

松 山 大 学 論 集
第 34 卷 第 4 号 抜 刷
2 0 2 2 年 10 月 発 行

故意論と錯誤論の関係
—— 薬物事犯を中心に ——

明 照 博 章

故意論と錯誤論の関係

—— 薬物事犯を中心に ——

明 照 博 章

目 次

- 一 本稿の目的
- 二 昭和 54 年決定と同決定に至るまでの経緯とその評価
- 三 平成 2 年決定と同決定に至るまでの経緯とその評価
- 四 昭和 54 年決定と平成 2 年決定の位置づけ
- 五 結論

一 本 稿 の 目 的

日本では、薬物事犯の検挙人員に関して、覚醒剤取締法に基づくものが最も多いが¹⁾、覚醒剤²⁾は「覚醒剤の濫用による保健衛生上の危害を防止するため」覚醒剤取締法 1 条³⁾に基づき、その取扱いが「禁止及び制限」が加えられている⁴⁾。覚醒剤とともに「精神刺激薬」⁵⁾である麻薬⁶⁾も「麻薬及び向精神薬の濫用による保健衛生上の危害を防止し、もつて公共の福祉の増進を図る」ことを目的として⁷⁾、麻薬取締法に基づき、その取扱いが「禁止及び制限」が加えられている⁸⁾。そのため、覚醒剤と麻薬はその取扱いにおいて混同されることが予想できる。例えば、事例①：A は、覚醒剤を輸入するつもりで⁹⁾、国外で B から薬物を受取り、日本に持込んだら、実際には、麻薬であった¹⁰⁾ 場合である。A によって持込まれた物品は、違法薬物（麻薬）であり、覚醒剤と麻薬では、中枢神経系に対しては興奮作用を有し、その中毒症状も類似しているため、国内への持込みに際して、当事者の間で、当該物品が「覚醒剤である」/「麻薬である」ことに関する明確な情報共有がなされることは少ないと考えられるからであ

る。国内に持込みが禁止されている薬物であるため、当事者間では当該物品が「覚醒剤である」ことに関する明確な情報共有がなされる観点からみれば、次のような事態が発生することは予想される。すなわち、事例②：AはBから「化粧品の日本国内への持込み」の依頼を受けて、依頼品を腹巻の中に忍ばせて、日本に持込んだら、実際には、覚醒剤であったという場合である。

刑法上、「罪を犯す意思がない行為は、罰しない」とあり（刑法38条1項本文）、刑法38条がおかれている「総則規定」は「他の法令の罪についても、適用する」とされるから（刑法8条本文）、覚醒剤輸入行為を処罰の対象とする旨規定されている覚醒剤取締法41条¹¹⁾には、「特別の規定」がない以上（刑法38条1項ただし書）、覚醒剤輸入罪が成立するには「罪を犯す意思」が必要となる。また、麻薬輸入行為を処罰の対象とする旨規定されている麻薬取締法64条¹²⁾にも、「特別の規定」がない以上、麻薬輸入罪が成立するには「罪を犯す意思」が必要となる。

次に、「罪を犯す意思」は、判例上「犯意」¹³⁾と表現され、学説上「故意」と表現される。そして、故意は「犯罪事実の表象および認容を有すること」と定義され¹⁴⁾、「犯罪事実」は、「構成要件に該当する客観的な事実」であり、「実行行為の客観面、構成要件の結果、その間の因果関係のほか、行為の主体、客体、状況などを含む」とされる¹⁵⁾。

故意を「犯罪事実の表象および認容を有すること」と定義し、「犯罪事実」を「構成要件に該当する客観的な事実」とすれば、事例①では、国内への持込物品について、Aは「持込物品が覚醒剤である」と認識していたが、実際には、麻薬であった以上、覚醒剤輸入罪の成立に必要な客観的の事情としての「覚醒剤」の国内への持込みがないので、たとえ、Aが「持込物品が覚醒剤である」と認識していたとしても、客観的構成要件要素である「麻薬」の認識がないので、覚醒剤輸入罪の故意も麻薬輸入罪の故意も阻却される可能性がある。また、事例②では、国内への持込物品について、Aは「対象物品が覚醒剤である」と「明確に」認識がない以上、Aには、「覚醒剤」を国内に輸入しているという認識

が欠けるので、覚醒剤輸入罪の故意が阻却される可能性がある。

以上から、事例①及び②は、Aが有する主観的事情と実際に生じた客観的事情が「明確に（は）合致しない」という共通点がある。

ところが、事例①では、Aは、持込物品を「覚醒剤」とであると認識しているが、「実際には」「麻薬」であったので、Aが有する主観的事情と実際に生じた客観的事情に「明確に合致しない」ことになる。これに対して、事例②では、Aは、Bから「化粧品の日本国内への持込み」の依頼を受けて、依頼品を腹巻の中に忍ばせて、持込んでいるので、そもそも、Aには「覚醒剤である」という認識が存在したといえるか問題となる。

以上から、事例①は、行為者が有する主観的事情と実際に生じた客観的事情が「明確に合致しない」事例であり、事例②は、行為者には「客観的構成要件要素の認識が存在するか」が問題となる事例であるとして、別類型として位置づけるべきであるのかが問題となる。

上記の事例①は、昭和54年最高裁決定¹⁶⁾において処理された事例を念頭においたものであり、事例②は、平成2年最高裁決定¹⁷⁾において処理された事例を念頭においたものである。そこで、本稿では、昭和54年決定と平成2年決定を、判例の連続性を肯定する見地から¹⁸⁾分析した上で、両決定の位置づけ¹⁹⁾について、考察する。

注

- 1) 次の「7-4-1-1図」は、法務省法務総合研究所編『令和2年版 犯罪白書』第7編/第4章/第1節/1 https://hakusyol.moj.go.jp/67/nfm/n67_2_7_4_1_1.html から引用した。なお、令和2年の実績においても、検挙人員は、覚醒剤取締法：8,654名、大麻取締法：5,260名となっており、覚醒剤取締法に基づく検挙人員が多くなっている（法務省法務総合研究所編『令和3年版 犯罪白書』第4編/第2章/第1節/1 https://hakusyol.moj.go.jp/68/nfm/n68_2_4_2_1_1.html/ 第4編/第2章/第1節/2 https://hakusyol.moj.go.jp/68/nfm/n68_2_4_2_1_2.html/）。

7-4-1-1 図 薬物犯罪 検挙人員の罪名別構成比の推移

(平成12年～令和元年)

年次	総数	覚醒剤取締法	大麻取締法	麻薬取締法	あへん法
12年	20,701	19,156	1,224	254	67
13	19,955	18,110	1,525	271	49
14	19,219	16,964	1,873	327	55
15	17,555	14,797	2,173	530	55
16	15,412	12,397	2,312	635	68
17	16,231	13,549	2,063	606	13
18	14,882	11,821	2,423	611	27
19	15,175	12,211	2,375	542	47
20	14,720	11,231	2,867	601	21
21	15,417	11,873	3,087	429	28
22	14,965	12,200	2,367	375	23
23	14,200	12,083	1,759	346	12
24	13,881	11,842	1,692	341	6
25	13,292	11,127	1,616	540	9
26	13,437	11,148	1,813	452	24
27	13,887	11,200	2,167	516	4
28	13,841	10,607	2,722	505	7
29	14,019	10,284	3,218	505	12
30	14,322	10,030	3,762	528	2
元	13,860	8,730	4,570	558	2

注1 厚生労働省医薬・生活衛生局の資料による。ただし、平成19年までは、厚生労働省医薬食品局、警察庁刑事局及び海上保安庁警備救難部の各資料により、20年から27年までは、内閣府の資料による。

2 覚醒剤、大麻、麻薬・向精神薬及びあへんに係る各麻薬特例法違反の検挙人員を含む。

3 警察のほか、特別司法警察員が検挙した者を含む。

- 2) 日本では「法律上『覚醒剤』とされるのはアンフェタミン、メタンフェタミン等であり、主にメタンフェタミンが乱用されている」(法務省法務総合研究所編『令和2年版 犯罪白書』第7編/第2章/第1節/1 https://hakusyol.moj.go.jp/jp/67/nfm/n67_2_7_2_1_1.html)。
- 3) 覚醒剤取締法1条 この法律は、覚醒剤の濫用による保健衛生上の危害を防止するため、覚醒剤及び覚醒剤原料の輸入、輸出、所持、製造、譲渡、譲受及び使用に関して必要な取締りを行うことを目的とする。
- 4) 覚醒剤取締法「第三章 禁止及び制限」。
- 5) 「精神刺激薬は、中枢神経系に作用して、3種の神経伝達物質(ドーパミン、ノルアドレナリン及びセロトニン)を活性化させる化学物質であり、人工的に合成されたものとしては、アンフェタミン型精神刺激薬(アンフェタミン(フェニルアミノプロパン)、メタンフェタミン(フェニルメチルアミノプロパン)、MDMA等)があり、植物由来のものとしては、コカイン等がある」(法務省法務総合研究所編・前掲注(2)第7編/第2章/第1節

https://hakusyol.moj.go.jp/jp/67/nfm/n67_2_7_2_1_0.html。

- 6) 麻薬の一種として、コカインがあり、「コカインには、局所麻酔作用があり、粘膜から吸収されると、その部位の知覚神経末梢（しょう）を麻痺（ひ）させるが、中枢神経系に対しては覚せい剤と同様な興奮作用を有し、その中毒症状も類似している」（警察庁『平成3年版 警察白書』第1章第2節 <https://www.npa.go.jp/hakusyo/h03/h030102.html>）。
- 7) 麻薬及び向精神薬取締法（以下「麻薬取締法」という）第1条 この法律は、麻薬及び向精神薬の輸入、輸出、製造、製剤、譲渡し等について必要な取締りを行うとともに、麻薬中毒者について必要な医療を行う等の措置を講ずること等により、麻薬及び向精神薬の濫用による保健衛生上の危害を防止し、もつて公共の福祉の増進を図ることを目的とする。
- 8) 麻薬取締法「第二章第二節」。
- 9) 覚醒剤取締法13条 何人も、覚醒剤を輸入し、又は輸出してはならない。
- 10) 麻薬取締法12条1項 ジアセチルモルヒネ、その塩類又はこれらのいずれかを含有する麻薬（以下「ジアセチルモルヒネ等」という）は、何人も、輸入し、輸出し、製造し、製剤し、小分けし、譲り渡し、譲り受け、交付し、施用し、所持し、又は廃棄してはならない。ただし、麻薬研究施設の設置者が厚生労働大臣の許可を受けて、譲り渡し、譲り受け、又は廃棄する場合及び麻薬研究者が厚生労働大臣の許可を受けて、研究のため、製造し、製剤し、小分けし、施用し、又は所持する場合は、この限りでない。
- 11) 覚醒剤取締法
第41条 覚醒剤を、みだりに、本邦若しくは外国に輸入し、本邦若しくは外国から輸出し、又は製造した者（第四十一条の五第一項第二号に該当する者を除く。）は、一年以上の有期徒刑に処する。
2 営利の目的で前項の罪を犯した者は、無期若しくは三年以上の懲役に処し、又は情状により無期若しくは三年以上の懲役及び一千万円以下の罰金に処する。
3 前二項の未遂罪は、罰する。
- 12) 麻薬取締法
第64条 ジアセチルモルヒネ等を、みだりに、本邦若しくは外国に輸入し、本邦若しくは外国から輸出し、又は製造した者は、一年以上の有期徒刑に処する。
2 営利の目的で前項の罪を犯した者は、無期若しくは三年以上の懲役に処し、又は情状により無期若しくは三年以上の懲役及び一千万円以下の罰金に処する。
3 前二項の未遂罪は、罰する。
- 13) 大塚仁＝河上和雄＝中山善房＝古田佑紀編〔佐久間修〕『大コンメンタール刑法 第3巻』第3版（平27年・2015年）115頁。
- 14) 川端博『刑法総論講義』第3版（平25年・2013年）112頁。
- 15) 大塚仁＝河上和雄＝中山善房＝古田佑紀編〔大塚仁〕『大コンメンタール刑法 第3巻』第3版（平27年・2015年）91頁。さらに、前田雅英編集代表『条解刑法』第4版（令2年・2020年）143頁も参照。

- 16) 事例①のような事例を扱った最高裁判例として、最決昭和54・3・27刑集33巻2号140頁（裁判体：裁判長裁判官・本山亨 裁判官・団藤重光 裁判官・藤崎萬里 裁判官・戸田弘 裁判官・中村治朗。以下「昭和54年決定」という）がある。
- 17) 事例②のような事例を扱った最高裁判例として、最決平2・2・9判時1341号157頁、判タ722号234頁（裁判体の構成：裁判長裁判官・草場良八 裁判官・藤島昭 裁判官・香川保一 裁判官・奥野久之 裁判官・中島敏次郎。以下「平成2年決定」という）がある。
- 18) 拙著『積極的加害意思とその射程』（平29年・2017年）335頁。さらに、裁判所法4条参照。
- 19) 以前、危険ドラッグ事犯の故意の成否が争われた、福岡高判平28・6・24高刑集69巻1号1頁、判時2340号125頁、判タ1439号136頁（裁判体の構成：裁判長裁判官・山口雅高 裁判官・向野剛 裁判官・高橋孝治。以下「平成28年高裁判決」という）を検討した（拙稿「故意の認定（1）」『松山大学論集』31巻7号（令2年・2020年）139頁以下、同「故意の認定（2）」『松山大学論集』32巻3号（令2年・2020年）139頁以下、同「故意の認定（3・完）」『松山大学論集』32巻特別号（令3年・2021年）39頁以下）。平成28年高裁判決は、前田教授の「実質的故意論」の影響がみられた（拙稿・注(19)故意の認定（3・完）44-5頁）。そこで、本稿では、実質的故意論の再検討を行うこととする。

二 昭和54年決定と同決定に至るまでの経緯とその評価

1. 第1審判決²⁰⁾

(一) 昭和51年地裁判決

昭和51年地裁判決は、まず「罪となるべき事実」を次のように認定する。
「第一、一、被告人A、同B及び同C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企て、昭和五〇年一〇月一日ころの夜、新潟駅前の飲食店『吉野茶屋』においてその旨の共謀を遂げたうえ、被告人Aにおいて、同月九日、さきにタイ国内で購入した麻薬であるジアセチルモルヒネの塩類である粉末約九〇グラム…を覚せい剤と誤認して携帯し、同国バンコク発のスイス航空会社三〇六便に搭乗し、同日午後一〇時三〇分ころ、東京都大田区羽田空港所在の国際空港羽田飛行場に到着して本邦内にこれを持ち込み、もつて右麻薬を輸入し、

二、被告人Dは、同月四日新潟県豊栄市早通南五丁目一番八ノ一四号の自宅において、被告人Aが、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せんと企てていることの情を知りながら、同被告人に対し、その購入資金などとして現金七六万円を貸与し、もつて同被告人らの前記犯行を容易にさせてこれを幫助し、

第二、一、被告人A、同B及び同Cは、税関長の許可を受けないで覚せい剤を本邦に輸入しようと企て、同年一〇月一日ころの夜、前記『吉野茶屋』においてその旨の共謀を遂げたうえ、被告人和田において、同月九日午後一〇時三〇分ころ、さきにタイ国内で購入した前記麻薬を覚せい剤と誤認して携行し、同国バンコク発のスイス航空会社三〇六便に搭乗して前記国際空港羽田飛行場に到着した際、東京都大田区羽田空港二丁目五番地東京税関羽田税関支署旅具検査場において、通関手続として旅具検査を受けるにあたり、右麻薬を所持していたにもかかわらず、同支署係員に対し、その事実を秘匿し、申告すべきものとしてはさきに申告した酒類など一一点である旨虚偽の申告をし、もつて税関長の許可を受けないで右麻薬を輸入し、

二、被告人Dは、同月四日前記同被告人方において、被告人Aが税関長の許可を受けないで覚せい剤を本邦に輸入せんと企てていることの情を知りながら、同被告人に対し、その購入資金などとして現金七六万円を貸与し、もつて同被告人らの前記犯行を容易にさせてこれを幫助し、

第三、被告人B及び同Cは、法定の除外事由がないのに、共謀のうえ、営利の目的で、

一、同年一〇月一日午前三時ころ、新潟県三条市…Wハウス前路上において、Eに対し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売り渡す交渉をした際、同人に対しFを介して同じ粉末約〇・三グラムをその見本として譲り渡し、

二、同月一二日午後七時ころ、同県豊栄市…のG方において、同人に対し、麻薬である前記同様の粉末九・九二九グラム（昭和五一年押第九号の2）を覚せい

い剤と誤認して代金二五万円で譲り渡し、

第四、被告人Bは、法定の除外事由がないのに、同年一〇月一日午前三時前ころ、前記Wハウス内のE方において、X某から麻薬であるジアセチルモルヒネの塩類を含有する注射液約〇・二五CCを、覚せい剤と誤認して、自己の腕に注射してもらつて施用したものである」とした。

次に、法令適用として「被告人Aの判示第一の一の所為は刑法六〇条、麻薬取締法六四条二項、一項、一二条一項に、判示第二の一の所為は刑法六〇条、関税法一一一条一項にそれぞれ該当するところ、同被告人は判示第一の一の罪を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、刑法三八条二項、一〇条により同法六〇条、覚せい剤取締法四一条二項、一項一号、一三条の罪の刑で処断することとし、判示第一の一の罪につき所定刑中有期懲役刑のみを、判示第二の一の罪につき所定刑中懲役刑のみをそれぞれ選択し、以上は刑法四五条前段の併合罪であるから同法四七条本文、一〇条により重い判示第一の一の罪の刑に同法四七条但書の制限に従い法定の加重をし、なお犯情を考慮し、同法六六条、七一条、六八条三号により酌量減輕をした刑期の範囲内で、同被告人を懲役二年六月に処することとし、押収してある麻薬三袋（昭和五一年押第九号の1の1ないし3）は判示第一の一及び第二の一の各犯罪を組成した物で、同被告人の所有に係るものであるから、麻薬取締法六八条本文、関税法一一八条一項により同被告人から没収することとする」、
「被告人B及び同Cの判示第一の一の所為は刑法六〇条、麻薬取締法六四条二項、一項、一二条一項に、判示第二の一の所為は刑法六〇条、関税法一一一条一項に、判示第三の各所為はいずれも刑法六〇条、麻薬取締法六四条の二第二項、一項、一二条一項に、被告人佐藤の判示第四の所為は同法六四条の二第一項、一二条一項にそれぞれ該当するところ、右両被告人は判示第一の一、第三及び第四の各犯罪をそれぞれ犯情の軽い覚せい剤を輸入し、譲渡し、使用する意思で犯したものであるから、刑法三八条二項、一〇条により、判示第一の一の罪については同法六〇条、覚せい剤取締法四一条二項、一項二号、一三条、判示第三の

各罪については刑法六〇条、覚せい剤取締法四一条の二第二項、一項二号、一七条三項、判示第四の罪については同法四一条の二第一項三号、一九条の罪の刑でそれぞれ処断することとし、判示第一の一の罪につき所定刑中有期懲役刑のみを、判示第二の一、第三の各罪につき所定刑中いずれも懲役刑のみをそれぞれ選択し、被告人佐藤については判示第一の一、第二の一、第三及び第四の各罪、被告人中山については判示第一の一、第二の一及び第三の各罪がそれぞれ刑法四五条前段の併合罪であるから、いずれについても同法四七条本文、一〇条により最も重い判示第一の一の罪の刑に同法一四条の制限に従い法定の加重をし、なお犯情を考慮し、同法六六条、七一条、六八条三号により酌量減輕をした刑期の範囲内で、右両被告人を各懲役二年に処することとする」などとする。

その上で、被告人側からの主張に対して次のように説示する。すなわち「なお、被告人B及び同Cの弁護人は、被告人らは本件の薬物を覚せい剤と誤認していたものであるから、被告人らには麻薬の輸入、譲渡あるいは使用に関する故意がなく、従つて検察官主張のごとき麻薬取締法違反の罪は成立しない旨争うので検討してみるに、麻薬取締法所定の麻薬と覚せい剤取締法所定の覚せい剤とはいずれも強烈な中毒性と習慣性のため人の心身を蝕み、ひいては社会の保健衛生に重大な危害を及ぼすことの多い薬物であるがゆえに、右の各法律においてその濫用を取締るべく酷似した各種の罰則がもうけられているものであることに照らして考えるならば、右の各罰則の対象となる行為は、必ずしも、当該薬物が麻薬であるか、あるいは覚せい剤であるか、そのいずれであるかの確定的な認識にもとづくものであることを要しないものと解するのが相当であるから、被告人らが本件麻薬を覚せい剤と誤認したからといつて、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」としたのである。

(二) 昭和51年地裁判決の評価

昭和51年地裁判決は、客観的な事実関係の認定においては、被告人A、B及びCが「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企て」ていた事実及び「麻薬であるジアセチルモルヒネの塩類である粉末約九〇グラム…を覚せい剤と誤認して携帯し」「本邦内にこれを持ち込み、もつて右麻薬を輸入し」た事実を肯定する他、被告人B及びCは、「麻薬」を「覚せい剤」と誤認して「譲渡」し、さらに被告人Bは、「麻薬」を「覚せい剤」と誤認して「使用」している事実を肯定している。

これに対して、被告人B及び同Cの弁護人から「被告人らは本件の薬物を覚せい剤と誤認していたものであるから、被告人らには麻薬の輸入、譲渡あるいは使用に関する故意がなく」「麻薬取締法違反の罪は成立しない旨」の主張がなされているが、昭和51年地裁判決は、結論として「被告人らが本件麻薬を覚せい剤と誤認したからといって、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」とする。その根拠として、覚せい剤取締法及び麻薬取締法に規定されている「各罰則の対象となる行為は、必ずしも、当該薬物が麻薬であるか、あるいは覚せい剤であるか、そのいずれであるかの確定的な認識にもとづくものであることを要しないものと解するのが相当である」点を指摘する。

そうすると、昭和51年地裁判決は、(麻薬輸入罪だけを抽出して評価すると)「『麻薬を覚せい剤と誤信しても、麻薬輸入罪の故意は認められ得る』という考え方を否定しない」という見解を示したものであり、「『麻薬の認識が欠けても麻薬輸入罪の故意がある』とするために、故意概念を実質化した」²¹⁾と評価ができる。言い換えれば「麻薬輸入罪の故意としては『麻薬を輸入している』という認識は不要だ」²²⁾という見解を示したものであるという評価が可能となるのである。

2. 控訴審判決²³⁾

(一) 昭和52年東京高裁判決

控訴審である昭和52年高裁判決は「法令の適用の誤りの論旨」について、次のように説示する。

「所論は、被告人らが本件麻薬を覚せい剤と誤認していたのに麻薬取締法違反の罪の成立を認めた原判決には法令の適用を誤つた違法があり、かりに同法違反の罪と覚せい剤取締法違反の罪とが同じ罪質の罪であるとしても、本件は刑法三八条二項により後者の罪の既遂をもつて論ぜられるべきであるというのである。

なるほど、原判決の確定した事実関係のもとにおいては、麻薬取締法違反の罪の構成要件は客観的には実現されているが、被告人の主観においては対象物件を麻薬ではなく覚せい剤と認識していたので、右の点に事実の錯誤があるとみななければならない。

しかしながら、麻薬と覚せい剤は、いずれもそれが中毒性と習慣性を有するが故にそれらの濫用による保健衛生上の危害を防止するため、麻薬取締法と覚せい剤取締法による取締の対象とされていること、この二つの法律は、いずれも輸入、製造、譲渡、譲受、所持等右の目的を阻害する同じ態様の行為を処罰することにしており、法定刑も若干の差はあるがほぼ同じ程度の刑が科されていること、麻薬と覚せい剤は、いずれも精神を昂揚させたり興奮させたりする作用を有するが故に人々の求めるものであり、外観上もきわめてまぎらわしい薬物であること等を考えると、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つて処罰される行為の酷似した対象物のみについての錯誤であつて、右のような性質のこの程度の事実の錯誤は、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解するのが相当である。そして、刑法三八条二項の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つてはならないという限度で刑法三八条二項が適用をみるにすぎないと解すべきである。

そうすると、原判決が被告人らが本件麻薬を覚せい剤と誤信したからといって麻薬取締法違反の罪に関する故意を否定すべきいわれはないとして右罪の成立を認め、刑法三八条二項を適用して覚せい剤取締法違反の罪の刑によつて処断したのは、当裁判所と同旨の見解に基づくものと認められ、原判決には所論のような法令の適用の誤りはないものというべきである。論旨は理由がない」とする。

(二) 昭和52年高裁判決の評価

昭和52年高裁判決は、まず「原判決の確定した事実関係のもとにおいては、麻薬取締法違反の罪の構成要件は客観的には実現されているが、被告人の主観においては対象物件を麻薬ではなく覚せい剤と認識していたので、右の点に事実の錯誤があるとみなければならない」ことを確認した上で、「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つて処罰される行為の酷似した対象物のみについての錯誤であつて、右のような性質のこの程度の実事の錯誤は、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」とする。つまり、昭和52年高裁判決は、本件が「事実の錯誤」の事例であると評価した上で、「構成要件を充足させる故意を阻却するものではない」とする。そして、「事実の錯誤」は「行為者の認識内容と発生した結果とが食い違ったとき、はたして、そしてどのような故意犯が成立しているか」という刑法上の問題であるが²⁴⁾ 昭和52年高裁判決は、錯誤論を經由して故意犯の成否を判断していることになるのである。

この評価を前提とすると、昭和52年高裁判決は、昭和51年地裁判決とは異なる見解を採用していると評価できる。なぜならば、昭和51年地裁判決は、覚醒剤取締法及び麻薬取締法に規定されている「各罰則の対象となる行為は、

必ずしも、当該薬物が麻薬であるか、あるいは覚せい剤であるか、そのいずれであるかの確定的な認識にもとづくものであることを要しない」という基準を示し、「麻薬輸入罪の故意としては『麻薬を輸入している』という認識は不要だ」という見解を採用するものと評価できるが、この見地に立てば、法理論的には、錯誤論に基づき故意犯の成否を検討する過程を経る必要がないからである。

3. 最高裁決定

(一) 昭和54年決定

被告人側から「原判決が本件禁制薬剤輸入につき、麻薬取締法違反六四条二項の故意を認め、刑については覚せい剤取締法四一条二項によるとしている点は刑法三八条二項の解釈を誤り、重い罰条によつたものである。「右二法は法定刑が同一であるが、麻薬の方が覚せい剤よりはるかに害が大きい」。「被告人の錯誤は所謂抽象的事実の錯誤に当るが、その場合、犯意、刑とも軽い罪の限度で認定されるべきところ、原判決は解釈を誤つたものである」などとして、上告がなされた。

これに対して、昭和54年決定は、被告人側の上告趣意は、刑訴法405条の上告理由には当たらないとした上で、職権で次のように説示する。

「一 原判決の維持した第一審判決認定の事実によると、被告人は、ほか二名と共謀のうえ、(一) 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、本邦内に持ち込み、もつて右麻薬を輸入し、(二) 税関長の許可を受けないで、前記麻薬を覚せい剤と誤認して、輸入した、というのである。第一審判決は、被告人の前記(一)の所為は刑法六〇条、麻薬取締法六四条二項、一項、一二条一項に、前記(二)の所為は刑法六〇条、関税法一一一条一項に該当するとしたうえ、被告人は前記(一)の罪を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ことを理由として、刑法三八条二項、一〇条により同法六〇条、覚せい剤取締法四一条二項、一項一号、一三条の罪の刑

で処断する、としており、原判決は、第一審判決の右法令の適用を肯認している。

二 そこで、右法令適用の当否につき判断する。

(一) 麻薬と覚せい剤とは、ともにその濫用による保護衛生上の危害を防止する必要上、麻薬取締法及び覚せい剤取締法による取締の対象とされているものであるところ、これらの取締は、実定法上は前記二つの取締法によつて各別に行われているのであるが、両法は、その取締の目的において同一であり、かつ、取締の方式が極めて近似していて、輸入、輸出、製造、譲渡、所持等同じ態様の行為を犯罪としているうえ、それらが取締の対象とする麻薬と覚せい剤とは、ともに、その濫用によつてこれに対する精神的ないし身体的依存（いわゆる慢性中毒）の状態を形成し、個人及び社会に対し重大な害悪をもたらすおそれのある薬物であつて、外観上も類似したものが多いことなどにかんがみると、麻薬と覚せい剤との間には、実質的には同一の法律による規制に服しているとみうような類似性があるというべきである。

本件において、被告人は、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輸入したというのであるから、覚せい剤取締法四一条二項、一項一号、一三条の覚せい剤輸入罪を犯す意思で、麻薬取締法六四条二項、一項、一二条一項の麻薬輸入罪にあ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、前記のような麻薬と覚せい剤との類似性にかんがみると、この場合、両罪の構成要件は実質的に全く重なり合っているものとみるのが相当であるから、麻薬を覚せい剤と誤認した錯誤は、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解すべきである。してみると、被告人の前記一(一)の所為については、麻薬取締法六四条二項、一項、一二条一項の麻薬輸入罪が成立し、これに対する刑も当然に同罪のそれによるものというべきである。したがつて、この点に関し、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つて処断すべきものとしたのは誤りといわなければならないが、右の誤りは判決に影響を及ぼすものではない」とし、「被告人の前記一(二)の所為」については「本件において、被告人は、覚せい剤を無許可で輸入する罪を犯す意思であつ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。

(二) 昭和 54 年決定の評価

本件の「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、本邦内に持ち込み、もつて右麻薬を輸入し」た事実関係に対する法的判断に関して、昭和 54 年決定は、「麻薬と覚せい剤との間には、実質的には同一の法律による規制に服しているとみうような類似性があるというべきである」と評価した上で、「本件において、被告人は、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輸入したというのであるから、覚せい剤取締法四一条二項、一項一号、一三条の覚せい剤輸入罪を犯す意思で、麻薬取締法六四条二項、一項、一二条一項の麻薬輸入罪にあ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、前記のような麻薬と覚せい剤との類似性にかんがみると、この場合、両罪の構成要件は実質的に全く重なり合っているものとみるのが相当であるから、麻薬を覚せい剤と誤認した錯誤は、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解すべきである」とするから、昭和 54 年決定も、錯誤論を経由して故意犯の成否を判断していることになるのである。

昭和54年決定は、結論として「被告人の前記一(一)の所為については、麻薬取締法六四条二項、一項、一二条一項の麻薬輸入罪が成立し、これに対する刑も当然に同罪のそれによるものというべきである」とした上で、原判決である昭和52年高裁判決が「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つて処断すべきものとしたのは誤り」と評価するが、「右の誤りは判決に影響を及ぼすものではない」とする。そうすると、昭和54年決定は、昭和52年高裁判決が錯誤論を経由して「麻薬輸入罪の成立」を肯定した点に関しては是認していると評価できる。

注

- 20) 新潟地判昭51・6・29刑集33巻2号148頁（以下「昭和51年地裁判決」という）。
- 21) 前田雅英「故意の認識対象と違法性の意識」『刑法雑誌』34巻3号（平7年・1995年）45頁。これは、昭和54年決定の評価として行っている。
- 22) 前田雅英「薬物事犯と故意概念」『研修』507号（平2年・1990年）6頁。これは、昭和54年決定の評価として行っている。
- 23) 東京高判昭52・3・30刑集33巻2号152頁（以下「昭和52年高裁判決」という）。
- 24) 町野朔「故意論と錯誤論」『刑法雑誌』26巻2号（昭59年・1984年）117頁。

三 平成2年決定と同決定に至るまでの経緯とその評価

1. 第1審判決²⁵⁾

(一) 昭和63年地裁判決

昭和63年地裁判決は「罪となるべき事実」を次のように認定する。すなわち「被告人は」、**「第一 昭和六三年三月二八日、台湾中正国際空港からA航空第四五〇便の飛行機に搭乗したが、同航空機内で、同行したアメリカ人自称Kと相互に意思を通じた上、税関長の許可を受けずに覚せい剤を密輸入しようと企て、覚せい剤である塩酸フェニルメチルアミノプロパンを含有する結晶約三〇〇〇グラム…を隠匿した私製腹巻を衣服の下に着用して携帯し、同日、千葉県成田市…所在の新東京国際空港に到着し、同航空機から降機して右覚せい剤**

を本邦内に持ち込み、もって、覚せい剤を輸入するとともに、これを隠匿携帯したまま、そのころ、同空港内の東京税関成田税関支署旅具検査場を通過し、もって、税関長の許可を受けずに貨物（覚せい剤）を輸入し、「第二 法定の除外事由がないのに、Hと共謀の上、同月三〇日、東京都千代田区…所在のホテル・B八五四号室において、前同様の覚せい剤結晶約一九九九・五グラム…を所持し」「たものである」とした。

そして、弁護人は「被告人には本件輸入及び所持に係る覚せい剤について、それが覚せい剤であるとの認識がなかったものであるから、故意がな（い）」と主張するのに対して、昭和63年地裁判決は「覚せい剤の認識の有無」について次のように検討する。「被告人がKに依頼されていた行為の内容は、日本に化粧品を持って行くというだけのことであるのに、Kはこれを被告人に承諾させるために被告人のパスポートや現金を奪った上、これを被告人に返還するのと引換えに右運搬を引き受けるよう強要しているばかりか、右依頼に応じないときには被告人の女友達に対してまで危害を加える旨述べるなど、およそ化粧品の運搬を依頼するには余りにも大げさなやり方で、誰しも不審を抱くのが当然であり、依頼を受けた被告人としても化粧品の名のもとに運搬すべき品物に不審を抱き、それが禁制品ではないかと疑って当然と思われる状況が存在していたこと、また、Kは日本に出発するに先立ち被告人やHと台北で何度も慎重に打合せを重ね、被告人の着用すべきスーツやコートまで用意しており、日本ではハイクラスのホテルに宿泊する旨聞かされていたほか、今回の仕事にはHも来日し、Kも同行する上、飛行機の座席はすべてビジネスクラスを使用するなど、多くの人手と多額の費用がかかるものであることを被告人も十分知っていたものと認められることなどを総合すると、被告人は、台北を出発する以前において、既に、Kから依頼されて日本に運ぶ品物は、日本には輸入することのできない物で、これを首尾よく密輸することにより莫大な利益の上げられるようなものであるとの認識を十分に有していたものと認めるのが相当であり、さらに、実際に飛行機のトイレの中で本件覚せい剤が隠匿してあるベス

ト（私製腹巻）を着用した段階では、被告人は、ベストの中に入っている内容を現に目で見ていないとはいうものの、外部から触った手触りが粉末状の物を平らに固く詰めたものと感じたというのであるから、過去にコカイン等の薬物を使用した経験を有する被告人としては、その形状や感触等から、少なくとも、それが、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のである。そして、被告人が対象物に関する右の程度の認識の下に、現実には覚せい剤の隠匿されているベスト（私製腹巻）を着用して本邦に上陸し、覚せい剤を輸入した以上、被告人に右薬物が覚せい剤取締法二条にいう覚せい剤に当たるとの明確な認識がなかったとしても、被告人において覚せい剤取締法違反（覚せい剤輸入）罪の故意の成立に欠けるところはないものというべきである」とする。

（二）昭和63年地裁判決の評価

本件では、被告人は、持込物品が明確に覚せい剤であるという認識をもっていないが、昭和63年地裁判決は「少なくとも、それが、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」という事実を認定した上で、「被告人が対象物に関する右の程度の認識の下に、現実には覚せい剤の隠匿されているベスト（私製腹巻）を着用して本邦に上陸し、覚せい剤を輸入した以上…被告人において覚せい剤取締法違反（覚せい剤輸入）罪の故意の成立に欠けるところはない」と説示する。

故意を「犯罪事実の表象および認容を有すること」とであると定義し、「犯罪事実」を「構成要件に該当する客観的な事実」とすれば、覚せい剤輸入罪が成立するためには、被告人には「持込物品が覚せい剤である」という認識が必要であることになるはずである。ところが、昭和63年地裁判決は、被告人が「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」を有していたという認定をただけで、「被告人において覚せい剤取締法違反（覚せい剤輸入）罪の故意の成立に欠けるところはない」とするので、「覚せい剤輸入罪の故

意としては『覚醒剤を輸入している』という認識は不要である」ということを含意する可能性があり、故意を肯定できる事実関係が認定できなくても、故意の成立を肯定できることになってしまう。

2. 控訴審判決²⁶⁾

(一) 平成元年高裁判決

昭和63年地裁判決（原判決）の判決書は、上記のような不都合・不十分なものとなっていた。そこで、被告人側からの控訴に際して、弁護士は「原判決は、被告人が運搬した品物が、日本に持ち込むことが禁止されている違法な薬物であるとの認識を有していたとして、被告人に本件の覚せい剤取締法違反罪の故意があったと認定しているけれども、原判決は、以下の点で誤っている」とし、次のように「誤り」を適示した。

「1 被告人には、運搬した品物が違法な薬物であるとの認識はなかった。

2 原判決は、被告人が自分の搬入した物について『違法な薬物』であるとの認識を有していたと認定するとどまり、それ以上に、当該物が覚せい剤である旨の認識を有していたとは認定していない。しかし、覚せい剤取締法違反罪が成立するとされるためには、対象物が同法にいう覚せい剤に当たるという認識を有していることが必要であって、「違法な薬物」であるとの認識を有していただければ、覚せい剤取締法違反罪の故意として不十分である。日本への持込みが禁止されている違法な薬物には多数の種類があるから、なんらかの「違法な薬物」であるとの認識があるとの抽象的な認識によって、違法な薬物のうちの覚せい剤である旨の認識があった、あるいは覚せい剤取締法違反罪を構成する故意が成立するとみるべきではない。

したがって、被告人に覚せい剤取締法違反罪の故意の成立を認めた原判決は、明らかに事実を誤認したもので、この誤認が判決に影響を及ぼすことが明らかである」と主張したのである。

これに対して、弁護士からの「所論」を踏まえて、平成元年高裁判決は「故

意の成立についての当裁判所の法律の見解」という表題を挙げて、次のように説示した。

「1 覚せい剤輸入罪・所持罪が成立するためには、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、この場合の対象物に対する認識は、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、法規制の対象となっている違法有害な薬物として、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。したがって、行為者が、認識予見した数種の違法有害な薬物のうちの一種であるが、その中のいずれとも決し難い場合であっても、その概括的認識対象の中に覚せい剤が含まれている以上、これを認容した上、あえて対象物の輸入・所持の各行為に及んだときは、実際に輸入・所持された対象物の客観的な薬物の種類に従い、すなわち、それが覚せい剤であれば覚せい剤の輸入罪・所持罪が成立すると解するのが相当である。

2 上記の意味における覚せい剤輸入罪・所持罪の概括的故意が成立するための対象物に対する認識予見は、単に抽象的になんらかの違法な薬物類を漠然と認識予見していたという程度では足りず、麻薬、覚せい剤、大麻等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。言葉を換えていえば、確定すべき対象物に対して、具体的な違法有害な薬物を概括的に認識予見する際に、認識予見の対象から覚せい剤が除外されていないことが必要である。

3 原判決は、罪となるべき事実において、故意の点を含め、覚せい剤の輸入・所持の各事実を認めた上、その補足説明の中で、被告人が、本件対象物につき、『少なくとも、それが、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えないのである。そして、被告人が対象物に関する右の程度の認識の下に、現実に覚せい剤の隠匿されているパス

ト（私製腹巻）を着用して本邦に上陸し、覚せい剤を輸入した以上、被告人に右薬物が覚せい剤取締法二条にいう覚せい剤に当たるとの明確な認識がなかったとしても、被告人において覚せい剤取締法違反（覚せい剤輸入）罪の故意の成立に欠けるところはないものというべきである。』と説示するところ、原判決の右説示は、所論の指摘するように理解される余地がある点で、いささか不十分の誹りを免れず、判示方法として適切さを欠くきらいがないではないが、原判決の判文全体の趣旨に徴し、その趣旨とするところは、上記1および2と同様の見解に立つものと解せられる。

4 そして、後記所論の錯誤論は、行為者が認識予見していたところと、実際がくい違う場合の問題であって、本件で問題となる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に認識し、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った場合にはじめて錯誤の問題が生ずるに過ぎない」とするのである。

（二）平成元年高裁判決の評価

平成元年高裁判決は、まず、覚せい剤輸入罪・所持罪が成立するために「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」とするので、故意は、「犯罪事実の表象および認容を有すること」であり、「犯罪事実」を「構成要件に該当する客観的な事実」という立場を前提としていることが分かる。

次に、「対象物に対する認識は、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、法規制の対象となっている違法有害な薬物として、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」とする²⁷⁾。

平成元年高裁判決では「いわゆる概括的故意」が成立するが、学説上、伝統的に用いられてきた用語とは異なる側面がある。すなわち、伝統的には、「故意」は「特定の犯罪事実の実現を意図している場合や、その実現が確実であると思っている場合」をいう「確定的故意」とそのような「明確な心理状態を欠く場合」をいう「不確定的故意」があり、「概括的故意」は、不確定的故意に分類され、「集団の中に爆弾を投げ込むなど、どのような被害が発生するかを特定して認識していない」場合を指すとされる²⁸⁾つまり、概括的故意は「一定の範囲内のいずれかの客体に結果の発生することは確実である」が「その個数およびいずれの客体かが不確実」である場合である²⁹⁾のに対して、本件は、輸入・所持した持込物品が「法規制の対象となっている違法有害な薬物として、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」であった場合である。

「いわゆる概括的故意」は持込物品が「覚せい剤を含む数種の薬物」であると認識しているという意味で「一定の範囲内のいずれか」にある認識を有しているといえるから、「伝統的な概括的故意」と類似する性格を有する。しかし、「伝統的な概括的故意」の事案では、「ある特定」の「構成要件に該当する客観的な事実」の「認識がある」が、客体の個数や対象となる客体の同一性に「不確実」な場合である。「平成元年高裁判決の概括的故意」は持込物品が「覚せい剤を含む数種の薬物」であるから、「ある特定」の「構成要件に該当する客観的な事実」の「認識がない」場面である。そうすると、「いわゆる概括的故意」があれば、なぜ「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」といえるかについて、さらに説明が必要となる³⁰⁾

この点に関して、平成元年高裁判決は、さらに「上記の意味における覚せい剤輸入罪・所持罪の概括的故意が成立するための対象物に対する認識予見は、単に抽象的になんらかの違法な薬物類を漠然と認識予見していたという程度では足りず、麻薬、覚せい剤、大麻等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。言

葉を換えていえば、確定すべき対象物に対して、具体的な違法有害な薬物を概括的に認識予見する際に、認識予見の対象から覚せい剤が除外されていないことが必要である」とし、昭和63年東京地裁判決の説示は「所論の指摘するように理解される余地がある点で、いささか不十分の誹りを免れず、判示方法として適切さを欠くらいがないではない」が「判文全体の趣旨に徴し、その趣旨とするところは」、平成元年高裁判決と「同様の見解に立つものと解せられる」とする。しかし、「確定すべき対象物に対して、具体的な違法有害な薬物を概括的に認識予見する際に、認識予見の対象から覚せい剤が除外されていない」と説明するだけでは「伝統的な概括的故意」の枠内にあることの説明とはならない。平成元年高裁判決が例示する「麻薬、覚せい剤、大麻」の規制は、異なる法律に基づいて行われているから、当然、異なる構成要件が前提となっているからである。

さらに、平成元年高裁判決は「錯誤論は、行為者が認識予見していたところと、実際がくい違う場合の問題であって、本件で問題となる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に認識し、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」とする³¹⁾ そうすると、同判決は、本件において認定された事実関係から、故意の成立を肯定できるための「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」という事実が推認できるかを検討しているものであり、「いわゆる概括的故意」は、被告人が「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」ことを推認するための事実関係を指示しているものと解することができる³²⁾

3. 最高裁決定

(一) 平成2年決定

平成2年決定は、刑訴法405条の上告理由には当たらないとした上で、職権で次のように説示する。すなわち「原判決の認定によれば、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の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」とする。

(二) 平成2年決定の評価

平成2年決定は、原判決である平成元年高裁判決の認定から「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」という事実を抽出し、この事実から、被告人には「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の認識はあった」ことを導出した上で「覚せい剤輸入罪、同所持罪の故意に欠けるところはない」と説示する。そして、「これと同旨と解される」平成元年高裁判決の「判断は、正当である」として是認する³³⁾

平成2年決定は、職権判断であるので、平成元年高裁判決が言及したすべての論点に言及しているわけではない。具体的に言及しているのは、次の通りである。すなわち、平成2年決定は、「概括的故意」という概念を使用していないが、平成元年高裁判決が認定した事実から「被告人の認識」として「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」を抽出する。そして、この認識は「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の認識」であるとするが、これは、平成元年高裁判決が「概括的故意」を肯定するために示した「(覚せい剤は)行為者が、認識予見した数種の違法有害な薬物のうちの一種であるが、その中のいずれとも決し難い場合であっても、その概括的認識対象の中に覚せい剤が含まれている」状況を言い換えたものと解される。その上で、平成2年決定は「覚せい剤輸入罪、同所持罪の故意に欠けるところはない」とするから、平成元年高裁判決が示した「いわゆる概括的故意」を前提とするものと考えられる。

また、平成元年高裁判決は「概括的故意の場合には、行為者が一定範囲内の

物を概括的に認識し、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」とし、「錯誤論は、行為者が認識予見していたところと、実際がくい違う場合の問題」である場面と区別しているが、この点に関する言及がない平成2年決定は、概括的故意と錯誤論の射程範囲に関して平成元年高裁判決を是認するかについて、明確ではないともいえる。しかし、平成2年決定は、同決定以降の判断基準の明確化のために、職権判断を行っていると考えられるから、平成2年決定が平成元年高裁判決と異なる判断基準を採用するのであれば、その点に言及することが考えられる。それゆえ、平成2年決定は、「いわゆる概括的故意」と「錯誤論」の射程範囲に関しても平成元年高裁判決を是認するものと解される。

注

- 25) 東京地判昭63・10・4判時1309号157頁、判タ694号178頁(裁判体：裁判長裁判官・池田真一 裁判官・川上拓一 裁判官・大野勝則)(以下「昭和63年地裁判決」という)。
- 26) 東京高判平元・7・31東高刑時報40巻5～8号29頁、判タ716号248頁(裁判体：裁判長裁判官・寺澤榮 裁判官・朝岡智幸 裁判官・堀内信明)(以下「平成元年高裁判決」という)。
- 27) 平成元年高裁判決のいう「概括的故意」を「いわゆる概括的故意」という。
- 28) 西田典之＝山口厚＝佐伯仁志編[高山佳奈子]『注釈刑法 第1巻』(平成22年・2010年)512頁。
- 29) 川端・前掲注(14)197頁。
- 30) 内田文昭「覚せい剤輸入・所持罪と概括的故意」『判例タイムズ』726号(平2年・1990年)68頁は、平成元年高裁判決を「ヘルマンの概括的故意」を肯定した判例として位置づけ、西田＝山口＝佐伯編[高山]・前掲注(28)512頁は、平成元年高裁判決の上告審である平成2年決定を「択一的故意」の事案と位置づける。
- 31) ただし、平成元年高裁判決の本文に示した説示に関しては、未必の故意の問題と錯誤の問題を「混同している嫌い」があると指摘されている(野口元郎「判批」『研修』580号(平8年・1996年)62頁)。
- 32) 仮にこのように解さなければ、故意の成立要件として、輸入・所持の対象物が「覚せい剤」であることを要求しながら、具体的な認識予見のレベルでは「覚せい剤を含む数種の薬物を認識予見」がある又は「麻薬、覚せい剤、大麻等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」ことで足りるかに関す

る説明がさらに必要となるであろう。この点に関しては、平成元年高裁判決の「三 本件覚せい剤輸入罪・所持罪の故意の成否についての当裁判所の判断」を参照。さらに「故意を肯定するための事実」と「その事実を推認するための事実（証拠）」の関係を整理するものとして、香城敏磨『刑法と行政刑法 香城敏磨著作集Ⅲ』（平17年・2005年）319-20頁参照。

33) 平成元年高裁判決と平成2年決定との関係については、拙稿・前掲注(19) 故意の認定(2) 149-51頁参照。

四 昭和54年決定と平成2年決定の位置づけ

昭和54年決定と平成2年決定が扱った事例を、事実関係とそれに対する裁判所の評価に即して分析すると、両決定は、それぞれの事実関係において被告人に「故意」が成立するかを問題としているが、故意の成否に関して、昭和54年決定は「事実の錯誤」を前提とするに対して、平成2年決定は、錯誤論を経由せず、認定された事実関係から「故意」の成否を問題としているといえる。

学説は、昭和54年決定について、抽象的事実の錯誤の処理を行った判例として位置づけることが多い³⁴⁾。そして、前田教授も、「抽象的事実の錯誤」の事例として、昭和54年決定を検討することがあったが³⁵⁾。その後、「薬物犯罪に関する判例で興味深いのは、従来学説が抽象的事実の錯誤の問題と考えてきた事案のかなりの部分を、当該犯罪の故意の有無という形で処理しているという事実である」とし³⁶⁾、「実質的故意論」³⁷⁾の「出発点」³⁸⁾又はその「定着」³⁹⁾を示す判例として、昭和54年決定を提示するようになっている。そして、昭和54年決定は、平成2年決定が要求する故意の内容以上に「緩やかなものとする」判例として位置づけている⁴⁰⁾。

そこで、錯誤論と故意論の関係を整理した上で、昭和54年決定と平成2年決定を位置づけることにする。

1. 錯誤論と故意論の関係の捉え方

(一) 「故意の消極面」としての錯誤論とする捉え方

錯誤とは、一般的に「行為者の認識していた事実」と「現実に発生した事実(結果)」との間に「食い違い」ないし「不一致」があることを意味する。

刑法上の議論としての「構成要件的事実の錯誤」は、「行為者」が「認識した構成要件的事実」と「現実に発生した構成要件の結果」との間に「不一致がある」場合をいい⁴¹⁾ 構成要件的事実の錯誤がある場合、「錯誤者の行為に基づいて発生した構成要件の結果ははたして『故意』に実現されたものといえるのか」が問題となる⁴²⁾ 敷衍すると、「構成要件の故意(事実的故意)には事実的基礎が包含されており、それは、行為によって惹き起された構成要件の結果が『意図的に』実現されたものであるかどうか、を問題とする。その結果が非意図的に発生したのであれば、もはやそれは『故意に』実現されたものとはいえず、「故意が阻却される」ことになる。この「発生した結果が、行為者の当初の故意に基づくものとはいえず、故意の既遂罪としての罪責を問えない」という事態を、刑法学上「故意を阻却する」と表現する⁴³⁾「これが故意によるものといえないばあいには、あらためて過失犯の成否が議論される」⁴⁴⁾

錯誤論は、「行為者の認識内容と発生した結果とが食い違ったとき、はたして、そしてどのような故意犯が成立しているか」を議論するものであり⁴⁵⁾ 構成要件の錯誤がある「にも拘らず」故意の既遂犯を認定することができる場合を肯定する理論である。「認識と結果との間に不一致があるとただちに故意が阻却されるのであれば、錯誤論の存在する意味はない。なぜならば、認識と結果との間に存する何らかの一致・符合を基礎として故意の存在を『認定』しようとするのが錯誤論にほかならないからである」⁴⁶⁾

このように、錯誤論は故意の「認定」の問題であるから、その前提として故意概念の内容を確定する必要がある。すなわち、一定の内包を有する故意概念が前提とされているからこそ、錯誤が存在する場合に、どの程度の符合があれば故意概念を充足するかが問題となり得るのである⁴⁷⁾ 錯誤論が「裏返しの故

意」論・「故意の消極面」と称されるのは、故意の内容を裏から問うているからである。言い換えると「故意論は故意概念の内包の問題であり、錯誤論はその外延の問題である」⁴⁸⁾

故意には事實的側面と評価的側面がある。故意の事實的側面は「実体としての故意」の側面であり、故意の評価的側面は「概念としての故意」の側面である。実体としての故意は、刑法的価値判断が関係する精神的事態をいい、現実社会に事実として存在する意識作用の現象的側面を意味する。これに対して、概念としての故意は、刑法的評価を示すための「故意」という操作概念を意味し、故意責任・過失責任という意程度を伴った評価に関わる。構成要件的事実の錯誤は、実体としての故意の問題にはほかならない⁴⁹⁾

実体としての故意の本質をなすのは、一定の行為を「わざと」行うこと、つまり、一定の行為を主体的に選択することであり、それは実現意思を意味する。なぜならば、知らないことを目的意識的に実現することは考えられないからである。ここにおいて、「認識」の問題としての錯誤論が問題とされるのである⁵⁰⁾

(二) 故意論としての錯誤論とする捉え方

平野博士は「『錯誤論は故意論の裏面（Kehrseite）である。』この命題は維持されなければならない。したがって、故意が問題となっているときに、『錯誤論の適用はない』場合は存在しないし、故意論によれば故意が認められない場合に、錯誤論によって故意が認められるということもない。ところが、わが国には、故意論と錯誤論と別個のものであるとし、両者の間にずれがあることを認める見解がある。これは妥当とは思われない」とする⁵¹⁾

この見解の延長上に、町野説があると思われる。町野教授は「故意にとっては、構成要件該当の事実の認識ではなく、構成要件の規定する不法・責任内容の認識こそが決定的であることは、すでに『意味の認識』の理論によって、その裏面から承認されていることである。すなわち、構成要件に該当する自然的・物理的事実の認識だけでは故意を肯定することはできない、その事実を社

会的意味において理解することが必要である。これは、裸の事実の認識だけでは、構成要件の内容をなす不法・責任の認識があるとはいえないことによる。すなわち、立法者が禁止の基礎とした不法・責任内容を行為者が認識しなければ故意は肯定しえないのである。意味の認識は、通常、規範的構成要件要素の認識について問題とされるが、記述的構成要件要素（たとえば、人、財物）についても、基本的に同じことがあてはまる。そして、故意が構成要件の内容たる不法・責任の認識である以上、実は意味の認識こそが故意の本質をなすものであり、純粹の構成要件事実の認識は、意味の認識が存在しうるための、単なる事実的前提にすぎないということになる。逆にいえば、『構成要件に該当する客観的事実』の認識がなくとも、構成要件の内容をなす不法・責任の認識があれば、故意は肯定しうるということである⁵²⁾。そして、町野教授は、「錯誤理論は『消極的な立場からみた故意論』（フランク、瀧川）であるにしても、故意論そのものである」とする⁵³⁾。

この「錯誤理論」は「故意論そのものである」という考え方に「強い説得性を感じる」として⁵⁴⁾ 実質的故意論を主張するのが前田教授である。教授は「故意の内実」に関して、責任主義から「非難可能なだけの事実の認識」が要求されるとし、その根拠として「国民の規範意識から見て、故意犯として科される重い刑罰効果に見合うだけの非難を向け得る主観的事情が必要である」点をあげる⁵⁵⁾。そして、現在の日本の「故意」という言葉のもつ「国語的意味に加え、わが国の刑事司法実務の現状を基礎」に判断すると、「一般人ならばその罪の違法性の意識を持ち得る犯罪事実の認識」が「故意非難を基礎づける主観的事情」であると考えられるとし⁵⁶⁾ 実務上しばしば用いられる「その罪の規範に直面するだけの認識」も「同旨である」とする⁵⁷⁾。また、前田教授は「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事象とずれた結果や因果経過が生じても、故意が認められる」とし⁵⁸⁾ その根拠として、「故意の成立に必要な認識の対象である重要な事実」は「一般人ならばその罪の違法性を意識し得る（そ

の規範に直面し得る) 事実」であり、⁵⁹⁾ その「認識」が「故意非難を基礎づける主観的事情」となる点⁶⁰⁾ をあげる。

(三) 故意論と錯誤論の関係の捉え方の整理

上記の「裏返しの故意」論・「錯誤論は故意論の裏面 (Kehrseite) である」という命題の意味内容は、論者によって、必ずしも一致していないように思われる。

錯誤論と故意論の関係について、安田教授は、最近「錯誤論は故意論の裏返ししか、それとも錯誤論には故意論とは異なる意義があるか」をめぐる争いも加わると指摘するが⁶¹⁾ ここで指摘されている「錯誤論は故意論の裏返し」には、「錯誤論も故意論も同一基準で処理するということが含意されている」と解される⁶²⁾。そこで、本稿では、故意論と錯誤論の関係について、次のように整理する。すなわち、一般論として、故意犯の成立を肯定するために必要となる「法律要件」としての「故意」の認定過程は、(間接事実の認定→) 要証事実の認定→法律要件の認定という推認過程を経ると考えられる。「故意論と錯誤論の関係」の争点は、上記の推認過程について「同じ過程を経る必要があるのか」/「必ずしもそうではないのか」という点に争いがあるとする整理である。

この整理を前提とすれば、前田教授は、「錯誤論も故意論も同一基準で処理する」見地を貫き、故意概念に修正を加える見解(実質的故意論)を主張するものと解されるので、「**故意論としての錯誤論**」の見地に関しては、**実質的故意論**(前田説)で代表させて検討を加えることとする。

2. 上記の整理を踏まえた昭和54年決定と平成2年決定の位置づけ

前田教授は、「刑法解釈学上の理論…は、具体的な問題処理の際の合理性、利便性の視点抜きには成り立たない」ものであるとする⁶³⁾。そして、「極論すれば、『理論』はどのようにでも作れ(る)」が、「認定の対象としての実体刑法上の概念、構成要件、違法性、故意」は「認定の視点」そして「結論の妥当性

の視点抜きには構築できない」と主張する⁶⁴⁾

前田教授の視点からすると、上記の見解のいずれも構築可能となり、問題は「認定の視点」そして「結論の妥当性」ということになるが、「結論の妥当性」は、法律論を超える部分があるので、ここでは「認定の視点」（両決定の安定的な運用可能性）について、検討を加える。

(一) 実質的故意論とその問題性

(1) 前提となる関係性（利益状況）とそれを処理するための基準の構築の関係

前田教授は、実質的故意論の視点から「錯誤とされてきた問題も『故意』の有無として処理する方が、より容易に安定的に妥当な結論を導き得る」とする⁶⁵⁾

たしかに、昭和54年決定の事例（抽象的事実の錯誤の事例）であっても、平成2年決定の事例（いわゆる概括的故意の事例）であっても、裁判所は、最終的には「故意の存否」を問題としている。実質的故意論の観点から統一的に処理する方が「より容易」（より直截）であるという評価も可能である。そして、刑法上、犯罪成立要件（法律要件）として「罪を犯す意思」（故意）が要求されている（刑法38条1項本文）以上、「裁判所の判断」として、「犯罪の成否」を検討する場合「故意の成否」を問題とすること自体はむしろ望ましいともいえる。

しかし、証拠により「行為者が認識予見していたところと、実際がくい違う」ことが認定できる場合と「行為者が一定範囲内の物を概括的に認識し、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」ことまでしか認定できない場合を同じ基準で処理することが「安定的に妥当な結論」（安定的に妥当な運用可能性）を得ることになるかについては疑問がある。事例が異なれば、そこに登場する「関係性（利益状況）」が異なる。問題解決の基準を構築する場合、想定される「関係性（利益状況）」を考慮に入れる必要があると解されるので

ある。

したがって、(一般論としてではあるが)「関係性(利益状況)」の異なる事例を同一基準で処理しようとする実質的故意論は、「安定的に妥当な運用可能性」の視点から問題がある。

(2) 実質的故意論を支える「国民の規範意識」とそこから導出される犯罪成立に関する主観的要件の内容

前田教授は、実質的故意論において「故意の成立に必要な認識の対象である重要な事実」は「一般人ならばその罪の違法性を意識し得る(その規範に直面し得る)事実」であり、その「認識」が「故意非難を基礎づける主観的事情」となる点をあげ、その根拠として、「国民の規範意識から見て、故意犯として科される重い刑罰効果に見合うだけの非難を向け得る主観的事情が必要である」とする。しかし、「故意の有無は…必ずしもはっきりとしない故意非難固有の問題として議論されるべきではないように思われる」⁶⁶⁾という指摘は重要である。実質的故意論を前提とした場合、「国民の規範意識」が「理念的实在」⁶⁷⁾として存在していることが前提になっているものと思われる。仮にそうだとすると、出発点は「国民の規範意識」は「具体的な個々人を超えた存在であり、その拘束は等しく人々に適用される、という理解である」と考えられるが⁶⁸⁾、このような、判断者自身が自らをとりまく世界について抱いている了解(個人的/私的な了解)が「理念的实在」として「行為者の行為を評価する」上で実効的な基準として機能するためには、次のような経路を通過すると思われる。すなわち、人々は個人的了解に基づき行動する結果、自己の行為が他人の行為に、他人の行為が自己の行為に、相互に作用することを通じて(「主客反照的過程」を経て)、それぞれが有する個人的了解に影響を与える。そして、この過程を経て、「個人的了解」が共有知識化し⁶⁹⁾自律運動を始める(「反照的均衡」に至る)と、「人間自身にも制御できない外在的存在(理念的实在)として機能する」ことになる。逆にいえば、個人的了解が「人間自身にも制御できない外

在的存在」になったときをもって、「理念的实在」となる⁷⁰⁾。そして、個人的了解は、それが「理念的实在」となったとき、「人間から遊離し自律運動するシステム」としての「集団現象」が「我々を無意識のうちに拘束する」ことになる⁷¹⁾と解されるが、「国民の規範意識」が「理念的实在」であるとすれば、判断基準としての拘束力は非常に強いことになる。問題は、「国民の規範意識」の抽出方法である。「個人的了解」（判断者の了解）が「主客反照的過程」を経て「反照的均衡」に至るとき、「理念的实在」（「国民の規範意識」）となるが、現実に存在する「判断者の了解」（裁判官／裁判員）は、あくまでも「個人的了解」に過ぎない。むしろ「裁判所による判断」（その前提としての「裁判官／裁判員による判断」）という「仕組み」は「国民の規範意識」（理念的实在）に関して「共有知識化を促す要素にすぎない⁷²⁾」と位置づける方が妥当であると考えられる⁷³⁾。そうすると、「裁判所による判断」が「共有知識化を促す要素」としてより効果を發揮するために、研究者の立場からは、「故意の有無は…その認識の対象となる事実が該当すべき構成要件の解釈の問題として議論されるべきで」、「構成要件の解釈として、具体的に十分な議論を尽くすべきである」と考えるべきであろう⁷⁴⁾。

そうすると、抽出方法に問題がある「国民の規範意識」の視点から実質的故意論に要求される「故意の成立に必要な認識の対象である重要な事実」を導出することは、「安定的に妥当な運用可能性」の視点から問題がある。

(3) 実質的故意論に基づき故意概念を修正する必要性

昭和54年決定及び平成2年決定の事例の処理において、法律概念としての故意の内容に修正を加える必要があったかを検討する。

i. 抽象的事実の錯誤の事例（昭和54年決定）

昭和54年決定は、抽象的事実の錯誤の事例であり、被告人は「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、

本邦内に持ち込み、もつて右麻薬を輸入し」た点に関しては認定されている。それゆえ、このような場合は、「行為者の認識内容と発生した結果とが食い違ったとき、はたして、そしてどのような故意犯が成立するか」を検討する、つまり、行為者に錯誤がある「にも拘らず」故意の既遂犯を認定することができる場合を肯定できる可能性を探る錯誤論の問題となる。そうすると、昭和54年決定の事例では、行為者に関して認定された認識（主観的事実）でもって、法律要件としての故意の存在を肯定できるかの問題となり、故意概念の修正が必要か否かは、錯誤論（法解釈論）として議論することが要請されることになる。「極論すれば、『理論』はどのようにでも作れ（る）」という視点からすれば、実質的故意論を構築することができるけれども、故意概念の修正の「必要性」／「合理性」については、「安定的に妥当な運用可能性」の視点だけでは結論を出すことができない⁷⁵⁾

ii. いわゆる概括的故意の事例（平成2年決定）

平成2年決定は、いわゆる概括的故意の事例であり、「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」という事実があれば、「覚せい剤輸入罪、同所持罪の故意に欠けるところはない」ことになるのかに関する説明が必要になる。「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」という事実は、被告人が対象物を「覚醒剤」であると認識していた事実ではないからである。

いわゆる概括的故意の事例において、故意の存在を肯定するために、実質的故意論に従って、「一般人ならばその罪の違法性を意識し得る（その規範に直面し得る）事実」を「故意の認識対象となる事実」（「故意の成立に必要な認識の対象である重要な事実」）に変更することが考えられる。実質的故意論の故意概念に従えば、「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」という事実があれば、

「一般人ならばその罪の違法性を意識し得る（その規範に直面し得る）事実」を認識していたことになるから、「故意の成立に必要な認識の対象である重要な事実」が存在しているといえる。

しかし、いわゆる概括的故意の事例において、故意を肯定するために「故意概念」に修正を加える必要があるかについては、疑問がある。

平成2年決定の枠組みの説明として、香城教授（元判事）の分析がある。すなわち、教授は「どのような場合に覚せい剤の認識があったかというかを検討すると、判例は、当該構成要件に該当する事実（覚せい剤であること）をそれとして認識していることを要し、その一部である違法性の意識を喚起しうる範囲の事実を認識していること（例えば、『シャブ』という隠語や違法な薬物であるという認識）は故意特に未必的故意の存在を認めるうえでの証拠にとどまると解している。つまり、故意の成立を認めるには、当該構成要件にあたる種概念としての事実そのものを認識していることを要し、これを含む類概念を認識していることは種概念を認識していることの証拠にとどまると解している」と整理する⁷⁶⁾

教授の整理によれば、伝統的な故意概念（客観的構成要件要素の認識・認容：この場合、対象物が「覚醒剤である」ことの被告人の認識：種概念の認識）を維持しつつ、「（覚醒剤を含む）概括的な薬物の認識があった」という事実（「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」という事実（平成2年決定）：類概念の認識があったという事実）を対象物が「覚醒剤である」ことの被告人の認識を推認するための証拠と位置づける。そして、この推認構造、すなわち、「類概念の認識（「（覚醒剤を含む）概括的な薬物の認識）」が存在したという「事実」から種概念の認識（「覚醒剤である」という「認識」）が存在したという「事実」を推認する」構造を採用すると、種の認識を推認させる類の認識があってもなおこの推認を否定する「特別な事情」が存在する場合には「故意が否定される」ことになる⁷⁷⁾ それゆえ、上記のように、法律概念としての故意概念の内容に

は変更を加えなくても、故意の成否に関する推認構造を適切に構築すれば、平成2年決定は、運用可能な判例と評価できるのである⁷⁸⁾

このように、平成2年決定の枠組みでは、従来の「故意概念」を維持した上で、故意の存否を判断する場面で「類概念の認識の事実に基づき種概念の認識を推認する過程」と「この推認を破る過程」が設定されているが、故意概念を「実質的故意論」が前提とする「故意概念」に修正した上で、平成2年決定の枠組みを利用すると、不都合が生じる例がある。それは、「一 本稿の目的」において示した平成28年高裁判決が示した枠組みである。すなわち、平成28年高裁判決は、危険ドラッグ事犯の処理において、実質的故意論が前提とする「故意概念」を採用していると解されるにも拘らず、平成2年決定の枠組みを踏まえて、「推認を破る過程」を設定し、推認を破る「特異な状況」の存否を検討しているが、「推認を破る過程」が実質的に機能しない事態が生じている⁷⁹⁾。そうすると、平成2年決定の枠組みを前提とする限り、故意概念に修正を加えることは、その運用面で不都合が生じることになるのである。

(二) 「故意の消極面」としての錯誤論とその運用可能性

川端説によれば、故意の事實的側面は「実体としての故意」の側面であり、これが「刑法的価値判断が関係する精神的事態をいい、現実社会に事実として存在する意識作用の現象的側面を意味する」。「実体としての故意」の本質は、一定の行為を「わざと」行うこと、つまり、「一定の行為を主体的に選択すること」であり、それは実現意思を意味する。なぜならば、知らないことを目的意識的に実現することは考えられないからである。ここにおいて、「認識」の問題としての錯誤論が問題とされるのである。

この見解によれば、故意（「実体としての故意」）の本質は、一定の行為を「わざと」行うこと、つまり、「一定の行為を主体的に選択すること」である。故意論と錯誤論に関して、「故意論は故意概念の内包の問題であり、錯誤論はその外延の問題である」としても、いずれの議論を経た「故意の認定」（法律要

件としての故意の成否の判断)であっても、「実現意思」が存在しなければならぬ。

(1) 抽象的事実の錯誤の事例(昭和54年決定)

上述の通り、昭和54年決定は、抽象的事実の錯誤の事例であるから、ここでは、行為者に錯誤がある「にも拘らず」故意の既遂犯が成立する可能性を探る錯誤論の問題となる。そうすると、昭和54年決定の事例では、行為者に関して認定された認識(主観的事実)でもって、法律要件としての故意の存在を肯定できるかの問題となり、故意概念の修正が必要か否かは、錯誤論(法解釈論)として議論することが要請されることになる。そして、構築された理論の必要性/合理性は、「安定的に妥当な運用可能性」の視点だけでは結論を出すことができず、改めて検討する必要がある。

(2) いわゆる概括的故意の事例(平成2年決定)

平成2年決定は、いわゆる概括的故意の事例であるが、上述の通り、本事例において、故意を肯定するために「故意概念」に修正を加える必要があるかについては、その必要性に疑問がある。香城教授の整理に従えば、故意概念に修正を加えるまでもなく、運用可能だからである。

ただし、香城教授は、証拠として要求される認識(という「事実」)に関して「その一部である違法性の意識を喚起しうる範囲の事実を認識していること」とするが⁸⁰⁾この点に関しては、川端説によれば、「一定の行為を主体的に選択すること」が行われた結果「行為者の行為の法的意味づけが可能となる範囲の事実を認識していること」という基準に置き換えるべきである。故意(「実体としての故意」)の本質は、「一定の行為を『わざと』行うこと」つまり「一定の行為を主体的に選択すること」だからである。しかし、この修正は、「類概念の認識の事実に基づき種概念の認識を推認する過程」の説明に修正が必要となるだけであり、故意概念に修正を加えるものではないので、平成2年決定の

枠組みを毀損することにはならない⁸¹⁾

注

- 34) 西田=山口=佐伯編 [高山]・前掲注(28) 527頁, 川端・前掲注(14) 276頁, 佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』(平25年・2013年) 281-3頁, 山中敬一『刑法総論』第3版(平27年・2015年) 353-4頁, 山口厚『刑法総論』第3版(平28年・2016年) 237頁, 井田良『講義刑法学・総論』第2版(平30年・2018年) 207頁, 松宮孝明『刑法総論講義』第5版補訂版(平30年・2018年) 194頁, 浅田和茂『刑法総論』第2版(平31年・2019年) 331頁, 西田典之 [橋爪隆補訂]『刑法総論』第3版(平31年・2019年) 249頁, 橋爪隆『刑法総論の悩みどころ』(令2年・2020年) 156-7頁, 高橋則夫『刑法総論』第5版(令4年・2022年) 217-8頁, 松原芳博『刑法総論』第3版(令4年・2022年) 265頁。なお, 佐久間修『刑法総論』(平21年・2009年) 134頁参照。
- 35) 前田雅英「覚せい剤事犯の多発化と刑法理論」『刑法雑誌』27巻2号(昭61年・1986年) 163頁。
- 36) 前田・前掲注(22) 4頁。
- 37) 前田雅英『刑法総論講義』第7版(平31年・2019年) 177頁。前田教授によれば, 「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事象とずれた結果や因果経過が生じても, 故意は認められる」ことになる(前田・注(37) 177-8頁)。
- 38) 前田・前掲注(21) 45頁。
- 39) 前田・前掲注(37) 178頁。
- 40) 前田・前掲注(22) 6頁。
- 41) 川端・前掲注(14) 245頁。
- 42) 川端・前掲注(14) 245頁。
- 43) 川端博『刑法総論25講』(平2年・1990年) 65頁。
- 44) 川端・前掲注(14) 245頁。
- 45) 町野・前掲注(24) 117頁。ただし, 町野教授は, 「錯誤理論は『消極的な立場からみた故意論』(フランク, 瀧川)であるにしても, 故意論そのものである」と指摘する(町野・前掲注(24) 117頁)。
- 46) 川端・前掲注(14) 245頁。
- 47) 川端・前掲注(14) 245頁。
- 48) 川端・前掲注(14) 245-6頁。
- 49) 川端・前掲注(14) 246頁。
- 50) 川端・前掲注(14) 246頁。川端教授は「概念としての故意には, 違法性の意識を故意に包含させるか否かという問題があり, それは違法性の錯誤の次元で議論される」とする(川

- 端・前掲注(14) 246頁)。
- 51) 平野龍一「錯誤論拾遺」『警察研究』54巻6号(平5年・1993年)3頁。
 - 52) 町野朔「法定的符合について(下)」『警察研究』54巻5号(昭58年・1983年)9頁。
 - 53) 町野・前掲注(24) 117頁。
 - 54) 前田・前掲注(22) 4頁。
 - 55) 前田・前掲注(37) 161頁。
 - 56) 前田・前掲注(37) 161頁。
 - 57) 前田・前掲注(37) 161頁。
 - 58) 前田・前掲注(37) 177-8頁。
 - 59) 前田・前掲注(37) 178頁。
 - 60) 前田・前掲注(37) 161頁。
 - 61) 安田拓人「故意と錯誤(1)」『法学教室』488号(令3年・2021年)108頁。
 - 62) 「錯誤論も故意論も同一基準で処理する」という原則を貫くと、「実質的故意論」に至ると考えられる。前田説(実質的故意論)に関して、塩見教授は、「事実の認識と違法性の意識の可能性を『実質的故意判断として統一的に理解する』」見解として位置づける(塩見淳『刑法の道しるべ』(平27年・2015年)85頁注(41))。
 - 63) 前田雅英「実務に錯誤なし」『司法研修所論集』96号(平9年・1997年)47頁。
 - 64) 前田・前掲注(63) 47頁。
 - 65) 前田・前掲注(63) 46頁。
 - 66) 山口厚「抽象的事実の錯誤」『刑法雑誌』34巻3号(平7年・1995年)69頁。
 - 67) 盛山和夫『社会学の方法論的立場』(平25年・2013年)26頁。
 - 68) 盛山和夫『制度論の構図』(平7年・1995年)262頁。
 - 69) 「共有知識」とは、「資格の内容や配置を各メンバーが知っており、かつ、『メンバーがそれを知っていること』をそれぞれのメンバーが知っている」関係が成立している「状態」を指すものとされる(飯田高「資源配分システムの『権利』の形成」『法律時報』89巻2号(平29年・2017年)23頁)。
 - 70) 盛山・前掲注(67) 26頁、小坂井敏晶「主体と責任」『法律時報』90巻12号(平成30年・2018年)12頁参照。
 - 71) 小坂井・前掲注(70) 12頁。
 - 72) 飯田・注(69) 25頁。
 - 73) 将来的には、AIによるビッグデータの解析に基づき「リアルタイム」での「国民の規範意識」の確認が可能となるかもしれない。しかし、仮にこのような解析が可能であっても、国家機関(裁判所)がその解析を実施した場合、憲法上保障された「思想及び良心の自由」(憲法19条)を侵害する恐れが生じるので、さらに検討する必要がある。
 - 74) 山口・前掲注(66) 69頁。法解釈に関しては、拙稿・前掲注(19) 故意の認定(2) 163頁以下注(55) 参照。さらに、実質的故意論に対しては「故意がないのか違法性の意識の可能

性がないのかという判断をブラックボックスのなかに置き、処罰すべきか否かの結論に応じて故意概念を操作することになる」という疑問が呈されている（西田〔橋爪補訂〕・前掲注(34) 257頁）。

- 75) 刑法解釈論としての錯誤論は非常に重大な問題であるので、錯誤論に関しては改めて検討する機会をもちたい。
- 76) 香城・前掲注(32) 319-20頁。
- 77) 植村教授(元判事)は、故意を否定した事例として、東京地平3・12・19判タ759号269頁をあげる(植村立郎「故意とその認定」『刑法雑誌』34巻3号(平7年・1995年)39頁)。
- 78) この点に関する詳細は、拙稿・前掲注(19) 故意の認定(2) 151頁以下参照。
- 79) 拙稿・前掲注(19) 故意の認定(3・完) 52-4頁。
- 80) これは、経験則上、その存否を決することになると考えられる。拙稿「社会的状況の変化と故意」『松山大学論集』33巻4号(令3年・2021年)170頁以下注(39)、注(45)参照。
- 81) 拙稿・前掲注(19) 故意の認定(2) 151-7頁参照。

五 結 論

昭和54年決定と平成2年決定が扱った事例を、事実関係とそれに対する裁判所の評価に即して分析すると、両決定は、それぞれの実事関係において被告人に「故意」が成立するかを問題としているが、故意の成否に関して、昭和54年決定は「事実の錯誤」を前提とするのに対して、平成2年決定は、錯誤論を経由せず、認定された事実関係から「故意」の成否を問題としていると評価できる。

この点に関して、学説は、判例が前提とする関係と同様、昭和54年決定を、抽象的事実の錯誤の処理を行った判例として位置づけることが多いが、前田教授は、同決定を「実質的故意論」の「出発点」又はその「定着」を示す判例と位置づけている。

本稿では、錯誤論と故意論の関係の捉え方を整理した結果、学説は、法律要件としての故意の推認過程について「同じ過程を経る必要があるのか」/「必ずしもそうではないのか」という点に争いがあると捉えた上で、「実質的故意論」は、「錯誤論も故意論も同一基準で処理する」見地を貫き、故意概念に修正を

加える見解であると位置づけた。その上で、この実質的故意論に対して、「錯誤論と故意論」は必ずしも「同一基準で処理する」必要はないと捉える「『故意の消極面』として錯誤論」を比較することとした。

上記のような比較検討を行った結果、実質的故意論が抽象的事実の錯誤の事例といわゆる概括的故意の事例を同一基準処理することの問題性、実質的故意論が故意概念を導出するために必要となる「国民の規範意識」の位置づけの問題性、故意の存在を認定する上で故意概念に修正を加えることの不要性が明らかとなり、さらに、「『故意の消極面』としての錯誤論」の見地からであっても、運用可能性のあることが明確となった。

ただし、本稿では、錯誤論について十分な検討を加えていないので、この点に関しては、改めて検討する機会をもちたい。