

# 騙されたふり作戦と詐欺未遂罪の共犯

十 河 太 朗

- 一 問題の所在
- 二 詐欺が既遂に至った場合の取扱い
  - 1 承継的共犯
  - 2 共同正犯と帮助犯
- 三 騙されたふり作戦が実施された場合の取扱い
  - 1 判断枠組み
  - 2 未遂犯の終了時期
  - 3 承継的共犯
- 四 最高裁平成二九年決定
  - 1 事案の概要および決定要旨
  - 2 承継的共犯

3 その他の問題

五 結びに代えて

一 問題の所在

いわゆる特殊詐欺には、被害者を欺罔して金銭を振り込ませる「振込型」、被害者から直接金品を受け取る「現金手交型」、被害者に現金等を送付させて受領する「現金送付型」などがあるが、このうち、現金手交型や現金送付型においては、「騙されたふり作戦」という捜査手法がとられることがある。これは、被害者が詐欺に気づいた後も騙されたふりをして模擬紙幣の送付等を行い、これを受領したところを検挙するというものである。

この場合、行為者は欺罔行為を行って模擬紙幣等の財物を取得しているが、被害者の錯誤に基づいて財物を取得したとはいえないので、詐欺既遂罪は成立せず、詐欺未遂罪が成立するにすぎない。ただ、問題となるのは、現金送付型において受領行為のみを担当した者がいた場合の取扱いである。

現金送付型においては、欺罔行為を行った「架け子」とは別に、「受け子」と呼ばれる者が現金等の受領行為を担当することがある。受け子が欺罔行為にも関与したと評価できる場合には、騙されたふり作戦が実施されたとしても、受け子に詐欺未遂罪の共犯の成立を認めることは可能であろう。しかし、実際の事案においては、受け子が欺罔行為に関与しておらず、欺罔行為後に事情を知って受領行為のみを担当する場合も多い。この場合にも受け子に詐欺未遂罪の共犯が成立するだろうか。

近時、この点が争われた下級審裁判例が相次いで現れ、しかも、その結論や根拠に違いが見られたことから、騙され

たふり作戦が実施された場合に受領行為のみに関与した受け子に詐欺未遂罪の共犯が成立するかという問題がにわかに注目を集めている。ただ、議論の様相は複雑である。受け子における詐欺未遂罪の共犯の成否について積極説と消極説が対立しているばかりでなく、その根拠も、承継的共犯、不能犯、受領行為の実行行為性、正犯性、故意など様々な問題と関連づけて論じられ、それらの問題が相互にどのような関係に立つのかについて学説の理解は一致していない。また、最近、最高裁の判断も示されたが、その判示は簡潔であり、その趣旨や射程は必ずしも判然としない。

そこで、本稿は、騙されたふり作戦が実施された場合において受領行為のみを担当した者に詐欺未遂罪の共犯が成立するかに関して、様々な理論的問題の相互の関係を整理し、判断枠組みについて検討するものである。

## 二 詐欺が既遂に至った場合の取扱い

### 1 承継的共犯

(1) 騙されたふり作戦が実施された場合の受け子の罪責について検討する前提として、騙されたふり作戦が実施されず、詐欺が既遂に至った場合の取扱いについて検討しておくことにしたい。すなわち、架け子が被害者を欺罔して錯誤に陥れた後に、受け子が架け子と意思を通じ、被害者から送付された現金等を受領した場合、架け子には詐欺既遂罪の成立が認められるが、果たして受け子にその共犯が成立するかという問題である。

(2) この場合、受け子は、欺罔行為に関与しておらず、詐欺罪の実行行為の途中から関与していることから、承継的共犯が問題となる<sup>②</sup>。承継的共犯については、学説上、承継的共犯を一切否定する否定説<sup>③</sup>、一部肯定する中間説、常に後行者に対し犯罪全体について共犯の成立を認める肯定説<sup>④</sup>が対立している。

このうち、否定説を徹底すれば、受け子は欺罔行為に関与していない以上、詐欺罪の共犯は成立しないことになる。これに対し、肯定説からは、受け子に詐欺罪の共犯の成立が当然に認められるが、中間説も、同様の結論に至るといえる。中間説には、①後行者が先行者の行為および結果を自己の犯罪遂行の手段として積極的に利用した場合には、相互利用・補充関係によって犯罪を実現したといえる、あるいは、自ら先行行為を行ったのと同視しうるから、後行者にも関与前の行為および結果を含めて共犯の成立を認めてもよいとする見解（積極的利用説）<sup>5)</sup>と、②先行者の行為が後行者の関与後も効果を持ち続けており、後行者が先行者と共同して実行行為を行い、結果を惹起したといえるときには、後行者も行為全体について責任を負うとする見解（結果共同惹起説）<sup>6)</sup>があるが、積極的利用説からは、受け子が架け子の欺罔行為によって生じた被害者の錯誤を自己の犯罪遂行の手段として積極的に利用して財物を受領したといえるし、結果共同惹起説からは、架け子の行為によって生じた被害者の錯誤が効果を持ち続け、受け子が財物の取得という詐欺罪の結果を架け子と共に実現したといえる。

(3) 承継的共犯について、筆者は、結果共同惹起説を支持しつつ、以下のような見解に立っている。

個人責任の原則を前提とする限り、自己の行為と因果関係を有する範囲でのみ責任を負うという命題は維持されなければならず、承継的共犯に関しても、後行者は自己の行為と因果関係を有する範囲でのみ共犯としての責任を負うと解すべきである。もともと、共犯の本質は、他の者と共同して、あるいは正犯を通じて構成要件を実現するところにあるから、承継的共犯においては、後行者が先行者と共に構成要件を実現したと評価できるときには、たとえ加担後の行為が構成要件のすべての要素について因果関係を有しているとはいえなくても、後行者にもその構成要件全体について共犯の成立が認められる。具体的には、構成要件に該当する先行者の行為に後行者が関与することにより、構成要件的结果を惹起したとき、また、複数の保護法益を含む罪についてはその犯罪の第一次的な保護法益に関係する結果を惹起し

たときには、後行者は先行者と共に当該構成要件を実現したと評価され、承継的共犯が認められる。このことは、共同正犯の場合と幫助犯の場合とで異なるところはない。<sup>7)</sup>

このような立場からは、特殊詐欺において架け子が欺罔行為を行った後に、受け子が架け子と意思を通じて被害者から財物の交付を受けた場合、受け子には詐欺罪の共犯が成立することになる。この場合、受け子は欺罔行為には加担しておらず、受け子の行為と被害者の錯誤との間に因果関係は存在しない。しかし、受け子は架け子の欺罔行為によって生じた錯誤が効果を持ち続けている状況で被害者から財物を受領しており、その受領行為は財物の占有移転という詐欺罪の構成要件の結果と因果関係を有しているため、受け子は架け子と共に詐欺罪の構成要件を実現したといえるのである。

## 2 共同正犯と幫助犯

(1) 学説上は、承継的共同正犯と承継的幫助犯を区別し、共同正犯については否定説、幫助犯については肯定説または中間説を採る見解も有力である。しかし、承継的共犯は、自己の行為と因果関係のない関与前の結果について責任を問えるかという問題であるところ、共同正犯だけでなく、幫助犯の場合も、本来、結果について責任を問うためには、行為者の行為とその結果との間に因果関係が必要であるということに変わりはないはずである。そうだとすれば、承継的共犯は、共同正犯と幫助犯に共通の問題であるというべきであろう。<sup>8)</sup> このような理解に立つと、受け子について詐欺罪の承継的共犯を認めたとしても、それとは別に、受け子を共同正犯とするか幫助犯とするかを検討する必要があるということになる。

(2) 共同正犯と幫助犯の区別基準については、承継的共犯の場合も、一般の場合と異なるところはなく、まず共同正

犯の成立要件を満たすかどうかを判断し、これが否定されたときに幫助犯の成立要件を満たすかを検討することになる。共同正犯の成立要件をどのように解するかについては様々な見解が主張されているものの、①共同正犯の中核が共謀および共謀に基づく実行行為にあること、②これらの要素の有無を判断する際には、当事者間に意思疎通があったか、正犯意思を有していたか、重大な寄与があったかなどを考慮すること、③実行行為を担当した者は原則として正犯であることについては、概ね共通の理解が得られているといつてよいであろう。<sup>(10)</sup>

受け子は、被害者が送付した現金等を受領することにより詐欺罪の実行行為の一部を担当したといえる。「受領行為」は、通常、詐欺罪の成立要件として明示されているわけではないが、現金送付型の特殊詐欺の事例のように、行為者が財物を取得するために被害者の交付を受ける受領行為が不可欠である場合には、受領行為があつてはじめて詐欺罪が完遂されるのであるから、受領行為も詐欺罪の実行行為の一部と見てよいだろう。<sup>(11)</sup>このように、受け子が詐欺罪の実行行為の一部を担当している以上、受け子には共同正犯が成立する場合が多いと考えられる。これに対し、後行者が受領行為自体を担当せず、受領場所への運転手役や見張りなど従属的な役割を果たしたにすぎないときは、幫助犯にとどまることになる。

もともと、受領行為を自ら行ったかどうかだけで共同正犯か幫助犯かが決まるわけでもない。先行者と後行者の間に共謀が成立し、後行者が構成要件の実現に重要な役割を果たしたといえる場合には、たとえ後行者が実行行為を担当していなくても、後行者を共同正犯とすることは可能である。その意味では、承継的共謀共同正犯も認められる。<sup>(12)</sup>後行者の分け前が多く、正犯意思が認められる場合や、現金等の受領の方法についての助言、受領場所の提供、道具の準備など、後行者が現金等の受領にあたって不可欠な行為をした場合などには、後行者が受領行為自体は担当しなくても、後行者に詐欺罪の共同正犯の成立を認めてよい。<sup>(13)</sup>

他方、後行者が実行行為を担当した場合でも、幫助犯が成立する余地はある。前述したように、共同正犯の成否を判断するにあたっては、正犯意思を有していたか、重大な寄与があったかなどの点が考慮されるが、承継的共犯において、これらの点は、後行者の加担後の事情だけでなく犯行全体の事情から判断する必要がある<sup>14)</sup>。共同正犯が成立するためには、当該構成要件全体を正犯として実現したといえなければならぬからである。後行者である受け子は、受領行為という実行行為を担当したとしても、詐欺罪の実行行為の一部しか行っていないのであるから、犯行全体を通してみれば重要な役割を果たしたとはいえない場合もありえよう。たとえば、受け子が受領行為を担当しながらも、終始、他の関与者の命令・指示のもとに行動し、主体性・積極性が認められない場合や、分け前が少なく、自らの犯罪を実現する意思が欠けていた場合には、共同正犯の成立が否定され、幫助犯にとどまると解される<sup>15)</sup>。

(3) なお、承継的片面的幫助犯も認めてよい。幫助犯が成立するためには、共同正犯の場合と異なり関与者間の意思疎通は必要でなく、片面的幫助犯は可能であると一般に解されているが、承継的幫助においてもこれを否定する理由はない。たとえば、甲が欺罔行為を行った後、乙に対し詐欺の事実を告げずに荷物の受領を依頼したが、乙は、それが詐欺の被害者の送付した荷物であることに気づきながらその荷物を受領した場合には、乙に詐欺罪の片面的幫助が認められる。

### 三 騙されたふり作戦が実施された場合の取扱い

#### 1 判断枠組み

(1) 右に述べたことを前提として、欺罔行為後に詐欺であることが発覚し、騙されたふり作戦が実施された場合にお

ける受け子の罪責について検討することにした。すなわち、架け子による欺罔行為の後、受け子が架け子と意思を通じて受領行為のみを担当したが、既に被害者が詐欺であることを見破っていたために騙されたふり作戦が実施されており、送付された模擬紙幣を受け子が受領した場合の取扱いが問題となる。<sup>16)</sup> この場合、架け子には詐欺未遂罪が成立するが、受け子に詐欺未遂罪の共犯の成立は認められるだろうか。

この場合も、受け子は欺罔行為に関与しておらず、受領行為のみを担当していることから、承継的共犯が問題となる。<sup>17)</sup> ただ、騙されたふり作戦が実施された場合における受け子の罪責を確定するにあたっては、一般に承継的共犯だけでなく不能犯の点をも考慮することによって解決が図られている。被害者が詐欺であることを見破った後は詐欺が既遂となる危険性は全くないため、不能犯に当たるとはならないかとの問題意識が、その基礎にある。

(2) この点について、名古屋地裁平成二八年三月二三日判決は<sup>18)</sup>、「本件では、氏名不詳者が現にBにうその電話をかけて、詐欺既遂の現実的危険が生じており、詐欺未遂自体は成立しているのであって、その氏名不詳者の実行行為後に関与した被告人に詐欺未遂の共同正犯としての罪責を問うことができるかが問題となっているのであるから、犯罪の成否自体を問題とする不能犯とは、その問題状況を異にしている」と述べた。不能犯は犯罪の成否自体を問題とするものであるところ、騙されたふり作戦の事例では既に詐欺未遂罪は成立している以上、これを不能犯の観点から解決するのは妥当でないというのである。

これに対し、その控訴審である名古屋高裁平成二八年九月二二日判決は<sup>19)</sup>、「不能犯の考え方は、行為者が犯罪を実現する意思で行為をしても、結果発生がおよそ不可能な場合には刑事処罰の対象としないという考え方であり、未遂犯として処罰を加えるか、不能犯として不処罰とするかが問題となるものである。このように、不能犯の考え方が、結果発生が不可能と思われる場合に、未遂犯として処罰すべきか、未遂犯としても処罰すべきではないかを分ける機能を有す

るものであり、結果発生が不可能になる事由や時期も様々であることに鑑みれば、単独犯だけでなく、共犯の場合、それも共犯関係に後から入った場合でも、不能犯という言葉を使うかどうかはともかく、同じような判断方法を用いることは肯定されてよい。単独犯で結果発生が当初から不可能な場合という典型的な不能犯の場合と、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、基本的に同じ問題状況にあり、全く別に考えるのは不当である」と判示し、騙されたふり作戦の事例における受け子の罪責は不能犯の考え方を用いて解決すべきであるとした。騙されたふり作戦が実施された事例は、結果発生を不可能とする事情が後発的に生じたという点では通常の不能犯の事例とは異なるものの、少なくとも受け子については未遂犯か不可罰かの区別が問題となっているのであるから、通常の不能犯の事例と共通しているとするものである。

その後、名古屋高裁平成二八年一月九日判決<sup>20</sup>、福岡高裁平成二八年二月二〇日判決<sup>21</sup>、福岡高裁平成二九年五月三十一日判決<sup>22</sup>、福岡地裁平成二八年九月一二日判決<sup>23</sup>も、騙されたふり作戦が実施された場合における受け子の罪責を判断するにあたって、不能犯かどうかを問題としている<sup>24</sup>。また、学説においても、同様の理解に立つ見解が多数を占めているといつてよい。受け子に詐欺未遂罪が成立するかどうかを決するためには、被害者に詐欺を見破られた後の受け子の行為が結果発生危険性を有しているかどうかを判断する必要がある、そうした判断は、結果発生を阻害する事情が存在しても結果発生危険性が認められるかという不能犯の議論にほかならないというのである。

(3) このように、多くの裁判例および学説は、騙されたふり作戦が実施された場合における受け子の罪責を確定するにあたり承継的共犯と不能犯を問題とするのであるが、両者がどのような関係に立つのかは必ずしも明らかではない。この点については、(A)承継的共犯を認めるためには先行者の詐欺未遂罪が終了していないことが必要であるとの理解に立ち、承継的共犯を論じる前提として、詐欺が発覚した後も詐欺未遂罪が終了していないといえるかを判断するために

不能犯を検討するという見解<sup>26)</sup>、③特に承継的共犯に関する結果共同惹起説の立場から、詐欺罪の承継的共犯の余地を認めた上で、受け子が受領行為を通じて架け子と共に詐欺未遂罪の結果を惹起したといえるかを確定する際に不能犯を問題とする見解<sup>26)</sup>が存在している。

④の見解によると、不能犯の検討が承継的共犯の検討に先行することとなるのに対し、⑤の見解によると、逆になる。また、④の見解は、承継的共犯を論じる前提として、後行者が加担した時点において詐欺が発覚していても詐欺未遂罪が終了していないといえるかを問うので、後行者の加担時期と詐欺の発覚時期との先後が問題となるのに対し、⑤の見解は、詐欺が発覚した後に行われた受領行為が不能犯に当たるかどうかが問題の核心であると捉えるため、後行者の加担時期と詐欺の発覚時期との先後は重要でない<sup>27)</sup>ということになる。

名古屋地裁平成二八年三月二三日判決は、騙されたふり作戦に基づく荷物の送付依頼の後に被告人が欺罔行為者側と意思を通じたという事実を具体的に認定した上で、「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、被告人が加担したことなるから、被告人の同日の行為が本件詐欺未遂の結果と因果関係を有することはなく、この点で、被告人に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」としている。これは、詐欺未遂罪の終了時期と受け子の関与時期との先後関係に着目するものであり、④の見解と同様の理解に立っているともいえる。

他方、福岡地裁平成二八年九月一二日判決は、詐欺罪の承継的共犯は可能であるとした後に、後行者が詐欺の結果を生じる危険性を発生させることについて何らかの因果性(寄与)を及ぼしたかを検討し、その際に不能犯の議論を援用しており、⑥の見解と同じ検討手順を踏んでいる。また、福岡高裁平成二九年五月三一日判決も、「問題は、①財物交付の部分のみに関与した被告人につき、いわゆる承継的共同正犯として詐欺罪の成立を認めうるか、②認めうるとして、『騙されたふり作戦』が実行されたことが同罪の成否に影響するか、の二点ということになる」と述べ、承継的共犯の

問題を先行させていることから、やはり⑥の見解に立っているとも考えられる。

(4) それでは、承継的共犯と不能犯との関係はどのように理解すべきであろうか。承継的共犯とは、他人の犯罪に途中から合流した場合に共犯が成立するかという問題であるから、承継的共犯は、先行者の犯罪の継続中に後行者が先行者と意思を通じるなどして加担した場合にはじめて問題となる。先行者の犯罪が終了した後に後行者が関与しようとしても、そもそも承継的共犯の問題は生じない<sup>(28)</sup>。したがって、もし⑥の見解が、後行者の加担の時点で先行者の犯罪が終了していたかどうかを考慮することなく常に承継的共犯の問題とするという趣旨であるとすれば、それは妥当でない。

④の見解のいうように、承継的共犯の問題を論ずる前提として、後行者が加担した時点で先行者の犯罪が終了していないといえるかを検討する必要がある。

このような理解に立った場合、後行者の加担時期と詐欺の発覚時期の先後は重要となる。被害者が詐欺に気づく前に受け子が加担した場合には、詐欺未遂罪が終了する前に後行者が加担したことは明らかであるから、当然に承継的共犯の問題となる。これに対し、被害者が詐欺に気づいた後に受け子が加担した場合には、その時点で詐欺未遂罪が終了していたと解する余地もあるため、承継的共犯を論ずる前提として、詐欺未遂罪が終了していたかどうかの検討が必要となるのである。

(5) もっとも、④の見解が、後行者の加担の時点で先行者の未遂罪が終了していたかどうかを不能犯の問題として解決しようとしている点には疑問がある。不能犯と未遂犯の終了時期とは、判断の内容が事実上類似しているところはあつるものの、本来的に次元の異なる問題であると考えられるからである。

不能犯は、何らかの行為を判断の対象とし、その行為が構成要件実現の危険性を有するかを問うものである。これに対し、未遂犯の終了時期は、いったん開始された犯罪がまだ継続している状況にあるかという問題であり、必ずしも行

為者の行為を判断の対象とするものではない。たとえば、行為者が既遂に至る前に何らかの事情で犯行の継続を断念した場合、その時点で未遂犯は終了したといつてよいと思われるが、その時点では行為者は犯行の継続を断念しただけで、詐欺の実現に向けた行為は何ら行っておらず、不能犯を問題とする余地はないであろう。

また、不能犯と未遂犯の終了時期とでは判断の基準時も異なる。裁判例や学説の多くが不能犯を問題としているのは、受領行為についてであるから、不能犯の判断の基準時は受領行為時である。<sup>20</sup>これに対し、未遂犯の終了時期は、後行者が先行者と意思を通じるなどして加担した時点で犯罪が継続しているかを明確にするために論じるのであるから、その判断の基準時は後行者の加担時である。

(6) このように考えると、騙されたふり作戦が実施された場合に受領行為を担当した受け子に詐欺未遂罪の共犯が成立するかを検討するための判断枠組みは、以下になるであろう。

まず、受け子が加担した時点で欺罔行為者の詐欺未遂罪が終了していないかを判断する必要がある。未遂犯がいつ終了したといえるかは、不能犯とは次元を異にする問題である。受け子が加担した時点で欺罔行為者の詐欺未遂罪が終了していた場合には、承継的共犯の問題を論じるまでもなく、受け子における詐欺未遂罪の共犯の成立は否定される。これに対し、その時点で詐欺未遂罪が終了していない場合には、承継的共犯が問題となる。

次に、承継的共犯については、否定説、中間説、肯定説が対立しているところ、否定説によると、詐欺罪の承継的共犯は認められないから、騙されたふり作戦が実施された場合にも受け子は不可罰となる。しかし、前述したように、詐欺罪の承継的共犯は肯定すべきであり、そのような理解に立てば、詐欺が未遂に終わった場合にも、欺罔行為に関与していない受け子に詐欺未遂罪の共犯が成立する余地がある。

結果共同惹起説は、既遂犯を想定して「結果」共同惹起という表現を用いているが、その核心は、後行者が先行者と

共に当該構成要件を実現したといえるときに承継的共犯を認めるところにあるから、騙されたふり作戦が実施された場合に受け子に詐欺未遂罪の共犯が成立するかを判断するにあたっては、受け子が欺罔行為者と共に詐欺未遂罪の構成要件を実現したといえるかを検討することになる。この点に関しては、後述するように、①受け子の行為がどの段階にまで達する必要があるか（受け子が欺罔行為者と意思を通じてただでよいか、受領行為等を行う必要があるか）、②受け子の行為が詐欺未遂の結果を実現するものといえるかを不能犯の観点から検討すべきかが問題となるであろう。

以下では、この判断枠組みに沿って、順に検討していくことにしたい。

## 2 未遂犯の終了時期

(1) まず問題となるのが、未遂犯の終了時期をどのように判断すべきかである。

未遂犯の終了時期は、これまで意識的に論じられることは少なかった。未遂犯の開始時期すなわち実行の着手時期は、未遂犯か予備・陰謀罪または不可罰かを決する問題であるから重要性が高い。これに対し、ひとたび開始された未遂犯がいつ終了したとしても通常は罪名に影響を及ぼさないため、未遂犯の終了時期の問題は論じる実益が少ないようにも思える。しかし、未遂犯においても公訴時効の起算点を確定する必要がある、そのためには未遂犯の終了時期が問題となるであろうし、また、本稿が問題としているように、未遂犯の終了時期が未遂犯の共犯の成否に影響を及ぼすこともありうる。

(2) それでは、未遂犯の終了時期はどのように判断すべきだろうか。

名古屋地裁平成二八年三月二三日判決は、受け子が関与した時点で既に騙されたふり作戦に基づく荷物の配達依頼がなされていたことを指摘し、「この時点では、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結果と因果関係を有することはなく、この点で、被告人に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」と判示している。これは、騙されたふり作戦が実行されたことにより既遂結果発生<sup>(34)</sup>の現実的危険が消失したといえ、その時点で未遂犯が終了すると解するのである。

確かに、未遂犯の開始時期すなわち実行の着手時期は、構成要件の結果の発生に至る現実的危険性を含む行為の開始あるいは危険の発生に求められているのであるから、そのような危険が消滅した時点をもって未遂犯の終了時期とするという見解もありえよう。その上、結果発生<sup>(35)</sup>の危険が消滅したかどうかを判断するにあたり不能犯の議論を参照することも考えられる。

しかし、ここで問題となっているのは、未遂犯の終了時期であると同時に、犯罪そのものの終了時期であることを意識する必要がある。ここでは、共犯の成立の基礎となるべき犯罪の実体が存在するかを問題としているからである。そうだとすると、未遂犯の処罰根拠である結果発生<sup>(36)</sup>の現実的危険が消滅したかという観点だけでなく、一個の事件が終了したといえるかという観点を考慮する必要があるように思われる。

一個の事件が終了したといえるかどうかは、客観的な事情と主観的な事情を総合して判断するほかないが、中でも犯意が消失したかどうかを重視すべきであろう。故意犯の場合、犯罪は、通常、犯意の形成を端緒とし、そこから予備行為、実行行為、結果発生という過程をたどるのであるから、犯罪が終了したといえるのは、意図した結果が発生して当初の目的を達成した場合か、そうでなければ、犯罪の端緒であった犯意が消失した場合であると解されるのである。

このような理解からすると、たとえ客観的には犯罪実現を困難ないし不能とするような事情が存在していたとしても、行為者が犯意を保持し当初の犯行計画を実行しようとしている限りは、原則として未遂犯は終了せず、継続していると

いえる。<sup>32)</sup> 実際上も、結果発生の際害となる事情が生じたとしても、犯意が失われていなければ、行為者が結果実現に向けて当初の計画と異なる方法をとるなど、犯罪実現の可能性は依然として残つていともいえよう。それゆえ、騙されたふり作戦が開始された後に欺罔行為者と受け子が意思を通じた場合でも、その時点で欺罔行為者の犯意が継続している以上は、詐欺未遂罪は終了しておらず、受け子に詐欺未遂罪の共犯の成立する余地はあると解される。

これに対し、行為者が当初の計画に基づく犯行の継続を断念し、犯意が消失したときには、未遂犯は終了したといえる。犯意が消失した事例としては、行為者が自ら翻意した場合、検挙の危険を感じて犯行計画の断念した場合、実際に関与者全員が検挙された場合などがありうる。たとえば、甲が欺罔行為を行った後、被害者の様子などから騙されたふり作戦が実施されていることを察知し、詐欺の犯意を放棄して逃走したが、その後、騙されたふり作戦の実施を知らない乙が甲の詐欺を手助けする意図で被害者の送付した荷物を受領した場合、受領行為は詐欺罪の実行行為の一部に当たるとの理解に立つたとしても、甲が犯意を放棄した時点で詐欺未遂罪は終了していると解すべきであり、そうである以上、その後に関与した乙に詐欺罪の片面的幫助犯が成立する余地はない。前述したように、片面的承継的幫助犯は可能であると解されるが、受領者は、欺罔行為者が完全に犯意を放棄し、犯罪が終了した後に関与しているため、承継的共犯を論じる前提を欠くといふべきである。

また、客観的には結果発生の可能性が残っていたとしても、行為者が犯意を完全に放棄した場合には、未遂犯は終了したといえよう。たとえば、実際には被害者は錯誤に陥り現金を送付しようと考えていたが、欺罔行為者は、詐欺が発覚したと思ひ込み、犯行の継続を断念した場合である。この場合に、欺罔行為者が犯行の継続を断念した後に、事情を知った他の者がその状況を利用し、被害者から送付された現金を受領したとしても、未遂犯が終了した後に関与している以上、受領者には詐欺罪の片面的幫助犯は成立しない。

学説の中には、犯罪実現に向けた決断を完全に現実のものとする最終的作為を故意作為犯における実行行為概念の核心に位置づける立場から、財物を移転させる段階において被害者に看破されていても、共同正犯者間の犯罪実現意思からすれば詐欺の遂行中であることに変わりはなく、詐欺罪への加担と評価できるとする見解が主張されている。この見解は、欺罔行為者が犯意を維持している限り詐欺未遂罪は終了しないとする趣旨であると解され、妥当である。

(3) もつとも、このような結論は中止犯の取扱いとの整合性を欠くという指摘もあるかもしれない。たとえば、甲と乙が欺罔行為を行った後、甲が翻意して被害者に詐欺の事実を告げ、騙されたふり作戦が開始されたが、乙は、そのことを知らず、丙に依頼して荷物を受領させた場合、甲には中止犯が成立するが、他方、本稿の理解からすると、乙の犯意が継続している以上、詐欺未遂罪は終了しておらず、丙には詐欺未遂罪の共犯が成立しうることになる。この場合、甲に中止犯が成立するということは、被害者の錯誤が解消した時点で結果発生の危険が消滅し、未遂犯が終了していることを意味するとの見解に立つと、丙は未遂犯の終了後に加担したことになるから、丙に詐欺未遂罪の共犯が成立する余地はないと解すべきではないかという疑問も生じるかもしれない。

しかし、共犯の成否と中止犯の成否とを統一的に取り扱う必然性はない。この点を明らかにするためには、既遂犯の終了時期をめぐる議論を想起する必要がある。

既遂犯の終了時期については、既遂と同時に犯罪が終了するののかという形で、継続犯と状態犯の区別を軸にこれまで一定の議論が積み重ねられてきた。既遂犯における犯罪の終了時期は、①公訴時効の起算点、②告訴期間の起算点、③共犯の成否、④正当防衛と自救行為の限界（急迫不正の侵害の有無）、⑤不可罰的（共罰的）事後行為、⑥刑の変更に刑法の適用など、様々な問題に影響を及ぼすとされる。もつとも、これらの①から⑥の問題は、それぞれ次元を異にする問題であるから必ずしも連動するわけではないし、また、同じ犯罪でも、既遂後に犯罪が継続していると見るべき事

例と、そうでない事例とがありうる。そこで、既遂犯の終了時期は継続犯か状態犯かによって一律に決まるわけではなく、当該犯罪の罪質や事案の特徴等に応じて実質的に解決する必要があるという理解が、現在では主流になっている。<sup>(36)</sup>

このことは、未遂犯の終了時期についても妥当する。未遂犯の終了時期は、①公訴時効の起算点、②告訴期間の起算点、③共犯の成否、④正当防衛における急迫不正の侵害の有無、⑤中止犯の成否、⑥刑の変更と刑法の適用などの問題に関連すると考えられるが、これらの問題を統一的に解決する必然性はない。何をもって「中止した」といえるかは、中止犯の刑の減免根拠等から検討されるのに対し、承継的共犯を問題とする余地があるかどうかは、共犯成立の基礎となるべき犯罪の実体が存在するかという観点から検討されるものであり、両者には別個の考慮が働くというべきである。

### 3 承継的共犯

(1) 受け子の加担時に詐欺未遂罪が終了していなかったとすると、承継的共犯が問題となる。詐欺罪の承継的共犯を否定する見解からは、騙されたふり作戦が実施された場合も、受け子は欺罔行為に参与していない以上、詐欺未遂罪の共犯の責任を負わないという結論に至る。<sup>(37)</sup>しかし、既述のように、後行者が先行者と共に詐欺罪の構成要件を実現したといえるときには、詐欺罪の承継的共犯は肯定すべきである。そのような理解を前提とすると、騙されたふり作戦が実施されて詐欺が未遂に終わった場合も、欺罔行為に参与していない受け子が欺罔行為者と共に詐欺未遂罪の構成要件を実現したといえる限りは、受け子に詐欺未遂罪の共犯の成立する余地はあるということになる。

下級審においても、詐欺罪の承継的共犯は概ね肯定されているといつてよい。福岡地裁平成二八年九月一二日判決は、「共犯の処罰根拠は、共犯が犯罪結果に対して因果性（寄与）を持つという点に求められるべきである（因果的共犯論）

ことからすると、共謀加担前の先行者の行為により既に生じた犯罪結果については、後行者の共謀やそれに基づく行為がそれに因果性を及ぼすことはありえないから、後行者が共同正犯としてそれに責任を負うことはないというべきである。一方、本件で問題となる詐欺罪については、欺罔行為、それによる被欺罔者の錯誤、その錯誤に基づく財物の交付及び交付された財物の受領という、因果関係によって結びつけられた一定の段階を経て成立する犯罪類型であるから、未だ詐欺の犯罪行為が終了していない段階で、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関係を持ち、その結果犯罪が成立するという場合が想定できるから、そのような場合には、承継的共同正犯の成立を認めることができると考えられる」としている。また、福岡高裁平成二九年五月三十一日判決は、財物交付の部分のみに関与した被告人について、「このような時期・方法による加担であっても、先行する欺罔行為と相俟って、財産的損害の発生に寄与しうることは明らかである。また、詐欺罪における本質的な保護法益は個人の財産であって、欺罔行為はこれを直接侵害するものではなく、錯誤に陥った者から財物の交付を受ける点に、同罪の法益侵害性があるというべきである。そうすると、欺罔行為の終了後、財物交付の部分のみに関与した者についても、本質的法益の侵害について因果性を有する以上、詐欺罪の共犯と認めてよい」と述べている。いずれも、因果的共犯論を意識した判示であるといえよう。

(2) 問題は、受け子がどのような行為を行う必要があるのかである。これについては、二つの点が問題となるように思われる。第一は、受け子に詐欺未遂罪の共犯の成立を認めるために、受け子の行為がどの段階にまで達する必要があるか、すなわち、受け子が欺罔行為者と意思を通じただけで足りるか、それとも、現実に受領行為を行う必要があるかという点である。第二は、受け子の行為が詐欺未遂の結果を実現するものといえるかを不能犯の観点から検討すべきかという点である。

第一の点について、名古屋高裁平成二八年一月九日判決は、「被告人が本件依頼人から依頼を受けた時点でも、詐欺既遂の結果発生の現実的危険はあったとみるべきこととなり、…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の共謀共同正犯が成立し得ることとなる」としており、名古屋高裁平成二八年九月二一日判決も、「被告人が氏名不詳者らとの間で共謀が成立したとみられれば、被告人に詐欺未遂罪が成立することとなる」と述べている。これらの判示は、欺罔行為者と受け子が意思を通じた時点で詐欺未遂罪の共犯の成立を認めてよいとする趣旨かもしれない。

これに対し、学説においては、詐欺未遂罪の共犯の成立に受領行為が行われることを要求する見解が多数を占めているといつてよい。受け子が受領行為に着手した段階ではじめて被欺罔者の（仮定上の）交付行為に関与し、詐欺罪の結果発生 of 危険性に影響を及ぼしたとして、詐欺未遂罪の共同正犯での処罰が可能になるとする見解<sup>38</sup>や、共犯責任を基礎づけるのは既遂結果への寄与であり、受け子の受領行為があつてはじめて既遂結果への寄与があつたとする見解<sup>39</sup>などが、それである。

確かに、複数人がまず意思を通じ、それを行動に移すという通常の共犯事例では、未遂犯の共犯が成立するためには、実行行為が行われる必要がある。しかし、騙されたふり作戦が実施された場合、受け子は、既に詐欺罪の実行行為が開始された後、その継続中に共犯関係に入るのであるから、受け子に共犯の成立を認めるためには、実行行為の一部である受領行為が行われる必要はなく、先行者の行為によって生じた効果を維持、促進し、当初の犯行計画の実現に必要な行為が行われれば足りるのではないだろうか。たとえば、受け子が荷物の送付先の部屋で待機していたところ、周囲の様子から騙されたふり作戦の実施を察知したため逃走し、荷物を受領するに至らなかった場合でも、それまでに欺罔行為者との意思に基づき受領のための周到な準備を積むなどの行為があれば、受け子は、欺罔行為者と共に詐欺未遂罪の

構成要件を実現したといえ、詐欺未遂罪の共犯の成立を認めてよい。<sup>(4)</sup>

もつとも、単に謀議が成立しただけでは、欺罔行為者と共に詐欺未遂罪の構成要件を実現したといえる実体は認められないであろう。受領行為やそれに密接に関連する準備行為など犯行計画の促進に寄与する一定の行為を行うことが必要であると解される。

(3) 第二の点については、裁判例および学説は、一般に受領行為が不能犯かどうかを問題としている。

不能犯については、客観的危険説と具体的危険説が対立しているところ、下級審裁判例の多くは、具体的危険説に立っている。福岡地裁平成二八年九月一二日判決は、「一般人（もとよりその存在は危険性判断のために仮定したフィクションである）の認識という視点を取り入れるのは、……当該事案の具体的状況下において、社会通念に照らし、客観的な事後予測として危険性を判断するためであるから、そこで仮定すべき一般人は、犯人側の状況と共に、それに対応する被害者側の状況をも観察し得る一般人でなければならぬはずである。そして、そのような一般人を前提とすれば、DがBに欺罔行為を行い、Bはそれによっていったんは錯誤に陥ったが、その後錯誤を脱し、むしろ警官からの依頼に応じて犯人検挙のためにだまされたふりをするに、犯人を捕捉するために本件荷物を発送し、被告人はそれを受け取った、という事実経過を、特段の科学的知見などを用いることなく認識しうると考えられるのであり、その認識を基礎とすれば、被告人が本件荷物を受け取る行為は、Dの欺罔行為やそれによるBの錯誤とは因果関係のない行為であり、詐欺罪の結果発生危険性を有しないものであるとの判断がなされることは明らかとすべきである」と述べ、不能犯を認めている。

しかし、具体的危険説の立場から不能犯を否定するのが、裁判例の主流であるといつてよい。福岡高裁平成二八年一月二〇日判決は、「被告人の行為の危険性を判断し、未遂犯としての可罰性の有無を決するためには、いわゆる不能

犯における判断手法により、当該行為の時点で、その場に置かれた一般通常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して、当該行為の危険性の有無を判断するのが相当である。これを本件についてみると、被告人において被害者が騙されたふりをしているとの事情を認識していなかったのはもちろんのこと、その場に置かれた一般通常人にとっても、そのような事情はおよそ認識し得なかつたといえるから、被害者が騙されたふりをしているとの事情は、行為の危険性を判断する際の基礎事情からは排除・捨象して考えるのが相当である。そして、被害者が騙されたふりをしているとの事情を排除・捨象して被告人の行為を観察すれば、被告人は、被害者において騙されたが故に発送した本件荷物を受領したということになるから、被告人の本件受領行為に実行行為性を肯定することができ、未遂犯としての可罰性があることは明らかである」としている。名古屋高裁平成二八年九月二一日判決、名古屋高裁平成二八年一月九日判決、神戸地裁平成二八年九月二三日判決なども、同様の判断を示している。

学説上も、受け子の受領行為について不能犯を否定する見解が多数説である。具体的危険説の立場からは、福岡高裁平成二八年二月二〇日判決などと同じく、騙されたふり作戦により模擬紙幣が送付されているという事実は外観からは分からず、一般人には認識できないので、一般人を基準に判断すると、詐欺が既遂に至る危険性が認められ、不能犯ではないとされている<sup>(41)</sup>。これによると、被害者側の動揺した心理状態等を考慮してもなお容易に看破されるような例外的なケースを除けば、欺罔行為の実行行為としての危険性が否定されることはない<sup>(42)</sup>。一方、修正された客観的危険説からは、仮定的な因果経過を広く考慮することにより、騙されたふり作戦が実行されたことは偶然にすぎず、(仮定上の)被害者が錯誤に陥つたまま被害金を送付していた可能性も十分に存在していたと考え、騙されたふり作戦が実行されていなければ被欺罔者の交付行為を実現させる危険性を有していたとして、詐欺罪の結果発生<sup>(43)</sup>の危険性が肯定される。

また、未遂犯の成立要件として高度の危険を要求すべきでないとの見解からは、以下のような主張が展開されている。第一は、未遂犯の成否は既遂結果を実現しようとして行為者の犯罪計画を考慮して判断されるべきであるとの立場から、第一段階として、先行者の行為時の犯行計画を考慮して、「だまし」が詐欺の結果をもたらしているものであったかをチェックし、第二段階として、後行者の行為時の犯行計画を考慮して、後行者の行為が既遂結果に寄与する可能性があったかをチェックするという見解<sup>44)</sup>である。この見解は、通常、後行者の行為時の計画は先行者の行為時に組み込まれており、第二段階のチェックは第一段階のチェックに事実上解消されると指摘するとともに、未遂犯に要求される危険性の程度はそれほど高く設定すべきでないとの理解から、先行者の「だまし」が欺罔行為の要件を満たせば後行者の行為は詐欺未遂罪の共同正犯になるとしている。第二は、全く無害とはいえない事象である限り刑事罰の対象とすることの正当性は失われないから、不能犯論における危険性について高度の危険ないし具体的な危険を未遂処罰に求める必然性はないとの前提に立ち、欺罔行為が行われていることに被害者が気づかないまま詐欺既遂に至る可能性がおよそないとはいえないという事情があれば、未遂処罰の基礎づけに必要な危険が認められるため、ほとんどの事案において不能犯にならないとする見解<sup>45)</sup>である。これらの見解はいずれも、騙されたふり作戦が実行されたとしても受け子の行為が不能犯となることは事実上ほとんどないと解している点で共通している。

前述したように、客観的に既遂結果の実現を不可能ないし著しく困難にする事情が存在していたとしても、行為者が犯意を継続し、当初の犯行計画を実行しようとしている限り未遂犯は終了しない。受け子は、そのような犯罪の継続中に共犯関係に入るのであるから、受け子が当初の犯行計画の実現に必要な行為を行えば、先行者と共に詐欺未遂罪の構成要件を実現したと評価してよい。そうだとすれば、外観上、騙されたふり作戦の実施が一般人から認識可能かどうかといった不能犯の議論とはかかわりなく、受け子が受領行為あるいはそれに密接に関連する行為を行えば、詐欺未遂罪

の共犯の成立を認めてよいであろう。<sup>(46)</sup> 不能犯を否定する上記の見解はいずれも、受け子の行為が不能犯となることはほとんどないと解しているといつてよく、本稿と大きな結論の違いはないと思われる。

(4) 詐欺未遂罪の承継的共犯を認める場合、受け子は正犯か幫助犯かが問題となるが、この点については、既遂犯に關して述べたことが妥当する。受領行為は詐欺罪の実行行為の一部と捉えることが可能であるから、受領行為を担当した受け子は実行行為を自ら行ったといえ、通常は共同正犯としてよい。<sup>(47)</sup> これに対し、受領行為自体は行わず、その準備行為を行ったにすぎない者は、幫助犯にとどまることが多いであろう。ただし、正犯と幫助犯の区別は、実行計画上の役割の重要性や正犯意思の有無などから総合的に判断されるから、受領行為を担当していても幫助犯となる場合もあれば、逆に、受領行為を担当しなくても共同正犯となる場合はある。<sup>(48)</sup>

#### 四 最高裁平成二九年決定

##### 1 事案の概要および決定要旨

最近、騙されたふり作戦が実施された場合における受け子の罪責について、最高裁の判断が示された。最高裁平成二九年二月一日決定<sup>(49)</sup>（以下、単に「平成二九年決定」ともいう）である。

同決定は、福岡高裁平成二九年五月三十一日判決の上告審であり、事案は、以下のようなものである。数字選択式宝くじであるロト6に必ず当選する特別抽選に選ばれたことによりその当選金を受け取ることができると誤信しているAに対し、真実は同人が特別抽選に選ばれた事実はなく、契約に違反した事実も違約金を支払う必要もないのにあるように装い、平成二七年三月一六日頃、B会社のCを名乗る氏名不詳者が、電話で、「Aさんの一〇〇万円が間に合わなかつ

たので、立て替えて一〇〇万円を私が払いました。」「Aさんじゃない人が送ったことがD銀行にばれてしまい、今回の特別抽選はなくなりました。不正があつたので、D銀行に私とAさんと二九七万円の違約金を払わないといけなくなりました。違約金を払わないと今度の抽選にも参加できないので、半分の一五〇万円を準備できますか。」などの欺罔文言を告げた(本件欺罔行為)。しかし、Aは、うそを見破り、警察官に相談してだまされたふり作戦を開始し、現金が入っていない箱を指定された場所に発送した。一方、被告人は、同月二四日以降、だまされたふり作戦が開始されたことを認識せずに、氏名不詳者から報酬約束の下に荷物の受領を依頼され、それが詐欺の被害金を受け取る役割である可能性を認識しつつこれを引き受け、同月二五日、本件公訴事実記載の空き部屋で、Aから発送された現金が入っていない荷物を受領した(本件受領行為)。

このような事案につき、同決定は、「被告人は、本件詐欺につき、共犯者による本件欺罔行為がされた後、だまされたふり作戦が開始されたことを認識せずに、共犯者らと共謀の上、本件詐欺を完遂する上で本件欺罔行為と一体のものとして予定されていた本件受領行為に関与している。そうすると、だまされたふり作戦の開始いかんにかかわらず、被告人は、その加功前の本件欺罔行為の点も含めた本件詐欺につき、詐欺未遂罪の共同正犯としての責任を負うと解するのが相当である」と判示した。既に見たように、騙されたふり作戦が実施された場合における受け子の罪責については下級審の判断が分かれていたところ、同決定は、最高裁として、受け子に詐欺未遂罪の共同正犯が成立することを肯定したものであり、極めて重要な意義を有する。

## 2 承継的共犯

- (1) 同決定の判示は簡潔であり、同決定がどのような判断枠組みに基づいて右の結論に至ったかは判然としないが、

一つ言えるのは、同決定が詐欺未遂罪の承継的共同正犯を肯定したということである。本件において被告人は欺罔行為には関与していないのであるから、被告人に詐欺未遂罪の共同正犯の成立を認めるためには、承継的共同正犯を肯定する必要がある。そして、同決定は、「その加功前の本件欺罔行為の点も含めた本件詐欺につき、詐欺未遂罪の共同正犯としての責任を負う」と述べていることから、詐欺未遂罪について承継的共同正犯を認めたものと解されるのである。

承継的共同犯に関する最高裁判例としては、最高裁平成二四年一月六日決定（以下「平成二四年決定」という）があるが、平成二四年決定は、傷害罪の承継的共同正犯について判断を示したものにすぎず、また、承継的共同犯の一般的な解決方法には触れなかったことから、平成二九年決定が詐欺未遂罪の承継的共同正犯が肯定されることを明らかにしたことは注目される。

(2) もっとも、平成二九年決定は、詐欺未遂罪の承継的共同犯を認めた根拠については言及しておらず、最高裁が承継的共同犯についてどのような理解に立っているのかは依然として明らかではない。また、平成二四年決定は傷害罪について承継的共同正犯を否定したのに対し、平成二九年決定は詐欺未遂罪について承継的共同正犯を肯定しており、一見すると、相反する結論に至っているようにも思える。それでは、平成二四年決定と平成二九年決定の関係はどのように理解すればよいのだろうか。また、最高裁は、承継的共同犯についてどのような見解に立っていると評価すべきなのだろうか。

平成二四年決定は、後行者の加担前に先行者が生じさせた傷害結果と後行者の行為との間に因果関係がないことを理由に傷害罪の承継的共同正犯を否定した。そのため、平成二四年決定は、承継的共同犯に関する学説のうち否定説に立っていると解する余地もある。ただし、平成二四年決定の以前に、否定説を採用した裁判例はほとんど見られず、承継的共同犯について中間説を採用する裁判例が主流となっていたことを踏まえると、平成二四年決定が否定説に立ったとは考

えづらいたところがあつた。むしろ、中間説の中の結果共同惹起説も、後行者の行為と構成要件の結果との因果関係を要する見解であることから、平成二四年決定は結果共同惹起説を基本としているとの評価も可能であろう。特に千葉裁判官の補足意見は、傷害罪について承継的共犯を否定し、強盗罪、恐喝罪、詐欺罪については承継的共犯を肯定するとともに、強盗罪、恐喝罪、詐欺罪について承継的共犯を肯定する根拠を、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ついて因果関係を持つ点に求めており、こうした結論および根拠は結果共同惹起説と共通するものといえるのである。

また、平成二四年決定は、加担前に先行者が生じた傷害の結果について後行者は責任を負わないとしていることから、承継的共犯肯定説を排斥したといつてよい。<sup>50)</sup>更に、第一審および控訴審が積極的利用説の立場から、加担前の先行者の行為から発生した傷害について後行者に傷害罪の共同正犯の成立を認めただけに對し、平成二四年決定は、被害者が先行者の暴行によつて負傷し、逃亡や抵抗が困難になっている状態を利用して後行者が暴行に及んだ事実は共謀加担前の傷害結果について刑事責任を問いうる理由とはいえないと述べていることから、積極的利用説も否定したと見るべきである。<sup>51)</sup>

一方、平成二九年決定は、詐欺未遂罪の承継的共同正犯を認めたものであるが、その判示からすると、受け子が欺罔行為と一体のものとして予定されていた受領行為に關与した結果、詐欺が既遂に達した場合には、詐欺既遂罪の承継的共同正犯が認められることにならう。したがつて、平成二九年決定は、承継的共犯肯定説、中間説の積極的利用説および結果共同惹起説のいずれの見解とも結びつくものである。これに對し、承継的共犯否定説や、承継的幫助犯のみ認めて承継的共同正犯を否定する見解からは、詐欺未遂罪の承継的共同正犯を認めることはできないから、平成二九年決定は、これらの見解には立たなかつたといつてよいだろう。<sup>52)</sup>

このように見てくると、平成二四年決定と平成二九年決定のいずれとも矛盾しないのは、中間説の中の結果共同惹起説である。もちろん、最高裁は承継的共犯の一般的な解決方法について言及しているわけではないので、承継的共犯について判例がどのような見解に依拠しているかを断定することはできないが、平成二四年決定と平成二九年決定を併せて考えると、判例の立場は結果共同惹起説と親和性を有するという推測が成り立つ。

(3) なお、平成二九年決定が「本件欺罔行為と一体のものとして予定されていた本件受領行為に関与している」と述べたことを理由に、同決定は行為の一体性を根拠に承継的共同正犯を肯定したとする見解も存在する<sup>53</sup>。この見解は、承継的共犯の根拠を行為の一体性に求める立場と、法益侵害に対する因果性に求める立場とを対置した上で、平成二九年決定は前者の立場に依拠しており、かつ、それは妥当であるとするのである。

確かに、承継的共犯は、先行者の犯行の開始後から終了までの間に後行者が先行者の犯行に合流する場合に問題となるものであるから、承継的共犯を論ずる前提として、後行者の加担前後の行為が一個の犯行であることは不可欠である。仮に加担前後の行為が別個の犯行であれば、そもそも承継的共犯の問題は生じない。しかし、前述したように、個人責任の原則を前提とする限り、後行者は自己の行為と因果関係を有する範囲でのみ共犯としての責任を負うというべきであり、平成二四年決定も同様の理解に立っていると解されるが、加担前後の行為が一体であるからといって後行者の行為と加担前に生じた結果との因果関係が基礎づけられるわけではない。右の見解も認めているように、行為の一体性を根拠に承継的共犯を認めると、加担前の行為から生じた死傷の結果まで後行者に帰属されることになってしまう<sup>54</sup>。その意味では、加担前後の行為の一体性は、承継的共犯の前提ではあるが、根拠ではないのである<sup>55</sup>。平成二四年決定をも併せて考えると、平成二九年決定は、加担前後の行為が一体であることを前提としつつ、後行者の行為が詐欺未遂罪の構成要件の実現と因果関係を有することを根拠に承継的共同正犯を認めたものと解される。

(4) もっとも、平成二九年決定のいう「欺罔行為と一体のものとして予定されていた受領行為」がどの程度具体的なものであればならないかは、検討を要するところである。受領行為が欺罔行為と一体のものとして予定されていたといえるためには、欺罔行為者が他の者に受領行為を担当させることを当初から予定している必要があるのだろうか。

前述したところからも窺われるように、後行者が先行者の犯行の継続中に途中から関与し、先行者と共にその構成要件を実現したといえるかどうかが重要であるから、受領行為が欺罔行為と一体のものとして予定されていたといえるためには、欺罔行為と受領行為を内容とする詐欺罪の構成要件の実現が欺罔行為者において予定されていたといえるであろう。したがって、当初は欺罔行為者が自ら受領行為を行う予定だったが、その後、計画を変更して他人に受領行為を依頼した場合も、受領行為による詐欺罪の完成が予定されていた以上は、「一体のものとして予定されていた」といえ、承継的共犯を論ずる前提が認められるとともに、受け子に詐欺未遂罪の共犯の成立を肯定することは可能であると解される。<sup>(56)</sup>

### 3 その他の問題

承継的共同正犯以外の点についても、平成二九年決定の理論的な立場は示されておらず、平成二九年決定がどのような理論構成によって被告人に詐欺未遂罪の共同正犯の成立を認めたのかは明確ではない。

(1) 第一に、従来の下級審の裁判例や学説の多くは、受け子の罪責を確定するにあたって不能犯を問題としてきたが、平成二九年決定は、不能犯の点については全く触れていない。被告人の受領行為は不能犯ではないとの理解に立ちながらもその点への言及を省略したのか、あるいは、本件の解決にあたって不能犯の点を検討する必要はないと考えたのかは、判然としない。<sup>(57)</sup>

この点については、平成二九年決定が先行行為者の行為について「承継」を認めることにより、不能犯の問題に立ち入る必要なく事案が解決されたため、不能犯についての判断は示されなかったとする評価も存在する。欺罔行為を行った者または欺罔行為の当初から詐欺についての共同の意思連絡ある者に関して詐欺罪（の共同正犯）が成立することには特に問題がないのと同様に、後から加わった者に関しても、先行行為の「承継」を認めるのであれば、同様に不能犯の問題は生じないとするのである。

しかし、承継的共犯が認められるというのは、後行者が専ら加担前の行為や結果の部分について責任を負うという趣旨ではなく、先行者の加担前後の一連の行為と後行者の加担後の行為とを併せて考えたと、後行者が先行者と共に当該構成要件を実現したと評価できるということを意味している。前述したところから明らかのように、この点については、平成二九年決定も同様の理解に立っていると考えられる<sup>59</sup>。このような理解からすると、後行者の加担後の行為を不能犯の観点から評価すべきかどうかという問題は残るといべきである。なお、平成二九年決定が、受け子の受領行為が行われてはじめて詐欺未遂罪の共同正犯の成立を認める趣旨かどうかも、明らかではない。

(2) 第二に、平成二九年決定は、「だまされたふり作戦が開始されたことを認識せずに」と述べている。本件は被告人らが騙されたふり作戦の開始を認識していなかった事案であったが、行為者が騙されたふり作戦の開始の可能性を認識している場合もありうる。そのような場合にも、受け子に詐欺未遂罪の共犯が成立するだろうか。

本稿の理解からは、行為者が騙されたふり作戦の開始を未必的に認識していたとしても、完全に犯意を放棄したといえない限りは犯罪は終了しておらず、受け子に詐欺未遂罪の共犯の成立を認めることは可能である。また、騙されたふり作戦の開始を未必的に認識していた場合には、詐欺の結果発生の可能性が低いと考えていたともいえるから、故意が否定されないかという点も問題となるが、結果発生の可能性を認識しつつそれを打ち消さずに行為を開始したといえる

限りは、故意も否定されないのであろう。<sup>(61)</sup>

(3) 第三に、平成二九年決定が「既遂」ではなく「完遂」という文言を用いたことを捉えて、詐欺の既遂後、その完遂のために関与した者についても承継的共同正犯を認める余地を残したとの評価も存在する。<sup>(62)</sup>

確かに、裁判例においては、財物を「奪取」して窃盗が既遂に達した後、暴行・脅迫によりこれを「確保」した場合に一項強盗罪の成立を認めるといのように、財物の「奪取」と「確保」を区別していると見られるものもある。<sup>(62)</sup>平成二九年決定が「既遂」ではなく「完遂」としたのも、これと同様の考え方に基づくという見方もあるかもしれない。

しかし、平成二九年決定以外にも、「完遂」という文言を用いた最高裁判例は存在するが、いずれも、「既遂」と異なる意味で「完遂」という文言を用いているとはい切れない。また、従来の承継的共犯の取扱いを見ても、犯罪終了後に関与したときにはその犯罪の共犯は成立しないというのが、一般的な理解である。たとえば、振込型の特殊詐欺においては、送金の時点で詐欺罪は既遂に達し、同時に犯罪としても終了するため、「出し子」が銀行から金員を引き出ししても、詐欺罪の承継的共犯を論ずる余地はないと解されているのである。<sup>(64)</sup>「完遂」の意義をどう理解すべきかについては、更なる検討が必要であらう。

## 五 結びに代えて

本稿は、特殊詐欺の現金送付型において騙されたふり作戦が実施された場合に、受領行為のみを担当した受け子に詐欺未遂罪の共犯が成立するかを検討した。本稿の検討から得られた結論は、次のようなものである。

この問題を解決するにあたっては、最初に、受け子が加担した時点で欺罔行為者の詐欺未遂罪が終了していないかを

確定する必要がある。受け子が加担した時点で欺罔行為者の詐欺未遂罪が終了していた場合には、承継的共犯の問題を論じるまでもなく、受け子における詐欺未遂罪の共犯の成立は否定されるが、これに対し、その時点で詐欺未遂罪が終了していない場合には、承継的共犯が問題となる。未遂犯の終了時期は、不能犯とは異なる問題であり、一個の事件が終了したといえるかどうかという観点から判断される。特に犯意が消失したかどうかを重視すべきであり、たとえ客観的には犯罪実現を不能とするような事情が存在していたとしても、行為者が犯意を保持し犯行計画を実行しようとしている限りは、未遂犯は終了せず、継続しているといえる。

次に、詐欺罪の承継的共犯は肯定すべきであり、詐欺未遂罪についても承継的共犯を認めることは可能である。承継的共犯は、後行者が先行者と共に当該構成要件を実現したといえるときに認められるから、騙されたふり作戦が実施された場合には、受け子が欺罔行為者と共に詐欺未遂罪を実現したといえるかを検討する必要がある。受け子は、既に詐欺罪の実行行為が開始された後、その継続中に共犯関係に入るのであるから、受け子に詐欺未遂罪の共犯の成立を認めるためには、先行者の行為によって生じた効果を維持、促進し、当初の犯行計画の実現に必要な行為が行われれば足りる。このような理解からは、受け子は、欺罔行為者と意思を通じただけでは足りないものの、実際に受領行為を行う必要はなく、受領行為に密接に関連する準備行為など犯行計画の促進に寄与する一定の行為を行えば、詐欺未遂罪の共犯の成立が認められる。

(1) 裁判例については、二本柳誠「騙されたふり作戦と受け子の罪責・補論(1)」名城ロースクール・レビュー 四一号(二〇一八年) 五四頁以下参照。

(2) 名古屋地判平成二八年四月一八日 LEX/D/BS5448222。

(3) 山口厚『刑法総論』(有斐閣、第二版、二〇〇七年) 三五〇頁、浅田和茂『刑法総論』(成文堂、補正版、二〇〇七年) 四二二頁以下、大越義久『刑法総論』(有斐閣、第四版、二〇〇七年) 一九九頁、曾根威彦『刑法総論』(弘文堂、第四版、二〇〇八年) 二五八頁、林幹人『刑法の基礎理論』(東)

- 京大学出版会、一九九五年)二〇〇—二〇一頁、相内信「承継的共犯について」金沢法学二五巻二号(一九八三年)四三頁、町野朔「惹起説の整備・点検」『内藤謙先生古稀祝賀 刑事法学の現代的状态』(有斐閣、一九九四年)一三三—一三三頁、小林憲太郎「いわゆる承継的共犯をめぐって」研修七九二号(二〇一四年)八頁以下、松原芳博「承継的共犯」『野村稔先生古稀祝賀論文集』(成文堂、二〇一五年)二〇三頁以下。
- (4) 木村亀二「阿部純二増補『刑法総論』」(有斐閣、一九七八年)四〇八頁、植松正「再訂刑法概論Ⅰ総論」(勁草書房、一九七四年)三五四頁以下、下村康正「続犯罪論の基本的思想」(成文堂、一九六五年)二二九頁、小野清一郎「判批」刑事判例研究会編『刑事判例評釈集』巻一(有斐閣、一九四一年)四一七頁以下。
- (5) 大谷實「刑法講義総論」(成文堂、新訂第四版、二〇一二年)四一八頁、四四五頁、藤木英雄「刑法講義総論」(弘文堂、一九七五年)二九〇—二九二頁、佐久間修「刑法総論」(成文堂、二〇〇九年)三六九—三七〇頁、木村光江「刑法」(東京大学出版会、第三版、二〇一〇年)一七三頁以下、大塚仁「刑法概説(総論)」(有斐閣、第四版、二〇〇八年)二九四—二九五頁、三三三頁、前田雅英「刑法総論講義」(東京大学出版会、第六版、二〇一五年)三六〇頁以下、阿部力也「承継的共同正犯について」部分的肯定説の再検討—『川端博先生古稀記念論文集「上巻」』(成文堂、二〇一四年)五三三頁以下など。
- (6) 平野龍一「刑法総論Ⅱ」(有斐閣、一九七五年)三八二—三八三頁、堀内捷三「刑法総論」(有斐閣、第二版、二〇〇四年)二九一頁、伊藤涉ほか「アクチュアル刑法総論」(弘文堂、二〇〇五年)三〇八頁(伊藤、川端博「刑法総論講義」(成文堂、第三版、二〇一三年)五七〇頁、六〇二頁、西田典之「共犯理論の展開」(成文堂、二〇一〇年)二三三頁以下、佐伯仁志「刑法総論の考え方楽しみ方」(有斐閣、二〇一三年)三八六—三八七頁、高橋直哉「承継的共犯に関する一考察」法学新報二二三巻三—四号(二〇〇七年)一五一頁以下、橋爪隆「承継的共犯について」法教四一五号(二〇一五年)九五—九六頁など。
- (7) 拙稿「承継的共犯の一考察」同志社法学六四巻三号(二〇一二年)三三六頁以下、拙稿「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』(成文堂、二〇一六年)一四二頁以下参照。
- (8) 共同正犯については否定説、幫助犯については肯定説を採る見解として、中野次雄「刑法総論概要」(成文堂、第三版補訂版、一九九七年)一四九頁、一六五頁、山本雅子「承継的共同正犯論」『立石二六先生古稀祝賀論文集』(成文堂、二〇一〇年)四六八頁以下などがあり、共同正犯については否定説、幫助犯については中間説を採る見解として、井田良「講義刑法学」総論(有斐閣、二〇〇八年)四七三頁、四九〇—四九一頁、斎藤信治「刑法総論」(有斐閣、第六版、二〇〇八年)二七四—二七五頁、高橋則夫「刑法総論」(成文堂、第三版、二〇一六年)四六一—四六二頁、照沼亮介「体系的共犯論と刑事不法論」(弘文堂、二〇〇五年)二四六頁以下、上野幸彦「承継的共同正犯論の批判的検討」日本大学大学院法学研究



- (20) LEX/DDB 25544658。
- (21) 判時三三三八号一二二頁。
- (22) 判タ一四四二号六五頁。
- (23) LEX/DDB 25543872。
- (24) 神戸地判平成二八年九月三日 LEX/DDB 25448327。大阪高判平成二九年五月二四日 LEX/DDB 25448842 は、現金手交型の事案に関するものであるが、騙されたふり作戦が実施された事例において受領行為が不能犯に当たるかを問題としている。
- (25) 安田・前掲注(11) 二二六頁。
- (26) 橋爪隆「特殊詐欺の『受け子』の罪責について」研修八二七号(二〇一七年) 一〇頁以下。
- (27) 橋爪・前掲注(26) 一一頁。
- (28) 橋本正博「判批」『平成二八年度重要判例解説』(二〇一七年) 一六五頁、二本柳誠「騙されたふり作戦と受け子の罪責」名城法学六七巻一号(二〇一七年) 二二四頁。
- (29) 富川雅満「判批」法学新報一二四巻五〇六号(二〇一七年) 二九七頁以下は、受け子の受領行為だけでなく、欺罔行為者から受領の依頼を引き受ける行為も危険性の判断対象となりうるとする。これによると、依頼引受行為時も不能犯の判断基準時となる。
- (30) 二本柳・前掲注(28) 二二五頁。
- (31) 安田拓人「判批」法教四五一号(二〇一八年) 一四三頁参照。
- (32) これに対し、二本柳・前掲注(28) 二二五―二二六頁は、犯罪の終了時期を判断する際に行為者の主観を重視することに否定的である。なお、名古屋高裁平成二八年九月二日判決および名古屋高判平成二八年二月九日は、受け子の関与の時点で欺罔行為者の犯意が失われていなかったことを指摘している。
- (33) 樋口亮介「実行行為概念について」『西田典之先生献呈論文集』(有斐閣、二〇一七年) 二五頁以下、五〇―五一頁。
- (34) この点については、富川・前掲注(29) 三〇一頁注(2) 参照。
- (35) 甲の中止行為によって被害者の錯誤が解消された後、仮に乙が中止行為を行っても中止犯の成立する余地はないとすると、それは、被害者の錯誤が解消された時点で未遂犯が終了しているからであるとする理解もありうる。この点については、金澤真理『中止未遂の本質』(成文堂、二〇〇六年) 一七〇頁以下、吉田敏雄『未遂犯と中止犯』(成文堂、二〇一四年) 一六八頁以下、二二〇頁以下参照。

- (36) この点については、古田佑紀「犯罪の既遂と終了」判タ五五〇号（一九八五年）九〇頁以下、佐伯仁志「犯罪の終了時期について」研修五五六号（一九九四年）一五頁、伊藤涉「犯罪の終了時期に関する若干の考察」東洋法学五四卷二号（二〇一〇年）六五頁以下など参照。
- (37) 二本柳・前掲注（28）二二六頁以下。
- (38) 橋爪・前掲注（17）一六五頁。
- (39) 佐藤拓磨「判批」刑ジヤ五五号（二〇一八年）一〇六頁。
- (40) これに対し、門田成人「判批」法セミ七四六号（二〇一七年）一二二頁は、受領行為を実行行為の一部と捉えたとしても、欺く行為によって生じた危険をさらに高めるものではないとする。
- (41) 安田拓人「判批」法教四三七号（二〇一七年）一四六頁、神元隆賢「判批」北海学園大学法学研究五三卷二号（二〇一七年）一五四頁。更に、阿部英雄「判批」創価ロージャーナル一〇号（二〇一七年）一九一頁以下参照。
- (42) 安田・前掲注（31）一四三頁。
- (43) 橋爪・前掲注（17）一六三―一六四頁、同・前掲注（26）二三一―二四頁。この見解に対する批判として、原口伸夫「未遂犯論の諸問題」（成文堂、二〇一八年）三八七―三八八頁注一五六。更に、小林憲太郎「刑法判例と実務——第一九回未遂犯（中）——」判時三三三〇号（二〇一七年）一四一―一四二頁参照。
- (44) 佐藤・前掲注（39）一〇四頁。
- (45) 樋口・前掲注（33）二五頁以下、五〇―五一頁。
- (46) 上野幸彦「判批」刑ジヤ五三号（二〇一七年）一四二頁参照。
- (47) これに対し、甘利航司「判批」『新・判例解説Watch【二〇一八年四月】』（二〇一八年）一七二頁は、財物の受領行為だけへの関与は役割が軽微であり、幫助にすぎないとする。上野幸彦「特殊詐欺における中途関与者の刑事責任」危機管理学研究二号（二〇一八年）八四―八五頁は、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の犯行を援助したことが認められる限り、後行関与者に詐欺罪の従犯を認めることは可能であるとする。
- (48) 富川・前掲注（29）二九四―二九五頁、谷岡拓樹「判批」早稲田法学九三卷二号（二〇一八年）一一九頁以下参照。
- (49) 裁判所HP。
- (50) 石田寿一「判解」『最高裁判例解説刑事事篇』（法曹会、二〇一五年）四五五頁。

- (51) 橋本正博「『承継的共同正犯』について」『川端博先生古稀記念論文集「上巻」』(成文堂、二〇一四年) 五九〇頁、橋爪・前掲注(6) 九四頁。
- (52) 佐藤・前掲注(39) 一〇六頁。
- (53) 佐藤・前掲注(39) 一〇三頁。
- (54) 橋本・前掲注(51) 五九五―五九六頁は、そのような結論を肯定する。これに対し、佐藤・前掲注(39) 一〇四頁は、「一体性」の見地から後行者に犯行全体に対する共犯責任を認めるのは、後行者の行為が既遂結果との間で因果関係を持ちうる犯罪類型に限られるとしている。
- (55) 松原・前掲注(3) 二〇三頁参照。更に、隈良行「判批」警論七一巻二号(二〇一八年) 二三三頁以下参照。
- (56) 前田雅英「判批」WJコラム二四号(文献番号S017WJL00032)(二〇一八年) 四―五頁は、一体性とは、「受取行為は、そのみの実行では、詐欺罪の成立は認められないが、先行する欺罔行為の存在とその認識を併せ考えれば、詐欺罪の共同正犯性を認めるべき場合」を意味するとしている。
- (57) 安田・前掲注(31) 一四三頁は、「欺罔行為として要求される危険性の程度に問題は帰着する……から、本決定が後行者の行為を捉えて不能犯の議論を持ち出さなかったことには理由がありうる」とする。また、濱兎彦「判批」研修八三六号(二〇一八年) 三二頁は、「最高裁判所が、『だまされたふり作戦』が実施された場合であっても詐欺の結果発生の危険性が肯定されることを明らかにしたものと認められる」とする。
- (58) 原口・前掲注(43) 三八七頁注一五五。更に、小林憲太郎「刑法判例と実務——第二八回不作為による関与——」判時三三五九号(二〇一八年) 一二〇頁以下、松宮孝明「判批」法セミ七五九号(二〇一八年) 一三三頁参照。
- (59) 安田・前掲注(31) 一四三頁。
- (60) 佐藤・前掲注(39) 一〇六―一〇七頁。
- (61) 佐藤・前掲注(39) 一〇六頁。
- (62) 最判昭和二十四年二月二十五日刑集三巻二号一六四頁。
- (63) 最判平成一年二月一〇日刑集五三巻九号一六〇頁、最決平成二年一〇月二五日刑集五五巻六号五一九頁、最判平成二六年九月二日集刑三一四号二六七頁、最判平成二八年四月二六日集刑三二九号三〇七頁。
- (64) 橋爪隆「銀行預金に関連する財産犯について」法教四四〇号(二〇一七年) 一〇九頁。

〔付記〕脱稿後、川田宏二「判解」ジュリ一五二〇号(二〇一八年) 一二二頁に接した。その検討は、後日を期したい。