

〔論 説〕

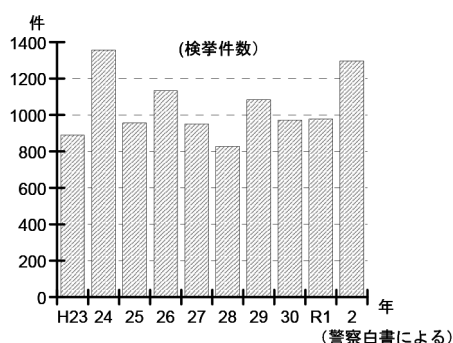
特殊詐欺と準備罪

木 村 光 江

1. 新型コロナウイルス感染症と詐欺罪

新型コロナウイルス感染症は、人々の生活に大きな変化をもたらしているが、犯罪に対する影響も大きい。2020年の街頭犯罪の認知件数は、前年比で27%の減少とされる一方、⁽¹⁾2021年上半期の悪質ショッピングサイト等の通報件数は、前年同期と比較し約30%増加したとの報告もある。⁽²⁾新型コロナの影響もあり、インターネットの利用が増加したことが原因として挙げられるとされている。また、ネットワーク利用の詐欺罪の検挙件数も、2020年は前年に比べ33%増加している（図1）。刑法犯の中でも特に詐欺罪は、社会状況の変化をいち早く反映する犯罪類型である。新型コロナ感染症関連と疑われるサイバー犯罪として2020年中に各都道府県警察が把握した887件のうち、約5割を詐欺罪が占める。⁽³⁾

図1 詐欺罪（ネットワーク利用）



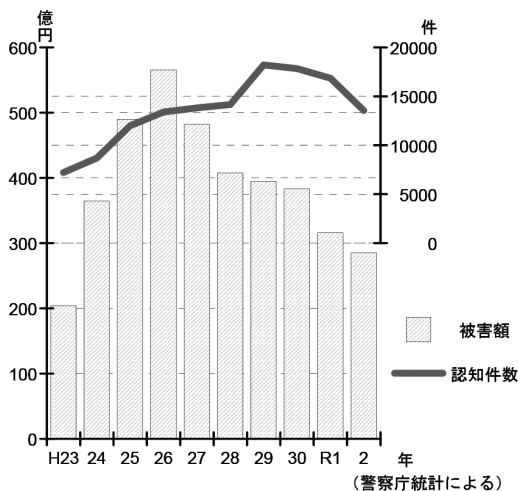
コロナ禍以前においても、詐欺罪、特に特殊詐欺の被害は極めて深刻な状況が続いてきたが、新型コロナ感染症に関連した特殊詐欺も発生している。⁽⁴⁾

また、特殊詐欺の類型は日本に限ったものではなく、アジアや欧米でも深刻な問題が生じているとされる。⁽⁵⁾イギリスでは「ロマンス詐欺」という形態での詐欺事犯が多発しており、特に新型コロナウイルス感染症の蔓延により、インターネットの交流サイトの利用が増え、その被害が増大していると報告され

-
- (1) 警察庁『令和3年警察白書』39頁参照。外出自粛がその原因の1つであると分析されている。
- (2) 日本サイバー犯罪対策センター（Japan Cybercrime Control Center：JC3）の報告による。<https://www.jc3.or.jp/threats/topics/article-377.html> 参照。
- (3) 『令和3年警察白書』15頁参照。持続化給付金申請サイトに虚偽の内容を記入して給付金を騙取する行為や、偽の給付金申請サイトを設けて金員を騙取する事案等がある（同39～40頁）。
- (4) 「コロナ関連の給付金が受けられる」と虚偽の事実を申し向ける行為などが報告されている。警察庁「令和2年における特殊詐欺の認知・検挙状況等について」（https://www.npa.go.jp/bureau/souni/tokushusagi_toukei2020.pdf）参照。
- (5) 木崎唯奈・久保田隆「英国における振り込め詐欺Codeの策定と日本への示唆」国際商事法務47巻12号（2019年）1547頁参照。イギリスでは、振り込め詐欺被害者への補償が、銀行を主体としてなされていると紹介されている。

ている。⁽⁶⁾ イギリスの詐欺報告センター (Action Fraud)⁽⁷⁾ の調査によると、コロナ禍の影響で、2020年1月～11月の間にロマンス詐欺による銀行取引件数は前年に比べ20%増加し、その被害額は前年比12%増の1850万ポンド (約28億円) に上るとされる。また、銀行取引以外も含めると、Action Fraudが把握している2020年のロマンス詐欺の被害額は、6800万ポンド (約100億円) に達するとされる。⁽⁸⁾

図2 特殊詐欺の推移



さらに、特殊詐欺は、その被害件数、被害額ともに重大であることに加え、実態として暴力団の資金源となっていることにも着目する必要がある。令和2年の特殊詐欺の検挙人員の15.3%が暴力団構成員ないし準構成員である。⁽⁹⁾ 全刑法犯の検挙人員に占める暴力団員の割合が5.4%であるから、15.3%はその3倍近くに上る。

ただ、高い割合である以上に、特殊詐欺は本質的に暴力団犯罪であると指摘されている点が重要である。なぜなら、特殊詐欺のように「分業」で行われ、詐欺集団の結びつきが希薄である場合、「受け子」による現金持ち逃げや、「架け子」による被害者名簿の持ち逃げなどが起こる危険性は常にあり、特殊詐欺の中心人物 (組織) は、それを生じさせないだけの「威力」を示す必要がある。そこで、特殊詐欺を継続的に行うためには暴力団のような「威力」を示す存在が中心となる必要があると指摘されているのである。⁽¹⁰⁾

2. 特殊詐欺被害の重大性と最高裁判例

被害の重大性、暴力団犯罪としての実態を踏まえると、特殊詐欺の抑止の必要性は非常に高く、そのことが詐欺罪の解釈論にも影響を及ぼしており、いくつかの注目すべき最高裁判例が登場している。特に①詐欺罪の故意及び共謀の認定、②詐欺罪の承継的共同正犯の成否、そして③詐欺罪の実行の着手に関する判例が重要である。

まず、①詐欺罪の故意及び共謀の認定について、これらを否定した原判決を覆した一連の最高裁判例がある。最判平成30年12月11日 (刑集72巻6号672頁) は、空き室に待機して、配達された荷物を受け取る「受け子」につき、「特殊詐欺」であると明確に指示されていなかったとしても、具体的な行為態様から、「自己の行為が詐欺に当たる可能性を認識していたことを強く推認させる」とし、共謀の成立

(6) ロマンス詐欺は、我が国でも近年「国際ロマンス詐欺」として被害が報告されるようになったもので、SNSの交流サイトなどで知り合った、主として女性に対し、男性 (と名乗る者) が、結婚をちらつかせるなどして金員 (あるいは暗号資産) を要求する類型の詐欺をいう。

(7) Action Fraudは、ロンドン市警察により運営されている政府の詐欺通報センターで、通報された被害報告等は、全国不正行為情報局 (National Fraud Intelligence Bureau : NFIB) により分析される。

(8) 詐欺報告センターのサイト (<https://www.actionfraud.police.uk/fauxmance>) 参照。

(9) 『令和3年警察白書』51頁。なお警察庁の統計の特殊詐欺には、詐欺罪の他、恐喝罪やキャッシュカードの詐欺盗 (窃盗罪) なども含む。

(10) 警視庁組織犯罪対策部によれば、特殊詐欺は指定暴力団員が「たまたま敢行することもある」犯罪ではなく、「指定暴力団員が、構造的・典型的に関与し、威力を利用して行っている犯罪」であるという (猪原誠司「特殊詐欺への暴力団の関与の実態について」警察学論集73巻4号 (2020年) 102頁)。警察庁の特殊詐欺対策について、警察政策学会資料116号「警察庁における新たな特殊詐欺対策の取組」(2021年) 参照。

も認めた。⁽¹¹⁾ いずれも、従来の判例より、詐欺罪の成立範囲を広げる方向に、それぞれの解釈を「動かしている」ように思われるのである。

総論の故意論については、薬物犯罪における薬物の認識が、刑法解釈に大きな影響を与えた。⁽¹²⁾ それと同様に、詐欺罪における故意の解釈は、今後の刑法解釈にも大きな影響を与える可能性がある。

また、②承継的共犯に関する最決平成29年12月11日（刑集71巻10号535頁）⁽¹³⁾も重要である。事前共謀がなく、だまされたふり作戦が開始された後に、それに気付いていない主犯者から依頼された受け子について、第1審判決は、だまされた振り作戦開始後は詐欺罪の実行行為があるとはいえず、受け子に詐欺罪の承継的共同正犯は成立しないとした。これに対し、控訴審は、だまされた振作戦の開始後も、詐欺未遂罪の共同正犯が成立するとし、最高裁もこれを維持した。受け子の行為は、「本件詐欺を完遂する上で本件欺罔行為と一体のものとして予定されていた本件受領行為に関与している」のであり、「加功前の本件欺罔行為の点も含めた本件詐欺につき、詐欺未遂罪の共同正犯」が成立するとした。

本決定に対しては、そもそも「不能犯」ではないか、あるいはだまされた振り作戦開始前の「欺罔行為」と、開始後の受け子の受領行為との間の「因果

関係」が欠けるのではないかと、といった批判がいろいろあるが、最高裁はこれらを否定した。⁽¹⁴⁾

さらに、③詐欺罪の実行の着手として注目すべきなのが、最判平成30年3月22日（刑集72巻1号82頁）である。特殊詐欺の架け子が、被害者に対し、銀行口座から現金を払い戻すように指示した時点で、詐欺罪の未遂の成立を認めたものである。詐欺罪の実行行為である「欺罔行為」は、従来より「相手方が錯誤に陥り、行為者の希望するような財産的処分行為をするに至らせるような性質のものであること」⁽¹⁵⁾が必要であるとされてきた。現金の払い戻しの指示は、未だ「処分行為をするに至らせるような性質」の行為といえないようにもみえ、本件控訴審判決は、現金の交付を求めている段階である以上、人を欺く行為には当たらないとして詐欺罪の成立を否定した。しかし、最高裁は、現金化する必要があるとの嘘は、「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、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らの求めに応じて「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」であるから、詐欺罪の実行の着手があるとした。⁽¹⁶⁾

故意、承継的共犯、実行の着手に関するこれらの判例は、学界でも大きな関心を呼び、日本刑法学会

(11) 同判例について、前田雅英・捜査研究824号（2019年）14頁以下、角田正紀・刑事法ジャーナル60号（2019年）160頁以下参照。このほか、自宅に配達された他人宛の荷物を受け取る行為（最判平成30年12月14日刑集72巻6号737頁）、宅配ボックスに入れられた他人宛の荷物を取り出す行為（最判令和元年9月27日刑集73巻4号47頁）も、それぞれ原判決を否定し、受け子に詐欺罪の故意が認められるとした。これらにつき半田靖史「受け子の故意と共謀の認定」法時92巻12号（2020年）15頁以下参照。

(12) 最決平成2年2月9日（判時1341号157頁）。「覚せい剤を含む身体に有害で違法な薬物類」の認識があれば、覚せい剤の故意が認められるとした。

(13) 本判決について、樋口亮介「承継的共同正犯」法時92巻12号（2020年）37頁以下。

(14) 特殊詐欺の捜査手法としてのだまされた振り作戦について、前田雅英「詐欺罪の承継的共同正犯」捜査研究806号（2018年）11頁参照。

(15) 前田雅英編『条解刑法（第4版）』（弘文堂、2020年）786頁。

(16) 「交付させるための計画の一環」という判断が、殺人の実行行為に関する最高裁決定（最決平成16年3月22日刑集58巻3号187頁、クロロホルム事件）の判断基準と類似するかについて、調査官解説は、殺人罪では殺害行為に至る客観的危険性が問題となるが、詐欺罪では現金交付要求行為に至る客観的危険性ではなく、被害者が現金を交付する危険性を問題とすべきであるから、両罪の罪質の相違から同列には論じられないとする（向井香津子「判例解説」曹時72巻6号（2020年）182頁以下）。もっとも、詐欺盗（窃盗罪）に関する東京高判令和3年3月11日（研修877号15頁参照）では、クロロホルム事件の判断基準を用いて、受け子がインターホンを鳴らした段階で、キャッシュカードに対する詐欺未遂罪を認めている。未遂罪の処罰の早期化に、クロロホルム事件判決の判断が用いられるようになる可能性は大きいと解される。

99回大会（2021年）で取り上げられた他、法律雑誌でも特集が組まれている。⁽¹⁷⁾ いずれの判例の判断も、従来の解釈をやや拡げたようにみえるが、その背景には、多発する特殊詐欺に対する国民の意識の反映があるともいえる。⁽¹⁸⁾

そこで本稿では、特に実行の着手に焦点を当て、詐欺罪処罰の早期化の可能性、妥当性について検討を加えたい。

3. 未遂罪の拡大と予備罪

実行の着手に関する、前記平成30年判例については、「『重要事項』を偽る行為に至らない本件で実行の着手を肯定した」とする批判がある一方、実行の着手は「切迫性」としての危険ではなく、「そのまま進めば十分な確率でもって相手方を錯誤に陥らせることができる嘘」（「自動性・確実性」としての危険）を述べた時点で認めるべきであるとして、平成30年判例の結論を肯定する見解もある。⁽²⁰⁾

このような議論がなされること自体、最高裁が、少なくとも従来の詐欺罪の実行の着手よりも早い段階で、未遂罪の成立を認めたと理解されていることの現れであるが、なぜこのような時点で着手を認める必要があったのかについて、具体的に検討する必要がある。

平成30年判例の事案は、前日に別の特殊詐欺の被

害に遭った被害者宅に、その翌日、警察官を装った受け子が向かったところ、到着前に、警ら中の警察官に職務質問を受けて逮捕されたというものである。たしかに、欺罔行為を形式的な「処分に向けられた虚偽」に限定すれば、本件控訴審判決のように、未だ「欺罔行為」は認められないとする余地もあろう。しかし、本件は、（既に特殊詐欺の被害に遭っており）被害に遭う危険性の高い被害者に対し、受け子がその居宅付近に至った段階であったことも結論に影響していると解すべきである。その段階で、犯罪を防止する必要性が高いからである。

もちろん、当罰性の高さのみから処罰の可否を論ずることは適切ではない。しかし、犯罪の発生状況、治安状況と有罪率との相関関係は否定することはできない。⁽²¹⁾ 特殊詐欺は、解釈論を動かすことを必要とするほどの、極めて厳しい犯罪状況にあるといえるのである。

もっとも、詐欺罪の着手時期を前倒しする必要があるのであれば、予備罪という立法的解決を執るべきであるとの主張もあり得る。未遂と異なり、予備罪は刑法典総則に一般的な規定はなく、特に重大であるとされる殺人罪、強盗罪などの9つ（このうち、通貨偽造罪及び支払用カード電磁的記録不正作出罪については行為類型を限定した準備罪）に限って、各則で規定されている。⁽²²⁾ しかも、実際の裁判

(17) 十河太郎他「特殊詐欺と刑法理論」法時91巻11号（2019年）57頁以下、樋口亮介他「特殊詐欺と刑事法上の諸問題」法時92巻12号（2020年）4頁以下。

(18) 前田雅英「詐欺罪の着手時期」捜査研究810号（2018年）11頁参照。

(19) 東條明德（判批）論究ジュリスト31号（2019年）207頁。

(20) 安田拓人「特殊詐欺における実行の着手」法時92巻12号（2020年）11頁。

(21) 拙著『財産犯論の研究』（日本評論社、1988年）459頁以下参照。

(22) 私戦予備罪（93条）、凶器準備集合罪（208条の2）を予備に含みうるかについて、齊藤誠二『予備罪の研究』（風間書房、1971年）63頁以下参照。なお、刑法改正草案では、強姦罪、有価証券偽造罪等について予備罪が検討されたが、結果的に導入されなかった（中森喜彦「予備行為の処罰」法学論叢116巻1～6号（1985年）544頁参照）。もっとも、特別法分野には多くの予備罪規定があり、近年も組織的犯罪処罰法の改正によるテロ等準備罪が新設された（平成29年）。海外の立法例でも、予備罪を一般的な規定として認めるものは少ないとされるが、ソビエト刑法、スウェーデン刑法にみられる（中森・同論文532頁以下）。予備罪が各則として規定されている意義について、島田雅子「予備罪考」法学新報96巻11＝12号（1989年）159頁以下参照。

例で予備罪が適用される行為は、実行行為に近接したものに限られ、処罰は限定的であるとされる。⁽²³⁾

もっとも、身の代金目的略取等予備罪（昭和39年新設）にみられるように、重大な犯罪が発生しているにもかかわらず、「法律上未遂の域に達していないとして処罰できないような事態」⁽²⁴⁾が生じた場合には、予備罪規定を新設する必要に迫られる。現在の特種詐欺の発生状況は、まさに重大犯罪が処罰できないような事態が発生しているといえるのではないかと、という議論もあり得よう。結論としては、後述のように、現在の我が国の刑法典における詐欺罪に予備罪規定を新設すべきとの結論は採用し得ない。しかし、犯罪の抑止のために、実質的にそれを導入したのがイギリスの2006年詐欺罪法である。

4. 2006年詐欺罪法の「予備罪」規定

(1) 2006年法6条の「所持罪」

イギリスでは、1981年未遂罪法（Criminal Attempt Act 1981）により正式起訴事件については原則として未遂罪の成立が認められるが、⁽²⁵⁾一般的な予備罪規定は存在しない。⁽²⁶⁾これに対し、法律委員会（Law Commission）は、2007年のConsultation Paper No.183において、未遂罪とは区別された一般的な予備罪規定（offence of criminal preparation）⁽²⁷⁾の提案を行ったが、「単なる準備行為」を処罰することは不

当であるとの批判を受け、結論として一般的な予備罪規定の立法化を断念した。⁽²⁸⁾

しかし、詐欺罪の分野では、詐欺に利用する目的で何らかの物を所持する行為を処罰することにより、事実上、予備行為を処罰する規定が設けられている。イギリスでは、2000年前後に詐欺罪の犯罪率が爆発的に増加し、そのような事態を受けて、財産の移転を伴わない、欺罔行為自体を処罰する非常に広い詐欺罪を規定する2006年詐欺罪法（Fraud Act 2006）が制定された。同法によれば、①虚偽の意思表示を行うこと（2条）、②不正に情報を開示しないこと（3条）、③信頼関係に基づく地位を秘密裏に濫用すること（4条）を、不誠実に（deihonestly）、かつ図利加害目的をもって行えば、詐欺罪（Fraud）が成立する。⁽²⁹⁾

この3つの類型は、我が国の詐欺罪であれば未遂の段階で、完全な犯罪の成立を認めるものであるが、同法はさらに進んで、それ以前の準備段階も処罰するために以下のような規定（6条）を設けた。

6条 詐欺に用いる道具（article）の所持等

- (1) 詐欺罪の遂行ないし詐欺罪に関連して用いるための道具を所持ないし支配する者は、犯罪で有罪となる。
- (2) 本条で有罪となる者は、
 - (a) 略式起訴の場合、12か月以下の拘禁刑ない

(23) 殺人予備については、単に凶器を準備しただけではなく、凶器を携えて被害者の居宅付近に至った段階で予備罪が成立するとされる（中森・前掲注(22)536頁参照）。強盗予備に関しても、「実行現場との場所的・時間的な接合の度合」が問われる（前田雅英『刑法各論講座（第7版）』（東京大学出版会、2020年）225頁）。予備罪一般についても、「罪刑法定主義の要請からも、…できるかぎり限定していく」べきであると指摘されている（清水洋雄「予備・陰謀」阿部純二他編『刑法基本講座（第4巻）』（法学書院、1992年）51頁）。

(24) 中森・前掲注(22)542頁参照。

(25) 1981年未遂罪法1条は、「(1)ある犯罪を実行する意図をもって、その犯罪について単なる準備以上の行為を行った者は、その犯罪の未遂として処罰される。(2)その犯罪の遂行が不可能な場合であっても、未遂罪として有罪となる。」と規定する。イギリスの未遂犯について、奥村正雄「イギリスにおける未遂犯の処罰根拠」『曾根威彦先生・田口守一先生古稀祝賀論文集（上）』（成文堂、2014年）685頁以下、山田慧「未遂犯の本質に関する一考察」同志社法学68巻5号（2016年）229頁以下参照。

(26) 大谷實『刑法改正とイギリス刑事法』（成文堂、1975年）48頁。

(27) Consultation Paper No.183については、澁谷洋平「イギリスにおける未遂法の現状と課題について（1）（2・完）」熊本法学119号（2010年）214頁以下、同121号（2010年）160頁以下参照。

(28) LAW COMMISSION, Law Com 318, CONSPIRACY AND ATTEMPTS (2009), paras. 1.90-1.92.

(29) 2006年詐欺罪法の詳細については、拙稿「イギリス2006年詐欺罪法について」『川端博先生古稀記念論文集（下）』（成文堂、2014年）215頁以下。

し、制定法上の上限の罰金に処せられる（併科可）。

- (b) 正式起訴の場合、5年以下の拘禁刑ないし罰金に処せられる（併科可）。

6条は、いわゆる「所持罪」として規定されているが、我が国の覚醒剤所持罪や銃刀法の所持罪のように目的を問わずに所持を処罰するものではなく、「詐欺利用目的」を必要とする。我が国の殺人予備罪や強盗予備罪のように「実行の目的」が要求されているため、実質的には所持罪というより予備罪的性格を有しているといえる。⁽³⁰⁾

また、「道具」という限定があるため、一般的な予備罪とは異なり、いわば我が国の通貨偽造準備罪(153条)が、「器械又は原料」に限定して準備行為を処罰しているのに類似するようにもみえる。

ただし、6条の「道具」には限定がなく、一般のパーソナルコンピュータ、プリンタ、ペンのような筆記具まで含む⁽³¹⁾。さらにデータも含むため⁽³²⁾、その適用範囲は極めて広範に渡る。クレジットカードの番号を作出するためのプログラム、他人のクレジットカード情報を含むコンピュータファイル等はもちろんのこと、対象となるコンピュータソフトは詐欺目的で作成されたものに限らないから、一般のワープロソフトや、書式のプログラム、メールソフトも含むと解されている⁽³³⁾。我が国の通貨偽造等準備罪(153条)の「器械」「原料」にも、印刷機、写真機や印刷用インク等が含まれるとされているが⁽³⁴⁾、具体的に通貨を偽造するための器具と比較し、欺く行

為のための準備には、あらゆる物が関係しうるので、事実上なんら制限がないに等しい。したがって、「所持」罪といっても、一般的な予備行為を処罰するのと同様の機能を果たすと考えられる。

(2) 6条の沿革

もっとも、6条のような財産犯に関する「所持罪」は、2006年詐欺罪法で初めて制定されたわけではない。詐欺罪法の前身である1968年セフト法(Theft Act 1968) 25条は、自宅外で、住居侵入、セフト、詐欺に用いる道具を所持する行為を処罰していた⁽³⁵⁾。

1968年セフト法 25条（窃盗目的の携行等）

- (1) その者の居住地以外の場所で、住居侵入、セフトあるいは詐欺の犯行のために、あるいはその犯行に関連して使用するため、何らかの道具を所持する者は、有罪となる。

- (2) 本条で有罪とされた者は、3年以下の拘禁刑に処す。

また、さらに遡れば、1968年法の前身である1916年ラースニー法(Larceny Act 1916) 28条は、夜間、侵入目的で鍵や鍵をこじ開ける道具を携行する行為を軽罪として処罰していた⁽³⁶⁾。

1916年ラースニー法 28条

夜間、以下の状態で発見された者は、軽罪となる

- (1) 建造物に押し入らないし侵入し、その中で重罪を犯す意思をもって、危険なあるいは犯罪を犯すような武器ないし道具を身につけていること

(30) 所持罪には、薬物や銃器のように、所持自体が不法であるものと、未遂よりも結果から遠いものの、危険性が重大であるため当罰性が認められるものとの2つの類型がある。後述5. 参照。

(31) 拙稿・前掲注(29)231頁。

(32) 2006年詐欺罪法8条は、6条の「道具」には電子プログラムやデータを含むと規定する。

(33) D.ORMEROD & D.H.WILLIAMS, SMITH'S LAW OF THEFT, paras. 9.35-9.36 (9th ed. 2007).

(34) 条解刑法・前掲注(15)443-444頁。

(35) 2004年度の25条の認知件数は4,388件であった(Cf. ORMEROD, *supra* note (33), para.9.05)。ちなみに、25条に類似する我が国の軽犯罪法1条3号（侵入具携帯罪）の認知件数は、2004年当時で235件（2018年には85件）である。もっとも、軽犯罪法の法定刑は拘留又は科料であり、セフト法25条や詐欺罪法25条に比べ極めて軽い。ラースニー法、セフト法を含むイギリスにおける財産犯罪の発展については、拙著『詐欺罪の研究』（東京都立大学出版会、2000年）66頁以下参照。

(36) J.W.C.TURNER, 2 RUSSELL ON CRIME, at847 (12th ed. 1964).

- (2) 正当な理由なく（嘘をいって）鍵、鍵をこじ開ける道具（picklock）、ジャッキ、きり（bit）あるいはその他の侵入道具を所持していること
- (3) 重罪を犯す意思をもって、顔を黒塗りにしたり扮装していること
- (4) その中で重罪を犯す意思をもって、建造物の中に居ること

28条の罪の法定刑は重く、累犯者は10年以下、その他は5年以下の拘禁刑とされた。

これらと比較し、2006年法6条は、夜間である必要はなく、また1968年セフト法で要求されていた「自宅外」であることも不要とされたため、伝統的な「侵入具の携行」を処罰する罪からは大きく変化している。しかも、そもそも2006年詐欺罪法の詐欺罪そのものが、1968年セフト法の詐欺罪と比較して処罰範囲を大きく拡大しているため、その準備行為も当然のことながら拡大していることになる。⁽³⁷⁾

しかし、1968年法25条から2006年法6条への改正については、立法時にもほとんど議論がなく、25条に規定された「住居侵入、セフト、詐欺」のための準備のうち、「詐欺」のための準備のみを6条に移したと説明されていた。⁽³⁸⁾

(3) 6条（所持罪）の構成要件

①6条の「道具」（article）は、前述のように物一般のほか、プログラムソフトや電子データも含む（同法8条）。立法時の政府説明によれば、クレジットカード番号の作成プログラム、請求書の様式を作成するテンプレート、他人のクレジットカード情報を含みうるコンピュータファイル、不正請求に使う

書式を含みうるコンピュータファイルなどが広く含まれる。⁽³⁹⁾また、詐欺目的で作成させたものではない一般のワープロソフトや、書式のテンプレート、メールソフトなども含む。さらに「物」としても、プリンターやパソコン、さらにはペンや紙なども広く含みうる。⁽⁴⁰⁾

ただし、セフト法25条の「所持」の解釈として、窃盗犯人が指紋を残さないようにするための手袋は「道具」に含むが、犯行現場に行く際に防寒のためにはめた手袋は含まないと考えられており、その限界は犯罪遂行に不可欠であるか否かによると理解されている。⁽⁴¹⁾ただし、それを実際に用いることまでは要求されていない。

もっとも、1968年25条では、犯罪実行との関係で、あまりにも「離れた」物である場合は除かれると解されていた。例えば、就職後に窃盗をする計画で、その就職のために用いる目的で他人名義の免許証を所持した場合、そのような免許証の所持は、就職後の窃盗という犯罪との距離が離れすぎているので、所持罪は成立しないとされた。⁽⁴²⁾しかし、このような場合も2006年法6条の所持には含みうると解されている。当該犯罪を実行するための道具に限らず、実行に関連した、あるいは実行の準備のための道具の所持も広く含むからである。⁽⁴³⁾

②所持（possession）は、日常用語としての「所持」を指すとされ、定義規定はない。また、かつてのラースニー法のような「夜間、屋外で発見される」といった限定や、セフト法25条の「自宅外」という限定も付されていない。その理由は、詐欺行為がインターネットを通じて実行されることが増えた

(37) J.FISHER et al, ARLIDGE AND PARRY ON FRAUD, para. 22-043 (6th ed. 2020).

(38) LAW COMMISSION, FRAUD (2002), Draft Bill. Cf. D.ORMEROD & K.LAIRD, SMITH, HOGAN & ORMEROD'S CRIMINAL LAW, at1007 (16th ed., 2021).詐欺（cheat）が削除された現行のセフト法25条には、住居侵入罪、セフト罪目的の所持罪が規定されている。

(39) HOME OFFICE, FRAUD LAW REFORM, RESPONSE TO THE CONSULTATION (2004) para.26.

(40) ORMEROD, *supra* note (33), para.9.36.

(41) J.C.SMITH, THE LAW OF THEFT, para. 370 (5th ed. 1984).

(42) R. v. Mansfield [1975] Crim LR101.この行為は、1968年法16条の利益詐欺罪の未遂罪に当たるとされた。

(43) ORMEROD, *supra* note (33), para 9.12.

ことから、自宅のパソコン内のソフトも「詐欺に利用される道具」となり得るためである。⁽⁴⁴⁾

しかし、自宅外での所持であれば、事実上、犯罪の実行に近い時点ではじめて成立が認められるのに対し、自宅内での所持では、必ずしも結果との近接性は問われない。さらに、6条は「所持」に加えて「支配 (Control)」も含むとしているため、例えば、子どもが家庭内のコンピュータにインストールしているソフトに関する親の所持 (支配) や、従業員が社内のコンピュータにインストールしているソフトについての雇用主の所持 (支配) が認められる可能性も生ずる。⁽⁴⁵⁾

また、遠隔地のサーバ上のデータについても所持 (支配) しているといえる。例えば、アメリカにあるサーバ上のデータにアクセスして、そのデータをイギリス国内にいる被害者を騙すために用いる意図があれば、そのサーバ上のデータを「支配」しているといえる。⁽⁴⁶⁾

さらに、他人が詐欺罪に用いることを認識して所持する行為も「所持」に当たるから、いわゆる他人予備と同様の効果を持つことになる。⁽⁴⁷⁾ もっとも、

あくまでも「将来」の犯行に用いる目的が必要で、過去の犯行に用いられた道具を所持していたとしても、それは「所持」に当たらない。⁽⁴⁸⁾ 何らかの犯罪に用いられた道具を、それと知りつつ所持する第三者まで「所持罪」で処罰されることを防ぐためである。⁽⁴⁹⁾

前述のように道具にはデータも含むが、データを消去した場合の「所持」の有無が問題となる。児童ポルノの所持について、データを消去すれば所持に当たらないとされた判例がある。⁽⁵⁰⁾ しかし、削除しても「存在しなくなる」わけではない。技術を持った者が復元可能だとすれば、なお所持罪は成立する可能性がある指摘されている。⁽⁵¹⁾

③犯行の遂行ないし犯行に関連して利用する目的であることが必要である。犯行に用いる目的があったが、実際には使用しなかったとしても所持罪には当たる。さらに、犯行に関連 (in connection with) して所持することも含むので、犯行後の逃走時に使用するつもりで (犯行前に) 所持する場合や、犯罪の実行自体ではなく、実行の準備のために用いる目的でも足りる。⁽⁵²⁾

(44) *Id.*, para.9.39.

(45) *Id.*, paras.9.40-9.41. 共犯関係にある者については、自らの手元にない物についても、共同して所持していると解される (R. v Montagur [2013] EWCA Crim 1781).

(46) *Id.* para.9.58. Cf. R. v Stanford [2006] EWCA Crim 258.

(47) *Id.* para.9.70.

(48) R. v Sakulauskas [2013] EWCA Crim 2278. 偽造カードで銀行口座を開設し、それに基づいて作成したデビットカードで、ガソリンスタンドからガソリンを騙取した犯人が、犯行後、自分の車のトランクにガソリン用の25リットル缶を積んでいた行為について、犯行後に犯行に利用した道具を所持していたとしても6条の「所持」には当たらないとされた。セフト法25条についても、犯行後の道具所持は、「所持」に当たらないとの解釈が採られており (R. v Ellames [1974] 3 All ER 130), Sakulauskas 判決は、詐欺罪法6条もこの解釈を踏襲するとした。Ellames 判決は、強盗事件後に、強盗で用いられたかつら、帽子、マスク、ゴーグル等を所持していた者について、犯罪行為後の所持はセフト法25条1項の所持罪には当たらないとした。

(49) ORMEROD & LAIRD, *supra* note (38), at 975.

(50) R. v Porter [2006] Crim LR 748. 既に削除されている場合には、所持に当たらないとされた。送りつけられた画像を、直ぐに削除したような場合まで所持罪に当たらないことを防ぐためであると説明されている。

(51) ORMEROD, *supra* note (33), para.9.54.

(52) 犯行を隠滅するための所持を有罪としたものとして、R. v. Smith [2020] EWCA Crim 38がある。ゲーディングを請け負ったXが作業を契約通りに履行しなかったため、顧客が消費者相談窓口で苦情を申し立てた事件で、発覚後にXが虚偽の解約通知書を捏造し所持していた行為が「所持罪」に当たることが問題となった。第1審は、詐欺罪として有罪としたものの、解約通知書の所持については「犯行後」に所持しているとして無罪とした。これに対し控訴審は、所持には「犯行の遂行」に用いる場合に限らず、犯行に「関連して」所持する場合も含むとして、所持罪の成立を認めた。

④ 6 条も所持の認識は必要とされる。当該道具を所持していることの認識⁽⁵³⁾に加え、その道具が詐欺罪の犯行において、あるいは犯行に関連して用いられることの認識が必要である。ただし、その道具の詳しい性質まで認識している必要はない。例えば、コンピュータソフトを所持している認識はあるが、その詳しい性質を知らないとしても所持罪には当たりうる⁽⁵⁴⁾。

所持していたが、そのことを失念していた場合でも故意はあるか。薬物犯罪では、このような場合でも所持罪が成立するとされる⁽⁵⁵⁾。詐欺罪については、具体的に問題となった事例はないようであるが、事実上、故意の認定において、「失念していた」との主張が合理的か否かにより判断されることになる⁽⁵⁶⁾。

(4) 独立した犯罪としての所持罪

所持罪は、そのみで独立した犯罪であるから、所持罪に関する未完成犯罪（未遂、共謀、教唆・幫

助）も成立する。所持を超えた行為が行われれば未遂となりうるという意味では「予備的」な性格を有するが、所持罪自体についての未遂や共謀も成立しうるという意味では、既遂、未遂の前段階としての「予備罪」とは異なる性格を有する⁽⁵⁷⁾。例えば、詐欺罪の犯行に用いる目的で、何らかの道具を購入しようとする行為は、所持罪の未遂罪に当たりうる⁽⁵⁸⁾。さらに、所持罪についての共謀罪も成立しうる⁽⁵⁹⁾。

また、所持罪に対する教唆犯・幫助犯も成立しうる⁽⁶⁰⁾。もっとも、2006年詐欺罪法 7 条は、所持罪についての幫助行為等を規定しているから、所持罪に教唆、幫助として関与する者は、実際には 7 条により処罰されることになる⁽⁶¹⁾。

5. 予防犯罪としての「所持罪」

6 条の所持罪に対しては、当初考えられていたよりは批判は少ないとされている⁽⁶²⁾。また、6 条が実際にどの程度運用されているかであるが、近年のイ

(53) 薬物の「所持」については、その家の居住者は、その家の中にある薬物を発見できる可能性があったのであれば、その薬物の所持があるとされている（R. v. Lewis [1988] Crim LR517）。しかし、詐欺罪法における「所持」はここまで広く解すべきではないと指摘されている（Cf. ORMEROD, *supra* note (33), para.9.45）。

(54) ORMEROD, *supra* note (33), paras.9.46-9.50. もっとも、例えば写真をアップロードするためのソフトだと思っていたところ、実は電子署名を作成するためのソフトであったような場合は、目的にそった認識が認められないので、故意を欠くことになる⁽⁵⁴⁾（*Id.*, para.9.50.）。

(55) R. v. Martindale (1986) 84 Cr App R 31. 大麻を財布に入れたまま忘れていたとしても、1971年薬物不正使用法（Misuse of Drug Act 1971）5 条(2)の所持罪に当たるとする。

(56) Cf. ORMEROD, *supra* note (33), para.9.52.

(57) もっとも、我が国でも判例は予備罪の共同正犯や予備罪に対する幫助犯を認めており、これを肯定する学説も多数を占めるから、予備罪を「未遂の前段階」としてのみ評価しているわけではない。予備罪の実行行為性について、田中康郎「実行行為の着手と予備罪」龍岡資晃編『現代裁判法大系（30）』（新日本法規、1999年）118頁以下。殺人予備罪の共同正犯を認めた最決昭和37年11月8日（刑集16巻11号1523頁）の第1審は、殺人予備罪の幫助犯を認めたが、控訴審判決は共同正犯に当たるとした。本決定につき、幫助犯とすべきとする見解として、野村稔「予備罪の従犯について」研修533号（1992年）3頁以下。

(58) ORMEROD, *supra* note (33), para.9.75. また、一般の未遂罪で議論となる不能犯も、所持罪に関しては問題とならない。仮に不完全なソフトで、例えばクレジットカード情報のコピーができないとしても、それを犯行に利用する目的で所持すれば所持罪が成立する（Cf. ORMEROD, *Id.*, para.9.76.）。

(59) 1977年犯罪法（Criminal Law Act 1977）1 条の、制定法上の共謀罪が成立する。

(60) イギリスの狭義の共犯については、実行行為を要しない独立教唆罪（incitement）が2007年重大犯罪法（Serious Crime Act 2007）により廃止され、奨励（encouragement）と幫助（assistance）が創設された。2007年重大犯罪法制定の経緯、運用状況については、拙稿「イギリスにおける共犯処罰と2007年重大犯罪法」『斎藤信治先生古稀記念論文集（法学新報121巻11・12号）』（2015年）239頁以下参照。

(61) 2006年詐欺罪法 7 条は、詐欺罪に用いられることを認識しつつ、何らかの道具を作成、取得、提供する行為を処罰する。略式起訴事件については12か月以下の拘禁刑若しくは罰金刑（併科可）、正式起訴事件については10年以下の拘禁刑若しくは罰金刑（併科可）が科される。

(62) ORMEROD, *supra* note (33), para.9.31.

ギリスの統計は、集計方法が大幅に変更されたため⁽⁶³⁾、我が国と同様の「認知（検挙）件数」を知ることが困難である（後述7参照）。また、近年は6条のみの検挙件数の資料も公表されていないが⁽⁶⁴⁾、実際には、「所持罪」として認知されるのは、現に犯罪で用いられた後となることが多いと想定される⁽⁶⁵⁾。よって、「濫用」されるおそれはそれほど大きくないかもしれない。

しかし、このような「事前処罰」としての「所持罪」に対しては、学説からの批判がある。「所持罪」は、法益侵害結果から離れた、極めて抽象的な侵害の危険性を根拠に広く前倒して処罰することになるのではないかと、あるいは所持というなら「行為」を伴わない状態を処罰することになるのではないかという疑問が投げかけられているのである⁽⁶⁶⁾。

所持罪には、(I)禁制品のように、対象物そのものの危険性、違法性の重大さを根拠に所持を禁ずる類型と、(II)その物自体の危険性は大きいとはいえないが、特定の重大犯罪の準備行為として抑止的な処罰の必要性が高い類型とがある。我が国の例でみると、前者として、覚醒剤所持罪（覚醒剤取締法41条の2）や、銃刀法の所持罪（銃砲刀剣類所持等取締

法3条）、児童ポルノの所持罪（児童買春、児童ポルノに係る行為等の規制及び処罰並びに児童の保護等に関する法律3条の2）などがあり⁽⁶⁷⁾、後者として、通貨偽造等準備罪（刑法153条）、支払用カード電磁的記録不正作出準備罪（同163条の4）などがある。後者は、いわゆる一般的予備行為（準備行為）のうち、特定の物や情報の準備（所持）のみを限定して処罰するものである⁽⁶⁸⁾。

2006年詐欺罪法6条は、客体としての「道具」に限定はなく、全く無害のパソコンやプリンタ、ワープロソフトなども含み、また「詐欺罪に用いる目的」が必要であるから、特定の犯罪の準備のための行為を処罰するⅡの類型に当たるといえよう。

ただ、6条が、我が国の通貨偽造等準備罪や支払用カード電磁的記録不正作出準備罪と大きく異なるのは、通貨偽造や支払用カードの電子データの作出のための「器具」「原料」あるいは「情報」等はある程度限定されるのに対し、6条の「所持」は、詐欺罪の実行に用いるためのあらゆる「物」「情報」を含む点である。その結果、「所持罪」という形式を採用しているものの、その実態は、物理的な「物や情報」の準備に限らない準備行為一般を処罰する

(63) イギリスの詐欺罪統計の現状については、イギリス統計局・2016年度の詐欺罪統計の概観（Office for National Statistics, Overview of Fraud Statistics: year ending Mar 2016）参照。

(64) 警察統計として公表されていた2009年段階では、6条について1,541件の認知件数があった（拙稿・前掲注(29)231頁参照）。もっとも、当時の詐欺罪全体の認知件数が約30万件であるから、その中では特に多いと評価することはできない。ちなみに、対象行為が6条とは異なるが、2009年当時の我が国の軽犯罪法1条3号（侵入用具携帯罪）の検挙件数は187件であった。

(65) Cf. ORMEROD, *supra* note (33), para.9.31.

(66) アシュワース＝ホーダー著（同志社大学イギリス刑事法研究会訳）『イギリス刑法の原理』（成文堂、2021年）431-432頁参照。さらにアシュワースは、多くの所持罪が、任意の行為や認識・意図を必要としないなどの点で、従来の刑法原理からは説明することが困難であり、少なくとも重大な危険を生ずるおそれがある場合に限定すべきであるとする（A.Ashworth, *The Unfairness of Risk-Based Possession Offences*, 5 Crim. Law and Philosophy 237, at254-256 (2011)）。英米の未完成犯罪の紹介として、カーヒル＝伊藤嘉亮「未完成犯罪」刑事法ジャーナル66号（2020年）100頁以下参照。また、所持罪を犯罪「行為」とすることの妥当性について、松原芳博「所持罪における『所持』概念と行為性」西原春夫他編『刑事法の理論と実践（佐々木史朗先生喜寿祝賀）』（第一法規、2002年）28頁、仲道祐樹「状態犯罪としての所持罪理解と行為主義」『曾根威彦先生・田口守一先生古稀祝賀論文集（上）』（成文堂、2014年）93頁以下参照。

(67) ただし、覚醒剤所持を禁止する根拠も「覚醒剤濫用の危険が生じ、ひいては保健衛生上の危害が生ずることにあると説明されるから、広い意味では危険犯としての処罰ということになる（香城敏磨『覚せい剤取締法（注解特別刑法5-II巻）（第2版）』（青林書院、1992年）143頁参照。

(68) 所持罪という規定であっても、「基本犯の実行を目的とする準備行為」としての所持であれば、「予備罪」と評価しうるとするものとして、菊地慶彦「予備罪の分析」慶應大学法学政治学論究61号（2004年）428頁。

「予備罪」に近いといえる。⁽⁶⁹⁾ イギリス法律委員会は、前述（4(1)）のように一般的な規定としての「予備罪」の立法化は断念したものの、ほぼ同じ時期に、詐欺罪については、その当罰性の高さから事実上の予備罪を制定したと考えられる。

たしかに、6条の適用にも限界はあり、前述のように「過去の犯罪に用いた道具」は含まない。⁽⁷⁰⁾ しかし、前述4(3)のように、犯罪の実行だけでなく犯罪の準備のための所持も含むこと、犯行後の犯跡隠滅のための道具も含むこと、さらに他人が使用するための所持も含むことを考慮すると、事実上あらゆる準備行為を含むことに近く、予備罪と呼んでもよいであろう。

6. 特殊詐欺の抑止の方策

(1) 詐欺予備罪の必要性？

では、特殊詐欺で重大な被害が生じている我が国でも、詐欺に予備罪を設ける必要があるだろうか。冒頭で示した平成30年最高裁判決は、未遂をどこまで前倒しできるかを示したものである。そこでは、「欺罔行為」に必要であるとされてきた直接的な「処分に向けられた虚偽」は不要であるとされた。⁽⁷¹⁾ さらに、最近は、未遂罪としての実行の着手は、結果との関係での危険性ではなく、結果にどの程度密

着しているか（自動性、確実性）による見解も主張されている。⁽⁷²⁾ 少なくとも詐欺罪については、処罰の早期化が要請されているといわざるを得ない状況にある。

このような状況では、詐欺罪を抑止するために、イギリス2006年詐欺罪法のように、準備行為を広く処罰する規定を設けるとする政策も執り得る選択肢ではある。

しかし、そもそも我が国では予備罪はその適用が極めて謙抑的である。準備罪として一定の物の準備に限るとした支払用カード電磁的記録不正作出準備罪ですら、判例集に掲載された判例はほとんどなく、⁽⁷⁴⁾ その適用も限定的である。⁽⁷⁵⁾ 仮に、詐欺罪に「準備罪」を規定しても、余りにも処罰範囲が広範囲にわたり、そもそも明確性の原理に抵触しないかが問題になり得るであろうから、現実的に機能するとは思えない。⁽⁷⁶⁾

(2) 犯罪に用いられるツールに対する規制

一般的な予備罪規定よりも、現実には特殊詐欺の抑止としての効果が期待できるのが、犯罪収益移転防止法に代表される特別刑法による規制である。いわゆる犯罪に用いられる「道具」（犯罪ツール）を、個別に処罰の対象とすることにより、事実上、特殊詐欺の準備行為を処罰することが可能となる。具体

(69) 予備行為を物の準備に限るか否かについては、板倉宏「陰謀—予備との関係」研修527号（1992年）14頁参照。

(70) R. v Sakulauskas [2013] EWCA Crim 2278. (前掲注(48)参照)。なお、6条に類似する、我が国の軽犯罪法1条3号の侵入具携行罪は、目的を必要とせず、よって侵入後に所持していた場合も含むため、より純粋な「所持罪」といえる（井坂博『実務のための軽犯罪法解説』（東京法令出版、2018年）58頁参照）。その結果、侵入具携行罪は、その後、住居侵入罪、窃盗罪が成立してもこれらの罪には吸収されず、併合罪となる（最決昭和62年2月23日判時1227号138頁、大阪高判昭和61年5月25日刑刑13巻4＝5号414頁参照）。

(71) 向井・前掲注(16)174頁。「財物交付要求行為を不要とした」とする。

(72) 安田・前掲注(20)7頁以下参照。

(73) 中森・前掲注(22)536頁参照。

(74) 163条の4についてデータベースで検索できるものとしては、東京高判平成16年6月17日（東高刑時報55巻1＝12号48頁）があるのみである（情報の「保管」罪について、「情報」が不正作出可能な程度に至っているといえるか、及び情報の件数の認識について問題とされた）。

(75) 例えば、カードの「外観」等を作成するための「器具」は、電磁的記録の不正作出に用いられるものではないので、構成要件に含まれない。友添太郎「支払用カード電磁的記録不正作出準備罪（刑法163条の4第3項）の成否について問題があった事例」研修703号（2007年）107頁参照。

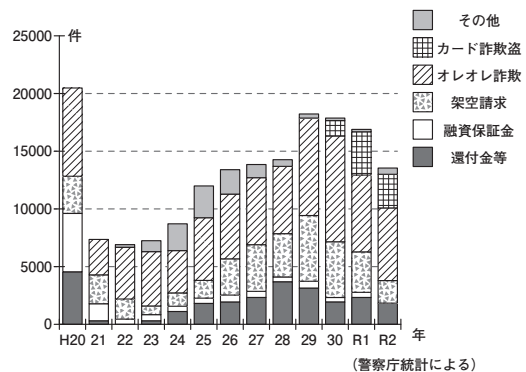
(76) なお、テロ等準備罪の対象犯罪となる別表4には詐欺罪（246条、246条の2）も含まれる。したがって、「組織的犯罪集団」が2人以上で計画し、一定の準備行為を行えば処罰の対象となりうる（組織的犯罪処罰法6条の2）。

的な法令として、①特殊詐欺に用いられる預貯金口座に対する規制としての「犯罪収益移転防止法」、②特殊詐欺に用いられる携帯電話の不正利用を防止する「携帯電話不正利用防止法」などが挙げられる。

①「金融機関等による顧客等の本人確認等に関する法律（金融機関等本人確認法）」（平成14年）は、マネー・ロンダリング対策の要請により制定されたものである。特殊詐欺の中でも、特に初期の段階で多くみられた「振り込み詐欺」では、売買された預貯金口座が利用されることから、口座開設に際しての本人確認は、不正な口座開設を防止する有力な手段となる。さらに平成16年の同法改正により、預貯金通帳等の売買及びその勧誘・誘引行為等も処罰の対象となった。

その後、同法は、「犯罪による収益の移転防止に関する法律（犯罪収益移転防止法）」（平成19年）に引き継がれ、預貯金通帳等の売買に関する罰則も同法に置かれることとなった。⁽⁷⁷⁾振り込み型に代わりカード詐欺盗が増加したのは、銀行口座の管理が厳格になったことも影響していると考えられる（図3参照）。

図3 特殊詐欺・手口別（認知件数）



②特殊詐欺は、当初「オレオレ詐欺」とも呼ばれていたように、電話が必須の犯罪手段であり、匿名で利用できる電話を確保することが犯罪の実行にとって不可欠であるとされる。⁽⁷⁸⁾そこで、電話の不正利用に対する対策として、「携帯音声通信事業者による契約者等の本人確認等及び携帯音声通信役務の不正な利用の防止に関する法律（携帯電話不正利用防止法）」（平成17年）が制定された。同法は、契約時の本人確認を義務づけたほか、他人名義の携帯電話の売買を処罰の対象とした。⁽⁷⁹⁾同法の平成20年改正により、レンタルの携帯電話も規制の対象（同法10条）となり、さらに「契約者特定記録媒体（SIMカード）」（同法2条6号）単体での不正売買も処罰の対象となった。⁽⁸⁰⁾

他人名義等の不正な預貯金口座及び携帯電話を用意することは、特殊詐欺における準備行為の最も典型的な例であって、事実上特殊詐欺に関する「準備行為」を処罰するものといえる。⁽⁸¹⁾

(77) 犯罪収益移転防止法28条は、預貯金通帳等の不正な売買及びその勧誘等を1年以下の懲役若しくは100万円以下の罰金に処するとする（併科可）。業として行った場合には、3年以下の懲役若しくは500万円以下の罰金に処する（併科可）。

(78) 特殊詐欺の犯罪インフラとしての電話利用について、杉本伸正「犯罪に利用される電話への対策」警察学論集74巻5号（2021年）6頁以下参照。

(79) 携帯電話不正利用防止法21条は、他人名義の携帯電話の売買を50万円以下の罰金に処するとし、業として行った場合には2年以下の懲役若しくは300万円以下の罰金に処す（併科可）。

(80) その結果、特殊詐欺に利用された携帯電話の提供元となったレンタル事業者数が、平成28年の240社から、令和元年には20社に減少するという効果があったとされる（杉本・前掲注(78)9頁参照）。

(81) イギリスでも電子通信サービスの不正取得、及びその不正取得目的での何らかの物の所持は罰則の対象となっている（Communications Act 2003.ただし、同法は2021年に改正予定である）。

7. まとめにかえて

2000年の同時多発テロ発生以降、世界的に「予防的な刑法」の必要性が唱えられるようになり、それに伴い、我が国でもテロ等準備罪が制定されたように、各国で多くのテロ対策法が制定された。⁽⁸²⁾ そのような状況で、「予防刑法」の必要性が主張されるようになった。⁽⁸³⁾

イギリスの2006年詐欺罪法が6条という事実上の「予備罪」を設ける改正を断行したのも、詐欺罪の被害拡大を受けての対策であり、一種の「予防刑法」といえる。

同様に、特殊詐欺の被害発生が高い水準で推移している我が国でも、その対策として予備罪・準備罪を制定することも全く考えられないわけではない。刑法典でも、偽造罪のように「準備罪」として、予備行為の一部を処罰の対象としている例もある。しかし、偽造罪に用いられる「器具」「原料」はある程度特定できるのに対し、詐欺の準備に用いられる「道具」は極めて広範にわたる。特に生命・身体に危険性のある強盗罪や殺人罪の予備は、準備行為を特定・限定することなく準備行為を広く処罰しうる規定となっているが、これらの予備罪も、現実には、法益侵害の危険性が相当程度高まった時点で、初めて処罰する運用がなされている。⁽⁸⁴⁾ 現在の我が国の状況では、生命・身体と比較して相対的には重大な危険性が認められない財産犯としての詐欺罪

に、一般的な予備罪規定を設けることは現実的ではない。

また、予備罪には犯罪を実行する「目的」が必要である。イギリス2006年詐欺罪法の例でみると、詐欺罪の準備行為として、詐欺目的でのパソコンやパソコンソフトを所持することも含むが、通常のパソコンやパソコンソフトを詐欺目的で準備したか否かは、事実上立証が困難である。

それに対し、特別法による預貯金口座の売買の禁止や、携帯電話の不正利用の禁止は、特定の準備類型に限定しているため、罰則規定の明確性が問題となるおそれが小さく、効果的な運用も期待できる。また、特定の目的を必要としないため、立証の困難さも回避しうるという利点もある。

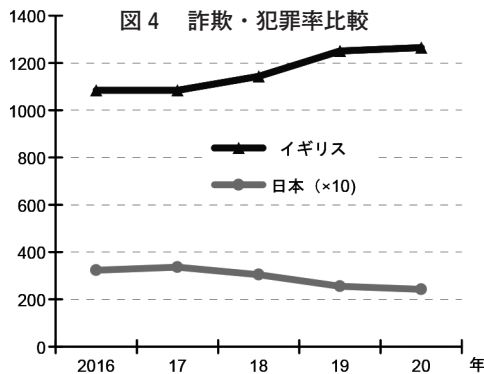
たしかに、特別法による規制は、新たな詐欺の手段が登場する度に、いわば「もぐらたたき」のように立法を重ねる必要が生ずるという問題はあがあるが、抽象的・一般的な予備罪を制定することから生ずる弊害の大きさと比較すれば、それもやむを得ないといえる。

イギリス2006年詐欺罪法が広範な詐欺準備行為処罰に踏み切った理由は、詐欺被害の深刻さにある。犯罪率（人口10万人当たりの認知件数）を比較すると、我が国の約30倍になる（図4参照。グラフ表記の関係から、日本の犯罪率を10倍として表示している。さらに、日英では統計の集計方法についても相

(82) イギリスでも、2006年テロリズム法（Terrorism Act 2006）により、テロ行為の準備罪に終身刑を科す立法がなされている（アシュワース・前掲注(66)55-56頁参照）。

(83) 「予防刑法」をめぐるドイツの動向について、仲道祐樹「予防刑法をめぐるドイツの議論状況」川端博他編『理論刑法学の探究（9）』（成文堂、2016年）299頁以下。また、予備・共謀を含め、犯罪行為をどこまで「前倒し」して処罰することが可能かにつき、塩見淳「犯罪成立時期の包括的早期化について」『鈴木茂嗣先生古稀記念論文集上』（成文堂、2007年）501頁以下、金尚均「処罰段階の早期化としての予備ないし予備の予備の処罰」『近代刑法の現代的論点（足立昌勝先生古稀記念論文集）』（社会評論社、2014年）289頁以下。

(84) 前掲注(23)参照。



(85) 違がある)。我が国でも、さらに被害が広がれば、詐欺予備罪制定の必要性も全くないとはいえないが、イギリスと比較して詐欺の犯罪率が約30分の1程度の我が国では、なお個別の立法で対応する方が合理的であるといえる。「予備罪（準備罪）」として一般的に大きな規制の網を掛けることは、その運用可能性も含めると、効果的な対策とはいえない。地道であっても、犯罪インフラを個別に規制の対象とすることが、結果的には犯罪抑止につながると考える。

(85) イギリス（イングランド及びウェールズ）の詐欺統計の集計方法は、これまでの警察認知件数では実態が十分に把握できないとして、2011年～13年にかけて大幅に変更され、詐欺報告センター（Action Fraud、前掲注(7)参照）、非営利の詐欺防止団体（Credit Industry Fraud Avoidance System : CIFAS）、及び金融業界団体であるUKファイナンスにより集められた詐欺事犯が合算されるようになった（Cf. Office for National Statistics, Overview of Fraud Statistics, year ending Mar 2016）。2010年前後の警察統計の詐欺罪認知件数は約30万件程度であったので、上記の計算方法には、その約2倍の数の詐欺犯罪を把握していると推定できる。日本の認知件数は警察庁が把握している数字だけであるから、犯罪率の日英比較に当たっては、単純な数字だけでは判断できないことに注意を要する（図4の犯罪率も、イギリスについては上記の合算した数字を基礎に計算している）。ただし、警察の認知件数のみで集計されていた2010年当時でも、イギリスの詐欺罪の認知件数は約30万件であり（犯罪率として514）、当時の日本の犯罪率29.7の約17倍であった。