立罪名・科刑罪名とする方式」をB方式と呼ぶこととする¹⁾。近時は、刑法38条2項を摘示することなくB方式による法令の適用がなされるに至っている²⁾。しかし、主に薬物事犯において、B方式による処理をした場合、成立罪名と異なる取締法による必要的没収規定が適用できるのかという問題が発生している。

異なる構成要件間に実質的な重なり合いが認められ、客観的に発生した罪と行為者の認識していた事実を基礎とする罪との間に軽重関係がある場合としては、上記の軽い罪の犯意で重い罪に当たる罪を犯した場合、これと反対に重い罪の犯意で軽い罪に当たる罪を犯した場合がある。さらに、犯罪間に軽重関係が認められない場合もある。同項はこれらの場合にも適用されるのであろうか。重い罪の犯意で軽い罪に当たる罪を犯した場合、同項は適用されないとするのが一般的である。犯罪間に軽重関係がない場合にも、判例は同項の適用を否定し、客観的に発生した罪の故意を阻却しないとして、行為者が認識していない事実を基礎とする罪の成立を認めている。

しかし、このような法令の適用は、錯誤者にとって少なからず違和感を覚えさせるものではないかと思われる。錯誤者が認識していた事実を基礎とする罪ではなく、錯誤者の認識に存在しなかった罪により裁かれることになるからである。また、裁判員裁判が国民の間に浸透し、その審理状況・争点・判決結果等がマスコミにおいて、大きく取り上げられようになっていることを考えると、一般人にとっても分かりにくい法令の適用ということになりかねない。

そこで、刑法38条2項の適用範囲、構成要件の故意との関係を検討した上で、A方式・B方式による裁判例、犯罪間に軽重関係がない場合の裁判例の分析を行い、同項の適用範囲との関係で、抽象的事実の錯誤における犯罪間の軽重関係をどのように判断すべきか、さらに、主として薬物事犯における没収問題について検討を進めてみたい。このような検討を行うことにより、裁判員裁判を通じて国民の関心が深まっている刑事裁判において、国民が理解しやすい法令の適用の在り方を模索できればと考えるところである。

なお、本稿はあくまでも実務家としての視点からの判例の分析・検討を中心とするものであり、学術書ではないことから、参照させて頂いた文献名をすべて網羅できていないことをお詫びするとともに、厚く感謝申し上げる次第である。

第2 法令の適用におけるA方式とB方式

1 刑法38条2項の解釈との関係

(1) 同項の適用範囲

同項は、「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。」と規定している。この条文を文言に即して解釈すれば、客観的に発生した罪が重い罪、行為者が認識した事実を基礎とする罪が軽い罪に当たる場合であり、この解釈では、同項は上記の場合にのみ適用されることになる。

そこで、行為者が認識していた事実を基礎とする罪が重い罪であり、客観的に発生した罪が軽い罪に当たる場合、あるいは犯罪間に軽重関係がない場合、同項の適用の余地はないのか、適用できないとすれば、それはどのような理由からなのか、適用の余地があるとすれば、いずれの場合か、また適用できる理論的根拠はあるのか等の問題点について、逐次、関係する項において検討することとしたい。

(2) A方式とB方式

同項の改正前の条文は、「罪モト重カルヘクシテ犯ストキ知ラサル者ハソノ重キニ従テ処断スルコトヲ得ス」とし、重い罪を犯す認識がない場合、「ソノ重キニ従テ処断スルコトヲ得ス」としていた。この旧規定を「重い罪が成立するがその重い罪で処断（科刑）することはできない」と解釈するのがA方式である。

A方式においては、下記第3.1(2)①-1の裁判例のように、「殺人幫助の点は刑法62条1項、199条に該当する」として客観的に発生した重い罪である殺人幫助罪を摘示後、「同法205条1項、62条により処断すべく」とするので、軽い罪である傷害致死幫助罪により科刑するための根拠条文として、当然に、刑法38条2を摘示する必要がある。

これに対して、旧規定の「ソノ重キ」は重き罪、「処断」を成立罪名・科刑罪名と解釈するのがB方式である。B方式では、同項は摘示されない。これは、刑法38条1項の旧規定「罪ヲ犯ス意ナキ行為ハ之ヲ罰セス」という規定との関係でないかと思われる。構成要件の故意は、構成要件の実質的な重なり合いの限度でしか認められないので、その故意の認められる限度でしか罪が成立しないことになる。したがって、B方式では同2項を摘示する必要はないこととなる。この点は、B方式による処理を肯定する最高裁判断において、参照条文として、同2項ではなく同1項が引用されていることにもあらわれている。

なお、改正後の同2項においても、上記A方式、B方式との関係で「処断」の定義が問題となるので、次の項で検討したい。

(3) 刑法第38条2項における「処断」の定義

① 「処断」の定義とA方式・B方式の関係³⁾

旧規定の「重キニ従テ」という文言は、「重い罪によって」という文言に改正されている。「罪」という文言が使用されていることから、重い罪ではなく軽い罪が成立するとのB方式を意識しての改正であると理解することもできる。しかし、この点については、口語化に際し、「重キニ従テ」という条文を明確にしたものと理解する余地もある。

したがって、「処断」の定義については、旧規定と同様に、科刑の意味であると解する立場(A方式)、成立罪名と科刑罪名の意味であると解する立場(B方式)のいずれも解釈的には併存し得る。

なお、「処断」を科刑と捉えるA方式の立場では、成立罪名と科刑罪名との間に乖離が発生することになる。犯罪の成立判断に際し、このような乖離が発生することは許されず、成立罪名と科刑罪名を同一にすべきであるとの批判があり、この立場ではB方式が支持されることになる⁴⁾。

② 刑法における「処断」という用語の定義

「処断」という用語は、刑法48条2項、50条、54条、118条2項、124条2項、216条、219条、221条等において用いられている。48条2項は、罰金に処する際の科刑の処理方式についての規定である。50条は、併合罪中に確定裁判を経た罪と経ていない罪(余罪)がある場合の余罪処理規定で、「処罰」の意味で用いられている。54条は、科刑上一罪の処理規定であり、10条により刑の軽重を判断し、「最も重い刑により処断する」としており、まさに科刑を意味する。

また、118条2項、124条2項、216条、219条、221条等は、「傷害の罪と比較して重い刑により処断する」と規定している。これらの罪の法定刑と傷害の罪の法定刑との比較により、傷害の罪が重い場合、成立罪名と科刑罪名が異なることになる。したがって、「処断」という用語は、ここでも科刑という意味で使用されることになる。例えば、221条の逮捕監禁致死罪における法令の適用は、実務上、「221条(10条により220条所定の刑と205条所定の刑とを比較し、重い傷害致死罪の刑により処断)」とされている。これは、逮捕監禁致死罪が成立し、科刑は傷害致死罪の刑により行うとの趣旨である。

以上の検討結果からは、刑法は、「処断」という用語を、科刑という意味で

使用することが多いといえる。

2 構成要件の故意との関係

(1) 故意を構成要件要素としない立場

この立場では、責任要素としての故意は責任判断の段階で犯罪識別機能を有することになり、責任判断時に刑法38条2項による成立罪名と科刑罪名が同時に決定される。また、不法・責任符合説からも、行為者の認識した犯罪の不法・責任内容が客観的に実現した不法・責任内容より量において小さいときは、前者の範囲で故意犯が成立するとされている⁵⁾。したがって、B方式の根拠となり得る。

しかし、構成要件の故意を否定する立場でも、構成要件該当性は客観的構成要件要素に基づき判断されることになるとして、一旦客観的に発生した罪が成立するとみる余地がある。行為者の主観は、責任要素としての故意判断時まで擬律判断に影響を与えない。例えば、麻薬を覚せい剤と誤認して所持した場合、責任要素としての故意は構成要件該当性判断時には犯罪識別機能を持たず、錯誤の存否にかかわらず、成立罪名は客観的に発生した麻薬所持罪とする。そして、同項を、一旦成立した罪について、行為者の犯行時の主観的認識が責任要素であることに配慮した政策的減軽規定と解し、覚せい剤所持罪の刑を科することとするのである。したがって、同項は、軽い罪を犯す認識で重い罪を犯した場合にのみ限定適用されることになる。重い罪を犯す認識で軽い罪を犯した場合（なお、この場合は、後述のとおり、軽い罪の実行行為しか認められず、本来、同項の適用場面ではない。）、あるいは犯罪間に軽重関係がない場合、同項の適用はない。この立場は、軽い罪を犯す認識で重い罪を犯した場合において、客観的に発生した重い罪の成立を認め、軽い罪の刑で科刑するというA方式の根拠ともなり得る。

(2) 故意を構成要件要素とする立場

故意を構成要件要素とする立場では、故意は犯罪識別機能を有する構成要件の故意として理解することになる。抽象的錯誤において、構成要件的な実質的重なり合いが認められる場合には、構成要件の故意も重なり合い、その故意の重なり合いの限度においての罪が成立することになる。したがって、錯誤により認識した構成要件の故意の認められる軽い罪が成立罪名・科刑罪名となり、

B方式の根拠となり得る。

しかし、構成要件の故意を認める立場でも、同項を、行為者の主観的側面（構成要件の故意）と発生した客観的側面（客観的に発生した罪）の処理に際しての特別の調整規定と解する余地がある。一般人の客観的に発生した罪に対する法感情に配慮し、客観的に発生した罪を成立罪名とする。その一方で、行為者の構成要件の故意に配慮し、科刑は構成要件の完全に重なり合う範囲で、行為者の認識していた事実を基礎とする罪により科刑する規定であると解するのである。この見解では、「処断」は科刑の意味であると解することになりA方式の根拠ともなり得ると思われる。

なお、この立場でも、重い罪を犯す認識で軽い罪を犯した場合、行為者の重い罪を犯すという認識は、同罪の構成要件の故意とはならない。単なる意図、あるいは企図に過ぎない。したがって、構成要件の故意が認められるのは、客観的に発生した軽い罪である。行為者は、軽い罪に該当する事実を構成要件の故意として認識・認容し、軽い罪を実行していることになる。ここでは、構成要件・構成要件の故意の実質的重なり合いという問題は発生しない。この点で、同項の適用対象外となる。

これに対して、犯罪間に軽重関係がない場合においては、構成要件・構成要件の故意の実質的な重なり合いが完全な形で発生している。構成要件の故意の犯罪識別機能を重視すれば、行為者が錯誤により認識した事実を基礎として罪責判断をする必要がある。したがって、この場合に客観的に成立した罪の故意阻却を認めない実務処理とは異なるが、2項ではなく1項を適用し、B方式と同様に行為者において認識していた事実を基礎とする罪の成立を認めるべきであるということになる⁶⁾。

B方式と同様の処理をすると構成要件の故意により成立罪名を決定できるが、軽い罪を犯す認識で重い罪を犯した場合におけるB方式による処理と同様、没収問題の発生は避けられない。しかし、上記構成要件の故意を認めた上で、2項を特別調整規定と解釈しA方式を採用すると、軽い罪を犯す認識で重い罪を犯した場合、あるいは犯罪間に軽重関係がない場合におけるB方式による没収問題を解消できる。

第3 判例にあらわれた法令の適用⁷⁾

1 A方式による裁判例

(1) A方式

A方式とは、抽象的事実の錯誤において、客観的に発生した罪を成立罪名とし、行為者において認識していた事実を基礎とする罪を科刑罪名とする処理方式である。刑法38条2項の摘示とともに法令の適用にあらわれる。実務上は、犯罪間に軽重関係があり、軽い罪を犯す認識で客観的に重い罪を犯した場合の処理方式であった。

(2) 裁判例

①-1 高松高判昭和24年8月29日（最3小判昭和25年10月10日，刑集4巻10号1965頁の原判決であり，同文献中に収録）

事案は，Xにおいて，正犯Yが被害者Vに傷害を加えるに至るかもしれないと認識しながら，匕首を貸与してYの行為を幫助したところ，Yが殺人の意思をもって，匕首によりVを刺し殺したというものである。

本高裁判決は，法令の適用において「被告人の判示所為中，殺人幫助の点は刑法62条1項，199条に該当する」とした上で，「殺人幫助の点は，本犯が殺人を為すことを知らず傷害を為すものと誤認して為したものであるから，刑法38条2項により同法205条1項，62条により処断すべく」としている。したがって，殺人幫助罪に該当するとし，傷害致死罪の刑で処断するとしているので，「処断」を科刑の意味で使用するA方式による処理である。

①-2 最3小判昭和25年10月10日刑集4巻10号1965頁

上記高裁判決（①-1）の上告審である本最高裁判決は，判決理由中で，「刑法38条2項の適用上，軽き犯意についてその既遂を論ずべきであって，重き事実の既遂をもって論ずることはできない。」とした上で，「客観的には，殺人幫助として刑法199条，62条1項に該当するが，軽き犯意に基づき，傷害致死幫助として同法205条，62条1項をもって処断すべきである。」と判示している。

本最高裁判決は，刑法38条2項を適用した上記①-1の法令の適用は正当であるとしていること，客観的には殺人幫助罪に該当するとした上で，傷害致死幫助罪として処断すべきであるとしていること，法令の適用において「該当」という表現を用いているが，この用語は一般的には成立罪名を指称しているこ

と、同項を摘示し、参照条文としても同項を引用していることから、「軽き犯意についてその既遂を論ずべきである」との判示部分は、軽い罪である傷害幫助罪の既遂である傷害致死幫助罪をもって処断すべきであり、重い罪である殺人幫助罪をもって処断することはできないという趣旨であると解することができる。ここでの「処断」という用語の意味は科刑の意味と解することができるので、A方式による法令の適用を是認したものといえる。

しかし、本最高裁判決の「軽き犯意についてその既遂を論ずべきであって」という表現における「論ずべき」という文言を「成立罪名とすべきである」と解する余地もある。このように、「論ずべき」という表現の解釈いかんでは、A方式、あるいはB方式のいずれであると断定することはできない。その点では、本最高裁判決は、A方式からB方式への移行期の過渡的形態とみることができる。

② 東京高判昭和35年7月15日下刑2巻7～8号989頁

事案は、Xにおいて被害者Vが駅の台上に置き忘れた被害品を占有離脱物との認識で持ち去ったが、未だVの被害品に対する占有は失われていなかったというものである。

本高裁判決は、判決理由中において「235条（窃盗）、38条2項、254条（占有離脱物横領）を適用すべき場合である」としている。軽い罪である254条のみならず、重い罪である235条をも法令の適用において示すことを求めていることから、窃盗罪を成立罪名、38条2項により、占有離脱物横領罪を科刑罪名とするA方式で処理しているとみることができる⁸⁾。

③-1 新潟地判昭和51年6月29日（最一小決昭和54年3月27日刑集33巻2号140頁の一番判決であり、同文献中に収録）

事案は、Xにおいて麻薬を覚せい剤と誤認して輸入した行為について、麻薬輸入罪（麻薬取締法）および輸入禁制品以外の貨物無許可輸入罪（関税法）が問題となったものである。

ここでは、A方式との関係で、麻薬取締法における麻薬輸入罪部分について言及する。本地裁判決の罪となるべき事実の要旨は、「被告人X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して、タイ国内で購入した麻薬を覚せい剤と誤認して携帯し、羽田飛行場に到着して本邦内にこれを持ち込み、もって麻薬を輸入した。」というものである。弁護人は、

錯誤者Xは、麻薬を覚せい剤と誤認していたものであるから、麻薬取締法違反の罪は成立しないと主張した。本地裁判決は、故意の点について、「麻薬取締法と覚せい剤取締法の取締趣旨に照らして、薬物が麻薬であるか覚せい剤であるか、そのいずれであるかの確定的な認識に基づくものであることを要しないと解するのが相当であるから、その誤認は、麻薬取締法違反の罪に関する故意を否定すべきいわれのないことは明らかである。」とした。そして、法令の適用において、麻薬輸入罪の成立を認め、犯情の軽い覚せい剤を輸入する意思で犯したものであるから、刑法38条2項により、覚せい剤輸入罪の「刑で処断する」としている。したがって、ここで使用されている「処断」という用語は、明らかに科刑の意味で使用されているのでA方式による処理である。

なお、本地裁判決は、覚せい剤であるとの誤認をした点につき、情状面で処理し、刑法38条2項を適用している。犯罪間の軽重関係の判断基準を、法定刑のみならず犯情面まで拡張した判例である⁹⁾。

③-2 東京高判昭和52年3月30日（最一小決昭和54.3.27刑集33巻2号140頁の原判決であり、同文献中に収録）

本高裁判決は、上記③-1の事案について、錯誤者Xにおける麻薬を覚せい剤と誤認していたという事実の錯誤の存在を明確に認定した上で、刑法38条2項について、「一般的な解釈はさておき、少なくとも本件のように、重い麻薬取締法違反の罪の構成要件が充足される場合には、重い同法違反の罪が成立することに疑いはなく、ただ行為者の責任は、現実に認識した事実の範囲内にとどめる、すなわち、行為者に対する刑は、軽い覚せい剤取締法違反の罪に定める刑によるべきで、重い麻薬取締法違反の罪の刑に従ってはならないという限度で、刑法38条2項が適用をみるに過ぎないと解すべきである。」として、A方式による上記③-1の一審の処理を是認している。

2 B方式による裁判例

(1) B方式

B方式とは、抽象的事実の錯誤において、行為者の認識した事実を基礎とする罪を成立罪名とし、同罪で科刑する処理方式である。成立罪名と科刑罪名は同一性を有し、刑法38条2項は、法令の適用において摘示されない。実務上は、A方式と同様に、犯罪間に軽重関係があり、軽い罪を犯す認識で客観的に重い

罪を犯した場合の処理方式である。

(2) 裁判例

① 大阪高判昭和31年4月26日高刑9巻3号317頁

事案は、Xにおいて麻薬を覚せい剤と誤信して所持したというものである。

本高裁判決は、「軽い甲罪の犯意をもっ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とするときは、甲罪の既遂をもってこれに間擬すべきものと解するのを相当とする。」とした上で「軽い覚せい剤取締法第41条1項2号をもって処断すべき」としている。軽い「甲罪の既遂をもってこれに間擬すべき」という表現から、B方式による処理であり、ここでは「処断」が成立罪名および科刑罪名の意味で使用されていると思われる。

なお、本高裁判決は、「被告人Xは、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。」と判断した原判決を破棄、差戻している。

具体的符合説を厳格に貫くと、麻薬と覚せい剤は、薬物としてその成分等において全く異なるものであり、麻薬を覚せい剤と誤認したような場合には、麻薬取締法違反罪も覚せい剤取締法違反罪も成立しないことになるとと思われる。したがって、原判決は、具体的符合説に立つ判例と理解することができる。

② 最一小決昭和54年3月27日刑集33巻2号140頁

本最高裁決定は、上記第3.1(2)③と同一事件であるが、ここで取り上げるのは、関税法違反部分である。この点に関する同③-1の地裁判決における罪となるべき事実の要旨は、「被告人Xは、税関長の許可を受けずに覚せい剤を本邦に輸入しようとして、タイ国内で購入した麻薬を、覚せい剤と誤認して携行し、羽田飛行場に到着した際、麻薬を所持していたにもかかわらず虚偽の申告をし、もって税関長の許可を受けずに麻薬を輸入した。」というものである。

関税法109条は麻薬等の輸入禁制品輸入罪、111条1項は麻薬等の輸入禁制品以外の貨物無許可輸入罪として規定されている。本最高裁決定は、「被告人Xは、覚せい剤を無許可で輸入する罪を犯す意思であったというのであるから、輸入にかかる貨物が輸入禁制品たる麻薬であるという重い罪となるべき事実の認識がなく、輸入禁制品である麻薬を輸入する罪の故意を欠くものとして、同罪の成立は認められないが、両罪の構成要件が重なり合う限度で、軽い

覚せい剤を無許可で輸入する罪の故意が成立し同罪が成立するものと解すべきである。これと同旨の第一審判決の法令の適用は、結論において正当である。」とした¹⁰⁾。これは、関税法違反の両罪間における抽象的事実の錯誤を認め、軽い罪である輸入禁制品以外の貨物無許可輸入罪が成立し、同罪で科刑すべきであるとしたもので、B方式による処理である。

なお、同③-1の地裁判決は、法令の適用において、輸入禁制品以外の貨物無許可輸入罪である関税法111条1項に該当するとしているものの、最高裁決定のように、同罪と輸入禁制品輸入罪との間の抽象的事実の錯誤としての処理をしていない。事実の錯誤として処理していたのであればA方式を採用していることから、麻薬輸入罪における処理と同様に、輸入禁制品輸入罪が成立し、刑法38条2項により、輸入禁制品以外の貨物無許可輸入罪の科刑を行うという法令の適用をしていたはずである。地裁判決の補足説明においては、弁護人は麻薬取締法違反の点のみを争っていると記載されている。これらの点からみて、検察官において、輸入禁制品であるとの故意が認められず、輸入禁制品以外の貨物無許可輸入罪としての故意の限度で起訴したものであり、関税法違反における錯誤は争点にならなかった可能性を指摘しておきたい。

なお、本最高裁決定は、同③-1の地裁における法令の適用を「結論において正当である」としている。これは、地裁判決が抽象的事実の錯誤として処理していない点で、法令の適用には問題があるものの、輸入禁制品以外の貨物無許可輸入罪が成立するとしていることから、B方式による処理と結論は異ならないという趣旨である。

③-1 横浜地裁川崎支部判決昭和60年8月20日（最一小判昭和61年6月9日刑集40巻4号269頁の一審判決であり、同文献中収録）

事案は、Xにおいて覚せい剤を麻薬と誤認して所持したというものである。

本地裁判決は、罪となるべき事実において、「被告人Xは、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0.04グラムを麻薬であるコカインと誤認して所持した」と認定した上で、法令の適用において、「覚せい剤を麻薬であるコカインと誤認して所持した点は、麻薬取締法6条1項、28条1項に該当する」としている。これはB方式による処理である。

なお、覚せい剤の没収については、「覚せい剤粉末は判示第3の罪（コカイン

ンとしての覚せい剤の所持)に係る覚せい剤で犯人の所有に属するものであるから」として覚せい剤取締法所定の必要的没収規定を適用している。

③-2 最一小決昭和61年6月9日刑集40巻4号269頁

本最高裁決定は「所持にかかる薬物が、覚せい剤であるという重い罪となるべき事実の認識がないから、覚せい剤所持罪の故意を欠くものとして、同罪の成立は認められない。」とした上で、覚せい剤所持罪と麻薬所持罪が実質的に重なり合う限度で麻薬所持罪の故意が認められ、同罪が成立するとし、B方式を採用している。

なお、弁護人は上告趣意において、「(一審判決が)法令の適用に際し、コカインと誤認して覚せい剤を所持した事実につき、何の説明を加えることなく、麻薬取締法を適用して被告人を処断したことは承服することができない。その誤りの必然の結果として、麻薬取締法違反の罪が成立するとし、同法によって懲役刑を科しながら、卒然として、附加刑として覚せい剤取締法を適用して、覚せい剤を没収せざるをえなくなったのであって、法律の適用に関して重大な食い違いを示しているといわなければならない。麻薬取締法を適用するとしながら、没収に関してのみは、覚せい剤取締法を適用するということは、構成要件の重なり合い理論からは当然には導き出しえないところである。何となれば、この理論は犯罪の成否ないしその適用法条を説明するものではあっても、麻薬取締法の犯罪が成立するとした上で、附加刑については、なお覚せい剤取締法によるとか、あるいは麻薬取締法の文言を敢えて無視して麻薬取締法68条によって覚せい剤を没収することの根拠とは為し得ないことは明らかであるからである。」と主張している。

ところで、上記①の高裁判決は、軽い覚せい剤所持罪が成立すると判示し、本最高裁判決は、軽い麻薬所持罪が成立するとしている。両者の裁判例においては、麻薬所持罪と覚せい剤所持罪の軽重関係が逆転している。これは、高裁判決の事案発生時における覚せい剤所持罪と本最高裁判決の事案発生時における同罪の法定刑が改正されていたことによる。高裁判決の事案発生時、覚せい剤所持罪は5年以下の懲役または10万円以下の罰金に処するとされていたが、本最高裁判決の事案発生時には、10年以下の懲役に処すると改正されており、麻薬所持罪の法定刑が7年以下の懲役とされたままであったことから、相対的

に、覚せい剤所持罪が軽い罪から重い罪に変化したものである。

この点、現行法では、さらに法定刑等の改正が行われている。覚せい剤所持罪は、覚せい剤取締法41条の2第1項において、10年以下の懲役、同2項において営利の目的が認められる場合は、1年以上の有期懲役または情状により1年以上の有期懲役および500万円以下の罰金、麻薬所持罪については、従前の麻薬取締法が新たに麻薬および向精神薬取締法として題名改正（平成2年法律第33号）され、ジアセチルモルヒネ等の麻薬（ヘロイン等）に関しては、同法64条の2第1項により10年以下の懲役、営利の目的が認められる場合は、同2項で1年以上の有期懲役または情状により1年以上の有期懲役および500万円以下の罰金、ジアセチルモルヒネ等以外の麻薬（一般麻薬）に関しては、同法66条1項により7年以下の懲役、営利の目的が認められる場合は、同第2項により1年以上10年以下の懲役または情状により1年以上10年以下の懲役および300万円以下の罰金に処することとされている。したがって、現行法では、ジアセチルモルヒネ等の麻薬に関しては、麻薬と覚せい剤の所持罪の法定刑は同一であり、ジアセチルモルヒネ等以外の麻薬に関しては、覚せい剤所持罪が重い罪、麻薬所持罪が軽い罪である。

3 犯罪間に軽重関係がない場合の裁判例

(1) 犯罪間に軽重関係がない場合

犯罪間に軽重関係がない場合とは、構成要件的に実質的重なり合いが認められる場合において、行為者が認識した事実を基礎とする罪と客観的に発生した罪の法定刑が同一の場合である。実務上、その錯誤は、客観的に発生した罪の故意を阻却せず、客観的に発生した罪が成立するとの処理がなされている。発生した錯誤が擬律判断に影響を与えないことから、抽象的事実の錯誤ではなく具体的事実の錯誤とする見解もある¹¹⁾。本稿では、構成要件が異なることから、抽象的事実の錯誤の一類型として整理する。

(2) 裁判例

① 最二小判昭和23年10月23日刑集2巻86号1386頁

事案は、岡山刑務所看守部長であったXが、同刑務所に未決拘留中の被告人の内妻から、保釈申請手続きに必要な医務課長名義の診断書の取り寄せを依頼され、同刑務所の囚人組織の委員長であったYと共謀して、医務課長を買収し、

虚偽の内容の診断書を作成させようとした（無形偽造教唆）が、医務課長の買収が極めて困難であったことから、Yは医務課長作成名義の診断書を偽造して内妻の依頼に答えようと決意し、病舎看病夫Zに対し、医務課長名義の診断書を偽造するように申し向けて教唆（有形偽造教唆）し、Zをして診断書1通を偽造させ、さらにZからYを通じて偽造診断書を受け取ったXは、これを内妻に交付、内妻が情を知らない弁護人をして、偽造診断書を岡山地方裁判所判事に提出・行使するのを幫助したというものである。

本最高裁判決は、Xについて、Yとの共謀による虚偽公文書作成罪の教唆の故意で、公文書偽造罪の教唆の結果が発生したとして、事実の錯誤の問題であるとした。その上で、罪質と法定刑の同一性、動機の同一性、偶然に具体的手段を変更したに過ぎないことから、実際に発生した公文書偽造教唆罪につき故意を阻却せず、教唆行為と実際に発生した公文書偽造教唆罪との間にも相当因果関係が認められるとして、同罪が成立するとした。

また、偽造公文書行使幫助罪についても、同行使罪の正犯である内妻が、偽造診断書であったことを知っていたと認めるべき証拠はないが、内妻はXに依頼し、医務課長を買収して虚偽内容の診断書を作成させようとしていたものであることは原判決の確定した事実であって、内妻の故意と現実の行為との間に錯誤があったものであるとした。その上で、「この錯誤は前に説明した同一の理由によって、故意を阻却するものでないから、内妻の所為は、偽造公文書行使罪を構成するのである。そして、被告人Xが、本件診断書が偽造であることを知らず虚偽内容の診断書と考えて、これを内妻に交付したとしても、内妻がこれを行使した以上、前に説明したのと同じ理由により内妻の偽造診断書行使の幫助についてもまたその責任を免れることはできない。」と判示している。

② 最一小判昭和25年7月11日刑集4巻7号1261頁

事案は、XがYから金銭の入手方について相談を持ちかけられ、Yに対し被害者V1方の構造や付近の地形を図解して示して金品盗取の教唆をしたところ、YはXの窃盗教唆により強盗を為すことを決意し、強盗目的でV1方の屋内に侵入したものの、母屋に進入する方法を発見できずに断念、その後も犯意を継続し、V1方の隣家である被害者V2方に押し入ることを共犯者Z他2名と謀議、Yは見張りをし、Z他2名は屋内に侵入、被害者V2に日本刀を突き

つけるなどして腕時計等を強取したというものである。

本最高裁判決は、「犯罪の故意ありとなすには、必ずしも犯人が認識した事実と、現に発生した事実とが、具体的に一致（符合）することを要するものではなく、右両者が犯罪の種類（定型）として規定している範囲において一致（符合）することをもって足るものと解すべきものであるから、いやしくも、Yの判示住居侵入強盗の所為が、被告人Xの教唆に基づいてなされたものと認められる限り、被告人Xは、住居侵入窃盗の範囲において、Yの強盗の所為について、教唆犯としての責任を負うべきは当然であって、被告人Xの教唆行為において指示した犯罪の被害者と、本犯たるYがなした犯罪の被害者とが異なる一事をもって、直ちに被告人Xに、判示Yの犯罪について、何等の責任なきものと速断することを得ないものと言わなければならない。」と判示している。その上で、本最高裁判決は、教唆行為と被教唆者の行為との間の因果関係について、原判決は、罪となるべき事実を確定していないとして破棄、差戻している。

なお、本最高裁判決は、窃盗と強盗との間においては、類型（定型）的符合が認められ、その重なる範囲内において、教唆者の責任が認められるとしている。抽象的事実の錯誤における符合の基準について、犯罪の種類（定型）という表現を用いている点が注目される。罪質および法定刑に着目して構成要件の実質的重なり合いを基準とする法的符合説とは表現が異なる。しかし、構成要件を可罰的な行為の種類であり、違法有責類型と捉える立場では、類型（定型）は構成要件のことを指し、本最高裁判決の立場は法的符合説であると解することができる¹²⁾。

しかしながら、本最高裁判決の犯罪類型という表現からは、例えば、業務上横領罪と単純横領罪との間のみならず、両罪と占有離脱物横領罪との間においても、委託信任関係を前提とするか否かという点で、罪質が異なるにもかかわらず、横領罪という同一の犯罪類型に属するものとして、符合を認めることになるのではないのか、また、遺棄罪と死体遺棄罪との間においても、法益は異なるものの、同一の犯罪類型に属するものであり、符合が認められることになるのではないのか、とも考えられる。したがって、法的符合説よりも符合の認められる範囲が広がるようにも思われるが、ここでは抽象的事実の錯誤における法令の適用形式を検討主題としていることから指摘だけにとどめた

い¹³⁾。

③ 最三小決昭37年7月17日最集143号415頁

事案は、Xは区長の補助者として、外国人登録証明書発行に関する機械的事務に従事し、YはXが同証明書の作成権限を有しており内容虚偽の同証明書を作成できる（無形偽造）と誤信し、X・Y共謀の上、Xにおいて、区長作成名義の同証明書を偽造（有形偽造）したというものである。

本最高裁決定は、「同一の公文書に関する有形偽造と無形偽造とは、罪質を同じくし、その間の認識における齟齬は、実行させられた偽造の結果に対する故意の責任を阻却するものでなく、かつ両者その法定刑を同じくするから、刑法38条2項の制約を受けるものではない。しかも、原判決およびその維持した第一審判決に示された事実認定によれば、有形偽造と無形偽造との法条のいずれを適用しても、判決の主文に何等影響するところはない。」と判示している。

なお、本最高裁決定が、法定刑が同一であることにより、犯罪間に軽重関係がなく、38条2項の適用はないとしている点に留意すべきである。これは、Yの弁護人が上告趣意において、「認識した事実と発生した事実とが、刑法上同価値（法定刑が同じであること）である場合においても、同様の理論に従って、その故意を認め得る限度において、その認識したところに従い、刑責を負うべきものとなすことが、同項の規定の趣旨に従う解釈といわねばならない」との主張をしたことに対する判断としてなされたものである。

④ 最一小決昭和54年3月27日刑集33巻2号140頁

本最高裁決定は、第3.1(2)③および第3.2(2)②と同一事件であるが、ここで取り上げるのは麻薬輸入罪部分である。

本最高裁決定は、「覚せい剤輸入罪を犯す意思で麻薬輸入罪に当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、その余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、麻薬と覚せい剤の類似性に鑑みると、両罪の構成要件は実質的にまったく重なり合っているものとみることが相当であるから、麻薬を覚せい剤と誤認した錯誤は客観的に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。」とした。

なお、上記第3.2(2)③-1の地裁判決、同③-2の高裁判決が、麻薬輸

入罪の成立を認めた上で、犯情の軽い覚せい剤の刑によって処断したのは誤りであるとしている。

⑤ 東京地判平13年7月12日判タ1083号288頁

事案は、Xが、Yを介して権限ある公務員に内容虚偽の納税証明書を作成させようと考え、Yにその旨依頼したところ、YはXから依頼された内容の納税証明書を自ら偽造しようと思案し、Xにおいては、真正に成立した内容虚偽の納税証明書を作成（無形偽造）して行使する意図、Yにおいては、作成名義を偽って同書を作成（有形偽造）し、これを行使する意図の下に意思を通じ共謀の上、Yが国税局長作成名義の納税証明書6通を偽造し、これをXに手渡し、Xが行使したというものである。

本地裁判決は、「被告人Xは、虚偽公文書作成・同行使罪を犯す意思で、情を通じた共犯者を介し、有印公文書偽造・同行使罪を実現したもので、内心の意図と結果との間に錯誤が認められる。」とした。その上で、「虚偽公文書作成罪と有印公文書偽造罪は、共に刑法の「文書偽造の罪」の章に規定され、いずれも公文書を客体とし、公文書に対する公共の信用を保護法益とする犯罪であり、その法定刑は全く同一に定められている上、両罪の実行行為は、公文書を不正に作出するという意味で、偽造として統一的に把握し得ることに鑑みると、両罪は別個の条文に規定されているとはいえ、その構成要件はその重要な部分で実質的に重なり合っているものとみるのが相当である。したがって、上記の錯誤によって、生じた結果である有印公文書偽造罪についての故意は阻却されないと解すべきである。また、虚偽公文書行使罪と偽造有印公文書行使罪との間でも、同様に解される。したがって、本件有印公文書偽造罪および同行使罪につき、被告人Xには故意が存すると認めることができる。」と判示している。

第4 抽象的事実の錯誤における犯罪間の軽重関係

1 刑法38条2項と犯罪間の軽重関係

(1) 犯罪間に軽重関係がある場合

① 行為者が認識していた事実を基礎とする罪は軽い罪に当たるが、客観的に発生した罪は重い罪に当たる場合

上記第3.1(2)、あるいは同2(2)の裁判例は、この場合におけるA方式、

あるいはB方式による法令の適用である。第2.2(1), 同(2)で検討したとおり, 構成要件の故意を肯定する立場, 否定する立場のいずれの立場からでもA方式, B方式を理論的に容認できる余地があると思われる。なお, A方式では同項を摘示し, B方式では摘示していない。

② 行為者が認識していた事実を基礎とする罪は重い罪に当たるが, 客観的に発生した罪は軽い罪に当たる場合

この場合, 上記第2.2(1)で検討したとおり, 客観的に発生した犯罪は軽い罪の構成要件該当行為であり, 重い罪に当たる犯罪は存在しない。行為者の認識した事実を基礎とする罪と客観的に発生した罪との間には, 確かに一種の錯誤が存在する。しかし, 行為者の認識した事実を基礎とする罪は成立しない。したがって, 刑法38条2項の適用場面ではない¹⁴⁾。

なお, 実行行為の着手が認められる場合には, 重い罪の未遂犯が成立する余地があるとされている¹⁵⁾。

(2) 犯罪間に軽重関係がない場合

① 実務上の処理

上記第3.3(2)の裁判例は, 犯罪間に軽重関係が無い場合についてのものである。いずれも, 行為者が認識していた事実を基礎とする罪ではなく, 客観的に発生した罪の成立を認めている¹⁶⁾。例えば, 同④の事例のように, 麻薬を覚せい剤と誤認して輸入した事案について, 行為者の認識していない麻薬輸入罪について故意の成立を認めている。

なお, 同③の最高裁決定は, 犯罪間に軽重関係がない場合について刑法38条2項の適用を明確に否定している。

② A方式あるいはB方式による処理

覚せい剤を輸入する意思で麻薬を輸入したにもかかわらず, 麻薬輸入罪が成立するとすることは, 麻薬を輸入した意思を有しない行為者にとって, 些か受け入れがたい成立罪名といわざるを得ない。この点と関連して, 上記第3.2(2)③-2の最高裁決定は, 麻薬を所持する意思で, 覚せい剤を所持していた場合について, 行為者の認識していた事実を基礎とする軽い麻薬所持罪の故意の成立を認め, 同罪が成立するとしている。このように, 刑法38条2項の直接適用場面では, 行為者が認識していた事実を基礎とする罪の成立

を認めている。ところが、犯罪間に軽重関係がない場合、現在の実務処理では、構成要件の故意の犯罪識別機能は機能しないことになる。

犯罪間に軽重関係がない場合でも、行為者が認識していた事実を基礎とする罪と客観的に発生した罪は、法定刑の同一性をもって構成要件的に実質的な重なり合いが認められ、構成要件の故意も同様に重なり合っている。そこで、B方式と同様に行為者が認識していた事実を基礎とする罪を成立罪名・科刑罪名とし、あるいはA方式と同様に客観的に発生した罪を成立罪名とした上で、行為者の認識していた事実を基礎とする罪で科刑をする処理もあり得ると思われる。前者については、上記第3.3(2)③の裁判例における弁護人の上告趣意において、主張されているところでもある。

なお、このような見解に立つ場合でも、B方式と同様の処理をすると、薬物関係事犯における必要的没収問題が発生する。成立罪名と異なる罪名での没収が可能かという問題である。これに対して、A方式と同様の処理をすると、この問題を解消できる。

このように、客観的に発生した罪の成立を認めた上で、行為者の認識していた事実を基礎とする罪の科刑を認めるA方式と同様の処理は、法廷で判決を受ける被告人のみならず、裁判員、さらには、刑事裁判に関心を持つ国民にとつて理解しやすい法令の適用となるのではないかと思われる。

③ 38条2項との関係

犯罪間に軽重関係がない場合は、刑法38条2項の直接適用場面ではない。A方式では、同項を摘示することになるが、同項の趣旨により、客観的に発生した罪を成立罪名、行為者の認識していた事実を基礎とする罪を科刑罪名とすることは解釈上可能ではないかと思われる。

2 犯罪間の軽重判断基準

(1) 法定刑基準説

構成要件の実質的な重なり合いを主に罪質を基準として判断し、犯罪間の軽重を、法定刑を基準として判断する見解である。

上記第3.3(2)①ないし⑤の最高裁判決・同決定・地裁判決は、いずれも主に罪質を基準として構成要件の重なり合いを判断し、犯罪間の軽重判断を、法定刑を基準として行っているとみることができる。したがって、法定刑基準

説として整理できると思われる。

特に、同④の最高裁決定は、「原判決が麻薬輸入罪の成立を認めながら、犯情の軽い覚せい剤輸入罪の刑によって処断すべきものとしたのは誤りと言わなければならない。」としている。これは、A方式による処理のみならず、犯罪間の軽重判断において「犯情」を基準とした同1(2)③-1の地裁判決およびこれを是認した同③-2の高裁判決における法令の適用を否定したものと解することができる。

ここで、刑の軽重判断とA方式・B方式との関係について付言する。刑法10条3項は、「死刑または長期もしくは多額および短期もしくは寡額が同じである同種の刑は犯情によってその軽重を定める」としている。この犯情による軽重判断をする場面は、6条(刑の変更)においては、旧法、あるいは新法の適用問題、47条、あるいは54条等においては、成立犯罪が確定した後における併合罪、あるいは科刑上一罪の処理等に関するものである。

例えば、2個の詐欺罪について併合罪処理をする場合、法令の適用においては、「判示第1および第2の各行為はいずれも刑法246条1項に該当するが、以上は同45条前段の併合罪であるから、同47条本文、10条により犯情の重い判示第1の刑に法定の加重をした刑期の範囲内で」等と記載することになる。このように、10条3項の「犯情」により刑の軽重の判示に際しては、まず成立罪名を適示しなければならない。A方式と異なり、B方式では、犯罪間の軽重判断は成立罪名の確定に際して行われるので、成立罪名確定後に行われる犯情による刑の軽重判断を、成立罪名確定時に行うことはできないことになるとと思われる。

(2) 法定刑・犯情基準説

構成要件の実質的な重なり合いを主に罪質を基準として判断し、犯罪間の軽重を法定刑のみならず犯情を基準として判断する見解である。

上記地裁および高裁判決は、A方式に基づく処理をしている。A方式では、客観的に発生した罪を成立罪名とすることから、抽象的事実の錯誤における犯罪間の軽重判断と成立罪名確定後に行われる刑の軽重判断とを同一時点で行うことが可能となる。刑法38条2項の適用の可否に関する犯罪間の軽重判断に際して、法定刑のみならず「犯情」をも基準とすることができることになるとと思われる。

(3) 違法(不法)・責任の量基準説

違法・責任の質を主に罪質を基準として判断し、犯罪間の軽重を違法・責任の量を基準として判断する見解である。

上記第3.2(2)③-2の最高裁決定における谷口正孝裁判官は、違法・責任符合説の立場から、「構成要件相互において、違法・責任の質を同じくしながら、その量において異なる場合、抽象的事実の錯誤として、違法・責任の量の重い罪の故意の成立は認められず、軽い罪の故意の成立を認め、その故意に対応した軽い罪が成立するということになる。」との補足意見を述べておられる。違法・責任の量を犯罪間の軽重判断基準としているとみることができるが、同補足意見では、その量の判断において、「両罪の法定刑を比較してみると」とされている。この点で、上記法定刑基準説であるとみられることもできる。

第5 薬物事犯における抽象的事実の錯誤と没収との関係¹⁷⁾

1 問題点

(1) 犯罪間に軽重関係がある場合

① 行為者が認識していた事実を基礎とする罪は軽い罪に当たるが、客観的に発生した罪は重い罪に当たる場合

ア 必要的没収との関係

上記第3.2(2)③-2の最高裁判決は、B方式により、麻薬所持罪が成立すると判断している。その上で、覚せい剤の没収について、「成立する犯罪は麻薬所持罪であるとはいえ、処罰の対象とされているのはあくまで覚せい剤を所持したという行為であり、この行為は、客観的には覚せい剤取締法41条の2第1項1号、14条1項に当たるのであるし、このような薬物の没収が目的物から生ずる社会的危険を防止するという保安処分的性格を有することをも考慮すると、この場合の没収は、覚せい剤取締法41条の6によるべきものと解するのが相当である。」として、同③-1の地裁判決の法令の適用を正当としている。

なお、同③-1の地裁判決は、罪となるべき事実として、覚せい剤である粉末を麻薬であるコカインと誤認して所持した旨判示し、法令の適用において、覚せい剤を麻薬であるコカインと誤認した点は、麻薬取締法66条1項、28条1項に該当するとした上で、没収につき「覚せい剤粉末は判示第3の罪（コ

カインとしての覚せい剤の所持)に係る覚せい剤で犯人の所有に属するものであるから覚せい剤取締法41条の6本文により没収する。」と判示している。ここでは、覚せい剤取締法の必要的没収規定を適用している。

上記最高裁判決およびその一審判決である地裁判決は、麻薬所持罪が成立するとした上で、覚せい剤取締法に基づく必要的没収規定の適用を是認している。しかし、同法の必要的没収規定は、条文上「係る」という文言を使用して、没収と同法に規定する罪との関連性を求めている。

すなわち、現行の麻薬及び向精神薬取締法69条の3第1項は「第64条から67条まで又は前条の罪に係る麻薬又は向精神薬」は没収すると、必要的没収規定が存在する。麻薬所持罪が成立し、覚せい剤所持罪は成立していないので、覚せい剤取締法41条の8第1項の必要的没収規定における「第41条から前条までの罪」は存在しない。没収対象となる覚せい剤と罪との関連性が認められないことになる。

このように、実務では成立していない覚せい剤取締法による必要的没収を認めているが、没収の保安処分的性格を考慮しても、裁判員あるいは国民の理解を得ることができるであろうか。

イ 任意的没収との関係

刑法19条1項の任意的没収の場合においても、法令の適用において、成立罪名との関連性を摘示する必要がある。同項は、犯罪行為を組成した物(1号)等と規定しており、没収対象物と犯罪行為との間に関連性が存在し、没収対象物が成立犯罪の組成物件であるとの没収要件を満たすことを前提としているからである。したがって、ここでも、成立しない罪との関係で、同項を適用して任意的没収ができるかという問題が発生すると思われる¹⁸⁾。

この点は、下記2(2)任意的没収説において検討する。

② 行為者が認識していた事実を基礎とする罪は重い罪に当たるが、客観的に発生した罪は軽い罪に当たる場合

この場合、行為者は、主観的には重い罪を犯しているという認識のもとに、客観的には軽い罪を敢行している。上記第4.1(1)②において検討しているとおり、客観的に発生した軽い罪が成立することになる。したがって、薬物事犯のみならず、薬物事犯以外の犯罪についても、没収の対象物と関連性を有す

る罪が成立しているのです、没収上の問題は発生しない。

(2) 犯罪間に軽重関係がない場合

① 実務上の処理

上記第3.3(2)④の最高裁決定は、行為者の認識していない麻薬について故意を阻却しないとして、客観的に発生した罪である麻薬輸入罪の成立を認めている。したがって、上記(1)②と同様、薬物事犯のみならず、薬物事犯以外の犯罪についても、没収の対象物と関連性を有する罪が成立しているのです、没収上の問題は発生しない。

② B方式と同様の処理をする場合

行為者が認識した事実を基礎とし、構成要件的故意により成立罪名を検討する立場は、上記①で引用した最高裁決定の事例において、覚せい剤輸入罪の成立を認めることになる¹⁹⁾。これは、犯罪間に軽重関係がある場合におけるB方式を、犯罪間に軽重がない場合にも適用する処理ともいえる。この場合、上記第3.2(2)③-2の最高裁判決と同様に、成立罪名と没収規定との間の乖離問題が発生する²⁰⁾。

なお、B方式と同様の処理をする場合、薬物事犯ではない犯罪においても没収問題が発生する可能性がある。共犯者間の錯誤事例では、錯誤の発生していない共犯者に対して没収をすることができるが、共犯者が死亡、あるいは不起訴となった場合、起訴された錯誤者に対し、没収をすることになる。

上記第3.3(2)⑤の事例では、非錯誤者Yと公判が分離され、錯誤者Xに対し、偽造有印公文書行使罪の組成物件(刑法19条1項1号)として、偽造部分の没収が、言渡されている。この事例において、B方式と同様に処理した場合、Xには、行為者の認識していた虚偽公文書作成・同行使罪が成立することになる。Xに対する没収の対象となる文書部分は、客観的には有形偽造部分である。しかし、虚偽公文書作成罪が成立する場合には、同文書部分を虚偽記載部分として没収することになる。虚偽公文書作成罪の生成物件でもなく、同行使罪の組成物件でもない。成立する罪との関連性が認められないにもかかわらず、このような没収をすることはできないと思われる。

没収対象物と成立犯罪との関連性について、大審院は、「他の被告人の賭博罪につき押収されたものであり、被告人は何等これと交渉を有しないことは、

洵に明確であるので、本件賭博罪の組成物件として没収を言渡したのは擬律錯誤の違法がある。」と判示している(大判大正11年10月6日刑集1巻9号530頁)。

さらに、最高裁は、旧麻薬取締法における麻薬報告義務違反による任意的没収について、同違反は不作為犯であることを理由として、犯罪組成物件ということではできないとしている(最三小判昭和28年10月13日刑集7巻10号1910頁)。本最高裁判決では、「犯罪」と没収対象物との関連性だけでなく、「行為」の犯行態様との関係で没収要件を充足するか否かが問題となっている。報告義務違反という不作為犯であることから、没収要件である犯罪の「行為」を「組成」したものであるか否かが検討されているとみることができる。

③ A方式と同様の処理をする場合

A方式と同様に処理する場合、上記第3.3(2)⑤の事例において、錯誤者Xには客観的に発生した事実を基礎とする罪である有印公文書偽造罪が成立し、Xが認識していた事実を基礎とする罪である偽公文書作成罪で科刑することになる。没収については、成立罪名との間で関連性が認められるので、薬物事犯のみならず、薬物事犯以外の犯罪についても没収問題は発生しない。

2 没収問題と法令の適用

(1) 法令の適用調整説²¹⁾

必要的没収との関係で、客観的に発生した罪に「該当する」旨を法令の適用で記載し、調整すれば足りるとの説である²²⁾。しかし、「該当」という表現は一般的には成立罪名を指称する用語であり、成立罪名と没収罪名の両者について二重に「該当」という表現を使用した場合、いずれの罪が成立罪名であるのか、あるいは摘示された異なる二罪が成立罪名となるのか混乱をきたすおそれがある。判示所為(罪となるべき事実に記載された行為)について、客観的という表現を用いて罪名を表示するとともに、行為者の認識していた事実を基礎とする罪についての罪名を表示することになり、同一の行為について、二重に罪名が成立すると受けとられる余地がある。本来のB方式による処置を基準に考えると、B方式からA方式への揺り戻しと見ることもできる見解である。上記第3.1(2)①-2の最高裁判決が、A方式からB方式への移行期における過渡的形態と見る余地があることと対照的である。なお、このように複数の罪について、二重に「該当」という表現を使用しない場合でも、没収問題における

成立罪名と没収罪名の乖離は回避できないと思われる。

この見解に近い裁判例として、東京高判昭和60年11月6日刑月17巻11号1085頁がある。事案は、XとYが共謀の上、Xにおいてヘロイン14袋、Yにおいて同14袋を輸入したが、Xの認識は、単にジアセチルモルヒネ等以外の麻薬（コカイン等一般麻薬）であるという程度の認識を有していたに過ぎなかった、というものである。

本高裁判決は、麻薬取締法では、一般麻薬とジアセチルモルヒネ等（塩酸ジアセチルモルヒネを含有するヘロイン等）を含有する麻薬については規制が異なっていることを指摘し、「被告人Xが密輸入した麻薬が、ヘロインであると認識していた証明は不十分である。被告人Xは、ヘロインおよびコカインという名称自体は知っていたことが認められるものの、本件では、むしろ、当該麻薬がコカインであると認識していた可能性があり、ヘロインの密輸入の未必の故意があったとまで認定するのは相当でない。」とした。

そして、成立罪名について、「塩酸ジアセチルモルヒネを、本邦内に持ち込んだ点は、客観的所為としては、刑法60条、麻薬取締法64条2項、1項、12条1項に該当するが、被告人は、単に麻薬ないしコカインを密輸入するという程度の認識を有していたに過ぎないと認めざるを得ないから、刑法38条2項により、同法60条、麻薬取締法65条2項、1項、13条に該当する」とした。

本高裁判決の法令の適用においては、ヘロイン輸入罪・一般麻薬輸入罪の両罪について、「該当」という表現が二重に使用されている。刑法38条2項が摘示されているものの、A方式にあらわれる軽い一般麻薬輸入罪により処断するという表現は用いられていない。したがって、本高裁判決が、成立罪名をヘロイン輸入罪としているのか、それとも一般麻薬輸入罪としているのか、あるいは両罪の成立を認めているのか必ずしも判然としない。

没収についても、錯誤者Xに対し、「判示麻薬取締法違反に係る麻薬であって犯人が所持するものであるから、同法68条本文によりこれを没収する」として、ヘロイン28袋を没収している。没収罪名についても、「判示麻薬取締法違反に係る麻薬」と表現し、ヘロイン輸入罪・一般麻薬輸入罪のいずれであるのか、両罪を指称するのか明らかではない。

現行の麻薬取締法69条の3第1項本文は、「第64条から第67条まで又は前条

の罪に係る麻薬」として、没収罪名との具体的関連性を求めている。没収対象物であるヘロインとの関連性を有する罪名はヘロイン輸入罪であり、一般麻薬輸入罪との関連性は認められない。したがって、本来は、没収の対象物との関連性を示すため、ヘロイン輸入罪を具体的な没収罪名として適示する必要があると思われる。

本高裁判決は、事案がヘロインにせよ、一般麻薬にせよ、麻薬取締法違反であることから、成立罪名と没収罪名との乖離を解消するために、敢えていずれの罪による没収であるか特定しなかったとみることができる。

(2) 任意的没収説²³⁾

上記第3.2(2)③-2の最高裁決定が覚せい剤取締法による必要的没収を認めたことは不当であるとして、法令の適用において、麻薬所持罪の供用物件(刑法19条1項2号)としての任意的没収にとどめるべきであるとする説である。

この点に関して、最高裁判決(最一小判昭和25年9月14日刑集7巻10号1910頁)は、窃盜被告事件において、住居侵入(原判決では成立罪名として認定されていない)に際して使用した鉄棒は、窃盜の手段としてその用に供した物と解することができるとしている。上記③-2の最高裁決定との関係では、法令の適用において、認定されていない覚せい剤取締法違反罪についても、手段等の供用性が認められれば同法の必要的没収規定による没収ができることになる。

そこで、覚せい剤を、麻薬所持罪という犯罪の構成要件である所持行為に供した物と解する余地も出てくる。この場合、法令の適用において、麻薬所持罪が成立し、覚せい剤を麻薬と誤認していたのであるから、これを麻薬所持罪の用に供したものとして関連性および没収要件を明示した上で、任意的没収をすることになるとと思われる。

しかし、このような薬物誤認事例では、必要的没収規定が機能しないことになるという点において問題が残る。

3 薬物誤認の処理と没収問題

(1) 故意論によるアプローチ

① 薬物事犯における麻薬・覚せい剤等の故意について素人仲間の平均的評価の理論を用いる見解²⁴⁾

これは、故意の成立にはどの程度の認識が必要かという故意論において解決を図る見解とすることができる。したがって、覚せい剤を麻薬と誤認した場合において、具体的な成分・名称等は専門的知識を有する者でなければ判別できないことから、違法薬物という程度の素人仲間の平均的認識があれば、故意が認められることとなるので、没収問題の発生を回避できる。

なお、行為者がダイヤモンド・金等の違法薬物以外の物であると確定的かつ明確に認識していた場合、あるいはその可能性を証拠上排斥できない場合、素人仲間の平均的評価においても違法薬物の認識を認める事ができず、覚せい剤取締法違反罪の故意が認められず同罪は成立しないと思われる。

② 概括的故意・択一的故意による処理をする見解

最二小決平成2年2月9日最集254号99頁は、「被告人は、本件物件を密輸入して所持した際、覚せい剤を含む身体に有害で違法な薬物類であるとの認識があったというのであるから、覚せい剤かもしれないし、その他の身体に有害で違法な薬物かもしれないという認識はあったことに帰することになる。そうすると覚せい剤輸入罪、同所持罪の故意に欠けるところはないから、これと同旨と解される原判決の判断は正当である。」としている²⁵⁾。本最高裁決定の原判決である東京高判平成元年7月31日東時40巻5－8合併号29頁も、「輸入・所持の対象物が覚せい剤であることを認識していることを要するが」とし、「その対象物が覚せい剤であることを確定的なものとして認識するまでの必要はなく違法な薬物として、覚せい剤を含む数種の薬物を認識予見したが、具体的には、その中のいずれの一種であるか不確定で、特定した薬物として認識することなく、確定すべきその対象物につき概括的認識予見を有するにとどまるものであっても足り、いわゆる概括的故意が成立する。」とした上で、その認識予見は、単に抽象的に何らかの違法な薬物類を漫然と認識予見していた程度では足りず、麻薬覚せい剤大麻取締法規制の対象となっている具体的な違法有害な薬物の認識予見とその中に覚せい剤が含まれていることが必要であるとしている。

なお、本高裁判決は「概括的故意の場合には、行為者が一定範囲内の物を概括的認識し、実際においても、その物がその概括的認識内の物であったのであるから、錯誤の問題は生ぜず、實際上、その物がその概括的認識外の物であつ

た場合に初めて錯誤の問題が生ずるに過ぎない。」としている。

行為者の認識の中に、当該薬物の認識が未必的に含まれていることが、概括的故意認定の前提となる。その点では、上記①の見解と同様に、故意論として、故意の程度、あるいは故意内容の問題である。したがって、行為者が対象物を含む違法薬物であるとの認識を有していた場合、故意の成立を認める事ができるので没収問題の発生を回避できる。しかし、覚せい剤以外の薬物であると確定的かつ明確に誤認していた場合には、覚せい剤を含む択一的故意は成立しないので、覚せい剤取締法違反罪は成立しないことになり、覚せい剤を没収することはできないこととなる²⁶⁾

また、この見解でも上記①と同様に、行為者がダイヤモンド・金等の違法薬物以外の物であると確定的かつ明確に認識していた場合、あるいはその可能性を証拠上排斥できない場合、対象物を含む違法薬物の認識を認める事ができず、覚せい剤取締法違反罪等の故意は認められず同罪等は成立しないこととなる。

抽象的事実の錯誤は、概括的故意が認められない場合に発生するが、実務上は概括的故意で処理できるか、あるいは抽象的事実の錯誤として処理することができるか、その境界部分は極めて流動的である。その端的な裁判例が、上記第3.1(2)③-1の地裁判決である。同判決では、この点について、判断が揺れているとみることができ、一方では、「薬物が麻薬であるか覚せい剤であるか、そのいずれであるかの確定的な認識に基づくものであることを要しない」として、概括的故意として処理しているように見える。しかし、他方では、法令の適用において、麻薬を覚せい剤と誤認していた点を犯情が軽いとしてA方式による錯誤処理をしているのである。これは、抽象的事実の錯誤の発生を前提とする処理である。

③ 違法な薬物であるとの認識があれば故意が成立するとする見解

上記第3.1(2)③-2の高裁判決は「麻薬を覚せい剤と誤信した錯誤は、同質のいずれかの前記罰則によって処罰される行為の酷似した対象物についての錯誤であって、右のような性質のこの程度の錯誤は、麻薬取締法違反の罪の構成要件を充足させる故意を阻却するものではない。」としている。

さらに、上記②の最高裁決定の一審である東京地判昭和63年10月4日判タ694号178頁も、ベスト(私製腹巻)を着用した時点では「少なくとも、それは、

日本に持ち込むことを禁止されている違法な薬物であるとの認識まで持ったものと認めざるを得ない」として、覚せい剤に当たるとの明確な認識がなかったとしても、故意の成立に欠けることはないとしている。これら2件の下級審判決は上記①、②の見解と同じ故意論の立場ではあるが、違法薬物という認識さえあれば構成要件の故意の成立を認めるに十分であるとする見解に立っているとみる余地がある。

(2) 構成要件修正によるアプローチ

- ① 薬物取締法という覚せい剤取締法等の上位構成要件を認める見解²⁷⁾
- ② 抽象的事実の錯誤における犯罪間に共通構成要件を認める見解²⁸⁾
- ③ 特殊犯罪類型を認める見解²⁹⁾

これらの見解は、いずれも薬物事犯において、構成要件の縛りを緩和することにより、薬物が麻薬であれ、覚せい剤であれ、その該当する構成要件は、上位構成要件、あるいは共通構成要件、特殊犯罪類型であり、薬物誤認が存在したとしても客観的に発生した罪は、これらの上位構成要件等に包含されているので、同罪との関連性により没収をすることができることになり、没収問題の解消につながる³⁰⁾。この場合、法令の適用においては罪名及び罰条として、行為者において認識していた事実を基礎とする罪と客観的に発生した罪の両罪を摘示することになると思われる。この点について、上記②の見解は、明確に両罪の摘示を求めている。

(3) 必要的没収規定の修正によるアプローチ³¹⁾

刑法38条2項は、単に成立罪名との関係での修正規定にとどまらず、必要的没収規定についても適用があるとする。現実に所持していたのは覚せい剤であり、麻薬ではなかったとしても、同項の修正機能により麻薬所持罪が成立し、没収についても覚せい剤取締法の必要的没収規定が同項により修正され、麻薬および向精神薬取締法の必要的没収規定の要件が認められる。そして、法令の適用においては、両法条を適用することになっていることから、没収対象物と必要的没収規定との関連性がみとめられることになる。

なお、この見解も、必要的没収規定について、客観的に発生した罪と行為者が認識していた事実を基礎とする罪の両罪の必要的没収規定を摘示することから、没収問題の解消に繋がる。

(4) A方式によるアプローチ³²⁾

これは、上記1(1)①の犯罪間に軽重関係があり、行為者が認識していた事実を基礎とする罪が軽い罪、客観的に発生した罪が重い罪である場合、および上記1(1)③の犯罪間に軽重関係がない場合において、刑法38条2項を適用してA方式により処理するアプローチである。何れの場合も、客観的に発生した罪を成立罪名、行為者が認識した事実を基礎とする罪の刑で科刑することになるので、成立罪名による没収をすることが可能となり、没収問題を解消することができる。

例えば、麻薬を覚せい剤と誤認して所持した場合(上記第3.2(2)③の事例)、成立罪名は、客観的に発生した重い罪に当たる麻薬所持罪であり、刑法38条2項により、科刑罪名は、行為者が認識していた事実を基礎とする軽い罪である覚せい剤所持罪となる。また、麻薬を覚せい剤と誤認して輸入した場合(上記第3.3(2)④の事例)、成立罪名は、客観的に発生した麻薬輸入罪であり、刑法38条2項の趣旨により、科刑罪名は行為者が認識していた事実を基礎とする覚せい剤輸入罪となる。したがって、いずれの場合でも、薬物に対応する客観的に発生した犯罪が成立するので、必要的没収をする上で、特段の問題は発生しない。

第6 まとめ

以上のとおり、抽象的事実の錯誤における法令の適用を中心に検討を試みた。薬物事犯に関する麻薬・覚せい剤の誤認、必要的没収に関する裁判例の集積を基に、これらの裁判例を統一的に理解しようとする観点から、種々の学説が発展してきているように思われる。しかし、抽象的事実の錯誤は、法学徒にとっても難解である。ましてや、裁判員として裁判に関与する国民にとっては、抽象的事実の錯誤との関係における薬物誤認、没収の法令の適用方式が理解困難となっているのではないかと危惧する。

この関係で、本稿作成中に千葉地判平成24年11月5日判例集未登載の裁判例が報道されるに至った。事案は、Xが覚せい剤をダイヤモンド原石と誤信して輸入した行為について、覚せい剤取締法違反における営利目的覚せい剤輸入罪および輸入禁制品である覚せい剤の輸入罪が問題となったものである。

本地裁判決は、Xについてダイヤモンドの原石と誤信していた可能性が排斥

できないとして、関税法における麻薬等の輸入禁制品以外貨物無許可輸入罪の成立のみを認めている。Xには覚せい剤を密輸入するという故意が認定できないことから、覚せい剤取締法における営利目的覚せい剤輸入罪は成立せず、関税法における輸入禁制品である覚せい剤をダイヤモンド原石と誤信して貨物無許可輸入罪を敢行したもので、関税法における両罪の構成要件が重なり合う限度で軽い輸入禁制品以外貨物無許可輸入未遂罪が成立すると判断しているものと思われる³³⁾。

ダイヤモンド原石については、関税法における禁制品以外貨物無許可輸入未遂罪成立の余地があるに過ぎない。Xが現実には密輸しようとした対象物は覚せい剤であるにもかかわらず、ダイヤモンド原石を無許可で輸入したという罪のみが成立するとの判断は、一般国民および錯誤者において、何故、存在しないダイヤモンド原石の無許可輸入未遂罪が成立するののかという違和感を払拭できないのではないと思われる。加えて、上記事例においては、没収に際し、関税法109条3項、1項、69条の11第1項1号の禁制品以外貨物輸入未遂罪に係る貨物として、同法118条1項本文の必要的没収規定が適用される。しかし、成立する罪は同法118条1項本文の必要的没収規定が適用される。しかし、成立する罪は禁制品以外貨物無許可輸入罪であり、禁制品である覚せい剤輸入罪に係るものでなく、この点においても没収問題が発生することになるとと思われる。

薬物事犯における没収問題の解消法としては、国民の理解を得るため、立法による方法も考えられる。その一つは、薬物事犯を統一的に一本の法律に再編成することである。しかし、種々の薬物に関する規定を統一することは、煩雑な作業であるのみならず、運用に際しても煩雑・混乱を招くことは想像に難くない。仮に、一本化し、必要的没収規定をも同一条文にまとめるとしても、違反の罪にかかる「薬物等で、犯人が所有し、または所持するものは、没収する」とした上で、別途、薬物等を個別に表示することになるとと思われる。さらに、所持等の違反罪についても、「薬物等を所持してはならない」などとした上で、別途、細分化した麻薬、覚せい剤等ごとに法定刑を個別化することになるとと思われる。また、必要的没収に際して、具体的な違反罪名との関連性を遮断するのでなければ、規制法、必要的没収規定の一本化によっても、没収問題は解

消できないと思われる。

そこで、もう一つの立法的解決法は、違法薬物等の没収に関する一般的特別法を制定することである。これは、個別の違反罪との関連性を断絶させ、法律により製造・所持等を許可された者以外の者が製造・所持をする薬物で、被疑者・被告人の所有・所持する物はこれを没収する旨一般的に規定し、没収対象となる薬物を表示する方法である。

この点については、遺失物法35条1号の麻薬等の遺失物処理に関する規定、関税法69条の11第2項における麻薬等の輸入物についての没収規定が参考になるとと思われる。このような特別法は、上記遺失物法・関税法と同様に成立犯罪との関連性を有せず、保安処分としての法的性格を強く有するものとなる。上記第5.1(1)①ア記載の実務処理は、成立罪名・没収罪名と没収対象物との関連性を必要とする司法手続きにおいて、没収の保安処分的性格を重視し上記関連性を遮断している。これは、保安処分的特別法の制定を待たずに没収の必要性から覚せい剤取締法等の必要的没収規定の上記関連性の要件を解釈論により緩和した判断とみることもできる。

しかし、違法薬物の没収に関する特別法の制定によっても、薬物事犯以外の偽造事件等において、構成要件的故意の貫徹を求め、B方式と同様の処理をすべきであるとの立場では、依然として、没収問題は解消されずに残るのではないかと思われる。この立場では、犯罪間に軽重関係がない場合においても、B方式と同様に、行為者が認識していた事実を基礎とする罪の成立を認める。したがって、刑法19条1項に規定されている犯罪事実との関連性が希薄とならざるを得ない。

これに対して、A方式と同様の処理を行うべきであるとの見解によれば、このような没収問題も解消できることになる。A方式では、法令の適用において、客観的に成立した罪を刑法38条2項を介して、錯誤者の認識していた事実を基礎とする罪で科刑することにより、両罪を摘示するとともに、没収罪名を客観的に成立した罪との関連で摘示できる。この点において、A方式は、構成要件的故意の貫徹という面と、法令の適用における一般人の理解を得やすいという面を合わせ持つ処理方式であるといえる。

本稿で取り上げたように、刑法38条2項に関するA方式・B方式による処理

は、構成要件の故意の存在範囲において罪が成立するというB方式に収斂してきている。しかし、B方式による処理に際して発生する没収問題、犯罪間に軽重関係がない場合の実務の処理方式の問題は、裁判員裁判における裁判員のみならず刑事裁判に関心を持っている国民にとって、直ちに理解できるものではないとも思われる。特に麻薬所持罪が成立するとしながら、法律の枠を超えているともいえる覚せい剤取締法による必要的没収をするという説明が、どの程度裁判員等を納得させることができるのかいささか不安を覚えざるを得ない。

ここでは、既に、多くの検討が重ねられてきたところではあるが、B方式における構成要件の故意の存在範囲においてのみ罪が成立するという刑法38条1項の原則が、犯罪間に軽重関係がない場合においては貫徹されておらず、行為者の認識した事実ではない成立罪名により処理されていることを、関連する没収問題とともに再検討を試みたものである。

【注釈】

- 1) 西田・刑法総論・第二版234頁は、上記A方式を抽象的符合説の一見解として紹介している。抽象的符合説については、種々の見解があり、裁判所職員総合研修所監修・刑法総論講義案（三訂補訂版）115頁においては、発生事実と認識事実との間で少なくとも軽い方の罪につき、故意犯（既遂）が成立する見解として説明している。
- 2) 最高裁判所判例解説刑事編（昭和61年度）89頁〔安廣文夫〕参照。
- 3) 前田・刑法総論講義〔第5版〕279頁は、「罪名と科刑の関係について」と題し、「処断」の意義に関し学説上の争いが存在するとしている。この争いは、実務的には法令の適用におけるA方式とB方式という形であらわれる。
- 4) 裁判所職員総合研修所監修・刑法総論講義案（三訂補訂版）361頁は、共犯の成立と科刑の問題とを分離させて考えることには疑問の余地があるとしている。
- 5) 町野・刑法総論講義案I〔第二版〕196頁は、故意は責任要素であり、犯罪事実との心理的連関に尽きるものであるとして、構成要件の故意、事実故意、責任故意、あるいは故意の二重機能などという概念は、無用であるばかりでなく、論理の混乱をもたらすものであるとしている。また、不法・責任符合説と刑

法38条2項との関係における成立犯罪については、同234、236頁参照。

- 6) 前田・刑法総論講義〔第5版〕218頁参照。
- 7) 前田・松本・池田・渡邊・大谷・河村編・条解刑法・第2版137頁は、判例は法定的符合説に立脚し、例外的に故意が成立する場合の基準として「構成要件の実質的な重なり合い」という基準を採用しているとしている。
- 8) 山口・刑法総論〔第2版〕222頁においては、「共通構成要件」を両者の法文解釈より導出・想定し、それが客観的にも主観的にも充足されていると解する必要があるとした上で、注釈21)において254条・235条の摘示について言及している。
- 9) 本稿の第4.2(2)法定刑・犯情基準説を参照。
- 10) 最高裁判所判例解説刑事編(昭和61年度)88頁〔安廣文夫〕は、本最高裁決定が実質的な重なり合いという表現ではなく、「重なり合う限度」としている点について、形式的にも重なり合っているのであろうとしている。これは、同一関税法違反における輸入禁制品と輸入禁制品以外の貨物という客体の種類に応じて、立法技術上、条文を分けて構成要件を設定しているに過ぎず、形式的にも重なり合うという趣旨と思われる。
- 11) 西田・山口・佐伯編・注釈刑法・第1巻527頁〔高山佳奈子〕は、「同一構成要件内の錯誤」(例えば遺棄罪の217条・218条における病者と高齢者との間の錯誤)としている。
- 12) 西田・刑法総論・第二版70頁参照。
- 13) 西原・刑法総論・改訂版(上巻)26、27頁は、法定的符合説の範囲内で解決していかなければならないとした上で、死体遺棄の目的で単純遺棄を犯したというような場合にも、罪質同一の範囲内にあるとみて、故意の成立を認めることができるであろうとしている。
- 14) 大谷・刑法講義総論・新版第3版192頁参照。
- 15) 前田・刑法総論講義〔第5版〕282、283頁。
- 16) 大谷・法刑講義総論・新版第3版192頁参照。
- 17) 判例タイムズ606号54、55頁《匿名解説》参照。
- 18) 最高裁判所判例解説刑事編(昭和61年度)104頁〔安廣文夫〕参照。
- 19) 前田・刑法総論講義〔第5版〕284頁参照。
- 20) 林・刑法総論〔第2版〕266頁参照。

- 21) 判例タイムズ606号55頁《匿名解説》参照。
- 22) 最高裁判所判例解説刑事編（昭和61年度）107頁〔安廣文夫〕は、法令の適用のサンプル例として、罪名については、「判示第3の所為中覚せい剤を所持した点は、客観的所為としては、覚せい剤取締法41条の2第1項1号、14条1項に該当するが被告人はこれをコカインと誤解して所持していたから、〔刑法38条2項により、〕麻薬取締法66条1項、28条1項に該当する」とした上で、没収については、「押収してある覚せい剤は、判示第3の罪に係る覚せい剤で犯人の所有するものであるから、覚せい剤取締法41条の6本文により、これを没収することとする。」とする方式を示している。
- 23) 西田・刑法総論・第二版237頁。
- 24) 林・刑法総論〔第2版〕235頁参照。
- 25) 香城・刑法と行政刑法78, 79頁参照。
- 26) 東京高判平成20年10月23日判タ1290号309頁は、「原判決の判示する事情は、被告人に、段ボールの中身が組事務所等に保管し、警察等に発見されたりすると望ましくないものであるという認識があったことを推認させるものではあるものの、そのような物には違法な各種の取引などを記載した帳簿類や組織内部の具体的活動状況を記載した書類等それ自体の所持が違法であるわけではないが、組織の摘発検挙につながるような物も多々ありうるのであるから、より具体的に段ボール箱の中身が拳銃および実包であるかもしれないという認識があったことまでをも推認させる事情であるということとはできない。」として破棄自判し、無罪の言渡しをしている。また、東京地判平成3年12月19日判タ795号269頁は、「本件被告人は、過去の経験から、トルエンを含有しないシンナーを購入し、または、その目的で所持しても犯罪にならないことを知っていたというのであるから、当該シンナーには、トルエンが含有しないと思っていたとすれば、その認識を欠き故意がないこととなる。」とし、確定的または未必的な認識があったという証明はないとして、無罪の言渡しをしている。さらに千葉地判平成19年8月22日判タ1269号343頁も、「未だ違法薬物を隠匿所持していることの認識を、未必的に有していたと推認するのに十分な事情とは言えない。」とし、「被告人には、未必的にせよ、覚せい剤取締法違反および関税法違反の故意があったと認定するには合理的な疑いが残り、本件公

訴事實は犯罪の証明がないことに帰する。」として無罪の言渡しをしている。

- 27) 前田・刑法総論講義〔第5版〕286, 287頁。
- 28) 山口・刑法総論〔第2版〕222頁。
- 29) 林・刑法総論〔第2版〕266頁は、一般麻薬所持罪の構成要件と覚せい剤所持罪の故意とで構成される犯罪類型の成立を認めるべきであるとする。
- 30) 林・刑法総論〔第2版〕266頁、成立罪名と必要的没収の関係について注釈64)参照。
- 31) 町野・刑法総論講義案Ⅰ〔第二版〕237頁参照。
- 32) 伊藤・小野・莊子編・注釈特別刑法第一巻・総論編（藤永幸治《第11章.特別刑法における没収及び追徴》）642頁は、実現した重い罪が成立し、処断は軽い罪の刑によるとの考え方を正当とするとしている。
- 33) 東京高判平成22年6月21日高刑速平成22年78頁は、「覚せい剤を含む違法薬物であるといえるから、被告人には、他に特段の事情が認められない限り、違法薬物を密輸するとの認識があったものと推認されるものといえる」とした上で、「前期推認を覆すだけの特段の事情を見いだすことができないことにも照らすと、被告人には、本件スーツ内に隠匿された物品が違法薬物であるとの認識があったと認められる。」と判示して、被告人のダイヤモンドを密輸したと誤信していた旨の弁解を排斥している。

【参考文献】（著者名は太字表記の著者名の略語で引用）

伊藤榮樹・小野慶二・莊子邦雄編 「注釈特別刑法第一巻・総論編」（1985，立花書房）

大谷實 「法刑講義総論 新版第3版」（2009，成文堂）

香城敏磨 「刑法と行政刑法」（2005，信山社）

裁判所職員総合研修所監修 「刑法総論講義案（三訂補訂版）」（2010，司法協会）

財団法人法曹会編 「最高裁判所判例解説刑事編（昭和61年度）」（1989，財団法人法曹会）

西原春夫 「刑法総論改訂版（上巻）」（1998，成文堂）

西田典之 「刑法総論・第二版」（2010，弘文堂）

西田典之・山口厚・佐伯仁志編 「注釈刑法第1巻総論§§1~72」（2010，有斐閣）

林幹人 「刑法総論〔第2版〕」（2008，東京大学出版会）

前田雅英 「刑法総論講義 [第5版]」(2011, 東京大学出版会)

前田雅英・松本時夫・池田修・渡邊一弘・大谷直人・河村博編 「条解刑法
第2版」(2011, 弘文堂)

町野朔 「刑法総論講義案I [第二版]」(1995, 信山社)

山口厚 「刑法総論 [第2版]」(2008, 有斐閣)

「判例タイムズ復刻版 自第606号至第607号」(1990, 判例タイムズ社)

「判例タイムズ第694号」(1989, 判例タイムズ社)

「判例タイムズ第795号」(1992, 判例タイムズ社)

「判例タイムズ第1269号」(2008, 判例タイムズ社)

「判例タイムズ第1290号」(2009, 判例タイムズ社)

【判例・判例集・雑誌略語表】

刑 集 大審院刑事判例集・最高裁判所刑事判例集

最 集 最高裁判所裁判集刑事

高 刑 高等裁判所刑事判例集

下 刑 下級裁判所刑事判例集

判 夕 判例タイムズ

東 時 東京高等裁判所判決時報刑事

刑 月 刑事裁判月報

高刑速 高等裁判所刑事裁判速報集