

---

種 別： 論説

タイトル： 犯罪の継続・終了と構成要件の時的射程（上）

著 者： 牧 耕太郎

所 収： 『上智法学論集』第 69 卷 3-4 合併号（令和 8 年 3 月）47-81 頁

発行元： 上智大学法学会

---

本頁は書誌情報頁です。適宜論文本文の前に付してご利用下さい。



上智大学法学会

---

論 説

---

## 犯罪の継続・終了と構成要件の時的射程(上)

牧 耕太郎

---

- 第1 既遂・完成そして犯罪の継続・終了 一本稿の問題関心—
  - 1. 既遂犯処罰と犯罪の完成
  - 2. 犯罪の終了とその裏返しとしての犯罪の継続
  - 3. 本稿の関心
- 第2 3分類説
  - 1. 3分類説とその位置づけ
  - 2. 即成犯と状態犯の区別
  - 3. 状態犯と継続犯の区別という問題領域
  - 4. 従来の議論における不足点 一小括にかえて—
- 第3 思考枠組みとしての構成要件の時的射程
  - 1. 鳥瞰図
  - 2. 構成要件概念が与える機能
  - 3. 法益侵害ということの意味
  - 4. 拳動犯と結果犯
  - 5. 罪数論との関係 一特に単純一罪と包括一罪—（以上、本号）
- 第4 各論的検討
- 第5 構成要件の時的射程の決し方 一おわりにかえて—

### 第1 既遂・完成そして犯罪の継続・終了

一本稿の問題関心—

#### 1. 既遂犯処罰と犯罪の完成

刑法典の各則及び特別法が規定する各刑事罰則（以下、両者を合わせて刑

法各則という)が定める要件を充足したとき、構成要件該当性が認められる。当該の事案においてその構成要件該当性が(初めて)認められた時点が既遂と呼ばれる。そして、法律に特別の定めのない限り、既遂とならなければ犯罪ではない、すなわち刑法が定める刑罰の対象とはならない。これが、いわゆる既遂犯処罰の原則である。もっとも、刑法43条は、既遂に達さずとも、実行の着手が認められる場合、すなわち未遂の可罰性を肯定する。さらに、どのような犯罪においてその可能性を肯定するかについては、同44条が刑法各則において未遂処罰を個別に規定することを宣言する。したがって、既遂に至らない場合にも、その実態においては、刑法各則の規定を充足する場合においては可罰性が肯定される。その意味で、刑法43条は未遂を一般に基礎づけるのが「実行の着手」という概念であること(及び刑の任意的減軽や中止犯の可能性)を明示したという意味を持つ。

ところで、犯罪は、法的現象であると同時に、わが人間社会における社会現象でもある。そのため、一定の時間的推移を伴う。このことを意識したとき、犯罪は、企図・陰謀→準備・予備→未遂→既遂→終了という経過をたどる<sup>(1)</sup>。わが国の刑事実体法においては、陰謀、準備・予備、未遂については、一定の犯罪類型に限定されてはいるけれども、その可罰性・犯罪性を明示的に肯定している。しかしながら、既遂後の事態については、それを何か具体的に示す規定はない<sup>(2)</sup>。要件を充足しなければ法効果は発生しないという当然の前提を踏まえたとしても、すでに既遂に至った後の事態については、この当然の前提だけをもってしては解決することができない。つまり、「解釈」に委ねられた部分である。

このような犯罪の時間的経緯を見たとき、若干の違和感がある。確かに、わが国は既遂犯処罰の原則を採用している。しかし、それはあくまで、「特別の規定がなければ、刑法各則に定められた要件を充足しなければ犯罪とはし得ない」という当然の言明にすぎない。しかも、企図・陰謀に始まり、未

(1) Vgl. *Kristian Kühn*, *Strafrecht AT*, 8 Aufl., 2017, S. 487f.

(2) もっとも、わが国においては、結合犯や結果的加重犯が、幸うじて、「既遂後の事態」を定めた場面だといえる。しかしながら、これとて、一罪性が拡張されたために刑も加重されるという特殊性を備えており、その意味で、純粋な「終了」の問題ではない。

遂に至るまで、その可罰性は、結局は各則に具体的に規定を置いて肯定されているのであるから、なおさらにこの言明は実質的意義を持たない。しかも、そうだとすれば、たとえ陰謀・予備・未遂であったとしても、それが「完成」に至ったとき、その後の事態はやはり「解釈」に委ねられるのではないだろうか。ドイツ刑法学において用いられる *Vollendung* に対して、わが国では「既遂」を訳語として充てているのであるが、その本来のニュアンスは「完成」や「成就」である。しかしながら、「法の適用」という実践的場面においては、最終的には「要件充足」こそが最重要課題なのであって、未遂以前をあえて「未完成」かのように評する必要性は小さい。しかも、現況において、わが国の刑法学は未遂以前であれ、処罰を基礎づける実質的理由に法益侵害の危殆化（さらにそこから導かれる当該法益危殆化行為の抑止の必要性）を要求するのであって、ますます「既遂」と「完成」を同値する必要性はなくなる。

## 2. 犯罪の終了とその裏返しとしての犯罪の継続

以上のように理解したとき、「陰謀」から始まり「終了」に終わるというような上記の犯罪の時的推移は、単に「要件充足→終了」に単純化することが可能である。「要件充足」以前においては、他の犯罪に当たることはあれども、当該の具体的犯罪においては、いわば刑法の埒外にすぎない。そして、問題は、この「→終了」という図示部分に向けられる。終了という言葉に「当該犯罪における可罰性の時的限界」という意味を付与するのならば、完成から終了までの間もまた可罰性が肯定されていることになるから、「→終了」とは、すなわち「継続・終了」を意味することになる。そのため、犯罪の完成時と異なる終了時点を定めることは、犯罪の継続があることを前提として、その可罰性の時的限界点、すなわちそれ以降の事態は刑法の埒外におかれることを意味することとなる。

## 3. 本稿の関心

このような前提を踏まえた上で、本稿の関心を示しておく。

犯罪の終了時点はどのように定まるのかということは、翻って、ある事実

における当該の犯罪の可罰性はいつ終止符が打たれるのか、ということである。犯罪が構成要件に該当する違法で有責な行為である限り、これらの要素が失われれば、犯罪は終了するというのが自然な理解であろう。しかしながら、犯罪が行為であると定義されることも相俟って、とりわけ有責性が失われれば犯罪が終了するというようなことは、現況考えられていない。後に確認するように、例えば、禁制物の所持開始後に、そのことを失念したり、あるいは責任能力が失われたとしても、その失念時や責任能力が失われた時点で犯罪該当性が否定されているわけではない。むしろ、有責性部分を除く構成要件該当性の継続を要求するのが一般的である<sup>(3)</sup>。しかしながら、構成要件該当性の継続性を問題としても、構成要件内部には様々な要素がある。そのいずれも継続をしなければならないのだろうか。とりわけ故意については、上記の有責性部分の継続性を不要とする理解と相俟って、その継続性が要求されていない<sup>(4)</sup>。では、どの要素の継続が必要なのであるか。

このような問題を考えるにあたり、さしあたって本稿では、「構成要件の時的射程」という言葉を用いることにしたい。すなわち、当該の構成要件が可罰性の対象としている時的範囲はどこまでか、という把握の仕方をする。犯罪が完成した後、その後いつまで犯罪が継続し、いつ終了するのかというのは、すなわち、構成要件の時的射程がどこまで及ぶかという問題であると翻訳するのである<sup>(5)</sup>。しかしながら、翻訳するだけであれば、何らの回答をも導かない。むしろ、重要なのは、構成要件の時的射程を決する要素は何か、である。そして、それは構成要件にとってどのような役割を果たすものなのだろうか。本稿は、この問いに対して、その一端を示すことを目的とす

---

(3) このことを正面から定義化するのは、山口厚『刑法総論〔第4版〕』（有斐閣・2025年）49頁。

(4) 所持罪のものではあるが、最大判昭和24年5月18日刑集3巻6号796頁。また、深町晋也「判批（最決平成13年11月12日刑集55巻6号731頁）」ジュリスト1252号（2003年）186頁以下。

(5) なお、犯罪ないし構成要件と時間の関係を扱ったものといえば、古いものであれば、小野清一郎『犯罪の時及び所』（有斐閣・1923年）が想起されるし、近時であれば川端博『刑事時間論序説』（成文堂・2020年）があるが、これらの主題（の一つ）は、遡及処罰であり、本稿の関心とは毛色が異なる。

る。

以上の問い、関心に応えるため、本稿は次の構成を採用する。すなわち、まず従来の議論を振り返り、これまで十分に指摘されてこなかった点を明示する（第2）。その上で、構成要件の時的射程を決するために、構成要件概念の持つ機能的側面を検討しておきたい（第3）。そして、このことを念頭に、実際に犯罪の継続があり得るものとされているいくつかの犯罪類型を取り上げながら、どのような考慮が働いているのかを確認していく（第4）。これらを踏まえた上で、犯罪の継続・終了を決している要素がどのようなものかをまとめていくこととしたい。

## 第2 3分類説

### 1. 3分類説とその位置づけ

#### (1) 何を問題とするものか

従来、構成要件の結果に関わる犯罪の分類として、即成犯・継続犯・状態犯の三つに分類するのが一般的であった（以下、このように分類する理解を3分類説と呼ぶ）。もっとも、「構成要件の結果」に関わるとはいえ、その点にかかる分類の仕方は、この他にも侵害犯／危険犯、結果犯／挙動犯などいくつかの見立てが存在するところである。侵害犯／危険犯という分類は当該の犯罪が法益にどのような影響を与えた時点で犯罪の成立を肯定するかという区分であり、結果犯／挙動犯という分類は実行行為と構成要件の結果の時間的・場所的離隔を問題とするものであるが、3分類説は構成要件の結果とどのように関わるのであろうか。

この3分類説が説明される流れは、大要次の二つに分けることができよう。一つは「構成要件の結果の発生と法益侵害との関係」<sup>(6)</sup>とするものであり、もう一つは「犯罪の終了と法益侵害との関係」<sup>(7)</sup>とするものである<sup>(8)</sup>。い

(6) 大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法〔第3版〕第2巻』（青林書院・2016年）42頁〔大塚仁〕。

(7) 平野龍一『刑法総論Ⅰ』（有斐閣・1972年）131頁。

(8) なお、伊東研祐『刑法講義 総論』（日本評論社・2010年）43頁以下では、3分類説

ずれも、「法益侵害」を前提とするものであるという共通点は有しながらも、前者はいかなる意味での関係かを必ずしも明確にしていない。殊に、前者のような表現を用いたときには、侵害犯／危険犯の区別ですら、「構成要件的结果の発生と法益侵害との関係」というフレーズの中に押し込めることができよう。これに対して、後者は、犯罪の終了との関係であることを明示する点で、具体的にどのような分類であるのかを明らかにしている。だが、同時に、後者が犯罪の終了にフォーカスをしていると限定していることの反動として、前者はそれに止まらないというニュアンスを帯びていると見ることも可能であり、その意図するところは、やはり、3分類説の定義それ自体を確認することから始められるべきであろう。

## (2) 3分類の各定義

3分類の定義は、おおむね固まっているように思われがちであるが、実はその定義は微妙に異なっている<sup>(9)</sup>。ここで改めて各類型の定義を確認しておきたい。

まず、「即成犯とは、一定の法益の侵害または法益に対する危険の発生によって、犯罪は直ちに完成し、かつ終了するもの」という定義を与えられることが一般的である<sup>(10)</sup>。なお、放火罪も例として挙げられることを考えると、単に危険犯をいうものであり、必ずしも「実害」とリンクしたものとは思われない。その他、「法益侵害・危険が発生することによって犯罪が成立するが、それと同時に違法状態も終了するものである」<sup>(11)</sup>(圈点引用者)とか、さらにはより直截的に「法益の消滅を内容とする犯罪」<sup>(12)</sup>とか「犯罪が既遂となったときに、……保護法益が消滅する犯罪」<sup>(13)</sup>である<sup>(14)</sup>というように、

---

が結果犯に妥当するものであることを前提とする。

- (9) この点に早くから着目していたものとして、古田佑紀「犯罪の既遂と終了」判例タイムズ550号(1985年)90頁。
- (10) 大塚ほか編・前掲注(6)42頁[大塚]。
- (11) 林幹人『刑法総論〔第2版〕』(東京大学出版会・2008年)108頁。
- (12) 町野朔『刑法総論』(信山社・2019年)124頁。
- (13) 松宮孝明『刑法総論〔第6版〕』(成文堂・2024年)62頁。
- (14) 伊東・前掲注(8)43頁では「法益の復元可能性も消滅する」という。

犯罪完成時に違法状態の終了や法益の消滅に言及されることも少なくない。

継続犯については、「法益侵害の継続する間、犯罪の継続が認められるもの」である<sup>(15)</sup>というのが、一般的な理解であろう。しかしながら、継続犯については、別の観点からの定義が存在する。それは、「文言上の構成要件を充足しただけでは既遂ならず、それが既遂となるためには一定の時間経過を必要とするもの」<sup>(16)</sup>だというものである。前者ではいわば既遂後を問題にしているのに対して、後者ではむしろ既遂時期を画する概念として継続犯という概念が用いられていることが目を惹く。しかし、現在、後者の理解でもって継続犯概念を用いることは、あまり行われていないように見える<sup>(17)</sup>。本稿における検討対象も、前者であるところの犯罪の終了時期に関わるものであり、後者は、本稿の検討に役立つ範囲で言及されるにとどまる。

最後に状態犯であるが、この類型では、「一定の法益侵害によって犯罪は終了し、その後法益の侵害されている状態が存続しても、それは、犯罪事実とはみられないもの」というのが一般的であろう。そして、即成犯及び継続犯概念と異なり、状態犯の定義についてはほぼ揺らぎが認められない。

### (3) 3分類説の前提

このように、3分類説は、各犯罪の類型という性質上、ア・プリアリなものであるという前提がある。つまり、殺人罪は即成犯、監禁罪は継続犯、傷害罪は状態犯……というように、いわば罪名<sup>(18)</sup>でもって三つの類型のうち

(15) 大塚ほか編・前掲注(6) 42頁〔大塚〕、平野・前掲注(7) 130頁。

(16) 莊子邦雄『刑法総論〔第3版〕』（青林書院・1996年）119頁。

(17) なお、比較的近時のものとしては、岡野光雄『刑法要請積総論〔第2版〕』（成文堂・2009年）39頁が、既遂までに一定の時間的継続を必要とする犯罪として「継続犯」の語を用い得ることを指摘する。岡野はこれを「真正継続犯」と呼ぶが、「既遂後も犯罪行為の継続する犯罪」として「不真正継続犯」という語も採用する。なお、この「真正継続犯」・「不真正継続犯」という語は必ずしも一義的なものではない。例えば、林幹人『判例刑法』（東京大学出版会・2011年）5頁以下は、行為も結果も継続する場合を真正継続犯とし、結果のみが継続する場合を不真正継続犯とする（その上で、Günther Jakobs, *Strafrecht AT*, 2. Aufl., 1991, S.170を「同旨」として掲げる。林（幹）・同6頁注9）。

(18) 無論、これは構成要件とイコールであるはずである。なお、小野清一郎は、このような構成要件を「特別」構成要件とする。小野清一郎『新訂刑法講義総論』（有斐閣・1948

のいずれかに分類されていくことになる。このことを明示するのが伊東研祐であり、3分類説は、構成要件「の予定する結果発生の態様や発生した状態の質を類型化」したものであるとする<sup>(19)</sup>。したがって、これらの用語法上は、従来のそれに従う限り、ある犯罪がある場面においては状態犯であり、また別の場面においては継続犯となるということはないはずであった。

しかしながら、樋口亮介は、とりわけ継続犯の概念についての学説における語用が、「構成要件の一般的解釈に注目する」場合での用法、「構成要件を問題となる事案に適用する際の処理に注目する」場合での用法、「構成要件解釈と事案への適用双方に注目する」場合での用法という、それぞれによってズレが生じていることを指摘する<sup>(20)</sup>。したがって、学説における実際の語用のレベルにおいては、ア・プリオリな判断が維持されているとまでは必ずしも言い切れない。つまり、同一の語用で議論がされていないのに、同一概念下で議論をしようとしていることに問題があると思われるのである。

## 2. 即成犯と状態犯の区別

さらに、3分類それぞれの定義を見比べたとき、いくつかのことに気づかされる。ここでは、まず即成犯を中心に据える。

初めに注目される点は、即成犯概念だけが「危険」概念に言及していることである。既に述べたように、3分類説の前提には法益侵害があり、言葉どおりに受け止めれば、そこに至らない危険については3分類説の射程から外れるようにも思われる。言い換えれば、危険犯はおおよそ即成犯でしかないと考えられていたかのようである<sup>(21)</sup>。実際に、刑法総論の体系書における3分

---

年) 87頁。

(19) 伊東・前掲注(8) 44頁

(20) 樋口亮介「判批(最決平成18年12月13日刑集60巻10号857頁)」ジュリスト1377号(2009年)157頁。なお、樋口自身は、最終的には「継続犯とは、構成要件該当性が時間的に継続し、それが本来の一罪として扱われる犯罪である」とする(樋口・同157頁)。

(21) 大塚ほか編・前掲注(6) 42頁[大塚]における3分類説の説明箇所を見たとき、各類型の説明箇所において唯一即成犯だけが放火罪という危険犯を例示しているのは象徴的である。

なお、このような理解がどのような根拠によって生じたのかは、実は明らかとはいえ

類説の概説箇所において、危険犯類型が言及されることは必ずしも多くなく、言及されたとしても、せいぜい放火罪を即成犯と位置づけるに過ぎない。しかし、そのような理解でも、刑法 218 条の保護責任者不保護罪を継続犯と位置づけるもの<sup>(22)</sup>は散見されるのであり、危険犯概念と即成犯概念が密接不可分で結びついていたとはいえないであろう。また、即成犯を法益侵害・危険の発生により終了する類型とする理解は、犯罪の完成と終了を同時期とするだけの定義であれば、危険犯にも妥当し得るが、特に保護法益の消滅まで視野に入れてくると、維持し難い。なぜならば、危険犯では法益それ自体はおおよそ消滅しないからである。逆にいえば、保護法益の消滅に言及する立場では、危険犯はむしろ状態犯に位置づけられる可能性が高まる<sup>(23)</sup>。実際、現在議論が盛んになり、また本稿でも取り上げる死体遺棄罪は危険犯に位置づけられることがほとんどであろう<sup>(24)</sup>が、本罪は状態犯だと考えられている節がある<sup>(25)</sup>。したがって、即成犯のイメージは実は論者によって微妙に異なることが、看取される。

他方、状態犯において着目すべきは、犯罪終了後に法益侵害状態が継続す

---

ない。現在に至るまでそのようにいわれているにすぎず、特段の根拠が示されたことはほぼないように見える。辛うじて、伊藤涉「犯罪の終了時期に関する若干の考察」東洋法学 54 卷 2 号（2010 年）64 頁が、「放火罪においては、焼損にかかる目的物自体は、消失により法益性を失い、それによって犯罪も終了するのであるから、即成犯だと言わざるを得ない」と説明を試みる（もっとも、伊藤は、このような理解に賛成しているわけではないようである）。

- (22) 例えば、川端博『刑法総論講義〔第 3 版〕』（成文堂・2013 年）111 頁。
- (23) とはいえ、あくまで違法状態の有無を問題とする状態犯においては、危険発生後わずかの時間で当該の危険状態が消失することがあれば、それは即成犯と位置づけられることとなろう。問題はそのような犯罪類型が存在するかであるが、この点は、後に述べる即成犯と状態犯の区別価値の問題へと繋がっていく。
- (24) 橋爪隆『判例講座刑法総論』（立花書房・2025 年）44 頁は、作為による死体遺棄罪を状態犯と明示する。もっとも、同 43 頁では「不作為の殺人罪、保護責任者遺棄罪などは継続犯と解されている」としていることに注意が必要であろう。
- (25) このような立場を示した拙稿として「不作為による死体遺棄罪とその終了時期」上智法学論集 59 卷 3 号（2016 年）167 頁以下のほか、松尾誠紀「死体遺棄罪と不作為犯」法と政治 68 卷 1 号（2017 年）75 頁以下や山下裕樹「判批（大阪地判平成 25 年 3 月 22 日判タ 1413 号 386 頁）」法学論集（関西大学）66 卷 2 号（2016 年）277 頁以下が、死体遺棄罪について、結論において同様の立場を採る。

るとされることである。これは、しばしば「違法な状態が残る」<sup>(26)</sup>とも表現され、後に述べる継続犯との区別という問題を生み出すことになる。その問題は項を改めることとし、即成犯との関係でこの点を見てみると、即成犯には「違法な状態が残」らないことが前提になっていることになる。従来の即成犯の定義のうちで法益侵害の消滅を明示する理解を想起するとき、違法な状態と法益侵害は等置されているのではないかと考えられる。しかし、この点は、より厳密に考えたときには、若干の疑念を持たざるを得ない。犯罪の定義の一つに、犯罪とは法益を侵害または危殆化する行為であるというものがある。この定義に忠実であろうとするならば、法益侵害に作用する行為が残っているのならば、それはいまだ犯罪が継続しているのではないか。しかし、これでは状態犯という類型は不要だということになるであろう。もし状態犯に何らかの意義があるとするならば、ここでいう法益侵害状態ないし違法な状態と呼ばれるものは、それが犯罪でないという（刑法学から見れば）特殊な状態であるということである。

このような状態犯の定義の持つ特殊性は、即成犯においてのみ言及されていた、「危険」へも跳ね返る。法益侵害状態あるいは違法な状態と呼ばれるそれは、刑法上、その時点における犯罪性を基礎づけるものではない。そうだとすれば、それは法益が危殆化されている状態であったとしても同様であろう。つまり、状態犯を侵害犯にのみ限定する必要はおよそないということになる。

では、即成犯と状態犯を区別する価値はあるのであろうか。即成犯と状態犯の間には、犯罪の成立後、（それ自体としては犯罪性を持たない）法益侵害・危殆化状態、すなわち（全法的な意味での）違法な状態の有無の点でしか差異が生じないことになる。しかし、それであっては、そこに区別の実益はない、いわば博物学的差異しか残されないことになる。しかも、典型的な即成犯であるところの殺人罪をとってみても、殺人行為によって被害者の生命が失われたため保護法益は消滅したというか、殺人行為によって被害者の生命が失われたという違法な状態が継続しているというかは、我々の直観との相性のよし悪しは多少あれども、いずれとも表現し得るものである。同じ

---

(26) 松原芳博『行為主義と刑法理論』（成文堂・2020年）7頁。

ことは状態犯においてもいえる。状態犯の典型例である窃盗罪の場合、窃盗行為によって被害者の当該財物占有は失われ、占有が侵害されている状態（ないし所有権侵害の状態）が残っているとも表現し得るし、窃盗行為によって被害者の当該財物に対する占有が失われたため、現時点で被害者は占有を消滅させているとも表現し得るのである。そのためか、ドイツにおいては即成犯の概念を知らない<sup>(27)</sup>し、フランスにおいても即成犯と状態犯の区別に実質的な意義はないとするものがある<sup>(28)</sup>。

以上のように考えたとき、わが国においても、少なくとも犯罪の継続・終了という場面だけを考えたときには、即成犯と状態犯の間に区別の必要性は乏しいといわざるを得ないように思われる<sup>(29)(30)</sup>。それは、即成犯と状態犯との差異が、保護法益の消滅＝違法な状態を適法な状態への復元できる可能性の差異にあるということができるとのである。もっとも、そのことは、翻って、保護法益が消滅した場合には、その後、同じ法益を侵害し得ない、という意味で、およそ犯罪を継続し得ない、ということはいえるかもしれない。しかし、この点は、例外的場面において犯罪が継続する潜在的な可能性を有しているかどうか、という点では意味を持つ可能性があるということも示し得るであろう。保護法益が消滅してしまえば、およそ犯罪の継続は不可能だからである<sup>(31)</sup>。

(27) 松田俊哉「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇平成18年度』（法曹会・2009年）502頁参照。実際に団藤重光『刑法綱要総論〔第3版〕』（創文社・1990年）131頁を見ると、状態犯と継続犯にはドイツ語での表記が記載されているものの、即成犯にはこれがない。即成犯ではフランス語とイタリア語のみが記載されている。これは三井誠ほか『刑事法辞典』（信山社・2003年）における各項目でも同様である。

さらに、*Klaus Roxin/Luis Greco, Strafrecht Allgemeiner Teil Bd. I, 5. Aufl., 2020, S. 430*では、状態犯の典型として殺人罪を挙げている。そこでは、状態犯の定義として、「特定の状態（通常は、結果犯の意味での結果）の惹起によって終了し、しかも行為者によってはそれを維持し得ず、また必要でもない」ものとしている。

(28) G. ステファニほか・澤登俊雄ほか訳『フランス刑事法〔刑法総論〕』（成文堂・1981年）143頁参照。

(29) 山口・前掲注（3）49頁。

(30) なお、即成犯という字面は、むしろ、犯罪の「既遂」時期に関してこそ意味を持ち、上述した「構成要件該当性が継続して初めて既遂となる犯罪」としての「継続犯」との関係でこそ意味を持つ語のように思われる。

### 3. 状態犯と継続犯の区別という問題領域

では、状態犯のいう犯罪性の欠ける法益侵害・危殆化の残る状態と、継続犯のいう犯罪性を伴う法益侵害・危殆化の継続とはどのような差異があるのでしょうか。この点、上に掲げた継続犯の定義だけを見たとところで、結論のみが示されているに等しく、得られるものはない。しかも、最終的には解釈に委ねられるのだとすれば、解釈者の思惟により状態犯とも継続犯ともいえ、3分類説がア・プリアリなものであったという前提と平仄が合わないように思われる。ア・プリアリな前提であるということは、それが議論の出発点となる「動かし得ない前提」なのであるのだから、そこを議論の対象にしてしまうと、「動かし得ない」という部分と実質的に衝突してしまうからである。このような問題意識は、別の形でもって、すなわち、同じく「法益侵害が続く」のに犯罪の継続の有無に差が生じる状態犯と継続犯はいかにして区別されるべきかという問題として、従来捉えられてきたのである。

#### (1) 伝統的理解としての行為継続説とそれを支える前提

この状態犯と継続犯の区別という問題について、わが国の従来の理解は、継続犯をより具体的に「構成要件該当行為が継続するもの」<sup>(32)</sup>と定義することで回答しようとしてきた。現在、このような理解は「行為継続説」と呼ばれ、後に見る「結果継続説」と対置される<sup>(33)</sup>。この行為継続説と呼ばれる立場は、後に述べる結果継続説のような、法益侵害の継続性だけをもっては、状態犯と継続犯が区別し得ないことを問題視し、構成要件該当行為（実行行為）の継続をもって、継続犯であると説明するのである。

一方で、行為継続説は、厳密な意味での構成要件該当行為の継続を要求しているわけではない。これも後に述べるように、結果継続説が行為継続説に対して「実行行為の継続はフィクションにすぎない」と論難する<sup>(34)</sup>の対

---

(31) 前掲注(14)で指摘した、伊東・前掲注(8)43頁の「法益の復元可能性も消滅する」という指摘は、まさしくこの点をいうものと理解できる。

(32) 西田典之(橋爪隆補訂)『刑法総論〔第4版〕』(弘文堂・2025年)90頁。

(33) なお、これらの命名は、松原芳博による。松原・前掲注(26)8頁。

(34) 山口・前掲注(3)49頁参照。

して、行為継続説はむしろ、実行行為としての法的ないし規範的評価の継続を主張する<sup>(35)</sup>。その意味で、行為継続説は事実的な意味での構成要件該当行為といっているわけではないことに留意しておく必要がある。

従来、犯罪の継続が認められている間は、①共犯関与が可能である、②正当防衛が可能である、③公訴時効・告訴期間が起算しない、④刑の変更があった際には、常に新法が適用される、⑤裁判所の土地管轄が発生する<sup>(36)</sup>といわれてきた（以下、これらをまとめて、実益論ということがある）。これらはすべて、犯罪の継続が構成要件該当行為の継続を意味することを前提としたものであったといえる。①については共犯関与となる正犯行為の継続が、②では急迫不正の侵害が、③では刑法 253 条 1 項の「犯罪行為」に当たり、④は当該の刑の変更が重いものでも当該の時点で他行為可能性が肯定できる、⑤についても犯罪行為が行われている場所は刑法 2 条 1 項の「犯罪地」であることが明らかであると考えられたからであろう。

このような行為継続説の理解は、犯罪は行為であるという基本理解に忠実であるが故に、その支持を集めてきたものと思われる。とりわけ、伝統的には、実行行為概念に多くの役割が担わされてきたところであり<sup>(37)</sup>、その流れをそのまま取り込んでいたものと推測される。

## （2）結果継続説

しかしながら、とりわけ刑法上の違法性の本質から（社会倫理規範違反という意味での）行為無価値を取り除こうとした結果無価値一元論の台頭もあり、あくまで構成要件該当結果に具現される法益侵害の継続こそ犯罪の継続を基礎づける要素として主張する立場が現れる。すなわち、結果継続説の出現である<sup>(38)</sup>。

(35) 佐伯仁志「犯罪の終了時期」研修 556 号（1994 年）17 頁。

(36) 以上、大塚ほか編・前掲注（6）42 頁〔大塚〕参照。

(37) 山口厚『刑法総論〔補訂版〕』（有斐閣・2005 年）45 頁では、これを「ブラック・ボックスとしての「実行行為」」と評し、論難していた。

(38) なお、後にも確認するように、結果継続説として、平野龍一が挙げられることがある（例えば、林美月子「状態犯と継続犯」神奈川法学 24 卷 2・3 号（1988 年）280 頁）が、佐伯・前掲注（35）17 頁が指摘するように、平野も不作為として行為の継続に言及して

結果継続説の主張するところでは、行為継続説が、すでに述べたように、フィクションとしての構成要件該当行為を前提にしており、理論的には多くの問題が内包されているというのである。例えば、監禁行為については、行為継続説は被害者を室内に閉じ込めたときに壁やドアが人の手の替わりになっている<sup>(39)</sup>というのに対して、結果継続説は、鍵を閉める行為こそが作為による実行行為であり、その後には解放しないというのはせいぜい不作为に過ぎず、そこに別途可罰性があるならともかく、「鍵を閉める行為」それ自体が継続するわけではないと論難する<sup>(40)</sup>のである。

もっとも、両者の対立がこのような「評価の差」程度の意味しかないのであれば、あまり意味のある議論とならない。ここで注目すべきは、結果継続説が、監禁行為中に行為者が眠ってしまった場合には、その時点で故意はないといわざるを得ないのであって、行為継続説はその点についての解決を与えない<sup>(41)</sup>という主張である。

つまり、結果継続説はもう一つの別の実益に対する回答を模索していたといえるのである。その実益とは、⑥実行行為が継続している間に故意や責任能力を備えれば、その時点から犯罪が成立し、また犯罪継続中に忘却や責任能力が失われたとしても、犯罪が終了するまで可罰性は失われない（すなわち、上記の五つの実益論はなお妥当する）というものであった。これらは体系書・注釈書などでは明言されてこなかったが、しばしば判例によって指摘されてきた、いわば「継続犯のドグマ」<sup>(42)</sup>ともいべきものであった。この継続犯のドグマに対しては、いくつかの論放がその存在に言及しながらも、それに対する回答を与えきれずに来た<sup>(43)</sup>。結果継続説はこの問いに対して、

---

いた。平野・前掲注(7)132頁。

(39) 佐伯・前掲注(35)17頁。

(40) 山口・前掲注(3)49頁。

(41) 林(幹)・前掲注(17)6頁、松原・前掲注(26)8頁。

(42) これは筆者による命名である。拙稿「住居侵入罪における犯罪の継続の有無」上智法学論集66巻1・2・3号(2022年)78頁。

(43) 言及するものとして、大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法〔第3版〕第3巻』（青林書院・2015年）124頁〔佐久間修〕、深町・前掲注(4)186頁、さらには、香城敏彦「最判解」『最高裁判所判例解説刑事篇昭和50年度』（法曹会・1979年）119頁。

行為継続説よりも事実的な認識を前提とすることで、故意／責任と行為の同時存在原則を無理なく維持した形での理論的な回答を与えようとしたわけである<sup>(44)</sup>。

結果継続説によれば、監禁であれば、（作為による）閉込め時点において主観的要件が充足されていないのであれば、その時点での監禁罪の成立は否定される、しかし、その後不真正不作為犯としての成立はあり得、主観的要件が充足されたその時点において不真正不作為犯としての他の成立要件もまた充足されているならば、その時点において既遂となる。また、結果継続説は「構成要件該当結果の継続がある以上は、犯罪の継続を認める」という立場である以上、既遂後に故意や責任能力が失われたとしても、構成要件該当結果は継続しているのだから、可罰性を否定する理由はない、として、継続犯のドグマをクリアできるのである。

しかし、このような理論的な優位さを持ちながらも、いまだ結果継続説は「有力説」の地位を脱したとはいえない。それは、行為継続説の「結果の継続だけでは、状態犯と区別し得ない」という主張に対して、なお一定の共感があるからであろう。それほどまでに、犯罪というものが「行為」という概念に縛られていることを示しているともいえる<sup>(45)</sup>。

### （3）両者を止揚しようとする立場とその限界

このような議論状況の中で、和田俊憲は、行為継続説と結果継続説は、物の見方が異なるだけであり、本質的に異なるものではないという主張をする。以下、その述べるところを見てみたい<sup>(46)</sup>。

(44) 杉本一敏は、行為継続説に対して、「原因において自由な行為」の法理を援用しなければ、このような場面を説明し得ないとする。杉本一敏「行為の構造からみた犯罪の成立・継続・終了（1）」刑事法ジャーナル77号（2023年）82頁。

(45) なお、所持罪に関してではあるが、犯罪概念と行為の結びつきを緩める理解として、Ken Eckstein, *Besitz als Straftat*, 2001がある。また、同書に対する批判的検討として、仲道祐樹「状態犯罪としての所持罪理解と行為主義」高橋則夫ほか編『曾根威彦先生・田口守一先生古稀祝賀論文集〔上巻〕』（成文堂、2014年）93頁以下がある。

(46) 以下の記述は、和田俊憲「継続犯か状態犯か」安田拓人ほか『ひとりて学ぶ刑法』（有斐閣・2015年）40頁以下による。

和田は、行為継続説<sup>(47)</sup>に立つ井田良『講義刑法学 総論』（有斐閣・2008年）104頁以下の記述を引きながら、「ここでは、結果発生継続と実行行為の継続とが統合されている。すなわち、法益侵害結果が継続的に発生しているとき、構成要件該当行為・実行行為も継続して存在するものと考えられているようである。」と理解し、「身体の動静という裸の事実的行為や、それまで存在していた法益が失われたという裸の事実の結果をそれ自体として問題にするのではなく、結果との関係で意味づけられた行為や、行為と関係づけられた結果を語っているのである」<sup>(48)</sup>とする。

対して、結果継続説に対しては、「状態犯と継続犯は『結果』に関する要素が継続している点で共通しているが、結果発生の態様に質的な違いがあり、そこに注目すれば両者は区別可能である」とする理解だとし、山口厚『刑法総論〔第2版〕』（有斐閣・2007年）48頁以下を示し、継続犯では「刻一刻の侵害が同等の侵害性を備えたものである」のに対して、状態犯では「既遂後には継続的な構成要件該当性は認められず、既遂により犯罪は終了する」<sup>(49)</sup>という。

これらの指摘は、これまで幾度となく繰り返されてきた指摘ではある。和田の主張の核はここからであり、「実行行為継続タイプの見解も、構成要件要素たりうる法益侵害が継続的に発生している場合にのみ、構成要件該当行為が継続していると理解するから（……）、実質的な対立はないと考えられる。『行為』の範囲を限定し、法益侵害結果が継続して発生するのが継続犯である、というか、あるいは、行為の範囲を広げ、法益侵害結果まで含めて『構成要件該当行為・実行行為』と呼んだうえで、構成要件該当行為が継続するのが継続犯である、というか、説明の仕方に違いがあるにすぎないのである。具体的な解釈論において結論の違いが生ずるとしても、それは継続犯の理解が異なるからというよりも、そこで問題となっている犯罪類型ないし具体的事案における法益侵害の態様の理解が異なるからではないかと思われ

---

(47) なお、和田は、行為継続説に「実行行為継続タイプ」、結果継続説に「結果発生継続タイプ」という名を与える。和田・前掲注(46)39頁。

(48) 和田・前掲注(46)40頁。

(49) 以上、和田・前掲注(46)42頁。

る」<sup>(50)</sup>という。

この指摘において目を引くのは、行為継続説と結果継続説もいずれも、法益侵害の継続を共有しているのであって、両説の差異は、継続犯概念の理解の差異なのではなく、「行為」を規範的・評価的に捉えるか（行為継続説）、事実に捉えるか（結果継続説）の差に過ぎず、その意味で、実際に学説が対立しているのは、犯罪類型レベルでの法益侵害の態様理解の差、または当該事案における法益侵害の態様理解の差として整理されていることである。

しかし、ある犯罪類型について、行為継続説は状態犯だと理解しながら、結果継続説は継続犯であると見る場面というのは、実はやや考え難い。それは、行為継続説が、構成要件該当結果の発生も「(構成要件該当) 行為」に入れるのであれば、結局は構成要件該当結果が継続している限り、状態犯という結論は導き出されないからである。和田は「具体的事案における法益侵害の態様」にも言及するところであるが、それはすでに樋口が指摘している、継続犯という概念の用いられ方が「構成要件の一般的解釈に注目する」場合、「構成要件を問題となる事案に適用する際の処理に注目する」場合、「構成要件解釈と事案への適用双方に注目する」場合で、それぞれズレていることと軌を一にするものであるように思われる。そうだとすれば、法益侵害結果を行為に含むかどうかという問題というよりは、当該の論者がどのような場面を状態犯や継続犯の典型例と考え、とりわけ状態犯とされた類型について、ある特定の事案において継続的な実現の有りや無しやこそが問題であるというべきなのではなからうか。まして、結果継続説が懸念していた、継続犯と主観的要件との関係を考えてとき、行為継続説はそれに対して、なお回答を与えていないのである。そうだとすれば、両説の理解を止揚・解消することはできないのではないと思われる。

他方、和田の理解は、「法益侵害の態様」という、いわば「構成要件の結果の生じ方」に目を向けるべきことを明言している。このことは、当該の犯罪における構成要件の結果が何を——具体的にどのような法益の不良変更を——把握しようとしているのかにこそ問題の焦点を当てるべきとしていると

---

(50) 和田・前掲注(46) 42頁。

見える点で、それ自体としては当然のことではあるように思われるが、極めて重要な視点を確認していることは、等閑視されるべきでないと思われる。

#### (4) 区別不要説

最後に、状態犯と継続犯の区別を無意味なものとして理解する林美月子の理解を確認しておく。

林(美)は、ドイツの理論状況を確認した上で、法益侵害の維持・強化だけでは状態犯と継続犯を区別し得ない<sup>(51)</sup>し、構成要件該当行為の継続的な充足を問題とする立場もまた「従来、通説・判例で認められてきた終了と既遂の相違に関する類型についての結論をそのまま前提としている」として、そ「の基準によっても継続犯と状態犯の区別はできない」と評する<sup>(52)</sup>。その結果、林(美)は、「継続犯、状態犯、そして犯罪の終了という概念はおおよそ抽象的な形で問題になるのではなく、右に示したような個別的問題を解決する場合に具体的、個別的に論じられることも否定できない」との認識の下、共犯関与、正当防衛の成否、既遂後における刑罰法令の変更の場合の扱い<sup>(53)</sup>、公訴時効、既遂後の事情と違法性について各々検討を加えた上で、「継続犯か状態犯かは犯罪の種類によって直ちに決まるのではないように思われる。一方で個々の場合の法益侵害の態様(例えば継続的傷害)を、他方で共犯、公訴時効、正当防衛等の本質と構成要件実現の結びつきの程度を考慮して、例えば既遂後の共犯の成立可能性等を判断するのが妥当である。」<sup>(54)</sup>と締め括る。

このように、林(美)の理解は、究極的には、その区別の意義を否定しているように理解される。その主たる根拠は、共犯関与と時期等のそれぞれの具体的な論点について、犯罪の継続ではなく、むしろその問題とされている個々の論点を直接に問題にすべきというところにある。このような区別不要

---

(51) 林(美)・前掲注(38)286頁。

(52) 林(美)・前掲注(38)292頁。

(53) なお、そこで扱われているのは、不動産侵奪罪と遡及処罰についての最決昭和42年11月2日刑集21巻9号1179頁である。

(54) 林(美)・前掲注(38)307頁。

説のようなスタンスは、個々の論点の精緻化が進んでいる理論状況にも適合したためか、一定の支持を集めてきた<sup>(55)</sup>。しかしながら、林（美）の理解を突き詰めれば、状態犯・継続犯という概念は不要になるはずであるところ、そのような林（美）の理解に対して賛同する者でさえ、なお、状態犯・継続犯という言葉を使い続けている<sup>(56)</sup>ところを見ると、なおア・プリオリな類型的判断から完全に自由になっているわけではないと思われる<sup>(57)</sup>。それは、ア・プリオリな判断を否定しまうと、解釈者ないし法適用者が「処罰したいものを処罰し、処罰したくないものは処罰しない」とすることを糊塗するような、カズイステークで恣意的な判断がなされるからであろうか。その危惧自体には当然賛同するが、問題となる論点やさらには具体的事案にフォーカスすれば、解釈者らの当罰性の感覚から自由にはなれないのであって、むしろ「妥当な解決」という言葉は、要は事案特性に応じて「処罰したいものを処罰し、処罰したくないものは処罰しない」といつているに過ぎないとすらいえよう（これを「処罰すべきものを処罰し、処罰すべきでないものは処罰しない」と表現したところで実態は何も変わらない）。「(事案に応じた) 妥当な解決」は否定せず、恣意的な判断は否定するというのは、その本質部分において矛盾すら生じているように思われるのである<sup>(58)</sup>。

他方で、もし区別不要説を採ったときには、次のような帰結が肯定され得ることになる。すなわち、例えば共犯関与は不可能であるが、公訴時効はな

(55) 例えば、林幹人「即成犯・状態犯・継続犯」『刑法の争点〔第3版〕』（有斐閣・2000年）31頁。また、橋爪隆「不作為の死体遺棄罪をめぐる問題」椎橋隆幸先生古稀記念論文集『新時代の刑事法学（下）』（信山社・2016年）264頁以下も、このような理解を引き継ぐものであろう。

(56) 典型的には、林（幹）・前掲注（17）8頁。

(57) 林（幹）・前掲注（55）30頁は、結論先取りとなることに対して警鐘を鳴らすのが、このことと事案特性を踏まえることがどのように整合するのか、必ずしも明らかにされていない。

(58) なお蛇足を承知でいえば、ここでいう恣意的な判断とは、法適用者が法やその論理を無視して行う判断を指すのではない。法適用者の法的価値判断が組み込まれていることを正面から認めるものであるから、「法適用者が自らの正義・良心だけで、法的論理を無視して判断していること」としての恣意的判断は、筆者も、あり得べからざることとして否定するものであることは確認しておく。

お起算しないという時点があり得るということになるのである。これだけであれば違和感のない結論かもしれないが、しかし、逆の、共犯関与は可能であるが、公訴時効は開始していることも論理的にはあり得ることになる。この帰結には違和感が伴うと考えられるのではないだろうか。そうだとすれば、完全に個別の問題には解消し得ず、何らかの大枠自体は有しているということになる。ここに明らかなように、安定的な法実践のためだけでなく、何が法的に重要な事実であり、何がそうでないかを腑分けすることは否定すべきでない<sup>(59)</sup>。類型的な判断は我々の思考を拘束するのであり、そのことが刑法学における「判断の安定性」をもたらしていたことを否定すべきではなからう。そう考えると、やはり類型的判断を捨て去るには、なお躊躇せざるを得ない。すなわち、3分類説での用語を使うか否かは別としても、なお、個々の問題状況に応じた検討と、当該の構成要件という枠組みを利用した判断の両面からのアプローチが必要なのではないと思われる。

#### 4. 従来の議論における不足点 一 小括にかえて一

これまでの議論から明らかなように、3分類説の存在は所与の前提とされている。とりわけ「これは継続犯かどうか」という問いが立てられるのが通常であるところ、継続犯という概念の存在は前提とされていることになる。しかしながら、その意義や議論価値が必ずしも一義的には共有されていない中でこの概念だけを用いたとしても、有意義な議論は成り立ち得ない。では、とりわけ「継続犯」という概念にはどのような問題があったのだろうか。ここで簡単に振り返っておきたい。

3分類説における諸概念は、いわばア・プリオリな類型を前提とした分類ないしは概念であった。しかしながら、状態犯と継続犯の概念の区別を不要とする学説もあるなど、ア・プリオリな類型としてこれを維持することにとりだけの意義があるのかということ自体に議論の余地がある。

仮にこの点をクリアできたとしても、3分類説を何の議論だとみるのかは

---

(59) 山口厚「過去と現在から考える刑法学の在り方」刑法雑誌 62巻2号(2023年)127頁参照。

まだ詰める余地があろう。法益侵害だけの議論なのか、それとも犯罪の終了という、ややそれとは次元を異にする議論なのだろうか。このことは、とりわけ即成犯と状態犯を区別することの意義とも関わってくる。

さらには、終了概念はこれまで既遂後の事態に関わるものだと考えられてきた。しかし、すでに述べたように本稿はこのことを必ずしも妥当とは考えていないが、そのことを脇に措くとしても、犯罪の要件充足と終了がその実としてどのような関係のものとして整理されているのか、いわば「要件充足」と「終了」のそれぞれの時点の間には刑法理論上何が存在しているのか、ということに対しては、いまだ行為、結果、法益という言葉を弄するだけであり、その議論のあり方に無理がないかという問題があるのである。

以上の再整理の下、犯罪の継続・終了というものをどのように考えるべきか、検討を進める。

### 第3 思考枠組みとしての構成要件の時的射程

#### 1. 鳥瞰図

犯罪はそれが終了するまで可罰的なのだとすれば、原則として、構成要件という枠からはみ出ることにはないはずである。この点、ドイツの場合には、形式的な完成（既遂）と、実質的な犯罪の終了を区別するのが一般的である<sup>(60)</sup>。このような立場は、構成要件該当性が失われた後にも、犯罪がなお継続している余地を残すものであるが、わが国においてこのような理解を示すものは少ない<sup>(61)</sup>。ドイツでは、既遂後も実質的な犯罪の終了までの間、加重

(60) *Kühl*, a.a.O. (Fn.1), S. 489.

(61) 例えば、刑法 236 条 1 項の強盗罪と同 238 条の事後強盗罪の区別において、「窃盗」の継続が問題にされることがある。このときに、窃盗が状態犯であることを前提に、占有移転時に既遂時点を定め、その前後でもって強盗取財罪と事後強盗罪を区別するという立場がある（例えば、井田良『講義刑法学・各論〔第3版〕』（有斐閣・2023年）279頁が「すでに窃盗が既遂に達した後であれば、事後強盗の問題にしかならない」とし、山口厚『刑法各論〔第3版〕』（有斐閣・2024年）226頁も「物の占有の移転があり、窃盗が既遂になった後は、1項強盗は成立せず、2項強盗または事後強盗罪（刑 238 条）の成立を問題とすべきではないか」という疑問が残る」とする）が、ドイツの議論に似て、既遂時点後も一定時間なお強盗取財罪の成立を肯定する立場のほうが一般的かもしれない

類型の処罰があり得ることが指摘されることもあり<sup>(62)</sup>、わが国ではこのような議論は、例えば事後強盗罪における窃盗の機会や強盗致死傷罪における強盗の機会といった要件によって解決が図られている。そのため、彼我には議論状況に差があり、既遂後における終了概念を認めなければ不当な結論が引き出されかねない、ということは必ずしもないように思われる。

このことを前提としたとき、わが国においては、可罰性判断と構成要件該当性は不即不離の関係にあるといわざるを得ない。つまり、構成要件該当性が継続していることと犯罪が継続性していることは同義とすらいえる。

議論の筋からいえば、ここで構成要件とは何かを論じるべきであろう。しかし、その深遠な問題それ自体に挑むことは、少なくとも筆者の手には余る。とはいえ、何の手掛かりもなく、議論を建てつけることもできない。そこで、構成要件理解について、本稿に役立つと思われるいくつかのことを確認するにとどめたい。

一つは、構成要件が、規定そのものではなく、その解釈の帰結であるということである。団藤重光は、構成要件を犯罪定型だとし、これに違法性や有責性の理解にも規制的・指導的役割を果たす指導形象としての性質を認める<sup>(63)</sup>。団藤はまず立法者がこの定型を決めるかのような理解を示す<sup>(64)</sup>が、その実においては「解釈」によってその定型の実ないし外延を定めていかざるを得ない<sup>(65)</sup>。そうだとすれば、ア・プリオリな意味での定型性というものの

---

(最判昭和24年2月15日刑集3巻2号164頁)。これらのような理解には、既遂概念をどこまで実質的なものとみているのか、言い換えれば、既遂時点に若干の「時間的な幅」が存在していないかという差も現れていそうである。

- (62) 典型的には、StGB § 252の強盜的窃盜である。これについては、金澤真理「財物奪取後の暴行・脅迫——事後強盜罪の構造——」阿部純二先生古稀祝賀論文集『刑事法学の現代的課題』（第一法規・2004年）297頁以下や、佐伯仁志「事後強盜罪に関する覚書」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）197頁以下などを参照。
- (63) 団藤・前掲注(27)118頁以下。特に120頁。この指導形象という理解については、小野清一郎『犯罪構成要件の理論』（有斐閣・1953年）10頁及び136頁以下。もっとも、小野は、実体法上は「観念形象」とし、手続法的に「指導形象」とする。
- (64) 団藤・前掲注(27)118頁。
- (65) 団藤・前掲注(27)122頁

存在については疑問が生じる。むしろ、（確かにある程度の共通理解はあるにせよ）その実際の外延は解釈の名の下に提示されたものを集めた、解釈によって生み出された観念的な形であるというべきであろう<sup>(66)</sup>。

このような理解を前提にしたとき、最終的には、解釈者の思惟に委ねられた当該の犯罪類型における可罰性の限界が設定されていくことになる。その際に重要なのは、ある犯罪事実と思しき事態に対する解釈（・適用）者の認識が、当該の解釈の帰結ないし形象としての構成要件の内側にあるか否か、である。言い換えれば、当該事案に当該構成要件のもつ射程が及ぶかどうかこそが問題なのである。

上記のことは、至極当然である。これは、従来の表現では「包摂（Subsumtion）」と呼ばれていた。ここでわざわざ「構成要件の射程」などというのは、とりわけ犯罪の継続・終了に構成要件との関連性を意識するからなのはもちろんのこと、とりわけ当該の構成要件が継続的事実についてどこまでをその可罰性の範囲として捕捉しているのかという視点を明確にしておきたいからである。

以下、犯罪の継続・終了をめぐる、特に構成要件の時的射程を決する手がかりを探るにあたり、まず構成要件の基本的な機能を確認した（2.）上で、違法性の中核をなす法益侵害ということの意味を考えたい（3.）。また、行為もまた構成要件要素であるが、これは時的側面においても因果的に結果と関わるため、この点からの確認も必要である（4.）。そして、構成要件が犯罪の個数を決する基準になるとの理解の下、とりわけ継続的な犯罪実現を罪数論上どう取り扱うべきか（5.）を検討したい。これらによって、より精緻な分析のための前提を整える。

## 2. 構成要件概念が与える機能

### (1) 一般的な意義

構成要件とは何かという問題は、過去はともかく、現在となってはもはや大々的な議論としては下火となっているように思われる<sup>(67)</sup>。確かに一部で

(66) 平野龍一『犯罪論の諸問題（上）総論』（有斐閣・1981年）33頁。

構成要件概念は不要であるという議論はあれ<sup>(68)</sup>、少なくとも犯罪の積極的成立要件としての構成要件概念を認めるのが大勢であろう。もっとも、現在の理解は、この概念をわが国に導入した小野清一郎や滝川幸辰の理解からは変節したとみ得る向きもあろう。そこで、さしあたって、現下の問題を解決するにあたり、構成要件がどのようなものとして理解されているかを、簡単に確認しておきたい。

伝統的な理解によれば、構成要件とは、「違法・有責な行為の法的定型」<sup>(69)</sup>であるとされる<sup>(70)</sup>。対して、それぞれの拠って立つ違法観やとりわけ故意・過失の位置づけなどから、構成要件を違法行為類型とする立場もある<sup>(71)</sup>。これらは、構成要件にどのような機能を有させるかという理解と密接に関連する。

## (2) 機能的意義

従来、構成要件には、①罪刑法定主義の保障機能のほか、②行為の違法性推定機能、③行為の有責性推定機能、④故意規制機能、⑤犯罪類型化機能などの存在が提示されてきた。無論、構成要件の定義いかんによっては、例えば有責性推定機能などは否定されることなどもある。しかし、これらは実質的な機能とは言い難い面がある。構成要件に該当したことが犯罪についての法的認識にどのような意義があるのか、それが違法性や有責性（の推定）と

---

(67) 松澤伸「構成要件と犯罪論体系」法学教室 525号（2024年）15頁では、学生向けではあるものの、「構成要件や犯罪論体系は、あくまで思考ツールととらえ、今手元にある使いやすいツールの正しい「使い方」を十分に理解・整備して、いつも正確に利用できるようにしておくことが大切であろう。」という。

(68) 金山薫「構成要件論の終焉」『小林充先生・佐藤文哉先生古稀祝賀刑事裁判論集 上巻』（判例タイムズ社・2006年）2頁以下。

(69) 団藤・前掲注（27）118頁

(70) さらに近時は「定型」ではなく、「類型」という言葉の用いられ方の方が多いように見える。

(71) そのうち、井田は故意を違法要素とし、構成要件要素とする。井田良『講義刑法学・総論〔第2版〕』（有斐閣・2018年）167頁以下。他方、山口厚は故意を責任要素と考え（構成要件要素からも除外するのが本義であるかのようであるが、用語の問題との留保も付す）。平野・前掲注（7）160頁、山口・前掲注（3）34頁以下。私見は後者に属する。

いった観念的議論にとどまらない部分はないのであろうか。

構成要件は行為の類型ないし定型である。つまり、立法者がある行為現象を法的に1個の処罰の対象としようと考えたという意味で犯罪の1個の成立範囲（すなわち一罪）を外形的に画する意義を有する<sup>(72)</sup>。時には、ある特徴を備えたものに限定されること（例えば詐欺）もあれば、行為態様にほぼ限定がなく、特定の結果の惹起に重点が置かれている類型もある（例えば殺人）。そうだとすれば、その解釈形象であるところの構成要件にも、その類型該当性判断において、重点とすべきものがあるということになるであろうし、それは、犯罪の「単位」を決めるものでもある。そして、犯罪が法益侵害・危殆化行為としても定義される以上、第一には、どのような法益侵害・危殆化を当該の構成要件が1個の処罰の対象としようとしているのかを特定することが必要であろう。

そのため、構成要件の時的射程を検討するにあたって、まずは当該の構成要件が捕捉しようとしている法益侵害・危殆化の内容を、特に一罪性の観点から特定することから始めなければならない。

### 3. 法益侵害ということの意味

#### (1) 違法性の対象

わが国において、法益侵害が違法性の要素であることはほぼ一致した理解だと思われる。しかしながら、法益侵害が生じたということ自体が違法なのではない。違法性はあくまで行為の属性なのであり、その意味で違法性を帯びるのはあくまで行為である。たとえ、法益侵害・危殆化のみが違法性の本質だという立場を採ろうが、このことが揺らぐわけではない。法益侵害・危殆化を惹起した行為が違法性を有するという点は、改めて確認しておきたい。とはいえ、法益侵害・危殆化のみを違法性の根拠とする立場にとっては、そもそも法益侵害・危殆化があるのかどうかそが思考の出発点にある以上、まずはこの点をどのように考えるのかを明らかにしておく必要がある。

---

(72) さらに、構成要件を解釈形象だと考える本稿においては、解釈者が処罰の対象とすべきと考えるという意味での解釈者の定める当罰的な行為類型ですらある。

## (2) 侵害概念

法益はその実において観念的なものでしかない。(結果犯における)構成要件の結果は、その観念的である法益の侵害を具現化したものであるということもできよう。殺人における構成要件の結果である人の死とは、人の生命という法益侵害の具現化であるというがごとくである。ここでは二つのことに意向けられるべきものと思う。一つにはそれが動態的变化である<sup>(73)</sup>ということ、さらに一つにはそれが「違法」との評価を受ける性質のものであるということである。

ア. まず、前者であるところの、法益侵害の動態性である。それが侵害と呼ばれるためには、ある一時点(多くの場合には認識時)から、過去のある一時点を回顧的に見たときに、それを「不良変更」と評価し得ることが必要となる<sup>(74)</sup>。問題は、その認識時と、それと比較の対象とされるある一時点の時間的離隔である。これが問題とされるべきなのは、その時間的離隔が広くとられればとられるほど、「侵害」という評価を受けやすくなるからである。そして、このような理解こそが、状態犯における「違法な状態の継続」という、厄介な表現を生み出したとすらいえよう。結論からいえば、この時間的離隔は極めて狭く理解されるべきであろう。しばしば殺人を例とした因果関係の問題において論じられる「人の生命の1分1秒には価値がある」という表現は、まさにこのことを言い表しているものと解される<sup>(75)</sup>。継続犯が継続犯たる理由としてしばしば持ち出される「刻一刻同等の侵害」<sup>(76)</sup>という表現も、また、同旨であると解される。他方で、例えば状態犯の典型とされる窃盗罪の場合には、占有移転時のみが構成要件の結果であると理解されているはずであるが、もし認識時点と占有移転時直前の間に大きな時間的離隔(例えば1日)があったとき、占有移転直前時から当該認識時点まで法益

(73) なお、橋爪・前掲注(55)266頁参照。

(74) 鈴木左斗志「刑法における結果帰責判断の構造」学習院大学法学会雑誌38巻1号(2002年)148頁など。

(75) このような理解の問題点も含め、佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』(有斐閣・2013年)70頁参照。また、安田拓人『基礎から考える刑法総論』(有斐閣・2024年)6頁も参照。

(76) 山口・前掲注(3)50頁。

侵害があったかのように見える（し、表現次第ではそのように表現もし得よう）。しかし、だからといって、これまでの語用に従えば、占有移転時から認識時までの約1日間の間、犯罪が継続しているとは表現されないはずである。つまり、構成要件が把握しようとしている法益の動的不良変更は、まさにその一瞬を切り取ったものであるといわざるを得ない<sup>(77)</sup>。このことは当該の保護法益が一定の時間的な継続性を前提とするものであったとしても、論理的には、同じはずである。

イ. 次に、それが「違法」との評価を受けるべきものであるという点である。構成要件に該当すると判断されたとき、当該の行為の違法性が推定されるというのは、ほぼ一致した理解である。それは、構成要件に該当すると法益が「不良変更」を受けているからでもある。そうすると、問題は、それが「不良変更」といい得るだけの実質を有しているか、であろう。この部分は多分に規範的・評価的であることは否定し得ない。イメージとしては、ある一時点における法益の価値を100だと措定して、次の一瞬が100を下回っていないなければならないのであるが、またその一瞬を（もとの認識時点から見れば例えば95かもしれないものを）100として次の一瞬がまたその100を下回っていないなければならないということである。

このことは、法益の不良変更という評価が観念的なものになりやすいがゆえに、問題を複雑化させる。継続犯ではないが、殺人（既遂）を考えたとき、被害者の死亡前では100であったものが、被害者の死亡時（そしてそれ以降）には0となる。しかしながら、例えば監禁を念頭に置くと、その保護法益が「移動の自由」とされる（しかも通説は、この移動の自由が可能性にとどまってよいとする、可能的自由説と呼ばれる立場ですらある）ために、それを具体化ないしは数値化しにくい。観念的判断を含むということは、解釈・適用者による評価を避け得ないということと同義である。それを、たとえ、「構成要件該当結果の発生でもって判断する」と表したところで、実態は変

---

(77) この一瞬の切り取りだけでは可罰的違法性に足りないときが、いわゆる絶対的軽微性の問題として立ち表れてくる。さらに、本稿の関心との関係でいえば、明確な既遂時期を持たない犯罪類型（その意味で既遂時期を画する概念）としての「継続犯」の問題へと繋がる。

わらない。なぜなら、その場合には、構成要件該当結果の発生があったかどうかということへ問題がシフトするが、その際、結果発生が法益侵害（・危殆化）であるということを見ると、結局は保護法益を考慮して結果発生の有無を問うことになるからである。

このとき、構成要件該当性が持つ違法推定機能は一応の指針を与える。構成要件該当性判断がある程度形式的に行われるのであれば、その形式性ゆえに、評価的側面が減じていくからである。とはいえ、例えば被害者の同意の存在をもって構成要件非該当という判断を下す立場があるように<sup>(78)</sup>、あるいは例えば刑法217条・218条における「遺棄」該当性に法益危殆化についての具体性を要求する立場があるように<sup>(79)</sup>、むしろ評価的側面が表に出ることもある。このように、構成要件該当性判断から規範的・評価的側面は除去し得ない以上、構成要件該当性により推定される違法性が純然たる形式的なものではないのであるから、その違法性推定を支えている法益侵害・危殆化の有無もまた完全に形式的なものとはし得ない。そして、上記で述べたように、法益侵害・危殆化判断が、事の性質上、観念的なものだとすると、違法性判断はたとえ構成要件該当性レベルであっても実質的にせざるを得ない。

ウ. では、いかにして、その実質判断を行うのか。ここでは、やはり、それが法的に見て消極的に評価されるかどうかというものである以上、まず法益主体の意思に反した不良変更だということが必要であろう。その上で、いわゆる絶対的軽微性や相対的軽微性を考慮せざるを得ないように思われる。相対的軽微性については、これを違法性阻却事由として扱う余地は大きいものと思われるが、過失犯における結果回避義務<sup>(80)</sup>設定において「許された危険」という発想が採られ得る<sup>(81)</sup>ことを考慮すると、なお構成要件該当性

---

(78) 西田・前掲注(32)200頁。私見はどちらかということこちらに近い。

(79) 山口厚が準抽象的危険犯と呼ぶ類型である(山口・前掲注(3)47頁)。私見はこれに近い。拙稿「判批(大阪高判平成27年8月6日LEX/DB25447575)」上智法学論集61巻1・2号(2017年)129頁も参照。

(80) いわゆる旧過失論の立場でも、これを構成要件該当性判断で考慮するのが一般化している。山口・前掲注(3)250頁、また橋爪隆『刑法総論の悩みどころ』(有斐閣・2020年)224頁以下など。

(81) 山口・前掲注(3)253頁など。林(幹)・前掲注(11)121頁は、因果関係の問題に位

判断の中に組み入れることが認められるといえる。すなわち、法益主体の意思に反していない、また絶対的にも相対的にもその侵害程度が軽微とはいえないといえる場合に、「法益侵害」性が肯定されることとなる。

### （3）補論 一構成要件の結果としての危険

上記の議論は、主に個人的法益の侵害を念頭に置いている。そこで、その危険ないし危殆化の場合にどうなるかについて若干付言しておく。

事の性質上、侵害概念と比べ、危殆化判断はより観念化する。そして、観念的であるがゆえに、「1個の危険」というものの判断が、法益侵害の場合に比べ、さらに困難になる。危険発生時に1個の危険が生じたことは（実際の認定・記述においてはともかく）明らかである。しかしながら、それが時々刻々と増大していく場合、なお「1個」なのであろうか。このことは、法益の継続的侵害の場合よりも困難な問題を提示する。一つには、その観念性故にであるが、もう一つには、危険性がそもそもとして一定の時間的維持を念頭に置いてはいないかという疑問があるからである。

和田俊憲は、危険概念を①損害の大きさ、②可能性の高さ、③損害が時間的に切迫していることの3つに分けて分析し<sup>(82)</sup>、しかも、山口厚のいう、不能犯における危険判断としてのいわゆる修正された客観説や条件関係論における結果回避可能性の要求に示唆を受け、「可能世界」という発想を持ち出して、別のあり得る世界線（一種のパラレルワールド）との比較を行って、危険判断を行っている<sup>(83)</sup>。例えば、けん銃で人を射殺しようとしたものの、その発射された弾丸が目標とされた人（つまりは「被害者」であるが）の脇をすり抜けていった場合を考えてみる。この時「危なかった」のはいつであろうか。一見すると、被害者の脇を通り過ぎ、被害者に弾丸が命中することなくなったその瞬間であろう。しかしながら、それにとどまるわけでもない。弾丸が発射され、被害者の脇を通り過ぎるその瞬間までも、やはり「危

---

置づける。山口も実質的には同様と見得る。

(82) 和田・前掲注(46) 324頁。

(83) 和田俊憲「可能世界と犯罪論」佐伯仁志ほか編『山口厚先生古稀祝賀論文集』（有斐閣・2023年）17頁以下。

ない」のである。この場合、「かった」という過去形ないし完了形表現は、その危険が消滅したことを示すに過ぎない。しかし、文脈上は、ある時点から回顧的に認識・評価しようとする、発射後から被害者の脇を通り抜けるまでやはり「危なかった」と表現し得る。そうだとすれば、上記の2例のいずれに属するかによって——つまり危険消滅の有無によって——、即成犯と状態犯と同様の思考をとることが、一応は平仄の合う考え方だと思われる。

#### 4. 挙動犯と結果犯

構成要件は、構成要件の結果のみを客観的構成要件要素とするものではなく、犯罪が行為であることの当然の帰結として、構成要件的行为（実行行為）の存在を要求する<sup>(84)</sup>。したがって、構成要件の時的射程を考えるにあたって、この点について若干の検討を施しておく必要がある。もっとも、本稿においては、その関心から、挙動犯と結果犯の関係について整理をすることとする。

伝統的な理解によれば、結果犯とは、構成要件的行为と構成要件の結果の間に場所的・時間的な離隔が生じるものであり、構成要件の充足において、構成要件的行为とは別に、構成要件の結果の発生をも要求するものであるとされる<sup>(85)</sup>。他方、挙動犯または単純行為犯とは、独立した構成要件の結果を持たず、実行行為に及んだことでもって既遂となるとされる犯罪である。両罪は、その定義上明らかなように、構成要件の結果の認定の要否という形で差異が生じるが、それに伴い、因果関係の要否という点でも差異がある。

しかしながら、挙動犯といえども、法益侵害やその危殆化が生じないわけではない。挙動犯の典型とされる住居侵入罪（刑法130条前段）は、住居権を保護法益とし、その侵害を具現する「侵入」をもって既遂とする。また、刑法217条・218条の遺棄罪は、通説の理解に従えば、被害者の生命・身体の安全を保護法益とするところ、仮に外見上は遺棄に当たるような行為であったとしても、それによっては行為客体の生命・身体の安全をおよそ害さな

---

(84) なお、実行行為については、仲道祐樹『行為概念の再定位』（成文堂・2013年）11頁以下。

(85) 山口・前掲注(3)46頁参照。

い場合には、遺棄に当たらないとされる<sup>(86)</sup>。このような前提を踏まえれば、しばしばなされる「挙動犯においては結果がない」という表現は必ずしも妥当ではなく、あくまで構成要件の行為と明確に区別された結果がないに過ぎない。まして、事実認識のレベルにおいて、挙動犯といえども、人間の（意思の存在を前提とする）行為とは区別する形での（意思の存在に言及せずに記述される）「結果」を観念することは可能である。例えば、住居侵入罪においては、行為者が住居へ立ち入ったというのは、住居外にあった身体が住居内に移ったということもできるし、遺棄罪においても、遺棄行為によって行為客体の生命・身体に（抽象的であれ）危険が及んだという結果が要求されているのである。そうすれば、結果犯と挙動犯の差異は、構成要件の結果と構成要件の行為の間の有意な場所的・時間的離隔の有無に収斂するというべきであろう<sup>(87)</sup>。

このことにより、挙動犯であれば、構成要件の行為の継続する間、犯罪が継続するということを導きやすい。従来の理解によれば、挙動犯の場合には構成要件の行為、すなわち実行行為の実現さえあれば既遂になる以上、構成要件の行為が継続していれば、既遂が反復継続しているのであるから、犯罪が継続していると理解されることになるからである。しかしながら、平野龍一は、挙動犯である外国人登録令違反事件<sup>(88)</sup>において、無登録が不作為犯であることを前提としつつ、登録期間が経過した時点で既遂となり、その後犯罪は継続しない可能性を留保している<sup>(89)</sup>。この点、すでに述べたところではあるが、平野の立場はしばしば結果継続説として位置づけられるが、佐伯仁志が指摘するように、平野は実行行為の継続にも（不作為ではあれ）言及しており、実行行為の継続をも必要としているかのようにも理解される。も

(86) 高裁レベルであるが、大阪高判平成27年8月6日LEX/DB25447575。なお、これについての評釈として、齋藤彰子「判批」『平成27年度重要判例解説』（有斐閣・2016年）156頁以下、拙稿・前掲注（79）117頁以下など。

(87) 山口・前掲注（3）46頁。

(88) この事件については、以下の平野のもののほか、近時、萩野貴史「外国人登録不申請罪の構造と公訴時効の起算点」高橋則夫ほか編『曾根威彦先生・田口守一先生古稀祝賀論文集 [上巻]』（成文堂・2014年）213頁以下や、松原・前掲注（26）116頁以下がある。

(89) 平野・前掲注（7）133頁参照。また、町野・前掲注（12）125頁も参照。

し平野の立場が実行行為の継続性を観念するというものであれば、上記の外国人登録令違反についての言明は平仄が合わない。もし整合的に理解しようとするならば、平野の理解は、実行行為の実現と既遂の判断を、挙動犯においてすら切り離していることになる。そのロジックは明らかではないが、登録期間というものに着目をしているようである。すなわち、当該の期間を徒過することに違法性の重点を見出しており、不登録のままにしているという行為性には重点を置いていないとみることができるであろう<sup>(90)</sup>。無論、ここには外国人登録令の法益理解を反映してのことではあるが、果たしてそれだけであろうか。

ここで一つの可能性に思い当たる。それは、挙動犯における構成要件的行為というものの二重性である。結果犯の場合には、構成要件が明示的に定めた行為であれば、それを構成要件的行為としてよいということはい多いであろう。仮に当該の行為が構成要件該当行為だとしても、それだけで可罰性は肯定されず、構成要件の結果の発生を別途要求するため、その意味で可罰性判断が2段階に設定されるからである。他方で、挙動犯の場合には、一見すると、構成要件の結果の判断が欠け落ちるため、可罰性判断は1段階となる。しかしながら、結果犯では2段階構成とされていたことで検討の精度が高められていたものが、挙動犯になると、精度を落として簡略な判断をしてよいということはないのではないだろうか。いずれも可罰的行為としての犯罪の認定の問題であることに変わりはなく、その実質的考慮を、結果犯か挙動犯かで異にしてよいとは思われない<sup>(91)</sup>。つまり、挙動犯においても、隠れた2段目の検討が必要だと思われる。そうだとすれば、まずは当該の構成要件の保護法益を具体的に特定した上で、それを構成要件的行為と結び付けておく必要があろう。まさしく遺棄罪における「遺棄」概念へ行為客体の生命・身体への危険を織り込み、それが欠けるとときには、「遺棄」該当性を否

---

(90) なお、町野・前掲注(12)125頁。

(91) やや留意が必要なのは、抽象的危険犯である。抽象的危険犯の場合には、実行行為を行ったことで、可罰性を肯定し得るほどの危険が生じたとの理解がなされており(井田・前掲注(71)110頁など)、その意味で、実行行為性の認定は(文字どおり)死活問題となるといえる。

定するように、拳動犯一般においても、まずは法益侵害結果・危殆化の有無を問うた上で、それがどの程度構成要件の結果と具体的な結びつきを有しているかを問題とすべきである。このことは、結果犯の場合には、構成要件的结果が帰属されることをもって検証されていたものを、拳動犯の場合にはさらに自覚的に行うべきというものであり、何か目新しいものを含むわけではない。もっとも、そのような仔細な検討を経た上で、法益侵害性が何らかの形で減退・消滅しているのであれば、その時点で、外形上は構成要件該当行為に見えるとしても、実質的には構成要件該当性が失われたと評すべきであり、その時点で犯罪の終了を認めるべきではないかと思われる<sup>(92)</sup>。

このような理解によれば、上記の平野のような理解は、一定程度で理解可能となる。とりわけ真正不作為犯の場合、作為義務違反の継続が極めて観念しやすいが故に、犯罪が継続するのがさも当然かのようにであるが、しかし、不作為であるが故のシームレスさもあり、むしろ慎重にその終了時期を見極めるべきであろう。このことは、もちろん、作為犯であっても同様である。

## 5. 罪数論との関係 一特に単純一罪と包括一罪一

構成要件の時的射程を考えるにあたり、その前提となる部分における確認の最後として、一罪性の意義を確認しておきたい。それは、継続犯を単純一罪と考える一般的理解<sup>(93)</sup>とは対照的に、これを包括一罪と理解する立場<sup>(94)</sup>があることに由来する。

構成要件の評価と罪数判断は連動する。したがって、構成要件該当性が一つ認められる場合には、それが一罪とされる。その意味で、罪数は、構成要件的评价の個数と言い換えることもできよう<sup>(95)</sup>。だが、これに対しては、「すべてを語っているが、何も語っていない」との批判があり得、この批判は「いかなる基準から構成要件的评价の回数を決められるべきかがさらに問題となり、それに対する答えが明らかにされなければならない」と問題を一段

(92) この点の検証は、本稿の第4に委ねられる。

(93) 樋口・前掲注(20) 157頁。

(94) 平野龍一『刑法総論Ⅱ』（有斐閣・1975年）419頁。

(95) 団藤・前掲注(27) 437頁。

掘り下げる。しかし、論者は、これに引き続いて、一罪性を原則法益侵害の個数としつつも、「一罪と数罪とを区別するよりも、このような犯罪の個数の諸形態（罪数の諸形態）を明らかにして、その根拠・要件・区別を明確にする作業を行う方が解釈論としてはより生産的であり、重要である」という<sup>(96)</sup>。このような提言からすれば一罪性を決する基準を求めることは非生産的であるかのようであるが、とりわけ単純一罪の持つ不可分性・単位性ともいべき性質を考えると、なお一罪か数罪かという問いは完全にその意義を失うわけではなからう。

法的効果を考えたときには、ある一罪の刑にて処断されるものと、当該一罪を超えた刑を科すことが可能となるという2種類に分けることが可能となる。前者には、単純一罪、包括一罪、科刑上一罪と呼ばれる類型が当てはまり、後者には、単純数罪及びその亜種としての併合罪関係にある数罪が当てはまる。この両者は、法的効果を大きく異にする。しかし、本稿で今問題にしている、単純一罪か、それとも包括一罪かというのは、法的効果の面から考えたときには差異がない。実際、いわゆる吸収関係と呼ばれるものを法条競合として単純一罪に位置づける理解<sup>(97)</sup>もあれば、包括一罪に位置づけるもの<sup>(98)</sup>もある。その意味では、殊、単純一罪と包括一罪の間ではその差が極小化していく<sup>(99)(100)</sup>。そうだとすれば、上記のような、一罪か数罪かを問題とするような問題設定は、「生産的でない」という指摘は当を得ているかのようなものである。

だが、単純一罪は、特に構成要件の結果を考えたとき、その発生が一つであるはずである。そして、構成要件該当性評価が一つであるということが犯罪の単位と同義である以上は、1個の構成要件の結果としてどのようなもの

---

(96) 以上、山口・前掲注(3)404頁。

(97) 井田・前掲注(71)581頁。ただし、同583頁は、包括一罪として扱われる場合をも排除しない。

(98) 山口・前掲注(3)406頁。

(99) なお、包括一罪にも様々な類型があるとされるのは周知のとおりであり、ここで単純一罪とその差が極小化されるものとして考えられるのは、狭義の包括一罪である。

(100) なお、包括一罪について、その概念上の純化を図ろうとしたものとして、青木陽介『包括一罪の研究』（成文堂・2021年）がある。

が把握されているのかを知る有力な手掛かりになるということはいえよう。つまり、厳密な意味での単純一罪は、その構成要件的結果をそれ以上分解し得ないが、包括一罪の場合であれば、これをより細分化することが可能となる。以下の検討においては、この点についても一定の顧慮を払いたい。

（以下、次号に続く）

（本学法学部客員研究員）