

占有の弛緩と窃盗罪の実行の着手？

最高裁令和4年2月14日第三小法廷決定刑集76巻2号101頁

森 永 真 綱

【事案の概要】

警察官になりすました氏名不詳者は、某日午後2時過ぎ頃、被害者宅に電話をかけ、被害者に対し、「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量販店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、同町内の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。

判例研究

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」という。）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言って被害者にそれを取りに行かせ、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、この計画を「本件犯行計画」という。）。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、被害者に対し本件うそを述べたものであり、被告人も、同計画に基づいて、被害者宅付近路上まで赴いたものである。

第1審（山形地判令和2年3月26日刑集76巻2号115頁）、控訴審（仙台高判令和2年7月14日刑集76巻2号135頁）は、窃盗未遂罪を肯定した。これに対し、弁護人側は、被害者に印鑑を取りに行かせるよう仕向ける行為を行う段階に至っていないので、窃盗罪の実行の着手は認められないなどと主張して上告した。

【決定要旨】

「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（甲南法学'23）64-1-2-74（74）

占有の弛緩と窃盗罪の実行の着手？

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)

【研究】

1. 本決定は、被告人が被害者宅に140m 近づいた時点で犯罪遂行を断念したという事案につき、窃盗罪の実行の着手を肯定し、窃盗未遂罪の成立を認めたものである。これは、典型的な住居侵入窃盗のケースと比較すると、実行の着手時期をかなり前倒ししたとも見うるものである。さらに、架け子の虚言による状況作出に重点が置かれており、被害者宅への接近の程度について詳細な言及がないことからすると、実行の着手時期のさらなる早期化も含意しているようにも読める。

すでに下級審裁判例には、同種の事案について窃盗未遂罪の成立を肯

定するものが存在していた。インターホンを鳴らした時点⁽²⁾、被害者方から100m離れた地点にいた時点⁽³⁾、さらには、架け子が電話でうそをつく行為⁽⁴⁾について、窃盗罪の実行の着手が肯定されている。

学説の反応に目をやると、本決定のような事案で窃盗罪の実行の着手を認めることにつき懐疑的な見解も有力であり、これまでの実行の着手をめぐる議論に照らせば、こうした反応には一定の理由がある⁽⁵⁾。その一方で、事案の特殊性に着目して実行の着手論を展開し、本決定のように被害者宅に接近した事案、さらには架け子が電話でうそをついた段階で実行の着手を認めうるとする見解も有力である⁽⁶⁾。ただ、このように裁判例の動向に一定の理解を示す見解は、単に刑事政策的な考慮をしたわけでもなく、特殊詐欺の一種としての性格を、すり替え事案に見いだしているようにも映る。

2. 本決定のような事案は、「詐欺盗」とも呼ばれるように、そもそも窃盗罪と詐欺罪のいずれが成立するか微妙な事案である⁽⁷⁾。判例実務では、詐欺罪を否定し、窃盗罪のみを認めることで統一する流れができあがりつつあるようだが、すり替え事案が登場した当初は、詐欺罪で起訴された事案も見られた。窃盗と詐欺の区別について取り組んだ裁判例として、京都地判令和元年5月7日LEX/DB 25563868、前掲大阪地判令和元年10月10日があるが、いずれの裁判例も、詐欺罪の処分行為（交付行為）とは被害者の意思に基づく占有移転であり、被害者には占有移転の認識が認められなければならないという一般論を前提に、詐欺罪を否定して、窃盗罪の成立を肯定した点は共通している。

3. 詐欺罪における処分行為（交付行為）とは、詐欺罪の書かれざる構成要件要素である⁽⁸⁾。この処分行為（Verfügung）という要件は、ドイツの議論の影響を受けて導入されたものである⁽⁹⁾。ドイツでは、財産処分の要件は、Köstlinの1858年公刊の著書において創唱され、Adolf Merkelの1867年公刊のモノグラフィーによって展開されたといわれる⁽¹⁰⁾。そして、（甲南法学'23）64-1-2-76（76）

占有の弛緩と窃盗罪の実行の着手？

その後、徐々に議論は深化していったものの、今日に至るまで、書かれざる構成要件要素である。さらに、窃盗と詐欺は、いずれか一方しか成立しない排他的関係（Exklusivitätsverhältnis）にあるとされている。また、処分行為は、直接的に物を移転させる行為でなければならないとされている（これを直接性（Unmittelbarkeit）の要件という）。行為者による占有移転行為が介在する場合には、直接性要件が満たされていないから、詐欺罪は成立せず、窃盗罪が成立する。日本の議論では、排他的関係、直接性という用語は、さほど普及していないが、実質的に見れば、基本的な内容は同じであるといつてよく、ドイツ刑法学が強く影響している⁽¹¹⁾と見てよい。

4. もっとも、窃盗と詐欺が、いずれか一方しか成立しない排他的関係にあるのかについては、ドイツでも日本でも、通説の地位は盤石ではなく、有力な疑問も提起されている。この点、山口厚は、いずれの罪が成立するか決し得なくなるから、両罪が成立しうることはないとする⁽¹²⁾。しかし、これに対しては、かねてより窃盗罪と詐欺罪の成立範囲をそれぞれ独立に定めた上で、適用領域が競合するのならば、罪数論で解決すべきだという批判がある⁽¹³⁾。同趣旨の見解は、ドイツにおいても見られる⁽¹⁴⁾。

二つの犯罪の競合を避けるために一つの犯罪の成立を前提とする解釈は、本質的・内在的なものではない。むしろ、複数の犯罪が競合しうるからこそ、罪数論が存在するのである。「排他性ドクマ」に固執することなく、窃盗と詐欺は両立しうることを認めた上で、罪数論で解決する構成をとっても、特に問題はないように思われる。

5. また、山口厚は、「欺罔行為後における因果経過中、被害者による故意の犯罪行為が介入したことを捉えて、法的な因果関係の有無を問題とすることもできる。このような考え方の一例としては、筆者が主張している『遡及禁止論』がある⁽¹⁵⁾」と言及し、直接性要件が遡及禁止論をバックボーンとしていることを示唆していた。ドイツでも、直接性要件

の必要説の中には、「(古い) 遡及禁止論 ((früheres) Regreßverbot)」を背景としているものもあると指摘されることがある⁽¹⁶⁾。遡及禁止論と一口にいても、バリエーションが存在するが、山口が提唱していたシンプルな遡及禁止論は、この「(古い) 遡及禁止論」の系譜に属する。山口によれば、「構成要件の結果を認識して惹起する自由な行為(構成要件の結果について完全な故意ある行為)の背後の行為については、構成要件の結果は帰属されないとする考え方」をいうとされている⁽¹⁷⁾。このタイプの遡及禁止論によれば、占有の弛緩の事例では、欺く行為と物の移転との間に、行為者による故意の犯罪行為(窃盗行為)が介在しているので、物の移転の結果は、当初の欺く行為には遡及して帰属されないと帰結される。しかし、これに対しては、「後の故意行為を留保しているだけで法的因果関係及び故意が否定されると解することには、疑問がある」との反論があり⁽¹⁸⁾、ドイツでも「許されない欺罔行為によって根拠づけられた危険も、最終的な結果に実現している」といった指摘がなされている⁽¹⁹⁾。

以上の議論を敷衍するために、たとえば、XがAを欺いて物に対する占有を弛緩させた後、物を持ち去るという事例を考えてみよう。この場合、当初の欺く行為(第1行為)と物の移転(構成要件結果)との間に、行為者の占有移転という第2行為(窃盗行為)が介在していると整理することができる。これは、法的因果関係論(客観的帰属論)における行為者の行為が介在する類型に分類されるケースであるが、今日の議論に照らした場合、故意による犯罪行為が介入したというだけで、法的因果関係は常に否定されるであろうか。たとえば、行為者が熊と誤信して猟銃を発砲して被害者に瀕死の重傷を負わせたが(第1行為)、苦悶する被害者を見て早く楽にしてやろうと決意し、胸部を目掛けて猟銃を発砲して即死させた(第2行為)という事案(熊撃ち事件)について⁽²⁰⁾、第1行為と死の結果との間の法的因果関係が否定されるべきかどうか争いが(甲南法学'23) 64-1-2-78(78)

占有の弛緩と窃盗罪の実行の着手？

あり、たとえば、法的因果関係は肯定した上で、死の結果の二重評価をすべきかという観点から解決を導き出すべきだという見解も有力に主張されている。⁽²¹⁾ 上掲の占有の弛緩の事例では、当初の欺く行為によって物の占有移転の危険が惹起されているのであり、しかも熊撃ち事件とは異なり、第2行為は犯行計画に組み込まれているのであるから、異常で予見不可能な経過をたどっているとはいえ、欺く行為と物の移転との間の法的因果関係を否定するのはむずかしいのではないだろう。⁽²²⁾

このことは、すり替え事案にもあてはまる。このケースでは、占有弛緩に向けた欺く行為を架け子と受け子が行い、物の占有移転行為を受け子が行うという複数人によって役割分担された事例であり、欺く行為の観点から見た場合、架け子にとっては第三者の行為が介在し、受け子にとっては行為者の行為が介在する事例だということになる。第三者の行為が介在する事例についても、大阪南港事件⁽²³⁾が示しているように、第1行為の危険性、第2行為の異常性・予見可能性・結果に対する寄与度といったファクターを考慮して法的因果関係の肯否が定まるのであって、第三者の故意行為の介入はファクターの一つすぎない。受け子による第2行為は犯行計画に組み込まれていたことから、異常性は小さく予見可能性もあること、また、キャッシュカードや暗証番号という通常であれば厳重に保管されるべき客体を玄関先まで持って来させることで、物の移転の高度の危険性を作成していることに照らせば、最後に受け子が故意に持ち去りをしたという事情が介在したからといって、虚言によって作出された危険が結果に実現していることは否定されないであろう。

6. 上述の排他的関係と直接性要件とにまたがる観点として、窃盗罪と詐欺罪の罪質の相違が挙げられることがある。ドイツでは古くから、窃盗罪は「取る (Nehmen)」犯罪、詐欺罪は「与える (Geben)」犯罪であり、両立し得ないといわれている。日本の一般的な議論に置き換えて説明すると、窃盗罪は盗取罪であり、詐欺罪は交付罪であるところ、前

者は被害者の意思に反した物の移転を内容とする犯罪であり、詐欺罪は被害者の意思に基づいた物の移転を内容とする犯罪であるから、二律背反的であり両立し得ないという説明になる。

しかし、ドイツの有力な反対説によれば、「取る」と「与える」が両立しうる事例は存在しうるものであり、このことは判例・通説も正面から認めているとすら指摘されている⁽²⁴⁾。その事例とは、三角詐欺である。たとえば、Aの自動車を管理しているBに対して、Xが変装してAになりすまし、Bを騙して自動車のキーを交付させた場合、Bは自動車の鍵を瑕疵ある意思に基づいて渡しているが、この占有移転はAの意思には明らかに反している。この場合、「取る」と「与える」は並行的に (Nebeneinander)⁽²⁵⁾ 行われているのである。そうであるならば、段階的に (Nacheinander) 「与える」と「取る」が行われる占有の弛緩の場合にも、これらは両立しうることを前提に、欺く行為と物の移転との間に、盗取行為が介在する場合もありうる考えるのが一貫している。つまり、被害者側の「意思に基づく占有移転」と「意思に反した占有移転」は、並行的・段階的に両立しうるものであり、これは、行為者と被害者の二者間で行われる詐欺の場合にもあてはまるのである。

7. ここまで述べてきたことをまとめると、私見によれば、いわゆる占有の弛緩 (Gewahrsamslockerung) の事例では、窃盗罪と詐欺罪は排他的関係にはなく、両罪が成立する場合には、罪数論により処理されるべきだということになる。

占有の弛緩をめぐる従来の議論では、実にさまざまな事例が同じものとして扱われてきたよう映る。たとえば、空を指さして「UFOだ」とウソを言って注意を逸らし、テーブル上に置かれていた財布を持ち去るような事例が挙げて、詐欺罪が成立するのはおかしいといわれることもある。しかし、この場合、行為者が弄した虚言によって生じた占有の弛緩はささいであり、財物の占有移転の危険は法的に重要な程度にまで高 (甲南法学'23) 64-1-2-80 (80)

占有の弛緩と窃盗罪の実行の着手？

められていないともみうることから、すり替え事案のような占有の弛緩の事例と同列に扱うことができるかは、一考の余地があろう。本評釈の検討の対象である最高裁決定の事案は、単に玄関に置かれた財物を隙をみて持ち去ったという事案ではなく、キャッシュカードと暗証番号という極めて嚴重に管理されるべき客体を、架け子と受け子の虚言により提出させているのである。以前の裁判例の事案についても、覚せい剤⁽²⁶⁾、多額の現金⁽²⁷⁾をホテルの別室に一時的に持ち出すことに承諾させる以前に、虚偽の取引を持ちかけて犯行現場であるホテルの一室に持参させている点に着目すべきであろう。このように本来ならば嚴重な管理の対象となるべき貴重品を、ウソを言って犯人の眼前に置かせるという事前の行為も含めて考えると、行為者が弄した虚言によって作出された財物の占有移転の危険の程度は大きく、数秒間目線を逸らす事例とは別物として扱わなければならない。

8. では、罪数についてどのように考えるべきであろうか。この点につき、佐伯仁志は、窃盗罪と詐欺罪の関係を考える上で、横領罪と背任罪の関係が参考になるとし、「なお今後の検討課題としたい」としながらも、「例えば、直接性の要件を、窃盗罪と詐欺罪が競合した場合に、罪数論のレベルでどちらが優先して適用されるかを判断するための基準であり、その機能は、具体的な事案において窃盗と詐欺のどちらがより重要であったかを判断する点にある、と理解することも可能だと思われる」とするが、基本的⁽²⁸⁾に妥当であると思われる。たしかに、占有の弛緩というカテゴリーで扱われる諸事例をみると、窃盗の色が濃いケースとの場合と、詐欺の色が濃いケースの場合とがある。両罪は法条関係に立ち、目的・手段、原因・結果の関係にあるととらえ、事案に応じて、詐欺罪が共罰的事前行為として後行の窃盗罪に吸収される場合と、窃盗罪が共罰的事後行為として先行する詐欺罪に吸収されるという関係にあると⁽²⁹⁾考えられる。

判例研究

例えば、覚せい剤や多額の現金をホテルの一室に持ってこさせ、さらに、別室に一時的に持って行くことを応じさせる事例では、先行する欺く行為による占有弛緩の程度が大きく、後行の奪取行為の占有移転に対する寄与度はささいであることから、窃盗罪が共罰的事後行為として詐欺罪に吸収される。これに対して、試着を装う事例の場合、(事例によるが一般論としていえば) 欺く行為により引き起こされた占有の弛緩は、後行の奪取行為に比べれば、衣服の占有移転に対する寄与度が大きいとはいえず、後行の窃盗の予備行為としての性格が強いことから、詐欺罪が共罰的事前行為として窃盗罪に吸収される。いずれとも決しがたい中間的な場合は、法定刑がより軽い窃盗罪が共罰的事後行為として、より重い詐欺罪に吸収される。⁽³⁰⁾

最高裁令和4年決定のようなすり替え事案の場合、貴重品を犯人の眼前に持って来るよう誘導した点は、覚せい剤や現金の占有弛緩が問題となった裁判例の事案と共通している。これに対して、ホテルの別室への一定時間の持ち出しは別の空間への移動であり、被害者との場所的な隔離、与えられた時間的猶予の程度は大きい。しかし、すり替え事案の場合、被告人らの犯行計画によれば、短時間ではあるが被害者からの目視を阻む場所に移動させており、また、玄関口といういつでも建物の外に極めて容易に持ち出せる場所に移動させていることから⁽³¹⁾、架け子と受け子の一連の虚言により惹起された占有移転の危険性の程度は、大きいといえよう。したがって、仮に犯行計画が実現した場合、詐欺罪の包括一罪として処断されるべき事案ではないかと思われる。⁽³²⁾

9. もっとも、これらの事案はいずれも微妙であり、窃盗罪の包括一罪として処断されると考えることも不可能ではない。むしろ、ここで重要なのは、窃盗と詐欺は排他的関係になく、この種の事案では詐欺罪も窃盗罪も成立しうると考える点である。⁽³³⁾このような構想からは、最高裁令和4年決定の事案の場合、行為者が被害者宅に接近した時点で窃盗罪の(甲南法学'23) 64-1-2-82 (82)

占有の弛緩と窃盗罪の実行の着手？

実行の着手を認めなくとも、最判平成30年3月22日刑集72巻1号82頁と同様、すでに架け子の電話によって詐欺罪の実行に着手が認められ、受け子の関与は詐欺罪の着手後のものであると考えることができるため、詐欺未遂罪の成立を無理なく肯定することが可能となる。また、このような構成からは、たとえば、すり替えの犯行計画であったが、完全に虚言を信じ込んだ被害者が自らキャッシュカードを交付したため、すり替えの必要がなかったという場合、あるいは、その逆の場合も、異なる構成要件間の錯誤ではなく、同一構成要件内の錯誤として処理されることになる。⁽³⁴⁾

さらに、本稿の見解によれば、組織犯罪処罰法違反（3条1項13号〔詐欺罪〕）の罪が成立を肯定することが可能になる。通説のように詐欺罪を排除する立場からは、同法違反の罪の成立を認める道は遮断されることになりかねないが、すり替え事案も従来の特殊詐欺と手口は基本的には同じであり、特殊詐欺の一種として理解されていることに照らせば、⁽³⁵⁾刑事政策的な観点から疑問がある。

10. このようにして、私見によれば、最高裁令和4年決定の事案は詐欺未遂罪の成立を認めればよく、窃盗罪の実行の着手時期を「弛緩」させる必要はなかったように思われる。ただし、本来処罰すべきでないものを処罰したという案件ではなく、また、窃盗罪と詐欺罪の法定刑はほぼ同じであり、特別法違反や事後強盗罪等が問題となった事案でもないことから、言い渡される刑に違いは生じず、その限りにおいて異を唱えるものではない。⁽³⁶⁾

本決定および同種の事案が問題となった下級審裁判例では、窃盗罪の着手時期が早期化される傾向にあり、それを理論的に裏づける論考も多く発表されている。ただ、このような流れができあがっているのはなぜかといえば、特殊詐欺の一種として理解しているからであろう。そうであるならば、詐欺罪の成立が一律に排除されないことを真正面から認め

判例研究

た上で、議論を展開する道もありえるのではないかと思われる。先にも示したとおり、占有の弛緩というカテゴリの中で取り扱われる事例はさまざまであるが、いろいろと事例をあげつらっていくと、窃盗と詐欺の排他的関係を否定した場合に、詐欺罪の成立範囲が広がりすぎるのではないかという懸念があるのはたしかなことである。しかし、そうした懸念は脇に置き、ひとまず、窃盗と詐欺の双方が成立する可能性があるという感覚を共有できる事案については、両罪の成立を認めることを前提に議論を展開することもできるのではないだろうか。

すり替え事案について組織犯罪処罰法違反（3条1項13号〔詐欺罪〕）の罪の成立を認めるべき実務的要請がどの程度あるのか、実務家ではない筆者には肌感覚ではわからないが、もし一定程度あるのだとすれば、いわば「飛車落ちの将棋」を強いることになりかねない。あるいは、将来的に形を変えて窃盗と詐欺の区別が問題となる新たな事案が生じたとき、今日の議論が貫徹可能なものか、再度吟味する必要はある。すり替え事案をめぐることは、すでに優れた論考が多く発表されているが、本稿が今後の議論に少しでも寄与するものであれば幸いである。

- (1) 本決定の評釈として、高橋直哉「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あるとされた事例〈判例セレクト Monthly / 刑法〉」法学教室501号129頁（2022年）、前田雅英「詐欺盗の着手時期〈最新刑事判例研究65〉」捜査研究71巻6号39頁（2022年）、松宮孝明「『すり替え作戦』における窃盗罪の実行の着手に関する最高裁決定」新・判例解説 WATCH 31号187頁（2022年）、谷中文彦「キャッシュカード詐欺盗の事案につき、窃盗罪の実行の着手があったと認められた事例〈刑事判例研究531〉」警察学論集75巻10号170頁（2022年）、稲垣悠一「すり替え盗の実行の着手時期〈判例研究〉」専修大学法科大学院／専修ロージャーナル18号75頁（2022年）、塩見淳「キャッシュカード入りの封筒と偽封筒とをすり替えて同カードを窃取する計画と窃盗罪の実行の着手」臨増ジュリスト1583号128頁〔令和4年度重要判例解説〕（2023年）がある。
- (2) 東京高判令和3年3月11日判タ1495号151頁など。

占有の弛緩と窃盗罪の実行の着手？

- (3) 東京高判令和3年7月14日判タ1495号144頁。
- (4) 大阪地判令和元年10月10日 LEX/DB 25566238など。
- (5) 松宮・速判解31号（前掲注1）189頁、杉本一敏「行為の構造から見た『実行の着手』時期（3）」刑事法ジャーナル70号91頁（2021年）、二本柳誠「窃盗未遂罪の処罰時期」刑事法ジャーナル73号18頁、日高義博『刑法総論（第2版）』400頁注14（2022年）（「詐欺未遂の検討をすべき」だとする）、松原芳博『刑法総論（第3版）』342頁（2022年）、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519頁以下（2023年）など。
- (6) 富川雅満「すり替え窃盗の実行の着手時期」刑事法ジャーナル73号28頁（2022年）、江見健一「すり替え窃盗の実行の着手」刑事法ジャーナル73号35頁（2022年）、安田拓人「実行の着手」法学教室503号107頁（2022年）、佐藤拓磨「すり替え事案における窃盗の実行の着手時期」研修890号15頁以下（2022年）、谷中・警論75巻10号（前掲注1）188頁。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59頁（2022年）は、「カードの確認の必要がある等の嘘を電話で述べて信じさせることに『最大の山場』」があり、それを乗り越えようとする時点で実行の着手があるとする。
- (7) すり替え事案を「詐欺盗」とよぶものとして、谷中・警論75巻10号（前掲注1）170頁、前田・捜研71巻6号（前掲注1）39頁があり、令和3年版犯罪白書や警察庁のホームページでは「キャッシュカード詐欺盗」という用語が用いられている。佐藤・研修890号（前掲注6）10頁は、「すり替え事案は窃盗と詐欺の限界線上に位置する」と指摘している。
- (8) 今日では「交付」という文言が用いられていることから、条文上要求されているようにも見えるが、2項にはかかる文言は見られないし、そもそも改正前は「人ヲ欺罔シテ財物ヲ騙取シタル者ハ」と規定されていたこと、そして改正の趣旨から、書かれざる構成要件要素と見るべきであろう。
- (9) 平場安治「詐欺罪における被欺罔者の処分行為」法学論叢60巻1・2号53頁（1954年）、平野龍一『犯罪論の諸問題（下）各論』329頁（1982年）など。
- (10) Pawlik, Das unerlaubte Verhalten beim Betrug, 1999, S. 235, Fn. 67は、このように指摘し、Köstlin, System des deutschen Strafrechts. Abteilungen aus dem Strafrechte, 1858, Merkel, Kriminalistische Abhandlungen, 1867を挙げている。
- (11) 直接性要件を明示的に要求するものとして、山口厚『問題探求 刑法各論』149頁（1999年）、同『刑法各論（第2版）』255頁（2010年）、山中敬一『刑法各論（第3版）』366頁（2015年）、松原芳博『刑法各論（第2版）』283頁（2021年）など。

判例研究

- (12) 山口・問題探求148頁（前掲注11）。
- (13) 林幹人「詐欺罪における処分行為」芝原邦爾ほか編『刑法理論の現代的展開各論』213頁以下（1996年）、佐伯仁志「詐欺罪の理論的構造」山口厚ほか『理論刑法学の最前線Ⅱ』95頁（2006年）。最近の文献では、荒木泰貴「詐欺罪における交付行為の再検討」法律時報92巻12号52頁（2020年）が「排他性は絶対的な要請ではない」と指摘している。
- (14) Pawlik, Betrug（前掲注10）, S. 241, Fn. 96など。
- (15) 山口厚「詐欺罪における交付行為」法教教室288号83頁以下、特に85頁（注24も）（2004年）。
- (16) 遡及禁止論との親和性を指摘する文献として、Joecks, Zur Vermögensverfügung beim Betrug, 1982, S. 15; Pawlik, Betrug（前掲注10）, S. 238, Fn. 83がある。
- (17) 山口厚『刑法総論』64頁以下（2001年）。現在では、遡及禁止論について、かつてほど原則的な意義を強調していない（山口厚『刑法総論（第3版）』68頁以下（2016年））。
- (18) 佐伯仁志・最前線Ⅱ（前掲注13）122頁。
- (19) Pawlik, Betrug（前掲注10）, S. 240 f.
- (20) 最決昭和53年3月22日刑集32巻2号381頁。
- (21) 本決定の理解については、さしあたり、佐伯仁志ほか『刑法判例百選Ⅰ（第8版）総論』30頁（2020年）〔仲道祐樹〕参照。
- (22) なお、上掲の法学教室の連載は山口厚『新判例から見た刑法』（2006年）に収録されたが、因果関係論、遡及禁止論に関する記述は削除されている（185頁参照）。
- (23) 最決平成2年11月20日刑集44巻8号837頁。
- (24) Pawlik, Betrug（前掲注10）, S. 239 f.
- (25) 訴訟詐欺の場合、裁判官は騙されて処分行為を行っており、いわば「与える」行為を行っているが、敗訴した被害者から執行官は「取る」行為を行っている。これは古くからいわれてきたことであり、そうであるがゆえに、訴訟詐欺の場合に詐欺罪が成立するかが問題となると指摘されていたが（団藤重光『刑法綱要各論（第3版）』614頁（1990年））、今日では、訴訟詐欺の場合にも詐欺罪が成立すると考えるのが判例・通説である。
- (26) 最決昭和61年11月18日刑集40巻7号523頁。
- (27) 東京高判平成20年3月11日東高刑時報59巻1-12号12頁。
- (28) 佐伯仁志・最前線Ⅱ（前掲注13）124頁以下。
- (29) Pawlikは、脚注で、罪数論は彼のモノグラフィーの検討対象ではないとしつつも、全体の行為計画において欺罔行為が予備的役割であることに照らし、詐

占有の弛緩と窃盗罪の実行の着手？

- 欺罪を共罰の事前行為とするという処理が考えられるとしている (Pawlik, Betrug (前掲注10), S. 241, Fn. 96.)。しかし、本文でも述べたように、詐欺罪の色彩が強い事例も考えられるのであり、常に共罰の事前行為となるわけではないと思われる。浅田和茂ほか『新基本法コンメンタール刑法 (第2版)』544頁 (2017年) [川口浩一] は、Pawlik のモノグラフィーの同箇所を引用した上で、日本法では、窃盗罪に罰金刑が導入され、詐欺罪の法定刑の方が重くなったことから、窃盗罪が詐欺罪に吸収され、最判昭和26年12月14日刑集5巻13号2518頁と「同様に詐欺罪が成立するという結論も可能かもしれない」とする。
- (30) 以上のような判断をベースとしつつも、法定刑の差異により修正される余地はあるかもしれない。具体的には、組織犯罪処罰法違反の罪 (3条1項13号 [詐欺罪]) と窃盗罪 (刑法235条)、常習累犯窃盗罪 (盗犯等防止法4条) と詐欺罪 (刑法246条) が競合する場合である。これらの場合、行為不法の重要性に照らし、それぞれ特別法違反の罪が優先的に適用されることも考えられよう。
- (31) 決定文、1審、2審の判決文を手がかりに調べた限りでは、セキュリティが強化された大規模マンションではなく、一戸建てか、二階建てのアパートではないかと推察される。
- (32) 前掲最決昭和61年11月18日 (注26)、前掲東京高判平成20年3月11日 (注27) の事案についても、ホテルの規模、セキュリティの程度、部屋の位置関係などにもよるが、詐欺罪の包括一罪として処断されるべきであった事案ではないかと思われる。なお、佐藤・研修890号10頁 (前掲注6) は、「たしかに、被害者がすり替え役に対応するのは通常は玄関内であることから、すり替え役の前にキャッシュカード入りの封筒を残したまま被害者が短時間その場を離れたとしても、被害者はキャッシュカードに対する支配を未だ失っていないため、交付行為があったとはいえないであろう。しかし、被害者がすり替え役に玄関先で対応する事例もあり、そのような事例では、玄関先と公道との距離や敷地と公道を隔てる門扉の有無などの事情により、印鑑を取りにその場を離れるという被害者の行動が交付行為に該当しないかの判断は微妙に変化しうるように思われる。仮にこのような理解に誤りがないとすれば、すり替え役が被害者と接触する前に逮捕等された場合、すり替えの犯行計画の微細な違いにより、詐欺未遂と窃盗未遂のどちらが問題になるのかが分かれうることになる」とする。また、荒木・法時92巻12号 (前掲注13) 54頁は、交付意思の前に、占有移転行為の特定を行うことが必要であることを強調している。
- (33) 本文で示した構想は、窃盗によって最終的な占有の移転を計画している場合にも処分行為は認められ、詐欺罪は成立すると考えており、終局的な占有移転およびその認識は処分行為の要素ではないということになる。とりわけ2項詐欺の

判例研究

場合、これらの要素が認められなくとも詐欺罪は成立することから、1項詐欺罪についても、それとパラレルに考えられるべきであろう（荒木・法時92巻12号（前掲注13）52頁は、1項詐欺と2項詐欺は「それぞれの性質に基づいて再検討する必要がある」とする）。

- (34) 抽象的事実の錯誤が問題となりうることを指摘するものとして、品田智史「窃盗と詐欺の区別」法学セミナー779号33頁（2019年）、佐藤拓磨「窃盗罪と詐欺罪の区別と符合」法学教室480号89頁（2020年）。この問題について詳細な検討を加えたものとして、山内竜太「詐欺罪と窃盗罪の構成要件の符合について：キャッシュカードすり替え事例を契機として」法学政治学論究125巻35頁（2020年）がある。
- (35) 佐藤・研修890号10頁（前掲注6）も「詐欺との均衡という観点」を強調している。
- (36) 本稿の立場からは、あえて判例を正当化するとすれば、本決定が窃盗未遂罪の成立を認めたのは、実質的には詐欺未遂罪が成立していることを暗黙のうちに承認し、それを実質的な根拠として、着手時期を前倒ししたものと理解せざるをえないことになる。