

令和 5 年 5 月 28 日現在

機関番号：32621

研究種目：若手研究

研究期間：2019～2022

課題番号：19K13540

研究課題名（和文）犯罪の継続についての理論的基礎

研究課題名（英文）Theory of "end of crime"

研究代表者

牧 耕太郎 (MAKI, Kotaro)

上智大学・法学部・研究員

研究者番号：70802461

交付決定額（研究期間全体）：（直接経費） 1,600,000円

研究成果の概要（和文）：犯罪の継続が問題とされる場面には様々なものがあり、また犯罪の構成要件要素は様々な政策的考慮を加味して規定されている。そのため、犯罪が継続するかどうかは、何か特定の要素だけを取り上げて論ずることができることができる性質のものではない。むしろ、問題となっている特定の事実が構成要件上どのような意義を有しているかどうかを分析、検討することにより、そのような事実が持つ刑法上の意義・評価を明らかにすることによって、個別具体的問題を解決することが望ましい。

研究成果の学術的意義や社会的意義

本研究によって、様々な個別の犯罪論上の問題は、それぞれの領域において検討すべきことを改めて確認できる。犯罪の継続・終了という「用語」が一定の「結論」を示す言葉に過ぎず、その検討の過程を示すものではないということを示したことで、個別の犯罪論上の問題の具体的検討をさらに促すことが可能となった。このことは、進んで、構成要件及びその要素のより精緻な検討を促すことを意味していると考えられる。

研究成果の概要（英文）：There are various situations where the continuation of crime is considered a problem, and the elements constituting a crime are defined taking into account various policy considerations. Therefore, whether a crime continues or not is not a matter that can be discussed by focusing on specific elements alone. Rather, it is desirable to resolve individual specific issues by analyzing and considering the significance of the specific facts in terms of the elements and evaluating their legal significance, thus clarifying the legal evaluation of such facts in criminal law.

研究分野：刑事法学

キーワード：犯罪の継続 犯罪の終了 継続犯 状態犯 公訴時効 共犯関与

科研費による研究は、研究者の自覚と責任において実施するものです。そのため、研究の実施や研究成果の公表等については、国の要請等に基づくものではなく、その研究成果に関する見解や責任は、研究者個人に帰属します。

1. 研究開始当初の背景

(1) 可罰性限界としての「犯罪の終了」についての通説的理解

わが国では、犯罪が可罰的になるのは、構成要件該当性が充足された時点である、「既遂」の時点であるということが原則とされている(いわゆる既遂犯処罰の原則)。他方で、わが国においては、既遂の前段階である未遂や、それ以前の段階である予備・準備・陰謀等においても、明文の規定でもって、一定の範囲でその処罰可能性が認められている。他方、「犯罪がいつ終わるのか」という観点での明文の規定は存在しない。そこで、犯罪の実質であるところの法益侵害との関係でもって、解決を図ろうとしたのが従来の刑法理論の一般的な潮流であった。すなわち、法益侵害が生じたらただちに犯罪が終了するとする即成犯(典型例は殺人罪)、法益侵害後も構成要件該当性が認められるとする継続犯(典型例は逮捕・監禁罪)そして、犯罪が既遂に至った時点で犯罪は終了するが、その後も法益侵害状態は続く認められる状態犯(典型例は、傷害罪や窃盗罪)の3つに分けるというものが通説的な地位を有していた。

(2) 通説に対する異論や議論状況

このような分類の下でも、従来、犯罪の継続が認められるかどうか議論された犯罪類型が存在する(例えば、住居侵入罪や盗品等保管罪)だけでなく、そもそも状態犯であっても犯罪が継続することがあり得るとの指摘や、そのような問題意識を引き継ぎながら、犯罪類型ごとに犯罪の継続の有無を判断すること自体を否定するような立場が表れていたところである。他方で、従来の伝統的な議論枠組みをある程度は維持しつつ、特に継続犯と状態犯との区別を意識する形で、犯罪の継続の本質を実行行為に求めるのか、それとも犯罪結果(構成要件該当結果)に求めるのかという議論の土俵の設定も行われたところであった。

(3) 研究開始時の問題意識

以上のような議論は、いくつかの問題を捨象してはいないかということが問題であるように思われた。すなわち、すでに指摘がされていたように、犯罪の継続・終了を問題にする場面というのは、実際には特定の(そして別個の)刑事法理論上の問題に対する回答として与えられてきたところ、別個の問題である以上は、それぞれには固有の問題意識が働いているはずであり、必ずしも統一的な解を導き出さねばならないということにはならないのではないかと、ましてそれを異なる犯罪類型間で同様に処理をしなければならぬ必然性は小さいのではないかとという問題が、真っ先に挙げられる。あるいは、犯罪類型ごとの判断はあり得るとしても、それぞれの類型にはそれぞれの政策的理由から、付加的な処罰要件が構成要件要素として組み込まれており、単に行為の継続なのか結果の継続なのかと論じたところで、それぞれの犯罪の実態とは乖離した議論になりはしないかということも問題であった。また、刑罰法令は、当該の規定を通常の判断能力を有する国民が読めば、その処罰範囲を適切に予測できるはずであるという予測可能性を前提に規定されているはずであるから、当該刑罰法令の文言それ自体の持つ限界というものが与える影響もあるであろう。

このような諸点をクリアできるような理論とはどのようなものか、あるいはそのようなものがそもそもあり得るのかということが、本研究代表者の問題意識となっていた。

2. 研究の目的

以上のような問題意識の下で、既遂後の事態においても可罰性が肯定されるための要素、すなわち犯罪の継続の要素を探求するのが本研究の目的である。もっとも、この「要素」は、「事実」の側面と「法規範」ないしは「法的評価」の側面の2つがあり得るところである。その意味で、事実と法規範ないしは法的評価の結びつきの観点から、犯罪の継続の要素を検討することが目的となる。

3. 研究の方法

本研究では、まず、個別の犯罪類型において、犯罪の継続がどのような場面で問題とされ、またそれぞれについてどのような回答が与えられているのかを個別に検討するという手法を採用した。具体的には、すでに本研究代表者において研究成果を公刊していた、所持罪及び死体遺棄罪を除いて、監禁罪、盗品等保管罪、住居侵入罪において、犯罪の継続が問題とされる場面を具体的に特定しながら、わが国での議論を中心にしながら、必要に応じて母国法であるドイツ刑法学の知見を参照して、検討を施した。

本研究も実定法学における研究であるため、従来の裁判実務や学説上の理解を参照、検討するという、いわゆる文献研究と呼ばれる手法を採用している。すなわち、判決文や実務法曹の書いた諸論攷、さらには研究者の手によってこれまで公刊されている論文や体系書、あるいは注釈書のようなものを、批判的に理解することで、実務・学界においてどのような理解がなされてきたのかを炙り出し、それを言語化することを目指した。

4. 研究成果

犯罪各論の議論が先行しているため、その議論の順に従って、研究成果を明らかにする。

(1) 監禁罪の犯罪継続性

監禁罪は、これまで、継続犯の典型例とされてきた。しかしながら、監禁罪が継続犯とされてきたのには、2つの文脈が存在した。すなわち、監禁の事実が発生してもなおただちに既遂とはならず、一定の時間的経過が必要だという意味での「継続」が必要とされるという、いわば既遂時期を決するための「継続犯」という用語法と、監禁の事実が発生してから、被害者が解放されたり、あるいは死亡するなどして、被害者の移動の自由が回復または完全に消滅するまでは犯罪が継続するという意味での「継続犯」という用語法の2つである。本研究にとって主題となるのは後者、すなわち、既遂時期と犯罪の終了が異なる場合の「継続犯」である。

監禁罪で、犯罪の継続が問題となる具体的な場面は、中途からの共犯関与の可否、及び監禁の事実についての中途知情あるいは中途での忘却の場合における犯罪の成否及びその終了時期に焦点があった。この2つの側面に焦点を当て、監禁罪の罪質の分析を行ったところ、監禁の行為は、被害者の移動の自由を奪う作為とその後に時々刻々と続く「解放しない」という不作為であり、また移動の自由という権利利益の性質上、監禁の結果もまた時々刻々と続く、その意味で、行為も結果も「点の集合体」として捉えるべきであるということを示した。

(2) 盗品等保管罪の犯罪継続性

盗品等保管罪は、行為者が、窃盗等の犯人(本犯)らの委託に基づいて、盗品等を保管した場合に成立する犯罪であるが、通説は、保管行為が続いている間は犯罪が継続するという理解を示している。判例は、そのような理解を前提として、保管中に盗品であることを認識した(いわゆる中途知情)があった場合には、その時点で盗品等保管罪が既遂・可罰的となると理解しているところである。他方で、有力な批判として、盗品等保管罪にとっては本犯などの盗品等の前占有者から保管者へ盗品等の占有が移転したことが、保護法益論上、決定的に重要であり、この時点で故意がない場合には、その後に知情しても処罰し得ないとの理解を示していた。このことをもって、盗品等保管罪は、状態犯であると評されていたわけである。

そこで盗品等保管罪の罪質を検討すると、保管行為にとって重要なのは、その保管の事実が前占有者の委託に基づいているということであると知見を得た。したがって、前占有者の委託に基づく保管が継続する以上は、犯罪は終了することがなく、盗品等の保管をやめた時点で犯罪が終了するものと理解すべきとの結論に至った。しかしながら、中途知情については、知情時に不作為犯の成立を肯定できるかこそが問題であり、現在の一般的な理解を前提にすれば、その成立を肯定することは難しいであろう。

本罪の検討により、犯罪の継続それ自体と中途知情の問題は区別し得るという知見を得られたことは、これまでそれが同視されがちであった犯罪の継続という問題についての重要な知見であると考えられる。

(3) 住居侵入罪の犯罪継続性

わが国における住居侵入罪は、刑法130条にて、不退去罪と共に規定されている。通説・判例は、そのような規定構造において、不退去罪を住居侵入罪が成立しなかった場合の補充規定であると解しながらも、住居侵入罪は行為者の侵入後から行為者が退去するまで犯罪が継続するものと解している。このような理解に対しては、不退去罪の存在を強い根拠として、住居侵入罪は、行為者の立入りの時点で終了し、その後の事態については不退去罪でもって解決すべきであるとする立場が有力である。

住居侵入罪については、同様の規定を持つドイツ刑法とは、その前提になる理論状況が、若干異なる。ドイツにおいては、ドイツ刑法(StGB)13条が、不真正不作為犯が成立する際に、刑を裁判所の裁量によって減輕できるとする、任意的減輕を認めている。しかしながら、わが国では、作為犯と不真正不作為犯は、その犯罪の実現形態の差に過ぎず、法効果上の差異はない。そのため、ドイツでは議論価値のある「(滞留型の)不真正不作為犯としての住居侵入罪」という問題が、わが国においては大きな議論価値を持たない。

このことを前提として不退去罪の存在価値を考えたとき、不退去罪において要求される「退去要求」という要件がいかなる性質を有しているのかということが問題となる。これまでこの点が集中的に議論されることはほとんどなかったが、これが構成要件要素として理解されている以上は、基本的には違法要素であると理解されるべきである。このように理解をすると、侵入後に行為者が滞留しているというだけでは、保護法益である住居権が継続的に可罰的な強度をもって生じているということとはできず、むしろ、侵入時に一旦ピークを迎え、その後は減退していくと理解をすべきであると解すべきとの知見を得た。

以上のことから、住居侵入罪は、行為者が住居等へ立入りをした時点で犯罪としては一旦終了すると解さざるを得ないという結論を得た。しかしながら、この点については、このような理解からは継続犯と解されてきた不退去罪の継続犯性も疑われる、さらには、住居権者が認識していない間に立ち入った者がいたとき、その存在に相当期間経過後に住居権者が認識しても(例えば住居権者が長期の旅行に出ているような場合)、その行為者を現行犯逮捕することはできないのではないかという疑問があり得、この点についてはなお課題を残している。

(4) ドイツ刑法学との差異

ドイツ刑法学では、犯罪の終了の有無は、構成要件該当性の維持・強化の有無を基準とするという理解が有力である。従来、わが国でも、この点を指摘して、このような観点から犯罪の継続を理解しようとしたものも存在した。

しかしながら、ドイツ刑法学における「犯罪の終了」という問題関心は、わが国同様の、共犯

関与の可否や公訴時効の起算点といった問題のみならず、加重類型 (Qualifikation) の成否といった特有の問題への解決にも影響を与える議論であった。この議論の前提には、「構成要件に該当する結果がなくなったものの、犯罪の継続はあり得るか」という問いが存在する。このような問いの立て方はわが国には存在しない。なぜならば、可罰性は構成要件該当性と不可分に考えられており、構成要件該当結果がなくなったと理解されれば、その時点で犯罪の終了を認めざるを得ないと考えられているからである。

したがって、ドイツ刑法学の議論は、以上のような前提を有している議論であることを確認した上で参照すべきであり、その議論がわが国における議論にただちに反映できる性質のものではないという知見を得た。

(5) 本研究の一応の結論

以上のような理解のもとで、犯罪が継続するののかという議論がされる時、実際には様々な理論的問題に対応しようとしたものであることが、改めて確認された。そして、このことは、同時に、問題解決にあたっては犯罪の継続あるいは終了という一事で検討されていたわけではないことも明らかにするものであった。すなわち、犯罪の成立要件は、行為、結果、因果関係といった要素だけではない。その他にも様々な要素がある。加えて、共犯にせよ、正当防衛にせよ、公訴時効の起算点にせよ、それぞれの問題領域において固有の考慮が必要とされている。そうである以上、それらの固有性を捨象した「犯罪の継続 (あるいはその終点としての終了)」を統一的に理解することは困難であるということもいえる。

そのような理解をした場合、わが国においては、犯罪が継続・終了しているかを正面から論じる必要性は小さいのではないかと考えている。その意味で、判決などで「犯罪が継続している」という評価は、いわば結論の言い換え、あるいは措辞に過ぎず、何らかの結論を導き出すための「理由」や「根拠」としての機能は有していないのではないだろうか。

では、実際に、問題とされている場面で、どのような思考が基本にあるのであろうか。それには、人間の通常の判断・思考方法をこそ確認しておく必要があると思われる。人間が法的問題の解決にあたる場合、基本的にはすでに判明している事実への法適用の可否を論じることになる。その意味で、判断は回顧的視点において行うことになる。そのため、まず初めに、問題となっている特定の時点の事実、構成要件該当性があるか (より具体的には、構成要件該当結果といえるか、あるいは実行行為といえるか) を問うべきである。もし構成要件該当性が、いかなる意味においても、肯定できないのであれば、そもそも犯罪の継続・終了を論じる意義はない。他方で、構成要件該当性が肯定できる場合、それが当該の問題とどのような関係に立つかが次の問題である。例えば、共犯関与であれば、当該部分に実行行為性ないし正犯行為性などがあるかといったことが問題とされようし、公訴時効の起算点が問題となるのであれば、共犯関与とは異なって、実行行為性を問題とする必要はなく、単純に構成要件該当結果であるといえればよいであろう。中途知情や忘却の場合には、知情時に実行行為性が問題となるし、忘却時には、忘却した時点で構成要件該当結果が見いだされ、またそれを帰属すべき実行行為がどの時点かを特定すれば足りるものと思われる。以上のように考えれば、犯罪の継続・終了という問題は、いわば、客観的帰属や主観的帰属という問題に収斂することとなる。

(6) 本研究の日本刑法学への貢献可能性

本研究によって、従来議論の対象になっていた、犯罪の継続は行為の継続か、それとも結果の継続かという問題の設定の仕方は不適切であることが明らかになったように思われる。今後、中途からの共犯関与や、公訴時効の起算点、あるいは中途からの知情といった諸問題は、まさしくそれぞれの分野の議論の精緻化によって、解決が図られるべきである。

また、この理解は、客観的帰属・主観的帰属というものの議論の精緻化を促すものともなろうし、あるいはそもそも「構成要件」概念の再検討を迫るものともなろう。そこまでは進まずとも、構成要件該当性と可罰性判断の同値性には再考が迫られると考える立場もあり得よう。

(7) 本研究では未解決のままになってしまった問題

他方、本研究固有の問題ではあるが、研究代表者の研究が及び得なかったものがある。それは、本研究が刑事実体法を対象としていたものではあるが、その判断は、捜査実務にも強い影響を与え得るのであり、その点への考慮が行き届いていないのではないかと、という点である。例えば、現行犯逮捕に関する規定である刑事訴訟法 212 条 1 項は明らかに「罪を行い終つた者」と規定しており、この要件を充足しているかどうかは、捜査実務にとって重要な問題となろう。あるいは、もし犯罪の終了が早めに観念されるような場合では、公訴時効が完成しているために、それを理由とした捜査 (例えば、ひどく白骨化した死体の発見を契機とする死体遺棄事件としての捜査) が困難になるのではないかとといった懸念があり得るところである。

以上のように、実体法上の問題にとどまらず、手続法上の問題にも目配りは必要であり、実体法と手続法の関係も含め、今後の課題としたい。

5. 主な発表論文等

〔雑誌論文〕 計3件（うち査読付論文 0件/うち国際共著 0件/うちオープンアクセス 3件）

1. 著者名 牧 耕太郎	4. 巻 64巻1・2号
2. 論文標題 盗品等保管罪における犯罪継続の可否	5. 発行年 2020年
3. 雑誌名 上智法学論集	6. 最初と最後の頁 99 119
掲載論文のDOI（デジタルオブジェクト識別子） なし	査読の有無 無
オープンアクセス オープンアクセスとしている（また、その予定である）	国際共著 -

1. 著者名 牧 耕太郎	4. 巻 64巻3・4号
2. 論文標題 継続犯の典型としての監禁罪	5. 発行年 2021年
3. 雑誌名 上智法学論集	6. 最初と最後の頁 279-301
掲載論文のDOI（デジタルオブジェクト識別子） なし	査読の有無 無
オープンアクセス オープンアクセスとしている（また、その予定である）	国際共著 -

1. 著者名 牧 耕太郎	4. 巻 66巻1・2・3号
2. 論文標題 住居侵入罪における犯罪の継続の有無	5. 発行年 2022年
3. 雑誌名 上智法学論集	6. 最初と最後の頁 73-110
掲載論文のDOI（デジタルオブジェクト識別子） なし	査読の有無 無
オープンアクセス オープンアクセスとしている（また、その予定である）	国際共著 -

〔学会発表〕 計0件

〔図書〕 計0件

〔産業財産権〕

〔その他〕

-

6. 研究組織

氏名 （ローマ字氏名） （研究者番号）	所属研究機関・部局・職 （機関番号）	備考
---------------------------	-----------------------	----

7. 科研費を使用して開催した国際研究集会

〔国際研究集会〕 計0件

8 . 本研究に関連して実施した国際共同研究の実施状況

共同研究相手国	相手方研究機関
---------	---------