

いわゆるキャッシュカードすり替え型の窃盗罪につき 実行の着手が認められた事例

最（三小）決令和4年2月14日刑集76巻2号101頁

東北大学大学院博士課程後期3年の課程 小林 明日香

一 事実の概要

二 決定要旨

三 研究

1. はじめに

2. 関連裁判例

(1) すり替え型窃盗の実行の着手が問題となった下級審裁判例

(2) 分析

3. 検討

(1) 本決定の理論構造

(2) 結論の妥当性

(3) 私見

4. おわりに

一 事実の概要

氏名不詳者らは、警察官を装う者が、被害者に電話をかけ、被害者のキャッシュカードを封筒に入れて保管することが必要であり、これから訪れる金融庁職員がこれに関する作業を行う旨信じさせるうそを言う一方、金融庁職員を装う被告人が、すり替えに用いるポイントカードを入れた封筒（以下、偽封筒）を用意して被害者宅を訪れ、被害者に用意させたキャッシュカードを空の封筒に入れて封をした上、割り印をするための印鑑が必要である旨説明し、被害者に印鑑を取りに行かせ、被害者が離れた隙にキャッシュカード入りの封筒と偽封筒とをすり替え、キャッシュカード入りの封筒を持ち去って窃取することを計画していた（以下、本件犯行計画）。

警察官になりすました氏名不詳者は、

本件犯行計画に基づいて、令和元年6月8日午後2時過ぎに被害者宅に電話をかけ、被害者（当時79歳）に対し、「詐欺の被害に遭っている可能性があります。」「被害額を返します。」「それにはキャッシュカードが必要です。」「金融庁の職員があなたの家に向かっています。」「これ以上の被害が出ないように、口座を凍結します。」「金融庁の職員が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。」「金融庁の職員が、その場でキャッシュカードを確認します。」「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。」「封筒に入れたキャッシュカードは、3日間は使わないでください。」「3日間は口座からのお金の引出しはできません。」などと告げた（以下、これらの文言を本件う

そという)。

指示役の指示に基づき被害者宅の所在する町内で待機していた被告人は、同日午後4時10分頃、指示役の合図により、徒歩で被害者宅の方に向かった。しかし、被告人は、同日午後4時18分頃、被害者宅まで約140mの路上まで赴いた時点で、警察官が後をつけていることに気付き、指示役に指示を求めるなどして犯行を断念した。

一審及び控訴審はいずれも被告人に窃盗未遂罪の成立を認めた⁽¹⁾。

これに対して、被告人側は、被告人が窃盗の目的物であるキャッシュカードを入れた封筒を封印する必要があるとそれを言い、被害者に印鑑を取りに行かせるよう仕向ける行為、すなわち、キャッシュカードから目を離させる行為が、被害者のキャッシュカードに対する事実上の支配を侵害する現実的・具体的危険性のある行為となるから、このような行為をしていない時点では窃盗未遂罪は成立しない旨主張して上告した。

二 決定要旨

上告棄却

「本件犯行計画上、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関係するうそや、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。

このような事実関係の下においては、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。したがって、被告人について窃盗未遂罪の成立を認めた第1審判決を是認した原判断は正当である。」

⁽¹⁾ 一審（山形地判令和2年3月26日刑集76巻2号115頁）と控訴審（仙台高判令和2年7月14日刑集76巻2号135頁）では、実行の着手は論点とならなかった。

三 研究

1. はじめに

本決定⁽²⁾は特殊詐欺の一類型である⁽³⁾キャッシュカードすり替え型窃盗事案において、キャッシュカードの占有侵害に至る危険性を根拠として、「本件うそが述べられ、被告人が被害者宅付近路上まで赴いた時点では、窃盗罪の実行の着手が既にあった」として窃盗罪の未遂犯の成立を認めた⁽⁴⁾。これまですり替え型窃盗の実行の着手について判断した下級審裁判例は複数存在していたものの、いずれの時点で窃盗罪の実行の着手を認めるかについては判断が分かれており、本決定はこの点に関して最高裁として初めて判断したものとして注目に値する。

すり替え型窃盗の下級審裁判例に影響を及ぼしたと考えられる最決平成 16 年 3 月 22 日⁽⁵⁾ (以下、平成 16 年決定) は、実行の着手を認める上での具体的考慮事情と密接性及び危険性との関係、さらに密接性と危険性の関係を明らかにしておらず、そのことが下級審裁判例における

実行の着手時期に関する判断の相違をもたらしたと考えられるところ、本決定が危険性という単一の観点から実行の着手を判断することを明示した点に意義が認められるであろう。

また、本決定の事案では、被害者宅への侵入が予定されていたことから、侵入窃盗の実行の着手が問題となった事案であると理解し、本決定と従来の侵入窃盗が問題となった判例・裁判例との比較を行う評釈や論考が複数存在する⁽⁶⁾が、そのような観点から本決定を分析する意義は乏しいように思われる。なぜなら、すり替え型窃盗では被害者が窃取行為を行う上での障壁となっており、その障壁を除去し、窃盗罪を実現するためには被害者と接触することが必要とされているのに対し、通常の侵入窃盗の類型では被害者との接触が予定されていないために、両類型に類似性は見出し難いからである。他方で、本決定は、被害者に対する欺罔的手段を用いた窃盗である詐欺的窃盗の一類型であることから、詐欺的窃盗が問

⁽²⁾ 本決定の評釈として、河津博史「判批」銀行法務 21 883 号 (2022 年) 66 頁、高橋直哉「判批」法学教室 501 号 (2022 年) 129 頁、谷中文彦「判批」警察学論集 75 卷 10 号 (2022 年) 170 頁、前田雅英「判批」捜査研究 860 号 (2022 年) 39 頁、松宮孝明「判批」新・判例解説 Watch 31 号 (2022 年) 187 頁。本決定に言及する論考として、江見健一「すり替え窃盗の実行の着手-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 年) 30 頁、佐藤琢磨「すり替え事案における窃盗の実行の着手時期-最高裁判所令和 4 年 2 月 14 日第 3 小法廷決定を契機として-」研修 890 号 (2022 年) 3 頁、高橋範夫『刑法総論 [第 5 版]』(成文堂・2022 年) 418 頁以下、谷井悟司「すり替え型キャッシュカード窃盗の未遂事案をめぐる近時の裁判例の動向」白門 850 号 (2022 年) 79 頁、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 年) 19 頁、二本柳誠「判批」名城法学 71 卷 3・4 号 (2022 年) 109 頁、二本柳誠「窃盗未遂罪の処罰時期-最高裁判所令和 4 年 2 月 14 日第 3 小法廷決定を契機として-」刑事法ジャーナル 73 号 (2022 年) 10 頁、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-」Law&Practice 16 号 (2022 年) 1 頁、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 年) 4 頁、安田拓人「実行の着手」法学教室 503 号 (2022 年) 99 頁。

⁽³⁾ 法務省 法務総合研究所編『令和 3 年度版 犯罪白書-詐欺事犯者の実態と処遇-』(2022 年) 326 頁 8-3-1-16 表。

⁽⁴⁾ なお、すり替え型事案では被害者の交付行為を認めることはできず、詐欺罪の成立は認められないため、窃盗罪の成否のみが問題となり得る。この点につき、京都地判令和元年 5 月 7 日 LEX/DB25563868、品田智史「窃盗と詐欺の関係」法学セミナー 779 号 (2019 年) 34 頁以下。

⁽⁵⁾ 最 (一小) 決平成 16 年 3 月 22 日刑集 58 卷 3 号 187 頁。

⁽⁶⁾ 松宮・前掲注 (2) 188 頁以下、安田・前掲注 (2) 107 頁。本決定との比較を行ったものではないが、この観点からすり替え型窃盗事案の分析を行うものとして、谷井・前掲注 (2) 79 頁以下。

題となった事案と比較することが有益であると思われるが、筆者が調べた限りでは、従来の詐欺的窃盗に関する判例・裁判例⁽⁷⁾はいずれも既遂犯の事案であり、実行の着手が問題となった事案は見当たらず、比較することはできなかった。本決定は詐欺的窃盗の一類型であり、後述のようにその実行の着手の判断に関する本決定の射程は、すり替え型窃盗以外の詐欺的窃盗の事案にまで及ぶと解される。したがって、本決定はこれまで意識的に議論がなされていなかった詐欺的窃盗事案一般の実行の着手時期に関する視座を提供するものといえることができる。

さらに、後述の検討によれば、本決定は、犯行計画に照らせば直接的な法益侵害行為との間になお中間行為の介在が予定されている場合に実行の着手を認めたものとして理解することができ、その点にも本決定の意義が認められると思われる。

2. 関連裁判例

(1) すり替え型窃盗の実行の着手が問題となった下級審裁判例⁽⁸⁾

すり替え型窃盗における実行の着手に関しては、本決定が出される以前に下級審の判断が複数出されている。7件の裁判例に接することができたが、いずれの裁判例も窃盗罪の実行の着手を認めているものの、未遂犯の成立時期は事案によって異なる判断がなされている。

(a) 静岡地裁浜松支判令和2年6月19日⁽⁹⁾

静岡地裁浜松支部は、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を生じさせる客観的な危険性が認められる行為が行われていれば足りると解すべきである（最高裁平成15年（あ）第1625号同16年3月22日第一小法廷決定・刑集58巻3号187頁参照）」との一般論を示す。その上で、犯行計画を認定し、「本件欺罔行為は、被害者を被告人の指示どおりに動かし、被告人が本件計画にある窃取行為を確実にかつ

⁽⁷⁾ 広島高判昭和30年9月6日高刑集8巻8号1021頁、広島高判昭和32年12月24日高刑特4巻23号645頁、名古屋高裁昭和32年10月30日高刑特4巻21号564頁、最（一小）決昭和31年1月19日刑集10巻1号67頁。

⁽⁸⁾ 以下の下級審裁判例の分析を行うにあたり、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巻1号（2022年）69頁以下及び後述の各裁判例の評釈やその紹介論文を参照した。

⁽⁹⁾ 本件を紹介するものとして、駒方琢也「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同形状の封筒にすり替え窃取しようとしたが、窃取行為の実行役である被告人が被害者方インターホンを鳴らすにとどまり、財物の占有移転が未遂に終わった事案に関し、窃盗の実行の着手があったとして窃盗未遂の成立を認めた事例」研修872号（2021年）75頁。なお、本件の判決文は入手できなかったため、同論文78頁以下、樋口・前掲注（8）85頁以下、吉川卓也「判批」研修877号（2021年）16頁以下を参照した。後述の裁判例（g）の原審である。

事案概要は以下の通りである。氏名不詳者らと共謀の上、某日午後3時23分頃に警察官になりすました氏名不詳者が、高齢の被害者方に電話をかけ、被害者に対し、被害者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、被害者方を訪問するインシヅカの指示に従ってキャッシュカード等を封筒に入れて保管する手続が必要であるなどと嘘を述べた。被害者は詐欺の電話ではないかと疑い、同日午後4時20分頃、指名不詳者との通話中に携帯電話で警察に通報した。同日午後4時22分頃、前記インシヅカになりすました被告人が、被害者にキャッシュカードを封筒に入れさせた上、被害者が目を離れた隙に、同封筒を別の封筒とすり替えてキャッシュカードを窃取するため、被害者方を訪れ、被害者方のインターホンを鳴らしたが、被害者は警察と通話中であり、返答がなかったため、その目的を遂げなかった。

容易に行うために必要不可欠であるといえ、本件計画において、本件欺罔行為と窃取行為との間には不可分性が認められる」こと（必要不可欠性）、「本件欺罔行為と本件計画にある窃取行為との間には強い時間的場所的近接性が認められる」こと（時間的場所的近接性）、「その結果〔引用者注：本件計画にある窃取結果〕発生の際となるような事情があったとは認められない」こと（障害の不存在）、さらに、「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があったことは否定できない」こと（準備行為自体の成功可能性）を指摘し、「本件欺罔行為は、窃取行為に密接であり、かつ、その時点で窃取結果を生じさせる客観的な危険性が認められる行為であるといえる」（波線引用者）として、氏名不詳者が被害者に電話をかけ、本件欺罔行為に及んだ時点で、窃盗罪の実行の着手を認める。

(b) 大阪地判令和元年 10 月 10 日
LEX/DB25566238⁽¹⁰⁾

大阪地裁は、窃盗の実行の着手に関する一般論は述べず、犯行計画を踏まえて、「架け子による欺罔行為は、その後被告人がC方を訪れてからキャッシュカー

ド入りの封筒のすり替え行為に至るまでの一連の行為を確実に容易に行うために必要不可欠なものであったということができ」ること（必要不可欠性）、「架け子による欺罔行為によってCがその内容を誤信するに至れば、通常は計画を完遂する上で大きな障害はなく、計画の重要部分を終えたものとみることができる」こと（障害の不存在）、さらに、「架け子とCの通話が終了する前に、被告人は、盗む予定のキャッシュカードと同数のポンタカードを入れた封筒を準備した上で、C方玄関から 12m 余りの路上で待機し、いつでもC方を訪問できる状況に至っていた」こと（時間的場所的近接性）を挙げ、「これらの事情を踏まえると、架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密接な行為であり、架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客観的な危険性が飛躍的に高まったと認められるから、その時点において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」（波線引用者）とする。

⁽¹⁰⁾ 本件の評釈及び紹介として、大塚雄毅「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～大阪地判令和元年 10 月 10 日（公刊物未掲載）を題材として～」警察学論集 72 卷 12 号（2019 年）1 頁、大塚雄毅「判批」研修 859 号（2020 年）31 頁、杉本一敏「判批」法学教室 483 号（2020 年）167 頁。

事案概要は以下の通りである。警察官及び金融庁職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、氏名不詳者らと共に、某日午前 11 時 21 分頃、氏名不詳者が、C 方に電話をかけ、C に対し、警察官及び金融庁職員を名乗り、C 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 C 名義の口座から出金するかなどを調査するため、C 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述べるなどし、同日午後 0 時 10 分頃に電話を切った。被告人は上記の通話中に共犯者から指示を受け、金融庁職員になりすまし、C をして、キャッシュカードを封筒に入れさせた上、C が目を離した隙に、同封筒を同形状の封筒とすり替えて同キャッシュカードを窃取する計画のもと、同日午後 0 時頃、C 方付近に到着した。C の表札を確認し、C 方玄関から 12 メートル余りの路上で氏名不詳者からの指示を待っていたが、同日午後 0 時 13 分頃警戒中の警察官に職務質問されたため、その目的を遂げなかった。

(c) 宇都宮地裁足利支判令和3年3月17日 LEX/DB25569194⁽¹¹⁾

宇都宮地裁足利支部は、「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で足りると解される」との一般論を示す。その上で、犯行計画に照らし、「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」こと（必要不可欠性）と、「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ること（障害の不存在）から、「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」（波線引用者）ことを導く。さらに、被告人が午前10時47分

頃にはレンタカーで被告人方へ向かい、被告人が被害者方の直近まで来ていたことや、その後は、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いたことから、「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」こと（時間的場所的近接性）を指摘し、以上のことから、「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る」（波線引用者）として、窃盗罪の実行の着手を認める。

(d) 東京高判令和3年10月19日⁽¹²⁾

(c) の控訴審である東京高裁は、「窃盗未遂罪の成立には、必ずしも窃盗罪の実行行為たる窃取行為そのものを開始することは必要ではなく、窃取行為に密接な行為であって、その時点で窃取の結果が生じる客観的な危険性が認められる行為を開始すれば足りると解するのが相当である」との一般論を示す。その上で、犯行計画を認定し、「犯行計画に基づくこれらの行為〔引用者注：1回目の電話と

⁽¹¹⁾ 本件の評釈として、二本柳・前掲注(2)「判批」109頁。なお、後述の裁判例(d)の原審である。

事案概要は以下の通りである。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、某日午前10時頃、被害者方に電話をかけ、同人(当時86歳)に対し、市役所職員を名乗り、保険料の返戻金があるとの嘘を述べて、被害者からJ銀行に口座があることを聞き出し、J銀行から電話させると言って電話を切った(1回目の電話)。同日午後0時頃、J銀行の職員になりすまして氏名不詳者らが被害者方に電話をかけ、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とし、暗証番号を聞き出した上で、職員を向かわせる旨のうそを述べた(2回目の電話)。同日午前10時47分頃、被告人は指示役から、被害者方に向かうよう指示を受けたため、キャッシュカードを窃取するために被害者方付近に移動したが、被害者の表札を見つけられなかったため、氏名不詳者の指示により、被害者方と直線距離で百数十メートルの位置にあったC駅待合室に移動し、同所で待機していたところ、午前11時39分頃に警戒中の警察官に職務質問されたため、その目的を遂げなかった。

⁽¹²⁾ 本件の紹介として、駒方琢也「被害者をだましてキャッシュカード等を封筒に封入させて同形状の封筒にすり替え窃取しようとした事案につき、すり替え役が待機場所で職務質問を受けている間に行われた共犯者から被害者に対する電話の時点で窃盗の実行の着手を認めた事例」研修884号(2022年)75頁。本件の判決文を入手することができなかつたため、同論文90頁以下を参照した。本件は裁判例(c)の控訴審であり、事案概要は注(11)参照。

2回目の電話]によって、被害者から銀行口座やキャッシュカードの情報を聞き出して窃取する物を特定し、被害者をして、後に来訪する被告人にキャッシュカードを提示する必要があると誤信させ、その警戒心を解いてすり替えを行う隙を作り、確実かつ容易にすり替えを行えるようにしている」こと（必要不可欠性）、「被告人は、犯行計画に沿って、すり替えに用いる封筒やポイントカード等を準備して所持し、指示役の共犯者から被害者方の住所地の地番を伝えられてその付近に赴いた上、指示役の共犯者の指示に従い被害者方から百数十mの距離にある駅の待合室で待機していた」こと（時間的場所的近接性）を指摘する。「以上のような本件の犯行計画と実施状況からみると、共犯者が2回目の電話をかけて被害者に嘘を申し向けた時点において、犯行計画の相当の部分が実施済みであり⁽¹³⁾、また、被告人も犯行計画に基づいて相応の準備をし、被害者方付近で待機していたのであるから、窃取行為に密接な行為が行われ、窃取の結果が生じる客観的な危険性が高まったものと認めることがで

きる」(波線引用者)として、「被告人が被害者方を訪れていなくとも、窃盗罪の実行の着手があったと認められるものというべきである」とする。

(e) 東京高判令和3年7月14日判タ1495号144頁⁽¹⁴⁾

東京高裁は、まず、「窃盗未遂罪が成立するためには、窃盗罪の実行行為である窃取行為それ自体の開始を必ずしも要するものではなく、窃取行為に密接であり、かつ、その時点で窃取の結果を生じさせる客観的な危険性が認められる行為が行われていれば足りると解される」との一般論を示す。その上で、犯行計画を認定し、「この行為〔引用者注：本件当日午後4時頃の本件欺罔行為等〕は、本件犯行計画に基づき、被害者にキャッシュカードを手元に用意させることにより、窃取の対象となる物を特定してこれに対する窃取行為が容易となる状況を整えた上、同キャッシュカードを間もなく来訪する金融機関職員を名のる被告人に呈示することなども了承させることにより、被告人に対する警戒心を緩ませ、被告人がす

⁽¹³⁾ 「犯行計画の相当の部分が実施済みである」という説示がどのような意味を有するかは明らかではないが、この点は密接性を基礎づけるものと理解することが可能と思われる。なぜなら、犯行計画の最後の行為はすり替え行為であると考えられるところ、その犯行計画の相当の部分が実施済みであるということは、その時点（共犯者が2回目の電話をかけて被害者に嘘を申し向けた時点）から犯行計画条の最終行為であるすり替え行為までの時点が近いことを意味しており、その時点の行為と窃取行為を密接なものと評価しやすくなると考えられるからである。

⁽¹⁴⁾ 本件の評釈として、匿名解説・判例タイムズ1495号(2022年)144頁。

事案概要は以下の通りである。被告人は、金融機関の職員等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、某日午後4時頃、市役所職員になりすました氏名不詳者が、栃木県A市内の被害者方に電話をかけ、被害者（当時74歳）に対し、保険の還付金がある旨の嘘を言い、被害者から金融機関名や住所などの情報を聞き出した。そのすぐ後から同日午後4時25分頃の間、金融庁職員になりすました氏名不詳者が、被害者方へ電話をかけ、還付金を受け取るに当たりキャッシュカードを変更する必要がある、その手続のため、これから被害者方を訪れる職員がキャッシュカードを封筒に入れて封をする旨うそを述べ、被害者のキャッシュカードの暗証番号や自宅までの道順を聞き出した。被害者は電話を切った後、不審に思い金融機関に電話するなどして、騙されていることに気づき、同日午後4時30分頃に110番通報した。被告人は同日氏名不詳者の指示を受けながら、栃木県A市内の駅に赴き待機していたところ、同日午後4時30分頃、被害者方の住所を知り、タクシーで被害者方に向かい、同日午後4時52分頃、被害者方から約150メートル先の農道付近でタクシーを降車し、一旦は被害者方に近づこうとした。被告人は、同日午後4時58分頃、被害者方から約100メートル先の林内にいたところ、警察官に職務質問されたため、その目的を遂げなかった。

り替える行為を行うための隙を作ること
を容易にするものである」こと（必要不
可欠性）⁽¹⁵⁾、「被告人は、本件犯行計画に
沿って被害者方付近に赴き、同日午後 4
時 58 分頃にはその約 100 メートル先の
地点にいたこと、また、その際すり替え
に用いるものと認められる複数の白色封
筒や代わりのカード等を準備して所持し
ていた」こと（時間的場所的近接性）を
指摘する⁽¹⁶⁾。これらの事情から、「遅くとも
被告人が上記地点にいた時点において
は、本件犯行計画の相当部分が実施され
ており、被告人が同計画に基づく準備を
相応に遂げた上で被害者方の近辺まで来
ていることからしても、窃盗行為に密接
な行為が行われ、特定された窃取の対象
物について窃取の結果を生じさせる客観
的な危険性が高まった状態に至っていた
ということが出来る」（波線引用者）とし
て窃盗罪の実行の着手を認める。

(f) 横浜家裁川崎支判令和 2 年 1 月 14
日判タ 1484 号 252 頁⁽¹⁷⁾

横浜家裁川崎支部は、窃盗罪の実行の
着手についての一般論は示さず、犯行計
画に照らし、「氏名不詳者の……一連の発
言は、すり替え行為を円滑に行わせるた
めにすり替え行為の前提としてされたも
のであるし、すり替え行為の成功に必要
不可欠なものであったといえる」こと（必
要不可欠性）から、一連の発言が「すり
替え行為と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
たといえる」（波線引用者）とする。さら
に、「被害者がその発言〔引用者注：これ
から封筒を持った警官が被害者方へ訪問
するため、その封筒にカード 3 枚と暗証
番号を書いたメモを入れ、自宅で保管す
る必要がある旨のうそ〕を真実であると
誤解した場合には、犯人らの計画を完遂
する上で障害となるような特段の障害は
存在しないといえる」こと（障害の不存

⁽¹⁵⁾ この事情がどのような意義を有しているかは必ずしも明らかではないが、以下のように考える
のであれば、必要不可欠性に言及したものと理解することが可能である。すなわち、直接的に平成
16 年決定を引用してはいないものの、犯人の犯行計画を考慮し、密接性と危険性に言及して実行の
着手を判断していること、及び、時間的場所的近接性に言及していることから、裁判例 (e) は平成
16 年決定を意識していることが窺える。平成 16 年決定は必要不可欠性に言及する際に「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」との説示をしており、そこに「容易」
という言葉が使用されている。これに対し、裁判例 (e) においては「窃取行為が容易となる状況を
整えた上、……被告人がすり替える行為を行うための隙を作ること容易にするものである」と述
べている。前者の「窃取行為が容易となる状況を整えた」という点は、先ほどの平成 16 年決定に
おける必要不可欠性の指摘と整合的であろう。また、後者の指摘に関しては、犯行計画上すり替え
行為を行うためには隙を生じさせることが必要であることに鑑みれば、隙を生じさせることを容易
にするということは、すり替え行為を行うことを容易にするにつながるため、この点も本件欺
罔行為等がすり替え行為を容易にさせるものであるとの指摘と理解することができる。したがって、
この部分の説示は必要不可欠性に言及したものと読む余地があると考えられる。

⁽¹⁶⁾ 「また、」以下で指摘された事情がどのような意義を有するかは明らかではないが、先に見た裁
判例 (b) における時間的場所的近接性に言及する部分で、被告人が「盗む予定のキャッシュカー
ドと同数のポンタカードを入れた封筒を準備」していたことを「いつでも C 方を訪問できる状況に
至っていた」ことを示す事情の 1 つとして挙げていることが参考になる。つまり、このような準
備行為をしているということは、受け子は速やかに被害者方を訪問できる状態であることが示され
ているものと考えられ、この部分においても時間的場所的近接性について言及していると解するこ
とが可能であろう。

⁽¹⁷⁾ 本件の評釈として、匿名解説・判例タイムズ 1484 号（2021 年）252 頁、杉本一敏「判批」法学
教室 494 号（2021 年）139 頁。

事案概要は以下の通りである。X（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 及び氏名不詳者と共謀の上、某日午前 10 時頃、氏名不詳者が、被害者である V3（当時 72
歳）に電話をかけ、被害者の口座から不正に金銭が引き出されており、クレジットカード 2 枚につ
いても不正に利用されているので、それら 3 枚のカードを使用できない状態にする必要があり、こ

在)を指摘し、これらの事情を踏まえて、
「氏名不詳者が被害者に対して行った一連の発言はAのすり替え行為と密接に関連し、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客観的な危険が飛躍的に高まっていた」(波線引用者)として、
 「遅くともその時点では窃盗未遂罪が成立する」としている。

(g) 東京高判令和3年3月11日判例タ1495号151頁⁽¹⁸⁾

東京高裁は、原審(a)の判断について、
 「氏名不詳者が被害者に電話をかけ、本件欺罔行為に及んだ時点で、直ちに窃盗罪の実行の着手が認められるとした点とはともかく」として、欺罔行為時点で実行の着手を認めることに対し一定の距離を置く。そのうえで、「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を生じさせる客観的な危険性が認められる行為が行われていれば足りると解すべきである」との一般論を示した上で、犯行計画を認定して、「氏名不詳者が被害者に対して行った本件欺罔行為は、……本件計画の一環として行われたもので、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」こと(必要不可欠性)、「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G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、本件計画の一環であり、予定される窃取行為に必要不可欠なものといえる」こと(必要不可欠性)、「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」(障害の不存在)、「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」こと(時間的・場所的・近接性)を指摘する。これらの事情から、「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密接であり、かつ、窃取という結果発生に至る客観的な危険性が明らかに認められる行為が行われたということが出来る」(波線引用者)として、窃盗罪の実行の着手を認める。

(2) 分析

上記の裁判例で認められた窃盗罪の実行の着手時期について整理すると、(a)

(b) (c) (d) はいずれも電話で被害者に対し嘘を述べた時点で実行の着手を認め

れから封筒を持った警官が被害者方へ訪問するためその封筒にカード3枚と暗証番号を書いたメモを入れ、自宅で保管する必要がある旨をいった。その後、被害者方付近に待機していたAが、同日午前11時25分頃、被害者方のインターホンを押した。そして、被害者にキャッシュカード等を封筒に入れさせて同人がその場を離れた隙にこれをあらかじめ用意していたポイント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等を窃取しようとしたが、警戒中の警察官に気付き、被害者方から立ち去ったため、その目的を遂げなかった。

⁽¹⁸⁾ 本件の評釈として、匿名解説・判例タイムズ1495号(2022年)151頁、松宮孝明「判批」新・判例解説Watch30号(2022年)203頁、吉川・前掲注(9)15頁。なお、裁判例(a)の控訴審であり、事案概要は注(9)参照。

ている⁽¹⁹⁾。もっとも、(b) (c) (d) の事案はいずれも、実行の着手を認めた電話で嘘を述べる行為の時点で既に被告人が被害者方付近にいたという事案であり、実行の着手を認める上でこの事情が指摘されている。このことからすると、このような被告人が被害者方付近にいたという事情が認められない場合であっても、電話で嘘を述べた時点で実行の着手を認められ得るかはなお明らかではない。

これらの裁判例に対し、(e) では被告人が被害者方付近にいた時点で実行の着手を認めているが、「遅くとも被告人が被害者方から 100 メートルの地点にいた時点において」実行の着手が認められるとしており、より早い段階で実行の着手を認める可能性を留保している点には注意が必要である。

次に、(f) (g) の裁判例ではいずれも被害者宅のインターホンを押した時点で未遂犯の成立を認めている。もっとも、

(f) は「遅くともその時点では窃盗未遂罪が成立する」としているため、より早い時点で実行の着手が認められる余地が残されている。これに対して、(g) は「インターホンを鳴らして来訪を告げたことにより、……窃取行為に密接であり、かつ、窃取という結果発生に至る客観的な危険性が明らかに認められる行為が行われたということが出来る」との説示をしており、インターホンを押す行為によってはじめて実行の着手を認めているものと解される。

このように、これまでの下級審裁判例では、いずれの事案でも窃盗罪の実行の

着手は認められているものの、実行の着手時期についてはその判断が分かれており、その理由が問題となる。そこで、これらの裁判例における実行の着手の判断枠組みに目を向けてみると、いずれの裁判例も犯行計画を考慮にいたした上で、すり替え行為（窃取行為）との密接性と、すり替え行為（窃取行為）が行われる危険性あるいは窃取結果発生の危険性の2点を指摘して実行の着手を認めている。密接性と危険性の関係について (a) (e) (g) は、一般論において密接性と危険性を「かつ」で結んでおり、明示的に密接性と危険性という2つの観点から実行の着手を認めている。それに対して、(c) は「密接性」と「危険性」の関係を明示的に示してはいないが、その一般論と後半の波線部分に着目すると、危険性は密接性を基礎付ける一要素であり、密接性のみから実行の着手を認めていると読む余地がある⁽²⁰⁾。それ以外の (a) (d) (f) においては、密接性と危険性の関係をどのように理解しているのかはなお判断し難い。しかし、いずれの裁判例においても密接性と危険性が言及されていることからすると、すり替え型窃盗に関する下級審裁判例はいずれもクロロホルム事件として知られる平成 16 年決定を意識したものであることが窺える。

平成 16 年決定の事案は、犯人の自動車を被害者の運転する自動車に衝突させ、示談交渉を装って V を犯人の自動車に誘い込み、クロロホルムを使って被害者を失神させた（第 1 行為）上で、被害者を車ごと崖から海に転落させて（第 2 行為）

⁽¹⁹⁾ 裁判例(c)と裁判例(d)は被害者へ2回目の電話をかけて嘘を述べた時点で実行の着手を認めている。なお、裁判例(c)は「遅くとも」との留保をしていることから、より早い時点で実行の着手を認める余地を残している。

⁽²⁰⁾ この点を指摘するものとして、二本柳・前掲注(2)「判批」126頁注(28)。もっとも、二本柳教授は裁判例(c)を「密接性」と「危険性」の2つの観点から実行の着手を認めたものと評価する(同論文126頁)。

溺死させるという計画のもと、計画通りに行為を行ったところ、被害者の死因が第1行為から発生したものか、第2行為から発生したものかが明らかではないというものであった。平成16年決定は犯人の犯行計画を基礎において、「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から、その時点において殺人罪の実行の着手があったものと解するのが相当である」として、①第2行為を行う上での第1行為の必要不可欠性、②第1行為以降の障害の不存在、③第1行為と第2行為の時間的場所的近接性などに照らして、①第1行為と第2行為の密接性と②殺人に至る客観的な危険性に言及して、第1行為を開始した時点で殺人罪の実行の着手を認めている。なお、調査官解説は、判示中の①②③の考慮要素に加えて④準備行為自体が成功する可能性も実行の着手の判断の考慮事情になるとしている⁽²¹⁾。すり替え型窃盗に関する下級審裁判例が必要不可欠性、障害の不存在、時間的場所的近接性、および準備行

為自体の成功可能性のいずれかに言及していることも、これらの裁判例の理論的背景に平成16年決定があることを裏付けるものであろう。

上述のように平成16年決定は密接性と危険性に言及して実行の着手を判断しているところ、①から③のいずれの事情が密接性を基礎づけ、いずれの事情が危険性を基礎付けるのかが明らかとされておらず⁽²²⁾、また、密接性と危険性の関係も示されていない。すり替え型窃盗の裁判例が、平成16年決定と同様に密接性と危険性を指摘して実行の着手の判断を行う点では共通しているにも関わらず、いずれの時点で実行の着手が認められるかにつき判断が異なっているのは、踏襲している平成16年決定の理論構造にこのような不明確さが残っているからだと考えられる。

平成16年決定における密接性と危険性の関係は明らかではないが、下記の検討によれば密接性は危険性を基礎付ける一要素として理解することができるように思われる⁽²³⁾。

まず、密接性と危険性に関する説示は「かつ」で結ばれていないため、両者を並列する要素であると理解する必然性はない。また、平成16年決定は第1行為と第2行為を「一連の殺人行為」と述べており、「第1行為と第2行為を1個の実行行為と評価している」⁽²⁴⁾ものと理解することができるが、第1行為と第2

⁽²¹⁾ 平木正洋「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇平成16年度』（法曹会・2007年）174頁。

⁽²²⁾ 松原芳博「実行の着手と早すぎた構成要件の実現-クロロホルム事件-」同編『刑法の判例〔総論〕』（成文堂・2011年）182頁は「本件では客観的な危険性と密接行為性は、3つの下位基準からの共通の帰結として導かれており、両者が分離することは予定されているようにも思われる」と指摘する。なお、平木・前掲注（21）172頁以下は、①④は危険性に影響を及ぼす要素であり、②③は密接性と危険性いずれにも影響を及ぼす要素と解している。

⁽²³⁾ 小野晃正「早すぎた結果発生と実行行為-「一連の行為」をめぐる考察-」阪大法学60巻1号（2010年）161頁。これに対し、密接性と危険性を実行の着手判断における並列する2つの基準であると解するものとして、平木・前掲注（21）172頁。

⁽²⁴⁾ 平木・前掲注（21）175頁。

行為を一連の行為と評価できる理由を明らかにしていない。この点に関しては、犯人の犯行計画に基づけば、①第2行為を行う上での第1行為の必要不可欠性、②第1行為以降の障害の不存在、③第1行為と第2行為の時間的場所的近接性などから、第1行為と第2行為が密接であることが導かれ、この密接性が両者を一連の行為として捉えるための根拠となっているものと考えられる。このように第1行為と殺人罪実現の高度な危険を有する第2行為を一連の行為と解することができるからこそ、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認められることになる。

以上をまとめると、密接性は実行の着手の判断において危険性と並列する要素ではなく、あくまで第1行為と第2行為を一連の行為と見るための基準であり、一連の行為と解することができるからこ

そ、第1行為の開始時点で危険性が肯定されているといえることができる。つまり、平成16年決定の判示は、上記の①②③の事情から、第1行為と第2行為が密接な行為であることを導き、それらのことから、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認められると判断したものと解される。したがって、平成16年決定は、密接性を危険性判断の一要素として位置付けたものと理解することができよう⁽²⁵⁾。

3. 検討

(1) 本決定の理論構造

本決定は、実行の着手について、犯行計画を考慮した上で、危険性という単一の観点から判断するという判断枠組みを採用していると考えられる⁽²⁶⁾。前述のように、平成16年決定が密接性を危険性を判断する一要素と位置付けたもの解する

⁽²⁵⁾ 特殊詐欺事案における詐欺罪の実行の着手が問題となった最（一小）判平成30年3月22日刑集72巻1号82頁（以下、平成30年判決）では、犯行計画を前提とした上で、本件嘘の内容が（a）「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」、という本件嘘の内容性質を指摘したうえで、（b）「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」いることと、（c）「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」ことを指摘し、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詐欺罪の実行の着手を認めた。この平成30年判決に関する理論構成には多様なものがある（豊田兼彦「判批」法学セミナー761号（2018年）121頁）とされているが、以下のように解した場合には、平成16年決定と同一の判断枠組みを用いていると評価することができる。なお、個々の事情の分析は、富川雅満「判批」法学新報126巻3・4号（2019年）107頁以下に依拠した。すなわち、（a）の部分は手段が規定されている詐欺罪の実行の着手を認める上での詐欺罪特有の事情と解し（b）を交付要求行為との密接性を別の角度から表現したものと理解しつつ、（c）を詐欺罪においては交付要求行為のあとになお被害者の交付行為が残っていることから、交付行為に至る危険性を問題とすれば財物移転の危険性を問題にできるということを意図しているものと解する。その上で、平成30年判決も密接性（≒直接性）（b）を危険性（c）を基礎付ける一要素と理解するのであれば、平成16年決定と同様の判断枠組みを採用しているといえる（なお、富川准教授は平成16年決定と平成30年判決のいずれにおいても密接性（≒直接性）を危険性を基礎づける要素とは解していない。同論文111頁、116頁以下）。

⁽²⁶⁾ 江見・前掲注（2）31頁は、本決定の理解として「実行の着手を認めるために密接性の判断は不可欠とはいえないという見解に基づいて、端的に占有を侵害する危険性の程度を事実関係に基づいて評価すれば足りると判断したものというのが素直な読み方と思われる」とする。もっとも、「密接性という概念を用いてはいないものの、本件の事実関係に基づいた占有侵害の危険性の判断には、密接性も認められるとの評価も含意するという読み方」や、「犯行計画の進捗度合いに照らして未遂処罰に値する段階に至ったと評価したものという読み方も可能である。」とする。なお、江見判事は1つ目の読み方又は3つ目の読み方をするのが理解しやすいとしている（同論文33頁）。

立場からは、本決定は平成16年決定の判断枠組みに従っているといえることができる。もっとも、前述の通り、平成16年決定の理論構造は明確なものでなかったのに対し、本決定では危険性という単一の観点から実行の着手を判断することを明示し、その理論構造を明らかにした点は重要であろう。

次に、本決定の具体的な考慮事情がどのような意味を有するのかについて検討する。その際、本決定が具体的事情に言及する説示において、一部平成30年判決に類似した表現が見受けられるため⁽²⁷⁾、必要に応じて平成30年判決と比較しつつ、分析を行う。

平成30年判決の事案は以下のとおりである。すなわち、前日に100万円の詐欺被害に遭っていた長野市内に居住する被害者は、某日午前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。」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。」などと言われた(2回目の電話)。被告人は、氏名不詳者からの指示に従い、同日朝に長野市内へ移動し、同日午後1時11分頃、氏名不詳者から、被害者宅住所を告げられ、「お婆ちゃんから金を受け取ってこい。」「29歳、

刑事役で設定で金を取りに行ってくれ。」などと指示を受け、その指示に従って被害者宅に向かったが、被害者宅に到着する前に警察官から職務質問を受けて逮捕された、というものである。

平成30年判決は、犯行計画を前提とした上で、本件嘘の内容が(a)「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」として本件嘘の内容性質を指摘したうえで、(b)「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、」(直接性)(c)「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」こと(危険性)を指摘し、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詐欺罪の実行の着手を認めた⁽²⁸⁾。

これに対して、本決定における危険性を導く上での具体的な考慮事情に関する説示は、①「本件犯行計画上、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

⁽²⁷⁾ このような指摘をするものとして、江見・前掲注(2)31頁。谷井・前掲注(2)82頁、二本柳・前掲注(2)「判批」135頁、富川・前掲注(2)20頁。

⁽²⁸⁾ これらの個々の事情の分析は、富川・前掲注(25)107頁以下に依拠している。

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。」という文と、②「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うそが含まれている。」の2文から成っているため、1文目と2文目を分けて検討を行う。

(a)と①は、どちらもうその内容について述べており、また、「前提」という言葉が用いられているという共通点を有しているため、両者を比較し、分析を行う。平成30年判決の(a)の説示は、現金交付判断の基礎となる重要な事項を偽る行為が、詐欺罪の実行行為たる欺罔行為に該当することを踏まえたうえで、詐欺罪の実行の着手を認定する上では何らかのうそを相手方に述べただけは足りず、重要な事項に関連したうそでなければならないことを指摘したものと考えられる。つまり、(a)はどのような内容のうそが述べられても、詐欺罪の実行の着手が肯定されるという帰結を防ぐための詐欺罪固有の要件であると解される⁽²⁹⁾。これに対し、窃盗罪の実行行為に欺罔行為は含まれていないため、①は(a)とは異なる意味を有しているものと推察される。実際に本決定では、本件うそがキャッシュカードを窃取するにあたり犯行計画上必要とされるすり替えの隙を生じさせることの前提となっている点が指摘されてお

り、平成30年判決とは異なる表現が用いられている。最高裁がどのような意図でこのような説示をしたのかは推察の域を出ないが、本件犯行計画上、すり替え行為を行うにはすり替えの隙を生じさせることが必要であり、すり替えの隙を生じさせる前提となる本件うそは犯行計画上すり替え行為にとって必要不可欠なものであったことを指摘していると理解することができよう⁽³⁰⁾。

続いて、②「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うそが含まれている」という判示部分について検討する。この文はさらに「ともに」の前後で2つに分解することができる。すなわち、本件うその内容として、①「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……うそが含まれている」ことと、②「本件うそには、……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うそが含まれている」ことが指摘されていると理解することが可能である。

まず、②全体がどのような意味を有す

⁽²⁹⁾ 富川・前掲注(25)108頁以下。

⁽³⁰⁾ ①を必要不可欠性に言及したと理解するものとして、谷中・前掲注(2)184頁。

るのかについて検討する。この点は必ずしも明らかではないが、①と②部分が相まって、本件うその後には障害が不存在であること、つまりは窃盗を実現するに至る自動性・確実性が認められることを示していると考えられる⁽³¹⁾。

①では本件うそと虚偽の説明や指示行為との直接性が指摘されており、本件うそと虚偽の説明や指示行為との間には自動性・確実性があると理解することができよう。また、②では本件うそは「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」ものであることが指摘されている。そうすると、本件うそが述べられた上で、被告人が被害者に対し虚偽の説明や指示行為をすれば、被害者は疑問を抱かないのであるから、すり替えの隙を生じさせるうえでの障害はないといえ、さらに、すり替えの隙が生じればすり替え行為は自動的・確実に行えるといえる。したがって、②では本件うそが述べられた状態で虚偽の説明や指示を行えば、窃盗を実現するに至るまで障害はないことを示しており、前述のとおり①では本件うそから虚偽の説明や指示行為までに障害がないことを示していると考えられる。このような①と②を合わせて考えれば、本件犯行計画に照らすと、本件うそ以降は窃盗を実現するまで障害がないことを示していると解するこ

とができよう。

なお、①では本件うそが受け子である被告人の虚偽の説明や指示を行うことと直接つながっていることが指摘されているのに対して、平成30年判決の(b)においては「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」いることが指摘されている。ここで注目すべきは、①では直接的な法益侵害行為であるすり替え行為ではなく、その前段階の虚偽の説明や指示行為との直接性が言及されている点である。なぜ本決定がすり替え行為ではなく、虚偽の説明や指示行為との直接性を指摘したのかは明らかではなく、その理解には困難を伴うが、この点に関しては、本件うそと直接的な法益侵害行為であるすり替え行為の間には、なお中間行為として虚偽の説明や指示行為が必要であったことがその理由として挙げられ得る。なぜなら、虚偽の説明や指示行為が中間行為として予定されているのであれば、本件うそとすり替え行為は直接つながるとは言い難いからである⁽³²⁾。このような事情があるからこそ、②において、うそが述べられた状態で虚偽の説明や指示を行えば、窃盗を実現するに至るまで障害はないことを指摘しているものと考えられる。

以上をまとめると、本決定は①において本件うそがすり替え行為にとって必要不可欠であること、②において本件うそ

⁽³¹⁾ 谷中・前掲注(2)184頁は、②と『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方付近路上まで赴いた時点では、間もなく被害者方を訪問する予定の被告人が被害者の注意をそらし、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とした」との説示に、『障害となるような特段の事情』がないことに加え『時間的場所的近接性』があることについて認められるとした判断があったと考えることができる」としている。

⁽³²⁾ 裁判例(c)に関する評釈ではあるが、二本柳・前掲注(2)「判批」128頁は、「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っているともいえる。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』とも『直接つながる』とも言い難いように思われる。」と指摘する。

以降には障害が存在していないことを指摘しているものと理解できる。しかし、本決定で認められた危険性は本件うそが述べられた時点での危険性ではなく、被告人が被害者宅付近路上まで赴いた時点における危険性である。この点に関して、判示中で「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……」として、被害者宅付近路上に赴いてからすぐに被害者宅を訪問しようとしていたことが指摘されている。そうすると、「被告人が被害者宅付近路上に赴いた」という説示部分ではすり替え行為との場所的・時間的近接性が言及されていると読む余地がある。しかし、本件では「被告人が被害者宅付近路上まで赴いた時点では、窃盗罪の実行の着手が既にあったと認められる」〔圏点引用者〕として、被害者宅付近の路上に赴いた時点よりも前の時点で実行の着手を認める可能性を残している。そのため、仮に本決定が上記説示において場所的・時間的・近接性に言及していると解したとしても、この事情にどの程度重きを置いているのかはなお明らかではない。

本決定が時間的・場所的・近接性に言及していると解した場合、本決定で指摘された具体的な考慮事情は平成16年決定で指摘された事情と類似している。しかし、本決定では①②は本件うそに関する事情が指摘されているのに対し、時間的・場所的・近接性においては被告人が被害者宅付近路上まで赴いた時点における事情が指摘されている。このズレをどのように理解すべきかはなお明らかではないが、前述のとおり本件においては、「本件うそが

述べられ、被告人が被害者宅付近路上まで赴いた時点では、窃盗罪の実行の着手が既にあったと認められる」〔圏点引用者〕として、被害者宅付近の路上に赴いた時点よりも前の段階で実行の着手を認められることを示している点が注目されよう。つまり、本決定は行為者が被害者宅付近の路上に赴いた事案であったため、事案の解決としてはその時点で実行の着手を認めれば足りると解したにすぎず、本決定の判示は電話で本件うそを述べた時点で実行の着手を認められ得ることまでを否定していないと読む余地もあると考えられる⁽³³⁾。

仮に、本決定が電話で本件うそを述べた時点で実行の着手と認めうることを含意していると解するのであれば、被告人が被害者宅付近路上まで赴いた時点における時間的・場所的・近接性の指摘は実行の着手判断、つまりは危険性判断にとって重要なものではなく、上記のようなズレは問題とならないであろう。また、その場合には、本決定は①本件うそがすり替え行為にとって必要不可欠であるという事情と、②本件うそからすり替え行為に至るまでの自動性・確実性（障害の不存在）という2つの事情から、本件うそとすり替え行為が密接な行為であり両者は一連の行為であると解し、そのことから、危険性を認めているのではないかと考えられる。

本決定は被告人が被害者宅付近路上に赴いた時点よりも前の時点で実行の着手を認める余地を残しているものの、被害者宅付近路上に赴いた時点で窃盗罪の実行の着手を認めた点にも本決定の意義を見出せるように思われる。前述の通り、

⁽³³⁾ 本決定が電話を掛けた段階で実行の着手を認めなかったことを重視するものとして、松原・前掲注(2)13頁。

本件犯行計画によれば、本件うそすり替え行為の間に中間行為である被告人による虚偽の説明や指示が予定されていると考えれば、被告人が被害者宅付近路上に赴く行為と直接的な法益侵害行為であるすり替え行為との間にもなお中間行為が予定されているといえる。平成16年決定においては第1行為と第2行為との間に中間行為は想定されていなかったのに対し、本決定では被告人による虚偽の説明や指示行為という中間行為がなお予定されていると考えれば、平成16年決定の第1行為に対応するのは、直接的な法益侵害行為であるすり替え行為との間に中間行為が予定されていない被告人の虚偽の説明や指示行為である。しかし、本決定ではそれより前段階である被害者宅付近路上に赴いた時点で窃盗罪の実行の着手を認めている。したがって、本決定は直接的な法益侵害行為との間に中間行為がなお介在するとしても、実行の着手が認められるものと理解できる。したがって、本決定は平成16年決定よりも早い段階で実行の着手を認めたものと評価することができ、この点に本決定の意義を見出しうるであろう。

(2) 結論の妥当性

次に本決定が、被告人が被害者宅付近路上まで赴いた時点で窃盗罪の実行の着手を認めたことの妥当性について検討する。

すり替え型窃盗事案は詐欺的窃盗の一形態であることから、本決定の射程がその他の詐欺的窃盗罪案にまで及ぶのであれば、その他の詐欺的窃盗罪案における実行の着手時期を念頭に置いた上で本決定の結論の妥当性を検討すべきであろう。

そこで本稿では、客を装い商品の試着をしたい旨店員に申し出、商品を試着さ

せてもらい、そのまま店員の間隙をついて逃走するという事案（以下、試着事案）を素材にすることとしたい。このとき、行為者は何度か当該店舗に下見に訪れたことがあり、店員の人数や試着室と出入り口の位置関係、さらには試着した際に店員が客から目を離すことがあることを確認しており、試着して逃走することが容易であり、ほぼ確実に実行できることを事前に確認していたという場合にはどのように考えられるであろうか。客を装って店員に試着がしたい旨の申し出をすれば、通常店員に試着を断られることはありえず、また、試着した後に逃走がほぼ確実に実行できる場合であれば、このような試着事例においては店舗に到着するよりも前の時点で窃盗罪実現の高度の危険性を認めることができるように思われる。他方で、すり替え型窃盗においては、被害者宅へ到着した後も受け子は金融庁職員を装って虚偽の説明や指示をする必要があるが、その時点で被害者が不審に思い計画が失敗する可能性も否定できず、被害者宅あるいは店舗に到着する以前の段階においては、すり替え型窃盗事案よりも試着事案の方が窃盗罪実現の危険性は高いということもできよう。

仮にすり替え型窃盗事案における実行の着手の議論の射程が試着事案にまで及ぶとすれば、本決定が被害者宅へ到着する前の被害者宅付近の路上に赴いた時点で窃盗罪の実行の着手を認めている以上、試着事案においても店舗付近の路上に赴いた時点で窃盗罪の実行の着手を認めなければならないであろう。しかし、人との接触が予定されておらず、また、盗む物のみが存在しているような土蔵への侵入窃盗への場合ですら、窃盗罪の実行の着手を認めるためには土蔵へ侵入しよう

とすることが必要とされている⁽³⁴⁾。土蔵への侵入窃盗事案において、夜間は人が通りかからないことが確実であり、また、既に行為者が土蔵の鍵を入手していて、さらに、土蔵の所有者が遠方に旅行に行っており、そのことを行為者が認識しているなどの事情があれば、土蔵へ到着するよりも前の時点で試着事案と同等以上の危険性が認められるものと考えられる。さらに、試着事案よりも上記の土蔵への侵入窃盗の方が財物窃取までのプロセスが単純であることも指摘できる。以上のことに鑑みれば、上記のような事情のもとでの土蔵への侵入窃盗の場合であっても土蔵へ到着していない段階では実行の着手が認められないにも関わらず、試着事案では、店舗に到着していない時点で実行の着手を認めるという帰結は受け入れがたいように思われる。したがって、本決定の射程がすり替え型窃盗事案以外の詐欺的窃盗の事案にまで及ぶと解するのであれば、本件において窃盗罪の実行の着手を認めたのは不当であったということができよう。

これに対して、そもそも本決定の射程の範囲は特殊詐欺におけるすり替え型窃盗事案に限られ、その他の詐欺的窃盗事案には及ばないとの理解もありうる。そのような理解に立つのであれば、他の詐欺的窃盗にはないすり替え型窃盗事案の特殊性を説明しなければならないであろう。

すり替え型窃盗の特殊性としてまず考えられるのは、事前に架け子が被害者に架電して嘘を述べている点である。たしかに上記の試着事案においては店員と直接対峙した後うそを述べており、この点はすり替え型窃盗事案とは異なるとい

える。しかし、上記の試着事案を變形して、感染症対策のために店舗に電話での来店予約が必要であった場合を考えると、犯人は事前に店舗に架電し客を装い予約を取ることになる。そうすると、試着事案においても被害者と対峙する前にうそを述べることはあり得、事前に被害者に嘘を述べることはすり替え型窃盗事案特有のものではないことが明らかとなる。

他方で、本件における架け子のうその内容は、被害者が詐欺被害に遭っている可能性があり、再度の被害を防止するためにキャッシュカードを保管する必要があるというもので、被害者が危機的状況に陥っている旨のうそがなされている。この点を捉えて、被害者に自身が危機的状況に陥っていると誤信させ、被害者の思考能力を低下させる点にすり替え型窃盗における特殊性を見出すことができるかもしれない。たしかに、自身が危機的状況に陥っていると被害者に誤信させて被害者の思考能力を低下させることは、架け子や受け子のうそを信じ込みやすくさせ、窃盗罪実現の危険性を高めるものと評価することができよう。しかし、窃盗罪実現の危険性の高さという観点においては、前述のように試着事案における窃盗罪実現の危険性はすり替え型窃盗事案よりも高い場合が考えられうるため、被害者に自身が危機的状況に陥っていると誤信させ、被害者の思考能力を低下させて窃盗罪実現の危険性を高めている点は、すり替え型窃盗事案の特殊性を表すものではないであろう。

以上のことから、本決定におけるすり替え型窃盗事案における実行の着手の議論の射程は、他の詐欺的窃盗の場合にも

⁽³⁴⁾ 名古屋高判昭和25年11月14日高刑集3巻4号748頁。

及ぶと考えられる。したがって、本件において被害者宅付近路上に赴いた時点ですでに窃盗罪の実行の着手が認められると判断している以上は、電話で来店予約をした場合の試着事案においても店舗付近路上に赴いた時点で実行の着手を認めなければならない。しかし、そのような帰結は受け入れ難いことを考えると、本決定の結論は妥当ではなく、本件において実行の着手を認めるべきではなかったと思われる。

(3) 私見

(a) 危険性の観点

本決定の結論が妥当ではないと解する場合、すり替え型窃盗事案においていずれの時点で実行の着手を認めるべきかが問題となる。この点を検討するにあたり、まず未遂犯の処罰根拠に立ち返ってみると、既遂に至っていないにも関わらず未遂犯が処罰されるのは、法益保護のために必要であるからだと考えられている⁽³⁵⁾。したがって、未遂犯の処罰根拠は、未遂犯が構成要件実現の現実的危険を有していることに求められるため、危険性の観点から本件すり替え型窃盗事案の分析を行う。

本件犯行計画によれば、予め警察官になりすました架け子が被害者に架電し、被害者に対し、被害者が詐欺被害に遭っており、再度の被害を防止するためには金融庁職員が持参した封筒にキャッシュ

カードを入れて保管する必要がある旨のうそを告げ、その後金融庁職員になりすました被告人が被害者にキャッシュカードを封筒に入れさせ、被害者が目を離した際にその封筒を別の封筒とすり替えてキャッシュカードを窃取することが予定されていた。このような犯行計画に照らせば、被害者に架電し、上記のうそを述べれば、それを高齢の被害者が信じる可能性は十分に認められる⁽³⁶⁾。また、本決定も述べるように、被害者がそのような誤信に陥っていればその後の受け子の言動に疑いを抱くことなく、被害者にキャッシュカードをすり替える隙を作ることができるため、本件うそ述べる行為とすり替え行為との間には特段の障害はなく、本件うそを述べた時点で窃盗罪を実現する蓋然性は認められるであろう。

さらに、本件のようなすり替え型窃盗の場合と直接交付型の詐欺の場合とではいずれも、架け子があらかじめ電話で被害者にうそを述べ、その後受け子が被害者と接触して財物の占有を取得することが予定されている。被害者側からすると、キャッシュカードを他人に交付する認識のときよりも、キャッシュカードの入った封筒を自身で保持する認識である方が警戒心が低くなり⁽³⁷⁾、直接交付型の詐欺事案よりもすり替え型窃盗事案の方が受け子の指示に従いやすくなるために、詐欺罪の場合よりもすり替え型窃盗の方が成功しやすいともいえる⁽³⁸⁾。そのように

⁽³⁵⁾ 藤木英雄『刑法講義総論』（弘文堂・1975年）255頁。

⁽³⁶⁾ 未遂犯において問題となる「危険」とは、「既遂犯罪構成要件実現の蓋然性を意味」している（岡本勝「危険犯」をめぐる諸問題『犯罪論と刑法思想』（信山社・2000年）78頁）。未遂犯における危険の理解に関しては、2022年6月18日開催の東北大学刑事法判例研究会にてご教示いただいた。

⁽³⁷⁾ このような指摘をするものとして、宇都宮地裁足利支判令和3年3月17日LEX/DB25569194（裁判例（c））。

⁽³⁸⁾ 大塚・前掲注（10）「判批」46頁以下は、直接交付型とすり替え型のいずれも、被害者にキャッシュカードに問題が生じていると信じさせることによって被害者を犯人のコントロール下に置くことが犯行計画中最も重要であり、架け子の嘘によって被害者をコントロール下においた後の経

解するならば、直接交付型の特殊詐欺事案に関して、電話で被害者にうそを述べた時点で詐欺罪実現の現実的危険が認められるのであれば、すり替え型窃盗においても電話で被害者にうそを述べた時点で、詐欺罪の場合と同程度、あるいはそれ以上の構成要件実現の危険が認められると解される。

しかし、前述のようにこの程度の窃盗罪実現の危険性は、試着事案においても店舗付近路上に赴いた時点で認められうるが、その時点で窃盗罪の実行の着手を認めることは受け入れ難く、より遅い時点で窃盗罪の実行の着手を認めるべきであろう。したがって、危険性が認められたとしてもそれだけでは実行の着手は肯定できず、危険性とは異なる観点からの限定が必要となる。危険性以外の限定がどのようなものかが問題となるが、この点は構成要件が予定している行為態様の違いから説明ができると思われる。

(b) 構成要件による形式的制約

窃盗罪の構成要件が規定している行為は直接的な法益侵害行為である窃取行為のみであるのに対し、詐欺罪の場合は欺罔行為も実行行為の一部として予定されており、法益侵害までにはなお被害者による交付行為という中間行為が予定されている点で両罪は異なっている。前述のように、直接交付型の詐欺罪とすり替え型の窃盗罪のいずれの場合においても、架け子が被害者に対して電話でうそを述べる行為の時点で犯罪実現の危険性は認められる。詐欺罪の実行行為は欺罔行為であるから、電話でうそを述べる行為の

時点で危険性が認められ、さらに構成要件の充足も認められるため、電話で嘘を述べた時点で詐欺罪の実行の着手を認めた平成 30 年判決の結論は妥当であったといえる。それに対して、窃盗罪の実行行為は窃取行為であるが、電話でうそを述べる行為を窃取行為ということは困難であろう。したがって、すり替え型窃盗事案においては、電話をかける行為の時点で未遂犯処罰を基礎付ける窃盗罪実現の現実的危険を認めることはできるものの、窃盗罪の予定している窃取行為が認められ得ないために、電話でうそを述べる行為の時点で実行の着手を認めることはできない。

窃取とは、「他人が占有する財物を、占有者の意思に反して、自己または第三者の占有に移すこと」⁽³⁹⁾であり、窃取行為とは財物に対する他人の事実上の支配を排除して新たな占有を設定することを意味する。窃盗罪において被害者の事実上の支配を排除する方法は様々なものが考えられ、被害者が不在の時に密かに財物を盗み出すような侵入盗の類型や、被害者が携行している財物を気づかれないように盗むすりの類型や、被害者の占有弛緩を用いる詐欺的窃盗の類型などが存在しており、窃取概念を満たす類型は複数存在することとなる。なお、いずれの窃取類型であっても、財物の占有移転を行うためには、行為者が財物と物理的に接近する必要があることに鑑みれば、窃盗罪の実行の着手を認めるためには、財物の占有移転を行う予定の行為者が財物と一定以上接近する必要があると考えられる。

過については、直接交付型における経過とすり替え型窃盗とでその実現可能性に優位な差を認めることは困難であると指摘する。

⁽³⁹⁾ 西田典之・山口厚・佐伯仁志編『注釈刑法第4巻各論(3) § §235~264』(有斐閣・2021年) 23頁〔佐伯仁志〕。

これら窃取類型すべてについて網羅的に分析することはできないが、本稿で問題としている詐欺的窃盗に焦点を当てると、詐欺的窃盗はその犯行計画上被害者の占有弛緩を用いて、他人の財物に対する事実上の支配を排除する占有弛緩類型の窃取概念である。他人の事実上の支配を排除する方法として被害者の占有弛緩を用いるのであるから、占有弛緩を生じさせる行為の開始が窃取行為の開始と解されることとなる⁽⁴⁰⁾。

詐欺的窃盗の事案においては、被害者と占有移転を行う予定の行為者が被害者と直接接触してコミュニケーションを取りつつ、その流れで何らかの偽計を用いて占有を弛緩させることが予定されている。そのため、偽計を用いて占有弛緩を生じさせるためには、当該行為者が被害者と直接コミュニケーションをとることが必要不可欠であり、また、当該コミュニケーションをとる行為と直接的に占有弛緩を生じさせる行為とは時間的にも場所的にも近接していることに鑑みれば、両者の行為は密接不可分な行為といえる。したがって、被害者に対し直接コミュニケーションを取る行為を開始した時点で占有弛緩を生じさせる行為を開始したと評価できるであろう。

さらに、前述の通り、窃盗罪の実行の着手を認めるためには、占有移転行為を行う行為者が財物と一定以上接近する必要があるため、詐欺的窃盗事案において窃盗罪の実行の着手を認める上では、占有移転を行う行為者が財物と一定以上接近した上で、被害者と直接コミュニケーションを取ることが必要であると考えられる⁽⁴¹⁾。例えば、すり替え型窃盗の事案であれば、受け子が被害者を呼び出すためにインターホンを押す行為や、玄関のドアを開けて被害者を呼ぶ行為などに実行の着手が認められると考えられる⁽⁴²⁾。したがって、占有移転を行う予定の行為者が未だ財物と一定以上接近した上で被害者と直接コミュニケーションを取る行為を開始したとはいえない本決定の事案において、窃盗罪の実行の着手を肯定することはできない。

詐欺的窃盗の実行の着手時期に関して上記のように解すると、特殊詐欺の中でもすり替え型（窃盗）の場合と直接交付型（詐欺）の場合とで、未遂犯の成立時期が異なるという帰結が導かれる。この帰結に対して、特殊詐欺の中でも詐欺の形態か窃盗の形態かによって、未遂犯の成立時期に差異が生じることは不適切で

⁽⁴⁰⁾ 被害者の警戒心を緩め、犯人の指示に従う心の準備をもたらすことを占有弛緩の開始と見る見解も存在する（二本柳・前掲注（2）「窃盗未遂罪の処罰時期-最高裁判所令和4年2月14日第3小法廷決定を契機として-」15頁）が、占有とは財物に対する事実上の支配であるから、被害者の警戒心を低下させるなどのように観念的に占有弛緩を捉えることについては疑問がある。

⁽⁴¹⁾ なお、侵入窃の類型の場合には財物を密かに取ることが予定されており、犯行計画上、占有弛緩は必要とされておらず、占有弛緩とは異なる方法で被害者による財物への支配を排除することになるため、詐欺的窃盗とは異なる窃取類型に属することになる。侵入盗の事案において被害者の財物に対する事実上の支配を排除するためには、詐欺的窃盗の場合よりもさらに財物へ物理的に接近することが必要と考えられ、住居侵入窃盗の場合には財物が存在すると考えられる場所へ向かう行為が必要となる。このように、窃取の類型が異なる以上、侵入盗の事案と詐欺的窃盗の事案とで実行の着手時期が異なることは当然であり、両者を比較する意義は乏しいと考えられる。

⁽⁴²⁾ もっとも、上記の理解に基づけば、財物への一定程度の物理的接近は必要とされるものの、必ずしも受け子が被害者宅へ到着している必要はないと考えられる。例えば、被害者宅に到着していない段階で庭に出ている被害者に対して呼びかけを行った場合には、実行の着手は認められるであろう。

あるとの指摘がなされている⁽⁴³⁾。しかし、詐欺罪と窃盗罪では構成要件に規定された行為態様が異なる以上、両罪で未遂犯の成立時期が異なることは正当化されるように思われる⁽⁴⁴⁾。さらに、実質的な問題として提起される、すり替え型窃盗の未遂犯の場合に生じる処罰の間隙については、偽計などの手段行為を実行行為に含む詐欺的窃盗という新たな条文の新設を通じた立法による解決が可能である⁽⁴⁵⁾。

以上によれば、すり替え型窃盗の実行の着手については、構成要件的制約という観点から未遂犯の成立を限定したうえで、それによって生じる処罰の間隙は立法による解決を図ることが望ましかったように思われる。

4. おわりに

本決定はこれまで最高裁の判断がなされていなかったすり替え型窃盗の実行の着手について判断した点、従来の判例においては実行の着手判断の理論構造が明確となっていなかったのに対し、本決定においては、危険性という単一の観点から実行の着手を判断することを明示した点、さらに被告人が被害者宅付近の路上に赴いた時点では既に実行の着手が認められるとして、直接的な法益侵害行為との間になお中間行為が介在する場合であっても実行の着手を認め、実行の着手を従来の判例よりも早い段階で認めた点に意義があるといえる。

実行の着手を判断する上で行為者の計画を考慮している点において、本決定は平成16年決定及び平成30年判決を踏襲していると考えられ、これらの従来の判例でも密接性（直接性）は危険性を判断する一要素と解していると考えられるのであれば、本決定も同様の判断枠組みを採用しているといえる。なお、本決定はすり替え型窃盗事案において、どの段階ではじめて実行の着手が認められるのかについては判断を留保しており、この点については今後の判断が待たれる。

もっとも、私見によれば、構成要件上の制約という観点から、本件のようなすり替え型窃盗における実行の着手は、受け子が被害者と一定以上接近した上で、被害者に対し直接コミュニケーションを取る行為を開始した時点で認められるべきであり、いまだそのような行為の開始が認められない本件事案において窃盗罪の実行の着手を認めた点は妥当ではないと思われる。

*本研究は、JST 次世代研究者挑戦的研究プログラム JPMJSP2114 の支援を受けたものである。

⁽⁴³⁾ 大塚・前掲注(10)「判批」47頁、佐藤・前掲注(2)10頁。また、詐欺と窃盗で実行の着手時期が異なると解した場合に生じる実務上の問題点を指摘するものとして、江見健一「特殊詐欺の受け子の罪責に関する諸問題(上)」警察学論集72巻11号(2019年)24頁以下。

⁽⁴⁴⁾ 白石篤史「各種犯罪における実行の着手の認定について」警察学論集75巻2号(2022年)150頁。

⁽⁴⁵⁾ このような立法による解決に言及するものとして、杉本一敏「行為の構造から見た「実行の着手」時期(3)-各論(その2)最後の一突き型犯罪-」刑事法ジャーナル70号(2021年)102頁注(24)。なお、杉本教授は、すり替え型窃盗の事案においていずれの時点で実行の着手を認め得るのかについて、その判断を留保している(同論文114頁以下、杉本・前掲注(17)139頁)。