

目的犯と共犯について（一）

伊藤亮吉

目次

- 一 はじめに
- 二 目的犯と共犯をめぐるわが国の判例学説の状況
 - 1 不真正目的犯（加減的目的犯）に関する判例
 - 2 真正目的犯（構成的目的犯）に関する判例
 - 3 判例における目的の身分性に対する評価
 - 4 判例における目的の意義に対する評価（以上、本号）

一 はじめに

各種薬物取締法規は麻薬、覚せい剤、大麻などの薬物の輸入、所持、製造などの諸行為を処罰の対象とし、さらに各行為が営利目的で行われた場合はそうでない場合よりも重い刑罰を科している（例えば覚せい剤取締法四一条は、一項で覚せい剤を輸入した者を一年以上の有期懲役に、二項で営利目的で輸入した者を無期若しくは三年以上の懲役（情状により一〇〇〇万円以下の罰金併科）に処する旨規定している）。例えばXとYが共同で覚せい剤を輸入したという事案で、共犯者各人が営利目的をもって覚せい剤を輸入すれば、いずれの共犯者にも営利目的覚せい剤輸入罪（の共同正犯）が成立することになるが、この種の犯罪が複数人によって遂行されるときには共犯者各人が一律に目的をもって行動するとは限らず、一部の行為者しか目的を有していないことも考えられ、この場合に目的を有しない者をいかに処するかが問題となる。さらに目的を身分と考えると、いわゆる共犯と身分の関係に関して刑法六五条の解釈の問題も併せて考慮しなければならない。これは、従来身分に継続性要件を必要とするかどうかの点から争われてきたものである¹。しかし逆に、目的を身分とみなければ、目的犯の共犯はどのように規律されることになるのか。さらに、目的とは何を意味するのか。目的との関係では行為者の心理状態には、自分のための目的、他人のための目的、共犯者の目的を認識している場合など、様々なものが考えられる。このうち目的性をもつように判断すればよいだろうか。

ところで、目的犯の目的については、これを定義するのは困難である。目的の内容については今日なお様々な対立がみられ、確立しているとはいえない状況にある。ただ、判例上は各犯罪類型に応じて目的の内容を考えているようにもおもわれる。すなわち、薬物犯罪の営利目的については、行為の動機が財産上の利益をえる目的に出たこ

とをい²と定義づけ、自ら財産上の利益をえまたは第三者に財産上の利益をえさせることを動機、目的とする場合をい³、共犯者が目的をもってしていることを知っているだけでは足りない。また偽造罪の行使の目的については、何人かによって真正なものと誤信せられる危険のあることを意識すればよい⁴、つまり、確定的認識までは要せず、誰かが行使するかもしれないという未必的認識で足りる、そして薬物犯罪とは逆に、共犯者の目的を知っていれば目的と認めるのである。さらに、爆発物取締罰則の加害目的について、かつては結果発生の意図や確定的認識とするものもみられたが、現在では結果の発生を意図、意欲することまでは必要でなく、結果の発生を未必的に認識、認容すれば足りる⁵、とするのが判例の傾向のようである⁶。その一方で、身分（刑法六五条）とは、「男女の別、内外国人の別、親族関係、公務員たるの資格のような関係のみに限らず、統一一定の犯罪行為に関する犯人の人的関係である特殊の地位又は状態を指称する⁷」とする判例の立場には、一部その内容に反対もあるが、学説も概ね同調しているようである⁸。

目的犯の共犯や、目的犯の目的が身分かどうかという古くから争われてきた問題について、判例の立場は条件つきながらも固まっているとの観を呈しているが、これには身分を統一的に把握していないとの批判も存在する⁹。そこで、本論文は、共犯者の目的を知っている心理状態を目的とするかどうかについて、判例が、犯罪を構成する目的犯（真正目的犯・構成的目的犯）と刑を加重する目的犯（不真正目的犯・加減的目的犯）とで異なった結論に至っているものとも考えられることから、目的犯をこの両者に分け、目的犯と共犯の成否について今一度検討することを目的とするものである。

(1) 団藤重光『刑法綱要総論「第三版」』（平成二年）四一九頁は、身分は継続的なものである必要はなく、一時的なそれもあわせて考えるべきであるとし、平野龍一『刑法総論』（昭和五〇年）三七二頁は、刑法六五条二項の身分は実質的に

みて責任要素であればよいとして継続的性質を不要とする。なお、西田典之『新版共犯と身分』（平成一五年）一七〇頁は、構成的か加減的かの区別ではなく、当該要素の法的性質によってその作用を決定するとの立場から、一時的心理的状态も、犯罪論の体系上、行為の法益侵害性を左右する違法要素であれば、一項の身分として連带的に、行為者に対する責任非難とのみ関係する要素であれば、二項の身分として個別的に作用するのであって、目的が身分にあたるかという文理解釈の段階ではなく、実質的に、犯罪関与者相互に連帯性を認めるべきか要素かどうかの観点から検討する。これに対し、大塚仁『刑法概説（総論）（第三版）』（平成九年）三二二頁は、一時的心理的状态は本来行為者の地位または状態を意味するとはいえないとし、また、高橋則夫「共犯と身分」阿部純二「板倉宏」内田文昭「香川達夫」川端博「曾根威彦編『刑法基本講座第四巻』（平成四年）一七二頁は、刑法六五条は矛盾関係を内包する不合理性を有し、また画一的な処理をもたらすものであるがゆえに、六五条の問題領域を限定する必要がある、したがって身分概念をできるだけ限定し、「社会的・法律的などの人的関係において特定の義務を負担するところの地位又は資格」と定義づけることから、継続的性質を必要とするものとする。

- (2) 最判昭和四二年三月三日刑集二二卷二号三八三頁。
- (3) 後述 決定。
- (4) 最判昭和二八年二月二五日集刑九〇号四八七頁。
- (5) 東京高判昭和五九年六月三日判時一一五一号一四五頁、東京高判昭和五九年二月四日判時一一五一号一四五頁。この点については、香城敏彦「判批」判例評論三三〇号（判時一一六〇号）（昭和六〇年）二三九 二四〇頁の詳細な検討が参考となる。
- (6) 判例における、内乱罪、強制執行免脱罪、虚偽告訴罪、営利目的誘拐罪、背任罪などの目的については、内田文昭「故意と意図・目的」阿部純二「板倉宏」内田文昭「香川達夫」川端博「曾根威彦編『刑法基本講座第二巻』（平成六年）一六〇 一六三参照。
- (7) 最判昭和二七年九月一九日刑集六卷八号一〇八三頁。
- (8) 西田・前掲注（一）一六七頁。

(9) 内田文昭「目的犯と共犯」神奈川法学三三卷三号（平成二二年）二頁。

二 目的犯と共犯をめぐるわが国の判例学説の状況

1 不真正目的犯（加減的目的犯）に関する判例

目的犯と共犯をめぐる判例はいくつか集積されており、そこにはある一定の傾向がみられる。そこで、まずは、真正目的犯と不真正目的犯における判例の状況を概観してみることとする。

まず、不真正目的犯に関してだが、判例上は薬物犯罪における営利目的犯がその中核と認められる。前述のXとYが共同で覚せい剤を輸入したという事案で、Xは営利目的をもちYは営利目的をもち行爲した場合にYの罪責はどうなるであろうか。目的犯の共犯となるが科刑は基本犯のそれなのか、基本犯が成立するのか（目的犯と基本犯の共犯関係）。これは刑法六五条の適用を受けるのか。さらにYのいかなる内心状態をもって目的の有無を判別できるのか。以上の問題が考えられる。この点判例は、各種薬物取締法規¹⁰⁾における営利目的を身分と解して、刑法六五条による適用の対象としている。つまり、刑法六五条二項により目的のない者には基本犯の成立を認めるのである。そこで、目的の内容を検討するにあたり、営利目的の薬物犯罪と共犯の成否に関する判例は、次の三判決に注目することができる。

目的犯の共同正犯に関しては、まず、自らは営利目的をもたないが、共犯者が営利目的をもつことを知りながら、その依頼に応じて、麻薬を輸入した者について、「麻薬取締法六四条一項は、同法二条一項の規定に違反して麻薬を輸入した者は一年以上の有期懲役に処する旨規定し、同法六四条二項は、営利の目的で前項の違反行為をした者は無期若しくは三年以上の懲役に処し、又は情状により無期若しくは三年以上の懲役及び五百万円以下の罰金に

処する旨規定している。これによってみると、同条は、同じように同法二二条一項の規定に違反して麻薬を輸入した者に対しても、犯人が営利の目的をもっていたか否かという犯人の特殊な状態の差異によって、各犯人に科すべき刑に軽重の区別をしているものであって、刑法六五条二項にいう「身分二因り特二刑ノ軽重アルトキ」に当るものと解するのが相当である。そうすると、営利の目的をもつ者ともたない者とが、共同して麻薬取締法二二条一項の規定に違反して麻薬を輸入した場合には、刑法六五条二項により、営利の目的をもつ者に対しては麻薬取締法六四条二項の刑を、営利の目的をもたない者に対しては同条一項の刑を科すべきものといわなければならない」とし、正犯者が行為時に営利目的を有することを知っているだけで、自らは財産上の利益をえる目的のない共犯者は、営利目的を有するとはいえず、目的犯の共同正犯ではなく、刑法六五条二項により基本犯の共同正犯が成立することを認めている（判決¹¹⁾。

また、共犯者が香港から本邦へ覚せい剤を持ち込み密売することを目的とする組織の一員であることを熟知しながら、かつて同人に受けた恩義に報いるなどの気持から同人に協力して積極的に本件犯行に加担し、専ら同人らに財産上の利益を得させることを動機・目的としていた行為者に対しては、判決は「麻薬の輸入に関し、共犯者が営利の目的をもって知っていることを知っていただけで、みずからは財産上の利益を得る動機・目的のないままに犯行に加担した場合について、麻薬取締法六四条二項にいう「営利の目的」の存在を否定したにとどまり、本件のように自己以外の第三者に財産上の利益を得させることを犯行加担の動機とした場合について「営利の目的」を否定する趣旨までも含むものとは解され「ず」……覚せい剤取締法四一条の二第二項にいう「営利の目的」とは、犯人がみずから財務上の利益を得、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」とし、営利目的には自利目的と他利目的とが認められ、自利目的がなくても他利目的があれば目的犯の共同正犯としては十分であるとみる（決定¹²⁾）。

さらに、幫助犯に関しては、「原判決は、本件大麻取締法違反幫助の罪となるべき事実として、被告人は、A、Bらが、共謀の上、みだりに、営利の目的で、大麻を輸入しようとして、一回にわたり、右B及び情を知らない運搬人らを通してマカダミアナッツ缶内に隠匿した大麻をパラオ共和国から空路本邦に輸入した際、その情を知らないがら、右B及び情を知らない運搬人らのパラオ共和国への旅行の手続をするともに、右Bに大麻を隠匿するため前記マカダミアナッツ缶を引き渡すなどし、もって、右A、Bらの前記犯行を容易にしてこれを幫助したものである旨判示している。この判示は、公訴事実と同旨であって、被告人自身が営利の目的をもっていたことを含んでおらず、営利の目的をもつ者の大麻の密輸入を営利の目的をもたない者が幫助したことを判示したにとどまるから、営利の目的をもたない被告人に対しては、刑法六五条二項により、刑法六二条一項、大麻取締法二四条一項を適用すべきであった。しかるに、原判決は、刑法六二条一項、大麻取締法二四条二項、一項を適用し、被告人に対し同条二項の罪の幫助罪の成立を認めているから、原判決には判決に影響を及ぼすことの明らかな法令の適用の誤りがあるといふべきである」とし、正犯者が営利目的を有することを知っているだけでは目的犯の幫助犯は成立せず、幫助者自身が営利目的を有しなれば、刑法六五条二項により目的犯の幫助犯は成立しないとみる（判決¹³⁾）。

(10) 各種薬物の規制についてはその取締法規を異にし、また営利目的の有無で各行為の処罰を異なして規定するが、これらは目的犯と共犯に関する法理論上特に問題とはならないので、本論文では薬物犯罪一般の営利目的として論じることとする。

(11) 最判昭和四二年三月七日刑集二二巻二四一七頁。本判決の解説、評釈として、坂本武志「判解」『最高裁判所判例解説集刑事篇昭和四二年度』(昭和四三年)四八頁、福田平「判解」『刑事判例研究会編『刑事判例評釈集第二九巻』(昭和五一年)六一頁、白井滋夫「判解」『白井滋夫』前田宏・木村栄作・鈴木義男『刑法判例研究』(昭和四三年)一七一頁、中谷瑾子・筑間正泰「判批」『法学研究四三巻五号』(昭和四五年)一〇八頁、齋藤信治「判批」『平野龍一編『刑法判例百選』

- （昭和五三年）一九四頁、八木國之編著『新版判例ノート刑法』（昭和五八年）二二五頁、齋藤信治「判批」平野龍一「松尾浩也編『刑法判例百選 総論』第二版」（昭和五九年）一七八頁、大沼邦弘「判批」平野龍一「松尾浩也」芝原邦爾編『刑法判例百選 総論』第三版」（平成三年）一八四頁、大沼邦弘「判批」松尾浩也「芝原邦爾」西田典之編『刑法判例百選 第四版』（平成九年）一八二頁、福山道義「判批」芝原邦爾「西田典之」山口厚編『刑法判例百選 第五版』（平成一五年）一八〇頁、前田雅英『最新重要判例二五〇刑法』第五版」（平成一六年）九七頁。
- （12） 最決昭和五七年六月二八日刑集三六卷五号六八頁。本決定の解説、評釈として、高木俊夫「判解」ジュリスト七七四号（昭和五七年）七四頁、高木俊夫「判解」最高裁判所判例解説集刑事篇昭和五七年度（昭和六一年）二〇七頁、土屋眞一「判研」研修四一〇号（昭和五七年）三五頁、宇津呂英雄「判研」警察学論集三五卷一〇号（昭和五七年）一七五頁、森本益之「判批」判例評論一八八号（判時一〇六一号）（昭和五八年）二二四頁、長島敦「判研」東洋法学二六卷二号（昭和五八年）九一頁、加藤敬員「判研」研修五九三号（平成九年）五一頁。第一審段階では、龜山継夫「判研」研修三七六号（昭和五四年）六三頁。
- （13） 東京高判平成一〇年三月二五日判時一六七二号一五七頁。本判決の評釈として、酒井安行「判批」平成一〇年度重要判例解説（平成一一年）一四七頁、西田典之「判批」判例セレクト⁹⁹（法学教室三三四号別冊付録）（平成一二年）二九頁、福本修也「判評」警察公論五五卷三号（平成一二年）七九頁、十河太朗「判研」同志社法学五二卷一〇号（平成一二年）二二一頁、齊藤彰子「判研」甲南法学四一巻一〇二号（平成一二年）一三七頁。

2 真正目的犯（構成的目的犯）に関する判例

行使の目的をもつ者と行使の目的をもたない者とが共同して通貨偽造行為を行った場合や、偽造行為者の一方が他の共犯者の目的を認識しているにすぎない場合に、目的のある者については通貨偽造罪（刑法一四八条一項）が成立することに問題はないが、目的のない者や共犯者の目的を認識しているだけの者の罪責はどのようになるのであろうか。目的が身分だとすれば、通貨偽造罪は目的が犯罪の成立要件となっている犯罪（真正目的犯）であるから刑法

六五条一項が適用されることになる。こうして、目的を有する者と目的を有しない者とが共同して犯罪を実行した場合の目的のない者の共犯（共同正犯）の成否や、その前提として、目的の内容としてどこまでの心理状態が認められるか、共犯者の目的を認識する心理状態を目的といえるのかに關しては、不真正目的犯同様、真正目的犯においても、刑法六五条一項との関連で問題となる。この点についても以下の三判決に着目してみる。

共同者が有価証券を偽造して金員をえようとしていることを知りながら、その印刷を行った者に対して、「自ら偽造ノ株券ヲ行使スルノ意思ナキモ他人力行使ノ目的ヲ以テ株券ヲ偽造スルモノナルコトヲ知りナカラ其ノ他人ノ依頼ニ応シテ株券ヲ印刷スルハ株券偽造ノ実行ニ加功シタルモノニ外ナラサレハ其ノ印刷者ハ縦令他人ト共ニ株券ヲ偽造行使センコトヲ謀議セス又右株券ニ税印判等ヲ捺捺スルコトニ付關与セサルモ有価証券偽造罪ノ正犯ヲ以テ論スヘキモノナルコト勿論ナル」として、自己行使目的はないが、他人の行使の目的を認識している者に対して、有価証券偽造罪（刑法一六二条一項）の幫助犯ではなく、共同正犯の成立を認めた（判決¹⁰⁴）。

また、知人に頼まれて自室にトルエンを貯蔵するのを容認して貯蔵の場所を提供した行為者に対して、「被告人は、Aらに頼まれ、同人らが業として販売する目的で本件トルエンを自室で貯蔵することを容認していたものであり、同被告人が自らこれを販売するという目的のなかったことは明らかである。しかしながら、毒物及び劇物取締法三条にいう販売の目的は、麻薬取締法六四条二項、覚せい剤取締法四一条二項等という営利の目的とは異なり、身分犯として要求されている主観的要素ではなく、刑法一五五条一項の公文書偽造罪等に行行使の目的と同様、独立した犯罪成立要件として要求されている主観的要素であると解せられるから、共犯者が販売する目的であることを認識していたにとどまる場合にも販売の目的がある」とし、判決同様、自らトルエンを販売する目的を有しなくても、共犯者がその目的を有することを認識していれば、目的として十分であり、刑法六五条一項によらずに目的犯の共同正犯の成立を認める（判決¹⁰⁵）。

さらに最近では、警察手帳を偽造してインターネット・オークションに出品して売買した事件に関し、自らは警察手帳を偽造はしなかったが、手帳偽造担当者である第三者に偽造をもちかけ、出品後に落札者と交渉を行った者に対して、「公記号偽造罪における行使の目的は、公記号に対する公衆の信用を保護法益とするものであるから、偽造者が自ら当該公記号を真正なものとして使用する意図を有する場合のみならず、第三者をして同様に使用させる意図を有する場合、さらには、第三者が同様の意図を有することを認識している場合においても、同罪における行使の目的を有すると解すべきである」とし、共同実行者である第三者が行使の目的を有することを認識していれば行使の目的を認め、刑法六五条一項に言及することなく目的犯の共同正犯の成立を認めている（判決¹⁶⁾）。

(14) 大判大正一五年二月三日刑集五卷五八四頁。

(15) 東京地判昭和六二年九月三日判時一二七六号一四三頁。本判決の評釈として、内田文昭「判批」判タ七二二号（平成二年）六八頁、渡辺恵一「判研」研修五〇〇号（平成二年）七五頁。

(16) 東京地判平成一四年二月八日判時一八二二号一六〇頁。本判決の評釈として、伊藤亮吉「判批」早稲田法学七九卷三号（平成一六年）一九五頁。

(17) 真正目的犯に関する判例としては、他に、東京高判昭和五三年五月三〇日判時九二〇号三四頁は、構成的目的である公職選挙法三三五条二項の当選を得させない目的は、「刑法六五条にいう『身分』には該当しないものであると解せられるから、共犯者において、正犯が同項所定の目的で虚偽事項の公表行為に加功するのであれば、行為加功者たる共犯者自身に固有のものとして、『当選を得させない目的』が存在しなくとも、同人を、当選を得しめない目的を持って虚偽事項を公表した罪の共犯者と認定するを阻げないものと解せらる」として、同様に目的を身分とは認めないものとする。

3 判例における目的の身分性に対する評価

(1) 目的犯の共犯においては、目的の意義をいかに解すべきなのか、また目的を身分と解して刑法六五条の適用が認められるのか、の二点が問題となる。共犯と身分をめぐる問題において、犯罪主体を一定の地位、一身の属性ないしは資格に限定する根拠として、一定の人的範囲の者だけがその法益を直接に侵害しうるからであり、刑法六五条一項により、非身分者も身分者の犯罪に関わるときは共犯として処罰されることになる、あるいはまた、身分の有無にかかわらず法益侵害そのものは可能であるが、一定の身分をもった者にはより強い法益保護が義務づけられているからである¹⁸⁾。

判例は、不真正目的犯では、薬物犯罪における、両判決が示すように、営利目的を身分と位置づけ¹⁹⁾、目的のある者とならざる共犯は刑法六五条二項にしたがって、営利目的が基本犯の刑を加重する事由となっているので、刑法六五条二項により目的のない者は基本犯の共犯を認める（不真正身分犯）。これに対して、真正目的犯では、判例は、いずれも刑法六五条一項に言及することなく、自己目的はなくとも、共犯者の目的の存在を認識していれば目的を有するものと認めている。特に 判決は、目的が犯罪構成的か刑罰加重的かで異なる態様をとるべきことを示すものとして注目に値する²⁰⁾。

また、(共同)正犯の目的の存在を認識している共犯者が目的を有するかについても、不真正目的犯では、両判決が、共同者が営利目的を有することを知らしているだけの共犯者は営利目的を有しないととして、刑法六五条二項により目的犯ではなく基本犯の成立を認めるのに対して、真正目的犯では、判例は、共犯者の目的を認識することも目的であるといつことを示している²¹⁾。このように、共犯者の目的の認識を目的に含めるかどうかでも、真正目的犯と不真正目的犯とで判例の見解はわかれることになる。

(2) このように判例の傾向は目的が構成的か加減的かで結論を異にするものであるが、目的を身分とすること

かの問題²²⁾について、まず不真正目的犯においては、判例は薬物犯罪における営利目的を身分と解している。これは目的という一時的心理的状态を身分とできるかの問題について、肯定説は、身分は必ずしも継続的性質を有するものでならないわけではなく、犯人の人的関係である特殊な状態であつて、それによって可罰的評価が高くなるもしくは低くなると認められれば足りる²³⁾、とされている。しかし、これに対しては、営利目的のある者には目的犯、ない者には基本犯の刑が科せられるという結論は実質的に妥当なものであるとしながらも、このような結論は、目的を身分と解しなければ導き出せないものではなく、両罪は構成要件的に重なり合っているから、その重なり合いの限度で共同実行の意思と共同実行の事実を認めることができ、同様の結論に至るものとする否定説からの批判がみられる²⁴⁾。

また、広く不真正目的犯一般に目を転じてみると、判例間の齟齬も見受けられる。例えば、未成年者を拐取した者は目的の有無に関わらず処罰の対象となり、規定の目的がある場合に刑が加重される（未成年者拐取罪（刑法二二四条）と営利目的拐取罪（刑法二二五条）等）。これは、犯罪構造上は薬物事犯と同一だが、判決とは反対に、営利目的拐取罪における営利目的は身分ではないとした判決がある。この事案は営利目的を有する正犯と共同した共犯（共同正犯）自身が目的を有するものであったので、刑法六五条の適用の可否を論じる必要はなかったものではあるが²⁵⁾、判決が目的を身分と解するのに対して、大判大正一四年一月二八日はそれは解さないから、両者は矛盾するのではないかとの疑問はそのまま残っている。

これについては、未成年者拐取罪は未成年者にだけ成立する犯罪であつて拐取罪の一般的規定ではないから、両判決は矛盾しないとの見解もあるが²⁷⁾、判決は未成年者を営利目的で拐取したもので、両事案とも目的が刑を加重する場合であるから、これに差異を設ける理由を認めることは難しい²⁸⁾。また薬物犯罪は類型的に継続的な性質をもつ犯罪であるから、拐取罪その他の目的犯とは同一視しえないとすることを、判決は考慮したという主張もみられる。確かに人身売買を職業専門的に行つような略取誘拐集団といったものが存在すれば、拐取行為に継続性や常習性を認めることもできるであろうが³⁰⁾、拐取者は営利目的や身代金目的をもって拐取行為を遂行するとしても、職業的に拐取行為を繰り返して行うことは通常はほとんど考えられないのに対して、薬物犯罪の行為態様は一回限りではなく常習的に複数回行うと考えられるから、職業性ないしは継続的性質に着目して両犯罪に差異を認めることに理由があるといえなくもなさそうである。しかし両犯罪が事実上このような面を類型的に有するとしても、目的を伴う薬物犯罪が一回の行為しかなされないことも十分ありうるし、そのことが念頭に置かれて規定されているように、同一薬物に関する複数の行為は包括一罪ではなく、併合罪とされるから、薬物犯罪においても拐取罪と同様に、法的には一個の行為についてそれぞれ犯罪性が判断されるべきである。こうして継続的性質から両犯罪に相違を認めるべきではなく、判決は大判大正一四年一月二八日を判例変更したものとすべきであろう³²⁾。こうして判例によれば加減的目的は身分の一種と位置づけられ、目的犯の共犯は、共犯と身分の問題として刑法六五条の適用を受けることになるといえる³³⁾。

ところで、このような共同正犯における論理は狭義の共犯にも妥当するであろうか。判決は幫助犯の事案について、（自らは営利目的がなく）正犯者の営利目的を知りながら犯罪を幫助した場合に基本犯の幫助犯が成立する旨判示しており、判決と同じ論理にしたがったものといえる。その意味で、判決は事例判断にすぎないが、不真正目的犯と真正目的犯とで身分性を異なつて理解する判例の傾向が、より一層鮮明になったといえる³⁴⁾。しかし共同正犯においては、行為者が目的を有していないことを理由として、刑法六五条二項を適用しなくても目的犯と基本犯の共同正犯を認めるのにそれほど都合はないが、狭義の共犯、特に幫助犯においては正犯行為を促進することをその性質とするため（促進説³⁵⁾）、幫助犯は正犯によって行われる犯罪実行行為を認識すれば足り、幫助者が正犯者の目的を認識していれば目的犯の共犯の成立を認めても差し支えはなさそうでもある³⁶⁾。そうすると、

幫助者が目的を有する必要はなく正犯者が目的を有することを認識して加功すればよいのであって、したがってこれを否定して基本犯の幫助犯の成立を認めるためには刑法六五条二項の適用に頼らざるをえないことになり、目的を身分と認める必要性が出てくることになる。

これに対しては、主観的構成要件要素は連帯することも従属することもなく、共犯者も正犯者同様自ら充足する必要があることを前提にして、罪名独立性の見地から目的のような個人的要素は刑法六五条二項を適用しなくても共犯者に目的が存在しなければ基本犯の共犯が成立するとの見解がある⁴³⁾。しかし、罪名独立性は共犯関係において成立する犯罪は共犯者各自で異なってもよいことを提唱するにすぎないものであるから、罪名独立性を前提とするからといって、直ちにこの場合に目的の個別性が認められなければならないということにはならない。さらに幫助犯において目的が当然個別的に作用するのは疑問の余地が大きく、そうであるとすればそれを合理的に証明しなければならぬともされる⁴⁴⁾。つまり罪名独立性と目的の従属性とは矛盾するとはいえず、幫助者が正犯者の目的を認識していれば目的犯の幫助犯が成立するかどうかは罪名独立性とは別個の問題なのである。

(3) 真正目的犯に関しては、目的が犯罪を構成する要素である限りは、目的は刑法六五条一項の身分ではないと判例を評価するものがある⁴⁵⁾。そして、この見解は、構成的目的は身分ではないが、加減的目的は身分とすることを主張する⁴⁶⁾。真正目的犯において、一 判決で問題となったように、共犯者に目的があることを認識していることを目的に含めるのであれば、そもそもこのような行為者は目的を有しているのであるから、刑法六五条一項を適用することなく、共同正犯の成立が認められるものといえる。すなわち、刑法六五条一項は、共犯関係において、身分者に関与した非身分者の取り扱いを論じているものであって、(少なくとも同質同量の)身分を有する者同士の間犯関係の取り扱いはその範疇外とする規定だからである。共犯者の目的の認識も目的とするように、単独犯においては目的となりうるものではない内心状態をも目的に含める、つまり目的を広範囲に認めることによって、まさ

に目的のある者と目的のある者との共犯関係の場面だからであり、刑法六五条一項による解決が必要とされるものではないのである⁴⁷⁾。むしろ、共犯者の目的を認識している状態を一方では目的とし、他方では目的としないことを認めると、このような心理状態を、同じ営利の目的といっても、未成年者を拐取すれば営利目的ではなく(未成年者拐取罪の刑を営利目的拐取罪によって加重する不真正目的犯)、成年者を拐取すれば営利目的となる(営利目的拐取罪のみの真正目的犯)結論に至らざるをえないであろう。しかし、行為者の心理的内容の性質自体から目的性の首否を論じるのではなく、客体の相違により心理的内容の性質が異なることが決定されることになることは、説得的であると言い難い。

真正目的犯と共犯に関する判例は、共犯者の目的を認識したにすぎない心理状態を目的とするから、刑法六五条一項を適用する必要はなかったのであり、むしろ適用してはならなかったといえる。しかし、それにとまらず、判決が、「身分犯として要求されている主観的要素ではなく、……独立した犯罪成立要件として要求されている主観的要素である」と判示していることからすると、判例の傾向は、身分としての主観的要素には加減的目的だけを意味し、やはり構成的目的を身分としていないものと考えの方が無難とおもわれ、構成的目的を身分ではないと判例は結論づけていると解してよいであろう。

判例は、真正目的犯では共犯者の目的を認識している心理状態を目的とするが、真正目的犯において目的のある者と目的のない者との共犯関係となった場合に、目的をもたない行為者に刑法六五条一項を適用することについては、判決が示すとおり、これを否定することになる。一定の犯罪行為に関する犯人の人的関係である特殊の地位または状態をいうとする身分の定義を前提としても、学説上目的犯の目的が身分に含まれるかどうかは争いがあり、多数説といえる肯定説は、刑法六五条が一つの合理的な解決を示しているのであれば、これを狭く読む必要はなく、本質的に同一の根拠により一身的な事情が共犯の成否に影響する全ての場合に援用されてよいとしたり⁴⁸⁾、身分の日

常的用語からは若干離れることになるが、身分の意義を広く解し、その性質に応じた扱いを行うことにも妥当性が認められるとする⁽⁴⁸⁾。これに対して、否定説は、身分概念を限定することで、目的のような一時的心理的要素は含まれないとする⁽⁴⁹⁾。肯定説からは偽造罪の共犯は刑法六五条一項の適用対象となり、目的のない者が目的のある者と行為を共同すれば、目的のない者について目的犯の共犯（共同正犯）が成立することになるが、否定説からは刑法六五条一項の対象とはならず、身分犯の共犯をどう処すべきかを出発点とし、その性格から結論が導き出されることになる⁽⁵⁰⁾。この対立は、目的という一時的心理的状态を、身分といういわば客観的事情に含め、身分概念を広げることができるかどうかの争いである。しかし、そこからは目的が犯罪構成的か刑罰加重的かについては、違法身分か責任身分かの争いとはなりうるとしても、その身分性を異にするだけの理由を見出すことは困難で、目的がこの両者で身分性を異にすることはないと考えるのが当然の帰結といふべきであろう⁽⁵¹⁾。そして、判例が共犯者の目的を認識している場合を、真正目的犯と不真正目的犯とで、このように目的の身分性を異に解するのは、真正身分犯では目的がなければ犯罪の減輕類型がないために無罪となってしまう、（共同）正犯として処罰できないとすることが、その考えの根底にあるのではないだろうか。

(18) 井田良「共犯と身分」現代刑事法四一(号)平成一四年一〇四、一〇八頁。

(19) 白井・前掲注(11)一七六、一七七頁は、身分には継続的性質を有するとするわが国の通説的考え方において、一時的な犯人の特殊な心理状態をも身分に当たるとした。判決は、その判断の当否はおき、画期的なものとの評価する。

(20) 十河・前掲注(13)二三八頁は、判決について、販売目的は「独立した犯罪成立要件として要求されている主観的要素」すなわち真正目的犯の目的であるから身分ではないとしたとする。問題は、目的の身分性をいかに根拠づけられるかという点である。

(21) ただし、判決がいう目的を意味する意図や認識の内容については不明確なものがあり、意図と認識とは前者が知的レベル、後者が意的レベルに関するものでありその内容が異なることから、第三者の目的（意図）の認識を純然たる目的としてはみず、共犯関係の目的犯の成立についてだけは特別に扱つものとする趣旨なのかもしれない。そして、その後引き続いて、「同罪が公共危険犯であることからすれば、当該公記号を真正なものとして使用することが確定的である場合に限らず、そのような蓋然性を認識している場合にも公共の危険が害されるのであって、行使の目的を有するといふべきである」ともしていることから、結果発生の認識も目的の内容であることが認められる。

(22) この問題については、早期には、小野慶二「共犯と身分」日本刑法学会編『刑事法講座第三卷』(昭和二十七年)四九三頁は、身分は多少とも継続的性質を有するものでなければならず、行使の目的、営利の目的、不法領得の意思等、構成要件における主観的要素は身分ではない、とする主張がみられた。これに対して、木村亀二「犯罪論の新構造(下)」(昭和四三年)三八〇、三八一頁は、刑法六五条一項の身分は一項の身分よりも広く解し、刑の加重減輕事由たる犯人の一身の特性、関係を意味し、その特性、関係は身分という性質を有することを本質とする限り永続的なものである必要はなく、一時的なものであってもよいとして、不真正目的犯の目的を身分と解している。

(23) 坂本・前掲注(11)五一頁。また、土屋・前掲注(12)四三頁は、重要なことは、判決と同様の結論をえられるかどうかではなく、刑法六五条二項の解釈として営利目的が身分に当たるかどうかがであり、一時的か継続的かではなく、営利の目的が犯人の人的関係である特殊な状態といえるのであるから、身分と解すべきであるとする。

(24) 福田・前掲注(11)六五、六六頁は、こうして、文理上の疑問をおかしてまで営利の目的を身分と解する必要はないとする。また、前田・前掲注(11)九七頁も、身分という語のもつ通常の意義からは、一定の継続性のあるものに限定すべきであるようにもおもわれる。刑法六五条の身分に一時的状態を含ませることは不可能ではないが、今後は本来の語義に近づけて解釈していくべきであるとする。

(25) 大判大正一四年一月二八日刑集四卷一四頁は、前借金肩代わりに芸妓稼契約を締結したが実家に逃走した女性を連れ戻そうとしたXが、それによって金員を約束されているという事情を、Y、Zが知りながら、共同して連れ戻したことに對して、「刑法第二百二十五条ノ營利ノ目的八同法第六十五条第一、二項ノ犯人ノ身分ニ八該當セザルニ依リ既ニ此ノ点

二於テYZノ行為ハXト同シク刑法第二百二十五条ノ営利誘拐ノ罪ヲ構成スル」として、共犯者の目的を認識すれば目的と認められるとともに、目的を身分と解することなく、営利目的誘拐罪の共同正犯を肯定した。ただし、この判決に対して、西村克彦「目的犯の共犯」法学セミナー一九四号（昭和四十七年）一一二頁は、Xに営利目的があればY、Zも営利目的誘拐罪になる趣旨は理解に苦しむとする。

(26) 大塚仁「河上和雄」佐藤文哉「古田佑紀編」大コンメンタール刑法第五卷「第二版」（平成十一年）六三〇頁「川端博執筆」は、さらに、本判決は、目的が刑法六五条の身分にあたらぬという結論を示すにとどまり、その理由を明示していないと解されるが、それは、その前提として六五条の身分の本質的要素として継続性を認めるかどうか、という問題を自覚的に検討してはならず、直感的に目的は人格的特性を意味する身分にあたらぬと判断したにとどまると推測されるとする。

(27) 団藤重光編『注釈刑法(2)の』(昭和四十四年)八一九頁「内藤謙執筆」。

(28) 西田典之「共犯と身分」中山研一「西原春夫」藤木英雄「宮澤浩一編」現代刑法講座第三卷（昭和五十四年）二六九二七〇頁、二七九頁。また、小林充「共犯と身分に関する一考察」『佐々木史朗先生喜寿祝賀・刑事法の理論と実践』（平成一四年）二二〇頁も、既に二二四条によって形式的違法とされている未成年者の拐取について非難可能性を増大させるといふ責任身分の面も否定できないとして、非身分者である目的のない行為者には二項を適用し、未成年者略取罪の共犯の成立を認めるべきとする。

(29) 中谷「筑間・前掲注(11)一一二頁は、こうして、目的犯を非継続的なものと継続的職業的なものとに区別ができるとし、身分には行為者的、かつ類型的にみて継続的性質が必要であり、常習犯のように法益の侵害の危険性の高い点が身分犯のメルクマルとすると、営利目的犯の目的も身分とあたりうるといえなくもないが、目的は行為者的要素ではなく行為的要素であるから、通常人も営利目的犯を随時犯しうることを考えると、薬物犯罪の営利目的を身分に含めることはできないとする。その一方で、前者の目的犯については常習犯に類似の理論構成も可能とする。

(30) 蛇足ながら、本原稿執筆時点において、日本経済新聞平成一六年二月二日朝刊は、法制審議会の刑事法部会が、外国人女性や児童の人身取引の撲滅に向け、人身売買罪の創設や逮捕監禁罪の罰則強化を柱とする刑法などの改正案要綱を

決定した、人身売買罪は、人を買収を受けた場合三年以上五年以下の懲役、特に被害者が未成年の場合には三年以上七年以下の懲役、営利・わいせつ目的の場合には一年以上十年以下の懲役と、刑を加重する、売り渡しの場合、営利目的であるのは明白なため、一年以上十年以下の懲役が予定されているとする。

(31) 覚せい剤の輸入・輸出、製造、譲渡・譲受、使用につきそれぞれ、香城敏磨「覚せい剤取締法」平野龍一「佐々木史朗」藤永幸治編『注解特別刑法五』「第二版」（平成四年）一三五頁、一九四一九五頁、二二二二三三頁、二四五頁。所持については所持罪が継続犯であることと所持という事実上の支配形態から別個に考慮する必要があると考えられ、香城・前掲注(31)一六七一一七二頁参照。

(32) これに対して、福本・前掲注(13)八三頁は、営利目的拐取罪と対比される未成年者拐取罪は未成年者だけに成立する犯罪であって、営利目的拐取罪の一般的规定ではなく、営利目的の有無により刑の加減が生じる関係にはないのであるから、営利目的拐取罪の営利目的が刑法六五条二項の身分ではないとした点に限り両判決は矛盾するものではないとする。しかし、未成年者の単純拐取は目的をもって行為することで営利目的拐取として刑が加重されるのであるから、未成年者に限っていえば、目的が刑の加重事由となっていることは、薬物事犯と同一の犯罪類型といわざるをえない。

(33) しかし、理論的には、目的を身分として位置づけられるか自体にそもそも争いがあり、ここでは身分概念には継続性要件が必要かということが特に問題となっている。

(34) 十河・前掲注(13)二三九頁。

(35) これを主張するものとして、井田良「教唆犯と幫助犯」現代刑事法三八号（平成一四年）一一六頁は、幫助犯の構成要件は、正犯行為を助け、その実行を容易にする行為を禁止しているので、実行を容易にする行為から、具体的事情のもとで、実行（および結果惹起）を容易にする効果が生じていれば足りるとする。

(36) このことは教唆犯においても同様であると考えられ、井田・前掲注(18)一〇八頁は、真正目的犯の事例であるが、正犯と共犯の間にズレが生じている場合として、通貨偽造罪の正犯には行使の目的が必要だが、これは共犯の要件ではないとする。XがYに通貨偽造を教唆した場合、Yは行使の目的をもたなければならぬが、Xは自ら行使する目的を有する必要はなく、Yに行使の目的があることを認識している限り、教唆犯の成立が認められる。そしてこれは、共犯の処罰根

概論に照らし、XがYをして行使目的による通貨偽造を実行させれば、正犯者にとり違法な事態が実現されると同時に、共犯者Xにとっても違法な事態が実現されたこととなり、処罰根拠が充足されるとする。ただ、判例は真正目的犯と不真正目的犯とは目的の意義を異にするから、このような帰結が不真正目的犯でも妥当するかは疑問であり、現に判例はこれと正反対の結論を導いている。

- (37) 宇都呂・前掲注(12)一七九、一八三頁は、幫助者は通常の正犯者のように故意で行うことを要せず、正犯によって行われる犯罪の実行行為の認識、正犯がこれを実行することの認識、正犯の犯罪の実行に対して幫助することの認識で足り、目的犯の目的も同様に考える、そして、目的を身分とする。判決の射程範囲は共同正犯に限られるものと主張する。刑法六五条二項を創設的規定と解すれば、幫助者が正犯者の目的を認識しているにすぎないとしても、正犯行為が営利目的をもって遂行されることは認識しており、それを承知で犯罪行為に加功するのであるから、幫助者は目的犯の正犯行為を正犯者と共に惹起する意思と事実を備えているのであるから、このような幫助者について目的犯の幫助犯の成立を認めることも十分可能ということになる。

(38) 酒井・前掲注(13)一四八頁。

(39) 山中敬一『刑法総論』(平成二年)一八一—一八二頁。

(40) 山中敬一『刑法総論』(平成二年)八七七頁。

(41) 西田・前掲注(13)二九頁。

(42) 内田・前掲注(15)七一頁。

(43) 内田・前掲注(9)二頁。

- (44) 大久保隆志「柴田龍太郎「毒物及び劇物取締法」前掲注(31)『注解特別刑法五』一一頁は、真正目的犯では刑法六五条一項の適用は不要ということになるが、これが構成的目的を身分とする趣旨かどうかは不明である。なお、中山研一「浅田和茂」松宮孝明『レヴィジオン刑法』(平成九年)一一九頁「松宮孝明執筆」は、目的が行為の違法性、法益侵害性を高めるものなら、それを認識している以上、自ら目的をもっていなくても、関与行為の違法性に違いはない」とする。

- (45) この点について、内田・前掲注(15)七〇—七一頁は、不真正目的犯において共犯者の目的を認識しただけでは目的ではないとする。判決と、加減的目的である営利的目的について財産上の利益を自己または第三者にえさせることを動機、目的とするとした決定との対比で、目的犯の共同正犯については、共犯者のある者が、他の共犯者の目的を単に認識していれば足りる場合と、他の共犯者の目的達成を自己の行為の動機、目的としなければならない場合とにわたる判例の態度が明確となったものと評価する。

(46) 前掲注(7)最判昭和二十七年九月一九日。

(47) 井田・前掲注(18)一一〇頁。

(48) 山口厚『刑法総論』(平成三年)二八二—二八三頁。

- (49) ただし、その多くは薬物事犯における営利目的(加減的目的)を身分とした判例を引き合いに出しており、構成的目的をも念頭に置いて論じているかどうかは不明である。

(50) 高橋・前掲注(1)一七二頁。

- (51) ただし、判例にしたがえば、共犯者の目的を認識すれば目的であるから、この場合はいずれにしても刑法六五条一項とは関係なく解決されることとなる。

(52) 十河・前掲注(13)二四—二五頁は、主観的要素も犯人の特殊の状態である以上は身分にあたと解し、それは不真正目的犯のみならず、真正目的犯でも変わりはないから、いずれも身分に当たるといふべきであるとし、判例が両者で取り扱いは異にしているのであれば、妥当ではないとする。

4 判例における目的の意義に対する評価

(1) 目的の意義については、判例に登場した類型からも明らかのように、自己目的がある場合、他人目的の場合、共犯者の目的を認識しているにすぎない場合の三類型が考えられ、このうちどれを目的とすることができるのかが問題となる。目的の内容を結果に対する認識とするか、意図とするか、あるいは動機とするかは別として、判例の

ように真正目的犯における共犯関係という限定つきではあるが、共犯者の目的を認識している状態を目的とする立場は、単独正犯では本来目的となりえない心理状態を目的に含めるものであるから、目的解釈を拡大化するものといえる。このように目的を広く認める根拠はどこに求めるべきであろうか。刑法六五条一項の共犯に共同正犯を含めぬ見解⁵³⁾によれば、目的を身分に含め、共犯者の目的の認識を目的とすれば、目的のある者同士の共犯関係は刑法六五条一項が適用されることはなく、刑法六〇条の共同正犯規定によってこの行為者に目的犯の共同正犯を認めることができる。しかし、これを目的としなければ、刑法六五条一項により目的のない者には共同正犯は認められず、狭義の共犯しか成立しえないことになる。これに対して、判例学説の多くは刑法六五条一項の共犯に共同正犯を含めるので、共犯者の目的の認識を目的とすれば刑法六五条一項ではなく、刑法六〇条のみの適用により共同正犯が認められ、またこれを目的としなければ刑法六五条一項により共同正犯が認められるので、実際上の犯罪の成立範囲に相違はないといえるので、実益が大きいとまではいえなさう⁵⁴⁾。

そこで、目的の意義について、判例に現れた三類型は、不真正目的犯である薬物事犯において、次のように分類することができると思われる。営利目的は、自利目的に限られ、他利目的は含まれないとする見解、営利目的は自利目的の他に他利目的も含まれ、他人が営利目的をもっていることの認識があれば営利目的を認めてよいとする見解、目的という以上、単なる認識では足りず、積極的な意欲が必要であり、他利目的といえるためには単に第三者の営利目的を認識しているだけでは足りないとする見解、がそれぞれである⁵⁵⁾。そのうち、判例の傾向は、決定は目的の内容として自利目的と他利目的とを認めているが、⁵⁶⁾ 両判決で共犯者の目的を認識していても目的とはいえないとしていることから、その前提には疑問はあるが、結論的には第三の見解にしたがっているものと考えられる。

ここで、犯罪の基本的形態は自己の欲望を実現するものであるから、自利目的が本来的目的であってこれが目的の内容をなしていることは当然といえる⁵⁶⁾。そうだとすると、行為者が他利目的を有している場合にも、当該行為者は同時に自利目的を伴うのが通常であろう⁵⁷⁾。純粹な他利目的とは、行為者は自ら利益をえる目的はなく、もっぱら第三者に利益をえさせようとする目的であるといえるから、その意味では他利目的だけしか有してないという心理状態は実際にはほとんど考えられず、このような場合にも目的と認定した⁵⁸⁾ 決定の意義は大きいといえる。そうはいつても、他利目的を目的から排除することも理由がないわけではない⁵⁹⁾。目的を責任要素と解する見解（責任要素説）にしたがうと、営利目的とは本来は自利目的のみであり、他利目的は含まれないとするのが理論的である⁶⁰⁾ たり、両者の間にはその悪性に差があるともされているからである。これは人間とは本来自己の利益を追求するものであって、自分に関係する何らかの利益を当てにしている純粹に第三者のためだけの利益を追求することなどはありえないか、自分の利益を追求することからの結論なのかもしれない。しかしこのような見解は人間の目的追求の一面を言い表しているにすぎず、そうではない場面も存在することもまた真実であるから、自利目的の方が他利目的よりも常に重く非難できるものではなく、責任要素説を採用するとしても両者を一律に区別することはできないものと考えられる。

これに対して、目的を違法要素と解すれば（違法要素説）、当該行為から利益が生み出されるといふ契機自体を重視されるべきで、経済的観点からの行為の定型的危険性という面では自利目的か他利目的かは重要ではなく、行為者が営利を意図する薬物使用の主体が行為者自身か第三者かで薬物乱用の危険が異なるとは考えられない。つまり行為者自身には自分自身には利益をえなくても第三者のため「だけ」に利益をえさせようとする心理状態もありうるのであるから、行為者において行動の目標としてえようとする利益が自己に対するものか第三者に対するものかは重要ではなく、どちらも法益侵害及びその危険に対する脅威としては社会的に等しく大きいのであるから、自

利目的と他利目的とで異なることはない。⁽⁶⁵⁾

(2) 両判決が示すように、不真正目的犯（藥物事犯）においては、行為者が共犯者の目的を認識していたにすぎない場合は、目的を有しているとは認められず、目的犯の共犯は成立しないとするのが判例の立場である。この場合に、まずは他利目的と共犯者の目的の認識とを区別するのは微妙であるとされる。⁽⁶⁶⁾ 確かに共犯者の目的を認識して行動する者には少なくとも他利目的を有しているのが通常であって、この認識しかない場合というのは極めて稀であり、しかも実際にこのよう心理状態がありうるのかは疑問が提起されるべきところではあると考えられる。確かに両者の区別は微妙ではあるが、しかし、だからといって区別の困難さと区別の不可能さとは別個の問題であり、両者を区別しない、あるいは区別できないとすることはできない。また実際に判例は両者を区別して認定しているのだから、複雑な人間の心理状態からは共犯者の目的を知ってはいるが他利目的はないというような事態がありえないとはいえないのである。⁽⁶⁷⁾

これに対して、真正目的犯である偽造罪における行使の目的について判例は、「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」として、偽造物を自分で行使する目的（自己行使目的）と、第三者に行使させる目的（他人行使目的）を認める。このほかには、偽造物を自ら行使したりまたは第三者に行使させる意思はないが、共犯者に行使の目的があることは知りながら、その者と共同して偽造行為をした場合も含めて、いずれも目的と認めている。しかし、このような心理状態までをも目的と位置づけることができるかは、不真正目的犯との整合性の関係でも、問題である。そして、真正目的犯の共犯を考えるにあたっては、目的が身分といえるのであれば、刑法六五条一項により規律されるため、非身分者は身分犯の共犯（共同正犯）が認められるから、目的のない者にも偽造罪の共同正犯が成立することとなる。

共犯者の目的を認識している心理状態については、違法要素説に対して、これを徹底すると共犯者は自ら目的を有する必要はなく、他の共犯者の目的を認識していれば足りるとも考えられるとともに、決定について目的を他人の営利目的の単なる認識で足りるとの方向に一步進めるものであると評価するものもみられる。⁽⁷⁰⁾ しかしこのような評価とは逆に、目的を主観的違法要素と認めず（責任要素説）、目的犯の目的は客観的危険の認識すなわち故意の一部とする見解をとれば、（責任要素としての）故意は客観的行為の認識（藥物犯罪行為の認識）と行為がもたらす危険の認識（営利の危険性の認識）をその内容とすることとなり、共犯者の目的を認識していれば、藥物犯罪で当該行為が営利として遂行されることの危険性を認識することとなるものといえる。⁽⁷¹⁾ したがってこの場合に共犯者にも営利目的の客観的危険の認識としての故意、つまり実質的には営利目的を認めることができ、営利目的犯の共犯の成立を認めうるのである。

(3) そこで、目的の性質から、共犯者の目的の認識を目的としうるかどうかを導けるかを検討してみる。目的の性質については、これが主観的違法要素であるかどうかをめぐって古くから争いがあり、大抵は通貨偽造罪（真正目的犯）における行使の目的の性質が話題にされてきた。この点について、肯定説は、目的が法益侵害性と関係するかどうかの観点から、目的の内容が外部的行為に内在する一般的傾向、可能性の包含しうる以上のものである場合は、目的が加わることにより、その外部的行為は法秩序に対する危険性を帯びまたは増大するので、目的は行為の違法性、危険性を理由づける（法益侵害性説・原則否定説⁽⁷²⁾）のに対して、否定説は、主観的目的と客観的危険の間に必然的な結びつきはなく、主観的目的が直接的に法益侵害性を基礎づけたり高めたりしているわけではなく、客観的行為を媒介として間接的に法益侵害と結びついているのであり、行為の違法性を基礎づけているのは客観的な危険性であるとし、目的を責任要素と位置づける（責任要素説・全面否定説⁽⁷³⁾）。そして近時は、行為無価値論を基礎に目的を行為規範的観点から論じ、主観的目的が直接に法益侵害性を基礎づけることはできず、目的の対象は実現する必要のない結果を認識すべき故意とは異なるものであり、目的は構成要件の結果に対応する認識ではなく、

行為を統制する意味をもつとする（規範違反説・肯定説）。そして、この見解は、偽造行為に具体的危険が認められない場合は行為規範違反はあるが、制裁規範は発動せず、偽造行為に具体的危険が認められても目的がなければ、制裁規範の発動の前提である行為規範違反が存在せず、いずれも違法性を否定する。¹⁶⁾

こうして、目的は規範違反性、法益侵害性、非難可能性の三側面からとらえられることになるが、判例の目的解釈の拡大傾向に最も沿うのは、目的を法益侵害性と結びつける見解と考えられるかもしれない。すなわち、行使の目的を主観的違法要素と認めると、偽造行為時に関係者の誰かが行使の目的を有していれば、客観的に偽造物が流通に置かれる危険性を高める人の意思が存在し、そのような危険性を認識していれば目的はあるといふべきであると考えられることが理由にあげられるからである。また、これによると、不真正目的犯における目的は何ら法益侵害性に関わるものではないから、共犯者の目的を認識しているからといってこの心理状態を目的とすることはならない、とする判例の結論とも適合することになる。判決が目的犯を二分してその目的の意味を考察しているのはこのような思考が根底にあるからなのかもしれない。

このように法益侵害性から目的の内容を基礎づける論拠は傾聴に値するものではある。しかし、目的を主観的違法要素とすると、共犯者の目的を認識すれば、法益侵害の危険性は高まるといえるとしても（行為規範性についてと同様である）、これは共犯者の目的を認識した状態を目的と考えてはじめて法益侵害性が高まるものとなるものではない。つまり、行為者の主観面により法益侵害の危険性（行為規範性）が高まるからといって、その内心状態が目的といえるかどうかは別問題であり、目的をはじめとする主観的要素全般を違法要素と認める立場からは、共犯者の目的を認識して行為すれば、共犯関係に基づいて法益に対する危険性は増大するともいえるからである。目的の法益侵害性は、それが超過的内心傾向であることから導かれるのが通常であるが、これは超過的内心傾向は客観的事実面の外側にあるからこそ法益侵害性と関係することについており、共犯者の目的の認識もそのような客観

面を超過する内心状態であるといえても、そのような主観的要素が直ちに目的としなければならぬことを意味するものではないのである。つまり、共犯者の目的の認識は法益侵害性増大の十分条件となりえても必要条件ではないのである。¹⁷⁾

また、このような法益侵害性説と同様の結論は責任要素説からも導かれるとされる。¹⁸⁾しかし、これについても右の批判がそのまま妥当する。つまり、正犯の目的を認識してこれと犯罪を共同することは、共犯者の責任を加重することになるとはいえても、それ認識自体を目的として位置づけるべきことは直結しないのである。責任要素としての目的は行為者の非難可能性を高める要素であるが、内容的にも目的にふさわしいだけの質と量を備えたものが要求されなければならないはずであり、共犯者の目的の認識までも目的とするとは一概にはいえないのであり、故意やその他の責任要素としてもよいのである。さらに、単独では目的とはいえない心理状態を共犯関係になると目的となることは、責任要素説が行為者関係の要素である責任についてこれを論じるところからは、目的と行為者個人の非難可能性を高める要素とはあくまでも区別されるべきとの要請を責任の個別性、個人責任の原則から導くこともでき、これに矛盾することになるとの批判を向けることも可能とおもわれる。さらに、規範違反説についても、正犯の目的を認識してそれと犯罪を共同することは、共犯者の規範違反性を加重することになっても、それ認識自体を目的として位置づけることと直結しないことは、責任要素説と同様である。

こうして、目的の性質として法益侵害性説、責任要素説、規範違反説のどの見解を採用しても、共犯者の目的を認識する心理状態を目的とする構成は可能だが、この心理状態を目的としなければならぬだけの必然性も認められないといえる。

(54) 照沼亮介「不正融資と特別背任罪の共犯」伊東研祐編『はじめての刑法』（平成一六年）一二九頁は、身分が広く解される理由として、目的を身分とすることによって、関与者を広く共犯として処罰しようとする傾向があることがみてとれるとする。しかし、論者が指摘するように、処罰範囲を拡張するために身分を広く解すべきとするのは話が逆で、それが目的概念を拡大する理由と結びつく理論的根拠にはならないことは当然である。

(55) 学説の状況については、十河・前掲注(13)二三三―三四頁が、薬物犯罪における営利目的をこのように三説に分類して詳細に検討されている。ただし、他人目的と共犯者の目的の認識とを意的レベル、知的レベルで分けることは、目的の内容から当然の帰結として導き出されるものではなく、目的をすべて知的認識としてとらえるとしても、他人目的と共犯者の目的の認識とは、その区別は非常に困難ではあるが、区別は可能なものと解される。

(56) 薬物事犯における営利目的のうち自利目的の態様については様々考えられるが、中谷雄二郎「薬物事犯における事実」小林充「香城敏彦編『刑事事案認定(下)』(平成四年)三六七―三七五頁は、その犯罪を手段として直接に利得しようとする動機・目的がある場合、その犯罪により間接的に利得しようとする場合に二分して、さらに、前者を、薬物所有者が処分利益を上げようとする場合、薬物所有者以外の犯罪加担者が薬物の処分利益等の中から分配を受けようとする場合、報酬を得る動機・目的で犯罪に加担する場合にわけ、後者を、将来転売等の処分利益を得るため間接的な手段として犯罪に出た場合、共犯者から融資を受け、又は共犯者に融通してある金員の回収を図る動機・目的がある場合、共犯者から将来の寝食の面倒をみてもらうという動機・目的がある場合、他の営利目的による薬物取引に利用する動機・目的がある場合にわけ、それぞれ詳細に判例の説明をしている。

(57) この点、中谷・筑間・前掲注(11)一一〇頁は、不真正目的犯の場合は、強いて幫助的な形態である第三者のためにする目的まで含ませることなく、その目的を自己のために限定しても、処罰を免れさせることにはならない、財産上の利益を第三者にえさせる場合は、犯罪への誘惑がそれほど大ではない、ことなどを理由として他利目的は目的に含まれないとする。

(58) 西田典之「共犯と身分」再論。内藤謙先生古稀祝賀・刑事法学の現代的状況（平成六年）一九七頁は、自利目的の認定が広く、間接的利益の場合にまで及んでいる現在の実務を考慮すれば、純粋な他利目的までも営利の目的に取り込む必要性があったかは疑問であるとする。

(59) 西田典之「判批」ジュリスト一〇八八号一二三頁。

(60) 龜山・前掲注(12)六五頁。

(61) 龜山・前掲注(12)六五―六六頁。また、高木・前掲注(12)『判解刑』二一七頁、中谷・前掲注(56)三六七頁は、営利目的は財産上の利得に対する単なる認識では足りず、財産上の利得が犯罪の動機・目的といった積極的動因となつて、いることを要することから、このような動機・目的がある以上、自利目的だけではなく他利目的をも含むものであって、利益を何人に帰属させようとするのかは重要ではないとしている。

(62) 決定の他に、大阪地判昭和五六年八月二七日判時一〇三四号一四三頁は、覚せい剤を譲り受けるにあたり自ら利得する意思もなくその期待もしていなかったが、共犯者がこれを転売して利益をえようとしていたことを認識して取引に積極的に関与した被告人に対して、共犯者に財産上の利益をえさせる目的を有していたものと認定し、自利目的と他利目的を別異に解して他利目的を営利目的から除外する実定法上の根拠は見出し難く、両者は違法性にさしたる違いは存在しないとして他利目的を営利目的と認めている。

(63) これは自己目的と他人目的の両方を明文で規定していなくとも営利目的を含めて全ての目的犯に当てはまるのであり、例えば背任罪（刑法二四七条）と特別背任罪（商法四八六条一項）は自己若しくは第三者の利益を図る目的と明文で規定しているが、最近の裁判例では最決平成一〇年一月二五日刑集五二巻八号五七〇頁が特別背任罪の第三者図利目的を肯定している。また、西田・前掲注(58)一九七頁は、営利目的を責任要素と解するのであれば、自己と同一視できる第三者に利得させる場合を除き、他利目的は排除するのが妥当であり、決定は、判決との整合性を維持しつつも、実質的には営利目的の法的性質を責任要素から違法要素に変更したものと評価する。

(64) 中山「浅田」松宮・前掲注(44)一二九頁「松宮」。

(65) この点に関して、齊藤・前掲注(13)一四七―一四八頁は、目的を違法要素と解する立場を採用した上で、両者の区別が微妙であり、少なくとも他利目的の場合だけ行為の違法性の増大に基づく加重を認めることを正当化できるほど両者の差は明確ではなく、犯行によって自己または第三者が利得することを認識しつつ行為に及べば、それだけで目的が認めら

れるといつてよく、したがって、判決では目的犯の幫助犯を認めるべきであるとする。

- (66) 内田・前掲注(9)一〇頁。
- (67) 本論文で言及する裁判例はいずれも、共犯者の目的の認識と他利目的とを区別して認定しており、「同一のもので区別の必要がない」や「区別できない」としているわけではない。
- (68) なお、共同者が目的を有することも知らない場合が、目的なき故意ある道具と位置づけられることになる。
- (69) 最判昭和三四年六月三〇日刑集二三卷六号九八五頁。
- (70) 西田・前掲注(59)一一四頁。
- (71) 中山研一『刑法の論争問題』(平成三年)三八頁。
- (72) 各種偽造罪の行使の目的につきこの点を指摘するものとして、町野朔『刑法総論講義案』第二版(平成七年)一一八—一一八三頁。
- (73) 佐伯千仞『刑法における違法性の理論』(昭和四九年)二七〇頁。
- (74) 曾根威彦『刑法総論』第三版(平成二年)七五、九五頁。
- (75) 高橋則夫「主観的違法要素と違法論——行為無価値論の立場から——」現代刑事法三号(平成一年)五八—六〇頁。
- (76) 島田聡一郎「いわゆる『故意ある道具』の理論について(一)」立教法学五八号(平成十三年)九四頁。
- (77) それに対して、結果無価値論的法益侵害性説は、既遂犯の故意は主観的違法要素とはならないので、目的として法益侵害の危険性を高める要素として位置づけられる必要があるといふこととなる。
- (78) 佐伯・前掲注(73)二七〇頁。
- (79) 目的が法益侵害性を加重するということは、法益侵害性の増大に目的は必要条件として位置づけられているが、この場合は行為者主観が十分条件として働いているといえるのである。
- (80) 島田・前掲注(76)一一八頁。