

息子に成りすます嘘を重視して 詐欺罪の実行の着手を認めた裁判例

(名古屋高判平成 30 年 12 月 18 日高刑速平成 30 年 409 頁)

二本柳 誠

一 事実の概要

「関係証拠によれば次の事実が明らか。〔1〕氏名不詳者が平成 30 年 3 月 21 日午後 8 時 30 分頃被害者方に電話。被害者に対しその息子を装って『喉にポリープができた』『明日病院で検査する』『電話番号が変わった』旨嘘を言った。被害者は相手を息子と信じた。携帯から氏名不詳者の言う電話番号にかけ直した。相手は『病院の帰りに家に寄る』旨嘘を言った。〔2〕被害者は息子の容体が気になり同日午後 11 時過ぎ頃前記電話番号に電話。出なかった。前の電話番号に電話。息子と話げできた。嘘が発覚。親族が警察に通報。〔3〕だまされた振り作戦開始。翌 22 日息子を装った氏名不詳者が被害者の携帯に電話。被害者を装った女性警察官に対し至急現金が必要と種々嘘を言って現金 200 万円を持ってくるよう指示。弁護士助手の A なる者が原判示神社に現金を受け取りに行く旨説明。〔4〕被告人は氏名不詳者の指示の下受取役を果たすべく同神社に赴いた。A を装って被害者を装った女性警察官から模擬紙幣を受け取った。逮捕された。」

二 判旨

「所論は前記〔1〕時点では未だ詐欺罪の実行の着手はなかった。だま

された振り作戦開始前には欺罔行為も実行の着手もなかったから詐欺未遂罪不成立という。

氏名不詳者らは他人の親族等に成り済まし、その親族が現金を至急必要としているかのように装って現金をだまし取ろうと考え、かかる共謀の下狙いを付けた被害者方に電話をかけ、被害者に対し後の現金交付要求の前提となる嘘（取り分け被害者の息子の成り済ましに係るもの）を言ったもので、この時点で詐欺罪成立要件該当行為が開始された（実行の着手があった）と見るべきは当然。」

三 評釈

1 問題の所在

例えば、オレオレ詐欺グループのかけ子が「もしもしオレだけど」と子や孫に成りすます嘘のように、特殊詐欺事案では、親族やその同僚、警察官、金融機関職員等の別人格に成りすます嘘（以下、「成りすまし」ともいう。）が現れる。本件事案でも、息子に成りすます嘘が現れたところ、名古屋高判平成30年12月18日高刑速平成30年409頁（以下、「名古屋高裁平成30年判決」という。）は、「被害者に対し後の現金交付要求の前提となる嘘（取り分け被害者の息子の成り済ましに係るもの）を言った」ことを指摘し、すなわち、息子に成りすます嘘を重視して、「この時点で」詐欺罪の実行の着手を認めた。この判断は、判例と整合するであろうか。

2 判例

詐欺罪の実行の着手については、最判平成30年3月22日刑集72巻1号82頁（以下、「最高裁平成30年判決」という。）が重要である¹。最高

1 最判平成30年3月22日刑集72巻1号82頁を検討する文献として、例えば以下がある。浅井弘章「判批」銀法828号（2018年）66頁、井田良『講義刑法学・総論〔第2版〕』（2018年）434頁、上田正和「特殊詐欺に対する刑事処罰」帝京33巻2号（2020年）1頁以下、内山良雄「詐欺罪における欺罔行為と実行の着手（1）」明治ロー22号（2019年）33頁以下、江見健一「特殊詐欺の受け子の罪責に関する諸問題（上・下）」警

裁平成 30 年判決は、調査官によれば、「現金を被害者宅に移動させた上で、警察官を装った被告人に現金を交付させる計画の一環として述べられた嘘について、その嘘の内容が、現金を交付するか否かを被害者が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り、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、被害者にその嘘を真実と誤信させることが、被害者において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といえるなどの本件事実関係……の下においては、当該嘘を一連のものとして被害者に述べた段階で、被害者に現金

論 72 卷 11 号 (2019 年) 1 頁以下、12 号 25 頁以下、小林憲太郎『刑法総論の理論と実務』(2018 年) 449 頁以下、同「詐欺罪における実行の着手」刑ジャ 57 号 (2018 年) 21 頁以下、同「未遂・承継的共同正犯」法セ 779 号 (2019 年) 10 頁以下、佐藤拓磨＝二本柳誠「最高裁平成 30 年 3 月 22 日第一小法廷判決の事実の概要、審理経過および判決要旨」刑ジャ 57 号 (2018 年) 17 頁以下、塩見淳「特殊詐欺事案で見えてきた解釈問題」法教 461 号 (2019 年) 49 頁以下、同『刑法判例百選 1 [第 8 版]』(2020 年) 63 頁以下、同『新・コンメンタール刑法 第 2 版』(2021 年) 124 頁、杉本一敏「行為の構造からみた『実行の着手時期』(1)——総論」刑ジャ 67 号 (2021 年) 78 頁以下、高橋直哉「実行の着手論雑考」研修 854 号 (2019 年) 3 頁、高橋則夫「特殊詐欺をめぐる犯罪論上の諸問題」判例秘書ジャーナル文献番号 HJ200015、同『『実行の着手』の規範論的構造』新倉修先生古稀祝賀論文集 (2019 年) 96 頁以下、同「実行行為とは何か——近時の最高裁判例を契機として」研修 874 号 (2021 年) 3 頁以下、東條明德「判批」論ジュリ 31 号 (2019 年) 202 頁以下、富川雅満「判批」新報 126 卷 3=4 号 (2019 年) 101 頁以下、同「特殊詐欺における実行の着手」法時 91 卷 11 号 (2019 年) 74 頁以下、豊田兼彦「判批」法セ 761 号 (2018 年) 121 頁、中川正浩「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」警論 71 卷 12 号 (2018 年) 62 頁以下、成瀬幸典「判批」法教 454 号 (2018 年) 140 頁、二本柳誠「詐欺罪における実行の着手」刑ジャ 57 号 (2018 年) 33 頁以下、羽柴愛砂「判批」警論 71 卷 7 号 (2018 年) 121 頁以下、橋本正博「実行行為の開始と実行の着手」研修 857 号 (2019 年) 10 頁以下、樋口亮介「実行の着手」東大ロー 13 卷 (2018 年) 57 頁以下、前田雅英「判批」捜研 810 号 (2018 年) 2 頁以下、松原芳博『刑法各論 第 2 版』(2021 年) 279 頁以下、松宮孝明『先端刑法総論』(2019 年) 158 頁以下〔初出・同「未遂・未完成犯罪」法セ 767 号 (2018 年) 95 頁以下〕、丸山雅夫「特殊詐欺と関与者の刑責」南山 43 卷 3=4 号 (2020 年) 1 頁以下、向井香津子「判解」ジュリ 1542 号 (2020 年) 104 頁以下、同「判解」曹時 72 卷 6 号 (2020 年) 1219 頁以下 (以下、「向井『判解』」として引用する。)、安田拓人「特殊詐欺における実行の着手」法時 92 卷 12 号 (2020 年) 7 頁以下、山口裕之「判批」研修 873 号 (2021 年) 3 頁以下、和田俊憲「判批」平成 30 年度重判解 (2019 年) 150 頁以下。

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。」との判断を示したものである²。

以下では、本稿の問題意識に即して、最高裁平成30年判決が成りすまし（警察官を装う嘘）をどのように扱っているかについて、判示の検討順序に従って、やや詳しくみていこう。最高裁平成30年判決の理由を俯瞰すると、最高裁は、「(1) 本件の事実関係」において最高裁として事実を整理し、その上で、「(2) 本件における詐欺罪の実行の着手の有無」を検討している。そこで、まず、「(1) 本件の事実関係」において成りすましがどのように扱われているかをみる。次に、「(2) 本件における詐欺罪の実行の着手の有無」において、成りすましを含む意味における「本件嘘」が、詐欺罪の実行の着手に関する諸基準——「計画」、重要な前提事項性、「直接つながる嘘」、「危険性」——との関係で、どのように扱われているかをみる。

(1) 事実認定における成りすましの扱われ方

最高裁は、「(1) 本件の事実関係」において、最高裁として事実を整理している。その際、最高裁は、後続する「(2) 本件における詐欺罪の実行の着手の有無」の検討に必要な事実を切り取りつつ、他方で、検討に不要な事実——被害者の知情の時期やだまされたふり作戦の開始時期——を、大胆に捨象しているようにみえる。

まず、最高裁が「(1) 本件の事実関係」において認定した虚偽ストーリーの骨格は、次のように整理できる。

2 向井「判解」1219頁。

- ①成りすましの嘘(犯人グループの氏名不詳者らが警察官を名乗る嘘)
- ②要現金化の嘘(被害者が銀行に行って預金を下ろして現金化する必要がある旨の嘘)
- ③要協力の嘘(前日の詐欺の被害金100万円を取り戻すために警察に協力する必要がある旨の嘘)
- ④訪問の嘘(警察官が間もなく被害者宅を訪問する旨の嘘)
- ⑤要交付の嘘(警察官が保管するので現金を交付する必要がある旨の嘘)³

本稿の問題意識からすると、①成りすましの嘘が、どのように扱われているかが問題となる。この点について、最高裁平成30年判決においては、例えば、「警察官のヨシカワです。」というような警察官を装う文言が認定されておらず、「警察官を名乗る」という表現にとどめられている⁴。調査官解説に記載する程度に確からしい事実を、なぜ、判決において認定していないのかは、必ずしも明らかではない。ヨシカワを名乗った際の具体的な文言までは認定できなかったからであろうか。あるいは、成りすまし部分の事実認定はその程度でよいという、最高裁から下級審へのメッセージであろうか。いずれにせよ、特殊詐欺事案における成りすましについて、用いられた名義自体は必ずしも重要ではないといえよう。例えばヨシカワであるかその他の名義であるかは、通常、意味を持たないからである。

さて、最高裁が最高裁として事実を整理した「(1) 本件の事実関係」の記載において、上記①～⑤の虚偽ストーリーの骨格は明らかになるのに対して、被害者の知情の経緯とだまされたふり作戦開始の事実は明らかにならない(全く言及されていない)。このことは、重要と思われる。この点

3 ①～④までの表現は、向井「判解」1246頁以下の表現を参照した。なお、⑤要交付の嘘のカッコ内は、交付理由に関する筆者の推測を交えている(被害者が現金交付の必要ありと誤信するためには、警察官が保管するという交付理由が必要であり、それ以外の交付理由は考えにくい)。

4 なお、向井「判解」1220頁によれば、氏名不詳者が警察官のヨシカワを名乗ったとされる。

について、調査官解説によれば、「被害者は、同日〔＝平成28年6月9日〕午後零時15分頃、『ヨシカワ』に聞かされた携帯電話番号に電話する際、勘違いにより、電話機の110番を予め押してからその携帯電話番号を押したため、警察に電話が通じたことから、詐欺被害を指摘され、本件を詐欺と認識した。」とされる⁵。また、検察官の上告趣意によれば、「聞かされていた携帯電話番号を警察の内線電話番号のようなものと勘違いしていた」とされ⁶、これは、「僥倖とも言うべき偶然の出来事」と評されている⁷。こうして、上記③要協力の嘘より後、④訪問の嘘より前に、被害者の知情とだまされたふり作戦実施があったことは、（最高裁平成30年判決が明記していないとしても）まず間違いないであろう。

この点について、調査官は、「被欺罔者側の偶然的な事情によって、詐欺未遂罪の成否が決められるとは考えられていない」から、そのような事実には言及する必要はないと説明する⁸。

(2) 「本件嘘」は成りすましを含むか

「本件における、上記(1)イ⁹記載の各文言は、警察官を装って被害者

5 向井「判解」1221頁。

6 刑集72巻1号97頁。

7 刑集72巻1号122頁。

8 向井「判解」1250頁。しかし、この説明は結論の言い換えに過ぎないと思われる。最高裁は、被害者の知情の経緯とだまされたふり作戦開始の事実については、事実認定でこれを言及しなくてよいというメッセージを、下級審に発しているのであろうか。仮にそうであるならば、詐欺未遂罪に関する今後の判例において、被害者の知情の経緯とだまされたふり作戦開始の事実、判文から姿を消してしまうが、それでよいのだろうか。

9 「上記(1)イ」は、次の通りである。「イ 被害者は、平成28年6月9日午前11時20分頃、警察官を名乗る氏名不詳者からの電話で、『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はいませんか。』『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。』などと言われ(1回目の電話)、同日午後1時1分頃、警察官を名乗る氏名不詳者らからの電話で、『僕、向かいますから。』『2時には到着できるよう僕の方で態勢整えますので。』などと言われた(2回目の電話)。」

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。これらの嘘（以下「本件嘘」という。）を述べた行為は、……」（圏丸は筆者。）

さて、「本件嘘」は、上記①成りすましの嘘（犯人グループの氏名不詳者らが警察官を名乗る嘘）を含むだろうか。これは、一見、「本件嘘」から除外されているようにも見える。なぜなら、「これらの嘘」は、圏丸を付した3つの「嘘」——②要現金化の嘘、③要協力の嘘、④訪問の嘘——のみを指すように見えるからである。また、既に（1）で述べたように、「警察官のヨシカワです。」というような警察官を装う具体的な文言が認定されていないことからすると、警察官を装う具体的な文言は、「上記（1）イ記載の各文言」に含まれないとみる余地もあろう。

これに対して、調査官は、明らかに、①成りすましの嘘が「本件嘘」に包含されると読んでいる¹⁰。なるほど、「警察官を装って」という記述を、警察官を装う嘘、と読み替えることは、不可能ではない。また、圏丸を付した3つの「嘘」は警察官の立場からのみ述べるものであるから、そこには警察官であるとの嘘が内在している、と解釈することもできる。さらに、直後の(3)でみるように、「本件嘘」は、その内容として、虚偽ストーリーの重要部分を含んでいなければならない。本件の虚偽ストーリーにとって、警察官であることは、重要部分といわざるをえない（被害者は警察官であるからこそ現金を預ける。）。

そこで以下では、判例理解を目指して、「本件嘘」が①成りすましの嘘を含むとの読み方を前提とする¹¹。つまり、「本件嘘」は、上記①～④を含む。

10 向井「判解」1246頁以下は、「①犯人グループの氏名不詳者らが警察官を名乗る嘘」について、「本判決は、……①……の嘘を挙げ（本判決判示の本件嘘）」とする。

11 仮に、例えば「警察官であるとの嘘（1回目の電話）」と判示すれば、本文中

これに対して、「本件嘘」は、⑤要交付の嘘を含まないと思われる。つまり、「本件嘘」に含まれるのは、実際に述べられた嘘に限られ、計画されたが実際には述べられなかった嘘（＝⑤要交付の嘘）は含まれない。なぜなら、⑤要交付の嘘は、「上記（1）イ 記載の各文言」に当たらず、また、「警察官を装って被害者に対して直接述べられたもの」にも当たらず、「……との嘘」として掲げられてもいないからである。また、「本件嘘……を述べた行為は」という過去形の表現は、実際に述べられたものを含意するはずである。

以上のように理解された「本件嘘」という概念は、後続する判示においてキーワードとして登場し、「計画」、重要な前提事項性、「直接つながる嘘」、「危険性」といった諸基準とともに語られるので、以下、順にみていこう。

（3）「本件嘘」と「計画」

「本件嘘……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」

ここでは、「本件嘘」が2度登場するが、いずれも、(2) で述べた通り、上記①～④からなる（つまり、上記①成りすましの嘘を含む）。

さて、「本件嘘〔＝上記①～④〕が真実であると誤信させること」だけでは、上記⑤要交付の嘘を欠く以上、被害者に現金を交付させることはできない（つまり、既遂惹起力はないのであり、せいぜい、被害者との対面までしか辿り着けないはずである。後述（5）も参照。）。ただし、「現金の交付を求める予定」という判示表現は、上記⑤要交付の嘘を含意しているとみてよいであろう。こうして、「計画の一環として行われた」にいう「計

述べたような読み替えや解釈を読者に強いることを避けた。なぜこれを避けなかったのか、その趣旨は不明である。「～を装い」と記載するのが、実務的な記載の基本形式なのかもしれない。

息子に成りすます嘘を重視して詐欺罪の実行の着手を認めた裁判例

画」は、上記①～⑤を含むと考えられる。

(4) 「本件嘘」と重要な前提事項性

「本件嘘の内容は、その犯行計画上、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。」

ここで認められたことを以下「重要な前提事項性」という¹²。この重要な前提事項性と、従来からの「交付の判断の基礎となる重要事項」（重要事項性）との違いについて、調査官は、次のように整理する¹³。すなわち、重要事項性は、虚偽ストーリー全体を指す。他方、重要な前提事項性は、虚偽ストーリーの一部を指す。

重要事項性は、虚偽ストーリー全体（上記①～⑤）によって完成する。これに対して、重要な前提事項性は、虚偽ストーリーの一部（上記①～④）でもって認めることができる。

こうして、「本件嘘 [=上記①～④]」は、重要な前提事項性という要件を充たすものとして描かれている。当然、「本件嘘」を構成する上記①成りすましの嘘は、重要な前提事項性の一部とされている。これは、警察官でなければ交付しなかった（はずだ）という条件関係が想定できることから理解できる（つまり、警察官という属性は重要だった。）。

なお、「その犯行計画」とあるのは、上記①～⑤を含むと考えられる（(3)参照）。

(5) 「本件嘘」と「直接つながる嘘」

「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

12 「重要な前提事項性」という表現は、東條・前掲注（1）205頁を参照した。

13 向井「判解」1248頁参照。

含まれて [いる]」。

調査官によれば、「この判示部分において、現金交付要求行為と直接つながる嘘であるかどうかという視点の下で、本件事案に即し、本件犯行の目的物である現金の移動あるいは現金への接近（被告人への訪問）といった、本件詐欺の目的物に近接していく動きに関する事情に注目されている。」¹⁴。つまり、ここでは、「本件嘘」のうち「目的物に近接していく動きに関する事情」のみがここで注目されており、上記②要現金化の嘘と④訪問の嘘に言及されている。他方、①成りすましの嘘と③要協力の嘘がここで言及されていないのは、それ自体が、「目的物に近接していく動き」をもたらさないからであろう。

このように「目的物に近接していく動き」のみに言及することの当否は、更なる検討を要する。ただ、「目的物に近接していく動き」を詐欺未遂罪処罰の必要条件とするならば、成りすましのみで詐欺未遂罪処罰を認めることは困難であろう。これに対して、そのような必要条件は存在しないとみる余地、すなわち、そもそも「現金交付要求行為と直接つながる嘘」というのは、本件事案で重視された事情にすぎず、必要条件ではないとみる余地も残されている。

いずれにせよ、調査官は、「本判決において、財物交付判断の基礎となる重要事項との関係性という視点のほかに、本件嘘の中に現金交付要求行為と直接つながる嘘が含まれているという視点が別途指摘されていることに照らすと、本判決は、例えば本件事案において単に『警察官だ』という嘘を述べるにとどまる段階で、詐欺未遂罪の成立を認めることに対して慎重な姿勢を示しているように思われる。」とする¹⁵。この点は、本稿の問題意識との関係で、決定的に重要である。最高裁は、①成りすましの嘘を重視してその時点で詐欺未遂罪の成立を認めているわけではない。

14 向井「判解」1249頁。

15 向井「判解」1249頁。

(6) 「本件嘘」と「危険性」

「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、「本件嘘を真実であると誤信させること」という表現は、既に、「計画」との関係で登場した（前述（3）参照）。ここでの「本件嘘」は、これまで通り、上記①成りすまし嘘、②要現金化の嘘、③要協力の嘘、④訪問の嘘からなると考えられる。

最高裁は、虚偽ストーリーが完成しなくとも、つまり、上記①～④による誤信さえあれば、危険性が著しく高まるとみているようである。しかし、それに加えて上記⑤要交付の嘘まで真実であると誤信させてはじめて、交付の危険性が著しく高まるのではないか、という疑問があることについては、(3) で既に述べた。例えば「警察官が保管しますよ」といった提案もない段階で、被害者が（偽）警察官に自発的に現金を交付することは考えられないからである。もっとも、通説がピストルの引き金を引く前でも殺人未遂罪の成立を認めるように、結果を惹起する最終行為の無い時点で危険性を認めるということ自体は、理解できる¹⁶。

この点はさておき、本稿の問題意識との関係でいえば、①成りすましの嘘による警察官だとの誤信だけで危険性を肯定できるかが重要である。この点について最高裁は判断を示していない¹⁷。

16 なお、最高裁平成 30 年判決の原審は、詐欺未遂罪については、結果を惹起する最終行為である交付要求がなければ、詐欺未遂罪処罰に必要な危険性を認めるべきでないと考えようであり、筆者もこれに賛成である（二本柳・前掲注(1) 44 頁以下参照）。

17 なお、2 (1) で述べたように、最高裁は、最高裁として事実を整理したパートにおいて、被害者の知情の経緯やだまされたふり作戦が実施された事実には言及していない。そのため、「危険性」の文脈においても、これらの事実は無視されている。成瀬・前掲注(1) 140 頁は、確実性という意味における危険の発生を要求する見地から、最高裁平成 30 年判決は、その点の検討が不充分であると指摘する（具体的には、被告人が「警察官に職務質問を受け、逮捕され

(7) 「本件嘘」と「詐欺罪の実行の着手」

「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。」

ここで、上記①成りすましの嘘は、「本件嘘 [=上記①～④]」に含まれるとしても、それ単体で詐欺罪の実行の着手があったと認められるかどうかについては、触れられていない。というのも、「本件嘘を一連のものとして被害者に対して述べた段階」という表現は、上記①～④のどの時点を指すかについて、おそらく敢えて特定していないからである。

つまり、最高裁平成30年判決は、上記①成りすましの時点で詐欺罪の実行の着手があったかどうかについて、明らかにしていない。というのも、「本件は、1回目の電話及び2回目の電話までが実際に既に行われていた事案であることから、本判決は、1回目及び2回目の電話によって述べられた本件嘘を一連のものとして判断しているものであり、仮に、本件同様の事案で、1回目の電話による嘘にとどまる段階において、実行の着手が認められるのか否かは、本判決からは明らかではない。」からである¹⁸。

(8) 小括

最高裁平成30年判決の法廷意見は、成りすましのみで詐欺未遂罪の処罰を認めるかどうかに触れておらず、成りすましの取り扱いに慎重な姿勢を示していると読める。諸基準との関係でいえば、成りすましは、重要な前提事項性の一部であり（(4) 参照）、その誤信が現金交付の危険性を高める一事情ではありうる（(6) 参照）。しかし、成りすましは、（目的物に近接していく動きを伴わない限度で）「被害者に現金の交付を求める行為に直接つながる嘘」とはいえない（(5) 参照）。

に至った経緯とその評価」の不存在を問題視する。二本柳・前掲注（1）35頁注（6）及び45頁注（69）も参照。

18 向井「判解」1254頁以下。

息子に成りすます嘘を重視して詐欺罪の実行の着手を認めた裁判例

山口厚裁判官の補足意見も、「1 回目の電話の時点で未遂罪が成立し得るかどうかはともかく、2 回目の電話によって、詐欺の実行行為に密接な行為がなされたと明らかにいえ、詐欺未遂罪の成立を肯定することができる」としており、(上記①成りすましの嘘を含む) 1 回目の電話の時点で詐欺未遂罪の成立を肯定することに慎重な姿勢を見せている。

3 裁判例

最高裁平成 30 年判決の直前に出されていた大阪地決平成 30 年 3 月 11 日 LEX/DB25552928 (以下、「大阪地裁平成 30 年決定」という。)の事実と判旨は、次の通りである¹⁹。

「本件被疑事実の要旨は、被疑者が、共犯者らと共謀の上、老人ホーム入居権にかかる名義貸しトラブル解決費用名目に現金を騙し取ろうと企て、マンションの 1 室において、被害者に対し、B の職員を名乗って電話を架け、前記被害者をして、老人ホームへの入居権に関する名義貸し等のトラブルに巻き込まれたように誤信させ、その解決費用等の名目で現金を振り込ませる等の方法により、金員を騙し取ろうとしたが、警察による前記マンションの 1 室に対する捜索を受けたため、その目的を遂げなかったというものである。

(2) 申立ての理由に先立ち、職権で判断するに、本件では、被害者に対し、詐欺罪の実行の着手があったとは認められない。すなわち、一件記録によれば、被害者は、B の C を名乗る氏名不詳者からの電話で、老人ホームの建設計画がある旨や、被害者が入居権者に選ばれた旨を告げられ、入居の意思がないとしてこれを断ったことが認められるところ、かかる氏名不詳者からの電話は、その後の更なる欺罔行為の準備行為とは認められるが、それ自体は、財物の交付に向けた欺罔行為とは認められず、この段階

19 大阪地裁平成 30 年 3 月 11 日決定を検討する文献として、永井誠一郎＝三島聡「大阪地決平成 30 年 3 月 11 日 LEX/DB25552928 特殊詐欺の勾留に対する準抗告 嫌疑なしの申立て、併合罪関係の再度の勾留、詐欺の実行の着手」季刊刑事弁護 97 号 (2019 年) 160 頁以下参照。

では、未だ詐欺の結果発生に至る客観的な危険性が生じていたとは認められない。

したがって、本件では、詐欺罪の実行の着手があったとは認められず、被疑者が罪を犯したことを疑うに足りる相当な理由があるとはいえない。」

大阪地裁平成 30 年決定の事案では、① B 職員に成りすます嘘 → ② 入居権当選の嘘 → ③ トラブル発生の嘘 → ④ トラブル解決のために現金を交付する必要がある旨の嘘が計画された。実際には、① B 職員に成りすます嘘及び② 入居権当選の嘘まで事態は進展したが、③ トラブル発生の嘘には至らなかった。判示においては、欺罔行為該当性という形式面（「財物の交付に向けた欺罔行為とは認められず」と、危険性という実質面（「未だ詐欺の結果発生に至る客観的な危険性が生じていたとは認められない」と）に言及しつつ、詐欺罪の実行の着手を否定した。

この判断は、最高裁平成 30 年判決の見地からも説明可能であろう²⁰。すなわち、① B 職員に成りすます嘘及び② 入居権当選の嘘は、虚偽ストーリーにとって不可欠であるから重要な前提事項性の一部であり、その誤信が現金交付の危険性を高める事情ではありうる。しかし、当該危険は著しく高いとまではいえないし、また、① B 職員に成りすます嘘及び② 入居権当選の嘘は、目的物に近接していく動きを欠くことから「被害者に現金の交付を求める行為に直接つながる嘘」とはいえない。よって、詐欺罪の実行の着手を認めることはできない²¹。

ここでは、① B 職員に成りすます嘘のみならず② 入居権当選の嘘まであっても詐欺未遂罪を認めるべきではないとされているので、成りすまし

20 永井＝三島・前掲注（19）〔三島聡執筆〕167 頁も、最高裁平成 30 年判決の基準を大阪地裁平成 30 年決定の事案に適用すれば、詐欺罪の実行の着手が否定されうることを指摘する。

21 東條・前掲注（1）205 頁は、「この事案においては、トラブル解決が金銭の交付目的になったと見られ、トラブル発生がその重要な前提事項となるが、単に入居権が当選したと嘘を述べただけでトラブルの存在にすら言及していない段階を詐欺（未遂）罪の処罰範囲に含めるのは広きに失し、実行の着手が否定されていることには理由があると言えよう。」とする。

自体を理由として当然に詐欺未遂罪の成立が認められるわけではない、という含意があるように思われる²²。

4 検討

(1) 事案と判旨の確認

名古屋高裁平成 30 年判決の事案では、①息子に成りすます嘘 → ②病
気・病院検査・電話番号変更の嘘 → ③病院帰りに家に寄るとの嘘 → ④現
金が至急必要である旨の嘘 → ⑤弁護士助手の A なる者が神社に現金を受
け取りに行く旨の嘘 → ⑥弁護士助手 A に成りすます嘘が計画されたとい
える²³。実際にも、これら①～⑥すべての嘘が発せられた。つまり、この
事案は、電話で息子に成りすました直後に逮捕されたわけではなく、むしろ、その後模擬紙幣を受け取るまで事態は進展したのである。

しかし、名古屋高裁平成 30 年判決が、詐欺罪の実行の着手を認める判
断に際して重視したのは、事態の進展やその可能性ではなかった。むしろ、
「被害者に対し後の現金交付要求の前提となる嘘（取り分け被害者の息子
の成り済ましに係るもの）を言った」ことが、重視されているのである。「こ
の時点で」という判示表現も併せ考えると、名古屋高裁平成 30 年判決は、
成りすまし自体を重視して成りすましの時点で詐欺未遂罪の処罰を認めて
いるようにみえる²⁴。

22 東條・前掲注(1) 206 頁は、「例えば、被害者の息子を装って電話を架け、交
通事故を起こしたと嘘をつき、示談金が必要と称して金銭の振込みを要求する
典型的な振り込め詐欺の事例」について、「息子を名乗って事故を起こしたと
告げるだけでは近況報告と選ぶところがない」として、息子を装う時点（さら
には事故を起こしたと告げる時点）における詐欺未遂罪処罰を否定すべきだと
主張する。

23 なお、嘘が発覚してだまされたふり作戦が開始されたのは、③と④の間である。

24 江見・前掲注 29 頁(1) 注 26 は、本判決について、「だまされたふり作戦以
後の事情を考慮しないで当初の電話のみで実行の着手が判断されたものであ
る。」と評価する。

(2) 最高裁平成 30 年判決との比較

名古屋高裁平成 30 年判決と最高裁平成 30 年判決の特徴と照らし合わせると、以下のことがいえる（以下、前述 2 (1) ～ (7) の検討順序を踏襲する。）。

(1) 事実認定における成りすましの扱われ方をみると、名古屋高裁平成 30 年判決は、「もしもしオレだけど」といった息子を装う文言を認定しておらず、「被害者に対しその息子を装って」とだけ述べる（最高裁平成 30 年判決と同様である。）。他方で、名古屋高裁平成 30 年判決は、被害者の知情の経緯とだまされたふり作戦実施の開始を認定している（最高裁平成 30 年判決と異なるとみる余地もある。）。

(2) 「本件嘘」という概念は、名古屋高裁平成 30 年判決では用いられていない。たしかに、「本件嘘」という用語使用を必須とすべき特段の理由もなかろう。もっとも、名古屋高裁平成 30 年判決では上記①～⑥すべての嘘が発せられたにもかかわらず、①息子に成りすます嘘のみを重視している。もし、最高裁平成 30 年判決が、実行の着手の検討に際して、計画された重要な嘘のうち実際に述べられたものは全て判断対象として取り上げる趣旨であるとすれば、名古屋高裁平成 30 年判決が上記①～⑥すべての嘘を判断対象として取り上げていないことは、最高裁平成 30 年判決と異なるとみる余地がある。

(3) 「計画」について、名古屋高裁平成 30 年判決は、「氏名不詳者らは他人の親族等に成り済まし、その親族が現金を至急必要としているかのように装って現金をだまし取ろうと考え」と指摘する（最高裁平成 30 年判決との不整合は見当たらない。）。

(4) 「重要な前提事項性」について、名古屋高裁平成 30 年判決は、「被害者に対し後の現金交付要求の前提となる嘘（取り分け被害者の息子の成り済ましに係るもの）を言った」と指摘する。ここでは、上記①息子に成りすます嘘を決定的に重視して、重要な前提事項性を肯定しているようにみえる。これに対して、最高裁平成 30 年判決は、警察官に成りすます嘘のみを決定的に重視しているわけではない。

(5) 名古屋高裁平成 30 年判決は、「被害者に現金の交付を求める行為に直接つながる嘘」という基準にも、また、(6) 危険性という基準に言及していない（最高裁平成 30 年判決と異なるとみる余地がある。）。

(7) 名古屋高裁平成 30 年判決は、息子に成りすます嘘を重視して、「この時点で」、詐欺罪の実行の着手を認めた。これに対して、最高裁平成 30 年判決は、警察官に成りすます嘘の時点で詐欺罪の実行の着手を認めることには、極めて慎重であった。

さて、最高裁平成 30 年判決の見地から名古屋高裁平成 30 年判決の事案を解決する場合、例えば、次のような説明が考えられる。すなわち、重要な前提事項性については、①息子に成りすます嘘、②病気・病院検査・電話番号変更の嘘、③病院帰りに家に寄るとの嘘、④現金が至急必要である旨の嘘及び⑤弁護士助手の A なる者が神社に現金を受け取りに行く旨の嘘から認めうる。「被害者に現金の交付を求める行為に直接つながる嘘」も、目的物に近接していく動きを備えた④現金が至急必要である旨の嘘及び⑤弁護士助手の A なる者が神社に現金を受け取りに行く旨の嘘から認めうる²⁵。上記①～⑤の嘘を真実であると誤信させることは、間もなく神社に現金を受け取りに行こうとしていた A「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。」以上のような説明を付け加えることなく、息子に成りすます嘘を重視して、その時点で詐欺罪の実行の着手を認めた名古屋高裁平成 30 年判決は、判例との整合性に課題を残しているように思われる²⁶。

25 ③病院帰りに家に寄るとの嘘にも、目的物に近接していく動きが認められるが、神社での受け渡しとは関係がないことから、本文では言及しなかった。

26 安田・前掲注 (1) 11 頁も、「調査官解説によれば、現金交付要求とのつながりがまだないとして、これ〔＝名古屋高裁平成 30 年判決の判断〕には批判的なスタンスがとられることになる。」と指摘する。ただし、論者自身は、「全体として相手方を錯誤に陥らせるべき集積・総体としての嘘が述べ始められたときには、さらなる嘘を述べることへの特段の障害も認められない限りで、あとは財物交付要求へと段階を追って進んでいくだけなのであるから、着手を否定すべき理由は何もない。」(安田・前掲注 (1) 11 頁)との理解から、名古屋

以上のような理解に対しては、前提となる判例の理解が間違っている、との指摘がありうる。そのような指摘を含むと思われる、山口裕之教授の見解を次にみてみよう。

(3) 山口裕之教授の見解

名古屋高裁平成 30 年判決を下した裁判官は、出典からは判明しない。しかし、同判決の時点で名古屋高等裁判所刑事部の部総括判事であった山口裕之教授が次のように述べていることは、大いに参考になろう。

「〔最高裁平成 30 年判決の〕結論、余りに当然と言うべきだ。既に 1 回目の電話で、後の現金交付要求の前提たる種々の嘘を言っている。取り分け、警察官を騙っている点は、本件詐欺における『人を欺』く行為の本質的部分である。この時点で詐欺罪の犯罪成立要件該当行為が開始された(未遂について規定する刑法 43 条本文に言う『犯罪の実行に着手し』があった)とみるべきは、最早常識の世界だ。……『人を欺いて財物を交付させ』るという刑法 246 条 1 項が規定する詐欺行為が開始されたと言えるためには、『人を欺』く、即ち、相手に対する何らかの働きかけがなされることは要しよう。とすることで、電話をかければ、実行の着手ありである。」²⁷

さらに、「何時の時点から結果発生の危険があるかなど、どうとでも言える。……危険性なるもの……〔は、〕法律判断の指標足りえない」²⁸として、未遂犯の成否の文脈において危険性を考慮することに否定的な態度を示す。旧強姦罪の実行の着手時期が問題となり危険性に言及した最決昭和 45 年 7 月 28 日刑集 24 巻 7 号 585 頁については、「〔加重逃走罪の実行の着手時期が問題となったが、危険性に言及していない〕昭和 54 年 12 月 25 日判例で克服されたと見てよいのではないか。」²⁹と指摘する。もしこの指摘が正しければ、本稿に対しては、前提となる判例の理解が間違っ

高裁平成 30 年判決の判断に好意的であるようにみえる。

27 山口・前掲注 (1) 8 頁以下。

28 山口・前掲注 (1) 9 頁。

29 山口・前掲注 (1) 11 頁。

いる、との批判が向けられることになる。

たしかに、「警察官を騙っている点は、……『人を欺』く行為の本質的部分である」、つまり、警察官を装うという虚言の内容は、重要な前提事項性の本質的一部分をなすといえる。また、「人を欺」くという文言に該当するかを論じること、極めて正当である。さらに、(詐欺未遂罪が成立するために交付要求行為が必要であるとする見解³⁰に立たなければ) 息子や警察官を装った時点で詐欺未遂罪が成立しうるとの主張は理解できる。加えて、危険性が程度を付しうる概念であって曖昧さが残ることも否定できない。

しかし、息子や警察官の成りすましさえあれば、「当然」に詐欺罪の着手を認めるべきであり、それが「常識」なのであろうか。また、危険性という未遂処罰根拠に由来する着眼点を完全に放棄することには抵抗がある。さらに、判例は危険性の考慮を「克服した」、つまり危険性基準を捨て去ったとの理解が示されているようにみえるが、そのような理解が唯一の理解ではないであろう。むしろ、「従前の大審院判例や最高裁判例が採用していた判断基準を維持・統合した」³¹ものと評価されているクロロホルム事件決定(最決平成16年3月22日刑集58巻3号187頁)も、また、前掲最高裁平成30年判決も、危険性に言及しており、このことを度外視すべきではないと思われる³²。

成りすましを重視して詐欺罪の実行の着手を認める場合、次のような事例で問題が生じるとと思われる³³。すなわち、Xが、消費貸借の名目で金を

30 二本柳・前掲注(1)42頁以下参照。

31 平木正洋「判解」最判解平成16年度182頁。

32 名古屋高裁平成30年判決を登載する高刑速平成30年411頁も、最高裁平成30年判決の参照を指示する(「特殊詐欺の事案に関し、一定の事実関係の下においては、一連の嘘を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を認め得ることにつき、最判平成30年3月22日参照。」。)たしかに、交付を求める文言を述べていなくても詐欺罪の実行の着手を認め得るという結論は、名古屋高裁平成30年判決においても踏襲されている。

33 詐欺未遂罪の成立が否定された、カールスルーエ上級ラント裁判所1981年8

得る目的で、路上で初めて出会ったAに対し親族を装ったところ、Aが立ち去ろうとしたため、Xは、ベンチで待っているから再会しよう、再会後にA宅へ行って続きを話そうと言ったが、Aは何も約束せずに立ち去った、という事例である。成りすましを重視して詐欺罪の実行の着手を認める立場からは、親族に成りすます嘘を重視して詐欺罪の実行の着手を認めることになると思われるが、それでよいのだろうか。事案が違うという反論も考えうるが、事案が違う理由は、「被害者に現金の交付を求める行為に直接つながる嘘」という観点や、「求めに応じて即座に現金を交付してしまう危険性」という観点など、成りすまし以外の観点に求めざるをえないのではなかろうか。

成りすましにまつわる更なる理論的検討については、別稿を予定している。

月12日決定（OLG Karlsruhe NJW 1982, 59）の事案を参考にした。本決定について、佐藤拓磨『未遂犯と実行の着手』（2016年）210頁以下、杉本・前掲注（1）86頁、鈴木彰雄「詐欺罪の未遂の成立要件」比雑27巻1号（1993年）139頁、富川雅満「ドイツ判例に見る詐欺未遂の開始時期」立教ロー11号（2018年）169頁以下、二本柳誠「ドイツにおける実行の着手」刑ジャ63号（2020年）15頁以下参照。