

# 刑事判例研究 (4)

中央大学刑事判例研究会

所持する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薬事法二条一四項に規定する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、指定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などの特異な事情が認められない場合に、同号に規定する指定薬物を所持する罪の故意が認められた事例

樋 笠 堯 士

〔福岡高裁平成二八年六月二四日判決、高刑集六九卷一号一頁〕

## 【判決要旨】

(1) 原審で取り調べた各証拠によれば、平成二六年八月一九日、被告人に対する脅迫の被疑事実による被告人方居室の搜索差押許可状が執行され、その際本件植物片が発見され、被告人は、自身で購入したことを自認して、それを任意提出し、その後、本件

植物片が鑑定され、本件薬物の成分が検出されたことが認められるから、被告人が本件薬物を含有する本件植物片を所持していたことは明らかである。また、本件薬物は、平成二六年七月一日公布、同月二五日施行の厚生労働省令第七九号により、当時の薬事法（平成二五年法律第八四号による改正前のもの、現在は法律名が「医薬品、医療機器等の品質、有効性及び安全性の確保等に関する法律」と改正されており、同法において同じ規制がされている）二条一四項に規定する薬物に指定された（以下「指定薬物」という）ものである。

(2) 被告人は、検察官調書において、任意提出当日の平成二六年八月一九日、北九州市甲区内のハープ販売店「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、合法なものとして信じていた旨供述する。

当時の薬事法は、中枢神経系の興奮若しくは抑制又は幻覚的作用（当該作用の維持又は強化の作用を含む）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薬物を厚生労働省令で指定して規制し、その販売、所持、譲り受け等を禁止しており、現在もそのような規制の仕組みに変わりはない。しかし、これらのいわゆる危険ドラッグと称される薬物は、市中で公然と販売されており、実際、本件薬物は、平成二六年六月二四日の東京都豊島区で発生した交通事故の容疑者から検出されたことを端緒に、同年七月一日に厚生労働省令で指定薬物に指定されたものであって、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。

そして、違法とされる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から、規制回避のために同じような薬理作用がありながら成分が異なる薬物が次々に出現していたのであり、そのため、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。また、本件薬物が指定薬物として指定されてから被告人が購入して任意提出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、被告人が購入した販売店も、本件植物片が本件薬物等の指定薬物を含有していたことを確知してはいなかった可能性は否定できないし、

たとえ販売員が本件薬物等の指定薬物を含有する可能性を認識していたとしても、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。さらには、前記東京都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。

これらを併せみれば、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。

(3) 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つ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。

この点、指定薬物は、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、指定薬物を指定する厚生労働省令でも、その化学的な成分が規定されているにすぎない上、危険ドラッグを使用する者は、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つた。

しかしながら、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の間で十分周知されていた。

このような指定薬物の実態とそれを規制する趣旨に照らして、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には、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。そうすると、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えることができる。

これを本件についてみると、被告人は、危険ドラッグである脱法ハーブを吸引して相手に傷害を負わせた別件傷害被告事件の公判において、嫌なことが重なりイライラして、どうしていいか分からないとき、現実逃避のため脱法ハーブを吸っており、暴力的になるのは脱法ハーブが原因ではないかと思う旨供述している。また、検察官調書（原審乙8）においては、本件植物片のことをハーブと称した上、ハーブを吸うと、身体が一気に硬直して物凄く重く感じ、気持ちも身体も強力な力で引つ張られて持っていない感じがして、引つ張られていく感じを我慢していると、体がフワーンと楽になったり、気持ちがダラーンと良く感じたり、嫌なことが忘れられたり、味覚や聴覚が冴えるように感じる旨供述し、体がフワーンとなるので、自動車の運転には危なく、交通事故を起こしかねないため、ハーブを吸った後には自動車は運転しないようにしていた旨供述している。そして、自動車を運転するとき吸引を控えていたというのは、東京都豊島区での交通事故等の事件や事故を意識した供述と理解できる。

そうすると、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的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ことができる。そして、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ものというべきである。

したがって、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ことは明

らかである。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。

(4) 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、指定薬物に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。

被告人は、原審公判において、販売員から「だんだん規制され、危ない物が入りだしているのです、これを使ってから運転はしないでください」と注意を受けたことがあり、購入した店舗が一時閉店していたが、再度オープンした後は新しくなってオーナーが変わったから安全だと説明されたというのであり、さらには、過去にその店舗から出たところを警察官から職務質問され、そのとき所持している薬物を見せたところ、今は規制されていないから自己責任だと言われた旨供述している。

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、取締りの対象となつて閉店した店が、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りる特異な状況も認められないというべきである。

被告人が、弁解するように、指定薬物が含有されていない合法なものと誤信して本件植物片を購入して所持していたとしても、被告人は、違法の実質を承知していたというべきであり、違法なものと思わなかったというにすぎず、故意の存在が否定されることにはならない。

以上のとおりであつて、原判示事実を認定した原判決の判断は結論において相当であるというべきであり、他に所論が縷々主張

するところを踏まえて検討しても、原判決に所論の事実誤認は存しない。

論旨は理由がない。

## 【研究】

本件は、危険ドラッグに関する被告人の故意が争われたものである。市場には合法の薬物も出回ることがあるため、当該危険ドラッグが規制されていることの認識が問題とされた。本判決は、被告人に、所持する薬物が具体的に規制の対象とされた指定薬物であることの認識がなくとも、所持する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、当該薬物が薬事法二条一四項に規定する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、指定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などの特異な事情が認められない場合には故意が認められるとした。

そこで本稿は、まず、指定薬物の認識が認められる前提状況として、行為者の認識と後追いの規制状況の関係について検討する。そして、指定薬物の所持・使用の故意に必要とされる認識を検討し、本判決において被告人が認識していたとされる「違法の実質」について考察する。さらに、被告人には認定されなかった「特異な状況」の内実と体系地位を検討し、最後に、これらを踏まえて、所持罪としての実行行為と故意の対応について考察する。

### 一 指定薬物の認識が認められる前提状況

危険ドラッグを巡る状況は、これを販売する者と規制する者とのいちごっこを呈している。行為者が指定薬物の

販売業者と規制当局との「いたちごっこ」の状況を認識していることは故意との関係においてどのように評価されるのであろうか。

行為者にかかる認識があった場合に、それが故意を認める方向の事情になるかという点について、法規制が後追いになっている状況の下では、「法規制がなされていない合法的な物質と思っていた」との弁解について概括的故意を認めることにはより慎重な検討を要するとされている。<sup>(1)</sup>

指定薬物の包括指定は官報に掲載されるが、そもそも薬物が包括指定されたならば、その薬物はほとんど市場に流通しなくなるという事実もある。<sup>(3)</sup>したがって、かかる事実を了知している末端の行為者は、「流通している薬物」適法である」と理解しうる。実際、厚生労働省の流通品検査においても、流通品の中から指定薬物が検出されたのは一割程度であり、購入客が販売店で入手できる危険ドラッグについて「違法な成分が含まれていない」と期待することには一定の根拠がある。<sup>(4)</sup>

これに対して、危険ドラッグを巡る「いたちごっこ」の様相を認識している行為者は、自分が所持している危険ドラッグの入手時期が古い場合に、「現在は指定薬物に指定されている蓋然性が高い」と思うはずである。また、行為者が所持しようとする危険ドラッグが新商品である場合であっても、「明日には指定薬物になっているかもしれない」との認識を有することもあろうと思われる。<sup>(5)</sup>

以上のように、危険ドラッグを巡る「いたちごっこ」の認識が行為者に存することは、違法薬物であるとの認識を認めるにつき、消極・積極どちらの方向の事情にもなりうる。そして、本判決は「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も物であり、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」と判示している。つまり、本判決は危険ドラッグを巡る「いちぢごっこ」の認識を、違法薬物であるとの未必的な認識に対する「積極」的な事情として解している。

なお、危険ドラッグを巡る「いちぢごっこ」の認識に関して、危険ドラッグに係わる同種の裁判例も参照する。

〔裁判例①〕 大阪高判平成二七年七月三〇日（LEX/DB 25541084）公刊物未登載

「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。」

〔裁判例②〕 横浜地判平成二七年一月一六日（裁判所ウェブサイト）

「危険ドラッグに対する規制の現状は、新種の薬物が社会に出回り、これに対する法規制がなされると、化学構造の一部を変えた新種の薬物が出回るといふ、いちぢごっこの様相を呈している。そして、被告人は、当公判廷において、インターネットの危険ドラッグ販売サイトなどを通じて、このような法規制の現状を認識し、平成二六年四月頃には法規制が厳しくなっていると感じていた旨供述している。こうした被告人の認識に加えて、被告人が同年七月一



七日頃に本件薬物を入手してから、これを使用するまでに約三か月もの期間が経過していることも併せ考えれば、被告人において、本件薬物を使用する際、本件薬物が、その入手時において既に、あるいは入手後に所持を継続する中で、規制薬物となっているかもしれないと認識していたことが強く推認される。」

〔裁判例③〕 広島高裁岡山支部判平成二八年一〇月一九日（裁判所ウェブサイト）

「指定薬物の拡大等の規制強化が恒常的に続いており、ある時点において指定薬物でなくとも、次の時点では指定薬物に指定されていることは十分ありうる。このようなことは危険ドラッグを販売する業者の間では広く認識されていたということが出来る。このような状況のもとでは、危険ドラッグの販売業者である被告人兩名は、商品の中に指定薬物が含まれている可能性が十分にあることを認識していたと推認すべき」

以上、裁判例①・②・③はともに、「いちごっこ」の認識を、違法薬物であるとの未必的な認識に対する「積極的な事情として捉えている。このように、判例実務を概観すれば、危険ドラッグを巡る状況すなわち、「いちごっこ」の認識は、原則として当該薬物が規制薬物である（になりうる）ことの未必的認識となると考えられていることが看取される。

## 二 指定薬物の所持・使用の故意に必要とされる認識

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について本判決は、「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。」と判示する。故意の成立には、構成要件に該当する自然的事実を認識しているだけで足りず、それが構成要件に該当するとの判断を下しうるだけの社会的意味を認識していなければならないとするとの理解は、従来の判例と一致する<sup>(6)</sup>。

かかる判決文の規範たる部分を分析すれば、「薬理作用を認識すること」（以下、規範A）と、「薬物の所持・使用が犯罪に当たると判断できる社会的な意味の認識を有すること」（以下、規範B）の二つが違法薬物についての一般的な「意味の認識」の内容であることが判る。そして、危険ドラッグについては、指定薬物の実態とそれを規制する趣旨に照らして、「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とは、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べきである。そうすると、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うことが出来る。」と判示している。ここからは、「当該薬物の薬理作用を認識すること」（以下、規範C）と、「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すること」（規範D）の二つの規範が看取される。

この規範C・Dは「社会的な意味を考えると」と始まる部分に表れていることから、規範Bを言い換えた規範（＝危険ドラッグ事案に対応したもの）であると思われる。もっとも、規範Cは、規範Aと同様、薬理作用の認識であるか

ら、その意味では、規範A＝規範C、規範B＝規範Dとも考えられる。実際に、本判決のあてはめにおいては、規範C(A)とDが用いられている。

したがって、指定薬物の所持罪における意味の認識とは、当該薬物の薬理作用を認識(規範C)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の認識(規範D)である。かかる理解につき、本判決に加えて、同じく指定薬物に関する裁判例における意味の認識に関する部分を概観する。

〔裁判例④〕 東京地判平成二七年九月一四日(指定薬物輸入の故意が認められた事案)<sup>(7)</sup>

「指定薬物の意味の認識が認められるためには、①中枢神経の興奮・抑制や幻覚といった有害な精神作用を有する蓋然性がある薬物であって、大麻、覚せい剤、麻薬、向精神薬及びあへんではないものであるという点のみならず、②違法な薬物であるという点も認識している必要がある。」

裁判例④では、指定薬物の意味の認識について、①有害な精神作用を有する蓋然性がある薬物であることに加え、②違法な薬物であることの認識も要求されている。これは、本判決の規範C・Dと同様の認識であると思われる。また、このような指定薬物事犯における意味の認識について、文献においては、「所持している物件が規制薬物と同様の幻覚、中枢神経系の興奮・抑制等の作用を有する物質である」こと(認識①)と、「当該薬物の所持、使用等が現在禁じられ、違反すれば処罰され得る」こと(認識②)の、二つの認識が指定薬物事犯における意味の認識に必要であるとする見解がある。<sup>(8)</sup>この認識①は、本判決の規範Cと同様の認識であると考えられ、認識②は、規範Dの現在形(現在禁止されているという点で)であると思われる。本判決の規範Dは、この認識②よりも、指定薬物を巡る現状に沿

った形で「現在禁じられ」ではなく「規制され得る」として考えると考えられる。上述の「裁判例④」においては、認識①・認識②に沿う形の判示がなされたと考えられ、また、本判決では、同様の認識が必要とされつつ、それらが指定薬物の現状に沿った形で用いられたとも考えられる。<sup>(9)</sup> 認識②の「現在禁じられ」という部分が本判決において「規制され得る」とされていることも、危険ドラッグの規制を行う法の趣旨に合致しているといえよう。

### 三 違法の実質とは

次に、本判決にいう「違法の実質」とは何かという点を考察する。

本判決からは、違法の実質とは、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、と読み取れる。

そもそも、薬物事犯においては、①薬物の物質の認識に加え、②当該薬物が規制されて違法であることの認識も必要であると解されている。<sup>(10)</sup> 判例実務も、最高裁判平成二年二月九日決定（判タ七二二号二三四頁、判時一三四一号一五七頁）を端緒に、<sup>(11)</sup>「身体に違法で有害な薬物」であることの認識を要求している。実際には合法的な薬物も存在するのであるから、故意には薬物の物質の認識だけでなく、当該薬物が規制されていて違法であることの認識が要求されるのは当然のことと思われる。それゆえ、本件のような薬物事案の判決文において「違法」という文言があっても、違法性の意識（又はその可能性）を指しているわけではない。<sup>(12)</sup>

他に、故意の認識の検討において「違法」との文言が見受けられる事案として、スーツケース内に規制薬物が隠匿されている可能性を認識していたか否かが争われた「裁判例⑤」千葉地判平成一七年七月一九日（判タ二〇六号二八

○頁)がある。同判決においては、「そもそも故意責任を追及するには、法益侵害の可能性があることを認識していただけでは不十分であり、少なくとも反対動機を作出することのできる基礎となるべき事実の認識、すなわち、法益侵害の発生する蓋然性があることを基礎づける具体的な事実の認識が必要である」と判示されている。<sup>(13)</sup> 法益侵害の発生する蓋然性があることを基礎づける具体的な事実の認識があれば、行為者が反対動機を形成できようになり、そこに非難を加えることが可能となるからと考えられている。<sup>(14)</sup> 本判決における「違法性を客観面から根拠付ける事実」という部分と、裁判例⑤の「法益侵害の発生する蓋然性があることを基礎づける具体的な事実」はともに、違法の实质であると思われる。というのも、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すれば、少なくとも反対動機を形成しうるといえるからである。

#### 四 「特異な状況」について

本判決は「当該薬物が処罰の対象とされている違法の实质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。」と判示している。本判決においては、①販売員から合法だと告げられたこと、②取締りの対象となつて閉店した店が、再度オープンしたこと、③警察官から職務質問され、そのとき所持している薬物を見せたところ、今は規制されていないから自己責任だと言われたことが検討されたが、これら①～③の事情があつても、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とはいえないと判断されている。

以下では、特異な状況の認定がなされた、本件と同種の薬物に関する事案を参照する。<sup>(15)</sup>

前掲「裁判例④」[「当該薬物が適法なものであるという確信を抱かせる特段の事情…(中略)…専門的知識と公的な資格・権限を有する者に対し、具体的な薬物名等を挙げて指定薬物であるか否かを個別に照会するなど、専門的知識のない者にも可能で、かつ、高度に信頼できる結果を得ることのできる方法によって、指定薬物等の違法な薬物であることが明確に否定されたという場合」]

裁判例④においては、被告人はウェブサイトを見て確認したのみであったので、特段の事情は認められなかった。同裁判例、及び、本判決に鑑みれば、<sup>(16)</sup>特異な状況(特段の事情)が存するといえるためには、確認する先である相手方が専門的知識と公的な資格・権限を有する者である必要がある、また、確認の方法も、具体的な薬物名等を挙げて指定薬物であるか否かを個別に照会するなど、専門的知識のない者にも可能で、かつ、高度に信頼できる結果を得ることのできる方法である必要がある。よって、特異な状況(特段の事情)が認められるには、確認先の適切性に加え、確認方法の適切性も必須となる。

##### 五 「特異な状況」の役割

かかる「特異な状況」が存するならば、最終的に故意は否定されることが本判決から看取される。この「特異な状況」の位置づけをどのように解すべきであろうか。

文言をそのまま解釈すれば、「特異な状況」の存在は「行為者の認識から故意を推定することを否定するもの」である。この理解は、「違法で有害な薬物」などの属性や類との認識があっても、特別な事情があれば故意を否定する

との見解、おおむね判例の見解と一致する。<sup>(17)</sup> 学説においても、「最低限そのような認識さえあれば、原則として当該犯罪の故意非難が可能となる」として、故意の下限の認識をまず認めた上で、「厳格な法規制の対象となっており、依存性の薬理作用を有する心身に有害な薬物の認識」があれば故意非難が可能となり、他に特段の事情がない限り故意が認められるとする見解も有力である。<sup>(18)</sup> 本判決においては、「違法の実質を十分認識している以上」との文言のみで、「認識」の認定がなされている。そして、故意の成否の検討において「特異な状況」の有無を考慮していることから、「特異な状況」は、行為者に認識を認めた上で、故意を推定することを否定しうる役割であると考えられる。<sup>(19)</sup> したがって、本判決は「違法の実質たる認識」を認定した後に、「特異な状況」の有無を判断し故意の成否を決していることから、原則…規範①の認識と規範②の認識があれば故意を肯定、例外…特異な状況が存すれば故意を否定<sup>(20)</sup>、との、原則と例外の検討をしているように思われる。<sup>(21)</sup>

## 六 所持罪としての実行行為と故意の対応

以上の理解を前提とすると、行為者が規制の有無について確認先・確認方法の適切性を充足するような行為により確認し、当該薬物を購入・所持した翌日に、これが規制され、行為者が摘発された場合はどうか。<sup>(22)</sup>

行為者は所持罪で起訴されるが、行為者の認識としては、①薬理作用の認識は充足されるものの、②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物であることの認識、は充足されないのではないか。「規制され得る」の部分は、規制の有無を適切な方法で確認した後ならば、「得る」ではなく、「されていない」という確信に変わるとも思えるからである。もっとも、期待と不安の併存でも規制

薬物の未必的認識が充たされれば（裁判例①）、このような確信があっても、脱法ドラッグである以上、潜在的にいつか規制されるかもしれないという不安を行為者が有していることになり、故意に必要な認識は充足されるように思われる。

この点では、行為者において、購入時（適法）と規制時（違法）は同一の心理状態であるとしても、外部的・客観的な規制の存在を根拠に、かかる心理状態が所持の故意として把握され、処罰される<sup>(23)</sup>。

指定薬物を追加する厚生労働省令の改正においては、公布から施行までに十日間の準備期間が用意されている<sup>(24)</sup>。したがって、販売者や使用者は、規制の動向を注視しつつ、自らが取り扱う危険ドラッグが指定薬物に指定された場合には、直ちにこれを廃棄することになる。規制の動向に意識を払わずに所持を続けたことにより、「所持が違法になるかもしれない」という認識は「所持が違法となっても構わない」という認識・認容に変化したとも評価される<sup>(25)</sup>。したがって、違法となった時点における行為者の心理状態をどのように解しても、故意は認められることになる。

## 七 本判決の意義

以上の考察を踏まえ、本判決の意義を簡潔に述べる。

- ① 危険ドラッグにおける指定薬物の意味の認識について、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の認識で足りるとした点。
- ② 危険ドラッグを巡る状況を認識している場合に、規制薬物となっているかもしれないという未必的認識が推認できることが読み取れる点。



③ 指定薬物事犯における意味の認識においても、覚せい剤等の薬物事犯と同様に、対象薬物の事実認識に加え、その薬物が違法であることの認識が必要とされる点。

④ 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の認識があっても、特異な状況がある場合には、故意が否定されるとし、間接証拠による故意の推認において、原則と例外という枠組みで検討をしていると解される点。

今後、具体的な薬物の故意の認定が困難とされる脱法ドラッグの事案において、本判決の判断枠組みは、かかる故意の認定に寄与すると思われる。

- (1) 染谷武宣「薬物事犯における薬物の認識の認定について」警察学論集六七巻八号（二〇一四年）一二六頁以下。
- (2) 平成二四年に導入された包括指定は、中心となる化学構造自体を指定することで、少しでも物質を変えたような類似薬物の捕捉を可能とするものである。危険ドラッグを巡る規制の現状については、瀧岡学「危険ドラッグの規制と施策（特集 危険ドラッグの規制と薬物事犯者への処遇・支援）」法律のひろば六八巻八号（二〇一五年）四頁以下。
- (3) 花尻瑠理「基調講演 海外の脱法ドラッグ事情と日本における流通実態（社会安全フォーラム 我が国の薬物対策の今とこれから・脱法ドラッグの脅威への対処に向けて）」警察学論集六七巻二二号（二〇一四年）一四〇頁以下。
- (4) 小森榮「薬物事件の現状と課題・危険ドラッグ禍の残したものの（特集 危険ドラッグの規制と薬物事犯者への処遇・支援）」法律のひろば六八巻八号（二〇一五年）五〇頁。
- (5) 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」警察学論集六八巻三号（二〇一五年）五一頁。
- (6) 香城敏磨「公衆浴場法八条一号の無許可営業罪における無許可営業の故意が認められないとされた事例」『最高裁判所判例解説刑事篇平成元年度』（一九九一年）二八四頁以下。
- (7) 事案の詳細は、小森榮「もう一歩踏み込んだ薬物事件の弁護士 Part 2（第一一回）指定薬物事犯の故意」季刊刑事弁護八

五卷(二〇一六年)一七一頁以下。

(8) 鎌田・前掲注(5)四六頁以下。

(9) 指定薬物ではなく、「麻薬」の事案であるが、大阪地判平成二二年三月三日(裁判所ウェブサイトで)では「薬物犯罪捜査に関わっていたB警察官や救急隊員であるC消防士ですらメチロンが麻薬であることを知らなかったというのであるから、上記証拠だけで、本件当時までに被告人がインターネットによりメチロンが麻薬である旨の認識を有するに至っていたと認定することはできない。したがって、被告人において、メチロンが「合法ドラッグ」であると認識していたことは認められるものの、そこから進んで、メチロンが麻薬指定されたとか、違法薬物であるなどと(未必的にせよ)認識していたと認定するには、なお合理的な疑いが残る。」と判示され、いわゆる(合法のものも含む)危険ドラッグだとの認識(＝薬理作用の認識)が認められつつも違法薬物の認識が否定されている。もっとも、同事案は、「認識」が否定されている点で、本判決とは事案を異にするが、その他の事情を勘案して認識を否定する方法は、後述「特異な状況」における検討手法に近いものと考えられる。

(10) 高山佳奈子「薬物輸入の故意(特集 裁判員裁判時代の「難解概念」の解釈と適用)」法律時報八五卷一号(二〇一三年)六頁。

(11) 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」『最高裁時の判例IV刑事法編』(有斐閣、二〇〇四年)三九頁以下、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)』(判例タイムズ社、二〇〇六年)三六頁以下、井田良「判批」判評三八四号(判時一三六七号、一九九一年)五一頁。

(12) 香城敏磨は、判例は、故意の成立に必要な事実の認識範囲について、構成要件該当事実の認識の一部である違法性の意識を喚起し得る範囲の事実を認識していること、については、故意の成立を認める証拠にとどまるとの見解に立っているという。香城・前掲注(6)二七三頁。

(13) 本判決の裁判長裁判官である山口雅高裁判官が裁判長を務め、故意を否定した裁判例である。

(14) 半田靖史「故意の認定——故意概念と法的評価の観点から——」木谷明編『刑事事実認定の基本問題』(第三版)(成文堂、二〇一五年)五一頁。

(15) 本稿で挙げた裁判例では「特段の事情」と表記され、本判決においては「特異な状況」と判示されている。これら文言が厳密に同一の意味であるかどうかは注意を要するところではあるが、本判決と同様、ここで挙げた裁判例は、「違法薬物である認識」の有無が検討される文脈において故意を否定し得るもの「特段の事情」という文言を用いていることから、「特異な状況」と「特段の事情」を同一視する。

(16) 東京高判平成二三年八月一日(高刑速平成二三年(三四四五号)一二六頁)は、「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。」としており、同判決では、初対面の外国人の売り主に尋ねただけであるので「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」は認められなかった。これも、脚注(9)同様、違法薬物であるとの可能性の認識を否定し得る事情の検討である。

(17) 平城文啓「薬物事犯における故意の認定について」木谷明編『刑事事実認定の基本問題』第三版(成文堂、二〇一五年)四三六頁。

(18) 前田雅英「故意の認識対象と違法性の意識(故意概念の再検討(特集))」刑法雑誌三四卷三号(一九九五年)三八三頁。もつとも、同見解と本判決の判示の意味するところは若干異なる可能性がある。同見解によれば、下限の認識(すなわち、類の認識)があれば、原則として故意が認められるものの、その枠内ではあるが、「種」の認識がない場合に故意が阻却される場合があるとし、この意味において、二段階で故意を判断するとされる。かかる二段階目においては、下限の認識により一応基礎づけられた「限定された範囲の本来の認識対象についての認識」が打ち消されるか否かが判断されるとしている(三八九頁)。それゆえ、「特異な状況」により、「種」の認識がなくなると判断された場合には、下限の認識により一応基礎づけられた「限定された範囲の本来の認識対象についての認識」が打ち消されるか否かを検討することになるので、「認識」が認められた後にその「認識」を否定することになり得る。「認識」が認められた後にその「認識」を否定することはあり得るとしても、その場合、「認識が欠けることにより故意がなくなる」との論理になるのであって、本判決が特異な状況により、「認識を否定」ではなく「故意を否定」と判示していることを説明し得るかは検討を要する。

(19) 裁判例において用いられている経験則による推認が成立するには、①当該経験則が経験則と呼ぶにふさわしい経験上合理

的な内容のものであること、②当該経験則を事案に当てはめることが相当であること、③推認を妨げるような特段の事情が認められないこと、が必要とされており、特段の事情は、推認障害事由とされている。岡本章「最新・判例解説（第一六回）覚せい剤密輸入事件における故意及び共謀の認定」『最高裁平成二五、四、一六決定』「捜査研究六」二卷八号（二〇一三年）一九頁。

- (20) 平城文啓「薬物事犯における故意の認定について」木谷明編『刑事事実認定の基本問題「第三版」』（成文堂、二〇一五年）四三六頁。

(21) この特異な状況の拳証責任は、推定の論理則・経験則がある以上、被告人側に存するのだろうか。特異な状況は、消極的間接事実であるから、この拳証責任は一般の阻却事由と同じように、証拠提出責任で足り、この責任を果たせば、検察官側において、特異な状況は認められないということを証明しなければならぬように思われる。消極的間接事実については、被告人側は拳証責任を負わないとされている。中里智美「情況証拠による認定」木谷明編『刑事事実認定の基本問題（第二版）』（成文堂、二〇一〇年）三四〇頁。

- (22) この点の問題提起を見いだすものとして、加藤経将「判批」警察学論集六九卷五号（二〇一六年）一六三頁。

- (23) これに関して、拙稿「判批」法学新報一二三卷八号（二〇一七年）四一五頁以下。

(24) 「医薬品、医療機器等の品質、有効性及び安全性の確保等に関する法律第二条第一五項に規定する指定薬物及び同法第七条の四に規定する医療等の用途を定める省令」の附則参照。

- (25) 鎌田・前掲注(5)脚注二三。

（本学法学部助教・本学大学院法学研究科博士課程後期課程在籍）