
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（下・完）

著 者： 牧 耕太郎

所 収： 『上智大学法学論集』第70巻1号（2026年7月）59-100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 （下・完）

牧 耕太郎

- 第1 問題意識
- 第2 3分類
- 第3 思考枠組みとしての構成要件の時的射程（以上、本誌69巻3-4合併号）
- 第4 各論的検討
 - 1. 各論的検討の必要性
 - 2. いわゆる継続犯としての理解で一致している類型
 - 3. 継続犯か状態犯かで争いのある類型
 - 4. 一般には状態犯であるが、特定の場合に継続的実現が可能となるとされる類型
 - 5. 各論的検討から得られたもの
- 第5 構成要件の時的射程の決し方 ―まとめにかえて―
 - 1. 鳥瞰図
 - 2. 具体的な思考順序
 - 3. 最後に（以上、本号）

（承前）

第4 各論的検討

1. 各論的検討の必要性

以上のように理解してきたとき、実際に構成要件の時的射程を決めるに際しては、各犯罪類型についての検討を欠かすことができない。監禁罪が継続犯であり、傷害罪が状態犯であるといくら述べたところで、それは結論に過

ぎず、その根拠を示してはいない。その際、実行行為が継続するとか、構成要件該当結果が継続的に発生しているとか述べたとしても、論者の結論を言い換えているだけである疑いも拭えない。そこで、個々の犯罪について、具体的に検討し、共通項を焙り出すという帰納的手法が、採り得る一つの方法といえる⁽¹⁾。

しかしながら、帰納的手法といえども、結論先取りとなる危険は常に付きまとう。そこで、以下で各論的検討を施すにあたり、本稿において特に留意をする点をあらかじめ明記して、羅針盤としておきたい。

まずもって重要なのは、当該の行為類型を犯罪として定める規定の文言である。刑法には罪刑法定主義があるというだけに止まらず、犯罪規定が立法者によって当罰的行為の類型としてイメージされるものを言語化しているという当然の認識が基礎にあるからである。言語は、そもそもにおいて、事実や観念を引き出すための記号（の体系）である。そうである以上、言語であるところの文言から離れることは、刑法ということを描いてすら、不可能である。

次に、上で述べたように（第3の3⁽²⁾）、法益侵害とは、法益の悪化である。そのため、悪化という動的な部分を捉えずしては、構成要件該当性の終了時点を特定することはできない。したがって、いかなる意味で法益状況の悪化が生じているのかを確認していくことが必要である。

さらに、問題は、その法益の悪化が、当該構成要件の内部にあるものか、それとも外部にあるものか、である。一見するとわかりにくいであろうこの問いは、構成要件が捕捉している法益は、法益というものの全体から見れば、そのごく一部に過ぎないという、当たり前の認識に端を発している。したがって、構成要件が捕捉していない法益侵害というものもあり得るのであり、この腑分けこそが、本稿にとっては命脈である。言い換えれば、なぜそれが構成要件の内側に、あるいは外側にあるのかということを示すことが肝要だとすらいえるのである。

(1) このようなアプローチに類似するものとして、萩野貴史「構成要件の結果発生後の不作為」名城法学 74 巻 2 号（2024 年）42 頁。

(2) 本誌 69 巻 3・4 号（2026 年）71 頁以下。

以上のような認識の下、各論的議論として、いくつかの犯罪類型を見ながら、その特徴や共通項を焙り出していきたい。

2. いわゆる継続犯としての理解で一致している類型

まずは、いわゆる継続犯として、その理解がほぼ一致している、監禁罪（刑法 220 条）と、いわゆる所持罪を検討する。所持罪は、厳密には、例えば覚せい剤所持罪（覚醒剤取締法 41 条の 2）のように、個別法において個別具体的に規定されているところ、いずれにしても、法禁物の所持という点において共通性を有しているため、所持の対象を特定することなく、一括して扱うこととする⁽³⁾。

（1）監禁罪⁽⁴⁾

どのような注釈書・概説書、論攷類を見ても、監禁罪は継続犯の典型例として現れてくる。しかしながら、監禁罪が継続犯として考えられている理由は、継続犯概念の理解の仕方によって異なる。すなわち、終了時期を画する概念としての継続犯概念のみならず、既遂時期を画する概念としての継続犯概念の下での典型例としても現れてくるのである。

本稿の主題である前者にのみフォーカスすると、監禁罪は、被害者を閉じ込める（その移動の自由を奪う）という、所与のイメージの存在が大きい。言い換えれば、部屋の鍵をかけて、すぐにそれを解錠するということが考えにくい、その意味で被害者に対する支配を形成・維持することで移動の自由を制約しているということである。そうだとすれば、「閉込め」は、「支配」という継続の開始時点なのであるから、それによって生じた「支配」という結果あるいは状態は一定時間継続するのが通常なのであり、この点からしても、監禁罪は「当然に継続犯」だと考えられがちなのである。

(3) このような整理をしたものとして、松原芳博『行為主義と刑法理論』（成文堂・2020 年）34 頁など。

(4) 筆者が若干の掘り下げた検討をしたものとして、拙稿「典型的な継続犯としての監禁罪」上智法学論集 64 巻 3・4 号（2021 年）279 頁。

しかしながら、不作為による監禁罪というものを肯定するのであれば⁽⁵⁾、初めに施錠した時点のみが監禁罪の構成要件該当行為であるということではできない。このことは同時に、施錠後、被害者が移動の自由を奪われている間、作為義務があるものであれば、不作為による構成要件該当行為性が継続し続けるということも示すものである。つまり、最初の施錠時点では作為であるが、その後は不作為が継続し、それに応じて、移動の自由という法益侵害が並行していく、と理解されるのである。

このような理解は、監禁行為に中途関与をした当該関与者の罪責を検討する場合には、より鮮明になる。東京高裁平成16年6月22日東時55巻1＝2号50頁は、中途関与者については、関与後の事実についてのみ負責をしており、その移動の自由の侵害という法益侵害が分割可能なものであることを前提にしている。そうだとすると、その法益侵害性は、時々刻々と存在しているという、旧来の表現に馴染むであろう。

このような時々刻々と生じている結果を、最終的にどのように評価するかというのは、なお問題である。それはいわば砂山のようなものであり、分割して細切れにした結果をそれぞれ別個に認識・評価するのか、それともそれらを累積的に把握し、犯罪が終了した時点まででまとめて1個とするのか、立場は分かれ得るはずである。もっとも、後者のような累積の評価をするのであっても、その結果は、時々刻々と生じる個々の結果の累積に過ぎない以上、分割不能なのではなく、殺人などにおけるような、いわゆる「1個の法益侵害結果」とは別の意味を持つものであることは、再度確認しておくべきであるように思われる。

(2) 所持罪

所持罪もまた継続犯の典型とされる。もっとも、監禁罪とは異なって、本罪は挙動犯であると理解されている⁽⁶⁾。すなわち、監禁罪の場合には、実行行為に着目がされるというよりも、被害者の移動の自由の侵害という構成要

(5) これを当然視するものとして、山口厚『刑法総論〔第4版〕』（有斐閣・2025年）49頁注16）。

(6) 松原・前掲注（3）42頁。

件的結果に着目がなされるのに対して、所持罪では、所持という実行行為それ自体に着目がなされている。したがって、構成要件該当行為が継続する以上、犯罪が継続するような理解が、当然視されがちである。しかし、上記（第3の4⁽⁷⁾）で述べたように、挙動犯だからといって、ただちに犯罪が継続すると理解することはできず、あくまで構成要件の結果に相当する法益侵害・危殆化結果が継続しているかどうかを検討しておく必要がある。

所持罪の場合、対象となる禁制物によって生じる社会的利益⁽⁸⁾が害される（か、危殆化される）ことが必要である。この観点から考えたとき、所持罪が、構成要件該当行為であることが認められた時点で可罰的な危険が存在していることが前提とされる、言い換えれば、所持が肯定された時点で保護法益である社会的利益の危殆化が肯定される、いわゆる抽象的危険犯であることを併せ考えると、その危険の消滅は考え難い。したがって、所持罪には、犯罪の継続の契機が存在することとなる。このような理解は、その犯罪構造上も肯定し得る。

所持の概念は、刑法上の占有の概念とは微妙に異なる⁽⁹⁾とはいえ、物に対する事実上の支配という点で一致する。この「物に対する事実上の支配」という事実が犯罪とされるのには、行為客体が禁制物であるがゆえに、その支配状況の確立が、たとえコストの投下があったとしてもなお、正当化し得ないどころか、むしろ法益侵害・危殆化性を高めるという性質を有するからである。

ところで、判例で問題とされた所持罪の成否に関する問題は、おおむね故意がどの時的範囲において存在していなければならないかという点に関するものである。すなわち、所持後に所持の事実を失念・忘却した場合（つまり、故意が途中から失われる場合）⁽¹⁰⁾や、所持開始時点では適法であったもの

(7) 本誌 69 卷 3・4 号（2026 年）76 頁以下。

(8) その具体的内容は、禁制物の種類によって様々である。簡単に羅列したものとして、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 卷 1・2 号（2018 年）148 頁。

(9) 拙稿・前掲注（8）144 頁も参照。

(10) 例えば、最判昭和 25 年 10 月 26 日刑集 4 卷 10 号 2194 頁。

がその後違法な状態となり、その違法な状態が生じた時点でも所持の事実の認識は有していたような場合（つまり、中途知情類似の場合）⁽¹¹⁾である。このような場合、所持の「事実」が存在する以上、上記の理解から、構成要件的结果の発生は肯定せざるを得ない。そうすると、問題は、この結果を帰属させ得べき構成要件該当行為があるか、である。挙動犯の場合、見かけ上、構成要件該当行為と構成要件該当結果が同時に存在している（並行して存在しているともいえる）⁽¹²⁾ため、一見すると、故意が失われた時点で、行為と故意の同時存在原則に反し、不可罰となるかのようなのである。しかし、構成要件該当行為と構成要件該当結果とを切り離すことが絶対的に否定されるわけではなく、観念上、これらは区別すべきとの理解からすれば、当該の結果の帰属点となるべき行為は、同時存在している結果以前であってもよいと考えることもできる⁽¹³⁾。そうだとすれば、行為と故意の同時存在が認められる時点（客観的かつ主観的）帰属点とすれば、たとえ、ある時点において失念や忘却が認められたとしてもなお、犯罪の継続を肯定することが可能となる⁽¹⁴⁾。

(3) 小括

以上のように考えれば、これらの2類型は、いずれも、行為客体に対する支配状態を形成し、それが一定時間維持されていくという点で共通点を持つものであり⁽¹⁵⁾、その行為客体に対する支配という構成要件該当結果の継続が、当該の結果以前よりも悪化していたり、新たな法益侵害が認められたりしており（いわば累積的な法益侵害を肯定し得）、それをある特定の行為時に客観的かつ主観的に帰属させることが可能であるという意味で、犯罪の継続

(11) 例えば、東京高判平成2年11月15日判時1380号139頁。

(12) 拙稿・前掲注(8)165頁。

(13) 和田俊憲「継続犯か状態犯か」安田拓人ほか『ひとりで学ぶ刑法』（有斐閣・2015年）41頁の図示は、これを端的に表している。しかも、和田の理解からすれば、これは「同義」のはずなのであって、ますます、便宜的に互換させることが可能となろう。

(14) 拙稿・前掲注(8)165頁。

(15) なお、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）84-85頁参照。

が肯定されるといえる。つまり、典型的に継続犯とされてきたものにおける犯罪の継続は、当該の行為客体に対する支配に基づく法益侵害の拡大・累積的增加によって基礎づけられているということができよう。そして、このような性質から、犯罪結果が一つと把握されたとしても、その実態においては、（行為客体それ自体とは区別されて理解される）小さな法益侵害（ないし危殆化）結果が積み重なっている（そのために一つに見えているに過ぎない）のであり、その違法性を基礎づける法益侵害性は本質的に分割可能（その意味で量的）である。このような構成要件の結果のあり方は、継続犯にとって一つの特徴といい得よう。

3. 継続犯か状態犯かで争いのある類型

続いて、継続犯なのか、それとも状態犯なのかで、理論上争いのあるものを取り上げる。

（1）住居等侵入罪

刑法 130 条前段の定める住居等侵入罪は、通説では、継続犯として理解されている（以下、継続犯説という）。しかし、有力説はこれを状態犯だと理解している（以下、状態犯説という）。それぞれにおける基本的な思考は次のとおりである。継続犯説は、本罪の保護法益が住居権であることを前提として、行為者の立入り後もこの法益侵害が継続することを強い根拠とする。一方、状態犯説は、継続犯説のいう法益理解それ自体を問題とするのではなく⁽¹⁶⁾、むしろ刑法 130 条後段の不退去罪の存在を根拠とする。つまり、不退去罪が存在しているため、「侵入」は立入りのその瞬間だけを構成要件該当とするものであり、犯罪は継続しないというのである。

これらの立場の是非優劣を判断するのに、法益論や「侵入」の意義だけで議論を結めることは可能とは思われない。なぜならば、住居権の内実を、住居等の支配権と理解しようが、あるいは誰を立ち入らせる、あるいは滞留を

(16) もっとも、住居権の実質を、誰を立ち入らせ、いつ退去させるかという、いわゆる許諾だと考える立場を採用すれば、状態犯説にさらに親和的ではある。しかし、以下で述べるように、状態犯説はこの点を重要な点として論理構成をしているわけではない。

認めるかどうかの許諾権だと理解しようが、それらは時々刻々と侵害を受ける、その意味で累積的性質を肯定することが可能であり、また「侵入」についても、「立入り」のその瞬間だけを把握すべきか、「立ち入った状態」までをも捕捉すべきかは、いずれも語の範囲内であるからである⁽¹⁷⁾。

そうだとすれば、住居等侵入罪が立入り後も継続するか否かは、別の点にその主戦場を移すべきである。すなわち、不作為による住居等侵入罪の可能性である。もっとも、不作為による実現としても二つの場合があり得る。すなわち、保障人的地位を持つ者が、作為義務に反して、自らあるいは第三者の身体を他人の住居等に入るのをなすがままにする場合（例えば、自動運転の自動車を操作せずに、他人の住居敷地へ進入させる場合。以下、越境型という）と、保障人的地位を持つ者が、作為義務に反して、現在滞留している他人の住居等から立ち去らなかった場合（以下、滞留型という）、の二つである。前者である越境型については、その可罰性を否定する理由はないであろう。そのため、問題となるのは、後者である滞留型の不作為による住居侵入罪と不退去の関係である。もし、不作為による住居等侵入罪の成立が肯定されるのであれば犯罪の継続の説明がしやすくなる⁽¹⁸⁾のに対し、否定されると住居等侵入罪の構成要件の結果と不退去罪の結果の異同という点へ議論を進めることができるからである。

一部の学説は、不退去罪の存在を理由に、滞留型の不作為による住居等侵入罪を処罰することは、不退去罪の存在意義を失わせるものであり、罪刑法定主義違反とまでいう⁽¹⁹⁾が、不退去罪では要求されている退去要求がなし得ない場合（例えば、被害者が恐怖している場合⁽²⁰⁾や、立入り開始時は適法であり、その後退出時間となったなどで違法な状態になったものの、被害者が行為

(17) なお、江藤隆之「住居侵入と不退去」桃山法学 29 号（2018 年）43 頁以下では、侵入と不退去ではそこで与えられている規範の内容が異なるとする。

(18) それは、滞留後も住居権侵害の存在があることを前提に、特定の滞留型の不作為による侵入の時点に、当該の住居権を帰責できることを意味することになるからである。

(19) 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 19 巻 4 号（1993 年）15 頁、小林憲太郎『刑法各論の理論と実務』（判例時報社・2021 年）284 頁。

(20) BGHSt 21, 224. なお、本判例の邦語訳及び評釈として、林幹人「続・ドイツ刑法判例研究（七）」警察研究 58 巻 10 号（1987 年）92 頁がある。

者の存在を認識していない場合⁽²¹⁾など）に、滞留型の不作為による住居等侵入罪を認めるべき独自の領域があるといえる。しかしながら、このことは、作為と不作為を等置するわが国の理論状況、及び住居等侵入罪と同一の法定刑を持つ不退去罪の存在を考えると、やはり理論上その処罰可能性を肯定することは難しいように思われる。平野龍一が「法は、その限界が不明確になることを恐れたためか「退去要求」があった場合にかぎって、不退去罪を認めた」⁽²²⁾というのは、究極的には、滞留型の不作為による住居等侵入罪はこの場合に限局しようとしたものだとして理解することとなろう⁽²³⁾。したがって、住居等侵入罪の場合において、監禁罪などとは違って、不作為による行為の継続を観念することはできない。

しかしながら、だからといって、結果の継続が生じ得ない場合はあり得ないではない。あくまで累積的に生じている結果の帰属点となるべき行為が存在すればよく、立入り（越境）行為にその後に生じる住居権侵害結果を帰属できればよいと考えることができる。この点、不退去罪が退去要求によって初めて可罰的違法性が肯定されることが想起される。つまり、退去要求に匹敵する程度の「ハードル」ともいうべきものが必要なのではないかということである。それは、作為であれ不作為であれ、越境型の場合にはまさにその越境の瞬間にある（このことは、この時点が既遂時期となることから明らかである）。そうだとすれば、立入り後の違法状態は縮減していくとみるのが自然であり、その後の滞留を立入りと同視し得る程度に可罰性が累積されるものではないと評価すべきではないと思われる⁽²⁴⁾。

このように考えてみると、住居等侵入罪は、立入りの時点で既遂となると

(21) Shönke/Shröder, Strafgesetzbuch Kommentar, 30. Aufl., 2019, § 123 Rn. 13 [Sternberg-Lieben/Schittenhelm] .

(22) 平野龍一「刑法各論の諸問題」法学セミナー 201 号（1972 年）69 頁参照。

(23) ただし、退去要求を犯罪理論上どのように位置づけるかは困難な問題を生ずる。不退去罪は継続犯だと考えるのが一般的であるが、理解の仕方次第ではむしろ、退去要求という要件の存在によって、不退去罪もまた状態犯と理解せねばならないとも考えられる。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 = 3 号（2022 年）109 頁注（105）。

(24) このような理解は、不退去罪すらも、通説と異なって、犯罪の継続を否定する立場に傾く。拙稿・前掲注（23）109 頁及び同頁注（105）参照。

同時に、その後の累積的な法益侵害が肯定できず、犯罪は継続しないというべきであろう。

(2) 盗品等保管罪

ア. 検討の出発点

盗品等保管罪は、いわゆる中途知情の場面における犯罪の成否をめぐって、犯罪の継続の有無が争われてきた⁽²⁵⁾。しかし、すでに指摘されてきたように、中途知情は、犯罪の成立に関わるものであって、犯罪の継続の有無を議論の当然の前提とするものではない。したがって、この点からのアプローチは、必ずしも当を得たものということとはできないであろう。ここでも、やはり、原則としては、まずは犯罪性の有無を基礎づける構成要件該当結果をどのようなものとして把握するか、ということから議論をすべきであるように思われる⁽²⁶⁾。

イ. 盗品等保管罪における構成要件該当結果

構成要件該当結果は、法益侵害ないし危殆化を具現するものである。盗品等保管罪における構成要件該当結果が、盗品等の保管の開始時点に止まるのか、それともそれらの物が保管されている（行為者の支配・管理可能な状況におかれている）状況を含むのかについては、まずは本罪の保護法益を特定することから始めねばならないであろう。

通説的な理解は、被害者の持つ追求権侵害であるとしてきた。無論、これは私法上の物権的請求権自体を指すものではないとされている⁽²⁷⁾。確かに、しばしば指摘されるように、詐欺の場合に、民法96条1項に基づく取消し前であっても、盗品等関与罪は成立すべきであるし、また、請求権のみを保護法益としてしまうと、それ自体を「侵害」することがほとんど考えられな

(25) 最決昭和50年6月12日刑集29巻6号365頁。

(26) なお、念のために付言すれば、この議論は、実行行為が継続すれば、犯罪の客観的側面が継続していることが疑われず（実行行為が構成要件該当結果を実現させ続けている場合には、この言明自体は正しい）、したがって、実行行為の継続があるかという形で理解されていたものと考えられる。

(27) 以上、民事法上認められた利益とは区別された独自のものというではないということも合わせ、山口厚『刑法各論〔第3版〕』（有斐閣・2024年）348頁以下。

くなってしまう⁽²⁸⁾。したがって、追求権という名称の良し悪しはともかくとして⁽²⁹⁾、これを私法上の物権的請求権として理解をすべきでないといえるであろう⁽³⁰⁾。追求権説を前提とするのであれば、追求権侵害の中身は、盗品等の正常な回復を困難ならしめること⁽³¹⁾であるとするべきであろう。

もっとも、従来、この通説的理解である追求権説に対しては、違法状態維持説と呼ばれる立場が異論として唱えられてきた。この立場は、周知のとおり、盗品等関与罪には、保護法益がなく、いわば事後従犯として、先行する本犯である領得罪の違法状態を維持することがその犯罪の実質であるとされたのである。これも周知のとおり、この立場は、特に刑法 256 条 1 項と 2 項の法定刑の差を、本犯者に利益をもたらすことによる不法の増大といった理由でもって、ある程度説明することができるということから、追求権説にも実質的に取り入れられており、追求権説を採る者ですら、本犯助長性や事後従犯性といった要素を無視し得ないものと考えている⁽³²⁾。

このような理論状況の下で、盗品等保管罪の構成要件該当結果の特定の問題は、困難な問題となる。多くの犯罪では、構成要件該当結果に具現された法益侵害・危殆化の継続のみを問えば足りるのに対して、保管罪をはじめとする盗品等関与罪では、上記で述べた本犯助長性や事後従犯性が何らの影響をも与えないのか、というもう一つのアプローチが必要になるからである。

そもそも追求権侵害というものは、継続するのであるか。盗品等譲受け

(28) 物権的請求権の侵害は、要は、その権利を行使できないか、著しく困難にする場合であらうが、物権的請求権は、権利者がその物権を有している限り（手元に物がなかろうが）消滅しないはずである。

(29) 刑法学には、このようなややねじれた表現が横行しているのではないかという危惧がある。例えば、横領罪で言及される「金額についての所有権」というものはその最たるものの一つであろう。このような表現が続けることが、刑法理論の（無用な）たこつば化を招いていないかということには疑念がある。

(30) なお、追求権の意義につき、「現に存在する『返還・回復請求権』に、さらに『将来において返還・回復請求権を生じさせる権限』も加えた全体に対する呼称として、『追求権』が用いられている」と説明するものとして、和田俊憲「天然物の無断採取と盗品等関与罪」法学教室 540 号（2025 年）100 頁。

(31) 最判平成 14 年 7 月 1 日刑集 56 巻 6 号 265 頁。

(32) 以上について、簡にして要を得た説明として、西田典之ほか編『注釈刑法第 4 卷』（有斐閣・2021 年）528 頁以下、特に 530 頁以下〔上嶋一高〕。

罪が継続すると考えられることはないものと思われる。それは、「譲受け」という事態が、継続するという性質を有しないと考えられているからであろう。すなわち、譲受けとは、盗品等の交付を受け、その処分権を取得するというものであり、処分権移転を伴った占有移転を指すからである⁽³³⁾。したがって、盗品等譲受け罪が存在することが、直ちに、盗品等保管罪の犯罪の継続の有無を決するわけではない。しかしながら、追求権侵害が、本犯被害者が盗品等の正常な回復を困難ならしめるものというのであれば、それは、占有移転時に一旦生じ、その後は、保管状況に大きな変化がない限りは、当初の占有移転時に生じた困難性と異なるものではないといえるであろう。例えば、保管者が保管開始時から、数年にわたり、同一の場所で当該の盗品等を保管し続けた場合、本犯被害者が回復することの困難性が上昇しているというようなことはなく、むしろ、盗品等の場所や形態に変化が生じていないのだから、むしろ保管者の特定等に時間をかけられていることになり、容易になるとすらいえる。このような見方をすると、継続的ないし累積的な追求権侵害を肯定することは困難であろう。

では、本犯助長性や事後従犯性についてはどうか。これまでの学説は、この点が犯罪の継続の有無に影響するかのように議論してきた。例えば、西田典之は、「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を困難にする面をもつといってよい。その上、保管行為の持つ本犯助長的性格を考慮するならば肯定説（引用者注：中途知情による盗品等保管罪の成立について）が妥当と思われる」⁽³⁴⁾とする。この西田の理解は、保管が長引けば、その間、盗品等の処分の容易性が上昇し、そのために追求権侵害が累積的に肯定できるということをも含意していそうではある。他方、山口厚は、この西田の理解を引き合いに出して、「盗品性を認識した後における意思の連絡があってこそ本犯助長性が認められることから、消極説が妥当である」⁽³⁵⁾という。いずれの立場も、結

(33) このような理解から、窃盗の場合と同様に考えることができるのである。もともと、そうであれば、やはり窃盗同様に、その占有移転が継続的になされる場合があり得、その場合には犯罪の継続する余地が残ることとなるであろう。

(34) 西田典之（橋爪隆補訂）『刑法各論〔第8版〕』（弘文堂・2025年）318頁。

論こそ異なれども、本犯助長性を考慮していることに変わりはない。

このような理解からすれば、たとえ、追求権侵害それ自体を見ただけでは、（上記のように）その継続的・累積的侵害がないといえる場合であっても、本犯助長性が認められることで、犯罪の継続の基礎が与えられる可能性があるといえるであろう。すると、問題は、いかなる理路によって、そのような結論を引き出せるか、である。この点、西田の理解が参考になる。西田の理解は、本犯助長性が継続的に認められることにより、本犯が処分等をすることが容易になり、それ故に追求権侵害の継続を肯定するのである。

では、保管期間が長引いていくことで、本犯助長性も増していくのであろうか。この点は、長期の保管というものが、本犯者にとってどのような意味を持つか、といってもよいであろう。西田は、盗品が本犯の手元から離れていることで本犯発覚のリスクが回避される点を本犯助長性というものと考えられる。これに対し、山口のそれは、盗品処分が、協力者の存在により、容易化する点をいうかのようであり、時間の経過がそれを増大させるものではないということになる。

領得罪を犯した後に、盗品等を保管してくれる者がいるという安心感は、確かに、本犯にとって、次の領得罪の動機づけとなろう⁽³⁶⁾。これが長期に及べば及ぶほど、保管者は、本犯者にとって、「都合のいい」存在であることが確証されていくという関係にはある。保管者が、保管対象物が盗品等であることを知ってなお、それに関与し、しかもその保管の委託の趣旨に反しないということ自体が、犯罪というものが原理的に持つ、「抜け駆け」の誘惑に抗っているからである⁽³⁷⁾。このように考えたとき、保管の委託が長期のものとして提示されれば、その時点で相応の本犯助長性を認められ、その委託の範囲内で保管が継続している限りは、本犯助長性の増大は認められないのではないかという見方も成り立ち得よう。しかしながら、上記のとおり、長期になればなるほど、本犯者にしてみれば、抜け駆け・裏切りのリスクが増

(35) 山口・前掲注(27) 354 頁。

(36) 橋爪隆『刑法各論の悩どころ』(有斐閣・2022 年) 421 頁など。

(37) 拙稿「盗品等保管罪における犯罪継続の可否」上智法学論集 64 巻 1・2 号(2020 年) 116 頁。

大してくる。委託の趣旨が貫徹される根拠はないのであって、それにもかかわらず長期の「保管」が実現したということ自体、大きな本犯助長性を肯定できよう。

したがって、保管の継続は、本犯助長性を増大させるものであり、その期間中、本犯が盗品等の処分や移転をさせることがより容易となり得るという意味で、累積的に追求権侵害が生じているとしてよいように思われる。

ウ、「委託の趣旨」と「保管」

では、「保管」という構成要件該当性は継続的に生じているのであろうか。保管という言葉が持つ時間的継続性からは当然に継続するという理解になろう。しかしながら、盗品等保管罪における保管には、前占有者による委託による、という要素が付加されている。しかし、この前占有者による委託は、事の性質上、継続することがない。もし、この点に構成要件要素としての重要性を与える場合には、この委託は継続し得ない以上、犯罪が継続することはない、という理解になろう⁽³⁸⁾。では、委託と保管という行為または状態はどのような関係にあるのであろうか。

この問題について、橋爪隆は、委託を構成要件要素と捉えるか、それとも、その前提条件として理解するのかという問題だと整理をする⁽³⁹⁾。橋爪は、この委託の存在を犯罪の継続とは切り離して理解するかのようである⁽⁴⁰⁾。しかし、場面は変わるが、山口厚は、名誉毀損罪における「事実の摘示」が継続しないことをもって、名誉毀損罪の継続性を否定したことがあった⁽⁴¹⁾。このような思考を参考にすると、これを構成要件要素として理解すれば、なお「委託」の継続的な存在を要求するのが、なお自然であることには変わりないように思われる。

しかしながら、構成要件要素のすべてが継続する必要があるかは疑わし

(38) いわゆる状態犯説はこのような理解を採用する。山口・前掲注(27)353頁、井田良『講義刑法学・各論〔第3版〕』(有斐閣・2023年)400頁など。

(39) 橋爪・前掲注(36)429頁。

(40) 橋爪・前掲注(36)429頁以下参照。

(41) 山口厚「判批(大阪高判平成16年4月22日判タ1169号316頁)」『平成16年度重要判例解説』(有斐閣・2005年)159頁。

い。典型的には、主観的構成要件要素として位置づけられがちな（構成要件的）故意はその継続を要求しないというのが、通説的な理解になっていることは上述したとおりである⁽⁴²⁾。そうだとすれば、たとえ、委託の存在を構成要件要素として把握したとしても、そのことだけで犯罪の継続にその継続を要求すべきとはならないかもしれない。責任要素の場合には、結果を帰属することが可能な行為の時点特定し、その時点の有責性判断が可能であるからという説明が可能であったが、委託については、継続を要求する必要がない理由があるのであろうか。

盗品等保管罪において前占有者による委託は、その後の保管が本犯のためになされるということ、すなわち本犯助長性を基礎づけるものである⁽⁴³⁾。そうである以上、委託というものが、保管をどのような意味で本犯助長的なものとするのか、という観点からの検討が必要であるように思われる。この点、例えば本犯者が盗品等を紛失したのち、当該の遺失物である盗品等を取得してそれを保管したような場合には、本犯助長性が認められないであろう。それは、本犯者から見れば、「誰がそれを占有しているかわからない」がゆえに、次の領得罪に駆り立てるものがないからである。しかしながら、例えば、本犯者が「とりあえず、預かっておいてくれ」と申し向け、それを情を知らない保管者が了承したような場合には、本犯者としては、「一応の保管場所」を確保できるという意味で、本犯者に次の領得罪を容易ならしめる効果がある。無論、この場合には、本犯者には、「もし盗品だと気づかれたらどうしようか」とか、「突き返されるかもしれない」という危惧は生じる。このような本犯者の心理に重点を置けば、その本犯助長性は必ずしも大きなものとは言い難いであろう。しかしながら、たとえ、当初から相通じ、盗品等の保管が開始されたとしても、本犯者には当該の盗品等をかえって奪

(42) 本稿第2の3の(2)（本誌69巻3・4号（2026年）59頁）。また、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、さらには、香城敏磨「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頁など。

(43) 西田・前掲注（34）313頁、山口・前掲注（27）353頁参照。

われる危険が付きまともっている。犯罪という現象の性質上、抜け駆けの危険があると前提するならば、たとえ当初から当事者間に意思の連絡があったとしても、保管に対する安心感・信頼感は絶対のものとはいえない。このようにいくつかのパターンを見比べたとき、委託関係の下での保管については、本犯助長性を肯定することができるものの、いずれも、本犯にとって永続的あるいは安定的なものではない。その意味では、委託の前提として、保管者に盗品性の認識があるか否かは、本犯助長性にとって差異をもたらさないともいえるのである。したがって、保管にとって重要な点は、あくまで、委託の存在それ自体であり、それ以上の要求をすべきものではない。

以上のような理解からすれば、保管が委託に基づいてさえいけばよい。このことは、盗品等の占有開始時点で委託が存在していれば、その後、その委託の趣旨に基づく保管が継続していればよいといえるだけでなく、保管開始時点では委託が存在しておらず、その後当該の保管物について、本犯者から委託を受けて保管を継続した場合であったとしても、委託後の保管は、盗品等保管罪にいう保管として扱うことが可能ではないかと思われる⁽⁴⁴⁾。

このように考えてくれば、委託行為の継続が要求される必要はなく、当該の委託の下での保管の状態が継続していることが要求されるべきであろう。したがって、盗品等保管罪においては、構成要件該当結果である追求権侵害の継続が認められ、しかも保管という構成要件が上記の意味で継続的に実現しているものと理解でき、犯罪の継続を肯定できるものと思われる。

エ. 中途知情による盗品等保管罪の成否

もし委託の存在や占有移転まで知情の時点に必要だとすれば、知情時には委託や占有移転は終了しているのであるから、不作為犯の成否を論じるまでもなく、盗品等保管罪の成立が否定されることになる。しかしながら、委託や占有移転を構成要件的な要素とは理解しながらも、これを実行行為性の要素とする（つまり、委託や占有移転がない時点はおおよそ実行行為ではない）という立場を採用しないのであれば、中途知情は、その知情時点における不作

(44) なお、現実を想起しても、そもそも委託が時々刻々と繰り返されることはないであり、にもかかわらず委託の反復継続を要求することは、もはや結論の先取りであろう。

為犯の成否の問題に収斂する。このように理解する場合、学説上は、保障人的地位の肯定に難を示すものが多い⁽⁴⁵⁾。しかし、警察への提出ないし報告というものをどう扱うかは、立場が分かれるのではなからうか。保障人的地位を否定する立場は、警察への犯罪通報義務を課すのに等しいのみならず、自己に嫌疑がかかることを恐れる保管者にとって期待しがたいものであり、いずれも刑罰をもって強制し得ることではない旨をいうが、とりわけ後者は、その通報によって警察がまず通報者に嫌疑をかけるというような粗雑な取扱いを前提としており、むしろ捜査機関側に「通報者に対して無用に嫌疑をかけてよい」ということを裏から認める論理にならないかという問題がある。問題はむしろ前者であるが、知情してしまってなお保管者に当該の盗品等を保持させる法的根拠は（民法上の事務管理を除いては）ないのであり、しかも保管者からすれば「身動きが取れない」がゆえに、逆に、否定説の危惧するような盗品等の領得や破壊・隠滅といったことが行われかねない。そうであれば、むしろ保管者の法的地位を安定させるためにも、早々に通報させるべきだという判断はあり得るように思われる。まして、保管の長期化は、上記のように、本犯助長性を高めるものであるから、その観点からしても、早期に盗品等を手放させるというのはあってよいのではなからうか⁽⁴⁶⁾。したがって、現時点においては、なお、中途知情の場合の不作為による実現の成立の余地を肯定しておきたい⁽⁴⁷⁾。

（3）小括

以上のとおり、住居等侵入罪においては犯罪の継続が否定され、盗品等保管罪においては犯罪の継続を肯定できるものと考えられる。前者において

(45) 松原・前掲注(3) 20頁以下、橋爪・前掲注(36) 431頁。

(46) なお、以上のような立場は、盗品等保管罪を領得罪の不通報罪として転用するものではないか、という疑念はある。しかも、盗品等保管罪の法定刑は占有離脱物横領罪のそれとは比べ物にならず、このような疑念が失当だとか、あるいはもはや不通報罪としての罪質を認めてよい、ということにはならないであろう。

(47) なお、橋爪・前掲注(36) 431頁は、「本犯者への返還が困難な場合については、本罪は成立しないと解すべき」とし、一定限度で不作為による盗品等保管罪の成立を肯定するかのようでもある。

は、不退去罪という明文の犯罪類型の存在が最も大きな役割を果たしており、そのことで、「侵入」の概念が限定されている。他方、盗品等保管罪においては、本犯助長性という要素が追求権侵害を継続的に肯定する要素となること、及び、(無論、譲受け罪との比較もあるが)当該の構成要件的な要素である「前占有者による保管の委託」が保管の基礎として存在しているものの、それもやはり本犯助長性となつたものを持つものであるがゆえに、保管という継続的な状態に時々刻々と作用し続けているということをもって、犯罪の継続を肯定するものであった。

このように理解をすると、学説上の対立が認められるこれらの類型は、まさしく構成要件の解釈、すなわち他の犯罪類型との棲み分けであったり、あるいは個々の構成要件要素がどのように法益、さらには他の構成要件要素に影響しているのかということの個別的かつ具体的検討に強く左右されるといわざるを得ない。もっとも、本犯助長性が追求権侵害との媒介項としての役割を果たし得ることを踏まえると、どのような意味で法益に対して作用し(続け)ているのか、さらには規定の書かれ方の問題として、ある一時点のみを切り取る(そのために当事者の権利関係が確定的に変動する)ものであるのか否か、という点は見逃しがたいであろう。これは、住居等侵入罪においては、不退去罪の存在によって滞留部分の権利関係は不退去部分に包摂されているがゆえに、よりインパクトの強い越境部分のみが侵入として捕捉される解することで適切な棲み分けができるという点で、まさしく不退去罪が住居等侵入罪を補充するものとしての地位を与えられているということもできよう⁽⁴⁸⁾。

(48) 不退去罪の立法提案段階では、侵入罪に滞留が含まれないことを理由として挙げられていた。内田文昭ほか編『刑法〔明治40年〕(2) 日本立法資料全集21』(信山社・1993年)549頁、同『刑法〔明治40年〕(4) 日本立法資料全集24』(信山社・1995年)116頁、同『刑法〔明治40年〕(5) 日本立法資料全集25』(信山社・1995年)406頁、同『刑法〔明治40年〕(6) 日本立法資料全集26』(信山社・1995年)332頁。

4. 一般には状態犯であるが、特定の場合に継続的実現が可能となるとされる類型

最後に、一般には状態犯であるが、一定の場合には当該の犯罪が継続的に実現され得るという場合を整理しておきたい。この場合というのは、すなわち、既遂と終了とが、構成要件の実現態様のいかんによっては一致しなくなる場合、ということができるであろう。対象となるのは、窃盗罪、傷害罪、そして死体遺棄罪である。

（1）窃盗罪

窃盗罪の構成要件該当結果は、財物の占有移転である。そのため、典型的な場合には、財物の占有が行為者へ移転した時点で、構成要件の結果が生じ、以後、財物の「占有移転」が「継続する」、つまり「繰り返される」ことはない。しかしながら、例えば、電気窃盗や他人の自宅の水道から水を自己の消費のために取得するような場合（具体的には、他者の庭にある水道から、自己消費のために、用意したタンクへ水を入れていくような場合）には、法益侵害を「量」的に把握することが可能である（上記の例でいえば、Xkwの電力、Yccの水などのような把握が可能となる）。このような場合には、例えば、プラグをコンセントに挿している間、あるいは水道栓を開けている間、窃盗罪が「継続」していると評してよいであろう⁽⁴⁹⁾。そしてプラグをコンセントから抜き、あるいは水道栓を占めたとき、占有移転が終了するため、窃盗罪もまた終了する、ということに異論はないであろう。

この場合であっても、占有移転後も、所有者の所有権が侵害されているということはいえるであろう⁽⁵⁰⁾。だからこそ、しばしば「窃盗罪においては、

(49) 古田佑紀「犯罪の既遂と終了」判例タイムズ550号（1985年）91頁。

(50) 民法の語用を考えると、従来の「所有権侵害」という言葉は相当にミスリーディングな表現であろう。例えば、水のような場合ではなく、特定物を考えたとき、被害者は「所有権に基づく返還請求権」を有するのであるが、それは被害者がなお、当該物に対して「所有権」を有していることの証左でもある（その意味で所有者は権利を「侵害」されてはいない）。しかしながら、確かに利用処分権は失われており、そのことを指して（あるいはそのことによって渾一的権利である所有権が「全うできていない」という趣旨で）所有権侵害というに過ぎない。まして、「占有権侵害」というに至っては、それが何を指

犯罪終了後も、所有権侵害は残る」と表現され、また同時に、それを「違法な状態が継続する」と評してきたものと思われる。ここでは、明らかに、生じている法益侵害が、(当該の犯罪の保護法益かどうかは別として) 構成要件該当結果の外の事情であるということであろう。同時に、このような理解は、犯罪の終了の有無は、法益侵害という観念的な把握が重要なのではなく、まず事実のレベルにおいて構成要件該当性の有無を判断しなければならないという、それ自体は当然ともいべき内容を確認させるものでもある。

(2) 傷害罪

傷害罪(過失傷害罪や、結果的加重犯における加重結果としての傷害を含む)の場合、極めて典型的な事例は、例えば、行為者が被害者を1回殴打したために、全治1か月の骨折を負わせたような場合であろう。このような場合には、当該の1回の殴打によって骨折という結果が生じ、その後は、確かに何か傷害結果(生理機能の毀損)が継続しているようには見えない。

しかしながら、このような単純な事例でさえ、少し立ち止まって考えると、やや違和感を生じることになる。人体は、傷害を得た瞬間から、当該の傷害がなかった状態へ回復しようと、自己治癒機能が働きだす。すなわち、傷害を受けた瞬間から、侵害されている法益である生理機能は、回復・改善をし始めるのである。ここに傷害罪の保護法益の持つ特殊性がある。この特殊性ゆえに、一定の場合には、当該の傷害結果が維持されることが構成要件該当結果をなすということが考えられ得ることになるのである。

これまで傷害罪が継続すると考えられてきた事例は、わが国の判例においては、水俣病事件⁽⁵¹⁾であり、またドイツではサリドマイド事件⁽⁵²⁾であった。いずれも、有毒物が人体に残留することで、その有毒物(有機水銀やサリドマイド)が常時身体の生理機能を不良変更していたということが認められる。そして、このアナロジーとして、林幹人は、自動の焼きごて機のスイッチを起動させ、当該の焼きごて機が被害者に火傷を負わせ続ける事例を提示

しているのかは相当に疑わしい。

(51) 最判昭和63年2月29日刑集62巻2号314頁。

(52) BGHSt 31 348.

する⁽⁵³⁾。これらは、しばしば「行為の作用（Wirkung des Verhaltens）」と表現される⁽⁵⁴⁾。この「行為の作用」を通じた攻撃が止まってしまうと、そのまま当該の傷害が維持拡大されるのではなく、むしろ、自己治癒能力によって、生理機能を回復しようとする力が働くという意味で、生理機能の侵害と不即不離の関係にあるといつてよいであろう。

このように考えると、傷害罪の場合には、身体の自己治癒機能というものの関係で、どんなに遅くとも、その自己治癒が生理機能の毀損に勝り始めてきたときには犯罪が終了するというべきであろう。問題があるとすれば、攻撃が終わってもなお、生理機能の毀損と思われるものが継続している場合である。つまり、行為の作用などは存在しないのに、生理機能だけが毀損されているような場合である。通常は、上記のとおり、自己治癒機能との関係で、このような場合は考えにくい。しかし、不安抑うつ症や、PTSD、精神ストレスによる睡眠障害もまた傷害に当てはまるとする裁判実務⁽⁵⁵⁾を前提とすると、例えば睡眠障害が緩解するまでは犯罪が継続するというようなことがあるのか、という問題が生じる。例えば、骨折などであれば、骨折という症状が生じた段階で犯罪が終了するというのが通常である。そうすると、その後、適切な処置をしなかったことで、仮に症状が悪化ないし固定したとしても、そのこと自体で犯罪の継続を肯定することは難しいのではないかという理解があり得る。なぜなら、行為の持っていた潜在的な攻撃力が時間をかけて現実化しているにすぎず、その悪化または固定した症状は攻撃時点ていわば将来的に約束されているからである。このような理解は、そもそもでいえば、上記の「行為の作用」が働いている場合にも当てはまるであろう。だが、行為の作用が働いている場合というのは、その作用を惹起している媒体を取り除かない限り、半永久的に（つまり、行為客体の死に至るまで）傷害

(53) 林幹人『判例刑法』（東京大学出版会・2011年）8頁。

(54) なお、日本語の選択の問題として、「行為の作用」というよりは、それらが行為の媒体となっているというほうが、事の実態を捉えているように思われる。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）188 頁。

(55) 不安抑うつ症について名古屋地判平成 6 年 1 月 18 日判タ 858 号 272 頁、PTSD について福岡高判平成 12 年 5 月 9 日判時 1728 号 159 頁、精神性ストレスによる睡眠障害について最決平成 17 年 2 月 29 日刑集 59 巻 2 号 54 頁、など。

惹起作用を継続するという点を見逃すことができない。

上記で触れた水俣病事件にはいくつかの論点が存在している。すなわち、胎児性致死傷、公訴時効の起算点、そして犯罪の継続である。しかしながら、この犯罪の継続部分については、公訴時効の起算点を犯罪結果と定めたことから生じているように見えるだけでなく、そもそもでいえば、本件にとって判例としての意味を持っていたのは業務上過失致死罪部分なのであり、長期にわたって傷害が継続し、その結果死に至ったというものである。つまり、「(過失) 傷害罪の継続」を論じているというよりは、実行行為と時的な隔離のある構成要件該当結果の発生がある場合にも、公訴時効の起算点として結果時説が採用され、業務上過失致死罪が認定された⁽⁵⁶⁾以上、死亡時が公訴時効の起算点となるのは、むしろ道理であったとすらいえる。したがって、水俣病判決を引き合いにして、傷害罪の継続を論じることには無理があるように思われる。

ただ、水俣病事件を傷害罪の継続の問題と重ねてみる見解には、傷害と死が連続的なものとして捉えているのではないか、という前提が推知されるし、またそのような把握のされ方は我々の素朴な感覚にも合致する。このような理解は、傷害のある極として死を理解していることになる。

このように考えてみると、上記の「行為の作用」がないが、時間をかけて傷害結果が拡大する場合というのは、その傷害結果の固定等がいつ生じるかわからないという事態を行為者の責任に帰すべき（つまり犯罪の継続を認めるべき）か、それとも被害者に運命甘受をさせるべきか（つまり最初の傷害が生じた時点で終了すると考えるべきか）という問題になろう。行為の作用といえるようなものが存在しているというのは、いわば傷害を惹起する物体などが人体へ継続的に悪作用を及ぼしている状況ということでもある。そうだとすると、これがなければ継続的悪作用はないかのようであるが、しかし、行為の作用がなくとも傷害が拡大しているというれっきとした事実が存在

(56) そうであるからこそ、実行行為時には刑法 204 条または 210 条にいう「人」がいないのではないかという、胎児性致死傷の問題こそが重要な意味を持つのである。なお、近時の簡単な見取り図として、和田俊憲「胎児性致死傷と結果の概念」法学教室 542 号（2025 年）88 頁以下、特にその 91 頁以下参照。

し、しかもその極に「死」を認めるというグラデーション的な理解をするのであれば、犯罪の終了を認めるのは相当ではない。また、予測困難な傷害結果というリスク負担を被害者に求めることも相当とはいいがたい。その意味で、行為の作用の存在というのは必須の要件とはいえないであろう。もっとも、症状が固定してしまえば、行為の作用が存在しない以上、あとは生理機能のバランスがとれてしまったと解して、その時点で犯罪の終了を認めるのが妥当だと思われる。

（3）不作為による死体遺棄罪

死体遺棄罪の場合にも、特定の場合には、犯罪が継続すると考える立場が存在する。ここでは、それを少し掘り下げて検討する。

ア．前提

まず、前提として、死体遺棄罪は、これを不作為によって実現することが可能であるというのが一般的な見解である⁽⁵⁷⁾。しかしながら、一言に不作為による実現といったところで、その実際の態様には二つのパターンがあり得る。これは、生者に対する遺棄・不保護の場面と同じである。すなわち、不作為によって、死体との間に場所的離隔が生じる場面と、それが生じない場面である。もしそのように考える場合、死体遺棄においても、死体の移置、置去り、そして不葬送という類型が存在することになる。生者に対する遺棄については、その終了時期が明示されることは少ないとはいえ、場所的離隔の存在という特徴から、遺棄時点において終了すると考えられるのに対して、不保護類型においては、犯罪の継続を肯定するのが一般的ではないか⁽⁵⁸⁾と思われる。

他方で、死体遺棄罪は、例えば死体を山中に投棄・埋没するような場合がその典型例である。したがって、不作為によって行為者と死体との間に場所的離隔が生じる場合にこれを処罰したとしても、当該不作為と作為との同価値性は肯定しやすい。しかしながら、生者でいえば不保護類型に相当するよ

(57) 判例としては、大判大正 13 年 3 月 14 日刑集 3 卷 285 頁など。

(58) なお、川端博『刑法総論講義〔第 3 版〕』（成文堂・2013 年）111 頁。

うな、場所的離隔が生じない場合にこれを認めることには議論の余地がある。とはいえ、本稿においては、この場合の可罰性を肯定する一般的な見解⁽⁵⁹⁾を前提とする。

イ. 2つの裁判例とその評価

この問題について、明らかな最高裁判例と呼べるものは存在しないように見える⁽⁶⁰⁾。現在における死体遺棄罪の議論の転換点となったのは、次の二つの大阪地裁判決であろう。一つは、平成25年3月22日判タ1413号386頁のものであり、自身が殺害した子供の死体をタオルに包み交際相手の居宅に一旦隠した上で、さらに被告人の自宅へ運び込んだ時点で犯罪の終了を認め、その後の転居に伴う死体の移転は死体遺棄罪を構成しないとしたものである。ここでは、「違法状態の維持」という特徴的な表現が使われていることが目を引く。

他方、その3年後である大阪地判平成28年11月8日(LLI/DB L07150974)は、自宅に死体を置き続けたが、その間に自宅内での死体の移転があった事例において、公訴時効の完成を否定し、犯罪が継続していることを肯定した。

この二つの判決は、真っ向から対立する判断だといえよう。一方においては、死体に対する支配状況の変化を重視し、もう一方においては作為義務の継続という点を重視しているかのように理解できる。そして、平成28年判決以降、犯罪の継続を肯定する裁判例が重ねられた⁽⁶¹⁾ことで、実務上は、

(59) 古いものとして、小暮得夫「判批」芦部信喜・若原茂編『宗教判例百選〔第2版〕』（有斐閣・1991年）213頁。さらに、裁判例として、名古屋高金沢支判平成24年7月12日公刊物未登載（なお、本件についての概要及び評釈については、濱克彦「判批」研修776号（2013年）21頁以下がある）。

(60) そもそも、死体遺棄罪の成否を直接に論じた最上級審の判断自体が極めて少ない。ようやく、最近になって、「習俗上の埋葬等とは認められない態様で死体等を放棄し又は隠匿する行為が死体遺棄罪の「遺棄」に当たると解するのが相当である」と、遺棄の概念を定義し、その考慮要素を示した最判令和5年3月24日刑集77巻3号41頁が現れたに過ぎないとすら言えよう。しかし、この判決は、あくまで犯罪の既遂時点を論じたものであり、直接に本稿の関心と重なるものではない。

(61) 大阪地判平成29年3月3日LEX/DB25535976、大阪地判平成30年7月2日裁判所Webなど。

犯罪の継続を肯定するかなのような趨勢にある。

ウ．学説の方向性

（ア）犯罪の継続を認める立場

学説においても、このような傾向と歩調を合わせる立場が有力である。例えば、真正面から作為義務の継続を認める立場として、橋爪隆は「不作為による死体遺棄罪の場合、葬祭義務を負う者が、その義務の履行をしない不作為が実行行為を構成することになる。そして、死体がきちんと弔われることなく、放置されている状態が継続する限り、その間、葬祭義務者の義務の不履行は継続することになる」⁽⁶²⁾と述べ、また安田拓人も「不作為犯は、作為義務を履行しないことが実行行為の内容であり、作為義務が継続して成立する以上、その違反としての不作為の実行行為も終了しない（括弧内略）。それゆえ、死体遺棄が不作為によってなされる場合には、適切な埋葬をしない限り終了しないと考えるべきであろう」⁽⁶³⁾と述べる。このようなあり方は、伝統的な犯罪の継続と実行行為の継続を同一視する理解からの自然な帰結といえることができるであろう⁽⁶⁴⁾。

他方、松原芳博はやや異なった理解を示す。松原は、「作為による死体遺棄罪と不作為による死体遺棄罪の異質性を正面から認めて、作為による死体の支配状態の変更と不作為による不埋葬とを別の犯罪類型（構成要件）と見る二元的構成を採るのが実態に合っているように思われる」⁽⁶⁵⁾として、作為と不作為とで死体遺棄罪の罪質が本質的に異なったものだとするのである。その意図するところは、「広義の死体遺棄罪（190条）には狭義の死体遺棄罪（狭義の死体遺棄構成要件）と不埋葬罪（不埋葬構成要件）とが包含されている」とし、前者を状態犯、後者を継続犯とする⁽⁶⁶⁾。このような理解は、生者に対する遺棄罪の規定構造をも参照すること⁽⁶⁷⁾で、行為客体に対する支配

(62) 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）267頁。

(63) 安田拓人「判批（大阪地判平成28年11月8日）」法教443号（2017年）140頁。

(64) しかも、安田・前掲注（63）140頁は、死体遺棄罪を本質的に不作為によるものだと理解を示す。

(65) 松原・前掲注（3）114頁。

(66) 同上。

のあり方への考慮をするものと見ることができる。しかし、そうであるが故に生じている問題を見逃すこともできない。この点は、後述する。

(イ) 犯罪の継続を認めない立場

他方で、犯罪の継続を認めない立場として、松尾誠紀の見解が挙げられる。松尾は、「不作為犯が継続するのは、作為義務を課してでも解消すべき法益の侵害ないし危険があるからこそ、作為義務を継続して存在させ、それに対し義務の不履行が続くことで不作為犯が継続するといえる。これに対し、死体遺棄罪の保護法益とされる死者に対する敬虔感情というものは、生命のような法益とは異なる。死者に対する敬虔感情というものが、当初死体を隠匿し、あるいは当初埋葬義務を履行しないとしたときを超えて、当初それが侵害された後にも継続的に作為義務を課してまでその回復を強制するほどの強固な保護を備えるべき利益とは思われない」として、「埋葬義務違反に基づく不作為の死体遺棄罪も、埋葬しない限り継続して成立するものではなく、むしろ、埋葬すべきときに埋葬しないこととした態度を処罰の対象とする状態犯として理解するのが妥当と思われる。」とする⁽⁶⁷⁾。この理解は、不真正不作為犯の成立要件たる保障人的地位の意義が法益の保護＝保障にあることを前提として、その保護法益の要保護性の程度を織り込んで判断する立場であるかのようなものである。しかし、このような理解では、利益の要保護性が大きいのであれば不作為犯の成立を継続させるべきという理解になるが、そこではまず当罰性の有無という生の価値判断をし、その後その価値判断に沿うような理屈立てをするかのような、(もしかすると論者からすれば不本意であるかもしれない)恣意的ともいえるような判断構造になっているかのようなものである。

エ. 検討

以上のように見比べたとき、裁判例・実務は犯罪の継続を認める立場に傾いているといえよう。従来の、犯罪の継続を実行行為の継続と同視する見解からすれば、不作為による死体遺棄罪の継続は、むしろ自然だとすらいえた

(67) 松原・前掲注(3)115頁。

(68) 以上、松尾誠紀「死体遺棄罪と不作為犯」法と政治68巻1号(2017年)92-93頁。

であろう。しかしながら、このような立場は、行為の継続というものについて、その実質的意義をあまりに捨象してはいないかという疑念がある。犯罪の継続を実行行為の継続にかからしめるとしても、その行為が本当に実行行為としての実質を持つものであるのか、ということの問題視せざるを得ない。それは、死体遺棄罪が、一見挙動犯のようであり、また抽象的危険犯として解されている⁽⁶⁹⁾ところに由来している。つまり、行為に帰属させるべき「結果」の特定が容易でないために、行為の外形的判断に（意識的であれ無意識的であれ）依存しているのではないか、ということである⁽⁷⁰⁾。しかしながら、平野龍一は、外国人登録令違反事件における言及として、無登録の状態が継続していても犯罪の継続は認められないのではないかという指摘をしていた⁽⁷¹⁾。そこでは、単なる外形のみならず、犯罪の違法性のピークが考慮に入れられているようにみえる。処罰の本質を違法性に見出すのであれば、犯罪の違法性がピークに達した時点を的確にとらえ、それを量刑に適切に反映できることが望ましい。言い換えれば、ピークに達した違法性を行為責任として量刑に反映できないような立法を立法者がしていると考えるのは、疑問があるのである。

このような理解からすれば、不作为による死体遺棄罪が継続しているといえるためには、その後も違法性、すなわち法益侵害またはその危殆化が維持しないし増大しているといえなければならないであろう⁽⁷²⁾。しかしながら、ここでまた死体遺棄罪の持つ厄介な性格が立ち上がる。それは、本罪が、「社会の宗教感情・宗教風俗に対する罪」⁽⁷³⁾であるという点である。つまり、そ

(69) 行行為の継続を問題とすべしとするようである。

(70) 事実、橋爪・前掲注(62) 266 頁は、まずもって不作为という実行行為の継続を問題とすべしとするようである。

(71) これを推し進めたものとして、町野朔『刑法総論』（信山社・2019 年）125 頁。なお、最近の議論として、萩野貴史「外国人登録不真正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・田口守一先生古稀記念祝賀論文集〔上巻〕』（成文堂・2014 年）213 頁。

(72) 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 巻 2 号（2016 年）121 頁は、「既に作出された法益侵害状況を塗り替えるような法益侵害行為」か否かを問うかのようなものである。

(73) 上掲、最判令和 5 年 3 月 24 日刑集 77 巻 3 号 41 頁参照。

の違法性の維持・増加を（イメージ的にはあったとしても）数値化ないし定量化できないという点である。窃盗や傷害であれば、財産額やその物的量の増大、あるいは傷の修復と傷の拡大との関係などから、ある程度の数値化をすることができよう。しかしながら、死体遺棄罪の場合には、その法益が社会の宗教感情であるが故に、その実態を把握することが困難であり（もはやフィクションといってよいであろう⁽⁷⁴⁾）、判断者の恣意が働きやすい。そうだとすれば、より安定的な解釈を導く理路を立てることもまた法理論の役割であろう。これは、死体遺棄罪のように、法定刑が軽い場合には、作為と不作為とで生じるアンバランスを解消するという側面も持つことになる。

このような理解に対しては、結論の妥当性という観点からの異論もある（⁽⁷⁵⁾）。しかし、結論の妥当性はある得る解釈の中でのみ追求されるべきものであるように思われる。結論の妥当性ということを前面に押し出してしまえば、それは結局、解釈という営みそれ自体の否定になりかねないように思われる。

このように考えてくると、不作為による死体遺棄罪の問題は、①不作為犯という実現方法に由来する問題と、②死体遺棄罪というものの自体が持つ問題という二つの問題が絡むことで複雑化していると理解される。この点、本質的には、①不作為という実現方法に由来する問題は、行為や行為主体に関する問題であり、②死体遺棄罪というものの自体が持つ問題は、さらに④刑法190条の法文の問題と⑤保護法益の問題に細分化される。とりわけ、④は、①の問題と接合する部分があるため、いわばこれが結節点になっていると理解することが可能であろう。そこで、一旦、④刑法190条の法文の問題の部分について検討を進めてみる。

刑法190条は、遺棄の他に、損壊及び領得という行為類型を定める。これらについては特段その行為主体についての限定が加えられていない。また、松原芳博が参照する生者の遺棄については、刑法217条が遺棄を定めつつ、同218条は併せて不保護を構成要件の行為として定める。このため、

(74) 拙稿・前掲注(54)197-198頁。

(75) 松原・前掲注(3)113頁。

刑法 217 条にいう遺棄には不保護類型が含まれないというのは、自然な理解であろう。同様に、遺棄については、わざわざ不保護という定め方が可能である以上、死体についても不葬送という類型を置くことは可能であるにもかかわらず、それが書かれていないということは、不葬送については「遺棄」の解釈の中でのみ論じるべきものであると理解をすべきであろう⁽⁷⁶⁾。もっとも、このこと自体については異論はあるまい。

むしろ、問題は、そのことでもって、死体の遺棄の概念を本質的に不葬送だと理解をしたり、あるいは遺棄の中に二つの行為類型が別の構成要件として存在していると理解することである⁽⁷⁷⁾。そもそも、不真正不作為犯は、作為と同視可能性があることを、処罰可能性の実態であるとして理解がされている⁽⁷⁸⁾。遺棄は「捨てる」という意味が本義である⁽⁷⁹⁾はずとて、本来は作為でなされるものではないかと思われる⁽⁸⁰⁾。そうだとすれば、遺棄だけを取り上げて、これを本来的に不葬送という不作為であると理解するのは、やや牽強附会であるように思われる⁽⁸¹⁾。

元を糺したとき、作為での死体遺棄は何人でも可能であるが、不葬送はや

(76) 小暮・前掲注 (59) 213 頁。また、松原・前掲注 (3) 115 頁。

(77) これらについて、法益のより具体的な理解の差が表れているという整理をするものとして、酒井智之「死体遺棄罪の保護法益と作為による遺棄の意義」一橋法学 21 巻 3 号 (2022 年) 715 頁以下。

(78) 山口・前掲注 (5) 75 頁参照。

(79) 新村出編『広辞苑〔第 7 版〕』(岩波書店・2018 年) 及び松村明『大辞林〔第 4 版〕』(三省堂・2019 年) のそれぞれの【遺棄】の第 1 の語釈。

(80) ただし、前掲注 (79) の辞典によると、それぞれ「置き去りにすること」がその後に続けて示されていることは見逃し得ないであろう。もっとも、置き去りとて、「去る」というのは、これが作為でなされることがあるのは、既に、生体の遺棄罪において指摘のあるところである。山口・前掲注 (27) 34 頁など参照。

(81) 繰り返しになるが、上掲、最判令和 5 年 3 月 24 日刑集 77 巻 3 号 41 頁も「習俗上の埋葬等とは認められない態様で死体等を放棄し又は隠匿する行為が死体遺棄罪の「遺棄」に当たる」としており、行為の態様として「放棄や隠匿」を指し示し、その実現は、通常作為でなされるべきものであろう（無論、この事件では、作為としての隠匿が問題になっているにすぎず、不作為にまで言及するものではないとか、その「放棄」の意味として「不葬送」があるのだということはいえるかもしれない。そうだとすると、まず我々がどのようなイメージを先行させるかというのは、犯罪該当性の有無に対する予測可能性を担保するためには無視し得ないのではないと思われる）。

はり葬祭義務やそれに準じる義務がある者でなければなし得ないであろう⁽⁸²⁾。もし遺棄を本質的に不葬送かのように理解してしまえば、それは、葬送義務のある者やそれに準じる者に限定されなければならない。しかし、それは刑法190条に定められた他の行為類型にはない限定であり、法文の作りとしてやや不整合な状況にある⁽⁸³⁾。そうであれば、不葬送を死体遺棄の本質と理解するのは、刑法190条の理解としては、不相当というべきであろう。そうである以上、遺棄の概念を二つに分け、場所的離隔を生じさせる場合と不葬送の場合に分けたとて、後者のそれを前者のそれと別の構成要件と理解してしまえば、その後者の理解が妥当でない以上、この理解を採用することは是とされまい。

以上のような理解を前提とする限り、刑法190条に定められた遺棄の概念は、たとえ不葬送を含むとしても、損壊や領得同様に、主体の限定性を原則として持たないものとして理解されるべきものであり、不作為による場合でも、不真正不作為犯のロジックを使わざるを得ないものと考えられる。

この観点から、①不作為実現の問題を検討すると、それはあくまで実行行為の形態に関わるものであるが、処罰範囲限定の要請から、作為との同視可能性が要求されることになる。したがって、作為と同様の法益に対する関連性がなければならない。これは、例えば、法益の脆弱性の支配や危険源の支配といった理解が可能である⁽⁸⁴⁾⁽⁸⁵⁾ところ、遺棄が刑法190条の保護法益の悪化に、どのような形で支配力を有しているのかを問題にすべきであろう。つまり、ここで⑥保護法益の問題が関連することになる。しかしながら、社会的感情である社会の宗教感情は、いわば「自身の死後にそのように扱われたくない」というフィクションを扱うものだとすれば、「(追慕の果てに)死

(82) なお、この点を詳細に検討するものとして、萩野貴史「不作為による死体遺棄」名城法学71巻3・4号(2022年)1頁以下、特にその10頁以下、

(83) 森川恭剛「判批(大阪地判平成25年3月22日判タ1413号386頁)」佐伯仁志ほか編『刑法判例百選Ⅱ各論(第8版)』(有斐閣・2020年)207頁参照。

(84) 山口・前掲注(5)91頁。

(85) なお、近時は、裁判例の分析からか、いわゆる多元説的な理解の復権が目指されているかのようである。例えば、松尾誠紀「不作為による殺人罪の作為義務(その1)」法学セミナー843号(2025年)133頁。

者は忘れられるべきものである」という我々の生活実態を前提に構築されるべきであろう。そうだとすれば、葬送がなされない状態をすべて結果帰属可能な法益侵害・危殆化であると解するのには無理があろう。我々は日々死者に思いを致していないし、そうすべきでもない⁽⁸⁶⁾。そうである以上、基本的に立ち返り、損壊・領得同様に、新たな法益侵害が認められるという特段の事情がない限りは、死体遺棄罪の継続的な構成要件の充足は肯定し得ないものと考えらるべきである。それは、いわば損壊や領得のように、死体に働きかけることによる支配状態の変更を見るしかないように思われるのである⁽⁸⁷⁾。

このような理解に対しては、特に、刑事捜査実務の観点から、死体遺棄罪の成立時期が不明であるために、死体遺棄罪で先に逮捕をし、その後に殺人罪等の捜査に移るというプロセスが困難になるという問題が生じるとの反論があり得よう。死体遺棄罪の継続を肯定する立場の「妥当性」の本音は、ここにあるようにも思われる。しかしながら、これは、死体遺棄罪には殺人罪捜査のための道具的意義⁽⁸⁸⁾こそが重要であるかのようである。言い換えれば、死体遺棄罪を契機（・口実）として捜査を開始し、その後は宣告刑を嵩増しするための手段であるということになりはしないか、ということである。しかし、それであれば、死体遺棄罪は、「社会的法益に対する罪」として位置づけるべきではない。殺人と繋がるものとして死体遺棄罪が処罰可能だとしても、それは、「人を殺しておきながら、さらにその死体を粗末に扱った」ことの違法性であり、非難可能性に基づくのである。そうである以上、もはや「死体を粗末に扱った」ことへの違法性が、我々の生活実態からして減退したといえる場合には、その処罰を断念することもまた、一つの決

(86) (刑) 法学の論文における言及としては甚だ不適切かもしれないが、ホラーミステリー小説である綾辻行人『Another』（角川書店・2009年）における「災厄」は、死者を適切に「忘れられなかった」ことに端を発しているのであり、この問題意識は文学的にも共有できるものと思われる。

(87) なお、酒井・前掲注（77）725頁は、「場所的・環境的条件の操作によって、死体が物理的に損壊する危険を高める行為であると解すべき」とし、方向としては、私見と大部分が重なってくる。

(88) 近時であれば、死体遺棄罪をきっかけとして、年金の不正受給の端緒を掴む（前掲注（59）に挙げた名古屋高金沢支判平成24年7月12日公開物未登載）ようなこともあり、死体遺棄罪の「使われ方」をそもそも議論すべきでもあろう。

断でなければならないように思われる⁽⁸⁹⁾。

オ．小括

以上のように考えると、不作為による死体遺棄罪は、原則として、不作為実現がされた（作為可能性が認められた）時点で犯罪が既遂となり、その時点で終了すると解すべきである。無論、その後、死体を山中投棄等をすれば、その時点で新たな構成要件実現はあり得るが、例えば、死体を連れて引っ越したとしても、死体に対する支配状況は変わらず、新たな構成要件該当性は認められないというべきである。このような場合の死体の移転は、いわば「死体をそこに残しておく、自らの不埋葬が明らかになってしまうために、捨てるに捨てられなかった」という場面が相当考えられるのであり、むしろ、従前の支配状態を維持するためになされたものであり、不可罰的事後行為として理解されるべきであるように思われる⁽⁹⁰⁾。

(4) 小括

ここでみた類型は、構成要件の結果が発生すると、確かにその後にも法的に見て許容しがたい状態が継続している。しかしながら、構成要件の結果はあくまで、その動的変更のみを見ているのであり、その1回性がむしろデフォルトルールとして想定されているということがいえる。そのため、これらは通常、その構成要件充足の1回性が、実行行為の1個性と強固に結びついているということができよう。しかしながら、その結果を量的に把握可能

(89) 先に挙げた綾辻・前掲注(86)を意識した表現を使えば、その「(処罰できなかった過去の犯罪という)死者」を無理やり「いかす」ことは、別の「災厄」をもたらすのではないかという危惧があるのである。

(90) このような理解に対しては、杉本一敏「公訴時効の起算点となる「犯罪行為が終わった時」」刑事法ジャーナル85号(2025年)94-95頁により、最大判平成15年4月23日刑集57巻4号467頁が指摘するような、訴訟における争点がズレてしまい、主張・立証の構造に歪みが生じるという批判が向けられた。私見としては、そうであるが故に、外観上明らかと思われる死体に対する支配状況の変化の一つのメルクマールとするべきではないかと考え、また、あくまでこれは不作為犯処罰としての側面を強調した場合なのであって、死体の埋替えのように作為犯が複数回行われる場合には別個の考慮が働くのではないかと考えているが、紙幅の関係上、詳細な検討は別稿に委ねることとし、現時点では本文のように解しておきたい。

な場合には、その最終結果（いわば量の最大値）が確定されるまでは、実行行為と因果性を持つ限り、犯罪の継続を肯定することができるということができよう。これは、窃盗罪や傷害罪の例からも看取される。この理を推し進める場合、死体遺棄罪についても同様のことがいえるはずである。すなわち、刑法 190 条の構造から、死体遺棄罪においても作為による場合が基本形であると捉えると、あくまで作為による死体遺棄罪が複数回繰り返されるのと同質性を持つような場合にのみ構成要件の更新があり得ることになる。しかしながら、死体遺棄罪は社会的感情という定量化の困難なものを保護法益とするものであり、その侵害・危殆化の客観化のためには、死体に対する支配状況の変化を見ることが妥当であって、単に不葬送の状態が継続しても、（そのことで、たとえ行為の継続はあるように見えても）構成要件的結果の拡大は認められず、構成要件該当性が「更新」されたものと認めることはできないとみるべきである。

とりわけ、従来では状態犯と考えられてきた類型は、このように、法益侵害（ないしその危殆化）という言葉がやや無顧慮に使われてきたように見える。確かに法益侵害は、犯罪の成立にとって重要ではあるが、それだけが犯罪の成否を決しているわけではない。犯罪の成否はどこまでいっても構成要件該当性の有無が基点になるほかになく、法益侵害とてまずは構成要件の中にどのような形で取り込まれているかを問う以外にない。そうである以上、既遂時点において犯罪が終了しているかどうかは、まずもって構成要件の結果のさらなる侵害があるかどうか、ということをお問わざるを得ないというべきである。

5. 各論的検討から得られたもの

以上のような検討を経たとき、おおむね次のような理解に達することができる。

（1）法益の侵害・危殆化との関係

まず、刑法の目的を法益の保護にあるという以上は、構成要件の結果にこそその具現化があるとみることになる。そして、構成要件の結果は、（多少

の時間幅を観念するとはいえ）ある状態から次の状態が（刑）法的に見て「不良変更」だと理解される必要がある⁽⁹¹⁾。しかしながら、この「不良変更」は、必ずしも外界における知覚的な変化を意味するのではない。本稿の検討の中で取り扱ったものでいえば、監禁罪や所持罪、盗品等保管罪といったものは、作為による場合には、自由の剥奪や物の支配の開始時点を相当程度明白に特定することができた。あるいは、例えば窃盗罪や傷害罪においても、財物の占有移転や生理機能毀損の拡大といった形で知覚的な認識が可能である。しかしながら、不作为による場合においては、とりわけ、監禁、所持、盗品等保管の場合には、このような知覚的変動はなく、ある一定の状態（つまり、自由剥奪の状態であったり、物の支配状態であったり）が持続している場合にも犯罪の継続が認められた。このような「ある一定の状態の持続」が、まずもって構成要件の結果で（も）あるということが、知覚的変動がない場合の犯罪の継続を肯定するための最低限のファクターだといえる。もっとも、その「ある一定の状態の持続」は知覚的な意味においてであり、保護法益の不良変更ということを内包していなければならない。そうでなければ、その状態を時的に細分化したとき、違法性を有しなくなり、犯罪の基礎となる法益侵害・危殆化を肯定し得なくなるからである⁽⁹²⁾。言い換えれば、「ある一定の状態」というものであっても、それは行為に帰属可能な構成要件的に違法な結果といえなければならないのである。

（2）他罪による限界づけの可能性

では、法益侵害・危殆化が継続的に肯定できればよいのかというと、そう

(91) なお、伊藤渉「犯罪の終了時期に関する若干の考察」東洋法学 54 巻 2 号（2010 年）73 頁以下が法益侵害の量的拡大を基点に議論を進めるが、本文で述べた「ある状態から次の状態が不良変更だと理解される」というのは、局限的な理解をしており、それを繋げていけば、伊藤のような理解になるであろう。

(92) この点、感情法益については、「個人の感情侵害を不要とすることによって結局、社会一般において不快・不道德と感じられるであろう行為を、社会一般の宗教感情に反するという名目のもとに処罰することとなり、本来法益概念を通じて排除されるべきであった道德の保護を行うことになる」という批判を示すものとして、内海朋子「感情の刑法的保護について」井田良ほか編『浅田和茂先生古稀祝賀論文集〔上巻〕』（成文堂・2016 年）819-820 頁。

いうわけでもない。住居侵入罪がそうであったように、他罪の存在がハードルとなって、その処罰範囲が限定される場合には、仮に何らかの意味で（その犯罪の文言的には）包摂可能な法益侵害・危殆化があったとしても、当該の他罪というハードルによって、その法益侵害・危殆化は構成要件の結果としての資格を失い、行為への帰属可能性が否定されるものというべきである。ここでは、当該の他罪は、問題となる犯罪と同様か、それを内包する保護法益を持つものである必要があることは他言を俟たない。

なぜこのようなことになるのか、と考えたとき、それを単なる「棲み分け」の問題と解することには問題があろう。なぜならば、それであれば、包括一罪とする途があつてよいからである⁽⁹³⁾。そうだとすれば、そこには一定の実質的根拠が付与されるべきであり、またそれは他罪の存在に基づく文字どおりの「解釈」の結果、そのように解さざるを得なくなるといえるものであろう。住居等侵入罪の場合であれば、それは、越境による心理的ハードルであり、立法者はこれを加味したのだと解さなければ整合性がとりにくい、というのがごとくである。

このような理路は、つまるところ、その条文の書かれ方により、法益侵害・危殆化に可罰性の限界が付与されるということを示すものとなる。そして、それは、同一罰条内でのみ妥当すべきとする理由はなく、罰条をまたがったとしても、同様でなければならない。しかし、これは外在的な理由、つまり、そう書かれたことで犯罪類型相互関係上、そう理解されるというものではなく、そう書かれたということは、そのように法益侵害性を整理されていたのだ、という内在的な理由として把握しておくべきである。

（3）行為客体の性質と実現態様の関係

さらに、犯罪の実現態様が犯罪の継続に影響を与えているように見える場合もある。すでに見てきたように、継続的な法益侵害・危殆化があるとして、行為客体の性質上それが可能である行為態様というものも存在するとい

(93) 実際に、住居侵入罪と不退去罪は、包括一罪とする立場がある。平野・前掲注（22）69頁、山口・前掲注（27）131頁など。

える。例えば、窃盗のように、行為客体が固体であり、強い一個性がある場合には、その固体に対して、当初行為と同様の方法でもって、継続的に攻撃を加えなければならない。他方、同じ窃盗であっても、例えば水や電気のように、行為客体の一個性が強固でなく、いわば流動的なし量的把握にこそ適う場合には、当初行為それ自体を終えたところで、ただちに行為客体への攻撃が止まるわけではなく、行為客体への攻撃を止めるためには、新たに一定の行為が必要となる場合もある。このことは、従来状態犯と呼ばれた類型のみでなく、監禁罪のように、継続犯と考えられてきた類型にも当てはまる。このような場合こそが、従来は、作為の後に不作為が継続するとか、侵害をやめる義務があるかのようにいわれた⁽⁹⁴⁾場面でもある。

このことは、その行為客体の性質がいかなるか（強固な一個性を持つものか、それとも流動的・量的把握がされるべきものか）ということによって、犯罪の継続のあり方が変わることを示している。そして、このことは、罪名によって特定されるような意味での類型性を持つわけではなく、明らかに、行為客体の個別具体的な性質に左右されることになる。いわゆる状態犯とされてきた窃盗罪において、固体である例えば貴金属を行為客体とする場合と、液体である水や気体であるガスの場合には、その占有移転のあり方は異なり得るのであり、これを同列に扱うべきではない⁽⁹⁵⁾。したがって、犯罪の継続の前提であるのは、被侵害法益それ自体というよりも、むしろ行為客体の物的性質であるとすらいうことができる。

これについては、認識単位として一個性を中心として考えたときに、犯罪は継続しているが、それが構成要件的評価上1個と表現されるのか、それとも実は複数の構成要件的評価がなされており、それを特定の観点から一つにまとめ上げているに過ぎないのか、という違いだともいうことができるかも

(94) 井田良『講義刑法学・総論〔第2版〕』（有斐閣・2018年）113頁注48）参照。

(95) 無論、ペットボトルに入れた水をそのペットボトルごと、あるいは、ボンベに入ったガスをそのボンベごと窃取する場合には、固体同様に扱われる。いいかえれば、それらはいずれも、水やガスの入ったボトルなりボンベとして表現が可能なのであって、その意味で、固体として扱われるべきであるということもできよう。その意味で、「どのように表現されるか」は重要だともいえる。

しれない。

第5 構成要件の時的射程の決し方 ―まとめにかえて―

1. 鳥瞰図

犯罪の可罰性は、構成要件を離れて決することはできない。したがって、構成要件の時的射程とは、第1に、どのような法益侵害・危殆化結果が構成要件の中に包摂されているかによって決せられることになる。しかしながら、構成要件は、法益侵害・危殆化を直接に問題としているわけではなく、それを「構成要件の結果」という形で具体化ないし限定付けを行っている。したがって、法益侵害・危殆化だけを論じたところで、構成要件の時的射程を決することはできない。

構成要件の時的射程を決するにあたっては、まず何よりも、「構成要件の結果」が何なのかということ具体的に特定することから始めなければならない。しかしながら、その構成要件の結果が違法であるといえるためには、ある行為との連関をもたなければならない。つまり、客観的帰属が可能なものでなければならないのである。このような行為—結果の結合体こそが構成要件の（客観的）本質なのであって⁽⁹⁶⁾、また帰属可能性の問題と切り離すことはできない⁽⁹⁷⁾。

他方、主観的要件は、身体の動静としての行為と不可分である。つまり、認識や弁識、そしてその可能性が身体の動静を左右するトリガーになるという意味で、実行行為の時に存在すれば足りるのであり、それを超えて、構成要件の結果が継続的に生じている間にお主観的要件も継続的に存在している必要性は、論理的には出てこない。もし主観的要件の継続的存在を要求するとすれば、それは、実行行為の継続を前提としなければならないのである。しかし、複数の結果を一つの行為に帰属させることは認められているところ、実行行為の継続は必然的に要求されるというものではない。無論、不

(96) 小林憲太郎は、犯罪のプロトタイプとして、これに「過失」を要求する。小林憲太郎『刑法的帰属』（弘文堂・2007年）51頁。

(97) 小林憲太郎『因果関係と客観的帰属』（弘文堂・2003年）32頁参照。

作為の継続を観念することは可能であろうが、それも必然なのではなく、例えば先行する（作為であれ不作為であれ）行為を問責対象としたときに不可罰性が導かれるがゆえに、「次善の策」としての実際の必要性からそのように構成しているという面を否定しきれない⁽⁹⁸⁾。

2. 具体的な思考順序

そうすると、構成要件の結果の限界づけをどのように行うのか、こそがまず問題とされなければならない。このことが構成要件の時的射程を決する一丁目一番地である。

構成要件の結果は、法益侵害・危殆化の具現化・具象化であるだけでなく、行為への帰属可能性をもって初めて構成要件の意義を有する。したがって、この2方向からの検討が必要であり、また、この順番で考えるべきであろう。なぜならば、まずもって法益侵害・危殆化と見得る余地がなければ、帰属可能性を考える必要性がないからである。

(1) 法益侵害・危殆化の具現化・具象化

ここで次のことが問題となる。まず、構成要件として何が行為客体となっているか、であり、次に、その行為客体に対してなされるどのような攻撃が捕捉されているのか、である。このことは当該の罪の保護法益が何かということと直接と問題とする必要性は必ずしもない。しかしながら、消極的に、ある事態が構成要件該当性を失う理由として、法益侵害・危殆化の消滅をいうことは可能である。つまり、法益侵害・危殆化というのは、裏側から構成要件該当性を規律するといえる。したがって、①行為客体の確定、②行為客体に対する攻撃の類型の特定、③法益侵害・危殆化の消滅の有無という順序

(98) とはいえ、それで処罰可能なのであれば、そのような構成が否定されるわけではないであろう。実際に、問責対象の「時期」がズレることで、「作為で処罰できない行為を不作為で処罰している」という、「正面玄関からは拒絶しておいて、裏口から招き入れる」ような論理を採用しているわけではないことには留意しておく必要がある。問責対象の時期がズレるということは、言い換えれば、非難可能性の時点がズレているということである。このような側面は、故意犯処罰が不能なときに過失犯処罰に切り替えることにも表れている以上、「次善の策」がおおよそ否定されるということはない。

での検討を行うのが实际的であると思われる。

この③法益侵害・危殆化の消滅の有無を検討するにあたり、その法益の性質を検討する必要がある。それが実体を有するものか、それとも感情法益のような観念的・思弁的性質を有するかどうか、ということに始まり、量的把握に適するかどうかということもまた検討の対象となる。とりわけ、社会的法益に多く見られる観念的法益や感情法益などの場合には、解釈者の強弁が成り立ちやすい。そのため、犯罪の継続を肯定しやすい、心理的土壤があるといえる。だが、このようなものは、法定刑が必ずしも重くはなく、その継続を認めると、比較的軽い犯罪を長期にわたって成立させるということが生じかねない。法定刑の軽さは違法性または有責性の軽さを反映しているはずであり、このような観念的法益や感情法益に対する罪は、その犯罪の継続の有無を、なるべく知覚可能なものによって左右するべきであろう。特に作為犯において、既遂即終了が原則と考えられているものであれば、その更新には再度の作為がなされるべきであり、「不作为によって継続している」といえるためには、作為による場合と同質の行為客体に対する物的変化が生じていなければ、「作為との同視可能性」を維持できないのではないかと、という疑念がある。死体遺棄罪を例にとれば、死体は、放置をしている場合には腐敗していくのであり、このような自然現象と同様の変化が生じているとき、その変化をもって行為客体の変容を指摘することは妥当ではない。結局は「遺棄」の解釈に収斂するとはいえ、自然現象を越えた人為的な外界の変更を指摘することが必要となろう⁽⁹⁹⁾。

この点、監禁の場合に、部屋に人が閉じ込められれば、人が出られないのは、「自然」的であり、またその過程で人が衰弱し、死に至ることもまた「自然」であることをどのように整理するのか、という疑問が湧く。このようなときにこそ、「法益」についての議論が必要となる。監禁罪の保護法益である（可能的）移動の自由は、個人的自由に属し、まずもって法益主体によって法益の要保護性判断が行われなければならない。他方、死体遺棄罪の保護法益であるところの社会の宗教感情・敬虔感情というものは、その法益

(99) なお、酒井・前掲注(77)725頁参照。

主体が観念化されるがゆえに、現実には裁判官による（良心に基づく⁽¹⁰⁰⁾）判断に委ねられることになるが、それは同時に公権力の行使であり、合理的判断が求められる。そのために、法体系全体との整合性が（監禁罪と比べ）強く要求され、犯罪の継続を否定する方向に傾きやすいといえる⁽¹⁰¹⁾。

視点を変えてみても、法定刑の軽い犯罪においてその継続を長期に亘って肯定することは、公訴時効制度のあり方とも相いれないであろう⁽¹⁰²⁾。公訴時効制度は刑事手続法上のものであり、実体法と連動するものではないという理解はあり得る⁽¹⁰³⁾が、現実の法改正はそうになっていない。公訴時効が成立している可能性から、逮捕などが事実上できなくなるという捜査の不都合を指摘するとしても、それは、いわば（許された）別件逮捕を利用して効率的に捜査をしたいという欲求に基づくものであり、刑事手続が真実の発見を目指すもの（刑訴法1条参照）だとしても、本来的には「本件」をダイレクトに目指してなされるべきであるという、原則と例外の逆転を常態化させておくことには疑問の余地はあろう。このように考えれば、法定刑の軽い犯罪を継続させ続けることによる「実益」は、刑事法制度が予定したものから外れたものと評してよいのではないだろうか。少なくとも、この種の「実益」を、「法益」の議論の中に押し込むのは妥当ではなく、外在的要請として認識しておくべきであろう。

（2）帰属可能性の観点

以上のような思考の下、構成要件結果たる資格を得た行為客体への不良変更は、その後、帰属可能であるかどうかを判断されるべきである。基本的には、対象となる時間軸の全ての行為客体の不良変更について検討されるべきであるが、外形上、不良変更が連続している場合には、その最初と最後の時

（100）憲法76条3項。

（101）ただし、すでに指摘したように、現在の学説や刑事実務は、犯罪の継続を肯定する方向にある。

（102）近時の公訴時効制度の改正（平成22年法律26号による改正）において、死刑対象犯罪などで公訴時効が撤廃されたことを想起されたい。

（103）いわゆる訴訟法説はこのような理解を前提とするといえるであろう。

点を取り上げればよいであろう⁽¹⁰⁴⁾。ただし、いずれかの時点で帰属不能であれば、よりその時間軸の枠を狭めるように、開始時点をさらに終了時点に近づけ、また終了時点を開始時点に近づけるようにして、帰属可能な時点を探ることになる。

また、客観的帰属点が例えば主観的要件を満たさないような場合には、別の時点（具体的には主観的要件を充足している時点）への客観的帰属可能性を考えることになる⁽¹⁰⁵⁾。

このような形で帰属点が決せられたとき、その時点以降の全ての結果帰属が可能であれば、その後の時点における行為をあえて取り上げる必要はないものと思われる。既に罪数に関する点で指摘したように、これを単統一罪と見るか、包括一罪と見るかは、純理論的な（言い換えれば博物学的な）問題にはし得ても、法効果に差異をもたらすものとは見えないからである。しかし、間欠的な場面においては、単統一罪とは評することはできず、包括一罪としての処理のみが正当化されることになる。

3. 最後に

以上が、本稿の基本的な理解である。

しばしば、犯罪の継続に関しては「構成要件の解釈による」⁽¹⁰⁶⁾といういわれ方で締め括られる。そのこと自体は、否定されるべきことどころか、至極当然である。しかし、「全てを語り、何も語っていない」との評からは逃れられないであろう。本稿は、この「構成要件の解釈」に当たって、犯罪が継続すると考えられる場合にどのように検討されるべきかを、可能な限り具体化しようとしたものである。そのことを通じ、時間的現象でもある犯罪において、構成要件がどこまでをその射程に収めているのか、についての構造に

(104) このような思考が採られたものとみえるものとして、所持罪に関するものではあるが、東京高判平成2年11月15日判時1380号139頁参照。

(105) 理論上はともかく、思考経済上は、結果に直近している作為において主観的要件を充足している時点をまずは探り、そこに客観的帰属が可能かを検討することになるのか。

(106) 平野龍一『刑法総論Ⅰ』（有斐閣・1972年）131頁、松原芳博『刑法総論〔第4版〕』（日本評論社・2025年）62頁。

迫ろうとしたものでもある。

しかし、この問題は、すでに述べたように、公訴時効の起算点や共犯関与といった、限られた場面のみ妥当するものである。一方で、ドイツにおける「犯罪の継続」は、加重類型（Qualifikation）への接合可能性などといった、別の機能をも持たせようとするところである。これら、「犯罪の終了」にまつわるさらなる問題は、次の検討課題としておきたい。

（完）

（中央学院大学法学部講師・本学法学部客員研究員）

[追記] 脱稿後、杉本一敏「人を死亡させた罪の公訴時効の起算点」刑事法ジャーナル 87 号（2026 年）63 頁以下に触れた。