

松 山 大 学 論 集
第 34 卷 第 3 号 抜 刷
2 0 2 2 年 8 月 発 行

故意の存否に関する判断方法

—— 平成 27 年大阪高裁判決と平成 28 年福岡高裁判決の比較 ——

明 照 博 章

故意の存否に関する判断方法

—— 平成 27 年大阪高裁判決と平成 28 年福岡高裁判決の比較 ——

明 照 博 章

目 次

- 一 本稿の目的
- 二 危険ドラッグの蔓延状況と争点
- 三 危険ドラッグ事犯における故意の認定方法
- 四 平成 2 年決定が示した「故意の認定方法」との連続性とその
問題点
- 五 結論

一 本 稿 の 目 的

日本には、危険ドラッグ¹⁾が蔓延した時期があった²⁾。すなわち、危険ドラッグは、規制薬物又は指定薬物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であるから、中枢神経系の興奮若しくは抑制又は幻覚の作用（当該作用の維持又は強化の作用を含む）を有している。それゆえ、法的規制の対象とすべきである薬物である³⁾。しかし、規制薬物又は指定薬物に化学構造を似せて作られているのは、危険ドラッグが法的規制を回避することが目的であるので、市場に出回っている危険ドラッグの内、危険ドラッグ事犯として処理できない場合が生じる。そこで、危険ドラッグを規制の対象とするためには、危険ドラッグの化学構造を分析して法的規制の対象薬物の範囲を急速に拡大していく必要がある。ところが、規制対象の範囲を急速に拡大させた場合、危険ドラッグの規制状況が刻々と変化する状態を作り出すことになり、市場に出回る危険ドラッグの化学構造の変化とそれに対する規制対象の範囲の拡大は「い

たちごっこ」の状況を呈することとなる（法規制の後追いの状態）。そうすると、当該薬物は身体に有害な薬物であるが、法的規制の状況如何によっては、まだ法的規制の対象となっていないこともあるから、行為者にとっては、行為当時、当該薬物が法的規制の対象となっているか不明である状況が発生する。

一方、薬物事犯の場合、平成2年最高裁決定⁴⁾に基づき故意の成否を判断することが多い。平成2年決定では、覚醒剤輸入罪、同所持罪の故意の存否が問題となったが、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。逆にいえば、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のである。

危険ドラッグ（身体に有害な薬物類）が蔓延している状況では、身体には有害であるが、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りをかわす危険ドラッグがいつまでも市場に存在し続けることになる。そうすると、このような状況において、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。つまり、危険ドラッグが蔓延している状況では、薬物の規制状況が刻々と変化しているので、行為者が所持等をしている時点で法的規制の対象となっているか（つまり「当該薬物が**違法な**薬物類であるか」）について、行為者が認識していることを認定することが困難であることが多いからである。

このような状況において、危険ドラッグに関する事案を用いて処理したものとして、例えば、平成27年大阪高裁判決⁵⁾と平成28年福岡高裁判決⁶⁾がある。両判決は、ともに有罪判決を下しているが⁷⁾判断の基準が異なっている。そこで、本稿では、危険ドラッグの蔓延状況と争点、危険ドラッグ事犯における故

意の認定方法及び平成2年決定が示した「故意の認定方法」との連続性とその問題点の視点から、両判決を比較し、考察を加えることとする。

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3年版 犯罪白書』第4編/第2章/第1節/3 https://hakusyol.moj.go.jp/jp/68/nfm/n68_2_4_2_1_3.html）。
- 2) 「第五次薬物乱用防止五か年戦略」を策定した（平成30（2018）年8月）薬物乱用対策推進会議は、「昨今の国内薬物情勢」において「『第四次薬物乱用防止五か年戦略』の期間中に深刻な社会問題となった危険ドラッグの更なる乱用を防止するため、平成26年7月に『危険ドラッグの乱用の根絶のための緊急対策』を策定し、政府一丸となって徹底的な対策を講じた結果、平成26年3月時点で215店舗存在した危険ドラッグ販売店舗を平成27年7月に全滅させた」と指摘する（薬物乱用対策推進会議『第五次薬物乱用防止五か年戦略』（平30年・2018年）1頁）。この点に関する概要は、拙稿「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) 日本における薬物乱用の状況（歴史的経緯を含む）に関しては、拙稿「日本の薬物事犯取締に関する法制度」『台湾中央警察大学 法学論集』37期（2019年）7頁以下参照。
- 4) 最決平2・2・9判時1341号157頁、判タ722号234頁（裁判体の構成：裁判長裁判官・草場良八 裁判官・藤島昭 裁判官・香川保一 裁判官・奥野久之 裁判官・中島敏次郎。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。
- 5) 大阪高判平成27・7・30高刑速平成27年195頁（27年1号）、LEX/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）。平成27年大阪高裁判決の判例紹介としては、辻昌文「判例紹介」『研修』813号（平成28年・2016年）69頁以下、判例評釈としては、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頁以下等がある。なお、平成27年大阪高裁判決の原判決は、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）である。以下「平成26年地裁判決」という。両判決に関しては、さらに拙稿「社会的状況の変化と故意」『松山大学論集』33巻4号（令和3年・2021年）139頁以下参照。

- 6) 福岡高判平28・6・24高刑集69巻1号1頁，判時2340号125頁，判タ1439号136頁（裁判体の構成：裁判長裁判官・山口雅高 裁判官・向野剛 裁判官・高橋孝治。以下「平成28年高裁判決」という）。平成28年高裁判決の判例評釈としては、樋笠堯士「判批」『法学新報』124巻5＝6号（平29年・2017年）305頁以下，匿名解説「判批」『判例時報』2340号（平29年・2017年）125頁以下，匿名解説「判批」『判例タイムズ』（平29年・2017年）136頁以下，南由介「判批」『刑事法ジャーナル』56号（平30年・2018年）141頁以下，山中純子「判批」松原芳博＝杉本一敏編『判例特別刑法 第4集』（令4年・2022年）330頁以下等がある。本判決に関しては、さらに拙稿・前掲注(2)139頁以下，拙稿「故意の認定(2)」『松山大学論集』32巻3号（令和2年・2020年）139頁以下，同「故意の認定(3・完)」『松山大学論集』32巻特別号（令和3年・2021年）39頁以下参照。
- 7) 平成27年高裁判決は，無罪判決を下していた原判決を破棄し，「被告人を懲役1年2月に処する」とし，「原審における未決勾留日数中220日」を，その刑に算入した。また，平成28年高裁判決は，本件控訴を棄却し，被告人を懲役6月に処した原判決の刑に「原審における未決勾留日数中40日」を，被告人を原判決の刑（懲役6月）に算入した。

二 危険ドラッグの蔓延状況と争点

危険ドラッグの場合，当該薬物は身体に有害であるが，法的規制の状況如何によっては，まだ法的規制の対象となっていないこともあるから，行為者にとっては，行為当時，当該薬物が法的規制の対象となっているか不明である状況が発生する。そこで，この点に関して，両判決が認定した「危険ドラッグの蔓延状況」と「争点」について確認する。

1 平成27年高裁判決（及び平成26年地裁判決：原判決）の認定

平成27年高裁判決の原判決である平成26年地裁判決は，「第3 当裁判所の判断」の「1」において「本件薬物は，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…にとどまり，合法的に所持できていた」⁸⁾とし，「2 証

抛により認定した事実」では、「(1) 被告人は、平成25年夏頃、知人であるZ4（以下、『Z4』という。Z4は医療関係者ではなく覚せい剤の前科がある人物である）から電話を受け、脱法ハーブや脱法パウダーを使ってくれる人がいないか尋ねられた。その際Z4は、近鉄向島駅近くの店から脱法ハーブや脱法パウダーを仕入れている…又は同店に同品物を卸していると言っていた…。」「(2) 脱法ハーブや脱法パウダーに興味を持った被告人は、平成25年9月上旬、Z4からパウダー及び注射器を5,000円で購入した。その際Z4は、『まだ規制されていないから、おしっこ出ても大丈夫』と話し、パウダーが脱法ドラッグであることを断言した…。」「(3) 被告人は、平成25年10月2日又は同月3日、Z4からパウダーと称する粉末（本件薬物）を2袋5,000円で購入したが、その際にもZ4から『規制がかかっていないから、おしっこ出ても大丈夫』と言われた…。」「(4) なお、被告人は、平成25年8月、覚せい剤を使っている別の知人から、俳優のZ5が今回のパウダーと同じパウダーを使っていたため、どこかの警察に捕まって、その後裁判になったかどうか分からないが釈放されたことを聞いた…」とする。

次に、「3 検察官の主張に対する判断」において、「(1) 検察官主張(1)のとおり、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」と認定する。

平成27年高裁判決は、「4 原判決の判断の概要」の「(2)」の「ア」において「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。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、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Z4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、『Z5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、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⁹⁾「6 当裁判所の判断」の(1)において「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」と位置づける。

2 平成28年高裁判決の認定

平成28年高裁判決は、「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の作用(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26年6月24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7月15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」と認定する。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」と認定する。その上で、「本件植物片を公然と販売する店舗で購入し、その際、販売員から合法であると聞いた、という被告人の弁解を直ちに排斥することはできない」とした。

3 両判決の比較

平成26年地裁判決は、「本件薬物は、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…にとどまり、合法的に所持できていた」とし、「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」とする。そして、本件で問題となった事実関係を、平成27年高裁判決は、「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」と評価している。

また、平成28年高裁判決は、「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26年6月24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7月15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」とし、「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」とする。その上で、「本件植物片を公然と販売する店舗で購入し、その際、販売員から合法であると聞いた、という被告人の弁解を直ちに排斥することはできない」とした。

そうすると、両判決は、危険ドラッグの蔓延している状況において、被告人が危険ドラッグ事犯の故意の存否が争点として争われている点で共通している。

注

- 8) 平成26年地裁判決では、「現在の危険ドラッグ。以下『脱法ドラッグ』という」という注釈がついている。それゆえ、平成26年地裁判決の引用は、判決書通りに「脱法ドラッグ」と表記する。
- 9) 平成27年高裁判決でも、原判決と同様、「現在の危険ドラッグ。以下「脱法ドラッグ」という」という注釈がついている。それゆえ、平成27年高裁判決の引用は、判決書通りに「脱法ドラッグ」と表記する。

三 危険ドラッグ事犯における故意の認定方法

冒頭で示した通り、薬物事犯の場合、平成2年決定に基づき故意の成否を判断する。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。

1 平成27年高裁判決（及び平成26年地裁判決：原判決）

（一）平成26年地裁判決（原判決）

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）」とするが、「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思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。

検察官は、「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」と主張した（本件薬物の入手状況）。

これに対して、平成26年地裁判決は、「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（なお、知人の話は、『警察に逮捕された』だけを見れば、本件薬物の違法性を察知させる情報といえそうだが、『その後に釈放された』ことと一体として見れば、本件薬物が脱法ドラッグにとどまるとの解釈も可能な情報といえよう。被告人も公判廷において、Z5 が『怪しい薬を持っていて捕まったけども、検査の結果、違法じゃなかった』との認識であったと供述している。…）。』とし、「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思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」という立場から、「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」とした。

さらに「本件薬物の使用状況」及び「捜索時における被告人の対応状況」を踏まえ、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」とした上で「本件薬物の入手状況及び使用状況、Z2からの電話内容、捜索差押時における被告人の対応等の事実は、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。また、故意を認めるかのような被告人の供述調書も信用できず、被告人の公判供述の一部に信用できない部分があっても故意が立証できたことにはならない」としたのである。

（二）平成 27 年高裁判決

平成 27 年高裁判決は、「6 当裁判所の判断」の項目において、まず「原判決は…薬物事犯における故意につき、『対象薬物が法による規制の対象物であることの概括的な認識（俗に言えば『これはやばい薬だ』との認識）がある場合には、薬物事犯の故意が認められるものと解する（もちろん未必的な認識の場合は、『これはやばい薬かも知れない』という程度で足りる）。』と説示するところ…、上記の説示は相当として是認することができる。しかしながら、原判決が…被告人に規制薬物所持の故意があったことに合理的な疑いが残ると判断したことについては是認することができない」とする。

その上で、「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、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」とした¹⁰⁾

また、平成27年高裁判決は、「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のであれば、それ自体、購入する薬物が規制薬物である可能性、あるいは早晚規制される可能性があることを示す事情であるし、金銭に窮しており、従前からパウダーの購入をしつこく勧誘していたというZ4が、上記の

ような懸念を示す被告人に対し、あえてそのパウダーが規制薬物である可能性があるなどと説明するはずもないのであるから、前記のような入手状況にもかかわらず、上記の程度の説明で、本件薬物が規制薬物である懸念が完全に払拭された旨の被告人の供述を容易く信用することはできない」とする¹¹⁾

(三) 平成 26 年地裁判決と平成 27 年高裁判決の比較

(1) 危険ドラッグの法規制の特徴と故意の成否

危険ドラッグの場合「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」という特徴が存在する。この特徴を踏まえて、平成 26 年地裁判決は、危険ドラッグの「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、平成 2 年決定の基準に従った「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。

これに対して、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」場合、「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」があったとしても、「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」つまり「当該薬物が規制薬物であることの未必的認識」が存することとは「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」とする。そうすると、「脱法ドラッグと称する薬物を購入して所持した者が、法規制のされていない合法的な物質だと思っていた旨の弁解をする事案につき、他の薬物事犯よりも慎重に故意を認定すべきであるということとはできず、むしろそのような経緯で薬物を入手したことは、未必的にせよ、当該薬物が規制薬物であると認識して所持していたことを強く窺わせる事情というべき」とする。

危険ドラッグの特徴として、「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」という事情が存在するが、このような事情を、平成26年地裁判決では、故意を否定する方向で作用するものとし、平成27年高裁判決では、故意を肯定する方向で作用するものとしている。

(2) 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」事実の評価

危険ドラッグが問題化する際の特徴は「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」という事情であるが、このような事情があれば、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」事実は、推認されやすくなる¹²⁾

一方で、平成27年高裁判決及び原判決である平成26年地裁判決が前提とする平成2年決定によれば、被告人が「法による規制の対象物であることの概括的な認識（類概念の認識）を有していたという「事実」を、「要証事実」である（実際に所持していた）「規制薬物の認識」（種概念の認識）を有していたという「事実」を推認させる「間接事実」とすることになる¹³⁾

そうすると、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」事実が認定されたとしても、その事実は「規制薬物」を含んだ「類概念」とはなっていないので、被告人には上記の「認識がある」という事実が立証されたとしても、「法による規制の対象物である」という認識があったという事実を立証できないから、上記の「認識がある」という事実によって、要証事実である「規制薬物の認識」を推認できなくなるのである。

したがって、各裁判所は、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」事実を間接証拠として要証事実を推認する構造をとっていないと考えられる。

この点に関して、平成26年地裁判決は、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」事実

を明示的には認定していない。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思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」という姿勢で臨んでいるので、「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」という結論に至ったものと解される。

これに対して、平成 27 年高裁判決は、被告人が「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」旨の供述から、同人が「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」ともと評価した上で、この「確認」行為「それ自体」を「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」という結論を導いたものと解される。

そうすると、「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」という危険ドラッグの特徴が、平成 26 年地裁判決では、「本件薬物が規制前である」という「Z4 の言葉」に信憑性を与え、これら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」という結論を導いているが、平成 27 年高裁判決では、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」と認識していたことを経由して、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」という結論を導いている。

2 平成 28 年高裁判決

平成 28 年高裁判決においては、上記の通り、「本件植物片を公然と販売する店舗で購入し、その際、販売員から合法であると聞いた、という被告人の弁解を直ちに排斥することはできない」という事実関係を前提とするところから始まるが、これは、平成 26 年地裁判決における「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」とする事実関係の認定と類似する⁴⁾

ところが、平成 28 年高裁判決は、平成 26 年地裁判決のように、「脱法ドラッグは従来から法規制の対象とされている覚せい剤等の規制薬物とは異なり、新種の薬物が次々に現れ、これに対する法規制が後追いになるという特徴があることから、法規制がされていない合法的な物質と思っていたとの弁解に対して、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」という見地から論旨を進めるわけではなく、さらに、平成 2 年決定に従い「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」という立場を採用するわけでもなかった。

平成 28 年高裁判決は、「故意の存在を認めるに足りる事実認識」として、次のように指摘する。すなわち「違法な薬物の所持、使用等を処罰する場合に対

象物について求められる故意は、当該薬物の薬理作用を認識しているだけでは足りず、通常は当該薬物の名称によって示されることになる、当該薬物を所持し、使用することが犯罪に当たると判断できる社会的な意味を認識することが必要であり、そのような認識があつて初めて、故意の存在を認めるに足りる事実認識を肯認することができる」とするのである¹⁵⁾

平成28年高裁判決は、危険ドラッグの特徴を考慮して、次のように指摘する。

まず、「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」が、「指定薬物は、有害な薬理作用の蓋然性と保健衛生上の危険のおそれから規制されているのであり、規制に反した所持、販売、譲り受け等が規制薬物ほど重い刑罰の対象とされていなかった上、薬物が指定薬物に指定されると、類似した薬理作用を有する規制の対象外の新たな薬物が取引されるようになり、その新たな薬物が改めて規制の対象とされるなど、新たな薬物の出現とそれに対する規制が繰り返され、そのことは危険ドラッグの使用者の間で十分周知されていた」と認定する。

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、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は尽きるというべきである」とする。

その上で、「故意の存在を認めるに足りる事実認識」に関して「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」としたのである。

平成28年高裁判決の評価として、「本判決は、規制対象となりうる薬物である旨の実質的違法性の認識があり、指定薬物が含有されていないと信じた合理的な理由がない場合には、指定薬物の故意に欠けるところはない」とする評価がある¹⁶⁾この「実質的違法性の認識」については、前田説を前提としているものと解されるが、仮にこれを肯定すると、前田説は、「故意」非難という観点から「故意の成立に必要な認識の対象である重要な事実」として「一般人ならば当該犯罪類型についての違法性を意識し得る認識」を必要とする¹⁷⁾そうすると、故意の成立を肯定するための「要証事実」が「一般人ならば当該犯罪類型についての違法性を意識し得る認識」[という事実]になる。そして、平成28年高裁判決は、「社会的な意味を認識する」[という事実]を「要証事実」としており、これを推認するために、「違法性を客観面から根拠付ける事実」を必要とするものと解される。

注

- 10) 「4(1)」には、「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。」という原判決の視点が示されている。
- 11) 本件薬物の入手状況に関して、平成27年高裁判決は、「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Z4は、知人を介して知り合った、特に深い付き合いもない者であり…、また覚せい剤使用により服役した前科を有し、脱法ドラッグ店に薬物を卸しているという者であって、Z4が医療関係者であるとか医療品の販売資格を有しているといった事情も何ら存しない。そのような人物から、屋外で、覚せい剤等の一般的な包装と同じくチャック付きポリ袋に入った、製薬会社等で正規に製造・販売されている薬品でないことが明らかな外観の本件薬物を、5,000円という比較的高い金額で購入したという入手状況は、被告人において、本件薬物が法により規制された違法薬物であると認識していたことをかなり強く窺わせる事情である」とする。

- 12) ただし、原判決である平成26年地裁判決では明示的に認定していない。
- 13) 拙稿・前掲注(5)149-50頁参照。
- 14) 平成26年地裁判決を下した裁判体は、高橋孝治裁判官のみで構成されていたが、平成28年高裁判決を下した裁判体は、高橋孝治裁判官(左陪席)を含む3名で構成されていた。
- 15) この段階では、平成28年高裁判決が指摘する「違法な薬物の所持、使用等を処罰する場合に対象物について求められる故意は、当該薬物の薬理作用を認識しているだけでは足りず、通常は当該薬物の名称によって示されることになる、当該薬物を所持し、使用することが犯罪に当たると判断できる社会的な意味を認識する」という「事実」は、それ自体を「要証事実」としているのか、それとも、「具体的な危険ドラッグ」の認識を推認するための「間接事実」としているのかは、判決書を見るだけでは必ずしも明確ではない。
- 16) 匿名・前掲注(6)判時126頁、匿名・前掲注(6)判タ137頁参照。
- 17) 前田雅英『刑法総論講義』第7版(平31年・2019年)161頁、169頁、178頁。

四 平成2年決定が示した「故意の認定方法」との連続性と その問題点

1 平成27年高裁判決及び原判決である平成26年地裁判決

(一) 平成2年決定との連続性

原判決である平成26年地裁判決は、故意の成否に関する基準として、「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)」とする。そして、平成27年高裁判決も、「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」点に関して、「上記の説示は相当として是認することができる」とする。したがって、平成27年高裁判決及び原判決である平成

26年地裁判決は、平成2年決定との連続性が肯定できる¹⁸⁾。

(二) 問題点

両判決は、平成2年決定との連続性を肯定できるが、危険ドラッグが蔓延している状況では、裁判体の中には、危険ドラッグ事犯において故意の成立を否定するに至る場合があり得ることを示している。すなわち、平成26年地裁判決は、「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」とするが、これは、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」点を強調すれば、当該薬物が「法による規制の対象物であることの概括的な認識」に関して、「より慎重な検討が求められる」という見解に至ることに論理一貫性があるという評価が可能であることを示すものである。

ただし、この枠組みを前提とした場合、規制薬物又は指定薬物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危険ドラッグ事犯において、故意の成立を肯定できないため、無罪と評価される、少なくとも、危険ドラッグ事犯を根拠として起訴された被告人から、故意の成立を肯定できない旨の主張がなされることが多くなると考えられる。しかし、平成26年地裁判決が「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」という点に「法則性がある」と説示しているのであれば、その法則性に疑問がある¹⁹⁾他に、「適用結果において」妥当でないであろう。

敷衍すると次のようになる。「裁判所の判断」（司法）は「共有知識を生成するための仕掛けのひとつ」であり²⁰⁾「共有知識を促進する仕掛けである」²¹⁾、²²⁾「共有知識」とは、「資格の内容や配置を各メンバーが知っており、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「状態」を指すものとされるが²³⁾ この「共有知識」がある場合、人びとは行動を起こすことが容易になるのである²⁴⁾ そうすると、危険ドラッグが蔓延している状況において、第一次的には、危険ドラッグ事犯を犯した者に対して「法規制がされていない合法的な物質とっていた」と弁解すれば、故意阻却の根拠となるというメッセージを送ることになり²⁵⁾ そのような状況が継続すれば、社会一般の規範に変化が生じてしまうことになるからである²⁶⁾

実際、危険ドラッグが蔓延していた時期には、危険ドラッグと称される薬物が市中で公然と販売されていた。このような状況において、平成26年6月24日には、東京都豊島区で交通事故が発生したが、その容疑者からは、後に、同年7月15日に厚生労働省令で指定されることになる指定薬物が検出されている²⁷⁾ したがって、危険ドラッグが蔓延している状況において平成26年地裁判決が示した「法則」を前提に、危険ドラッグ事犯の故意を判断することは、「適用結果において」妥当ではないのである。

これに対して、平成27年高裁判決は、「前記4(1)の原判決の説示」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」とする説示について「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」としているが、これは、経験則違反の点の他²⁸⁾ 「適用結果において」も、妥当である²⁹⁾

そして、平成27年高裁判決が「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」つまり「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」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」とする説示は妥当である。しかし、「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」「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」と評価することに「法則性がある」^{30),31)} ことまで肯定するのであれば、疑問である³²⁾

2 平成 28 年高裁判決

(一) 平成 28 年高裁判決の特徴

平成 28 年高裁判決は、「当該薬物の薬理作用を認識し、そのような薬理作用があるために当該薬物が指定薬物として指定されている薬物と同様に規制され得る同種の物であることを認識していれば、当該薬物を所持し、販売し、譲り受けることなどが犯罪に該当すると判断できる社会的な意味の認識、すなわち故意の存在を認めるに足りる事実の認識に欠けるところはないということができる」とする。そうすると、平成 28 年高裁判決の基準によれば、危険ドラッグ事犯の故意の存否を判断する上で、「当該薬物の薬理作用を認識し、そのような薬理作用があるために当該薬物が指定薬物として指定されている薬物と同様に規制され得る同種の物であることを認識して」いるか否かが重要となるから、被告人の行為当時当該薬物の法的規制状況の認識を判断することに関連する「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」が「直ちに排斥することはできない」とし

ても、故意の認定に大きな影響が生じなくなる。

危険ドラッグには、それに対する「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」³³⁾との「被告人の弁解」、言い換えれば「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」³⁴⁾との「被告人の弁解」は、被告人の行為当時当該薬物の法的規制状況の認識を判断することに関連するものであり、故意の存否の判断において、平成26年地裁判決及び平成27年高裁判決では重要な事項となったが、平成28年高裁判決では重要な事項となっていない。それゆえ、平成28年高裁判決は、平成26年地裁判決のように「適用結果において」不都合な事態が生じない点では妥当である³⁵⁾

(二) 平成2年決定との連続性

ただし、平成2年決定との連続性については疑問がある。

平成26年地裁判決では、明確に平成2年決定を引用した上で事例処理をしており、平成27年高裁判決も、原判決である平成26年地裁判決を当然の前提としている。しかし、平成28年高裁判決は、平成2年決定との関係が明確ではない。さらに、上記の通り、平成28年高裁判決が前田説を踏まえた故意概念を前提としているなら、平成2年決定とは異なる枠組みで判断している³⁶⁾ことになる³⁷⁾

なお、平成28年高裁判決は、平成2年決定に倣って、要証事実の推認を破る場面の検討を行っている。すなわち「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」とする。しかし、平成28年高裁判決は、前提となる要証事実に関して、平成2年決定から修正を加えているので、上記の検討を行ったとしても、要証事実の推認を破ることはならないと考えられる。平成2年決定では「類概念」の認識（という事実）が、平成28年高

裁判決は、「種概念」の認識（という事実：要証事実）となっているものと解されるからである³⁸⁾ そうすると、平成2年決定においては肯定されていた故意阻却の可能性を、平成28年高裁判決は、「事実上」塞ぐことになる。

以上から、平成28年高裁判決は、平成2年決定とは異なる要証事実を設定しているため、連続性を欠くことが明らかとなる。そして、平成2年決定によれば、「要証事実」は「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]になり、「この要証事実を推認するための構造」と「この推認を破る場面」を設定するという枠組みで運用されているが、平成28年高裁判決は、平成2年決定との連続性を欠くので、新たに、その後の「推認構造」と「推認を破る場面」を設定する必要がある。しかし、それも十分に成功しているとはいえない。なぜならば、平成28年高裁判決は、平成2年決定においては肯定されていた故意阻却の可能性を、「事実上」塞ぐことになっているからである。

3 「故意の認定方法」の整理

以上から、平成27年高裁判決及び原判決である平成26年地裁判決は、平成2年決定との連続性が肯定できるので、判例の連続性を肯定する見地からすると³⁹⁾ 平成27年高裁判決及び原判決である平成26年地裁判決の方が妥当である。

ところが、平成2年決定との連続性を前提として判断すると、平成26年地裁判決のように、裁判体によっては、危険ドラッグが蔓延している状況下では危険ドラッグ事犯における被告人の故意の成立を否定する場合があります。しかし、高裁レベルにおいて、危険ドラッグ事犯において被告人の故意を否定する判断を下すことは、高裁管区の判断への影響力が強いだけに避ける必要があると考えられる。

そこで、平成28年高裁判決のように、「当該薬物の薬理作用を認識し、その

ような薬理作用があるために当該薬物が指定薬物として指定されている薬物と同様に規制され得る同種のものであることを認識していれば、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」つまり「規制対象となりうる薬物である旨の実質的違法性の認識があり、指定薬物が含有されていないと信じた合理的な理由がない場合には、指定薬物の故意に欠けるところはない」とする処理方法を新たに提示することが考えられる。しかし、このような処理基準は、少なくとも平成2年決定との連続性を欠くことになる。

平成2年決定との連続性を肯定しつつ、適用結果の妥当性を確保するためには、平成27年高裁判決の処理方法が注目に値する。

上述の通り、平成27年高裁判決が「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」つまり「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」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」とする説示は妥当である。しかし、「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」「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」と評価することに「法則性がある」と説示しているのであれば、

疑問の余地があることは、上述の通りである。

そこで、平成27年高裁判決が扱った「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」「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」と評価できるかに関しては、証拠に基づき「社会的文脈を踏まえた確率」⁴⁰⁾を考慮する必要があると解すべきである。

注

- 18) 判例の連続性の意義に関しては、拙著『積極的加害意思とその射程』（平成29年・2017年）333頁以下参照。
- 19) ここでいう「法則性」とは「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」というレベルでの「経験則」をいう。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）。平成26年地裁判決が、このようなレベルでの「法則性」/「経験則」を肯定するのであれば、妥当ではない。
- 20) 飯田高「資源配分システムとしての『権利』の形成」『法律時報』89巻2号（平29年・2017年）24頁。
- 21) 飯田教授は、この記述を「立法手続」に対する言及として指摘するが（飯田・前掲注(20)25頁）、飯田・前掲注(20)24頁では「立法や司法、あるいは行政」を「共有知識を生成するための仕掛けのひとつ」と位置づけている。さらに、教授が「飯田・前掲注(20)24頁注(16)において引用する」マイケル・S-Y. チェは、広く「公共的儀式は、共有知識を生み出す社会的行為だと理解できる」とした上で、「公共的儀式は、単に情報の中心から個別の聴衆へのメッセージの伝達ではない。それは同時に、聴衆に他の聴衆が何を知っているかを知らせる」という機能があることを指摘するのである（マイケル・S-Y. チェ「安田雪訳」『儀式をゲーム理論で考える』（令4年・2022年）6頁）。
- 22) 飯田教授は、「共有知識化を促進する仕掛けであるとともに、共有知識のフィクションを成立させる仕組みでもある」とするが（飯田・前掲注(20)25頁）、ここでの「フィクション」の意味は、「だから、説得力がない」と主張しているわけではないと思われる。飯田・前掲注(20)25頁には、「『共有知識』というものは多かれ少なかれフィクションに依存している。権利が十分に実効化されるためには、『行為の資格について人々が知っている』

ことを擬制する制度的な枠組みが必要である。このような擬制が作用している限り、実際には共有知識が不完全であっても、権利は実効化されうる」という指摘があるからである。「フィクション（虚構）」の機能に関して、小坂井准教授は次のように指摘する。すなわち、「虚構と言うと、嘘・偽り・空言のように事実と相違しているという消極的な意味で理解される。だが、虚構は事実の否定ではない。個人心理から複雑な社会現象にいたるまで虚構と現実とは密接な関わりを持つ。虚構の助けなしには、我々を取り巻く現実がそもそも成立しない」とする（小坂井敏晶『増補 責任という虚構』（令2年・2020年）7頁。さらに、小坂井敏晶『増補 民族という虚構』（平23年・2011年）97頁以下参照）。この点に関して、日本では、名誉毀損罪における「名誉」に関して「真価のない名声（いわゆる虚名）」であっても、それが社会的評価であるかぎり、保護の対象となる」とされるが（川端博『刑法各論講義』第2版（平22年・2010年）230頁）、これは、「虚構と現実」の「密接な関わり」を示すための「刑法的な表現」になっているものと思われる。

23) 飯田・前掲注(20) 23頁。

24) この点に関して、チェ [安田訳]・前掲注(21) 5-6頁には、次のような指摘がある。それは、「人々はどうのように、互いの行動を協調させるのだろうか。本書では、他の人々が同じように参加する限りにおいて自分も集団の行動に参加したいと思う『協調問題』について考える。たとえば誰もが、逮捕されたり、警官に制圧されたりしないくらいに抗議者の数が多い場合にだけ、政府への抗議行動に参加したいと思っているかもしれない。人々は、よく協調問題を、互いにコミュニケーションすることによって解決する。しかし、単にメッセージを受け取るだけでは、その人が参加するのに十分ではない。なぜなら、他の人々も参加する場合に限り参加したいのだから、他の人々も同じくメッセージを受け取ったかどうかを知らなければならない。つまり、誰もが、他の人々が参加するだろうと確信しなければならないと知っているから、他の人々がメッセージを受け取ったということを他の人々も知っているということを知る必要があるという繰り返しになる。すなわち、メッセージについての知識だけでは十分ではない。それに加えて必要なのは、他の人々の知識についての知識であり、他の人々の知識についての他の人々の知識についての知識…であり、それらはすなわち『共通知識』である」という指摘である。なお、ここで示されている「共通知識」は、「Common Knowledge」の翻訳である（チェ [安田訳]・前掲注(21)の原典である Michael Suk-Young Chwe, *Rational Ritual* 2001, p3 参照）。しかし、上記の内容は、「共有知識」を指すものと考えられる（盛山和夫『制度論の構図』（平7年・1995年）103-9頁）。それゆえ、本稿では、チェ [安田訳]・前掲注(21)を直接引用する以外、「共有知識」（「Common Knowledge」の翻訳）を用いることにする。

25) 危険ドラッグを所持・使用した時点では「法規制がされていない合法的な物質とっていた」と弁解すれば、故意阻却の根拠となると、「逮捕されたり、警官に制圧されたりしない」可能性が高くなるので、協調行動が生じやすくなるのである（チェ [安田訳]・前掲注(21) 5-6頁）。

- 26) 制度（規範を含む）に関しては、拙稿・前掲注(5) 173-4頁、同・前掲注(6) 故意の認定(2) 163-5頁参照。さらに、安田拓人「一般予防論の現在と責任論の展望」『法律時報』88巻7号（平成28年・2016年）9頁参照。
- 27) この点に関しては、平成28年高裁判決においても指摘されている。太平洋戦争終結以降、日本には、覚醒剤が一般的に合法であった時期があったが、この時期には、覚醒剤が蔓延したため、大きな社会問題となっていた（拙稿・前掲注(3) 14-28頁参照。
- 28) この点に関して、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」ことについて、「経験則」にまで引き上げる判断をしたと解される点に関する問題性については、拙稿・前掲注(5) 158頁及び172-8頁参照。
- 29) 辻・前掲注(5) 74頁参照。
- 30) 「法則性」の意味については、前掲注(19)で示したレベルを指す。
- 31) この部分にも法則性を肯定することによる弊害については、拙稿・前掲注(5) 181頁参照。
- 32) 加藤検事は、平成27年高裁判決の説示の「強く窺わせる事情」に関して、「かかる経験則のみで規制薬物であるとの未必的認識を認定したわけではないと解される」と指摘する（加藤・前掲注(5) 174-5頁）。平成27年高裁判決は、平成26年地裁判決が「適用結果において」妥当ではない点を考慮して、「あえて」説示しているものと思われる（辻・前掲注(5) 74頁参照）。高裁判決は、高裁判決の地裁への規範形成に対する影響力（「共有知識を生成するための仕掛け」としての影響力）が地裁判決以上にあるから、故意阻却を肯定できる「筋道」（仮説構築）の可能性を否定しておきたかったことが考えられる（事実認定に関しては、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）270頁以下参照）。しかし、これを強調しすぎると、推認力が十分でないにも拘らず「法則性」を肯定してしまうような「ジャンク経験則」（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）を作ってしまうことになる可能性がある。
- 33) これは、平成26年地裁判決及び平成27年高裁判決における説示である。
- 34) これは、平成28年高裁判決における説示である。
- 35) この点に関して、拙稿・前掲注(6) 故意の認定（3・完）54-6頁参照。
- 36) 匿名・前掲注(6) 判時126頁、匿名・前掲注(6) 判タ137頁は、平成28年高裁判決を「規制対象となりうる薬物である旨の実質的違法性の認識があり、指定薬物が含有されていないと信じた合理的な理由がない場合には、指定薬物の故意に欠けるところはない」としたものと位置づけた上で「新しい判断」として評価する。ただし、上記の匿名解説では、必ずしも、薬物事犯の処理に関する判例となった「平成2年決定」との連続性を意識した

解説にはなっていない。

一方で、平成28年高裁判決を「平成2年決定」の延長上に位置づける評価もある。例えば、染谷判事は、平成2年決定を「薬物の明確な認識がない場合に関する重要判例」と位置づけ（植村立郎編〔染谷武宣〕『刑事事実認定重要判決50選 下』第3版（令和2年・2020年）194頁）、「薬物事犯における概括的故意の考え方は、危険ドラッグにも妥当する」と指摘した上で（植村編〔染谷〕・注(36)202頁）、その延長上に平成28年高裁判決を位置づけている（植村編〔染谷〕・注(36)202-4頁）。

- 37) 平成2年決定の枠組みに関しては、拙稿・前掲注(5)149頁以下、同・前掲注(6)故意の認定(2)151頁以下参照。
- 38) 拙稿・前掲注(6)故意の認定(3・完)52-4頁。
- 39) 拙稿・前掲注(18)335頁。
- 40) 「社会的文脈を踏まえた確率」に関しては、拙稿・前掲注(5)176-7頁参照。「社会的文脈を踏まえた確率」は、十分に固まった概念ではないと解されるので、改めて検討する機会をもちたい。

五 結 論

本稿では、危険ドラッグの蔓延状況と争点、危険ドラッグ事犯における故意の認定方法及び平成2年決定が示した「故意の認定方法」との連続性の視点から、両判決を比較し、考察を加えた。その結果、次のような点が明らかとなった。

1 危険ドラッグの蔓延状況と争点

平成27年高裁判決（原判決である平成26年地裁判決）及び平成28年高裁判決ともに、危険ドラッグの蔓延している状況において、被告人が危険ドラッグ事犯の故意の存否が争点として争われている点で共通していることが確認できた。

2 危険ドラッグ事犯における故意の認定方法

(一) 認定方法

平成26年地裁判決は、平成2年決定を引用した上で、「脱法ドラッグは従来

から法規制の対象とされている覚せい剤等の規制薬物とは異なり、新種の薬物が次々に現れ、これに対する法規制が後追いになるという特徴があることから、法規制がされていない合法的な物質と思っていたとの弁解に対して、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」という視点から、事実認定を行い、「本件薬物の入手状況及び使用状況、Z2からの電話内容、捜索差押時における被告人の対応等の事実は、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」という結論に至っている。これに対して、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」場合、「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」があったとしても、「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」つまり「当該薬物が規制薬物であることの未必的認識」が存することとは「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」とする。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」とし、原判決である平成26年地裁判決について「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」としたのである。

一方で、平成28年高裁判決は、明示的には平成2年決定を前提とせず、「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」とする点を確認できた。

(二) 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」事実

上記の「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，平成2年決定の基準を「日本語の意味として素直に」解釈し適用すると，故意を肯定する上で分岐点となる可能性が高いにも拘らず，それぞれの裁判体が「分岐点となる／ならない」について異なる評価を加えていることが確認できた。

平成26年地裁判決では，上記の事実関係を明確に認定がなされていないが，「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「危険ドラッグの特徴」を踏まえて，「本件薬物が規制前である」という「Z4の言葉」に信憑性を与え，これら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」という結論を導いているので，上記の事実関係があれば，「故意を否定する方向で作用する」という結論を導いていることが推測できる。これに対して，平成27年高裁判決は，上記の「危険ドラッグの特徴」を踏まえて，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」ことを経由して，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」という結論を導いているので，上記の事実関係があれば，「故意を肯定する方向で作用する」という結論を導いていることになる。

一方で，平成28年高裁判決は，「本件植物片を公然と販売する店舗で購入し，その際，販売員から合法であると聞いた，という被告人の弁解を直ちに排斥す

ることはできない」という事実関係を前提とするところから始まる。しかし、同判決の判断枠組みでは、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」事実は故意の成否にとって重要性が低い。そこで、客観的な事実関係をそのまま認定したに過ぎないという観を呈している。

3 平成2年決定が示した「故意の認定方法」との連続性と判断方法に関する提案

まず、平成27年高裁判決とその原判決である平成26年地裁判決は、平成2年決定との連続性を肯定できるが、平成28年高裁判決は、連続性を肯定できなかった点を確認できた。

次に、判例の連続性を肯定する見地からすると、平成27年高裁判決とその原判決である平成26年地裁判決の見地が妥当である。しかし、この見地に立てば、故意の成否に関して結論が割れることがある。

そこで、本稿では次のような提案を行った。すなわち、それは、「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」から、買い手が「前記のような期待」つまり「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」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」とする平成27年高裁判決の説示を踏まえて、「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」
「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」と評価できるかに関しては、「法則性がある」ことを肯定するのではなく、証拠に基づき「社会的文脈を踏まえた確率」を考慮する必要があるという提案である。

(本稿は、2021年度松山大学特別研究助成の成果の一部である)