

状態犯と継続犯に関する一考察

（最高裁判平成二四年七月九日第三小法廷決定を契機として）

岡 本 昌 子

一 は じ め に

(1) 従来、構成要件的結果の発生ないし法益侵害の発生（犯罪の既遂時期）と犯罪の終了時期（犯罪成立時期）にしては、即成犯、状態犯、継続犯に区別して論じられ、この中でも、状態犯と継続犯の区別が重要とされてきた。なぜなら、いずれに分類されるかにより、共犯の成否、公訴時効の起算などが異なるとされ、継続犯であれば共犯が成立し得るとされてきたからである⁽¹⁾。

しかし、どのような判断基準で状態犯と継続犯を区別すべきかという点でそもそも争いがある上に、窃盗罪は状態犯の、監禁罪は継続犯の典型例とされるものの⁽²⁾、その他の犯罪については、いずれに分類されるのか必ずしも明らかにされてはいない。さらに、後述するように、因果的共犯論（惹起説）の立場からは、継続犯であれば既遂後に加功した者

について共犯が成立すると即断できるわけではなく、逆に、ドイツの議論を参考に、状態犯であっても、既遂以降、共犯が成立する余地が全くないわけではないのではいかとの問題が提起されており、ひいては、犯罪の終了時期をめぐる状態犯・継続犯の区別にそもそも意味があるのかとの疑問まで呈されている。⁽³⁾ 果たして、状態犯、継続犯という区別は、意義のないものだろうか。

(2) これらの論点について考える契機を与える判決が、最高裁で下された。わいせつ画像が掲載されているAのホームページのURLを一部改変して自己のホームページに掲載した被告人の行為について、最決平成二四年七月九日⁽⁴⁾（以下、本最決とする。）は、これを公然陳列に当たると判示したのであるが、同判決には、「URL情報を単に情報として示した行為も、『公然と陳列した』に含まれると解することは、刑法法規の解釈として罪刑法定主義の原則をあまりにも踏み外すもので、許されるものではなく看過できない。被告人の行為については児童ポルノ公然陳列罪を助長するものとして幫助犯の成立が考えられる」との反対意見が付された。本最決の意義は、これまで判例のなかった先の行為類型について公然陳列に当たるとした点にあるが、学説においては、いわゆるハイパーリンクについて、公然陳列に当たるか否か争いがあった上に、ハイパーリンクについては公然陳列に当たるとするも、それ以外のリンクを張る行為については、同時性、直接性、密接性等の観点から公然陳列に当たらないとする主張がなされていた。本最決の評釈も、本最決の結論に賛成するものと反対するものに分かれており、後者の方が多いといえる。⁽⁵⁾

わいせつ物公然陳列罪は抽象的危険犯であるから、Aがハードディスクにわいせつ画像を記憶・蔵置させ、つまり、わいせつ画像をインターネット上に掲載し、不特定又は多数人に認識可能な状態を設定すれば、既遂となる。仮に、反対意見が示唆したように、被告人X（以下、Xとする。）に幫助犯の成立を認めるとするならば、従来⁽⁶⁾の表現からは、本罪が状態犯ではなく継続犯であることを要するということになる。本罪も、継続犯か状態犯か争いのある罪の一つで

あるが、本最決の評釈の多くは、この点について触れず、本件の場合は事後従犯となることを理由に幫助犯の成立を否定している⁽⁸⁾。因果的共犯論（惹起説）の立場からは、Xに幫助犯が成立するには、幫助行為（リンク設定行為）を行った時点で正犯の実行行為が存在していること、つまり、正犯Aの実行行為が既遂後も継続していたことを要する。Aが、随時、わいせつ画像を更新し、新たなわいせつ画像を公然陳列し続けていた場合は、実行行為の継続を認めるにあたり争いはないであろう。しかし、そうでない場合、つまり、同一のわいせつ画像を掲載したまま放置していたような場合は、Aによる画像データの記憶・蔵置行為が完了すれば、その時点で実行行為は終了しているともいえ、先の事後従犯とする評釈は、このように解している。このことからわかるように、この問題の背景には、継続犯を如何に考えるか、つまり、既遂後も実行行為が継続しているものと捉えるか否かという点が存在している。果たして、継続犯とは実行行為が継続している犯罪なのだろうか。

(3) さらに、本最決の事案について幫助犯の成立を否定する見解は、そもそもURLの掲載は正犯Aの実行行為を「幫助した」とはいえないとも指摘する。果たして、Xの行為は「正犯を幫助した」といえるか。そこには、本件のようなネット犯罪特有の行為態様が関係してくると思われる。状態犯と継続犯については、「ある犯罪が一般に継続犯であるという表現は必ずしも適切ではなく、ある特定の態様で行われた犯罪が継続犯であるという言い方が正確⁽⁹⁾」との指摘がなされている。後述するように、状態犯・継続犯の概念と行為態様は密接に関連しており、特に、共犯の成否の問題には、当該具体的事案の行為態様が色濃く影響するように思われ、この点について、同じくインターネットを用いた名誉毀損行為について、「このような類型の名誉毀損罪においては、既遂に達した後も、未だ犯罪は終了せず、継続していると解される（傍点、筆者）」と判示した、大阪高判平成一六年四月二二日⁽¹⁰⁾が参考になると思われる。

(4) 以上のような問題意識から、本稿では、状態犯と継続犯に関するこれまでの議論を踏まえながら、本最決を素材

として、状態犯・継続犯という概念について検討を加えてみたいと思う。

註

- (1) 松原芳博「継続犯と状態犯」刑法の争点(新・法律学の争点シリーズ2)(二〇〇七年)二八頁、林幹人「即成犯・状態犯・継続犯」刑法の争点(法律学の争点シリーズ1)(第三版)(二〇〇〇年)三〇頁等。
- (2) 松原・前掲註(一)二八頁等。
- (3) 金谷利廣Ⅱ永井敏雄「迅速な裁判の保障との関係で公訴提起の遅延がいまだ著しいとまでは認められないとされた事例その他」昭和六三年度最高裁判例解説刑事篇(一九九一年)一七六頁は、「継続犯は、……それ自体に格別の機能的な意味があるわけではな」とされている。なお、伊藤渉「犯罪の終了時期に関する若干の考察」東洋法学五四巻二号(二〇一〇年)六五頁。
- (4) 判時二一六六号一四〇頁、判タ二三八三号一五四頁。
- (5) Xの行為を公然陳列とするもの又はその可能性を示唆するものとして、深町晋也「ネットワーク犯罪における刑法上の諸問題」立教法務研究七号(二〇一四年)二一五頁、瀧本京太郎「刑事判例研究」北大法学論集六五巻三号(二〇一四年)一六七「二三四」頁以下、高良良哉「刑事判例研究(2)」法学新報二二〇巻五号(二〇一三年)三二三頁。
- (6) 渡邊卓也「児童ポルノを『公然と陳列』する行為に当たるとされた事例」判セレ二〇二二(一)(二〇一三年)三九頁、同「児童ポルノのURLをウェブページ上で明らかにした行為と児童ポルノ公然陳列罪にいう『公然と陳列した』の意義」判例評論六五九号(判時二二〇二号)(二〇一四年)一八七頁以下、園田寿「判例評釈」甲南法務研究九号(二〇一三年)七三頁、永井善之「他人がウェブサイトで公開した児童ポルノ画像のURLを一部改変した文字列を別サイトに掲載した行為が児童ポルノ公然陳列罪の正犯に当たるとされた事例」新・判例解説Watch 一二号(二〇一三年)一五四頁、中村悠人「判例研究」東京経済大学現代法学会誌二五号(二〇一三年)一八二頁。なお、天田悠「特別刑法判例研究」法時八五巻一一号(二〇一三年)一一五頁以下。
- (7) この点について、山口厚「情報通信ネットワークと刑法」『岩波講座・現代の法6』(一九九八年)は、「正犯者の行為を介

して因果性を有するものでないので(一一二頁)、「わいせつ図画公然陳列罪は状態犯か継続犯かの議論に関わりなく、共犯の成立はないと考えられる(一二三頁註27)」と明言されている。なお、林幹人「犯罪の終了時期——最高裁平成一八年二月一三日決定を契機として——」刑ジャ九号(二〇〇七年)六七頁も参照。

(8) これに対し、豊田兼彦「最新判例演習室」法セミ七〇一号(二〇一三年)一一九頁は、帮助犯の成立可能性について検討の余地ありとし、石井徹哉「渡邊友美「ワークシヨップ4ネットワーク犯罪」刑雑五三卷三号(二〇一四年)一一二頁(深町晋也会員報告)も、正犯が不成立の場合に帮助犯の成立する可能性を示唆されている。本最決の判例評釈ではないが、林陽一「わいせつ情報と刑法一七五条」現刑五七号(二〇〇四年)一六頁註(32)も、本件同様の行為について帮助犯の成立する可能性を示唆されている。なお、佐久間修「ネットワーク犯罪におけるわいせつ物の公然陳列」『西原春夫先生古稀祝賀論文集』第三卷(一九九八年)二二九頁註(39)も、「サイトに対するアクセスを容易にする行為が、公然陳列罪の従犯にあたるのはもちろんである。」とされている。

(9) 古田佑紀「犯罪の既遂と終了」判タ五五〇号(一九八五年)九一頁。同旨、林美月子「状態犯と継続犯」神奈川法学二四卷二二三号(一九八九年)二九頁、林・前掲註(一)三〇頁。

(10) 判タ一一六九号三一六頁。

二 継続犯・状態犯と共犯の成否

1 URL掲載行為の正犯性の有無と帮助犯成立の可能性

(1) まず、本最決について概観しておこう。事実の概要は、以下の通りである。Xは、インターネット上にホームページを開設し、管理運営していたところ、不特定多数のインターネット利用者に児童ポルノ画像の閲覧が可能な状態を設定しようとして、第三者Aが開設したインターネット上の掲示板に児童ポルノ画像データを記憶、蔵置させていた

ことを利用して、自分のホームページ上に、その識別番号（URL）の一部を改変して掲載した上、「漢字は英単語に、カタカナはそのまま英語に、漢数字は普通の数字に直してください。」と付記することによって、同児童ポルノ画像データの所在を特定するURLをホームページ上に明らかにし、不特定多数のインターネット利用者に同児童ポルノ画像の閲覧が可能な状況を設定し、もつて児童ポルノを公然と陳列したというものであった。

周知のように、いわゆるサイバーポルノとわいせつ物公然陳列罪¹¹の成否については、主に、何をわいせつ物と捉えるのか、インターネットのホームページにわいせつな画像を掲載する行為は公然陳列といえるかという点に焦点をおいて議論がなされてきたが、平成一三年に最高裁が、「画像データを記録・蔵置させたハードディスク」が（平成二三年改正前の）一七五条のわいせつ物にあたるとし、さらに、公然陳列とは「不特定又は多数の者が認識できる状態に置くこと」と定義し、その後、これを明文化する形で、一七五条の改正がなされた。これにより、先の問題は解消されることとなったが、サイバーポルノのような行為まで公然陳列で捕捉しうるのか、具体的には、自己蔵置以外の類型つまり、わいせつ画像を掲載した第三者Aのホームページにハイパーリンクを張る行為や自分のホームページにAのホームページのURLを記載する行為などについては、依然として見解が分かれていた。本件は、さらに進んで、URLの一部を改変してホームページに記載したというものであったが、第一審¹³も第二審も¹⁴、その根拠は異なるものの、公然陳列に当たると判断し、最高裁も上告棄却とし、公然陳列にあたるとした。

(2) これまでのサイバーポルノに関する判例を見てみると、法改正前を含めると自己蔵置に対する判例の集積はあるものの、リンク設定行為に関するものは、大阪地判平成二二年三月三〇日¹⁵が存在するぐらいであり、本件のようなURL掲載事案に対する判例は存在しなかった。そして、同大阪地判は、被告人を、本罪の正犯とはせず、帮助犯としていた。

一方、学説においては、リンク設定行為を公然陳列に当たると解するか、見解が分かれていた。リンク設定行為は、直接性・密接性・自動性の観点から、大きく、ハイパーリンク型、リンク型、本件のようなURL掲載型に分けられるが、ハイパーリンクについて公然陳列に当たるとする見解は、「自らわいせつ情報を蔵置することが不可欠の要件だとはいいがたく、……リンクを張ることによって『わいせつ情報への認識可能性』を設定した以上『公然陳列』に当たると十分いいうる」と主張し、ただし、公然陳列といえるためには、「自らがわいせつ画像データを記憶・蔵置したのと同視し、『不特定又は多数の者が認識可能な状態を設定すること』と評価できることこそが重要⁽¹⁷⁾」であると、直接、自動的に閲覧可能であること、自己蔵置と「同視し得るほど、他人のアップロードしたわいせつ画像へのアクセスを容易にした」⁽¹⁹⁾ こと等を要するとする。一方、否定する見解は、わいせつ画像への道筋、手がかりを設定したにすぎず、「わいせつ情報自体の陳列」と「わいせつ情報の情報の陳列」は異なると主張したり、Aによるアップロードにより、既にも誰でも当該わいせつ画像にアクセス可能となっており、認識可能性を拡大するものとはいえても、新たな認識可能性を「設定する」行為とはいえない⁽²¹⁾、陳列行為とは創設的な行為であり、他の者が認識可能性を設定した画像に新たに認識可能性を設定することはできない⁽²²⁾、初めてわいせつ画像をネット上に掲載する行為と当罰性が同等とはいえない⁽²³⁾、「公然陳列罪の成立には行為者自身による性的内容の発現が必須の要件となる、即ち、性的内容が認識されるために受け手の特段の行為を要することがあつてはならない、と解される」⁽²⁴⁾ が、リンクでは、閲覧者がアクセスすることによってデータがダウンロードされ、それにより再生・閲覧されるという点から公然陳列とすべきではない等と主張する。この最後の主張に表れているように、リンクの技術面と現象面のいずれに重きを置くかという点もこの議論に影響を与えているといえ、技術面を重視する見解は公然陳列に当たらないとする傾向にあったといえよう。

否定説を主張する背景には、(わいせつな有体物を公然と陳列することを想定していた) わいせつ物公然陳列罪の射

程範囲が広がりすぎることへの懸念があったといえる。そこで、先の肯定説は、例えば、雑誌にURLを掲載する行為は、直接性・密接性・自動性の観点から公然陳列に当たらないとしたり、ハイパーリンク以外のリンク設定行為については、自己蔵置と同視できないので公然陳列に当たらないとして一線を画したり、自己蔵置との行為態様の類似性という観点から、「陳列する『場』の同一性」と「実質的に見て、アクセスが容易である」こと、さらに、認識可能な状態を新たな認識可能性の設定と評価できる程「質的に高めた」と評価できる場合に限定して公然陳列に当たるとする見解も主張されている。このように、肯定説においては、どのような行為までを公然陳列に当たるとするかが問題となるのであるが、ハイパーリンク型については肯定説に立つ見解の多くが、リンク型やURL掲載型については、直接性、自動性が欠ける、つまり、自ら蔵置する行為と同視できないとして、消極的に解してきたと評されている。⁽³⁰⁾

(3) 以上のような学説の流れからは、本件被告人Xの行為は公然陳列には当たらず、Xはわいせつ物公然陳列罪の正犯とはなりえないということになろう。それでは、反対意見が示唆したように、Xに幫助犯が成立する余地はあるだろうか。冒頭で述べたように、Xに幫助犯の成立を認めるには、本罪が状態犯ではなく継続犯であることが前提となるが、本罪が継続犯であるか状態犯であるかという点は、必ずしも明らかではなく、幫助犯成立の可能性を示唆した本最決の反対意見も、本罪が継続犯か状態犯かという点については特に触れていない。もつとも、仮に本罪を継続犯と解したとしても、リンク設定行為について幫助犯の成立を認めるにあたっては、以下に述べるように、実は多くの論点を含んでいるのである。

2 「継続犯であれば共犯が成立する」ということの内容

(1) 即成犯・状態犯・継続犯の区別において後者二つの区別が特に意味があるとされてきた理由の一つは、既遂後に

関与した場合、当該罪が状態犯であれば共犯は成立しないが、継続犯であれば共犯が成立する余地があるとされてきた点である。しかし、「継続犯であれば既遂後に関与した者に共犯が成立する」と杓子定規にはいかない。

そもその出発点である、当該罪が継続犯か状態犯かという点において、学説上、わいせつ物公然陳列罪を初め、いずれに分類すべきか争いのあるものが多く、自明ではない。さらに、三で詳述するように、同一の罪でも、行為態様によつては、状態犯となる場合もあれば、継続犯となる場合もあると指摘されている。

当該罪が継続犯か状態犯かという判断において慎重な態度が採られる背景には、当該罪を継続犯とすると公訴時効の起算点が犯罪終了時となり、それが実際上の不都合を生じる場合があることへの懸念がある⁽³²⁾。例えば、名誉毀損罪も、継続犯か状態犯か争いのある罪の一つであるが、同罪を状態犯と解する論者は、その論拠として、同罪を継続犯とする、「出版物による名誉毀損の場合、どこかの古本屋で当該出版物が売られている限り、名誉毀損罪は終了しないことになり、告訴期間、さらには、公訴時効の趣旨が没却されてしまう⁽³³⁾」という点を挙げている。

(2) そして、継続犯の概念そのものについて争いがあることから⁽³⁴⁾、継続犯を如何に解するかによって、因果的共犯論(惹起説)の立場からは、共犯を認め得るか、結論が分かれることになる。継続犯と状態犯は、既遂に達した後も法益侵害という違法状態が継続しているという点では共通するが、状態犯では、その違法状態は新たな犯罪として評価されず、既遂と同時に犯罪は終了するのに対して、継続犯では、既遂に至っても犯罪は終了しない。その理由として、継続犯は実行行為が継続しているからであるとする見解⁽³⁵⁾(以下、A説とする。)と実行行為の作用、構成要件に該当する結果が継続しているからであるとする見解⁽³⁶⁾(以下、B説とする。)が主張されている。A説に立つと、「継続犯であれば共犯が成立する」といえるが、実行行為自体が継続しているわけではないとするB説に立つと、因果的共犯論(惹起説)の立場からは事後従犯となり共犯は成立しないと解する余地が出てくることになる。

既遂後も実行行為が継続していると解するA説は、その構成において、「全体を作為による実行行為の継続とみる見解（以下、A—1説とする。）」と「作為と不作為の統合体とみる見解（以下、A—2説とする。）」に分かれる。継続犯の典型例とされる監禁罪を例に挙げると、前者は、監禁した後、壁という物理的手段を用いて監禁行為を続けているとし、「最初の作為を含めて全体を作為による監禁の実行行為」の継続と捉える。後者は、身柄を拘束する監禁行為という作為の後、解放しないという不作為が継続しているとす³⁸。

以上のA説に対し、B説は、「行為の継続は擬制にすぎない」³⁹、例えば、先の監禁罪について、「行為者が現場を立ち去った後にも行為者の実行行為が継続するというのはフィクションではないだろうか」と批判し⁴⁰、「壁の利用によって継続しているのは、意思発動としての行為自体ではなく行為の効果にすぎ」⁴¹ず、よって、実行行為が継続していると捉えるより、行為の作用、構成要件に該当する結果が継続していると捉えるべきであると主張する。しかし、状態犯も継続犯も、既遂成立後も法益侵害状態が継続しているという点では共通していることから、同説で両者を区別することはできないのではないかとこの疑問が生じる。学説の中には、法益の性質や侵害の程度に着目して状態犯と継続犯を区別する見解⁴²もみられ、同見解は、例えば、状態犯とされる窃盗罪について、窃取された後、当該物を使用できないという状態は侵害性が少ないので状態犯であると説明されるが、被害者にとって当該物を使用できないということは法益侵害が継続しているともいえ、このような「法益侵害の程度だけで継続犯と状態犯を区別できるかは疑問があるように思われる」⁴³と指摘されている。法益侵害の程度は事案によって流動的である点⁴⁴からも、状態犯と継続犯を区別する判断基準には適さないように思われる。

この点において、状態犯の構成要件に該当する結果と継続犯のそれとの違いに着目し、「継続犯とは、当初の事実状態の『変化』ないし『転化』のみならず、同一の事実状態が時間的に延長されていくことも構成要件の結果の内容に包摂

している犯罪類型にほかならない。……状態犯は、……法益状態の『変化』ないし『転化』のみを構成要件的結果とする点で継続犯とは区別される⁽⁴⁵⁾」との見解や、「窃盗罪の場合状態犯とされるのは、窃取されたときの法益侵害のみが窃盗罪の不法内容としての結果と理解されるからであり、その後の盗まれた状態自体を窃盗罪の構成要件に該当する結果とすることはできないから⁽⁴⁶⁾」であるとの見解は傾聴に値するが、前者については、「かりに監禁罪の成立には、なほどうかの拘束の継続が必要だとしても、そのことからただちにその後の拘束の継続中犯罪がつづく、とはいえない。」との批判がなされており、後者についても、このような判断基準で全ての罪について区別することが可能なか疑問が残る。

さらに、B説は、監禁した者がその場を離れたり寝込んだりした場合、行為者は作為可能性を喪失しており不作為と観念することはできないであろうと指摘する⁽⁴⁸⁾。A-2説は、監禁行為後を不作為の継続と構成することからこのような問題が指摘されるのであるが、果たして一般人の感覚において、監禁した後に拘束を解かず（被監禁者を解放せず）立ち去った場合、監禁した者がその場にいらないので被監禁者を解放することができない、ゆえに、もう同人を監禁しているわけではない（つまり、監禁行為は継続しておらず、終了している）と考えるだろうか。

そもそも、A説に立つとしても、A-1説のように実行行為を作為と不作為に分断して評価すべきなのかは一考の余地があるように思われる。不作為が継続していると構成することにより、行為者が作為義務を履行したといえる行為を行えば、その時点で実行行為は終了し、犯罪は終了することになるから、同説は、インターネット事犯において特に懸念されている公訴時効の問題を解消できるであろうという点においては利点があるように思われる⁽⁴⁹⁾。しかし、（監禁したまま）拘束を解かない、（わいせつ画像データをアップしたまま）データを削除しないという不作為が（監禁行為、アップロード行為という）作為と同価値であるといえるからこそ、その実行行為性が認められ、実行行為が継続していると解することができるのであり、そして、監禁罪の構成要件該当性の判断において一つの実行行為として評価される

点に鑑みても、あえて当初の作為と分断して不作為の継続と構成せず、当初の作為が継続していると捉える方が素直な解釈であるように思われる。

(3) A説に対しては、継続犯と状態犯の区別が犯罪終了時期を画する概念であり、結果が発生するまでは犯罪は終了しないという点から、「結果を考慮することなく実行行為の継続性のみによって継続犯を概念規定することは困難である。……実際、行為継続説の論者も、各論においては、実行行為の性質によってではなく法益の性質によって継続犯と状態犯を区別しているように思われる。」との指摘もなされている。後に詳述するように、A説に立つのであれば、実行行為の継続性の判断において、実行行為の性質に関わる行為態様を考慮して判断すべきと考えるが、この実行行為の継続を認めるにあたり、A説が結果を全く考慮していないとは言いがたいであろう。いうまでもなく、各罪の実行行為は、当該罪の保護法益を侵害するものとして規定されている。したがって、A説も、「当該罪の実行行為は当該保護法益を侵害するものである」という点を念頭においているからこそ、当該罪では既遂後も実行行為が継続していると捉えているともいえ、さらに、刑法の一般原則として、発生した結果について刑責を負わせるには法益侵害結果と因果関係のある実行行為を行っていたことを要するのであるから、実行行為の継続を認めるということは、咀嚼すると、侵害結果と因果関係のある実行行為が継続していると捉えていることを意味するはずだからである。平野博士が、継続犯と状態犯の概念について「法益の性質」に着目し、「拘束の開始という行為が行われたのちも、『釈放しない』というこれと同価値の不作為が継続している」としつつ、「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」であることから監禁罪は継続犯となるが、窃盗罪の場合は、「平穩に占有しているのを奪うのは重大な侵害であるが、その後そ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」ので状態犯となると述べておられるのは、まさにこの点を表しているといえよう。

3 状態犯と共犯成立の可能性 〔犯罪の終了時期と共犯の成否との関係〕

(1) 「継続犯であれば共犯が成立する」という表現と対に、「状態犯の場合は、(既遂と同時に犯罪が終了するため、既遂後関与した者について) 共犯は成立しない」とされてきた。しかし、この点についても、状態犯でも、既遂と犯罪の終了との間に時間的隔たりがある場合があるのではないか、その間に関与した者については共犯の成立が認められるのではないかとの議論がある。具体例を挙げると、次のような場合である。状態犯の典型例とされる窃盗罪では、占有者の意思に反して財物に対する占有者の占有を排除し、自己または第三者の占有に移せば既遂となるが、これは、財物の性質、形状、大小、財物に対するそれまでの他人の占有状況、窃取行為の態様などを考慮して具体的に判断される。したがって、当該財物を自己の支配内に移したといえれば、事案によっては、屋外に搬出する前に既遂に至ったと判断される⁽⁵⁶⁾。そこで、例えば、深夜、XがAの留守宅で物色し、財物を勝手口まで運び出し、後は自宅まで運ぶだけであるという時点で、つまり、占有を取得した時点で、Yが通りがかり、一緒に当該物をX宅まで運ぶのを手伝ったというような場合、Yに共犯が成立する余地があるのではないかという問題である。

(2) 状態犯でも事案によっては共犯が成立する余地があると解すべきか。いいかえると、犯罪の終了時期と共犯の成否との関係はどのように解すべきなのだろうか。この問題については、先の窃盗の事例のような場合に幫助の成立を認めるドイツの見解や正犯者が詐取してきた小切手を換金する行為を詐欺幫助としたドイツの判例等を参考に議論がなされてきた。⁽⁵⁷⁾ 我が国では、因果的共犯論(惹起説)の立場から、正犯の実行行為が終了している以上、共犯は成立せず、正犯が成立しうる余地があるにすぎない、したがって、犯罪の終了時期と共犯の成否は関係しないとする見解が主張されている一方、「正犯行為の終了後に共犯成立の可能性は否定されるべきではあるが、犯罪の終了時期と共犯の成否が完全に切り離されるわけではない⁽⁵⁹⁾」との主張も見られる。

先の窃盗の事例の場合、深夜、留守宅の勝手口まで財物を運び出せておれば、当該財物の占有を取得したとして既遂に至ったとしても、實際上、勝手口に置いたままでは占有の取得は完了せず、例えば自宅に当該財物を運びこむことによつてはじめてXは占有の取得を完了し、犯罪は完成することになる。⁽⁸⁰⁾ そうすると、先の事例で犯罪が終了したのは、Xが自宅に当該財物を運び込んだ時点ということになり、XがA宅から財物を盗み出し自宅に運び込んだ行為を窃取行為と捉えるのが自然だといえよう。このように解すると、Yが関与した時点で正犯Xの実行行為はまだ存在しており、因果的共犯論（惹起説）からも共犯の成立を認め得ることになる。⁽⁸¹⁾

「留守宅の勝手口まで運び出した時点で、（Xは財物の占有を自己の支配内に移したといえ、）既遂に至った」という点は、この時点で逮捕されたら、窃盗未遂ではなく窃盗既遂の成立を認めるべきであるという意味において、勿論、重要である。しかし、それが、犯罪の終了時期と必ずしもイコールとなるわけではなく、先の指摘のように、既遂時期と犯罪終了時期に時間的幅が出来る場合はありうろと思われ、正犯の実行行為が存在しているといえる先の事例のような場合は共犯の成立を認め得ると考える。

ドイツの判例が幫助の成立を認めた詐欺罪についても、例えば振込み詐欺について次のように考えることができよう。詐欺罪における既遂時期は、財物が行者側に移転した時点（占有を取得した時点）であるが、直接現金を受け取るのではなく口座に振り込ませる、いわゆる振込み詐欺の場合、被欺罔者から自己の口座に金が振り込まれ、自由に預金を払戻しできる状態になれば占有を取得したといえるから、既遂時期は振込みがなされた時点と解されているが、口座に当該金が入ったままでは、先の窃盗の事例でいうところの勝手口に財物を運び出したままの状態と同じであり、現金を口座から引き出すことで詐欺罪は完了・完成するといえよう。そうすると、先の解釈からは、いわゆる出し子は詐欺罪の共犯となる余地があるように思われる。

(3) 共犯の時間的制限等とも呼ばれるこの問題は、これら既遂後の法益侵害の完了・完成に関与した場合だけでなく、法益侵害の強化に関与した場合についても議論されている。後者の例としてよく挙げられるのが、XがA宅を燃やそうとA宅に放火し、A宅が独立に燃焼し始め、既遂に至った後、Yがガソリンを加え、火力を上げたという場合である。⁽⁶²⁾ ドイツでは、このような「既遂結果に至った後の延焼の拡大も、放火罪の保護法益である火からの公共の安全という観点からは重要であり、構成要件評価の対象である、ということとその論拠⁽⁶³⁾」として放火罪の幫助として処罰する見解が主張されており、同見解に対しては結果無価値論と深く結びついているとの批判がなされている。⁽⁶⁴⁾ この放火の事案の場合、確かに、Yの行為によりA宅の全焼が早まるという利点はある。しかし、(Yが、Xが火力を強くしA宅だけでなくB宅なども燃やしたいと考えていたことを知っていたような場合は別として)、A宅に放火し、A宅が燃え始めれば、後は偶発的事情や突発的事情が発生しない限り、通常、そのまま(つまり、新たな挙動をせずとも)目的物であるA宅を全焼するのであるから、犯罪を完了・完成するために自宅に運び込む行為や口座から引き出す行為など新たな挙動を要する先の窃盗や詐欺の事例とは異なるように思われる。この場合、Xの放火行為はA宅への点火行為で終了しており、因果的共犯論(惹起説)からは共犯は成立せず、あくまでYが放火罪の正犯となるかどうかを問うべきであると思われる。⁽⁶⁵⁾

註

(11) 本件被告人は、児童買春、児童ポルノに係る行為等の処罰及び児童の保護等に関する法律七条四項一文後段の罪で起訴されたが、同罪と刑法一七五条のわいせつ物公然陳列罪(現行刑法一七五条ではわいせつ電磁的記録公然陳列罪)は同義に解したらよいというのが学説の一般的な理解であること(判タ一三三三号一五四頁、渡邊・前掲註(6)判例評論一八六頁等)、

本件第二審、最決の反対意見もそのように判示していること等から、本稿では、両者を同義に解し、一七五条の公然陳列について検討していくこととする。

- (12) 最決平成一三年七月一六日刑集五五卷五号三一七頁。
- (13) 大阪地判平成二一年一月一六日LEX/DB25481894。
- (14) 大阪高判平成二一年一〇月二三日判時二一六六号一四二頁。
- (15) 公刊物未登載。園田寿「最新判例研究」捜査研究五八三号(二〇〇〇年)一〇頁、小池健治「実務刑事判例評釈79」警察公論五六卷二号(二〇〇一年)五一頁、落合洋司「FLMASクリンク事件」岡村久道編『サイバー法判例解説』(別冊NB 7)(二〇〇三年)七〇頁参照。
- (16) 山口厚「コンピュータ・ネットワークと犯罪」ジュリー一一七号(一九九七年)七六頁。
- (17) 川崎友巳「サイバーポルノの刑事規制(二・完)——イギリス刑事法との比較法的考察——」同志社法学五二卷一号(二〇〇〇年)一四頁。
- (18) 「マウスのクリック一つでわいせつ画像を再生閲覧しうる場合」(山口・前掲註(7)一一二頁)、閲覧の「過程が自動化されて直接的」(同・前掲註(16)七五頁)、「直接的なアクセス可能性を設定」(同「情報ネットワーク社会と刑法」情報ネットワーク・ローレレビュー七号(二〇〇八年)一三三頁)、「再生・閲覧するプロセスが自動化されて、ごく簡単な操作で画像を呼び出すことが可能」(佐久間・前掲註(8)二二二頁)、「わいせつ画像に直接繋がる場合」(山中敬一「インターネットとわいせつ物」高橋和之他編『インターネットと法』(第四版)(二〇一〇年)一〇五頁)等と表現されている。なお、瀧本・前掲註(5)一八〇「一一二」頁註(9)も参照。
- (19) 前田雅英「インターネットとわいせつ犯罪」ジュリー一一二二号(一九九七年)八一頁註(16)。
- (20) 塩見淳「インターネットとわいせつ犯罪」現刑八号(一九九九年)三八頁。
- (21) 渡邊卓也「電脳空間における刑事的規制」(二〇〇六年)一四九頁。
- (22) 渡邊・前掲註(6)判例評論一八七頁以下。
- (23) 園田・前掲註(6)七三頁。
- (24) 永井・前掲註(6)一五三頁。

- (38) 浅田和茂『刑法総論』(二〇〇五年) 一二九頁註(30)。
- (39) 山口厚『刑法総論』(第二版) (二〇〇七年) 四八頁。
- (40) 松原・前掲註(1)二八頁。
- (41) 松原・前掲註(1)二八頁。
- (42) 平野龍一『刑法総論I』(一九七二年) 一三二頁。
- (43) 佐伯・前掲註(35) 研修一六頁。なお、林・前掲註(9)二頁。
- (44) 例えば、近藤和哉「犯罪の終了についての一考察」神奈川ロージャーナル第四号(二〇一一年)三五頁以下が指摘するように、同じ名誉毀損行為でも、インターネット上に名誉毀損事実を掲載し続けた場合と不特定又は多数人に認識可能な時間掲載した後すぐに削除した場合とで法益侵害の量が同じといえるか疑問が残る。
- (45) 松原・前掲註(1)二八頁。
- (46) 林・前掲註(1)三〇頁。
- (47) 平野・前掲書一三二頁。
- (48) 松原・前掲註(1)二八頁、同「継続犯における作為・不作為——保管・所持を中心として——」『神山敏雄先生古稀祝賀論文集第一卷』(二〇〇六年) 二八八頁。
- (49) 大阪高判平成一六年四月二二日判タ一六九号三一六頁は、インターネット上の名誉毀損記事の削除をホームページの管理人に依頼した時点で「自らの先行行為により惹起させた被害発生の抽象的危険を解消するために課せられていた義務を果たしたと評価できるから、……上記申入れをした時点をもって、本件名誉毀損の犯罪は終了したと解するのが相当である」と判示している。
- (50) 松原・前掲註(1)二八頁。
- (51) 平野・前掲書一三二頁。
- (52) 平野・前掲書一三二頁。
- (53) 平野・前掲書一三二頁。
- (54) 平野・前掲書一三二頁。

- (55) 「継続犯の特徴は、実行行為が継続することによって、法益侵害と構成要件の充足が継続する（佐伯・前掲註(35)研修一七頁）」という記述も、この点を表しているといえよう。
- (56) 大判大正一二年七月三日大審院刑事判例集二卷六二四頁、最判昭和二年六月一四日刑集三卷七号一〇六六頁等。
- (57) 林・前掲註(9)四頁以下、島田聡一郎『正犯・共犯論の基礎理論』(二〇〇二年)一一一頁註208、井田良『刑法総論の理論構造』(二〇〇五年)三八一頁、山中敬一『刑法総論』(第二版)(二〇〇八年)九〇二頁以下、照沼亮介『いわゆる承継的共犯をめぐる議論——ドイツの判例・学説の状況——』(法学政治学論究四六号)(二〇〇〇年)五五二頁以下、小島秀夫『いわゆる承継的共犯の規範論的考察』(大東法学第六三号)(二〇一四年)一四頁以下等。
- (58) 山口・前掲書四七頁。
- (59) 松尾誠紀「事後的な関与と傷害結果の帰責」(法と政治六四卷一号)(二〇一三年)一九頁註(1)。
- (60) 同旨、松田・前掲註(34)五〇四頁。
- (61) このように解すると、勝手口まで運び出した時点で逮捕された場合には既遂時点と実行行為が整合するが、その後自宅まで運び込んだ時点で逮捕された場合、その時点までを窃盗行為と捉えると、既遂以降も実行行為が継続していたと構成することになり、問題があるようにもみえるが、後者の場合、既遂に至っていることは明らかであるから、実際上不都合は生じないと思われ、「勝手口まで運び出した時点で逮捕された場合」と「自宅まで運び込んだ時点で逮捕された場合」で窃取行為が(時間の長さにおいて)異なることは事案に即した素直な捉え方・認定といえよう。
- (62) 林・前掲註(9)五頁以下、島田・前掲書一〇〇頁以下、松尾・前掲註(35)三五八頁以下等。
- (63) 島田・前掲書一〇一頁。
- (64) 林・前掲註(9)七頁以下。
- (65) 同様に正犯となる余地があるのみであると指摘するものとして、島田・前掲書一〇二頁、伊藤・前掲註(3)七六頁註(34)。なお、佐伯・前掲註(35)研修二二頁は、正犯XとYが意思を通じていた場合について、放火罪の共犯として処罰すべきとされている。

三 継続犯・状態犯と行為態様

1 行為態様と実行行為の継続性及び共犯の成否

(1) 以上のように、状態犯でも当該事案がどのような行為態様でなされたかにより、「状態犯の場合は、共犯は成立しない」という表現がそのままではまるか否かが変わってくる。また、継続犯の定義においてA説に立つかB説に立つかにより、事後従犯となるか否か、結論が異なるが、この両説の対立も、突き詰めると、正犯がどのような行為態様で当該罪を犯していたかという点に行き着くように思われる。例えば、鍵がかかるドアで監禁した場合(①事例)と鍵がかからないドアで監禁し、ドアノブを握り続けていないと監禁できない場合(②事例)を想定した場合、①事例については、B説からは、鍵をかけた段階で実行行為は終了し、それ以降はその効果・作用が続いているに過ぎない(実行行為そのものではなく、その効果・作用が続くことにより構成要件該当性が継続している)と解したとしても、②事例の場合は、監禁行為(実行行為)が継続していると解さざるを得ないであろう。そうすると、正犯者が被監禁者Vの身体の自由のある一定の時間拘束して監禁した後、Vがドアを押し開け脱出しようとするのを、正犯者と意思を通じ、共にドアノブを握ったり、ドアを押し返すことにより阻止し、正犯者の監禁行為を助けた場合、その者は正犯者と共犯関係になると言わざるを得ないであろう。

そうすると、既遂後に関与した者についての共犯の成否の核心は、どのようにして当該罪の保護法益を侵害したかであり、つまり、当該事案の実行行為の確定、いいかえると、当該事案の正犯の実行行為をどのように捉えるかという点にあるといえよう。

(2) このように、継続犯と状態犯の概念と行為態様は深く関わっているのであるが、既遂後に関与したXに幫助犯が

成立するためには（つまり、事後従犯とならないためには）当該罪がA説の意味での継続犯であることを要し、その「実行行為の継続性」の判断においても、当該事案の行為態様に着目して判断すべきと考える。したがって、本最決のXに幫助犯が成立するか否かを検討するにあたっては、冒頭で触れた「ある犯罪が一般に継続犯であるという表現は必ずしも適切ではなく、ある特定の態様で行われた犯罪が継続犯であるという言い方が正確⁽⁶⁷⁾」という指摘が表すように、「わいせつ物公然陳列罪は（A説の意味での）継続犯か」ではなく、「インターネットによるわいせつ物公然陳列罪は（A説の意味での）継続犯か」という観点から検討すべきといえよう。

地裁判決ではあるが、リンク設定事案について幫助犯を認めた先の大阪地判は、「期間中の継続的な公然陳列行為をもって正犯の実行行為と捉えるべき⁽⁶⁷⁾」と判示している。本最決の事案の場合、そのインターネット事犯という行為態様の特徴から、実行行為の継続性を認め、A説の意味での継続犯と解すべきと思われる。わいせつ画像を一旦記憶・蔵置した後、そのまま削除せずにいた場合（同一画像を掲載し続けていた場合）、実行行為は初めの記憶・蔵置行為で終了し、その後は同行為の効果・作用が継続しているにすぎないとみることもできよう。しかし、わいせつ画像データを一旦サーバーコンピューターに記憶・蔵置すれば、それ以降、記憶・蔵置行為を繰り返さずとも、当該画像をインターネット上において認識可能な状態にし続けることが可能なのである。本罪は抽象的危険犯であるから、実際に不特定又は多数人が認識したことを要さず、たとえ人が通っていないかつたとしても、公道でわいせつ画像を掲げれば、公然陳列に当たる。当該画像を掲げ続けた場合、それを降ろすまでの行為を本罪の実行行為とみることに争いはないであろう。これと同様に、誰でもどこからでもアクセスしうるインターネット上にわいせつ画像を掲載した場合、それを削除するまで本罪の実行行為は継続しているとみるべきではないだろうか⁽⁶⁸⁾。

本最決のようなインターネット事犯について、実行行為が継続している継続犯と解した場合、先のA-1説とA-2

説の対立に見られるように、記憶・蔵置という作為と当該画像データを削除しないという不作為の統合体として公然陳列行為を捉えることも考えられるが、インターネット事犯という行為態様の特徴に鑑みると、アップした画像を削除しないことは当該画像を公然陳列していることに他ならず、当該画像データを削除するまでを作為の公然陳列行為と捉えればよいように思われる。

(3) この点で参考になると思われるのが、冒頭で挙げた、インターネット上に名誉を毀損する記事を掲載した事案に対する平成一六年大阪高判である。同高判は、「名誉に対する侵害の抽象的危険が発生し、本件名誉毀損罪は既遂に達したというべきであるが、……削除されることなく、利用者の閲覧可能な状態におかれたままであったもので、被害発生の抽象的危険が維持されていたといえるから、……既遂に達した後も、未だ犯罪は終了せず、継続していると解される。」と判示している。

名誉毀損罪は、わいせつ物公然陳列罪と同じく、継続犯か状態犯か争いのある罪であるというだけでなく、抽象的危険犯であるという点、公然性が法益侵害の危険と結びついているという点⁽⁶⁾でも共通している。先に触れたように、名誉毀損罪を状態犯とする見解は、同罪を継続犯と解した場合の公訴時効に関する問題点を指摘しており、同見解はこの問題はインターネット事犯でも同様であるとし、「記事のキャッシュがどこかに保存され不特定多数人によりアクセス可能な限り、犯罪は終了しないことになる」と批判する⁽⁷⁾。この点について、同罪を継続犯とする見解は「その指摘は正しいが、名誉毀損の危険性は一定の時間の経過により減少していくのであり、本件でいえば削除された時点で、書物の場合であれば新刊本としてのピークを過ぎた時点で犯罪は終了すると考えてよいと思われる」と反論する⁽⁸⁾。さらに、「インターネット上の記事の書き込みによって事実を摘示する場合には、既に相当広範囲の者が記事に触れ、名誉が毀損される危険が発生し、その後の記事の残存状態は、当初の危険と同様の危険を刻々と発生させるものではないと考えら

れる⁽⁷²⁾」との主張もなされているが、古本屋に転売される場合とインターネット上に掲載され続ける場合とを比した場合、このように言い得るかは疑問の余地があるように思われる。

2 継続犯における幫助行為の行為態様 ①サイバーポルノのリンク設定行為に対する幫助犯の成否を例に②

(1) それでは、本最決のXに幫助犯は成立しうるか、具体的に検討していくこととしよう。先に触れたように、リンク設定行為について幫助犯の成立を認めた判例が存在する。これは、いわゆるエフエルマスクを開発し、その情報を提供するホームページ「エフエルマスクサポート」をインターネット上で公開していた被告人が、アダルトサイトを公開していた正犯者らがサーバーコンピュータにエフエルマスクで除去可能なマスクを付したわいせつ画像データとそのアダルトサイトから被告人の前記ホームページへアクセスできるリンク情報データをサーバーに記憶・蔵置させ、わいせつ画像を公然陳列するにあたり、その情を知りながら、正犯者らに電子メールを送信して、エフエルマスクの使用とアダルトサイトから自己のホームページへのリンク設定とを誘引し、被告人自身も自己のホームページから先のアダルトサイトへのリンクを設定したというものであった。裁判所は、「正犯者らの犯罪行為を予測しつつ、『エフエルマスクサポート』から正犯者らのアダルトサイトへのリンクを設定して、インターネット利用者が当該アダルトサイトにアクセスするルートを増やして、そのサイトに掲載されるわいせつな画像がより多くの者の目に触れるようにし、正犯の犯罪結果を増大させたのであるから、当該リンクの設定も、正犯の犯罪を助長促進する幫助行為である⁽⁷³⁾」とした。

もつとも、この事案では、被告人らが正犯者らに対して積極的な働きかけをしていたこと、そしてリンク設定行為以外の行為も含めて被告人らに幫助犯の成立を認めていることから、同判決を先例として直ちに本最決の事案について幫助犯が認められるとまではいえないであろうと指摘されている⁽⁷⁴⁾。

(2) リンク設定行為は、①通常、正犯者に無断でリンク設定行為が行われるという点、そして、②正犯者の記憶・臆置行為が完了した後にはリンク設定行為が行われるという点に特徴がある。したがって、①の特徴から、片面的幫助を認めない立場からは幫助犯は成立しえないが、⁽⁷⁶⁾片面的幫助を認めたとしても、②の特徴から、たとえ本罪を状態犯ではなく継続犯であると解したとしても、先のA説、B説のいずれに立つかにより幫助を認め得るかが異なることになる。幫助行為は、毒薬を渡すなど、正犯の実行為に先行してなされたり、見張りのように、正犯者の実行為に随伴してなされるが、この②の特徴からわかるように、インターネット事案の場合、後発で閲覧可能性を高め得る（法益侵害の危険性を高める）という点に問題があり、B説から一律にリンク設定行為について幫助の成立を否定すべきなのは、一考の余地があるように思われる。正犯に刑責を負わせれば足りるともいえるかもしれないが、それが妥当な帰結なのか、疑問の余地がある。

もつとも、サーチエンジンが存在することを理由に、そもそもリンク設定行為は閲覧可能性を高めるものとはいえないとする見解もある。そこで、リンク設定行為に対する幫助の成否については、事後従犯となることを理由にこれを否定する先述の見解以外に、リンク設定行為は、閲覧可能性を高めるものではなく、正犯の犯罪を促進・助長したとはいえないとの主張や、⁽⁷⁶⁾②の特徴から、(Aの記憶・臆置行為後に行われる)リンク設定行為は正犯の行為(記憶・臆置行為)を容易にするものではないとの主張から、⁽⁷⁷⁾リンク設定行為は「正犯を幫助した」とはいえないとして幫助の成立を否定する見解も存在する。

(3) 六二条は、「正犯を幫助した者は、従犯とする。」と定めるのみであり、幫助とは、正犯の実行を容易にすること、⁽⁷⁸⁾正犯の実行を援助し、容易ならしめること、⁽⁷⁹⁾正犯による犯罪の遂行を援助・補助すること、⁽⁸⁰⁾「正犯の犯罪を助長促進する行為」⁽⁸¹⁾等と説明される。先の様な主張がなされているXのリンク設定行為は、「正犯を幫助した」といえるだろうか。

たしかに、リンク設定行為は、正犯の記憶・蔵置行為自体を容易にするものではない。よって、あくまで正犯の実行行為を記憶・蔵置行為と捉えた場合、リンク設定行為は幫助行為とはいえないとも考えられる。しかし、そもそも、本罪の実行行為は、記憶・蔵置行為のみを指すのだろうか（記憶・蔵置する時点までなのであろうか）。これは、先の「実行行為の継続性」とつながるが、先に述べたように、インターネット事犯の場合、公然陳列行為（実行行為）はデータを削除するまで継続していると解すべきであり、そうすると、リンク設定行為により正犯の公然陳列行為（記憶・蔵置した画像が不特定又は多数人に閲覧可能な状態を設定すること）を促進、助長したといえるのではないだろうか。本罪は抽象的危険犯ゆえに、本罪が成立するために実際に閲覧されたことを要さないが、例えば、Xがリンクを張ったことにより、それ以降、新たに甲、乙ら複数の者が閲覧したとすれば、やはり当該リンク設定行為がそれらの者への公然陳列を容易にしたと言わざるを得まい。正犯がわいせつ画像を記憶・蔵置していなければ甲、乙らは閲覧することができなかつたのであるから、正犯に刑責を負わせれば足りるともいえようが、Xのリンク設定行為がなければ、実際、甲、乙らが閲覧しえなかつたといえる以上、甲、乙らの更なる不特定又は多数人への認識可能性を容易にしたという事象に対する責任の所在は正犯にだけあるとはいえないであろう。

インターネット事犯の場合、先にも触れたように、インターネットの技術的側面に拘泥しすぎると犯罪の成立を制限する方向に流れやすいように思われる。⁽⁸³⁾なるほど、インターネットの技術面からは、サーチエンジンで検索できる以上、検索を駆使すればAのサイトにアクセスすることは可能であり、したがって、リンク設定行為は、閲覧可能性を高めるものではないといえるかもしれない。しかし、刑法の法益保護機能を考えた場合、このような技術に長けた者の行為に基準を設定するのではなく、一般社会における標準的な行動（行為態様）を基準に、認識可能性が上がったかどうか、つまり正犯を助長・促進するブースターとしての役割を果たしたといえるかを判断すべきであると思われる。この意味

で、一般人にとって既にAが記憶・蔵置した画像の閲覧が容易であった場合は、リンク設定行為がブースターとしての役割を果たさず、当該リンク設定行為について幫助犯は成立しないと解すべきであろう。このような見解に対しては、Aによる記憶・蔵置行為により既に一般人にとって当該画像の閲覧が容易であったといえるか否かという判断基準はあいまいであるとの批判が考えられるが、その判断においてこそ、先のような技術面に注目すべきであり、どのような態様でAのホームページが存在していたか等の点から客観的に判断できるのではないかと思われる。

(4) いうまでもなく、本稿で概観した継続犯と状態犯に関する議論は、インターネット事犯は想定していないと思われる、古くから主張されている見解をも含んでいる。現行刑法は、平成七年の現代用語化の法改正を皮切りに、時代の流れに沿って刑法の一部改正が繰り返され、その代表例として、インターネットに関連する法改正が挙げられよう。明治四〇年には想定されなかった、インターネットを用いた犯罪態様の出現により、罪刑法定主義の観点から法改正がなされてきたのであるが、本稿で検討の素材としたわいせつ物公然陳列罪も、平成二三年の「情報処理の高度化等に対処するための刑法等の一部を改正する法律」により改正されたものである。⁽⁸⁵⁾ 罪刑法定主義、法的安定性などの観点から、従来の解釈論で妥当な解決が図れる部分については継承すべきである一方、構成要件を基軸とした犯罪論に立脚しつつ、⁽⁸⁷⁾ 実態に即した、インターネットの普及・広汎性による結果の重大性を考慮した解釈を行う必要性もあろう。本稿で述べたように、Aがわいせつ画像データをいわゆるアップしたままの場合とアップした後、すぐに削除した場合とを比べれば明らかのように、本事案については、正犯が記憶・蔵置した画像をそのまま削除せずに掲載し続けていたからこそ、つまり実行行為が継続している継続犯であったからこそ、後発のXの加功行為が当該Aの実行行為を介して法益侵害の危険を拡大したのであり、Xの行為が正犯に対してブースターの役割を果たしている以上、正犯の犯行を助長、促進し、よって間接的に法益を侵害した、つまり正犯を幫助したといえ、Xに幫助犯を認める余地があるように思われる。この

ように解すると、先の放火でガソリンを注いだ事例も、火力を上げるブースターとしての役目を担っており、同様に解すべきように思われるかもしれないが、先に述べたように、同放火事例では、正犯の実行行為がXの加功前に終了していることから事後従犯とならざるを得ない上に、あくまでA宅しか燃えていない（A宅以外の法益侵害を発生させたのであれば、その点についてXは正犯となる可能性はある。）のに対して、本最決事案ではリンク設定行為により更に閲覧する者が出る可能性を発生させている点で違いがあるといえよう。

註

- (66) 古田・前掲註(9)九一頁。
- (67) 小池・前掲註(15)五三頁。
- (68) 深町・前掲註(5)二一〇頁も「いったん児童ポルノを蔵置したからと言って、直ちに認識可能性の設定が終了したと判断することは妥当ではない」と指摘されている。
- (69) 鎮目征樹「プロバイダ等の刑事責任」現刑五七号(二〇〇四年)一九頁。ただし、直接性の点で両罪は異なる点には留意を要する。
- (70) 山口・前掲註(33)一五九頁。
- (71) 西田典之『刑法各論』(第六版)(二〇二二年)一二二頁。同旨、近藤・前掲註(44)三三頁。
- (72) 林美月子「強制執行妨害罪の終了時期」平成一九年重要判例解説(ジュリ一三五四号)(二〇〇八年)一六六頁。
- (73) 園田・前掲註(15)一一頁。
- (74) 渡邊・前掲書一四四頁。
- (75) 渡邊・前掲書一四四頁。なお、斎藤あゆみ「ネットワーク利用犯罪におけるプロバイダの刑事責任」専修法研論集第三七号(二〇〇五年)一五一頁。
- (76) 園田寿「わいせつの電子的存在について」関西大学法学論集四七卷四号(一九九七年)三八頁以下、渡邊・前掲書一四六

頁、同・前掲註(6)判例評論一八八頁等。

(77) 石井・前掲註(30)一六六頁、永井善之「児童ポルノのURLをホームページ上に明らかにした行為は、児童買春、児童ポルノに係る行為等の処罰及び児童の保護等に関する法律七条四項の『公然と陳列した』には当たらないとする反対意見が付された事例」刑ジャ三七号(二〇一三年)一〇六頁。

(78) 大塚仁他編『大コンメンタール刑法 第五卷』(第二版)(一九九九年)五四八頁(堀内信明∥安廣文夫)。

(79) 司法協会『刑法総論講義案』(二〇〇七年)(三訂補訂版)三五五頁、大谷・前掲書四四六頁。

(80) 山口・前掲書二九二頁。

(81) 前掲大阪地判平成二二年三月三〇日。なお、本最決の反対意見は「助長するもの」と述べている。

(82) 正確には、XはURLを改変して掲載したのであるが、既に第一審において、「本件改変URLを『カタカナはそのまま英語に……直してください。』との付記と併せて記載したことは、本件URLを明らかにしたものと同視できる。」と判示されている。

(83) 佐久間修『最先端法領域の刑事規制』(二〇〇三年)三二九頁。

(84) 深町・前掲註(5)二一四頁以下も、リンクを張る前のAの画像の認識可能性に着目される。瀧本・前掲註(5)一七一「一三〇」頁以下も「画像自体の認識可能性の有無や程度を正確に判断することが可能かどうかについては疑問がある」としつつ、同旨を指摘されている。

(85) 今井猛嘉「特集・情報処理の高度化等に対処するための刑法等の改正 実体法の視点から」ジュリ一四三二号(二〇一一年)六六頁、渡邊卓也「サイバー関係をめぐる刑法の一部改正」刑ジャ三〇号(二〇一一年)二七頁、北村篤「ハイテク犯罪に対処するための刑事法の整備に関する要綱(骨子)」ジュリ一二五七号(二〇〇三年)六頁、永井善之「サイバー・ポルノ規制と刑事法改正」刑雑四五卷三号(二〇〇六年)二八頁等。

(86) 今井猛嘉「ネットワーク犯罪」法教三〇三号(二〇〇五年)六〇頁。

(87) サイバーポルノの性質について、川崎友巳「サイバーポルノの刑事規制(一)——イギリス刑事法との比較法的考察——」同志社法学五一巻六号(二〇〇〇年)八三頁等参照。

四 おわりに

本最決を契機として、継続犯と状態犯の概念を共犯の成否という観点から考察してきたが、既遂後に関与した者に共犯（幫助犯）が成立するか否かは、突き詰めると、正犯が当該犯罪をどのような行為態様で行い、よって当該罪の保護法益を侵害したかがポイントであり、したがって、当該事案の正犯の実行行為の確定に尽きるように思われる。⁸⁸とはいえ、事後従犯とならないためにはXが加功した時点まで実行行為が存在している（継続している）ことを要することから、犯罪が終了しているのに実行行為は存在している（継続している）という構図は考えられないので、共犯を認める前提として、既遂に至っても犯罪は終了していない継続犯に当該罪が分類されることを要する。したがって、状態犯とされる窃盗罪も、事案によっては（すなわち、行為態様によっては）既遂に至った後もまだ犯罪は終了していない継続犯に分類される場合があり、その場合には共犯が成立する余地があると思われる。この意味で、犯罪が終了していたか否かという継続犯・状態犯の分類には意義があるといえる。

そして、本稿で述べたように、状態犯と異なり、継続犯では既遂後も犯罪は終了しないとされるのは、実行行為が継続しているからであり、この実行行為の継続は、当該行為の態様を考慮に入れて判断すべきと解する。事案によっては、実行行為の継続を認めるにあたり、当該行為を繰り返し行うことが実際的でない場合がある。たとえば、被監禁者を鍵のかかる部屋に監禁した場合、ずっとドアを押さえている必要はない。このような行為態様で監禁行為が行われた事案について、ドアを押さえていないことから実行行為は継続していない、とみるのは、あまりにも表層のみの評価といえよう。したがって、客観的な外観だけでなく、行為態様の特徴、現象面も考慮して実行行為の継続性の有無を判断すべきと思われる。本最決のようなインターネット事犯はその典型例であり、わいせつ画像データを一旦サーバーコン

ピューターに記憶・蔵置すれば、それ以降、いわゆるアップロード行為を繰り返さずとも（アップロード行為をし続けなくても）当該画像はネット上に存在し続けるのであり、このような事案において、実行行為である記憶・蔵置行為を繰り返していないから実行行為が継続していないと解するのは実態と乖離しているように思われる。このように、継続犯と状態犯の概念は、行為態様と密接に関連しているのである。

註

(88) 松原・前掲註(1)二九頁。