

松 山 大 学 論 集
第 31 卷 第 7 号 抜 刷
2 0 2 0 年 3 月 発 行

故 意 の 認 定(1)
—— 危 険 ド ラ ッ グ の 場 合 ——

明 照 博 章

故意の認定(1)

—— 危険ドラッグの場合 ——

明 照 博 章

目 次

- 一 本稿の目的
- 二 危険ドラッグの社会問題化の経緯と現状
- 三 現時点で危険ドラッグの事例判断を検討する意義
- 四 平成 28 年福岡高裁判決において処罰の対象となった行為が
実行された時点での社会状況 (以上, 本号)
- 五 福岡高裁の判断内容
- 六 薬物事犯における故意の存否を認定するための視点
- 七 福岡高裁の判断基準の位置づけその当否
- 八 結論

一 本稿の目的

最高裁判所は、覚せい剤輸入罪及び所持罪において故意を肯定するためには「覚せい剤であることの認識」がどの程度必要になるかについて問題となった事例において、「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」とする¹⁾。そこで、別稿において、故意論及び錯誤論の関係を整理した上で、覚せい剤取締法違反に関する平成 2 年最高裁決定を分析し、薬物事犯における故意の認定の在り方の方向性について言及した²⁾。また、いわゆる「危険ドラッグ」が問題となった事例において、福岡高裁

が「当該薬物の薬理作用を認識し、そのような薬理作用があるために当該薬物が指定薬物として指定されている薬物と同様に規制され得る同種のものであることを認識していれば、当該薬物を所持し、販売し、譲り受けることなどが犯罪に該当すると判断できる社会的な意味の認識、すなわち故意の存在を認めるに足りる事実の認識に欠けるところはないということが出来る」として、危険ドラッグの故意を肯定している点に言及した³⁾

そこで、本稿では、まず、危険ドラッグの社会問題化の経緯と現状について確認し、現時点において、危険ドラッグが問題となった事例に対する裁判所の判断に検討を加える意義を示す。次に、上記の福岡高裁判決の位置づけとその当否を検討することとしたい。

注

- 1) 最判平2・2・9判時1341号157頁、判タ722号234頁。
- 2) 拙稿「故意の認定－薬物事犯を射程に入れて」『国際刑事法学の新脈動（余振華教授65歳祝賀記念論文集）』第1巻（2017年）145頁以下。
- 3) 福岡高判平28・6・24判時2340号125頁、判タ1439号136頁。判例評釈として、樋笠堯士「判批」『法学新報』124巻5＝6号（平29年・2017年）305頁以下、匿名解説「判批」『判例時報』2340号（平29年・2017年）125頁以下、匿名解説「判批」『判例タイムズ』（平29年・2017年）136頁以下、南由介「判批」『刑事法ジャーナル』56号（平30年・2018年）141頁以下等参照。

二 危険ドラッグの社会問題化の経緯と現状

1. 危険ドラッグとは

危険ドラッグは、法令上の定義があるわけではない⁴⁾。ただし、『犯罪白書』（令和元年版）によれば、危険ドラッグとは、規制薬物（覚せい剤、大麻、麻薬・向精神薬、あへん及びけしがらをいう。）又は指定薬物（医薬品医療機器等法2条15項に規定する指定薬物をいう。）に化学構造を似せて作られ、これらと同様の薬理作用を有する物品をいい、規制薬物及び指定薬物を含有しない物品

であることを標ぼうしながら規制薬物又は指定薬物を含有する物品を含むとされる⁵⁾

2. 危険ドラッグに関する法律改正

危険ドラッグに関して、まず、指定薬物制度が創出された。本制度は、平成18(2006)年の薬事法(現・薬機法)改正により導入された(平成19(2007)年4月1日施行)。指定薬物とは、薬機法2条15項に基づき「中枢神経系の興奮若しくは抑制又は幻覚の作用(当該作用の維持又は強化の作用を含む。以下『精神毒性』という)を有する蓋然性が高く、かつ、人の身体に使用された場合に保健衛生上の危害が発生するおそれがある物(大麻取締法(昭和23年法律第124号)に規定する大麻、覚せい剤取締法(昭和26年法律第252号)に規定する覚醒剤、麻薬及び向精神薬取締法(昭和28年法律第14号)に規定する麻薬及び向精神薬並びにあへん法(昭和29年法律第71号)に規定するあへん及びけしがらを除く。)」として、「厚生労働大臣が薬事・食品衛生審議会の意見を聴いて指定するもの」をいうが、この指定手続は、その他の薬物よりも簡素であるため「新規薬物をより迅速に指定することが可能」となった⁶⁾

しかし、危険ドラッグは、類似の未規制の薬物に素早く変化することによって法規制をすり抜けて取締りをかわすため、いつまでも市場に存在し続けるという「イタチごっこ」の状態にあった。このメカニズムを整理すると次のようになる。①法規制の及ばない未規制薬物を成分とする製品を「合法」とうたって販売すること(「ハーブ」「アロマ」「パウダー」等と呼び販売する)、②用途の偽装を行うこと(お香やアロマ等、体内に摂取するものではないとうたい、薬機法上の医薬品としての扱いを回避する)、③類似薬物が無限に存在すること(化学構造の一部を置き換えることで、危険ドラッグ業者は殆ど無限の未規制物質を創り出すことができる)という構造である⁷⁾

この状況を踏まえて、厚労省は、平成25(2013)年2月20日付で指定薬物を包括指定する改正省令を公布した(平成25(2013)年3月22日施行)。この

包括指定は日本初であるが⁸⁾これは、中心となる化学構造が共通している物質群を一括して規制対象にする仕組みである。その後、平成26年1月から「新たな包括指定により指定薬物の対象が拡大されている」⁹⁾さらに、「指定薬物による保健衛生上の危害を防止するため、平成25年12月、医薬品医療機器等法(26年11月25日前の法律名は「薬事法」)が改正され(平成25年法律第103号)、指定薬物の単純所持・使用等についても処罰されることになった(26年4月1日施行)」¹⁰⁾

このように、「危険ドラッグの本格的な取締りが緒についたばかり」¹¹⁾の平成26(2014)年6月24日、東京都豊島区池袋駅前の路上において、1人が死亡し6名が重軽傷を負う交通死亡事故が発生した¹²⁾そこで、危険ドラッグによる被害を防止するため、平成26(2014)年7月、薬物乱用対策推進会議において、「危険ドラッグの乱用の根絶のための緊急対策」が決定され、政府一丸となって対策を講じることとなったが、緊急対策の骨子は、①危険ドラッグの実態把握の徹底とその危険性についての啓発強化、②指定薬物の迅速な指定と危険ドラッグに係る犯罪の取締りの徹底、③危険ドラッグの規制のあり方の見直しの3つである¹³⁾

また、危険ドラッグ対策のため、議員立法による薬機法改正が行われ、平成26(2014)年11月27日に公布された¹⁴⁾

さらに、「平成27年3月、関税法(昭和29年法律第61号)が改正され(平成27年法律第10号)、同法においても、指定薬物の輸入が新たに禁止された(同年4月1日施行)」¹⁵⁾この過程で、厚生省は、店舗に対する検査命令・販売等停止命令を始め、指定薬物の迅速な指定、インターネット業者のサイトに対する削除要請、水際対策などの対策を講じてきた¹⁶⁾その結果、「危険ドラッグの販売実店舗は平成27年7月に『全滅』するに至った」とされる¹⁷⁾

3. 危険ドラッグに係る犯罪の検挙人員の推移

危険ドラッグに係る犯罪の検挙人員は「平成24年に急増して以降増加を続

け、27年には1,000人を超えたが、28年から減少に転じ、30年は前年より255人(39.2%)減少した。30年の指定薬物に係る医薬品医療機器等法違反の検挙人員は346人(前年比232人減)であるが、そのうち235人(同169人減)は指定薬物の単純所持・使用等の検挙人員(同法84条26号に規定される所持・使用・購入・譲受けに係る罪による検挙人員のうち、販売目的等の供給者側の検挙人員を除く。)であった(警察庁刑事局の資料による。)¹⁸⁾とされる¹⁹⁾。

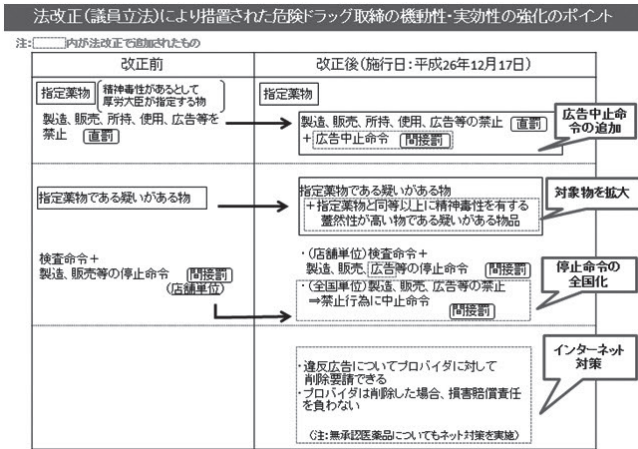
4. 危険ドラッグに対する政府の認識

薬物乱用対策推進会議は、「第五次薬物乱用防止五か年戦略」を策定した(平成30(2018)年8月)。同会議が示した「昨今の国内薬物情勢」では、危険ドラッグの現状は、次の通りである。すなわち、「『第四次薬物乱用防止五か年戦略』の期間中に深刻な社会問題となった危険ドラッグの更なる乱用を防止するため、平成26年7月に『危険ドラッグの乱用の根絶のための緊急対策』を策定し、政府一丸となって徹底的な対策を講じた結果、平成26年3月時点で215店舗存在した危険ドラッグ販売店舗を平成27年7月に全滅させた²⁰⁾とし、さらに「平成27年に1,000人を超えた危険ドラッグ事犯の検挙人員は、平成29年においては726人と減少傾向にあるものの、インターネットを通じた密売等密売ルートの巧妙化や潜在化が進んでおり、引き続き十分な警戒が必要である。」とする²¹⁾そして、「第四次薬物乱用防止五か年戦略」(平成25(2013)年8月)においては「特に留意すべき課題」が指摘されており、その中に「合法ハーブ等と称して販売される薬物等、新たな乱用薬物への対応」などが示されていた²²⁾しかし、「第五次薬物乱用防止五か年戦略」では、「現在、我が国においては、『観光立国日本』の実現に向け、政府一丸となった様々な施策を推進しているところであるが、今後、平成31年に開催されるラグビーワールドカップや、平成32年(2020年)の東京オリンピック・パラリンピック競技大会の開催を契機として、訪日外国人のさらなる増加が見込まれる」こ

とを前提として、「これからを見据えた薬物乱用防止対策」の視点が示されている²³⁾。それゆえ、政府は、「合法ハーブ等と称して販売される薬物等、新たな乱用薬物への対応」に関して、一応の成果を得た（危険ドラッグ販売実店舗の『全滅』など）ので、事態の鎮静化をみたという評価がなされているものと推測できる。

注

- 4) 鎌田隆志「危険ドラッグ事犯における故意に関する捜査とその立証」『警察学論集』68巻3号（平27年・2015年）43頁。
- 5) 法務省法務総合研究所編『令和元年版犯罪白書』（令元年・2019年）282頁。
- 6) 寶満智彦「新たな乱用薬物『脱法ドラッグ』への対応」『捜査研究』758号（平26年・2014年）4頁。
- 7) 小森榮「弁護士からみた脱法ドラッグ対策の現状と課題」『警察学論集』67巻12号（平26年・2014年）115頁参照。
- 8) <https://www.yakuji.co.jp/entry30142.html>
- 9) 法務省法務総合研究所編『平成30年版犯罪白書』（平30年・2018年）142頁。
- 10) 法務省法務総合研究所編・前掲注(9)142頁。
- 11) 佐藤正尚「危険ドラッグ情勢と警察の取組について」『捜査研究』771号（平27年・2015年）15頁。
- 12) 東京地判平28・1・15判タ1443号248頁及び東京高判平28・6・8 LEX/DB25543346。
- 13) <https://www8.cao.go.jp/souki/drug/pdf/know/kiken-drug.pdf>, <https://www8.cao.go.jp/souki/drug/pdf/know/kiken-drug-gaiyo.pdf> 「第四次薬物乱用防止五か年戦略」及び「危険ドラッグの乱用の根絶のための緊急対策」フォローアップ（平成30年8月3日 薬物乱用対策推進会議）<https://www.mhlw.go.jp/content/11120000/000339991.pdf>
- 14) https://www.mhlw.go.jp/seisakunitsuite/bunya/kenkou_iryou/iyakuhin/yakubuturanyou/oshirase/20150819-1-02.html



- 15) 法務省法務総合研究所編・前掲注(9)142頁。
- 16) https://www.mhlw.go.jp/seisakunitsuite/bunya/kenkou_iryou/iyakuhin/yakubuturanyou/oshirase/20150819-1.html
- 17) 佐々木正大「危険ドラッグ対策の現状と取組」『警察学論集』70巻6号(平成29年・2017年)69頁。70頁の表1には、平成25(2013)年以降の主な危険ドラッグ対策の経緯が掲載されている。
- 18) 法務省法務総合研究所編・前掲注(5)282頁。
- 19) 法務省法務総合研究所編・前掲注(5)282頁。

4-2-1-6表 危険ドラッグに係る犯罪の検挙人員の推移(適用法令別)

| 適用法令 | | (平成21年～30年) | | | | | | | | | |
|----------------|---|-------------|-----|-----|-----|-----|-----|-------|-----|-----|-----|
| | | 21年 | 22年 | 23年 | 24年 | 25年 | 26年 | 27年 | 28年 | 29年 | 30年 |
| 総 | 数 | 11 | 10 | 6 | 112 | 176 | 840 | 1,196 | 920 | 651 | 396 |
| 医薬品医療機器等法(薬事法) | | 9 | 9 | 6 | 57 | 37 | 492 | 960 | 758 | 578 | 346 |
| 麻薬取締法 | | - | 1 | - | 26 | 89 | 98 | 148 | 126 | 56 | 48 |
| 交通関係法令 | | - | - | - | 19 | 40 | 160 | 36 | 7 | 1 | 1 |
| その他 | | 2 | - | - | 10 | 10 | 90 | 52 | 29 | 16 | 1 |

注 1 警察庁刑事局の資料による。
 2 本表は、資料を入手し得た平成21年以降の数値で作成した。
 3 警察が検挙した人員に限る。
 4 複数罪名で検挙した場合は、法定刑が最も重い罪名に計上している。
 5 「危険ドラッグ」は、規制薬物(覚せい剤、大麻、麻薬・向精神薬、あへん及びけしがらまいう。)又は指定薬物(医薬品医療機器等法2条15項に規定する指定薬物をいう。)に化学構造を似せて作られ、これらと同様の薬理作用を有する物品をいい、規制薬物及び指定薬物を含有しない物品であることを標ぼうしながら規制薬物又は指定薬物を含有する物品を含む。
 6 「医薬品医療機器等法(薬事法)」は、危険ドラッグから指定薬物が検出された場合の検挙人員である。
 7 「麻薬取締法」は、危険ドラッグから麻薬が検出された場合の検挙人員である。
 8 「交通関係法令」は、危険運転致死傷、自動車運転過失致死傷、過失運転致死傷、道路交通違反等の検挙人員である。
 9 「その他」は、覚せい剤取締法違反、危険ドラッグ服用に係る保護責任者遺棄致死傷、各都道府県の薬物乱用防止に関する条例違反等のほか、平成26年以降は、指定薬物以外の医薬品医療機器等法違反を含む。
 10 「交通関係法令」及び「その他」は、指定薬物として指定されていない薬物が検出され、当該薬物について、検挙後に指定薬物として指定された場合等を含む。

- 20) 薬物乱用対策推進会議『第五次薬物乱用防止五か年戦略』（平30年・2018年）1頁。
- 21) 薬物乱用対策推進会議・前掲注(20)1頁。
- 22) 第四次薬物乱用防止五か年戦略における「特に留意すべき課題」と「戦略目標」は次の通りである（薬物乱用対策推進会議『第四次薬物乱用防止五か年戦略』（平25年・2013年）目次）
- 第四次薬物乱用防止五か年戦略
- 特に留意すべき課題
- 合法ハーブ等と称して販売される薬物等，新たな乱用薬物への対応
- 薬物の再乱用防止対策の強化
- 国際的な連携・協力の推進
- 戦略目標（5つの目標）
- 目標1 青少年，家庭及び地域社会に対する啓発強化と規範意識向上による薬物乱用未然防止の推進
- 目標2 薬物乱用者に対する治療・社会復帰の支援及びその家族への支援の充実強化による再乱用防止の徹底
- 目標3 薬物密売組織の壊滅，末端乱用者に対する取締りの徹底及び多様化する乱用薬物に関する監視指導等の強化
- 目標4 水際対策の徹底による薬物の国内流入の阻止
- 目標5 薬物密輸阻止に向けた国際的な連携・協力の推進
- 23) 第五次薬物乱用防止五か年戦略における「これからを見据えた薬物乱用防止対策」と「戦略目標」（薬物乱用対策推進会議・前掲注(20)目次）
- これからを見据えた薬物乱用防止対策
- (1) 国際化を見据えた水際を中心とした薬物対策の強化
- (2) 未規制物質・使用形態の変化した薬物への対応の強化
- (3) 関係機関との連携を通じた乱用防止対策の強化
- 戦略目標
- 目標1：青少年を中心とした広報・啓発を通じた国民全体の規範意識の向上による薬物乱用未然防止
- 目標2：薬物乱用者に対する適切な治療と効果的な社会復帰支援による再乱用防止
- 目標3：薬物密売組織の壊滅，末端乱用者に対する取締りの徹底及び多様化する乱用薬物等に対する迅速な対応による薬物の流通阻止
- 目標4：水際対策の徹底による薬物の密輸入阻止
- 目標5：国際社会の一員としての国際連携・協力を通じた薬物乱用防止

三 現時点で危険ドラッグの事例判断を検討する意義

危険ドラッグの蔓延とその対策について、政府は一応の解決をみたと評価していると思われる。しかし、前述の通り、「第五次薬物乱用防止五か年戦略」において、「平成27年に1,000人を超えた危険ドラッグ事犯の検挙人員は、平成29年においては726人と減少傾向にあるものの、インターネットを通じた密売等密売ルートの巧妙化や潜在化が進んでおり、引き続き十分な警戒が必要である」と指摘しているから²⁴⁾ 今後も、同種の事例が問題となることは十分に考えられる。また、平成27(2015)年時点ではあるが、危険ドラッグ所持事犯においては、本稿で検討する福岡高裁平成28年判決²⁵⁾と同様の弁解、つまり被疑者・被告人が「販売店から合法ハーブだと聞いていたので、違法だと思わなかった」というような弁解がなされ、また、販売事犯においても、被疑者・被告人が「仕入先から合法ハーブだと説明を受けていたので、違法だとは思わなかった」という弁解がなされ、「故意を否認することが多く」、「これを覆すに足る証拠の収集に困難を来す例が少なくない」と指摘されていた²⁶⁾

平成2年最高裁決定²⁷⁾では、覚せい剤輸入、同所持罪が問題となった事例において、薬物事犯の故意の認定について、その判断基準を示したが、指定薬物が対象となる事例における故意の認定の在り方について、検討することは、現時点でも有益であると考えられる。薬物事犯は「イタチごっこ」の状態となることがあり、このような状況において、平成2年最高裁決定が前提とする基準を「形式的に適用する」と、故意の認定が困難となるからである。被告人の行為時点では、同人が「当該ハーブが違法である」という認識を得ることが困難な状況にあり、さらに、属性が分かる程度に周知された名称(例えば「覚せい剤」や「大麻」といった名称)も存在していなかったのだから、「違法な当該ハーブ(危険ドラッグ)」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」はなかったとの判断がむしろ素直であったといえるからである²⁸⁾

そこで、以下では、平成28年福岡高裁判決において処罰の対象となった行為が実行された社会状況を確認した上で、同判決を位置づけとその当否を検討したい。

注

- 24) 薬物乱用対策推進会議・前掲注(20)1頁。
- 25) 福岡高判平28・6・24・前掲注(3)。
- 26) 鎌田・前掲注(4)43頁。
- 27) 最判平2・2・9・前掲注(1)。
- 28) 加藤経将「判批」『警察学論集』69巻5号(平28年・2016年)169頁は、危険ドラッグに関する故意認定の問題点を次のように指摘する。すなわち「近年、規制薬物等に化学構造を似せて作られ、規制薬物等と同様の薬理作用を有する物質や、合法と称しながら実際には規制薬物等を含む物質が、いわゆる『危険ドラッグ』として多数流通しており、ある物質を規制しても、すぐに化学構造が類似した別の未規制物質が流通し、後追いで法的規制がなされる状況にあり、かつ、そのことが広く知られている現状では、被疑者・被告人が『いまだ規制されていない合法的な薬物だと思っていた。』旨の弁解をして故意を否認する例が少なくない。特に、このよう弁解が、法的規制の有無を調べる方法を当然知っているはずの販売業者や売人ではなく、それらの者から自己使用分を買うだけの末端使用者からなされる場合、あるいは、問題となっている規制薬物等が比較的新しく規制薬物等に指定された薬物である場合には、このような弁解が一見信憑性を帯びる場合があり、規制薬物等であることの認識をいかに立証するかが大きな課題となることがある」とする。

薬物事犯において、実際に被告人の故意を否定した判決がある。

例えば、広島地裁福山支判平26・3・5(LEX/DB25504895)では、「被告人は、法定の除外事由がないのに、平成25年5月上旬頃から同月14日までの間、広島県内又はその周辺において、麻薬である1-フェニル-2(ピロリジン-1-イル)ペンタン-1-オン(通称 α -PVP)又はその塩類若干量を自己の身体に摂取し、もって麻薬を施用したものである。」という公訴事実で起訴されたが、被告人は、「平成25年5月上旬頃から同月14日までの間に、岡山県内で薬物を使用しましたが、それが麻薬であるとの認識はありませんでした。」と陳述し、弁護人は、「麻薬であるという認識はもちろん、違法な薬物を使用したという認識そのものが欠けているため故意がなく、無罪を主張します。」と述べた。その根拠として、「被告人は、逮捕当初から公判に至るまで、一貫して、警察に捕まらない、規制された『新薬』とは違う『合法』な『新しい新薬』を、iに紹介されたjから買い、それを注射使用していた」とする点をあげている。

広島地裁福山支部は、被告人の購入経緯等を詳細に検討し、「被告人は、逮捕当初から

公判に至るまで、一貫して、警察に捕まらない、規制された『新薬』とは違う『合法』な『新しい新薬』を、iに紹介されたjから買い、それを注射使用していたところ…尿を任意提出した4日前の平成25年5月10日午後11時頃、最後に注射使用した薬物もその『新しい新薬』であった旨供述している。そして、この供述は…被告人が、同月初旬頃、cに両腕の注射痕を見付けられて、覚せい剤を注射使用しているのではないかと問い詰められ、『捕まらん薬をやりよる』『新薬と呼ばれている薬』『覚せい剤より量が多い(量を多く使用する旨)』などと返答したことと符合するところ、この返答が、被告人のその当時の心境と異なる虚偽のものであったとは解し得ない。したがって、被告人の逮捕当初から公判に至るまでの前記一貫した供述は、被告人の前記薬物を最後に注射使用をした当時の真実の心情を述べたものと認めることができる。」とした上で、「4 ところで、当裁判所には、以下の事実が顕著である。すなわち、海外において「バスソルト」と呼ばれ、我が国では、その形状がメリケン粉に似ているために、『メリーちゃん』と呼ばれている1-(3・4-メチレンジオキシフェニル)-2-(ピロリジン-1-イル)ペンタン-1-オン(通称MDPV。本件で使用された α -PVPと、化学構造や効用が酷似する。以下、 α -PVPとともに、通称で呼ぶ。)が、本邦では最も早く、平成23年1月頃から、広島地区において流通し始めた。MDPVは、一説には、その効き目がコカインの9倍から13倍と言われる薬物であって、海外から日本に密輸入されたものであるが、その当時は法的に規制されておらず、平成23年8月3日に至って、麻薬に指定された。そして、本件で問題となっている α -PVPが麻薬に指定されたのは、本件使用の2か月余り前の平成25年3月1日であった。なお、MDPVも、 α -PVPも、ともに覚せい剤やコカインに似たカチノン系の薬物であると言われている。」「以上のとおり、特に広島地区の薬物使用者の間では、被告人が、いみじくも、『間を縫っていきよるといいうたちの追いかけてこじやないですけど』…と指摘しているように、薬効が覚せい剤に似た身体に有害な薬物であっても、法的規制が及んでいない薬物があり、ある薬物が規制されても、更にまた同様の薬効が味わえる別の法的規制がない薬物が出回ることがあると、広く信じられていたと考えられる」とした。

次に、薬物事犯の故意認定について、「麻薬及び向精神薬取締法27条1項の麻薬施用罪の対象物件は、同法2条1号所定の『麻薬』であり、それであることが、同罪の客観的構成要件である。そして、主観的構成要件たる故意として、犯人においてその施用する薬物が麻薬を含有していることの確定的な認識又は麻薬を含有しているかもしれないという未必的な認識を有していることが必要である。未必的な認識の場合には、更に麻薬が含有されていてもよいという認容が必要である。本件で、前記故意の成立を認めるためには、その事実を認識していることが、当該行為が違法でしてはならない行為であると認識する契機となり得ることが必要であり、また、それで十分であるというべきである。そこで、麻薬を含有する薬物についていえば、本件で、被告人の尿から検出された α -PVPという麻薬の名称を知らなくとも、身体に有害で違法な薬物を含有する麻薬であるとの確定的な又は未必的な認識があれば足りる(最高裁平成2年2月9日決定及び東京地裁平成3年12

月19日判決(関与裁判官原田國男)判例タイムズ795号269頁参照)」と指摘した上で、「「検察官は、被告人の尿から、麻薬である α -PVPの成分が検出された事実のみをもって、特段の事情がない限り、故意の使用と認めるべきである旨主張する。しかしながら、前述のとおり、故意とは、その事実を認識していることが、当該行為が違法で、してはならない行為であると認識する契機となり得ることが必要である。したがって、検察官の立論は、前記4のような事情が存し、被告人において、その使用した薬物が、『適法な薬物』であると認識していたと主張している本件においては、妥当しないものとする。」とし、「「検察官が種々指摘する点を検討しても、被告人において、被告人の使用した薬物が、違法な薬物を含有する麻薬であるとの確定的な又は未必的な認識があったと認定するには、なお合理的な疑いをぬぐい去ることはできない」として、広島地裁福山支部は、被告人に無罪を言い渡した。

また、京都地判平26・10・23(LEX/DB25541083)は、「被告人が本件公訴事実に係る α -PVP(以下、『本件薬物』という)を所持していたことは証拠上明らかに認められ、当事者間に争いはなく、本件の争点は、故意の存否である」とする。この点に関して、「「弁護人は、本件薬物が違法薬物であるとの認識を行為当時有していなかったから、被告人には故意がなく無罪であると主張する。「これに対し検察官は、(1)本件薬物の入手状況に照らせば、本件薬物が規制薬物であるとの疑いが払拭されるような事情はなかった、(2)本件薬物の使用状況からも、被告人は本件薬物が規制薬物であると考えていた、(3)知人であるZ2(以下、『Z2』という)から知人であるZ3(以下、『Z3』という)が α -PVP使用により再逮捕されたと聞いており、遅くとも搜索差押を受ける前日には、本件薬物が α -PVPなる規制薬物(麻薬)である可能性が高いことを認識した、(4)搜索差押時における被告人の対応からして、被告人において、本件薬物を発見されれば逮捕されると考えて焦り、時間を稼いで本件薬物を隠匿破棄しようと考えていた、(5)捜査段階では麻薬所持の故意を認めていた、(6)被告人の公判供述は信用できない、以上によれば、本件薬物が規制薬物であることについて、被告人が少なくとも未必的故意を有していたことは明らかである旨主張する」とした。

京都地裁は、「本件薬物は、平成25年1月30日付政令により新しく麻薬と指定され、同年3月1日より規制薬物となったが…、同日以前はいわゆる脱法ドラッグ(現在の危険ドラッグ。以下、『脱法ドラッグ』という)にとどまり、合法的に所持できていた」とした上で、薬物事犯の故意認定に関する判断基準として「ところで、「最高裁平成2年2月9日決定を参照すれば、対象薬物が規制薬物(覚せい剤、大麻、麻薬、向精神薬等)であること、すなわち法による規制の対象物であることの概括的な認識(俗に言えば『これはやばい薬だ』との認識)がある場合には、薬物事犯の故意が認められるものと解する(もちろん未必的な認識の場合は、『これはやばい薬かも知れない』という程度で足りる)」とするが、しかし「脱法ドラッグは従来から法規制の対象とされている覚せい剤等の規制薬物とは異なり、新種の薬物が次々に現れ、これに対する法規制が後追いになるという特徴があ

ることから、法規制がされていない合法的な物質と思っていたとの弁解に対して、上記のような概括的故意を認定することには、より慎重な検討が求められる」とし、詳細に事例を分析した上で、結論として、「脱法ドラッグに対する法規制が後追いになるという特徴があることから、法規制がされていない合法的な物質と思っていたとの被告人の弁解に対して、故意(概括的かつ未必的であっても)を認定することには、より慎重な検討が求められる。そして、本件薬物の入手状況及び使用状況、Z2からの電話内容、捜索差押時における被告人の対応等の事実は、いずれも故意を推認させる力が弱く、これらの事実を総合しても、被告人において『本件薬物がやばい薬かも知れない』と認識していたとまでは推認できない。また、故意を認めるかのような被告人の供述調書も信用できず、被告人の公判供述の一部に信用できない部分があっても故意が立証できたことにはならない」とした。

四 平成28年福岡高裁判決において処罰の対象となった行為が 実行された時点での社会状況

危険ドラッグに関して、第五次薬物乱用防止五か年戦略では、「『第四次薬物乱用防止五か年戦略』の期間中に深刻な社会問題となった危険ドラッグの更なる乱用を防止するため、平成26年7月に『危険ドラッグの乱用の根絶のための緊急対策』を策定し、政府一丸となって徹底的な対策を講じた結果、平成26年3月時点で215店舗存在した危険ドラッグ販売店舗を平成27年7月に全滅させた」と指摘され、第五次薬物乱用防止五か年戦略が公表された平成30(2018)年8月時点において、政府は、「合法ハーブ等と称して販売される薬物等、新たな乱用薬物への対応」に関して、一応の成果を得た(危険ドラッグ販売店舗の『全滅』など)ので、事態の鎮静化をみたという評価がなされているものと推測できる。しかし、危険ドラッグは、類似の未規制の薬物に素早く変化することによって法規制をすり抜け取締りをかわし、いつまでも市場に存在し続けるという「イタチごっこ」の状態が、実際に生じていた。本件の危険ドラッグ所持が問題となった時期は、平成26(2014)年8月19日である。同年6月24日、池袋駅前の路上において、1人が死亡し6名が重軽傷を負う交通死亡事故が発生しており、まさに、「イタチごっこ」の状態が継続している状

態であったが、このような状況において、危険ドラッグ所持事件において、被告人は、「事実誤認」を主張する中で、平成2年最高裁決定を前提としたと解される見地から、危険ドラッグ所持の故意を否定する主張を行っている。また、下級審では、実際に、危険ドラッグが蔓延し、規制が後追いになる「いたちごっこ」の状況における薬物事犯の故意認定においてその存在を否定する判断を下した裁判体があった²⁹⁾

現在、危険ドラッグが蔓延している状況にあるとはいえないが、化学的合成によって生成される薬物はその規制が後追いになる「いたちごっこ」の状況が生じる危険性が常に生じ得る³⁰⁾。平成2年最高裁決定が示した「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」という基準を前提とすれば、「いたちごっこ」の状況が生じれば、その状況を利用して、規制薬物・指定薬物の自己使用等の故意を否定する主張がなされることも十分に考えられる。そこで、平成28年福岡高裁判決の検討は現時点でも十分に意義があるといえる。さらに、この検討を通じて、平成2年最高裁決定の射程（薬物事犯の故意認定の在り方）の深化にもつながるものと思料される。

注

29) 前掲注(28)で示した通り、薬物事犯の故意を否定したものとして、広島地福山支判平26・3・5・前掲注(28)及び京都地判平26・10・23(28)がある。しかし、広島地裁福山支部の控訴審である広島高裁（広島高判平26・9・25 LEX/DB 25504896）及び京都地裁の控訴審である大阪高裁（大阪高判平27・7・30 LEX/DB 25541084）は、それぞれ被告人の故意を肯定している。

辻判事は「危険ドラッグを使用して自動車を運転し、重大な交通事故を引き起こしたり、人に危害を加えたりするなどの事案が後を絶たず、危険ドラッグなどの違法薬物の撲滅のためには、徹底した規制と適正な刑罰権の行使が必要不可欠である」とし、「薬物として

の成分構造が似た物質をまとめて規制対象とする包括指定によって、規制の対象が拡大されたものの、危険ドラッグについては、被疑者あるいは被告人が規制薬物であることの認識を否認する事案が後を絶たない」が、上記平成27年大阪高裁判決は、このような「薬物犯罪における故意の認定の考え方に関する裁判例として、実務の参考になると考え、紹介した次第である」とする(辻昌文「判例紹介」『研修』813号(平28年・2016年)74頁)。

- 30) 覚せい剤も、化学合成薬である。覚せい剤の蔓延と対策について、『昭和35年版犯罪白書』(昭35年・1960年)では、次のように指摘されている(http://hakusyol.moj.go.jp/l/nfm/n_1_2_1_2_3_2.html)。すなわち、「本剤の中毒患者は、わが国では、昭和二一年春頃から散発的にあらわれはじめたが、嗜好者は、その後、急速に増加している。このような覚せい剤の濫用は当局の注意をひき、昭和二三年七月には劇薬に指定され、ついで、昭和二四年一〇月には製造の全面的中止が勧告されたが、その濫用は増加の一途をたどった。そこで、参議院厚生委員会では、第一〇回国会で、覚せい剤禍の問題をとりあげ、取締りのための立法に着手し、昭和二六年法律第二五二号で「覚せい剤取締法」が公布され、同年七月三〇日から施行された。この法律は、覚せい剤が医療上の効用をもつ反面、その習慣性のため弊害をもたらす点が麻薬に似ているのにかんがみ、その内容において麻薬取締法に類似している。そして、昭和二九年六月二〇日の一部改正で、罰則が従来よりも強化された。精神衛生法の一部も改正され、覚せい剤の慢性中毒者を精神障害者とおなじにとりあつかうことになり、検挙取締とあわせて行政措置の万全を期した。覚せい剤取締法の制定にともない、覚せい剤の授受が地下にもぐるようになったとともに、その使用階層も、犯罪者や非行少年の集団に移っていった。また、覚せい剤を迎える地下市場は着々と拡大され、その密造事犯が跡をたななかったため、その根源を断つべく、昭和三〇年法律第一七一号で覚せい剤取締法を改正し、覚せい剤製造原料のおもなものおよび製造途中の中間体のおもなものを指定して、これを取締の対象としたほか、さらに一段と罰則を強化して、この種の事犯の徹底的な検挙と処罰とが企てられた」とされる。さらに、覚せい剤取締の歴史的経緯については、拙稿(訳・李錫棟)「日本の薬物事犯取締に関する法制度—覚せい剤取締の歴史的経緯を中心に」『(台湾)中央警察大學 法學論集』37期(2019年)1頁以下参照。

(本稿は、2018年度松山大学特別研究助成の成果の一部である。)