

I. 事実の概要

- 5 令和8年4月29日に甲は、氏名不詳者らと共謀の上、金融庁職員に成りすましてキャッシュカードを窃取しようと考えた。その後、警察官に成りすました氏名不詳者がAの自宅に電話をかけ、Aが詐欺の被害に遭っていて銀行口座を凍結する必要があること、そのためにA宅をこれから訪ねる金融庁の職員が封筒を持参するのでそこにキャッシュカードを入れる事、封筒に入れたキャッシングカードはその場で確認したらすぐに返却されるが3日間は自宅で保管して使用しないことなどを内容とするうそ(以下本件うそ)を告げた。指示役の指示に基づき待機していた甲は、同日午後4時10分ごろ、指示合図を受けて電車に乗り、A宅の最寄りのB駅に到着したものの、午後4時15分頃、駅で待ち伏せしていた警察官に職務質問を受け、犯行を継続することができなかった。本来であれば、この後、甲がA宅を訪ね、Aに用意させたキャッシュカード入りの封筒を持参したポイントカード入りの偽封筒とすり替え、キャッシュカード入りの封筒を持ち去ることとなっていた。
- 10
- 15

甲の罪責について論じよ。

参考判例：最高裁令和4年2月14日第三小法廷決定

II. 問題の所在

- 20 キャッシュカードすり替え型の窃盗において、どの時点で窃盗罪の実行の着手が認められるかが問題となる。

III. 学説の状況

A説(主観説)

- 25 主観的未遂論の立場であり、犯意の飛躍的表動、あるいは犯意の成立がその遂行的行為によって確定的に認められた場合に実行の着手を認める見解¹。

B説(形式的客観説)

- 30 基本的構成要件についての構成要件的故意があり、かつ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ることが必要²とする見解。

¹ 高橋則夫『刑法総論[第5版]』(成文堂,2022)416頁参照。

² 団藤重光『刑法綱要総論[第3版]』(創文社,2000)355頁参照。

C説（実質的客観説）

構成要件の結果発生の現実的危険を惹起する行為、または法益侵害の現実的危険性を有する行為を行った時点に実行の着手を認める見解³。

5 D説（折衷説）

行為者の犯罪計画全体に照らし法益の危険が切迫した時点に実行の着手を認める見解。故意を超えて具体的な犯罪計画を判断の基礎とする点に特色がある⁴。

E説（進捗度説）

- 10 実行の着手について、行為者の犯行計画ないし認識を基礎としつつ、事態の進行が犯行の進捗度合いという観点からみて未遂処罰にふさわしい段階に至っているか⁵という観点から判断する見解。

IV. 裁判例

15 東京高判令和3年7月14日判タ1495号144頁

[事実の概要]

- 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、令和2年4月17日、金融機関の職員等になりすました氏名不詳者が、栃木県A市所在の被害者方に電話をかけ、被害者(当時74歳)に対し、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を言い、さらに、同職員になりすました被告人が、被害者から同人管理のキャッシュカードを受け取り、これを封筒に入れた上、同人がその場を離れた隙に、同封筒を別のカード入り封筒とすり替えて前記キャッシュカードを窃取するため、同人方に向かい、同日午後4時58分頃、被害者方北西約100メートル先林内にいたところ、
- 20 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を言い、さらに、同職員になりすました被告人が、被害者から同人管理のキャッシュカードを受け取り、これを封筒に入れた上、同人がその場を離れた隙に、同封筒を別のカード入り封筒とすり替えて前記キャッシュカードを窃取するため、同人方に向かい、同日午後4時58分頃、被害者方北西約100メートル先林内にいたところ、
- 25 同所に臨場した警察官に職務質問されたため、その目的を遂げなかった。

[判旨]

本件犯行計画及びその実施状況に照らすと、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

³ 大谷實『刑法講義総論[新版第6版]』（成文堂、2025）367頁。

⁴ 高橋・前掲417頁。

⁵ 樋口亮介「実行の着手・最高裁第一小法廷平成30年3月22日判決を踏まえて」東京大学法科大学院ローレビュー 第13巻(2018)58頁。

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
ということができる。

このような本件の具体的事実関係の下においては、被告人が被害者方を訪れてキャッシュカ
ードをすり替えるなどの行為自体がいまだ行われていないとしても、窃盗罪の実行の着手があ
ったと認めることができる。

[引用の趣旨]

本判決は、キャッシュカードのすり替え行為が行われていなくとも、被告人が被害者方に近
づいた時点で窃盗罪の実行の着手を認めた点で、検察側の採用するC説に親和的であるため引用
した。

V. 学説の検討

A説（主観説）

同説によると殺人の目的で毒薬を調達した時、侵入窃盗の目的でガラス切りを買った時点
で、殺人や窃盗の意思が外部に表明されたから未遂としてよいということになる。しかし、こ
れでは、予備と未遂の区別が極めて不明確にならざるを得ない。また、法益保護の観点からも
未遂処罰の時期は早すぎるといわざるを得ない⁶。

よって、検察側はA説を採用しない。

B説（形式的客観説）

結果犯の構成要件は、通例、「人を殺した」といった形で結果惹起一般を規定しており、各
則の文言から「構成要件該当行為」を特定するのは困難である⁷。また同説を徹底すると、たと
えば窃盗罪においては物に直接接触らない限り窃盗の着手はないとされ、具体的妥当性を欠く⁸。

D説（折衷説）

行為者の主観を重視しすぎるものとして主観説に対するのと同じ批判が可能である。犯罪意
思を重視しすぎるにより処罰の時期が早くなりすぎるとともに、客観的要素の範囲が明確
となりがたく恣意的判断を招きやすい⁹。

よって、検察側はD説を採用しない。

⁶ 西田典之(橋爪隆 補訂)『刑法総論[第4版]』(弘文堂,2025)320頁。

⁷ 松原芳博『刑法総論[第4版]』(日本評論社,2025)341頁。

⁸ 前田雅英『刑法総論講義[第8版]』(東京大学出版会,2024)121頁参照。

⁹ 大谷・前掲368頁。

E説(進捗度説)

犯行計画の進捗が重要に見えるのは、その犯行計画が進展すればするだけ、結果が発生する危険性が高まっているからである。かりに犯行計画においては考慮されていないが、客観的には障害となるような事情が介入しうる場合については、犯行計画通りに事態が進展したとして

5 もそれだけで着手を認めるのは困難である¹⁰。

よって、検察側はE説を採用しない。

C説(実質的客観説)

10 未遂犯とは、犯罪の実行に着手したがこれを遂げなかった犯罪をいう¹¹。未遂犯の処罰根拠は、構成要件的結果発生の実質的危険性に求める¹²べきであり、そう解すると、実行の着手もその実質的危険を惹起せしめることをいうと解するべき¹³である。

つまり、実行の着手とは、構成要件的結果の発生に至る実質的危険性を含む行為の開始をいうと解するべきである¹⁴。

15 もっとも、問題は実質的危険性の判断基準にあるが、行為者の意思・計画を踏まえ、社会通念または経験則から判断して、その行為の段階になれば、構成要件的結果の発生が切迫した状態が認められる場合に、実行の着手があったと解するべきである¹⁵。

よって、検察側は同説を採用する。

VI. 本問の検討

20 1. 氏名不詳者がAに対し本件うそを告げ、甲がA宅の付近に赴いた行為につき、詐欺未遂罪(刑法250条、246条1項)が成立しないか。

前提として、甲と氏名不詳者には本件犯行計画につき共謀があるため、共同正犯(刑法60条)として論じる。

25 (1)「他人の財物」といえるためには他人の占有する財物であり、刑法的保護に値する財産的価値を有する必要がある。キャッシュカードは、それを用いることで銀行口座から現金を引き出せるようになることから財産的価値が認められる。そのため、「他人の財物」にあたる。

¹⁰ 橋爪隆『判例講座刑法総論』(立花書房,2025)330頁以下。

¹¹ 大谷・前掲366頁。

¹² 大谷・前掲366頁。

¹³ 大谷・前掲368頁。

¹⁴ 大谷・前掲368頁。

¹⁵ 大谷・前掲368頁。

(2) 欺罔行為とは、財物交付の判断の基礎となる重要な事項について偽ることをいう。欺罔行為は財物の交付に向けられたものである必要がある。

実行の着手について検察側はC説を採用する。すなわち、「実行に着手」(刑法43条本文)とは、構成要件的结果発生の現実的危険性を有する行為を開始することをいう。

5 確かに氏名不詳者がAに対し、銀行口座を凍結する必要があるためキャッシュカードを渡すように虚偽の事実を伝えている。しかし、その場で確認してすぐに返却されると伝えており、Aは金融庁職員になりすました甲にキャッシュカードを交付しようとしていたわけではない。財物交付に向けられたものではなく、欺罔行為にはあたらない。交付に向けられていないことから、構成要件的结果発生の現実的危険性を有しているともいえず、実行の着手も認められない。

(3) よって詐欺未遂罪は成立しない。

2. では窃盗未遂罪(刑法243条、235条)は成立しないか。

(1) 前述の通り、キャッシュカードは「他人の財物」にあたる。

15 (2) 「窃取」とは、占有者の意思に反して、財物に対する占有者の占有を排除し、目的物を自己または第三者の占有下に移すことをいう。

実行の着手について検察側はC説を採用する。すなわち、「実行に着手」(刑法43条本文)とは、構成要件的结果発生の現実的危険性を有する行為を開始することをいう。

20 本件では、氏名不詳者がAに電話で本件うそを告げ、その後甲がA宅の最寄り駅であるB駅にまで向かっている。ポイントカード入りの偽封筒も既に用意していたことから、この時点で本件犯行計画の相当部分が実施されている。警察官から職務質問を受けなければすぐにA宅に到着し、キャッシュカードというAの占有する財物に対し、Aの占有を排除し、甲の占有下に移していたといえる。B駅に到着した時点で窃取に至る現実的危険性を有する行為を開始していたといえ、「実行に着手」したといえる。

25 (3) 甲はAのキャッシュカードを窃取することにつき認識・認容があり、故意(刑法38条1項本文)が認められる。また、キャッシュカードから現金を得ることを目的としていることから不法領得の意思も認められる。

(4) よって、本件行為につき甲に窃盗未遂罪の共同正犯が成立する。

VII. 結論

30 甲には窃盗未遂罪(刑法243条、235条)の共同正犯(刑法60条)が成立し、その罪責を負う。

以上