

占有移転罪の既遂後の関与について

十 河 太 朗

I はじめに

一般に、占有移転罪（窃盗罪、強盗罪、詐欺罪および恐喝罪）は、状態犯に位置づけられ、既遂に至ると同時に原則として犯罪も終了すると理解されてきた¹⁾。これによると、窃盗犯人が財物を窃取した後に他の者が意思を通じてその運搬に協力するなど、占有移転罪において既遂後に関与した場合には、通常、犯罪の終了後に関与したことになるから、その共犯が成立する余地はなく、盗品等関与罪の成立が問題となる²⁾。

しかし、このような取扱いには疑問も示されている。占有移転罪が既遂に達した後も、実質的に見れば犯罪は未だ終了していないと見るべき場合があり、そのような場合には、既遂後に関与したとしても、それが犯罪の終了前であれば占有移転罪の共犯の成立を認めてよいというのである³⁾。

そのような主張は、以前からも断片的に見られたが、近時、特に特殊詐欺事件の取扱いに関連して注目を浴びつつある。特殊詐欺事件においては、分

1) 佐伯仁志「犯罪の終了時期について」研修556号（1994年）19頁。

2) 林美月子「状態犯と継続犯」神奈川法学24巻2・3号（1988年）18頁、伊藤涉「犯罪の終了時期に関する若干の考察」東洋法学54巻2号（2010年）73頁以下、照沼亮介『体系的共犯論と刑事不法論』（弘文堂、2005年）291頁。

3) 山口厚『刑法総論』（有斐閣、第3版、2016年）48頁は、「共犯である教唆・幫助がいつまで成立可能かという問題は、犯罪の終了時期とは、関係がない。……共犯である教唆・幫助は、正犯の行為を介して構成要件の実現に関与する必要があると解されるから、正犯の行為が終了した後は新たに教唆・幫助が成立することはない」とする。これについては、松尾誠紀「事後的な関与と傷害結果の帰属」法と政治64巻1号（2013年）19頁注1参照。

業制が敷かれ、犯行の各段階で詐欺グループ内外の異なる者が関与することが多く、その中には、被害金の受領後にその運搬を担当するなど、詐欺罪の既遂後に関与する者も存在する。その場合、詐欺罪の既遂後に関与したといっても、実質的に見れば詐欺グループによる詐欺罪自体の完成に寄与したともいえ、詐欺罪の共犯の成立を肯定する余地がありうるのではないかという問題提起がなされているのである。

こうした点については、これまで正面から論じられることは少なかった。そこで、本稿は、占有移転罪の既遂後に関与した場合にその共犯が成立しうるかを検討することにした⁴⁾。

II わが国の議論状況

(1) 占有移転罪においても、継続的に他人の家の電気を無断で使用する事例など、既遂後に実行行為自体が継続しているといえる場合には、既遂後も犯罪は終了せず⁵⁾、したがって、既遂後の実行行為に他人が関与したときに占有移転罪の共犯が成立することに異論はないであろう。問題は、占有移転罪の既遂後にその実行行為が継続しているとはいえない場合である。

たとえば、甲が留守中のA宅からその勝手口まで無断でその財物を運んだ後、乙が甲と意思を通じてその財物を外に運び出し、甲宅に運搬した場合(事例1)、甲が万引きの意思で店舗内において商品を懐中に収めた後、これに気づいた乙が店員の注意をそらすために店員に声をかけ、その間に甲が商品を持って店外に逃走した場合(事例2)である。判例、通説⁶⁾は、占有移

4) 強盗罪、詐欺罪および恐喝罪において、その既遂後に関与する場合は、暴行、脅迫、欺罔を自ら行わずに財物の運搬等のみを担当するのが通常であると考えられ、その場合にそれらの罪の共犯の成立を認めるとすれば、承継的共犯を肯定することが前提となる。承継的共犯を否定する見解からは、その場合には共犯の成立する余地はない。この点については、照沼・前掲注2) 263頁以下参照。なお、私見は、強盗罪、詐欺罪および恐喝罪について承継的共犯を肯定する。拙稿「承継的共犯の一考察」同志社法学64巻3号(2012年)362頁以下参照。

5) 古田佑紀「犯罪の既遂と終了」判タ550号(1985年)91頁。

6) 最判昭和23年10月23日刑集2巻11号1396頁。大谷實『刑法講義各論』(成文堂、新版第5版、

転罪の既遂時期を行為者が財物の占有を取得した時点で求めている。これによると、事例1では甲が財物を勝手口に運んだ時点で⁷⁾、事例2では甲が商品を懐中に収めた時点で⁸⁾、それぞれその占有を取得したといえ、窃盗罪は既遂に達する。

前述したとおり、伝統的な理解によれば、占有移転罪は状態犯であり、既遂に達すると同時に原則として犯罪も終了するため、既遂後に関与したとしても、占有移転罪の共犯が成立することはない。事例1および事例2において、乙は窃盗罪の終了後に関与したことになり、乙に窃盗罪の共犯は成立しない。

これに対し、占有移転罪においては、必ずしも既遂と同時に犯罪が終了するわけではないとして、既遂後に関与した場合にもその共犯が成立する余地を認める見解も主張されている。事例1では、財物を勝手口に置いたままでは占有の取得は完了せず、甲宅に運び込むことによって占有の取得を完了し、犯罪が終了するから、それまでは甲の窃取行為が継続しており、これに関与した乙には窃盗罪の共犯が成立するとされる⁹⁾。また、事例2では、甲が商品を懐中に収めた後の行為も窃盗罪の実行行為の一部であるとして、乙における窃盗罪の共犯の成立が肯定される¹⁰⁾。

(2) 同様の問題は、特殊詐欺の事案においても生じる。

たとえば、詐欺グループの構成員である甲がAを欺罔し、長期不在中のBの居室に現金を送付させ、Bの居室の郵便受けに現金が投函された後、乙

2019年) 224頁。更に、麻生光洋「窃盗罪における既遂と未遂」佐藤道夫編『刑事裁判実務大系 第8巻 財産的刑法犯』(青林書院、1991年) 141頁以下参照。

- 7) 東京高判昭和27年12月11日高刑集5巻12号2283頁、東京高判昭和61年2月26日東時37巻1～3号1頁。
- 8) 広島高岡山支判昭和28年2月12日特報31号65頁、東京高判昭和31年3月15日東時7巻3号109頁。
- 9) 岡本昌子「状態犯と継続犯に関する一考察～最高裁平成二四年七月九日第三小法廷決定を契機として～」産大法学49巻1＝2号(2015年) 14頁。
- 10) 宮崎澄夫「犯罪の既遂と実行行為の終了——共犯の成立に関して——」法学新報66巻5号(1959年) 154頁。

が甲の依頼を受けて郵便受けから現金を取り出し、甲に届けた場合（事例3）である。この場合、現金が投函された郵便受けは、第三者であるBの居室の郵便受けではあるものの、甲やその共犯者が容易に現金を受け取れる状態であるとすれば、現金が郵便受けに投函された時点で甲がその占有を取得したといえ、詐欺罪の既遂が認められるであろう。したがって、伝統的な理解によれば、乙に詐欺罪の共犯は成立せず、盗品運搬罪の問題となる¹¹⁾。

しかし、ここでも、乙に詐欺罪の共犯が成立する余地を認める見解¹²⁾が主張されている。すなわち、判例は、財物を「奪取」した行為について窃盗既遂罪の成立を認めるとともに、その後に暴行・脅迫を用いてその財物を「確保」した行為について1項強盗罪の成立を認めており¹³⁾、これは、財物を「奪取」して占有移転罪が既遂に至った後も、財物を「確保」するまでは占有移転罪の成立する可能性を肯定するものである。こうした立場からすると、財物を「奪取」して占有移転罪が既遂に至ったとしても、その財物を「確保」したといえない場合には、犯罪は未だ終了していないとするのである¹⁴⁾。この見解によると、事例3においては、郵便受けは第三者のものであるから、現金が郵便受けに投函された時点では、現金に対するBの占有と甲の占有が重畳している状態にあり、甲は未だ現金を確保しているとはいえず、乙が郵便受けから現金を取り出したことによって確保に至る。そのため、乙は、詐欺罪の終了前に関与したといえ、詐欺罪の共犯（承継的共同正犯または承

11) 東京高裁平成30年11月27日判決は、バイク便の配達員と詐欺グループの構成員の間で詐欺についての事前の共謀がなく、詐欺グループの構成員による現金の受領後に、バイク便の配達員が事情を知らず現金を運搬した事例において、バイク便の配達員に詐欺罪の共犯ではなく盗品運搬罪の成立を認めている。羽柴愛砂「刑事判例研究」警論72巻3号（2019年）144頁以下参照。そのほか、窃盗罪の既遂後、時間的、場所的に近接して盗品の運搬が行われた事案について盗品運搬罪の成立を認めた裁判例として、東京高判昭和35年1月27日東高判時報11巻1号4頁がある。

12) 佐藤拓磨「未遂・承継的共同正犯」法セミ779号（2019年）17頁。

13) 最判昭和24年2月15日刑集3巻2号164頁。以下、単に「昭和24年判決」という。

14) 林幹人「即成犯・状態犯・継続犯」『刑法の争点』（有斐閣、第3版、2000年）30頁も、このような理解に立つ。

継的幫助犯¹⁵⁾の成立が認められるのである。

また、詐欺グループの構成員である甲がAを欺罔して、事情を知らないBのところへ現金を送付させた後、乙が甲の依頼を受けてBから現金を受領し、これをAに届ける場合(事例4)についても、同様の主張¹⁶⁾がなされている。Bが現金を受け取った時点で詐欺罪は既遂に達するが、詐欺グループの構成員である甲に現金が届けられるまで詐欺罪は終了しておらず、乙は詐欺グループによる現金の確保に寄与したとして、詐欺罪の共犯が成立するとされる。

更に、かけ子の甲がAを欺罔して指定の預金口座に送金させた後、甲から依頼を受けた出し子の乙が銀行のATMでその預金口座から現金を引き出した場合(事例5)、従来、Aに対する詐欺罪は、Aから指定の預金口座に送金された時点で既遂に達し、それと同時に犯罪は終了するから、預金の引出しは詐欺罪の共犯に当たらないとされてきた¹⁷⁾。しかし、Aから送金された金員が口座に入っているだけでは詐欺罪が終了したとはいえず、預金口座から現金を引き出すことによって詐欺罪は終了するとして、乙に詐欺罪の共犯の成立を認める見解¹⁸⁾も主張されている。

(3) このように、占有移転罪の既遂後の関与について共犯の成立を肯定する見解が有力に主張されているが、こうした見解の追い風になっているのが、最高裁平成29年12月11日決定(刑集71巻10号535頁)¹⁹⁾である。

先行者による欺罔行為が行われた後、被告人が、だまされたふり作戦の開始されたことを認識せずに関与し、被害者から発送された現金の入っていない荷物を受領した事案につき、平成29年決定は、「被告人は、本件詐欺につき、共犯者による本件欺罔行為がされた後、だまされたふり作戦が開始されたことを認識せずに、共犯者らと共謀の上、本件詐欺を完遂する上で本件欺罔行

15) 東京高判昭和59年7月13日判時1082号141頁参照。

16) 伊藤嘉亮「特殊詐欺における承継的共同正犯と共謀の射程」法時91巻11号(2019年)72-73頁。

17) 橋爪隆「銀行預金に関連する財産犯について」法教440号(2017年)109頁。

18) 岡本・前掲注9)14頁。

19) 以下、単に「平成29年決定」ともいう。

為と一体のものとして予定されていた本件受領行為に関与している。そうすると、だまされたふり作戦の開始いかんにかかわらず、被告人は、その加功前の本件欺罔行為の点も含めた本件詐欺につき、詐欺未遂罪の共同正犯としての責任を負うと解するのが相当である」と判示した。同決定が「既遂」ではなく「完遂」という文言を用いたことを捉えて、同決定は「既遂」と「完遂」を区別し、詐欺の既遂後にその完遂のために関与した者についても承継的共同正犯を認める余地を残したとの評価²⁰⁾もなされているのである。

(4) もっとも、占有移転罪の既遂後に犯罪の継続を認める見解においても、どのような基準で犯罪の終了の有無を判断するのかは明確にされていない。占有の取得を完了したとき、あるいは財物を確保したときに、犯罪が終了するとされているが、「占有の取得の完了」、「財物の確保」とは、被害者による財物の取戻しを不可能にすることを意味するのか。被害者からの追跡から逃れれば足りるのか。行為者の自宅に財物を運び込むのではなく、別の場所に一時的に隠匿したり拐帯したりする場合はどうか。犯人グループの構成員が財物を取得することは不可欠か。既遂時点から時間的、場所的に近接していることは必要か。こうした点を明らかにするためには、そもそも占有移転罪において既遂後も犯罪が継続するのはなぜかという理論的根拠を示す必要があるが、この点は判然としない。結論が「自然だ」²¹⁾というだけでは、理論的根拠を示したことにはならないであろう。

一方、ドイツに目を転じてみると、ドイツでは、窃盗罪等の既遂後の行為への関与について共犯が成立する余地があるかをめぐり興味深い議論が展開されている。そこで、章を改めて、ドイツの議論状況を検討することにしたい。

20) 佐藤・前掲注12) 106頁。

21) 岡本・前掲注9) 14頁。

Ⅲ ドイツの議論状況

わが国の議論状況の検討に合わせて、ドイツ刑法242条の窃盗罪、同法249条の強盗罪、同法263条の詐欺罪、同法253条の恐喝罪を取り上げ、その犯罪の終了時期および既遂後の行為への関与における共犯の成否をめぐって判例および学説がどのような解決を示しているのかを概観する²²⁾。

犯罪の終了時期に関してドイツ刑法に明文の規定はなく、その判断は解釈に委ねられることになる²³⁾が、被害者の占有下から財物を少しずつ運び出す事例²⁴⁾、既に生じさせた錯誤に基づいて更なる損害的処分行為を被害者に決意させる事例²⁵⁾、脅迫を継続して、既に喝取した利益を返還させないよう強要する事例²⁶⁾など、既遂後にも新たな構成要件該当行為が継続して行われるときには、既遂後も窃盗罪等の犯罪は終了しておらず、これに関与した場合にその共犯が成立することについては、ドイツにおいても異論はない。見解が対立するのは、既遂後に新たな構成要件該当行為が継続して行われていない場合である。

1 判 例

(一) 窃盗罪、強盗罪

(1) 窃盗罪 (Diebstahl) の客観的構成要件は、他人の動産を他人から奪取する (wegnehmen) ことであり、主観的構成要件は、故意および領得意

22) これらの罪の内容については、樋口亮介「ドイツ財産犯講義ノート」東京大学法科大学院ローレビュー 8号 (2013年) 149頁以下参照。

23) Kühl, Die Bendigung des vollendeten Delikts, Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag, 2001, S.669f.

24) Hillenkamp, in: Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Band 1, 12.Aufl., 2006, Vor §22 Rdnr. 36; Isenbeck, Beendigung der Tat bei Raub und Diebstahl, NJW 1965, 6:2327.

25) Hillenkamp (o. Fußn.24), Rdnr. 36.

26) Jäger, in: Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band I, 9.Aufl., 2017, Vor §22 Rdnr.10; Hruschka, Anmerkung, JZ 1969, 607.

思 (Zueignungsabsicht)²⁷⁾ である。所有権および占有を保護法益とする²⁸⁾。

窃盗罪は、奪取により既遂 (Vollendung) に達する²⁹⁾。奪取とは、他人の占有 (Gewahrsam) をその意思に反して侵害し、新たな占有を設定することである³⁰⁾。物に対する占有を確実なものにする必要はない³¹⁾。

たとえば、領得の意思で他人の居宅や店舗において財物を衣服のポケットに入れるなどして所持すれば、外に出なくても既遂に達する³²⁾ し、自動車窃盗の場合は、自動車を発車させれば既遂となる³³⁾。

(2) ただ、判例は、窃盗罪について既遂と終了 (Beendigung) を区別し、既遂に達したとしても、必ずしも犯罪が終了するわけではないとしている。判例によると、奪取した財物に対する占有を強固にし (festigen)、確実なものにした (sichern) ときに、窃盗罪は終了する³⁴⁾。窃盗罪が終了したかどうかの判断は、個々の事案の具体的事情による³⁵⁾ が、財物を握持したものの被害者の支配領域にとどまっている場合や、犯行現場からあまり離れていない場合には、犯罪は未だ終了しておらず、他方、隠匿場所や自己の支配領域に財物を運び込んだときには、犯罪が終了したとされる傾向にある³⁶⁾。

窃盗罪が終了する前に関与すれば、たとえそれが既遂後であったとしても、窃盗罪の共犯は成立しうる。しばしば問題となるのは、財物を奪取した後、他の者がその財物の運搬や正犯者の逃走に関与する場合である。

27) 領得意思は、永続的に所有権者を排除する意思 (Enteignung) と、自己または第三者の物にする意思 (Aneignung) から構成される。

28) Hoyer, in: Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band V, 9.Aufl., 2019, §242 Rdnr.1.

29) BGHSt. 16, 271 (272f.); BGHSt. 23, 254 (255); BGH NSTZ 1982, 420.

30) Vogel, in: Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Band 8, 12.Aufl., 2010, § 242 Rdnr.196.

31) BGHSt. 23, 254 (255).

32) BGHSt. 16, 271 (272).

33) BGH NSTZ 1982, 420. Ferner BGH NJW 1975, 1176 (1179); BGH NSTZ 1987, 712. Vgl. Kindhäuser, in: Nomos Kommentar Strafgesetzbuch, Band 3, 5.Aufl., 2017, §242 Rdnr.127.

34) BGHSt. 8, 390 (391); BGH NSTZ 2001, 88 (89); BGH NSTZ 2008, 152.

35) BGH JZ 1989, 759; BGH NSTZ 2001, 88 (89).

36) Kindhäuser (o. Fußn.33), Rdnr.127. 強盜的窃盗罪 (räuberischer Diebstahl) 等の成否が問題となった場面であるが、犯罪の終了の肯定例として、BGH NSTZ 2001, 88 (89)、否定例として、BGHSt. 6, 248 (251); BGH bei Dallinger MDR 1967, 726f.; BGH NJW 1987, 2687などがある。

たとえば、XらがAの倉庫から鉄くずを盗み出し、400mから500m離れたところに隠匿した後、被告人が事情を知りながらその鉄くずをトラックで運んだという事例について、連邦通常裁判所³⁷⁾は、Xらが盗んだ鉄くずを犯行現場から数百メートル離れた場所に隠した時点で窃盗罪は既遂に達したものの、財物がまだ目的地まで運ばれていなかったことを理由に、窃盗罪は未だ終了していなかったとし、被告人に窃盗罪の幫助犯の成立を認めることは可能であるとの判断を示した。また、Xらが店から衣類を盗んだ後、被告人がXから電話で呼び出され、自動車でその衣類をX宅に運ぶのを手伝うよう依頼された事例において、依頼された時点では未だ目的地に行っていなかったため、犯罪は終了していなかったとして、窃盗罪の共犯の成立を認めた裁判例³⁸⁾も存在する³⁹⁾。

(3) 他方、窃盗罪の終了後に関与したときには、窃盗罪の共犯は成立せず、庇護罪等が問題となるにすぎない⁴⁰⁾。

Xらが郵便局舎の現金自動支払機ごと持ち去り、離れた森までトラックで運んで解体し、中に入っていた現金をXらで分配した後、自動車ですべて戻って被告人を電話で呼び出し、被告人に家まで送り届けさせたという事案において、連邦通常裁判所⁴¹⁾は、被告人がXらから連絡を受けたのは、Xらが元の犯行現場から立ち去った後だけでなく、自動貯金支払機を解体した森からも離れた時点だったため、被害者による取戻しが難しく、既にXらの占有が強固な状態となっていたことを理由に、被告人が関与したのは窃盗罪の終了後であるから、窃盗罪の共犯は成立しないとした⁴²⁾。

37) BGHSt. 4, 132 (133f.). ただし、庇護罪との関係が問題となっている。

38) OLG Köln NJW 1990, 587 (588).

39) BGHSt. 8, 390 (391) は、正犯者が盗んできた牛を納屋に運び込み、被告人がこれを解体した事例で、被告人が関与した時点で窃盗罪は終了していなかったとして、被告人に窃盗罪の幫助犯の成立を認めた。

40) BGH NSTZ 2003, 32 (33). *Heine/Weißer*, in: *Schönke/Schröder*, Strafgesetzbuch Kommentar, 30. Aufl., 2019, §27 Rdnr.24.

41) BGH NSTZ 2008, 152.

42) 同様の判断をした裁判例として、BGH JZ 1989, 759がある。

(4) こうした取扱いは、強盗罪 (Raub) にも妥当する。強盗罪における財物奪取は、窃盗罪のそれと同じ内容であるとされているからである。

判例によれば、強盗罪の既遂時期は、財物を奪取したときであり⁴³⁾、強盗罪の終了時期は、占有を強化し、確実なものにしたときである⁴⁴⁾。財物を奪取した後、現場を立ち去ろうとしていただけでは、犯罪は終了していない⁴⁵⁾。

既遂後であっても、犯罪の終了前であれば、強盗罪の共犯の成立は可能である⁴⁶⁾。これに対し、犯行から時間的に相当経過した後において、あるいは被害者が負傷や鍵の紛失により移動することが困難だった状況において強盗犯人の逃走に加担した場合のように、犯罪の終了後に関与したときは、強盗罪の共犯は成立しない⁴⁷⁾。

なお、犯罪が終了するためには、財物に対する占有を確実なものにすることが不可欠であるというわけではない。強盗犯人が追跡を受けて逃走中、強取した現金入りの鞆等を茂みに隠し、更に逃走したところ、追跡者が鞆等を発見して警察官に提出したが、強盗犯人は、そのことを知らず妻に鞆等の回収を指示した場合、妻が関与した時点で、強盗犯人は財物の占有を確実なものにしていたわけではない。しかし、その時点で、それ以上、法益を侵害することができない状態になっていたため、犯罪は終了しており、妻に強盗罪の幫助犯が成立する余地はない⁴⁸⁾。

(二) 詐欺罪、恐喝罪

(1) 詐欺罪 (Betrug) の客観的構成要件は、欺罔行為、錯誤、財産的処分行為、財産上の損害であり、主観的構成要件は、故意および利得目的

43) *Kindhäuser* (o. Fußn.33), Rdnr.27.

44) BGHSt. 20, 194 (196); BGH NSTZ 2000, 31.

45) BGHSt. 20, 194 (196). もっとも、自宅において同居人から現金を強取した場合は、家から立ち去らなくても犯罪は終了する。BGHSt. 21, S.377 (378f.).

46) *Vogel* (o. Fußn.30), Rdnr.197.

47) BGH NSTZ 2000, 31; BGH NSTZ 2007, 35 (36); BGH NSTZ 2008, 152; BGH NSTZ 2013, 463 (464).

48) BGH NJW 1985, 814.

(Bereicherungsabsicht) である。窃盗罪や強盗罪と異なり、詐欺罪は、財物の占有移転ではなく、財産上の損害の発生を客観的要件とする点に特徴がある。

判例によれば、詐欺罪の既遂時期は、財産上の損害の発生 (Eintritt des Vermögensschadens) の時点である。行為者が求めていた利益を取得する必要はない⁴⁹⁾。しかし、詐欺罪の終了時期は、行為者が求めていた利益の取得 (Erlangung des Vorteils) の時点である⁵⁰⁾。このように、判例は、窃盗罪および強盗罪と同じく、詐欺罪についても既遂時期と終了時期は一致しないとしている。

(2) このような前提から、判例においては、既遂から犯罪終了までの間の行為に関与した場合について詐欺罪の共犯の成立が認められる。

たとえば、スポーツ賭博を利用した詐欺の場合には、欺罔行為に基づき、賭けを内容とする契約を被害者との間で締結した時点で財産上の損害が発生したといえ、詐欺罪は既遂に達し、不当な請求に基づく配当金の支払いによって詐欺罪は終了する。したがって、既遂後から終了までの間に、賭けの対象となっている競技の結果の操作、選手や審判員への働きかけ等に関与したときには、詐欺罪の幫助犯の成立が認められる⁵¹⁾。

また、欺罔行為により被害者から小切手を取得した場合には、その時点で財産上の損害が発生し、詐欺罪は既遂に至るが、終了したとはいえない。したがって、他の者がその小切手を現金化した場合には、詐欺罪の幫助犯が成立するとした裁判例⁵²⁾も存在する。

49) BGHSt. 32, S.236 (243).

50) BGHSt. 32, S.236 (243); OLG Stuttgart NJW 1974, 914. 学説上は、判例と同様に、求めていた利益を取得したときに詐欺罪が終了するとの見解のほか、本来の法益侵害の時点である終局的な損害の発生が必要であるとする見解も、主張されている。前者の見解として、*Perron*, in: *Schönke/Schröder*, Strafgesetzbuch Kommentar, 30.Aufl., 2019, §263 Rdnr.178; *Stratenwerth*, Anmerkung, JZ 1961, S.96、後者の見解として、*Lackner/Kühl/Heger*, Strafgesetzbuch Kommentar, 29.Aufl., 2018, §263 Rdnr.63などがある。

51) BGHSt. 51, 165 (178). ドイツ刑法265条 c 参照。

52) BGH wistra 1999, 21. Vgl. BGH wistra 2009, 151.

他方、インターネット上の電子商取引において、正犯者が商品を提供する意思がないのに、客に前払いとして商品の代金を口座に送金させた後、被告人が口座から現金を引き出した事案において、連邦通常裁判所⁵³⁾は、詐欺罪が終了するのは行為者が終局的に利益を取得したときであるとの前提に立ち、正犯者が口座に対する完全な処分権を有していることから、代金が口座に入金された段階で詐欺罪は終了しているとし、被告人が口座から現金を引き出したのは詐欺罪の終了後であるため、詐欺罪の幫助犯は成立せず、庇護罪が成立するとした⁵⁴⁾。

(3) 恐喝罪 (Erpressung) においても、詐欺罪について述べたことが原則としてそのまま当てはまる。

恐喝罪は、財産上の損害が発生した時点で既遂に達する⁵⁵⁾が、その終了時期は、行為者が求めていた利益の取得の時点である⁵⁶⁾。それゆえ、財産上の損害が発生し、恐喝罪が既遂に至った後、他の者が利益の取得に関与したときには、恐喝罪の共犯が成立しうる⁵⁷⁾。

2 判例の立場を支持する見解

学説においては、判例の立場を支持する見解⁵⁸⁾も少なくない。これによ

53) BGH NSTZ 2014, 516 (517).

54) BGH wistra 2018, 301も、同様の判断をしている。

55) BGHSt. 19, 342 (344).

56) BGHSt. 22, 227 (229f).

57) Vgl. *Hau*, Die Beendigung der Straftat und ihre rechtlichen Wirkungen, 1974, S.112; *Mitsch*, Die Beendigung als ungeschriebenes Merkmal der Straftat, JA 2017, 409f.

58) *Hau* (o. Fußn.57), S.48ff; *Jeschek*, Wesen und rechtliche Bedeutung der Beendigung der Straftat, Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag, 1974, S.685ff; *Welzel*, Das Deutsche Strafrecht, 11.Aufl., 1969, S.112; *Stratenwerth* (o. Fußn.50), S.97; *Furtner*, Verhältnis von Beihilfe und Begünstigung, MDR 1965, 431ff.; *Vogler*, in: Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Band I, 10. Aufl., 1985, Vor §22ff. Rdnr. 23ff.; *Vogel* (o. Fußn.30), Rdnr.197; *Tiedemann*, Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Band 9, 12.Aufl., 2011, §263 Rdnr.286; *Heine/Weißer* (o. Fußn.40), Rdnr.20; *Bosch*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, 30.Aufl., 2019, §242 Rdnr.73; *Perron* (o. Fußn.50), Rdnr.180. Vgl. *Murmann*, in: Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Band 2, 13. Aufl., 2020, Vor § 22ff. Rdnr. 31.

ると、窃盗罪や詐欺罪においては既遂後も犯罪が継続する場合があります、その場合には、犯罪の終了までに関与すれば共犯の成立は認められる。その根拠は、どこにあるのであろうか。

(1) Hau は、窃盗罪等において既遂時期と犯罪の終了時期とが一致しない根拠を、それらの罪が目的犯であることに求めている。

Hau によると、目的犯においては、既遂の時点では当該犯罪の不法の一部が実現されるにすぎず、既遂後の行為も、本来の構成要件的行為と不可分の意味内容を有しており、犯罪の遂行 (Deliktsbegehung) の一部である。したがって、目的犯においては、目的を実現したときにはじめて犯罪が終了する。このように解することは、刑法の意義と目的に沿うものであり、基本法103条2項に反しない⁵⁹⁾。

窃盗罪は、財物を奪取したときに既遂に達する。しかし、窃盗罪は、領得意思を要件とする目的犯であるため、その終了時期は、財物を奪取したときではなく、領得意思を実現したときであるとされる。領得意思を実現したといえるのは、永続的または相当期間、被害者の法的に正当な地位を排斥し、自らが所有者としての立場についた場合であり、取得した占有を確実なものにすれば、通常、窃盗罪は終了する⁶⁰⁾。

また、詐欺罪は、財産上の損害が発生したときに既遂に達するが、詐欺罪は、利得目的が成立要件とされていることから、利得目的を実現したときに終了する。たとえば、偽名を用いて商品を注文した場合、商品が発送された時点で店に財産上の損害が発生しているため、詐欺罪は既遂に達するが、その後、商品を受け取った時点で犯罪は終了する。締結詐欺の後に、履行詐欺が行われる場合も、同様である⁶¹⁾。

Hau は、このような理解に立ち、犯罪が終了するまでの行為は犯罪行為に

59) Hau (o. Fußn.57), S.48f. 後述するように、判例の立場に対しては、基本法103条2項に反するとの批判が寄せられている。

60) Hau (o. Fußn.57), S.103ff. Hau は、BGHSt. 3, S.132 (133), 20, S.194 (196) の結論を支持している。

61) Hau (o. Fußn.57), S.107ff.

当たるから、これに関与した場合には共同正犯や幫助犯が成立しうると説く。たとえば、窃盗罪が既遂に達した後、盗品の運搬を手伝った場合には、窃盗罪の共犯が成立する⁶²⁾。

Jescheck も、窃盗罪が目的犯であることに着目する。目的犯は、本来、目的が実現されることによって当該犯罪の不法内容が発生するが、立法者が刑事政策的な理由に基づき、犯罪全体の事実が終了する前の時点へと既遂時期を早めた犯罪類型である。このような前提から、Jescheck は、窃盗罪においては、財物を奪取したときではなく、所有者と同等の財物に対する支配力を設定したときにはじめて完全な不法内容が認められ、犯罪が終了するという⁶³⁾。これによると、既遂後から犯罪終了までの間の行為に関与した場合にも、その共同正犯や幫助犯の成立が認められる⁶⁴⁾。

(2) 窃盗罪等において既遂の後に犯罪の終了が認められる根拠は、法益侵害の観点からも説明されている⁶⁵⁾。判例によると、財物を隠匿場所や自己の支配領域に運び込むなどすることにより財物に対する占有を確実なものにしたときに、窃盗罪は終了するが、そのように既遂後に財物に対する占有を確実なものにすれば、被害者による取戻しが困難になり、窃盗罪の保護法益である所有権が再度侵害され、あるいは法益侵害の程度が増大するといえるのである⁶⁶⁾。

3 反対説

(1) これに対し、判例の立場を批判する反対説も有力に主張されている。判例の立場に対する疑問は、まず、その根拠に向けられる。

犯罪の終了は、しばしば「事実的な」終了 („tatsächliche“ Beendigung)

62) *Hau* (o. Fußn.57), S.114ff.

63) *Jescheck* (o. Fußn.58), S.685f. *Zust. Vogler* (o. Fußn.58), Rdnr. 83ff.

64) *Jescheck* (o. Fußn.58), S.696ff.

65) *Eser/Bosch, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, 30.Aufl., 2019, Vor §§22 Rdnr.11. Heine/Weißer* (o. Fußn.40), Rdnr.20

66) *Kindhäuser* (o. Fußn.33), Rdnr.127. BHG NJW 1987, 2687; BGH NSTz 2001, 88 (89) も、その点を考慮している。

と表現される⁶⁷⁾。「事實的」と対置される概念は、「法的」(rechtlich)あるいは「規範的」(normativ)であるところ、仮に犯罪の終了が事實的な概念にすぎず、法的、規範的な概念ではないとすると、そこに法的、規範的な効力を認めることはできないと指摘されている⁶⁸⁾。財物奪取の後、その財物を確保したり利用したりする行為が行われることが「事実上」多いとしても、そのことによって窃盗罪の成立が「法的に」根拠づけられるわけではない。窃盗罪の成立という法的効果を認めるためには、既遂後から犯罪終了までの事態が法的、規範的に窃盗罪の構成要件に該当することを示す必要がある。実際、ドイツの判例は事實的な観点から犯罪の終了の有無を判断しており⁶⁹⁾、その判断は恣意的であると批判されている⁷⁰⁾。

(2) そこで問題となるのが、判例の立場を法的、規範的に根拠づけられるかである。犯罪の終了が「形式的な」既遂 („formale“ Vollendung) と対置されて「実質的な」終了 („materielle“ Beendigung) と表現される⁷¹⁾ことから伺われるように、判例を支持する見解は、既遂後の行為の可罰性を法的、規範的に根拠づけるにあたり実質的な観点を重視する。しかし、この点にも批判が向けられている。

実質的な観点からの第1の根拠づけは、前述したように、目的を実現したときにはじめて窃盗罪等が終了するという説明である。しかし、このような説明に対しては、領得意思や利得目的は主観的超過要素であり、領得意思や利得目的の実現は客観的構成要件の内容には含まれていないから、領得意思や利得目的を実現したとしても、構成要件に定められた類型的な不法を実現

67) *Eser/Bosch* (o. Fußn.65), Rdnr.4; *Stratenwerth* (o. Fußn.50), S.95.

68) *Kühl*, Vollendung und Beendigung bei den Eigentums- und Vermögensdelikten, JuS 2002, 732; *Küper*, „Sukzessive“ Tatbeteiligung vor und nach Raubvollendung – BGH, NJW 1985, 814, JuS 1986, 869.

69) *Hillenkamp* (o. Fußn.24), Rdnr.22.

70) *Kühl* (o. Fußn.68), S.731.

71) *Stratenwerth* (o. Fußn.50), S.95, „materielle Vollendung“ と表現されることもある。 *Jescheck/Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5.Aufl., 1996, S.517, *Eser/Bosch* (o. Fußn.65), Rdnr.4.

したとはいえないとの批判がある⁷²⁾。また、財物を奪取した後に行われる行為は、財物を保管する、売却する、廃棄する、鑑賞するなど様々であり、常に排除意思や取得意思を実現する行為が行われるとはいえないのではないかとの疑問も示されている⁷³⁾。

第2に、既遂後の行為の可罰性は、法益侵害という観点から説明されることもある。既遂後の行為も法益を侵害しているから、実質的に見れば既遂後も犯罪は終了していないというのである。しかし、詐欺罪の保護法益は全体財産であるところ、詐欺罪は財産上の損害の発生によって既遂に達するから、既遂の時点で既に全体財産という法益は侵害されており、その後の利得によって再度侵害されるわけではないと指摘されている⁷⁴⁾。また、窃盗罪の場合は、既遂後に財物を確保すれば、法益が再度侵害され、あるいは法益侵害の程度が増大するとはいえるかもしれないが、ドイツ刑法242条は、あらゆる所有権の侵害を処罰するのではなく、「奪取」を手段とした所有権侵害のみを処罰しているのであるから、既遂後、財物の確保に至るまで犯罪が継続しているというためには、法益侵害があるとするだけでは足りず、それが「奪取」に当たることを示す必要があるとの反論がなされている⁷⁵⁾。

(3) そこで、問題の核心は、既遂後の行為が「奪取した」、「他人の財産に損害を与えた」に当たるかという、ドイツ刑法242条等の条文解釈に帰着することになる⁷⁶⁾。

「奪取」とは、被害者の占有を侵害し、新たな占有を設定することをいうところ、行為者が既に取得した財物の占有をより確実なものとする行為は、被害者の占有を侵害するものでもないし、新たな占有を設定するものでもない

72) Küper (o. Fußn.68), S.869.

73) Küper (o. Fußn.68), S.869f. Vgl. Kühn (o. Fußn.23), S.669f.

74) Kühn (o. Fußn.68), S.732.

75) Kühn (o. Fußn.68), S.732f.; *Bitzilekis*, Über die strafrechtliche Bedeutung der Abgrenzung von Vollendung und Beendigung der Straftat, ZStW 99 (1987), 734f.; *Hruschka*, Zum Beisichführen einer Schußwaffe beim Raub, JZ 1983, 217; Küper (o. Fußn.68), S.869f.; *Mitsch* (o. Fußn.57), S.409.

76) Küper (o. Fußn.68), S.869.

いから、財物を「奪取した」には当たらない。したがって、財物を奪取し、窃盗罪が既遂に至った後、その財物を確保する行為は、窃盗罪の構成要件に該当しない。

また、詐欺罪の構成要件該当性を認めるためには、「他人の財産に損害を与えた」ことが必要であるが、財産上の損害を生じさせた後、行為者が追求していた利益を取得する行為は、財産上の損害の発生とは無関係であり、「他人の財産に損害を与えた」には当たらない。それゆえ、詐欺罪が既遂に達した後に利益を取得したとしても、それ自体は詐欺罪の構成要件に該当する事実ではない⁷⁷⁾。

(4) 反対説は、このような前提から、窃盗罪等の既遂後の行為に関与した場合についてその共犯の成立を否定する。

ドイツ刑法25条2項は、「複数の者が共同して犯罪行為を遂行した」ときに共同正犯が成立すると規定しているところ、上記の各事例においては、構成要件該当事実に対する行為支配ないし協働による構成要件の実現が認められない以上、「共同して犯罪行為を遂行した」には当たらず、共同正犯の成立は認められない⁷⁸⁾。また、同法27条は、故意に遂行された違法な行為を援助したときに幫助犯が成立すると規定しており、上記の事例においては、窃盗罪等の既遂後にはその構成要件に該当する正犯行為が存在しないのであるから、故意に遂行された違法な行為を援助したとはいえ、幫助犯の成立を認めることもできない⁷⁹⁾。

判例の立場は、構成要件に記述されていない行為を処罰するものであり、罪刑法定主義、明確性の原則を定める基本法103条2項に違反することとな

77) Kühl (o. Fußn.68), 732f; *Bitzilekis* (o. Fußn.75), S.734f; *Hruschka* (o. Fußn.75), S.217; *Küper* (o. Fußn.68), S.869f; *Mitsch* (o. Fußn.57), S.409.

78) Kühl (o. Fußn.68), S.733; *Bitzilekis* (o. Fußn.75), S.732f; *Mitsch* (o. Fußn.57), S.412f.

79) Kühl (o. Fußn.68), S. 733f; *Isenbeck* (o. Fußn.24), S.2328; *Bitzilekis* (o. Fußn.75), S.733f.; *Rudolphi*, Die zeitlichen Grenzen der sukzessiven Beihilfe, in: Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag, 1985, S.567ff., 577f.; *Mitsch* (o. Fußn.57), S.412f.; *Hefendehl*, in: Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 5, 3.Aufl., 2019, §263 Rdnr.959.

る⁸⁰⁾。したがって、たとえば、Xが他人の財物を奪取し、窃盗罪が既遂に達した後、YがXと意思を通じてその財物をトラックで搬出した事例、Xが欺罔により被害者に荷物を送付させ、詐欺罪が既遂に達した後、YがXと意思を通じて局留めとなっているその荷物を郵便局で受け取る事例、Xが脅迫により被害者に列車から現金を投げ捨てさせ、恐喝罪が既遂に達した後、YがXと意思を通じてその現金を回収した事例では、窃盗罪、詐欺罪、恐喝罪の共犯は成立しないこととなる⁸¹⁾。

こうした解釈は、ドイツ刑法257条の庇護罪 (Begünstigung) や同法259条の赃物罪 (Hehleri) の存在からも裏づけられる。窃盗罪等の既遂後の行為に関与する行為を庇護罪や赃物罪といった独立の犯罪として処罰しており、これは、そのような関与行為を窃盗罪等の共犯として処罰しないという立法者の意思を表わしているといえるからである⁸²⁾。

IV 検 討

(1) それでは、占有移転罪が既遂に達した後も犯罪が継続すると解し、これに関与した行為に共犯の成立を認めることは可能であろうか。

この点については、「占有移転罪は状態犯であるから、既遂後に犯罪が継続することはありえない」というように形式的に結論を出すことはできないであろう。一般に、状態犯と継続犯という分類が用いられているものの、実際には、犯罪の終了時期は、必ずしも継続犯か状態犯かということによって

80) *Kindhäuser* (o. Fußn.33), Rdnr.131. *Jäger* (o. Fußn.26), Rdnr.10; *Schmitz*, in: Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 4, 3.Aufl., 2017, §242 Rdnr.188; *Murmann*, in: *Satzger/Schluckebier/Widmaier*, Strafgesetzbuch Kommentar, 5.Aufl., 2021, §27 Rdnr.8; *Kühl*, (o. Fußn.68), S.731; *Bitzilekis* (o. Fußn.75), S.732f.; *Mitsch* (o. Fußn.57), S.412; *Rudolphi* (o. Fußn.79), S.568; *Joecks/Scheinfeld*, in: Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 1, 4. Aufl., 2020, §27 Rdnr. 23; *Schmitz*, in: Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 4, 4. Aufl., 2021, §242 Rdnr. 191.

81) *Kühl* (o. Fußn.68), S.734.

82) *Kühl* (o. Fußn.68), S.734; *Joecks/Scheinfeld* (o. Fußn.80), Rdnr.23. Vgl. *Isenbeck* (o. Fußn.24), S.2328.

一律に決まるわけではなく、当該犯罪の罪質や事案の特徴等に応じて実質的に解決する必要がある⁸³⁾からである。

他方、占有移転罪の終了時期は、当初の目的を達成したかどうか、法益侵害が継続しているかどうかといった実質的な観点からのみ決まるわけでもない。ドイツの判例や一部の学説は、領得意思や利得目的を実現した時点で窃盗罪や詐欺罪の終了時期を求めている。しかし、既に適切に批判されているとおり、實際上そのような目的が実現されるとは限らない点で不都合が生じるばかりでなく、領得意思や利得目的は主観的超過要素であって客観的構成要件要素ではないから、その実現の有無を犯罪の終了時期の判断基準にすることはできない。また、これもドイツにおいて指摘されているように、あらゆる法益侵害が処罰の対象とされているわけではなく、そのうち立法者が構成要件化したものだけが処罰の対象とされているのであるから、構成要件該当性の問題である犯罪の終了時期も、単に法益侵害の観点から決することはできない。

このように考えると、犯罪の終了時期は、結局は、当該事実が構成要件に該当するかどうかという観点から確定する必要があるというべきである。継続犯とされる監禁罪においては、既遂後も被害者の行動の自由が侵害されている限り犯罪は終了しないとされているが、それは、その間の事実が、単に法益を侵害しているからではなく、刑法220条にいう「監禁した」に該当すると解釈されるからにほかならない。

(2) 占有移転罪において既遂後も犯罪が継続するというためには、既遂後の事実が、窃盗罪では「窃取した」、強盗罪では「強取した」、詐欺罪および恐喝罪では「交付させた」に該当するといえることが必要となる。それは、各構成要件の解釈の問題である⁸⁴⁾。

一般に、「窃取した」とは、目的物の占有者の意思に反して、その占有を

83) この点については、古田・前掲注5) 90頁以下、佐伯・前掲注1) 15頁、伊藤・前掲注2) 65頁以下など参照。

84) 佐伯・前掲注1) 19頁以下。

侵害し、その物を自己または第三者の占有に移すこと⁸⁵⁾、「強取した」とは、相手方の反抗を抑圧するに足りる程度の暴行・脅迫を用いて、他人の占有する財物をその意思に反して自己または第三者に移転させること⁸⁶⁾、「交付させた」とは、相手方が錯誤・畏怖に基づいて財物の占有を移転させること⁸⁷⁾をいうと定義されており、こうした定義は妥当である。これによると、これらの要素は、被害者から行為者への占有移転という法益状態の変化を内容とし⁸⁸⁾、逆にいえば、占有移転を完了した後に占有を維持する行為は含まないということになる。やはり「窃取」、「強取」、「交付」の語は、文言上、占有の移転を意味すると解するのが素直であろう。また、既に指摘されているように⁸⁹⁾、盗品関与罪が規定されているのは、占有を取得した後の行為を占有移転罪ではなく盗品関与罪として処罰するという立法者の意思の表れであると解される。

ドイツの判例は、行為者が財物に対する占有の程度を強めたかどうかを犯罪の終了時期の判断基準としているが、この点は、必ずしも重要ではない。財物を持って遠くへ逃亡したり財物を隠匿したりするなど、被害者による財物の取戻しを困難にし、自己の財物に対する支配の程度を強化したとしても、それが被害者の占有のない状態でなされたのであれば、占有移転とはいえないからである。

このような理解を前提とする限り、占有移転を完了したときには、その後に財物の占有を維持する行為は、「窃取した」、「強取した」、「交付させた」に当たらず、したがって、占有移転の完了の時点で犯罪は終了したといわざるをえない。そして、既遂に至れば、通常は占有移転が完了しているはずであるから、既遂後の行為は、原則として占有移転罪に当たらず、これに関与

85) 大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法第12巻』（青林書院、第3版、2019年）366頁〔川合昌幸＝西森英司〕。

86) 大谷・前掲注6) 241頁。

87) 山口厚『刑法各論』（有斐閣、第2版、2010年）255頁。

88) 松原芳博『行為主義と刑法理論』（成文堂、2020年）86頁。

89) 林・前掲注2) 18頁。

しても、占有移転罪の共犯は成立しない。

(3) もっとも、常にそういえるかは、検討の余地がある。

占有移転は、通常、被害者の占有を消失させ、その代わりに行為者の占有が設定されることを内容としている。そこでは、被害者の占有と行為者の占有とが択一的な関係にあることが前提となっているようにも思える。しかし、行為者が占有を取得したとしても、それによって常に被害者の占有が否定されるとは言い切れないのではないだろうか。たとえば、上記の事例2のように、万引きの意思をもって店内で商品を懐中に収めれば、その占有を取得したといえ、店外に出なくても既遂が認められている。ただ、行為者が商品の占有を取得したとしても、商品を懐中に忍ばせたまま店内に留まっている間は、依然として商品は店の管理の下にあるともいえ、店（店長）の商品に対する占有も否定できないように思われる。行為者の占有と被害者の占有とが競合しているのである⁹⁰⁾。そうだとすれば、その商品を店外に持ち出す行為は、そのような店（店長）の占有を侵害し、自己の占有に移動させる行為として、「窃取」に当たると解することは可能である。商品を懐中に収めた時点で窃盗罪は既遂に達するため、通常は、その後の行為を問責対象行為とすることに実益がないため、その点について論じないにすぎない⁹¹⁾。

このような理解からすると、仮に、被害者の財物の占有を取得し、窃盗罪が既遂に達したものの、まだ近くに被害者がいるなど、依然として被害者の財物に対する占有も認められる状況において、行為者が暴行・脅迫を用いて財物を持ち去れば、暴行・脅迫を手段とした更なる占有移転があったといえ、1項強盗罪の成立が認められる。財物の「取得」後に行われた財物の「確保」について1項強盗罪の成立を認めた昭和24年判決の事案は、まさにそのよう

90) 坂本武志「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇（昭和39年）』（法曹会、1965年）112頁。占有の意義については、鈴木左斗志「刑法における「占有」概念の再構成—財産犯罪の「成否」と「個別化」における保護法益論の機能—」学習院大学法学会雑誌34巻2号（1999年）133頁以下、芥川正洋「窃盗罪における占有」早稲田法学会誌69巻2号（2019年）1頁以下参照。

91) 一連の行為は、包括一罪となる。

な事案であったといえる⁹²⁾。

なお、前述したように、平成29年決定が「既遂」ではなく「完遂」という文言を用いたことから、判例は、既遂と完遂を区別し、既遂後であっても完遂前の関与であれば共犯の成立を認める余地があるとする評価も見られる。しかし、平成29年決定以外にも、「完遂」という文言を用いた最高裁判例⁹³⁾は存在するが、いずれも「犯罪の成立」といった意味で用いられている。判例があえて「既遂」と区別して「完遂」という文言を用いているとは解されない⁹⁴⁾。

(4) このように、占有移転罪の既遂後の行為であっても、それが被害者から行為者への占有移転と評価され、「窃取」、「強取」、「交付」に該当する限り、構成要件該当性は認められる。したがって、これに関与した場合には、占有移転罪の共犯が成立しうることになる。

上記の事例2のほか事例1も、そのような場合に当たるといえよう。乙が関与したのは、まだ財物が被害者宅や店内にあった時点であり、その時点では、被害者の財物に対する占有も認められる。そのため、そこから外部に財物を持ち出す行為は、占有移転としての「窃取」に当たるといえ、乙がこれに関与した行為については窃盗罪の共犯の成立を認めてよい⁹⁵⁾。

ただし、重要なのは、前述したように、行為者が財物を自宅に持ち帰るといふ当初の目的を達成したかどうか、財物に対する行為者の支配の程度を強めたかどうかではない。被害者の占有している財物を行為者の占有の下に移動させたといえるかどうかである。それゆえ、甲が被害者宅や店を出た後、既に被害者の占有が存在しない時点で乙が財物の運搬に関与したとしても、乙に窃盗罪の共犯は成立しない。

上記の事例3および事例4において乙が関与したのは、被害者が送付した

92) 松原・前掲注88) 87頁参照。

93) 最判平成11年12月10日刑集53巻9号1160頁、最決平成13年10月25日刑集55巻6号519頁、最判平成26年9月2日集刑314号267頁、最判平成28年4月26日集刑319号307頁。

94) 照沼亮介「判批」判評741号(2019年)169頁。

95) 松原芳博『刑法総論』(日本評論社、第3版、2022年)442頁。

現金が第三者の下に届けられた時点であり、その時点で被害者の占有は認められない。事例5においても、乙が関与したのは、被害金が甲の口座に入金された後であり、その時点では、被害者Aがその金員を占有していたとはいえない。したがって、これらの場合、乙の行為は、Aからの財物の占有移転に関与するものとはいえず、詐欺罪の共犯は成立しない。

V 結びに代えて

本稿は、わが国およびドイツの議論を参照しつつ、占有移転罪において既遂後に関与した場合の共犯の成立可能性について考察を加えた。

既遂後に当初の目的を実現する行為が行われたり、取得した財物に対する支配の程度を強める行為が行われたりしても、それをもって犯罪の継続を認めることはできない。犯罪の終了時期は、構成要件該当性の問題であるから、占有移転罪が既遂後に犯罪が継続するかどうかは、既遂後の行為が占有移転罪の構成要件に該当するかどうかという問題に帰着する。具体的には、既遂後の行為が「窃取した」、「強取した」、「交付させた」に当たるかという問題である。

これらの要素は、被害者から行為者への占有移転を内容としている。既遂に至れば、通常は占有移転が完了しているはずであるから、既遂後の行為は、原則として占有移転罪の構成要件に該当せず、これに関与しても占有移転罪の共犯は成立しない。もっとも、行為者が財物の占有を取得して占有移転罪が既遂に達したとしても、同時に被害者にも依然として占有が認められる場合もありうるものであり、その場合には、既遂後の行為は、占有を移転するものとして占有移転罪の構成要件に該当し、その行為への関与は、占有移転罪の共犯となりうる。