

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

(宇都宮地足利支判令和3年3月17日 LEX/DB25569194)

二本柳 誠

一 事実の概要

被告人は、市役所職員及び銀行員になりすましてキャッシュカードを窃取しようと考え、氏名不詳者らと共謀の上、氏名不詳者らは、某日午前10時頃、V（当時86歳）方に1回目の電話をかけ、市役所職員を装い、保険料の返戻金がある旨うそを言って銀行口座を聞き出し、さらに同日午後零時ごろ、V方に2回目の電話をかけ、銀行職員を装い、キャッシュカードが古いと出金できないから、確認する必要があるため職員を向かわせる旨うそを言った。

同日午前10時47分頃にV方に向かうよう指示された被告人は、銀行員になりすまし、前記Vが差し出したキャッシュカードを封筒に入れ、Vが目を離れた際に同封筒をカード入りの同形状の封筒とすり替えてキャッシュカードを窃取するため、カード及び封筒を携帯してV方付近に赴いたが、「V」の表札は見つからなかった。被告人が指示役にその旨を報告すると、指示役から「別の場所で待機してください。」と言われたため、被告人は、被害者方と直線距離で百数十メートルの位置にあるA駅の待合室に移動し、同所で待機していたところ、同日午前11時39分頃に警戒中の警察官に職務質問され、同日午後零時58分頃に任意同行に応じた

(つまり、被告人は、上記氏名不詳者らがV方に2回目の電話をかけた同日午後零時頃には、警察官から職務質問を受けていた。)

二 判旨

「以上の事実関係の下で、窃盗罪の実行の着手の有無を検討する。

(1) 窃盗罪の実行の着手は、目的財物に対する他人の占有を侵害する行為(窃取行為)を開始したときに認められるところ、窃取行為を開始したというためには、実際に目的財物に対する他人の占有を侵害し始めることまでは必要なく、目的財物の占有を侵すについて密接な行為を開始したことと足りると解される。

(2) 以下、これを本件についてみる。

ア 本件の特殊詐欺の犯行計画は、架け子役の共犯者らが、まず、市役所職員を名乗って被害者に1回目の電話をかけて被害者の銀行口座を聞き出し、次に、当該金融機関の職員を名乗って2回目の電話をかけ、積立金を振り込むが、キャッシュカードが古くなると使えないので被害者のキャッシュカードを確認する必要がある、そのために職員を向かわせるなどとうそを言い、被害者をその旨誤信させた上、被告人が、銀行員を装って被害者方を訪問し、被害者から示されたキャッシュカードを確認するとともに、被害者がその場を離れた際に、被害者のキャッシュカードを入れた封筒を、事前に準備したポイントカード入りの封筒とすり替え、キャッシュカードを窃取するというものであった。

イ このような犯行計画に照らすと、被告人が被害者方を訪問する前提として、被害者が、被告人は金融機関の職員であり、キャッシュカードを確認するために被害者方を訪問したと誤信していることが必要であるから、共犯者らによる2回の電話は、被告人がキャッシュカードのすり替えを確実かつ容易に行うために不可欠であり、これらは一連の行為として不可分の関係にあるといえる。

ウ そして、被害者が、共犯者らからの電話の内容が真実であると誤信すれば、それに引き続いて被告人が被害者方を訪問した際、被害者は、特段

の疑問もなくキャッシュカードを被告人に示して確認してもらった上、被告人の指示に従ってキャッシュカードを入れた封筒に押印すると考えられるから、被告人が、銀行印を取りに行く被害者の隙を狙い、キャッシュカード入りの封筒を事前に準備したポイントカード入りの封筒とすり替えることは非常に容易といえる。特に、キャッシュカードを『すり替える』形態の特殊詐欺は、被害者としてはキャッシュカードが自分の手元に残っているという認識でいることから、被害者方を訪問するいわゆる受け子役の者にキャッシュカードを『交付させる』形態の特殊詐欺と比べて、被害者にとってより警戒感が乏しいため、被害者が電話の内容が真実であると誤信すれば、被害者方を訪問する者に対してもさして警戒することなく対応し、その結果、容易にキャッシュカードをすり替えられてしまうことになる。このように、共犯者らによる2回の電話で被害者を誤信させることができれば、それ以降の計画を遂行する上で障害となる特段の事情はないといえ、共犯者らが被害者方に2回目の電話をかけて前記のうそを述べたことにより、被告人によってキャッシュカードの窃取行為が行われる現実的な危険性が著しく高まったとみることができる。

この点、本件では、……被告人は、共犯者らが被害者方に2回目の電話をかけた本件当日午後零時頃には、C 駅で警察官から職務質問を受けており、直ちに被害者方を訪問できる状況にはなかった。もっとも、職務質問に対する被告人の応答によっては、その後職務質問が継続し、又は任意同行に至ることなく終了することも十分に考えられるから、2回目の電話の後、被告人が指示役の指示で被害者方を訪問することが不可能であったとはいえない。加えて、共犯者らは、被告人が職務質問を受けていることを認識しておらず、犯行計画を実現するため被害者に2回目の電話をかけていたのであり、このことからしても、被告人により窃取行為が行われる現実的危険性があったと認められ、被告人が職務質問を受けていた事実だけでは、現実的危険性は否定されないというべきである。

エ また、被告人は、同日午前10時47分頃、指示役の指示を受け、レンタカーで被害者方に向かい、付近の駐車場にレンタカーをとめ、歩いて

判例研究

被害者方に向かったのであり、被害者方の発見には至らなかったものの、被害者方を探してすぐ前の道を歩くなど、被害者方の直近まで来ていた。そして、指示役の指示で、別の場所で待機することとなったが、職務質問を受ける同日午前 11 時 39 分頃まで、被害者方から百数十メートルの距離にある C 駅の待合室で待機しており、その後、任意同行の求めに応じる同日午後零時 58 分頃までも同駅付近にいたのであるから、共犯者らの 2 回の電話は、被告人によるすり替え行為と時間的にも場所的にも近接していたといえる。

オ 以上によれば、遅くとも架け子役の共犯者らが被害者方に 2 回目の電話をかけ、被害者に対して前記のうそを述べた時点で、目的財物の占有を侵すについて密接な行為を開始したと評価することができ、この時点で窃盗罪の実行の着手があったと認めるのが相当である。

(3) 弁護人は、被告人が被害者方を特定することすらできていなかったことなどから、窃取に至る現実的危険性は生じていなかったと主張するが、被告人が被害者方を特定できなかったとしても、共犯者らが被害者との通話等により被害者方を特定した上、これを被告人に伝え、これを受けて被告人が被害者方を訪問することは十分にあり得るから、弁護人の主張する事情は、窃取に至る現実的危険性を否定する事情とはいえず、実行の着手を争う弁護人の主張は採用できない。」

三 評釈

1 問題の所在

近時、被害者をだましてキャッシュカード等を封入させた封筒を、ダミーカードを封入しておいた封筒にすり替えて奪う「カードすり替え事案」の裁判例が蓄積されている。すり替え事案においては、窃盗か詐欺かという問題と、その実行の着手時期の問題が生じるが、評釈対象裁判例では後者が問題となった¹。

2 判例・裁判例

(1) 実行の着手に関する判例

大審院は、窃盗罪に関して、本来的な構成要件該当行為である「窃取」行為より前の、それに密接する行為がなされた時点で実行の着手を認めていた（なお、危険性には言及していなかった。）。例えば、大判昭和9年10月19日刑集13巻1473頁は、被告人が、金員を窃取する目的でA方に侵入し、Aおよびその妻Bの就寝する6畳間に至り、金員を物色するため部屋の隅のタンスに近寄る際にAが目を覚まし誰何したので、逮捕を免れるために日本刀で両人を切り付けた事案で、事後強盗傷人罪の成否と関連して窃盗罪の実行の着手があったかが問題となり、「窃盗の目的を以て家宅に侵入し他人の財物に対する事実上の支配を犯すに付密接なる行為を為したるときは窃盗罪に着手したるものと謂ふを得へし。故に窃盗犯人が家宅に侵入して金品物色の為筆筒に近寄りたるか如きは右事実上の支配を侵すに付密接なる行為を為したるものにして即ち窃盗罪の着手有りたるものと云ふを得」（圏丸筆者）と判示した。

窃盗罪に関する判断ではないものの、「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」²ものと評価されており、後述するようにすり替え窃盗事件の判断に際しても踏襲されているのが、最決平成16年3月22日刑集58巻3号187頁（以下、「クロロホルム事件決定」という。）である。事案は、被告人が、保険金詐取目的で、クロロホルムを吸引させてAを失神させた上（第1行為）、自動車ごと海中に転落させて溺死させようとしたが（第2行為）、第1行為によりAが死亡した可能性も否定できなかったというものである。最高裁は、考慮要素ないし下位

-
- 1 なお、すり替え事案では、行為者の認識が窃盗罪又は詐欺罪の一方に真に限定される場合には錯誤の問題が生じるが、本稿では検討の対象外とする。この問題について、佐藤拓磨「窃盗罪と詐欺罪の区別と符合」法教480号（2020年）89頁以下、品田智史「窃盗と詐欺の関係」法セ779号（2019年）33頁以下、山内竜太「詐欺罪と窃盗罪の構成要件の符合について」法政論究125号（2020年）35頁以下等参照。
 - 2 平木正洋「判解」最判解平成16年度182頁参照。

基準として①犯行計画、②準備的行為の必要不可欠性、③準備的行為後の障害不存在、④準備的行為と構成要件該當行為の時間的場所的近接性を挙げ、そこから、いわば上位基準である⑤密接性（さらには⑥危険性）を肯定し、結論として、第1行為の開始の時点で、殺人罪という「犯罪の実行に着手」したことを肯定した。さらなる考慮要素ないし下位基準として、⑦準備的行為自体が成功する可能性も挙げうるとの指摘もある³。

これまた窃盗罪に関する判断ではないものの、詐欺未遂罪に関する最判平成30年3月22日刑集72巻1号82頁（以下、「訪問予告事件判決」という。）も、後述するようにすり替え窃盗事件の判断に影響を与えていると思われるので、ここで言及しておきたい。訪問予告事件判決は、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〔≒⑤密接性〕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〔≒⑥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。」（〔 〕内及び下線は筆者）との判断を示したものである⁴。本稿の問題意識との関係で重要なのは、第一に、下線部を想起させる表現が、後述する裁判例に登場することである。この下線部を、便宜上、⑧誤信危険と呼ぶことにする⁵。第二に、訪問予告事件判決が、

3 平木・前掲注(2)172頁参照。

4 向井香津子「判解」最判解平成30年度56頁。

5 なお、訪問予告事件判決の判決文自体は、次の通りである。「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。」ここでは、『本件嘘を述べること』自体ではなく『本件嘘を真実であると誤信させること』の危険を判断し、つまり、

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

かけ子役が電話で嘘を述べた時点で、詐欺未遂罪の成立を認めていることである。仮にすり替え事案について（窃盗罪ではなく）詐欺罪を適用するならば、未遂成立にとって、かけ子役が電話で嘘を述べる行為さえ認定できれば充分であり、すり替え役による被害者宅接近行為・インターホン押下行為・すり替え行為等は認定不要となる可能性すらある。すり替え事案について窃盗罪を適用すべきか、それとも詐欺罪を適用すべきかという問題に関する裁判例は、次の項目において扱う。

(2) すり替え事案の裁判例

ア 窃盗罪か詐欺罪か：平成 26 年から令和元年までの裁判例

すり替え事案において、被害者がキャッシュカード等を残して玄関等を離れることにより、その占有が犯人に移転したのか、それとも、占有が弛緩したにとどまるのが問題となる。後者の場合、占有を移転させるような欺罔行為ではないのであるから、それは、交付行為に向けられたものといえない。それゆえ、詐欺罪にいう人を欺く行為が認められず、詐欺未遂も成立しないことになり、窃盗罪が成立すると考えられる。この問題は、評釈対象判例で争われたわけではないが、前提的な問題として、ここで簡単に検討する。

金沢地判平成 26 年 8 月 25 日 LEX/DB25504648 は、被告人がキャッシュカードを「すり替え……窃取し〔た〕」という罪となるべき事実に対し、特段の議論なしに、（詐欺罪ではなく）窃盗罪の成立を認めた（高松地判平成 31 年 3 月 13 日 LEX/DB25562822 も同様である）。

これに対して、京都地判令和元年 5 月 7 日 LEX/DB25563868⁶ では、検察官が、すり替え事案に対する詐欺罪の適用を主張した。すなわち、最判昭和 26 年 12 月 14 日刑集 5 巻 13 号 2518 頁は、被告人の虚言に欺か

本件嘘を述べる行為から被害者の錯誤が生じる危険を実行の着手判断の対象外としている」（和田俊憲・平成 30 年度重判解 151 頁）。

6 評釈として、高橋直哉「判批」法教 474 号 127 頁、松宮孝明「判批」法セ 775 号 121 頁参照。

れた被害者が、現金を入れた風呂敷包みを玄関先に置き、被告人だけを残して便所に向いたところ、被告人がこれを持ち去った事案で、「刑法 246 条 1 項に定むる財物の騙取とは犯人の施用した欺罔手段により、他人を錯誤に陥れ、財物を犯人自身又はその代人若くは第三者に交付せしむるか或はこれ等の者の自由支配内に置かしむることを謂う」との判断を示した上で、欺かれて財物を犯人の事実上自由に支配できる状態に置かせたから詐欺罪が成立するとした（ただし、最高裁は、交付意思を認定できない可能性を留保している⁷⁾）。この最高裁昭和 26 年判決の事案とすり替えの事案は、玄関に財物を置いた被害者が玄関から離れた隙をつく点で類似する。検察官は、この類似性などを根拠として、すり替え事案に対する詐欺罪の適用を求めた。既に述べた通り、仮にすり替え事案に詐欺罪を適用するならば、未遂成立にとって、かけ子役が電話で嘘を述べる行為さえ認定できれば充分ということになりかねない。

検察官の主張に対して京都地裁は、最高裁昭和 26 判決について、「〔交付意思ありとする〕原判決の事実認定の当否は格別、原判決が大審院判例と相反する判断をしたとの論旨は理由がないとして上告を棄却したもので、原判決の事実認定を是認したものではない……」のであり、「本件とは事案を異にする」として検察官の主張を退けた。

後掲①大阪地裁令和元年 10 月 10 日判決の事案においても、検察官は当初、詐欺未遂罪の適用を求めたが、大阪地裁は、キャッシュカードの交付（処分行為）に向けられた欺罔行為を否定した⁸⁾。

すり替え事案において詐欺未遂罪の適用を否定するのは、正当であろう⁹⁾。というのも、詐欺罪の「交付」が交付意思に基づく必要があるならば、すり替え事案における交付意思を欠く被害者は「交付」をなしえないから

7 安廣文夫「判解」最判解昭和 61 年度 31 頁は、最高裁昭和 26 年判決が当該事案について詐欺罪を認めるべきであるという趣旨までは含まないと指摘する。

8 大塚雄毅「判批」研修 859 号（2020 年）33 頁以下参照。

9 荒木泰貴「詐欺罪における交付行為の再検討」法時 92 卷 12 号（2020 年）53 頁、小池健治「特殊詐欺の事案における受け子らの認識等について『特殊詐欺の事案における諸問題』の補遺」判タ 1483 号（2021 年）50 頁、高橋・前掲注（6）

である。その後の裁判例においては、すり替え事案においては詐欺罪ではなく窃盗罪を適用する運用が固まりつつある、といえようか¹⁰。

イ すり替えが未遂に終わった事案：令和元年以降の裁判例

以下でみる裁判例においては、いずれも、クロロホルム事件決定（さらに訪問予告事件判決）の諸基準（上記①～⑧）を想起させる表現がみられる¹¹。

①大阪地判令和元年 10 月 10 日 LEX/DB25566238¹²

被告人は、警察官及び金融庁職員を装ってキャッシュカードを窃取しようと考え、氏名不詳者らと共謀の上、氏名不詳者が、某日午前 11 時 21 分頃、V（当時 88 歳）方に電話をかけ、警察官及び金融庁職員を装い、V の名前が詐欺犯人の所持品に記載されており、詐欺犯人が V 名義の口座から

127 頁、橋爪隆「詐欺罪について（1）」警論 73 巻 11 号（2020 年）149 頁、松原芳博『刑法各論 第 2 版』（2021 年）285 頁、松宮・前掲注（6）121 頁等参照。

10 沖あざさ「キャッシュカードすり替え型の窃盗被疑事件において、実行の着手の有無が問題となった事例」捜研 839 号（2020 年）は、「実務でも同罪名〔＝窃盗罪〕で処理する傾向にあると思われる。」とする。なお、東京高判平成 31 年 4 月 2 日判時 2442 号 120 頁（高刑速令和元年 132 頁）は、詐欺罪と窃盗罪の関係が問題となった特殊詐欺事案として興味深いものの、カードすり替え事案ではないため本稿の問題関心から若干外れる。事案は、銀行職員を装って現金の交付を求めた受け子が、電話対応のために被害者が奥に入った際に、玄関に置かれていた現金を持ち去ったというものである（運転役もいる）。原判決（水戸地判平成 30 年 9 月 26 日判時 2442 号 123 頁）が受け子と運転役に詐欺既遂罪の成立を認めたのに対し、東京高裁は、被害者の交付行為が欠けているから受け子に詐欺未遂と窃盗罪が成立し包括一罪となり、共犯の運転役らにおいては詐欺と窃盗にわたる概括的な共謀を認定できるので、共犯の運転役は窃盗についても責任を負うとして、原判決を破棄した。大塚雄毅「判批」研修 868 頁（2020 年）19 頁以下、濱田新「判批」刑ジャ 66 号（2020 年）108 頁以下参照。

11 このことは、各裁判例の評釈類でも指摘されている。

12 大塚・前掲注（8）31 頁以下、同「被害者をだましてキャッシュカードを封入させた封筒をその隙を見てダミーカードを封入しておいた封筒にすり替えて奪う手口に関する擬律判断について」警論 72 巻 12 号（2019 年）1 頁以下、杉本一敏「判批」法教 483 号（2020 年）167 頁、同「行為の構造から見た『実行の着手』時期（3）」刑ジャ 70 号（2021 年）93 頁以下参照。

出金するかなどを調査するため、V方を訪問する金融庁職員の指示に従ってキャッシュカードを封筒に入れるなどの手続をする必要がある旨を言って、同日午後0時10分ごろ、電話を切った（なお、電話を切る直前に、Vが「出かける用事がある。午後5時頃に帰宅する」と言ったのに対し、氏名不詳者は、「それでは午後5時頃に電話させてもらう。」と言った。）。

この通話中の時間にV方に向かうよう指示された被告人は、前記金融庁職員になりすまし、Vをして、キャッシュカードを封筒に入れさせた上、Vが目を離した隙に、同封筒を同形状の封筒とすり替えてキャッシュカードを窃取するため、盗む予定のカードと同数のカードを入れた封筒を準備した上、同日午後0時頃V方付近に到着し、V方玄関から12m余りの路上で待機し、いつでもV方を訪問できる状況に至っていたが、同日午後0時13分頃付近を警戒中の警察官から職務質問を受けた。

大阪地裁は、概ね次のように述べ、かけ子による欺罔行為の時点で、窃盗罪の実行の着手を認めた。①犯行計画を踏まえると、⑧かけ子による欺罔行為によってその内容をVに誤信させることにより、キャッシュカードを窃取する可能性が飛躍的に高まる。②かけ子による欺罔行為は、すり替え行為にとって必要不可欠であり、③Vがその内容を誤信すれば、大きな障害はない。かけ子とVの通話が終了する前に、被告人は、V方玄関から12m余りの路上で待機していた（④時間的・場所的接近性）。これらの事情を踏まえると、かけ子による欺罔行為や被告人の待機行為は、計画されていた被告人によるすり替え行為と⑤密接な行為であり、かけ子による欺罔行為が行われた時点で既に被告人によるすり替え行為が行われる⑥客観的な危険性が飛躍的に高まった。

大阪地裁は、形式的には、「かけ子による欺罔行為の時点」に窃盗罪の実行の着手を認めている。しかし、かけ子の視点から眺めた事情だけに言及されているわけではなく、むしろ、受け子の視点から眺めた事情（具体的には、カードの準備状況や被害者宅付近で待機していつでも訪問できる状態であったことなど）にも言及されている。つまり、裁判所も、かけ子の欺罔行為で誤信させれば常に窃盗罪の着手があると考えているわけでは

ない^{13 14}。

②横濱家川崎支決令和2年1月14日判タ1484号252頁¹⁵

少年は、警察官を装ってキャッシュカードを窃取しようと考え、A（少年の交際相手）及び氏名不詳者と共謀の上、氏名不詳者が、某日午前10時頃、V（当時72歳）に電話をかけ、警察官を装い、Vの口座から勝手に金銭が引き出されており、キャッシュカードを使用できない状態にする必要がある、これからV方を訪問する警察官の指示に従ってキャッシュカードと暗証番号を書いたメモを封筒に入れ、自宅で保管する必要がある旨うそを言った。他方、同日午前11時25分頃、V方付近に待機していたAは、V方のインターホンを押し、VにV管理のカードを封筒に入れてさせて同人がその場を離れた際にこれをあらかじめ用意していたカードを入れた封筒とすり替えるなどして前記キャッシュカードを窃取しようとしたが、警戒中の警察官に気付き、V方から立ち去ったため、その目的を遂げなかった¹⁶。

横濱家裁川崎支部は、概ね次のように述べ、一連の発言がされ、Aがインターホンを押した時点で窃盗罪の実行の着手を認めた。①犯行計画に照らせば、一連の発言は、すり替え行為の成功に②必要不可欠なものであったといえるので、すり替え行為と⑤密接に関連するものであって、占有侵害に向けられた行為の一部であった。被害者が発言を真実であると誤解し

13 小池・前掲注(9)51頁参照。

14 なお、すり替え行為が午後5時以降に予定されていたことが密接性・危険性を疑わせることにつき、本件弁護人の主張参照。

15 杉本一敏「判批」法教494号(2021年)139頁は、本件について、「占有弛緩利用型」と整理した上で、この事例類型において窃盗罪の実行の着手を認めるためには、虚言だけでは不十分であり、虚言に占有弛緩効果を伴わせるものとして「現場への接近」(訪問)まで必要だとの理解を示唆する。

16 少年は、かけ子役も受け子役も担当しなかったようであり、少年の果たした役割は必ずしも明らかではない。また、受け子役がインターホンを押したことは(判旨部分から)明らかである一方、その後被害者に対面するに至ったのかどうかは、必ずしも明らかではない。

た場合には、③障害となるような特段の障害は存在しないし、被害者は上記発言を真実と誤信している（⑧誤信危険）。一連の発言がされ、Aが被害者方のインターホンを押した時点で、すり替え行為が行われる⑥客観的な危険が飛躍的に高まっていた。

㊦ 静岡地浜松支判令和2年6月19日公刊物未登載¹⁷

被告人は、警察官を装ってキャッシュカードを窃取しようと考え、氏名不詳者らと共に謀の上、氏名不詳者が、某日午後3時23分頃、Vに電話をかけ、警察官を装い、V名義の銀行口座が不正アクセスの被害に遭い、口座を利用できない状態になったので、V方を訪問するAの指示に従ってキャッシュカードを封筒に入れて保管する手続が必要であるなどと嘘を言った。

被害者は、同日午後4時20分頃、上記氏名不詳者との電話をつないだまま、上記氏名不詳者に聞かれないように別の部屋に移動し、携帯電話で警察に通報した。

被告人は、前記Aになりすまして、Vをして、キャッシュカードを封筒に入れさせた上、Vが目を離した際に、同封筒を別の封筒とすり替えて同キャッシュカードを窃取するため、カードを入れた偽封筒を準備し、同日午後4時22分頃、被害者方を訪れ、被害者方のインターホンを鳴らした（その際、被害者は、携帯電話で警察と通話中であった。また、かけ子である氏名不詳者による欺罔行為が継続中であった¹⁸）。しかし、返答がなかったため、そのまま引き返した。

静岡地裁浜松支部は、概ね次のように述べ、かけ子が被害者に電話をかけて欺罔行為に及んだ時点で窃盗罪の実行の着手を認めた。まず、「窃盗未遂罪が成立するためには、窃盗罪の実行行為たる窃取行為それ自体の開始を必ずしも要せず、窃取行為に密接であり、かつ、その時点で窃取結果

17 評釈として、駒方琢也「判批」研修872号（2021年）75頁以下参照。

18 駒方・前掲注（17）75頁参照。

を生じさせる客観的な危険性が認められる行為に着手すれば足りると解すべきである。」¹⁹と述べる。その上で、①犯行計画に照らして、②かけ子による欺罔行為は封筒を持ち去るという窃取行為のために必要不可欠であり、④両行為の間には時間的・場所的近接性が認められる。⑧欺罔行為により被害者がその内容を真実と誤信すれば、本件計画にある窃取結果が生じることが自然な流れといえ（⑧誤信危険）、③その結果発生を妨げる障害となるような事情があったとは認められない。⑦本件欺罔行為の成功可能性、すなわち、本件欺罔行為により被害者をしてその内容が真実であると誤信させる可能性（⑧誤信危険）があった（なお、弁護人は、実際には、被害者が欺罔行為が虚偽であることを見抜いたことを指摘するが、欺罔行為の成功可能性については一般人を基準に検討すべきであって、このような事情は本件欺罔行為の成功可能性の判断に直接の影響を与えない。）。

この判示においては、訪問予告事件判決における⑧誤信危険を想起させる表現が、クロロホルム事件決定における③障害不存在さらには⑦準備的行為自体が成功する可能性と融合的に語られている。これらは、危険ないし可能性をキーワードとして融合しているものと考えられる。そして、この③⑧⑦が融合的に語られる段落において、上記下線部の通り、不能犯論における具体的危険説を想起させる一般人基準が示されている²⁰。

被告人が、事実誤認、量刑不当などを主張して控訴し、下されたのが次の④である。

④東京高裁令和3年3月11日 LLI/DBL07620315²¹

東京高裁は、概ね次のように述べて、「本件事実関係の下においては、

-
- 19 この表現は、訪問予告事件判決における山口厚裁判官補足意見を想起させる（「従来の当審判例によれば、犯罪の実行行為自体ではなくとも、実行行為に密接であって、被害を生じさせる客観的な危険性が認められる行為に着手することによっても未遂罪は成立し得るのである」）。
- 20 駒方・前掲注（17）81頁。なお、仮定的事実の存在可能性を一般人基準で判断しているとみれば、修正された客観的危険説とも親和的といえよう。
- 21 吉川卓也「判批」研修877号（2021年）15頁以下。

窃盗罪の実行の着手があった」と判示した。

「氏名不詳者が被害者に対して行った本件欺罔行為は、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、あらかじめキャッシュカード及び暗証番号を書いたメモを用意させ、間もなくDを装って被害者方を訪れる予定であった被告人にそれらを呈示させ、被告人の用意した封筒にこれらを入れさせ、被告人において、確実かつ容易にこれらの入った封筒をすり替えて窃取することができるように仕向けたものであり、〔①〕本件計画の一環として行われたもので、〔②〕被告人が確実かつ容易にキャッシュカード等の入った封筒をすり替えて窃取するために必要かつ不可欠なものといえる。また、被告人は、氏名不詳者が本件嘘を被害者に述べるのと並行して、キャッシュカード及び暗証番号を書いたメモを入れさせるための封筒及びdポイントカード等を入れたすり替え用の偽封筒等を準備して、被害者方に向かい、実際に、門扉脇のインターホンを鳴らして被害者に来訪を告げているが、このことも、〔①〕本件計画の一環であり、〔②〕予定される窃取行為に必要不可欠なものといえる。そして、〔③〕これらの氏名不詳者及び被告人の行為の後には本件計画を遂行する上で障害となるような特段の事情も存在せず、〔④〕氏名不詳者及び被告人の行為とその後に予定される窃取行為との間に場所的・時間的・近接性が認められる。以上によれば、本件では、本件計画に基づき、氏名不詳者が被害者に本件嘘を告げ、被告人が被害者方の門扉脇のインターホンを鳴らして来訪を告げたことにより、キャッシュカード及び暗証番号を書いたメモの入った封筒をすり替えて窃取するという窃取行為に〔⑤〕密接であり、かつ、窃取という結果発生に至る客観的な〔⑥〕危険性が明らかに認められる行為が行われたといえることができる。

したがって、本件計画に基づき、氏名不詳者が被害者に本件嘘を告げ、それから間もなく被告人が被害者方を訪れているという本件の事実関係の下においては、窃盗罪の実行の着手があったものと解するのが相当である。」（〔 〕内は筆者による）

ここで、東京高裁は、原審とは異なり、欺罔行為に及んだ時点で窃盗罪

の実行の着手があったと明言することは避けており²²、この点は、最高裁の判示（例えば訪問予告事件判決の判示）を想起させる。たしかに、裁判所による事件解決という観点からすれば、（例えば結果的加重犯の適用が問題になる場合など）特段の必要のある場合を除いて、あえて着手時点を設定するメリットはないのかもしれない²³。

さて、上記のようにクロロホルム事件決定に極めて忠実な判断を示した後、東京高裁は、客観的な危険性に関する2つの所論に答えている。

第一に、（原審のように）一般人を基準に検討した場合、本件嘘は一般的な特殊詐欺に関する内容と相違ないので、一般人であれば騙されないのではないか、したがって客観的な危険性が乏しいのではないか、という所論に対しては、次のように答えた。「本件嘘が警察官を装って被害者に電話で直接のべられた²⁴ものであることも考慮すると、高齢の一般人をして、その内容が真実であると誤信させる可能性が十分あったと認められる。これは、現実には、本件と同様の方法によりキャッシュカード等の交付を受ける詐欺あるいはキャッシュカードのすり替えを行う窃盗の被害が多数生じ

22 吉川・前掲注（21）18頁参照。

23 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巻12号（2018年）81頁は、訪問予告事件判決について、「本事件の争点は、受け子の未遂罪の成否であるため、実行の着手の存在が肯定できれば、何が欺罔行為に当たるかについての解釈をあえて示さずとも事案解決としては十分」だとする。これに対して、古川伸彦「未遂罪における『客観的危険性』の意味」研修878号（2021年）3頁以下は、「あくまで犯人の行為の評価が大事なのだ」（4頁）という出発点から、「被告人のどの行為が実行の着手に当たるのかを明確に」（8頁）すべきだと主張し、例えば訪問予告事件判決について、「本件嘘を『述べた段階において』着手があるとは言わない法廷意見は、この問いに正面から答えることを避けている」（13頁）と評価する（6頁も参照）。このような主張からすると、④の判断は、批判的に捉えられることになる。しかし、裁判所が「被告人のどの行為が実行の着手に当たるのか」についてある程度幅のある認定をしておくことは、議論の余地を残しておくメリットや、ある学説に依拠し他の学説を排することを避けるメリット、大同団結して多数意見を形成する（特に最高裁では反対意見を封じ込める）メリットも想定できる。

24 この部分は、訪問予告事件判決の「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」という判示を想起させる。

ているほか²⁵、被告人を含む本件犯行グループは、原判示第2のとおり、別の高齢の被害者に対し、本件と同様の方法により、キャッシュカードを窃取していることから明らかであり、本件の被害者が、本件欺罔行為が虚偽であることを疑って、警察に通報しているからといって、実行の着手に必要な客観的危険性が認められるとした原判決の判断に影響しない。」

第二に、被害者は保管しているキャッシュカードを準備するなどしていないし、被告人及び共犯者は窃取の客体を具体的に特定していない、したがって客観的な危険性が乏しいのではないか、という所論に対しては、次のように答えた。「一般的に、窃盗の実行の着手が認められる物色行為開始時に窃取の客体が具体的に特定されていない場合も多いから、被害者がキャッシュカードを準備していることや窃取の客体が具体的に特定していることは、窃盗罪の実行の着手を認めることに必須なものとはいえない。そして、本件においては、本件欺罔行為により被害者が誤信すれば、被害者が、被告人が訪問した際に、保管しているキャッシュカードを被告人に呈示する準備ができていなかったとしても、被告人の訪問後に、その準備を始め、そのまま、被告人にキャッシュカードを呈示して封筒に入れるなどし、被告人がキャッシュカードの入った封筒を偽封筒とすり替えて窃取行為に至ることは自然な流れであって、窃取行為に至るまでに特段障害となるような事情は認められない。」

3 検討

本件は、被告人がカードすり替えを企て被害者方付近に赴いたが、被害者宅の表札を見つることができず、別の場所へ移動し待機中に職務質問を受け、財物の占有移転が未遂に終わった事案に関し、遅くとも、かけ子役の共犯者らが被害者方に電話をかけ、職員を向かわせる旨の嘘を述べた時点（すなわち、被告人が職務質問を受けていた時点）で窃盗罪の実行の

25 ここでは、被害が多数生じているという事情が危険性を基礎づけるという発想がみられる。この発想の是非については、3(4)で若干の検討を加える。

着手を認めた裁判例である。

(1) 本件事案の特徴

典型的なすり替え事案は、受け子の視点から眺めると、指示を受ける→被害者宅に接近する→表札を発見する→インターホンを押す→被害者と対面する→封筒をすり替える→立ち去るという順序で、事態が進展する²⁶。

上記裁判例における事態の進展を整理すると、①は表札を発見するところまで（その後路上待機中に職務質問）、②③④はインターホンを押すところまで、そして、評釈対象判例は被害者宅に接近するところ（表札発見には失敗）まで、事態が進展した。まとめると、次の【表】のようになる。

【表】

	①	②	③、④	評釈対象
指示を受ける	○		○	○
被害者宅に接近する	○	○	○	○
表札を発見する	○			
インターホンを押す		○	○	
被害者と対面する				
封筒をすり替える				
立ち去る				

その事実の存在が特に認定されている場合、○とした。

この【表】を眺めると、評釈対象判例において、受け子の視点から眺めた事態は、従来の裁判例の事案と比べて、その進展の度合いが少ないといえる。この点に、本件事案の特徴を見出すことができる。

26 なお、かけ子の欺罔行為は、受け子が指示を受けるのに先行することが多いであろうが必ずしもそうとは限らず、また、例えば③④のようにインターホン押下の時点でかけ子と被害者の電話による会話が続くこともある。

(2) 本件で示された判断の特徴

宇都宮地裁足利支部は、「遅くとも架け子役の共犯者らが被害者方に2回目の電話をかけ、被害者に対して前記のうそを述べた時点」²⁷で、窃盗罪の実行の着手を認めた。その理由は、次の通りである。

窃盗罪の実行の着手を認めるには「目的財物の占有を侵すについて密接な行為を開始したことで足りる」。

①犯行計画に照らして、②2回の電話は、すり替え行為にとって不可欠であり、両者は不可分である。⑧被害者が電話の内容が真実であると誤信すれば、(交付させる形態において交付させるに至る可能性と比較して)すり替えに至ることは非常に容易である(⑧誤信危険)。このように、2回の電話で被害者を誤信させることができれば、③それ以降障害となる特段の事情はないといえ、⑥窃取行為が行われる現実的な危険性が著しく高まったとみることができる。⑥2回目の電話の時点で被告人が職務質問を受けていたとしても、現実的な危険性は否定されない。④被告人は被害者方の直近まで来た後、被害者方から百数十メートルの距離にある場所で待機していたのであり、共犯者らの2回の電話は、被告人によるすり替え行為と時間的にも場所的にも近接していた。以上によれば、遅くとも2回目の電話をかけ、被害者に嘘を述べた時点で、目的財物の占有を侵すについて⑤密接な行為を開始したと評価することができ、この時点で窃盗罪の実行の着手があった。

こうして、本件判示は、前掲大審院昭和9年10月19日の判示を想起させる規範から出発し、主としてクロロホルム事件決定に即した判断を下している²⁸。

27 なお、受け子役の「被告人は、共犯者らが被害者方に2回目の電話をかけた本件当日午後零時頃には、C駅で警察官から職務質問を受けて[いた]」。

28 なお、本件判示が⑥危険性を理由として⑤密接性を認めるという趣旨を含むとすれば、クロロホルム事件決定より一步踏み込んだ論理関係を示すものといえる。なぜなら、クロロホルム事件決定は、「第1行為は第2行為に密接な行為であり、実行犯3名が第1行為を開始した時点で既に殺人に至る客観的な危険性が明らかに認められる」と判示しており、上記のような趣旨は何われないからである。

(1) で述べたように、評釈対象判例において、受け子の視点から眺めた事態は、従来の裁判例の事案と比べて、その進展の度合いが少ないといえる。そのような事案に窃盗未遂罪の成立を認めた評釈対象判例は、従来の裁判例よりも未遂処罰時期を早めるものと評価できよう。

(3) 従来の判例の傾向との比較

窃盗未遂罪に関する従来の判例の傾向と比較した場合、インターホンを押しておらず、さらには表札さえ発見できなかった本件事案で窃盗未遂罪の成立を認めるのは、早すぎるのではないか。住居侵入盗の事例類型で筆筒への接近に着手を認めた前掲大審院昭和9年10月19日と比較すると、早すぎることは歴然である（もっとも、あまりに事例類型が異なる。）。土蔵や倉庫への侵入盗の事例類型で、錠を損壊して外扉を開くといった侵入行為や侵入を可能とする行為に着手を認める裁判例（名古屋高判昭和25年11月14日高刑集3巻4号748頁等）と比較すると、たしかに、すり替え窃盗のためにインターホンを押す行為であれば、被害者を道具として利用して「扉を開く行為」とみる余地はある。しかし、インターホンも押しておらず、さらには表札さえ発見できなかった本件事案において、「扉を開く行為」は見出しがたいし、土蔵や倉庫と住居の違いも大きい。いずれにせよ、すり替え窃盗は、従来の事例類型には収まりきらないものといえ、固有の検討を要するので、次に、密接性及び危険性の見地から検討する。

(4) 密接性及び危険性の判断

評釈対象判例は、被害者を誤信させればすり替えに至るまで特段の障害はないという（その他の裁判例も、同様である。）。しかし、〈被害者宅に接近する→表札を発見する→インターホンを押す→被害者と対面する→封筒をすり替える〉という受け子のミッションは、警察官による逮捕、被害者宅発見失敗、被害者による看破、被害者の準備不足²⁹等のリスクを伴うことから、特段の障害があるともいえる。特段の障害の不存在は、確実性・自動性と言い換えられることもあるところ、たしかに、すり替え窃盗が犯

行の手口として確立しており、「すり替える」形態の特殊詐欺は「交付させる」形態の特殊詐欺よりも被害者の警戒感が乏しいとしても、(例えば航空機への荷物積載³⁰システムほどの) 確実性・自動性が認められるわけでもない。本件事案では、受け子が被害者方の玄関にも入っていないどころか、インターホンも押しておらず、さらには表札さえ発見できなかった以上、かけ子の欺罔行為からすり替え行為(さらにはすり替え結果発生)までの間の時間的・場所的懸隔があるともいえる。他にも、かけ子役の欺罔行為と受け子役のすり替え行為の間には、無視しえない中間行為が複数挟まれているともいえる。そうすると、かけ子の欺罔行為と受け子のすり替え行為の関係は「密接³¹」とも「直接つながる」とも言い難いように思われる。

以上のような評価からすると、評釈対象判例の事案で窃盗既遂に至る客観的な危険性を認めるのも困難であろう^{32,33}。この危険性の判断に際して

29 ④の所論は、まさにこの点を指摘する。

30 最判平成 26 年 11 月 7 日刑集 68 卷 9 号 963 頁(うなぎ稚魚密輸出事件) 参照。

31 「密」に「接」する、とは、間に挟まるものがないことを含意する(ここでの文脈に即していえば、準備的行為と構成要件該当行為との間に中間行為が挟まっていないことを含意する。)

32 高橋則夫『規範論と理論刑法学』(2021 年) 286 頁は、①について、「私見によれば、一連性が肯定されて、窃盗罪の実行の着手が肯定されたとしても、未遂の成立時期は法益への具体的危険性の発生したときと解するので、本件のように、被害者方の玄関にも入っていない段階では、窃盗未遂の成立は肯定できないだろう。」と指摘する。

33 実務家によるすり替え窃盗に関する先駆的業績においては、正当にも、極めて慎重な着手判断が見出される。山本修「いわゆる『すりかえ作戦』の手口によりキャッシュカードを採ろうとした受け子について、詐欺未遂罪及び窃盗未遂罪の成否が問題となった事例」研修 844 号(2018 年) 95 頁以下は、「被疑者は、被害者方玄関先において、被害者に対して、『金融庁の〇〇です。上司からお話は聞いていますか。』などと架け子が告げていた嘘に添った発言をした時点で、張り込んでいた警察官に詐欺未遂の現行犯人として逮捕され[た]」という事例について、「本事例では、被疑者は、キャッシュカードを入れさせるための白色封筒を被害者に渡すなどの行為に及んでいないことから、窃盗罪の実行の着手を認めるのは難があるとして不起訴処分とされ[た]」という。また、高橋健太「特殊詐欺事件において、成立罪名及び実行の着手の有無が問題となった事例」捜研 820 号(2019 年) 59 頁によれば、あるすり替え窃盗事件において、「被疑者は、被害者と接触しておらず、その供述によっ

は、クロロホルム事件決定の諸基準（とりわけ障害不存在や時間的場所的近接性）に加えて、第一に、④のように、すり替え窃盗の被害の多発や、当該犯行グループの犯罪成功体験に言及することも考えられる。そのような事情があれば、すり替え窃盗の成功確率の高さ（≒窃盗既遂に至る危険性の高さ）が基礎づけられる、というのである。筆者も、「振り込め詐欺の被害が後を絶たないという現状……においては、一般的には、かけ子の電話による欺罔行為の時点で既遂到達の現実性を認めてもよいのではないだろうか」と考えた³⁴。ただし、一般的な被害の多発から、当該被害者における危険性の高さを基礎づける際には、課題もある。例えば殺人罪において誰を殺すかが犯人にとって通常は重要であるのとは異なり、被害者が誰であるかに犯人が関心を寄せない特殊詐欺（盗）においてもなお、個人法益に対する罪である以上被害者が誰であるかを重視すべきであるならば（≒被害者の仮定的置き換えを許すべきでないのであれば³⁵）、一般的な被害の多発は、当該被害者における危険性の高さを必ずしも基礎づけないことになろう。個別事件の手口が多彩であることをすべて捨象して、「およそすり替え窃盗」や「当該犯行グループのすり替え窃盗」の危険性を考慮してよいかは、更なる検討を要する。

関連して、第二に、不能犯論の見地からの検討も有用と思われる。なぜなら、一方で、特殊詐欺盗事案に典型的な障害（例えば、被害者やその家族による看破・通報、警察によるだまされたふり作戦・職務質問、受け子による被害者方の特定失敗）が現実化した場合に、事後的にみればそれ以降の詐欺盗の実現が不能になったといえるからである。③が具体的な危険説

ても、被害者方から約 30 メートルの地点まで近づいたという程度であるから、被害者の財物の占有を侵害する具体的危険が発生したと認めるのは困難と判断した。したがって、今回の事件において、被疑者に窃盗罪の実行の着手が認められるかは疑義があると考え、被疑者を不起訴処分とした。」という。

34 二本柳誠「振り込め詐欺の法的構成・既遂時期・未遂時期（2・完）」名城ロー 34 号（2015 年）49 頁。

35 二本柳誠「騙されたふり作戦と受け子の罪責」名城 67 巻 1 号（2017 年）233 頁以下参照。

(ないし修正された客観的危険説)を想起させる一般人基準を示していることは、既に述べた。評釈対象判例では、まず、「共犯者らが被害者方に2回目の電話をかけた本件当日午後零時頃には、C 駅で警察官から職務質問を受けて」いたが「職務質問に対する被告人の応答によっては、その後職務質問が継続し、又は任意同行に至ることなく終了することも十分に考えられる」(判旨(2)ウ)とした。これは、既遂到達に至らしめたであろう仮定的事実が(一般人の見地から)「十分に考えられる」とするものであり、修正された客観的危険説に親和的な判断にみえる。また、「被害者方を特定した上、……被害者方を訪問することは十分にあり得[た]」(判旨(3))という判示にも、同様のことがいえる。

第三に、危険性の理解は、実行の着手に関する多数説と有力説とで異なる。この点については、項目を改めて、以下でみてみよう。

(5) 多数説と有力説³⁶

実行の着手に関する多数説は、実行行為(すなわち、本来的な構成要件該当行為)を基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するという形式的限定(詐欺罪のように手段に限定のある犯罪では実行行為まで必要だが、窃盗罪のように手段に限定のない犯罪では実行行為に密接な行為で足りる)とともに、既遂に至る具体的な危険性による実質的限定を、重畳的に認める。ここにいう危険性は、外界に現れる行為又は結果の危険性として把握される。これに対して、有力説は、実行の着手の判断に際して、行為者の計画をベースに、その進捗度をみるという手法を採用する。有力説は、実行の着手論において、「最終的作為に至る客観的な危険性」³⁷という意味での危険性を要求するとしても、それは、多数説が

36 多数説と有力説の対置につき、佐藤拓磨「日本における実行の着手」刑ジャ63号(2020年)4頁以下、樋口亮介「実行の着手」東大ロー13巻(2018年)57頁以下参照。

37 樋口亮介「実行行為概念について」山口厚ほか編『西田典之先生献呈論文集』(2017年)36頁。

いう行為又は結果の危険性とは異質の、計画をベースにして判断される危険性である。

多数説に立つとして、未遂処罰のために既遂の切迫（結果としての危険）を要求すべきと考えるならば³⁸、受け子と被害者（及び被害客体）の時間的・場所的接近は既遂の切迫を基礎づける重要な事実であり、受け子の視点から事態を眺めることが必要である。多数説に立つとして、未遂の処罰のために既遂の確実性（行為としての危険）で足りると考えた場合も、例えば確実性を補強する要素として時間的場所的接近性を判断資料に加える立場からすれば³⁹、受け子の視点から事態を眺めることが必要となろう。裁判例においても、受け子の動向が認定され、着手の判断を左右しているように見える⁴⁰。

もっとも、評釈対象判例（さらには①と③）が、（受け子の動向に配慮しつつも）あくまでかけ子の欺罔行為に実行の着手を見出そうとする。このような態度は、いわゆる有力説の見地から、カードすり替え窃盗の事案で、かけ子が被害者に電話をした時点で窃盗の実行の着手を認める考え方と親和的であるかもしれない⁴¹。しかし、もし、この考え方が、専らかけ

38 二本柳誠「詐欺罪における実行の着手」刑ジャ 57号（2018年）33頁以下参照。

39 和田俊憲「未遂犯」山口厚編『クローズアップ刑法総論』（2003年）216頁以下参照。なお、同「不能犯の各論的分析・試論の覚書」町野朔先生古稀上巻（2014年）239頁は、領得罪のように、既遂犯の刑の大部分が予防で基礎づけられる場合、抽象化された危険性による予防が可能であるとの見地から、詐欺罪を含む領得罪については、具体的危険を不要であるとする。さらに同・前掲注（5）151頁は、「詐欺罪では人を欺く行為が開始されれば未遂を認めるのが一般的であるが、その時点ではまだ交付行為についての被害者の意思決定が予定されている以上、通常は一定の不確実性が残る。したがって、詐欺未遂罪では、確実性の点で危険の水準を殺人罪よりも切り下げることが認められよう。」とする。

40 前掲注（13）参照。

41 富川雅満「特殊詐欺における実行の着手」法時 1143号 79頁は、「窃盗罪では、犯行計画上予定される、占有侵害に至るまでの障害を乗り越えているかが重要となる」との理解から、すり替え窃盗事案では、かけ子が電話をした時点で、「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意味では、……占有侵害への障害を乗り越えているとの評価が可能である」として、「有力説からは、架電行為後すぐに受け子が被害者宅に向かうといった事案であれば、①

子の視点から事態を眺めるものであり、受け子の視点から事態を眺めることを不要とするものだとすれば、受け子がすり替えの指示を受けた瞬間に受け子に窃盗未遂罪の共犯が成立することになってしまう。

もっとも、有力説の論者も、計画の進捗度にとっても、受け子の動向は重要であると考えられるのかもしれない⁴²。いずれにせよ、有力説の考え方からすると、かけ子の架電まで待つ必要すらないのであり、例えば、かけ子が受話器を上げた時点でも、窃盗罪の実行の着手を認めざるをえないのではないか。というのも、〈被害者宅に接近する→表札を発見する→インターホンを押す→被害者と対面する→封筒をすり替える〉という受け子のミッションが確実ないし自動的だというのであれば（前述（4）参照）、〈受話器を上げる→架電する〉というかけ子のミッションはなおさら確実ないし自動的だと評価することになると思われるからである。究極的には、すり替え窃盗を決意した瞬間に、窃盗未遂罪の成立を認めることになりはしないだろうか。

さて、有力説のように欺罔行為の時点で窃盗罪の実行の着手を認めるのであれば、その「欺罔行為と一体のものとして予定されていた……受領行為に関与した」（最決平成29年12月11日刑集71巻10号535頁）受け子は、

時点〔＝かけ子が電話をした時点〕に実行の着手を肯定することができるのではないかとする。江見健一「特殊詐欺の受け子の罪責に関する諸問題（上）」警論72巻11号（2019年）1頁以下は、有力説を明示的に採用するわけではないものの、有力説に好意的な態度を示しつつ（例えば19頁参照）、「すり替え型キャッシュカード窃盗において、かけ子による虚偽の電話及び受け子の押印を求める虚偽の言辞は、すり替えという窃取行為を行う前提として被害者の隙を作る行為であり、いわば被害者の占有を緩和する行為と評価することができる」とすれば、かけ子による電話があったが、受け子が被害者方を訪れる前に逮捕されたという事案においても、実行の着手を認めることができる場合がある」（23頁以下）とする。安田拓人「特殊詐欺における実行の着手」法時92巻12号（2020年）8頁では、有力説が採用され、同14頁は、①事件につき、「相手方の住居を訪れ、やりとりを行うことは、……事前の電話で錯誤に陥れていれば、ここは障害としては残らない」ことを理由として「電話で嘘を述べた段階ですですに窃盗の着手があったものとしてよいように思われる。」とする。

42 例えば、富川・前掲注（41）79頁は、「架電行為後すぐに受け子が被害者宅に向かうといった事案であれば」として、受け子の動向に着目している。

その加功前の欺罔行為の点を含めた窃盗につき、窃盗未遂罪の共同正犯としての責任を負うか、次項で検討する。

(6) 最高裁平成 29 年 12 月 11 日決定とすり替え事案の関係

評釈対象判例の事案とは離れるが、仮に、かけ子役の電話による欺罔行為に対して、被害者が直ちに嘘を看破し、警察に通報し、だまされたふり作戦が開始され、それより後に、受け子役に対する指示が（はじめて）下されたような場合（つまり、欺罔行為以前の包括的な共謀が存在しない場合）、有力説のように欺罔行為の時点で窃盗罪の実行の着手を認めるのであれば、不能犯と承継の問題が生じる。詐欺未遂罪との関係で筆者は、だまされたふり作戦開始後にはじめて関与した共犯者については、不能犯や承継的共犯が問題となり、詐欺未遂罪の成立が限定される可能性があると考え⁴³。それゆえ、だまされたふり作戦の開始及び共謀成立の具体的状況は、重要な事実だと考える。このことは、すり替え窃盗未遂についても妥当しうる。評釈対象判例及び①②③④でこの問題が争点化していないのは、氏名不詳者との事前共謀が認定されているという事案の性質によるものであろう。今後、そのような事前共謀が認定できないような事案では、最高裁平成 29 年 12 月 11 日決定が重要となってくるように思われる。

すなわち、最高裁平成 29 年 12 月 11 日決定は、「欺罔行為と一体のものとして予定されていた……受領行為に関与した」という基準を充たす関与者は、「だまされたふり作戦の開始いかにかわらず、……その加功前の……欺罔行為の点を含めた……詐欺につき、詐欺未遂罪の共同正犯としての責任を負う」とする。これによれば、「一体」といえる限度で「だまされたふり作戦の開始」及び共謀成立の具体的状況は、重要な事実ではなく、認定する必要もない、ということになるのであろう⁴⁴。これをすり替え事案（のうち、上記のような欺罔行為以前の包括的な共謀が存在しな

43 これらの問題を検討したものとして、二本柳・前掲注（35）213 頁参照。

44 二本柳・前掲注（38）注（6）参照。

い場合)に応用するならば、欺罔行為と一体のものとして予定されていた受領行為に關与した受け子は、だまされたふり作戦の開始いかにかわららず、その加功前の欺罔行為の点を含めた窃盜につき、窃盜未遂罪の共同正犯としての責任を負う、ということになる。

こうして、有力説と最高裁平成 29 年 12 月 11 日決定の論理を組み合わせれば、すり替え窃盜未遂事案の解決には、かけ子役の欺罔行為の認定並びにかけ子役及び受け子役の共謀の認定で足ることになる一方、だまされたふり作戦の開始時期・被害者の知情時期・共謀の成立時期・受け子役の動向の認定は、不要ということになるのではないか⁴⁵。このような認定を後押ししうる政策的要請ないし処罰要請について、最後に検討しておこう。

(7) 未遂処罰の早期化が拡大する懸念

特殊詐欺(盜)の圧倒的処罰要請に鑑みて、受け子の身柄を拘束した時点がいつであろうと、詐欺又は窃盜(いわゆる「アポ電強盜」であれば強盜)の未遂の共同正犯として処罰すべきだ、という発想がありうる⁴⁶。犯罪類型をまたいだ均衡論はありうるとしても、行為態様や法定刑といった違いを無視して、特殊詐欺(盜)という現象面のみを理由として詐欺罪と窃盜罪の着手時期を揃えるというのは、乱暴であろう⁴⁷。

特殊詐欺(盜)の手口は、振込型→直接交付型→送付型→すり替え窃盜型と進化する一方、古い手口は減少している。手口が周知されれば陳腐化し減少しうる事例類型の対策として、全面的な未遂処罰早期化に向けて歩を進めることの是非も問われよう。判例はすでに、訪問予告事件判決によっ

45 しかし、評釈対象判例及び①②③④は、正当にも、これらの事情に少なからず配慮している。

46 江見・前掲注(41) 25頁、大塚・前掲注(8) 47頁、同・前掲注(12) 21頁参照。問題提起として、高橋直哉「実行の着手論雑考」研修 854号(2019年) 18頁注 35参照。

47 杉本・前掲(12)「行為の構造から見た『実行の着手』時期(3)」95頁は、「取締りの実効性の要請から直ちに、詐欺罪と窃盜罪の規定の違いを無視して、両罪の実行の着手時期を一致させる解釈を基礎づけることはできない。」と指摘する。

て特殊詐欺事案における詐欺未遂罪処罰を交付要求以前の欺罔行為の時点に前倒したといえようが、近い将来、その範囲を窃盗未遂罪処罰にも及ぼすのであろうか⁴⁸。特殊詐欺（盗）という事例類型は特別だとか、あくまで事例判断だ、といった説明は⁴⁹、たしかに、重要な意義を持つ。しかし、そのような説明が歯止めになる保障はなく、むしろ、一部で認めれば全部に広がるおそれがある。判例が、詐欺罪等のいわゆる知能犯について共謀共同正犯を認め、その後、その範囲を窃盗罪・強盗罪などにも及ぼしてきたことが想起される。

【付記】脱稿後、樋口亮介「特殊詐欺のすり替え事案における窃盗未遂」警論 75 巻 1 号（2022 年）59 頁以下、丸橋昌太郎「判批」法教 496 号（2022 年）131 頁に接した。

また、被告人が被害者宅付近路上まで赴いたが、警察の尾行に気付いて断念したというカードすり替え窃盗未遂事案について窃盗罪の実行の着手を認めた最決令和 4 年 2 月 14 日裁判所 HP に接した（以下、「最決令和 4 年」という。）。最決令和 4 年は、その判示表現において、詐欺罪に関する訪問予告事件判決に近いが（例えば「直接つながる」「危険性」などに言及あり）、他方で、殺人罪に関するクロロホルム事件決定から若干遠く（クロロホルム事件決定に極めて忠実な⁴と異なり、例えば障害不存在基準にも時間的場所的接性基準にも「密接」にも明示的言及なし）、また、窃盗罪に関する前掲大審院昭和 9 年 10 月 19 日判決からも若干遠い（評釈対象判

48 西田典之ほか編『注釈刑法 第 4 巻 各論(3)』〔伊藤渉執筆〕(2021 年)29 頁以下は、「近時、窃盗罪の着手時期に関する従来の立場を大きく変化させる可能性のある判決が出されている」と指摘し、①、②及び評釈対象判例を挙げる。そして、「窃盗罪の実行の着手時期を、欺罔行為が手段として規定されている詐欺罪の実行の着手時期……と同様に解することができるかについては、慎重な検討が必要だと思われる。」と指摘する。

49 向井・前掲注(4) 91 頁は、訪問予告事件判決は、「詐欺罪の構成要件を念頭に判断されたものであり、本判決で示された視点が、他の犯罪類型においてどこまで妥当するのかわについては、それぞれの犯罪類型や事案に応じた慎重な検討を要する」と指摘し、また、同 93 頁は、「本判決は、特殊詐欺における詐欺未遂罪の成立時期という、近時生じた法律上の問題について、最高裁として初めての事例判断を示したものとして、非常に重要な意義を有する」と指摘する。

判例研究

例と異なり、「支配を犯すに付密接なる行為」に相当する明示的言及なし。
本稿の考え方(とりわけ3(4)参照)からは、最決令和4年を支持しがたい。