

窃盗罪における実行の着手時期について

南部 篤

- I 問題の所在
- II すり替え取得型事案に関する最高裁の判断
- III 窃盗の実行の着手に関する判例・裁判例の概観
- IV 実行の着手の概念
- V 窃盗罪における実行の着手について
- VI すり替え取得型窃盗における実行の着手

窃盗罪における実行の着手時期について（南部）

I 問題の所在

近時、最高裁は、窃盗未遂罪の成否に関し興味深い判断を示した。被害者の隙をついてキャッシュカードの盗取を企てた被告人が、共犯者との共謀・事前工作を行ったうえで被害者宅に向かい出発したが、その途上、被害者と出会う前の時点で警察の介入を察知して計画遂行を断念し盗み取ることができなかつたという事案について、窃盗未遂の成立を認めたのである(令和四年二月一四日最高裁決定^①)。以下「令和四年決定」という。周知のように、高齢者の預貯金を狙う巧妙な手口の犯罪が注目されて久しいが、警察は多様な犯行を「特殊詐欺」と総称し注意を呼び掛けてきた^②。当初は、被害者を欺きキャッシュカードを交付させる手口が多くみられたところであるが、その後これに代り、被害者自身にキャッシュカードを封筒に封入させ自身がこれを保管するよう思い込ませ、実際には、カードと暗証番号メモを封入したその封筒を別のダミーの封筒とすり替え奪い取るという手口が現れたのである。前者の従来のものを「キャッシュカード交付取得型」と呼ぶならば、後者は「キャッシュカードすり替え取得型」とでも呼ぶべき態様である。こうした事案については、すでにいくつかの下級審判決が出されており、ここでは、キャッシュカードの窃取とする法律構成^③を前提に、窃盗罪の実行の着手時期が争われてきた^④。令和四年決定は、こうした事案に関し最高裁として初めての判断を示した点で重要な意義を有するものであるが、従来からさまざまな態様の事案に現れた窃盗罪における実行の着手時期について、あらためてその問題点を浮かび上がらせたものといえる。

すなわち、窃盗罪における実行の着手時期に関する従来の判例や通説は、たとえば侵入窃盗の現場で財物を物色し始めた時点か、少なくとも物色するために目的の方向に移動した時点を着手と考えてきた。これは、行為者が現実

目的の財物に手を触れられる状況にあること、あるいは少なくとも財物と場所的に近接している状況にあることが窃取行為すなわち占有侵害行為にとって必要不可欠な条件になると考えられるところ、「窃取行為自体の実行の前段階、すなわち窃取が開始されようとする段階」に達した時点をもって可罰的な未遂犯を肯定すべきであるとの判断に基づくものである。ところが、令和四年決定の事案においては、行為者は被害者と対面する前の段階、目指す被害者宅まで未だ距離のある場所にあつて計画遂行を断念しているにもかかわらず着手があつたとされたのである。この決定の特徴は、実際に行われた行為が、想定された最終的財物奪取の相当前の段階にとどまっているが、しかし後の財物奪取（すり替え窃取）にとって不可欠なものであつた、という事実につき、それを不可罰の窃盗予備的行為にとどまるものではなく同罪の実行の着手と認め、窃盗未遂罪を肯定した点にある。被告人の実現事実は、一見、窃盗の実行とは言い難いほど直接的な財物奪取から遠い段階にあるようにみえる。ところがこれを、財物奪取を実現するため必須の準備がすでに行われていたことに着目し、いわばそれによつて補い、着手を認める判断を導く点が特徴的であるといつてよいように思う。このような把握の仕方は支持しうるものか、また窃盗罪における実行の着手一般に通ずる基準と考えるものだろうか。本稿は、こうした令和四年決定を契機に現れた問題の検討を通じて、窃盗罪における実行の着手時期についてあらためて考察を加えようとするものである。

Ⅱ すり替え取得型事案に関する最高裁の判断

はじめに、令和四年決定をみておこう。

最高裁の判断が前提とした犯罪事実とそれに至る経緯は、概要次のようなものである。

「被告人Aは、氏名不詳の者らと共謀の上、金融庁の職員になりすまして被害者からキャッシュカードを窃取しようと考えた。令和元年六月八日、まず、警察官になりすました氏名不詳のBが、被害者(七九歳)宅に電話をかけ、「あなたは自分の口座から預金が引き出される詐欺被害に遭っているが、再度の被害防止のため、金融庁職員が封筒を持参するので、それにキャッシュカードを入れて保管する必要がある」旨の嘘を述べた。そうした上で、Aは、金融庁職員になりすまして被害者宅を訪れ、持参した封筒にキャッシュカードを入れさせ、被害者が目を離した隙にその封筒を別の封筒とすり替えてしまうという計画を実現すべく被害者宅に向かった。しかし、Aは、同日午後四時一八分ころ、被害者宅付近路上まで赴いたところで、自分が警察官に尾行されているのに気づいたため、これを断念し、窃取の目的を遂げなかった。」

以上の事実を認定した第一審判決は、窃盗未遂罪の成立を肯定した。続く控訴審判決もこれを是認したため、被告人側が上告に及んだ。最高裁は、所定の上告理由に当たらないとして上告を棄却するにあたり、弁護人の主張、すなわち、「被告人が、窃盗の目的物であるキャッシュカードを入れた封筒を封印する必要があるとうそを言い、被害者に印鑑を取りに行かせるよう仕向ける行為、すなわち、キャッシュカードから目を離させる行為が、被害者のキャッシュカードに対する事実上の支配を侵害する現実的・具体的危険性のある行為となるから、このような行為をしていない時点では窃盗未遂罪は成立しない」との見解について以下の職権判断を示した。

(ア) 警察官になりすました氏名不詳者は、六月八日午後二時過ぎ頃、被害者宅に電話をかけ、「あなたは詐欺の被害に遭っている可能性があり、被害額を返すにはキャッシュカードが必要となる。金融庁の職員があなたの家に向

かつており、到着次第その場でキャッシュカードを確認し準備した封筒に封入して返すので、それを三日間は自宅で保管すること」などという嘘の事実を被害者に告げた。

(イ) 同日午後四時一〇分頃、被告人は、指示役の指示により、徒歩で被害者宅に向かったが、午後四時一八分頃、被害者宅まで約一四〇メートルの路上まで到達した時点で、警察官の尾行に気づき犯行を断念した。

(ウ) 本件犯行計画は、警察官を装う者が被害者に電話をかけ、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ための嘘を言う一方、金融庁職員を装う被告人が、すり替え用の封筒（ポイントカードを入れたダミーの封筒）を用意して被害者宅を訪れ、被害者にキャッシュカードを空の封筒に入れさせ封をしたところで、割り印をするための印鑑が必要である旨を述べて、被害者に印鑑を取りに行かせ、その隙にキャッシュカード入りの封筒と用意したダミー封筒とをすり替える手口でキャッシュカード入り封筒を持ち去り窃取する、というものであった。

最高裁は以上の事実を確認した上、上告を棄却し次のような判断を示した。

第一に、本件犯行計画は、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つて、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。

第二に、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。

第三に、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。

結論として、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つたと認められる。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一審判決を是認した原判断は正当である（傍点筆者）。

この令和四年決定は、最高裁が、上に述べた「被告人が、窃盗の目的物であるキャッシュカードを入れた封筒を封印する必要があるとうそを言い、被害者に印鑑を取りに行かせるよう仕向ける行為、すなわち、キャッシュカードから目を離させる行為が、被害者のキャッシュカードに対する事実上の支配を侵害する現実的・具体的危険性のある行為となるから、このような行為をしていない時点では窃盗未遂罪は成立しない」との弁護人の主張を斥け、本件の事実関係の下においては、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が未だ行われていなくとも、電話による虚偽の事実が述べられ、被告人が被害者宅付近の路上まで赴いた時点で窃盗罪の実行の着手を認めうることを示したものである。これまで侵入盗やすりなどに関する多くの判例の

集積があるところ、令和四年決定が、そうしたこれまでの判断に一石を投じるものなのか、それとも従来の判断基準を基本的に踏襲するものなのか、十分な検討が必要であることはいうまでもない。そこで以下に窃盗罪における実行の着手時期に関する判例、裁判例をながめてみよう。

Ⅲ 窃盗の実行の着手に関する判例・裁判例の概観

1 窃盗罪における実行の着手の意義

窃盗罪に関して、実行の着手が重要性をもつのは主に二つの意味においてである。一つは、窃盗罪が予備行為の処罰規定をもたないことから、実質的に処罰範囲を画する基準として働くことである^⑤。犯罪の遂行過程でいえば、犯行の決意から予備の段階までは不可罰であるが、予備から実行へと一歩踏み出した時点で可罰性を獲得するのである。もう一つは、未遂犯成立以後は行為者が事後強盗の主体となるということである^⑥。こうした点から、窃盗における実行の着手は刑罰権の行使に直接影響を与える重要な解釈問題としてながく議論の対象とされてきた。以下に、着手時期についての裁判所の判断をみておこう^⑦。

2 侵入盗などの事案

建造物等への侵入をとまなうケースについて、判例は古くから窃取行為自体が行われる前段階で着手を認めていた。まず、家屋への侵入窃盗である、【①行為者が窃盗目的で家屋に侵入し、金品を収納してある筆筒の前に到達したときは、すでに予備ではなく実行に着手した段階にある^⑧】と判示する旧刑法下の判例がある。時代が下って、同様の

時点に着手を認めた、【②窃盜の意図で深夜他人の住居に侵入し、金品を物色しようとする旨に近寄った際、家人に発見されて逮捕を免れるため所携の日本刀で切りつけ傷を負わせたときは、窃盜の着手があったといえる。その理由は、家宅侵入の行為は窃盜罪の構成要素に属しないその遂行手段にほかならないので、それだけでは窃盜の着手とはいえないが、それに続いて財物に対する事実上の支配を犯すにつき密接な行為をしており窃盜に着手したといえるので、準強盜傷人罪をもって論ずべきである。】⁹⁾との物色行為そのものの開始直前を捉えた判断が、窃取行為自体でなくとも、それにある程度密接する行為があれば着手と認められたものとしてリーディングケースともいえるものである。物色行為があったケースに着手を肯定したものと、【③食料品を窃取しようとして他人の家屋の養蚕室に侵入し、懐中電燈を利用して食料品等を物色中に発見され、その目的を遂げなかったという場合は、既に窃盜の着手があったとみるべきである。】¹⁰⁾がある。また、店舗への侵入窃盜について、【④窃盜目的で電気器具店に侵入後に、なるべく現金を取りたいと考えて同店の売場方向へ行きかけたときは、その段階で窃盜の実行の着手が認められる。】¹¹⁾としたものがある。なお、建物内で特定の物品を搜索物色したときに着手を認めうるとしたものとして、【⑤被告人らは石鹼を窃取する意思で物置内において物色搜索を行ったが発見できなかったため目的を遂げなかった。このような事実関係に照らすと、窃盜犯人が現場で目的物を物色探索すれば窃盜の着手といえるのであり、その結果目的物を発見できずに窃取を遂げなかったときは、まさに窃盜未遂罪を構成する。】¹²⁾とした判例もある。

このように、大審院以来、財物に対する占有侵害に密接な行為が着手時期の基準とされ、この密接行為は、具体的には、住居侵入窃盜の場合には侵入行為自体ではなく、金品物色ないし物色のため筆筒に近寄るなどの行為とされる

(②の判例)。

3 すりの事案

すりに関するものとしては、【⑥金品をすり取る意図で被害者の外套のポケットに手を入れたが、気づかれたため何も取れなかった事案につき、ポケットの外側から手を触れたのではなく、ポケットに手を差し入れて金品を窃取しようとしてできなかったという事実関係である以上、窃取行為に着手してこれを遂げなかった場合に該り、窃盗未遂罪を構成する。】¹³としたものがある（ただしこれは、ポケットの外側から手を触れ、財物の所在を確認しただけでは着手とはいえないとの判断を示したものではない）。すりについては、後の、【⑦財物をすり取ろうとしてポケットの外側に手を触れれば着手があったといえる。】¹⁴とした判例がある。

すりの事案については、未だ他人の事実上の支配につき密接といえる程度に達しない場合においては着手したものとはいえないところ、窃取のためポケットに手を差し入れるなどの行為があった場合は着手が認められる、と考えられてきたといえるのである。¹⁵

4 機械装置・設備への工作等による窃盗事案

次に、機械装置や機器・設備への不正工作による窃取の事案がある。【⑧パチンコ玉を不正に取得する目的で、パチンコ台のガラスの隙間からセルロイド製の板を差し入れ、釘のあたりに設置して玉が当たり穴に入るよう工作しようとした行為者が、セルロイド板をガラス扉の下から挿入しようとした時点で実行の着手があったといえる。】¹⁶とした裁判例や、【⑨いわゆるパチスロ遊技台のメダル投入口にセルロイド製の器具を挿入し、遊技台に内蔵されたメダル読取りセンサー等に異常な動作を起こさせて不正にメダルを排出させ取得しようとした事案につき、器具をメダル投入口に入れたとき実行の着手があったといえる。】¹⁷とした裁判例もある。【⑩窃取したキャッシュカードを用いて

ATMから現金を引出そうとして、適当な暗証番号を入力し残高照会をした際に、すでにカードの紛失処理済みであったため挿入したカードがATM機に取り込まれてしまい、引出しができないまま郵便局職員から事情を聴かれるなどして逮捕された事案について、カード挿入時点で実行の着手があったとしたケース¹⁸⁾がある。また、鉄道の駅自動券売機への不正工作による釣銭窃取の事案がある。これは、【⑪自動券売機の釣銭返却口内部に接着剤を塗り付け硬貨を付着させ、後に回収する方法で釣銭を窃取しようとした事案において、接着剤の塗り付け行為が行われた時点で窃盗の着手があったといえる¹⁹⁾】としたものである。このケースの特徴は、接着剤の塗布工作から最終的に釣銭を取得する行為に至るプロセスに、券売機利用者が釣銭の過小であることに気づかないことが必要となるなど不確定要因が介在する点にある。利用者が券売機を釣銭が入用な購入の仕方を利用して、出てきた釣銭が排出口奥の接着剤に首尾よく引っ掛かり、利用者がその過小であることに気づかずその場を立ち去り、行為者がそれを回収する、という段階を踏んで推移することが必要なのである。しかし、駅券売機の利用者が多数にわたり、それらの多くが出てくる釣銭の正確さに疑念を抱かないことが多いであろうことを考慮すれば、被告人の行為から釣銭硬貨の窃取に至る客観的危険性の発生したことを指摘し実行の着手を認めた裁判所の判断にはうなづけるものがある。

5 倉庫等への侵入窃盗の事案

判例は、以上にみたように、大まかには、「財物の占有が維持されている状態」に向けられた介入の開始と見られる時点で窃盗の実行の着手を認めているようにみえる²⁰⁾。住居や店舗といった建物への侵入は、建物内部にある筆筒や金庫、レジスターなどに収納管理されている金銭等への接近の第一歩に過ぎず、現金等の所在を確認するには通常時間を要する場合が多く、建物に侵入しただけではすぐに発見・取得することができないので、侵入行為が行われただ

けでは占有維持状態への介入にまで達しておらず、着手を認め得ないと評価されるのである。

これに対して、侵入対象の建物が倉庫等の場合は、専ら財物収納の用途であるから、侵入を直ちに占有状態への介入と評価することができる。土蔵への侵入窃盗をくわだて、【²¹土蔵の壁の一部を破壊したり、錠を破壊して外扉を開いた時点で窃盗の着手が認められる。】とした事例がある。また、【²²駐車中の無人の自動車内から金品を盗もうとしてドライバー等を用いてドアを開いた時点で着手があつたといえる。】とした事例がある。

いわば、金庫を開けようとする行為と、倉庫に侵入する行為は、金庫と倉庫とのサイズの違いしかないとはいえるのである。²³上にみたATM機に入手したキャッシュカードを用いて不正に現金を引出す行為も、ATM機≡金庫、カード≡鍵、と考えれば、同様に財物の占有状態への直接の介入の開始とみることができるのである。

IV 実行の着手の概念

1 形式的客観説

さて、ここで窃盗罪を念頭に、実行の着手の概念について確認しておきたい。二三五条窃盗罪の「財物を窃取した者」という既遂を基本型とする構成要件（基本的構成要件）に対して、四三条は、「犯罪の実行に着手してこれを遂げなかつた者」を未遂構成要件とすることを定めている。すなわち、未遂犯とは、既遂の場合を原型とし、それが既遂に達しなかつた場合を処罰に取り込むよう修正した規定にほかならない。そこで、同条にいう「実行に着手して」の意味するところが問題となる。これを実行行為、すなわち構成要件該当行為と捉えると、財物の窃取行為（他人の占

有を侵害し、その占有下にある財物を自己の占有に移す行為) が窃盜罪の構成要件該當行為ということになる。そして、着手を、通常の用例にしたがって、「ある行為にとりかかること」と理解すると、そのような直接の占有侵害行為自体の一部が開始されたことが「実行の着手」ということになる。これが(主觀説と客觀説との対比の点は置くとして)客觀説に属する二つの見解のうちの一つ、形式的客觀説であろう。

形式的客觀説の主唱者ともいえる団藤重光は、「実行行為の開始があつたいえるためには、…基本的構成要件に該當する行為の少なくとも一部分が行われたことが必要であ²⁵⁾」るとし、定型説に立つて形式的客觀説に拠るべきことを述べた。しかしながら、形式的客觀説を、基本的構成要件(既遂構成要件)の構成要件的行为の部分を取り出して、その構成要件的行为實現を基準に着手の有無を判断するものと解すると、実行の着手時期は著しく遅くなりすぎるのである。窃取に向けられた、窃盜罪の特徴をもつともよく示す「物色行為」は、占有侵害行為それ自体とはいえない。財物に手を触れるか、触れようとして手を伸ばすまでは窃取行為の一部が行われたとはいえない、との解釈から導かれるものは、具体的妥当な結論とは程遠いものになってしまう。そこで、今日、形式的客觀説といえは、構成要件該當行為を基準としながら、適正な処罰時期の要求に応えうる修正を施したものを指すことになる²⁶⁾。

ところで、論理的に考えるならば、形式的客觀説を構成要件に記述された行為を基準にその一部の実現行為ないしそれに接着する行為の有無により実行の着手を判断する見解、と理解すると、判断基準を見失う思考に陥ることにならないだろうか。「犯罪の実行とは何か」を記述したものが構成要件なのであるから、「犯罪の実行の着手」の有無を構成要件を基準に判断することは、問をもって問いに答えることになってしまう。基準は、「構成要件」と「実行の着手」の外に見出さなければならぬ。団藤説は、この点、「定型」という觀念を示した上で、「何が構成要件に該當

する行為といえるかについてはしばしば困難な問題を生じるが、それは各論の課題である⁽²⁷⁾と述べ、具体的な事実
に照らして実行の着手時期についての判断を示した判例を引用し、これに依拠している。つまり、個々の犯罪類型ごと
に個別的にその犯罪が予定する定型があるので、そこからその犯罪の開始時期は何時かが事実に即した解釈により導
き出されるといふ思考である。この定型を、言語により条文上に定立され、表現された犯罪構成要件というように置
き換えると、実行の着手論における「構成要件的制約」を意味づける足掛かりになるとも考えられる。

2 実質的客観説

形式的客観説に対して、未遂を処罰するのはその行為が結果発生 of 具体的危険性をもつからであるという視点から、
切迫した具体的危険の発生を基準に着手の有無を判断すべきとしたのが実質的客観説⁽²⁸⁾である。ここでは、「具体的危
険の有無・程度」が着手を左右する基準として働くことになる⁽²⁹⁾。しかし、危険の切迫度といった量的基準のみでは安
定した判断基準たりえないことはいうまでもない。

この点について、平野龍一は、実質的客観説に立ちながら、危険にはその程度にかなりの幅がありうるので、これ
を明確にするためには形式的ないし時間的限定が必要である、とし、判例が「構成要件に該当する行為またはこれに
接着した行為」を要件としているのを妥当なものと評価したのである⁽³⁰⁾。山口厚も、形式的基準によって限界設定を行
うことの意義は無視できず、「形式的基準と実質的基準とは相互補完的關係にあると理解する必要がある」と述べて
いる⁽³¹⁾。本来、実質的客観説についても、論理的には、構成要件該当性判断と切り離して具体的客観的危険性は判断し
うるのか、という問題があり、そもそも、「どの行為について未遂犯の成否判断を行うのか」という出発点において、
構成要件は考慮に入れられているはずなのである。つまり、危険性の量的評価のみで着手の判断を行う方法を純粹な

実質的危険説だとすると、そのような判断方法は原理的に成立し難いというほかないのではないだろうか。

3 修正された形式的客観説と判例

こうして、形式的客観説と実質的客観説との対立の構図は、今日、実質的なものではなく、説明の仕方の差異にとどまるものといつてよい状況にある。すでに本稿「Ⅲ窃盗の実行の着手に関する判例と裁判例の概観」でながめたように、判例は、古くから形式的客観説を基軸に、実行行為と密接な行為か否かの判断を取り込み、それによって適切に処罰範囲を画する志向をみせてきた。しかし、侵入窃盗やすりといった伝統的な手口の事案では、場所的・時間的に接着した範囲内で妥当な判断を導くことがさほど困難ではなかったと思われるが、機械装置の動作などを介した事案では問題が生じてくる。実質的基準を用いて形式的基準を補い、実行の着手に関する限界設定を行うための判断要素の検討が必要となる。

ところで、窃盗以外の事案に目を向ければ、この問題領域に強いインパクトを与えた殺人罪に関する最高裁の決定³²が重要である。これは、被告人が、クロロフォルムで被害者を失神させるという第一行為を行った上、自動車ごと水中に転落させ溺死させるという第二行為からなる犯行計画の下に実行された事案であつて、第一行為の時点で被害者が死亡していた可能性があつたというものである。行為者の意図した殺害行為(第二行為)の前に行われた第一行為に殺人の実行の着手が認められなければ、殺人未遂にも既遂にも問えない、というケースである。最高裁は、第一行為に実行の着手を認めるためには、「密接性」と「客観的危険性」を要するとの前提に立ち、そのうち「密接性」について、①結果惹起を確かかつ容易に遂行するため当該行為が必要不可欠であること、②当該行為によりそれ以降犯行の障害がなくなること、③当該行為が後の結果を惹起した行為と時間的場所的に近接していることを挙げ、加えて、

④当該行為に結果惹起の客観的危険性が認められることを挙げ、実質的基準を示したのである。この判例は、以後、本稿のテーマである窃盗罪も含め、実行の着手時期に関する問題の処理に大きな影響を与えたものである。すでにみた自動券売機の釣銭窃取事案でも、東京高裁の判断方法は、被告人の接着剤塗布行為から釣銭硬貨の窃取に至るプロセスで、行為の密接性と客観的危険性の発生したことを指摘し実行の着手を認めており、その影響がみられるところである。³³今日の判例が実質的客観説に拠っているというとき、危険性を含まさまさまな判断要素を取り込んだ思考方法がとられていることに注意すべきである。

V 窃盗罪における実行の着手について

1 実行の着手の概念と刑法の目的

刑法は、刑罰制裁を手段に加害行為の抑止作用を営み、それにより法益を保護する法である。処罰の可否を示して、社会の構成員の行動選択に働きかける仕組みである。「犯罪に該たる行為」を掲げ、この禁止違反に対する刑罰制裁を予告し、そのような犯行の断念を導くことにより法益の擁護を図る制度といってもよい。したがって、「何が禁止される行為か」がうまく伝達されないと、この仕組みは効果的に働かない。刑罰制度運用にあたり罪刑法定主義など保障原則が必須のものとなされるのはこのためでもある。未遂犯の成立要件としての実行の着手においても、この点同様に考えるべきであろう。多くの犯罪において処罰の可否を分けるこの実行の着手の概念をどう捉えるかを考える場合も、こうした観点を見失ってはならないのである。「どの時点が実行の着手なのか（Ⅱどこから処罰される段階になる

のか」が見えるような判断方法が要請されるといってもよい。⁽³⁴⁾ そこで次に、実行の着手判断と、何が犯罪となるかを法律上規定した構成要件との関係について検討してみたい。

2 構成要件の制約について

形式的客観説の有力な主張者として引用されることの多い塩見淳は、「『犯罪』とは各則の犯罪構成要件を意味し、『実行』とは構成要件中に書かれている動詞に当たる行為と解するのが素直であろう。問題となる行為が、日常用語としての『殺す』とか『窃取する』に当たるかという形で、『犯罪の実行』は判断される。もつとも日常用語としての『殺す』も、基準として一義的に明確かと問われれば問題はあがるが、少なくとも、死という結果発生、『危険』よりは明確であろうし、言葉の通常の意味は法解釈学的前提であるから、『殺す』という言葉に伴う程度の不明確さは、解釈にとって不可避のものとするべきであろう。(傍点筆者)」と述べている。⁽³⁶⁾

着手時期について、今日では、判例においても学説においても実質的客観説が支配的といつてよい状況にある。結果発生危険性という基準を明示的に用いた判断がひろく行われてきている。しかしこれについては、佐藤拓磨が、「他方で、我が国の裁判実務は、構成要件という枠による制約も無視していないように思われる。このことは、強姦罪、強盗罪、詐欺罪といった手段が限定されている犯罪については、ごく限られた例外を除き、暴行・脅迫、欺罔といった行為がみられない段階で実行の着手を認めたものがないことに現れている。また、放火罪についても、自動発火装置を設置したのと同視しうるようなガソリン散布事例を除けば、いまだ火気が存在しない時点で着手を認めたものはない。…もちろん、すべての犯罪類型について同様のことがあてはまるわけではないが、構成要件という枠を重視する傾向は認められるように思われる。」と述べているのが示唆的である。⁽³⁷⁾ 本来、実質的客観説は、「構成要件理論

を基礎とするわれわれの立場においては、実行行為、すなわち、犯罪構成要件の実現にいたる現実的危険性を含む行為を開始することが実行の着手であると解すべきなのである。単に犯罪構成要件に密接する行為が行われただけでは足りないのである。」というように、結果発生 of 危険性を構成要件の実現可能性と捉え、構成要件と結びつけて把握する主張を含んでいたのである。⁽³⁸⁾

3 犯罪遂行の障害の不存在・自動性の獲得について

令和四年決定の事案は、偽計的な手段で被害者の注意を逸らし、その隙に乗じて窃取を敢行する形態の犯行である。窃盗の態様としては新奇なものではなく、これが窃盗罪を構成することに異論はない。しかし、その実行の着手時期（未遂犯の成立時期）については問題がある。すでにみた窃盗に関する判例、裁判例の集積の中から類似の事案を見出すのは困難といってもよい。こうした事案は、近年のいわゆる特殊詐欺の一変種として現れた形態であって、初期の事例には詐欺か窃盗かの擬律が問題とされたものもあり、詐欺未遂での起訴の後、窃盗未遂の予備的訴因の追加、最終的に窃盗未遂罪の認定となったケースが現れるなどした時期を経て、以後、相当数の窃盗未遂罪を認めた事例が登場することとなったものである。⁽³⁹⁾

令和四年決定の特徴は、典型的な侵入窃盗などと比べると、行為者の実現事実は予定された財物の占有侵害と時間的にも物理的空間的にも隔たりが大きく、容易に着手を肯定しにくい印象を拭えないようにもみえる。しかし、裁判所は、いわゆる「かけ子」によるキャッシュカードすり替え窃取に向けられた電話による事前工作が行われ、被害者が被告人の到着を待つよう犯行計画通りに状況が整えられる一方、被告人が被害者宅に向けて接近して行き、その一四〇メートル手前の地点まで到達していた事実を捉え、窃盗罪の実行の着手を認めているのである。こうした判断

は、クロロフォルム事件決定⁽⁴⁰⁾のいう密接性要件のうちの「必要性」が満たされており、「時間的場所的近接性」と、占有侵害に至る「客観的危険性」も満たされているが、クロロホルム事件決定のいう「行為後の犯行遂行に障害がなくなること」には触れられていない点の特徴である。たしかに、令和四年決定の事案においては、電話による事前工作の後に行業者が被害者宅を訪れてダミーの封筒とすり替えるという直接的占有侵害行為が残されており、その際、印鑑が必要である旨を告げてキャッシュカード入り封筒をその場に置いたまま玄関先から被害者をいったん室内に戻らせることに成功しなければすり替えは首尾よく完了しない。その意味で、いくつかのハードルは残されたままであつて、障害がない、すなわち占有侵害結果に移る自動性を獲得したとまではいえないであろう。事前の嘘の電話による工作が被害者を誤信させても、その後、窃取を遂行する上で特段の障害がなくなるわけではなく、また「密接性」の点でも「客観的危険性」の点でも着手とは認めがたい、などの理由で、本決定を支持し難いと述べる学説もみられる⁽⁴¹⁾。

しかし、この意味での「障害の不存在、自動性の獲得」は、未遂犯の不可欠の要件となるものではないであろう。たとえば、ATM不正引き出し事案⁽⁴²⁾を考えると、暗証番号を知らずに窃取したキャッシュカードを用いて現金引き出しを試みても、ランダムに四桁の数字を入力して成功する確率は〇に近い⁽⁴³⁾。しかし、そのことを理由に未遂犯の成立は否定できないと思われる。

4 占有自体に向けられた加害について

窃盗罪における占有とは、財物を支配領域内に置いて、無断で持ち去られたりしないよう管理している状態を指すものである。そうした占有に対する最も典型的な侵害の態様は、占有者がその場にいないうちに持ち去る場合(空き

巢狙いなど)である。その場においても気づかないうちに敢行される場合(スリやひったくりなど)もあるが、トリッキーな手段で注意を他に向け、その隙に乗じて持ち去る態様もこうした占有侵害の手口の一つであって、占有状態をあらかじめ物理的に侵害しておくのではなく、それが弛緩し無防備となるよう働きかけた上で容易になった奪取を敢行する手口と理解することができよう。

すでにみた窃盗に関する判例の検討からは、実行の着手は、「財物の占有が維持されている状態に向けられた介入の開始」と見られる時点で認められると考えるべきである。この観点から令和四年決定のようなすり替え取得型の事案をみると、窃取行為の向けられる被害者の占有状態を無防備なものにすべく働きかける作用の点が重要となる。このように占有を弛緩させる作用の点で、虚偽内容の電話等により被害者を錯誤に陥らせ、注意を逸らせる行為は、窃取行為(窃盗罪の構成要件的行為)と強く密接にむすびつくものと評価できる⁴⁴。そして密接に結びつくことが、すり替え行為による窃取⇨占有侵害を容易にするよう導くという「客観的危険性」を發揮させるのである。たとえば、店員の注意を逸らす意図で突然人目を惹くパフォーマンスに出て、その隙に商品を持ち去る場合は、商品持ち去り行為が窃取であるが、その前の段階のパフォーマンスの開始は、窃取行為に密接に関連する点で窃盗の実行の着手と考えられる余地がある(この場合は被害者の面前でパフォーマンスが行われるので場所的・時間的近接性のあることはいうまでもない)。令和四年決定は、「占有の緩和、弛緩」などの表現は用いていないが、嘘の電話等の事前工作が占有を無防備な状態に導いたところで、行為者が被害者宅まで少しの距離に迫りつつある、という時点をとらえ、「犯罪の実行に着手した」と評価したものと思われる。

5 占有侵害に向けた対象物の識別・特定について

ところで、すでに確認したように、判例は従来から少なくとも物色行為開始時点で窃盗罪の実行の着手を認めてきた。あるいは、物色行為よりさらに前の時点で着手を認めたケースも見られる。これら窃取行為に先行する物色行為等が着手とされるのは、それが窃取行為に時間的に接着し、場所的に近接するからであると説明されることが多い。では、なぜ時間的場所に密接性を有することが必要なのか。「構成要件的行為に接着する行為だから」という説明だけでは十分とはいえないように思われる。⁴⁵⁾

そこで、物色行為というものを考えてみると、それは、窃盗という犯罪が完成に向かって進行していく過程で、窃盗罪の中核をなす占有侵害行為遂行に不可欠な働きをしている点で重要性をもつのである。物色行為は、窃取対象物を探索・識別し、特定するために行われる。つまり、「何を盗むのか」を認識し、目的物がどこにあるかを知る作業であって、それに続く目的物に手を伸ばす行為に出るために不可欠の動作である。このような物色行為が行われれば、それにより窃取対象が特定され、照準を合わされたそれへと手が伸ばされ具体的窃取行為に移ることになる。これは、物色の少し手前の、物色範囲が特定された段階に（たとえば金品が収納されていてそうな箆笥の前に到達した段階に）前倒しされることもありえよう。この段階に至れば、財物の占有は犯人の侵害から無防備な状態にさらされるとみてよいからである。

こうした点から、判例・裁判例にあらわれた侵入盗、すり、機械設備等への工作による窃盗、倉庫等への侵入盗をながめると、そこから一貫した基準を読み取ることができるように思う。すなわち、いずれも、(a)扉や錠前の破壊がその典型である占有状態希薄化、弛緩・緩和の働きかけ、(b)物色行為がその典型である占有下にある財物の特定、と

いう二つの要素の考慮から、窃盗罪の構成要件実現の危険性を認めて実行の着手を肯定していることが理解できるのである。⁽⁴⁶⁾

VI すり替え取得型窃盗における実行の着手

以上の検討から、令和四年決定の事案のように、すり替え行為によって被害者から財物を奪う犯行計画遂行の重要部分は行われたが、財物の占有侵害行為自体からは相当隔たりがある（窃取行為との場所的・時間的接着性があるとは到底いえない）ケースでも、窃盗罪の実行の着手を認めうる場合があることが明らかになったと思われる。これは、犯罪構成要件の実現にいたる現実的危険性をを含む行為を開始することが実行の着手であると解する多くの学説が支持する見解（今日の学説の最大公約数的見解）に反するものではないであろう。

従来判例の判断基準に照らしても、その指向するところと大きくかけ離れたものではないように思う。窃盗の実行の着手を基礎づけるのは、現場における具体的窃取行為からの時間的・場所的接着性のみが基準とされるのではなく、侵害を容易にする占有状態の希薄化、弛緩・緩和の働きかけと、窃取に移るのに不可欠な対象物の特定、という要素が考慮されており、具体的妥当な判断方法は維持されているといえるのである。たとえば、倉庫の壁・扉や錠前を破壊する行為は堅固な占有状態を希薄化する点で、物色行為は窃取対象物を特定するためのものである点で、発見した筆筒などを前にし物色すべき範囲を限定した点で、いずれも窃取という窃盗の構成要件実現にとって現実的危険性を含む行為の開始と評価しうる。

このように考えると、本稿で検討を加えたすり替え取得型窃盗の事案において、行為者に実行の着手を認め窃盗未遂罪を肯定する判断は妥当なものと考えられる。家屋への侵入盗の場合は侵入後に物色を要するが、倉庫等侵入盗の場合は物色を要しない。その理由は窃取対象物の特定の有無・度合いの違いに求められる。そのような観点からは、電話を駆使した周到な偽計誘導により窃取対象物（キャッシュカード）は事前に完全に特定しているのである。そして、こうした見方は、窃盗罪の構成要件的行為の解釈から導かれるものであるから、窃盗の実行の着手時期を検討するための判断方法として一般化しうるものと考えられるのである。

(1) 最決令和4・2・14刑集七六卷二号一〇一頁。この決定を検討したものとして、佐藤拓磨「すり替え事案における窃盗の実行の着手時期」研修八〇九号(二〇二二)三頁以下、稲垣悠一「すり替え盗の実行の着手時期」専修ロージャーナル一八号(二〇二三)七五頁以下、安田拓人「実行の着手」法学教室五〇三号(二〇二三)九九頁以下、前田雅英「詐欺盗の着手時期」捜査研究八六〇号(二〇二二)三九頁以下、三代川邦夫「いわゆるキャッシュカードすり替え型窃盗の事案において、受け子役が被害者宅まで約一四〇メートルの路上まで赴いた時点で実行の着手を認めた事例」判例秘書ジャーナルHJ20042(二〇二二)一頁以下、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」ジュリスト一五八三(令和四年度重要判例解説)(二〇二三)一二八頁以下、品田智史「窃盗罪の実行の着手」法学教室五一五号(二〇二三)八七頁以下など。

(2) 警察庁は特殊詐欺対策に関し注意を呼び掛けるとともに、特殊詐欺の手口や実態を紹介し防止方法等について詳細な情報発信を行っている。特殊詐欺は、ここでは、「被害者に電話をかけるなどして対面することなく信頼させ、指定した預貯金口座への振込みその他の方法により、不特定多数の者から現金等をだまし取る犯罪を特殊詐欺とい」う、との定義が与えられている。 <<https://www.npa.go.jp/bureau/safetylife/sos47/>>。

- (3) 詐欺罪と構成する余地もないとはいえない。たとえば、この「すり替え取得型」の擬律の点、すなわち詐欺か窃盗かの点
が問題となったケースとして、大阪地判令和元年一〇月一〇日 Lex DB がある。これを紹介する、大塚雄毅「被害者をだまし
てキャッシュカードを封入させた封筒をその隙を見てダミーカードを封入しておいた封筒にすり替えて奪う手口に関する擬律
判断について」警察学論集七二巻一二号（二〇一九）一頁、前田雅英「詐欺盗の着手時期」前掲論文を参照。
- (4) 樋口亮介「特殊詐欺のすり替え事案における窃盗未遂」警察学論集七五巻一号（二〇二二）五九頁が、五つの裁判例を紹
介し、詳細な検討を加えている。
- (5) もつとも、「特殊開錠用具の所持の禁止等に関する法律」は正当な理由のない特殊開錠用具の所持、指定侵入工具の携帯
を一年以下の懲役又は五〇万円以下の罰金で罰しているので、この限りで窃盗実行目的の予備行為の一部と重なり合う範囲で
実質的に犯罪化が行われているとみてよい。
- (6) 窃盗目的で侵入しても物色前の段階では窃盗未遂は成立しないので事後強盗罪は成立しない、とした裁判例がある（東京
高判昭和二四年二月一〇日高刑集二巻三号二九二頁）。
- (7) 実行の着手についての判例に関する総合的網羅的研究には、大塚仁「実行の着手」『総合判例研究叢書・刑法（3）』有斐
閣（一九五六）三頁、大沼邦弘「実行の着手」『判例刑法研究4』有斐閣（一九八一）一頁がある。
- (8) 大判明治34・6・21刑録七輯六号六九頁。
- (9) 大判昭和9・10・19刑集一三巻一四七三頁。
- (10) 最判昭和23・4・17刑集二巻四号三九九頁。
- (11) 最決昭和40・3・9刑集一九巻二号六九頁。
- (12) 大判昭和21・11・27刑集二五巻五五頁。
- (13) 大判大正6・10・11刑録二三巻一〇七八頁。
- (14) 最決昭和29・5・6刑集八巻五号六三四頁。
- (15) 大沼邦弘「実行の着手」前出一三頁、三九頁。

- (16) 東京高判昭和35・1・19判タ一〇一号四二頁。この裁判例につき、佐藤拓磨『未遂犯と実行の着手』慶應義塾大学出版会(二〇一六)一五二頁。
- (17) 東京地判平成3・9・17判時一四一七号二四一頁。この裁判例につき、大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法〔2版〕』一二卷(二〇〇五)二七五頁「川合昌幸」。
- (18) 名古屋高判平成18・1・24高検速報七一八号二六七頁。この裁判例につき、樋口亮介「特殊詐欺のすり替え事案における窃盗未遂」警察学論集七五卷一号五九頁、とくに六一〜六五頁。大塚雄毅「判批」警察学論集七二卷一二号一五頁を参照。
- (19) 東京高判平成22・4・20判タ一三七一号二五一頁。
- (20) 佐藤拓磨『未遂犯と実行の着手』前掲書一五四頁は、「財物の占有を支えている領域に対する接触の開始の時点で着手が認められている」と表現する。
- (21) 名古屋高判昭和25・11・14高刑集三卷四号七四八頁。
- (22) 東京地判平成2・11・15判時一三七三号一四四頁。
- (23) 西田典之ほか編『注釈刑法1卷』有斐閣(二〇一〇)「和田俊憲」六六四頁は、「財物が高密度で置かれ、窃取の対象となるべきものが容易に発見できるような倉庫等に窃盗目的で侵入する場合は」前倒しして着手を認めうると述べる。大塚雄毅「判批」警論七二卷一二号一五頁は、「土蔵に侵入する行為に成功すれば、窃取する上での特段の障害はなくなること」を指摘する。なお、⑫の裁判例(前掲注(17))は、理由の中で、土蔵への窃盗目的での侵入は、箆笥の中の物を取るつもりで抽斗に手をかけ開きかけたときや、トランクの在中物を取るつもりで錠を壊し開きかけたときに着手を肯定するのとまったく同じである旨述べている。
- (24) 主観説に立脚する宮本英脩は、「犯罪の実行の着手は完成力ある犯意の表動であるとし、又た斯かる犯意の表動は犯意の飛躍的表動(詳言すれば一段の飛躍的緊張を為した犯意の表動)であると解する。」と述べた(宮本英脩『刑法大綱(第6版)』弘文堂書房(一九三六)一七九頁)。主観説は、行為者の意思そのものを基準にすると予備と未遂とを区別することが困難となるなどから今日支持を失っている。しかし、客観説の論者も「実行行為が客観面と主観面との統合体である以上、構

成要件上必要とされる主観的要素を無視することはできないのであり、主観説の諸見解にも、この面の認識を強めた意味が認められるべき」と述べ主観説の意義を認めている（大塚仁『刑法概説（総論）』第4版）有斐閣（二〇〇八）一七一頁）。

(25) 団藤重光『刑法綱要 総論』第3版』創文社（二〇〇六）三五四―三五五頁。なお、明確に形式的客観説に立脚する見解として、井田良『講義刑法学・総論』有斐閣（二〇〇八）三六七頁、塩見淳『実行の着手について（3・完）』法学論叢 一一一巻六号（一九八七）一六頁以下がある。

(26) 団藤も、「もつとも、それじたいが構成要件の特徴を示さなくても、全体としてみて定型的に構成要件の内容をなすと解される行為であれば、これを実行の着手と解してさしつかえない。」と付け加え、さらにこれに続き、「実質的客観説」といわれるのがこれである旨述べている（団藤・前掲書三五五頁）。

(27) 団藤・前掲書三五五頁。

(28) 実質的客観説の主唱者とされる大塚仁は、「実行行為、すなわち、犯罪構成要件の実現にいたる現実的危険性を含む行為を開始することが実行の着手であると解すべきである」と述べる（大塚仁『刑法概説（総論）』第4版）前掲書一七一頁。これは一見、実行行為の開始があつたというためには、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ことが必要であるとする形式的客観説とは異なり、構成要件実現の現実的危険の発生を基準に据える見解のようにみえる。しかし、法益を侵害する行為を定型化したのが構成要件である以上、構成要件実現（法益侵害実現）の危険性（可能性）の有無は、本来、構成要件に該当するか否かの判断に一致するよう解釈されなければならないであろう。

この点に關し、「未遂犯の処罰根拠である既遂の現実的・客観的危険は、未遂犯独自の結果であり、それが発生することが未遂犯成立のために必要だと解されるべきであり、したがって、未遂犯を一種の結果犯と解することが妥当である」とする見解は、結果無価値論に立脚する学説としての特色がみられるものといえよう（山口厚『刑法総論（第3版）』有斐閣（二〇一六）二八四頁）。「結果無価値論の見地からは、未遂犯も一種の結果犯である」とする見解も同旨（西田典之・橋爪隆補訂『刑法総論』第3版）弘文堂（二〇一九）三二九頁）。

(29) もつとも、具体的危険の有無・程度といってもそれほど明確な意味内容をもつものではない。「結果発生 of 客観的危険性」

か、「一般人からみた結果発生危険性」かは常に区別しようとはいえないであろう。すでに未遂犯である以上結果は発生しなかったのであるから、「危険性」という言葉は、物理的な結果発生可能性とは異なる意味で用いられている。たとえば、設置された時限発火装置が作動寸前に発見され未然に計画が阻止された場合、それが設定通りに作動し発火する可能性があったか否かは客観的に判断できよう。しかし、発見された以上犯行計画の実現可能性は絶たれており発火の危険性は消滅している。それにもかかわらず具体的危険の発生は肯定しようのである。こうした「現実的危険性」に関しては、「未遂犯については、既遂結果惹起の具体的危険性を求める理解が広く流布している。∴しかし、未遂の成立には既遂結果惹起の現実的ないし具体的危険性が必要という理解がどこまで妥当しているかにはなお疑問の余地がある。その一例として、ATMでの不正引き出しが失敗した場合について、窃盗未遂罪を認める裁判例を挙げることができる。∴暗証番号を『1111』と入力したものの、実際の暗証番号はランダムな数字であったという場合、窃盗が既遂に至る確率は一万分の一であって結果惹起の可能性はあまりに乏しく、現実的危険性は認められないであろう。」との指摘が行われている（樋口亮介「実行行為概念について」山口厚ほか編『西田典之先生献呈論文集』有斐閣（二〇一七）二〇一―二二頁）。

(30) 平野龍一『刑法総論Ⅱ』有斐閣（一九七七）三二四頁。

(31) 山口・前掲書二八三頁。

(32) 最決平成16・3・22刑集五八卷三号一八七頁。

(33) 東京高判平成22・4・20前掲注(19)。また詐欺に関するものとして、最判平成30・3・22刑集七二卷一八二頁。

(34) 井田良は、実行行為に着目して刑罰権の原則的介入時点を定めることはきわめて合理的であるとしたうえで、予備段階と実行着手以後の段階とを比較している。すなわち、予備行為そのものは日常的で無害の行為であることが多く、予備処罰規定があっても實際上犯罪として認知されることはまれであるのに対し、実行の段階に移ると事態はまったく異なり、「実行行為は、たとえば、日本刀で切りつけるとか、ピストルで撃つことなど、誰がどう見ても犯罪行為というものが殆どなのである。」と述べている（井田良「未遂犯と実行の着手」現代刑事法二〇号（二〇〇〇）八三―八四頁）。

(35) 構成要件とは何かについては議論のあるところであるが、「立法者が犯罪として法律上規定した行為の類型をいうとする

のが基本的な理解である」とされる(山口・前掲書二七頁)。

(36) 塩見「実行の着手について(3・完)」・前掲論文一六頁。

(37) 佐藤拓磨『未遂犯と実行の着手』前掲書一六五―一六六頁。

(38) 大塚・前掲書一七一頁、大塚仁ほか編『大コンメンタル刑法「第3版」4巻』青林書院(二〇一三)五頁「大塚仁」。

(39) このような事案を検討したものととして、山本修「いわゆる『すり替え作戦』の手口によりキャッシュカードを取ろうとした受け子について、詐欺未遂罪及び窃盗未遂罪の成否が問題となった事例」研修八四四号(二〇一八)九三頁、塩見淳「特殊詐欺事案で見えてきた解釈問題」法学教室四六一号(二〇一九)四九頁、松宮孝明「『キャッシュカードすり替え作戦』と窃盗・詐欺の区別」法学セミナー七七五号(二〇一九)一二二頁、安田拓人「特殊詐欺における実行の着手」法律時報九二巻(二〇二〇)一二号、杉本一敏「カードすり替え窃盗につき遅くともインターホンを押した時点で着手を認めた事例」法学教室四九四号(二〇二二)一三九頁などがある。

(40) 最決平成16・3・22前掲。

(41) 二本柳誠「カードすり替え窃盗について窃盗罪の実行の着手を認めた裁判例」名城法学七一巻三・四号(二〇二二)一〇九頁以下。同論文が、特殊詐欺の手口が、振込み型から直接交付型へと移り、さらにすり替え取得型へとシフトしつつある一方、手口の陳腐化により以前の犯行手段は減少して行く特徴をもつものであるから、全面的な未遂処罰早期化へと進めることは是非が問われる、と指摘する点は共感しうるところである。しかし、令和四年決定が、特殊詐欺禁圧の強い要請に引きずられた不当な未遂処罰の早期化であるとする見方には賛同しえない。

(42) 名古屋高判平成18・1・24前掲。

(43) 樋口亮介「特殊詐欺のすり替え事案における窃盗未遂」警察学論集七五巻一号五九頁、とくに六一―六五頁は、実行の着手について「既遂に至る具体的危険」を基準とする場合、四桁の暗証番号が一〇〇〇〇通り存在することを考えると、それが合致する「具体的危険(可能性)」があるというのには無理があり、それでも具体的危険の存在を肯定した上で未遂犯成立を認めるのは議論が破綻していると指摘する。同裁判例について、大塚雄毅「判批」警察学論集七二巻一二号一六頁は、犯人が

暗証番号を知る手がかりすら有していなくても、実行の着手を肯定する判断に影響しないとされる。

(44) 富川雅満は、キャッシュカードに対する「被害者の警戒心を緩めて、占有の弛緩をもたらしているという意味では、物理的な保護設備への侵害と同様に、占有侵害への障害を乗り越えているとの評価が可能である。」と述べる(富川雅満「特殊詐欺における実行の着手」法律時報九一卷一一号七九頁)。また、江見健一は、「被害者の隙を作る行為であり、いわば被害者の占有を緩和する行為と評価することができ、窃盗の実行行為と密接に関連したものといい得る。」と述べる(江見健一「特殊詐欺の受け子の罪責に関する諸問題(上)」警察学論集七二卷一一号一二頁)。

(45) 大塚仁も、構成要件実現にいたる現実的危険性を含む行為の開始が必要であり、「単に犯罪構成要件に密接する行為が行われただけでは足りないのである。」と指摘している(大塚『刑法概説(総論)』第4版)『前掲書一七一頁)。

(46) 本稿「Ⅲ窃盗の実行の着手に関する判例・裁判例の概観」。