ドイツ判例に見る詐欺未遂の開始時期
――実行の着手論と欺罔概念との交錯領域――

冨　川　雅　満

Ⅰ　特殊詐欺事案における実行の着手時期
　1　東京高判平成 29 年 2 月 2 日の概要
　2　論点の抽出
　　⑴　総論的視点：実行の着手時期の前倒し
　　⑵　各論的視点：欺罔概念における「交付・処分に向けられた」の意義
　3　ドイツ判例を参照する意義
Ⅱ　実行の着手論から見た未遂の開始時期
　1　一般的な未遂の開始時期の判断
　2　詐欺罪における未遂の開始時期の判断
　3　小括
Ⅲ　欺罔概念から見た未遂の開始時期
　1　ドイツにおける２つの欺罔概念
　2　錯誤に基づく処分行為を決意させる欺罔の存否
　3　２段階構造と１段階構造との異同について
Ⅳ　ドイツ法の知見を踏まえた着手時期の検討
　1　実行の着手論と,「交付・処分に向けられた」の解釈との関係性
　2　わが国における従前の詐欺未遂の開始時期
　3　冒頭事例の検討

Ⅰ　特殊詐欺事案における実行の着手時期

1　東京高判平成 29 年 2 月 2 日の概要

近年，いわゆるオレオレ詐欺やこれに類する特殊詐欺の事案につき，下級審において詐欺罪の成否が争われるものが散見される。そこでは，単に事実認定の相違にとどまらない解釈論上の問題が検討されていた。たとえば，だまされたふり作戦が発動したのちに被害者から現金を受け取るように依頼され，現実には模造現金を受領した受け子に共犯が成立するか，という問題がこれにあたる[1)]。これは，承継的共犯，不能犯という刑法総論解釈上の重要問題に関連する。また，受け子が詐取金であることを認識していたといえるか否かの認定にあたって，故意論と関連づけた問題提起もなされている[2)]。そして，これらの解釈問題の処理の仕方によっては，その加担者が無罪となる結論にも至りうる。オレオレ詐欺が社会的に見れば，それ自体当罰性の非常に高い類型であることからすれば，このような状況は，単に解釈学上の関心にとどまらず，実務上の関心も高いものといえよう。

東京高判平成 29 年 2 月 2 日 D1-Law.com 判例体系判例 ID28254435[3)]は，以上のような一連の解釈問題に，新しい論点を付け加えるものである。同判決では，警察官を名乗って被害者に口座からの預金引き出しを示唆した行為者グループが，被害者宅に受け子を派遣したところ，その受け子が警察官に逮捕され

1）　最決平成 29 年 12 月 11 日裁判所ウェブサイト。評釈として，前田雅英「判批」WLJ 判例コラム臨時号 124 号文献番号 2017WLJCC032，佐藤拓磨「判批」刑事法ジャーナル 55 号（2018）99 頁。拙稿「判批」法学新報 124 巻 5・6 号（2017）285 頁も参照。

2）　大庭沙織「振り込め詐欺における受け子の故意の認定」刑事法ジャーナル 53 号（2017）20 頁，加藤経将「いわゆる受け子の故意に関する捜査とその立証」高橋智光ほか編『新時代における刑事実務』（2017）91 頁など。

3）　本判決を扱うものに，矢野隆史「警察官を装った組織的詐欺のだまし役が被害者に預金を払い戻すよう申し向けたものの未だ現金を交付するよう明確に告げていない段階で逮捕された受け子の詐欺未遂罪の成否について実行の着手が問われた事例」研修 830 号（2017）95 頁（96 頁以下）参照，拙稿「判批」法律時報 90 巻 3 号（2018）113 頁，樋口亮介「詐欺罪における実行の着手時点」法学セミナー 758 号（2018）。なお，本件は最高裁に上告中である。

たという事案につき，詐欺未遂の成否が問題とされたが，この事案で，東京高裁は被告人を無罪とした。東京高裁が前提とした犯罪事実は次のとおりである。

「被告人は，長野県警察の警察官になりすまし，被害者（当時 69 歳）から現金をだまし取ろうと考え，氏名不詳者らと共謀の上，被害者が，平成 28 年 6 月 8 日，被害者の甥になりすました者に，仕事の関係で現金を至急必要としている旨うそを言われて，その旨誤信し，同人の系列社員になりすました者に，現金 100 万円を交付したことに乗じ，あらかじめ被害者に預金口座から現金を払い戻させた上で，被害者から同現金の交付を受ける意図のもと，同月 9 日午前 11 時 20 分頃から同日午後 1 時 38 分までの間，氏名不詳者らが，複数回にわたり，A 市内の被害者方に電話をかけ，『昨日，駅の所で不審な男を捕まえたんですが，その犯人があなたの名前を言っています。』『昨日，詐欺の被害に遭っていないですか。』『口座にはまだどのくらいの金額が残っているんですか。』『銀行に今すぐ行って全部下ろした方がいいですよ。』『前日の 100 万円を取り返すので協力してほしい。』『僕，向かいますから。』『2 時前には到着できるよう僕の方で態勢整えますので。』などとうそを言い，被害者を，電話の相手が長野県警察の警察官であり，その指示に従う必要がある旨誤信させ，被害者に預金口座から預金の払戻しをさせた後，同日午後 1 時 38 分頃，警察官になりすました被告人が，被害者から現金の交付を受けようとしたが，被害者方付近で警戒中の警察官に発見されて逮捕されたため，その目的を遂げなかった。」

原審は，以上の事実につき，被告人を有罪とした。これに対して，弁護人が量刑不当を理由に控訴したところ，東京高裁は次のとおり判示して被告人を無罪とした[4)]。

「刑法 246 条 1 項にいう『人を欺』く行為とは，財物の交付に向けて人を錯誤に陥らせる行為をいうものと解される」ところ，原判決が認定した犯罪事実には，「財物の交付に向けた明示的な欺罔文言が記載されたと解し得るものはない」し，「黙示的に財物の交付を求めるものであるとは解し得ない。」「被害

4）　高裁判断の詳細な分析，および従前の裁判例との関係については，拙稿・前掲注 3）114 頁以下参照。

者に対し警察官を装って預金を現金化するよう説得する行為は，氏名不詳者らにとっては財物の交付へ向けた準備行為を促す行為であるものの，それにとどまるのであって，詐欺被害の現実的・具体的な危険を発生させる行為とは認められないと解するのが相当である。」と。

本判決の骨子は次のように理解できる。詐欺罪にいう欺罔行為は「財物の交付に向けて人を錯誤に陥らせる行為」と解されるところ，行為者らの態度には交付の明示・黙示的要求がないために，そこでの虚言は「財物の交付に向け」られたものとは言えず，あくまでも被害者による財物交付の準備行為（預金の現金化）を促すものに過ぎない。したがって，欺罔行為が認められず，詐欺未遂罪の成立が否定される，ということである。

この事案を検討するにあたっては，２つの手法が考えられる。１つに，財物交付の黙示的指示の存否を検討すること，もう１つに，前者の問いが否定された場合になお詐欺の実行の着手が認められうるかを検討することである。

前者については，たとえば，本件での被害者は前日にオレオレ詐欺に遭っているが，このような事情を加味することで，東京高裁の評価を覆して，行為者が被害者に対して黙示的に財物交付を指示していたと評価することが考えられる[5)]。もっとも，この点については，行為者が被害者に対して預金の現金化が必要となる理由をどのように説明していたかなどの事実関係に不明な点が多

5）　恐喝罪においては，このような黙示的な交付指示が認められるかが争われた裁判例が見られる（東京高判平成７年９月21日判例時報1561号138頁）。なお，この問題をいわゆる挙動による欺罔（推断的欺罔）とパラレルに捉えて，行為者態度に意味内容として交付要求が含まれていたかを検討する手法が考えられうる（最判平成26年３月28日刑集68巻３号582頁，最決平成26年３月28日刑集68巻３号646頁，拙稿「判批」法学新報123巻１・２号（2016）207頁参照）。もっとも，この判断は客観的事実に反する虚偽の意味内容が行為者態度に含まれているかを検討するものであって（虚偽事実の意味内包性），ここで問題となるような交付要求が行為者態度に含まれるか否かを問題視する場面を念頭に議論がなされてきたわけではない。仮にこの判断手法が黙示的交付要求の存否にも応用可能であるとするならば，たとえば，被害者がなんらかの方法で被害金の取り戻しには警察官に口座内の金員を預けることが必要であると思い込まされているとか，そのような思い込みが被害者にあることを行為者が知っており，それを利用したとの事情が認められれば，行為者態度に交付要求が含意されていたと評価することが考えられる。

く[6]，十分な検討をするに足りる素材が揃っていない。

これに対して，詐欺の実行の着手の問題は，仮に認定された事実に鑑みて黙示的な財物交付への指示が存在しているとは評価できない場合に，依然として検討されるべきものであって，さらに，冒頭事案の解決を超えて解釈学上も重要なものに位置付けられよう。そこで，本稿では，詐欺の実行の着手がどの時点から認められるか（詐欺未遂の開始時期）という問題に焦点を絞って検討を加えることとする。

2　論点の抽出

以下に見るように，本判決での詐欺未遂の開始時期は，実行の着手という総論的視点と，詐欺罪における欺罔行為の解釈という各論的視点の両者から論じることができる。

⑴　総論的視点：実行の着手時期の前倒し

同判決の紹介論文では，実行の着手という総論的視点から詐欺未遂罪が成立しうることが指摘されている[7]。それによると，本件での行為者らの計画上は，被害者が前日に別の詐欺被害に遭っていることを利用して，警察官を装って前日の被害金を取り返すなどと虚言を述べて被害者を信用させる行為は，最終的に現金の交付を受ける行為と密接不可分なものであって，前者の行為が行われた時点で詐欺に至る客観的危険性が認められ，詐欺罪の実行の着手が認められうる，という。その際に，参照されているのは，いわゆるクロロホルム事例と呼ばれる最決平成 16 年 3 月 22 日刑集 58 巻 3 号 187 頁である。

紹介論文の指摘する通り，クロロホルム事例決定に照らして考えた場合，冒頭事例において行為者態度が欺罔行為にあたらないとしても，そのことから直ちに未遂の成立が否定されるわけではないと考えることはできよう。周知の通り，クロロホルム事例決定では，第 1 行為と第 2 行為との間に密接性と危険性が肯定されれば，第 1 行為の時点に着手時期が前倒しされることが認められ，その際の考慮事情として，遂行容易性，阻害的事情の不存在，時間的場所的近

6）　被害者自身は，口座内の現金が奪われることに不安を覚えて現金化したという。
7）　矢野・前掲注 3）96 頁以下参照。

接性が挙げられていた。これを本件について考えてみると，警官である旨偽った氏名不詳者らによる架電行為を第1行為，現金を受け取る際の受け子による欺罔行為を第2行為として捉え[8]，両者の間に，上記3事情に鑑みて，密接性・危険性が肯定されるかが問題となる。

たしかに，上記東京高裁は「詐欺被害の現実的・具体的な危険を発生させる行為とは認められない」としている。この評価は，クロロホルム事例決定で述べられていた意味での危険性がないことを含意しているとも読める。しかしながら，クロロホルム事例決定の調査官解説においては，実行の着手の判断基準として用いられる危険性は，構成要件該当行為に至る客観的な危険性を問題としているのであって，第1行為に結果発生の危険性が認められなければならないわけではないことが指摘されていた[9]。この指摘を前提とすれば，仮に冒頭の詐欺事例における第1行為それ自体に詐欺被害を生じさせる危険性がなかったとしても，のちの構成要件該当行為である第2行為に至る危険性を肯定できるのであれば，実行の着手が認められる可能性は残る。

⑵　各論的視点：欺罔概念における「交付・処分に向けられた」の意義

他方で，詐欺罪の実行の着手時期については，従来，判例は欺罔行為の有無によって判断してきたというのが一般的な理解である[10]。それゆえに，詐欺罪においては，クロロホルム事例決定の判断基準に照らすと着手時期が前倒しされうるような場合であっても，欺罔行為それ自体がなされていない限りでは，

8）　本判決からは，受け子が到着したのちにどのようにして現金を交付させる計画であったのかが明らかではないが，たとえば，前日の被害金を取り戻すために必要であるとか，犯人グループに奪われないように警察が現金を預かるなどと偽りを述べて，現金を渡すよう要求する行為が考えられる。なお，矢野・前掲注3）101頁以下では，本稿にいう架電行為と同一のものを第1行為と捉える一方で，第2行為を単に受け子の行為としており，その具体的内容に何を据えているのか不明なところがある。

9）　平木正洋「判解」最判解刑事編（平成16年度）155頁（171頁）。この点については，樋口亮介「実行行為概念について」山口厚ほか編『西田典之先生献呈論文集』（2017）19頁（36頁以下）も参照。

10）　大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法［第2版］13巻』（2000）98頁以下（高橋省吾担当執筆）。また振り込め詐欺との関連で未遂の開始時期を論じる二本柳誠「振り込め詐欺の法的構成・既遂時期・未遂時期（2）」名城ロースクールレビュー34号（2015）27頁（48頁）も参照。

詐欺未遂は認められないと考えることもできる。その限りでは，本判決が欺罔行為を否定することで詐欺未遂の成立を認めなかったことは，従来の判例の立場に沿うものと言える。

本判決は，行為者による虚言が「財物の交付に向けられた」とはいえないために，欺罔行為が否定されるとしている。たしかに，虚言が「交付・処分に向けられた」ものでなければ欺罔行為が認められないことは，一般的に是認されている。たとえば，行為者が虚言を述べて，相手方の注意を他にそらし，その間に財物を奪取したような場合，その虚言は「交付・処分に向けられた」とはいえないため，すでに欺罔行為が否定されるとの説明がなされることがある[11)]。

しかしながら，「交付・処分に向けられた」虚言がなければ詐欺罪における実行の着手が認められないとする命題は必ずしも自明のものではない。従来，この要素が機能を果たしてきたのは，窃盗罪との区別が問題となるような場面であったように思われる[12)]。つまり，行為者がなんらかの虚言を述べることで財物を取得した場合に，これが窃盗に当たるのか，詐欺に当たるのかを評価する機能を「交付・処分に向けられた」という要素は果たしてきた。

これに対して，冒頭事例で問題となっているように，「交付・処分に向けられた」の理解が詐欺の開始時期をも規定するものとなるかについては必ずしも判例・学説上一致した理解はなかったように思われる。とくに，本件がそうであるように，詐欺が問題となる類型においては，行為者が，財物ないし財産上

---

11)　高橋・前掲注 10）31 頁など。なお，林幹人『刑法各論［2 版］』（2007）233 頁は，この場合で「錯誤や交付行為に向けられた意思，すなわち，故意を欠く」ために詐欺未遂が否定されると説明する。

12)　詳細は，斎藤信治『刑法各論［4 版］』（2014）143 頁や，安廣文夫「判解」最判解刑事編（昭和 61 年度）276 頁（293 頁以下）を参照。判例では，広島高判昭和 30 年 9 月 6 日高刑集 8 巻 8 号 1021 頁（上衣持ち出し），東京高判昭和 42 年 3 月 24 日判例タイムズ 208 号 144 頁（郵便物の宛名書き換え），東京高判昭和 49 年 10 月 23 日判例時報 765 号 111 頁（銀行カウンターでの横取り），東京地八王子支判平成 3 年 8 月 28 日判例タイムズ 768 号 249 頁（試乗車乗り逃げ），東京高判平成 12 年 8 月 29 日判例時報 1741 号 160 頁（テレフォンカード持ち逃げ），東京高判平成 20 年 3 月 11 日東高刑時報 59 巻 1 ～12 号 12 頁（会議室からの現金持ち出し）など。

の利益を移転させるために，相手方に対して嘘を積み重ねる場合も少なくない。このように行為者が複数の虚言を重ねて犯行計画を成就しようとしている場合には，いずれの虚言も相手方の交付・処分行為を目的としたものであるから，その意味では「交付・処分行為に向けられた」虚言であるといえよう。

上記の通り，東京高裁は行為者の虚言に財物交付の明示的・黙示的指示が見られないために，「交付・処分に向けられた」とはいえないと考えている。本判決では，架電行為が詐欺の犯意のもとでなされたことは認められているから，東京高裁は交付・処分行為を目的とした虚言では，欺罔行為を肯定するに足りないと考えたものと思われる。しかしながら，「交付・処分に向けられた」の意義に関する議論が十分ではなかったことからすれば，そのような解釈は必ずしも自明のものではなく，検討の余地がある。

3　ドイツ判例を参照する意義

以上，冒頭事例は，詐欺未遂の開始時期について，実行の着手論に照らしてどのように評価されるのかという総論的な問題と，どのような場合に虚言が「交付・処分に向けられた」といえるかとの各論的な問題とが交錯する領域にある。この交錯領域における詐欺未遂の開始時期は，従前，十分な議論があったとは言い難いように思われる[13)]。

そのような問題関心から，本稿では，詐欺未遂の開始時期に関するドイツ判例を参照して，今後の議論への素材を提供することとしたい。

周知のように，ドイツにおいては，不能犯を処罰する規定が設けられているなど，わが国の未遂論と異なる点が見られる[14)]。他方で，未遂の開始時期を判断する際の具体的手法についてはわが国との近似性も指摘できる。日独いず

13）　二本柳・前掲注 10）45 頁は，被害者が錯誤に陥ることの要否を主として扱うものである。佐久間修「詐欺罪における実行行為とその着手（1）（2・完）」産大法学 22 巻 1 号（以下，1988）56 頁，同 2 号 37 頁，對馬直紀「詐欺罪における欺罔概念と実行の着手」宮崎産経大法学論集 10 巻 1・2 号 53 頁も，上記のような交錯領域における詐欺未遂の成否を検討するものではなかった。従前の裁判例の分析については，拙稿・前掲注 3）115 頁以下も参照。

14）　佐藤拓磨『未遂犯と実行の着手』（2016）10 頁以下。

れにおいても，判例上は，行為者の犯行計画に照らして未遂の開始時期が判断されている[15]。また，近時，わが国の学説においても，不能犯と着手論とを別個のものとしつつ，実行の着手判断においては行為者の犯行計画を基礎とする考えを支持する見解[16]が有力化している。このような事情に照らせば，ドイツ判例における詐欺未遂の開始時期についての議論を参照することは，冒頭事例での着手時期の前倒しの可否を検討する上で参考になるものと言える（Ⅱ）。

さらに，近時のドイツ判例においては，先に挙げた嘘を積み重ねたような事案類型において，実行の着手に関する判断を欺罔行為要件の中に取り込んでいるものが見られ，これは「交付・処分に向けられた」の解釈についても指針を与えうるものである（Ⅲ）。

以上，本稿では，実行の着手論と，欺罔行為要件の解釈それぞれの観点から，詐欺未遂の開始時期を検討するドイツ判例を参照し，実行の着手論から見た詐欺未遂の開始時期の判断と，欺罔概念から見た詐欺未遂の開始判断に相違があるのか否かについて分析を試みる。最後に，若干ではあるものの，ドイツ判例の分析から得た知見がわが国にどのような示唆を与えるかにつき，冒頭事例の処理も含めて言及する（Ⅳ）。

Ⅱ　実行の着手論から見た未遂の開始時期

本章では，総論的な実行の着手論の判断構造に則って，詐欺未遂の開始時期を検討するドイツ判例を参照する。その際，まずは，ドイツにおける未遂の開始時期の判断の総論的理解を確認しておくことが重要であろう（1）。そのう

15）　わが国については，平木・前掲注 9）155 頁参照。日独両国の判例において，未遂の開始時期を判断する際の考慮事情が，実際には酷似していることを指摘するものとして，二本栁誠「ドイツ未遂犯論における直接性について（1）」名城ロースクールレビュー 37 号（2016）45 頁。

16）　佐藤・前掲注 14）218 頁以下（本著の書評として，浅田和茂・法律時報 89 巻 4 号（2017）120 頁），樋口・前掲注 9）32 頁以下，山田慧「未遂犯を基礎づける客観面と主観面に関する一考察」同志社法学 69 巻 3 号（2017）941 頁。

えで，詐欺罪における未遂の開始時期の判断の構造が総論的理解に合致するものであることを確認し，その実質的な判断内容を素描する（２）。

１　一般的な未遂の開始時期の判断

ドイツの未遂論については，処罰根拠論から開始時期の具体的判断基準に至るまで，すでに多くの先行研究が存在する。まずは，これら先行研究に依拠した上で[17]，ドイツにおける一般的な未遂の開始時期の判断構造を確認することとしたい。

ドイツ刑法典 22 条には未遂概念に関する規定が存在する。曰く，「犯行についての自らの表象に従って，構成要件の実現を直接的に開始（ansetzen）した者は，犯罪行為の未遂を行っている。」[18]と。同条は，1969 年の刑法改正法に基づき，1975 年に改正されたものであって，かつてのドイツ刑法典 43 条は，「重罪又は軽罪の実行の着手（Anfang der Ausführung）を含む行為によって，この重罪又は軽罪を犯す決意を実際に示した者は，その意図されている重罪又は軽罪が既遂に至らなかったときは，未遂犯として処罰される」と規定していた[19]。

旧 43 条と現行法との相違点としては，行為者の表象が未遂の開始時期の判断の基礎とされるべきことが現行法では明記されている点の他に，開始基準となる行為につき「実行の着手（Anfang der Ausführung）を含む行為」から「構成要件の実現を直接的に開始（ansetzen）した」へと変更されている点が挙げ

17）　特に，近時，ドイツ判例を網羅的に参照する佐藤・前掲注 14）178 頁以下，二本柳誠「ドイツ未遂犯論における直接性について（１）～（４・未完）」名城ロースクールレビュー 37 号（2016）41 頁，同 38 号（以下，2017）119 頁，同 39 号 103 頁，同 40 号 159 頁に依拠する。なお，本稿を執筆するにあたり，2017 年 11 月 22 日に立命館大学で開催された研究会にて報告の機会を賜り，参加者から多くのご指摘を頂いた。特に，神戸大学の東條明徳准教授には，その後も個別に，ドイツ未遂論の一般的理解についてご教示を賜った。この場を借りて御礼申し上げる。

18）　邦訳については，法務省大臣官房司法法制部『ドイツ刑法典』を参考とした。

19）　邦訳については，佐藤・前掲注 14）166 頁，二本柳・前掲注 15）49 頁を参考にした。改正の経緯については，二本柳・前掲注 15）48 頁以下が詳しい。改正後の判例の状況については，塩見淳「実行の着手について（３）」法学論叢 121 巻 6 号（1987）1 頁以下。

られる。後者の文言の変更については，構成要件該当行為の直前行為にも未遂の開始時期を認めることを明示する一方で，それ以上の無限定な前倒しを防ぐことが狙いであったとされる[20]。特に，旧 43 条のもとでは未遂の開始時期を極端に早期化する判例が存在したことが立法動機となったとされる[21]。

以上の通り，現行刑法 22 条のもとでは，構成要件該当行為が行われる前の，いわゆる直前行為においても未遂罪の成立が認められている。同条を基本とした未遂開始の判断構造は，大まかには次の通りである。

（イ）構成要件該当行為を行なった場合　→未遂
（ロ）構成要件該当行為を行なっていない場合　→行為者の表象を基礎に以下の諸基準に照らした個別判断
　①　Jetzt geht es los !（さぁ，始めるぞ！）の段階に至っているか否か
　②　さらなる中間段階を要するか否か
　③　行為と構成要件実現との間に事象経過の自動性が認められるか否か
　④　行為と構成要件実現との間に場所的時間的近接性が認められるか否か
　⑤　法益侵害の具体的危険が認められるか否か

まず，（イ）行為者が構成要件該当行為を行なった場合には，原則的に未遂が認められる。逆に，仮に行為者態度に構成要件該当性が認められないとすれば，次の（ロ）直前行為の検討に移る。その際に，判例上，取り上げられている判断基準としては，①「さぁ，始めるぞ！」という心理的状態への到達，②中間段階の存否，③自動性の存否，④場所的・時間的近接性の存否，⑤法益の具体的危殆化の存否が挙げられる。ここにいう法益の危殆化は，あくまでも「行為者の表象に照らした危殆化」であることに注意を要する。この要素に言及するドイツ判例も，「行為者の視点から見た，行為によって生じる法益危殆化の程度【傍点訳者】」と，法益の危殆化と行為者の表象とを併記している[22]。

20）　二本柳・前掲注 15）51 頁に，現行刑法の理由書の全文訳が掲載されているが，「何らかの意味での単なる犯罪行為の開始では足りず，あくまで構成要件要素の実現の開始でなければ足りないこと」を示す意図があったと説明されている。
21）　佐藤・前掲注 14）178 頁。極端な早期化が認められた判例として紹介されている RGSt 72, 66 と RGSt 72, 177 は，ともに詐欺未遂の事案であった（171 頁以下）。
22）　BGH NStZ 2002, 309.

したがって，たとえば，わが国でいわれるような，行為者の主観とは切り離された法益への危険性を意味しているわけではない。

これら①から⑤の諸基準の関係性については，必ずしも明らかではないとの評価がなされている[23]。この①から⑤の諸基準の関係性については，ひとつの論点となりうるが，本稿では，これ以上立ち入らない。本稿の検討対象との関係で重要であるのは，ドイツの総論的理解においては，構成要件該当行為判断と直前行為判断という 2 段階構造が見て取られる，ということである。

2　詐欺罪における未遂の開始時期の判断

以上のような総論的理解から導かれる未遂の開始時期の判断の 2 段階構造は，以下に確認するように，詐欺未遂においてもこれを維持する判例が見られる。たとえば，連邦通常裁判所（BGH）1991 年 1 月 16 日判決[24]は，以下のように判示している。

「犯罪行為を未遂の意味で試みた者とは，当該犯行についての自己の表象に従い，構成要件の実現を直接的に開始している者である（刑法 22 条）。この条件が認められるかの問題を判断するにあたっては，犯罪行為の実行を決意した者がその決意の実行とともにどの程度来ていたのか（wie weit mit der Ausführung des Entschlußes gekommen ist）が本質的となる。……これによると，（イ）行為者がすでに犯罪構成要件の要素を充足しているか，（ロ）単に，犯罪構成要件に当たらない行為を実行していたに過ぎないのかが評価されるべきである。前者の場合には，（イ）通常は未遂の限界はすでに超えられている。後者の場合には，（ロ）さらなる検討が必要である。」【下線部と記号に

23）　佐藤・前掲注 14）182 頁の分析による。佐藤は，このうち②と③とは独立した基準とはなりえないので，両者を併せて「中間行為の不存在性」として位置付けるべきだとする。

24）　BGHSt 37, 294. 評釈として，*Pasker* JA 1991, 341; *Kienapfel* JR 1992, 122; *W. Hassemer* JuS 1991, 965; *Küper* JZ 1992, 338. 判文の翻訳として，鈴木彰雄「ドイツ刑事判例研究（21）詐欺罪の未遂の成立要件」比較法雑誌 27 巻 1 号（1993）133 頁がある。同論文は，1990 年代初頭までのドイツにおける詐欺未遂の判例・学説状況を簡潔に紹介するもので，参考になる。

ついては筆者補足。また，判文中の引用文献は割愛した。以下同じ。】

この判決では，（イ）欺罔行為該当性判断と，これが否定される場合の（ロ）直前行為の開始時期の判断とが区別されており，上述した未遂の開始時期の一般的構造と同じ判断構造が見て取られる[25)]。

では，実際には，この 2 段階構造のなかではどのような検討が行われているのであろうか。このうち，前者の（イ）については欺罔要件の解釈から導かれるものである。ドイツ判例上は，「被欺罔者に侵害的な財産処分行為を決意させ，それにより損害の発生にとって因果的となるような錯誤を惹起している場合」に構成要件に該当する欺罔行為が認められるとされている[26)]。

これに対して，（ロ）直前行為の開始時期の判断はどのようになされているか。この点，詐欺未遂の開始時期が問題となったドイツ判例を概観すると[27)]，先に挙げた①から⑤の各基準のいずれかについての言及が見られるものの，判例において統一的な基準が提示されているわけではない。もっとも，その判断内容の実質を捉えると，特に②中間段階の存否，③自動性の存否が重視されていることは指摘できる。ドイツ判例においては，行為者の犯行計画において，その計画の端緒から欺罔行為に至るまでに予定されている中間段階を措定し，そのなかに自動性を阻害するような事情が存在するかが検討されている（阻害的中間段階の存否）[28)]。

以上の詐欺未遂の開始時期の判断の構造を図式化すると次の通りである。

（イ）虚言の構成要件該当性あり／なし（欺罔行為該当性判断）

25）評釈においても，同判決が 2 段階構造を明確にしていることは着手論の構造理解に合致するものであるとして，これを高く評価しているものが多い（*Kienapfel*（Fn. 24），123; *W. Hassemer*（Fn. 24），965）。

26）BGHSt 37, 294; BGH NStZ 2002, 433. この点については，III 章で詳述する。

27）紙幅の関係から参照した裁判例の詳細な分析は，他稿に譲る。参照した裁判例を時系列に沿って列挙すると，OLG Karlsruhe NJW 1982, 59; BGHSt 31, 181; BGH wistra 1984, 142; BayObLG NJW 1988, 1401; BGHSt 36, 124 = NJW 1989, 1436（BGHSt には該当箇所の記載がない）; BGHSt 37, 294; BGH NStZ 1994, 236; BGHSt 40, 299; BGH NStZ 1997, 31; BGH NStZ 2002, 433; BGH NStZ-RR 2005, 180; BGH NStZ 2011, 400; OLG Hamm StV 2012, 155; KG BeckRS 2012, 12410; OLG Hamm BeckRS 2016, 18657.

あり→　未遂
なし→　（ロ）へ
（ロ）直前行為の開始時期の判断（阻害的中間段階の存否）
・前提検討
犯行計画上，行為者態度から欺罔行為までに予定されていた中間段階の抽出
・実質的検討：それらの中間段階のなかに阻害的事情となるものがある／ない
なし→　未遂
あり→　予備

実際にこの判断構造を示すドイツ判例のうち，事案が明快で，理解に有益なものとしては以下に挙げるものがある。

カールスルーエ上級地方裁判所（OLG Karlsruhe）1981 年 8 月 21 日決定[29]
（以下，身内仮装事例）

【事案の概要】

被告人は，路上で初めて会ったＬに対して，自分がＬの親戚・知人である旨，虚偽を述べ，Ｌ自宅についていこうとした。被告人の目的は，Ｌから金銭を消費貸借の名目で得ることであった。Ｌが買い物に行く予定であったため，被告人は，ゲストハウス前のベンチで待つと述べて，Ｌと一旦別れた

28）　なお，訴訟詐欺においては，裁判官が行為者の虚偽を認識しうる時点を基準に詐欺の未遂開始判断が行われ，他の事案とは異なる観点での判断がなされているように思われる（BGHSt 24, 257; OLG Bamberg NStZ 1982, 247; OLG Düsseldorf NStZ 1991, 586; BayObLG NJW 1996, 406; OLG Hamm NJW-RR 2004, 1229; OLG München NJW 2006, 3364; OLG Hamm wistra 2009, 324; OLG Celle NStZ-RR 2012, 111）。しかし，直近の判例において，BGH wistra 2017, 390 は，阻害的中間段階の存否を検討することで，未遂の開始時期を判断しており，訴訟詐欺においても他の事案同様の判断内容が維持されることを確認している。訴訟詐欺の未遂開始時期については，その構造上の特異性も相俟って，ドイツ学説上も議論が盛んなところである（たとえば，*Hefendehl*, in: MüKo, 2. Aufl. 2014, § 263 Rn. 822 ff.; *Zaczyk*, in: FS Krey, 2010, S. 485; *Seier* ZStW 102, 563, 582 ff.）ため，本稿ではこれ以上詳細に扱うことはしない。

29）　OLG Karlsruhe NJW 1982, 59. 佐藤・前掲注 14）210 頁にも紹介・判文の翻訳がある。評釈としては，*Burkhardt* JuS 1983, 426. また同判決に触れるものとして，*Küper*（Fn. 24）, 338.

のち――何らかの約束には至らなかった――，被告人は警察官に逮捕された。

原審は，被告人の態度が欺罔行為に該当するとして，詐欺未遂の成立を肯定した。

【決定要旨】

同決定は，原審が被告人態度に（イ）欺罔行為該当性を肯定したことにつき，以下のように判示して，これを否定している。

「原審は，被告人が欺罔行為の構成要件要素をすでに実現したことを理由に，未遂を肯定した。たしかに，（イ）原則として，構成要件要素が実現している場合には常に構成要件充足を直接的に開始したというのは適切である。しかしながら，証人Ｌに対して行われた欺罔行為は構成要件に該当せず，Ｌは本件欺罔行為によって財産処分を行うきっかけを与えられたわけでもなかった。ただ，本件欺罔行為は，証人の信頼を獲得するに役立つものであるに過ぎず[30]，信頼が獲得されたのちに詐欺構成要件にとって決定的なさらなる欺罔行為，つまり被告人が消費貸借を必要とし，どのような理由から必要としているのかに関する欺罔行為が行われて初めて，証人の財産処分が行われることになったのである。それゆえに，被告人は刑法 263 条にいう欺罔行為を行っていないのであるから，下級審刑事部が行った根拠づけによって詐欺未遂を肯定することはできない。」

ここでは行為者の態度（身内であると偽る行為）が相手方に財産処分のきっかけを与えるものではなく，処分行為を直接的に惹起するものではないことを理由に欺罔行為該当性が否定されている[31]。本決定によれば，そのような処分行為を直接的に惹起するような欺罔行為は，消費貸借を必要とする理由につ

30）この「信頼を獲得するだけに資する」虚言では，未遂が認められないことは，その後，判例・学説上，定式化するに至っている。学説においては，*Rengier*, Strafrecht BT I, 19. Auf., § 13 Rn. 264; *Beukelmann*, BeckOK, 35. Edition, § 263 Rn. 84; *Hefendehl*, in: MüKo, 2. Auflage 2014, § 263 Rn. 818; *Kindhäuser*, in: NK, 5. Aufl. 2017, § 263 Rn. 376; *Perron*, in: Sch/Sch, 29. Aufl. 2014, § 263 Rn. 179. 判例においては，BGH wistra 1984, 225; OLG Hamm StV 2012, 155.

いての虚言であるという。本決定では具体的にどのような行為が欺罔行為となるべきかについての明言はないものの，このような本決定の理解からすれば，返済意思がないにもかかわらず，この意図を秘して消費貸借が必要となる理由について虚言を述べる行為が欺罔行為となろう。

他方，（ロ）直前行為の開始時期の判断については，以下のように判示している[32)]。

「証人Ｌが立ち去るまでに被告人が行った行為は，直接的に構成要件充足に至りうるものではなかった。この点について，証人の財産処分が行われるためには，さらなる欺罔行為が必要とされた。予定された詐欺にとって決定的な欺罔行為は，まだ行われておらず，まだ存在せず，それが初めて行われるのは，被告人が証人の住居に侵入したあととなるのは明らかである。証人が立ち去るまでの被告人の態度は，計画された構成要件充足と直接的な場所的・時間的連関にはなかった。証人は買い物に行こうとしたのであり，被告人は証人を『ゲストハウス前のベンチで』待つつもりであった。両者が再会するのかどうか，そしてどの時点で会うことになったのかは，被告人が証人と会話し，金銭を獲得するように試みるためにその住居を訪れることに成功したであろうかという問題と同様に，はっきりとしないものであった。そうすると，この事案状況においては，判例が要求する，評価されるべき行為者行為と問題となる構成要件充足との間の直接的な場所的・時間的連関は認められない。」

ここでは，前述の本来的な欺罔行為（返済する意思がないのに消費貸借を依頼すること）が行われるまでに，なお時間的・場所的な離隔があることが指摘されている。もっとも，その検討の実質は，上で示した（ロ）段階での，阻害的

31）　*Burkhardt*（Fn. 29), 426 は，身内仮装事例（OLG Karlsruhe NJW 1982, 59）について，（結論では正当であるとしながら）なぜ親族である旨の虚言が欺罔行為に当たらないのかを冒頭で問題提起に掲げている。このような問題提起は後述（Ⅲ１）するように，ドイツにおいて一般に欺罔行為が「相手方の表象に影響を与えるすべての態度」と定義されていることと関係する。

32）　正確には，（ロ）の検討は，（イ）の検討に先行して行われている。

中間段階の存否にあるといえる。すなわち，本決定は，犯行計画上，構成要件に該当する欺罔行為が行われるのがＬ宅であることを確認したうえで，「両者が再会するのかどうか，そしてどの時点で会うことになったのかは，被告人が証人と会話し，金銭を獲得するように試みるためにその住居を訪れることに成功したであろうかという問題と同様に，はっきりとしない」と評価している。前者の確認は（ロ）直前行為の開始時期の判断における中間段階の措定に，後者の評価は，阻害的事情の存否に関する検討に対応するものと捉えられる。被告人とＬとの間に再会の約束が存在せず，仮に再会できたとしても，その後にＬ宅に訪問できる可能性がはっきりしないとの事情は，Ｌに対する欺罔行為を行う上での阻害的中間段階となるからである。

以上のような判断を，先に示した図式に当てはめると，次の通りである。

（イ）身内である旨の虚偽が欺罔行為に該当するか（欺罔行為該当性判断）
　　しない　→（ロ）へ
（ロ）直前行為の開始時期の判断（阻害的中間段階の存否）
・前提検討
　犯行計画上，行為者態度から欺罔行為までに予定されていた中間段階の抽出
　　身内である旨の虚偽→　Ｌと別れる→　Ｌと再会→　Ｌ宅に行く→　金銭貸与を受けるための虚偽
・実質的検討：それらの中間段階のなかに阻害的事情となるものがある／ない
　あり　→予備
　　∵　行為者がＬと再会し，Ｌ宅を訪問できるかが不明

3　小括

以上見てきたように，実行の着手論から見た場合，詐欺未遂の開始時期の判断は，２段階構造にあることを指摘できる。このうち，１段階目の（イ）の検討は，純然たる詐欺罪の構成要件解釈，特に欺罔行為要件の解釈によることになる。２段階目の（ロ）の検討は，そこでの判断の実質が中間段階の措定と阻害的事情の存否の検討にあり，これが総論的理解で示された諸基準のうち，②中間段階の存否，③自動性の存否に対応するものであることからすると，これ

は一般的な未遂の開始に関する議論から導かれるものである。

このように見ると，実行の着手論から見た詐欺未遂の開始時期の判断は，詐欺罪の構成要件解釈という各論的議論と，直前行為までの着手時期の前倒しという総論的議論から構成されているものと分析できよう。

Ⅲ　欺罔概念から見た未遂の開始時期

前章では，ドイツにおける実行の着手論の観点から，詐欺未遂の開始時期の判断がどのように行われているのかを詳述してきた。他方，近時のドイツ判例のなかには，上記のような2段階構造を経ずに，欺罔行為該当性判断だけで詐欺未遂の開始時期を検討するものが見られる（2）。この判例の持つ意味を明らかにするうえでも，まずは，ドイツにおける欺罔概念を明らかにしておくことが必要であろう（1）。

1　ドイツにおける2つの欺罔概念

BGH判例においては，前章で確認した通り，（イ）の判断の中で，「行為者の欺罔が刑法263条にいう構成要件に該当するのは，被欺罔者に侵害的な財産処分行為を決意させ，それにより損害の発生にとって因果的となるような錯誤を惹起している場合に限られる」ことを指摘するものがある[33)]。これは，欺罔行為と，それ以外の構成要件要素との因果性を意識した定義であり，わが国で一般に言われる「欺罔行為は交付・処分行為に向けられていなければならない」に相応するものといえよう。この定義からすれば，錯誤に基づく処分行為を相手方に決意させるような虚言だけが，構成要件に該当する欺罔行為ということになる（仮にこれを狭義の欺罔と呼ぶ）。

しかしながら，このような欺罔行為の定義は，詐欺未遂，とくに未遂の開始時期が論じられる場面でのみ登場する。一般には，欺罔行為は，「他人の表象に影響を与えるようなすべての態度」と定義され[34)]，あくまでも欺罔行為が

33）　BGH NStZ 2002, 433.

もつコミュニケーション的側面のみが取り上げられている。この定義からすれば，なんらかの虚言であっても，構成要件に該当する欺罔行為となりうる（これを広義の欺罔と呼ぶ）。ドイツにおいては，わが国に見られるような「交付・処分行為に向けられた」という限定は，少なくとも欺罔行為の存否を検討する場面では見られない。

冒頭に述べた通り（Ⅰ **2**⑵参照），わが国においては「交付・処分に向けられた」という要素は窃盗との区別で論じられるものである。これに対して，ドイツでは，端的に処分行為がないから窃盗罪の成立が認められるとされる。窃盗罪と詐欺罪とは，排他的関係（Exklusivitätsverhältnis）にあるために，いずれか一罪しか成立せず，処分行為がない場合には窃盗罪のみが成立することになるからである[35]。つまり，窃盗罪と詐欺罪との区別は，欺罔行為の問題ではなく，処分行為の要件解釈と罪数論の問題として把握されているのである。

このようなドイツの一般的な欺罔概念である広義の欺罔からすると，行為者がなんらかの虚偽を申し述べた段階で欺罔行為が認められ，詐欺未遂の成立を認める，との判断も考えられうる。たとえば，先に挙げた身内仮装事例では，被告人は自身が身内であるとの虚言を申し述べているのである。これは「他人の表象に影響を与える」ものといえる[36]。とすれば，少なくとも欺罔要件の解釈からは，構成要件に該当する欺罔行為が認められることを理由に，この時点で詐欺未遂が認められるべきであるようにも思われる。それにもかかわらず，同決定では，「構成要件に該当する欺罔行為が認められるので詐欺未遂罪が認められる」といった判断はなされていなかった。

34）*Rengier*, Strafrecht BT I, 19. Auf. 2017, § 13 Rn. 9; *Beukelmann*, BeckOK, 35. Edition, § 263 Rn. 9; Lackner/*Kühl*, 28. Aufl., § 263 Rn. 6. 判例においては，BGHSt 47, 1; BGH NJW 2014, 2595; BGHSt 60, 1, 6. この点については，拙稿「詐欺罪における被害者の確認措置と欺罔行為との関係性（2）」法学新報 122 巻 5・6 号（2015）35 頁（38 頁以下）参照。

35）*Rengier*（Fn. 34），§ 13 Rn. 5.

36）同様の疑問を提示するものに，*Küper*（Fn. 24），347. *Küper* は，構成要件の一部でも実現されれば未遂の開始を認めるという判断（形式的客観説的な立場）に立った場合には，この虚言で未遂を認めざるを得ないと批判する。鈴木（彰）・前掲注 24）140 頁以下も参照。

たしかに，「他人の表象に影響を与えるすべての態度」という広義の欺罔から（イ）欺罔行為該当性を判断した場合，なんらかの虚言があれば即座に未遂となり，詐欺未遂の処罰範囲は相当に広く解されることとなり，妥当とは思われない。ドイツ刑法 22 条の立法動機においても，旧 43 条下での詐欺未遂の処罰範囲が過度に早期化していることが，指摘されていたことは前述の通りである[37]。それゆえに，ドイツ判例は，詐欺未遂が問題となる場面において，欺罔行為を「被欺罔者に侵害的な財産処分行為を決意させ，それにより損害の発生にとって因果的となるような錯誤を惹起する」ものと定義すること[38]で，未遂の開始時期の過度の早期化を抑制しているものと思われる。この意味で，相手方に錯誤に基づく処分行為を決意させるという狭義の欺罔概念は，詐欺未遂の開始時期を遅らせる機能を備えたものと言える。

以上のように，ドイツにおいては「他人の表象に影響を与えるすべての態度」で足りるとする広義の欺罔概念と，錯誤に基づく処分行為を決意させる狭義の欺罔概念の，２つの欺罔概念が存在する。（イ）欺罔行為該当性の判断において広義の欺罔概念ではなく，狭義の欺罔概念を用いることは，詐欺未遂の処罰範囲を適正に限定するとの視点から支持されうるものである。

2　錯誤に基づく処分行為を決意させる欺罔の存否

他方では，なお解消されない疑問も存在する。すなわち，どのような場合に，相手方に処分行為を決意させるような狭義の欺罔が肯定されるのか，との疑問である。この疑問は，わが国においてどのような場合に虚言が「交付・処分行為に向けられた」といえるか，との本稿冒頭に掲げた論点と同様のものである。

37）　前掲注 21）参照。

38）　ただし，このように他の構成要件要素との関連性を意識した欺罔概念が，主観的未遂論を採用するドイツにおいてどのように根拠づけられるのかは，ドイツ法の内在的な理解として問題となろう。たとえば，学説上は，刑法 22 条にいう「構成要件の実現を…開始し」とは構成要件要素すべての充足の開始を意味するとの説明（*Burkhardt*（Fn. 29），426）や，詐欺未遂の不法は相手方の処分自由を侵害しうるものでなければならないから単なる虚言では足りないとの説明が見られる（*Vogler*, in: FS Stree/Wessels, 1993, S. 285, S. 298 ff.）。これらの主張の当否も含めた詳細な検討は，他日を期すこととする。

たしかに，前章で取り上げた身内仮装事例では，被告人と証人Ｌとの間で金銭貸借についてなんらの会話も交わされていないため，身内を仮装する被告人の虚言がのちに金銭貸借を得るための口実となっているといえても[39]，この虚言は証人Ｌをして処分行為を決意させるものではないといえる。それゆえ，処分行為を決意させる虚言に欺罔行為を限定することで，身内を仮装する虚言の時点に欺罔行為を認めないと評価することができる。

しかしながら，行為者が犯行を成就させるために複数の虚言を重ねている詐欺事案においては，被害者に対して処分行為の決意をなさしめたとしても，なお処分行為を行わせるためにさらなる虚言が必要な場合も存在しうる。たとえば，保険事故を仮装して保険金を不正に交付させる目的で行為者が保険契約を締結し，その後，実際には発生していない事故を仮装した上，保険金を請求したとする。ここでは，保険金を不正に交付させる意図を秘して契約を締結する行為と，実際には発生していない事故に対して保険金を請求する行為の両者に虚言が認められる。後者の虚言が処分行為を決意させうるものであることに疑いはない。さらに，前者の契約締結時の虚言についても，保険金交付との関連で見た場合に，保険事故が実際に発生すればその申告に基づき保険金の支払いが行われうることが前提とされているのであるから，その意味で，保険会社に保険金の支払いを決意させうるものといいうるように思われる。このように，処分行為を決意させる虚言に欺罔行為を限定したとしても，その後に，現に処分行為が行われるまでになお行為者による虚言がなされなければならないような場合に，どの時点で詐欺未遂を認めるべきかについては，さらなる検討が必要であると思われる[40]。

この点についてのドイツ判例の立場を参照するうえで，以下に挙げる判例が参考になる。

39）*Burkhardt*（Fn. 29), 426 は，身内仮装事例に関して，身内を偽る行為は「A【被告人：訳注】の表象に従えば（条件公式の意味では）Ｌからの金銭の消費貸借を獲得するのに因果的であったと言える」と述べる（前掲注 31）も参照）。

BGH 2011 年 1 月 12 日決定[41]（以下，贈与税相当額譲渡事例）

【事案の概要】

被告人はＪ方において住居の管理人・Ｊの世話係として働いていた。2008 年 8 月に，Ｊは被告人からＪ所有の土地の譲渡を持ちかけられ，この提案に同意した。同土地に建てられている住居にＪを無償で住まわせ，被告人がこれまで通り看護することになっていた。この会話において，被告人はＪに対して，不動産の譲渡にあたって，真実は贈与税額が約 80,000 ユーロであるのに，150,000 ユーロの贈与税が課されることになると虚偽を申し述べた。被告人がこの金額を支払うことはできないので，Ｊは，被告人に課される贈与税を支払うために 150,000 ユーロを贈与することにも同意した。

2008 年 9 月に，被告人は知人である弁護士に，譲渡契約書の草案を作成するように依頼した。被告人が契約書の草案に賛同したのちに，弁護士は同草案を公証人に送付し，同公証人は文書作成期日を 2008 年 10 月 1 日 17 時に設定した。しかし，被告人が同日の午前中に逮捕されたために，文書作成には至らなかった。

原審は，被告人の行為が詐欺罪にいう欺罔行為に該当するとして，詐欺未遂罪の成立を認めた。これに対して，BGH は，原判決を破棄・差し戻し

40）ドイツ刑法の影響が色濃く見られるオーストリアにおいても，嘘が積み重ねられた詐欺事案で，いずれの虚言に欺罔行為が認められるべきかについての議論が見られる（*Kirchbacher*, in: WK, StGB, 2. Aufl. 2011, § 146 Rz. 124 ff.）。判例上は，行為者の虚言が被害者の処分決意に決定的な影響を与える場合に欺罔行為が肯定されるとの理解を前提に，この欺罔行為に先行する虚言についても，時間的近接性の存否，行為者による中間行為の存否の観点からの着手時期の前倒しが認められている（OGH JBl 1990, 329; JBl 1992, 726; ÖJZ 1993, 172）。被害者の処分決意に決定的な影響を与えていれば，詐欺結果の実現になお虚言が必要であったとしても，詐欺未遂は否定されない（OGH SSt 2009/25, 104）。学説では，この問題についての代表的業績であり，最高裁（OGH）判例にも引用の見られる *Karollus* JBl 1989, 627 によれば，「具体的な犯行計画が複数の欺罔行為を含んでいる場合には，詐欺計画のいずれの段階に決定的な重要性が認められるのか，すなわち，複数の欺罔行動のうちのいずれにつき，行為者が決定的な段階に達したと考えたのかが重要」（635）と述べ，行為者の犯行計画において決定的に（entscheidend）重要だと考えられている虚言こそが欺罔行為になるとされている。

41）BGH NStZ 2011, 400. 評釈として，*Jäger* JA 2011, 490.

た[42]。

【決定要旨】

「当刑事部は，被告人が，刑法 22 条にいう未遂開始に決定的となるハードルをすでに超えていたと言えるかにつき，疑問を呈する。たしかに，原審の採用する見解は，未遂が認められるには，通常，行為者がすでに法律上の構成要件要素を実現していることで足りるとする点では，正当である。原審は，その限りで，欺罔行為を肯定している。しかしながら，行為者がその目論見を実現するために行ったことは，問題となる犯罪構成要件並びにその意図される実現と関連づけられなければならない。その際，――詐欺罪においてそうであるように――複数行為からなる事象（mehraktiges Geschehen）が問題となっている場合には，刑法 22 条にいう構成要件の直接的な開始を認めるのに決定的となるのは，被欺罔者に錯誤に基づく財産処分を行うよう直接的に決意させ（bestimmen），財産損害を惹起するような欺罔行為の存否である。それゆえに，2008 年に行われた贈与税の額に関する最初の会話においてなされた被告人の申し出を考慮することは，自明のことではなかった。なぜならば，この申し出は，その後の本質的な中間段階を経ねば，目的とされた財産移転に達するものではなく，これを単に準備するに過ぎないものだからである。特に，被告人の表象によれば，さらに，相応の書面契約書の草案の作成，その作成から必然的に…公証人による書面作成が必要となっていた。これらに鑑みれば，当刑事部は，原審の認定から，被告人が構成要件要素の実現をまったく行わずに予備段階をすでに離れていたとの結論，そして『さぁ始めるぞ！』へのハードル，つまり中間的行為を伴わずに構成要件を実現させる行為（Tun）のハードルを超えていたとの結論を読み取ることはできな

42）同決定は，本件で中止未遂の成立が認められうる可能性を指摘したうえで，そのための認定を行うよう本件を原審に差し戻している。本稿では割愛したが，被告人が依頼した契約書草案においては，土地の譲渡にかかる贈与税のみならず，この贈与税相当額の金員の譲渡に関する贈与税をも考慮した記載がなされていた。たしかに，土地にかかる贈与税は約 8 万ユーロであったが，この現金譲渡にかかる贈与税も加味すると，全体の贈与税は約 13 万ユーロであった。このような事情に鑑みると，本件では，被告人が逮捕される前に，すでに中止行為が行われていたとみる余地があるという。

い。」

まず，本判決の特徴に，前章で確認した従前の判例のような２段階構造による検討が行われていない点が挙げられる。すなわち，本判決では，構成要件に該当する欺罔行為を確定したのちに，そこから着手時期を前倒しできるかとの判断がなされているわけではない。そうではなく，行為者が実際に行なった態度（贈与税額を水増しするという口頭での虚言）が，「被欺罔者に錯誤に基づく財産処分を行うよう直接的に決意させ，財産損害を惹起するような欺罔行為」に該当するかが判断されている。この２重下線部に見られる表現は，錯誤に基づく処分行為を決意させるという狭義の欺罔概念に対応するものである。つまり，錯誤に基づく処分行為を決意させるという狭義の欺罔行為が認められるかとの判断のなかで，検討が完結しているのであり，この点に実行の着手論から見た２段階構造判断との相違が見られる。

ここで，検討の対象とされている贈与税額を水増しすることについての口頭での虚言は，それ自体としてみると，この点についての相手方の応諾を得ることにより，その処分行為を決意させるものであるといえる。それにもかかわらず，本決定においては，この虚言について欺罔行為該当性が否定されている。

では，錯誤に基づく処分行為を決意させる狭義の欺罔は，どのような視点から検討されているか。この点につき分析を試みると，本決定で狭義の欺罔が否定される理由は，この贈与税額についての虚言ののちになお阻害的中間段階が残されていることにあるといえる。すなわち，本判決では，被告人の計画に照らすと，被告人がＪに対して贈与税の額を偽ったうえで相当額の譲渡の承諾を得たのちに，契約書の草案作成と，同草案に基づく公証人による契約書の作成という阻害的中間段階が残されており，これらの阻害的中間段階の存在から未遂の開始が認められないとされている。このようにみると，本決定は，処分行為を決意させる狭義の欺罔の肯否を，阻害的中間段階の存否によって行っているということができよう。

以上のように，行為者の虚言が狭義の欺罔に該当するかを判断するに当たって，阻害的中間段階の存否が検討されているとすれば，この検討は，前章で取

り上げた 2 段階構造のうち，（ロ）直前行為の開始時期の判断のなかで行われていた阻害的中間段階の存否の検討と同一のものであるといえる。つまり，2 段階目の検討が 1 段階目の（イ）欺罔行為該当性判断のなかに取り込まれているのである。このような本判決での法的評価を，犯行計画，現実の事象経過と合わせて示すと次のようになる。

	（1）犯行計画上の事象経過	（2）現実の事象経過	（3）法的評価
❶	土地譲渡についての口頭での約束	○	
❷	贈与税額を水増しした上での，相当額譲渡について口頭で約束	○	虚言（狭義の欺罔 or 予備行為）
❸	弁護士への契約書草案作成依頼	○	
❹	被告人による草案内容の確認	○	
❺	公証人への契約書作成依頼	○（ここまで）	
❻	契約書作成		阻害的中間段階
❼	契約書面の J 面前での朗読		虚言
❽	契約書の内容について J が誤信		錯誤
❾	契約締結		処分行為

この図を踏まえて，本判決において注目すべきは，「複数行為からなる事象（mehraktiges Geschehen）」ことが指摘されている点である。この表現の意味するところは，本判決が該当部分で引用している文献に当たると明らかとなる。そこでは，「複数行為による欺罔（mehraktige Täuschung）が行われる場合，直接的な開始を判断する際に決定的に重要となるのは，被欺罔者に錯誤に基づく財産処分を行うよう直接的に決意させ，財産損害を惹起するような欺罔行為」であるとされている[43)]。これは，上述のように行為者が嘘を重ねた場合を念頭に置いた議論と言って良い。

43）*Satzger*/Schmitt/Widmaier, StGB, 1. Aufl. 2009, § 263 Rn. 254. なお，この表現は，その後の改版でも維持され，最新版（3. Aufl. 2016, § 263 Rn. 334）にも見られる。オーストリアにおいて，同様の議論が見られる点については，前掲注 40）参照。

本件では，公証人による契約書作成ののちに，❼契約当事者の面前で契約書の内容を朗読することが予定されており，この点にも被告人の虚言が予定されていたと捉えることができる。ドイツの公正証書法（BUrkG）13 条 1 項 1 号によれば，公証人による契約書が作成された場合，締結前に公証人の面前で契約書が双方当事者に対して朗読されなければならないことが義務付けられている。本件では契約書面において，土地の譲渡に際して生じる贈与税額をＪが負担することが契約条項として明示されていたので，現実に生じた贈与税額について虚偽があれば，この朗読行為は，公証人を道具とした被告人による虚言と捉えることができる。その意味で，本件は，行為者が嘘を積み重ねた類型にあたるといえよう。

このドイツ判例に照らすと，行為者が嘘を積み重ねているような場合，いずれの嘘が行われた時点で詐欺未遂の開始が認められるかは，犯行計画上想定される阻害的中間段階の存否によって判断されることとなる[44)]。

以上の判断構造を図式化すると次のようになる。

（イ）錯誤に基づく処分行為を決意させる欺罔行為の存否
・前提検討
　犯行計画上，行為者態度から処分行為までに予定されていた中間段階の抽出
・実質的検討：それらの中間段階が阻害的事情となる／ならない
　ならない→　欺罔行為あり（未遂）
　なる→　欺罔行為なし（予備）

このように，近時のドイツ判例においては，欺罔要件を検討する際に，従前，着手の前倒しとの関連で行われてきた判断に相応する検討が取り込まれていることが見て取れる。このような判断は，どのような場合に，相手方に錯誤に基づく処分行為を決意させる狭義の欺罔が認められるのかとの疑問に回答を与えるものであろう。行為者の虚言と処分行為までの間に，事象経過を阻害するよ

44）もっとも，従前の判例においても，嘘の積み重ねたような事案が問題となったのであるから，この点が本決定の判断構造が従前の 2 段階構造との相違をもたらしたわけではないであろう。なにゆえに，本決定が，欺罔行為判断において，阻害的中間段階の存否を取り込んで，判断構造を一元化しているのかは，判例からは明らかではない。

うな中間段階が存在しなければ，その虚言は，錯誤に基づく処分行為を決意させる狭義の欺罔に該当し，構成要件に該当する欺罔行為を肯定できるのである。

3　2 段階構造と 1 段階構造との異同について

さて，ここまで，詐欺未遂の開始時期の判断にあっては，2 通りの理論構成がありうることを確認してきた。前章のように，実行の着手論から詐欺未遂の開始時期を判断した場合には，その判断構造は（イ）欺罔行為該当性判断と（ロ）直前行為の開始時期の判断の 2 段階から構成されるものであった。この手法は，処分行為を決意をさせる虚言を欺罔行為と捉え，そこから着手時期を前倒しできるかを検討するものと言える。この手法からは，処分行為を決意させる虚言が複数見られるような場合には，まずは処分行為の直前の虚言を欺罔行為として捉えることになると思われる。着手時期の前倒しの可否を検討するという手法の特性上，検討の起点となる時期を処分行為の直前に位置する虚言に設定することが許されるからである。

これに対して，本章のように，欺罔概念から見た場合には，すでに欺罔要件の充足を調査する際に，従前の（ロ）に対応する議論が取り込まれており，判断構造の一元化が見られる。この手法は，それ自体処分行為を決意させる虚言といえる場合であっても，なお阻害的中間段階が残されている限りでは，欺罔行為該当性を否定するものである。いわば，阻害的中間段階が存在しない時点まで着手時期を遅らせるものと特徴付けられる。

このような一元化傾向は，上記贈与税相当額譲渡事例以後，ドイツ判例に散見される[45]。詐欺未遂の開始を問題とする際に，なぜ判断構造に相違が生じうるのかという点は，それ自体興味深いものであるが，この点についての分析は，そのほかの犯罪類型も対象とした検討が必要であると思われる。それゆえに，本稿では，扱うことができない。

本稿の目的に鑑みると，むしろ注目されるべきは，そのような判断構造の相違が具体的な判断に対して影響を及ぼしうるものであるか，にある。ここでは，

45）OLG Hamm StV 2012, 155; KG BeckRS 2012, 12410; OLG Hamm BeckRS 2016, 18657; BGH wistra 2017, 390.

II 章，III 章での分析の終わりとして，この点についての検討を試みる。

ここで，改めて，実行の着手論から見た詐欺未遂の開始時期の判断の構造，欺罔概念から見た詐欺未遂の開始時期の判断の構造を確認すると次の通りである。

実行の着手論から見た開始時期の判断（２段階構造）

（イ）処分行為の直前の虚言が狭義の欺罔にあたるか／否か
　あたる→　未遂
　あたらない→　（ロ）へ
（ロ）直前行為の開始時期の判断（阻害的中間段階の存否）
・前提検討
　犯行計画上，行為者態度から欺罔行為までに予定されていた中間段階の抽出
・実質的検討：それらの中間段階のなかに阻害的事情となるものがある／ない
　なし→　未遂
　あり→　予備

欺罔概念から見た開始時期の判断（１段階構造）

（イ）狭義の欺罔の存否
・前提検討
　犯行計画上，行為者態度から処分行為までに予定されていた中間段階の抽出
・実質的検討：それらの中間段階が阻害的事情となる／ならない
　ならない→　欺罔行為あり（未遂）
　なる→　欺罔行為なし（予備）

いずれの判断構造においても，阻害的中間段階の存否が検討の中心に据えられている点では相違がない。他方で，行為者態度と欺罔行為の中間段階を検討するのか，行為者態度と処分行為までの中間段階を検討するのかに相違が見られる。２段階構造においては，欺罔行為との関係性，１段階構造においては，処分行為までの関係性が問題とされている。

この両者の相違は，詐欺未遂の開始時期を判断する際の視点の相違に由来するものであると分析できる。実行の着手論から見た場合，阻害的中間段階の存

否は，構成要件該当行為と現に行われた行為者態度との関係性が問われることになる。他方で，欺罔概念から見た場合には，処分行為を決意させる狭義の欺罔の存否が問題となるのであるから，処分行為までの関係性が問題とされることになる。

では，このような相違はその実質的な判断内容に影響をもたらすものであろうか。結論からいうと，いずれの判断構造に従った場合でも，その検討内容には相違はなく，結論にも影響を与えない。というのも，実行の着手論をベースに，２段階構造に則って詐欺未遂の開始時期を判断する場合であっても，結局のところ，行為者態度と処分行為までの関連性が問題となるからである。

２段階構造に従った場合，行為者態度と欺罔行為との関連性が問われるのであるから，着手時期の前倒しを検討する過程において，欺罔行為の内容と時期が確定されなければならない。犯行計画上予定されている（実際には行われなかった）行為者態度のうちのいずれが構成要件に該当する欺罔行為と言えるのか，そして，それがどの時点で行われるのかが評価される必要がある。この評価にあっては，処分行為の直前に位置する虚言が欺罔行為として選択される。つまり，２段階構造においては，処分行為を直接的に惹起する欺罔行為が確定されたのちに，この欺罔行為と行為者態度との間の中間段階が問われていることになる。この一連の判断過程を捉えると，行為者態度と処分行為までの関連性を問題としているともいいうる。２段階構造においては，行為者態度と処分行為までとの関連性が段階的に検討されているに過ぎない。

１段階構造においては，以上のような検討内容が，欺罔要件の判断においてまとめられている。行為者がすでになんらかの虚言を述べている場合で，それが相手方に錯誤に基づく処分行為を決意させる狭義の欺罔と言えるかが検討の対象とされている。

このように見た場合，２段階構造と１段階構造との相違は，詐欺未遂の開始時期の判断を総論的な実行の着手論から検討するのか，あるいは各論的な欺罔要件の解釈から検討するのかという視点の相違にすぎないと言える。実行の着手論から見た場合，処分行為に直接的に関連する欺罔行為を確定したうえで，そこから時系列としてどこまで遡って着手時期を前倒しできるかを検討するこ

とになる。対して，欺罔概念から見た場合，行為者の虚言が欺罔要件を充足しうるかを評価するために，その虚言以後に予定されている諸事情を検討することになる。

以上のように，いずれの判断構造に従った場合でも，その検討の順序に相違こそあれ，行為者態度と処分行為との間の阻害的中間段階の存否によって未遂の開始時期が判断される点で一致が見られる[46)]。したがって，２段階構造に従った場合でも，１段階構造に従った場合でも，その具体的帰結に相違が生じることはない。いずれの手法を採用するかは，実体的には重要なものではないといえる。

このことを上述の贈与税相当額譲渡事例で例証すると以下の通りである。ここでは，説明の便宜上，（１）犯行計画に照らした事象経過，（２）行為者が実際に行った態度，（３）各段階についての法的評価を図式化する。

事案と決定の詳細については上述の通りである。被告人は，Ｊから譲渡される土地に課される贈与税の金額について虚偽を述べて，これら譲渡に関する契約を締結しようとした。

	（１）犯行計画上の事象経過	（２）現実の事象経過	（３）法的評価	
			２段階構造	１段階構造
❶	土地譲渡についての口頭での約束	○		
❷	贈与税額を水増ししたうえでの，相当額譲渡について口頭で約束	○	虚言＝直前行為にあたるか？	虚言＝狭義の欺罔にあたるか？
❸	弁護士への契約書草案作成依頼	○		

46)　たしかに，行為者がなんらの虚言を述べていない場合では，１段階構造からは広義での欺罔にも該当しえないのであるから，詐欺未遂が否定されるのに対して，２段階構造においては未遂の開始にとって虚言の存在は必須ではないために詐欺未遂が肯定されることは，理論的にありうる。しかし，ドイツ判例においては，行為者がなんの虚言も申し述べていない段階で詐欺未遂の開始を認めたものは見当たらない。

❹	被告人による草案内容の確認	○		
❺	公証人への契約書作成依頼	○（ここまで）		
❻	公証人による契約書作成		阻害的中間段階	阻害的中間段階
❼	契約書面のＪ面前での朗読		虚言（狭義の欺罔）	虚言
❽	契約書の内容についてＪが誤信		錯誤	錯誤
❾	契約締結		処分行為	処分行為

２段階構造に照らして，詐欺未遂の開始時期を判断する際には，まず（イ）処分行為を直接的に惹起する虚言の確定が必要となる。すでに確認した通り，本件においては，❼契約当事者の面前での契約書の朗読が予定されている。この❼段階は，❾契約締結という処分行為を直接的に惹起させるものであるから，ここに欺罔行為を認めることができる。本件ではここまで至っていないため，❷の虚言にまで（ロ）実行の着手を前倒しできるのかが問題となる。その際，行為者が行った❷段階と，欺罔行為である❼段階の間に阻害的中間段階が存在するかが検討され，ここでは，❻公証人による契約書の作成が阻害的中間段階として存在しているために，結果的に着手時期の前倒しは認められない。

他方，❷の虚言に相手方に錯誤に基づく処分行為を決意させる狭義の欺罔が認められるかが問題となる。その際，❷段階と❾段階までの間に阻害的中間段階が存在するかが検討され，ここでも同様に❻公証人による契約書の作成が阻害的中間段階として存在しているために，❷の虚言を欺罔行為と評価することはできない。❷の虚言は，依然，予備行為にとどまるものである。

以上のように，２段階構造に従った場合でも，１段階構造に従った場合でも，❻公証人による契約書の作成が阻害的中間段階として存在している限りでは，詐欺未遂の開始を肯定することはできないとの結論に至る[47)]。

Ⅳ　ドイツ法の知見を踏まえた着手時期の検討

これまでドイツ判例における詐欺未遂の開始時期の判断がどのように行われているかを参照してきた。本章では，それらドイツ法の分析から得られた成果がわが国にもたらす示唆を確認する（1）。そのうえで，わが国において詐欺未遂の開始時期が問題となった判例を確認し（2），冒頭事例についてのありうる解決の試案を提示することで，本稿の結びとする（3）。

1　実行の着手論と，「交付・処分に向けられた」の解釈との関係性

詐欺未遂の開始時期を判断する際に，複数の理論構成があることは，わが国における詐欺未遂の開始時期の判断にとっても示唆的である。上述の通り，冒頭事例は，実行の着手論と「交付・処分に向けられた」の解釈とが交錯する領域にあるものであった。このような交錯領域において，冒頭事例を検討するために実行の着手論と，「交付・処分に向けられた」の解釈とがどのように関連づけるのかが一つの問題たりうる。すなわち，実行の着手論と「交付・処分に向けられた」の解釈は，ともに検討されるべきものであるのか，いずれか一方の検討で足りるのか，である。

すでに指摘した通り，わが国においては，「交付・処分に向けられた」という要素は窃盗罪との区別において重要視されてきたが，この要素の解釈により未遂の開始時期を評価するという議論は展開されてこなかった。これに対して，ドイツにおいては，錯誤に基づく処分行為を決意させるという狭義の欺罔概念の判断において，阻害的中間段階の存否という総論的視点が取り込まれることで，その内実を示そうとする判例が見られる。狭義の欺罔概念が処分行為との結びつきを示すものであったことからすれば，ここでの議論を「交付・処分に向けられた」の解釈指針とすることが考えられるように思われる。すなわち，仮に行為者の虚言が相手方の交付・処分行為を直接的に惹起するものではなか

47）　裏を返せば，本件での犯行計画において公証人による契約書作成が予定されていない場合，❷の段階で未遂の開始を認めることができると思われる。

ったとしても，この虚言と交付・処分行為との間の自動性を阻害するような事情がない限りでは，この虚言を「交付・処分に向けられた」欺罔行為と評価することができるのではないか。

「交付・処分に向けられた」の内実を，ドイツ判例での分析をもとに，阻害的中間段階の存否に求めるとすれば，これは実行の着手論から見た検討内容と同一のものであることを指摘できる。とすると，冒頭事例のように，実行の着手論と「交付・処分に向けられた」の解釈とが交錯する領域においては，いずれかの検討を行えば足りるということができよう。

このように複数の理論構成が存在することとは別に，阻害的中間段階の存否を検討することが，わが国の従前の実行の着手論と整合するものかについて確認しておく必要があるように思われる。ドイツ法から得られた知見は，わが国の判例実務に，特に近時の最高裁判例に整合しうるものといえるか。

「交付・処分に向けられた」という要素については，詐欺未遂の開始時期との関連でその内容を明示する裁判例がわが国には見られず，判例との整合性を図るという問題意識がそもそも生じない。これに対して，実行の着手論から見た場合には，冒頭事案を紹介する論文においても言及されていたように，クロロホルム事例決定との整合性が問題となろう。

周知の通り，クロロホルム事例決定においては，密接性と危険性という上位基準のもとに，必要不可欠性，自動性，場所的時間的近接性の 3 つが提示されていた。これら 3 つの要素相互の関係性，あるいは密接性・危険性という上位基準との関係性については，学説上も議論の見られるところであるが，同決定の調査官解説においては，「実行着手の時期の判断に当たり重視すべき事情」として位置付けられている[48)]。このような位置付けを前提とすると，阻害的中間段階の存否というドイツ法から得られた知見は，これが自動性に相応するものであることからして，密接性・危険性を評価するための 1 事情ということになろう。それゆえに，行為者態度と処分行為までの間に阻害的中間段階が存在した場合には，この事情は密接性・危険性を否定する方向に作用するものと

48）　平木・前掲注 9）172 頁。同解説では，本文に挙げた 3 つに加えて，「準備行為自体が成功する可能性」が挙げられている。

思われる。阻害的中間段階が存在すれば常に実行の着手が否定されるかについては，他の2事情との関係性をどのように捉えるべきかによると思われる[49]。いずれにしても，阻害的中間段階の存否を検討するドイツ判例の手法は，わが国の最高裁判例に照らしても，採用可能であるように思われる[50]。

2　わが国における従前の詐欺未遂の開始時期

では，冒頭事例との関連で，行為者が実際に行った態度と処分行為との阻害的中間段階を検討するとの手法を採用した場合には，どのような事案の処理となるであろうか。この点について検討を加える前に，詐欺未遂の開始時期に関する従前の判例を確認しておく。

詐欺未遂の開始時期については，判例・学説上，欺罔行為が開始された時点であるとの理解が共有されている[51]。たとえば，大判大正3年11月26日刑録20輯2260頁は，「詐欺未遂の犯罪を構成するには…財物を騙取する為め単

49）　さらに，他の近時の最高裁判例の帰結を，阻害的中間段階の存否という見地から説明することは可能である。たとえば，実行の着手を否定した最判平成20年3月4日刑集62巻3号123頁では，回収可能性が低いことが指摘されていたが，この事情は行為者らが実際に行った態度と陸揚げ行為との自動性を阻害するような中間段階が存在することを示すものと捉えられる。実行の着手を肯定した最判平成26年11月7日刑集68巻9号963頁では，検査済みシールが貼付されていれば「通常，そのまま機内預託手荷物として航空機に積載される扱いとなっていた」ことが指摘されており，これも同様に被告人の行った態度と輸出行為との間に自動性を阻害するような中間段階が残されていないことを示すものと理解できる。なお，わが国での実行の着手論に関する見解の相違を踏まえ，詐欺未遂の着手時期について各説からの理論構成のあり方を描写する樋口・前掲注3）も参照。

50）　もっとも，ドイツ判例上は，阻害的中間段階の存否にあっては，「行為者が当該中間段階を阻害事情として捉えていたか」という主観的基準が用いられることがある（KG BeckRS 2012, 12410; OLG Hamm BeckRS 2016, 18657）。わが国においては，行為者の犯行計画を取り込む限りでは，行為者の主観的側面が考慮されることは認められているが，それ以上に，自動性の存否を行為者の主観に照らして判断するような手法は一般に採用されていない。この点は，ドイツ判例にいう「行為者が阻害事情と捉えていたか」という基準に代えて，「客観的に阻害事情と言えるか」という基準を用いるとの態度決定がありうるように思われる。

51）　事案によっては相手方の錯誤発生を要求する見解が一部見られる（高橋則夫『刑法各論［2版］』（2014）303頁脚注18。

に人を錯誤に陥らしむべき欺罔手段を用いし事実あるを以て足る」と判示している[52]。他方で，大判昭和 7 年 6 月 15 日刑集 11 巻 859 頁は，保険金詐欺が問題となった事案で，保険金の対象である家屋に放火した時点では，詐欺罪の実行の着手は認められず，その後，失火を装って保険会社に保険金の支払いを請求した段階で初めて詐欺未遂が認められるとした。家屋の放火は，のちに保険金請求を行うために必須の行動であるとは言えるが，この時点では被害者たる保険会社に対してなんらの虚言も述べられていない。それゆえ，この判決は，欺罔行為が開始される前には，詐欺未遂が認められないことを含意しているものといえよう。

もっとも，判例上，欺罔行為の開始時期と詐欺未遂の開始時期は常に同一とされてきたわけではない。最判昭和 29 年 10 月 22 日刑集 8 巻 9 号 1616 頁は，競輪選手である被告人が他の選手と通謀して八百長レースを行った事案において，「詐欺の実行の着手は八百長レースを通謀した選手らがスタートラインに立った時」であると判示した。本事案では，被告人が得ることになるレース賞金ならびに投票券の払戻金の詐取が問題とされた[53]。

このうち払戻金の詐取については，レース前に被告人が投票券を購入する段階ですでに欺罔行為を認めることができるように思われる。賭博対象を自己の有利となるように不正に操作する意図を秘して，賭博の申し込みを行うことそれ自体が欺罔行為に該当することは，すでにわが国の判例上認められているところである[54]。それにもかかわらず，投票券の購入時ではなく，その後のレース開始時に詐欺未遂の開始が認められているのは，なぜであろうか。

この点，同判決の調査官解説によると，実行の着手時期を「選手が車券を買

52）　このほかに類似の指摘を行うものとして，大判昭和 3 年 9 月 17 日刑集 7 巻 578 頁，大判昭和 8 年 11 月 9 日刑集 12 巻 2114 頁，大判昭和 9 年 6 月 11 日刑集 13 巻 730 頁。

53）　被告人ら以外の一般の投票者と，競輪レースの主催者のどちらを被害者とするかが争われた事案でもあるが，最高裁は賞金・払戻金のいずれについてもレース主催者を被害者として構成している。

54）　最判昭和 26 年 5 月 8 日刑集 5 巻 6 号 1004 頁（モミ賭博事例）。ドイツにおいても同様である（拙稿「詐欺罪における推断的欺罔の概念」中央大学大学院研究年報法学研究科篇 41 号（2012）193 頁（201 頁以下））。評釈においても，投票券購入時に詐欺未遂を肯定するものがある（鈴木義男「判批」『刑法判例研究Ⅲ』（1975）681 頁（690 頁））。

受けた時と解するとすると，車券購入後翻意して公正なレースを行ったときでも，詐欺の中止未遂を認めざるを得なくなる」一方で，「選手がスタートに立つに至れば，すでに車券は売止められてもおるし，もはや翻意することは実際上不可能であり，ここに犯意の飛躍的表動を認めることは相当であろう」ことが指摘されている[55)]。ここでは，レースが開始される前には，なお公正なレースを行うように翻意する可能性があることを理由に，実行の着手時期をスタート地点に立つ行為と構成するべきとされている。

このような指摘は，阻害的中間段階の存否という見地から説明可能であろう。まず，本事案を，（1）犯行計画に照らした事象経過，（2）行為者が実際に行った態度，（3）各段階についての法的評価に分類して，図式化すると次のようになる。なお，本件では，被告人らは現実に払戻金の受領に成功しているため，犯行計画と現実の事象経過とが合致している。

	（1）犯行計画上の事象経過	（2）現実の事象経過	（3）法的評価
❶	他の選手と八百長の通謀	○	
❷	投票券の購入	○	虚言（予備行為）
❸	レースの開始	○	実行の着手（阻害的中間段階）
❹	投票券の払い戻し請求	○	虚言（欺罔行為）
❺	公正なレースが行われた旨の担当者の誤信	○	錯誤
❻	払戻金の支払い	○	処分行為

55）寺尾正二「判解」最判解刑事編（昭和29年度）307頁以下（313頁）。このほかに「賞金の詐欺と払戻金のそれとで，実行の着手の時期を統一的に理解しえない不当がある」ことが指摘されているが，賞金と払戻金とで着手時期を区別することにどのような不当性があるのかについての説明は見られない。

たしかに，本件では，投票券を購入する段階で，八百長をするとの事実についての黙示的な虚言が認められる。しかしながら，このような虚言は，レースが実際に行われて初めて，賞金および払戻金の支払いという交付行為に至るものである。それゆえに，ここでは不正なレースを行うということが，購入行為と交付行為との間での中間段階として位置付けられる。そして，スタートが実際に開始される前には，いまだ公正なレースを行うよう翻意することが考えられるのであるから，この中間段階はなお購入行為と交付行為との自動性を阻害するような事情として理解される。したがって，仮に購入時に虚言があったとしても，この中間段階が乗り越えられない限りでは，詐欺未遂の開始が認められない。

以上のように，ドイツ法分析から得た知見は，わが国の詐欺未遂判例を説明するうえでも有用と言える。

3　冒頭事例の検討

では，冒頭事例はどのように評価されるか。本判決では，受け子が被害者宅に到着したのちにどのようにして現金を交付させるつもりであったかなど，必ずしも行為者らの犯行計画の全容は明らかではないが，原審の公訴事実や本判決の判示内容からは，氏名不詳者らの架電行為から処分行為に至るまでの事象経過としては，次のようなものが抽出できる。

	（1）犯行計画上の事象経過	（2）現実の事象経過	（3）法的評価	
			原審	控訴審
❶	警察官である旨偽ったうえでの預金現金化を示唆	○	虚言（欺罔行為）	虚言（予備行為）
❷	被害者による預金現金化	○		交付の準備
❸	警察官役の受け子の派遣	○		

❹	受け子の被害者宅への到着	○（ここまで）		
❺	受け子が警察官を名乗り現金引き渡しを要求		虚言	虚言（欺罔行為）
❻	その旨の被害者の誤信		錯誤	錯誤
❼	現金引き渡し		交付行為	交付行為

原審は，量刑判断を示しているにとどまるが，罪となるべき事実の記載に鑑みると，架け子グループが❶警察官である旨偽ったうえで被害者に預金の現金化を示唆した架電行為を欺罔行為と捉えているようである。これに対して，東京高裁は，現金の受け渡しを惹起する行為を欺罔行為として捉えるべきことを主張しているのであるから，❺受け子が警察官を名乗って現金引き渡しを要求する行為を欺罔行為として構成することになろう。

ドイツ法から得られた知見をもとにすると，実行の着手論から見た場合には，東京高裁のように交付行為を直接的に惹起する虚言を欺罔行為として捉えたうえで，そこから阻害的中間段階が認められない時点まで，実行の着手時期を前倒しすることができる。対して，欺罔概念から見た場合には，交付行為を直接的に惹起する虚言は必要ではなく，❶の虚言であっても，処分行為までの間に阻害的中間段階が認められない限りでは，交付行為を決意させる欺罔として詐欺未遂の開始を肯定することができる。

では，犯行計画上，被告人らが実際に行った態度ののちに，なお阻害的中間段階は残されているか。ここで処分行為までの中間段階は，❷被害者による預金現金化，❸受け子の派遣，❹被害者宅への到着，❺受け子による現金の引き渡し要求となることが考えられる。このような中間段階のなかで，阻害的事情となるのはいずれであろうか。

❺受け子による現金の引き渡しの要求が行われたのちには，被害者の錯誤および錯誤に基づく処分行為が残されているのみである。また，❹受け子が被害者宅へ到着した段階では，それに連続して❺に移行することになろう。したがって，これらが阻害的事情となる場面は想定しにくい。

これに対して，❸は，具体的事情によっては，処分行為までの阻害的事情と評価しうるように思われる。

前述の通り，本件では，受け子が被害者宅に到着したのちにどのようにして現金を交付させるつもりであったかが明らかではない。仮に，被害者が高齢であり，前日に詐欺被害に遭っていたために，警察官役の被告人からの交付要求に応じやすい状況が作出されていたとの事情も考慮して，受け子が単に被害者に警察官を名乗って現金の交付を要求しただけで，被害者による交付が行われたといえるならば，❶架電行為ののちに阻害的中間段階は残されていないと評価できるとも考えられる。

これに対して，本件が，現金を交付させるためには受け子が単に交付要求を行うだけでは足りず，その名目などについてさらに巧妙に虚言を重ねなければならないという場合であって，この受け子の虚言が成功するか否かが犯行計画上重要な位置付けを占めるような場合であるとすれば，❸受け子の派遣が阻害的中間段階になりうるように思われる。とりわけ，架け子と被害者との会話のなかで具体的な交付指示が行われていない本件で，受け子が交付要求を行うだけでは現金の交付が行われなかったとすれば，この会話の時点で被害者による交付行為が誘発されることはないことになる。とすると，現金交付に向けてさらに重要な虚言を相手方に申し述べる役目を担った受け子を派遣することこそが，本件において被害者による交付行為との自動性を認めるのに必要な段階であると思われる。

以上のように，本件での具体的事実により若干の相違はありうるものの，遅くとも[56]，この❸の段階を超えた時点で，詐欺未遂の開始を認めることができるように思われる[57]。また，この❸の段階が行われていれば，❷被害者が

56）　あるいは，❸段階が阻害的中間段階になりうる場合でも，この段階を超えている場合には，翻って❶段階に実行の着手を認めることができると結論づけることも考えられる。

57）　このように虚言を述べていない段階に詐欺未遂の開始を認めることは，欺罔行為の開始時期が詐欺未遂の開始時期であるとする従前の裁判例（大判大正 3 年 11 月 26 日刑録 20 輯 2260 頁および前掲注 52）参照）に抵触するようにも思われるが，わが国の判例上，詐欺未遂の開始時期が虚言を述べた時点に拘束されないことは，上述（IV **2**）の通り，すでに認められている。

実際に現金の引き出しを行ったか否かは重要ではなく[58]，仮に❷がなされていなかったとしても，詐欺未遂は否定されないのではないか。

結論としては，本件では，交付要求がなされていない段階で[59]詐欺未遂の成立を肯定することは可能であり，受け子である被告人にそのほかの要件が欠けるところがなければ，共同正犯の成立を肯定することができる。

以上，本稿では，詐欺未遂の開始時期について，ドイツ判例の知見をもとに検討を試みた。阻害的中間段階の存否という見地から詐欺未遂の開始時期を判断するとの手法が妥当なものといえるかについては，他の裁判例をも踏まえた分析が必要になると思われるが，この点は他日を期すこととする。

【付記】本稿は，科研費若手研究（B）（研究課題番号：17K13637）の助成を受けたものである。

58）　ただし，たとえば，行為者が1000万円の金銭を準備するように促しているなど，行為者の要求する金額が多額であった場合には，このような多額の現金をATMから引き出すなどして即座に準備することはできないのであるから，被害者における金銭の準備状況も阻害的事情となりうると思われる。

59）　逆に，具体的な交付指示がなされている場合には，具体的事情にもよるが，それだけで交付行為が誘発されると言えると思われる。それゆえ，判断を抽象化して，未遂の開始時期を一律に受け子の派遣時点とすることも妥当ではない。