

目的犯の新たな潮流 (2)

伊 藤 亮 吉

目 次

一 はじめに

二 目的犯の新たな分類

1 Absicht の二つの機能

2 新二分説の展開

三 詐欺罪における利得 Absicht

1 判例の状況

2 学説の状況

3 素材同一性

4 望まれた中間目標と避けられない付随結果 (以上、本誌 61 巻 3 号)

5 恐喝罪における利得 Absicht

四 文書偽造罪における欺罔 Absicht

1 判例の状況

2 学説の状況

3 虚偽告発罪における巻込み Absicht

五 犯人庇護罪における利益確保 Absicht

- 新二分説における例外的取扱い (以上、本号)

5 恐喝罪における利得 Absicht

(1) 詐欺罪における利得 Absicht について論じてきたことと同じく、Absicht 犯罪の Absicht について *dolus directus* 1. Grades を要求する犯罪類型は他にも存在する。例えば恐喝罪 (ドイツ刑法 253 条 1 項) は「不法に自ら利得し又は第三者に利得させるために」として同様に利得

Absicht の存在を要求する。この Absicht は詐欺罪の利得 Absicht と完全に一致するとされている。すなわち、ここでの行為者の関心は保護法益の外部に存在する事態である金銭的価値のある利益に向けられており、Absicht は *dolus directus* 1. Grades の意味で理解される。そしてこの利益は他方の損失と素材同一的かつ違法でなければならない¹⁴⁴。

(2) 恐喝罪の利得 Absicht について判例に現れた事案をみると、まずは妻と喧嘩をして名誉を傷つけられたと感じた行為者が、自分が真の男であることを示そうと、銀行を襲撃してナイフを用いて銀行事務員を恐喝することを考えたが、えた金銭はすぐさま返還して逮捕されるべく警察に通報するつもりであった。行為者は銀行から 2 万マルクを略奪した後に金銭をもって現場を離れ、その後通行人に警察への通報を頼んで逮捕された、という事案（銀行強盗事例）¹⁴⁵ では（正確には、恐喝罪の加重類型として強盗の罪で罰せられる恐喝罪（ドイツ刑法 255 条）、さらには犯情の重い強盗罪（ドイツ刑法 250 条）が成立する可能性がある）、原審は、「占有の継続中に占有者には追加的な財産上の利益が何ら生じないとしても、金銭の占有には財産上の利益がある。というのも、占有者は金銭を処分することができる立場にあるからである。たとえ占有者がこのような処分を *beabsichtigen* しなかったとしても、占有者は占有によって財産上の利益を獲得している。占有者が財産上の利益を限られた時間の中でのみ保持しようとしたという事態があるからといって、占有者が財産上の利益を求めたという点について何ら変わるところはない。犯罪を行って自ら通報するために被告人はこの利益をまさに望んだものといえる」ことから、行為者は奪った金銭をもって逃走して銀行からいくらか離れたところで初めて警察に出向くことを予定に入れていることから、一時的にしても占有の取得

144 Mahl, a.a.O. (Anm.22), S.116; Gehrig, a.a.O. (Anm.22), S.50; Joachim Vogel, *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar*, Bd. 8, 12.Aufl., 2010, § 253 Rn.29f; Albin Eser/Nikolaus Bosch, a.a.O. (Anm.10), Schönke/Schröder, § 253Rn.20f.

145 BGH NJW 1988, S.2623.

を欲したとして Absicht を肯定した。

これに対して、連邦通常裁判所は次のように判示して利得 Absicht を否定した。「不法に自ら利得し又は第三者に利得させる Absicht は、内容的には完全に詐欺における違法な財産上の利益を自らえ又は第三者にえさせる Absicht に対応する。ここでは財産上の利益としての利得すなわち財産の経済的価値の増大という意味でよりよい財産状態の形成が求められなければならない。客観的にはこの意味での利得は、これと結びついた処分可能性ゆえに、金銭を一時的に占有する場合にも存在する。この意味での利得が実際に発生したことが重要なのではなく、利得を行為者が構成要件の実現に際して求めたことが決定的に重要である。行為者にとっては、(少なくとも) 求められた利得と (客観的に) 結びついた自己の財産の経済的価値の高まりが重要でなければならない。行為者が自己の所為と結びついた財産上の利益をもっぱら別の目的に向けられた自己の態度の必然的ないしは可能的な帰結にすぎないと予見しているだけでは十分ではない」として、恐喝罪の利得 Absicht については *dolus directus 1. Grades* として結果を求める意思を要求する。そして、原審判決が「確定したところからは、財産上の利益として法的評価の基礎にある所為事情すなわち物の一時的な占有取得それ自体については被告人は認識しており、被告人の所為計画によればこれを望んでもいたと読み取ることができる。しかしながら原審判決は、被告人がこの所為事情の意味を財産上の利益として自分自身のために正しくとらえて故意の中に算入したのかどうかについては、何ら確定することはしなかった。銀行を襲撃した時点において、自分が獲得した金銭を返却する時までには経済的に利用するという、したがって自分には金銭の一時的な占有から財産上の利益が発生するということを被告人が認識していたかどうかは原審判決からは読み取ることができない。被告人はその所為計画によれば...そのような事態を表象していなかったといえる。むしろ原審裁判所の確定した所為の時点における被告人の異常な行為動機と特殊な精神的心理的事情からは、その表象からは一時的にすぎない金銭の占有移転が自分自身のための何らかの財産上の利益と結びついて

いるとは被告人は所為を遂行するときには考えていなかったものとおもわせる。この認識が欠けているので、被告人は財産上の利益を求めたものではない」として、利得 Absicht が否定された。

これに対して、競争相手の企業のマイクロバスを破壊しようとした行為者が、ガソリンスタンドでバス運転手を襲撃し重い傷害を負わせた後に、運転手に対して自動小銃を使ってバスの鍵を渡すように脅迫してこれを奪取し、警察に通報されないように運転手を連れて共犯者との待ち合わせ場所までバスで逃走し、そこでバスを破壊したという事案（マイクロバス事例）¹⁴⁶で、「自動小銃を用いてバス運転手を脅迫することで引き起こされたバスの占有の喪失は財産上の利益であるという地方裁判所の見解は正当である。刑の減輕事由としては、『自動車の一時的な占有はその最終的な取得ほど重大ではない』ということが考慮されたが、ここから、被告人が自ら不法に取得するために所為を遂行したことは明らかである。すなわち、輸送手段および逃走車両としてマイクロバスを利用することに存する経済的な利益が被告人には重要であった。そのような求めは、唯一のものとしてや第一次的なものとして追求される目的である必要はない」「ガソリンスタンドでの事件の後には被告人にはバスの破壊だけが重要であったとする上告趣意には理由がない。被告人は自動車の破壊にとどまることなく、むしろこれを利用したのである」として、利得 Absicht が肯定された¹⁴⁷。

(3) 学説は、銀行強盗事例について、違法な奪取を理由として処罰を受けるために他者から物を奪う Absicht は、行為者の意思が物を再び所有者の占有に戻すのであれば、物を経済的に利用する Absicht を意味する

146 BGH NStZ 1996, S.39.

147 その他最近の判例に現れた事案としては、恐喝によってえた物（麻薬）をすぐに棄てるために恐喝がなされた事案（BGH NStZ 2005, S.155.）、被害者を助けのない状況に陥れてこらしめるために恐喝がなされた事案（BGH NStZ 2006, S.450.）、他者の財産を自己の財産に組み込むのではなく、破壊したり所有者から取り上げるために恐喝がなされた事案（BGH JuS 2011, S.846.）で、それぞれ判例の法理を再確認するとともに、利得 Absicht が否定されている。

ものではないから、行為者には利得 Absicht が欠けるとして判決に同意する¹⁴⁸。これに対してマイクロバス事例では、行為者はバスの破壊だけが重要であったことからすると、通説からは Absicht が否定されるものと考えられるはずである¹⁴⁹。そして、詐欺罪における無賃乗車事例では輸送を求めた行為者が利得もしようとしたのかを考察し、単なる輸送とそこから帰結される利得とを区別したのに対して、本判決は行為者にとってバス利用の経済的観点が重要であったのかどうかを確定しなかった。行為者にとって輸送費用を節約することが重要であった場合も考えられるし、また行為者がバスを最もよく破壊することのできる場所にもっていきただけであった、つまり破壊だけを目的とした場合も考えられるから、行為者の目標を確かめるためには行為者の計画が正確に認識されなければならない¹⁵⁰、と批判が向けられている。

四 文書偽造罪における欺罔 Absicht

1 判例の状況

(1) ドイツ刑法 267 条 1 項は「法的取引において欺罔するために」すなわち欺罔 Absicht でもって文書を偽造することを処罰する¹⁵¹。文書偽造罪では「不真正文書の作成」(第一類型)、「真正文書の変造」(第二類型)、「不真正文書または変造文書の行使」(第三類型)がその行為態様として規定されている。第三類型に対して第一、第二類型はその前段階を処罰するものと考えられる。しかし、立法が統一的に 267 条の三つの類型を全て等

148 Harro Otto, JK 1989, StGB § 253/3; ただし、結論の論理展開の詳細については異なる。Mahl, a.a.O. (Anm.22), S.118.

149 Mahl, a.a.O. (Anm.22), S.119.

150 Mahl, a.a.O. (Anm.22), S.120.

151 ドイツ刑法 267 条は Absicht ではなく、「zur (~のために)」という語を使用しているが、両者に相違がないことには一致がある。Samson, a.a.O. (Anm.15), S.454; なお、Puppe, a.a.O. (Anm.18), § 15Rn.108a. は、偽造罪では行為者は欺罔行為を自ら実行せず可能にしなければならぬだけで、偽造罪は断絶された結果犯であって、断絶された二行為犯ではない(短縮された二行為犯とはしていない)とする。

価値であるとし、これら全てについて超過的内心傾向として「法的取引において欺罔するため」の Absicht を要求するのであれば、この主観的要素はいずれの類型においても同じ機能を有しなればならず、この文言について異なった内容の解釈を与えることは許されない¹⁵²といえよう。「法的取引において欺罔するために」の行為の要請は通常は、他人を文書の真実性や非偽造性に関して欺罔しこれによって法的に重要な態度をとるきっかけを与える意思と理解される¹⁵³が、その意思内容としてどのようなものを含めるべきかが Absicht の問題として出てくる。そしてその内容については激しい対立がみられるのである。

欺罔 Absicht については、1871 年刑律典では「違法な Absicht で文書を改竄し、これを欺罔の目的で使用すること」が構成要件要素として要求された。ここでの Absicht について、*dolus directus 1. Grades* を要求する見解もみられたが、諸判決では未必の故意を排除して *dolus directus 2. Grades* で十分とされていた¹⁵⁴。1943 年に処罰の早期化のための改正がなされ、「法的取引において欺罔するために」の文書偽造が処罰されることとなったが、それ以外に変わったところはなく、立法者が「法的取引において欺罔するために」をどう理解しようとしたかはここからは出てこない¹⁵⁵。しかし、その間に作成された各草案で処罰の早期化は模索されてお

152 Lenckner, a.a.O. (Anm.23), S.1891f.

153 Georg Freund, *Urkundenstraftaten*, 2.Aufl., 2010, S.212; 判例に現れた事案としては例えば、恋人に実際よりも若い年齢と見られたいがためにパスポートの生年月日データの情報を変更した事案 (BayObLG MDR 1958, S.264.) や、交通検問を受けた際に運転していた自動車が自分が運転できるクラスであるにもかかわらず、運転免許証が偽造であることを認識しかつこれを使用することを望んで偽造免許証を提示した事案 (BGHSt 33, 105.) で、いずれも法的取引における欺罔が認められている。

154 z. B. RGSt24, 255; これに対して、Gehrig, a.a.O. (Anm.22), S.83. は、学説上はかつては *dolus directus 1. Grades* の意味で Absicht を要求する見解も強く主張されており、またいくつかの草案では目標に向けられた行為の意味で Absicht 概念の定義づけを試みるものもあったので、白地手形裏書き事例判決はこれにしたがったのではないかと推測する。

155 Gehrig, a.a.O. (Anm.22), S.81ff.

り、ここでは過去の判例が取り上げられていないことからすれば、目標に向けられた行為の意味で Absicht を捉えることはできない¹⁵⁶と主張される。

(2) 判例の「法的取引において欺罔するために」の解釈は錯綜したと評価されている。連邦通常裁判所は最初はこの問題について結論を出さないでいた¹⁵⁷ところ、金策を求めていた共同被告人とともに他人名義の白地手形を権限なしに振出すことを計画した行為者が、一度は失敗に終わったため、自分自身で裏書して正当な手形であるとしたうえで、流通に置く際には自分の許可をえることを条件づけて共同被告人に引渡した事案（白地手形裏書き事例）¹⁵⁸で、行為者は、共同被告人に対して自分が金銭の調達ができることを自慢し失敗を認めたくはなかった、共同被告人が条件にしたがって手形が流通に置かれることはないと信頼したが、「文書偽造罪の構成要件に属する『法的取引において欺罔するために』という内心の要素については、偽造文書が何らかの法的作用を表すことでその充足には必要かつ十分である。これによれば高い個人的評価をえようと求める者は文書偽造を遂行するものではない。被告人が自己の失敗を恥じて『失敗者』と見られたくないというのは、本要件を充足するものではない」「被告人には受取人が手形をえてさらなる措置をとるように決定づけられることが明らかであったり、少なくとも自己の態度の確実な帰結として予見していた」が、「犯罪を終了させる行為が同時に実現されるべきさらなる結果の惹起を狙っており、これが構成要件を充足するのであれば、これに向けられた『超過的内心傾向』を示さなければならないような構成要件を刑法 267 条

156 Gehrig, a.a.O. (Anm.22), S.84.

157 BGHSt2, 50; Lenckner, a.a.O. (Anm.23), S.1890. は、本判決は具体的事案では法的取引における欺罔目的の追求に依存するものではないので、連邦通常裁判所が当該問題について立場を明らかにしようとしているのかが明らかではない傍論にすぎないとし、白地手形裏書き事例で初めて判例は「法的取引において欺罔するために」の立場を明らかとしたと評価する。これに対して、BGHSt5, 149. は、付加的に Absicht としては dolus directus 2. Grades でも十分ではないかとの問題提起をしたが、Absicht の内容の検討に立ち入ることはなかった。

158 BayObLG JZ 1968, S.29.

は内包するものとする。制定史からは、内心の所為側面を要請してもこれでもって Abischt の程度を下げるものと認めることにはならず、故意と重なり故意を超える行為者の意思方向の要請を変えるのは正当ではない」「行為者には法的取引における欺罔が重要でなければならず、その一方で、行為者がこれについて明確であったり、少なくとも自己の態度の確実な帰結として予見したのでは十分ではない」とした。つまり、行為者が法的取引における欺罔の結果を自己の行為の確実な帰結であると予見するだけでは十分ではなく、行為者にはこれが重要でなければならぬとして、*dolus directus 1. Grades* の意味で *Absicht* を要求したのである。

(3) その後に判例はこの内容を変更し、真正に振出された手形について権限がないにもかかわらず記載されている支払期日を行為者は前倒しに書換えて変更し、その後裏書した事案（支払期日事例）¹⁵⁹ について、「法的取引において欺罔するために」行為するのは、第三者が当該文書が真正であると受入れ、その結果法的に重要な態度をする決意をさせるために、不真正文書や偽造文書を第三者が利用できるようにしようとする者である。その際には法的に重要な態度が文書の真正さに関する錯誤の確実な結果であると認めればそれで十分である」として、欺罔 *Absicht* は *dolus directus 2. Grades* でも足りることを認めることとなった。

そして、誕生日祝いに母親から高級自動車を貸与された行為者が、ナンバープレートの地名表示から自動車が自己の所有物でないことは明らかのため、友人に自分が当該自動車の所有者であると信じてもらおうとして自分の居住する地域を示すナンバープレートと交換した事案（ナンバープレート事例）¹⁶⁰ について（ナンバープレートが文書であることに疑問はない）、白地手形裏書き事例判決は「学説上は主として拒絶され」、これは「1943

159 OLG Saarbrücken NJW1975, S.658; ただし本事例では、行為者は「手形が真正であるとの印象に基づいて法的に重要な態度を惹起させることを望んだ」ので、*dolus directus 1. Grades* が存在する事案であったといえる。

160 BayObLG NJW 1998, S.2917.

年の刑法 267 条の新規定の制定史に支えられているとされるが、制定史は規定の内心の所為側面の要請が下げられることについて提供するものは何もない。またこの判決は、特別な意思方向のない本来的な侵害態度の前段階で刑罰付与を禁じる法治国家の要請にも適するものであるが、「この判決に対する批判として、1943 年の新規定における刑法 267 条の制定前でも『違法な Absicht』概念の解釈は争われており、新規定が文言の変更で狙ったのは正当にも、Absicht の概念化を回避して、その意味と目的から法的取引の外部に発生する保護に値する証明手段とはならない態度との限界づけを保証することである」と、白地手形裏書き事例判決で示された Absicht の基準を否定する。そして、「法益保護すなわち刑法 267 条では法的取引の確実性と信頼性という法益保護の効果という点では、たとえ欺罔行為で主として法の外部にある結果を狙っているとしても、これが法的生活での証明手段を妨害する確実な（付随）結果につながるとすれば、この欺罔行為を規定の適用領域に取り入れることが命じられている。…法的確実性の問題にとっては、行為者には法益の侵害が重要なのか、それとも行為者は法益の侵害を自己の行動の確実な帰結と予見したのかで相違はない。行為者は両者の場合で保護法益にとって危険なのである。道路交通の観点からは、自動車はそのナンバーに基づいて信頼できるように個別化されるのがまずもって重要である。したがってナンバーを交換した者は、ナンバー交換が冗談や威圧行動や実際に自己確認を免れる目標でなしたかとは無関係にこの利益を危殆化する。したがって被告人が実際に偽りのナンバーを取りつけたのが、友人に強い印象を与えるためであったことは問題とはならない。被告人はその他の交通関係者や監視する警察の欺罔によってえられる確実な帰結を知っていたからである」として、欺罔 Absicht は *dolus directus 1. Grades* の意味で要求される必要はなく、法の外部にある結果を求めても法的取引の侵害を自己の行動の確実な帰結と予見していれば「法的取引において欺罔するために」にあたるとして、*dolus directus 2. Grades* すなわち広義の欺罔 Absicht の意味で足りるとした。

その後の諸判決はこれにしたがい、欺罔 Absicht は *dolus directus 2.*

Grades で足りるとしており¹⁶¹、またここでの基本的考え方は現在の通説と一致するものである。

2 学説の状況

(1) 通説は、支払期日事例やナンバープレート事例と同様に、欺罔 Absicht については *dolus directus 1. Grades* までを要求する必要はなく、*dolus directus 2. Grades* で十分とする。ここでの Absicht は、*dolus directus 1. Grades* と *dolus directus 2. Grades* の両者を含むことになる。すなわち、行為者が結果の発生を求めた、つまり行為者が *dolus directus 1. Grades* でもって行為した場合には、行為者が結果の発生が確実であると予見する必要はなく、単にその可能性を認識さえすればよい。その逆に、結果が確実に発生すると行為者が認識していれば、行為者はこれを求める必要はないことを意味する¹⁶²。一般的な見解によれば、法的取引における欺罔ではドイツ刑法 267 条で保護される本来的な法益侵害が問題となり、欺罔 Absicht は行為者の動機や心情は問題とならない超過的内心傾向である¹⁶³。なお、欺罔 Absicht は法的に重要な効果を求めることが唯一の目

161 例えば、BGH NStZ 1999, 619. は、「不真正文書や偽造文書においては行使による法的に重要な態度の惹起に関しては直接的故意 (*direkter Vorsatz*) を前提とする」としつつも、被告人は「偽造小切手の行使による錯誤の惹起を自己の態度の確実な帰結と予見しただけではない。むしろ被欺罔者に法的に重要な態度をとらせること、すなわち小切手詐欺のこの目的のために使用する口座への入金を達成することが重要であり、法的取引における欺罔のために行為した」とするが、これはむしろ *dolus directus 1. Grades* の存在した事案であるといえよう。

162 Wolfgang Ruß, *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar*, Bd. 6, 12.Aufl., 2010, §164Rn.31.

163 Eser, a.a.O. (Anm.58), S.216; Lenckner, a.a.O. (Anm.23), S.1890; Mahl, a.a.O. (Anm.22), S.83; Friedrich Dencker, *Zur Täuschung im Rechtsverkehr*, Festschrift für Erich Samson, 2010, S.285; Franz Zieschang, *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar*, Bd. 9/2, 12.Aufl., 2009, §267Rn.263ff; Peter Cramer/Günter Heine, a.a.O. (Anm.10), Schönke/Schröder, §267 Rn.91; Puppe, a.a.O. (Anm.18), §267Rn.102. は、偽りの生年月日を記載した者が、結婚相手に若く見られることが第一に重要であるとしても、法的取

的である必要はない。また欺罔結果それ自体が違法である必要はなく、偽造した領収書で苦情の要求を回避したり、債権者からえた正当でない領収書を実際に支払われた額に変更しても、欺罔 Absicht は認められる¹⁶⁴。

(2) 欺罔 Absicht について *dolus directus 2. Grades* で足りるとする根拠としては概ね二点に集約することができる。まずは *dolus directus 1. Grades* と *dolus directus 2. Grades* は不法の内容として同置であることがあげられる¹⁶⁵。これは、法的確実性にとっては、法益侵害が行為者に重要なのか行為者が侵害を確実であると予見したかでは相違がなく、いずれの場合も法益侵害にとっては危険である¹⁶⁶とされたり、*dolus directus 2. Grades* においては、Absicht の特徴をなす行為を決定づける目標表象が欠けているが、構成要件はいずれにしても実現することは確実であるから、両者の間で不法と責任の内容は同価値である¹⁶⁷とされている。刑法 267 条の保護法益は一般的な見解によれば法的取引の確実性と信用性であるが、行為者にとって証明力の妨害が重要なのかそれとも行為者がこれを自己の行動の確実な帰結にすぎないと予見したかでは、前者の意思の強さと後者の知の強さは対応しているために行為者の行動の不法内容は両者の場合で同じであって法益に相違はない¹⁶⁸ことになるが、このような解釈は法益保護を理由として許される拡大解釈であり、理論的に完全には説得力がないとしても、歓迎すべきことである¹⁶⁹とされる。

引において欺罔したといえるが、それは、法的取引における欺罔では法益の本来的な侵害が問題であり、行為者の動機や心情の特徴は問題ではないからとする。

164 Zieschang, a.a.O. (Anm.163), §267Rn.270.

165 Gehrig, a.a.O. (Anm.22), S.86; Horst Schröder, *Aufbau und Grenzen des Vorsatzbegriffs*, Festschrift für Willhelm Sauer, 1949, S.223; この点は、ナンバプレート事例でもあげられている。

166 Lenckner, a.a.O. (Anm.23), S.1893; Gehrig, a.a.O. (Anm.22), S.87; Mahl, a.a.O. (Anm.22), S.84.

167 Jeschek/Weigend, a.a.O. (Anm.10), S.298; Sternberg-Lieben, a.a.O. (Anm.10), Schönke/Schröder, §15Rn.68.

168 Lenckner, a.a.O. (Anm.23), S.1892.

169 Klaus Geppert, JK 1999, StGB§267/25.

欺罔 Absicht を *dolus directus 2. Grades* で足りるとする第二の根拠としては職業偽造者の問題があげられる。顧客から依頼を受けて偽造文書を作成する職業偽造者にとっては、これを売却して利益をえることだけが重要であって、当該偽造物を使ってその後に行われる欺罔は重要でなく、これは自己の行動の必然的で確実と予見される帰結にすぎない。つまり、欺罔行為を自らまたは自己の利益のために他人を通じて行おうとする者だけが *dolus directus 1. Grades* を有すると考えられるので、特に自己の顧客に偽造文書を委ねる職業偽造者は法的取引において欺罔することを意図していない、すなわち狭義の欺罔 Absicht を有するものではない¹⁷⁰。この偽造者が行使の幫助でしか処罰できないとすれば（ドイツ刑法 27 条により刑が減輕される）、この結論は満足のいくものではなく¹⁷¹、このような職業偽造者を文書偽造罪で捕捉するためには Absicht の内容は *dolus directus 1. Grades* に限定することは許されず、*dolus directus 2. Grades* で十分としなければならないのである。

なお、Absicht を *dolus directus 2. Grades* とすることについては、文書偽造罪の三つの行為類型の比較からアプローチする手法も主張されている。すなわち、文書偽造罪において本来的な法益侵害の既遂を被害者への欺罔や法的に重要な態度と考えるのであれば、偽造物の行使は本来的な法益侵害の未遂であると構成することも可能といえるから、第三類型は未遂の段階を書き改めているといえる。こうして未遂段階を既遂へと引き上げる犯罪類型においては主観的構成要件の超過部分にとっては未必的認識で十分でないとする事は望ましくかつ刑事政策的にも主張できるであろうが、これに対して結果発生を確定的に認識しているという形態での直接的故意を除外することには説得力のある理由を見出すことはできない。それは、自己の行動の必然的な帰結として文書の証明力の妨害が生じることが確実であると認識して偽造文書を行使した者は、名宛人を法的に重大な

170 Puppe, a.a.O. (Anm.18), §267Rn.102.

171 Lenckner, a.a.O. (Anm.23), S.1891.

態度へと決意させることが重要である者ほどの当罰性がないとはいえないからである。このような結論は第一、第二類型についても妥当すべきであり、ここでは偽造文書の作成は予備行為にすぎないが、第一、第二類型が第三類型と同価値であるとすれば、Absicht も同じ意味を有していなければならないからである。すなわち、行為者が偽造文書を自己の目的のために作成すれば、行為者は当該文書を行使する意思を有さなければならないが、その他の点では、行為者が法的取引における欺罔を行使の確実な帰結であると予見すれば、これが行為者には重要でなくてもよい。行為者が文書を他人の目的のために偽造すれば、第三者による行使が法的取引における欺罔へと至ることの確実な認識で十分であり、これが行為者の行為の最終目標や中間目標である必要はない¹⁷²。

(3) 文書偽造罪の欺罔 Absicht を *dolus directus* 2. Grades で足りるとする判例通説に対しては、詐欺罪における利得 Absicht の議論ほどの一致はみられず、強い反対説が主張されている。まずは白地手形裏書き事例と同様に、267 条では行為者がまさに「法的取引における欺罔のために」行為することが要求されることからすると、基本法 103 条 2 項の罪刑法定主義の観点から「欺罔するために」の文言を重視し、欺罔構成要素に関して行為者に *dolus directus* 1. Grades を要求すべきとする見解が主張されている¹⁷³。Absicht 概念の本来的な意味を考慮すれば、当然ともおもわれる主張といえる。

しかし、このような Absicht 概念の限定に対しては、法的取引における欺罔では 267 条で保護される本来的な法益侵害が問題であり、行為者の動機や心情の特徴は問題ではないと考えられる¹⁷⁴ため、*dolus directus* 1.

172 Lenckner, a.a.O. (Anm.23), S.1891f; これに対して、Dencker, a.a.O. (Anm.163), S.287. は、未遂との関係から、法律が *dolus directus* を要求していない以上は、*dolus eventualis* で十分とすることも正当であるとする。

173 Hoyer, a.a.O. (Anm.64), SK, 45. Lfg., 6. Aufl., 1998, §267Rn.92.

174 Dencker, a.a.O. (Anm.163), S.290. は、かつて規定されていた「違法な Absicht」について、法的に重要な被害者の態度が狭義の Absicht で求めら

Grades を求める犯罪類型とは異なる、白地手形裏書き事例判決は、これが出された直後から批判の対象とされており¹⁷⁵、そのために、その後のナンバープレート事例で Absicht の内容に変更が加えられたものと評価されている¹⁷⁶。

職業偽造者の問題がこの批判に加わる。ここで強度の主観的要素を要請すると、当罰的な場合が可罰性から除外されることになってしまう¹⁷⁷からである。そうすると、欺罔行為を自らまたは自己の利益のために他人を通じて行おうとする者しか Absicht を有さないとするのでは Absicht の範囲はあまりに狭く¹⁷⁸、Absicht として dolus directus 1. Grades を要求すると、職業偽造者が第三者から依頼を受けて任務を遂行する場合はこれを捕捉できないことになってしまう。それは、第三者が偽造文書を現実に欺罔目的をもって用いるかどうかは偽造者には通常はその行為の目標とすることのない無関心の事項だからである。ここで dolus directus 1. Grades を要求すると、267 条 1 項の構成要件を偽造類型と行使類型に分類した文書偽造罪の本質的な目標を無にすることとなり、このような解釈は退けられるべきである¹⁷⁹。

なお後述するように、Absicht で dolus directus 1. Grades を要求して職業偽造者が第三者による文書の行使を助けた幫助犯としてしか処罰できないのでは納得がいかないことから、少なくとも偽造文書の作成が自己目的ではなく第三者目的でなされた場合は、当該第三者だけが目標に向けられた行為の意味で Absicht を有していれば、偽造は「法的取引において

れるべき財産上の利益や他人の損害を達成するための必要な中間目標ではないとして、Absicht を dolus directus 1. Grades と解する必要がないことを主張する。

175 Lenckner, a.a.O. (Anm.23), S.1890ff; Peter Cramer, Anmerkung, JZ 1968, S.30ff.

176 Dencker, a.a.O. (Anm.163), S.284.

177 Mahl, a.a.O. (Anm.22), S.79ff.

178 Puppe, a.a.O. (Anm.18), §267Rn.102.

179 Volker Erb, a.a.O. (Anm.64), MK, §267Rn.209.

欺罔するために」なされたとする見解も考えられ、その限りでは第三者のための偽造においては行為者が第三者の欺罔 Absicht を知っていれば十分であるとする¹⁸⁰ものである。しかし、これでは偽造者自身が欺罔が重要でなければならないとする命題が部分的にでも放棄されてしまうことは否定できない¹⁸¹ことになる。こうして職業偽造者を文書偽造罪の正犯として処罰するためには¹⁸²、Absicht はここでは dolus directus 1. Grades では不十分というべきである。

そして、「欺罔するために」の用語は、一般的な言語使用でも法的に目標として向けられた努力を必要とするものではない。文書の作成は欺罔の予備行為として処罰されるが、文書がこれに役立つことが確実であると予見し、行為者がこれを重要としなくても、問題となってくるのである¹⁸³。

(4) 反対説の第二としては欺罔 Absicht の内容としては未必的認識すなわち dolus eventualis までを認めなければならないとする見解が強く主張されている¹⁸⁴。まずは、既遂の早期化は、構成要件において主観的要素が客観的要素を対应的に充足していないからといって主観的要素を強めることの要請と結びつく必然性はなく、また文書の不真正さだけが欺罔されなければならないことから、偽造文書が法的に重要な事項について他者が行使することの確実性ではなく可能性しか認識していない場合も考えられる¹⁸⁵。例えばナンバープレート事例では、偽造ナンバープレートへ

180 Reinhart Maurach/Friedrich-Christian Schroeder/Manfred Maiwald, Strafrecht Besonderer Teil Teilband 2, 9. Aufl., 2005, S.206; Jakobs, a.a.O. (Anm.10), S.280; Gehrig, a.a.O. (Anm.22), S.88f; vgl. Lenckner, a.a.O. (Anm.23), S.1891.

181 Lenckner, a.a.O. (Anm.23), S.1891.

182 Wolfgang Joecks, Studienkommentar StGB, 9. Aufl., 2010, §267Rn.86. はこれを刑事政策的背景とする。

183 Mahl, a.a.O. (Anm.22), S.83f; Erb, a.a.O. (Anm.64), MK, §267Rn.209. も、「欺罔するために」は強制的に狭義の Absicht を表す必要はなく、目標に向けられた意図という入口の下で行為に内在する傾向を記述しようとする。

184 Cramer, a.a.O. (Anm.175), S.30ff; Freund, a.a.O. (Anm.153), S.87; Puppe, a.a.O. (Anm.18), §267Rn.103; Erb, a.a.O. (Anm.64), MK, §267Rn.267.

185 Puppe, a.a.O. (Anm.18), §267Rn.103.

の交換は、偽造文書が法的取引において欺罔するために役立つという帰結と必然的に結びつくものではなく、むしろ当該自動車を運転した行為者が警察その他の交通関係者に認識されたのは偶然にすぎず、当該自動車で道路を走行したときに警察の検問を受けるとは被告人の表象によれば確実ではなかった。自動車が事故で毀損したり交通関係者の注意を引き起こして自動車の同一性や登録地に関して欺罔がなされるなどの可能性はあったが、これも確実ではなかった。したがって裁判所は、法的取引における欺罔に関して *dolus eventualis* でも十分とするか、文書偽造罪としては無罪を言い渡すかの選択に立つことになったのであり、法的取引において欺罔するためにに関して *dolus eventualis* でも行為しうると認めることをなぜ裁判所が拒絶したのか理解できない¹⁸⁶。

偽造文書を法的取引で使用することが重要ではない職業偽造者の問題については、文書偽造では *dolus directus* 1. Grades と *dolus directus* 2. Grades のいずれでも捕捉することのできない事態が存在することから、*dolus directus* 2. Grades で足りるとする *Absicht* 概念では狭すぎるのであって、*dolus eventualis* を「欺罔するため」の行為へ取り込むことによって初めて解決することができる¹⁸⁷とする。すなわち、職業偽造者が、自己の製品が違法に使用されるものではないと顧客から告げられるとともに、自分自身でも製品が法的取引において欺罔するために使用されることが重要でもなくまたその確定的認識もなかったが、顧客が欺罔することはありうるとして受け入れる場合も考えられる事態であり、この可能性が防止するために禁止されるほど重要であると評価されるのであれば、主観面において *dolus directus* 2. Grades やさらには *dolus directus* 1. Grades しか要求しないのは正当とはいえないであろう¹⁸⁸。このような者にも保護法益に違反する行為傾向は存在しているため、法律の文言内容上では、

186 Puppe, a.a.O. (Anm.27), AT, S.334.

187 Freund, a.a.O. (Anm.153), S.86.

188 Freund, a.a.O. (Anm.153), S.87.

Absicht に認識的側面を取り込みことほどの強い負担がかけられるものではない。dolus eventualis の取り込みによってしか職業偽造者における処罰の間隙を信用できるほどに取り除くことはできないが、それは、例えば他人のために偽造された運転免許証を作成した者は、自己の顧客が交通検問にあたり偽造品が欺罔目的で実際に使用されることについて、dolus directus 1. Grades だけでなく dolus directus 2. Grades をも有する必要はないからである¹⁸⁹。

Absicht という言語使用上の問題について、「欺罔するために」が「欺罔 Absicht でもって」の意味であるとすれば、通説は欺罔目的のある行為者の行為を要求するのか、それとも Absicht 概念の一般的に行われている日常言語上の意味を飛び越えるのか、いずれを採用するのか板ばさみに陥ってしまうことになる。広義の Absicht という新たな概念を用いて、これによって言葉の日常使用の意味から離れてしまうと、「Absicht でもって」概念や「欺罔するために」概念を一般の故意と同置しないことにも理由がないこととなる^{190 191}。

189 Erb, a.a.O. (Anm.64), MK, § 267Rn.209; Gehrig, a.a.O. (Anm.22), S.90. が、dolus directus の二つの形式と dolus eventualis の段階づけが可能かどうかを疑問視することから、目標に向けられた行為であっても結果は可能としか表象していない場合もあり、また結果発生が確実と予見しても結果を求めていない場合もあるから、結果発生の確実な予見と可能性の予見とで可罰性をわけるとは考えられないと帰結するのも、このような趣旨につながるものとおもわれる。

190 Puppe, a.a.O. (Anm.27), AT, S.334; Dencker, a.a.O. (Anm.163), S.286ff. は、Absicht がどのような心理的態度を表しているかについて刑法上の規定は何も述べていないこと、欺罔から被害者が法的に重要な態度をとるであろうと行為者が考慮した場合、dolus directus 2. Grades を要請すれば、この場合が処罰対象から除外されることになるうが、故意論の領域では行為者が別の目的のために行為したことだけを理由として故意を否定することはありえないので、ここでもこれを処罰対象から除外するだけの理由は見出すことができないと指摘する。

191 Puppe, a.a.O. (Anm.18), § 267Rn.102f. は、法的取引における欺罔では 267 条で保護される法益の本来的な侵害が問題であり、行為者の動機や心情の特徴は問題ではないので、狭義の欺罔 Absicht と理解する必要はないとし（狭義の Absicht は欺罔行為を自らまたは自己の利益で他人を通じて行おうとする者しか有さない）、特に職業偽造者は狭義の欺罔 Absicht を自らは抱き

これらの理由づけについては、論者が Absicht 一般について、主観的構成要件として存在する違法要素に関しては既遂の前置化は主観的要素の要請を強くする理由とはならず¹⁹²、日常用語上の意味における Absicht 概念は、dolus eventualis と同様に dolus directus 2. Grades をも含んでおらず、既遂時期を前置化するという立法者の目的からは dolus directus 2. Grades が排除されていないのと同様に dolus eventualis も排除されていない¹⁹³とするところからも理解しうる¹⁹⁴ものといえよう。

こうして論者は最終的に次のように主張する。文書偽造罪では、第二行為に関する主観的構成要件にはその他の故意犯以上の高度の要請をすべきではない。第二行為が本来的な法益侵害を記述していることからすると、不完全な二行為犯は予備罪といえる。予備罪においては未遂と同じく法益侵害の単純な故意で十分としなければならない。一般的な故意概念は結果を惹起するのに有益な態様をとることをすでに含んでいるが、それからすると、構成要件の本来的な不法結果に関して Absicht や dolus directus 2. Grades について追加的な要請をすることは完全にその正当性を失っている。日常用語上の意味の Absicht がそのような故意概念になお付け加えるのはもはや結果の希望にほかならないからである。そのような希望に構成要件該当の不法は依存すべきではない。Absicht が違法要素として実質的な正当性を有しないのであれば、dolus directus 2. Grades もそのよう

えない)、さらに、「um zu」の用語使用は超過的内心傾向を導く機能を有するにすぎず、それについて日常用語は「um zu」と別の結びつきを提供するものではないことから、法的取引における欺罔に関して dolus eventualis で十分ではないと理解することはできない、とする。

192 Puppe, a.a.O. (Anm.18), §15Rn.108.

193 Puppe, a.a.O. (Anm.18), §15Rn.109.

194 Günter Stratenwerth/Lothar Kuhlen, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl., 2011, S110. は、欺罔 Absicht はここでは事態によれば偽造物の目的の認識にある。それは、たとえ欺罔に役立つような状況が発生し、その限りで故意が未必の故意であるかどうかはなお決定されていないとしても、であるとして、通貨偽造罪における偽貨を流通に置くことを可能とする Absicht は目標に向けられた意思を必要とするが、それ以外の断絶された二行為犯では全て Absicht は dolus eventualis で足りるとする。

なものをも有しない。dolus directus 2. Grades は Absicht と結びついているからである¹⁹⁵。

(5) このように Absicht を dolus eventualis で足りるとする見解に対しては通説の立場から、欺罔する「ために」行為する者は、欺罔を目的としたり、欺罔結果の発生が少なくとも確実であると考慮に入れており¹⁹⁶、Absicht の中に dolus eventualis を含める解釈は Absicht 概念の自然な言葉の意味や罪刑法定主義（基本法 103 条 2 項）に矛盾する¹⁹⁷、dolus eventualis では、法益の危殆化は、行為者が法的取引への効果を所為の時点ですでに確実であると予見したり求める場合ほどは明らかでないから可罰性として十分とすることはできず、dolus eventualis と dolus directus とを同置することはできない¹⁹⁸、通常では単なる予備行為にすぎないものを処罰するこの種の犯罪では、客観的構成要件の弱さは犯罪所為の不法内容をそれに対応する強い主観的側面によって初めてえることができることを考慮すべきである¹⁹⁹、犯罪遂行の初期段階において最も弱い故意形式である dolus eventualis では可罰性としては十分とすることはできない²⁰⁰、この見解によれば、自慢するために小切手を偽造した者が、自己の部屋の貸主が小切手を見て部屋代を猶予するとの印象を抱くこともありうると考えれば欺罔 Absicht が認められるし、職業偽造者が自分の偽造したパスポートを悪意の購入者に売却したが、購入者がこれを法的取引に持ち込むことは偽造者には確実ではなかったが、欺罔に使用されることもありうると考えれば欺罔 Absicht が認められることになってしまう²⁰¹、との反論があげられている。

195 Puppe, a.a.O. (Anm.27), AT, S.335.

196 Geppert, a.a.O. (Anm.169), JK 1999.

197 Gehrig, a.a.O. (Anm.22), S.90; Geppert, a.a.O. (Anm.169), JK 1999; Witzigmann, a.a.O. (Anm.10), S.491.

198 Gehrig, a.a.O. (Anm.22), S.91.

199 Samson, a.a.O. (Anm.15), S.454.

200 Gehrig, a.a.O. (Anm.22), S.91.

201 Samson, a.a.O. (Anm.15), S.454.

(6) なお、Absicht は *dolus eventualis* で足りるとする見解を修正するものとして、関与者が複数人おり任務を分担することで一方が行為をし他方が計画するなど両者が分裂する場合として職業偽造者の事例をあげ、ここで二つの *dolus directus* に固執すると、中立的な目標のために他人の計画の準備をする行為者や、他人の計画の成功を認識していない行為者を捕捉できなくなってしまうため、任務が分担されていまだなされていない行為にとっては *dolus eventualis* でよいとするものの、これだけでは危殆の特徴をなす計画関連がなくなってしまうので、補足的に他の関与者が実行を本来的な意味で *beabsichtigen* していることの認識を要求する見解²⁰²が主張されている。

これに対しては、この提案は一貫的ではなく、刑法上の帰属の一般規則にも矛盾する。すなわち、日常言語上の意味での Absicht の意味で欺罔するためにという表現を理解して、結果の意図や望みという要素に固執すると、この意思要素を他者の意思の認識によって補うことはできない。他者の故意や Absicht の認識は一般的な帰属論によれば幫助の可罰性を理由づけるにすぎず、これは Absicht の認識が十分具体的な場合だけである。注文者がどのような目的でまたどのような状況で偽造文書を用いようとするのかを職業偽造者は知る必要はない。このように文書偽造の幫助の可罰性を注文者の欺罔 Absicht に基づかせようとするのであれば、その可罰性は疑わしい²⁰³との批判が加えられている²⁰⁴。

202 Jakobs, a.a.O. (Anm.10), S.280; Gehrig, a.a.O. (Anm.22), S.89f. も同様に、この場合の重点は法益に危殆化にあるから、結果に対する行為者の態度は重要ではなく、第三者の Absicht の認識が行為者の Absicht と同置されるとし、第三者の Absicht の認識とこれが法的取引における欺罔へと至ることの未必的認識があれば可罰性を肯定してよいとする。

203 Puppe, a.a.O. (Anm.27), AT, S.334f.

204 その他に、Dencker, a.a.O. (Anm.163), S.293f. は、欺罔 Absicht は結果の発生すなわち故意の予測要素としか関係しないので、欺罔に条件づけられた被害者の態度の実現に関して *dolus eventualis* 以上のものを要求する理由はないとしつつも、これに加えて、実際は本来的な法益侵害に対して予備の領域にあると考えられる行為を既遂犯として刑罰を科すのであれば、「本来的な

3 虚偽告発罪における巻込み Absicht

(1) 虚偽告発罪 (ドイツ刑法 164 条 1 項) は、「他の者に対し官庁の手続又は官庁のその他の措置を開始させ又は継続させる Absicht」すなわち手続へと巻込む Absicht で、他の者に対して違法な行為又は職務義務違反の嫌疑をかける行為を処罰する犯罪類型である。虚偽告発罪は、法益侵害の惹起が客観的構成要件行為を超えて行為者または第三者のさらなる行為を必要とするのではなく、客観的行為が超過的内心傾向と関係する結果を惹起する類型であるため、ここでは行為は法益侵害により接近し、法益の危殆化はより徹底しており、可罰性にとって行為者の意思方向は重要でない²⁰⁵。このような論理から新二分説のこれまでに述べてきた論法を虚偽告発罪に妥当させると、巻込み Absicht は *dolus directus 2. Grades* の意味で理解されることになる²⁰⁶。旧二分説では偽造罪と虚偽告発罪はそれぞれ不完全な二行為犯と短縮された結果犯の代表的な犯罪類型と位置づけられているが、両者は可罰性を早期化することとは無関係に所為が法益を危殆化したにすぎない段階で Absicht が関与する²⁰⁷ため、新二分説から Absicht の内容に関しては一致することになる。

法益侵害の終了未遂」遂行のための確たる意思が要求されるという意味で、この「既遂」と関係的に Absicht 要素は理解されなければならない。これによって職業偽造者が無罪とされる危険は解消される。偽りの物を作ったという予備活動のままで放置しておくのではなく、完成した文書を偽造したというのであれば、そのような意思の確定は困難ではないからであるとして、予測には偽造物を自ら使用するか、第三者の法的に重要な態度を引き起こすかもしれない他者にこれを譲渡するといった偽造者の確実な決意が必要であると主張するが、この見解も *dolus eventualis* としての Absicht を修正する方向を志向するものといえよう。

205 Gehrig, a.a.O. (Anm.22), S.102.

206 Rengier, a.a.O. (Anm.27), S.492; Theodor Lenckner/Nikolaus Bosch, a.a.O. (Anm.10), Schönke/Schröder, § 164Rn.32; なお、Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, a.a.O. (Anm.65), S.1210. は、ここでも Absicht 解釈は困難であるとする。Ruß, a.a.O. (Anm.162), § 164Rn.31. も同様に主張し、本罪の意味と目的から解釈されなければならないとする。また、Maurach/Schroeder/Maiwald, a.a.O. (Anm.180), S.482. は、Absicht による限定機能はじつにわずかであるとする。

207 Mahl, a.a.O. (Anm.22), S.79.

巻込み Absicht の内容に関する判例についてみると、当初は虚偽告発罪の犯罪類型が現在とは異なり Absicht 犯罪としては規定されておらず、行為者は被嫌疑者が無実であることについて確定的認識 (wider besseres Wissen) を有していることを明文で要し、それ以外の客観的構成要件要素については未必的認識で足りるとされたことから、通常の犯罪と同様に行為者が誰かに嫌疑をかけさせた行為が結果として刑事手続へと至る可能性を認識すればよかった²⁰⁸が、1933年の改正によって巻込み Absicht が導入されることによって、主観的構成要件は狭く把握されることとなった²⁰⁹。

例えば、行為者が恋人を結婚へとつき動かすために、この恋人に対して自分は母親から不動産を相続したが、この不動産を親族が不法に奪おうとしていると虚偽の事実を述べて、恋人に迫られてこの親族を告発した（これによって捜査が着手されはしたが維持することができずに中止された）という事案（偽相続人事例）²¹⁰で、巻込み Absicht については「未必的認識は疑うことなく排除されている。…Absicht は、学説の一部で行われているように、結果の表象が行為者をして所為へと決定づけなければならないという意味での行為の動機と同置することはできない。164条1項では Absicht は構成要件の本来的な結果つまり官庁の手続の惹起と関係するので、行為者の意思がこれに向けられていればそれで十分である。行為者がそれを超えてさらなる目的を追求したことや、その表象が行為者をして行為へと動機づけたことは重要ではない」「164条1項の Absicht のもとは特定の故意が理解されるべきである。これについては、自己の虚偽の告発が官庁の手続を惹起することになり、その動機が別の法の外部にある結果の表象であったとしても、自分がこれを望んでいると行為者が知っていればそれで十分である」「告発状を提出した被告人の動機は、警察の尋問

208 RGSt8, 162.

209 Gehrig, a.a.O. (Anm.22), S.102; 立法の変遷については、Winrich Langer, Die falsche Verdächtigung, 1973, S.13ff.

210 BGHSt13, 219.

における真実でない告発の維持というよりも、恋人との関係の確保であった。被告人はこの目標を他では達成することができなかつたゆえに、告発によって被嫌疑者に対する官庁の手續を惹起しようとした。したがって被告人にはこの結果が重要であった」。ここで連邦通常裁判所は、Absichtとしては行為者の意思が結果に向けられていることを要求していることから、dolus directus 1. Grades を必要としたと解釈できそうだが、その実態は dolus directus 2. Grades を意味するものと考えられる。この両者の関係については、Absicht と動機を同置することはできないと判示するとともに、目標の達成や手段の利用が一定の帰結と必然的に結びついていると意識して行為した行為者はこの結果を「自己の意思に取り入れた」と評価されている²¹¹との主張がみられる。

偽相続人事例では自分は豊かな相続人であるという恋人に対する嘘を行為者は維持しようとしたかったが、この目標を達成するために行為者は偽りの遺産略奪者に対する刑事告発を行うようにとの恋人の要請にしたがわなければならなかつた。この刑事告発を被嫌疑者に対する捜査手續にまで至らせることは、行為者によって計画された因果経過の構成部分ではなかつた。たとえ告発状が配達途中でなくなったり検察官がこれに従事しなかつたとしても、行為者は自己の目標を達成したであろうから、ここでは dolus directus 1. Grades の意味での Absicht は存在しない²¹²。検察官が告発に基づいて捜査手續を開始するであろうということは高度に蓋然的であった。この行為の帰結を被告人が主たる目的としてであろうが、さらなる目的のための手段としてであろうが、付随目的としてであろうが、望まれていたのかいなかつたのかは、被告人の遂行した不法とその可罰性にとっては重要でないものといえる²¹³。

次に、自動車運転時にスピード違反を犯した行為者が、レーダー測定に

211 Puppe, a.a.O. (Anm.27), AT, S.327.

212 Puppe, a.a.O. (Anm.27), AT, S.327.

213 Puppe, a.a.O. (Anm.27), AT, S.336.

より撮影された運転者の写真が添付された質問票が送付された際に、自分は違反を犯していない、当日の運転者は別人の A であると回答した（後日行為者は写真の人物は自分であることを認め、A に対する告発を取下げた）という事案（スピード違反事例）²¹⁴で、「主観的構成要件の充足に必要とされる Absicht は、行為者が他の者に対する官庁の手續又は官庁のその他の措置の開始を目的としていたり (dolus directus 1. Grades) や、官庁によるそのような活動が自己の不適切な主張の必然的な帰結となるのが確実であると知っている (dolus directus 2. Grades) 場合にのみ存在する」とした。これは、ここでの Absicht は dolus directus 2. Grades で足りることを明確に示した判決と評価されている²¹⁵。

(2) 虚偽告発罪の巻込み Absicht について学説は、dolus directus 1. Grades を要求する見解がある。つまり、ここでの Absicht は手續や措置の開始という目標として向けられた意思と理解するもので、行為者がこの目標を中間目標として求めればそれで十分であり、これは Absicht という文言の自然な言葉の意味から導かれるものである²¹⁶、とする。また手續が進行し始めるであろうとの予見すなわち未必的認識、すなわち dolus eventualis で足りるとする見解もこれまでの論理からすると十分に考えられるであろう²¹⁷。

214 OLG Düsseldorf NSTz-RR 1996, S.198.

215 Mahl, a. a. O. (Anm.22), S.81; Ruß, a.a.O. (Anm.162), § 164Rn.31. は、Absicht に dolus directus 2. Grades を含めることで、本罪の保護目的が有効的に機能することになるとする。

216 Winrich Langer, Aktuelle Probleme der falschen Verdächtigung, Goltammer's Archiv für Strafrecht, 1987, S.305; Thomas Vornbaum, a.a.O. (Anm.63), NK, § 164Rn.64. も、Absicht という言葉の自然な意味から、Absicht は手續や措置の開始という目標として向けられた意思と理解すべきであり、行為者がこれを中間目標として求めれば十分であるとする。また、Johannes Wessels/Michael Hettinger, Strafrecht Besonderer Teil 1, 35. Aufl., 2011, S.206. は、被嫌疑者に対する捜査手續の開始は、告発者によって求められた最終目標へと至る過程の中間目標であるとの記述があることから、同様の趣旨とおもわれる。

217 Puppe, a.a.O. (Anm.27), AT, S.325ff. は、偽相続人事例を基にして故意論を検討しているが、Absicht は dolus eventualis とするものであろう。

これに対して、Absicht を *dolus directus 2. Grades* と解する通説は、以下のことを理由とする。まずは、164 条の構成要件行為はそれだけで司法という法益を侵害し、理由のない強制措置から個人の保護を害するところ、付加的な主観的構成要件要素は客観的要素をこえておらず、もっぱら構成要件に該当する法益侵害によって特徴づけられる犯罪類型への影響力を有していない。したがって Absicht は犯罪類型を変更するのではなく、結果に対して危険性があるにすぎない行為（つまり未必的認識）を処罰から除外しようとするものである。また、1933 年改正は、主観的要素として *wider besseres Wissen* 以外の要素は *dolus eventualis* で足りるとするそれ以前に妥当とされていた法解釈を、立法者が意識的に変更したものとみるべきであり、その後の改正においても 164 条は本質的な変更がなされなかったことは、立法者が Absicht をここであげたような判例にしたがって理解しようとしたことは当然とおもわれる。そして、訴追官庁の嫌疑を他人に向けることで自分からそらすことが重要な者の可罰性が問題となるが、第三者の手の開始は重要でもなく必要な中間結果でもない、行為者から嫌疑が逸れる前提は第三者に嫌疑を向けることであり、その結果開始される手続は付随結果にすぎないが、このような事態が自分にとって具合が悪いことを承知の上で何の措置もとらない者を可罰性から排除することは正当とはいえないであろう。さらに、不正な権利行使に対する国家司法と無権限な強制措置に対する個人の保護という 164 条の保護法益の危殆化は、行為者の虚偽告発で追求する目標に依存することではなく、行為者が意識的に他の者を刑事手続へと巻き込めば、行為者にとってこのことが重要でなくても、行為者は当罰的であると考えられる²¹⁸。

五 犯人庇護罪における利益確保 Absicht - 新二分説における例外的取扱い

(1) 新二分説では、Absicht が保護法益の外部に位置する事態に係す

218 Roxin, a.a.O. (Anm.10), S.442; Gehrig, a.a.O. (Anm.22), S.102f; Mahl, a.a.O. (Anm.22), S.82.

る場合は Absicht により可罰性が限定され、dolus directus 1. Grades が要求されるのに対して、Absicht が保護法益に向けられて犯罪成立時期が早期化される場合は可罰性が拡大され、dolus directus 2. Grades で十分であるとされる。しかしこれは Absicht 犯罪一般にいえることではなく、あくまでも一応の目安を提示しているにすぎず、最終的には個々の Absicht 犯罪の各論的考察から Absicht の内容は導き出されるべき問題であることはすでに述べたとおりである。そこでは Absicht の内容について例外的な取扱いをする類型が存在することが当然のこととして承認されるべきであり、その典型が犯人庇護罪（ドイツ刑法 257 条 1 項）である²¹⁹。これは、違法な行為を行った他の者（本犯者）に、犯行の利益を確保させる Absicht で、本犯者を援助することを処罰の対象とするものである。

犯人庇護罪では本来的な法益侵害は Absicht による利益確保に存するため、Absicht は行為者の動機を記述するものではなく、法益侵害がいまだ発生していない段階での処罰の早期化を目指したものであるから、この犯罪は後者の類型に属し、したがってここでの Absicht は dolus directus 2. Grades で足りるとするのがこれまでの議論の流れといえる²²⁰。

これを支持する見解もある²²¹が、判例通説は、利益確保 Absicht につい

219 この点については、伊藤亮吉「価値中立行為と目的犯 - 迷惑防止条例における客待ち規定を中心として -」名城法学 60 巻別冊（平成 22 年）169 - 195 頁において若干の考察を試みた。

220 Mahl, a.a.O. (Anm.22), S.139.

221 Lenckner, a.a.O. (Anm.23), S.1894; Roxin, a.a.O. (Anm.10), S.442. は、ここでも虚偽告発罪と同様に、犯罪類型を変更するのではなく、結果に関して危険性があるにすぎない行為つまり未必的認識だけが処罰から除外されているとする。なお、Walter Stree, Schönke/Schröder Strafgesetzbuch Kommentar, 27. Aufl., 2006, §257Rn.22. は、犯罪の既遂には保護法益の実際の侵害は必要でなく、この方向に進む行為で十分であるが、Absicht は構成要件該当行為の方向だけの特徴づけるので、行為者がその方向を求めたのか、自己の行為がこの方向につながるのを確実に表象したのかで可罰性の相違を理由づけることはできないとして、dolus eventualis では足りないが、dolus directus 2. Grades でよいとするが、Walter Stree/Bernd Hecker, a.a.O. (Anm.10), Schönke/Schröder, §257Rn.17. では、利益の確保が行為者に重要でなければならぬと変更された。

て *dolus directus* 1. Grades までを要求する²²²。その理由としては、Absicht の限定によって客観的な犯人庇護の構成要件の射程距離は意味あるように制限される²²³ことにある。すなわち、ここでその根拠としてあげられているのが、幫助との相違である。どちらもまだ結果が発生していない場合を扱っている点では共通だが、犯人庇護が可罰的なのに対して幫助未遂は不可罰であることを考慮すると、Absicht を強く要請しなければ評価矛盾となってしまう²²⁴。また、「援助した」との構成要件は特に中立的であったり広く把握されるため、社会的に相当な行為までがこの規定で捕捉されることになってしまうので、主観的側面を高く要求することで可罰性を限定する必要がある²²⁵。

通説に対しては、これと類似した行為を処罰する刑の免脱罪（ドイツ刑法 258 条 1 項・absichtlich oder wissentlich（意図的に又は事情を知りながら）を規定して未必の故意を排除する）での主張ではあるが、通説によるとそれ自体では問題がなかったり社会的に相当な態度が無価値な

222 Tonio Walter, a.a.O. (Anm.144), LK, § 257Rn.74. は、そのために Absicht は動機として形成されるとする。

223 Rengier, a.a.O. (Anm.40), AT, S.126; Rengier, a.a.O. (Anm.79), S.342; Samson, a.a.O. (Anm.15), S.453f; Witzingmann, a.a.O. (Anm.10), S.491; Karsten Altenbain, a.a.O. (Anm.63), NK, § 257Rn.31; Hoyer, a.a.O. (Anm.64), SK, 52. Lfg., 6. Aufl., 2001, § 257Rn.28.

224 Mahl, a.a.O. (Anm.22), S.140.

225 Gehrig, a.a.O. (Anm.22), S.111f; Vogel, a.a.O. (Anm.14), § 15Rn.88; Karsten Altenhain, a.a.O. (Anm.63), NK, § 257Rn.31; Hoyer, a.a.O. (Anm.64), SK, § 257Rn.28; なお、Puppe, a.a.O. (Anm.27), AT, S.335f. は、ここでも本来的な法益侵害は主観的構成要件にのみみいだされるが、Absicht はこの法益侵害に関する意思側面や行為者の心情への要請を強める理由とはなっていないとして、*dolus eventualis* で足りると主張する。なお、Samson, a.a.O. (Anm.15), S.453. は、特に広い法益侵害に向けられた Absicht が刑罰を強化する機能を有しているもののひとつとして 257 条を問題としているが、その他に間接的な不実記載罪（ドイツ刑法 271 条）をあげている。これは、行為者が基本構成要件（現行の 1 項に相当する）を利益 Absicht や侵害 Absicht で行った場合には、272 条（現行の 271 条 3 項に相当する）で刑を加重するものである。利益 Absicht は特別な行為動機を記述しているため、Absicht としては *dolus directus* 1. Grades が必要であるとする。

Absicht を付け加えることで無価値な構成要件に該当することになってしまふ心情刑法であり、法益保護刑法の基本理解とは一致しない²²⁶と批判が向けられている。しかしこれに対しては、タクシー運転が空港へ向かって運転する場合等の多くの完全に日常的な行為がもしかすると刑罰付与やその執行を免れさせることもありうるので、法は absichtlich oder wissentlich な刑の免脱だけを刑罰に処するとの主張²²⁷を反批判としてあげることができるであろう。

また、犯人庇護の援助だけが特に中立的な行為（ガソリンスタンド係員が獲得物をもって逃走する窃盗にガソリンを販売した）によって遂行されるのではなく、同じことは例えば横領罪（ドイツ刑法 246 条 1 項・代金取立てを依頼された者が指示通りに金銭を取り立てたが、この者は金銭を自ら留めておくことをすでに決意していた）や密猟罪（ドイツ刑法 292 条 1 項・悪意のない散歩者と同じように森の中を歩いていたが、その際に他人の狩猟権にもとにある野生動物を自ら引き込むことを計画した者が野生動物を待ち伏せした）でも考えられるため、この一般問題の解決は、客観的構成要件の中に求められなければならないと、主観的構成要件の中に求められるべきではない²²⁸との主張も存在する。

(2) 判例も Absicht を dolus directus 1. Grades の意味で解することに同意している。例えば、タクシー運転手である行為者が窃盗犯人（前提行為者）と認識しつつ通常の運賃でもってこの窃盗犯人を自分の運転するタクシーに乗せ、盗品を確実にさせた事案（タクシー運転手事例）²²⁹について、行為者にとっては運賃の獲得が重要であったので Absicht を有していないとの主張に対して、「刑法 257 条の Absicht は、犯罪行為の表象が

226 Wolfgang Frisch, Zum tatbestandsmäßigen Verhalten der Strafvereitelung - OLG Stuttgart, NJW 1981, 1569, JuS 1983, S.917.

227 Helmut Frister, Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 2011, S.135.

228 Samson, a.a.O. (Anm.15), S.454. ただし、犯人庇護に限らず一般論として、客観的構成要件の弱くともそれに対応する強い主観的所為側面であって初めて犯罪所為の不法内容がえられることは肯定するようである。

229 BGHSt4, 107.

目標の達成に依存していないとしても、犯罪構成要件の本来の結果、つまり刑の免脱や利益確保と関連している。…行為の動機が重要なのではない。援助によって庇護結果が生じることを知っているだけでは刑法 257 条で有罪判決を下すには十分ではないが、行為者の意思が刑の免脱や利益確保という結果に向けられていて、行為者がこの目的のために庇護行為を行えば、したがって行為者にとってこの結果が重要であればそれで十分である」 「被告人が運賃を獲得するためにタクシーを走行しても、この目標を達成するために窃盗犯人に犯罪の利益を確保させる意思で被告人が行動したことが排除されるものではない。被告人にとっては、このようにしなければえられなかったであろう運賃をこうして稼ぎたいと欲したがゆえに、被告人にはこの結果が大いに重要であった」として、タクシー運転手の利益確保 Absicht が肯定された。

また、盗まれた指輪の買い戻しを所有者から依頼された行為者が、窃盗犯人（前提行為者）から委任を受けて指輪を保管する本犯者の恋人と交渉したところ、行為者は指輪を買い戻したい所有者の利益と窃盗犯人の利益の両方を念頭に置いていたが、どちらの利益が優越するかは明らかとすることができなかったという事案（買い戻し事例）²³⁰ について、「Absicht が意味するのは、行為者は構成要件該当行為ないしは構成要件上前提とされる結果を求めることである。したがって Absicht では認識要素よりも意思要素の方が支配的である。すなわち、自己の行為が一定の結果をもたらすであろうことを知っているだけでは、この結果が同時に求められていないのであれば、十分ではない。これに対して、刑法 257 条の Absicht は、前提行為者に行為の利益を確保させることが行為者の排他的もしくは優先的な目標でなければならないことを要求しない。行為者は自己の行動でもっていくつかの相互に下位の（中間目標や最終目標）または独立的に等価値でも非等価値でもありうる相互に存立可能な目標を追求してもよい。した

230 OLG Düsseldorf NJW 1979, S.2320.

がって、行為者にとって刑法 257 条の前提行為者を援助することが重要で『も』あればそれで十分である」「金銭を提供する者は庇護 Absicht で行為するものではない。というのも、この者は、自己の行動が窃盗犯人の利益に存すると知っているが、この者には利益の獲得が重要なのではなく、自己の排他的な目標（盗品の再獲得）を可能にするためにこれを必然的な悪として甘受しているのである」「もっとも窃盗犯人に金銭をえさせることも被告人には重要であったという事態はそれだけで、被告人は窃盗犯人を刑法 257 条の意味で援助しようとしていたとの非難を正当化するものではない。犯人庇護は被害者に対して向けられている。適法状態の再構築を困難とし所有者の損害を強めることに自己の行動が適していると被告人が意識していたり、被告人がこの結果を目的としていれば、被告人は結果として庇護 Absicht でもって行為をしている。それゆえに被告人が窃盗犯人の利益のためでも、同時に被害者の利益に反して行為しようとしていなければ、被告人には庇護 Absicht が欠けている。…被告人が窃盗犯人に好意的であったということは、被告人は所有者の利益に反して行為をすることが重要であったことを簡単には強制的に推論させるものではない」として、所有者のための取戻しと窃盗犯人の金銭の受取りのいずれの関心が強かったのか証明がなく、利益確保 Absicht に欠けるとして無罪が言い渡された。