

《研究ノート》

微量薬物所持罪をめぐる比較法的考察

——カナダ、イギリス、アメリカにおける判例の検討を通して——

指 宿 信

- 一 はじめに
- 二 カナダ
- 三 イギリス
- 四 アメリカ
- 五 まとめ

一 はじめに

現代社会において薬物濫用問題が深刻であることは、わが国のみならず世界的にみて疑うことのない事実であろう。欧米各国においてはマリファナ等のソフトな薬物に対する非犯罪化はある程度認められてきたものの、今日、コカインを中心としたハードな薬物による社会の汚染と、これによってもたらされた犯罪の温床としてのドラッグ・ビジネスの興隆は、ひとり刑事法の手におえず、いまや政治問題の様相を呈している。

わが国でも国連の新麻薬条約の締結に対応して、昨年「麻薬取締法等の一部を改正する法律」を可決し、あらたに「向精神薬」といわれる薬物も取締りの対象へと移すに至っており、今後⁽²⁾も国際化した薬物事犯に対するより一層の規

制強化が準備される段階にきているようである。⁽³⁾

本稿では、このような薬物濫用犯罪の大量化現象といったマクロな問題はさておき、禁制品である薬物の所持罪について、とりわけ薬物が微量である場合にこれを処罰してよいか、また処罰をするにしてもどのような基準・判断方法によるべきか、といったミクロな問題をとり上げている。これは、我が国の薬物濫用を規制する法律において明文上いかなる量的規定も設けられていないために生じる、きわめて実際的な問題なのである。たとえば覚せい剤取締法においては、覚せい剤原料のうちエフエドリンおよびメチルエフエドリンについては原成分を一〇%を超えて含有するものだけを規制対象として、それ以外については含有量をとわず規制対象としている（同法二条五項別表参照）。そのため、起訴事実にある禁制薬物が微量あるいは極微量であった場合に、これを所持することを禁じた同法一四条に照らしてみるとき、はたしてこれを処罰することが適当かどうかが争われてきたわけである。たしかに薬物事犯が社会全般に対して脅威であることは否めない。けれども、法に定める「薬物」としてこれを科学的に認知できたとしても、たとえば実際に使用することもできない程の量について処罰することは、薬物所持を禁止する立法の趣旨からみた場合に問題がありはしまいか。

既にこの問題に関して、わが国における裁判例や解釈論については別稿（「微量薬物所持罪をめぐる一考察」判例タイムズ七五六号四九頁／以下「前稿」と呼ぶ）で検討済みである。その際に、比較法的な資料としていくつかのコン・ロー系諸国の判例紹介を試みたが、本稿はこれを十分に掘り下げて分析する必要があるとの考えから、もっぱらカナダ、イギリス、アメリカの三国の判例の動向を中心に論じることにした。もちろん、薬物事犯の現況が異なるし、それぞれの社会事情といった差異もある。また法制上も禁制薬物の処罰範囲や処罰される行為態様が異なることもあろう。こうしたマクロな点での問題状況を無視するわけにはいかない。しかしながら、これらの点は不可避の前提として、微量薬物所持の成否をめぐる判断基準の示唆を求めたところ、前述の問題意識については意外に共通することがわかった。そこで、三国の判例状況を整理し、わが国において欠けたる視点を補うものとして考えたわけである。特にわが国の判例は現在、

微量不処罰（消極説）から処罰（積極説）へと大きく動いているようでもあり、その判断基準については前稿でも指摘したように問題が多く残されている。政策的な処罰要請は薬物汚染への危惧等から十分これを理解できるけれども、法解釈法適用において適正な方法を踏んだうえでのことでないかぎり、いたずらに薬物脅威論に乗って判例を積み重ねることは妥当とは思われない。

本稿はこのように、これまでわが国でまったく紹介されなかった微量薬物所持犯に関する諸外国の判例に焦点をあてている。従来あまり意識されていなかったかに見えるこの問題だが、薬物法制や法体系自体に違いはあるにせよ、以下に論じるような比較法的資料を加えることによって今後の議論の展開にいくばくかでも資することができればと願う次第である。

- (1) 官報平成二年六月一九日（法律第三三三号）参照。
- (2) 同法については、岸田修一「麻薬取締法の改正」ジュリスト九五九号あるいは、同「麻薬取締法の一部を改正する法律」法令解説資料総覧一一〇号など参照。
- (3) たとえば最近紹介されたコントロールド・デリバリーといった新しい捜査方法や、薬物取引によって得られた利益の没収などの処分が論じられている。詳細は、本田守弘「薬物犯罪の新たな情勢と麻薬新条約国内担保法の概説(1)(2)」判例タイムズ七六〇、七六一号。
- (4) 判例タイムズ七五六号五〇―五三頁。

二 カナダ

カナダで薬物を取り締まる法律は、主として麻薬取締法（Narcotic Control Act）と禁制薬物法（Food and Drugs

Act) の二法であり、所持罪がそれぞれ規定されている。たとえば、麻薬取締法では三条一項において次のように麻薬所持の禁止規定が置かれた。⁽¹⁾

三(1) 本法あるいは規則によって認められない限り、いかなる者も麻薬を所持してはならない (no person shall have a narcotic in his person)。

所持の禁止規定には所持行為に関する説明はない。そこでカナダ法上の所持概念を考えるにあたっては、カナダ刑法典四条三項に規定された「所持」に関する定義を参照する必要がある。⁽²⁾

(a) 人が、個人の所持において持っているか、または認識しつつ (knowingly)

(1) 他者の現実的な所持ないし保管 (custody) において持っているとき、または
(2) いかなる場所においても、それが誰の所有する場所であろうとも、他者のため、または自己の使用や便益のために
持っているとき、

当該物件を所持している (a person has anything in possession) [とされる]。

この所持規定の特徴は、(a) (1) の他者の現実的な保管においても自己が所有すると解しうる点であろう。たとえば、A が薬物を購入し、B の認識と同意のもとで B の家にこれを保管していた場合でも、A は「所持罪」に問われるわけである。

これは現実的な所持を求めないという意味でかなり広範な処罰規定であり、薬物所持については実際に自己が所持していた「自己所持」と、他者の保管のもとにある包括的な意味での「所持」とにわけて考える必要がある。

一方、カナダでは、どの法律であっても薬物所持犯を構成する最小限の量を要求していない。ところが検察側は、被告人が極めて少ない量の薬物を所持している場合であってもこれを所持罪にあたるとしてしばしば訴追する。多くの事例において、薬物の判定はもっぱら科学的な試験に依拠しており、このことは、裁判所に法が「マイクロスコープによる裁判」を進めることを要請するものかどうかを考えさせる機会を与えることになった。

基本的な考え方は二つに分かれている。第一には制定法が最低量を規定しなかった以上は、いかなる量も処罰することが可能である〔**非限定説**〕、というものである。第二は、単に鑑定可能な量であっても、実際に売り物にもならず個人的にも使用できないような量の場合には、立法者は処罰することを意図していなかった、とするものである〔**限定説**〕。従来カナダにおける判例は、法技術的には有罪とされる被告人を解放するために“*de minimis non curat lex*”（法務官は些事にわずらわされず）という古い法格言を用いるべきだと考えてきた——これはコモン・ロー上、軽微性の抗弁（*de minimis defense*）とか軽微性ルール（*de minimis rule*）、あるいは軽微性原理（*de minimis doctrine*）と呼ばれてきた考え方である。以下にこのルールをめぐる判例の変遷と、現代カナダにおける微量薬物所持犯に関する動向を検討することにしたい。⁽⁴⁾

(1) 軽微性抗弁の登場と衰退

カナダにおいて最初に軽微性の抗弁が薬物事犯に登場したのは、一九五四年のアン・リン事件である。同事件は、被告人に対して薬物中毒の疑いを持った警察がくまなく搜索したが何も発見されなかったところ、被告人のポケットから綿毛（*fluff*）や糸くず（*lint*）、ほこり（*dust*）が少量見つかり、封筒に入れて保管されたというものである。右物件を専門家の鑑定にまわしたところ、肉眼では見えなかつたけれども、科学分析ではほこりの中から一μg、すなわち〇・〇〇一グラムのヘロインが検出された。しかしマックブライド裁判官は、「それは触ることも出来なければ、売買するにも他のいかなる商業的な目的にも供しえるほどの価値がなく、医療においても完全に使用することはできないし、中毒者もそれ以外の人も使用できず、価値がない」と判示した。⁽⁶⁾そして本件のような一μg以下についての発見は「科学的な珍奇さ（*scientific curiosity*）」であって、有罪の判断のための公正なテストは、むしろ「被告人が常用者への道をたどる可能性があるほどの所持をしていたかどうか」に依拠するとした。⁽⁷⁾さらに、本件訴追を打ち切るとの結論を示しつつ、

「本件被告人が不法にヘロインを所持していたかどうかという問題は、私にとって裁判所に不合理／ばからしさを

認定することを求めているように思われる。(しかしながら)それは私にはあまりにわざとらしく、かつ現実から遊離してほとんど空想的に広がっているように感じられる。……そこで本件について、パレシヤティ事件(一九四九年)⁽⁸⁾において、軽微性のルールを民事ばかりではなく刑事にも適用するとしたマニトバ郡上訴裁判所の見解に賛成したい⁽⁸⁾。

と述べたのであった。

このリン事件の効果はすぐに五四年のクイックリー事件で現れる。⁽⁹⁾鑑定によればポケットのハンカチから〇・〇〇三gのモルヒネを所持していたという微量事案につき、事実審ではリン事件と同じマックブライド裁判官が事件を打ち切った。⁽¹⁰⁾州側の控訴を受けた上訴裁判所のクリントン裁判官は、「禁じられている薬物の所持につき求められる最小限の量に関する問題について本件は判断を求められているのではない」としたうえで、「被告人の所持において認められた薬物は計測可能な量以上である。そうした情況での唯一の合理的な結論は、それらが大量の薬物の残存物か残りカスということである」との判断を示している。⁽¹²⁾

クイックリー事件がリン事件を破棄したかどうかについては見解がわかれているが、たとえばその後に出された女王対S事件では、クイックリー事件とリン事件との関係について以下のように述べられている。

「クイックリー事件判決はアルバータ州裁判所から出された。(事実審の)マックブライド裁判官はリン事件に依拠して訴追を打ち切ったが、上訴裁判所は検察側の上訴を認めている。両事件の事実が実質的に同じであることを考えると、クイックリー事件では明確には述べなかつたが暗黙のうちに上訴裁判所によってリン事件判決は破棄された⁽¹³⁾〔ことになろう〕」

S事件はマニトバ州の事案であるものの、軽微性原理の薬物所持犯への適用に対する判例の解釈は一応参考とされるべきだろう。というのも、こうした消極論は他の州においても示されることになるからである。

たとえば一九五五年のマックロード事件では、白い液体が含まれている注射器と点滴器の所持を発見されたが、その液体はヘロインであることが後に証明されたものの、常用者、非常用者を問わず影響のあるような量ではなく、事実審裁判所は、薬物の量が多量に少ないため使用不可能であると判断して訴追を打ち切った。これに対する控訴を受けたブリティッシュ・コロンビア州上訴裁判所の判決では、五人の裁判官の意見が分かれることになる。五人とも先のクイックリー事件に従う点では同じであったが、スローン裁判官とバード裁判官の二人は検察側が使用可能な量であることを証明する必要はないとし、オハローラン裁判官とバード裁判官の二人は本件薬物が〔多量にあった薬物の〕¹⁴ 残存物である可能性が高かった点を理由に控訴を認めて一審判決を破棄した。このようにクイックリー事件やマックロード事件の判決によれば、〔多量にあった薬物の〕残存物の場合には、たとえ微量であっても軽微性原理は適用されない、との立場を示したわけである。この考え方は同原理を認めた四九年のパレシャティ事件とは対照的である。この事案は薬物所持ではなく不法な酒類の所持であったが、警察が押収したビンには一〇滴のアルコールが発見された。アダムソン判事は「法は、使用可能な量に至らないほどのお酒一〇滴で訴追するような運用を意図していなかった」こと、「裁判所は一般的に、ささいでとるにたらないものを考慮にいけない」ことを指適、また「ささいな不法行為 (trifling irregularities) や違法にさえも、法の厳格な文言をめぐるて裁判所のもとに引き出す場合には、*de minimis noncurat lex* の法格言がしばしば実務上適用される」とした。¹⁵ けれども、パレシャティ事件においては、いかなる方法でこの格言を適用するかについてはほとんど触れられなかった。ただ少数意見においてデイサート裁判官が、法の射程範囲は「飲むに値する」量にある点に注意を促しているのが重要である。これは「使用可能性 (usability)」をメルクマールにしたテストと言うこともできよう。¹⁶ しかし見逃すことが出来ないことだが、クイックリー事件やマックロード事件では、訴追側がこの「使用可能性」を立証する必要はないとされている。両事件の判旨からすると、一般論として微量の所持について「使用可能性」を基準に判断することはないと考えることも可能である。

他方、クイックグリー、マックロード両事件が軽微性の原理を完全に排斥していることと見ることも妥当でないだろう。すなわち、右事案の特徴は多量にあった薬物のうち微量が残存した場合であつて、たとえば単に微量の所持が問われたような場合や、混合物が多量に含まれているが薬物そのものはほとんどとるに足りない量であつた場合などであつても、まったく同原理採用の余地がないのかどうかについては明らかではないからである。

(2) 軽微性の抗弁の復活

そうした判例の不明確な基準に一石を投じたのが、一九七二年のオーバーヴォルト事件である。⁽¹⁷⁾ 事案は大麻の残存物がパイプに附着していたというものである。しかし、事実審のデ・ウィールト裁判官は多量の残りカスであることは推定できないとした。判決はそれ以外の理由で訴追を打ち切っているが軽微性の抗弁についても若干触れている。すなわち、軽微性原理が適用される必要がないとすると、薬物に対する「認識 (knowledge)」と「支配 (control)」という二つの所持の要素が問題となることを指摘した。そして、微量については科学的な分析によつて判断される薬物の「名残」のケースと、すくなくとも「通常の〔方法で〕観察可能な」量のケースを分けて以下のように述べている。

「リン事件の事実と本件は似ており、少ない量とは言えず、計測可能であつて少なくとも触知により観察可能な量であることを強調する必要がある。対照的に、訴追側の示唆しているクイックグリー事件やマックロード事件はすくなくとも計測可能な量を含んでいたという事実⁽¹⁸⁾に依拠していた。しかし〔それらは〕単に科学的手段のみによつて発見される微量の名残 (trace) ではなかつた」

このオーバーヴォルト事件は軽微性原理に完全に依拠はしていないものの、リン事件を引用してクイックグリー、マックロード両事件と区別しているところから見ると、軽微性原理の適用を支持している方が適當だろう。

さらに二つの「パイプの残存」型のケースが軽微性原理の適用を考慮している。第一は、一九七四年の女王対S事件である。⁽¹⁹⁾ 警察はある少年の寝室からパイプを押収したが、その中で目で観察できる量の、ある物質の燃えカスが見つかった。

ジョンソン裁判官はパイプ内の薬物に対する被告人の認識を認め、その際に軽微性原理を適用して無罪を言い渡すために以下の要素が考慮されなければならないとした。それは、①議会の意図、②（当該薬物の）量が単なる大量の残存物か、③残りカスの計量可能性、④使用可能性、⑤関連する処罰規定、⑥所持をめぐる諸情況、の六点にわたっている。特に、第四の点については、先例クイグリー事件やマックロード事件での使用可能性の意味と、本件での意味とを区別して考えている。すなわち、

「クイグリー事件やマックロード事件は使用可能であることについて何も語っていなかったが、パレシヤティ事件は使用可能性（厳密には飲用可能性）を有する物質であることを法の射程範囲とするように述べていた。使用の問題はその量的な状態から考えなければならない。そうしたケースでは、当該薬物の使用は、量的にあまりに少なすぎる場合には不可能であるとされている。本件では、物質があまりに少なすぎて使えないのではなく、物質それ自身が使用可能な状態から燃焼によって使用不可能な状態へと変化したのであった」⁽²⁰⁾

と述べて残存物のケースにも二つの類型が考えられることを示している。つまり「単なる微量の残存物」と「変質した残存物」の二種である。

さらに、本判決は第五の点を考慮に入れ、カナダの少年法が絶対的釈放にあたる処分を持つておらず本件で科される刑が重すぎることから、事件を最終的に打ち切る（charge dismissed）と判断して以下の点を判示している。

「この少年は過去において薬物を使用したことが認められるけれども、それは多くの人が「ソフトな薬物」を使って住んでいる場所において、本人はそれを気にしていなかった（からである）。本件パイプに薬物が含まれていたにせよそうでないにせよ、実際公衆の目から見れば、ただ少年は空のパイプを所持していただけであった。あまりに少なすぎて使用できない、そして再使用も出来ない変化した物質を科学的な分析が発見することがある。（そのような時に）格言の適用がトータルな裁量として認められるのである。私の見解では、本件で同人を非行ありと認めることは、

法の精神と文言双方に合致しないような不正義を作り出すことになる。「したがって」「法は些事にかかわらず」の格言がここで適用されるべきであり、私は本件少年の行為を非行とみなさない⁽²¹⁾

重要な点は、本件でも鑑定証人が残存物の量につき「観察可能 (observable)」だと証言していることで、それにもかかわらず法格言の適用の道を総合的なテストを用意することによって切り開いたことであろう。軽微性原理が、限られた場面ではなお裁判所の判断として有効であること、つまり犯罪の客観的な要件および主観的な要件での評価を超えた実質的な所持行為の判断を、慎重ではあるものの認められた意味は大きいと言わなければならない。

そうした方向に沿った事実として、一九七五年のキングセップ事件が挙げられる。ノースウェスト・テリトリーの治安判事裁判所スミス裁判官は、「所持の認識の証明と、使用可能性の証明がなければならぬ」との理由で、使用不可能な量の場合には軽微性原理が適用されるべきだ、と述べている。そして本件とマックロード事件が区別されることを指摘した。本件事はパイプに大麻が残存していたというものであるが、そのパイプはベルトのバックルに組み込まれていて、被告人はベルトを友人に借りたものと主張していた。裁判所は、こうした事情から薬物の存在に対する認識 (knowledge of the presence of cannabis resin) がなかったと考えたように思われる。S事件とならんで使用可能性をも判断基準に加えた数少ない判例となっている点は興味深い。

(3) 「認識」の問題への展開

「パイプ残存型」の第二の事案は、一九七四年のマックバーニー事件である。被告人は大麻の所持で起訴されたが、これは警察が捜査の際に真鍮のパイプを発見し、そこから微量のハッシシの残存物が見つかったものである。事実審裁判官はS事件と同様、被告人はパイプにハッシシが存在する点につき認識を有するとしたものの、軽微性の抗弁に依拠して訴追を打ち切っている。控訴審でも検察側の反論は却下され、当該薬物に対する「支配 (control)」が及んでいないために法的に所持罪を構成しないことを明らかにした。その際、裁判所はオーバーウォルト事件とはやや理由を変更している。

つまり、わずかなカスの事案でも制定法の射程範囲に入るが、微量の場合は「認識の推定問題」として考えるべきであり、故意の問題に含まれるとして主観的な要件に基づくアプロウチを示した。⁽²⁷⁾さらに検察側は上訴したが、ブリティッシュ・コロンビア州最高裁はこれを四対一で退けた。⁽²⁸⁾その際ファリス裁判官による法廷意見は、薬物所持の事案における量的考慮の必要性、ならびに軽微性の抗弁の必要性を否定している。

「わたしの見解では、『法は些事にかかわらず』の格言を〔本件で〕発動する必要はない。被告人は検察側が訴追された犯行について有罪であるとの証明が出来なかったが故に無罪なのである。被告人は大麻の残存物を不法に所持していたという公訴事実があった。検察はその日、被告人が微量の大麻の残りカスが残存していたパイプを所持していたことは証明できたが、微量は以前の所持の証拠である。それでは本件は証明できない。これは「残り (TRAILS)」という言葉の適用可能な文言上の意味の事案である。(ショーター・オックスフォード参照。「残り」を示すものか、以前の何かの存在を示すもの) 本件の事案はパイプの所持であり、以前のハッシシの吸引のための使用を認めるのが常識であろう」⁽²⁹⁾

こうして薬物所持の事案はアプロウチにおいて重要な展開を示すことになる。

「現行の一九六一年の麻薬取締法の下では、吸引された麻薬の残存物が法の適用範囲に入らないという点が重要であると思われる。薬物の残存物は薬物ではなく、本件でもそれは微量のハッシシであった。しかし重要なことは、議会は、以前に薬物を吸引するように用いられた道具の所持を犯罪と見なしていなかったという点である。議会にそうした行為を犯罪とする意図がなかったことは言うまでもない」⁽³⁰⁾

ただし反対意見を一人書いたマックレーン裁判官は、軽微性原理をはっきりと否定し、麻薬取締法はいかなる少量でも有罪を正当化するために利用できるとの見解を明らかにした。⁽³¹⁾さらに、マニトバ州最高裁が同じ頃バビアック事件でも軽微性の抗弁を扱っている。⁽³²⁾被告人が他の者と共有していた家屋において、ヘロインの残存物が付着したスプーンや多くの

注射器が発見された。証拠では警察に薬物中毒者と考えられていた人物がその家屋に出入りしており、「あれを持っていくか」といった電話がかかっていたことも明らかになった。⁽³³⁾けれども、本件では「法は些事にかかわらず」に基づく軽微性の抗弁が薬物事案に適用可能かどうかの点については判断を示さず、提示された証拠によってヘロインであることが十分に証明されることを理由に事実審の有罪判決を支持している。⁽³⁴⁾

一〇年後の一九八四年に、ある商店から一ドル程度の道具を窃取したというリー事件においてオンタリオ州地方裁判所が軽微性原理に従って打ち切りを命じた事案について、検察側上訴の結果「軽微性原理は刑法には適用されない」との見解がオンタリオ州上訴裁判所から示されたのである。⁽³⁵⁾その際にクイックグレイ事件で薬物犯罪に軽微性の抗弁が適用されない」と判示されたこと、ならびに一九八二年に出されたイギリスのホイエッセン事件（後述）での判示を引用している。⁽³⁶⁾

一九八六年にはブレット事件において、通称「TALWIN」と呼ばれたペンタゾンという禁制薬物を所持していた被告人の有罪を破棄した上訴裁判所の判決を、ブリティッシュ・コロンビア州最高裁判所が差し戻した。⁽³⁷⁾上訴裁判所は、イギリスのカーヴァー事件（後述）にしたがひ、計測可能テストではなく使用可能性テストを用いることよって被告人が使用可能な量の所持をしていたかどうかを判断している。⁽³⁸⁾しかし最高裁は、自ら七五年に同様の事案を扱ったマックバーニー事件を引用して使用可能性テストが不必要であること、既にカーヴァー事件自体がイギリスでもホイエッセン事件によつて覆されていることを理由にこの判断を退けた。多数意見を執筆したヒンクソン裁判官は以下のように述べている。

「カウンティ裁判所〔上訴裁判所〕の判事は、検察側が当該薬物の量を被告人が使用できるかどうかを証明しなければならぬとの結論を示しているが、私の意見では、これは法的に誤っている。本件はマックバーニー事件とは事案を異にしている。ここでは被告人が警察官に述べているように、明らかに被告人は法によつて禁じられている薬物を所持したことに關する認識を認めている。それ故その供述に依拠して検察側は禁制品の所持を立証した」⁽³⁹⁾

このように、微量であっても認識があれば薬物所持は立証できるとの立場を明らかにしてマックバーニー事件でのアプ

ロウチを踏襲している。これでブリティッシュ・コロンビア州における主観的（メンズ・レア）アプロウチは完成された。ただし、はたして軽微性の抗弁が判例上まったく否定されてしまったかについてはまだ未解決の部分を残しているようであり、アンダーソン裁判官も多数意見に賛成しながら付随意見の中で、「本件の結論は」もしそうした認識が認められなければどうなるかについては、将来において判断されなければならないだろう」と述べて、認識がない場合についてまで判例の拘束力が及ばないことを暗示しているため、軽微性の抗弁もまだ場合によっては用いられる可能性を残している。⁽⁴⁰⁾

同じ観点からクイーンズ大学のドン・スチュアート教授も、ブレット事件がマックバーニー事件との相違を示しながら軽微性の抗弁について明示していないことを理由に、将来の軽微性の原理の可能性を示唆している。⁽⁴¹⁾ 八〇年代においても、下級審ではいくつか軽微性原理を承認した薬物事案がある。たとえば八一年リッピー事件でノヴァ・スコティア州カウンティ裁判所のマックレラン裁判官が同原理を適用したし、⁽⁴²⁾ さらに一九八三年、アルバータ州地方裁判所において、レスマイスター事件でも同原理が用いられ、ヘロイン、モルヒネ、コカインの所持に問われた被告人に無罪が言い渡されている。⁽⁴³⁾ オリヴァー裁判官は、法廷にはいかなる量の薬物が存したかについての証拠、ならびに当該量が計測可能であったか否かの点についての証拠、が示されていないことを前提にして考察を進めている。まず、先例オーバーヴォルト、ステイムプトン、そして七五年のキングセップ事件が *de minimis non curat lex* の格言を用いていたことを指摘した。ただクイックリー事件でアルバータ州の最高裁が右の格言の引用を拒否して有罪を言い渡していたことにかんがみ、本事案との相違を以下のように明らかにしている。

「マックバーニー事件でも示されていたように、クイックリー事件は「当該薬物の量が計測可能であって薬物の単なるカスではなかった〔事案である〕」。マックバーニー事件では証拠はただ大麻の残りカスの微量を示しており、格言の引用は必要なかった。イギリスでの本問題に関する法は一九七八年のカーヴァー事件で最終的に解決しているが、これはマックバーニー事件の判決理由を少々拡張して、この格言の使用を不要にした。そして、二〇マイクログラム

では無に等しいという「常識テスト (common sense test)」を採用して被告人を無罪にしている。⁽⁴⁴⁾

そして本件鑑定人が注射器の中から量的な分析を行えなかったこと、それらは肉眼でも確認できなかったことを理由に、マックバーニーおよびカーヴァー事件^(後掲参照)の判決理由を採用し、本件での量では常識から無に等しいと判断しなければならぬ、として無罪を言い渡した。⁽⁴⁵⁾ この判例は、必ずしも裁判所が微量の問題を認識の問題に還元することなく判断しうることを示唆しており、イギリスの判例と同様、「常識テスト」を用いて無罪を引き出している。そして事実上、常識テストの背後には軽微性原理が存在しているという見方もできるだろう。

(4) まとめ

しかしながら、軽微性原理を刑法の領域から退けたり事件の影響は大きいと言わねばなるまい。八五年のバツティエ事件⁽⁴⁶⁾控訴審では、ブリティッシュ・コロンビア州のカウンティ裁判所のアルケル裁判官が、先に紹介されたブレット事件⁽⁴⁷⁾控訴審判決を記したレガート裁判官による軽微性原理を適用した意見を批判していることに注意すべきであろう。軽微性原理を認めたブレット事件控訴審判決は後に同州最高裁によって破棄されるが、バツティエ事件でも被告人側は軽微性原理が事実審で適用されなかった点を理由として控訴していた。アルケル裁判官は、ホテルの部屋に踏み込んだ警察官が四本の注射器を発見しヘロインの残存物を確認した際に、被告人が警察官の質問に答えてそれらが自己のものであると認めていた点に着目して、被告人における麻薬への支配⁽⁴⁸⁾と認識に関する証拠が十分であると理由から、事実審が有罪とした判断は証拠上問題はないと、控訴を棄却している。本件とマックバーニー事件とは「明らかに事実において異なる」⁽⁴⁹⁾事案であり、「無に等しい」量の後者では認識が立証されえないのはもちろんであつて、本件の場合には証拠上薬物の存在が客観的であるため、被告人の認識も認められるケースとして区別する。

このようにカナダの判例は、微量薬物所持罪の成否の判断について、当初の軽微性原理を用いた客観的アプローチを中心に据える政策的処理から、薬物に対する被告人の認識および支配の事実を中心に考える主観的 (メンズ・レア) アプロ

ウチを基準にした実体法的処理へと変遷をたどったことが明らかであろう。先のマックバーニー事件が軽微性原理を遺棄してしまったとは言えないものの、少なくともブリティッシュ・コロンビア州での判例は固まっているようであるし、今後これが各州に波及することが予想される。最終的にはカナダ最高裁の判断を待たなければならないことはもちろんだが、⁽⁵⁾それでも主観的アプロウチの方向が採用されることを予想する見解も見られるところであり、多数説であることに疑いはない。

- (1) R. S. C. 1985, c. N-1; R. S. C. 1985, c. F-27.
- (2) R. S. C. 1985, c. C-46.
- (3) 軽微性原理については、拙稿「軽微な犯罪に対する訴追の打切り制度・その一—アメリカにおける微罪 (de minimis infractions) 打切り規定をめぐる一」北大法学論集四(一)巻二号(一九九〇年)、特に三九四頁以下参照。
- (4) カナダの微量薬物の動向については、たとえば、Bruce MacFarlane, *Narcotics Prosecutions and the Defense of De Minimis* *Non Curat Lex*, 17 CRIMINAL LAW QUARTERLY 98 (1974); Bruce MacFarlane, *DRUG OFFENCES IN CANADA*, 550—571 (2nd ed. 1986) など参照。
- (5) R. v. Arne Ling (1954), 109 C. C. C. 306 (Alta. S. C.).
- (6) *Id.* at 308. また、鑑定人は「肉眼では〔当該物件を〕見ることが出来ないと証言している」。
- (7) *Id.* at 309.
- (8) *Id.* at 310.
- (9) R. v. Quigley (1954), 111 C. C. C. 81 (Alta. S. C. App. Div.).
- (10) そのほか、(a) ホットのはかりの中から 〇・〇〇〇一二g、(b) ドレッシング、ネットサイトおよびバスルームの洗濯籠にあったティッシュから 〇・〇〇〇六五g、(c) 車の中のティッシュから 〇・〇〇〇六五g が発見されている。
- (11) 111 C. C. C. 81, at 82-3. 鑑定人は尋問で、「最も少ない量はどの程度測定しうるかにつき、およそ五〇〇分の一グレイン (〇・〇〇〇一二g) であること、またどれほど微量と言えらるかにつき、一〇〇〇分の一グレイン (〇・〇〇〇六五g) 以下、一〇〇〇分の一グレイン (〇・〇〇〇六五g) であると証言した」。See, at 84.

- (12) *Id.* at 84-5.
- (13) R. v. S. (1974), 17 C. C. C. (2d) 181, 188 (Man. Prov. Ct.).
- (14) R. v. McLeod (1955), 111 C. C. C. 137, 138-140 (B. C. C. A.).
- (15) R. v. Paleshahy (1949), 96 C. C. C. 147, 151-157 (M. C. C. A.).
- (16) *Id.* at 149-151.
- (17) R. v. Overvold (1972), 9 C. C. C. (2d) 517 (N. W. T. Mag. Ct.).
- (18) *Id.* at 521.
- (19) 17 C. C. C. (2d) 181.
- (20) *Id.* at 192.
- (21) *Id.* at 193.
- (22) *Id.* at 190-1.
- (23) R. v. Kingsep (1975), [1975] W. W. D.180 (N. W. M. C.).
- (24) R. v. McBurney (1974) 15 C. C. C. (2d) 361 (B. C. S. C.).
- (25) *Id.* at 361-2.
- (26) *Id.* at 375.
- (27) *Id.* at 363-6.所持の主観的な内容は、認識と故意そして支配である。またバーガー裁判官は、先例としてイギリスやカリフォルニア州判例を多数引用し、軽微性の原理を適用することは「支配」がないことと同義であると述べ、軽微性原理の実際的な機能を強調している。at 371-5.
- (28) R. v. McBurney (1975), 24 C. C. C. (2d) 44 (C.A.).
- (29) *Id.* at 46.
- (30) *Id.* at 48.
- (31) *Id.* at 48-50.
- (32) R. v. Bablak and Stefaniuk (1974), 21 C. C. C. (2d) 464 (Man. C. A.), app. denied [1974] S. C. R.xi.
- (33) *Id.* at 466-7.
- (34) *Id.* at 468-70.

- (35) R. v. Li (1984), 16 C. C. C. (3d) 382.
- (36) *Id.* at 384. 持ちたモノントロメリー裁判官は、方引きの事案において軽微性の原理を法に適用するなら、価値が低い物品を店から強奪したと客観的に認めることとなる、と述べている。
- (37) R. v. Brett (1985), 21 C. C. C. (3d) 353; (1986), 53 C. R. (3d) 189 [B. C.].
- (38) *Id.* at 191.
- (39) *Id.* at 192.
- (40) *Id.* マンターンン裁判官は「本件判決で重要な決定的な要因は被告人の〔所持に関する〕自認である」という。
- (41) Don Stuart, CANADIAN CRIMINAL LAW: A TREATISE, 498 (2d ed. 1987.)
- (42) R. v. Rippy (1981), 65 C. C. C. (2d) 158 (N. S. Co. Ct.).
- (43) R. v. Lesmeister (1983), 33 C. R. (3d) 315 (Alta. Prov. Ct.).
- (44) *Id.* at 317
- (45) *Id.* at 317-8.
- (46) R. v. Battie (1985), 26 C. C. C. (3d) 49 (B. C. Co. Ct.).
- (47) *Id.* at 52.
- (48) *Id.* at 53.
- (49) *Id.*
- (50) Donald MacIntosh, FUNDAMENTALS OF THE CRIMINAL JUSTICE SYSTEM, 304-5 (1989)

三 イギリス

(1) 軽微性原理の母国

イギリスはコモン・ローの母国として軽微性の原理が判例上古くから用いられてきた。軽微性原理「すなわち *de minimis non curat lex*」の法格言はもともとローマ法の格言に由来する。それが一六世紀末の「Taverner v. D. Cromwell」事件

でイギリスに登場し、⁽¹⁾一九世紀の Reward と呼ばれる判例では、ウィリアム・スコット卿による言葉として以下のように述べられている。

「裁判所は、制定法の適用に際して直ちに過酷でペダンティックな厳格さを要請されない。法は古い格言—De minimis non curat lex.—に含まれている限定 (qualification) を認めている。非常にわずかな結果をもたらすにすぎない違反の場合は、硬直したように刑罰の適用を厳密にすることは意図されていない。その逸脱 (deviation) が公益にはなんらかかわりを生じないほど単に些細なものにすぎない場合、それが実際に続いていたとしても、適当に見過ごされてよいだろう」⁽²⁾

もちろんこの原理の考え方自体は、薬物に限らず刑法の解釈一般に広い影響を与えてきた。このことは次のグランヴェル・ウィリアムズ教授のテキストからも学ぶことが出来る。

「犯罪が数的に示されるように定量化できない場合、またある言葉の適用に問題が含まれている場合に、裁判所は「小さいなもの (trifles)」を無視する余裕を持つことが出来る。しかし一般にはそうすることを選択しない」⁽³⁾

「立法者が数的に正確を意図せず、通常の文言の内に多少の含みを持った運用を意図するときに、軽微性の原理は生じることになる」⁽⁴⁾ (初版)

このように古くから軽微性原理は判例、学説をとわずイギリス法における法思想として定着を見せており、イギリス法の影響を受けたインドでは刑法典にこの考え方が具体化された。⁽⁵⁾にもかかわらず、裁判所は薬物事犯に関する限り右原理の適用についてはカナダよりずっと慎重であった。こうしたイギリスの消極的な態度が、先に見たようなカナダにおける軽微性原理からの離脱傾向に大きな影響を及ぼしたことは言うまでもない。そこで、以下にイギリスの微量薬物判例を検討することにしたが、これはコモン・ロー系諸国における微量薬物所持犯の問題を考察するうえで不可欠な手順であり、さらに後に見るアメリカ法との対比も含めて複合的な視座をわれわれに提供することとなる。

(2) 軽微性原理の適用の可否

現行の薬物を統制する制定法は、一九七一年に制定された「薬物濫用取締法 (MDA) (Misuse of Drug Act 1971)」であるが、この法律においても薬物がどれほどの量であれば処罰してよいかにつき、その量的限界に関する規定はなかった。⁽⁶⁾そこで裁判所は、禁制薬物の微量所持の場合にこれを法の「所持」という文言に照らしてどう解すべきか、検討を迫られてきたわけである。

イギリスにおいて軽微性原理が薬物事犯に適用可能かどうかの判断を示した最初のケースは、カナダに遅れることおよそ二〇年、一九七三年のボッキン事件⁽⁷⁾である。これは被告人の所持する水ギセルに大麻が少量附着していたという事案である。科学分析ではこの薬物の量は「少なくとも」二〇マイクログラム (〇・〇〇〇二g || 〇・〇二mg) と鑑定されたが、これは科学分析によって計測しうる最低量であることが知られている。七二年にストラトフォードの治安判事裁判所で有罪を受けた被告人はこれを不服として控訴したが、その際、使用しえず、また計測しえないような量では文言上所持罪に該当しないと主張している。しかしながら、法廷意見を書いたクイーンズベンチのウィッドグレイ判事は、以下のようない見地から軽微性原理の本案への適用を退け、控訴を棄却した。

「わたしの判断では、権限なく危険な薬物を所持した罪での訴追においては、通常の *de minimis* の格言は適用されるべきでない。言い換えると、かりに被告人が権限なく危険な薬物を所持していたと明確に立証されれば、所持していた薬物の量が少なすぎるからといって法がそれを取り扱うべきでないと言うことは答えにならない。軽微性原理をここでは用いることが出来ない。しかし他方で、その犯罪が危険な薬物の事案ゆえに訴追側は所持の事実を立証しなければならぬ。この種の事案で示されなければならない識別とは、当該薬物の量が被告人において一定程度の薬物が所持されていたと結論付けるに足るほど十分であったかどうか、またその残存物が少なすぎて実際に以前に彼が薬物を所持していた事実を示すにすぎないかどうか、といったことである」⁽⁸⁾

法廷意見は、軽微性原理に依拠することなく微量薬物事案の判断を示した二つの判決を先例として書かれた。その一つは、一九六八年のヴォルセル事件⁽⁹⁾であり、もう一つは六九年のグラハム事件⁽¹⁰⁾である。このヴォルセル事件は、被告人が車内においていたチューブに禁制品であるヘロインが認められ、所持罪に問われたという事案である。しかし、証拠上は彼は既にヘロインを使用していたことが明らかであった。チューブには肉眼で判明しうるものは何もなく、マイクロスコープによつてのみ判別可能な量が存在しており、それは計測はもとより動かすことも不可能な量であった。上訴裁判所(Court of Appeal)のサルモン裁判官は、「チューブは現実的にはから(empty)」だとして被告人を無罪としている。他方、グラハム事件は被告人の三つのポケットから大麻のカスが発見されたものだが、計測可能であることを理由に上訴裁判所のアトキンソン裁判官は被告人を有罪とした。⁽¹²⁾

この二つの判決を先例とする以上、本ボッキン事件で判断基準を明示しなければならなくなったウィッドゲリー裁判官は、両ケースの判断の分かれ目は「計測可能(measurable)」か否かの点にあると考え、以下のように述べている。

「本件大麻の量は、重さやサイズを計るために用いることは出来なかつたという意味では計測しえなかつたけれども、少なくとも二〇マイクログラム存在したにちがいないという意味では計測可能であつたことが確認されている」⁽¹³⁾

けれども注意しなければならないのは、この見解に加えて「わたしが」本件を事実審で担当していたら同じ結論に至つたかどうかはわからないが、少なくとも事実審の判断が適法な限界を越えたとは言いいない。そこに法的な瑕疵はなかつたという結論を示すほかない」とわざわざ断つている点である。このことは本件が限界事例すれすれであつたことを示しており、微妙な判断を物語っている。

さらにマッキーナ裁判官の反対意見では、二つの先例に従うのであれば、ヴォルセル事件は「使用可能」かどうかを基準とし、グラハム事件は「計測・計量可能」かどうかを基準としているのであるから、本件は「二〇マイクログラムという量が鑑み」無罪とすべきであつたと述べられている点にも注目する必要がある。つまり二〇マイクログラムの量が化

学分析によってはじめて得られる数値であるとすると、この数値を限界事例に設定してしまえば化学分析に反応するかぎり被告人は半永久的に薬物を所持し続けるという認定をせざるをえなくなる。これでは、所持という概念に照らしてもあまりに不合理であると考えるのが自然だろう。

さらに、同様の微量事案について七八年のカーヴァー事件でも軽微性原理が退けられている。被告人はノッティンガムの刑事裁判所で大麻の所持につき罰金二五ポンドあるいは一箇月の禁固刑の有罪判決を受け、これを不服として上訴した。上訴裁判所刑事部のデービス裁判官は、被告人の部屋から発見されたタバコの吸い差しに含まれていたと鑑定された二〇マイクログラムの大麻の「所持」につき、当該薬物が鑑定人の意見ではピンの頭ほどの量で肉眼では見えず、また使用には全く耐ええないこと、実際大麻タバコを吸うには五〇から一〇〇mgの量が必要であることなどを前提にしたうえで第一審の有罪を破棄したが、その際、以下のように述べている。

「本裁判所の見解は、以下のものである。すなわち、通常の *de minimis* の格言に依拠することは適当ではないが、かりに発見された薬物の量が少なすぎて常識に照らして無と同じくらいであり、ならん事件にもなりえない場合には、またその証拠が一九七一年の薬物濫用取締法が禁ずることを意図していたいかなる形態においても使用しえないほど少ない量であれば、そのとき微量の所持の有罪は正当化されない」⁽¹⁸⁾

また上訴裁判所は、事実審のエリス裁判官が本件争点について先例をポッキン事件としたことについてはこれを正当としたものの、ポッキン事件を再評価、再検討する必要があるとの立場から、ウォルセル事件、グラハム事件をも考慮にいれつつ、ポッキン事件が「計測可能」な事案で、おそらくは再び吸うこともできる程度の大麻の量であったことに注意を促している。⁽¹⁹⁾ 本件では法の禁止の意図を厳密に解した結果、使用可能でないものを禁制品の範疇に含ませることが不当なため、以上のような判断を示す以外にないとの結論に至ったわけである。

本件では「常識テスト」と「使用可能性テスト」を併用している点が従来の判決理由と異なっている。ポッキン事件の

反対意見に示された計測可能性テストの非合理性の指適を受けたものと評せよう。そうした意味では、判例はボックス事件を部分的に変更するに至ったわけであり、判断基準という点で実質的な判例変更であったと言つてよい。この結果、いくつかの公刊されていない上訴裁判所の判例でカーヴァー事件にならつて使用可能性テストが用いられた。⁽²⁰⁾

(3) 使用可能性テストから可視性テストへ

最終的に、イギリスの最高裁に当たる貴族院 (House of Lords) が微量薬物所持の成否につき、一九八二年のボイエッセン事件において判断を示すこととなった。⁽²¹⁾ 貴族院はカーヴァー事件で採用された使用可能性テストを否定し、5mg の大麻の残りカス所持の事案で犯罪の成立を認めている。これは、事実審であるケンブリッジの刑事裁判所が二五ポンドの罰金を言い渡したのに対して、上訴裁判所がカーヴァー事件と同じ使用可能性テストを用いて有罪を破棄したことに對する上告事件である。⁽²²⁾ 貴族院は、使用可能性のテストは非常に疑わしいこと、そして蓄積される可能性があれば少量でも危険性が存在することを指摘し、いかなる量の所持も目に見え (visible)、触知して (tangible) 計りうる (measurable) なら禁じられた薬物に該当すると判断した。加えて、量の問題は「認識」および「支配」の問題にかかわることから、客観的、事實的な所持概念にしたがった判断を促している。⁽²³⁾ スカーマン卿による多数意見は以下のように述べる。

わたしは「使用可能性」テストは法的に正しくないと結論する。問題は使用可能性にあるのではなく、所持にある。しかしながら、被告人がはたして禁制薬物を所持していたかどうかを判断しなければならぬ場合に、量の問題は二つの意味で重要性を持つ。第一は、(当該薬物の) 量が裁判所に対して「なんらかの薬物 (something)」に等しいという事実問題として見ることを可能にする、ということである。かりに問題となっているものが目に見え、触知でき、そして計測できるなら、あきらかにそれはなんらかの薬物である。問題は法廷における常識にとつての事実の問題である。……第二に、量の問題は認識の問題に関連しよう。……支配とコントロールを受けている量が少量ならば、次のような問題が生ずる。すなわち、それがあまりに少量であるため、被告人がその所持の認識を有していたと証明

することができるか、という点である。(つまり) 認識が証明されなければ所持は立証できないわけである。⁽²⁴⁾

このようにイギリスでは、ボイエッセン事件によって、使用可能性テストに代わって「可視性テスト」および「計測可能性テスト」が採用され、このテストは薬物の「構成要件」該当性の判断として用いられるのではなく、認識もしくは支配の認定のために用いられることになったわけである。注意しておくべきことは、ボイエッセン事件では事実審は、1mg であっても「使用可能」であるとの見地から有罪判決を示していること、そしてカーヴァー事件では大麻は肉眼では見えなかったが、ボイエッセン事件では見えたこと、である。後者の点は、ボイエッセンがカーヴァーを変更したのではなく、両者の事案に区別を加えたに過ぎないという見方も出来る。前者の点は、使用可能性の判断が上訴裁判所と異なったという意味で、テストの明白性が疑わしいとの印象を与えている。そこで貴族院はこの方法を避け、可視性テストあるいは計測可能性テストに依拠することにしたと言うことができるのではないか。⁽²⁵⁾

ボイエッセン判決は、イギリスにおける微量薬物所持の判例を最終的に確立させたばかりではなく、カナダにおける判例動向にも大きな影響を与えており、八〇年代以降カナダにおいても判断基準が認識の問題に移されてきたことは先に指摘したとおりである。

ただ軽微性の原理については先例を引いているだけで、明示的に軽微性原理が刑法一般に適用されえないとも薬物事案に適用されえないとも述べられていない。それゆえ軽微性原理の適用問題がまだ未解決であると解することも可能であるので、この判決も、軽微性原理の適用に関しては一つの事例判例にとどまるとの見方もできるわけである。

(4) まとめ

以上にかいつまんだイギリスの判例の動向だが、同じようにスコットランドでも一九八〇年のキーネ事件において「使用可能性テスト」は必要ないと判示されている。⁽²⁶⁾しかし、こうした「認識」の問題への移行という流れは、十分に説得的な説明をしきれていないように見受けられる。たとえばウィリアムズ教授は、「(ボイエッセン事件の)判断は……共通

の原理を持たず、日常的な公正さの感覚に欠ける」と批判しているし、⁽²⁷⁾貴族院の論理はあまりに無情だという批判もある。⁽²⁸⁾結局のところ、完全に使用可能でない薬物の所持を処罰するのは、まさに「法的な空論 (legal pedantry)」を示すばかりで、被告人ひいては一般国民に（法的な）ごまかしであるとの印象を与えかねない。ウィリアムズ教授の指摘の本意はその点にあると言えよう。そうであれば、やはり真に法によって保護される範囲を明らかにするような判断方法が求められるべき、との非難を免れまい。そこで次節では、この使用可能性基準をめぐっておおいに論争のあるアメリカにおける諸判例を概観し、議論の素材としておきたい。

- (1) *Taverner v. Cromwell* (1594), Cro. Eliz. 353, 78 E. R. 601.
- (2) The "Reward" (1818), 2 Dods. 265 at pp. 269-70, 165 E. R. 1482.
- (3) *Glanville Williams, Textbook Of Criminal Law*, 2d ed. 620 (1983).
- (4) *Glanville Williams, Textbook Of Criminal Law*, 574 (1978).
- (5) イント刑法典九五条「害悪が、通常人の感覚・感情からして意に介しない程度に軽微な場合には、害悪を惹起し、ないしは惹起しよう」と意図し、または害悪が発生しそうであると認識していたことを理由に犯罪は成立しない。」
See NELSON'S COMMENTARIES ON THE INDIAN PENAL CODE, 200 (1860).
- (6) MDA § 5(1)
「本法七条の規定により禁止された薬物を所持することは違法である」
- (7) *Bocking v. Roberts* [1973] Q. B. 307; [1973] 3 All. E. R. 962.
- (8) *Id.* at 309-10.
- (9) *R. v. Worsell* [1969] 2 All. E. R. 1183.
- (10) *R. v. Graham* [1969] 2 All. E. R. 1181, のほか「三吸の大麻所持で有罪とされた *Searle v. Randolph* [1972] Crim. L. R. 779 参照。」
- (11) 2 All. E. R. 1183-4.
- (12) *Id.* at 1181-2. 「非常に少量だが、鑑識官は〔本件での〕量は計量、計測可能であると認定している」との理由を示す。

- (13) [1973] Q. B. 311.
- (14) *Id.* at 311-2.
- (15) *Id.* at 312.
- (16) R. v. Garver [1978] 3 All. E. R. 60.
- (17) *Id.* at 61.
- (18) *Id.* at 63.
- (19) *Id.* at 62-3.
- (20) Note, *Possession of Minute Quantities of Drugs*, 46 J. OF CRIM. L. 208, 209 (1982)
- (21) R. v. Boyesen, [1982] 2 W. L. R. 882, [1982] A. C. 768 (H. L.).
- (22) *Id.* at 883.
- (23) *Id.* at 889.
- (24) *Id.*
- (25) J. Bentil, *Possession of Minute Drug Quantity*, 126 SOLICITORS' JOURNAL 388, 390 (1982).
- (26) Keane v. Gallacher, SCOTS LAW TIMES 1980 (High Court of Justiciary, 1980).
 事案は、大麻を所持していた被告人が薬物濫用取締法違反で起訴されたもの。被告人の部屋にあったブリキ製の容器とプラスチック製の箱に薬物が発見されたが、前者は一〇mg、後者はすくなくとも一mgの大麻の残りカス(cannabis resin)が確認されている。一番ではカーヴァー事件を引用して無罪判決が下されたが、控訴審では、訴追側が使用可能性を証明する必要はないと判示され、有罪判決の指示付きで差し戻された。
- (27) Williams, *supra* note 3, at 621.
- (28) Commentary, [1982] Crim. L. R. 597.
- (29) Williams, *supra* note 3, at 622.

四 アメリカ

(1) 立法の概要

アメリカにおいても、いかなる目的にも供しえない程の使用不可能な量の薬物所持について法が適用されるべきかどうかについては大きな問題とされてきた。カナダやイギリスと同様、制定法によってこの問題を解決した州はほとんどなく、もっぱら裁判所の解釈に委ねられているのが実情である。アメリカにおける薬物規制法のモデルは、統一麻薬法典(UNDA)⁽¹⁾と、統一禁制品法典(UCSA)⁽²⁾の二つである。後者は一九七〇年に連邦法 Drug Abuse and Control Act of 1970⁽³⁾と共にモデル法として定められ、現在四三州がこれを参考にした薬物規制法を制定している。多くの州は禁制品物を定義するに当たって右のモデル法に従い、“a controlled substance”“any controlled substance”“any narcotic drug”といった表現を採用した。⁽⁴⁾一方、例外的になんらかの量的基準を提示した州もある。たとえばネヴァダ州ではUCSAの規定に修正を加えて「識別可能な(identifiable)」「量が有罪とするに足りるとし、⁽⁵⁾テキサス州ではマリファナの所持につき「使用可能性(usable)」の基準が置かれ、⁽⁶⁾さらにメイン州では全ての薬物禁制品について「使用可能性」基準が立法者によって採用されている。⁽⁷⁾しかし、薬物所持の禁止について、ほとんどの州では最低量を明示する規定はなく、微量薬物所持の成否の問題はもっぱら司法の判断に委ねられ、以下に見るような対立を招くことになった。対立の中心は、カナダやイギリスのようなコモン・ロー上の軽微性原理あるいは抗弁の採用いかんといった観点ではなく、薬物が制定法上の構成要件に該当するかどうかといった点にあり、該当性の判断基準を当該薬物の「使用可能性」に置くか否かが主な争点となっている。判例の数は膨大であり、かつ多数の州にのぼるため、カナダやイギリスのように詳しい事案の紹介をおこなうことは不可能である。そこで、この「使用可能性」基準に対する消極、積極、あるいは中間的見解によっておおまかな区別をおこない、アメリカでの論争を整理しておきたい。

(2) 多数説

微量薬物所持罪に関する判例は一九五〇年代から出始めている。大多数の州では、法が当該薬物を禁止する以上いかなる量であってもこれを処罰することは適当であるとの判例が確立されており、後に見る少数説の「使用可能性 (usable) テスト」に否定的な見解が示されてきた。初期の判例の多くは、法が「いかなる量 (any amount)」の処罰も定めている以上、当該薬物の量は「問題でない (immaterial)」として、法に明示されていない規制量を判例が設定することは司法の権限を逸脱する、との考え方を採っている【非限定説】⁽⁸⁾。

その理由は、UNDAが「いかなる麻薬」も処罰可能な規定を置いていたからである。しかしその後には制定されたUCSAが「いかなる」という文言を用いなかったにもかかわらず、裁判所はこの初期の考え方を基本的に変更することはなかった。コロラド州の一九六一年のデュラン事件は、五〇mgの大麻所持が争われた事案であるが、「たとえ五〇mgでも、法は麻薬のいかなる量の所持についても非難している」として州最高裁によって一審の有罪が維持されている。同じ見解に立つ州としてアラバマ州、ミネソタ州、イリノイ州、インディアナ州やメリーランド州などがある。同様の見地に立つものの、補強証拠を求める見解を示したノース・カロライナ、ニューヨーク、アラスカ、ジョージアの各州判例がある。ただしカリフォルニア州では被告人が常用者であることは補強証拠とならないとされた。⁽⁹⁾

ところが消極説に立つ判例においても、最近では、薬物を「識別 (identity)」できなければ被告人の薬物に対する「認識 (knowledge)」が存在することを推定することが出来ないため、いかなる薬物も処罰するという立場から一歩踏み込んで、ネヴァダ州法にある「識別可能性 (identifiable)」テスト等を採用することによって処罰の限界を画そうとする考え方が登場した。たとえば、ミシガン州のハリントン事件 (一九七六年) の「可視性 (visible)」テスト、第七巡回裁判所のジェファース事件 (一九七五年) あるいはテキサス州のコールマン事件 (一九七七年)、⁽²¹⁾ ハフ事件 (一九八一年) による「計測可能性 (measurable)」テスト、⁽²²⁾ などがある。またミズーリ州ポーク事件も「唯一の証拠が識別

可能性テストで費消されてしまう程度の計測可能な微量の場合、所持の認識への推定はなりたたない」と同じ考え方を示唆している。他方、ウィスコンシン、ヴァージニア州は識別可能性 (discernible) テストを採用する。⁽²⁵⁾

ただし、日本では通説的な地位を占める「効用基準説」には批判が強く、たとえばオレゴン州のフォレスト―事件では「使用者に効用をもたらすに不十分だ」という理由で刑罰を免れることはできない」との見地から、「識別可能性 (identification)」による判断基準が提供された。⁽²⁷⁾

このように消極説といえども、判断基準はさまざまに「使用可能性テスト」を採用しないとしても、やはり実務はなんらかの判断方法を求めて修正的見解を示しているのが現状である。しかし、いずれの方法もいまだ決定的といえるかどうかは疑わしく、判例の変遷も各州によって交錯しており、ただ単に「使用可能性テスト」に消極的であるという見地のみから多数説といえるだけで、積極的になんらかのテストが確立されているわけではない。

(3) 少数説

古くは一九五七年にテキサス州のベルハム事件で、マリファナの量が余りに少なく常識的に使用に適しない場合は「法の意味する範囲内の」マリファナに当たらない、との判断が下され、規制量に関する立法の沈黙につき新しい見解が示された。こうした基準は「使用可能性テスト」と呼ばれ、これにアリゾナ、カリフォルニア、メインとテキサスの各州、およびコロンビア特別区の判例、立法が従った。⁽²⁸⁾

使用可能性が微量所持の場合の犯罪成立の基準とされる理由として挙げられるのは、第一に制定法の解釈の合理性である。すなわち、所持罪を処罰するのは社会に危険をもたらす将来の薬物販売あるいは使用を抑制しようという趣旨にあるのだから、その可能性のない「微量」についてはこれを罰する必要性がない、というものである。一九六六年のカリフォルニア州のルール事件や六七年のコロンビアDCのエテリン事件などがこの見解を支持した。第二点として考えられているのは、証明の合理性である。あまりに微量の薬物の場合には、特にメンズ・レア (主観的要件) の存在の推定は認めら

れない、とする判例がアリゾナ州で出されている。⁽³²⁾ この第二点は、故意の問題について「使用可能性」があればこれを推定することを許すという見解につながっているようであり、先に挙げた州のほかにも故意の立証問題で使用可能性テストを課すところがあらわれた。

ただし、制定法の解釈や証拠の問題は別にしても、このテストにも問題は多い。たとえば、使用可能性を薬物の効用の有無とどう関連づけるのかという点が明確でない。実質的な使用という意味では、当該薬物に効用性が要求されよう。アリゾナ州の判例でこの点から使用可能であっても使用者に効果がないとして無罪としたものもある。⁽³³⁾ もっとも、殆どの積極説の州では、効用あるいは効能を使用可能性判断とは無関係であるとの立場をとっている。⁽³⁴⁾ それは、先の使用可能性基準の根拠の特に第二点との関連から、効用の程度が低いからといって被告人の所持に対する認識を否定することは論理的とは言えないからであろう。⁽³⁵⁾ しかし、第一の理由に照らせば、効用のない薬物も社会に危険はないのであって、これを処罰することは適当とはいえず、効用性のないものは使用可能といえないとしておくほうが論理的には一貫性があるはずである。この点のあいまいさが、多くの州に使用可能性テストに対する批判的態度をとらせていると言うことができるだろう。

(4) 折衷説

使用可能性を薬物所持の要件とすることについて大方の州は消極説に立つが、積極説ともども微量薬物の所持についてよりよい判定方法を有しているとは言いがたいとの立場から、折衷の見解を示す州もあらわれている。というのも、使用可能性テストを義務づけると法執行の効率が下がることが懸念され、他方で全く量を問わないということにすると処罰の限界が不明確となり被告人の権利を侵害するおそれがあるからである。折衷説の主旨は、使用可能な量であったかどうかという点を、積極説のいうように「薬物に対する」被告人の認識の問題に還元するのではなく、被告人の「過去の所持」に関する証拠の許容性の問題とするところにある。これは一九六五年のカリフォルニア州のサリバン事件で最

初に示された考え方であるが、「発見された麻薬の量が、より多量の、使用可能な量の残存物であると合理的に推定されるかどうか」を事件の事実や状況から判断するとされた。⁽³⁶⁾ 使用可能性説の停滞を打破しようというこの意欲的な思考に賛成する裁判所もあらわれたが、七六年にはミシガン州、さらにインディアナ州において折衷説は否定されている。⁽³⁸⁾

その主な理由として考えられるのは、第一に、過去の所持を処罰するというやりかたが現実の所持を処罰しようとする立法趣旨や法の構造自体と矛盾する、という点である。現実の所持とするにはあまりに微量すぎ、かといって無罪とするには忍びないといった政策的配慮からこのような苦肉の見解が生まれたわけであろうが、「裁判所は別の犯罪を創設している」との非難にただしく現れているように、微量の残存物そのみによって過去の所持罪が成立するというのは法律問題としても、事実認定の問題としても疑問がある。実際、過去にいかなる量の所持が事実としてあったのかを証明せずに有罪とするのであれば、これは「過去の所持罪」とでもいうような新たな犯罪をつくりだすことになってしまう。

第二は証拠の面からの問題だが、残存物しか証拠がない場合に、陪審にほかの証拠もなく有罪を認定させるのは誤っており、所持の事実を確定しうる目撃証人であるとか、具体的な証拠が提示されるべきとの批判が加えられるからである。⁽³⁹⁾

(5) まとめ

一九八〇年代にはいっても、依然使用可能性テストへの積極説は少数にとどまり、カリフォルニア州その他の判例に限られていた。⁽⁴⁰⁾ むしろ、積極説を採用していたアリゾナ州やテキサス州の裁判例に消極説の台頭がみられるのが注目され、⁽⁴¹⁾ アメリカでは使用可能性説に厳しい見方が強い。といっても、消極説に強力な代替テストが用意されていないのも実情である。たとえば、カナダなどのようなコモン・ロー上の軽微性原理の採用を示唆する声も、消極説のケース中の反対意見に見られる程度にとどまっているし、⁽⁴²⁾ また、軽微性原理が制定法にとりこまれた、いわゆる「微罪打切り」⁽⁴³⁾ 制度を採

用する州であっても、薬物事犯には軽微性原理を適用しないのが一般的で、犯罪の成立をさまざまに強い論拠となっていない。⁽⁴⁾

おそらくこのことは、薬物取り締まりに対する政策的な価値判断が大きく作用した結果ではないかと思われる。周知のようにアメリカにおける薬物汚染は非常に深刻で、いわゆるマリファナの非犯罪化を進めた七〇年代とは文化的、社会的背景が大きく異なっているを見逃すわけにいかない。とりわけコカインによる被害は深刻で、たとえ「予備的」行為であれ所持自体も厳しく罰すべきだという、特に取締り当局からの圧力があるのではなからうか。そして、実務上、微量の場合には量刑の段階で対応すれば足りるという主張もこれを側面的に支えているように思われる。

最後に、次節ではコモン・ロー系諸国で見られたアプロウチをまとめて、我が国における微量薬物事犯に関する裁判例との比較をおこない、なんらかの示唆を求めてみたい。

- (1) Uniform Narcotic Drug Act [UNDA].
- (2) Uniform Controlled Substances Act[UCSA]. 四〇九条マリファナの自己使用を非犯罪化したのが特徴である。これに九つの州がならった。
- (3) 21 U. S. C. § 801.966 (1970).
- (4) UNDA. DCSAはUNDA § 2. It shall be unlawful for any person to manufacture, possess, have under his control, sell, prescribe, administer, dispense, or compound any narcotic drug, except as authorized in this act.
UCSA § 401 (c). It is unlawful for any person knowingly or intentionally to possess a controlled substance....
- (5) Nev. Rev. Stat. § 453. 570 (1975).
- (6) Tex. Rev. Civ. Stat. Ann. art.4476-15, § 4.05 (a) (1976).
- (7) Me. Rev. Stat. Ann. tit. 17-A, § 1107 (1976).
- (8) See, e. g., Cooper v. State, 357 N. E. 2d 260, 267 (Ind. 1976).

- (6) *Duran v. People*, 145 Colo. 563, 360 P. 2d 132 (1961). 被告人の車の助手席に乗っていた女性のさいふから二つの大麻煙草が見つかり、警察に連行された後、被告人のポケットから同じ成分のカスが発見されたという事案である。少数意見が付されており、「法務官は此事にかかわらず (de minimis non curat lex)」の政策原理(いわゆる軽微性原理)が裁判所にあること(本件ではチリヤホロリとらっしょにポケットから発見されたという事情があることに鑑みて)微量のマリファナは使用出来なかつた、なごき理由に結論に反対しつつある。
- (7) *Hare v. State*, 302 So. 2d 569 (Al. Crim. App. 1974).
- (8) *State v. Sirrila*, 193 N. W. 2d 467 (Minn. Sup. Ct. 1971).
- (9) *People v. Horton*, 303 N. E. 2d 534 (Ill. App. 1973).
- (10) 357 N. E. 2d 260.
- (11) *Frasher v. State*, 260 A. 2d 656 (Md. 1970).
- (12) *State v. Thomas*, 201 S. E. 2d 201 (N. C. 1973).
- (13) たたニヒーモーン州は正面から「使用可能性テスト」の可否について答えてゐるわけではない。 *People v. Pippin*, 227 N. Y. S. 2d 164 (App. Div. 1962).
- (14) *Judd v. State*, 482 P. 2d 273 (Alaska 1971).
- (15) *Partian v. State*, 228 S. E. 2d 292 (Ga. App. 1976).
- (16) *People v. Leal*, 413 P. 2d 665, 669-70 (Cal. 1966).
- (17) *People v. Harrington*, 238 N. W. 2d 20, 27 (1976). 「当該薬物が使用可能でなく、可視性あるときに〔被告人の〕『認識』が推定される」
- (18) *Coleman v. State*, 545 S. W. 2d 831 (Tex. Cr. App. 1977).
- (19) *Huff v. State*, 630 S. W. 2d 711 (Tex. Cr. App. 1981).
- (20) *United States v. Jeffers*, 524 F. 2d 253 (1975).
- (21) *State v. Polk*, 529 S. W. 2d 490 (1975).
- (22) *State v. Dodd*, 137 N. W. 2d 465 (1965).
- (23) *Robbs v. Commonwealth*, 176 S. E. 2d 429 (1970).
- (24) *State v. Forrester*, 564 P. 2d 289 (1977). 「五箇人のロマンの所持は、薬物に対する識別可能性を認めるに十分な事実的な基

- 礎を有しており、使用者に効用をもたらすに不十分なという事実によつて刑罰を免れるべきとすべき」(32)。
- (38) *Pelham v. State*, 298 S. W. 2d 171(1957).
- (39) *リンネ州* : *State v. Moreno*, 374 P. 2d 872 (1962) ; *ネリントン州* : *People v. Leal*, 413 P. 2d 665, 50 Cal. Rptr. 777 (1966) ; *コロムビア州* : *Blackney v. United States*, 366 A. 2d 447(D. C. 1976) ; *メーン州* : *ME. REV. STAT. tit. 17-A. § 1107* ; *テキサス州* : *Pelham v. State*, 298 S. W. 2d 171 (1957) ; *TEX. REV. CIV. STAT. ANN. art. 4476-15, § 4.05 (a)*.
- (40) 413 P. 2d 665, 669-70, 50 Cal. Rptr. 777, 781-82.
- (41) *Edelin v. United States*, 227 A. 2d 395, 397, 399 (1967).
- (42) 374 P. 2d 872, 875.
- (43) *State v. Kelley*, 454 P. 2d 600, 601 (Ariz. 1969).
- (44) 訴訟側は当該薬物の効用性に関心を著し責任を轉すを例になさず。 *See, People v. Mardian*, 121 Cal. Rptr. 269 (1975) ; *Moore v. United States*, 374 A. 2d 299 (D. C. 1977) ; *Blackney v. United States*, 366 A. 2d 447 (D. C. 1976).
- (45) *Notes, Criminal Liability for Possession of Nonusable Amounts of Controlled Substances*, 77 COLUMBIA LAW REVIEW 596, 604 (1977).
- (46) *People v. Sullivan*, 44 Cal. Rptr. 524, 526-30(1965).
- (47) *Pattain v. States*, 228 S. E. 2d 292, 295 (Ga. 1976) ; *People v. Harrington*, 190 N. W. 2d 343,344 (Mich. 1971).
- (48) *People v. Harrington*, 238 N. W. 2d 20 (Mich. 1976) ; *Cooper v. States*, 357 N. E. 2d 260, 266 (Ind. 1976).
- (49) *Notes, supra note 35*, at 622-624 ; *Notes, Drugs—Quantity of Possession of a Narcotic Necessary for Conviction*, 5 UNIVERSITY OF RICHMOND LAW REVIEW 429, 434 (1971).
- (40) *People v. O'Hearn*, 191 Cal. Rptr. 481 (Cal. App. 1983) ; *Hawkins v. United States*, 482 A. 2d 1230 (D. C. 1984).
- (41) *アリゾナ州*では、被告人が○・九五グラムのロカイン他を所持、運搬しつゝた事実をめぐり、「違法な薬物の運搬罪の要件として使用可能な量の証明は必要がなう」とされた。 *State v. Hersch*, 662 P. 2d 1035 (1982). またテキサス州の上訴審では、○・〇二〇グラムのロカイン粉末所持で起訴された事実をめぐり、制定法上「ロカインの使用可能性の証明は求められてならざれば断られ、一審の有罪が支持されべき」。 *Romero v. State*, 709 S. W. 2d 53, 55 (Tex. App. 1986).
- (42) *See, e. g., People v. Thomas*, 54 Cal. Rptr. 409, 414 (1966) ; *Duran v. People*, 360 P. 2d 132, 134-35 (Colo. 1961).
- (43) 模範刑法典二・二二条 De minimis infractions は、この「ペルヘルム州」の「メーン州」なものが採用

した。詳しくは拙稿「軽微な犯罪に対する訴追の打ち切り制度・そのユー・アメリカにおける微罪 (de minimis infractions) 打ち切り制度をめぐって」北大法学論集四一卷二号(一九九〇年)を参照。

- (44) See, e.g., *State v. Brown*, 458 A.2d 165 (N.J. 1983); *State v. Ziegler*, 544 A.2d 914 (N.J. 1988); *State v. Vance*, 602 P.2d 933 (Ha. 1979); *Schoffil*, 621 P.2d 364 (Ha. 1980). 事件の詳細は、右拙稿二八〇―二七二頁を参照。

五 まちめ

〈各国の概要〉

以上にまとめられたコモン・ロー系の国々(カナダ、イギリス、アメリカ)における微量薬物所持罪成否の判断方法は、おおよそ次の四つのアプロウチに分けられる。

まず、①「**文理的アプロウチ**」と呼ばれる考え方で、これは所持概念の再構成によって実定法の規定から問題の解決をはかろうという手法である。その中心は、所持に必要な「認識(knowledge)」の存在の有無を問おうとするメンズ・レア・アプロウチにある。微量であれば薬物に対する認識がないはずだ、という推定を基礎にして、被告人における認識の存在を訴追側に立証させようとする場合もある(識別可能性テスト)。

第二は、②「**社会政策的アプロウチ**」で、社会統制の手段として法の目的に照らした合理的な法執行を実現させようという意図に基づく。これは主に構成要件的なアプロウチを採り、当該物件がはたして禁止されている薬物に該当するかどうかを問う。使用可能性説、計測可能性説あるいは効用可能性説などがこれに含まれる。社会への実質的な「危害」の存否から考察しようという思考であるため、「危害の法理」とも呼ばれる。

第三に、カナダを中心に見られた、③「**軽微性(de minimis)アプロウチ**」である。これはコモン・ロー上の軽微性原理を基にして、微量の禁制品を処罰の範囲から除こうとする政策原理である。趣旨は②説と同様だが、②説の場合は無

罪となるのに対して、本説では手続打切りという処理がとられることが多い。

第四に、④「証法的アプロウチ」がある。アメリカの折衷説の立場に立つ裁判所に見られる考え方で、微量の薬物を「過去の所持」犯の認定資料として認めようという見解である。

これらの国以外のコモン・ロー系諸国についても、おおかた右の四つのうちのいずれかに従っていると云ってよいが、要するにカナダでは違法論（軽微性アプロウチ）から責任論（文理的アプロウチ）への移行が見られ、アメリカでは構成要件論（使用可能性テスト）よりも責任論（識別可能性テスト）が有力となっており、イギリスではもっぱら責任論の領域で犯罪の成否が争われてきた、というようにおおまかな流れを示すことができよう。つまり、現在コモン・ロー系の主要国の間では、責任論が微量薬物所持の罪責を判定する方法として中心的な地位を占めていることがわかるわけだが、一方でその内容は各国様々であり、一般的な基準を抽出することは出来ない。しかしながら、その特徴としては、所持概念の再考の結果、「故意」の判断に従来の形式犯とは異なつた捉え方を工夫する傾向がある点を指摘しておくことが出来るだろう。そこでこうした展開を、形式的所持概念から実質的所持概念への移行と呼ぶことにする。

〈軽微性アプロウチへの評価〉

カナダの判例の変遷をみてもわかるように、必ずしもコモン・ロー上の軽微性原理が法律の定める薬物事犯における解釈原理として活用されているとはいえない。軽微性原理はもともとコモン・ロー上の抗弁であるため、明確性に欠けると批判されることも多い。^②だが、法の目的を考慮するという社会政策的アプロウチを採用する場合にも、合理的で妥当な可罰範囲を設定する必要から軽微性原理が有効な論拠になることは間違いないのではなからうか。なぜなら、使用可能性テストや計測可能性テストを用いることの背後には、表面には出ないもののやはり軽微性原理と同じ思考、つまり処罰に對する合理的制約の必要性が見られるからである。^③

そうした意味でも、軽微性原理がただちに打切り抗弁として使用されるには多くの障害が残されているが、制定法上採

用されることはなくとも政策原理としての機能を失ってはいないと考えてよい。ただ、薬物事案においてはかなり取締当局あるいは社会からの処罰要請が強く、使用可能性といった基準すら消極的にとらえられる現状では、軽微性原理を正面に捉えることは困難で、法違反を認めただうえで不処罰にする論法が支持されにくいことは間違いない。ここでは、違反の存在自体を争う社会政策的アプロウチのほうが解釈論としては妥当だと評しておきたい。

〈我が法の検討〉

さて、わが国の微量薬物事犯に関する裁判例を見たところ、構成要件レベルでの処理がほとんどで、当該物件が法の禁止する薬物に該当するかどうかという点がつばら争われてきたと言える。⁽⁴⁾ その判断基準は主として当該薬物の効用性いかん〔薬理効果基準説〕⁽⁵⁾にあるが、それは効用性のない薬物であれば社会に対する現実の危害を有しないと考えられるからである。この発想は先の②のアプロウチと共通するが、同じ社会政策的な判断をするにしても、欧米ではほとんど見られない薬理効果基準説がなぜ通説的な位置を占め、そして反対に、欧米ではこうした判断方法が見られず、構成要件論よりも責任論に基づくアプロウチが主流を占めているのであろうか。

日本と諸外国の薬物所持の禁止規定を見た場合、どの規制法規においても禁制薬物の量的可罰範囲は明示されていないのが通常であつて、立法上大きな差異があるとは思われない。また、薬理効果であれ使用可能性であれ、いかなる基準（テスト）によるにしても、「社会保健上危害が生じない場合についてまで罰する必要を認めない」趣旨は共通するものがあり、合理的な法執行を目指そうとする点でも相違はない。ただ、右の二つのテストによって犯罪の成立が否定されるケースの範囲は異なってくるように思われる。まず、使用可能性については、形式的な判断であれば相当数基準を満たすであろうが、実質的な判断をすればそれはほとんど薬理効果基準とおなじレベルとなつて、明白な効用性が示されない限り有罪とはならず、かなり厳しい絞りがかかれよう。また、効用性基準が一般人を基準とするのか、常用者を基準とするのかで評価がわかれてくるのに対して、使用可能性テストでは一般的な判断を下すことが容易だという点で一定

している。

他方、立証の技術的な側面から見た場合、量的に乏しい資料では、右のように薬物の効用性を明らかにすることはかなり困難さをともなう。諸外国では、所持罪の、しかも使用後の残存物あるいは残りカスといったケースが多いために、薬理効果基準説を合理的とする理由に乏しかったと考えてよいだろう。

いずれにしても、捜査側によって収集された微量の薬物が「掃除器のなかや床、あるいはポケットのチリ」から採取されたり、「容器」や「器具」に付着し発見されたという場合に、このような薬物について将来使用するために所持していた、といった評価をおこなうことは不合理であるほかに、たとえ構成要件上の薬物であると鑑定されたにせよ、これを法的に「所持」行為と呼ぶことについては別に考える必要があると言ふべきではないか。もちろん右場合と同量であつても、きちんとラップされているような状況や流通への準備がなされている場合などには、明確に使用の意図（故意）が推定されてよいだろう。そこで、こうした事態を区別しうる新たな判断基準が求められるわけである。

〈提案と展望〉

わが国での微量薬物事犯に関する先例は、名古屋高裁金沢支判昭和二十七年六月二日と思われ、以後の裁判例にはこれを引用ないし基準とするものが多い。⁽⁹⁾ 同判決において、前述の「薬理効果基準説」が示されたために、その後の判決はほとんどこの考え方に立ってきた。しかしながら、右事案を検討すると以後の微量薬物事犯とは異なる点がいくつかあるように思われる。第一に金沢支判の事案は、小児に作用する最低量の十分の一というケースであつて（判決は、人体にまったく無害とまで言う）、⁽¹⁰⁾ 「極」微量といふべき場合であること、第二には当該薬物に時間経過等による変質が見られること、第三に、犯行の態様も医師からの譲渡行為であり、以後の事例はほとんど所持罪であること、などが挙げられよう。また、後の裁判例の多くは金沢支判の事案と違つて使用後の残存物所持が問われた場合であるにもかかわらず、態様の相違等に配慮したうでの判断をおこなつてきたかどうか疑問なしとしない。⁽¹¹⁾ 特に積極判例がすべて所持罪であることに照らすと、

所持罪特有の解決方法が必要であるように思われる。

そこで今後は、わが国においても所持の態様に見合った合理的な判断方法が求められることになろう。前稿において既に筆者は「総合テスト」を提案しておいた。この考え方は、構成要件上の判断について、使用前の小分け所持の場合は薬理効果の有無によって論ずるとし、使用後の残存物の場合は使用可能性の有無に依拠しようというものである。さらに責任の判断については、所持の故意を「識別可能性」によって客観的に裏付けたうえで認定すべきだとする。こうしたテストに所持の諸事情がほとんど考慮されていけば、個々の事案にふさわしい解決が期待できるように思われる。¹²⁾このように、「所持」行為について構成要件的にも責任の点においても実質的な評価が求められるのではなからうか。近時、社会政策的な視点はおろか、文理的な解釈によって妥当な処罰範囲を画そうといった思考からも離れて、薬物の存在が（科学的に）形式的に認められれば即犯罪の成立を承認しようという「絶対的処罰説」の登場も見ているところであり、¹³⁾明確な判断基準の提示は必須の課題であろう。

科学の発展は捜査・鑑定技術に革新をもたらし、その結果、肉眼で判定できない量についてまで薬物の認定を可能にした。このことは一面、犯罪捜査や処罰の確保という点で刑事司法機関に大きな進歩をもたらしたけれども、同時に従来の「所持」概念をあらためて問いなおすことを我々に迫っている。そうした意味で、たとえマイクロスコプが探知したものであっても、これを薬物所持といえるかどうかについては慎重な判断が求められていると言わざるを得ない。科学的に薬物と言えるからといって、ただちに法的に「禁じられた薬物」と言えるかどうかは別の問題だからである。それは、全く使用不可能な銃器が外見上銃としての形状を失っていない場合でも人はこれを銃とは呼ぶが、法的な意味での銃に当てはまらないことと同じである。そこで、「所持」の処罰については、構成要件的判断はもちろん、責任あるいは違法性に関しても「所持」行為とみなしうるだけの内容を備えた場合を処罰の範囲とすべきことを強調しておかねばならない。これが先に触れた「実質的所持概念」の構成の必要性である。前に述べられた①から④までのアプロウチにそれぞれ合理

性が認められ、諸説の意図にももつともな点が多いが、実質的な所持概念の構築のためにはいずれかにかのみ解釈の根拠を求めることは困難と思われる。そこで、私見として、②社会政策的アプロウチの方向性を持ちつつ、これに①文理的アプロウチの視座を加えることを示唆して結びにかえておきたい。

- (1) スコットランドは使用可能性テストを否定している (Keane v. Gallacher, 1980 S. L. T. 144)。オーストラリアも同じく使用可能性説を採用せず、もっぱら文理的アプロウチを採用しているが (Williams v. The Queen (1979), 53 A. L. J. R. 101)、『ニューシーランドは使用可能性説に積極的である (Police v. Emralli, [1976] 2 N. Z. L. R. 476)』また、『南アフリカでは軽微性原理が採用されている (State v. Van der Merwe [1974] 4 S. A. 310 (E); State v. Van Zyl [1975] 2 S. A. 489 (N))』。
- (2) 軽微性原理批判の焦点は主にその基準のあいまいさにあると思われるが (See Don Stuart, CANADIAN CRIMINAL LAW, A TREATISE 2d ed. at 498-99 (1987))、アメリカで MPC を導入した州では、『軽微性原理の適用に際して一定の判断基準を確保する努力が積み重ねられていることに注意したい。たとえばニュージャージー州の「公共のリスク」テストにつき、拙稿「軽微な犯罪に対する訴追の打ち切り制度・その一」北大法学論集四一卷二号 (一九九〇年) 三二二頁以下を参照』。
- (3) 処罰に対する合理的見地から微量薬物事犯を取り扱おうという趣旨については、ウィリアムズ教授の示唆などを参照されたい。本稿三(1)の注(3)(4)など。
- (4) わが国の判例の変遷については、拙稿「微量薬物所持罪をめぐる一考察」判例タイムズ七五六号 (一九九一年) 五〇―五三頁を参照。
- (5) 同右五三―五四頁。
- (6) 同右も、考察を加えた大阪地裁平成元年六月二六日判決・判例タイムズ七二五号二四〇頁について、同様の観点から論じている。
- (7) 構成要件に該当すれば効用性あるいは使用可能性を問わない「絶対的処罰説」につき、同右五四―五五頁、後掲注(13)の参考文献を参照。
- (8) N. L. A. Barlow, *Possession of Minute Quantities of a Drug*, [1977] CRIMINAL LAW REVIEW 26, 38. 同旨。
- (9) 高刑集五卷九号一四一九頁。
- (10) 同一四二一頁以下。
- (11) 以後の裁判例については前掲注(4)五一頁の表ならびに五二―五三頁を参照。

(12) 同五九一六〇頁参照。

(13) たとえば、亀山継夫「薬物乱用取締法上の諸問題(4)」警察学論集三三卷一一号一〇九一一〇頁、香城敏磨・覚せい剤取締法(注解特別刑法五卷)六三―四頁など参照。

【後記】本稿中、カナダ判例の収集については特に佐々木雅寿助教授(大阪市大法学部)から御助力を受けた。記して感謝を申し上げる次第である。なお、文中では参照しえなかつたが、本稿校正段階で古田佑紀「覚せい剤の微量所持等事犯に関する判例の研究」研修五一九号(一九九一年)に接した。