

犯罪の終了についての一考察

—大阪高判平成16年4月22(判タ1169号316頁)を素材として—

近藤和哉
(本法律研究科教授)

- 1 はじめに
- 2 事案および判旨
- 3 問題の所在
- 4 検討
 - (1) 書き込み行為時点における名誉毀損罪の終了について
 - ア 事実摘示状態への移行による終了について
 - イ 行為の継続と犯罪の継続との関係について
 - ウ 法益侵害結果(危険)の発生の終了について
 - (2) 削除依頼行為時点における名誉毀損罪の終了について
 - ア 作為義務の履行による終了について
 - イ 因果関係の消滅による終了について
- 5 おわりに

1 はじめに

本稿は、大阪高判平成16年4月22日判決(判タ1169号316頁)を素材として、犯罪がいつ終了するのかという問題について、若干の考察を行おうとするものである¹⁾。本判例は、判決日からすでに7年以上が経過しており、新鮮さにはもはや欠ける憾みがあるが、一見不可解にも見えるその論理や、本判例を巡ってその後なされた議論と相まって、なお、素材としての魅力を有しているように思われるのである。

2 事案および判旨

検討に先立って、本件の事案および判旨を簡単に紹介しておくことにする。

まず、事案は、次のようなものであった。

Xは、自己が起こした交通事故で、A(妻)、B(夫)夫妻の息子を死亡させたが、この業過致死事件の論告求刑の直後である平成13年7月5日に、Cが管理するインターネット上のホームページに、A、Bらの名誉を毀損する事実(「本件記事」という)を書き込み、これを、不特定多数の者の閲覧に供した。

その後、下に引用した判決中で認定されている、X宅の家宅捜索、XからD警察署へのCの電話番号の照会、D警察署からCに対してなされた記事の削除依頼等の経緯を辿って、平成15年4月22日、Aは、Xを名誉毀損罪で告訴し²⁾、Xは起訴されて一審で有罪判決を受けた(懲役1年4月)。Xは、Aの告訴は、名誉毀損罪の告訴期間である6ヶ月(刑訴235条1項)を途過してなされており不適法である等と主張して控訴した。

これに対して、裁判所は、次のように判示した。

「そこで検討するのに、名誉毀損罪は抽象的危険犯であるところ、関係証拠によると、原判示のとおり、Xは、平成13年7月5日、B及びAの名誉を毀損する記事(以下、『本件記事』という。)をサーバーコンピュータに記憶・蔵置させ、不特定多数のインターネット利用者らに閲覧可能な状態を設定したものであり、

これによって、両名の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、その後、本件記事は、少なくとも平成15年6月末ころまで、サーバーコンピュータから削除されることなく、利用者の閲覧可能な状態に置かれたままであったもので、被害発生 of 抽象的危険が維持されていたといえるから、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。もっとも、関係証拠によると、平成15年3月9日、D警察署警察官によって、本件名誉毀損事件を被疑事実としてX方が捜索されたことなどがきっかけとなり、その2、3日後、Xは、同警察署に電話し、自分の名前を名乗った上で、『自分が書き込んだ掲示板がまだ残っており、消したいが、パスワードを忘れてしまったので消せない。ホームページの管理人の電話を教えてください。』旨申し入れたところ、同警察署側において、Xに対し、『こちらから管理人に連絡の上削除してもらおうよう依頼する。』と返答した上、直ちに本件ホームページの管理者であるCに対して、『パスワードを忘れたので消せないと言ってきた。そちらで削除してやってほしい。』と申入れ、同人もこれに異を唱えていなかった事実が認められるところ、この事実は、Xが、自らの先行行為により惹起させた被害発生 of 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、爾後も本件記事が削除されずに残っていたとはいえ、Xが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。

しかして、Aの本件告訴は、上記申入れの時点において犯罪が終了した後6ヶ月以内であることが明らかな平成15年4月22日になされているから、適法である。」

3 問題の所在

本件の問題点は、次の2つに集約される。

第1は、Xが、平成13年7月5日頃に、A、

Bの名誉を毀損する本件記事を掲示板に書き込んで掲載した行為（以下、「本件書き込み行為」という）により成立した名誉毀損罪（刑230条）が、書き込み行為の終了とともに終了したか否かである。仮に、終了が肯定されるとすると、Aが「犯人を知った」日が、Xの主張通り、平成13年10月4日頃であることを条件としてではあるが³⁾、平成15年4月22日になされたAの告訴は、6ヶ月の告訴期間（刑訴235条1項）を途過してなされたことになる。

第2の問題点は、本件名誉毀損罪が、Xの書き込み行為終了後もなお成立し続けていたと考える場合において、平成15年6月末頃に本件記事が削除されるまで、終了していなかったのか、それとも、Xが本件記事を削除しようとして警察に連絡を取った（以下、これを「削除依頼行為」という）平成15年3月9日の2、3日後の時点で終了していたのかである（いずれであっても、Aの告訴は有効ではある）。本件記事が削除された時点以降、本件記事を構成要件の結果とする名誉毀損罪の継続を肯定し得ないことは明白であるが、これに先立つ時点で、Xが、本件記事を削除すべく、可能な限りの措置をとったことが、名誉毀損罪を終了させる根拠となり得るか否かが問題となるのである。

以下では、これら2つの問題を中心に、検討を加えることにしたい。なお、犯罪の終了時期を巡る議論においては、結果と、これを惹起した行為とを明瞭に区別しておくことが、無用な混乱を避けるために有効であると思われる。そこで、以下、本稿では、結果としての公然事実摘示を「事実摘示結果」、これを惹起した、いわゆる実行行為としての公然事実摘示を「事実摘示行為」と表記し、また、窃取（刑230条）、監禁（刑220条）についても、それぞれ、「窃取結果」・「窃取行為」、「監禁結果」・「監禁行為」のように表記して、区別をはかることにしたい。

4 検討

(1) 書き込み行為時点における名誉毀損罪の終了について

ア 事実摘示状態への移行による終了について
(ア) 以下では、まず、平成13年7月5日頃の本件書き込み行為時に、本件名誉毀損罪が成立し、そして終了していたか否かを検討する。

この時点での終了を主張されるのは、山口教授である。教授は、「名誉毀損罪の構成要件は、公然と事実を摘示することによる名誉毀損であるから、名誉毀損の状態は継続するが、実行行為である公然事実摘示行為は継続しないため、構成要件該当性の継続はなく、名誉毀損罪は既遂により終了することになる(状態犯。)」とされる⁴⁾。

これは、名誉毀損罪の成立要件である事実摘示結果が、状態犯の典型例とされる窃盗罪における窃取結果(財物の占有の移転)とパラレルであるとされるものであろう。すなわち、ある財物について窃取結果が発生し、これにより窃盗罪が既遂に達すると、以後、その財物についての窃取結果は存在しなくなる。この結果、窃盗罪の構成要件が充足されなくなって、窃盗罪が終了する⁵⁾。山口教授は、名誉毀損罪における事実摘示結果も、単に事実が摘示されている状態(不特定多数人に視聴可能になっている状態)のことでなく、事実が非摘示状態から摘示状態へと移行することであると解された上、一旦摘示状態に移行した事実が重ねて摘示状態に移行することはないから、事実摘示結果の発生によって名誉毀損罪が既遂に達すれば、以後はもはや移行が認められず、構成要件が充足されなくなって、名誉毀損罪が終了するとされるものと思われる⁶⁾⁷⁾。

しかし、ここには、なお疑問の余地が残されているように思われる。

まず、刑法230条が、「公然と事実を摘示し」と規定していることは、非摘示状態から摘示状態への移行が、名誉毀損罪の成立要件であると解釈すべき直接の根拠とはならない。確かに、

この文言からすれば、摘示状態への移行が事実摘示結果の内容をなすと解するのが自然であるといえなくもない。しかし、「人……を監禁し」という文言で規定され、同様の事情が認められる監禁罪においては、被害者の、自由な状態から不自由な状態への移行は、監禁結果の内容ではない(移行が終了しても、監禁結果ひいては監禁罪は終了しない)と考えられているのである。

そうすると、非摘示状態から摘示状態への移行が、名誉毀損罪における事実摘示結果の内容をなすか否かは、ちょうど、盗品等の占有の引き受けが「保管」(刑256条2項)の内容をなすか否かの議論におけるのと同様、これこそが名誉毀損罪による行為者の処罰を根拠づける事実であるか否かによって決せられるべき問題だということになる。

この観点からすると、摘示状態への移行が事実摘示結果の内容であるとするのは、やはり妥当でないように思われる。例えば窃盗罪において、占有移転のみが窃取結果の内容をなす根拠は、あえていうならば、返すべき他人の財物を返さないことそれ自体は、図書館の本などについてわれわれも日常的に犯しているルール違反であって、必ずしも刑法上当罰的でないこと⁸⁾、このため、その起点である占有移転の阻止が、窃盗罪による法益保護のいわば焦点となることであると思われるが、名誉毀損罪における摘示状態への移行には、同様の事情を認めることができないからである。名誉毀損罪による法益保護の焦点であり、事実摘示結果の内容とされるべきなのは、むしろ、移行によって生じた摘示状態であり⁹⁾、これに先立つ摘示状態への移行は、監禁罪における監禁結果(不自由状態)への移行と同じく、事実摘示結果(事実摘示状態)に事実上常に随伴するがそれ自体は構成要件要素でない¹⁰⁾、入り口の事象に過ぎないと思われる。

(イ) 以上のように考えると、本件名誉毀損罪も、事実摘示行為時、すなわち、本件書き込

み行為時には終了しないことになる。

これに対して、山口教授は、名誉毀損罪が、事実摘示状態が続く限り継続すると解すると、実際上の不都合を生じるとされる。すなわち、「名誉毀損罪を継続犯と解することは実際上も妥当でない結論をもたらす。例えば、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。本件の場合でも、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。」¹¹⁾とされるのである。

しかし、古本屋事例やキャッシュ事例において名誉毀損罪の成立可能性を認めることが、妥当でない結論であるといえるかには、なお検討の余地が残されているように思われる。

まず、犯罪の継続は、山口教授が指摘されるように、ある時点において構成要件該当性をはじめとする、犯罪成立要件が充足されているか否かの問題である。従って、当該書籍が古本屋においてもなお注目を集めているが、これがまさに行為者の計画通りだった（出版時に、この態様での事実摘示の故意があった）というのであれば、名誉毀損罪の継続を否定すべき理由がないように思われる。この場合に、告訴期間や公訴時効の趣旨を理由として犯罪の継続を否定するのは、本末転倒であろう。

古本屋事例等で名誉毀損罪の継続を認めるのは妥当ではないという主張には、確かに、一定の説得力がある。しかし、それは、これらのケースでは、事実摘示結果や故意等、名誉毀損罪の成立要件が欠け、あるいは、訴訟法上の理由から、犯罪の継続を論じることに意味がなくなっている場合が事実上多いからであって、名誉毀損罪の継続を肯定するのがおよそ不当だからではないと思われる。

例えば、古本屋事例についてみると、その本が古本屋に入荷して棚に並べられたものの、まったく人気がなく、誰の手にも取られないまま

隅のほうで埃を被っているならば、人がほとんど訪れない山奥の祠に置かれた場合と同様、事実摘示結果、ないしは、法益侵害結果である危険の発生を否定することが可能であると思われる¹²⁾。また、書籍が古本としてどのように流通するかを出版時に知ることは困難であるから¹³⁾、当該書籍が古本として活発に流通しており、古本屋に並んでいる時点でなお事実摘示結果の継続を肯定できたとしても、出版時の行為者に、これについての故意が認められない場合も多いであろう。いずれの場合にも、名誉毀損罪はすでに終了していたことになる。

さらには、実体法上は犯罪が継続しているといえても、訴訟法上はすでに犯罪が終了してしまっていることもあり得るように思われる。例えば、本を出版し（新）書店の店頭に並べた事実について起訴され、名誉毀損の罪で処罰されたのであれば、その後、その書籍が古本屋でなお注目を集めていることが判明したとしても、これを改めて起訴することはできないであろう。

結局のところ、本件のXは、本件記事を長期間不特定多数人に閲覧可能な状態に置くことを意図して本件書き込み行為に及び、まさに意図した通りの結果を生じさせたのであるから、書き込み終了後にもなお名誉毀損罪の継続を認めることに、何ら問題はないように思われる。イ 行為の継続と犯罪の継続との関係について（ア） 以上のように、本件名誉毀損罪が書き込み行為時に終了しているか否かを判断するには、摘示状態への移行が、事実摘示結果の内容であるか否かを判断すれば足り、この解釈問題以外に考慮すべき要素はないように思われる。

ところが、学説上は、犯罪の終了の判断に際して、構成要件的结果と区別された、実行行為の継続・終了をも考慮するものが存在する。

例えば、佐伯教授は、「監禁罪が継続犯であるのは、監禁が継続している間は、監禁の実行行為も継続しており、監禁罪の構成要件が継続的に充足されているからであろう。」¹⁴⁾とされ、西田教授も、「継続犯とは、法益侵害とともに

構成要件に該当する実行行為が継続する場合をいうのである。」¹⁵⁾とされる。山口教授が、「効果の継続=実行行為の継続と捉える場合、削除ができなくとも、本件記事が残る限り犯罪は終了しない。」とされ、また、本件名誉毀損罪の実行行為が本件書き込み行為に尽き、これは平成13年7月5日頃に終了していることを強調されるのも¹⁶⁾、この見解を念頭に置いたものであると思われる¹⁷⁾。

そこで、次には、この見解について、若干の考察を加えることにしたい。

(イ) 実行行為とその効果との区別の問題は、従来、監禁罪について、被害者が監禁されている間、実行行為も継続しているのか、という問題として議論されてきたところである。

山口教授は、ドアに施錠して閉じ込めたという類型の監禁罪について、施錠の終了と共に実行行為が終了するとされる。すなわち、そこで成立する監禁罪の実行行為は施錠行為のみであり、これに引き続く施錠状態は、実行行為の効果であるとされるのである¹⁸⁾。

これに反して、佐伯教授は、早くから、監禁罪における実行行為の継続を主張されていた。すなわち、「監禁罪が継続犯であるのは、監禁が継続している間は、監禁の実行行為も継続しており、監禁罪の構成要件が継続的に充足されているからであろう。このことは、行為者が手で被害者を押さえつけて逮捕している場合を考えれば容易に理解できる。この場合、押さえつけているあいだ逮捕罪は継続しているわけであるが、実行行為が継続し逮捕罪の構成要件全体が充足され続けている以上、犯罪が継続することは当然のことなのである。これに対して、監禁罪の場合は、部屋に閉じ込めるような典型的な場合を考えてみると、行為者は最初に部屋に閉じ込める行為を行っているだけである。しかし、被害者を部屋に閉じ込めたまま開放しないことも、監禁罪の実行行為として評価でき、実行行為は継続しているといえるであろう。」¹⁹⁾とされるのである。

(ウ) このように、両教授がいわれる実行行為の意味は異なっており、そうである以上、その存否の判断に不一致が生じるのは当然のことである。そうすると、ここでの問題は、判断の当否ではなく、実行行為を、より根本的には、行為概念をどのように指定すべきかであることになると思われる。

まず、山口教授の見解は、行為とは、意思に基づく身体の動静であるという通説的な行為概念を前提とされるものである。これによれば、監禁罪において、犯人がその手で施した施錠は行為であるが、脱出を試みてドアノブを回そうとした被害者の力を錠の留め金が妨げ、あるいは、壁に体当たりした被害者の身体を壁が跳ね返した事象は、錠や壁が犯人の身体でない以上、犯人の行為ではないことになる。

しかし、これに対しては、犯人は、「自分の手で押さえつける代わりに部屋の壁という物理的手段を用いている」²⁰⁾だけであり、このことが果たして、行為の存否を区別する根拠となり得るか、このような区別を生じさせる行為概念が妥当であるかという疑問が直ちに生じざるを得ない。そもそも、犯人が、自ら扉を押さえつけて被害者を監禁している場合であっても、被害者は、扉を押さえつけられているから出られないのではなく、壁があるから出られないのだともいえる。押さえつけられていて開かない扉と、頑丈で破れない壁とは、被害者の移動の自由を妨げる点において何ら選ぶところがないのであり、日常用語の上ではともかく、刑法理論上は、両者を区別すべき理由がないように思われる。

また、身体性を含んだ通説的な行為概念が、現実の場面でどこまで徹底されているのか、また、徹底し得るのかにも疑問が残る。例えば、覚せい剤を自己が運転中の車のダッシュボードに入れていた者を、覚せい剤所持罪の現行犯として逮捕できることには、何の疑問も抱かれなれないと思われるが、これは、覚せい剤をダッシュボードに入れた行為の効果（覚せい剤がダッシ

ボード内に存在するという事象)もまた、覚せい剤所持罪の実行行為である所持であることが、当然の前提とされているからであろう。同様に、殺人事件において、拳銃発射行為が実行行為であるとされ、あるいは、傷害事件において、投石行為が実行行為であるとされる場合に、引かれるべき引き金や、投げられるべき石を視界の外に置いた、指や腕の動きのみが実行行為として観念されているか²¹⁾、また、そう観念すべき理由があるのかにも、疑問が大きい。

このように考えると、いわゆる効果をも含むものとして行為概念を指定するのが、むしろ妥当ではないかと思われる²²⁾。今日では、身体の動をそもそもの最初から含まない、効果のみによって法益を侵害することも十分に可能であるが²³⁾、この場合に、行為の存在を否定して処罰を断念するのも、これを身体の静であるとして不作為とする(そして、当該犯罪は不作為犯であるとする)のも、いずれも妥当でないと思われる。身体性を含んだ通説的な行為概念の意義は、行為とされ、処罰対象とされるべきことが自明である身体の動ばかりでなく、身体の静も、これが意思に基づく限りは²⁴⁾ 処罰対象となり得ることを述べることにあり、これを超えて、身体性が行為の必須の要件であるとまでは及んでいないと解するのが妥当ではないかと思われる。

このように、効果をも行為に含める見解に対して、山口教授は、まず、「効果が継続すればそれを惹起した行為が継続するなら、後遺症が残る傷害の事案では、被害者が死亡するまで傷害行為、さらに犯罪は終了しないことになりかねず疑問である。」²⁵⁾とされる。

しかし、効果の継続による行為の継続を肯定したとしても、新たな結果発生がないのであれば、構成要件該当性を肯定することはできない。傷害の後遺症については、これが、例えば、手指の喪失や麻痺等であれば、これ自体に新たな傷害結果＝生理的機能の障害の発生を認めることができないから、傷害罪の継続は認められな

いと思われる。これに反して、後遺症の内容が疼痛の継続や²⁶⁾ 身体の他の領域に現に生じつつある生理機能の障害であれば、傷害結果の継続的発生、ひいては、傷害罪の継続を肯定し得ると思われるが²⁷⁾、これが直ちに不当な結論であるとは思われない²⁸⁾。もっとも、この場合も、当該結果と行為との間の因果関係の立証に問題があり、あるいは、すでに主たる傷害結果について処罰が行われている等して、傷害罪が事実上終了している場合が多いであろう。

山口教授はまた、行為の継続を肯定してしまうと、人を誤って監禁してしまった者が後にこれに気付いた場合に、解放が不可能であっても、以後、監禁罪が成立するという帰結が不可避であるともされる²⁹⁾。

ここで監禁罪の成立を肯定するのは確かに不当であるが、この帰結が不可避であるといえるかには疑問が残る。監禁の事実気付いた行為者には、確かに、監禁の故意があるといっても良いが、だからといって、被害者に以後生じる移動の自由の侵害が、故意行為によって惹起されたことになるわけではないからである³⁰⁾。施錠するタイプの監禁罪に実行行為の継続を肯定する立場に立ったとしても、故意なく開始された監禁において、監禁結果との間に因果関係を肯定できる故意行為は、やはり、解放しないという不作為でしかあり得ず、山口教授があげられる解放が不可能な設例では、監禁罪が成立する余地がないと思われる。

(エ) もっとも、以上のように、効果も行為であると考えとしても、佐伯教授が、行為の継続の観点から継続犯を特徴付けられることには、なお疑問が残る。教授は、「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とともに、実行行為が終了すれば、法益侵害が終了し犯罪も終了することにあるといえる。すなわち、実行行為の継続と犯罪の継続が一致している点の特徴なのである。」³¹⁾とされるのであるが、効果を含む佐伯教授の用語法による行為は、状態犯で

ある窃盗罪においても、法益侵害結果の発生・終了の時点まで、常に継続しているように思われるからである³²⁾。

例えば、甲が自らの手で商店の店先から商品を盗む場合、実行行為である窃取行為の終了時期と、法益侵害である商品の占有移転の終了時期とは、一致すると思われる。また、甲が飼犬に命じて商品を盗ませた場合、手で盗る代わりに犬に盗らせたといえる以上、甲の命令行為のみでなく、甲の命令の効果、すなわち、犬が商店に赴いて商品を盗るのも甲の実行行為の一部であるとされると思われるが、ここでも、実行行為の終了時期と法益侵害の終了時期とは一致するであろう。

このように、実行行為および結果発生の継続を継続犯の特徴とし、この観点から、窃盗罪と監禁罪とを、ひいては、状態犯と継続犯とを区別する見解には、疑問が残らざるを得ない³³⁾。両者の違いは、財物の占有がある状態からない状態への移行、移動の自由がある状態からない状態への移行それ自体が、それぞれの罪の構成要件要素であるか否かという、「構成要件解釈の問題」³⁴⁾に尽きるのではないかと思われる³⁵⁾。

(オ) このように考えるならば、本件においても、アップロードボタンを押したことの効果として、本件記事が掲示板に掲載されている間、手に持ったプラカードを掲げ続けて事実を摘示した場合と同様、Xの実行行為が継続していると考えるか、それとも、アップロードボタンを押した瞬間に実行行為が終わっていると考えるかは、名誉毀損罪の継続の有無とは無関係であることになる。本判決は、本件名誉毀損罪が既遂後もなお継続しているとする一方で、行為の継続は特に問題としていないが、これも、同様の理解に立ったものであろう。

ウ 法益侵害結果（危険）の発生の終了について

このように、本件名誉毀損罪が、事実摘示行為の終了によっては終了していないとすると、次に考えられるのは、法益侵害結果が新たに発

生しなくなったことによる終了である。この観点から、事実摘示行為の終了と同時に本件名誉毀損罪が終了するとされるのは、林美月子教授である³⁶⁾。

教授は、次のように述べられる。「この場合、構成要件の危険の継続という見地からも、構成要件の危険の継続的発生は否定されるように思われる。公然性を要件とする名誉毀損罪は、名誉を毀損すべき事実を不特定多数の者の視聴し得る状態で行うことが必要であり、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性が発生し、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からである。」³⁷⁾

林教授のこの見解は、事実摘示結果によって現に生じている危険（いわば、現実的な抽象的危険）ではなく、事実摘示結果によって将来生じるであろう危険（いわば、潜在的な抽象的危険）が、抽象的危険犯における法益侵害結果だとされるものであろう³⁸⁾。この理解は、放火罪が、即成犯³⁹⁾ ないしは状態犯であるとされる場合にも採用されていると思われる。

しかし、抽象的危険犯一般にもいえることであるが、事実摘示結果が現に存在しなければ名誉毀損罪が成立しないということは、同罪の法益侵害結果としての危険も、事実摘示結果が現に存在しなければ生じないようなものに限定されるべきではないかと思われる。林教授が着目される危険は、事実摘示結果が未だ存在しない時点、例えば、行為者が、明日事実を摘示しよう、と考えている時点においてすでに認められ得る危険であるが、名誉毀損罪の成立にはこれで足りるということになると、事実摘示結果が同罪の成立要件とされている意味が、減殺されるように思われる。

また、この理解によれば、記事が掲載され続けた場合と、摘示後すぐに削除された場合とで、生じた法益侵害の量は同じだと考えることにな

と思われるが、これが妥当であるかにも疑問が残る。町野教授は、放火罪は継続犯であるとされ、焼燬が継続している限り、公共の危険も発生し続けているとされるが⁴⁰⁾、名誉毀損罪についても同じように考えるべきではないかと思われる。

さらに、確かに、犯人が、特定の集団のみが関心を持ってその摘示を待ち構えているが、摘示後は関心が急速に薄れ、すぐに見向きもされなくなるという性質を持った媒体⁴¹⁾に事実を摘示した場合には、林教授の指摘が妥当するようにも見える。しかし、本件のようにインターネットの掲示板に事実を摘示した場合には、被害者の名誉が毀損される危険は、一般消費者向け新商品の広告効果のように、あるいは、放火による公共の危険のように⁴²⁾、摘示後、むしろ、急激な上昇カーブを描いて拡大していくのではないかと思われる。もちろん、これもいずれは衰え、林教授が指摘される「残存状態」に至るであろうが、そこにおいても、構成要件の結果である危険の発生は、規模を減じながらも継続するようと思われる⁴³⁾。これを、このような事態が論理的にあり得ない窃取後の違法状態と同視することができるのかには、なお疑問を留保したい⁴⁴⁾

(2) 削除依頼行為時点における名誉毀損罪の終了について

ア 作為義務の履行による終了について

(ア) このように、名誉毀損罪の構成要件の解釈の観点からも、結果発生の観点からも、本件名誉毀損罪が、本件記事がネット上で摘示された平成13年7月5日の時点では、なお終了していなかったのだとすると、次に問題となるのは、これが、いつ終了するのかである。

この問題について、山口教授は、書き込み行為時における終了を認めないのであれば、本件記事がどこかに残っていて、不特定多数人がこれにアクセス可能である限り、本件名誉毀損罪は終了しないことになる⁴⁵⁾、林幹人教授は、これより早い時点ではあるが、本件記事

が掲示板から削除されるまでは終了しないという見解を示されている⁴⁶⁾。両教授の見解においては、Xの削除依頼行為は、名誉毀損罪の終了にとっては無意味であるとされていることになる。

ところが、本判決は、次のように判示して、削除依頼行為時点における名誉毀損罪の終了を肯定した。すなわち、パスワードを忘れたXが、警察にホームページ管理人の電話番号を照会し、警察が、こちらから管理人に依頼する旨を返答した上、管理人に連絡を取って記事の削除を依頼し、管理人がこれに異を唱えていなかったという事実は、「被告人が、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、爾後も本件記事が削除されずに残っていたとはいえ、被告人が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。」というのである。

ここでは、不作為ないし不作為犯という言葉は用いられていないが、本判決は、既遂後になお継続する本件名誉毀損罪を、Xが本件記事を掲示板に放置して顧みなかった不作為犯と構成し、これが、作為義務の履行、すなわち、不作為の終了によって終了したと考えたのであろう⁴⁷⁾。

(イ) これに対しては、作為による名誉毀損罪が既遂に達して終了した後、不作為犯としての名誉毀損罪の成立および継続を肯定することは、告訴期間・公訴時効期間の制限を潜脱することになって疑問であるという山口教授の指摘がある⁴⁸⁾。

しかし、記事の摘示状態が継続するにも拘わらず、名誉毀損罪が既遂に達すると同時に終了するということは、事実の非摘示状態から摘示状態への移行が、名誉毀損罪の構成要件要素であるということである。従って、本判決が、もし仮に、この前提に立ちながら既遂後に不作為犯としての名誉毀損罪の成立を肯定したのだと

すれば、本判決が冒した無理は、告訴期間等の制限の潜脱どころではなく、犯罪成立要件を欠くところで犯罪の成立を肯定するという無理であったことになる⁴⁹⁾。このことを考慮するならば、本判決が不作為による名誉毀損罪を問題にしたのは、作為犯としての名誉毀損罪が既遂と同時に終了するため、爾後の事態を不作為犯と構成して、いわば犯罪の延命を図ったというのではなく、本件名誉毀損罪が作為犯として継続していることを認めつつ、これを不作為犯として（あるいは、不作為犯的に）表現したものの⁵⁰⁾と理解するのが、むしろ事実に近いのではないかと思われる。

(ウ) 仮にそうであるとする、本判決の問題点は、故意作為犯の犯人に、犯罪を中止すべき作為義務を肯定したことについての（それ自体小さくはない）疑問を措けば、本件において不作為犯としての名誉毀損罪を問題にする場合、これが作為犯としての名誉毀損罪とは別個の犯罪であることを看過している点、このため、不作為犯としての名誉毀損罪の終了によって、これといわば並行的に継続している作為犯としての名誉毀損罪の終了までも直ちに根拠づけている点であると思われる。

すなわち、Xに、本件記事を削除するために行動すべき作為義務があるという前提に立つなら、確かに、本件記事が掲載された直後から、不作為による名誉毀損罪が成立、継続することになるであろうし、Xが、警察に連絡する等して作為義務を履行したことにより、構成要件該当行為が欠如するに至り、これが終了することにもなると思われる。しかし、これは、不作為犯としての名誉毀損罪がそうであるというだけのことであって、これと並行的に、その成立要件の充足が認められる⁵¹⁾ 作為犯としての名誉毀損罪の終了とは、直ちには関係がないことである（作為犯としての名誉毀損罪は、それ自体の成立要件が欠けるに至ったときに終了する）。

例えば、甲が乙を蔵に押し入れて施錠して監

禁したときには、当然、作為犯としての監禁罪が成立するが、甲に、乙を解放すべき作為義務を肯定できるという前提（この前提自体には疑問の余地もある）に立つなら、不作為犯としての監禁罪も並行的に成立することになる。このとき、甲が、途中で鍵をなくす等して、乙を解放することがおよそ不可能になれば、作為可能性が消滅し、不作為犯としての監禁罪は終了するが、作為犯としての監禁罪までもが終了するわけではない⁵²⁾。甲が、乙は自力で脱出した、あるいは蔵の中で死亡したと誤信した場合（故意の消滅）も同様である⁵³⁾。本件においても、不作為犯としての名誉毀損罪の終了を認定しただけでは、作為犯としての名誉毀損罪の終了が未だ根拠づけられていないと思われる。

イ 因果関係の消滅による終了について

(ア) とはいえ、本判決が、削除依頼行為時点における本件名誉毀損罪の終了を肯定したことは、その結論において妥当だったと思われる。概ねこの時点以降の事実摘示結果の発生には、Xが平成13年7月5日に行った事実摘示行為⁵⁴⁾との間の因果関係を肯定することができないと思われるからである。

すなわち、Xが警察に対して行った削除依頼行為は、警察が本件記事の問題性をすでに認識していたと考えられること、警察が、記事の問題性を掲示板管理人Cに説明し理解させた上で削除を依頼すると考えられることから、記事の削除に至る蓋然性が相当に高度な行為であったと考えられる（実際にも、Cは、「異を唱えていなかった」程度には説得されていた）。このことからすると、これら、本件記事の削除に向けられた一連の行為の介入にも拘わらず、本件記事が削除されず、事実摘示結果が生じ続けた事態に対しては、経験的に相当な因果経過ではない⁵⁵⁾、あるいは、Xの事実摘示行為の危険の現実化ではない⁵⁶⁾という評価を与えることが、一応可能だと思われる（削除依頼行為以後の事実摘示結果は、むしろ、Cの故意不作為に帰責されることになる）。非現実的な例で

はあるが、監禁犯人が、十分な証拠を添えて、精確な監禁場所を警察に通報したのに、警察の手違いで被害者がその後数日解放されなかった場合などにも、同様に、通報の時点（正確には、手違いがなければ解放されていたはずの時点）における犯罪の終了を認めるべきであると思われる。この場合、通報したのが犯人自身でなく、第三者であっても、同じ時点での終了を認めるべきであると思われるが、これは、ここでの犯罪終了の根拠が、作為義務の履行ではなく、因果関係の消滅だからである⁵⁷⁾⁵⁸⁾。

(イ) また、本判決がしたように、作為義務の履行と、並行する作為犯の終了とを関連づけることにも、まったく根拠がないわけではない。本件においてもそうであったように、作為義務の内容をなすとされた行為（いわゆる、「期待された行為」⁵⁹⁾）に、高度の危険除去効果ないしは結果回避効果が見込まれる場合には、その介入にも拘わらず結果が発生するのは異常な事態であり、そこでは、危険の現実化の有無ないしは因果経過の通常性が、疑われることになると考えられるからである。

例えば、甲がホテルの一室で、13歳の少女である乙に覚せい剤を注射し、乙が錯乱状態に陥ったが甲がこれを放置して乙が死亡したという事件⁶⁰⁾において、控訴審裁判所⁶¹⁾は、当該地の医療体制や当時の道路事情等を詳細に検討した上、甲には、乙が「前記の錯乱状態に陥ったと認められる翌8日午前零時半ころ以降の時点において、……躊躇することなく救急医療を要請すべき義務があったというべきであり、被告人が右の義務を十分尽くしておれば、同女を救命することができたと認めることができる」とした。仮に、甲がその時点で救急医療を要請したにも拘わらず乙が死亡していたのであれば（この結果が生じるためには、搬送中の交通事故や医師の故意などといった異常事態の介入が、事実上必要であろう）、甲が、実際の事件とは異なり、乙の同意を得ずに覚せい剤を注射していたのだとしても、この注射行為と乙の死亡と

の間の因果関係が否定される（単なる傷害罪とされる）可能性があると思われる。

(ウ) とはいえ、期待された行為をしなかった不作為と結果との間の因果関係は、危険を創出した作為と結果との間の因果関係とは論理的に別のものであるから、両者間に相関関係があるとしても、それは、事実上のものに過ぎない。行為者の能力的な限界等のために、それほどの危険除去効果ないしは結果回避効果が見込まれない行為を、期待された行為として措定せざるを得ない場合もあるが⁶²⁾、この場合には、期待された行為が履行されたにも拘わらず結果が発生した場合に、履行があったことを理由として、危険を創出した作為と結果との間の因果関係が疑われることはないと思われる。

例えば、母親甲が、泳げない6歳児の息子乙を、自己の過失で栈橋から湖に転落させてしまったとき、甲も泳げなかったとすると、甲に期待される行為は、自らが溺れる危険を冒して湖に飛び込むことではなく⁶³⁾、浮き輪を投げ込み、あるいは、ライフセーバーに急報して救助を求めること等なのであろう。甲がこれをしたにも拘わらず救助が間に合わず、乙が溺死したとすると、期待された行為の履行があったからといって、乙を転落させてしまった甲の作為と乙の死との間の因果関係が否定されることはないと思われる。

(エ) このように、本判決が、Xの作為義務の履行を根拠として、故意作為犯としての本件名誉毀損罪の終了を根拠づけたのは、結果的にはともかく、理論的には、やはり妥当ではなかったと思われる。

しかし、より根本的な疑問は、本件においては、裁判所が作為義務の履行を論じている前提である不作為による名誉毀損罪が、(Xの作為義務を肯定したとしても)削除依頼行為のはるか以前に終了していたのではないかということである。例えば、上の栈橋事例で、甲が、ライフセーバーに救助要請をする等の作為に出なかったと仮定してみると、この事例においては、

不作為と結果との間の因果関係（結果回避可能性）が欠けている（期待された行為に出ても、乙を救命することができなかった）から、甲の不作為には、殺人未遂罪はともかく、殺人既遂罪の成立は認めることができない⁶⁴。このことは、本件にも、そのまま当てはまるように思われる。

すなわち、Xは、裁判所が、Xに「課せられていた義務」であるとする削除依頼を行ったのであるが、事実摘示結果は、その後も発生し続けた。このことは、本件において、期待された行為を行っても結果を回避できなかったことの決定的な証拠であると認めざるを得ないように思われる⁶⁵。そうすると、本件では、Xがパスワードを憶えていた間は、Xに作為義務があることを前提として、不作為による名誉毀損罪の成立を肯定することができるが、パスワードを忘れてしまっていた削除依頼行為時には、それも、すでに終了してしまっていたことになる⁶⁶⁶⁷。こうなると、Xの削除依頼行為時に継続していた犯罪は、実は、書き込み行為を構成要件該当行為とする、作為犯としての名誉毀損罪だけであり、本件裁判所も、最初からこれの終了を問題にしていたことになる。

5 おわりに

本判決が、作為義務の履行を問題にしたのは、あるいは、Xとしてはできるだけのことをしたのだから名誉毀損罪は終了するという説明の方が、因果関係を問題にする説明よりも説得力において勝ると考えたからかも知れない。この発想をさらに遡ると、犯罪の成否を作為犯の構成で検討するか、それとも不作為犯の構成で検討するかは、犯罪をいわば素直に表から見るか、それとも裏から見るかの違いに過ぎず、どちらを採るかは、事案の解決にどちらがなじむかの問題に過ぎないという認識⁶⁸に至るようにも思われる。しかし、この認識は、同一の行為を問題にしている限りにおいて正しいのであって⁶⁹、行為が異なる場合には、いくら罪名が

同じであるからといっても、このようなことはいえない⁷⁰。書き込み行為を構成要件該当行為とする名誉毀損罪と、記事を削除しない不作為を構成要件該当行為とする名誉毀損罪とは別個の犯罪であり、後者が終了しても、前者が終了するとは限らないのである。

本判決は、また、Xに本件記事を削除すべき作為義務があるか否かをほとんど検討していないが、これもまた、上の認識に由来しているのではないかという疑いがある。確かに、ある行為を作為と構成して故意犯の成立が肯定されるのであれば、その同じ行為を不作為と構成しても、行為者には常に作為義務が認められることになる⁷¹。しかし、それとは別の行為を取り上げて不作為犯を問題にするのであれば、そこでの作為義務の存否は、これを一から検討しなくてはならない。Xの作為義務を肯定するに当たって、本件裁判所が特段の検討を行わなかった理由が、Xの書き込み行為に名誉毀損罪が成立していることであったのだとすると、その妥当性には疑問が大きい。この問題性は、不作為の共犯との関係で一層拡大するようにも思われる⁷²、これについては、機会を改めて検討することにした。

注

- 1) 本件には、告訴期間の起算点に関する問題も含まれており、実際の事件においては、これがまさに争点であったが、紙幅の都合もあり、検討対象から除外する（多くの見解が一致して認めているように、告訴権者が犯人を知っても、犯罪が終了するまでは、告訴期間は進行しないとするのが妥当であると思われる）。この問題に関しては、例えば、松田俊哉「判解」最判解説平成18年498頁以下に、詳細な検討と文献の紹介がある。
- 2) 夫Bの告訴は、13年10月16日にすでになされていた。A、Bの告訴時期にこのようなずれが生じたのは、告訴状にAの氏名の記載漏れがあることが後になって判明したためであるという（判タ1169号316頁の解説参照）。
- 3) 本判決は、Aが犯人を知った日がいつであるかを認定しなかったが、一審裁判所は、これを、平成15年3月9日だとしたようである（判タ1169号316頁）。
- 4) 山口厚「インターネット上の名誉毀損罪における終了時期」平成17年度重判解159頁。

- 5) 山口厚『刑法総論』(第2版)(2007年)49頁参照。
- 6) 山口教授が、「実行行為である公然事実摘示行為が継続しない」ことを、書き込み終了時に名誉毀損罪が終了した根拠とされていることからすると、ここで問題にされ、否定されているのは、事実摘示結果ではなく、実行行為としての事実摘示行為(記事の書き込みとアップロード行為)の継続であるように見える。
- しかし、山口教授は、実行行為が継続しなくても犯罪は継続し得るという立場に立っておられるから(被害者が解放されるまで終了しない監禁罪について、実行行為の継続を主張する見解を批判して、実行行為は「多くの場合」施錠行為のみであり、実行行為は施錠完了と同時に終了しているとされる[山口・前掲注5]48頁)、ここでも、文字通り実行行為としての事実摘示行為の継続を問題にしておられるのではなく、事実摘示結果(より具体的には、窃取結果における占有移転とパラレルに位置づけられた、摘示状態への移行)の継続を問題にしておられるものと推測される。
- 7) 山口教授のこの見解は、あるいは、抽象的危険犯である名誉毀損罪について、後述する林美月子教授と同様の法益理解に立たれることにも基づいているのかも知れない。この観点からの検討は、本項の「ウ」で行う。
- 8) 財物が失われた状態は違法状態に過ぎないという一般的な評価は、この認識に由来するようになる。林幹人「犯罪の終了時期—最高裁平成18年12月13日決定を契機として—」刑事法ジャーナル9号(2007年)69頁も参照。
- 9) 事実が摘示されている状態は、「刻一刻の侵害が同等の侵害性を備えたものである」(山口前掲注5)48頁)、あるいは、摘示状態が続く限り名誉毀損罪は「燃えている」(やや文脈が異なるが、松田・前掲注1)509参照)と評価されると思われる。
- 10) すでに監禁状態にある者を被害者とする、不作為による監禁罪が成立し得るのは、自由状態から不自由状態への移行が、監禁罪の構成要件要素である監禁結果の内容ではないからである。
- 11) 山口・前掲注4)159頁。
- 12) 後述するように、林美月子教授の見解は、この観点から名誉毀損罪の継続を否定するものである。
- 13) 手続が定型である競売においては(最決平18・12・13刑集60巻10号857頁参照)、この予測は容易であると思われる。
- 14) 佐伯仁志「犯罪の終了時期について」研修556号(1994年)17頁。
- 15) 西田典之『刑法総論』(第2版)(2010年)86頁。
- 16) 山口・前掲注4)159頁。
- 17) もっとも、効果も行為であるとし、継続犯を、実行行為が継続する罪であるとする佐伯教授らの見解から、本件において名誉毀損罪の継続が直ちに肯定されることになるのかは、必ずしも明らかではない。
- 例えば、佐伯教授は、監禁罪について、実行行為の継続を同罪が既遂後も終了しないことの根拠とされる(佐伯・前掲注14)17頁)一方で、「犯罪の終了もまた構成要件解釈の問題」であるとされて(同19頁)、窃盗罪が状態犯である根拠を、財物の占有移転としての窃取が同罪の構成要件

素であることに求めておられる。また、西田教授も、傷害罪や窃盗罪が成立と同時に終了する理由を、そう考えない場合の帰結の不合理性に求めておられる(西田・前掲注15)86頁)。従って、本件で問題となっている名誉毀損罪についても、非摘示状態から摘示状態への移行が同罪の構成要件要素であるとされ、あるいは、摘示状態が継続する限り名誉毀損罪が終了しないのは不合理であるとされる場合には、継続は否定されることになると思われる。

- 18) 山口教授は、「しかし、継続犯において実行行為が継続するとするのは(それが可能な事例もあろうが)擬制にすぎない(山口厚・刑法総論[補訂版]43頁。『評価すれば』無が有になるわけではない)。施錠した部屋に監禁する事例では、『施錠された状態』という実行行為の効果は持続するが、『施錠する』という『意思に基づく身体の動静』(実行行為)は継続しない。」(山口・前掲注4)159頁)とされ、また、「たとえば、監禁罪(刑220条)は、場所的移動の自由が侵害されることにより成立し、それが侵害され続けている間継続的に成立し続けるが、それは構成要件要素である場所的移動の自由の侵害が(刻一刻の侵害が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、当初の行為(行為自体は必ずしも継続しているわけではない)との間において持続的な構成要件該当性を肯定しうるからである(この場合において、上述したように、監禁行為が継続しているとの理解が示されることがあるのは、施錠状態などという構成要件の結果とは区別された監禁行為の効果が続くため、あたかも監禁行為自体が継続するかのような説明が可能であると思われるにすぎない。)」(山口・前掲注5)48頁)とされる。
- 19) 佐伯・前掲注14)17頁。
- 20) 佐伯・前掲注14)17頁。
- 21) 引き金を引き絞る行為や石を放す行為が実行行為であるというのであれば、引き金が動き、石が飛んで行くという効果もまた、行為の一部であるとされていることになる。
- 22) これは、この問題領域においてそうであるということであり、他領域、例えば、刑の変更に関する「犯罪」(刑6条)の意義である構成要件該当行為が問題になる場面においては、行為の継続は、意思活動と同時的な範囲に限って認められると思われる(この点については、島田聡一郎教授に注意を喚起していただいた)。
- 23) 筋電位や脳波を用い、いわば、念じただけで機械を操作する技術は、すでに特殊なものではない。<http://www.riken.go.jp/r-world/info/release/press/2009/090629/index.html>も参照(2011年5月31日現在)。
- 24) 有意性は行為の要件ではなく、身体性は要件であるとする見解として、平野龍一『刑法I』(1972年)113頁、町野朔『刑法総論講義案I』(第2版)(1995年)123頁以下などがある。
- 25) 山口・前掲注4)159頁。
- 26) ただし、町野・前掲注24)148頁は、「苦痛」について否定的である。
- 27) もっとも、佐伯教授は、傷害罪の継続を肯定されつつも(佐伯・前掲注14)20頁以下)、このよ

うな場合には、実行行為はすでに終了しているとされるようである。すなわち、「監禁罪が継続犯であるのが、以上のような理由であるとすれば、傷害罪の通常の類型が、監禁罪と同じでないのは明らかであろう。傷害罪の通常の類型は、実行行為から因果経過を経て結果が生じるのであって、実行行為自体が繰り返し行われることはないからである。」とされるのである。

しかし、効果も実行行為の一部であるという佐伯教授の立場からは、通常の傷害罪においても、実行行為の継続を肯定できるように思われる。例えば、甲が、乙の動脈を傷つけて大出血させた場合、監禁罪について、手で押さえつける代わりに壁を用いたといえるのと同様、手で注射器のピストンを引く代わりに乙の血圧を用いたといえるであろう。教授は、被害者が身体を動かす度に傷害を負うような縛り方をした場合には、実行行為が繰り返し行われていることになると思われるが(同前)、教授の立場からは、このような限定的な理解には至らないように思われる。

- 28) 山口教授も、結論として、最終結果について傷害罪の成立を肯定されるから(山口・前掲注5)49頁)、既遂によって傷害罪が終了するとすることに、決定的な意味があるわけではないと思われる。

また、山口教授が、傷害罪が既遂によって終了するとされながら、既遂後、時間を経て生じた最も重い結果について傷害罪の成立を認められる(山口・前掲注5)49頁)根拠が、仮に、松田調査官が指摘されるような、「ドミノ」の理論(松田・前掲注1)516頁)であるとすると、現実の傷害結果にはドミノ牌のような識別可能性はないから、やはり疑問が残る。現実のドミノ牌であれば、ひとつひとつの転倒の開始・終了を認識できるが、例えば、甲が乙をナイフで刺した場合に、どこでひとつ目の「ドミノ牌」が倒れ終わったのかは、認識不可能であろう。結局、現実の傷害においては、ドミノ牌を、いわば無限に小さくせざるを得ず、その結果、すべてがつながって、結果は、最終結果まで間断なく発生し続けていることになる(傷害罪の終了を主張できるポイントが見出せない)ように思われる。これに関連して、佐伯・前掲注14)21頁も参照。

- 29) 山口・前掲注5)48頁。
 30) 故意は、結果と因果関係がある行為に出た時点における行為者の意思内容であるから、行為に出た後で行為者が構成要件該当事実の認識を有するに至っても、行為が適及的に故意行為になる(以後生じる結果に故意犯が成立する)わけではない。監禁に気付いた時点で、すでに存在して自由の侵害を惹起し続けている過失行為と、故意の不作為とが並列的に存在するに至るだけである。
 31) 佐伯・前掲注14)17頁以下。
 32) 松田・前掲注1)506頁は、暴行罪について、同様の指摘をする。
 33) 状態犯、継続犯等の区別が、具体的な問題の解決に有効であるかに関して懐疑的な見方をする見解として、古田佑紀「犯罪の既遂と終了」判タ550号(1985年)90頁。また、松田・前掲注1)506頁も参照。
 34) 佐伯・前掲注14)19頁。

- 35) なお、監禁罪等のいわゆる継続犯においては、結果の発生から終了までの間に、ある程度の時間的間隔が存在するのが一般であるが、窃盗罪においてはそうではない。しかし、これも、事実上の差異にとどまり、両罪の理論的な区別の指標とはならないと思われる。窃盗罪においても、例えば、隣接する手芸店から、糸巻きに巻かれて切り売りされている長い糸を自家に引き入れて窃取する場合、監禁罪において、時々刻々と移動の自由が侵害され続けるのと同じように、時々刻々と財物の占有が侵害され続けている。これについては、古田・前掲注33)92頁も参照。
 36) 渡邊卓也「インターネット上の名誉毀損罪における犯罪の終了時期」早稲田法学82巻3号(2007年)248頁も同様の立場を採るものと思われる。
 37) 林美月「強制執行妨害罪の終了時期」平19年度重判解166頁。
 38) 林幹人教授は、廃棄物の不法投棄罪について同様の理解を示される(林(幹)・前掲注8)71頁)。
 39) 例えば、川端博『刑法総論講義』(第2版)(2006年)106頁。
 40) 町野・前掲注24)148頁。
 41) 適当な例が見あたらないが、あえて挙げるなら、合格発表の掲示板などがこれに当たるとも思われる。
 42) 町野・前掲注24)148頁参照。
 43) 林(幹)・前掲注8)71頁参照。
 44) 本判決も、次のように判示して、危険の継続的発生を肯定した。「本件記事は、少なくとも平成15年6月末ころまで、サーバーコンピュータから削除されることなく、利用者の閲覧可能な状態に置かれたままであったもので、被害発生 of 抽象的危険が維持されていたといえるから、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。
 45) 「本件の場合でも、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。」とされる(山口・前掲注4)159頁)。
 46) 「最初の問題の掲載が削除されれば、その後どこかに残っていても、犯罪は終了すると解すべきであろう。」とされる(林(幹)・前掲注8)71頁)。
 47) 山口・前掲注4)159頁も参照。
 48) 「仮に作為による名誉毀損罪が既遂により終了する(状態犯)のであれば、削除可能な時点(不真正不作為犯としての名誉毀損罪は既遂となる)以降も犯罪の継続を肯定することは、状態犯の理解に基づく告訴期間・公訴時効期間の制限を潜脱することになり、疑問である(不真正不作為犯を作為犯と異なったものと解する点にも疑問がある。)(山口・前掲注4)159頁)とされる。松田・前掲注1)512頁も参照。
 49) 例えば、誤って持ち帰った他人の傘を放置する行為に、不作為による窃盗罪を肯定するようなものである。
 50) 佐伯・前掲注14)17頁が、監禁罪についてこのようにする。
 51) 同じ行為者を二重に処罰できるという意味ではない。
 52) 山口・前掲注4)159頁。
 53) このように、両者が別個の犯罪である以上、作

- 為犯が先に終了することもあり得る。例えば、甲が、24時間後に扉が開くよう信頼性の高いタイマーをセットした上、乙を監禁したが、24時間後にタイマーが作動せず、甲が、これを認識しながら、乙を解放しなかったとする。この場合、施錠行為の因果性、あるいは施錠行為時の甲の故意が24時間分の自由の侵害にしか及んでいないとして、作為犯としての監禁罪が24時間後に終了すると考えられるとしても、不作為犯としての監禁罪の成立要件は24時間経過後も何ら欠けるに至らないから、これまでもが終了するわけではない。ただ、故意作為犯の成立に何ら問題がないところで並行的に故意不作為犯が成立するといってみても、二重処罰が許されない以上無意味であるから、24時間後から不作為犯が成立し始めると考えるに過ぎない。
- 54) 念のために繰り返し述べておくと、効果も行為の一部であるとする本稿の立場からも、故意作為犯としての名誉毀損罪の構成要件該当行為は、この行為である。この行為を惹起し、本件の事実摘示結果を生じさせた意思は、施錠するタイプの監禁罪の場合と同様、この時点で存在するからである。これに反して、Xが、記事の削除と掲載とを毎日行っていた場合には、手で扉を押さえ続けるタイプの監禁罪の場合と同様、各日の掲載行為が、各日の事実摘示結果に対応する構成要件該当行為である。
- 55) 西田・前掲注15) 106頁以下。
- 56) 山口・前掲注5) 59頁以下。
- 57) 本件に関して、例えば、Xの親が、Xが知らないところでXがしたのと同じような削除依頼行為を行ったのであれば、やはり、犯罪の終了を肯定すべきであろう(少なくとも、X自身が行ったときと結論が異なる理由はないと思われる)。作為義務の履行を問題にする本判決の考え方によれば、終了を否定することになるであろうが、終了の根拠が因果関係の消滅である以上、それは妥当ではないと思われる。
- 58) もっとも、因果関係の存否は、帰責の当否に関する規範的な判断であるから、Xの削除依頼行為後も、本件名誉毀損罪はなお終了しないとする余地もある。例えば、本件記事を削除するかしないかの決定が、警察にはなく、公的な責務に何ら縛られない私人Cのみの裁量に委ねられ、以後顧みられることがなかった点を強調するならば、因果関係を肯定することも考えられないではない(Xの事実摘示行為の危険は、記事の削除に向けられた一連の行為によっても消滅せず、以後に生じた事実摘示結果にも現実化していた、等とすることになる)。
- 59) 山口・前掲注5) 77頁。
- 60) 最決平1・12・15刑集43巻13号879頁参照。
- 61) 札幌高判平1・1・26高刑集42巻1号1頁。
- 62) 町野・前掲注24) 131頁以下。ただし、西田教授は、客観的に結果回避可能性が欠ける場合には、期待される行為をおよそ措置できないとされる(西田・前掲注15) 118頁)。これに対する反論として、山口・前掲注5) 79頁。
- 63) 町野・前掲注24) 132頁。
- 64) 山口・前掲注5) 79頁。西田・前掲注15) 118頁は、未遂罪の成立も否定する。
- 65) Cが削除を実行しなかったのは、時機の問題であり、Xがもっと早い時期に削除依頼行為に出れば、Cはすぐに削除を実行したのかも知れない。しかし、本件では、このような事実は認定されていない。
- 66) 不作為犯の因果関係である結果回避可能性が欠けるに至ったからである(山口・前掲注5) 78頁参照)。
- 67) 棧橋事例においては、甲が当初、乙を死亡させようとして傍観していたが、後に救助を求めた(しかし、乙は死亡した)という場合、救助依頼に結果回避可能性がないことが後に判明しても、傍観していた間の甲の不作為に、殺人未遂罪の成立を肯定する余地がある(山口・前掲注5) 79頁参照)。しかし、本件で問題となっている名誉毀損罪に、未遂罪は存在しない。
- 68) 東京高判平20・10・6判タ1309号292頁参照。
- 69) 例えば、甲が乙を射殺したという事例で、構成要件該当行為を、引き金を引いた作為と構成すれば殺人罪が成立するが、引き金を引かないことをしなかった不作為と構成すれば殺人罪が成立しないなどということはない。本件に即して言えば、Xの書き込み行為に名誉毀損罪が成立するか否かを検討する限りは、この行為を、書き込んだ、とするか、書き込まないことをしなかった、とするかは論理的に等価であるから、書き込まないことをしなかった不作為に成立する名誉毀損罪が終了するのと同じ時点で、書き込んだ作為に成立する名誉毀損罪も、当然終了する。
- 70) 「4(2)ア(ウ)」参照。
この意味では、佐伯教授が、「監禁罪の場合は、部屋に閉じ込めるような典型的な場合を考えてみると、行為者は最初に部屋に閉じ込める行為を行っているだけである。しかし、被害者を部屋に閉じ込めたまま開放しないことも、監禁罪の実行行為として評価でき、実行行為は継続しているといえるであろう。」(佐伯・前掲注14) 17頁)とされた部分に限っては(さらに遡って、平野・前掲注24) 132頁は)、ミスリーディングではなかったかと思われる。被害者を解放しないのは、被害者を閉じ込める実行行為ともその効果とも異なる、別個の実行行為であろう(「閉じ込める」を裏返しても、「解放しない」にはならない)。そうであるからこそ、犯人が鍵を紛失する等して作為(解放)可能性がなくなっても、閉じ込め行為を実行行為とする監禁罪がなお終了しないのだと思われる。
- 71) しかし、この作為義務の履行を問題にすることは、もはや不可能である。拳銃の引き金を引かないことをする義務は、引き金をすでに引いてしまった以上、履行できない。
- 72) 東京高判・前掲注68)は、この観点から検討すべき問題を多く含む、興味深い判例である。