

包括的共謀の意義と包括的共謀の射程

十 河 太 朗

I はじめに

(1) 共同正犯の事例においては、関与者間で犯行の内容を具体的に特定する形で謀議が行われるのではなく、被害者や手段・方法等を特定しないまま犯行の内容について包括的な合意が形成される場合も少なくない。こうした形態の共謀は、「包括的共謀」¹⁾と呼ばれる。

ただ、包括的共謀の概念は多義的であり、場面によって異なる意味で用いられることに注意を要する。第1は、合意の内容として、1個の犯行につき客体や手段・方法等が特定されていない場合である(不特定型の包括的共謀)。たとえば、被害者から金塊を窃取することには合意したものの、それ以外にどの範囲の財物を窃取するかは特定されていなかった事例²⁾や、クレジットカードの不正使用により商品を詐取することには合意したが、その具体的方法は実行犯に任されていた事例³⁾などが、これに当たる⁴⁾。この場合、現実

1) 「概括的共謀」といわれることもある。

2) 福岡地判平成31年1月21日 LEX/DB 25562941、福岡地判平成31年1月22日 LEX/DB 25570015、福岡地判平成31年1月31日 LEX/DB 25570047、福岡地判平成31年2月20日 LEX/DB 25570211、福岡高判令和元年9月10日 LEX/DB 25564107、福岡高判令和元年9月17日 LEX/DB 25570486など。

3) 東京地判平成元年4月26日 LLI/DB L28165222。

4) その他、このような意味で「包括的共謀」という表現を用いる裁判例として、東京地判昭和55年1月16日 LLI/DB L03530440などがある。また、千葉地判平成31年2月5日 LLI/DB L07450178は、死体損壊、死体遺棄の方法が特定されていなかった事例について、「概括的な認識、共謀」があったとしている。名古屋高判平成20年4月17日 LEX/DB 25421349、横浜地判平成20年8月12日 LLI/DB L06350354も、「概括的(な)共謀」という表現を用いている。

に行われた犯行が包括的な合意の範囲内にある以上は、共同正犯の成立が認められる。

第2は、複数の犯行を反復して行うことについて合意が形成される場合である(反復型の包括的共謀)⁵⁾。特殊詐欺の事例がその典型である。特殊詐欺は、複数の行為者が役割分担をしながら不特定多数の者に対し犯行を繰り返すところに特徴がある。そのため、個々の犯行の度に謀議が行われるわけではなく、たとえばリストに記載されている高齢者らから一定の方法により金員をだましとるといった程度の包括的な合意のみが形成され、それを次々と実行していく場合が多い。この場合には、個別の犯行には直接関与せず、具体的な認識がなくても、共謀を遂げた者全員が複数の犯行について詐欺罪の共同正犯としての責任を問われうる⁶⁾。

(2) このうち、不特定型の包括的共謀については、認定の問題はあるものの、関与者間にそのような合意があったことが認定できれば、発生した事実がその合意の範囲内にあるといえる限り共同正犯の成立を認めることに大きな理論的問題は生じないであろう。これに対し、反復型の包括的共謀においては、共同正犯の成否を判断するにあたり理論的に困難な問題が生じる。特に問題となるのは、共謀の成否および共謀の射程である。

反復型の包括的共謀の場合には、上述した特殊詐欺のように各行為者が異なる役割を果たし、行為者によって関与の仕方が異なる事例が多い。そのため、どの行為者について包括的共謀が成立するのかがしばしば問題となる。また、共同正犯の成立には、実行行為が共謀に基づいて行われること、すなわち共謀の射程が実行行為に及ぶことが必要となるが、反復型の包括的共謀

5) これに対し、個々の犯行に関する共謀は、「個別的共謀」といわれる。

6) いずれの客体に結果が発生するかが特定されていない場合の故意が一般に「概括的故意」と呼ばれていることに合わせて、不特定型の包括的共謀を「概括的共謀」と呼び、反復型の包括的共謀のみを「包括的共謀」とするのが、議論の混乱を避けるためには適切かもしれない。なお、東京地判昭和34年4月9日判時190号11頁、東京高判昭和38年4月23日LEX/DB 27486156は、「包括的共謀」を複数の犯行に関する抽象的な内容の合意、「個別的共謀」を具体的な内容の合意という意味で用いているとも考えられる。また、横浜地判平成20年8月12日LLI/DB L06350354は、概括的共謀を黙示的意思連絡という意味に捉えている可能性もある。

においては共謀の射程の判断も容易ではない。犯行が反復して行われているうちに関与者に入れ替わりが生じたり手段・方法や各人の役割分担の内実が次第に変化したりするなど、時間の経過に伴って当初の合意の内容から変容を遂げつつ犯行が行われる場合も見られ、そのような場合には当該実行行為が当初の包括的共謀に基づいて行われたかといえるかは必ずしも明確でないからである。

従来、共同正犯における共謀の概念や共謀の射程に関しては一定の議論が積み重ねられてきたが、そうした議論は包括的共謀の場合にもそのまま妥当するのであろうか。あるいは、特別な考慮が必要となるのであろうか。こうした点については、これまで正面から論じられることは少なく、その判断基準が明確にされてきたとはいいがたい。

そこで、本稿では、反復型の包括的共謀⁷⁾について共謀の成否および共謀の射程の有無をどのように判断すべきかを検討することにしたい。

II 包括的共謀の成否

1 包括的共謀の意義

包括的共謀の成立はどのような場合に認められるのであろうか。

共同正犯の成立要件については様々な見解が唱えられているが、筆者は、①共謀が存在すること、②共謀に基づいて共謀者の全部または一部が実行行為を行うことを共同正犯の成立要件と解している⁸⁾。共謀とは、犯罪の共同遂行の合意をいい⁹⁾、犯罪の共同遂行の合意があったというためには、犯行の本質的部分についての意思の連絡、および、各関与者が他の関与者と協力して自分たちの犯罪を遂行しようという共同犯行の意識（正犯意思）が必要

7) 以下では、反復型の包括的共謀を単に「包括的共謀」ともいう。

8) 拙稿「共謀の射程の意義」同志社法学72巻4号（2020年）861頁以下。

9) 司法研修所編『難解な法律概念と裁判員裁判』（法曹会、2009年）56頁、裁判所職員総合研修所監修『刑法総論講義案』（司法協会、4訂版、2016年）352頁以下。

となる。

包括的共謀の場合にも、共謀の成立にはこのような合意が必要となることは当然であるが、反復型の包括的共謀の場合は、特定の犯罪を反復して遂行することが合意の内容となる。すなわち、包括的共謀を認めるためには、反復して遂行される犯行の本質的部分についての意思の連絡があり、かつ、個別の犯行について謀議が行われなくても、各関与者が他の関与者と協力して自分たちの犯罪を反復して遂行しようという共同犯行の意識（正犯意思）が必要となる。

このような内容の犯罪共同遂行の合意が形成されれば、その合意の範囲内の犯行が行われる限り、いずれの犯行も各関与者が共同して実行したものと評価されるから、たとえ個別の犯行について謀議が行われておらず、また、個別の犯行について直接関与しなくても、包括的共謀の共謀者全員に共同正犯としての責任を問うことが可能となる¹⁰⁾。

2 関与者が固定している場合の包括的共謀

(1) 特定の行為者が同一の被害者に対して犯行を反復する場合は、包括的共謀の最も単純な類型である。たとえば、同じ被害者に対して日常的に暴行を繰り返す場合がこれに当たる。

福岡高裁平成29年1月27日判決（LEX/DB 25545230）、福岡高裁平成29年3月27日判決（LEX/DB 25448605）では、夫の甲および妻の乙らが、同居するA（甲らの経営するリサイクルショップの従業員）、B（乙の妹丙の夫）、C（Bと丙の子である幼児）に対し、甲ら方において、一定期間（Aには平成16年6月中旬頃から6月下旬頃、Bには平成18年9月上旬頃から10月下旬頃、Cには同年9月中旬頃から10月中旬頃）、日常的に殴る蹴るなどの暴力を振り、いずれも死亡させたという事案において、甲および乙に傷害致死罪

10) 品田智史「特殊詐欺事案における故意と共謀」阪大法学68巻3号（2018年）161頁、樋口亮介「特殊詐欺における共謀認定—実体法に基づく構造の解明」法律時報91巻11号（2019年）65頁。

の共同正犯の成立が認められた¹¹⁾。裁判所は、A および B が不始末を起こせば両名に暴力を振う旨の包括的な共謀関係が成立しており、また、C が自らの意に沿わない言動をする場合には暴行をしてでも言うことを聞かせるという包括的な共謀関係が成立していたとして、被害者が死亡するに至った具体的な状況が不明であり、あるいは、被害者の死亡を招いた暴行が直接的には他方によって行われたとしても、甲および乙は傷害致死罪の共同正犯としての責任を負うとした。

夫婦である甲と乙が同居する者に対する互いの暴行を認識しながら制止することもなく、それぞれ自ら日常的に暴行を繰り返していたことから、個別の暴行について謀議を行わなくても、暴行を反復することについての意思の連絡および共同犯行の意識は存在したといえ、包括的共謀が認められる¹²⁾。

(2) 固定の行為者が異なる被害者に対して犯行を反復する場合にも、包括的共謀を認めることは可能である。

さいたま地裁平成17年8月31日判決 (LEX/DB 28135287) は、甲と乙が、平成15年8月17日から同年10月4日までに7件、それぞれ被害者の女性を共同して無理やり自動車に乗せて略取、逮捕監禁し、強姦性交等を行い、キャッシュカード等を強取し、そのキャッシュカードで現金を引き出すなどの犯行を繰り返したという事案である。略取、逮捕監禁、強姦性交等、強盗は、甲と乙がともに直接実行行為を行っており、明らかに共同正犯の成立が認められるが、被害者から強取したキャッシュカードを使用したATMから現金を引き出す窃盗については、その都度、引出しの金額や分配方法等について

11) 福岡高裁平成29年1月27日判決 (原審は、福岡地判平成28年6月24日 LEX/DB 25543421) は、乙を被告人とし、福岡高裁平成29年3月27日判決 (原審は、福岡地判平成28年8月8日 LEX/DB 25543873) は、甲を被告人とするものである。

12) 同種の事案として、千葉地判令和元年6月26日 LEX/DB 25563685がある。甲と乙が同居していたAに対し、約6か月間、甲方等において暴行を繰り返し、傷害を負わせた事案について、千葉地裁は、Aに対して暴行を加えることにつき包括的な共謀が成立していたとして、傷害罪の共同正犯の成立を認めた。また、東京地判平成29年12月15日 LEX/DB 25549660は、同一の被害者に対して複数回にわたり嘘を述べて現金をだまし取った事例について包括的な共謀を認めている。

甲と乙の間で具体的な取決めをしていたわけではなく、また、現金の引出しは専ら甲が担当していた。この点について、裁判所は、被害者から強取したキャッシュカードを使用したATMから現金を引き出して分配する旨の包括的な合意が形成されていたことを理由に、乙もそのすべてについて窃盗罪の共同正犯の責任を負うとした。

異なる被害者に対する強制性交等や強盗を繰り返し、その際に強取したキャッシュカードを使用して現金の引き出すことについて甲と乙の間に意思の疎通があり、引き出した現金を両者で分配するなどの事情から正犯意思が認められる以上は、窃盗罪について包括的共謀が成立しているといえる¹³⁾。

3 関与者が多様な場合の包括的共謀

(一) 特殊詐欺と包括的共謀

(1) 関与者が固定の場合に比べて、関与者が多数かつ流動的である場合には、包括的共謀の成立の判断には困難を伴う。特に問題となるのが、特殊詐欺の場合である。

特殊詐欺とは、被害者に対面することなく電話やメール等の方法を用いて不特定多数人から現金等をだまし取る詐欺（恐喝、窃盗を含む）の類型の総称をいう。特殊詐欺は、通常、複数人で構成される犯行グループによって実行され、一定の手口の欺罔行為が不特定多数の被害者に対し繰り返して行われる¹⁴⁾。そのため、個別の欺罔行為ごとに謀議が行われるのではなく、不特定多数の者に一定の手口の詐欺を繰り返す旨の包括的共謀が成立し、それに基づいて詐欺が繰り返されるというのが一般的な形態である。

13) これに対し、横浜地判平成20年8月12日 LLI/DB L06350354では、甲と乙が複数の被害者に強制性交等を繰り返した際に乙が被害者から金品を奪った事案につき、検察官は、強制性交等の被害者から金を奪ったときは山分けにするという黙示の概括的な共謀が甲と乙の間にあったと主張したが、横浜地裁は、乙が甲や被害者の知らないうちに財物を奪取していた可能性は否定しがたく、甲と乙の間に事前共謀があったことを認めるには合理的な疑いが残るとした。

14) 原田義久=高尾裕司「特殊詐欺の犯人と取締りについて」警察学論集66巻8号（2013年）69頁以下。更に、猪原誠司「特殊詐欺への暴力団の関与の実態について」警察学論集73巻4号（2020年）96頁以下参照。

ただ、首謀者、犯行道具の調達者、かけ子、受け子、出し子、見張り役、運搬役など、各人が異なる役割を分担する分業制がとられ、しかも、それぞれの役割を複数の者が担当することが多いため、犯行グループの全員がすべての詐欺に直接関与するとは限らない。また、受け子、出し子、運搬役は、その都度アルバイト的に雇われる少年やバイク便の業者が担当するなど、当該関与者が犯行グループに属するかどうかが明確でない場合や、犯行グループに属さない者が詐欺の実現に重要な役割を果たす場合も見られる。このように、関与者が多様であることから、特殊詐欺においてはどの範囲で包括的共謀が認められるかの判断に困難が生じることが少なくない。

(2) 特殊詐欺における包括的共謀の判断構造を検討した先行研究¹⁵⁾は、共謀とは犯罪実行についての合意であるとの理解に立ち、詐欺罪における共謀を欺罔行為または受領行為についての合意と捉える。その上で、かけ子について、複数のかけ子によって反復される欺罔行為全体を実行することについての合意といえるほどの意思連絡が関与者間で形成されている場合に包括的共謀が認められるとし、そのためには、関与者の意識内において、自分たちの犯行といえるようなグループ意識が生じているかが重要となるとする。グループ意識は、反復される欺罔行為全体の実行に至るまでの心理的拘束、あるいは責任感の消失による心理的障壁の除去をもたらすからである。具体的には、①口座・マニュアル・アジト等の詐欺の手段が共有されているか、②費用に応じて詐欺の実現に協力する体制が整備され、それに参加しているか、③反復する詐欺から得られた利益が分配されているか、④密接な人間関係があるか、⑤グループ内への帰属意識を抱き、他の関与者からもグループの一員と受け止められているかなどの事情が考慮される。また、受け子については、かけ子と異なり、①詐欺手段の共有や②協力体制への参加といった事情が認められないため、③自己の関与していない詐欺についても利益の分配を受けているか、④かけ子グループに属する人間と親しい人間関係を形成しているか、⑤アジトの位置・構成員・金の流れを知っているかなどの事情

15) 樋口・前掲注10) 61頁以下。

から判断し、グループの一員と認められていることが必要になるとする¹⁶⁾。

(3) こうした見解は、概ね妥当であると思われる。

特殊詐欺のように、犯行ごとに直接関与する者が異なり、更に各人の人的関係も時間の経過に伴って変化しうる犯行形態の場合には、個々の行為者を単独で見たのでは、反復される犯行全体を通じた主体を観念することができない。そのような場合に、反復される犯行全体を通じて継続する主体が存在するとすれば、それは犯行グループであるといわざるをえない¹⁷⁾。そうだとすれば、このような場合における包括的共謀は、反復される犯行全体の主体となりうる犯行グループを他の関与者と共に形成し、その犯行グループの構成員として自分たちの犯罪を反復して遂行する旨の合意を意味すると解すべきであろう。

前述したように、包括的共謀を認めるためには、まず、反復して遂行される犯行の本質的部分についての意思の連絡があることを要することから、特殊詐欺のような場合には、犯行グループの構造や、犯行グループによって遂行される犯罪の行為態様等の本質的部分を具体的に認識していることが求められる。次に、自分たちの犯罪を反復して遂行する共同犯行の意識（正犯意思）が必要であるから、特殊詐欺のような場合には、犯行グループの構成員として他の関与者と協力して自分たちの犯罪を反復して遂行しようという意識が要求される。その判断においては、上記の見解が挙げた事情が考慮されることになろう。

なお、犯行グループを形成し、その構成員として自分たちの犯罪を反復して遂行する旨の合意が包括的共謀の内容であることは、関与者が固定している場合も同じである。関与者が固定している場合は、犯行グループの構成員

16) 品田智史「特殊詐欺事案における包括的共謀、及び、組織的詐欺について」法律時報92巻12号(2020年)24頁は、この見解を、包括的共謀の参加者間の結びつきを重視するアプローチであると指摘する。これに対し、因果的共犯論からは、個別の犯行に及ぼした影響力の程度に着目するアプローチに至るとする。

17) 集団と組織については、伊藤嘉亮「共謀共同正犯の構造(2)」早稲田大学大学院法研論集159号(2016年)35頁以下参照。

に変化がないというにすぎない。

(4) 犯行グループといった集団を行為の主体として観念する見解に対しては、集団に属するだけで共同正犯として処罰されてしまい、共同正犯の成立範囲が不当に拡大するおそれがあるとの批判もありえよう。個人責任の範囲を厳格に特定するためには、個人を超えた集団を想定する「共同性」、「一体性」、「相互性」といった観点から共同正犯を基礎づけるのではなく、個人について意思連絡に基づく心理的因果性、役割の重要性（正犯性）、関与の対象となる不法内容の共通性等の要素に還元して理解すべきであるというのである¹⁸⁾。

しかし、本稿の見解は、専ら集団に属することを理由に共同正犯の成立を認めているわけではなく、各行為者が他の行為者と協力して一体となって犯罪の遂行を反復したといえる実体としての犯行グループを自ら形成し、その構成員として行為した点を根拠に共同正犯の成立を認めているのであり¹⁹⁾、これは個人責任を問うものにほかならない²⁰⁾。

もっとも、問題は、どのような場合に犯行グループを自ら形成し、その構成員として行為したといえるかである。その判断が曖昧になったのでは、まさに先の批判が妥当することになる。そこで、この点を具体的に検討することにした。

18) 照沼亮介「近年の共同正犯論とその問題点」佐伯仁志ほか編『刑事法の理論と実務②』（成文堂、2020年）112頁以下。

19) 曲田統『共犯の本質と可罰性』（成文堂、2019年）20頁以下は、団体意思主体説を再構成し、関与者における目的・計画への主観的適合傾向および関与者相互の主観的結束性を内容とする（狭義の）共同意思主体が共同正犯の成立を基礎づける主観的要素であるとする。

20) たとえば、1人が欺罔行為を行い、もう1人が財物の交付を受けるというように、各関与者が構成要件要素の一部を担当する場合や、いずれの発砲した弾が命中したか判明しないというように、各関与者の行為と結果との因果関係が不明である場合などには、全員の行為を一体と見ることによってはじめて構成要件該当性が認められる。共同正犯においては、犯罪共同遂行の合意が存在することを基礎として、複数の行為者の行為における一体性、共同性をもとに犯罪の成否を判断する必要があるのであって、刑法60条が「共同して」と規定しているのはそのような趣旨であると解される。そのような一体性、共同性の関係を自ら形成し、その関係に基づいて犯罪を実現したことを根拠に共同正犯の成立を認めることは、個人責任を問うものである。

(二) 特殊詐欺の各関与者と包括的共謀

① 首謀者

前述したように、特殊詐欺の関与者は、その役割に応じて、首謀者、かけ子、受け子、出し子等に分けられる。このうち、首謀者は、関与者を誘い入れるなどして犯行グループを設立し、犯行計画を立案し、実行犯等に指揮命令する立場にあるから、個々の犯行について逐一指示してなくても、原則として首謀者の指揮命令のもとに一連の犯行が実行されていると評価してよい。また、首謀者は、一連の犯行から多くの利得をしているのが通常であり、反復される犯行は、首謀者にとって自己の犯罪といえる。そうである以上、首謀者と実行犯らの間には、詐欺の犯行グループを形成し、その構成員として自分たちの犯罪を反復して遂行する旨の合意があったといえ、包括的共謀が認められる。

以下の裁判例も、同様の観点から首謀者について包括的共謀を認めている。神戸地裁平成20年7月16日判決（LEX/DB 25421293）は、リーダーとして乙らを指揮命令してかけ子や出し子等を担当させ、不特定多数人から、親族が保証債務等の返済に追われているかのように装って金員を詐取する犯行を繰り返していた被告人について、実行犯らに対して必要な指示命令を行っていること、一部の振込口座を用意していること、詐取金の多くを受け取っていることなどから、共同正犯の成立を認めている。また、岐阜地裁平成24年4月12日判決（LEX/DB 25481190）は、自ら犯行グループを立ち上げて還付金詐欺の犯行を主導し、その構成員を育成しつつ犯行を繰り返すことにより犯行体制を確立させた被告人について、各犯行の具体的内容を認識していなくても、被告人自らの関与が認められる各グループが還付金詐欺を繰り返すことにつき犯行グループの構成員との間で事前に包括的な共謀を遂げていると述べている²¹⁾。

21) 品田・前掲注16) 25頁は、両判決では、リーダーであることや組織を設立したことではなく、個別の詐欺についての具体的な関与態様が共同正犯の根拠とされているとする。

② かけ子

(1) 一方、かけ子の場合には、首謀者と異なり、自ら犯行グループを設立し、構成員に指揮命令しているわけではないため、犯行グループの他の構成員によって実行された詐欺についても包括的共謀が認められるのかが問題となる。

特殊詐欺においては、通常、複数の者がかけ子を担当し、不特定多数の者に次々に電話をかけ、その中の一部でもだましに成功すればよいという手法がとられる。また、複数のかけ子が同じアジトにおいて共通のリストやマニュアル、首謀者の指示等に基づいて同様の内容の欺罔行為を行い、被害者等に関する情報も共有する場合が多い。このような状況の下で継続的に行われる各欺罔行為は、当初の計画に基づいて一体として行われるものと評価してよい。その上、詐取金が自らの利得になるとともに、アジトの家賃や光熱費、道具の購入などに使われるのであれば、当該欺罔行為は、その後の詐欺の継続につながるものといえる²²⁾。このような場合には、首謀者とかけ子、また、かけ子どうしの間で、詐欺の犯行グループを形成し、その構成員として自分たちの犯罪を反復して遂行する旨の合意があったといえる。

(2) 東京地裁平成21年7月1日判決²³⁾は、そのような事案である。主犯格の甲のもと、乙、丙、丁、戊らがだまし役を担当し、被害者の息子とその上司になりすましてだまし、現金を振り込ませるという手口で犯行を多数回にわたり繰り返していた。丙が息子役、乙が上司役となって行った欺罔行為により詐取した犯行（本件詐欺）について丁と戊が起訴されたが、丁と戊は、本件詐欺の欺罔行為には直接関与しておらず、その詐取金から分け前を受け取る予定もなかったことから、丁らにも詐欺罪の共同正犯が成立するかが争

22) 小林隼人「『振り込め詐欺』事件に関与した者に対し、共同正犯としての刑責が問えるのかが問題となった事案」捜査研究669号（2007年）32頁以下、森博英「特殊詐欺のいわゆるかけ子について、客観的証拠からアジトの枠を超えて共謀を認定した事例」捜査研究790号（2016年）75頁参照。

23) 樋口正行「いわゆる振り込め詐欺の事案において、欺罔行為に直接関与していない被疑者につき、共謀共同正犯の成否が問題となった2事例」研修736号（2009年）97頁参照。

われた。東京地裁は、本件詐欺はだまし役が単独で実現できる犯罪ではない上に、各だまし役は被害者が嘘を信じたかどうかの情報を共有していたことから、だまし役も互いに協力し合って詐欺を行っていたといえ、本件詐欺は丁らによって多数回にわたって行われた一連の詐欺行為の一環であり、丙と同じ立場で現にだまし役を担当していた丁も本件詐欺について共同正犯としての責任を免れないとした。また、共謀の成否については、甲や他のだまし役との間で、甲を介して他のだまし役によって得られた利益を享受する関係にあったことを理由に、本件詐欺を含む一連の詐欺行為を反復することについて共謀があったとした。

東京地裁八王子支部平成20年6月27日判決²⁴⁾も、同様である。甲を主犯格とする詐欺グループに属していた乙が、丙らとともにだまし役を務め、不特定多数の者の被害者にだましの電話をかけていたところ、丙がAの息子になりすまして欺罔し、指定した預金口座に現金を振り込ませた事件につき、この欺罔行為等に直接関与していなかった乙が詐欺罪の共同正犯に問われた²⁵⁾。東京地裁八王子支部は、犯行に不可欠な道具の入手費用は他の共犯者らがだましに成功して甲グループに入った金員が充てられており、乙のだましが成功することが他の共犯者らのだましの成功へとつながっていき、連鎖的に相互に補充し合う関係にあること、1つの場所で不特定多数の者に次々に電話を掛けていくという態様がとられていたことなどを理由に、たまたまだましに成功した事案も全だまし役による共同実行行為と捉える方が自然かつ合理的であるとした。また、乙についても、マンションの鍵の管理、振込先口座の情報の伝達、甲や引出役の丁への連絡、詐取金の運搬等を担当していた事実から、共同実行の事実及び意思が認められること、乙が他の共犯者がだましに成功した事案からも経済的利益を享受していたことから、乙は甲グループに所属していた間に敢行されたすべての振り込め詐欺の事実について、乙がだましの電話を掛けていない事実も含めて一様に共同正犯としての

24) 樋口・前掲注23) 97頁参照。

25) マンションの賃貸料、携帯電話機や振込先口座の入手費用等は、詐取金が原資になっていた。

責任を負うとした。

③ 受け子、出し子

(1) 受け子や出し子は検挙される危険を伴うため、だましが成功したときにその都度、単発での依頼を受け、また、犯行グループの中核的人物との人的関係が希薄である事例も多い。そのため、受け子や出し子の場合は、反復して遂行される犯行の本質的部分について認識がないか、あるいは、そのような認識はあったとしても、犯行グループの構成員として他の関与者と協力して自分たちの犯罪を反復して遂行しようという意識を欠くために、包括的共謀が否定される場合も多いであろう²⁶⁾。もっとも、受け子や出し子であっても、たとえば、㊦詐欺の反復を内容とする犯行計画の立案に主体的に関与していた、㊧犯行グループの他の構成員と人的関係が密接である、㊨代替の人員がおらず、高い頻度で詐欺金の受領や引出しを担当することが予定されている、㊩犯行グループの構造や詐欺の行為態様等の詳細を認識している、㊪高い報酬が約束されているなどの事情があれば、自ら犯行グループを形成し、犯行グループの構成員として自分たちの犯罪を反復して遂行する旨の合意があったといえ、包括的共謀が認められる場合もある²⁷⁾。犯行道具の調達者、見張り役、運搬役などについても、同じことがいえる。

(2) 福岡地裁平成28年9月12日判決(判時2363号133頁)は、受領役の被告人と詐欺の共犯者との間で、詐欺を行うことについて一般的な役割分断が取り決められていたり一定の指揮命令系統に基づいて行動することが共通認識となっていたとまでは認められないこと、被告人や共犯者らとのとるべき行動について一定の準則(マニュアル)が存在していた事実も認められないことから、被告人と共犯者らとが詐欺を行うことについて組織化されていたとはいえない上に、被告人は基本的に共犯者らの個別の依頼に対してその都度

26) 品田・前掲注16) 26-27頁は、かけ子と受け子とでは組織の維持存続における役割に違いがあると指摘する。

27) 大阪高判平成29年10月10日 LEX/DB 25561419は、いつでも受け子を引き受ける旨の包括的共謀があったとする。

その諾否を決め、応ずる場合にはその際の個別の依頼に従って行動していたにすぎないとして、包括的共謀の成立を否定した。控訴審の福岡高裁平成29年5月31日判決(判時2363号131頁)も、受領行為の件数が数回にとどまることや共犯者の依頼を受けるかどうかを被告人自身の都合で決めていた可能性があることなどを理由に、継続的に受領役を担うという包括的な事前共謀があったとはいえないとして、原審の判断を支持している。受け子が犯行グループの指揮命令系統に組み込まれていたかどうかを重視したものといえ、その結論は支持しうる²⁸⁾。

④ 業者

(1) 便利屋やバイク便の業者が詐取金の受領や運搬等を行うことにより特殊詐欺に関与する事例も見られる。便利屋やバイク便の業者のように、犯行グループと別の組織に属していることだけで直ちに犯行グループの構成員として犯行を遂行する意思が否定されるというわけではない。受け子や出し子について述べたのと同様の基準により判断されることになる²⁹⁾。

以下の裁判例は、詐取金の受領や運搬を複数回行った業者について包括的共謀の成立を否定したものであるが、いずれも、犯行グループによる詐欺の実体について詳細を認識しておらず、詐欺の継続に主体的に関与していない

28) 仙台高判平成29年8月29日 LEX/DB 25563411は、「被告人はそれまで受取を繰り返していたものの、同様の行為を続けることについて指示役らとの間で事前に意思を通じていたとまではいえず、事前の包括的共謀があったとまでは認定できない」と判示している。その他、否定例として、名古屋高判平成28年9月21日判時2363号120頁、福岡地判平成30年12月14日 LLI/DB L07351280。

29) 詐取金の回収役について包括的共謀が成立したといえるためには、その役割を果たすことが当該詐欺グループによるすべての詐欺の実行を推進していると認められる必要があり、そのグループが継続的に詐欺を行うにあたってその者が回収役として常に確保されていて、犯行計画全体の遂行上不可欠な役割を果たしていることが必要であるとする裁判例(東京高裁平成27年5月15日判決)も存在する。羽柴愛砂「判批」警察学論集72巻3号(2019年)159頁注14参照。そのような事情は、包括的共謀の成否を判断するにあたって重要ではあるが、その役割が犯行計画全体の遂行上不可欠であることが常に共同正犯の成立に要求されているわけではないであろう。

こと、必ずしも高い頻度で受領や運搬を担当する予定だったとはいいがたいこと、高額報酬を受け取っていたわけではないことなどの事情から、犯行グループの構成員として反復して詐欺に関与する旨の合意があったとはいえないであろう。

(2) 名古屋地裁平成28年4月18日判決 (LEX/DB 25448222) の事案は、以下のとおりである。便利屋を営んでいた被告人は、高齢者に対する詐欺を繰り返していた詐欺グループから、平成27年2月中旬頃より数度にわたり、被害者から送られる現金入りの荷物の受取りと運搬を依頼され、その荷物が詐欺の被害金であることを知りながら同便利屋の従業員に荷物の受取りを行わせていた。平成27年2月19日、被告人は、詐欺グループのメンバーから、今後定期的に同じ仕事を依頼したい旨頼まれ、これに応じる返事をした。詐欺グループのメンバーは、同月24日、Aに対し、Aが違法な名義貸しをして刑事追迫を受けると嘘を述べて現金の送付を要求し³⁰⁾、同月25日、被告人は、これまでと同様の荷物の受取りと運搬を依頼されて、これを引き受け、従業員に荷物を受け取らせた。詐欺グループのメンバーと被告人の間にAに対する詐欺について事前の個別的な共謀を構成する意思連絡はなかったが、検察官は、同月19日に包括的な詐欺の共謀が成立しており、被告人はその後に詐欺グループの行う一連の詐欺の犯行について共同正犯としての責任を負うと主張した。これに対し、名古屋地裁は、犯行グループがどのようなメンバーで構成されていたか、実際にどのような詐欺を行っているかという詐欺の核心部分を被告人が何も知らなかったこと、被告人が営業実態のある便利屋を営業しており、犯行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などから、包括的共謀の成立を否定した。

東京高裁平成30年11月27日判決 (LLI/DB L28274745) の事案は、Aの経営するバイク便業者B社の従業員としてライダーをしていた被告人が、詐欺グループの共犯者から、被害者をだまして送付させた現金入りの荷物を回

30) ただし、詐欺が発覚し、騙されたふり作戦が行われることになった。

取して運送し、詐欺グループの関係者に渡したというものである。荷物の運搬自体は盗品運搬罪に当たる行為であるが、被告人は、本件の以前にも、荷物が詐欺の被害金であることを認識しながらAの指示により相当の回数ライダーとして荷物の運搬を行っていたため、被告人と詐欺グループのメンバーとの間に事前に包括的共謀が成立しており、本件詐欺についても共同正犯として責任を負うのではないかが問われた。原審³¹⁾は、概括的事前共謀の成立には、犯行の計画に関与したり犯行の継続に大きな役割を果たすなどそれ相応の強固な意思連絡や大きな寄与が必要であるとの立場から、被告人が詐欺グループの共犯者と明示的な意思連絡ないし謀議を行ったとか、荷物の中身が詐欺の被害金であるという確定的認識を有していたと認めるに足りる証拠はないこと、被告人は集荷・運搬依頼を受けるか否かを決する立場になく、Aの指示を受けた際にその都度ライダーの業務を遂行していたにとどまること、詐欺グループの詐欺において荷物回収の役割を担っていたのがB社のみであったか否か、詐欺グループの共犯者がB社以外のバイク便を利用できる見込みがなかったか否かは不明であり、被告人が詐欺グループの一連の詐欺行為の継続に大きく寄与したとまでは認められないことなどから、包括的共謀の成立を否定し、控訴審である東京高裁も、この判断を支持した³²⁾。

(三) 特殊詐欺以外の類型

こうした特殊詐欺に関する議論は、役割分担をしながら不特定多数の者に対し反復して行う他の犯罪類型にも妥当しうる。たとえば、不特定多数の者から預り金を受け入れる出資法違反の罪は、詐欺罪と異なり、反復して行われた犯行全体が包括一罪とされているが、犯行グループを形成し、その構成員として自分たちの犯罪を反復して遂行する旨の合意があれば、包括的共謀

31) 東京地裁平成30年1月23日判決。羽柴・前掲注29) 148頁以下参照。

32) 詐欺罪の幫助犯の成立も否定された。この点については、豊田兼彦「幫助犯の認定——幫助の促進性を中心に」法律時報92巻2号(2020年)47頁参照。なお、同判決は、被告人に盗品運搬罪の成立を認めた。

の成立が認められるであろう。たとえば、東京地裁平成17年6月20日判決（LEX/DB 28135243）は、A社の代表取締役の甲、会長と称されてA社の設立準備や業務に関与した乙、専務取締役の丙、電話勧誘員の取りまとめ役の丁、A社の総務部長等を努めた戊らが、意思の連絡のもとA社の業に関し不特定多数の顧客から預り金を受け入れた事案であり、このような事案においては、個々の行為について謀議が行われなくても共同正犯が成立しうる³³⁾。

他方、東京地裁平成22年1月8日判決（D1-Law 28168221）は、スナックの経営者、店長、従業員、ホステスらが共謀の上、客に酒を飲ませて昏酔状態に陥らせた上、キャッシュカードやクレジットカードを盗取し、そのキャッシュカード等を使用してATMから現金を引き出したり金員を振込送金したりした昏酔強盗、窃盗、電子計算機使用詐欺の事案である。経営者らは、状況によって客に対してこれらの犯行を行う包括的共謀を遂げ、犯行を繰り返していたとされたが、スナックの従業員である甲および乙についても包括的共謀が成立していたとして、これらの罪の共同正犯で起訴された。甲らは、経営者からの指示により、店の接客状況や客の代金支払等を経営者に報告したり店の収支に関する資料を経営者に提出したりしており、これらの行為は店長が上記犯行の利得を秘匿しないように監視監督し、あるいは犯行の利益の分配に資するものであり、昏酔強盗等の犯罪行為との関連を否定しきれないような行為であった。しかし、東京地裁は、これらの行為は通常業務の範囲内の行為と位置づけられること、甲らの給与も格別に高額なものではなかったことなどを指摘し、甲らは昏酔強盗等の罪に関連する業務を行うことを前提として雇用されていたわけではなく、スナックの正規の業務を行うために雇用されていたことを理由に、包括的共謀の成立を否定し³⁴⁾、個別に共謀が成立した犯行についてのみ共同正犯の成立を認めた。本判決は、甲らが犯

33) 他に不特定多数の者に対し反復して行われた預り金の受入れについて共同正犯の成立を認めた裁判例として、仙台高判昭和30年4月11日高刑集8巻2号253頁などがある。

34) 幫助犯の成立も否定された。この点については、豊田・前掲注32) 44頁参照。

罪の遂行のために雇用されたかどうかを重視しているが、これが、甲らと経営者らとの間に犯行グループを形成する旨の合意がなかったとする趣旨であるとすれば妥当である。

Ⅲ 包括的共謀における共謀の射程

1 共謀の射程の意義

(1) 包括的共謀の成立が肯定された場合には、次に、その共謀に基づいて実行行為が行われたといえるかが問題となる。私見によれば、共謀に基づいて実行行為が行われたといえるためには、共謀が実行行為に対して因果性を有していることだけでなく、共謀の射程が実行行為に及んでいることが必要である。因果性は、狭義の共犯と共通する要素であるのに対し、共謀の射程は、共同正犯の正犯性に関する要素である。共同正犯の正犯性を基礎づけているのは、各関与者が他の関与者と協力して自分たちの犯罪を遂行しようという意識の連絡のもと、実際にも重大な寄与をして構成要件を実現するという相互利用補充関係ないし共同性であるから、共謀の射程が認められるためには、共謀によって形成された相互利用補充関係ないし共同性が保たれた状態で実行行為が行われることを要する³⁵⁾。

相互利用補充関係ないし共同性は、物理的にも心理的にも各人が協力し合って構成要件を実現することを内容とするから、共謀の射程が実行行為に及んでいるかどうか、客観的な事情および主観的な事情の両面から総合的に判断される。具体的には、①従前の共犯行為の寄与度・影響力とその除去、②当初の共謀と実行行為の内容との共通性（被害者の同一性、行為態様の類似性、侵害法益の同質性、随伴性など）、③当初の共謀による行為と実行行為との関連性（機会の同一性、時間的・場所的接性など）、④実行行為へ

35) 拙稿・前掲注8) 864頁以下。更に、同「共謀の射程について」川端博ほか編『理論刑法学の探究③』（成文堂、2010年）91頁以下参照。

の関与の程度、㉔犯意の単一性、継続性、共同犯行の意識の継続性、㉕動機・目的の共通性、㉖実行行為が行われることの予測の有無、予測可能性の程度といった事情が考慮される³⁶⁾。

(2) こうした判断の方法は、包括的共謀の場合も同じである。ただ、反復型の包括的共謀の場合には、犯行が反復されていくうちに、関与者の構成、関与者間の人的関係、犯行の手段・方法、各人の関与の内容・程度、利得の分配方法、動機・目的等に変化が生じうる点に特徴があり、そうした変化があっても、当初の包括的共謀によって形成された相互利用補充関係ないし共同性が保たれた状態で当該実行行為が行われたといえるかどうか、問題の核心となる。

前述したように、反復型の包括的共謀は、犯行グループを他の関与者と共に形成し、その構成員として自分たちの犯罪を反復して遂行する旨の合意である。そうだとすれば、そのような合意に基づく関係が維持された状態で実行行為が行われたといえる場合には、共謀の射程が認められる。これに対し、関与者が犯行グループを脱退するなど、もはや犯行グループの構成員として犯行を遂行する旨の合意に基づいて実行行為を行っているといえないときには、共謀の射程は否定される。これを上記の諸事情から判断することになる。

(3) 共謀の射程の有無が特に問題となるのは、共同正犯と錯誤の場面や共同正犯関係の解消の場面である。共同正犯と錯誤では、共謀者の一部が合意の内容と異なる構成要件に該当する行為を行ったために、その行為が当初の共謀に基づいて行われたといえるかが問われる。また、共同正犯関係の解消では、共謀者の一部が犯行から離脱し、あるいは他の共謀者から排除されたことにより、その後の実行行為が当初の共謀に基づいて行われたといえるかが問題となる。

以下では、順に検討していくことにしたい。

36) 拙稿・前掲注35) 98頁以下、拙稿「共謀の射程と共謀関係の解消」同志社法学67巻4号(2015年)399頁以下。伊藤嘉亮「詐欺罪における共同正犯の限界」法律時報92巻12号(2020年)30頁以下は、共謀の射程の判断基準について実行共同正犯の場合と共謀共同正犯の場合とを区別する。

2 共同正犯と錯誤

(1) 共謀者の一部が包括的共謀の内容と異なる構成要件に該当する行為を行った場合は、いくつかの類型に分けられる。

第1の類型は、包括的共謀に基づいて実行行為を行った後、状況の変化等のために途中から計画を変更し、当初の合意の内容と異なる構成要件に該当する行為を行った場合である。この場合は、いったん包括的共謀に基づいて実行行為が開始されているため、通常の共謀（個別的共謀）の場合と同様に判断すれば足りる³⁷⁾。

多くの場合、包括的共謀に基づく実行行為の延長線上で異なる構成要件に該当する行為が行われたといえ、共謀の射程が肯定されるであろう。たとえば、しつくと称して日常的に暴行を加える旨の包括的共謀に基づき、被害者に暴行を加えていたところ、被害者の態度を立腹して殺意を抱き、被害者を殺害した場合には、傷害罪と殺人罪は同質の犯罪であること、同一の被害者に対して傷害の実行行為と殺人の実行行為が連続して行われていること、動機・目的に変化もないことなどから、共謀の射程が肯定される。もっとも、行為態様や動機・目的が大きく変化した場合などには、共謀の射程が否定される余地がある。

特殊詐欺の事案において、かけ子が当初の計画に基づいて被害者に電話等で欺罔行為を行って現金を用意させ、受け子が被害者宅に現金を受け取りに行ったところ、被害者の隙を見て無断で現金を持ち去ったというように、詐欺を共謀したところ実行犯が窃盗を実行した場合³⁸⁾、窃取した現金は共謀

37) 詳細は、拙稿・前掲注35) 98頁以下参照。

38) 東京高判平成31年4月2日判時2442号120頁は、類似の事案において、受け子による窃取行為は実質的に当初の共謀の範囲内にあり、共謀者はこのような共謀の沿う認識を有していた以上、窃盗の故意に欠けるところもないから、錯誤の問題も生じないとした。同判決のように、共謀者が現実には発生した構成要件該当事実を認識しており、包括的共謀についてもそれが合意の内容に含まれていたと認定しうる場合は、当然に共謀の射程も肯定される。本文で検討しているのは、そのような認定ができず、現実には発生した構成要件該当事実が合意の内容に含まれていなかった場合に共謀の射程が肯定されるかである。

に基づいて行われた欺罔行為によって錯誤に陥った被害者が用意したものであり、従前の行為の効果が残存していること、同一の被害者に対して詐欺罪の実行行為と窃盗罪の実行行為が連続して行われていること、詐欺罪と窃盗罪は処分行為の要否の点で内容を異にするものの、財物の占有移転を内容とする領得罪であるという点では共通すること、動機・目的に変更はないことなどから、犯行グループの構成員として行為したといえ、共謀の射程は認められる³⁹⁾。上記の事例で、被害者に疑われたために被害者に暴行・脅迫を加えて現金を奪取したというように強盗を実行した場合も、同様である⁴⁰⁾。

(2) 第2の類型は、実行の着手前から、合意の内容と異なる構成要件に該当する行為を行う意思があった場合である。たとえば、甲が振り込め詐欺を企て、乙、丙らを誘って犯行グループを立ち上げ、乙らがかけ子として反復して犯行を行っていたところ、還付金詐欺の方が成功しやすいと考えた丙らが還付金詐欺を反復して実行し、甲と乙はそのことを認識していなかった場合である⁴¹⁾。還付金詐欺は、処分行為に向けられた欺罔行為がないため詐欺罪は成立せず、電子計算機使用詐欺罪に当たる。そのため、この事例では、詐欺罪を共謀したところ、電子計算機使用詐欺罪が実行されたことになる。この場合には、共謀者の一部が当初から意図して、合意の内容と異なる構成要件に該当する行為を行っていることから、包括的共謀によって形成された犯行グループの構成員として犯行を行ったといえるかという視点から解決する必要がある。

詐欺罪と電子計算機使用詐欺罪は、処分行為の有無という点で行為態様を異にするものの、被害者の不知や錯誤を利用するという点で罪質が類似している。また、犯行を繰り返しているうちに経験を踏まえて特殊詐欺が口を

39) 品田智史「窃盗と詐欺の関係」法学セミナー779号(2019年)37-38頁、大竹依里子「特殊詐欺の受け子が、被害者の離席時に、現金入りの封筒を持ち去った点につき、詐欺罪か窃盗罪かの判断を要した事例」研修846号(2018年)58頁以下参照。

40) 構成要件の実質的な重なり合いが認められるかどうかを検討し、それが認められるときには、軽い罪の限度で共同正犯が成立する。拙稿「共同正犯における抽象的事実の錯誤」『大谷實先生喜寿記念論文集』(成文堂、2011年)312頁以下参照。

41) 樋口・前掲注23)100頁以下参照。

変化させていくことは十分に予測される。したがって、首謀者である甲が用意したアジト、名簿、口座等が丙の還付金詐欺に使用され、その利益が甲に渡され、その後の犯行継続のための資金になっていたなどの事情がある限り、丙らは、依然として甲の設立した犯行グループの構成員として還付金詐欺を行ったといえ、甲については共謀の射程を肯定してよい。逆に、丙が自ら別のアジトや口座を用意し、かけ子等を手配し、還付金詐欺による利益が甲に渡っていない場合には、当初の包括的共謀に基づく行為の影響力は除去され、また、動機・目的も異なっているといえるから、甲の設立した犯行グループとは別の犯行グループによる犯罪の遂行と評価され、当初の包括的共謀に基づく実行行為とはいえないであろう⁴²⁾。

一方、かけ子の乙については、首謀者の場合と異なる考慮が必要となる。振り込め詐欺で使用されていた携帯電話、名簿、口座等が丙の還付金詐欺にも使用され、その利益が振り込め詐欺の継続のための資金になっていたとしても、乙は、自ら犯行グループを設立したわけではないから、乙については共謀の射程が認められないように思われる。ただし、丙らの還付金詐欺の欺罔行為が、乙の振り込め詐欺と同じアジトで行われ、名簿や情報の共有などによる協力体制が存在したときには、同じ犯行グループの構成員として実行行為が行われたといえ、乙についても共謀の射程が肯定される場合もありえよう。

他方、特殊詐欺の犯行グループの構成員が、特殊詐欺で使用していた名簿や携帯電話を利用して、いわゆるアポ電強盗や窃盗を反復して行った場合には、包括的共謀の射程は否定すべきであろう。特殊詐欺で使用していた名簿や携帯電話を利用していることから、従前の行為の影響力は残存しているといえ、また、詐欺罪と強盗罪および窃盗罪とは領得罪という点で共通している。しかし、詐欺罪は、被害者の不知や錯誤を利用して財物を交付させる罪であるのに対し、強盗および窃盗は、被害者の意思に反して財物を取得する罪であるという点で異なる。上述した第1の類型のように、包括的共謀に基

42) 伊藤・前掲注36) 32-33頁。

づく実行行為の延長線上で異なる構成要件該当行為が行われたわけではなく、この場合には、罪質の異なる犯罪を反復して遂行する計画を新たに立てているのであるから、別個の共同犯行の意識が生じており、当初の包括的共謀によって形成された犯行グループの構成員として犯行を行ったとはいえない。

3 共同正犯関係の解消

(一) 諸類型

前述したように、反復型の包括的共謀は、犯行グループを他の関与者と共に形成し、その構成員として自分たちの犯罪を反復して遂行する旨の合意がいい、そのような合意に基づく関係が維持された状態で実行行為が行われたといえる場合には、共謀の射程が肯定される。逆に、犯行グループの構成員として犯行を遂行する旨の合意に基づいて実行行為が行われたとはいえないときには、包括的共謀における共同正犯関係の解消が認められることになる。これには、共謀者の一部が自らの意思で犯行グループから離脱しようとする場合と、共謀者の一部が他の共謀者により犯行グループから排除される場合とがある。

なお、共同正犯関係の解消が問題となる場面は、①共謀者の一部が犯行から離脱する意思を有し、客観的にも離脱行為を行った後、残余者が犯行を継続する「離脱型」、②共謀者の一部が離脱の意思を抱き、あるいは犯行への参加に消極的な態度をとったものの、明確な離脱行為を行わないまま一定の時間が経過し、残余者が犯行を実行する「自然消滅型」、③共謀者の一部が他の者を排除して当初の計画を遂行する「排除型」、④共謀者の一部が他の者の了解なしに当初の計画を変更して実行する「計画変更型」に分類される⁴³⁾が、包括的共謀においては、①と②は、共謀者の一部が自らの意思で犯行グループから離脱しようとする場合であり、③と④は、共謀者の一部が他の共謀者により犯行グループから排除される場合に当たる。

43) 拙稿・前掲注36) 373頁以下。

(二) 首謀者の犯行グループからの離脱

(1) まず、共謀者の一部が自らの意思で犯行グループから離脱しようとする場合である。

包括的共謀の事例においては、首謀者が自ら用意した道具や計画に基づき、自ら設立した犯行グループの構成員によって、いわば自動的に犯行が繰り返されていくのであるから、首謀者の場合は、犯行グループから離脱し、あるいは犯行グループを解体するための何らかの具体的な行動を起こさない限り、原則として共同正犯関係の解消を肯定するのは困難であろう。

したがって、首謀者の場合は、自然消滅型の共同正犯関係の解消は考えづらい。首謀者においては、犯行グループを設立した後、実行犯らに指示を行わなくなるなど関与の程度が次第に低くなる事例が見られるが、単にそれだけでは共謀の射程は否定されない。首謀者の行為の寄与度・影響力、共謀と実行行為の内容との共通性、共同犯行の意思、動機・目的に変化はないからである。なお、首謀者の関与の程度が低くなったことにより、首謀者の予定していなかった行為態様で犯行が行われることもありうるが、包括的共謀の場合には、犯行を繰り返しているうちに実行犯らの判断により行為態様等が多少変化することは通常想定されるから、その点だけで直ちに共謀の射程が否定されるわけではない。

他方、特殊詐欺において、首謀者が残余者の構成員に対し、今後は犯行グループによる犯行を継続しない旨の意思を伝え、アジトを引き払う場合や、首謀者と残余の構成員との人的関係が悪化して協力関係が消滅し、その後の犯行による利益を取得する意思もない場合などは従前の行為の影響力をある程度除去している上に、犯行グループの構成員として協力して犯行を反復する意思が消失しているから、その後に残余の構成員が同様の犯行を継続したとしても、それは当初の包括的共謀の射程外と評価することも可能であろう。

(2) 前掲・岐阜地裁平成24年4月12日判決は、首謀者である被告人について、「被告人は、当初、自ら犯行グループを立ち上げて還付金詐欺の犯行を主導し、その構成員を育成しつつ犯行を繰り返すことで犯行体制を確立させ、

その後、被告人が直接実行行為を分担しなくなってからも、これを基礎として犯行グループが拡大、発展し、被告人が育成した犯行グループやこれに由来する犯行グループの構成員が各自の役割に応じて組織的に判示各犯行を含む還付金詐欺を行ってきたものであるところ、……犯行グループの相談役、上位者との仲介ないし調整役などの立場で各犯行グループとの関わりを持ち、重要な役割を果たしていたと認められるのであるから、被告人において、判示各犯行の具体的内容を認識していないにしても、被告人自らの関与が認められる甲グループ及び乙グループが還付金詐欺を繰り返すことにつき、実際に犯行に及ぶ犯行グループの構成員との間で事前に包括的な共謀を遂げており、判示各犯行はこの共謀に基づいて実行されたと認めるのが相当であって、その反面、判示各犯行の期間にその共謀関係が変容ないし消滅したとみるべき事情は認められない」とし、「そもそも本件還付金詐欺は、その性質上犯行道具を定期的に変更することが当然に予定されているものであるし、また、上記の手口の変化は犯行の手法の本質的な変更ではなく、報酬の変更に至ってはかけ子内部の分配割合であって本来的に現場の裁量に任せられている範囲の事項にすぎないから、これらの点をもって当初被告人が作出した因果を遮断するような事情であるとは到底いえない」と判示し、共同正犯の成立を認めている。本稿の理解からは、同判決の結論は支持される。

大阪地裁平成20年6月27日判決（裁判所 WEB）の事案についても同じことがいえる。被告人がヤミ金融組織を作り上げ、その構成員が法定利率を超過する利息をとっていた出資法違反の事案である。ヤミ金組織の営業部門の独立性が高まり、被告人の関与の程度が低下していたところ、営業部門の構成員らは、被害者に対して完済を認めず、難癖をつけて利息を払わせ続ける「押し貸し」という方法で、法定利率を超過する利息を十数回にわたり被害者から受領しており、被告人はそのようなやり方を容認していなかったが、大阪地裁は、共謀共同正犯の成立には具体的な実行行為の内容についての明示的な意思連絡までは不要であり、また、被告人は実行犯の犯行を止めさせていないため共犯関係からの離脱も認められないとして、共同正犯の成立を

認めた⁴⁴⁾。

(3) なお、前掲・神戸地裁平成20年7月16日判決の事案は、甲が、リーダーとして乙らを指揮命令してかけ子や出し子等を担当させ、不特定多数人から、親族が保証債務等の返済に追われているかのように装って金員を詐取する犯行を繰り返していたところ、構成員の1人が検挙された可能性があったため詐欺の実行を中断し、約1か月後に再開したが、甲は、出し子の段取りや携帯電話・名簿・口座の調達を乙らに任せ、自らは具体的な指示をしなかったというものである。神戸地裁は、再開後の詐欺の手段・方法等が中断前のそれとほとんど変わっていないこと、甲と乙らの関係が緊密であったこと、乙が詐取金額を被告人に逐一報告していたこと、乙が甲に意見を求め、話し合いの機会をもつこともあったこと、甲が詐取金の一部を取得し、分配にも関与していたことなどを理由に、詐欺の再開後についても組織的詐欺罪における団体性を肯定している。

組織的詐欺罪における「団体」に当たるかという文脈での判断である⁴⁵⁾が、包括的共謀の射程と同様の判断といえよう。

(4) 他方、東京地裁平成3年4月19日判決(D1-Law 28166216)は、甲の経営するA社の従業員の乙が、昭和63年2月20日ころから同年3月12日ころまでの間、3回にわたりB社のCに対し、支払能力や意思がないのにあるように装い、商品は直ちに廉売処分する意図であるのにこれを秘し、絆創膏を詐取した事案につき、甲と乙の間の包括的共謀を認め、甲に詐欺罪の共同正犯が成立するとした。ただし、乙が甲に秘して個人的な取引をしたことを甲が知ったことなどから、甲と乙の間に亀裂が入り、昭和63年3月中旬ころに甲が乙に通告書を交付した後、昭和63年4月5日、乙が甲の承認を得ずにB社から絆創膏を詐取し、その売却代金は甲に渡らなかった点について、東京地裁は、その詐欺は個人の利得を目的とした個人的な仕入れであり、当

44) 複数人に障害年金を不正に受給させた虚偽診断書作成、同行使、詐欺について、いずれも共謀の射程内であるとした裁判例として、札幌高判平成24年6月19日 LEX/DB 25482160。

45) 特殊詐欺における組織的詐欺罪については、品田・前掲注16) 27頁以下参照。

初の包括的共謀には含まれないとして、甲における共同正犯の成立を否定した。首謀者の甲と実行犯の乙との人的関係が悪化し、甲が乙を排除するための通告書まで交付していることから、その後に乙によって行われた詐欺の時点では実質的に犯行グループが解消され、犯行グループの構成員として犯行を反復する意思は、もはや両者に認められないといつてよい。

(三) 首謀者以外の者の犯行グループからの離脱

(1) 首謀者でない者は、犯行グループの設立や犯行計画の立案等を行っておらず、首謀者ほど従前の行為の寄与度が高くないことから、首謀者に比べて共同正犯関係の解消が認められる範囲が広いと思われる。離脱型としては、他の関与者に対し、犯行を継続しない旨の意思を表明すれば、通常、犯行グループの構成員として自分たちの犯罪を反復して遂行する旨の合意は解消されたといえよう。したがって、犯行グループの維持に大きく貢献してきたなどの事情がない限り、離脱者について共同正犯の成立は否定されるであろう。

また、自然消滅型の共同正犯関係の解消も考えられる。たとえば、特殊詐欺の事案において、かけ子が犯行を継続して担当する意思を失い、しばらくアジトに現れなかったために、他の関与者もその意思を察した場合には、犯行グループの構成員として自分たちの犯罪を反復して遂行する旨の合意は解消されたといつてよいであろう。したがって、その後に犯行グループによって行われた犯行については、その者に共同正犯は成立しない。

(2) 大阪地裁平成19年1月29日判決（裁判所WEB）は、犯行グループから一部の者が脱退した事案である。甲、乙、丙、丁の4名が、自分たちの管理するアパートの部屋に路上生活者を居住させ、実際には支給された生活保護費の一部を同人に交付するにすぎないのに、同人が生活保護費全額を取得するかのよう装って同人の名義で保護の申請を行い、地方公共団体から生活保護費を詐取するという組織的詐欺を繰り返していた。甲は、本件を計画し、指揮命令をする地位にある者、乙は、経理を担当し、甲に次ぐ地位にある者、丙は、新たな路上生活者を探し出し、生活保護費の申請手続やアパー

トに生活させた路上生活者の監視などその活動の実働部分をほぼ全面的に担当する者、丁は、丙の前任者である。

大阪地裁は、丁は平成17年7月ころに集団を脱退したことを理由に、それ以降に欺罔行為が行われた5件については詐欺罪の共同正犯としての責任を負わないとした。どのような事実をもって丁が集団を脱退したと認定したのかは明確でないが、本稿の立場からも、仮に集団を脱退したと評価しうる事実が認められるのであれば、その後の犯行について共同正犯の成立は否定される。

一方、丙は、平成17年12月12日ころ、甲らのグループから逃げ出し、警察署に出頭して自首しており、その後の同月26日にも生活保護費の交付を受けていることから、共犯関係の解消が認められるかが争われた。大阪地裁は、「被告人丙は、被告人甲のグループから離れるにあたり、それまで自身が内容に虚偽を含む申請等に従事することによって、すでに形成されていた生活保護費が違法に支給され続ける状態を自ら阻止するための具体的措置を何ら講じておらず、(なお、前記自首はこれに該当しない)、結局、被告人丙が本件に関与したことによる影響は、同被告人の自首後である同月26日の生活保護費交付の時点でも、何ら解消されることなく持続していたといえるから、共犯関係から離脱したといえない被告人丙が当該交付にかかる罪責を免れないことは明らかである」とした。

丙は、丙と同じく路上生活者の探し出しや監視など重要な役割を果たしてきたものの、首謀者ではない。また、自首は、犯行グループの構成員として犯行を継続しないという意味の表れであり、事実上も自首後に犯行を継続することはほぼ不可能であるから、丙は自首により犯行グループを脱退したとあってよいであろう。したがって、仮に丙の自首後に残余の関与者が別の路上生活者に関する保護の申請を行ったとすると、その点について丙に共同正犯としての責任は否定されることになるであろう⁴⁶⁾。ただ、本件に限って

46) 東京地判平成12年7月4日判時1769号158頁は、監禁および身の代金要求において、共犯者の1人が逮捕され、捜査に協力したが、他の共犯者かそのことを察知しながら身の代金要求を

えば、包括的共謀に基づいて行われた欺罔行為等の構成要件的行為は、丙の自首の前にすべて完了しており、あとは生活保護費の交付を待つだけという状態になっていた⁴⁷⁾。したがって、丙の自首後に交付を受けた生活保護費も、包括的共謀に基づいて行われた構成要件の行為によって取得されたものといえるため、丙も共同正犯の責任は免れないこととなる。

(四) 犯行グループからの排除

(1) 包括的共謀によって形成された犯行グループの構成員間の人的関係が悪化するなどして、構成員の一部が他の構成員によって犯行グループから排除されたときには、排除型として共同正犯関係の解消が認められる。たとえば、首謀者が構成員に対し、犯行グループから排除する旨を伝える場合や、その構成員がそれまで担当していた行為を担当させず、その後の犯行の詳細について知らせない場合などは、もはや犯行グループの構成員として協力して犯罪を実現する意思は解消されているといつてよい⁴⁸⁾。

(2) 財産犯等において関与者の一部が他の関与者に秘して利益を独占した場合も問題となる。特殊詐欺事件では、かけ子や受け子などが詐欺グループの他の関与者に隠れて詐取金を領得する事案が見られ、「抜き」と呼ばれている。この場合、利益を独占するために他の関与者を排除して犯罪を完成させていることから、排除型としての共同正犯関係の解消が認められるかが問題となる。

学説上は、利益を独り占めにしたのがかけ子か受け子か、あるいはどの段階で利益を独り占めにする意思を生じたかという点に着目する見解が有力である。たとえば、かけ子が被害金を独り占めする意図のもとに被害者に対して自らが予め用意した銀行口座に被害金を振り込ませる場合は、犯行の動機が共謀から逸脱しているだけでなく、被害者に振り込ませる銀行口座などの

継続した事案について、共犯関係の解消を肯定している。なお、伊藤・前掲注36) 36頁参照。

47) おそらく生活保護費は預金口座に自動的に振り込まれるため、受領行為は不要であると思われる。

48) この点については、大阪地判平成23年12月20日 LLI/DB L06651100参照。

手口も犯行計画と異なっていることから、客観的な行為態様についても当初の共謀からの逸脱が生じており、共謀の射程外の犯行と評価される場合が多くなるのに対し、受け子が欺罔された被害者から被害金を受け取るが、これを犯行グループに引き渡す意図はなく、そのまま持ち逃げする場合は、受け子が被害金を受領するという行為それ自体は客観的に共謀の枠内にとどまっており、被害金を横取りしたいという動機も、受領行為の段階では単に行為者の内心の問題にすぎないことから、共謀の射程を認めるべき場合が多いとする見解⁴⁹⁾がそれである。また、受け子が「抜き」を行った場合は、かけ子が欺罔行為を行っており、当該犯行の中核的役割を担っていることから、かけ子も実行共同正犯として責任を負うとし、他方、かけ子による「抜き」については、詐取金の配分から他の共犯者を排除しようとする意思が欺罔行為後に生じた場合には、共謀共同正犯の成立を認める余地はあるのに対し、欺罔行為をする時点で既に他の共犯者を排除しようと考えていた場合、他の共犯者の利益は、もはや犯行動機になっておらず、他の共犯者のために欺罔行為に及んだとは評価しにくくなるとする見解⁵⁰⁾も主張されている。

(3) 問題は、①関与者の一部が他の関与者に秘して利益を領得するために犯行を行ったという事実、および、②犯行が行われたこと自体を他の関与者が認識していなかったという事実が、共謀の射程の判断にどのような影響を及ぼすかである。①の点は、犯行の動機・目的の変化であるが、本来、犯行によって得られた利益が関与者の誰に帰属するかは詐欺罪の成否とは直接関係のない事実である上に、「抜き」の事例は領得目的であること自体に変化があったわけではないから、利益を独占する意思があったことだけで共謀の射程を否定することはできない。また、包括的共謀は、もともと個別の犯行について意思の連絡を不要とする点に本質があるから、②の点も共謀の射程を否定する事情とはならない。したがって、包括的共謀における合意内容に

49) 橋爪隆「共同正犯をめぐる問題(4)—共謀の射程について」警察学論集70巻10号(2017年)174-175頁。

50) 伊藤嘉亮「特殊詐欺における承継的共同正犯と共謀の射程」法律時報91巻11号(2019年)73頁。更に、同・前掲注36)33-34頁参照。

従って従前と同様の手段・方法で犯行を行い、また、その後も犯行グループの構成員として犯行を継続する意思を有している限りは、たとえ他の共犯者に隠れて利益を独占する意思があったとしても、原則として犯行グループの構成員として行為をしていると評価され、共謀の射程は認められると思われ⁵¹⁾。

もっとも、犯行グループを脱退する際に詐取金を持ち逃げする意思で犯行を行った場合や、当初の合意の内容と大きく異なる行為態様で犯行が行われた場合などは、もはや犯行グループの構成員として犯行を行ったとはいいがたく、共謀の射程が否定されることになろう⁵²⁾。また、当初の包括的共謀によって形成された犯行グループの構成員としてその後も犯行を継続する意思を有していたとしても、「抜き」が多数回にわたって継続して行われている場合には、それらは別個の犯行グループによる犯行と評価されることもありうる。

(4) 以下の裁判例は、いずれも利益の独占の事例において共同正犯の成立を肯定しており、本稿の立場からは、その結論は妥当であると思われる。

受け子による「抜き」の事例として、東京高裁平成30年5月16日判決（高検速報平成30年174頁）⁵³⁾がある。事案は、甲、乙らが被害者の息子やその上司を装って電話をかけ、現金を受け取るという手口の詐欺を繰り返していたところ、欺罔行為後に受け子の甲がかけ子の乙らに嘘を述べて詐取金を領

51) 大塚雄毅「判批」研修846号（2018年）26頁以下は、包括的共謀の場合には、その物理的、心理的因果性が反復、継続して行われる不特定の者に対する詐欺全般に影響を及ぼすものであるから、個別の被害者、事実ごとにその影響が遮断されることは想定しがたいとする。更に、小池信太郎「共犯関係の解消」法学教室469号（2019年）117頁、鈴木邦夫「判批」警察学論集73巻3号（2020年）188頁以下参照。

52) 大阪高判平成2年3月28日判タ742号210頁は、甲と乙がアメリカからのコカインの輸入を共謀したところ、乙が独り占めするため甲に内密で宛名を変更した事案で、甲についても麻薬輸入罪の共同正犯の成立を認めている。これに対し、大阪高判昭和63年7月26日判タ694号173頁は、甲と乙らが2kgの覚せい剤所持を共謀したところ、乙らが甲に隠して5kgの覚せい剤を所持した事案において、甲を2kgについてのみ覚せい剤所持罪とした。甲と乙の折合いが悪くなったなどの事情が考慮された可能性がある。更に、東京地判平成29年7月3日D1-Law28260161参照。

53) 大塚・前掲注51) 17頁参照。

得したというものである。弁護人は、受け子役らは当初から乙らを排斥する意思であった疑いが濃厚であるから、そもそも乙と甲の間に共謀は成立していないと主張した。これに対し、東京高裁は、「本件各犯行は、いずれも、被告人らが、上位者の指示を受けつつ、受け子役、見張り役らと役割を分担して、日常的に繰り返していた組織的、職業的なオレオレ詐欺の一環として行われたものであり、不特定多数者からオレオレ詐欺の手口で現金を詐取することに関する包括的な共謀に基づくものと認められる」とした上で、「『被告人らを排斥する意思』は、上記共謀に基づく共同実行そのものから排斥する意思ではなく、むしろ、上記共謀の存在を前提に、これに基づく被告人らかけ子役の実行行為を利用して、自らの持ち出し行為により共同実行を完成させた上で、これにより取得した詐取金の分配から被告人らを排斥する意思にすぎないというべきである。したがって、その意味における『被告人らを排斥する意思』は、その生じた時期にかかわらず、そもそも共謀関係の成否や消長を左右するものとはいえない」と判示した。

東京地裁平成31年2月6日判決⁵⁴⁾は、かけ子による「抜き」の事例である。かけ子の甲とかけ子の乙らが共謀し、Aから現金をだまし取った後、甲らが乙らに隠れて更にAから現金をだまし取ったという事案について、東京地裁は、甲と乙らの共謀に基づき既遂に至った詐欺に続けて、この詐欺による被害者の錯誤を利用して「抜き」の犯行が行われた上、乙らは被害者に対する詐欺を止める旨の合意をしたり被害者の錯誤を解消させる措置をとったりしていないから、「抜き」の犯行にも寄与したと評価することができ、乙にも共同正犯が成立するとした⁵⁵⁾。

(5) 特殊詐欺以外の事案においても、他の共犯者に隠れて財物を領得しても共同正犯の成立を肯定する裁判例が見られる。前掲・さいたま地裁平成17年8月31日判決では、甲と乙が被害者から強取したキャッシュカードを利用してATMから現金を引き出す窃盗について包括的共謀が成立していたが、

54) 村田邦行「判例紹介」研修853号(2019年)73頁参照。

55) 東京高裁令和元年8月8日判決。鈴木・前掲注51)177頁参照。

甲は、引き出した現金の一部または全部を乙に告げずに領得していた。さいたま地裁は、甲が引出しについて共犯関係を解消し、自分の単独犯行とする旨の意思を表明していないことを理由に、共犯関係の解消を否定し、乙に窃盗罪の共同正犯の成立を認めた。

また、横浜地裁平成16年9月30日判決（LEX/DB 28105096）は、甲の指揮命令する団体の活動として、代金支払意思がないのにパソコンやプリンタを購入するという詐欺を繰り返していた組織的詐欺の事案である。乙は、だまし取った商品を換金し、その弟の丙は、その換金で得られた金員を、自分たちの取り分を差し引いて甲らに交付する役割を担当していたところ、乙および丙は甲らに秘してパソコン等の処分額から利得していたが、横浜地裁は、包括的な共謀関係に影響はないとしている。

IV 結 語

本稿は、犯行の反復を内容とする包括的共謀について、その成否と共謀の射程について検討したものである。

特殊詐欺など一定の犯罪を反復して遂行する旨の合意に基づいて犯行が行われる場合には、犯行ごとに直接関与する者が異なり、行為態様や関与者等が時間の経過に伴って変化する事態が想定される。このような場合における包括的共謀は、反復される犯行全体の主体となりうる犯行グループを他の関与者と共に形成し、その犯行グループの構成員として自分たちの犯罪を反復して遂行する旨の合意を内容とする。そこで、包括的共謀の射程が実行行為に及ぶかどうかは、そのような合意に基づく関係が維持された状態で実行行為が行われたかどうかという視点から判断されることになる。

共謀の射程が問題になる場面としては、共同正犯と錯誤および共同正犯関係の解消があり、前者は、共謀者の一部によって合意の内容と異なる構成要件に該当する行為が行われる場合であるのに対し、後者は、合意の内容と同じ構成要件に該当する行為が行われるという点で区別される。ただ、両者は、

いずれも当初の合意の内容と異なる形で実行行為が行われたために当初の「共謀に基づいて」実行行為が行われたといえるかが問題となる点では共通しており、これらは、共謀の射程という観点から統一的な解決を図ることが可能であると思われる⁵⁶⁾。実際、包括的共謀の事例においても、共同正犯と錯誤および共同正犯関係の解消とが交錯する場面もありうる。たとえば、不特定多数の者に対し、被害者宅においてキャッシュカードを詐取する旨の包括的共謀に基づきこれを実行していたが、関与者の一部が他の関与者に秘して利益を独占する意思で被害者宅においてキャッシュカードを窃取した場合などが、それに当たる。このような場合にも、本稿が示した基準により解決されることになる。

なお、共謀の射程は共同正犯性の問題であるから、共謀の射程が否定された場合には、共同正犯の成立は否定されるものの、従前の行為と当該実行行為や結果との因果関係が認められる限り、狭義の共犯の成立する可能性は残る。ただ、この場合に、常に狭義の共犯が成立するわけではなく、その成否の限界が問題となる。この点の検討は、他日を期したい。

本稿は、JSPS 科研費 JP15K03182の成果の一部である。

56) 拙稿・前掲注8) 875頁以下。