

状態犯と継続犯

林 美 月 子

目 次

- 一 はじめに
- 二 法益侵害の維持・強化
- 三 構成要件の実現
- 四 個別的問題

一 はじめに

犯罪の終了について、即成犯、状態犯、継続犯の三種類の態様が区別されている。即成犯は法益侵害又はその危険の発生によって犯罪が完成し、既遂になると同時に終了するものであり、殺人罪がその典型例とされている。状態犯とは、窃盗罪のように法益侵害の発生によって犯罪が終了し、それ以後は法益侵害の状態が続いても犯罪を構成しないものである。窃盗犯人が赃物の売却・損壊等の行為をしても、すでにそれらの事後の違法状態は窃盗罪の構成要件によって評価されているので別罪を構成することはない。継続犯とは、監禁罪のように、法益侵害が継続している間は犯罪が継続するものをいうとされる⁽¹⁾。

右の区別のうちとくに問題となるのは、状態犯と継続犯の区別である。厳密に言えば、監禁罪も監禁行為がなされれば犯罪は完成し、既遂となるように思われる。そうとすれば被害者の釈放によってはじめて監禁罪が終了するというのは、どのような理由によるのであろうか。状態犯においても、既遂後に違法状態が続くのであるが、なぜ、こちらではその状態の終了によって犯罪が終了するとされないのであろうか。団藤博士は、状態犯を定義して「法益侵害の発生によって犯罪事実が終了し、それ以後法益侵害の状態が継続するがそれはもはや犯罪事実とはみとめられないものをいう」⁽²⁾とされるが、まさに、いつ、どのような法益侵害の状態の継続が「犯罪事実」と「みとめられる」かの基準が必要になってくる。

平野博士はこの基準として法益の性質をあげられた。すなわち「監禁罪の法益である自由は、その拘束の継続の一刻一刻が、拘束の開始と同じほどに苦痛であり、拘束の開始という行為が行なわれたのちも、『釈放しない』というこれと同価値の不作为が継続していると考えてよい。これに対して窃盗の場合は、平穩に占有しているのを奪うのは重大な侵害であるが、その後の物を使用できないという状態は、これに比べると侵害性が少ない。そこに前者が継続犯とされ、後者が状態犯とされる理由がある」⁽³⁾とされた。大谷教授も、継続犯は当該行為が続く間は法益の侵害をしつづける場合であるのに対し、状態犯は法益の侵害された状態がそのまま続いている場合⁽⁴⁾であるとして、平野博士と同様の見解を示されている。

しかし、右のような意味で、法益侵害の性質あるいは程度を区別することは適当であろうか。たとえば、人を縄で縛って傷害する場合、その時間が長びけば一刻一刻傷害の程度も強まるであろうから、継続犯といいうるよう思われるが、傷害罪は通常は状態犯とされている。また、窃盗罪についても、占有が奪われている間は利用可能性が侵害されつづけているともいえるし、占有を確実にするような行為がなされれば、利用可能性の侵害も強化されるとも思

われる。また、盗品がさらに売却・損壊等されれば、奪取時の利用可能性の侵害より以上に侵害が強まるとも考えうる。

状態犯か継続犯かの区別はとくに、どの時点まで共犯が成立しうるか、公訴時効の起算点はいつか等の問題に直接答えるものとされてきた。継続犯では犯罪終了まで共犯が可能であるが、状態犯では犯罪終了と既遂が重なるために既遂時点まで共犯の可能性もなくなる。公訴時効の起算点も、継続犯は犯罪の終了時つまり法益侵害の終了時であり、状態犯では犯罪終了時つまり法益侵害の発生時ということになる。さらに、継続犯か状態犯かの区別は、違法判断の対象はどの範囲までかを決定することになると考えられている。たとえば、住居侵入罪を状態犯と解すると、その違法性を決定するのは、侵入行為の動機・目的・態様・侵入当時の意思等に限られるが、継続犯と解すると、侵入当時の客観的事情のみではなく、侵入後の不法継続状態も違法判断の対象となると考えられている。⁽⁵⁾しかし、法益侵害を基準とした継続犯と状態犯の区別から、右のような結論を直接的に導き出すことには問題があるようにも思われる。すでに芝原教授は、窃盗罪は占有取得の時点で既遂に達する以上その後の使用態様等をもとに行為の可罰性を判断することはできないとする説に対して、状態犯と継続犯の区別に関連させて「窃盗罪においては占有の侵害後も権利者がその物を使用できないという法益侵害は継続しており、ただ、それが占有侵害という事実と比べれば法益侵害性の程度が相対的に少ないだけであって、このために監禁罪のように自由の拘束の継続中、拘束の開始と同程度の法益侵害が継続する場合は区別されて継続犯でなく状態犯として構成されているにすぎないのだとすれば（平野・総論一三三頁）、限界的事例において可罰的違法性の判断のためには占有取得後の事情をも考慮することも認められるのではあるまいか」とされた。⁽⁶⁾そこでは、法益侵害による状態犯と継続犯の区別は適当ではなく、あるいは、適当であるにしてもその区別から直ちに可罰的違法性の判断の対象について結論を導くべきではないとの考慮がなされているといえよう。

本稿は、右のような法益侵害を基準とする状態犯と継続犯の区別は適当か、もし適当ではないとした場合には両者の区別の基準はどのようなようになるのか、公訴時効の起算点・共犯の成立・違法判断の対象はすべて統一的な基準によって解決されるべきなのかという観点から、状態犯と継続犯について考えようとするものである。

- (1) たとえば、団藤重光・刑法綱要総論(改訂増補版・昭和六三年)一一七頁、四二〇頁、大谷実・刑法講義総論(昭和六二年)一六八頁、四六八頁。
- (2) 団藤・前掲書一一七頁。
- (3) 平野龍一・刑法総論I(昭和四七年)一三三頁。
- (4) 大谷・前掲書一六八頁。
- (5) 正田満三郎「住居侵入罪と不退去罪」ジュリスト四四五号(昭和四五年)一一八頁、一二〇頁。
- (6) 芝原邦爾「不法領得の意思」法学セミナー一九八三年二月号一一七頁。

二 法益侵害の維持・強化

状態犯と継続犯の問題については、我国よりも西ドイツの方がいくらか議論が多いように思われる。そこで、以下では、参考になると思われる範囲内で西ドイツの学説・判例を検討することとしたい。

犯罪行為が構成要件のすべての要素を充足すれば既遂となることは問題がない。これに対して、犯罪がいつ終了するのかについては、西ドイツにおいても、判例・学説とも明確ではない。⁽¹⁾ 行為の不法が終了するとき犯罪も終了するというのが一般的であろう。⁽²⁾ そして、既遂と終了の間に時間的差異があり、既遂後しばらくして終了に至るものとして一致して認められているのは継続犯と目的犯の多くであるといえよう。監禁罪は被害者の監禁によって既遂に達し、釈放によってはじめて終了する。継続犯では違法状態が発生した後に、それを維持することは継続的に構成要件を実現するものだからである。さらに、犯罪の構造からではなく、犯行の態様から、継続犯と同様に扱われるべき場

合として、人を縄で束縛して傷害し続けるような場合がある⁽³⁾。次に、目的犯は刑事政策的観点から終了以前に既遂を前にずらしている犯罪である。西ドイツでは、詐欺罪は損害の発生によって既遂となるが、終了時は、構成要件上は目的とされている行為者の利益取得が実際に生じたときとされる⁽⁴⁾。たとえば、虚偽の名前で商品を注文し、さらに、それを配達する郵便配達人に行業者はその名前の者であると誤信させて、それを受領した場合には、会社がその商品を送付した時点ですでに損害と同一視される財産の危険化が生じ既遂になるが、行為者側での受領時にはじめて終了する⁽⁵⁾。年金詐欺 (Rentenbetrug) の場合も契約成立後の個々の支払いについて不作為の欺罔を認めるか否かという問題はあがあるが、契約の成立による損害の発生時に既遂となり、最終の支払いにおいて終了する⁽⁶⁾。

これらの場合に対し、反対に次の場合には既遂と終了の時間的差異を認めるべきか、あるいは、時間的差異を認めるとしてもこれをどのように扱うべきかについて議論の対立がある。

第一は窃盗及び強盗である。これらは西ドイツでは不法領得の目的によらねばならず、目的犯であるが、窃盗は奪取、つまり占有の設定によって既遂になる。その際に占有が確定になっている必要はない。これに対して、判例によれば、窃盗の終了は盗品の占有を確実にした時点であり、終了までは盗品の全体について共犯が可能である⁽⁷⁾。さらに、判例は、奪取による既遂後にはじめて強盗犯人が銃器を携帯した場合にも、占有の確定化による終了までは西ドイツ刑法第二五〇条一項一号による加重が可能であるとした⁽⁸⁾。

第二は放火罪である。被告人は、保険金を被害者に得させるために誰かがその家屋に放火したことを知り、自分も被害者の保険金取得を助けようと思つて油を注いだという事案があった。被告人が一階及び二階に油を注いだ時点ではすでに独立燃焼が生じており、正犯は既遂に達していた。OlG Hamm はここで、立法者が完全な刑罰を科しうるように、統一的な事象の一部分のみを分離して、第一の行為によって既遂としている場合には、本質的構成要件行為

を越えて可罰的共犯の範囲を拡張することは正当であるとした。そして、放火の場合も、放火から客体の滅失までは統一的な過程であり、放火と燃焼は単に思考上分けうるにすぎないとする。直接的保護客体は放火されたものであり、行為者の攻撃目標はその滅失なのであり、放火は単にその手段であるにすぎない。結局、放火罪についての可罰的関与は客体が完全に焼失しておらず、その部分に放火される限り可能であるとする。但し、本件では、二階から火が出たが、被告人が一階に油をまいた時点ではすでに火は一階へ燃え移ろうとしていたのである。したがって、新たに火元をつくって放火したとはいえず、火災を大きく、促進させたにすぎず、⁽⁹⁾ 幫助であるとした。

それでは、継続犯とそれ以外の場合、とくに窃盗や放火の場合には何か違いがあり、継続犯以外には既遂と終了の差を認めるべきではないのであろうか。それとも、これらの事例ではすべて既遂と終了の差を認めるべきなのであろうか。後者だとすると終了の基準は何なのであろうか。

すでに述べたように、継続犯は法益侵害の維持又は強化を構成要件の内容としてしていると解されている。しかし、それならば、右の各事例においても、法益侵害を維持又は強化している限りは、たとえその間の行為が構成要件要素を⁽¹⁰⁾ もはや充足しないものであるとしても、犯罪は終了しないとする⁽¹¹⁾ ことは一貫しているといえよう。エーザーは窃盗や放火について法益侵害の維持又は強化の終了を犯罪の終了とする見解を示している。⁽¹⁰⁾ シェトラーターヴェルトも、終了の時点を決めるには構成要件は基準とはならず、その後の終了に至る不法をどのように限界づけるかが問題であるとする。⁽¹²⁾ すなわち、原則として、詐欺や放火の例から、法益侵害の全体的結果の終了時が犯罪の終了時点である。しかし、OLG Hammが放火の事例で燃焼過程という客観的基準を用いたのは適切ではない。というのは、行為者が一部のみの燃焼を目的としているような場合にまで、全体的結果の終了をもって犯罪の終了とすべきではないからである。⁽¹³⁾ ここから、終了は客観的及び主観的に限界づけられ「終了は各構成要件の保護方向にある結果を、その実現が行為者

の計画に一致する限りで包括するものである⁽¹⁴⁾。この見解に対して目的犯の中には法益侵害と関係ないものもあるとのハウの批判があるが、右の見解では詐欺罪の利得の目的等も被害者側の財産侵害の強化と捉え直すことになる⁽¹⁵⁾。

しかし、右のような法益侵害を基準とする終了概念を認めることには批判も強い。その中でも重要と思われるのは次の二つの批判である。

第一は結果無価値に対する批判である。すなわち、フォーグラマーは刑法はすべての因果的法益侵害を処罰しようとするのではなく、構成要件の範囲内でなされる法益侵害のみを処罰しようとするのであり、既遂と終了の間の態度について一般的に可罰性を根拠づける機能を認めることは、構成要件行為の非因果的周辺領域も一般に可罰的と信じていた時代に戻ることにするとする。フォーグラマーによれば、犯罪終了の理論は個々の構成要件に特有の解釈の問題であり、可罰性の法定性の原則に従って検討しなければならぬ。西ドイツ憲法第一〇三条第二項により、行為者の態度は、文言上及び実質上の許される解釈によって各構成要件に結びつけられる場合にのみ可罰性を根拠づける⁽¹⁷⁾。この観点から、先にあげた窃盗や放火の事例では既遂後の事象は刑罰を根拠づけるものとはできないとするのである⁽¹⁸⁾。

さらに、キュールも、法益侵害の維持・強化を終了の基準とする見解は、行為無価値を無視していると批判する。終了概念が法治国家的要求を満たすのは、終了概念が形式的意味での構成要件と一致し、とくに個々の犯罪の特殊な行為類型を守る限りにおいてのみである。たしかに、構成要件のメルクマールは解釈を必要とするし、その解釈は保護目的、実質的不法内容に向けられねばならない。しかし、キュールによれば、その実質的不法内容は法益侵害と同一視してはならない。結果無価値のみを実質的不法内容とすることは、行為無価値、とくに行為類型の法治国家的機能をゆるがせにする。そうでなければ、実質的不法内容からなされた解釈は各々の構成要件の適用範囲をその類型を越

えて拡張することになる。たとえば、盗品の占有の確実化に役立つ行為、つまりもはや奪取ではない行為を窃盗の実行行為とし、実行行為のいろいろな法的効果を認めることになってしまう。⁽¹⁹⁾

第二のより重要と思われる批判は、ルシュカの継続犯と状態犯の区別に関する批判である。すなわち、法益侵害の維持・強化を終了の基準とし、既遂後の行為者の態度がすでに侵害されている法益のさらなる侵害にどの限りで影響したかという観点から終了を定めるといふなら、たとえば監禁罪を継続犯とし、窃盗罪を状態犯として両者を対置させることにはどのような意味があるのかという批判である。右の基準によれば、既遂時点と法益侵害のさらなる侵害による終了時点が異なるすべての犯罪は継続犯罪 (Dauerstrafat) であるともいえる。すべての監禁と同様にすべての窃盗は継続犯罪であり、窃盗罪は継続犯であることになる。ルシュカは、法益侵害を基準とする見解が従来の継続犯罪の概念とその内容的構成 (Implikation) を不可能にしてしまうことを批判しているのではない。彼は、法益侵害を基準とする見解が従来の継続犯罪の概念をそのまま並列的に扱っていることを批判するのである。⁽²⁰⁾ 法益侵害を基準とする見解を一貫させれば、継続犯の概念はその意義を失うことになるのである。

このように、右にあげた窃盗及び放火の事例は終了の基準を再検討する契機を与え、終了の基準として法益侵害の維持・強化をあげる見解をもたらしたのである。この見解は、個々の構成要件の保護目的、法益保護機能は決して既遂の時点で消失するものではなく、消失すべきではないとする点で特色があり、終了を実質的観点から捉えるのである。しかし他方で、この見解は、法益侵害の維持・強化という観点からは、監禁罪等の継続犯と窃盗罪等の状態犯は区別できなくなることを、したがって、この二つを区別しようとするならば法益侵害という実質的側面からだけではなく、各々の構成要件に特殊な行為類型を中心にして、構成要件の文言にそった解釈がなされねばならないことを認識させることとなったといえよう。

三 構成要件の実現

それでは、法益侵害の維持・強化を越えて、犯罪の終了の基準となる構成要件の実現とはどのようにして認められるのであろうか。もちろん、既遂となった以上は構成要件の実現はありえないとする考え方も成り立ちうるが、法益侵害の維持・強化を基準とする見解を批判する立場も、そのような厳格な考え方をするわけではない。

ルシユカは、既遂と終了が異なるのは、既遂時点を越えた行為の続行が継続性を示す場合、つまり、行為の同一性を保証する要素が常にそして絶え間なく存在する場合のみであり、各々の構成要件がその達成段階の状態において絶え間なくさらに実現される場合であるとする⁽²⁾。もちろん、いつこの継続性があるかを判断することは非常に難しい。真正作為犯と真正不作为犯は、不作为義務又は作為義務がなくなるまで継続する。問題は不真性不作为犯であり、はじめの作為によって行為者が保証人の地位に立ち、今度は不作为によって同一の構成要件を充足しうるような場合である。この場合は、構成要件の充足には法益侵害が必要であるか、法益侵害の危険で充分かが重要であり、前者では刑法の予防機能から、後の不作为が法益侵害の増大・強化をもたらす場合にのみ構成要件がさらに充足される。これに対して、後者では、後の不作为が法益侵害の危険の増大・強化の他に、単に危険にさらされた法益をそのままにしておくことも構成要件のさらなる充足といえる。具体的には、西ドイツ刑法第一二三条一項の住居侵入罪は保護された場所への侵入によってその構成要件が充足されるが、行為者にはその後も立去る義務があり、この義務を履行しない限り犯罪は継続する。監禁罪も、監禁後、被害者を釈放する義務を怠る不作为によって法益侵害が強まるので継続する。西ドイツ刑法第二五三条の恐喝罪も、被害者が現金を郵便に付した時点で財産の危険は発生するが、なお、被害者が郵便局から返還請求をなしえなくなるまでは決定的損害は発生していないので、この間、行為者が危険の原因となっ

た脅迫を取り消す義務を怠る限り、犯罪は継続する。⁽³⁾

西ドイツ連邦最高裁判所は、いなか道で自動車に乗っていた被害者をピストルで脅迫して小切手や財布を渡させた後に、公道でさらにピストルで被害者を脅迫して、灯火をつけないで、停車することなく走り去るようにさせたという事案について、西ドイツ刑法第二五五条の強盜的恐喝の脅迫は、盜品の占有の確実化に至っていない時点、つまり、犯罪が終了していない時点で、公道で行なわれているので、加重事由（西ドイツ旧刑法第二五〇条第一項第三号）が存在するとした。⁽⁴⁾ ルシュカによれば、結論的にはこの判例は支持すべきである。しかし、判例のように不明確な終了概念によるべきではなく、行為者が強盜的恐喝や恐喝の構成要件メルクマールをさらに実現しているか否かを問題とすべきなのである。この観点から考えると、脅迫というのは脅迫行為の瞬間に終わるものではなく、被害者がその効果の下にあり、行為者が作為又は不作为によってこの脅迫に関係している限り続くのであり、くり返して脅迫する場合も、それはすでに存在する状態を新たに表現するにすぎない。次に、この脅迫の継続により、被害者は恐喝された金を取り戻したり、助けを求めたりして所有権を回復する手段を講ずることをやめることになり、財産の処分が継続して存在することになる。また、これによって、財産的被害もより大きくなる。したがって、行為者がこれらの行為を故意に、さらに、盜品の占有の確実化という利得目的をもって行なう限り、恐喝罪の構成要件は既遂後もさらに実現されているといえる。⁽⁵⁾

しかし、奪われた盜品の取り戻しが困難になる点を法益侵害の強化ととらえるのであれば、窃盜や強盜でも同様に考えなければならぬことになる。したがって、ルシュカの見解は、恐喝の構成要件の脅迫の性質、つまりそれは将来効果をもつことに注目した点で意義があるといえよう。そして窃盜や強盜では同様に盜品の占有の確実化に至る行為が既遂後になされても、奪取は脅迫と異なり、将来に向けて効果をもつものではなく、窃盜や強盜の構成要件の実

現は既遂時点で終了していることになると思われる。

法益侵害の維持と強化のみを基準とする見解を批判したキュールも、既遂後の犯行の続行が作為又は不作為による構成要件に類型的な行為であるか、構成要件に類型的な結果を生じさせる場合にのみ、既遂と終了が時間的に異なることを認める。前者の例として、たとえば、行為者が被害者の手首を縛ってつねに増大する苦痛を与えているときは、それを緩めないという不作為によって傷害の構成要件を類型的に充足しつづけるのである。また、後者の例としては西ドイツ刑法第二六三条の詐欺罪の欺罔行為が、多くの構成要件該当の結果、たとえば、保険会社 (Versicherung) に損害を与える数回の年金の支払いをもたらす場合があげられる。⁽⁶⁾これに対して、詐欺罪は行為者側での財産上の利益の取得によって終了すると考えることは、詐欺罪は利得を構成要件要素としていない点からみて疑問がある。窃盗罪についても、盗品の占有の確実化によって窃盗罪はじめて終了するというのが通説・判例であり、そこに所有権侵害の強化があるとされている。しかし、西ドイツ刑法第二四二条の窃盗罪は奪取による領得であり、奪取とは新たな、しかし必ずしも確実でない占有の設定であり、盗品の占有の確実化はもはや奪取ではなく、盗品の占有の確実化については別に第二五七条 (犯罪庇護)、第二五九条 (贓物罪) 及び第二五二条 (強盜的窃盗) が存在する。⁽⁷⁾したがって、奪取後の事情は窃盗の構成要件には含まれないことになる。

これらの見解によれば、既遂後にも構成要件の実現が認められるのは、まさに作為・不作為によって構成要件要素をさらに充足する場合のみである。もちろん、とくに不作為で構成要件を充足するといふとき、いつ作為義務を認めべきかは、法益侵害の維持・強化という観点を全く度外視して考えることはできない。しかし、ルシュカとキュールの見解は、たとえば所有権侵害の維持・強化をもたらす行為であつても、脅迫、奪取といえない場合には構成要件要素の充足を認めないのであり、行為類型からの可罰性の限定という主張に忠実であるといえよう。

これと異なり、右の見解と同様に、既遂後終了までの間の行為はさらに構成要件を充足しなければならぬとしながら、法益侵害の維持・強化という観点をより重視するものとして、フルトナーとキューパーの見解をあげよう。

フルトナーは、窃盗については、連邦最高裁判所のように、行為者が盗品を一定の場所に持っていった時点ではじめて終了する⁽⁸⁾というのに行きすぎであるとする。しかし、窃盗の奪取という構成要件メルクマールは、窃盗犯人が盗品を持って、被害者の支配領域から立ち去ったとき、たとえば、監視のない商店等では、行為者が雑踏にまぎれてもはや認識できなくなったときにその実現が終了するという⁽⁹⁾。もちろん、この場合はなお「奪取」の解釈の範囲内といえるかもしれない。しかし、フルトナーは、さきあげた放火の事例について、建物のすでに燃えている部分は、まだ燃えていない部分についての点火物 (Zündstoff) であると考えれば「火を放つ」(Inbrandsetzen) という構成要件要素が実現されているとする。そして、その理由を、自己点火 (Selbstentzündung) による建造物の燃焼について、火が建造物に移る前に燃焼を強める者は疑いなく放火罪となるのに、建造物自体が燃焼し始めた後に火元 (Brandherd) を強める行為はもはや「火を放つ」に該当しないと、器物損壊罪で軽く処罰するのは行為の不法内容に反し、後者においても共同体に対する危険性を発生させていることを無視する点に求めている⁽¹⁰⁾。しかし、これは法益侵害の強化は両者において同じであるから、両者ともに「火を放つ」という構成要件を実現するという考え方のように思われ、法益侵害の維持・強化の他に構成要件の実現をも終了の基準とした意義を半減させるものといえよう。同様のことは、キューパーの見解についてもあてはまるように思われる。キューパーも、既遂後の行為がなお構成要件の文言の範囲内の解釈によって構成要件に該当する場合にのみ既遂後の行為を可罰的とし、放火の事例に関して、点火された客体の完全な燃焼をも含むように「火を放つ」というメルクマールを解釈しようとする⁽¹¹⁾。しかし、その解釈を詳しく展開してはいない。フルトナーは、各規範の決定機能と評価機能は既遂時点を越えて完全な法益侵害に係わるの

であって、既遂によって規範的な保護の効果が消滅するのでは構成要件はその任務を十分に果たしていないという。そこから、放火の構成要件は発生した法益侵害の維持・強化をも否認しているとするが、⁽¹²⁾ここから右のような「火を放つ」の解釈が当然に導かれるべきだとしているにすぎないようにも思われるのである。

むしろ、それならば、イエンシェックやハウのように、立法者は全体的な犯罪事象を刑罰をもって禁止しようとしているのであり、構成要件要素の充足は既遂の要件にすぎず、既遂に至ったということはそれ以後の行為が不可罰であるということの意味しないと考える方が無理がないように思われる。

イエンシェックは、終了を既遂より後の時点で認めるために、構成要件要素の解釈の際に、「文言の可能な意味」への結びつけを慎重にはあるが緩める必要があるとする。終了は構成要件に内在する禁止の意味によって実質的に捉えられ、構成要件に関係するものとして考えられねばならない。⁽¹³⁾たとえば、窃盗は奪取によって既遂となる。しかし、行為者が所有者同様の支配の客観的設定によって領得目的を実現したときに終了する。所有者同様の支配は構成要件該当性という観点からいうともはや奪取ではない。しかし、領得は新たな占有の確定化という形で奪取に密接に結びついている。⁽¹⁴⁾詐欺罪においても、被害者側での損害の発生によって既遂となるが、その財産移転罪としての性格から、行為者が財産的利益を取得したときにはじめて終了する。被害者の損害は行為者財産における資産の増加として現われ、また、この結果は欺罔行為によって追求されているという点に構成要件該当行為との結びつきが認められる。⁽¹⁵⁾放火も鎮火又は建造物の消失によってはじめて終了する。燃焼の経過はもはや構成要件該当行為ではなく、放火の客観的効果の結果にすぎないが、放火行為は少なくとも、目ざされた事象の原因として継続的に作用しているからである。⁽¹⁶⁾

しかし、右のような形で構成要件該当行為と終了までの過程の結びつきを認める説も、自らその結びつきが弱い場合があるとする。⁽¹⁷⁾それにもかかわらず、無理に構成要件該当行為との結びつきを肯定するのは、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からであるように思われる⁽¹⁸⁾。その限り、右の基準によっても継続犯と状態犯の区別はできないのである。

- (1) Vgl. Küper, a.a.O., S. 252. 窃盗罪・強盗罪として既遂を基準とするものとして、たゞや¹⁹ Gossel, Über die Vollendung des Diebstahls, ZStW Bd. 85, S. 646f.; Isebeck, Beendigung der Tat bei Raub und Diebstahl, NJW 1965, S. 2326ff.
- (2) Hruschka, a.a.O., S. 197.
- (3) Hruschka, a.a.O., S. 198f.
- (4) BGH JZ 1969, 606
- (5) Hruschka, Anmerkung (BGH JZ 1969, 606), JZ 1969, S. 607f.
- (6) Kühl, Grundfälle zu Vorbereitung, Versuch, Vollendung und Beendigung, Jus 1982, S. 114.
- (7) Kühl, Zum Verjährungsbeginn bei Anstellungs- und Rentenbetrug, JZ 1978, S. 551f. 444²⁰ 奪取による領得として、Maiwald, Der Zweignungsbegriff im System der Eigentumsdelikte, 1970, S. 175ff., 183ff.
- (8) BGHSt 4, 132.
- (9) Furtner, Verhältniß von Beihilfe und Begünstigung, MDR 1965, S. 432.
- (10) Furtner, Rechtliche Vollendung und tatsächliche Beendigung bei einer Straftat, JR 1966, S. 170f.
- (11) Küper, Grundfragen der Unfallflucht, JZ 1981, S. 252.
- (12) Küper, a.a.O., S. 252f.
- (13) Jescheck, a.a.O., S. 691.
- (14) Jescheck, a.a.O., S. 693. ハウも奪取に続く占有の確実化はもはや奪取ではなく、構成要件を充足する行為ではないという。Hau, a.a.O., S. 36ff., 48. なお、ハウは終了を総論の問題ととらえ、その基準として、犯罪構造又は行為の性質に一致する法益侵害の終了をあげた。その構成要件を充足しない行為を可罰性を根拠づけるものとする²¹ことも、他の総論の問題と同様に慣習法上許されるかどうかであり、これは許さず²²。Hau, a.a.O., S. 48ff.
- (15) Jescheck, a.a.O., S. 693.
- (16) Jescheck, a.a.O., S. 694.
- (17) Jescheck, a.a.O., S. 693.

四 個別的問題

それでは、以上にみたような抽象的に把握された終了概念から、既遂後の共犯、時効、既遂後の被害者側での正当防衛の可能性等について統一的な解決が導かれるべきであろうか。すなわち、法益侵害の維持・強化を終了の基準とする場合には状態犯と継続犯の区別なく、すべて法益侵害の維持・強化の続く限り共犯は可能であり、時効は進行せず、正当防衛はなしうるのであろうか。反対に、既遂後の態度が作為又は不作為によって構成要件を充足するか、構成要件に該当する結果が発生している限りにおいてのみ、犯罪は終了しないとすると、継続犯と状態犯は区別され、状態犯については既遂後は共犯は不可能であり、時効は既遂によって進行し、正当防衛は不可能になるのであろうか。もちろん、継続犯と状態犯の区別を維持するというのであれば、後者のように考えなければならぬであろう。しかし、継続犯、状態犯、そして犯罪の終了という概念は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。そこで、ここでは、これらの個別的問題について若干の検討を加えることとしたい。

(一) 共犯 従来、終了概念は主として、既遂後の共犯を認めるべきか否かという形で問題になり、解答が与えられてきたように思われる。そして、共犯論において共犯の処罰根拠を違法の惹起に求め、とくにその際に行為無価値を重視した惹起説に立てば、既遂後の共犯は正犯の構成要件実現、西ドイツ刑法の詐欺罪では少なくとも損害の発生について、また、窃盗罪では奪取に寄与しなければならぬことになるように思われる。⁽¹⁾これに対して、結果無価値を

重視する惹起説によれば、法益侵害の維持・強化に寄与する者を共犯とすることは論理的に全く不可能とはいえないであろう。⁽²⁾ もっとも、結果無価値惹起説も法益侵害の惹起と維持・強化を区別して、共犯はまさに惹起についての関与でなければならぬとし、共犯の処罰根拠は共犯者が正犯者と共に犯罪結果を惹起した点に求められ、⁽³⁾ 心理的因果関係であつてもとにかく結果惹起と結びつきが共犯成立に必要とされている。しかし、監禁罪のような法益侵害の維持・強化に対する共犯を否定するものともいえない。問題は共犯の本質及び罪刑法定主義の要請から共犯の成立を正犯の構成要件実現にどの程度結びつけて考えるかである。わが国においては、承継的共犯の問題を扱った判例の多くは既遂後の共犯の成立を認めている。承継的共犯のリーディングケースとされる判例は、強盗目的ですでに被害者を殺害した夫、つまり正犯として強盗殺人の既遂に達している夫から情を知らされてロウソクをかかげて夫の金品強取を容易にした妻を強盗殺人の幫助とした。⁽⁴⁾⁽⁵⁾ もっとも、強盗殺人の既遂は強盗が既遂に達していなくても認められるという特殊性はある。しかし、強盗のみが問題になる事案でもなお既遂後の共犯は認められている。すなわち、Mが暴行・脅迫によって被害者から現金を奪い取り、かつ、タクシー料金の支払請求を一応断念させた後に、被告人はMの命令の下に被害者に暴行を加えた。弁護人は監禁罪の共同正犯ならば罪責を認めるとしていたが、判例は両者の行為の場所的同一性と時間的接着性、暴行の具体的態様等を考慮して「被告人が加担した以後の暴行は、自己の逃走を容易にする目的のほか、強取した財物を確保し、タクシー料金の支払を免れるという利益の取得を決定的に確保なものにするための手段としても行なわれたものと認めるのが相当である。……前記財物及び財産上の利益を確保するといふ行為は、一個の強盗行為の一部を組成するものであり、したがって、被告人は強盗の実行行為の一部を分担したものと認めなければならない」とした。そして、被告人の監禁罪の成立をいう所論はMの金品強取をもって強盗行為は終了したとする見解を前提とするものであつて、採用できないとした。⁽⁶⁾ この判例は、強盗罪について既遂後の財物の

占有の確実化、利益取得の確実化による終了までの承継的共同正犯（強盗傷人——傷害は前後両行為から生じている）を認められた点で特色がある。たしかに、後に述べるように、行為者に広い意味で帰責される事象は構成要件該当行為に限られず、その後の法益の危険化及び侵害をも含むと解することもできるように思われる。しかし、ルドルフィーのいうように、それは行為者自身への帰責の問題として公訴時効や量刑についてのみであって、第三者の責任を問う共犯論については直ちにはあてはまらない。⁽⁷⁾ ルドルフィー自身は、幫助は正犯の構成要件該当行為への寄与を通して構成要件的結果を正犯と共に惹起したことを前提とするので、既遂後の関与は幫助にはなりえないとする。具体的には、監禁罪の既遂後の関与は正犯の不作为による監禁の実現に関与するものとして幫助となりうるが、窃盗の占有の確実化への関与は幫助とはなりえず、前述の放火の事例は後の関与者も客観的に建造物の焼毀の原因をつくっているので正犯であるとする。⁽⁸⁾

とくに財産犯についてはルシユカやキュールのいうように、既遂後の犯罪関与者を処罰する必要がある場合には立法者は贓物罪や犯罪庇護（西ドイツ刑法二五八条）等の規定を用意していることから、それ以外の場合は既遂後の関与者は特に処罰しない旨が読みとれる。⁽⁹⁾ わが国でも同様に考えられる。窃盗の占有確実化までは「餘剩行為」として、⁽¹⁰⁾ 贓物の運搬も贓物運搬罪ではなく、窃盗罪の共犯になるとする見解は、⁽¹¹⁾ 中谷教授の言われるように、本犯既遂後の加功⁽¹²⁾について独立の評価をしようとする法の趣旨に⁽¹³⁾反する。

(1) Vgl. Köhl, Grundfälle zur Vorbereitung, Versuch, Vollendung und Beendigung, Jus 1982, S. 189f.

(2) Vgl. Köhl, Zum Verjährungsbeginn bei Anstellungs- und Rentenbeitr., JZ 1978, S. 551; Stratenwerth, Anmerkung (OLG Hamm, Urteil v. 23. 5. 1960), JZ 1961, S. 97; Stratenwerth, Strafrecht A.T., I, 3. Aufl., 1981, Rdn. 869ff.; Rudolphi, Systematischer Kommentar zur Strafgesetzbuch, Band I, A.T., 4. Aufl., 1983, Vor §22 Rdn. 9; Schönke-Schröder-Eser, Strafgesetzbuch Kommentar, 23. Aufl., 1988, Vor §22 Rdn. 10.

- (3) 大越義久・共犯の処罰根拠(昭和五六年)一一三頁、一五九頁以下。
 - (4) 大判昭和十三年一月一八日刑集一七卷八三九頁。
 - (5) 平野・刑法総論Ⅱ(昭和五〇年)三八二頁、西田典之「承継的共犯」刑法の基本判例(昭和六三年)七一頁参照。
 - (6) 東京高判昭和五九年七月一三日判時一〇八二号一四二頁。もっとも、事後強盗との均衡の問題はある。事後強盗に關して、窃盜犯人でない者が暴行に加わり、傷害を負わせた事案について、刑法六五条一項を適用し、事後強盗致傷罪の共同正犯としたものとして、大阪高判昭和六二年七月一七日判時一二五三号一四二頁。なお、先行為者の一連の暴行に途中から共謀加担した被告人につき、後行為者は先行為者の暴行そのものに加担するものではないこと及び暴行の程度が軽いことから、先行為者の行為等を自己の犯罪遂行の手段として利用する意思及び現実の利用がないとして、加担後の行為についてのみ刑責を問うるとした判例として、大阪高判昭和六二年七月一〇日高刑集四〇卷三三〇頁。
 - (7) Rudolphi, Die zeitlichen Grenzen der sukzessiven Beihilfe, Festschrift für H.-H. Jescheck, 1985, S. 559ff., insbes. S. 561f.
 - (8) Rudolphi, a.a.O., S. 569ff., 577ff., 563f, 566, 568f.
 - (9) Hruska, Die Dogmatik der Dauerstrafaten und das Problem der Tatbeendigung, GA 1968, S.205 Anm. 43; Kühl, Jus 1982, S.190. Vgl. Kühl, JZ 1978, S.551.
- なお、法益侵害の維持・強化を終了の基準とする見解又は構成要件の実現を広く認めて終了の基準とする見解は、一般に、Begünstigungと既遂後の補助は行為者の認識によって、つまり、犯罪者に利益を保証する目的だったか、犯罪の完成を助ける目的であったかによって区別されるとする。これに対して、補助の故意は einfach なものでよいとし、あるいは Begünstigung は終了の時点からはじめて可罰的であると見て、補助の範囲を広く認めるものとして、Furtner, Verhältnis von Beihilfe und Begünstigung, MDR 1965, S. 433f. や、Furtner, MDR 1963, S. 433f. は、補助者は Begünstigung の主体になりえないのではないかとしている。Furtner, MDR 1963, S. 433f.
- (10) 宮崎澄夫「犯罪の既遂と実行行為終了」法学新報六六卷五号(昭和三四年)一四五頁以下。
 - (11) 中谷瑾子「赃物罪と本犯との関係」完「法学研究三四卷八号(昭和三六年)二〇一頁。
 - (12) 平野博士も誘拐罪について「法は被拐取者を収受した者を、別に、しかも軽く罰している。監禁の場合、被拘束者を収受してひきつづき監禁した者は当然監禁罪で処罰されるのであって、特別の規定を必要としない。だから収受について、別の規定をおいたということは、法が誘拐罪を状態犯とした証拠だといつてよい」とされる。平野龍一・刑法総論Ⅰ(昭和四七年)一三三頁。誘拐罪を継続犯とした判例として、大判昭和四年一月四日刑集八卷六八八号。
 - (13) 既遂後に生じた加重事由の帰責についても右と同様に考えられよう。法益侵害の維持・強化をもって終了の基準とする考え方を一貫させれば、その解消までに発生した加重事由はそのまま帰責されよう(Eser, a.a.O., §330 Rdn. 10, Vor §22 Rdn. 11)。たとえば、窃盜の既遂後

に盗品の占有の確実化のために銃器を携帯すれば、西ドイツ刑法二四四条一項で加重される。さらにその銃器を用いて暴行・脅迫すれば西ドイツ刑法二五〇条一項一号によって刑が加重される。そして、その際、西ドイツ刑法二五二条の事後強盗の規定を適用するまでもなく、終了までの暴行・脅迫であるとして、直接に西ドイツ刑法二四九条の強盗罪の規定を適用する方が一貫しているといえよう(Hurshka, a. O., S. 205 Anm. 43. Vgl. BGHSt. 20, 194)。しかし、強盗と事後強盗の区別はまさに既遂と終了の区別に係わっており、事後強盗の規定は既遂終了までの間の暴行・脅迫を特別に扱おうとするものである(Hau, Der Zeitpunkt der Beendigung und ihre rechtlichen Wirkung, 1973, S. 132ff.)⁽¹⁾このような規定があればそれを適用しなければならず、また、そのような規定の存在しない場合には、既遂後の加重事由を帰責することはできない。 (Kühl, Jus 1982, S. 192; Isenbeck, Beendigung der Tat bei Raub und Diebstahl, NJW 1965, S. 2329; Rudolph, Systematische Kommentar, Vor § 22 Rdn. 10)。たとえば、既遂後の銃器の携帯は加重されず、強盗的恐喝の場合にまで二五二条を適用することはできないであろう(しかし、BGHSt. 22, 227は二五〇条一項二号の重い傷害又は死亡による加重を認めた。また、Hau, a. O., S. 136は西ドイツ刑法二四四条一項一号及び二号の加重を窃盗の既遂後にも認める)。

(二) 正当防衛 逃走しようとする窃盗犯人又は強盗犯人に対する正当防衛についてはどのように考えるべきであろうか。法益侵害の維持・強化を終了の基準とすれば、その時点、たとえば盗品の占有の確実化までは、逃走によって所有権侵害は強化されているとして、被害者による正当防衛は許されることになる。これに対して、構成要件実現という基準を厳格に適用すれば、たしかに奪取は実現されている⁽¹⁾。しかし、正当防衛の侵害は可罰的態様・方法で行なわれる必要はなく、構成要件該当行為でなくともよいと考えられる⁽²⁾。わが国においても、正当防衛の侵害の現在性については、侵害が犯罪である場合には、その犯罪の既遂時期の到来によって現在性が失われるわけではないという説が有力である。「窃盗が既遂に達した後でも、その直後で追跡中であり、盗んだ物の占有をまだ十分に確保したといえない状況にあれば、侵害は現に存在しており継続中であるから、正当防衛としてこれを取り戻すことができる」とされるのである⁽³⁾。ここでは、終了までの間正当防衛が可能であるという点で継続犯と状態犯は特に区別する必要がないようにも思われる。

(一) Vgl. Hurshka, a. a. O., S. 206 Rdn. 43.

(2) Kahl, Jus 1982, S.193 Schönke-Schröder-Lenkner, a.O., §32 Rdn. 15, 19.

(3) 内藤謙・刑法総論(中)(昭和六一年)三三二頁、三三三頁。他に、平野・刑法総論Ⅱ(昭和五〇年)一三六頁、団藤重光・前掲書二二五頁以下。なお大阪高判昭和三十一年二月二日刑集九卷二二六三頁(バラックのとりこわしを正当防衛としたもの)。これに対して、状態犯と継続犯の区別に従って、継続犯の場合にのみ既遂後も正当防衛は可能であるとする説として、内田文昭・改訂刑法Ⅰ総論(昭和六一年)一〇八頁注(6)、一九四頁。なお、小野清一郎新訂刑法講義総論(昭和三年)一三三頁参照。

(三) 不動産侵奪罪と遡及処罰 不動産侵奪罪が継続犯であるか状態犯であるかが問題になったのは、昭和四二年一月二日の最高裁決定をめぐってであった。事案は、K所有の隣地の上の小屋を無断使用していた被告人が、不動産侵奪罪施行後にコンクリート塀の倉庫を建築して使っていたというものであった。⁽¹⁾最高裁はブロック塀倉庫の建築によって占有が質的に変化して一時使用から侵奪に至ったという原判決を是認し、遡及処罰にあたらないとした。最高裁の決定自体は状態犯・継続犯の問題にふれていない。しかし、この判例に対しては、不動産侵奪罪は状態犯であるので①賃貸借契約期間の解除後の占拠のように適法に占有を開始した後に占有が不法になったときは「占有の移転」がないので本罪は成立しない。②本罪処罰規定施行前に侵奪行為を行ない、その後も不法占拠を続けている者も処罰されない。侵奪行為の処罰は遡及処罰になるし、法律施行後の不法占拠は犯罪ではないからであるとし、本事案では排他的占有の移転はすでに規定施行前に完成しているので、本判決は②に反するとの批判がある。そして、継続犯ならば①②の行為は処罰されるという。⁽²⁾しかし、①に関しては、継続犯と解しても、違法状態の惹起としての「占有の移転」は必要と考えられ、状態犯と継続犯で①の場合の処罰について直ちに異なる結論に至るともいえないように思われる。また②に関しても、継続犯と解した場合にも、施行以前から続いている不法占拠を途中からでも処罰することが国民の予測可能性を害し、憲法三九条の趣旨に反しないかが問題になるのであって、継続犯と解したからといって直ちに規定施行後の行為を処罰できるとはいえないであろう。⁽³⁾

(1) 最決昭和四二年一月二日刑集二二卷九号一一七九頁。

(2) 町野朔「不動産侵奪罪」刑法判例百選Ⅱ各論(第二版・昭和五九年)七〇頁以下。

(3) 前田信二郎「不法領得の意思が生じ、それを表示する行為があったときから、その占有は不動産侵奪罪にあたる」とする事例「昭和四一・四二年度重要判例解説(昭和四八年)二二九頁、福岡高判昭和三七年七月二三日高刑集一五卷五号三八七頁参照。

(四) 公訴時効 公訴時効の起算点についても、法益侵害の維持・強化を終了の基準とする見解によればその時点から時効を起算することになる⁽¹⁾。しかし、西ドイツ刑法七八条aは第一項において行為(Tat)の終了時を、第二項では構成要件に属する結果の発生時を基準としている。したがって第二項に意味をもたせようとするならば、第一項には結果は含まれないと解釈すべきことになる⁽²⁾。そして、第二項の結果も構成要件に属する結果に限られるので、Renten Betrug等では最後の支払いの時点が最終の損害の発生時として時効の起算点となりうる⁽³⁾が、窃盗罪の領得目的の実現は構成要件に属する結果とはいえず、第一項によって奪取時が公訴時効の起算点となると解される⁽⁴⁾。ここでは、状態犯と継続犯は区別されることになる⁽⁵⁾。

わが国の刑事訴訟法は「時効は、犯罪行為が終了した時から進行する」(二五三条一項)と規定している。西ドイツ刑法七八条a二項に該当する規定はない。そこで、判例・通説は犯罪行為の中に結果も含めていいる。このように考えないと、結果発生によってはじめて可罰的となる犯罪については、刑罰権も発生せず、訴追もできない段階で公訴時効の完成を認めることになり不都合である⁽⁶⁾。

問題はこの結果のとらえ方である。判例は外国人登録令による届出義務違反について、継続犯的性格を肯定し、既遂時点である申請期間経過後も義務を履行するまでは時効は完成しないと⁽⁷⁾した。しかし、その実質的内容は外国人の登録に関する報告要求の強さにあり、申請期間経過後も義務の履行が同程度に要求される点にある⁽⁸⁾。そうだとすると、状態犯とされているものでも、法益侵害の維持・強化があれば場合によっては公訴時効を進行させないことも考えられ

ないわけではない。公訴時効は、時間の経過によって生じた事実上の状態の尊重、証拠散逸による真実発見の困難性、刑罰の必要性の減少等に本質があるとされている。したがって、法益侵害が維持・強化されるときには時効の進行を認める必要性に乏しいように思われる場合も生じる。従来、状態犯とされてきた不動産侵奪罪の公訴時効について、係争地の土砂削り取り作業を開始した後、昭和四八年二月中旬ころ境界線上にある楠の木を伐採し、その根を掘りおこしたうえ、本件土地の土砂を削り取って整地し、その南西側にコンクリート擁壁を築造して造成を行ったという事案に關し、不動産侵奪行為はその行為の性質上一定の時間的継続がみられるのが通常であるとの前提に立って、本件でも、右二月中旬ころになされた侵奪行為が終了した時、すなわち、侵奪行為の一部とみうる最終の行為が終わった時から進行するものと解されるとした判例がある⁽⁹⁾。この判例は既遂時期に言及していないが、従来の不動産侵奪罪の既遂時期に關する判例からすると⁽¹⁰⁾、整地の段階で既遂になるとも解される。そうすると、従来の不動産侵奪罪を状態犯とする立場からすると、既遂時点で直ちに公訴時効が進行するはずである。したがって、右判例がその後の侵奪行為終了時点ではじめて公訴時効が進行しうるとしたことは、既遂と終了、少なくとも既遂と公訴時効進行時点が異なる場合があることを認めたように解される点で、意義があるように思われる⁽¹¹⁾。

さらに、板倉教授は、時効の起算点としての結果発生は犯罪の本質・実態に即して合理的にとらえられなければならないとされる。そして、サリドマイド奇形のように進行することが予想されない傷害の場合は傷害の時点を取算点としうるが、水俣病のように⁽¹²⁾、傷害の進行・悪化が予想される場合には、傷害が悪化して死亡したときは死亡という結果発生時点から、傷害の進行の停止が確認された場合にはその時点から時効を取算すべきであるとされる⁽¹³⁾。致死は構成要件に属する結果であるので、構成要件実現を終了の基準とする見解からもこのような結論を導くことは不可能ではないであろう⁽¹⁴⁾。しかし、傷害についても、悪化するようなものの場合にはその停止からはじめて時効を取算すべき

だとされる点は、継続犯と状態犯を区別する見解⁽¹⁵⁾と異なり、犯罪の実態とくに法益侵害の強化と時効の本質から起算点を定めようとするものといえよう。板倉教授の言われるように、公訴提起の必要性は傷害罪ではその程度に関係しており、胎児性の水俣病では、出生後に中枢神経疾患が進行するのであるから、公訴提起の必要性も強まるとも考えられる⁽¹⁶⁾。西ドイツ刑法と異なり、時効起算点について「構成要件に属する結果」の発生時という限定のないわが国の刑事訴訟法二五三条一項の下では、右のように考えることも可能といえよう⁽¹⁷⁾。かつて宮本博士が説かれたように、状態犯であるということから当然の結果として時効の起算点を導くのではなく、逆に、まず、政策上時効の起算点をどのような行為又は結果発生⁽¹⁸⁾のときにするかを定め、そこから状態犯と言いうるかを考えることもできるように思われる。

(1) Vgl. Schönke-Schröder-Eser, a.a.O., Vor §22 Rdn. 10; Rudolphi, Systematische Kommentar, Vor §22 Rdn. 8; Jescheck, a.a.O., S. 699; Hau, a.a.O., S. 143ff.

(2) Kühl, JZ 1978, S. 550ff.; Laekner, Strafgesetzbuch, 17. Aufl., 1987, §78a Rdn. 1. 西ドイツ旧刑法六七条四項には結果は含まれていなかった⁽¹⁸⁾。Hrushka, a.a.O., S. 205f.

これに対して、西ドイツ刑法七八条 a の第二項に独自の意味をもたせようとする一つの試みとして Rudolphi (Systematische Kommentar, §78 Rdn. 3) の見解がある。すなわち、第一項の行為を終了行為(犯罪の終了)ととらえ、結果を含ませた上で、第二項の結果を結果的加重犯の結果であるとするのである。この見解に対しては、Kühl, JZ 1978, S. 550 参照。

(3) BGH JZ 1978, S. 283. Vgl. BGHSt. 22, 38 (Anstellung Betrug 217) は契約締結時を起算点とする。

(4) Kühl, JZ 1978, S. 553; Kühl, Jus 1982, S. 193.

(5) Schönke-Schröder-Eser, a.a.O., Vor §52 Rdn. 82, §78a Rdn. 11.

(6) 小野・犯罪の時および所(大正十二年)七〇頁以下。

(7) 最判昭和二八年五月一四日刑集七卷五号一〇二六頁。なお、麻薬取締規則による報告義務違反について同旨のものとして、最判昭和二八年六月一八日刑集七卷六号一三三八頁。

(8) 松尾浩也「公訴の時効」刑事訴訟法講座一巻(昭和三八年)二〇六頁参照。継続犯とすることに反対するものとして、平野・刑法総論一

- 三三頁。
- (9) 福岡高判昭和六二年二月八日判例時報一二六五号一五七頁。
- (10) 鳥取地裁米子支判昭和五五年三月二五日判例時報一〇〇五号一八一頁。
- (11) 林幹人「不動産侵奪罪の公訴時効の起算点」判例時報一二八二号(昭和六三年)二四三頁以下。
- (12) 福岡高判昭和五七年九月六日高刑集三五卷二号八五頁参照。
- (13) 板倉宏「公訴時効の起算点」判タ三七三三号(昭和五四年)二三頁、二三頁、同「公訴時効の起算点」法律のひろば四一巻六号(昭和六三年)三七頁、三八頁。
- (14) 傷害致死罪について傷害時を時効の起算点とする見解(小野・前掲書七六頁)、さらに過失致死についても右と同様に解する立場(座談会「熊本水俣病刑事判決をめぐって」ジュリスト六九〇号(昭和五四年)一八頁)三井誠・真鍋毅両教授の発言(参照)もあるが、例えば、熊本水俣病で問題となった業務上過失致死罪と業務上過失傷害罪については、両罪は構成要件的に別個の犯罪であることから傷害を経て死亡した場合も死亡時点から公訴時効を起算すべきであるとするのが判例(熊本水俣病第一審判決『熊本地判昭和五四年三月二二日判例時報九三一号二六頁』)及び第二審判決『福岡高判昭和五七年九月六日前掲』)及び学説(石川才頭「いわゆる水俣病刑事事件第一審判決の問題点」判例時報九八九号(昭和五六年一九三頁))の立場であるといえよう。これに対し、土本教授は「実質的にも、現に、過失行為によって人の死という結果が生じているのに、それを無視することは、燃えているものを“消えた”と擬制することになり、公訴時効制度の趣旨に合わない」(土本武司「公訴時効・迅速な裁判」ジュリスト九〇八号(昭和六三年)三九頁)とされ、「一個の客体に生じた死亡という事実が分離不可能な事実であるのに、これを傷害の発生と死亡の発生とに分離し、業務上過失致死の訴因を業務上過失致死と業務上過失傷害とに分離してことを論ずるのは、公訴時効論としても妥当性を欠く」(土本・前掲論文四一頁)として右第一審判決を批判されるのは、傷害の継続性を認め、その極限として死亡を捉える方向から死亡時を時効の起算点とするものである。後者につき、小瀬保郎「公訴時効の起算点」刑事訴訟法判例百選(第五版・昭和六一年)六七頁、飯田英雄「水俣病刑事判決と公訴時効をめぐる問題点」法律のひろば三二巻六号(昭和五四年)一九頁参照。なお、熊本水俣病上告審判決である最決昭和六三年二月一九日刑集四二二巻二号三二四頁参照。
- (15) 内田・総論一〇八頁注(6)。
- (16) 板倉・法律のひろば四一巻六号三八頁注(11)。なお、板倉教授は傷害罪は一般に即成犯と分類されているとされる。板倉・判タ三七三三号二二頁。
- (17) 金谷利廣・永井敏雄「水俣病刑事事件上告審決定」ジュリスト九一一号(昭和六三年)七七頁は本文のような場合も「構成要件の結果」の発生が継続しているとされる。

(五) 既遂後の事情と違法性 既遂後の事情と違法判断に関しては、結論的にいうと、違法判断の対象が構成要件該当行為に限られるべきだと考える以上、⁽¹⁾構成要件の要素とはされない既遂後の事情によって違法性の有無が左右されることはないとしなければならない。このような角度からは、いわゆるマジックホンの取付けについて、取付けた以上、危険犯である有線電気通信法違反の罪及び偽計業務妨害罪は成立し、弁護士に相談して取り外したこと、実害額が僅少であること等は犯行後の情状に関する事情であるとした判例は、⁽²⁾それらの罪を危険犯とする前提に疑問はあるが、正しい側面をもっているといえよう。ただし、構成要件該当性の判断において、ある程度の違法性判断が行なわれることは、構成要件が実質的違法行為の類型である以上、⁽³⁾認められるべきであらう。そこでは、状態犯とされる窃盗罪においても可罰的奪取といえるかが問題となる。あるいは、構成要件該当性判断はより形式的に行なう場合でも、たとえば、奪取はその物についての自己又は第三者の「事実上の支配」によって完成するが、可罰的違法性・法益侵害性が十分でない場合は既遂とならないとも考えられる。⁽⁴⁾内田教授は、犯罪の既遂に法益侵害又はその危険性を必要とされ、既遂とは「構成要件に該当する違法な行為」であるとされた。そして、窃盗の既遂については、いかなる財物をいかなる状況で窃取するかという角度から、個々具体的にその法益侵害性を確定してゆくべきであるとされる。⁽⁵⁾つまり、法益侵害性が十分ではない場合には既遂に達しないことになる。このような立場からすると、いわゆる新薬産業スパイ事件に関する東京地裁判決は基本的に正しいといえよう。製薬会社部長甲が国立予防衛生研究所技官乙と共謀の上で乙をして上司S室長が保管・管理する戸棚から資料を持ち出させ、これを受けとって自社でコピーをして数時間後に乙をして戸棚に資料を返却させた事案について、甲と乙に窃盗罪の共同正犯の成立を認めた。そして、占有の侵害については、乙においてSが不在の時を見計い、Sには無断で本件「各資料を戸棚から取り出し、これを自己の

支配下に置いたのであるから、この時点で「S室長の本件各資料に対する占有が侵害されたことは明らかである」とした。⁽⁶⁾しかし、他方で、乙はSの不在時を見計って予め定められた時間に製剤室を訪れた甲に右各資料を直接手渡し、甲は自社でコピーを作成した後、一部の資料については約一六時間後の翌朝に、その他の資料については約七時間後の夕方に乙の許に返却し、乙はS室長の戸棚の元の場所に戻したことも証拠上認められるとし「右のような資料の利用状況や返還までの時間を見れば右占有侵害が実質的な違法性を具備していることも十分に肯認できるところである」と判示したのである。⁽⁷⁾ここでは、S室長の各資料の占有の侵害を認めながら既遂とはせず、占有侵害は継続していると考えて、その間の違法性を考慮したともいえよう。⁽⁸⁾従来は、このような場合、資料の取り出し時点で既遂とし、その後の利用状況や返還までの時間等は主観的な不法領得意思の認定資料として用いるという方法がとられていたように思われる。⁽⁹⁾本判決はこれと異なり、占有侵害中の財物の利用状況や返還までの時間を客観的な違法性決定の要素としてとらえた点で意義がある。⁽¹⁰⁾但し、具体的事案としては、実質的違法性を根拠づけるためとはいえ可罰的「奪取」の判断の対象が広すぎるのではないかという疑問がある。

継続犯とされる監禁罪においても、自由拘束が瞬間的なものではならず、ある程度の継続性が必要であり、さらに、それが社会生活上耐え難いほどのものでなければ可罰的違法性はなく、既遂犯としては処罰できないであろう。⁽¹¹⁾しかし、窃盗罪等と異なり、違法性を具備して既遂に至った後の被害者解放までの間の状態も構成要件実現行為であり、違法性判断の対象となりうる⁽¹²⁾と解される。

(1) 町野朔「構成要件の理論・その3・完」法学セミナー一九八六年八月号八六頁以下、同「構成要件の理論・その2」法学セミナー一九八六年七月号九〇頁以下参照。同「犯罪論と刑罰論」現代法哲学第三卷（実定法の基礎理論・昭和五八年）一四二頁以下参照。なお、前田雅英「法文の明確性と解釈の明確性」ジュリスト八五三三号（昭和六一年）五八頁参照。

(2) 東京高判昭和五八年三月三十一日刑集四〇巻四号三三七頁、三三八頁。

- (3) 前田・刑法総論講義(昭和六三年)一三八頁。
- (4) 内田文昭・刑法各論第二版(昭和五九年)二六二頁。
- (5) 内田・改訂刑法I(総論)(昭和六一年)二七七頁。
- (6) 東京地判昭和五四年六月一五日判時一一二六号五頁。
- (7) 判時一一二六号五頁。
- (8) 内田文昭「秘密資料の無断持ち出しと窃盗罪」判タ五三八号(昭和五九年)四七頁。
- (9) 林幹人「産業スパイと財産罪」判時一二二二号(昭和六二年)一六七頁、一六八頁。
- (10) 内田・前掲論文四七頁参照。とくに、不法領得の意思不要説に立ち、可罰的違法性の有無によって使用窃盗の可罰性を限定する立場(内田・各論二五五頁、二六〇頁、拙稿「窃盗罪における不法領得の意思についての一考察」警察研究五三卷二号(昭和五七年)四三頁以下、同四号(同年)六七頁以下、同六号(同年)四三頁以下、同七号(同年)二五頁以下参照)からはこの判例の意義は高いことになる。とくに、長時間乗り廻す意思で他人の自動車を乗り出したが、気が変わってすぐに返還しておいたような場合は、可罰的違法性がないとされることになる。
- なお、西田典之「自動車の一時使用と不法領得の意思」刑法判例百選Ⅱ各論(第二版・昭和五九年)六八頁、六九頁参照。拙稿「不法領得の意思」刑法の争点(新版・昭和六二年)二五四頁。
- (11) 内田・各論一二二頁、一二四頁。
- (12) 量刑では既遂後の事情はどのように扱われるのであろうか。西ドイツ刑法四六条は量刑の規定であるが、第二項において量刑上考慮すべき事情をあげている。本文に述べたような意味での既遂後の事情に係るものとしては、まず行為実行の態様(Art der Ausführung der Tat)がある。ここでは、継続犯の場合には、西ドイツ刑法二二九条二項が監禁時間によって刑を重くしていることから明らかなように、通常の監禁罪(西ドイツ刑法二二九条一項)においても継続の長さによって量刑は重くなると考えられる。これに対して、状態犯については、違法状態の惹起のみが可罰的であり、その維持は何ら独立した違法ではなく、立法者はその維持について、すでに法定刑を定めるときに考慮している。行為者の不利益に刑を重くする方向で考慮することはできないとする説がある。行為者が任意に違法状態を排除した場合に刑を軽くする方向で考慮しうるにすぎないとするのである(Koffka, Leipziger Kommentar 9. Aufl., 1974, §13 Rdn. 39f.)。
- しかし、一般には、違法状態の確立や不可罰的事後行為は違法と責任を高めるものと考えられているのである(Koffka, a.a.O., §13 Rdn. 42f.; Bruns, Strafzumessungsrecht, 2. Aufl., 1974, S. 564f.; Schönke-Schröder-Stree, a.a.O., §46 Rdn. 40, Vor §52ff. Rdn. 115)。
- 西ドイツ刑法四六条二項は行為者の行為後の態度というメルクマールもあげており、量刑においては行為の違法性と責任はより広い意味でと

らえられている。そして、判例・通説は、行為後の態度は犯行と犯行の行為者に密接な関係を有する限りで、つまり、行為の違法性と行為者の責任に關係する限りで考慮されるとしている (Bruns, a.a.O., S. 562ff., 572ff.)。したがって、量刑の分野では既遂前と既遂後の事情を明確に区別する実益に乏しい。もっとも、行為の完成 (Vollendung) によって違法と責任は固定し (Kaufmann, Schuldprinzip, 2 Aufl., 1976, S. 259) あるいは行為後の事情によって行為自体の違法は変化しない (BGHSt. I, 105) とするものもある。しかしこれも、前者は自白と否認を量刑上考慮すべきでないとの主張に關するものであり、後者は右の表現にも拘らず自白や否認を量刑上考慮することを認めたものである。したがって、どちらも、行為の完成 (Vollendung) によって、継続犯・状態犯の違法状態が量刑上固定するとの趣旨か否かは明らかではない。また、行為の完成 (Vollendung) が既遂を意味するのも不明確なので、既遂によって量刑上、違法状態を固定すべきだとする趣旨か否かも明らかではない。

もっとも、以上の通説・判例はあくまで、犯行時の行為と行為者に關係する限りで、行為後の態度を考慮しようとするのに対して、行為後の事情を独立した違法評価の対象とする説 (Beijing, Lehre von Verbrechen, 1906, S. 245ff; Spendel, Zur Lehre von Strafmaß 1954, S. 236ff; Kern, Grade der Rechtswidrigkeit, ZStW 64, 1952, S. 287) もある。とくに、ヘーリングは構成要件の外部にあるメルクマールも構成要件とともに全体を構成するとし、窃盗品の売却によって所有者の再取得を困難にするような場合を違法性を高め量刑を重くする例としている。これに対し、パウマンは、構成要件で保護されている法益又はそれと同一方向にある法益の侵害を違法性を高める要素とすることは二重評価の禁止及び罪刑法定主義に違反するという (Baumann, Das Verhalten des Täters nach der Tat, in: Beiträge zum Strafrechtsdogmatik, A.T., 1987, S. 254ff, insbes. S. 263f.)。しかし、不可罰的事後行為等も、まさに、窃盗等の構成要件においてその後の盗品の処分をも評価し、量刑上重く考慮しうるからこそ後の処分は改めて処罰されることはないと言われているのではないかと疑問がある。

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状態 (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との結びつきの程度を考慮して、たと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ように思われる。