
特殊詐欺における中途関与者の刑事責任 —だまされた振り作戦と中途受取り関与者の共犯の成否を中心として—

日本大学危機管理学部 准教授 上野 幸彦

- I はじめに
- II 最近の下級審の裁判例とその論点
- III 中途からの犯行関与と共犯
- IV 犯行発覚後の被害者からの受取り行為の可罰性
- V 共謀の成否
- VI おわりに

I はじめに

特殊詐欺の事犯は、社会的に広く注意喚起が行われているにもかかわらず、手口の多様化や巧妙化も見られ、依然としてその被害は後を絶たない¹。この犯罪は、ほぼ犯行グループによって組織的に行われており、役割を分担して遂行するケースが多い。被害者と接触したり、被害財物の占有を実際に担当する末端の者は摘発されやすいので、最近では、犯行グループと直接関係しない者を、受取りに利用するケースも見受けられる。一方、組織・グループの幹部や管理者の捕捉に至らなければ、犯行は繰り返されることになるので、警察は、組織の実態を解明し、組織幹部の摘発を目的として、被害者の協力の下、いわゆる「だまされた振り作戦」を展開している。ところが、最近、この作戦が採られた事案の中で、犯行グループに属していない者による財物の受取り関与につき、無罪判決を言い渡す下級審の裁判例が登場した。そこで、本稿では、無罪の判断が示された3つの事件を取り上げ、それぞれ第1審と控訴審の判断を紹介し、論点を整理したうえ（II）、それらの論点について、検討を行う（III、IV、V）こととする。

II 最近の下級審の裁判例とその論点

1 事件の概要と裁判所の判断

共犯者の罪責をめぐって、原審と控訴審の判断が分かれたケースとして注目される3つ事件の裁判例を、以下に紹介しておこう。

(1) 名古屋便利屋事件

第1の事件は、名古屋市在住の被害者（当時81歳）に対して、氏名不詳者らが息子に

なりすまして同人を騙し現金の交付を受けようとした事件に関し、便利屋業を営む被告人 X が、氏名不詳者からの依頼に基づき、荷物の受取に関わったものである。被告人である X は、本件に先立って、氏名不詳者から郵便物の転送を仕事として依頼され、これを引き受けたことがあり、再度の依頼を受けた際には、不審に思ったため、警察に相談し、何らかの犯罪に関わっている可能性があり、関りを持たないよう教示されたが、郵便物を開封し中身を確認したところ、特に問題がないと判断し、転送を行い、報酬（1 件当たり 2000 円から 5000 円）を受けていた。その後、氏名不詳者から、本件荷物の受取りを依頼され、引き受けた。一方、被害者が息子に確認したところ、氏名不詳者らによる詐欺の犯行が発覚し、警察に相談したところ、だまされた振り作戦が採られることになった。X は、依頼人の指示に従って被害者が発送した模擬現金入りの荷物を受け取った直後に、詐欺未遂の現行犯人として逮捕されている。

この事案において、弁護人は、氏名不詳者との間の事前共謀は存在しない、荷物の受取りを指示され承諾した時点では、既に詐欺未遂としての行為が終了している等として無罪を主張した。第 1 審・名古屋地裁平成 28 年 3 月 23 日判決²（以下、【A 判決】という。）は、被害者が配達依頼した時点で「詐欺既遂の現実的危険も消失していたといえる。そうすると、詐欺既遂の現実的危険という本件詐欺未遂の結果が既に発生し終わった後に、被告人が関与したことになるから、被告人の同日の行為が本件詐欺未遂の共同正犯の責任を負わせることはできない。」「既に模擬現金の配達依頼された後に、これを受け取ることを依頼されて、現にこれを受け取るという行為をしたとしても、詐欺既遂の結果を発生させる客観的危険に何ら寄与するものではないから、現金を受領することで詐欺行為の一部に関与し、行為を共同したと見ることでできる詐欺未遂とは異なり、本件詐欺未遂で、被告人の受領行為をその行為（ないしは実行行為）の一部と見るのにも疑問が残る。」として、無罪を言い渡した。

控訴審・名古屋高裁平成 28 年 9 月 21 日判決³（以下、【B 判決】という。）は、本件被告人に詐欺を行うことについての意思の連絡がある場合には、詐欺という犯罪に加担する意思を持って現金等を受領しようとしたが、実際は既にその結果が発生することはない状態にあったことから、まさに詐欺未遂罪の成否が問題となり、不能犯の考え方をを用いて判断することが必要かつ妥当であるとして、原判決の判断に誤りがあると指摘している。そして、「実際には結果発生が不可能であっても、行為時の結果発生の可能性の判断に当たっては、一般人が認識し得た事情および行為者が特に認識していた事情を基礎とすべきである。そうすると、仮に、被害者が、被告人が A からの荷物受領の依頼を受ける以前に既に本件荷物の発送を終えていたとしても、被害者が警察に相談して模擬現金入りの本件荷物を発送したという事実は、被告人および氏名不詳者らは認識していなかったし、一般人が認識し得たともいえないから、この事実は、詐欺既遂の結果発生の実現的危険の有無の判断に当たっての基礎事情とすることはできない。本件通話の時点で氏名不詳者らは、実際に現金を受け取る意思であったと認められるから、詐欺の犯意は失われておらず、被告人

が氏名不詳者らとの間で共謀したとみられれば、被告人に詐欺未遂罪が成立することになる。」と判示した。控訴審は、この点で、詐欺未遂罪の成立可能性を認めたものの、Xにおいて、本件詐欺未遂について氏名不詳らと共謀を遂げた事実を認めるに足りる証拠はなく、公訴事実についての証明が不十分であるとして、控訴を棄却し、無罪の結論を維持した。

(2) バイク便事件

第2の事件は、都内で便利屋事業を営んでいるYが、氏名不詳者からの依頼に基づき、指定された空室で荷物を受け取り、指示された場所へ運ぶという仕事を行っていたケースである。犯行グループによる二つの犯罪事実に関しており、一つは、①被害者（当時79歳）に対しプラチナ代金支払債務があるかのように欺き、逮捕を免れるためには、その支払いが必要であると誤信させて、現金を平成27年2月3日以降数回にわたって都内の指定先にゆうパックで送付させ、詐取した詐欺既遂である。もう一つは、②平成27年2月頃、実際には存在しないのに、被害者（当時70歳）に対し介護施設に対する違法な名義貸しを行っているかのように欺き、刑事訴追を回避するためには200万円の支払いが必要であると誤信させて、指定された住所に宛てて現金を送らせようと欺罔行為を行ったが、被害者が警察に相談し、詐欺であることが発覚した詐欺未遂である。

Yは、平成27年2月14日に、都内のマンションの空室に届いた荷物を受け取って運ぶ仕事を依頼され、報酬は3万円、受け取るのは書類との説明を受け、翌日、指示に従って荷物を受け取り、受け渡し場所と指定されたところで男性に荷物を渡し、料金を受け取った。その後、18日に同一の依頼人から仕事の依頼があり、翌19日にこの仕事を従業員に行わせ、同日また依頼があり、翌日にこの仕事を従業員に行わせたが、依頼のあった19日の電話で報酬を4万円に増やす代わりに人員の確保を求められた。①に関連して、被告人Yに対する公訴事実は、依頼人から24日に依頼を受け、翌25日に指示に従って、空室に立ち入り、同所でゆうパックで配達された荷物を受け取り、その後指示を受けた場所で男性に荷物を渡し、料金4万円を受け取った点である。②の詐欺未遂に関して、Yは、25日に依頼人からの電話による依頼を受け、この仕事を翌26日従業員に行わせたが、だまされた振り作戦によって配達員を装った警察官から従業員は荷物を受け取った点につき、検察官は、氏名不詳者らとの共謀の成立を主張し、詐欺未遂の共同正犯の成立を主張した。

第1審・名古屋地裁平成28年4月18日判決⁴（以下、【C判決】という。）は、配達先はその都度変更され、空室での荷物の受取りであり、しかも通常よりも高額な料金（通常であれば、1万5000円程度で、高くても2万5000円程度）であったことなどの事情から、Yの認識について、23日の時点では、「これまで本件依頼人からの受取の依頼を受けた荷物について、送り主は、何かの意図があって空室に送っているのではなく、だまされて財産的価値のある物を空室に送っているのかもしれないという認識はあったと認められる。」と認定したうえ、①の詐欺既遂の件につき、「本件依頼人からの依頼に際し、だまされて送られてきた荷物でも構わないと考えてこれを引き受けたものであって、詐欺に加担する意

思を有し、荷物の受取という判示詐欺の一部に加わり、実際に詐欺の結果を生じさせたと認められるから、自ら行った行為とその結果にとどまらず、加担前に行われた氏名不詳者らの詐欺行為についてもその責任を負うものであり、前記依頼の際の意思連絡により、判示詐欺について被告人が判示の氏名不詳者らと共謀を遂げたと認めるのに十分である。また、被告人について詐欺罪の故意に欠ける点もない。」として、本件詐欺の全部について共同正犯としての責任を肯定した。一方で、②の詐欺未遂の件については、19日の依頼人からの依頼に応じる時点で、詐欺の犯行に関する包括的な共謀が成立し、共同正犯としての責任を免れないとする検察官の主張に対し、Yにおいて、本件の詐欺グループがどのようなメンバーで構成され、どの程度の規模であったのかといった事情はまったくわかっておらず、実際にどのような詐欺を行っているかといった詐欺の核心部分は何も知らなかったこと、営業実態のある便利屋を経営しており、本件の犯人グループとは別の組織であり、依頼を受けた仕事以外について報酬（料金）を得るものではないことを指摘して、包括的な詐欺の共謀の成立を否認した。さらに個別的な共謀に関しても、25日に被害者が警察に相談し、詐欺であることが発覚し、だまされた振り作戦が採られたため、氏名不詳者らによる犯行は未遂に終わっているところ、「被告人は、同月25日午後5時9分頃、本件依頼人から、電話」で、指定先に「配達される荷物を受け取って運ぶ仕事の依頼を受け、料金4万円でこれを引き受けた（この時点で氏名不詳者らの公訴事実記載の詐欺による結果惹起は不能になっており、また、この時点での意思連絡が氏名不詳者らの前記詐欺を促進するものでもない。）」として、「公訴事実記載の詐欺を行うに際して被告人との共謀を遂げていたとは認められず、被告人が共同正犯としての責任を負うものではない。」と結論付けて、詐欺未遂の公訴事実については、無罪を言い渡した。

これに対し、②の部分の無罪判決につき、検察官が控訴した。名古屋高裁平成28年11月9日判決⁵（以下、【D判決】という。）は、検察官の主張を認めて、原判決を破棄し、自判している。同判決は、本件詐欺による結果惹起が不能となった後にYが関与した事実につき、原判決が純客観的に本件詐欺の危険性の有無を判断している点を取り上げ、「本件のように、結果発生が後発的に不可能になった場合の、不可能になった後に共犯関係に入った者の犯罪の成否は、結果に対する因果性といった問題を考慮しても、共犯関係に入った時点で結果発生の実現的危険があるか否かによって判断すべきであり、不能犯の問題と同じ状況であるから、「不能犯の場合と同様の判断方法を用いるべきである。すなわち、行為時の結果発生の可能性の判断に当たっては、一般人が認識し得た事情及び行為者が特に認識していた事情を基礎とすべきであり、模擬現金入りの荷物を発送した事実は、被告人および氏名不詳者らにおいて認識しておらず、また一般人も認識し得なかったとして、この事実を基礎事情とすることはできないから、Yが依頼人から本件依頼を受けた時点でも、「詐欺既遂の結果発生の実現的危険はあったとみるべき」であり、詐欺未遂罪の共謀共同正犯が成立すると判示している。

(3) 福岡荷物受取事件

氏名不詳者らは、欺罔行為によって、被害者を誤信させ、現金を空き部屋に配送させて騙取しようとしたが、被害者が警察に相談し、詐欺であることが発覚し、騙された振り作戦が採られた。Zは、知人から、他人の名前を使って荷物を受け取り、1回5000円から1万円の報酬がもらえる仕事があるともちかけられ、既に3,4回荷物を空き部屋で受け取り、知人に渡し、報酬を得ていたところ、本件荷物の受取りに及んだものである。

原審・福岡地裁平成28年9月12日判決⁶（以下、【E判決】という。）は、事前共謀を否定したうえで、「被告人の共謀加担前にC〔筆者注・氏名不詳者〕による本件欺罔行為によって詐欺の結果発生の危険性を生じさせたことについてはそれを被告人に帰責することができず、かつ、被告人の共謀加担後は、被告人及びCらにおいて詐欺の実行行為がなされていない（被告人及びCらにおいて更なる欺罔行為がなされた事実は認められず、また、被告人は本件荷物を受け取っているが、本件荷物は、A〔筆者注・被害者〕がCの欺罔行為によって錯誤に陥ったことにより交付したものではなく、「だまされたふり作戦」の一環として犯人検挙の目的で発送されたものであるから、それを受け取る行為は詐欺の実行行為に該当しない。）ことから、被告人は、詐欺の結果発生の危険性に寄与したとは認められないと判示し、被告人を無罪とした。

控訴審・福岡高裁平成29年5月31日判決⁷（以下、【F判決】という。）は、原判決を破棄し、有罪を言い渡した。同判決は、検察官による包括的な事前共謀については排斥したものの、空き部屋に送られてくる荷物を偽名で受領し、知人に渡すという役割を引き受けて報酬を約束されるという特異な内容に照らし、Zは、詐欺の被害金を受け取る役割である可能性を十分認識していたと認められるから、少なくとも未必的な故意に欠けるころはなく、受領の時点で共謀が成立していると認定した。そこで、財物交付の部分だけに関与したとしても、承継的共同正犯として詐欺罪の成立を認めることができ、また詐欺が見破られた後の関与であっても、未遂犯として処罰すべき法益侵害の危険性の有無が問題となり、その判断は、当該行為時点でその場に置かれた一般人が認識し得た事情と、行為者が特に認識していた事情とを基礎にして、規範的観点から危険性の判定を行い、「一般人が、その認識し得た事情に基づけば結果発生の不安感を抱くであろう場合には、法益侵害の危険性があるとして未遂犯の当罰性を肯定してよい」として、本件荷物の受領を外形的に観察すれば、詐欺の既遂に至る現実的危険性があったとして、詐欺未遂罪の共同正犯の成立を認めた。

2 裁判例における論点の整理

上記3つの事件は、いずれも組織的なグループによる詐欺の犯行に関し、そのメンバーらによる被害者に対する欺罔行為が行われた後、犯行グループとは直接関係のない（メンバーではない）者が、被害者からの財物の交付にあたり、その受取りに関与していたものである。犯行グループに所属するメンバーであれば、受取りだけを分担したとしても、詐

欺の組織的な犯行グループの一員である事実を照らして、当初からの詐欺の犯行に関する共謀の存在を推認することが可能であり、詐欺の犯行全体に対する共同正犯の成立を免れない。これに対して、上記事件は、犯行グループと見られる氏名不詳者からの電話による依頼に基づき、メンバー以外の第三者がこれを引き受けて受取りに関与したケースであって、いずれの事件においても、犯行当初からの犯行グループの者らとの詐欺罪に関する（事前）共謀は認められなかった。

この結果、既に詐欺の正犯者らが欺罔を行った後、すなわち、詐欺罪の実行行為が行われた後の段階で、被告人がその犯行に中途関与していることになり、理論的に承継的共犯の問題が生じる。これが、第一の論点である（Ⅲ）。

さらに、いずれの事件も、捜査当局によって「だまされた振り作戦」が採られたことに関連して、被告人において、被害者が錯誤に陥っている状態で財物の交付に関与したのではなく、既に被害者は犯行を見破り、警察のおとり捜査に協力する形で、財物を提供し、この受領に関与している点で、犯行が未遂に終わっている状態での受取りが、犯罪を構成し得るのかという問題が提起される。つまり、犯行発覚後における財物の受取りの可罰性の有無についてであり、第二の論点となる（Ⅳ）。

加えて、犯行グループと直接関係していない第三者が、犯行グループの者らとの間で、詐欺罪に関する明示的な意思連絡を通じて受取りに関与したのではなく、仕事としての依頼に基づいて、指示に従って受け取ったに過ぎない点で、詐欺罪の故意および犯行グループとの間の共謀の存在について、立証上の課題も提起される。これが、第三の論点である（Ⅴ）。

以下に、上記3つの論点について、順番に検討を進めたい。

Ⅲ 中途からの犯行関与と共犯

1 承継的共犯の成立範囲

犯行グループによる詐欺の犯行の企てに当初から関与し、グループの者による被害者に対する欺罔行為に基づき、錯誤に陥っている被害者からの財物の交付などの受取りを分担した場合には、受領行為だけに関与した者であったとしても、犯行当初時点における共謀が存在する限り、実務上、共同正犯の成立に支障はない。これに対して、犯行当初からの詐欺の犯行に関する共謀が存在しない場合には、犯行グループによる詐欺罪の実行行為を構成する欺罔行為着手後に、詐欺の犯行に中途加担したことになるので、承継的共同正犯の問題が生じる。この場合に、中途関与者が関与前の犯行部分を含めて全体に対する共犯責任を認める積極説と、関与以後の犯行に関してのみ共犯責任を認める消極説とが対立している⁸。

かつて、大審院は、夫が強盗殺人の犯行を行った直後に、妻が手燭をかかげて夫の財物盗取を助けた事案につき、強盗殺人罪が単統一罪であることを根拠に、妻に強盗殺人罪の

従犯の成立を認めた⁹。この判例では、形式的な罪名の従属性を過度に強調して、妻の犯行全体に対する幫助犯の成立が導かれている。しかし、近時、最高裁判所は、後行関与者は関与以前の傷害結果について共同正犯としての責任を負うものではないとする判断を明言するに至っている¹⁰。最高裁の判断は、共同正犯の成立につき、因果性を根拠として共謀以前に発生した結果に関する共犯責任を否定する趣旨と理解することができる。もし、この解釈が狭義の共犯の場合についても妥当すると解するのであれば、もはや大審院の判例を維持することは困難であろう¹¹。

2 詐欺罪における中途関与と承継的共犯

最高裁の判断が示されたことにより、少なくとも共同正犯に関しては、共謀以前に発生した「結果」について共犯責任を負わないとする点は確認されたものの、この判断は、必ずしも一切の承継を排除する趣旨ではない。補足意見の中で、千葉勝美裁判官は、「強盗、恐喝、詐欺等の罪責を負わせる場合には、共謀加担前の先行者の行為の効果を利用することによって犯罪の結果について因果関係を持ち、犯罪が成立する場合がありますので、承継的共同正犯の成立を認め得るであろう」と述べている。この説示は、中間説とか限定肯定説と呼ばれる見解と類似しており、下級審の裁判例の傾向としても、こうした立場に立脚したものが多数を占めている¹²。本稿で紹介した上掲の裁判例においても、バイク便事件の【C判決】では、①の事件に関する判示の中で、加担前の詐欺行為に対する共同正犯の成立が明言されているし、【E判決】においても、詐欺の場合に、「後行者が、共謀加担前の先行者の行為の効果を利用することによって犯罪の結果に対して因果性を持」つとして、利用する限度において中途関与者における詐欺罪の承継的共同正犯の成立が積極的に認められているのである。

今日、学説上、共犯の成立要件として、共犯行為と正犯ないし法益侵害結果との因果性を必要とする見解（因果的共犯論）が支配的となっている。共犯の因果性を重視するのであれば、中途関与前の部分に対する因果性を認めることはできないから、承継的共犯を全面的に排除し、詐欺罪の場合にも、先行者による欺罔行為の後で関与する者の共犯責任を否定する見解も導かれ得る¹³。しかし、学説上、強盗や詐欺については、なお承継的共同正犯を積極的に認める見解が多く見られる¹⁴。

しかし、先行正犯者の欺罔行為によって被害者が既に錯誤に陥った後の段階で、財物の交付などだけに中途関与した場合、先行行為による被害者の錯誤状態を利用したことを根拠として、詐欺の犯行全体に対するに共同正犯を認める見解には、疑問を抱かざるを得ない。この見解は、利用を契機として、その限度において関与以前の（他人の）行為について遡及的な連帯責任を認めるものである。日本の因果的共犯論の立場では、共犯者各自の行為と結果との間における物理的または心理的な因果性が必要であると解されているのであり¹⁵、過去の他人の行為に対しておよそ遡及的な因果性を認めることはできないといわなければならない。この限りで、因果的共犯論の基本的な立場と、利用積極承継説の採用は、

矛盾を含んでいる。既に発生した「結果」の承継を否定しつつ、「利用」の限度で承継を肯定する理論的な根拠も、必ずしも明らかではない¹⁶。共謀成立前の「結果」につき、中途関与者において因果性の欠如を根拠に共犯責任を負わないと考えるのであれば、利用を契機とする刑事責任の遡及も許されないはずである。犯行着手後における共謀関係の形成によって、介入前の部分を含む犯行全体の共同正犯を認める裁判例は、共謀を介した共犯責任の遡及という効果を承認する結果ともなり、行為責任という原則と抵触する懸念も否定できない。この意味で、関与以後の加担についてのみ共犯責任を認める消極説を、基本的に正当であるとする。

もっとも、因果的共犯論を厳密に理解した場合に、構成要件によって特定されている暴行・脅迫を手段とする財産侵害結果、欺罔による被害者の錯誤にもとづく財産侵害結果に対して、中途関与行為が因果的であるといえるのかについては、議論の余地も生じよう。実際に、因果的共犯論を徹底する見地から、上述したように、中途関与者に対する詐欺罪の共犯を否定する見解も存在するのである。この問題は、因果的共犯論のいう「因果性」の内容や「結果」の不明確性にも起因しているように思われる。因果的共犯論を徹底し、承継的共犯を一切否定するのであれば、詐欺に中途から関与した者は無罪という帰結に至り得る。これは、確かに理論的には首尾一貫した一つの結論と考えられるものの、実際に犯行への関与事実が存在するにもかかわらず、刑事責任を否定する帰結には、具体的妥当性および刑事政策的観点からみて、なお疑問を差しはさむ余地が残る。

日本で主張されている因果的共犯論は、広義の共犯すべてを通じて、結果に対する因果性を要すると考えている。結果との因果性は、刑事責任を問う最低限の要件というべきであるから、この限りで因果的共犯論の考え方は適切である。しかし、2つの疑問が生じる。一つは、結果と因果的でありさえすれば、共同正犯として責任を問い得るのか、さらに、そこにいう「因果的」とは何を指しているのかという点についてである。共同正犯は、広義の共犯の一形式であると同時に、刑法第60条はその効果として「正犯」の責任を負担させている。共犯性の側面において各関与者の行為と結果に対する因果性を検討することは必要であるが、これは必要条件であって、十分条件ではない。共同正犯は「正犯」として責任を問われる以上、共同者によって惹起された犯行全体の事態に対する正犯責任を導く根拠も、探らなければならない。ドイツでは、共同者間における分業を契機とする連帯責任と位置づける見解が多い。すなわち、共同者による機能的な犯行の支配¹⁷（構成要件に該当する事象の支配）が、単独正犯の場合とは異なった連帯的な正犯責任を基礎づけるのである。このような見方は、正犯とされる共同正犯と狭義の共犯とを構造的に区別する理解を前提としていえることができる¹⁸。日本の因果的共犯論は、一おそらく結果無価値論と結びついて主張された事情もあって一結果との因果性だけを一面的に強調する結果、共同正犯と狭義の共犯との構造的な区別の認識を相対化させ過ぎているのではないだろうか。まさに、こうした理解が、共同正犯と従犯との差異を曖昧なものとし、中途関与者における故意の問題や正犯・共犯責任の不明確化を招いているように思われる。

共同正犯と従犯との構造的な違いを前提とすれば、中途関与者の罪責についても、共同正犯の場合と幫助犯の場合とを区別して考察すべきであろう。すなわち、共同者による機能的な犯行の支配に、共同正犯における正犯としての連帯責任の契機を求めるのであれば、中途関与者は、関与以後の事態に対してしか支配を及ぼしておらず、犯行全体の共同正犯の成立を認めることはできないというべきである。他方、従犯は、正犯を幫助すれば足りる。正犯の犯行を認識しながら、その犯行が完成する前に加担し、正犯の犯行を可能にしたり、容易にしたり、あるいは確実にすることによって、従犯の成立が認められるのである。この立場を前提とすれば、詐欺に中途関与する場合には、欺罔により相手方が錯誤に陥り、これにもとづいて財物を騙取するという一連の事象経過について共同の犯行支配を要し、欺罔という先行事実には関与していない中途関与者に詐欺罪の共同正犯を認めることはできないが、既に行われている正犯による詐欺の実現に際し、正犯者の犯行を認識しながら、その犯行を援助した事実が認められる限り、中途関与者に詐欺罪に対する幫助犯を肯定することは可能である¹⁹。したがって、受取りに加担した中途関与者について、私見によれば、詐欺罪の従犯の成立を検討すべきである。

Ⅳ 犯行発覚後の被害者からの受取り行為の可罰性

1 下級審の判断

Iで紹介した事件では、捜査当局による「だまされた振り」作戦により、被害者が既に詐欺であることを見破り、もっぱら捜査への協力のために、偽装して発送等が行われている。この結果、受取りだけに中途関与した者は、既に犯行が未遂に終わった後に、関与していることとなり、この点が、裁判でも大きな争点となっている。弁護人は、既に犯行が発覚し、未遂に終わっている後の段階で、錯誤に陥っているわけではない被害者から送られてきた物を受け取ったに過ぎず、犯行自体に対する分担関与は認められないと主張した。理由付けには多少違いがあるものの、基本的にこの主張を受け入れて、【A判決】、バイク便事件の②についての【C判決】それに【E判決】は、無罪を言い渡しているのである。【A判決】では、既に詐欺既遂の現実的危険が消失しており、既に発生している詐欺未遂の結果との因果関係をもちえないことが、共同正犯の責任を否定する理由となっている。【E判決】も、因果的共犯論および未遂犯の処罰根拠を結果発生危険性に求める立場を前提に、受取りへの関与が既に惹起された未遂結果と因果関係を欠き、もはや詐欺の結果発生危険性を有しない点に、詐欺未遂罪の共同正犯を否定する根拠を見出しているのである。これに対して、検察は、不能犯の理論を援用することにより、もはや犯行の実現ないし既遂結果の惹起が客観的に不可能であるとしても、具体的危険説の基準に照らして、なお犯罪の実行行為性を認めることができ、だまされた振り作戦による荷物等の受取りについても、詐欺罪を構成する実行行為であると評価できるので、詐欺未遂罪の共同正犯が成立すると反論を展開した。控訴審では、【B判決】、【F判決】がこうした反論を認めて、有罪を言い

渡しており、【D 判決】においても、一バイク便事件②につき、結論としては、無罪判決を維持しているが一検察のこの主張自体は受け入れられている。

2 不能犯論の援用について

だまされた振り作戦が実施される場合には、被害者が詐欺に気づいた時点で、犯行自体は既に失敗しており、被害者による交付は、詐欺とは無関係に、もっぱら警察の捜査に協力するために行われたものに過ぎない。そうすると、その交付は、欺罔行為による錯誤に基づくものではないので、欺罔と交付との間にもはや因果関係は存在していない。したがって、その交付を受けるという形態で、荷物の受取りに関与したとしても、そもそも詐欺罪における犯行の分担関与という事実自体が欠如している可能性が生じているのであり、無罪を言い渡した裁判例は、実質的にはこの点を考慮して、（共同正犯としての）犯罪の不成立を導いていると考えることができる。この点に関して、検察は、被害者が詐欺であると知り、だまされた振り作戦が採られた状況での荷物の受取りであったとしても、不能犯の問題と同様に把握し、その受取り行為自体の犯罪の実行行為性を論証することによって、なお犯行の分担実行であることを根拠づけようとしている。控訴審では、検察の主張に沿う形で、具体的危険説の判断基準に依拠しながら、危険の有無について判断されている。すなわち、一般人の認識し得た事情と行為者が特に認識していた事情を基礎にして、一般人の観点から危険性について判断されているのである。この基準を中途関与者の受取りについて適用する際に、控訴審の各裁判例は、行為の時点において、だまされた振りによる荷物の送付であることは、行為者も認識しておらず、また一般人も知り得なかった事情であることから、この事情を排除して一般人の見地から判断すると、詐欺の既遂結果が発生する現実的危険性を認めることができるとして、受取り行為に、詐欺罪の実行行為性を肯定した。【E 判決】だけが、被害者が錯誤を脱し、だまされた振り作戦によって荷物が送られたという事情も基礎事情として判断し、結果発生 of 危険性を否定している。可罰的な未遂としての当該行為の（現実的）危険性の有無に関する判断であるから、詐欺の犯行を認識している行為者の受取りの危険性を判断するに際しては、その荷物について既に詐欺であることが発覚し、だまされた振り作戦にもとづく偽装されたものであることを、一般人の立場から見て認識可能であったかどうかを検討すべきである²⁰。【E 判決】は、行為時において客観的に存在するあらゆる事情を基礎として、事後的な判断を下すものであって、具体的危険説の判断の枠組みを逸脱しているように思われる。具体的危険説によって判断を行うのであれば、だまされた振り作戦等の事情は判断資料から排除されるべきであろう。

確かに、不能犯論を援用してその実行行為性を問題とすることは理論的に十分可能である。ただ、もしそうだとすると、同一人による場合にも、欺罔した時点で実行が認められ、その後被害者が詐欺だと知りながら憐憫の情から財物を交付した時点にも、重ねて実行が認められるので、2つの詐欺未遂罪が成立する結果となるだろう。このような結論については、やや技巧的な印象を拭き切れず、なお検討を要するように思われる。加えて、詐欺

罪の認識をもってする財物の受取り行為自体が、詐欺罪を構成する実行行為であるとするならば、共謀の有無にかかわらず、詐欺未遂罪の単独正犯が成立するという結論に至る。しかし、このような結論には疑問がある。詐欺罪は、欺罔行為によって相手方が錯誤に陥り、それに基づく財産的処分行為を通じて、行為者が財産上の利得・利益を獲得する犯罪類型であり、欺罔行為も処分行為を受ける行為も、あくまでも、詐欺罪を構成する（一連の）実行行為の一要素と見るべきである。この点で、ある部分だけを取り上げて、その実行行為性を論証しようとするアプローチには、なお解明すべき課題が残されているといえよう。

3 発覚後の関与と共犯の成否

日本の因果的共犯論は、共犯すべての形式について、その処罰根拠を、共犯者各自の行為と法益侵害結果との間における物理的または心理的な因果性に求める見解である。本稿が対象とする事例では、犯行途中からはじめて関与し、その時点で既に犯行が発覚しており、未遂状態となっているのであれば、中途関与者の行為は、この未遂状態の惹起にいかなる因果性も認められず、かつ偽装の荷物を受け取っても、法益侵害をもたらす効果を生じていないので、このような因果的共犯論によれば、共犯の成立要件を満たさず、共犯成立を否認するという帰結も、論理的に首尾一貫した考えといえることができる。まさに、【A判決】や【E判決】に典型的に示される考え方である。仮に、その犯罪性が否定されるのであれば、受取り関与者の犯人性も消失し、現行犯逮捕の適法性にも影響を及ぼしかねない。組織的詐欺であることを（未必的にでも）認識して、被害者からの交付に関与する事実が存在するにもかかわらず、だまされた振り作戦が採られたために、当罰性が消滅するという結論を承認することになれば、刑事政策的に大きな問題が生じることも予想される。

因果的でないとして犯罪の成立を否定する見方は、一そして反対に、不能犯論を援用して受取りの実行行為性を根拠づける立場についても一、やや偏った前提に立っているように思われる。そこでは、欺罔と受領とを分解し、別個独立に共犯者の関与について検討されているのであるが、このような認識は必ずしも適切とはいえない。受領行為は、共犯者によって計画された犯行の一部を構成するものであって、中途関与者においてもこの事情を認識しながら関与しているのであるから、後続する中途関与者の行為は、先行する行為と連続した、一あるいはそれに接続された一連の犯行として把握すべきである。すなわち、先行する欺罔行為と（黙示的な）意思連絡を契機とする中途関与者の受取りとを、詐欺に係る一体の犯行と捉えるべきである。詐欺としての犯行の一体性を前提とするならば、この全体の犯行とそれにもとづく詐欺罪の結果との因果関係が問題とされるべきであり、被害者が欺罔による錯誤を脱し、偽装の荷物を送ったのであれば、その犯行は最終的に既遂結果に至らず、未遂に止まったということになる。他者に属する法益を直接攻撃する一般の結果犯であれば、犯行の進行プロセスと結果の発生とは不可分に結合しており、侵害結果の発生時期と犯行の終了時期とは通常一致している。しかし、詐欺罪は、欺罔、相手方の錯誤そしてそれに基づく処分行為という特定された一連の因果経路を、結果との間に

要求されている特殊な犯罪類型である。このために、犯行が継続し、未だ終了していない段階においても、一たとえば、本稿の諸事例のように一相手の錯誤からの脱却などの事情により、既遂に至り得ない事態が生じるのである。このような場合には、犯行自体の遂行の終了と犯罪評価としての未遂・既遂の時期が一致しないことも当然想定できるのであって、もはや既遂に至ることはないであろうという状態にあっても、なお犯行そのものは続いているという事態は必ずしも不思議なことではない。この点で、【A 判決】や【E 判決】は、一般的な結果犯の場合に妥当するロジックをそのまま詐欺罪の場合にも適用しようとしているのではないだろうか。加えて、これらの判決では、被害者側の犯行認知にもとづいて、法益侵害の可能性が完全に排除されているのであるが、この点の理解についても、疑問を抱かざるを得ない。わたくしは、組織的詐欺であることを認識しながら、意思を通じて介入し、偽装の荷物の受取りに関与した場合に、まず一連の犯行と把握したうえで、こうした犯行における結果発生危険性について判断を行うべきであると考え。財物等の受領は、計画上犯行の完成に必要な要素であり、犯罪実現を可能にするものであるから、受取りへの関与について一般的に詐欺罪の犯罪実現に対する危険を認めることができる。そして、詐欺グループが詐欺の犯行の遂行を意図しながら、受け取らせようとしている限り、被害者の財産に対する攻撃は継続しているのであり、被害者が犯行を見破っていたとしても、財産に対する法益侵害の脅威は依然として消え失せていないと見るべきである。したがって、犯行発覚後の受取りについても、なお財産に向けられた脅威をとまなう関与であって、犯罪遂行のリスクを随伴する寄与に該当すると判断するのが相当である。たとえば、実際には、結果的に（事後的に見て）犯罪の実現にまったく役に立たなかったとしても、この事実は犯罪の成否そのものを左右する訳ではない。組織的な詐欺であるとの認識の下、犯行グループに加担する意思で受取りに関与した場合、結果的には有効でなかったとしても、なお犯罪の危険の維持ないし持続に寄与すると認められる限り、詐欺罪の幫助犯を認めることは可能である²¹。

V 共謀の成否

1 共謀の立証

特殊詐欺において、犯行グループと見られる氏名不詳者と被告人となった受取り役の者との共謀の立証については、既に別稿²²で検討を行った。犯行グループとの当初からの共謀が認められない場合でも、受取り役の者が、詐欺であることを認識しながら、犯行グループと見られる者の指示に従って、財物の交付に関与するという詐欺罪を構成する分担行為が実際に行われたのであれば、実務上、受取りの関与時点において、犯行グループとの黙示的な共謀は十分推認できるとして、共謀の成立が認められている²³。このような共謀に関する認定方法は、上記の諸裁判例でも採用されている。ここでは、とくに【B 判決】において、共謀に関する証明が証拠上十分でないとして、共謀が認められなかった点を取り

上げ、検討しておきたい。

2 日常行為と故意・共謀の立証

便利屋事件、バイク便事件では、犯行グループが騙取に係る財物の取得を、一般の社会的な営業活動を利用して行っている点に特徴がある。このような一般的な社会活動に紛れて、その裏で犯行の実現を画策するもので、手口の巧妙化を看取することができる。このようなケースでは、理論的には、いわゆる日常行為（中立的行為）の問題とも関連することになり、関与者の可罰性について議論されている。もっとも、実体法上、日常的な契約にもとづく義務の履行であることが、直ちに免責の根拠になるわけではない²⁴。しかし、一般的な報酬・料金の程度対価を得たに過ぎないのであれば、他の特段の事情が存在しない限り、社会的に相当な普通の営業活動であるとの主張も可能である。この場合、立証上、不法にわたる詐欺の犯意および犯行に対する共謀を認定することが困難になってくことは避けられないだろう。【B判決】が共謀の証明を不十分としているのも、このような背景に由来する判断であるように思われる。すなわち、【B判決】では、Xは、氏名不詳者からの依頼について、①過去に内容物が書類といわれて受け取った中身を確認し、問題はないと思っており、②仕事の内容が転送することだけであり、また③とくに高額な料金を得ていた事実も認められないことなどの事情に照らして、詐欺罪の故意および共謀を証明できるより積極的な証拠に乏しいと評価されたのであろう。これに対して、バイク便事件では、Yにおいて、①その都度異なる空室で荷物を受け取るという仕事内容であり、②通常の料金と比較してかなり高額の報酬を得ている事情が認められることから、仕事内容および報酬の特異性に基づき、犯意および共謀の認定にあたって格別の障碍はなかったといえよう。なお、私見のように、従犯のみを肯定する場合には、片面的にも成立し得、先行者との意思連絡の立証は必ずしも必要ではない。

Ⅵ おわりに

犯行グループによる特殊詐欺の手口は、ますます多様化、巧妙化しており、組織的な犯行グループの実態解明と摘発は、跡を絶たない被害を食い止めるために、焦眉の課題となっている。こうした状況の中で、だまされた振り作戦は、重要な糸口を探る有効な手段である。第1審の段階では、この作戦が採られた事案に関連して、上述したように、因果性の欠如を根拠として、犯行発覚後の受取りに関与した被告人に無罪判決も見られたものの、控訴審では覆されており、実務の上では、この問題は収束の方向に向かっていると考えられる（※）。一方、理論的には、因果的共犯論が支配的である現在、困難な課題が突き付けられたままである。とくに、共犯行為と結果との因果性というテーゼだけは、学説上広く一般に受け入れられているものの、因果的であるということの内実については、実は必ずしも明確ではないという現状を、再認識する必要があるのではないだろうか²⁵。裁判例が提起する課

題に、理論がどのように取り組み、解決を図っていくのか、今後の大きな課題であるといえよう。

¹ 「特殊詐欺」とは、面識のない不特定の者に対し、電話その他の通信手段を用いて、預貯金口座への振込みその他の方法により、現金等をだまし取る詐欺をいい、振り込み詐欺（オレオレ詐欺、架空請求詐欺、融資保証金詐欺及び還付金等詐欺）及び振り込み詐欺以外の特殊詐欺（金融商品等取引名目の特殊詐欺及びその他の特殊詐欺）を総称したものをいう（警察庁 HP「特殊詐欺対策」http://npa.go.jp/safetilife/seianki31/1_hurikome.htm。〈2017 年 10 月 30 日アクセス〉。被害状況等についても、同ウェブサイト参照）。

² 判例秘書 L07150802。

³ 判例秘書 L07120445。本判決の批評として、橋本正博（2017）、「詐欺に気づいた被害者が模擬現金入りの荷物を発送した後荷物受領依頼を受ける行為と詐欺罪の共同正犯」、『平成 28 年度重要判例解説』、164 頁。この判決における不能犯論の判断基準およびその適用に関する判断を支持するものとして、安田拓人（2017）、「振り込み詐欺における騙されたふり作戦と不能犯との区別」、『法学教室』、437 号、146 頁。

⁴ 判例秘書 L07150741。

⁵ LEX/DB25544658。この判決を支持するものとして、是木誠（2017）、「いわゆる『だまされたふり作戦』が実施された特殊詐欺事案において『受け子』につき詐欺罪の共同正犯の成立を認めた事例」、『警察学論集』、70 巻 2 号、166 頁。

⁶ 判例秘書 L07150746。この判決に対する批判として、前田雅英（2017）、「『だまされたふり捜査と』と詐欺未遂罪の承継的共同正犯」、『捜査研究』、795 号、49 頁。

⁷ 判例秘書 L07220189

⁸ 学説および判例の詳細については、照沼亮介（2005）、『体系的共犯論と刑事不法論』、弘文堂、213 - 248 頁参照。

⁹ 大審院昭和 13 年 11 月 18 日判決（刑集 17 巻 21 号 839 頁）。

¹⁰ 最高裁平成 24 年 11 月 6 日決定（刑集 66 巻 11 号 1281 頁）。

¹¹ 高橋則夫（2014）、「承継的共同正犯について」、井田良ほか編『川端博先生古稀記念論文集 [上巻]』、成文堂、557-558 頁。

¹² 照沼（2005）、228-236 頁、高橋直哉（2007）、「承継的共犯に関する一考察」、『法学新報』、113 巻 3・4 号、144 頁参照。

¹³ 実際に、この結論を採るものとして、相内信（1983）、「承継的共犯について」、『金沢法学』、25 巻 2 号、43 頁、林幹人（2008）、『刑法総論 [第 2 版]』、東京大学出版会、383 頁。また、中途関与者が、被害者から直接財物等を受け取った場合には、その時点における挙動ないし不作為による欺罔の成立可能性があることを指摘しつつ、このような事情がない場合に詐欺の承継を否定する見解として、小林憲太郎（2014）、「いわゆる承継的共犯をめぐる」、『研修』、791 号、11-12 頁。

¹⁴ たとえば、平野龍一（1975）、『刑法総論Ⅱ』、有斐閣、383 頁、藤木英雄（1975）、『刑法講義総論』、弘文堂、291 頁、前田雅英（2015）、『刑法総論講義 第 6 版』、東京大学出版会、359-360 頁、西田典之（2010）、『刑法総論 第 2 版』、弘文堂、366 - 367 頁、佐伯仁志（2013）、『刑法総論の考え方・楽しみ方』、有斐閣、387 頁、西田典之ほか編（2010）、『注釈刑法 第 1 巻 総論 § § 1~72』、有斐閣、860 頁〔島田聡一郎〕、松澤伸（2015）、「振り込み詐欺をめぐる諸問題」、『早稲田大学社会安全政策研究所紀要』、18-19 頁など。このほか、因果的共犯論と

の整合性を維持し、かつ結論の具体的妥当性に配慮した理論構成を探り、強盗、詐欺などの場合の中途関与行為を、不作為による強盗、詐欺として評価して共犯成立の根拠づけを試みる見解も主張されている（山口厚（2016A）、『刑法総論 第3版』、有斐閣、373-374頁、同（2016B）、「承継的共犯論の新展開」、『法曹時報』、68巻2号、17頁）。

¹⁵ 平野龍一（1981）、『犯罪論の諸問題（上）総論』、有斐閣、167頁、大越義久（1981）、『共犯の処罰根拠』、成文堂、67頁、西田（2010）、336-338頁、西田典之（2010）、『共犯理論の展開』、成文堂、25頁、町野朔（1994）、「惹起説の整備・点検」、松尾浩也ほか編『刑事法学の現代的状況 内藤謙先生古稀祝賀』、有斐閣、113頁、林（2008）、375頁、山口（2016A）、320頁、豊田兼彦（2009）、『共犯の処罰根拠と客観的帰属』、成文堂、31頁など。

¹⁶ 山口（2016B）、10-15頁、松原芳博（2015）、「承継的共犯」、高橋則夫ほか編『野村稔先生古稀祝賀論文集』、成文堂、195-201頁参照。

¹⁷ Roxin, C. (2015), *Täterschaft und Tatherrschaft*, 9. Aufl., DeGruyter, SS. 275-282., ders (2003), *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. II*, C.H. Beck, § 25 Rn. 188. 日本でも、このような考え方を基本的に採るものとして、井田良（2008）、『講義刑法学・総論』、有斐閣、473頁、橋本正博（2005）、『「行為支配論」と正犯理論』、有斐閣、155頁、照沼（2005）、138-155頁、照沼亮介（2014）、「共同正犯の理論的基礎と成立要件」、岩瀬徹ほか編『町野朔先生古稀記念 刑事法・医事法の新たな展開 上巻』、信山社、249頁など。

¹⁸ この点につき、斉藤誠二（1995）、「共犯の処罰の根拠についての管見」、西原春夫＝渥美東洋編『刑事法学の新動向 下村康正先生古稀祝賀 上巻』、成文堂、6頁、同（1999）、「いわゆる承継的共同正犯の成否」、『法学新報』、105巻4・5号、333頁参照。このほか、照沼亮介（2009）、「共同正犯と幫助犯—承継的共犯を素材として—」、『刑法雑誌』、48巻3号、345-348頁。さらに、行動規範論の観点による区別として、小島秀夫（2015）、『幫助犯の規範構造と処罰根拠』、成文堂、144-145頁、153頁。

¹⁹ Roxin (2003), § 26 Rn. 263. 斉藤誠二（1985）、「承継的共同正犯をめぐって」、『筑波法政』、8号、20頁、上野幸彦（1984）、「承継的共同正犯論の批判的検討」、『法学研究年報』、14号、41頁、井田（2008）、473頁、照沼（2005）、247頁、斎藤信治（2008）、『刑法総論 第6版』、有斐閣、274-275頁、高橋則夫（2016）、『刑法総論 第3版』、成文堂、461頁、高橋則夫（2014）、575頁、橋本正博（2014）、『「承継的共同正犯」について』、井田良ほか編『川端博先生古稀記念論文集 [上巻]』、成文堂、591-592頁、小島（2015）、147頁。なお、承継否定説に立ちつつ、詐欺等の後行関与者に、占有離脱物横領罪を認める見解として、松原芳博（2017）、『刑法総論 第2版』、日本評論社、411頁、さらに恐喝罪につき、従犯の成立可能性を肯定する見解として、山中敬一（2015）、『刑法総論 第3版』、成文堂、963頁。

²⁰ 安田（2017）、146頁。

²¹ この点につき、上野幸彦（2004）、「幫助犯における因果連関と客観的帰責」、『日本法学』、70巻3号、117-118頁。

²² 上野幸彦（2017年）、「判例批評 他人の親族になりすまして行う詐欺の現金受取役を担った被告人と指示役の氏名不詳者との間の共犯関係」、『刑事法ジャーナル』、53巻、136-141頁。

²³ 朝山芳史（2014年）、「実務における共同正犯論」、『刑法雑誌』、53巻2号、189-190頁、加藤経将（2015年）、「いわゆる受け子の故意に関する捜査とその立証について」、『警察学論集』、68巻11号、52頁、高橋康明（2017年）、「オレオレ詐欺事案における受け子の犯罪の成否について」、『警察学論集』、70巻3号、156頁参照。

²⁴ Vgl., Roxin (2003), § 25 Rn. 233. 上野幸彦（2011）、「日常行為と可罰的幫助」、『日本法学』、77巻1号、71-73頁。

²⁵ もっとも、近時、たとえば、上掲の高橋直哉（2007）、151-156頁、十河太朗（2012）、「承

継的共犯の一考察」、『同志社法学』、64 卷 3 号、362-372 頁、同（2016）、「承継的共犯論の現状と課題」、川端博ほか編『理論刑法学の探究⑨』、142-150 頁などに見られるように、共犯における因果性を詳細に分析して検討する研究も行われるようになってきている。そこでは、既遂結果の場合についての結論は示されているが、本稿で取り上げたような事案についての帰結は、なお明らかではない。

※脱稿後、F 判決に対する最高裁の上告審の判断（最高裁第 3 小法廷平成 29 年 12 月 11 日決定・判例秘書 L07210095）が示され、詐欺未遂罪の共同正犯を認めた原判決の正当性が承認された。これにより、実務上の取扱いは、確定したことになる。本決定については、前田雅英教授による詳細な分析・コメントが寄せられている（同「特殊詐欺に途中から加わった『受け子』の共同正犯の成否～最高裁平成 29 年 12 月 11 日決定詐欺未遂被告事件～」WLJ 判例コラム臨時号第 124 号所載）。