

弾劾主義・当事者主義と訴因の 防禦権保障機能

麻薬特例法 5 条違反の罪に関わって

久 岡 康 成*

目 次

- 一 はじめに
- 二 最一小決平 17・10・12 をめぐる議論
 - (一) 最一小決平 17・10・12
 - (二) 最一小決平 17・10・12 をめぐる議論
- 三 訴因の防禦権保障機能
 - (一) 反 証
 - (二) 罪責の阻却事由の主張
 - (三) 予断と過大防禦負担の回避
 - (四) 訴因の防禦権保障機能と弾劾主義・当事者主義
- 四 結びにかえて
 - (一) 本稿の結論
 - (二) 残された課題

一 はじめに

刑訴法256条3項によれば、起訴状に記載される公訴事實は、訴因を明示して記載されなければならない(同項前段)、訴因の明示は、できる限り日時、場所及び方法をもって罪となるべき事實を特定してなされなければならない(同項後段)。そして起訴状の公訴事實の欄に、「日時、場所及び方法」のできる限りの具体的記載を含む事實を記載することは、審判の対

* ひさおか・やすなり 立命館大学名誉教授

象としての訴因を特定するために必要であり、それを欠いた起訴状は、訴因不特定として公訴提起の手続きの無効をきたすと解されてきた(刑法338条4項)。すなわち、起訴状の公訴事実の欄の記載の問題は、訴因の特定の問題として論じられてきたのである¹⁾。

訴因の特定の問題は、刑訴法制定直後から論じられてきた問題であるが²⁾。なお今日でも共謀共同正犯における共謀³⁾、覚せい剤自己使用罪⁴⁾、恐喝⁵⁾、等において、旺盛に議論されている問題である。

ところで、覚せい剤を含む規制薬物等の、譲渡等の行為を業とした者を処罰する麻薬特例法5条違反の罪の訴因についても⁶⁾、一定の期間中に、「多数回にわたり、……氏名不詳の多数人に対し、有償で譲り渡し」というような概括的記載を含むものとならざるを得ず、訴因の特定という問題に直面すると考えられた⁷⁾。しかし最近では、麻薬特例法5条違反の罪については、訴因の特定の問題が論じられるのを見ることは少ないように思われる。その所以は、麻薬特例法5条違反の罪の訴因の記載例について、訴因の特定に欠けることはないと言われた最一小決平17・10・12⁸⁾の存在にあるとすることができよう。

しかしながら、最一小決平17・10・12をめぐる議論においては、確かにその結論に対しこれを正面切って批判する見解は少ないのであるが、この判例を是認する根拠については、本稿で検討するように、大きな差異が残されたままなのである。

以下、最一小決平17・10・12を是認する根拠について検討し、そこに現れている訴因の防禦権保障機能の問題を検討することとする。

二 最一小決平17・10・12をめぐる議論

(一) 最一小決平17・10・12

本判決の事案において、被告人は、はじめ共犯者と共謀の上、覚せい剤営利目的所持罪3訴因、Aに対する覚せい剤営利目的譲渡罪、Bに対

する覚せい剤営利目的営利譲渡罪で順次起訴された者であったが、第1審公判中に、Aに対する覚せい剤営利目的営利譲渡罪、Bに対する覚せい剤営利目的営利譲渡罪と、付加されたCへの覚せい剤販売の事実及びその他不特定多数への覚せい剤販売の事実とを併せて麻薬特例法5条違反の罪とする訴因変更がなされた。

被告人は変更後の訴因について有罪とされ、控訴したが棄却されて、上告したのがこの判例である。最高裁は適法な上告理由に当たらないとして上告を棄却したが、職権による判断として、以下のように判示した⁹⁾。

なお、所論にかんがみ職権により判断するに、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5条違反の罪（以下「本罪」という。）は、規制薬物を譲り渡すなどの行為をすることを業とし、又はこれらの行為と薬物犯罪を犯す意思をもって薬物その他の物品を規制薬物として譲り渡すなどの行為を併せてすることを業とすることをその構成要件とするものであり、専ら不正な利益の獲得を目的として反復継続して行われるこの種の薬物犯罪の特質にかんがみ、一定期間内に業として行われた一連の行為を総体として重く処罰することにより、薬物犯罪を広く禁圧することを目的としたものと解される。このような本罪の罪質等に照らせば、4回の覚せい剤譲渡につき、譲渡年月日、譲渡場所、譲渡相手、譲渡量、譲渡代金を記載した別表を添付した上、「被告人は、平成14年6月ころから平成16年3月4日までの間、営利の目的で、みだりに、別表記載のとおり、4回にわたり、大阪市阿倍野区王子町2丁目5番13号先路上に停車中の軽自動車内ほか4か所において、Aほか2名に対し、覚せい剤である塩酸フェニルメチルアミノプロパンの結晶合計約0.5gを代金合計5万円で譲り渡すとともに、薬物犯罪を犯す意思をもって、多数回にわたり、同市内において、上記Aほか氏名不詳の複数人に対し、覚せい剤様の結晶を覚せい剤として有償で譲り渡し、もって、覚せい剤を譲り渡す行為と薬物その他の物品を規制薬物として譲り渡す行為を併せてすることを業としたものである。」旨を記載した本件公訴事実は、本罪の訴因の特定として欠けるところはないというべきである。

(二) 最一小決平17・10・12をめぐる議論

(1) 最一小決平17・10・12をめぐる議論においては、麻薬特例法5条違反の罪の訴因の記載例として訴因の特定に欠けることはないとした、その結論に対しこれを正面切って批判する見解は少ない。その所以の第一は、一般的には訴因の機能について識別の要請を越えて具体的に訴因の特定を要する場合もあると考える諸見解においてさえも、麻薬特例法5条違反の罪はいわゆる「業態犯」であって、個々の行為を具体的に特定する必要はないという理論に従っているためと思われる。

例えば、渡辺修教授は、麻薬取締法5条違反の罪を「業態犯」としてとらえられたうえで、「個々の譲渡の詳細を訴因として列挙・叙述する必要はない。」¹⁰⁾と述べられている。また、辻本典央準教授は、麻薬特例法5条違反の罪は業態犯として規定されていることを前提に、「その期間内に行われた行為は……個別の特定を不要とすることも可能であろう。」と述べられる¹¹⁾。さらに、大澤裕教授も、麻薬特例法5条は、規制薬物等の譲渡し等の行為を「業とした」こと自体を犯罪化した規定であるととらえつつ、「麻薬特例法5条の罪の罪となるべき事実も、一定の期間中、規制薬物等の譲渡し等の行為を『業とした』こと自体であるとすれば、それと個々の譲渡し等の行為との関係は、罪となるべき事実とその立証に資する間接事実として、共謀と謀議行為の関係と同様にとらえる余地もあるように思われる。」と述べられる¹²⁾。

しかしながら、麻薬特例法5条違反の罪を一般に「業態犯」とし、個々の行為を具体的に特定する必要はないという理論に従うことには、賛成しがたい。

その理由の第一は、実体法的な見地からの、上田哲最高裁調査官によって提起された疑問である。同調査官は、このような「業態犯」の解釈では、譲渡等は資金の調達、売上金、在庫品の管理、人の配置などの行為と同等の「業とした」行為の構成要素となり、従来の「業として……をする」罪と大きく異ならせることになるが、そのような解釈の根拠の存在が問われ

なければならないし、「そもそも実行行為が何であるかが極めて不明確なものとならざるを得ないように思われる」と指摘される¹³⁾。また、同調査官は、麻薬特例法5条違反の罪についての必要な没収・追徴の対象を、規制薬物の売上代金にとどめている実務からすれば、譲渡等の行為は資金の調達等の行為と同等の構成要素で、実行行為でないとする見解は採用できないという指摘もされている¹⁴⁾。

さらに、第二の理由として、訴訟法的な見地からの、麻薬特例法5条違反の罪を「業態犯」とする理論に賛成しがたい理由がある。すなわち、まず、「業態犯」理論に従えば、「一定期間中、規制薬物等の譲渡し等の行為を『業とした』こと自体であるとすれば、それと個々の譲渡し等の行為との関係は、罪となるべき事実とその立証に資する間接事実¹⁵⁾」としてとらえられることになるが、それでは訴因明示の次の段階での、検察官による間接事実の主張をまたなければ、被告人の防禦権の行使ができなくなってしまい、被告人の防禦権の保障を害されるのではないかという疑問である。

(2) 「業態犯」理論を採用しないで、最一小決平 17・10・12 の事案につき訴因が特定されているという見解は、同判例の上田哲最高裁調査官による判例解説の中で述べられている¹⁶⁾。まず、同解説が依拠されるのは、有罪判決に示すべき事項としての罪となるべき事実（刑訴法335条1項）の特定についての最三小決昭 61・10・28 についての池田修最高裁調査官の、集合犯や包括一罪においては、「個々の行為の個性・独自性が強ければ、処罰の対象となる犯罪事実の特定、被告人の防禦権の保護等の観点から、個々の行為を特定すべき要請は強くなるし、個性・独自性が弱ければ、その要請は弱くなり、全体的な特定で足りる」という指摘である¹⁷⁾。そして、上田哲最高裁調査官はこの最三小決昭 61・10・28 についての判例解説を受けて、最一小決平 17・10・12 の判例解説において、同判例の事案（麻薬特例法5条）は個々の行為の個性・独自性においては最三小決昭 61・10・28 の事案と同視できないが、麻薬特例法の罪質、立法趣旨、立法者がその構成要件を定めたこと自体により、その行為の「個性・独自性」が

弱め、最三小決昭61・10・28と性質を共通のものにしているという見解を明らかにしている¹⁸⁾。

また、上田哲最高裁調査官は、最一小決平17・10・12について、最大判例昭37・11・28¹⁹⁾のいう「裁判所に対し審判の対象を限定するとともに、被告人に対し防禦の範囲を示す」という視点からも検討され、同判例の訴因は、他の犯罪事実との区別・識別に問題はないし、一時不再理効が及ぶ範囲も明確であり、審判の対象の限定という点では問題がないとされる。これに対し、防禦の範囲を示すという点では、一定期間中における「多数回に及ぶ氏名不詳多数人に対する譲渡」という公訴事実欄の記載に対する反証の可能性という点での問題提起が考えられるが、具体的な規制薬物の譲渡を反証し否定されれば、それとともに行われることを要する麻薬取締法8条の行為を業とすることは処罰できず訴因全体が成立しないことになり、反証は可能とされる。また、同調査官は、「業とした」ことが証明されるためには、「業とした」ことを基礎づける幾つかの具体的な取引行為が明らかにされなければならないから、それを争うことに意味がないことにはならず、「多数回に及ぶ氏名不詳多数人に対する譲渡」自体を争うことも同期間中に不在の時期があったというような争い方も可能であるし、検察官証拠の弾効もできるのであるから、本件判例の訴因で被告人の防禦に実質的な不利益を生ずるおそれはないと思われるとされている²⁰⁾。

しかしながら、麻薬特例法の罪質、立法趣旨、立法者がその構成要件を定めたこと自体により、その行為の「個性・独自性」が弱められ、一般的に訴因の概括的記載が許されるというこの見解に従うことにも、無理がある。

すなわち、まず第一に、麻薬特例法5条違反の罪の訴因の記載につき、一般的に概括的記載を認めることは、「業態犯」を認める場合の上田哲最高裁調査官の「そもそも実行行為が何であるかが極めて不明確なものとならざるを得ないように思われる」²¹⁾という疑問点において同様ではないかと考えられる。「実行行為が何であるかが極めて不明確」ということは、

処罰範囲の不明確性、すなわち実体的デュープロセス（憲法31条の法定手続き保障）違反ということであり、立法者の意思によって許されるものではない。また、この解釈によれば、譲渡以外の譲受け等の行為についても概括的な記載が許されることになるが、それは、犯罪収益のはく奪という犯罪収益没収・追徴の基礎の提供という麻薬取締法の実体法的な見地からは不必要なことである。不必要な場合に（いわば可罰的違法性がない場合に）、犯罪成立の余地を残すことは許されない。

第二に、「被告人に対し防禦の範囲を示す」という訴訟法的な見地についても、長期間、広範囲の場所の中での、「多数回に及び氏名不詳多数人に対する譲渡等」においては、その中での「不在の時期」を立証することは、それ自体として困難なことであり、訴因変更（拡張）の可能性を考えるとその反証としての効果も十分に期待できるものでない。被告人の防禦権の保障につき疑問を残すものと言わざるを得ない。

(3) 最一小決平 17・10・12 の事実についての訴因の特定を是認する第三の方向は、渡辺咲子教授の見解に示唆されている、この判例が幾つかの具体的取引や犯行場所の限定があった場合であることに留意しつつ、麻薬特例法5条違反の罪は、個々の行為を捨象した抽象的な「営業」をもって犯罪行為ととらえるのではなからうとしたうえで²²⁾、具体的取引や犯行場所の限定がない場合に、期間さえ特定すれば訴因の特定が認められるのかを検討していく方向である。

この方向は、訴因の特定を追求していこうとする方向であるが、どこまで訴因を特定することで、前示の最大判例昭 37・11・28 のいう「裁判所に対し審判の対象を限定するとともに、被告人に対し防禦の範囲を示す」という基準を満足させようとするのか、なお検討が必要である。

(4) 以上、最一小決平 17・10・12 をめぐる議論の状況を概観したが、そこに現れている問題は、業態犯概念という実体法的・憲法的な問題から被告人の防禦権という訴訟法的な問題まで極めて多岐にわたり、なお検討すべき問題も多くあると考えられるが、以下では紙幅の関係もあり、その

中で現れている，被告人の防禦権すなわち訴因の防禦権保障機能の問題に絞って検討してみることにはしたい。

三 訴因の防禦権保障機能

(一) 反 証

最一小決平17・10・12をめぐる議論の中でこれまでに現れている訴因の防禦権保障機能の内容には様々なものがあるが，総じて言えば，反証の可能性の保障である。例えば，前示の上田哲調査官の最一小決平17・10・12についての判例解説における，一定期間中における「多数回に及び氏名不詳多数人に対する譲渡」という公訴事実欄の記載に対する反証の可能性という点についての検討がこれであると考えられる²³⁾。そこでは，検察官の主張を否定すること，すなわち，検察官が公訴事実欄に記載した事実を立証するために提出しようとする証拠の証拠能力や証明力を争ったり，それと相容れない事実を立証することが反証と考えられ(参照，刑法328条)，その可能性を保障することが，訴因の防禦権保障機能と考えられていると思われる。したがって，訴因の防禦権保障機能の問題は，もっぱら反証の範囲，すなわち審判の対象の範囲の問題として論じられることになる。

確かに，検察官の公訴事実欄の記載における事実の主張を否定する反証を行うことは，憲法の適正手続きの保障(憲法31条)による告知・弁解・防禦の機会の保障²⁴⁾の具体化であり，反証の範囲を確することは，訴因の防禦権保障機能の重要な一部である。

(二) 罪責の阻却事由の主張

しかし，被告人の防禦活動は，反証すなわち検察官の主張の否定にとどまるものでなく，必要があれば，自己の責任(負担)とされる，違法阻却事由・責任阻却事由等の罪責の阻却事由の主張もしくは一応の証明をする

ことに及ばなければならない。

たしかに刑事訴訟法においては、疑わしきは被告人の利益の法理により、罪責の阻却事由の不存在を含め検察官が挙証責任を負うべきものとされている。しかし、罪責の阻却事由の不存在を一般的に検察官に負わせるのは酷とされ、今日では、罪責の阻却事由の主張もしくは一応の証明をすることは被告人の責任（負担）とされ、その主張もしくは一応の証明があって、はじめて検察官はそれらの不存在を証明すればよいとされている。したがって、必要がある場合に、罪責の阻却事由の主張もしくは一応の証明をすることは、重要な被告人の防禦活動である。

そして罪責阻却事由は刑法上で、構成要件該当行為の違法阻却事由・責任阻却事由等として定められているのであるから、被告人が罪責の阻却事由の主張もしくは一応の証明をするためには、検察官により先に具体的な構成要件該当行為が主張されている必要がある。具体的な構成要件該当行為の主張なしに、違法阻却事由・責任阻却事由等の罪責阻却事由の主張もしくは一応の証明をすることが酷であることは、罪責の阻却事由の不存在を一般的に検察官に負わせるのが酷であるのと同様であり、許されない。訴因の明示において、それに対して違法阻却事由・責任阻却事由等の罪責阻却事由の主張もしくは一応の証明が可能となる事実を記載させることは、訴因の重要な防禦権保障機能である。

（三） 予断と過大防禦負担の回避

なお、前示の反証の範囲としての訴因の防禦権保障機能に関わって、前示の最大判例昭37・11・28によれば、訴因は裁判所に対し審判の対象を限定するとともに、「被告人に対し防禦の範囲を示す」ものということになる。被告人は訴因の明示で示された事実については、以上のような防禦活動をしなければならない。被告人は、一定の期間中の麻薬特例法5条違反の罪においては、その期間中の全部につき「業とした」者でないことの反証を挙げるか、罪責阻却事由の証明をしなければならないのである。そ

の期間中の一部の不在の証明では、不在証明の前後の不在の証明のできない時期に「業とした」者としての処罰を免れない。

したがって、証拠によって証明しようとする事実でない事実が含まれている様な事態は、冒頭陳述においてはのみならず(刑訴法296条)、訴因の明示においても許されないところである。このような事実を訴因の明示において記載することは、起訴状一本主義・予断排除の原則に違反するのみならず、被告人に過大な防禦の負担を課するものであり許されない(刑訴法256条6項)。証拠によって証明しようとする事実でない事実が訴因の明示において記載されることを阻止するのも、訴因の防禦権保障機能の一つである。前示の大澤裕教授の見解が「業態犯」理論に向かう前段階で、「訴因は攻撃・防禦の対象であるから、その特定・明示に当たっては、実際の立証が可能で、実際の立証の対象となる事実を示していることが必要とされても不合理ではないように思われる。」と述べられているのも²⁵⁾、防禦権保障機能の位置づけは別として、その内容としてはこの理を見いだされてのものとも見ることができよう。

(四) 訴因の防禦権保障機能と弾劾主義・当事者主義

ところで、以上のような訴因の防禦権保障機能は、訴訟理論上はどのように位置づけられるであろうか。周知のように、刑事訴訟法の基本理念としては、弾劾主義・当事者主義が語られるのが常である。その意義については諸説のあるところであるが、わが国における刑事訴訟法理論の発展に徴するとき、裁判所と被告人の間での不告不理原則と無罪の推定と黙秘権保障を伴う被告人に対する弾劾が弾劾主義であり、それは今日では告知・弁解・防禦の機会の保障として、憲法の適正手続きの保障(憲法31条)により保障されているものと解される。他方、当事者主義は、民事訴訟法における弁論主義に対比され得るものであり、刑事訴訟法でも被告人が罪責の阻却事由の主張もしくは一応の証明を負うことにより、挙証責任の分配を軸とする民事訴訟法の当事者主義に近いものが存すると解することができる。

る²⁶⁾。

そして、この理解によるならば、訴因の防禦権保障機能のうち、検察官の公訴事実欄の記載に訴因が明示されることは、刑事訴訟法の基本理念としての弾劾主義にかなうものといえることができる。

また、訴因の明示において違法阻却事由・責任阻却事由等の罪責阻却事由の主張もしくは一応の証明が可能となる事実が記載されることや、証拠によって証明しようとする事実でない事実が含まれていないことにより、被告人による反証（検察官の主張の否定）や違法阻却事由・責任阻却事由等の罪責阻却事由の主張もしくは一応の証明についての被告人の主張が過大とならないことは、訴訟当事者間の攻撃防禦による円滑な訴訟の進行を所期する、刑事訴訟法の基本理念としての当事者主義からも求められているものと言わなければならない。

四 結びにかえて

（一）本稿の結論

（1）以上検討したように、訴因の特定に関わって論じられる訴因の防禦権保障機能については、被告人の防禦権一般を漠然と論じるのではなく、各訴因ごとに、検察官の主張の否定（これまで論じられてきた反証）、罪責の阻却事由の主張もしくは一応の証明の責任を果たすこと、訴因が被告人に対する予断と過大防禦負担を負わせないものであることなど、具体的に検討されなければならない。

また、訴因の防禦権保障機能については、刑事訴訟法の基本理念である弾劾主義・当事者主義から要請され、ことに弾劾主義の要請からの訴因の防禦権保障機能は、告知・弁解・防禦の機会の保障として、憲法の適正手続きの保障（憲法31条）により保障されているものと解されるべきである。

（2）**最一小決平 17・10・12 の射程距離**

次に本稿の検討から、最一小決平 17・10・12 の判例としての射程距離

を、確認しておきたい。第一の「業態犯」の理論や、第二の麻薬特例法の罪質、立法趣旨、立法者がその構成要件を定めたこと自体から、麻薬特例法5条違反の罪の訴因の明示において、概括的な事実の記載を一般に認めることについては、前述の具体的な訴因の防禦権保障機能に内容とその意義に照らすとき賛成することはできない。これらの見解からは、犯罪収益はく奪という立法目的からは不必要な場合にまで、訴因の概括的な記載が生ずることになり、前述の具体的な訴因の防禦権保障機能に内容とその意義を軽んずるものである。

したがって、最一小決平17・10・12を前提にする限り、第三の、どのような場合に具体的取引や犯行場所の限定がない場合に、期間さえ特定すれば訴因の特定が認められるのかを検討していく方向が、当面指向されることになる。この観点から考えるとき、最一小決平17・10・12の事案では、譲渡の事例であること、譲渡の結果たる金銭の出入りが確認できる事案であったこと、多数人に対する多数回の譲渡の相手方の中に特定されものがあり、いわば代表による特定があったこと、判例で直接に問題になった麻薬特例法8条の規制薬物としての譲渡については、規制薬物自体の譲渡が並行して存していたこと(二つの譲渡に共通の相手方がいた)、が存した上での判例であることが銘記されねばならない。このような要素があり譲渡の訴因明示が認められるからといって、それだけで、これらの要素がない譲受けなどを訴因に明示することは許されない²⁷⁾。

(二) 残された課題

訴因の特定にかかわっては、本稿で取り上げた最一小決平17・10・12についての議論の中に限っても、訴因の明示における「罪となるべき事実の特定」と有罪判決の理由における「罪となるべき事実」(刑訴法335条1項)との関係²⁸⁾、明示される訴因と特定される罪となるべき事実との関係など、論じきれなかった問題が多くある。一般的にも、訴因の特定におけるいわゆる識別説に立ちつつ、識別を越える訴因の特定が必要な場合を認

める見解が主張されている²⁹⁾。さらにはいわゆる識別説自体についても、なお検討の余地があるのではないかと考えられる。これらについては、他日の検討を期したい。

また、「業態犯」の理論については、「業態犯」処罰の是非、罪数等につき検討の必要があると考えられる³⁰⁾。実体法的な見地からの検討が待たれるということができよう。

- 1) 訴因の特定一般については、例えば参照、山田道郎「訴因の特定」法律論叢81巻6号35頁（2009年）。
- 2) 平野龍一「訴因概説」法曹時報2巻9号・11号、3巻4号（1950、1951年）・同『訴因と証拠』刑事法研究第4巻65頁等参照。
- 3) 例えば、川出敏裕「訴因の機能」刑事法ジャーナル6号123頁（2007年）。
- 4) 上口裕「覚せい剤自己使用罪における訴因の特定と変更」『小田中聡樹古希記念論文集 民主主義的法学の展望上巻』187頁（2005年）、高田昭正「覚せい剤自己使用罪における訴因の特定」大阪市立大学法学雑誌55巻1号277頁（2008年）。
- 5) 渡辺修「訴因の機能 恐喝の理由と訴因変更の要否」『小田中聡樹古希記念論文集 民主主義的法学の展望上巻』163頁（2005年）。
- 6) 麻薬特例法とは、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（平成3年法律94号）のことである。

この法律の5条違反の罪とは、以下のような罪である。

「第5条 次に掲げる行為を業とした者（これらの行為と第8条の罪に当たる行為を併せてすることを業とした者を含む。）は、無期又は5年以上の懲役及び1千万円以下の罰金に処する。

1. 麻薬及び向精神薬取締法第64条、第64条の2（所持に係る部分を除く。）、第65条、第66条（所持に係る部分を除く。）、第66条の3又は第66条の4（所持に係る部分を除く。）の罪に当たる行為をすること。
2. 大麻取締法第24条又は第24条の2（所持に係る部分を除く。）の罪に当たる行為をすること。
3. あへん法第51条又は第52条（所持に係る部分を除く。）の罪に当たる行為をすること。
4. 覚せい剤取締法第41条又は第41条の2（所持に係る部分を除く。）の罪に当たる行為をすること。

第8条 薬物犯罪（規制薬物の輸入又は輸出に係るものに限る。）を犯す意思をもって、規制薬物として交付を受け、又は取得した薬物その他の物品を輸入し、又は輸出した者は、3年以下の懲役又は50万円以下の罰金に処する。2 薬物犯罪（規制薬物の譲渡し、譲受け又は所持に係るものに限る。）を犯す意思をもって、薬物その他の物品を規制薬物として譲り渡し、若しくは譲り受け、又は規制薬物として交付を受け、若

しくは取得した薬物その他の物品を所持した者は、2年以下の懲役又は30万円以下の罰金に処する。」

- 7) たとえば参照、大澤裕「麻薬特例法5条違反の罪の訴因の特定」ジュリスト1358号182頁(2008年)。
- 8) 最高裁判所平成17年10月12日第一小法廷決定刑集59巻8号1425頁,判例時報1914号160頁,判例タイムズ1197号145頁,裁判所時報1397号9頁。
- 9) 前示の刑集59巻8号1427頁。
- 10) 渡辺修「麻薬特例法と業態犯の訴因の特定」刑事法ジャーナル4号112頁(2006年)。
- 11) 辻本典央「訴因の研究 訴因の特定性について」近畿大学法学54巻4号205頁。
- 12) 大澤裕・前掲「麻薬特例法5条違反の罪の訴因の特定」ジュリスト1358号185頁。
- 13) 上田哲「〔22〕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」5条違反の罪の公訴事実が多数回にわたり多数人に譲り渡した旨の概括的記載を含んでいても訴因の特定として欠けるところはないとされた事例(平成17・10・12最高一小決)『最高裁判所判例解説刑事篇(平成17年度)』487頁(2008年)。なお、初出は法曹時報60巻8号208頁(2008年)である。
- 14) 上田哲・前掲『最高裁判例解説(平成17年度)』488頁。
- 15) 大澤裕・前掲「麻薬特例法5条違反の罪の訴因の特定」ジュリスト1358号185頁。
- 16) 上田哲・前掲『最高裁判例解説(平成17年度)』474頁。
- 17) 上田哲・前掲『最高裁判例解説(平成17年度)』477頁。なお、最三小決昭61・10・28は刑集40巻6号509頁であり、その最高裁判例解説は池田修・『最高裁判例解説(平成14年度)』269頁である。
- 18) 上田哲・前掲『最高裁判例解説(平成17年度)』478頁。
- 19) 最大判例昭37・11・28は、刑集16巻11号1633頁である。
- 20) 田哲・前掲『最高裁判例解説(平成17年度)』480頁。
- 21) 上田哲・前掲『最高裁判例解説(平成17年度)』487頁。
- 22) 渡辺咲子「麻薬特例法5条の罪における訴因の特定」(重要判例解説)(ジュリスト1313号198頁(2006年))。
- 23) 上田哲・前掲『最高裁判例解説(平成17年度)』479頁。
- 24) 参照、第三者没収違憲判決の最大判昭40・4・28日刑集19巻3号209頁。
- 25) 大澤裕・前掲「麻薬特例法5条違反の罪の訴因の特定」ジュリスト1358号184頁。
- 26) 久岡康成「当事者主義と弾劾主義の交錯」立命館法学300・301号417頁(2006年)。
- 27) なお、島根悟「刑事判例研究(392)麻薬特例法5条違反の公訴事実の記載が訴因の特定として欠けるところはないとされた事例」警察学論集59巻5号181頁(2006年)は、「業態犯」の概念を用いし認しつつ、「個々の取引行為を記載することは必要不可欠の要素ではないが、一定期間内に規制薬物の譲渡等を業としたことが証明されるためには、少なくともそれを基礎づける個別行為が明らかとならなければならない、そのため、一部の取引については譲渡日時・場所及び譲渡先等を特定し、その規制薬物性を立証することが必要とされるところである。」とされている。
- 28) 上田哲・前掲『最高裁判例解説(平成17年度)』476頁,香城敏磨「訴因制度の構造

（上）」判例時報1236号21頁（1987年）など。

- 29) 川出敏裕・前掲「訴因の機能」刑事法ジャーナル6号123頁，大澤裕・前掲「麻薬特例法5条違反の罪の訴因の特定」ジュリスト1358号184頁。184頁，堀江慎司「訴因の明示・特定について」研修737号13頁（2009年）等である。その根拠は別々であるが，いずれも，いわゆる訴因の識別機能の満足を越えた訴因の特定の必要がある場合を認めていると考えられる。
- 30) 上田哲・前掲『最高裁判例解説（平成17年度）』487頁の，「そもそも実行行為が何であるのが極めて不明確なものとならざるを得ないように思われる。」という指摘は，構成要件の明確性にも関わる重大な指摘であると思われる。