

松 山 大 学 論 集  
第 32 卷 特 別 号 抜 刷  
2 0 2 1 年 3 月 発 行

## 故 意 の 認 定(3・完)

—— 危険ドラッグの場合 ——

明 照 博 章

# 故意の認定(3・完)

—— 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、松山大学論集 31 巻 7 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  
（以上、松山大学論集 32 巻 3 号）
- 七 福岡高裁の判断基準の位置づけとその当否
- 八 結論（以上、本号）

## 七 福岡高裁の判断基準の位置づけとその当否

以下では、「故意が存在することによって、行為者の行為の法的意味づけが可能となる」という「故意に類別化機能を肯定する」視点から福岡高裁の判断基準の内容とその当否について検討を加える。

### 1. 被告人の所持する「本件植物片」（危険ドラッグ）が「合法なもの信じていた」という主張

被告人は、「任意提出当日の平成 26 年 8 月 19 日、北九州市甲区内のハーブ販売店『A』で本件植物片を購入したが、その際、販売員に合法かどうかを確認し、合法で規制がかかっていないと言われたから、合法なもの信じていた」

と主張している。

これに対して、福岡高裁は、当時の状況を踏まえて「本件植物片を公然と販売する店舗で購入し、その際、販売員から合法であると聞いた、という被告人の弁解を直ちに排斥することはできない」とする<sup>75)</sup>

上記の「被告人の弁解を直ちに排斥することはできない」場合、平成2年最高裁決定を前提とすると、どのような判断となるかについて、考察するために、改めて、最高裁決定の枠組みを示す<sup>76)</sup>

平成2年最高裁決定は、「概括的故意」を明言していないが、東京高裁が示した「概括的故意」の成立可能な状況（東京高裁説示C「(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」）を前提とし、これを肯定できる「被告人の認識」つまり最高裁説示G（「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」）を示す。そして、「被告人の認識」が最高裁説示Gの状況が最高裁説示H（「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」）を経由して、「故意の認定を肯定する」（最高裁説示I）ことになるが、最高裁説示Hは、東京高裁説示E（「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」）レベルまでを要求している。

次に、最高裁の推認過程（構造）は次の通りである。すなわち、行為者の具体的認識として、「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」[という事実]がある場合、この事実から、覚せい剤を含む「類概念」の「認識」[という事実]（間接事実）を推認し、さらに「類概念」の認識[とい

う事実」から「種概念」(覚せい剤)の認識[という事実](要証事実)を推認するという構造になっているものと解される。

最後に、最高裁の推認を破る場面としては、次のように指摘できる。すなわち、故意の成立を肯定するためには「説示Hの状況にある」を要求するが、説示Hは、「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」(東京高裁説示E)レベルまで要求している。説示Eによれば、認識予見の対象から「覚せい剤」が「除外されている」場合、覚せい剤を含む「類概念」の認識[という事実](間接事実)(最高裁説示G)から「種概念」(覚せい剤)の認識[という事実](要証事実)への推認を破ることになるのである。

平成2年最高裁決定を前提とすると、当時の状況を踏まえて「本件植物片を公然と販売する店舗で購入し、その際、販売員から合法であると聞いた、という被告人の弁解を直ちに排斥することはできない」(福岡高裁)とするならば、「本件植物片」の所持が「合法である」という被告人の認識[という事実]によって、「違法な」危険ドラッグ所持行為を意味づけることができなくなる可能性がある。言い換えれば、「本件植物片」の所持が「合法である」という被告人の認識[という事実]によって、たとえ被告人が「本件植物片」につき「身体に有害な薬物類である」と認識していたとしても、「違法な薬物類である」との認識を欠くに至るため、最終的に、「本件植物片」が「危険ドラッグを含む身体に有害で違法な薬物類であるとの認識」(危険ドラッグを含む「類概念」の認識)[という事実]を推認することができなくなる。それゆえ、危険ドラッグを含む「類概念」の認識から「種概念」(危険ドラッグ)の認識[という事実](要証事実)を推認できなくなるのである。

そうすると、平成2年最高裁決定を前提とした場合、「本件植物片」の所持が「合法である」という被告人の認識[という事実]があれば、危険ドラッグ所持罪の故意の成立を肯定できない可能性が生じる重要な事実であるはずであるから、さらに詳細な検討を行う必要があるはずである。しかし、平28年福

岡高裁判決は、このような判断をせず、さらに論旨を進める。

## 2. 故意の成立を肯定するために必要となる要証事実（評価根拠事実）

平28年福岡高裁判決は、「違法な薬物の所持、使用等を処罰する場合に対象物について求められる故意は、当該薬物の薬理作用を認識しているだけでは足りず、通常は当該薬物の名称によって示されることになる、当該薬物を所持し、使用することが犯罪に当たると判断できる社会的な意味を認識することが必要であり、そのような認識があつて初めて、故意の存在を認めるに足りる事実認識を肯認することができる」とする。

前述の通り、証明の対象となる法律要件が「規範的評価概念」（故意）である場合、その法的評価をもたらす「評価根拠事実」が要証事実となる<sup>77)</sup>。要証事実（評価根拠事実）があれば、「故意」があると「法的に評価し得る心理状態がある」ことを肯定できるからである<sup>78)</sup>。

そうすると、福岡高裁は、薬物事犯において「対象物について求められる故意」が「当該薬物の薬理作用を認識しているだけでは足りず、通常は当該薬物の名称によって示されることになる、当該薬物を所持し、使用することが犯罪に当たると判断できる社会的な意味を認識すること」を必要とするから、要証事実（評価根拠事実）は、「通常は当該薬物の名称によって示されることになる」「当該薬物を所持し、使用することが犯罪に当たると判断できる」「社会的な意味を認識する」[という事実]になるであろう<sup>79)</sup>。これに対して、平成2年最高裁決定は、「概括的故意」を明言していないが、この成立が可能な状況（東京高裁説示C）を前提として、これを肯定できる「被告人の認識」（最高裁説示G）を示すが、故意が成立するために必要な中核的要素を示していない。これを示すのは、原判決である東京高裁説示Aであり、「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」（種概念の認識）とする。そうすると、要証事実は、「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」

(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) [という事実] ということになる<sup>80)</sup> それゆえ、両者は異なっている。

### 3. 指定薬物（危険ドラッグ）の特殊性と故意を肯定するための要証事実を推認する構造

#### (一) 薬物の属性を理解できる名称の存在

平 28 年福岡高裁判決は、「指定薬物」が「覚せい剤等の規制薬物のように、属性が分かる周知された名称があるわけではなく」、「厚生労働省令」では、指定薬物の「化学的な成分が規定されているにすぎない」ので<sup>81)</sup> 危険ドラッグ使用者は「厚生労働省令を参照しても、自分の使用する薬物が指定薬物を含有するかどうかを明確に把握することは困難な実情にあった」とし<sup>82)</sup> ここに「覚せい剤等の規制薬物」事犯等との差異を認める。福岡高裁によれば、被告人が「覚せい剤を示す名称」を認識していれば、「通常」「当該薬物を所持し、使用することが犯罪に当たると判断できる社会的な意味を認識」していると評価しているからである<sup>83)</sup>

#### (二) 薬理作用とその効果の認識

ところが、福岡高裁は「指定薬物は、有害な薬理作用の蓋然性と保健衛生上の危険のおそれから規制されているのであり、規制に反した所持、販売、譲り受け等が規制薬物ほど重い刑罰の対象とされていなかった上、薬物が指定薬物に指定されると、類似した薬理作用を有する規制の対象外の新たな薬物が取引されるようになり、その新たな薬物が改めて規制の対象とされるなど、新たな薬物の出現とそれに対する規制が繰り返され、そのことは危険ドラッグの使用者の間で十分周知されていた」と指摘する。つまり、危険ドラッグの使用者の間では、「指定薬物」が有害な薬理作用の蓋然性と保健衛生上の危険のおそれから規制されるが、当時は、厚労省による指定とその回避が「イタチごっこ」という特殊な状態にあった<sup>84)</sup> 点について、十分周知されていたとするのである。

### (三) 故意の存在を認めるに足りる事実の認識の推認構造

福岡高裁は、上記の通り、要証事実として「通常は当該薬物の名称によって示されることになる」「当該薬物を所持し、使用することが犯罪に当たると判断できる」「社会的な意味を認識する」[という事実]をあげるが、「1 事実誤認の主張について」「(3)」では、「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」[という事実]に言い換えられ、これが「故意の存在を認めるに足りる事実の認識」[という事実]とする。そして、福岡高裁は、「指定薬物の所持、販売、譲り受け等が犯罪に当たると判断できる社会的な意味を考えると、その違法性を客観面から根拠付ける事実、当該薬物の薬理作用が規制の趣旨に合致しているかどうか、換言すると、当該薬物が規制されるに足りる薬理作用を有するかどうかに尽きるといふべきである」とする。つまり、ここでは、「社会的な意味」と「違法性を客観面から根拠付ける事実」を連動させ<sup>85)</sup>その事実の存否は、「当該薬物の薬理作用が規制の趣旨に合致しているか」、より具体的には、「当該薬物が規制されるに足りる薬理作用を有するか」に尽きるとする<sup>86)</sup>。逆にいえば、「当該薬物が規制されるに足りる薬理作用を有する」場合、言い換えれば、「当該薬物の薬理作用が規制の趣旨に合致している」場合「違法性を客観面から根拠付ける事実」が存在することになる。その上で、福岡高裁は、「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物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ふことができる」とする。

そうすると、被告人が「違法性を客観面から根拠付ける事実」を認識している[という事実]、つまり「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物であることを認識」している[という事実]があれば、「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」[という事実]があることになる。

そして、上記の行為が「犯罪に該当すると判断できる社会的な意味の認識」[という事実]があれば「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」とするから、福岡高裁は、「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」[という事実]が要証事実（評価根拠事実）であることを再確認していることになる。

ここで、福岡高裁が示した危険ドラッグ事犯の「故意の成立を肯定するための過程」を整理すると、次のようになる。すなわち、被告人が「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物であることを認識」している[という事実]があれば、「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」[という事実]を認定できる。そして、この「社会的な意味の認識」が「要証事実」だから、これが認定できれば、被告人に「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」つまり「故意」があると「法的に評価し得る心理状態がある」ことになるのである。

#### 4. 本件の事実関係を前提とし故意を肯定するための要証事実の認定

平 28 年福岡高裁判決は、被告人から得た 2 つの供述すなわち危険ドラッグの使用目的（イライラの解消・現実逃避）や使用時に暴力的になる点に関する供述及び危険ドラッグ使用時に身体的変化が生じるため使用後は自動車を運転しないようにしていたという供述を踏まえて、「被告人は、本件植物片が、中枢神経系の興奮若しくは抑制又は幻覚の作用や当該作用の維持又は強化の作用を有する蓋然性が高く、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薬物を含有していること、すなわち、当時の薬事法によって規制しようとしていた薬理作用やその薬理作用による危険性を十分認識すると



ともに、その薬理作用を期待して本件植物片を購入し所持していた」という事実及び「被告人は、本件植物片がいわゆる危険ドラッグであることを前提に、それを購入して所持していた上、危険ドラッグの危険性や取締りの強化は十分承知しており、そのため販売員に本件植物片の規制の有無を確認しているのであるから、本件植物片の含有する本件薬物が、他の指定薬物と同様に規制され得るそれらと同種の物であり、指定薬物として取締りの対象に入る可能性を認識していた」という事実を認定する。この事実から「被告人は、法が本件薬物を違法なものとして処罰の対象としたところの違法の実質は十分に認識していた」[という事実]を推認した上で、「被告人に誤認があったとしても、その誤認は、指定薬物としての指定の有無に尽きる」とした。

## 5. 故意の成立を否定する（要証事実の推認を破る）事情

平28年福岡高裁判決は「本件植物片の外見や使用感等からは、危険な薬物であるという認識自体は可能であっても、指定薬物とは指定されていない同様の薬理作用のある薬物が蔓延している状況下では、指定の事実自体を認識することには困難を伴う。しかし、当該薬物が処罰の対象とされている違法の実質を十分認識している以上、当該薬物には指定薬物として指定されていない薬物しか含有されていないと信じたことに十分合理的な理由があるなど、特異な状況が肯定できる場合でなければ、故意が否定されることはないというべきである」とし、<sup>87)</sup> 故意が否定される可能性がある場面を指摘する。

### （一）平成2年最高裁決定の枠組み

ここで、福岡高裁の枠組みとの差異を明確にするために、平成2年最高裁決定の枠組みを再度示す。

平成2年決定の説示内容を分析すると、「概括的故意」を明言していないが、これを肯定できる事情として「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」（最高裁

説示G) (覚せい剤を含む「類概念」の認識) を挙げ、被告人に「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」(最高裁説示H) があれば、覚せい剤を含む「類概念」の認識[という事実] を肯定できる構造を示した上で、類概念の認識があれば故意の成立を肯定できる(最高裁説示I) ものとする。

これを、原判決である東京高裁(東京高裁説示A) と合わせて考察すると、まず、平成2年決定は、要証事実を「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」(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)[という事実] と解することができる。要証事実を推認するための推認過程は、被告人の「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」[という事実] から、覚せい剤を含む「類概念」の「認識」[という事実] (間接事実) を推認し、さらに「類概念」の認識[という事実] から「種概念」の認識[という事実] (要証事実) を推認するという構造になっているものと解される。

また、覚せい剤に関する「意味の認識」の機能については、次の通りである。すなわち、「覚せい剤の粉末」を見たり、「シャブ」という隠語を聞いた[という事実] が覚せい剤を含む「類概念」の認識[という事実] (間接事実) を推認させ、これを踏まえてさらに「類概念」の認識[という事実] から覚せい剤という「種概念」の認識[という事実] (要証事実) を推認させ、その結果、故意が成立するためには、「覚せい剤の粉末」を見たり、「シャブ」という隠語を聞いたときに、被告人が「それが覚せい剤である」という点に「社会的・規範的意味の認識」を有している必要がある。本稿では、「故意が存在することによって、行為者の行為の法的意味づけが可能となる」「故意に類別化機能を肯定する」を肯定するが、被告人に「意味の認識」がなければ、それ以外の認識があったとしても「類別化機能」を果たせなくなるからである<sup>88)</sup>。

これを前提とした場合、平成2年決定が予定する故意の推認構造は、次の通りである。すなわち、被告人の「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」(最高裁説示H)は、「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」(東京高裁説示E)というレベルを予定していると解されるから、認識予見の対象から「覚せい剤」が「除外されている」場合、類概念の認識[という事実](間接事実)(最高裁説示G)から種概念の認識[という事実](要証事実)の存在の推認を破ることになると解することができる。そして、類概念の認識[という事実](最高裁説示G)から種概念の認識[という事実](要証事実)の存在を推認する構造を支える要素として、被告人の「意味の認識」が機能しているのである。

そうすると、平成2年最高裁決定の枠組みでは、被告人の類概念の認識[という事実](間接事実)から種概念の認識[という事実](要証事実)の存在を推認する構造を支える要素として、被告人の「意味の認識」が機能しているから、被告人に「意味の認識」が欠ける事情が生じた場合、被告人の類概念の認識[という事実]から種概念の認識[という事実]の存在を推認する構造を支える要素が欠如することになる。それゆえ、被告人の類概念の認識[という事実](間接事実)が存在している状況から種概念の認識[という事実](要証事実)を推認できなくなるので、故意の成立を肯定できなくなるのである。

## (二) 福岡高裁の枠組み

福岡高裁の枠組みは次の通りである。

福岡高裁によれば、要証事実(評価根拠事実)は「当該薬物を所持し、使用することが犯罪に当たると判断できる」「社会的な意味を認識する」[という事実]である。この要証事実を認定するために、次の過程を経る。被告人が「違法性を客観面から根拠付ける事実」を認識する、つまり「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」している[という事実]があれば、「被告人は、法が本件薬物を違法なものとして処罰の対

象としたところの違法の実質は十分に認識していた」[という事実]を推認でき、この事実から、「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」[という事実]を認定できる。そして、この「社会的な意味の認識」が「要証事実」だから、これが認定できれば、被告人に「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」つまり「故意」があると「法的に評価し得る心理状態がある」ことになる。

次に、福岡高裁は、「当該薬物が処罰の対象とされている違法の実質を十分認識している」[という事実]が認められた段階で、要証事実（「当該薬物を所持し、使用することが犯罪に当たると判断できる」「社会的な意味を認識する」[という事実]）を否定するために考慮する事項として「当該薬物には指定薬物として指定されていない薬物しか含有されていないと信じたことに十分合理的な理由があるなど」の「特異な状況」をあげ、これが肯定できれば、故意の成立を否定できるものとする。

### (三) 比較

平 28 年福岡高裁判決は、「当該薬物には指定薬物として指定されていない薬物しか含有されていないと信じたことに十分合理的な理由があるなど、特異な状況が肯定できる場合でなければ、故意が否定されることはない」とするから、平成 2 年最高裁決定の枠組みと同様、間接事実が認定できれば要証事実を原則的に推認でき、この推認を破る「特異な状況」がある場合「例外的」に故意の成立を肯定できないとする。しかし、ここには、大きな差異が存在する。

#### (1) 要証事実（評価根拠事実）

前述の通り、平 28 年福岡高裁判決の枠組みでは、「要証事実」は「当該薬物を所持し、使用することが犯罪に当たると判断できる」「社会的な意味を認識する」[という事実]であるが、平成 2 年最高裁決定の枠組みでは、「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」（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) [という事実] である。

## (2) 要証事実の推認構造と意味の認識

福岡高裁は、被告人が「違法性を客観面から根拠付ける事実」を認識している、つまり「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物であることを認識」している [という事実] があれば、「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」 [という事実] を認定できる。

平成2年最高裁決定は、被告人の「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「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」というレベルを予定していると解されるから、認識予見の対象から「覚せい剤」が「除外されている」場合、類概念の認識 [という事実] から種概念の認識 [という事実] (要証事実) の存在の推認を破ることになると解することができる。そして、類概念の認識 [という事実] から種概念の認識 [という事実] (要証事実) の存在を推認する構造を支える要素として、被告人の「意味の認識」が機能している。

端的に言えば、福岡高裁は「社会的な意味の認識」 [という認識] が要証事実とするのに対して、平成2年最高裁決定は類概念の認識から種概念の認識への推認を支える機能がある要素として捉えているのである。

## (3) ある事実から要証事実の「推認を破る」評価を行う枠組みの評価

本稿では、対象となる要件が「規範的评价概念」(故意)である場合、その法的評価をもたらす「評価根拠事実」が要証事実となり、要証事実(評価根拠事実)があれば、「故意」があると「法的に評価し得る心理状態がある」こと

を肯定できるとする関係を前提とする。

福岡高裁は、被告人が「違法性を客観面から根拠付ける事実」を認識している、つまり「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物であることを認識」している[という事実]があれば、「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」[という事実]（要証事実）を認定できる。平成2年最高裁決定のように、「意味の認識」を類概念の認識から種概念の認識への推認を支える機能がある要素として捉えておらず、むしろ、端的に「要証事実」と捉えているので、福岡高裁によれば、被告人に「意味の認識」を認定できれば、故意の成立を肯定できる。そして、事例判断として「被告人は、法が本件薬物を違法なものとして処罰の対象としたところの違法の実質は十分に認識していた」[という事実]を推認するに止まり、「犯罪に該当すると判断できる社会的な意味の認識」[という事実]には言及がない。そうすると、福岡高裁は、「違法の実質」の「認識」と「社会的な意味」の「認識」をほぼ同義として扱っていたことが推測できる。

ところが、福岡高裁は、「当該薬物が処罰の対象とされている違法の実質を十分認識している」ことを前提としつつ、さらに、故意を否定できる事情として、「当該薬物には指定薬物として指定されていない薬物しか含有されていないと信じたことに十分合理的な理由があるなど、特異な状況」をあげるが、この枠組みでは、平成2年決定の枠組み、つまり、覚せい剤を含む「類概念」の認識[という事実]（間接事実）から「種概念」（覚せい剤）の認識[という事実]（要証事実）の存在を推認する構造を支える要素として、被告人の「意味の認識」が機能しているから、被告人に（覚せい剤に関する）「意味の認識」が欠ける場合、「例外的に」覚せい剤を含む「類概念」の認識[という事実]から種概念の認識[という事実]の推認を破るという枠組みを、「特に説明を加えることなく援用する」ことはできないはずである。福岡高裁の枠組みでは、

ある事実から被告人の「意味の認識」[という事実]（要証事実）を推認した以上、改めて、被告人の「意味の認識」を否定して、要証事実の推認を否定することには、要証事実を積極的に認定する前段での、被告人に「意味の認識」[という事実]の認定に不都合があったことを説明する必要があるからである。

#### （4）要証事実の「推認を破る」場面

福岡高裁は、要証事実の「推認を破る」場面として「当該薬物には指定薬物として指定されていない薬物しか含有されていないと信じたことに十分合理的な理由があるなど」の「特異な状況」をあげる。

しかし、要証事実を認定する場面において、本件事実関係を前提として「被告人は、法が本件薬物を違法なものとして処罰の対象としたところの違法の実質は十分に認識していた」[という事実]を推認した後、「被告人に誤認があったとしても、その誤認は、指定薬物としての指定の有無に尽きる」としている。そうすると、当該薬物が「指定されていること」は、要証事実である「被告人は、法が本件薬物を違法なものとして処罰の対象としたところの違法の実質は十分に認識していた」[という事実]の推認には、影響がないことになる。

したがって、要証事実の「推認を破る」事項として、「当該薬物には指定薬物として指定されていない薬物しか含有されていないと信じたことに十分合理的な理由があるなど」の「特異な状況」をあげるが、この「特異な状況」の立証によって、「要証事実を積極的に認定した」前段部分の推認を否定できるかが問題となる。そこで、福岡高裁がそれぞれの場面で事実を認定するときに考慮した事実関係を比較することにする<sup>89)</sup>

##### （i）要証事実を積極的に認定する場面での考慮事項

福岡高裁は、上記の通り、被告人から得た2つの供述すなわち危険ドラッグの使用目的（イライラの解消・現実逃避）や使用時に暴力的になる点に関する供述及び危険ドラッグ使用時に身体的変化が生じるため使用後は自動車を運転



しないようにしていたという供述から、「本件植物片の含有する本件薬物が、他の指定薬物と同様に規制され得るそれらと同種の物であり、指定薬物として取締りの対象に入る可能性を認識していた」ことを推認した上で、「被告人は、法が本件薬物を違法なものとして処罰の対象としたところの違法の実質は十分に認識していた」とする。

## (ii) 要証事実の推認を破る場面での考慮事項

福岡高裁は、被告人から得た3つの供述つまり危険ドラッグ販売員から得た、規制強化に関する情報及び再オープン後の新オーナーによる薬物の安全性に関する説明に関する供述と、職務質問時に警察官から得た、当該薬物が現時点では未指定薬物であるという情報に関する供述から、「被告人は、販売員から合法だと告げられるなどしたから合法だと信じたというのであるが、販売員でしかない者が違法か合法かを適切に判断できる立場にないことも、その言葉が信頼に足る状況にないことも、いずれも明らかであるし、取締りの対象となって閉店した店が、再度オープンしたからといって、販売店で取り扱う商品が合法なものと推認できないこともまた明らかである。そうすると、本件の事実関係の下では、被告人が本件植物片には指定薬物として指定されている薬物が含有されていないと信じたことに合理的な理由があったことなど、被告人の故意を否定するに足る特異な状況も認められない」とした。

## (iii) 考察

平28年福岡高裁判決は、「要証事実を積極的に認定する場面」では、危険ドラッグの使用目的（イライラの解消・現実逃避）や使用時に暴力的になる点に関する供述及び危険ドラッグ使用時に身体的変化が生じるため使用後は自動車を運転しないようにしていたという供述に基づき、「本件植物片の含有する本件薬物が、他の指定薬物と同様に規制され得るそれらと同種の物であり、指定薬物として取締りの対象に入る可能性を認識していた」[という事実]を経由



して、被告人に違法の実質の認識（意味の認識）[という事実]（要証事実）を認定しているが、これは、平28年福岡高裁判決の枠組みに従った推認構造を前提としている。

これに対して、「要証事実の推認を破る場面」では、危険ドラッグ販売員から得た、規制強化に関する情報及び再オープン後の新オーナーによる薬物の安全性に関する説明に関する供述と、職務質問時に警察官から得た、当該薬物が現時点では未指定薬物であるという情報に関する供述に基づき、「被告人は、販売員から合法だと告げられるなどしたから合法だと信じたというのである」が、これだけでは「被告人が本件植物片には指定薬物として指定されている薬物が含有されていないと信じたことに合理的な理由があったことなど、被告人の故意を否定するに足りる特異な状況も認められない」とする。これは、被告人の「意味の認識」を否定するための検討であるから、平成2年最高裁決定の枠組みに従い、推認を破る構造を前提としている<sup>90)</sup>

平28年福岡高裁判決の枠組みにおいて、要証事実の推認を破るためには、「要証事実を積極的に認定する場面」での立証自体を否定する必要があるはずであるが、福岡高裁は、「要証事実を積極的に認定する場面」では、福岡高裁自体が設定した枠組みを前提とし、「要証事実の推認を破る場面」では、平成2年最高裁決定が設定した枠組みを前提とすることになっており、福岡高裁の枠組み（「要証事実を積極的に認定する場面」）と平成2年最高裁決定の枠組み（「要証事実の推認を破る場面」）を接ぎ木するような形で連結しているにすぎないため、仮に、平成2年最高裁決定が予定する「要証事実の推認を破る場面」における立証が成功したとしても、平成28年福岡高裁判決が予定する故意の成立の前提となる「要証事実の推認」を「破る」ことはできないであろう<sup>91)</sup>

## 6. 平28年福岡高裁判決が平成2年最高裁決定とは異なる要証事実を設定した理由

平28年福岡高裁判決が平成2年最高裁決定とは異なる「要証事実を認定す

る場面」を設定したのは、平成2年最高裁決定の枠組みの捉え方にも問題があった可能性がある<sup>92)</sup>

福岡高裁は、当時の状況を踏まえて「本件植物片を公然と販売する店舗で購入し、その際、販売員から合法であると聞いた、という被告人の弁解を直ちに排斥することはできない」とし、本件では「指定薬物は、有害な薬理作用の蓋然性と保健衛生上の危険のおそれから規制されているのであり、規制に反した所持、販売、譲り受け等が規制薬物ほど重い刑罰の対象とされていなかった上、薬物が指定薬物に指定されると、類似した薬理作用を有する規制の対象外の新たな薬物が取引されるようになり、その新たな薬物が改めて規制の対象とされるなど、新たな薬物の出現とそれに対する規制が繰り返され、そのことは危険ドラッグの使用者の間で十分周知されていた」（福岡高裁）状況、つまり、危険ドラッグの使用者の間では、「指定薬物」が有害な薬理作用の蓋然性と保健衛生上の危険のおそれから規制されるが、当時は、厚労省による指定とその回避が「イタチごっこ」という特殊な状態にあった点について、十分周知されていた状況があった、とする。

本件のような状況にあれば、平28年福岡高裁判決は、平成2年最高裁決定の枠組みを前提とすると、被告人には、危険ドラッグ所持罪の故意の成立を肯定できないと解していた可能性がある。すなわち、「本件植物片」の所持が「合法である」という被告人の認識[という事実]が立証されれば、被告人は、所持する「本件植物片」が危険ドラッグを含む身体に有害で違法な薬物類である（「類概念」）の「認識」[という事実]であることを推認できなくなる事情として作用する可能性があることになる。

平28年福岡高裁判決が、本件の事実関係において危険ドラッグ所持罪の故意を否定する判断をした場合、福岡高裁に控訴される下級審の判断基準に影響を及ぼす。そして、危険ドラッグが蔓延している状況において、例えば、平成26年京都地裁判決<sup>93)</sup>のように「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（脱法ドラッグ成立に必要な）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」という視点から、故意の認定を行った結果、「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」として、無罪を言い渡すことは、その蔓延に拍車をかけることとなる。それゆえ、福岡高裁が無罪判決を下すことは、それに起因する社会的影響があまりにも大きいので、有罪判決を維持する必要性が高かったと考えられる。したがって、福岡高裁は、「新しい」枠組み<sup>94)</sup>すなわち「規制対象となりうる薬物である旨の実質的違法性の認識があり、指定薬物が含有されていないと信じた合理的な理由がない場合には、指定薬物の故意に欠けるところはない」という枠組み<sup>95)</sup>を採用したと考えられる。

#### 注

75) 福岡高裁は、①当時の状況から「本件薬物が本件当時相応に蔓延していた可能性は否定できない」点、②「指定薬物を公然と販売することには相応のリスクを伴う」ので、「通常は、規制の対象外の同様の薬理作用のある薬物を販売し、指定薬物をことさら販売することは避けるものと考えられる」点、③本件薬物が指定薬物となってから、被告人が任意提出をするまでは「短期間」であり、「本件植物片の外観から本件薬物の含有を判断することはできない」ことを踏まえれば、販売店も本件植物片が指定薬物を含有することについて「確知してはいなかった可能性は否定できない」点、④販売員が確定していたとしても「日常的に取締りや監視が行われる中、客に対して違法である可能性を説明することは考え難い」点及び⑤豊島区での交通事故のように、危険ドラッグの危険性がしばしば報道される中「購入者が合法性を確認しようとするのが不自然であるともいえない」点をあげる。

76) この点に関して、近年、半田判事は「平成2年最決以後の判例実務は、同最決が示した故意の内容についての考え方を踏まえて、事実認定の場面で、有害違法な薬物という（未必的）認識が認められれば、その薬物の中に（例えば）覚醒剤も含まれるのが通常であるから、覚醒剤を除外する特別の事情がない限りは、覚醒剤の未必的認識が認められるとし、概括的故意として覚醒剤の故意を認定している」と指摘している（半田靖史「受け子の故意と共謀の認定」『法律時報』92巻12号（令2年・2020年）17頁。さらに、染谷武宜「薬物事犯における『薬物の認識』」植村立郎編『刑事事実認定重要判決50選（下）』第3版（令2年・2020年）188-9頁参照）。

77) 細田・前掲注(46)254頁注(1)参照。

78) 司法研修所編・前掲注(48)14頁参照。

79) 社会的意味の認識に関して、香城教授は「判例は…種概念としての事実を認識しているというためには、その事実が構成要件にあたることの意味を認識していることを要するものと解している」とする(香城・前掲注(37)320頁)。本稿では、香城教授の指摘を「覚せい剤の粉末」を見たり、「シャブ」という隠語を聞いた[という事実]が覚せい剤を含む「類概念」の認識[という事実]を推認させ、これを踏まえてさらに「類概念」の認識[という事実]から覚せい剤という「種概念」の認識[という事実]を推認させるためには、「覚せい剤の粉末」を見たり、「シャブ」という隠語を聞いたときに、行為者が「それが覚せい剤である」という点に「社会的・規範的意味の認識」を有している必要があるという主張を評価している。そうすると、「社会的・規範的意味の認識」は、種概念としての事実の認識を推認するための要素ということになる。

80) 拙稿「故意の認定(2)」『松山大学論集』32巻3号(令2年・2020年)152-3頁。

81) 厚労省は、危険ドラッグが社会問題化している当時から「指定薬物への迅速な指定」を行っていた([https://www.mhlw.go.jp/seisakunitsuite/bunya/kenkou\\_iryou/iyakuhin/yakubuturanyou/oshirase/20150819-1-06.html](https://www.mhlw.go.jp/seisakunitsuite/bunya/kenkou_iryou/iyakuhin/yakubuturanyou/oshirase/20150819-1-06.html))。

82) 「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用いる。)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」とされるが(法務省法務総合研究所編・前掲注(5)142頁)、本件犯行当時、指定薬物所持事犯等に関して、「覚せい剤等の規制薬物のように、属性が分かる周知された名称」(その名称の認識があれば、「社会的な意味の認識」が「ある」と評価可能となる名称)が存在しなかったと考えられる。

83) ただし、原田教授は、平成2年最高裁決定の原判決である東京高裁が用いた「概括的故意」を「覚せい剤であるとの『種として』の認識がなくとも、覚せい剤を含む違法な薬物類であるとの『類として』の認識があれば足りるものである」とし、平成2年最高裁決定の枠組みを前提として、「概括的な認識」を「俗に言えば、やばい薬だとの認識」とする(原田・前掲注(36)40頁)。そうすると、「覚せい剤等の規制薬物のように、属性が分かる周知された名称」は、その名称の認識があれば、「社会的な意味の認識」が「ある」と評価可能となるとはいえなくとも、そのような名称(「覚せい剤」という名称)の存在が故意の成立を肯定するために必ず必要であるとまではいえないであろう。

84) 本件が問題となった当時の指定薬物に関する事案の特徴として、「①外形から指定薬物含有の有無の判別が不備である点、②指定薬物同様の有害な危険ドラッグである旨の、法が取締の対象としたところの実質的違法性(指定の点を除く)の認識はある点、③取得当日を含め、いつでも指定されかねないという社会実態の認識はある点」があげられている。

- 85) この連動は、前田説を前提とするものと考えられる。すなわち、前田説は「故意の成立に必要な認識の対象である重要な事実」とは、「故意」非難という観点から、「一般人ならば当該犯罪類型についての違法性を意識し得る認識」(前田・前掲注(65)161頁, 169頁, 178頁)が必要となるからである。前田説を前提とすると、故意の成立を肯定するための要証事実が「一般人ならば当該犯罪類型についての違法性を意識し得る認識」[という事実]になるが、福岡高裁は、「社会的な意味を認識する」[という事実]を要証事実としており、これを推認するために、「違法性を客観面から根拠付けける事実」を必要としている。したがって、福岡高裁は、前田説を前提とするものと考えられるのである(匿名・前掲注(3)判時126頁, 匿名・前掲注(3)判タ137頁参照)。
- 86) 「本判決は、規制対象となりうる薬物である旨の**実質的違法性の認識**があり、指定薬物が含有されていないと信じた合理的な理由がない場合には、指定薬物の故意に欠けるところはない」とするが(匿名・前掲注(3)判時126頁, 匿名・前掲注(3)判タ137頁)、ここで、福岡高裁は「**実質的違法性の認識**」の存在について説示している。
- 87) 「本判決は、規制対象となりうる薬物である旨の**実質的違法性の認識**があり、**指定薬物が含有されていないと信じた合理的な理由がない場合には、指定薬物の故意に欠けるところはない**」とするが(匿名・前掲注(3)判時126頁, 匿名・前掲注(3)判タ137頁)、ここで、福岡高裁は「例外的」に「指定薬物の故意に欠ける」事情の存否を判断している。
- 88) 拙稿・前掲注(80)157頁。
- 89) ただし、具体的な証拠を見ることができない以上、それぞれの証拠から何を推認するかという部分の妥当性について、論及することはできないので、触れないことにする。
- 90) トルエンを含有するシンナーを所持していた事案につき、平成2年最高裁決定の枠組みを前提として、故意の成立を否定した判例として東京地判平3・12・19・前掲注(54)がある。

東京地裁は、「毒物及び劇物取締法二四条の三は、三条の三の規定に違反した者について、所定の法定刑を定めている。そして、三条の三は、『興奮、幻覚又は麻酔の作用を有する劇物（これらを含有する物を含む。）であって政令で定めるものは、みだりに摂取し、若しくは吸入し、又はこれらの目的で所持してはならない。』と規定し、これを受けて、右政令に当たる毒物及び劇物取締法施行令三二条の二は、『法三条の三に規定する政令で定める物は、トルエン並びに酢酸エチル、トルエン又はメタノールを含有するシンナー（塗料の粘土を減少させるために使用される有機溶剤をいう。）、接着剤、塗料及び閉そく用又はシーリング用の充てん料とする。』と規定している」とし、「本件に即していえば、吸入目的による所持罪の対象物件は、トルエンを含有するシンナーであり、それであることが同罪の客観的構成要件である。次に、主観的構成要件たる故意として、犯人において、その所持するシンナーがトルエンを含有していることの確定的な認識又はトルエン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、必要であると解される。未必的な認識の場合には、さらにトルエンが含有していてもよいとする認容が必要である」

とした上で、「故意の成立を認めるには、その事実を認識していることが、当該行為が違法であり、してはならない行為であると認識する契機となりうるが必要であり、また、それで十分であるというべきである。そこで、トルエンを含有するシンナーについていえば、トルエンという劇物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シンナーであるとの確定的又は未必的な認識があれば、足りる」とし、「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吸入し、又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ていないと思っていたとすれば、右の認識を欠き、故意がないことになり、吸入目的の所持罪が成立しないことは、明らかである」とした。そして、事実関係の認定を経て、「本件証拠によれば、被告人が吸入する目的でトルエンを含有する本件シンナーを所持したという客観的事実は、優に認めることができるが、被告人には当該シンナーにトルエンが含有されているとの確定的又は未必的な認識があったという証明はない」から、被告人を無罪とした。

東京地裁の説示を、平成2年最高裁決定の枠組みを前提として考察すると次のようになる。

すなわち、被告人がトルエンを含有するシンナーを所持していた事案につき「主観的構成要件たる故意として、犯人において、その所持するシンナーがトルエンを含有していることの確定的な認識又はトルエン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、必要であると解される。未必的な認識の場合には、さらにトルエンが含有していてもよいとする認容が必要である」とした上で「故意の成立を認めるには、その事実を認識していることが、当該行為が違法であり、してはならない行為であると認識する契機となりうるが必要であり、また、それで十分である」とするが、これは「当該行為が違法であり、してはならない行為であると認識する契機となりうる」事実を認識していれば、「意味の認識」を有していることになるので、「犯人において、その所持するシンナーがトルエンを含有していること」の認識を推認できるということであろう。

逆に、「被告人が過去の経験から、トルエンを含有しないシンナーを吸入し、又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」場合、「当該シンナーにトルエンが含有していないと思っていたとすれば」、被告人は、「意味の認識」を欠くから、「故意の成立を認める」のに必要・十分な「認識を欠き」、「犯人において、その所持するシンナーがトルエンを含有していること」の認識を推認できないので、「故意がない」とするのであろう。

東京地裁のように「意味の認識」を故意の成立を否定する要素として用いると、福岡高裁が指摘する、「当該薬物には指定薬物として指定されていない薬物しか含有されていないと信じたことに十分合理的な理由があるなど」の「特異な状況」言い換えれば「被告人が本件植物片には指定薬物として指定されている薬物が含有されていないと信じたことに合理的な理由があったことなど」の「被告人の故意を否定するに足りる特異な状況」があ



れば、「意味の認識」を「欠く」から、故意の成立を否定できるであろう。

- 91) 「刑法解釈が要証事実を確定する基準になる」という視点からみれば、「要証事実を積極的に認定する場面」と「要証事実の推認を破る場面」において異なる（刑法解釈論上の）見解を前提とする場合に不都合が生じる可能性は想定できたともいえる。この点に関して、樋口教授は、刑法解釈を要証事実（主要事実）に反映するという問題は「実務家、特に、訴因を設定する検察官に委ねれば足りるとして関心の外にあったからか、刑法研究者による議論はさして見受けられない」と指摘するが（樋口亮介「性犯罪の主要事実確定基準としての刑法解釈」『法律時報』88巻11号（平28年・2016年）87頁）、そうすると、上記の不都合は「見逃されやすかった」ともいえるであろう。

- 92) 染谷・前掲注(76)204頁は、平28年福岡高裁判決において問題となった事案でも、平成2年最高裁決定の枠組みで説明できると指摘する。

この点に関して、平成27年大阪高裁判決は、平成2年最高裁決定を前提として薬物事犯の故意を認定するという思考方法を前提とした枠組みで判断した上で、故意の成立を肯定している（大阪高判平27・7・30・前掲注(29)）。判例紹介として、加藤・前掲注(28)163頁以下、坪井麻友美「判批」『警察公論』71巻5号（平28年・2016年）87頁以下、樋笠堯士「判批」『法学新報』123巻8号（平29年・2017年）415頁以下等参照）。

平成27年大阪高裁判決は、「当裁判所の判断」として、「原判決は…薬物事犯における故意につき、『対象薬物が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）。』と説示するところ…上記の説示は相当として是認することができる。しかしながら、原判決が…被告人に規制薬物所持の故意があったことに合理的な疑いが残ると判断したことについては是認することができない」とし、以下のように詳述している。

まず、「原判決は、本件のように、所持する薬物がいわゆる脱法ドラッグであって合法的な物質だと思っていたなどとして規制薬物所持の故意が争われる事案につき、前記4(1)のとおり説示し（4(1)『脱法ドラッグ（危険ドラッグの本件犯行当時の呼称。）には、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、法による規制対象物であることの概括的認識を認定するには、より慎重な検討が求められる。』）、当審弁護人もこれと同趣旨の主張をする」とする。しかし、「上記の説示は、脱法ドラッグの売り手は、検挙を免れるため販売する薬物に対する法規制の有無をそれなりに慎重に確認し、買い手は、売り手が上記のような確認をしてくれているという期待のもとに当該薬物を購入するであろう、という判断を念頭になされたものと推察される。しかしながら…次々に現れる新種の脱法ドラッグに対して後追いで法規制がなされるというのであれば、たとえある薬物が、従前は法による規制の対象となっていなかったとしても、購入時、あるいはその後の所持の時点では規制薬物に指定されている可能性があることにほかならないのであるか

ら、買い手が前記のような期待をして脱法ドラッグを購入しているとしても、そのことと、ひょっとしたら当該薬物が購入時、あるいは購入後に所持を継続する中で規制薬物となっているかも知れないという不安、すなわち当該薬物が規制薬物であることの未必的認識とは矛盾するものでなく、むしろ程度の差こそあれ、上記の期待と不安は併存するのが通常であると認められる。そうすると、脱法ドラッグと称する薬物を購入して所持した者が、法規制のされていない合法的な物質だと思っていた旨の弁解をする事案につき、他の薬物事犯よりも慎重に故意を認定すべきであるということとはできず、むしろそのような経緯で薬物を入手したことは、未必的にせよ、当該薬物が規制薬物であると認識して所持していたことを強く窺わせる事情というべきであって、これに反する…原判決の説示は、経験則に照らして合理性を欠くものといわなければならない」とする。

大阪高裁は、以上を前提に、被告人の故意の有無について、次の①～⑤を検討する。

①「原審裁判廷における被告人の供述によれば、被告人に本件薬物を売却したZ4は、知人を介して知り合った、特に深い付き合いもない者であり…また覚せい剤使用により服役した前科を有し、脱法ドラッグ店に薬物を卸しているという者であって、Z4が医療関係者であるとか医療品の販売資格を有しているといった事情も何ら存しない。そのような人物から、屋外で、覚せい剤等の一般的な包装と同じくチャック付きポリ袋に入った、製薬会社等で正規に製造・販売されている薬品でないことが明らかな外観の本件薬物を、5000円という比較的高い金額で購入したという入手状況は、被告人において、本件薬物が法により規制された違法薬物であると認識していたことをかなり強く窺わせる事情である」とする。これに対して、「原判決は、本件薬物の入手状況に係る事実が故意を推認させる力は弱い」とするが、「その前提は合理性を欠くもので、これに立脚することはできない」とする。

②「Z5の事件につき、被告人は、Z4の話やテレビ・新聞の記事のほか、Z5が、怪しい薬を持っていて捕まったけども、検査の結果、違法じゃなかったから釈放されたということを周知から聞いたなどと供述するが…新聞等で報道された事件の内容が被告人の述べるようなものであったことを窺わせる証拠はなく、覚せい剤使用・所持の複数の前科を有する被告人が、尿や所持していた薬物等の検査によるのではなく、単に怪しい薬を持っていたことで逮捕されたという周囲の話を鵜呑みにしたというの也不自然さを否認しない。そもそも、被告人がZ5のものと同じであると言われた薬物（パウダー）は、Z4から1回目に購入したものであるのに対し、被告人は、Z4から本件薬物は一番新しいもので1回目の薬物とは違うと言われ、自らも違うものだと思っていた旨供述しているのであるから…被告人のZ5の事件に関する認識と、本件薬物が規制薬物ではないという認識が特に結びつくものとは認められない」とする。

③「被告人は、Z4から本件薬物が前回のものと違うと聞いて、店に残っているやつでもすぐに厚生労働省が違法にしたりするので、そういう確認をちゃんと取っているのかなどをしつこく尋ねると、規制されておらず違法性は全くないと説明された旨供述する…。



しかしながら、すぐに関係当局から違法とされるなどと懸念して規制の有無を確認したというのであれば、それ自体、購入する薬物が規制薬物である可能性、あるいは早晚規制される可能性があることを示す事情であるし、金銭に窮しており、従前からパウダーの購入をしつこく勧誘していたというZ4が、上記のような懸念を示す被告人に対し、あえてそのパウダーが規制薬物である可能性があるなどと説明するはずもないのであるから、前記のような入手状況にもかかわらず、上記の程度の説明で、本件薬物が規制薬物である懸念が完全に払拭された旨の被告人の供述を容易く信用することはできない。このように、本件薬物の入手に至る経過が故意を相当程度強く窺わせるものであるにもかかわらず、原审被告人質問における被告人の供述は、本件薬物を規制薬物でないと信じた根拠を合理的・説得的に説明するものでなく、当審においては、Z5の事件に関する認識を含む本件薬物の入手経過等につき、検察官の請求及び当裁判所の職権によりあらためて被告人質問が実施されたものの、被告人は検察官及び裁判官の質問に一切回答せず（弁護人は質問自体をしていない。）、結局のところ、上記の点について合理的な説明はなされなかったものである」とする。

④「本件薬物の入手状況のみをみても、被告人が本件薬物につき規制薬物であると認識していたことはかなり強く窺われるところ、これに加え、被告人が、本件薬物を覚せい剤や麻薬の一般的な使用方法と同じく水溶液にして身体に注射する準備をしていたこと、被告人には覚せい剤使用・所持の前科が複数あり、本件薬物の包装や使用方法が覚せい剤を含む違法薬物の一般的な包装や使用方法と同様のものであることを認識していたと認められることも併せ考えると、被告人は、本件薬物が法により規制された違法薬物であることを、未必的にせよ認識していたものと推認することができる。原判決の指摘する本件薬物の保管状況や搜索差押え時の被告人の言動は、原判示のとおり故意を強く推認させる事情とはいえない一方、故意の推認を妨げるような事情でもなく、このほか本件において故意の推認を妨げるに足りる事情は認められない」とするが、これに対して「弁護人は、インスリン注射など自ら注射器を用いて薬物を体内に入れる方法は一般的にも存在しているし、被告人も、Z4からにんにく注射の例を出されて説明されたと述べているとして、本件薬物の注射使用をもって故意を推認させる事情ということではできない旨を主張する。しかしながら、被告人のいうにんにく注射の内容は必ずしも明らかでないが、病気の治療や健康増進等の効果や用法が広く認知されている薬品等の使用と、脱法パウダーと称され、どのような成分が含まれているかもわからないという本件薬物を注射器により体内に取入れることは明らかに別異の話であり、上記の主張は当を得ないものである」とする。

⑤「原判決は、被告人が搜索差押えの着手から逮捕されるまでの約10時間に罪証隠滅や逃亡を強く図っていないとして、その理由が本件薬物が違法であるとの認識を欠いていたからであるとの疑いが残ると説示するが…前記のとおり、被告人は、警察官らが搜索差押えのため被告人方を訪れた当初は、ドアを閉めようとするなどの抵抗を示しており、この点をさておくとしても、麻薬や覚せい剤等の違法薬物を、それと認識した上で所持する

者が、搜索差押令状を示されたことにより観念してその後の捜査手続に素直に応じることは実務上ごく一般的に見受けられるところであるから、上記の事情をもって故意の推認を妨げる事情であるということとはできない」とする。

大阪高裁は、①～⑤を踏まえて、「以上のような本件薬物の入手状況や使用状況等に照らすと、被告人の検察官調書…及び警察官調書…のうち故意を認めた部分の信用性について判断するまでもなく、被告人は、10月10日の本件犯行当日、本件薬物が法により規制された違法な薬物であると未必的に認識した上で所持していたと認められる。原判決は、被告人が脱法ドラッグと称する規制薬物を購入・所持した事案における故意の認定につき、経験則に照らして不合理な前提に立脚した結果、本件薬物の入手状況等の間接事実の評価を誤って、被告人に規制薬物所持の故意を認定することができないと判断したもので、そのような原判決の判断には、判決に影響を及ぼすことの明らかな事実の誤認があるといわなければならない。原判決と同趣旨の弁護人の主張も採用することができない」とし、「論旨は理由がある」とした。

93) 京都地判平 26・10・23・前掲注(28)。

94) 匿名・前掲注(3)判時 126 頁、匿名・前掲注(3)判タ 137 頁。

95) 匿名・前掲注(3)判時 126 頁、匿名・前掲注(3)判タ 137 頁。

## 八 結 論

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た。その結果、危険ドラッグの蔓延という事態は、現時点では鎮静化したと評価できる。すなわち、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 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のである。

危険ドラッグの蔓延という事態が鎮静化した現時点において、なお危険ドラッグ事例に対して判断した平成28年福岡高裁を検討する意義として、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ある点をあげることができる。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、例えば、麻薬の自己使用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年福岡高裁判決の分析・評価は現時点でも十分に意義があると考えられる。

平成28年福岡高裁判決を検討した結果、次のことが明らかとなった。

福岡「高裁」の判断は、福岡高裁に控訴される下級審の判断基準に影響を及ぼす。そして、危険ドラッグが蔓延している状況において、例えば、平成26年京都地裁判決のように「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（脱法ドラッグ成立に必要な）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」として、無罪を言い渡すことは、さらに、その蔓延に拍車をかけることとなる。それゆえ、福岡高裁が本件を無罪とする判決を下すことは、あまりにも影響が大きいため、有罪判決を維持する必要があったと考えられる。

しかし、平28年福岡高裁判決は、「要証事実を積極的に認定する場面」において、平成2年最高裁決定とは異なる基準（捉え方）を設定した上で、「要証事実の推認を破る場面」においては、平成2年最高裁決定が予定する基準（捉え方）を前提とするが、このような平成28年福岡高裁判決の枠組みには、事

例処理において、問題が生じる可能性がある。

ただし、危険ドラッグの使用者の間では、「指定薬物」が有害な薬理作用の蓋然性と保健衛生上の危険のおそれから規制されるが、当時は、厚労省による指定とその回避が「イタチごっこ」という特殊な状態にあった点について、十分周知されていた状況において、平成2年最高裁決定の枠組みを前提として、被告人には、危険ドラッグ所持罪の故意の成立を肯定できないと解した平成26年京都地裁判決も存在する。それゆえ、本件福岡高裁の危惧は単なる杞憂ではなかった。

そこで、平成2年最高裁決定の枠組みの射程を検討する上で、平成26年京都地裁判決の控訴審である平成27年大阪高裁判決の枠組みを改めて分析する機会をもつ必要がある。前述の通り、平成27年大阪高裁判決は、平成2年最高裁決定を前提として薬物事犯の故意を認定するという思考方法を前提とした枠組みで判断した上で、故意の成立を肯定しているからである。