

## I. 反対尋問

- 5 1. 検察側の採用するイ-2説は、検察レジュメ 2 頁 8 行目によると、「結果発生の実  
危険性を惹起する行為を行うことをもって実行の着手と解する」説であり、またイ-1 説に  
ついては、同レジュメ 4 頁 23 行目以下にて「構成要件に属する行為に着手した時に実行の  
着手とするのでは、該当行為の範囲が狭くなり、実行の着手を非常に遅い時期に認めるこ  
10 とになり、法益保護を図れない」ことを理由に批判しているが、罪刑法定主義の原則があ  
る以上、未遂犯についても構成要件該当性が求められるので、「構成要件に属する行為に  
着手した時に実行の着手とする」見解は妥当するのではないか。
2. 検察側は A が警戒中の警察官に逮捕されたと事実を提示する程度に簡単に指摘してい  
るが、これに関して詐欺罪が実現される現実的危険性の観点からの検討が不十分であると  
15 いえるのではないだろうか。

## II. 学説の検討

### ア説(主観説)

検察側と同様の理由により採用しない。

20

### イ-2 説(実質的客観説)

本説に依ると、実行行為の開始時点と未遂結果発生時期が分離してしまうことや、危険  
性の程度の判断基準が曖昧であったり、処罰範囲が広範に及ぶ可能性があるため弁護側は  
これを採用しない。

25

### イ-1 説(形式的客観説)

本説のように実行の着手時期を構成要件の一部の実現時期と解することで、着手時期が  
明解になる<sup>1</sup>。したがって、処罰範囲の不当な拡大の抑制や、法的安定性の確保に繋がる。  
また本説に依ったとしても、構成要件の全部ではなく一部のみの実現でも実行の着手は認  
められるため、構成要件が予定している法益への侵害が必ずしもなされるわけではなく、  
30 前述の自由保障機能の確保とつり合いのとれた見解であるといえる。

よって、弁護側はイ-1 説を採用する。

---

<sup>1</sup> 井田良『講義刑法学・総論[第2版]』(有斐閣, 2018)433 頁。

### Ⅲ. 本問の検討

1. A の、V に電話をかけた行為につき、詐欺未遂罪(刑法 250 条、246 条)が成立しないか。A は財物の交付を受けていないため、詐欺罪の既遂は成立しないとしても、実行に着手(43 条)したと言え、未遂罪に該当するのか。実行の着手の判断が問題となる。

5 2. そもそも未遂罪の処罰根拠は、構成要件的结果発生の現実的危険性の惹起にある。ただし、危険性には程度・幅があり、その有無の判断は容易ではない。従って、実行に着手したか否かの判断にあたっては、「実行に着手して」という文言の形式性に着目し、実行行為の開始を実行の着手と考えるべきである。

10 (1) 「人を欺いて」とは、財物を移転させるため、財物の交付判断の基礎となる重大な事実を偽ることを言う。本件において、A は電話口で金銭の交付を求める発言をしていない。したがって、A の電話は V に錯誤を起こさせるものだとしても、処分行為に向けられたものではない。

(2) よって、A に実行行為の開始は認められず、実行に着手したとは言えない。

3. 以上より、A の行為に詐欺未遂罪は成立しない。

15

### Ⅳ. 結論

A の行為に詐欺未遂罪は成立しない。

以上