

税関長の許可を受けないでダイヤモンド 原石を輸入する意思で禁制品である 覚せい剤を輸入しようとした場合の罪責

(東京高判平成25年8月28日高刑集66巻3号13頁)

金 子 博

【事実の概要】

被告人は、氏名不詳者らと共に共謀の上、A国所在のB空港において、覚せい剤599.5gが隠し入れられたポストンバッグを持って同空港発成田国際空港行きの航空機に搭乗し、同ポストンバッグを持って同空港に到着した同航空機から降り立ち、成田国際空港内の東京税関成田税関支署C旅具検査場において、同支署税関職員の検査を受けた際、関税法が輸入してはならない貨物とする上記覚せい剤を携帯しているにもかかわらず、その事実を申告しないまま同検査場を通過して輸入しようとし、同職員に前記覚せい剤を発見されたため、これを遂げることができなかった。なお、被告人においては、前記ポストンバッグの隠匿物はダイヤモンドの原石であると誤信し、これを税関長の許可なく輸入する無許可輸入の犯意を有していた。

原審（千葉地判平成24年11月5日判タ1396号377頁）は、最決昭和54年3月27日刑集33巻2号140頁を引き合いに出し、「ダイヤモンド原石を無許可で輸入する罪と輸入してはならない貨物である覚せい剤を輸入する罪とは、ともに通関手続を履行しないでした貨物の輸入行為を処罰の対象とする限度

において、その犯罪構成要件は重なり合っているものと解される」とした上で、「両罪の構成要件が重なり合う限度で軽い貨物を無許可で輸入する罪の故意…が成立し、貨物の無許可輸入罪（未遂）が成立する」とした⁽¹⁾。

これに対し、弁護人は、原判決には上記最高裁決定及び関税法の解釈適用の誤りがあることなどを理由に控訴した。その内容は、①無許可輸入罪と禁制品輸入罪の保護法益、構成要件としての行為態様、輸入の対象となる物品の範囲において異なる以上、構成要件の重なり合いを認めることができない、②上記最高裁決定の事案は、覚せい剤と誤信して麻薬を輸入したもので、覚せい剤と麻薬はともに身体に有害な違法薬物であり、物理的な形状や輸入することの社会的意義も共通するが、本件の場合、ダイヤモンド原石と覚せい剤とは、物理的な形状や性質も、輸入にかかる社会的意義もまったく異なる以上、上記最高裁決定の規範を適用することはできない、というものである。

【判 旨】

控訴棄却・確定。本判決は、法令適用の誤りはないとして原判決を是認した上で、弁護人の主張①および②に対して、次のように判示した。

「そもそも関税法は、関税の確定、納付、徴収及び還付と並んで、貨物の輸出及び輸入についての税関手続の適正な処理を図るための法律であり（1条）、税法であると同時に、貨物の輸出入に関する通関法としての性格を有するものであって、このような通関法としての輸出入の適正な管理を図るため、貨物の輸出入について、一般に通関手続の履行を義務づけている（67条）。そして、同法111条は、貨物の無許可での輸出入を処罰する規

(1) なお、本件行為以後、関税法67条および69条の11第1項1号の法改正が行われている。

税関長の許可を受けなくてダイヤモンド原石を輸入する意思で禁制品である覚せい剤を輸入しようとした場合の罪責

定であって、密輸出入犯に対する原則的規定であり、109条は、弁護人が指摘するとおり、本来、社会公共の秩序、衛生、風俗、信用その他の公益の侵害の防衛を目的とするものではあるが、これが関税法中に規定されたのは、公益の侵害の防衛という目的を達成するためには、公益を侵害する物品の輸入を禁止することが特に重要であり、かつ、その調査処分を、輸出入にかかる貨物について直接にその取締りの任にあたる税関職員に行わせるのが最も適当であると考えられたことによるものである。すなわち、111条と109条は、いずれも関税法の目的の一つである貨物の輸出入についての通関手続の適正な処理を図るための規定であって、111条が無許可での輸出入を禁止する密輸出入犯に対する原則的規定であり、109条は、特に取締りの必要性が高い禁制品の密輸入につきその責任非難の強さに鑑み、特にこれを重く処罰することとした規定であると解することができる。また、確かに、111条は、無許可の輸出入行為を処罰の対象としており、109条は、許可の有無にかかわらず、禁制品の輸入行為を処罰の対象としている点で、対象となる行為の内容が異なるようにも見えるものの、禁制品の輸入が許可されることは通常あり得ないから、共に通関手続を履行しないでする貨物の密輸入行為を対象とする限度において犯罪構成要件が重なり合うものということができる。上記最高裁決定も、許可の有無という事情にかかわらず、覚せい剤を無許可で輸入する罪と輸入禁制品である麻薬を輸入する罪との間に犯罪構成要件の重なり合いを認めており、弁護人の指摘する差異が構成要件の重なり合いの判断に影響することはないというべきである。そして、禁制品も輸入の対象物となるときは貨物であることに変わりがない。以上からすると、111条の無許可輸入罪と109条の禁制品輸入罪とは、ともに通関手続を履行しなかった貨物の密輸入行為を処罰の対象とする限度において、犯罪構成要件が重なり合っているものと解することができる。」

「上記最高裁決定は、覚せい剤取締法の営利目的による覚せい剤輸入罪と麻薬取締法の営利目的による麻薬輸入罪については、輸入の目的物が覚せい剤か麻薬かの差異があることを前提としつつ、その余の犯罪構成要件要素と法定刑が同一であり、麻薬と覚せい剤の類似性に鑑みて、構成要件が実質的に重なり合っているとみるのが相当であるとしているのに対し、関税法109条1項と111条1項については、関税法が貨物の輸入に際し一般に通関手続の履行を義務づけており、その義務を履行しないで貨物を輸入した行為のうち、貨物が輸入禁制品である場合には109条1項によって、その余の一般輸入貨物である場合には111条1項によって処罰することとし、前者の場合は、その貨物が関税法上の輸入禁制品であるところから、特に後者に比し重い刑をもってのぞんでいることを指摘した上で、密輸入にかかる貨物が覚せい剤か麻薬かによって関税法上その罰則の適用を異にするのは、覚せい剤が輸入制限物件であるのに対し麻薬が輸入禁制品とされているだけの理由によるものにすぎないことに鑑みると、覚せい剤を無許可で輸入する罪と輸入禁制品である麻薬を輸入する罪とは、ともに通関手続を履行しないでした類似する貨物の密輸入行為を処罰の対象とする限度において、その犯罪構成要件は重なり合っているものと解するのが相当である、としている。すなわち、上記最高裁決定は、関税法上は、覚せい剤を無許可で輸入する行為も禁制品である麻薬を輸入する行為も、貨物の内容が覚せい剤であるか麻薬であるかの差異にかかわらず、通関手続を履行しないでした貨物の密輸入行為を処罰の対象とする限度において犯罪構成要件が重なり合っていると判断したものであって、『類似する』とは必ずしも貨物の内容が類似していることを意味するものではなく、単に貨物の密輸入行為が類似していることを示したにすぎないものと解するのが相当である。そうすると、貨物に隠匿された内容物が、いずれも身体に有害な違法薬物であるか否か、物理的な形状が類似しているか否か、それを輸

税関長の許可を受けずにダイヤモンド原石を輸入する意思で禁制品である覚せい剤を輸入しようとした場合の罪責

入することの社会的意義の同一性などといった事情は、ともに貨物の密輸入取締規定である111条と109条の犯罪構成要件の重なり合いの判断に直接影響するものではない。」

【研 究】

1. 本判決の位置づけ

本判決は、関税法により輸入が禁止されている物を他の法令により輸入が制限されている物と誤信し、税関職員に申告せず輸入しようとした事案⁽²⁾につき、禁制品輸入罪と無許可輸入罪の構成要件が重なり合うことを理由に無許可輸入罪の未遂を認めたもので、禁制品輸入罪の構成要件と無許可輸入罪の構成要件との間の錯誤が問題となった点で最高裁の昭和54年決定の事案と共通するが、本件が未遂にとどまった点では異なる。当該錯誤につき両罪の構成要件の重なり合いを認めるにあたり、上記昭和54年決定の判断を確認しつつ、現実に輸入しようとした貨物と行為者が表象した貨物との間に物理的な形状や性質などの類似性が認められる必要がないことを新たに判断したことや、本件では未遂犯の成否が争点であるにもかかわらず、両罪の構成要件の重なり合いを検討した上で無許可輸入罪の未遂を認

(2) ダイヤモンド原石については、不正な取引が世界の紛争当事国において紛争の資金源となっている状況に鑑み、不正に取得されたダイヤモンド原石の輸出入を規制することを目的とするキンバリー・プロセス証明制度（国際条約に基づく証明制度）があり、わが国もダイヤモンド原石に係る輸出入規制措置を講じている（当該証明制度の概要については、経済産業省「キンバリー・プロセス証明制度に基づくダイヤモンド原石の輸出入手続について」(<http://www.meti.go.jp/topic/data/e21227aj.html>) 2015年4月27日アクセス)。それゆえ、当該証明書が添付されていないダイヤモンド原石は、関税法67条の貨物に該当するが、同法70条により許可されないことになる。

めた点で注目すべき判示内容となっている。

2. 最高裁昭和54年決定の射程—抽象的事実の錯誤における符合規準—

(1) 昭和54年決定の判示内容

本判決は、無許可でダイヤモンド原石を輸入する意思で、輸入禁制品である覚せい剤を輸入しようとしたという抽象的事実の錯誤に関する問題に関して、先例である最決昭和54年3月27日刑集33巻2号140頁を引用している。昭和54年の最高裁決定は、被告人が①営利の目的で、麻薬であるジアセチルモルヒネの塩類である粉末を覚せい剤と誤認して、日本国内に持ち込み、もって右麻薬を輸入し、②税関長の許可を受けないで、輸入禁制品である麻薬を覚せい剤と誤認して輸入したという事案^③につき、以下のように判示している。

まず、事実①につき、次のように判示し麻薬輸入罪の成立を認めている。「麻薬と覚せい剤とは、ともにその濫用による保健衛生上の危害を防止する必要上、麻薬取締法及び覚せい剤取締法による取締の対象とされているものであるところ、これらの取締は、実定法上は前記二つの取締法によつて各別に行われているのであるが、両法は、その取締の目的において同一であり、かつ、取締の方式が極めて近似して、輸入、輸出、製造、譲渡、譲受、所持等同じ態様の行為を犯罪としているうえ、それらが取締の対象とする麻薬と覚せい剤とは、ともに、その濫用によつてこれに対する精神的ないし身体的依存（いわゆる慢性中毒）の状態を形成し、個人及び社会に対し重大な害悪をもたらすおそれのある薬物であつて、外観上も類

③ 現在、覚せい剤は、輸入してはならない貨物（関税法69条の11第1項1号）に挙げられているが、当時は、輸入制限物件であった。なお、輸入禁制品は、関稅定率法21条に規定されていたが、平成18年の法改正を経て、現在、関稅法69条の11（輸入してはならない貨物）に規定されている。

税関長の許可を受けずにダイヤモンド原石を輸入する意思で禁制品である覚せい剤を輸入しようとした場合の罪責

似したものが多くことなどにかんがみると、麻薬と覚せい剤との間には、実質的には同一の法律による規制に服しているとみうような類似性があるというべきである」とした上で、覚せい剤輸入罪を犯す意思で、麻薬輸入罪にあたる事実を実現した本件では、「両罪は、その目的物が覚せい剤か麻薬かの差異があるだけで、その余の犯罪構成要件要素は同一であり、その法定刑も全く同一であるところ、前記のような麻薬と覚せい剤との類似性にかんがみると、この場合、両罪の構成要件は実質的に全く重なり合っているものとみるのが相当であるから、麻薬を覚せい剤と誤認した錯誤は、生じた結果である麻薬輸入の罪についての故意を阻却するものではない」。

次に、事実②については、次のように判示し無許可輸入罪の成立を認めている。「関税法は、貨物の輸入に際し一般に通関手続の履行を義務づけているのであるが、右義務を履行しないで貨物を輸入した行為のうち、その貨物が関税定率法二一条一項所定の輸入禁制品である場合には関税法一〇九条一項によつて、その余の一般輸入貨物である場合には同法一一一条一項によつて処罰することとし、前者の場合には、その貨物が関税法上の輸入禁制品であるところから、特に後者に比し重い刑をもつてのぞんでいゝるものであるところ、密輸入にかかる貨物が覚せい剤か麻薬かによつて関税法上その罰則の適用を異にするのは、覚せい剤が輸入制限物件（関税法一一八条三項）であるのに対し麻薬が輸入禁制品とされているというだけの理由によるものに過ぎないことにかんがみると、覚せい剤を無許可で輸入する罪と輸入禁制品である麻薬を輸入する罪とは、ともに通関手続を履行しないでした類似する貨物の密輸入行為を処罰の対象とする限度において、その犯罪構成要件は重なり合っている」とし、覚せい剤を無許可で輸入する罪を犯す意思で麻薬を輸入した場合、「輸入にかかる貨物が輸入禁制品たる麻薬であるという重い罪となるべき事実の認識がなく、輸入禁制

品である麻薬を輸入する罪の故意を欠くものとして同罪の成立は認められないが、両罪の構成要件が重なり合う限度で軽い覚せい剤を無許可で輸入する罪の故意が成立し同罪が成立する」。

上記判例では、「麻薬輸入罪」と「覚せい剤輸入罪」、「無許可輸入罪」と「禁制品輸入罪」というそれぞれ異なる構成要件が問題となったものであるが、両者において異なったアプローチが採られている。

昭和54年決定は、前者の錯誤につき、両罪は「輸入禁止物件を輸入する」という限度で共通するにもかかわらず、取締目的や方式、行為態様、薬物の作用・外観および法定刑の共通性を列挙したうえで、「構成要件の実質的な重なり合い」を認めるに至っている。もっとも、この判断枠組みは両罪の符合規準を一般的に提示するものではなく、異なる刑罰法規に規定された同種行為に関する処罰規定において、それぞれの法定刑が同一である場合には、たとえ客体の錯誤が認められたとしても、客観的に実現された犯罪について故意が阻却されないことが示されたにとどまる⁽⁴⁾。それゆえ、法定刑に軽重が認められる場合の規準は明らかではない⁽⁵⁾。

これに対し、後者の錯誤については、無許可輸入罪と禁制品輸入罪は、

(4) 上記の判断は、すでに最判昭和23年10月23日刑集2巻11号1386頁（虚偽公文書作成罪の教唆を企てたところ、共犯者が公文書偽造の教唆をしたという事案）や大阪高判昭和31年4月26日高刑集9巻3号317頁（麻薬を覚せい剤と誤信して所持したという事案）にみられるとの指摘（亀山継夫「事実の錯誤と適条」研修371号（1979）59頁以下）がある。なお、上記の錯誤に対する判例の理解については、具体的事実の錯誤と解する見解（例えば、伊東研祐「判批」刑事判例研究会編『刑事判例評釈集 第41巻』（1989）31頁）と抽象的事実の錯誤と解する見解（例えば、川端博「判批」『刑法判例百選Ⅰ総論』（第2版・1984）113頁）に分かれている。

(5) 岡次郎「判解」最高裁判所判例解説刑事篇（昭和54年度）（1983）42頁は、「麻薬と覚せい剤を誤認した場合でも、両罪の刑に軽重のある場合には、構成要件の全面的な重なり合いを認めることができず、軽い罪の限度で重なり合いを認めることになる」とする。

税関長の許可を受けずにダイヤモンド原石を輸入する意思で禁制品である覚せい剤を輸入しようとした場合の罪責

関税法上の密輸入行為に対する処罰規定であることを前提とした上で、基本類型と加重類型の関係にあり、「通関手続を履行しなかった類似する貨物の密輸入行為を処罰の対象とする限度」で両罪の構成要件が重なり合うことを理由に、無許可輸入罪の成立を認めている。この点につき、前者の錯誤において判示された「構成要件の実質的な重なり合い」という表現が用いられていないことに鑑み、ここでは、両罪の構成要件が形式的にも重なり合う、すなわち、軽い無許可輸入罪の限度において完全に重なり合っていることを認めていると解されている⁽⁶⁾。したがって、両罪は、一方が他方を完全に包摂する関係にあると位置づけられているといえよう。

(2) 禁制品輸入罪と無許可輸入罪との構成要件の重なり合い

本判決は、禁制品輸入罪と無許可輸入罪との構成要件の重なり合いを判断するにあたり、関税法が通関法として、貨物の輸出入について、一般に通関手続の履行を義務づけている(67条)ことを前提としたうえで、次のような点を根拠に、昭和54年決定と同様に両罪の構成要件の重なり合いを認めている。すなわち、①同法「111条と109条は、いずれも関税法の目的の1つである貨物の輸出入についての通関手続の適正な処理を図るための規定であって、111条が無許可での輸出入を禁止する密輸出入犯に対する原則的規定であり、109条は禁制品の密輸入を重く処罰する規定であるこ

(6) 安廣文夫「判解」最高裁判所判例解説刑事篇(昭和61年度)(1989)88頁以下。なお、後者の錯誤に関する判示内容に関しては、符合の限界よりも、むしろ、刑法38条2項の解釈が注目され、「軽い罪を犯す意思で重い罪にあたる事実を実現した場合、重い罪が成立し、刑法38条2項により軽い罪の刑で処断される」のではなく、「軽い罪が成立する」とともに、その際、同法38条2項は法令の適用として不要である旨を明らかにしたことに意義があるとされる。亀山・前掲註(4)55頁、福田平「判批」判例評論249号(1979)186頁、大谷實「判批」昭和54年度重要判例解説(1980)183頁、川端・前掲註(4)112頁、伊東・前掲註(4)24頁以下など参照。

と、②禁制品の輸入が許可されることは通常あり得ないという事実でもって、共に通関手続を履行しないでする貨物の密輸入行為であること、③禁制品も輸入の対象物となる以上、貨物となりうること、である。このような判断は、基本的に昭和54年決定の判断を踏襲するものであり、理論的にも、概ね支持されている⁽⁷⁾。

もっとも、構成要件の重なり合いの限度につき、昭和54年決定と本判決との間で表現が異なっている。すなわち、昭和54年決定は、「通関手続を履行しないでした類似する貨物の密輸入行為を処罰の対象とする限度」で構成要件上重なり合う関係であると判断し、「類似する」という表現を用いているのである。それゆえ、昭和54年決定の「類似する」は、貨物の類似性を前提とするかが問題となる。

この点につき、本判決は、昭和54年決定について、「関税法上は、覚せい剤を無許可で輸入する行為も禁制品である麻薬を輸入する行為も、貨物の内容が覚せい剤であるか麻薬であるかの差異にかかわらず、通関手続を履行しないでする貨物の密輸入行為を処罰の対象とする限度において犯罪構成要件が重なり合っていると判断したもの」とし、必ずしも「類似する」貨物であることを必要としないと解している。両罪において構成要件の重なり合いが認められることを前提とするならば、本判決が判示するように、現実に輸入しようとした貨物と行為者が表象した貨物との間で内容が類似する必要はない。というのも、同法111条が前提とする客体が同法67条にいう「貨物」とされているからである。構成要件要素である客体が一定の限度で抽象化されている以上、同構成要件内の客体の差異は重要ではない。ゆえに、昭和54年決定にいう「類似する」は、構成要件の重なり合いを認める上で、「貨物の類似性」を要求するようにみえるが、当該事案に限り

(7) 佐藤琢磨「判批」刑ジャ40号(2014)157頁、前田雅英「判批」捜査研究766号(2014)28頁。

税関長の許可を受けずにダイヤモンド原石を輸入する意思で禁制品である覚せい剤を輸入しようとした場合の罪責

表現された事実的な事柄にすぎないと思われる。かくして、本判決は、両罪の構成要件の重なり合いにつき、昭和54年決定において前提となった貨物の類似性が認められる事案に加えて、貨物の類似性が認められない事案でもありうることを明らかにしたと解しうる。

この限りで、本判決が貨物の類似性を否定したことは、両罪の構成要件の重なり合いの範囲を具体化した点で重要であると思われる。もっとも、「通関手続を履行しないで密輸入する」という行為の側面を重視するならば、同法111条の構成要件要素である貨物は、禁制品も含めた「貨物一般」と解されるべきことになる。

(3) 禁制品輸入罪と無許可輸入罪との関係

従来、禁制品輸入罪と無許可輸入罪の関係については、主として、「関税法上の客体の要件は『輸入禁制品』および『無許可物』という形で抽象化されている上に、禁制品の輸入は許可を要する物件の無許可輸入より悪質な行為であるから、両者は、実質的には、特別・一般ないし一般・補充の関係にある」⁽⁸⁾と解されている⁽⁹⁾。そして、無許可輸入罪は禁制品輸入罪の中に包摂されるが故に、無許可輸入罪を犯す意思で禁制品を輸入した場合には、当該行為は軽い無許可輸入罪の構成要件に該当する行為であると解されてきたように思われる。現に、昭和54年の最高裁決定においても、「関税法は、貨物の輸入に際し一般に通関手続の履行を義務づけているのであるが、右義務を履行しないで貨物を輸入した行為のうち、その貨物が関税定率法二一条一項所定の輸入禁制品である場合には関税法一〇九条一項によつて、その余の一般輸入貨物である場合には同法一一一条一項によつて処罰することとし…密輸入にかかる貨物が覚せい剤か麻薬かによつて

(8) 松宮孝明『刑事立法と犯罪体系』(2003) 172頁。

(9) 前田・前掲註(7)31頁, 佐藤・前掲註(7)157頁。

関税法上その罰則の適用を異にするのは、覚せい剤が輸入制限物件（関税法一一八条三項）であるのに対し麻薬が輸入禁制品とされているというだけの理由によるものに過ぎない」と判示している¹⁰⁰。

このような理解からすれば、禁制品輸入罪の行為が無許可輸入罪の行為でもあるとするためには、本判決が示した「通関手続を履行しないでする貨物の密輸入行為」をもって無許可輸入罪の構成要件としなければならず、それがまた禁制品輸入罪の構成要件と共通するものでなければならない。しかし、両罪の構成要件は、条文の形式上、「許可の要否」という点で重なり合わない。すなわち、形式的には、一方が他方を完全に包摂する関係ではないのである。それゆえ、無許可輸入罪を犯す意思で禁制品輸入罪を実現させた場合に、無許可輸入罪の構成要件を充足する理論的根拠が必要となる。

3. 抽象的事実の錯誤における符合の限界

本判決は、いわゆる抽象的事実の錯誤について、行為者の表象した構成要件と客観的に実現された構成要件の符合を認め、法定刑の軽い、行為者の表象した犯罪の成立を認めたものである。抽象的事実の錯誤においては、客観的に実現された構成要件に対応する故意が認められるかどうか、すなわち、故意の射程が問題となり、「一見して客観的に実現された構成要件該当事実の中に故意のある構成要件該当事実が認められないような場合において、解釈論上、いかにして客観的に実現された構成要件該当事実の中に、故意のある構成要件に対応する事実を見出すことができるか」¹⁰¹が重要となる。

(100) 最判昭和54年5月10日刑集33巻4号275頁の戸田弘裁判官の補足意見も参照。

(101) 松宮孝明編『判例刑法演習』（2015）85頁〔玄守道〕。

税関長の許可を受けずにダイヤモンド原石を輸入する意思で禁制品である覚せい剤を輸入しようとした場合の罪責

(1) 一方が他方を完全に含む関係に立つ2つの構成要件の間の錯誤

抽象的事実の錯誤のうち、一方が他方を完全に含む関係に立つ2つの構成要件の間の錯誤が問題となる場合では、一般に軽い犯罪の成立が認められている。例えば、最判昭和23年5月1日刑集2巻5号435頁は、窃盗の意思をもって屋外で見張りをしたが、共犯者は初めから強盗の意思で強盗に及んだという事案につき、「被告人は軽い窃盗の犯意で重い強盗の結果を発生させたものであるが共犯者の強盗所為は被告人の予期しないところであるからこの共犯者の強盗行為について被告人に強盗の責任を問うことはできない訳である、然らば原判決が被告人に対し刑法第三十八条第二項により窃盗罪として処断したのは正当」であるとして、窃盗罪の共同正犯を認めている。また、最判昭和25年10月10日刑集4巻10号1965頁は、正犯が被害者に傷害を加えるに至るかも知れないと認識しながら七首を貸与したところ、当該正犯が殺人の意思をもって七首により被害者を刺殺したという事案につき、「被告人の認識したところ即ち犯意と現に発生した事実とが一致しない場合であるから、刑法第三十八条第二項の適用上、軽き犯意についてその既遂を論ずべきであつて、重き事実の既遂を以つて論ずることはできない。原判決は右の法理に従つて法律の適用を示したもので…客観的には殺人幫助として刑法第一九九条第六二条第一項に該当するが、軽き犯意に基き傷害致死幫助として同法第二〇五条第六二条第一項を以つて処断すべきものであることを説示したものであることは判文上極めて明かであつて、…原判決の法律の適用は正当」と判示している⁽¹²⁾。一方が他方

(12) その他に、最判昭和25年4月11日裁判集刑事17号87頁（共犯者と恐喝の共謀をして現場に臨んだところ、共犯者が共謀の範囲を超えて強盗に及んだという事案）や大阪高判昭和30年12月1日高等裁判所刑事裁判特報2巻22号1196頁（被害者が自己又は配偶者の直系尊属であることを認識せず殺害したという事案）がある。なお、最判昭和25年7月11日刑集4巻7号1261頁（窃盗を教唆したところ、被教唆者が強盗に及んだという事案）は、教唆犯の因果関係を否定したものである。

を完全に包む関係に立つ場合には、軽い犯罪の構成要件が主観的にも客観的にも完全に充足されており、したがって、客観的に実現された構成要件に対応する故意が認められるといえる。

(2) 「基本類型—補充・拡張類型」の関係または「基本類型—加重類型」の関係に立つ2つの構成要件の間の錯誤

もっとも、判例は、一方が他方を完全に含む関係に立たない2つの構成要件の間の錯誤においても、軽い犯罪の故意犯を認めている。例えば、東京高判昭和35年7月15日下刑集7=8号989頁は、遺失物と誤信して駅出札口付近にあるカメラを窃取したという事案につき、「本件は、被害者Aの管理する原判示カメラ一台を、被告人が占有離脱物たる遺失物であると思つて持ち去つたものと認定すべき事案で、刑法第二百三十五条、第三十八条第二項、第二百五十四条を適用すべき場合である」として、窃盗罪と遺失物横領罪との間に重なり合いを認めている⁽³⁾。さらに、札幌地判平成6年2月7日判タ873号288頁は、派出所を放火したが、当該派出所には勤務員の仮眠休憩施設があり、現に仮眠等に利用されていたことを認識していなかったという事案につき、「被告人が非現住建造物等放火の故意を有していたことは明らかであるから、現住建造物等放火の訴因の範囲内で非現住建造物等放火の事実を認定することにする。」として、現住建造物等放火罪と非現住建造物等放火罪との間に重なり合いを認め⁽⁴⁾、大判明治43

(3) 大判大正9年3月29日刑録26輯211頁（遺失物と誤信して駅待合室に置いてあった衣類等の入った合羽包を領得したという事案）も参照。

(4) 神戸地判昭和36年6月21日下刑集3巻5=6号569頁（被害者のいる家屋を放火したが、放火時に自己の行為により被害者は死亡していたと誤信していたという事案）は、「被告人において本件家屋にAが未だ生存していることを知らず、既に死亡しているもの即ち人の住居に使用せず且つ人の現在しない建物と誤認して放火したものであるから、同法第三十八条第二項に則り同法第一〇九条第一項により処断」する旨判示している。

税関長の許可を受けずにダイヤモンド原石を輸入する意思で禁制品である覚せい剤を輸入しようとした場合の罪責

年4月28日刑録16輯760頁は、被害者が自己の殺害を囑託したと誤信して殺害しようとしたが、遂げることができなかったという事案につき、「刑法ハ如斯場合ニ対シ其第三十八条第二項ノ規定即チ犯人ニシテ罪ヲ犯ス當時ニ在テ其罪ノ本来重キモノ（本件ニ在テハ被殺者ノ囑託ニ因ル殺人罪ヨリ重キ普通ノ殺人罪）ナルコトヲ知ラサル者ハ其重キニ從テ処断スルコトヲ得ストノ規定ヲ掲ケテ其適用ヲ緩和シタルモノトス然レハ原院カ被告ノ所為ハ本刑法第九十九条第二百三条ニ該当スルモノナルモ同第三十八条第二項第二百二条第二百三条ニ則リ処断シタルハ相当」である旨判示し、殺人罪と同意殺人罪との間に重なり合いを認めている⁽¹⁵⁾。

これらの事案では、条文の形式上、相互に排他的・択一的な関係に立つ2つの構成要件の間の錯誤が問題となっている。例えば、窃盗罪と遺失物横領罪は、「他人の物を自己の占有に移す」という点で共通するものの、一方で「他者が占有する財物」を、他方で「占有を離れた財物」を求め、択一的な関係にある。現住建造物等放火罪と非現住建造物等放火罪、殺人罪と同意殺人罪においても同様な関係に立っている。しかし、そのような場合であっても、これらの裁判例⁽¹⁶⁾は、両罪の構成要件が重なり合うこと

(15) 最決昭和28年9月30日刑集7巻9号1868頁（被告人との心中を承諾していない被害者がこれを承諾しているものと誤信し、同人を殺害したという事案）は、「（本件において殺人の起訴に対し原判示の事由により刑法三八条二項を適用し同意殺人の責任を認めたからといつて訴因、罰条の変更を必要とするものでないことは明らかである…）」と判示している。さらに、名古屋高判平成7年6月6日判時1541号144頁（被害者が被告人に対し自己の殺害について囑託したと誤信して殺害に及んだという事案）は、「被告人は、被害者Aの囑託がないのにこれあるものと誤信して殺害行為に及んだことが明らかであるから、囑託殺人の故意で殺人を犯したものとして、平成七年法律第九一号による改正前の刑法三八条二項により、同改正前の刑法二〇二条囑託殺人罪の罪責を負うことになる」と判示している。なお、札幌高判平成25年7月11日高等裁判所刑事裁判速報集（平25）号253頁（被害者から殺害の囑託を受け、暴行又は傷害の故意で死亡させたという事案）は、囑託殺人罪と傷害致死罪との間に構成要件の重なり合いを認めている。

(16) その他の裁判例として、最決昭和44年7月25日刑集23巻8号1068頁は、13歳[♂]

を認めているのである。もっとも、条文の形式上、択一的な関係に立つ「両罪の構成要件が重なり合う」根拠は何ら示されていない。

この点については、立法者の真意を生かしつつ、「見せかけの構成要件要素」ないし「書かれた非構成要件要素」を認め、そしてまた「書かれざる構成要件要素」を補充することにより、上記で問題となった犯罪構成要件の間の重なり合いを根拠づける試みがある⁽⁷⁾。この試みは、「とりわけ『補充関係』や『減輕類型』に当たるように思われる規定間では、より重い犯罪との関係での」錯誤を考慮せず限界を設定する要素が条文化されていることを根拠に、すべての文言が「構成要件要素」とは限らないことを明らかにするものである。もっとも、その際、恣意的な解釈は許されず、「制定法の罰条の相互関係ないしその相対から読み取れる立法者の意思を生かす解釈」⁽⁸⁾に限られる。

この考え方によれば、例えば、窃盗罪と遺失物等横領罪との関係では、後者の条文にある「占有を離れた」は、窃盗罪との限界を設定する要素＝非構成要件要素にすぎず、それゆえ、遺失物等横領罪は領得罪の「受け皿」的構成要件として位置づけられる。このように犯罪類型を解釈すれば、両罪の間の構成要件は、後者の犯罪の限度で完全に重なり合うことになる⁽⁹⁾。

＼未満の者に対して、暴行・脅迫を用いてわいせつな行為をしたという事案につき、「一三才未満の者に対し、その反抗を著しく困難にさせる程度の脅迫を用いてわいせつの行為をした場合には、刑法一七六条の前段と後段との区別なく右法条に該当する一罪が成立するものと解すべきであるとした原判断は相当である」としている。

(7) 松宮孝明「見せかけの構成要件要素と刑法38条2項」立命327=328号(2010)859頁以下。

(8) 松宮・前掲註(7)868頁。反対に、立法者の意思を無視する恣意的な解釈は罪刑法定原則に違反することになるとする。

(9) なお、川端博『刑法総論講義』(第3版・2013)272頁以下は、所持を保護法益とする窃盗罪と物に対する所有権その他の本権を保護法益とする遺失物等横領罪(同『刑法各論講義』(第2版・2010)307頁以下および397頁参照)との間に、構成要件の実質的な重なり合いを認めるが、符合の規準となる「法益の共

税関長の許可を受けずにダイヤモンド原石を輸入する意思で禁制品である覚せい剤を輸入しようとした場合の罪責

同様に、現住建造物等放火罪と非現住建造物等放火罪の場合も、後者の条文にある「現に人が住居に使用せず、かつ、現に人がいない」は、限界を設定する要素＝非構成要件要素にすぎず、それゆえに、現住建造物等放火罪と非現住建造物等放火罪は「加重類型と基本類型の関係」にあると解されうる。そして、殺人罪と同意殺人罪との関係においても、判例の理解を前提とするならば、202条後段にいう「その嘱託を受け若しくはその承諾を得て」という文言は同罪の構成要件要素ではなく、同時に、199条の構成要件には「その嘱託を受けずかつその承諾も得ずに」という「書かれざる構成要件要素」が含まれることになる²⁰⁾。そうすると、問題となる規定間において補充・拡張関係あるいは加重関係が認められる場合に限り、みせかけの構成要件要素に関する錯誤は、構成要件上の重なり合いを否定することにはならないと解することができる²¹⁾。

(3) 上記の関係に立たない2つの構成要件の間の錯誤

しかし、裁判例は、「見せかけの構成要件要素」を用いた解釈によって故意犯を認めたい場合であっても、行為者が表象した軽い故意犯の成立を認めている。例えば、「公文書無形偽造罪と公文書有形偽造罪」や「覚

通性」と「法益侵害行為の共通性」は存在しないように思われる。

²⁰⁾ 松宮・前掲註17867頁。なお、176条の強制わいせつ罪では、「13歳以上」という文言は非構成要件要素となる。

²¹⁾ さらに、香川達夫『刑法講義〔総論〕』（第3版・1995）268頁以下も参照。香川は、構成要件の重なり合いを、法条競合の関係に立つ場合に限定し、その類型として、刑の加重事由のある場合、刑の減輕事由のある場合、財産犯との関係で認識と事実の食い違いを挙げる。なお、木村亀二『刑法総論』（1959）229頁は、占有離脱物横領罪の意思で窃取行為をした場合に占有離脱物横領罪を認めた判例の立場について、「構成要件に重なり合う点があるからではなく、同種の法益侵害を内容とする構成要件である構成要件であるという極めて抽象的な面における重なり合いを重要視したもの」（＝法益符合説）と解する。しかし、構成要件が重なり合わないことを認めつつ、保護法益の共通性だけで足りるとする根拠は明らかではない。

せい剤輸入罪（所持罪）と麻薬輸入罪（所持罪）」に関する錯誤である。当初、判例は、いずれにおいても、「罪質の共通性」を一規準として軽い犯罪の成立を認めていた²²⁾が、その後、「構成要件の実質的な重なり合い」

② 公文書無形偽造罪と公文書有形偽造罪との関係については、前掲最判昭和23年10月23日。被告人はYと共謀して、刑務所医務課長Mを買収してAのためAが勾留に堪えられない旨の虚偽の内容の診断書を作成させてこれを入手しようと決め、Yがその任に当たることになったところ、Yは医務課長の買収が困難なのを知って、むしろ医務課長名義の診断書を偽造しようと決意し、Nを教唆して診断書を作成偽造せしめたという事案につき、「本件故意の内容は刑法第一百五十六条の罪の教唆であり、結果は同法第一百五十五条の罪の教唆である。そしてこの両者は犯罪の構成要件を異にするも、その罪質を同じくするものであり、且法定刑も同じである。而して右両者の動機目的は全く同一である。いづれもAの保釈の為に必要な虚偽の診断書を取得する為めである。即ち被告人等は最初その目的を達する手段として刑法第一百五十六条の公文書無形偽造の罪を教唆することを共謀したが、結局共謀者の一人たるYが公文書有形偽造教唆の手段を選び、これによつて遂に目的を達したものである。それであるから、YのNに対する本件公文書偽造の教唆行為は、被告人とYとの公文書無形偽造教唆の共謀と全然無関係に行われたものと云うことはできないのであつて、矢張り右共謀に基づいてたまたまその具体的手段を変更したに過ぎないから、両者の間には相当因果関係があるものと認められる。…即ち被告人は法律上本件公文書偽造教唆につき故意を阻却しないのである。」と判示している。

薬物に関する錯誤については、前掲大阪高判昭和31年4月26日。麻薬を覚せい剤と誤信して所持したという事案につき、「軽い甲罪の犯意を以て重い乙罪の事実を実現した場合において、両者その罪質を同じうするときは、甲罪の既遂を以てこれに間擬すべきものと解するを相当とするところ、右覚せい剤の所持は覚せい剤取締法第四十一条第一項第二号に該当し、その刑は五年以下の懲役又は十万円以下の罰金であり、麻薬の所持は麻薬取締法第六十四条第一項に該当し、その刑は七年以下の懲役であつて、この二つの法条について罪質の異同を検討すると、両者は共にその中毒性習慣性のため個人並に社会の保健衛生に危害を及ぼすことの多い薬剤について濫用を取締ろうとするものでその目的を同じうし…、且つ、その取締方式においても極めて相似たものがあるのであつて、両者別異の法律を以てこれを規定したのは単に沿革的理由によるにすぎないのであり、また、その刑に軽重あるのはその毒性の程度の差によるものというべく、両者がその罪質を異にするものと解することができない」とし、実際には覚せい剤を所持していないにもかかわらず、覚せい剤所持罪の成立を示唆している。さらに、東京高判昭和54年4月17日東京高等裁判所（刑事）判決時報29巻4号67頁（麻薬を覚せい剤と誤信して輸入した事案）も参照。

税関長の許可を受けずにダイヤモンド原石を輸入する意思で禁制品である覚せい剤を輸入しようとした場合の罪責

を規準とすることを打ち出している。例えば、東京地判平成13年7月12日判タ1083号288頁は、Yに対し現役の国税職員に虚偽の内容の納税証明書を作成させるよう依頼したところ、Yは自ら納税証明書を偽造したという事案につき、「虚偽公文書作成罪と有印公文書偽造罪は、共に刑法の『文書偽造の罪』の章に規定され、いずれも公文書を客体とし、公文書に対する公共の信用を保護法益とする犯罪であり、その法定刑は全く同一に定められている上、両罪の実行行為は、公文書を不正に作出するという意味で、偽造として統一的に把握し得ることに鑑みると、両罪は別個の条文に規定されているとはいえ、その構成要件はその重要な部分で実質的に重なり合っているものとみるのが相当である。したがって、上記の錯誤によって、生じた結果である有印公文書偽造罪についての故意は阻却されないと解すべきである（最一小決昭和五四年三月二七日・刑集三三卷二号一四〇頁、最二小判昭和二三年一〇月二三日・刑集二卷一十一号一三八六号参照）。」と判示している。また、薬物に関する錯誤の事案でも、上記の昭和54年の最高裁決定を介して、「構成要件の重なり合い」という表現が用いられ、最決昭和61年6月9日刑集40卷4号269頁も、覚せい剤をコカインと誤認して所持したという事案につき、覚せい剤所持罪と麻薬所持罪は、「その目的物が麻薬か覚せい剤かの差異があり、後者につき前者に比し重い刑が定められているだけで、その余の犯罪構成要件要素は同一であるところ、麻薬と覚せい剤との類似性にかんがみると、この場合、両罪の構成要件は、軽い前者の罪の限度において、実質的に重なり合っているものと解するのが相当」と判示するに至っている²³⁾。

23) 薬物事犯に対する実務上の適正な処理の要請を指摘するものとして、亀山・前掲註(4)61頁。もっとも、染谷武宣「補筆」小林充＝植村立郎編『刑事事実認定重要判決50選(下)』(第2版・2013)137頁以下は、その後の最決平成2年2月9日裁集254号99頁(知人から依頼され「化粧品」だといわれた物を日本に輸

これに対し、学説の多くは、基本的に判例の結論を支持しており、むしろ、重点は、判例のいう「構成要件の実質的な重なり合い」の探究にあったといえよう⁶⁵⁾。とりわけ、構成要件の重なり合いを認める規準として、「法益の共通性」および「(構成要件的)行為の共通性」を挙げる見解⁶⁶⁾が多い。しかし、同一の規準であっても結論が一樣ではなく、そもそも、法益または行為の類似性・共通性をもって、一見すると排他的関係にある構成要件間において重なり合いが認められるとする理論的根拠は明らかにされていない⁶⁷⁾。それゆえ、覚せい剤所持罪と麻薬所持罪との間で、「覚せい

入し所持していたが、実際は覚せい剤であったという事案につき、「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」と判示したもので、「現実を生じた構成要件該当事実に対応する故意が行為者に認められるか」を検討している。)を契機として、昭和54年決定や昭和61年決定が示した「抽象的事実の錯誤」の規準に従った下級審判例は少ないと指摘する。

24) 染谷・前掲註23)138頁註3は、「実務上、『抽象的事実の錯誤』が問題となる事件はそもそも多くない上、薬物の認識(故意)に関していえば、平成2年決定に従えば、実際に生じた事実(実際に密輸された薬物)に対する概括的ないし未必的故意を認めることのできる範囲が広くなり、『抽象的事実の錯誤』が問題となるケースが更に少なくなることによるものと考えることができよう」とする。

25) 葛原力三「判批」『刑法判例百選I総論』(第5版・2003)83頁参照。

26) 団藤重光『刑法綱要総論』(第3版・1990)299頁および302頁註33、平野龍一『刑法総論I』(1972)178頁以下、大塚仁『刑法概説』(第4版・2008)197頁、大谷實『刑法講義総論』(新版第4版・2012)177頁(なお、「同じ構成要件に択一的に規定されている場合(1項強盗と2項強盗、麻薬輸入罪と覚せい剤輸入罪)も符合を認めるべきである」とする)、川端・前掲註19)『刑法総論講義』272頁以下。なお、高橋則夫『刑法総論』(第2版・2013)199頁以下(「各構成要件が行為規範として法益保護のために設定されていると考えれば、法益の共通性が基本とされるべき」とする)、佐伯仁志『刑法の考え方・楽しみ方』(2013)284頁以下も参照。

27) 井田良『講義刑法学・総論』(2008)194頁、松宮編・前掲註10)90頁〔玄〕など。

税関長の許可を受けずにダイヤモンド原石を輸入する意思で禁制品である覚せい剤を輸入しようとした場合の罪責

い剤」の中に「麻薬」も含まれていると解しうる手がかりも示されていない⁶⁰⁾。

この点、法益の侵害・危険で両構成要件が重なり合っているときに符合を認め、A罪の構成要件とB罪の故意とで構成される犯罪類型の成立を認めるとする見解⁶¹⁾、あるいは保護法益の共通性ないし重なり合いを前提としつつ、両罪にまたがる「共通構成要件」を両者の法文解釈により導出・想定し、それが客観的にも主観的にも充足される必要があるとする見解⁶²⁾が主張されている。後者によれば、ヘロイン輸入罪と覚せい剤輸入罪を考えた場合、「ヘロインと覚せい剤のいずれも、人の健康を害する依存性薬物であり、その種類の差は構成要件的に重要でないことができ、両者は同一の構成要件に該当し、『薬物輸入』という点で客観と主観の一致により、故意犯の成立を肯定することができる⁶³⁾」としている⁶⁴⁾。このよ

60) 町野朔「法定的符合説について(下)」警研54巻5号(1979)5頁は、「公文書有形偽造罪と公文書無形偽造罪」や「覚せい剤輸入罪と麻薬輸入罪」において構成要件の重なり合いを認める見解に対して、「実質的な」構成要件の拡張は、構成要件が罪刑法定主義を保障するための概念である以上、「罪刑法定主義の根本を否定する」ものであると指摘する。

61) 林幹人『刑法総論』(第2版・2008)263頁以下(「両構成要件が保護しようとする法益が同一である場合には、符合が認められ、故意既遂犯の成立が認められる」とする)。同「抽象的事実の錯誤」上法30巻2=3号(1987)254頁以下も参照。

62) 山口厚『刑法総論』(第2版・2007)222頁以下、松原芳博『刑法総論』(2013)228頁。

63) 山口厚『問題探究 刑法総論』(1998)154頁。

64) 類似の見解として、西田典之『刑法総論』(第2版・2010)237頁、高山佳奈子『故意と違法性の意識』(1999)222頁参照。高山は、「抽象的事実の錯誤」を構成要件の解釈の問題と位置づけた上で、強制わいせつ罪の刑法176条前段と後段との間の錯誤(前掲最決昭和44年7月25日参照)を手がかりに、麻薬輸入罪と覚せい剤輸入罪との構成要件の実質的な重なり合いを認めた前掲最決昭和54年3月27日の理論的説明を試みる。これに対する批判として、松宮・前掲註⑧174頁以下参照。

うな「実質的」と称した構成要件の重なり合いは、「その実質においては、二つの構成要件自体の符合ではなく、各構成要件の内容を抽象化した概念の一致を問題」にするものといえよう⁶³⁾。しかし、いずれの理論構成も、犯罪類型を新たに作り出すことを前提とする点で、解釈論を超えている⁶⁴⁾。このことは、構成要件間の重なり合いという見地から判例の結論を一貫して説明することには限界があることを示唆している。

このような構成要件の重なり合いの限界に鑑みて、「罪質」あるいは「不法・責任」の符合を規準とするアプローチもある。例えば、構成要件上の相違を問わず、犯罪の被害法益や犯行方法・態様などを考慮した「罪質」を規準とすることによって、符合の拡張を試みるもの⁶⁵⁾がある。しかし、「罪質の同一性」は、あらゆる法益を量化し符合を検討する抽象的符合説⁶⁶⁾と基本的発想を同じくし、故意の構成要件関連性が看過されている点で、

63) 町野・前掲註68頁。なお、井田・前掲註70195頁は、構成要件該当事実の認識を故意成立の前提としつつ、「刑罰法規を『翻訳』したものが行為規範であって、行為者が『翻訳された言葉』で行為規範の意味内容を理解していれば、当該構成要件該当事実についての故意がある」とする。これによれば、死体遺棄罪の意思で単純遺棄罪を実現させた場合、「生きているか死んでいるか明らかでない人」という上位概念を想定し、そういう状態の人を遺棄してはならないという行為規範を考えることができ、行為者に当該規範にあたる事実の認識があれば故意が認められるとしている。

64) 中森喜彦『錯誤と故意』『西原春夫先生古稀祝賀論文集 第1巻』(1998)440頁以下、浅田和茂『刑法総論』(補正版・2007)323頁。

65) 西原春夫『刑法総論(上巻)』(改訂版・1998)224頁以下。この規準によれば、死体遺棄罪と保護責任者遺棄罪との間に符合が認められるとする(同書227頁)。なお、札幌高判昭和61年3月24日高刑集39巻1号8頁は、死体遺棄罪と保護責任者遺棄罪との重なり合いを認めた原判決(旭川地判昭和60年8月23日高刑集39巻1号19頁)を破棄し、事実認定により死体遺棄罪の成立を認めている。

66) 牧野英一『刑法総論(下巻)』(全訂版・1959)569頁以下、中野次雄『刑法総論概要』(第3版補訂版・1997)120頁以下など。なお、日高義博『刑法における錯誤論の新展開』(1991)36頁以下は、故意論の適用により刑の不均衡が生ずる場合に限りて故意を抽象化し、行為者が予見した事実の処罰規定と実現した事実の処罰規定を判断材料に具体的妥当な処断刑を算出すべきとする。

税関長の許可を受けずにダイヤモンド原石を輸入する意思で禁制品である覚せい剤を輸入しようとした場合の罪責

符合の限界が見出されるに至っていない³⁷⁾。

そこで、構成要件に該当する事実の認識ではなく、構成要件の規定する不法・責任内容の認識をもって故意とする「不法・責任符合説」³⁸⁾も主張されている。これによれば、麻薬輸入罪と覚せい剤輸入罪にまたがる錯誤であっても、構成要件の符合が前提とされない以上、軽い犯罪の限度で故意犯成立は可能となる。しかし、例えば、法定刑の軽い覚せい剤輸入罪の意思で麻薬輸入罪を実現させた場合、法定刑の軽い覚せい剤輸入罪の成立に必要な構成要件は実現していない。そこで、刑法38条2項を適用することによって、客観的に実現された重い犯罪構成要件は、主観的に認識された軽い犯罪構成要件に修正されると解するのである³⁹⁾。

しかし、構成要件によって類型化された事実を犯罪とする以上、犯罪事実の認識としての故意には構成要件該当事実の認識が不可欠であり⁴⁰⁾、さらに刑法38条2項によって新たに構成要件が作られるという根拠も存在しない⁴¹⁾という問題点がある。

以上のことから、「公文書無形偽造罪と公文書有形偽造罪」や「覚せい剤輸入罪（所持罪）と麻薬輸入罪（所持罪）」との間の錯誤においては、構成要件間の重なり合いという見地から、構成要件としての包摂性が認められるとはいえないことが明らかとなる⁴²⁾。したがって、これらの錯誤に

37) 高橋・前掲註28202頁。

38) 町野・前掲註28 8頁以下。

39) 町野・前掲註2817頁。

40) 松原・前掲註30227頁。

41) 浅田・前掲註34323頁、松宮孝明『刑法総論講義』（第4版・2009）192頁。

42) 西村克彦「堤防の決潰は蟻の穴から始まる」警研59巻2号（1988）17頁、大越義久『刑法総論』（第5版・2012）124頁以下、浅田・前掲註34323頁、松宮・前掲註(4)191頁以下。客観的に実現した犯罪事実が、行為者が行為時に認識した諸事情から可能な事象でなければ、故意既遂犯は認められるべきではない。もっとも、上記の錯誤では、未遂（あるいは予備）による処罰可能性が考えられる。

においても「構成要件の実質的な重なり合い」を認めることは、超実定法的な構成要件を肯定する、あるいは、各犯罪類型の量的区別を前提とするという「構成要件の弛緩化」を招き、構成要件該当事実の認識としての故意の抽象化・希薄化⁽⁴³⁾を甘受することになる⁽⁴⁴⁾。

このように事例群を整理した場合、関税法上の禁制品輸入罪と無許可輸入罪との間には、どのような形式で構成要件の重なり合いが認められるかが問題となる。そこで、両罪の関係について検討する。

4. 禁制品輸入罪と無許可輸入罪の異同

(1) 処罰規定の趣旨

関税法は、「関税の確定、納付、徴収及び還付並びに貨物の輸出及び輸入についての税関手続の適正な処理を図るため必要な事項を定めるもの」(同法1条)とし、全体として税法であると同時に、通関法としての性格を有するものと位置づけられている⁽⁴⁵⁾。

このうち、通関手続に関する規定である同法67条(輸出又は輸入の許可)は、「貨物を輸出し、又は輸入しようとする者は、政令で定めるところにより、当該貨物の品名並びに数量及び価格(輸入貨物…については、課税標準となるべき数量及び価格)その他必要な事項を税関長に申告し、貨物につき必要な検査を経て、その許可を受けなければならない」と規定する。これにより、税関は、関税法等による関税の確定、納付、徴収等を行うとともに、さらに、輸入禁制品の確認などを行い、輸出又は輸入される貨物の最終的な取締まりを行う行政官庁としての責任を果たすこととされている

(43) 前田・前掲註(7)28頁参照。

(44) 松宮・前掲註(8)175頁。

(45) 大蔵省関税研究会編『関税法規精解(上巻)』(1992)43頁。なお、本書は関税法改正前のものである。

税関長の許可を受けずにダイヤモンド原石を輸入する意思で禁制品である覚せい剤を輸入しようとした場合の罪責

る⁴⁶⁾。

そのような関税行政を担保する規定が、同法111条である⁴⁷⁾。同条は、通関法としての輸出入の管理を目的とした、貨物の密輸出入犯に対する原則的規定と位置づけられている⁴⁸⁾。そのうち、同条1項1号は、「第六十七条（輸出又は輸入の許可）…の許可を受けるべき貨物について当該許可を受けずに当該貨物を輸出…し、又は輸入した者」（未遂、予備も含む）を対象とし、当該貨物は「輸出入の許可を必要とされるすべての貨物」とされている⁴⁹⁾。

これに対し、同法69条の11（輸入してはならない貨物）は、1号において、いわゆる輸入禁制品を列挙し⁵⁰⁾、これに違反する者（未遂、予備を含む）は、同法109条によって処罰される。同法109条は、「社会公共の秩序、衛生、風俗、信用その他の公益の侵害を防衛する」⁵¹⁾ことを目的として、輸入禁制品に当たる貨物の輸入を阻止する規定であり、ここでは、「保護の客体が一般財政権の確保にあるのではなく社会公共の利益の確保」にある⁵²⁾とされている。そして、輸入禁制品の輸入については、「法律上輸入

46) 大蔵省関税研究会編・前掲註45)570頁。

47) 大蔵省関税研究会編・前掲註45)850頁。なお、無許可輸入罪は、当初、「関税行政上の秩序を維持し、関税の徴収を確保し、かつ、貿易統計上の正確を確保する」秩序犯と位置付けられてきたが、その後、密輸出入犯の刑事犯化に伴い、「密輸出入犯に対する原則的規定へと変質するに至った」とされる。

48) 平野龍一ほか編『注解特別刑法 補巻(3)』（1996）47頁〔植村立郎〕。

49) 大蔵省関税研究会編・前掲註45)851頁。

50) もっとも、輸入を禁止する物品に応じて規制目的および趣旨が異なる。これについては、大蔵省関税研究会編『関税法規精解（下巻）』（1992）369頁以下参照。ただし、本書は関税法改正前のものである。

51) 大蔵省関税研究会編・前掲註45)834頁。なお、「関税法に規定したゆえんは、これらの貨物の輸入を禁止することが一般的に特に重要であり、かつ一般輸出入貨物について現物に即して直接にその輸出入の取締りの任にあたる税関職員をして調査処分せしめることが最も適当であるため」とする。

52) 大蔵省関税研究会編・前掲註45)834頁。

を禁止したものであるから、改めて不許可などの行政処分がなくとも輸入することができない」⁵³⁾ のであって、通関手続如何を問わず、同法109条で処罰されうる点に特徴がある。

このように、無許可輸入罪と禁制品輸入罪は、密輸入行為に対する罰則規定として位置づけられているものの、両罪の規制目的・趣旨は異なっている。すなわち、前者は、関税法以外の輸出入関係の規制法令との関係において、対象となる貨物の輸出入を認めることの可否に関して審査をするという通関法としての機能を果たすとともに、適正な関税および国内消費税の納付・徴収に必要な手続を履行させることにあるのに対し、後者は、究極的には、社会公共の利益を保護する刑事犯の性格を有し、便宜上、輸出入の取締りの任にあたる税関職員をして調査処分させているに過ぎないのである。ゆえに、禁制品輸入罪の客体である「輸入禁制品については、第六七条の輸入の許可は条理上あり得ないから、第一一一一条の犯罪の成立する余地はない」⁵⁴⁾ とされているのである。

(2) 「構成要件の重なり合い」の意味

上記の趣旨を踏まえると、関税法111条1項1号の無許可輸入罪は、「同法67条の許可を受けるべき貨物について当該許可を受けないで当該貨物を輸入した者」を対象とすることから、当該客体は、同法67条によって申告を義務付けられている輸入貨物となる。これに対し、同法109条1項の禁制品輸入罪は、「同法69条の11第1項第1号から6号までに掲げる貨物を輸入した者」を対象とし、当該輸入品は、申告を義務付ける貨物とされているわけではない。そして、このような性質に応じて、無許可輸入罪は不作為犯、禁制品輸入罪は作為犯として規定されている。ゆえに、両罪は一

53) 大蔵省関税研究会編・前掲註50370頁。

54) 大蔵省関税研究会編・前掲註45838頁。

税関長の許可を受けずにダイヤモンド原石を輸入する意思で禁制品である覚せい剤を輸入しようとした場合の罪責

方が他方を完全に包摂する関係ではなく、排他的な関係にある⁶⁵⁾。

かくして、問題となる客体が禁制品か否かの問題は、単なる非難の程度にとどまらず、貨物の申告義務にも関連する以上、両罪の構成要件が形式的に重なり合うと見ることはできないのである。実際、禁制品輸入罪と憲法38条1項との関係を判断するにあたり、「関税法一〇九条一項は、関稅定率法二一條一項に掲げるいわゆる輸入禁制品の輸入をした者を処罰する旨の規定で純然たる刑事犯的性質を有するものであり、したがって通常の輸入貨物とは異なり何ら所持品の申告を義務づけているものではない」と判示した裁判例がある⁶⁶⁾。

これに対して、本判決と同様に、両罪は「通関手続を履行しないでする貨物の密輸入行為」の限度で共通する以上、禁制品の輸入行為は同法111

⁶⁵⁾ 平野ほか編・前掲註4825頁〔植村〕参照。

⁶⁶⁾ 福岡高那覇支部判昭和49年5月13日刑月6巻5号537頁。なお、最判昭和54年5月10日刑集33巻4号275頁（覚せい剤を輸入するにあたり、税関において覚醒剤を記載していない携帯品申告書を提出して検査場を通過するなどした事案）は、無許可輸入罪と刑法38条1項との関係につき、次のように判示している。すなわち、関税法67条が求める「申告は、関税の公平確実な賦課徴収及び税関事務の適正円滑な処理を目的とする手続であって、刑事責任の追及を目的とする手続でないことはもとより、そのための資料の取得収集に直接結びつく作用を一般的に有するものでもない。また、この輸入申告は、本邦に入国するすべての者に対し、携帯して輸入しようとする貨物につきその品目のいかんを問わず義務づけられているものであり、前記の目的を達成するために必要かつ合理的な制度といえることができる。このような輸入申告の性質に照らすと、通関のため当然に申告義務の伴うこととなる貨物の携帯輸入を企てたものである以上、当該貨物がたまたま覚せい剤取締法により本邦への持込を禁止されている覚せい剤であるからといって、通関のため欠くことのできない申告・許可の手続を経ないでこれを輸入し又は輸入しようとした場合に、関税法一一一条の罪の成立を認めても、憲法三八条一項にいう『自己に不利益な供述』を強要したことになる。」（なお、補足意見や反対意見がある）。この判例によれば、（当時輸入禁制品ではなかった）覚せい剤が関税法111条の対象である限り、たとえ他の法令等によりその輸入が禁止されていても、貨物の申告が義務づけられることになる。

条に該当する行為でもあるとする理論構成がある⁶⁷⁾。このような考え方によれば、同法111条の客体は貨物一般であることを前提としなければならないが、禁制品が同法67条の貨物に含まれると見ることはできない以上、上記の共通性は、いわば両罪から導き出された「共通構成要件」にすぎず、同法111条の無許可輸入罪を「受け皿的」構成要件として位置づけることはできない。すなわち、上記の理解においては、客体の性質の差異が看過されているのである。この点、「禁制品の許可が通常ありえない」ことをもって両罪の構成要件が共通することの理論的根拠⁶⁸⁾が示されるが、禁制品輸入の場合、刑事犯的性格を有するものである⁶⁹⁾が故に、制度上申告義務が前提とされないのに対し、輸入制限物件の輸入の場合、他の法令等により当該貨物の輸入が禁止されているが故に、事実上許可されない場合が想定されるにすぎないのであって、その意味内容は異なるように思われる。

したがって、本判決が判示した「構成要件の重なり合い」は、両罪の構成要件が形式的に重なり合う限度を示したものではなく、むしろ、昭和54年決定が示した「構成要件の実質的な重なり合い」として符合を認めるための規準であると解することができる。

5. 無許可輸入罪の未遂の成否について

本判決は、原審と同様に、禁制品輸入罪と無許可輸入罪との間の構成要件の重なり合いを認めることにより、無許可輸入罪の未遂を認めている。

67) 前田・前掲註(7)27頁以下、佐藤・前掲註(7)157頁。佐藤は、禁制品輸入罪と無許可輸入罪との構成要件の重なり合いの判断につき、『通関手続の回避』という点が重なり合うか否かが重要であり、輸入規制の根拠などは問わない旨を主張するが、罪質または不法・責任の共通性を重視したものといえようか。

68) 佐藤・前掲註(7)157頁は、「許可を得て禁制品にあたる貨物を輸入することが理屈上あり得ないとすれば、禁制品輸入は常に通関手続を回避しての貨物の輸入ということになる」とする。

69) 金沢良雄編『貿易関係法』(1956) 890頁〔坂口實雄〕参照。

税関長の許可を受けないでダイヤモンド原石を輸入する意思で禁制品である覚せい剤を輸入しようとした場合の罪責

ここでは、本判決のように、両罪の構成要件の重なり合いを認めつつ、関税法111条1項1号の無許可輸入罪の客体が禁制品も含めた「貨物一般」であると解するならば、本件の場合、無許可輸入罪の既遂に至る危険性は十分に認められる。なぜならば、通関手続を受けないで許可を受けるべき貨物を実際に密輸入しようとした、となるからである。それゆえ、本件では、無許可輸入罪の既遂に至る危険性判断に関しては、未遂犯と不能犯の区別規準に関する客観的危険説や具体的危険説にかかわらず、無許可輸入罪の未遂が認められる事案であるといえよう⁶⁰。もっとも、本件は、既遂犯の成否が問題となった事案ではない以上、「両罪の構成要件上の重なり合い」を検討するまでもなく、無許可輸入罪の「実行の着手」それ自体を検討するべきであったように思われる。

6. 結びにかえて

本判決は、禁制品輸入罪と無許可輸入罪との「構成要件の重なり合い」の規準として、「通関手続を履行しないでした類似する貨物の密輸入行為」を挙げるが、その規準は、両罪から共通項として引き出された「弛緩された構成要件」を意味するものであり、その意味において、両罪の「実質的な重なり合い」が認められると評し得る。もっとも、近年の裁判例の傾向⁶¹も踏まえるならば、本判決のような判断方法・規準はごく一部の関税法違反や文書偽造罪に関する事案で用いられるにとどまり、また本件においては未遂も処罰対象である以上、「実質的な重なり合い」を認めることの実益は乏しいように思われる。

⁶⁰ 本判決と異なり、禁制品輸入罪と無許可輸入罪との間に構成要件の重なり合いが認められないことを前提とするならば、未遂における危険を客観的に判断する場合、客体が異なる以上危険はないと考える余地もある。高山・前掲註②237頁註305参照。

⁶¹ 染谷・前掲註③138頁註3参照。なお、松宮・前掲註⑦878頁も参照。

なお、本件では、禁制品輸入罪（未遂）で起訴したにもかかわらず、無許可輸入罪（未遂）で有罪判決を言い渡すことにつき、訴因変更は必要か否かも争われている。訴因変更を要しない縮小認定を認めるためには、両罪の構成要件の重なり合いが前提となる⁶²⁾。この点、本判決は無許可輸入罪の限度で両罪が重なり合うことを認めた上で、被告人の防御の機会が失われていないことにも留意しつつ、訴因変更を不要としている。もっとも、本件では、両罪は、構成要件上「貨物の申告義務の要否」という点で異なる以上、「殺人罪と傷害致死罪」や「殺人罪と同意殺人罪」と同様な関係にあると解することはできないように思われる。その意味で、本判決は、両罪の構成要件が形式的に重なり合わない場合にあっても、縮小認定の余地を認めた事例判例であると解されよう。そうすると、「構成要件の重なり合い」の規準・限界は、訴因変更の要否にも関連する以上、手続上も重要となるように思われる。

〔本判決の評釈〕

- ・佐藤琢磨「判批」刑事法ジャーナル40号（2014）152頁
- ・前田雅英「判批」捜査研究766号（2014）19頁
- ・長井長信「判批」平成26年度重要判例解説（2015）155頁
なお、捜査段階から原審に至るまでの経緯については、以下のものがある。
- ・中井淳一「覚せい剤密輸の故意は否定されたが、無許可輸入罪が認定された事例」刑事弁護76号（2013）125頁

62) 安廣・前掲註⑥117頁註28も参照。