



Title	作為犯に対して介在する不作為犯（4）
Author(s)	松尾, 誠紀; Matsuo, Motonori
Description	論説
Citation	北大法学論集, 57(2), 171-187
Issue Date	2006-07-31
Doc URL	<a href="https://hdl.handle.net/2115/14544">https://hdl.handle.net/2115/14544</a>
Type	departmental bulletin paper
File Information	57(2)_171-187.pdf



作為犯に対して介在する不作為犯（四）

松尾誠紀

目次

- 第一章 はじめに  
第一節 「犯罪の不阻止」という問題の本質  
第二節 検討対象としての不作為関与  
第三節 まとめ

（以上、五六卷五号）

第二章 不作為関与の単独正犯性

第一節 後行不作為犯の正犯・共犯区別に関する学説の現状

第一項 総説

第二項 不作為共犯論の周辺議論

第三項 自殺行為者に対する不救助

第四項 プロバイダの削除義務違反

第五項 展開

第二節 後行不作為犯における共犯成立可能性

第一項 総説

第二項 共犯成立の可否に関する形式的側面

第三項 共犯成立の可否に関する実質的側面？

第四項 まとめ

第三章 不作為関与成立の時間的限界

第一節 総説

第二節 検討

第四章 不作為関与の限定的な可罰範囲

第五章 おわりに

第三章 不作為関与成立の時間的限界

第一節 総説

(以上、五六卷六号)

(以上、五七卷一号)

(以上、本号)

本章の検討課題は、以下のように位置づけられる。

本稿は、先行作為犯後の後行不作為犯（不作為関与）に関し、まず、後行不作為犯の劣後性に着目して幫助と理解する見解に対して、正犯行為の終了後に関与する者に共犯が成立する理論的可能性がないことを示すことよって、不作為関与の単独正犯性を基礎づけ（第二章）、さらに、しかしそれが単独正犯として理解されたからといって、必ずしも物理的・自然的原因によつて創出された危険を回避しない単独不作為犯と同様に扱われるとは限らない、という問題意識から、不作為関与の限定的な可罰範囲を基礎づけようとするものである（第四章）。もつとも、不作為関与の単独正犯性を基礎づけた後に、その限定的な可罰範囲の検討に移るとしても、その前に、不作為関与が成立する時間的限界を明確にしておく必要がある。なぜなら、不作為関与の限定的な可罰範囲は、次章において見るように、先行作為犯後の後行不作為犯という関与構造自体に着目した独自の規範的判断に基づいて基礎づけられるべきものであるが、そのような不作為関与に特有の規範的判断によらなくとも、端的に回避すべき危険が存在していないことよって不作為関与の成立可能性がすでに否定される場合を、あらかじめその検討対象から排除しておくべきだからである。その意味で、不作為関与成立の時間的限界に関しては、不作為関与が有する、単独不作為犯とは質的に相違する独自の要素から基礎づけられる限定性ではなく、回避すべき危険の不存在という不作為犯一般に共通する要素から基礎づけられる限定性となる。しかしそれは、従来検討されてきた他の不作為犯類型においては意識的に検討されてこなかった論点について検討するものである。

従来、一般的な不真正不作為犯論において主な検討対象とされてきた単独不作為犯においては、それが物理的・自然的原因によつて発生した危険を回避しない不作為犯として扱われてきた以上、そこで単独不作為犯の成否が検討された犯罪類型も、あくまで物理的・自然的原因に基づく危険によつて実現されるものに限られてきた。これに対して、「犯

罪の「不阻止」という問題領域においては、作為犯によって実行が可能なすべての犯罪類型について不作為犯の成否が問題とされることから、そこで扱われる犯罪類型の幅も、単独不作為犯の場合よりも広がることになる。その特徴は、犯罪行為の不阻止が問題とされる不作為共犯において、特に顕在化する<sup>(1)</sup>。しかし、「犯罪の不阻止」の中でも、先行行為行為終了後の後行不作為犯が問題とされる不作為関与にあつては、先行行為による犯罪結果発生の不阻止（侵害継続の不阻止<sup>(2)</sup>）が問題とされるため、たとえ不作為共犯と同様に作為犯によって実行可能な犯罪類型すべてに亘つてその成否を検討することができたとしても、すでにその前提となる犯罪が終了している場合には、結果的に犯罪結果阻止義務が否定される<sup>(3)</sup>。このようにして、不作為関与においては、回避すべき危険が先行行為によるものであるため、その成立の時間的限界が、先行行為によることによって行われた犯罪の終了時期に左右されることになる（この意味では、不作為関与成立の時間的限界をめぐる問題は、正犯行為終了後も幫助成立の可能性を肯定する見解〔行為後幫助肯定説<sup>(4)</sup>〕における幫助成立の時間的限界と、関心が一致することになる<sup>(4)</sup>）。

犯罪の終了時期が問題となる犯罪類型には、①犯罪の終了時期自体が未だ明確にされていない犯罪類型と、②法益侵害が継続している場合であっても、行為の完了と共に犯罪が終了すると理解されている犯罪類型がある。そのことから、犯罪の終了時期と不作為犯（不作為関与）の成否をめぐつては、類型①においては、犯罪の終了時期が明らかにされていない犯罪類型において、いかなる意味で不作為関与の成立が認められるのか、これに対して、類型②においては、法益侵害の継続が認められているにもかかわらず、なぜそこで不作為関与が成立しないと理解されることになるのか、が検討されなければならない。いいかえれば、類型①においては、そもそも回避すべき侵害ないし危険があるのか、すなわち果たして不作為犯が成立しうるのか、が問題となるのに対し、類型②においては、回避すべき侵害ないし危険はいかなる内容を持つものなのか、すなわち何罪の不作為犯が成立しうるのか、が問題とされることになる。

犯罪の終了時期と不作為犯成立の時間的限界をめぐる問題については、そのような意味での犯罪の終了時期は複数人が関与して初めて問題とされることから、単独不作為犯において意識されることはなく、他方、行為の阻止義務が問題とされる不作為共犯においては、犯罪の終了時期自体が特に問題とされることがない。その意味で、本章での検討課題は、不作為関与を検討対象としたからこそ顕在化する問題であるといえる。

そこで、以上のような問題意識に基づき、犯罪の終了時期をめぐる議論を参考に、不作為関与成立の時間的限界について検討することにする。

## 第二節 検討

### 1. 先行犯罪において犯罪の終了時期と法益侵害の終了時期が一致する場合

不作為犯においては、あくまで将来起こりうる結果の回避に対する義務が問題とされていることからすれば、不作為関与も不作為犯である以上、先行作為犯による犯罪が終了することによってその犯罪の結果が固定したと認められれば、その結果の回避が求められることはない。すなわち、固定された結果については結果の回避がすでになしえないのである。その意味で、先行作為犯による犯罪が終了している限り、不作為関与の成立可能性は否定されることになる。そこで、不作為関与成立の時間的限界を画する要素として、先行作為犯によってなされた犯罪の終了時期を問う必要がある。

一般に、犯罪の終了時期は、犯罪の罪質を、即成犯、状態犯、継続犯に分類し、それに従って判断されている。それぞれ、即成犯とは、法益侵害の発生と同時に犯罪は終了し法益が消滅するもの、状態犯とは、法益侵害の発生と同時に犯罪は終了し、その後は法益侵害状態だけが残るもの、継続犯とは、法益侵害が続いている間は犯罪も継続するもの、

を意味するとされている。<sup>(5)</sup>特に、状態犯と継続犯の違いは、既遂後にある法益侵害状態について犯罪が成立し続けているか否かにある。<sup>(6)</sup>ただし、継続犯でも、実行行為が継続していると理解すべきではない。<sup>(7)</sup>なぜなら、被害者を監禁後、犯人がそのまま逃走したとしても監禁罪は継続的に成立しているといえるからである。<sup>(8)</sup>また、犯罪類型ごとにこれらの分類が固定的にあてはまるわけでもない。状態犯の例として傷害罪が挙げられるとき、それは例えば、包丁で切りつけたところ、かすり傷を負ったにすぎない場合はそういえるだけであって、切りつけた後、なおも継続的に傷害結果が悪化し続けている場合（法益侵害が「増大」<sup>(9)</sup>している場合）には、その間、犯罪が継続しているといえる。<sup>(10)</sup>

そこで、このような犯罪の終了時期に関する分類を参考に、不作為関与成立の時間的限界について検討する。<sup>(11)</sup>まず、前提として、法益侵害状態がすでに解消されている場合には不作為関与は問題とならない、さらに、作為犯による行為が継続している場合には共犯の成否だけが問題となるので、単独正犯としての不作為関与は問題とならない。この二つの前提に基づいて、第一に、既遂の成立と同時に法益侵害状態が解消される場合、第二に、既遂成立後も行為は継続しているが、行為終了と同時に法益侵害状態が解消される場合は、不作為関与は成立しえないことになる。第一の例として、Yの殺人行為によってすでに死亡した被害者Zを発見しながらもそれを放置したXに（Xは義務者とする。以下同じ）、殺人の不作為関与は成立しえない。<sup>(12)</sup>第二の例として、Yが被害女性Zを強姦している現場に遭遇しながらもそれを黙認したXには、強姦の不作為関与は成立しえても、単独正犯としての不作為関与は成立しえない。他方、強姦罪では、Yが強姦行為をやめると同時に、法益侵害状態が解消されるので、Xが、強姦された後の被害女性Zを発見しながらもそれを放置したとしても、強姦の不作為関与は成立しえない。これと同じことは、暴行、公然わいせつ、脅迫の場合にも考えられる。<sup>(13)</sup>

反対に、継続犯に代表されるように、行為の完了によって法益侵害も犯罪も終了していない場合に不作為関与の成立

可能性が認められることに問題はない。このことは、例えば、Xが、Yによって池に突き落とされ溺れている被害者Zを発見しながらもそれを放置し、結果としてZに重い障害が生じた、というような殺人未遂、傷害の場合に考えられるし、Yが監禁した被害者Zを発見しながらもそれを放置したXのような監禁の場合、さらに、Yによって放火され燃え盛る自宅を発見しながらもそれを放置したXのような放火の場合にも考えられる<sup>(14)</sup>。

これに対して、名譽毀損、競売入札妨害、わいせつ物陳列等が問題となる事例では、犯罪の終了時期が明確にはされていない<sup>(15)</sup>。しかし、これらの犯罪は必ずしも現実の法益侵害の発生を要件とするものではなく、いわゆる危険犯として扱われていることから、現に法益侵害が発生する、あるいは拡大する危険がある限りにおいては、犯罪結果阻止義務を認めてもよいと思われる。もちろん、犯罪事実の評価としては、その危険は当初の行為に含められるものであるが、実際の危険状態としては先行作為犯による行為の完了後も現に継続しているものと評価できるので、そこには回避されるべき実体が認められるべきである。このような理解に従えば、名譽毀損等の事例においても、不作為関与成立の可能性が肯定されてもよいと思われる<sup>(16)</sup><sup>(17)</sup>。ただし、単独正犯としての不作為関与にあつては真正身分犯に關する共犯規定（刑法六五条一項）を適用できないので、先行作為犯による犯罪が真正身分犯の場合には、たとえそこに継続する危険が存在する場合であつたとしても、後行不作為犯が非身分者であれば不作為関与は成立しえないことになる。例えば、医師Yが患者の秘密を漏示するために病院内の掲示板にその秘密を表示する貼紙を貼つた後、それを見つながら剥がさなかつた病院事務長Xに、秘密漏示罪に關する不作為関与は成立しない<sup>(18)</sup>。

## 2. 先行犯罪が状態犯とされる場合

(1) 1. で検討した類型においては、不作為関与が成立しない場合には法益侵害が終了しており、反対に、それ

が成立する場合には法益侵害の継続が認められるものであった。これに対して、先行作為犯による犯罪が状態犯とされる場合には、その不作為関与成立の可能性について別個の検討を必要とする。

状態犯は、法益侵害は未だ残っている、つまりその意味で継続する法益侵害が認められるにもかかわらず、犯罪は終了しているとされるものである。代表的な状態犯としての窃盗罪の場合に、靴を盗まれた被害者においては、行為者において窃盗既遂が成立した後も、その利用可能性が侵害されているという意味での占有が奪われた状態はなお継続していると考えられる。しかし、結論において、例えば、Yが盗んできたZの靴を発見したにもかかわらずそれを放置したXに、窃盗罪としての不作為関与が成立する可能性はないように思われる。そこで、検討すべきは、先行作為犯による犯罪が状態犯の場合に、なぜ先行作為行為の終了後（既遂成立後）には犯罪結果阻止義務が否定され、不作為関与が成立しないと考えられるべきなのかである。不作為関与成立の時間的限界を画するという目的からすれば、むしろ状態犯の場合において、なぜそこで不作為関与が成立しないのかについて明らかにする必要がある。そこで、状態犯に対して不作為関与が成立しない実質的理由について検討することにする（ここでは、1. で問題とされたような、当該犯罪類型が継続犯か状態犯<sup>19</sup>かではなく、むしろ状態犯とされる犯罪類型について、どのような理由から不作為関与が否定される<sup>20</sup>のかが問題となる）。

(2) この点、例えば窃盗既遂後に窃盗の不作為関与が成立しないのは、端的に、不作為によって占有侵害、すなわち占有の移転という窃盗罪が規定する構成要件要素を満たしえないからだ、として、犯罪の終了時期とは別個の、個別的な犯罪成立要件の充足可能性という観点から不成立を基礎づける理解もありうる。確かに、その理解のように、不作為によって占有移転を惹起したとは表しにくいかもしれない。しかし、そのことは何も窃盗罪に限られたことではない。不真正不作為犯として一般によく挙げられる放火の場合においても、不作為によってまさに火を放ったという

のが困難であることは同じくあてはまる。むしろ、不真正不作為犯においては、各構成要件に対応する侵害ないし危険を回避しないことをもって当該構成要件に該当する行為とされていると理解されるべきである。構成要件的结果を回避しないことが不真正不作為犯の構成要件該当行為の實質だとすれば、不作為自体では個別の構成要件要素を充足しえないとすることをもって、当該構成要件の不作為犯成立を否定することはできない。そしてこの理解に従えば、不真正不作為犯においては、回避すべき侵害ないし危険に対応した義務が課され、その義務違反には、その回避しなかつた侵害ないし危険の内容に対応した罪の不真正不作為犯が成立することになる。

そうだとすると、例えば窃盜後に関与する後行不作為犯に、不作為による窃盜罪が成立しないということも、窃盜後に継続する所有者の利用可能性侵害という状態が、窃盜罪における侵害内容ではないからだと思われる。この点、学説においても、窃盜罪が、財物が被害者に返還されるまで継続しないのは、「窃盜罪の構成要件が、他人の財物を窃取すること、すなわち他人の占有を侵害して自己の占有に移すことだからである。窃盜罪は、法益侵害行為とその結果をすべて犯罪として規定しているわけではなく、占有の奪取行為（他人の占有を奪って自己の占有に置く行為——引用者註）だけを構成要件化している」として、窃盜罪が状態犯であることを基礎づける見解が主張されている。<sup>21</sup> 不真正不作為犯では侵害の内容に対応した罪の不作為犯が成立するのだとすると、犯罪結果阻止義務違反に窃盜罪を成立させるためには、その回避すべき侵害の内容として占有が移転するという侵害を含んでいる必要がある。しかし、先のような窃盜罪に関する罪質理解に従えば、窃盜罪においては占有の移転という侵害が既遂成立後には認められないからこそ、窃盜の不作為関与が成立しないと理解されることになる。ただし、例えば、一ヶ月に亘って隣の家から電気を盗み続けた場合のように、占有の移転自体が継続している場合には窃盜罪も継続しているといえるので、先行作為行為が完了している限りにおいて不作為関与も成立しうるものと思われる。

## 3. 先行犯罪が結果的加重犯の場合

以上のことと関連して、先行作為犯による犯罪が結果的加重犯の場合に、その加重結果の発生を阻止しなかった後行不作為犯に成立する罪について検討することにする。

先行作為犯による犯罪が結果的加重犯の場合には、回避すべき何らかの侵害ないし危険が認められたとしても、何罪の不作為犯が成立するかは、基本犯の犯罪終了時期に依存することになる。すなわち、先行作為犯によって行われた基本犯が加重結果の発生まで継続している場合には、その発生を阻止しなかった後行不作為犯には、基本犯にかかる結果的加重犯が成立するのに対し、すでに基本犯が終了している場合には、加重結果だけにかかる不作為犯が成立することになる（同じような問題は、理論的には結合犯の場合にも考えられるが、結果的加重犯の場合には特に、基本犯自体の危険が、加重結果が発生する時点まで継続していない場合があるので、このような問題が顕在化しやすい、ということである）。このことを、具体的な事例を使って示すと、次のようになる。

まず、先行作為犯による犯罪行為終了後も基本犯自体の法益侵害状態が継続し、後行不作為犯が加重結果の発生までも黙認した場合では、後行不作為犯には先行作為犯にかかる犯罪の結果的加重犯が成立する。例えば、Yの故意行為によってガス管が破壊され付近にガスが拡散している状態にあるのに、駆けつけたガス会社職員Xは何ら措置を施さず、後に起きた爆発の結果、住民Zが死亡した、という場合においては、未だ基本犯としてのガス漏出罪が継続している以上、ここでの後行不作為犯には、不作為によるガス漏出致死罪が成立しうる。同じことは、他の結果的加重犯の中でも、監禁致死罪の場合等でも考えられる。

これに対して、先行作為犯による基本犯は終了したものの、なお加重結果に対する回避義務があった場合には、その加重結果を回避しなかったことだけに関する不作為犯が成立する。例えば、娘Zが、友人Yからの薬物の注射によって

無理やりに墮胎させられたが、Zの身体が危険な状態にあるままYが逃走し、その後、倒れるZを発見した母親Xもこれを放置した結果、Zが死亡した、という場合においては、後行不作為犯としての母親には、基本犯としての不同意墮胎罪が終了している以上、たとえ母親が娘の墮胎を認識していたとしても、不同意墮胎致死罪ではなく、不作為による過失致死罪等が成立することになる。同じことは、他の結果的加重犯の中でも、汽車転覆致死罪、強姦致死罪、特別公務員暴行陵虐致死罪の場合等でも考えられる。

#### 4. 展開

以上、不作為関与成立の時間的限界について検討してきた。しかし、上述した判断枠組みに基づいて仮に不作為関与成立の可能性が認められたとしても、必ずしもそれが成立するとは限らない。そこには、「犯罪の不阻止」に認められる「限定性への意識」が現れる。そこで、次章において、いかなる根拠に基づいて、不作為関与の限定的な可罰範囲が基礎づけられるのかについて検討することにする。

- (1) 松尾誠紀「『不作為による共犯の限定化』について」北大法学論集五三巻六号（二〇〇三年）二二三頁は、「不作為共犯については、適用される犯罪類型の幅が、不作為単独正犯（『単独不作為犯——引用者註』）のように、殺人、放火、詐欺が主なものであるという、限られた適用領域を有するのとは異なり、殺人、放火、傷害、窃盗、詐欺、不動産侵奪、横領、密輸入、麻薬譲り渡し、選挙犯罪、刀剣類の不法所持など、作為によって実行が可能である犯罪類型全般にわたって適用されるといふ特質を有している」と指摘している（神山敏雄『不作為をめぐる共犯論』（一九九四年）二二頁も、参照）。
- (2) 後行不作為犯が回避すべき対象は、例えば、傷害既遂成立後の加重結果だけでなく、殺人未遂成立後の未遂結果、さら

には、業務妨害罪における妨害状態も考えられる。この点、島田聡一郎「不作為による共犯について（二）」立教法学六五号（二〇〇四年）二八八頁も、不作為共犯における結果回避可能性を検討するにあたって、「ここにいう『結果』の典型は、既遂犯における既遂結果であるが、危険犯における危険な状態や、未遂犯における既遂結果惹起の高度の蓋然性がある状態（未遂結果）も含まれるべきであ（る）」としている。

(3) 島田・前掲註(2)二五三頁は、「危険創出行為に基づく義務は、多くの場合、危険源管理義務の違反があり、その結果、危険状態が生じたが、いまだ犯罪が終了していない段階で問題となる〔傍点は引用者〕」としている。

(4) この点、山口厚『刑法総論』（補訂版、二〇〇五年）四二頁は、「共犯は正犯の行為を介して構成要件の実現に関与する必要があるから、正犯行為終了後においては既に共犯の成立可能性は否定される」ので、「共犯の成立可能性の問題は、犯罪の終了時期とは関係がない」とする。しかし、正犯行為の終了後に共犯成立の可能性が否定されるという理解に従ったからといって、必ずしも犯罪の終了時期と共犯の成否という問題が完全に切り離されるわけではない。山口のいう理解があてはまるのは、例えば、先行行為者YがZの家屋に放火した後、後行関与者Xが油を注いだ事例のように、正犯行為の終了／未終了によって共犯の成否が分けられるとされる事例だけであって、例えば、Yが留守中のZ宅から金庫を盗み出して玄関を出たところ、ちょうど通りかかった友人Xが、その金庫をYの自宅まで運んだ事例のように、犯罪の終了／未終了によって共犯の成否が分けられるとされる事例にまであてはまるわけではない（これらの区別については、本稿・第二章第二節第二項の一〔北大法学論集五七巻一号〕、参照）。

(5) 林美月子「状態犯と継続犯」神奈川法学二四巻一・三三号（一九八八年）一頁、佐伯仁志「犯罪の終了時期について」研修五五六号（一九九四年）一五頁（以下、同論文は、「佐伯・犯罪終了」と引用する）。なお、長井圓「判批」判例時報一六六四号（一九九九年）二二〇頁は、「既遂は犯罪要件充足の『最小』でしかなく、その『最大』（一罪性の構成要件的事実の限界）を画するのが『犯罪の終了』である」としている。他方、継続犯の概念として、川端博『刑法総論講義』（一九九五年）一一一頁は、「継続犯とは、構成要件的行為の状態が一定の時間的継続を必要とする犯罪類型」として定義づけている。この理解は、犯罪の既遂成立時に着目して整理されたものである（古田佑紀「犯罪の既遂と終了」判例タイムズ五五〇号（一九八五年）九一頁）。もっとも、そのような異なった理解に対しては、山中敬一『刑法総論I』（一九九九年）一六八頁が疑問を呈している。

(6) 坂本武志「建造物侵入罪は継続犯か」判例時報一六八九号（一九九九年）四三頁。また、山口・前掲註（4）四〇頁以下は、「構成要件要素である結果は、法文において、形式的には、同じく構成要件要素である行為客体の侵害として規定されているが、……実質的には、行為客体とは区別された保護客体（保護法益）の侵害……を意味している」とし、具体的に窃盗罪でいえば、「窃盗罪における行為客体は他人の財物であり、構成要件要素である結果は『窃取』（占有移転）であるが、それにより生じる実質的法益侵害は、物の利用可能性の侵害である」としている。このとき、しかし「構成要件要素である結果と、その内実である実質的法益侵害とが完全には重なり合わないという問題があり、これが……継続犯か状態犯かの区別に意味を持つ」としている。

佐伯仁志「不作為犯論」法学教室二八八号（二〇〇四年）五五頁は、例えば、間違って持って帰った傘を返さずに自分の物にする行為は、返さないという不作為を「窃取した」と解するのが困難だから、不作為による窃盗罪ではなく、占有離脱物横領である、ということを説明するに際して、「読者の中には、占有移転後の不作為を窃盗として処罰することができないのは、窃盗罪が状態犯だからではないか、と思われる方がいるかもしれない。しかし、事情は逆で、占有移転後の行為を窃盗として処罰することができないから窃盗罪は状態犯なのである」（同五五頁・註（9））と指摘している。

(7) 林幹人「即成犯・状態犯・継続犯」刑法の争点「第三版」（二〇〇〇年）三〇頁（以下、同論又は、「林幹人・争点」と引用する）、山口・前掲註（4）四三頁、松原芳博「所持罪における『所持』概念と行為性」佐々木史朗先生喜寿祝賀『刑事法の理論と実践』（二〇〇二年）三八頁。

(8) 松原・前掲註（7）三八頁も、監禁罪を例に、「犯人が被害者を一室に監禁したまま海外へ逃亡したという場合、自由の束縛という結果は継続的に発生し続けているものの、行為者の（狭義の）行為は終了しているといわざるをえない」としている。もっとも、佐伯・犯罪終了（前掲註（5））一七頁以下は、「継続犯の特徴は、実行行為が継続することによって、法益侵害と構成要件の充足が継続するとともに、実行行為が終了すれば、法益侵害が終了し犯罪も終了することにある」として、行為者が被害者を部屋に閉じ込めたまま解放しないという監禁罪の事例でも、逮捕罪における自分の手で被害者を押さえつける代わりに、部屋の壁という物理的手段を用いているだけと解して、最初の行為を含めて全体を作為による監禁の実行行為と見ることができるとする見解を示している（宮崎澄夫「犯罪の既遂と実行行為の終了」故林頼三郎博士追悼『刑事法学論集』（一九六〇年）二四四頁、筑間正泰「状態犯か継続犯か」広島法学二巻一号（一九七八年）三

○頁以下も、参照)。また、深町晋也「判批」ジュリスト一二五二号(二〇〇三年)一八七頁は、継続犯においては、実行行為の継続を厳密に要求することはできないとしながらも、例えば、正犯者が眠っている間に被害者の声が外に漏れないよう目張りをした場合にも(片面的)幫助が否定されるのは妥当でないとし、そこに一切の行為性まで不要とするこゝに疑問を呈している。

(9) 長井・前掲註(5)二二〇頁。

(10) 佐伯・犯罪終了(前掲註(5))二〇頁以下、林幹人・争点(前掲註(7))三二頁。

(11) 犯罪の終了時期は、決してそれ自体ではなく、何らかの法的効果と結びつけてこそ意味を持つものである(松尾誠記「判批」北大法学論集五六卷三号(二〇〇五年)三五三頁(以下、同論文は、「松尾・判批」と引用する)、伊藤涉ほか『アクチュアル刑法総論』(小林憲太郎)(二〇〇五年)九三頁、参照)。

(12) もっとも、場合によっては、不作為による死体遺棄罪が成立する可能性はある。判例において、不作為による死体遺棄罪が肯定されたものとして、被告人Xが、他人Yによって殺害されたXの妻Zaと子Zbが押入れに遺棄されているのを発見しながらその場を離れた事案について、被告人側が、①被告人は、単にYが死体を押入れに内に隠匿しているのを認識しながら、その場を離去したにすぎないから、被告人に条理・慣習上の義務があるとしても、直ちに死体遺棄が成立すると考えるべきではない、②不作為による死体遺棄罪は、自ら刑法上有責に死の結果を招いたその死体が目前にあるという事態からの離脱を伴う場合にのみ認められるべきである、と主張したのに対し、「従来判例によれば、死体遺棄罪は葬祭に関する良俗に反する行為を処罰するのを目的とするものであるから、法令又は慣習により葬祭をなすべき義務のある者が、葬祭の意思なく死体を放置してその所在場所から離去する場合には、たとえみずから刑法上有責にその死体の死の結果を招いたものではないとしても、死体遺棄罪を構成するということにあると解せられる」として被告人に不作為による死体遺棄罪の成立を肯定した原判決を支持した、東京高判昭和四〇(一九六五)年七月一九日高刑集一八卷五号五〇六頁がある。反対に、「葬祭をなすべき義務者」ではないとして、不作為による死体遺棄罪が否定された判例として、大判大正一三(一九二四)年三月一四日刑集一三卷二八五頁(炭焼竈を所有し木炭を製造していた被告人Xが、見回りの際、製造中の同竈に少年Zが誤って転落し、焼死しているのを発見しながらも、直ちに搬出するために同竈を破壊する必要があったので、そのまま放置した事案)、福岡地裁飯塚支判昭和四〇(一九六〇)年一月九日下刑集七卷一〇二六〇頁(被

告人Xが被害女性Zを殺害後、その現場において衣類を脱がせ全裸にして放置した事案、がある。

- (13) 住居侵入罪についても、それが継続犯と理解されれば、同じく不作為関与の成立可能性のない類型としてここにあてはまることになるう（住居侵入罪を継続犯と理解する見解として、前田雅英『刑法各論講義』（第三版、一九九九年）一頁・註（13）。これに対して状態犯と理解する見解として、大山徹「継続犯としての不当な取引制限罪（一）」杏林社会科学研究一九卷三三号（二〇〇三年）六二頁。なお、真正不作為犯としての不退去罪ではなく、不真正不作為犯としての住居侵入罪（侵入自体は不可罰であった者の違法な滞留の可罰性）に関するドイツ学説を考察したものととして、林幹人「住居権者」警察研究五八卷一〇号（一九八七年）九七頁、岩間康夫「不退去による住居侵入罪の成立可能性」愛媛法学会雑誌一九卷四号（一九九三年）一頁。

- (14) 中山研一ほか『レヴィジョン刑法（二）』（二〇〇二年）一九五頁（松宮孝明発言）は、「放火罪でも火が消えるまでは、ただこれは継続犯ですが。この場合、法益は公共の安全ですから、既遂になっても法益が消滅しないという点で即成犯ではないので、火が燃えている間中、違法状態が続くことになります」と述べている。

- (15) 薬物等の所持罪についても、所持行為の継続性が否定されればここにあてはまるものと思われる。この点、松原・前掲註（7）三二頁は、「所持」とは、人の行為ではなく、単なる事実状態にすぎないとしている。これに対して、山中敬一「判批」法学論集（関西大学）五三卷三三号（二〇〇三年）二二三頁以下は、自身が正犯行為終了後の幫助成立可能性を否定しながらも（同「刑法総論Ⅱ」（一九九九年）八四六頁、参照）、他人の拳銃所持を中断させる義務の懈怠に基づく不作為による幫助成立の可能性を示していることからすれば、所持罪においても行為の継続を認めているものと思われる。なお、銃刀法二三条は、銃砲刀剣類を発見・拾得した者の警察署への届出義務を規定している（罰則は同法三五条二号）。

- (16) 鎮目征樹「プロバイダ等の刑事責任」現代刑事法五七号（二〇〇四年）一九頁は、名誉毀損やわいせつ物陳列に関するプロバイダの削除義務違反を検討するにあたって、「わいせつ物公然陳列罪や名誉毀損罪の構成要件が着目する結果としての危険は、わいせつ物の陳列や名誉毀損的事実の摘示の『公然』性と結びついている。すなわち、表現内容が不特定または多数人の認識しうる状態にある限り、これらの構成要件が着目する危険は、継続ないし増大する（つまり刻一刻新たな危殆化結果が発生しつづける）」ということはないように思われる。そうであるならば、プロバイダ等に保障人的地位が存在するという前提に立った上での話であるが、刻一刻新たに発生する危殆化結果の発生を防止しなかったと

いう点で、不作為による構成要件実現を認める余地がある」と指摘している。

なお、判例においても、名誉毀損罪の告訴期間の起算点が問題となった事案においてであるが、他人の名誉を毀損する記事をサーバーコンピュータに記憶・蔵置させ、不特定多数のインターネット利用者に閲覧可能な状態に設定した場合には、それによって名誉毀損罪は既遂に達したとしても、その後もサーバーから削除されることなく利用者の閲覧可能な状態に置かれていたのであるから、「このような類型の名誉毀損罪においては、既遂に達した後も、未だ犯罪は終了せず、継続していると解される」とした大阪高判平成一六年四月二二日判タ一六九号三一六頁がある。また、競売入札妨害罪の告訴時効が問題とされた事案において、虚偽の陳述に基づく現況調査報告書が備え付けられて一般入札希望者の閲覧可能な状態に置かれていた事例について、「このような類型の競売入札妨害罪においては、既遂に達した後も、虚偽の陳述に基づく売却手続が続く限り、犯罪は終了（しない）」とした東京高判平成一七年四月二八日公刊物未登載がある（田辺泰弘「判批」警察学論集五八巻一二号（二〇〇五年）二〇七頁、参照）。

他方、東京高判平成一四年三月一三日東高時報（刑）五三巻一―一二号三一頁は、営利目的略取後も継続する監禁行為から加担した被告人に営利目的略取に対する承継的共犯が成立するかという点について判断するに際し、略取罪の犯罪終了時期について、略取罪は、窃盗罪と同じく状態犯であるけれども、「被略取者を事実上の支配下に置いた時点で同罪は犯罪としては既遂になるが、被略取者の自由に対する法益侵害は、被略取の違法状態が続く限り継続している」といべきである。平たくいえば、窃盗の場合には、盗まれてしまえば、その物の所有者（占有者）の権利はその時点で侵害されたままで、その状況に特段の変化は生じないが、営利目的略取罪の場合は、被略取者の法益に対する侵害はなお継続しており、いわば、時間的経過に従って更新されているといふべきものであり、略取に引き続いて被略取者を支配下に置いている行為も可罰性のある法益侵害行為であるが、略取罪に評価されるものとして、監禁罪等に問われることは別として、略取罪を構成しないとされているにすぎない」と判示している（同事案を評釈するものとして、松尾・判批（前掲註（11）三四三頁））。

(17) 島田・前掲註（2）三〇七頁・註（37）は、「即成犯の場合には、結果発生後にはもはや不作為犯は成立し得ない。継続犯の場合には、既遂後に不作為犯が成立しうることに争いが無い。例えば、自分の管理する物置小屋に誤って子供を閉じこめてしまったことに後から気付いたが放置した場合には、不作為による監禁罪となる。状態犯の場合には、犯罪の既

遂と終了とを、はたして、また、どのように区別すべきかによって結論が変わりうる」としている。

(18) 正犯行為終了後の共犯を否定した際の、同時犯の成否について、Hans-Joachim Rudolph, Die zeitlichen Grenzen der sukzessiven Beihilfe, Festschrift für Hans-Heinrich Jeschek zum 70. Geburtstag, 1985, S. 578 は、「先行行為が身分犯の場合、後行関与者について同時正犯の可罰性が否定される場合があるとして、同種の問題を指摘している。

(19) 学説においては、犯罪の終了時期に関しては状態犯と継続犯の区別が最も大きな問題とされている（例えば、林美月子・前掲註（5）二頁以下）。

(20) ドイツ学説においては、窃盗等の財産移転罪に関する犯罪の終了時期をめぐって、それが既遂と同時に終了するのか、それとも財物を確保するまで継続するのかをめぐって議論が見られる（vgl. Kristian Kühl, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 2005, S. 390ff.）。しかし、本節での問題関心は、むしろ行為者が財物を確保した後も継続している占有侵害状態について、なぜ窃盗罪が成立していないと解されるのかに向けられる。

(21) 佐伯・犯罪終了（前掲註（5））一九頁。

(22) 古田・前掲註（5）九一頁以下、参照。

〔付記〕 本稿は、北海道大学審査博士（法学）学位論文（二〇〇五年三月二五日授与）に補筆したものである。