

## 目的犯の新たな潮流 (3・完)

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 旧二分説の論拠
  - 3 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、本誌 62 巻 1 号)
- 六 若干の検討 - 新二分説の評価
  - 1 Absicht と動機の関係
  - 2 主観的違法要素としての Absicht と動機
  - 3 法益侵害関連性と Absicht の地位
  - 4 二つの dolus directus の同置性と Absicht 概念の拡大の許容性
  - 5 Absicht による犯罪成立範囲の限定の正当性

七 結びにかえて (以上、本号)

六 若干の検討 - 新二分説の評価

1 Absicht と動機の関係

(1) 以上の通り、Absicht 犯罪における Absicht の内容について新二分説に基づいてドイツの判例学説の状況を概観してきたわけだが、いくつかの問題点を指摘することができるであろう。まず Absicht が目標として向けられた行為の意味で理解される構成要件、つまり特に詐欺罪においては、Absicht が法益侵害と関係するのではなく典型的な行為者動機を記述するものであるとの主張がある<sup>231</sup>。かつては Absicht は動機の意味で理解された時代もあった<sup>232</sup>とされるが、Absicht と動機の関係についてどのように理解すればよいであろうか。

Absicht と動機の関係については様々な見解が主張されている<sup>233</sup>。まずは Absicht と動機を関連づける見解にはその内部でも多岐にわかれる。すなわち、行為者の求めた結果は行為者の行為の目標であるだけでなく、同時に行為者が行為をする内心の動機でもあるとして Absicht と動機の強い結びつきを要請したり<sup>234</sup>、主たる動機が最終的な動機である必要はな

---

231 前掲注 (45) 参照。

232 RGSt44, 87; Gehrig, a.a.O. (Anm.22), S.24; Mahl, a.a.O. (Anm.22), S.31.

233 Mahl, a.a.O. (Anm.22), S.16ff.

234 Samson, a.a.O. (Anm.15), S.449, 453. は、行為者の求めた結果は、行為者の行為の目標であるだけでなく、それと同時に行為者が行為をするための内心の動機でもある、そして詐欺罪の利得 Absicht では特別な動機が問題となっており、財産侵害が利益につながる事が重要でなければならない、とする。内田文昭『改訂刑法 (総論) [補正版]』(平成9年) 113、180、247 頁は、目的犯の目的は故意を生み出す動機であり、あるいは結果を強く求める意欲、意図であると解されるとするが、同趣旨と理解することができるであろう。また、Stratenwerth/Kuhlen, a.a.O. (Anm.194), S.112. は、動機と Absicht はどちらも理性的問題であり、情緒的心理的問題ではなく、両者を限界づけるのは困難であるが、Absicht のような主観的要素がどこに属するかの判断には明確な基準がないために恣意に陥りやすい、とする。

いが、行為者は第一の近しい動機として結果に対する Absicht を有しななければならないとして Absicht を動機の一部とする<sup>235</sup>一方で、Absicht と動機には重なり合いが認められるにすぎない<sup>236</sup>とする見解など、両者の関係の密接度には相違がみられる。これに対して両者を峻別する見解は、故意論において動機は重要ではなく、目標に向けられた行為としての Absicht としては、行為者の意思が構成要件上の犯罪結果に向けられていたり、行為がさらなる目標達成のための手段であることだけが重要である<sup>237</sup>とする。これはさらに、Absicht を中間目標とし、動機を最終目標としたうえで、Absicht で求める目標は構成要件で規定される中間目標で十分である<sup>238</sup>とも主張される<sup>239</sup>。動機を最終目的、つまり行為者をして行動

235 Baumann/Weber/Mitsch, a.a.O. (Anm.5), S.484f.

236 Gehrig, a.a.O. (Anm.22), S.27. は、行為者が一定の結果を惹起しようとした場合には、この結果は行為者の行為にとっては動機であるとする。これに対して、Gehrig, a.a.O. (Anm.22), S.63ff. は、動機は一定の目標表象ではなく、これを決定づける原動力が問題となるが、目標表象の中だけで出現するわけではない。そして、妬み、虚栄心、逮捕勾留される、性的満足を与えるといった動機から窃盗を行った、すなわち領得がさらなる目標を達成するための手段であるとしても、領得 Absicht の存在が否定されるものではない。Absicht は行為者心理を把握するためのものではなく、これによって一定の態度を標準的な価値判断に到達させるための刑法上の非難が高められる前提を提示するものであって、Absicht が行為者の悪い心情を特徴づけるものではない、としている。これは、後述する Absicht と動機を峻別する見解に通じているともおもわれる。

237 Sternberg-Lieben, a.a.O. (Anm.10), Schönke/Schröder, § 15Rn.66. ここでは、目標として向けられた行為の意味での Absicht は、性的興奮状態であれ、ライバルを排除するためであれ、行為者が人の死を求めれば存在する。また、Rengier, a.a.O. (Anm.40), JZ, S.320.も、Absicht を目標に向けられた結果意思と理解し、原則として動機は重要ではない、Absicht は故意と同じく意思活動に向いているが、意思形成に決定的な理由である動機には向いていないとする。そして、Jescheck/Weigend, a.a.O. (Anm.10), S.297. は、Absicht にとっては、結果が行為の動機となっているかはどうでもよく、動機との関連づけをさけるために判例は、法であげられる結果を惹起することが行為者にとって重要であった場合に Absicht は存在するという表現を一般的に使用しているとする。さらに、Eser/Burkhard, a.a.O. (Anm.42), S.92. は、動機要素や心情要素を主として責任と関係づけ、違法要素としての Absicht と区別する。

238 Sternberg-Lieben, a.a.O. (Anm.10), Schönke/Schröder, § 15Rn.66. しかしながら、Gehrig, a.a.O. (Anm.), S.65. も同様の主張をしており、このような

へと突き動かすものとみること、動機は行為者を行動へと突き動かす最終目的としての内的要因であり、Absicht は外的要因としての役割を果たすとの見解<sup>240</sup> も両者を峻別する見解に位置づけることができよう。

(2) 詐欺罪における利得 Absicht についても事情は同じであり、Absicht と動機の関係については様々に主張されている。財産上重要な付随結果を計算に入れているがこれが動機づけとなっていない者は、財産処分と財産侵害という構成要件要素に関して故意で行動しても、利得に関しては absichtlich に行動してはいない<sup>241</sup>、詐欺構成要件は財産移転 Absicht に動機づけられた行為者だけを捕捉しようとするのであって、ここでは特別な動機だけが問題とされ、行為者によって意図されたさらなる法益侵害は問題とされない<sup>242</sup>、目標に向けられた意思の要請は所為を駆り立てる利得動機の要請によって補われる<sup>243</sup> との見解は両者を関連づける見

主張はいずれの立場からも可能であろう。

- 239 Sternberg-Lieben, a.a.O. (Anm.10), Schönke/Schröder, §15Rn.66. は、dolus directus 1. Grades の意味での Absicht は、法によって特徴づけられる行為結果に向けられる行為意思を意味し、そこで達成すべき目標は中間目標であれば十分であることを前提として、行為者が行為結果を求めるとしても、望ましいとする必要はない。つまり、望まれてはいないが、それ自体が望まれた最終目標達成のために論理必然的な中間結果であれば、すなわち行為者が望まれない中間目標を通じてしか最終目標をえられないと認識していれば、Absicht は存在すると主張する。これに対して、Roxin, a.a.O. (Anm.10), S.440. は、行為者が構成要件結果を確実に惹起するが、この結果を望んでおらず、無関心であったり同情を感じているにすぎない場合に Absicht を認めることに疑問を呈している。
- 240 Mahl, a.a.O. (Anm.22), S.17. は、悪政打倒のために義勇軍を結成し盗賊の首領となったロビン・フッドは、尊い目標を追求したが、同時に領得 Absicht で行為もした、そして前者は動機に組み込まれ、後者は態度の目的と理解される、とする。
- 241 Hefendehl, a.a.O. (Anm.64), MK, §263Rn.725.
- 242 Samson, a.a.O. (Anm.15), S.453.
- 243 Rengier, a.a.O. (Anm.40), JZ, S.325f. は、故意や Absicht は意思活動を把握する主観的構成要件要素であることから、意思形成要素として責任に属する動機の側面は考慮されないとも考えられるが、動機が決意の基礎と関係してくると、Absicht は責任要素と認められないとしても、責任性格を有する要素によって豊かなものとされることは否定できない、刑法 263 条の Absicht は目標に向けられた、動機づけられた結果意思である、とする。

解に属するが、これに対して、Absicht は目標に向けられた行為の意味で動機として理解することはできない<sup>244</sup>、Absicht は行為決意を惹起決定する動機と同一ではなく Absicht はもっぱら行為者が構成要件行為で達成しようとする目的である、もし Absicht が動機だとすると、構成要件該当性の決意の背後に問いかけ、しかもその感情や努力に欺罔行為で追求される利得 Absicht は基づくことになってしまうからである<sup>245</sup>、とする見解は両者を峻別する見解に属するとみてよいであろう。その他には、利益を求めることが唯一の動機や主たる動機であるとする要求は法律によって命じられていない<sup>246</sup>、Absicht は動機である必要はない<sup>247</sup> とする中間的見解もみられる。

(3) このように学説の状況は一言で言い表すことができないほど多様な状況を呈しているところ、判例についてみると、ライヒ裁判所と戦後早期の判例の一部と同様に航空運賃事例では、「違法な財産利益をえる Absicht は、利益を獲得するという表象が行為者の行為の動機であり、行為者の行動へと決意をさせ決定づける、それゆえに行為者意思を動機づける表象であることを前提とする」「利得は一般的で独占的な行為動機である必要はないが、行為者の意思形成に極めて近い直接的な目標として決定的でなければならない」と、自ら利得することの表象が原動力として所為

---

244 恐喝罪の利得 Absicht に関する記述ではあるが、Eser/Bosch, a.a.O. (Anm.10), Schönke/Schröder, §253Rn.21. は、Absicht と動機とを完全に峻別する。なお、Eser/Burkhard, a.a.O. (Anm.42), S.92. は、法益保護を拡大する Absicht、限定する Absicht を違法要素と位置づける一方で、謀殺罪における責任要素としての超過的内心傾向としての Absicht を動機と位置づける。ここから、違法要素としての Absicht は動機と無関係であることを導くことができるであろう。

245 Welzel, a.a.O. (Anm.59), S.21. しかし、この主張が「動機である必要はないが動機であってもよい」ことを否定して、「動機であってはならない」とまで断言できるかは不明である。その意味ではこの見解が次の中間的見解に属する可能性は否定できない。

246 Binding, a.a.O. (Anm.1), S.364.

247 Tiedemann, a.a.O. (Anm.59), §263Rn.250; Cramer/Perron, a.a.O. (Anm.10), Schönke/Schröder, §263Rn.176.

の決意を（も）惹起し決定しなければならないことを要求することで、利得 Absicht が強い動機であることを要求する<sup>248</sup>。しかしながら、このような考え方はその後の無賃乗車事例において否定され、それ以降の諸判決（獣医事例、注文事例、偽装誘拐事例）が、「財産上の利益は行為者の行為の本来的な動機や第一に求められた目標である必要はない」との表現を用いていることから、Absicht は動機たりうるが、そうでなければならないものではないとする中間的見解を採用するに至っており<sup>249</sup>、現在の判例は、Absicht と動機を強く結びつけたり関係を完全に否定したりすることなく、少なくとも詐欺罪においては利益が行為者の動機である必要はないという立場で一致しているといつてよいであろう<sup>250</sup>。

## 2 主観的違法要素としての Absicht と動機

(1) 「Absicht は動機である必要はない」との表現からは「Absicht は動機であってはならない」ではなく、「Absicht は動機であってもよい」を意味するものとするのが自然であろう。しかしながら、そうするとこの考え方は Absicht の体系的地位との整合性がとれるかの問題に直面せ

---

248 RGSt55, 257.も、利益を獲得する表象が行為者の動機でなければならず、行為者の行動への決意を引き起こし決定しなければならないとする。前掲注(87) 参照。

249 なお、Wessels/Beulke, a.a.O. (Anm.26), S.83. は、Absicht は目標に向けられた結果意思とするが、それは同時に行為の動機たりうる、だからといって強制的に同一たりうるものではない、そのため行為者の目標表象と行為の動機とは概念的に区別することができる、Mahl, a.a.O. (Anm.22), S.16ff. は、Absicht にとって行為者目標は動機に分類しうるが、この他の目標表象の存在も考えられるのであり、構成要件上の目標が動機であれば Absicht は存在するが、そうでなくても Absicht は存在しうる、とする。

250 Binding, a.a.O. (Anm.1), S.364. は、自称専門家に恥をかかせる目的だけでこの者に卓越してはいるが偽りの筆跡を本物であるとして高い金額で売るつけた者が無罪になってしまうのは不当であると指摘して、Absicht と動機的一致を不要とする。また詐欺罪以外にも、Welzel, a.a.O. (Anm.59), S.21. は、聖クリスピヌスが貧しい者に靴を作るために皮革を盗んだとすると、この動機は信心深いもので利己的なものでないことは確実であるが、それにもかかわらず皮革の奪取は領得 Absicht によるものである、とする。

ざるをえない。すなわち、ドイツにおいては一部の犯罪を除いて<sup>251</sup>、Absicht 犯罪の Absicht が主観的違法要素であることに疑いはなく、そうすると、全体的であれ部分的であれ重疊的であれ、詐欺罪における利得 Absicht を動機と構成すると、Absicht を主観的違法要素とすることと整合性があるといえるだろうかという問題である。これは動機が犯罪論体系上いかなる地位を有するかを検討を要するものでもある。Absicht を動機と解するのであればこれはむしろ、責任要素、さらには量刑要素に親しむのではないだろうか<sup>252 253</sup>。

(2) 動機が Absicht を限界づけるとともに違法を限界づける要素として不可欠であることにに関して説得力のある証明はこれまでなされてきておらず、利得結果が行為者に望まれていたのかそれとも望まれていなかった

251 Absicht が動機の意味で把握されるべき犯罪類型が考えられないわけではない。例えば、謀殺罪(ドイツ刑法 211 条 2 項)の「他の犯罪行為を可能にし若しくは隠蔽する」Absicht がその例である。これについて、Eser/Burkhard, a.a.O. (Anm.42), S.92. は、法益保護の早期化による拡大や法益保護の限定にも資するのではなく、特に危険であったり非難すべき態度の特徴づけに役立つ、Sternberg-Lieben, a.a.O. (Anm.10), Schönke/Schröder, §15Rn.71. は、Absicht が行為の違法とは関係しない事態に関係するもので、真正な動機として理解される場合であるとして、Absicht を違法要素と位置づけることに疑問を提起する。その他には、Jakobs, a.a.O. (Anm.10.), S.309f; Puppe, a.a.O. (Anm.18), §15Rn.107; Puppe, a.a.O. (Anm.27), AT, S.336. は、Absicht が意的側面の要請が強い場合には、Absicht は違法ではなく、所為の心情を特徴づける心情要素であるとする。

252 ドイツ刑法 46 条 2 項では「行為者の動機 (Beweggründe) 及び目的 (Ziele)」が量刑事情として規定されている。Jescheck/Weigend, a.a.O. (Anm.10), S.886. は、この事情は所為に対する行為者の内心の態度に関する事情であるが、46 条 2 項では、行為者に有利または不利に働く事情を相互に比較衡量するということが一般的に裁判所に課されているにすぎず、量刑の決定を行うにはあまり寄与するものではない、とする。そして、Puppe, a.a.O. (Anm.18), §15Rn.114. は、故意の三形態は主観的違法や責任の様々な段階を特徴づけるものではなく、量刑においても意味を有してもおらず、故意の概念的三分類は放棄されるべきであるとするのに対して、Vogel, a.a.O. (Anm.14), §15Rn.77. は、故意の三分類には量刑上重要な価値の相違があることを認める。

253 内田・前掲注 (234) 113、180、247 頁は、目的は故意を生み出す動機とすることから、故意以外の特殊な責任要素であるとする。



のかの基準については、その種の表象が違法を基礎づける意味を獲得することはない<sup>254</sup>との指摘が示す通り、Absicht と動機の限界づけは不明確であるとの印象を受けざるをえない。Absicht 犯罪における Absicht が、謀殺罪の Absicht は別として、少なくとも主観的違法要素としての地位を確立したドイツにおいて、動機の一部であるにしろ全部であるにしろ、いずれにしても動機と関係づけられることには、すなわち、動機は行為者の内心の事情として責任段階または量刑段階で考慮されるべきとすれば、それが一部分とはいえ構成要件要素として記述されると違法要素へと転換されることには即座に賛成することはできない。そのような意味で Absicht が動機と関係することの前提として、動機が違法を基礎づける根拠が示されるべきである。

特に動機との関連づけがなされることの多い詐欺罪における利得 Absicht では、これが主観的違法要素であることに疑問はないといつてよいのは、Absicht の内容をどのように解するか立場とは関係なしに主張することができる<sup>255</sup>。Absicht を動機と位置づけるのであれば、動機を違法要素と認めてよいのかが問題とされなければならない<sup>256</sup>。その一方で、文書偽造罪における欺罔 Absicht はこのような行為者の動機や心情とは一般に無関係に考えられる<sup>257</sup>とされる。そうはいつても、Absicht として dolus directus 2. Grades で足りるとは、dolus directus 1. Grades を排

---

254 Rengier, a.a.O. (Anm.40), JZ, S.325f.

255 Baumann/Weber/Mitsch, a.a.O. (Anm.5), S.114; Eser/Burkhard, a.a.O. (Anm.42), S.91f; Puppe, a.a.O. (Anm.18), § 15Rn.114; Walter Stree/Nikolaus Bosch, a.a.O. (Anm.10), Schönke/Schröder, vor § 13Rn.63; Tiedemann, a.a.O. (Anm.59), § 263Rn.248.

256 山口厚『刑法各論 [第2版]』(平成22年)198 - 203頁は、窃盗罪の不法領得の意思について、排除意思は可罰的な法益侵害を惹起しようとする意思であり、その危険を基礎づけるものとして主観的違法要素だが、利用意思については、法益侵害行為が強力な動機に基づき行われるために責任が重いと解されるのであり、財物奪取行為についての責任を加重する責任要素であるとす。動機を違法ではなく責任と関連づけるものと評価できる。

257 Puppe, a.a.O. (Anm.18), § 267Rn.102; Cramer/Heine, a.a.O. (Anm.10), Schönke/Schröder, § 267Rn.93.



除するのではなく、これをも包含して広く Absicht 概念を認めることを意味するのであるから、この種の犯罪でも *dolus directus 1. Grades* との関係では基本的には詐欺罪における利得 Absicht と同じように動機との関連の問題は生じるはずである。Absicht が法益侵害と関係すれば、全てにおいて動機とは関係がなくなるとする Absicht の一元的な構成は十分に考えられるけれども、そうすると欺罔 Absicht が *dolus directus 1. Grades* の意味で機能するときはどのような内容を有するかが新たに問題となってしまうが、*dolus directus 1. Grades* に利得 Absicht と欺罔 Absicht とで異なる意味を付与しうるのは疑問である。これに対して、法益侵害と関係しようがしまいが *dolus directus 1. Grades* の部分では Absicht は動機と関連するという Absicht の二元的構成、すなわち動機と関連する Absicht と関連しない Absicht という二重の意味の Absicht を肯定する構成も可能であると考えられる。

(3) 動機としての Absicht の位置づけに対しては、Absicht の内容について *dolus eventualis* まで広く認める立場から、次のような主張が提起されている。すなわち構成要件結果を発生させようとの行為者の望みという日常言語上の意味の Absicht は、構成要件の実現ではなく行為者の動機に関係するにすぎないから、これは違法要素ではなく責任要素として機能するにすぎない、これはドイツ刑法 46 条の「行為者の動機及び目標」の文言で量刑事情として違法ではなく責任と関係づけるように規定されている<sup>258</sup> が、それに対して、Absicht が違法要素となる場合は犯罪の既遂時期が前置化されており、Absicht は故意の類型と考えられる<sup>259</sup>、というものである<sup>260</sup>。この指摘は、Absicht を *dolus eventualis* にまで拡大しうる

---

258 Puppe, a.a.O. (Anm.18), § 15Rn.106; Puppe, a.a.O. (Anm.27), AT, S.326. は同様に、謀殺罪のように Absicht が行為者の心情や動機を特徴づけ責任要素として生じる場合には、目標それ自体が無価値のではなく、目標の無価値内容は、目標が故意による構成要件実現でもって達成されることから生じるものであり、Absicht は日常用語上の意味で理解される、とする。

259 Puppe, a.a.O. (Anm.27), AT, S.326.

260 これと同様に、Rengier, a.a.O. (Anm.40), JZ, S.325. は、主観的構成要件要

かどうかは別として、Absicht を動機と関連づけて、その結果動機を違法要素に分類することへの警鐘として注目に値する。

(4) 人間の行為は何らかの動機がその原動力となっていることは確かであり、また人間の行動が動機を刺激として発動されるのであれば、その動機を行為の最終目標と位置づけることも許されるであろう。動機とは行為の最終目標として求めることであるが、Absicht は中間目標として求めることととらえる見解<sup>261</sup>は、この点に両者の相違を見出している。しかし、この見解は Absicht では結果を最終目標として求めることまでは必要ないとも主張するのであって、その意味からすれば最終目標と中間目標が一致する場合も想定しうるのであり、そこでは動機と Absicht が一致することになってしまう。このような結論を回避しようとするのであれば、動機が最終目標であることを否定するか、あるいは最終目標に動機とは異なる何か別の意味を付与するかの方策がとられるべきであろう。

まず動機を最終目標の意味でとらえることは否定できないと考えられる。動機については、行為者が行為をするきっかけとなる動因であり、目標表象ではなくこれにとって決定的な原動力が問題となる<sup>262</sup>、行為者が求める構成要件結果という目標に対する内心の方向性<sup>263</sup>といった定義づけや説明をすることができる。人間は何らかの結果を求めて行為するものであるが、中間目標とされる犯罪行為から最終的に求められている事態こそが行為の原動力となっているのであり、これが動機として形成されるからである。こうして動機とは行為によって最終的にもたらされるべき事態を求めることと定義することも可能といえるであろう。

そうすると最終目標に動機とは異なる何か別の意味を付与するという道

---

素は意思活動を把握し、動機は意思形成要素として責任に属するとしつつも、その一方で両者は完全には分離することまではできないとしても、Absicht と動機を関連づけている。

261 前掲注 (238) 参照。

262 Gehrig, a.a.O. (Anm.22), S.65.

263 Mahl, a.a.O. (Anm.22), S.31.

が残される。つまり、最終目標は動機と一致したり重なる部分があることを認めつつも、動機とは異なる機能を果たしうるのが、そして果たしうるとすればそれは犯罪論体系上いかなる機能として位置づけられるかを確定しなければならない。ここでは動機は量刑事情とはなりえても、違法要素たりえないことがまずは改めて確認されておかなければならない。

最終目標が動機と異なる機能を果たしうることを前提としても、最終目標が犯罪論体系上は何らかの機能を有するとは考えられない。詐欺罪における航空運賃事例、獣医事例、偽装誘拐事例、診療所事例（いずれも証拠隠蔽ないしは犯跡暴露防止のための金銭の取得）、無賃乗車事例（時間節約のための金銭利益の取得）、注文事例（不快感付与のための金銭利益の取得）、刑の延期事例（刑の執行免除のための金銭の取得）では、いずれの事案においても最終目標は犯罪の成否に関して問題ではなく、あくまでも金銭取得ないしは金銭利益取得といった中間目標が利得 Absicht に当たり詐欺罪を構成するかどうかの問題となるのである。財産上の利益というこのような金銭取得はあくまでも手段であり、その先にある何らかの事態の発生こそ行為者が最終的に求めている事態なのである。

各犯罪構成要件に規定されている Absicht は最終目標である場合がほとんど考えられないことから中間目標として規定されている。最終目標が一定の類型に当たる場合にのみ犯罪成立を認める必要はなく、最終目標に至るまでの中間目標が犯罪事態に関係すればそれで犯罪の成立を認めてよい。そして金銭取得を最終目標として求めるというたとえ中間目標と最終目標が一致するというほとんど考えられない事態が生じたとしても、犯罪論体系上問題とされるべきは刑罰法規に規定されている事実だけであり、その意味では中間目標と最終目標の区別は重要ではない。あくまでも最終目標は中間目標である Absicht の延長線上にある事態に関するという意味で存在するにすぎない。そして、犯罪構成要件が中間目標である Absicht の存在だけを問題としている以上は、行為者としては犯罪と関係する事態である中間目標を求めれば十分であり、それ以外の要素は犯罪成立については何の役割も果たすことはない。そうはいつても、最終目標が

量刑に關与することは肯定しうるのであろう。量刑判断に際しては様々な要因が考慮されるべきである<sup>264</sup> から、最終目標は犯罪要件ではないとしても行為者が行為に至った背景等を表すものとして、そこから除外される理由はないからである。

そうすると、最終目標は動機とは異なる機能を果たすかという第一の検討課題は無意味なものとなろう。これは最終目標を行為者関係的にとらえる他に行為関係的にもとらえられるのかと言い換えることができる。行為関係的とは違法論における犯罪成立の問題を前提とするから、最終目標という犯罪成立とは無関係の要素は行為関係的にとらえることはできず、最終目標が動機と異なる機能を果たしうるとしても、それは違法論に関わる機能ということとはできないからである。こうして最終目標に動機とは異なる意味を付与する道も閉ざされることとなる。

以上の二つの方策を探ることができないとなれば、動機と Absicht とは一致しないということとはできない、ないしはそのことを言及することは無意味であり、結果的には両者の関係を否定することはできないものといえる。

(5) しかし、このことが動機と Absicht が完全に一致することを意味するものではない。むしろ Absicht の二面性から事態を考えることができるであろう。Absicht はまずは動機として行為者関係的に機能するが、これは違法論では意味を有さず、動機の把握の仕方次第により責任論ないしは量刑論の枠内で考慮すべきものである。そこでは Absicht は最終目標として結果を求めることなどを意味することになる。それとともに Absicht はさらに行為関係的に違法の量と質を決定する機能をも有するといえる。詐欺罪では、財産侵害行為が行為者に利益をもたらすことによ

---

264 Walter Stree/Jörg Kinzig, a.a.O. (Anm.10), Schönke/Schröder, §46Rn.10. は、ドイツ刑法 46 条は量刑に際して特に考慮すべき事情を規定するが、ここであげられた事情は量刑において最も多くの役割を果たすものではあるが、裁判所は刑の高低にとって意味あるその他の事情も全て考慮しなければならないとする。

て所為は違法を追加することはなく、行為者が自己の利益のために他人の財産を侵害することによって無価値が基礎づけられるのであって、したがって利得 Absicht は可罰性を行為者行為の目標方向に依存させる機能しか有しておらず、行為者には自らまたは第三者に財産上の利益をもたらすことが重要でなければならない<sup>265</sup> という表現は、まさしく動機とは異なる態様で Absicht が法益侵害性に関わる主観的違法要素となりうることを表しているものであり、ドイツ刑法理論からは納得のいく説明といえる。違法論ではこの行為関係的な Absicht にのみ着目すれば足りることになる。

こうして、Absicht の行為者関係的側面からすれば動機と Absicht とは「重なり合う」ものであり、また Absicht の行為関係的側面からは両者は「区別される」。しかし、犯罪論体系上の観点からすれば、動機は行為者をして行動へと突き動かす最終目的としての内的要因であり、Absicht は外的要因としての役割を果たす<sup>266</sup> ものとして区別されるべきである。判例が「財産上の利益は行為者の行為の本来的な動機や第一に求められた目標である必要はない」や、法で規定された結果を惹起することが行為者にとって重要であった場合には Absicht は存在するという表現を一般的に使用していることは、Absicht の二重評価の観点からいずれを評価しているかを考慮することで、正当なものとして肯定的に評価することができるであろう。

以上のことから、動機を違法要素として位置づけることは妥当でなく、利得 Absicht を主観的違法要素と把握することを前提とする立場からは、Absicht の内容について動機と関連づける構成は採用することはできず、Absicht は行為を判断する要素として、行為者関係的な動機とは識別されるものと解すべきである。

---

265 Gehrig, a.a.O. (Anm.22), S.46.

266 前掲注 (240) 参照。

### 3 法益侵害関連性と Absicht の地位

(1) これまでに述べてきた通り、新二分説では Absicht が法益侵害に向けられていない場合には dolus directus 1. Grades を必要とし、法益侵害に関係する場合には dolus directus 2. Grades で足りると理解することで Absicht 犯罪を二分する見解が有力に主張されている。これに対してわが国では、目的が法益侵害に関係する場合には目的は違法要素である（短縮された二行為犯）が、法益侵害性が客観的要件でのみ決定されると目的は法益侵害とは関係しない責任要素である（断絶された結果犯）と目的犯を二分する見解が有力に主張されている<sup>267</sup>。両者は Absicht ないし目的が法益侵害およびその危険と関係するかどうかの視点からその性格について論じていることでは同じ方向性を模索するものと考えられるが、この関係をどうみればよいだろうか。わが国とドイツでは Absicht や目的の体系的地位の把握にかなりの違いがみられるため両者を一概に比較することはできないとおもわれるが、もし両者に強い関連があるとすれば、断絶された結果犯の目的は dolus directus 1. Grades の意味で、短縮された二行為犯の目的は dolus directus 2. Grades の意味で理解することを正当化する根拠を与えることになる。

(2) わが国では目的犯の目的の内容について一般論としては、目的の内容が、断絶された結果犯では行為者に確定的なものとして認識されていることを要するのに対して、短縮された二行為犯では一般に未必的でも認識されていれば足りるとの見解<sup>268</sup>がある。これに対してドイツでは、短縮された二行為犯では dolus directus 1. Grades を要求するが、断絶され

---

267 前掲注 (7) 参照。

268 大塚・前掲注 (9) 135 頁。これに対して、林幹人『刑法総論 [第 2 版]』（平成 20 年）103 頁は、目的の対象が行為者の行為の結果としての客観的状況である場合（断絶された結果犯）には、少なくともその客観的危険が発生しなければならぬとすれば、そのような客観的危険こそが違法内容であって、目的はその認識、すなわち故意にすぎないとするが、それは未必的認識まで含めたものと理解しうる。

た結果犯では *dolus eventualis* で足りるとする見解<sup>269</sup> が主張されている。このように総論的議論においてもわが国とドイツの見解はわかれることになる。ドイツにおける総論的議論は多くの議論がなされておらず、これはあまり功を奏していないところから、わが国の状況においてもむしろドイツにおけると同様に、各論的問題として取り扱うことができよう。

わが国の刑法においては例えば、各種偽造罪（行使の目的）（148 条等）、公務執行妨害罪（公務員に処分させたりさせない目的等）（95 条 2 項）、逃走援助罪（逃走させる目的）（100 条）、営利目的拐取罪等（営利の目的等）（225 条）等が短縮された二行為犯に、内乱罪（国の統治機構を破壊する目的等）（77 条）、虚偽告訴罪（人に刑事又は懲戒の処分を受けさせる目的）（172 条）、背任罪（図利加害目的）（247 条）等が断絶された結果犯に分類されるのが通常である<sup>270</sup>。なお窃盗罪（不法領得の意思）（235 条）を短縮された二行為犯に分類する見解もある<sup>271</sup>。窃盗罪では確かに奪取行為に引き続いてこれとは無関係の領得行為が想定され、領得行為に対して目的が要求されるから、これを短縮された二行為犯に分類するものであろう。しかし、領得行為はあくまでも法文上要求されているものではなく、奪取行為の後で領得を行うという目的を有して行為が行われれば足りる。つまり、奪取行為によって法益侵害は完成するのであって、その後何らかの第二の行為が法文上予定されているわけではないから、窃盗罪はむしろ断絶された結果犯に属するものと考えるべきであろう<sup>272</sup>。そして、詐欺

269 前掲注 (38) 参照。

270 佐伯・前掲注 (6) 268 - 270 頁、平野・前掲注 (6) 124 頁、中山・前掲注 (6) 31、35 頁。

271 平野・前掲注 (6) 124 頁、内田文昭「主観的構成要件要素と主観的違法要素」阿部純二他編『刑法基本講座第 2 巻』(平成 6 年) 150 - 152 頁。

272 ドイツにおいて窃盗罪を断絶された結果犯と位置づける見解としては例えば、Eser, a.a.O. (Anm.58), S.24; Johannes Wessels/Thomas Hillenkamp, Strafrecht Besonderer Teil 2, 34.Aufl., 2011, S.31f; Witzigmann, a.a.O. (Anm.10), S.489; AlbinEser/Nikolaus Bosch, a.a.O. (Anm.10), Schönke/Schröder, § 242Rn.46. これに対して、Urs Kindhäuser, Strafrecht Besonderer Teil II, 6.Aufl., 2011, S.49. は、奪取行為が領得行為の予備行為



罪（246条）においても、行為者が利益獲得に目標として向けられた Absicht を有していれば、構成要件は被害者の損害の発生でもって充足される断絶された結果犯である<sup>273</sup>ことから、領得犯罪（不法領得の意思）は断絶された結果犯と考えるべきである。そしてこのような分類はドイツにおいても犯罪の性質の相違や論者による見解の相違はありつつも、わが国のそれと概ね一致している<sup>274</sup>。

そうするとここで早くも両者に齟齬が生じることになる。すなわち、わが国とドイツにおいて類似した犯罪について、断絶された結果犯である虚偽告訴罪の目的は *dolus directus 1. Grades* を要求すべきところ、新二分説では *dolus directus 2. Grades* で足りるとしている。また、領得犯罪の不法領得の意思は新二分説では *dolus directus 1. Grades* を要求し

と化すと、領得を処罰根拠とする横領が窃盗よりも軽い法定刑を規定していることと矛盾すると批判して、物の占有でもって領得 Absicht のための活動としては十分であり、行為者が自己の領得意思を表明する占有状態を変更する態度としての領得は必要ではないとして、Absicht を超過的内心傾向ではなく、むしろ客観的要素の中に解消する。しかしながら、これは奪取の中に領得をみるものであり、これでは使用窃盗の問題の解決が困難となってしまふ。

273 Cramer/Perron, a.a.O. (Anm.10), Schönke/Schröder, §263Rn.5.

274 ドイツでは、Binding, a.a.O. (Anm.1), S.11f. は、通貨偽造罪（146条）の「偽造通貨を真正なものとして行使するために」が短縮された二行為犯に、犯罪庇護罪（257条）の「違法行為者を処罰から免れさせ又は利益を確保させるために」、詐欺罪（263条）の「自ら財産上の利益を得又は第三者に違法な財産上の利益を得させるために」が断絶された結果犯に分類される、Jescheck/Weigend, a.a.O. (Anm.10), S.319. は、窃盗罪（242条）、強盗罪（249条）、犯情の特に重い放火罪（旧307条2号、現306条b2項）が短縮された二行為犯に、強盗の刑で罰せられる窃盗罪（252条）、恐喝罪（253条）、詐欺罪（263条）、強制執行の免脱罪（288条）、利益供与罪（333条）が断絶された結果犯に分類される、Roxin, a.a.O. (Anm.10), S.318. は、通貨偽造罪（146条）、文書偽造罪（267条）が短縮された二行為犯に、強制執行の免脱罪が断絶された結果犯に分類される、Jakobs, a.a.O. (Anm.10), S.307. は、通貨偽造罪、窃盗罪、文書偽造罪（267条）の第一、第二類型が短縮された二行為犯に、虚偽告発罪（164条）、文書偽造罪の第三類型が断絶された結果犯に分類される、Lenckner/Eisele, a.a.O. (Anm.10), Schönke/Schröder, vor §§ 13Rn.63. は、文書偽造罪が短縮された二行為犯に分類され、恐喝罪、詐欺罪が断絶された結果犯に分類されるとする。なお、内田文昭『刑法概要上巻』（平成7年）264頁は、論者により目的犯のいずれへの分類が一定しないことから、この分類にどれほどの意義があるのかと疑問を呈している。

ているが、これを短縮された二行為犯であると構成すれば *dolus directus* 2. Grades で十分とされることになってしまう。さらに、営利目的拐取罪の営利目的について、判例は「誘拐行為によって財産上の利益を得ることを動機とする」<sup>275</sup> としているが、これはまさしくドイツ刑法の詐欺罪における利得 *Absicht* と同様の論法を採用しているものであり、そこでは *dolus directus* 1. Grades が予定されることになるはずだが、わが国の分類では *dolus directus* 2. Grades で足りることになる。このように旧二分説を基盤とする限りでは目的ないしは *Absicht* の意味内容のとらえ方にわが国とドイツで一致を見出すことは困難ではないかとおもわれる。

むしろ旧二分説からは *Absicht* ないしは目的の内容を決定することは困難であるとの帰結が導きだされるべきであろう。短縮された二行為犯では客観的構成要件は法益侵害行為を不完全にすなわち未遂的に記述しているのに対して、断絶された結果犯では法益侵害行為は完全に行われており、法益侵害それ自体が発生していないだけである<sup>276</sup> ことからすれば、法益侵害性すなわち違法論の本質の問題から *Absicht* ないしは目的の内容の決定を導くことには直接の関係性を見出すことは困難であるからである。

また、ドイツにおいて旧二分説から *Absicht* の内容の説明を試みる論者も、*dolus directus* 1. Grades の意味での *Absicht* を要求する短縮された二行為犯では通貨偽造罪（行使するため又はその他流通に置くため）（146条）や人身奪取罪（人の強取罪）（人を保護のない状態において遺棄し、奴隷若しくは農奴とし、又は外国の軍隊若しくは船舶の労務につかせるため）（234条）を、*dolus eventualis* で *Absicht* は足りるとする断絶された結果犯では文書隠匿罪（他人に証明上の不利益を加える *Absicht*）（274条）や強制執行の免脱罪（債権者の弁済を無効果にする *Absicht*）（288条）をあげている<sup>277</sup>。これらの犯罪は現在でも *Absicht* に関しては

275 最決昭和37年11月21日刑集16巻11号1570頁。

276 Frister, a.a.O. (Anm.227), S.97.

277 Sprang, a.a.O. (Anm.21), S.78ff, 104ff.

その内容面ではほとんど変わりはないところ、通貨偽造罪と人の強取罪のいずれの Absicht も目標として向けられた意思として dolus directus 1. Grades の意味を要求し、強制執行の免脱罪では dolus directus 2. Grades の意味で足りるとする見解が一般的であり、文書隠匿罪の Absicht は動機とする見解と dolus directus 2. Grades で十分とする見解が対立している<sup>278</sup>。以上の点について、この論者の見解と現在の一般的な見解は結論としては同じ部分も見られるが、論者がそれ以外の犯罪、特に詐欺罪と文書偽造罪について Absicht をどのように解するのかわからない。おそらく前者は断絶された結果犯として Absicht は dolus eventualis で足り<sup>279</sup>、後者は短縮された二行為犯として Absicht は dolus directus 1. Grades を要することが予想される。そうであれば、これは現在一般的に主張されている見解とは大きく異なるものであり、両犯罪に内蔵する問題を解決するためにはそれ相当の説明を要することになるから、この見解には一概に賛成することはできないことになる。

(3) 法益侵害性との関係から Absicht の内容を導くことが困難であることは、Absicht が法益侵害と関係しないことを意味するものではない。例えば短縮された二行為犯と比べて断絶された結果犯では、所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いる<sup>280</sup>ものの、構成要件は違法を基礎づける機能を有しているために、構成要件要素は違法要素でもあるが、すべての主観的要素が違法要素となるわけではなく、主観的要素を違法へ体系的に分類するのに決定的なのは犯罪類型との関係であり、保

278 Detlev Sternberg-Lieben, a.a.O. (Anm.10), Schönke/Schröder, §146Rn.7; Albin Eser/Jörg Eisele, a.a.O. (Anm.10), Schönke/Schröder, §234Rn.6; Peter Cramer/Günter Heine, a.a.O. (Anm.10), Schönke/Schröder, §274Rn.15; Günter Heine, a.a.O. (Anm.10), Schönke/Schröder, §288Rn.19ff.

279 Sparang, a.a.O. (Anm.21), S.125ff. は、窃盗罪を短縮された二行為犯に位置づけるかは争いがあり、客観的構成要件の外部に存在する社会侵害結果は客観的構成要件の実現それ自体で発生することから、窃盗罪を断絶された結果犯に位置づけるので、詐欺罪についても同様の結論に至るであろうと推測される。

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

護法益と関係づけられることによって、主観的要素は違法類型を性格づける<sup>281</sup>のであるから、Absichtが違法といかなる関係を有するかが示されなければならないであろう。この点は新二分説の内部でもAbsichtが違法に対してどのように位置づけられるかについては見解がわかれることになる。

例えば、詐欺罪ではAbsichtは犯罪類型を構成する、すなわち利得は被害者からの利益奪取の裏面であることから、被害者の財産すなわち保護法益と関係するとともに、利得は財産侵害犯としてではなく、利得犯と予定されている詐欺の犯罪類型を性格づけている<sup>282</sup>が、これに対して犯人庇護罪、虚偽告発罪、文書偽造罪については、犯罪類型は構成要件に該当する法益侵害によってのみ特徴づけられ、Absichtは犯罪類型にとって意味がない、そのためAbsichtは犯罪類型を変更しようとするのではなく、結果に関して危険のある行為つまり未必的故意の場合を処罰から排除しようとするものであるとの見解<sup>283</sup>がある。これは、明言はされていないが、後者について結果的に法益侵害と関係しないAbsichtを主観的違法要素としては認めないか、その趣旨にかなり接近することになるのではないだろうか。

これに対して、詐欺罪ではAbsichtは法益侵害に向けられておらず、これが付け加わることで初めて法益侵害が当罰的となり、Absichtは特別な行為者の動機づけを規定しているが、虚偽告発罪や文書偽造罪では立法者が法益侵害の発生を待つことなく可罰性を前へと延長し、Absichtは法益侵害との主観的關係を作り出しているとする見解<sup>284</sup>は、むしろ前者について主観的違法要素としてのAbsichtの性格に疑問が生じることとなる。

上であげた二つの見解は、Absichtの内容に関しては結果的に同じ結論

---

281 Roxin, a.a.O. (Anm.10), 313f.

282 Roxin, a.a.O. (Anm.10), 314.

283 前掲注 (49) 参照。前掲注 (53) も同様。前掲注 (56) も同様の趣旨とおもわれる。

284 前掲注 (50) 参照。前掲注 (54)、(55) も同様。

には至るものの、ドイツ刑法学が前提とする Absicht の主観的違法要素としての位置づけに関しては正反対の理論を展開することになる。しかしながら、Absicht が主観的違法要素であることを維持するのであれば、詐欺罪のように当罰的な行為に可罰性を限定するために Absicht が法益侵害の可罰性を基礎づける場合と、文書偽造罪や虚偽告発罪のように最終的な法益侵害の意味での実質的な既遂を待たずに法益保護を早期化する場合とに二分する見解<sup>285</sup> が妥当な方向性を示しているものと考えられる。これによって利得 Absicht は動機とは異なる目標として向けられた意思と解することで責任要素や量刑要素となってしまうとの批判を回避するとともに、既遂時期の早期化に Absicht を関係づけることで Absicht と違法との関係が導かれてもいるからである。

#### 4 二つの dolus directus の同置性と Absicht 概念の拡大の許容性

(1) 行為者の主観的側面に着目した場合、dolus directus 1. Grades は結果発生を重要とし、行為者は目標の惹起に対して内心で積極的にこれを求めて関与する意的側面の問題であるのに対して、dolus directus 2. Grades と dolus eventualis の両者は結果に対する意図を欠き、結果発生に対しては内心では消極的な態度をとってこれを甘受しているにすぎない知的側面の問題である。結果発生を確実と認識しているのかそれとも可能と認識しているのかだけが異なる。こうして dolus directus 1. Grades と dolus directus 2. Grades の間には構造上の相違があるが、dolus directus 2. Grades と dolus eventualis とは同じ体系上の地位にある<sup>286</sup>。それにもかかわらず、dolus directus 1. Grades と dolus directus 2. Grades とは違法内容として同価値であるとされる<sup>287</sup>。しかし、二つの dolus directus はそもそも同価値といえるのであろうか。

---

285 前掲注 (51) 参照。前掲注 (52) も同様。

286 Sprang, a.a.O. (Anm.21), S.74ff.

287 前掲注 (165)、(167) 参照。

二つの *dolus directus* は、結果発生 of 「意思はあるが確定的認識はない」と「確定的認識はあるが意思はない」では相互補完的に違法内容は同価値である<sup>288</sup> ことを肯定しうるとしても、*dolus directus* 1. Grades に属することが否定できない「意思もありかつ確定的認識もある」場合にはその違法は飛躍的に増大し、もはや「確定的認識はあるが意思はない」とは同価値とはいえないのではないだろうか。つまり、両者の同価値性というのは最小限度における違法の重なり合いがあるというにすぎないのであって、完全に一致して同価値とまでいうことはできないのではないだろうか。ナンバープレート事例判決が文書偽造罪の欺罔 *Absicht* を *dolus directus* 2. Grades で足りるとしたのは「理論的に完全には説得力がないとしても、これは歓迎すべきである」<sup>289</sup> との叙述は、職業偽造者等の当罰的な行為を捕捉するという実際的要請からこれを認めざるをえないとの結論に至ったことを示すものであり、両者の同置性からえられた結論ではないと考えられよう<sup>290</sup>。

(2) 二つの *dolus directus* の同置性を前提として *Absicht* を動機と解さないのであれば、詐欺罪における利得 *Absicht* を *dolus directus* 1. Grades とする構成ではなく、偽造罪における欺罔 *Absicht* と同様に、広

288 わが国では、井田良『刑法総論の理論構造』(平成17年)75-76頁は、「第1段階の確定的故意」「第2段階の確定的故意」について、意思か認識かのいずれかが際立てば確定的故意が肯定されるとする。

289 Geppert, a.a.O. (Anm.169), JK1999.

290 Puppe, a.a.O. (Anm.18), §15Rn.110f. は、故意の三分類を否定する立場から、*dolus directus* 2. Grades は、自己の目標のひとつを達成させる限りで、構成要件該当結果が確実にまたは高度に蓋然的に発生するであろうことを意識して行為者が行為したということでもって正当に特徴づけられる。しかし行為者にとって目標達成は確実である必要はないので、*Absicht* との比較で意思の欠落が強度の知的側面によって補われるという説明では満足できるものではなく、そうすると行為者が必然的であるとして自己の *Absicht* と結びついていると考える事態にまで *Absicht* は拡大されることになってしまうことになる。意図されていない内容までも意思に取り入れ、構成要件実現と行為者の *Absicht* の結びつきの必要性ゆえに結果が意図されたものとするようなことが認められると、*dolus directus* 2. Grades は理論的にも実務的にも意味を有しない、と主張する。

く Absicht を肯定して dolus directus 2. Grades で足りるとする構成を導けるのではないだろうか。つまり、Absicht の解釈は個々の犯罪構成要件の解釈によるという各論的解決は、利得 Absicht を動機として dolus directus 1. Grades を要求するという理論的基盤が崩れることから、Absicht の内容の統一的解釈という総論的解釈の志向へと移る道が可能となるのではないだろうか。そしてもしこの構成が可能であるとすれば、Absicht は一般的に dolus directus 2. Grades をもって足りるとする理論が帰結されることになる。

すなわち、dolus directus 1. Grades と dolus directus 2. Grades は同じ価値があるとしながら詐欺罪における欺罔 Absicht について前者のみを認めるべきであろうか。文書偽造罪の法益に関しては、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相違はありえない。行為者の行動の違法内容は二つの場合で同じなのである。第一の場合の意思の強さと第二の場合の知の強さに対応するからである<sup>291</sup>とあるが、この論理は詐欺罪では成り立たないのだろうか<sup>292</sup>。

(3) 意的側面の知的側面への拡大、すなわち Absicht に dolus directus 2. Grades を含めることはそもそも許される解釈といえるであろうか。文書偽造罪における欺罔 Absicht に dolus directus 2. Grades を含めることの最大の理由は職業偽造者を処罰すべきとする刑事政策的理由からであると考えられるが、そうだとすると、これは共犯の問題として処理しうるのではないかと考えられる。しかし、この理論構成はドイツでは困難で

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

292 Absicht が動機を内容とするのであれば、動機の地位からして、Absicht は責任論、さらには量刑論の問題と位置づけられるべきだが、これに対して、Puppe, a.a.O. (Anm.18), § 15Rn.108, 114.が、主観的構成要件でしか存在しない違法要素に関しては既遂の前置化は故意の要請を強くする理由とはならず、故意の形式を三分類することには違法、責任、量刑のいずれにおいても意味を認めないことから、Absicht に未必的認識まで含める主張には一貫性があるものといえる。



あると考えられる。ドイツにおいては一般的に、正犯者の Absicht を認識しているにすぎない者は Absicht を有していることにはならず、共同正犯は成立せず、教唆犯か幫助犯が成立するにすぎず<sup>293</sup>、そして、Absicht は行為の外部的形態を形作る行為関係の要素であり、特別な心情を特徴づける行為者関係の要素ではないので、ドイツ刑法 28 条にいう特別な一身上の要素でもない<sup>294</sup>。したがって、職業偽造者の場合には、偽造文書を自ら行使する意思がなく単に他人の行使を認識しているにすぎない心理状態をも Absicht に含めなければこれを正犯として処罰することはできないことになってしまう<sup>295</sup>。これに対して、わが国では職業偽造者の問題は共

293 Günter Heine, a.a.O. (Anm.10), Schönke/Schröder, vor §§ 25Rn.28, § 25Rn.83. 恐喝罪の領域での論述ではあるが、Eser/Bosch, a.a.O. (Anm.10), Schönke/Schröder, § 253Rn.21. は、共働者に自己利得または第三者利得の Absicht が欠けていると、共犯が問題となるにすぎないとする。

294 Heine, a.a.O. (Anm.10), Schönke/Schröder, § 28Rn.16. 例え詐欺罪の利得 Absicht について、28 条 1 項の意味の行為者関係の特別な一身上の要素ではなく、主観的違法要素として行為関係の要素とするのは、Urs Kindhäuser, a.a.O. (Anm.63), NK, § 242Rn.125; Lackner, a.a.O. (Anm.68), § 263Rn.260; Tiedemann, a.a.O. (Anm.59), § 263Rn.248, 288. これに対して、Hoyer, a.a.O. (Anm.64), § 263Rn.273. は、Absicht が財産侵害ではなく、財産侵害とは無関係の出来事に関連づけられることから、Absicht は法益侵害の種類や程度とは関係しない。利得 Absicht はむしろ刑事政策的に特に危険な行為者の動機を特徴づけ、所為においては一般予防的理由から特に持続して生じていなければならない。したがって利得 Absicht は特に危険な行為者を捕捉するものではなく、28 条 1 項の意味で行為者関連要素である、とする。

295 Absicht は dolus eventualis で足りるものの、複数人が関与する場合には他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からは、正犯者の Absicht の認識という心理状態をも Absicht に含める趣旨であると読み取ることができる。前掲注 (202) 参照。そして当該他者に dolus directus 1. Grades を要求する点は、この種の犯罪においてわが国の判例が目的の内容について明言していないために確たることは言えないが、以上のような意味からすると、他者の目的ないしは Absicht を認識していれば正犯として処罰する点で同じような帰結に至るものとおもわれる。さらに、Jakobs, a.a.O. (Anm.10), S.281. は、詐欺罪の利得 Absicht について、Absicht の分担により行為と計画の分裂は、特に計画者が所為の実行の全体についてその遂行には関心のない関与者を雇っている場合に認められ、例えば、企業の持ち主が従業員をして前もって支払われた給与と引き換えに第三者に対して偽りの説明をするよう決意をさせたが、この第三者を通じてこの企業は錯誤などのために利益をえられるという場合は、持ち主は Absicht を

同正犯として処罰することが十分に可能である。というのも、正犯者の目的を認識しているにすぎない心理状態も目的として十分であり、このような者に対しても目的犯の共同正犯が成立し、正犯者から依頼を受けて文書を偽造すれば、大抵の場合には正犯が偽造物を行使することの未必的認識を肯定できるからである<sup>296</sup>。逆に、そのような意思さえ有していないような偽造者は、偽造物を作成したという客観的行為しか存在せず、偽造罪の主観的要件を充足しておらず、不処罰とせざるをえないであろう。

Absicht に *dolus directus* 2. Grades の意味まで拡大する要請は虚偽告発罪にも存在する。嫌疑を自分から逸らすために第三者に嫌疑をかける行為者にとっては、第三者の手続は重要ではないが、第三者を意識的に刑事手続にさらせば、これは当罰的であると考えられる<sup>297</sup> からである。虚偽告発罪の保護法益が刑事司法の機能と個々の被嫌疑者の保護<sup>298</sup> とされていることから、行為が *dolus directus* 1. Grades か *dolus directus* 2. Grades のいずれかで遂行されようとも保護法益の危殆化は変わることはない。自己の告発によって他者を官庁の手続に巻込むことが確定的であると認識していれば、これによって保護法益の危殆化を認めることができるからである。その意味では Absicht に *dolus directus* 2. Grades まで含めて解することの必要性は十分に認められる。

その一方で、詐欺罪に関しては、航空運賃事例、獣医事例、偽装誘拐事例、刑の延期事例で利得 Absicht が否定された。しかしこれらの事案で

---

有していても行為支配論から正犯とは認められないのに対して、従業員は会社のための利益を *beabsichtigen* してはいないが、前もって支払いを受けたために、持ち主の Absicht は知っている。ここでも、所為が他人の計画連関にあることで十分としなければならない、Absicht はあらゆる故意を含むが、所為は *absichtlich* に行動する関与者の計画ゆえになされるという実行する者の認識が付け加わらなければならないとして、共働者の Absicht の認識は必要としつつも Absicht は未必的認識で足りる、とする。

296 この点については、伊藤亮吉「目的犯と共犯について(一)」名城法学 54 巻 3 号(平成 17 年) 47 - 76 頁において、我が国の判例学説の状況について若干の考察を試みた。

297 前掲注(218) 参照。

298 Lenckner/Bosch, a.a.O. (Anm.10), Schönke/Schröder, § 164Rn.1a.

はその全てで財産上の利益を獲得することの確定的認識を行為者は有していたから、Absicht を *dolus directus 2. Grades* にまで拡大して解釈すれば、いずれも Absicht の存在が認められたものと考えられる。文書偽造罪等において Absicht について、*dolus directus 2. Grades* までその内容を拡張しうるのであれば、詐欺罪でも同じことが可能だとも考えられる。そのような意味でも利得 Absicht 概念の拡大の提案<sup>299</sup> は問題の関心としては大きな意義があると考えられるし、またこのように解することによって Absicht 概念の統一性を担保することができることにもなる。

この提案に対しては様々な批判が向けられており、知的な Absicht 要素と意的な Absicht 要素との混同、財産上の利益をえることへの動機づけの必要性、確定的認識から可能性認識で足りるとするさらなる拡大可能性がそれである<sup>300</sup>。それは他方で、利得 Absicht について *dolus directus 2. Grades* では足りずに *dolus directus 1. Grades* の意味での結果発生を目標として求める意思まで要求しなければならないのかの裏面ともいえる。しかしながら、一方では知的な Absicht と意的な Absicht の同置を認めておきながら、他方ではこれを否定する態度は一貫していない。また Absicht を動機と関係づけえないことから利得が動機づけとなるべきではない。ドイツにおいては利得 Absicht を動機と関連づけてきたからこそ、これを *dolus directus 1. Grades* に限定する見解が主流を占めてきたものとおもわれる。詐欺罪における利得 Absicht が当罰的な行為に可罰性を限定し、Absicht に法益侵害の可罰性を基礎づける機能を認めるのであれば、*dolus directus 1. Grades* と *dolus directus 2. Grades* とでは、両者における違法の程度が異なるものではないとされる以上、財産上の利益に対する危険の程度は異なるとはいえない。その意味では、財産上の利益の獲得を目標とはしていないが、その発生を自己の行為の確実な帰結として認識していれば、Absicht としては十分としてもよいのであって、無

---

299 前掲注 (131) 参照。

300 前掲注 (139)、(140)、(142) 参照。

賃乗車事例等で用いられている望まれた中間目標と避けられない付随結果という概念の区別は不要ということになる。

そうはいつでも、望まれた中間目標として無賃乗車事例判決で唱えられた「欺罔により財産を侵害する自己の態度の確実であると予見され意図された結果として望まれている」として財産上の利益の確実性の認識まで要求するのであれば、それでは当罰的な行為の捕捉が不十分となるおそれがある<sup>301</sup>。また、Absicht が意図として意的側面を重視することからは目標として方向づけられた意思性が重視されるべきであって、知的側面については結果発生の確実性、可能性のいずれを認識しているかは、そのような意思性とは無関係である。故意の三分類では知的側面の内容如何に関わらず Absicht は決定される<sup>302</sup> ことから、Absicht について dolus directus 1. Grades を有している際にさらに知的側面として dolus directus 2. Grades まで要求する必要はないと考えられる<sup>303</sup>。

(4) そこで、Absicht 概念の意的側面から知的側面への拡大が許されるとすれば、これをさらに dolus eventualis にまで広げることは許されないのだろうか。Absicht 概念を本来的意味である dolus directus 1. Grades という意思的要素から dolus directus 2. Grades という認識的側面への拡大が許されるのであれば、認識的側面内部での確定的認識から未必的認識への拡大もまた許される解釈といえるのではないだろうか。

これを肯定する論拠としてあげられる他者による偽造文書の行使を未必的に認識しているにすぎない職業偽造者の存在は十分に考えられるところであり、「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」ことは否定できない。また、意思的側面の認識的側面への拡大と、認識的側面内部での拡大とを比較した場合には「法律の文言内容上では、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

---

301 前掲注 (124) 参照。

302 前掲注 (17) 参照。

303 前掲注 (138) 参照。

はない」ということもできよう。さらに、刑事政策的観点からしても「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」<sup>304</sup> ことも十分に認められる。

しかしながら、Absicht の内容について dolus eventualis で足りることへの反対説は、まず「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」<sup>305</sup> という文言上の理由をあげる。故意の全ての形式を採用するのであれば Absicht という用語を使用する必要はない<sup>306</sup> という意味では文言の重要性が大きいことは否定できない。また保護法益の問題としても、未必的認識による行為でも法益侵害の危殆化はある程度は認められる。しかし故意を違法要素と認めることから、dolus eventualis は dolus directus 1. Grades と dolus directus 2. Grades に比べて違法の量と質が異なることは否定できない。dolus eventualis を Absicht から排除することによって処罰の間隙が生じることは否定できないけれども、低度の危険しか有していない行為までも可罰的とする必要があるといえるだろうか、Absicht 概念のさらなる拡大には疑問がある。

## 5 Absicht による犯罪成立範囲の限定の正当性

(1) 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 によって法益侵害がまだ発生していない段階での処罰の早期化を目指しており、その意味では Absicht は dolus directus 2. Grades で足りることになる<sup>307</sup>。しかしここでの Absicht の内容については、本来十分とされるべき dolus directus 2. Grades ではなく dolus directus 1. Grades まで要求されており、「Absicht の限定によって客観

304 前掲注 (189) 参照。

305 前掲注 (197) 参照。

306 Roxin, a.a.O. (Anm.10), S.442.

307 前掲注 (220) 参照。

的な犯人庇護の構成要件の射程範囲は意味あるように制限される」<sup>308</sup> ことになる。これらの主張は客観的要件では十分な処罰範囲の限定機能を果たしえないことから、主観的要件である Absicht の内容を厳格化することによって適正な処罰範囲の限定を図ろうとする趣旨とおもわれる。Absicht 犯罪は Absicht が構成要件要素として存在することによって犯罪の成立が認められる類型であるから、主観的要素に犯罪成立の範囲を限界づける機能を付与するなど犯罪成立のための一定の役割を認めることは十分に成立しうるものである。しかしここで問題とされるべきは、客観的行為態様がそれだけで可罰的とするには弱かったり、処罰の限界づけをするには不明確であるがゆえに、主観的要素にその不足を補わせ、犯罪成立を牽引する役割を付与することが果たして正当として認めることができるのかということである。

個々の犯罪において目的と手段を求めることだけで刑罰を科したり、*dolus eventualis* を除いた *dolus directus* のみに限定して刑罰を科するという立法措置は十分に認められる<sup>309</sup> ことから、Absicht 犯罪という立法形式が否定されるべきものではない。また、犯人庇護罪で規定されている「援助」という本来違法とは無関係な中立的な行為を一定の場合に違法行為と位置づけることも否定されるべきではない。法益侵害性との関係で当罰性を考慮して犯罪を認定することを前提とすれば、いずれの立法形式も許されてしかるべきだからである。しかしながらこのような立法形式が無制限に許容されることにはならない。このような立法形式には解釈制約の程度が比較的弱いために人権保障に対する危険が内在しているのであるから、恣意的な法解釈による不必要なまでの犯罪成立を防止する観点からは制約は当然である。

(2) 刑事司法と被害者の個人的利益という犯人庇護罪の保護法益<sup>310</sup> は、

---

308 前掲注 (223) 参照。

309 v.Hippel, a.a.O. (Anm.39), S.535.

310 Stree/Hecker, a.a.O. (Anm.10), Schönke/Schröder, §257Rn.1.

dolus directus 1. Grades と dolus directus 2. Grades の同置性からは、Absicht の内容をいずれとしようとも、その侵害に変わるところはない。その意味では買戻し事例において、窃盗犯人への利益確保の確実性を認識しているが意図していないとしても、利益確保 Absicht の存在は十分に認められうるところである。しかし、ここで予定されている行為が援助、すなわち指輪の買戻しという中立的行為であるために、行為自体では違法と判断することが難しく、主観的要素にこれを委ねるのであれば、このような危険を防止するためには、Absicht の内容から本来認められるべき dolus directus 2. Grades を排除して、その本来的な意味である dolus directus 1. Grades に限定することは解決の一つの手法といえるだろう。ここでは法理論的問題よりもむしろ「意味あるような制限」<sup>311</sup> すなわち処罰範囲限定の要請という刑事政策的側面が前面に出てきているものといえる。

価値中立的な行為の全てを違法とすることは処罰範囲の不要な拡大を招く危険があるから、このような主観的側面からの犯罪成立範囲の限定には意味があるものと考えられる。しかしながら、中立的行為だからといってその犯罪行為性を無限定のまま判断の対象に組み込んだり、またはそこから完全に除外したままにしておくべきではない。法益侵害との関係で一定の場合には、そして一定の場合に限って、中立的行為であっても犯罪としての評価を与えてしかるべきである。そこで主観的要素は、特に客観的対応物を有しない超過的内心傾向は、その評価が恣意に流されやすいことは否定し難いことを考慮すれば、まずは行為の危険性を判断することで客観的側面での限定を図るべきと考える<sup>312</sup>。すなわち、行為の中に Absicht の存在を明らかにする積極的態度を要求することによって、客観的な行為態様を限定し、その結果 Absicht があっても行為の外形を備えていない場

311 前掲注 (223) 参照。

312 この点については、伊藤・前掲注 (219) 185 - 187 頁において、価値中立行為に対する目的犯構成として若干の検討を試みた。



合は無罪とするような方策がとられるべきである。

ここでは例えばわが国の売春防止法5条3号前段は売春をする目的で公衆の目に触れるような方法での客待ちを処罰するが、これは「単に売春の目的で公共の場所等をうろつ [く等] ...だけでなく、外形上、売春の目的のあることが、その服装...等と相まち、一般公衆に明らかとなるような拳動を伴う客待ち行為をいう」「売春の目的が明らかとなるような拳動のない限り、それは、外形上、単なる待ち合わせや人探しの行為と何ら選ぶところがなく、未だ社会の善良の風俗をみだすものとは認められない」「売春目的で客待ちしていたとはいえ...外形上、未だ売春の目的があることを一般公衆に明らかとなるような拳動を伴う客待ち行為とは認めがたい」として被告人を無罪とした判決<sup>313</sup>が参考となろう。一般的には広く解される客待ち行為に犯罪を暗示する外形を要求することによって、行為を制限的に解するものと評価することができる。

犯人庇護罪での「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」<sup>314</sup>との表現は、主観的側面が違法の有無や程度に関係することからは当然の主張ではあるが、超過的内心傾向という客観的側面に対応物のない要素に過度の役割を与えることにもなりかねず、そのような判断方法は控えるべきである。犯人庇護罪の事案では行為者はそれぞれ、タクシー運転手事例ではタクシーを走行することで窃盗犯人に盗品を確実に帰属させることを認識しており、また買戻し事例では盗品の買戻しによって窃盗犯人に利益が確実に帰属することを認識していたことは十分に認められるから、*dolus directus* 1. Grades と *dolus directus* 2. Grades の同置性からは *Absicht* としては十分であるともいえる。そして、タクシー走行と指輪の買戻しは行為自体からすれば、いずれも日常的に通常行われている行為ではあるが、一般公衆

---

313 東京高判昭和52年6月21日判時885号173頁。

314 前掲注(199)参照。

にとってこれが犯人への援助となっていることが明らかに認められるような場合であれば、犯罪の成立を認めることは十分に考えられるものである。もっとも、その判断は例えば公の面前で行われるのと密室で行われるのとで援助かどうかが決定的なものではなく、事態を一般的に観察して、およそその種の行為が犯人援助としての性質を有するものであるかどうか、すなわち本罪の保護法益を危殆化するに値するだけの性質を当該行為自体が有しているのかを判断すべきであろう。

## 七 結びにかえて

以上論じてきた通り、短縮された二行為犯と断絶された結果犯という伝統的な Absicht 犯罪の分類 (旧二分説) から、Absicht の内容の検討の必要性という視点からドイツで提唱されている新たな分類 (新二分説) について本稿は検討を加えたものである。

しかし、新二分説については、ドイツ刑法学が一部の例外を除いて争いなく Absicht を主観的違法要素と解することからの帰結と整合するのかの疑問が提起されるものとなる。すなわち、特に詐欺罪の利得 Absicht について Absicht は実体としては動機と重なる部分はあるが、犯罪論体系上は両者を関連づけて考えることはできず、Absicht は行為関係的な違法要素として、行為者関係的要素として違法要素ではない動機とは別個の存在と位置づけるべきである。さらに利得 Absicht は法益侵害と関係するものとして、被害者の財産と関係する違法要素と位置づけることができる。新二分説はその内部でも様々な主張がみられるが、こうして Absicht が主観的違法要素であることを維持するのであれば、詐欺罪のように当罰的な行為に可罰性を限定するために Absicht が法益侵害の可罰性を基礎づける場合と、文書偽造罪のように最終的な法益侵害の意味での実質的な既遂を待たずに法益保護を早期化する場合とに二分する見解が妥当な方向性を示しているものと考えられる。

Absicht の内容については、二つの *dolus directus* はあくまでも最小限度で違法が重なり合っているという意味で同価値と評価することができる

にすぎないという条件は付与されつつも、違法段階での両者の同置性を前提として、主観的違法要素である Absicht と法益侵害との関係から導くべきである。そして Absicht を動機と解することができないこと、Absicht という用語が本来的な *dolus directus 1. Grades* に限られず、より広い意味を付与するも可能であることから、一部の例外を除いて、基本的には新二分説内部では Absicht 犯罪では Absicht の内容の違いに意味はなくなり、Absicht は *dolus directus 1. Grades* のみならず、*dolus directus 2. Grades* をも含めて広く解する、すなわち Absicht には目標として向けられた意思であると同時に結果発生の確実な認識をも含めることができるとおもわれる。こうして結局は新二分説によっても、Absicht は主観的違法要素として法益侵害に関係することを否定することができないことから、その内容はいずれの場合にも *dolus directus 2. Grades* で足りると解すべきとの結論に達したものである。その意味では Absicht 犯罪を二分してその内容を検討する意義は小さいものとならざるをえないことは否定できない。そして、刑法が人権保障性格をも有することからは、Absicht という主観的要素には過大な要求をするべきではなく、まずは客観的要素からの犯罪成立範囲の確定を志向すべきであろう。しかし、このような結論はあくまでもドイツにおける Absicht の性質から論じられることであって、わが国の状況にそのまま妥当することを意味するものではない。むしろわが国では目的犯の目的の性質については大きな争いがあるので、ドイツの状況からは否定せざるをえない目的を動機と解することは十分に可能である。

ところで、ドイツの判例学説で問題となった Absicht 犯罪、特に詐欺罪の諸事例がわが国で問題となったと仮定した場合に、不法領得の意思が否定されるかは疑わしい。各事例において行為者は結局は財物や財産上の利益を取得したり、あるいはこれを放棄していない場合が多数存在するからである。わが国の詐欺罪における不法領得の意思が争われた判例では、「郵便配達員を欺いて交付を受けた支払督促正本等について、廃棄するだけで外に何らかの用途に利用、処分する意思がなかった場合には、支払督

促正本等に対する不法領得の意思を認めることができない」<sup>315</sup> とするのは不法領得の意思の認定において正当であるといえる。もちろん客観的要素と主観的要素とは独立に存在する別個の要素であるものの、客観的な行為態様から不法領得の意思の存否を窺い知るといふ両者の関係性を否定することはできない。しかしながら、わが国では結局のところ、不法領得の意思の認定においては、純粋に主観的事情だけで判断するのではなく、利益を捨てるなどして放棄したという外観があることが、意思を否定する判断にとって重視されているようにおもえる。つまり、外観という客観的要素の確定があって初めて目的という主観的要素の存否の検討を行うのではないか、客観的側面が認められて初めて主観的側面の存在が肯定されるといえるほど主観的側面の認定には客観的側面が大きな役割を果たすのではないかと印象を払拭し難い<sup>316</sup>。これは一方では、行為それ自体に犯罪の形式が十分に認められなければ目的があっても犯罪性を否定するとの方向<sup>317</sup>

---

315 最決平成 16 年 11 月 30 日刑集 58 卷 8 号 1005 頁。窃盗罪に関しては、大阪高判昭和 61 年 7 月 17 日判時 1208 号 138 頁は、財物を持ち帰っても投棄の意思によるとして不法領得の意思を否定したが、これに対して、東京高判平成 12 年 5 月 15 日判時 1741 号 157 頁は、被害者への報復の意図を認めつつも物を廃棄したり隠匿したりする意思ではないとして不法領得の意思を肯定した。文書偽造罪について、最決昭和 42 年 3 月 30 日刑集 21 卷 2 号 447 頁は、父親を満足させる目的で偽の卒業証書を偽造した場合に文書偽造罪の成立を認めた。

316 東京地判昭和 62 年 10 月 6 日判時 1259 号 137 頁は、犯行発覚防止のため財物を投棄しようとして死体から剥がしたものの、これを捨て忘れたまま持ち帰ってしまい保管していた場合に、財物「から生じる何らかの効用を享受する意思があったということとはできない」として不法領得の意思を否定した。これに対して、東京高判平成 12 年 5 月 15 日判時 1741 号 157 頁は、被害者に対する報復目的で財物を強取して自宅に保管したり庭に埋めていた場合に「物を廃棄したり隠匿したりする意思からではなく…物取りを装う意図を有して」いることから不法領得の意思を認めており、「犯行後に、領得した金品の一部を廃棄したり、保管し続けて、費消・売却等の処分行為をしていないが、そのことで不法領得の意思が否定されることにはならない」とする。なお、大野市太郎「殺意」小林充 = 香城敏磨編『刑事事実認定 (上)』(平成 4 年) 1 - 2 頁は、殺意の認定に当たっては情況証拠を重視すべきであり、その認定はすぐれて総合的な判断であるとする。

317 前掲注 (313) 参照。

で、客観的行為の危険性の大きさを考慮する面で現れるが、他方で、目的の有無の判断が客観的行為態様に依存してしまい、「物を廃棄していないから領得意思があった」「物を廃棄したから領得意思はなかった」といったような典型の場合から逃れることができずに、本来別個に判断されるべき両者が同一に判断されかねないことが危惧される。

また、わが国では目的の内容について「未必的目的で足りる」<sup>318</sup>との表現が用いられることがある。このような未必的認識あるいはそれに近い消極的な意思であっても、目的として認められるところにわが国の目的犯の現状がある。その意味からでも目的が広く肯定されることになる。ドイツにおいても、Absicht を広く解して、未必的認識で足りるとの主張が存在するが、しかしこれに対しては、Absicht という文言の解釈を逸脱する<sup>319</sup>、Absicht の解釈では憲法上の解釈の限界が想起されなければならず、Absicht 概念が dolus directus 2. Grades をも意味しうるかは二つの故意概念が長年明確に区別されてきたところからは疑わしいが、違法と責任の限界に関する理論に対しては、主観的要素の目的論的解釈からはこれに限定されるものではない<sup>320</sup>などと激しい反対がみられる。このような文言による解釈の限定をまずもって図る姿勢は傾聴に値するであろう。

いずれにしても本稿でえられた知見を一外国の状況の紹介に終わらせることなく、わが国の状況といかに整合するか、また整合しえないかの検討は必要不可欠であり、今後はこれらの点との関連においても検討を試みたい。

---

318 例えば、偽造罪の行使の目的について、大判大正 11 年 4 月 11 日新聞 1984 号 19 頁、最判昭和 28 年 12 月 25 日集刑 90 号 487 頁、大塚仁『刑法概説（各論）[第 3 版増補版]』（平成 17 年）414、461 頁、大谷實『刑法講義各論 [新版第 3 版]』（平成 21 年）415、438 頁。

319 前掲注（197）参照。

320 Vogel, a.a.O. (Anm.14), §15Rn.89.