

I. 事実の概要

- 5 1. 大学時代の同級生であった甲と友人（氏名不詳者、以下 A）は、お互いコロナ禍で失職し、生活資金に困っていたことから、共謀して、警察官などになりすまし、V のキャッシュカードを手に入れ、それをを用いて現金自動預払機（ATM）で現金を引き出そうと考え、次のような計画を立てた。
- 10 2. 本件計画は、まず、A が、V に対し、電話で、警察官を名乗り、金融機関の口座から現金が不正に引き出されているので V 方を訪れる金融庁職員の指示に従ってキャッシュカードを封筒に入れるなどの手続をする必要があるなどと嘘を言い、その後、甲が、金融庁職員を装って V 方を訪れ、玄関内で、用意した封筒を V に渡してその中にキャッシュカードを入れさせて糊で封をしたところで、V に印鑑をもって来るように要求して、その間に、キャッシュカードが入った封筒（「本件封筒」）を、あらかじめ用意したポイントカード入りのダミー封筒（「ダミー封筒」）とすり替えて、戻ってきた V にダミー封筒に封緘させ、大事に保管するようになどと指示して、本件封筒を所持して V 方から立ち去ると
- 15 いうものである。
3. この計画に基づき、A は、V に電話をかけ、「警察の A です。あなたの口座が不正アクセスの被害に遭っており、これ以上被害が出ないように口座を凍結するため、今日から
- 20 3 日間は金融機関が使えず、キャッシュカードを新しいものに替える必要があります。」
「これからすぐに金融庁職員が封筒を持ってお宅に行きます。キャッシュカード 1 枚と暗証番号を書いたメモを準備し、彼が来たら、彼から封筒を受け取って中にそのキャッシュカードと四つ折りにした暗証番号を書いたメモを入れて保管してください。後日郵便局員が金融庁の停止解除の通知を持ってお宅に行きます。その通知と封筒に入れたキャッシュカード等を持って銀行に行けば、口座が使えるようになります。」などと嘘を言った。V はこの話を信じ、キャッシュカードと暗証番号を書いたメモを準備して待っていた。
- 25 4. この電話の 5 分後に、A から連絡を受けた甲は V 宅付近に向かったが、V 宅まで約 140m の路上まで赴いた時点で、付近を警戒中であった警察官が後をつけていることに気付いたため、犯行を断念した。なお、この時点で甲は V 宅をまだ特定できていなかった。
- 30 また、V は、警察官から知らされるまで、自分が本件犯行のターゲットとされていたことを知らなかった。

甲の罪責について検討せよ。

参考判例：最決令和 4 年 2 月 14 日裁時 1786 号 1 頁

II. 問題の所在

AがVに電話をかけたこと、もしくは甲がA宅付近に赴いたことに窃盗罪の実行の着手を認めることができるか。

5 III. 学説の状況

ア説(主観説)

「犯意の成立がその遂行行為に因りて確定的に認められるとき」、「犯意の飛躍的表動」が認められるとき、または「行為者の犯罪的意思の存在が仁義を許さず、取り消しが不可能なような確実性を示す行為のあった場合」には、実行の着手が存在したと解する¹。

10

イ説(客観説)

イ-1説(実質的客観説)

実行の着手をもって結果発生の実質的危険を惹起する行為をおこなうと解し、法益侵害の危険性を実質的、現実的に把握する。「犯罪構成要件の内容たる行為、すなわち、犯罪
15 実現についての現実的危険性を含む行為を開始することをもって実行の着手と解すべきであり」、「結果発生の実質的脅威が認められる行為で、実行行為自体あるいは実行と極めて接着した段階にある行為がなされたときには、実行の着手がある」とされる²。

イ-2-α説(形式的客観説)

20 「実行の着手」という条文上の文言を厳格に解し、「構成要件該当行為を開始すること」を「実行の着手」基準とする見解³。

イ-2-β説(修正された形式的客観説)

25 従来の形式的客観説は、構成要件概念を判断基準に用いて形式的見地から着手時期を決定する見解であるが、このように限定的に解する限り未遂犯の成立時期が遅きに失し具体的妥当性を書くことになる。そこで、実行行為そのものに先行しこれと密接不可分な行為(直前行為)の開始時点において実行の着手が認められ得るとして修正を加えた見解。最低限の要件として、犯人が故意をもって構成要件該当行為にまさに接着する直前行為ないし密接行為を行うことが必要である⁴。

30

1 大谷實『刑法講義総論[新版第5版]』(成文堂、2019年)363頁参照。

2 川端博『刑法総論講義[第3版]』(成文堂、2013年)477頁。

3 団藤重光『刑法綱要総論』(創文社、1979年)329頁。

4 井田良『講義刑法学・総論』(有斐閣、2012年)396頁。

IV. 判例

最決昭 45 年 7 月 28 日刑集 24 卷 7 号 585 頁

[事案の概要]

5 強姦の意思を通わせた甲と乙は、V 女をダンプカーの運転席に引きずりこみ、その際に全治 10 日間の傷害を負わせた。その後、約 5 キロメートル離れた工事現場まで移動して V 女を姦淫したところ、強姦致傷罪(現行の強制性交等致傷罪)で起訴された事案。

[判旨]

10 「かかる事実関係のもとにおいては、被告人が同女をダンプカーの運転席に引きずり込もうとした段階においてすでに強姦に至る客観的な危険性が明らかに認められるから、その時点において強姦行為の着手があったと解するのが相当である」。

[引用の趣旨]

運転席に引きずり込む行為を結果発生危険性を有する行為と評価してこれに実行の着手を認めており、検察側とする実質的客観説の立場をとっているから。

15 V. 学説の検討

ア説(主観説)

法益侵害の具体的危険の観点をまったく排除して、単に行為者の危険性が確定的に見られる時点に実行の着手をみとめると、未遂犯処罰の範囲が余りにも広がりすぎることになる⁵。

20 よって、検察側はア説を採用しない。

イ説

イ-2-α 説(形式的客観説)

25 この見解は、例えば窃盗の未遂は窃取行為が開始されなければ成立しないように、未遂犯の成立時期が遅すぎることになる⁶。また、何が構成要件に該当する行為かという問いに対して、構成要件に該当する行為がこれだという答えをもってするに等しい⁷。

よって、検察側はイ-2-α 説を採用しない。

イ-2-β 説(修正された形式的客観説)

30 この見解は、未遂犯の成立範囲を拡張して、構成要件該当行為に接着する行為にまで実行の着手を認めようとする理論的説明が必ずしも明らかではない。そのため、どこまで拡張するかについての明確な基準がなく、基準を求めようとすると、結局、実質的客観説と同じに

⁵ 川端・前掲(注 2)476 頁。

⁶ 佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』(2013 年、有斐閣)339 頁。

⁷ 川端博『刑法総論講義 [第 3 版]』(2013 年、成分堂)476 頁参照。

なってしまう⁸。

よって、検察側はイ-2-B 説を採用しない。

イ-1 説(実質的客観説)

- 5 未遂犯の処罰根拠を構成要件の実現ないし結果発生の現実的危険性の惹起に求める以上、実行の着手もそのような現実的危険を惹起せしめることをいうと解すべきであり、この説が妥当である⁹。

よって、検察側はイ-1 説を採用する。

10 VI. 本問の検討

第1 前提として、A の罪責

1. A が甲と共謀して V に電話をかけた行為につき、窃盗未遂罪(235 条、43 条)の共同正犯(60 条)が成立するか。

2(1) 実行の着手について、イ-1 説に立つ。

- 15 (2) 窃盗罪の実行行為とは、「相手の財物」を「窃取」することである。

ア. 財物とは、相手方が所有する財物をいい、窃取とは、相手方の意思に反して、その財物の占有を自己または第三者に移転する行為を言う。

イ. 本件において、キャッシュカードは V が所有している財物である。また、A が V に電話をかけたことによって V はキャッシュカードを他人に引き渡す準備行為を完了し、自分
20 が本件犯行のターゲットであるという認識も全く有していないところ、このような状態になったのであれば、キャッシュカードを窃取するためには甲が V 宅を訪れるだけであり、容易にその占有を移転しうる状態になっている。そのため、占有移転の現実的危険性を発生させる行為である。

(3) よって、電話をかけた行為は、窃盗の「実行に着手」したと言える。

- 25 3. 「これを遂げなかった」とは、結果の不発生をいうところ、本件ではキャッシュカードの占有は移転しておらず、結果は不発生である。そのため、「これを遂げなかった」と言える。

4. 構成要件的故意(以下、故意)とは、構成要件該当事実の認識、認容をいうところ、A は、本件計画の存在から V のキャッシュカードを窃取することを認識し、認容していると言え
30 るため故意(38 条 1 項)は認められる。

5(1) 窃盗罪の成立には、使用窃盗や毀棄罪との区別のため、権利者を排除し、その財産的効用に従って利用処分する意思である不法領得の意思を要する。

(2) 本件において、A は、権利者たる V を排除し、ATM から現金を下ろすと言う、キャッシュカードの財産的効用に従って利用処分する意思を有していると言えるため、不法領得

⁸ 佐伯・前掲(注 6)339 頁。

⁹ 大谷實『刑法講義総論[新版第 4 版]』(成文堂、2012 年)365 頁。

の意思は認められる。

よって、A には、後述の通り窃盗未遂罪の共同正犯が成立する。

第2 甲の罪責

1. 甲に、窃盗未遂罪の共謀共同正犯が成立するか。

5 2. 「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。

3(1)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。

10 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)。

(2) 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。

15 ア. 本件では、甲がV宅に向かった行為が窃盗未遂罪の実行行為であり、実行共同正犯であるようにも思える。しかし、甲はV宅の位置を把握していなかったことと、V宅から140mも離れている路上において犯行を断念していることから、甲のこの行為について窃盗結果発生の実質的危険性が発生していると言えず、実行行為性が認められない。よって、甲は実行行為をしたとはいえない。

イ. それに対して、A による上記窃盗未遂罪の実行行為は本件計画に基づいて行われており、共謀に基づいて行われたと言える(②)。

4. よって、甲はA との窃盗未遂罪の共謀共同正犯が成立する。

20

VII. 結論

A との窃盗未遂罪の共謀共同正犯が成立し、甲はかかる罪責を負う。

以上

25