

## I. 反対尋問

- 5 1. 検察側は、実質的客観説を採用しているが、窃盗罪の法益侵害を実質的に惹起したか否かの判断基準が不明であり、著しく定型性を欠き、問題とならないか。
2. 検察側が採用する学説の立場をとっているとして引用されている判例では、ダンプカーに V 女が引きずり込まれるという極めて強姦の危険性が高い行為を実行の着手と認めている。また、判例では結果発生「に至る客観的な危険性が明らかに認められる」場合に着手を認めている。一方、本件においては V の家は未だ特定されておらず、家に着く危険性が明らかに高いとは言えない。たとえ家に着いたとしても、V が甲らの計画通りに行動するそれによって確実にキャッシュカードを窃取できる可能性が明らかに高いとは断定できない。よって、本件における甲の行為にそのような程度の危険性があるといえるための根拠として、検察側の摘示する事実(検察レジュメ 4 頁 18 行目)では不十分ではないか。

15

## II. 学説の検討

### A 説(主観説)

検察側と同様の理由により採用しない。

### イ-1 説(実質的客観説)

本説は「実行」の観念を不当に緩め、処罰範囲を拡大するため妥当ではない<sup>1</sup>。

また、危険性の内容について、「現実的」危険性の内実は必ずしも明らかでなく、着手時期も比較的早くなる傾向にあり、やはり妥当ではない。

### イ-2-B 説(修正された形式的客観説)

- 25 実質的客観説と同様の帰結となるため、妥当ではない。

### イ-2-a 説(形式的客観説)

「実行行為」とは、まさに、基本的構成要件に該当する行為であり、このような行為の開始が「実行の着手」にほかならないと言わなければならないと、この説によってはじめて着手時期を明確にすることができる<sup>2</sup>。

- 30 よって、弁護側はイ-2-a 説を採用する。

## III. 本問の検討

### 第 1 甲の罪責

1. A が V に電話をかけた行為について、甲に A との窃盗未遂罪(235 条、43 条)の共謀共同

---

<sup>1</sup> 団藤重光『刑法綱要総論[第 3 版]』(創文社、1990)355 頁。

<sup>2</sup> 団藤・前掲(注 1)354 頁。

正犯(60条)が成立しないか。前提として、Aの当行為に窃盗未遂罪が成立するか問題となる。

(1) 「共同して犯罪を実行した」とは、共同正犯の処罰根拠が、自己又は共犯者の行為を通じて結果へと因果性を及ぼし、構成要件該当事実を共同惹起した点にある。そのため、①共謀と②共謀に基づく実行行為を要する。

(2)ア. 共謀とは、(i)正犯意思と、(ii)意思の連絡があることをいう。

イ. 本件において、甲は自己の生活資金のために(i)、Aと共に本件計画を立てている(ii)ため、共謀が認められる(①充足)。

(3) 共謀に基づく実行行為とは、実行行為が共謀に基づいて行われたことを言うところ、窃盗罪の実行行為は、他人の財物を窃取することである。

ア. 本件キャッシュカードは他人の財物にあたる。

イ. 窃取とは、「窃取」とは、他人の占有する財物を、その占有者の意思に反して自己の占有に移転させる行為をいうところ、本件では、Vのキャッシュカードの占有を甲及びAが取得するには至っていない。

(4) したがって、窃盗の実行に着手したか問題となる。

ア. この点につき、弁護側はイ-2-α説を採用する。

イ. 本件では、Aは警察官に成りすまして、VにVの口座が不正アクセス遭っており、凍結及びキャッシュカードの変更する必要があるという虚偽の内容の電話をしており、もっとも、窃盗罪の構成要件は「他人の財物」を「窃取」することであり、これに本件電話をした行為は構成要件該当行為にはあたらない。

(5) よって、Aに窃盗未遂罪は成立せず、甲に当罪の共謀共同正犯が成立することもない。

2. 甲がV宅付近に近づいたことについて、窃盗未遂罪(刑法 235条、43条)が成立しないか。

(1) 上述の通り、本件ではキャッシュカードの窃取を完了していなため、窃盗の実行の着手が認められるか問題となる。

ア. この点について、弁護側はイ-2-α説を採用する。

イ. 確かに、甲はV宅付近に近づいて窃盗罪の構成要件該当行為に関連性のある行為を開始している。もっとも、甲はV宅を特定することすらできていない段階で、警察官を発見し、V宅でキャッシュカードの占有を移転させることを断念している。したがって、窃取行為の実行の着手は認められない。

(2) よって、甲がV宅付近に近づいた行為について、窃盗未遂罪は成立しない。

#### IV. 結論

甲に犯罪は成立しない。