

目的犯の目的の内容 (1)

—— わが国における判例学説の状況 ——

伊 藤 亮 吉

目 次

- 一 はじめに
- 二 目的の内容に関するわが国の判例学説の状況
 - 1 目的が確定的認識の意味で理解される類型
 - 2 目的が動機の意味で理解される類型
 - 3 目的が意図の意味で理解される類型
 - 4 目的が未必的認識の意味で理解される類型
 - 5 学説の状況 (以上、本号)

一 はじめに

ドイツにおける目的犯 (Absichtsdelikt) の目的 (Absicht) の内容について若干の考察を試みた¹。そこでは、ドイツにおいては、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目的犯の二分類の他に、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目的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目的

1 伊藤亮吉「目的犯の新たな潮流 (1) ~ (3・完)」名城法学 61 巻 3 号 (平成 24 年) 1 - 49 頁、62 巻 1 号 (平成 24 年) 1 - 30 頁、62 巻 3 号 (平成 25 年) 1 - 34 頁。本稿に関しては特に、62 巻 3 号 20、31 頁を参照。

犯を二分し、前者においては目的は第一級の直接的故意である意図 (dolus directus 1. Grades) を要するが、後者においては目的は第二級の直接的故意である確定的認識 (dolus directus 2. Grades) で足りるという、判例通説が目的の内容についてどのように理解しているのかに関する分類を紹介した。しかしながら、わが国の状況に関してはほとんど言及することはなかった。法律学の任務としてまずは自国での有用性に資するかどうかということを考える場合には、外国法の検討を行うとしても、それがわが国において妥当しうのか、どのように適用されうのかの種々の検討は必要不可欠のものであり、それをしない論稿では不十分との謗りを免れないかもしれない。

そこで目的の内容について判例学説で問題とされるいくつかの犯罪類型を素材として、目的犯における目的についてわが国ではいかなる内容が考えられているのかを考察したい。

二 目的の内容に関するわが国の判例学説の状況

1 目的が確定的認識の意味で理解される類型

(1) わが国の判例の状況を概観すると、目的犯の目的について一様の理解があるわけではなく、犯罪類型ごとにその内容は確定的認識であったり、動機であったり、意図であったり、未必的認識であったりと様々に理解されている。犯罪の中には、その内容に変遷がみられるものもあるが、そのようなものでも最高裁判所の判断が出されれば一応の終止符が打たれることになる。そこで、まずはいくつかの目的犯の目的の内容について判例がどのような判断を示しているかを検討し、引き続いて学説がこれに対してどのように主張しているかを検討する。

(2) 目的を確定的認識の意味で理解する類型としては、爆発物取締罰則1条の「人ノ身体財産ヲ害セントスルノ目的 (による爆発物の使用)」と3条の「第一条ノ目的 (による爆発器具の製造等)」をあげることができる。この目的は後に示すように、その内容が大きく変遷するが、確定的認識を要するとするものとしては、「爆発物取締罰則第一条違反の罪は講学上所

謂目的罪であつて、治安を妨げる目的又は人の身体財産を害する目的を構成要件の主観的要素とするものであり、ここに治安を妨げとは国又は社会の安寧秩序を侵害することを言い、人の身体財産を害するとは人の身体を傷害し若くは人の財産を損壊することを指すものである。而して、右目的の内容たる事実について如何なる程度の認識を必要とするかは、本罰則の法理を合理的に解釈して決すべきであることは言うまでもない。そもそも本罰則が特別法規として制定された趣旨は、爆発物のもつ極めて大なる破壊の性能が前記の各目的と結合するときは、国家社会の平穩を著しく阻害し或は極めて兇悪なる犯罪として発現するため、これを禁遏しもつて国家社会の安全と人の生命、身体、財産を保護せんとするものである。即ち、刑法及び火薬類取締法規等をもつては充分とせず、特に本罰則の存置を必要とする主たる理由は、爆発物とその使用目的の結合にあると言うべきである。かように本罰則においては前記各目的の存在が構成要件の主観的要素として重要な比重をしめていること及び本罰則が予防主義的ないし刑事政策的色彩の濃厚な法規であり、刑法第一一七条の罪等に比して厳格な法定刑を定めていること等を合せ考えると、本罰則における目的につき、その内容たる事実の認識は単なる予見ないし未必的認識をもつてはならず、確定的認識を必要とすると解するのが相当である²。「爆発物取締罰則は我国の安寧秩序を維持し人の身体、財産を保護しようとすることを立法趣旨とし、かゝる立法趣旨から、同罰則はつとめて予防主義的な立場に立ち、その第一条にいわゆる爆発物の使用とは、同条所定の目的を達するため、爆発の可能性を有する物体を爆発すべき状態におくだけで足り、現実に爆発することを必要としないものと解されており...これらの点から考えると、同条はその所定の使用目的を極めて重視し、この目的の下に爆発物を使用した場合には、等しく公共危険罪に属する刑法第一百七十条の罪等に比して特に重い法定刑を以て臨んでいるのである。従つて右使用目的は、

2 新潟地長岡支判昭和 37 年 6 月 15 日下刑集 4 巻 5 = 6 号 520 頁。

極めて厳格に考えるべきであつて、結果の発生に対する単なる未必的な認識、予見の程度を以ては同条所定の目的ありとなすことは妥当ではなく、確定的な認識、予見を必要とするのが、同条の合理的な解釈といわねばならない³、「同罰則一条は爆発物の使用が『治安を妨げ又は人の身体、財産を害せんとする目的』をもつこと、すなわち、公共の秩序と安全を侵害し、又は自己以外の他人の生命、身体、財産を損壊する目的をもつことを要件として、いわゆる目的犯として重罰を以て臨んでいることに徴すると、その目的の内容たる事実の認識については相当に明白であつて、確定したものでなければならないと解されるのである」⁴としている。

これらの諸判決では目的の意的側面については述べてはいないが、流れを同じくする、「本件爆発物取締罰則一条または三条の罪は危険犯であると同時に『治安ヲ妨ケ又他人ノ身体財産ヲ害セントスル目的』を構成要件とする目的犯である。しかしてこの目的の内容たる事実認識の程度については、同条項が右のような目的を重視しこれを主観的要素として規定していること、特に重い法定刑をもつて臨んでいること等に徴し、単なる未必的認識だけでは足りず、確定的な認識を必要とするが、それ以上に積極的な意図までは必要としないものと解するのが相当である。』⁵とすることからすると、知的側面としては確定的認識は必要だが、意的側面として意図までは必要ではないと考えてよいであろう。

2 目的が動機の意味で理解される類型

(1) 目的を動機の意味で理解するものとしてはまずは、営利目的等拐取罪（刑法 225 条）の「営利の目的」をあげることができる。これについては、「刑法第二百五條二所謂營利ノ目的トハ畧取誘拐ノ行為二因リテ利益ヲ取得スルコトヲ目的トスルノ謂ニシテ營業的二利益ヲ取得スルコト

3 福岡地判昭和 39 年 3 月 30 日下刑集 6 卷 3 = 4 号 358 頁。

4 東京高判昭和 54 年 12 月 13 日高刑集 32 卷 3 号 274 頁。

5 東京高判昭和 49 年 6 月 11 日高刑集 27 卷 3 号 219 頁。

ヲ必要トセス」⁶、「刑法第二百二十五條ニ所謂營利ノ目的トハ利益ヲ得ル目的ヲ指稱スルモノニシテ繼續又ハ反覆シテ利益ヲ得ル目的アルコトヲ必要トスルモノニ非ス」⁷と、「利益を得る目的」というにとどまるものがあるが、その実体は、「誘拐者カ誘拐行為ヲ為スノ意思決定ノ動機ヲ指稱スル」⁸、「刑法が営利の目的に出た誘拐を、他の動機に基くそれよりも、とくに重く処罪しようとする理由は、原判決も詳細に判示しているが、要するに営利の目的に出た誘拐行為は、その性質上他の動機に基く場合よりも、ややもすれば被誘拐者の自由に対する侵害が一層増大される虞があるためであつて、とくに被誘拐者その他の者の財産上の利益に対する侵害を顧慮したためではないと認められるから、刑法第二二五条にいわゆる『営利の目的』とは、ひろく自己又は第三者のために財産上の利益を得ることを行為の動機としている場合の総てをいうものではなく、被誘拐者を利用し、その自由の侵害を手段として、自己又は第三者のために財産上の利益を得ようとする場合に限るものと解すべく、ただそれは被誘拐者を利用するものであつて、必ずしも誘拐行為自体によつて利益を取得する場合に限らず、誘拐行為後の或行為の結果、これを取得する場合をも包含するものと解するのを相当とする」⁹、「刑法二二五条にいわゆる営利とは単に利益を得ることを意味するにとどまりその一回的たると継続的反覆的たるを問はないものであり又営利の目的とは誘拐者が誘拐行為をする意思決定の動機をいい必ずしも誘拐行為自体による利益を得る場合にかぎらない」¹⁰、「刑法二二五条所定の営利誘拐罪にいわゆる『営利ノ目的』とは、誘拐行為によつて財産上の利益を得ることを動機とする場合をいうものであり、その利益は、必ずしも被誘拐者自身の負担によつて得られるものに限らず、誘拐行為に対して第三者から報酬として受ける財産上の利益をも包含する

6 大判明治44年11月16日刑録17輯2002頁。

7 大判昭和9年3月1日刑集13巻166頁。

8 大判昭和2年6月16日新聞2726号13頁。

9 東京高判昭和31年9月27日高刑集9巻9号1044頁。

10 大阪高判昭和36年3月27日下刑集3巻3=4号207頁。

ものと解するを相当とする¹¹と諸判決が示すとおり、ここでの目的を動機の意味で理解してきたものといってよいであろう。その意味ではここでの目的は意的要素の側面から目的を把握しているといえる。

(2) 各種薬物犯罪の「営利の目的」（覚せい剤取締法 41 条 2 項、麻薬及び向精神薬取締法 64 条 2 項等）についても事情は同様である。「『営利の目的』とは、[薬物]の交付、所持等の行為の動機が財産上の利益を得る目的に出たことをい[う]」¹²、「『営利の目的』とは、犯人がみずから財産上の利益を得、又は第三者に得させることを動機・目的とする場合をいうと解すべきである」¹³とする諸判決をあげることができる。

3 目的が意図の意味で理解される類型

(1) 目的を意図の意味で理解するものとしてはまずは、内乱罪（刑法 77 条）の「国の統治機構を破壊し、又はその領土において国権を排除して権力を行使し、その他憲法の定める統治の基本秩序を壊乱する目的」（以下、壊乱目的という。かつては、朝憲紊乱目的と称した）について、「集团的ノ暴動行為アルモ之ニ因リ直接ニ朝憲紊乱ノ事態ヲ惹起スルコトヲ目的トスルニ非スシテ之ヲ縁由トシテ新ニ発生スルコトアルヘキ他ノ暴動ニ因リ朝憲ヲ紊乱スル事態ノ現出ヲ期スルカ如キハ之ヲ以テ朝憲ヲ紊乱スルコトヲ目的トシテ集团的暴動ヲ為シタルモノト称スルヲ得ス…本件行為ハ議院制度ノ否認内閣制度ノ変革其ノ他国家ノ政治的基本組織ノ破壊ヲ直接企図シタルモノニ非スシテ之ヲ機運トシテ新ニ発生スルコトアルヘキ他ノ暴動ニ依リスル事態ノ現出ヲ予想シタルモノニ外ナラス要スルニ以上ノ事実ニ依レハ A 等八本件ノ集团的暴動行為ニ際シテ未タ直接ニ朝憲ヲ紊乱スルコ

11 最決昭和 37 年 11 月 21 日刑集 16 卷 11 号 1570 頁。

12 最判昭和 42 年 3 月 3 日刑集 21 卷 2 号 383 頁。

13 最決昭和 57 年 6 月 28 日刑集 36 卷 5 号 681 頁。本決定は、覚せい剤取締法に関するものであるが、目的を「動機・目的」と把握することは麻薬取締法についても妥当するといえる。千葉裕「麻薬及び向精神薬取締法」平野龍一他編『注解特別刑法 5 - [第 2 版]』（平成 4 年）151 頁を参照。

トヲ目的トシタルモノト認ムルヲ得サルモノトス」¹⁴ とする判決は、たとえ暴動行為が行われたとしても、それを縁由・機運として、これとは別に発生する暴動によって、国家の統治組織の変革の現出を期待・予想するような場合は、目的を具備するとはいえないとして、目的の直接性が要求されている¹⁵。ここでの「目的」とはこのような意思内容よりも強い意図の意味で理解すべきことになろう。

(2) 爆発物取締罰則 1 条「人ノ身体財産ヲ害セントスルノ目的」と 3 条「第一条ノ目的」については、確定的認識とするものの他に、「凡そ爆発物取締罰則第一条に言う人の財産を害する目的で爆発物を使用するとは爆発物の使用を手段として他人（犯人以外の者）の財産を害するという結果招来を意図して爆発物を使用することを言い、他人の財産を害するとはその財産の権利者の意思に反して不法にこれを損壊するの意と解すべき」¹⁶、「爆発物取締罰則第一条第三条の『治安を妨げる目的』…の意味内容については、同罰則第一条が『治安ヲ妨ケ又他人ノ身体財産ヲ害セントスルノ目的ヲ以テ爆発物ヲ使用シタル者及ヒ人ヲシテ之ヲ使用セシメタル者』に対し、『死刑又ハ無期若クハ七年以上ノ懲役又ハ禁錮』というような極めて厳しい刑をもつて臨み、同罰則第三条も『第一条ノ目的ヲ以テ爆発物若クハ其使用ニ供ス可キ器具ヲ製造輸入所持シ又ハ注文ヲ為シタル者』に対し『三年以上十年以下ノ懲役又ハ禁錮』というような重刑をもつて臨んでいることを勘案しこれを文理に即して解釈すれば、同罰則第一条第三条にいう『目的』とは『意図』を意味するものと解釈することができる¹⁷ と、意図を要求するものがみられる。

(3) 旧証券取引法 125 条 2 項 1 号後段（現金融商品取引法 159 条 2 項 1 号に相当）の現実取引による相場操縦罪は、有価証券市場における有価証

14 大判昭和 10 年 10 月 24 日刑集 14 卷 1267 頁。

15 大塚仁他編『大コンメンタール刑法第 6 卷 [第 2 版]』（平成 11 年）24 頁 [鈴木亨子執筆]。

16 高松高判昭和 36 年 5 月 31 日高刑集 14 卷 3 号 177 頁。

17 静岡地判昭和 47 年 6 月 17 日刑月 4 卷 6 号 1190 頁。

券の売買取引を誘引する目的で、相場を変動させるべき一連の売買取引等をするを禁止する規定であるが、従来から誘引目的の存在が違法取引と適法取引の区別にとって重要なものとされてきた。ここでの主観的要件である誘引目的と客観的要件である変動取引との関係について、判例は、特にいわゆる協同飼料事件において、大きな変遷がみられる。

この事件の第一審判決は、「『売買取引を誘引する目的』とは、市場の実勢や売買取引の状況に関する第三者の判断を誤らせてこれらの者を市場における売買取引に誘い込む目的、すなわち、本来市場における売買取引における需給関係ないし自由競争原理によって形成されるべき相場を人為的に変動させようとの意図のもとで善良な投資家を市場における売買取引に参加させる目的といい、また『一連の売買取引』とは、継続した誘引目的の発現と客観的に認められる複数の取引をいうと解すべきであり、更に『相場を変動させると取引』とは、同号が売買取引のほかその委託、受託をも併せて禁止していることに徴し、市場価格を変動させる可能性のある取引を広く指称すると解すべきである」¹⁸ とする。ここでは、変動取引は「広く指称する」と制限を付していないのに対して、誘引目的を「第三者の判断を誤らせて」や「相場を人為的に変動させようとの意図」というように、限定的に解釈している。

これに対して控訴審判決は、「『有価証券市場における有価証券の売買取引を誘引する目的』とは、有価証券市場における当該有価証券の売買取引をするように第三者を誘い込む意図である。この目的は、他のいわゆる目的犯の目的と同じで、実行行為をする動機であり、一号後段違反の罪の故意である当該有価証券の相場を変動させるべき一連の売買取引又はその委託若しくは受託の事実の認識と相おおうものではない」「右に示した目的は、そこで述べたように、実行行為、換言すると、所論のいう客観要件たる売買取引をする動機であって、…『客観的要件たる売買取引を原因とし

18 東京地判昭和59年7月31日判時1138号25頁。

て、客観的にその結果として生ずる、いわゆる因果的連鎖に立つ事実』ではない』『変動させるべき取引』とは、単に、取引自体が相場を変動させる可能性をもっているその取引ということではなく、相場を支配する意図をもってする、相場が変動する可能性のある取引と解するのが相当である』とする¹⁹。ここでは、誘引目的を「誘い込む意図」とのみ非制限的に「実行行為とする動機」と解釈する一方で、変動取引を「相場を支配する意図をもってする」取引と限定的にとらえている。

このような対立を最高裁判所は、「証券取引法一二五条二項一号後段は、有価証券の相場を変動させるべき一連の売買取引等のすべてを違法とするものではなく、このうち『有価証券市場における有価証券の売買取引を誘引する目的』、すなわち、人為的な操作を加えて相場を変動させるにもかかわらず、投資者にその相場が自然の需給関係により形成されるものであると誤認させて有価証券市場における有価証券の売買取引に誘い込む目的をもってする、相場を変動させる可能性のある売買取引等を禁止するものと解され、また、同法一二五条三項は、同条二項の場合とは異なり、『有価証券市場における有価証券の売買取引を誘引する目的』をもってするものであることを要しないことは、その文言から明らかである」²⁰として、第一審判決と同様に、「投資者に…誤認させて有価証券市場における有価証券の売買取引に誘い込む目的」と誘引目的を限定的に解することによって解決した。

協同飼料事件最高裁判所決定の前に、藤田観光株事件の第一審判決が出された。そこでは、「証券取引法一二五条二項一号にいう誘引目的というのは、その誘引という言葉自体に意味があるのではなく、それは、売買取引が繁盛であると見せるあるいは有価証券の相場を変動させる売買取引が、意図的、目的的に行われることを抽象的に表現したものであって、人為的に売買取引が繁盛であると見せかけ、あるいは人為的に有価証券の相場を

19 東京高判昭和63年7月26日判時1305号52頁。

20 最決平成6年7月20日刑集48巻5号201頁。

操作しようとの目的と言い換えることができると解される。」「[協同飼料事件控訴審判決] が、誘引目的についてその誘引という言葉にはさしたる意味はなく、むしろ誘引の原因となる変動取引がいかなる意図で行われたかに着目すべきことを示した点は、鋭い考察というべきであるが、その『有価証券市場を支配する意図をもってする』という内容がいささか漠然としている嫌いがあるのみならず、変動取引に主観的要素と客観的要素の二つを盛り込むことによって、行為に違法性を付与するものとして、主観的要素が要求されている趣旨をあいまいにする恐れがあると考えられるので、その主観的要素はやはり主観的要件である誘引目的の内容として理解するとともに、その内容は前記のように解釈するのが相当と考えられる」「変動取引とは市場価格を変動させる可能性のある売買取引を指すと解すべきで、それ以外に、相場を支配する意図を有することを要しないと解すべきである」²¹ と、表現上の相違はあるものの、協同飼料事件第一審判決と同様に、誘引目的を限定的に解釈する方向をとっている。

誘引目的と変動取引との関係については変遷がみられるとともに、目的の具体的な内容に変化はみられるものの、目的を意図や動機と解する点は一環しているといえる²²。

(4) 近年では、危険運転致死傷罪（刑法 208 条の 2）の「人又は車の通行を妨害する目的」について判例の集積がみられる。例えば、「『通行を妨害する目的』とは、相手方の自由かつ安全な通行を妨げることを積極的に意図することと解される」²³、先駆車「の進路変更をさせないようにして、

21 東京地判平成 5 年 5 月 19 日判タ 817 号 221 頁。

22 ただし、前掲注 (19) 東京高判昭和 63 年 7 月 26 日は、誘引目的を「有価証券市場における当該有価証券の売買取引をするように第三者を誘い込む意図であつて…この目的は、他の目的犯の場合と同様に、その内容であることがら、この場合には、有価証券市場における当該有価証券の売買取引をするように第三者を誘い込むことを意識しておれば足りるのである」とする。ここで「意図」とともに「意識」という用語が使用されていることから、誘引目的を誘引の認識ととらえることもできそうであるが、当該部分は目的の知的側面について述べているにすぎないとらえることができるであろう。

23 横浜地横須賀支判平成 15 年 7 月 8 日判例集未登載。

その自由かつ安全な通行を妨げることを積極的に意図している」²⁴ と、積極的意図の用語を使用する²⁵。

4 目的が未必的認識の意味で理解される類型

(1) 目的を未必的認識の意味で把握するものとしては、まず虚偽告訴罪(刑法 172 条)の「人に刑事又は懲戒の処分を受けさせる目的」をあげることができる。すなわち、「刑法第七十二條二所謂『人ヲシテ刑事又ハ懲戒ノ処分ヲ受ケシムル目的ヲ以テ』トハ不實ナル申告カ其性質上他人ヲシテ刑事若クハ懲戒ノ処分ヲ受ケシムル結果ヲ發生スヘキコトノ認識ヲ以テスルノ意ナレハ誣告罪ノ成立ニハ右認識ノ下ニ不實ノ申告アルヲ以テ足り必シモ上叙結果ノ發生ヲ欲望スルコトヲ要セス」²⁶、「苟モ虚偽ノ申告ヲ爲スニ當リ被申告者カ之ニ因テ刑事ノ処分ヲ受クルニ至ヘキコトノ事實ニ對スル認識アル以上ハ刑法第七十二條二所謂目的アリト爲スヘキモノニシテ其ノ他特別ノ希望意欲ノ存スルヲ要スルモノニ非ス」²⁷、「虚偽ノ申告ヲ爲スニ當リ他人カ之ニ因テ刑事又ハ懲戒ノ処分ヲ受クルコトアルヘシトノ認識アル以上ハ刑法第七十二條二所謂目的ノ存在ヲ認ムルニ足ルモノニシテ別ニ其ノ処分ヲ希望スル意思アルヲ必要トセサル」²⁸、「『刑事又ハ懲戒ノ処分ヲ受ケシムル目的ヲ以テ』ト明定スルモノナルカ故ニ單ナル認識ヲ以テハ不十分ニシテ所謂目的故意罪トシテ之ヲ斷スヘキモノト信ス…刑法第七十二條二所謂人ヲシテ刑事ノ処分ヲ受ケシムル目的ヲ以テ虚偽ノ申告ヲ爲ストハ虚偽ノ申告ヲ爲スニ當リ之カ爲ニ他人カ刑事ノ処分ヲ受クルコトアルヘシトノ認識アルヲ以テ足り其ノ処分ヲ希望スルノ意思アルコト又ハ處分ナル結果ノ發生ヲ要セサル趣旨ナリト解スヘキモノトス」²⁹、

24 東京高判平成 16 年 4 月 13 日判時 1890 号 156 頁。

25 その他には、東京高判平成 16 年 4 月 15 日判時 1890 号 158 頁、静岡地判平成 18 年 8 月 31 日判夕 1223 号 306 頁。

26 大判大正 6 年 2 月 8 日刑録 23 輯 41 頁。

27 大判大正 12 年 12 月 22 日刑集 2 卷 1013 頁。

28 大判昭和 2 年 11 月 7 日新聞 2777 号 14 頁。

29 大判昭和 8 年 2 月 14 日刑集 12 卷 114 頁。

「刑法第七十二條二所謂目的トハ不實ナル申告力其ノ性質上他人ヲシテ刑事又ハ懲戒ノ處分ヲ受ケシムル結果ヲ發生スキコトノ認識ヲ要スルモ該認識ノ外更ニ動機緣由ヲ要スル趣旨ニ非ス故ニ同罪ノ成立スルニハ叙上認識アルヲ以テ足り其ノ結果ノ發生ヲ希望スルコトヲ要セサルコト同條ノ解釋上疑ヲ容レス」³⁰、「人ヲシテ刑事ノ處罰ヲ受ケシムルハ特ニ希望スル所ニ非サルモ民事事件ヲ有利ニ解決セシムル手段トシテ虚偽ノ申告ヲ爲シタルトキモ刑法第七十二條二所謂目的アリト謂フヲ得ヘシ蓋虚偽ノ申告力刑事上ノ取調ヲ誘發シ得ヘキ程度ノモノタルコトノ認識アル以上ハ更ニ處罰ヲ希望セサルモ同條二所謂目的ノ存在ヲ認ムルニ足ルモノナレハナリ」³¹とする諸判決をあげることができる。これらは、目的は刑事処分・懲戒処分という結果の発生を認識することで足り、それを「欲望」「希望」「動機」とする必要はないとしている。これらは「未必的認識」という用語は用いてはいないが、「受クルコトアルヘシトノ認識」（大判昭和8年2月14日）、「程度ノモノタルコトノ認識」（大判昭和12年4月14日）との表現は未必的認識で足りるとすると考えられるとともに、「確定的認識」の用語を使用していないことから、判例は一貫して目的を未必的認識で足りると理解していると考えてよいであろう。

(2) 通貨偽造罪（刑法148条）や文書偽造罪（刑法154条）等の各種偽造罪における行使の目的について、「通貨偽造罪における『行使ノ目的』とは、その偽造等にかかる通貨を真正なものとして流通に置く目的をいうのであるが、それは、偽造者自らがこれを流通に置くと他人を介して流通に置くとを問わない」³²、「行使の目的は自己が行使する場合に限らず他人をして真正の通貨として流通に置かせる目的でもよい」³³、また、「文書偽造罪における行使の目的は、必ずしも所論のごとくその本来の用法に従つ

30 大判昭和11年3月12日刑集15巻275頁。

31 大判昭和12年4月14日刑集16巻525頁。

32 東京高判昭和29年3月25日高刑集7巻3号323頁。

33 最判昭和34年6月30日刑集13巻6号985頁。

てこれを真正なものとして使用することに限るものではなく、苟も真正な文書としてその効用に役立たせる目的があれば足りるものである³⁴とする諸判決がある。ここで「目的」という用語を使用していることから、目的を意図の意味で理解しているとも考えられるが、これらは意図が存在する場合という目的の最大値を示しているといえよう。したがって、これらは目的の必要条件について言及するものではないといえる。

目的の内容に言及するものとしては、「未必條件付行使ノ目的ヲ以テ他ノ文書ト共ニ判示ノ如ク偽造シタルモノト認メタルモノニシテ文書偽造罪ノ成立スルガ爲メニハ必ズシモ之ヲ行使スル確定ノ目的アルコトヲ要セズ未必條件付ニテ之ヲ行使スル目的ヲ有スル場合ト雖モ亦刑法第百五十九條ニ所謂行使ノ目的ヲ以テ文書ヲ偽造シタルモノト稱スルニ何等妨ゲアルコトナシ」³⁵、「文書が正当のものとして不法に使用されることについて予見がある以上、作成者自身において不法に使用する目的がなくても、行使の目的がなかつたものということとはできない」³⁶をあげることができる。ここでの「意識」「知りながら」という表現からは、目的を知的側面から把握しているものといえる。後者では未必的認識が確定的認識かいずれかまでは言明されていないが、「予見」という文言を使用するとともに、「確定的」という文言がないことから「未必的認識」で足りると考えてよいであろう。

判決の中には、「本罪ノ構成要件トシテハ犯人ニ偽造手形ヲ行使スルノ意思アルコトヲ必要トシ犯人ニ此意思アリトスルニハ犯人カ人ヲシテ真正ノ文書ナリト誤信セシムル目的ヲ以テ之カ偽造ヲ爲シタルコトヲ要スルト同時ニ文書ノ偽造力此目的ニ出テタルトキハ文書偽造罪ニ要スル主觀的條件ハ常ニ具備スルモノトス又犯人ノ目的ハ人ヲシテ偽造ノ文書ヲ眞文書ナリト誤信セシムルニ存セサル場合ト雖モ犯人カ此危険ノ實在セルコトヲ意

34 最決昭和29年4月15日刑集8巻4号508頁。

35 大判大正11年4月11日新聞1984号19頁。

36 福岡高判昭和25年12月21日高刑集3巻662頁。

識シ之ヲ其目的トスル所ノ用ニ供セント企テタルトキハ尚ホ行使ノ目的ヲ以テ文書ヲ偽造シタルモノタルコトヲ失ハサルモノトス然レトモ文書ノ信用ヲ害スヘキ危険カ客觀的ニハ實在スルモ偽造者カ主觀的ニ全然之ヲ否定シ又ハ全然之ヲ意識セザリシ場合ニ於テハ所謂行使ノ目的ナキモノニシテ文書偽造罪ハ主觀的條件ノ欠缺ニ因リテ成立セサルモノトス」³⁷、「何人かによつて真正な文書と誤信せられる危険あることを意識して、文書を偽造する以上『行使ノ目的ヲ以テ』文書を偽造するものと解して差し支えないのであつて、偽造者自らこれを行使する意思あると他人をして行使せしめる意思あるとは問うところでない」³⁸とするものがある。これらはいずれも「意識」と「意思」という用語を使用しており、これからすると、「認識しつつ意思する」と、知的要素と意的要素の両者が目的には必要であると述べていると理解することもできなくはないが、判例の流れからすると、ここでの「意思」に意欲的要素を目的は必要とすると読み取ることまではできないであろう³⁹。

(3) 凶器準備集合罪（刑法 208 条の 3）の「他人の生命、身体又は財産に対し共同して害を加える目的」については、「刑法二〇八条の二にいわゆる共同加害の目的を肯定するためには、対象に対する加害の認識、認容の存在を必要とするけれども、加害を意欲することまでは必要でないと解される」⁴⁰、凶器準備集合罪は「個人的保護法益ばかりでなく社会的保護法益も存することを考慮すると、複数の政治的ないし社会的集団又は組織相互間で、その構成員に対する殺傷行為を中心とした深刻な暴力的対立抗争関係があり、しかもその抗争状態が緊迫した状況に達していて、かつ現実に集合した者が、相手方と遭遇すればいつでも鬪争状態に入るべく臨戦態勢にあるときは、集合者において右の状況を認識したうえ、相手方との遭

37 大判大正 2 年 12 月 6 日刑録 19 輯 1387 頁。

38 最判昭和 28 年 12 月 25 日集刑 90 号 487 頁。

39 金谷暁「判解」最高裁判所判例解説刑事篇平成 3 年度（平成 5 年）11 頁は、これを認識とのみ考えるようである。

40 東京高判昭和 57 年 5 月 20 日判時 1072 号 154 頁。

遇（出会い）を予期し、その予想した状態が到来した場合には、積極的に相手方の生命、身体等に共同して危害を加えることを確定的にあるいは具体的可能性のあることとして認識し、かつこれを容認している限り、本罪にいう共同加害の目的があるというべきであ[る]⁴¹、『共同して害を加える目的』とは、二人以上の者が共同実行の形で実現しようとする加害行為の結果の発生を確定的に認識し、更にこれを積極的に意欲して行動に出る意思までを必要とするものでなく、結果の発生を確定的に認識し、或はその発生の可能性を認識してあえて行為に出る意思があれば足り、又、その意思も相手方の行為その他の事情を条件とし、条件成就の時には加害行為に出ると決意することで足りると解される⁴²と一貫して未必的認識で足りるとしている。

ただし、「兇器準備結集罪ないし兇器準備集合罪における共同加害の目的があるというためには、本件に則していえば、A派等B系学生らがC大学文学部を襲撃して来た際にはこれを迎撃し、右学生らに対し多数のD派学生らと共同して火炎びん投てき、投石、殴打などの加害行為を実現する具体的な可能性があれば足りるというべきであつて、加害目的をもつてする集合行為自体に公共の危険を認めてこれを処罰しようとするこれらの罪の目的、性格に徴すると、たとえ加害の対象である右B系学生らの襲撃が不確定的な状況にあつたとしても、同罪の成立を妨げるものではないと解するのが相当であ[る]⁴³と、加害行為実現の客観的可能性の存在をも要求している。

(4) 各種予備罪では、「～の罪を犯す目的」と、既遂犯罪遂行の目的を要求する類型がいくつかみられるが、例えば殺人予備罪（刑法201条）の殺人「の罪を犯す目的」については、「殺害ノ意思ヲ確定シ之力豫備ヲ爲シタル以上八其殺意ノ條件附ナルト否トヲ問ハス人ヲ殺スノ目的ヲ以テ其

41 大阪高判昭和54年10月30日刑月11巻10号1146頁。

42 大阪高判昭和39年8月11日下刑集6巻7=8号816頁。

43 東京高判昭和49年2月15日刑月6巻2号126頁。

豫備ヲ爲シタルモノナレハ其所爲ノ刑法第二百一條ニ該當スルコト論ヲ俟
 タス⁴⁴、「刑法二〇一条にいわゆる『前二条の罪を犯す目的』(以下単に殺
 人の目的と称する)は殺人予備罪の特別の主観的要素であつて、この要素
 が構成要件要素であるか、それとも責任要素であるか、はた又違法性要素
 であるかについては、学説判例の一致しないところであるけれども、何れ
 にしても、この殺人予備罪が成立するがためには、『殺人の目的』につい
 て故意の内容としてその認識を必要とするものといわなければならない。
 而してこの『殺人の目的』についての認識は所論の如く確定的排他的であ
 ることを要するものではなく、いやしくも目的についての認識があり、言
 い換えれば、殺意が認められる以上、それが条件付であると否とに拘らな
 いものというべく...、又その目的についての認識即ち殺意が未必にかかる
 場合でも差支えないものと解するを相当とする。何となれば、未必の殺意
 をもつて人を殺害し又は殺害せんとした場合には殺人罪の既遂、未遂が成
 立するのに反し、未必の殺意をもつてその予備をなした場合には殺人予備
 罪が成立しないということは、殺人罪の予備、未遂、既遂が等しく一連の
 発展段階であるにも拘らず、故意の内容である殺意の点においてその認識
 に差等を設けることは必ずしも当を得たものではなく、又このことは他の
 目的犯例えば誣告罪、背任罪等において判例が目的の認識は確定的である
 ことを必要とせず未必のもので足ると判示している趣旨にも反し、到底正
 当とはいえないからである⁴⁵として、目的は未必的認識で足りるとする⁴⁶。

(5) 爆発物取締罰則1条「人ノ身体財産ヲ害セントスルノ目的」と3条
 「第一条ノ目的」については、確定的認識、意図と解するものの他に、未

44 大判明治42年6月14日刑録15輯769頁。

45 大阪高判昭和39年4月14日高刑集17巻2号219頁。

46 ただし、大阪地判昭和34年2月4日下刑集1巻2号319頁は、「刑法第二百一
 条の殺人予備罪における『殺人罪を犯す目的を以て』は明確な決意でなければ
 ならないのであつて...徹底的な傷害を加えれば被害者の生命が断たれる危険性
 が大きい、従つて場合によっては被害者は死に至るかも知れないと考えていた
 としても、かかる心理状態は右殺人予備罪における『殺人罪を犯す目的を以て』
 に当るとは言えない」として確定的認識を要求する。

必的認識で足りるとするものもある。すなわち、「爆発物取締罰則一条の爆発物使用罪における目的は、爆発物使用の時点、すなわち爆発物を爆発すべき状態においた時点において、その行為者が爆発により惹起される結果について認識したところをその内容としているものと解される。ところで、この認識は、将来の事実についての予見を内容とするものであるから、爆発物の構造及び威力の程度、その使用方法、使用現場の状況等のいかんによつては、行為者が、爆発物の使用時に、その爆発によつて同法条所定の目的の内容をなす人の身体財産を害する等の加害結果が発生するか否かということを確認的に認識することは、困難な場合も少なくない。殊に、時限装置付きの爆発物を使用した事犯のように、その使用行為と爆発による結果発生との間に相当の時間的間隔が設けられ、しかもその間に人の去来があるなど爆発物を仕掛けた現場の状況が変化する蓋然性があるような場合には、爆発による加害結果発生の有無を未必的にしか認識しえない場合が少なくないのである。そして、そのことは、同罰則三条の爆発物等の製造及び所持等においても基本的には同様であるが、爆発物等の製造及び所持等においては、爆発による結果の発生のみならず、その使用行為までもが将来の事象となるため、製造及び所持等の行為から爆発の結果発生までの間に種々の不確定要素の介在する可能性があり、中には、爆発物使用の日時、場所等も特定していないこともあるため、同法条所定の目的の内容をなす爆発により生ずべき加害結果の発生についての認識は、爆発物の使用の場合に比べて、一層未必的なものにとどまる場合が多くなるものと考えられるのである。このように、爆発物の使用、製造及び所持等の行為にあつては、爆発物の爆発による加害結果発生の有無を確認的に認識することができない場合があり、しかも、その認識が確定的であるか否かは、加害結果の発生に対する犯人の意欲の有無、程度とは必ずしも一致せず、また、行為の重大性、客観的危険性等とも直ちには結びつかないものであるから、未必的な認識にとどまる場合が確定的な認識のある場合に比べて罪責が軽いとは限らないのである。また、確定的といい、未必的といつても、もともと単なる認識の程度の差にすぎないものであつて、實際上その

限界を截然と画することも困難である。そうであれば、爆発物の使用、製造及び所持等にあたり、爆発による加害結果の発生を確定的に認識した場合と未必的に認識した場合との間に、法的評価の面で決定的差等を設けなければならないほどの実質的差違があるとは考えられないのである。このように、爆発物取締罰則一条及び三条の目的の内容をなす爆発物の爆発による加害結果の発生についての認識の程度については、未必的認識をもつて足りると解する方が爆発物の使用、製造及び所持等の実態に適合するものと考えられる。一方、確定的認識を必要とすると解することは、徒に同罰則による処罰の範囲を限定し、公共安全と秩序、個人の生命身体及び財産を爆発物による侵害の危険から保護しようとする同罰則の趣旨に反するおそれなしとしないのである。また、そもそも、同罰則一条及び三条が、爆発物の爆発による加害結果の発生を犯罪の成立要件とせず、単にそれを目的として有するのみで足りるものとし、かつ、比較的重い法定刑を定めているのは、爆発物の有する危険性に鑑み、これが所定のような加害目的をもつて使用された場合に生ずべき影響が深刻であることを憂慮したためであつて、右のような同罰則の定めには十分な合理性が認められるのであるから、同罰則の法定刑が比較的重いことを考量して、右目的の意義をことさら限定的に解するのは相当ではないといわなければならない。してみれば、同罰則一条及び三条の目的があるというためには、爆発物の使用、製造及び所持等にあたり、爆発物の爆発により、治安が妨げられ、又は他人の身体財産が害される結果の発生することを確定的に認識するまでの必要はなく、右のような結果の発生することを未必的に認識し、かつ、これを認容していれば足りると解するのが相当である⁴⁷と、未必的認識と確定的認識の識別困難性、両認識における法益侵害性の同価値性、爆発物の有する危険性という客観的要件への可罰性の基礎から判断を行った本判決を契機として、目的を未必的認識認容と解する判決が支配的となった。

47 東京高判昭和56年7月27日高刑集34巻3号331頁。

その後は、「爆発物取締罰則一条、三条にいう『人ノ身体ヲ害セントスルノ目的』があるというためには、爆発物を使用し又は人をして使用せしめることにより人の身体を害する結果の発生することを未必的なものとして認識し、かつ、これを認容することをもつて足り、必ずしもその発生を確定的なものとして認識し、あるいはこれを意図することを要しないものと解するのを相当とする…目的犯における目的は、主観的違法要素であるが、故意を超過するものとして構成要件に取り込まれたものであり、その構造は、故意におけると同様、その対象となる事象に対する認識（将来の事象については予見）という知覚的要素と、その実現へ向けての意図ないしは認容という心情的要素との複合したものである。[原文改行] 爆発物取締罰則一条、三条所定の身体加害目的についてこれを見るに、従来、前者についての確定的認識あるいは後者についての結果実現への意図のいずれかを要するとの裁判例も見られたところであるが、近時、身体加害結果発生 of 未必的認識とその認容とをもつて足りるとする裁判例が定着する傾向が窺われ、右解釈は妥当なものとして、当裁判所もこれを支持すべきものと考え。[原文改行] まず、身体加害結果の発生に対する認識の程度の点について考察すると、もともと確定的認識と未必的認識との区別は相対的なものであつて、その境界は流動的であるうえ、目的犯における目的にあつては、認識の対象となる事象が、実行行為時を標準とすればすべて将来の事象に属し、不測の障碍によつてその発生が妨げられる可能性が絶無とはいえないことからすれば、絶対的な意味での確実な予見ということとは不可能に近い。まして、爆発物使用の形態はさまざまであつて、本件の如く、時限装置を用いて数時間後に爆発させるとか、あるいは発射装置を用いて数キロメートル先の目標に向けて飛翔させるなど、実行行為と結果発生との間に時間的・空間的離隔を生ずる場合も少なくなく、これらの場合には、結果発生に対する予見はいきおい未必的なものを含まざるを得ない。そして、爆発物取締罰則の立法目的からすれば、かかる未必的認識にとどまる場合に、これを処罰の対象から除外し、前記各条の適用を殊更に限定すべき合理的理由は、これを見出すことが困難である。[原文改行]

右のような解釈は、爆発物取締罰則に特有なものではない。すなわち、目的犯における目的は、前記各条のように一定の犯罪的結果の発生を対象とするものに限られず、一定の犯罪的行為に出ることを対象とする場合（各種予備罪における基本的構成要件に当たる『罪を犯す目的』、各種偽造罪における『行使の目的』、猥褻凶画所持罪における『販売の目的』など）、その他さまざまな場合を含むものであるが、予備罪における目的は基本的構成要件該当行為についての故意（未必の故意を含む。）と一致すると解するのが一般であるし、これらの目的につき、未必条件付のもので足りるとする裁判例も、古くから見られるところである…。従つて、爆発物取締罰則における目的に関し、前示のような解釈をとることは、何ら刑罰法令における『目的』の概念に異質な要素を持ち込むものではない。[原文改行] 次に、身体加害結果の実現に向けての意図ないし認容の点につき検討する。[原文改行] 結果発生についての認識（予見）が未必的であることと、その実現に向けての心情が認容の程度にとどまることとの間には、必ずしも論理必然的な関連はない。たとえば、誣告罪における『人をして刑事又は懲戒の処分を受けしむる目的』や、公職選挙法の罰則における『当選を得若しくは得しめ又は得しめない目的』の如く、行為者の支配の及び得ない第三者の行為を介してのみ実現すべき結果の発生を目的の対象とする場合にあっては、結果発生 of 蓋然性が極度に乏しいこともあり得る反面、行為者の行為それ自体から結果発生に対する積極的意図の存在を典型的に肯認し得ることが多いものと思われる。[原文改行] しかし、右のような事例は特殊なものであつて、結果発生 of 認識（予見）が未必的である場合には、その実現に向けての心情も認容の程度にとどまるのがむしろ通例である。従つて、この場合において結果実現に対する積極的な意図のあることを要件とするときは、結果発生 of 認識（予見）が未必的なもので足りるとした意義を大半失わせ、処罰の範囲を不当に限定することとなりかねない。もともと爆発物の使用という行為は、それ自体法益侵害の危険を伴うものであるが、それが、鉱石の採掘や土木工事など、社会的に有用な目的で行われる場合には、保安基準の遵守等、法益侵害の危険を回避す

るための万全の措置が講ぜられるのに対し、罰則所定の違法な目的で行われる場合には、法益侵害の危険が格段に高められるところから、これが禁遏されているのであつて、たとえ未必的であるにせよ、身体加害結果の発生が予見される状況の下で爆発物を使用することは、当該行為の違法性を基礎付けるに充分であり、行為者の意思が積極的な意図であると、認容の程度にとどまるものであるとによつて、その違法性の強弱に犯罪の成否を左右するに足りる程度の差異を生ずるものではない。[原文改行] それ故、結果実現へ向けての意思を積極的な意図のある場合に限定すべき合理的根拠はなく、認容の程度をもつて足りるものと解するのが相当である。[原文改行] 以上のとおりであつて、身体加害目的があるといえるためには、その結果発生の未必的認識及び認容の存することをもつて足りると解すべきである⁴⁸ として、確定的認識と未必的認識の相対的区別、確実な予見の不可能性、未必的認識の場合には心情は認容の程度にとどまるのが通例であること、意図と認容において違法性の程度に差異はないことから、未必的認識認容で目的は十分であるとする⁴⁹。ただ、本判決が、目的に「知覚の要素」と「心情的要素」とがあることに言及したことは注目に値するといえる。

そして、最高裁判所が「爆発物取締罰則一条及び三条所定の『人ノ身体ヲ害セントスルノ目的』があるというためには、人の身体を害するという結果の発生を未必的に認識し、認容することをもつて足り、右結果の発生に対する確定的な認識又は意図は要しないものと解するのが相当である[る]」⁵⁰ として、未必的認識認容で足りるとしたことから、この問題は判例上は一応の決着が着いたものとみることができよう。

48 東京高判昭和61年12月15日高刑集39巻4号511頁。

49 他には、東京高判昭和63年4月19日高刑集41巻1号84頁、東京高判昭和59年6月13日判時1151号145頁、東京高判昭和59年12月4日判時1151号153頁。

50 最決平成3年2月1日刑集45巻2号1頁。

5 学説の状況

(1) 冒頭で述べたドイツにおける新たな目的犯の二分はわが国ではいまだ通用しているような状況にはないが、一方では意図を要し、他方では確定的認識で足りるとする判例通説の考え方は、いずれにしても未必的認識を目的から排除するものである。これに対して、わが国の判例では目的の内容は犯罪ごとに多岐にわたり異なるものの、多くの犯罪において目的の内容を未必的認識で足りるものと解していることは今みてきたとおりである。そして、このような状況は学説においても変わりはないといえる。

伝統的な目的犯の二分においても、ドイツにおいては一般論としては、短縮された二行為犯では意図を要求するが、断絶された結果犯では確定的認識で足りるとする見解⁵¹が主張されたこともあるが、それでは個々の犯罪類型の目的の内容が判例通説と大きく乖離してしまうことになる⁵²。また、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⁵³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目的の内容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ともいえる⁵⁴。こうしてドイツにおいては目的の内容は個々の犯罪類型の構成要件解釈によらざるをえないのである。

わが国においては、一般論としては、まずは目的の内容が、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にでも認識されていれば足りるとの見解⁵⁵や、目的犯の目的は故意を生み出す動機であり、あるいは

51 Friedrich Sprang, Zur Auslegung der Absichtsmerkmale im deutschen Strafrecht, 1960, S.78ff.

52 伊藤・前掲注(1)名城法学62巻3号17-18頁。

53 Helmut Frister, Strafrecht Allgemeiner Teil, 5.Aufl., 2011, S.97.

54 伊藤・前掲注(1)名城法学62巻3号17頁。

55 大塚仁『刑法概説(総論)[第4版]』(平成20年)135頁。平野龍一『刑法総論』(昭和47年)125頁は、結果を目的とする犯罪の種類では、目的は確定

結果を強く求める意欲、意図であると解され、いずれも故意以外の特殊な責任要素である⁵⁶としつつ、短縮された二行為犯と断絶された結果犯の区別に疑問を呈する見解⁵⁷も主張されている。前者の見解によれば、上であげた虚偽告訴罪や相場操縦罪等の目的は確定的認識を要することになるが、それは前者につき未必的認識で足り、後者につき意図を要求する判例の考え方とは異なることになる。

わが国では目的犯の目的の内容をドイツとは大きく異なり、目的犯の代表的な犯罪の多くで目的は未必的認識で足りるとされている。その理由としては、未必の故意と確定的故意の区別は困難であることが大きいであろう⁵⁸が、これを積極的に理論づけようとする次の見解が注目される。すなわち、断絶された結果犯では、現実になされた行為の持つ法益侵害の危険性が行為者の主観によって左右されることはなく、法益侵害の危険性は当該行為その他の客観的状況によって決まることから、目的実現の未必的認識認容と意図とは責任の度合いが異なるにすぎず、一般的に同一の行為について責任の軽重によって犯罪の成否を区別するのは相当でない、また短縮された二行為犯では、通常目的事実の未必的認識・認容をもって当該行為をすることによって、当該行為が違法性を帯びるといえるとともに、目的事実実現の意図ないし意欲、さらには目的事実の実現が動機となることによって、法益侵害に至る危険性が増大し、行為の違法性が強くなることから、いずれの場合においても目的を未必的認識認容で足り、意図を要すると解するには特段の理由が必要であるとする見解⁵⁹がそれである。

的故意に限定したものとする。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不法内容であって、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。

56 内田文昭『改訂刑法 (総論) [補正版]』(平成9年)113、180、247頁。

57 内田文昭『刑法概要上巻』(平成7年)264頁。

58 林幹人『刑法各論 [第2版]』(平成19年)458頁。

59 金谷・前掲注(39)11-12頁。

(2) 判例は目的犯を二つに分類して目的一般の内容を論じるのではなく⁶⁰、犯罪ごとに目的の内容を把握しているので、ここで取り上げた各犯罪に対する学説の状況について概観する。まずは虚偽告訴罪の「人に刑事又は懲戒の処分を受けさせる目的」についてである。この目的については各論の問題として学説上の対立が顕著に現れている。判例と同じく未必的認識で足りるとする見解の論拠は次のようなものである。すなわち、本罪の法益である刑事事件または懲戒事件に対する国家の捜査権、または懲戒のための調査権の適正な行使が侵害される可能性を認識して虚偽の申告を行う場合には、本罪を認めるべきである⁶¹、本罪は国の審判作用の適正な運用に対する侵害の可能性を中核とするものであるから、不当な捜査権ないし懲戒権の発動を促す可能性を認識して虚偽の申告をなす限り、本罪を構成する⁶²、本罪の保護法益は個人の自由や利益も包含されるべきであり、そうだとすれば、有罪判決まで意図せず捜査の開始のみを意図したような場合でも同罪の成立を認めるべきであるが、結果の意欲を必要とする立場では、このような場合が捕捉されないことになってしまい、妥当ではない⁶³、処分を受けさせる意欲や確定的な認識まで要求した場合は、実際の立証が困難なため本条はほとんど機能しえなくなるであろう⁶⁴、法益侵害は虚偽の告訴等に基づいて誤った刑事司法作用・懲戒作用が発動されることにより生じるが、こうした法益侵害の有無・程度には目的要件は関係せず、刑事処分・懲戒処分自体は意図しなくとも、そのために捜査・調査の負担を受ける個人の利益は害されるから処罰の対象とすべきであろう⁶⁵、

60 東京地判昭和63年3月17日判時1284号149頁は、「一般に将来の行為又は結果を内容とする目的犯の目的について、その行為又は結果が発生することの認識（予見）をもって足りると解されている」と判示しており、また、前掲注(48)東京高判昭和61年12月15日においても、2つの目的犯の区別があることを指摘する。

61 大塚仁『刑法概説（各論）[第3版増補版]』（平成17年）617-618頁。

62 大谷實『刑法講義各論[新版第4版]』（平成25年）625頁。

63 西田典之『刑法各論[第6版]』（平成24年）478頁。

64 前田雅英『刑法各論講義[第5版]』（平成23年）654頁。

65 山口厚『刑法各論[第2版]』（平成22年）603頁

というものである⁶⁶。

これに対して、未必的認識では足りず意図的要素を要求するものとしては、告訴・告発はもともと犯人である疑いのあるときになされるものであるから、ひょっとしたら犯人でないかもしれないという未必の故意の場合には本罪は成立しない⁶⁷、目的がない場合には、特定の人を自由を侵害する危険は少なく、そして、未必的認識認容とすると、「目的」の通常理解と異なるだけでなく、処罰範囲を拡大しすぎるきらいがあり、意欲を必要とすべきである⁶⁸、と処罰範囲の限定を目指す方向性が模索されている⁶⁹。さらに、意図・意欲であるか単なる認識・予見であるかという主観的要素の差異は、言葉では区別できても、実際にはほとんど区別しにくいものであり、むしろ客観的な可能性を要件とすることによって処罰の範囲を限定するのが妥当であろう⁷⁰、と客観的側面による限定を試みる見解も主張されている。

なお目的を意欲的要素として把握するものとして、処分を受けさせる目的は、その結果の発生を意欲したことを要し、単なる認容では足りないが、結果を確定的なものとして認識することを必ずしも要求するわけではなく、結果の発生を未必的なものとして認識しながら、その発生を意欲することによって目的の要件は充足される⁷¹との主張がある。これは意図説に属す

66 他にこの立場を採用するものとしては、伊東研祐『刑法講義各論』(平成23年)401頁、内田文昭『刑法各論 [第3版]』(平成11年)669頁、川端博『刑法各論講義 [第2版]』(平成22年)720頁、高橋則夫『刑法各論』(平成23年)645 - 646頁、中森喜彦『刑法各論 [第3版]』(平成23年)268 - 269頁、林・前掲注(58)458頁、藤木英雄『刑法講義各論』(昭和51年)48頁、山中敬一『刑法各論 [第2版]』(平成21年)760頁。

67 松宮孝明『刑法各論講義 [第3版]』(平成24年)470頁。

68 平川宗信『刑法各論』(平成7年)190頁。

69 他にこの立場を採用するものとしては、曾根威彦『刑法各論 [第5版]』(平成24年)312頁。

70 平野龍一『刑法概説』(昭和52年)291 - 292頁。中山研一『刑法各論』(昭和59年)542頁も同旨であり、目的を客観化して、現に刑事または懲戒の処分をつける危険(客観的可能性)が存在することを要するという形で、本罪の成立範囲を限定すべきとする。

71 団藤重光『刑法綱要各論 [第3版]』(平成4年)111頁。福田平『全訂刑法各

るものではあるが、目的の知的側面と意的側面を峻別し、両者を要求するものとして注目に値すると考えられる。

(3) 各種偽造罪の行使の目的の内容について多数説は判例の立場に異を唱えることはないようである。すなわち判例と同じく、行使の目的は、確定したものであることを要せず、誰かが行使するかもしれない未必的なもので足りる⁷²、何人かによって真正・真実な文書として誤信される危険があることを意識している以上、行使の目的がある⁷³と、未必的認識で十分とする見解⁷⁴が主張される。しかしその一方で、目的犯の目的を故意と混同をするべきではなく、刑法が特に目的を要求している場合には、未必的なものでは足りない⁷⁵との見解⁷⁶も主張されている。

(4) 営利目的等拐取罪の営利目的⁷⁷については、多くの見解は判例に賛成するか、少なくとも異を唱えてはいない。本罪が未成年者拐取罪より重く処罰されるのは、その性質上、他の動機による場合よりも自由に対する

論 [第3版増補版]』(平成14年)40頁も同旨であるが、これを目的が主観的違法要素であることから結論づけている。

72 大塚・前掲注(61)414、416頁。

73 大谷・前掲注(62)453頁。福田平「通貨偽造の罪」団藤重光編『注釈刑法(4)』(昭和40年)9頁。

74 他にこの立場を採用するものとしては、伊藤涉他『アクチュアル刑法各論』(平成19年)347頁[成瀬幸典執筆]、大塚・前掲注(61)414頁、大谷・前掲注(62)各論429頁、平川・前掲注(68)456頁、山中・前掲注(66)533、572頁。なお、大塚・前掲注(61)461頁は、文書偽造罪に関して、目的は、文書に対する公共的信用を害する意図がうかがわれる限り、未必的なものでもよいとするが、前掲注(37)大判大正2年12月6日をあげているので、ここでの「意図」という用語に特に大きな意味はないと考えてよいだろう。

75 安平政吉『文書偽造罪の研究』(昭和25年)216頁。

76 他にこの立場を採用するものとしては、川端・前掲注(66)519、547頁。

77 金谷・前掲注(39)18頁は、短縮された二行為犯における特段の理由のある例としてここでの「営利目的」をあげる。その理由として、法は営利目的を有する場合について通常の刑より重い刑を規定しているが、通常の刑との差がかなり大きく、責任の軽重だけでその法定刑の差異を説明することが困難であるところから、利得を動機に犯罪に出る場合は、一般にその行為が反復、累行され、またその規模も大掛かりになる傾向を包蔵し、それだけで薬物の乱用を助長、増進させ、国民の保険衛生上の危害をより増大させる危険性が高く、したがって行為の違法性もそれだけで大であることに加重の理由があるとする。

侵害の程度が大きいからであり、営利の目的とは、財産上の利益を得、または第三者に得させる意図をいう⁷⁸と、判例における目的の内容に賛意を示しつつも、動機と意図を同一レベルで論じる見解がみられる^{79 80}。

(5) 薬物犯罪の営利目的については、財産上の利益を目当てに、その手段として犯罪を行うこと自体、そのような動機のない場合に比して、道義的により厳しい非難に値することに加えて、利得を動機に犯罪に出る場合は、一般にその行為が反復、累行され、またその規模も大掛かりになる傾向を包蔵し、それだけ高い覚せい剤の濫用を助長、増進させ、国民の保健衛生上の危害をより増大させる危険性が高く、従ってその行為の違法性もそれだけ大である⁸¹として、財産的利益への意欲すなわち動機・目的を指す営利目的が責任要素とともに違法要素でもあることを指摘されているとともに、営利目的を加減的身分とすることから、営利目的は行為者自身に具わっていなければならず、普通の主観的構成要件要素と異なり、単なる認識では足りず、犯罪の積極的動因となっている場合でなければならぬ⁸²、また、覚せい剤取締法違反等の犯罪は、ある種の動機によって行われる動機犯の一種であるうえ、その動機が財産上の利益を得るといふ動機

78 川端・前掲注 (66) 173 頁。

79 伊東・前掲注 (66) 69 頁は、目的に法益侵害性を要求して、被拐取者の自由を侵害することによって利得する場合に限る、西田・前掲注 (63) 79 頁は、目的は、拐取行為を超えて被拐取者のその他の重要な法益を侵害することを内容とするものであり、主観的違法要素と解すべきである、山口・前掲注 (65) 95 頁は、目的は、略取・誘拐行為それ自体に認められる比較的軽度の法益侵害性を可罰的な程度にまで引き上げるために要求されているものであり、その意味において、有責性を高める責任要素としてではなく、法益侵害性を高める違法要素（主観的違法要素）として理解される必要があるといずれも目的を主観的違法要素とするが、平野・前掲注 (55) 129 頁は、拐取罪では、誘拐自体は犯罪ではなく、営利の目的があることによってはじめて犯罪になるのであるから、営利目的は違法要素であり、これに対して、薬物犯罪では、利益をえること自体は違法とはいえないので、心情要素とすべきである、とする。

80 なお、わいせつ、結婚の目的についても動機と解するものと考えられる。香川達夫「判批」警察研究 35 巻 4 号 (昭和 39 年) 98 頁を参照。

81 高木俊夫「判解」最高裁判所判例解説刑事編昭和 57 年度 (昭和 61 年) 216 - 217 頁。

82 高木・前掲注 (81) 57 年解説 217、219 頁。

であることが際立って多い犯罪である。そのことは、とりもなおさず、財産上の利益を得るといふ動機が、この種犯罪行為を積極化し、これを反復継続させ、さらには、その規模を拡大させるなどの種々の形で、この種犯罪の動因となり、覚せい剤等の乱用の危険を増大させる要因となることを意味する。そうであるとすれば、このような動機を行為の違法性を強める違法要素として捉え、営利の目的という要件のもとで刑の加重要素として規定することはもとより可能であり、また、その趣旨でこれらの法律中に規定されたと解することは、これらの法律の犯罪の特殊性によく照応する解釈でもある⁸³、と判例への賛意が詳細に示されている。

(6) 内乱罪の壊乱目的については、その内容を論じるものはみられないが、判例に現れた目的の直接性が内乱罪成立の限界を画し、危険の極端な抽象化を避ける機能を果たすことが認められている⁸⁴。これは、目的という主観的要素が存在するだけでは犯罪の成立が認められるべきではなく、目的が実現する可能性がそれとともに存在することを要求するものといえる。これに対しては、直接性は、目的内容の限定という以上に、目的実現の現実的可能性という形で客観化される契機である⁸⁵との見解も主張されている。

(7) 凶器準備集合罪の共同加害目的については、他人の生命・身体または財産を対象として、共同して侵害する意思⁸⁶、加害行為を共同して実行しようとする意思⁸⁷とする見解があるが、ここでの「意思」という文言が判例で用いられている未必的認識とどのような関係に立つかは不明である。なお、判例とは異なり、目的は他人の殺傷ないしはこれに付随した財産損壊を共同して実行しようという動機であり、かつ、殺傷・損壊を強く求め

83 香城敏彦「覚せい剤取締法」平野龍一他編『注解特別刑法5 - [第2版]』（平成4年）45頁。

84 鈴木・前掲注（15）25頁、団藤・前掲注（71）16頁。

85 中山・前掲注（70）489頁。

86 伊東・前掲注（66）48頁。

87 曾根・前掲注（69）29頁。

る意欲である⁸⁸とする見解も主張されている。

(8) 危険運転致死傷罪の妨害目的については、立法趣旨からも、目的を積極的意図ととらえる理由としては、高速度での割り込みが、何らかの事情でやむなく車線変更し、他の車両を妨害せざるをえないことを認識している場合に妨害目的が否定されるためには、目的を未必的認識で足りるとすることはできないことがあげられる⁸⁹。学説もこれにしたがって、妨害目的は、相手方に衝突を避けるための急な回避措置をとらせるなど、相手方の自由かつ安全な通行の妨害を積極的に意図することをいい、未必的な認識があるだけでは足りない⁹⁰とされている。

(9) 殺人予備罪の殺人「の罪を犯す目的」については、判例と同じように、目的は条件付・未必的でよい⁹¹とする見解がある一方で、知的側面については条件付・未必的認識でよいが、殺人遂行の意図が必要である⁹²とする見解も主張されている。また、準備行為により殺人の実行の着手に至る客観的危険の存在が必要である⁹³と、実行に至る危険を要求する見解も主張されている。

(10) 爆発物取締罰則の「人ノ身体財産ヲ害セントスルノ目的」と3条「第一条ノ目的」は、目的の有無が違法な爆発物使用行為を適法なそれと

88 内田・前掲注(66) 46頁。

89 井上宏他「刑法の一部を改正する法律の解説」法曹時報54巻4号(平成14年)71-72頁。

90 山口・前掲注(65) 56頁。同旨なのは、伊東・前掲注(66) 45頁、伊藤他・前掲注(74) 58頁【島田聡一郎執筆】、今井猛嘉他『刑法各論【第2版】』(平成23年)44頁【小林憲太郎執筆】、大谷・前掲注(62) 44-45頁、川端・前掲注(66) 76頁、高橋・前掲注(66) 65頁、中森・前掲注(66) 20頁、前田・前掲注(64) 62頁、山中・前掲注(66) 60頁。なお同旨ではあるが、西田・前掲注(63) 53頁は、目的は、動機であり、相手方に衝突を避けるための急な回避措置をとらせるなど、相手方の自由かつ安全な通行の妨害を積極的に意図することをいうと、動機と意図を同一のレベルで論じる。

91 大塚・前掲注(61) 16頁、団藤・前掲注(71) 397頁、山中・前掲注(66) 23頁。

92 大谷・前掲注(62) 15-16頁、平川・前掲注(68) 46頁。川端・前掲注(66) 26頁はこれと同旨とおもわれる。

93 曾根・前掲注(69) 10頁、中山・前掲注(70) 32頁。

区別し、その限界を画する要件である⁹⁴が、これについて学説は対立がみられる。すなわち判例同様に、結果発生の意図を要するとするもの、確定的認識を要するとするもの、未必的認識認容で足りるとするものと3つの見解の対立である。

ここでの目的が未必的認識認容で足りるとする見解は以下の点をその理由としてあげることができる。すなわち、爆発物の持つ危険の重大性を考えれば、未必的にもせよ結果発生を認識しながら爆発物を使用する行為に対し、違法な行為としてこれを規制することは十分な合理性があること、

本罪の適用を不自然に限定するような解釈は妥当でないこと、加害結果の故意は一般の罰則と同様未必的認識で足りること、すなわち、本罪が爆発物の使用により加害結果を発生させるという結果犯とその未遂犯を併せて規定した罪であることから、加害目的は加害結果が要件とされた場合の未遂犯の成立に必要な程度の認識で足りる、つまり爆発物の使用により加害結果が発生することについての未必的予見で足りること、未必的故意に対応するような意識内容を要する、と主張するとともに、確定的認識を要しないとする理由としては、加害結果発生認識の程度は、加害結果発生客観的な危険性の程度とは異なる行為者の主観的な認識の問題であり、確定的な認識のある場合には行為の危険性または違法性が常に大きいと考えることはできないこと、行為者が爆発物の使用時に爆発により人の身体財産を害するなどの加害結果を発生させることを確定的に認識することのできない場合が少なくないこと、行為者に確定的認識が生じるのは、多くの場合、客観面において加害結果の発生する確実な状況が存在するためであり、確定的認識を要求すると、実質上、加害結果が確実に発生するという客観的要件を要求するに等しいことを、また、意図を要しないとする理由としては、目的という用語は一般的には意図ないし意欲と表現すべきものといえるが、それから直ちに法律用語としての目的も同じ意味と解すべきではなく、実際にも必ずしも意図に限定して用いられては

94 金谷・前掲注(39)7頁。

いないことである^{95 96}。

これに対して、確定的認識や意図を要求する見解は、本罪で重い法定刑

- 95 金谷・前掲注(39) 8-11頁、香城敏麿「判批」判例評論320号(昭和60年)70-71頁。なお、内田文昭「故意と意図・目的」阿部純二他編『刑法基本講座第2巻』(平成6年)163頁は、問題は行為者の主観面にしほりをかけるだけで解決するものでなく、さして刑罰が重くはない他の目的犯の目的との調和も考える必要があることから、爆発物使用罪等の目的だけを限定的に解釈することは、かなり疑問といわざるをえない、この意味では、未必的認識・認容で足りるとする最高裁判例に正しさがあるといわざるをえないとして、判例の立場に賛意を表すも、認容と意図との単純な対置に、依然問題が残されていることを看過してはならない、と付言する。
- 96 他にこの立場を採用するものとしては、伊藤榮樹他編『注釈特別刑法第七巻』(昭和62年)286-288頁[坪内利彦執筆]。なお、古田佑紀「爆発物取締罰則」平野龍一他編『注釈特別刑法6』(昭和61年)30-31頁は、以下のように論じて、詳細に未必的認識説を採用する。本罪における目的は爆発物の使用に違法性を帯びさせる心理的要素に該当し、構成要件の事実に関する故意を越えた違法要素の一種であると考えられる。このような場合の目的の機能は、通常の故意犯における故意と比較してみると、通常の故意犯における故意は一定の人の動静に社会的意味を持たせる機能、換言すればどのような行為の類型かを識別する機能があり、そのような意味を持つ行為をしようとし、かつ、行為の持つ意味に従った結果の発生を認識、認容するという心理状態があれば、それ自体で違法性が認められるのに対し、本罪の場合は爆発物の使用自体は爆発物を爆発させようとする点及び爆発物の爆発という結果が発生することの双方の点で直ちに違法性を帯びるものではなく、それが治安を妨げ、又は人の身体若しくは財産を害する行為という社会的意味を持ち、かつ、その使用によって治安妨害又は人の身体、財産に対する加害が起ることから違法性を帯びるに至るのであって、本罪の目的はこの点に関する主観的違法要素となる。したがって、本罪の目的は右のような本罪の構造に応じて、構成要件事実に関する故意のみでは不足する部分、つまり、ある行為が違法な行為となる理由としての社会的意味を付与し、その付与されたところに従った結果の発生を認識、認容するという点を補充するものといえる。このように考えると、本罪における目的についても、通常の故意犯におけるこれらの点に関する考え方がそのまま妥当することになる。…本罪の場合は治安妨害又は人の身体・財産に対する加害の可能性がある行為であることを認識して、かつ、そのような結果発生を認容している心理状態であれば、爆発物の使用に違法性を帯びさせ、本罪の成立を認める上での主観的な面における違法を認めるのに十分であって、それ以上に積極的な意図までひつようとするものではないと考えるべきであろう。事実認識の程度等について確定的なものを要するとする趣旨の裁判例や学説は、結局のところ、本罪の法定刑が重いことを理由とするものであるが、主観的悪性を余りに重視することは適当でなく、本罪において重い法定刑が設けられているのは、爆発物の爆発が一般的に有する危険性の典型的な重大さにあると考えるべきであり、法定刑の重さから主観において確定的なものを要するとする結論は直ちに導き得ないであろう。以上のとおりである。

が科されているために、主観面において強度の意思内容を要求することでこれを正当化する点にある。確定的認識説の論者からは、未必的認識が確定的認識かという行為の無価値性はその危険性および違法性に影響を与えること、将来の事実に対する予見を内容とするものであっても確定的認識の認められる場合はあり、しかもそれが否定された場合には激発物破裂罪（刑法 117 条）によってなお処分が可能である、また少なくとも人の財産に対する加害目的については確定的認識の欠ける場合は希有の事例に即すると考えられることなどから、目的は結果の現実化という結果無価値に代わって行為の違法性を基礎づけうる実体を有していなければならない、行為の結果発生のための客観的危険性とこれに対する確定的認識が必要とされると主張するとともに、客観的危険性の観点のみでは適法な爆発物の使用と違法なそれとを区別できないために、主観的目的が認められたのであり、結果発生の意図の存否は客観的危険性を左右するともされている⁹⁷。

また、意図説の論者は、目的の意的側面を単なる認容で足りるとしたならば、通常の故意犯に必要とされる意識内容と同じで、目的も故意もその内容とするところは何等変わらず、わざわざ目的犯とする必要がないこと、結果を意欲している場合には単に結果を認容している場合より行為の危険性、違法性が大きいことを論拠とする⁹⁸。

(11) 相場操縦罪の誘引目的⁹⁹については、協同飼料事件や藤田観光株事

97 吉田宣之「判批」警察研究 63 卷 2 号（平成 4 年）62 - 65 頁。

98 只木誠「判批」法学新報 99 卷 1 = 2 号（平成 4 年）220 - 222 頁。なお、城下裕二「判批」ジュリスト 1002 号（平成 4 年）164 頁は、目的を未必的認識認容とする解釈は、本罰則が単なる故意犯ではなく目的犯として規定され、それによって犯罪の成立範囲を限定しようとしたこととどのように調和するのかという問題があるとして、最決平成 3 年 2 月 1 日は目的を動機と解する余地を残しているとする。

99 金谷・前掲注（39）18 頁は、断絶された結果犯における特段の理由のある例としてここでの「誘引目的」をあげる。その理由として、安定株主工作や経営権取得のため多数の株式を取得する場合にも、株価の上昇をもたらし、株式売買取引の誘因となることから、未必的認識・認容でよいとすると、本来適法であるべきかかる行為も処罰対象に取り込まれてしまう、目的事実の未必的認識・認容があることは、未だ当該行為に違法性を付与するものとはいえず、目的事実を意図ないし意欲する場合に始めて行為が違法性を帯びる、とする。

件において問題となったように、学説は、ややもすればあまりに無限定に犯罪が成立しかねない本罪について、誘引目的と変動取引のどちらを限定してその処罰範囲に絞りをかけるべきかの議論が主たるものであり、誘引目的の内容についての議論が深まっているとまでは言い難い¹⁰⁰。ここでは、従来から誘引目的の立証は非常に難しいとされ、変動取引はそれ自体違法なものではない、すなわち客観的構成要件要素がそれ自体違法性を帯びるものではない目的犯であることから、解釈の難しさがあるとされる¹⁰¹。

誘引目的に限定を加える立場からは、単に当該取引によって相場が変動することの認識では足りず、さらにそれによって他人を売買取引に誘引する目的があることが必要である¹⁰²とする。ここでの目的の意味は明確ではないが、論者は変動取引それ自体には限定機能を認めず¹⁰³、「市場価格を変動させる可能性のある取引を広く指称する」と適法行為と違法行為との識別機能を有することのないものと捉えていることを考慮すれば、意図ないしは確定的認識を意味するものと考えてよいであろう¹⁰⁴。

これに対して、変動取引に限定を加える立場からは、控訴審判決は「第三者を誘い込む意図」と判示するものの、主観的要件を重視しすぎることは妥当でないことから、誘引目的は自己の行為（変動取引の行為）によって一定の結果（かかる変動取引の対象となった有価証券の売買取引に第三

-
- 100 相場操縦罪の問題の詳細については、芝原邦爾「相場操縦罪における『誘引目的』」『刑事法学の現代的状況 内藤謙先生古稀祝賀』（平成6年）333 - 352頁参照。
- 101 小倉正三「判解」最高裁判所判例解説刑事篇平成6年度（平成8年）101、105頁。
- 102 福田平「判批」判例評論369号（平成元年）241頁は、目的が客観的構成要件要素を超過するいわゆる超過的内心傾向の犯罪であることから、このような結論を導く。
- 103 福田・前掲注（102）241頁は、協同飼料事件控訴審判決が、変動取引に「相場を支配する意図をもってする」と主観的要件を要求することは妥当ではないとする。
- 104 これに対して、齋藤正和「判批」佐々木史朗編『特別刑法判例研究第一巻』（平成10年）268頁は、他の目的犯との関係から、第三者が判断を誤り誘い込まれることの可能性の認識として、未必的認識で足りるとする。

者である一般投資家が誘い込まれる結果)が発生することの可能性の認識¹⁰⁵、自分が売買を行えば、結果として他人がそれにつられて売買取引に誘い込まれるかもしれないとの認識¹⁰⁶でもよいことになる。これは、変動取引自体が高度の違法性を備えたものであることを前提とし、目的は変動取引の故意が認定されればそれに伴って当然に認定されうる特に必要な要件とはならない¹⁰⁷と解することからの帰結といえる。

105 芝原・前掲注(100) 349、351頁。

106 土持敏裕「証券取引法における罪と罰」罪と罰 30巻4号(平成5年) 39頁。

107 芝原・前掲注(100) 349、351 - 352頁。