



## 窃盗罪と詐欺罪の関係について

—詐欺罪の間接正犯性および財物に対する交付意思を素材として—

荒木 泰貴

### I はじめに

特殊詐欺は様々な理論的問題を提起しているが、その1つに窃盗罪と詐欺罪の区別の問題がある。筆者は以前にキャッシュカード等のすり替え型の手口を素材に両罪の区別について検討した<sup>(1)</sup>。同手口は、架け子が被害者<sup>(2)</sup>に受け子の持参する封筒にキャッシュカード等を入れて封をして自宅で保管する必要があるなどと嘘をつき、被害者宅を訪れた受け子が、玄関で、被害者のキャッシュカード等を封筒に入れた(被害者に入れさせた)後、封筒に割印をしてほしい旨話し、被害者が封筒を玄関に置いたままにするなどして玄関を離れた際にその封筒を予め準備していた偽封筒とすり替え、偽封筒に割印をし、偽封筒を被害者に渡してその場を立ち去る、といった手口をいう<sup>(3)</sup>。この手口は、通常は窃盗罪に該当すると考えられる。なぜなら、詐欺罪は不作為を含む占有移転行為(交付行為)が被害者によって行われることで成立するところ、被害者は自身がキャッシュカード等を保管すると認識していることからキャッシュカード等の占有を移転させる意思を持たず、また、すり替え行為が占有移転行為であれば、それは被害者が玄関から離れたところで犯人によって行われるため、被害者による占有移転行為が観念できないために

(1) 拙稿「詐欺罪における交付行為の再検討」法律時報92巻12号(2020年)49頁以下。

(2) 本稿ではいわゆる三角詐欺の問題は検討しないため、詐欺罪の文脈においても被害者=被欺罔者=交付行為者という前提で論ずる。

(3) 大阪地判令和元年10月10日LEX/DB25566238参照。

詐欺罪とはならず、意思に反した占有移転である窃盗罪が成立するからである<sup>(4)</sup>。裁判例も窃盗罪を認める傾向にある<sup>(5)</sup>。

しかし、窃盗罪と詐欺罪の関係については、なお検討すべきものがあるように思われる。

例えば、一見すると詐欺(未遂)罪の成否を検討すべきように思われる事案において、窃盗(未遂)罪の成立が肯定されている事案がある。最決令和5年6月20日刑集77巻5号155頁は、公訴事実の要旨が「被告人は、氏名不詳者らと共に共謀の上、市役所職員及び金融機関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、令和3年3月5日、氏名不詳者らが、滋賀県長浜市内の被害者方に電話をかけ、被害者(当時76歳)に対し、市役所職員及び金融機関職員を名乗った上、過払金を還付する金融機関口座のキャッシュカードが古く、使えないようにする必要があるので、同キャッシュカードを回収しに行く旨のうそを言い、さらに、金融機関職員になりすました被告人が、被害者名義等のキャッシュカード在中の封筒をすり替えて窃取するためのトランプカード在中の封筒を携帯し、同人方付近路上まで赴いたが、氏名不詳者らと通話中の被害者が不審に思って電話を切るなどしたため、その目的を遂げなかった」(強調引用者)という事案につき、原審が事実の取調べをすることなく本件公訴事実と同旨の犯罪事実を認定して窃盗未遂罪による有罪判決をしたことは刑法400条ただし書に違反しない、と判断した。この事案では「同キャッシュカードを回収しに行く旨のうそ」が述べられており、被害者の認識においてもキャッシュカードの占有が被告人側に移転することが前提となっているように思われる。そうであれば、この事案では窃盗未遂罪ではなく詐欺未遂罪の成否を検討すべきであったのではないかと、詐欺未遂罪が成立しうる場合に窃盗未遂罪も成立しうるのか、という疑問

---

(4) 拙稿・前掲注(1)53頁。

(5) 例えば、拙稿・前掲注(1)53頁で言及した裁判例(金沢地判平成26年8月25日LEX/DB25504648、高松地判平成31年3月13日LEX/DB25562822、京都地判令和元年5月7日LEX/DB25563868、大阪地判令和元年10月10日LEX/DB25566238)以外にも、最近のもので名古屋地岡崎支判令和4年10月28日LEX/DB25593730、東京地判令和4年6月7日判時2554号111頁等。

が生じうる<sup>(6)</sup>。

この問題に関して、学説には、詐欺罪は窃盗罪の間接正犯であるとする見解や、窃盗罪と詐欺罪が競合して成立することを認める見解がある。これらの見解は、詐欺罪が成立する手口であっても窃盗罪(の間接正犯)の成立を肯定することもできるのか、窃盗罪に該当する手口であっても詐欺罪の成立もありうるのか、といった問題を解決する際のヒントとなりうる。

そこで、本稿では、Ⅱで検討の前提となる事案類型を整理・確認したうえ、Ⅲで詐欺罪が窃盗罪の間接正犯であるとする見解について検討し、詐欺罪は窃盗罪(の間接正犯)とは異なる独自の犯罪であることを示す。そして、Ⅳにおいて、交付行為・交付意思が認められるために被害者はどこまで具体的な客体について認識していなければならないかの問題を扱い、窃盗罪と詐欺罪が競合して成立しうるとする見解について検討する。最後に、Ⅴにおいて、いずれの立場からも未遂犯については窃盗罪・詐欺罪が同時に成立する事案がありうることを簡単に指摘したい。

## Ⅱ 区別すべき事案類型

窃盗罪と詐欺罪の関係を考えるに際して、既に多く指摘されているところであるが<sup>(7)</sup>、①被害者が移転する具体的な客体の存在・個数について完全に認識している事案類型(以下、「①類型」という。)と、②移転客体の存在・個数の認識が(部分的に)欠けている事案類型(以下、「②類型」という。)を区別すべきである。

①類型は、被害者が移転客体の存在・個数ではなく、移転客体の価値や被害者が得られると期待した反対給付の価値等について錯誤している

(6) もちろん、後述するように(Ⅴ)、本件は被告人が窃盗罪に該当する計画の認識で関与していることから、事案の解決として窃盗未遂罪を肯定したことは問題ない。ここで指摘したいことは、詐欺罪が成立する場合でも窃盗罪が成立しうるかといった、窃盗罪と詐欺罪の関係を検討する必要がある、ということである。

(7) 山口厚『刑法各論〔第2版〕』(有斐閣、2010年)257頁等。

## 窃盗罪と詐欺罪の関係について

場合である。例えば、Vの所有する絵画が真実は100万円の価値があるのに1万円の価値しかないと騙されたために売却した事案や、Vは代金を支払われるものと騙されたために食事を提供した事案である。

②類型は、Vの本の間にVの1万円札が挟まっていることを秘して本を買い受けた場合や、スーパーのレジで精算する際に一部の商品を隠して精算せずにレジを通過した場合等である。

両類型を区別する理由は、窃盗罪が意思に反した占有移転を内容とする犯罪であり、当該客体が移転することについて被害者が認識を欠いているかが重要となるからである。①類型では「被害者はその客体を移転させる意思を有している」という事実が存在しているため、意思に反した占有移転である窃盗罪(の間接正犯)が成立すると解するには多くの説明を要すると思われる。これに対して、②類型では、被害者は移転客体(1万円札や隠された商品)が存在することすら認識していない。そのため、具体的な移転客体との関係では被害者に客体を移転させる意思は存在していない。もちろん、交付意思は外形的移転の認識あるいは財産が移転する状況の認識で足りると解する見解<sup>8)</sup>からは②類型でも詐欺罪が成立するであろうが、被害者に「その1万円、その商品を移転させる意思はない」という事実が否定しえないことには変わりはない。このことに着目するのであれば、②類型で窃盗罪が(も)成立する可能性は充分に考えられる。

以下では、両類型の区別を念頭に置いたうえで検討を進めたい。

### Ⅲ 詐欺罪が窃盗罪の間接正犯であるとする見解について

もし詐欺罪が窃盗罪の間接正犯であるなら、詐欺罪が成立する場合であるが検察官は窃盗罪の間接正犯を前提に起訴した場合、いかなる処理がなされるべきかが問題となりうる。常習累犯窃盗との関係でも詐欺罪が窃盗罪の間接正犯であるかは影響しうるが、より重要なのは事後強盗

---

(8) 高橋則夫『刑法各論〔第4版〕』(成文堂、2022年)334-335頁、橋爪隆『刑法各論の悩みどころ』(有斐閣、2022年)304頁、山口・前掲注(7)259頁等。

(未遂)罪の成否であると思われる。

詐欺罪の実行の着手が問題となった最判平成30年3月22日刑集72巻1号82頁は被告人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事案であるが、仮に職務質問の際に被告人が警察官に対して暴行して逃走した場合に、窃盗の間接正犯の未遂犯が逮捕を免れる目的による暴行をしたとして事後強盗未遂罪が成立するであろうか<sup>(9)</sup>。詐欺罪が窃盗罪の間接正犯であるとする見解からは、この場合に事後強盗未遂罪を肯定するのが一貫していると思われるが、それは妥当であろうか。

詐欺罪が窃盗罪の間接正犯であるとする見解は、欺罔行為によって錯誤が生じた場合に、占有移転に対する被害者の同意が無効になると解されることを根拠として、詐欺罪は窃盗罪の間接正犯を独立に取り上げた犯罪類型であると主張する。すなわち、「被害者の意思に基づいて財物が移転するといっても、その意思は錯誤に基づく瑕疵ある意思であり、被害者の有効な同意とはいえない。したがって、詐欺罪も結局のところ、**実質的には被害者の真意に反する財物の移転を処罰するものであり、その処罰範囲には窃盗の間接正犯の一類型が取り込まれているといえる**」(強調引用者)、との主張である<sup>(10)</sup>。

確かに、詐欺罪は実質的には被害者の真意に反する占有移転を処罰するものといえる。また、詐欺罪において占有喪失という法益侵害を直接引き起こすのは被害者の交付行為であり、詐欺罪が被害者の行為を利用する間接正犯的構造であることは否定できない<sup>(11)</sup>。しかし、それにもか

(9) 詐欺による占有移転後であれば所有権等に基づく返還請求権を客体とする2項強盗罪の成立が考えられるから(最決昭和61年11月28日刑集40巻7号523頁(いわゆる1項強盗による強盗殺人未遂罪ではなく窃盗罪または詐欺罪といわれる2項強盗による強盗殺人未遂罪との包括一罪になるとされた事例)参照)、先行する行為が窃盗罪である場合と大きな違いはないのかもしれない。しかし、占有移転前であればこの構成による2項強盗(未遂)罪を認めることはできないため、先行する行為が窃盗罪となるかは重要な問題となる。

(10) 橋爪・前掲注(8)297頁。また、佐伯仁志「詐欺罪の理論的構造」山口厚ほか『理論刑法学の最前線Ⅱ』(岩波書店、2006年)96頁。

(11) 足立友子『詐欺罪の保護法益論』(弘文堂、2018年)61頁。

かわらず詐欺罪と窃盗罪は構成要件レベルで区別されるべきであると論じられていたのであるから<sup>(12)</sup>、ここで重視されていたのは、占有移転が形式的に被害者の意思に基づくといえるかであったというべきである。このような形式的な意思に基づくことをどこまで重視するかが、詐欺罪が窃盗罪の間接正犯であるかを考える際に重要なポイントとなる。

以下では、①類型を念頭に間接正犯性の問題を考えたい。というのも、被害者自身が移転対象となる(占有が失われる)客体が何かを理解している①類型では、被害者の知らぬ間に財物を失ったという要素がないため、ここでも詐欺罪が窃盗罪の間接正犯であることを認めるのであれば、それは徹底した見解といえるからである。

詐欺罪は窃盗罪の間接正犯ではないとする立場から、島田聡一郎は次のように主張する。すなわち、「〔窃盗罪の保護法益である〕占有侵害の有無・程度について、完全な認識がある場合には、他の点について錯誤があったとしても、それは窃盗罪の間接正犯の成立を基礎づけ得る瑕疵とはいえない。他方、詐欺罪に関しては『少なくとも財物の事実上の占有移転について意識的である』場合が、その核心部分であることに争いはない。そうだとすると、詐欺罪は(窃盗罪の)『間接正犯の特別な場合』ではなく、むしろ占有移転について錯誤がないために、窃盗罪の間接正犯が成立しない場合に、そのような行為の頻発性及び当罰性の高さから、窃盗罪とは異なる『財産交換の失敗』を独自の法益侵害とすることで、処罰を広げる(ことに少なくとも主たる意義がある)犯罪と位置付けられる。』<sup>(13)</sup>。

これに対して、詐欺罪は窃盗罪の間接正犯であるとする立場から、佐伯仁志は「『財産交換の失敗』を詐欺罪独自の法益侵害ととらえることには疑問があるように思われる。財産は、生命・身体のようにそれ自体の価値において保護されているのではなく、利用・交換価値において保護されていると考えるべきであって、詐欺罪以外の財物罪においても、『財産交換の失敗』に類した法益侵害は処罰範囲に含まれると解すべき

(12) 例えば、山口厚『問題探究 刑法各論』(有斐閣、1999年)148頁。

(13) 島田聡一郎『正犯・共犯論の基礎理論』(東京大学出版会、2002年)170頁。

だからである。したがって、財産処分の有無・程度について被害者に完全な認識があっても、その財物の利用・交換価値について錯誤があれば、財物罪の間接正犯を基礎づけ得る瑕疵を認めるべきであろう。」と反論する<sup>(14)</sup>。

前者の見解は、占有の喪失ないし移転について被害者が認識しているのであれば窃盗罪の間接正犯は成立しないとする点で、占有の喪失・移転レベルにおける被害者の認識に着目して窃盗罪の間接正犯と詐欺罪の区別をするものといえる。これに対して、後者の見解は、占有を保護する実質的理由である利用・交換価値の保護というレベルでの被害者の認識に着目するものといえ、①類型でも詐欺罪は窃盗罪の間接正犯であると考える見解といえる。

前述したように、ここでは形式的に被害者の意思に基づく占有移転といえることをどこまで重視するかがポイントであるが、結論的には、前者の見解が妥当であり、詐欺罪は窃盗罪の間接正犯ではないというべきである。

まず、被害者自身が移転対象となる(占有が失われる)客体が何かを理解している①類型でも詐欺罪が窃盗罪の間接正犯であるなら、1項詐欺罪は常に窃盗罪の間接正犯となるが、それでは詐欺罪の独自性がなくなってしまう。意思に反した占有移転<sup>(15)</sup>を内容としていて財物を交換過程に置かない場合を想定している窃盗罪に対して、詐欺罪(①類型)が想定するのは、被害者に占有喪失の認識がある場合、財産の交換過程に被害者が当該客体を置いている場合であって、両者は区別される<sup>(16)</sup>。

また、窃盗罪は財物のみを保護しているにもかかわらず、窃盗罪の間接正犯となった場合には(2項詐欺罪として)財産上の利益も保護されることを説明するのは困難であると思われる。2項詐欺罪において、財産上の利益は被害者の意思に対する欺罔による働きかけが行われる場合に保護されていると考えられるが、そこでは、利益移転に対する同意の実質的な有効性・無効性ではなく、形式的に利益を移転させる意思が存在

---

(14) 佐伯・前掲注(10)97-98頁。

(15) 大判大正8年2月13日刑録25輯132頁。

することが重視されている。そうだとすれば、1項詐欺罪においても、被害者に形式的に財物を移転させる意思があるかのみを問題とすべきである<sup>(17)</sup>。

そして、事後強盗罪との関係でも、形式的に被害者の意思に基づく占有移転であるかがポイントであると思われる。というのも、事後強盗罪(特に窃盗の機会の解釈)では行為者・被害者の利益対立状況における被害者の人身の保護の観点が重要であるが<sup>(18)</sup>、意思に反した占有移転を内容とする窃盗罪では、占有移転に気づいた被害者は直ちに移転を阻止する行動に出ると予想され、したがって直ちに行為者との利益対立状況が顕在化する可能性がある。これに対して、意思に基づく占有移転を内容とする詐欺罪では、占有移転は外形上は贈与・寄託を含む通常の取引の形態で行われ、被害者自身が占有移転を認識しているため、占有移転を阻止する行動に被害者が出るとは考えづらく、したがって行為者との利益対立状況は顕在化しづらい。このような類型的な違いが存在するこ

---

(16) 例えば、松原芳博『刑法各論〔第2版〕』(日本評論社、2021年)290-291頁は「財産の移転自体について同意のある場合には、財産はもっぱら当該取引における交換手段・目的達成手段として保護の対象となる。それゆえ、欺罔に基づいて財物が交付されたとしても、それによって交付者の取引目的が達成された場合には、財産は交付者の手を離れることでその効用を果たしたのであるから、その喪失を財産的損害と評価すべきではない。」と述べる。他に、詐欺罪を被害者が占有移転を承認させられることで占有移転へと方向づけられるという構造の罪と考える鈴木左斗志「詐欺罪における『交付』について」芝原邦爾ほか編『松尾浩也先生古稀祝賀論文集 上巻』(有斐閣、1998年)539頁参照。

(17) 佐伯・前掲注(10)96頁は、詐欺罪が窃盗罪の間接正犯と考えなければ詐欺罪とされてきた多くの事例では有効な同意に基づかないために窃盗罪になってしまうとするが、詐欺罪が「意思に基づく占有移転」であると述べられるとき、「有効な同意に基づかない占有移転」という意味ではなく、「形式的な占有移転の意思に基づいているか」が問題とされていたと思われる。なお、井田良「コメント②」山口厚ほか『理論刑法学の最前線Ⅱ』(岩波書店、2006年)143頁。

(18) 嶋矢貴之「事後強盗罪における『窃盗の機会』の意義」西田典之ほか編『刑法の争点』(有斐閣、2007年)177頁等。

とから、窃盗罪・事後強盗罪がセットで規定されていることには理由があると思われる<sup>(19)</sup>。その違いは形式的に被害者の意思に基づく占有移転であるか否かに係っており、同意の実質的な有効性・無効性を重視すべきではないと思われる。

以上の理由から、詐欺罪は窃盗罪の間接正犯ではなく、独自の犯罪であると考えべきである。したがって、詐欺罪を犯したことを根拠に常習累犯窃盗を肯定することはできないし、架け子の電話によって詐欺罪の実行の着手に至った後に受け子が被害者宅付近で職務質問をされて暴行をしたような事案において、窃盗罪の間接正犯の実行の着手があったとして事後強盗(未遂)罪が成立するわけではない<sup>(20)</sup>。すり替え型の手口に基づく電話で窃盗罪の実行の着手に至り、受け子が被害者宅付近で職務質問をされた際に暴行した場合には事後強盗(未遂)罪が成立しうするため均衡を失するようにも思われるが、窃盗未遂犯による逮捕を免れる目的の事後強盗未遂罪も成立すること<sup>(21)</sup>の当否は措き、これを前提とするのであれば現行法上はやむをえないように思われる<sup>(22)</sup>。

以上の理由から、詐欺罪は窃盗罪の間接正犯ではないというべきである。

---

(19) 佐伯仁志「詐欺罪(2)」法学教室373号(2011年)117頁注(29)も類似の指摘をする。

(20) なお、佐伯・前掲注(10)119頁注58が「窃盗罪であれば常習累犯窃盗や事後強盗罪が適用される可能性があり、どちらでも同じというわけではない。」と述べていることから、詐欺罪が窃盗罪の間接正犯であると考えられる見解も、結論としては同様である。もっとも、本文で述べたように、常習累犯窃盗や事後強盗罪が適用される可能性がない理由は詐欺罪が窃盗罪とは異なる独自の犯罪であることに求められるべきである。詐欺罪が窃盗罪の間接正犯であることを正面から認める場合、「窃盗の間接正犯の犯人が所定の目的で暴行・脅迫をした」として事後強盗罪が適用されると考えるのが一貫していると思われる。

(21) 大判昭和7年12月12日刑集11巻21号1839頁。

#### IV 窃盗罪と詐欺罪が同時に成立して競合する可能性について

##### 1 ①類型における競合の可能性

まず確認したいのが、窃盗罪と詐欺罪が競合しうる事案として①類型は想定されていないと考えられることである。なぜなら、①類型では被害者が移転する具体的な客体の存在・個数について完全に認識しており、被害者の給付の価値や反対給付について錯誤しているにすぎないことから、(形式的な)意思に反した占有移転の要素が認められないからである<sup>(23)</sup>。両罪の競合を肯定する代表的な論者である林幹人も、窃盗罪・詐欺罪が同時に成立しうる場合として想定しているのは②類型であった。林が挙げる事例は、アジ10匹が入っている箱だと思って売ったとこ

---

(22) もちろん、このような場合に事後強盗未遂罪の成立を肯定するべきであるかは別途検討を要する問題である。窃盗罪の実行の着手を肯定しつつ、事後強盗罪固有の解釈から事後強盗未遂罪の成立を否定する可能性も検討に値すると思われる。例えば、被害者宅付近における犯人と職務質問をした警察官との利益対立は存在するものの、それは詐欺罪の実行の着手だけが認められる場合と何ら異なるものではなく、先行する行為が窃盗(未遂)罪に限定されている事後強盗罪固有の性格を示していないのではないかと、との疑問がありうる。事後強盗罪において、「心理的に追い込まれた被害者が物理的な抵抗行為に出ると行為者との間で重大な衝突が生じ、その中で被害者が死傷する危険性があり」(和田俊憲「演習」法学教室379号(2012年)128頁)、こうした「行為者と被害者の対立衝突状況により基礎づけられる重大な危険性の存在」(嶋矢貴之「恐喝罪から見た強盗罪の基本構造」高山佳奈子=島田聡一郎編『山口厚先生献呈論文集』(成文堂、2014年)340頁)を重視して窃盗の機会を解釈して、財産的な被害者と行為者との同時存在を要求することが考えられないであろうか。すり替え型の手口の場合は窃盗未遂罪の被害者との物理的な接近がなくとも着手が肯定されうるために、同時存在が否定されて窃盗の機会・事後強盗未遂罪の成立も否定されるとの構成である(前掲注(21)の大判昭和7年12月12日も窃盗未遂罪の被害者が被告人を逮捕しようとした際に殺害された事案である)。今後の検討課題としたい。

(23) ①類型でも窃盗罪が成立すると考えるのは、詐欺罪が窃盗罪の間接正犯であると考えられる見解であるといえる。

ろ実は20匹入っていたという事例や、スーパーのレジ係に一部の商品を隠してレジを通過した事例であるからである<sup>(24)</sup>。

## 2 ②類型における競合の可能性

多数説は、窃盗罪と詐欺罪の構成要件レベルにおける排他的区別および1項詐欺罪・2項詐欺罪における要件の同一性のいずれも達成するため<sup>(25)</sup>、1項詐欺罪における交付意思は「物・利益の外形的移転の意思・認識」<sup>(26)</sup>、「財物が移転する状況の認識」<sup>(27)</sup>で足りるとする。具体的な移転客体を認識している必要はないとする見解であるから、②類型でも詐欺罪だけが成立し、窃盗罪は成立しない<sup>(28)</sup>。

(24) 林幹人「詐欺罪における処分行為」芝原邦爾ほか編『刑法理論の現代的展開—各論』(日本評論社、1996年)220頁および229頁。なお、同230頁は被害者から自動車に乗ることを許可されていると装って駐車場の監視員から自動車のキーを受け取って自動車に乗って立ち去った事案につき、監視員を被欺罔者とする三角詐欺を肯定しつつ、窃盗罪の間接正犯を肯定する。これは①類型でも1項詐欺罪と窃盗罪の競合があることを認めているようにも見えるが、林はこの事案では「所有者も占有しているといいうる」(強調引用者)と述べていることから、監視員の占有・所有者の所有権について詐欺罪、所有者の占有・所有権について窃盗罪を認めているのかもしれない。いずれにせよ三角詐欺という特殊な場合を問題にしているのであり、林が①類型についても一般的に窃盗罪の成立を肯定するわけではないであろう。

(25) 平野龍一『犯罪論の諸問題(下)各論』(有斐閣、1982年)330頁および337頁、山口・前掲注(12)148頁。他に、松原・前掲注(16)280-281頁は構成要件レベルでの区別を前提とし、橋爪・前掲注(8)298頁は要件の同一性を前提とする。

(26) 高橋・前掲注(8)334-335頁、山口・前掲注(7)259頁等。

(27) 橋爪・前掲注(8)304頁。「被欺罔者の瑕疵ある意思に基づいて財物の占有が終局的に移転したことが必要である。」とするものに西田典之(橋爪隆補訂)『刑法各論〔第7版〕』(弘文堂、2018年)211-212頁。

(28) 高橋・前掲注(8)334頁、橋爪・前掲注(8)304頁、山口・前掲注(7)259頁。松原・前掲注(16)282-283頁は被害者の認識した交付の客体と現実の交付の客体との齟齬が取引としての同一性の範囲を超えている場合には窃盗罪の成立を認めるべきとする。

これに対して、両罪を区別するために(同時に成立しないようにするために)交付行為・交付意思を構想することを批判し、窃盗罪・詐欺罪が同時に成立しうることを肯定する見解がある。すなわち、林は、「およそある犯罪の成立範囲は、当該犯罪の本質・目的に照らして論定されるべきであって、別の犯罪が成立するか否かによって動かされるべきではな」く、「両罪の関係は、窃盗・詐欺それぞれについて独立に成立範囲を決定した後に、はじめて明らかになる」と述べる<sup>(29)</sup>。

筆者は、多数説が、窃盗罪・詐欺罪の構成要件レベルでの排他的区別を志向すると同時に1項詐欺罪と2項詐欺罪の要件(特に交付意思)が同一であることをも志向することには疑問があると考えているため<sup>(30)</sup>、林の主張には傾聴すべきところが多いように思われる。

そこで、②類型を念頭に、改めて多数説の妥当性について検討したい。前述したように、②類型では具体的な移転客体との関係では被害者に客体を移転させる意思は存在していないことから、知らぬ間に占有が移転させられた事例として、窃盗罪の成立を肯定しやすいといえる<sup>(31)</sup>。それにもかかわらず、詐欺罪のみが成立するとする多数説の試みは成功しているであろうか。この点については、すぐ次に見るように未遂犯の成立時期の妥当性という観点からの検討も重要となるので、以下では、作業服等(合計約4万円)を飲料水の梱包箱(約800円)に詰め替え、飲料水の購入を装ってレジを通過しようとしたが発覚して未遂に終わった事

---

(29) 林・前掲注(24)213-214頁。また、林幹人『刑法各論〔第2版〕』(東京大学出版会、2007年)235頁が「窃盗罪と詐欺罪を区別することと、詐欺罪の適正な範囲を画することとは両立するとは限らないから、交付行為は基本的に、後の目的のみ奉仕すると考えるべきである。」と述べることについて「同感である。」と述べるものに佐伯・前掲注(19)117頁。

(30) 拙稿・前掲注(1)52頁。

(31) 窃盗罪と詐欺罪は構成要件レベルで排他的に区別されるとする代表的な論者に山口厚が挙げられるが、山口も「財物の移転自体について錯誤がある場合には、窃盗罪との関係で法益関係の錯誤を肯定しうるから、窃盗罪の間接正犯を特別に類型化したものとの把握が可能となろう。その限りにおいて異論はないが……」と述べる(山口厚「コメント①」山口厚ほか『理論刑法学の最前線Ⅱ』(岩波書店、2006年)134頁)。

案<sup>(32)</sup>を素材に、行為の時点ごとに検討したい。

(1) 店内で作業服等を梱包箱に隠し入れた時点

法務総合研究所教官の青山景子は、「この時点で、占有侵害の具体的な危険が発生し、窃盗罪の実行の着手が認められることにそれほど異論はないと思われます。」と述べる<sup>(33)</sup>。

確かに、窃盗罪が問題となるのであれば、隠し入れた時点で窃盗罪の実行の着手があったと考えられる。この時点で外観からは飲料水を購入しようとしている通常の客と区別がつかなくなり、財物取得の可能性は飛躍的に高まると考えられるからである。

しかし、多数説からは、この事案では詐欺罪の実行の着手のみが問題となるとの異論が出されると思われる。というのも、多数説によれば窃盗罪と詐欺罪は構成要件レベルで区別されるのであり、行為者の計画によればレジ係には梱包箱の中の商品の外形的移転の意思・認識あるいは商品が移転する状況の認識が肯定されることから、もっぱら詐欺罪が問題となる計画であるからである。

では、多数説からは詐欺罪のみが問題となるとして、隠し入れた時点で詐欺罪の実行の着手を肯定できるであろうか。ここで詳細な検討をすることはできないが、詐欺罪は交付罪であり、被害者の交付意思に基づく交付行為が必要であるところ、被害者の意思に対して何らの働きかけもないこの時点で詐欺罪の実行の着手を肯定することには疑問がある<sup>(34)</sup>。仮に、隠し入れる行為は被害者の意思に対して働きかける行為であるレジを通過しようとする行為と密接な行為であるなどといった理由で詐欺罪の実行の着手が認められると考え、被害者の意思に対する働き

---

(32) 青山景子「研修の現場から 廉価な商品の梱包箱の中身を別の高額商品に詰め替えた上、廉価な商品を購入するかのように装ってレジを通過しようとした事案につき、詐欺と窃盗の擬律が問題となった事例」研修886号(2022年)73頁以下。

(33) 青山・前掲注3274頁。

(34) 富川雅満「特殊詐欺における実行の着手」法律時報91巻11号(2019年)76-77頁。

かけが不要であるとするならば、特殊詐欺の架け子が電話の受話器を取り上げた時点(何ら嘘が述べられていない時点)で既に実行の着手が認められるという結論にも至りうる。しかし、これでは実行の着手時期が際限なく前倒しされてしまうおそれがある。従来、詐欺罪の実行の着手が認められるには欺罔行為の開始が必要であるとされていたこと<sup>(35)</sup>との関係が問題となろう。特殊詐欺における詐欺罪の実行の着手が問題となった最判平成30年3月22日刑集72巻1号82頁は、被害者に嘘を告げることで意思に対する働きかけがある事案で、さらに告げられた嘘の内容を分析したうえで着手を肯定しているが、基本的に妥当であると思われる。嘘が述べられていない時点で詐欺罪の実行の着手を肯定することは、この判例との関係も含め、多くの説明を要するであろう。このように考えると、多数説からは、作業服等を梱包箱に隠し入れた時点では詐欺罪の実行の着手が否定されるとの帰結に至ることは十分に考えられる。

そうだとすると、梱包箱に隠し入れることで財物取得の可能性は飛躍的に高まっているにもかかわらず、詐欺罪のみを問題として無罪とせざるをえない多数説の帰結の妥当性には疑問がある。隠し入れてレジを通らず持ち去るといった窃盗罪の計画の場合と均衡を失するであろう。このような帰結となりうる原因は、多数説が構成要件レベルでの排他的区別を要求しつつ1項詐欺罪において具体的な移転客体の認識は不要であるとしたところにある。具体的な移転客体である作業服等との関係では被害者に客体を移転させる意思は事実として存在していない以上、それを前提に窃盗(未遂)罪の成立を肯定することが素直な解決というべきである<sup>(36)</sup>。

---

(35) 詐欺罪の実行の着手を認めるには少なくとも被欺罔者たる他人に対して欺罔行為を開始したことを要するとしたものに、大判大正14年7月6日法律新聞2459号9頁。

(36) 1項詐欺罪と2項詐欺罪とで交付意思の内容を異なって理解し、客体が財物の場合には具体的な移転客体の認識がなければ窃盗罪とするものに、井田良『講義刑法学・各論〔第3版〕』(有斐閣、2023年)321頁、佐伯・前掲注(9)119頁。「不特定物の数量に関する錯誤では、被欺罔者に了解されている数量を超える部分については窃盗罪に当たると考えるべきであろう。」とするものに、松宮孝明『刑法各論講義〔第5版〕』(成文堂、2018年)264頁。

少なくとも、多数説から詐欺罪の実行の着手が否定されるとすれば、多数説は、隠し入れる行為によって財物取得の可能性が高まったにもかかわらず、隠し入れる行為の詐欺未遂罪としての処罰を断念するほどの強い意義を、被害者の意思に働きかける行為(ここではレジ係に梱包箱を提示する行為)に認めていることとなる。その根拠が積極的に示される必要があると思われる<sup>(37)</sup>。

なお、以上の考察は作業服等を隠し入れた時点では詐欺罪の実行の着手が認められないことを前提としている。一般的には、客体に対する物理的な接近が必要となることが通常である窃盗罪の実行の着手時期の方が遅く、欺罔行為の開始で足りる詐欺罪の方が早いと解されていると思われるが、ここでは実行の着手時期が逆転しうる点が興味深い。財物の管理体制・占有状況に対する物理的な攻撃と被害者の意思に対する欺罔行為による心理的な攻撃との関係をいかに解するかにつき、実行の着手論からの検討が期待される。この問題は本稿の射程を超えるため、問題点の指摘にとどめたい<sup>(38) (39)</sup>。

## (2) 飲料水の代金を払ってレジを通過しようとした時点

多数説は具体的な移転客体の認識がなくとも窃盗罪は成立せずに詐欺罪が成立すると考えるところ、作業服等を飲料水の梱包箱に詰め替えてこの梱包箱をレジ係に示していることから詐欺(未遂)罪が成立するという結論となる。

もっとも、実務上、いわゆる万引き事案は窃盗罪で処理されるが、万引きの際に窃取対象としなかった一部の商品については精算してレジを

(37) もっとも、商品を隠し入れるという事案を離れた詐欺罪の一般論としては、私見もまた被害者の意思に働きかける行為の意義を明らかにする必要があるため、ここで指摘した問題は多数説にのみ当てはまるというわけではない。

(38) 豊田兼彦「特殊詐欺事案における実行の着手」山口厚ほか編『実務と理論の架橋』(成文堂、2023年)216頁以下も参照。

(39) 詐欺罪の実行の着手に関しては、東條明德氏(神戸大学)に貴重な示唆をいただいた。もとより文責は専ら筆者に属するが、記してお礼申し上げます。

通ったとしても窃盗罪とされていると考えられる。例えば、千葉地八日市場支判令和3年3月15日LEX/DB25590349、高松高判令和元年10月31日高刑速報(令1)号589頁、福島地郡山支判平成30年1月31日LEX/DB25549505、大宮簡判平成29年5月11日LEX/DB25561089は、商品を隠しつつ一部の商品についてのみ精算をした事案につき、窃盗罪の成立を肯定している。多数説の結論は、このような実務における取扱いとは異なる可能性がある<sup>(40)</sup>。

ただし、上記裁判例の事案では、窃取対象となる商品が隠された場所は、レジ係に示された買い物かごの中(の別の商品のパッケージ内)ではなく、被告人が持参したエコバッグ等の中であった。実のところ、多数説によればこのような事案が窃盗罪・詐欺罪のいずれとなるのかは必ずしも明らかでない。

詐欺罪において具体的な移転客体の認識は不要とするのが多数説であるから、レジ係は商品が移転する認識を有していることを捉え、レジ係の目の前にいる行為者が持参しているエコバッグに隠された商品についても交付意思を肯定して詐欺罪とすることもありえないではない<sup>(41)</sup>。しかし、仮にそうだとすれば、甲が商品を購入してレジ係の注意を引いている際に共犯者乙がレジを通らずに商品を持ち出した場合にも詐欺罪となりうるが、この結論は明らかに妥当でないと思われる<sup>(42)</sup>。

そうだとすれば、多数説は、詐欺罪が成立するためには被害者が認識した範囲内(チェックする範囲内)に移転客体が存在することを要求して

---

(40) 曾根威彦=松原芳博編『重点課題 刑法各論』(成文堂、2008年)127頁〔北川佳世子〕参照。

(41) 例えば、小林憲太郎『刑法各論の理論と実務』(判例時報社、2021年)120頁は「当該客体の占有移転につながる事となる、他のなんらかの客体の占有を移転させることの認識を処分意思として要求する立場」が妥当であるとしており、商品が隠された場所が被害者の認識した範囲内になくとも詐欺罪とする可能性を否定できない。

(42) あるいは、レジ係の目の前にいる行為者が商品を隠し持っている場合と、レジ係の目の届かぬところで共犯者が商品を持ち出す場合とを区別するのであろうか。

いたと考えられる。この考え方によれば、持参したエコバッグの中に商品が隠されている場合はレジ係が認識した範囲(チェックする範囲)である買い物かごの中に移転客体が存在しないため、多数説からも窃盗罪が成立すると考えることになる<sup>(43)</sup>。

しかし、商品を隠した場所が買い物かごの中か持参したエコバッグの中かの違いが重要であるかには、疑問の余地がある。いずれの場合も、レジ係が具体的な移転客体である隠された商品を移転させる認識を有していないことは否定しえず<sup>(44)</sup>、レジ係の知らぬ間に商品が持ち去られたことに違いはないからである。レジで商品が隠されていることが発覚して逮捕されそうになったために暴行した場合に、買い物かごの中であれば事後強盗(未遂)罪にならないが、持参したエコバッグの中であれば事後強盗(未遂)罪になる、という帰結の違いを導く差が存在するかにも疑問がある。商品を隠した場所が買い物かごの中(の別の商品のパッケージ内)であっても、具体的な客体の移転が発覚することで行為者・被害者間の利益対立状況が直ちに顕在化することに変わりはなく、事後強盗罪の趣旨が妥当すると考えられるからである。このように考えると、隠した場所がいずれの場合であっても、窃盗罪の成立を肯定すべきである<sup>(45)</sup>。そして、利益対立状況が直ちに顕在化するかという観点からすれ

---

(43) 橋本正博『刑法各論』(新世社、2017年)254頁は「認識されている物体に包摂される可能性のあるもの」を交付する包括的認識があれば交付意思を肯定できるとすることから、エコバッグの中に商品を隠した場合は窃盗罪となると思われる。

(44) ドイツの判例であるが、商品の一部を隠してレジに提示した事案でBGHSt 41, 198は買い物カゴの内容物全体への一般的な交付意思は単なるフィクションであると述べる。

(45) 以上は窃盗罪の成立を認めるべきであると主張するにすぎない。別途、作業服等に対する1項詐欺罪が成立する可能性を直ちに否定するものではない。また、作業服等の代金を支払わないという財産上の利益に対する2項詐欺罪が成立する可能性も否定できない。作業服等の財物の占有取得とその代金の免脱とで客体が異なることから、作業服等の占有取得を窃盗罪と解するとしても、代金の免脱による2項詐欺罪が成立しうる(残るのは罪数の問題である)。

ば、飲料水の梱包箱の中に作業服等という全く別の種類の商品を詰め替えた場合だけでなく、同種の商品を多く詰め込んだという場合であっても、具体的な移転客体との関係では被害者に客体を移転させる意思は存在していないのであるから、窃盗罪が成立すると考えるべきである<sup>(46)</sup>。

これに対して、多数説からは、買い物かごの中(の別の商品のパッケージ内)はレジ係がチェックするために、被害者が認識した範囲内に移転客体が存在するかは成立する犯罪を分ける大きな違いがあるとの反論もありうるかもしれない。しかし、従来多数説は、1項詐欺罪と2項詐欺罪の要件の同一性を前提に2項詐欺罪の処罰範囲の確保の観点から具体的な移転客体の認識がなくとも詐欺罪となると主張していたにすぎず、被害者が認識した範囲内に移転客体が存在することの意義を積極的に説明していなかったように思われる。その積極的な説明が必要であるが<sup>(47)</sup>、その際には、事後強盗罪の趣旨が、隠し場所がいずれであっても妥当しうるという点も考慮する必要があると思われる。

---

(46) 野村健太郎「詐欺罪における交付行為と交付者の認識対象」愛知学院大学論叢法学研究64巻1・2号(2023年)86-87頁は「現実に交付された『その財物』の存在を被害者が認識していたことが必要となるのではないだろうか。……現に移転された物の存在すら被害者が認識していなかった場合、当該財物の移転は、被害者にとって、自らの意思に基づく財物交付という意味をもたないであろう。」(強調原典)と述べたうえで、96-97頁では10匹のサンマが入った箱に2匹を隠し入れて箱ごと購入した事案では「店主が自身の財物交付を『この箱に入った魚(商品)の交付』として同定しているのであれば、追加された2匹のサンマを含む箱の中の魚全体が交付者の認識に含まれていると解し、箱の中の魚全体に対する1項詐欺罪を認めることが可能であろう。」とする。しかし、具体的な移転客体に対する認識を要求するのであるから、隠し入れられた2匹のサンマの交付意思は認められないと思われる。同99頁は「財物交付の社会的な意味を基準とする」立場から「被害者の体験内容から乖離した法的評価を与えることは、望ましくない」と指摘するが、追加の2匹分については「知らぬ間に持ち去られて盗まれた」との被害体験であるともいいうるようと思われる。

### 3 詐欺罪独自の性質からの検討の必要性

以上のように、①類型では詐欺罪のみが成立し、②類型では窃盗罪が成立すると解される。

では、②類型で詐欺罪も成立するであろうか。林幹人は「財産移転について自由な意思決定をしているという意識さえもっていれば」詐欺罪の成立を肯定して構わないと主張する<sup>(48)</sup>。これは、窃盗罪で問題とする意思と詐欺罪で問題とする意思が異なっていることを前提とする。すなわち、具体的な客体の移転に意思が及んでいるか(具体的な移転客体の存在を認識しているか)を問題とするのが窃盗罪であり、具体的な移転客体の存在から離れて財産処分に関する自由な意思決定があるかを問題とするのが詐欺罪である、との理解である。別の観点から別の意思を問題とする以上、両罪が同時に成立して競合しうることになるのは自然である<sup>(49)</sup>。

これと対比すると、多数説は、詐欺罪の成否に際して、(具体的な移転客体の認識は不要とするものの)当該客体が意思に基づいて移転したといえるか否かだけを問題としており、これが認められれば詐欺罪、認められなければ窃盗罪という形で択一的な判断を示しており、林のように別の観点から別の意思を問題としてはいなかったと解される。したがって、多数説から両罪は排他的に区別されるとの結論に至るのも自然であろう。

---

(47) 前述のように、多数説が店内で作業服等を梱包箱に隠し入れた時点で詐欺未遂罪を否定するとすれば、レジ係によるチェックが予定されていることに、梱包箱に隠し入れるという財物の管理体制に対する物理的な攻撃が始まっていることを可罰的でないとするほどの意義を認めることとなろう。被害者が認識した範囲内に移転客体が存在することの意義に関する積極的な説明は、詐欺罪の実行の着手との関係でも重要と考えられる。

(48) 林・前掲注②4220頁。

(49) 佐伯・前掲注⑩125頁は窃盗罪・詐欺罪の競合可能性を肯定していたが、詐欺罪は窃盗罪の間接正犯であるとの理解(同96頁)も相まって、いかなる事例で競合しうると考えていたのかは必ずしも明らかでないように思われる(佐伯・前掲注⑨119頁では窃盗罪・詐欺罪の競合を認める立場から交付意思を1項詐欺罪と2項詐欺罪で異なって解する立場に移行している)。また、平野龍一「刑法各論の諸問題10」法学セミナー213号(1973年)51頁。

そうだとすれば、(私見によれば)窃盗罪が成立すると考えられる②類型において詐欺罪も成立するかは、詐欺罪において林のように窃盗罪とは別の観点から別の意思を問題とするべきか否か、より一般化すると、詐欺罪が成立するために要求される被害者の意思が何に向けられているべきかに対する態度決定によると考えられる。これは、窃盗罪とは異なる詐欺罪の独自の意義を検討することに他ならず、②類型で窃盗罪が成立するべきであることを踏まえつつも、独立に検討されるべき問題である<sup>(50)</sup>。その意味で、窃盗罪と詐欺罪とはそれぞれの性質に基づいて独立にその成立要件が検討されることを要する(そのような関係に立つ)といえる<sup>(51)</sup>。

その際、両罪が同時に成立して競合することはない(あってはならない)という考えを所与の前提とするべきではない。青山景子は、店内で作業服等を梱包箱に隠し入れた時点で窃盗未遂罪を認めつつ、飲料水の代金を払ってレジを通過しようとした時点で詐欺未遂罪を認めることも、「理論上はあり得ると思われれます。」と指摘している<sup>(52)</sup>。この指摘

---

(50) 山口厚『新判例から見た刑法〔第3版〕』(有斐閣、2015年)238頁注10は、多数説は「詐欺罪の本質から交付行為の意義を解しないもの」であるとの批判に対して、「これは誤解である。その見解〔多数説-引用者注〕も、両罪の意義を考慮して適切な結論を導出しようとしているのであり、両罪がとにかく区別されさえすればよいと解するものではない。」と述べる。

(51) 拙稿・前掲注(1)52頁。近時、いわゆる占有の弛緩の事案では窃盗罪・詐欺罪の両方が成立しうることを認めつつ、すり替え型の手口の場合も詐欺罪の成立を肯定するものに、森永真綱「占有の弛緩と窃盗罪の実行の着手乎？」甲南法学64巻1・2号(2023年)73頁以下がある。しかし、この構想によれば、交付行為は占有移転をさせる行為である必要もなければ被害者がそれを認識する必要もないこととなり(この点は同87頁注33で自認されている)、ひいては欺罔行為も占有取得に高い寄与を与えるものであれば「交付の判断の基礎となる重要な事項」(最決平成22年7月29日刑集64巻5号829頁)を偽る行為である必要もなくなってしまうであろう。かかる見解からは、欺罔行為・交付行為がどのような意義を有するのか、詐欺罪がどのような犯罪であるかも根本的に再考を迫られると思われる。

(52) 青山・前掲注3277頁。

は、1つの計画に基づく1個の財物の取得につき、窃盗罪と1項詐欺罪の両者が成立することが実務感覚と乖離するわけではない可能性を示唆するものといえよう。

## V 窃盗罪・詐欺罪が同時進行する可能性について

従来、当然の前提であって明言されていなかったにすぎないと思われるものの、窃盗罪と詐欺罪の競合がありうるかに関する議論において前提とされていたのは、1つの計画による1つの客体の占有取得(既遂犯)の擬律をどうすべきか、であったと思われる。そのため、多数説からは意思に基づくか否かという1つの基準から両罪は区別されることから、両罪が同時に成立して競合することはないと解されていたと考えられる。

これとは全く別の問題として、未遂犯については、多数説からも両罪の未遂が同時に成立して競合しうる場合があることを、最後に指摘したい。ここでは、多数説からも、両罪の未遂の罪数処理が問題となり、また、詐欺未遂罪が成立するとしても窃盗未遂罪も成立するのであるから事後強盗未遂罪の適用がありうる。

それは、1つの客体の占有取得のために2つの計画が同時に進行するような場合である。具体的には、特殊詐欺において被害者のキャッシュカードの占有を取得するために、「警察官がキャッシュカードを確認しに行くから用意しておくように。」などと嘘を告げたうえで被害者宅を訪問し、被害者宅の玄関でキャッシュカードを預けるように申し向けて占有を取得する計画(詐欺罪のストーリー)であったが、もし被害者が預けることを躊躇した場合にはすり替え用の偽封筒を用いてすり替え窃盗をする用意もしていた(窃盗罪のストーリー)、という場合である。

最決令和5年6月20日刑集77巻5号155頁は、事実認定の問題であるため断言することはできないが、両罪のストーリーが同時に進行する事案がありうることを示していると思われる。すなわち、原審である大阪高判令和4年4月26日刑集77巻5号169頁によれば、架け子はキャッシュカードを「取りに行く旨」の嘘を告げており(同174頁)、架け子の電話は欺罔行為であったと評価されている(同176頁)。しかし、受け子

であった被告人と犯人グループを仲介していた「吉田」は、被告人に対してすり替えによる窃盗の指示をしており、被告人に封筒・トランプを準備させていることから(同173-174頁)、大阪高裁は被告人と「吉田」の犯行計画を前提に窃盗未遂罪の成否を検討している。このように、受け子にとっては窃盗罪、(大阪高裁が明示しているわけではないが)架け子にとっては詐欺罪という、1つの事件において両罪が同時進行する事案は生じうる<sup>(53)(54)</sup>。

そうだとすれば、特殊詐欺において1つの事件で窃盗罪・詐欺罪が入れ替わり立ち替わり実行されることもありうる<sup>(55)</sup>ところ、犯人グループがより周到で、被害者にキャッシュカード等を交付させる詐欺罪のストーリーを前提に受け子が被害者の家まで行き、仮に被害者がすぐに交付しない場合には予め準備していた偽封筒にすり替えるように対応せよ、と当初から計画されている事案も十分に考えられる<sup>(56)</sup>。

この場合、窃盗未遂罪・詐欺未遂罪が同時に成立して競合しうることには否定できないであろう。交付によらない移転の危険も交付による移転の危険も肯定しうるからである。2つの計画を問題としている以上、両罪が構成要件レベルで排他的に区別されるという多数説の立場からも未遂犯の競合を認めることに矛盾はない。ここでは排他的区別の問題は無関係である。

そして、窃盗未遂罪が進行しているのであれば、被害者宅付近で逮捕されそうになったために暴行した場合に事後強盗未遂罪が成立しうる

---

(53) 他にも、すり替え行為による窃盗の際にキャッシュカードを預ける必要があるとの嘘(詐欺罪と思われるストーリー)を告げている事案として、東京高判令和5年7月27日LEX/DB25595979や山口地判令和5年3月23日LEX/DB25595978。

(54) この場合、異なる構成要件間で共謀が成立するののかという問題も生じよう。もっとも、キャッシュカードを交付させる詐欺罪のストーリーとすり替えによる窃盗罪のストーリーとは事案の実態として紙一重ともいえる近似性があることから、共謀を肯定することができると思われる。しかし、このような発想はいわゆる行為共同説的であって、なお検討すべき問題が残っているように思われる。今後の検討課題としたい。

(ただし、この点に関する疑問につき前掲注<sup>(22)</sup>参照)。事後強盗未遂罪との関係では、被害者に対して述べられた嘘の内容やすり替え用の封筒の用意の有無等から、逮捕しようとした時点で窃盗罪が未遂に至っていると認められることが重要であり、詐欺罪の計画もまた進行しているかは無関係である。

---

55) 水戸地判令和4年6月27日LEX/DB25593148は、当初から両罪を犯すことが前提であった事案ではないと思われるが、次の罪となるべき事実を認めて窃盗罪・詐欺罪の成立を肯定しており、窃盗罪・詐欺罪が入れ替わり立ち替わり犯されうることが示されている。すなわち、「第6 P46、P47、P48及び氏名不詳者らと共謀の上、〔原文改行〕1 警察官等になりすまして高齢者からキャッシュカードを窃取するなどして不正に入手しようと考え、……警察官等になりすました氏名不詳者らが、……P49方に電話をかけ、同人(当時76歳)に対し、同人使用の銀行口座から不正な出金がなされており、手続をすれば補填をする旨うそを言うとともに、その頃、金融庁職員になりすました前記P48が、前記P49方を訪れ、同人に対し、あらかじめ用意していた封筒に同人名義のキャッシュカード2枚を入れさせた上、同人が目を離れた際に、同封筒を別の封筒とすり替えて窃取した。〔原文改行〕2 警察官等になりすまして高齢者からキャッシュカードを窃取するなどして不正に入手しようと考え、前記第6の1記載のうそにより、キャッシュカードを封筒に入れて封印しなければ不正に出金された金銭の補填が受けられないと誤信していた前記P49が、封筒に入れ忘れたものとして同人名義のクレジット機能付きキャッシュカード1枚を持参したことに乗じ、前記P48が、同日、同所において、前記P49に対し、前記金銭の補填手続のため、同クレジット機能付きキャッシュカードを預かる旨うそを言い、同人をその旨誤信させ、よって、同日、同所において、同人から同クレジット機能付きキャッシュカード1枚の交付を受け、もって人を欺いて財物を交付させた。」という罪となるべき事実である。

56) 東京高判平成31年4月2日判時2442号120頁は、現金を預けるように申し向けたところ、被害者が受取書を求めたため、被害者が離れた際に現金を持ち去ったという事案であった。預けるように申し向けることは詐欺罪のストーリーと考えられるが、被害者の要求に受け子が臨機応変に対応して窃盗罪のストーリーに切り替えたものと思われる。犯人グループがより用意周到であったとすれば、あらかじめ窃盗罪のストーリーに切り替えるための準備もしておくことがありえよう。

## 窃盗罪と詐欺罪の関係について

なお、同時進行によって窃盗未遂罪・詐欺未遂罪の両方が成立するとしても、同一客体に対する同一日時・場所における未遂であることから、最終的には罪数処理によっていずれか一方の成立のみが肯定されると解される<sup>(57)</sup>。

## VI おわりに

本稿の主張は次のとおりである。

- ・詐欺罪は窃盗罪の間接正犯ではなく独自の犯罪であり、形式的に被害者の意思に基づいて占有が移転することで成立する犯罪である。
- ・移転客体の存在・個数の認識が(部分的に)欠けている②類型では窃盗罪が成立すると考えるべきである
- ・この結論から直ちに②類型で詐欺罪が成立しないことまで導かれるのではなく、詐欺罪の性質から独自に検討を要する。
- ・窃盗罪・詐欺罪の2つの計画が同時進行することがありえ、その場合には両罪の区別を強調する多数説の立場からも窃盗未遂罪・詐欺未遂罪が同時に成立して競合することがありうる。

残された(最も重要な)問題は、詐欺罪の性質から独自にその成立要件を検討し、交付行為・交付意思の意義を明らかにすることである。私見は②類型で窃盗罪の成立を肯定するが、現時点では詐欺罪の成立を否定することまで意図しているわけではないため、多数説と同様に、被害者が認識した範囲内に移転客体が存在することの意義をさらに検討したい。

〔付記〕

本稿は科研費基盤研究(C)(研究課題番号23K01154)の助成を受けたものである。

---

(57) 法定刑の下限が詐欺罪の方が重いことから、最終的には詐欺未遂罪で処断されると考えられる(山口・前掲注50)239頁参照)。ただし、窃盗未遂罪が犯されていることは否定できないことから、事後強盗未遂罪や常習累犯窃盗との関係でこの窃盗未遂罪を不問に付すべきではないとも考えられる。罪数処理をいかにすべきかは今後の検討課題としたい。