

# 刑事判例研究(6)

中央大学刑事判例研究会

脱法ドラッグと称する薬物を購入して所持した者が合法的な物質だと思っていた旨の弁解をし、故意が争われた事案について、被告人には規制薬物であることの認識を認定できないとして無罪を言い渡した原判決に対し、被告人は当該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ていたとし、原判決を破棄した事例

樋 笠 堯 士

〔大阪高判平成二七年七月三〇日〈LEX/DB 25541084〉公刊物未登載〕

## 【事実の概要】

(1) 本件は、被告人が、平成二五年一〇月一〇日、自宅において、麻薬である1ーフェニル2ー(ピロリジン1ーイル)ペンタン1ー1ーオン(通称αーPVP、以下「αーPVP」という。)の粉末約一・四四三グラムを所持したという事案である。

(2) 被告人は、平成二五年八月か九月頃、知人で覚せい剤事犯により刑務所で服役した前科のあるZ<sub>4</sub>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、近鉄向島駅前のロータリー付近において、Z<sub>4</sub>から「パウダー」及び注射器を五千円で購入して、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、一〇月二日か翌三日頃にも、上記と同じ場所で、Z<sub>4</sub>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二袋（以下「本件薬物」という。）を五千円で購入した。

(3) 被告人から任意提出された本件薬物を鑑定した結果、麻薬であるα-PVPが検出された。

### 【被告人の弁解状況】

(1) 平成二五年八月か九月頃、知人女性（Z<sub>4</sub>を指すものと認められる。）から、電話でパウダーを買わないかと言われた。最初はかかわしいと思つてずっと断っていたが、多いときで二日に一回ほど電話で勧誘され、「市販されてるような鬱の薬とかを調合したものであつて、栄養ドリンクやそういうものと変わらへん」、「違法の薬物では全くないから、一切捕まることはない」などと言われた。上記の女性は、タレントのZ<sub>5</sub>もそのパウダーを使用していたけれども捕まらなかったから違法薬物ではないとも言い、さらに、脱法ハーブや脱法パウダー等の違法にならない薬を売っている店の名前を挙げ、そこに卸していると言つていた。最初は上記の女性が覚せい剤を取り扱っているような者でないか疑いがあつたが、同女から、覚せい剤をして刑務所で務めたことがあり、もうやりたくないという話を聞いて、私と同じ気持ちだと思ひ、疑いが解消できた。九月上旬頃には、テレビや新聞の記事を見て、Z<sub>5</sub>の話も真実味を帯び、栄養ドリンクみたいなもんだろうと思つてパウダーと注射器を買つた。使用した効果は、栄養ドリンクに毛が生えたみたいなき感じだった。一〇月二日か翌三日頃、前記の女性から、前と同じ近鉄向島駅前のロータリーでパウダー二袋（本件薬物）を五千円で買った。このとき女性は、本件薬物につき、「前回の薬物とは違う、出回つている中で一番新しいもので、規制されておらず違法性は全くない」とはつきり言つていた。

## 【原判決の判断】

原判決は、次のように判示し、被告人には規制薬物所持の故意が認められないと認定した。

(1) 最高裁判平成二年二月九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（俗にいえば「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）。

(2) 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誤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。

(3) 本件薬物の入手状況につき、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、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。Z<sub>4</sub>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、本件薬物の形状等だけから規制の有無を直ちに判別できるものでもない。本件薬物が規制されていないというZ<sub>4</sub>の言葉には、実在すると思われる脱法ドラッグ販売店から仕入れ、又は同店に卸しているなどの会話と相まってそれなりの信憑性があり、被告人は、「Z<sub>5</sub>が同じ薬物で警察に逮捕されたが結局は釈放された」との話も聞いていたのであるから、Z<sub>4</sub>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。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。

(4) 被告人は、本件薬物やその使用を妻や義父に見つからないよう留意していたが、覚せい剤前科のある被告人が脱法ドラッグをおおっぴらに使用・所持すれば、それを見つけた家族が覚せい剤の再犯を疑うなど心配をかけるおそれが強いことを考えると、上記のような使用状況が故意を推認させる力は弱い。

(5) 捜索差押えを受ける直前の被告人の言動は、いきなり警察の訪問を受けてとっさになされたものである。被告人が本件薬物を規制されていない脱法ドラッグと認識していた場合でも、上記の言動が不自然とまではいえないこと、その後には罪証隠滅や逃

亡の強い意思を推認させる行動をとっていないことに照らすと、上記の言動が故意を推認させる力は弱いといえる。

(6) 故意を認めるかのような被告人の捜査段階の供述調書は、警察官の誤導的な取調方法等により作成された疑いが濃厚であることなどから、信用することができない。

本件薬物の入手状況をはじめ原審検察官の主張する間接事実は、以上のとおり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、被告人が「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することができない。

### 【本判決要旨】

(1) 原判決は、前記【原判決の判断】(1)の説示に先立って、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(俗にいえば「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、前記【原判決の判断】(1)のとおり説示して、被告人に規制薬物所持の故意があつ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。以下詳述する。

(2) 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つて合法的な物質だと思つ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【原判決の判断】(2)のとおり説示し、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き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脱法ドラッグを購入しているとしても、そのことと、ひよつ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ふべきであつて、これに反する前記【原判決の判断】(2)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。

(3) 以上を前提に、被告人の故意の有無について検討するに、原審公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Z<sub>4</sub>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つて、Z<sub>4</sub>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、五千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。

また、被告人は、Z<sub>4</sub>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、あるいは早晩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Z<sup>4</sup>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。

(4) 本件薬物の入手状況に加え、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。

(5) 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。

(6) 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（原審乙三、四）及び警察官調書（原審乙二）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、一〇月一〇日の本件犯行当日、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。

## 〔研究〕

### 一 問題の所在

本件は、近年増加する脱法ドラッグ事件において故意の有無が争われた事案である。本件において重要なのは、一

審が故意の存在につき消極的な方向を示すものとして解した「後追いの法規制の状況」という事実が、控訴審においては、故意の存在につき積極的な方向で解されたことである。したがって、かかる事実の内実を考察し、その上で、本判決が説示した「経験則」、さらには、未必の故意における「期待」と「不安」について順次検討する。なお、これらの考察に先立ち、原審・本判決で争いなく認められている薬物事犯における概括的認識について概観する。

## 二 薬物事犯における概括的認識

原判決における「最高裁判平成二年二月九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。）」との説示部分については、本判決も「上記の説示は相当として是認することができる。」とこれを認めている。それゆえ、本判決の検討に先行して、最高裁判平成二年二月九日決定（判タ七二二号三三四頁、判時一三四一号一五七頁）と、その原審である東京高判平成元年七月三十一日（判タ七一六号二四八頁）を概観することとする。

①東京高判平成元年七月三十一日は、「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、法規制の対象となつ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つても足り、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つても、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。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。」と説示している。

この上告審である②最決平成二年二月九日は「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、所持罪の故意に欠けるところはない」と判示する。

同決定について原田元判事は「ここで用いられている概括的故意というのは、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とするものである」とし、「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とは、被告人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明確に認識していた場合というよりは、むしろよりほんやりと右の程度の概括的な認識（俗に言えば、やばい薬だとの認識）があったという場合をさしている。後者の場合の認識内容は、前者よりほんやりとしたもので、場合によっては、あえてそれ以上明確にしようとしめない状況なのである。そして、前者にお

いては、覚せい剤とその他の非覚せい剤違法薬物との各未必の故意があり、そのいずれでもよいという概括的な故意が認められるのであり、この場合にも覚せい剤についての故意が成立することは明らかであろう。…(中略) 後者のようなぼんやりとした概括的な認識がある場合としては、①被告人が実際にそのような認識状態にあったと積極的に認められるときと②被告人が否認しているためその限度でしか証拠上認定できないというときとがある。右の程度の概括的な故意でよいとするのは、右の②の場合にとくに有意義であろう」と述べている。<sup>(1)</sup> 小西元判事も、「『概括的故意』とは、『覚せい剤』という『種』としての認識が具体的にはなくても、覚せい剤を含む『違法な薬物』という『類』としての故意を認めることができる」としている。<sup>(2)</sup> また、行為者が「類」に包括された種のいずれをも決定せず、そのいずれに対してもどうでもよいというかたちで振る舞うという「ヘルマンの概括的故意」が認められたものであるとの見解もある。<sup>(3)</sup> このように種々の説明手法および解釈が散見されるころ、最高裁平成二年決定の結論については学説上概ね見解の一致をみている状況である。<sup>(4)</sup>

これらの見解によれば、上位概念としての「類」の認識があれば、「種」としての「覚せい剤」の認識がなくとも、概括的故意に覚せい剤の認識は包括されると解されている。つまり、未必の故意として「類」の認識を認定できれば、そこから概括的故意として「種」の認識を認定できることになる。<sup>(5)</sup>

本件において、公訴事実たる違法薬物は、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)であるが、被告人はこのような具体的な名称の認識を欠いているものの、対象薬物が規制薬物であること、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は存する。したがって、被告人が「このパウダーにはα―PVPをはじめとする麻薬は含まれていない」と、一定の薬物を排除していない以上、<sup>(6)</sup> 法による規制の対象物で

ある「類」としての認識が認められる。それゆえ、本件違法薬物についての未必的認識が認定されたのだと考えられる。<sup>(7)</sup>この理解を前提に、次項では、本件のような脱法ドラッグ事案に対する法的規制の点について検討する。

### 三 後追いの法的規制の意義

まず、本件の違法薬物である $\alpha$ -PVPの事案として、広島地裁福山支部判平成二六年三月五日（LEX/DB 25504895 公刊物未登載）が挙げられる。これは、 $\alpha$ -PVPにつき、合法である「新しい薬」を購入したと主張し故意を争った事案であるが、広島地裁は「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っ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せ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こと等に照らし、当該薬物が『違法な薬物を含む有する麻薬である』と未必的にでも認識していたと合理的な疑いなく認定することはできない。」旨判示し、無罪を言い渡している。

これに対して控訴審である広島高判平成二六年九月二五日（LEX/DB 25504896 公刊物未登載）は、「原判決の説示のうち、薬理効果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、更に同様の薬理効果が味わせる別の法的規制がない薬物が出回ることがあると指摘している点に、誤りがあるとはいえない。しかし、そうした事実が広く広島地区の薬物使用者に知られていたとの原判決の説示には特段の根拠は見当たらない。」等を理由に、原判決を破棄して有罪とした。

広島地判（原審）が、故意の推認に際し、「後追いの法的規制状況」を消極的に解したのに対し、広島高判（控訴審）は、この状況自体は認めつつもその間接事実を否定し、他の間接事実によって違法薬物であるとの認識を認めているのである。このことから、故意の推認に際し、「後追いの法的規制状況」を消極的に解するべきかどうかについては、控訴審は判断を下さなかったものと推察し得る。

これに対し、同様に $\alpha$ —PVPの事案である本判決は「後追いの法的規制状況」が故意の推認に際し、積極的に解すべきであることを明示している。前述の推察に基づけば、「後追いの法的規制状況」を故意の推認に際し、どのように解されるか、という点について、上述の広島高判よりも一歩進んだ見解を示したものとも考えられ得る。次項では、その見解である「経験則」について考察する。

#### 四 経験則について

原審が「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」とした、故意を消極的に解する前提となる説示部分が、本判決の判示においては、「経験則に照らして合理性を欠く」とされ、さらに、「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」と示されている。

ここでいう経験則とは、経験的事実から見いだ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。<sup>(8)</sup>「経験則」自体については、「定立された経験則が一人歩きする危険性を孕んでいる」という懸念もあること<sup>(9)</sup>から、その定立や認定には注意が必要である。実務上も「経験則」という言葉を判決上明示することには

慎重であるとされている。<sup>(10)</sup> このような状況を踏まえた上で、原判決を否定した本判決の文言に鑑みれば、<sup>(11)</sup>「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、ひよ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。」という経験則は、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。

前述注(6)の東京高判平成二三年八月一八日も「相手の言をそのまま信じていることができるのは、相応の相手、場所、状況の下で納得できる説明があるからであるが、本件はこれに全く当たらない。被告人の供述によれば、本件の薬物は、見知らぬ外国人がバーで密かに売ろうとしていたというのであり、被告人が違法であれば買わないと言ったとすれば、それは正に自身が違法な薬物である可能性を認識していたからこそ確認したにほかならない。そして、被告人が違法であれば買わないと言った場合に、これを売ろうとしている売主が敢えて違法であるなどという由もなく、いくらその外国人が合法と言ったからといって、被告人においてその言を信用するような相手、場所、状況の下には全くなく、説明も何もないのであって、違法薬物であるとの疑いが払拭されないことは火を見るより明らかである。」と説示しており、このことから、違法かどうかを気にして薬物を購入する者には違法な薬物である可能性の認識が存するとうことを前提としていることが看取される。本判決は、かかる前提を経験則化したものと考えられる。

もつとも、本判決は、かかる経験則を基礎にしつつ、被告人と売人との関係や、薬物前科、購入場所、薬物の外観、購入金額や入手状況、薬物の使用方法等をも考慮して当該薬物が規制薬物であることの未必的認識を認めていることから、かかる経験則のみで直ちに規制薬物であることの未必的認識が認められるわけではないことに留意が必要である。<sup>(12)</sup>

さらに、たとえば、行為者が脱法ドラッグの適法性について妥当な方法で、当該ドラッグが適法かどうかの確認作業を行ったところ、翌日にそのドラッグが麻薬として規制され、それを知らずに当該ドラッグを購入し検挙されたというような場合も、この経験則がそのまま妥当するかは疑問である。<sup>(13)</sup> それこそ程度の差ではあるが、当時の行為者は「このドラッグが違法かもしれない」という不安はなく、適法であるという期待（ないしは安心）のみが存するはずだからである。

また、購入時に当該ドラッグが完全に適法であった場合、かかる経験則により、「期待と不安は併存」しつつも、行為者の行為は適法であることになるが、この後、当該ドラッグが規制され違法になった場合、適法であった購入の時点と所持が違法となった時点の行為者の認識はほぼ同一で有り得る。この場合、未必的認識（故意）と行為の関係が問題となろう。しかしながら、行為者において、使用ではなく、単なる所持を目的として当該ドラッグを所持していた場合には、購入時に適法であって、故意が認められない以上、実行行為を所持が違法となった時点以降に見いだす等の行為論の議論にもなろうと思われる。<sup>(14)</sup> この点、今後、かかる経験則の射程を考えるにあたっては、事例の集積が待たれるところである。

## 五 未必の故意における「期待」と「不安」

前述した内容と関連して、「期待」と「不安」の併存状態と未必の故意の内実との関係が問題となると思われる。というのも、法的に規制されていない脱法ドラッグが多い状況等に鑑みれば、被告人の内心には、違法薬物の所持という結果発生を否定する意思が存するとも思われ、本判決の「ひよつとしたら」という文言の語義に照らせば、違法な薬物であるかもしれないことへの程度は蓋然性には及ばず、可能性に過ぎないと考えられるからである。つまり、結果発生を否定する意思を「期待」とし、違法薬物の可能性の認識を「不安」とするならば、これらを併せ見れば、未必の故意ではなく、いわゆる「認識ある過失」であるとも言い得るのである。<sup>(15)</sup>

しかしながら、かかる「期待」と「不安」の併存状態につき、本判決において違法薬物に関する未必の故意が認定されている。それゆえ、本判決が説示する「期待」と「不安」とは、未必の故意における意思要素と認識要素を表したのではないと考えられる。仮にどちらかの要素について言及したとするならば、それは、「不安」が存することにより、被告人が結果発生の認識を有していることを示したものと見える。その上で、間接証拠等および薬物を所持していた事実等から、被告人が結果発生を認容していたことが読み取られたのだと考えられる。<sup>(16)</sup>

したがって、脱法ドラッグのような事案においては、行為者が合法と期待していたとしても、少なくとも「不安」は存するのであり、行為者には、違法薬物の所持という構成要件の結果発生の認識が常に認められることになろう。この限りでは、「期待」と「不安」の併存状況は、未必の故意における認識に係わるものといえる。

## 六 本判決の意義

本判決は一つの事例判断ではあるものの、「後追いの法的規制状況」が、故意の推認に際し積極的に解されるべきであることを明示した点に意義があらうと思われる。

また、本判決の「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」という説示により、法的規制を踏まえた薬物購入者の心理状態を明らかにする経緯則が示され、これが今後、薬物事犯の実務において故意の立証に寄与すると考えられる点にも意義があらう。

- (1) 原田國男「覚せい剤輸入罪及び所持罪における覚せい剤であることの認識の程度」ジュリ九五八号八〇頁(二〇〇四年)。
- (2) 小西秀宣「違法薬物であることの認識と概括的故意」『小林充先生・佐藤文哉先生古稀祝賀刑事裁判論集(上)』三二六頁(判例タイムズ社、二〇〇六年)。
- (3) 内田文昭「覚せい剤輸入・所持罪と概括的故意」判タ七二六号六四頁(一九九〇年)。
- (4) 最高裁判平成二年決定の結論に異を唱えるものとして、秋葉悦子「覚せい剤取締法違反罪の故意(2・完)」警研六一卷一〇号三四頁以下(一九九〇年)。
- (5) 拙稿「薬物事犯における未必の故意―ドイツ麻薬法の観点も踏まえて―」中央大学大学院研究年報法学研究科篇第四四号二六四頁(二〇一五年)。
- (6) この点、東京高判平成二三年八月一八日(高刑速平成二三年一二六頁)も「被告人は実際にはケタミンであった粉末を購入したのであって、被告人には、その粉末が、通常では入手し難い違法薬物であるかも知れないとの認識があったことは明らかであり、その認識を全く欠くに至った旨の被告人の供述は信用できない。そして、その違法薬物としてケタミンを始め

とする麻薬が排斥されるような事情も全く窺われないから、本件各犯行につき被告人の故意を認めた原判断は相当である。被告人は、それほど危険なものと感じなかつたなどとも供述するが、その軽率さや好奇心などを示すだけであり、仮にそのように思ったとしても違法薬物であるとの可能性の認識が排除されることにはならず、被告人の故意の認定の妨げとならない。」と説示しており、「ケタミンを始めとする麻薬が排斥されるような事情も全く窺われない」点を指摘している。

(7) 「覚せい剤かもしれないし、その他の身体に違法で有害な薬物かもしれないとの認識」が薬物事犯の故意を充足する認識であるとする最決平成二年決定が示した立場は、実務のスタンダードとして定着している。古田佑紀『斉藤勲編』大コンメンター薬物五法Ⅱ（青林書院、一九九六年）覚せい剤取締法篇一五七頁以下（新庄二郎）。

(8) 中谷雄二郎「控訴審における事実誤認の審査について―裁判員制度との関連で―」安廣文夫編著『裁判員時代の刑事裁判』三三三頁（成文堂、二〇一五年）。

(9) 長瀬敬昭・太田寅彦「裁判員裁判を巡る諸問題 大阪刑事実務研究会 覚せい剤密輸事件における故意の認定について」判例タイムズ六七巻五号一四頁（二〇一六年）。および植村立郎「裁判員裁判における事実認定の充足を目指して」季刊刑事弁護七九号一二二頁（二〇一四年）。

(10) 推定法則の定立によって合理的な疑いが高度になり得ることを懸念するものとして、豊崎七絵「覚せい剤輸入事件における共謀の認定と『経験則』」法学セミナー七〇三号一四八頁（二〇一三年）。

(11) 本判決の太田裁判官が執筆された、太田寅彦・前掲注(9)一四頁脚注(40)では、大阪刑事実務研究会において「『経験則』足るには、たとえ被告人が黙秘していた場合であっても、当該事実から要証事実を認定することができるだけの推認力が必要ではないか」という意見も出されたとのことである。

(12) 同主旨のものとして、坪井麻友美「判批」警察公論七一巻五号八七頁（二〇一六年）。

(13) 加藤経将「判批」警察学論集六九巻五号一六三頁（二〇一六年）も、「確認等をした時点と公訴事実の内容となる所持・使用等の時点との時間的隔たりがほとんどないような場合には、かかる経験則をそのまま適用することが妥当ではないこともあるろう。」ことを指摘する。

(14) ただし、薬物事犯において大抵の場合は、所持に伴って薬物の使用もなされることから、実務上、当該行為者は所持罪ではなく、使用罪で起訴されると考えられるから、かかる議論が有益か否かは疑問が残るであろう。

(15) 行為者において、構成要件の結果を否定する意思と、結果発生の「可能性」の認識が存する場合には、学説の多数は未必の故意を否定し、認識ある過失とする。佐伯仁志「刑法総論の考え方・楽しみ方第13故意論(1)」法学教室二九八号五〇頁(二〇〇五年)。

(16) 東京高判平成一六年三月五日は、「隠匿物が違法有害な薬物類かもしれないがそれでもやむをえないと考えたのであれば、薬物の種については概括的故意ではあるが当該薬物隠匿所持の未必的認識・認容があるといえるのである。」と説示しており、薬物事犯における未必の故意の認定においても、「認識」「認容」の両者を検討している。結果発生について「仕方がない」「やむを得ない」と行為者が思っていた事実が供述調書などから明らかになつていている場合は、判決文に「認容」という文言が示され、明らかにならない場合は間接証拠や所持の事実等から「認容」が認められるものと考えられる。

(本学大学院法学研究科博士課程後期課程在籍)