

只木ゼミ前期第10問弁護レジュメ

文責：3班

I. 反対尋問

- 5 1. 檢察レジュメ2頁13行目において、「事態の進行が進捗度合いという観点からみて未遂処罰に値する段階に到達した時点をもって、実行の着手を認める」としているが、「未遂処罰に値する段階に到達」したか否かはどのように判断するか。
2. 檢察側は進捗度基準説において客観的要素をどこで、どの程度用いられると考えているか。
3. 檢察レジュメ5頁脚注22において、「重要な中間行為」とあるが、その判断基準はなにか。

10

II. 学説の検討

ア説（主觀説）

検察側と同様の理由により、弁護側はア説を採用しない。

15 イ説（形式的客觀説）

検察側と同様の理由により、弁護側はイ説を採用しない。

ウ説（実質的客觀説）

- 法益への現実的危険性が認められた時点、あるいは、構成要件的結果の発生に至る現実的危険性を含む行為の開始時に実行の着手を認める見解であり、行為者の主觀として構成要件的故意だけを考慮することから着手時期が比較的早くなってしまう傾向があり、行為者の犯罪計画を考慮しないで、法益への危険性を判断することは不可能ではないにせよ、個別的事案の処理にさいしてラフな判断をすることになり処罰範囲を不当に拡大させてしまう¹。

よって、弁護側はウ説を採用しない。

25

オ説（進捗度基準説）

- 犯罪計画の進捗度により判断する立場は、計画をメインに据えている。計画を中心としたうえで、結果発生の危険は未遂犯の着手時期の線引きには直接の意味はないと考えている。つまり進捗度基準説は、当該犯罪計画が未遂として罰する程度にまで進んでいるかどうか、どこまで計画を達成したかで測っていくとする考え方である。犯罪に向けた行為者の意思や行動がどこまで成熟していったのかという進展をみているという点で主觀説に似ている面がある²。

よって、弁護側はオ説を採用しない。

エ説（折衷説：危険性+密着性基準説）

- 35 行為者の主觀面が危険性判断の資料となることは認めざるを得ないが、行為者の内心だけで危

¹ 高橋則夫『刑法総論[第5版]』(成文堂, 2022) 416頁。

² 松原芳博「インタビュー『すり替え作戦の実行の着手について』—最高裁令和4年2月14日第三小法廷決定—」Law&Practice16号(2022)7-8頁。

陥性が根拠づけられているわけではなく、あくまでも犯行を可能とする客観的な事実が、主観的な犯行計画とあいまって、危険性判断の前提をなすといえる³。

行為規範「違反」の存否は、行為規範が法益保護のために設定されていることから、法益に対する一定の危険の存在によって判断されるため、行為の法益への抽象的な危険で足りる⁴。そのため、行為者の犯罪計画全体に照らし、法益の危険が切迫した時点に実行の着手を求め、故意を超えて行為者の具体的な犯罪計画を判断の基礎とする本説は妥当である⁵。

よって、弁護側は工説を採用する。

III. 本問の検討

1. X が A 宅に向けて、新宿駅付近を歩行していた行為に窃盗未遂罪(刑法 243 条、235 条)が成立するか。

(1) 本件における客体はキャッシュカードであり、それ自体では財産的価値を有しないものの、これをを利用して預金口座から払戻しを受けることができるため、財物性が認められる。そして、これは A の所有・占有する有体物であるから、「他人の財物」(刑法 235 条)にあたる。

(2) 「窃取」(刑法 235 条)とは、占有者の意思に反して他人の財物を自己または第三者の占有支配下に移転することをいう。しかし、本件においては、X は本件キャッシュカードを自己または第三者の占有支配下に移転していない。そこで、X の本件行為をもって、窃盗罪の「実行に着手」(刑法 43 条本文)したといえるかが問題となる。

ア. この点、検察側は工説(折衷説:危険性+密着性基準説)、すなわち、行為者の犯罪計画全体に照らし法益の危険が切迫した時点をもって「実行に着手」したと評価する。

イ. 本件において、たしかに X と共に謀した氏名不詳者が X の本件行為に先立って、金融庁職員が A 宅に訪問するため、本件キャッシュカードをその者が持参した封筒に入れて保管するよう電話で伝えている。また、X はこの電話に基づく A から本件キャッシュカードの窃取を意図して、A 宅に向かっている。

しかし、X がその計画を断念したのは新宿駅付近であり、新宿駅から茗荷谷までは約 5.0 キロメートル、徒歩にしておよそ 80 分の時間、電車にしておよそ 20 分を移動に要する。これは少なくとも短いとはいえず、この時点をもって、本件キャッシュカードの占有の A の意思に反する X への移転の危険性が切迫したとは評価できない。

ウ. よって、X の本件行為をもって、窃盗罪の「実行に着手」したとはいえない。

2. したがって、X の本件行為に窃盗未遂罪(刑法 243 条、235 条)は成立しない。

IV. 結論

X の上記行為に窃盗未遂罪(刑法 243 条、235 条)は成立せず、X は何らの罪責も負わない。

以上

³ 橋爪隆『刑法総論の悩みどころ』(有斐閣, 2020) 277 頁。

⁴ 高橋・前掲 115 頁。

⁵ 高橋・前掲 417 頁。