

## I. 事実の概要

- 5 X は、氏名不詳者らと共謀の上、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、警察官になりすました氏名不詳者が、A 宅に電話をかけ、A に対し、A 名義の口座から預  
金引き出される詐欺被害に遭っており、再度の被害を防止するため、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を言い、さらに、金融庁職員にな  
りすました X が、A をして、キャッシュカードを封筒に入れさせた上、A が目を離した隙に、  
10 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、茗荷谷駅近辺に所在する A  
宅に向けて、X は新宿駅付近を歩行していたが、間もなく警察官の尾行に気付いて断念し、その  
目的を遂げなかった。  
X の罪責を論ぜよ。

参考判例：最高裁令和 4 年 2 月 14 日第三小法廷決定

15

## II. 問題の所在

- 本件では、X はキャッシュカードの窃取行為に至っていないため、窃盗既遂罪は成立しない。  
窃盗罪に予備罪の処罰規定は置かれていないことから、未遂犯の成否、すなわち実行の着手の  
有無が X の行為の可罰性の判断において決定的な意義を有する<sup>1</sup>。そこで、すり替え型窃盗事案  
20 において窃盗罪の実行の着手を認めうるのはどの時点かが問題となる。

## III. 学説の状況

### ア説（主観説）

- 「犯意の成立が其の遂行的行為に因りて確定的に認めらるるとき<sup>2</sup>」をもって実行の着手を認  
25 める説。

### イ説（形式的客観説）

- 基本的構成要件についての構成要件の故意があり、基本的構成要件に該当する行為の少なく  
とも一部分が行われた時点をもって実行の着手を認める説<sup>3</sup>。

30

<sup>1</sup> 窃盗罪の実行の着手は、さらに、強盗罪や事後強盗罪の成否にも影響し得るとして、松宮孝明「判批」新・判例解説 Watch 刑法 174 号(2022) 3 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) 82 頁は懸念を示すが、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) 27 頁注 31 は、事後強盗罪とトリック窃盗の事案における窃盗未遂罪の主体性を同一視することに疑問を呈する。

<sup>2</sup> 牧野英一『日本刑法(上)総論〔重訂〕』（有斐閣、1937）254 頁。

<sup>3</sup> 団藤重光『刑法綱要総論』（創文社、1990）354 頁以下。井田良『講義刑法学・総論[第 2 版]』（有斐閣、2018）434 頁以下は、43 条の文言による制約から形式的客観説を基本とすべきであるとした上で、実質的基準も併用することは可能であるとする。結局、エ説へと発展することになる。

ウ説(実質的客観説)

ウ-(1)説(客観的危険説)

構成要件の結果発生の現実的危険性を有する行為が行われた時点をもって実行の着手を認める説<sup>4</sup>。

5 ウ-(2)説(具体的危険説)

構成要件の結果発生の具体的危険が切迫した時点をもって実行の着手を認める<sup>5</sup>説。

エ説(危険性+密着性基準説<sup>6</sup>〔折衷説〕)

10 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<sup>7</sup>、行為者の犯罪計画全体に照らし利益の危険が切迫した時点をもって実行の着手を求める説<sup>8</sup>。

オ説(進捗度基準説)

15 行為者の犯行計画ないし認識を基礎として犯行の時系列を把握したうえで、事態の進行が進捗度合い<sup>9</sup>という観点からみて未遂処罰に値する段階に到達した時点をもって、実行の着手を認める説<sup>10</sup>。

## IV. 判例

最判平成 30 年 3 月 22 日刑集 72 卷 1 号 82 頁

[事実の概要]

20 被告人は、共犯者らと共に謀して警察官になりすまし、高齢の被害者から現金をだまし取ろうとした。被害者は、前日に甥を名乗る人物にだまされて現金 100 万円を渡しており、翌日、警察官を装った共犯者らから電話で「昨日の詐欺事件の捜査に協力してほしい」などと虚偽の説明を受け、現金を引き出した。被告人はその現金を受け取ろうと被害者宅を訪れたが、現場で警戒していた警察官に発見され、逮捕されたため、詐欺の目的は未遂に終わった。

25 [判旨]

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

<sup>4</sup> 大塚仁『刑法概説(総論)[第 4 版]』(有斐閣,2008)174 頁、大谷實『刑法講義総論[新版第 5 版]』(成文堂,2019)363 頁以下。

<sup>5</sup> 平野龍一『刑法総論Ⅱ』(有斐閣,1975)313 頁。

<sup>6</sup> 佐藤琢磨「すり替え事案における窃盗の実行の着手」研修 890 号(2022) 11 頁。

<sup>7</sup> 井田・前掲 435 頁、山口厚『刑法総論[第 3 版]』(有斐閣,2016)283 頁。

<sup>8</sup> 高橋則夫『刑法総論[第 5 版]』(成文堂,2022)417 頁、西田典之(橋爪隆補訂)『刑法総論[第 3 版]』(弘文堂,2017)324 頁。なお、折衷説の内部で行為者の主観をいかに考慮するかにつき対立があるが、行為者の犯罪計画をも判断基底に取り入れる見解が多数説である(高橋欣也「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-」城西大学大学院経営学研究科紀要 20 卷 1 号〔2024〕14 頁)。

<sup>9</sup> オ説の理論的特徴は、行為者の犯行計画を基礎として進捗度合い、すなわち結果への近さから未遂処罰の開始時期を検討する実行の着手論と、結果発生の可能性の高さを問題にする不能犯論は本質的に異なるとする二元的理解にある(樋口亮介「実行の着手」東京大学法科大学院ローレビュー13号(2018) 60 頁、富川・前掲 19 頁、城下裕二「実行の着手」法学教室 514 号〔2023〕15 頁以下)。この見解によれば結果発生の危険性は実行の着手の必要条件ではない(富川・前掲 19 頁)。

<sup>10</sup> 樋口・前掲 60 頁、同「詐欺罪における実行の着手」法学セミナー759号(2018) 52 頁、安田拓人「特殊詐欺における実行の着手」法律時報 92 卷 12 号(2020) 7 頁以下。

となるよう予定された事項に係る重要なものであり、被害者に現金の交付を求める行為に直接つながる嘘が含まれ、被害者にその嘘を真実と誤信させることが、被害者において被告人の求めに応じて即座に現金を交付してしまう危険性を著しく高めるといえるなどの本件事実関係の下においては、当該嘘を一連のものとして被害者に述べた段階で、被害者に現金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]

本件判例で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」という修飾語を付さず「危険性」という表現を採用している<sup>11</sup>。また、架け子役の嘘の内容・性質および犯行計画における位置付けを分析し、それに基づいて危険性を判断しており、結果発生の高度の可能性があったのかという形で危険性を論じていない。したがって、検察側が採用する進捗度基準説と親和性が高いため採用した。

## V. 学説の検討

ア説（主観説）

単なる反抗意思の表動で足りるとするのは、予備も未遂となり、未遂犯の成立を限定する機能が「実行の着手」から失われてしまい、妥当でない<sup>12</sup>。

「遂行的行為」というような観念を持ち込まなければならない点で、「犯意」という主観的な要素を重視するにもかかわらず、その犯意の存在を「遂行的行為」という客観的な行為により判断しており破綻している<sup>13</sup>。

よって、検察側はア説を採用しない。

イ説（形式的客観説）

形式的客観説は、形式性を重んずる点で罪刑法定主義に即するものであるが、形式的判断基準で予備と未遂とを区別することは實際上不可能<sup>14</sup>であって妥当ではない。また、構成要件に属する行為の範囲は極めて狭いものであり、この見解によると、実行の着手時期が遅くなりすぎてしまう<sup>15</sup>。

よって、検察側はイ説を採用しない。

ウ説（実質的客観説）

未遂犯の成立時点は、行為の可罰性の境界を画すものであり、法的安定性に寄与すべく明確なものである必要があるにもかかわらず、「現実的危険性」は程度概念であって、判断が不安定化し、実行の着手時期が曖昧になるおそれがある<sup>16</sup>。

よって、検察側はウ説を採用しない。

---

<sup>11</sup> 富川・前掲 24 頁。

<sup>12</sup> 山口・前掲 281 頁。

<sup>13</sup> 団藤・前掲 354 頁。

<sup>14</sup> 大谷・前掲 364 頁。

<sup>15</sup> 高橋・前掲 416 頁。

<sup>16</sup> 伊東研祐「未完成犯罪(未遂・予備・陰謀) その 1: 総説及び未遂犯 1」法学セミナー623 号(2006) 102 頁。

エ説(折衷説:危険性+密着性基準説)

そもそも、既遂結果惹起の現実的・具体的・客観的危険性を、実行の着手論と不能犯論に共通するキー概念とすることには無理があり、判例・裁判例の傾向とも合致しない。例えば、昭和37年判例<sup>17</sup>は「絶対にないとはいえない」という既遂結果惹起の現実的・客観的危険性よりもはるかに低い程度の危険性で未遂犯の成立を認めているのであり、判例との不整合は明らかである。さらに、特殊詐欺ないしトリック窃盗事案において警察官からの職務質問を受け被告人が逮捕されたような場合には、既遂結果惹起の現実的危険性を認めることができないことになり、この点でも判例との調和が困難である。

エ説は、実行の着手論と不能犯論を一元的に捉えるが、未遂犯の処罰に必要な危険の程度を高く設定すると、不能犯の処罰範囲が過度に拡大し、逆に、必要とされる危険性を低く設定した場合、着手時期が早くなりすぎるため、どちらにしても不当である<sup>18</sup>。

よって、検察側はエ説を採用しない。

オ説(進捗度基準説)

15 刑法における行為規範は、事前的・予防的な法益保護機能を有している。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、まさにこうした行為の遂行を事前に禁止する機能を担う<sup>19</sup>。このような理解から、未遂犯の処罰根拠は行為者が事前に提示された行為規範を侵害した点に求められ、規範違反の開始時点は犯行計画上の進捗度により決すべきである。

20 本説は実行の着手論と不能犯論の一元的理解を否定する点で上述のような判例との不整合がないし、実行の着手は既遂犯の要件にもなると考える点<sup>20</sup>で優れる。

よって、検察側はオ説を採用する。

---

<sup>17</sup> いわゆる空気注射事件について被告人に殺人未遂罪の成立を認めた最判昭和37年3月23日刑集16巻3号305頁は、「被注射者の身体的条件その他の事情の如何によっては死の結果発生危険性が絶対にないとはいえない」と判示する。「多数説(検察側注:エ説)を貫徹し、未遂処罰にあたって現実的・具体的な危険を認定するという議論は判例において採用されていない」(樋口・前掲〔注8〕59頁)。多数説の議論を修正し、不能犯は危険の質の問題、実行の着手は危険の量の問題と解する二元的理解を取り入れる見解を採っても、実行の着手と不能犯に共通する形で危険性を未遂処罰の根拠とする枠組みを維持する限り、判例を整合的に説明することは不可能である(同上)。

<sup>18</sup> 城下・前掲16頁。仮に密接性の基準を併用することにより着手時期の前倒しを制限すると、判断基準として機能するのは実は密接性だけだということになり、危険性と密接性の要件の整理が十分にできていないという問題がある(佐藤・前掲〔注5〕12頁)。

<sup>19</sup> 高橋・前掲270頁。

<sup>20</sup> エ説の枠組みからは、未遂犯処罰規定は既遂に至る現実的・具体的危険を処罰対象にするのであり、既遂犯の成立要件とはなんら関係がない。この点で、エ説は犯人らの認識より早く殺人既遂に至った場合に既遂処罰してよいかが問題となるに際して、殺人の実行の着手が問題となったクロロホルム事件(最決平成16年3月22日刑集58巻3号187頁)を説明することができない(樋口・前掲〔注8〕59頁以下)。この点、実行の着手論を計画の進捗度合いから未遂処罰に相応しい段階に至っているかという判断と位置付けるオ説は、未遂犯と既遂犯の構成要件は結果の点を除けば同一と解するから(佐藤琢磨「早すぎた構成要件実現」法学教室453号〔2018〕20頁)、判例に整合的である。

## VI. 本問の検討

第1 架け子である氏名不詳者らがAに架電して虚偽の言辞を告げ、XがAのキャッシュカードを窃取すべくA宅を訪問しようとした行為

### 1. 詐欺罪の成否

- 5 Xらの計画によれば、実際にXがA宅を訪問しAがこれに対応していたとしても、Aはあくまで封印されたキャッシュカードを手元に置いておく心積もりでいることになるから、財産的処分行為に向けられた「人を欺く行為」がなく、Aの交付行為も観念できないため、上記行為に詐欺未遂罪は成立しない。

### 2. 窃盗罪の成否

- 10 では、上記行為に窃盗未遂罪の共同正犯(刑法60条、243条、235条)が成立しないか。

#### (1) 客体

「財物」には財産的価値を要するところ、キャッシュカードは、これを利用して預金の払戻しを受けることができる点で財産的価値を有し、財物性を有する。そして、キャッシュカードは、Aが所有・占有する有体物であるから、「他人の財物」として窃盗罪の客体となる。

#### 15 (2) 実行行為

窃盗罪の実行行為たる「窃取」とは、占有者の意思に反してその占有を侵害し、財物を自己又は第三者の占有下に移すことをいうが、Xはこれを遂げなかった。そこで、窃盗罪の「実行に着手してこれを遂げなかった」(刑法43条本文)といえるかが問題となる。

ア. 実行の着手に関して、検察側はオ説(進捗度基準説)を採用する。すなわち、実行の着手、

- 20 は、犯行計画に照らして、犯行が未遂犯として処罰するに値する段階にまで至っているかを基準に判断する。窃盗罪の実行行為は意思に反した財物の占有侵害・取得であるから、その判断においては、目的物の占有を支える領域への接触を開始したか否かを重要な考慮要素とすべきである<sup>21</sup>。

イ. たしかに、Xの接近行為自体は構成要件該当行為としての窃取たり得ず、すり替え行為こそがキャッシュカードの占有移転を生じさせる最終的な結果実現行為である。しかし、窃盗罪の結果要件は占有侵害であるから、被害者の占有弛緩の誘発が開始された時点をもって、占有侵害の開始を認めるべきである。

- 30 本件犯行計画、Xがキャッシュカード入りの封筒と偽封筒をすり替えることによりキャッシュカードを窃取するには、Aが金融庁職員を装って来訪したXの指示を信じてこれに従い、Aが目から離すことによってすり替えの隙を生じさせることが重要である。すり替えの隙を直接的に生じさせるのはXによる虚偽の説明・指示であるが、架け子のうそ(以下、架け子がAに申し向けた一連のうそを「本件うそ」という。)は、AをしてXの虚偽の説明・指示が真実であると誤信させてこれに従わせ、もってAに隙を作らせる蓋然性の高いものであり、この点で架電行為に心理的な意味での領域接触<sup>22</sup>を認めることができる。さらに、すり替え窃盗は被害者が財物を特定した上でそれを受け子の面前まで移動させるため受け子が財物特定をする必要がなく、占有移転の実行も一部のみでよいという点に特色

<sup>21</sup> 佐藤琢磨「実行の着手の論証パターン」法学セミナー通号839号(2024)18頁参照。

<sup>22</sup> 安田拓人「実行の着手」法学教室503号(2022)108頁は、被害者領域への介入を文字通り受け子の被害者宅への侵入と解することは、妥当でないとする。すなわち、占有を弛緩させる架電行為後は「実行役が被害者宅に赴いてとってくるだけ」であり、重要な中間行為はもはや残されていない。一連の嘘をつき始めた時点で実行の着手を認めることは、クロロホルム事件やダンプカー事件とも整合する。なお、参考判例である令和4年決定は、被害者宅付近路上まで赴いた時点において「実行の着手が既にあった」との表現を用いており、その時点より前の段階で実行の着手が認められる可能性を排斥していない。

があることからすれば、本件うその時点でAによる占有移転が開始されようとしていると  
いうことができる。

したがって、Aの占有弛緩はXの説明・指示によってのみもたらされるものではなく、  
これに先行する本件うその時点ですでに始まっているのであり、Aに対する占有侵害の開  
5 始時点は本件うそがAに伝えられた時点であるといえる。

ウ.そして、架電内容には、金融庁職員による詐欺被害の説明や、さらなる被害防止のため  
にはA宅をまもなく来訪するXの指示に従う必要性がある旨のうそが含まれているところ、  
これらはXがA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、  
AにXの説明・指示に疑念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  
10 ようなうそである。すなわち、架け子が虚偽の言辞を告げれば、その後のすり替え役Xに  
よる訪問およびすり替え行為という犯行計画が、完全な占有侵害という構成要件実現に至  
るまで一気に進捗することになる。

エ.以上からすれば、A宅に対する物理的接近を問題とするまでもなく<sup>23</sup>、また犯行計画上未  
だなすべきことが残されていても、架電行為の時点で、占有弛緩の惹起とそれを利用した  
占有取得の進捗度は自動性・確実性あるものとなっており、Xを未遂犯として処罰するに  
15 値する段階にまで至っているといえるから、その時点で窃盗罪の実行の着手を認めること  
ができる。

なお、実行の着手論と不能犯論を峻別する才説(進捗度基準説)によれば、警察官を含む  
A側に本件うそが看破されていたと考えられる本件では不能犯の成立を検討する余地があ  
20 るが<sup>24</sup>、単に被害者側が結果回避のための対策を講じた結果、既遂に至らなかったという  
に過ぎず、犯行計画がおよそ実現不可能なものではない本件では、不能犯は成立し得な  
い。

(4) 窃盗罪の成立には故意(刑法 38 条 1 項本文)に加えて不法領得の意思も要するところ、Xは  
上記事実を認識しており、不法領得の意思もある。

3. よって、Xの上記行為に窃盗未遂罪が成立し、後述のとおり氏名不詳者らとの間で共同正犯  
25 となる。

なお、Xは企図していた犯罪を遂げなかったものであるが、警察官の尾行という外部的障害に  
より犯行を断念したにすぎず、任意性を欠くから中止犯(刑法 43 条ただし書)は成立しない。

## 第2 共同正犯の成否

共同正犯は共謀とそれに基づく実行行為があった場合に成立するところ、Xは氏名不詳者らと  
共謀を遂げ、これに基づいて前記第1の罪を共同して行ったから、窃盗未遂罪の共同正犯が成  
30 立する。

## VII. 結論

Xの上記行為に窃盗未遂罪が成立し、架け子である氏名不詳者らとの間で共同正犯となる。

以上

<sup>23</sup> 富川・前掲 28 頁は、トリック窃盗の事案の特殊性に鑑み、従前の判例が用いてきた物理的接近は進捗度基準  
説からは決定的な意義を持たないと述べ、参考判例における「被害者宅路上付近まで赴いた時点」との判示につ  
いて新たな意味付けを試みている。

<sup>24</sup> 才説によれば、「不能犯にならないことが未遂犯になることを意味するとは必ずしもいえず、不能犯にならな  
いことと、実行の着手が認められることの両者を確認できた場合に未遂犯が成立する」(城下・前掲 16 頁)。も  
っとも、現実的・具体的危険性を要求しないため、エ説とは異なり不能犯論で不可罰となる範囲は狭い(佐藤・  
前掲〔注5〕11頁)。