

Title	〔刑法一六〕麻薬取締法第六四条と刑法第六五条第二項にいう「身分二因り特二刑ノ軽重アルトキ」(昭和四二年三月七日第三小法廷判決)
Sub Title	
Author	中谷, 瑾子(Nakatani, Kinko) 筑間, 正泰(Chikuma, Masayoshi)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1970
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.43, No.5 (1970. 5) ,p.108- 113
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	判例研究
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19700515-0108

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the Keio Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

ることに解釈は一致しているのであるから、手形の原則的な手段性はその適用の場合をかなり限定するものと解することはできるであろう。手形行為はすべてそれ自体利害衝突のおそれのない取引であるとすると説に対する非難として、手形行為によつて原因関係とは別新たな債務が発生し、その債務が原因債務よりもはるかに厳格な債務である点が挙げられる(田中誠「手形・小切手」が、債務の履行に代えあるいは債務の履行のために手形が振り出された場合、手形債務が厳格であるということは、それ自体は債務の態様であつて、特に新たに実質的な財産的負担を増大せしめるものではない。したがつて、一般的に手形行為を商法二六五条の取引に含ましめるとすれば、それはかえつて解釈上広きことになるであらう。

二、(四)の手形について、それが直接Yに交付されたことをもつ

〔刑法 一六〕 麻薬取締法第六四条と刑法第六五条第二項にいう

「身分ニ因リ特ニ刑ノ軽重アルトキ」

麻薬取締法違反被告事件
最高裁昭和四〇年(あ)一六五一号
昭四二・三・七第三小法廷判決、破
棄自判刑集二・一・二、四一七頁
一審 神戸地裁 二審 大阪高裁

て、X会社とYとの取引と認め、商法二六五条の適用の余地はないとしている点は、余りにも形式的な判断である。実質的にX会社がYと手形取引をなし、後にYの懇請によつて取締役たるBが保証のため受取人欄に自己の名を記載しかつ裏書をしたとでもいう事情ならば格別、本件はBが受取人・裏書人である手形の書替手形である旨が認定されているのである。このような場合には、むしろYは書替手形を確保するために、X会社からの交付の受領をBに代わつてなしているものと認むべきであり、それゆえBはYのもとにある手形の受取人欄に自己の名を記載しかつ裏書をなしているのである。したがつて、(四)の手形についても問題は(イ)の手形と同様であつて、格別の判断を下す理由はない。

(倉沢康一郎)

【事実】 本件被告人は、韓国船多島号の船員であるが、韓国に居住し、かねてから営利の目的で韓国船員を通じてわが国に麻薬を密輸入していた甲に依頼され、被告人は、甲の右意図を了知しながらこれに協力加担し、わが国に到着後、第一審相被告人乙と共同して

甲から託された麻薬約三五七グラムを携帯陸揚げし、本邦に密輸入した事案について、第一審は、被告人と乙の兩名につき、営利の目的で麻薬を密輸入したものと見て、麻薬取締法六四条二項、一二条一項、刑法六〇条を適用して被告人を懲役一〇年に処した。これに

対し、被告人が控訴したところ、原審は、被告人の量刑不当の主張に對する判断に關連して、「甲は、本件麻薬を営利目的で本邦に密輸入しようとの意図の下に被告人にその密輸入を依頼したものと云べく、被告人は、甲の右意圖を了知しながらこれに協力加担し、本邦到着後、原審相被告人乙と共同して本件麻薬密輸入の実行行為をしたのであるから、被告人および乙は甲と共謀共同正犯の關係にあるものと認められる。従つて、被告人につき営利目的を肯認した原判決は結局相当である。」として控訴を棄却した。これに對し、被告人および弁護人は、事實誤認、單なる法令違反、量刑不当を主張した。

【判旨】 最高裁判所第三小法廷は、被告人および弁護人の上告趣意は上告適法の理由にあたらなとし、次いで、職權調査のうえ、次のように判示して、原判決および第一審判決を破棄し、前記一審判決認定事實の中、被告人に営利の目的があつたとの部分を除くその余の事實につき、麻薬取締法六四条一項、一二条一項、刑法六〇条を適用して、被告人を懲役八年に処した。すなわち、

「麻薬取締法六四条一項は、同法一二条一項の規定に違反して麻薬を輸入した者は一年以上の有期懲役に処する旨規定し、同法六四条二項は、営利の目的で前項の違反行為を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五百万円以下の罰金に処する旨規定している。これによつてみると、同条は、同じように同法一二条一項の規定に違反して麻薬を輸入した者に對しても、犯人が営利の目的をもつていたか否かという

犯人の特殊な状態の差異によつて、各犯人に科すべき刑の輕重の區別をしていゝものであつて、刑法六五条二項に「身分ニ因リ特ニ刑ノ輕重アルトキ」に當るものと解するのが相当である。そうすると、営利の目的をもつ者ともたない者とは、共同して麻薬取締法一二条一項の規定に違反して麻薬を輸入した場合には、刑法六五条二項により、営利の目的をもつ者に對しては麻薬取締法六四条二項の刑を、営利の目的をもたない者に對しては同条一項の刑を科すべきものといわなければならない。

しかるに原判決およびその是認する第一審判決は、共犯者である甲が営利の目的をもつていゝものであることを知つていただけで、みずからは営利の目的をもつていゝなかつた被告人に對して、同条二項の罪の成立を認め、同条項の刑を科してゐるのであるから、右判決には同条および刑法六五条二項の解釈適用を誤つた違法があり、右違法は判決に影響を及ぼすものであつて、これを破棄しなければ著しく正義に反するものと認められる。」

【評釈】 理由に疑問はあるが判旨に賛成。

本件では、麻薬を携帯陸揚げして密輸入した被告人に麻薬取締法六四条二項に「営利の目的があつたとみとめられるかどうか、またもしみとめられないとすれば、果して営利の目的が刑法六五条二項に「いゝ身分にあたるのかどうか」が問題となる。

第一審判決は、「麻薬取締法六四条二項に「いゝ営利の目的とは、自己または第三者のために財産上の利益を得又は得させる目的をいゝ、必ずしも継続的、反覆的に利益を圖る目的を必要としな

ものと解するのが相当である」ので、被告人は、「甲が本件麻薬を本邦において売却しようとする営利の目的をもっていることを知つたうえで密輸入をした以上、少くとも、第三者に財産上の利益を得させる目的はあつたものといふべく、麻薬取締法六四条二項という営利の目的に欠けるところはない」として、被告人を麻薬取締法六四条二項の罪に処し、第二審は、第一審の事実認定のもとに共謀共同正犯をみとめて、第一審判決の結論を肯定したのに対し、最高裁判所は、「営利の目的」ありとするには、被告人自身に「営利の目的」があることを必要とするとして、本件被告人には「営利の目的」がないものとした。

この点、学説はほとんど「営利の目的とは、財産上の利益をえ、または第三者にえさせる目的をいう」(香川・「営利取締罪」注釈刑法(八)二一―二七頁本と解しているので、このような解釈に従うかぎり、一審の見解が妥当であるといえそうである。このような一審の見解は、麻薬取締法六四条一項、二項を独立の犯罪類型と考えたことからの帰結であるが、麻薬取締法六四条一項、二項は、罪質、保護法益とも同質であり、またその規定形式からみても、二項が一項の罪とは別個独立の犯罪類型を定めたものとは思われないので(白井・研修三三)、この点から「営利の目的」に財産上の利益を第三者にえさせる目的を含ませるのが妥当かどうかを検討されなければならない。

ところで、真正目的犯の場合に、その目的を自己のためにする目的のみに限定すると、第三者のためにする目的をもつ者は、刑法六五条一項のような規定がないかぎり、処罰されないことになつて、

このような者に不当な利益を与えることになるのに対し、不真正目的犯の場合には、強いて補助犯的な形態である第三者のためにする目的まで含まれることなく、その目的を自己のためにする目的に限定しても、処罰をまぬがれさせることにはならないので、必ずしも真正目的犯の場合と同様に取り扱う必要はない。しかも実質的には類型的にみて麻薬の輸入、輸出、製造という一項の犯罪に財産上自己のためにする営利の目的が直接結びつくこと一層犯人がかかる犯罪に誘惑されやすいうえに、犯罪社会的にみても反覆、継続の可能性が増大し、ひいては保健衛生上の危害も増大するが、財産上の利益を第三者にえさせる場合には、犯罪への誘惑もそれほど大ではないこと、および麻薬取締法六四条一項も一年以上の有期懲役に処すとしているので、二項の刑罰にくらべてそれほど刑罰に軽重がないことを考えあわせると、麻薬取締法六四条二項という営利の目的は、財産上自己のためにする営利の目的のみをさすと解する方が自然である。以上の点を考慮してか、第二審は共謀共同正犯を是認して、被告人を二項の罪に問うているが、共謀共同正犯については本評釈の目的とするところではない。

そこで、第二に果してかかる「営利の目的」が身分にあたるかどうかが問題となる。

ところで、法律用語としての身分というのは、「法律上とくに意味づけられている人の特別な地位ないし資格を広く意味する」(末川博編・法学辞典(九〇―一頁三段))と解されているが、判例は、このような文理解釈から離れて、業務上横領罪に非占有者が加担した事案において、身

分とは、「男女の性別、内外国人の別、親族の關係、公務員たる資格のような關係だけではなく、すべて一定の犯罪行為における犯人の人的關係である特殊の地位または状態を指稱する」(最判昭和二七・一六刑集一七輯上四〇五頁)と解し、刑法六五条一項の身分にあたるものとして、虚偽公文書作成罪の「公務員」(大判明治四四・四・七二)偽証罪の「法律ニ依リ宣誓シタル証人」(刑集昭和九・二二・二〇)、強姦罪の主体たる男性(刑集一九・二・二二五頁)、收賄罪の「公務員」(大判大正三・二四刑集二)、背任罪の「他人ノ為メ其事務ヲ処理スル者」(大判昭和二〇刑集八)、横領罪の「他人ノ物ノ占有者」(大判大正三・二六・一七)など、刑法六五条二項の加減的身分としては、常習賭博罪の「常習者」(大判大正七・六・六)、尊属殺人罪の直系卑属たる地位(二四刑集一〇・五・七三)、業務上墮胎罪の医師(大判大正九・六・三)、業務上横領罪の業務上の他人の物の占有者(大判明治四四・三・一六刑集七・四〇五頁、最判昭和二五・九・一九刑集四・九・一六六頁)などをあげ、刑法二二五条の営利拐取罪における営利の目的は、刑法六五条一項、二項の身分に当たらない(大判大正一四・一・二)として、身分には、多少とも継続的な性質を必要とするものと解していたようにである。ところで、刑法二二五条の営利拐取罪は、営利を目的としない未成年者拐取罪との關係では不真正目的犯とみられなければならないが、これは未成年者についてだけ特別に成立する犯罪であつて、拐取罪の一般的な規定ではない(坂本・判例解説刑事(編四二年度五二頁))ので、むしろ真正目的犯についてのみ判示したものと解すべきであらう。したがつて、本件は不真正目的犯についての事例なので、果して判例に変更があつたのかどうか疑問である。

さて、この点について、学説をみると、刑法六五条一項を真正身分犯、不真正身分犯の成立の問題と考え、二項を不真正身分犯の科刑についての規定と解するもの、また、一項を真正身分犯について二項は不真正身分犯についての規定と解するものとを問わず、身分とは、男女の性、内外人の別、親族の關係、公務員の資格等、其の他汎く、一定の犯罪に關する犯人の人的關係たる地位又は状態をいう(江家・刑法講義総則編四〇五頁以下、同頁、井上・刑法学総則三三三頁、小野外三名村静子・「共犯と身分」刑事法辭典一六八頁下段、久礼田・「共犯と身分」判例偵查刑法総論一九七頁、佐伯・刑法講義(総論)三六四頁以下、西原・刑法総論二八一頁、福田・刑法総論六九頁、不破・井上・刑法総論)として、ほぼ判例に同調し、刑法六五条一項、二項の身分には、多少とも継続的な性質を要するものとして解している。したがつて、かかる立場からは、営利の目的は、主観的違法要素で一時的な状態であるということから、身分にあたらぬものとするにならう(白井・前掲三二七号七九頁、植田・総合判例研究叢書掲一九七頁、福田・警察研究三九卷八号二九頁、西村・判例雜誌二五・二四合併号一〇〇頁は、判例の身分の定義とは異なり、刑法六五条一項、二項ともに身分は一定の地位と主観的違法要素であるから、身分にあたらぬものとして解している)。他方、木村博士は、刑法六五条一項にいう身分犯は、純正身分犯であつて、純正身分犯の本質は一定の身分ある者がその身分によつて一定の義務を負担せられてゐる点にあり、従つて、本来は、そのような義務を負担する身分ある者についてだけ、その義務違反によつて犯罪の成立があるので(反社、青柳・刑法通論一総論三九七頁は、法、一項の身分は、社会的・法律的等の人的關係において特定の義務を負担するところの地位又は資格を意味し、単なる犯罪の常習性や目的犯における目的のような行為者の永続的又は一時的な心理状態を含まないものと解

すべきであるが、不真正身分犯は、身分によつて刑が加重された場合をいい、刑法六五条二項は、身分によつて刑が減輕せられる場合も含んでいるので、一項の身分よりも範圍が広く、二項の「身分」は、刑の加重・減輕の原因たる地位・資格状態であればよく、その意味において、ドイツ刑法五〇条二項などというところの特殊な「一身の性質又は關係」に該当すると解すべきである(木村(忠)、總論、五部・「共犯と身分」体系刑法事典三一〇頁以下、「強姦罪と身分のない者の加功」警察と研究三七卷一號二一九頁、内田文昭、「身分犯」体系刑法事典一〇九頁以下、大野、「共犯と身分」刑法講座一六〇頁、金沢文雄、「共犯と身分」)と述べられ、判例によつて定義された身分の概念は第二項の意味における「身分」を意味するにすぎず、目的も二項にいう身分にあたとされているが、この見解によれば、本件をすなおに是認できよう。

しかしながら、果して判例は刑法六五条一項の身分と二項の身分とに差異を認め、二項の身分に継続的性質を不必要としたのであるうかがが検討されなければなるまい。現行麻薬取締法が制定された当時、麻薬取締法六四条一項は、一二条一項にいう輸入、輸出、製造の規定に違反した者は、七年以下の懲役に処する旨規定し、六六条には営利の目的で六四条の違反行為をした者を処罰する規定をおき、六七条に六四条の常習犯処罰の規定、二項に常習営利犯の処罰を規定し、それぞれ個別的な取り扱いをしていたが昭和三八年の法改正で、常習犯および常習営利犯の規定を削除するとともに、六四条一項に一二条一項違反を規定して、刑を従前より引き上げ、営利目的による一二条一項違反を、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五百万円以下

の罰金に処するとして、刑罰を加重し、麻薬犯撲滅に処するにいたつたのである。その改正の事情は、「常習犯及び常習営利犯の規定は除かれたが、これは、常習犯、営利常習犯に対する判決の既判力は、判決確定前の余罪のすべてに及ぶこととなり、実質的な科刑の適正が期されない点を考慮したものである。これによつて、従来包括して常習犯等を構成するものとして取り扱われていた数個の行為は、今後はおおむね併合罪として処置されることになると考えられるので、法定刑の引上げとあいまつて、かえつて厳正な科刑の実現に寄与することにならう。」(牛丸、「新麻薬取締」にみられるとおりであるが、改正当初、麻薬取締法は保健衛生上の危害の撲滅を貫徹することから、常習犯を削除するにいたつたことを考えると、麻薬取締法六四条二項の営利の目的は、單純に一時的なもの、主観的違法要素であるから、身分にあたらなとするには大いに疑問があると同時に、この種の犯罪を犯罪社会学的にみると、類型的に継続的な性質をもつ犯罪であるので、営利拐取罪とかその他の目的犯とは同一視しえないものがある。したがつて、このような考慮のもとに判旨は麻薬取締法六四条二項の目的犯の身分に当たるものとしたのであろうが、そもそも身分犯とは、通常人が犯しえない犯罪、または通常人も犯しうるが身分のあることによつて刑の輕重のある犯罪をいい、身分のあることによつて一定の義務が生じ、法益の侵害ないし危険性の高いもの、または常習犯のように一定の義務は生じないが法益の侵害ないし危険性の高いもの、または自己墮胎罪の懷胎の婦女のように自傷行為に合せて期待可能性の低いものをも含むもの

と解すべきで、行為者的、かつ類型的にみて継続的性質を必要とする。したがつて、常習犯のように法益の侵害の危険性の高い点が身分犯のメルクマールとすると、営利目的犯における目的も刑法にいう身分にあたるといえなくもないように思われる。ただ、常習犯の常習性は行為者的要素であると同時に継続的性質をもつが、目的犯における目的は、行為者的要素ではなくて行為的要素であるから、通常人も営利目的犯を随時、犯しうることを考えると、一般的に麻薬取締法六四条二項の営利の目的を身分に含ませることは妥当でないと思われる。しかしながら、犯罪の性質上、目的犯にも、非継続的なものと継続的、職業的なものとを区別することができるのでは

なかるうか。そうとすれば、後者については常習犯の認定がなされるかどうかは別論として、常習犯に類似した理論構成も可能となるものように思われる。

したがつて、一般的、抽象的な議論としては判旨に納得できない面があり、少なくとも誤解を招くおそれなしとはいえないが、この種の事例に限つて、具体的な判断として判旨は実質的に正鵠を得ているといふべきであらう。

以上の理由により判旨に賛成する。

(中谷 瑾子・筑間 正泰)

〔労働法 六八〕 立札・赤旗・天幕小屋の設置と争議団の活動の限界

(幸袋工作所事件
福岡地方裁判所飯塚支部昭和四一年(ワ)第一三五号
昭和四四年一月一九日判決)

【事実】

原告会社(以下単に会社という)は、一般産業機械、車輛部品、パルプなどを製造販売している会社で、昭和四一年九月における従業員組合員数は、約二八〇名であつた。本件において取り上げられている争議行為の原因についてみると、まず昭和四〇年六月、山猫ストを指導したという理由で、N・M二名の組合員が懲戒解雇になり、つづいて会社は、昭和四一年八月二二日、当時被告らを含む同会社の

従業員中多数が所属していた全国金属労働組合福岡地方本部幸袋工作支部(以下単に組合支部という)に対して企業再建のために人員整理が必要であるとして希望退職者を募集することを提案したが、組合支部がこれに応じなかつたため同年九月一二日付で四九名の指名解雇を行なつた。組合支部は、右の会社の行なつた指名解雇に対し、四日間のストライキを行なつたが、それ以降は、四九名の被解雇者を除いて就労することになつたが、被解雇者を中心として解