

松 山 大 学 論 集  
第 33 卷 第 4 号 抜 刷  
2 0 2 1 年 10 月 発 行

## 社会的状況の変化と故意

明 照 博 章

# 社会的状況の変化と故意

明 照 博 章

## 目 次

- 一 本稿の目的
- 二 平成 27 年高裁判決における争点と事例判断
- 三 故意の基本概念（位置づけを含む）の確認
- 四 検討－平成 2 年決定の枠組みと平成 27 年高裁判決の位置づけ
- 五 結論

## 一 本 稿 の 目 的

日本では、危険ドラッグ<sup>1)</sup>が蔓延した時期があった<sup>2)</sup>「危険ドラッグが蔓延している状況においては当該薬物の規制状況が刻々と変化している」状態に至る。言い換えれば、危険ドラッグが蔓延すると、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」の状況に至るのである。

一方、日本では、薬物事犯の場合、平成 2 年最高裁決定<sup>3)</sup>に基づき故意の成否を判断するが、これに従うと、「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」ことになる。つまり、薬物事犯行為者には「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」と認定できなければ、故意の成立を肯定できない。そうすると、危険ドラッグが蔓延した状況において、行為者が「(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があった」という事実を認定するための方法が問題となる。

そこで、本稿では、平成27年高裁判決<sup>4)</sup>の経緯をみた後、故意の基本概念及び平成2年決定の推論構造を分析し、危険ドラッグを購入して所持していた事案を扱った上記の平成27年高裁判決を検討する。

### 注

- 1) 法令上の定義ではないが、危険ドラッグは、規制薬物（覚醒剤、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、とされている（法務省法務総合研究所編『令和2年版 犯罪白書』（令和2年・2020年）274頁）。
- 2) この点に関する概要は、明照博章「故意の認定（1）」『松山大学論集』31巻7号（令和2年・2020年）140頁以下参照。
- 3) 最決平成2・2・9判時1341号157頁、判タ722号234頁。以下、「平成2年決定」という。同決定は「所論にかんがみ、職権により検討する。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。
- 4) 大阪高判平成27・7・30LEX/DB25541084（裁判体の構成：裁判長裁判官・並木正男裁判官・坂本好司 裁判官・太田寅彦）。以下、「平成27年高裁判決」という。判例紹介として、辻昌文「判例紹介」『研修』813号（平成28年・2016年）69頁。判例評釈として、加藤経将「判批」『警察学論集』69巻5号（平成28年・2016年）163頁以下、坪井麻友美「判批」『警察公論』71巻5号（平成28年・2016年）87頁以下、樋笠堯士「判批」『法学新報』123巻8号（平成29年・2017年）415頁以下等参照。

## 二 平成 27 年高裁判決における争点と事例判断

### 1. 事実関係

#### 本件公訴事実

被告人は、みだりに、平成 25 年 10 月 10 日、U 市 ω1 町 ω2××番地の×所在の府営 ω3 団地××棟×××号被告人方において、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。以下「α-PVP」という）の粉末約 1.443 g を所持したものである。

#### 前提事実（平成 27 年高裁判決の認定）

被告人は、平成 25 年 8 月ないし同年 9 月頃（以下、特に明記しない限り月日は同年のものを示す。）、知人で覚醒剤事犯により刑務所で服役した前科のある Z4（以下「Z4」という。）から、「パウダー」を買わないかなどと持ちかけられ、同月上旬頃、私鉄 M 駅前のロータリー付近において、Z4 から「パウダー」及び注射器を 5,000 円で購入して、上記のパウダーを水に溶かし、自己の身体に注射して使用した。

被告人は、10 月 2 日か翌 3 日頃にも、上記と同じ場所で、Z4 から、再びパウダーと称するチャック付きポリ袋入り白色粉末 2 袋（以下「本件薬物」という。）を 5,000 円で購入した。

被告人は、本件薬物が同居する妻や義父に見つからないよう留意していたところ、10 月 10 日午前 9 時 40 分頃、警察官 Z6（以下「Z6 警察官」という。）らは、令状に基づき U 市内の被告人方の搜索差押えを実施するため、被告人方に赴いた。Z6 警察官らは、チャイムを鳴らし、玄関を開けた被告人に対し、「警察や、ガサや、令状を確認してくれ」などと言った。被告人は、驚いた様子で「ちょっと待ってくれ」などと言い、ドアを閉めようとしたが、Z6 警察官からドアの隙間に足を入れられ、あらためて「ガサ状を提示するから確認してくれ」などと言われると、素直に同警察官らを室内に入れた。搜索開始後まもなく、居間のテーブル上にあったチャック付きポリ袋 2 袋入りの本件薬物や

その一部を水に溶かした液体入りの注射器1本等が発見され、警察官がこれらの物につき確認したところ、被告人は、「私のものです。今から打とうと思っていました」などと述べた。その後、被告人から任意提出された本件薬物を鑑定した結果、 $\alpha$ -PVPが検出された<sup>5)</sup>。

## 2. 訴訟の経緯

平成26年地裁判決は、「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）」が、「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」とした上で、本件では、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する（被告人は無罪）。

平成27年高裁判決は、原判決（平成26年地裁判決）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、原判決を破棄・自判して、被告人を懲役1年2月に処した。

## 3. 争点

ここで取り上げる争点は、次の2つである。

### 争点1

平成2年決定は「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」場合、覚醒剤輸入罪・所持罪の故意を肯定できるとする。これを危険ドラッグ事犯の場合に読み替えると、「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」となるが、「脱法ドラッグ（危険ドラッグ）に対する法規制が後追いになるという特徴がある」から「法規制がされていない合法的な物質と思っていた」つまり「購入する薬物が規制薬物である可能性、あるいは早晩規制される可能性がある」と認識していた」と被告人が弁解した場合、この弁解を尊重し、「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」かが「争点1」である。

## 争点2

次に、「危険ドラッグが蔓延している状況においては当該薬物の規制状況が刻々と変化している」状況において、Z4が「本件薬物が規制前である」と説明した場合、その言葉を信用して、被告人が「当該薬物が規制薬物はない」と認識していたことには「不自然ではない」のか、それとも、上記の状況を踏まえて、被告人がZ4に対して「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、あるいは早晩規制される可能性がある」と認識していたことを示す事情である」等から、「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」のかが「争点2」である。

## 4. 判決

### （一）経験則（争点1）

「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<sup>6)</sup> 当審弁護人もこれと同趣旨の主張をする。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、検察官も指摘するように、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、これに反する前記4(1)の原判決の説示は、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。」

## (二) Z4の説明（「本件薬物が規制前である」）の信憑性（争点2）

「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と認識していた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、原審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。」

#### 注

- 5) なお、原判決である京都地判平成 26・10・23LEX/DB25541083（裁判体の構成（単独）：裁判官・高橋孝治。以下、「平成 26 年地裁判決」という）は、本件  $\alpha$ -PVP が「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」とする。
- 6) 「4(1)」は、「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」とする。

### 三 故意の基本概念（位置づけを含む）の確認

#### 1. 「罪を犯す意思」の内容

「罪を犯す意思」（刑法 38 条 1 項本文：犯罪成立要件）は、判例上「犯意」<sup>7)</sup>と表現され、学説上「故意」<sup>8)</sup>と表現される。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<sup>9)</sup>「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<sup>10)</sup>

藤木博士による故意の分析によれば、「構成要件要素としての故意」は「外形的動作から客観的に認知できる範囲の意思方向としての部分－犯罪事実の認識、認容にかかる部分」であり、「責任」要素としての故意は「内心の意思形成過程の批判可能性に関する部分、とくに違法性の意識、期待可能性の部分」である<sup>11)</sup>。前田教授は、まず「故意を考慮しなければ構成要件は特定し得ない」とし、「刑事訴訟法上の罪となるべき事実は構成要件に対応するものと解すべきである」とした上で「実務上は、故意は構成要件要素である」とする<sup>12)</sup>。次に「故意の内実を考える」にあたっては、「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。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」とした上で、「故意」のもつ「国語的意味」に加え、日本の「刑事司法実務の現状」を基に判断すると、「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だとし、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」も同旨とする<sup>13), 14)</sup>

## 2. 故意の体系論上の地位と故意の機能との関係

故意の体系論上の地位に関して、大別すると、構成要件要素とする見解と責任要素とする見解がある<sup>15)</sup>。故意を構成要件要素とする見解を前提とした場合、故意には行為の類別化機能があるため<sup>16)</sup>、故意概念と類別化機能を結びつけた解釈になりやすく、故意を責任要素とする見解を前提とした場合、故意には提訴機能（違法性の意識を惹起する機能）があるため、故意概念と提訴機能を結びつけた解釈になりやすくなる<sup>17)</sup>

## 注

- 7) 大塚仁＝河上和雄＝中山善房＝古田佑紀編〔佐久間修〕『大コンメンタル刑法 第3巻』第3版（平成27年・2015年）115頁。
- 8) 刑法38条の「条文見出し」には「(故意)」とある。本稿では、故意の内容を確定するための刑法上の議論と要証事実の関係について指摘する予定である。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（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（平成28年・2016年）87頁）。
- 9) 川端博『刑法総論講義』第3版（平成25年・2013年）112頁。
- 10) 大塚仁＝河上和雄＝中山善房＝古田佑紀編〔大塚仁〕『大コンメンタル刑法 第3巻』第3版（平成27年・2015年）91頁。さらに、前田雅英編集代表『条解刑法』第4版（令和2年・2020年）143頁も参照。
- 11) 藤木英雄『刑法講義総論』（昭和50年・1975年）138-9頁。
- 12) 前田雅英『刑法総論講義』第7版（平成31年・2019年）160頁。
- 13) 前田・前掲注(12) 161頁。前田教授によれば、故意の成否は故意論・錯誤論を問わず同様の基準に基づき判断される（前田・前掲注(12) 161頁，169頁）。
- 14) 法律概念（例えば、有罪、責任、意思、意図、錯誤、意識又は自由など）に関して次のような指摘がある。すなわち、少なくとも大陸（ヨーロッパ）法学における概念は、（ドイツにおける法典化に関して）その当時周知、承認されていた心理学理論（その後、大部分は拒絶された理論）を利用して定義されたものであり、現在の法学及びその実践は、上記の事実を一貫して無視しようとしたという指摘である（cf. Stelmach, *The Cognitive Approach in Legal Science and Practice*, in Brożek, Hage, Vicent, *Law and Mind*, 2021, p. 517. 小坂井准教授は、脳科学の想定を次のように要約する（小坂井敏晶『増補 責任という虚構』（令和2年・2020年）393-4頁）。すなわち「脳は、さまざまな機能単位（モジュール）が相互に結びつきながら、全体として自己準拠的・自己制御的な統一性を有するシステムとして描くことができる。その自己準拠的なシステムの大部分がーときにはそのすべてがー、われわれの意識に上ることはない」というものである。さらに、神田宏＝以倉康充「神経科学が刑事責任論に及ぼす影響について」『法律時報』90巻1号（平成30年・2018年）16頁は、「神経科学及び脳内機構・神経基盤に関心を寄せる周辺科学の知見全てが意思自由の存在を打ち消すわけではないが、人の意思決定の自由性が疑わしいことは自然科学の枠内ではもはや否認しがたい問題提起として受け容れられつつある」と指摘する）。上記の指摘が日本の（刑）法学にどの程度妥当するかについては措くとして、少なくとも、法律概念（例えば、主観的要件）の（再）定義を行う場合に、神経科学や他の関連分野とりわけ心理学、神経心理学及び神経医学と「常に」「共働的に」行われてきたものではない

という点は肯定できるであろう（責任能力に関する議論では、現在、神経科学との共働が顕著になっている。それを超え、一般的な「法学と神経科学」の共働の試みとして、例えば、「先端融合分野研究プロジェクト」（東京大学）を参照。[https://www.u-tokyo.ac.jp/adm/fsi/ja/projects/sdgs/projects\\_00006.html](https://www.u-tokyo.ac.jp/adm/fsi/ja/projects/sdgs/projects_00006.html)）。

上記の問題提起を受けて、法学の側から対応する必要がある。すなわち、心理学や神経科学が解明した知見を無視する（ようにみえる）状況が発生するのは、法律家が自身の言語慣習に（無根拠に）囚われているにすぎないのか、それとも、心理学や神経科学上の知見を踏まえてもなお法学の伝統に執着すべき根拠に基づいているのかについて回答する必要がある。その上で、前者の場合は、法律家がこの因習から解放されるように思考態度を変化させることが必要となる。一方、後者の場合は、心理学や神経科学が解明した知見を踏まえてもなお法学の伝統に執着すべき理由を説明する必要がある。

この点に関して、裁判所の判断に先例拘束性を肯定する見地に立てば（明照博章『積極的加害意思とその射程』（平成29年・2017年）333-4頁）、裁判所が判例変更に慎重な態度をとることは理解できる（判例変更については、団藤重光『法学の基礎』第2版（平成19年・2007年）190-4頁参照）。それゆえ、刑法解釈論のレベルでは、判例の先例拘束性を踏まえて、法律概念が「制度」としての「実在」つまり「理念的実在性」を肯定し得る限度において（この点に関して、神田＝以倉・注(14) 18頁も参照）、後者（つまり「法学の伝統」）の見地から議論すべきであり（理念的実在に関しては、盛山和夫『社会学的方法的立場』（平成25年・2013年）26頁及び後掲注(51)参照。さらに、神田＝以倉・注(14) 19-20頁も参照）、現時点では、「法学の伝統」の背景には「近代社会」があると考えている。そして、「近代社会」に関しては次のようなものを想定している。すなわち、近代社会（自由で平等な個人が自由意思に基づいて契約を結び、他人との関係を構築していく社会）において、「人」は、「自律的で理性的な存在」であり、「お互いが自己答責的な存在であるという前提のもとに、法共同体を構成し、相手方が刑罰法規にふれる違法な行為に及ばないことを信頼し合いながら生活している」ことが想定されている。なぜならば、上記のような人物像を前提とすることによって、自由と安全を両立させることができるからである（この点に関しては、さらに、明照博章「正当防衛における『やむを得ずにした行為』の意義」『川端博先生古稀記念論文集 上巻』（平成26年・2014年）163-6頁を参照）。

15) 学説の分類は、川端・前掲注(9) 175-8頁参照。

16) 類別化機能は、「違法行為としての法的意味づけ機能」と「有責行為としての法的意味づけ機能」があるが、ここでは前者を前提とする。

17) 故意の内容とその機能は、藤木・前掲注(11) 138頁参照。

## 四 検討—平成2年決定の枠組みと平成27年高裁判決の位置づけ

### 1. 平成2年決定に基づく、薬物事犯における故意の認定方法

平成2年決定は、原判決（東京高裁）が言及した「概括的故意」を明言しないが、「概括的故意」の成立可能な状況を前提とし、これを肯定できる「被告人の認識」つまり「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」を示し、「被告人の認識」が「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、「故意の成立を肯定する」ことになる<sup>18)</sup>。そして、最高裁は、東京高裁の「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」というレベルを要求する<sup>19)</sup>。

#### (一) 要証事実

要証事実（主要事実）は「訴訟において証明されるべき窮極の事実」であり<sup>20)</sup>、刑事裁判では「構成要件に該当し、違法・有責な事実」であるから<sup>21)</sup>、この事実は、犯罪成立要件に関連するものである。故意は犯罪成立要件の一つであるから、故意を肯定できる事実が要証事実になる。そうすると、「当該構成要件に該当する事実（覚醒剤であること）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]が「要証事実」である<sup>22)</sup>。

#### (二) 要証事実の推認構造

香城教授（元判事）は「どのような場合に覚せい剤の認識があったか」ということを検討すると、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)は故意特に未必の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」とする<sup>23)</sup>

まず、教授は「これ(覚せい剤)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」とするが、これは、「類概念」の認識[という事実]が「種概念」の認識[という事実：要証事実]を推認させる関係を示すものといえる。

次に、教授は「『シャブ』という隠語や違法な薬物であるという認識」は「故意特に未必の故意の存在を認めるうえでの証拠にとどまる」とするが、これは、覚醒剤を含む「類概念」の認識を介して「種概念」の認識を推認させることを前提に、「類概念」の認識を推認させる事実の例示として「『シャブ』という隠語や違法な薬物であるという認識」をあげたものである<sup>24)</sup>

以上から、教授に従うと、最高裁の推認過程は、「『シャブ』という隠語や違法な薬物であるという認識」から覚醒剤を含む「類概念」の「認識」を推認し、さらに「類概念」の認識から「種概念」の認識を推認する構造になる。

### (三) 推認を破る場面の存在

平成2年決定は、故意を肯定するため「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」を要求するが、これは「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)レベルまで要求するので、認識予見の対象から「覚醒剤」が「除外されている」点につき立証された場合、類概念の認識から種概念の認識の推認を破ることになる<sup>25)</sup>

## 2. 故意の機能と薬物事犯における「類概念」と「種概念」の関係（平成2年決定）

### （一）故意の機能

#### （1）故意に行為の意味づけ機能を肯定する見解①

平成2年決定の推認過程は、被告人の「これはやばい薬である」という認識から覚醒剤を含む「類概念」の「認識」を推認し、さらに「類概念」の認識から「種概念」の認識を推認する構造であるが、ここでは、「類概念の認識が認定できれば、（「種概念の認識」の推認を経て）故意を肯定できると『法的に評価し得る心理状態』があるか」が重要になる<sup>26)</sup>。そして、故意の類別化機能を肯定する見解①からすると、「これは覚醒剤を含む身体に有害で違法な薬物類である」という認識（類概念の認識）は、「覚醒剤を所持している」（という行為（構成要件該当行為）を行っている）ことを意味づけていると評価できるために必要な認識になっているか（「種概念の認識」を含むか）が重要になる。つまり、被告人の「これはやばい薬である」という認識は、「当該薬物が『覚醒剤を含んでいない』という認識である」と評価できない限り、被告人が「覚醒剤を所持している」（構成要件該当行為）という「行為を行っていることを意味づけうる範囲の事実を認識している」と評価「できる」ことになる。これに対して、これを「含んでいない」と認識している場合、被告人が「覚醒剤を所持している」という「行為を行っていることを意味づけうる範囲の事実を認識している」と評価「できない」ことになる。

#### （2）故意に提訴機能（違法性の意識を惹起する機能）を肯定する見解②

被告人の「これはやばい薬である」という認識が上記の過程を経由して「これは覚醒剤を含む身体に有害で違法な薬物類である」という認識（類概念の認識）が存在する場合、故意の提訴機能を肯定する見解②からすると、「覚醒剤を所持している」（構成要件該当行為）という「違法性の意識を喚起しうる範囲の事実を認識している」と評価できるために必要な認識になっているか

（「種概念の認識」を含むか）が重要となる。つまり、被告人の「これはやばい薬である」という認識は、「当該薬物が『覚醒剤を含んでいない』という認識である」と評価できない限り、被告人が「覚醒剤を所持している」という「違法性の意識を喚起しうる範囲の事実を認識している」と評価「できる」ことになる。これに対して、これを「含んでいない」と認識している場合、被告人が「覚醒剤を所持している」という「違法性の意識を喚起しうる範囲の事実を認識している」と評価「できない」ことになる。

## （二）考察

故意にどのような機能を肯定するかによって、間接事実から要証事実の推認に関する説明（その前提となる視点）が「論理的には」異なってくる（はずである）。すなわち、**故意に行為の意味づけ機能を肯定する見解①**によれば、「認定された被告人の認識」が、「**被告人の行為（覚醒剤所持事犯の構成要件該当行為）を意味づける**」ことができるかが重要な視点を提供する。これに対して、**故意に提訴機能（違法性の意識を惹起する機能）を肯定する見解②**によれば、「認定された被告人の認識」が、被告人が「**違法性の意識を喚起しうる**」ことができるかが重要な視点を提供する。言い換えれば、見解によって、認定された間接事実（被告人が「自分が所持している薬物はシャブである」という認識を経由して「これは覚醒剤を含む身体に有害で違法な薬物類である」という認識を有している〔という事実〕）が要証事実（被告人が「自分が所持している薬物は覚醒剤である」という認識を有している〔という事実〕）を推認することができるかを確定するための視点が異なってくる（それに伴い「説明」も異なってくる）のである<sup>27)</sup>

そこで、いずれの見解が、「類概念の認識」の内容を明確に根拠づけることが問題となるが、この点に関して、香城教授は、「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」とする<sup>28)</sup>

そうすると、香城教授が捉える判例は、故意の提訴機能を認め、これを前提として故意の有無を判断していることになる<sup>29)</sup>

香城教授が捉える判例の見地を基礎づけるものとして、例えば、前田教授の所説がある。教授は、責任主義から「非難可能なだけの事実の認識」を想定した上で、故意非難を基礎づける主観的事情として「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」を同定する<sup>30)</sup>。しかし、前田教授の想定から故意の内容として「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」を導出することには、疑問の余地がある<sup>31)</sup>

仮に、上記の導出が可能であるとしても、香城教授が指摘するように「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…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」の言い換えとして「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」ととらえることの必然性には、疑問がある。核心部分としての「覚醒剤」の認識(種概念の認識)がなくても、「違法性の意識を喚起しうる範囲の事実」の「認識」/「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」は生じ得るからである。これと問題意識を同じくする東京高裁における弁護人の主張に対する対応として示された東京高裁説示A～Eは、概括的であってもなお「覚醒剤」の認識[という事実]を不可欠であるとし、少なくとも「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」(説示E)というレベルの「覚醒剤」の認識[という事実]を要求する。そうすると、②を前提として、故意の内容を「違法性の意識を喚起しうる範囲の事実」の「認識」/「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」と捉える見解から、東京高裁判決及びこれを是認する平成2年決定を根拠づけることはできないであろう。仮に根拠づけを行う場合は、さらに別の説明が必要になる<sup>32)</sup>

覚醒剤輸入罪・所持罪の故意の成立にとって「覚醒剤」の認識(種概念の認識)[という事実]の認定において、概括的であってもなお「覚醒剤」の認識[という事実]を不可欠である点に関する根拠づけは、①の見解を前提として、「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」視点から行われることが<sup>33)</sup>基準の可視化においてより合理的であろう<sup>34)</sup>。故意の存在にとって核心部分である「種概念」の認識があって初めて、「行為者は何を行っているか」について、意味づけることができる(この場合、行為者は「覚醒剤」輸入罪・所持罪などの「覚醒剤事犯を行っている」という「意味づけ」が「可能」になる)からである<sup>35)</sup>。逆に「覚醒剤」が認識予見対象から完全に「除外されている」場合、行為者は「覚醒剤」輸入罪・所持罪などの「覚せい剤事犯を行っている」という「意味づけ」が「不可能」になる<sup>36)</sup>。したがって、覚醒剤輸入罪・所持罪の故意の成立にとって「覚醒剤」の認識(種概念の認識)[という事実]の認定において、概括的であってもなお「覚醒剤」の認識[という事実]は不可欠なのである<sup>37)</sup>。

### 3. 危険ドラッグが蔓延している状況における故意の認定

#### (一) 平成2年決定の枠組みの分析

平成2年決定の枠組みを分析すると次のようになる。

A 「ある事実」(認定された事実)があるので、被告人の「これは身体に有害な薬物類である」という認識[という事実]を推認できる(分析A)。

B 「ある事実」(認定された事実)があるので、被告人の「これは違法な薬物

類である」という認識[という事実]を推認できる(分析B)。

C A及びBを合わせて、被告人の「これは身体に有害で違法な薬物類である」という認識[という事実]を推認できる(分析C)。

D Cを前提すると、原則として、被告人の「これは覚醒剤である」という認識[という事実]を推認でき、故意の成立が肯定できる(分析D)。

E ただし、被告人の認識予見の対象から「覚醒剤」が「除外されている」という「事実」(「特別の事情」)が存在する場合、Cを前提としたDの推認が破られ、故意の成立を肯定できない(分析E)。

## (二) 上記の推論が許容できる事情

日本では、覚醒剤所持事犯において、被告人が「自分が所持している薬物はシャブである」と認識している場合、A・Bを分けて検討するまでもなく、被告人は、「これは身体に有害で違法な薬物類である」という認識を有していることが推認できるであろう<sup>38)</sup>。違法薬物(規制薬物)が厳格に管理されている社会(通常の日本)において、被告人が「自分が所持している薬物はシャブである」と認識している場合、「経験則」<sup>39)</sup>上、当該「被告人の認識」は「被告人の行為(覚醒剤所持事犯の構成要件該当行為)を意味づける」ことが可能だからである。

## (三) 危険ドラッグ蔓延時の特殊性と経験則(争点1)

### (1) 平成26年地裁判決(原判決)と平成27年高裁判決の経験則の差異

平成2年決定の基準を利用するためには、上記の分析A及び分析Bの関係をそれぞれ個別的に肯定できる立証活動(証拠による証明)を要するが、本件において前提となる社会的事情を踏まえると、平成26年地裁判決(原判決)が指摘するように、危険ドラッグに対する「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」のか、それとも、平成27年高裁判決が指摘するように、「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」<sup>40)</sup>をして危険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」と認める。そうすると、危険ドラッグと称する「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」であるのかが問題となる。

この点に関して、平成27年高裁判決は、上記の観点から、原判決である平成26年地裁判決が説示した「4(1)」つまり「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」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」とした。

## (2) 事実認定に関する地裁（第1審）と高裁（上級審）の関係—平成24年最高裁決定を踏まえて<sup>41)</sup>

平成27年高裁判決は、原判決である平成26年地裁判決の判断が「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」とするが、「合理性」は

「集団の価値観を離れて…判断できない」<sup>42)</sup> そうすると、平成 24 年決定が示した「第 1 審判決重視」（特に裁判員裁判）という視点は、裁判員裁判では多様なバックグラウンドをもつ者が第 1 審の裁判体を構成する点に注目した結果であり、集団の価値観（日本に存在する価値観）は、裁判官の専決事項ではないということを描したものと見えるであろう<sup>43)</sup>

ただし、第 1 審である平成 26 年地裁判決は、裁判員裁判ではなく、職業裁判官の単独の裁判体である。しかし、平成 24 年決定によれば、現在は「第 1 審において直接主義・口頭主義が徹底された状況」にある<sup>44)</sup> そうすると、平成 27 年高裁判決が 3 名の裁判官によって構成される裁判体であることを踏まえても、第 1 審の判断は尊重すべきとするのが、平成 24 年決定の立場であると思われる。それゆえ、平成 27 年高裁判決は、平成 26 年地裁判決の判断が「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」点について、十分な検討が必要である<sup>45)</sup>

### (3) 平成 27 年高裁判決の位置づけ

平成 27 年高裁判決の判断に関して、辻判事は、平成 26 年地裁判決(原判決)が薬物事犯の故意を認定するために「間接事実の評価を誤った」として破棄された事例として位置づけ<sup>46)</sup> 危険ドラッグが蔓延する状況を踏まえて、「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」<sup>47)</sup> とした上で、「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、規制の対象が拡大したものの、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」から<sup>48)</sup> 平成 27 年高裁判決が、危険ドラッグと称する「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」であるとする経験則を示したことは<sup>49)</sup>「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、実務上参考になる」とする<sup>50)</sup>

#### (4) 平成 27 年高裁判決の評価

平成 26 年地裁判決の「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」という説示それ自体は正当な評価である。危険ドラッグ対策として「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、規制の対象が拡大した」事情が存在するからである。しかし、その事情があれば、「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」ということを「推認力を有する間接事実から要証事実の存在を推認する方式を定式化する」「経験則」のレベルまで引き上げることは慎重であるべきであろう<sup>51)</sup> それゆえ、この点に関する平成 26 年地裁判決の判断に対して、平成 27 年高裁判決が「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」点は妥当である<sup>52)</sup>

そして、平成 27 年高裁判決の「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はかならないのである」から、買い手が「前記のような期待」をして危険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」という説示それ自体は正当な評価である。危険ドラッグ対策として「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、規制の対象が拡大した」事情が存在するからである。

ただし、平成 27 年高裁判決が、危険ドラッグと称する「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ではできず、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」であるという「経験則」を肯定することにつき<sup>53)</sup>、その理由が「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、規制の対象が拡大したものの、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」ので<sup>54)</sup>「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」<sup>55)</sup>という処罰の必要性に基づくものであれば、それは妥当ではないであろう<sup>56)</sup>。それは、必ずしも「経験的事実から見出される一般的傾向のうち法則性、すなわち、普遍性・必然性が認められるもの」ではないからである。

本件薬物は「 $\alpha$ -PVP」であるが、これは「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」ものである。しかし、指定により、指定薬物ではなく、規制薬物（麻薬）とされるに至っている。そうすると、本件における「要証事実」は「当該薬物が法規制の対象となっている規制薬物（ $\alpha$ -PVP）であると認識している」[という事実]になるであろう。

この点に関して、「間接事実から要証事実の推認へと至る『道筋』は、一種の仮説に過ぎず、間接事実の推認力の検討とは、その『筋道』がどの程度正しいのかを検証することにはかならない。推認力を検討する際に有益なのは、要証事実以外の事実につながる仮説（反対仮説）の成り立つ可能性、つまり間接

事実があっても要証事実にはつながらない別の『道筋』がどの程度考えられるのかを検討し、その相関で推認力の強さを考える視点である」という指摘がある<sup>57)</sup>「危険ドラッグが蔓延している状況においては当該薬物の規制状況が刻々と変化している」という事情は、平成26年地裁判決の「道筋」(仮説構築)も可能であるし、平成27年高裁判決の「道筋」(仮説構築)も可能であることを前提として「本件事実関係」において、いずれの「道筋」がより「あり得るもの」と評価されるかを検討する必要がある<sup>58)</sup>そして、「いずれの『道筋』がより『あり得るもの』と評価されるか」を検討する場合、間接事実から要証事実を推認させる「関係」を明確にした上で、言い換えれば、「当該証拠が如何なる事実を立証するために用いられているか」に関する「関係性」を明確にした上で、事実認定を行う必要があると考えられる<sup>59)</sup>

#### (四) 危険ドラッグ事犯の故意成立のために必要となる事実とZ4の説明(「本件薬物が規制前である」)の信憑性(争点2)

##### (1) 危険ドラッグ事犯の故意成立のために必要となる事実

平成27年高裁判決は、「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」とし、平成26年地裁判決の説示を是認する<sup>60)</sup>したがって、被告人が所持していた「 $\alpha$ -PVP」は、逮捕された時点では規制薬物(麻薬)となっていた。それゆえ、本件の要証事実「被告人が当該薬物を『規制薬物に指定された』『 $\alpha$ -PVP』(麻薬)であると認識している」(種概念の認識)[という事実]である<sup>61)</sup>この要証事実を認定するための間接事実として、平成27年高裁判決は、被告人の「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)」(類概念の認識)[と



いう事実」を要求していることになる。そして、「これはやばい薬だ」との認識の程度は、「これはやばい薬かも知れない」という程度で足りる（未必的な認識の場合）としている。

この「事実」を認定するための考慮要素として、加藤検事は、「本判決が指摘した経験則に照らせば、原判決が説示したような『他の薬物事犯より慎重に故意を認定すべきである』とはいえず、むしろ、所持・施用時における規制薬物等であることの認識を窺わせる積極の事情の一つとなり得ると解されるが、これを超えて、規制薬物等であるの認識（未必的認識を含む。）を積極的に立証するには、かかる経験則のみではなお不十分であることが通常であろう」とし、この場合「別途、①被疑者・被告人が当該薬物を入手した際の状況、②当該薬物の使用状況や薬理効果、③当該薬物の所持・保管の態様、④当該薬物が捜査機関に発見された際の被疑者・被告人の言動等といった間接事実を主張・立証する必要がある」とする<sup>62)</sup> また、坪井検事は「規制薬物の認識を立証するに当たっては、従来から規制されてきた覚せい剤等の事案の場合と同様、①被告人が当該薬物を入手した際の状況、②当該薬物の使用状況や効果、③当該薬物が捜査機関に発見された際の言動等により立証することになると考えられる。本判決においては、このうち特に①の薬物の入手状況、より具体的には、被告人と売人の関係、売人の職業や規制薬物前科の有無、購入場所、購入した薬物の外観、購入金額を重視し、②の使用状況（代表的な規制薬物の使用状況と同じかどうか）も併せ考慮し、被告人の規制薬物であることの未必的認識を認定している」とする<sup>63)</sup>

## （2）危険ドラッグ事犯の故意成立のために必要となる立証活動の中心

両検事の指摘に対して異論はない。しかし、平成 27 年高裁判決において説示されている「原判決に対する検察官の主張」を分析すると、次の 3 つの検察官の主張は、被告人には「本件薬物の合法性に疑いを抱かせる事情」又は「本件薬物の違法性を認識していたことを裏付ける事実」が存在していることに関



するものと評価できる。すなわち、検察官は、まず、「本件薬物の入手状況」（5(2)ア）から「本件薬物の合法性に疑いを抱かせる事情」があったと主張し、次に、「本件薬物の使用状況」（5(2)イ）の「医療機関によらず入手した薬品を水に溶かして自ら注射器で使用する方法」から「合法性に深い疑いを抱かせる事実」が存在し、また、「被告人が家族に隠れて本件薬物を使用していた」点から「本件薬物の合法性に疑いを抱いていたこと」と主張する。最後に、「捜索時における被告人の対応状況」（5(2)ウ）から「本件薬物の違法性を認識していたことを裏付ける事実」が存在したと主張するのである。

被告人が危険ドラッグ事犯の遂行時点において「違法薬物（規制薬物）が厳格に管理されている社会」（通常の日本）であれば、上記の3つの検察官の主張は、必要ないであろう。例えば、覚醒剤所持事犯の場合、「違法薬物（規制薬物）が厳格に管理されている社会」（通常の日本）では、被告人が「自分が所持している薬物はシャブである」と認識していれば（「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）」があれば）、「これは身体に有害な薬物類である」という「認識」（平成2年決定の分析A）と「これは違法な薬物類である」という「認識」（平成2年決定の分析B）を分離してそれぞれ立証するまでもなく、「これは身体に有害で違法な薬物類である」という「認識」（平成2年決定の分析C）を認定できるからである。<sup>64)</sup>

ところが、危険ドラッグが蔓延し法規制が後追いになっている状況では、「違法薬物（規制薬物）が厳格に管理されている社会」（通常の日本）という前提が欠けることになる。言い換えれば、被告人が「これは身体に有害な薬物類である」という「認識」を有していたとしても、当該薬物が「違法な薬物類である」という認識があったとはいえなくなるのである。それゆえ、裁判所が被告人に危険ドラッグ事犯の故意の成立を肯定するための要証事実（被告人の当該薬物（指定薬物）の認識[という事実]）を立証するためには、当該薬物が「違法な薬物類である」という認識[という事実]を被告人が有していることを立

証する必要が生じたと考えられる。したがって、控訴審では、被告人に「本件薬物の合法性に疑いを抱かせる事情」が存在しているか又は「本件薬物の違法性を認識していたことを裏づける事実」が存在しているかが中心になったものと評価できるのである。

(3) Z4の説明（「本件薬物が規制前である」）の信憑性判断における被告人が「購入する薬物が規制薬物である可能性、あるいは早晩規制される可能性があると認識していた」可能性への言及の位置づけ

危険ドラッグの蔓延に伴い「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、規制の対象が拡大したものの、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」状況においては<sup>65)</sup> 被告人が「購入する薬物が規制薬物である可能性、あるいは早晩規制される可能性があると認識していた」[という事実]を認定できることがあるが、この認識[という事実]は、当該薬物が「規制薬物である可能性」と「早晩規制される可能性」があることの「認識」(事実)であるので、この「認識」(事実)が被告人にあったとしても、被告人が「規制薬物である可能性」(＝「違法薬物である可能性」)だけを認識していた[という事実]を推認することはできない。被告人には、「早晩規制される可能性」(＝違法薬物ではない可能性)を認識している[という事実]を排除できないからである。つまり、「種概念の認識」(要証事実)を推認できるための類概念に含まれない要素を含むことになるのである。それゆえ、被告人が「購入する薬物が規制薬物である可能性、あるいは早晩規制される可能性があると認識していた」[という事実]から、(逮捕された時点では「規制薬物に指定された」「 $\alpha$ -PVP」(麻薬)所持事犯に関する)本件要証事実つまり「被告人が当該薬物を『規制薬物に指定された』『 $\alpha$ -PVP』(麻薬)であると認識している」[という事実]を推認することができないことになる<sup>66)</sup>。

以上を踏まえて、平成27年高裁判決が「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」と認識していた」という言及をするが、これに対応する言及が平成26年地裁判決では明確に行われていない。そこで、平成27年高裁判決の言及に対応する平成26年地裁判決の判示部分つまり被告人とZ4が本件薬物の違法性について情報交換をしている部分<sup>67)</sup>を比較の対象として分析する。

まず、平成26年地裁判決は「本件薬物が規制前であるというZ4の言葉は、実在すると思われる脱法ドラッグ販売店から仕入れている（又は同店に卸している）等の会話と相まってそれなりの信憑性がある」とし、この事情を前提として、「結局のところ、上記した入手状況に係る事実には、故意（未必的故意を含む）を推認させる力が弱いといわざるを得ない」と説示する。それゆえ、平成26年地裁判決は、「本件薬物が規制前である」というZ4の言葉に信憑性があるとして、それを聞いた被告人は当該薬物が「違法薬物ではない」という認識をもっていたことを認め、「やばい薬だ」という認識[という事実]の認定を行うための「推認力が弱い」と評価し、その結果、「故意（未必的故意を含む）を推認させる力が弱い」という判断を下したものと思われる。

これに対して、平成27年高裁判決が「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」と認識していた」事情に言及したのは、被告人が「Z4から本件薬物が前回のもとは違うと聞いて、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」と説明された」旨の供述内容を分析するためである。そして、被告人が「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」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」と認識していたことを示す事情である」とし、この事情があれば、その他の事情と相まって「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」という結論を導くために行っている。

以上のように、平成 27 年高裁判決が「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」と認識していた」と言及したのは、仮にこのような事実があれば、要証事実<sup>(68)</sup>の推認を弱める方向で用いるのか、推認を弱める事実を否定する方向で用いるのが問題となり得たからである。

**(4) Z4 の説明（「本件薬物が規制前である」）の信憑性判断における被告人が「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」と認識していた」可能性への言及に対する評価**

危険ドラッグが蔓延している状況について、平成 26 年地裁判決は「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」と説示し、平成 27 年高裁判決は「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」と説示する。それゆえ、いずれも「危険ドラッグが蔓延している状況においては当該薬物の規制状況が刻々と変化している」状況を前提にしていると考えられる。

この状況を前提に、平成 26 年地裁判決が示した「道筋」（仮説構築）と平成 27 年高裁判決が示した「道筋」（仮説構築）のどちらが「本件事実関係」においてより「あり得る筋道」と評価されるか、つまり、Z4 が「本件薬物が規制前である」と述べたことに信憑性があるか<sup>(69)</sup>の問題となる。平成 27 年高裁判決は、被告人が「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」と認識していた」可能性に言及したのは、被告人が「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」ことを前提として「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」の一資料にしようとしている。そうすると、平成 27 年高裁判決の言及は、被告人が「危険ドラッ

グが蔓延している状況においては当該薬物の規制状況が刻々と変化している」状況を認識していた可能性を示すものと考えられる。

そして、危険ドラッグの規制状況に流動性がある状況においては、規制当局者以外に随時規制状況を正確に把握することは困難である。そうすると、Z4が「本件薬物が規制前である」と述べたとしても、当該薬物が「その時点で」規制されていることに疑念をもつことは、「社会的文脈を踏まえた確率」を前提として評価すると、「通常」であると考えられ、本件の事実関係におけるZ4の言葉から、「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」という評価も、「社会的文脈を踏まえた確率」を前提として評価すると、より「あり得る筋道」と思われる<sup>70)</sup>

以上から、平成27年高裁判決が示した「道筋」（仮説構築）の方がより「あり得る筋道」であると評価できる。

## 注

- 18) 特殊詐欺の「受け子」に故意を肯定する際に平成2年決定を前提とする判例として、最判平成30・12・11 刑集72巻6号672頁、最判平成30・12・14 刑集72巻6号737頁及び最判令和元・9・27 刑集73巻4号47頁等参照。
- 19) 平成2年決定の枠組みの詳細は、明照博章「故意の認定（2）」『松山大学論集』32巻3号（令和2年・2020年）149頁以下参照。
- 20) 宇藤崇＝松田岳士＝堀江慎司〔堀江慎司〕『刑事訴訟法』第2版（平成30年・2018年）347頁。
- 21) 高橋和之＝伊藤眞＝小早川光郎＝能見善久＝山口厚編集代表『法律学小辞典』第5版（平成28年・2016年）1305頁。
- 22) 細田啓介「間接事実による推認過程」『これからの刑事司法の在り方』（令和2年・2020年）254頁注(1)参照。
- 23) 香城敏彦『刑法と行政刑法』（平成17年・2005年）319-20頁。半田判事は、「平成2年最決以後の裁判実務は、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」と指摘する（半田靖史「受け子の故意と共謀の認定」『法律時報』92巻12号（令和2年・

- 2020 年) 17 頁)。
- 24) 原田教授は、「概括的な認識」を「俗にいえば、やばい薬だとの認識」とする(原田國男「判批」『最高裁 時の判例Ⅳ(平成元年～平成 14 年)刑事法編』(平成 16 年・2004 年) 40 頁)。
- 25) 東京地平成 3・12・19 判タ 795 号 269 頁参照。
- 26) なお、司法研修所編『難解な法律概念と裁判員裁判』(平成 21 年・2009 年) 14 頁参照。
- 27) 樋口・前掲注(8) 87 頁は、(性犯罪の成立要件には)「評価的要素が占める割合が大きく、性に関する価値判断が犯罪の成否に影響する。一方、性に関わる情報は煽情的であって判断者ごとに判断が異なる恐れが強い。そうだとすれば、評価の内容を明らかにすることで判断を安定化させるという見地から、特に性犯罪については、主要事実(本稿では「要証事実」-筆者注)を明晰に同定する問う作業が行われてよいであろう」とする。これは、危険ドラッグが蔓延している状況における薬物事犯の故意の存否の判断も同様の状況にあるといえる。そうすると、故意の成否の前提となる要証事実を同定する作業についても、同様の理由から行うべきである。
- 28) 香城・前掲注(23) 319-20 頁。
- 29) 香城教授が理解する判例は、「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」とされる。そうすると、「違法性の意識を喚起しうる範囲の事実」を「認識」していれば、故意を推認するための証拠となるが、このような関係を肯定するためには、論理的には、「構成要件該当事実を認識していれば(故意があれば)、違法性の意識を喚起しうる」という関係にあることが前提となっていることになる。それゆえ、香城教授の理解によれば、判例も、故意の提訴機能を肯定する見地に立っていることになるのである。
- 30) 前田・前掲注(12) 161 頁。
- 31) この点に関して、山口教授は、「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、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。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」と指摘する(山口厚「抽象的事実の錯誤」『刑法雑誌』34 卷 3 号(平成 7 年・1995 年) 69 頁)。
- 32) この点に関する「別の説明」として、例えば、高山佳奈子『故意と違法性の意識』(平成 11 年・1999 年) 242-3 頁参照。
- 33) 亀山継夫「覚せい剤原料譲渡罪の成立に必要とされる故意の内容(下)」『研修』324 号(昭和 50 年・1975 年) 57 頁は、通説が「事実の認識-故意」を責任要素であると同時に構成要件要素と解していることを前提として、「構成要件要素としての故意の役割は、行



為者がある特定の罪を犯すことを知っていたといえるか」にあり、「行為者の主観に映じたところのもののみをもって客観的にある特定の構成要件を識別しうるか」と言い換えることができるとし、したがって、構成要件要素としての事実の認識としては、上に示した程度で、つまり「行為者の認識した限りの事実によって当該構成要件を客観的に特定・識別し得れば足りる」とする。ただし、中森教授は、亀山元検事の見解に対して、「法適用者の便宜に偏重した議論であって、妥当でない」と批判する（中森喜彦「麻薬・覚醒剤に関する認識・故意」『判例タイムズ』721号（平成2年・1990年）74頁）。

- 34) 小坂井准教授は「集合の価値観を離れて合理性は判断できない」と指摘するが（小坂井敏晶『神の亡霊－近代という物語』（平成30年・2018年）384頁）、この見解によれば、いずれの枠組みの方が「合理的」であるかについては、主張された枠組みの論理一貫性のみで決まるわけではないことになる。この論理一貫性は、主張者が認識する「集合の価値観」を前提とした場合に生じる論理一貫性だからである。そして、「集合の価値観」は、主客反照的な過程を経て「反照的均衡」に至ったときに実在性が肯定される（この点に関しては、明照・前掲注(19) 163頁以下注(55)参照）。

この点に関して、川端教授は、「客観化された時間」という概念を示した上で、次のように指摘する（川端博『刑事時間論序説』（令和2年・2020年）68頁）。すなわち、教授は「客観化された時間」を「時代や地域によって異なる時間を計測方法の『統一』に基づいて確定される時間」と定義された上で、「このような『客観化』は、社会生活の規整を円滑にするためになされるものであり、『統一的な基準』を設定することによって可能となる」とする。そして「その統一的基準の確定は、別の観点から見ると、社会的合意に基づく『制度』化と解され得るとおもわれる」とし、「それは、社会構成員によって合理的なものとして承認された『制度』にほかならない」と指摘する。以上の指摘は、上で述べた「集合の価値観」の実在性を肯定する過程を前提とすれば、次のようになる。すなわち、「社会的合意に基づく『制度』化」は、主客反照的な過程を経て（その意味で「時間をかけて」）「反照的均衡」に至ったときに、「社会構成員」によって「合理的」なものとして「承認」されるという関係を指摘したものと思われる（尾崎元検事は「共同体は、現実に存在するものであり、我々の意識の中に観念的にのみ存在する『幻想』ではない」とし、「生命を日々維持し、様々な喜びを享受し、生殖し、子を養育するには、多数の人の間の分業と交換が必要である。さらに、これらが安全かつ円滑に行われるよう、有害な行為を規制する仕組みも欠くことができない。それらは、共同体…の形成と維持によってなされる。」）「このような仕組みは人の行動に対する共同体成員の承認と報奨及び非難と制裁の体系を形成する」と指摘しているが（尾崎道明『刑事法の基礎理論』（令和2年・2020年）99頁）、これは、上記の「集合の価値観」の実在性を肯定する過程を言い換えたものと解することができる。（元）検事が、上記の認識を有していることは、注目に値する）。

- 35) この点に関して、実務家から「覚せい剤」の「認識を肯定するために認識されることが

必要かつ十分な属性の認識を挙げることは困難であるが、行為者の認識自体を基礎としてその構成要件を特定し得るかどうか、又は、裁判官ならばその構成要件に当てはめるような事実認識があったかどうかが問題とされるべきである」という指摘がある（石倉広修＝小松本卓＝三村三緒「覚せい剤輸入罪における故意」『判例タイムズ』1350号（平成23年・2011年）50頁注(8)）。なお、上記の主張は、高山教授の見解を前提としている（高山・前掲注(32)127頁、184頁、188頁、242-3頁）。この思考は、「特定の構成要件」を前提として、ある事案において行為者が行った行為の属性を認定していくことが前提となっていると解されるが、そうすると、この思考の論理的な前提として「故意に類別化機能を肯定する」「機能」を認める見地に立つことが妥当であると考えられる。それゆえ、刑法解釈学としては、「故意」に「類型化機能を肯定する」「機能」を肯定するための理論的根拠を提供する必要がある、その一つが、ここで提示し、故意の体系論上の地位に関する議論において①の見解を前提として、「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「故意の類別化機能」を肯定する解釈である（なお、井田良＝佐渡島紗織＝山野目章夫〔井田良〕『法を学ぶ人のための文章作法』第2版（令和元年・2019年）52頁参照）。

- 36) 故意の成立要件として、犯罪事実の「表象／認識」だけで足りるのか、それに加えて「認容」まで必要になるのかについては、見解に対立がある。例えば、大判大正4・1・26刑録21輯21頁は「刑法上所謂罪ヲ犯ス意アル行為トハ犯罪事実ヲ認識シテ為シタル行為ヲ汎称シ必スシモ犯罪事実ヲ発生セシムル意欲ニ出テタル行為ナルコトヲ要セサルハ明白ナリ」とするので、判例は「故意が成立するためには、犯罪事実の認識があれば足り、結果発生の意欲を必要としないとする立場であると解されてきた」（川端博＝西田典之＝原田國男＝三浦守編〔川端博〕『裁判例コンメンタール刑法 第1巻』（平成18年・2006年）296頁）。しかし、大判大正11・5・6刑集1巻255頁は「法律ハ犯意ノミヲ罪スルニ非シテ犯意アル行為ノ存在ヲ以テ故意犯成立ノ要件ト為スコト勿論ナリトス而シテ犯意アル行為トハ自己ノ意思活動ニ因リ罪ト為ルヘキ事実ノ発生スルニ至ルヘキコト又ハ其ノ虞アルコトヲ予見シテ其ノ意思活動ヲ敢テスル決意ノ実行アルコトヲ必要トスルハ明白ナリ」とする。それゆえ、判例は、結果発生の「認識のほかに意欲・認容を必要とする」立場をとると解することも「不可能ではない」と評価されている（川端＝西田＝原田＝三浦編〔川端〕・注(35)296頁）。さらに、前田編集代表・前掲注(10)144頁は「判例において故意の存在を肯定する際にしばしば用いられている『あえて』という表現は、犯罪事実実現の認容を表す趣旨と解されており、少なくとも不真正不作為犯に関しては、明確に結果発生の認容を要件と解している」とする（不真正不作為犯に関する判例は、最判昭和33・9・9刑集12巻13号2882頁であるが、「被告人は自己の過失により右原符、木机等の物件が焼燬されつつあるのを現場において目撃しながら、その既発の火力により右建物が焼燬せられるべきことを認容する意思をもつてあえて被告人の義務である必要かつ容易な消火措置を



とらない不作為により建物についての放火行為をなし、よつてこれを焼燬したものであるということが出来る」とする)。

判例が故意の成立要件として「表象／認識」を超える「認容」を要求していると解する場合、判例上、故意の成立要件として「意欲性」を必要と解していることになる。この「意欲性」を肯定するためには、行為者には「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」を超える要素が必要と考えられるが、この要素を説明するために、①の見解を前提として、故意に行為の意味づけ機能を肯定する必要があると考えられる。

- 37) 司法研修所編・前掲注(26) 14 頁は、殺意に関して「『人が死ぬ危険性の高い行為をそのような行為であると分かって行った』と認めることができれば、殺意と法的に評価し得る心理状態があると認定できる」とする。これは「ある事実が認定できれば、故意の成立を肯定できる『法的に評価し得る心理状態』がある」という指摘であるが、故意に「行為者の行為の法的意味づけ」機能(「故意の類別化機能」)を肯定する見地を前提とすれば、ある事実が存在すれば「行為者の行為の法的意味づけが可能となる」となる心理状態となり、これをもって故意の成立を肯定できる「法的に評価し得る心理状態」を認定できたものになるということであろう(なお、植村立郎『実践的刑事事実認定と情況証拠』第4版(令和2年・2020年)62-3頁参照)。そうすると、刑法解釈学は「ある事実が認定できれば、故意の成立を肯定できる『法的に評価し得る心理状態』がある」といえるための視点を提供することになる。そして、「故意の類別化機能」を肯定する見地を前提とすると、ある事実が、故意が存在すると「法的に評価し得る心理状態」になる過程を検討する際に、ある事実があれば「行為者の行為の法的意味づけ」が可能となるかを検討すればよいことになる。

- 38) 合田悦三「覚せい剤営利目的輸入罪における故意(知情性)の認定について」『警察学論集』70巻12号(平成29年・2017年)55頁参照。

- 39) 経験則は、「経験から帰納された事物に関する知識や法則」(高橋=伊藤=小早川=能見=山口編集代表・前掲注(21) 296頁)又は「経験的事実から見出される一般的傾向のうち法則性、すなわち、普遍性・必然性が認められるものである」(中谷雄二郎「控訴審における事実誤認の審査について」安廣文夫編著『裁判員裁判時代の刑事裁判』(平成27年・2015年)313頁)と定義され、「間接事実(群)から要証事実を認定できるか」が問題となる事案において「ある間接事実がどうして要証事実を推認させるのか」(間接事実の「意味合い」)及び「その程度はどのくらいなのか」(間接事実の「重み」)の両面で重要な役割を果たす(細田・前掲注(23) 254頁)。

- 40) ここでいう「期待」は、平成27年高裁判決によれば、「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」することである。

- 41) 最決平成24・2・13刑集66巻4号482頁(チョコレート缶事件)。以下、「平成24年決定」という。

42) 小坂井・前掲注(34) 384 頁。

43) ただし、裁判所が示した基準や結論は、その基準や結論が上級審（最高裁）で否定されるまでは、「集団の価値観」を「代表する」ことになる。

44) 事実認定（第1審と上級審）

団藤博士は次のように指摘する（団藤・前掲注(14) 192-3 頁。すなわち、第1審は「生まの事実」に直面し、当事者の「生活感覚」に基づく「生まの要求」に直面しながら裁判を行うので、「その裁判は現実根に根を下ろしている」とし、「その裁判が従来の判例の線から外れていようと、それだけの理由があることが多く、上級審もこれを軽視することはできない。その意味で、まず、下級審の裁判は判例を動かしていく原動力となる。また、一般的に、裁判官の年齢構成の見地から、下級審の裁判官に新しい社会的感覚、したがって法的感覚を期待できることが多い。もちろん、新しいものが正しいとはかぎらないが、法、したがって判例が社会の発展に順応して行くためには、柔軟な法的感覚が要求される。そうして、それは、しばしば下級審の裁判に期待されるのであり、かような意味でも、下級審の裁判が判例の発展の因子になることは、首肯されうるのであろう。下級審の裁判にはしばしば強い多様性がみられる。しかし、個々の裁判の振れが相互に補正し合い、それによって新しい法の構築が行われて行く」が、これによって「法はつねに若い生命を持ち続けることができ、それがやがては正しい意味における法的安定性を確保するゆえんになる。法的安定性は、固定的・静的なものではなくて、発展的・動的なものでなければならない」とする。

45) 経験則とその危険性

中谷判事は、「経験則とは、経験的事実から見出される一般的傾向のうち法則性、すなわち、普遍性・必然性が認められるものであるところ、経験的事実から見出される一般的傾向には、その性質上、同種の事実を自ら経験しその傾向を認識できる主体の汎汎性ないし共通経験の蓄積の程度、経験内容の一般性や多義性・多様性の程度、矛盾し合う経験や認識の有無・程度などに応じて、広く一般に承認される法則性の高いものから、特定の地域や社会、分野においてのみ、法則性のある事象が認められ、あるいは、法則性が共通認識とされるもの、更には、その傾向に反する経験や認識が存在する余地を残した法則性の低いものまであり得る。このように、法則性の認められる地域や社会、分野の範囲の広狭に加え、法則性の程度に応じて、確実なもの、蓋然的なものから単なる可能性にとどまるものまで様々であって、経験則の外延はどうしても曖昧さを残さざるを得ない。そのため、当該一般的傾向が経験則といえるか、すなわち、法則性を有するかについて争われる事態も生じ得るのである」とする（中谷・前掲注(39) 313 頁）。

豊嶋教授は、「客観的な間接事実（動かし難い事実）に基づく推認は、要証事実を適正に認定するために、相応の役割を果たす」が、この推認の合理性に言及することなく「一定の間接事実の存在を以て『経験則』いいかえれば『事実上の推定法則』を定立し、これ

を反駁する『特段の事情』を要求する事実認定の手法は、『合理的疑い』を高度化させるおそれがある」と指摘する（豊崎七絵「判批」『法学セミナー』703号（平成25年・2013年）148頁）。

46) 辻・前掲注(4) 69頁。

47) 辻・前掲注(4) 74頁。平成27年高裁判決が原判決である平成26年地裁判決の判断（被告人は無罪）を是認すれば、大阪高裁管区の地裁の判断は、類似事案において、無罪判決を下すことになるから、同管区における危険ドラッグ事犯の取締りに大きな影響が出ることが容易に想像できる（この点に関して、明照・前掲注(14) 333頁以下参照）。

48) 辻・前掲注(4) 74頁。

49) 坪井検事は、本件が「脱法ドラッグと呼ばれる未規制の物質が順次後追いで規制されていくということは、逆に言えば、この種の薬物はいつ規制薬物に指定されてもおかしくないことであり、このような物質を入手する際には、通常規制薬物の未必的認識が伴うものである」という考え方を明示した（坪井・前掲注(4) 94頁）。加藤検事は、「本判決の上記判示部分は、法的規制の実情及び入手状況等を踏まえた薬物購入者の心理状態として、常識に照らし理解し得るところを述べたもの」とする（加藤・前掲注(4) 174頁）。

50) 辻・前掲注(4) 74頁。加藤検事は、「いわゆる危険ドラッグ関係事犯の故意を立証する上で参考となろう」とし（加藤・前掲注(4) 174頁）、坪井検事は、「同種事案の立証の参考となろう」とする（坪井・前掲注(4) 94頁）。

51) 経験則が有する危険性を回避のための方策（判例の合理的な集積のために）

例えば、裁判実務上、「覚醒剤自己使用事案において、尿から覚醒剤が検出されたことを基にして、覚醒剤の使用の故意まで事実上推定する」という「経験則」があることを前提に運用されている（上記の経験則が存在している理由については、大西直樹「覚せい剤の自己使用事案における故意の認定」『警察学論集』70巻11号（平成29年・2017年）155頁参照）。しかし、裁判員裁判が運用されるようになり、バックグラウンドの異なる裁判官／裁判員が裁判体を構成するようになったので、裁判上の事実を確定する場合、裁判体の各構成員が有する経験則を「そのままの形で」適用することには困難を伴うことがある。この困難を解消する一助として、従来から裁判実務上前提となっていた経験則を提示することは必ずしも不当であるとはいえないであろう（その典型例が薬物事犯といえる）。

経験則の内容（例えば、上記の覚醒剤自己使用罪における故意の存否に関する推論過程）が当事者から争われる可能性がある場合、植村教授は、「立証（釈明等、より簡便な方法で足りることもあろうが、ここでは、立証に代表させる。）という手続を介して攻撃防御の対象としておくことが、事実認定の公平性、不意打ち防止の観点からも必要のように解される」と指摘する（植村一郎「最近の薬物事犯を中心とした最高裁判例に見る刑事控訴事件における事実誤認について」『刑事法ジャーナル』40号（平成26年・2014年）50頁注(50)）。このような「経験則に対する異議申立」がなされることを前提とした判例の集

積があれば、そこで得られる経験則は、合理的なものになるであろうが、その論理的な筋道として次のように考えることができる。

#### 経験則の定義

経験則は、推認力を有する間接事実から要証事実の存在を推認する方式を定式化するものであり、経験的事実から見出される一般的傾向のうち「法則性」すなわち「普遍性・必然性」が認められるものである（中谷・前掲注(39) 313 頁）。このように経験則を捉えた場合、これは「超越的で普遍的な性質を持った集合的實在の観念」（制度）である（「制度」に関する詳細は、明照・前掲注(19) 163 頁以下注(55)参照）。

#### 制度の定義

盛山教授によれば、「制度」（規範を含む）とは、「具体的な個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」とされる（盛山和夫『制度論の構図』（平成 7 年・1995 年）262 頁）。そして、教授は、もともと個人的理解であったものが「主客反照的過程」を経て「反照的均衡」に至り、「理念的實在」（「制度」）となる「事態の推移」に関して次のように説明する（盛山・前掲注(14) 26-7 頁。「制度」に関して、小坂井准教授は「人間の相互作用が生むにもかかわらず、制度は自律運動を始め、人間自身にも制御できない外在的存在として機能する」とし、「人間から遊離し自律運動するシステムとして集団現象は我々を無意識のうちに拘束する」とするが（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）、これは、個人的了解が「外在的存在」として評価できる場合、同時に、「理念的實在」（「制度」）となったことを意味するものと考えられる）。

「(1) 制度知識所属の主観性：『Y という制度が存在する』という知識は、究極的にはあくまで『個人の主観的知識』にすぎない。その知識が、他者と共有されているという保証はないし、共有されていなければ、個人の知識が成立しないということもない。

(2) 制度知識の客観的妥当性の主観的前提：同時に、『Y という制度が存在する』という知識を抱く個人にとっては、この知識は『一人自分だけに妥当するものでなく、社会全体に妥当すべきもの』である。つまり、この知識は『客観的に正しい』と主観的に見なされている。

(3) 観察とコミュニケーションを通じての妥当性確認：次に、『Y という制度が存在する』という知識を抱いている個人は、当然、その知識に基づいて行動するし、他者もまたそのように行動することを期待している。それだけではなく、その知識について他者とコミュニケーションし、少なくない場合において、『他者もやはり同じ知識を抱いている』というふうに理解する。より正確に言えば、『他者もまた同じ Y という制度を生きている』と理解する。いつもこうなるとは限らないが、こうした妥当性確認が成立する度合いにおいて、制度は成立する。これは文脈は異なるが、ロールズ (Rawls 1971) の言葉を借りて『反照的均衡 reflexive equilibrium』と呼ぶことにする。

(4) 制度知識の揺らぎ：最後に、『Yという制度が存在する』という知識は、時として、それが『他者が同じように理解していないものである』とか、『制度としての理解が間違っていた』とかと気づかされることがある。言語という制度では、そうしたことがよく起こる。たとえば、ことわざの理解の間違いとか、漢字の読みの間違いとか、あるいは、『自分は、憲法九条は自衛隊のような軍隊を認めていないと考えるのに、そうは考えない人がいる』とか、である。こうした制度知識の揺らぎも起こりうる」とする。

盛山教授は、「(1)～(4)」で特徴づけたような性質を、まとめて「主客反照性」と呼ぶとされた上で、「主客反照性」は、「主観と客観」又は「個人と共同的なもの」との「反照的」(reflexive)な関係性を意味すると指摘する(盛山・前掲注(14) 29頁)。そして、「制度という現象はこのようにして、基本的にはあくまで個人的な意味世界に帰せられるものでありながら、同時に、共同的なものとして成立することができる」とした上で(盛山・前掲注(14) 27頁)、個人と社会の関係を例として、敷衍される。すなわち、「もともと『社会』そのものが当初から主客反照性を基礎にして構成された存在である」が、そうすると、「個人と社会」の関係に関して提出された「個人だけしか存在しないところにどうやって社会という集合的なものが存在するようになるのか」という問いに対する回答が明瞭になる。それは「各個人が『個人を超えた社会』というものの存在を信じて生きている」ということである。「社会は基本的には人びとの個人的な信念の中にしか存在しないが、人びとがその信念のもとで行動することで、行動やその結果という『実体的なもの』が生まれ、そうした実体的なものは『社会の存在の証拠』として機能するのである」ということである(盛山・前掲注(14) 29頁)。このような主客反照的な関係において重要な点は「社会の存在は、他者のふるまいや発話で『検証される』」という契機が存在しているということである(盛山・前掲注(14) 29-30頁)。

#### 制度と経験則

「社会の存在は、他者のふるまいや発話で『検証される』」契機となるのであることを前提とし、これを裁判上の経験則にあてはめてみる。自分たちの裁判体以外でも、自分たちが用いる方法で「ある経験則」を用いていた場合、「他者(他の裁判体)もやはり同じ知識を抱いている」というふうに理解し、ここに、その経験則の妥当性を確認できたことになる。この過程で「他者のふるまいや発話」によってその妥当性が「検証される」ことになるからである。しかし、制度が「個人的な意味世界に帰せられるもの」であるため、「制度の知識の揺らぎ」が生じる。「他者のふるまいや発話」によって、制度としての「経験則」の妥当性が「検証される」ことは、「他者は同じ知識を抱いていない」ことを理解することにもつながるからである。

裁判体が、この「揺らぎ」に対して敏感でない場合、裁判体の構成員である裁判官個人の中で妥当性が確認された経験則(制度)を機械的に適用することになるが、これは「①適用にふさわしい範囲を超えて適用される危険性、②当該事案を十分に吟味するのではな

く、…定式化された経験則の要件充足の視点からのみ当該事案をみてしまう危険性」に繋がってしまう。それゆえ、実務家及び研究者は、このような「経験則」の使用に対する危険性を指摘するのであるが、この危険性は、経験則（制度）が「個人的な意味世界に帰せられる」ことに起因するから、この危険を回避するためには、少なくとも、「個々の間接事実の推認力の強弱を踏まえた上で総合評価」すべきであり（「結論ありき」の評価をすべきであると言っているわけではない）、経験則（制度）に対する異議がある場合、「経験則自体を争点化すること」（「観察とコミュニケーション」）を通じて、その「妥当性確認」を行う必要がある。妥当性がない経験則は「ジャンク経験則」となってしまうであろう（長瀬敬昭・太田寅彦「覚せい剤密輸事件における故意の認定について」『判例タイムズ』1422号（平成28年・2016年）14頁参照）。

#### 制度とジャンク経験則

この「ジャンク経験則」について、上記の「制度」を踏まえて説明すると、次のようになる。

上記の通り「制度」とは、「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、という了解である」が、これを分析すると次のようになる。

##### I ある人の了解

##### II ある人を「超越する」（「超越的で普遍的な性質を持った」／「共有知識化した」）「みんな」の思念（「集合的实在の観念」）

##### III ある人が「想像（創造）する」「みんな」の思念（「集合的实在の観念」）

ある人の価値観（言い換えれば、その人にとっての「常識」）が上記の「了解（I）」を「支える根拠」となる。そして、Iが、IIと結びついているか、それとも、IIIと結びついているかについては、間主観的に（主客反照的過程を経た反照的均衡を経て）「決定」される。

制度の実効性（ある人への「実際上の」内的拘束力）は、I（ある人の了解）がII（ある人を超越する「みんな」の思念）に結びつくとき極大化し、I（ある人の了解）がIII（ある人が「想像（創造）する」「みんな」の思念）に結びつくとき極小化する。ここで、IがIIIと結びついているにも拘らず、IIに結びついていると解されて、この評価に基づいて「経験則」が確定される場合、ここで確定された「経験則」は「ジャンク経験則」と評価される。

このように、「ジャンク経験則」（であると評価される事態）が生じるのは、「IがIIIと結びついている」にも拘らず「IがIIと結びついている」と評価される状況が生じる。一方で、「IがIIと結びついている」／「IがIIIと結びついている」のいずれにする「決定」は、上記の「制度」の定義を前提とすると、間主観的に（主客反照的過程を経た反照的均衡に至ったことに基づいて）なされるはずである。「経験則」も「制度」の一種であると考えられるが、「経験則（制度）が成立している」とすると、「ジャンク経験則」という事態が生じないはずである。しかし、現実には生じる。このような（一種矛盾をはらむ）状



況が生じるのは、Ⅱという状況が、判断者と独立して「存在し、確定する」とはいえないからである。「ⅠがⅡと結びついている」状況に至るためには、「共有知識化」を前提とした「みんな」の思念が「存在し、確定している」必要がある。「共有知識」は「資格の内容や配置を各メンバーがそれを知っており、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「状況」をいうが、このような状況を常に厳格に要求すると、「ⅠがⅡと結びついている」という状況は永遠に生じない。「みんな」は「常に」「流動的・浮動的」であり、「みんな」の「思念」を、個別の「みんな」から独立した第三者の視点から常に実態に即して確定することは不可能だからである。それゆえ、上記の決定（「ⅠがⅡと結びついている」／「ⅠがⅢと結びついている」のいずれにする決定）は、常に誰が判断しても同じ結論になるとは限らない。「ある人は、自分の了解（Ⅰ）が『Ⅱ』と結びついていると考えていても、問主観的には（主客反照的過程を経た反照的均衡に至った状態（少なくとも、これに近似する状態）を前提とすると）『Ⅲ』であると評価される状況」はあり得るのである。そこで、上記の不都合を解消するために裁判制度を準備することになるが、ここでは、「ⅠがⅡと結びついている」という状況であると「決定する」ために、「裁判所の判断」が「共有知識である『ことにする』（『擬制する』）」仕組みを構築しているのである。そして、「裁判所の判断」は、「司法解釈」と呼ばれ、それが「客観的に有効なものとして、人々を実際に拘束する権威をもつ解釈」としての「有権解釈」となる（木原淳『入門法学読本』（令和3年・2021年）38-9頁参照）。

「裁判所の判断」が「共有知識」の「擬制」であるとする、「裁判所の判断」に基づき決定された「共有知識」と実際の「共有知識」（「主客反照的過程を経た反照的均衡に至った状態」から導出される「共有知識」）とがある程度「乖離」していることは常態であろう。しかし、この「乖離」が許容できないレベルに達しない（「ジャンク経験則」を生じさせない）ために、「裁判所の判断」が下されるまでに当事者（不利益を受ける者）による異議申立ての機会が保障される必要があり、ここに、「経験則に対する異議申立」が（これは「研究者が学理的立場から主張する解釈」である「学理解釈」によって根拠づけられた異議申立であろうが、これが）なされることを前提とした判例の集積が重要となる根拠が存する。ここに、反照的均衡に至る契機が含まれるからである。

#### 確率論とジャンク経験則

確率論の観点から、経験則がジャンク経験則となる場面について、敷衍すると次のようになる。

注(45)で示した通り、「経験則とは、経験的事実から見出される一般的傾向のうち法則性、すなわち、普遍性・必然性が認められるもの」とされるが、この「法則性／普遍性・必然性」は、「自然科学的法則に従った確率論」を前提としつつも、「ある特定の人が、ある特定の状況に陥っている場面で、その人が想定した思考や実際に行われた行動が『社会的文脈』を前提として『通常』『あり得るか』（これは、社会的文脈を前提とした『確率』

である)」を意味すると解される。そして、「通常」「あり得るか」という意味での「法則性／普遍性・必然性」は、注(51)で示した「主客参照的な過程を経て」認識されることになると解されるが、限界事例においては、「『自然科学的法則に従った確率論』を前提として『通常』『あり得るか』が問題となっているのか（自然科学的法則に従った確率が問題となる場面：自然科学的確率が問題となる場面）、それとも、『社会的文脈』を前提として『通常』『あり得るか』が問題となっているのか（社会的文脈を踏まえた確率が問題となる場面：社会的確率が問題となる場面）」を整理した上で、検討する必要がある。

ここで「社会的文脈」とは、例えば、「営業上来客の飲食の用に供すべき器物に放尿する行為」は、「器物損壊罪の構成要件に該当する」（大判明治42・4・16刑録15輯452頁）という判断の前提となる価値観に係るものとする。つまり、器物は、放尿された結果、溶けてなくなったり、粉々に砕けたりすることがないとしても、「営業上来客の飲食の用に供すべき器物」として利用される確率は、殆ど「0」であろうが、飲食店がこのような判断に至る確率を支える価値観を「社会的文脈」として表現しているのである。言い換えれば、大審院明治42年判決は「所掲條文ニ所謂毀棄若クハ損壞トアルハ單ニ物質的ニ器物其物ノ形體ヲ變更又ハ滅盡セシムル場合ノミナラス**事實上若クハ感情上其物ヲシテ再ヒ本來ノ目的ノ用ニ供スルコト能ハサル状態ニ至ラシメタル場合**ヲモ包含セシムルモノト解釋スルヲ相當トス可キカ故ニ本案ノ如ク被告ニ於テ營業上来客ノ飲食用ニ供ス可キ鋤鋤鍋及徳利ニ放尿セシ以上被害者ニ於テ再ヒ該品ヲ營業用ニ供スルコト能ハサルハ勿論ナルヲ以テ原審カ右被告ノ所爲ヲ器物毀棄罪ニ間擬シタリシハ相當ナリ」とするが（なお、「所掲條文」とは「舊刑法第四百二十一條刑法第二百六十一條」を指す）、大審院の「事實上若クハ感情上其物ヲシテ再ヒ本來ノ目的ノ用ニ供スルコト能ハサル状態ニ至ラシメタル場合」の解釈において、「社会的文脈」という視点が重要になる。なお、明治時代（明治42年＝1909年）よりも、清潔性に対する意識が向上した現時点（熊代亨『健康的で清潔で、道徳的な秩序ある社会の不自由さについて』（令和2年・2020年）165頁以下参照）の「社会的文脈」においては、当時の価値観がそのまま現時点にあてはまるとは思えない。したがって、「日常的に飲食に使用する器物」に対する放尿行為も、器物損壊罪の構成要件に「該当する」という判断もあり得る。

幫助行為において、大審院は、「男は、やるときはやらねばならぬ」などと激励して殺人の決意を強化にさせることは、幫助にあたるとしている（大判昭和7・6・14刑集11巻797頁）。しかし、ジェンダーが争点化している現時点の「社会的文脈」において、当時（昭和7年＝1932年）の価値観がそのまま現時点にあてはまるとは思えない。つまり、幫助者が「男は、やるときはやらねばならぬ」などと激励して殺人の決意を強化にさせる「意図」があったとしても、それが正犯者を激励する言葉となり、よって正犯者の殺人の決意を強化する確率は、現時点では、それほど高くない可能性がある。そうすると、当該激励は、幫助に「あたらない」という判断もあり得る。



ただし、一般的に裁判制度（日本を含む）は、法律判断（又はその判断を基礎づける要証事実）の前提となる「社会的文脈」の内容を（主客反照的な過程を経て）裁判所が決定し、裁判所の「法律判断」（又はその判断を基礎づける要証事実）が「共有知識の擬制」となる「仕組み」になっている。この「仕組み」を前提とすると、裁判所の判断が社会に存在する「規範」（制度）を明示する機能を有することになるから、「裁判所の判断には継続性・統一性が必要になる」といえる。

以上から、経験則がジャンク経験則となる場面は、「継続性・統一性」が要請される裁判所の法律判断（又はその判断を基礎づける要証事実）の性格を考慮してもなお（主客反照的な過程を経て）「従来の経験則」を変更すべきであると評価される局面である。この局面の判断が困難であるのは、裁判所が自然科学的確率ではなく社会的確率（社会的文脈を踏まえた確率）の評価に関する場面であろう。そして、「社会的文脈を踏まえた確率」を適切に判断するためには、主客反照的な過程を経る必要があるから、ここでも、「経験則に対する異議申立」がなされることを前提とした判例の集積が重要である。

52) 加藤・前掲注(4) 174 頁参照。

53) 樋笠・前掲注(4) 426 頁は、平成 27 年高裁判決が示した「後追いで法規制がなされている」状況のもと、「売り手」が「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」する「期待」とすでに法規制の対象となっていることに対する「不安」が「併存する」のが「通常であると認められる」とする「経験則」は、「いわゆる脱法ドラッグ事案全般に対し、違法薬物の未必的認識を認める推認力を有するものと思われる」とする。

54) 辻・前掲注(4) 74 頁。

55) 辻・前掲注(4) 74 頁。

56) 加藤検事は、平成 27 年高裁判決が示した「経験則」に従えば「所持・施用時における規制薬物等であることの認識を窺わせる積極的事情の一つとなり得ると解されるが、これを超えて、規制薬物等であることの認識（未必的認識を含む。）を積極的に立証するには、かかる経験則のみではなお不十分であることが通常であろう」とする（加藤・前掲注(4) 174 頁）。

57) 佐藤弘規「事実認定の言語化」『これからの刑事司法の在り方』（令和 2 年・2020 年）271 頁。

58) 辻・前掲注(4) 74 頁の「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、規制の対象が拡大したものの、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」という言及は、被告人の「多く」は、規制薬物であることの認識があるにも拘らず、「危険ドラッグが蔓延している状況においては当該薬物の規制状況が刻々と変化している」というに事情を弁解事由として用いている「実態がある」ことを指摘しているのであれば、平成 27 年高裁判

決の指摘する、危険ドラッグと称する「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」である「道筋」がより「あり得るもの」という評価の根拠となるであろう。

- 59) 加藤・前掲注(4) 174 頁は、「本判決が指摘した経験則に照らせば、原判決が説示したような『他の薬物事犯より慎重に故意を認定すべきである』とはいえず、むしろ、所持・施用時における規制薬物等であることの認識を窺わせる積極的事情の一つとなり得ると解されるが、これを超えて、規制薬物等であるの認識（未必的認識を含む。）を積極的に立証するには、かかる経験則のみではなお不十分であることが通常であろう」とするが、この指摘は、「違法薬物（規制薬物）が厳格に管理されている社会」という前提が崩れている状況においては、より妥当する指摘であると考えられる。
- 60) 平成 26 年地裁判決は、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、搜索差押時における被告人の対応等の事実、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」とした。そうすると、「脱法ドラッグ」（危険ドラッグ）事犯の故意成立を肯定するために必要な要証事実を認定するための間接事実として、被告人の「本件薬物がやばい薬かも知れない」という「認識」があった【という事実】を示している。
- 61) 当該薬物が「指定薬物」となるのかそれとも「規制薬物」となるかは、厚労省の決定によっている。本件のように、規制の対象となっていなかった薬物が「麻薬」（規制薬物）となることは当然生じる事態である。そうすると、本件のように「危険ドラッグが蔓延している状況においては当該薬物の規制状況が刻々と変化している」場合、「要証事実」は、「被告人が当該薬物を『指定薬物／規制薬物に指定された』『薬物（具体的名称）』（本件の場合は『規制薬物に指定された』『 $\alpha$ -PVP』（麻薬））と認識している【という事実】】ということになるのであろう。
- 62) 加藤・前掲注(4) 174 頁。
- 63) 坪井・前掲注(4) 94-5 頁。
- 64) このような認定が可能となるのは、「社会的文脈を踏まえた確率」（「社会的文脈」を前提として「通常」「あり得るか」）を考慮しているからである（この点に関して、前掲注(51) 参照）。
- 65) 辻・前掲注(4) 74 頁。

- 66) 平成26年地裁判決が「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**」と説示するのは、本文で述べた関係を前提とするものと考えられる。
- 67) 平成26年地裁判決は「Z4は医療関係者でもなく、正当に薬物を売買できる資格があるとはいえないし、過去覚せい剤に関与したこともあった…。しかし、脱法ドラッグは、警察に摘発されることなく規制薬物と類似の薬効を得られる代替品として広く流通しており、店舗を構えて大っぴらに売買されることもあるが、薬事法違反等で警察から捜索を受けたり検挙されたりするリスクを避けるべく、個人間でインフォーマルに売買されることも決して不自然ではない。被告人は公判廷において、『Z4がもう覚せい剤はやりたくない、刑務所にも行きたくないと言っていたので、それはお互い同じ気持ちだと思った』と供述するが…、そうした経歴や思いを持つ人物の間で、警察に捕まらないのに規制薬物と類似の薬効がある脱法ドラッグが売買されることも、やはり不自然ではない。しかもZ4が規制薬物の密売人として広く認知されていたとの証拠もなく（被告人が公判廷で実名を出すのを渋ったとしても、そこまでの推認はできない）、本件薬物の形状（見た目はメリケン粉のようなもの。…）等だけから、規制の有無を直ちに判別できるものではない。そして、本件薬物が規制前であるというZ4の言葉は、実在すると思われる脱法ドラッグ販売店から仕入れている（又は同店に卸している）等の会話と相まってそれなりの信憑性があり、被告人は、平成25年8月、他の知人から『Z5が同じ薬物で警察に逮捕されたが結局は釈放された（その頃までに同事実が存在したことは公知の事実である）』との話も聞いていたのであるから、Z4の言葉を信用したとの弁解もあながち不自然とはいえない」とした上で、「結局のところ、上記した入手状況に係る事実には、故意（未必の故意を含む）を推認させる力が弱いといわざるを得ない」とする。
- 68) 「購入する薬物が規制薬物である可能性、あるいは早晩規制される可能性がある」と認識していた」という事実を、要証事実の推認を弱める方向で用いる場合、上記の事実（被告人の認識）によって、被告人は「当該薬物が必ずしも違法薬物であるという認識がない」ことを推認するために用いることになる（平成26年地裁判決は、このような視点から事実認定を行っていると思われる）。これに対して、上記の事実（被告人の認識）を、要証事実の推認を弱める事実を否定する方向で用いる場合、上記の事実（被告人の認識）が購入相手との情報交換において受けた説明によって「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」（要証事実の推認を弱める事実）を「容易く信用することはできない」という認定のために用いることになる（平成27年高裁判決は、このような視点から事実認定を行っている）。
- 69) 信憑性の存否の判断は、経験則の存否の判断と同じ経緯をたどるものと思われる（経験

則に関しては、前掲注(45)及び(51)参照)。

70) 平成 27 年高裁判決は、被告人が「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」と認識していた」[という事実]は、要証事実の推認を弱める方向でも用いることができる(原判決である平成 26 年地裁判決)。したがって、平成 27 年高裁判決が指摘するように、危険ドラッグと称する「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」という「経験則」が存在しているとするが、この平成 27 年高裁判決の説示は、加藤検事の「本判決が指摘した経験則に照らせば、原判決が説示したような『他の薬物事犯より慎重に故意を認定すべきである』とはいえず、むしろ、所持・施用時における規制薬物等であることの認識を窺わせる積極の事情の一つとなり得ると解されるが、これを超えて、規制薬物等であるの認識(未必的認識を含む。)を積極的に立証するには、かかる経験則のみではなお不十分であることが通常であろう」と指摘を誘発するものである。この指摘の意義は、本件のような事実関係が認定できれば、平成 27 年高裁判決が示した「経験則」を前提として、「一律に」要証事実を推認させる事実として扱うことに対する警鐘であると思われる。

ただし、平成 27 年高裁判決が「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」[事実]を認定する場合には、前述した「経験則」から「一律に」その存在を推認しているわけではない。すなわち、「入手状況」からその存在を推認した上で、Z4 からの説明について、「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」とする。これに加えて、「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」とする。そして、平成 27 年高裁判決は「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」点について「間接事実」から「要証事実」を推認する「可能性」がある「特別の事情」になり得ることを前提として、これを否定している。したがって、本件では、加藤検事の「警鐘」は、杞憂に終わっている。ここでの主眼は、原判決である平成 26 年地裁判決の判断を否定する点にあると思われる。しかし、この経験則の運用次第では、杞憂に終わらない「裁判所の判断」が存在することを否定できない。その意味で、上記の加藤判事の指摘を「警鐘」として受け入れる必要がある。

## 五 結 論

本稿では、平成27年高裁判決の経緯をみた後、故意の基本概念及び平成2年決定の推論構造を分析し、危険ドラッグを購入して所持していた事案を扱った上記の平成27年高裁判決を検討した。その結果、「危険ドラッグが蔓延している状況においては当該薬物の規制状況が刻々と変化している」状況において経験則を措定すること及びそれを前提とした事実認定の困難性が明確となり、平成2年決定は、「違法薬物（規制薬物）が厳格に管理されている社会」（日本）が前提となって初めて安定的に運用できることも明らかとなった。

平成27年高裁判決は「危険ドラッグが蔓延している状況においては当該薬物の規制状況が刻々と変化している」状況を前提とするが、本稿では、2つの争点を中心に検討した。その結果は次の通りである。

争点1に関しては、本件のような「危険ドラッグが蔓延している状況においては当該薬物の規制状況が刻々と変化している」事情では、平成26年地裁判決の「道筋」（仮説構築）も可能であるし、平成27年高裁判決の「道筋」（仮説構築）も可能であることを前提として「本件事実関係」において、いずれの「道筋」がより「あり得るもの」と評価されるかを検討する必要がある。そして、「いずれの『道筋』がより『あり得る筋道』と評価されるか」を検討する場合、間接事実から要証事実を推認させる「関係」を明確にした上で、言い換えれば、「当該証拠が如何なる事実を立証するために使われているか」の「関係性」を明確にした上で、事実認定を行う必要があると考えられる。

争点2に関しては、本件において、平成27年高裁判決は、被告人が「購入する薬物が規制薬物である可能性、あるいは早晩規制される可能性がある」と認識していた「[という事実]」は、平成2年決定の枠組みを用いてもなお故意の成立を肯定するために設定された要証事実の推認を否定する要素にはならなかったことを示しており、その理由づけも説得的であると考えられる<sup>71)</sup>

注

- 71) ただし、上記の通り、被告人が「購入する薬物が規制薬物である可能性、あるいは早晩規制される可能性がある」と認識していた」[という事実]は、要証事実の推認を弱める方向でも用いることができることを銘記する必要がある。