

犯罪論における心情要素の体系的位置付けについて (5・完)

平尾, 遼海
中央大学法学部 : 任期制助教C 2 (刑法)

<https://doi.org/10.15017/7408074>

出版情報 : 九大法学. 127, pp.1-56, 2026-03-09. 九大法学会
バージョン :
権利関係 :



犯罪論における心情要素の 体系的 position 付けについて（5・完）

平 尾 遼 海

目次

問題設定

第1章 「心情」の概念・・・・・・・・・・・・・・・・	以上123号
第2章 心情の諸問題・・・・・・・・・・・・・・・・	以上124号
第3章 心情要素の犯罪体系上の位置付け	
第1節 違法論における位置付け	
第2節 責任論における位置付け・・・・・・・・	以上125号
第3節 検討	
第4節 小括・・・・・・・・・・・・・・・・	以上126号
第4章 各則規定における心情要素	
第1節 「営利の目的」	
第1款 営利目的拐取罪	
第2款 淫行勧誘罪	
第3款 薬物犯における「営利の目的」	
第2節 背任罪における「図利加害目的」	
第3節 破壊活動防止法における「政治目的」	
第4節 ストーカー規制法における「恋愛感情等充足目的」	
第5節 自動車運転死傷行為等処罰法2条7号「殊更に」	
結語・・・・・・・・・・・・・・・・	以上本号

第4章 各則規定における心情要素

以上第3章までにおいて、心情要素をどのように犯罪論体系に位置づけるのかについて、検討を行ってきた。この検討の結果、主観的要素が違法要素として位置付けられるためには、それが法益の侵害との関係の中に位置付けられて説明されなければならない。そうでなければ、責任要素として法的に誤った心情との関係の中に位置付けられなければならないと結論づけ、このような責任を基礎付ける特殊主観的要素を「心情要素」と再定義した。以下では、この心情要素と疑われる主観的要素を我が国の刑法の中からピックアップして、それらの法的性質について議論し、その議論の実践上の意義について示していくことにする。

第1節 「営利の目的」

第1款 営利目的拐取罪

「営利の目的」という要件は、多くの犯罪規定の中に見受けられるが、その体系的位置付けが明確なのは刑法典225条営利目的拐取罪における「営利の目的」である。225条では「営利、わいせつ、結婚又は生命若しくは身体に対する加害の目的」という形で「営利目的」が性的自己決定や生命、身体等に対する加害の目的と並んで規定されている。これらの加害の目的は明らかにその行為の危険性を基礎付ける主観的違法要素であり、それらと並んで規定される「営利の目的」もまた主観的違法要素と理解されなければならない。それではなぜ「営利の目的」が主観的違法要素と位置付けられ得るのか。トニー・谷の子ども、大谷正太郎が身代金目的で誘拐された事件の第1審判決は次のように述べている。

「刑法が「営利の目的」を加重拐取罪の要素として特に定めた所以は、略取誘拐（以下単に誘拐と略記する）が営利の動機で行われる場合には、犯人は被誘拐者を利益追求の単なる手段、道具とするの結果、その支配

の仕方において、右の意図のない場合に比し、遥かに、被誘拐者の自由に対する侵害が強大になり、その生活条件を悪化せしめる危険性を帯びること、誘拐が行われるに当りては、その動機となるものは種々雑多であるが、営利の動機は他の動機よりも犯人を犯行にふみきらせる力が極めて大であつて、営利の動機には犯行の実現を高め、之を次々に誘発する力が内蔵されているので、斯る動機に基づく犯行は他の場合よりも之を禁遏するの要があること及び人をその真意に反して誘拐することが道義上非難に値することは論を俟たないが、営利の動機に出るときは更に之が加重され行為者の反社会性も強いとみられること等に着眼し、之によつて行為の違法性乃至道義的非難性が増大することを認めたためと解され⁽¹⁾る。

この第1審判決は営利目的拐取における刑の加重根拠について、違法増大と責任増大の2つの観点を挙げている。このうち違法増大の説明としては、拐取行為が営利目的で行われる場合、被害者への自由の侵害の程度が通常よりも大きくなりがちであるという傾向性及び営利目的が更なる犯行へと人を誘惑するという傾向性、以上2つの傾向性が述べられている。さらに、同事件の第2審判決では「刑法が営利の目的に出た誘拐を、他の動機に基づくそれよりも、とくに重く処罰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行為は、その性質上他の動機に基づくよりも、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⁽²⁾」であると述べられている。

この大谷正太郎誘拐事件における一連の判決では、営利目的で行われる行為は、非営利的な行為に比べて法益侵害の程度が大きくなりがちであるという経験的判断に基づいている。もっとも、それはその目的と行為の危険性の直接的なつながりまでも意味していない。第2審判決でも

(1) 東京地判昭和30年12月27日高刑集9巻9号1056頁。

(2) 東京高判昭和31年9月27日高刑集9巻9号1044頁。

「ややもすれば」という表現が用いられていることからわかるように、営利目的と行為の危険性との間の関係性は不確かなものとどまっている。それゆえ、第３章第１節第１款（九大法学125号２頁以下）で見たような「傾向犯」の理論に基づかざるを得ないように思われる。すなわち、営利目的は行為それ自体を直接危険にするのではなく、そのような目的を持って行為に出る者は、通常重大な危険行為に及ぶ性格的傾向を有すると理解されるのである⁽³⁾。

このようにしてみると、なぜ上述の判決がいずれも「営利の目的」を「営利の動機」と言い換えているのかがわかる⁽⁴⁾。そこでは、営利目的が財産的利益獲得の単なる認識を超えて、行為者の傾向を明確にする要素として、その行為を突き動かす原動力となっていることが要求されているのである。さらに、第１審は営利目的の持つ傾向性として、重大な法益侵害への傾向性に加えて、犯罪行為を「次々に誘発する力」に着目することで、行為を反復累行するという傾向性を指摘している。このことから上述の判例が営利目的と行為者の性格的危険性との関係にフォーカスしていることがわかるであろう。

-
- (3) 営利目的拐取罪に関するものではないが、かつて大阪高裁は刑法186条１項の「常習性」に関して、パチンコ店を３日間営業した行為につき、被告人が大規模な投資等の事実から経済的依存状態に陥っていたとして、たとえ短期間の行為であったとしても「常習性」が認定され得るとした（大阪高判昭和52年10月19日刑集33巻６号678頁）。そして、同じ事件の上告審の最高裁においても、この大阪高裁の判断は支持されている（最決昭和54年10月26日刑集33巻６号665頁）。このことから、判例は財産的利益を得る目的と行為者の犯罪的傾向性を強く結びつけていることがわかる。
- (4) これに対して、ここでの営利目的を未必の認識で足りるとした裁判例として宮崎地判平成８年２月29日判時1569号150頁がある。もっとも、本件は、教団にお布施をさせようと被害者を略取したオウム信徒に関与した被告人に営利目的誘拐罪の共同正犯が成立した事案である。本節第３款で述べるように、主観的違法要素は共犯者に連带的に作用し得ると解した場合、共犯者に当該目的があることを認識していれば、当該被告人に営利目的を認定しなくても同様の結論を導く余地はあるように思われる。

225条の営利目的を以上のように理解した場合、この営利目的は必ずしも被拐取者の負担による財産上の利益を目的とする必要はなくなる。実際、大谷正太郎誘拐事件も身代金目的での誘拐であり、犯人は被拐取者である正太郎氏自身ではなく、あくまで父トニー・谷氏の負担で財産上の利益を得ようとしていたのであった。⁽⁵⁾ 最高裁の判例では、被拐取者をストリップ劇場に売り、報酬を得た事件につき営利目的を肯定したものが⁽⁶⁾あり、このような広い営利目的理解になっているという理解もある。⁽⁷⁾

しかし、第2章第2節第3款及び第3章第3節第1款ですでに述べたように、行為者の性格的危険性を処罰の根拠にすることは、許されない心情刑法へと陥ることになる。また、営利の目的と重大な法益侵害、行為の反復累行の危険性との間には必然的な関係性はない。それゆえ、そのような特に危険な行為に出ることを予定していない行為者や、一回限りのつもりで行為に出た人にさえ、このような危険性を創出した責任を負わせることは、責任主義の観点からも疑問が残る。⁽⁸⁾ それゆえ、ここで

(5) それゆえに、営利目的拐取罪を刑法225条の2が成立しない場合になお本罪の成立の余地を認める見解も存在する（山口厚『刑法各論〔第3版〕』（有斐閣、2024年）95頁）。

(6) 最決昭和37年11月21日刑集16巻11号1570頁。

(7) 団藤重光『刑法綱要各論〔第3版〕』（創文社、1990年）480頁脚注（6）、大塚仁『刑法概説（各論）〔第3版増補版〕』（有斐閣、2005年）87頁、大谷實『刑法各論講義〔第5版〕』（成文堂、2019年）105頁、中森喜彦『刑法各論〔第4版〕』（有斐閣、2015年）58頁、堀江一夫「判解」最高裁判所判例解説刑事篇（昭和37年度）218頁以下、前田宏「判批」法学セミナー88号（1963年）80頁以下。

(8) この点に関して営利目的があることで反復累行等の抽象的危険が生じると理解した上で、営利目的があればそのような危険性の認識は不要であるとするこも考えられる。実際、刑法108条現住建造物等放火罪のような抽象的危険犯に関して、実行行為の認識さえあれば、危険性の認識までは不要であるとする見解もある（例えば、井田良『講義刑法学・総論〔第2版〕』（有斐閣、2018年）111頁）。もっとも、このような立場に立ったとしても、抽象的危険犯における危険性は故意の認識対象となる客観的行為に内在したものとなっているが、ここでの反復累行等の危険性は故意の認識対象である客観的行為のみで構成されるわけではないことに注意が必要である。そこでこの危険性に対する責任を認めるためには、客

の営利目的とは、行為の危険性をより直接的に規定するような内容でなければならない。この営利目的が、わいせつや結婚、身体または生命への加害の目的と並列していることからわかるように、営利目的等誘拐罪は明らかに被拐取者にさらなる負担を予定している犯罪である。したがって、この営利目的も被害者の負担に基づく経済的利益を搾取する目的として理解されなければならない⁽⁹⁾。

このような営利目的理解によれば、例えば拐取行為それ自体に対する第三者からの報酬を受け取る目的はここでの営利目的には含まれないと解される。もっとも、被拐取者が第三者によって搾取されることを認識しながら引き渡した場合には、同目的を認定することは可能であろう⁽¹⁰⁾。

観的行為に対応した通常の故意と並んで、当該目的の内容を含んだ「第2の意味の故意」が必要であるとされる（Augst Hegler, Subjektive Rechtswidrigkeitsmomente im Rahmen des allgemeinen Verbrechensbegriffs, Festgabe für Reinhard von Frank, Bd. I, 1930, S. 292 ff.）。そして Hegler によれば、この「第2の意味の故意」においても「有害な結果」の認識及び意欲が必要なのである（S. 295）。しかし、営利の目的はそれ自体として「有害な結果」を意図するものではないので、やはり営利の目的で反復累行等の危険性への責任を基礎付けることは困難ではなかろうか。

- (9) 山口・前掲注 (5) 94頁、宮本英脩『宮本英脩著作集第三卷 刑法大綱〔第四版〕』（成文堂、1984年）308頁以下、平野龍一『刑法概説』（東京大学出版会、1977年）177頁、中山研一『刑法各論』（成文堂、1984年）118頁、曾根威彦『刑法各論〔第5版〕』（弘文堂、2012年）60頁以下、西田典之（橋爪隆補訂）『刑法各論〔第八版〕』（弘文堂、2025年）97頁、高橋則夫『刑法各論〔第5版〕』（成文堂、2025年）119頁以下、浅田和茂『刑法各論〔第2版〕』（成文堂、2024年）108頁。
- (10) 前掲注 (6) 昭和37年決定の事案も被害者がストリップ劇場で働かせられ、支配人が利益を得ることを被告人が認識している事案であった。また、債務者である婦女をその債務弁済のために第三者のもとで働かせる目的で誘拐行為に関与した被告人に対して、大判大正14年1月28日刑集4巻14頁は、たとえ自身に利益を図ろうとしたわけでもなく、「婦女ノ自己ニ対スル債務ノ弁済ヲ為サシムル目的ノ下ニ之ヲ誘拐スルハ即チ営利ノ目的ヲ以テテ誘拐スルモノニ該当」する述べている。

第2款 淫行勧誘罪

同様の趣旨に基づいて主観的違法要素に位置付けられるべき「営利の目的」はそのほかにも存在するであろうか。重要なのは、営利目的拐取罪において、営利目的が被拐取者への搾取を通じてこの者の自由の侵害と関連していた点である。そうすると、個人の自由に関わる罪において営利目的が規定されている場合に、同様の解釈ができる可能性が考えられるであろう。この方向性で検討し得るとすれば、刑法183条淫行勧誘罪の「営利の目的」が挙げられる。

もっとも、同罪の保護法益については争いがあり、性風俗・性秩序と⁽¹¹⁾いった社会的法益が同罪の保護法益であるとする見解も有力である。確かに、同罪は被勧誘者の不同意を要件としておらず、本罪の保護法益を社会的法益として捉える見解には説得力がある。このように社会的法益に着目する見解は、次のように述べて営利目的を違法要素に位置付けようとしている。⁽¹²⁾すなわち、「営利目的を有する者（例えば、戦前の人買、女衞の類）は、この種の行為を反復累行することが常であり、それによって淫行の常習者が増加し、風俗を乱すに至るおそれ大きい」とされる。⁽¹³⁾しかし、ここでの営利目的は一回限りでの利得でもよく、必ずしも反復累行の目的までは要していない⁽¹⁴⁾にもかかわらず、反復累行の危険性を根拠とすることには疑問が残る。ここでも、上述したような行為者の危険な傾向に着目した理論展開がなされているといえよう。

以上の社会的法益に着目する見解に対して、同罪の保護法益を個人的

(11) 高橋・前掲注(9) 622頁、西田(橋爪)・前掲注(9) 449頁、中義勝『刑法各論』(有斐閣、1975年) 83頁以下。

(12) 本罪を社会的法益に対する罪として位置付ける見解は、その根拠として本罪に営利目的が規定されていることに言及することもある(高橋・前掲注(9) 622頁、西田(橋爪)・前掲注(9) 449頁)。

(13) 大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法(第三版)第9巻』(青林書院、2013年) 109頁以下〔亀山継夫/河村博執筆箇所〕、山口・前掲注(5) 529頁

(14) 大塚ほか編・前掲注(13) 111頁以下〔亀山/河村〕。

法益と見る見解も存在し、その見解は同罪を女子の性的自由に対する罪として位置付けている⁽¹⁵⁾。実際に、立法理由書では「淫行ノ常習ナキ婦女ノミヲ保護スルコト為セリ」と述べられていることに鑑みれば、同罪の保護法益を個人的法益と見る見解にも理由があると言えるであろう。さらに勧誘された女性は被害者であって本罪の共犯とはならないのである⁽¹⁷⁾という指摘に鑑みれば、やはり淫行勧誘罪には個人的法益への罪としての性質も否定できないように思われる⁽¹⁸⁾。そして、同罪の保護法益を個人的法益と見る場合、ここでの営利目的は刑法225条における営利目的と同様の方法で主観的違法要素に位置付ける可能性が認められるであろう。すなわち、淫行勧誘罪における営利目的も「他の条文（225条の営利目的略取誘拐）中のそれと統一的に理解されるべきである⁽¹⁹⁾」ならば、この営利目的も、被勧誘者の性的自由に対する侵害、すなわち淫行行為によって得られる財産上の利益を利得する目的でなければならないであろう。そうすると、被勧誘者は淫行行為を通じて自身の負担によって経済的な搾取の対象とされるのであって、この点において被勧誘者に対する性的自由の侵害はより重大なものになったと認めることができるのである⁽²⁰⁾。した

(15) 団藤・前掲注（7）489頁、大谷・前掲注（7）132頁、中森・前掲注（7）65、71頁、平野龍一「刑法各論の諸問題」法学セミナー205号（1973年）72頁。

(16) 高橋治俊／小谷二郎編（松尾浩也増補解題）『増補 刑法沿革綜覧』（信山社、1990年）2192頁。

(17) 大谷・前掲注（7）137頁以下、中森・前掲注（7）71頁、松宮孝明『刑法各論講義〔第6版〕』（成文堂、2024年）137頁以下。

(18) 本罪を社会的法益及び個人的法益の両方に対する罪として捉える見解として大塚・前掲注（7）514頁、松宮・前掲注（17）137頁。

(19) 大塚ほか編・前掲注（13）111頁〔亀山／河村〕。

(20) 例えば、「妾の世話をして世話料をとる」場合において本罪が成立するという見解もある（団藤重光ほか編『注釈刑法（4）——各則（2）』（有斐閣、1960年）322頁〔所一彦執筆箇所〕）。もっとも、類似の例として、恋人を紹介してその報酬を得る行為を処罰することは妥当ではない。そこで、「姦淫」の意味を「道徳的に非難すべき性交」（大塚ほか編・前掲注（13）111頁〔亀山／河村〕）と理解する方法や、「売春」と同旨と理解する方法（西田典之ほか編『注釈刑法第2巻

がって、淫行勧誘罪における営利目的も主観的違法要素として位置付けることができるであろう。

第3款 薬物犯における「営利の目的」

「営利の目的」はとりわけ薬物犯に関する特別刑法において多く定められている。ここでの薬物犯規定として問題にするのは、営利目的での禁止薬物の輸出入及び製造、所持、譲渡、譲受け等の行為である（覚醒剤取締法41条2項、41条の2の2項、41条の3の2項、41条の4の2項、41条の4の2項、麻薬及び向精神薬取締法（以下、麻取法）64条2項、64条の2の2項、64条の3の2項、65条2項、66条2項、66条の2の2項、66条の3の2項、66条の4の2項、大麻取締法24条2項、24条の2の2項、24条の3の2項、あへん法51条2項、52条2項）。

これらの条文で規定された犯罪類型では、その薬物の購入者の出捐によって財産上の利益が獲得されることが念頭に置かれているが、行為者⁽²¹⁾が購入者の自由を犠牲にして直接利益を得ているというわけではないであろう。そもそも、薬物犯規定の目的は、「国民の健康保持および国民生

—— 各則（1）』（有斐閣、2016年）651頁〔和田俊憲執筆箇所〕）もあり得るであろう。しかし、「道徳的に非難すべき性交」という概念自体曖昧であり（浅田和茂／井田良『新基本法コンメンタール〔第2版〕』（日本評論社、2017年）398頁〔島岡まな執筆箇所〕）、「姦淫」という言葉から対価を前提とする「売春」の意味が見出し得るのかという批判は考えられる。そこで、「姦淫」を単純に「性交」と理解する場合（井田良『講義刑法学・各論〔第3版〕』（有斐閣、2023年）571頁、団藤ほか編・前掲322頁〔所〕、浅田・前掲注（9）474頁、山口・前掲注（5）528頁、高橋・前掲注（9）622頁）でも、単に恋人を紹介した相手方から報酬を得る目的をここでの営利目的から排除することで本罪の成立を否定する可能性は残されているように思われる。

- (21) 薬物法の中にはじめて営利目的が規定されたのは旧麻薬取締法の1952年改正の中（57条の3）であった。営利犯規定が設けられた趣旨としては、麻薬密売者を念頭に、利欲という動機の悪質性及び新たな中毒者を創出する危険性にあったとされている（滝川幹雄「麻薬取締法の改正について —— 大麻取締法の改正 —— 」警察時報7巻8号（1952年）42頁）。

活の類廃防止⁽²²⁾あるいは「保健衛生上の危害を防止」（覚醒剤取締法１条、麻取法１条）することであるとされ、個人的法益というよりも社会的法益に着目しているものであり、営利目的による個人に対する重大な自由侵害という構成を取ることができない。したがって、ここでの営利目的は端的に「ひろく財産的利益を得る目的」、あるいは「犯人自ら財産上の利益⁽²³⁾を得、又は第三者にこれを得させることを動機、目的とする場合⁽²⁴⁾」と定義されており、被害者の自由侵害による利得はここでの定義には含まれないことになる。

もっとも、一般的にはここでの営利目的も主観的違法要素であるとされている。そこでも行為者の危険な傾向に着目した理論展開がなされている⁽²⁵⁾。すなわち、財産上の利益を目的として薬物犯が行われる場合には、

(22) 団藤重光ほか編『注釈刑法（３）各則（１）』（有斐閣、1965年）266頁〔板倉宏執筆箇所〕。

(23) 厚生省薬務局麻薬課ほか「麻薬及び向精神薬取締法」吉田佑紀／齊藤勲編『大コンメンタールⅠ薬物五法』（青林書院、1994年）370頁〔本田守弘執筆箇所〕。

(24) 厚生省薬務局麻薬課ほか「大麻取締法」81頁〔渡邊一弘執筆箇所〕、厚生省薬務局麻薬課ほか「あへん法」133頁〔渡邊一弘執筆箇所〕、厚生省薬務局麻薬課ほか「覚せい剤取締法」163頁〔新庄一郎執筆箇所〕：吉田佑紀／齊藤勲編『大コンメンタールⅡ薬物五法』（青林書院、1996年）。

(25) 例えば、中谷瑾子／筑間正泰「判批」法學研究43巻5号（1970年）112頁以下は、営利目的は継続的、職業的なものとして、常習犯に類似した理論構成も可能であるとしている。このように営利目的が行為者の危険性の文脈で捉えられるようになったのは、1963年の麻取法改正が背景にあるように思われる。1952年旧麻取法改正では常習犯規定が追加されていたが（57条の４）、現行麻取法が1963年に改正される際に常習犯規定が削除されるとともに、営利目的犯規定も含めて大幅に罰則強化が図られた（64条２項等）。これによって例えば営利目的での麻薬の輸出入及び製造に関して従来の７年以下の懲役及び50万円以下の罰金的情状併科から無期または３年以上の懲役及び500万円以下の罰金的情状併科に改められた。なお、常習犯規定が削除されたのは、常習犯に対する判決の既判力が判決確定前の余罪に及ぶことを防ぎ、個々の犯罪行為を併合罪とすることで常習犯者に対する重罰化を図ることが理由であった（牛丸義留『新麻薬取締法解説』（日本公定書協会、1963年）185頁）。さらに、麻薬犯罪は営利犯も含めて通常常習とし

行為が反復累行され、あるいは行為自体が大規模、大胆かつ積極的に行われる場合が多く、行為自体のもつ社会的危険性が、このような目的なしに行われる場合に比してはるかに大きいと⁽²⁶⁾言われている。また、このような理解に基づくと、本節第1款で紹介した大谷正太郎誘拐事件の判決と同じように、ここでの営利目的は「動機」と捉えられることになる。つまり、当該営利目的は財産上の利益を得る動機としてこの種の犯罪の動因となる必要があると⁽²⁷⁾される。

しかし、ここでの営利目的も一回限りの利得でも良いとされ、必ずしも反復累行の意図は必要と⁽²⁸⁾されていない。すでに述べたように、行為者が意図していない反復累行の危険性を根拠に行為の違法性を基礎付けることには問題が残る。また、これらの営利目的は外国での営利行為を予定する場合でも足り、もはや我が国の社会との関係さえなくても良いと⁽²⁹⁾されている。そして、社会的法益が問題となる薬物犯においては、営利

で行われることが、罰則強化の際に考慮されている（桧崎健次郎「麻薬取締法の改正と警察」警察研究34巻7号（1963年）86頁）。このように、1963年改正による罰則強化は常習者に向けられた側面が強いと言える。そして、営利目的も当然この文脈の中に位置付けられたのであった。

(26) 「覚せい剤取締法」前掲注（24）164頁〔新庄〕、伊藤榮樹／小野慶二／莊子邦雄『注釈特別刑法』（立花書房、1990年）190頁〔宮崎礼壹執筆箇所〕。

(27) 香城敏磨「覚せい剤取締法」平野龍一ほか編『注解特別刑法5-II 医事・薬事法（2）〔第二版〕』（青林書院、1992年）45頁。

(28) 最判昭和35年12月12日刑集14巻13号1897頁、東京高判昭和41年9月14日判時483号82頁。

(29) 麻取法における営利目的につき、最決平成5年11月9日刑集47巻9号111頁は、アメリカで売却して利益を得る目的でタイから一旦日本に麻薬を輸入した行為につき営利目的麻薬輸入罪を認めた。この判例の帰結は、薬物犯の営利目的を責任要素と理解する見解において支持されやすいとされる（西田典之「判批」ジュリスト1088号（1996年）123頁、佐々木史郎／信太秀一「判批」判例タイムズ908号（1996年）24頁以下）。すなわち、外国での収益は我が国の社会とは関係のない出来事であるから、外国での営利目的が本罪の社会的法益である国民の健康を危殆化するとは考え難いのである。このような指摘に対しては、麻取法64条が世界主義的見地に立って麻薬等の輸出を禁止していることから、麻取法は外国の保健衛

目的拐取罪や淫行勧誘罪のような形で営利目的を被害者個人に対する重大な自由侵害と結びつけることも難しい⁽³⁰⁾。それゆえ、むしろここでの営利目的は法益侵害性を基礎付ける違法要素ではなく、特に重大な責任要素を基礎付ける心情要素として位置付けるべきであろう⁽³¹⁾。

そうすると、なぜ営利目的があることによって道義的な非難可能性が高まると言えるのかが問題となる。第３章第３節第２款で述べたように、責任の本質は「法的に誤った心情」、あるいは不法格率と表現されるべきであり、この心情が法的前提とする価値観からどれだけ逸脱しているのかに依じて、非難可能性が決まるのである。そして、各則に規定された主観的要素もこのような意味で逸脱した心情を構成し得る限りで、責任要素となり得るのであった。そこで、営利目的による薬物犯において問題となる格率の形式⁽³²⁾を考えると、「私は財産上の利益を得る、あるいは第三者に得させるという目的を有しているならば、社会に有害な薬物を輸入、輸出、製造、所持等々をしよう」という形で表すことができる。

生も保護法益としており、外国での営利目的も外国の保健衛生をより危殆化する要素として理解する余地がある（青柳勤「判解」法曹時報47巻9号（1995年）385頁）。しかし、国内輸入罪に関しては明らかに日本国内の保健衛生が保護法益なのであり、外国での営利目的によって国内保健衛生がより危殆化されるというのは無理があるように思われる（西田・前掲124頁）。

(30) もっとも、薬物犯における営利目的を、薬物を売却し、譲り渡すことによって利益を得る目的に限定すれば、当該目的によって本罪が予定する社会的法益に対するより重大な危険性を基礎付けることができるという指摘もある（佐々木／信太・前掲注（29）26頁）。しかし、当該目的において、なぜ経済的利益を得ることまでが予定されているのかについて十分な根拠が示されていないように思われる。もっとも佐々木／信太もあくまで可能な見解の一つとして述べているだけに過ぎず、むしろ責任要素説に立っている（27頁）。

(31) 西田典之（橋爪隆補訂）『刑法総論〔第4版〕』（弘文堂、2025年）450頁、平野龍一『刑法総論Ⅰ』（有斐閣、1972年）129頁、松宮孝明『刑法総論講義〔第6版補訂版〕』（成文堂、2024年）302頁。なお、完全に責任要素とは割り切らないまでも、その色彩が強いとする見解として白井滋夫「判批」『刑法判例研究Ⅱ〔再版〕』（大学書房、1985年）187頁。

この格率においては、自身あるいは第三者の財産的利益への関心のために「国民の健康」あるいは「保健衛生」といった社会的法益を犠牲にしても良いという心情が表現されている。これらは個人的法益を直接犠牲にするものではないものの、違法薬物は強力な精神作用と依存性によって正常な判断力を喪失させ、健全な人間関係の構築を困難にし、重大犯罪を引き起こす原因になるなど自由の基盤となる相互承認関係にとって重大な悪影響をもたらすものである⁽³³⁾。したがって、営利目的によって薬物犯罪行為に及ぶ者は、法が尊重を要求する自由の基盤⁽³⁴⁾よりも利己的な関心の追求を優先しており、この点において当該格率が法の立場から大きく倒錯していると言えるのである。

この営利目的を責任要素に位置付ける場合、それは自利目的に限定されるべきであると述べられることもある⁽³⁵⁾。これに対応して、営利目的を違法要素として理解することで他利目的も含めることができるという理解もなされてきた⁽³⁶⁾。しかし、自己の利益であろうと第三者の利益であろうと、法が尊重を要求する法益よりもその利益を上位におく価値態度は同様に法の立場からして非難に値すると理解するべきであり、両者を区

(32) 格率の一般形式は「私は状況 S において、行為 X をしよう」と表すことができる（拙稿「犯罪論における心情要素の体系的位置付けについて（1）」九大法学123号57頁参照）。

(33) 厚生労働省「麻薬・覚醒剤・大麻乱用防止運動パンフレット（一般啓発用）」（令和7年度）2頁以下では、違法薬物は「1. 身体にも心にも大きな悪影響がある」、「2. 自分の意志では止められなくなる」、「3. 事件や事故の原因となる」、「4. 友達や家族など大切な人を悲しませる」といった理由から、「薬物乱用はいけない」と説明されている。

(34) 飯島暢『自由の普遍的保障と哲学的刑法理論』（成文堂、2016年）136頁によれば、社会的法益において前提となる市民社会とは「全ての理性的な人格者の遭遇を通じて媒介的に確立される領域」であり、「個別の人格にとって自由の間接的な基盤としての意義を有する」。

(35) 西田典之『新版共犯と身分』（成文堂、2003年）298頁、佐川友佳子「身分犯における正犯と共犯（4・完）」立命館法学320号（2008年）42頁、松宮・前掲注(31) 303頁。

別する理由はない。⁽³⁷⁾ もっとも、自利目的の場合はそれが行為に出る強い要因となっていることが多いと考えれば、他利目的においても単に第三者の自利目的を認識するだけでなく、これを積極的に意欲する、あるいは主たる動機とすることが求められると解する可能性はあるであろう。⁽³⁸⁾

薬物犯における営利目的は、とりわけ目的犯と共犯という論点で取り扱われてきたゆえに、その体系的位置付けは具体的事例における結論にとって重要な問題である。この論点のきっかけとなった判例（以下、昭和42年判決）では、依頼人に営利目的があることを知りつつ、その依頼を受けて船舶で大麻を密輸入した事件につき、共犯者に「営利の目的があることを知っていただけで、みずからは営利の目的をもっていなかった被告人」に対して刑法65条2項によって麻取法64条1項単純麻薬輸入罪の共同正犯を成立させた。⁽³⁹⁾ この判決において、麻取法64条2項における「営利の目的」が65条2項に言う「身分」に該当することが明記されたのである。これに対して、従来の大審院及び最高裁では目的犯の目的を身分と理解することに否定的な傾向があったため、昭和42年判決と過去の⁽⁴⁰⁾

(36) 亀山継夫「他人に利得させる目的と刑法第65条」研修376号（1979年）63頁、高木俊夫「判解」最高裁判所判例解説刑事篇（昭和57年度）216頁以下、齊藤彰子「判解」甲南法学41巻1・2号（2000年）147頁、照沼亮介「判批」『刑法判例百選Ⅰ〔第7版〕』（別冊ジュリスト220号、2014年）185頁。もっとも、営利目的を違法要素に位置付ける根拠となっている反復累行の危険は自利目的と結びつくとも見る見解として中谷／筑間・前掲注（25）110頁。

(37) 同様に伊藤亮吉『目的犯研究序説』（成文堂、2017年）328頁。

(38) 最判昭和42年3月7日刑集21巻2号417頁は共犯者に営利目的があることを知っていただけの被告人に営利目的を否定したが、最決昭和57年6月28日刑集36巻5号681頁は、共犯者に財産的利益得させることを動機・目的としている被告人に対して営利目的を肯定している。また、斎藤信治「判批」『刑法判例百選Ⅰ〔第2版〕』（別冊ジュリスト82号、1984年）178頁は自利目的に関しては、一般的に他利目的に比べて強い抑制策の必要性、強い非難可能性が認められるゆえに、謙抑主義の観点から他利目的を営利目的に含めるにしても広く解するべきではないとしている。

(39) 前掲注（38）昭和42年判決。

判例の整合性が問題となった。⁽⁴¹⁾ もっとも、判例における身分の概念は「一定の犯罪行為に関する犯人の人的関係である特殊な地位又は状態⁽⁴²⁾」と非常に広い意味で定義されており、行為者の目的もその「特殊な状態⁽⁴³⁾」として判例にいう「身分」と捉えることは容易であるとされる。⁽⁴³⁾ それゆえ、少なくとも薬物犯における営利目的を身分として理解する見解が多くみられているのである。これに対して、「身分」といえるためには、多少⁽⁴⁴⁾

(40) 前掲注 (10) 大正14年判決では「刑法第二百二十五條ノ営利ノ目的ハ同法第六十五條第一、二項ノ犯人ノ身分ニハ該当セサル」と述べられている。また、他人において行使の目的があることを知っていた被告人につき刑法65条を用いずに刑法168条有価証券偽造罪の共同正犯を認めた判例（大判大正15年12月23日刑集5巻584頁）や刑法148条1項通貨偽造罪の「行使の目的」を認定した判例（最判昭和34年6月30日刑集13巻6号985頁）もある。

(41) 坂本武志「判解」最高裁判所判例解説刑事篇（昭和42年度）51頁では、前掲注（10）大正14年判決に関して、刑法225条営利目的拐取罪が目的によって初めて成立する犯罪（真正目的犯）であるとして、昭和42年判決と事案が異なるとしている。これに対して、神例康博「判批」『刑法判例百選I〔第8版〕』（別冊ジュリスト250号、2020年）189頁によれば、大正14年判決では未成年者が被害者となっているので、刑法225条は224条の未成年者誘拐罪との関係で目的によって刑の軽重がある犯罪（不真正目的犯）であることなどから、大正14年判決と昭和42年判決の間に断絶がある。

(42) 最判昭和27年9月19日刑集6巻8号1083頁。

(43) 伊藤・前掲注（37）339頁。

(44) もっとも、行為者の主観面のうちどこまでを身分と捉えるのかについてはいくつかわりえが存在する。特殊主観的要件を広く身分と捉える見解として、西田・前掲注（35）295頁以下、伊藤・前掲注（37）337頁以下、十河太郎『身分犯の共犯』（成文堂、2009年）、山口厚『刑法総論〔第4版〕』（有斐閣、2025年）358頁。また、目的は65条1項における「身分」ではないが、65条2項における「身分」とする見解として木村亀二『刑法総論』（有斐閣、1959年）426頁、内田文昭「目的犯と共犯」神奈川法学33巻3号（2000年）1頁以下。さらに、未遂犯や予備罪のように犯罪成立時期を早期化するための目的は身分ではないが、薬物犯の営利目的のように行為者を特徴づける目的は身分であるとする見解として岡部天俊「身分犯概念の再構成とその具体的内容をめぐる考察（2・完）」北大法学論集68巻5号（2018年）48頁以下、松原芳博『行為主義と刑法理論』（成文堂、2020年）315頁。

とも継続的性質を有するものであることが必要であるから、営利の目的といった一時的心理状態を、六五条二項にいう「身分」にあたると解することは、妥当でなかろう⁽⁴⁵⁾という指摘があり、このような見解によれば、「目的も身分にあたるという解釈には、拡張解釈の域をこえた類推のうたがいがある」⁽⁴⁶⁾（傍点ママ）ことになるであろう。このような見解の背後には、身分犯の本質を行為者に課された義務に違反する点に求め、そこでの身分を「社会的・法律的等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または資格」⁽⁴⁷⁾と理解する発想があるであろう。

また、そもそも目的を身分と理解しなくても共同正犯に関して行為共同説あるいは部分的犯罪共同説に立った上で昭和42年判決の結論を導くことができる旨の指摘も存在する。すなわち、麻取法64条1項単純密輸罪と2項営利目的密輸罪は構成要件において重なり合っており、その重なり合いの限度において共同正犯を認める結果、営利目的者も非営利目的者も1項の共同正犯となり、営利目的者のみに2項の単独正犯が成立するとされるのである。しかし、当該営利目的が違法要素である場合は、必ずしも各共犯が営利目的を別個に有している必要はないと解する余地もある⁽⁴⁸⁾。その場合、共犯者が当該目的を有していることを認識していれば、⁽⁴⁹⁾

(45) 福田平『全訂 刑法総論〔第五版〕』（有斐閣、2011年）292頁脚注（1）。同様の見解として、山中敬一『刑法総論〔第3版〕』（成文堂、2015年）1006頁、高橋則夫『刑法総論〔第5版〕』（成文堂、2022年）540頁参照。

(46) 西村克彦『続・罪責の構造』（鳳社、1974年）73頁。

(47) 高橋則夫「共犯と身分」阿部純二ほか編『刑法基本講座第4巻 未遂／共犯／罪数論』（法学書院、1992年）172頁。

(48) 福田平「麻薬取締法64条2項の「営利の目的」は刑法65条2項にいう身分にあたるか」警察研究39巻8号（1968年）131頁以下、武藤眞明「判批」『刑法判例百選I〔第6版〕』（別冊ジュリスト189号、2008年）187頁。なお、前田雅英『刑法総論講義〔第5版〕』（東京大学出版会、2006年）523頁では行為共同説によって「異なる犯罪についての共犯の成立が広く認められ……、身分犯として扱った場合と同様の結論が導ける」としているが、同書第6版（2015年）から当該記述は削除されている（335頁）。

他の共犯者にも当該目的犯の共同正犯が連带的に成立し得ることになる。⁽⁵⁰⁾
 また、仮に上記のように65条を介さずに昭和42年判決の結論を支持するとしても、共犯者が教唆あるいは幫助するに止まった場合にどのように⁽⁵¹⁾処理するべきかという問題は残るであろう。

本稿では、目的犯と共犯の論点について詳細に議論した上でこの問題について結論を出すことはできないが、上述のように薬物犯における営利目的を責任要素と見る場合、営利目的での薬物犯においてどのような帰結があり得るのかだけ簡単に述べておくことにする。まず、65条1項の身分を違法身分として連带的に作用するものと理解し、65条2項の身分を責任身分として個別的に作用するものと理解した上で、営利目的を65条2項の身分として個別的に作用させる構成が考えられるであろう。この場合、営利目的を有さない共犯者が営利目的を有する正犯者に関与した場合、共犯者は65条2項の適用により、非身分犯としての非営利的薬物犯の共犯となる。⁽⁵²⁾しかし、そもそも同じ結論を導くのに、65条2項を解する必要はないとの指摘がある。すなわち、65条の身分に行行為者の主観的要素を一切含めないという理解に立った上でも、責任要素は個別

(49) 照沼・前掲注(36) 185頁。

(50) 西田・前掲注(31) 450頁、山口・前掲注(44) 358頁によれば主観的（違法）要素は65条1項を適用しなくても連带的に作用する。なお、松原芳博『刑法総論〔第2版〕』（日本評論社、2017年）434頁脚注(30)では、「具体的な行為意思を内実とする目的（行為関係的な目的）は、……法益侵害の危険を生じさせる事情として当然に連带的に作用する」としている。もっとも同書第3版（2022年）から当該記述は削除されている（477頁）。

(51) 西田・前掲注(35) 296頁。被告人である非営利目的者が営利目的者の大麻輸入に関与した事案で刑法65条2項によって被告人に大麻取締法24条1項単純大麻輸入罪の幫助犯を成立させた裁判例として、東京高判平成10年3月25日判時1672号157頁がある。また、宇津呂英雄「判批」警察学論集35巻11号（1982年）178頁では、主観的違法要素は正犯に必要な要件であり、これを欠く者には幫助犯の可能性が妥当するとされる。

(52) 西田・前掲注(35) 296頁以下、山口・前掲注(44) 358頁、伊藤・前掲注(37) 343頁以下、平野龍一『刑法総論Ⅱ』（有斐閣、1975年）372頁。

的に作用すべきであることから、上記の結論を支持することも可能となるであろう。⁽⁵³⁾

第２節 背任罪における「図利加害目的」

以上の「営利の目的」と同様に、自己または第三者に利益をもたらし目的として、背任罪における「自己若しくは第三者の利益を図る目的（図利目的）」が考えられる。もっとも、ここでの「利益」とは必ずしも財産上の利益に限られるのではなく、自己保身など非財産的な利益も含む概念として理解されている。⁽⁵⁴⁾ 加えて、背任罪においては、「本人に損害を加える目的」（加害目的）も特殊な主観的要素として要求されている。この加害目的については、本罪が財産上の損害発生を構成要件としているため、故意を超過していないという解釈もあり得るが、図利目的と同様⁽⁵⁵⁾にここでの損害も必ずしも財産上の損害と理解されているわけではない⁽⁵⁶⁾。

(53) 少なくとも、薬物犯の営利目的を責任要素とした上で、65条2項の身分としなが
り前掲注（38）昭和42年判決の結論を支持するものとして佐川・前掲注（35）
42頁、松宮・前掲注（31）302頁。

(54) 最決平成20年5月19日刑集62巻6号1623頁。

(55) 例えば、前田雅英『刑法各論講義〔第8版〕』（東京大学出版会、2025年）295
頁。その他にも、松宮孝明「背任における「財産上の損害」、「任務違背」、「図利
加害目的」の関係」立命館法学375・376号（2017年）427頁によれば、立法者は
図利目的がある場合において加害目的は通常の故意と同じものとなると理解して
いた。もっとも、故意を超過していなくても、加害目的と故意を区別する必要が
あること、財産処分行為のほとんどにおいて図利加害の未必的認識があること、
本人の利益を図る目的での冒険的取引が必ずしも違法とはいえないことから、こ
こでの目的は確定的認識を必要とするという見解（大塚・前掲注（7）327頁、大
谷・前掲注（7）344頁、藤本英雄『経済取引と犯罪』（有斐閣、1965年）67頁）
や、損害を加えることを動機としなければならないとする見解（団藤・前掲注
（7）656頁）もあり、何らかの形で加重した故意が要求されている。これに対し
て、判例は「意欲ないし積極的容認までは要しない」としている（最決昭和63年
11月21日刑集42巻9号1251頁）。

(56) 品田智史「背任罪の図利加害目的について」阪大法学70巻1号（2020年）36頁、大
塚裕史「背任罪における「図利加害目的」の意義」法学セミナー797号（2021年）118頁。

で、厳密には加害目的は背任の故意とは区別されるべきであり、加害目的も故意を超過した要素と捉える可能性については少なくとも理論的には検討の余地があるであろう。⁽⁵⁷⁾

以上の図利加害目的はどのような意義が認められているのか。一般的には、消極的動機説に基づいた説明がなされることが多い。すなわち、図利加害目的は本人図利目的が存在しないことを裏から規定した要件であり、本人図利目的と図利加害目的が同時に併存する場合には、前者が主たる動機である場合に図利加害目的の要件充足が否定されるのである。⁽⁵⁸⁾ 戦前の古い判例においても、「本人ノ利益ヲ図ルニ在リトスレハ之ヲ罰セサルモノト云ハサルヲ得ス」として、本人の利益を図る目的を有する行為について、背任罪の成立が否定されている。⁽⁵⁹⁾

戦後においては、銀行の支店長が自己保身目的で資金状態の改善される見込みのない会社に融資をし続けた事案につき、その行為が「銀行の利益を図るためではなく……自己の面目信用が失墜するのを防止するためであった」ことから、会社に対する加害目的が肯定された。さらに、⁽⁶⁰⁾

(57) 山中敬一『刑法各論（第3版）』（成文堂、2015年）462頁以下によれば、加害目的は「たんなる構成要件要素の認識につくものではなく、正当化事由の事実的前提をも認識の対象に含めた主観的要素」であり、それゆえ、「加害の認識である構成要件の故意は存在しても、本人図利につながる事実を表象認識していた場合には、正当化事情の認識に類似する主観的要素が存在し、この「加害の目的」が阻却されるのである」。

(58) 香城敏磨「背任罪の成立要件」阿部純二ほか編『刑法基本講座（第5巻）——財産犯論』（法学書院、1993年）265頁、木口信之「背任罪における図利加害目的の意義とその認定について」『小林充・佐藤文哉先生古稀祝賀刑事裁判論集（上）』（判例タイムズ社、2006年）454頁以下、橋爪隆『刑法各論の悩みどころ』（有斐閣、2022年）399頁以下。

(59) 大判大正3年10月16日刑録20輯1867頁。その他にも、震災によって被災した寺院の再建のために仏像を壇徒総代や主務官庁の許可なしに売却した事案において「被告人自己若ハ第三者ノ利益ヲ図リ又ハ其ノ代表スル寺院ニ損害ヲ加フル目的アリタルコト到底是認シ難」いとして図利加害目的を否定したものもある（大判大正15年4月20日刑集5巻136頁）。

銀行（Ａ）の監査役兼取締役が不十分な担保しか有せず、返済能力に欠ける会社（Ｂ、Ｃ、Ｄ）にその担保額以上の金額を融資した事案においては、「Ａ銀行の利益を図るという動機があったにしても……それは融資の決定的な動機ではなく、本件融資は、主として右のようにＢ社、Ｃ社及びＤ社の利益を図る目的をもって行われた」として図利加害目的が肯定された⁽⁶¹⁾。また、総合商社（Ｉ）の代表取締役社長が適切な債権保全措置を講ずることなく他社（Ｋ）に対して230億円の融資の実行をした事案でも、「被告人が本件融資を実行した動機は、Ｉ社の利益よりも自己やＫ社代表取締役社長の利益を図ることにあったと認められ、また、Ｉ社に損害を加えることの認識、認容も認められるのである」として図利加害目的が認定された⁽⁶²⁾。

以上の戦後の判例においても、図利加害目的の認定に、本人図利目的が存在しないことや、本人図利以外の目的が主たる動機であることが重要視されているように見える。このような図利加害目的の認定基準は、

(60) 最決昭和63年11月21日刑集42巻9号1251頁。

(61) 最決平成10年11月25日刑集52巻8号570頁。

(62) 最決平成17年10月7日刑集59巻8号779頁。

(63) 前掲注（60）昭和63年決定の調査官解説によれば、同決定が「正当である」とした原判決の立場は「本人図利の動機がないことを重視する説とも相通ずるものがありそう」と述べられている（永井敏雄「判解」最高裁判所判例解説刑事篇（昭和63年度）459頁）。また、前掲注（61）平成10年決定の調査官解説でも、「本決定の説示は……消極的動機説からは、比較的無理なく理解できるように考えられる」と評価され（木口信之「判解」最高裁判所判例解説刑事篇（平成10年度）230頁）、前掲注（62）平成17年決定の調査官解説に至っては、「消極的動機説は、判例を分析した論考において、判例理論はこのように理解できるとして唱えられるようになった見解」と述べている。また、下級審では、ある会社の取締役が返済能力のない他社に、何らの担保もつけずに融資して、自社に損害を与えた事案につき、「背任罪の第三者図利目的を認定するためには……第三者の利益を図ることについての認識・認容があり、かつ、同行為に及んだ主たる動機が本人の利益を図るためではなかったと認められることが必要であると解すべきである」としている裁判例もある（広島高裁岡山支部平成29年4月19日 LEX/DB25545815）。この裁判例の評釈として、安田拓人「図利加害目的の判断方法」法学教室447号（2017年）153頁参照。

とりわけ冒険的取引のように一定のリスクを冒して経営をする場合を処罰対象から外し、処罰範囲を適切に画する機能が認められると言われている。⁽⁶⁴⁾このように、常にリスクを伴う自由主義経済における取引から処罰に値する行為を適切に選別するための要件として図利加害目的を捉える場合、その理解は主観的違法要素としての位置付けと親和性を持つであろう。⁽⁶⁵⁾

図利加害目的を主観的違法要素と捉える場合、どのような意味でそれが法益侵害性と関連するのであろうか。図利加害目的は、「事務処理者としての裁量の範囲を逸脱したことを裏付ける任務違背徴憑機能」を有していると言われている。⁽⁶⁶⁾この任務違背性は本人との信任関係への侵害という背任罪の本質⁽⁶⁷⁾と深く関わる要件であると言えるであろう。⁽⁶⁸⁾当然、本人は事務処理者に対して本人の利益を図ってくれると期待しているので

(64) 木口・前掲注(58) 454頁、伊藤・前掲注(37) 238頁、上嶋一高『背任罪理解の再構成』（成文堂、1997年）266頁。これに対して、林幹人『刑法各論（第2版）』（東京大学出版会、2007年）277頁は、図利加害目的は処罰範囲を「拡張しようとする意思を表したものであって、犯罪を限定しようとしたものではない」とする。

(65) 香城・前掲注(58) 265頁によれば、「たとえ任務違背により故意に損害を与えた場合でも、本人（他人）の利益を図る目的で行為に出たときには違法性を否定し、背任罪を構成しないこととするのが妥当である」とされる。また、図利目的については客観的構成要件を超過するゆえに主観的違法要素であるが、加害目的については故意の特殊の要件であるとする見解として団藤・前掲注(7) 655頁以下。

(66) 松原芳博『刑法各論〔第3版〕』（日本評論社、2024年）380頁。

(67) 背任罪の本質に関して、大方の学説は背信説に従っているとされている（山口・前掲注(5) 324頁）。もっとも、権限濫用説を再評価し、「権限」の中身を法的権限のみならず、他人の財産の管理権や事務処理権限にまで拡張する見解もある（大塚・前掲注(7) 317頁、大谷・前掲注(7) 338頁、前田・前掲注(55) 292頁等）。しかし、このような見解に対しては、実質的に見て背信説と変わらないという指摘もある（西田（橋爪）・前掲注(9) 296頁）。

(68) 内田幸隆「背任罪の系譜、およびその本質」早稲田法学会誌51号（2001年）122頁以下によれば、法的権限外の行為よりも意味を広く取る趣旨で「任務に背く行為」という要件が規定された。

あるから、本人図利目的を有することなく行為に及ぶことは本人と事務処理者との間の信任関係に重要な意味を持つてくると言える。⁽⁶⁹⁾ 図利加害目的の持つ任務違背徴憑性とは、このような重大な信任関係侵害の基礎付けとして理解できるのである。

もっとも、背任罪の客観的要件である任務違背性及び財産損害性を短期的視点の下で形式的、一面的に捉えるのではなく、長期的視点の下で実質的、総合的に捉えた場合、それは図利加害目的の位置付けにも大きく影響し得るであろう。すなわち、本人に一時的な財産損害が生じたとしても、長期的に見てより大きな利益を見込んで行われる場合や対外的信用の維持といった非財産的利益なども含めて総合的に判断して、本人に実質的にみて不利益がない場合には背任罪を否定する余地がある。⁽⁷⁰⁾ まさに、冒険的取引のような場合においては、経営判断⁽⁷¹⁾として総合的に本人の利益となるように、一時的に本人に財産損害が生じる行為が行われることが是認され得るのである。⁽⁷²⁾

(69) 品田智史「背任罪における任務違背（背任行為）に関する一考察（二・完）」阪大法学59巻2号（2009年）85頁では、任務違背性判断の文脈であるが、本人の意思、目的が本罪において重視されるべきことが示唆されている。

(70) 上掲・前掲注（64）267頁以下。

(71) 「経営判断の原則」とは、「取締役が過度に萎縮することなく適切な経営判断ができるように広い裁量権を認め、「著しく不合理な点がない限り」取締役の善管注意義務（会社330条）違反にならないという原則をいう」（大塚裕史「背任罪における「任務違背行為」と「財産上の損害」」法学セミナー796号（2021年）114頁）。

(72) 例えば、最判平成16年9月10日刑集58巻6号524頁では、A信用保証協会がB銀行に対して負っている保証債務に関して、B銀行側の保証契約違反を理由としてB銀行側に免責通知を行ったが、のちにB銀行から拠出金を得るためにその免責通知を撤回したという事案において、「協会としては、（ア）本件代位弁済に応ずることにより、B銀行の負担金の拠出を受け、今後の基本財産増強計画を円滑に進めるか、それとも、（イ）B銀行からの負担金を断念しても、本件代位弁済を拒否すべきか、両者の利害損失を慎重に総合検討して、態度を決定すべき立場にある」として、「上記（ア）の立場を採ったとしても、負担金の拠出を受けると切り離し、本件代位弁済をすることが、直ちに協会役員らの任務に背く行為にあたりと速断することは、できない」と述べている。

このように、長期的な視点で実質的に本人への不利益性を考慮する場合、任務違背行為は単なる法令、契約や内部規則に違反する行為というにとどまらず、本人に実質的不利益を生じされる「許されない危険」を持っていた行為ということになるであろう⁽⁷³⁾。そして、実質的な意味で理解された任務違背性及び財産損害性に対する故意が犯罪要件になるとすれば、図利加害目的の有する機能はあまり残っていないと評価され得ることになる⁽⁷⁴⁾。それでも、図利加害目的に独自の意義を認めるために、同目的を積極的な動機あるいは意欲、確定的認識⁽⁷⁵⁾といった加重された故意として理解する見解も有力である⁽⁷⁶⁾。また、近年では任務違背を「本人の意向に反した不利益を生じさせる処分」と理解した上で、本人の意向に反する

(73) 松宮・前掲注（55）439頁。

(74) 松宮・前掲注（55）433頁以下。また、山口厚『問題探究 刑法各論』（有斐閣、1999年）204頁以下は、消極的動機説から出発しながら、本人図利目的がない場合を、本人への実質的不利益を加える認識がない場合と理解している。このような理解は図利加害目的に関する不利益性認識説と呼ばれ、同目的が欠ける場合には、故意が欠けるので実質的に同目的を不要とする見解に行き着く（橋爪・前掲注（58）401頁）。実際に、同様の発想により図利加害目的を削除する立法論として林・前掲注（64）277頁がある。

(75) 図利加害目的を積極的な動機として理解する見解として、佐伯仁志「背任罪」法学教室378号（2012年）107頁以下。積極的な意欲として理解する見解として、平川宗信「背任罪」芝原邦爾ほか編『刑法理論の現代的展開——各論』（日本評論社、1996年）247頁。確定的認識として理解する見解として伊藤・前掲注（37）290頁以下。また、任務違背性を基礎付ける事実を未必的認識していた際に、なお違法性の認識が欠ける場合に背任罪の成立を否定する点に図利加害目的の意義を見出す見解として上嶋・前掲注（64）270頁以下。

(76) それゆえ、このような立場からは信用調査や担保設定などの措置を取らずに漫然と怠慢により融資し続ける場合のように、本人利益も自己または第三者の利益にも無関心でいた場合において背任罪の成立を否定することになるであろう（佐伯・前掲注（75）107頁。この場合に図利加害目的ではなく任務違背性を否定する見解として林・前掲注（64）276頁）。逆に消極的動機説からはこの場合において本人図利目的が存在していないので背任罪が成立することになる。このような帰結に対してはこのような結論は処罰範囲拡大の可能性や文言の解釈の妥当性の観点から批判を受けている（伊藤・前掲注（37）286頁）。なお、すでに見たよう

認識はあるが、なお本人利益のために行爲に出た場合に図利加害目的を否定する見解も存在する⁽⁷⁷⁾。いずれにしても、これらの見解においては、任務違背行爲及び財産損害性の中で信任関係侵害に関する評価が実質的に尽くされているので、図利加害目的は責任加重の要件とするのが自然であろう⁽⁷⁸⁾。

図利加害目的を責任要素として捉える場合、加害目的に関しては、加重された故意責任と理解すれば良いが⁽⁷⁹⁾、図利目的については故意とは重ならないので、なぜ図利目的が責任加重の要素となり得るのかを検討する必要がある。そこで図利目的によって背任行爲を行った場合の行爲者の心情を形式化すると、以下のような格率となるであろう。「自己または第三者の利益を図るためならば、本人との信任関係に違反して本人に実

に図利目的に関しては自己保身目的でもよいのであるから、本人加害の点について未必的な認識であってもほとんどの場合において図利目的が認められることになり、やはり図利加害目的の有する処罰範囲の限定機能はほとんど認められないと評価があり得るであろう（松宮・前掲注（55）445頁）。

- (77) 品田・前掲注（56）54頁以下。例えば、投資を依頼された受託者が、投資リスクを回避するために、本人から依頼された投資とは別のリスクの低い投資を行い、結果として本人に財産的損害を負わせてしまったという事例において、本人の意向に反する投資を行っているので、任務違背性は否定されないが、本人の利益を図る目的であったことから図利加害目的を否定すべきであるとしている。もっとも、同時に図利加害目的は安易に本人の利益を図る動機があれば否定されるものではなく、行爲者の選んだ行爲の経済的合理性などを考慮した上で本人の利益を図ることが当該措置を選択させる契機となっている場合のように同目的が否定される場面はごく限られているとされる。
- (78) 平川・前掲注（75）247頁は同目的を責任要素として明確に位置付けるが、佐伯・前掲注（75）108頁に関しては同目的を責任要素とは明言しないものの、心情要素であると述べている。なお、消極的動機説を基本的に妥当とする山口・前掲注（74）205頁も図利加害目的の欠如を故意責任の欠如の観点から捉え、同様に品田・前掲注（56）55頁も図利加害目的の欠如を「本人のために経済合理性を追求したことを根拠とする一種の特別な責任阻却」と理解している。
- (79) この加重された故意においては、本人に対する強い敵対的心情が現れていると解するべきであり、その心情は特に非難すべきであると考えられる。

質的不利益を加えても良い」。この格率において行為者は本人の利益よりも自己や第三者の利益を優先する価値態度が現れているのであり、これは本人の利益を尊重するように要求する法の立場から大きく逸脱したものであると言えるであろう。

以上のように、図利加害目的については、冒険的取引のような場面において処罰範囲を画する機能を認める場合には、主観的違法要素としての位置付けが親和的であり、逆に処罰範囲の画定はむしろ任務違背性や財産損害性といった客観的要件に委ねるのであれば、責任要素（心情要素）としての位置付けが親和的であるように思われる。本稿では、図利加害目的の意義をどのように考えるのか、そしてどのように体系的に位置付けるべきかについて最終的な結論は保留しておきたいが、体系的に位置付けに関する議論はここでも共犯論において重要な意味を持つ可能性がある⁽⁸⁰⁾。

すなわち、一般論として図利加害目的が違法要素であるならば、共犯者は正犯者の目的を未必的にでも認識していれば可罰性にとって十分となる。これに対して、責任要素と理解するならば、個人責任主義の観点から、責任要素は個別的に作用しなければならないのであるから、正犯者がこの要素を有しており、共犯者がこれを未必的に認識しているだけでは背任罪の可罰性にとって不十分であり、正犯者にも共犯者にも当該目的が備わっていなければならないことになる⁽⁸¹⁾。

もっとも、具体的な事例において以上の一般論がどのような実益を持

(80) 背任罪の共犯に関する文献として、内田幸隆「背任罪の共犯——不良融資における借り手の刑事責任——」季刊企業と法創造5号（2005年）27頁以下、上田正和「対抗的取引と特別背任罪の共犯」大宮ローレビュー3号（2007年）5頁以下、橋爪隆「背任罪の共犯の成立について」現代刑事法研究会研究報告集第1号（2011年）35頁以下、設楽裕文「特別背任罪の共同正犯」日本法学82巻2号（2016年）99頁、関哲夫「不正融資における借手の刑事責任——事実的対抗犯説の提唱——」（成文堂、2018年）参照。

(81) 松原・前掲注（66）380頁脚注（20）。

ち得るのかについては、なお検討の必要があるであろう。よく背任罪で問題となるのは、例えば、経営難に陥った経営者が金融機関の融資担当者が無理な融資を迫る時に、融資担当者が任務違背行為を行なって融資をしてくれるかもしれないと期待していた場合に、その経営者に背任罪の共犯が成立し得るのかという問題である⁽⁸²⁾。このような場合に、共犯者側の主観面が存在することを重視しているように見える判例もあるが⁽⁸³⁾、融資を申込む側は間違いなく自己図利目的を有しているのである。したがって、図利加害目的が共犯者側において何か実践的に重要な役割を果たし得るのかについては今後の検討課題としてなお検討しなければならないであろう。

第３節 破壊活動防止法における「政治目的」

本章第１節及び第２節では利欲的性質を持った目的が問題となっていたが、それ以外の目的も心情要素として問題となり得る。ここでは、破壊活動防止法（以下、破防法）39条以下で規定されている「政治上の主義若しくは施策を推進し、支持し、又はこれに反対する目的」（政治目的）

(82) 松宮孝明『先端刑法各論』（日本評論社、2021年）162頁以下で紹介された事例。

(83) 不正融資における背任罪の共犯に関して、共犯者の主観面を重視しているように思われる裁判例については、関・前掲注（80）30頁以下参照。最高裁の判例でも最決平成15年２月18日刑集57巻２号161頁では、融資担当者の任務違背、本人の財産上の損害について被告人（借手）が高度の認識を有していること及び、融資担当者の第三者図利目的を被告人が認識していることに言及されている。なお、この事件の第１審では共犯者における図利加害目的が認定され（東京地判平成11年５月28日刑集57巻２号210頁）、その認定は第２審以降でも是認された（東京高判平成12年７月12日刑集57巻２号271頁）。また、最決平成17年10月７日刑集59巻８号1108頁でも、共犯者が事務処理者の任務違背性及び本人への損害発生を「十分に認識していた」と述べている。なお、この事件の第１審でも共犯者の図利加害目的が認定されており（大阪地判平成13年３月29日刑集59巻８号1170頁）、こちらも第２審以降で維持された（大阪高判平成14年10月31日刑集59巻８号1307頁）。

を取り上げていくことにする。

破防法とは1952年に制定された、治安維持を目的とした法律である。それまでの治安立法は、占領軍によるポツダム命令⁽⁸⁴⁾によって担われていたが、サンフランシスコ平和条約によって占領軍が撤退した後にこれらの命令は失効し、その間隙を狙って暴力的活動が激化することが見込まれた。破防法はこれに対する法的措置としての趣旨で設けられたものであった⁽⁸⁵⁾。実際に、当時の日本では「日本国憲法の保障する国民の自由と権利を濫用して国家の政治的基本組織を暴力をもって破壊することをおおきく若しくはそそのかす言動が行われ、又はその暴力的破壊の正当性若しくは必要性を主張する文書を印刷頒布する事例の存するのみならず、武器、凶器その他の危険物を使用するゲリラ戦法や集団的暴力により治安機関等を襲撃するような未だ嘗て例を見ない不詳事件が全国各地に続出を見るに」⁽⁸⁶⁾至っていた。

それゆえ、破防法1条で、本法の目的として、「公共の安全の確保」が

(84) ポツダム命令とは、終戦直後の1945年9月20日に大日本帝国憲法8条1項に基づいて発布された「「ポツダム」宣言ノ受諾ニ伴ヒ發スル命令ニ關スル件」の通称である。

(85) 関之／佐藤功『逐条破壊活動防止法の解釈』（学陽書房、1952年）2頁、末川博監修「破壊活動防止法逐条解説」『破壊活動防止法——逐条解説と総批判——（別冊 法律時報）』（日本評論社、1952年）1頁。明治時代からの我が国の治安立法の沿革については、真田秀夫『破壊活動防止法の解説』（時事通信社、1952年）13頁以下参照。

(86) 神山欣治『破壊活動防止法解説』（立花書房、1952年）1頁以下。破壊活動防止法案の提出理由に関する詳細については、「衆議院法務委員会における提案理由説明〔木村国務大臣〕同補足説明〔吉河政府委員〕」『破壊活動防止法——逐条解説と総批判——（別冊 法律時報）』（日本評論社、1952年）199頁以下参照。なお、破防法成立時期における暴力的破壊活動の実態については、例えば警察署、税務署、特審局、検察局等に対する集団的襲撃暴行事件が1951年12月に24件、1952年1月に7件、2月に41件、3月に92件発生しており、鉄道妨害事件が1951年11月に557件、12月に514件、1952年1月に464件、2月に472件発生しているとされる（関之『破壊活動防止法解説』（新警察社、1952年）5頁以下参照）。

挙げられている。この「公共の安全」とは、「日本国憲法のもとにおける国家統治の基本組織並びに基本的な政治方式、言いかえれば国家社会の基本的な秩序が平穩に維持されることを言う」とされ、「これがなければ民主主義の健全なる発達を望むことはできない」と理解された⁽⁸⁷⁾。まさに、この「公共の安全」が破防法38条以下に定められた刑罰規定の保護法益であるならば、この保護法益は内乱罪の保護法益とかなり類似してくるであろう⁽⁸⁸⁾。実際、破防法4条1項1号の（イ）において「暴力主義的破壊活動」として、真っ先に刑法77条内乱罪が挙げられており、その他その予備や陰謀（78条）、幫助（79条）が規定されている。また、判例によれば、内乱罪も「国家ノ基本的政治組織」、ここでは日本国憲法による憲法秩序⁽⁹⁰⁾を破壊する犯罪であるとされており、破防法の保護法益との高い共通性がうかがえる。つまり、破防法は内乱に代表されるような「国家社会の安全にとり最も危険である暴力主義的な活動」を防止しようとする性格を持ち、それゆえ破防法における刑罰規定は予備、陰謀を規定しているほか、独立教唆やせん動といった行為類型をも予定しており、法益侵害よりもかなり前段階の行為を処罰範囲としているのである。

以上で見たように、破防法の刑罰規定は明らかに政治犯罪としての性質を有していることが分かる⁽⁹²⁾。したがって、この破防法において、すでに政治犯的性質が明らかな内乱及び外患誘致に関連する犯罪を除いて、

(87) 『第十三回国会衆議院法務委員会議録第四十三号』（1952年）5頁〔吉河光貞政府委員発言〕。

(88) 小野坂弘「破壊活動防止法」伊藤榮樹／小野慶一／莊子邦雄『注釈特別刑法第三卷』（立花書房、1988年）787頁、安里全勝「破壊活動防止法の考察」山梨学院大学法学論集36巻（1996年）5頁。

(89) 大判昭和10年10月24日刑集14巻1267頁。

(90) 内田文昭『刑法各論（第3版）』（青林書院、1996年）596頁。また団藤・前掲注（7）12頁によれば、内乱に関する罪は、基本的人権としての政治的自由に対する重大な脅威となるとしている。

(91) 関之編『破壊活動防止法とその運用』（新日本経済社、1952年）10頁以下〔関之執筆箇所〕。

殺人や放火などの犯罪行為は政治目的で行われることによって、「暴力主義的犯罪行為」と認められることになる（破防法4条1項2号）。もっとも、先述の通り、破防法では予備、陰謀、独立教唆、せん動という行為も処罰対象となるので、政治的な主義主張それ自体が処罰の対象となるのではないかと、という疑念が生じることになるであろう。⁽⁹³⁾ 実際、破防法の制定の際には国会の内外から大きな反発があり、破防法案に反対するため多くのストライキやデモ活動が行われたのであった。⁽⁹⁴⁾ そこで、破防法2条では、「この法律は、国民の基本的人権に重大な関係を有するものであるから、公共の安全の確保のために必要な最小限度においてのみ適用すべきであって、いやしくもこれを拡張して解釈するようなことがあってはならない」としてあえて解釈適用に関する規定まで設けている。

(92) 団藤・前掲注(7) 26頁。また、牧野英一「破壊活動防止法案について」警察研究23巻7号(1952年)5頁以下では、破壊主義は密接に思想と結びついており、「その思想が団体という事相の間に展開せられ、更に現実化せられつつある」と述べられている。

(93) 例えば、瀧川幸辰「人権無視の悪法」『破壊活動防止法——逐条解説と総批判——（別冊 法律時報）』（日本評論社、1952年）114頁では、「このように犯罪の成立を無制限にひろげることは、憲法の保障した思想、宗教、集会、結社、学問の自由や労働者の団結権、団体行動権の行為をおびやかすおそれが大きい」と述べられている。さらに、当時の日弁連会長も「教唆や煽動を独立犯としたことはこの法案の特色らしいが実に危険というべきだ。少くとも煽動を削除しなければ進歩的学者の言動や、憂国の士の直言など聞かれないことになり、或いは筆禍、舌禍の徒が巷に満つるの不祥事を招来しないと限らない」と述べて破防法の危険性について警鐘を鳴らしていた（長野国助「破壊活動防止法に対する意見」法律のひろば5巻7号(1952年)13頁）。また、君塚正臣「ブランデンバーク・テストもしくは「明白かつ現在の危険」基準——渋谷暴動事件再考、そしてヘイトスピーチ——」横浜国際社会科学研究所21巻4・5号(2017年)15頁では、日本の扇動罪規定は法令違憲である恐れが大であるとされている。

(94) 破防法制定過程における反対闘争については、宮内裕『戦後治安立法の基本的性質』（有信堂、1960年）3頁以下参照。国会内での賛成議員及び反対議員については「『破壊活動防止法』賛否議員一覧表」『破壊活動防止法——逐条解説と総批判——（別冊 法律時報）』（日本評論社、1952年）231頁以下。

また同３条でも「この法律による規制及び規制のための調査は、第一条に規定する目的を達成するために必要な最小限度においてのみ行うべきであって、いやしくも権限を逸脱して、思想、信教、集会、結社、表現及び学問の自由並びに勤労者の団結し、及び団体行動をする権利その他日本国憲法の保障する国民の自由と権利を、不当に制限するようなことがあってはならない」（第１項）、「この法律による規制及び規制のための調査については、いやしくもこれを濫用し、労働組合その他の団体の正当な活動を制限し、又はこれに介入するようなことがあってはならない」（第２項）として規制の際の注意点もあえて明記しているのである。

このように、破防法を公共の安全の確保のために必要最小限度の運用に制限するために、判例は「明白且現在の危険」⁽⁹⁵⁾という書かれざる要件を要求することがある。⁽⁹⁶⁾すなわち、そこでは、破防法における刑罰規定が適用されるためには「内乱実行の気運が熟し僅かの刺激によつて触発すべき情勢にあるとき」⁽⁹⁷⁾や、「その目的とする犯罪が、すでに単なる研究討議の対象としての域を脱し、きわめて近い将来に実行に移され、または移されるような緊迫した情況にある」⁽⁹⁸⁾ことが必要とされるのである。破防

(95) 釧路地裁昭和29年9月15日判時36号3頁。

(96) 「明白かつ現在の危険」原則については、宮内・前掲注（94）17頁以下、君塚・前掲注（93）1頁以下、青木英五郎「明白且つ現在の危険の法則——破防法に関連して——」自由と正義3巻10号（1952年）2頁以下、久保田きぬ子「「明白且つ現在の危険」の原則小論」国家学会雑誌70巻6号（1956年）1頁以下、清水睦「「明白にして現在の危険」原則の適用について」法学新報66巻11号（1959年）1223頁以下、金尚均「ヘイト・スピーチ規制における「明白かつ現在の危険」——刑法からの視点——」龍谷政策学論集4巻2号（2015年）79頁以下など参照。

(97) 津地裁昭和30年2月28日判時48号3頁。また、最高裁大法廷においても新潟県公安条例の合憲性に関して、「公共の安全に対し明らかに差し迫った危険を及ぼすことが予見されるとき」には「行列行進又は集団示威運動」を「許可せず又は禁止することができる旨の規定を設けることも、これをもつて直ちに憲法の保障する国民の自由を不当に制限することにはならない」と述べられている（最大判昭和29年11月24日刑集8巻11号1866頁）。

(98) 東京地判昭和39年5月30日下刑集6巻5・6号694頁。

法における政治目的もこのような文脈に位置づけられるであろう。ここでの政治目的とは、「資本主義、社会主義、共産主義、議会主義、独裁主義、無政府主義、国際主義、民族自決主義というように、政治によって実現しようとする、比較的、基本的、恒常的、一般の原則⁽⁹⁹⁾」を推進、支持または反対する目的として理解されており、行為の危険性に関わる要素であるとされている。すなわち、「およそ、政治目的をもってなされる行為は、組織的団体とのつながりの度合には濃淡があるにしても、現実には必ずなんらかの組織的団体との活動の一部分としてなされるものである。なぜならば政治目的は一個人では達成されるものではなく、組織的大衆運動を通してはじめて実現されるものであるからである⁽¹⁰⁰⁾」。つまり、ここでの政治目的は破防法における刑罰規定の適用を公共の安全にとって重大な危険性を発生させる行為に限定するための要素として理解し得るであろう。

しかし、政治的なテロ行為は必ずしも団体としてなされるとは限らず、突発的な単独犯によるものや、被煽動者や被教唆者に政治目的を秘して行われるもの⁽¹⁰¹⁾も十分に考え得るのであるから、上記の根拠づけにはなお疑問が残る。むしろ、破防法における犯罪行為が単に秩序を乱し、治安を悪化させるだけでなく、民主主義という政治体制そのものへの攻撃で

(99) 『第十三回国会衆議院法務委員会議録第四十四号』13頁〔関政府委員発言〕。

(100) 末川監修・前掲注(85)14頁。また、最判平成2年9月28日刑集44巻6号463頁によれば、「政治目的でのせん動は、政治目的のないせん動に比し、被せん動者によりなされる実行行為が大規模でかつ反復してなされる可能性が高く、更に、政治目的達成のための暴力行使は、単なる暴力の行使の場合と異なり、憲法が前提とする民主主義秩序そのものを否定することになる点で違法性が強い」ことになる。

(101) 神山・前掲注(86)152頁以下では、政治目的を持つてする行為は「組織性、計画性を有し、且つ伝播性を帯び易く公共の安全に対する影響力も他と比較して大と申さねばならない」と述べている一方で、「被教唆者又は被せん動者の放火、殺人等の行為がかかる目的をもってなされることを要するものではない」（傍点ママ）と述べている。

あるという文脈の中に政治目的を積極的に位置付けていくべきである。⁽¹⁰²⁾すなわち、日本国憲法の中で民主主義は「国民主権」という言葉で表されるが、これは国政の最終的決定権限が国民自身に存すること意味している。⁽¹⁰³⁾そして、このような民主主義にとって最も重要なのはやはり「思想・良心の自由」⁽¹⁰⁴⁾（憲法19条）であろう。「思想・良心の自由」があつて初めて、国民は主体的に政治に参加することが可能となるのである。つまり、「思想・良心の自由」が侵害される場合、民主主義の根本的な基盤が害されるということが出来る。そして、そのような場合として、他者から暴力的に特定の思想を強制される場合が考えられるであろう。すなわち、破防法における政治目的での犯罪行為は特定の人あるいは不特定多数人に対して自身の政治的主義主張を強制するような行為であり、そこにおいて政治目的は民主主義という政治体制への攻撃それ自体を基礎付ける重要な違法要素であると言えるのである。⁽¹⁰⁵⁾以上のような意味で、「いやしくも暴力を手段として政治目的を達成せんとするがごときは、民主政治の基礎を破壊し去るもの」⁽¹⁰⁶⁾と理解しなければならない。

以上のようにここでの政治目的を違法要素と理解するならば、例えば

(102) 『第十三回参議院会議録三十一号（その二）』（1952年）1頁〔木村篤太郎国務大臣答弁〕において、「集団暴力を手段として政治目的を貫徹せんとするがごときは民主政治の基礎を破壊し去るものでありまして、断じて許すべからざるところであると考えております」と述べられている。

(103) 木下智史ほか編『新・コンメンタール憲法〔第2版〕』（日本評論社、2019年）19頁〔大河内美紀執筆箇所〕。なお、国民主権の具体的な内容に関する議論については、同書435頁以下〔只野雅人執筆箇所〕参照。

(104) 木下ほか編・前掲注（103）198頁〔木下智史執筆箇所〕によれば、「日本社会の民主主義化には、思想の自由の確立が不可欠の一步と考えられた」。また、長谷部恭男編『注釈日本国憲法（2）——国民の権利及び義務（1）§10～24——』（有斐閣、2017年）265頁〔駒村圭吾執筆箇所〕も「思想・良心の自由」は「他の精神的自由権にとっての「母法」、「基礎法」であると同時に「客観法的原则」として機能するとしている（271頁以下参照）。

(105) ここでの政治目的は暴力行為の意味に関わるので、「意味を付与する目的犯」に分類される。

ある政治目的を持って騒乱（刑法106条）を扇動する者を、その政治目的に興味はないが（報酬をもらうなどして）事情を知らながらこれを手伝った場合を、破防法40条によって処罰し得るであろう。

第4節 ストーカー規制法における「恋愛感情等充足目的」

ストーカー行為等の規制等に関する法律（以下、ストーカー規制法）2条1項柱書において、「つきまとい等」という文言が定義づけられているが、そこでは「特定の者に対する恋愛感情その他の好意の感情又はそれが満たされなかったことに対する怨恨の感情を充足する目的」（以下、恋愛感情等充足目的）が要件となっている。ここではこの恋愛感情等充足目的が犯罪論において占める体系的位置付けについて検討していく。

ストーカー規制法は、1999年の女子大生ストーカー殺人事件をきっかけにして、2000年に成立した法律である。実際に、当時はつきまとい事件⁽¹⁰⁷⁾の相談件数が急増しており、大きな社会問題となっていた。しかし、つきまとい行為それ自体は処罰対象ではなく、このような行為に対する法規制を求められたのである。⁽¹⁰⁸⁾誕生したストーカー規制法では、ストーカー行為は相手方を著しく不安にさせるとともに、殺人等の凶悪事件に

(106) 法務府特別審査局監修「破壊活動防止法逐条解説」時の法令解説臨時増刊67号（1952年）9頁。

(107) 山田秀雄ほか編『セクシュアル・ハラスメント ストーカー規制法解説』（三省堂、2001年）128頁〔安富潔執筆箇所〕によれば、警察に対するつきまとい相談件数が1997年には6134件、1998年には6032件、1999年には8021件、2000年には11543件となっている。

(108) ストーカー規制法の成立過程については、山田ほか編・前掲注（107）126頁以下〔安富潔執筆箇所〕、檜垣重臣「「ストーカー行為等の規制等に関する法律」の概要」警察公論55巻8号（2000年）26頁以下、有馬健二「「ストーカー行為等の規制等に関する法律」の制定について」警察時報55巻9号（2000年）45頁以下、長村順也「「ストーカー行為等の規制等に関する法律」の概要」捜査研究585号（2000年）9頁以下、安倍哲夫「ストーカー規制法とDV防止法をめぐって」判例時報75巻2号（2003年）67頁以下等参照。

発展する恐れがあるものとされ、このような危険なストーカー行為を規制することで、「個人の身体、自由及び名誉に対する危害の発生を防止し、あわせて国民の生活の安全と平穩に資すること」（１条）を目的としているのである。

2000年当初、ストーカー規制法の規制対象である「つきまとい等」とは、つきまとい、待ち伏せ、進路妨害、通常所在する場所における見張りまたは押しかけ（２条１項１号）、行動監視の告知（２号）、面会、交際の要求（３号）、著しく粗野な言動（４号）、無言電話、連続的な電話またはファックス（５号）、不快物送付（６号）、名誉侵害の告知（７号）、性的羞恥心侵害の告知等（８号）であった。そして、ストーカー行為として処罰される行為は以上の「つきまとい等」が同一の者に対して、その身体や自由等に著しく不安を覚えさせる方法で、繰り返し行われる場合であるとされた（２条旧２項、旧３条及び旧１３条）。

以上のような立法にもかかわらず、2011年12月に長崎県西海市で、2012年11月には神奈川県伊豆市でストーカー殺人事件が発生し、ストーカー事案の認知件数も2012年にストーカー規制法施行以降で当時過去最多（19920件）⁽¹⁰⁹⁾となっていた。そこで2013年改正によって電子メールの送信行為が規制対象に追加される（２条１項５号）などの措置が講じられたものの、ストーカー相談件数は増加し続け、2014年にはストーカー規制法制定以降で当時最多となる22823件もの相談があった⁽¹¹⁰⁾。そして、2016年にストーカー規制法はさらに改正され、「つきまとい等」として新たに、通

(109) 有馬・前掲注（108）47頁。

(110) 2000年から2012年までのストーカー事案の認知件数の推移については、田中奈緒美「ストーカー行為等の規制等に関する法律及び配偶者からの暴力の防止及び被害者の保護に関する法律の一部改正について」月刊警察366号（2014年）147頁参照。

(111) 2000年から2015年までのストーカー事案に関する相談件数の推移については、高野磨央「「ストーカー行為等の規制等に関する法律の一部を改正する法律」について」月刊警察401号（2017年）141頁参照。また、ストーカー事件の検挙件数やその内訳等については、142頁参照。

常所在する場所における「うろつき行為」（2条1項1号）、SNSの連続送信行為（5号）、性的羞恥心を害する電磁的記録の送付（8号）⁽¹¹²⁾が規定された。そして、自動車にGPSを取り付ける事案をきっかけに2021年にも⁽¹¹³⁾改正がなされ、⁽¹¹⁴⁾上述の「通常所在する場所」に加え、現に所在する場所が加えられ（2条1項1号）、連続文書送付行為（5号）や、GPS等を用いた位置情報無承諾取得等も規制対象となった（旧3項）。さらに2025年12月には紛失防止タグを悪用した位置情報無承諾取得行為も規制対象となっている（現3項2号）。

以上の立法の経緯からして、ストーカー規制法はつきまといの被害者の保護に重点を置きながら、改正されてきたことは明らかであり、またストーカー規制法1条の目的からしても、被害者の個人的法益が本法によって保護されているという理解は自然であろう。⁽¹¹⁵⁾すなわち、その見解では、ストーカー規制法は「個人の身体（生命を含む）、自由、名誉および生活の平穩」⁽¹¹⁶⁾、「被害者の不安感」⁽¹¹⁷⁾、「被害者個人の日常生活を安全且つ

(112) 性的羞恥心を害する電磁的記録の送付に関しては、確認的な規定であって、新たな行為類型を規制したわけではない（「ストーカー行為等の規制等に関する法律の一部を改正する法律」法令解説資料総覧425号（2017年）16頁）。

(113) 最判令和2年7月30日刑集74巻4号476頁。

(114) 2021年ストーカー規制法改正の経緯や新たな規制の趣旨については、小野部耕治「令和3年ストーカー規制法改正について」警察学論集75巻1号（2022年）1頁以下、渡邊一郎「ストーカー行為等の規制等に関する法律の一部改正について——いわゆる位置情報無承諾取得等の規制——」警察学論集75巻1号（2022年）12頁以下、堂原みなみ「ストーカー行為等の規制等に関する法律の一部改正について——現に所在する場所の付近における見張り等の規制等——」警察学論集75巻1号（2022年）25頁以下、作本怜一「ストーカー行為等の規制等に関する法律の一部を改正する法律（令和3年法律第45号）」自由と正義73巻6号（2022年）72頁以下、深町晋也「令和3年ストーカー規制法改正の意義と今後の課題——刑事立法学の一局面として——（上・下）」法律時報94巻9号（2022年）97頁以下、同94巻10号（2022年）80頁以下など参照。

(115) ストーカー規制法の保護法益に関する諸見解については、亀田悠斗「ストーカー行為罪に関する一考察（一）」阪大法学69巻5号（2020年）235頁、245頁以下参照。

平穩に形成していく権利⁽¹¹⁸⁾という被害者個人の利益を保護しているとされる。これに対して、社会的法益を保護法益として捉える見解もあり、それによれば、「国民生活の安全と平穩に資する」こともまたストーカー規制法の目的となっていることから、本法に「単純に個人に帰するものではない社会的法益を保護する機能」を認めることができるとされるのである⁽¹¹⁹⁾。しかし、ここでの社会的法益の内容は明らかでなく、「社会一般の安心感」として理解したとしても、個人ではなく、社会全体が抱く安心感というものを観念できるのか、観念して良いのか、について疑義が生じるであろう⁽¹²⁰⁾。

ここでは、通説通りストーカー規制法の保護法益を個人的法益と理解しておくことにする。もっとも、その個人的法益の内容をどのように理解するのかについては今後の検討に期することとしたい。以下では、いずれかの理解において、恋愛感情等充足目的が主観的違法要素として位

(116) 深町・前掲注 (114) 84頁、瀬川晃「ストーキングと刑事規制」産大法学34巻3号（2000年）117頁。

(117) 亀田・前掲注 (115) 254頁、秋山紘範「判批」法学新報121巻3・4号（2014年）318頁、滝谷英幸「ストーカー行為罪について」名城法学75巻1号（2025年）26頁以下。

(118) 佐野文彦「ストーカー行為罪に関する解釈論と立法論の試み」東京大学法科大学院ローレビュー10号（2015年）14頁。

(119) 長岡範泰「ストーカー規制法について」法学ジャーナル74号（2003年）415頁。また、海老澤侑「ストーカー規制法の「見張り」の意義」杏林大学研究報告38号（2021年）51頁は、ストーカー規制法1条の「国民の生活の安全と平穩」という文言は「市民一般を保護するもの」を意味するとしている。

(120) 四條北斗「ストーキングに対する構成要件の正当化ないし正統性について——Kristian Kühlの見解を中心に——」東北学院法学75号（2014年）140頁以下では、「社会一般の安心感のようなもの」を保護法益と捉える場合、「それに対しては、『国民の生活の平穩』が不特定多数人の生命・身体・自由等の危険に還元されない『安心感』であるとするれば、その法益としての適格性は疑わしく、これを保護しようとする法律は象徴立法に墮するおそれがある」との指摘が妥当だろうと述べられている。

置付けられ得るのか、それとも責任要素に位置付けられなければならないのかについて検討していく。

まず、恋愛感情等充足目的の内容を確認していくと、「好意の感情」とは、「好きな気持ち、親愛感のこと」とされている。もっとも、それを「充足する目的」がなければならないので、「相手がそれにこたえて何らかの行動をとることを望むもの」として理解しなければならない。⁽¹²¹⁾そして、「怨恨の感情」とは、「特定のものに対して抱いた好意の感情が満たされなかったために生じた怨恨の感情」であり、「当初は好意の感情を抱いていたことが必要となる」⁽¹²²⁾。では、以上の恋愛感情等充足目的がなぜ規定されたのであろうか。それは、第一に「つきまとい等」の行為態様は恋愛感情等に基因するものがほとんどであり、⁽¹²³⁾国民に対する規制の範囲を最小限にし、マスコミ活動、組合活動等が規制の対象とならないようにするためであるとされている。

このうち、つきまとい等の行為態様が恋愛感情等に基因することが多いことをもって、恋愛感情等充足目的が被害者の個人的法益にとってより高い危険性を基礎付けるとすることで、同目的を主観的違法要素に位

(121) 『第百四十七回国会参議院地方行政・警察委員会会議録第十号』（2000年）6頁〔松村龍二議員（草案提案者）発言〕。なお、このような理解に対して、疑問を呈する見解として四条北斗「ストーカー規制法2条1項柱書の「恋愛感情等充足目的」の犯罪構成要件としての明確性」大阪経大論集69巻6号（2019年）130頁以下も参照。

(122) 檜垣重臣「「ストーカー行為等の規制等に関する法律」について」警察学論集53巻7号（2000年）83頁。

(123) ストーカー規制法研究会編（檜垣重臣監修）『ストーカー規制法ハンドブック～逐条解説から実務参考資料まで～』（立花書房、2024年）22頁。それによれば、1997年1月から1999年6月までの間に各都道府県警察が受理したつきまとい事案のうちで、社会通念上悪質であるものの検挙措置を講ずることができなかったものとして警察庁に報告された822件を調査した結果のうち、動機が判明しているものが699件あり、そのうち交際希望または性的な関心を理由とするものが590件（88.2%）となっていた。

置付ける方法が考えられる。⁽¹²⁴⁾これに対しては、正当に指摘されているように、「当時、恋愛のもつれに基因するストーカー事案がマスコミで取り上げられ、社会問題化していた状況において、ストーカー＝恋愛のもつれによるもの、という認知バイアスが相談者、受理者の双方にはたらいっていた可能性は否定できない」ほか、実際に恋愛感情等充足目的によるつきまとい件数が多いとしても、そのこと自体が危険性の高さを即座に裏付けるわけではないであらう。⁽¹²⁵⁾さらに、恋愛感情充足目的は、予備罪などの目的犯とは異なり、「構成要件該当結果に向けられたものでもなければ、当該犯罪の予定するつきまとい等の法益侵害構造若しくは当該犯

(124) 例えば、永井紹裕「ストーカー規制法2条1項の「目的」該当性および同項1号「見張り」該当性について」法律時報90巻11号（2018年）129頁では、「ストーカー行為が実態として恋愛感情等に基因するものがほとんどであるということからすれば、恋愛怨恨感情を充足する目的で、つきまとい等を行う場合……相手方の生命、身体や自由等に対する危険に発展する可能性が高いと考えられる」と述べられている。また、四條北斗「ストーカー行為罪における「恋愛感情等充足目的」の要件について」法政論叢59巻2号（2025年）37頁でも同目的を行為者の主観的傾向を示す要素として傾向犯に位置付けている。

(125) 櫻庭総／大場史朗「法益関連性なき目的犯——価値中立的目的犯とその実態法、手続法上の問題点——」山口経済学雑誌66巻6号（2018年）117頁以下。さらに、119頁によれば、ストーカー規制法の合憲性を認めた最判平成15年12月11日刑集57巻11号1147頁も、恋愛感情等充足目的によってより高い危険性が基礎づけられるとは理解していない。すなわち、その判旨によれば、「恋愛感情その他好意の感情等を表明するなどの行為のうち、相手方の身体的安全、住居等の平穏若しくは名誉が害され、又は行動の自由が著しく害される不安を覚えさせるような方法により行われる社会的に逸脱したつきまとい等の行為を規制の対象とした上で、その中でも相手方に対する法益侵害が重大で、刑罰による抑制が必要な場合に限り、相手方の処罰意思に基づき刑罰を科すこととしたものであり、しかも、これに違反した者に対する法定刑は、刑法、軽犯罪法等の関係法令と比較しても特に過酷ではないから、ストーカー規制法による規制の内容は、合理的で相当なものであると認められる」。この判旨において恋愛感情等充足目的は行為の危険性を基礎付ける要素、すなわち規制範囲を制限するための要素として位置付けられていない。むしろ、そのような目的を表現する行為は、危険性を基礎付けるその他の要素によって制限されるところの、出発点として位置付けられているのである。

罪を特徴づける状況とも無関係である⁽¹²⁶⁾」。それゆえ、恋愛感情等充足目的によって何か危険性が基礎づけられるとしても、それは「実質的には将来殺人等の重大犯罪を犯すかもしれないという行為者の危険な性格・傾向性の発露であるに過ぎないといえよう⁽¹²⁷⁾」。このように行為者の傾向性に着目して可罰性を基礎付けることは、第2章第2節第3款で見たような心情刑法へと陥るであろう。

また、つきまとい等の行為を認識する被害者の安心感に着目した見解に立脚して、恋愛感情等充足目的を法益侵害と関連づける方法も存在する。この見解によれば、恋愛感情等充足目的という「行為者の主観的事実は、それが被害者にとって認識可能である場合にはじめて、「日常生活を送るにあたり必要不可欠な個人の安心感」に直接的な影響を及ぼしうる」のであり、加えて、「恋愛感情をはじめとする行為の感情やそれが満たされなかったことに対する怨恨の感情がストーキングの動機となっている場合にはストーカー行為が継続され、さらにエスカレートする可能性が高いということが広く認知されている、すなわち、潜在的被害者にも知られているであろうことを考慮すれば、恋愛感情等の充足が動機となっていることが被害者の知りうる状態にあるという自体は、前記個人の安心感に係るといえる⁽¹²⁸⁾」。

確かに、ストーカー規制法3条は「つきまとい等」及び「位置情報無承諾取得等」によって相手方に不安を覚えさせる行為を禁止しており、その「つきまとい等」及び「位置情報無承諾取得等」の定義の中に恋愛感情等充足目的を位置付けている。この法律の構造上、同目的を禁止さ

(126) 金澤真理「行為の動機と犯罪の目的」山形大学法政論叢41・42号（2008年）48頁。

(127) 亀田・前掲注（115）246頁。ストーカー行為者の性格的特徴や分類については、守山正「現代社会とストーキング」守山正編『ストーキングの現状と対策』（成文堂、2019年）10頁以下参照。

(128) 亀田悠斗「ストーカー行為に関する一考察（二・完）」阪大法学69巻6号（2020年）297頁。

れるべき違法行為の要件に位置付ける方が自然な解釈であることは否定できない。また、つきまとい等のうちメールや電話、SNS などによる連絡行為などにおいては、恋愛感情等充足目的が被害者にとって明確になっていると言えるであろう。

しかし、例えば「見張り」⁽¹²⁹⁾などの行為においては、どのような動機でなされているのか被害者にとって不明確な場合もあるであろう。そのような場合においては、何の目的でなされているのか不明確であることによっ

(129) 「見張り」という行為類型も、個人の安心感をストーカー罪の保護法益とする場合には、被害者がその行為を認識する可能性を前提としていなければならない。例えば、橋本裕藏『ストーカー行為等規制法の解説』（一橋出版、2007年）は「心の安寧」を保護法益と考え（11頁）、その上で、住居等付近での「見張り」という行為において、「何らかの方法で被害者がこれらの場所にストーカー行為者がいることを知るに至る状況」が必要であると述べている。もっとも、ここでは行為時での被害者側の認識可能性だけでなく、事後的な認識可能性でも良いとされる（19頁以下）。この場合住居等付近という場所的要件はこの認識可能性という観点から要求されるものであるとされる（亀田・前掲注（115）307頁）。また、本罪の保護法益を被害者の身体、自由、名誉及び生活の平穏と理解する場合であっても、住居等付近で「見張り」を行うことで、「被害者の生命、身体、名誉に対する直接的な危害が発生しうる状況」となると理解することもできる（嘉門優「判批」新・判例解説 Watch vol. 27（2020年）188頁、遠藤聡太「判批」ジュリスト1575号（2022年）166頁）。また、山下裕樹「判批」刑事法ジャーナル67号（2021年）189頁では、「見張り」の場所的要件の理由は、行為者と対象者の距離の「近さに起因するある程度の危険性」としている。これに対して、被害者のプライバシー侵害という観点を重視して、本罪において行為者ではなく、被害者が住居等付近にすることが重要であるとする見解として、橋爪隆「GPS 機器を利用したストーカー行為について」酒巻匡ほか編『井上正仁先生古稀祝賀論文集』（有斐閣、2019年）227頁以下、上田正基「判批」神奈川法学51巻2号（2018年）57頁以下参照。

(130) 中川正浩「ストーカー規制法の検討」警察学論集62巻6号（2009年）24頁によれば、つきまとい等の行為の動機として、好意や怨恨の感情以外にも職場トラブル、商取引上トラブル、金銭トラブル、離婚に伴うトラブル、親権問題、その他怨恨の感情などが一定存在する。それゆえ、被害者にとって行為者の動機がわかりづらい場合も多いのではなかろうか。

て、かえって不安が増大することも考え得る。また、つきまとい等の動機として恋愛感情等充足目的がほとんどであることを被害者が知っている場合は特に、当該目的以外のつきまとい等においても、被害者はそれが好意怨恨感情に基づいているかも知れないと考え、当該目的によるつきまとい等と同様の不安を覚えるのではなかろうか。それゆえ、ここで感じる被害者の不安感は、行為者が恋愛感情等充足目的で行なっているのかどうかで左右されるのかについてはなお検討の余地があるであろう。

これに対して、法律の構造上やや違和感はあるが、同目的を責任要素として理解する可能性も検討に値するであろう。この場合、著しい「不安を覚えさせるような方法」（2条4項）という客観的要件の中で相手方の安心感への侵害を評価し、その上で「恋愛感情等を満たすためなら、相手方につきまとい等をして著しい不安を覚えさせても良い」という格率を問題にすることになる。そして、このような格率において、行為者は被害者を、一方的に恋愛感情等を充足させるための単なる道具にしていると言えるので、そのような心情は被害者における人間の尊厳を否定するものとして特に強い非難に値すると言えるのである。

仮に恋愛感情等充足目的が責任要素である場合、ストーカー行為に関与する者にもこの目的が存在しなければならないことを意味する。ここで、当該目的が自己の恋愛感情等を充足する目的に限られるのか、それとも第三者の恋愛感情等を充足する目的も含むのが問題となるであろう。⁽¹³¹⁾しかし、現状、立法及び判例がどのように考えているのかを明らかにすることはできなかった。⁽¹³²⁾仮に当該目的を自己の恋愛感情等を充足す

(131) 原田保「ストーカー規制法の問題点」愛知学院大学論叢法学研究43巻1号（2002年）137頁によれば、「そのような感情を抱いた本人が行為するのが通常であることから、感情が行為者本人のものであることは当然のこととして特に感情の主体を規定しなかったと解することも可能であるし、感情の主体が規定されていないことから、感情は行為者本人のものに限定されず、他人の感情を充足する目的での「代行ストーカー」も含まれると解することも可能である」。

る目的に限定する場合、例えば探偵がストーカー行為者に被害者に関する情報提供をしたとしても、この探偵には自己の恋愛感情を充足する目的は存在しないゆえに、不処罰となる。これに対して、当該目的に他者の恋愛感情等を充足する目的も含めて考えた場合、上記の例では、探偵がストーカーの目的を認識しているだけでなく自身において恋愛感情等充足目的を有していたと認定されなければならない⁽¹³³⁾。

第５節 自動車運転死傷行為等処罰法２条７号「殊更に」

以上の心情要素はいずれも「目的」という形式をとっていた。これに対して、「自動車の運転により人を死傷させる行為等の処罰に関する法律」

(132) 立法段階において、Cに恋愛感情を抱いたAがBに依頼して、つきまとい等をさせたという事案に関して、立法担当者はBがAC間の事情を認識していれば、共同正犯などの共犯規定によりAB双方を処罰できるとする一方で、Bにおいてそのような認識がない場合には、Aはつきまとい等の行為を行なっておらず、Bには恋愛感情等充足目的がないことからストーカー規制法における警告を行うことは困難であるとしていた（国家議事録・前掲注（121）５頁）。ここで、Bにおいてそのような認識がない場合には、恋愛感情等充足目的がないということを強調すれば、そのような認識がある場合には、当該目的があるという理解も可能かも知れない。

(133) 高野磨央「ストーカー行為等の規制等に関する法律の一部を改正する法律の逐条解説等について」警察学論集70巻1号（2017年）19頁は、「情報提供を受けた者がストーカー行為や禁止命令等に違反する行為を実行するに至った場合には、通常、ストーカー行為罪の幫助に当たる」としており、ストーカー規制法6条（2017年当時は7条）の情報提供禁止規定は警鐘効果を狙ったものとして位置付けている。もっとも、依頼者の恋愛感情等充足目的につき未必の認識があるだけでストーカー罪の幫助を成立させることが好ましくないのならば、同目的を責任要素に位置付けて、少なくとも確定的認識を要求する意義は認められるように思われる（「目的」の概念につき拙稿「犯罪論における心情要素の体系的位置付け（4）」九大法学126号33頁脚注（96）参照）。なお、2026年3月より同条が改正され、その2項において警察本部長等が、つきまといにつき警告・禁止命令を受けた者への情報提供をしないように当該情報保有者に求めなければならないとされている。このような求めがあれば、通常探偵側に依頼者の恋愛感情等充足目的に関する確定的認識が認められやすいであろう。

（以下、自動車運転死傷行為等処罰法）2条7号赤色信号殊更無視運転死傷罪における「殊更に」という要件は「およそ赤色信号に従う意思のないもの」⁽¹³⁴⁾とされ、「目的」という形式をとっていない。ここでは、このような特殊な形をとる主観的要素の体系的位置付けを論じていくことにする。

自動車運転死傷行為等処罰法に規定されている危険運転死傷行為は2001年に刑法旧208条の2として創設されたものである。それまで、飲酒運転や著しい高速度運転などの悪質かつ危険な運転行為による死亡事故は、刑法211条業務上過失致死傷罪によって処理されてきた。しかし、業務上過失致死傷罪はあくまで過失犯であり、その法定刑（5年以下の懲役または禁錮もしくは100万円以下の罰金）では、これらの悪質事案に適切に対処することができないと考えられ、国民の間でより厳しい対処を可能にする法整備が求められた。こうした国民の声の背景には、交通事故件数やそれに伴う死傷者数の増加、及び酒酔い運転により幼児が死亡した東名高速道路事故など悪質運転事故が発生していたという事情が存在する⁽¹³⁵⁾。この改正によって208条の2の1項前段で酩酊運転致死傷罪、1項後段で制御困難運転致死傷罪、2項前段で妨害運転致死傷罪、2項後段で赤色信号殊更無視運転致死傷罪が規定され、それぞれ致傷の場合で10年以下の懲役、致死の場合で1年以上の有期懲役が定められた。

(134) 最判平成20年10月16日刑集62巻9号2797頁。

(135) 井上宏「刑法の一部を改正する法律等について——危険運転致死傷罪の新設等——」現代刑事法——その理論と実務——4巻4号（2002年）92頁によれば、2000年時点で交通事故が931934件、それによる死者数が1155697名、負傷者数が9066名にのぼっている。

(136) 井上・前掲注（135）91頁以下、刑法典旧208条の2危険運転致死傷罪の立法経緯について、山田利行「危険運転致死傷罪の新設等」時の法令1664号（2002年）22頁以下、川端博／西田典之ほか「危険運転致死傷罪を新設する刑法の一部改正をめぐって」現代刑事法——その理論と実務——4巻4号（2002年）76頁以下、井田良「危険運転致死傷罪の立法論的・解釈論的検討」法律時報75巻2号（2003年）31頁以下、本庄武「刑事立法論としての交通刑法重罰化」高山俊吉／本庄武編『検証・自動車運転死傷行為等処罰法』（日本評論社、2020年）22頁以下等参照。

この新設された規定は当初「四輪以上の自動車」に限定されていたが、2007年には自動二輪車や原動機付自転車をも含めた「自動車」という文言に改められ、法定刑も致傷の場合で15年以下の懲役へと引き上げられた。さらに同改正によって刑法旧211条2項に自動車運転過失死傷罪が加えられた。⁽¹³⁷⁾そして、2013年には、危険運転致死傷罪には当たらないが、悪質性の認められる交通事案に対処するために、特別刑法という形で自動車運転死傷行為等処罰法が新たに制定されることとなった。⁽¹³⁸⁾この新たな法律では、従来の危険運転致死傷罪（旧2条1号から5号）に加え、旧2条6号に通行禁止道路運転致死傷罪が規定された。さらに、2020年の改正では、前方停止などの妨害運転致死傷罪の新しい類型（2条5号）や高速道路等妨害運転致死傷罪（6号）が規定され、一部の犯罪類型の条文上の位置付けが改められた（旧5号が7号へ、旧6号が8号へ）。⁽¹³⁹⁾

以上のように、道路交通に関連した死傷事故がとりわけ多いこと、そしてこれに対する厳正な対処を望む国民や被害者遺族の処罰感情が大きいこと⁽¹⁴⁰⁾に由来して、業務上過失致死の類型から、特に道路交通事案に特化した犯罪規定や特別刑法が登場した。それゆえ、これらの危険運転致

(137) 本庄・前掲注(136)26頁以下、危険運転致死傷罪規定の2007年改正については、江口一伸「自動車運転過失致死傷罪の新設と危険運転致死傷罪の対象となる自動車の範囲の拡大」時の法令1792号（2007年）28頁以下等参照。

(138) 2013年における自動車運転死傷行為等処罰法の成立過程については、本庄・前掲注(136)30頁以下、今井猛嘉「自動車運転死傷事故等処罰法の新設——危険運転致死傷罪等の改正——」刑事法ジャーナル41号（2014年）4頁以下、杉本一敏「自動車運転死傷行為等処罰法の成立をめぐる所感——議事録を読んで——」刑事法ジャーナル41号（2014年）18頁、川本哲郎『交通犯罪対策の研究』（成文堂、2015年）1頁以下等参照。

(139) 2020年の自動車運転死傷行為等処罰法改正については、門倉良則「危険運転致死傷罪の対象となる行為の追加」時の法令2114号（2021年）51頁以下、山川貴都「自動車の運転により人を死傷させる行為等の処罰に関する法律の一部を改正する法律」自由と正義72巻3号（2021年）41頁以下、岡田裕樹「自動車の運転により人を死傷させる行為等の処罰に関する法律の一部を改正する法律について」警察公論76巻3号（2015年）68頁等参照。

死傷罪の類型は、業務上過失致死が規定されていた刑法第27章傷害の罪及びその周辺の章（第26章殺人の罪、第28章過失傷害の罪）と同様に、個人の生命、身体の安全を保護するものであると言える。また、これらの保護を通じて、間接的に交通の安全にも資すると言えるであろう。⁽¹⁴¹⁾

では、赤色信号無視運転致死傷罪の「殊更に」という要件とこれらの保護法益とどのような関係があるであろうか。まず、「殊更に」という文言、すなわち「およそ赤色信号に従う意思のないもの」が意味するところを確認すると、それは「赤色信号であることについての確定的な認識があり、停止位置で停止することが十分可能であるにもかかわらず、これを無視して進行する行為」（以下、第一類型）、あるいは「信号の規制自体を無視し、およそ赤色信号であるか否かについては一切介することなく、赤色信号の規制に違反して進行する行為」（以下、第二類型）であるとされる⁽¹⁴²⁾。次に、この要件がどのような趣旨で規定されたのかを確認すると、赤色信号無視運転の中でも、典型的に危険性あるいは反社会性が高いとは言えない場合を排除するためであると言われている。たとえば、信号の変わり際において、赤色信号であることについて未必的な認識しないような場合においては、原則としてこのような危険性や反社会性

(140) 国民や被害者の感情に基づいた厳罰化の問題点については、長井圓「道路交通犯罪と過失犯——自動車運転致死傷罪への疑問——」現代刑事法——その理論と実務——4巻6号（2002年）35頁以下、本庄武「自動車事故を巡る厳罰化のスパイラル——危険運転致死傷罪から自動車運転処罰法へ——」法学セミナー722号（2015年）23頁以下、内田博文「歴史から見た交通刑法重罰化」高山俊吉／本庄武編『検証・自動車運転死傷行為等処罰法』（日本評論社、2020年）3頁以下等参照。

(141) 前田雅英ほか編『条解刑法〔第4版〕』（弘文堂、2021年）868頁。

(142) 井上・前掲注（135）95頁。

(143) 「殊更に」要件の立法過程については、山田利行「危険運転致死傷罪（赤色信号の殊更無視類型）に係る諸論点」井田良ほか編『川端博先生古稀記念論文集〔下巻〕』（成文堂、2014年）485頁以下、玄守道「危険運転致死傷罪における赤色信号を「殊更に無視し」の機能に関する一考察」龍谷法学50巻1号（2017年）138頁以下脚注（23）参照。

は認められないとされた。⁽¹⁴⁴⁾さらに、赤色信号に関する未必的な認識がある場合⁽¹⁴⁵⁾であっても、例えばパトカーの追跡を逃れるために赤色信号の規制を一切意に介することなく運転する行為も「赤色信号を殊更に無視」したと言える⁽¹⁴⁶⁾とされる。逆に赤色信号に従って停止可能な位置で停止しては、交通の安全がかえって阻害されるゆえに、赤色信号に従わず運転車両を安全な地点まで移動させた場合には「殊更に無視」したとは言えないとされる。

このように、殊更無視要件には赤色信号殊更無視運転致死傷罪の成立範囲を特に危険で反社会的な事例に限定する機能があると言えるであろう。⁽¹⁴⁷⁾それゆえ、この要件は行為の危険性に関連する要素としてとらえる

(144) 法制審議会刑事法（自動車運転による死傷事犯関係）部会第3回会議（2001年7月25日）では、「故意で赤色信号に従わない行為の中にも、……黄色信号から赤信号への変わり際に行うものもございまして、このような場合に、危険性が極めて高い行為とまでは言えないのではないか、あるいは反社会性の極めて高い行為とまでは言えないのではないかという考え方も直ちには否定できないところでございます」と述べられている。橋爪隆「危険運転致死傷罪における赤色信号を「殊更に無視し」の意義について」井田良ほか編『山中敬一先生古稀祝賀論文集〔下巻〕』（成文堂、2017年）383頁によれば、信号の変わり際の運転行為が明文で処罰対象から除外されているわけでない以上、そのような理解は立法論としてあり得ても解釈論としては無理があるとしている。

(145) 赤色信号の規制を一切意に介することなく運転する場合、少なくとも赤色信号の可能性の認識はあると考えられるが、「何色だろうが構わず突っ走る」という意思で足りると考えた場合、未必の認識さえも必要なくなってしまう可能性は残るであろう（豊田兼彦「判批」法学セミナー649号（2009年）127頁参照）。

(146) 平尾覚「判解」研修709号（2007年）46頁。

(147) しかし、殊更無視要件の趣旨を危険で反社会的な事例への限定とすると、逆に危険で悪質な行為があれば、文言を逸脱した解釈を許し、同要件の処罰限定機能が無視されてしまうという指摘もある（玄・前掲注（143）134頁以下）。例えば、東京高判平成26年3月26日東高刑時報65巻1-12号34頁では、被告人が赤色信号を認識した時点でもはや停止線前で止まることができないにも関わらず、停止線を越えて安全に停止することが可能であったことをもって殊更無視要件を認定した。この結論の前提には、「車両等は、停止位置を超えて進行してはならない」と規定する道路交通法施行令2条1項を、「単に停止位置を越えることを禁じるのみ

理解も考えられるであろう。すなわち、特に殊更無視のうちの第一類型においては、停止位置での停止が十分に可能であったにもかかわらず、これを無視するという客観的事情が明確に問題となっているのであり、これによって人の死傷結果への危険性が基礎づけられると言えるであろう。このことを強調するならば、「殊更」を客観的要素に還元する」ことが可能となり、「主観的に赤色信号無視の積極的意図まで要求する必要はなくなる」という解釈さえもあり得るかもしれない。確かに、より危険性の高い類型を客観的に限定する試み自体は妥当であると思われる。⁽¹⁴⁸⁾

しかし、「わざと」を意味する「殊更」という言葉からして、行為者の⁽¹⁴⁹⁾

ならず、停止位置を超えた場合にもなお進行を禁止するもの」とする理解が存在する。実際にそのような理解に賛同する見解として、伊藤亮吉「判批」名城法学67巻4号（2018年）39頁以下、田坂晶「判批」同志社法学68巻6号（2017年）146頁以下など参照。これに対して、玄・前掲注（143）131頁以下では、横断歩道、交差点などでは原則、停車・駐車してはならないとする道路交通法44条を根拠に、同施行令2条1項を横断歩道や交差点などを完全に塞ぐ程度において、「停止線を越える進行のみを禁止する」と理解し、さらに東京高裁の解釈は同施行令2条1項を被告人に不利な形で反対解釈したものとして、これを罪刑法定主義違反であるとしている。もっとも、危険防止のための一時停止は道路交通法44条とも矛盾しないと指摘するものとして、本庄武「赤色信号殊更無視類型」高山俊吉／本庄武編『検証・自動車運転致死傷行為等処罰法』（日本評論社、2020年）186頁も参照。

（148）本庄・前掲注（147）193頁。また、古川伸彦「いわゆる赤色信号無視類型の危険運転致死傷の罪における「殊更に無視し」の意義」井田良ほか編『川端博先生古稀記念論文集〔下巻〕』（成文堂、2014年）440頁も、「被告人が安全を軽んじたという事実」ではなく、「被告人が安全を脅かしたという事実」に重点を置く方が、「その名のとおりの「危険」運転致死傷の罪の実行行為の構成要素としてふさわしいのではないか」としている。

（149）橋爪・前掲注（144）393頁では、「被告人が赤色信号を確定的に認識している場合であっても、安全な位置で停車することが困難であり、したがって交差点内の危険を回避することが困難な場合……本罪の成立が否定される。これは明らかに客観的な危険性に基づく限定である」と述べられている。

（150）広辞苑（第7版）によれば「殊更」とは「わざわざ。わざと。故意に。」を意味している。

主観面を全く無視して、この要件がもたら行為の客観面のみを意味すると解することには問題があると言える。この「殊更」には「とりわけ。別して。」という意味もあり、殊更無視を「とんでもない程度の無視」、すなわち「人の生命・身体の安全を脅かす程度が甚だしい」場合と見るべきという見解もあるが、一般人が「殊更」から「人の生命・身体の安全を脅かす程度が甚だしい」と読み取ることとはやや困難であると思われる⁽¹⁵¹⁾。また、立法者は殊更無視要件を、「進行禁止に従わない行為のうち、そのような指示に従う意思のない者を処罰する」趣旨で設けているのであり、行為者の主観面を無視して、客観面のみで当該要件を定義することは立法者の意思に反するゆえに、妥当とは思われない。例えば、停止線前で十分に停止できる距離において、太陽の逆光によって赤色信号がよく見えず、赤色信号かもしれないと思いながらも、交差点に差し掛かったところ、横断歩道を渡る人を視認して慌ててブレーキを踏んだものの、間に合わずその人をはねてしまった場合において、客観的な危険性は認められるものの、進行禁止の指示に従う意思がないとは言えないため、殊更無視要件を認めるべきではないであろう。

そうすると、殊更無視要件における行為者の主観面も人の生命や身体に対する特に高い危険性を基礎づけているのであろうか。この問いに関して、「生命・身体に対する危険を回避することが可能な状況にあり、かつ、そのことを認識しながら、あえて制動措置を講ずることなく、赤色信号を進行し続ける行為は、回避可能な危険をあえて実現化させる行為」である、あるいは「信号が何色であっても、それを意に介することな

(151) 古川・前掲注 (148) 442頁。

(152) 玄・前掲注 (143) 140頁では、例えば、「深夜の交差点で、他の交通関係者の交差点への侵入がおよそないことが誰の目から見ても明らかな状況下で、赤色信号を無視する意図を持って無視した場合、当該運転行為はやはり赤色信号を「殊更」無視したと解されるように思われるが」、これを身体生命への危険の観点から殊更無視でないとすることは、不自然であると述べられている。

(153) 法制審議会・前掲注 (144)。

く、交差点に侵入する意思を有している」場合、「他の交通関与者と衝突等の事故を惹起する高度の危険性をはらんでいる⁽¹⁵⁵⁾」と主張することはできるかもしれない。これに対して、「赤色表示の認識⁽¹⁵⁶⁾の程度如何は、被告人の信号無視の悪質性・危険性にとって関係がない⁽¹⁵⁶⁾」という指摘もあり、このような発想からすれば、赤色信号による規制を一切意に介することがないという主観的事情も運転行為の客観的な危険性とは関係ないと言えるであろう⁽¹⁵⁷⁾。実際に、死傷結果が発生することを前提とする本罪においては、予備未遂段階と違って、行為の危険性を主観面によって判断する必要はなく、客観面から判断できるように思われる。

それゆえ、殊更無視要件は行為の危険性には関係しないと考えられる。もっとも、立法者は殊更無視要件を規定するにおいて行為の危険性のみならず、反社会性にも着目している。したがって、殊更無視要件における主観的要素が行為の危険性ではなく、この反社会性と関連する可能性が考えられる。この反社会性に関しては解釈の余地はあるが、少なくとも危険性と並列して述べられていることから、危険性とは別の観点と理解できるであろう。危険性とは別の観点である以上、ここでの反社会性として考え得るのは、特に非難に値する心情によって基礎付けられる責任である。そこで、なぜ殊更無視がこのような心情を構成するのかを考えなければならない。

まず、殊更無視要件のうち、第一類型では確定的認識という主観的要

(154) 橋爪・前掲注（144）391頁。

(155) 橋爪・前掲注（144）383頁。

(156) 古川・前掲注（148）439頁。また、本庄・前掲注（147）194頁も、赤信号を確定的に認識しつつ、意図的に無視した場合の「客観的危険性は、赤色信号について未必的な認識しかない場合や考え事をしていて信号を看過した場合と変わらないのではないだろうか」と述べている。

(157) もっとも、古川・前掲注（148）444頁では、「「信号の規制自体に従うつもりがな」いことは……重大な死傷事故を引き起こす危険の高さを根拠づける」と述べられている。

件が問題となっており、加重された故意として理解する可能性があるかもしれない。しかし、「殊更無視という文言が意味するところは、未必の故意一般を除外するというのではなく、また、すべての確定的故意を包含するものでもない」。むしろ、殊更無視にとって本質的なのは、「そもそも信号に従うつもりがないという意味」である⁽¹⁵⁸⁾。この本質がより明確に表れているのは、殊更無視の第二類型であると考えられる。すなわち、第二類型では「信号の規制自体を無視し、およそ赤色信号であるか否かについては一切介すること」のない主観的態度が問題となっていたのであり、信号による規制に対する無関心が直接的な関心事となっているのである⁽¹⁵⁹⁾。もっとも、ここでは特定の形式を持った第一秩序の格率が問題となるわけではない。むしろ、ここでの法規制に対する無関心は第二秩序の格率の問題である⁽¹⁶⁰⁾。この第二秩序の格率としての無関心から生じる第一秩序の格率としては、様々なものが考え得るが、裁判官はその格率から当該無関心を認定しなければならない⁽¹⁶¹⁾。このような無関心は信号による法規制に従う意思がおおよそ存在しないという強い反規範的態度を表している。「おおよそ存在しない」という点においてこの心情は法規制の妥当性を一般的あるいは無条件に否定しているのである⁽¹⁶²⁾。それゆえ、

(158) 南由介「危険運転致死傷罪における赤色信号を「殊更に無視し」の意義」刑事法ジャーナル16号（2009年）97頁。

(159) したがって、ここでは「心理的事象なき心情」（拙稿・前掲注（32）10頁以下参照）が問題となっている。

(160) 第二秩序の格率とは、具体的な状況及び行為を規定した第一秩序の格率の前提となる行為者の価値態度を指している。詳細については、拙稿・前掲注（32）48頁以下参照。

(161) 裁判例において行為者の動機等の主観的事情はとりわけ第二類型の殊更無視を認定する際に重視されていることがある。第二類型の殊更無視は、行為者に仮に赤色信号であってもこれを無視して進行する意思があったと言えるのかという基準を用いていることが多いが、この基準に照らして判断する際に行為者の動機が詳細に斟酌されているのである。殊更無視の動機として特に多いのはパトカーの追跡から逃れる目的である（最判平成20年10月16日刑集62巻9号2797頁、和歌山

当該心情は特に非難に値する心情を構成していると言えるのである。

最後に、殊更無視における主観的要件が責任の要素であることによってどのような実際上の帰結があり得るのかについて触れておく。例えば、助手席者が運転手を脅迫して赤信号を無視した運転をさせた結果、人を死傷させた場合、運転手に赤色信号に従う意思がおよそないとは言えないのであれば、殊更無視要件を満たし得るのは助手席者のみである。したがって、この場合、自動車運転死傷行為等処罰法2条7号の関連で処罰されるのは助手席者のみということになる。⁽¹⁶³⁾このような場合において、まず助手席者に共同正犯あるいは間接正犯が成立するのかが検討されることになるであろう。そこで問題となるのは、本罪が自手犯であるかという問題である。本罪が自手犯であるのか、あるいは自手犯に対する共謀共同正犯があり得るのか、という問題点については詳細に議論するこ

地判平成27年8月27日 LEX/DB25541305、東京地判平成27年9月11日 LEX/DB25541413、横浜地判小田原支部平成30年10月19日 LEX/DB25561938)。また、警察に通報する旨の通告を受けて逃走中だった事案として札幌地判平成30年11月27日 LEX/DB255449893。さらに、貴重品を紛失したため、いち早く帰宅し、これに対応する目的が考慮された事案として千葉地判平成27年10月19日 LEX/DB25592513。

- (162) Gunner Helmers, Zum Mordmerkmal der niedrigen Beweggründe (§211 Abs. 2 StGB), HRRS., 17. Jahrg., 2. Ausgabe, Februar 2016, S. 95 ff.によれば、行為の責任は効力倒錯の程度のみならず、その格率において表明される一般性の程度にも依存する。この一般性とは、他者の人格への無条件的な不尊重を意味している。
- (163) 類似の事案として、従業員とその運転手の間に職場の上下関係がある中で、従業員の指示によって赤色信号を無視し、よって人を死亡させた運転手につき、危険運転致死罪の共謀共同正犯が成立した裁判例がある（金沢地判令和5年6月21日 LEX/DB25595762）。この事案では、運転手が赤色信号前で停止しようと減速を開始したが、従業員に信号を無視するように急かされ、一度は断ったものの、他の通行人や車両が来ない旨の従業員の発言によって運転手が赤色信号に従う意思を翻意したと認定されている。本件では、確かに運転手は従業員の指示によって混乱はしたものの合理的に行動することがなお可能である事案であった。本裁判例の評釈として、金子博「判批」新・判例解説 Watch vol. 34（2024年）179頁以下参照。

とはできないが、ここではそれぞれの立場からどのように処理し得るのかだけ簡単に紹介しておくにとどめておく。まず、そもそも本罪を自手犯として理解しない場合、助手席者には本罪の間接正犯を含めて正犯となる余地が出てくることになる。さらに、自手犯に対する共謀共同正犯を認める立場にしても、間接正犯の成立はなくとも、共謀共同正犯として同様に正犯責任を問うことが可能であろう。なお、以上の結論は仮に当該主観的要素が違法要素であったとしても変わらないであろう。

これらの見解に対して、運転手のみが本罪の正犯になることができる⁽¹⁶⁶⁾と厳格に解するならば、上記の助手席者には本罪の狭義の共犯が問題となる。裁判例においても、危険運転致死傷罪への関与は狭義の共犯とする傾向があるという指摘もある⁽¹⁶⁷⁾。ここにおいて、当該主観的要素が責任要素として助手席者に個別的に作用することの意義が認められるのである。もっとも、判例において危険運転致死傷罪の狭義の共犯は認められ

(164) 渡邊卓也「無免許運転罪の間接正犯」曾根威彦ほか編『交通刑事法の現代的課題——岡野光雄先生古稀記念』（成文堂、2007年）211頁以下、内田文昭「間接正犯と自手犯」神奈川法学44巻2・3号（2011年）191頁以下、内田浩「自手犯論序説——自動車運転の自手犯性を中心として——」高橋則夫ほか編『刑事法学の未来——長井圓先生古稀記念——』（信山社、2017年）329頁以下、古川伸彦「危険運転致死傷罪およびいわゆる準危険運転致死傷罪について」名古屋大学法政論集274号（2017年）46頁、小林憲太郎「危険運転致死傷罪の共同正犯」研修855号（2019年）8頁以下。

(165) 橋爪隆「危険運転致死傷罪の解釈について」法曹時報69巻3号（2017年）33頁、伊藤嘉亮「危険運転致死傷罪の共同正犯に関する一考察」ソシオサイエンス27号（2021年）46頁、小島秀夫「判批」法学教室517号（2023年）104頁等参照。

(166) 上野幸彦「飲酒関与同乗者に危険運転致死傷罪幫助罪が認められた事例」刑事法ジャーナル35号（2013年）129頁、安達光治「酩酊運転の自動車への同乗と危険運転致死傷罪の幫助」新・判例解説 Watch vol. 18（2016年）156頁、松宮孝明『先端刑法総論』（日本評論社、2019年）220頁以下、福永俊輔「危険運転致死傷罪の共犯」高山俊吉／本庄武編『検証・自動車運転死傷行為等処罰法』（日本評論社、2020年）284頁。

(167) 伊藤嘉亮「判批」松原芳博ほか編『判例特別刑法第4集』（日本評論社、2022年）113頁。

ているが、⁽¹⁶⁸⁾そもそも結果的加重犯に対する狭義の共犯は考え得るのか、あるいは過失による狭義の共犯は考え得るのかという理論的な難点は残されている。

結語

以上、本稿では、法益侵害との関係性が不明確な、各則上の主観的要素を心情要素として、これらの犯罪論体系上の位置付けについて議論してきた。この議論を進めるにあたって、本稿では①「心情」とは何か、②心情を犯罪論において考慮して良いのか、③心情要素は違法要素なのか、責任要素なのか、④我が国の刑法における個々の心情要素は具体的にどのような位置付けとなるのか、という問題を取り扱ってきた。これらの問題に対する本稿の結論は以下の通りである。

①「心情」とは、価値に対する行為者の精神的態度である。言い換えれば、心情とは行為者の心理的領域全体から明らかになる、価値への肯定的または否定的態度と言えるであろう。こうした精神的態度は決して性格や人格といった継続的性質を有しなければならないわけではなく、むしろ個別具体的な行為に関連する個別行為心情として理解しなければならない。というのも、心情とは「格率」を意味するからである。格率は、法則に対する態度としての「第二秩序の格率」だけでなく、具体的な場面で具体的な行為を指示する「第一秩序の格率」から構成されている。それゆえ、格率は常に具体的な場面における個別の行為と関連していなければならないのである。

②以上のような心情は、個別行為心情であり、かつ前提となる客観的行為によって外部に表現される限りで刑法上意味を持ち得る。あまりに

(168) 最決平成25年4月15日刑集67巻4号437頁。

も心情に重点を置いた刑法は、行為者の内面の立証の困難性ゆえに、裁判官の認定裁量が過度に広がってしまい、法治国家原則の観点から大きな問題が生じるのである。このような問題が顕在化したのが、ナチス期における行為者刑法をはじめとした主観主義刑法である。そこでは、行為者の危険な性格といった継続的心情によって法定刑を大幅に引き上げ、あるいは個別行為心情であっても、それを表現する明確な客観的行為なしに行為者の心情を処罰していた。こうした主観主義的な傾向は明らかに裁判官の裁量拡大を意図していたのである。それゆえ、行為主義を前提とする近代刑法では、客観的行為によって表現された個別行為心情のみを問題とすることで、裁判官はその客観的行為を出発点として、我々の経験則や平均的思考パターンに基づいて、理念型に即して合理的に行為者の心情を解明、理解しなければならないと言える。

③以上の行為主義的な要請を前提にして、心情要素は法益侵害やその危険性と関連を持つ限りで主観的違法要素に、そうでなければ、不法格率（「法的に誤った心情」）を基礎付ける限りで責任要素へと位置付けられ得る。まず、行為の違法性は、社会に妥当する規範意識に基づいて評価されなければならない。もっとも、その規範意識も理念型の中で合理的に把握されるべきものであるから、主観的違法要素は法の保護する法益との関係の中に位置付けられなければならない。次に、刑事責任とは、刑罰を受けるべき立場を指している。刑罰とは、責任精算を通じて犯罪によって否定された自由な法関係の回復、それに伴って行為者自身の自由を回復することを目的としている。そこでは、刑罰は行為者が表明した不法格率に対する応答としての意味を持つことになる。それゆえ、この不法格率は刑事責任の中核的な概念となるのである。刑事責任の重さは、この不法格率が法の立場からどれだけ逸脱しているのかという効力倒錯の程度によって決定される。

④我が国の刑法において心情要素として考え得るものとして本稿では、薬物犯や刑法典183条淫行勧誘罪などの営利目的、刑法典247条背任罪の

図利加害目的、破壊活動防止法39条以下の政治目的、ストーカー規制報2条1項柱書の恋愛感情等充足目的、自動車運転死傷行為等処罰法2条7号の殊更要件を検討した。このうち、明確に違法要素に位置付けられる要素としては、183条淫行勧誘罪における営利目的と破壊活動防止法上の政治目的である。これらの要素はそれぞれ、被害者の性的自由への侵害を強固なものにし、あるいは思想・良心の自由への侵害を基礎づける要素なのである。これに対して、明確に心情要素として責任に位置付けられる要素としては薬物犯における営利目的と自動車運転死傷行為等処罰法2条7号における殊更要件である。これらの要素においては、法が尊重を要求する価値よりも自己または他人の私的な関心を優位に置くという倒錯した心情や、およそ法規制に対する関心を全く示さない心情ゆえに責任が加重されるのである。なお、背任罪における図利加害目的やストーカー規制法における恋愛感情等充足目的については現段階において検討不足であるゆえに、主観的違法要素であるか、心情要素であるか結論を出すことができなかった。しかし、いずれにしても、もし主観的違法要素でないとすると、特に非難に値する心情を基礎付ける責任要素に位置付けることは可能かと思われる。

なお、問題設定（九大法学123号2頁以下）において、本稿での検討対象に刑法136条あへん煙輸入等罪及び137条あへん煙吸食器具輸入等罪における「販売の目的」及び175条わいせつ物頒布罪における「有償で頒布する目的」も検討対象にすると述べたにもかかわらず、これらについて詳細に検討することができなかった点についてはお詫び申し上げたい。これらの目的については、例えば改正前175条販売目的に関して判例は国内での販売のみを対象としていると述べており、同目的は明らかに違法要素と解されている⁽¹⁶⁹⁾。これらの目的は不特定または多数人に対して有償で交付する目的であると解されているが、この有償性が行為の危険性とど⁽¹⁷⁰⁾

(169) 最判昭和52年12月22日刑集31巻7号1176頁。

のように関わっているのかについては今後の検討課題⁽¹⁷¹⁾としたい。

(170) 松宮孝明／金澤真理編『新・コンメンタール刑法〔第２版〕』（日本評論社、2021年）252頁〔松原芳博執筆箇所〕316頁〔安達光治執筆箇所〕。

(171) 販売目的や有償頒布目的において不特定または多数人に交付する目的が問題となるゆえに、ある程度反復する意図が前提となるという解釈も可能であろう（団藤編・前掲注（20）291頁〔団藤重光執筆箇所〕では「不特定または多数の人を相手方とする目的——つまり反復の意思——」とある）。このように解すれば、利益を得ることでさらにわいせつ物等の対象物を仕入れて、頒布を継続する危険性が高まるという理解も考え得るかもしれないが、ここでは可能性を示すにとどめておく。