

甲南大学法科大学院入学試験問題について

2018年度春入学

一般入学試験（C日程・2月17日分）

試験科目：刑法

1. 出題趣旨

本問の場合、Xは情を知らない者を犯罪実現の「道具」として利用したものであるから、第三者を利用した禁制品輸入罪の間接正犯を構成するが、輸入許可が行われる前に大麻が発見され、配達業者が授査当局の監視のもとに引き取り、依頼者の所へ配達したのであるから、コントロールド・デリバリーとして行われた配達は、適法行為として行われており、その部分については犯罪は成立しないのではないので、禁制品輸入罪は未遂ではないかが問題となる。

本問と同様の事案で、最高裁は、「Xは通関業者や配送業者が通常の業務遂行として右貨物を輸入申告し、保税地域から引き取って配送するであろうことを予期し、運送契約上の役務を履行する配送業者らを自己の犯罪実現のための道具として利用したものであり、配送業者が捜査機関から事情を知らされ、その監視のもとに置かれたからといって、それがXの依頼に基づく運送契約上の義務の履行としての性格を失うものではない」として、禁制品輸入罪の既遂を認めた（最決平成9年10月30日刑集51巻9号816頁）。

しかし、禁制品輸入罪が成立するのは、配達業者が空港の貨物保管倉庫から大麻を引き取った時点であるが、Xに既遂が成立するためには、その時点で、Xがその昔を「道具」として使用していたと認定できるだけの支配関係が必要である。しかし実際は、捜査当局の監視の下に引き取ったのであるから、それは捜査当局の「道具」としての行為であり、禁制品輸入罪は未遂と考える余地もある（反対意見）。

2. 採点実感

本問は特別法の問題ではなく、間接正犯における道具の性質について尋ねている。間接正犯における道具理論は、純粋な形では道具がいわゆる規範的障害と評価される場合には正犯性を否定することが論理的に一貫していると考えられるが、実務及び通説ではより広い概念であって、本問のような場合にも道具性を認めている。運送契約という縛りが有効であるか否かが論点になるが、反対意見のような考え方も十分にあ

りうる。

3. 学習方法

基本的な判例を押さえておくことが必要である。それと、判決文に直接当たり、熟読し、実務的な感覚をつかんでおくことも重要である。

以上