

◇ 判例研究 ◇

刑事判例研究27

覚せい剤譲渡の約束に基づき代金全額が
前払いされ、その約束に係る覚せい剤の
一部のみが発送された場合における「薬物
犯罪の犯罪行為により得た財産」の範囲

(最二小判令和元年12月20日刑集73巻5号174頁)

刑事判例研究会
久保英二郎*

【事案の概要等】

1 事案の概要

本件は、被告人が、営利の目的で、①平成28年10月20日、茨城県つくば市所在の運輸会社配送センターにおいて、覚せい剤¹⁾78.76g(以下「本件覚せい剤」という。)を所持し、②同月中旬頃、Bを介し、Aとの間で、代金80万円で覚せい剤100gを譲り渡すことを約束し、その代金を被告人名義の預金口座に入金させた上、同月20日午後1時5分頃、その約束に係る覚せい剤の一部として、本件覚せい剤在中の宅配物を上記配送センターからAの住居宛に発送し、同所においてAに本件覚せい剤を譲り渡そうとしたが、配達員が警察官に同宅配物を手渡したため、その目的を遂げなかった(以下、②の犯罪行為を「本件譲渡未遂」ということがある。)として、

* くぼ・えいじろう 大阪大学大学院法学研究科博士後期課程

1) 令和元年法律第63号による改正により法律の題名や法文における表記が「覚醒剤」に改められたが、本稿では、本判決当時の表記に合わせて「覚せい剤」の語を用いる。

覚せい剤譲渡の約束に基づき代金全額が前払いされ、その約束に係る覚せい剤の一部のみが発送された場合における「薬物犯罪の犯罪行為により得た財産」の範囲（久保）

覚せい剤取締法違反（営利目的所持及び営利目的譲渡未遂）の罪で起訴された事案である。

本件では、被告人が、Aとの間で、覚せい剤100gを80gと20g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、その代金の入金を確認した後、本件覚せい剤在中の宅配物を発送したことは認められたが、残余の覚せい剤を用意していたとは認められなかった。

2 審理経過

本件では、営利目的の有無や所持罪と譲渡未遂罪の関係のほか、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（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（追徴の範囲）が問題になった。以下では、主に追徴の範囲を取り扱い、その他の点については必要な限度で言及するにとどめる。

(1) 第一審判決（福井地判平成29年8月29日）

第一審では、被告人は、営利目的の存在を争っていたほか、所持行為が譲渡行為に吸収される旨主張していた（判決文上、追徴の範囲に関して争われた形跡は見当たらない。）。

第一審判決は、営利目的を認定した上で、営利目的所持罪と営利目的譲渡未遂罪が併合罪となるとして本件覚せい剤の営利目的所持と本件譲渡未遂の双方を罪となるべき事実とし、被告人を懲役3年6月及び罰金100万円に処するとともに、本件譲渡未遂「により被告人が得た代金80万円は、薬物犯罪収益に該当するが、既に費消されて没収することができない」として被告人から80万円を追徴した。

被告人控訴。

(2) 原 判 決 (名古屋高金沢支判平成30年2月20日)

ア 原審でも、被告人は、第一審と同様の主張をしていた(控訴趣意では追徴の範囲に関して何ら主張されていなかったが、原裁判所が検察官に対して求積明したとのことである²⁾)。

イ 原判決は、営利目的を認定した第一審判決に事実誤認は認められないとした上で、本件覚せい剤の営利目的所持罪はその営利目的譲渡未遂罪に吸収され別罪を構成しないとして本件譲渡未遂のみを罪となるべき事実とし³⁾、被告人を懲役3年及び罰金80万円に処するとともに、追徴に関する補足説明として要旨次のとおり説示して被告人から64万円を追徴した。

(ア) 没収・追徴対象となる薬物犯罪収益(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ものと解されるから、本件において追徴対象となる薬物犯罪収益は、薬物犯罪として認定される本件譲渡未遂により得た財産の価額であって、覚せい剤の代金として被告人指定口座に振り込まれた80万円全額ではなく、飽くまで本件覚せい剤の代金に相当する価額に限られると解するのが相当である。

このように解する場合、被告人は、本件覚せい剤以外に別途覚せい剤20gを譲渡することを約束して代金全額を取得したにもかかわらず、代金全額から本件覚せい剤の代金相当額を控除した残額の取得を被告人に事実上容認する結果となって、麻薬特例法が薬物犯罪収益の没収・追徴を定めた趣旨に反し、不合理な結果を生じさせるようにもみえる。しかし、麻薬特例法上の没収・追徴も、薬物犯罪その他同法が定める各罪の付加刑である点に変わりはないから、没収・追徴の対象財産の範囲が、主刑を科す根

2) 内藤恵美子「判解」曹時72巻12号227頁, 231頁(2020)参照。

3) 上告審では、所持罪と譲渡未遂罪の関係は問題になっていない。本件で起訴されている所持行為は、本件譲渡未遂の直前に同所において行われたもののみであり、被告人が本件覚せい剤を何時、何処で入手したかにかかわらず本件譲渡未遂に当然伴うものであるから、別個に処罰するに値せず、営利目的所持罪が営利目的譲渡未遂罪に吸収されるとした原判決の判断は妥当であろう。

覚せい剤譲渡の約束に基づき代金全額が前払いされ、その約束に係る覚せい剤の一部のみが発送された場合における「薬物犯罪の犯罪行為により得た財産」の範囲（久保）

拠となる薬物犯罪の事実によって画されることはやむを得ないというべきである。

薬物犯罪の犯罪行為と因果関係があれば、薬物犯罪収益として全て没収・追徴の対象になるとすると、麻薬特例法の趣旨を踏まえても、その範囲が無限定に拡大するおそれがあり、相当ではないし、因果関係や手段性、直接性の有無は必ずしも容易に判断し得るものでもない。また、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のであり、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ものと解すべきである。そして、覚せい剤100gに係る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代金部分は、本件譲渡未遂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から、同取引で約束された覚せい剤代金全額が前払されたからといって、その全額が薬物犯罪収益として追徴の対象となるとはいえない（なお、被告人がBを介してAとした同取引の約束自体は、準備行為にすぎず薬物犯罪の犯罪行為といえないし、前記のとおり、被告人が残余の20g分の覚せい剤を用意していたとは認められないから、同取引で予定されていた覚せい剤100g全部の譲渡未遂があったとみることもできない。）。

(イ) 以上のとおり、本件において薬物犯罪収益となるのは、代金全額ではなく、本件譲渡未遂との関係で薬物犯罪収益となる範囲に限られると解すべきところ、前記のとおり、被告人は、約束した覚せい剤100gのうち、その8割に相当する分として本件覚せい剤を発送したことが認められるから、代金の8割に相当する64万円を本件譲渡未遂に係る薬物犯罪収益と認めるのが相当である。

ウ 双方上告。

(3) 上告趣意

検察官は、原判決が本件における薬物犯罪収益は80万円全額ではなく64万円に限られるとした点に関する判例違反及び法令違反を主張していた。

他方、被告人は、追徴については、本件覚せい剤は「100g」中の「78.76g」であるから、80万円に対する78.76%の金額が追徴される63万80円を追徴することが正しいと主張していた。

【判 旨】

本判決は、いずれの上告趣意も刑訴法405条の上告理由に当たらないとした上、職権で追徴につき次のとおり説示し、原判決中「被告人から64万円を追徴する。」との部分を破棄して被告人から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。」

次のとおり、三浦裁判官の補足意見がある。

「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

覚せい剤譲渡の約束に基づき代金金額が前払いされ、その約束に係る覚せい剤の一部のみが発送された場合における「薬物犯罪の犯罪行為により得た財産」の範囲（久保）

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えることができる。

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。」

【研究】⁴⁾

1 問題の所在

「薬物犯罪の犯罪行為により得た財産」は「薬物犯罪収益」に当たり

4) 本判決の評釈として知り得たものに、内藤・前掲注2)のほか、澁谷亮「判批」研修862号27頁（2020）、内藤恵美子「判解」ジュリ1550号107頁（2020）、西村翔太「判批」警公76巻3号88頁（2021）、神例康博「判批」新・判例解説 Watch 刑法 No. 165（2021）、京藤哲久「判批」重判令和2年度（ジュリ臨増1557号）124頁（2021）がある。

(麻薬特例法2条3項)、覚せい剤の(営利目的)譲渡未遂罪に係る「薬物犯罪収益」は必要的没収・追徴の対象になる(同法11条1項1号、13条1項)。「薬物犯罪の犯罪行為により得た財産」については、判例上、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⁵⁾、(規制薬物の譲渡を犯罪行為とする場合においては)規制薬物の対価として得た財産そのものをいう⁶⁾など、事案に応じて種々の定義がなされている。前払い代金については、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(組織的犯罪処罰法)に関するものであるが、判例上、犯罪収益の生じる前提となる犯罪(前提犯罪)が後に成立する限り、これが同法2条2項にいう「犯罪行為により得た財産」として「犯罪収益」に当たるとされており⁷⁾、麻薬特例法に関する規制薬物の前払い代金も同様に「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」に当たり、没収・追徴の

5) 最二小判平成15年4月11日刑集57巻4号403頁。このように定義したのは、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(犯罪行為の約束に基づいて得た財産の一種)が「薬物犯罪の犯罪行為により得た財産」に当たらないこと(いわゆる消極説)を示す趣旨と推察される(上田哲「判解」最判解刑事篇平成15年度187頁、221頁(2006)参照)。

6) 最三小決平成17年7月22日刑集59巻6号646頁。このように定義したのは、規制薬物の代金を没収・追徴するに当たりその調達費用・必要経費等を控除すべきでないこと(いわゆる総額主義)を示す趣旨であろう。

7) 最三小決平成20年11月4日刑集62巻10号2811頁。同決定は、児童ポルノであるDVDの注文を受け、代金を借名口座に前払い入金させた後、同DVDを送付して提供したという事案において、犯罪収益等の取得につき事実を仮装する罪(組織的犯罪処罰法10条1項前段)の成否に関して前払い代金が同罪の行為客体である「犯罪収益」に該当し、その取得につき事実を仮装すれば同罪が成立すると判断したものであるが、その考え方は前払い代金の没収・追徴にも妥当するであろう。

なお、同決定に対しては、「前払い金については犯罪行為を起点とする因果関係はないのであるから取得該当性は否定し、報酬該当性を認めて没収・追徴の対象とする方が妥当であったように思われる」との指摘がなされており(樋口亮介「没収・追徴(論点講座経済事件で学ぶ刑法 第12回[最終回])」法教402号124頁、132頁(2014))、妥当な指摘である。もっとも、現行法上、「犯罪行為により得た財産」と「犯罪行為の報酬として得た財産」のいずれに当たるにせよ、「犯罪収益」に当たることには変わりなく、法効果に違いは生じないため、本稿では、前払い代金が「犯罪行為により得た財産」に当たるところを前提として検討を進める。

覚せい剤譲渡の約束に基づき代金全額が前払いされ、その約束に係る覚せい剤の一部のみが発送された場合における「薬物犯罪の犯罪行為により得た財産」の範囲（久保）

対象になると解されている⁸⁾。

本件では、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いて代金全額の前払いを受けていたため、仮に覚せい剤100gすべてが譲渡されていれば、問題なく代金全額が没収・追徴の対象になる。しかし、現実には、本件覚せい剤が発送されたことは認められたが、残余の覚せい剤が用意されていたとは認められなかったため、覚せい剤譲渡の約束に基づき代金全額が前払いされ、その約束に係る覚せい剤の一部のみが発送された場合において、代金全額が没収・追徴の対象になるか否かが問題になった。

従来、この問題について判断を示した最高裁判例やこの問題を検討した学説は見当たらず、下級審裁判例は代金全額を没収・追徴の対象とするもの⁹⁾と発送された覚せい剤のグラム数の割合に相当する額のみを没収・追徴の対象とするもの¹⁰⁾に分かれていたようである¹¹⁾。本件では、第一審では追徴の範囲は問題とされず、代金全額が追徴されたが、原裁判所が追徴の範囲を問題とし、原判決は、代金全額のうち、本件覚せい剤の代金部分のみを没収・追徴の対象とした。これに対し、本判決は、本件の事実関係の下では代金全額が没収・追徴の対象になるとしており、譲渡の約束に係る覚せい剤の一部しか発送されていない事案においても前払い代金全額が没収・追徴の対象になる場合があることを示した点で意義を有する。

以下では、まず、原判決と本判決が規制薬物の代金が前払いされた場合における「薬物犯罪の犯罪行為により得た財産」をどのように解釈しているかを分析する。その上で、(広い意味での)本判決の射程、すなわち本判決の考え方を前提とすればどのような場合にどの範囲の財産が「薬物犯罪の犯罪行為により得た財産」に当たるかを示すこととする。

8) このような理解を明示するものとして、上田・前掲注 5) 238頁。

9) 大阪地判平成28年3月3日公刊物未登載。

10) 名古屋高金沢支判平成29年10月10日公刊物未登載。

11) 内藤・前掲注 2) 236-237頁参照。

2 分 析

(1) 原 判 決

ア 「薬物犯罪の犯罪行為により得た財産」の解釈

原判決は、「薬物犯罪の犯罪行為により得た財産」を「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」と定義し、さらに「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」と説示している。ここから、原判決が「薬物犯罪の犯罪行為」を「主刑を科す根拠となる薬物犯罪の構成要件に該当する行為自体」と解していることが分かる。

他方、「により」(犯罪行為と財産の取得との間の関連性)については、「によって」としか表現されておらず、その実質的な内容を明らかにする必要がある¹²⁾。これについては、「本件覚せい剤の代金に相当する価値」が追徴の対象とされていることからすれば、原判決は「犯罪行為の対価として得た財産」であれば「犯罪行為により得た財産」に当たると解しているようにも思われる。しかし、実際には、このように解すると原判決の結論は導き出されない。というのも、本件覚せい剤の代金の支払と対価関係に立つのは本件覚せい剤に対する財産権の完全な移転¹³⁾であり、刑法的に評価すると、本件覚せい剤の代金の支払と対価関係に立つのは厳密には本件覚せい剤の譲渡既遂であって本件譲渡未遂はその一部に過ぎず、本件覚せい剤の代金の支払と本件譲渡未遂とが対価関係に立つわけではないからである。そこで、原判決の結論を基にその考え方の分析を試みると、原判決の結論を導き出し得る考え方としては第一に、「犯罪行為の約束に基づいて

12) 「より」という語の多義性については、玄守道「判批(前掲最決平成20年)」龍谷45巻1号243頁、258頁(2012)参照。

13) 覚せい剤の譲渡の約束は公序良俗に反するが、対価関係の内容を把握するに当たっては、効力の有無は重要ではない。

得た財産」であれば「犯罪行為により得た財産」に当たると解した上で、覚せい剤の譲渡の約束を可分とみて、本件譲渡未遂との関係では「覚せい剤100gの譲渡の約束」のうちの「本件覚せい剤の譲渡の約束」のみが「犯罪行為の約束」になるとする考え方があり得る。しかし、犯罪行為自体ではなくその約束との結び付きを根拠とする考え方は犯罪行為自体によって得たことを強調する原判決の定義と整合しない¹⁴⁾上、原判決がわざわざ「約束自体は、準備行為にすぎず薬物犯罪の犯罪行為といえない」と説示していることとの親和性も低いように思われる。原判決の結論を導き出し得る第二の考え方は、「犯罪行為の対価として得た財産」であれば「犯罪行為により得た財産」に当たると解した上で、本件における「薬物犯罪の犯罪行為」を本件譲渡未遂ではなく、予定どおりであれば成立したはずの「本件覚せい剤の譲渡既遂」と考えることであるが、このような考え方は原判決が「薬物犯罪の犯罪行為」を「主刑を科す根拠となる薬物犯罪の構成要件に該当する行為自体」、すなわち本件譲渡未遂と解していることに反する¹⁵⁾。

ここまで原判決が「薬物犯罪の犯罪行為により得た財産」をどのように解釈したかを分析してきたが、明らかであるのは、原判決が本件譲渡未遂を理由として本件覚せい剤の代金全額（＝本件覚せい剤の譲渡既遂の対価として得た財産）を没収・追徴することを認めた一方、本件覚せい剤の譲渡

14) 現に、定義の引用元と思われる判例（前掲最判平成15年）は、ある財産が薬物犯罪の犯罪行為の約束に基づいて得られたというだけで「薬物犯罪の犯罪行為により得た財産」に当たることにはならないと判断している（ただし、当該事件で問題になった財産は、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ものであって、薬物犯罪の犯罪行為と対価関係に立たないから、その射程が本件に及ぶわけではないことに留意する必要がある。）。

15) 「薬物犯罪の犯罪行為」を「主刑を科す根拠となる薬物犯罪の構成要件に該当する行為自体」と解しつつ、「予定どおりであれば成立したはずの犯罪行為の対価として得た財産」であれば「犯罪行為により得た財産」に当たると解することも不可能ではないが、このように解すると「薬物犯罪の犯罪行為」を上記のとおり定義する意味はほぼ失われ、原判決の追徴に関する説示の大部分が結論に影響を及ぼすものではないことになってしまう。

(未遂)を理由として覚せい剤100gの代金全額を没収・追徴することは認めなかったという結論のみである。少なくとも前者の結論, すなわち約束されていた犯罪行為の対価として得た財産(目的物の代金や報酬)がその未遂を理由とする没収・追徴の対象になること自体に異論はないように思われるが, 以上で検討したとおり, 原判決がどのような理論構成によりこの結論を導き出したのかは明らかでない¹⁶⁾。

イ 本件覚せい剤の代金部分の特定方法

原判決のように本件覚せい剤の代金のみが没収・追徴の対象になると解すると, その部分の特定方法が問題になる。原判決は, 本件では, 被告人が約束した覚せい剤100gのうちの8割に相当する分として本件覚せい剤を発送したとの事実が認められるから, 代金の8割に相当する64万円を薬物犯罪収益と認めるのが相当であるとして, 代金の全体を按分する方法により本件覚せい剤の代金部分を特定している。原判決が上記事実を認定した根拠は明らかではないが, 本件では, 覚せい剤100gを80gと20gに分けて引き渡すと約束されていたことや, 覚せい剤100gの代金を80万円とする合意が形成されていたのみであり, 80g分の譲渡と20g分の譲渡とで単価が異なると推認させる事情はないこと, 本件覚せい剤のグラム数がほぼ80gであったことなどに基づいて当事者間の意思を合理的に解釈し, 上記事実を認定したものと推察される¹⁷⁾。

16) 「犯罪行為の対価として得た財産」であれば「犯罪行為により得た財産」に当たると解した上で, 実行行為に着目し, 本件では被告人が本件覚せい剤を発送し終えている(本件覚せい剤の譲渡に係る実行行為をすべて終えている)ことから現実に行われた実行行為と財産の取得との間に対価関係が存し, 本件覚せい剤の代金が「薬物犯罪の犯罪行為により得た財産」に当たると考えれば, 原判決の説示と矛盾せずその結論を導き出すことができるかもしれない。しかし, このような考え方によると, 一般的に, 予備の場合や実行行為の一部しか終えていない未遂の場合には代金・報酬の一部しか没収・追徴の対象にならないことになりそうであるが, 原判決がこの帰結を意図したものであるかは明らかでない, 原判決の考え方に不明瞭な点が残されていることに変わりはない。

17) ただし, 本件では, 被告人が, 公判において, 仕入先に頼まれて, Aとの取引を仲介メ

なお、原判決に対しては、「実行行為と取得された財産との『等価値性』（経済的対価性）まで要求しているものであって、誤った解釈である」との批判がなされている¹⁸⁾。しかし、前記のとおり、原判決は、本件覚せい剤が約束された覚せい剤100gのうちの8割に相当する分として発送されたとの事実に基づいて代金の8割を薬物犯罪収益と認めるのが相当であると判断したものであり、本件覚せい剤自体の価値をそのグラム数に応じて算出したものではない。犯罪行為の価値（本件では、本件覚せい剤自体の価値がこれに当たることになろう。）に相当する部分のみが没収・追徴の対象になることを含意し得る「等価値性」を原判決が要求しているとの理解を前提とする批判¹⁹⁾は、原判決に関して誤解を招くものであり妥当ではない²⁰⁾。

(2) 本判決

本判決は、「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」との事実を摘示した上で、「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」ことを理由として、代金全額が「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と判断している。法廷意見は一般論を展開していないものの、補足意見においては「薬物犯罪の

ㄨしていたBに対し、本件覚せい剤が手元に届いたら計量して足りない分を教えてほしいと伝えた旨供述していたとのことである（内藤・前掲注2）243頁）。この供述を前提とすれば、本件覚せい剤が80g分ではなく78.76g分として発送されたと認定する余地もあるようにも思われ、原判決がこの供述部分の意味合いや信用性に関して判断を示すことなく本件覚せい剤が80g分として発送されたとの事実を認定したことに疑問がないわけではない。

18) 検察官の上告趣意（刑集73巻5号202頁）。澁谷・前掲注4）34頁も同旨。

19) 検察官は、上告趣意において、仮に原判決の考え方によるならば63万80円を薬物犯罪収益としなければ一貫しないはずであるとして原判決を批判していた（刑集73巻5号203頁）が、これも原判決がこのような意味での「等価値性」を要求しているとの理解を前提とするものと考えられる。

20) 神例・前掲注4）4頁も同旨と思われる。

犯罪行為を原因として得た財産」との定義及び「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」との基準が示されている。法廷意見も、「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」いることに着目し、かつ、「本件譲渡未遂を原因として得た財産といえる」ことを代金全額が「薬物犯罪の犯罪行為により得た財産」に当たることの直接の理由としていることからすれば、上記の定義や基準を採用したものと思われる。

もっとも、以下のとおり、上記の定義や基準が具体的に何を意味しているかは明らかではない。上記の定義のうち、「薬物犯罪の犯罪行為」については、「代金全額が……本件譲渡未遂を原因として得た財産といえる」（傍点は筆者）との説示から、これが「主刑の基礎になった薬物犯罪の犯罪行為」を意味することが分かる。しかし、「原因」については、例えば広辞苑では、「①ある物事を引き起こすもと。また、その働き。……②事物の変化を引き起こすもの。……↔結果」と語釈されているから、「原因」が字義どおりの意味であるとするれば、ある財産が「薬物犯罪の犯罪行為を原因として得た財産」に当たするためには犯罪行為と財産の取得との間に因果関係²¹⁾が存する必要がある、そもそも前払い代金は「薬物犯罪の犯罪行為により得た財産」に当たらないはずである。それにもかかわらず、本判決は、前払い代金が「本件譲渡未遂を原因として得た財産といえる」から「薬物犯罪の犯罪行為により得た財産」に当たると説示しており、このことから、本判決が「原因」の語を字義とは異なる意味で用いていることが分かる（このような用語法は以前から見られたものである。）。また、上記の基準についても、「財産の取得と犯罪行為との結び付き」はいかようにも解し得るものであり、これが実質的な内容を備えているとは言い難い。そこで、本判決が「薬物犯罪の犯罪行為により得た財産」をどのように解釈し

21) 「因果関係」は、例えば法律学小事典では、「ある事実が、それに先行する他の事実起因するという関係のこと」（傍点は筆者）と語釈されている。

ているか、その実質的な内容を明らかにする必要がある。

これについては、まず、「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」との事実摘示から、本判決が、代金の支払と本件譲渡未遂とが同一の約束に基づくことに着目していることが分かる²²⁾。そして、本判決は「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」（傍点は筆者）とも説示している。前記のとおり、「覚せい剤の対価」は刑法的評価の下では「覚せい剤の譲渡既遂の対価」を意味するから、これらを踏まえれば、本判決は「（主刑の基礎になった）犯罪行為の基礎になった約束において予定されていた犯罪行為の対価として得た財産²³⁾」であれば「犯罪行為により得た財産」に当たると解したものである、と分析することができそうである。

しかし、この解釈によると、規制薬物とけん銃が一括譲渡された場合や規制薬物の譲渡と殺人が同時に約束され、その代金が一括して定められた場合にまで代金全額が規制薬物の譲渡（未遂）を理由とする没収・追徴の対象になってしまう²⁴⁾。このような帰結になってしまうのは、上記分析が本件で予定されていた2回にわたる譲渡行為相互の関係を考慮していないからである。本件では、被告人は「覚せい剤 100g を代金80万円で譲渡する、覚せい剤 100g は 80g と 20g に分けて引き渡す」という約束に基づき、

22) 補足意見には、この点に着目しているように読める箇所が複数みられる。

23) 「犯罪行為の約束」とすると、必ずしも約束全体を指すことにならない（「覚せい剤 100g の譲渡の約束」ではなく、「覚せい剤 80g 分の譲渡の約束」や「本件覚せい剤の譲渡の約束」を意味し得る）ため、「犯罪行為の基礎になった約束」と表現している（補足意見が「犯罪行為に係る約束」や「犯罪行為の基礎となる約束」と表現しているのも同旨と思われる。）。なお、「対価として」との部分から分かるように、本判決は、ある財産が犯罪行為の基礎になった約束に基づいて得られたというだけで「薬物犯罪の犯罪行為により得た財産」に当たるとを認めたものではなく、前掲最判平成15年に反しない。

24) これらの場合には約束の個数が問題になり、規制薬物譲渡の約束とけん銃譲渡や殺人の約束とが一個の約束ではないともいえそうであるが、そもそも約束の個数と没収・追徴の対象財産の範囲とは別の問題であり、前者により後者を決すべきではないように思われる。

本件覚せい剤の譲渡の実行に着手している。この事実関係の下では、仮に被告人が本件覚せい剤の譲渡後に残余の覚せい剤を譲渡していたとすれば、本件覚せい剤の譲渡とその後の譲渡が包括一罪になる²⁵⁾。すなわち、本件で予定されていた2回にわたる犯罪行為は、仮に双方が実現されたとすれば包括一罪になるという関係に立つ²⁶⁾。これを考慮すれば、本判決は、「仮に約束されていた犯罪行為がすべて実現されたとすれば、(主刑の基礎になった)犯罪行為と一罪になる範囲の犯罪行為の対価として得た財産」であれば、「(主刑の基礎になった)犯罪行為」と結び付いており、「犯罪行為により得た財産」に当たると解したものである、と分析することができる²⁷⁾。

本判決が、従来「犯罪行為により得た財産」に関して玉虫色に用いられてきた「原因」の語を用いるとともに、いかようにも解し得る「結び付き」を基準としているのは、「により」(犯罪行為と財産の取得との間の関連性)の内容が多様であってこれを一義的に定義し得ず、ある財産が「犯罪行為により得た財産」に当たるか否かを事案毎に個別に判断する必要があることを理由とするものであろう。

3 本判決の射程(広い意味で)

以上の分析を踏まえて、本判決の考え方を前提とすると、どのような場

25) 内藤・前掲注2)246頁。平野龍一ほか編『医事・薬事編(2)〔第2版〕(注解特別刑法5-II巻)』232頁〔香城敏磨〕(青林書院,1992)も参照。数回にわたる譲渡行為が包括一罪になると判断した裁判例として、東京高判昭和54年2月21日判時934号129頁等。

26) この場合には、仮に一方の犯罪行為を理由とする有罪判決が確定すれば、他方の犯罪行為に一事不再理効が及び、もはや他方の犯罪行為を理由として有罪を言い渡すことはできなくなる。

27) この解釈は、実質的には、「主刑の基礎になった犯罪行為」自体との関連性というよりは、むしろ「仮に約束されていた犯罪行為がすべて実現されたとすれば、(主刑の基礎になった)犯罪行為と一罪になる範囲の犯罪行為」との関連性を根拠としており、「犯罪行為」をいわば拡張するものというべきである。この分析を前提とすると、(原判決の考え方は明らかでないものの)原判決と本判決の結論の違いは「(薬物犯罪の)犯罪行為」をどこまで拡張するかという点にあるといえよう。

覚せい剤譲渡の約束に基づき代金全額が前払いされ、その約束に係る覚せい剤の一部のみが発送された場合における「薬物犯罪の犯罪行為により得た財産」の範囲（久保）

合にどの範囲の財産が「薬物犯罪の犯罪行為により得た財産」に当たるかを示しておきたい。

まず、本件では、検察官が上告趣意において代金全額の前払いがなければ本件譲渡未遂もあり得なかったという関係に立つことを強調していたが、このような条件関係の存否は予定されていた数回にわたる譲渡行為相互の関係を左右するものではなく、「薬物犯罪の犯罪行為により得た財産」の範囲に影響を及ぼさない。また、本件を改変して、仮に約束の形成過程で1g当たり8千円という話が出ていた場合や80g分の譲渡と20g分の譲渡のそれぞれにつき代金が定められ、その単価が異なる場合であっても、代金全額が「薬物犯罪の犯罪行為により得た財産」に当たることに変わりはない。さらに、覚せい剤の譲渡と同時に代金全額が支払われたが、譲渡された覚せい剤が約束されていた数量に満たなかったために後に不足分を譲渡した場合には、2回にわたる譲渡行為が包括一罪になる²⁸⁾ため、不足分の譲渡がなされる前においても、代金全額が最初の譲渡行為との関係で「薬物犯罪の犯罪行為により得た財産」に当たる。

他方、約束どおりに覚せい剤が譲渡された際に追加注文がなされ、後に追加分が交付された場合、基本的には2つの譲渡行為が併合罪になるため、仮に最初の譲渡行為の際に追加分も併せた代金全額が一括して支払われていたとしても、最初の譲渡行為との関係ではその代金部分しか「薬物犯罪の犯罪行為により得た財産」に当たらない²⁹⁾。また、多数人に覚せい剤を譲渡した場合には、基本的に各譲渡行為が併合罪になる³⁰⁾ため、仮に

28) 大阪地判昭和49年8月1日公判物未登載（村上尚文編『麻薬・覚せい剤事犯に関する裁判例』195頁（立花書房、1984））。

29) ただし、下級審裁判例には、覚せい剤の譲渡直後に追加注文を受け、約1時間20分後に同一の場所で追加分を譲渡したという事案において、2つの譲渡行為が包括一罪になると判断したものがあり（大阪高判昭和61年12月12日判タ632号257頁）、これによれば、追加注文の内容次第では、代金全額が最初の譲渡行為との関係で「薬物犯罪の犯罪行為により得た財産」に当たる余地がある。

30) 東京高判昭和31年3月26日東高刑時報7巻3号121頁参照（なお、傍論であるが、各譲受人に対する数回にわたる譲渡行為は譲受人毎に包括一罪になると説示している。）。

各人から代金の前払いを受けていたとしても、各譲渡行為との関係では各代金しか「薬物犯罪の犯罪行為により得た財産」に当たらない³¹⁾。

以上は覚せい剤のみの譲渡の場合であるが、例えば、本件を改変して、覚せい剤 80g とヘロイン 40g を代金 80 万円で譲り渡すことが約束されていた場合には、仮に各譲渡が別々に実現されたとすれば覚せい剤の譲渡行為とヘロインの譲渡行為とが併合罪になるため、一方との関係ではその規制薬物の代金部分しか「薬物犯罪の犯罪行為により得た財産」に当たらない（この場合にはその規制薬物の代金部分を特定する必要がある、代金の内訳を認定し得ないときは、各規制薬物の平均的な密売価格を明らかにするなどして、少なくともこれだけはその規制薬物の代金といえる部分を特定すべきである³²⁾）。

最後に、本判決の考え方は組織的犯罪処罰法上の没収・追徴にも及び、例えば、児童ポルノである DVD 数枚の提供が約束されて代金全額が前払いされ、その約束に係る DVD の一部のみが送付された場合には、代金全額がその提供行為との関係で「犯罪行為により得た財産」に当たることになるだろう。

4 結びに代えて

本稿では、本判決の考え方等を明らかにすることに注力したため、その当否の検討に至ることができなかった。これについては、紙幅の関係上、

31) この場合には規制薬物の不法輸入等を業とする罪（麻薬特例法 5 条）が成立し得るが、同罪は覚せい剤譲渡罪とは別の罪であるから、規制薬物の不法輸入等を業とする罪が成立し得るからと言って、一部の譲渡行為との関係で代金全額が「薬物犯罪の犯罪行為により得た財産」に当たることにはならない。もっとも、規制薬物の不法輸入等を業とする罪に係る「薬物犯罪の犯罪行為により得た財産」については、覚せい剤譲渡の約束等も含めた一連の行為全体を規制薬物の不法輸入等を業とした行為と見て、未だ実行の着手に至っていない覚せい剤譲渡の代金部分も「薬物犯罪の犯罪行為により得た財産」に当たると解する余地がないわけではない。

32) 規制薬物とその他の物品とが一括譲渡された場合を想定したものであるが、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』39頁（法曹会、2004）参照。西浦久子「麻薬特例法の没収・追徴をめぐる実務的諸問題」司研 3 号 411 頁、425-428 頁（1997）も参照。

今後の課題とせざるを得ないが、検討の方向性を若干述べておきたい。

本件では、検察官が上告趣意において薬物犯罪遂行の主要なインセンティブを除去する（麻薬特例法1条）とともに、薬物犯罪収益の再投資を阻止して更なる薬物犯罪の犯罪活動を予防する³³⁾という麻薬特例法の犯罪収益規制の目的を強調し、補足意見も「不正利得の剥奪という法の趣旨」に言及している。確かに犯罪収益規制の目的は極めて重要であるが、一方で麻薬特例法や組織的犯罪処罰法上の没収・追徴が、刑法典上の没収・追徴と同様、付加刑及びその換刑処分として、主刑の基礎になった犯罪行為と所定の関連性を持つ財産のみを対象とするものであることも看過してはならない³⁴⁾³⁵⁾。いかなる問題を検討するにしても、後者を看過して前者のみを強調すると、財産剥奪の必要性ばかりが重視され、現行法の仕組みにおいて許容され得ない（言い換えれば、解釈上可能な範囲を超える）財産剥奪に行き着くおそれがある。本判決の考え方の当否を検討するに当たっても、一方の観点のみを強調するのではなく、双方の観点を十分に勘案することが必要になろう。

33) 三浦守ほか『組織的犯罪対策関連三法の解説』138頁（法曹会、2001）参照。古田佑紀＝齊藤勲編『大コンメンタル薬物五法Ⅰ〔麻薬等特例法〕』34頁〔古田〕（青林書院、1994）も参照。

34) 京藤・前掲注4）125頁も参照。

35) さらに、「（薬物犯罪の）犯罪行為により得た財産」の解釈に当たっては、これが（薬物）犯罪収益等隠匿・收受罪（麻薬特例法6条・7条、組織的犯罪処罰法10条・11条）の行為客体になることにも留意する必要がある。