

〔特 集〕

# インタビュー「すり替え作戦の実行の着手について」

—最高裁令和4年2月14日第三小法廷決定—

早稲田大学大学院法務研究科教授

話し手 松原芳博

早稲田大学大学院法務研究科3年

聞き手 井藤大地

- I 題材判例
  - 1 すり替え作戦（最決令和4年2月14日LEX/DB25571957）
    - (1) 事案の概要
    - (2) 判旨
  - 2 特殊詐欺（最判平成30年3月22日刑集72巻1号82頁）
    - (1) 事案の概要
    - (2) 判旨
- II はじめに
- III 未遂犯の処罰根拠
- IV 実行の着手
- V 窃盗の実行の着手
- VI 詐欺の実行の着手
- VII すり替え作戦について
  - 1 検討
  - 2 アポ電強盗との関係
  - 3 異なる構成要件間の錯誤
- VIII おわりに

## I 題材判例

### 1 すり替え作戦（最決令和4年2月14日 LEX/DB25571957）

#### (1) 事案の概要

被告人らは、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た。その計画は、被害者に対して電話で、被害者が詐欺被害に遭っていること、その被害を防止するためにはキャッシュカードを封筒に入れて保管する必要があること、これから金融庁職員が被害者宅を訪れこれに関する作業を行うことなどの嘘（以下「本件うそ」という）を述べたうえで、金融庁職員になりすました被告人が被害者宅を訪問し、被害者がキャッシュカードを封筒に入れた後に、被害者に印鑑が必要であると言って被害者にそれを取りに行かせ、被害者が目を離れた隙にその封筒を別の封筒とすり替えてキャッシュカードを窃取するというものである。この犯行計画に基づき、共犯者が電話で被害者に対して本件うそを伝えたとうえで被告人は被害者宅に向かったが、被害者宅まで約140メートル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づき、犯行を断念した。

#### (2) 判旨

本件うそは、キャッシュカードのすり替えの隙を生じさせる前提となるもので、「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。」

## 2 特殊詐欺（最判平成30年3月22日刑集72巻1号82頁）

### (1) 事案の概要

被告人らが、前日に特殊詐欺の被害に遭っていた被害者に対して、警察官を装い電話をかけ、銀行口座を不正利用されているから協力してほしいとの嘘を述べ（1回目の電話）、今すぐ被害者宅へ向かうと伝えた（2回目の電話）後に、現金を受け取るために被害者宅へ向かいかけたところで、被告人は職務質問されて逮捕された。

### (2) 判旨

上記2回の電話（本件嘘）は、被告人らの計画に照らすと、その「内容は、その犯行計画上、被害者が現金を交付するか否かを判断する前提となるよう予定された事項に係る重要なもので…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」、被害者をして現金を交付させる「危険性を著しく高めるものであるといえる。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。」

## II はじめに

**井藤** 本日はお忙しいなかインタビューをお引き受け下さりありがとうございます。ごさいます。

**松原** こちらこそお声掛け頂き光栄に思っております。

**井藤** 今回は令和4年2月14日に出たキャッシュカードすり替え作戦の最高裁判例を検討していきたいと思えます。まずは刑法総論の実行の着手について学説の展開等を確認したうえで、刑法各論の窃盗と詐欺の実行の着手についての最高裁判例の傾向を分析し、最後に具体的な事案として、すり替え作戦の実行の着手について検討するという流れで伺います。よろしくお願ひします。

**松原** わかりました。よろしくお願ひします。

### III 未遂犯の処罰根拠

**井藤** 早速質問に入ります。まずは未遂犯の処罰根拠について伺います。未遂犯の規定は未完成の犯罪を処罰しますが、その処罰根拠とは何なのでしょう。

**松原** 古くは主観説（新派）と客観説（旧派）との対立がありました。主観説（新派）からは、未遂犯も犯罪意思をもって行動に移しているのだから、既遂犯と同じく犯人の反社会性が表れており、この反社会性を罰するのが未遂犯の処罰根拠だと主張されていました。しかし、犯意の表れに着目すると、未遂犯の処罰が早くなりすぎて予備罪との区別がつかなくなる、法的安定性を欠くという問題がありました。

そこで、客観説（旧派）からは未遂犯の客観的行為を処罰根拠にしようという主張がなされました。ただし、この行為の客観的な性質というのも、行為無価値論・結果無価値論が提唱されるようになると、客観説の中でも考え方が分かれるようになりました。

行為無価値論とは、ご存じのとおり、行為の規範違反が違法性の中心だと考える立場ですが、この立場からは未遂犯の処罰根拠は行為の規範違反性に求められるということになります。一方、結果無価値論とは、法益侵害およびその危険が違法性の中心と考える立場ですが、この立場からは未遂犯も結果発生危険を引き起こしたこと、社会的外界に結果発生危険の状態をもたらしたことを処罰根拠とすることとなります。

### IV 実行の着手

**井藤** 処罰根拠については様々な考え方があることがわかりました。では、未遂犯の成立には実行に着手したことが必要ですが、この実行の着手について主観説や客観説はどのように考えているのでしょうか。

**松原** まず、未遂犯の根拠条文である刑法43条には「犯罪の実行に着手してこれを遂げなかった」と書いてあるので、実行の着手が未遂の着手時期ということになります。そして、先ほど言いました犯人の反社会性を処罰根拠とする主観説

からは、犯意の飛躍的表動、つまり犯意が外面に表れることが実行の着手時期だと主張されました。しかし、犯意の表動ということだと、予備も犯意の表動といえますから、処罰範囲が広がってしまいます。主観説の論者があえて飛躍的という言葉は用いたのは予備との区別のためだと思われそうですが、そうはいつでも「飛躍的」の意義が曖昧でもあるため現在では支持を失っています。

その後、主観説の不明確性に対する反動から、明確性を重視し、構成要件該当行為の一部を行うことが実行の着手であるという客観説が主張されました。たしかに、この基準はかなり明確です。しかし、例えば窃盗では窃取を始める行為、つまり占有移転行為を始めないと実行の着手が認められないため、事実上客体に触れる行為がなければ実行の着手が認められないということとなります。そうすると、未遂犯を設けて法益保護を手厚くしようとした刑法43条の趣旨が没却されてしまうこととなってしまいます。そこで、客観説を修正し、構成要件該当行為と密接な行為がなされた時まで実行の着手を前倒しする見解が提唱されました。この修正形式的客観説は、明確性は一定程度犠牲にしつつも、構成要件該当性との関連性を担保するというところで、現在も補助基準として用いられております。

その後、犯罪論では形式的かつ明確に判断できることばかりではないという問題意識から、法益との距離や、規範の内容を実質的に観察しようという考え方が一般的になってくるようになりました。そうすると、単に構成要件に該当する行為や、それと密接な行為ということではなく、結果発生 of 具体的危険という未遂犯の処罰根拠から直接的に着手基準を考えるという立場が有力になりました。これが実質的客観説という見解です。もっとも、この結果発生 of 具体的危険の中身は、先ほどの結果無価値論と行為無価値論ではいささか違ってきます。行為無価値論からすると、処罰根拠は規範違反行為なので、ここでの危険は規範違反を基礎づけるような危険、例えば人の死が発生するような行為の危険とされます。これに対して、結果無価値論からは、法益侵害の危険の惹起が処罰根拠なので、実行の着手時期も結果発生 of 切迫した危険、いわば危険状態の作出が実行の着手ということになります。これらの違いは離隔犯で顕著に表れますが、今回は割愛します。

**井藤** では現在どの立場が通説的な見解となっているのでしょうか。

**松原** 通説的な見解のベースは実質的客観説だと思います。行為無価値論、結果

無価値論を問わず、やはり結果発生危険に注目しているのではないのでしょうか。最高裁もトラック強姦事件（最決昭和45年7月28日刑集24巻7号585頁）で、行為者の計画を加味しながら強姦に至る客観的危険性が車に引きずり入れた時点で認められるとしているため、判例もまた実質的客観説をベースにしているということができると思います。しかし、危険というのは程度問題で、0から100まであって、どこで線を引くかは不明確で法的安定性を害するというのは確かです。そこで通説は、先ほど言った修正形式的客観説を補助基準として導入するようになっています。つまり、未遂犯の処罰根拠の観点からは結果発生危険は必須要件だが、罪刑法定主義や法的安定性の要請から、それと同時に構成要件該当行為との密接性・接着性も必要であると考えられています。

**井藤** 通説は、ベースは実質的客観説だけれども、危険性にのみ注目すると構成要件から離れてしまうおそれがあることから、構成要件でその限界付けを図っているという理解でよいのでしょうか。

**松原** はい。私は、学説の議論の流れから、そう理解するのが正しいのだろうと思っています。しかし、密接性という基準を併用するとなると、適用においては危険性と密接性の両者ともに必要条件で、対等に考慮されることになるという認識です。つまり、これら2つを満たして初めて実行の着手を肯定できるということですね。

**井藤** なるほど。そうすると実行の着手が認められるためには現実的危険が発生すること、構成要件該当行為に密接な行為が行われたことの両方が必要で、それらは相互補完的な役割を果たしているということですね。ところで、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）でも危険性と密接性という点に着目した判断が示されていると思うのですが、これは通説と調和するものなのでしょうか。

**松原** クロロホルム事件は、通説を反映させた判示である、あるいは、クロロホルム事件で通説の相互補完的な理解がより強まったと理解しています。

クロロホルム事件は、被害者を殺害するためにクロロホルムを吸引させ意識を失わせた後、移動して海に転落させる予定であったが、クロロホルム吸引で被害者が死んだ可能性があるという興味深い判例です。

この判例によると、実行の着手があることが早すぎた構成要件の実現で既遂犯を認める前提となりますから、ここでは実行の着手が第1の争点となりました。

た。そこで最高裁は、3つの重要な判断基準を示しています。まず1つ目が、第一行為が第二行為を行うために必要不可欠であること。2つ目が、第一行為に成功すれば、第二行為に至るまでに障害がないこと。そして3つ目が、両行為の時間的・場所的近接性です。これらを考慮事項として挙げたうえで、第一行為の時点で死亡という結果発生危険があるということと、第一行為が第二行為に密接な行為であるという帰結を導いたうえで実行の着手を肯定しているので、基本的にはこの判示は通説と親和的だと理解しています。ただし、これは早すぎた構成要件の実現という特殊なケースを前提としている点には注意が必要でしょう。それに加えて、この3つの要件は着手未遂にしか妥当しないという点にも注意しなければなりません。

**井藤** クロロホルム事件では実行の着手を肯定するにあたり、犯行者の殺害計画を主要な考慮要素としています。これに関連して、学説では実行の着手を結果発生危険ではなく、犯罪計画の進捗度から判断しようという見解が主張されています。これはどのような見解でしょうか。

**松原** これは今注目されている見解ですね。旧来の通説も犯罪計画を考慮していました。結果発生危険も計画を見ることで初めて危険性の判断が可能と考えるのです。先ほどのトラック強姦事件も、行為者が車内で姦淫する計画であったということが引きずり込むことの危険を基礎づけています。また密接性というのも、計画を見なければ、次にワンクッションあるのかないのかわからないということになります。そういう意味で通説も犯行計画を考慮要素には入れているのですが、犯罪計画の進捗度により判断する立場は、計画をメインに据えます。計画を中心としたうえで、結果発生危険は未遂犯の着手時期の線引きには直接の意味はないと考えるのですね。つまりこの見解というのは、当該犯罪計画が未遂として罰する程度にまで進んでいるかどうか、どこまで計画を達成したかで測っていきましょうという考え方です。犯罪に向けた行為者の意思や行動がどこまで成熟していったのかという進展をみているという点で主観説に似ている面があります。

**井藤** そうすると、この見解は計画が始まると忠実にそれが実行されることを前提としているようで違和感があるのですが、どうでしょうか。

**松原** そうですね。たしかに常に計画通りにいくわけではない。計画通りにいかない場合には犯罪の大筋が乗っかっているルートで判断していくことになるで

しょう。計画を大きく外れた場合には着手は遅くなるでしょうね。計画と全く違う場合には、いったん進捗がリセットされて、新たに着手を判断することになると思われます。いまの質問は大変興味深くて、この見解が主として計画通りに犯行が行われていることを念頭に置いていることはご指摘のとおりです。

**井藤** では、未遂犯の処罰根拠と実行の着手について松原先生はどのようにお考えでしょうか。

**松原** やはり未遂犯の処罰根拠は未遂結果の発生、社会に不都合な状態をもたらしたということが必要だと考えています。その意味では結果発生の切迫性というものが必要ではないでしょうか。そのため、私は離隔犯では到達説を支持したいと思います。一方で、行為者の主観、犯行計画は、着手未遂に関する限りは考慮が必要だと思います。当該行為がどの程度危険なのかは次なる予定を見ないと判断できないという面があるので、行為者の犯行計画は考慮したうえで考えたいと思っています。その際、既遂犯と未遂犯の構成要件が同じかどうかですが、当然結果の点は違います。既遂犯というのは最終結果である人の死亡や財物の占有移転が結果として必要ですが、未遂犯では最終結果ではなく、最終結果の切迫した状況が結果として必要ですので、結果が違うのは異論がないでしょう。行為が同じかについては、窃盗等をみると実行行為は違うのではないかと思います。既遂犯の実行行為は最終結果に直結する窃取行為であるのに対して、未遂犯の実行行為は窃取の一手手前の物色行為や接近行為であるという点で、既遂犯と未遂犯とは違うと考えています。この点は早すぎた構成要件の実現とも若干絡みそうですが今回は割愛します。

## V 窃盗の実行の着手

**井藤** では、次に窃盗罪と詐欺罪の実行の着手を認めた最高裁判例について質問していきます。まず、窃盗罪の実行の着手を認めた判例にはどのようなものがありますか。

**松原** まず、営業時間外の電気器具店に入りなるべく現金をとりたいと思って、レジのほうに向かいかけたときに実行の着手を認めた判例（最決昭和40年3月9日刑集第19巻2号69頁）があり、これがリーディングケースだといわれています。



つまり、ここでは客体の大まかな特定と客体への接近を要求しているといえます。広い意味での物色行為ないし物色行為の一步手前でしょうか。このあたりで結果発生危険があり、かつ、窃取への密接行為が認められる、これが判例の基本的な立場です。なお、向かいかけたときに着手を認めるのは半端じゃないかと思うかもしれませんが、実はこの事案はその時点で店主が戻ってきたので殺害したという強盗殺人事件なんです。そこで、向かいかけたときという半端な時点で着手が認められました。

関連して、民家に侵入して窃盗する場合に、タンスに金目のものがあると思ってそれに接近したところで着手を認めた判例（大判大正6年10月11日大審院刑事判決録23輯）もあります。一方、倉庫や土蔵に関しては入り口を破壊して侵入しようとした時点（名古屋高判昭和25年11月14日高刑集3巻4号748頁等）、車上荒らしでは車のガラスを割ったり、ドアをこじ開けたりした時点で着手を認めたものがあります（東京高判昭和45年9月8日東高刑時報21巻9号303頁等）。

**井藤** お話を伺っていて疑問に思ったのですが、レジに向かったり、タンスを物色したりという行為は、犯行者が既に被害者の支配領域内に入っているなかで、犯行者が目的物に目を向けたときに実行の着手を認めています。一方、土蔵や車上荒らしでは、被害者の支配領域に入ろうとしている時点で着手を認めているという点で、これらの場合分けできるといっていいのでしょうか。

**松原** はい。その電気器具店や民家の事案は家に入っただけですぐに財物がとれるというわけではなく、侵入後さらにレジを開ける、タンスをまさぐるといった行為が要求されており、さらなるバリアがあるといえます。それに対して倉庫や土蔵の場合には外のバリアが最終バリアで、これを破れば大きな障害はないというところが大きな違いです。

## VI 詐欺の実行の着手

**井藤** 今回のすり替え作戦の判例は窃盗の判例ですが、平成30年の特殊詐欺の事例と類似する点があるため、ここで確認することにしたいと思います。詐欺の実行の着手はこれまでどのように考えられていたのでしょうか。

**松原** 詐欺については、交付要求時に着手があるというのが暗黙の通説であっ

たというように思います。例えば、仮装の交通事故で保険金を請求する詐欺であれば、請求書を送付した時点といったように、交付要求があった時点で詐欺罪の実行の着手が認められます。その前提としては、構成要件上、実行行為の態様に限定がある罪については、当該構成要件該当行為の開始が要求されるとの考えがあります。強盗であれば暴行脅迫の開始、詐欺だったら欺罔の開始。詐欺における欺罔とは交付要求を含んだ嘘だと考えるのが一般的でしょうから、その前提で交付要求をするのが詐欺の実行の着手だと考えられていました。

**井藤** では平成 30 年判例についてどう考えるべきでしょうか。

**松原** 平成 30 年判例の事案で特徴的な点は、交付要求の前提となる嘘については詳細に語られているものの、直接的な交付要求はまだなされていない点です。原審は構成要件に該当する交付要求がないから詐欺の着手はないとしました。しかし最高裁は、交付要求はないけれども実行の着手を肯定しました。

この判決の採った構成については理解が分かれています。あり得る理解の一つは、欺罔行為はまだ行われていないが欺罔に密接する行為が行われたから着手があるというものです。山口厚最高裁判事の補足意見はまさにこれで、本件はクロロホルム事件と平行であると考えています。つまり構成要件に該当する欺罔行為は受け子が現場で行うものであり、あくまでも本件の電話は欺罔行為と密接不可分の前提行為だと解するわけです。これに対して法廷意見は「本件嘘」という文言を何度も連ねてこれにこだわっていることから、むしろ交付要求はなくても構成要件に該当する欺罔行為は行われている、前提となる嘘であっても欺罔行為に当たるのだと判断しているように読めます。その意味では既に被害者を騙しに入っていることを重視しているのではないのでしょうか。そうすると、本件では 2 つ目の考え方、本件は欺罔行為の一部を開始しているから着手が認められるとの読み方もでき、法廷意見の読み方としては後者の方が素直だと思っています。

**井藤** たしかに私も後者の理解と同じように考えていました。

**松原** そうですね。加えて山口補足意見のように理解すると、射程が広がってしまい、嘘をつく以外のいろいろな接着行為が着手の候補となってきてしまうおそれもあります。クロロホルム事件の 3 つの要件を満たすものであれば、嘘でなくても実行の着手が認められてしまう余地が生じてしまいます。そういう意味でも本件は欺罔行為への着手があったと理解する方が、過剰な処罰拡大を

招かない点で妥当だと思っています。

**井藤** もっとも、後者の見解に対しては詐欺罪の構成要件該当性、つまり欺罔行為の要件を緩和しているとの批判もありそうですね。

**松原** たしかに山口判事の理解からは、欺罔行為の範囲を弛緩させているといわれるかもしれませんが。山口判事は、欺罔行為の範囲を弛緩させない分、欺罔行為がなくとも着手を認めるという構成を採ったともいえます。その意味ではどちらにも一長一短な面がありますね。

## VII すり替え作戦について

### 1 検討

**井藤** では本題であるすり替え作戦の判例の検討に移りたいと思います。初めてすり替え作戦の事実を読んだときは、詐欺罪が成立するのかと思ったのですが、なぜこれは窃盗罪として論じられるのでしょうか。

**松原** たしかに、すり替え作戦は広い意味では特殊詐欺の一つの手口なのですよ。特殊詐欺では、例えば被害者を騙してキャッシュカードを警察に預けてくださいとの嘘で交付させるというのが基本パターンです。しかし、特殊詐欺が社会問題となって周知されてきたので、警察だから渡してくださいと言っても多くの被害者はそう簡単には渡してくれません。そこですり替え作戦という手法が考え出されました。これは、こちらに渡してくださいというのではなく、自分の手元で保管してくださいというのであれば、警戒することなく保管してくれるだろうという心理を利用したものです。

すり替え作戦の基本形は、電話で前提となるうそをついた後に被害者宅に向いて、封筒にカードを封印する必要があるからハンコをとってきてくれとの嘘をつき、被害者がハンコをとってくる間に封筒をすり替えてしまうというものです。

たしかに、これは社会現象としてみると特殊詐欺の一種ですが、法律的にみると詐欺というのは被害者に財産を交付させる罪です。そうすると、すり替え作戦で交付行為があるのでしょうか。被害者は封筒の中にカードを入れていますが、この封筒は警察官と称する犯人に渡す気はありません。かつ被害者の家の中で行

われていますから、封筒の中に入れる行為は交付行為ではない。そして一番決定的なのは印鑑を取りに行く行為です。ここで結果的にはカードの支配は犯人に移るわけですが、被害者が自分の家の中で印鑑を取りに行く行為なので、被害者からすれば、これによってカードの占有が移転するという気持ちは全くないでしょう。印鑑を採りに行かせるのはせいぜい注意をそらす行為にとどまります。いわゆる UFO 事例と一緒にですね。「あ、UFO が飛んでいる！」と嘘をついて、被害者がそちらに注目している間にカバンを持ち去るという事例です。これは交付行為ではないので窃盗罪が成立します。印鑑を取りに行く行為も、これと同じで交付行為ではない。そうすると、すり替え作戦では交付行為がなく、かつ、交付に向けられた欺罔もないから詐欺にはなりません。改めて考えると、これは被害者の注意をそらし、被害者の意思に反して占有移転をもたらしているので窃盗罪にあたります。このように考えるのが現在の判例・通説です。

**井藤** すり替え作戦については令和4年年2月14日に最高裁で判断がなされる前にも下級審裁判例が出ていたようですが、それらの判断はどのようなものだったのでしょうか。

**松原** それらは大きく2つのグループに分かれていました。いくつかの判例は事前に電話で嘘をついた段階で実行の着手を認めています（大阪地判令和1年10月10日LEX/DB25566238，宇都宮地判令和3年3月17日LEX/DB25569194）。そのうちかなり多くの裁判例はクロロホルム事件を参考にしていて、現場での行為のために必要不可欠であること、大きな障害がないこと等を持ち出して、電話をかけた時点で着手を認めています。これらは、詐欺罪となるべく平仄を合わせたいという考えに基づくものではないかと想像しています。

他方で、もう1つのグループの裁判例は、受け子が被害者宅のベルを鳴らす等、被害者宅を訪問した時に着手を認めています（東京高判令和3年3月11日LEX/DB25590988，横浜家裁川崎支部決定令和2年1月14日判例タイムズ1484号252頁）。これは、本件が詐欺ではなく窃盗であるという特殊性を意識したのではないのでしょうか。詐欺の場合は欺罔行為が構成要件該当行為なので、電話の段階でも欺罔行為だといやすい。これに対して窃盗の場合は犯人側が財物を占有移転しないとイケないため、犯人側が客体に接近しなければならない。そうすると物色までは待たなくてもいいとしても、被害者宅への到着は必要だと解釈したと推測されます。

**井藤** 先ほど窃盗の実行の着手を確認した際に、最終的なバリアがどこに設定されるかという話があったと思います。下級審裁判例では最終的なバリアをどこに設定するかで判断が分かれたという認識でよいでしょうか。

**松原** はい。まさにそうだと思います。電話の時点で着手を認めた裁判例は、窃盗ではあるけれども、バリアの置き方は詐欺と同じく心理的なバリアに特化して考えられています。これに対して、到達まで待つという裁判例は、そうはいつでも窃盗だから物理的なバリアも意識したほうが良いという考えでしょう。

**井藤** 判断が分かっている状況で、最高裁は掛け子が電話で嘘を言い、受け子が被害者宅から 140 メートルの地点まで向かったところで現行犯逮捕されたという時点で実行の着手を認めたわけですが、この判断はどのような考えに基づいているのでしょうか。

**松原** まず確認ですが、140 メートルまでの接近が絶対必要条件かといわれるとその確証はありません。少なくともこの時点では着手があるということで、これ以前であれば絶対に否定されるかどうかは定かではありません。しかし、電話を掛けた段階で着手があるとあえて言わなかったところには、かなり大きな意味があるのではないかと思います。先ほど検討した特殊詐欺の平成 30 年判例との関係では、本件のうそもかなり具体的で、かなり重要な事項も含まれています。詐欺の平成 30 年判例とパラレルに考えたいのであれば、電話の時点で着手と言い切ってもよかったのに、あえてそれを避けているということを考えると、本決定はやはり被害者側が財物を交付する詐欺と、犯人側が財物を持ち去る窃盗との類型的違いは無視し得ないと考えたのではないのでしょうか。

**井藤** 窃盗の場合は物理的な接近が重要であるということでしたが、これを物理的な接近に限定を加えず、心理的な接近でもよいと考えられないのでしょうか。本件では、嘘が述べられたことでいわば被害者の心の鍵が開けられたことと、物理的に家のドアの鍵を開けることはパラレルに考えられませんか。

**松原** 興味深い着眼点で、本件でも窃盗といっても物理的に鍵を開けることはなくて、いわば被害者が鍵を開けてくれるということを考えると、心理的バリアの解除ということにかなり大きい意味があるのは確かです。しかし、詐欺ならば、被害者が瑕疵はあるものの自らの意思で財物を交付してくれます。それに対して、すり替え作戦はあくまで窃盗なので、最終的には注意をそらしたうえで犯人側がすり替えなければいけない。そうだとすると、詐欺の場合のように心理的

バリアの解除が全てではないという類型的な違いがあります。やはり窃盗の場合には犯人側が占有移転をする、つまり犯人側の物理的アクセス可能性という点で物理的な接近に重点が残るとというのが私の意見です。

**井藤** 詐欺の場合は占有移転が交付者の意思に基づいて行われるということを考えると、心理面に着目するというのが重要な意味を持っていて、逆に窃盗の場合は行為者による占有の移転という点がより重要な意味をもっているという理解でしょうか。

**松原** 窃盗では、占有者の意思に反して犯人側が占有移転をするという構造になっているので、実行の着手の判断について犯人側のアクションへの密接性を考慮したいというのが私の意見です。

詐欺の場合は、構造的に客体と犯人との物理的距離はあまり重要でなく、被害者が持参するなり送金するなりして財物を交付してくれます。一方、窃盗の場合には犯人側が何か行動することが前提なので、常に物理的距離が必須かといわれると疑問の余地は残るものの、基本構造としては犯人側が何をできるかというところに重点を置きたいのです。

**井藤** 窃盗の場合は犯人の行為によって占有移転が起こればいい。しかし、詐欺の場合には欺罔行為によって被害者が錯誤に陥り、その錯誤によって財物を交付するというところに因果関係が必要ですよ。そうすると、詐欺の場合には、構成要件レベルで心理的な要素が含まれているといえませんか。

**松原** 詐欺の中間結果としての錯誤の惹起というのはやはり大きくて、錯誤の惹起に直結する行為なら実行の着手は認めやすいでしょうね。それに対して、窃盗において錯誤の惹起というのは法律上必要な結果ではないですし、しかも錯誤を惹起してもそのあとの占有移転行為は別途犯人がやらなければならない。そうすると、錯誤の惹起に決定的な意味を認めづらいというのが窃盗の類型的な特徴ではないでしょうか。

**井藤** なるほど。では議論もある程度深まったかと思うので、松原先生のお考えを聞かせてください。

**松原** はい。まだこの種の事案が近年出始めたところであり、自信をもって私見といえるほどの考えは熟していませんが、せっかくのお尋ねなので可能な範囲でお話ししようと思います。まず、先ほどの話で申し上げたように、電話だけで実行の着手を認めるのは早い感じがします。やはり、被害者側の財産交付ではな

く、犯人側の財産移転行為を必要とする窃盗においては、原則として、犯人が財物に接近することが必要であるように思います。詐欺のケースと平仄を合わせたいという気持ちもわかる、一つ違うだけで着手時期が異なることへの違和感も理解できるのですが、外観が似ていても犯罪類型としての性質が違うというのは残るでしょう。そうすると、被害者による占有移転、交付行為を前提として、詐欺では騙すことが決定的な意味を持ちます。しかし、窃盗の場合には、犯人側の占有移転行為を予定しているのだから、騙しは決定的ではない。騙しがあってもまだまだ難関があるぞという犯罪類型なので、電話を掛けただけでは早いと思います。

では、どこで実行の着手を認めるかです。これは悩ましいですが、少なくとも被害者宅を特定し、到達したことを要求すべきかと思っています。被害者宅に到達すれば、段取りがうまくいってれば家に入れてくれ、そのあとは注意をそらせる可能性が高い状況だと思うので、いくつかの下級審裁判例で基準としていた到達してベルを鳴らすというところが基本的な線引きになりそうです。さらに考えていくと、被害者の注意をそらさないといけない。これが大仕事ですから、被害者宅に入った後、印鑑を持ってきてくださいと申し向けた時点というのがもしかするといちばん明快で優れているのかもしれませんが、もちろんうまくいかないリスクもあり得ますよね。現実には、ハンコを持ってきてくださいと頼んだ場合にすでにハンコが手元にあることもあるらしいですが、こういう場合には糊を持ってきてくださいと頼むんですよ。そうすると、最後の注意をそらす段階で実行の着手を認めればいいのかという考えも十分あり得ます。しかし、そこまで待つのは遅すぎないかと思います。事前の電話の嘘が功を奏していて無事に家に入れたとすれば、そのあとの注意をそらす行為まで自動的に達成できるといえるのではないのでしょうか。基本的には、被害者宅に到達してインターホンを押すなど、被害者宅に入るためのアクションを起こした時点というのが、現時点で穏当ではないかと思っています。そうすると、今回の最高裁決定は電話だけで実行の着手を認めるという判断を避けた点では評価できるのですが、本件では受け子が被害者宅の特定すらできなくて道に迷って仲間の指示を待っていたんですよ。その意味では、実行の着手を認めるにはなお早すぎたと考えています。

## 2 アポ電強盗との関係

**松原** これと関連して提起されるべき問題は、アポ電強盗も同じように考えてよいのかということです。アポ電とは、あらかじめ被害者が在宅しているかどうか、お金を有しているかを電話で聞き出した後に強盗を働くという手法です。このアポ電強盗でも、電話の時点や被害者宅付近への到達の時点で強盗未遂を認めるのかどうか。こちらから逆に質問ですが、どう思いますか。

**井藤** これまでの判例を踏まえると実行の着手を認めることになりそうですが、さすがにそれだと早すぎて抵抗感がありますね。どうにか実行の着手を認めない方向で考えたい気はしますが…。

**松原** 物理的障害についてはこのすり替え作戦と同じではないでしょうか。アポ電に成功すれば、あとはドアを向こうから開いてくれるし、入ったら殴って強盗できる。そうすると、すり替え作戦では最後の注意をそらす工程が残っていることを考えると、かえってアポ電強盗のほうが以降の犯罪遂行は容易かもしれませんよ。気をそらす必要もありませんからね。そうすると障害がなければいいとか、確実にを行うために必要不可欠であればいいとか、時間的・場所的接近性があればいいというように判断すれば、アポ電強盗でも、電話の時点かはともかく、少なくとも被害者宅への接近時点で強盗未遂が認められることになるでしょう。しかし、やはり強盗のような結合犯では手段行為の開始というのが必要な気がしています。暴行脅迫というのがまさに強盗を強盗たらしめている。これが無くていいとなると、普通の住居侵入強盗も侵入時でも十分未遂犯が認められるということになりますよね。窃盗の場合は物色が大変だが、強盗の場合は脅してしまえばいいから、窃盗より強盗のほうが着手は早くなるともいえそうです。

**井藤** 今回のすり替え作戦では窃盗の着手が認められているので、例えば、職務質問から逃げる際に逮捕免脱目的で警察官に反抗抑圧に足りる暴行脅迫を加えたような場合には、事後強盗が成立しますよね。

**松原** 理論上はそうなりますよね。その場合には、事後強盗未遂罪や事後強盗致傷罪等の成立が問題となり得ます。

**井藤** そうすると、事後強盗は強盗として扱われるので、アポ電強盗の場合に着手を否定するのは本判例と平仄が合わないのではないのでしょうか。

**松原** なるほど。たしかに、すり替え作戦において逃げる過程で暴行を働いて事後強盗なら、アポ電強盗も接近したときに強盗の着手を認めないと不均衡なの



は確かですね。ただ、電話はしたが何も乱暴なことをしてないのに、接近して家にも入っていない段階で強盗未遂なのではないでしょうか。それがいいなら、確実に鍵を開けられる道具を持って道路を歩いている段階も強盗未遂になりかねないように思われます。

**井藤** 構成要件ごとに実行行為を場合分けして、実行の着手を認める時期を変えていくというのが妥当な気がしてきました。

**松原** その場合分けの理由づけとして、強盗のような目的手段型の結合犯の場合には手段犯罪の開始が必要で、窃盗という目的手段型ではない場合には密接行為で足りるという場合分けはあり得るでしょうね。

別の言い方をすると、強盗の場合には本来の最終的な実行行為は強取行為で、暴行脅迫は強取に接着する行為を類型化したものだ。だから、暴行脅迫は本来的な構成要件の一手手前の行為として、これに着手を認めることになるといえます。こう考えると、窃盗の最終的な構成要件が窃取だとすれば、それより一手手前の物色行為や接近行為に実行の着手を認めることと、強盗で暴行脅迫に実行の着手を認めることは平仄が合っているといえますね。

**井藤** なるほど。事後強盗は特殊な強盗なのでこれを対立軸に据えるのは適切ではなく、基本的には窃盗と強盗とを対立させて考えたほうがよさそうですね。

**松原** 事後強盗は、同時傷害の特例とともに人工的な犯罪なので、刑法理論で上手く説明することは不可能な特殊なものです。そうすると、たしかに事後強盗との平行性を強調するのはおかしいかもしれない。けれども、事後強盗と強盗とで効果が同じことは確かなので比較対象として頭の片隅には置きたいですね。

特に事後強盗の話題を出してくれたのは興味深くて、詐欺になる場合には事後強盗は成立しなくて、窃盗になる場合にのみ事後強盗になるので、検察官としては詐欺で起訴すると事後強盗の可能性は失われ、窃盗だと事後強盗の可能性が出てくる。そうだとすれば、一般の特殊詐欺では事後強盗は成立し得ないのに、すり替え作戦の場合にはなぜか事後強盗という重い罪が成立してしまうということも気になりますね。

**井藤** そうすると、窃盗の着手を前倒しして考えることに対しては相当慎重であるべきといえそうですね。

**松原** たしかに事後強盗のリスクがある分、詐欺よりも着手は慎重に考えたい

ですね。早く認めてしまうと事後強盗の可能性が大きくなってしまいます。

### 3 異なる構成要件間の錯誤

**松原** ちなみに、すり替え作戦が窃盗であるために起こる問題としては、着手時期のずれ、事後強盗の可否、そして錯誤もありますね。指示役がすり替え作戦を指示したにもかかわらず、受け子がすり替えが面倒になってしまって、交付を求めてしまうこともあるようです。この場合、指示役に錯誤が生じます。指示役は窃盗の意思で共謀したにもかかわらず、結果的には詐欺の結果が生じている。この場合、窃盗と詐欺とで符合が認められるかが問題になります。異なる構成要件間での錯誤の事例ですね。

通説からすれば、故意の符合を認めるためには、法益の共通は必要不可欠で、加えて行為態様の類似性が重要です。詐欺と窃盗で法益は共通ですが、行為態様の違いを大きいと考えるか小さいと考えるか。従来は、窃盗では人のいないところで財物を窃取するのに対して、詐欺では人から財物を頂くということで、これらは異質なものと考えられていました。ただ、近時、両者は近接してきていて、特殊窃盗とすり替え作戦も紙一重ですよ。

多くの場合は詐欺罪の未必の故意が認められるとするのでしょう。しかし、万が一にも指示役が、うちのチームは教育が行き届いており絶対に指示通りに動くからすり替え作戦の故意しかない、という場合には未必の故意では処理できませんよね。

**井藤** これに関連して判例はないのでしょうか。

**松原** すり替え作戦ではこの点の判例を見たことはありませんが、類似の裁判例として、下級審で詐欺と窃盗の間で符合を認めたものはあります（名古屋地判平成20年12月18日研修761号83頁）。

この裁判例は単独犯の事案なのですが、犯人は他人のクレジットカードを挿入してセルフ式のガソリンスタンドで給油したかった。したがって、犯人としては窃盗の故意しかなかった。しかし、そのガソリンスタンドは、実は裏で係員が確認をしていて、セルフの利用ボタンがつくと給油許可のボタンを係員が押すという仕組みになっていたのです。最終的な意思決定は係員にありました。そうすると、係員が交付することになるので、詐欺の結果が生じたという事案になります。どう考えますか。

**井藤** 結論としては符合を認めるしかないと感じました。たしかに理論的に構造は違うかもしれないけれども、通常感覚からすると行為態様の差異は微々たるもののように思われます。ただ、やはり構造の違いを乗り越えるだけの理論づけが難しいですね。

**松原** 当該裁判例は符合を認めました。

**井藤** セルフのガソリンスタンドは先払い方式をとっていることが多いため、犯人は自動販売機と同じように機械的な処理がなされていると信じているでしょうから、詐欺罪の故意は認められない。この事案において概括的故意や未必の故意での処理は厳しそうです。

**松原** そうすると、この事件で窃盗既遂の成立を認めようとするならば、符合を正面から認めるしかないでしょう。現代社会では窃盗が詐欺化しているのでしょうね。取引犯罪が窃盗になっている。従来であれば人から交付を受けていたものが機械化されて、機械から交付を受けることが多くなっているのです。窃盗と詐欺が接近していることは否定できません。

**井藤** 話が詐欺と窃盗との類型的な違いにまで発展してきましたが、やはり詐欺の場合に認められていることを、すべてそのまま窃盗罪に当てはめるとするのは安易に認めるべきではなさそうですね。

**松原** 下級審のように着手時期を詐欺にそろえてしまうのは抵抗がありますね。とはいえ、どこで線を引くかも悩ましいです。

## VIII おわりに

**井藤** 長丁場となってしまいました。ここまでたくさんの質問にお付き合い頂きありがとうございました。おそらくこのインタビュー記事を読まれている方は、刑法に興味を持っている方が多いかと思えます。そこで、刑法を学ぶ面白さや楽しみ方を見つけるためのアドバイスをお願いできればと思います。

**松原** はい。わかりました。刑法というのは法律の中でも最も法律臭くて、かつ理論的な分野だと思います。その意味では、理屈の楽しみというものを味わって頂きたいです。

まずは、問題点の言語化。「何が問題になるのだろうか」というのを言葉にし

てみる。何かもやもやした気付きをもやもやで終わらせずに言語化してみると、「こんなことに気付いちやっただ私すごい」というような発見ができます。なお、この問題点の言語化は一人でできることではなく、誰かとキャッチボールしている間にできることも多いです。

2つ目に、仮想敵と対話するという思考法を持っていただきたいです。例えば、自分が行為無価値論に親近感を持っているのであれば、仮想敵として結果無価値論と対話して、どこがどう違って何が問題となっているかを考えていく。これもやってみてください。

それから3つ目は、事案を少しずつ変えていくと結論を維持できるかできないか、維持できないとすれば、理論がおかしいのか、それとも理論の射程を外れているのかということも考えてみてください。単独犯を共犯にしてみる、故意犯を過失犯にしてみるという風に事実を微妙に変えてみる。まさに今日のすり替え作戦というものも、微妙な事案の違いが大きな結果の違いになってしまうという一例です。

最後になりますが、疑問を持つ心は大事にして頂きたい。「何でなんだろう」という気持ちを持って刑法を勉強していれば、面白さは尽きることはありません。「何でなんだろう」という疑問を持つという意味では、「判例がいつているからその考えが正しいんだ、終わり。」ではなく、「なぜそうなのか、僕の価値判断は違うのになあ。」という疑問を持つ心をもって、判例とも対話をして頂きたいというのが私の願いです。

私からは以上です。本日はどうもありがとうございました。

**井藤** とても楽しかったです。こちらこそ本当にありがとうございました。