

特殊詐欺のすり替え窃盗事案における 実行の着手について

—— 最三決令和 4 年 2 月 14 日刑集 76 卷 2 号 101 頁を契機として ——

高 橋 欣 也

要 旨

近時、特殊詐欺の一種である「すり替え窃盗」が社会問題化している。この問題に関連して、最三決令和 4 年 2 月 14 日刑集 76 卷 2 号 101 頁は、被害者宅到達前の段階における窃盗罪の実行の着手を認める判断を示した。

すり替え窃盗は、複数の行為によって構成される犯罪類型であることから、一連の行為論による分析が重要となる。具体的には、「架け子によるうそ」と「被害者宅での窃取行為」を一連の行為として評価したうえで、第 1 行為である電話でのうそに抽象的危険性が認められる場合には、その時点で実行の着手を肯定することが可能となる。

しかし、実行の着手と未遂犯の成立とを区別して考察する立場からは、窃盗未遂罪の成立には、法益に対する具体的危険性が発生する被害者宅到着時点まで要すると解される。したがって、すり替え窃盗の事案においては、すり替え担当者が被害者宅へ到着していない段階では、法益に対する具体的危険性が発生していないため、未遂犯の成立を肯定することは困難であるといえよう。

キーワード：すり替え窃盗 実行の着手 未遂犯 進捗度説 被害者領域への介入

1. はじめに

近年、特殊詐欺の新たな手口として、「すり替え窃盗」が深刻な社会問題となっている。すり替え窃盗のその具体的な手口は以下のとおりである。

まず、犯人グループの 1 人が架け子役となり、警察官などの公的機関の職員を装って被害者宅に電話をかける。その際、「キャッシュカードに不正利用の形跡がある」などと告げ、カードの確認が必要であると虚偽の説明を行い、被害者に対し、キャッシュカードと暗証番号を書いたメモの準備を指示する。次に、別の共犯者であるすり替え役が被害者宅を訪問し、用意させたキャッシュカードと暗証番号が書かれたメモを封筒に封入するよう指示する。その後、「手続きのために割り印が必要」などと告げて、被害者の注意を印鑑に向けさせる。その隙に本物の封筒と偽物の封筒とをすり替えるのである。

このような事案に関して、最高裁判所第三小法廷は、令和 4 年 2 月 14 日決定（刑集 76 卷 2 号 101 頁、以下「最高裁令和 4 年決定」とする）に重要な判断を示した。同決定において注目すべきは、窃盗罪（刑法 235 条）の実行の着手時期に関する判断である。すなわち、犯人が被害者宅に到達する前の段階、具体的には被害者宅の付近まで赴いた時点で、窃盗罪の実行の着手を認めるという判断を示したの

である。

この最高裁令和4年決定の判断は、窃盗罪の実行の着手時期を従来よりも前倒しして認めたものであり、実務及び理論の両面において重要な意義を有する。これは、従来の判例理論や学説に大きな影響を与えることから、刑法学会においても活発な議論が展開されている。

本稿では、このようなすり替え窃盗事案における窃盗罪の実行の着手時期について理論的考察をするものである。検討の中心となるのは、最高裁令和4年決定が示した新たな判断基準である。本決定の詳細な分析を通じて、従来の判例理論及び学説との整合性を検証するとともに、刑法理論の観点からその妥当性について多角的な検討を加えるものとする。

2. 「実行の着手」をめぐる裁判例

窃盗罪においては、未遂罪の処罰規定は設けられている（刑法243条、44条）ものの、予備罪の処罰規定は置かれていない。このため、窃盗罪における可罰性の判断において決定的に意義を有するのが、実行の着手時期である。窃盗罪の実行の着手に関する判断基準を明確化することは、刑法解釈における重要な課題の1つといえる。ここでは、すり替え窃盗における実行の着手時期の考察に先立ち、窃盗未遂に関する従来の判例理論の展開を概観する。これにより、最高裁令和4年決定の理論的意義をより明確に把握するための視座を提供したい。

（1）クロロホルム事件における実行の着手時期

窃盗罪の実行の着手時期に関する裁判例を概観するにあたり、その出発点としていわゆるクロロホルム事件⁽¹⁾を検討する必要がある。クロロホルム事件は実行の着手時期をめぐる2つの重要な判断基準を統合した先例として評価されている。すなわち、大審院時代から用いられてきた「密接性」枠組みと、最高裁判所が採用してきた「既遂に至る客観的危険性」の基準の統合を図ったものである⁽²⁾。

このクロロホルム事件が示した判断枠組みは、その後の判例実務において確立した基準として広く適用されている。本稿で検討するすり替え窃盗事案においても、実行の着手時期を判断する際の基礎的枠組みとして重要な意義を有していると評価されている⁽³⁾。

クロロホルム事件の概要は次の通りである。被告人Aは、被告人B、C、Dらと共に謀るうえ、Aの夫Eに対してクロロホルムをかがせて意識を喪失させるという第1行為をした後、意識を失ったEを自動車ごと海中に転落させるという第2行為により溺死させるという殺害計画のもと、Eを殺害した事案である。これについて最高裁は、実行の着手時期について「実行犯3名の殺害計画は、クロロホルムを吸引させてEを失神させた上、その失神状態を利用して、Eを港まで運び自動車ごと海中に転落させて死させるというものであって、第1行為は第2行為を確実に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

（1） 最決平成16年3月22日刑集58巻3号187頁。

（2） 平木正洋「判解」最高裁判所判例解説刑事編平成16年度（法曹会、2007年）163頁、品田智史「窃盗罪の実行の着手——最決令和4年2月14日刑集76巻2号101頁」法学教室515号（2023年）89頁。

（3） 二本柳誠「判研」名城法学71巻3=4号（2022年）113頁。

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。」と判示した⁽⁴⁾。

クロロホルム事件は、実行の着手時期の判断において、行為者の殺害計画を前提としつつ、第1行為と第2行為との間の連関性について3つの重要な判断要素を示している。すなわち、①第1行為が第2行為を確実にかつ容易に行うために必要不可欠なものであり、両行為が一連の行為として不可分の関係にあること、②第1行為が成功した場合において、犯罪計画の遂行を妨げるような特段の事情が存在していないこと、③第1行為と第2行為との間に時間的場所的な近接性が認められることである。

クロロホルム事件は、上記の連関性を踏まえたうえで、第1行為と第2行為との間に「密接な行為」が認められる場合には、第1行為の開始時点において、「既遂に至る客観的危険性」が認められ、その結果として、第1行為の時点で実行の着手が肯定されたとしたのである⁽⁵⁾。

(2) 窃盗罪における実行の着手

次に、窃盗罪の実行の着手について、これまでの判例理論がどのように展開されてきたのか、その変遷を概観する。

大審院時代において、他人の財物が入っているポケットに手を入れて金品を奪取する行為について「他人ノ事實上ノ支配内ニ在ル他人ノ財物ヲ自己ノ支配内ニ移スコトヲ要ス故ニ他人ノ財物ヲ領得スル意思ニ出ツル行為ト雖モ未タ他人ノ事實上ノ支配ヲ侵スニ付キ密接セル程度ニ達セサル場合ニ於テハ竊盗罪ニ著手シタルモノト謂フヘカラス」と判示して⁽⁶⁾、大審院は窃盗罪の実行の着手について、「他人の財物に対する事実上の支配を侵すにつき密接な行為をなした」時点に認められることを示した。

また、住居侵入窃盗の事案に関しては、窃盗の目的をもって住居に侵入した段階では未だ実行の着手は認められず、金品を物色を目的としてタンスに近接したときに実行の着手が認められると判示した⁽⁷⁾。本件は、タンスへの近接行為を実行の着手の判断基準となる密接な行為と位置づけている。しかし注目すべきは、本判決が単なる行為の密接性のみならず、行為者の主観的要素、すなわち犯罪計画との関連性を考慮したうえで、窃盗の既遂に達する客観的危険性の発生の有無を検討している点である。このように、実行の着手の判断においては、客観的要素と主観的要素の双方を総合的に考慮するという判断枠組みが確立されているということができよう⁽⁸⁾。

その後、馬鈴薯等を窃取することを企てた被告人らが住居に侵入し、馬鈴薯に近寄ろうとしたところを警戒中の警察官らに発見されたため窃取の目的を遂げられなかったという事案において、「被告人等は、共謀の上馬鈴薯その他食料品を窃取しようと企て…養蚕室に侵入し、懐中電燈を利用して食料品等を物色中、警察官等に発見せられて、その目的を遂げなかつたというのであつて、被告人等は、窃盗の目的で他人の屋内に侵入し、財物を物色したというのであるから、このとき既に、窃盗の着手があつたとみるのは当然である」と判示⁽⁹⁾した。本判例においても、行為者の犯罪計画を基礎としつつ、物色行為の時点で占有侵害の客観的危険性が高まっているとしている。すなわち、財物に対する事実上の支配

(4) 最決平成16年3月22日刑集58巻3号189～190頁。

(5) 稲垣悠一「判批」専修ロージャーナル18号(2022年)83頁。

(6) 大判大正6年10月11日刑録23輯1078頁。

(7) 大判昭和9年10月19日刑集13巻1473頁。

(8) 川端博＝西田典之＝原田國男＝三浦守編『裁判例コンメンタール刑法』〔第1巻〕(立花書房、2006年)408頁〔伊東研祐〕。

(9) 最判昭和23年4月17日刑集2巻4号399頁。

を侵害するについて密接な行為が認められるとして、実行の着手を肯定する判断を示したものと評価できる。また、最判昭和40年3月9日刑集19巻2号69頁では、「電気器具商たる本件被害者方店舗内において、所携の懐中電燈により真暗な店内を照らしたところ、電気器具類が積んであることが判つたが、なるべく金を盗りたいので自己の右側に認めた煙草売場の方に行きかけた際、本件被害者らが帰宅した事実が認められるというのであるから、原判決が被告人に窃盗の着手行為があつたものと認め」られると判示している。本件において注目すべき点は、物色行為には至っていないにもかかわらず、「なるべく金を盗りたい」という行為者の犯罪計画に基づいて、物色目的で煙草売場へ接近する行為に「密接性」を認めた点である⁽¹⁰⁾。

その他、被告人が、駅の自動券売機の硬貨釣銭返却口に接着剤を塗布し、乗客が投入した硬貨の釣銭がその接着剤に付着するのを待って、これを回収して窃取しようという計画のもと、被告人が接着剤を自動券売機に塗布しているところを駅員に発見・逮捕され、その目的を遂げなかったという事案がある。これについて、東京高裁は、「窃盗罪における実行の着手は、構成要件該当行為自体の開始時点に限定されず、これに密接な行為であって、既遂に至る客観的危険性が発生した時点に認められると解されるところ、本件においては、本件接着剤を各券売機の釣銭返却口に塗布した時点において、実行の着手があつたというべきである。すなわち、被告人の本件接着剤塗布行為は、券売機の釣銭等を取得するためには、最も重要かつ必要不可欠な行為であり、釣銭の占有取得に密接に結びついた行為である。また、被告人において、本件接着剤塗布行為に1回でも成功すれば、本件接着剤の効能、乗客の乗車券購入行為等による釣銭の出現の頻度、釣銭が接着剤に付着する確率等を踏まえると、券売機の管理者が占有する釣銭用硬貨を十分に取得することができる状態に至った、換言すれば、硬貨の窃取に至る客観的危険性が生じたといえることができるというべきである。」と判示した⁽¹¹⁾。

本判例は、接着剤の塗布行為と券売機からの釣銭取得行為との間に一連の行為性を認めた点が特徴的である。また、接着剤の塗布行為の完了により犯行計画の重要な部分が終了したと評価し、釣銭取得という結果実現への障害が存在しないと判断している。これらの事情を総合的に考慮し、本判決は密接性の基準及び客観的危険性の基準の双方が充足されたとして、窃盗罪の実行の着手を肯定したといえよう。このような判断枠組みは、クロロホルム事件で示された基準の影響を強く受けていると評価することができる⁽¹²⁾。

他方、判例は、物色行為が省略できる特殊な侵入窃盗の事案についても判断を示している。例えば、土蔵や倉庫など、内部に金品が確実に存在することが明らかな場所への侵入場合には、その侵入行為自体に窃盗罪の実行の着手を認めている⁽¹³⁾。

(3) 小括

窃盗罪の実行の着手について判例は、行為者の犯罪計画を基礎としつつ、「他人の財物に対する事実上の支配を侵すにつき密接な行為をなした」時点、すなわち占有侵害の客観的危険性が高まった時点に、これを認めている。特に注目すべきは、この判断が占有侵害行為の開始時点よりも前の段階でなさ

(10) 高橋則夫『刑法総論』〔第5版〕(成文堂、2022年)417頁。

(11) 東京高判平成22年4月20日東高刑時報61巻1～12号70頁。

(12) 今井猛嘉＝小林憲太郎＝島田聡一郎＝橋爪隆『刑法各論』〔第2版〕(有斐閣、2015年)143頁。

(13) 例えば、名古屋高判昭和25年11月14日高刑集3巻4号748頁など。

れている点である⁽¹⁴⁾。また、近時の判例理論は、クロロホルム事件で示された三要素（第1行為と第2行為との不可分性、犯罪計画遂行上の障害の不存在、時間的場所的近接性）を踏まえつつ、「密接性」と「既遂に至る客観的な危険性」という2つの基準を用いて、実行の着手の判断がなされている⁽¹⁵⁾と評価することができる。

3. すり替え窃盗の実行の着手に関する近時の下級審裁判例

以上のような判例理論の展開を踏まえ、すり替え窃盗における実行の着手時期について、裁判所がいかなる判断枠組みをしているかの分析を行う。検討の中心となるのは最高裁令和4年決定であるが、その前後の下級審裁判例も含めて包括的な考察を進める。まず、最高裁令和4年決定以前のすり替え窃盗に関する下級審裁判例を概観する。次に、最高裁令和4年決定の内容について概観する。最後に、最高裁令和4年決定以降の下級審裁判例を取り上げ、判例理論の展開を探る。なお、紙幅の制約上、各裁判例の検討は判断の核心部分に限定して行うこととする。

(1) すり替え窃盗の実行の着手に関する近時の下級審裁判例

(イ) 東京高判令和3年3月11日東高刑時報72巻1＝12号1頁⁽¹⁶⁾

この事案は以下のとおりである。

被告人Xは、共犯者である氏名不詳者が警察官を装って高齢の被害者方に電話をかけ、「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ている」と虚偽の事実を告げた。そのうえで、「担当者Bが被害者方を訪問するので、そ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必要がある」となどと欺罔した。前記担当者BになりすましたXが被害者宅に訪問したうえ、被害者にキャッシュカードを封筒に入れさせ、被害者の注意が逸れた隙に、同封筒を別の封筒とすり替えることでキャッシュカードを窃取しようとした。しかし、Xが被害者方のインターホンを鳴らした時点で、被害者がXらの意図を看破したため、Xはその目的を遂げることができなかったというものである。

これについて、東京高裁は、「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、…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、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。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、…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。そして、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

(14) 高橋則夫『刑法各論』〔第4版〕(成文堂、2022年)262頁。

(15) 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（公刊物未搭載）を題材として～」警察学論集72巻12号（2019年）14頁。

(16) 本件につき、杉本一敏「判批」法教494号（2021年）139頁、松宮孝明「判批」新・判例解説WAtch30号（2022年）203頁など参照。

存在せず、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えることができる」ことから、「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」と判示した。

(口) 宇都宮地足利支判令和3年3月17日 LEX/DB25569194⁽¹⁷⁾

この事案は次のとおりである。

すなわち、被告人Xは共犯者である氏名不詳者らが市役所職員及び銀行員を装って被害者宅に電話をかけ、「保険料の払戻金がある」と告げたうえで、「キャッシュカードが古いため出金できない状態にあり、確認のため職員を向かわせる」旨の虚偽の説明を行った。銀行員になりすましたXが、被害者が差し出したキャッシュカードを封筒に入れ、被害者が目を離した隙に、同封筒をポイント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しようとした。Xは、ポイントカード及び封筒を携帯して被害者方付近に赴いた。しかしその後、氏名不詳者から「別の場所で待機してください。」の指示を受け、移動先で待機していたところ、警戒中の警察官による職務質問を受けたため、その目的を遂げることができなかったというものである。

これについて、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」と確認したうえで、「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、…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

(17) 本件につき、二本柳・前掲注(3)109頁参照。

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」とし、また「被告人は、…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、歩いて被害者方に向かったものであり、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…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…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」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、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」と判示した。

(ハ) 東京高判令和3年10月19日高検速報(令3号)281頁⁽¹⁸⁾

原判決は、前述した(ロ)である。(ロ)の控訴審である東京高裁は、「本件の犯行計画は、原判決も説示するとおり、かけ子役の共犯者が市役所職員を名のって被害者に電話をかけてその銀行口座を聞き出し、次に当該銀行の職員を名のって電話をかけて保険料の返戻金を振り込むにはキャッシュカードを確認する必要があるので銀行員を向かわせるなどうそを言い、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、被害者がある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。

そして、本件においては、氏名不詳の共犯者が、本件当日の午前10時頃及び午後0時頃に被害者方に電話をかけ、返戻金を受け取るための手続等についてうそを言うとともに、被害者の銀行口座やキャッシュカード等の情報を聞き出し、返戻金を受け取るためには銀行員がキャッシュカードを確認する必要があると誤信させている。犯行計画に基づくこれらの行為によって、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呈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。そして、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メートルの距離にある駅の待合室で待機していた。

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うそ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、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。そうすると、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」と判示した。

(18) 本件について、杉本一敏「判批」法教518号117頁参照。

(二) 小括

上記の(イ)東京高裁令和3年判決及び(ロ)宇都宮地裁足利支部令和3年判決における実行の着手の認定では、2つの基本的な判断基準が重視されている。第一に密接行為の開始時期の評価、第二に結果発生に至る客観的な危険性の存否である。

そして、これらの判決では、①被害者に対する電話でのうそが犯行計画の一環であり、窃取を容易にするために不可欠であること、②電話でのうそから窃取行為に至るまでの間に特段の障害がないこと、③電話でのうそと窃取行為との間に時間的場所的近接性があること、④被害者が電話でのうそを信じた場合における窃取の実現可能性が高いことを挙げて、すり替え窃盗における実行の着手を肯定している。

これに対して、(ハ)東京高判令和3年判決は、「密接性」を実行の着手の判断基底としているものの、「危険性」については明示的な言及を避けている点が特徴的である⁽¹⁹⁾。

下級審判例における実行の着手の認定時期について、裁判所間で以下のような差異が認められる。(イ)東京高裁令和3年判決は、電話でのうそと被告人の来訪行為を一連一体の行為として評価したうえで、被告人がインターホンを鳴らした時点で実行の着手を認定している。これに対し、(ロ)宇都宮地裁足利支部令和3年判決は、より早い段階での実行の着手を認定している。具体的には、遅くとも2回目の電話でのうその時点で、キャッシュカードの窃取が行われる現実的危険性が生じていたとして、実行の着手を認定している⁽²⁰⁾。

その一方で、(ハ)東京高裁令和3年判決は、宇都宮地裁足利支部令和3年判決の判断を是認しつつ、2回目でのうその時点において、被告人が相応の準備を整え、すり替え役が「被害者方付近で待機していた」という事実を重視して実行の着手を認定したものと解される⁽²¹⁾。特に注目すべきは、すり替え役による被害者宅への直接の訪問や被害者への対面での働きかけを不要とした点である。この判断は、後述する最高裁令和4年決定と基本的な判断枠組みを共有しているとの指摘がなされている⁽²²⁾。

このように、最高裁令和4年決定以前の下級審判例における実行の着手の認定には、若干のばらつきが認められる。しかし、その多くは、クロロホルム事件で示された基準と考慮要素を踏まえた判断枠組みを採用していると評価が可能である⁽²³⁾。そして注目すべき特徴として、下級審判例は、電話でのうその時点では、直ちに実行の着手を認めず、むしろ被害者宅への近接時点あるいは訪問時点において実行の着手を認める傾向が看取される⁽²⁴⁾。

下級審判例のこのような判断傾向には、窃盗罪の構成要件に関する重要な理論的考慮が背景にあると考えられる。すなわち、詐欺罪が欺罔行為を構成要件として明示的に規定しているのに対し、窃盗罪は他人の物の窃取を構成要件とするものであるため、窃盗罪において電話でのうそのみをもって実行の着手を認定することは理論的に妥当でないとの認識が、下級審判例の基底にあるものと解される⁽²⁵⁾。

(19) 上寫一高「キャッシュカードのすり替えと窃盗罪の実行の着手」山口厚＝松原芳博＝上寫一高＝中空壽雅編『実務と理論の架橋』（成文堂、2023年）249頁。

(20) 上寫・前掲注(19)249頁。

(21) 上寫・前掲注(19)255頁。

(22) 杉本・前掲注(18)117頁。

(23) この点について、詳細な分析を提供するものとして、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）68頁以下。

(24) 同旨として、上寫・前掲注(19)255頁。

(25) 同旨として、杉本・前掲注(18)117頁。

(2) 最高裁令和4年決定について

このような流れのなかで、最高裁令和4年決定は、すり替え窃盗における実行の着手について注目すべき判断を行った。

(イ) 事実の概要

事案の概要は以下のとおりである。

第一に、犯行計画の内容について、被告人Xは氏名不詳者と以下の共謀を行った。すなわち、共犯者が警察官を装って被害者に電話をかけ、キャッシュカードを封筒に入れて保管する必要がある旨及び金融庁職員が関連作業を行う旨を虚偽の事実として告知する。そのうえで、金融庁職員を装ったXが、あらかじめポイントカードを封入した偽封筒を用意して被害者宅に訪問し、被害者の用意したキャッシュカードを空封筒に入れさせる。その後、割り印のための印鑑が必要である旨を告げて被害者の注意を逸らし、キャッシュカード入りの封筒と偽封筒とをすり替えて持ち去るという計画であった(以下、この計画を「本件犯行計画」という。)

第二に、具体的な実行行為として、警察官になりすました氏名不詳者は被害者宅に電話をかけ、次のような虚偽の事実を告知した。すなわち、「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。」と(以下、これらの虚偽の告知を「本件うそ」という。)

第三に、実行の中止に至る経緯として、指示役の指示に基づき、金融庁職員になりすまして待機していたXは、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、被害者宅まで約140メートルの地点において警察官の尾行に気づき、指示役に指示を求めるなどした後、犯行を断念し、その目的を遂げなかった。

これについて、第一審⁽²⁶⁾及び控訴審⁽²⁷⁾のいずれも窃盗未遂罪の成立を肯定した。これに対し、被告弁護人は、①本件行為態様及び客体の属性に照らせば、いまだ奪取の現実的、具体的危険性は認められないこと、②裁判所は、架け子の電話内容を被害者が信じれば、その後はほぼ障害なく進行すると判断したものと推察されるが、実際にはその後の進行を妨げる障害は複数存在していること、③被告人が犯行を中止した時点では、被害者宅の位置すら認識していなかったのであるから、いまだ占有侵害の危険性は存在せず、窃盗罪の実行の着手は認められないこと、などを主張して⁽²⁸⁾上告した。

(ロ) 本決定の要旨

これに対して、最高裁判所は、次のように判示した⁽²⁹⁾。すなわち、「本件犯行計画上、キャッシュカー

(26) 山形地判令和2年3月26日LEX/DB25592992。

(27) 仙台高判令和2年7月14日LEX/DB25592993。

(28) 最決令和4年2月14日刑集76巻2号106頁以下。

(29) 最決令和4年2月14日刑集76巻2号101頁。

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。

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。」と⁽³⁰⁾。

(ハ) 小括

本決定において、実行の着手時期の認定については、キャッシュカードの占有を侵害する行為の開始時点よりも前の段階でこれを認めている。具体的には「被告人が被害者宅付近路上まで赴いた時点」において、「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」と判示した。この判断手法は、従来の窃盗罪における実行の着手時期に関する判例理論の基本的な枠組みを踏襲するものと評価することができる⁽³¹⁾。

しかし、本決定の「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。」との判示からは、被害者宅への物理的な近接性が必ずしも要件とされていないことを示唆するものと解することができよう⁽³²⁾。このような判断は、窃盗罪の実行の着手時期について、従来の判例理論よりも早期の段階でこれを認める可能性を示したものとして評価することができよう⁽³³⁾。

また、本決定は従来の判例理論との関係でも相違点が見られる。第一に、最高裁平成16年決定及び

(30) 本件につき、高橋直哉「判批」法教501号(2022年)129頁、前田雅英「判研」捜査研究71巻6号(2022年)39頁、松宮孝明「判批」新・判例解説Watch刑法31号(2022年)187頁、稲垣・前掲注(5)75頁、谷井悟司「すり替え型キャッシュカード窃盗における実行の着手時期」法学新報129巻6=7号(2023年)493頁、塩見淳「判批」令和4年度重判解(ジュリスト1583号)(2023年)128頁、佐藤拓磨「判研」ジュリスト1594号(2023年)153頁、同「すりか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、品田・前掲注(2)89頁など参照。また、「特集 すり替え窃盗の実行の着手時期」刑事法ジャーナル73号(2022年)4頁以下参照。

(31) 谷井・前掲注(30)513頁。

(32) 谷井・前掲注(30)514頁。

(33) この点を指摘するものとして、高橋則夫「『実行の着手』の規範論的構造」『規範論と理論刑法学』(成文堂、2021年)285頁、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)81頁。

その後のすり替え窃盗事件の下級審判決が採用してきた判断基準、すなわち「密着性」基準と「客観的危険性」基準のうち、後者の「客観的危険性」基準のみに言及している点である⁽³⁴⁾。さらに、本決定で用いられている判示表現が、最判平成30年3月22日刑集72巻1号82頁のそれと類似性を有していることから、最高裁平成30年判決の判断枠組みを意識的に採用したものではないかとの評価もなされている⁽³⁵⁾。しかし、最高裁令和4年決定は「密接性」の基準を完全に排除したわけではないと解釈することができるのではないかと。実際、最高裁令和4年決定は、被害者方付近での待機という事実を指摘している。このことは、「密接性」の基準が依然として判断要素として維持されていることを示唆するものと理解することができよう⁽³⁶⁾。

以上のこれらの特徴を総合的に考察すると、本決定の意義として、従来の判例理論の基本的な枠組みを維持しつつも、すり替え窃盗という新たな手口の特殊性に対応するため、実行の着手の認定時期については、より柔軟な解釈の可能性を示唆したものと理解することができよう。

(3) 最高裁令和4年決定以後の下級審判例について

大阪高判令和4年4月26日高刑速（令和4年）327頁⁽³⁷⁾の事案は次のとおりである。

すなわち、被告人Xは、氏名不詳者らと共謀のうえ、市役所職員及び金融機関職員になりすましてキャッシュカードを窃取する計画を立てた。具体的な計画は次のとおりである。まず、氏名不詳者らが被害者方に電話をかけ、市役所職員及び金融機関職員を装って、「過払金を還付する金融機関口座のキャッシュカードが古く、使えないようにする必要があるため、同キャッシュカードの回収に伺う」旨の虚偽の事実を告知した。次に、金融機関職員になりすましたXが、被害者名義等のキャッシュカードが入った封筒をすり替え窃取するため、トランプカードを封入した偽装封筒を携帯して被害者方近路路上まで赴いた。しかし、氏名不詳者らと通話中の被害者が不審に感じて電話を切るなどしたため、その目的を遂げなかったというものである。

これについて、大阪高判は、「本件犯行計画自体、本件虚言行為により被害者にうそを言い、同人がこれを信じた後、さほど時間を置かず受取り役の被告人が銀行員を装って被害者方に赴き、キャッシュカードと偽封筒を差し替えて窃取する想定のもとと推認されることに加え、被告人は、指示役（『吉田』）の指示に応じ、すぐ被害者方に赴いてすり替え窃取を実行し得る準備を概ね整えており、実際、同人方近辺で待機していたという同計画の進捗程度に鑑みれば、本件虚言行為は、同計画の目的であるキャッシュカードのすり替え窃取を確実かつ容易に行うために必要不可欠な手段といえ、また、同行為と同計画が目的とするキャッシュカードのすり替え行為の間の時間的・場所的近接性も十分認めることができる」としたうえで、「被害者が30分以上『ナカムラ』らと電話で応対したこと、『吉田』が、一旦は被告人に犯行中止を連絡しながら、間もなく被害者方に向かうよう求め、偽封筒に入れるトランプカードの枚数の指定等の具体的指示をしたことは、『吉田』らにおいても、被害者が本件虚言行為に含まれるうそを信じ、本件犯行計画どおり、一気にキャッシュカードのすり替え窃取まで進められると判断したことを裏付けるものといえる」として、「氏名不詳者らによる本件虚言行為は、被害者が、銀行

(34) 品田・前掲注(2) 91頁、松宮・前掲注(30) 187頁、谷井・前掲注(30) 513頁など。

(35) 谷井・前掲注(30) 513～514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）20頁以下など。

(36) 塩見淳「判批」令和4年度重要判例解説（ジュリスト1583号）129頁。

(37) 本件につき、前田雅英「判批」捜査研究72巻12号（2023年）45頁。

員を装い訪ねてきた被告人に、その指示に従う形でキャッシュカードを渡し、被告人が、キャッシュカードと偽封筒をすり替えて窃取するという本件犯行計画完遂の契機となり、その成否を決する上で必要かつ重要なものであって、本件における態様の窃盗に密接した行為といえる。そして、被告人がすり替え窃取実行のための準備をしていたこと等の本件犯行計画の進捗程度も、前記のとおりである」から、「遅くとも、『ナカムラ』やこれに続く氏名不詳者が電話により、被害者のキャッシュカードに関わる本件虚言行為を開始した時点において、同人が、その後、時間を置かずに同人方を訪問する予定の被告人の指示等に従うなどしてキャッシュカードを渡し、被告人が、隙を狙うなどしてキャッシュカードを偽封筒とすり替え、キャッシュカードの占有を侵害するに至る客観的な危険性があり、本件のすり替え窃盗の実行の着手があったと認めるのが相当である」と判示した⁽³⁸⁾。

最高裁令和4年決定後に示された大阪高裁令和4年判決は、電話でのうその時点で実行の着手を認定している。この判断は、犯行計画の進捗度合いを重視し⁽³⁹⁾、クロロホルム事件で示された三要素に依拠しつつ、事態の進捗が未遂処罰に相応しい段階に到達しているか否かを判断したものと評価することができよう⁽⁴⁰⁾。

(38) 一方、本件の原審である天津地長浜支部判令和3年6月14日 LEX/DB25597293 は、「本件犯行計画に従った欺罔行為が氏名不詳者らによって開始されたうえ、被告人は A 宅の近くまで赴き同所で待機しており、これらの行為は、…実行行為たる窃取行為を確実にを行うために必要不可欠であって、絶対に必要な行為であったといえる」が、「本件犯行計画によれば、A のキャッシュカードは封筒に入れるよう指示され、A 宅に赴いた被告人がこの封筒を、あらかじめ準備したトランプカード入りの封筒とすり替えて窃取することが予定されていたのであり、被告人が A と直接やり取りしない限り A からキャッシュカードが窃取されることはなく、窃取行為を行うためには、実行犯である被告人が A と直接やり取りをする必要があった」ことから「少なくとも、被告人が A 宅を訪問して A にその旨を告げるなど、被告人が A と直接やり取りをする行動が開始できるような場所に至らない限り、窃取行為と場所的に近接する行為が行われたと認めるのは困難というべきである。」とし、時間的近接性についても「欺罔行為を開始したからといって、直ちにすり替え窃盗が可能な状態に至っているとはいえないし、どの時点ですり替え窃盗が可能な状況にまで至るかは明らかでない。特に、本件犯行計画によれば、氏名不詳者らは、A から還付金を受け取るための口座として、残高が 50 万円以上ある預貯金口座が必要であると言っており、その口座を開き出すこととなっていたのであり、そのような口座の情報を聞き出すためには一定程度時間を要したと考えられるし、そのために用いられた欺罔文言…もかなり不自然であったことからすると、A を欺罔して被告人による窃取行為が可能な状況に至るためには、なお相当な時間を要した可能性も否定できない」から「被告人が A 宅付近で待機していた時点において、本件犯行計画で予定されていた窃取行為と時間的に近接していたと認めるのも困難といわざるを得ない」として、「本件犯行計画に従った窃取行為に密接であり、かつ、その時点で窃取行為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たとは認められないというべきである」から「窃盗の実行の着手があったとは認められない」と判示している。

(39) これに対して、本件の原審である天津地裁長浜支部令和3年判決は、先の判例とは異なる判断枠組みを採用している。同判決が窃盗罪の実行の着手を否定する根拠としては、次の2点が重視されている。すなわち、①場所的近接性の観点から、被告人と被害者との直接的な接触の必要性が強調され、被告人が実際に被害者宅を訪問して直接的なやり取りを開始できる段階に至っていないこと、②時間的近接性の観点から、直ちにすり替え窃盗が可能な状態には至っていないこと、が重視されている。また同判決は、場所的時間的近接性の判断においては、より厳格な基準による判断の必要性を示唆するとともに、客観的危険性の判断についても、より具体的な状況を考慮すべきであるとの立場を示している。

(40) なお、最高裁令和4年決定の判示後においても、平成16年決定の判断基準に依拠して実行の着手を判断した本判決の判断手法には疑問があるとするのが、佐藤・前掲注(30)ジュリスト1594号157頁。

4. 学説の状況

ここまですり替え窃盗事案における判例について概観してきた。次に、実行の着手に関する学説の状況を検討する。

実行の着手について、従来の学説は、主観説⁽⁴¹⁾と客観説が対立していたものの、現在では客観説が通説となっている。ただし、客観説の内部においても、形式的客観説⁽⁴²⁾と実質的客観説⁽⁴³⁾という2つの立場が存在する。形式的客観説は、構成要件該当行為の一部を行われた時点をもって実行の着手を認める立場である。これに対し、実質的客観説は、法益侵害ないし構成要件の結果の実現に至る現実的危険性が認められる行為がなされた時点において実行の着手を認める立場である。

実行の着手に関する解釈として、従来は、実質的客観説が通説的地位を占めてきた。しかし近年、形式的客観説からは新たな展開が見られる。すなわち、構成要件該当行為に直接接続する「直前行為」の意義を明確化・具体化することにより、「法益侵害ないし構成要件の実現に至る危険性」という基準の援用可能性を主張する見解⁽⁴⁴⁾が提示されている。他方、実質的客観説の立場からも、危険概念の不明確性という従来からの課題が指摘され続けており、形式的な基準による限界設定の意義を積極的に評価する見解⁽⁴⁵⁾も示されている。

このような学説の展開を経て、現在では形式的基準と実質的基準を相互補完的な関係として捉える理解⁽⁴⁶⁾が広く共有されている。この理解を前提として、両基準を併用しつつ、現実的危険または具体的危険の判断に構成要件該当性との密接性という要素を付加して、実行の着手を判断する見解（折衷説）⁽⁴⁷⁾が多数説としての地位を確立するに至っている⁽⁴⁸⁾。

折衷説の枠組みにおいては、実行の着手の確定に際し、行為者の主観面をどのように考慮すべきかについて、なお見解の対立がみられる。この点について、学説は大きく4つの立場に分類することができる。第一に、行為者の主観面をまったく考慮しないとする見解⁽⁴⁹⁾がある。第二に、故意または過失を考慮に入れて判断すべきとする見解⁽⁵⁰⁾がある。第三に、外部に現れた事態のみで現実的あるいは具体的危険性を判断できる場合には、犯行計画は考慮する必要はないとする見解⁽⁵¹⁾もある。そして第四に、

(41) 宮本英脩『刑法大綱』（弘文堂、1935年）178頁、牧野英一『刑法総論』（上巻）（有斐閣、1958年）254頁。

(42) 団藤重光『刑法綱要総論』（第3版）（創文社、1990年）354頁以下。

(43) 大塚仁『刑法概説（総論）』（第4版）（有斐閣、2008年）171頁、大谷實『刑法講義総論』（新版第5版）（成文堂、2019年）364頁。

(44) 井田良『講義刑法学・総論』（第2版）（有斐閣、2018年）434頁～435頁。なお、井田良『刑法総論の理論構造』（成文堂、2005年）252頁。

(45) 山口厚『刑法総論』（第3版）（有斐閣、2016年）283頁。なお、西田典之（橋爪隆補訂）『刑法総論』（第3版）（弘文堂、2017年）324頁。

(46) 井田・前掲注（44）『講義刑法学・総論』435頁、山口・前掲注（45）283頁。

(47) 高橋（則）・前掲注（10）417頁、同・前掲注（33）281頁、西原春夫『刑法総論（上巻）』（改訂版）（成文堂、1993年）326頁、西田・前掲注（45）325頁など。なお、井田・前掲注（44）『講義刑法学・総論』436頁。

(48) ただし、未遂犯処罰の根拠を示す基準の具体的な取扱い等については、論者によって見解が異なっている（品田・前掲注（2）88頁）。

(49) 浅田和茂『刑法総論』（補正版）（成文堂、2007年）366頁など。

(50) 平野龍一『刑法 総論Ⅱ』（オンデマンド版）（有斐閣、2004年）314頁、大谷・前掲注（43）365～366頁。

(51) 杉本一敏「行為の構造から見た『実行の着手』時期（1）」『刑事法ジャーナル』67号（2021年）83頁。

「故意を超えて行為者の具体的な犯罪計画を判断の基礎とする」⁽⁵²⁾立場を採用する見解⁽⁵³⁾があり、この見解が現在の多数説といえよう。

折衷説の立場においては、未遂犯処罰の基準となる「密接性」あるいは「危険性」の判断について、①行為経過の自動性、②時間的場所的近接性を判断要素としている⁽⁵⁴⁾。これらの判断基準をすり替え窃盗事案に当てはめた場合、実行の着手時期は、被害者宅への訪問時点に求められるとする見解が有力である。その理由として、電話でのうそのみでは窃取について行為経過の自動性を認めることができず、被害者方への到着が必要であるとされる⁽⁵⁵⁾。また、すり替え行為と接近行為との間には、複数の障害が介在する可能性が高く、行為経過の自動性を認めることは困難であるという。このような特徴を有するすり替え窃盗においては、被害者宅への到達前の時点では、密接性及び危険性のいずれも認めることは困難であり、したがって、被害者宅に到達していない時点での窃盗未遂罪の成立は否定される⁽⁵⁶⁾と解されている。

これに対して、近時有力に主張されている見解として、「進捗度説」が注目される。この見解は、行為者の犯行計画を判断の基礎に据えたうえで、当該計画の進捗度合いを基準として、未遂犯処罰の段階に到達しているか否かを判断すべきとする⁽⁵⁷⁾。

進捗度説の理論的特徴として特筆すべきは、未遂犯と不能犯を本質的に異なる問題として峻別する点にある。この見解によれば、行為者の犯行計画を基礎として犯行の進捗度合いを検討する実行の着手の問題論と、既遂に至る危険の存否を問題とする不能犯論の判断とは、理論的に区別されるべき異なる次元の問題として扱われるべきとされる⁽⁵⁸⁾。

進捗度説においても、未遂時期の判断に際しては、以下の4つの事情を考慮すべきとされる。すなわち、①必要不可欠性、②行為経過の自動性、③時間的場所的近接性、④成功可能性である⁽⁵⁹⁾。これらの事情を踏まえ、未遂処罰にふさわしい事態の有無を判断するアプローチについては、現在、2つの見解が示されている。第一の見解は、行為経過の自動性を重視する立場⁽⁶⁰⁾であり、第二の見解は、犯行計画上の「山場」に注目する立場⁽⁶¹⁾である⁽⁶²⁾。

進捗度説をすり替え窃盗事案に当てはめた場合、被害者に対して電話で嘘の事実を告げた時点で実行

(52) 高橋（則）・前掲注（33）281頁。

(53) 高橋（則）・前掲注（33）281頁、井田・前掲注（44）『講義刑法学・総論』436頁、山口・前掲注（45）286頁など。

(54) 井田・前掲注（44）『刑法総論の理論構造』252～253頁。

(55) 松宮孝明「実行の着手、とりわけ『形式的客観説』について」山口厚＝井田良＝佐伯仁志＝松原芳博＝中路祐樹編『高橋則夫先生古稀祝賀論文集』〔上巻〕（成文堂、2022年）601頁。

(56) 二本柳良「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年）16～18頁。

(57) 佐藤琢磨「実行の着手について」研修838号（2018年）4～5頁、同・前掲注（30）研修890号12～13頁、樋口亮介「実行行為概念」『西田典之先生献呈論文集』（有斐閣、2017年）34頁以下、同「実行の着手」東大ローレビュー13号（2018年）61頁以下、同・前掲注（23）64頁以下、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）7頁以下など。

(58) 樋口・前掲注（23）60頁。

(59) 樋口・前掲注（23）65頁。

(60) 佐藤・前掲注（30）研修890号12頁、安田・前掲注（57）9～10頁。

(61) 樋口・前掲注（23）66～67頁。

(62) もっとも、この2つの見解は、いずれも犯行計画上の障害の有無を考慮要素として重視している点で、実質的には大きな差異はないと評価されている。この点については、佐藤・前掲注（30）研修890号12頁による指摘がある。

の着手を認めることが妥当であると解される。その理論的根拠は、すり替え窃盗事案においては、電話での虚偽の告知を被害者が信用することによって、カードに対する被害者の事実上の支配が動揺し始める点に求められる。さらに、この段階に至れば、その後は特段の障害なく既遂の実現に至る段階にまで達していたと評価できる。したがって、カードの確認の必要性等の虚偽の事実を電話で告げ、被害者にこれを信じさせる行為が、当該犯行における「最大の山場」として位置づけられる⁽⁶³⁾こととなる。

以上、検討してきたように、実行の着手時期の認定に関する新たな理論的枠組みとして提唱されている進捗度説は、未遂犯処罰の根拠を行為規範違反性に求めることを出発点としている⁽⁶⁴⁾。そのうえで、行為者の犯行計画を判断の基礎に据えつつ、その進捗度合いを詳細に分析することを通じて、未遂処罰の適切な時期について適切な判断を導き出そうとする理論的試みである。

このような進捗度説の理論的意義は、刑法理論における重要な課題である未遂犯の処罰範囲の画定という問題に対して、より実践的かつ精緻な判断基準を提供しようとする試みであるといえよう。

5. 若干の検討

ここまで、すり替え窃盗の実行の着手の問題について、判例及び学説を概観してきた。これらの検討から得られたことをまとめると、次のようになる。

まず、判例においては、最高裁令和4年決定の特徴は、以下の3点において顕著な意義を有する。第一に、実行の着手の判断基準として、犯行計画を基礎に据えていることである。第二に、これまでの窃盗未遂事件やすり替え窃盗の下級審判決とは異なり、最判平成30年3月22日刑集72巻1号82頁と類似した判断方法を強く意識している点である。具体的には、従来用いられてきた「密接性」の表現を採用せず、「客観的な危険」についても「危険性」という表現を採用している。第三に、従来のすり替え窃盗の下級審判決と同様、すり替え役が被害者宅への実際の訪問以前の時点で実行の着手を認めている点である。

次に、学説の状況に目を向けると、すり替え窃盗における実行の着手時期について、折衷説と進捗度説との対立が見られる。進捗度説においては、被害者へ電話でうそを言う行為の時点で実行の着手を認めるべきとされる。その理由として、被害者が電話でのうその説明を信じることによって、キャッシュカードに対する事実上の支配が弛緩し始め、その後は特段の障害なく既遂に至る段階にまで達したと評価できる点が挙げられる。これに対して折衷説は、すり替え窃盗事案においては、電話によるうそのみでは窃取行為の経過における自動性を認めることができず、被害者方への到着が必要であるとする。

以上のような判例理論及び学説の状況を踏まえ、以下では、すり替え窃盗における実行の着手について、いかなる理論構成が妥当であるかを検討する。

まず、刑法における行為規範性の観点から考察することとする。行為規範は、法益保護を目的として設定され、事前的・予防的な保護機能を有している⁽⁶⁵⁾。そして、実行行為概念は、一定の「行為」に対する刑法的評価を通じて形成されるものであり、行為規範は、こうした行為の遂行を事前に禁止する機能を担っている⁽⁶⁶⁾。このような理解に立てば、未遂犯の処罰根拠は、行為者が事前に提示された禁止・

(63) 樋口・前掲注(23) 74～75頁。

(64) 東條明徳「実行の着手論の再検討(6・完)」法学協会雑誌138巻10号(2021年)1906頁。

(65) 高橋(則)・前掲注(33) 270頁。

(66) 高橋(則)・前掲注(33) 270頁。

命令規範としての行為規範を侵害したことに求められることとなる⁽⁶⁷⁾。

行為規範の目的が保護法益にあることを踏まえれば、行為規範違反の判断において重要となるのは、「法益」に対する「危険」の存在である⁽⁶⁸⁾。この「法益」に対する「危険」の判断については、事後評価ではなく行為時点での事前評価で足りると解する。すなわち、ある行為が規範違反を判断する際には、実行行為の開始時点、換言すれば、実行の着手の時点における危険性が存在しているか判断することが妥当である⁽⁶⁹⁾。また、ここでいう「危険」の程度については、法益に対する具体的危険までは要求されず、抽象的危険で十分であると解すべきである⁽⁷⁰⁾。

しかしながら、未遂犯の成立においては、法益に対する「具体的な危険性を有する状態」の発生が不可欠であると解する。その理由として、制裁規範が発動するためには、法益に対する具体的危険の発生が必要であり、この具体的危険の発生によってはじめて行為者を処罰することが可能となり、それにより刑罰の目的たる「法的平和の回復」の実現を図ることできるからである⁽⁷¹⁾。したがって、未遂犯の成立に求められる危険性は、法益に対する抽象的危険では不十分であり、具体的危険の存在が要求される⁽⁷²⁾。つまり、未遂犯が成立するためには、行為者が意図した犯罪計画に照らして、単なる犯罪行為の開始にとどまらず、当該行為の進行により、法益に対する具体的危険性が発生した段階に至っていることが必要なのである⁽⁷³⁾。このように、未遂処罰の根拠を行為規範違反性に求める場合であっても、危険性の判断は不可欠な要素として位置づけられるのである⁽⁷⁴⁾。

以上の観点を踏まえ、以下では、すり替え窃盗事案における実行の着手時期について、具体的な検討を行う。

まず、検討の前提として、すり替え窃盗のような窃盗罪における実行の着手を判断に際し、クロロホルム事件で示された判断枠組みの援用可否が問題となる。この点について、前述した平成22年東京高裁判決においても当該判断枠組みの援用が示されていることから、窃盗罪における実行の着手の判断においても、これを援用することは可能であると解される⁽⁷⁵⁾。そこで、以下では、クロロホルム事件で示された三要素に基づき、すり替え窃盗における実行の着手時期の判断を試みることにする。

すり替え窃盗においては、「架け子による欺罔行為」と「被害者宅での窃取行為」という複数の行為が組み合わされることにより犯罪が実現される。このような特徴を踏まえれば、これらの行為を一連の行為として処理することが理論的に妥当であると解される。この点で問題となるのは、第1行為である

(67) 高橋（則）・前掲注（10）17頁。

(68) 高橋（則）・前掲注（33）8頁，同・前掲注（10）17頁。

(69) 高橋（則）・前掲注（33）272頁。

(70) 高橋（則）・前掲注（33）8頁，同・前掲注（10）17頁。

(71) 高橋則夫「主観的違法要素と違法論」『規範論と理論刑法学』（成文堂，2021年）227頁，高橋（則）・前掲注（10）13頁以下。

(72) 高橋（則）・前掲注（33）273頁。なお、松原芳博「実行の着手論の現在」山口厚＝井田良＝佐伯仁志＝松原芳博＝仲道祐樹編『高橋則夫先生古稀祝賀論文集』〔上巻〕（成文堂，2022年）607頁，伊東研祐『刑法講義総論』（日本評論社，2010年）303～304頁。

(73) 高橋（則）・前掲注（33）282頁以下，同・前掲注（10）417頁，西原・前掲注（47）326頁，西田・前掲注（45）325頁など。なお、井田・前掲注（44）『講義刑法学・総論』436頁。

(74) 未遂処罰の根拠を行為規範違反性に求める進捗度説は，理論構成において「危険概念」を排除する立場を採用している。しかし，行為規範違反性を未遂処罰の根拠と位置づける以上，「危険概念」を理論的に完全に排除することは困難であると考えられる（高橋（則）・前掲注（33）280頁脚注16）。

(75) 谷井・前掲注（33）84頁脚注16。

「架け子によるうそ」に危険性を認めることができるかという点である⁽⁷⁶⁾。

思うに、すり替え窃盗事案において、架け子がうその電話をした時点で、法益侵害の危険性が生じる状況にあると評価することは可能であろう。その理由として、架け子による被害者宅への電話によって「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、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る」⁽⁷⁷⁾行為として評価できるからである⁽⁷⁸⁾。このように、「架け子によるうそ」は「キャッシュカードの窃取行為」を確実かつ容易に実現するための必要不可欠な行為として位置づけられる。そして、「架け子によるうそ」が成功した場合、それ以降の犯行計画の遂行において障害となるような特段の事情や「架け子によるうそ」と「被害者宅での窃取行為」との時間的場所的近接性については、下級審判例や最高裁令和4年決定の事案のように、架け子による被害者宅への連絡後、ほぼ時間を置かず被害者宅の近辺に待機していたすり替え担当者が被害者宅へ向かっていた場合、犯行計画の遂行において障害となる特段の事情は存在しなかったといえる⁽⁷⁹⁾、また時間的場所的近接性を肯定的に評価することが可能であるといえよう⁽⁸⁰⁾。

以上のような事情が存在すれば、「架け子によるうそ」は「被害者宅での窃取行為」と密接な行為あることは明らかであり、「架け子によるうそ」の時点において、窃盗罪の実行の着手を肯定することができると解される。

もっとも、前述したように、実行の着手と未遂犯の成立時期は異なるものと解する立場に立てば、実行の着手が認められる場合であっても、法益に対する具体的危険性が発生しない限り、未遂犯は成立しないこととなる⁽⁸¹⁾。

思うに、すり替え窃盗における、「架け子によるうそ」は抽象的危険性は認められるものの、その「うそ」は、被害者宅においてキャッシュカードに対する被害者の注意を一時的に逸らすことを目的とする性質のものに過ぎない。そのため、法益への具体的危険性が発生するためには、「被害者領域への

(76) なぜならば、第1行為に危険性が存在しなければ、実行の着手を否定すべきことになるからである（高橋（則）・前掲注（33）283頁）。

(77) 富川・前掲注（35）79頁。

(78) 富川・前掲注（35）79頁。同旨として、吉川卓也「判研」研修877号（2021年）25頁。同旨として、大塚（雄）・前掲注（15）21頁、江見健一「特殊詐欺の受け子の罪責に関する諸問題——特殊詐欺の現状と近時の最高裁判例を踏まえて——（上）」警察学論集72巻11号（2019年）24～25頁。

(79) 三輪篤志「判批」ジュリスト1602号（2024年）123～124頁。なお、特段の事情の存否に関して、折衷説からは、被害者による警察への通報や、すり替え担当者が被害者宅を発見できない場合には、特段の事情が存在するという評価がされる（二本柳・前掲注（3）127頁以下）。一方、進捗度説からすれば、犯行計画を基礎とする以上、「自動化されたプロセスということが可能」（佐藤・前掲注（30）研修890号17頁）といえることができるとして、犯行計画上、「架け子によるうそ」が、被害者のキャッシュカードに対する占有の弛緩を引き起こし、これが財物取得のための障害を除去する効果を有する場合には、その後のすり替え行為に至るまでに特段の障害は存在しないとされる（佐藤・前掲注（30）研修890号15頁以下、樋口・前掲注（23）73頁以下、富川・前掲注（35）25頁以下、安田拓人「実行の着手」法教503号（2022年）107頁）。

(80) 大塚（雄）・前掲注（15）18～19頁。この点について、時間的場所的近接性の評価については、その数量的性質に鑑みると、当該基準のみによって実行の着手の有無を決することは妥当でないとする見解がある（佐藤・前掲注（30）研修838号7頁）。この見解は、時間的場所的近接性の基準を、外部的障害や心理的障壁を乗り越えるための新たな意思決定などの要素を含む行為経過の自動性の基準との関連において、その意義を見出すべきであることを指摘する。すなわち、両基準は相互補完的な関係にあるものとして理解されるべきであり、行為経過の自動性が認められる場合には、時間的場所的近接性の程度が相対的に弱い場合であっても、なお時間的場所的近接性を肯定すべきであるとされる（佐藤・前掲注（30）研修838号7頁）。

(81) 高橋（則）・前掲注（33）286頁、同・前掲注（10）419頁。

介入」⁽⁸²⁾が必要であると解される⁽⁸³⁾。したがって、すり替え窃盗においては、すり替え担当者が被害者宅に訪問した段階で、「被害者領域への介入」が認められることから、この段階において、未遂犯が成立すると解するべきである⁽⁸⁴⁾。

6. おわりに

以上の検討から、すり替え窃盗事案における実行の着手の判断については、次のような理論的帰結が導かれる。

すなわち、すり替え窃盗は、複数の行為によって犯罪が実現されるという特徴を有することから、一連の行為論の観点から考察が不可欠となる。具体的には、「架け子によるうそ」と「被害者宅での窃取行為」を一連の行為と把握したうえで、第1行為たる電話でのうその時点において窃盗罪の法益への抽象的危険性が認められる場合には、実行の着手を肯定することが可能であると解する。なお、この判断に際しては、折衷説の立場に依って立ちつつも、クロロホルム事件で示された三要素を犯行計画の進捗度の視点から考慮する、すなわち、従来の折衷説の理論的枠組みに進捗度説の主張を取り込む余地があり、これを適切に活用することで、実行の着手時期に関するより実践的な判断をすることが可能になるものと考えられる⁽⁸⁵⁾。

もっとも、実行の着手と未遂犯とを理論的に分離する本稿の立場からすれば、窃盗罪の実行の着手が認められる場合であっても、そのみをもって直ちに窃盗未遂罪の成立を肯定することはできない。なぜならば、窃盗未遂罪の成立には、窃盗罪の法益への具体的危険性が発生する必要がある。それが発生する段階は、被害者領域への介入、すなわち、被害者宅への到着という段階に至ることが必要不可欠である。このような理解に基づけば、すり替え窃盗の事案においては、すり替え担当者が被害者宅へ到着していない段階では、被害者領域への介入を認めることはできない。そのため、法益への具体的危険性が発生していないといえることから、窃盗未遂罪の成立を肯定することは困難であるといえよう。

(82) 塩見淳「実行の着手について（三）・完」法学論叢 121 巻 6 号（1987 年）18 頁、佐藤・前掲注（30）研修 890 号 8 頁。

(83) 杉本・前掲注（16）139 頁。

(84) 高橋（則）・前掲注（33）286 頁、同・前掲注（10）419 頁。

(85) 同旨として、稲垣・前掲注（5）98 頁。

**The Commencement of Execution in Special Fraud Card
Switching Theft Cases:
— Analysis of the Supreme Court Decision (Third Petty Bench) of February 14, 2022
(Keishū Vol. 76, No. 2, p. 101) —**

TAKAHASHI KINYA

Abstract

Recently, "card switching theft," a type of special fraud scheme, has gained significant attention as a pressing social issue in Japan. In connection with this issue, the Supreme Court Decision (Third Petty Bench) of February 14, 2022 (Keishū Vol. 76, No. 2, p. 101) recognized the commencement of execution for theft before the perpetrator's arrival at the victim's residence.

Card switching theft is understood as a crime that is accomplished through multiple acts, necessitating analysis from the perspective of continuous act theory. Specifically, when viewing the "fraudulent communication by the caller" and "the act of theft at the victim's residence" as continuous acts, the commencement of execution can be recognized at the point when abstract danger is present in the first act.

However, from the perspective that distinguishes between the commencement of execution and attempted crime, the establishment of attempted theft requires reaching the stage of arrival at the victim's residence, where concrete danger to the protected legal interest arises. Therefore, in the case of the 2022 Supreme Court Decision, since concrete danger to the protected legal interest had not yet materialized when the card switcher had not arrived at the victim's residence, it is difficult to establish the crime of attempted theft at that stage.

Keywords: Card switching theft; Commencement of execution; Criminal attempt; Theory of criminal progress; Intervention into victim's sphere