

覚せい剤輸入罪の既遂時期と実行の着手時期

松 澤 伸

- I 本稿の目的
- II 覚せい剤事犯の現状把握
- III 既遂時期
- IV 実行の着手時期
- V 保護法益論と処罰範囲
- VI おわりに

I 本稿の目的¹

覚せい剤事犯は、近時、国際的にも国内的にも大きな問題となっている²。たとえば、統計の面から見ると、覚せい剤事犯は、薬物事犯の中心問題を占めている。全薬物事犯の検挙件数の76.1パーセント、検挙人員の77.2パーセントが覚せい剤事犯である³。また、最近でも、著名な芸能人がこのような犯罪を犯す例が見られ、国民的な関心事ともいいうる。近時、耳目を集めた芸能人の覚せい剤事犯は、いずれも覚せい剤所持事件であったが、覚せい剤事犯は個人で犯すものではなく、譲り渡す組織、つまり、暴力団や外国人犯罪グループなどが背景にあるのであって、組織犯罪の側面が非常に強いといえる。そして、そこには、国際的な犯罪組織などによる覚せい剤密輸という重要な問題が横たわっているのである。

覚せい剤輸入罪の解釈論については、船舶を利用した「瀬取り方式」と呼ばれるケースについて、近時、最高裁の重要判例がいくつか出されている。

刑法解釈論上、重要な問題として検討を要するゆえんである。

本稿では、国際犯罪として、薬物事犯の中心を占める覚せい剤事犯について、特にその輸入罪の諸問題について、刑法解釈論の側面から、論じることとしたい。具体的には、①覚せい剤事犯の簡単な現状把握、②覚せい剤輸入罪の既遂時期、③覚せい剤輸入罪の実行の着手時期、④保護法益論と処罰範囲（さらには今後の立法への視点）、という順序で、議論を進めることとする。

Ⅱ 覚せい剤事犯の現状把握

1 覚せい剤の濫用は、薬物犯罪の一種であるとされる。わが国において、薬物犯罪を規制する法律は、薬物四法とか、薬物五法と呼ばれている。薬物四法という場合には、「麻薬及び向精神薬取締法」、「大麻取締法」、「あへん法」、「覚せい剤取締法」をさす。さらに、薬物五法という場合には、先の四法に、平成3年に制定された「麻薬特例法」、すなわち、「国際的な協力の下に規制薬物に係る不正行為を助長する行為等の防止を図るための麻薬及び向精神薬取締法等の特例等に関する法律」を加えたものをいう。

ここでいう覚せい剤とは、一般に、アンフェタミン、あるいは、メタンフェタミンと呼ばれるものである。覚せい剤は、明治20年代に合成されるようになったもので、当初は、医薬品・軍用として使用されていたが、戦後の混乱期における濫用が続出したことで、昭和26年に覚せい剤取締法が制定され、刑事法上の取締の対象となったものである。

2 覚せい剤事犯が社会にもたらす重要な危害は、2段階に分けられる。第1段階は、覚せい剤事犯の本来的な危害とイイウるもので、使用者、周辺のものに対して生じる危害である。すなわち、「覚せい剤の濫用は、急性中毒時における錯乱、幻覚、妄想並びに、長期的継続使用により精神的依存を発現し、次第に幻覚・妄想を主とする精神病状態を引き起こすばかりか、廃棄後も、持続型精神病状態、再燃型精神病、不安神経症様状態、人格変化（意欲欠如性、軽佻浮薄性、情動不安性、爆発性、敏感性等）等の残遺症候群が残存する場合もあり、使用者自身の精神や身体を蝕み、ひいては以下の覚せい剤関連

社会的障害を引き起こし、社会全体に甚大な被害をもたらすものである」⁴。

第2段階は、暴力団等組織犯罪との関連での危害である。すなわち、「覚せい剤の頒布・販売が巨額の利益を生むので、暴力団や外国人犯罪者グループは、覚せい剤の頒布・販売を利用して、利益を獲得しようとする。この過程で、暴力団同士の銃器を用いた縄張り争いを廻る殺傷や、覚せい剤の密売に関わる殺人・傷害などの事件を発生させ、巻き添えになる市民も出るなど、著しい社会不安と弊害を生ぜしめる。さらに、この覚せい剤の密売によって得た巨額の利益は、覚せい剤犯罪を継続し、また、継続的・反復的・計画的に犯罪を『業』として遂行していくための資金となる。暴力団によって行われる犯罪は、個々のならず者が散発的に行う犯罪とは大きく異なり、経済的利益の獲得を目的に、犯罪を手段として、犯罪を継続的・反復的・計画的に、パタンとして行う点に特色がある。非合法に巨額の利益を得るための手段となっているのが覚せい剤犯罪である。組織暴力団は、個人の価値を尊重する個人主義、個人主義に立脚する民主主義とは全く異なる、独自の制裁手続、裁判手続を持つ。このような集団が大きな力を得れば、社会の多くの成員が不安を抱えて、暴力や犯罪による制裁・被害におびえて暮らすことになりかねない。我が国の場合、覚せい剤の密売に関わる犯罪組織の典型が暴力団であるが、暴力団はこの犯罪を手段として得た巨額の利益を次の犯罪を行うための原資とするだけでなく、経済活動にも投資する。そして、正常な経済活動を支配し、不当な影響を及ぼすことが懸念されるのである。さらに、暴力や覚せい剤によって得た巨額の利益を背景に民主的政治過程を墮落腐敗させることまで生ずる虞がある」⁵。

本稿では、この第2段階の問題を重視し、覚せい剤取引・密輸のうち、特に、“密輸入”に焦点をおいて検討する。

3 ここで、覚せい剤取締法の規定状況を見ておこう。最も基本的な規定は、目的・用語の意義を定める覚せい剤取締法1条である。

第1条 この法律は、覚せい剤の濫用による保険衛生上の危害を防止するため、覚せい剤及び覚せい剤原料の輸入、輸出、所持、製造、譲

渡、譲受及び使用に関して必要な取締を行うことを目的とする。

この規定によれば、覚せい剤取締法の目的は「覚せい剤の濫用による保険衛生上の危害の防止」にある。保護法益という観点から見れば、これは、社会的法益を保護するものである。

薬物犯罪については、従来、いわゆる被害者なき犯罪のひとつとして非犯罪化の議論がある。確かに、大麻に関しては非犯罪化の議論がある。しかし、覚せい剤についてはほぼ議論がない。これは、覚せい剤は、人体への影響が大きく2次犯罪の危険性も高いといえることにあると考えられる。

なお、ここで覚せい剤の密輸入に関しては、関税法による処罰もある。関税法による処罰は、「関税法秩序の保護」という別の保護法益についての規定であり⁶、覚せい剤による危害の発生を抑止しようとするものではない。

覚せい剤の定義規定は、次のようになっている。

第2条 ①この法律で「覚せい剤」とは左に掲げる物をいう。

- 一 フェニルアミノプロパン、フェニルメチルアミノプロパン及び各その塩類
- 二 前号に掲げる物と同種の覚せい作用を有する物であって制令で指定するもの
- 三 前二号に掲げる物のいずれかを含有する物

②この法律で「覚せい剤原料」とは、別表に掲げるものをいう。

1項1号に記載されているフェニルアミノプロパンとは、通常、アンフェタミンと呼ばれるものである。また、フェニルメチルアミノプロパンとは、通常、メタンフェタミンと呼ばれるものである。1項2号に記載されているものは、現在、存在しない。1項3号は、実際に広く用いられている規定である。というのは、通常流通している違法な覚せい剤は、不純物や増量剤が添加されていることがあるが、それはすべてこの3号に含まれるからである⁷。

ここで、本稿において取り上げる輸入罪の規定について見ておきたい。

第41条 ①覚せい剤を、みだりに、本邦若しくは外国に輸入し、本邦若しくは外国から輸出し、又は製造した者（第四十一条の五第一項第二号に該当するものを除く。）は、一年以上の有期懲役に処する。

②営利の目的で前項の罪を犯した者は、無期若しくは三年以上の懲役に処し、又は情状により無期若しくは三年以上の懲役及び一千万円以下の罰金に処する。

③第二項の未遂罪は、罰する。

覚せい剤輸入罪は、41条1項により、1年以上の有期懲役に処せられる。さらにその加重類型として、営利目的輸入罪は、同条2項により、無期もしくは3年以上の懲役、又は情状により無期もしくは3年以上の懲役及び1千万円以下の罰金に処せられる。さらに、輸入未遂罪についても、41条3項により処罰される（刑法43条本文による刑の任意的減輕）。なお、輸入予備罪については、41条の6により、5年以下の懲役に処せられる。

この規定の解釈で、特に問題なのは、覚せい剤取締法では、「輸入」の定義規定が存在しないことである。これに対して、先ほど見た関税法では、「輸入」の定義が規定されている。関税法2条1項1号では、輸入とは、「外国から本邦に到着した貨物又は輸出の許可を受けた貨物を本邦に引き取ること」とされているのである。

いわゆる禁制品の輸入に関しては、陸揚げ又は取りおろし時、保税地域や税関空港を経由するときは、通関線突破時を犯罪の既遂時期とすることに争いはない。これに対し、覚せい剤輸入罪の「輸入」の意義は不明確であり、ここに解釈が生じる余地がある。本稿で取り扱うのは、まずもって、この文言の解釈であり、刑法解釈学の問題として検討を進めることをあらためて確認しておきたい。

4 覚せい剤輸入罪について、本稿は、次のような問題意識を持っている。すなわち、覚せい剤については、「個々の頒布・販売行為を処罰することも必要だが、その元となる密輸入を禁ずる必要の方がより高い」⁸といえる。日本への密輸は、航空機による場合と船舶による場合に分かれるが、航空機に

よる場合は、①税関によるチェックをかけやすい、②大量に持ち込むのは難しいといった事情があるのに対し、船舶は、①税関によるチェックを免れることができる、②大量持込が可能であることから、船舶を利用する事案について、有効な対策を講じる必要性が高いといえる。確かに、船舶を利用した事案は、航空機を利用した事案に比べて数が少ない。しかし、その規模が航空機による場合とは比較にならないほど大きく、實際上、問題が大きい。また、暗数が多いことも予想されるところである。

そこで、これらの現状をふまえつつ、「輸入」の意義をいかに解するか、である。特に、船舶による密輸については、既に述べたように、近時、重要な最高裁判所の判例が出されている。そこで、船舶による密輸を中心に、まず、既遂時期を確定し、さらに、実行の着手時期がどうなるのか、議論を進めることとする。

Ⅲ 既遂時期

1 問題の所在を再度確認しておこう。覚せい剤取締法41条における「輸入」概念については、関税法と異なり、定義規定がない。したがって、既遂時期は裁判所の解釈に任されている。これについての最高裁のリーディングケースは、次の2件である。

① 最判昭和58年9月29日刑集37巻7号1110頁

本件の事案は、以下のようなものである。被告人は、ほか数名と共謀のうへ、営利の目的で覚せい剤の密輸入を企て、韓国釜山空港から日本航空機に覚せい剤結晶約1キログラムをキャリーバッグの底に携帯隠匿して搭乗し、大阪国際空港に到着した後、同空港内の税関検査場において係官から旅具検査を受けるにあたり、覚せい剤の輸入をする旨申告せずに通関しようとしたが、係官に発覚した。

これについて、最高裁判所は以下のように判示した。関税法の「無許可輸入罪の既遂時期は、覚せい剤を携帯して通関線を突破した時であると解されるが、覚せい剤輸入罪は、これと異なり、覚せい剤を船舶から保税地域に陸

揚げし、あるいは税関空港に着陸した航空機から覚せい剤を取りおろすことによって既遂に達するものと解するのが相当である。けだし、…覚せい剤取締法は、覚せい剤の濫用による保健衛生上の危害を防止するため必要な取締を行うことを目的とするものであるところ（同法1条参照）、右危害の発生の危険性は、右陸揚げあるいは取りおろしによりすでに生じており、通関線の内か外かは、同法の取締の趣旨・目的からは特に重要な意味をもつものではないと解されるからである」。

本判決は、保税地域内・税関空港内（＝税関支配地域）において、航空機に関し、取りおろしの段階を既遂とする説（取りおろし説）、船舶に関し、陸揚げの段階を既遂とする説（陸揚げ説）を採用することを明らかにしている。では、税関の実力支配が及んでいない地域についてはどうか。これについては、本判決は述べていない。したがって、不明と読むこともできないわけではない。しかし、そこでも同じ見解を取っていると見るのが、素直な読み方ではあろう⁹。

② 平成13年11月14日刑集55巻6号763頁

税関の実力支配が及んでいない地域に船舶又は航空により覚せい剤を持ち込む場合にも、取りおろし説・陸揚げ説がとられるのかという問題について、これを積極的に解した判決が本判決である。

本件の事案は、以下のようなものである。暴力団員である被告人が、配下の組員らと共謀の上、公海上で外国船籍の船舶から覚せい剤約290キログラムを受領して日本漁船に積載し、本邦領海内に入った上、携帯電話を用いて陸送担当者と連絡を取り合い、陸揚げ地を不開港である高知県土佐清水港と決定した上で、同港内岸壁に接岸させ、覚せい剤を陸揚げしようとしたが、同岸壁付近で私服の警察官らが警戒に当たっていたため、その目的を遂げなかった。

これについて、最高裁判所は以下のように判示した。「覚せい剤を船舶によって領海外から搬入する場合には、船舶から領土に陸揚げすることによって、覚せい剤の濫用による保健衛生上の危害発生の危険性が著しく高まるものということが出来るから、覚せい剤取締法41条1項の覚せい剤輸入罪は、

領土への陸揚げの時点で既遂に達すると解するのが相当であり…これと同旨の原判断は相当である。所論の指摘する近年における船舶を利用した覚せい剤の密輸入事犯の頻発や、小型船舶の普及と高速化に伴うその行動範囲の拡大、GPS（衛星航法装置）等の機器の性能の向上と普及、薬物に対する国際的取り組みの必要性等の事情を考慮に入れても、被告人らが運行を支配している小型船舶を用いて、公海上で他の船舶から覚せい剤を受け取り、これを本邦領海内に搬入した場合に、覚せい剤を領海内に搬入した時点で前記覚せい剤輸入罪の既遂を肯定すべきものとは認められない」。

本判決は、船舶による、いわゆる“瀬取り方式”による場合のリーディングケースである。瀬取り方式とは、近海で親船の覚せい剤を小型船舶に引き渡す方式をいう。覚せい剤輸入では比較的多く用いられる形態である。本判決は、船舶による瀬取り方式による密輸について、陸揚げ説を明確に採用した。実務的には、船舶による覚せい剤輸入の場合、陸揚げ説の採用が確立したといえる。

2 この問題につき、学説は、大要以下の4説に分かれている¹⁰。第一は、陸揚げ説（取りおろし説）であり、判例・通説の採用するところである。これは、荷物を船舶から陸揚げし、あるいは航空機から取りおろした時点で、既遂に達するとする見解である。第二は、領海説（領空説）である。これは、荷物が領海内又は領空内に搬入した時点で、既遂に達するとする見解である。第三は、通関線突破説である。これは、一般には荷物を陸揚げした時点で既遂に達するが、保税地域等、税関の実力的管理支配が及んでいる地域を経由する場合には、通関突破時に既遂に達するとする見解である。この見解による場合、関税法上の「輸入」概念と一致することになる。第四に、個別化説である。これは、本邦領土内に搬入された当該薬物がもともと本邦内に存在していたのと同様の濫用の危険が生じたときに既遂に達するとする見解であり、その上で、行為態様ごとに既遂時期を個別的に検討するものである。(1)まず、わが国にある者が公海上に出て行き、薬物の引渡しを受けわが国の領域内に持ち込む場合は、領海内に搬入した時点であるとする。(2)次に、わが国にある者が領海内で待ち受けて引渡しを受けた場合は、引渡しの

時点であるとする。(3)次に、(1)、(2)以外の場合で、かつ保税地域等の税関の実力的支配下にある地域を経由せずに、わが国領土に陸揚げする場合は、陸揚げ又は取りおろしの時点であるとする。最後に、(4)通関手続きを経る場合、①保税地域を経由する場合は、保税地域から事実上搬出しようとした時点、②携帯輸入の場合は、陸揚げ又は取りおろしの時点とする。

3 昭和58年判決の中心論点は、間税法上の禁制品輸入罪と覚せい剤輸入罪の罪数（すなわち、両罪が観念的競合といえるのか、ということ）であったが、最高裁は、職権で、覚せい剤輸入罪の既遂時期についても判断を下している。その際とられたのは、取りおろし説＝陸揚げ説であり、税関の実力支配内にある場合、取りおろし＝陸揚げ時が既遂時点であるとしている。その理由は、税関の実力支配内に入れば、高度の規制が必要となることに求められよう。これにより、最高裁判所は、通関線突破説を採用しないことが明らかになった。

ただ、税関の実力支配外の地域については、領海説がとられる可能性は残された。これに対し、平成13年判決は、実力支配外の地域についても、陸揚げ説を採ることを明言し、これで、領海説も排されたことになった。こうして、判例は、一般的な形で、取りおろし説＝陸揚げ説を採用することが明確となったのである。

4 では、通説・判例である陸揚げ説は妥当なのであろうか。各学説の論拠をみながら検討しよう。

各説の論拠は以下のとおりである。陸揚げ説は、平成13年判例における「船舶から領土に陸揚げすることによって、覚せい剤の濫用による保健衛生上の危害発生の危険性が著しく高まるものといえることができる」ということを最大の論拠とする。領海説は、「輸入」は外国から国内に搬入する意味であるという一般的用語法を根拠とするもので、外国の状況と平仄を合わせている。通関突破説は、保税地域を突破した時点ではじめて自由な流通におかれ、保健衛生上の危害発生の危険性が高まるということ根拠とする。個別化説は、昭和58年判決の論理を肯定することを前提として、領海説的な考え

方を部分的に取り入れようとする。その理由付けは、陸揚げ説と同じで、「濫用の危険の発生時」を既遂時期とすべきである、というものである。

まず、最初に判例に否定されたのは、通関突破説である。この説は現実的に考えて、保健衛生上の危害発生の危険性をゆるやかに考えすぎているといえる。保税地域内に薬物が入り込めば、だれかがそれを持ち出し・濫用し、保健衛生上の危害が発生する危険性は、十分に存在するといえる。

次に、個別化説は、既遂時期が様々になってしまうことについて、批判が向けられている。本来、理論的に考えれば、既遂時期が様々になることになんら不都合はない。しかし、個別化説の論者が主張する結論は、個別化説の一般的な規範から、一義的に導かれるものではなく、主張者の恣意的なあてはめが行われているように見えるのである¹¹。これでは、安定性に欠けるといわざるを得ない。

こうして、領海説か陸揚げ説のどちらが妥当か、ということになる¹²。そこで、両説の論拠をもう一度整理しよう。領海説の最大の根拠は、覚せい剤による保健衛生上の危害の発生は、領海や領空に入った時点でもすでに存在する、というものである。領海内に入れば、領海や領空内での製造罪との間に違いはない、というのである。これに対し、陸揚げ説の最大の根拠は、覚せい剤による保健衛生上の危害の発生は、領海や領空に入った時点と陸揚げ・取りおろし時点では、質的な相違があるというものである。

ここで、領海・領空侵入と陸揚げ・取りおろしの質的相違だけを考慮するならば、質的相違はある、と考えるのが素直であろう。領海・領空内を船舶や飛行機が通過する場合には、国内の保健衛生上の危害の発生はほぼ存在しないのに対し、陸揚げ・取りおろしの場合には、保健衛生上の危害の発生がほぼ確実だからである。

領海説の主張は、むしろ、捜査の実効性を確実に高めるという、組織犯罪対策の側面から、もっともよく根拠付けることができる。すなわち、陸揚げ説をとると、従来の我が国の未遂犯論（実行の着手に関する理論）を前提とする限り、輸入罪の未遂の成立時期がかなり遅くなる。しかし、それでは、密輸容疑船を発見したときに、覚せい剤輸入予備・所持などの罪で検挙することはできるものの、それだけでは不十分であることから、陸揚げまで待つて検

挙することを考えがちである。そうすると、密輸船を深追いしすぎて見失ったり、薬物を海中に投棄されたり、陸揚げ場所を変更されたり、捜査が困難を極めることになり¹³、組織犯罪対策のためにどのような手段をとればよいか、捜査側を非常に微妙な状況に追い込んでしまうことになるのである。このような事態を回避するには、端的に、領海説をとる方がよい、ということになる。

このような政策的な根拠は、一応、首肯できるものではある。しかし、解釈論として考えた場合、先に述べたように、領海説は、覚せい剤取締法1条の趣旨と合致しないという重大な欠陥がある。領海説が主張する犯罪対策を実効あらしめるためには、それに適した立法を待つのが妥当である、ということになるのである。

Ⅳ 実行の着手時期

1 以上の如く既遂時期については、陸揚げ説が判例・通説として確立したが、これを前提として、船舶による瀬取り方式の覚せい剤輸入罪の実行の着手時期について、最近、新たな最高裁判例（最判平成20年3月4日刑集62巻3号123頁）が出された。この判決を素材に、覚せい剤輸入罪の実行の着手時期について検討してみたい。

事案は、以下のようなものである。被告人らは、北朝鮮において覚せい剤を密輸船に積み込んだ上、島根県沖まで航行させ、同船から海上に投下した覚せい剤を小型船舶で回収して本邦に陸揚げするという方法で覚せい剤を輸入することを計画し、覚せい剤を積み込んだ密輸船を北朝鮮から出港させ、一方で、日本側の回収担当者において、陸揚げを実行するよう準備した。その後、密輸船は、島根県沖に到達したが、荒天で風波が激しかったことから、被告人らは、回収担当者と密輸船側の関係者との間で連絡を取り、覚せい剤の投下地点を、陸地に近い内海的美保関灯台から南西約2.7kmの美保湾内海上とし、1個約30kgの覚せい剤の包み8個を、ロープでつなぎ、目印のブイを付けた上、簡単に流されないよう重しを付けるなどして、海上に投下した。回収担当者は、投下地点等の連絡を受けたものの、悪天候のため、同

岸壁と投下地点との中間辺りまでしかたどり着けず、覚せい剤を発見できないまま、同岸壁に引き返した。密輸船から投下された覚せい剤は海岸に漂着し、通行人に発見されて警察に押収された。

これについて、最高裁判所は以下のように判示した。「本件においては、回収担当者が覚せい剤をその実力的支配の下に置いていないばかりか、その可能性にも乏しく、覚せい剤が陸揚げされる客観的な危険性が発生したとはいえないから、本件各輸入罪の実行の着手があったものとは解されない」。

2 この判例の分析¹⁴は、刑法総論における実行の着手時期の議論が前提となるが、その前に、既遂時期については、前章で検討した判例・通説に従い、陸揚げ説を採用するのが妥当であることを確認しておこう。すなわち、ここでの議論は、覚せい剤輸入罪の実行行為は、陸揚げ行為である、と解するのが前提である。その上で、陸揚げ行為の着手時点とはどの段階をいうのかを考えてゆく。

実行の着手時期に関する学説は、古くは主観説と客観説の対立があったが、主観主義刑法理論の衰退によって客観説に軍配が上がり、近時は、客観説内部において、構成要件的行為を開始したことを要すると解する形式的客観説と法益侵害の現実的危険を生じさせたことを要するとする実質的客観説（通説）が対立している。

そして、実質的客観説の内部においても、行為者の主観を考慮するか否かで対立があり、また、行為者の主観を考慮するにしても、故意の限度にとどめるのか、行為者の所為計画まで考慮に入れるのか（折衷説）で対立がある。さらにごく最近になって、行為者の所為計画を考慮するのは違法性における主観重視に傾くとしてこれに批判的であった結果無価値論の陣営からも、故意とは異なる行為意思が主観的違法要素であると構成することで、行為者の所為計画を考慮する見解もあらわれている。

判例は、従来から、実質的客観説を採用しているといわれてきた。さらに、近時のいわゆるクロロホルム殺人事件決定（最決平成16・3・22刑集58巻3号187頁）では、実行の着手時期の判断について、行為者の所為計画が考慮されることが明確にされている。

行為者の所為計画まで含めて実行の着手を判断する理由は、問題となる行為が法益を侵害する危険性をほとんどもたないように見える場合であっても、行為者の所為計画に基づく時間的・場所的に密着した次の行為によって、一気に行為者の意図した法益侵害の危険を生じさせることができる場合には、すでに問題となる行為が行われた時点で、法益侵害の現実的危険性は発生していると評価できるからである。その意味で、行為者の所為計画は、(未遂犯・既遂犯両者について) 実行の着手時期を前方に繰り上げる機能を果たす。こうして、覚せい剤輸入罪等の実行の着手時期は、行為者の所為計画を考慮したうえで陸揚げの現実的危険性が発生したと評価できる時点だということになる。

3 では、本件では、陸揚げの現実的危険性は発生しているか。本件被告人らは、瀬取り方式で覚せい剤を輸入することを計画し、①覚せい剤を船に乗せて日本の領海内に持ち込み、海に投入している。計画どおりに進めば、②受取人が覚せい剤を回収し、③陸揚げして国内に持ち込むわけであるが、現実には、天候が悪く回収できなかった。覚せい剤輸入計画は、①行為により開始されている。

しかし、①行為は、覚せい剤は海に浮かばせただけで、陸揚げには程遠いように見える。このような場合、計画に基づく時間的・場所的に密着した次の行為によって、一気に行為者の意図した法益侵害の危険(陸揚げの危険)を生じさせることができるかどうか判断を分ける。ここで②行為を見ると、不確実な前提に基づく賭博的要素の強い行為であり、①行為が順調に行われたとしても、②行為がうまくいくかどうかはわからない。また、②行為は、①行為と時間的・場所的に接近していると評価することもできない。すなわち、本件①行為は、法益侵害に密接関連した行為とは評価できない。ならば、少なくとも本件の事案においては、実行の着手はないと評価すべきである。最高裁判所も、覚せい剤を「実力的支配の下に置いていないばかりか、その可能性にも乏し」いことを理由に、実行の着手を否定している。この判断は、以上のような従来判例の延長線上において、正確に理解されうるものである。

なお、陸揚げ説を前提とした上で、実行の着手時期を領海侵入時期にまで早める見解として、“未遂拡大説”というものがある¹⁵。この見解は、領海への搬入から陸揚げまでの一連の行為が、全体として輸入罪の実行行為を構成するとの立場から、領海への搬入を実行の着手とする¹⁶。その根拠は、領海内における覚せい剤製造が覚せい剤製造罪を構成するのに対し、同じく領海内にこれまで存在しなかった覚せい剤を存在させるようになり、法定刑も同じである覚せい剤輸入罪が、製造罪と同じ段階で処罰されないのは均衡を失する、という点に求められる。確かに、このような根拠には理論的には説得力があるが、現実的には、海上における覚せい剤製造はほぼ想定できない。それ以上に、この見解では、一連の行為の開始時点が領海への搬入以前にも遡ることが可能となり、予備と未遂の区別がつかなくなる点で¹⁷、妥当とはいえないように思われる¹⁸。

V 保護法益論と処罰範囲

1 覚せい剤輸入罪の保護法益については、すでに本稿でも何度か示しているように、覚せい剤取締法1条が、「保健衛生上の危害を防止するため」と述べていることから明白である。そして、保健衛生上の危害の発生を防止するため、覚せい剤輸入罪の既遂時期については、解釈論としては、陸揚げ説をとるのが妥当であると考えられるのも、すでに見たところである。

しかし、最近になって、これと異なる理解が主張されるようになってきている。すなわち、中野目善則は、組織犯罪の発展、それに対する国際的な取り組み、国際条約（ウィーン条約）の締結、それを受けた麻薬特例法の制定をふまえると、「覚せい剤犯罪を『保健衛生』上の犯罪と見る見方には疑問が残る。…その意味で、覚せい剤を保健衛生上の犯罪であるという前提に立って、この犯罪の密輸入の既遂時期を論ずるのが妥当かには疑問が残る。関連する他の法規と整合的に解釈しようとするれば、このような、保健衛生上の視点に制約されない、それを遥かに越える害悪に対処しようとする視点に立つのが覚せい剤取締法である、とする理解に立つほうがよいと思われる…」¹⁹と主張するのである。

確かに、覚せい剤輸入罪がもたらす重大な社会問題を考えると、このような理解にもそれなりの理由があるようにも思える。しかし、解釈論としては相当の無理があるといわざるをえないであろう。覚せい剤取締法1条の規定ぶり、判例における陸揚げ説の確立をみると、このような法益の保護は、覚せい剤取締法における輸入罪ではなく、別の規定によってなされるべきではないかと思われる²⁰。

2 次に、既遂時期（と実行の着手時期）に関する中野目の提案を見てみよう。彼は、既遂時期について、「覚せい剤の密輸入は、領海内に入れば、少なくともその時点で既に、既遂に到達していると解すべきであろう」²¹とし、また、実行の着手時期について、「すでに公海上にある場合ですら、密輸入の未遂行為が成立しているとみることができるものでであろう」²²とする。なお、予備については、「さらに早く、外国で密輸入を準備したような場合に観念しうることになるであろう」²³とする²⁴。

このような議論は、解釈論の枠内で行うことはかなり困難であると思われることは既に述べたとおりであるが——中野目自身は解釈論の枠内で提言していると思われるが、それは困難と思われる——、仮に、立法論として考えるとした場合にはどうであろうか。ここでは、政策論・価値判断の問題として、このような立法論がありうるか、検討してみる。

立法論を考える際には、二つの視点が重要となると思われる。第一は、早期処罰するための立法が本当に妥当かどうか、すなわち、立法事実があるかどうか、という点である。第二は、現在設けられている覚せい剤輸入罪の改正という手段が適切なかどうか、すなわち、このような改正が、法技術的にみて、適切な方法なのかどうか、という問題である。

まず、立法事実から考えてみよう。侵害法益の重大性という観点からすれば、刑罰法規による早期の介入は考慮されうる。殺人罪や放火罪に予備罪があることを想起されたい。しかし、覚せい剤輸入罪については、あくまで社会的法益を保護する抽象的危険犯であること、領海に進入しただけでは抽象的危険の発生（法益侵害性）、さらにその危険さえ明確でないこと、を考慮する必要がある。現実的には、公海上で未遂の成立を認めるだけの危険がある

という判断は、困難ではなかろうか。

また、公海上で未遂の成立を認めなければ、覚せい剤輸入罪の抑止効果は不十分なものとなると論じる見解がある。しかし、この種の犯罪が、処罰の早期化・重罰化で抑止できるのかを考える必要があると思われる。特に、外国における密輸入の準備（予備）、公海上にもちだすこと（未遂）が、現実に処罰されることになるかどうかは疑問である。そうすると、覚せい剤輸入罪の予備・未遂が、単なる宣言的な意味を持つだけの、いわゆる「象徴立法」となり、かえって刑事司法の空洞化を招くのではないかという疑問もある。

次に、法技術的問題について考えてみよう。中野目の見解から論理的に導かれるであろう帰結については、疑問を提起しうる。中野目のいうように、領海に入った段階で覚せい剤輸入罪が既遂に到達しているのだとすれば、実行行為は領海侵入行為だということになる。そうすると、そこで領海侵入段階で、覚せい剤輸入罪の実行行為は終了するが、その後の関与者の処罰は、どのようになるのであろうか。すなわち、日本国内の組織的犯罪者は、その後の関与（覚せい剤の引取り）のみを行うことになるが、これはどのように処罰されるのか、という問題である。もし、これが覚せい剤輸入罪の共犯となるのだとすれば、実行行為・既遂時期との関係で疑問が生じることになる。もし、覚せい剤所持罪あるいは覚せい剤譲受け罪としてしか処罰できないとなると、不当な結論となりうる。もちろん、一般的な場合は、持ち込み側と引き取り側で共謀が成立している場合が多いであろうから、引き取り側も、覚せい剤輸入の共謀共同正犯となるであろう。そうであるとすれば、不当ではないようにもみえる。しかし、そうであるとしても、覚せい剤の引取りという後行行為の実行の有無が、覚せい剤輸入罪の成立と無関係となる——量刑事情となるのであろうか——というのは、不自然であるように思われる。

なお、中野目説では、領空内に進入した場合の輸入罪の成立時期は、言及はないものの、領空進入説となるのであろう。また、関税法との関係では、両者は観念的競合とはならなくなるであろう（併合罪となるであろう）。

3 以上の検討から、次のように言えるであろう。

まず、立法事実があるかどうかについては、非常に微妙である。少なくとも

も、麻薬新条約（麻薬及び向精神薬の不正取引の防止に関する国際連合条約）の締結後も、輸入罪の既遂時期をどうするかという議論はなされていない。その後、「小型船の普及と海技免状取得者の著しい増加，小型船の普及と高速化に伴うその行動範囲の拡大，GPSの性能の向上と普及，携帯電話の普及及びこれらの利用による海上での船舶同士の合流の容易性」（平成13年判決における検察官の上告趣意参照）など、いろいろな事情の進展があったが、それにより輸入の成功率が高まったとしても、やはり、本罪が抽象的危険犯であることから、処罰の早期化がどうしても必要だとは考えにくい。理論的には絶対に考えられないというわけではないが、本罪の予備や未遂が象徴立法となる恐れを考えると、中野目の提案のような形での立法は困難ではないか。

また、立法技術的には、輸入罪の拡大という手段をとるのは適切ではないのではないかと思われる。これについては、むしろ、まったく新たな立法で対処するほうが望ましいであろう。具体的には、新たに、“覚せい剤輸入目的領海侵入罪”といった犯罪類型を設けて、領海内に入った段階で、これを重く処罰することが考えられる。つまり、輸入罪を拡大して解釈・立法するのではなく、立法的な手当てで、いわゆる「未遂拡大説」と同様の処罰範囲を獲得する方法をとるのである。

Ⅵ おわりに

本稿では、覚せい剤輸入罪の既遂時期・実行の着手時期について、解釈論と立法論（政策論）の二つの側面から検討した。

まず、解釈論として、覚せい剤輸入罪の既遂時期については、陸揚げ説をとるのが妥当であることを論じた。それを前提として、実行の着手時期に関しては議論がありうるが、現状においては、行為者の所為計画を考慮しつつ陸揚げの現実的危険が発生したと考えられる時点とするのが妥当であると思われる。すなわち、それ以上に早い段階、たとえば領海侵入段階で未遂の成立を認める見解、たとえば、いわゆる未遂拡大説は、解釈論としてはとるべきではない、ということである。

次に、立法論であるが、現状においては、新たな立法をなそうという動き

は、あまり見えてこないものの、様々な方法が考えられうる。“国際的な平仄を合わせる”という配慮、覚せい剤事犯の早期取締りという目的と、刑法理論上の“処罰の早期化”という議論を考慮しながら、慎重に検討する必要があるが、法技術的に見て、覚せい剤輸入罪の成立時期を前倒しする形での立法（未遂拡大説を立法の形で取り入れること）は、覚せい剤輸入罪の予備・実行の着手時期をあまりにも早く認める結論に逢着することになり、これらの罪を象徴刑法化してしまう点でも、適切ではないと思われる。ただし、現実問題として、組織犯罪対策のための捜査を補助するための立法が必要であるという事情は存在する。そこで、現実的要請と法技術的問題を調整しつつ、最も問題のない形で立法的手当をするとすれば、覚せい剤輸入目的領海侵入罪のような新たな類型を立法を考慮することが考えられるのではないか、というのが本稿の結論である²⁵。

“国際的な平仄”については、アジアの周辺諸国（さらには環太平洋諸国）の立法状況や規定の運用状況を把握しつつ検討する必要もある²⁶。犯罪の国際化は、周辺諸国の刑法のハーモナイゼーションを要求することになるが、その意味で、たとえば、EU諸国における刑法のハーモナイゼーションの議論も大いに参考になるはずである。ただ、それは本稿の課題を越えるものである。これらの諸問題の研究は、今後にゆだねることとしつつ、本稿を閉じることにしたい。

- 1 本稿は、2010年3月27日に早稲田大学で開催された社会安全政策研究所研究会において報告した内容に、加筆・修正を施したものである。当日、研究会に参加してご意見・ご質問を賜った先生方に、厚く感謝の意を表したい。なお、本稿が基本的な内容についても比較的詳細に説明を加えているのは、研究会のメンバーおよび本稿が掲載される紀要が想定している読者が必ずしも刑事法学、特に刑法学の専門家ではないことを意識しているためである。
- 2 たとえば、朝日新聞2009年12月11日千葉版は、2009年12月の新聞報道によれば、「2009年1～10月の成田空港での覚せい剤の密輸の摘発件数（速報数）が、前年同時期の約2.7倍の59件となり、過去最高だった2004年（確定報）の48件を上回った。」「摘発件数は05年9件、06年42件、07年32件、08年は40件で、今年はこちら数年の1年間の摘発件数を既に上回っている。覚せい剤の押収量も、前年同期の約3.2倍の約72キロと過去4番目に多い水準となった。」と報道している。

- 3 警察庁組織犯罪対策部薬物銃器対策課『平成20年中の薬物・銃器情勢』（2009年）11頁。
- 4 古田佑紀＝齊藤勲編『大コンメンタールII薬物五法』（青林書院，1996年）13頁（覚せい剤取締法部分）。
- 5 中野目善則「覚せい剤密輸罪の処罰と同罪の性質の関係」法学新報112巻1・2号524，525頁。
- 6 したがって，両罪は法条競合の関係に立たず，別罪を構成し，最高裁は，その罪数について観念的競合となるとしている（最判昭和58・9・29刑集37巻7号1110頁。なお，薬物五法コンメンタール（I）195頁参照）。
- 7 以上をふまえて，覚せい剤の処罰規定の概略は，大要次のようにまとめられる（財団法人財団法人麻薬・覚せい剤乱用防止センター HP による）。

| 法律 | 態様 | 輸出・輸入 | 製造 | 栽培 | 譲渡・譲受 | 所持 | 使用 |
|---------|--------|-------|----|----|-------|----|----|
| | 薬物 | | | | | | |
| 覚せい剤取締法 | 覚せい剤 | A | A | | B | B | B |
| | 覚せい剤原料 | B | B | | C | C | C |

A……非営利犯1年以上の有期徒刑

営利犯無期又は3年以上の懲役 情状により1000万円以下の罰金を併科

B……非営利犯10年以下の懲役

営利犯1年以上の有期徒刑 情状により500万円以下の罰金を併科

C……非営利犯7年以上の懲役

営利犯10年以下の懲役 情状により300万円以下の罰金を併科

- 8 中野目・前掲注(5)論文528頁。
- 9 朝山芳史『最高裁判所判例解説刑事篇（平成13年度）』（法曹会，2004年）216頁参照。
- 10 学説の状況について，詳細は，朝山・前掲注(9)『最判解』213頁以下，北川佳世子「密輸入罪の成立時期」『西原春夫先生古希祝賀論文集第3巻』（1998年，成文堂）408頁以下参照。
- 11 朝山・前掲注(9)『最判解』228頁参照。
- 12 平成13年判決も，検察官はもともと陸揚げ説的な主張を行っていたが，上告審に進むにつれて，領海説へと歩み寄っているとされる。朝山・前掲注(9)『最判解』227頁参照。
- 13 大塚裕史「薬物・銃器輸入罪の成立時期」『三原憲三先生古希祝賀論文集』（成文堂，2002年）364頁。
- 14 筆者の分析および下記の学説の詳細について，詳細は，松澤伸「判批」平成20年度重要判例解説・ジュリスト1376号180，181頁参照。
- 15 松田昇「覚せい剤取締法における輸入の意義(その2)」研修413号46頁。大塚・前掲注(13)論文560頁以下も同旨であろう。

- 16 裁判例として、岡山地判昭和57・5・10刑裁月報14巻5＝6号369頁。
- 17 小林憲太郎「判批」ジュリスト1262号168頁。
- 18 さらに、実行の着手時期が予備行為にまでに遡ることを防ぐためには、どこまでが一連の行為で、どこまでがそうでない行為なのか、という基準を明確に示さなければならないという難問に遭遇せざるを得ないが、その基準を明快に示すのは困難であろう。
- 19 中野目・前掲注(5)論文526, 527頁。
- 20 なお、中野目は、このような点を意識し、「解釈上、それが無理であるとするのであれば、『保健衛生上の危害』の防止に中心を置くことを明言する覚せい剤取締法一条には、それと異なるねらいも盛り込まれるように改正し、麻薬特例法との整合を持たせるようにすべきである」としている。(中野目・前掲注(5)論文527頁)。
- 21 中野目・前掲注(5)論文528頁。
- 22 中野目・前掲注(5)論文529頁。
- 23 中野目・前掲注(5)論文529頁
- 24 さらに、国外における外国人による共謀まで覚せい剤輸入罪の共謀罪として処罰する提案も行われている(中野目・前掲注(5)論文531頁)。
- 25 研究会における質疑応答では、現状の立法のまま、実行の着手時期を前倒しするのが妥当なのではないか、という質問・意見を、特に刑事政策を研究している先生方、また、警察を含む実務家の先生方から多くいただいた。筆者も、わが国領海における覚せい剤輸入を目的とした行為の取締りの必要性については、十分認識しているところである。しかし、少なくとも、現在の立法および最高裁判所において確立した判例実務のもとで、解釈論として、実行の着手時期の前倒しを提案するのは、実現可能性が低く、適切な方法とはいえないように思われる。むしろ、実行の着手時期は現行の実務を前提としつつ、立法論の形で提案するのが現実的だと考える次第である。
- 26 その意味で、本稿の提案は、この点を十分に検討していない段階での、日本国内法の内部を検討したのみでの提案であることをお断りしておかなければならない。すなわち、ハーモナイゼーションが、これに新たな検討を迫る可能性がありうることを留保しておかなければならない。