

# 法益関連性なき目的犯

－ 価値中立的な目的犯とその実体法，手続法上の問題点 －

櫻 庭 総  
大 場 史 朗

## I. はじめに

2000年代以降、「刑事立法の活性化」現象が生じ、「立法の時代」を迎えたとされるが、近年の刑事立法を特徴づけるキーワードの一つとして「処罰の早期化」が指摘される<sup>1)</sup>。そのような立法については、従来に比べ法益侵害の発生から遠い段階の行為や、従来に比べより抽象化、希薄化された法益を危殆化する行為を新たに規制対象とすることから、適正な処罰範囲の明確化が困難ではないかとの懸念が示されることも少なくない。

その際、立法過程において、処罰範囲の適正化を図るため目的要件を設定するという手法が採られる場合がある。しかしながら、それらのうち、従来の目的犯とはその性質を大きく異にする類型があるように思われる。本稿では、その類型における目的要件が法益侵害との関連性を有していない点に着目し、「価値中立的な目的犯」という名称での類型化を試みたうえで、その実体法上、手続法上の問題点を検討してみたい。

以下では、前提作業としてわが国における従来の目的犯の分類を概観したうえで(II.)、その分類には馴染まない価値中立的な目的犯として、ストーカー行為等の規制に関する法律(以下、ストーカー規制法と表記)のストーカー行為罪および児童買春、児童ポルノに係る行為等の規制及び処罰並びに児童の保護等に関する法律(以下、児童ポルノ処罰法と表記)の単純所持罪

1) 井田良「近年における刑事立法の活性化とその評価」井田良・松原芳博編『立法実践の変革 立法学のフロンティア3』(ナカニシヤ出版、2014年)109頁以下、松原芳博「立法化の時代における刑法学」同書124頁以下など。

に焦点を当てる(Ⅲ.)。最後に若干の考察として、それらの実体法上および手続上の問題点を検討する(Ⅳ.)

## Ⅱ. 従来の目的犯の分類と基本構造

### 1. 従来の二分説

従来、目的犯については、「後の行為を目的とする犯罪」ないし「縮められた二行為犯」と「結果を目的とする犯罪」ないし「切り詰められた結果犯」という区分がなされてきた。前者の典型としては通貨偽造罪における「行使の目的」等があげられ、後者のそれとしては虚偽告訴罪における「人に刑事又は懲役の処分を受けさせる目的」があげられる。

この区別は、行為無価値論、結果無価値論の対立を前提として、主観的違法要素の是非をめぐる文脈で議論されてきたといつてよい。行為無価値論の立場から主観的違法要素を広く認める見解からすれば、このような区別をするまでもなく、目的は主観的違法要素として位置づけられる。一方、結果無価値論の立場からは、一つには、通貨偽造罪のような「後の行為を目的とする犯罪」については「行使の目的」を主観的違法要素と解さざるを得ないが、虚偽告訴罪のような「結果を目的とする犯罪」については目的要件は法益侵害の客観的危険性とその認識に解消されるとする説にまとめられる<sup>2)</sup>。もう一つには、主観的違法要素を認めないという立場をより徹底させ、「後の行為を目的とする犯罪」についても、目的を客観的危険に解消させ、例えば通貨偽造罪における行使の目的での偽造を「行使の危険のある偽造」と解すべきである等とする説にまとめられる<sup>3)</sup>。

このように、従来の二分説は、主観的違法要素を認めるか否か、また、認めるとしてどの程度認めるかという文脈のなかで、構成要件該当行為と後の

2) 平野龍一『刑法総論Ⅰ』(有斐閣, 1972年)125頁, 山口厚『刑法総論〔第二版〕』(有斐閣, 2007年)96頁, 松原芳博『刑法総論』(日本評論社, 2013年)104頁など。

3) 中山研一『刑法総論』(成文堂, 1982年)240頁, 内藤謙『刑法講義総論(上)』(有斐閣, 1983年)217頁, 曾根威彦『刑法の重要問題〔総論〕第二版』(成文堂, 2005年)77頁, 浅田和茂『刑法総論』(成文堂, 2005年)125頁など。

行為ないし結果との関連を客観的危険性に還元できるか否かに焦点が当てられていたといえよう。

## 2. 目的の内容に関する分類

近年は、伊藤亮吉による、ドイツにおける目的犯の新たな潮流を踏まえての、目的犯の内容に関する新たな分類が試みられている。第一の分類は、「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」とされ、通貨偽造罪および虚偽告訴罪等がこの分類に含まれるとされる<sup>4)</sup>。

第二の分類は、「目的が違法の性質を変える場合」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」とされ、金融商品取引法における相場操縦罪や、刑法225条以下の各種目的拐取罪等がこれにあたりとされる<sup>5)</sup>。

この分類により、目的内容に関する認識の程度について整合的な理解が可能になるとされる。すなわち、第一の分類に関しては、故意と目的とは客観的要素を超過するか否かの違いでしかなく、目的は故意と同様に扱うことができるため、その内容は目的実現の未必的認識認容で足りる一方、第二の分類に関しては、目的が適法行為と違法行為を分ける基準としての重要な役割を担っており、また、行為の違法性を積極的に基礎づけたり加重したりするものであるため、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だとされる<sup>6)</sup>。

これは、目的による違法性の量的変化と質的变化の違いに着目したものと

4) 伊藤亮吉『目的犯の研究序説』(成文堂, 2017年) 147頁以下。

5) 同157頁以下。

6) 同169頁。

思われるが、主として目的内容の認識の程度をめぐる文脈での議論であるといえよう。

### 3. 目的実現行為等の法益侵害関連性

これまで見てきたとおり、従来の目的犯に関する分類は、主観的違法要素の是非をめぐる文脈において、目的内容を客観的危険に還元できるか否かを争うものや、目的内容の認識の程度が未必的で足りるか確定的であるべきかという問題意識のもと、目的の存在が違法性ないし行為の危険性にいかなる影響を与えるかに着目するものであった。

これに対して、本稿では、目的要件として規定された内容が仮に実現された場合における当該行為または結果（以下、目的実現行為等と呼ぶ）が、法益侵害結果またはその危険性を惹起する（以下、法益侵害関連性を有すると呼ぶ）か否かに着目したい。

例えば、「縮められた二行為犯」の典型とされる通貨偽造罪について言えば、「行使の目的」の目的実現行為等は、「偽造通貨を行使する行為」である。これは当然、偽造通貨行使罪を構成する行為であり、その法益侵害関連性に関しては、通貨偽造罪に比べて、保護法益とされる通貨の真正性に対する公共の信用をより直接に危殆化するものといえる。

同様に、「切り詰められた結果犯」の典型とされる虚偽告訴罪について言えば、そこでの目的実現行為等は、「人が刑事又は懲役の処分を受けるという結果」である。この法益侵害関連性に関しては、その結果が適正な刑事司法作用ないし懲戒作用および虚偽告訴をされる個人の利益のいずれも侵害するものであることは明らかである。

伊藤説との関係では、第一分類については、その典型として通貨偽造罪や虚偽告訴罪があげられているため、前述のとおり、その目的実現行為等が法益侵害関連性を有すると言える。第二分類については、相場操縦罪の目的実現行為等は、「有価証券売買等の取引を誘引する行為」、すなわち、「人為的な操作を加えて相場を変動させるにもかかわらず、投資者にその相場が自然

の需要関係により形成されるものだと誤認させて有価証券市場における有価証券の売買取引に誘い込む行為」<sup>7)</sup>である。その法益侵害関連性に関しては、相場操縦罪の保護法益を「証券市場の公正性」と解しても、「投資家の信頼」と解しても<sup>8)</sup>、目的実現行為等がそれらを侵害するものであることは疑い得ないであろう。

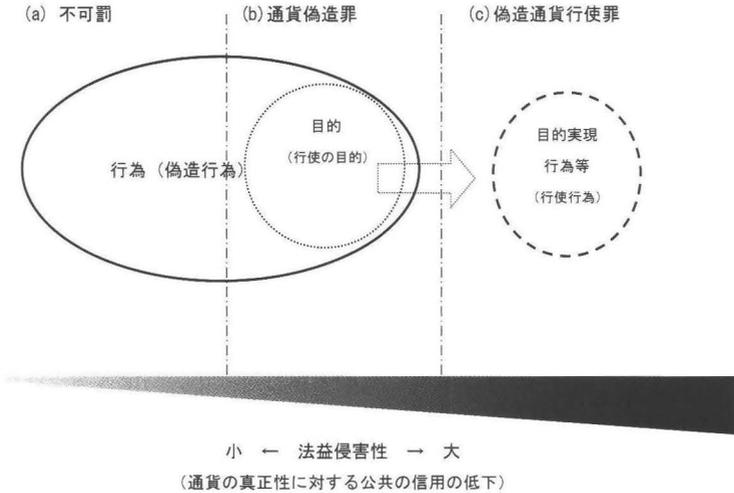
以上のように、従来の分類におけるいずれの類型についても、目的実現行為等が法益侵害関連性を有するという点では一致していることが窺える。還元すれば、従来、目的犯とされてきた犯罪類型では、それをどのように分類しようとも、また、目的を主観的違法要素とするか行為の客観的危険性に還元されるとみるかにかかわらず、目的実現行為等が法益侵害関連性を有することが目的犯の必要条件であり、いわば一般的な目的犯に共通する基本構造であるといえる。

これを図示すると【図1】のように表すことができる。通貨偽造罪における偽造行為は実線部分で示されるが、ここにはいわゆる教育目的での子ども銀行券の製造行為など不可罰な行為も形式的には含まれうる（左側 (a) の領域）。これが点線で示される行使の目的（還元説の立場からは、行使の危険性）を有する行為となることで可罰性を有する（中央 (b) の領域）。そして、仮に目的として規定された要件が実現すれば、それは破線部分で示される目的実現行為等となり、偽造通貨行使罪としてより直接的な法益侵害性を惹起する（右側 (c) の領域）。このように、客観的構成要件のみの部分 (a)、目的要件を含む部分 (b)、目的実現行為等の部分 (c) に応じて法益侵害性の大小がスライドしていくことがわかる。いわば、目的犯における目的の内容は、目的実現行為等で明確化される法益侵害性を先取りしたものであるといえる。

7) 誘引目的の具体的内容に関しては争いがあるが、さしあたり最決平成6年7月20日協同飼料株価操作事件最高裁決定に従う。

8) 相場操縦罪に関しては、山口厚編著『経済刑法』（商事法務、2012年）218頁以下（橋爪隆執筆）、神山敏雄／齊藤豊治／浅田和茂／松宮孝明編著『新経済刑法入門』（成文堂、2008年）187頁以下（平山幹子執筆）参照。

【図1】一般的な目的犯の基本構造（通貨偽造罪を例に）



### Ⅲ. 価値中立的目的犯という分類の試み

ここでは、近年制定された目的犯のうち、ストーカー規制法におけるストーカー行為罪および児童ポルノ処罰法における単純所持罪をとりあげ、それらが前述した目的犯の基本構造を有していないことを確認し、価値中立目的犯という名称を用いてその特徴を示してみたい。

#### 1. ストーカー規制法におけるストーカー行為罪

##### (1) 制定の経緯および構成要件

桶川ストーカー殺人事件などを契機にストーカー行為が社会問題化し、2000年にストーカー規制法が制定された。

同法では、第2条1項に「つきまとい等」が規定され、同条3項により、これを同一のものに対して反復することで（ただし、第1項1号から4号および第5号の電子メールの送信等に係る部分については、身体の安全、住居の平穏もしくは名誉が害され、また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必要がある）「ストーカー行為」となる。本

法の罰則規定では、ストーカー行為罪（第18条）のほか、つきまとい等に対する禁止命令等違反罪（第19条、20条）が規定されている（いずれも2017年改正後の条文を記載）。

「つきまとい等」とは、「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と表記）」で、第2条1項各号のいずれかに掲げる行為をすることとされ、各号には、つきまとい、住居等への押しかけ、面会等義務のないことを行うことの要求、無言電話等の幅広い行為類型が規定されている。

現時点でストーカー規制法は2度改正されている。元交際相手に大量の電子メールを送信した後、同人を殺害した返子ストーカー殺人事件などをうけて、2013年には「つきまとい等」に電子メールの連続送信行為を追加する等の改正がなされた。その際、附則第5条に、「所要の法改正を含む全般的な検討が行われ、速やかに必要な措置を講ずること」等が規定された。これを受けて警察庁では有識者検討会が開催され、2014年に「ストーカー行為等の規制等の在り方に関する報告書」が取りまとめられる。その後、与党案が取りまとめられる等し、2016年にさらなる改正案が可決、2017年1月に施行された<sup>9)</sup>。

2017年改正のうち刑法関係では、規制対象が拡大され、住居等の付近をみだりにうろつくこと（第2条1号）および拒まれたにもかかわらず、SNSによるメッセージや、ブログ等の個人情報発信ツールに対するコメント等を連続送信することが追加されたほか、罰則の見直しとして、ストーカー行為罪が非親告罪化され、また、法定刑の引き上げが行われた。

法定刑の引き上げに関して、ストーカー行為罪については、軽犯罪法違反の罪より重く、刑法の罪より軽いものを処罰の対象としているとの位置づけに配慮しつつ、法益侵害の程度や抑止効果等を総合的に勘案して、1年以下

9) 改正の経緯については、種谷良二「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」警察学論集70巻1号（2017年）1頁以下など参照。

の懲役又は100万円以下の罰金に、禁止命令等違反罪については、改正前から、行政手続を経た命令に従わず繰り返しつきまとい等を行うという悪質性等を考慮して、ストーカー行為罪よりも重い法定刑（ストーカー行為罪の2倍）とされていることから、この関係性を維持しつつ、法益侵害の程度、抑止効果、他の行政命令違反に対する罰則との均衡等を総合的に勘案して、2年以下の懲役又は200万円以下の罰金に引き上げられた<sup>10)</sup>。

なお、法定刑の上限を2年に設定した理由として、ストーカー行為は、名誉毀損罪、わいせつ物陳列罪、脅迫罪の程度に至らないものを処罰の対象としており、脅迫暴行には至らないけれども、反復することにより、不安感を憶えさせる、恐怖感を憶えさせる行為であるため、法定刑は脅迫罪を上回ることにはできず、懲役2年の罰則にしたとされる<sup>11)</sup>。ここからも、ストーカー行為罪が、名誉毀損罪、脅迫罪等の刑法犯を前倒し規制するものであることが窺える。

## (2) 保護法益

ストーカー行為罪の保護法益については、ストーカー規制法第1条に「この法律は、……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を目的とする」と規定していること等から、個人的法益とする点ではおおよその一致がある<sup>12)</sup>。

ただし、そこに掲げられている法益は、個人の身体、自由、名誉および生

10) 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）31頁。

11) 山下貴司「議員立法のつくり方:改正ストーカー規制法と空家対策特別法などを題材に」臨床法務研究19号（2017年）56頁。

12) 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化について」東北学院法学75号（2014年）140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。もっとも、第1条の目的規定の解釈等から、「個々の国民の個人的法益ばかりでなく、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がこの法律に与えられている旨に解すること」も可能であるとしつつ、「本法の罪は、その全体的な趣旨に鑑みるならば、個人的法益に対するものとして理解されるべきものではあろう」とする見解として、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）461頁以下。

活の平穏と包括的に列挙されている。これは、つきまとい等として第2条1項の各号に列挙されている行為類型が多種多様で広範にわたることに基因するものといえる。例えば、ストーカー行為と関連の深い刑法犯では、暴行罪は「人の身体の安全」、名誉毀損罪は「人の名誉」といった行為類型と保護法益との対応が明らかである一方、つきまとい等の各行為類型がどの法益を侵害ないし危殆化するものであるかの対応関係は、必ずしも明らかではない<sup>13)</sup>。

### (3) 目的要件の立法趣旨

前述のように、ストーカー行為罪を構成するつきまとい等の構成要件には「恋愛感情等充足目的」が規定され、そのような感情を充足する目的をもたないストーカー行為は規制の対象外とされている。

このような目的規定による限定がなされた理由としては、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行為に係る相談事案のうち、社会通念上悪質性が認められるものの検挙措置を講ずることができなかった事案として警察庁に報告されたもののうち、動機が判明している事案669件中、交際希望又は性的な関心を理由とするものが590件(88.2%)であり、実態として恋愛感情等に基因するものがほとんどであったこと、そして、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る<sup>14)</sup>。

ここでは、①恋愛感情等充足目的によるストーカー行為は、それ以外のストーカー行為よりも相対的に危険性が高い、という可罰性を基礎づける積極的な理由および②マスコミ活動等の正当行為を除外するという消極的な理由が挙げられている。

しかしながら、上記①については、はたして十分な根拠たり得ているか、

13) 嘉門優「ドイツにおけるストーカー行為処罰規制の新設について」國學院法学45巻4号(2008年)88頁。また、ストーカー行為をそれに関連の深い刑法犯との関係から検討するものとして、矢野直邦「『ストーカー規制法』が規制するストーカー行為について」判例タイムズ1426号(2016年)3頁以下参照。

14) 松垣重臣『ストーカー規制法解説〔改訂版〕』(立花書房、2006年)13頁。

疑問を呈する余地があるように思われる。第一に、恋愛感情等充足目的による行為の危険性が、相談件数に占める割合の高さに求められているが、暗数の問題に注意する必要がある。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ていた可能性は否定できないだろう。

第二に、仮に恋愛感情等充足目的によるストーカー行為が実数として高い割合を占めるものであったとしても、それが危険性の高さを即座に裏づけるものではない。2008年の警察のストーカー事案認知件数のなかには、「この目的要件をみたさないものもあり、その態様も、離婚トラブル、契約・取引トラブル、商取引トラブル、職場トラブル、友人間トラブル、近隣トラブル、性的目的等多岐にわかれる」ことや、各地方自治体のストーカー行為を処罰する条例では、恋愛感情等充足目的要件の代わりに「みだりに」「正当な理由なく」といった要件を課していることが指摘されている<sup>15)</sup>。また、警察庁の「ストーカー行為等の規制等の在り方に関する報告書」では、検討会において上記のような理由から目的要件の見直しが議論にあがったが、「目的要件を撤廃すれば、一般的な取材活動、調査活動等であっても幅広く規制対象となるおそれがあることや、ストーカー規制法の規制対象範囲が広がってしまい、本来重く処罰すべき事案に対して、重罰化が困難になるおそれがあることから、相当慎重な配慮が必要であるとの意見」もあったため、最終的には今後の課題にとどめるとしている<sup>16)</sup>。ここでは、恋愛感情等充足目的によるストーカー行為のほうが職場・隣人トラブルによるそれよりも危険性が高いとの主張は行われておらず、目的要件の存在意義がもっぱら上記②の理由に求められているといえる。

第三に、判例も、その他のストーカー行為に比べて恋愛感情等充足目的で

15) 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）38頁以下。

16) ストーカー行為等の規制等の在り方に関する有識者検討会「ストーカー行為等の規制等の在り方に関する報告書」平成26年8月5日、5頁。

のそれが危険である、もしくは当罰性が高いとは位置づけていない。ストーカー規制法の規制範囲が過度に広汎であるとして憲法13条、21条1項違反が争点となった事案につき、最判平成15年12月11日刑集57巻11号1147頁<sup>17)</sup>は、ストーカー規制法の合憲性審査において、まず第1条の目的規定に掲げられた目的を正当としたうえで、その合理性審査の部分で、「上記目的を達成するため、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、相手方の身体の安全、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って、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」として、その合憲性を認めた。

ここでは、恋愛感情等を充足する行為じたいは合理性のための絞り込み要素に参加させておらず、むしろ、そこから絞り込む必要性のある行為（=法益を侵害する行為もしない行為も想定できるため、それ自体では当罰性が高いとはいえない行為）として捉えられている。そのような行為のうち、「不安を覚えさせるような方法」等という第一段階の絞り込みと、さらに「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」という第二段階の絞り込みという、あくまで恋愛感情等充足目的とは無関係な要素から、合憲的な可罰性を獲得すると判示していることが窺える。

以上から、恋愛感情等充足目的の存在は、ストーカー行為の可罰性あるいは法益侵害の危険性を高めるものであると言い難く、正当な目的での行為を排除するための消極的な機能しか担っていないように思われる。

17) 同判例の評釈として、高野磨史「ストーカー規制法に係る裁判例の概観」警察学論集70巻3号(2017年)38頁以下など参照。

## 2. 児童ポルノ処罰法における単純所持罪

### (1) 制定の経緯<sup>18)</sup>

1990年に制定された児童ポルノ処罰法は、その成立当初から、単純所持罪の可罰性が問題とされてきた。

世界的な児童ポルノ・児童買春防止の流れを受けて<sup>19)</sup>、1998年5月に、当時の与党（自民・社民・さきがけ）による法案が議員立法として国会に提出され、継続審議となったが、同法案の規制対象に「絵」が含まれていたこと、「単純所持」が禁止されていたことから批判が寄せられた。そして、最終的に、与野党の超党派が継続審議となっていた原案を取り下げ、修正案を参議院に提出し、1999年5月に児童ポルノ処罰法が成立した。児童ポルノに関する当初の刑罰法規は、①児童ポルノ頒布等（7条1項）、②児童ポルノ頒布等目的の製造、所持、運搬、輸入・輸出（7条2項）、③児童ポルノ頒布等目的の外国への輸入・外国からの輸出（7条3項）を取り締まるものであったことから分かるように、児童ポルノの頒布等やそれを目的とした製造・所持等を規制する「拡散規制」に重点が置かれていた。

法律の施行後3年を目途として見直すという附則6条を受けて、2002年2月に自民党内に発足した検討会をきっかけとして、2004年3月に改正案が提出されたが、同改正案にも、児童ポルノの単純所持を処罰する規定があったため、同改正案から単純所持罪を削除する案に合意することで、同法案が成立した。この2004年改正法によって、①目的規定の修正、②「頒布」、「販売」、「業としての貸与」を「提供」へと一元化、③法定刑を「3年以下の懲役又は

18) 制定の経緯については、園田寿「児童ポルノ禁止法の成立と改正」園田寿・曾我部真裕『改正児童ポルノ禁止法を考える』（日本評論社、2014年、以下、園田＝曾我部『改正児童ポルノ法』と表記）1頁以下、永井善之「児童ポルノの刑事規制根拠に関する一考察」金沢法学60巻1号（2017年）127頁以下などを参照。

19) 1996年、ストックホルムで開催された「子供の商業的性的搾取に反対する世界会議」（ストックホルム会議）で、日本人による東南アジアでの児童買春や日本国内で大量に作られる「児童ポルノ」に非難が集中した。政府代表として参加していた国会議員が、非難の矢面に立たされ、日本国内における法整備と取締りの強化を約束した。また、1998年6月には、国連子どもの権利委員会が、日本に対して児童ポルノ・児童買春防止についての包括的な行動計画を策定するように勧告した。

300万円以下の罰金」から「5年以下の懲役又は500万円以下の罰金」に引き上げ、懲役刑と罰金刑を併科できる旨の改正がなされた。さらに、④児童ポルノの画像データの提供とこれを目的とした保管（2条3項，7条），特定かつ少数の者に対する提供とこれを目的とした製造・所持等（7条1項，2項），児童に（2条3項各号の）姿態をとらせて児童ポルノを製造する行為（7条3項）を新たに処罰することとなった。ここでは「拡散規制」に加えて，提供等の拡散目的を要件としない「製造規制」が新たに登場することになった。

さらに，2004年改正法の附則2条において，法律の施行後3年を目途に見直すとの規定が置かれていたことから，改正後に各党において，児童ポルノ等に関する規制のあり方全般について，引き続き議論が行われた（2008年に自民・公明案が提出，2009年に，民主党案が提出されたが衆議院解散により廃案となった）。そして，2013年に，自民・公明・維新が共同で提出した改正案も，同法案の附則に，アニメ・マンガの性表現について調査研究等する旨が付されていたことから，批判が殺到した。もっとも，2014年，アニメ・マンガを規制対象外とする児童ポルノ処罰法改正案が国会に提出されたことから，同法案は成立した。

この2014年改正法によって，①題名および目的規定の変更（「規制」を挿入），②目次および章立てを新設，③児童ポルノの定義の「明確化」（2条3項3号），④単純所持の犯罪化（7条1項），⑤盗撮による児童ポルノ製造罪の新設がなされた。ここにおいて，従来の「拡散規制」ないし「製造規制」に加え，単なる所持を規制する「所持規制」が登場したことになる。

このように，児童ポルノの規制は，当初の「拡散規制」から「製造規制」，さらには「所持規制」へと拡張してきた<sup>20)</sup>。

とりわけ，「所持規制」については，「自己の性的好奇心を満たす目的で，児童ポルノを所持した者（自己の意思に基づいて所持するに至った者であり，かつ，当該者であることが明らかに認められる者に限る。）は，一年以下の懲役又は百万円以下の罰金に処する。自己の性的好奇心を満たす目的

20) 永井・前掲註18)・139頁参照。

で、第二条第三項各号のいずれかに掲げる児童の姿態を視覚により認識することができる方法により描写した情報を記録した電磁的記録を保管した者（自己の意思に基づいて保管するに至った者であり、かつ、当該者であることが明らかに認められる者に限る。）も、同様とする。」という規定が置かれた。

## （2）単純所持罪の保護法益

児童ポルノ処罰法の保護法益については、①個人的法益と理解するか、②社会的法益と理解するかで2つに大別される。また、個人的法益と社会的法益を混合して本法の保護法益とするという理解（混合説）も有力に主張されている<sup>21)</sup>。

まず、個人的法益と理解する立場は、本法の保護法益を①被害児童（被写体児童）の権利とする理解と、②児童一般の保護とする理解に細分化される。

第一に、個別具体的な被害児童の権利を法益とする理解<sup>22)</sup>からすれば、たしかに、「製造規制」や「拡散規制」は製造ないし拡散による被害児童の権利を侵害しているといえるが、被害児童自身による又はその完全な同意のもとに行われた製造ないし拡散については、もはや保護すべき法益が失われていると評価しうるため、その処罰を正当化することが困難である。さらに、

21) 児童ポルノ処罰法の法益論については、嘉門優「児童ポルノ規制法改正と法益論」刑事法ジャーナル43号（2015年）76頁以下、永井・前掲註18）などが詳しい。

22) ①被写体児童の性的自由と理解する見解（園田寿『解説児童買春・児童ポルノ処罰法』（日本評論社、1999年）10頁、加藤久雄「わいせつ犯罪と刑事政策—成人ポルノ解禁と幼児ポルノ厳禁について」現代刑事法2巻3号（2000年）37頁、奥村徹「児童ポルノの罪の訴訟法的検討と弁護のヒント」季刊刑事弁護30号（2002年）77頁、渡邊卓也「電脳空間における仮想児童画像の刑事規制」社会学論集2号（2003年）151頁以下、永井善之「児童ポルノの刑事規制について（2）」法学67巻3号（2003年）142頁以下）、②児童の人格権ないし人間の尊厳と理解する見解（豊田兼彦「児童ポルノ単純所持の処罰根拠について—ドイツの議論を手がかりに—」生田古稀祝賀『自由と安全の刑事法学』（法律文化社、2014年）149頁以下、③被写体児童の個人の尊厳に基づく性的自己決定権と理解する見解（石井徹哉「個人の尊厳に基づく児童ポルノの刑事規制」川端博古稀下巻（成文堂、2014年）394頁以下など）、④性的なプライバシー権ないし自己情報コントロール権と理解する見解（上野幸彦「児童ポルノ提供罪と共犯—最高裁平成24年7月9日決定を契機として」情報ネットワーク・ローレビュー14号（2016年）79頁以下など）などがある。

「児童ポルノの単純所持においては、当該児童ポルノはおよそ流通しないのであって、そこで問題となるのは、『自分の児童ポルノを誰かが所持しているのではないか』という不安感を超えるものではない<sup>23)</sup>」ため、「所持規制」を正当化することも困難である。

さらに、個人的法益説の帰結として、訴訟法上は、①行為時において児童が実在すること（実在性）、②児童ポルノ製造の場合はその製造時において児童であること（児童性）、③当該児童の具体的な特定（児童の特定）が必要となる<sup>24)</sup>。

第二に、児童一般（18歳未満の年齢層）が児童ポルノの客体とされないよう守るために児童ポルノ処罰法があるとの理解<sup>25)</sup>からすれば、「製造規制」および「拡散規制」は児童ポルノの供給を断ち切るものであり、他方、「所持規制」は所持禁止による児童ポルノ市場の撲滅という需要を枯渇させるためのものと理解される。しかし、後者の需要の点については、積極的に児童ポルノを取得する愛好家の所持については妥当するものの、単に所持しているにすぎない者の処罰の正当化は困難となろう。

次に、本法の保護法益を社会的法益とみる立場は、社会的な風潮・性道德（良好な社会環境）を保護法益と理解する<sup>26)</sup>。

この理解によれば、「製造規制」、「拡散規制」はいちおう整合的に説明されうるが、「自己の性的好奇心を満たす目的」があるに過ぎない単純所持が

23) 深町晋也「児童ポルノの単純所持規制について—刑事立法学による点検・整備」町野朔古稀記念『刑事法・医事法の新たな展開上巻』（信山社、2014年）480頁。

24) この点については、奥村・前掲註22）76頁以下なども参照。

25) ①製造行為が児童一般の心身の健全性を危殆化すると理解する見解（仲道祐樹「児童ポルノ製造罪の理論構造」刑事法ジャーナル43号（2015年）63頁以下）、②児童ポルノの所持はその需要を喚起して市場を形成するため、児童一般の将来における性的搾取を防ぐために市場の破壊が必要であると理解する見解（高良幸哉「児童ポルノの単純所持規制に関する考察」比較法雑誌48巻3号（2014年）277頁以下）、③被害児童とともに、児童一般の健全育成を法益とする見解（西垣真知子「子どもの性的保護と刑事規制：児童ポルノ単純所持規制条例の意義と課題」龍谷大学大学院法学研究15号（2013年）76頁以下）などがある。

26) 上野芳久「児童買春と児童ポルノの刑事規制」佐々木史朗喜寿祝賀『刑事法の理論と実践』（第一法規出版、2002年）528頁。

性秩序を乱しうるのかがやはり疑問となる。他方で、わいせつ物頒布罪（刑法175条）との違いを説明できず、本法の制定根拠が説明できないという陥穽に陥ることになる。そして、完全な創作CG（computer graphics）による児童ポルノも性秩序を害しうるのであるから、訴訟法上は、製造時の児童性に加え、児童の実在性すら不要となるのが当然の帰結となろう。わいせつ物頒布罪に対する国家主義的な理解であるとの古典的な批判や、表現の自由等の侵害であるとの批判も本法にそのまま妥当しよう<sup>27)</sup>。

このように、本法の保護法益を個人的法益と理解する立場も、社会的法益と理解する立場も、それぞれ一長一短であることから、両者の立場を組み合わせた混合説が有力に展開されている<sup>28)</sup>。裁判例も「（児童ポルノ処罰法）7条は、児童ポルノに描写された児童の心身に有害な影響を及ぼし続けるだけではなく、このような行為が社会に広がる時には、児童を性欲の対象としてとらえる風潮を助長することになるとともに、身体的及び精神的に未熟である児童一般の心身の成長にも重大な影響を与えるため、児童ポルノを製造、提供するなどの行為を処罰するものである<sup>29)</sup>」というように、混合説に親和的な立場を打ち出している。

しかし、混合説の狙いであるそれぞれの「短所を補う」という利点は、その狙いとは逆に、それぞれの「短所を引き継ぐ」という結果になりうることに注意しなければならない<sup>30)</sup>。その意味で混合説をとったとしても、上記で検討したそれぞれの説の短所を克服できているとはいえないように思われる。

もっとも、混合説が有力に展開されている理由のひとつは、個別具体的な処理が容易であるということにあるように思われる。たとえば、性的搾取と

27) 島岡まな「刑法175条及び児童ポルノ禁止法と表現の自由—フランス刑法から学ぶこと—」法学研究84巻9号（2011年）461頁以下など参照。

28) 安富潔「児童買春、児童ポルノに係る行為等の処罰及び児童の保護等に関する法律（2）」捜査研究609号（2002年）55頁、佐久間修「国民の生活環境等に対する罪—わいせつ犯罪を中心として（1）」警察学論集58巻9号（2005年）208頁以下など。

29) 東京地判平成28年3月15日判時2335号105頁。また、大阪高判平成12年10月24日高検速報（平成12年度）146頁も参照。

30) 嘉門・前掲註21）80頁も参照。

評価しうる児童を被写体ないし出演者とした児童ポルノの製造ないし拡散は個人的法益の観点から処罰を正当化する一方で、すでにみた被害児童自身による児童ポルノの製造ないし拡散についての処罰は個人的法益で説明することは困難であるため、社会的法益の観点から処罰を正当化するという処理がそれである。しかし、法益が個別具体的な事件の態様によって変化するのは、恣意的な処罰という批判を免れず、またそれゆえに、法益論を論じる意義さえ希薄化するものである。

とりわけ、「所持規制」がどの説をとったとしても困難性を抱えていたことにかんがみれば、混合説をとったとしても、なお「所持規制」は正当化されえない可能性がある。

現に、次のような批判も見られる。「…（単純所持を含む）あらゆる児童ポルノの消費行為を規制・処罰するという立場もありうる。しかし、こうした見解は、ペドファイルであることそれ自体を処罰することと変わりがないと評価すべきであろう。これは、『あなたは児童ポルノの所持という悪い行為をした、非難に値する人間である』というメッセージではなく、『あなたはペドファイルであるから非難に値する人間である』とのメッセージそのものであり、およそ刑罰の根拠としては正当化しえない。<sup>31)</sup>」

以上のように、単純所持罪は法益論からみても大きな困難性をかかえている。

### (3) 目的要件の立法趣旨

すでにみたように、単純所持罪には「自己の性的好奇心を満たす目的（以下、性的好奇心満足目的と表記することがある）」という目的要件が付されている。この目的要件については、立法過程において、意図しないアクセスで児童ポルノが自分のコンピュータに入ってしまう場合などを処罰の対象から外すために「自己の性的好奇心を満たす目的」を付したと説明された<sup>32)</sup>。

31) 深町・前掲註23)・479頁。

32) 第186回国会衆議院法務委員会会議録第21号（平成26年6月4日）7頁〔遠山清彦委員の発言〕。

しかし、この性的好奇心満足目的については、通常の目的犯における目的の内容との違いに着目して、次のような主張がみられる。

「偽造通貨が行使されれば被害が生じ、児童ポルノが提供によって拡散すれば被害児童の人格権が害されるというように、『後の行為を目的とする目的犯』では、『目的の実現』が阻止されるべき内容であるのに対し、『自己の性的好奇心を満足させる』行為（典型的なのは自慰行為）は何の社会的害悪ももたらさない。逆に、幸福追求権（憲法13条）の範囲であるといってもよいだろう。<sup>33)</sup>」

また、性的好奇心満足目的には禁止される行為を制限する機能はないという意味で、通常目的犯とは異なるという主張も存する。

「本法は『自己の性的好奇心を満たす目的で』の児童ポルノの所持を処罰し、いわゆる目的犯として規定している。しかし、この文言には禁止される行為を限定する機能はない。」「しかし、目的犯には、実は次のような目的犯もある。たとえば、刑法第92条に外国国章損壊罪…という犯罪がある。これも目的犯である。しかし、この場合の目的には行為を限定する機能はない。客観的に外国の『国旗その他の国章を損壊し、除去し、又は汚損した』者は、外国を侮辱する目的があったのだと認定される。…。これと本法における単純所持処罰規定は、まさに同じものだと思われる。所持の客観的な状況から、『自己の性的好奇心を満たす目的で』所持していたかどうか判断されるのである。<sup>34)</sup>」

しかし、外国国章損壊罪（刑法92条）の目的要件の「外国に対して侮辱を加える」ことは、一定の法益侵害性を有する一方で、「外国政府の請求」がなければ公訴を提起することができず、その意味で目的の内容と関連した手続面で処罰範囲に制限が付されている。他方、児童ポルノの単純所持規定の目的の内容には、すでにみたように、法益侵害性は一切ない。さらに、請求などの訴訟条件が付されているわけでもない。その意味で、児童ポルノの単

33) 高山佳奈子「所持規制の刑法上の論点」園田=曾我部『改正児童ポルノ法』70頁。

34) 園田寿「児童ポルノ処罰法の成立と改正」園田=曾我部『改正児童ポルノ法』12・13頁。

純所持の処罰規定は従来の目的犯とはきわだった特色をもつ。現に次のような指摘もなされている。

「『自己の性的好奇心を満たす目的』とは、そもそも児童ポルノの定義自体が一般人基準で性欲を興奮・刺激するものとされている…関係で、『自己の性的好奇心を満たす目的』を満たさないとされるのは、2条2項本文と同様に医療や刑事司法など正当な目的での所持に限定され、それ以外の所持が『自己の性的好奇心を満たす目的』が無いとして許容されることはないであろう。<sup>35)</sup>」

このように、単純所持処罰規定の目的要件は「正当な目的」の所持を排除する消極的な機能しかないといえよう。

### 3. 価値中立的目的犯としての類型化

これまで検討してきた二つの犯罪類型について、その目的要件および行為態様の二点から特徴づけてみたい。

#### (1) 目的要件について

本稿が目的犯の基本構造として提示した、目的実現行為等が法益侵害関連性を有する、という観点についてみれば、どちらの犯罪類型についても、法益侵害性を有していないように思われる。これが第一の特徴である。

ストーカー行為罪の目的要件に関する目的実現行為等とは、「特定の者に対する恋愛感情その他の行為の感情また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行為または結果」である。

その前提として、恋愛の感情や失恋による怨恨感情を「想起」したり「表明」したりすることは、憲法上保障される権利であることは明らかである。前述の最判平成15年12月11日の原審である大阪高判平成15年2月20日刑集57巻11号1161頁は、「確かに、恋愛感情を抱くことは、内心の自由あるいは幸

35) 奥村徹「児童買春・児童ポルノ処罰法の改正—単純所持罪・盗撮による製造罪を創設」法セミ717号(2014年)2頁。

福追求権として、また、この恋愛感情を外部に公表することは、表現の自由として、それぞれ憲法上保障されていることは、所論が指摘するとおりである」とし、最高裁もこれに関して特段の判示をしていないことから、恋愛感情は、私生活上の自由に属する権利として、憲法13条、21条1項により保障されていると解してよいだろう<sup>36)</sup>。

では、そのような感情を「充足する行為または結果」はどうであろうか。一方では、ストーカー規制法に規定されているように、しつこい連続メールや強要行為により復縁を強制することで恋愛感情を充足する場合や、特定の者につきまとして居場所をつきとめ暴行を加えたり、汚物を送りつけたりすることで失恋の怨恨感情を充足する場合はありうる。しかし他方で、社会的に相当な方法で交際を申し込んだり、自室でひっそりと相手への思いを日記にしたためたりすることで恋愛感情を充足する場合や、深夜に一人でわら人形に五寸釘を打ち込んだり、一晩中恨み節をカラオケで熱唱したりすることで失恋の怨恨感情を充足する場合も、十分に考えられる。もちろんこれらの行為に法益侵害性はない。

このことは、通常の目的犯である通貨偽造罪における目的要件の目的実現行為等が「偽造通貨を行使する行為」であり、それだけで法益侵害性が明らかであることと好対照をなす。恋愛感情等充足目的の目的実現行為等は、想定される行為があまりに広汎であり、それ自体では法益侵害性から価値中立的な態様であるといわざるを得ない。

このことは、児童ポルノ単純所持罪の「自己の性的好奇心を満たす目的」についても同様である。

その目的実現行為等は、「自己の性的好奇心を満たす行為または結果」であるが、これに対しては前述した、「『自己の性的好奇心を満足させる』行為(典型的なのは自慰行為)は何の社会的害悪ももたらさない。逆に、幸福追求権(憲法13条)の範囲であるといってもよいだろう」との批判が加えられている。ただし、正確に言えば、これもストーカー行為罪の場合と同様に、

36) 中川・前掲註15)・29頁。

自己の性的好奇心を「想起」したり「表明」したりする行為と、それを「満足させる」行為の二段階に分けることができる。前者は、幸福追求権（ないし表現の自由）の範囲であるといって差し支えないが、後者は、自慰行為のように何の社会的害悪ももたらさない行為もあれば、幼児に性的虐待を加えることで性的好奇心を満足させる場合もありうるだろう。したがって、正確に表現すれば、性的好奇心満足目的の目的実現行為等は、一律に何の社会的害悪ももたらさないとは即断できないが、それ自体では法益侵害性から価値中立的な態様である（法益を侵害する行為もしない行為も想定できる）といえる。

## （２）行為態様について

さらに、どちらの犯罪類型も、客観的な行為態様について、法益侵害性が必ずしも自明ではないものが含まれる。これが第二の特徴である。

ストーカー規制法のストーカー行為罪については、日常行為との近接性が指摘されている。「ストーカーとして規制対象となる行為は、……刑法規定中の人身に対する犯罪に至らない軽微な行為が含まれる。……例えば、当初問題なくメールの交換がなされていても、関係が険悪になり、着信拒否の状態になったとたん、間を置かないメール発信が『複数』回続けば、即ストーカー行為として処罰の対象となり得ることが、一般国民に理解されているか……疑問である。日常的でありふれた行為のひとつと、処罰され得る犯罪行為とがあまりに接近しているのである。」<sup>37)</sup>

目的要件の立法趣旨で確認したとおり、このような懸念があるからこそ、目的要件が導入されたのであった。

児童ポルノ処罰法についても、製造規制および拡散規制であれば格別、単純所持については、その保護法益を如何に解したとしても規制の正当化が困難であるとの批判が有力であることは前述したとおりである。したがって、

37) 金澤真理「刑法の基本理念から見たストーカー規制」法と民主主義483号（2013年）51頁以下。

可罰性が明らかに欠如するであろう事案も該当しかねないため、それを除外するために目的要件が加えられることになったのである。

### (3) まとめ

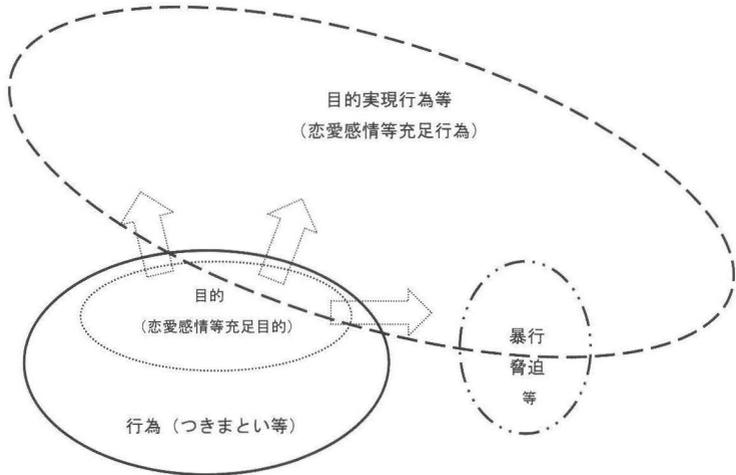
以上から、本稿では、①目的実現行為等が法益侵害関連性を有さず（適法行為としても違法行為としても現出しうる）、かつ、②行為についても法益侵害性の疑わしい態様が含まれる（処罰の早期化として特徴付けられる）犯罪類型を、目的犯の例外的な形態として、「価値中立的目的犯」と呼ぶことにしたい。なお、付言しておけば、そこでの「価値中立」はあくまで「目的」のみに係っており、客観的な行為態様に関しては、例えば幫助犯の領域で論じられる「中立的行為」ほどに不定形かつ日常的であるわけではない<sup>38)</sup>。

これを図示すると【図2】のように表すことができる。一般的な目的犯では、客観的行為のみ、目的のある行為、目的実現行為等と進展するに依じて、法益侵害性の大きさが比例する構造になっているのに対して、価値中立的目的犯ではそのような対応関係がみられない。目的実現行為等には適法行為から違法行為まで幅広いものが想定されうるため、その行為と、ストーカー行為の発展形態として問題視される暴行・脅迫等の行為とは部分的にしか一致しないことが見て取れるだろう。それゆえ、そのような目的実現行為等を内容とする価値中立的目的犯の目的は、なんら法益侵害関連性を有して

38) なお、価値中立的目的犯という名称については、ウィニー事件判決（最決H21・12・19刑集65巻9号1380頁）における大谷裁判官の反対意見、「Winnnyの提供行為それ自体は、適法目的に沿って利用される以上何ら法益侵害の危険性を有しないが、その有用性がいわば濫用され侵害的に利用される場合に、提供行為が法益侵害の現実的な危険性、違法性を持つことになる（その意味で価値中立的行為ともいえよう。）。提供行為の法益侵害の危険性は、ソフトの利用者がどのような目的で、どのような対象にこれを利用するかという具体的な利用目的、態様にかかって〔いる〕」、および、迷惑防止条例における客待ち規定に関する伊藤・前掲書註4・296頁の記述、「〔東京都迷惑防止条例で〕規制される客観的行為である客待ち行為は、それ自体は何ら違法性を帯びるものではない中立的行為ないしは適法行為（以下「価値中立行為」という）ととらえることができ、そこに目的が追加されることで処罰対象とされるものである。」に着想を得た。もっとも、これらの「価値中立」が行為に係っているのに対して、本稿の「価値中立」は目的に係っており、かつ行為の可罰性にも疑義が生じうる犯罪類型を指す点で、異なる概念を表している。

いないのである。

【図2】 価値中立的目的犯の構造：「つきまとい等」を例に



小 ← 法益侵害性 → 大  
 (個人の身体、自由、名誉、生活の平穩の侵害)

#### IV. 若干の検討

##### 1. 価値中立的目的犯の実体法上の問題点

###### (1) その他の超過的内心傾向との関係

本稿は、ストーカー行為罪および児童ポルノ単純所持罪を価値中立的目的犯と位置づけ、一般的な目的犯としての基本構造を備えていないと主張するが、これらが見せかけの目的犯であり、それ以外の超過的内心傾向として説明できるかもしれない。

児童ポルノ単純所持罪のように、所持罪に目的要件が定められているものとしては、刑法175条2項の有償頒布目的でのわいせつ物所持罪や、薬物事

犯、銃刀法における営利目的での各種所持罪があげられる。前者については、目的実現行為等に該当するわいせつ物の有償頒布行為が175条1項で犯罪とされており、一般的な目的犯と同様、法益侵害関連性を有しているといえる。後者は、営利目的のない所持じたいで犯罪を構成する不真正目的犯であるが、刑の加重根拠が問題となる。営利目的を違法要素と解するか責任要素と解するかは議論の余地があるが、例えば覚せい剤取締法の営利目的に関しては、営利目的の存在が覚せい剤乱用による保健衛生上の危害発生の危険を高めるという観点から説明されている<sup>39)</sup>。

その他、関連がありそうな目的犯以外の超過的内心傾向としては、窃盗罪における不法領得の意思（のうち利用意思）が考えられる。これを毀棄罪との区別のために必要とするのが通説であるが、そのような意思により占有奪取行為が行われる場合には、法益侵害行為が強力な動機に基づき行われるために、責任が重くなる等として責任要素であると解されている<sup>40)</sup>。

たしかに、価値中立目的犯の目的実現行為等と同様に、営利活動や利用行為がそれ自体は法益侵害に対して価値中立である。それゆえ、恋愛感情等充足目的または性的好奇心満足目的という動機が、ストーカー行為または児童ポルノ所持の法益侵害に対する危険性ないし敵対性を高めるという論証がなしうるのであれば、それらの目的を責任要素として説明することは不可能ではないだろう。ただし、注意すべきは、覚せい剤の所持行為や他人の財物の占有奪取行為は、営利目的や利用意思を欠く場合であっても単純所持罪または毀棄罪として可罰的であり、それ自体で法益侵害性を有する違法を有している。これに対して、価値中立的目的犯の場合、目的を欠く行為自体では可罰

39) 「財産上の利益を得るといふ動機が、この種犯罪行為の動因となり、覚せい剤等の乱用の危険を増大させる要因となることを意味する。そうであるとすれば、このような動機を行為の違法性を強める違法要素として捉え、営利の目的という要件のもとで刑の加重要素とすることは、もとより可能であり、また、その趣旨でこれらの法律中に規定されたと解することは、これらの法律の犯罪の特殊性によく照応する解釈でもある」。平野龍一／佐々木史朗／藤永幸治編『注解特別刑法5 医事・薬事編』（青林書院、1983年）IV 36頁（香城執筆）。

40) 山口厚『刑法各論〔第二版〕』（有斐閣、2010年）203頁。今井猛嘉／小林憲太郎／島田聡一郎／橋爪隆『刑法各論〔第二版〕』（有斐閣、2013年）153頁。

性を獲得できない。つまり、行為のみでは可罰的な違法性がない類型であり、可罰性に対する目的の依存度が異なるといえる。

超過的内心傾向を有する犯罪類型のうち、より価値中立的目的犯に近いと思われるのは、傾向犯である。これについては、既に、児童ポルノ単純所持罪の性的好奇心満足目的に関する次のような分析がある。「『自己の性的好奇心を満たす目的』は、むしろ、傾向犯における内心の『傾向』と類似するものといえるかも知れない。すなわち、判例が要求しているとされる、強制わいせつ罪における『犯人の性欲を刺戟興奮させまたは満足させるという性的意図』と、同様に捉えることができる。しかし、このような『傾向』は、少なくとも、法益侵害の危険には影響を及ぼさない要素といえるから、周知のように、傾向犯を認める判例については批判が多いところである。児童ポルノ処罰法において傾向犯を明文化するとすれば、そのような批判を封じるだけの説得的な論拠が必要であろう」<sup>41)</sup>。

この見解が示すように、傾向犯の一種として解する場合、そもそもその正当性に疑義が呈されることになる。なお、近時の最高裁判平成29年11月29日大法廷判決により性的意図に関する判例変更が行われた現在、その正当性はよりいっそう揺らぐことになろう。

加えて、価値中立目的犯は、仮に性的意図を欠いても性的自由の侵害が明らかである強制わいせつ行為とは異なり、客観的行為それ自体の法益侵害性が希薄であるという問題も抱えている。

## (2) 二重の法益侵害性の希薄さ

これまで価値中立目的犯と関連のありそうな超過的内心傾向について検討してきた。たしかに、傾向犯等一部の犯罪類型と価値中立的目的犯とは、その定義①（目的実現行為等が法益侵害関連性を有しない）の点で共通しているように思われる。しかしながら、それらの一部の犯罪類型と価値中立目的

41) 渡邊卓也「児童ポルノ処罰法における目的犯の意義」姫路ロージャーナル4号（2010年）16頁。

犯とは、定義②（行為についても法益侵害性の疑わしい態様が含まれる）の点で異なるものである。

このことをもって、価値中立的目的犯には「二重の法益侵害性の希薄さ」という固有の問題点があると特徴付けることができるように思われる。

本来、（真正）目的犯に規定された客観的構成要件は、それだけでは処罰範囲が広すぎるため可罰性を獲得できない行為類型である。行使の目的を欠く（あるいは行使の危険性を欠く）偽造行為は不可罰である。それにもかかわらず、いわば本体である後の法益侵害結果ないしその危険の発生（偽造通貨を実際に行使する行為）を待たずに規制することが立法者から要請される場合がある。そこで、後の法益侵害結果ないしその危険の発生を「目的」という主観的違法要素（あるいは同目的を還元した客観的危険性）に関連させ、いわばその違法性を先取りすることにより、かかる前倒し規制が正当化されているといえる<sup>42)</sup>。しかしながら、価値中立的目的犯には、その目的要件に、抑止すべき後の法益侵害結果ないしその危険の発生へのベクトルが欠如している（目的実現行為等が法益侵害関連性を有しない）。

一方、窃盗罪における利用意思や、強制わいせつ罪における性的意図などもまた、法益侵害との関連性を欠いているように思われるが、これらの犯罪類型は客観的行為それ自体で可罰的な違法性を既に具備している。それゆえ、利用意思に関してはそれを責任要素として解することができ、強制わいせつ罪における性的意図に関してはそれを必ずしも必要としないと解することができるのである。しかしながら、価値中立目的犯においては、目的の有無が可罰性の存否を分ける重要なメルクマールを担わされている。

42) これに関して、文書偽造罪の制定過程に着目した次のような指摘もある。「旧刑法では、文書偽造罪は『偽造して行使する』という構成要件になっていた。偽造だけでは、まだ未遂にしかならなかったのである。このように、『予備罪』という名称を用いずに未完成犯罪を目的犯として独立させ、さらに未遂も処罰することによって、刑罰介入を早期化する方法もある」。松宮孝明『刑法総論講義〔第五版〕』（成文堂、2017年）235頁。

なお、旧刑法から現行刑法への改正草案のうち「行使の目的」が初めて登場するのは明治28年草案であるが、この直前に開催されていた刑法改正審査委員会の決議録は、現存する部分が117条までであり、立法者意思を確認することはできなかった。内田文昭ほか編著『日本立法資料全集21』（信山社、1993年）6頁参照。

以上から、価値中立目的犯は、法益侵害性の疑わしい行為が含まれるおそれのある客観的構成要件を補うために、しかし実際には法益侵害関連性のない目的要件をもって限定が図られているという意味で、二重の法益侵害性の希薄さを伴っている。目的または客観的行為のどちらかが可罰性をしっかりと基礎づける一般的な目的犯と異なり、前倒し規制を正当化する可罰性を有しているのかが疑わしい類型であるといえよう。

### (3) 心情刑法への接近

客観的行為じたいの法益侵害性が疑わしい類型を、同じく法益侵害関連性のない目的要件によって限定を図るという手法は、可罰性の限界が法益侵害性とは無関係のメルクマールによって左右されることを意味する。これは、前倒し規制を正当化する論理として不十分であるばかりか、心情刑法への接近というさらなる問題を含みうるように思われる。

伊藤によれば、ドイツの犯人庇護罪（ドイツ刑法257条1項）は違法な行為を行った者に犯行の利益を確保させる目的で、その者を援助した場合を処罰する規定であるが、このような価値中立行為を主観的目的により可罰的とする立法形式について目的に高度な内容を要求して限定を図るというドイツの判例通説の考え方に対しては、「それ自体では問題がなかったり社会的に相当な態度が無価値な目的が付け加わることで無価値な構成要件に該当することになってしまう心情刑法であり、法益保護刑法の基本理解とは一致しない」との批判もなされているとされる<sup>43)</sup>。

本稿で扱う価値中立目的犯の類型は、客観的行為に関して、ドイツの犯人庇護罪における援助行為ほどには価値中立的な規定にはなっていないが、前述したように、法益侵害性の疑わしい一定の行為類型が含まれうる点では同様である。加えて、犯人庇護罪では犯行利益確保目的が無価値を志向しているのに対して、価値中立的目的犯の目的は法益侵害関連性を有していないという相違がある。行為および目的の両面において、前述した二重の法益侵

43) 伊藤・前掲註4)・305頁。

害性の希薄化を有する価値中立的目的犯については、心情刑法ではないかとの批判がよりいっそう向けられうるように思われる。

わが国においても児童ポルノの単純所持罪立法について、「問題となる法益侵害性が『名目的』なものであればあるほど、『あなたは児童ポルノ所持という悪い行為をした、非難に値する人間である』というメッセージは『あなたは児童性愛者（ペドフィリア）だから非難に値する』というメッセージに誤変換されやすい」として、「そこで侵害ないし危殆化される保護法益が何であるかにつき明確化することで、前述の誤変換を回避する措置を講じる必要がある」との指摘もある<sup>44)</sup>。

価値中立的目的犯のような犯罪類型について、目的によって処罰範囲の限定を図るという手法は、その処罰範囲を適正な範囲に限定するものでないばかりか、その正当性への疑義をむしろ深めることにすらなりかねないものであるといえる。

## 2. 価値中立的目的犯の手続法上の問題点

これまで価値中立的目的犯の実体法上の問題点についてみてきた。では、これらの実体法上の問題は、手続においてどのように波及するのであろうか。次にそれをみていこう。

### (1) 捜査・起訴

実体法上の「二重の希薄さ」は、まず捜査に波及する。法益侵害性がない又は著しく低い行為を取り締まるということは、一般人が容易に捜査対象になるということでもある。とりわけ、物を事実上支配している状態（所持）が「行為」となる児童ポルノの単純所持罪で顕著な影響が表れることになろう<sup>45)</sup>。

44) 深町晋也「路上喫煙条例・ポイ捨て禁止条例と刑罰論：刑事立法学序説」立教法学79号（2010年）85頁以下。また、同・前掲註23）・479頁も参照。

45) 所持罪における「所持」の行為性に疑義を呈し、所持罪の再構成を試みるものとして、松原芳博「所持罪における『所持』概念と行為性」・前掲註26) 23頁以下。松原によれ

第一に、児童ポルノという写真、電磁的記録その他のものを所持しているかどうかを捜査するために、捜査機関の捜査権限が飛躍的に拡大することが挙げられる。捜査機関は児童ポルノの単純所持の嫌疑によって、対象者が「所持」していると思料される場所、物を搜索等することができるようになる<sup>46)</sup>。そして、プライベートな領域や、電子計算機などの思想・信条を容易に推知可能な物が捜査の対象となりうる。

かりに捜査によって、対象者が管理・占有等している場所、物などから児童ポルノが発見された場合には、その発見されたという事実を材料に取調べにおいて自白の獲得がなされる可能性も皆無ではなかろう。いうまでもなく、「小児性愛者」というレッテルは強烈なものだからである。別件逮捕・勾留の手段として、児童ポルノの単純所持罪が使われる可能性もないとはいえない。

他方、すでにみたように、ストーカー行為罪の処罰範囲の限定については、目的要件とならんで、一定の行為類型については「不安を覚えさせるような態様」という要件も付されているが、これは被害者の主観（被害者感情）が大きく寄与する。したがって、捜査の端緒としては、一般的には、被害者の供述が大きな割合を占めることとなろう。場合により、交際関係に基づく通常の行為が、被害者の主観で「ストーカー行為」になったり、ならなかったりすることがありうる。被害者の不安感等の主観が、私人間への捜査機関の介入に大きな影響を与えることになるのである。また、非親告罪とされたことで、捜査機関の独自の判断による捜査も可能になることはいうをまたない。

---

ば、物を事実上支配しているという関係ないしは状態に過ぎない「所持」は、外界に対して実質的な作用を及ぼすには至っていないのではないかという疑問があり、所持罪を犯罪として正当化するためには、①銃砲刀剣類等の殺傷用具や禁止薬物などの潜在的危険がきわめて大きい反面、それを所持することに対する正当な利益を想定することが困難である場合のほか、②その他の物の所持に関しては、販売目的や供用目的といった法益侵害に向けられた目的を要求することが必要とされる。

46) 単純所持罪の捜査に伴うプライバシー侵害への危険性を指摘するものとして、渡邊・前掲註21)・152頁。

また、ストーカー行為罪の恋愛感情等充足目的による限定は、「『異常な恋愛』を『正常な恋愛』からの確に区別する力量を現場の警察官に問うことになるが、そもそも『異常なしつこさ』と『正常なしつこさ』を、何を基準にして区別し得るのかは疑問である。処罰範囲の限定および明確化は目的犯規定とすることで十分に達成され得るのか、改めて検討される必要があろう」との見解も示されている<sup>47)</sup>。

## (2) 目的の認定

すでにみたように、児童ポルノ単純所持罪の性的好奇心満足目的には、基本的に、所持という行為を限定する機能はなく、単に、正当な目的や自己の意思に基づかない所持を排除する消極的な機能しかない。

では、この性的好奇心満足目的はどのように認定されるのか。この点については、「刑事実務上、この要件は、まずは行為者の供述（自白）により立証することが多くなると予想される。…では自白が得られず、否認・黙秘となった場合はどうか。ここでも、やはり間接事実（状況証拠）による立証が駆使されることになろう。行為者の日頃の趣味、嗜好や生活状況などが幅広く間接事実（状況証拠）として問題とされることになる<sup>48)</sup>」という指摘がなされている。法務省も、この性的好奇心満足目的を立証する場合には、当該の具体的事案における客観的事情を基本とし、かつ、被疑者、被告人を含む関係者の供述をも踏まえて行うことになる、すなわち、児童ポルノを所持するに至った経緯、所持している児童ポルノの内容や量、所持の態様などの客観的な諸事情を基本とし、それに関係者の供述を総合して判断することになると説明している<sup>49)</sup>。

47) 四條・前掲註12)・139頁。

48) 落合洋司「児童ポルノ単純所持規制についての検討—刑事実務の観点から」園田＝曾我部『改正児童ポルノ法』84・85頁。

49) 第186回国会参議院法務委員会会議録第24号（平成26年6月17日）15頁〔林眞琴刑事局長の発言〕。また、法案提出者（階猛委員）も「自己の性的好奇心を満たす目的とは、当該事件において立件対象となる所持の時点においてその有無を判断すべきものであります。そしてその有無は、所持者の内心についての供述だけでなく、児童ポルノの

このように、性的好奇心満足目的は白自や間接事実によって立証されうるが、そこでは「行為者の日頃の趣味、嗜好や生活状況」など行為者（所持者）の人格にかかわる幅広い要素が問題とならざるを得ないのである。

他方、弁護側が「正当な目的での所持」を主張した場合も、「正当な目的」かどうかは所持者の職業や人格等が問題とならざるをえない。児童ポルノを所持していたことは、通常、性的好奇心満足目的があったと認定される結果、立証責任が転換する可能性が高い。

また、ストーカー規制法にいう恋愛感情等充足目的も「つきまとい等」を限定する機能はなく、単に正当な目的のある「つきまとい等」を排除する消極的な機能しかない。そして、この恋愛感情等充足目的の認定については、まず①被害者からどのような被害にあっているかを確認し、②ストーカーが特定されている場合には、被害者と当該ストーカーの人間関係（たとえば、別れた恋人であるとか、交際を申し込まれたことがあるなど）から恋愛感情等充足目的を認定し、他方、②'ストーカーが特定されていない場合は行為の態様（たとえば、かかってくる電話の内容、送られてくるメールや手紙の内容から認定し、③それでも判断できない場合は直接ストーカー本人からその動機を確認することになるという指摘がある<sup>50)</sup>。実際の裁判例をみても、このような指摘は正鵠を射ていると思われる。

たとえば、**神戸地判平成19年7月3日公判判例集未掲載**は、被告人が、マンションの被害者方（女性、被告人の元妻）に押し掛け、その後、立て続けに「つきまとい等」をしたとして起訴されたが、弁護人は、被告人が本件各行為に及んだ目的は、恋愛感情を充足する目的ではなく、子供やその母親（被告人の元妻）の生活状況などが気がかりで元妻から実情を聴く目的であったから、ストーカー規制法違反の罪は成立しないと主張した事案に対し、次のように判示した。

---

所持の態様、分量、所持している対象の内容等の客観的事情からの推認により認定されるべきものであります。」とする（第186回国会衆議院法務委員会会議録第21号（平成26年6月4日）12頁）。

50) ストーカー規制法研究会『わかりやすいストーカー規制法』（有斐閣、2002年）16頁

「被告人の元妻は、『平成18年11月1日午前9時ころ自宅玄関内に被告人がいきなり入ってきて話をしようと言うので、近くの喫茶店で30分という約束で話をすることになった。喫茶店内では、被告人は、“朝帰りは男とおったんか。彼氏出来たんか。もう一回一緒になってくれ。”などと、子供の話ではなく、私に彼氏がいると思って嫉妬し復縁を迫ってくる話に終始した。同日午前10時10分ころ自宅ベランダ内に被告人がいるのを見つけたところ、被告人は、“ママのこと考えたら、こないせなしょうがなかったんや。自分でもコントロール出来んのや。”と語っていた。』旨供述している。元妻の供述は具体的で証拠上不自然な点は見当たらないばかりか、元妻の母親Gや妹Hの供述調書によれば、上記喫茶店内や自宅ベランダ内における被告人の発言内容に関する元妻の供述は直後から一貫した内容であると認められることからすると、高度の信用性を認めることができる。

加えて、元妻の父親Iは、『平成18年8月から同年11月ころの間、被告人に対し他にいい女を探して元妻につきまとわないように注意したのに対し、被告人は子供の生活状況が気になっているなどと説明することはなく、交際相手として元妻以外の女性を探す気にならないという趣旨のことを言っていた。同年12月20日ころにも元妻のことが今でも好きであると言っていた。』旨供述している。同人は、元妻の父親ではあるものの、同人の検察官調書…における『被告人のことがかわいという心配で仕方がない』などという趣旨の供述や、同人は元妻よりも被告人の肩を持つという元妻の母親の供述…などに照らすと、Iが被告人を陥れるために殊更虚偽の供述をしているとは考えられず、上記の同人の供述は十分信用できるものと認められる。

これに対し、被告人は、『平成18年8月26日に元妻との間で今後同女に接触しないことなどを内容とする合意書を作成した後は、他に好きな女性もできていたので、元妻に対する恋愛感情はなくなっていた。同年11月1日午前9時ころに元妻方に押し掛けたのは、その日元妻が朝帰りをしたのを見て、子供の面倒をきちんとみるよう注意しようと思ったからであり、喫茶店内において元妻と話した際には、復縁話はしていない。同日午前10時10分ころベランダ内に入ったのは、喫茶

店内で十分話ができなかったので、元妻と子供のことで話をしたかったからで、元妻が供述するような言葉は自分は言っていない。同月2日の深夜に元妻を2回見張ったのは、また朝帰りをして子供をほったらかしにするかもしれないと不安になり、まっすぐ家に戻るか気になったからである。』旨供述している。この被告人の供述は、〔1〕上記のとおり信用できる元妻及びIの各供述に反すること、〔2〕別の女性と恋愛関係になったのは平成18年12月2日以降であると検察官調書…において供述していることなどに照らすと、信用することはできない。』

〔以上を前提に本件各行為の目的について検討すると、〔1〕本件各行為の時間的接着性に加え、〔2〕平成18年11月1日の元妻に対する被告人の発言内容は、被告人が元妻に対し恋愛感情を有していることを前提にしてはじめてよく理解できるものであること、〔3〕本件各行為の前後においても被告人はIに元妻に対し恋愛感情があると解される趣旨の発言をしていることを考え合わせると、本件各行為の目的はいずれも元妻に対する恋愛感情を充足する目的であったと推認することができる。』

ここでは、①被告人と被害者との過去の関係（夫婦であったこと）に加え、②被告人の一連の行為の時間的接着性、③被告人の被害者に対する発言内容、④問題となる行為の前後の発言内容をもとに、一般人の観点から恋愛感情等充足目的を判断しているといえる。このように、被告人の自白が得られなかった場合の恋愛感情等充足目的の立証は、実務においても、間接証拠、とりわけ被害者の供述によってなされている。

もっとも、ストーカー規制法にいう「ストーカー行為」は、行為自体の法益侵害性が一般的に高く、児童ポルノの単純所持で危惧されるような「人格処罰」の危険はないという見方もありえよう。最高裁も、ストーカー規制法の合憲性に関して、「ストーカー規制法は…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、相手方の身体の安全、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って、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るとしている（圏点引用者）。

しかし、すでにみたように、日常的なコミュニケーションが、被害者の主観の変化によって直ちに「ストーカー行為」となりうることに注意しなければならない。現に、裁判例においても、被害者の主観が大きな要素となることが示されている。

たとえば、福岡高判平成28年7月5日判タ1431号138頁<sup>51)</sup>は、被告人が知人の女性が居住するマンション内に立ち入った上で、規制法上のストーカー行為に及んだとして起訴された事案（2回の押し掛け（所為〔1〕〔4〕）、3回の面会等要求（所為〔2〕〔5〕〔6〕）、前後6回の電話（所為〔3〕）について、被告人による一連の所為がストーカー行為に当たるとは言い切れず、マンション内に立ち入った行為も邸宅侵入には当たらないとして被告人を無罪とした原判決の判断に関して次のように判示した。

「原判決は、所為〔1〕ないし〔6〕全体につき、『自宅を訪ねて面会を求めたが、拒否されたので、その日から翌日にかけて電話を6回かけ、翌日に同様に自宅を訪ねて面会を求めたが、やはり拒否されたので、手紙を出したという限度にとどまる』と要約した上、Aが一定の不安を感じていたことは認めつつも、被告人の意図はAが関係を解消しようとした理由を聞くことにあり、社会的逸脱の程度が大きくはない旨を指摘する。しかし、関係証拠によれば、Aは3月下旬頃被告人に『友人としての付き合いもやめたい』『会う気はない』などと告げ、4月4日に被告人と会った際『もう会わない、電話もしてこないで』などと述べたのを最後に、以降は被告人からの電話やメールに応答しなくなっていたのであって…、拒絶の態度は所為〔1〕〔2〕に際し初めて示されたわけではないから、先の要約はやや不適切といわざるを得ない。また、Aが住むマンション（以下、「本件

51) 同裁判例についての評釈として、奥村寿行「判批」捜査研究795号（2017年）30頁以下、水越壮夫「判批」警察公論72巻6号（2017年）86頁以下などがある。

マンション」という。)は建物全体の玄関部分をオートロック式としており、居住者とその許可を得た者以外の立ち入りを許容していないが…、被告人は、所為〔1〕〔4〕において、他の居住者による出入りに合わせてオートロックをすり抜け、Aの居室前に至っている。このように、本来なら立ち入れない場所まで押し掛けることは、正に身体の安全や住居等の平穩を害される不安を増大させる要素であるから、不安方法の判断に際し重視する必要があるが、原判決にはこれを検討した形跡がみられない。これと同時に行われた所為〔2〕〔5〕についても同様である。更に、所為〔6〕の手紙自体には直接危害を加えるような文言こそ含まれないものの、今後も顔を合わせることがあり得る旨を暗に示しているし、それが送付された経緯や時期、具体的には、4月14日の面会等要求(所為〔1〕〔2〕)に対し、Aが「早く帰って、電話もしてこないで」などと拒絶の態度を明示したのに、同日から翌15日までの間に連続して6回電話をし(所為〔3〕)、同月15日には再度押し掛けるも(所為〔4〕〔5〕)「お願いだから帰って。絶対に会いたくない」などとやはり明確に拒絶されていたのに、その直後に手紙を投函したという事情を考慮に入れるべきところ、原判決はこれらの点の考察も不十分といわざるを得ない。(原文改行)…Aは、原審公判で、被告人による各所為につき、何をされるか分からない、今後つきまわられたり家まで来るかも知れないという強い不安を覚えた旨供述した。これは、先に掲げた各所為の様態、経緯、時期等に照らしてよく理解できるところであるし、Aが所為〔1〕〔2〕の当日に警察に相談したこととも符合する。そうすると、本件の所為〔1〕〔2〕〔4〕〔5〕〔6〕は不安方法で行われたものというべきである。」

また、大阪高判平成16年8月5日高検速報158頁<sup>52)</sup>は、被告人が、①鞆(1

52) 同裁判例についての評釈として、高野・前掲註17)・49頁以下、高森高德「判批」研修677号(2004年)227頁以下、村中孝一「判批」警察公論60巻2号(2005年)69頁以下などがある。なお、村中によれば「原判決はその『通常人』あるいは『社会通念』について、被害者と犯人との間のそれまでの経緯などの具体的事情を一切捨象し、方法が郵便であるという一事を過度に重視した判断をしており、到底相当とはいえない。通常人なり、社会通念といっても、それはあくまでも、当該被害者の立場に置かれた合理的な一般人を前提とした判断でなければならない」と評価される(同73頁)。

件は手紙を同封)を郵便小包にして被害者の勤務先に送付した2件の行為、②「好きです。付き合ってください。」などと記載した手紙を封書にして被害者の勤務先に郵送した2件の行為につき、原判決が「不安を覚えさせるような方法でなされたもの」とは認定しなかったことに関し、次のように判示した。

「関係証拠によれば、全体に共通する事情として、それまで被害者は、渡された名刺から被告人の氏名及び住所を知っているだけで、その素性や人柄を知らず、むしろ、従前のつきまとい等により既に被告人の言動に多大な不安を覚え、いかなる接触があっても被告人が自分の様子をどこかで見張っているかも知れないと感じ、おびえるようになっていたことが認められる。(原文改行)そして、原判決が、不安を覚えさせるような方法でなされたものと認定しなかった4件の行為についてみると、その内2件は、いずれも被告人が鞆(1件は手紙を同封)を郵便小包にして被害者の勤務先に送付した行為であるところ、外見上、何が在中しているのか不明な形態である上、被告人は、以前に同鞆を直接被害者に手渡そうとしたことが2回あること、加えて、上記の鞆送付行為の内、最後の行為については、本件警告がなされ、被害者において被告人が同じような行為をやめるものと期待するようになった後わずか20日余りの行為でもあることなどを総合的に考察すると、被害者の立場にある者をして、通常、その身体の安全等にかかるといえる危害を加えられるかも知れないという不安を覚えさせるような方法により行われたと認めることができる。(原文改行)また、上記4件の行為中、その余の2件は、『好きです。付き合ってください。』、『すいませんけど付き合ってください。返事下さい。』などと記載した手紙を、それぞれ封書にして被害者の勤務先に同女あてで郵送したものであるところ、外からその内容物を了知できない点では前記行為とはほぼ同様な形態である上、被害者の一貫した明確な拒絶意思に反する行為である点も同じであり、上記の封書郵送行為中、最初の行為は、被害者が警察署に相談した結果、被告人が同警察署に呼び出されて口頭注意を受けたにもかかわらず、その後間もなく行われたものであること、後の行為は、本件禁止命令が

発付されたわずか5日後になされたものであることがそれぞれ認められ、いずれも前同様に不安を覚えさせるような方法により行われたと認めることができる。」

このように、裁判例では、①被害者の主観が大きな判断要素となっていることに加え、②行為の客観的状況（態様）などをもとに、「不安方法」を認定している。「表現の自由」等に当たると思われる好意をもった相手方に「好きです」と伝える行為（伝えるためには当然、相手方に何らかの方法で接近ないし接触する必要がある）も、被害者の主観如何によっては、罰則の対象たる「ストーカー行為」になりうるのである。さらに、この被害者の主観は、実務においては、きわめて柔軟に解釈されている。

たとえば、法2条1項5号に関する事例であるが、東京高判平成15年3月5日判時1860号154頁<sup>53)</sup>は、被害者Bの携帯電話には、以前から、被告人の携帯電話からの電話に対しては着信拒否とする設定がなされていた（被告人がBの携帯電話に電話をかけようとしてもその信号は届かず、Bは着信音もバイブレーターによる振動も感じたことはなかった）という事実関係において、被告人が、前後299回にわたり、連続して被告人所有の携帯電話からB所有の携帯電話に電話をかけた行為に関して次のように判示した。

「…Bの携帯電話には、被告人の携帯電話からの電話について着信拒否とする設定がなされていたところ、そのような場合に、被告人が電話をかけたことが、法二条一項五号の『電話をかけ』に該当するか否かについて検討する。法二条一項五号は『電話をかけ』と規定していて、通話可能状態となることまでを要件とはしていないこと、同項二号、六号ないし八号の『つきまとい等』については、被害者が『知り得る状態に置くこと』をもって足りると規定されていること、着

53) 同裁判例についての評釈として、高野・前掲註17)・46頁以下、中村孝「判批」研修673号（2004年）103頁以下、江見健一「判批」研修696号（2006年）87頁以下、小坂亮「判批」法時80巻5号（2008年）105頁以下などがある。なお、小坂によれば「着信拒否設定は迷惑電話等による不快感・不安感を防ぐための防御手段であり、それがある程度有効に機能する事例も想定できることから、法益の考慮等により処罰範囲に何らかの限定を課すことが必要と思われる」とされる（同109頁）。

信拒否をしているにもかかわらず、被害者は着信履歴を見て、犯人が執拗に電話をかけてくることを知り得るのであって、そのことにより被害者が不安感を抱くおそれは十分保護に値すると思われること、さらに、ストーカー行為を規制することにより、個人の身体、自由及び名誉に対する危害の発生を防止し、国民の生活の安全と平穏に資することを目的とする法の趣旨を考慮すると、本件のように着信拒否の設定がなされていた場合であっても、被害者が着信履歴を確認して犯人から電話があったことを認識し得る以上、犯人が電話をした行為は、法二条一項五号の『電話をかけ』に該当するものと解するのが相当である。これに対し、所論は、被告人が電話をしても、被害者は着信音もバイブレーターによる振動も感じたことはなく、被害者の平穏な生活は一切侵害されておらず、法益の侵害がないと主張するが、被害者が被告人からの電話があったことを知り得る以上、被害者が着信音を聞いていたか、バイブレーターを設置していたがたまたま気付かなかったか、着信拒否にしていたか、たまたま携帯電話を所持していなかったかなどの偶発的事情で犯罪の成否が左右されるのは不合理である上、前記のとおり、被害者が不安感を抱くおそれは十分保護に値するものであって、法益侵害が認められることに照らすと、所論は失当である。」

このように、裁判例の中には「被害者が不安感を抱くおそれ」に法益侵害性を認めた事例も存在する<sup>54)</sup>。ストーカー規制法の「保護法益」の実質が、「被害者の不安感ないしそのおそれを保護する」というものに過ぎないとすれば、法益侵害の内実はきわめて空虚なものとなり、「被害者の立場からみて『不安感を感じる人』だから処罰される」という、およそ刑罰の根拠としては正当化しえない処罰根拠が立ち現れることになる。

以上のように、価値中立的目的犯は、目的要件も、客観的行為も法益関連

54) この点、東京高判平成24年1月18日判時2199号142頁は、被害者に知られないように行動していた「見張り」行為及び「押しかける」行為に関して、ストーカー規制法2条2項にいう「不安方法」に当たるかどうかは、「当該行為の時点で相手方がそれを認識していたかどうかを問わず、相手方が当該行為を認識した場合に相手方に上記不安を覚えさせるようなものかどうかという観点から判断すべきものと解される」と判示した。「不安方法」の判断にあたって、可能性判断ないし仮定的判断を入れる点で注目される。

性が薄いという二重の希薄化がなされているため、法益侵害性を別のところから基礎づけざるをえなくなる。そして、その法益侵害性の基礎づけに際しては、行為者もしくは被害者の主観等が大きく寄与することが明らかとなった。実体法上の思想処罰という問題と合わせて、ここに価値中立的目的犯の手続法上の問題点が如実に表れているといえよう。

## V. おわりに

本稿では、①目的実現行為等が法益侵害関連性を有さず（適法行為としても違法行為としても現出しうる）、かつ、②行為についても法益侵害性の疑わしい態様が含まれる（処罰の早期化として特徴付けられる）犯罪類型を、目的犯の例外的な形態として、「価値中立的目的犯」という類型化を試みた。

処罰の早期化は必然的に処罰範囲の拡大をもたらすが、これに伴う濫用的、逸脱的運用を防止するため、目的要件によってその適正化が図られることは少なくない。しかしながら、近年成立したテロ等準備罪にもみられるように、行為の「目的」が特定の犯罪の実行という一定の法益侵害性を有していても、客観的な行為である「実行準備行為」（資金又は物品の手配、関係場所の下見その他の計画をした犯罪を実行するための準備行為）に歯止めがかからなければ、その処罰範囲は飛躍的に大きくなる<sup>55)</sup>。誰もが日常的に行っている——たとえば、ATMで現金を払い戻す行為や新幹線に乗ってある場所に行くことなど——それ自体としては危険でない行為でも「実行準備行為」と判断される余地がある。そして、あらゆる行為が「実行準備行為」に該当しうるとなると、特定の犯罪を実行しようという行為者の内心（目的）の部分だけが実質的な処罰根拠ということになる。

本稿で示した価値中立的目的犯の構造を有する犯罪類型については、そればかりか、そこでは法益侵害関連性のない目的要件が可罰性のメルクマールとなるため、実体法上は心情刑法への疑義をさらに深めることになる。また、手続法上は行為者もしくは被害者の主観等といった認定の困難な要素に

55) この点、内田博文『治安維持法と共謀罪』（岩波書店、2017年）215頁以下など参照。

事実認定の重点が置かれることにもなりかねない。このように、価値中立的  
目的犯は、さらなる問題を抱え込む犯罪類型であるとさえいえる。今後、刑  
事立法段階で同様の処罰範囲の濫用問題が論議されることがあれば、このよ  
うな限定手法に拠らない処罰範囲の明確化・適正化が目指されるべきだろう。