

# 刑事判例研究 (2)

## 中央大学刑事判例研究会

被告人B及び被告人Aが営んでいたのは、危険ドラッグの製造卸売業であり、被告人Bには、本件各犯行時に、危険ドラッグの原材料として輸入し、また、それをもとに製造、所持したものに規制薬物が含まれる可能性があるとの認識・認容があつたことに帰することになるから、各犯罪の故意に欠けるところはなく、被告人Aも、本件各犯行行為の故意を有していたものと認めることができるから、原判決に事実誤認はない等として、控訴を棄却した事例

樋 堯 士

〔名古屋高裁平成二九年四月一八日判決、裁判所ウェブサイトに、ウエストロー・ジャパン〕

### 【事実の概要】

(1) 被告人Bは、平成二二年頃から、Fと共に、「G」と称して、危険ドラッグの製造卸売業を運営し、平成二四年二月頃、被

告人Aがこれに加わった。平成二五年一〇月頃、Fが抜けて以降は、「H」と称して、被告人Bと被告人Aが運営していた（なお、G及びHは、危険ドラッグ販売店に対し、商品は麻薬取締法、薬事法等の法規制の対象になっていない旨説明するなどしていた）。被告人Bは、危険ドラッグのレシピの考案、原材料となる薬物の注文（仕入れ）、卸売先の危険ドラッグ販売店との交渉などを担当し、被告人Aは、危険ドラッグの製品の製造及び出荷、原材料となる薬物の受領、薬物代金の送金その他金銭管理などを担当していた。

(2) 平成二四年二月頃、被告人Bは、Gが危険ドラッグ販売店Iに卸していたJと称する商品から麻薬であるAMTが検出された旨を同店経営者のKから伝えられた（以下、原判決と同様、Jから麻薬が検出されたと関係者に伝えられた件を「J騒動」という）。

その頃、被告人Bは、Jの別の卸売先である危険ドラッグ販売店Lを経営するDに対し、Jに違法成分が混入していた旨連絡をし、店頭にあるJをすぐに廃棄するよう要請した。また、被告人Bは、同月二八日頃、Jの仕入先がGではないように装う注文フォームを急ぎよ作成し、F及び被告人Aにこれを添付したメールを送信した上、内容確認後、そのメールの消去も指示した。さらに、被告人Bは、Jの原材料である薬物の仕入先（輸入元）業者にその薬物の合法性に関する説明を求めたものの、業者からは、はっきりと合法であるとは言えない旨回答があった。

被告人Aは、この件については、同年夏頃、Fから、Jの件でKが薬事法がどうのこうの言っていて騒いでいる旨聞いていた。

(3) 平成二四年三月下旬頃、被告人Bは、被告人Aに対し、最新の指定薬物リストを送付するとともに、麻薬及び向精神薬のリストについてはもう少し時間を要すること、これらのリストを持っていることが製造責任などを問われた際に重要であることを伝えた（甲一三九、四四三六頁）。

(4) 平成二五年五月から六月にかけて、被告人Aは、被告人Bに対し、原材料として注文した薬物が税関で止まっていることについて相談したところ、被告人Bは、被告人Aに対し、「プロウ球菌の培養基として、大学の化学サークルから輸入代行依頼をさ

れた」旨回答するよう指示した。

(5) 平成二五年七月頃から、被告人Bは、インターネット上の薬剤取引サイト「M」で知り合ったNなる中国の薬剤原料業者から輸入するようになった。

平成二五年一二月下旬頃、被告人BはNに「4F-PPV」(正式名1-(4-フルオロフェニル)-2-(ピロリジン-1-イル)ペンタン-1-オン)なる薬物を注文し、被告人Aが送られてきた薬物(実際は、通称4-フルオロメトカチノンであった。)を受け取った。

平成二六年一月、被告人Bは、Nに対し、「日本の規制を確認したところ、4F-PPVは使えないかもしれない。規制内容を送るので見て下さい。」と規制内容を添付したメールを送信した。これに対し、Nからは、添付の資料に係る物質は、4F-PPVではないと思う旨、化学式も付記しての回答があった。被告人Bは、被告人Aに対し、メールで、Nからの回答を伝えるとともに、ちよつと不安な案件である旨をも伝えた。

(6) 平成二六年四月、被告人Bは、Nに対し、4F-PPVを注文し、被告人A宛てに送付するよう依頼したところ、同年五月、税関から被告人Aに対し、郵便物(実際には、指定薬物である通称a-PPVを含む薬物であった。)が薬事法に該当するおそれがある旨通知された。被告人Aは、被告人Bに対してこの件を報告したところ、被告人Bは、被告人Aに対し、架空の輸入代行業者(同輸入代行業者が実在するようホームページを立ち上げるなどしている。)を名乗って受取を拒否するよう指示し、被告人Aは、これに従い、税関に対し、輸入代行業者を名乗って、顧客の責任で薬事法に違反する品物を輸入する手続を行ってしまったなどと虚偽の事実を申告し、受取を拒否した。

他方で、被告人Bは、Nに対し、荷物は、税関が調査したいと言っているため、受け取らずに送り返してもらい、返送されたら別の住所に再郵送してほしい旨連絡をした。しかし、Nからは、税関は荷物の返却を依頼しても送り返さないそうである、あの薬品は合法だけど微妙、といった回答があった。

(7) 平成二六年五月頃、商品から違法な成分が検出されたとして、Lに搜索差押えが実施され、同店経営者のDは、被告人Bに対し、その事実を伝えた。

また、その頃、危険ドラッグ販売店Eへの立入検査の結果、Hから納入された危険ドラッグから麻薬であるXLR-11が検出された旨、同店店員のOが被告人Bに伝えた。

被告人Bは、XLR-11が検出されたのは、H-3と称する薬物が原因ではないかと考え、Mを通じて知り合った輸入元の中国の「P」なる業者に化学名を尋ねるなどし、Oにも、Dにも、行政の検査がH-3をXLR-11と誤認したものと思われる旨「Q」名義でメールを送信したほか、Dに対しては、危険ドラッグに規制薬物が混入していたとしてもそれは事故であり、違法物の混入の事実を知っていたと認めてはならない旨伝えるなどした。

(8) 平成二六年六月、被告人Bは、Nに対し、「5F-AMB」一キログラムを二箇所に分けて送付するよう依頼して注文したところ、一つは、前記第1の1(1)③(省略)の国際スピード郵便として送付され、中にはXLR-11入りの大袋及び5F-AMB入りの小袋が入っていた。もう一つは、兵庫県姫路市のR宛てに送付され、その後、被告人Aが受領し、その一部を危険ドラッグ製造に使用した残量が、同④⑦の麻薬として発見押収された。

## 【判旨】

(1) 被告人B及び被告人Aが営んでいたのは、危険ドラッグの製造卸売業であり、規制の対象が広がりつつある中で、麻薬や指定薬物などの違法薬物(以下、これらを総称して「規制薬物」という。)に当たらないものを、いわば法の規制をかいぐる形で製造・販売等をしてきたとみられるものである。そして、被告人両名は、規制が厳しくなる中で危険ドラッグの製造卸売を行うつつも、自ら薬物の成分について正確な検査をして確かめる手段を持たず、また、そのような手続や検査を依頼するなどして

なかつたから、仕入先次第では、合法ではないものを原材料として仕入れてしまう（混在するなども含めて）おそれは、もともと内在していたといえる。そのような状況は、ある程度の期間、業務として相応の規模で危険ドラッグの製造卸売をしていた被告人兩名は、製造等を指示していた被告人Bのみならず、指示を受けていた被告人Aも一般的、抽象的なおそれとしては理解していたものと考えられる。もつとも、このことから直ちに本件についての未必的な故意を推認できるわけではないが、そのような背景があることも踏まえて、被告人兩名及び本件に関係する者の言動を検討する必要があるといえる。

(2) そのような中で、被告人Bは、平成二四年三月下旬頃（J騒動から間もなくの時期である）、製造責任などを問われた場合に備えて、指定薬物や麻薬等のリストの作成等をしていたのである。このことは、被告人Bらが商品として販売する危険ドラッグに規制薬物が混入することを想定し、そのような事態に至ったときに備えたものと考えざるを得ない。したがって、この事実、被告人Bについてはもとより、上記リストの作成の件を伝え聞いていた被告人Aについても、自分たちが取り扱う（すなわち、輸入・製造・販売する）危険ドラッグの原材料である薬物や商品に規制薬物が含まれる可能性があることを認識するに至ったことを相当程度推認させる事情と評価できる。

(3) ア 被告人Bについては、それ以前から、J騒動等商品に規制薬物が混入したとされる事案を実際に経験し、リスト作成後は税関で荷物を差し止められて薬事法に抵触するおそれがあるとの指摘を受けるなどしたのであるから、上記推認は一層強まるといえる。本件で問題となっている5F-AMBとして注文した薬物の輸入元であるNは、上記リストの作成をするなどした時期以降に取引に入った業者ではあるが、インターネットを介して知り合った、その実態が必ずしも明らかとはいえない海外の業者である上、正にNから輸入した薬物について、税関から薬事法に抵触するおそれがあるとの指摘を受けており、Nからも「合法かどうか微妙」といった曖昧な説明を受けるなどしていたのであるから、これらの推認は何ら妨げられない。その都度、被告人Bらの関与がなかったかのように装うための指示を被告人Aらに出すなどしたことも、被告人Bらの行為が翻って規制に違反するものとして、責任を問われることを回避しようとする態度とみられ、上記推認を補強するものとみることができる。

以上によれば、被告人Bは、本件で麻薬の輸入や所持が問題となっている平成二六年六月頃までには、海外から危険ドラッグの原材料として仕入れる薬物に規制薬物の成分が含まれ得る可能性を認識していたと推認することができる。そのような認識の下で、危険ドラッグの原材料となる薬物を輸入し、それを用いて製造・所持に至ったのであるから、それらに規制薬物が含まれることを認識していたと評価できることも明らかである。

したがって、被告人Bには、第1の1(1)③、④⑦(省略)の各犯行時に、危険ドラッグの原材料として輸入し、また、それをもとに製造、所持したものに規制薬物が含まれる可能性があるとの認識・認容があったことに帰することになるから、各犯罪の故意に欠けることはない。

イ(ア) 所論は、原判決が、薬事法七六条の四の故意犯が成立するためには、犯罪の客体が麻薬であることの認識・認容が必要であるとしながら、専ら認識のみを問題にし、認容を認めるに足りる事実を認定も摘示もしていないのに、故意を認めた点を論難する(理由不備ないし理由齟齬ともいうが、事実誤認の主張と理解される)。確かに、原判決の説示には若干不明確な点があることは否めない。しかし、故意の認定に上記のような認容を要求する考え方に立つても、認容には、結果が発生することもやむを得ないという消極的認容も含まれると考えるのであるから、結果発生の可能性が高いことを認識しつつ、行為に出た場合には、この意味における消極的認容は当然に認められるべきである。

そして、本件においては、二年に満たない間に、危険ドラッグの原材料として輸入した薬物に規制薬物が含まれ、あるいは含まれている可能性があるといった状況が、ある程度客観的に判明し、それを被告人Bが認識した分だけをとっても、複数回にわたって認められたのであるから、原材料として輸入する薬物に規制薬物が含まれる可能性は相当高いものであったと認められ、被告人Bにおいても、その認識があったと認めることができるのである。本件では、被告人Bに消極的認容があったと当然に認められることに帰するから、原判決は、この点を明示する必要を認めなかったものと解することができる上、結論において誤りがないことは明らかである。

(イ) 所論は、被告人Bが仕入先業者と知り合ったMというサイトでは利用業者に対し厳格な身元確認が行われていることや、被告人Bにおいて規制薬物に該当しないか否かを仕入先業者に事前に確認していることなどを指摘する。確かに、被告人Bは、積極的に規制薬物を輸入・所持・販売しようという姿勢であったとまでは認められない。このことは輸入元に合法性を再三確認したり、自ら規制薬物は取り扱っていない旨危険ドラッグ販売店に説明したりしていることから明らかといえよう。しかし、被告人Bが述べるところによっても、Mでいかなる身元確認が行われているのか、仕入先業者のNがいかなる者か、また、Nがどのようにして輸入する原材料を仕入れているかなどは、結局のところ不明なのであるから、Nを信用することができるとする根拠は極めて薄弱である。しかも、前述したとおり、被告人Bらは、自ら薬物の成分を検査する技術や能力を備えておらず、また、そのような手続や依頼をしないまま、営業を続けていたのである。規制薬物が混入したとされる事案を経験してもなお、この点を改めることがなかったのは、規制薬物が混入することを消極的にしても認容していた一つの証左ともいえる。さらに、税関で差し止められた薬物（薬事法抵触のおそれを指摘されていたもの）を更に輸入しようとしてもいるのである。このような諸点に照らすと、所論が指摘する被告人Bの姿勢は、被告人Bに、積極的に規制薬物を輸入、製造しようという意図や意欲を否定する根拠とはなり得ても、規制薬物が含まれる可能性についての認識があったことに合理的な疑いを抱かせるものとはいえない。

(ウ) 以上によれば、原判決の判断に所論の誤りはない。

(4) ア 被告人Aについても、前記のリストの点からの相当程度の推認に加え、Gから卸していたJを巡って薬事法に関する問題が生じており、Fが対応を求められたり、Gから卸したのではないことを装おうとしていたことを認識していたと考えられる（所論は、J騒動は被告人Aが加入した直後の出来事であるとか、被告人Aはそれらに関するメールの内容を理解していなかったなどと主張するが、Gが卸した危険ドラッグが規制薬物である可能性の認識をも否定する趣旨であれば、およそ採用できない。）から、遅くとも前記第1の1(1)①（省略）の製造行為の時点までには、海外から危険ドラッグの原材料として仕入れる薬物に規制薬物の成分が含まれ得る可能性を十分に認識していたと推認することができる。そして、被告人Aは、その後、輸入しようとした

原材料が薬事法に抵触するおそれがある旨税関から通知され、虚偽の事実を申告して受取を拒否したり、Nから輸入した4F1P VPについて、被告人Bから不安が残る旨告げられたりしてもいるから、前記第1の1(1)③(省略)の輸入の時点までには、その認識の程度は一層高まっていたといえる。

以上によれば、被告人Aが、前記第1の1(1)(省略)の各犯罪行為の故意を有していたものと認めることができる。

イ 所論は、被告人Aは、被告人BやFの説明を信じたものであり、これを信じたことにつき十分合理性がある旨主張する。確かに、その説明の中には、所論が指摘するように、4F1P VPについては、指定の化学名には該当しないから問題ないとの回答が仕入先業者からあつたなど相応の根拠が示されたこともあつたようである。しかし、被告人Bからそれでもなお不安が残ることも告げられていたことなども考慮すると、輸入する原材料に規制薬物が含まれることがないと確実に考えられる程度の根拠を有していたとは認められない。そうすると、結局は、被告人Aが認識していた前記事情に照らし、規制薬物が混入している可能性を払拭できるほどの事情はないといわざるを得ず、被告人Bからの説明を信じたとする点は、一応の説明として受け止めた可能性はあるが、それによって、上記推認は妨げられるというものではない。

その他所論が指摘する点を検討しても、上記推認を左右しない。

(5) したがって、各論旨はいずれも理由がない。

## 【研究】

### 一 問題の所在

本件は、一番において未必の故意における認容の認定が欠けていたとの所論に対し、危険ドラッグの原材料として輸入し、また、それをもとに製造、所持したものに規制薬物が含まれる可能性があるとの認識・認容があつたとし、

故意を認定した事案である。

本件では、被告人の認識の前提事実として認定された事情、違法か否かの照会先の適切性、未必の故意における意図および意欲と被告人の姿勢との関係、未必の故意における認容と評価、未必の故意における認識と認容の関係、名古屋高裁の未必の故意についての立場が問題となる。以下、順次検討する。

## 二 被告人の認識の前提事情

認識の背景として認定された事情は、「被告人B及び被告人Aが営んでいたのは、危険ドラッグの製造卸売業であり、規制の対象が広がりつつある中で、麻薬や指定薬物などの違法薬物に当たらないものを、いわば法の規制をかいくぐる形で製造・販売等をしてきたとみられるものである。そして、被告人両名は、規制が厳しくなる中での危険ドラッグの製造卸売を行いつつも、自ら薬物の成分について正確な検査をして確かめる手段を持たず、また、そのような手続や検査を依頼するなどもしていなかったから、仕入先次第では、合法ではないものを原材料として仕入れてしまう（混在するなども含めて）おそれ、もともと内在していたといえる。そのような状況は、ある程度の期間、業務として相応の規模で危険ドラッグの製造卸売をしていた被告人両名は、製造等を指示していた被告人Bのみならず、指示を受けていた被告人Aも一般的、抽象的なおそれとしては理解していたものと考えられる。」である。

たしかに、検査・手続をしないままでは仕入れ先次第で、仕入れた材料に違法なものが混入するおそれがある。かかる一般的、抽象的な「おそれ」を被告人らは認識していたことが認定されている。判決文のように、このような背景から、直ちに未必的な故意を推認できるわけではないものの、前提事実として、かかる「おそれ」の存在は故意の

推認において、積極的な事情と解される<sup>(1)</sup>。実務において未必の故意を認定するにあたり、行為者の認識に関わる種々の間接事実から行為者の認識内容を推認していくことが重要だとされている<sup>(2)</sup>。もともと、間接(情況)証拠による認定においては、個々の間接事実が単独で最終的な要証事実を推認させることは、普通はあり得ず、多くの場合は、全体の間接事実を総合的に判断して、要証事実が認定できるか否かが決められる<sup>(3)</sup>。したがって、本件の「おそれ」も単独では未必の故意を推認できないことは明らかである。

### 三 照会先の適切性

本判決において、被告人は仕入れ先の業者に違法な薬物が原料に含まれるか否かを照会している。かかる照会行為は故意の推認においていかなる意味を有するか、以下では同種事案の裁判例を踏まえて考察する。

〔裁判例①〕東京地判平成二七年九月一日(公刊物未登載)

「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とは……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②〕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)

「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。」

〔裁判例③〕福岡高裁平成二八年六月二四日判決（高刑六九卷一号一頁）

「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り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りる特異な状況も認められないというべきである。」

これらの裁判例、及び、本判決に鑑みれば、故意の推認を妨げる特異な状況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が、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、特段・特異な事情といえるためには、確認先の適切性に加え、確認方法の適切性も必要となる。

本事実において、確認先の適切性、確認方法の適切性は以下の通りとなる。

（１）本件における確認先…海外の仕入れ業者のN

①すべて不明

②実態もわからない海外の業者である

③インターネットを介して知り合った

④「合法だけど微妙」など、曖昧な説明をしてきた

(2) 本件における確認方法… 4 F - P V P について日本の規制内容をメールしたのみ

(3) 本件における自らの能力… 成分検査の技術・能力なし、依頼も手続もなし

したがって、確認先が不適切である（Nを信用することができる根拠は薄弱）うえ、自ら薬物の成分を検査する技術や能力を備えていないのであるから、確認方法も不適切であるといえる。このような「姿勢」は、規制薬物が含まれる可能性の認識を否定しないものであるといえる。

#### 四 意図および意欲と被告人の姿勢との関係

「積極的に規制薬物を輸入、製造しようという意図や意欲を否定する根拠とはなり得ても、規制薬物が含まれる可能性についての認識があったことに合理的な疑いを抱かせるものとはいえない。」との判示部分につき、被告人Bは仕入業者に規制薬物に該当しないか否かを事前に確認している。かかる被告人Bの姿勢は、「積極的に規制薬物を輸入・所持・販売しようという姿勢であったとまでは認められない」とされており、同姿勢は故意における意思要素のうち、意図や意欲（積極的認容以上）を否定するものと考えられる。

そして、同姿勢を改めず営業を継続した点が「規制薬物が混入することを消極的にしても認容していた一つの証左」と評価されていることから、本判決が消極的認容と積極的認容を峻別していることが看取される。

また、薬物事犯における未必の故意の推認について従来問題となってきた「確認作業」等について<sup>(4)</sup>、確認作業等を行っていることから認容がないとの主張について、本判決は、かかる事情が意図や意欲を否定するとしても、消極的認容は認められるとしたのである。この点について、学説では、「無関心ゆえに対象物をさらに具体的に認識しようとならない場合の当罰性の程度は、覚せい剤の認識が現にある場合と比較しても勝るとも劣るものとは思われない。」といわれており、本判決の認定において被告人に消極的認容が認められたことは妥当であろう<sup>(5)</sup>。

## 五 未必の故意における認容と評価

本判決(3)アの判示部分では、「以上によれば、被告人Bは、本件で麻薬の輸入や所持が問題となっている平成二六年六月頃までには、海外から危険ドラッグの原材料として仕入れる薬物に規制薬物の成分が含まれ得る可能性を認識していたと推認することができる。そのような認識の下で、危険ドラッグの原材料となる薬物を輸入し、それを用いて製造・所持に至ったのであるから、それらに規制薬物が含まれることを認容していたと評価することも明らかである。したがって、被告人Bには、第1の1(1)③、④⑦(省略)の各犯行時に、危険ドラッグの原材料として輸入し、また、それをもとに製造、所持したものに規制薬物が含まれる可能性があるとの認識・認容があったことに帰することになるから、各犯罪の故意に欠けるところはない。」と認定され、被告人の認識は、「海外から危険ドラッグの原材料として仕入れる薬物に規制薬物の成分が含まれ得る可能性」であり、認容は、「そのような認識の下で、危険ドラッグの原材料となる薬物を輸入し、それを用いて製造・所持」であるとされている。すなわち、認識の下での「輸入」「製造」「所持」の行為が「認容」と評価されている。これに関して、「実務では故意とは、行為者の持つ意識

というよりも、行為者の一定の行為に対して外から与えられる意味である」との見解もあり、認識の下での「輸入」「製造」「所持」の行為に、当該違法な結果の認容としての意味が与えられたものともいえよう。そして、本判決「規制薬物が含まれることを認容していたと評価できることも明らか」の「評価できる」との文言の意味を検討するに、原審は認容との評価をしなかったので、同事実につき、名古屋高裁が「認容」の評価を改めて与えているのではないかと考えられ得る。

## 六 未必の故意における認識と認容

前述の通り、本判決では、認識の下での「輸入」「製造」「所持」の行為に「認容」の評価がなされている。それゆえ、本判決は認容説を採ったものといえそうである。この点、故意の本質については、かねてから、意思主義と表象主義の対立があった。<sup>(7)</sup> 意思主義からは意欲的要素が、表象主義からは知的要素が故意の本質として必要と解されている。意思主義は今や認容説となり、表象主義は蓋然性説や可能性説に分化している。

一方、本判決イ(ア)では、「しかし、故意の認定に上記のような認容を要求する考え方に立つても、認容には、結果が発生することもやむを得ないという消極的認容も含まれると考えるのであるから、結果発生の可能性が高いことを認識しつつ、行為に出た場合には、この意味における消極的認容は当然に認められるべきである。」と判示されている。

本判決のいう「可能性が高いこと」とは、蓋然性をさすのではないかと思われる。この点につき、行為者が、結果が確実に生じることに対する認識を有していた場合には、認識的要素が高度であるため、意思的要素に対する要求と

しては行為意思が充足される程度のものであればよいとする見解もある<sup>(8)</sup>。また、「認容説からも」結果発生<sup>(9)</sup>の蓋然性を認識しながら行為に出た以上、消極的認容はある」と解されるとされており、これに加えて、「認容説の立場から、たとえば、結果発生<sup>(9)</sup>の高度の蓋然性の認識がある場合には事実上、消極的認容が認められるのであるから、あえて認容の存否を問題にする必要がない」との見解もある<sup>(10)</sup>。そもそも、何らかの行為をする時点において行為者には必ず「意思」が存する。作為においては、作為に出た以上、行為に出る決断・判断が存するので、意思が認容か否かはさておき、作為には「意思」の発現があるといえよう<sup>(11)</sup>。

裁判例に目を向けても、たとえば「裁判例④」東京地判平成二八年六月七日は、「したがって、被告人の内心においても、このような行為に対応する意思があり、人の身体に向けて不法な有形力を加える旨認識認容していた」と判示し、「行為に対応する意思」が存すると説示されており、裁判例においては、客観的な行為に対して、認容の意味を与えている、あるいは、客観的な行為に内在する意思として「認容」を看取しているように思われる<sup>(13)</sup>。

さらに、「裁判例⑤」高松地裁丸亀支部判決昭和三三年八月七日では、「被告人が所持していた毒物が青酸カリであつて被告人はかねてから青酸カリについてこれが極少量でも人が飲用すれば直ちに生命を奪うような毒物であることを充分認識しておりながら甲の制止も聞かずにこれをビール入りコップ内に散布し……被告人において予め殺人の結果発生を否定しうる具体的方策を講じないで敢えて本件犯行に出た事実から推して判断すれば被告人が自己の行為を認識し且つ消極的ながらこれを認容したものと言ふべきであるから前示認定のとおり未必ではあるが被告人の殺意を肯定するを相当と考える。」と判示されており、死という結果発生<sup>(9)</sup>の蓋然性を認識した上で、「具体的方策を講じないで行動したこと」を消極的認容と解している。

したがって、これらの裁判例からは、未必の故意には、認識要素だけでなく、認容という意思要素も必要であり、その認容とは、行為者の心理状態が明らかかな場合はそのものが、そうではない場合には、蓋然性の認識をもつた上で行動自体から消極的認容が認定されるということが看取される。ここでの消極的認容とは、結果の発生を「仕方のない」と思ったり、「意に介さない」場合をさすものである。また、その認識の程度としては、結果発生の「蓋然性」が必要とされていることが看取される。

これらに加え、裁判員裁判に向けた、司法研究の「未必の故意（殺意）」に関する提言「被害者が死ぬ危険性の高い行為と分かっているながらそれでも（あえて）行為に及んだことが認められるならば、それは死んでも構わないという気持ちを持つことがその者の人格的な態度であって、裁判例ではそのような態度をもって殺意と評価すべきものが認められると判断してきたといえよう。それは、具体的な気持ちや心情を認定するものではなく、裁判所による殺意についての規範的な解釈（理解）をした上でその存在を認定したものである」というべきであろう<sup>(14)</sup>も、従来の認容説を維持したうえで、行為の危険性の高さの認識があれば規範的に認容（およびその前提となる結果発生の認識）は認められるとするものであると解していると考えられる<sup>(15)</sup>。

以上の学説および裁判例の考察と、本判決の「結果発生の可能性が高いことを認識しつつ、行為に出た場合には、この意味における消極的認容は当然に認められるというべきである。」との理解は整合的であると考えられよう。

#### 七 名古屋高裁の未必の故意についての立場

では、「名古屋高裁」と「所論」の異同はどこに存するのだろうか。判決文イア「しかし、故意の認定に上記のよ

うな認容を要求する考え方に立つても、認容には、結果が発生することもやむを得ないという消極的認容も含まれると考える」における「上記のような認容を要求する考え方」とは、「薬事法七六条の四の故意犯が成立するためには、犯罪の客体が麻薬であることの認識・認容が必要である」との部分を目指し、すなわち、「所論」であると考えられる。つまり、「所論」は、いわゆる認容説である。そして、本判決のイ(ア)より前の部分では、「認容していたと評価できることも明か」「認識・認容があつたことに帰する」と認定しており、名古屋高裁も未必の故意において「認識」に加え、「認容」を認定している。一見すると、本判決の「所論」も「名古屋高裁」も認容説を採用ように思われる。もっとも、「しかし、故意の認定に上記のような認容を要求する考え方に立つても」(傍点筆者)との文言から、心理的要素としてどのように認容を解するかにつき両者に差異があると思われる。所論と異なり、名古屋高裁は、認識事実を認定することで、認識の下で行為した者には当然のように、「認容(少なくとも消極的認容)」が認められるものであるとの立場に立っていると思われる。「認容していたと評価できる」との文言もこのことを裏付けると考えられよう。

## 八 本判決の意義

危険ドラッグを巡る当局と製造・販売業者のいたちごっここの状況において、合法性を確認して販売していたとしても、自ら検査手段を講じていない場合には、一般的、抽象的な「おそれ」は認められることになり、故意の推認において、積極的な事情が背景からも認められることを明らかにした点は、今後の実務に資すると思われる。

また、所論との関連において、結果発生の高い可能性の認識の下で行為をすることは、その行為自体が結果の消極的認容であると評価されることを明らかにした点にも、議論が止まない未必の故意論に一石を投じるものであると考

えられる。

さらに、薬物事犯における未必の故意の推認について従来問題となってきた「確認作業」等については、確認作業に関する事情が意図や意欲を否定するとしても、消極的認容は認められるとした点は、将来の実務において、とりわけ、被告人側にとって争点として挙げる利益が薄れることとなると思われ、薬物事犯における事実認定の争点が収斂されてきたといえよう。

- (1) 薬物事犯の故意の推認については、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（二〇一六年）五頁以下、および中谷雄二郎「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『裁判員裁判時代の刑事裁判』（成文堂、二〇一五年）二八九頁。
- (2) 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）一一三頁。
- (3) 石井一正『刑事事実認定入門「第二版」』（判例タイムズ社、二〇一〇年）六二頁。
- (4) 拙稿「判批」法学新報一二四巻五・六号（二〇一七年）三二六頁以下。福岡高裁平成二八年六月二四日判決については、南由介「判批」刑事法ジャーナル五六巻（二〇一八年）一四一頁以下も参照されたい。
- (5) 玄守道「覚せい剤の故意の認定について」刑事法ジャーナル五三巻（二〇一七年）一六頁。
- (6) 小倉正三「暴行・傷害の有無(2)―故意の有無」小林 植村編『刑事事実認定重要判決50選（第二版）（上巻）』（二〇一三年）四〇五頁。
- (7) 学説分類と未必の故意の系譜に詳細なものとして、玄守道「故意に関する一考察（六・完）未必の故意と認識ある過失の区別をめぐって」立命館法学三一三三号（二〇〇七年）五四頁以下。
- (8) 遠藤邦彦「殺意の概念と証拠構造に関する覚書」植村立郎判事退官記念論文集」編集委員会編『植村立郎判事退官記念論文集…現代刑事法の諸問題（第二巻第2編実践編）』（立花書房、二〇一一年）二〇三頁以下。

- (9) 佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』(有斐閣、二〇一三年)二四八頁。
- (10) 橋爪隆「裁判員制度のもとにおける刑法理論」曹時六〇巻六号(二〇〇八年)四四頁。
- (11) 拙稿「故意の推認対象と未必の故意の要素——「特段の事情」を素材に——」中央大学大学院研究年報法学研究科篇第四七号(二〇一八年)七三頁以下。
- (12) ウエストロー・ジャパン文献番号2016WTLJPCA06076010。
- (13) かかる裁判例等の分析については、拙稿・前掲注(11)六三頁。
- (14) 司法研修所編『難解な法律概念と裁判員裁判』(法曹会、二〇〇九年)九頁以下。
- (15) かかる提言について、侵害犯の場合、行為の危険性のみで故意を肯定してはならないとするものとして高山佳奈子「薬物輸入の故意」法時八五巻一号(二〇一三年)七頁。人が死ぬ危険性の高い行為との認識だけでは殺人罪と傷害致死罪の区別ができないとの批判を加えるものとして、半田靖史「裁判員裁判の判決書からみた『殺意』概念」法時八三巻一号(二〇一一年)九三頁。さらに、結果に対する構成要件関連性が失われてしまうとの指摘するものとして、高橋則夫「裁判員裁判と刑法解釈——司法研究報告書を素材に——」刑事法ジャーナル一八号(二〇〇九年)四頁。加えて、動機説に近くなったという評価をするものとして、浅田和茂ほか「裁判員制度によって刑法理論はどう変わるのか」刑事弁護五六号(二〇〇八年)三一頁。

(日本比較法研究所嘱託研究所員／本学法学部兼任講師)