

麻 薬 の 讓 渡

堀 堅 士

麻薬取締法違反被告事件

昭和二十七年（あ）第三三三七三號・昭和二十九年八月二〇日最高裁第二小法廷判決

【判示事項】 舊麻薬取締法第四條第三號にいう「讓渡」の意義。

【判決要旨】 舊麻薬取締法第四條第三號にいう「讓渡」は所有權の移轉を目的とする授受に限られない。

【事 實】 被告人Bは、昭和二十五年八月中旬二回にわたつて、京都市内の被告人宅に於て、第一審及び第二審の相被告人であるAよりかねて賣却の依頼を受けていたところの麻薬（鹽酸デアセチル・モルヒネ）を、Cと云う女に、手交した。ところが、このCは、實は、當時京都に駐在していた占領軍第二二C I Dに使われていた「囮」であつた。

この事件に對して、第一審（京都地裁）は、昭和二十五年二月二八日、相被告人Aを、懲役八月に、被告人Bを、同六月に處した。兩被告人は控訴したので、第二審（大阪高裁）は、昭和二十七年三月二五日、相被告人Aの控訴を棄却し、被告人Bについては、原判決を破棄して、罰金三千圓に處した。被告人Bは、更に上告したが、第三審は、昭和二十九年八月二〇日、本件上告を棄却した。その理由は、概略次の如くである。

【判決理由】 被告人Bは囮であるCの誘發的行爲前にすでに犯行の決意をもつていたもので、Cの行爲は單に被告人に犯行の機會

を與えたにすぎないことは原判決の認定しているところであるから、被告人に犯意がなかつたとか又はその行爲を以てCの代行者又は共犯者の行爲とかする前提にたつ辯護人の上告趣意書の論旨は採用できない。四であるCの行爲が訴追又は處罰に値するか否かということは、すでに犯行の決意を持つてCが囮たることを知らないで本件犯行に出た被告人の刑責を左右するものではない。(昭和二十七年(あ)五四〇七號同二八年三月五日第一小法廷判決 判例集七卷三號四八二頁參照)

次に麻藥取締法四條三號にいう「讓渡」は辯護人の所論の如く、狹義に所有權の移轉を目的とする授受に限るべきでないばかりでなく、本件記録によれば被告人には所有權移轉の目的があつたことが認められるから論旨は理由がない。要するに論旨は原判決の憲法一三條 同三七條一項又は同三一一條違反をいうけれどもその實質は單なる法令の解釋を争うにすぎないから刑訴四〇五條の上告理由にあたらない。又記録を精査しても同四一一條を適用すべきものとは認められない。

【研究】 判決は妥當でないと思われる。

(一) AとCとの間に介在する被告人Bの行爲は麻藥賣買の「斡旋」行爲である。このことは、第二審判決理由中相被告人Aの辯護人が提出した控訴趣意第一について、裁判所自身が、『Aはかねて自己使用分の一部を原價以上で他に分讓することにより利益を得て自己用麻藥代の一部に充てたいと考えており、買主斡旋方を依頼したことが明らかであつて……しかもBはCがいゆる囮であることを知らないで捜査官とは全然無關係な者と信じて讓受の斡旋をしたものであり……』と判斷している通りである。

従つて、立法論としては、かかる麻藥賣買の「斡旋」行爲をも罰する規定の存在することが、勿論望ましいのであるが、麻藥取締法(昭和三年法律第一二三號)第四條にそれが無い以上は、Bのこの斡旋行爲はせいぜいAの麻藥讓渡行爲の幫助罪としてしか罰することが出来ない筈である。

しかるに判決要旨は『舊麻藥取締法第四條第三號にいう「讓渡」は、所有權の移轉を目的とする授受に限られない。』

として、即ち、「譲渡」と云う概念を、擴張して解釋することによつて、被告人のこの行爲を罰しようとした。しかしながら、一般的な法的概念としての譲渡並びに譲受は、「所有権」の移轉に關するものであつて、『「譲渡」は狭義に所有権の移轉を目的とする授受に限るべきでない。』と云うが如き概念の擴張解釋は危険であると云わねばならない。しかも判決はさらに『……所有権の移轉を目的とする授受に限るべきでないばかりでなく、本件記録によれば被告人には所有権移轉の目的があつたことが認められるから』と云う理由でこの行爲を譲渡罪として罰しているのであるが、記録上のいづくに所有権移轉の目的があつたことを證據づける點が存在するのかが。若し存在するとすれば、その點をもつと具體的に指摘すべきであつたと考えられるのである。この點は、極めて重要である。何故ならば、この判決は麻薬に限らず一般に「譲渡」概念の擴張解釋を認める前例となる危険があるから、この場合、單に抽象的に『被告人には所有権移轉の目的があつたことが認められるから』と述べられてあることがこの判決理由中で、いかなる程度の比重を持つのかは非常に重大な問題なのであるからである。

(二) 然らば被告人のなした一切の行爲が、舊麻薬取締法第四條に牴觸しないのであろうかというに、決してそうではない。この點に關しては、くすしくも辯護人自身がその上告趣意書の中で『……他人から麻薬を預かつて「所持」していた者が後に之をその者に返還したときにも麻薬についての「譲渡」及び「譲受」の事犯が成立することを認めなければならないこととなり、かくては凡そ吾人の社會通念にも合せず、麻薬取締法が麻薬の「所持」を禁止していることと重複することとなつて不合理である。』と述べているのであるが、被告人は、實は、麻薬を「所持」したという點に於いて、舊麻薬取締法第四條にふれるのである。

所持罪は、それが所有たると、占有たると又は、辯護人の所謂代理占有たるとを問わず、現に持つていたというそ

の事實を對象とする。被告人はCに手交するため、昭和二十五年八月十四日及び十六日頃自宅に於いて、確かに鹽酸デアセチルモルヒネを（所有はしなかつたとしても）所持したという事實は存在するのであり、被告人のその行為は麻薬の所持罪として罰せられることを妥當とするのである。

(三) 判決は、被告人から、Cへの麻薬の移轉についてのみ判定を下しているようであるが、Aから被告人への麻薬の移轉もまた、當然、問題とさるべきであらう。この點に關連して、例えば、昭和二十七年九月四日、札幌高裁に、『麻薬の賣却を委託されて、その麻薬を受け取るとは、麻薬取締法第三條にいう麻薬の「譲り受け」にあたる』（昭和二十七年（う）第三二六號）と云う判決がある。

(四) いわゆる「四」捜査に關しても、本件は、種々の興味ある問題を含んでいるが、この點については、稿を改めて詳述することとし、ここでは、最近の最高裁の判決の一部を引用するだけにとどめる。『いわゆる四捜査は、これによつて犯意を誘發された者の犯罪構成要件該當性、責任性若しくは違法性を阻却するものでないことは、既に當裁判所の判例とするところである（昭和二十七年（あ）第五四七〇號・昭和二十八年三月五日第一小法廷決定）。とすれば、本件被告人の麻薬所持の行為をもつて、いわゆる四捜査にもとづくものであるが故に犯罪行為としての反社會的危險性を缺くものとして、被告人に對し無罪を言渡した第一審判決を維持した原判決は、法令の解釋を誤り、前示當裁判所の判例に違反するものと云わなければならない』（昭和二十七年（あ）第五七二七號・昭和二十九年一月五日第二小法廷判決 判例集八卷一一號七二六頁參照）。

(一九五六・二・二一〇)