

継続犯の故意に関する一試論

一原, 亜貴子
岡山大学法学部 : 教授

<https://doi.org/10.15017/2231007>

出版情報 : 法政研究. 85 (3/4), pp.425-449, 2019-03-08. 九州大学法政学会
バージョン :
権利関係 :

継続犯の故意に関する一試論

一原 亜貴子

はじめに

一 継続犯の定義

二 行為開始後の知情

三 行為開始後の認識喪失

(一) 失念・忘却

(二) 法益侵害状態解消の誤信

おわりに

はじめに

本稿は、継続犯において故意の存否が問題となる場合について若干の考察を行うものである。継続犯はその本質として、行為者による実行の着手から犯罪の終了までにある程度の時間的継続が予定されている犯罪であるが、場合によってはその間に行為者の犯罪事実に関する認識が変化することがあり得る。例えば、他人から頼まれて物品を保管していた者が、後にそれが盗品であることに気付いたにもかかわらず、そのまま保管を継続した場合に、当初は故意なく盗品の保管を開始したものの、その後知情を知ったことを以て直ちに盗品保管罪の成立が認められるのであろうか。或いは、所持が禁止されている物品を所持していた者が、時間の経過と共にその事実を忘れてしまった場合、又はその物品を処分したものと思いついていた場合には、故意が否定されて犯罪も終了するのであろうか。

このような問いに答えるため、本稿では、継続犯の定義を確認した後(一)、次の二つの場合について、行為者の認識が変化した場合の故意の存否と継続犯の成否について検討を加えることにする。すなわち、行為者が過失又は無過失で継続犯の構成要件に該当する行為を行い、法益侵害状態が継続している間に犯罪事実を認識した場合(二)、及び、一旦犯罪を開始したが、その継続中に行為者がそのことを失念ないし忘却したり、法益侵害状態が解消されたと誤信したりすることで、犯罪事実の認識を欠くに至った場合(三)である。

ところで、責任主義の重要な派生原理のひとつである行為と責任の同時存在の原則は、法益侵害行為である実行行為と行為者の責任、つまり責任能力や故意とが時間的に同時に存在することを要請する。そのため、実行行為が継続している途中で行為者の認識に変化があった場合には、この要請が充たされない恐れが生じる。もつとも、いわゆる原因において自由な行為に関する議論が示すように、(実行行為の捉え方にもよるが)必ずしも実行行為の間中、常に行為者に責任が認められる必要がないことは既に意識されている。²⁾ 本稿では、行為と責任の同時存在の原則との関係に留意し

つつ、継続犯における行為者の認識の存否と犯罪の成否について検討を加えることとする。

一 継続犯の定義

継続犯とは、当該犯罪が成立する間、法益侵害状態が継続しているものであり、その典型例としては監禁罪（刑法二二〇条）、違法薬物や銃砲刀剣類等の所持罪（例えば、覚せい剤取締法三〇条の七或いは銃砲刀剣類所持等取締法三条）や酒気帯び運転等の罪（道路交通法六五条一項、一一七条の二第二項）が挙げられる。酒気帯び運転罪では、酒気帯び状態での運転行為が継続している間は犯罪の継続が認められ、運転をやめれば犯罪も終了する。しかし、犯罪が継続しているとは言え、必ずしもその犯罪の継続が認められる間中ずっと行為者が構成要件に該当する具体的な挙動をとり続けている必要はない。例えば監禁罪において、行為者がある部屋に人を閉じ込めた後にその場を立ち去ったり、或いは眠り込んでしまったりしたとしても、その人が解放されるまでは犯罪が終了しない。部屋に人を閉じ込めて、その場所的移動の自由を侵害する状態を作り上げさえすれば、その後は行為者が何もせずとも監禁罪の成立が継続的に認められるのである。

上記のような場合には、もはや行為者による具体的な行為寄与が存在しないことから、継続犯を法益侵害等の結果が継続する犯罪と捉えるべきである、との主張がある。「継続犯において継続しているのは、行為者の意思発動としての（狭義の）行為ないし実行行為ではなく、行為の作用としての法益の侵害・危殆化である」^④。或いは、「構成要件要素である法益侵害などの結果の惹起が、監禁などのようにその結果が継続的に同等の侵害性を備えたものであるため持続的に肯定され、構成要件該当性が持続的・継続的に肯定される」ために、法益侵害等の結果が続く間、犯罪も成立し続けるというのである。^⑤

しかし、継続犯においてはやはり構成要件該当行為が継続していると考えるべきであろう。^⑥ 例えば、被害者を一旦部

屋に閉じ込めた後にそのまま解放しないことも、まさに「監禁している」のであって、解放しないことも含めて監禁罪の実行行為と言えるのではないか。つまり、当初の作為による監禁行為と、これによって作り出した監禁状態を不作為によって持続させることの全体を監禁の実行行為と捉えるのである。⁷⁾ 最高裁大法廷昭和四四年五月一八日判決が、傍論ではあるが、継続犯たる所持罪における物の所持について、「一旦所持が開始されれば爾後所持が存続するためには、…苟くもその人とその物との間にこれを保管する実力支配関係が持続されていることを客観的に表明するに足るその人の容態さえあれば所持はなお存続するのである。だから、所持は人が物を保管するためその物に対して実力支配関係を開始する行為と、その実力関係の持続を客観的に表明する容態とから成り立つているというべきである」としているのも、同様の理解によるものと解することができると思われる。そして、この不作為による実行行為が続く限り犯罪も継続し、監禁状態或いは所持状態を解消して実行行為が終了すれば、犯罪もまた終了する。つまり、継続犯は「実行行為の継続と犯罪の継続が一致している」犯罪なのである。⁹⁾

また、継続犯を法益侵害結果が継続する犯罪であるとする見解に立つと、継続犯と状態犯の相違がなくなってしまうという問題がある。状態犯であるとされる窃盗罪（二三五条）や傷害罪（二〇四条）でも、既遂犯が成立した後にも法益侵害状態は継続しているからである。例えば窃盗罪においては、犯罪成立後も被害者が当該財物を利用する可能性が失われている状態は継続している。傷害罪についても、「被害者の腕を切り落とした場合、その結果は、当初の傷害行為による『時々刻々いつまでも同等の侵害性を有する持続的な構成要件の結果』といわざるをえない」¹⁰⁾のである。

私見によれば、継続犯と状態犯とは以下のように区別することができる。まず、継続犯は、その実行行為に法益侵害状態を維持・継続することが含まれている犯罪である。¹¹⁾ 人を部屋に閉じ込めることは監禁であるが、この状態をそのままにしておくことも「監禁している」と言える。或いは、違法薬物を入手して自らの実力支配下に置いている間、行為者はこれを「所持している」。所持という違法状態が続いている間は実行行為も継続しており、その違法状態を解消す

ることである。実行行為を終了すれば、犯罪も終了する⁽¹²⁾。これに対して、状態犯では、「窃取する」或いは「傷害する」といった客体の法益の状態を変化させることのみが実行行為である。窃盗罪であれば占有移転、傷害罪であれば健康状態の不良変更をもたらす行為が終了すれば、その後はもはや当該客体を「窃取している」とも「傷害している」とも言うことはできない。法益の状態が変化させられた後は、これによって生じた法益侵害状態が続いているに過ぎないのである。

もっとも、窃盗罪でも電気窃盗のように、持続的に電気の占有移転がなされる間は犯罪の継続が認められる場合もある。傷害罪についても、例えば刃物で人の腕を切りつけて全治2週間の傷害を負わせた場合は、切りつける行為が実行行為であり、傷害結果発生時点で既遂犯が成立して犯罪も終了するが、人に薬物を点滴し続けて健康状態を悪化させ続けるような場合には、薬物の投与を続けている間は実行行為が継続しており、犯罪も継続すると考えられる。そして、これらの場合も電気の盗取或いは薬物の投与が終了すれば犯罪が終了し、その後は違法状態のみが残ることになる。

したがって、本稿は継続犯を念頭に行爲者の認識の存在時期と故意の存否をめぐる問題を論ずるものであるが、その射程は本来的な継続犯に限定されず、既成犯及び状態犯においても、犯罪の継続が認められる限りで同様のことが問題となり得る。つまり、少なくとも本稿の問題関心にとって重要であるのは、ある犯罪類型が継続犯かそれとも状態犯かということではなく、当該事案において実行行為が持続的に行われていることにより犯罪もまた継続しているのか、それとも実行行為と共に犯罪も終了して法益侵害状態が続いているに過ぎないのか、という点なのである。⁽¹³⁾

二 行為開始後の知情

上述のような継続犯の理解を前提として、まずは行為者が過失又は無過失で構成要件該当行為を行ったが、これによる法益侵害状態が継続している間に犯罪事実の認識を獲得した場合について検討する。このような場合として、例えば、

倉庫の管理者であるXが十分な確認をせずに倉庫を外部から施錠して中に人が取り残されてしまったが、後にそのことに気付いたにもかかわらず、解錠せずに被害者を閉じ込めたままにしておく場合、或いは、案内板をよく読まずに、立ち入りが禁じられている建物に誤って入り込んでしまったYが、そのことに気付いたにもかかわらず立ち去ろうとした場合が考えられる。⁽¹⁴⁾

この場合、監禁罪においては監禁状態が完成した後も被害者を解放するまでは監禁という実行行為が継続していると見る見解からは、Xが監禁の事実を認識した時点で監禁罪の故意が生じたとして、同罪の成立が認められるのであろうか。またYについても同様に、立ち入りが禁止されている場所に立ち入ったことに気付いた時点で建造物侵入罪（一三〇条前段）が成立し得るか否かが問題となる。

私見によれば、行為者が自らの行為による法益侵害の事実を認識しただけで、直ちに犯罪の成立が肯定されるわけではない。しかし、ここで重要であるのは、上記のいずれの事例でも行為者は自らの過失により法益侵害状態を作り出している、という点である。Xの作為による監禁行為は施錠の時点で終了しているが、Xには自分が不注意によって作り出した人の監禁状態を終わらせて、被害者の移動の自由を回復させる義務が生じていると考えられる。つまり、行為者が過失による先行行為によって法益侵害状態を作出した場合には、これを解消すべき作為義務が生じるが、それにもかかわらずこれを解消しないという不作為によって犯罪の実行行為を継続する場合にはのみ、事後の故意犯成立が認められるのである。また、監禁状態の作出に過失も認められない場合でも、Xは倉庫の管理者であることから、その点でやはり法益侵害状態を解消する義務があると考えられる。建造物侵入罪の事例についても同様である。Yは不注意で他人の看守する建造物に侵入したことから、同人には即時に退去することで他人の管理権侵害という法益侵害状態を終了させる義務が生じる。そして、Yが容易に退去可能であるにもかかわらず退去しない場合には、その時点で建造物侵入罪が成立することになるのである。⁽¹⁵⁾

違法薬物や銃砲刀剣類等の所持罪についても同様に考えることができる。例えば、Zが宅配便の誤配によって意図せず麻薬を手に入れたが、これを処分したり警察に届け出たりすることなく、そのまま所持し続ける場合には、当該物品が麻薬であることを知り、これを手元に置いておく意思が生じた時点でZには麻薬所持罪に該当する事実の認識が認められる。しかし、麻薬の所持状態の作出についてZには過失が認められないから、これを解消すべき積極的な義務は生じず、よって麻薬所持罪は成立しない¹⁶⁾。これに対して、職場において研究のために麻薬を使用することを許されている者が不注意でその麻薬を自宅に持ち帰ってしまったような場合には、その者には麻薬を適切に管理することが求められるため、これを元の場所に返却する等の義務が生じると考えられ、麻薬を返却したりすることなくそのまま自宅に放置すれば、麻薬所持罪が成立し得るのである。

知情により犯罪の成立を認める立場に対して、継続犯において継続しているのは法益侵害結果であるとする立場からは、故意が生じたのみでは犯罪の成立は肯定されず、法益侵害状態の「維持・継続に向けた具体的な行為寄与が認められない限り故意犯の成立は認めべきではない¹⁷⁾」とされる。そうすると、この見解によれば、上記の事例で倉庫内に人がいることに気付いたXがその状態を認容し、そのまま何もせずに監禁状態を放置する場合には、監禁の実行行為が存在せず、監禁罪の成立が認められないことになるであろう。また、不法侵入の事実を認識したYが、そのままその場所に留まるだけでは建造物侵入罪は成立しないということになると思われるが、さらに建造物内を歩き回る等すれば、住居侵入罪の成立が認められるのであろうか。この立場は、外形的な「行為」に拘るあまり、行為者が事実の認識を有した時点においてまさに「監禁している」或いは「侵入している」状態を継続する態度をとり続けていることを軽視し過ぎてしているように思われる。

他方で、この見解からは、実行行為の継続を認める見解に対して、「当初故意を欠いていたために犯罪の成立が否定されるものの、事後的に故意が生じればその時点から直ちに犯罪が成立することにな¹⁸⁾」ると指摘されている。さらに、

「実行行為の継続というフィクションは、同時存在原則の潜脱に途を開くものといわねばならない¹⁹⁾」との批判もある。しかし、ここまで述べたことから明らかであるように、この批判は、少なくとも本稿の見解に対しては当たらないと考へる。

それでは、継続犯における行為開始後の知情について、判例はどのような判断を示しているのであろうか。この問題に関する著名な裁判例としては最高裁判昭和五〇年六月二日決定²⁰⁾がある。被告人は、昭和四八年二月二日にAから背広三つ揃等四点及び鞆一個をそれぞれ預かり保管していたところ、同月二六日、これらの物品はいずれもAが他から窃取してきた物であることの情を知るに至ったが、その後同年四月一七日頃までの間自室でその保管を継続したという事案について、同決定は、「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ったのに、なおも本犯のためにその保管を継続するときは、赃物の寄蔵に当たるものというべきである」との職権判断を示して、被告人が情を知った二月二六日から四月一七日頃までの保管行為のみにつき、贓物寄蔵罪（現行の盗品等保管罪。二五六条二項）の成立を認めた。

最高裁は、被告人が情を知ったことにより直ちに犯罪の成立を認めていることから、盗品等保管罪を、その保管という実行行為が継続する継続犯と解しているのである。これに対しては、盗品等の無償譲受けや有償譲受けといった他の盗品等関与罪では盗品等の移転時に盗品性の認識が必要であり、後にこのことに気が付いたとしても犯罪は成立しないとされているため、これらとの均衡という点から、保管罪についても移転時における盗品性の認識を必要とすべきである、との批判がなされている。この立場は、保管罪の追求権侵害の側面に着目して、追求権の侵害は盗品の占有移転²¹⁾によって生じることから、その時点で盗品性の認識を要求するものであり、本罪を状態犯と捉えているようである。²²⁾

しかし、やはり盗品等保管罪も継続犯であると思われる。本罪は本犯者から委託を受けて盗品の保管を開始すること²³⁾で成立し、保管行為を続けている間、犯罪も継続するのである。状態犯説からは、無償譲受け罪や有償譲受け罪との均

衡が問題視されているが、それらは譲り受けるという占有移転の点のみが構成要件化されている犯罪であるのに対して、保管罪は本犯者から保管のために盗品を取得し、そのまま占有を続けることも含めて構成要件化されているという違いがある。そもそも、同一の条文に規定されているからといって、必ずしもそのような均衡が要求されるわけではないと思われる。

しかしながら、盗品等保管罪が継続犯であるとしても、被告人が物品の保管の開始後にその盗品性を認識しただけでは同罪の成立は認められない。私見によれば、ここでもやはり被告人に盗品の保管を終了させる義務が生じたか否かが問題となるからである。最高裁昭和五〇年決定の判示について、『保管者は、赃物の保管中知情が生じた場合、その時から保管を中止する義務を負うが、寄蔵罪は、その義務の履行に必要な期間の徒過によって成立する』⁽²³⁾ といった換えられ⁽²⁴⁾ るとの理解が示されているが、なぜ単なる知情から直接的に、盗品の保管を中止するという積極的な義務が生ずるのであろうか。これは、いわゆる釣銭詐欺の事例で、売主から渡された釣り銭が本来の金額よりも多いことに気付いた客に告知義務を認めるのと同様の考え方に基づくものであると考えられる。しかし、通常の取引関係において、取引の相手方の財産を保護する義務まで認めることには疑問がある⁽²⁵⁾。そうであるとすれば、これにもまして盗品であることを知らずに本犯者から物品を預かったに過ぎない者に、直ちに本犯の被害者の財産を保護する義務が生ずるとは考えられない。したがって、保管の途中で当該物品が盗品であることに気付いたとしても、保管者には、知情のみを理由に本犯の被害者に対してこれを返還する等して盗品の保管を終了させる法的義務が認められるわけではなく、盗品等保管罪は成立しない⁽²⁶⁾。

もっとも、被告人に盗品の保管を終了させる義務が認められる場合でも、同罪の成立はなお否定されることになると思われる。すなわち、同罪の保護法益は追求権であるが、盗品等無償譲受け罪（刑法二五六条一項）と盗品等運搬罪、保管罪、有償譲受け罪及び有償処分あっせん罪（同条二項）とは、いずれも被害者の追求権を侵害する行為であるという点では相違がないにもかかわらず、法定刑について前者は三年以下の懲役、後者は一〇年以下の懲役と大きな差が

ある。その理由として、二項の犯罪においては、その本犯助長性ないし事後従犯性が考慮されているからであると説明される。⁽²⁷⁾ 本罪における保管が、単に盗品等の占有を得て管理することではなく、「委託を受けて」保管することであるとされるのも、このことによるものであろう。つまり、ある者が窃盗の本犯者からの委託なしに本犯者のために無断で盗品の保管行為を行う場合にも、これによって被害者の追求権は侵害されると言えるが、この場合には本犯助長性が認められないために保管罪は成立しないのである。そうすると、本罪が成立するためには、盗品性の認識を前提とした委託があることが必要となる。「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」⁽²⁸⁾ からである。したがって、この点からも、物品の保管開始後に行為者が盗品性を認識しただけでは本罪の成立は認められない。

三 行為開始後の認識喪失

(一) 失念・忘却

次に、行為者は故意で犯罪を開始したが、その継続中に犯罪事実を失念したり、或いは忘却したりすることにより故意が欠けるように見える場合について検討する。学説においては、継続犯に限らず、行為者が一旦犯罪事実を認識して行為を開始した以上は、その後に認識を欠くことがあつても犯罪の成否に影響しないことが指摘されている。継続犯の結果が継続するものと解する見解によれば、一旦法益侵害状態を作出して犯罪が既遂に至った後は法益侵害状態が存在するに過ぎないから、行為者が実行行為終了後に意識を失つたり失念したりすることで当該事実の認識を欠くことがあつても、このことが故意犯の成立に影響を与えることはなく、それゆえ行為と責任の同時存在の原則の問題も生じな

いであろう。つまり、継続犯における実行行為開始後の失念・忘却は、実行行為の継続を認める場合にのみ問題化するのである。⁽³²⁾

判例は、継続犯では行為が継続するものと解しているように見える。例えば、東京高裁平成二五年一月三日判決⁽³⁰⁾は、監禁罪では「監禁行為が継続している」とする。また、外国人登録令の登録不申請罪⁽³¹⁾について、福岡高裁昭和二六年五月二四日判決⁽³²⁾は、「不申請なる不作為の状態の継続するかぎり犯罪行為が継続する所謂継続犯の一種である」とし、最高裁昭和三十一年五月四日判決⁽³³⁾の池田裁判官による補足意見でも、「不申請の状態の継続する限り犯罪行為が継続するいわゆる継続犯と解すべき」とされている。他方で、最高裁昭和二八年五月一四日判決⁽³⁴⁾は、外国人登録の義務が存続している間は「犯罪状態が継続し」としているとしか述べていないが、同罪は「登録申請をしない」ことを実行行為とする不作為犯であるため、行為の継続を否定したものとまでは言えないであろう。

そこで、継続犯における実行行為開始後の失念事例に関する裁判例を見ていくことにする。先に挙げた最高裁大法廷昭和二四年判決は、占領軍物資の不法所持罪⁽³⁵⁾に関して、「一旦所持が開始されれば爾後所持が存続するためには、その所持人が常にその物を所持しているということを意識している必要はないのであつて苟くもその人とその物との間にこれを保管する実力支配関係が持続されていることを客観的に表明するに足るその人の容態さえあれば所持はなお存続する」としている。

また、東京高裁平成二七年八月一二日判決⁽³⁶⁾は、猟銃等所持の許可を受けてライフル銃を使って狩猟をしていた被告人が、猟場で一発目の実包を発射し、二発目を発射することなく狩猟を終えたが、二発目の実包が自動的に薬室に装てんされ（そのライフル銃は、発砲すると弾倉内の次の実包が自動的に薬室に装てんされる仕組みになっていた）、装てん状態が継続していたため、その後、別の場所で被告人が引き金を引いた際に実包が発射されたという事案において、二発目の発射時にはライフル銃に実包が装てんされていたことの認識がなかったとの被告人の主張を退けて、二発目の発

射時点での銃砲刀剣類所持等取締法違反（不法装てん）の罪の成立を認めている。⁽³⁷⁾

不法装てん罪は、「鉄砲の暴発、誤発射等の事故を未然に防止するために、猟銃等所持の許可を受けた者に対し、法定の除外事由がある場合を除き、実包等が装てんされていない状態に置く」ことを求め、これに違反する行為を処罰するものである。つまり、銃に実包を装てんする行為そのものを禁じているのではなく、適法に実包等を装てんしたが、その後局面が変わって発射が許されない状況になったのにも関わらず、直ちに実包等を取り出さないことよって、装てんされた状態が若干の時間継続したときに成立する犯罪である。⁽³⁸⁾したがって、同罪の成否については、装てん時ではなく適法な装てんの理由が失われた時点、すなわち装てん状態を解除する義務が生じた時点での行為者の認識が問題となる。それゆえ同判決は、「被告人が狩猟を終えた時点で、本件ライフル銃に実包が装てんされたままになっていることを認識していたかどうか」を問題としたのである。最終的に同判決は、「被告人が狩猟を終えた時点で、本件ライフル銃に実包が装てんされたままになっていることを認識していた」ことを認めている。つまり、同罪を、違法に実包を「装てんされたままにしておく」という行為が継続するものと解しているのである。⁽³⁹⁾

このように、不法装てん罪では装てん開始時ではなく適法な装てんの理由が失われた時点での行為者の認識の有無が重要となるが、これと同様のことは、自動車の保管場所の確保等に関する法律の夜間路上継続駐車罪⁽⁴⁰⁾についても妥当する。同罪に関するよく知られた裁判例としては、大阪高裁昭和四四年二月二二日判決⁽⁴¹⁾及び最高裁平成一五年一月二二日決定⁽⁴²⁾がある。

まず、大阪高裁昭和四四年判決の事案は次のとおりである。被告人が勤務する会社では、宿直の従業員が朝になると事務所にあるキーを使用して社長用の自動車を運転して会社建物内から出し、会社が所有する駐車用の空き地又は付近の道路上に駐車させてからキーを元の場所に戻しておくことが慣行となっており、また、この自動車は社長が使用した

後、夜間には社長自ら運転して建物内の駐車場所に格納しておくのが通例であった。昭和四三年六月一八日朝、被告人は慣行どおりに社長用の自動車を運転して道路上に駐車させてからキーを事務所の元の場所に戻し、その後、自己の担当車を前記空き地から出して外回りの仕事をして、同日午後九時頃、同車を再び空き地に駐車させた上で帰社し、宿泊所で就寝したが、同日は社長が出張中であつたことから、社長用車は朝に被告人が駐車させたままの状態で放置されていた。被告人は、「法定の除外事由がないのに昭和四三年六月一八日午後七時四八分ころから翌一九日午前三時五四分ころまでの間大阪市……道路上に普通乗用自動車を駐めおき、もつて夜間に道路上の同一場所に引き続き八時間以上駐車することとなるような行為をした」として起訴されたが、一八日夜に自己の担当車を空き地に入れる際には、長時間の作業によって疲労していたため、社長用車が同日朝に駐車させたままの状態になっていることに気が付かなかつたと主張した。

大阪高裁はまず、夜間路上継続駐車罪の故意としては「当該自動車を最終的に駐車させたものにおいて、これを駐車させた当時」「その駐車状態が夜間継続して八時間に達しない間に、自己又は他人において……その駐車状態を解消することの」「予測の立たないままこれを駐車させることの認識があるか又はこれを駐車させたのち、前記のような予測が消失したにもかかわらず、当初の駐車状態を放置することの認識があれば足りる」とした。その上で、被告人が一八日の作業を終えて午後九時頃に自己の担当車を空き地に駐車させた際には、「同日朝自己の駐車させた社長常用車がすでに夜間に及んでも当初駐車させたときと同一の状態で道路上の同一場所に置かれていることに気づき、かつ、その後において自己又は他の従業員がこれを使用又は移動させるような事態は予測されないことを知りながら、これを放置して帰社した事実が推認されるのであつて、かかる以上、帰社したのち、右自動車に関することが全く被告人の脳裡から離れていたとしても、被告人は、当初みずから駐車させた自動車の駐車状態を、その解消されることの予測が消失したにもかかわらず、あえて放置したものにはかならず、当時の主観的状況においても、本件処罰規定の要件たる犯意の存

在を認めるのに十分なものといわなければならない」として、同罪の成立を認めた。

次に、最高裁平成一五年決定の事案は、被告人は平成一四年五月二三日午後七時過ぎ頃、外出先から妻と本件自動車
で帰宅したが、妻から「買物に行きたいのもう一度車を運転してほしい」旨頼まれたため、本件自動車を自宅車庫前
の道路上に駐車したままにしていたが、午後八時頃に、妻から買物に行くのをやめると言われ、その日は同車を使用す
る予定がなくなつたが、道路上に駐車させたままであることを失念していたため、同車を車庫に入れず、そのまま翌
朝まで道路上に駐車したというものである。原々審及び原審が被告人に夜間路上継続駐車罪の故意を認めたのに対し
て、最高裁は、「本罪の故意が成立するためには、行為者が、駐車開始時又はその後において、法定の制限時間を超え
て駐車状態を続けることを、少なくとも未必的に認識することが必要であるといふべきである」とした上で、「被告人
は、妻から買物に行くのをやめたと言われた時点においては、本件自動車を道路上に駐車させたままであることを失念
していた旨を一貫して供述しているところ、……被告人の上記弁解を排斥して被告人に本罪の故意があつたと認定する
には、合理的な疑いがあるといふべきである」とした。

原判決⁽⁴⁴⁾は、夜間路上継続駐車罪の故意について、「当該自動車を最終的に駐車させた者において、駐車させる際に自
己又は他人が法定の制限時間内に当該自動車を使用又は移動させる等その駐車状態を解消することの予測が立たないま
まこれを駐車させることの認識があるか、あるいは駐車させた後に前記のような予測が消失したのに、当初の駐車状態
のまま放置することの認識があれば足りるといふべきである」としており、これは先の大坂高判昭和四四年判決の理解
に依拠したものである⁽⁴⁵⁾。また、具体的な結論は異なるものの、故意の内容については本決定も同様に解しているもの
と考えられる。いずれにおいても「自己又は他人が法定の制限時間内に当該自動車を使用又は移動させる等その駐車状
態を解消することの予測が立たないままこれを駐車させることの認識」は駐車させるといふ作為、「駐車させた後に前
記のような予測が消失したのに、当初の駐車状態のまま放置することの認識」は駐車車両を放置するといふ不作為によ

る実行行為について、それぞれ問題となる。⁽⁴⁶⁾

本件被告人は、当初は後に自動車を使用することを予定して駐車を開始しているから、夜間路上継続駐車罪の故意の有無を判断するにあたっては、妻から買物に行くのをやめたと言われて自動車を使用する予定がなくなった時点での認識が問題となる。原判決は、「妻から止めたと言われた時点で、被告人には、その日はもはや本件自動車を使用する予定がなくなったのに本件自動車を道路上に駐車させたままにしておくことの認識があった」と認定して、故意を認めた。しかし、被告人は一貫して、「妻から買物に行くのをやめたと言われた時点においては、本件自動車を道路上に駐車させたままであることを失念していた」旨を主張しており、本判決では、「本件自動車が駐車されていた場所は自宅車庫前の路上であり、車庫のシャッターは開けられたままであったこと、被告人は日ごろは毎晩本件自動車を車庫に格納していたものと認められること等の本件における諸事情にかんがみれば、被告人の上記弁解を排斥して被告人に本罪の故意があったと認定するには、合理的な疑いがある」と判断された。

夜間路上継続駐車罪においては、行為者が後に他者が自動車を移動させるであろうことを予測していたため、或いは後で自ら自動車を使用する予定があったために、当初は制限時間を超えて駐車する意思なく駐車を開始したが、その予測の実現が見込めなくなった時点、或いはその予定がなくなった時点で、駐車をした者には、夜間において八時間が経過する前に当該自動車を移動させる義務が生ずる。したがって、行為者は少なくともこの時点以降に、夜間に引き続き八時間以上駐車することになる可能性を認識する必要がある。それ以前の認識は、単なる事前の故意でしかない。駐車中の自動車を移動させるという作為義務が生じたのにもかかわらず、制限時間を超えた駐車という結果の発生を予見しつつ、制限時間を超えるまで自動車を移動させないという不作為を継続することによって本罪の成立が認められるのである。

そうすると、大阪高裁昭和四四年判決では、被告人が仕事を終えて自己使用車を空き地に駐車させに行った時点で、

社長用車が朝に駐車した状態のまま置かれていることを認識し、また、その後他の従業員がこれを移動させることも予測できなかったことから、被告人は、自らが同車両を移動させずに放置し、そのまま何らの措置も執らなければ、同夜から翌朝にかけて引き続き駐車させられたまま経過するであろうことを認識していたと思われるから、同判決がこのような認識を以て夜間路上継続駐車罪の成立を認めたのは妥当であろう。これに対して、最高裁判平成一五年決定では、買物に行くために自動車を使用する予定がなくなった時点では、既に被告人は自車を路上駐車させていたことを失念していたのであるから、故意を認めることはできないのである。

では翻って、なぜ犯罪の継続中に行為者が現実の表象・認識を欠くに至った場合でも、行為開始時のそれを根拠として故意犯の継続的な成立が認められ得るのであるのか。継続犯において行為の継続を認める見解にはここでもまた、行為と責任の同時存在の原則に反するのではないかという懸念が生じる。この点について、実行行為開始後に犯罪事実を失念した場合には、「違法な事実の認識下において失念していることから、通常は、その後の結果は、違法な事実を行った際の故意に取り込まれ⁽¹⁷⁾ると考えてよい」との説明がなされているが、なぜ結果が「違法な事実を行った際の故意に取り込まれ⁽¹⁸⁾るのかは必ずしも明らかでない。

この問題に原因において自由な行為の法理を援用する見解は、例えば覚醒剤の所持について、行為者が「所持を開始した後これを放棄するなどの行為に出なかつた以上、所持を継続する意思があつたとみられるのであるから、以後その点に顧慮しなかつた結果、所持していることを忘却したとしても、原因において自由な行為について故意が認められるのと同様、所持の故意があると解してもよいのではあるまいか」とする⁽¹⁹⁾。確かに、実際に故意の有無が問題となる時点以前の故意ないし行為決意が重要な意味を持つという点では、原因において自由な行為と類似しているようにも見える。継続犯においては通常、当初の作為意思の発動があれば、その後は不作為が継続することで足りるため、当初の実行行為に不作為による結果行為に対する原因性を肯定することができるからである⁽²⁰⁾。しかし、原因において自由な行為

では、そもそも構成要件該当行為が行為決意の時点では存在せず、責任能力が失われた時点で初めて実行されるのであつて、初めから実行行為も故意も認められて犯罪が成立している状態から生じる継続犯の失念・忘却の事例を同様に考えるのは適当ではないと思われる。⁵¹⁾

そこで、「原因において自由な行為と同様と考えなくとも、主観面・客観面において、当初の実行行為と失念・忘却時の結果行為とが一体のものとみることができるところには、当初の実行行為開始時の意思決定・故意が継続的に結果行為に実現されていることから、結果行為は当初の意思決定・故意に基づく行為ともいえる」との見解も主張されている。結果行為という語が、継続犯において故意責任が問題となる時点⁵²⁾での行為を指すものとすれば、この説明には首肯し得る。

継続犯においては、実行行為により一旦法益侵害状態が発生すれば、その後はこの状態を解消しないという不作為による行為が継続する。この場合には、故意を有する状態下での行為と失念等により認識を喪失した状態下での行為に因果連関を肯定し得る限り、当初の実行行為と失念時の不作為とを一体のものと見ることができ得るであろう。行為者が自ら生ぜしめた法益侵害状態を解消して積極的に因果の流れを遮断しない限りは結果もまた持続的に生じ続けるのであるから、当初の意思決定に基づく実行行為により作出された法益侵害状態が続いていると評価できる間は、意思の連続性が認められて、当初の故意に基づく行為が継続していると見ることができると考えるのである。したがって、行為者が故意で犯罪を開始した後、その継続中に犯罪事実を失念したりしても故意は否定されず、なお犯罪の成立が認められ得るのである。

（二）法益侵害状態解消の誤信

以上のように、行為開始後の失念・忘却は通常、その後の故意犯の成否に影響を与えない。しかしながら、行為者が

法益侵害状態を解消したと積極的に誤信した場合にも、やはりその事情は犯罪の成立を妨げないのであるか。例えば最高裁は、所持が禁じられている占領軍物資であるミルクを購入して妻に手渡し、妻が出産の折に飲んだものと信じていたが、実際には妻がこれを飲まずにしまつておいたため占領軍物資所持罪に問われた被告人について、上述の最高裁昭和二四年判決を引用した上で、「仮にその間被告人において既にミルクが消費されたものと信じていたものとしても、この一事により一旦成立した不法所持罪の存続を否定し得るものではない」と判示して、同罪の成立を認めている。⁽⁵⁴⁾

確かに、所持罪の成立にとつて、行為者が所持の意識を間断なく有している必要はないとする判例の立場からすれば、この判断は一貫しているようにも思われる。しかしながら、「ミルクが消費された」という事實は、「もはやミルクを所持していない」ことを意味する。そうすると、行為者が「ミルクが消費された」と誤信することは、単に「ミルクを所持している」という認識が失われたということではなく、そのような認識を積極的に打ち消す事実を認識していたということになる。「ミルクが消費された」と考えていた上記判決の被告人は、もはやミルクの所持を開始した時点におけるのとは異なる事実を認識しているのであるから、「ミルクが消費された」と誤信していた期間についてまで継続して犯罪の成立を肯定することには疑問がある。⁽⁵⁵⁾つまり、占領軍物資所持罪は、所持の開始時点から「ミルクが消費された」との誤信が生じた時点までについてしか認められないのではなからうか。

また、例えば、銃刀法の不法装てん罪について東京高裁平成二七年判決が述べたように、同罪の立法趣旨を「実包等が装てんされていない状態に置くことを要求し、これに違反した行為を罰するもの」と理解するならば、仮に行為者が、実包が装てんされていない状態に置いたと誤信していた場合には、要罰性が欠けるとも考えられる。⁽⁵⁶⁾東京高裁平成二五年判決も、「監禁罪は、被害者の行動の自由の拘束が継続する間、犯罪が成立するいわゆる継続犯であり、客観的に監禁行為が継続しているにも関わらず、故意が途中でなくなるという事態は想定しがたいというべきである」としながらも、「あえていえば、犯人が監禁状態が解消したと誤信したというような場合であろう」と述べている。

継続犯に関する結果継続説からは、単なる失念や忘却ではなく、このように行為者が犯罪を終了させることになる事実を誤信した場合についても、行為終了後の認識の変化は問題とはなり得ず、法益侵害が継続する限り犯罪も終了しないということなるであろう。確かに、この見解を前提とすれば、このような場合に故意責任を認めても行為と責任の同時存在の原則に抵触することはない。しかし、行為者が法益侵害状態を解消したと信じる場合には、行為者の反規範的態度もまた消滅しているのであるから、客観的な違法状態の継続のみを以て故意責任を負わせることは、やはり責任主義に反するのではないかと疑問がある。

そこで、不法装てん罪や各種の所持罪について、これらの犯罪を刑法三八条一項但書という「特別の規定」として理解し、一旦故意に所持が開始された場合には、その開始後に不法装てんがされていない状態、ないし所持していない状態に置いたと信じるにつき相当な理由が認められない限り故意責任が認められて犯罪が成立する⁵⁷⁾、との見解が主張されている。つまり、特段の理由なく装てんされていない、ないし所持していないと信じることは、実質的には「忘却の延長線上にある心理状態に過ぎず、その可罰性において忘却との間に優位な差はない⁵⁸⁾」からであるという。しかしながら、故意という事実認識の有無を判断するにあたって「相当の理由」を考慮する根拠は定かではない。この見解によれば結局のところ、過失による所持を処罰することになってしまいが、明文の規定が存在しないにもかかわらず、解釈のみによって三八条一項但書にいう「特別の規定」を認めることは罪刑法定主義に反し、許されないと考える⁵⁹⁾。以上のことから、やはり行為者が犯罪を終了させることになる事実を誤信した場合には、その時点以降は故意が存在しないため、故意犯の成立は認められなくなると考えるべきであろう。

もっとも、行為者が法益侵害状態の解消を積極的に誤信している場合と単に失念・忘却したに過ぎない場合との線引きは、実際には困難な場合があると思われる。とは言え、故意は犯罪の主観的要素であり行為者の主観・内心の問題ではあるが、裁判においてそれを直接的に認定することは困難であるから、故意の有無は行為者の内心に関する主張のみ

に依拠して判断されるのではなく、客観的情況証拠の積み上げによって推認される⁽⁶⁰⁾。したがって実際には、「実包が装てんされていない」或いは「ミルクが消費された」と信じていた、といった行為者の主張だけで故意が否定されるわけではない。これは、上記の見解のように「相当の理由」が認められるか否かを考慮することとは異なる。行為者が法益侵害状態を解消したと現実に誤信していたか否かが、客観的に判断されるに過ぎないのである。東京高裁平成二五年判決が、「自ら監禁状態を作出した犯人が、そのような誤信するに至ったと認められ、あるいはそのような合理的疑いが生じるといえるのは、自ら監禁状態の解消に向けた具体的な行動に出るといった特段の事情がある場合に限られる」としているのは、このような意味で理解することができる。

おわりに

本稿での検討結果をまとめると、以下のとおりである。

継続犯においては、犯罪が継続して成立する間、法益侵害状態ないし結果だけではなく実行行為もまた継続していると考えられる。監禁罪や所持罪等の典型的な継続犯においては、法益侵害状態を作出する当初の実行行為と、これによって作り出した法益侵害状態を不作為によって持続させることを一連のものとして見ることができるところには、この間、実行行為が継続しているということができる。そして、継続犯をこのように理解する立場からは、法益侵害状態の継続中に行為者の認識が変化した場合には、行為と責任の同時存在との関係で故意の存否が問題となり得る。

そのような場合として、まず、行為者が犯罪に当たる事実を認識しないまま客観的には構成要件該当行為を開始したが、その継続中に犯罪事実の認識を獲得した場合が問題となる。判例は、行為者が情を知ったことで直ちに犯罪の成立が肯定できると考えているようであるが、これは妥当でない。私見によれば、行為者が一旦法益侵害状態を作出した後

は、不作為による行為が継続しているのであるから、犯罪の成立を認めるには、行為者に当該違法状態を解消する義務が存していなければならない。

反対に、行為者が実行行為開始後に当該事実の認識を喪失した場合については、二つの場合に分けて考える必要がある。まず、行為者が行為開始後に当該事実を失念する等して認識が失われた場合については、当初の意思決定に基づく実行行為により作出された法益侵害状態が継続し、当初の実行行為と失念後の不作為による法益侵害状態の維持とを一体のものとして見ることができると、その後も故意は否定されない。これに対して、行為者が法益侵害状態を解消したと積極的に誤信する場合には、行為者は新たに、構成要件該当事実が存在しないことを認識しているのであるから、当初の認識を根拠として故意を継続的に認めることには責任主義の観点から疑問がある。したがって、このような場合には、誤信が生じた後の行為について故意犯の成立を認めることはできない。

以上、本稿では継続犯について行為者の認識と判示の成否を検討してきたが、同様のことは、一定時間犯罪が継続する場合には既成犯や状態犯においても問題になり得ると考える。

- (1) 行為と責任の同時存在の原則については、例えば、高橋則夫「犯罪論における同時存在原則とその例外」西原春夫ほか編『佐々木史朗先生喜寿祝賀 刑事法の理論と実践』（二〇〇二年）四七頁以下、石井徹哉「行為と責任の同時存在の原則」刑法雑誌四五巻二号（二〇〇六年）二四二頁参照。また、犯罪論における同時存在原則全般を扱う最近の論考として、瀬川行太「犯罪論における同時存在原則について」（二）（二）（三）（四）北大法学論集六七巻三号（二〇一六年）七五〇頁以下、四号（二〇一六年）二二八頁以下、六八巻二号（二〇一七年）一頁以下、六九巻三号（二〇一八年）二四二頁以下がある。
- (2) とりわけ、実行行為途中からの責任無能力の場合について。
- (3) 例えば、団藤重光『刑法綱要総論（第三版）』（一九九〇年）一三二頁、大谷實『刑法講義総論（新版第三版）』（二〇〇九年）二二八頁、大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法（第三版）第二巻』（二〇一六年）四二頁（大塚）。
- (4) 松原芳博「継続犯における作為・不作為―保管・所持を中心として―」齊藤豊治ほか編『神山敏雄先生古稀祝賀論文集 第一

- 卷 過失犯論・不作為犯論・共犯論（二〇〇六年）二八九頁。同「所持罪における『所持』概念と行為性」西原春夫ほか編『佐々木史朗先生喜寿祝賀 刑事法の理論と実践』（二〇〇二年）二三頁以下、同『刑法総論（第二版）』（二〇一七年）五六頁以下も参照。
- (5) 山口厚『刑法総論（第三版）』（二〇一六年）四九頁。
- (6) 西田典之ほか編『注釈刑法第一巻 総論』888頁以下（二〇一〇年）二六四頁（西田）、西田典之『刑法総論（第二版）』（二〇一〇年）八六頁、山中敬一『刑法総論（第三版）』（二〇一五年）一八〇頁等。
- (7) 佐伯仁志『犯罪の終了時期について』研修五五六号（一九九四年）一七頁参照。
- (8) 刑集三巻六号七九六頁。
- (9) 佐伯・前掲注（7）一八頁。
- (10) 西田・前掲注（6）総論八六頁。
- (11) ドイツでは、継続犯とは、自らが創出した違法状態の義務違反的な維持によって、又は実行行為の間断なき継続によって構成要件を実現し続けるものであるとされる。Z.B. *Karl Lackner / Kristian Kuhl, Strafgesetzbuch*, 29. Aufl., 2018, Vor. § 52, Rn. 11; *LK, Ruth Rissing-van Saan, Vor. § 52, Rn. 49; BGHSt 36 255, 257; 42 215, 216*, 少し古いがドイツにおける継続犯と状態犯の区別に関する議論については、林美月子『状態犯と継続犯』神奈川法字二四巻一三三号（一九八八年）一頁以下が詳しい。
- (12) *Klaus Weber, Betäubungsmittelgesetz Kommentar*, 3. Aufl., 2009, Vor. § 829ff., Rn. 457, 468f. 所持は人の行為ではなく単なる事実態であると「*所持罪を行為（Handlung）や行態（Verhalten）ではなく状態（Zustand）を処罰する犯罪であると解するのは、Ken Eckstein, Besitz als Straftat*, 2001, S. 209, 220f.
- (13) 古田佑紀「犯罪の既遂と終了」判例タイムズ五五〇号（一九八五年）九一頁は、「いずれにせよ、ある犯罪をただ、既成犯とか継続犯とか呼んでみても、実際問題としては余り問題の解決にはならず、結局は、現実の行為の形態に着目して考えて行かなければならない」とする。
- (14) なお、住居侵入罪を状態犯とし、不除去罪のみを継続犯とする見解もある（山口厚『刑法各論（第二版補訂）』（二〇一二年）一一九頁以下及び一二七頁）。
- (15) このような場合は不除去罪との区別が問題になり得るであろう。不除去罪は許諾権者から除去の要求を受けたことを構成要件要素とするものであるから、本文に挙げた事例では建造物侵入罪が成立するが、誤って他人の管理する建造物に侵入し、これを見咎めた管理者から除去を求められたにもかかわらず除去しない場合には、不除去罪に当たることになる。
- (16) この場合には届出義務も存在しない。また、当然ながら占有離脱物横領罪の成否は別の問題である。
- (17) 松原芳博「継続犯と状態犯」西田典之ほか編『刑法の争点（ジュリスト増刊 新・法律学の争点シリーズ二）』（二〇〇七年）

- 二九頁。
- (18) 山口・前掲注(5) 四九頁。
- (19) 松原(芳)・前掲注(17) 二九頁。
- (20) 刑集二九卷六号三六五頁。
- (21) 平野龍一「刑法概説」(一九七七年) 二三五頁、曾根威彦『刑法各論(第四版)』(二〇〇八年) 一八九頁。
- (22) 西田典之「刑法各論(第六版)』(二〇一二年) 二七五頁参照。もともと、西田自身は本罪の成立を肯定する。
- (23) 佐藤嘉彦「判批」ジュリスト臨時増刊六四二号 昭和五一年度重要判例解説(一九七七年) 一七〇頁。
- (24) 中森喜彦「刑法各論(第四版)』(二〇一五年) 一三六頁以下、山口・前掲注(14) 二五四頁。
- (25) 中森・前掲注(24) 一六八頁。
- (26) なお、現在は「犯罪による収益の移転防止に関する法律」により、同法にいう特定事業者に当たる宝石・貴金属等取扱事業者(二条二項四一号)に対しては、宝石・貴金属等の売買において收受した財産が犯罪による収益である疑いがある場合には、行政庁に届出を行うことが義務付けられている(八条)。しかし、この義務も古物商や質屋の取引に際して生ずるものであるから、保管罪に関しては問題にならない。
- (27) 山口・前掲注(14) 三三八頁。
- (28) 山口・前掲注(14) 三四七頁。神山敏雄「判批」刑法判例百選Ⅱ(一九七八年) 二二三頁、林幹人『刑法各論(第二版)』(二〇〇七年) 三一一頁も参照。
- (29) 小池直希「判批」法律時報九〇巻二号(二〇一八年) 一三六頁参照。
- (30) 高刑速(平二五)号一三二頁。
- (31) 昭和二年勅令第二〇七号外国人登録令、又はこれを改正した昭和二十四年政令第三八一号外国人登録令の登録不申請罪。改正前後で構成要件は同一である。
- (32) 高刑集四卷七号六七八頁。
- (33) 刑集一〇巻五号六三三頁。
- (34) 刑集七巻五号一〇二六頁。
- (35) 昭和二年政令第一六五号連合国占領軍、その将兵又は連合国占領軍に附属し、若しくは随伴する者の財産の收受及び所持の禁止に関する政令一条一項。
- (36) 判時二二七号一三六頁。

- (37) 銃砲刀剣類所持等取締法一〇条五項は「第四条又は第六条の規定による許可を受けた者は、第二項各号のいずれかに該当する場合を除き、当該銃砲に実包、空包又は金属性弾丸（以下「実包等」という。）を装てんしておいてはならない。」としており、これに違反した場合の法定刑は二〇万円以下の罰金である（同法三五条二号）。
- (38) 判時三二七号一三六頁の匿名解説参照。
- (39) 小池・前掲注(29)一三六頁は、「実際には故意にとつて不法装てん開始時における認識の有無が決定的なのであって、故意の存在時期という観点からは、判例も実質的には結果継続説と同様であると評価する余地もあろう」とする。
- (40) 自動車の保管場所の確保等に関する法律一一条二項「何人も、次の各号に掲げる行為は、してはならない。」二「自動車が夜間（日没時から日出時までの時間をいう。）に道路上の同一の場所に引き続き八時間以上駐車することとなるような行為」。同法一七条二項「次の各号のいずれかに該当するものは、二〇万円以下の罰金に処する。」二「第一一一条第二項の規定に違反した者」。
- (41) 判時五八六号一〇五頁、判タ二四七号三一九頁。
- (42) 刑集五七卷一〇号一〇四三頁。
- (43) 実務においては、夜間路上継続駐車罪が故意犯のみを処罰する規定であるかについて不明確なところがあったが、本判決が「自動車の保管場所の確保等に関する法律一一条二項二号、一七条二項二号は、専ら故意犯を処罰する趣旨であると解すべきである」と判示したことで、この問題に決着が付けられた。詳しくは、曲田統「判批」判例評論五六四号（二〇〇六年）二二四頁以下、上田哲「判解」最高裁判所判例解説刑事篇平成一五年度（二〇〇七年）五三〇頁以下参照。
- (44) 名古屋高判平成一四年二月二五日刑集五七卷一〇号一〇五四頁。
- (45) 宮田正之「判批」研修六七〇号（二〇〇四年）二〇一頁、曲田・前掲注(43)二二六頁、古川伸彦「判批」ジュリスト一三二一号（二〇〇六年）二〇七頁。最高裁が原判決とは異なる判断をしたと解評するのは、嘉門優「判批」甲南法学四五卷一〇二号（二〇〇四年）三二〇頁以下。
- (46) 上田・前掲注(43)五二二頁以下、松原芳博「路上継続駐車罪の実行行為、結果ならびに故意―最高裁平成一五年一月二二日第二小法廷決定を契機として―」『交通刑事法の現代的課題 岡野光雄先生古稀記念』（二〇〇七年）五七頁以下参照。
- (47) 南由介「判批」刑事法ジャーナル五四号（二〇一七年）一七六頁。
- (48) 小池・前掲注(29)一三六頁（注）15参照。
- (49) 平野龍一ほか編『注解特別刑法五―II巻 医事・薬事編（二）（第二版）』（一九九二年）一五九頁以下〔香城敏磨〕。
- (50) 松原久利「判批」ジュリスト臨時増刊 平成二九年度重要判例解説（二〇一八年）一七二頁参照。
- (51) 小池・前掲注(29)一三五頁参照。

- (52) 松原（久）・前掲注（50）一七二頁。
(53) 通常は、犯罪終了が問題となる時点であるう。
(54) 最判昭和二五年一〇月二六日刑集四卷一〇号二二九四頁。
(55) 南・前掲注（47）一七六頁、小池・前掲注（29）一三五頁。
(56) 内藤惣一郎「判批」研修八二八号（二〇一七年）二八頁。もつとも、次に述べるとおり、この論者の主張には疑問がある。
(57) 内藤・前掲注（56）二六頁以下。
(58) 内藤・前掲注（56）三四頁（注八）。
(59) 同旨、小池・前掲注（29）一三五頁。松原（久）・前掲注（50）一七二頁も参照。
(60) 殺意に関する記述であるが、橋爪隆「判例講座・刑法総論 第10回 故意の認定をめぐる問題」警察学論集七〇巻一号（二〇一七年）一三九頁以下参照。