

【論説】

特殊詐欺における実行の着手に関する一考察

山中 純子

概要

1. はじめに
2. 実行の着手時期について
 - 2-1 実行の着手時期をめぐる学説
 - 2-2 判例実務における判断
 - 2-3 近年有力な進捗度説
3. 詐欺罪における実行の着手
 - 3-1 詐欺罪における実行の着手時期
 - 3-2 最高裁平成 30 年 3 月 22 日判決
 - 3-3 平成 30 年判決の検討
 - 3-4 小括
4. 窃盗罪における実行の着手
 - 4-1 窃盗罪における実行の着手時期
 - 4-2 最高裁令和 4 年 2 月 14 日決定
 - 4-3 令和 4 年決定の検討
 - 4-4 小括
5. 特殊詐欺における実行の着手
 - 5-1 罪名による着手時期の差異
 - 5-2 着手時期の判断基準
6. おわりに

概要

「特殊詐欺」をめぐる複数の最高裁の判断が出る中で、現金手交型の詐欺罪における実行の着手に関する最判平成 30 年 3 月 22 日及びすり替え型の窃盗罪における実行の着手に関する最決令和 4 年 2 月 14 日が出たことにより、近

年、実行の着手論についての議論が盛んになっている。特殊詐欺においては、受け子が被害者に接触する前に逮捕されることが多く、架け子が虚偽の電話で明確な財物交付要求をする前やすり替え役が被害者と対面する前でも、実行の着手が認められるかが問題になっている。

実行の着手時期については、かつては、主観説、形式的客観説、実質的客観説に分かれ、中でも実質的客観説の実質をどこに見出すかで見解が分かれていた。しかし、近年、実行行為との密接性、結果発生の実質的危険性で判断する「危険性+密接性基準説」に加え、犯行計画の進捗度に照らし、既遂実現に自動的に至る段階にまで達していたか否かを基準とする「進捗度基準説」が有力に主張されている。

そこで、詐欺罪と窃盗罪のそれぞれについて、構成要件の特徴に照らし、各説の立場から、最高裁の出した結論の妥当性について検討する。そして、各説を当てはめて具体的な検討をした上で、法益保護主義や罪刑法定主義等の観点から、特殊詐欺事案において、実行の着手時期をどのような統一基準で判断すべきかについて論じる。

1. はじめに

「特殊詐欺」と呼ばれる犯罪については、受け子が被欺罔者から現金を直接受け取る「現金手交型」による詐欺罪（刑法 246 条 1 項）が多く実行されてきたが、近年、被害者が欺罔による錯誤に陥りにくくなってきたことを受け、銀行のキャッシュカードを別のカードにすり替えて持ち去る「すり替え型」による窃盗罪（刑法 235 条）が多く見られるようになった。すり替え型においては、被害者がキャッシュカードを相手方に交付する意図がないため、すり替えて奪われた後も被害に気付きにくいという面があり、犯人側にとっては犯行発覚が遅くなるという利点がある。そのため、特殊詐欺の検挙が進む中で、特殊詐欺形態も進化を遂げて、詐欺罪から窃盗罪に移り変わってきたといえる。そのような中で、詐欺罪においても窃盗罪においても、最高裁の判断が示され、注目を集めている論点が「実行の着手」である。本稿では、最高裁平成 30 年 3 月 22 日判決及び最高裁令和 4 年 2 月 14 日決定を取り上げ、現在、法律実務上認められる実行の着手時期が相当かどうかを検討する。

ところで、特殊詐欺は、指示役、架け子、受け子・すり替え役などに役割分担され、マニュアル化された手口に従って実行される組織的犯罪である。そして、そのマニュアルで決められた計画通りに犯罪が実行されるのであるが、言葉巧みなストーリーに被害者が騙されるところに特徴があるため、架け子がターゲットに電話をして嘘のストーリーを述べ始めた時点で、「特殊詐欺の実行

は始まっている」と直感的に感じる人もいるだろう。しかし、現実的に逮捕される者は、受け子やすり替え役などの末端関与者ばかりであり、どこの誰が受け子をしており、いつどのような虚偽のストーリーを告げて被害者を騙しているのかについてよく分かっていないのである。ときに、被害者宅を見つけられず、被害者宅周辺をウロウロする中で逮捕されるすり替え役もおり、まだ被害者に接触していない段階の末端関与者も詐欺未遂罪の処罰に値するのかは、共犯関係があるとはいえ、検討の余地がある。特殊詐欺については、裁判で重い刑罰が下される傾向にあり、一般予防や特別予防といった刑罰の目的に適うとはいえ、一方の指示役や架け子はなかなか捕まらないのに、他方では末端関与者であっても実刑判決を受けることが多いという不均衡や不公平感が感じられる。本稿は、近年、様々な場面で厳罰化の傾向が見られる特殊詐欺における実行の着手時期という論点について、理論的に整理し、その判断基準を明確にする試みである。

2. 実行の着手時期について

2-1 実行の着手時期をめぐる学説

実行の着手とは、本来、実行行為の直接的開始を意味し、予備と未遂を分ける分水嶺である¹。その実行の着手が認められる時点については、犯罪的意思が外部に表明された時点あるとする主観説と、結果発生（法益侵害）をもたらす一定の客観的な危険性が生じた時点とする客観説がある。客観的については、形式的に構成要件に該当する行為（又はその一部）が行われた時点に限定する形式的客観説と、結果発生の実質的危険の観点から実行の着手時期を決定する実質的客観説に分かれる。前者については、形式的実行行為を想定した上で、それに「密接な行為」が行われれば実行の着手があったとする修正形式的客観説により、実行の着手時期が拡張されている。後者は、既遂結果発生の現実的・客観的危険（具体的危険）の発生をもって実行の着手とする立場であり、実行の着手論と不能犯論を一元的に捉えているところに特徴がある²。そして、通説は、形式的基準と実質的基準の両者の観点から「実行の着手」を検討する見解であるとされる³。

以上の学説状況のうち、犯罪の本質を犯罪的意思の危険性に求める主観的未

¹ 山中敬一『刑法総論〔第3版〕』（2015）759頁参照。

² 城下裕二「実行の着手」法学教室 514号（2023）15頁。高橋直哉「実行の着手論雑考」研修 854号（2019）1頁。

³ 向井香津子「判解」最判解刑事編平成 30 年度（以下、「調査官解説」という。）166頁。

遂論に依って立つ主観説は採用することができないが⁴、形式的実行行為に実質的な要素を加える修正形式的客観説も、結果発生の客観的危険を実質的な基準で判断する実質的客観説も、その基準は不明確であり、実行行為に密接な行為があれば実行の着手を認めるなど、結論にはあまり違いがないように思われる。

2-2 判例実務における判断

判例においては、クロロホルムを吸引させて被害者を失神させた上自動車ごと海中に転落させて殺害しようとしたクロロホルム事件において、クロロホルムを吸引させて昏倒させた第1行為と、被害者を自動車ごと海中に転落させて沈めた第2行為のうち、第1行為の時点で殺人罪の実行の着手が認められた。最高裁は、「第1行為は第2行為を確実かつ容易に行うために必要不可欠なものであったといえること、第1行為に成功した場合、それ以降の殺害計画を遂行する上で障害となるような特段の事情が存しなかったと認められることや、第1行為と第2行為との間の時間的場所的近接性などに照らすと、第1行為は第2行為に密接な行為」であると述べている⁵。すなわち、①準備的行為が構成要件該当行為を行うために必要不可欠であったこと、②準備的行為に成功した後、それ以降の犯行計画を遂行する上での特段の障害がないこと、③準備的行為と構成要件該当行為との間の時間的場所的近接性の3つの観点を挙げた。この3つの観点到照らし、実行行為自体の直接的開始がなくても、実行行為に密接な行為であって、被害を生じさせる客観的な危険性が明らかに認められるとして、実行の着手を認めた。

このように、クロロホルム事件では、結果発生の客観的な危険に着目し、実行の着手時期については、実行行為に密接な行為にまで拡張されている。本来的な構成要件該当行為を起点として、それと密接な行為の限度で未遂処罰の前倒しを肯定し、既遂に至る具体的な危険性による実質的限定も加える立場であり⁶、これが多数説を形成していると言えよう⁷。客観的な危険性に密接性基準を加えて判断しており、以下、「危険性＋密接性基準説」と呼ぶ。

⁴ 二本柳誠「詐欺罪における実行の着手—最高裁平成30年3月22日第一小法廷判決を契機として—」刑事法ジャーナル57号（2018）36頁参照。

⁵ 最決平成16年3月22日刑集58巻3号187頁。

⁶ 二本柳・前掲注(4)40頁。

⁷ 但し、佐藤拓磨「詐欺罪における実行の着手—最高裁平成30年3月22日第一小法廷判決を契機として—」刑事法ジャーナル57号（2018）27頁は、クロロホルム事件では、密接性を問うまでもなく第1行為に実行行為性が認められるはずであると指摘する。

2-3 近年有力な進捗度説

近年、実行の着手論と不能犯論を別次元の問題として二元的に捉える考え方が有力に主張されている⁸⁾。不能犯論においても、結果発生 of 具体的危険があるかどうかが問われるが、そこで問題にしているのは、犯罪行為が備えるべき最低限の有害性があるかどうかである¹⁰⁾。不能犯として不処罰になるのは、犯行計画がおよそ犯行不能なものである場合に限られているのが現実である。それに対し、実行の着手論については、行為者の犯行計画を基礎として、犯行の時系列を把握した上で、犯意が生じてから結果発生までに進行する事象経過の中で、どこまで犯行が進捗すれば未遂処罰に値する段階に至ったかという観点から判断するべきと主張される¹¹⁾。不能犯論とは区別して、「犯行計画の進捗度」を基準とするのが、「進捗度基準説」の考えである。現実的・具体的危険性を要求せず、常に犯行計画を基礎とする。実行の着手を認める進捗度の基準については、見解が分かれている。既遂実現に自動的に至る段階にまで達していたか否か(行為経過の自動性)を基準とする考え¹²⁾、あるいは、犯行計画中の「山場」を越えたかどうかを基準とする考えもある¹³⁾。

この立場から、前記クロロホルム事件を検討すると、「第 1 行為に成功した場合、それ以降の殺害計画を遂行する上で障害となるような特段の事情が存しなかった」点や「時間的場所的近接性」は、構成要件実現に至る自動性・確実性を意味しており、構成要件実現の直前であった、あるいは「山場」を超えたと評価することができる。他方で、特殊詐欺事件においては、詐欺グループ側はいくつもの行為の積み重ねで既遂実現に至るため、どこまで進捗すれば行為経過の自動性を認めるのか、どこで山場を越えたと判断するのかは、具体的事案に則して検討する必要がある。以下では、特殊詐欺の 2 つの犯罪類型である詐欺罪と窃盗罪のそれぞれについて、実行の着手をどう解すべきかを見ていく。

⁸⁾ 佐藤拓磨「日本における実行の着手」刑事法ジャーナル 63 号 (2020) 5 頁以下、樋口亮介「実行の着手」東京大学法科大学院ローレビュー 13 卷 (2018) 60 頁以下。

⁹⁾ 一元的理解への批判として、樋口・前掲(8)59 頁、樋口亮介「特殊詐欺のすり替え事案における窃盗未遂」警察学論集 75 卷 1 号 62 頁以下。

¹⁰⁾ 佐藤拓磨「実行の着手について」研修 838 号 (2018) 11 頁。

¹¹⁾ 佐藤・前掲注(10)11 頁、城下・前掲注(2)15 頁以下。

¹²⁾ 佐藤・前掲注(10)12 頁。

¹³⁾ 樋口・前掲注(10) 警論 73 頁以下、樋口・前掲注(8) 61 頁以下。樋口亮介「実行行為概念について」山口厚ほか『西田典之先生献呈論文集』(2017) 35 頁以下では、「刑法が設定する心理的障壁を決定的に乗り越えたか」という観点から進捗度基準を説明する。

3. 詐欺罪における実行の着手

3-1 詐欺罪における実行の着手時期

まず、特殊詐欺の典型である詐欺罪における実行の着手時期については、詐欺罪の実行行為である「欺く行為」の開始時に認められると考える。この欺く行為は、詐欺罪が財産犯であることに照らし、財物の交付に向けて人を錯誤に陥らせるための行為でなければならない。相手方を錯誤に陥らせたとしても、注意を逸らした隙に財物を奪取したのであれば、そこには「財物の交付」に向けられた欺く行為はないため、後述するすり替え型窃盗の特殊詐欺のように、窃盗既遂罪（刑法 235 条）が成立する。

これまでの判例では、保険金を詐取する目的で保険の目的物である家屋に放火した場合には、保険会社に保険金の請求をしてはじめて実行の着手が認められた¹⁴。また、競輪の八百長レースによる詐欺であれば、実行の着手は、八百長レースを通謀した選手らがスタートラインに立ったときである¹⁵。これまで詐欺罪で実行の着手の有無が問題になった事案においては、犯行計画の一部が行われていたとしても十分ではなく、少なくとも詐欺罪の構成要件該当行為の一部が開始して初めて実行の着手が認められてきたと言えそうである。では、最近の特殊詐欺事件では、どの時点で実行の着手が認められたのだろうか。

3-2 最高裁平成 30 年 3 月 22 日判決¹⁶

(1) 事案の概要

A は、前日にも詐欺被害に遭っていたところ、犯行当日午前、警察官を名乗る者（架け子）から、1 回目の電話で、「昨日、駅の所で、不審な男を捕まえたんですが、その犯人が被害者の名前を言っています。」「昨日、詐欺の被害に遭っていないですか。」「口座にはまだどのくらいの金額が残っているんですか。」「銀行に今すぐ行って全部下ろした方がいいですよ。」「前日の 100 万円を取り返すので協力してほしい。」、2 回目の電話で、「僕、向かいますから。」「2 時間前には到着できるよう僕の方で態勢整えますので。」などと嘘を言われた。一方、X（受け子）は、「お婆ちゃんから金を受け取ってこい。」「29 歳、刑事役って設

¹⁴ 大判昭和 7 年 6 月 15 日刑集 11 巻 859 頁。二本柳・前掲注(4)34 頁は、同判決につき、「詐欺の着手を認めるために被害者への交付要求を必要とする立場を明示している」とまでみることは、差し控えたい」とする。

¹⁵ 最判昭和 29 年 10 月 22 日刑集 8 巻 9 号 1616 頁。二本柳・前掲注(4)34 頁は、「少なくとも払戻金の詐取については、既に投票権購入時点で挙動による欺罔を認めうるとすれば」、同判決が被害者への財物要求を不要とする立場を明示したとみることも差し控える旨述べる。

¹⁶ 刑集 72 巻 1 号 82 頁。以下、「平成 30 年判決」という。

定で金を取りに行ってくれ。」という指示を受けて A 宅に向かったが、被害者宅付近で警察官に逮捕された。第一審判決（長野地判平成 28 年 8 月 9 日刑集 72 卷 1 号 132 頁参照）は、詐欺未遂罪と認めて有罪としたが、控訴審判決（東京高判平成 29 年 2 月 2 日刑集 72 頁 1 号 134 頁参照）は、「被害者に対し警察官を装って預金を現金化するように説得する行為は、財物の交付へ向けた準備行為を促す行為であるものの、被害者に対し下ろした現金の交付まで求めるものではなく、詐欺罪にいう人を欺く行為とはいえず、詐欺被害の現実的、具体的な危険を発生させる行為とは認められない」として、無罪を言い渡した。

(2) 判旨—原判決破棄、控訴棄却

本件嘘の各文言は、「警察官を装って被害者に対して直接述べられたものであって、預金を下ろして現金化する必要があるとの嘘（1 回目の電話）、前日の詐欺の被害金を取り戻すためには被害者が警察に協力する必要があるとの嘘（1 回目の電話）、これから間もなく警察官が被害者宅を訪問するとの嘘（2 回目の電話）を含むものである。上記認定事実によれば、これらの嘘を述べた行為は、被害者をして、本件嘘が真実であると誤信させることによって、あらかじめ現金を被害者宅に移動させた上で、後に被害者宅を訪問して警察官を装って現金の交付を求める予定であった被告人に対して現金を交付させるための計画の一環として行われたものであり、本件嘘の内容は、その犯行計画に、被害者が現金を交付するか否かを判断する前提となるよう予定された事項に係る重要なものであったと認められる。そして、このように段階を踏んで嘘を重ねながら現金を交付させるための犯行計画の下において述べられた本件嘘には、預金口座から現金を下ろして被害者宅に移動させることを求める趣旨の文言や、間もなく警察官が被害者宅を訪問することを予告する文言といった、被害者に現金の交付を求める行為に直接つながる嘘が含まれており、既に 100 万円の詐欺被害に遭っていた被害者に対し、本件嘘を真実であると誤信させることは、被害者において、間もなく被害者宅を訪問しようとしていた被告人の求めに応じて即座に現金を交付してしまう危険性を著しく高めるものといえる。このような事実関係の下においては、本件嘘を一連のものとして被害者に対して述べた段階において、被害者に現金の交付を求める文言を述べていないとしても、詐欺罪の実行の着手があったと認められる」。

3-3 平成 30 年判決の検討

(1) 着手時期の「前倒し」

最高裁は、本件一連の嘘は、①現金交付の判断の前提となる事項に係る重要なものであり、②被害者に現金の交付を求める行為に直接つながる嘘が含まれ

ており、③被害者において、間もなく被害者宅を訪問しようとしていたXの求めに応じて即座に現金を交付してしまう危険性を著しく高めるものであるとの理由で、実行の着手を認めた。つまり、現金の交付を求める嘘は述べていないが、身分を偽る嘘や、前日の詐欺被害金を取り返すために協力してほしいなどと嘘をついており、これらの一連の嘘を述べた段階まで、実行の着手時期を「前倒し」したといえる¹⁷。このような「前倒し」については、詐欺罪の欺罔行為と騙取（受交付）行為のどちらからの前倒しを認めるのか見解が分かれる得るところではある¹⁸。しかし、本件では、手段を欺罔行為に限定している詐欺罪の実行の着手が問題となっており、構成要件該当行為の一つである欺罔行為を起点に「前倒し」を認めたと言える¹⁹。

これに対し、着手時期の前倒しを認めたと解するのではなく、①現金交付の判断の前提となる重要事項が述べられている点をとらえ、重要事項を偽る行為があるため、欺罔行為の一部の開始があるとする見解もある²⁰。たしかに、「前倒し」は、詐欺未遂罪成立の早期化を招く点に問題があるが、②「直接つながる嘘」という文言からして、構成要件に該当する欺罔行為それ自体に当たるとは読めないのではないだろうか。②の「直接つながる嘘」とは、「密接性」を意味しているものと言えよう²¹。つまり、本件一連の嘘は欺罔行為に当たらないとしつつも、密接行為であるとして実行の着手時期の「前倒し」を認めたものと読むのが素直な解釈に思われる²²。

¹⁷ 調査官解説・前掲注(3)も、本判決は、「必ずしも財物交付要求行為が必要ないことを明らかにしている」とする。なお、詐欺罪における「前倒し」を否定する見解として、二本柳・前掲注(4)41頁。

¹⁸ 高橋・前掲注(2)7頁以下は、詐欺罪の構成要件は「騙取しようとする行為」を禁止しているが、必ずしも、詐欺未遂罪が禁止している行為の始点を明示しているものだとまでは言えないとする。

¹⁹ 塩見淳「判批」刑判例百選Ⅰ〔第8版〕(2020)129頁は、欺罔行為の直前行為に実行の着手を認める立場を採るが、騙取（受交付）行為との関係への配慮が不可欠であると述べる。富川雅満「特殊詐欺における実行の着手」法律時報91巻11号(2019)76頁も、被害者自身に法益侵害を行わせる詐欺罪の特性に照らし、着手判断においても、被害者が交付行為に至るまでの事象経過を問題とすべきであると述べる。

²⁰ 富川雅満「詐欺罪における実行の着手」井田良ほか編『刑法総論判例インデックス〔第2版〕』(2019)211頁。

²¹ 佐藤・前掲注(7)23頁は、本判決について、「密接性に一切触れなかったのは、欺罔行為に密接する行為にまで着手が認められるという理論構成を採ると、嘘にはあたらないような行為にも詐欺罪の着手を認める余地が生じるため、無用な一般論を避けたかったからではないか」と指摘する。また、同24頁は、『「直接つながる」』という表現を用いたのは、(…)欺罔行為に密接する行為にまで着手時期を拡張したと読まれることを避けようとしたからだと思われる」とし、法廷意見は「前倒し」を認めていないとする。

²² 調査官解説・前掲注(3)は、本判決は、「詐欺罪の実行行為ではなく、その直前・密接行為が認められると判断したのか、本件嘘を一連のものとして述べる行為をもって、詐欺罪の実行行為（「人を欺く行為」（欺罔行為））に該当していると判断したのか」を明ら

そして、③では客観的な危険性があることを述べ、実行の着手があったことを結論付けている。ここでの危険性の内容は、「被告人による現金交付要求に応じて被害者が現金を交付する危険性」である²³。この危険性の判断基準については、被害者が現に錯誤に陥ることなどによる交付の切迫まで要求する見解や、結果発生の確実性・自動性まで求める見解などがあるが、本判決は、危険性判断について犯行計画を基礎に行った²⁴。本判決は、クロロホルム事件の判断枠組みに類似した判断をし、実行の着手を認めたものと言えるが²⁵、詐欺罪の実行の着手理解に関わる点としては、「交付目的と密接な関連性を有する事項が述べられているか」「財物移転プロセスを相当程度進めることになる事項が述べられているか」という 2 つの軸から分析する判断枠組を示したことに意味があると評価されている²⁶。

(2) 「危険性+密接性基準説」による検討

そこで、前記 2-2 の「危険性+密接性基準説」に基づいて、本判決の事案の結論が妥当かどうかを検討する。詐欺罪においては、被害者が錯誤に陥ることがなくても、欺く行為の開始があれば実行の着手が認められるのであり²⁷、被害者が実際に錯誤に陥ったことまでは要求されない。しかし、架け子が被害者候補の名簿を見ながら順に電話していく中で、怪しまれて電話を終えることはあり、そういったものを全て詐欺未遂罪で処罰することが現実的でない²⁸のと同様に、ある程度、被害者が騙されそうな現実的な危険は考慮する必要がある。

平成 30 年判決での問題は、計 2 回の電話では財物交付を要求する嘘は述べられていないこと、つまり構成要件該当行為がそれ自体がまだ行われていないことであり、交付要求のない段階でも詐欺罪の実行の着手を認めることができるかである²⁹。まず、本判決は、「密接性」という文言を明示的に使っていない。

かにしていないとする。

²³ 調査官解説・前掲注(3)182 頁。

²⁴ 調査官解説・前掲注(3)181 頁は、「本件犯行計画が定められていた各段階の進行状況を踏まえ、時系列的な流れの中で、本件嘘を述べた段階では、危険性が著しく高まっているとの評価をしたもの」と評する。ほかに、東條明德「判批」論究ジュリスト 31 号 (2019) 206 頁以下。

²⁵ 和田俊憲「判批」平成 30 年度重要判例解説 (2019) 151 頁。

²⁶ 東條・前掲注(24)207 頁以下。

²⁷ 高橋省吾『大コンメンタール刑法 [第 2 版] 第 13 巻』[大塚仁ほか編] (2000) 98 頁以下、『条解刑法 [第 4 版補訂版]』[前田雅英ほか編] (2023) 790 頁。

²⁸ 高橋・前掲注(2)10 頁は、特殊詐欺事案においては、具体的な交付要求をする以前の段階での被害者側へのアプローチを犯罪とする刑罰法規として、組織犯罪処罰法 6 条の 2 の適用可能性はあるが、そのハードルは極めて高い旨指摘する。

²⁹ なお、山口裕之「判批」研修 873 号 (2021) 8 頁は、「警察官を騙っている点」が「本件詐欺における『人を欺く』行為の本質的部分である」と述べる。また、中川正浩

しかし、「直接つながる」という表現があるとおりに、2回の嘘は、詐欺グループの計画していた一連の嘘のストーリーの一部であり、その前提があつて初めて現金の交付要求に至る。すなわち、前日も詐欺被害に遭っている被害者に対し、警察官を騙り、被害金を取り戻すために協力を求めるものであり、警察官が被害者宅に行くことまで告げており、現金交付を求める欺く行為に密接な行為があると言える。

次に、現金交付という結果発生の客観的危険性についてであるが、詐欺罪においては、被害者を欺いて錯誤に陥らせることができれば、被害者が被害者の意思で財物を交付することにつながる。2回の電話に続いて被害者が警察官と対面すれば、錯誤に陥った被害者がそのまま現金を交付する危険性はあったと言えそうである。しかし、2回の電話で「現金交付」を求めていることに照らせば、この時点で被害者は口座から引き出した現金をどうするか分かっていないのであり、架け子の言うとおりに被害金を取り戻すことに協力するとしても、まだ被害に遭っていない現金を警察官に手渡すように要求されることまで想像できたとは限らない。重要なのは、現金交付に至る「現実的・具体的危険性」があることである。現金交付に至る切迫性ないし自動性・確実性が認められなければならない³⁰。たしかに架け子の話を信じていれば、言われたとおりに現金を交付する可能性はあるかもしれないが、これは、被害者の騙されやすさを述べているにすぎない。そうではなく、例えば、「警察官に現金を預けてください。」などと言われて初めて、被害者が現金を交付する現実的な危険が生じるのである。被害者が架け子の2回の虚偽の電話内容を信じた時点では、「もし警察官を名乗る受け子が来て現金を交付するよう求められたら、現金を交付する」という抽象的な可能性があるに過ぎないと思われる。このような場合、被害者が現金の交付要求をきっかけに、詐欺であることに気付いて交付する意思を有するに至らないという障害も考えられる。結果発生に至る切迫性や自動性・確実性はなく、現実的・具体的危険性があるとは言えない³¹。

したがって、「危険性＋密接性基準説」によれば、密接性は認められるが、従

「特殊詐欺対策としてのいわゆる『だまされた振り作戦』に関する法的問題と捜査手法の正当性について―受け子の犯罪を素材に―」警察学論集 71 巻 12 号（2018）79 頁以下は、同判決の事案につき、仮に 2 回目の電話がなく、1 回目の電話だけだったとしても、「1 回目の電話の内容が、既に詐欺被害に遭っていた被害者を前提として、現金を用意させるよう巧妙に組み立てられている」として、実行の着手を肯定できると述べる。

³⁰ 安田拓人「特殊詐欺における実行の着手」法律時報 92 巻 12 号 11 頁は、自動性・確実性を是とする場合には、「そのまま進めば十分な確率をもって相手方を錯誤に陥らせることができる嘘を述べ始めている以上、着手を否定する根拠はない」旨述べる。

³¹ なお、山口・前掲注(29)は、「何時の時点から結果発生の危険があるかなど、どうとも言える」とし、危険性は「法律判断の指標たり得ない」と主張する。

来通り、結果発生に至る現実的・具体的危険性を要求するのであれば、そのような危険性が認められないので、実行の着手は認められないことになる³²。法益保護主義を徹底する見地からは、実行の着手を早期化しすぎたと言える。

(3) 「進捗度基準説」による検討

本判決は、被害者が嘘に気付いた点は指摘せず、「求めに応じて即座に現金を交付してしまう危険性」と述べており、「具体的・現実的危険」を要求していない点や、犯行計画を基礎として判断している点に照らせば、「進捗度基準説」³³に従って判断したものであるとする見解も有力である。同説は、結果発生の実証的・具体的危険を「騙されたふり作戦」が実施されているような特殊詐欺事案で要求すると、詐欺未遂罪の成立範囲が狭くなることを批判する。そこで、現実的・具体的危険を要求せず、犯行計画を基礎として、外部的障害を乗り越える行為や心理的障害を乗り越えるための新たな意思決定などの重要な中間行為の介在が予定されておらず、既遂実現に自動的に至る段階にまで達していたかどうかを基準として、本判決を検討する。

本件では、2回の電話の段階で、現金交付に直接つながる嘘が述べられており、1回目の電話の段階で既に受け子を手配済みであったことにも照らせば、犯行計画どおりに架け子や受け子が動き出している上、被害者も架け子に言われたとおり、口座の現金を引き出しているの、残された行為は、再度の架け子による電話で、受け子に対して現金を預けるように指示すること、又は、受け子と対面して受け子から現金を預かる旨の虚偽を告げられて現金交付に至ることであった。電話で告げられたとおり警察官に扮した受け子が現れれば、被害者が素直に警察官に現金を渡す段階に至っていたとすれば、行為経過の自動性を認めることができる。進捗度基準説によれば、犯行計画であらかじめ決まっている内容であり、特段の障害がなければ行為経過の自動性は認められる。しかし、本件の客観的状況に照らして被害者が素直に現金を交付するかというと、まだ現金交付が必要であると告げられていないのであるから、いざ現金の交付を要求されれば、その占有を手放すことについては心理的障害があると言えよう。特殊詐欺の中でもすり替え型窃盗が増えてきた背景には、現金を交付することに心理的抵抗を感じるために騙されない人が増えてきている中、占有

³² なお、山口厚裁判官の補足意見は、「密接性」と「客観的な危険性」については、「相互に関連させながらも、それらが重疊的に求められている趣旨を踏まえて検討することが必要である」とし、「特に重要なのは、無限定な未遂罪処罰を避け、処罰範囲を適切かつ明確に画定するという観点から、(…)『密接』性を判断することである」と述べる。そして、2回目の電話により、危険性が著しく高まったとしている。

³³ 佐藤・前掲注(10)7頁以下、同・前掲注(7)17頁。

移転に気付かせないすり替え型窃盗を行うことで、心理的障害をなくして成功率を上げようとしていることがある。やはり、「交付要求」を伴う嘘があれば、心理的障害を生みやすいのであり、障害があるのだから、既遂実現に自動的に至る段階にまで達していたとは言えないだろう。

3-4 小括

平成 30 年判決は、詐欺罪の実行の着手時期の早期化を認めたものであり、被害予防に資する判決である。実行の着手を認める時期が遅過ぎた場合、被害者が初期段階で特殊詐欺のターゲットになっていると気付いたにもかかわらず、警察が介入するタイミングが早すぎたせいで詐欺未遂罪が成立しないおそれがある。そうなれば、警察官が被疑者を逮捕するには、「騙されたふり作戦」を進行させ、被害者が受け子に対面するのを待つなど、必要以上に被害者を危険に晒すことになるだろう。

また、実行の着手について、財物交付要求を含む欺く行為への着手まで要求するとなると、詐欺グループ側は、最後の決め手になる財物交付要求は、最後の交付段階の直前のタイミングまで行わないようになるだろう。実行の着手について、形式的な構成要件該当行為や文言を重視しすぎると、財産交付要求は最後のタイミングで受け子が言うといった犯行計画を生むことになるだけである。そうなれば、特殊詐欺の計画が発覚しても、受け子が詐欺未遂罪で処罰されるのは、受け子が実際に被害者に対面して財物交付要求をした場合に限られよう。これでは、犯罪として処罰される範囲を極端に狭めることになり、詐欺グループを利するだけである。

しかしながら、結果発生の実面的危険を捨象して、犯行計画の進捗度のみで判断するのも、適当とは思えない。犯行計画とは、詐欺グループが頭の中に描いている犯行の流れに過ぎず、自らが決めた主観的なものであるから、犯行計画がどこまで進捗したかは、法益侵害や結果発生の実面的危険という処罰に値する実質とは必ずしも一致しないと思われる。しかも、平成 30 年判決の事案では、指示役や架け子が捕まっていない以上、現実の犯行計画は不明であり、後の電話でどのような虚偽を述べて被害者に現金を交付させようとしていたか、犯行計画のうち、どこまで進捗していたのかは正確には分からない。未遂犯の処罰根拠につき、主観的未遂論ではなく、客観的に起こっている事象に着目する客観的未遂論に立つ見解からは、犯行計画に照らした進捗度ではなく³⁴、その行為

³⁴ 二本柳誠「成りすましと詐欺未遂罪の成否」山口厚ほか編『高橋則夫先生古稀祝賀論文集〔下巻〕』（2022）327 頁は、進捗度基準説について、「もっぱら行為者の計画をベースにする一方で事実的基礎を度外視するものであり、(…)主観的未遂論に接近することが危惧される」と批判する。

の時点でどれだけ結果発生危険があるかという客観的な危険性で判断すべきであろう。犯行計画が進捗していても、その進捗具合に比例して客観的な危険が増加するわけではないので、法益侵害や結果発生に至る現実的・具体的な危険でもって判断すべきである。以上より、実行の着手時期については、「危険性＋密接性基準説」の立場を採りたい。

その上で、本件は、「騙されたふり作戦」を遂行する上で、受け子を早く捕まえずにすぎってしまったとも言える事案であり、未だ現実的・具体的危険性は認められなかったと考える。たしかに、特殊詐欺事件であるを知っている視点で見れば、犯行計画の進行の自動性があるように思えるが、客観的にみると、2回の電話の虚偽内容だけでは現金交付に至る現実的危険性は高くなかったと思われる。なお、実際の事件では、被害者が、架け子に電話で言われたことを正確に記憶しておらず、供述することができなかったなどの立証上の問題があっただけで、架け子が現金の交付要求まで行っていた可能性もあるだろう。実行の着手時期を安易に早期化するのではなく、立証を尽くし、現実的・具体的な危険性がある場合に限って実行の着手を認めるべきである³⁵。

4. 窃盗罪における実行の着手

4-1 窃盗罪の実行の着手時期

窃盗罪の実行の着手時期は、一般的に、財物に関して他人の占有を侵害する行為が開始されたときである。それは、対象物たる財物を手に取ろうとした時点である。しかし、占有を侵害する行為の開始については、構成要件該当行為自体の開始時点に限定されず、事実上の支配を犯すにつき「密接な行為」をした時点でも認められる。これは、修正された形式的客観説とも呼ばれる³⁶。つまり、実際に窃取行為を始めている必要はなく、占有の侵害（既遂）に至る客観的な危険性が発生した時点に着手が認められる。そして、窃盗には様々な手口があるため、その手口により、いつ占有の侵害に至る客観的な危険性が生じたと言えるかは異なる。侵入窃盗であれば、財物を探し始めたときに着手を認める物色説が採られており、例えば、金品物色のためにタンスに近寄った時点で着手が認められるが³⁷、窃取すべき財物のみがある土蔵であれば、土蔵の外扉

³⁵ 立証の困難など捜査実務との関係について、丸橋昌太郎・佐藤拓磨「特集の狙い—すり替え窃盗をめぐる理論と課題—」刑事法ジャーナル 73 号 (2022) 5 頁。

³⁶ 橋本正博「実行行為の開始と実行の着手—『構成要件の結果発生危険』の意義—」研修 857 号 (2019) 5 頁。

³⁷ 大判昭和 9 年 10 月 19 日刑集 13 卷 1473 号。

の錠を壊してこれを開けて侵入しようとした時点で着手が認められる³⁸。この違いには、窃取する対象となる財物の存在する場所が分かっているか、その財物との物理的距離が近いかなど、それを窃取することに対する障害があるかなどが影響している。要するに、類似した手口の窃盗であっても、占有侵害に至る客観的な危険性の高さの違いによって、実行の着手の時期に違いが生じる。

そこで、次に、キャッシュカードすり替え型窃盗の手口である、被害者を欺いて錯誤に陥らせ、被害者に占有移転に気付かせずにすり替えて窃取するという態様の窃盗の場合について検討する。これは、「トリック窃盗（詐欺盗）」などと呼ばれ、占有弛緩型窃盗に分類される。典型的には、顧客を装って時計を見せさせ、隙をみて時計を持ったまま逃走した場合³⁹や、古着を試着したままトイレに行くとき欺いて逃走した場合⁴⁰などがこれに当たる。被害者は、終局的に占有を移転させることに同意していないが、一時的に占有が離れることを許したため、占有が弛緩している。その隙に、財物を窃取するのであるが、その窃取までには、欺く行為、被害者の錯誤、占有の弛緩、占有の取得という複数の過程の積み重ねがある。キャッシュカードすり替え型窃盗であれば、電話で、被害者の銀行口座が狙われているため、口座を止めるためにキャッシュカードを封印して保管しなければならない、その手続きのために金融庁職員が自宅に行くなどの虚偽を述べ（欺く行為）、被害者にその旨信じ込ませ（被害者の錯誤）、偽の金融庁職員の持参した封筒にキャッシュカードを入れさせ、印鑑を探しに行く際にそのキャッシュカード入りの封筒を偽の金融庁職員に預けたままその場を離れさせ（占有の弛緩）、その隙に、金融庁職員を装ったすり替え役がキャッシュカード入りの封筒を別のカード入りの封筒にすり替えて窃取する（占有の取得）。そして、この欺く行為や被害者の錯誤といった過程は、詐欺罪の構成要件行為と同じであるため、一見詐欺罪が行われているかのようにも見えるのである。しかし、窃盗罪の構成要件には、「欺く行為」も「被害者の錯誤」も含まれておらず、窃盗の構成要件開始に至るまでの準備行為段階で実行の着手を認めることはできないのではないだろうか。侵入窃盗であれば、侵入するためには調べをし、侵入道具を準備した段階で、窃盗の実行の着手を認めるわけにはいかないのと同じである。そこで、構成要件該当行為の開始が認められないすり替え型窃盗における、事実上の支配を犯すにつき「密接な行為」をした時点、つまり、占有の侵害（既遂）に至る客観的な危険性の発生がいつ認められるかが重要になる。以下では、令和4年決定をもとに、占有の侵害に至る客観的な危険性が発生した時点の判断基準について検討する。

³⁸ 名古屋高判昭和25年11月14日高刑集3巻4号748頁。

³⁹ 東京高判昭和30年4月2日高裁特2巻7号247頁。

⁴⁰ 広島高判昭和30年9月6日高刑集8巻8号1021頁。

4-2 最高裁令和 4 年 2 月 14 日決定⁴¹

(1) 事案の概要

Y は、Z らと共に謀の上、B からキャッシュカードを窃取しようとした。警察官になりすました Z は、B に電話をかけ、B 名義の口座から預金が引き出される詐欺被害に遭っており、再度の被害防止のため、金融庁職員が B 宅に向かっている旨告げ、「封筒を準備していますので、その封筒の中にキャッシュカードを入れてください。」「その場で確認したら、すぐにキャッシュカードはお返ししますので、3 日間は自宅で保管してください。」などと嘘を言った。

計画では、Y は、B 宅に出向き、B が離れた隙にキャッシュカード入りの封筒とポイントカード入りの偽封筒とをすり替える予定であったが、実際は、徒歩で B 宅まで約 140 メートルの路上まで赴いた時点で、警察官の尾行に気付いて犯行を断念した。第一審、控訴審（東京高判平成 28 年 10 月 14 日刑集 72 巻 6 号 779 頁）とも、窃盗未遂罪の成立を認めた。

(2) 判旨一控訴棄却

「本件犯行計画は、キャッシュカード入りの封筒と偽封筒とをすり替えてキャッシュカードを窃取するには、被害者が、金融庁職員を装って来訪した被告人の虚偽の説明や指示を信じてこれに従い、封筒にキャッシュカードを入れたまま、割り印をするための印鑑を取りに行くことによって、すり替えの隙を生じさせることが必要であり、本件うそはその前提となるものである。そして、本件うそには、金融庁職員のキャッシュカードに関する説明や指示に従う必要性に係るうそや、間もなくその金融庁職員が被害者宅を訪問することを予告するうそなど、被告人が被害者宅を訪問し、虚偽の説明や指示を行うことに直接つながるとともに、被害者に被告人の説明や指示に疑問を抱かせることなく、すり替えの隙を生じさせる状況を作り出すようなうそが含まれている。このような本件うそが述べられ、金融庁職員を装いすり替えによってキャッシュカードを窃取する予定の被告人が被害者宅付近路上まで赴いた時点では、被害者が間もなく被害者宅を訪問しようとしていた被告人の説明や指示に従うなどしてキャッシュカード入りの封筒から注意をそらし、その隙に被告人がキャッシュカード入りの封筒と偽封筒とをすり替えてキャッシュカードの占有を侵害するに至る危険性が明らかに認められる。」「被告人が被害者に対して印鑑を取りに行かせるなどしてキャッシュカード入りの封筒から注意をそらすための行為をしていないとしても、本件うそが述べられ、被告人が被害者宅付近路上ま

⁴¹ 刑集 76 巻 2 号 101 頁。以下、「令和 4 年決定」という。

で赴いた時点では、窃盗罪の実行の着手が既にあったと認められる。」

4-3 令和4年決定の検討

(1) 「危険性＋密接性基準説」による検討

本決定は、架け子による嘘が、すり替えの隙を生じさせる前提となっていること、すり替え役が被害者宅を訪問し、虚偽の説明や指示を行うことに直接つながること、占有を侵害するに至る危険性が認められることなどを理由として、実行の着手を認めている。クロロホルム事件と同様に、危険性について判断されているが、「客観的な」という文言はなく、「密接性」についても述べられていない。かわりに、架け子による嘘の内容及び犯行計画における位置付けを分析し、危険性を判定している⁴²。本決定は、被害者宅から140メートルの地点まで赴いた時点⁴³で、結果発生危険性は生じていたと認定した。

しかし、前述のとおり、窃盗罪は詐欺罪と異なり、欺く行為が構成要件となっており、被害者の意に反した占有移転が構成要件である。そうすると、事実上の占有の取得が必要な窃盗罪においては、対象たる財物との物理的距離が近くなって初めて、結果発生危険性の客観的な危険性が生じたと言えるのではないだろうか。本件では、すり替え役は被害者宅に接近していたものの、そこまでたどり着いていないため、占有取得が可能な領域内に入っていなかったのである。しかも、すり替えによる占有取得の実現のためには、一連の嘘以外にも、財物を目の前に出させることや、財物を封筒の中に入れさせること、封印のために必要な印鑑を用意させること、それによって財物から被害者の目を離させること、被害者が見ていない隙にキャッシュカードをすり替えることなどが必要であり、行為者側に実行行為自体により近接した必要不可欠の行為が存在する。これだけの行為が達成される必要があることに照らせば、占有取得までに障害が存在すると言えるのではないだろうか⁴⁴。もちろん、一連の嘘は重要な前提となっており、それらが被害者を錯誤に陥らせること、つまり隙を作ることにつながることは間違いないが、そこには複数の障害があり、対面以後の占有取

⁴² 佐藤・前掲注(10)7頁。

⁴³ 高橋直哉「判批」法学教室 501号（2022）129頁は、「これが、事前の『うそ』の段階では実行の着手を認めることはできないという含みをもつのか、(…)遅くともこの時点では実行の着手を肯定することができるとする趣旨なのかは、必ずしも明確ではない」旨指摘する。

⁴⁴ 二本柳誠「窃盗未遂罪の処罰時期—最高裁令和4年2月14日第三小法廷決定を契機として—」刑事法ジャーナル 73号（2022）14頁以下は、すり替え行為の「基礎」を「職員訪問のうそと要服従のうそと割り印が必要であるうその三者」とできるとし、前二者のうそが述べられれば、占有弛緩が開始された状況と評価できるとするが、占有弛緩開始という評価自体は、従来、窃盗未遂罪の成立を直ちに基礎付ける事情として考慮すべき理由はなく、すり替えに至る自動性はないとして、7つの障害を挙げる。

得に至る危険性が高かったかどうかは疑問である。

よって、「危険性＋密接性基準説」に厳格に従えば、被害者宅から約 140メートルの地点まで近付いただけでは、占有侵害の危険性及び占有侵害行為との密接性が認められず、実行の着手は認められないと考えられる。

(2) 「進捗度基準説」による検討

そこで、次に、近時有力の「進捗度基準説」に沿って検討する。令和4年決定は、一連の嘘が犯行計画の中でどう位置付けられ、結果発生に対し、どういう役割を果たすのかを詳しく分析しており、犯行計画の進捗度によって実行の着手の有無を判断する進捗度基準説に馴染むように思われる。本決定の事案においては、架け子は既に被害者に対し、金融庁職員が被害者宅に向かっており、封筒を準備しているのでキャッシュカードを入れること、キャッシュカードは3日間自宅で保管することなどを述べ終わっており、占有弛緩の開始はあるだろう⁴⁵。したがって、犯行計画に照らせば、残る事象は、すり替え役が被害者宅を訪問し、被害者にキャッシュカードを封筒に入れさせ、印鑑を取りに行かせる隙にすり替え、すり替えた偽のカード入りの封筒に押印させ、すり替えたキャッシュカードを持ち去ることである。これらの残された事象について、占有移転（既遂）実現に至るまで自動的に進行する段階にまで達していると評価できれば、あるいは、最大の山場は架け子が被害者を錯誤に陥れ、偽の金融庁職員が自宅に来ても無防備にキャッシュカードを見せるくらい占有を弛緩させることにあるとすれば、その犯行計画の進捗度に照らし、実行の着手が認められるだろう。しかし、すり替え役が取るべき行動は多く残っており、残された事象が自動的に既遂実現に至るまで進行するとは言えないだろう。「進捗度基準説」の考えによれば、「すり替え役が即座に被害者宅を訪問してすり替えを実施できるような状況を整えていれば、占有侵害プロセスの進捗としては未遂処罰に足りる」⁴⁶。そして、本件では、架け子の嘘は、「事態を一気に進展させてしまうもの」として、進捗度を肯定する⁴⁷。この点、すり替え役は指示されたとおりのことを言うだけかもしれないが、すり替え役が機械的に役割を果たすことの自動性よりも、被害者にキャッシュカードを物理的に窃取可能な領域内に置かせることの自動性があって初めて進捗度として未遂処罰に足りるのではないだろうか。被害者が架け子の電話で心理的に占有の弛緩を生じさせていたとし

⁴⁵ 富川雅満「すり替え窃盗の実行の着手時期—進捗度基準説から見た令和4年決定—」
刑事法ジャーナル 73号（2022）28頁は、ここでの架け子の嘘に、「占有弛緩の開始と
いう意味での占有保護設備への攻撃開始を見いだすことができる」と述べる。

⁴⁶ 富川・前掲注(45)28頁。

⁴⁷ 富川・前掲注(45)28頁。

でも、対面して封筒に封印するやりとりをする中で違和感を覚えることなどはあるはずであり、そこには障害が多いため、自動化されたプロセスとは言い難い。「山場」基準によっても、物理的に接近すること⁴⁸、あるいは、その場で被害者に印鑑を取りに行かせるなど、被害者の注意を封筒から逸らすことが、最大の山場と言えるはずであり、被害者宅にたどり着いてもない時点で、実行の着手を認めるは困難である⁴⁹。

なお、本決定は、被害者宅への接近時点より前の段階で実行の着手を認めることも否定していない。下級審判決でも、架け子が嘘を述べた時点で既に実行の着手を認めていたものがある⁵⁰。しかし、嘘を述べた時点で、犯行計画上、自動化されたプロセスに乗った、あるいは、最大の山場を越えたとは言えないだろう。

4-4 小括

以上の検討によれば、令和4年決定については、「危険性＋密接性基準説」に立っても、「進捗度基準説」に立っても、すり替え役が被害者宅から140メートル離れた地点にいる段階では、実行の着手を認めるのは困難であると思われる。すり替え型窃盗に対しては、本決定以前から、架け子による虚偽の電話により、被害者の警戒心を緩めて占有の弛緩をもたらしているという特徴を捉え、「物理的な保護設備への侵害と同様に、占有侵害への障害を乗り越えている」との評価もあった⁵¹。すなわち、錯誤に陥った被害者の隙をみてすり替えるのは、物色が必要な侵入窃盗のケースではなく、窃盗目的で、その狙いの物だけが保管されている倉庫に侵入する場合に類似すると考えるのである。この立場からは、被害者宅にたどり着いていなくても、占有侵害への障害を乗り越えたと評価できれば、実行の着手を認めることになるだろう。前記下級審判決⁵²のように、架け子による電話での嘘の時点で窃盗罪の実行の着手を認めた事例も

⁴⁸ 樋口・前掲注(9)76頁参照。

⁴⁹ 樋口・前掲注(9)74頁以下は、電話での嘘を信じさせることで被害者のカードへの事実上の支配が緩まり始めることや、「すり替え事案では電話での嘘さえ信じさせれば後は一気にすり替え行為に至るまで事態を進捗させていくことが計画に組み込まれていること」に鑑み、カードの確認の必要がある等の嘘を電話で述べて信じさせることに「最大の山場」があるとする。

⁵⁰ 横浜家川崎支決令和2年1月14日判タ1484号252頁。

⁵¹ 富川雅満「特殊詐欺における実行の着手」法律時報91巻11号79頁。

⁵² 横浜家川崎支決・前掲注(50)。杉本一敏「判批」法学教室483号(2020)167頁において、占有弛緩型窃盗の実現には、「(1)被害者に財物を至近距離に置かせた上、(2)その注意を財物から逸らすことが必要であり、そのような状況（偶然ではなく）計画的に作り出すためには、被害者の警戒心をなくし、財物を無防備に放置させるための「虚言」が必要不可欠であるとし、本判決は、架け子の嘘に密接性を認めたものと説明する。

ある。

しかし、占有弛緩型の窃盗に用いられる虚言は、「専ら『財物奪取の現場で、眼前の財物に対する被害者の注意を一時的に逸らす』ためのものであって、財物を携帯した被害者と『対面』する現場に至らなければ、このような虚言には何の効果も伴わない」として、既遂に近いと言えるためには、「虚言」に加えて「現場への接近」（訪問）まで必要だとする見解⁵³の方が説得的に思われる。同様に、嘘が述べられたことによって、被害者側の心理的バリアは解除されるかもしれないが、行為者側が占有移転するためには、「犯人側の物理的アクセス可能性」という意味で物理的な接近に重点があるとの見解もある⁵⁴。ほかにも、物理的近接性を重視する説は多い⁵⁵。このような立場からは、電話で嘘を述べた時点で被害者の警戒心が緩んだという観念的な接近をもって財物の占有を支えている領域への接近があったと評価する見解は妥当でなく、支持できない。

やはり、実行の着手時期の判断においては、結果発生の現実的危険と、密接性（障害がないかどうか）を基準とするのが適当であり、その基準を満たすには、窃取対象のキャッシュカードとの物理的近接性が必要不可欠である。物理的に占有移転をしなければ既遂にならない窃盗罪において、いくら心理的に占有を弛緩させたとしても、すり替え役からすれば、被害者が普段どこにキャッシュカードを保管しているかさえないのであって、現実的な占有侵害には至らないからである。

では、どの程度の物理的近接性が必要であろうか。下級審判決には、すり替え役が被害者宅のインターホンを鳴らした時点で実行の着手を認めたものがある⁵⁶。その時点であれば、被害者が訪問に対応すれば、キャッシュカードの存在を現認することができるのであり、物理的近接性に加え、被害者側が錯誤に陥っている状況を加味して、結果発生の現実的な危険性があると言えるだろう。直接の対面やキャッシュカードの現物を確認したことには固執する必要はなく、すり替え役が被害者の在宅している正しい家を見つけて訪問した時点で、実行の着手を認めて良いだろう。侵入窃盗であれば、狙いの財物を保管してある倉

⁵³ 杉本一敏「判批」法学教室 494 号 (2021) 139 頁。

⁵⁴ 松原芳博「インタビュー『すり替え作戦の実行の着手について』—最高裁令和 4 年 2 月 14 日第三小法廷決定—」早稲田大学大学院法務研究科 LAW AND PRACTICE 第 16 号(2022)13 頁以下。

⁵⁵ 松宮孝明「判批」新・判例解説 Watch 刑法 No.177 (2022) 3 頁は、被害者宅への到着をもって初めて、実行の着手を認める余地を示唆する。

⁵⁶ 大阪地判令和元年 10 月 10 日 LEX/DB25566238, 宇都宮地足利支判令和 3 年 3 月 17 日 LEX/DB25569194。下級審判決も含めたすり替え窃盗事案の詳しい研究として、二本柳誠「カードすり替え窃盗について窃盗罪の実行の着手を認めた裁判例」名城法学 71 巻 3・4 号 (2022) 109 頁以下、樋口・前掲注(9)59 頁以下。

庫の扉を開けた時に実行の着手を認めるのに近く、侵入して物色をしなくても、そこに狙いの財物があることは分かっている状況と類似しているからである。

しかし、すり替え役が被害者宅を見つけたものの、指示役の指示により、一旦被害者宅を離れて待機していた場合は状況が異なる。この場合、被害者との接触の可能性は高まっているが、まだ訪問していないのであるから、被害者宅からあまり離れていなかったとしても、すぐにすり替えの行動に移れる状況になく、物理的近接性を認めることはできないと考える。被害者宅にたどり着いた上で、被害者に接触する行動を取ろうとしていることが、最低限必要である。

5. 特殊詐欺における実行の着手

5-1 罪名による着手時期の差異

詐欺罪と窃盗罪の2罪は、財物移転の方法が構成要件上異なるため、実行の着手時期も異なる場合がある。しかし、異なる罪名であっても、両者とも「特殊詐欺」としてまとめられるように、「欺く行為」「被害者の錯誤」「財物の占有移転」が起こるという事象が同じであり、被害者にとっては、どちらであっても特殊詐欺の被害に遭ったことには違いない。また、詐欺グループ側にとっても、詐欺を予定していたが、被害者が怪しんで交付してくれないとき、無理やり奪って逃げるという窃盗に切り替えることもあるように、詐欺罪と窃盗罪が接近しており、その場の状況しだいで詐欺罪の予定が窃盗罪の実行に変わることも想定範囲内である。そうであれば、同じ特殊詐欺であるのに、現金手交型詐欺であれば、架け子の電話時点で実行の着手が認められ、すり替え型窃盗であれば、架け子の電話だけでは不十分であり、すり替え役がキャッシュカードと物理的に近接していることまで必要だとするのは、不均衡であるようにも思われる⁵⁷。特殊詐欺が、現金手交型詐欺から成功しやすいすり替え型窃盗へと発展してきている中で、すり替え型窃盗を行う詐欺グループの方を、現金手交型詐欺を行う詐欺グループよりも利する不公平な結果を生むように感じられる。また、警察が介入し、「騙されたふり作戦」を実施するときにも、詐欺か窃盗かによって、架け子から聞き出すべき文言や、受け子の逮捕のタイミングが変わるというのは、適当であるとは思えない。

このような点に鑑みれば、詐欺罪と窃盗罪の間で均衡を保つことへの考慮は重要であると考えるが、それでも、罪刑法定主義の原則を貫けば、罪名の違い

⁵⁷ 佐藤・前掲注(10)10頁。高橋・前掲注(2)11頁以下は、詐欺罪の方が、構成要件的に手段を限定されているにもかかわらず、その限定によってかえって窃盗罪よりも実行の着手が早まることにもなると指摘する。

を超えて、両者の着手時期を同一にする理由は認められないだろう⁵⁸。構成要件と法定刑が異なる両者は、あくまで別の犯罪である。したがって、実行の着手時期の判断について、「危険性＋密接性基準説」を採るのであれば、現実的・具体的危険の判断基準を明確にし、犯罪の手口が違っても、同程度の結果発生危険であれば、同時点で実行の着手が認められるという、危険性に基づいた統一的な基準であることを重視すべきである。被害者の心理的な占有弛緩で十分なのか、被害者の占有する領域に物理的に接近することが必要か、といった事情が危険性判断に及ぼす意味を適切に踏まえれば、結果発生危険性の違いから、実行の着手時期に差異が生じることも許容されるだろう。

5-2 着手時期の判断基準

これまでの検討を踏まえ、「危険性＋密接性基準説」に立って、現金手交型詐欺とすり替え型窃盗について改めて比較する。まず、「密接性」については、架け子による嘘も、受け子ないすり替え役が被害者と対面して告げる嘘も、財物の占有を取得するための一連の嘘であり、犯行計画で予定されていた行為であれば、密接性は認めやすい。

しかし、「危険性」については、窃盗罪の場合、被害者には交付の意思がないため、財物の占有を取得するには、すり替え役自身によるすり替えるという物理的動作が不可欠である。そのためには、窃取対象の財物にアクセスできる物理的近接性が必要である。すり替え役が被害者に対面するところまではいかなくても、被害者宅まで到着しており、インターホンを鳴らすなど被害者に接触するための物理的動作を行って初めて、現実的危険性を認めるべきである。これに対して、詐欺罪の場合は、被害者に交付の意思を抱かせるに至れば、結果発生の現実的危険は高くなる。したがって、被害者に交付の意思を抱かせるまでの欺罔行為については、警察官等を装うなどして被害者を信用させることに加え、現金を受け子に交付する必要性を何らかの形で伝えていれば、結果発生の現実的危険性も満たされると解すべきである。

6. おわりに

本稿では、「特殊詐欺」の中でも、詐欺罪及び窃盗罪という別々の罪名で最高裁の判断が示され、近年特に議論が活発な実行の着手論について、具体的な事案に即して、学説を比較し、判例の結論の妥当性について検討した。令和 4 年

⁵⁸ 二本柳・前掲注(56)134 頁、杉本一敏「行為の構造から見た『実行の着手』時期(3)」
刑法法ジャーナル 70 号 (2021) 95 頁。

決定については、当初から、窃盗罪の構成要件に照らし、実行の着手時期を早期化することを否定的に考えていたところであるが、平成 30 年判決については、重要な前提となる嘘は述べられているため、構成要件である「欺く行為」に密接な行為に財物交付要求があることまで厳格に求めなければ、十分、実行の着手を認める余地はあるようにも思われた。しかし、罪刑法定主義や法益保護主義といった基本原理に立ち返れば、今後も新たな手口に発展し得る特殊詐欺における実行の着手時期については、結果発生の現実的危険性を軸に、明確な基準を定めておくべきだろう。特殊詐欺を撲滅する要請が高いことは重々承知しているが、平成 30 年判決の事案では、捜査機関が関与して「騙されたふり作戦」が実施され、少なくとも被害者が二度目の被害に遭うことは防ぐことができたのであり、処罰の必要性から実行の着手時期を安易に早期化することには慎重でなければならない。

やまなか じゅんこ（本学法学部講師）