

I. 反対尋問

- 5 1. 構成要件の結果発生の現実的危険性とは具体的にどのような危険性か。
2. 検察レジュメ4頁目14行目、現実的危険の判断基準について、「行為者の意思・計画を踏まえ」で判断するとしているが、これは行為者の主観を考慮するということであると考え。この場合、どの程度、行為者の主観要素を考慮すべきと考えているか。

10 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。

C説(実質的客観説)

- 15 未遂犯の処罰根拠についての客観的未遂論・結果無価値論に忠実な解釈であるが、構成要件該当行為に密着(密接)した行為で足りるとし、実行行為の開始がなくても未遂犯を肯定している点に問題がある¹。また、危険には幅があり、その限界が不明確であることから、「犯罪」の「実行に着手して」という文言による形式的な限定も必要である²。
よって弁護側はC説を採用しない。

20

D説(折衷説)

検察側と同様の理由により採用しない。

E説(進捗度説)

- 25 検察側と同様の理由により採用しない。

B説(形式的客観説)

- 30 実行の着手の存否の判断は、構成要件該当性の段階における判断であり、当該行為の遂行が特定の犯罪構成要件に該当しているかを判断するものである。それゆえ、形式的客観説が提示する「実行の着手は、構成要件に一部該当する行為である。」という定義自体は、正鵠を射たものである。未遂は、基本的構成要件に一部該当しているものの、結果が発生しなかったり、あるいは因果関係が欠如していたりすることから、犯罪構成要件を充足しなかった場合である。これに対しては、予備の場合は、基本的構成要件には該当しないが、それに先行する前段階的

¹ 浅田和茂『刑法総論[第3版]』(成文堂,2024)383頁参照。

² 松原芳博『刑法総論[第4版]』(日本評論社,2025)343頁参照。

な行為なのである³。

よって弁護側はB説を採用する。

Ⅲ. 本問の検討

- 5 1. 甲は氏名不詳者と共謀の上、氏名不詳者がAに対し本件うそを告げた後、甲がA宅付近に赴いた行為に、詐欺未遂罪の共同正犯(刑法250条、246条1項、60条)が成立するか。

(1) 甲自身は、A宅最寄りのB駅に到着したにすぎないが、かかる時点で、詐欺未遂罪の「実行に着手」(刑法43条前段)したといえるか。

- 10 この点について、弁護側はB説を採用する。すなわち、実行の着手が認められる為には、構成要件に該当する行為の一部を行っている必要がある。

ア 欺罔行為とは、相手方の交付行為に向けられた、財物交付の判断の基礎となる重要な事実を偽ることをいう。

- 15 本件において、甲らの犯行計画は、Aに用意させたキャッシュカード入りの封筒を持参したポイントカード入りの偽封筒とすり替え、キャッシュカード入りの封筒を持ち去るというものである。欺く行為を手段としつつ、Aの意思に反して財物の占有を取得することを意図しており、本件うそによって財物交付をさせようとしたものとは言えない。したがって、氏名不詳者が告げた本件うそは財物交付の判断の基礎となる重要な事実を偽るものとはいえず、欺罔行為が認められない。

- 20 イ また、甲はA宅最寄りのB駅に到着したものの、駅で待ち伏せしていた警察官から職務質問を受け、犯行継続を断念しており、錯誤に陥ったAから財物たるキャッシュカードの交付は受けていない。

ウ そして、Aは財物を甲らに交付していない以上、Aに財産的損害も認められない。

(2) よって、構成要件に該当する行為の一部を行ったとはいえず、実行の着手が認められない。

(3) 以上より、上記行為に詐欺未遂罪の共同正犯は成立しない。

- 25 2. 次に、甲の上記行為に窃盗未遂罪の共同正犯(刑法243条、235条、60条)が成立するか。

(1) まず、Aに用意させたキャッシュカードはAが所有する財産的価値を有する有体物であり、「他人の財物」に当たる。

- 30 (2) 次に、上述の通り、甲はA宅最寄りのB駅に到着したにすぎないが、かかる行為は窃盗未遂罪の「実行に着手」(刑法43条前段)したといえるか。この点弁護側はB説を採用する。すなわち、実行の着手が認められる為には、構成要件に該当する行為の一部を行っている必要がある。

「窃取」とは、占有者の意思に反し、自己又は第三者の占有下に移転することをいう。

確かに、甲は指示役の指示に基づき電車に乗りB駅に到着しており、Aに用意させたキャッ

³ 日高義博『刑法総論[第2版]』(成文堂,2022)395頁。

シュカード入りの封筒とすり替えるためのポイントカード入りの偽封筒を持参していることから、実行の着手が認められるとも思える。

- 5 しかし、これらの行為は犯罪を実行するための準備段階にとどまり、窃盗罪の構成要件該当行為である「窃取」行為の一部であるとは言えない。また、甲がB駅に到着したとはいえ、実際にA宅に赴き犯行計画を実行するかは不透明であり、確実性に欠ける。現に本件では、甲はB駅で待ち伏せしていた警察官から職務質問を受け、A宅に赴くことなく犯行継続を断念していることから、構成要件に該当する行為の一部を何ら行っておらず、実行の着手が認められない。

(3) よって、上記行為に窃盗未遂罪の共同正犯(刑法243条、235条、60条)は成立しない。

10

IV. 結論

甲には罪が成立せず、何ら罪責を負わない。

以上