

「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

【文 献 種 別】 決定／最高裁判所第三小法廷

【裁判年月日】 令和 4 年 2 月 14 日

【事 件 番 号】 令和 2 年（あ）第 1087 号

【事 件 名】 窃盗、窃盗未遂被告事件

【裁 判 結 果】 上告棄却

【参 照 法 令】 刑法 235 条・243 条・43 条

【掲 載 誌】 裁判所ウェブサイト

◆ LEX/DB 文献番号 25571957

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、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、警察官になりすました氏名不詳者が、被害者宅に電話をかけ、被害者に対し、被害者名義の口座から預金が引き出される詐欺被害に遭っており、再度の被害を防止するため、金融庁職員が持参した封筒にキャッシュカードを入れて保管する必要がある旨を言い、さらに、指示役の指示に基づき金融庁職員になりすました被告人が、被害者をして、キャッシュカードを封筒に入れさせようとして、被害者が目を離した隙に、同封筒を別の封筒とすり替えて同キャッシュカードを窃取するという計画のもと、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。もっとも、この時点で被告人は被害者宅をまだ特定できていなかった。また、被害者は、警察官から知られるまで、自分がすり替え窃盗のターゲットとされていたことを知らなかった。

本件の第一審判決は窃盗未遂罪の成立を認め（併合罪となる窃盗既遂 6 件と併せて懲役 4 年 8 月の実刑）、原判決（仙台高判令 2・7・14 公刊物未登載）もこの判断を是認した。これに対して弁護人は、大判昭 9・10・19 刑集 13 巻 1473 頁等の窃盗罪に関する従来の判例に違反するなどとして上告した¹⁾。

決定の要旨

上告棄却。

弁護人の上告趣意のうち「判例違反をいう点は、事案を異にする判例を引用するものであって、本件に適切でない」い。

「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、その際に被告

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、……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。」(下線筆者)

判例の解説

一 本決定の意義

本決定は、特殊詐欺グループによる銀行キャッシュカードのすり替え型窃盗に関する「実行の着手」についての最高裁の初の裁判例である。

本件事実関係のもとで本決定は、架け子による一連の嘘により金融庁職員が訪問すると思いつている被害者の自宅付近路上まで赴いた時点を捉え、「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。」という理由で窃盗未遂罪を認める判断を示した。また、実行の着手の基準として「第1行為は第2行為に密接な行為であり、実行犯3名が第1行為を開始した時点で既に殺人に至る客観的な危険性が明らかに認められる」と述べて「密接性」と「危険性」を並列させた最決平16・3・22刑集58巻3号187頁と異なり、本決定では「危険性」しか示されていない。

二 特殊詐欺と「実行の着手」

本決定を理解するには、特殊詐欺の「実行の着手」に関する最判平30・3・22刑集72巻1号82頁(以下、「平成30年判決」と記す。)との比較が有益である。平成30年判決は、被害者宅において財物を交付させるタイプの詐欺罪について、架け子による「預金を下ろして現金化する必要があるとの嘘(1回目の電話)、前日の詐欺の被害金を取り戻すためには被害者が警察に協力する必要があるとの嘘(1回目の電話)、これから間もなく警察官が被害者宅を訪問するとの嘘(2回目の電話)」を「これらの嘘」とまとめたうえで、「本件嘘の内容は、その犯行計画、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あった」と評し、「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。」(下線筆者)と結論づけたものである。そこでは、詐欺罪の手段たる欺罔が始まっていた時点で実行の着手が認められたと思われる²⁾。

他方、すり替え型窃盗の場合には、被害者に嘘をついて財物を用意させる点で詐欺に類似するものであることから、当初は、詐欺を訴因とする起訴も見られた。しかし、この場合には被害者に財物交付が認められず、また被告人にも財物を交付させる意思がないので詐欺罪には当たらない³⁾。したがって、すり替え型窃盗の未遂は、窃盗罪の実行の着手の有無に依存する。

三 窃盗罪の「実行の着手」

その窃盗罪の実行の着手に関しては、戦前より、窃取に密接な行為が基準とされてきた。「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筭に近寄りたる時」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、その代表である。後者の原判決⁴⁾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いる。いずれも、屋内において被告人が目的物に接近した時に実行の着手が認められている⁵⁾。

もっとも、土蔵への侵入窃盗の場合には、通常窃取すべき財物のみがあるという理由で「窃盗の目的で土蔵に侵入しようとして土蔵の壁の一部を破壊したり、又は外扉の錠を破壊してこれを開いたことは、窃盗の著手をしたものと解すべきである」と述べた名古屋高判昭25・11・14高刑集3巻4号748頁もある⁶⁾。

しかし、いずれにせよ、この種の家屋内にある財物を窃取しようとする場合には、判例は、少なくとも行為者が当該家屋に入ろうとしていたことを要求していることに気づかれる⁷⁾。

四 「すり替え型窃盗」における「実行の着手」

これに対して、すり替え型窃盗では、下級審判例は、被害者宅に到達した事案で実行の着手を認めたものと、被害者宅に到達する前の接近時に着手を認めたものに分かれていた。

前者に属するのは大阪地判令 1・10・10LEX/DB25566238、横浜家決令 2・1・14 判タ 1484 号 252 頁、東京高判令 3・3・11LEX/DB25590988⁸⁾ である。大阪地判令 1・10・10 は、被害者宅から 12m 余りの路上で待機していたときに職務質問を受けて犯行を断念したものであるが、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ている⁹⁾。また、横浜家決令 2・1・14 と東京高判令 3・3・11 では、被告人は被害者方のインターホンを押した時点で、着手が認められている。

後者に属するのは宇都宮地判令 3・3・17LEX/DB25569194、東京高判令 3・7・14 公刊物未登載および東京高判令 3・10・19 公刊物未登載¹⁰⁾ である。いずれの事案も、被告人は被害者方から 100m 以上離れた場所で職務質問されて犯行を断念したものであり、しかも、宇都宮地判令 3・3・17 や本件の事案では、被害者方を特定すらできておらず、さらに宇都宮地判令 3・3・17 では、すでに架け子による 2 回目の電話以前に被告人は職務質問を受けて犯行を断念している。もっとも、後者の裁判例においても、間もなく被告人が被害者宅を訪問することを予告する嘘が告知されたうえに、受け子役の被告人が「被害者宅付近路上まで赴いた」という事実が重視されている。

つまり、詐欺の場合と異なり、下級審判例はいずれのグループでも、「被告人が被害者宅を訪問する」との嘘に至っただけで実行の着手を認める傾向にはなかったのである¹¹⁾。このような状況において、本決定は、最高裁として後者の裁判例に与することを明らかにした。

五 「窃取との密接性」の有無

しかし、このような判断は、目的物が屋内に存在する場合に少なくとも被告人の当該家屋への到達を要求していた従来の判例と整合するかという疑問を浮上させる。

これに対しては、当該犯行における「山場の乗り越え」という考え方で、それを説明しようと試

みる見解がある。「カードの確認が必要等の嘘を電話で信じさせることに『最大の山場』があり、すり替え行為の担当者の実際の行動は着手が認められる時点以降の事情に過ぎないとみる場合、かけ子が電話で嘘を述べる行為を取り上げれば足りる¹²⁾」とするのである。しかも、この見解では、「山場を乗り越えようとした」時点でも着手が認められるという。

これに対しては、「山場の乗り越え前」に着手を認めること自体に異論があり得る¹³⁾。さらに、被害者がその嘘を信じて、うまくすり替えの際を作り出すなど、その後もいくつかの「山場」はある。ゆえに、2 回目の電話での嘘を信じさせることで「山場を乗り越えた」という価値判断それ自体も妥当性を疑われる。加えて、この見解は、電話での嘘ばかりでなく、受け子による被害者宅への接近をも重視してきた実務の考え方を説明できない。

他方、上記大阪地判令 1・10・10 以前には、検察実務家の中でも「受け子が被害者方を訪問し、被害者に対して、架け子がついた嘘のストーリーに沿った何らかの嘘をついた時点では、窃盗の実行の着手が認められるという意見が大勢を占め¹⁴⁾」(傍点筆者) ていた。これは、すり替え型窃盗において「窃取に密接する行為」という基準が充たされる時点についての常識的な判断を反映したものであろう¹⁵⁾。

この点で、本決定は「密接」という言葉を用いずに「占有を侵害するに至る危険性が明らかに認められる」とだけ述べている。しかし、それは、上記の大判昭 9・10・19 以来の判例の考え方と矛盾するであろう。

他方、本件では、被害者はキャッシュカードを用意して受け子の到着を待っていた。このように、目的物を物色する必要のない犯行計画では、土蔵破りが侵入を試みた場合と同じく、上記の横浜家決令 2・1・14 や東京高判令 3・3・11 のように、被害者宅への到着をもって着手を認めることもあり得るかもしれない¹⁶⁾。

いずれにしても、窃盗罪の実行の着手は、強盗罪や事後強盗罪の成否にも影響するものであるだけに、本決定の射程は厳格に画されなければならないであろう¹⁷⁾。

●—注

- 1) 裁判所ウェブサイトを示されていない事実については、上告審での弁護人である田中芳美弁護士よりご教示をいただいた。記して謝意を表する。なお、同弁護士によると、一、二審では実行の着手の成否は特に争われなかったとのことである。
- 2) この点で、「2回目の電話」による嘘を、欺罔行為ではなく、それと「密接」な行為だと評した山口厚裁判官の補足意見は、上記の法廷意見とは異なるものと解されるであろう。詐欺罪のような結合犯ないし手段特定型犯罪についてその「手段」に密接な行為に実行の着手を認めることは、結果に直結する「窃取」に密接な行為に実行の着手を認める窃盗罪などよりも早期の段階で未遂を認めるというアンバランスを産み出すことにつき、松宮孝明「実行の着手、とりわけ『形式的客観説』について」『高橋則夫先生古稀祝賀論文集（上巻）』（成文堂、2022年）579頁を参照されたい。「密接」基準は、もともと主に単純結果犯を念頭に置いたものだったからである。
- 3) 詐欺の主位的訴因を否定して窃盗を認定した下級審判例に、京都地判令1・5・7LEX/DB25563868、大阪地判令1・10・10LEX/DB25566238（窃盗未遂を含む。）がある。前者につき、松宮孝明「判批」法セ775号（2019年）121頁、高橋直哉「判批」法教474号（2020年）127頁がある。
- 4) 大阪高判昭39・9・7刑集19巻2号80頁。
- 5) なお、最判昭23・4・17刑集2巻4号399頁は、「被告人等は、窃盗の目的で他人の屋内に侵入し、財物を物色したというのであるから、このとき既に、窃盗の着手があったとみるのは当然である。」と述べて、物色行為時に実行の着手を認めている。
- 6) 同旨、高松高判昭28・2・25高刑集6巻4号417頁（工場内の倉庫について）、大阪高判昭62・12・16判タ662号241頁（家屋の「内倉」について）。
- 7) それどころか、仙台高秋田支判昭27・7・25判特22号238頁は、鶏を窃取しようとして鶏小屋前に行ったが「その入口が非常に狭いので体を屈して右足と右肩を入れたが内部が暗い為外に出ようとした」行為につき、窃盗罪の実行の着手を否定している。このほか、傍論ではあるが、スリが衣服の上から財物の有無を確認する「あたり」行為では、最決昭29・5・6刑集8巻5号634頁の原判決である広島高判昭28・10・5高刑集6巻9号1261頁や、戦前の大判大6・10・11刑録23輯1078頁が、土蔵内にある財物よりも目的物に接近しているにもかかわらず、同罪の実行の着手を否定している。
- 8) この判決の評釈として、松宮孝明「判批」新・判例解説Watch（法セ増刊）30号（2022年）203頁。
- 9) その理由中では「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」と述べられて

いるところから、大阪地判令1・10・10は「被告人の待機行為」抜きで「架け子による欺罔行為」に窃盗罪の実行の着手を認めたものではない。

- 10) 東京高判令3・7・14と東京高判令3・10・19については、駒方琢也「判例紹介」研修884号（2022年）85頁参照。
- 11) 唯一、東京高判令3・10・19の原判決（静岡地浜松支判令2・6・19〈2020WLJPCA06196012〉）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て、受け子の被害者宅への接近を要求していなかった。
- 12) 樋口亮介「特殊詐欺のすり替え事案における窃盗未遂」警論75巻1号（2022年）76頁。しかし、受け子の犯行断念後でも架け子による2回目の電話の時点で着手を認めるという考え方は、受け子の罪責判断には不自然であろう。
- 13) ちなみに、「クロロホルム事件」でも、最高裁は「Dが、多量のクロロホルムを染み込ませてあるタオルをVの背後からその鼻口部に押し当て、Cもその腕を押さえるなどして、クロロホルムの吸引を続けさせてVを昏倒させた（以下、この行為を「第1行為」という。）」（最決平16・3・22刑集58巻3号187頁。下線筆者）と述べている。つまり、本決定は、「第1行為を開始した時点」で殺人罪の「実行の着手」を認めたものとする調査官解説にもかかわらず（平木正洋「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇平成16年度』（法曹会、2007年）175頁）、被害者を昏倒させられなかった場合には事案を異にするので、刑訴法405条にいう「判例」としての射程は及ばない。これにつき、松宮・前掲注2）594頁も参照されたい。
- 14) 山本修「いわゆる『すり替え作戦』の口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844号（2018年）99頁。さらに、高橋健太「特殊詐欺事件において、成立罪名及び実行の着手の有無が問題となった事例」捜研820号（2019年）59頁は、2018年2月発生の事件につき、「被疑者は、被害者と接触しておらず、その供述によっても、被害者方から約30メートルの地点まで近づいたという程度であるから、被害者の財物の占有を侵害する具体的危険が発生したと認めるのは困難と判断した」と述べている。
- 15) それでも、上記の宇都宮地判令3・3・17や東京高判令3・7・14では「密接性」に言及されている。しかし、それはもはや「密接」の言葉には値しないであろう。
- 16) この点につき、松宮・前掲注2）599頁、同・前掲注8）206頁も参照されたい。
- 17) 本決定につき、正当にもこの点を指摘するのは、谷井悟司「すり替え型キャッシュカード窃盗の未遂事案をめぐる近時の裁判例の動向」白門850号（2022年）82頁。