

I. 事実の概要

5 Aは、長野県警察の警察官になりすまし、V(当時69歳)から現金を、だまし取ろうと考え、氏名不詳者らと共謀の上、前記Vが、平成28年6月8日、Vの甥になりすました者に、仕事の関係で現金を至急必要としている旨を言われて、その旨誤信し、同人の系列社員になりすました者に、現金100万円を交付したこと(先行詐欺)に乘じ、あらかじめ前記Vに預金口座から現金を払い戻させた上で、Vから同現金の交付を受ける意図のもと、
10 同月9日、共謀する氏名不詳者らが、複数回にわたり、(住所略)所在の前記V方に電話をかけ、(電話①)「『昨日、駅の所で、不審な男を捕まえたんですが、その犯人がVさんの名前を言っています。』『昨日、詐欺の被害に遭ってはいないですか。』『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。』」との連絡をした後、(電話
15 ②)「『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。』」などどうそを言い、前記Vを、電話の相手が長野県警察の警察官であり、その指示に従う必要がある旨誤信させ、前記Vに預金口座から預金の払戻しをさせた後、③同日午後1時38分頃、警察官になりすました被告人が、前記Vから現金の交付を受けようとしたが、同人方付近で警戒中の警察官に発見されて逮捕されたため、その目的を遂げなかつた。
20

なお、本件において電話①は11:20ごろ、電話②は13:00ごろにかけられ、Aが職務質問を受けたのはV宅から50メートルの距離の道路上であった。また、被害者Vは①の電話で詐欺の被害に遭っていたことを知ったため、強い不安感と警戒心を抱き、本件においても、もし金銭を交付するようなことが求められれば、詐欺の可能性があるのでないか
25 という考えを抱いていた。

本件におけるAの罪責を検討せよ。

II. 問題の所在

30 本件において、AはVに対し金銭を要求する行為は行っていないところ、詐欺罪の実行の着手は認められないのではないか。

III. 学説の状況

ア説. 主観説

犯罪の決意の確定性を重視し遂行的行為によって犯意の外部的表現が認められるとき、あ

るいは犯意の飛躍的表動があった時点を実行の着手と解する¹説。

イ説. 客観説

構成要件行為の開始を実行の着手とする²説。その中でも形式的客観説と実質的客観説とに分けられる。

5 イ-1 説. 形式的客観説

犯罪構成要件の一部を実現することが実行の着手であると解する³説。

イ-2 説. 実質的客観説

結果発生の現実的危険を惹起する行為を行うことをもって実行の着手と解する⁴説。

10 IV. 判例の状況

最高裁昭和 45 年 7 月 28 日刑集第 24 卷 7 号 585 頁

[事実の概要]

被告人 X は、昭和 43 年 1 月 26 日午後 7 時 30 分頃、ダンプカーに友人 Y を同乗させ、
15 とともに女性を物色して情交を結ぼうとの意図のもとに P 市内を徘徊走行していた。その
際、1 人で通行中の A 女(当時 23 歳)を認め、「車に乗せてやろう」等と声をかけながら約
100 メートル尾行したが、相手にされなかった。これにいら立った Y が下車して A 女に近
づいて行くのを認めた X は、付近の空地に車をとめて待ち受けていた。Y が A 女を背後か
20 ら抱きすくめてダンプカーの助手席前まで連行して来たため、Y が同女を強いて姦淫する
意思を有することを察知した X は、Y と強姦の意思を相通じたうえ、必死に抵抗する同女
を Y とともに運転席に引きずり込んだ。その際の暴行により、A 女は、全治約 10 日間を
要する左膝蓋部打撲傷等の傷害を負った。その直後、X はダンプカーを発進して、同所よ
り約 5 キロメートル西方にある護岸工事現場に至り、同所において、運転席内で同女の反
抗を抑圧して、Y、X の順に姦淫した。

25 第 1 審(山口地判昭和 44・1・22 刑集[参] 24 卷 7 号 590 頁)は、X につき強姦致傷罪(刑
181 条・177 条前段)の共同正犯(刑 60 条)を認め、懲役 3 年(Y は少年院送致、大久保太
郎・最判解刑事篇昭和 45 年度 247 頁参照)に処し、原審(広島高判昭和 45-3・3 前掲刑集
[参] 591 頁)もこれを維持した。これに対して、X は、強姦の着手時点は護岸工事現場に連
行した後であって、本件傷害は、強姦の着手前のものであるから、強姦罪と傷害罪との併
30 合罪で処断すべきであるとして上告した。

¹ 藤木英雄、他『刑法-(全)[第四版]』(有斐閣, 2013)72 頁。

² 木村光江『刑法[第四版]』(東京大学出版会, 2018)40 頁。

³ 高橋則夫『刑法総論[第四版]』(成文堂, 2018)395 頁。

⁴ 只木誠『コンパクト刑法』(新世社, 2018)212 頁。

[判旨]

上告棄却。「かかる事実関係のもとにおいては、XがA女をダンプカーの運転席に引きずり込もうとした段階においてすでに強姦に至る客観的な危険性が明らかに認められるから、その時点において強姦行為の着手があったと解するのが相当」である。

5 [引用の趣旨]

客観的な危険性が明らかに認められる時点において、実行の着手があったと解しているため、検察側にとって有用な資料である。

最高裁平成30年3月22日 第一小法廷 平29(あ)322号

10 [事実の概要]

長野市内に居住する被害者は、平成28年6月8日、甥になりすました氏名不詳者からの電話で、仕事の関係で現金を至急必要としている旨の嘘を言われ、その旨誤信し、甥の勤務する会社の系列社員と称する者に現金100万円を交付した。

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。」
20 「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、平成28年6月8日夜、氏名不詳者から、長野市内に行くよう指示を受け、同月9日朝、詐欺金の受取役であることを認識した上で長野市内へ移動し、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、刑事役って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。

警察官を名乗って上記イ記載の2回の電話をかけた氏名不詳者らは、上記ア記載の被害を回復するための協力名下に、警察官であると誤信させた被害者に預金口座から現金を払い戻させた上で、警察官を装って被害者宅を訪問する予定でいた被告人にその現金を交付させ、これをだまし取ることを計画し、その計画に基づいて、被害者に対し、上記イ記載の各文言を述べたものであり、被告人も、その計画に基づいて、被害者宅付近まで赴いたものである。

[判旨]

35 段階を踏んで嘘を重ねながら現金を交付させるための犯行計画の下において述べられた

本件嘘には、預金口座から現金を下ろして被害者宅に移動させることを求める趣旨の文言や、間もなく警察官が被害者宅を訪問することを予告する文言といった、被害者に現金の交付を求める行為に直接つながる嘘が含まれており、既に100万円の詐欺被害に遭っていた被害者に対し、本件嘘を真実であると誤信させることは、被害者において、間もなく被害者宅を訪問しようとしていた被告人の求めに応じて即座に現金を交付してしまう危険性を著しく高めるものといえる。このような事実関係の下においては、本件嘘を一連のものとして被害者に対して述べた段階において、被害者に現金の交付を求める文言を述べていないとしても、詐欺罪の実行の着手があったと認められる。

[引用の趣旨]

10 「危険性を著しく高めるもの」と判示している点からして、現実的危険性を有する時点において実行の着手を認めていると判断され、この点からして後述する検察側が採用している実質的客観説に近い判断を行っていると考えられ、検察側にとって有用な資料である。

15 V. 学説の検討

ア説(主観説)

この説では、実行の着手という概念で予備と未遂を区別することができない。予備の段階で犯罪を実現しようとする意思ないし性格の危険性が認められてしまう。

よって、検察側はア説を採用しない。

20

イ説(客観説)

イ-1説(形式的客観説)

この説では、構成要件に属する行為に着手した時に実行の着手とするのでは、該当行為の範囲が狭くなり、実行の着手を非常に遅い時期に認めることになり、法益保護を図れない。

25

よって、検察側はイ-1説を採用しない。

イ-2説(実質的客観説)

この説では、危険性とは、予備の危険性ではなく、あくまでも未遂犯としての処罰に値する危険性であるから、現実的な危険性(具体的な危険性)でないと考えるため、結果発生の実質的危険性が生じたか否かが実行の着手の判断基準となる。

30

よって、検察側はイ-2説を採用する。

35

VI. 本問の検討

1. A が金銭の交付を受けることを目的として V に対し電話をかけた行為につき、詐欺未遂罪(刑法 250 条、246 条)が成立するか。A の上記行為が、詐欺罪の「実行の着手」に当たるかが問題となる。

- 5 (1) そもそも、未遂犯の処罰根拠は、構成要件的结果発生の実現的危険性の惹起にあるところ、構成要件的结果発生客観的な危険性が生じた時点で実行の着手は認められると解する。

ア. まず、A の行為は、詐欺罪の構成要件該当行為たる「欺罔行為」にあたるか。

- 10 欺罔行為が認められるには、財物の交付に向けられた錯誤を起こさせるものである必要がある。

本件において、A が V にした 2 回の電話の内容は、A を長野県警の警察官であると信じ込ませること、並びに口座の預金を引き出し V 宅に置くこと、及び A が V 宅に行くことであり、金銭の交付を求める直接的な文言は含まれない。

従って、上記嘘は処分行為に向けられたものであるとは言えない。

- 15 イ. よって、A は、詐欺罪の実行行為たる欺罔行為に着手しているとは言えない。

(2) 欺罔行為の実行が否定されたとしても、A に詐欺未遂罪が成立するか。

ア. 前述のように、実行の着手は構成要件的结果発生客観的な危険性が生じた時点で認めべきである。

- 20 ここで、犯罪の実行行為でなくとも、実行行為に密接な行為によって構成要件的结果発生客観的な危険性が認められる場合もあり、具体的には①当該行為が、構成要件該当行為を確実に容易に行うために必要不可欠であり、②当該行為に成功した場合、構成要件該当行為を遂行する上で障害となる特段の事情が無く、③両行為の時間的場所的接近性が存在する場合は、実行行為に密接な行為と認められると解する。

- 25 そして、その行為に構成要件的结果発生客観的な可能性が認められた場合には実行の着手が認められると解すべきである。

イ. これを本件で見ると、上記電話の内容は、V の預金を V 宅に置かせ、A の身分を誤信させるものであるから、A が V 宅を訪れ、V から金銭の交付を受けること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える。

- 30 そして、警戒中の警察官による逮捕が存しなければ、A は、V 宅に赴き金銭の交付を要求したといえ、それを遂行する上で障害となりうる特段の事情は存しない。

さらに、A は 2 回目の電話から遅くとも 38 分後には V 宅から 50m の距離におり、時間的場所的接近性は認められる。

よって、電話をかけた行為は、詐欺罪の実行行為と密接な関係を有するものであると認めることができる。

- 35 ウ. さらに、V は誤信により預金を引き出していること、並びに A が 50m まで近づいて

いることなどの事情から詐欺罪の構成要件的结果発生の客観的危険性が認められる。

(3) そして、「これを遂げなかった」とは構成要件结果の不発生を言うところ、A は警戒中の警察官によって逮捕されたことによって、V から金銭の交付を受けていないから、「これを遂げなかった」といえる。

5 2. よって、A に詐欺未遂罪が成立する。

VII. 結論

A に、V に対する詐欺未遂罪(刑法 250 条、246 条)が成立する。

以上