

**刑 法** (配点 60 点)

**【出題趣旨】**

本問は、いわゆるキャッシュカードすり替え型の窃盗事例において、窃盗罪の実行の着手が争点となった最決令和4年2月14日刑集76巻2号101頁の事例を元に作題されたものである。

本問の出題趣旨は、甲が、Vに対し、Vのキャッシュカード入りの封筒とあらかじめ用意した「偽封筒」をすり替える状況を作出するための嘘をつき、さらに、甲の共犯者である乙がすり替えのためにV方近辺まで赴く行為をしているが、これらの行為に対して詐欺罪あるいは窃盗罪の実行行為性が認められるか、また、その際に、甲乙間に共同正犯が認められるかについて問われている。

いわゆるキャッシュカードすり替え型事例における被害者は、自身のキャッシュカード入りの封筒を自ら保管する認識があるに過ぎず、行為者に対して自身のキャッシュカードを処分する意思が欠けていると評価される。このため、いくら行為者がキャッシュカードのすり替え状況を作出するための虚偽の事実を申し向けていたとしても、当該行為は「処分行為に向けられた欺く行為」に当たらないことから、詐欺罪の実行行為性が認められない。ただし、行為者が被害者のキャッシュカードのすり替え行為を行った段階においては、被害者の意思に反するキャッシュカードの占有移転の開始が認められるため、窃盗罪に当たると解されている。

これを前提として、本問における甲は、Vのキャッシュカード入りの封筒とあらかじめ用意した偽封筒をすり替える状況を作出するための嘘をついた上で、Vに自身のキャッシュカードの準備をさせて待機させてはいるものの、結局、乙がV宅に到着する前に犯行を断念しているため、直接、Vに対してキャッシュカード入りの封筒から注意を逸らすための行動がとられないままとなっている。このような場合であっても、甲及び乙に窃盗罪の実行の着手が肯定することができるかが問題となっている。

答案においては、Vのキャッシュカードをすり替えようとした行為が何罪の構成要件に該当するとして検討しているか、実行行為にあたる事実の抽出が適切になされているか、また、実行行為性の評価が十分なされているか、その他各構成要件要素の説明と事実の当てはめが適切になされているか、犯行を断念した点についての中止犯の成否や、甲及び乙の共同正犯の成否が検討されているかといった点を中心として評価を行っている。

以上