
種 別： 研究ノート

タイトル： 盗品等保管罪における犯罪継続の可否

著 者： 牧 耕太郎

所 収： 『上智法学論集』第64巻1-2合併号（令和2年11月）99-119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

研究ノート

盗品等保管罪における犯罪継続の可否

牧 耕太郎

- 第1 はじめに
- 第2 最決昭和50年6月12日刑集29巻6号365頁とその判断の前提
 - 1. 事案と判旨
 - 2. 昭和50年最高裁決定の前提
- 第3 学説の状況
 - 1. 犯罪の継続と中途知情
 - 2. 継続犯説
 - 3. 状態犯説
 - 4. 小 括
- 第4 保管罪の犯罪構造
 - 1. 追求権侵害・危殆化ということの意味
 - 2. 「保管」の意義
 - 3. 保管罪における占有移転と保管 ―譲受け罪をもにらみつつ―
 - 4. 保管罪の継続可能性と中途知情
- 第5 残された問題としての処罰の間隙
 - 1. 問題状況の確認
 - 2. 解決の方向性

第1 はじめに

刑法256条は、いわゆる盗品等関与罪に関する規定である。本条は、1項で盗品等無償譲受け罪を、2項で盗品等有償譲受け罪、盗品等運搬罪、盗品等保管罪、盗品等有償処分あっせん罪といった、複数の行為態様を処罰の対象としている。本稿は、この諸類型のうち、盗品等保管罪（以下、単に保管罪という）

を取り上げて、その継続・終了という見地から検討を行うものである。

保管罪は、他の盗品等関与罪と同様に、その保護法益は追求権であると理解するのが一般的である⁽¹⁾。それは、本罪が、盗品等が本犯者の占有を離れることで、その回復がより困難となるからだといわれる。もっとも、この点に異論がある⁽²⁾ことは、周知のとおりである。しかし、少なくとも刑法256条2項の諸犯罪においては、本犯助長性や事後従犯性が認められることではほぼ見解が一致している。保管罪に即して述べるのであれば、盗品等の保管を処罰しなければ、本犯者が盗品等の保管を容易に委託できるようになり、より本犯を助長・促進すると考える⁽³⁾わけである。

そうすると、保管罪においては、保管開始時点(つまり保管のために盗品等を占有し始めた時点)で(故意などが充足されていれば)犯罪が既遂になることには異論がないとはいえ、その後の保管状態をも当然に犯罪とすべきとはいいがたいように思われる。なぜならば、本犯者の期待は保管に向けられているわけであるが、その主たる部分あるいは核心部分といえるのは、まさに盗品を自らの占有から(被害者以外の)第三者の占有に移すことにあるからである。もしこの期待にこそ処罰の本質があるというのなら、処罰の対象となる問責対象行為もそこに集中させるべきであり、その後の保管状態は構成要件該当性を持たない単なる違法状態の継続にすぎないという見方も十分に成り立ち得よう。

本稿は以上のような関心の下、保管罪を犯罪の継続・終了という観点から分析・検討を行うものである。検討においては、まず、保管罪が継続するという前提に立っていると理解されている最決昭和50年6月12日刑集29巻6号365頁の判断を概観し、その依って立つ前提などを確認する(第2)。その上で、この判断をめぐって生じた学説上の議論を確認し、その前提となっている保管罪の理解などを検討する(第3)。以上を踏まえた上で、保管罪の犯罪構造の分析・検討を行う(第4)。さらに、保管罪における中途からの知情という論点と相俟って生じ得る、盗品等譲受け罪(有償・無償を問わない)との処罰の間隙について言及して本稿を閉じることとしたい。

-
- (1) 最決昭和23年11月9日刑集2巻12号1504頁、最決昭和34年2月9日刑集13巻1号76頁など。
 - (2) 大塚仁ほか編『大コメンタール刑法〔第3版〕第13巻』(青林書院・2018年)708頁[藤永幸治=河村博執筆]など参照。
 - (3) 橋爪隆「盗品等関与罪について」法教443号(2017年)100頁等参照。

第2 最決昭和50年6月12日刑集29巻6号365頁とその判断の前提

1. 事案と判旨

被告人は、自室において知人のAからスリーピーススーツやカバンなどを預かり保管していたが、預かって数日して、これらの物品はAが窃取してきたものであるということを知ったものの、そのまま1か月半ほど保管し続けたというものである。第一審も控訴審も保管罪（当時は贓物寄蔵罪⁽⁴⁾）の成立を認めたので、被告人側が上告をしたというものである。

最高裁は、これを「赃物であることを知らずに物品の保管を開始した後、赃物であることを知るに至つたのに、なおも本犯のためにその保管を継続するとき、赃物の寄蔵にあたる」と簡単に判示し、特に理由も付さなかった。

2. 昭和50年最高裁決定の前提

(1) 被告人による上告趣意

本最高裁決定の前提となる上告趣意では、「運搬は物品を受取り、運送（場所的移動）し、引渡すものであり、そのいずれをとつても作為であるが、寄蔵は物品を受取り、保管（場所的移動なし）し、返還するものであり、受取と返還とは作為であるが、保管は不作為であり、一旦物品を受領した後はこれを返還するまで何らの作為を必要としない意味において作為と不作為の混合型態であるのだから、赃品であることを知らずに受領した後にそれを赃品であることを知つたというだけで直ちに返還の義務を生ずるとはいえない。」⁽⁵⁾、「赃品であることを知つた後も置き場所を変えとか、他人の目にふれない場所に隠匿するとかの作為をなしたわけでないのであるから、これだけで返還の義務を生ずるとはいえないのであつて、知情後の不返還という不作為を捉えて寄蔵罪に処することはできない。」⁽⁶⁾と論じられていた。

(4) 保管罪は、平成7年の刑法口語化以前は、「贓物寄蔵罪」とされていた。しかし、平成7年の刑法口語化により、「寄蔵」から「保管」へ改められても、その意義は変わらないとされている。松尾浩也編『刑法の平易化』（有斐閣・1995年）56頁。したがって、以下の検討では、判例に言及する限りでは互換的に「寄蔵罪」を「保管罪」ということがある。

(5) 刑集29巻6号367頁。

この上告趣意では、保管罪を「作為と不作為の混合形態」と理解しつつも、その不作為の部分については原則として作為義務がないと理解している。そのためというべきであろう、「置き場所を変えとか、他人の目にふれない場所に隠匿するとかの」保管中の作為行為をもってようやく処罰の可能性を認めようとする。そうだとすると、実は、上告趣意のいっていた「作為と不作為の混合形態」というのは、事実上「作為のみが処罰できる」というような理解に近く、実は大きな意味を持たないというふう理解されることとなろう。しかし、その理由はここでも判然としない。

(2) 調査官による解説

本最高裁決定の担当調査官であった香城敏磨判事による解説によれば、本件の問題の中核が「寄蔵という行為が何を意味しているか、知情後隠匿などの積極的行為をせずに保管を継続することもこれに含まれるか」⁽⁷⁾ということだと理解されている。そして、寄蔵（保管）の意義については、最判昭和34年7月3日刑集13巻7号1099頁における寄蔵（保管）の定義である「委託を受けて本犯のために赃物を保管すること」のうち、「委託を受けて」という部分の問題であるとする⁽⁸⁾。それは、「もしそれが赃物の引渡ししないしは占有移転という積極的行為を要件とする趣旨であるとすれば、占有移転を受けた後に知情が生じて保管を続けても、保管自体を寄蔵と評価することが困難となるからである」⁽⁹⁾。このような問題意識の上で、香城判事は「『委託を受けて』という部分は、保管が保管者の一方的な意思から行われたものではなく、依頼を受けて行われたものであることを示す趣旨であると解するのが、妥当である。すなわち、寄蔵を処罰するのは、保管自体が被害者による赃物の追及を困難にし、かつ、盗犯を助長するからであり、占有移転という点は重要な意味を持つものではなく、また、寄蔵という文言は、もともと寄託蔵匿を意味し、占有移転という概念を当然に含むものではないからである。」⁽¹⁰⁾とされ、この点から、「寄蔵罪は、その保管を内容とする継続犯である、(…)したがって、保管の開始後に知情を生じ、なおも保管を継続する場合にも、寄蔵行為がある」⁽¹¹⁾と

(6) 同上。

(7) 香城敏磨「判解」『最高裁判所判例解説 刑事篇 昭和50年度』（法曹会・1979年）118頁。

(8) 同上。

(9) 同上。

(10) 同上。

(11) 香城・前掲注(7)119頁。

するのである。

ここでは、まず「委託を受けて」というのが、占有移転を含意するものではなく、むしろ「保管が保管者の一方的な意思から行われたものではない」という部分が要諦となっている。つまり、例えば、路上に放置されたものが、盗品だと認識しながらそれを保管するような場合を本罪から外していくための要件であると考えられるものと思われる。もっとも、占有移転をおよそ不要だと考えることには無理があるようにも思われる。その占有移転が自らの意思に基づくものかどうかはともかくとして、もともと本犯被害者の占有下にあった財物（赃物）が、本犯者ないし第三者の占有下に移り、その上で保管者の占有下に移転してくるからこそ、「保管」という状況が生まれるのである。そうである以上、(客観的な)保管開始時点である占有移転は事象としては必然的に生じるのである。

また、香城判事は、保管行為を実行行為と捉えた上で、保管行為は保管中に当然継続するものであるから、保管罪は継続犯であると考えようである。そして、ここから、「継続犯であるから、実行行為中に知情すれば、そこから可罰性が肯定できる」というテーゼ⁽¹²⁾を利用して、本決定を説明するのである。

(3) 小 括

以上のように、本昭和 50 年最高裁決定についての実務的な周辺を見てみると、おおよそ次のようなことがいえるように思われる。すなわち、本決定は、保管罪においては占有移転及びその後の作為行為のみが問責対象行為となるとする上告趣意に応える形で、問責対象行為を占有移転時に限定する必要はなく、保管行為全体が問責対象行為となり、保管行為が続いている間は犯罪が継続する、その途中で対象物件の盗品性を知情した場合には、保管罪が継続犯である以上、知情時点から可罰的となると理解されるのである。

しかしながら、占有移転は保管の開始時点でもあり、なぜここが重要視されないのかは必ずしも説明が尽くされているわけではない。香城判事のいうような「被害者による赃物の追及を困難にし」⁽¹³⁾ているのは、占有移転の時点が決定的だという評価も十分に成り立ち得るであろう。もしそのような判断が是認されるのであれば、むしろ上告趣意が示したように、その後の保管状態は構成要件該当性を持たない単なる違法状態の維持に過ぎず、本罪はむしろ状態犯

(12) 拙稿「所持罪における所持の概念について」上智法学論集 62 巻 1・2 号 (2018 年) 138 頁参照。

(13) 香城・前掲注 (7) 118 頁。

であるという見方も成り立ち得るところである。

そこで、次に、本決定をめぐる学説の動向を見ていくこととする。

第3 学説の状況

1. 犯罪の継続と中途知情

昭和50年最高裁決定では、中途知情による可罰性の肯定は、本罪を継続犯だと捉えることから導き出されている。継続犯とは、一般に、法益侵害の継続する間構成要件該当性の継続性が認められ、犯罪が継続するものと理解されている。通説によれば、この場合には、構成要件の中核である実行行為が継続しているとされる。この場合、実行行為開始時点では故意がなくとも、その後も実行行為は続いているのであるから、ある時点において故意を備えれば、犯罪成立要件は充足されることとなり、当該犯罪は完成すると理解されている⁽¹⁴⁾ものとみえる。

このような判断構造は、まず保管罪が継続犯か否かを問題として、継続犯であれば上記で述べたようなテーゼを当てはめられるから知情後は可罰性が肯定できるが、継続犯でないとなればそうはいかないというものである。したがって、いわば保管罪が継続犯なのかどうかこそが中途からの知情にとっては決定的であるという問題意識にならざるを得ない。

しかし、このような問題の立て方が適当かどうかは十分に疑わしい。確かに、保管罪もそうであろうが、事象としてある状態が一定時間継続することが念頭に置かれていると思われる犯罪は存在する。しかし、そのような種類の犯罪がおよそ継続犯なのかというと、従来ですら否定的に理解できるとされるものが存在した。例えば、放火罪は、事象としては、対象物への着火後、当該対象物が消滅するまで燃え続けるわけであるが、伝統的には既遂後に直ちに犯罪が終了する即成犯として考えられてきた⁽¹⁵⁾。そのため、伝統的な理解では、放火罪の場合には、火が独立燃焼に至ると既遂になると同時に、犯罪も終了することとなる。そうすると、事象としてある状態が一定時間継続するが故に犯

(14) なお、犯罪完成後の継続中に忘却等があっても忘却後も可罰性は否定されないとするのが判例・通説である。所持罪に関するものであるが、最判昭和25年10月26日刑集4巻10号2194頁参照。

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

罪も必然的に継続するというわけではない。

そこで、従来は、継続犯と状態犯の区別という問題が持ち出され、大まかに、当該の事象が構成要件内にあるか否かという点をもって判断されてきた。当該の事象が構成要件該当性を有していれば継続犯であり、そうでなければ状態犯だというわけである。例えば、監禁罪（刑法 220 条）においては、移動の自由の侵害が続いていればそれは構成要件該当性を有しているから継続犯であり⁽¹⁶⁾、他方で窃盗罪（刑法 235 条）では窃取後の犯人による財物の占有は本罪の構成要件該当性がないため、当該財物の占有は窃取による違法状態の継続に過ぎず、状態犯である⁽¹⁷⁾というわけである。

このような判断構造は、確かに当該の犯罪が継続犯か状態犯かという関心を持ちながらも、その実態においては、ある時点における状態が構成要件該当性を有するかという問題であるということを示している。つまり、閉じ込められた状態が監禁罪の構成要件に該当しているか、あるいは他者の財物を、その者の意思に反して占有移転させたその後が窃盗罪の構成要件に該当しているかという問題なのである。そうだとすれば、継続犯か状態犯かという問題は、必ずしも当該事象の犯罪性における中核問題ではないということになる。ただ、問題は、その事象の問題となっている部分の時点において犯罪成立の要素を必ずしもすべては充足していないとき、なお可罰性が肯定されるかにある。従来の議論は、この問題解決のために継続犯と状態犯との区別問題を利用してたと理解できるのである。しかし、そうであるが故に、やや迂遠あるいはトートロジカルな問題構造になっていたものと理解される。

以上のような問題意識の下、以下では、とりわけ昭和 50 年最高裁決定をめぐって交わされた議論を参照し、その上で、一旦継続犯か状態犯かという問題は脇に措いて、保管罪の犯罪構造を直截に検討する一助としたい。

2. 継続犯説

昭和 50 年最高裁決定における調査官解説やそれを支持する立場からは、保管罪は継続犯であると考えられることとなる。以下では、そのような理解を支える論者の一人として、西田典之教授の理解を挙げてみたい。

西田教授は、まず同決定についての評釈では「寄蔵罪はやはり継続犯だと考えるべきであろう。本犯からの保管者への占有移転が被害者の追求を困難にす

(16) 山口厚『刑法総論〔第3版〕』（有斐閣・2016年）49頁参照。

(17) 山口・前掲注（16）50頁。

ることは否定できないが、贓物の保管行為も、犯罪の発覚を防止し、本犯の贓物処分を容易にするなどの点でより以上の重要性を持っているからである。このように、寄蔵罪の処罰の重点をその本犯助長的側面、事後従犯的側面に求める立場からは、同罪を継続犯、すなわち、保管を継続する限り犯罪の実行行為が継続するものと解し、贓物性の認識が備わった以後の行為（もっとも、ここでは、保管を中止するのに必要な時間を除外することが必要となろう）を寄蔵罪に間擬することにも十分の合理性がある⁽¹⁸⁾と述べられ、体系書『刑法各論〔第7版〕』（弘文堂・2018年）295頁⁽¹⁹⁾では「委託による盗品等の移転のみでなく、移転後の保管行為も、盗品等の発覚を防止し、本犯者による盗品等の処分を容易にするなどの点で追求権の困難にする面をもつ」といい、その上、保管行為の持つ本犯助長性格を考慮するならば肯定説が妥当である」と述べられている⁽²⁰⁾。

このような理解は、実行行為である「保管」が継続しているというような、単なる形式論理には乗っていない。むしろ、当該の保管行為がなお「盗品等の発覚を防止し、本犯者による盗品等の処分を容易にするなどの点で追求権の困難にする面をもつ」ということと、「保管行為の持つ本犯助長性格を考慮」しているのである。だが、この点は、いわば「評価の差」ではないのかという疑いが拭い切れない。保管行為の持つ盗品等の発覚の防止の程度や本犯者による盗品処分の容易さが、占有移転を生じる（とりわけ無償の）譲受け罪よりもなお大きいのかは疑わしい。西田教授は、無償譲受けに関する刑法256条1項において追求権侵害を認め、同条2項における諸類型（その中には当然有償譲受けが含まれる）において追求権侵害に加え、本犯助長性や事後従犯性を肯定する。そうすると、とりわけ1項の無償譲受け罪でも追求権侵害が認められている以上、その後の占有状態は、もはや占有移転で可罰的違法性が評価され尽くした単なる違法状態の継続にすぎないという見方が成り立ち得るし、本犯助長性や事後従犯性にしても、有償譲受けや有償処分あっせんとの比較という観点からは、保管中になおそれが存在しているということの説明が尽くされているということはできないように思われる。

(18) 西田典之「判批」警察研究56巻2号(1985年)70頁。

(19) なお、本書では橋爪隆教授による補訂が行われているが、橋爪教授による補訂のない第6版(2012年)との記述の差異はない(なお、第6版では275頁)。

(20) なお、西田教授は、同じ箇所「本罪は継続犯ということになる」と明確に述べられている。第6版でも同様である。

3. 状態犯説

以上のような、継続犯説の問題点を踏まえ、学説の有力説は、保管罪をいわゆる状態犯であると考ええる。例えば、山口厚現最高裁判事は「盗品等の占有取得も構成要件要素であり、やはりその段階で盗品性の認識が要求されざるをえないこと（不作為による占有取得を問題とするとしても、作為義務が必要である）、さらに、盗品性を認識した後における意思の連絡があつてこそ本犯助長性が認められる」⁽²¹⁾のであり、本罪を継続犯とはしていない⁽²²⁾。また、井田良教授も「保管の継続そのものを処罰の対象とするならば、盗品をそのまま返還しないという不作為を処罰することになる点で疑問が生じる。刑罰をもって盗品の返還または占有の放棄を義務づけることは行き過ぎではないかと考えられる。さらに、追求権説の立場からは、有償譲受け等の場合と同様に、盗品の占有移転こそが追求権行為を困難にする应考虑すべきであるし、また、犯人庇護の観点から見ても、情を知りつつあえて本犯者に協力して保管を引き受けるところに違法性が認められると考えるべきであ」⁽²³⁾と、山口最高裁判事のような立場を肯定する。

井田教授がいみじくも指摘するように、「保管罪の構成要件の内容は、保管のための占有移転ではなく、保管の継続そのものである」⁽²⁴⁾というのが、通説・判例の理解であろう。他方で、状態犯説の理解では、占有移転こそが追求権侵害の核となる部分であると考えられることになる。両説では、いわば、構成要件における「保管」の意味の重点が異なっているのである。その意味で、通説・判例は日常用語の語感からの乖離を避けていると見ることができる面を有しているように思われる⁽²⁵⁾。それに止まらず、井田教授による説明では、「盗品をそのまま返還しないという不作為を処罰することになる点で疑問が生

(21) 山口厚『刑法各論〔第2版〕』（有斐閣・2010年）347頁。なお、引用書発刊当時は東京大学教授である。

(22) 山口厚『問題探求刑法各論』（有斐閣・1999年）221頁参照。なお、山口・前掲注(21)でもそうだが、「状態犯」と明言されているわけではない。

(23) 井田良『講義刑法学・各論』（有斐閣・2016年）337頁。なお、引用書では、有力学説に、「状態犯説」と名付けている。同書336頁。

(24) 井田・前掲注(23)336頁。

(25) 「保管」という言葉は、「大切なものを、こわしたりなくしたりしないように保存すること」（新村出編『広辞苑〔第7版〕』（岩波書店・2018年）【保管】）とか、「金銭や品物などをあずかって、こわれたりなくなったりしないように管理すること」（松村明編『大辞林〔第4版〕』（三省堂・2019年）【保管】）といったように語釈される。

じる。刑罰をもって盗品の返還または占有の放棄を義務づけることは行き過ぎではないかと考えられる。」とされるわけだが、本罪の不作為犯処罰を否定しようとするものだとすれば、その妥当性もまた検証の余地があろう⁽²⁶⁾。そもそも、継続犯理解の基礎に、不作為犯処罰を織り込むという理解⁽²⁷⁾自体にも議論の余地はある⁽²⁸⁾のであり、不作為犯処罰を保管罪の継続性に関して連結させなければならないというのも、必ずしも自明ではあるまい。

さらに、山口最高裁判事のいうように、意思の連絡に本犯助長性や事後従犯性を基礎づけるとしても、それが「保管開始時」ではなく、「犯罪完成時」になければならない理由は判然としないように思われる。もし、状態犯説を支えるとするれば、意思連絡と本犯助長性が不即不離の関係になければならないこととなる。つまり、状態犯説では、いわゆる中途からの知情の場合には、占有移転以前に本犯者もしくは彼(女)に繋がる前占有者との意思連絡が必要だと考えるのである。そして、保管罪が状態犯たる所以は、占有移転後に知情したところで、占有移転時の意思連絡は「盗品性」の認識に向けられておらず、本犯助長性や事後従犯性を有しない⁽²⁹⁾と解するわけである。しかし、「意思の連絡」が典型的に求められる共同正犯⁽³⁰⁾すら、犯罪の既遂時点で意思の連絡が認められているわけではなく、事象としては意思の連絡を基礎に、その後犯罪が実現され、既遂となるのである。したがって、既遂となるまさにその時に意思の連絡がなければならぬ理由はなく、むしろ既遂時までに存在していればよい(既遂時までに意思連絡が行われていればよい)という見方はなお可能であろう。共同正犯の共犯性の(1つの)根拠は、その犯罪実現が意思連絡に基づくものだとイえるからであろう。それは、すなわち、犯罪結果との関係でいえば、意思連絡が1つの原因的な地位にあることを示している。そして、事象というものは原因が結果に先行するのだから、意思連絡が保管開始時点以前に存在していても、このような(素朴で基本的な)理解に反することにはならない。そうだとすれば、意思連絡時には盗品性の認識をはじめとする故意が欠けてお

(26) 実際、山口・前掲注(21)347頁では、不作為犯処罰の可能性がなお残されている。

(27) 井田良『講義刑法学・総論〔第2版〕』(有斐閣・2018年)113頁脚注48)、同『入門刑法学・総論〔第2版〕』(有斐閣・2018年)112頁脚注25)参照。

(28) 林幹人「即成犯・状態犯・継続犯」西田典之・山口厚編『刑法の争点〔第3版〕』(有斐閣・2000年)30頁参照。

(29) 林幹人『刑法各論〔第2版〕』(東京大学出版会・2007年)311頁も参照。

(30) 例えば、前田雅英『刑法総論講義〔第7版〕』(東京大学出版会・2019年)345頁は、「意思の連絡が、共同正犯の最も重要な要素である。」とする。

り保管が開始されたとしても、故意を有した後になおそのような保管を継続するのならば、その知情した時点から保管罪の成立を肯定するという立場は十分にあり得るだろう。

4. 小 括

以上のように、継続犯説は、保管中にも追求権侵害や本犯助長性・事後従犯性があるのであり、その間に知情をすれば、その時点から犯罪の完成・継続が肯定できると考え、状態犯説は、盗品等の占有移転時にこそ追求権侵害や本犯助長性や事後従犯性が決定的となるという立場であるが、ここでは、多分に「評価の差」ではないかという疑問を差し挟むことができる。また、継続犯説は、「保管」という文言に忠実ではあるように見えるが、保管にも占有取得は必須である以上、継続犯説と状態犯説では、「保管」という文言の意味の重点が異なるという見方が可能であった。とはいえ、状態犯説がいうような、占有移転時に意思連絡と故意が同時存在しなければならない理由は、共犯理論との関係を考えても、必ずしも必然的なものではないという問題が残っているように見える。

そこで、以下では、以上のような問題意識を踏まえながら、保管罪の犯罪構造を分析することで、この問題に肉薄していきたいと思う。

第 4 保管罪の犯罪構造

1. 追求権侵害・危殆化ということの意味

(1) 犯罪の継続と法益の大まかな関係

一般的に、それが刑法上の犯罪とされる以上は、当該犯罪が何らかの法益を侵害ないし危殆化していなければならないと考えられている。そして、犯罪の継続という文脈においては、その実態を実行行為の継続と捉える立場と、構成要件該当結果の継続的発生と捉える立場の2つの立場に大別できる⁽³¹⁾が、実行行為は構成要件該当結果を発生させる有意な危険を有する行為である以上、どちらの立場に立とうとも、構成要件該当結果の継続的発生は要求される。それはとりもなおさず、犯罪の継続には、構成要件該当結果に具現された法益の

(31) 拙稿「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 巻 3 号 (2016 年) 183 頁以下参照。

侵害ないしその危殆化の継続が最低限要求されているということである。したがって、当該の犯罪の法益がどのようなものであり、どのような性質を有しているものかという分析・検討は避けて通ることができない。

(2) 盗品等関与罪の保護法益

保管罪について通説は、他の盗品等関与罪同様に、追求権がその保護法益であると考えている。しかし、盗品等関与罪の保護法益については、近時、小林憲太郎教授により、「いわゆる本犯助長性にこそ本罪の不法が存在するのであり、積極的な処罰根拠と呼べるのは実はそれだけである。これに対して追求権とは、本犯の被害者が民事法上の根拠に基づき財物を取り戻そうとする過程において、本罪にあたるような行為を行った場合を可罰性から解放するために支配的な見解が考案した機能的な概念にすぎず、通常いうところの法益にはあたらない。」⁽³²⁾とされ、実体的な保護法益の欠如を指摘されている。また、従来主張されてきた違法状態維持説⁽³³⁾は、盗品等関与罪の罪質に本犯の違法状態の維持を主張するのみであり、その保護法益についてはなお議論の余地があり得るのである。ドイツにおいては、これを「財産権」と位置づける⁽³⁴⁾し、わが国内であれば、「本罪の保護法益の内容が『違法状態維持』であるとすれば、この説による保護法益は、社会を適法な状態に置くということにほかならず、それはむしろ社会的法益であり、そうすると、財産犯によるものだけを特に保護する根拠はないし、本罪が財産に対する罪として窃盗、詐欺などの罪の後、損壊罪の前に置かれていることと整合しないであろう」⁽³⁵⁾という批判もなされているところである。

保護法益が何かという議論は、2つの機能的な側面が存在しているように思われる。1つは、立法段階において、当該犯罪類型の設定がなぜ可罰的であるかの説明ツールとしての側面である⁽³⁶⁾。そしてもう1つが(第1の側面が構成要件に適切に反映されていることを前提として)実際の犯罪認定・処罰の段階に

(32) 小林憲太郎「刑法判例と実務 一第49回 盗品等関与罪の周辺一」判例時報2424号(2020年)145頁。

(33) ドイツでは通説とされる。Vgl. Schönke/ Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, 30. Auflage, 2019, § 259 Rn. 1 [Hecker]; Satzger/ Schluckebier/ Widmaier, Strafgesetzbuch Kommentar, 4. Auflage, 2019, § 259 Rn. 1 [Jahn].

(34) Schönke/ Schröder, a.a.O. (33).

(35) 大塚ほか編・前掲注(2)716頁 [河上=渡辺執筆]。

(36) 井田・前掲注(23)5頁や高橋則夫『刑法各論〔第3版〕』(成文堂・2018年)2頁など参照。

において、可罰性の実質を持たない行為の違法性を否定するための説明ツールという面である⁽³⁷⁾ように思われる。小林教授の指摘は、盗品等関与罪については、第2の機能的側面はあるが、第1の機能的側面がないという意味であると考えられる。

改めて、犯罪の継続という側面から保護法益論を眺めたとき、この2つの側面のうち、両方とも必要なのであろうか。犯罪の継続と法益の侵害の関係が問題とされる場面というのは、既に指摘がなされているように、法益侵害の維持・強化が問題となっている場面である⁽³⁸⁾。ここでは、違法性の有無を決するという側面から法益が論じられている。つまり、法益侵害の維持・強化が見られないということは、そこに可罰性はないのだという論理なのである。したがって、上記の2つの側面のうち、第2の側面（の、場合によってはその裏側）が問題になっているということになる。つまり、盗品等関与罪（とそれに属する保管罪）においては、追求権侵害が維持・強化されている、あるいは、違法状態が（占有移転を越えてなお）維持・強化されているのだということを問うこととなろう。その時、問題となっている法益が追求権なのか、それとも違法状態なのかというのは、とりわけ本犯被害者を基点に考えたとき⁽³⁹⁾、必ずしも決定的な差異を生むとは限らない。違法状態についていえば、その実質を社会的法益だとみることになるのであれば、なおさら解釈者の「評価」によって「侵害」を伸縮させてしまうことが可能になるであろうし、追求権を基礎におくにしても、物権的請求権を基礎とするのならば、それは当該物に対する所有権等が消失しない限り（誰かに対しては）存在し続けるのであり、それを初期の追求権と同一のものと見るのかは、「評価」の分かれるところなのかもしれない。

以上のような点を考えると、法益論に決定的な地位を与えることは必ずしも適切ではないということもできるのであるから、一旦この点は留保した上で（必要があれば両者とも視野に入れた上で）保管罪における「保管」という構成要件の分析を行うこととする（なお、一応は通説である追求権説を基調とした検討の方が望ましいと思われるので、大差が出ないと思われる範囲で追求権説を基調とする）。

(37) このような側面は、違法性阻却事由での「法益の要保護性の欠如」や、「可罰的違法性」の議論における絶対的軽微性といった議論で顔を出す。

(38) 山口・前掲注(16) 50頁。また、林美月子「状態犯と継続犯」神奈川法学 24巻 2・3号(1988年) 284頁も参照。

(39) 前掲注(33)も参照。

2. 「保管」の意義

保管罪の構成要件は、文言上は、「盗品等」を「保管」することである。伝統的な通説に従えば、保管罪における「保管」とは、「委託を受けて本犯のために盗品等を保管すること」⁽⁴⁰⁾とされる。保管の定義を示したこの文を見ると、3つの部分に分けることができる。つまり、①それが「保管」といえること、②当該保管行為が「委託を受け」たものであること、そして、③当該保管行為が「本犯のために」なされていることである。したがって、① 当該の占有が何らかの理由で「保管」とはいえない、② 当該保管行為に委託が存在していない、③ 当該保管行為が「本犯のために」なされたものではない、といったことになれば保管罪は否定される。これらは一見すると、もっともらしく、かつ直ちに了解可能であるように思われるが、少し考えてみると必ずしもそうではないかもしれない。例えば、(有償であれ無償であれ)本犯者ないし彼(女)につながる前占有者から盗品等を借り受けて使用する場合⁽⁴¹⁾などを考えてみる。この場合、①に関していえば、保管と保持がどのように違うのか、破壊などのような典型的なものは了解可能であれ、(摩耗などを生じない)「使用」があれば「保管」であることが失われるのかなどは問題視し得るし、②については誰からの委託であるかが問題となろう。③であれば、「本犯のため」であることの認識まで必要か、その認識の程度など、やはり詰める余地が残されているように見える。犯罪の継続との関係でいえば、①では、保管とは占有保持とどのような点で区別されるのか、③では、本犯助長性についての認識が必要とされる場合、それはいつの時点になのかといったことが問題とされ得よう。なお、②については、本犯からの委託である必要はない⁽⁴²⁾と考えられている。確かに、保管者が十分に事情を知っていた場合などを考えれば、本犯からの委託でなければおおよそ追索権侵害がないとか、違法状態の維持がないということは考えられないだろう。本罪の持つ事後従犯性を考えれば、この点は容易に了解できる。むしろ、問題は、保管を構成する諸要素が犯罪の継続との関係で何らかの意義を有するものかどうか、有するとすればそれはなぜかである。

(40) 最判昭和34年7月3日刑集13巻7号1099頁参照。

(41) 裁判例としては、盗品が質入れされた場合に保管罪の成立を肯定したものとして、大判明治45年4月8日刑録18輯443頁や、貸金の担保として盗品等を受け取る場合に保管罪を肯定した大判大正2年12月19日刑録19輯1472頁がある。

(42) 大塚ほか編・前掲注(2)738頁[河上=渡辺執筆]。例えば、本犯が保管者の選択を運搬者に委任し、運搬者が自ら本犯のための保管を委託するような場合が考えられようか。

3. 保管罪における占有移転と保管 —譲受け罪をもにらみつ—

(1) 占有移転の意義

保管罪を継続犯とみるのか、それとも状態犯とみるのかという対立の中では、前占有者から保管者への占有移転にどの程度の重みづけをするのか、という点が1つの実質的な対立点となっていた。状態犯説からはこれを必須の要素と捉え、継続犯説は占有移転の必要性を必ずしも否定するものではないがその後の保管状態に重きをおいていたということができよう。

確かに、有体物の保管である以上は、保管者が占有取得をすることは必要であろう。だが、ここに重きをおいた場合、(特に有償)譲受け罪との差異がはっきりしないこととなる。保管罪も譲受け罪もいずれも前占有者から盗品等の占有を受ける点では同じであるからである。他方で、譲受け罪ではその後の盗品等の保持の継続については可罰性が認められていない。それは、譲受けが有償であれ無償であれ変わりがない。その意味で、同罪が有償・無償問わず状態犯であることについてはほぼ異論がないものと思われる。その根拠は、恐らく「譲受け」という点にあるものと思われる。つまり、構成要件として「譲受け」が特定されることで構成要件の関心は占有移転にあり、その後の状態が構成要件の関心から除外されていることが示されているのである。なお、譲受け罪は刑法256条1項と同条2項の両方に存在しているところ、その説明として、追求権説からは、1項の無償譲受け罪ではその違法性が追求権侵害のみにあること、有償譲受け罪を規定する2項では1項に比べて刑が過重されている根拠を、追求権侵害に加えて、前占有者の対価取得による本犯助長性や事後従犯性があることに求めている⁽⁴³⁾。つまり、追求権説からは、占有移転が追求権侵害を惹起すること自体についてはほぼ争いがないものと思われる。その上で、その後の状態にはもはや「可罰的違法性」がないこともまた前提とされているように見える。

そうすると、保管罪の特殊性は、この占有移転後の保持状態が可罰的違法性を有しているのかどうかという点にもあるように思われる。保管罪の場合には、構成要件として「保管」が特定されている。これを理由にするとすれば、それは文言にのみ依拠した形式論理での説明であり、立法上の妥当性を必ずしも担保しないことになってしまうであろう。実質的理由を付加させようとすれ

(43) 大塚ほか編・前掲注(2)735頁〔河上=渡辺執筆〕。

ば、両者をより比較した上で、その差異を見出す必要がある。

(2) 継続犯説を支えるロジック

譲受けと保管の決定的な違いは、その財物に対する所有権を取得しようとするかであろう。もちろん、民法193条の盗品等についての即時取得の制限はあるが、譲受けでは所有権の取得が目指されるのに対して、保管ではそうではない。そうすると、継続犯説からは、この点が実質的な違法性の差異として現れることになるであろう。つまり、所有権を移転させてしまえばその後の違法状態は可罰性を持たないのに、所有権を前占有者に残していれば可罰的違法性が残存する、と。保管罪を本犯助長性や事後従犯性との関係で論じるとき、このことはなお了解可能であろう。すなわち、前占有者に返還される可能性があるから(無償であっても⁽⁴⁴⁾)本犯助長性や事後従犯性を持つものに対して、返還されない場合にはその占有移転こそが決定的になるのだと。そうすると、占有保持に対して与えられている評価が、所有権移転の有無を根拠として異なっているということになる。具体的には本犯の有する返還等への期待が維持され続けると考えられる。

そうだとすれば、所有権を移転することでその後の違法性が構成要件的価値を持たないとされる譲受け罪と、所有権を移転させないことがその後の違法性を肯定するロジックになり得る保管罪とでは、占有移転の重みも変わるという評価はあり得るといえる。それは、占有移転時までに取り交わされる合意内容にも違法性評価が反映され得るということを含意し得る。つまり、占有移転には単なる追求権侵害という点のみが把握されているのに対して、それが委託を伴うことで本犯助長性や事後従犯性を付加する⁽⁴⁵⁾のだと。このような見方からすれば、委託という要素は保管罪にとって決定的に重要であると考えられることとなる。それがなければ譲受け罪と区別ができないのみならず、例えば遺失物の保管にあたり、当該の遺失物が実は盗品であったという場合に、その保管が盗品性の認識だけで保管罪に該当しかねないということになるという不都合⁽⁴⁶⁾も含む。また、本質的には委託・受託があることで、本犯に返還等の期

(44) 保管行為の有償・無償は問われないとするのが通説である。大塚ほか編・前掲注(2) 738頁〔河上=渡辺執筆〕。

(45) 西田典之〔橋爪隆補訂〕『刑法各論〔第7版〕』(弘文堂・2018年)290頁、山口・前掲注(21)347頁も参照。

(46) この点については、異論もあるかもしれない。しかし、盗品であることを認識していたというだけで本犯助長性や事後従犯性を肯定するのは難しいのではないと思われる。判例・学説においては、片面的幫助はある程度肯定されているが(大判大正14年1月22

待がもたらされるのである。

(3) 状態犯説を支えるロジック

他方で、状態犯説から見た場合、所有権の移転の有無という点については重きを置かないと考えることとなるであろう。つまり、譲渡合意と寄託合意とは盗品等関与罪に関する限りは同質であると評価することとなる。ただ、返還の期待が本犯者に生じることから、それが本犯助長性や事後従犯性を基礎づけるのだということになる。だが、それは寄託合意の時点で生じるものであり、その後もなおそれが例えば維持・強化され続けるというふうには考えないのであろう。このような理解は、保管者は占有を取得してしまえば当該盗品等を自由にし得る地位に立つという、ある種の不信を孕んでいるようにも見える。

特に寄託合意と本犯助長性や事後従犯性との関係について考えてみると、この寄託合意にこそ本犯助長性や事後従犯性があるのであり、その後の占有保持・保管状態にはこの寄託合意時の本犯助長性や事後従犯性を維持ないし強化するまでの効果はないと考えることとなるであろう。ここは評価の分かれるところかもしれないが、状態犯説の理解からは、その後の占有維持・保管状態というのは、いわば保管者の意思に左右されるものであり、彼(女)が寄託の趣旨に反した行動をとろうとも、それは違法性を左右し得ない、構成要件外の事情に過ぎないという理解であると捉えるのが自然である。

4. 保管罪の継続可能性と中途知情

(1) 保管罪の継続可能性

寄託合意とその後の占有保持・保管状態についての違法性の維持・強化というのは、多分に「評価」、言い換えれば解釈者がある程度の結論を先取りする形で行われる価値判断を含んでいる。その危険を踏まえた上で、なるべく「評価」という言葉を用いずに理屈立てていくことが必要であろう。

まず、前提として、刑法 256 条 2 項に書かれた文言の解釈として、「委託による」という言葉が含まれているということは見逃せない。つまり、盗品等の占有保持・保管状態はあくまで委託に基礎づけられているのだということである。故に、この「委託」がなければ、それ自体はただの無償譲受け罪かせいぜい占有離脱物横領罪(刑法 254 条)ということになるであろう。そうすると、

日刑集 3 卷 921 頁、町野朔『刑法総論』(信山社・2019 年) 415 頁なども参照)、それは実行為以前に行うからこそであり、本犯終了後においてはある種の意思連絡は必須であると考えることはなお可能であろう。

この委託が追求権侵害と本犯助長性や事後従犯性を基礎づける起点となっているということもいえるであろう。あるいは違法状態維持説からは、この委託こそが本犯の違法状態を引き継ぐ要素であるということになる。したがって、その後の保管状態はあくまで委託の趣旨を超えるものではないということが基本的な前提であろう。もちろん、保管罪が「犯罪」であることを考えると、保管行為者が委託の趣旨を墨守するという保障はない⁽⁴⁷⁾。他方で、墨守されれば本犯との結びつきは強固になっていく。なぜならば、まさしくその委託に基づいた保管が、次の本犯の後にも期待できるからである。

このように考えたとき、保管罪は犯罪を継続させるべき契機を有している。問題は状態犯説が提起した、「占有移転も構成要件の内容をなしており、これの継続がない以上、犯罪の継続が認められない」という批判への応答である。この点に対しては、次のような応答が可能かもしれない。すなわち、犯罪の継続にはすべての構成要件要素が常に継続していなければならないと解する理由はない、ということである。当該の構成要件要素が当該犯罪類型の違法性にとってどの程度の役割を果たしているのかということを見捨てることはできないのである。このことは、最決昭和63年2月29日刑集42巻2号314頁のいわゆる水俣病訴訟のことからも看取され得る。同訴訟で問題とされた業務上過失傷害罪は、傷害罪と同様に状態犯と考えられている。しかし、傷害結果が悪化し続けている間刑罰法253条1項の公訴時効は開始しないと考えられ、それは傷害結果が拡大し続けている間は当該の業務上過失傷害罪がなお継続していると考えられたからである⁽⁴⁸⁾。そこでは、傷害の実行行為となった水銀の排出は終了しているにもかかわらず、犯罪の継続が認められた以上、実行行為は継続していないのであり、構成要件要素の全てがおおよそ継続していなければならないと考えられているわけではない。そして、拡大し続けるそれぞれの結果は、当初の実行行為に由来する、その意味でその実行行為の捕捉範囲内といえるのである。体内に残留した水銀をもって「行為の作用」を考える立場もある⁽⁴⁹⁾ものの、これは傷害罪が状態犯であることを前提として、その後の傷害

(47) 犯罪が犯罪たる由縁の1つには、秩序の破壊があると思われる。合意内容を遵守するというのもまた1つの秩序である以上、これの破壊可能性は十分にあり得る。もっとも、本罪の場合、共犯的要素がある以上、犯罪集団内部の力関係などにより「秩序破壊」がむしろ起こりにくいということもあり得るかもしれない。

(48) 金谷利廣＝永井敏雄「判解」『最高裁判所判例解説 刑事篇 昭和63年度』(法曹会・1991年)176頁参照。

(49) 林幹人「犯罪の終了時期」同『判例刑法』(東京大学出版会・2011年)8頁。

結果の拡大がなお水銀の危険性を実現していることを示しているとみることも可能であろう。その前提には、傷害は、傷口にイメージされるように、「物理的な力によって広がっていくのであり、勝手に閉じていくことはあれど広がっていくことはない」という理解があるように見える。そうであれば、このイメージと合致しないものに対しては、必ずしもそのような物質的な前提を保持しなければならない理由はない。放置し続けることで、被害が拡大する性質を有するものに関しては、その拡大し続ける結果は、なお当初の実行行為が捕捉している範囲なのであり、問題はその拡大し続ける結果が構成要件該当性を有しているかということに尽きる⁽⁵⁰⁾。

以上のように考えたとき、保管罪にとって確かに占有移転は実行行為をなすのであるが、その後の保管状態が実行行為性を有するかどうかとはかわりなく、保管開始時点にすべての犯罪成立要件を満たし、かつその後の保管状態がなお本犯助長性や事後従犯性を拡大させるものであれば、その後も犯罪の継続を認めることは、なお可能であると考えられる。

(2) 中途からの知情

では、中途からの知情についてはどうか。これは「故意」の問題であるから、その後の保管状態が同時存在の要求される実行行為性を有するかという問題ともいえる。故意が構成要件要素の認識を基礎とする以上は、途中で対象物件が盗品等であることの認識を有して以降の保管が「委託を受けて本犯のために盗品等を保管」することになるということ認識していればよい。保管開始時に委託があったことは過去の事実に対する認識として存在している上、委託合意と盗品性の認識が同時になければならぬ理由は必ずしも判然としない⁽⁵¹⁾。加えて、もし、直ちに前占有者への返却などのしかるべき措置をとらうとしない場合の可罰性は必ず否定し得ないであろう。したがって、占有移転時に保管の委託があり、その委託の存在を知情時にも忘却していなければよいといえる。前占有者の手を離れた時点以降、当該の盗品等が前占有者の支配下にないという意味で、追求権の侵害はなお続いているからである。問題は不作

(50) 山口・前掲注(16) 49頁参照。なお、佐伯仁志「犯罪の終了時期」研修556号(1994年) 20頁もこの方向性を認めながらも、教授は「実行行為の継続」という側面にこだわりを見せる。また、安田拓人ほか『ひとりで学ぶ刑法』(有斐閣・2015年) 40頁以下〔和田俊憲執筆〕も参照。

(51) 故意責任が「規範に直面したにも拘らずそれを突破する」ことにあるならば、盗品等の認識を得た時点で、保管に至る経緯に思いを致し、その後の振る舞いを決断させるということは何ら不自然なことではない。

為犯の成立要件を満たすかであるが、保管を続けていること自体が特に本犯助長性を強化していくことに鑑みれば、保管者に保障人的地位を認めることはなお可能であるようにも思われる。もっとも、この点のより詳細な検討については、今後の研究に委ねたい。

このように考えてくれば、中途からの知情における可罰性は、保管罪が継続犯かどうかという問題とは次元を異にして、「不真正不作為犯があり得るかどうか」という問題であると理解できる。このような理解は、住居等侵入罪(刑法130条)が、立入り時点のみで既遂時期が判断されるにもかかわらず継続犯であるといわれることと相似している⁽⁵²⁾。

第5 残された問題としての処罰の間隙

1. 問題状況の確認

以上のように、保管罪は保管開始後も犯罪が継続する性質を有しているということを認めるとして、次のような事例についてはやや言及しておく必要があるだろう。すなわち、占有移転当初においては盗品の認識なく譲受けの合意がされたものの、中途から盗品であると認識をした場合である⁽⁵³⁾。この場合に、譲受け罪が成立しないことはいうまでもない。では、保管罪は成立するのか。既に本論で示したように、譲渡合意と寄託合意とでは、その後の保管状態に与える違法性の質が異なる。合意内容がいずれであったかは、犯罪の認定上不可欠であると解されるのである。そうだとすれば、もし、譲渡の合意で、かつ中途で盗品性を認識した場合にはやはり不可罰とすべきなのだろうか。

2. 解決の方向性

1つの考え方は、法の欠缺として、この点については不可罰に甘んじ、せい

(52) 住居等侵入罪の場合には、後段で不退去罪が存在しているため、この点がやや不明瞭になっているだけである。なお、住居等侵入罪を状態犯と捉え、保管罪も状態犯だとするのは、それはそれで一貫しているということは認めなければならない。

(53) 地裁事件であるが、大阪地判平成31年2月13日裁判所Web、LEX/DB25562314がある。もっとも、この事件では、検察官の主位的訴因では有償譲受け罪であり、占有移転時の故意が争われたところ、その立証に失敗し、占有保持中の盗品性の認識をもって予備的訴因として保管罪を主張したものの、その後弁護士と相談するなど占有を解消しようとした努力があることなどから無罪とされている。

ぜい立法を待つというものであろう。だが、このような処罰の間隙は十分に予期せられていたといえるだろう。それにもかかわらず、法の間隙であると一刀両断していいのであろうか。

ここで確認すべきは、動産の所有権を規律する民法 193 条であろう。即時取得は、取引に基づく占有移転時に当該動産が占有者の所有に帰していなくとも、当該動産の所有権を付与する原始取得の 1 つであるが、民法 193 条は、即時取得された物が盗品である場合には、2 年の間被害者による回復請求を認めている。この場合の所有権の帰趨についての民事判例によれば、2 年間はいまだ被害者に所有権があるとされる⁽⁵⁴⁾。そうだとすれば、2 年以内に知情した場合、当該動産を占有した者は、返還請求を受ける可能性を認識できることになる。そのときに、2 年を経過すれば自己の所有権に帰することを期待して保管しておくことをよしとするかという問題があろう。もし、信義則上の返還義務を肯定できるような特殊な場合があれば、不作為による保管罪はあり得ないかということが問題となる。つまり、保管者が自己の所有物としてではなく、他者の所有物として扱うということは十分にあり得るものと考えられるのである。

しかし、その場合には、委託の有無が問題となることはすでに示してきたとおりである。委託の意義が本犯などへの返還を前提とする合意であるのなら、この場合、返還はむしろ被害者に対してなされるべきものであり、共犯的に本犯を助長する性質はない場合がほとんどであろう。他方で、盗品等であることを意に介さないというような態度であっても（それは確かに非難可能性を有していそうであるが）、当初取引行為により譲渡された物であれば、返還は予定されないこととなろう。したがって、この場合にはせいぜい占有離脱物横領罪が検討されるにとどまるべきであると思われる。

【追記】本研究は JSPS 科研費 JP19K13540 の助成を受けたものである。

（本学法学部特別研究員）

(54) 大判大正 10 年 7 月 8 日民録 27 輯 1373 頁。