

刑事判例研究(3)

中央大学刑事判例研究会

詐欺罪につき実行の着手があるとされた事例

富 川 雅 満

〔最一小判平成三〇年三月二二日刑集七二卷一号八二頁〕

【事案の概要、訴訟経緯】

本件は、被害者が前日にいわゆるオレオレ詐欺によって現金一〇〇万円を交付したことに乗じて、被告人(受け子)が氏名不詳者らと共に謀の上、警察官を装うことで、現金を交付させようとした事案である。詳細には、以下の通りである。

長野市内在住の被害者は、本件犯行当日、午前二時二〇分頃に、警察官を名乗る氏名不詳者からの電話で、「昨日、駅の所で、不審な男を捕まえたんですが、その犯人が被害者の名前を言っています。」「昨日、詐欺の被害に遭っていませんか。」「口座にはまだどのくらいの金額が残っているんですか。」「銀行に今すぐ行って全部下ろした方がいいですよ。」「前日の一〇〇万円を取り返

すので協力してほしい。」などと言われ（一回目の電話）、同日午後一時一分頃、警察官を名乗る氏名不詳者からの電話で、「僕、向かいますから。」「二時間には到着できるよう僕の方で態勢整えますので。」などと言われた（二回目の電話）。

一方、被告人は、本件犯行前日の夜、氏名不詳者から、長野市内に行くよう指示を受け、同月九日朝、詐欺金の受取役であることを認識した上で長野市内へ移動し、同日午後一時一分頃、氏名不詳者から、被害者宅住所を告げられ、「お婆ちゃんから金を受け取ってこい。」「二十九歳、刑事役って設定で金を取りに行ってくれ。」などと指示を受け、その指示に従って被害者宅に向かったが、被害者宅に到着する前に警察官から職務質問を受けて逮捕された。

以上の事実につき、第一審が詐欺未遂罪の成立を認めたところ、原審は、本件では、現金の交付要求がなされていないために、「財物の交付に向けて人を錯誤に陥らせる行為」、つまり、「人を欺く行為とはいえず、詐欺被害の現実的、具体的な危険を発生させる行為とは認められない。」として被告人を無罪とした。これに対して、検察官が上告した。

【判旨】

「本件における、上記（一）イ記載の各文言【**事案の概要、訴訟経緯を参照**】は、①警察官を装って被害者に対して直接述べられたものであって、預金を下ろして現金化する必要があるとの嘘（一回目の電話）、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（一回目の電話）、これから問もなく警察官が被害者宅を訪問するとの嘘（二回目の電話）を含むものである。上記認定事実によれば、これらの嘘（以下「本件嘘」という。）を述べた行為は、被害者をして、②本件嘘が真実であると誤信させることよって、あらかじめ現金を被害者宅に移動させた上で、後に被害者宅を訪問して警察官を装って現金の交付を求める予定であった被告人に対して現金を交付させるための計画の一環として行われたものであり、本件嘘の内容は、③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あったと認められる。そして、このように段階を踏んで嘘を重ねながら現金を交付させるための犯行計画の下において述べられた④本件嘘には、預金口座

から現金を下ろして被害者宅に移動させることを求める趣旨の文言や、間もなく警察官が被害者宅を訪問することを予告する文言といった、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、⑤既に一〇〇万円の詐欺被害に遭っていた被害者に対し、本件嘘を真実であると誤信させることは、被害者において、間もなく被害者宅を訪問しようとしていた被告人の求めに応じて即座に現金を交付してしまう危険性を著しく高めるものといえる。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果たと認められる。」(隅付き括弧、囲み番号、波線部は評釈者)

なお、本判決には、山口厚裁判官による補足意見がある。

〔研究〕

1. 論点の抽出

(1) 本件の特徴

本判決は、被告人らが財物交付を明示的に要求していない段階で、詐欺罪の実行の着手が認められるかが問題となったものであり、結論として、最高裁は、詐欺未遂罪の成立を肯定している。交付要求のない時点で詐欺罪の実行の着手を認めて良いかについては、原審判決を契機⁽¹⁾に問題として自覚されるようになったところ、最高裁の結論を支える理論枠組みが問題となる⁽²⁾。

本判決は以下に見るように、判決文自体からすでにして明らかな点と、検討を必要とする点とが存在する。

(2) 判決文から明らかなこと

まず、波線部①について、法廷意見は、架け子が被害者に対して述べた嘘のうち、「預金の現金化の必要性」、「捜査協力の必要性」、「警察官の訪問」の三点を抽出して、「本件嘘」と構成している。検察官の上告趣意によれば、本件架け子は、他にも多様な虚偽を申し述べているが、法廷意見がこれらの点について触れていないことからすれば、本件での詐欺罪の実行の着手を検討する上で、この三点についての虚偽で足りると考えたものと思われる。この点は、詐欺未遂罪を基礎付ける行為の内容を特定するうえで、重要となろう。

ついで、波線部②において、法廷意見は、本件での被告人らの犯行計画の内容を明確にしている。原審においては、被告人が被害者宅に到着したのちにどのような行動が予定されていたのが不明確であったところ、法廷意見は被告人が「被害者宅を訪問して警察官を装って現金の交付を求める予定であった」として、この点を明示している。

また、法廷意見が、犯行計画を基礎に実行の着手を判断していることも読み取れる。実行の着手判断において犯行計画が重要となることについては、最一小決平成一六年三月二二日刑集五八卷三号一八七頁（クロロホルム事件）において確立した判例の立場になったと評されているが、平成一六年決定とは異なり、もっぱら着手時期が問題となった本件において犯行計画を基礎とした点には意義が認められる³⁾。

(3) 検討を要する問題

他方で、検討が必要な問題として、以下の点を挙げることができる。

まず、補足意見とは異なり、法廷意見は被告人らの行った行為が欺罔行為に該当するか否かの判断を示していない。

このことから、法廷意見が本件を欺罔行為の要件解釈として捉えている可能性が読み取れる。法廷意見の判断構造が問題となる（2及び5(1)で検討）。

二点目に、波線部③に関する問題である。法廷意見は、本件嘘の内容が「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あった」（以下、重要事項類似表現）と評価している。この表現は、欺罔行為の判断における重要事項性を想起させるものではあるが、この重要事項性との関係性が問題となる。さらに、この重要事項類似表現が持つ機能も問題となる（3で検討）。

三点目に、法廷意見が、波線部④で、本件嘘の中に「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」と指摘していることである。ここにいう「直接つながる」といった表現（以下、直接性）は、これまで実行の着手に関する判例には見られなかったものであり、検討の必要があると思われる。

四点目に、波線部⑤「被告人の求めに応じて即座に現金を交付してしまう危険性を著しく高める」との表現である。「危険性」という文言自体は、これまでも判例において用いられてきたものの、その表現及び危険性の対象に関して従前の判例との相違も見られ、この点をどのように評価すべきかが問題となる（三点目と合わせて、4で検討）。

最後に、法廷意見で詐欺未遂罪を認めるにあたって重要視された要素、すなわち、重要事項類似表現、直接性及び危険性の関係が問題となる（5(2)で検討）。

2. ありうる判断構造

従前、詐欺罪の実行の着手時期は、欺罔行為が行われた時点であると理解されてきた。⁽⁴⁾本件で、欺罔行為に当たり

うる行為は、第一・第二架電での各嘘、そして、交付要求時に予定されていた嘘のいずれかであるところ、原審が考えたように交付要求のない時点では欺罔行為が認められないとすれば、欺罔行為となるのは、第一・第二架電での本件嘘ではなく、交付要求時の嘘となる。逆に、仮に交付要求のない嘘でも欺罔行為に該当すると考えれば、交付要求時の嘘のみならず、第一・第二架電での本件嘘もそれ自体で欺罔行為に当たるとして、実行の着手を肯定することが考えられる。

他方で、本件嘘が欺罔行為に当たらないとしても、構成要件該当行為の開始前に実行の着手を肯定することができるかがさらに問題となる。この点を是認すれば、欺罔行為が認められない時点でも実行の着手が肯定されうる。

このように本件では、①欺罔行為における交付要求の要否という問題と、②構成要件該当行為前での実行の着手時期の前倒しの可否の問題という二つの論点が交錯しており、各論点の帰結により、本件嘘の法的評価、そして、実行の着手判断に関する論理構造に差異が生じることになる。

各論点での帰結を組み合わせて、図解すると下記の通りになろう。

原審は⑥の構造を採用し、詐欺未遂罪の成立を否定した。①について必要説に立つたうえで詐欺未遂罪の成立を認めるためには、②について肯定説を採り、本件を実行の着手一般論によって検討することが必要となる。この②の構造を採用するのが、

①欺罔行為における交付要求の要否⁽⁶⁾、
②構成要件該当行為前への着手時期の前倒しの可否

	論点①	論点②	本件での詐欺未遂罪の成否に関する判断構造
①	必要	肯定	「本件嘘 ≠ 欺罔行為」を前提に、 実行の着手論からの着手時期の前倒しの可否の判断（補足意見）
②	必要	否定	「本件嘘 ≠ 欺罔行為」なので、詐欺未遂罪否定（原審）
③	不要	肯定	本件嘘が欺罔行為に当たりうるかの判断
④	不要	否定	

補足意見である。他方で、①について不要説に立った場合、交付要求時の嘘が欺罔行為に当たるとはもちろん、そのことは別に、本件嘘が欺罔行為に当たりうるか、つまり、欺罔行為の要件解釈の問題となる。それゆえに、②についての態度決定を待つことなく、詐欺未遂罪の成立を肯定する余地が生じる。

結論において詐欺未遂罪の成立を肯定した法廷意見が、⑥の構造を採用していないことは明白であるが、判文からはそれ以上の態度決定を読み取ることができない。この点を明らかにするには、法廷意見の判断内容を確認する必要があると思われるため、後に(5-1)改めて検討することとする。

3. 重要事項類似表現の意義

(1) 重要事項性との関係

欺罔行為は、判例上、「重要事項を偽る行為」であるとされ、重要事項性と偽る行為の該当性という二つの要素から構成されると⁽⁹⁾、法廷意見はこの重要事項性に類似した表現を用いている。重要事項性との関連で、詐欺罪の実行の着手を論じたものは、調査の限り、本判決以前には見られなかったように思われ、その意義付けが問題となる⁽¹⁰⁾。

まず、重要事項性においては、「交付者の交付判断の基礎となる重要な事項」に対する虚言が存在するかが問題となる。判文からはどのような事情が本件被害者にとって重要な事項となっていたのかが明らかではないが、本件のような特殊詐欺事案で詐欺既遂罪の成否が問題となった裁判例を概観してみると、行為者⁽¹¹⁾がその身分を偽っている点、財物の交付が必要であると誤信させる点が欺罔行為の内容として把握され、身分や財物交付の必要性が重要事項とされている。

本件で、被告人らが第一・第二架電において警察官であると身分を偽った点は、重要事項性の一部を構成するものと言えるが、財物交付の必要性についての虚言は見られないので、この点についての重要事項該当性は認められない。もつとも、「預金の現金化の必要性」は被告人らが目的とする交付客体を特定するものであり、被害者が何についての交付判断を行うことになるのかという意味で、重要事項性と関連する事情であるし、さらに、「預金の現金化の必要性」にしても、「捜査協力の必要性」にしても、「現金を交付する必要性」を被害者に信じ込ませる口実（例えば、「現金を自宅に保管するのは危険なので警察で預かりたい」「犯人を逮捕して前日の被害金を取り戻すためには、下ろした現金を見せ金として使わせてほしい」）に用いられることも考えられ、重要事項性の前提となりうる事情である。それゆえに、財物交付の必要性それ自体ではないにしても、これに関連する虚言がなされていると評価することはできる。

このように考えてみると、法廷意見が重要事項類似表現で問題としているのは、本件嘘が交付判断の基礎となる重要な事項の一部やその前提になるなど、重要事項性に関連するものかどうか、である。したがって、法廷意見においては、本件嘘が重要事項性すべてを充たすわけではないにしても、重要事項性に関連しているとの事情が詐欺罪の実行の着手を肯定する上で考慮されていることがわかる。

(2) 重要事項類似表現に関する検討の必要性

この重要事項類似表現は、詐欺罪の実行の着手を判断する際に、何がしかの嘘が相手方に申し向けられたことでは足りず、嘘の内容を一定の範囲に限定する趣旨として理解される。このような理解に基づけば、重要事項類似表現には、欺罔行為という構成要素要素の特性に着目した、着手時期の前倒し限定機能が認められることになる。⁽¹²⁾

このように構成要件要素に着目して着手時期の前倒しを限定する機能として類似したものに、構成要件的制約がある。構成要件的制約とは、強盜罪や詐欺罪といった構成要件で手段が限定されている犯罪（手段限定型犯罪）において、当該手段それ自体又はこれと同質な手段が講じられる前の時点で実行の着手を認めるべきではない、との問題意識である。⁽¹³⁾ 例えば、姦淫目的で車中に引き摺り込む行為（最三小決昭和四五年七月二八日刑集二四卷七号五八五頁）には、それが姦淫自体に直接向けられていないとしても、暴行・脅迫という手段を講じたものである以上、構成要件的制約の要請を充たすが、例えば、欺罔的手段により被害者を車両に乗せた場合には実行の着手は否定される、とする見解が見られる。⁽¹⁴⁾

もつとも、構成要件的制約の観点から考えた場合、虚言が重要事項と一定の関係にあることまでは要求されないように思われる。姦淫自体に直接向けられていない暴行であったとしても、行為の同質性を理由に、強制性交等罪での構成要件的制約を充たすのであれば、本件でも虚言という行為の性質の限りで構成要件的制約を充足するとの判断もありうるように思われるからである。とすれば、虚言という性質を超えて、内容面において重要事項性との関連性を要求するには、さらなる基礎付けが必要になると思われる。

この点、詐欺罪の性質と関連付けて説明する手法が考えられる。学説においては、詐欺罪と窃盜罪との相違を説明するとの問題意識から、「占有移転を承認させるために誤った事実認識を被害者に与えた段階において未遂罪の成立を認める」との主張がなされているが、この主張を敷衍し、被害者の交付判断に決定的な影響を与えた段階でなければ、詐欺未遂の成立を認めるべきではないとの理解がありうる。⁽¹⁵⁾⁽¹⁶⁾

そもそも欺罔行為における重要事項性とは、「真実を知れば交付しなかつたであろう」事項と言い換えの関係にあ

り、交付行為の原因となつた錯誤を生じさせる虚言でなければ、欺罔行為に当たらないことを示すものである。財産移転と無関係な単なる嘘は詐欺罪の処罰対象ではないから、重要事項性の機能は、刑法上の禁圧の対象となる嘘の線引きにある。この重要事項性の機能は、詐欺既遂罪のみならず、詐欺未遂罪でも意義を認められるべきである。すなわち、重要事項性をおよそ充足しえない単なる虚言が欺罔行為に当たらず、詐欺既遂罪で捕捉されない以上、その虚言自体は、刑法上の禁圧の対象となる嘘ではなく、詐欺未遂罪としても捕捉されるべきではない。もつとも、本件がそうであるように、段階を踏んで嘘が重ねられる場合には、重要事項に関連する虚言が一遍にはなく、時間的に幅を持つて述べられることも考えられる。とすると、重要事項に関わる虚言のすべてが伝達されなくとも、その一部が伝達されるなど、重要事項に関連した虚言が申し向けられた場合、最終的な交付行為の原因となる錯誤が部分的に形成される可能性が生じる。このように、行為者の述べた嘘が重要事項に関連したものである事項を含んでいる場合には、もはやその嘘は、刑法上の禁圧の対象として、欺罔行為の一部を構成するものとして考えることができよう。本判決は、重要事項性の持つ機能に鑑みて、詐欺未遂罪の成立範囲に限定をかけたものと理解できる。

このような構成要件の性質から着手時期の限定を図るアプローチは、詐欺罪以外の犯罪に関する従前の判例に見て取ることができ。拘禁場の損壊が行われた時点での加重逃走罪の実行の着手が問題となつた最三小判昭和四四年一月二五日刑集三三卷七号一一〇五頁で、調査官解説は、同罪の保護法益が拘禁作用にあるとの理解を前提に、看守者の人的物的設備に対して侵害を加える損壊行為が行われれば、逃走行為が行われていなくとも同罪の実行の着手を認めて良い一方で、損壊と同様に構成要件に規定されている通謀にはそのような性質がないために、通謀がなされただけで実行の着手を認めるべきではないとの理解が示されている。⁽¹⁸⁾このような理解は、構成要件の性質との関連で、

実行の着手を基礎付ける行為を選別するものと言えよう。

以上の分析からすれば、重要事項類似表現は、詐欺罪の罪質に鑑みて、被害者の交付判断に少なくとも部分的に決定的な影響を及ぼしていると言える時点まで、実行の着手を認めないことを示す機能を有している⁽¹⁹⁾。

4. 直接性と危険性

(1) 過去の判例との比較

実行の着手に関する従前の判例の「判断基準を維持・統合した」ものと評されているクロロホルム事件決定では、⁽²⁰⁾ 犯行計画の内容を明示しつつ、①第一行為が第二行為にとって必要不可欠なものであったこと（必要不可欠性）、②第一行為終了後に殺害計画を完遂する上で特段の障害が存在しなかったこと（障害の不存在）、③第一行為と第二行為との時間的場所的近接性を考慮事情として挙げて、①第一行為と第二行為との密接性、②殺人に至る客観的な危険性が認められるとして、殺人罪の実行の着手を肯定している。

この①②が実行の着手の判断基準を示したものと理解されているところ、クロロホルム事件決定で挙げられた②殺人に至る客観的な危険性が、本判決にいう本件嘘によって「被告人の求めに応じて即座に現金を交付してしまう危険性」と対応関係にあるとすれば、本判決で同じ一文の中で挙げられている「現金の交付を求める行為に直接つながる嘘」が①第一行為と第二行為との密接性に対応するものである、との推測が想起される。⁽²¹⁾

(a) 密接性

では、クロロホルム事件決定と表現が異なることはどのように理解されるのか。この点、「密接」が使われなかつ

たことについては、前述2で示した通り、本件を欺罔行為の要件解釈として解決する余地を残すためであったとの理解が可能である。⁽²³⁾ すなわち、「密接」という表現を用いた場合、本件での架け子らの行為が構成要件該当行為に当たらないことを意味しうるため、これを避けた、との理解である。

直接性と密接性が対応関係にあるとすれば、直接性においても直前行為と構成要件該当行為との関係性が問題とされるはずであるが、交付要求行為が詐欺罪の構成要件該当行為と言えるかは、前述した欺罔行為における交付要求の要否と関連する一つの問題である。交付要求必要説に立てば、欺罔行為に当たらない本件嘘を直前行為と捉え、交付要求行為との密接性を問題とした判断と理解される。これに対して、交付要求不要説から本件嘘が欺罔行為の一部と捉えた場合、本判決は、複数の欺罔行為が予定されている場合に、最終的な結果惹起行為としての欺罔行為（交付要求行為）とそれに先行する欺罔行為（本件嘘）との間に、密接性が必要とされることを示したものと理解されることになる。

(b) 危険性

他方で、危険性についても、危険性の対象及び表現の点で、従前の判例と相違があるように思われる。

まず、危険性の対象に関しては、例えば、クロロホルム事件決定では殺害行為に至る危険性として、結果発生（交付要求行為に至る危険性）としていたところ、⁽²⁴⁾ 法廷意見では、財物移転の危険性や（欺罔行為に当たる）交付要求行為に至る危険性ではなく、交付行為に至る危険性を問題としている。この点、考察を試みると、まず結果発生（交付要求行為）の危険性との関係では、本件が交付行為と財物の移転がほとんど同時になされる事案であったため、交付行為に至る危険性を問題とすれば、財物移転の危険性を問題とすることと同視できると考えられる。他方、実行行為に至る危

危険性との関係では、ここで問題とすべき実行行為を最終的な結果惹起行為と捉えた上で、詐欺罪において最終的な結果惹起行為として予定されているのは被害者による交付行為であるため、クロロホルム事件決定との比較でも、欺罔行為に至る危険性を問題とするだけでは不十分であるとの理解がありうる。いずれにしても、本件事案の特徴を踏まえると、危険性の対象設定に関して、従前の判例との整合性を認めることは可能である。

次に表現の点に関して、従前の判例では、「客観的な危険性」とされてきたのに対して、⁽²⁵⁾ 本判決では「危険性を著しく高める」とされている。この相違はどのように理解されるか。

実行の着手における危険性に関して、近時、学説において、新しい対立軸を立てる動きが見られる。すなわち、実質的客観説に代表されるような実行の着手に高度の危険性を要求する見解を多数説として位置付け、そのような高度の危険性を不要とし、⁽²⁶⁾ 犯行計画を基礎において犯行の進捗度合いに注目する理解を有力説として対置させる構図である。

本判決にいう「危険性を著しく高める」との表現からは、危険性の量的側面を問題にしていることが読み取れる。このように危険性の量的側面に着目するのは、多数説に親和的であると言える。他方で、「客観的」という文言が用いられていない点では、有力説に親和的である。有力説の論者からも、それ自体結果発生危険性のない行為が行われた場面で実行の着手が認められることを明確化するためのものであったとの理解が示されている。⁽²⁷⁾ このように見ると、本判決にいう危険性の理解については、その表現の点では、多数説、有力説のいずれからも説明可能なものであると言える。⁽²⁸⁾

(2) 直接性と危険性を基礎付ける事情

では、本件で直接性、危険性をそれぞれ基礎付けている事情は何か。以下に見るように、いずれの要素においても、クロロホルム事件決定で考慮されていた事情との類似性が見て取れる。

まず、直接性に目を向けてみると、本件では、現金を被害者宅に移動させる趣旨の文言、そして、警察官が被害者宅を訪問することを予告する文言が被害者に対して申し述べられている点が直接性を基礎付けているところ、これらの事情は、クロロホルム事件決定における必要不可欠性や、障害の不存在に類似したものである。すなわち、被害者宅に現金が存在し、かつ、被害者において警察官の訪問が予告されている状況にあっては、警察官役の被告人が被害者宅において（虚言を含む）現金交付要求を行う前提が整えられているから、これらの文言を申し述べることが被告人による交付要求行為を確実かつ容易に行わせるものであり、かつ、本件嘘の後に残された被告人らの計画上の行為は交付要求行為だけであって、犯行計画を遂行する上での特段の障害と言えだけの事情は存在しないと評価できよう。⁽²⁹⁾

次に危険性である。法廷意見においては、被害者がすでに前日に詐欺被害に遭っていたこと、そして、被告人が間もなく被害者宅を訪問する予定であったことが挙げられている。前者については、一度詐欺被害に遭った被害者に連続して詐欺行為を働くことは、被害者が現金交付要求に応じてしまう可能性が高いことを示すものとも言える。もともと、仮に本件で前日の詐欺被害など存在せず、それ自体が嘘であったような場合で、詐欺未遂罪の成立が否定されるとは考えにくい。とすれば、本件で交付要求に応じてしまう危険性を基礎付けるにあたって、より重視されるべきは後者の事情となろう。この事情は本件嘘と交付要求行為との時間的近接性に関わる事情であり、クロロホルム事件決定という時間的場所的近接性との類似性を見て取ることができる。本件では、最初の架電行為から被告人が逮捕さ

れるまで二時間あまりであったところ、このように短い時間の中で犯行計画が進行していた点に、被害者が交付要求に応じってしまう危険性の高まりを認めることができる。⁽³⁰⁾ 逆に、架電行為と被告人の交付要求とが別日に行われるなど一定の時間的離隔があった場合には、架電行為の時点での交付要求に応じる危険性を否定する方向性に傾くものと思われる。

以上の通り、本判決にいう直接性及び危険性については、その考慮事情も含めて、従前、実行の着手論で問題とされてきた密接性及び危険性との対応関係が見て取れる。

5. 詐欺罪における着手判断の構造

(1) 欺罔行為の解釈論として位置付ける可能性

2で確認した通り、法廷意見は、本件を欺罔行為の要件解釈と実行の着手一般論のいずれと理解しているが不明であった。法廷意見の判断内容に鑑みても、重要事項類似表現という欺罔行為の特性を踏まえた検討がなされる一方で、直接性及び危険性という実行の着手一般論からの検討がなされていることがわかる。

もっとも、3の分析からもわかるように、本件は、すでに重要事項の一部（警察官であること）についての虚言がなされた事案であった。重要事項性の一部に虚言が見られる場合に、その虚言だけをもって欺罔行為を肯定して良いかはその問題となりうるが、少なくとも重要事項の一部を偽る行為が欺罔行為の一部を構成することは指摘できる。⁽³¹⁾ このように見た場合、本件は欺罔行為の一部がすでに始まっている場合であり、構成要件該当行為が認められない事案での着手時期の前倒しという実行の着手一般論が想定する状況との相違が見られる。欺罔行為の一部が行われてい

る以上、これを欺罔行為の要件解釈の問題として捉えた方が適切であろう。

もつとも、財物交付の必要性に関する虚偽がなされていないことから、欺罔行為が完了していないことも指摘できる。このように、本件は、犯行計画上、複数回の欺罔行為が予定されている場面で欺罔行為の一部がなされているが、完了していないという事案であつて、このような場合に最後の欺罔行為が行われない段階で詐欺未遂罪の成立を認め、良いかが問題となつたものと理解される。

このように本判決が欺罔行為の要件解釈論に位置付けられると考えた場合、欺罔行為に関連する重要事項類似表現の検討がなされていることには理由がある。また、直接性及び危険性に関する検討がなされている点については、欺罔行為が完了していない限りで、実行の着手論を各論の要件解釈の中に取り込んで判断すべき必要があることを示した⁽³²⁾ものとして、法廷意見が理解されることになろう。

(2) 重要事項類似表現と、直接性及び危険性の関係性

法廷意見の判断構造が欺罔行為の要件解釈にあるとして、重要事項類似表現と、直接性及び危険性はどのような関係にあるのか。いずれかの要素が充たされれば、詐欺未遂罪の成立を肯定することができるのであろうか。法廷意見の判示からはこの点は明らかではなく、各要素の関係性については、今後の議論に委ねられていると理解するのが素直である。

もつとも検討するに、重要事項類似表現が詐欺罪の罪質から、直接性及び危険性が実行の着手一般論から要請される要素であることから、一方が認められれば他方が認められるという関係にはなく、両者が充たされなければ、詐欺

未遂罪の成立は肯定されないと考えるべきであるように思われる。重要事項に関連する事項についての虚言が認められるとしても、例えば、交付対象である財物の準備が整っていなかったり、当該虚言と交付を受け行為との間に時間的離隔が存在したりする場合には、直接性及び危険性が否定されることになる。他方で、行為者らが被害者の身内を偽る犯行計画のもとで、事前にその身内を装って携帯電話の番号が変わった旨の虚言を述べたとどまる場合には、財物交付の必要性という重要事項に関連する事項についての虚言がなされていないために、直接性及び危険性が認められるとしても、詐欺未遂罪が否定されることも考えられる。

6. 本判決の射程

本判決は、交付要求がない段階での詐欺罪の実行の着手を犯行計画に照らして判断したものであり、従前、このような問題が論点として自覚されていなかったところ、最高裁が判断を示したことに意義が認められる。

本判決は事例判断であり、本件と一部事案が異なる場合に、その射程が問題となる。例えば、本件での二回目の架電行為が存在しなかった場合である。山口補足意見は、第一架電時での詐欺未遂罪の成立を留保しているところ、⁽³³⁾ 法廷意見は、本件において第一架電時にすでに詐欺未遂罪が認められる余地を含んでいる。この点については、第一架電の時点で、重要事項に関連する事項について複数の虚言（警察官であること、預金の現金化の必要性、捜査協力の必要性）が申し述べられているので、重要事項類似表現の点では、実行の着手は否定されないと考えられる。直接性及び危険性については、被害者が預金を現金化したこと、第二架電の内容が「警察官の訪問」であることの評価が重要となる。まず、前者の事情については、法廷意見においても被害者宅に現金を移動させることが直接性を基礎

付ける事情とされていたこと（前述4（2）参照）から、預金の現金化に至っていない場合には直接性を認めえないとも考えられる。もつとも、行為者が現金の準備を要求すれば、実際に現金化がなされなかったとしても、直接性は否定されないと考えることも可能であるし、そのような理解を法廷意見は排除していないであろう。後者の事情については、被告人が被害者宅を訪れる口実を作ることこそが、直接性及び危険性を肯定する決定的な事情であると捉えれば、第二架電時に実行の着手を認めるべきことになろう。これに対して、捜査途中で警察官が事前の連絡なく被害者宅を訪れることが、交付要求行為との直接性を否定したり、被害者において交付を差し控えさせたりするような事情ではないとすれば、第一架電時に実行の着手を肯定することも考えられるように思われる。

- (1) 原審を検討したものに、矢野隆史「判批」研修八三〇号（二〇一七）九五頁、拙稿「判批」法律時報九〇巻三号（二〇一八）一一三頁、拙稿「ドイツ判例に見る詐欺未遂の開始時期」立教法務研究一一号（二〇一八）一五六頁、樋口亮介「詐欺罪における実行の着手時点」法学セミナー七五九号（二〇一八）五〇頁、佐藤拓磨「実行の着手について」研修八三八号三頁（一一頁以下）、匿名「判批」判例タイムズ一四四九号（二〇一八）一五三頁。
- (2) 本判決の評釈としては、浅井弘章「判批」銀行法務21八二八号（二〇一八）六六頁、豊田兼彦「判批」法学セミナー七六一号（二〇一八）一一二頁、成瀬幸典「判批」法学教室四五四号（二〇一八）一四〇頁、羽柴愛砂「判批」警察学論集七一巻七号（二〇一八）一七七頁、前田雅英「判批」捜査研究八一〇号（二〇一八）二頁、佐藤拓磨及び二本柳誠による特集（刑事法ジャーナル五七号（二〇一八）一七頁以下）。本判決を検討するものとして、樋口亮介「実行の着手」東京大学法科大学院ローレビュー一三三号（二〇一八）五六頁、中川正浩「特殊詐欺対策としてのいわゆる『だまされた振り作戦』に関する法的問題と捜査手法の正当性について」警察学論集七一巻二二号（二〇一八）六二頁（七五頁以下）、松宮孝明「現代刑法の理論と実務第九回 未遂・未完成犯罪」法学セミナー七六七号（二〇一八）九五頁（九七頁）、小林憲太郎「刑法総論の理論と実務」（判例時報社、二〇一八）四四九頁以下、井田良「講義刑法学・総論」第二版（有斐閣、二〇一八）四三四頁、

- 高橋則夫『刑法総論「第四版」』（成文堂、二〇一八）三九八頁以下、同『刑法各論「第三版」』（成文堂、二〇一八）三二〇頁以下、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。
- (3) 佐藤・前掲注(2)三一頁。
- (4) 大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法「第三版」』（青林書院、二〇一八）一〇九頁【高橋省吾担当執筆】など。
- (5) 樋口・前掲注(1)五五頁も参照。
- (6) 交付要求を不要としつつ、被害者の交付・処分行為との自動性が必要であるとの見解については、拙稿法律時報・前掲注(1)一一七頁および拙稿立教法務研究・前掲注(1)一八七頁以下。
- (7) この立場に立つ論者に、二本柳・前掲注(2)。
- (8) 塩見・前掲注(2)五〇頁以下。樋口・前掲注(2)七一頁は、法廷意見もこのような理解に立つと見るのが素直とする。
- (9) 最判平成二六年三月二八日刑集六八卷三三五八二頁、最決平成二六年三月二八日刑集六八卷三三六四六頁、拙稿「判批」法学新報一二三卷一・二号二〇七頁（二二一頁以下）。
- (10) 被害者が交付の判断に直面した場面ではないことを理由に、重要事項性から表現が緩和されたと捉えるものに、佐藤・前掲注(2)二四頁、二本柳・前掲注(2)四五頁、成瀬・前掲注(2)一四〇頁、中川・前掲注(2)九八頁脚注八三。
- (11) 東京地判平成二九年一〇月一七日LEXDB 2549119、名古屋地判平成二九年一〇月三日LEXDB35561300、広島地判平成二九年三月一五日LEXDB25448704など。
- (12) 樋口・前掲注(2)七二頁以下、豊田・前掲注(2)一一二頁。これに対して、重要事項類似表現に独立の意義を認めているものとして、佐藤・前掲注(2)三一頁。
- (13) この点については、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）二一八頁以下など。また、塩見・前掲注(2)五一頁も参照。
- (14) 井田・前掲注(2)四三九頁、小林・前掲注(2)四四〇頁以下など。
- (15) 鈴木左斗志「詐欺罪における『交付』について」芝原邦爾ほか編『松尾浩也先生古希祝賀論文集 上巻』（有斐閣、一九九八）五三頁（五三九頁）。
- (16) このような発想は、比較法的にはオーストリアに見られる。拙稿立教法務研究・前掲注(1)一七七頁脚注四〇、樋口・前

- 掲注(2)七一頁脚注七二。
- (17) 拙稿・前掲注(9)二一四頁。
- (18) 龍岡資晃「判解」最判解昭和五四年度四三四頁(四四四頁以下)。さらに、このような理解が「手段・目的」型の結合犯には射程が及ぶものとしている(四五一頁)。
- (19) 樋口・前掲注(2)七一頁以下は、本稿にいう構成要件の性質と関連付けるアプローチに、「被害者領域への介入」という視点から総論的な基盤を与えるものである。
- (20) 平木正洋「判解」最判解刑事篇(平成一六年度)一五五頁(一八二頁)。
- (21) 平木・前掲注(20)一七二頁。
- (22) 二本柳・前掲注(2)四〇頁、成瀬・前掲注(2)一四〇頁、塩見・前掲注(2)五一頁。補足意見も、クロロホルム事件決定を引用して、交付要求段階での実行行為と本件嘘との密接性を問題としている。これに対して、松宮・前掲注(2)九七頁は、手段限定型犯罪においては、密接性という文言を使うことを不当とする。
- (23) 佐藤・前掲注(2)二四頁。
- (24) 実行の着手判断において結果発生危険性と実行行為に至る危険性のいずれを問題とすべきかに議論があることについて、樋口・前掲注(2)六三頁。
- (25) 最三小決昭和四五年七月二八日刑集二四卷七号五八五頁、前記クロロホルム事件決定、最三小判平成二〇年三月四日刑集六二卷三号一二三頁、最二小判平成二六年一月七日刑集六八卷九号九六三頁。
- (26) 詳細は、樋口・前掲注(1)、同・前掲注(2)五七頁以下、佐藤・前掲注(1)三頁以下、同・前掲注(2)二五頁以下。前掲注(2)における佐藤Ⅱ二本柳の特集は、佐藤が有力説から、二本柳が多数説から本件を論評するものである。
- (27) 佐藤・前掲注(2)三一頁。
- (28) もっとも、実行の着手に高度の危険性を要求した場合、判例の整合的な説明が困難な点については、佐藤・前掲注(2)二七頁以下、樋口・前掲注(2)五九頁以下参照。多数説に立つ二本柳・前掲注(2)四四頁以下も、本件では具体的危険は認められないとする。
- (29) 拙稿法律時報・前掲注(1)一一七頁参照。もっとも、だまされたふり作戦の展開や、被害者が途中で詐欺被害に気づく

どの事情が犯行計画の障害となることも考えられる。しかし、本件では、二時間という短い時間の間に犯行が進行しているなど、このような障害を乗り越えるための手立てが犯行計画に講じられていることも合わせて考えると、実行の着手を否定するだけの障害にならないのではないか。

(30) これに対して、第二架電時に危険性が高まっているとの評価に疑問を呈するものとして、二本柳・前掲注(2)四五頁および成瀬・前掲注(2)一四〇頁。

(31) 交付判断の基礎が複数考えられる場合にそのうちの一つについて虚言がなされれば、重要事項性を充足するとの理解に、樋口・前掲注(2)五九頁。

(32) そのような理解のあり方については、拙稿法律時報・前掲注(1)一一七頁および拙稿立教法務研究・前掲注(1)一八七頁以下。これは、塩見・前掲注(2)五〇頁が「詐欺罪の着手時期を視野に入れ、先取りした基準である」と指摘する通り、着手論一般から要請される基準を欺罔行為判断に取り込むとの理解を示したものである。

(33) 中川・前掲注(2)七九頁以下。これに対して、小林・前掲注(2)四五二頁以下、塩見・前掲注(2)五〇頁以下。

【付記】本稿脱稿後に、高橋則夫「特殊詐欺をめぐる犯罪論上の諸問題」判例秘書ジャーナルH20015、和田俊徳「判批」平成三〇年度重判解(二〇一九)一五〇頁に触れた。

なお、本稿は、科研費若手研究(B)(研究課題番号：17K13637)の助成を受けたものである。

(九州大学法学研究院准教授)