

目的犯の目的の内容 (2・完)

—— 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 目的を確定的認識の意味で理解される類型

2 目的を動機の意味で理解される類型

3 目的を意図の意味で理解される類型

4 目的を未必的認識の意味で理解される類型

5 学説の状況 (以上、本誌 63 巻 2 号)

三 検 討

1 判例学説の評価

2 目的と目的実現の危険性

3 目的の内容に関する目的犯の分類 (1) 行為自体と目的実現の関連が強い場合

4 目的の内容に関する目的犯の分類 (2) 目的が違法の性格を変える場合

四 結びにかえて (以上、本号)

三 検 討

1 判例学説の評価

(1) わが国の判例学説が目的犯の目的の内容についてどのような判断をしているかを概観してきた。そこでは目的は各犯罪の解釈の問題であり、目的犯としての一様の理解がなされているものではないが、多くの犯罪において目的は目的で表される事実の発生、すなわち目的を実現することの

未必的認識で足りると解されている。そして、判例に現れた犯罪の多くが特別刑法の領域に属するためか、判例が多くの類型について主導的に問題解決に取組み、学説は判例に特に異を唱えることはなくこれに追随する形をとっているとの印象を受ける。

しかしながら、目的の内容に関する判例の態度は、その多くで説得的な論理が展開されたうえで結論が出されたというよりも、むしろ結論のみが示されているとの印象が拭えない。理論的な論理展開が試みられたものとしては、爆発物取締罰則における諸裁判例を特にあげることができるが、そうはいつでも、そこでの目的を確定的認識や意図と解すると処罰範囲が狭くなりすぎて結論が不当なものとなってしまうことを批判して、目的は未必的認識で足りることの必要性を述べることに力点が置かれている感は否めない。

爆発物取締罰則の目的について未必的認識で足りる根拠としていくつかの事項があげられている¹⁰⁸が、ここであげられた理由に対しては、結論としてはこれにしたがうとしても、以下のような反論が考えられるであろう。すなわち、危険の重大性から広く処罰しようとする思考は理解できないものではないが、そこから目的の内容として未必的認識が導かれることの関連性はない。目的の内容として意図や確定的認識といった強度の主観的内容を要求することが不自然に処罰範囲を限定することになるとは一概にいうことはできない。逆に未必的認識による過度の処罰に至る可能性があるとの批判も考えられうる。目的は故意と別個の主観的要素として要求されており、両者を同列に論じる必要はなく、したがって、目的が故意に従属して未必的認識で足りると解する必要はない。目的は超過の内心傾向として要求されており、故意とは別個の存在であるから、目的と故意の意識内容に対応させる必要はない。爆発物取締罰則は断絶された結果犯であり、論者によると目的は責任要素に属する。ここでは結果発生の認

108 伊藤亮吉「目的犯の目的の内容(1)」名城法学63巻2号(平成25年)30頁参照。

識は違法に影響を及ぼさない責任要素であるから、確実な認識のある場合が行為の危険性が大きいとはいえないとする論者の立論は一貫したものと見える。しかしながら、問題は目的を責任要素とする論者の立論の前提であり、また責任要素だとしても、主観的要素を強めるとして、目的に強度の内容を付与する解釈も可能である。目的について将来の事象に対する確定的認識はもちえないとする理解が成り立つとしても、これが目的について確定的認識を要求すると事案や行為の類型により十分な捕捉が困難となってしまう場合があることを示しているという趣旨であれば了解することはできるが、一方で故意については確定的故意の存在は認められており、その際には将来の事象に対する確定的認識を有しているからこそ、確定的故意は肯定される。そうであれば、将来発生すべき事象の確定的認識について、故意では認めながら目的については除外することは認められない。そもそもある事象が発生することの認識については、それが確定的であろうと未必的であろうと考えられる。また、結果発生について確定的認識のある場合が少ないからといって処罰範囲を拡大することは正当であろうか、さらに、目的を確定的認識に限定することは必要であろうか。加害結果の確実な発生という客観的要件までは要求すべきではないが、目的犯が危険犯であることからすると結果発生の危険は要求されるべきである。目的という用語は必ずしも意図に限定して用いる必要はないが、文言を大幅に超えて解釈することは許される解釈といえるか、というものである。

(2) 断絶された結果犯と短縮された二行為犯とに目的犯を伝統的に二分し、一部の例外を除いて目的は原則として未必的認識認容で足りるとする見解¹⁰⁹は、判例の傾向を鋭く指摘するものとして評価できる。しかし、この見解に対しては、次のような疑問を提起することができるであろう。まず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

109 前掲注 (59)、(77)、(99) 参照。

為その他の客観的状況によって決まる」ことは、行為の違法性は客観的事実のみによって決定されるのであり、目的が違法性に対して何ら意味を有しないことを意味するにすぎない。ここで論者は目的を責任要素と解しているが、責任要素だから目的は未必的認識認容で足りると直接的に導き出すことは無理があるだろう。ある事実を認識して行為することとそれを意図して行為することとで行為から導き出される結果発生の危険性の程度に変わりはないとの主張にしたがうとしても、非難可能性を基礎づけ高める点に着目すると、目的を未必的認識認容まで広く認めるのではなく、限定的に強度の内容を要求することは成り立ちうるところである。

論者はここで、目的実現の未必的認識と意図とは責任の度合いが異なるにすぎず、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ことに疑問を呈する。しかし、何ら違法の存しないところに責任を認めてこれを犯罪化することは当然受け入れられないとしても、違法によって処罰範囲が限界づけられた後に行為者の責任を検討する際には、行為者のいかなる主観的側面を処罰の対象とするかは、違法とは別個の問題として構成することはむしろ必要であり、例えばそれを行為者の意図に限定して犯罪の成立を認めるとの理論構成も可能であるといえる。

また、短縮された二行為犯では規定の目的をもって「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」ことから、論者は目的を違法要素と位置づける。ここでも断絶された結果犯と同じく、違法要素だからといって「目的事実の未必的認識・認容」と目的を解釈することは直結しないとおもわれる。主観的要素がその知的側面と意的側面において、法益侵害とどのように関係するのかがここでも問題となるはずである。論者は主観的要素は法益侵害と関係することを前提とし、「目的事実実現の意図...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」とする。論者の立場に立脚しても、知的側面が違法を基礎づけ、意的側面が違法を増大させるとはなりえないはずであることから、知的側面のみならず、危険を基礎づけるものとして意図を目的に要求することも可能といえよう。

さらに論者は、目的犯を2つに分類して、特別の種類については目的の内容として意図を要求するが、これは未必的認識認容では足りないことから直ちに導くことができるものとはいえないであろう。目的としては意図を含めて確定的認識で足りると解することも考えられるからである。目的犯の伝統的な二分説は、客観的構成要件が法益侵害行為を不完全に記述するか、法益侵害行為が完全に行われているかの違いを表すにすぎず、そこでは目的は違法要素か責任要素かが問題となりうるとしても、そこから目的犯の目的の内容を直接的に導き出すことを主眼とするものではないと理解することができる¹¹⁰。いずれの目的犯の種類においても、目的犯では故意とは別個独立した存在である目的が存在する場合を犯罪成立や刑の加重の要件としているものであるから、即座に目的を故意と同じように理解する必要はない。目的の内容を未必的認識認容に限定することにも、また目的の内容を意図に拡大することにも、これが認められるための理由が必要であろう。

(3) 目的の内容に様々なものを盛り込むことには、概念は明確でなければならず、同じ言葉が、漫然と種々の意味に用いられることは、いたずらに議論を混乱させることになる¹¹¹との主張がある。解釈の統一性の観点からすると同一の用語が同一の意味を有することは望ましいものとも考えられるが、そのように解さなければならない必然性はなく、用語の意味内容は基本的には犯罪構成要件の解釈によって決定されるべきである。同一の用語が犯罪の種類によって異なって解釈される例がいくつもあることを想起すれば、目的という用語だけが一義的に解釈されなければならないことはない。こうしてわが国においてもドイツにおけると同様に、目的の内容は各論の問題として取り扱われているというべきであり、その点で判例の志向は、また学説が特に虚偽告訴罪に代表されるように¹¹²当該犯罪に関連

110 前掲注 (53) 参照。

111 内田・前掲注 (95) 160 頁。

112 前掲注 (61) - (71) 参照。

づけて目的の内容を解釈することも、各犯罪の構成要件解釈の問題に収斂される以上は目的の内容を異なって解釈するとしても矛盾はなく、正当なものと評価することができる。問題はそこでなされる個々の解釈が妥当なものかどうかということである。

(4) この前提に立つと、ドイツで主張される新たな目的犯の二分説は目的の内容を考えるうえでは有益な素材を提供してくれるものと考えられそうである。しかし、これについてはドイツにおける事情を考慮する必要があるだろう。ドイツでは故意における意図を意味する *Absicht* と目的犯の目的を意味する *Absicht* とで同一の用語が用いられている。これによって、目的が意図に限定されるものではないとしても、目的の意味が意図を出発点とすることは当然であり、そこからどの程度まで目的の意味を拡大しうるかが問題とされることとなる。そこでは意図は有していないが当罰的な行為をした者を処罰するために、確定的認識で足りるとする考え方が主流となっている。これに対して、わが国ではこの両者を表す意図と目的とで用語の統一はなく、目的という用語がドイツと同じように本来的には意図を意味するといっても、それに限定されることなく目的の意味を解釈しうることから、ドイツの議論に即座に追随する必要はないといえよう。

2 目的と目的実現の危険性

(1) 目的犯の多くは目的が実現することは犯罪成立要件としては必要ではない危険犯に属する。目的で実現される事実と故意で実現される事実との間には直接的な関係が存在するものではない。目的は客観的側面に対応するものが存在しないために、単に内面的に存在すればそれだけで目的は認められるともいえる。しかし、故意は単に存在するとしてもその客観的構成要件の実現が犯罪成立のために要求されていることを考慮すると、目的が、客観的な部分で何の裏づけもなく、単に存在するだけで処罰の存否や軽重に影響を与えることは心情刑法との批判を回避することができず賛成しがたい。

侵害犯における結果発生と危険犯における危険（結果）発生は、犯罪成

立にとって必須の要件である。例えば通貨偽造罪の保護法益は通貨の真正に対する公共の信用とされている¹¹³。偽造通貨の行使という目的の実現によって、法益は単なる偽造通貨作成行為よりも一層危殆化されることになるが、行為の中に目的実現の危険性が存在しなければ、そもそも法益が危殆化されることはない。ここでは目的実現の危険性は法益と密接な関係を有しており、目的犯成立の前提として、目的実現の危険性が存在しなければならないと考えられる。つまり、目的は単に存在するだけでは足りず、行為の中に目的実現の危険性が客観的に存在して初めて目的犯としての可罰性を具備するものといえ、目的実現の危険性という客観的側面での限定がまずは図られるべきである¹¹⁴。目的犯が危険犯に位置づけられるのは、このような意味で理解することができよう。

(2) 判例もいくつかの目的犯について単なる目的の存在だけでは足りず、目的が実現することの危険を要求している。例えば、内乱罪における「目的の直接性」¹¹⁵ や、凶器準備集合罪における「加害行為を実現する具体的な可能性」¹¹⁶ をあげることができる。また学説においても、目的は単なる内心的・超過の主観的要素であってはならず、少なくとも、客観的な実現可能性を示すほどに客観化されなければならない¹¹⁷との主張は、まさしく主観的な目的の存在とは別に、客観的な危険性を要求するものと理解することができ、具体的には虚偽告訴罪において目的実現の客観的な可能性による処罰範囲の限定が主張されている¹¹⁸。

このような限定は他の判例にもみられる。例えば、強制執行妨害目的財産損壊罪（刑法 96 条の 2）の「強制執行を妨害する目的」について、「単

113 山口・前掲注 (65) 420 頁。

114 伊藤亮吉「価値中立行為と目的犯」名城法学 60 巻別冊 (平成 22 年) 185 - 187 頁。

115 前掲注 (14) 大判昭和 10 年 10 月 24 日。前掲注 (15) 参照。

116 前掲注 (43) 東京高判昭和 49 年 2 月 15 日。

117 内田・前掲注 (95) 169 頁。

118 前掲注 (70) 参照。

に他人の主観的認識若しくは意図だけではならず、客観的に、その目的実現の可能性の存することが必要であつて、同条の罪の成立するがためには現実に強制執行を受けるおそれのある客観的な状態の下において、強制執行を免れる目的をもつて同条所定の行為を為すことを要するものと解すべきである¹¹⁹として、強制執行を受ける客観的危険性が要求されている。

また、売春防止法5条3号前段は、「売春をする目的で」「公衆の目にふれるような方法で客待ちを」することを禁止するが、これについて、「被告人は、当時売春の目的で客待ちしていたとはいえ、その服装及び右行為の場所、時刻等を併せて考慮しても、…被告人の行為の程度では、外形上、未だ売春の目的があることを一般公衆に明らかにするような挙動を伴う客待ち行為とは認めがたい」として、目的を有しているとしても売春のための客待ちとしての客観的態様が認められないとして犯罪の成立が否定された¹²⁰。

さらに、内乱、外患の罪の教唆等罪（破壊活動防止法38条2項）では、「これらの罪を実行させる目的をもつてその罪のせん動を」することを処罰対象とするが、『内乱の罪を実行させる目的』とは行為者において内乱罪の実行の正当性又は必要性を主張した文書であることを認識するのみでは勿論、内乱の罪を実行させる意図を有していたのみでもならず、その結果発生の現実的な可能性或は蓋然性がなければならぬものと解するが故に行為者が内乱の罪を実行させる意図の外に結果発生の現実的な可能性或は蓋然性が存在し、これを認識してその行為に出でた場合にのみ『内乱の罪を実行させる目的』があるものと謂はなければならない¹²¹、その上告審決定では「被告人らの意図は、もっぱら同工員をして自発的に内乱に立ち上がらせることにあった…右文書の頒布により内乱罪の実行されるべき可

119 最判昭和35年6月24日刑集14巻8号1103頁。山口・前掲注(65)554-555頁も同様の主張をする。

120 東京高判昭和52年6月21日判時885号173頁。伊藤・前掲注(114)174-175頁参照。

121 津地判昭和30年2月28日判時48号3頁。

能性ないし蓋然性が客観的に存在していたことは認められない¹²²として、ここでも犯罪結果発生の可能性・蓋然性すなわち危険性が要求されている。

判例では目的は直接的目的、意図、動機などと性格づけられるが希望ではない、問題は行為者の主観面に絞りをかけるだけで解決するものではなく、意思そのものは、決して刑を加重する根拠たりうるものではないと考えるべきであるとの見解¹²³が示すとおり、目的犯の成立のためには目的が存在するだけでは足りず、目的が実現する危険性を要求し、客観的な側面からまずはその成立に絞りをかけるべきであるが、判例がそのような方向性を志向しているのは正当と評価できるであろう。

(3) 行為に目的実現の危険性を要求して、客観的側面での限界づけがなされるとしても、そこから主観的要素の内容を無限定に広げる方向性を模索してもよいとなると、それは妥当なものとはいえない。単なる希望であり夢であるにすぎない主観的側面について、たまたま夢が実現しても未必的故意すら認められないのが普通であろう¹²⁴ことから、両者の間には直結する関連性はみられない。目的犯の成立にとってはまずは目的実現の可能性についての未必的な認識認容が目的の内容として要求されるべきであろう。つまり、目的犯の目的の内容としては、故意と同程度の意思内容がまずは要求されるべきであることが確認できる¹²⁵。問題はその後である。目的は故意と同一の内容で足りるのか、それとも故意以上の強度の主観的内容が要求されるべきかどうかである。

これは逆の面からすると、目的という語の日常用語上の意味は意図と考

122 最決昭和42年7月20日判時496号68頁。

123 内田・前掲注(95)161-163頁。ただし、同時に、判例では目的の内容を意図や動機などととらえるべき根拠は何ら示されていないとする。

124 内田・前掲注(95)166頁。

125 只木・前掲注(98)215、219頁は正当にも、目的犯成立の主観的要件としては知的要素と意思的要素があり、爆発物取締罰則について、爆発によって加害結果が客観的に発生する危険性の認識あるいは爆発によって加害結果が発生する危険性を帯びた態様で爆発させることの認識が必要であると指摘するとともに、前掲注(50)最決平成3年2月1日は、加害結果発生に対する認識については未必的で足りることを確認したのもであると指摘する。

えられることから、目的は第一級の直接的故意としての意図を意味すると解することが文理解釈の自然な帰結といえるが、この意味をどこまで拡大することが許容されるかの問題が生じる。これに関しては、ドイツで議論されているように、第一級の直接的故意（意図）と第二級の直接的故意（確定的認識）の違法段階での同価値性から、目的の内容を意図のみならず、確定的認識にまで拡大することは許容されてしかるべきとも考えられるが、その一方で判例学説の多数が認める未必的認識にまで拡大することは目的の文言の意味を超えることになりはしないかという文言上の解釈の問題点を指摘することができる¹²⁶。

しかしながら、刑法的な意味での目的と意図の間に統一的な解釈を要請する論理的必然性が見いだせない以上は、目的と故意との実質的な異同を考慮することが必要というべきであり、両者を同一のレベルで取扱うことができるかどうか判断の基準とされるべきであろう。そして、故意は客観的構成要件を超過せず目的はこれを超過するものと特徴づけることができるが、この両者の絶対的相違である主観的要素が客観的要素を超過するかどうかで相違がみられない場合は、目的を故意と同一レベルで取扱うことができる場合といえる。このような場合には、結果発生認識と定義される故意と同様に、超過的要素である目的についても、その内容を実現することの認識と構成することが可能となる。

目的犯においては目的の実現は犯罪成立要件ではないが、目的犯は同時に危険犯でもあることから、目的が実現する危険性は必要である。そこで危険の程度は様々なものが考えられる。行為を遂行することでその他には何か特別なことなくして目的が実現されるような場合、言い替えば、行為から目的が実現する危険が大きい場合が考えられる。このような場合は行為と目的実現の関連が強い場合といえることができる。ここでは行為の高度の危険性が法益侵害にとっては決定的であるがゆえに、目的が違法を

126 ドイツではこの点が目的について未必的認識では足りないとする大きな理由となっている。

根拠づけたり加重するとしてもそれは付加的なものにすぎず、目的が違法の性格を変えるだけの役割を果たすことにはならないであろう。これに対しては、行為には目的実現の危険性は潜在的に存在するものの、行為から直接的に目的が実現されることのない場合、言い替えれば、行為から目的が実現する危険が大きいとはいえない場合が考えられる。しかし、これを含めて広く目的が違法の性格を変える場合を想定することができる。こうして目的犯の目的の内容を検討するにあたっては、目的犯はその性質にしたがって2つに分類することができ、そこから目的の内容に関する一定の傾向を読み取ることが可能である。

3 目的の内容に関する目的犯の分類 (1) - 行為自体と目的実現の関連が強い場合

(1) 第一の分類としては行為自体と目的実現の関連が強い場合をあげることができる。この分類においては、行為から直接的にしる(断絶された結果犯)、第二の行為を通じて間接的にしる(短縮された二行為犯)、行為の遂行それ自体に目的を実現するだけの危険性が存在している、すなわち行為自体に目的を実現する高度の危険性が存在する。ここでは行為それ自体が法益侵害の危険を発生させるため、目的は法益侵害を積極的に基礎づけたり刑を加重する点からは特別な意味を有しておらず、むしろ広範な犯罪成立範囲を認めることは当罰的でない行為までも処罰することになりかねず、目的のある行為に処罰を限定する法益の限定的保護という消極的役割を果たすものと考えることができる。故意が内容とする客観的構成要件要素である結果発生は、行為に存する目的実現の高度の危険性是对应的に考えることができ、ここでの目的は故意と同様に取扱うことができ、したがってその内容は目的実現の未必的認識認容と解することができる。これはさらに2つの類型に区分して考えることができる。

(2) 第一の類型は、目的という用語の使用の妥当性はおき、客観的構成要件に対応しない一定の主観面を具備して行為することが予定されていると考えられるほど行為と目的の間には密接な関係が存在し、当該主観的側

面以外の主観的側面で遂行した場合を犯罪成立から除外する意味で目的が記述されていると認めることのできる場合である。ある意味では規定の目的がないことが例外的に違法性阻却の役割を果たす面を有していると考えられる¹²⁷。すなわち、故意とは別の一定の主観的側面を伴った行為の遂行が典型的に予定されている場合である。目的は行為に当然に付随しているものと考えられることからすると、ここでは客観的構成要件としては記述されていない一定の事態が発生することを予見して行為することが予定されているものであり、目的の存在に大きな意味はなく、目的と故意とは客観面を超過するか否かだけを異にする機能を有するにすぎない。目的は故意と同様に目的実現の未必的認識認容で足りると解することができる。

しかしこの場合に故意と目的が客観的側面を超過するかどうかで異なるにすぎないとしても、両者を全ての面において同一のものと扱うことはできない。故意は結果発生 of 認識認容さえあればそれで十分であり、その他の認識があってもその存在が否定されるものではない¹²⁸が、目的では様々な目的が併存的に存在しうることに注目する必要がある。規定の目的以外に特に何かを意図することなしに行為を遂行する場合には目的実現の危険性を認識認容する限りで目的の存在が認められることに問題はない。これに対してそれ以外の何らかの意図で行為を遂行する場合には目的が否定さ

127 平野・前掲注(55) 125 - 126 頁は、目的犯としては規定されていないわいせつ物展示罪(刑法 175 条)について、芸術品として見る人に見てもらおうとして展示したときは、犯罪は成立しないと解するとすれば、目的が主観的違法阻却事由としてはたらくことを認めることになるとする。この理論は消極的に機能する目的を提唱するものとして一考に値するが、わいせつ物の展示はそれ自体が違法と評価することができ、その限りではいかなる目的でなされるかは問題とはならない。芸術目的での展示は、それだけで違法性が阻却されるものではなく、あるとしてもそれはごく例外的といえるので、目的構成がとられていないものと考えられる。

128 故意については例えば、保険金獲得のために爆弾を爆発させて船舶を沈没させる計画において、同時に乗船員の溺死をも高度の蓋然性をもって認識している行為者は、乗船員の死を意図してはいないが、意図した結果の必然的な付随結果として予見しているため故意を有するものとされている(トーマス事例)。伊藤・前掲注(1) 名城法学 61 巻 3 号 7 - 8 頁参照。

れる場合がある。その意味では目的実現の危険性の認識認容は目的の存在にとっては必要要件ではあっても十分条件ではない。他の事態の発生を認識し意図しているような場合には、これと規定の目的との両者を比較衡量し、規定の目的が主たる目的であると判断されれば目的の存在を肯定することができる¹²⁹。人間の行動には通常は何らかの意図をもって行われるものであるが、特に何の意図を有してはいないが目的実現を認識認容していれば目的に含めて考える点に、目的の内容を拡大して解釈する第一の分類の意義を見出すことができるであろう。それは、行為から法益侵害を惹起する大きな危険を有し、なおかつ前者から後者が直接的に導出されるという密接な関係を有することを考慮すれば、そのような心理状態で目的を肯定するのに十分と判断しうるからである。

(3) この類型に属するものとしては、偽造罪をあげることができる。例えば通貨偽造罪では、偽貨作成行為は通常は偽貨を市場に流通させることを目的として行われるものであり、行為者がこの目的実現の可能性を認識して行為することが一般的といえる。しかしながら、例外的に行使の目的以外の目的でもって行為が遂行される場合もありうる。

目的の内容をなす流通に置かれる危険のある偽造かどうかが客観的に認定できない場合に、あえて内心的な行使の目的の存否を追求してゆく必要があるだろうか、そして、行使目的による偽貨作成であることが客観的に認定されない場合は、通貨偽造罪は成立しないというべきであり、それぞれの構成要件が求める特別な目的が客観的に認められてはじめて構成要件該当性を考えるべきであるとの主張¹³⁰は、客観的な行使の危険性を要求す

129 ただし、規定の目的事実の実現を未必的に認識認容しているにすぎないが、別の事態の発生を意図している場合には、両方の目的が主たる目的と判断することも可能ではあるが、後者の方が主たる目的であると判断されることが多いようにおもわれる。目的が併存している場合に目的の主従を比較衡量することは、特に背任罪で議論されている(例えば、最決昭和63年11月21日刑集42巻9号1251頁)が、このような目的の比較は第一の類型にとどまるものではなく、目的犯一般で認められるであろう。

130 内田・前掲注(95)165頁。

るという限りでは正当といえる。しかしながら、偽造という用語は、それ自体が一般人に真正な通貨と誤信させる程度のものであることを要し、かつそれで足りる¹³¹とされている。一見して偽造と判別される物の作成では偽造要件を充足しないため、一見しただけでは偽貨と識別できない物を作成しただけでは、行使の目的が客観的に認定されることはない。また、客観的構成要件要素として要求される偽造行為があるからといって、それが常に行使の目的をもったものといえるわけではなく、例外的にそのような目的を具備していない場合もありうることは当然認められる。こうして偽造行為それ自体から目的の有無を客観的に認定することは困難ないしは不可能である。この段階で考えられるのは、通貨偽造行為は行使の目的でもって遂行されたものと推定しうる程度である。

行使の危険が存在する前提としては、偽貨が真貨と一見しただけでは識別できないほどに作成されていることが必要である。そこまでに至らない程度ではおよそ行使されて流通に置かれることは考えられないからである。逆に考えると、真貨との識別が困難なほどに精巧に作成された偽貨であれば、行為者の行使の目的の存在不存在に関わらず、また行為者以外の者の行使の可能性もあるから、通貨に対する公共の信用を害する高度の危険が肯定される、すなわち偽貨の作成と目的の実現とは密接な関係が認められる。そして、ここでの目的が実現される危険は、偽貨が流通に置かれる危険すなわち一見しただけでは真貨とは識別できないほどに精巧に偽貨を作成するもので十分に認められる。偽造概念にはこのような精巧性が内在的に要求されているため、偽造行為それ自体の存在によって行使の危険が認められるものと考えられる。

なお、行為者が行使の危険を認識認容していなければ目的は認められない。もっとも行使の危険を認識認容している場合には行使の意図も同時に存在することが多いと考えられるが、行使の意図が目的の内容として必要

131 大判昭和2年1月28日新聞2664号10頁。

とされているものではなく、またそこでは何か特段の意図が必要なわけではない。偽造行為自体の法益に対する危険を考慮に入れれば、それで処罰には十分と考えられる。さらに、行使の危険を認識しているが行使の意図はなく、映画撮影等それ以外の意図でもって偽造した場合には、目的が併存することとなり、いずれの目的が主たる目的かが衡量されて初めて目的の存在が肯定されることとなる。

この類型に属するものとして他には虚偽告訴罪をあげることができる。ここでは告訴それ自体は刑事処分に至る危険性には強弱様々なものがあるが、刑事処分の可能性による処罰範囲の限定を図る趣旨からは、その危険性のない告訴は、ここでの行為からは除外されるべきである。このように刑事処分に至る危険性の高い虚偽の告訴をすることは、本罪の保護法益とされる適正な刑事司法作用・懲戒作用や被告訴者の個人的利益¹³²を危殆化するのに十分である。こうして、虚偽告訴行為の遂行により、刑事処分という目的の実現は直接的に導かれ、両者の間には密接な関係を認めることができる。そして、虚偽の告訴をする場合には、被告訴者に規定の刑事処分等を受けさせる目的で行われるのが一般的と考えられる。つまり、ここでの行為者は通常は、自己の行為によって被告訴者が刑事処分に至る可能性を認識して虚偽の告訴を行うものといえる。被告訴者に刑事処分を受けさせることを認識していない場合はこの行為態様においては例外的といえるが、そのような場合は違法性が阻却されると解することができる。また告訴を戯れで行うなど刑事処分を意図していない場合には、目的を比較衡量して目的の存否は判断されることとなる。

強制執行妨害目的財産損壊罪もこの類型に属するといえる。客観的行為としては強制執行を受ける財産の隠蔽・損壊・仮装譲渡・仮装債務負担等の妨害行為が規定されている。自己の財産について規定の行為をしても自己物の処分として何の問題も発生することはないが、それが強制執行を受

132 団藤・前掲注 (71) 109 頁、平野・前掲注 (70) 290 頁。

ける財産であれば、規定の行為は強制執行の効果を失わせる一定の違法性を具備するものであり、この点で行為と目的実現との間に密接な関係を認めることができる。こうした行為は強制執行を妨害するために行われるのが一般的と考えられるところ、財産隠蔽等について強制執行を妨害することを意図していない場合はここでは例外的であり、目的の比較により違法性が阻却される場合もあるといえる¹³³。

(4) 第二の類型は、規定の目的での遂行は当該行為にとっては一般的とはいえない場合である。ここでは行為に際しては、行為者は目的として規定される事実を認識することなく行為を遂行する場合もありうる、すなわち規定の目的以外の行為も十分に予想しうる。そのため、客観的な行為自体が処罰の対象となっているかどうかにかかわらず、行為自体に存在する高い法益侵害の危険性を根拠にして目的実現の未必的認識認容で目的として十分とすると、処罰範囲が広範になってしまう懸念が生じることから、目的は未必的認識認容では足りない強度の内容を要求すべきであるとも考える。

しかしこの類型では、行為者の目的実現の認識が一般的か否かの点では第一の類型と異なり、それは行為が規定の目的によるものと予定されていないために、目的が積極的に違法性を根拠づける機能を果たすものである。そして、目的の不存在が犯罪不成立のために消極的に機能する類型といっても、裏を返せば、目的の存在が犯罪成立に積極的に機能する場合と異なるところはなく、その意味では第一の類型と第二の類型とは目的の存在が行為にとって原則か例外かだけの相違にすぎず、いずれにしても目的の存在を要求すること、そしてこの類型においても行為と目的実現の間には強い関係性が存在することに変わりはない。したがって、行為者は行為自体

133 ドイツ刑法 288 条の強制執行免脱罪は、「債権者への弁済を免れる目的で、自己の財産の構成部分を処分し又は除去」することを要求する。この目的については、意図とともに確定的認識で十分であるとされている。Gunter Heine, Schönke/Schröder Strafgesetzbuch Kommentar, 28. Aufl., 2010, § 288Rn. 19-22.

が本来的に具備している目的実現の危険性を認識認容して行為すればそれで十分であるといえ、目的の内容は未必的認識認容で足りるものと解することができる。

(5) この類型に属するものとしては、爆発物取締罰則をあげることができる。爆発物使用罪に規定する爆発物の使用とは、爆発物を爆発すべき状態におくこと¹³⁴。爆発物も激発物であるが、激発物破裂罪に対しては爆発物取締法が優先適用される関係に立つ¹³⁵とされるが、爆発物の使用が常に激発物破裂罪で規定される建造物等の損壊を予定するものではないことから、使用について常に何らかの犯罪が成立するとまで認めることはできない。そうはいても、爆発物を使用すれば、公共の危険すなわち社会人心に著しい不安を生じるなど公共の安寧平穩を害し、爆発物を使用すること自体がこうした性質の行為であるとともに、爆発物の破壊作用の特徴からして不特定または多数の者の身体、財産を害する危険が一般的に認められる性質の行為である¹³⁶ことから、使用それ自体に一定程度の違法性を認めることができる。同様に、爆発物製造等罪における爆発物の製造等についても、行為後に爆発物が使用される可能性の大きさから公共の危険の発生を認めることは十分にできよう。

使用罪は爆発の結果の発生を必要とはしないものの、抽象的危険犯であることから、爆発物の使用行為自体が公衆の身体財産に対し抽象的に危険を及ぼすものとして処罰される¹³⁷。しかし、危険は擬制されるべきではなく、現実に公共危険の発生が全くもって認められないような場合には犯罪の成立を認めるべきではない。爆発物を爆発すべき状態におくことから、爆発の危険が要求されるとともに、治安妨害と加害という目的の存在と目

134 古田佑紀「爆発物取締罰則」平野龍一他編『注解特別刑法6』(昭和61年)33頁。

135 大阪高判昭和52年1月16日刑月9巻5=6号334頁、山口・前掲注(65)398頁。

136 古田・前掲注(134)21頁。

137 古田・前掲注(134)22-23頁。

の実現の危険性を要求することからも、危険の発生が全く存在しない場合には処罰対象としないことが前提とされると考えられる¹³⁸。

本件行為に至る経緯はこれらの目的実現のためだけとは限られるわけではない。ここで目的にとっては、何か別の事態の発生を意図していない場合にも、その目的実現の危険性の大きさに鑑みて、これを処罰範囲に組み込むことに目的を未必的認識認容で足りるとする見解の重点があるものといえる。爆発物とは理化学上のいわゆる爆発現象を惹起するように調合装置された物件をいう¹³⁹が、爆発物の使用が正当とされる場合は当然のことに認められる。例えば工事現場でダイナマイト等の火薬類を使用することは社会通念上予定されていることを考慮すれば、爆発物の使用は規定の目的でもって行われることは一般的とまではいえない。通常は爆発物の使用や製造によって目的として規定される治安妨害と身体財産加害の結果が発生する高い可能性が認められるために、これらの行為に際して行為者が目的実現の危険性を未必的に認識認容していれば、目的としては十分であると考えられるが、特に何らかの事態の発生を意図していなかったり、規定の目的以外の事態の発生を意図している場合は当然ありうる。そのような場合は目的の比較衡量がなされて、目的の存否が判断されることになる¹⁴⁰。

この類型に属するものとしては他には凶器準備集合罪をあげることができ。客観的行為は複数の者が凶器を準備して集合することである。集合それ自体は犯罪として構成されているものではなく、何ら違法性を具備す

138 平澤修「判批」前掲注(104)特別刑法判例研究第一巻424-425頁は、故意をはみ出したものであるという点で目的が認められるならば足り、その際結果発生の確定的認識が必ずしも必要というわけはなく、心情面において未必的であっても、客観的に結果発生の高蓋然性が高ければ本罪の要件は充たされる、とする。

139 最判昭和36年5月16日集刑138号69頁。

140 吉田・前掲注(97)60-61頁は、爆発物使用罪が断絶された結果であることから、目的は確定的認識を要するとするが、ここでは目的犯の伝統的な二分は意味を有するものではない。

ることのない正当な行為と評価することも可能といえそうだが、一定程度の違法な態様で行われることを必要とする。すなわち、複数の者が凶器をもって集合することについては、それ自体である程度の公共平穩の危険が認められることと、凶器準備集合の状況が社会生活の平穩を害しうる態様のものであることが必要とされると解すべきである¹⁴¹。ここにいう凶器は幅広い概念で用いられており、特に用法上の凶器は本来の用途を超えた使用が予定されているため、集合の際に行為者自身が共同加害目的を有していることが一般的とまでいうことはできないであろう。それでも公共の危険を発生させるような集合であれば、そこから惹起されうる共同加害の事実の認識を行為者がもてば、目的としては十分である。

内乱罪もこの類型に属するといえる。内乱罪の客観的行為である暴動とは、多数人による集団的な暴行脅迫を意味するが、騒乱罪（刑法 106 条）における多衆が集合した暴行脅迫と同程度に一地方の平穩を害する程度のもので、または、それよりも限定的に国家の基本組織に動揺を与える程度のものであると考えられている¹⁴²。前者の見解をとれば内乱罪は騒乱罪に目的が加わったものであり、内乱罪の暴動は騒乱罪の暴行脅迫を意味するが、これに対して後者の見解をとれば両者は質的に異なる犯罪類型と位置づけることができる。内乱罪の保護法益は国家の存立に対する危険であり¹⁴³、暴動自体にこの危険の実現可能性が内在していると解すべきであることから後者の見解をもって妥当と考えられ、客観的に国家の存立に危険を与えるような強度の暴動が要求されるべきであるが、いずれの見解を採用するとしても、騒乱罪の究極的な犯罪が内乱罪ということに問題はない。しかしそうだからといって、暴動行為は壊乱目的で行われることが一般的とまでいうことはできず、壊乱以外の目的で行われることもありうるという程度の関係性が認められるにすぎない。行為者は暴動が引き起こしうる壊乱の

141 最判昭和 58 年 6 月 23 日刑集 37 卷 5 号 555 頁。

142 山口・前掲注 (65) 530 - 531 頁。

143 山口・前掲注 (65) 531 頁。

事実を認識認容していれば、目的としては十分であると考えられる。

暴動行為自体は政治的に正当な目的で遂行される場合もあり、何か特別なことを意図してはいない事態まで内乱罪の高い法定的で処罰する必要があるかは疑問を感じざるをえない。判例が意図を要求することはそのようなことを考慮してのことであると考えられる¹⁴⁴。その限りではここでは目的の内容を限定して、強度の内容を要求すべきともいえるが、この問題は目的の比較衡量によって解決を図ることができるであろう。

(6) さらに妨害運転致死傷罪もこの類型に属する。妨害運転致死傷罪は死傷結果という非故意行為の結果実現が要求されているため一般的な目的犯とは異なる性格があることは否めないが、基本行為である危険運転行為それ自体は刑法典上は処罰対象とはされていなくとも、道路交通法上は処罰の対象として構成されている¹⁴⁵。そして妨害結果や妨害運転致死傷罪の結果である人の死傷結果の発生は危険運転から直接実現される（断絶された結果犯）ことから、危険運転行為には妨害目的の実現とともに人の生命身体を侵害する危険性の高い類型性が存在すると考えられる。

客観的には人の死傷結果を惹起しかねない危険運転をする際には、妨害目的が常に付随するとまでは認められないが、妨害結果発生認識認容をもちうるといえるので、その点ではこの認識認容で目的としては十分なものと見える。しかしながら、判例学説はこの目的について未必的認識認容で足りず意図を要求する。その理由は、何らかの事情でやむなく走行車線を変更し、他の車両の直前に進入したために衝突した場合や、交差点で直進車両の前を横切って右折する際に、場合によっては当該車両に急ブレーキを踏ませることになるかもしれない場合もあることを考慮するためであ

144 ドイツ刑法は308条、81条でそれぞれ爆薬による爆発の惹起（爆発を引き起こし、他の者の身体若しくは生命又は大きな価値のある他人の物を危険にさらすこと）と、連邦に対する内乱（ドイツ連邦共和国の存立の侵害を企行等）を処罰するが、これらは目的犯としては規定されていない。

145 岡野光雄「『危険運転致死傷罪』に関する一考察」研修648号（平成14年）4-5頁。

る¹⁴⁶とされる。通行の妨害に関する認識認容を有するだけで特別の意図なくして行為を遂行した場合には、行為の重大な危険性からすれば違法と認めるのに十分であるともいえる。しかし、そうすると、ここであげられる何らかの事情がある場合は適法行為の期待可能性をはじめとする責任の領域で解決を図ることができるとしても、危険運転によって死傷結果が発生したほとんど全てを広範に犯罪として認めることになりかねず、自動車運転過失致傷罪（刑法 211 条 2 項）等の他の犯罪と区別するためにも、処罰対象を何らかの形で限定することが要請される。

そこで 1 つ目の方策としては、妨害運転致死傷罪は結果犯であり、通常目的犯とは異なる特別な類型であることが考えられる。危険運転行為自体は、道路交通法や暴行罪の成立が考えられるが、それ以上の法益侵害である死傷結果が成立要件とされている。危険運転行為には目的である妨害結果の実現の高度の危険が内在されているのみならず、それ以上に死傷の危険まで危険運転行為に内在しているとみることができる。本来結果の実現を成立要件とはしていない目的犯において、これを成立要件とすることからは何らかの修正、ここでは目的による犯罪成立範囲の限定を考慮に入れているのではないかと考えられることから目的を限定するものである。しかし、この見解は採用できないであろう。妨害運転致死傷罪を結果的加重犯として構成するとしても、行為と目的の間に関係が認められればよい点は他の目的犯と変わるところはない。行為から死傷結果が発生することが刑事学的に類型性が高いものと認められれば、これを特別な犯罪類型と構成する必要はないからである。

そこで、2 つ目の方策として考えられるのは、危険運転致死傷罪の他の類型との整合性の観点である。ここでもまずは客観的行為による限定が図られるべきといえるが、危険運転という客観的行為はすでに限定づけられ

146 前掲注 (23) - (25)、(90) 参照。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 頁は、このような場合に妨害目的を否定する。

ており、それ以上の限定が期待できないことから、目的がその役割を果たす必要がある。危険運転致死傷罪は高い法定刑を定めており、規定の行為やその前提条件を比較すると、妨害運転致死傷罪においては、妨害の認識認容では足りず、より強度の妨害の意思を要求することで、処罰範囲の限定が図られているものと考えられる。

(7) 第一と第二の類型においては、行為に目的が附随することが一般的かそうでないかは恣意的に判断されているのではないかとの批判が想定される。本稿においては一般的か否かを決定するにあたり論理的な説明がなされていないとの批判は十分にあたりうるところである。しかしながら、ここでは一般的かどうかは重要なのではない。両類型は行為に目的が附随することが一般的かどうかの点で異なるにすぎず、その違いは目的の内容を決定するにあたり大きな意味を有するものではない。重要なのは行為に存する目的を実現する危険性の大きさであり、その点について両類型で違いがないことに鑑みれば、両者の違いは相対的なものにすぎず、分類に大きな意味はないものといえる。

4 目的の内容に関する目的犯の分類 (2) - 目的が違法の性格を変える場合

(1) 第二の分類としては目的が違法の性格を変える場合をあげることができる。この分類においては、行為それ自体に目的を実現することの一定程度の危険性が存在することを前提として、その危険は第一の分類と同様に行為の遂行それ自体から目的が実現される高度の危険性が内在されている場合もあれば、危険は潜在的な危険にすぎず、行為の遂行は目的の実現とは基本的に無関係な場合もある。ここでこの行為は正当なものとは違ふものの両者が考えられるが、目的のある行為は目的のない行為とは同じように処罰することができないとすれば (いずれの場合においても、規定の目的が付与されることによって、行為は可罰性を基礎づけられたり刑が加重されることになるから、法はそのように規定している)、目的は行為自体の違法の内容を変える役割を果たしているといえる。つまり、ここでの目

的は処罰範囲を変更するという独特の役割を果たすものといえる。故意が内容とする客観的構成要件要素である結果発生は、行為に存する目的実現の一定程度の危険性是对应的に考えることが困難であり、行為に存する違法性の大きさでは目的と故意を同様に取扱うことができず、したがってその内容は目的実現の未必的認識認容で足りると即座に解することはできない。ここでもさらに2つの類型に区分してさらなる検討をすることができる。

(2) 第三の類型は、客観的に規定されている行為それ自体が正当ないしは価値中立であり、客観的行為では違法であると判断することができず、規定の目的が加わることによって違法性が付与される場合である。

ここで正当ないし中立とは、他者の利益侵害を惹起するとしても、行為自体は日常的な行為、刑法的評価の対象外の行為として許されていることを意味する。行為自体は正当なものとして可罰性を有しておらず、目的が適法行為を違法行為へと変える役割を果たすこととなり、目的の意味は大きいものである。危険犯として構成される目的犯では、行為自体に目的実現の危険を要求すべきであることからすると、正当な行為はこの前提に矛盾することになりはしないか、また、このような客観的危険の存在が認められるとしてもこれを担保として主観的目的を加味して違法を判断する手法には、客観的要素だけでは違法を認められず処罰を根拠づけられないから主観的目的が処罰を根拠づけることになるのではないか、客観的には適法な行為を主観的な目的によって違法行為へと変えることは妥当なのかとの疑問を提起しうるのであろう。しかし、正当な行為といってもそこには幅があり、ここでも他者の利益侵害の危険性を認めることは十分に考えられるであろうし、行為自体に目的を実現する危険性を内蔵することを要求すれば、正当な行為という概念は無限定ということはできず必然的に限定されざるをえないものといえる。

限定的に解されるとはいえ、行為が正当なものであることから、行為の遂行は規定の目的でなされることが通常の場合とはいえ、様々な目的で、したがって違法な目的に限らず正当な目的によってもなされことは

当然予想されるところである。そのため、行為の遂行は目的の実現とは一般的に関係ないものといえる。もちろんこのような行為の際には規定の目的が実現されるとの未必的認識認容は十分にもちうるものではあるが、それでは日常的な行為までが広範に処罰の対象となってしまうかねない。目的が可罰性を基礎づけ処罰範囲を画定することによって、目的は行為の性格を変更する役割を有しており、未必的認識認容を排除する強度の内容が要求されるものと解すべきである¹⁴⁷。

(3) この類型に属するものとしては相場操縦罪をあげることができる。客観的に要求されている相場を変動させるべき一連の売買取引等すなわち変動取引が「相場を変動させる可能性のある売買取引」であるとすると、それ自体が金融商品取引に関与する者全てが行うことのできるものであり¹⁴⁸、違法な要素を認めることができない正当な行為である。それが誘引目的の存在によって違法性が付与されることになることに問題はない¹⁴⁹。この点、協同飼料事件控訴審判決（東京高判昭和 63 年 7 月 26 日）は、変動取引概念を「相場を支配する意図をもってする」取引と制限的に解しており、これによって変動取引概念はあらゆる取引を意味することなく、一定の違法性が付与された取引となる¹⁵⁰。この解釈は主観的要素を組み込ん

147 ドイツ刑法 257 条の犯人庇護罪で、その犯罪類型から目的を本来十分とされる確定的認識では足りずに、意図までが要求されていることについて、客観的な行為態様での判断の不可能性から主観的側面での制限をかける趣旨であれば、それは了解できるものである。これについては、伊藤・前掲注 (1) 名城法学 62 巻 1 号 25 - 30 頁参照。

148 前掲注 (20) 最決平成 6 年 7 月 20 日は、「禁止行為の主体を『何人も』と規定しており、証券取引所の会員以外の者は右会員に委託することによって有価証券市場において売買取引を行うことができる」とする。

149 芝原・前掲注 (100) 349 - 350 頁は、相場操縦罪の成否について、その客観的行為の如何によってはおよそその違法性は認定できず、誘引目的の存在によって初めて行為に違法性が帯びることになるのは望ましいこととはいえないとする。十河太郎「判批」同志社法学 48 巻 6 号 (平成 9 年) 208 - 209 頁も同様に、変動取引はそれ自体誘引目的を実現しうる性質の行為であるとともに、自然で正常な需給関係という法益を侵害する危険性を有する行為であり、適法行為と違法行為との区別基準を誘引目的のみ求めることは妥当ではないとする。

150 芝原・前掲注 (100) 349 頁は、前掲注 (19) 東京高判昭和 63 年 7 月 26 日に

で客観的要素を判断するものであり、実際にも相場を支配する意図を要求していることから、この概念を否定して変動取引概念の限定機能を認めない同事件上告審決定（最決平成6年7月20日）と比較して、全体的な内容としては異なることを言っているものではない。すなわち、「相場を支配する意図」という行為者主観に支配される「相場が変動する可能性のある取引」という客観的行為は、極言すれば、相場支配意思を主観的な誘引目的の要件とするか客観的な変動取引の要件とするかの違いだけでその内容に変わりはないとの評価も可能であり¹⁵¹、全くの正当な行為に違法性の要素を付与することによってこれを限定的に解することで、正当な行為が違法な目的の存在によって違法な行為と判断されてしまうという点を回避できることは高く評価することができよう。しかし、そうであるとしても、客観的行為の限定は違法行為を抽出することが重要なのではなく、適正な方法によって限界づけることが必要といえる。客観的行為の判断に当たって、行為者主観を加味することは果たして可能なのかは問題となり、このように変動取引を限定的にとらえる解釈には即座に賛同することはできない。

相場操縦罪における変動取引概念を広く認めると、同一の行為が行為者の心理状態により、ある場合は処罰されある場合は処罰されないとすると、心情刑法との批判を免れないため、このような立法形式は好ましいものとはいえない。このような場合には行為者の自由への不当な制限を回避する

ついて、それ自体高度の違法性を備えた限定された意味での変動取引、人為的な操作を加えて相場を変動させる行為であると表現する。これに対して、小倉正三「判解」最高裁判所判例解説刑事事篇平成6年度（平成8年）89、105頁は、この判決は相場を変動させるべき取引という客観的要件自体が違法性を帯びるものであるととらえ、違法な取引と適法な取引との区別の基準を客観的なものにしようとしたのであろうが、客観的要件の解釈において相場を支配する意図という主観的要素を持ち込む結果となっているとし、さらに相場を変動させる可能性がある売買取引等をするということだけでは違法とはならず、誘引目的をもって相場を変動させる可能性がある売買取引等をするのが違法である、とする。

151 古川元晴「判批」研修485号（昭和63年）68頁。

必要があることから、まず客観的行為の態様でもって規制することが要請されるべきであろう。売春防止法の売春目的での客待ちは、客待ち行為という正当な行為を売春目的が付加されることで処罰化するので、相場操縦罪と同一の類型に属するものである。客待ちとは、売春をしようとする者が自らの挙動によって売春をする意思のあることを表示しながら、公共の場所をうろついたり公衆の目にふれる場所に佇立したりして、相手方の申込みを待つ行為をいうが、これは外見上は一般人の待ち合わせとまぎらわしい。そこで、客待ち行為か否かの判定は、主として、行為者が自らの挙動によって売春をする意思のあることを表示しているか否かにかかることとなり¹⁵²、外形上売春の目的があることを一般公衆に明らかにするような挙動を伴う客待ちという客観的要件がない場合には目的が存在するとしても犯罪の成立を否定した判決¹⁵³はその意味で大いに評価に値すると考えられる。

これに対して、相場操縦罪においては、変動取引概念に違法に相場を変動させるような形態の取引を読み取ることが不可能ではないかとも考えられる。しかしながら、客観的には正当な行為であっても、それが他者の一定の利益を侵害する危険性を内蔵し、行為の遂行によって侵害結果が発生する場合があることは否定できない。金融商品取引市場では相場の騰貴や下落はつきものであるから、金融商品取引者は、相場が自然の需給関係にしたがって変動していることを信頼してこれに関与し、たとえ取引から財産上の損害を被るとしてもこれを甘受するものである。特定の者が何らかの不正の手段を用いて取引を行うのであれば、それは自由かつ公正な金融商品取引市場の維持やこれに対する投資者の期待を裏切ることとなる。金融商品取引行為は、相場を変動させる可能性のある売買取引それ自体には違法性は認められなくとも、そのような事態を発生させる可能性が存在す

152 佐藤文哉「売春防止法」平野龍一他編『注解特別刑法7 [第2版]』（昭和63年）35頁。

153 前掲注（120）東京高判昭和52年6月21日。

るものといえる。侵害利益と被侵害利益との比較衡量から、いかに行為として正当性を有しているとしても、社会的な利益侵害の程度が大きく、これを阻止することが正義に資する可能性があることは十分に考えられるところである。

ここでは、取引それ自体は自己の財産を増加・保護することに資する行為であるが、それとともに他者の財産の減少に直結する性格を有する、つまり適法行為であるといっても、他者の利益を侵害する危険を内蔵する性質を有することに注目することができる。正当な行為といっても、それが他者加害の性格を有する場合には、行為を遂行するに際しては、いかなる結果を発生させようとも無関心に自己の利益追求のみに励んでよいものではなく、不当に他者の利益を侵害することを回避するように義務づけられていると考えてよいだろう。相場操縦罪の保護法益は、「自由で公正な有価証券市場の確保、有価証券市場での公正な価格形成の確保という一般的、抽象的利益」¹⁵⁴ であるとされていることから、変動取引を意味する「相場を変動させる可能性のある売買取引」は単なる売買取引であるとしても、他者の利益を侵害しかねない性格のものであるからこそ、法益侵害の危険を有する行為として取引行為は把握することができる。そうすると、変動取引を「一般投資家はその変動取引に誘いこまれる可能性のある状況の下で行う」¹⁵⁵ 取引と、誘引目的をこの中に読み込んで両者を関連づけることまでは必要ではないだろう。したがって、本罪は主観的目的が完全な適法行為を違法へと変える性質のものではなく、法益侵害の可能性のある行為が前提とされているものといえ、売春防止法と同様に、客観的要件による限定づけは可能である。不当な他者への侵害が許されるものではなく、正当な行為といえども、一定の制限に服することは正当化しうると解される。

154 前掲注 (21) 東京地判平成 5 年 5 月 19 日。山口厚編『経済刑法』(平成 24 年) 218 頁 [橋爪隆執筆] は、有価証券市場に対する投資家の信頼とする。

155 芝原・前掲注 (100) 349 頁。

目的の内容については、行為自体と目的実現の直接的関連性からすれば、目的実現の未必的認識認容で足りると考えられるところではあるが、それでは行為を限定するとしても正当な行為までが処罰の対象となりかねず、これを採用することはできない。すなわち、金融商品取引者は誰もが自己の行う取引が相場に何らかの変動を与える可能性を認識しつつこれを行うことは当然ともいえるから、ここでの誘引目的を他者を金融商品取引へと誘引することの未必的認識認容と解すると、全ての者に当該犯罪の成立を認めざるをえないことになってしまう。犯罪の性格から違法行為とはいえず一定の利益侵害の危険性を備えた行為について、目的がこれを違法化し、その性格を変えるものといえる。ここでは正当な行為により生じうる結果の発生を未必的に認識認容するだけでは可罰的とはいえず、また、広範な処罰範囲を限界づける必要があることから、目的は故意とは異なる独自の意味を有するものであると考えられ、誘引目的は目的が実現することの未必的認識認容では足りず、強度の内容が要求されるものと解すべきである¹⁵⁶。

(4) 第四の類型は、目的がなくても行為に犯罪（基本犯）の成立が認められたり、または目的のない行為は犯罪でないが一定程度の違法性が具備されているが、行為自体に内在する目的実現の危険の大きさは第一および第二の類型ほどの高度の危険とまではいえず、そして規定の目的が付与されることによって違法の性格が変わり、基本犯の刑が加重されたり、可罰性が基礎づけられる犯罪類型である。

ここでは、行為自体に存在する目的実現の危険性が、行為がこの目的でもって遂行されることによって、この危険実現の程度は高まり、目的は違法性を基礎づけたり加重することで処罰範囲を拡大する役割を果たすこととなる。目的によって従来の法益とは質的に異なった法益の侵害ないしは

156 芝原・前掲注(100)351-352頁は、変動取引概念を「人為的な操作を加えて相場を変動させる行為」と解すると、誘引目的は変動取引の故意であり、未必的認識で足りると解している。

危険が肯定されるものであり、目的は法益侵害性に影響を及ぼす性格を有する。他者の利益を侵害する行為の全てが犯罪として規制の対象となるものではなく、そのうち刑罰という強制力をもってしてでも規制しなければならないだけの強度の利益侵害行為だけが犯罪として規定されることに問題はないであろう。このような類型について、一定の主観的目的が加わると違法性が備わり犯罪化されるような方策については、客観的行為に元来どの程度の違法が具備されているかの相違だけの問題であり、目的が違法の性格を変えることを考えると、第三と第四の両類型では目的のある場合と目的のない場合で違法の内容が異なることでは変わるところはなく、正当な行為と一定程度の違法というように本来的な違法の差は量的な問題にすぎないことから、両類型の間に相違はないともいえる。第四の類型においても同様に、目的が正当な行為を違法と変える心情刑法ではないかとの批判も予想されるが、行為自体に一定程度の法益侵害性が認められることから、一定の規制は許されるであろう。

この類型では、行為自体に規定の目的実現の危険性が内在するものの、行為の遂行それ自体が直接的に目的を実現するものではない。すなわち、行為と目的の関係は密接ではないため、目的としては様々なものが考えられる。行為に際しては目的実現の未必的認識認容をもって行為することも考えられるから、目的実現の未必的認識認容で足りるとすると、基本犯あるいは無罪として評価されるべきものが目的犯として処罰されることになりかねず、基本犯や無罪と構成する意味が失われかねない。そこで、これと目的犯との区別を画定する必要から、目的の内容としては未必的認識認容では足りず、強度の内容が要求されるものと解すべきである。

(5) この類型に属するものとしては、拐取罪が考えられる。拐取罪は未成年者に対する行為と成年者に対する行為とでは刑法上は別個に評価されている。未成年者に対しては単純拐取も処罰対象とされており(刑法 224 条)、目的は新たな犯罪を成立させて刑を加重する(刑法 225 条以下)が、成年者に対しては単純拐取は処罰されず、目的は犯罪を基礎づけることになる。拐取とは、人をその生活環境から不法に離脱させ、自己又は第三者

の実力支配下に移すことをいう¹⁵⁷が、被拐取者の行動の自由に対する侵害の程度は、同じく自由に対する犯罪と位置づけられる逮捕監禁罪（刑法220条）に比べて低いことから、拐取行為は全面的には処罰対象とはされていないと考えられる。すなわち、未成年者の単純拐取が処罰されるのは、未成年者は思慮が浅いので成人に比べて厚く保護しようとするを理由としてあげることができる¹⁵⁸。これに対して、成年者に対する単純拐取は、被拐取者に対する自由の侵害は同様に存在するとはいえ、低度の自由侵害では可罰的と評価できないと判断されたために、それ自体が犯罪として処罰の対象とされているものではない。

拐取行為自体は被拐取者の自由を侵害するとともに、営利等の目的が実現する危険性をも内蔵する。しかしながら、刑法上営利目的を初めとして多くの目的が規定されているように、拐取の目的には様々なものが考えられることから、拐取行為と各種目的の間には行為の遂行それ自体によって目的が実現される可能性は低く、これらには偽造行為と行使の目的における直接関連性ほどの強度の結びつきを認めることはできない。これに対して、未成年者拐取罪の保護法益について判例通説が考える被拐取者の自由と監護権者の監護権の両者への侵害¹⁵⁹は、これが営利等の目的で遂行されると、被拐取者の拐取後の生命・身体に対するより高度の危険が顕在化すると考えられる¹⁶⁰。すなわち、営利目的等の規定の目的が付加されることによって、未成年者成年者を問わず、目的拐取では自由侵害の性格が変わ

157 山口・前掲注(65)89頁。

158 大塚仁他編『大コンメンタル刑法第11巻[第2版]』（平成14年）393頁[山室恵執筆]。

159 団藤・前掲注(71)476頁。福岡高判昭和31年4月14日高刑特3巻8号409頁。

160 前掲注(9)東京高判昭和31年9月27日は、「営利の目的に出た誘拐行為を、他の動機に基くそれよりも、とくに重く処罰しようとする理由」として、「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する虞があるものであって、とくに被誘拐者その他の財産上の利益に対する侵害を顧慮したためではない」とする。

り、目的は行為の違法性を積極的に基礎づけたり加重するものといえる。

ここでの目的の内容については、目的によって目指される結果発生認識で足りると解することはできないであろう。例えば被拐取者を拐取することによって営利の対象とすることは可能であるから、行為者は基本的構成要件行為の際には規定の目的が実現することを予見してこれを実行することは十分に考えられるところである。このような場合を全て目的犯として処罰することになると、基本犯の多くが目的犯として処罰されることになってしまい、基本犯と目的犯を別に規定した理由が希薄化してしまう。そのためここでは目的が犯罪を類別するうえで大きな役割を果たすことになり、営利等の目的の実現について認識認容以上の強い主観的側面を有する場合に成立範囲を限定していると解することができる¹⁶¹。

なお、各種薬物犯罪の営利目的についても拐取罪と構成を同じくしており、同様に考えることができる。

(6) 予備罪は第三ないしは第四の類型に属するといえる。予備行為は準備行為として、その概念は非常に幅広く、そこには違法行為も適法行為も幅広く認めることができるが、目的実現の直接的な関連性を認めることはできない。目的の存在によってそれ自体は適法ともいえる行為が処罰の対象となり、目的は違法の意味を変える役割を果たす。

予備罪と連動してその先に予定されている通常の既遂犯罪の故意は未必的認識認容で足りることを考慮すると、予備段階で特別に強度の主観的内容を要求することには躊躇をおぼえる。殺人予備罪を例とすると、ここで強度の目的を必要とすると、殺人罪が未必的認識認容で遂行された場合には、殺人予備罪が成立していない場合もありうることになってしまう。もちろん予備罪は意図的に遂行するが既遂犯罪は未必的に遂行するという場

161 ドイツ刑法 239 条 a は、恐喝利用のための人身強取として「自己の安否をめぐる被害者の憂慮若しくは被害者の安否をめぐる第三者の憂慮を恐喝に利用するために」という目的が必要である。ここでは行為者は不法に利得することを意図しなければならないとする。Albin Eser/Jörg Eisele, a.a.O. (Anm.133), Schönke/Schröder, § 239aRn. 11.

合もありえないわけではないが、そのような事態はほとんど考えられないであろう。殺人予備罪が最終的な目標とする殺人結果発生のための準備行為を処罰する趣旨だとすれば、殺人と殺人予備とで主観的内容に変わりはなく、目的は未必的認識認容で足りると解すべきであるともいえ、判例もこの点を重視しているものと考えられる。

しかし、既遂犯罪が成立した場合に予備罪がそれに吸収されるとしても、既遂犯罪成立の前提として予備罪が成立していなければならない必要はない。予備は未遂や既遂の延長線上にあるとしても、法益侵害の危険性の性質が異なるとして、両者とは別個の性格を有する特殊な犯罪類型と考えることができる。予備において予定される行為は広範囲に及びかつ正当であることも考えられ、これらの行為が全て処罰対象とされるべきではないことを考慮すれば、ここでの分類の原則と変わるものではなく、目的はその内容とされる既遂結果を実現することの未必的認識認容では足りず、強度の内容を要求するべきであると解すべきである。

(7) 第三と第四の類型においては、行為自体に備わる違法ないしは利益侵害の程度が問題となる。両者は正当な行為と違法な行為とにその違いを見出すとしても、第三の類型では正当な行為といえども、他者の利益を侵害しうる性格を有する行為の中に認めることができる。また第四の類型では可罰的でない違法性のある行為についても取扱うが、これは可罰的ではない以上は正当な行為であると評価することも十分に考えられる。こうして両類型における違法性の程度は相対的なものであるとみることができる。その意味で両者は全く別個の行為、異なる性格の行為を分類したものとまでいうことはできない。両類型では違法の質的变化の観点から目的を考察することに主眼を置くことからすれば、違法の量的な側面から分類する必要性は乏しく、両者の分類に大きな意味はないものといえる。

(8) 目的に未必的認識認容以上の強度の内容を要求する類型では、目的の内容をどのように解すればよいだろうか。まず判例学説で示される拐取罪や薬物犯罪における営利目的のように、目的に動機を要求するものがある。動機の内容について判例が述べるところはないが、目的は行為者関係

的に責任要素として機能する側面を有する一方で、行為關係的に違法要素として機能する側面をも有する。つまり、目的は、行為の危険性を増大させるものとして違法要素ともなりうるし、また非難可能性を増大させるものとして責任要素ともなりえ、両者の性格を併有する広い概念を有している。ここでは動機は行為者の心情を表すものとして責任要素や量刑事情としての役割を果たすものと考えられる。例えば目的は意図でありまた動機でもあるという表現は、目的が違法要素に尽きることなく、責任要素でもあることを示すものと評価しうる。目的を責任要素と解するのであれば、目的は動機を意味すると解することは可能だが、そうすると営利目的で表されているように動機を違法要素と解することには疑問を投じざるをえない¹⁶²。

強度の目的については、第一級の直接的故意と第二級の直接的故意とが同価値であるとされていることからすると、いずれの場合も行為の法益に対する危殆化の程度に変わりはなく、本来的には意図を意味する目的を確定的認識にまで拡大して解釈することは許されてしかるべきである¹⁶³。目的を違法要素と構成することからは、両者に相違を見出すことは困難といえるが、それぞれの犯罪において、この両者をわける理由があるかが考察されることとなろう。そうすると、本来的には広範囲に及び正当な行為か元来違法な行為かの違いはあるが、目的が違法の性質を変化させて可罰化しないしは刑を加重化する場合において、一定の限度に処罰範囲を限定するために目的にその本来的な意味である意図を要求することも考えられるところである。

しかしながら、行為自体に客観的には一定の利益侵害性を要求すべきであることを前提として、例えば、相場操縦罪において自己の行為が他者を

162 このような理解に立つと、営利目的を動機とのみ表現するのは、目的を違法要素に位置づける立場からは狭すぎるものといえる。伊藤・前掲注(1)名城法学62巻3号9-13頁。

163 この点がドイツにおいて目的が意図とともに確定的認識にまで拡大される大きな理由の1つである。伊藤・前掲注(1)名城法学62巻3号20-26頁。

して作為的に作出された相場において金融商品取引に引き込むことや、拐取罪において自己の行為が被拐取者の自由侵害の程度をより大きいものに変えることを確定的に認識していることは、これを未必的に認識しているにすぎない場合とは異なった評価が与えられるべきであると考えられる。これらについては、目的実現を意図するか確定的に認識するかで異なるところはない。いずれの類型においても、目的の内容としては目的を実現することを意図するか確定的に認識するかのいずれかの心理状態が要求されるべきであろう。

目的として知的側面と意的側面の両者の存在が考えられるとしても、いずれか一方のみが強調される場合も考えられる。偽造罪では行為と目的の密接関連性から行使の危険を認識することで目的が実現する危険が認められるといえるが、拐取罪の場合にはこのような関係は弱く、当該拐取行為が営利の結果をもたらすことを認識するというよりも、意図することの方が事案としては通常といえる。営利目的は意的側面が主たるものといえ、理論的には営利の実現の確定的認識しかない場合は考えられるところではあるが、実際にはほとんどありえないであろう。判例が営利目的を動機とするのもこのような点を考慮してのことと考えられよう¹⁶⁴。

164 拐取罪においては、様々な目的が処罰対象としてあげられているが、拐取行為の性格を考慮すればこれらはいずれも同一の類型に属するものといえる。その多くは意的側面が主たるものであるが、身体加害目的は両者の側面を有するといえよう。なお近年では、63才の被害者を略取した事案について、「営利略取の罪における営利の目的とは、財産上の利益を得、または第三者に得させる目的を言うが、右目的は必ずしも確定的なものである必要はなく、未必的なものでも足りると解するのが相当である」とする判決がある（宮崎地判平成8年2月29日判時1569号150頁）。しかしこれは、「共犯者らにおいて…営利の目的を有しているかも知れないが、そのような目的があっても、あえて、略取することに加担しようと決意し、本件犯行に加わった…Aに財産的利益を得させることにつながる具体的な事柄を確定的に認識してなかった」ものであり、共犯者の目的を認識している場合に目的を認めていることから、目的犯と共犯の問題として取扱うべき問題である。したがって、「営利の目的を未必的に有していた」との叙述を営利目的拐取罪について営利の実現についての未必的認識認容で営利目的が認められると位置づけるのは早計であろう。

四 結びにかえて

目的犯の目的の内容としてはまずは未必的認識認容で足りるが、目的という語の基本的な意味からすると、それにとどまらず、さらなる内容が要求されるのではないかと考えられる。しかし、判例学説では目的の内容は様々な意味に解されている。本稿では、目的の内容は各犯罪構成要件の解釈に委ねられることを前提としつつも、目的犯をその性質に応じて2つに分類し、さらにそれぞれを2つの類型にわけると手掛かりとして、目的の内容に関する解釈に理論的根拠を与えることを不十分ながらも試みた。

本稿で論じた内容を要約すると次のとおりである。目的犯は危険犯の一種として目的が実現される危険が存在することを前提として、目的の内容についてはその性格にしたがって2つに分類して検討することができる。第一は行為自体と目的実現の関連が強い場合であり、行為の遂行それ自体に目的を実現するだけの高度の危険性が存在することから、目的のある行為に処罰を限定する法益の限定的保護という消極的役割を目的は果たすものである。ここでの目的は故意と同様に取扱うことができ、その内容は目的実現の未必的認識認容と解することができる。第二は目的が違法の性格を変える場合であり、目的のある行為は目的のない行為とは同じように処罰することができないことから、目的は処罰範囲を変更する役割を果たすものである。ここでの目的は故意と同様に取扱うことができず、その内容は目的実現の未必的認識認容では足りず、意図や確定的認識と解すべきである。

本稿においては財産犯についての検討はできなかった。窃盗罪（刑法235条）をはじめとする領得罪における不法領得の意思、背任罪（刑法247条）の図利加害目的¹⁶⁵については目的犯の中核をなす犯罪類型であり、

165 背任罪の図利加害目的については、伊藤亮吉「背任罪における図利加害目的」『曾根威彦先生・田口守一先生古稀祝賀論文集』（平成26年予定）で検討を試みた。

論 説

この検討を疎かにすることは許されるものではない。これについては稿を改めて検討したい。

附 記

本稿は平成 25 年 11 月 16 日に開催された現行刑事法研究会での報告を基にしている。出席者の皆様には多くの貴重なご意見を賜り厚く御礼申し上げます。