

研究ノート

薬物不法所持罪に係る執行猶予中再犯の訴追に対して
前回裁判以前からの継続的所持を失念していた旨の
弁解がなされた場合の対応—— 名古屋地判平28・1・29／名古屋高判平28・9・21／
最三小決平29・1・27 ——

原 田 保

解 説

本稿は、表題掲記の事件に関して最高裁判所に提出された本稿筆者作成見書を、若干の説明と共に公表するものである。

被告人（男・本件起訴時68歳・会社役員）は、現行法上許容されていないことを知りながら、持病に伴う疼痛を緩和する目的で、時折大麻を購入して自己使用していた。被告人にコカイン使用の習癖はなかったが、大麻販売者は被告人に大麻を販売する際に「おまけ」と称してコカイン含有粉末を添付することがあり、被告人はその一部を廃棄せず所持していた。

被告人は、本件に先立ち、平成26年5月19日に自宅で大麻草約9.706gおよびコカイン含有粉末約0.219gを所持したとの事実につき、起訴された。被告人は争うことなく、裁判所は当該犯罪成立認定の上で初犯として懲役1年6月・執行猶予4年を宣告した。執行猶予は当然に刑法25条1項1号による判断であり、この判決はそのまま確定した（名古屋地判平26・8・12）。

その後、被告人は、前記裁判の確定による執行猶予期間内である平成27年4月2日に自宅でコカイン含有粉末約0.105gを所持したとの事実につき、起訴された。これが本件である。被告人は、当該コカインにつき、前回裁判以前から継続的に所持していたがその存在を失念していたと弁解した。

この弁解が真実であるなら前回裁判時に捜索漏れがあったことになるが、第一

審は被告人の弁解が真実である可能性を排除できないと認定した。ところが、この点は専ら量刑事情として扱われ、前回裁判認定に係るコカイン所持罪との罪数関係、前回裁判の既判力の範囲、今回裁判における訴追対象行為の範囲、今回裁判に係るコカイン所持罪の故意存否、といった実体法上・手続法上の諸問題は悉く無視された。こうして、公訴事実記載日におけるコカイン所持罪の成立が認定され、執行猶予は刑法25条2項によって判断された。結論は、懲役1年・保護観察付き執行猶予4年であった(名古屋地判平28・1・29)。

第一審判決に対して、弁護人は控訴して是正する必要があると判断していた。しかし、検察官側控訴を予測させる事情は存在しなかったため、被告人は、このまま確定するという予測に基づき、執行猶予であるから直ちに日常生活に復帰できると期待して、控訴によって被告人であり続けることに難色を示した。弁護人は、この被告人本人の意向を尊重するべく、控訴しないことにした。

被告人側がこのような理由で控訴しないこととして第一審判決確定を待っていたところ、控訴申立期間末日になって、検察官は実刑判決相当という量刑不当を理由として控訴した。被告人側としては控訴断念の前提を破壊する想定外の事態であったが、検察官からの電話連絡でこれを知ったのは同日夕刻であり、被告人側控訴を行う時間的余裕は既に失われていた。そこで、弁護人は、検察官控訴趣意に対する答弁に、被告人側控訴趣意として予定していた前記諸問題に関する第一審判決批判を付加した。

この経緯に関連して本稿筆者の私見を付言すると、裁判が日常生活の支障に陥る大多数の人々にとって上訴するか否かは必ずしも原裁判に納得できるか否かだけによる判断ではないのであり、裁判を職務とする人々との間に重大な相違があることを看過してはならない。上訴における検察官と被告人との対等について、立法論を含めて検討を要すると思料されるところである。

検察官は弁護人の第一審判決批判に対する反論を意見書として提出したが、控訴審はこの論争に対して全く判断を示さなかった。のみならず、検察官申請の新証拠を採用することもなく、被告人の弁解を完全に排斥して検察官の主張を全面的に認容する結論を出した。コカイン入手経緯については、前回裁判確定後の入手であって被告人は使用の意思で所持していた旨の認定であり、第一審判決の事実認定を「経験則、論理則に反している」と評して第一審と異なる事実を認定しているが、事実誤認による破棄は行っていない。第一審と同じく、コカイン入手時期如何を専ら量刑事情として扱ったことが示されている。そして、第一審の有罪認定・適用法条を維持した上で刑法25条2項に基づく判断として執行猶予を否定し、この点の量刑不当を理由とする原判決破棄・自判懲役1年実刑を宣告した(名古屋高判平28・9・21)。

控訴審判決に対して被告人側は上告し、その際に、主任弁護士・國田武二郎弁護士（愛知学院大学教授）からの依頼に基づき、本稿筆者は本件に関する意見書を作成した。弁護士は、これを上告趣意書に添付して最高裁判所に提出した。本稿筆者としては、コカイン所在状況等から、被告人の弁解が真実である可能性を排除できないという心証を抱き、故に本件では免訴の宣告を要すると判断したので、その旨を論じた次第である。

しかし、上告審は、控訴審判決の当否に関するなお書きもなく、上告理由不該当との理由で上告を棄却した（最三小決平29・1・27）。

こうして懲役実刑が確定した。弁護士は被告人の体調等の事情に鑑み懲役の執行停止・執行延期を検討したが、被告人は早期の社会復帰を優先するべく執行開始を受け入れた。現在は某刑務所で服役中であり、本件懲役執行開始と共に前回裁判の執行猶予も取消になった。

本稿筆者としては、本件裁判には到底承服できない。多々ある誤謬を是正して適正な裁判を実現することができなかった非力につき、申し訳ないと思っているところである。

本稿筆者が現時点で本判例に関する評釈を新たに作成しても、提出済意見書とほぼ同一の内容にならざるを得ないので、当該意見書をそのまま公表して各位の御意見を頂きたいと考え、本誌上で提示する次第である。書き改めるべき点もあると思料されるが、被告人実名の記載を略した点（冒頭の亀甲書き部分）以外は、最高裁判所に提出した書面と同一の内容である。

なお、本稿作成の際には本件弁護士・鈴木亮弁護士（愛知学院大学チューター）からも御助力を頂いた。関係各位に謝意を表すところである。

（平成29年9月29日）

意見書

愛知学院大学法科大学院教授 原田保

被告人・〔実名略〕氏の麻薬及び向精神薬取締法違反被告事件につき、刑事法研究者として、意見を述べる。

I 本件の論点

被告人は、平成27年4月2日にコカインを所持したとの事実につき起訴されて審理を受けている（以下「**今回裁判**」と表記する）が、これに先立ち、平成26年5月19日に大麻草およびコカインを所持したとの事実につき同年8月12日に懲役1年6月・執行猶予4年の判決を宣告され、確定している（以下「**前回裁判**」または「**前回確定裁判**」と表記する）。そして、被告人は、今回裁判の内容とされたコカインにつき、前回裁判以前から継続して所持していたがその存在を失念していたと供述している。

これは、法適用に関して重大な問題を提起するものである。今回裁判に係るコカインに対する前回確定裁判前の所持（以下「**所持 X**」と表記する）という事実が本当に存在するならば、その所持 X は、前回裁判で認定されたコカイン所持（以下「**所持 A**」と表記する）との関係および今回裁判に係るコカインに対する前回確定裁判後の所持（以下「**所持 B**」と表記する）との関係の双方について、各々1罪か数罪かという議論を要し、これに伴い前回確定裁判の既判力がどこまで及ぶかという議論を要するのである。

それにも拘らず、今回裁判においては、第一審も控訴審もこの被告人主張を専ら量刑事情として扱い、犯罪成否および実体裁判可否への影響を全く検討していない。この論点看過のために、第一審も控訴審も、様々な違法を犯した有罪判決となっている。

以下、被告人主張の事実に関わる諸問題について論じる。論点は、同時期の所持 X と所持 A との罪数関係（**論点 1**）および同一客体に対する所持 X と所持 B との罪数関係（**論点 2**）であり、前回裁判の既判力が及ぶ範囲と共に論じる。なお、既判力の時期的基準については、弁論終結時、宣告時、確定時、といった議論があり、これは所持 X と所持 B との境界線でもあるが、本意見書では立ち入らず、いずれにしても両者の区別が存在することを前提として論じる。

II 本件処理方法

論述に当たり、所持 X という事実が存在して所持 B の時点でコカイン存在を

失念していた場合の処理方法を、まず概観しておく。

論点 1 所持 X と所持 A との罪数関係

① 1 罪とする場合

所持 X と所持 A とが理論上または科刑上の 1 罪であるなら、所持 A に関する前回確定裁判の既判力は所持 X に及ぶ。故に、所持 X は既に確定裁判を経た罪に属するので、これに関する実体裁判は憲法39条後段で禁止された二重問責に他ならない。今回裁判が所持 X を審判対象とするなら、この点については刑事訴訟法337条 1 号に基づき免訴を宣告する他ない。

② 数罪とする場合

所持 X と所持 A とが別々に成立するべき数罪の併合罪であるなら、所持 A に関する前回確定裁判の既判力は所持 X に及ばず、今回裁判が所持 X を審判対象とするなら、刑法50条に基づき併合罪中の余罪として処断するべきものである。有罪の場合の執行猶予可否は、前回裁判での判断と同じく、刑法25条 1 項により判断するべきことになる。

論点 2 所持 X と所持 B との罪数関係

① 1 罪とする場合

所持 X と所持 B とが 1 罪であるなら、所持 X の故意が所持 B に及ぶので故意は認定できる。実体裁判の可否については、前回確定裁判の既判力が所持 X に及ぶか否かに関する論点 1 での判断から結論が導かれる。

既判力が所持 X に及ぶなら、所持 X および所持 B の双方を纏めた 1 罪の全体につき、論点 1 ①の場合と同じく免訴を宣告する他ない。

既判力が所持 X に及ばないなら、所持 X および所持 B の双方を纏めた 1 罪の全体につき、論点 1 ②の場合と同じく併合罪の余罪として審判するべきものであり、有罪の場合の執行猶予要件は刑法25条 1 項に基づく判断である。

② 数罪とする場合

所持 X と所持 B とが別々に成立するべき数罪であるなら、所持 A に関する前回確定裁判の既判力は、所持 X に及ぶ場合でも所持 B には及ばないから、所持 B に関する実体裁判に支障はない。しかし、同時に所持 X の故意が所持 B に及ばなくなるので、所持 B の時点で故意がなければ刑法38条 1 項本文により無罪を宣告するべきことになる。

Ⅲ 所持 X と所持 A との罪数関係（論点 1）

1 罪数判断方法

同種規制薬物を同時期に所持した場合の罪数については、1 罪とされた事例もあり、数罪とされた事例もある。これは、各裁判所の解釈の相違として放置する

べきものではない。どちらの結論を採るとしても、法適用として説得的な論拠に基づくものでなければならないことは当然である。

理論上 1 罪か数罪かは構成要件の評価の数であり、構成要件は違法有責行為類型であるから、罪数判断は違法評価および責任非難の数によるべきものである。どちらも 1 個であるなら 1 罪であり、どちらかが数個であるなら数罪である。そして、数個の違法評価を受ける行為に対する責任非難が 1 個であるなら科刑上 1 罪であり、責任非難も数個であるなら併合罪または単純数罪である。これは刑法学において確立された論理であり、実務でも当然の前提とされているところである。

規制薬物不法所持は、法令の規制から外れる薬物の存在が国民の健康に対する危険を生じるから処罰されるのであり、この危険の内容は薬物の種類により異なる。故に、異種薬物の所持は異なる危険を生じるから数個の違法評価を要するので数罪である。前回裁判でも、大麻とコカインとが 2 罪観念的競合とされている。最判昭 50・1・27 は TV の上の薬物とポケットの中の薬物とが数罪とされているが、これは前者が覚醒剤だけであり後者が覚醒剤および覚醒剤原料という適用法条を異にする客体であった事案である。

これに対して、同種薬物による危険は同一であるから、同時期の所持は纏めて 1 罪と評価し得る。福岡高判昭 27・5・10 高判特 19 号 85 頁がズボンおよび上着の各ポケット内の同種薬物につき 1 罪としたのは、その典型例である。東京高判昭 29・6・17 高判特 40 号 159 頁は、自宅と隣家とで保管していた同種薬物につき 1 罪成立を肯定している。

尤も、同種薬物であれば常に 1 罪であるという訳ではない。不法所持罪の構成要件該当性判断は客体および行為に対する判断であるから、同種薬物の同時期所持でも各所在場所が大きく隔たっている場合には、同一内容の危険が複数場所に存在することに基づいて数個の違法評価を要することがあり得る。場所以外の点で所持態様が大きく異なる場合も、複数の違法評価になることがあり得る。これを典型的に示す判例は、一部を自宅で一部を他人宅で保管した事案を数罪とした高松高判昭 29・4・14 高判特 36 号 13 頁である。

このように、同一薬物の同時期所持は、場所等の所持態様が同一であれば 1 罪であり、大きく異なれば数罪であることが、確立された解釈である（千葉裕『麻薬及び向精神薬取締法』（平野龍一編『注解特別刑法 5-I 巻 2 版』（青林書院、平 4）IV）127 頁等）。

本件被告人は、前回裁判でも今回裁判でも「被告人方において」コカインを所持したとされている。後述するように今回裁判に係るコカイン所持は前回確定裁判の前後を通じて同一場所での所持であるから、所持 X および所持 A はコカイ

ンという同種薬物に対する被告人方という同一場所での同時期所持である。ならば、違法評価を複数にする理由はない。同時期所持であることから責任非難も単一である。故に、所持 X および所持 A は纏めて 1 個の所持罪として成立するべきものである。

2 審判対象の範囲

このように所持 X と所持 A とは理論上 1 罪であるから、もしも前回裁判確定前に所持 X が発覚したなら、所持量追加という訴因変更を以て処理するべきものであり、追起訴するべき事案ではない。これは、前回裁判に際して、所持量が逮捕勾留時と起訴時とで異なり、逮捕勾留後の捜査で発見された分が追加されたことと同様である。従って、前回裁判確定後に所持 X を起訴することは許されず、今回裁判において所持 X が審判対象に含まれているなら、当然に免訴を宣告しなければならない。

しかし、今回裁判の起訴状に記載された公訴事実は、所持の終期を記載するだけで、所持の始期を記載していない。そのため、審判対象が所持 B だけであるのか所持 X を含むのか、判然としない。

これは本件に限ったことではなく、所持罪・携帯罪においては捜査員が規制物品の所持・携帯を現認して差押・領置を行った終期だけを記載して審判するのが実務の通例である。終期の立証だけで所持罪・携帯罪の成立は認定できるから、敢えて始期を明示して立証する煩瑣は不要であるとの見解もあり得る。終期は差押・領置の時点をも以て直ちに特定できるが、始期は爾後の捜査に俟たなければならないことも、理解可能である。

それでも、継続犯における犯行継続期間の長短は量刑に影響するべき犯情に属する筈である。同種同量の薬物所持について、例えば 5 年間に亘った被告人と 3 日間に留まった被告人とが同一宣告刑になるのは、情状の点で所持期間の差異を凌駕するまでに大きな差異がない限り、合理性を欠くことは明らかである。現行の実務では、所持期間の長短が明示されていないためこのような不合理があっても露呈しないだけであり、責任に応じた量刑という刑事司法の責務が部分的に放棄されているのである。

そして、問題は量刑に留まらない。東京高判平 6・7・12 判時 1518 号 148 頁は、訴因に記載された覚醒剤所持の終期に責任能力減弱に陥っていた被告人につき所持の始期には完全責任能力状態であったことを理由として刑法 39 条適用を否定した判例である。当然の結論であるが、所持の始期が訴因中に明示されていなかったことが、訴因記載時点で責任能力がなかったから無罪であるという反論の契機となった。最二小判平 16・2・16 刑集 58 卷 2 号 133 頁は、ホームレスの生活必需品としてのナイフ携帯とナイフを携帯しながら他人に威圧的言動を行ったことと

の関係が争われた判例である。この事件では、携帯の始期を明示しないまま審判したため審判対象行為の範囲に疑義・混乱を生じ、法適用に関する紛糾に陥って、単純な事案であったにも拘らず長期裁判となった。

今回裁判の審理は、遺憾ながら、このような前車の轍を踏んでしまったと評さざるを得ない。所持・携帯の始期を明示しないことは、法適用に関する疑義・混乱・紛糾の原因となるのである。実務運用の改善を要する。

今回裁判では、検察官は、被告人が所持 X の事実を供述した時点で、公訴事実中に所持 X が含まれるのか否か、審判対象の範囲を明示する措置を執るべきであった。所持 X の存在を否定するなら、当該コカインが前回裁判の時点で被告人方に存在しなかったこと即ち前回確定裁判後のコカイン入手という事実を立証するべきであった。しかし、検察官は、どちらの措置も執ることなく漫然と所持始期不明確な起訴状を維持した。裁判所も、釈明を求めることなく漫然と審判対象不明確のまま審理を終えた。実に遺憾である。上告審において適切な是正措置を要するところである。

なお、検察官は控訴審で弁護士答弁書に対して意見書を提出して反論し、その中で故意認定に関する前記最三小判昭28等を援用して本件でも故意が認定できる旨を主張している（10頁）。失念前の所持と失念後の所持とが1罪として審判された判例を援用するということは、本件でも失念前の所持を併せて審判するとの理解を示している。所持 X が今回裁判の審判対象に含まれるのか否かは、起訴状からは判別できないが、この意見書により含める意図が示されたと理解できる。そうすると、前回裁判の既判力が及ぶ行為を今回裁判で起訴したことになるので、免訴判決は不可避であることになる。

IV 所持 X と所持 B との罪数関係（論点 2）

1 実体法上の構成

不法所持罪は継続犯であり、長期間に亘る場合でも継続した所持の全体が理論上1罪である。これは当然の事柄であるが、構成要件的評価の実質に鑑みれば、違法評価・責任非難が1個であることを前提とする論理である。故に、数個の評価を要する事案では数罪になる。

これも、論点1に関して述べた客体の範囲と同じく、保管場所等の点で所持の態様が同じか違うかという判断である。最三小判昭30・7・19刑集9巻9号1885頁および東京高判昭34・2・26高刑集12巻3号230頁は、同一薬物に係る所持罪を分割して数罪併合罪とした判例であるが、これは被告人が当初に自宅で自ら一括保管していた薬物を小分けし、一部を他人に交付して一部を他人に預けることによって別の場所で間接的に保管した事案である。所持態様が明らかに変化して

いるから、新たな決意を以て法益への危険を当初の所持とは別の場所で作出したと評価するべきであり、数罪併合罪は当然の結論である。

今回裁判は、数罪とされた判例と明らかに事案を異にし、当然に1罪とするべきものである。本件所持は、当該コカインを元々はネクタイ・ピンが収納されていた小物入れに入れ、そのまま放置していたものである。前回確定裁判の前後を通じて、所持の態様は全く変化していない。

念のために付言すれば、本件コカインが外出時の小物入れ携帯により一時的に自宅外に持ち出されることもあった筈であるが、これは違法評価を異にするべき所持態様変化ではない。現に、検察官は本件起訴に際して所持場所を「被告人方」と記載しており、第一審も控訴審もこれをそのまま認定している。被告人が当該薬物の入った小物入れを外出時に携帯していたことを知りながらこのように記述しているのであるから、検察官も裁判所も一時的な外出による所在場所変化が違法性・有責性を複数化しないことを当然の前提としていると認められる。そして、これは構成要件の評価として当然の方法であり、異論は想定し難い。

以上の通り、所持 X と所持 B とは纏めて理論上1罪である。Ⅲで論点1に関して述べたように所持 X と所持 A とが理論上1罪であると共に、所持 X と所持 B とも理論上1罪であるから、所持 X・A・B は全部纏めて理論上1罪である。従って、所持 A に関する前回確定裁判の既判力は所持 X および所持 B にも及び、今回裁判は免訴判決を以て終局するべきことになる。

2 確定裁判による分割

この結論は所持 X と所持 B とが纏めて1罪であることを前提とするものであるが、実体法上の構成として1罪になるべき行為であっても、確定裁判の存在により既判力の及ぶ部分と及ばない部分とに分割されることがある。確定裁判がなければ全体として1罪となる筈の行為が、確定裁判の前後で分割されて数罪に変更されるのである。本件でもこの点の検討を要する。

一般論的に言えば、如何なる裁判も当該裁判後の事実を審判し得ない。確定裁判後の事実は当該確定裁判の審判を経ていないから、爾後に審判することは二重問責にならない。しかし、かかる手続法上の説明を以て直ちに常に確定裁判後の事実が審判可能になる訳ではない。例えば、傷害罪に関する確定裁判の後に被害者が当該傷害の結果として死亡した場合、死亡の事実が未だ審判されていないことは明白であるが、だからといって当該死亡の事実だけを審判することはできない。傷害致死罪の認定は死亡の原因たる傷害を含めた判断であり、傷害を捨象した傷害致死罪はあり得ない。成立した傷害罪から生じた死亡は単なる因果経過であり、その経過中に被害者死亡に向けた被告人の行為が存在する訳ではないから、傷害と分割した死亡だけでは構成要件該当行為になり得ない。この場合、傷

害と死亡とを分割することはできず、傷害致死罪という理論上1罪は単一公訴事実でしかあり得ないから、傷害罪に関する確定裁判の後に被害者が死亡した場合に死亡の点を評価するための裁判は不可能である。被害者死亡が傷害罪審理中なら、当然に訴因変更である。

これは説明するまでもなく明白な事柄であるが、本件処理方法を論じるための素材として敢えて指摘した次第である。1罪を分割すると犯罪成立要件を欠くことになる場合には、数罪の有罪認定を行うことができない。この場合に強いて分割して別々に審判すると、分割された罪の一部については無罪を宣告する他ないことになる。

そこで、実体法自体の解釈として1罪とされる行為につき、分割して数罪と評価できるような実質を有するか否かの検討を要する。そして、これは構成要件の構造により結論を異にする。前記の傷害致死罪は、分割数罪が不可能な構成要件の典型例である。

確定裁判により分割して各々につき有罪を認定できる構成要件は、例えば常習犯や営業犯である。どちらも同一態様行為の反復を予定する構成要件であり、1個だけで犯罪となり得る数個の行為を纏めて1罪の構成要件とするものである。この類型の犯罪について、被告人が確定裁判後に同一態様行為を行った場合には、同一罪名の犯罪が別途成立し、確定裁判を経た罪とは別に単純数罪として審判される。1個の行為だけで犯罪となり得る数個の行為の集合体として規定された構成要件であるからこそ、確定裁判という手続法上の理由で1罪を数罪に分割しても、実体法上の数罪成立認定が可能なのである。

本件は継続犯の事案であるところ、継続犯における身体挙動は、例えば監禁罪なら閉じ込める行為、所持罪なら入手・収納する行為、というように、概して当初の1個だけであり、爾後は当初行為によって作出された状態の放置でしかないことが普通である。かかる放置は一種の不作为であるとも認め得る。このような内容を持つ継続犯については多数の論点に関して様々な議論がある（松原芳博・神山古稀1巻287頁等参照）が、本意見書は継続犯を一般的に論じるものではないので、本件を検討する上で必要な点に限定する。ここでは、行為者が当初の行為によって故意に作出した状態の継続は当初に成立した故意犯の一部であるが故に故意が失われた状況で継続された当該状態も当初の故意に基づく責任非難の範囲に含まれること、従って、故意が失われた時点以降の所持に対する責任非難の根拠は当初の故意以外に存在し得ないことを指摘しておく。

継続犯たる所持罪においては、当初の入手・収納以外の身体挙動は必要でないが、客体存在の認識が維持されている場合なら、継続する所持のどの部分を切り取っても、各々単独で故意ある所持として所持罪成立が認定できる。故意の点で

は常習犯や営業犯と同様である。無数の故意が連続していると理解することもできるが、それは当初の故意と同一内容であるから、当初の故意の維持・確認でしかない。別個の責任非難を要する訳ではないから、当然に1罪である。客体存在をいったん失念した後に思い出して所持を継続する場合も、同様である。このような場合、確定裁判後に反復あるいは継続した同一罪名犯罪は、その部分だけで犯罪成立要件を備えた行為であり、これに先立つ確定裁判の審判を経ていない。別罪として別途審判することには、何の支障もないと認められる。

しかし、所持の途中で客体の存在を失念したままである場合には、事情が異なる。客観的に継続した所持を分割して失念後の行為だけを切り取ると、それは故意のない所持である。故意のない行為1個だけを審判するなら、故意不存在の故に犯罪成立を認定することができず、無罪とする他ないことになる。

最三小判昭28・12・15麻薬等裁判集144頁等の判例は、行為者が薬物の存在を所持の途中で失念した場合でも、失念の時点で所持罪が終了することはない旨を判示しているが、これは本件のように確定裁判による分割が問題になる事案ではない。実体法の適用による1罪成立が変更されない事案である。大阪高判昭56・9・30判時1028号133頁や前記東京高判平7のように所持の途中で責任能力が減弱した場合も同様である。理論的には、責任能力減弱後や失念後の所持も、行為者自身が完全責任能力を以て故意に作出した状態の継続であるから、当初の所持により成立する所持罪の一部と評価され、当初の所持に対する非難が爾後の所持を含めた所持全体に及ぶことになる。

そうすると、本件のような途中失念事案の場合には、既判力の時期的限界を理由に確定裁判後の行為を審判して無罪を認定するか、傷害致死罪のように既判力が確定裁判後の事実にも及ぶと解して審判不可能とするか、結論はどちらかしかない。つまり、所持Xと所持Bとを数罪にすれば所持Bに関する実体裁判は可能であるが故意認定は不可能になり、1罪にすれば故意認定は可能であるが実体裁判は不可能になるのであって、故意認定と実体裁判とは両立し得ない。本件で所持Bに関する有罪認定を行うことは、実体法上は1罪として故意を認定し、手続法上は数罪として前回裁判の既判力から外すという矛盾を犯すことに他ならない。検察官は意見書で弁護人の同旨主張に対して「論旨が不明瞭」「独自の見解」との評価を示している（10頁）が、これは単に検察官の無理解を示すものでしかない。

前記大阪高判昭56は、この場合に採るべき方法の検討に際して参照するべき説示を行っている。それは、責任能力喪失後の所持だけを審判して刑法39条1項により無罪を宣告すると、責任能力喪失前に完全責任能力を以て実行された所持がこの裁判の既判力の故に審判不可能になって不当に処罰を免れさせることにな

る、というものである。確定裁判の既判力を責任能力喪失後に限定することはできず、犯罪成立要件を欠く部分に対する裁判の既判力が完全責任能力状態での行為を含めた 1 罪全体に及ぶという解釈である。この判例の見解に対する賛否の議論はあり得るが、控訴審判決たる本判例に従うなら、本件で前回裁判の既判力を所持 X のみに留めることはできず、既判力は所持 B を含めた所持全体に及ぶと解すべきことになる。

従って、継続犯の一部につき犯罪成立要件が欠けている場合には、確定裁判の既判力が継続犯の全体に及ぶと解するのが判例であることになる。責任能力や故意が維持されているなら分割可能であるとしても、途中で失われているなら分割不可能なのである。以下、この解釈の理論的根拠について検討する。

故意犯としての非難は、法益を侵害する規範違反行為の決意に対する非難である。常習犯や営業犯の場合、同一内容の規範違反決意の反復によって数個の行為が実行されるが、同一内容の決意が反復されているのであるから、1 個の非難に纏めることができる。同時に、確定裁判によってそれまでの決意に対する非難が終了した後再び同一内容の決意を以て同一態様行為を行うなら、確定裁判後の決意に対しては未だ非難が行われておらず、別途の非難を要する。だからこそ、確定裁判により分割して後の行為を別罪として審判すべきことになる。

継続犯たる所持罪においては、客観的に継続する所持に際して、客体の存在を認識し続けているなら、所持継続中の各時点で同一内容の決意があると認め得る。当初の決意が継続しているのであるから、常習犯や営業犯の場合と同じく、1 個の非難に纏め得ると共に、確定裁判により分割して数罪の有罪認定を行うこともできる。しかし、継続する所持の途中で客体の存在を失念したなら、失念後には規範違反の決意が存在しない。失念後の所持については、当初の決意に対する非難の範囲に含めて 1 個の所持罪の一部と評価される。失念後の所持継続は、傷害致死罪における致死と同様に当初の決意に基づく行為からの因果経過でしかないから、非難の根拠は当初の決意 1 個しかなく、故に 1 罪という実体法上の構成を変更することができない。このように解すると、実体法上の犯罪成否と手続法上の審判可否とを一致させることになり、それは責任非難の範囲と既判力の範囲との一致であって、手続法による実体法の実現として刑事法体系上の整合性を維持する方法である。

かようにして、所持 A に対する既判力が所持 X に及ぶにも拘らず所持 A に対する前回確定裁判を理由として所持 B と所持 X とを分割することができるのは、所持 B がそれ自体として故意に行われた場合だけである。本件では、所持 B 自体は非故意行為であってこれ単独での所持罪は成立し得ないから、責任非難の根拠は所持 X 開始時の故意しかあり得ない。よって、所持 X と所持 B とを分割す

ることはできず、前回裁判の既判力は両者を纏めた全体に及ぶので、今回裁判は免訴判決を以て終局するべきものである。

V 第一審判決および控訴審判決の誤謬

本件上告に際して、証拠を詳細に検討した上で実体的真実として認定されるべき事実の如何を論じることは本件弁護人の職責であり、本意見書では主として各審級裁判書の記述に看取される論理的誤謬を指摘する。

1 第一審判決

第一審は、所持 X の存在および所持 B の時点での客体存在失念という被告人主張につき、その可能性を排斥できないと判示した。所持 X が存在しない可能性および所持 B の時点で客体存在を認識していた可能性も絶無ではないが、灰色の場合には被告人に有利な事実認定を行う IDPR 原則によれば、このように認定する他ない。刑事裁判の鉄則を順守した点は肯定的に評価できる。

しかし、事実認定を適切に行ったにも拘らず、その認定事実に対する第一審の法適用には誤謬が多々ある。

第一審は所持 B の時点で客体存在を失念していたという事実を認定しながら所持罪成立を認定したが、この場合に認定される所持罪の故意は所持 X の故意しかない。これは所持 X の故意責任が所持 B に及ぶという理解であり、所持 X および所持 B が纏めて 1 罪であることを前提とする論理である。

そして、実体裁判として有罪を認定したことは、所持 A に関する前回確定裁判の既判力が所持 X および所持 B に及ばないという理解を意味する。これは、所持 X と所持 A とが公訴事実を異にする別罪である場合の結論である。しかし、所持 X と所持 A とが如何なる根拠によって数罪となるのか、その理由説示が全く存在しない。一見明白な数罪ならともかく、同種薬物に対する同一場所での同時所持である本件行為はむしろ一見明白に 1 罪なのであって、一言の説明もなく数罪であると判断することは明白な理由不備である。

加えて、執行猶予を刑法25条 2 項に基づいて判断したことも、誤謬である。同条項は但書で保護観察中の再犯を猶予対象から排除しているところ、保護観察は執行猶予を前提とするから、同本文による二重執行猶予も執行猶予中の再犯を前提とすると解される。実質的にも、執行猶予により社会内での自力更生を期待したのに裏切られたという事情から、初犯よりも厳しい要件となるのである。故に、第一審が刑法25条 2 項を適用したことは本件を執行猶予中の再犯と理解していることを示しており、それは所持 B だけを処罰対象とする論理である。これは所持 X および所持 B が纏めて 1 罪であることを前提とする故意犯成立認定と矛盾する。のみならず、前回確定裁判後に犯意を生じて所持 B の時点で客体存

在の認識があったことを前提とする法適用であるから、所持Bの時点で客体存在を失念していたとの事実認定とも矛盾する。理由齟齬以外の何物でもない。

以上の通り、第一審の事実認定は適切であるが、その認定事実に対する法適用には判決に影響を及ぼす誤謬があり、その誤謬は理由不備・理由齟齬も含んでいる。その原因は、争点とされた事実が犯罪成否および実体裁判可否に影響する事実であることを看過して、専ら量刑に関わる事情であると誤解したことである。

2 控訴審判決

控訴審の任務は第一審の誤謬を是正することである。しかし、本件控訴審は、第一審の誤謬を是正するどころか、第一審の正しい判断を破棄し、更に誤謬を犯した。

控訴審は、所持Xが存在せず、所持Bの時点で被告人に客体存在の認識があった、と認定している。この認定を前提とすれば、所持Bは単独で故意の所持罪であり、前回確定裁判の既判力が及ばないので、有罪判決は可能である。執行猶予の可否を刑法25条2項により判断したことにもそれ自体としての誤謬はない。しかし、この結論の前提となる事実認定および第一審判決破棄の点に、重大な誤謬がある。

第一審判決破棄の適用法条としては刑事訴訟法381条を摘示して量刑破棄の形式を採っており、これは第一審の有罪認定自体は破棄しないとの趣旨であると理解できる。

これがまさに誤謬である。前述したように、所持Xという事実があったか否か、所持Bの時点で故意があったか否かは、犯罪成否および実体裁判可否に関わる問題である。そのような事情に関して事実誤認があるなら、それは判決に影響を及ぼす事実誤認であるから、刑事訴訟法382条の適用対象となるべきものである。控訴審判決は、第一審判決破棄の適用法条を誤るという法令違反を犯したのである。

控訴審は、所持Xの存否および客体の認識に関する第一審認定を誤謬として異なる事実を認定している。控訴審の当該事実認定を前提にすると、第一審は事実認定を誤ったと共にその認定に係る事実に対する法適用を誤り、二重の誤謬を経て正しい有罪認定に到達したことになる。有罪認定は結局正当であるから維持するという論理も、あり得ない訳ではない。

しかし、控訴審は結論の前提となる事実認定を誤っている。所持Xの否定および所持Bに関する故意認定については、認定自体の点でも破棄判断の点でも、その誤謬は言語に絶する。説示の文言としては経験則違反・論理則違反と述べて正当な破棄判断の形式を採っているが、内容が全くない。控訴審の認定は、凡そ維持に堪えない粗雑かつ誤ったものと評さざるを得ない。

所持 X の不存在を立証する方法は前回確定裁判後に本件コカインを入手したという事実の立証であるところ、本件コカインの入手時期に関する控訴審の認定は、4(1)イ(5頁)において「平成26年11月以降に入手したものとするのが自然であろう」という叙述である。刑事裁判における事実認定を「であろう」という推測で済ませる安易な姿勢には驚愕せざるを得ない。しかも、その推測の根拠はビニール袋が被告人の部屋から発見されたことである。本件コカイン入手時期を「一義的に明確にする証拠はない」と述べながら、本件コカインとは別のビニール袋の存在を根拠として本件コカインの入手時期を平成26年11月以降と推測することがどうして「自然」であるのか、これを理解できる人が存在するとは考え難い。一義的に明確にする証拠がなければ被告人に不利益な事実認定が許されないことを、控訴審は全く無視している。第一審が約3頁に亘る叙述で行った認定を、控訴審は合理的理由の認められない推測によって僅か3行ほどの叙述で覆したのである。これは事実認定ではない。裁判ではない。

また、控訴審は、これに続く4(2)ウの冒頭(5頁)で、「問題なのは被告人の認識である」と述べている。しかし、控訴審はその前に既に所持 X の存在を否定しており、この事実認定によれば所持 B が唯一の本件コカイン所持であるから、その開始に際して故意がなかった可能性を考える余地はない。自己の事実認定によれば議論の余地のない事柄を問題視することは、控訴審が問題を正しく理解していないことを証明している。

そして、客体の認識に関する控訴審の説示は、認識の機会や可能性に留まる。故意の内容となる事実認識は現実の認識であり、認識の可能性は現実の認識を推認する際の判断素材の一部でしかない。可能性の論証だけでは、過失は認定できても故意は認定できない。しかも、認識可能性も、十中八、九認識する筈だと認め得る程度に達してはいない。ポーチを開けて小物入れを見ても、小物入れの中にあるコカインの認識が生じる保証はない。小物入れを開いても、小さな小物入れの中に詰められた多数錠剤の奥でくしゃくしゃに潰れているビニール袋は、気付く可能性よりも気付かない可能性の方が大きい。前回裁判を契機として薬物に対して敏感になっていても、それは記憶の回復に直ちに結び付く事柄ではない。これこそが経験則である。

このように客体の認識について理由にならない叙述を行った後に、4(2)ウの末尾(6頁)は、「使用する意思が推認されてもやむを得ない」との結論である。4(2)ウの冒頭で客体の認識を問題提起したのに、結論は使用の意思であり、論点が齟齬している。

更に、その結論を導く理由は、「所持する気がないのなら、当然それなりの対応をしたであろう」「それをせずあえて所持し続けた」という説示である。三段

論法の外形であるが、前提の設定に誤謬がある。客体の認識がなければ所持の意思決定も廃棄の意思決定もあり得ない。故に、所持の意思がないなら所持を続けないという命題は、客体の認識があることを前提とするものである。客体の認識があるか否かを論じる際に認識があることを前提とする三段論法では、凡そ論証にならない。煩瑣を承知の上で正しく言うなら、大前提は「客体の認識があつて所持の意思がないなら所持を続けない」である。被告人は客観的に所持を続けたから、大前提の否定、即ち「客体の認識があつて所持の意思がない」という事実が存在しないことは論証される。そうすると、「客体の認識があつて所持の意思がある」だけでなく、「客体の認識がない」という事実の可能性も論証されている。かようにして、控訴審の三段論法では所持の意思も使用の意思も論理的に導き得ず、全く論証になっていない。それにも拘らず使用の意思があるとの結論を提示したのは、論理則違反という表現で済む程度を超えた誤謬である。控訴審の当該説示は、論理的思考の意思または能力が存在しないことを証明している。

加えて、控訴審は4(2)エ(5頁)でビニール袋に切り込みがあつたことを以て使用意思が推認されると説示しているが、これも合理的疑いを超える立証にならない。切り込みは内容物を取り出すためであるという推認は可能であるが、取り出して廃棄する意思があつた可能性もあり、これを合理的に排除する説明は一言もない。被告人が麻薬常習者であるという予断・偏見に支配されていると推認する他ない。

被告人が大麻をしばしば使用していたという事実は認め得るが、大麻とコカインとは異なる。公知の事実として、大麻やマリファナの有害性は覚醒剤やヘロイン等と比較してかなり小さいと認められており、禁止していない国もままある。日本でも、鎮痛等の有益な薬理作用を期待する大麻解禁論があり、法的な解禁を待たず確信犯的に大麻を取扱う人もいる。本意見書筆者はこのような意見や動向を支持する意思を持っていないが、大麻の使用が必ずしもコカインの使用と結び付くものではないことは、指摘を要するところである。大麻への親和性を以てコカインを含めた規制薬物全般への親和性を認定するのは、明白な論理飛躍であり、規制薬物やそれを取扱う人々の意図に関する知識が十分でないことから生じる予断・偏見である。

しかも、コカインを使用する意思があつたなら、被告人の行為はむしろ逆に著しく不合理である。麻薬常習者は、入手した麻薬を残さず全部使用するのであつて、ビニール袋の中に残すような勿体ないことはしない。小物入れの中でくしゃくしゃに潰れた古いビニール袋をそのままにして損傷のない新しいビニール袋を先に開封することも、不自然である。いつ破れて内容物が漏れ出すか判らないようなビニール袋をそのまま放置していたことは、当該ビニール袋の存在を失念し

ていたからであると考えの方が、よほど自然である。これも経験則である。かようにして、コカインの付着したビニール袋の存在は、控訴審の推認を強めるどころが、逆に疑念を惹起するものである。

以上の通り、所持 X の存在を否定して所持 B に関する故意を肯定する認定は、経験則・論理則から遠く懸け離れたものである。「これを覆すだけの事情は証拠上見だせない」（6 頁）との叙述もあるが、逆に、控訴審の認定を支持するような事情は証拠上見出せない。本意見書は証拠の詳細な検討に基づくものではないが、裁判書だけからでも十分に論証できるところである。

VI 結論

以上の通り、第一審も控訴審も重大な誤謬を犯している。そして、本件で争点とされた事実は、第一審および控訴審が一致して前提としているような量刑事情に関する事実ではなく、犯罪成否および実体裁判可否に関する事実である。専ら量刑事情に関する事実であるという誤解から、第一審は判決に影響を及ぼす法令解釈適用の誤謬を犯した。控訴審は、同じ誤解に立脚し、論理的思考から懸け離れた判断によって判決に影響を及ぼす重大な事実誤認を犯すと共に法令解釈適用の誤謬を犯した。どちらも到底維持できる判決ではない。免訴を宣告すべき事案で刑を宣告した判決は、破棄しなければ著しく正義に反すると評する他ない。憲法違反とまでは言えないとしても、上告審の職権発動により是正を要する。本件所持罪を強いて分割して審判するなら無罪宣告を要するが、判例に従う正しい結論は免訴のみの宣告である。

以上

