

「すり替え作戦」における窃盗罪の実行の着手

【文 献 種 別】 判決／東京高等裁判所
【裁判年月日】 令和 3 年 3 月 11 日
【事 件 番 号】 令和 2 年（う）第 1133 号
【事 件 名】 窃盗未遂、窃盗被告事件
【裁 判 結 果】 控訴棄却
【参 照 法 令】 刑法 235 条・243 条・43 条
【掲 載 誌】 判例集未登載
◆ LEX/DB 文献番号 25590988

立命館大学教授 松宮孝明

事実の概要

被告人は、氏名不詳者らと共謀のうえ、警察官になりすました氏名不詳者が、高齢の被害者方に電話をかけて、被害者らに対し、訪問する別の者に被害者ら名義のキャッシュカード等を交付する必要がある旨嘘を言い、同日、この氏名不詳者の指示により金融庁財務局職員になりすました被告人が被害者方を訪れ、被害者に、預金者に対して銀行から発行されたキャッシュカードとその暗証番号の記載されたメモを封筒に入れさせたい、別の封筒とすり替えて窃取するという「すり替え作戦」を実行しようとして被害者方を訪れ、被害者方のインターホンを鳴らしたが、被害者はすでに氏名不詳者との電話の時点で詐欺の電話ではないかと疑い携帯電話で警察に通報しており、被告人が被害者方のインターホンを鳴らした際には被害者は、携帯電話で警察と通話中であつたため、その目的を遂げなかった（以下、「本件」と記す）。

原 判 決（ 静 岡 地 浜 松 支 判 令 2・6・19〈2020WLJPCA06196012〉）は、本件につき、氏名不詳者が被害者に電話をかけ、本件欺罔行為に及んだ時点で、直ちに窃盗罪の実行の着手が認められるとした。これに対して弁護人は、原判決が窃盗の実行の着手を認めたのは事実誤認である等の理由で控訴した（なお、被告人は 3 件の窃盗既遂でも起訴されており、うち 2 件は「すり替え作戦」に関するものである）。

判決の要旨

控訴棄却。

「原判決の前記判断は、氏名不詳者が被害者に電話をかけ、本件欺罔行為に及んだ時点で、直ちに窃盗罪の実行の着手が認められるとした点はともかく、本件について、窃盗の実行の着手を認め、窃盗未遂罪が成立したとする結論は、相当である。」

「氏名不詳者が被害者に対して行った本件欺罔行為は、被害者をして、本件嘘が真実であると誤信させることによって、あらかじめキャッシュカード及び暗証番号を書いたメモを用意させ、間もなく B を装って被害者方を訪れる予定であつた被告人にそれらを呈示させ、被告人の用意した封筒にこれらを入れさせ、被告人において、確実かつ容易にこれらの入った封筒をすり替えて窃取することができるように仕向けたものであり、本件計画の一環として行われたもので、被告人が確実かつ容易にキャッシュカード等の入った封筒をすり替えて窃取するために必要かつ不可欠なものといえる。また、被告人は、氏名不詳者が本件嘘を被害者に述べるのと並行して、キャッシュカード及び暗証番号を書いたメモを入れさせるための封筒及び d ポイントカード等を入れたすり替え用の偽封筒等を準備して、被害者方に向かい、実際に、門扉脇のインターホンを鳴らして被害者に来訪を告げているが、このことも、本件計画の一環であり、予定される窃取行為に必要な不可欠なものといえる。そして、これらの氏名不詳者及び被告人の行為の後には本件計画を遂行する上で障害となるような特段の事情も存在せず、氏名不詳者及び被告人の行為とその後に予定される窃取行為との間に場所的・時間的・近接性が認められる。以上によれば、本件では、本件計画に基づき、氏名不詳者が

被害者に本件嘘を告げ、被告人が被害者方の門扉脇のインターホンを鳴らして来訪を告げたことにより、キャッシュカード及び暗証番号を書いたメモの入った封筒をすり替えて窃取するという窃取行為に密接であり、かつ、窃取という結果発生に至る客観的な危険性が明らかに認められる行為が行われたということが出来る。」

「したがって、本件計画に基づき、氏名不詳者が被害者に本件嘘を告げ、それから間もなく被告人が被害者方を訪れているという本件の事実関係の下においては、窃盗罪の実行の着手があったものと解するのが相当である。」

「一般的に、窃盗の実行の着手が認められる物色行為開始時に窃取の客体が具体的に特定されていない場合も多いから、被害者がキャッシュカードを準備していることや窃取の客体が具体的に特定していることは、窃盗罪の実行の着手を認めることに必須なものとはいえない。そして、本件においては、本件欺罔行為により被害者が誤信すれば、被害者が、被告人が訪問した際に、保管しているキャッシュカードを被告人に呈示する準備ができていなかったとしても、被告人の訪問後に、その準備を始め、そのまま、被告人にキャッシュカードを呈示して封筒に入れるなどし、被告人がキャッシュカードの入った封筒を偽封筒とすり替えて窃取行為に至ることは自然な流れであって、窃取行為に至るまでに特段障害となるような事情は認められない。」

判例の解説

一 本判決の意義

1 本判決¹⁾は、「すり替え作戦」による窃盗罪の実行の着手時期について、「被告人が被害者方の門扉脇のインターホンを鳴らして来訪を告げたことにより、キャッシュカード及び暗証番号を書いたメモの入った封筒をすり替えて窃取するという窃取行為に密接であり、かつ、窃取という結果発生に至る客観的な危険性が明らかに認められる行為が行われた」としてこれを認めたものである。被告人の行為が窃取に「必要不可欠」であること、「本件計画を遂行する上で障害となるような特段の事情」がないことや、被告人の行為とその後に予定される窃取行為との間の「場所的時間的近接性」という考慮要素を挙げている点、さ

らに「密接な行為」と「結果発生に至る客観的な危険性」という2つの着手基準を併用する点で、窃盗罪と同じく手段行為が構成要件化されていない殺人罪に関するいわゆる「クロロホルム事件」についての最決平16・3・22刑集58巻3号187頁の影響も看取される。

2 もっとも、注目されるのは、氏名不詳者の欺罔行為の時点で実行の着手を認める原判決に「ともかく」という留保を付したことである。これは、窃盗罪のように、窃取者が窃取客体に物理的に接近しなければ既遂にできない犯罪の実行の着手を詐欺罪のそれと同列に扱うことに疑問を呈したものである²⁾。

二 「すり替え作戦」の着手時期に関する 下級審裁判例の傾向

1 「すり替え作戦³⁾」の着手時期に関する下級審裁判例としては、大阪地判令1・10・10(LEX/DB25566238)が、もっとも早期のものである。この判決は、「架け子による欺罔行為や被告人の待機行為は、計画されていた被告人によるすり替え行為と密接な行為であり、架け子による欺罔行為が行われた時点で既に被告人によるすり替え行為が行われる客観的な危険性が飛躍的に高まったと認められるから、その時点において窃盗罪の実行の着手があったものと解するのが相当である。」と述べ、電話での欺罔行為の時点で窃盗罪の実行の着手を認めている。もっとも、その事案では、被告人はいったん被害者方玄関前まで到達してその表札を確かめた後、共犯者からのその後の指示を待つためにそこから12メートル余りの路上で待機していたものであり被害者方玄関前への到達が認められる事案であったことに注意しなければならない。

もっとも、同じく「すり替え作戦」の事案に関する宇都宮地判令3・3・17(LEX/DB25569194)は——本判決が言い渡された後その判決書が作成されるまでの間の裁判例であるが——、被告人が被害者方を特定できないために被害者方から直線距離で百数十メートルの位置の駅待合室で待機していた事案について、窃盗罪の実行の着手を認めている。そこでは、「被害者が、共犯者らからの電話の内容が真実であると誤信すれば、それに引き続いて被告人が被害者方を訪問した際、被害者は、特段の疑問もなくキャッシュカードを被告人

に示して確認してもらった上、被告人の指示に従ってキャッシュカードを入れた封筒に押印すると思われるから、被告人が、銀行印を取りに行く被害者の隙を狙い、キャッシュカード入りの封筒を事前に準備したポイントカード入りの封筒とすり替えることは非常に容易といえる。」といった理由が述べられている。

前述した本件の原判決も、この「欺罔行為開始時説」に属するものと思われる。

2 これに対して、本判決に先行する横浜家決令2・1・14判タ1484号252頁⁴⁾は、「氏名不詳者が被害者に対して行った一連の発言はAのすり替え行為と密接に関連し、一連の発言がされ、Aが被害者方のインターホンを押した時点で、すり替え行為が行われる客観的な危険が飛躍的に高まっていたと認められるから、遅くともその時点では窃盗未遂罪が成立すると考えられる。」(下線筆者)として、被告人が「被害者方のインターホンを押した時点」を着手としている。

3 本判決は高裁レベルの裁判例としては初めてこの問題を論じたものであるが、そこでは、横浜家決令2・1・14と同じく、被告人が「本件計画に基づき、氏名不詳者が被害者に本件嘘を告げ、被告人が被害者方の門扉脇のインターホンを鳴らして来訪を告げた」という、窃取の目的物に接近した時点に実行の着手が認められていると考えてよいであろう。これを「被害者方到着時説」とでも名付けておこう。

三 窃盗罪の実行の着手に関する従来の判例

1 さて、窃盗罪の実行の着手については、これまで、「財物に対する事実上の支配を侵すに付密接なる行為」を着手とし、「屋内に於て金品物色の為筆筒に近寄りたる時」にこれを認めた大判昭9・10・19刑集13巻1473頁と、電気店に侵入しながら「なるべく金を盗りたいので自己の左側に認めた煙草売場の方に行きかけた際」に着手を認めた最決昭40・3・9刑集19巻2号69頁が重視されてきた。後者では、最高裁自身は結論を認めているだけであるが、原判決⁵⁾は「窃盗の目的で他人の家屋に侵入し懐中電燈で屋内を見廻し、現金のおいてあると思われる場所を確かめてその方へ近づく行為は窃盗行為に密接な行為」であるとして着手を認めており、窃取に「密接な行為」という基準において両者は共通している(下

線はいずれも筆者)。注目すべきは、いずれの裁判例でも、「物色行為」にまでは至っていないが、侵入窃盗において屋内に侵入し——そこにあると想定された——目的物に接近した時点で、同罪の「実行の着手」が認められていることである。

2 「すり替え作戦」に関する上記の下級審裁判例は、いずれも、表面的にはこの「密接な行為」基準に従い、かつ、「クロロホルム事件」最高裁決定が掲げた「既遂に至る客観的な危険性が(明らかに)認められる行為」という基準も併用している⁶⁾。しかし、窃盗罪は詐欺罪と異なり、構成要件には既遂に直結する「窃取」という行為がなく、その手段行為は構成要件化されていないがゆえに、窃取に「密接な行為」が着手時期なのである⁷⁾。また、窃盗罪では、詐欺罪のように、遠隔地からの電話で被害者を欺罔して財物を送付させることは通常予定されていない⁸⁾。したがって、財物を被告人が直接窃取するタイプの犯行計画では、従来の判例にあるように、「実行の着手」にとっては狙った財物への物理的接近が不可欠であって⁹⁾、それゆえ、「実行の着手」を詐欺罪と同列に論じることができないといわなければならない¹⁰⁾。

換言すれば、被害者が騙されて財物占有の隙を作った段階での窃取行為が必要な「すり替え作戦」では、電話で騙されるだけでは、窃取について、「クロロホルム事件」ほどの自動性(=「自然な流れ」)はない。本判決が、インターホンを鳴らして来訪を告げた時点での窃取の危険性について、「窃取という結果発生に至る客観的な危険性が明らかに認められる」という形容を付して判断していることも、これを裏づけるもののように思われる。というのも、この時点で「危険性が明らかに認められる」とするのは、これ以後によりやく既遂までの自動性が認められるという趣旨と解されるからである。この点では、少なくとも被害者宅を特定すらできていない時点で窃盗未遂を認めた上記宇都宮地判令3・3・17には、「窃取に密接」の理解においても「明らかな危険」の理解においても、問題があるといわなければならない。

3 もっとも、空き巣に関する上記大判昭9・10・19と最決昭40・3・9は、いずれも、被告人が被害者方屋内に侵入した後の時点で窃盗罪の実行の着手を認めたものである。これに対して本件その他の「すり替え作戦」に関する上記の下級

審裁判例は、いずれも、屋内に入る前に着手を認めている。これは判例違反ではないであろうか。

この点については、本判決が「本件においては、本件欺罔行為により被害者が誤信すれば、被害者が、被告人が訪問した際に、保管しているキャッシュカードを被告人に呈示する準備ができていなかったとしても、被告人の訪問後に、その準備を始め、そのまま、被告人にキャッシュカードを呈示して封筒に入れるなどし、被告人がキャッシュカードの入った封筒を偽封筒とすり替えて窃取行為に至ることは自然な流れであって、窃取行為に至るまでに特段障害となるような事情は認められない。」(下線筆者)と述べていることが注目される。この判示は次のように理解することが可能である。すなわち、一般の空き巣の場合と異なり、「すり替え作戦」では、共犯者の架電を通じた嘘により、すでに被害者が目的物を玄関まで持ってきている、あるいはすぐに持ってくるのが予定されているので、目的物の物色という過程が省略できる。ゆえに、一般の空き巣と異なり、被害者方への到着をもって自動性を認め、「窃取に密接」な、「窃取に至る客観的な危険が明らかに認められる」行為だと考えてよい、と。こう考えることにより、「被害者方到着時説」と屋内への侵入後に着手を認めてきた従来の判例との矛盾も回避されるかもしれない。

四 「嘘の見破り」と「不能犯」問題

最後に、実行の着手が確実に認定できる時点について「被害者方到着時説」に依拠する場合、本件等ではそれ以前に被害者が嘘を見破っていたことと「不能犯」との関係が問題になる。詐欺罪については、最決平 29・12・11 刑集 71 巻 10 号 535 頁が「不能犯」問題に言及せずに済ませたが、それは、氏名不詳の共犯者による欺罔行為にすでに詐欺罪の実行の着手が認められたからである¹¹⁾。

この点につき本判決は、被告人らが被害者に嘘を見破られたことに気づいていないことを前提に、「本件嘘が警察官を装って被害者に電話で直接述べられたものであることも考慮すると、高齢の一般人をして、その内容が真実であると誤信させる可能性が十分あったと認められる。」と述べたうえで、「別の高齢の被害者に対し、本件と同様の方法により、キャッシュカードを窃取してい

ること」を指摘して、「本件の被害者が、本件欺罔行為が虚偽であることを疑って、警察に通報しているからといって、実行の着手に必要な客観的な危険性が認められるとした原判決の判断に影響しない。」としている。

この判示は、「客観的な危険性」と述べてはいるが、被害者を「高齢の一般人」に一般化して既遂に至る可能性を判断していることから、学説で有力な具体的危険説ないし「結果をもたらしたはずの仮定的事実の存在可能性を一般人の事後的な危険感で判断する客観的な危険説¹²⁾」に親和的なものであろう。

●——注

- 1) 本判決の解説として、吉川卓也「判解」研修 877 号(2021 年) 15 頁。
- 2) つまり、本件では、詐欺罪の実行の着手に関する後述の最判平 30・3・22 刑集 72 巻 1 号 82 頁は先例とならないのである。
- 3) 「すり替え作戦」が詐欺罪ではなく窃盗罪に当たるとする判断を示した裁判例として、京都地判令 1・5・7 (LEX/DB25563868)。これについては、松宮孝明「判批」法セ 775 号(2018 年) 121 頁も参照されたい。
- 4) 本件に関する評釈として、杉本一敏「判批」法教 494 号(2021 年) 139 頁。
- 5) 大阪高判昭 39・9・7 刑集 19 巻 2 号 80 頁。
- 6) この「形式説」と「実質説」の 2 つの基準が同一物の表裏の関係にあることについては、松宮孝明『先端刑法総論』(日本評論社、2019 年) 156 頁。
- 7) 手段行為についてまで「密接基準」を用いて着手時期を早めることが不当である点につき、松宮・前掲注 6) 159 頁。
- 8) 窃盗罪でも、規範的障害のない「道具」となった被害者を利用して財物を送付させる場合には、遠隔地への送付に着手を認めることが可能であるかもしれないが。
- 9) 杉本・前掲注 4) 139 頁は、この点を捉えて、『虚言』に加えて『現場への接近』(訪問)まで必要だと解することにも理由がある」と述べている。
- 10) その点では、被告人への直接の財物交付を要求するタイプの詐欺罪でも、狙った財物への物理的接近は重要である。
- 11) それでも、途中加担者の行為に犯行を既遂にする危険が全くない場合にまで「承継的共犯」が成立するとは思われない。そのような場合は、「犯行寄与」がないからである。この点では、上記最決平 29・12・11 の原判決(福岡高判平 29・5・31 刑集 71 巻 10 号 562 頁)が加担行為の危険性に触れたことは適切であったと思われる。
- 12) 山口厚『刑法総論〔第 3 版〕』(有斐閣、2016 年) 290 頁。