

**覚せい剤譲渡の約束の一部を実現するにとどまる行為と麻薬特例法2条3項にいう「薬物犯罪の犯罪行為により得た財産」の範囲**

【文献種別】 判決／最高裁判所第二小法廷

【裁判年月日】 令和1年12月20日

【事件番号】 平成30年（あ）第437号

【事件名】 覚せい剤取締法違反被告事件

【裁判結果】 一部棄却、一部破棄

【参照法令】 麻薬特例法2条3項

【掲載誌】 刑集73巻5号174頁、裁時1738号7頁、判時2458号109頁、判タ1476号70頁、裁判所ウェブサイト

◆ LEX/DB 文献番号 25570614

岡山大学教授 神例康博

**事実の概要**

被告人は、譲受人Aとの間で、覚せい剤100グラムを代金80万円で譲り渡すこと、覚せい剤は80グラムと20グラムに分けて引き渡すが代金は全額前払いとすることを約束し、代金全額の支払いを受けた後、その約束にかかる覚せい剤の一部として、覚せい剤78.76グラムを宅配物として郵送により譲り渡そうとしたが、配達員が警察官に宅配物を手渡したため、未遂に終わった。問題となったのは、没収・追徴の対象となる「薬物犯罪の犯罪行為により得た財産」の範囲である。

第一審判決（福井地判平29・8・29刑集73巻5号211頁）は、前払いを受けた80万円全額を「薬物犯罪の犯罪行為により得た財産」と認定し同額を追徴した。これに対し、被告人が控訴したところ、原判決（名古屋高金沢支判平30・2・20刑集73巻5号221頁）は、薬物犯罪の犯罪行為により得た財産とは「薬物犯罪の構成要件に該当する行為自体によって犯人が取得した財産をいう」、「薬物犯罪収益の没収・追徴は付加刑であるから、主刑を科す根拠となる薬物犯罪の犯罪行為が審判の対象として証拠により認定された上、その行為自体によって取得した財産と認められる場合でなければ、没収・追徴を行うことはできない」、「本件取引のうち覚せい剤20g分については、記録上、譲渡が約束されていたにすぎず、被告人において同分量の覚せい剤を既に用意していたとは認められず、したがって、本件覚せい剤の代金相当額を超える本件振込金部分は、本件譲渡未遂行為自体

により被告人が取得した財産といえないのは明らかである」として、第一審判決を破棄し、薬物犯罪収益を64万円であると認定したうえで、同額のみを追徴した。

双方から上告がなされた。

**判決の要旨**

本判決は、以下のように述べて、職権で、原判決には麻薬特例法2条3項の適用を誤った違法があるとして、追徴部分を破棄し、80万円を追徴した。

「被告人は、覚せい剤100gを代金80万円で譲渡するという約束に基づき、代金の支払を受けるとともに、本件覚せい剤の譲渡の実行に着手したもので、代金全額が、その約束に係る覚せい剤の対価として本件譲渡未遂と結び付いており、本件譲渡未遂を原因として得た財産といえるから、麻薬特例法2条3項にいう『薬物犯罪の犯罪行為により得た財産』として薬物犯罪収益に該当するというべきである。」

本判決には、三浦守裁判官による以下の補足意見がある。

「麻薬特例法2条3項の『薬物犯罪の犯罪行為により得た財産』は、薬物犯罪の犯罪行為を原因として得た財産をいうものと解されるが、ある財産の取得が犯罪行為『により得た』といえるか否かは、一般に、財産の取得の趣旨及び状況を踏まえ、財産の取得と犯罪行為との結び付き等の点から判断すべきものと解される。

規制薬物の有償譲渡については、譲渡行為の前に代金が支払われることもあるが、その先後にかかわらず、譲渡に関する当事者間の約束において代金の額等が定められ、これに従ってその代金を得たという場合、当該譲渡に係る犯罪が成立する限り、当該代金は犯罪行為『により得た』財産に当たるものと認められる。

本件のように、規制薬物の譲渡の約束に基づいて前払代金を得ながら、その約束の一部の規制薬物の譲渡が行われ又はそれが未遂に終わった場合も、犯罪行為に係る約束に基づいて財産を得た上で、その約束に沿う犯罪を行ったという点では基本的に同じである。この場合、犯罪行為の範囲と財産の範囲に差異が生じるようにもみえるが、この財産は、その約束に係る規制薬物の対価として一体的に犯罪行為と結び付いており、その財産の全体について犯罪行為により得たものということができる。

刑法19条1項3号の没収は、犯罪行為による不正な利得の保持を許さないなどのために、これを剥奪するものであり、その趣旨を徹底するために、同項1号、2号の没収と異なり、その対価として得た物も没収の対象とする（同項4号）とともに、これらを没収することができないときはその価額を追徴することができるものとしている（同法19条の2）。麻薬特例法の薬物犯罪収益等の没収・追徴（同法11条1項、13条1項）も、これと同じ趣旨によるものであって、その趣旨を更に徹底するために没収対象財産の拡大等を図っている。犯罪行為の基礎となる約束に基づいて取得した財産の全体を没収・追徴の対象とすることは、このような犯罪行為による不正利得の剥奪という法の趣旨に沿うものであることは明らかである。」

## 判例の解説

### 一 問題の所在

「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」（以下、麻薬特例法という）は、第11条1項において、「薬物犯罪収益」（同法2条3項）の必要的没収を定め、同法13条は、これが没収不能の場合における必要的追徴を定めている。本件で問題となったのは、覚せい剤の譲渡約束に基づいて実行行為が行われ

たものの、未だその内容の一部を実現するものにとどまる場合において、支払われた代金全額が同法2条3項にいう「薬物犯罪の犯罪行為により得た財産」として「薬物犯罪収益」に当たるかという点である<sup>1)</sup>。

原判決は、「薬物犯罪の犯罪行為により得た財産」とは「薬物犯罪の構成要件に該当する行為自体によって犯人が取得した財産をいう」として、最判平15・4・11刑集57巻4号403頁（判例①）と同様の定義を示したうえで、「被告人において同分量の覚せい剤を既に用意していたとは認められず、したがって、本件覚せい剤の代金相当額を超える本件振込金部分は、本件譲渡未遂行為自体により被告人が取得した財産といえないのは明らかである」として、「犯罪行為により得た」の犯罪行為を80グラムの譲渡行為に限定し、追徴額を64万円とした。これに対し、本判決は、「薬物犯罪の犯罪行為により得た財産」とは何かを定義することなく、「代金全額が、その約束に係る覚せい剤の対価として本件譲渡未遂と結び付いており、本件譲渡未遂を原因として得た財産といえる」として、「結び付いて」いるかどうかを問題とし<sup>2)</sup>、「薬物犯罪の犯罪行為により得た財産」に該当するとした。

このように、本判決は、原判決が前提とした「薬物犯罪の構成要件に該当する行為自体によって犯人が取得した財産をいう」という定義に言及していない。しかし、本判決が判例①の定義を採用しないことで原判決を破棄したとは解しがたく、「犯罪行為自体によって」得たか（原判決）、「犯罪行為を原因として」得たか（補足意見）の定義自体が、「薬物犯罪の犯罪行為により得た財産」とは何かについて具体的な帰結をもたらすとはいえないであろう。それゆえ、没収・追徴の対象となる「薬物犯罪の犯罪行為により得た財産」をどのように理解するかは、犯罪行為と「得た」との間にどのような「結び付き」を要求するかの実質論に依るのであり、その点で両者に相違はないともいえる。「結び付き」の実質は、刑法19条1項3号、組織的な犯罪の処罰及び犯罪収益の規制等に関する法律（以下、「組織的犯罪処罰法」という）2条2項1号の解釈との整合性を踏まえつつも、麻薬特例法の文理・趣旨に照らして判断するほかない。補足意見が麻薬特例法の没収・追徴の趣旨に言及しているのも、それゆえであろう。

## 二 「犯罪行為により得た財産」の意義

麻薬特例法における「薬物犯罪の犯罪行為により得た財産」の意義については、刑法19条1項3号の「犯罪行為によって得た物」の解釈との整合性が当然の前提とされてきたと解されており<sup>3)</sup>、「構成要件該当行為を原因として得られたものであるが、財産を得ることが構成要件中に含まれる必要はないし、純利益性も不要である<sup>4)</sup>、「により得た」とは薬物犯罪の犯罪行為と財産の取得との間に因果関係があることを意味し、利得性を有することを要せず、取得価額より安く規制薬物を売却した場合でもその代金は薬物犯罪収益に当たる<sup>5)</sup>、との理解が示されてきた。そして、判例は、これまで、麻薬特例法2条3項、さらには組織的犯罪処罰法2条2項1号の「犯罪行為により得た財産」の意義について、事案に即して範囲を明確にしてきたとされる<sup>6)</sup>。

## 三 「犯罪行為により得た財産」の範囲

「犯罪行為により得た財産」の意義に関し、規制薬物の取得や前提犯罪の遂行に要した経費・費用を控除すべきかについて、判例は、これを否定している。

例えば、最決平17・7・22刑集59巻6号646頁(判例②)は、不法に入国、在留し、覚せい剤他規制薬物を有償で譲り渡す行為を繰り返したという事案について、弁護人が、薬物の仕入れ代金、家賃、携帯電話の使用料金等の必要経費に充てられた金員を「薬物犯罪の犯罪行為により得た財産」から控除すべきであると主張したのに対し、麻薬特例法2条3項にいう「薬物犯罪の犯罪行為により得た財産」とは「規制薬物の対価として得た財産そのものをいうと解すべきである」としたうえで、没収・追徴に当たっては、当該財産を得るために犯人が支出した費用等を控除すべきものではない、と判示した。

また、最決平20・11・4刑集62巻10号2811頁(判例③)は、児童ポルノの購入代金を借名口座に振り込み入金させ、入金させた代金の一部を送料として費消したという事案に関し、前払いさせた代金及び送料として費消した代金が組織的犯罪処罰法2条2項1号にいう「犯罪行為により得た財産」として「犯罪収益」に当たるかについて、「犯罪収益」とは「当該犯罪行為によって取得した財産であればよく、その取得時期が当該犯

罪行為の成立時の前であると後であることを問わないと解すべきであるから、前提犯罪の遂行に着手する前に取得した前払い代金等であっても後に前提犯罪が成立する限り、『犯罪行為により得た財産』として『犯罪収益』に該当するとしただうえて、「提供者が注文者から当該児童ポルノの代金を送料込みで取得したときであると、その代金とは別に送料を取得したときであることを問わず、児童ポルノ提供行為によって取得したと認められる金員の全額が『犯罪行為により得た財産』として『犯罪収益』に該当するのであるから、提供者が現実に児童ポルノを提供するに際して取得した金員の一部を送料として支出したとしても、その分を控除して追徴の金額を算定すべきではない」としている。

他方、判例①は、渡航に用いた使用済みの往路航空券の価額を追徴できるかが問題となった事案について、「薬物犯罪を遂行する過程において費消・使用されるものとして、犯人が他の共犯者から交付を受けた財産」については、刑法19条1項2号の犯罪供用物件として任意的没収の対象となるとしても、「薬物犯罪の犯罪行為により得た財産」には当たらない、としている。

判例②や判例③のように、規制薬物の取得や前提犯罪の遂行に要した経費・費用を「犯罪行為により得た財産」から控除しない判例の立場は、犯罪収益剥奪の趣旨を、「犯罪行為による不正な利得の保持を許さない」(補足意見)、薬物犯罪から生じる不法利益の循環(再投資)を断ち切る、とする考え方になじみやすい<sup>7)</sup>。もっとも、そのような観点からは、判例①が「薬物犯罪を遂行する過程において費消・使用されるものとして、犯人が他の共犯者から交付を受けた財産」について薬物犯罪収益に当たらないとすることの合理性が問われる。この点は、「経費」であることが考慮されたのではなく<sup>8)</sup>、共犯者内部における費用の分担に過ぎず、共犯者から購入代金の提供を受けて規制薬物を譲り受けた場合、受け取った財産は共犯者との関係では収益と評価されないこととの均衡が考慮されたものと思われる<sup>9)</sup>。「経費」であることに着目するのであれば、規制薬物を取得するための費用もそれに含まれると解さなければ一貫しないであろう<sup>10)</sup>。もっとも、このことは、共犯者内部の資金の移動に過ぎないものは「薬物犯罪収益」に当たらないということの意味するに

過ぎず、共犯者内部の資金移動であれば没収・追徴の対象とならないことを意味しない<sup>11)</sup>。共犯者間の資金の流れであっても、報酬として提供されれば没収・追徴の対象となりうるし<sup>12)</sup>、判例①も肯定するように、手元に残された「経費」は刑法19条1項3号にいう犯罪供用物件として没収可能であろう。その意味で、判例①も、いわゆる総体主義の枠内にあるといえる<sup>13)</sup>。

#### 四 本判決の評価

前払い代金も「薬物犯罪の犯罪行為により得た財産」に含まれるとする判例の立場を踏まえると、本件においても、20グラム分に相当する16万円を前払い代金と捉え、80万円全額を薬物犯罪収益と解することには格別問題はないようにも思われる。もっとも、原判決が前提とする事実によれば、被告人は、覚せい剤100グラムを代金80万円を譲渡するという約束に基づき本件覚せい剤の譲渡の実行に着手したものの、覚せい剤20グラム分については譲渡が約束されていたに過ぎず、被告人において同分量の覚せい剤を既に用意していたとは認められない。

本判決は、補足意見も踏まえると、20グラム分の譲渡行為を80グラム分の譲渡行為といわば一連一体の譲渡行為と捉え、その実行に着手したと評価したものの理解が可能と思われる。しかし、そうだとすると、この点には疑問が残る。たしかに、前払い代金に対応する規制薬物が譲渡時に既に存在する場合には、薬物の一部を譲渡する行為は、代金全額に対応する譲渡行為の着手と評価でき、取得した財産全体を規制薬物の対価と評価できるであろう。しかし、20グラム分について同分量の覚せい剤が用意されていたと認められない状況においては、付加刑である没収及びその換刑処分としての追徴の対象となる「犯罪行為により得た財産」といえるためには、80グラム分とは別に、取得可能性などの事情を踏まえ、20グラム分の覚せい剤との関係で、「当該譲渡に係る犯罪」、すなわち営利目的覚せい剤譲渡罪（覚せい剤取締法41条の2第2項）の未遂罪が成立することを認定する必要があるように思われる<sup>14)</sup>。

判例③は、前払い代金が「犯罪行為により得た財産」といえるための要件として、「後に前提犯罪が成立する限り」という条件を付している<sup>15)</sup>。本判決の補足意見が「当該譲渡に係る犯罪が成立

する限り」と述べるのも、これと異なるものではないと思われる。このような条件を付す限り、原判決が、20グラム分に相当する代金を「本件譲渡未遂行為自体により被告人が取得した財産といえない」、つまり、20グラム分の譲渡は「本件譲渡未遂行為」に含まれないとしたのは、原判決が認定する事実関係のもとでは、妥当であったように思われる。

#### ●—注

- 1) 本判決の評釈として知り得たものとして、澁谷亮「判批」研修862号(2020年)27頁、内藤恵美子「判解」ジュリ1550号(2020年)107頁。
- 2) 澁谷・前掲注1)31頁参照。
- 3) 井上宏「判批」研修675号(2004年)16頁、上田哲「判解」最判解刑事篇(平成15年度)(2006年)212頁参照。
- 4) 古田佑紀「麻薬等特例法」古田ほか編『大コンメンタール1薬物五法』(青林書院、1994年)11頁。
- 5) 井上弘通＝西田時弘「没収保全及び追徴保全に関する実務上の諸問題」司法研究報告書55輯2号(2004年)15頁。
- 6) 内藤・前掲注1)107頁。
- 7) いわゆる総体主義と純益主義の意義及び理論的帰結について、高山佳奈子「犯罪収益の剥奪」論叢154巻4＝5＝6号(2004年)457頁以下を参照。
- 8) 松宮孝明「判批」法セ591号(2004年)118頁は、「経費」を「薬物犯罪収益」に含めるのは「収益」の語義に反するとする。
- 9) 中井憲治「麻薬特例法による必要的没収・追徴の対象である『不法収益』の意義(上)」研修545号(1993年)14頁参照。
- 10) 本件において、20グラム分の代金に相当する16万円には、取得のための費用が含まれていると解する余地も出てこよう。なお、共同正犯者からの犯罪収益の剥奪の可否を処分権の獲得の有無にかからせる見解として、安田拓人「犯罪収益の没収・追徴」研修742号(2010年)8頁。
- 11) 岡上雅美「判批」刑ジャ19号(2009年)115頁参照。
- 12) この点について、安田・前掲注10)9頁参照。
- 13) 岡上・前掲注11)115頁。
- 14) なお、澁谷・前掲注1)34頁は、原判決の考え方によれば、実行行為と財産との等価性(経済的対価性)まで要求することになりかねないとするが、このことは、「等価性」を要求すべきかどうかとは異なる問題であると思われる。
- 15) この点について、三上正隆「判批」法時82巻1号(2010年)115頁、三上「判批」高橋則夫ほか編『判例特別刑法』(日本評論社、2012年)347頁、玄守道「判批」龍谷45巻1号(2012年)260頁以下を参照。