

Title	だまされたふり作戦事案における受け子の罪責について： 未遂犯論と承継的共犯論の交錯
Sub Title	Criminal responsibility of the collector as a coprincipal of attempted fraud in the case of implementing a pretend-to-be-deceived operation
Author	下地, 謙史(Shimoji, Kenshi)
Publisher	慶應義塾大学大学院法務研究科
Publication year	2018
Jtitle	慶應法学 (Keio law journal). No.41 (2018. 11) ,p.301- 356
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	リサーチペーパー
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	<a href="https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AA1203413X-20181130-0301">https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AA1203413X-20181130-0301</a>

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the Keio Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

# だまされたふり作戦事案における 受け子の罪責について

——未遂犯論と承継的共犯論の交錯——

下 地 謙 史

- 第1 はじめに
- 第2 だまされたふり作戦の現状
- 第3 裁判例・最高裁決定について
- 第4 だまされたふり作戦事案の理論的検討
- 第5 おわりに

## 第1 はじめに

近時、だまされたふり作戦が実行された事案における受け子の罪責について、多くの裁判例が公にされ、高裁レベルではその理論構成も固まりつつあった。そのような状況の中、昨年末に最高裁決定が下された。この最高裁決定は判示が簡潔である上、一見すると、これまで高裁レベルで用いられてきた構成とは相容れないようにも見受けられることから、議論を呼んでいる。

本稿は、このだまされたふり作戦の受

け子の罪責について、理論的検討を行うものである。古典的論点である実行の着手論、不能犯論、承継的共犯論、詐欺罪の諸問題が組み合わさることで、今まではあまり考えられてこなかったと思われる問題点について、一つの解答を示す論稿である。

本稿の構成を大まかに述べると以下のようになる。まず、だまされたふり作戦及び特殊詐欺についての現状を紹介する。次に、だまされたふり作戦の受け子（後行者）の罪責が問題となった裁判例・最高裁決定について、簡単な考察を加える。

その後、これらを参考にしながら、だまされたふり作戦が実行された事案についての理論的考察を加え、その妥当性、従来の裁判例・最高裁決定の持つ意義について検討する。

## 第2 だまされたふり作戦の現状

### 1 だまされたふり作戦とは

だまされたふり作戦とは、特殊詐欺事案<sup>1)</sup>において行われる「だまされたことに気付いた、あるいはそれを疑った被害者側が、捜査機関と協力の上、引き続き犯人側の要求どおり行動しているふりをして、受領行為等の際に犯人を検挙しようとする捜査手法」のことをいう<sup>2)</sup>。

だまされたふり作戦は、特殊詐欺の有効な検挙方法として活用されている。警察庁振り込め詐欺対策 HP では、だまさ

れたふり作戦への協力を呼びかけており<sup>3)</sup>、県警レベルでも同様の取り組みが行われている<sup>4)</sup>。

最近では、だまされたふり作戦を逆手に取った詐欺も発生している。その手口を簡単に紹介する。①被害者が犯人の欺罔行為に気づいた後、警察官を名乗る人物から電話があり、「犯人が現金を受け取りに出てきたところを逮捕するので、現金を犯人に渡してくれ」と頼む。②その言葉を信じて被害者が現金を犯人へ交付する。③しかし、警察官を名乗る人物も詐欺グループの一員であり、現金をそのまま持ち去られる、という手口である<sup>5)</sup>。これにより、捜査機関は、だまされたふり作戦を有効に活用しつつも、従来よりも慎重に作戦を行わざるを得なくなっている<sup>6)</sup>。

1) 「被害者に電話をかけるなどして対面することなく信頼させ、指定した預貯金口座への振込みその他の方法により、不特定多数の者から現金等をだまし取る犯罪（現金等を脅し取る恐喝を含む。）の総称」のことをいう。以上は、国家公安委員会・警察庁編『平成 29 年版 警察白書』（2017 年）56 頁注 1。

2) 後掲最決平成 29・12・11 刑集 71 卷 10 号 535 頁の定義である。また、前掲注 1) 57 頁注は「特殊詐欺の電話等を受け、特殊詐欺であると見破った場合に、だまされた振りをしつつ、犯人に現金等を手渡しする約束をした上で警察へ通報してもらい、自宅等の約束した場所に現れた犯人を検挙する、国民の積極的かつ自発的な協力に基づく検挙手法」と定義する。

3) [https://www.npa.go.jp/safetylife/seianki31/1\\_hurikome.htm](https://www.npa.go.jp/safetylife/seianki31/1_hurikome.htm)（2018 年 10 月 2 日確認）。

4) 群馬県警の例として、<https://www.police.pref.gunma.jp/seianbu/01seiki/furikome/data/onegai.pdf>（2018 年 10 月 2 日確認）。

5) このような事案においては、警察官を名乗る人物の「犯人が現金を受け取りに出てきたところを逮捕する」という発言が欺罔行為に当たり、これを信じて財物を交付することによる詐欺既遂罪の成否が問題となる。詐欺罪について承継的共同正犯の成立を肯定する見解からは、受け子についても詐欺既遂罪が肯定されるだろう。

## 2 特殊詐欺の現状

平成 28 年中の特殊詐欺の被害総額は 407.7 億円であり、前年より 74.3 億円減少したが、認知件数は 14154 件であり前年より 330 件増加している。また、平成 28 年中の検挙件数は 4471 件と 23 年以降で最多となり、検挙人員は 2369 人と過去最多の 27 年に次ぐ水準となった。さらに、28 年中の検挙人員のうち、暴力団構成員等が 26.3% を占めており、特殊詐欺が暴力団を始めとする犯罪組織の資金源となっている状況がうかがわれる<sup>7)</sup>。このような犯罪組織では、綿密な「捜査逃れ対策」が行われていることが多く<sup>8)</sup>、だまされたふり作戦は、このような特殊詐欺事案の検挙に有効な手段として利用されている。

特殊詐欺における財物交付の方法は、現金を被害者が直接手渡しする「現金手交型」の場合、被害者が現金を郵便・宅配便等で指示された住所に送付する「現

金送付型」の場合があり得る。警察白書によると、平成 28 年におけるこれらの交付形態の認知件数及び被害額は前年より減少した<sup>9)</sup>。これも、だまされたふり作戦が功を奏していることを示すデータといえよう。

## 第 3 裁判例・最高裁決定について

裁判例において、だまされたふり作戦が実行された事案における受け子の罪責について判断したのを見ると、不能犯の枠組みを用いて、詐欺未遂罪が成立するとの結論を導くものが多いが、不能犯の問題としながら無罪の結論を導くものやそれ以外の理論構成を用いるものなども存在する<sup>10)</sup>。以下では、これらの裁判例のいくつかを取り上げ、受け子の罪責についての理論構成ごとに分類し検討を加える<sup>11)</sup>。その後、最高裁決定について、若干検討を加えたい。

- 
- 6) 前掲注 3) の HP でも「警察から『だまされたふり作戦』をお願いするにあたって、お金の用意をお願いすることは絶対にありません!」と示し、注意を喚起している。
  - 7) 前掲注 1) 19 頁、及びその統計資料(統計 2-9、2-10)を参照。
  - 8) 前田雅英「判批」捜研 795 号(2017 年)44 頁。
  - 9) 前掲注 7) 参照。
  - 10) これらを網羅的に挙げるものとして、二本柳誠「騙されたふり作戦と受け子の罪責」名城法学 67 巻 1 号 209 頁。
  - 11) 裁判例の中には、共謀が認められないことを理由に無罪の結論を示すものもある(名古屋地判平成 28・4・18 LEX/DB25448222、福岡地判久留米支部平成 28・3・8 LEX/DB25542899)。特殊詐欺事案における共謀の認定についても多くの問題点が存在するが、今回は検討対象から除外する。詳しくは、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」高嶋智光編『新時代における刑事実務』(2017 年)91 頁以下参照。

## 1 不能犯の判断枠組みを用いた裁判例

- (1) 名古屋高判平成28・9・21判時2363号120頁①事件、LEX/DB25544184<sup>12)</sup>  
(共謀否定により詐欺未遂不成立)

### 事案の概要

被害者は、被害者の息子を名乗る氏名不詳者から自宅にかかってきた電話で、「会社の者がへまをしてしまった。取引先に600万円を支払わないといけない。」「300万円がいいから銀行でお金をおろしてきてほしい。」などと言われてこれを承諾し、300万円を引き出すために銀行に行ったが、その際、息子に電話をして確認したところ、息子が詐欺であると見抜き、警察に連絡した。警察が被害者方に到着した後、氏名不詳者からの電話で、被害者に対し、現金を取引先に宛てて、宅配便で送るように指示し、住所等を伝えた。被害者は、模擬現金を梱包し、住所近くのコンビニエンスストアで本件荷物を発送した。

上記欺罔行為の後、E（先行者グループの一員。判旨引用部分でも同様。）から被告人の携帯電話に不在着信があり、

その後、被告人はEに電話をかけて通話した。この通話の中で、Eが、一つ受け取ってもらいたい荷物があるなどと述べた。その後、被告人の住居地に、配達員を装った警察官が本件荷物を届けた。被告人は、依頼主の名の記載された伝票を提示され「届かっていう連絡は受けていますので。」と答え、本人確認を求められて運転免許証を提示し、配達票に自分の名前と電話番号を記載し、本件荷物を受け取った。

### 判旨

まず、被害者が詐欺に気付いて模擬現金入り本件荷物の配達依頼等をした時点以降に、詐欺未遂罪の成立する余地について、「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

---

12) 本裁判例の評釈として、安田拓人「判批」法教437号（2017年）146頁、橋本正博「判批」平成28年度重判解（2017年）164頁以下、門田成人「判批」法セミ746号（2017年）121頁、前田雅英「判批」WLJ判例コラム 臨時号 第98号（文献番号2017WLJCC006）（2017年）1頁以下、富川雅満「判批」法学新報124巻5＝6号（2017年）285頁以下。

言及するものとして、橋爪隆「特殊詐欺の『受け子』の罪責について」研修827号（2017年）8頁、小林憲太郎「刑法判例と実務 第19回 未遂犯（中）一」判時2230号140頁以下、高橋康明「刑事事実認定重要事例研究ノート第31回 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」警論70巻第3号（2017年）162頁以下、加藤・前掲注11）116頁注13）等。

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。…… 原判決は、不能犯は犯罪の成否自体を問題にするというが、そこでは全体としての詐欺罪のみを問題にしていると思われる。仮に、本件の被告人について、詐欺を行うことについての意思の連絡があった場合は、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、自己の行為が詐欺未遂罪として処罰されるのか、結果発生が不可能になっていたとして刑事処罰を免れるかが問題になっている、換言すれば、共犯者の一人については、犯罪の成否が問題となっている場面なのである。このような場合に不能犯の考え

方を用いて判断するのは、必要かつ妥当であると考えられる。」

「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る。そうすると、仮に、被害者が、被告人がE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、被告人及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現実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となる。」

「なお、被告人がEからの依頼を受けて被害金を受領する行為が本件詐欺の実行行為に当たるかは一個の問題であるが仮にこれが実行行為に当たらないとしても、当該受領行為は、財物の騙取を実現するための重要な行為であり、通謀の上これを分担したのであれば、正犯者といえる程度に犯罪の遂行に重要な役割を果

たしたものと、少なくとも共謀共同正犯には当たり得るものと考えられる。」

もっとも、共謀が認められないとして、詐欺未遂罪の成立は否定されている。

## 検討

本裁判例は、だまされたふり作戦が実行された事案において不能犯の判断枠組みを用いることができる理由を詳細に述べている点で注目すべき裁判例である。つまり、「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、共犯の場合でも同じような判断方法を用いることは肯定されてよいとする。その理由としては、典型的な不能犯の場合と後行者の犯罪の成否は、「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」にあるためとする。しかし、単独犯の不能犯と本件の後行者を同一視できる理由が不明確であるといえる。確かに、結果発生が不可能になった場合という点で両者は共通しているが、単独犯と後発的不能段

階から関与した共犯とを同一視することがなぜできるのかが示されていない。詰まる所、本件事案と似たものが不能犯なので、それを用いたという理由付けにすぎないといえる。

また、名古屋高判平成 28・11・9 LEX/DB25544658<sup>13)</sup> も同様の理由付けにより詐欺未遂罪の成立を肯定している。

(2) 福岡高判平成 28・12・20 判時 2338 号 112 頁、LEX/DB25545320<sup>14)</sup> (詐欺未遂成立)

## 事案の概要

債券購入に関する名義貸しの問題解決のための顧客登録料名目でCから現金をだまし取るため、複数回にわたり、同人方に電話をかけ、同人に対し、真実は、Dなる会社の医療機関建設事業計画がないのにこれがあるように装い、①氏名不詳者がEのFを名乗り、「Dが医療施設を作るようになっています。あなたにはこの施設の債券を買える権利があります。当社がお金を払うのであなたの名義を貸してください。」「当社があなたの名義で 1500 万円の債券を購入しました。」

13) 評釈として、是木誠「判批」警論 70 巻 2 号 (2017 年) 159 頁以下。

言及するものとして、安田拓人「判批」法教 441 号 (2017 年) 126 頁、橋爪・前掲注 12) 16 頁 (注 17) 等。

14) 評釈として、中嶋伸明「判批」研修 825 号 (2017 年) 59 頁以下、安田・前掲注 13) 126 頁、谷岡拓樹「判批」早稲田法学 93 巻 2 号 (2018 年) 111 頁以下。

言及するものとして、橋爪・前掲注 12) 16 頁 (注 17) 等。

「名義を借りたことがばれてしまいました。」、②氏名不詳者がDのGを名乗り、「Eに名義を貸していますね。名義貸しは違法になります。」「穏便に済ませるには、あなたが当社のお客様として登録してもらわないといけません。登録には一口50万円かかりますが、登録後、すぐにクーリングオフをしてもらえれば、お金は戻ります。」「それでは、お金をゆうパックで送ってください。」、③氏名不詳者が渋谷警察署の警察官を名乗り、「Dから被害届が出されました。穏便に済ませたいのならDの言うとおりにしてください。」と立て続けに欺罔し、Cにその旨誤信させて、同人に現金50万円をbのJ宛に現金をゆうパックにより送付させようとしたが、上記電話を不審に感じた同人が警察に通報し、現金様の紙を入れたゆうパックを氏名不詳者の指示に従い送付した。被告人は依頼を受け、bにおいて郵便配達員からそれを受領した。

## 判旨

「弁護人は、被害者がいわゆる架け子に騙されていることに気づき、警察と協力の上、騙されたふりをして現金様の紙を入れた本件荷物を送っているのだから、それ以降は詐欺の実行行為を観念できず、……被告人は無罪である旨主張するので、この点を検討する。」

「問題となるのは、前記のとおり、被告人が共謀に加わったのが、本件荷物の発送後で、その荷物内には現金が入っていなかったことから、本件受領行為が本件詐欺における実行行為性を欠いており、未遂犯としての責任も負わないのではないかという点である。そのような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およそ認識し得なかったといえるから、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。」

## 検討

本裁判例では、本件の問題点を「被告人が共謀に加わったのが、本件荷物の発送後で、その荷物内には現金が入っていなかったことから、本件受領行為が本件詐欺における実行行為性を欠いており、未遂犯としての責任も負わないのではないかと」とし、「そのような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」を用いている。ここでいう「実行行為性」が何を指すのかが明確ではないが、その前後の判示と合わせて読むと、未遂としての可罰性＝不能犯ではないことを意味するのであろう。つまり、不能犯ではない＝実行行為性あり→詐欺未遂罪成立というロジックが採られている。この事案の特殊性が、後発的不能段階から共犯関係に入った者の罪責という点にあるにも関わらず、このことに全く触れずに、後行者の行為の危険性にのみ着目して不能犯の検討をしており、先の裁判例と同様に事案の特殊性に着目できていない判示といえる。

(3) 福岡高判平成 29・5・31 判時 2363 号 120 頁②事件、LEX/DB25448712<sup>15)</sup> (詐欺未遂成立)

## 事案の概要

Dは、B方に複数回にわたって電話をかけ、Bに対し「当選金額1980万円が必ず当たる特別抽選に選ばれました」、「参加するためにはE銀行に金を払わなければならない」旨話して、現金を送付するよう指示し、それを信じたBは、Dの指定する送付先に、2回に分け、計100万円をそれぞれ宅配便で送った。更に、Dは、Bに対し、「Bさんの100万円が間に合わなかったので、本当はしてはならないが、100万円を私が払いました。」「Bさんじゃない人が送ったことがばれてしまい、今回の特別抽選はなくなりました。」「不正があったので、私とBさんとで297万円の違約金を払わないといけなくなりました。半分の150万円を準備できますか。」などと告げた。

それを聞いたBは、息子にそのことを相談したところ、息子から詐欺に遭っているとわれ、警察署に赴いて警察官と相談した。そこで上記事実が虚偽であることが判明し、Bも自身がだまされていたことを認識した。警察官は、Bに対し、だまされたふり作戦への協力を依頼し、

15) 評釈として、豊田兼彦「判批」法セミ 753 号 (2017 年) 121 頁、谷岡・前掲注 14) 111 頁以下、神元隆賢「判批」北海学園大学法学研究 53 巻 2 号 (2017 年) 73 頁以下。

Bはそれに応じた。その後、DがBに対し電話してきたため、Bはだまされているふりをして、Dに対し「何とか友人にお金を借りて120万円は用意できました。」などと嘘を言ったところ、Dは、宛名をFとして現金を入れた荷物を宅配便で送付先へ送付するよう伝えた。直ちに、Bは、手持ちの箱に不要な本を詰め、現金は入れずに本件荷物を作り、それを送付先に宛て発送した。

被告人は、知人から、他人の名前を使って荷物を受け取る仕事があると持ち掛けられ、それを引き受けることにした。依頼を受けた時期は、荷物を受け取った前日（欺罔行為後）であった。

その後、配達員を装った警察官が荷物を持って受領場所に赴き、「こんにちは、宅急便です。」と呼んだところ、室内にいた被告人がそれに対応した。警察官が、被告人に対して「Fさんですか。」と尋ねると、被告人は「Fです。」と答え、荷物の受取りサイン欄にサインして、荷物を受け取った。

## 判旨

「本件では、被告人と本件共犯者との共謀が最終の欺罔行為に先立って成立していたことを認めるだけの証拠はないから、被告人は、詐欺罪における構成要件該当事実のうち財物交付の部分のみに関与したという前提で犯罪の成否を検討せ

ざるを得ない。

したがって、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2点ということになる。」

「まず、〔1〕の点についてみると、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し、その役割の重要度等に照らせば正犯性も肯定できる。」

「〔2〕の点を見る。……本件では、被告人が加担した段階において、法益侵害に至る現実的危険性があつたといえるか、換言すれば、未遂犯として処罰すべき法益侵害の危険性があつたか否かが問題とされるところ、その判断に際しては、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とすべきである。この点における危険性の判定は規範的観点から行われるものであるから、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く、敢えて被害者固有の事情まで観察し得るとの条件を付加する必然性は認められない。

そうすると、本件で『騙されたふり作戦』が行われていることは一般人において認識し得ず、被告人ないし本件共犯者も認識していなかったから、これを法益侵害の危険性の判断に際しての基礎とすることは許されない。被告人が本件荷物を受領した行為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いうことができる。そして、被告人に詐欺の故意、本件共犯者との共謀及び正犯性が認められることはいずれも前記のとおりであり、被告人については詐欺未遂罪の共同正犯が成立する。」

## 検討

本裁判例では、だまされたふり作戦の受け手に罪責を問う問題点として、「〔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」と

いう2点を挙げている。

〔1〕の点については、「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。」とし、「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」とする。しかし、これは詐欺既遂罪については妥当するが、詐欺未遂罪についても同様に妥当するとは言い難いであろう。詐欺既遂罪で承継的共同正犯が成立し得るということから、直ちに本件でも共同正犯を肯定することには疑問がある。

〔2〕については、何らの理由付けなく、「本件では、被告人が加担した段階において、法益侵害に至る現実的危険性があったといえるか、換言すれば、未遂犯として処罰すべき法益侵害の危険性があったか否かが問題とされる」とし、不能犯の判断枠組みが用いられているため、理論的根拠は不明である。また、〔1〕との関連性も不明である。

(4) 神戸地判平成28・9・23 LEX/DB25448327<sup>16)</sup>（詐欺未遂成立）

## 事案の概要

氏名不詳者らは、複数回にわたり、A

方に電話をかけ、同人に対し、その子を装って、株式投資の損失を補うために会社の現金を使い込んだ、その現金を至急補填する必要がある、そのための資金として300万円を用意してほしい等と嘘を言い、引き続き、Aを装った女性警察官に対し、電話で、用意した現金を「マツムラ」に渡してほしい旨申し向け、Aの子が現金を至急必要としているかのように信じ込ませて現金をだまし取ろうとした。

被告人は、以前にパチンコ店で知り合った男から、電話で、荷物を受け取る仕事をしないかと誘われ、報酬欲しさから、指示された通り、ワイシャツにネクタイを着用するなどビジネスマン風の服装で犯行現場に赴き、「マツムラ」と偽名を名乗って被害者から現金を受け取ろうとした。被告人が、某市路上において、A役の女性警察官に対し、マツムラと名乗って声をかけ、通話状態の携帯電話を渡すなどし、一連の電話の相手が同人の子であり、同人が現金を至急必要とし、マツムラがその現金を預かるものと信じ込ませ、現金300万円の交付を受けようとしたが、Aから通報を受けて同所に待機していた警察官に逮捕されたため、詐欺の目的を遂げなかった。

## 判旨

「以上の事実関係からすれば、被告人に氏名不詳の共犯者らとの共謀が成立し得るのは、被告人が被害者から現金を受け取ろうとする直前の時点であると認められるが、その時点ではすでに騙されたふり作戦が実施中であつたから、客観的には詐欺の結果が発生する現実的危険性はなくなっていたといえる。

しかし氏名不詳の共犯者らにおいて、被害者に対する欺罔行為をし、被害者が錯誤に陥って現金を交付しようとしたのだから、当初はその危険性があつたことは明らかである。被告人は途中から関与しているが、未必的にせよ共犯者らのした欺罔行為を認識しながら、自らの報酬欲しさという動機から、共犯者らのした欺罔行為を利用する意思で現金（様もの）を受け取ろうとする行為をしている。そして、その際の状況は、一般人からすれば騙されて錯誤に陥った被害者が、まさに詐欺の犯人に現金を交付しようとするものといえるから（被告人の認識も同様である。）、欺罔行為時に存在した金銭騙取の現実的危険性は、被告人の受け取ろうとする行為の時点でもなお失われていないと見るべきである。

そうすると、被告人のした現金を受け取ろうとする行為はまさしく詐欺の実行

16) 言及するものとして、橋爪・前掲注12) 9頁、安田・前掲注12) 146頁、同・前掲注13) 126頁等。

行為（騙取行為）であり、かつ、被告人は、共犯者らによる欺罔行為も含め詐欺未遂の共同正犯（実行共同正犯）としての罪責を負うと認めることが相当である。」

## 検討

本裁判例は「氏名不詳の共犯者らにおいて、被害者に対する欺罔行為をし、被害者が錯誤に陥って現金を交付しようとしたのだから、当初はその危険性があったことは明らかである」とした上で、不能犯論の検討を経て、「欺罔行為時に存在した金銭騙取の現実的危険性は、被告人の受け取ろうとする行為の時点でもなおお失われていないと見るべきである」としていることから、先行者の欺罔行為時に存在した金銭騙取の現実的危険性が、後行者の関与時まで継続しているかを不能犯論によって判断していると考えられる。関与対象である先行者の欺罔行為の危険性に着目している点では評価できるものの、後行者の受領行為について不能犯論を検討することが、なぜ先行者の欺罔行為時に存在した金銭騙取の現実的危険の継続性を判断できるのかについては不明確であるといえる。

(5) 札幌地判平成 28・1・8 公刊物未  
登載<sup>17)</sup>（詐欺未遂成立）

## 事案の概要

「被告人である受け子が、X と称する人物の誘いに対し、詐欺の被害者が発送した現金を送付先において受け取ることになる」と概括的に認識しながらこれに応じたが、その時点においては、既に被害者は詐欺被害にあったことを認識して警察に相談し、発送中の荷物から現金が取り出されて模造紙幣に入れ替えられた」という事案である。

## 判旨

被告人の関与について、すでに生じた詐欺未遂の結果に因果を及ぼすものではなく、法益侵害惹起を促進する可能性もなかったという主張に対し、「被告人が犯人側と意思を通じて行うこととなった行為は、指示された場所において配達される荷物を受領し、これを指示に従って犯人側に渡すなどの処分をするというものであるところ、被告人は、犯人側が被害者をだまして現金入りの本件荷物を発送させたという客観的事実を概括的に認識していたのであって、この事実を前提とすると、そのような荷物を送付先において受け取ろうとする行為は、現金が途中で抜き取られていたとしても、一般人

17) 加藤・前掲注 11) 115-117 頁を参照した。

の認識として、詐欺の被害金が犯人側に交付される具体的危険性のある行為と認められることから、詐欺の実行行為に当たる」とし、本件受取行為は「被害者をだます行為と一体のものとして本件詐欺未遂の実行行為を構成するものである」ため、「被害者をだまして現金を発送させた点も含めて被告人は共同正犯の責任を負う」とした。

## 検討

本裁判例は、他の裁判例とは事案が異なり、錯誤に基づいた交付が行われたが、発送中に詐欺被害に気づいた被害者から相談を受けた警察官が現金を模造紙幣に入れ替えたというものである。このような事案に対し、本裁判例は「荷物を送付先において受け取ろうとする行為は、現金が途中で抜き取られていたとしても、一般人の認識として、詐欺の被害金が犯人側に交付される具体的危険性のある行為と認められることから、詐欺の実行行為に当たる」としている。

交付行為が完了し詐欺が既遂になるには、財物が犯人の支配下に交付されることが必要であり、郵便等の発送中は、未だ交付行為が継続していると考えられる。

その途中で何らかの障害が生じ、財物が犯人の支配下に交付されなかった場合は未遂になる。本件被告人の関与時には、被害者は詐欺被害にあったことを認識して警察に相談し、発送中の荷物から現金が取り出されて模造紙幣に入れ替えられたのであるから、結果発生は客観的には不可能になっている。そこで、未遂が成立するかの検討として、不能犯の判断枠組みによって判断がなされたと推測できるが、他の裁判例と同様の問題を有しているといえよう。

(6) 福岡地判平成28・9・12 LEX/DB25543872<sup>18)</sup> (詐欺未遂否定、1(3)の原審)

## 事案の概要

1(3)と同様。

## 判旨

「本件では、Dが詐欺の実行行為である欺罔行為を開始した後に、被告人がDらに共謀加担したことになるが、そのような被告人に、詐欺未遂の共同正犯(いわゆる承継的共同正犯)の罪責を問うことができるかが問題となる。」

「本件における承継的共犯について、

18) 評釈として、前田・前掲注8) 39頁以下、阿部英雄「判批」創価ロージャーナル10号185頁以下。言及するものとして、橋爪・前掲注12) 9頁、安田・前掲注12) 146頁、高橋・前掲注12) 161頁、加藤・前掲注11) 115頁注12)、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年)50-51頁等。

いわゆる因果性共犯論からすると、詐欺罪は欺罔行為、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。」

「他方、本件で被告人に問われているのは詐欺未遂の罪責であるから、未遂犯の処罰根拠は何かを見定めておく必要があるが、この点については、……当該犯罪の結果が生ずる危険性を発生させたという点に、可罰性の根拠があると考えべきである。

そうすると、本件においては、後行者である被告人が詐欺の結果が生じる危険性を発生させることについて、何らかの因果性を及ぼした（寄与があった）といえるか否かが問題の核心である。」

「被告人は、共謀加担後、本件荷物を受領しているが、……本件荷物はDの欺罔行為によって生じた錯誤に基づき発送（交付）されたものではないから、被告人がそれを受け取ったとしても、詐欺

の構成要件に該当する行為ではなく、実行行為に当たらない。すなわち、前記のとおり、詐欺罪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初めて成立するのであり、各段階間のいずれかで因果が切断された場合には、詐欺罪は成立しない。本件において、Bは、Dの欺罔行為によって、一時は錯誤に陥ったが、その後、だまされていることに気付いて錯誤から脱しており、本件荷物を発送したのは、欺罔行為に起因する錯誤に基づくものではなく、専ら、警察官の犯人逮捕に協力するという意図から行ったものであるから、詐欺罪の成立に必要な因果関係が切断されていることは明白である。したがって、被告人が本件荷物を受け取った行為は、詐欺の構成要件に該当する行為（実行行為）ではない。」

検察官は〔1〕実行行為の危険性は「具体的状況下において、社会通念に照らして、その有無が判断されるべき危険性のことと解されるから、行為当時、行為者が特に認識した事情及び一般人に認識可能な事情を基礎とし、客観的な事後予測として犯罪の実現される危険性の有無を判断」する。〔2〕「本件については、Bが現金を入れないで本件荷物を発送したという事情……については、本件詐

欺の犯人であるD及び被告人は全く認識していなかったものであるし、また、一般人が認識可能であったともいえないものであった。したがって、……被告人が報酬目的で空き部屋である本件受領場所待機し、偽名を用いて本件荷物を受け取ろうとした行為について、これらの行為当時、……被告人の前記行為は、詐欺の実行行為の一部を分担したものであって、いずれも詐欺罪の構成要件の結果発生の実害を有する行為と判断される。」から、実行行為にあたるとする。

「以上の検察官の主張のうち、……〔2〕については看過できない問題点がある。まず、検察官は、本件荷物に現金が入っていなかったことが詐欺罪の成立を阻む客観的事情ととらえているかのようであるが、既に述べたとおり、本件において詐欺罪が成立しない本質的な理由は、Dによる欺罔行為と、Bによる本件荷物の発送（交付）との間に因果関係が存しないことにあり、たまたま本件荷物の中に現金が入っていたか否かといった事情によるのではない（仮に、本件荷物の中に現金が入っていたとしても、詐欺罪が成立することはない）。また、危険性の判断過程についても、……一般人（……）の認識という視点を取り入れるのは……当該事案の具体的な状況下において、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ないはずである。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、むしろ警察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、詐欺罪の結果発生の実害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いうべきである。」

「以上の検討からすると、本件固有の事実関係においては、被告人が、共謀加担後、詐欺の結果が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）を及ぼしたとはいえず、詐欺未遂の承継的共同正犯の罪責を負うとは認められない。」

## 検討

本裁判例では、不能犯の判断枠組みを用いているものの、受け子には詐欺未遂

罪が成立しないとの結論を導いている。

もっとも、判旨をよく検討すると、本裁判例において詐欺未遂罪が成立しないとする主たる理由は、先行者の欺罔行為と後行者の受領行為との因果関係が欠如する結果、受領行為の実行行為性が否定される点に求められているようであり、不能犯の判断は検察官の主張に答えただけであるとも読める。つまり、本件で詐欺未遂罪が否定される主たる理由は、「詐欺罪は、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初めて成立するのであり、各段階間のいずれかで因果が切断された場合には、詐欺罪は成立しない」ため、本件において、被害者はだまされていることに気付いて錯誤から脱しており、本件荷物を発送したのは、欺罔行為に起因する錯誤に基づくものではなく、警察官の犯人逮捕に協力するという意図から行ったものであるから、詐欺罪の成立に必要な因果関係が切断されているという点である。その後、検察官の主張〔2〕に応じ、不能犯論の検討をする点は、その直前に「既に述べたとおり、本件において詐欺罪が成立しない本質的な理由は、Dによる欺罔行為と、Bによる本件荷物の発送

（交付）との間に因果関係が存しないことにある」と判示していることからして、本件において詐欺未遂罪の成立を否定する「本質的な理由」ではないということになる。その意味で、次の2に位置付けることも可能な裁判例である。

そうすると、本裁判例は客観的な因果関係が不存在であることから直ちに詐欺未遂罪が不成立との結論を示しているといえる。これは、客観的因果関係の不存在を論証している点でこれまで検討した裁判例とは異なる理論構成を示している。しかし、それらでは行われていたはずの仮定的因果（不能犯の判断枠組み）における危険判断を行っていない点において、不十分であるといえる。

## 2 不能犯の判断枠組みを用いない裁判例

- (1) 名古屋地判平成28・3・23 LEX/DB25544199<sup>19)</sup>（共謀否定により詐欺未遂否定、1(1)の原審）

### 事案の概要

1(1)と同様。

### 判旨

「被告人がEから連絡を受けた時点で本件詐欺未遂の共謀が成立したと見る余地があるか……について検討する。」

19) 言及するものとして、橋爪・前掲注12) 8頁、安田・前掲注12) 146頁等。

「検察官は、このような状況が不能犯の議論状況に類似しているとして、……仮に、被告人が…… Eとの電話で、初めて荷物を受け取ることを承諾したとしても、B（筆者注：被害者）が配達依頼をした荷物の中に現金が存在していないことは一般人が知り得ないことなどの事情に照らすと、その荷物を受け取る行為は、なお詐欺の結果発生の具体的危険性のある行為といえ、詐欺の実行行為性が失われることはないから、被告人は、本件詐欺未遂の共謀をしたといえる」と主張をする。「しかし、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。…… 本件では、Bが模擬現金の配達を依頼した後、Bにさらにうその電話をするなどしたとしても、既にこの荷物については、Bの支配領域から離れている以上、この荷物との関係で詐欺既遂の結果が発生する現実的危険がより強まるなどの事態が生じるとは考え難い。」

「以上の諸点に照らすと、既に模擬現金の配達を依頼された後に、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のできる詐欺既遂とは異なり、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。」

### 検討

本裁判例は、先行者が被害者に「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」、先行者の「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。」として、不能犯の判断基準を用いるとした検察官の主張を排斥している。その上で、「既に模擬現金の配達を依頼された後に、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のできる詐欺既遂とは異なり、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。」として詐欺未遂罪の成立を否定している。先行者の詐欺未遂罪は欺罔行為により成立しており、その後関与した後行者については、その欺罔行為によって発生した客観的危険がだまされたふり作戦の実行により消滅していることから、それに寄与できないとして、詐欺未遂罪の成立が否定されていると考えられる。ここで問題とされているのは「客観的な危険」に対する寄与であり、それができないという部分では正しい。しかし、未遂における危険には仮定的因果において判断される危険も含まれるはずであり、その点についての検討を欠いている点で不十分な判断といえる。

## (2) 大阪家決平成26・11・28 公刊物未登載<sup>20)</sup> (詐欺未遂否定)

事案の概要は不明だが、「被害者がだまされていることに気づいて実際の電話確認をして以後について、『本件振り込め詐欺はその時点(実際の息子に電話確認をした時点)で未遂となり、犯罪は完了したものと認められる。そうすると、(被害者)が偽券を入れた封筒を交付する行為は、警察の犯人逮捕に協力して行っているものに過ぎず、もはや、本件詐欺の実行行為の一部(被欺罔者による

交付行為)を構成するものではないから、少年がその受け取りを行なったとしても実行行為の一部を負担したということにはならない。』と判示した」ようである。

## 検討

本裁判例では、実際の息子に電話確認をした時点で未遂となり、「犯罪は完了した」ため、「(被害者)が偽券を入れた封筒を交付する行為は、警察の犯人逮捕に協力して行っているものに過ぎず、もはや、本件詐欺の実行行為の一部(被欺罔者による交付行為)を構成するものではない」としている。つまり、先行者の詐欺未遂罪は被害者が錯誤に陥らなかった、または、錯誤から脱却した時点で終了しており、その後の行為に関与したとしても、詐欺未遂罪を構成しないということだろう。この終了時期は、被害者の錯誤がなくなることにより、詐欺既遂結果発生客観的な危険が消滅した時期を示していると考えられるため、根底にある考え方は2(1)と共通するともいえよう。

## 3 裁判例についての総合的検討

現在までに筆者が把握する高裁判例は全て1に分類される。つまり、不能犯の判断枠組みを用いて受け子の罪責を検

20) 加藤・前掲注11) 113-114頁を参照した。

討し、先行者との共謀が認められるならば、詐欺未遂罪が成立するとの判断をしている。だまされたふり作戦が行われた事案では、被害者が錯誤に陥っておらず、後行者の関与時には、既遂結果発生の客観的危険が存在しない。そのような点が不能犯類似の状況であり、不能犯の判断枠組みにより判断しているものと考えられる。このような裁判例の採用するロジックは、明示されていないものもあるが、おそらく以下の2つの段階を踏んでいるのだろう。①後行者に詐欺罪の承継的共同正犯が成立する。②①を前提として、だまされたふり作戦が実行されたことにより、詐欺未遂罪の承継的共同正犯の成否に影響を及ぼすか否かを不能犯の判断枠組みで判断する。

もっとも、だまされたふり作戦が実行された事案において問題となるのは、詐欺未遂罪の共犯であるにも関わらず、それに配慮することなく、単独犯の不能犯の判断枠組みを用いて判断が行われている点にこのロジックの問題点がある。後行者の関与が不能犯でないといえることが、なぜ先行者との詐欺未遂罪の共同正犯を基礎付けるのが不明である。詐欺未遂罪の共同正犯といえるには、両者が共通の危険を惹起したといえなければならないが、これを共謀があることのみをもって肯定することは難しいだろう。共同正犯としての関与を肯定するには、後

行者の行った受領行為も既遂結果発生 of 危険に寄与しているといえることが必要であろう。受領行為が不能犯でないことを論証することにより、後行者の単独行為として危険があることは肯定できたとしても、先行者と共同の危険を発生させたことは根拠付けられていないといえる。

次に、前述2(1)では「不能犯とは、その問題状況を異にしている」と明示し、無罪の結論を導いている。1(6)・2(2)も類似の理由付けによるものといえよう。これらの裁判例では、後行者の行為と危険結果との客観的因果の欠如を理由に、詐欺未遂罪の共同正犯の成立が否定されていると考えられる。このような理論構成は、後行者の行った受領行為が既遂結果発生 of 危険に寄与しているか否かを実質的に判断している点で評価できる。しかし、各裁判例の検討において前述したように、未遂犯における危険にはこれらの裁判例が問題にしている現実的因果における危険のほか、仮定的因果における結果発生 of 可能性という意味での危険も含み、現実的因果における危険がないとしても、それだけで未遂犯の成立が否定されることはない。そのため、これらの裁判例は十分な検討を経ずに結論を出してしまっているといえよう。

#### 4 最高裁決定（最決平成 29・12・11 刑集 71 巻 10 号 535 頁）について<sup>21)</sup>

このように、従来の裁判例の間では理論構成や結論が異なっていたものの、高裁レベルでは不能犯の判断枠組みを用いて後行者に詐欺未遂罪が成立するかを検討するものがほとんどであり、実務的にもこのような処理が確立されつつあった。そのような状況の中、本稿第3の1(3)事件が上告され、最高裁において、だまされたふり作戦が実行された事案における受け子の罪責について判断がなされた。最高裁決定は以下のように判示した。

「原判決の認定によれば、本件の事実関係は次のとおりである。

Cを名乗る氏名不詳者は、平成27年3月16日頃、Aに本件公訴事実記載の欺罔文言（筆者注：本稿第3の1(3)の事案の概要参照）を告げた（以下「本件欺罔行為」という。）。その後、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24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25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（以下「本件受領行為」という。）。

「前記……の事実関係によれば、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

21) 評釈として、川田宏一「最高裁時の判例 共犯者による欺罔行為後だまされたふり作戦開始を認識せずに共謀の上被害者から発送された荷物の受領行為に関与した者が詐欺未遂罪の共同正犯の罪責を負うとされた事例」ジュリ 1520 号（2018 年）112 頁以下、前田雅英「判批」WLJ 判例コラム臨時号 124 号（文献番号 2017WLJCC032）（2017 年）1 頁以下、同・「判批」捜研 806 号（2018 年）9 頁以下、安田拓人「判批」法教 451 号（2018 年）143 頁、佐藤拓磨「判批」刑ジャ 55 号（2018 年）99 頁以下、松宮孝明「判批」法セミ 759 号（2018 年）123 頁、濱克彦「判批」研修 836 号（2018 年）21 頁以下、隄良行「判批」警論 71 巻 3 号（2018 年）118 頁以下。

言及するものとして、十河太郎「演習」法教 450 号（2018 年）133 頁、小林憲太郎「刑法判例と実務—第一 28 回 不作為による関与—」判時 2359 号（2018 年）120 頁以下、小池健治「特殊詐欺の事案における諸問題について」判タ 1449 号（2018 年）82 頁以下等。

しての責任を負うと解するのが相当である。」

最高裁決定の判示では、高裁裁判例で用いられてきた不能犯の判断枠組みが全く用いられていないように見受けられる。もっとも、最高裁は上記の判断に続き、結論として、「したがって、本件につき、被告人が共犯者らと共謀の上被害者から現金をだまし取ろうとしたとして、共犯者による欺罔行為の点も含めて詐欺未遂罪の共同正犯の成立を認めた原判決は、正当である。」としており、原判決の理由付けが不当であったとはしていない。最高裁決定の判断は簡潔であり、従来の判断枠組みとは異なるものなのか、新しい判断枠組みを与えるものなのか判示を通してのみではなかなか判断しにくい。

これについて、本決定の調査官の解説によると、本決定は「①受領行為にのみ関与した者に承継的共同正犯として共犯者による欺罔行為を含めた詐欺未遂罪の成立を認め得るかという問題については、詐欺罪の承継的共同正犯の成立を肯定し、②だまされたふり作戦の開始が詐欺未遂罪の共同正犯の成否に影響するかという問題については、不能犯論には立ち入らずだまされたふり作戦の開始は詐欺未遂

罪の共同正犯の成立に影響を及ぼさないという構成をとっている」という<sup>22)</sup>。また、①については、「判文上、詐欺罪の承継的共同正犯を認める理論的根拠は明示しておらず……具体的な理論構成は特定の立場を採ることを明らかにしたものではない」とし、②については「本件の結論を導く上で、不能犯論による解決が必然的に求められるものであるかについては、なお検討を要しよう」としている<sup>23)</sup>。

本決定の判示や調査官の解説からすると、本決定は必ずしも高裁裁判例の採った理論構成に賛同するものではなく、いかなる理論構成を採るかについては今後の議論に委ねられているといえよう。そこで、以下では、裁判例・本決定に留意しつつ、だまされたふり作戦が実行された事案における後行者の罪責について、理論的考察を試みたいと思う。

## 第4 だまされたふり作戦事案の理論的検討

### 1 検討する事案について

だまされたふり作戦が実行された場合の受け子の罪責において、特に問題があるのは、①事前共謀（先行者の欺罔行為

22) 川田・前掲注21) 114-115頁。

23) 川田・前掲注21) 115頁。

前からの共謀）が認められず、先行者の欺罔行為後に後行者が関与し、かつ、②前述の現金送付型の場合である。①については、事前共謀が認められれば、後行者は欺罔行為に当然因果性を有しているといえ、後述する先行者と同様に、後行者にも詐欺未遂罪が成立することに何らの問題も生じないといえる。②については、現金手交型の場合、受領行為を行う後行者に不作為の欺罔による詐欺未遂罪が成立する可能性があり<sup>24)</sup>、これが認められるならば、詐欺未遂罪の成立に問題が生じないからである。そこで、本稿では、先行者の欺罔行為後に後行者が関与し、交付行為が現金送付型の場合を主として検討対象とする（以下、このような事案を「だまされたふり作戦事案」とする）。

## 2 後行者の単独犯の成否について

まず、後行者の受領行為のみで単独犯は成立しないかを以下で検討する。

### (1) 交付者を被害者とする詐欺未遂罪

前述のように、現金手交型の場合には、受領行為を行う後行者に不作為の欺罔による詐欺未遂罪が成立する可能性がある。しかし、現金送付型の場合には、被害者

と対面することがないため、そのような構成をとることはできない。

### (2) 交付者を被害者とする準詐欺未遂罪

次に、準詐欺未遂罪の適用はないかを検討する。後行者が欺罔行為を行ったわけではなく、被害者が錯誤に陥っている状態を利用しようとしたと考えられるからである。

まず、被害者は、高齢者であることが多いため、高齢者が錯誤に陥っていることを捉えて「人の心神耗弱」に当たらないかを検討する。これについて、古い判例は「全然意思能力ヲ喪失スルニ至ラサルモ精神ノ健全ヲ欠キ事物ノ判断ヲ為スルニ充分ナル普通人ノ知能ヲ具ヘサル状態ヲ謂フ」<sup>25)</sup>とする。結局は、刑法39条2項の「心神耗弱」に準じて考えればよいとされる<sup>26)</sup>。だまされたふり作戦事案について見ると、高齢者である点や錯誤に陥っている点を捉えてもこれに該当することはないだろう。

### (3) 窃盗罪について

窃盗罪について検討すると、被害者は、だまされたふり作戦事案において、自らの意思に基づいて、財物を指定された場所に送っており、後行者が財物の占有者

24) 後掲注80) 参照。

25) 大判明治45・7・16録18輯1087頁。

26) 大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法 第3版 第13巻』（2018年）470頁〔高橋省吾〕。

の意思に反して、その占有を侵害し、財物を自己の占有に移すことにはならないため、「窃取」に当たらないだろう。未遂罪については、仮にだまされたふり作戦が実行されていなかったとしても、瑕疵があるとはいえ、自らの意思に基づき財物を指定された場所に送っており、占有者の意思に反した占有侵害の危険はないといえるため、窃盗罪は成立しないと考えられる。

#### (4) 遺失物横領罪について

では、遺失物横領罪はどうか。これに関連する判例として、集配人が誤配送した郵便物を横領した場合には遺失物横領罪が成立すると判示したものがある<sup>27)</sup>。だまされたふり作戦事案では、被害者が指定した通りの住所に荷物は届けられており、誤配送があったわけではない。このような場合には、被害者は集配業者の占有を介して間接占有しており、この者の意思に基づいた交付が行われているのだから、送られてきた荷物は「占有を離れた他人の物」に該当せず、本罪も不成立だろう。

#### (5) 被害者を郵便・宅配業者とする詐欺罪について

そこで、被害者を郵便・宅配業者と捉えることはできないか。つまり、後行者が荷物を受け取る際に郵便・宅配業者に対し受取名義人（名義貸や偽名であることが多い）であると偽り、荷物を受け取った点を捉えて、詐欺罪が成立するといえないかが問題となる。詐欺罪の欺罔行為に当たるには「交付の判断の基礎となる重要な事項を偽る」<sup>28)</sup>ことを要する。この判断に際しては、「①財産的処分をするに当たり、偽られた事実の存否を考慮する目的や理由に客観的な合理性があること、②当該事実の存否を確認する体制や運用がとられており、交付者が当該事実に関心させていることが外部的にも明らかになっていること、③当該事案においても、当該事実に関する錯誤がなければ財産的処分を行わなかったという現実的具体的因果関係があり、その目的が重要性を持っていたことなどを考慮」すべきであるとされる<sup>29)</sup>。

だまされたふり作戦事案についてみると、①郵便・宅配業者は、受取名義人に荷物を交付することまでをその業務としておらず、「そのあて所に配達」するこ

27) 大判大正6・10・15録23輯1113頁。

28) 最決平22・7・29刑集64巻5号829頁、最決平26・3・28刑集68巻3号646頁、最決平26・4・7刑集68巻4号715頁等。

29) 駒田秀和「判解」最判解刑事篇平成26年度200頁。

とが業務である<sup>30)</sup>。また「同一建物内又は同一構内に在る者にあてた郵便物は、その建物又は構内の管理者の事務所又は受付に配達すること」も許されている<sup>31)</sup>。これらの点からすると、受取名義人ではないが、そうであると偽られたとしても、その住所に届けていれば、業務としては十分であり、「財産的処分をするに当たり、偽られた事実の存否を考慮する目的や理由に客観的な合理性がある」とはいえない。また、②受取名義人であるかを厳格にチェックする体制が取られているとはいえず、「当該事実の存否を確認する体制や運用がとられており、交付者が当該事実に関心を送っていることが外部的にも明らか」ともいえない。さらに、③同居人であれば荷物を渡すことが通常であることから明らかなように「当該事案においても、当該事実に関する錯誤がなければ財産的処分を行わなかったという現実的具体的因果関係があり、その目的が重要性を持っていた」ともいえない。したがって、受取名義人であると後行者が偽ることについては欺罔行為に当たらない。よって、郵便・宅配業者に対する詐欺罪は成立しないといえる。

このように、受領行為のみを捉えて、後行者に何らかの罪責を負わせることはできないと考えられる。そこで、次に先行者との共犯により後行者が何らかの罪責を負わないかを検討する。

### 3 先行者の罪責について

#### (1) 詐欺未遂罪の成否について

本稿は後行者の罪責を検討対象としているが、共犯関係を検討する前提として、欺罔行為を行った先行者の罪責を検討することにする。先行者は欺罔行為を自ら行い、後行者の受領行為を指示することで関与しているため、この者に詐欺未遂罪が成立しなければ受領行為にのみ関与している後行者に詐欺未遂罪の共犯が成立する余地はないと考えられるためである。先行者の罪責については、欺罔行為を行った時点における詐欺未遂罪の成否が問題となる。

#### ① 「実行の着手」について

まず、未遂犯は刑法43条の「犯罪の実行の着手」が認められた時点で成立するため、先行者の欺罔行為がこれに当たるかが問題となる。従来からこの解釈をめぐっては多くの議論がある。

30) 内国郵便約款70条 (<http://www.post.japanpost.jp/about/yakkan/1-1.pdf> (2018年10月2日確認))。

31) 内国郵便約款72条参照。

(i) 判例

はじめに、この問題における判例として、クロロホルム事件（最決平成16・3・22刑集58巻3号187頁）を紹介する<sup>32)</sup>。

事案の概要は以下の通りである。本件被告人らは、被害者Aを事故死に見せ掛けて殺害して生命保険金を得る意図で、被告人らの乗った自動車をAの運転する自動車に衝突させ、示談交渉を装ってAを犯人使用車に誘い込み、クロロホルムでAを失神させた上（第1行為）、B港まで運び、自動車ごとAを海中に転落させて溺死させる（第2行為）という計画を立てた。被告人らは実際に犯行の計画通りに実行したが、Aの死因が第1行為、第2行為のいずれから生じたかは特定できなかったというものである。

最高裁は「実行犯3名の殺害計画は、クロロホルムを吸引させてAを失神させた上、その失神状態を利用して、Aを港まで運び自動車ごと海中に転落させて死させるというものであって、第1行為は第2行為を確かかつ容易に行うために必要不可欠なものであったといえること、第1行為に成功した場合、それ以降の殺害計画を遂行する上で障害となるような特段の事情が存しなかったと認め

られることや、第1行為と第2行為との間の時間的場所的近接性などに照らすと、第1行為は第2行為に密接な行為であり、実行犯3名が第1行為を開始した時点で既に殺人に至る客観的な危険性が明らかに認められるからその時点において殺人罪の実行の着手があったものと解するのが相当である」と判示した。

この判例の調査官解説は、「実行着手の時期の判断においては、……刑法43条の文言上の制約からくる『密接性』の基準と、未遂犯の処罰根拠から導き出される『危険性』の基準の双方を考慮に入れる必要がある<sup>33)</sup>」とし、この判断に際しては、①準備的行為と構成要件該当行為の不可分性、②準備的行為と構成要件該当行為との時間的場所的近接性、③準備的行為終了後の障害の有無（結果発生自動性）、④準備的行為自体が成功する可能性を考慮すべきとしている<sup>34)</sup>。

また、近時、最高裁は詐欺罪の実行の着手について、重要な判断を下した（最判平成30・3・22刑集72巻1号82頁<sup>35)</sup>）。事案は以下のようなものである。

被害者は、甥になりすました氏名不詳者からの電話で、仕事の関係で現金を至急必要としている旨の嘘を言われ、その

32) 解説として、平木正洋「判解」最判解刑事篇平成16年度155頁以下等。

33) 平木・前掲注32)162頁。

34) 平木・前掲注32)172-174頁。

旨誤信し、甥の勤務する会社の系列社員と称する者に現金 100 万円を交付した。被害者は、翌日、警察官を名乗る者からの電話で、「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。」などと言われ（1 回目の電話）、その後、警察官を名乗る者からの電話で、「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。」などと言われた（2 回目の電話）。

被告人は、詐取金の受取役であることを認識した上、氏名不詳者から、被害者宅住所を告げられ、「お婆ちゃんから金を受け取ってこい。29 歳、刑事役で設定で金を取りに行ってくれ。」などと指示を受け、その指示に従って被害者宅に向かったが、被害者宅に到着する前に警察官から職務質問を受けて逮捕された。電話をかけた者らは、詐欺の被害を回復するための協力名下に、被害者に預金口座から現金を払い戻させ、警察官を装って被害者宅を訪問する予定でいた被告人

にその現金を交付させ、これをだまし取ることを計画し、その計画に基づいて、上記の各文言を述べたものであり、被告人もその計画に基づいて、被害者宅付近まで赴いた。

最高裁はこのような事案に対し、「本件における詐欺罪の実行の着手の有無」として、以下のように判示した<sup>36)</sup>。

「本件における……（上記 2 回の電話の）各文言は、警察官を装って被害者に対して直接述べられたものであって、……これらの嘘（以下「本件嘘」という。）を述べた行為は、被害者をして、本件嘘が真実であると誤信させることによって、あらかじめ現金を被害者宅に移動させた上で、後に被害者宅を訪問して警察官を装って現金の交付を求める予定であった被告人に対して現金を交付させるための計画の一環として行われたものであり、本件嘘の内容は、その犯行計画上、被害者が現金を交付するか否かを判断する前提となるよう予定された事項に係る重要なものであったと認められる。そして、……本件嘘には、……被害者に現金の交付を求める行為に直接つながる嘘が含まれており、既に 100 万円の詐

35) 評釈として、豊田兼彦「判批」法セミ 761 号（2018 年）121 頁、成瀬幸典「判批」法教 454 号（2018 年）140 頁、前田雅英「判批」捜研 810 号（2018 年）2 頁以下、佐藤拓磨「判批」刑ジャ 57 号（2018 年）21 頁以下、二本柳誠「判批」刑ジャ 57 号（2018 年）33 頁以下。

36) 本判決には、山口厚裁判官の補足意見がある。紙幅の都合により引用はできないが、こちらも参照されたい。

欺被害に遭っていた被害者に対し、本件嘘を真実であると誤信させることは、被害者において、間もなく被害者宅を訪問しようとしていた被告人の求めに応じて即座に現金を交付してしまう危険性を著しく高めるものといえる。このような事実関係の下においては、本件嘘を一連のものとして被害者に対して述べた段階において、被害者に現金の交付を求める文言を述べていないとしても、詐欺罪の実行の着手があったと認められる。」

本判決の詳細な検討については本稿の目的を超えるため、他稿に委ねるが、詐欺罪の欺罔行為（実行行為）に着手する前にも、「実行の着手」が認められ得ることが本判決によって示されたといえよう。

## (ii) 学説

次に学説を概観する。かつては、行為者の犯行意思に着目した主観説が有力に主張されていたが、主観主義が衰退した今では支持者を失っている。現在では「実行の着手」を何らかの客観的な基準により判断するのが多数説であり、議論

の中心はその基準をいかに解するかという点にある<sup>37)</sup>。形式的客観説は実行行為（構成要件該当行為）への着手が「実行の着手」であるとすが、これを貫くと、着手時期が遅すぎることから、何らかの拡張を認めるのが一般的である<sup>38)</sup>。具体的には、「犯罪の実行に着手」という文言について、「犯罪」を各則の犯罪構成要件、「実行」を構成要件中に書かれている動詞にあたる行為、「着手」を行為者の犯罪計画上構成要件行為の直前に位置する行為と解することで、未遂の成立範囲を早める修正された形式的客観説がある<sup>39)</sup>。

これに対し、既遂結果発生 of 具体的危険を問題とし、それが認められる時に未遂犯が成立するという実質的客観説がある。現在の判例・多数説ともいえるこの説であるが、その内部では結果発生 of 具体的危険をどのように理解するかによって見解の対立がある<sup>40)</sup>。まず、行為の属性としての危険と解する行為犯説がある。具体的には「構成要件の結果の発生に至る現実的危険を含む行為の開始」とするものが挙げられる<sup>41)</sup>。次に、結果

37) 学説の抽象論にはほとんど意味はなく、重要なのは下位基準であると指摘するものとして、佐藤拓磨『未遂犯と実行の着手』（2016年）132頁。

38) 厳格な形式的客観説を維持するものとして、浅田和茂『刑法総論（補正版）』（2007年）371-372頁。

39) 塩見淳「実行の着手について（3・完）」論叢121巻6号（1987年）16頁。

40) この評価については、佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』（2013年）338頁以下参照。

41) 大谷實『刑法講義総論（新版第4版）』（2012年）365頁。

としての危険と解する結果犯説がある<sup>42)</sup>。この見解は未遂犯を既遂犯とパラレルに考え、未遂犯においても「既遂結果発生危険」という結果が発生した時に未遂犯を認めるものである。

### (iii) だまされたふり作戦事案での検討

本稿の検討課題であるだまされたふり作戦事案との関係で見た場合、先行者の欺罔行為はいずれの見解によっても「実行の着手」が認められると解される。欺罔行為は詐欺罪の実行行為（構成要件該当行為）そのものであり、このような行為の遂行自体には結果発生危険性が認められるのが通常である。そうすると、少なくとも欺罔行為を行った時点で「実行の着手」は認められると考えられるためである<sup>43)</sup>。

もっとも、これらの見解のいずれをと

るかによって、後述する未遂犯の終了時期等に影響を及ぼすと考えられる。「実行の着手」の解釈を論じることは、未遂犯の構造をどのように解するかにも関わるからである。

### ② 不能犯について

次に、欺罔行為が行われているものの、被害者は錯誤に陥ってない、または、陥ったが錯誤状態から脱却しているため<sup>44)</sup>、「行為者としては犯罪の実行に着手したつもりであったが、結果の発生が不能なためこれを遂げ得ない場合」<sup>45)</sup>であり、先行者の欺罔行為が不能犯とならないかが検討されるべきである<sup>46)</sup>。

判例は、既遂を生じさせるべき方法が不適切であり既遂に至らなかった方法の不能については、絶対的不能・相対的不能に区別し、前者の場合には不能犯、後

---

42) この見解をとるものとして、山口厚『危険犯の研究』（1982年）58頁、同・『刑法総論（第3版）』（2016年）284頁、佐伯・前掲注40）342頁、橋爪隆「実行の着手について」法教411号（2014年）118頁等。

43) 橋爪隆「実行行為の意義について」法教424号（2016年）101頁参照。

44) この場合に、不能犯の検討を要するかは一つの問題である。実行の着手と不能犯の関係性の理解によると考えられる。これについては、あまり明示的には争われていないが、議論のあるところである。わかりやすく説明したものとして、安田拓人ほか『ひとりで学ぶ刑法』（2015年）326-328頁[和田俊憲]。

45) 佐伯仁志「不能犯」西田典之ほか編『刑法の争点』（2007年）90頁。

46) 本文中の定義は通説によるものと考えられるが、この定義による場合、前掲注44)の問題点について、不能犯の検討を要しないと結論が導かれ得る。これに対し、佐伯・前掲注40)348頁では「外形的には実行の着手があるように見えるが、未遂の危険が認められないので、未遂犯が成立しない場合」と定義する。この定義の場合、前掲注44)の場合について不能犯の問題となり得る。この定義の違いも実行の着手と不能犯の関係性の理解の違いによるものと思われる。

者の場合には未遂とする<sup>47)</sup>。もっとも、両者の区別が不明確であるとの批判がある。また、客体の不存在により既遂に至らなかった客体の不能については、後述する具体的危険説と類似の考慮から未遂罪を認めるものが多い<sup>48)</sup>。

次に学説では、判断の基礎となる事実の設定方法と危険性判断の基準の2点が争われている。これについて、どちらも行為者の認識・判断による純主観説、行為者の認識した事実を基礎として一般人の立場から危険性を判断する抽象的危険説、行為時に一般人が認識可能な事実と行為者が特に認識していた事実を基礎として一般人の立場から危険性を判断する具体的危険説<sup>49)</sup>、事後的に判明した事実を基礎とし、客観的に危険性を判断す

る客観的危険説<sup>50)</sup>がある<sup>51)</sup>。本稿はこの学説の当否について検討することを目的としていないが、純主観説、抽象的危険説は主観主義刑法学によるものであり、現在では支持を失っているため、検討対象から除外する。

実務上、具体的危険説と客観的危険説のどちらの見解がとられているかは明確ではないが、だまされたふり作戦が実際に行われていることからすると、実務の背後には錯誤に陥らないとしても詐欺未遂罪の成立を肯定する見解があると推測できる<sup>52)</sup>。このような見解からは、だまされたふり作戦事案でも、詐欺未遂罪の成立が肯定されるだろう<sup>53)</sup>。

この際には、「詐欺既遂結果発生の現実的危険」の有無を検討することになる。

47) 大判大正6・9・10刑録23輯999頁、最判昭和37・3・23刑集16巻3号305頁等。

48) 大判大正3・7・24録20輯1546頁、広島高判昭和36・7・10高刑集14巻5号310頁等。これらの判例も一般人から見た危険だけで未遂犯を肯定しているとはいえないとするものとして、佐伯・前掲注40)353頁。

49) 理由付けに違いはあるが、この説を採るものとして、大塚仁『刑法概説（総論）』（2008年）270頁以下、福田平『刑法総論（全訂第5版）』（2011年）242頁以下、大谷・前掲注41)373頁以下、井田良『講義刑法学・総論』（2008年）411頁以下等。

50) 現在では、この説の中でも、結果が発生しなかった原因を解明し、どのような事実であつたら結果が発生したかを科学的に明らかにした上、そのような仮定的事実があり得たであろうかを判断する修正された客観的危険説（仮定的蓋然性説）が有力である。この説を採るものとして、山口・前掲注41)（刑法総論）290頁、（危険犯の研究）164頁以下参照。これを支持するものとして、和田俊憲「未遂犯」山口厚編著『クローズアップ刑法総論』（2003年）188頁以下、佐伯・前掲注40)350頁等。

また、修正された客観的危険説以外の客観的危険説で代表的なものとして、宗岡嗣郎『客観的未遂論の基本構造』（1990年）18頁以下、村井敏邦「不能犯」芝原邦爾ほか編『刑法理論の現代的展開総論Ⅱ』（1990年）165頁以下。

51) 以上の整理につき、佐伯・前掲注45)90頁参照。

この点について、少し詳しく検討しておきたい。前述の見解のように、通説では先行者の詐欺未遂罪は被害者が錯誤に陥らない場合であってもその成立が肯定される。これは、被害者が絶対に欺かれなない場合であっても同様であろう<sup>54)</sup>。この場合に詐欺未遂罪の成立を肯定できる理由は、同じ内容の電話で騙されるであろう仮定上の被害者を想定し、その被害者であれば錯誤に基づいて財物が交付され、後行者がこれを受領すると考えられることから、詐欺既遂結果発生の危険性が認められるためである<sup>55)</sup>。このような仮定上の被害者の想定は、先行者が特定の被害者だけでなく、大量の名簿情報から無作為に抽出された相手方に電話をかけることから正当化される<sup>56)</sup>。

このような検討は、後述のように、後行者に不能犯論を用いた場合と全く同じ検討になる。先行者の詐欺未遂罪の判断でも、不能犯の判断枠組みの中で「(承継的)共同正犯として既遂結果が発生する現実的危険」があるかの判断がなされるため、最終的な後行者の受領行為により、既遂結果の発生する危険があるかが判断されているためと考えられる<sup>57)</sup>。後行者の関与がない限りは、先行者の詐欺が既遂に至る可能性はないため、後行者の受領行為は先行者の欺罔行為の危険判断で既に考慮されているといえる。これは、後行者の詐欺未遂罪成立の検討を行う際に重要な点である。後に後行者の詐欺未遂罪の成否について検討する際に詳述する。

52) 二本柳誠「振り込み詐欺の法的構成・既遂時期・未遂時期（2・完）」名城ロースクール・レビュー 34号 45頁。さらに、大塚ほか編・前掲注26) 109頁 [高橋省吾]、前田雅英ほか編『条解刑法（第3版）』（2013年）767頁では、大判昭3・9・17集7巻578頁を引用し、錯誤に陥ることは不要とする。

53) 錯誤を必要とする見解として、高橋則夫『刑法各論（第2版）』（2014年）303頁注18参照。この見解によれば、先行者に詐欺未遂罪が成立しないことになるため、後行者についても未遂罪が成立する余地はないだろう。

54) 橋爪・前掲注12) 13頁では、本当の息子が被害者の面前にいる場合を挙げる。

55) これは、修正された客観的危険説による検討である。具体的危険説では、欺罔行為の態様が通常相手方を騙すような態様であれば、一般人が、被害者が錯誤に陥らないことを認識できないし、行為者も認識していないのだから、同様に未遂罪の成立を肯定することができるだろう。

56) 以上については、橋爪・前掲注12) 13頁。

57) ここでは後行者が関与することが予定されているため、共同正犯としての既遂結果発生の危険を根拠に先行者の詐欺未遂罪の単独正犯の成立が肯定されている。これに対し、先行者が自ら受領行為も行う場合には、単独正犯としての既遂結果発生の危険を根拠に詐欺未遂罪の単独正犯の成立が肯定されるだろう。同じ行為を行う場合でも、次にどのような行為を計画しているかによって、「客観的」にどのような危険が生じるかは異なる。共同正犯としての詐欺既遂を先行者が予定していた場合には、そのような既遂結果発生の危険が欺罔行為時に生じたことになるだろう。これについては、鈴木斗志「実行の着手」西田典之ほか編『刑法の争点』（2007年）89頁参照。

## (2) 詐欺未遂罪の終了時期について

### ① 検討の意義

次に、先行者の詐欺未遂罪の終了時期について検討を加えなければならない<sup>58)</sup>。どのような理論構成をとるにせよ、先行者の犯罪が後行者の関与時点で終了している場合、「先行者が犯罪の実行に着手し、犯罪行為が終了する以前に、後行者が先行者との共謀を遂げ、その後、両者が共同して実行行為を行なった場合における後行者が責任を負うべき範囲」<sup>59)</sup>（下線部筆者）を問題とする承継的共同正犯を検討する余地がないように思われるためである<sup>60)</sup>。

これについて、不能犯論を用いる多くの裁判例は検討していなかったと思われる。詳細は後述するが、だまされたふり作戦事案の問題の本質は、関与「対象」としての先行者の詐欺未遂罪が継続しているか否かであり<sup>61)</sup>、裁判例のように後行者に不能犯論を用いることが、先行

者の詐欺未遂罪の継続性の判断にいかなる意義を有するかは、先行者の犯罪の終了時期との関係から検討されなければならない。そこで、これを以下で検討したい。

### ② 従来の学説

犯罪の終了時期については、犯罪を即成犯・状態犯・継続犯という3つに分類し、検討がなされてきた。即成犯とは「法益侵害の発生と同時に犯罪は終了し法益が消滅するもの」、状態犯とは「法益侵害の結果の発生と同時に犯罪は終了するが、犯罪が終了しても法益侵害の状態が続くもの」、継続犯は「法益侵害の継続しているあいだは犯罪も継続するもの」をいう<sup>62)</sup>。継続犯の定義については、「構成要件該当行為が継続しているもの」との定義もある<sup>63)</sup>。もっとも、従来の議論は、既遂犯を念頭に置いたものであり、未遂犯がいつ終了するかにつ

58) 同様にだまされたふり作戦事案において、終了時期の検討が必要とするものとして、二本柳・前掲注10) 224頁以下。

59) 石田寿一「判解」最判解刑事篇平成24年度442頁。

60) このほかにも、終了時期に言及しない定義（例えば、山口厚「承継的共犯論の新展開」曹時68巻2号343頁、芦澤政治「承継的共犯」池田修・杉田宗久編『新実例刑法〔総論〕』（2014年）346頁等）や実行行為全体の終了をメルクマールとする定義（例えば、照沼亮介『体系的共犯論と刑事不法論』（2005年）213頁）もある。

61) 安田・前掲注21) 143頁。

62) 佐伯仁志「犯罪の終了時期について」研修556号（1995年）15頁。継続犯と状態犯の区別については、松原芳博「継続犯と状態犯」西田典之ほか編『刑法の争点』（2007年）28-29頁、安田ほか・前掲注44) 36頁以下〔和田俊憲〕参照。

63) 西田典之『刑法総論（第2版）』（2010年）86頁。

いてはあまり考えられていなかったように思われる。そこで、以下では、これについて検討を加えたい。

### ③ 詐欺未遂罪の終了時期・だまされたふり作戦への適用

#### (i) 行為犯説からの検討

「実行の着手」の解釈における実質的客観説の行為犯説の立場からすると、その行為自体に既遂結果発生の危険があったかが問題であり、事後的に見て、その行為が既遂結果発生の危険を生じさせたか否かは未遂の成否に影響がないと考えるのが通常であろう。そうすると、先行者の欺罔行為自体に結果発生の危険があり、未遂罪が一度成立すれば、その危険が事後的に消滅したか否かは犯罪の継続性とは関係なく、先行者の未遂罪は継続するということになるか<sup>64)</sup>。もっとも、このような考え方によると、未遂罪について終了時期を観念することができ

ず、いつまでも公訴時効が開始せず、また、いつまでも共犯の関与が認められることになってしまうという点に疑問がある<sup>65)</sup>。また、継続性が認められるとしても、どのような根拠から承継的共同正犯を認めるのか、それは既遂・未遂にかかわらず妥当するものなのかという点はさらに問題になるといえよう<sup>66)</sup>。

#### (ii) 結果犯説からの検討

次に、結果犯説の立場によると、未遂罪の構造を既遂罪と同様に解することができるため、上述した学説を参照できる。結果犯説では、「既遂結果発生の危険」という結果が認められなければ、未遂犯は成立しない。そうすると、実行の着手によって、既遂結果発生の危険が生じ、それが継続または増加して既遂に至る可能性がある限りは、犯罪が継続すると考えられ、上記分類の中では継続犯に近い性質を有するといえよう。状態犯との区

64) 安田・前掲注 21) 143 頁は、「本件事案の解決に際しては……犯罪が終了していないこと、言い換えれば、被告人が関与した段階で、本件詐欺が既遂に至る危険性がなお存在していることが前提となる」とし、「関与『対象』たる先行者の犯罪がなお危険性を維持していると言えるか」について、先行者の方法の不能が問題であるとして、これが不能犯ではないとした後に「こうして、先行者の犯罪がなお終了しておらず」と論を展開することから、本文と同様の考え方によるものと思われる。

65) 同様の指摘をするものとして、二本柳・前掲注 10) 225 頁注 46。

66) 行為犯説とは異なるものの、樋口・前掲注 18) 50-51 頁は、故意作為犯について「行為者の犯罪実現意思からみた最終的な行為に実行行為概念の中核を求めると」（同・26 頁）との見解を前提に、だまされたふり作戦事案では、「欺罔行為という詐欺罪の実行行為が開始されている以上、既に実行の着手段階に至っており、詐欺罪の遂行中の状態といえる。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罪の遂行中であることに変わりはなく、詐欺罪の加担と評価できる。」として、継続性を肯定する。

別が問題となるが、「実行の着手」が認められ、その後、行為・結果が積み重なることによって既遂に至る犯罪類型<sup>67)</sup>については、さらなる行為・結果によって既遂結果を発生させることが可能な間は、未遂罪も継続していると考えるのが妥当であろう。一方、既遂結果発生危険（実行の着手）が生じたが、それ以上危険が増加する可能性がなく、または危険が消滅し、既遂に至らないことが確定した場合は、その時点で犯罪は終了する<sup>68)</sup>。

詐欺未遂罪で考えてみると、前述の通り、先行者が欺罔行為を行った時点で「実行の着手」が認められる。それにより、被害者に錯誤が生じ錯誤に基づく財物の交付により既遂に達する危険が存在するからである。上述の判断基準からすると、欺罔行為により被害者が錯誤に陥った場合、その錯誤が継続し、それに基づく財物交付の可能性が継続する限りにおいては、未遂罪は終了しない<sup>69)</sup>。一方、欺罔行為は行われたが、被害者が

錯誤に陥らなかった場合、または一度は陥ったがその錯誤から脱した場合については、その時点で錯誤に基づく交付の可能性、つまり既遂結果発生の可能性・危険性が消滅しているため、その時点で終了すると考えられるだろう<sup>70)</sup>。

だまされたふり作戦事案では、先行者が欺罔行為を行なっているが、被害者はそれに気づき、錯誤に陥っていない、または一度錯誤に陥ったがそれに気づいている。そうすると、その時点で詐欺未遂罪は終了しており、後行者が関与したのは、先行者の詐欺未遂罪が終了した後であることになる。

#### 4 後行者の承継的共同正犯としての詐欺未遂罪の成否

先行者の罪責については以上の通りである。これを前提として、次に、先行者の詐欺未遂罪に関与した後行者に承継的共同正犯が成立するかを検討する。承継的共同正犯とは、前述のように「先行者が犯罪の実行に着手し、犯罪行為が終了する

67) 本稿で問題となる詐欺罪のほか、恐喝罪、結合犯もこの類型に含まれるであろう。

68) 佐伯・前掲注 62) 22 頁では、危険犯の終了時期について、「既遂後に危険が増大しており、その状態が当該構成要件に該当しているならば、既遂後も犯罪の継続を認めることができるであろう。」とし、その一つである放火罪においては、「行為者の放った火が独立燃焼に達した後、火勢を増すために行為者と意思を通じてガソリンをかけた者は、放火罪の共犯として処罰すべきであろう。」としている。結果犯説を採用する場合には、これとパラレルに考えることで、本文のような結論を導くことができるであろう。

69) 安田ほか・前掲注 44) 327 頁 [和田俊憲] における「現実的危険の類型」に当たると思われる。

70) 安田ほか・前掲注 44) 327 頁 [和田俊憲] における「仮定的危険の類型」に当たると思われる。

以前に、後行者が先行者との共謀を遂げ、その後、両者が共同して実行行為を行った場合における後行者が責任を負うべき範囲の問題」とされている<sup>71)</sup>。以下では、犯罪の終了後に関与した者についても、承継的共犯となる余地があるのかを検討する。

### (1) 判例

承継的共犯については、まず、最決平成24・11・6刑集66巻11号1281頁<sup>72)</sup>について、検討する必要がある。事実関係を簡潔に示すと以下の通りである。

A及びB（以下「Aら」という。）は、携帯電話店の駐車場に誘い出したC及びD（以下「Cら」という。）に対し、暴行を加えた。その後、Aらは、Dを車のトランクに押し込み、Cも車に乗せ、別の駐車場（以下「本件現場」）に向かった。その際、Bは、被告人がかねてよりCを捜していたのを知っていたことから、被告人に対し、これからCを連れて本件現場に行く旨を伝えた。Aらは、本件現場に到着後、Cらに対し、更に暴行を加えた。これらの暴行により、Cらは、被告人の本件現場到着前から流血し、負傷していた。その後、被告人は、本件現場に到着し、CらがAらから暴行を受けて

逃走や抵抗が困難であることを認識しつつAらと共謀の上、Cらに対し、暴行を加えた。共謀加担後に加えられた被告人の暴行の方は、それ以前のAらの暴行よりも激しいものであった。被告人の共謀加担前後にわたる一連の前記暴行の結果、Dは、約3週間の安静加療を要する見込みの傷害を負い、Cは、約6週間の安静加療を要する見込みの傷害を負った。

以上の事実関係を前提に、原判決は、被告人が、Aらの行為及びこれによって生じた結果を認識、認容し、さらに、これを制裁目的による暴行という自己の犯罪遂行の手段として積極的に利用する意思の下に、一罪関係にある傷害に途中から共謀加担し、上記行為等を現にそのような制裁の手段として利用したものであると認定し、被告人は共謀加担前のAらの暴行による傷害を含めた全体について、承継的共同正犯として責任を負うとの判断を示した。

弁護人上告。被告人の共謀加担前のAらの暴行による傷害を含めて傷害罪の共同正犯の成立を認めた原判決には責任主義に反する違法があると主張した。最高裁は以下のように判示した。

「被告人は、Aらが共謀してCらに暴行を加えて傷害を負わせた後に、Aらに

71) 前掲注59) 参照。

72) 評釈として、石田・前掲注59) 433頁以下、小林憲太郎「判批」山口厚・佐伯仁志編『刑法判例百選 I 総論（第7版）』（2014年）166-167頁等。

共謀加担した上、……更に強度の暴行を加えており、少なくとも、共謀加担後に暴行を加えた上記部位についてはCらの傷害（……）を相当程度重篤化させたものと認められる。この場合、被告人は、共謀加担前にAらが既に生じさせていた傷害結果については、被告人の共謀及びそれに基づく行為がこれと因果関係を有することはないから、傷害罪の共同正犯としての責任を負うことはなく、共謀加担後の傷害を引き起こすに足りる暴行によってCらの傷害の発生に寄与したことについてのみ、傷害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。」

「原判決の……認定は、被告人において、CらがAらの暴行を受けて負傷し、逃亡や抵抗が困難になっている状態を利用して更に暴行に及んだ趣旨をいうものと解されるが、そのような事実があったとしても、それは、被告人が共謀加担後に更に暴行を行った動機ないし契機にすぎず、共謀加担前の傷害結果について刑事責任を問い得る理由とはいえないもの

であって、傷害罪の共同正犯の成立範囲に関する上記判断を左右するものではない。」

このような判示から、少なくとも後述の肯定説を最高裁が採用しないことが明らかであるといえる。しかし、否定説・中間説のいずれかであるかは判断し難い<sup>73)</sup>。また、後述するように、犯罪の継続性との関係から、承継的共犯の問題ではないという判示とも読み得る。

さらに、大審院の詐欺罪の承継的共犯の判例として、「他人が詐欺の目的で、偽造証書を行使し執行命令を得て強制執行を行おうとするにあたり、その情を知りながら、中途よりこれに加担して執行上財物騙取の目的を達成した者は、その他人と共に詐欺罪の共同正犯の責任を負う」とするもの（大判明治43・2・3録16輯113頁）や、「裁判所を欺罔して勝訴判決を受け、その執行力をかりて他人より財物を騙取しようとした犯罪にあたっては、右犯罪を共謀し、その遂行に必要な行為を分担すれば、当初より加功

73) 千葉勝美裁判官は本決定の補足意見において、「いわゆる承継的共同正犯において後行者が共同正犯としての責任を負うかどうかについては、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が、少なくとも傷害罪については、このような因果関係は認め難いので（法廷意見が指摘するように、先行者による暴行・傷害が、単に後行者の暴行の動機や契機になることがあるに過ぎない。）、承継的共同正犯の成立を認め得る場合は、容易には想定し難いところである。」と述べており、強盗・恐喝・詐欺等の場合について、承継的共同正犯の可能性を否定しない。さらに、石田・前掲注59)454-457頁、461-462頁参照。

する途中より参加するとを問わず、詐欺の共同正犯の責を負う」としたもの（大判明治44・11・20録17輯2014頁）がある<sup>74)</sup>。

## (2) 学説

学説は大きく分けて、肯定説・否定説・中間説（限定肯定説）がある<sup>75)</sup>。

肯定説は様々な理由付けがなされる。まず、①犯行全体の構成要件の不可分一体性を根拠とする見解がある<sup>76)</sup>。また、②後行者が先行者の行った行為とそれから生じた結果を認識・認容して介入した以上、全体について責任を負うとする見解<sup>77)</sup>、③後行者は先行者の行為を含めた犯罪について、その実行行為の一部を負担しているのだから共同実行の事実は認められ、また、後行者は、介入時において、先行者によって実現された状況を認識し、その状況を積極的に利用して、先行者と共にその犯罪の実現を意図している以上、意思連絡が事前に生じている共同正犯と価値的に同視できるとす

る見解<sup>78)</sup> などがある。

次に否定説は、因果的共犯論の立場から、共犯が成立するには構成要件該当事実の全てについての因果性が必要であり、後行者が加功前の事実に関して因果性を有することはない以上、加功後の事実についてしか罪責を負うことはないとして、承継的共犯を否定する見解である<sup>79)</sup>。

また、否定説に立ちながらも、後行者に先行者との共謀加担後、不作為犯の成立を肯定し、先行者との間で共犯を認めるものがある<sup>80)</sup>。詐欺罪では、先行者の欺罔行為によって被害者が錯誤に陥り、その後、共同加担した後行者が財物の交付を受けるときには不作為による詐取が成立し、先行者と共犯となる。

中間説は多岐にわたっており、その根拠付けもそれぞれ異なる。

まず、先行者と後行者の相互・利用補充関係、後行者による先行者の行為の積極的利用により、承継的共犯の成立を認める見解がある<sup>81)</sup>。この見解は、先行者は後行者の行為を利用し、後行者も先

74) 大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法 第2版 第5巻』（1999年）224頁〔村上光鷗〕参照。

75) 以下の整理については、芦澤・前掲注60）346頁以下。

76) 植松正『再訂刑法概論 I 総論』（1974年）354頁。

77) 木村亀二＝阿部純二増補『刑法総論』（1978年）408頁など。

78) 福田・前掲注49）271頁など。

79) 小林憲太郎「いわゆる承継的共犯をめぐって」研修791号（2014年）3頁以下、同「承継的共犯・再論」研修820号（2016年）3頁以下、松原芳博「承継的共犯」高橋則夫ほか編『野村稔先生古稀祝賀論文集』（2015年）203頁以下など。

80) 山口・前掲注60）343頁以下、同・前掲注42）（刑法総論）368頁以下。

先行者の行為を利用するというように、先行者と後行者が相互に利用補充しあって一定の犯罪を実現することは可能であるから、相互に共同遂行の意思があり、実行行為共同の事実が認められる場合、つまり、後行者が先行者の行為・結果を自己の犯罪遂行の手段として積極的に利用する意思の下で犯罪の途中から関与し、先行者の行為を利用することが認められる場合には、先行者の行為及び結果を後行者は承継し共犯関係が成立するとする。

次に、先行者の行為が後行者の関与後にもなお効果（抗拒不能や錯誤）を持ち続けている強盗や詐欺については途中から加功した者の行為も強盗行為や詐欺行為といつてよいから、後行者も強盗、詐欺の責任を負うとする見解がある<sup>82)</sup>。因果的共犯論における因果性を重視しつつ、後行者は犯罪結果にのみ因果性を有していればよいとする見解も同様の立

場といえよう<sup>83)</sup>。これは、先行者が暴行・脅迫・欺罔を行った後に共謀加担し、財物の取得にのみ関与した後行者については、強取、詐取、喝取という違法結果を左右し得たのだから、後行者は強盗・詐欺・恐喝の共犯が成立するというものである。

また、共同正犯については否定説を採用しつつ、幫助犯についてのみ中間説を採用する見解もある<sup>84)</sup>。

### (3) 先行者の犯罪終了後の承継的共犯について

承継的共犯の判例・学説については以上の通りであるが、先行者の未遂罪の終了時期は、これらの判例・学説とどのような関係にあるのだろうか<sup>85)</sup>。

犯罪の終了時期は公訴時効の起算点、責任能力の存在時期等の判断など様々な場面に用いられてきたが、改めて承継的

81) 前田雅英『刑法総論講義（第6版）』（2015年）355頁以下、大谷・前掲注41）417頁以下、阿部力也「承継的共同正犯一部分的肯定説の再検討」井田良ほか編『川端博先生古稀記念論文集（上巻）』（2014年）553頁以下など。

82) 西田典之『共犯理論の展開』（2010年）215頁以下、同・前掲注63）362頁以下。

83) 佐伯・前掲注40）386頁以下、橋爪隆「承継的共犯について」法教415号（2015年）95頁以下など。

84) 齊藤誠二「承継的共同正犯をめぐる」筑波法政8号（1985年）31頁以下、照沼・前掲注60）244頁以下、井田・前掲注49）473頁、490頁以下など。

井田教授は最近の論稿において、判例が承継的共同正犯において採用している見解は限定肯定説（本稿でいう中間説であると思われる）であるとし、これは、集合体の犯罪と個別者への帰責・帰属とを分断する「二段階説」からは説明可能であるとする（井田良「承継的共同正犯についての覚書」井田良ほか編『山中敬一先生古稀祝賀論文集〔上巻〕』（2017年）631頁以下）。しかし、自身の見解を改説したものではないだろう。

共犯との関係で犯罪の終了時期の意義を考えてみると、それは、行為・結果に対する因果的寄与の可能性の有無の検討であるといえる。共犯の処罰根拠について、通説の見解である因果的共犯論によると、先行者の行為・結果に対し、何らかの因果的寄与がない限りは共犯となることはない。犯罪の終了とはこのような因果的寄与の可能性が消滅したことでありと考えられる。承継的共犯について、犯罪の一部にすら因果的寄与がない者を共犯とする説は存在しない。そのような意味で、犯罪終了後は承継的共犯を観念できないといえる<sup>86)</sup>。

このような理解は判例とも整合するものである。前掲最決平成24・11・6は、先行者のみが生じさせた傷害結果について、被害者が先行者の暴行を受けて負傷し、逃亡や抵抗が困難になっている状態を利用して、後行者が更に暴行に及んだとしても、それは、後行者が「共謀加担後に更に暴行を行った動機ないし契機に

すぎず、共謀加担前の傷害結果について刑事責任を問い得る理由とはいえない」と判示している。これは、先行者の犯罪が終了しているため、これに後行者が関与することは不可能であるとの判示とも読める。

そうすると、だまされたふり作戦事案では、後行者の関与前に先行者の詐欺未遂罪は終了しているため、後行者に先行者との承継的共同正犯として詐欺未遂罪の罪責を負わせることは不可能であろうか<sup>87)</sup>。次に、裁判例の多くで用いられている後行者についての不能犯論の検討がだまされたふり作戦事案においてどのような意義を有するのか、また、最高裁決定はこのような問題点についてどのように判断しているのかを検討する<sup>88)</sup>。

## 5 後行者の不能犯論の検討意義について

### (1) 検討する学説について

不能犯論の判例・学説については前述

85) ドイツでは承継的共犯と犯罪の終了時期について議論がなされているようだが、我が国の学説において、この点を明示的に検討しているものは少ない。さしあたり参照したものとして、照沼・前掲注60) 249頁以下。

86) 西田典之ほか編『注釈刑法(1)』(2010年) 857頁[島田聡一郎]も「犯罪終了後には、共犯はもはや成立しない。そのことは、承継的共同正犯肯定説といえども同じである。」とする。また、857-858頁の裁判例も参照。

87) 行為犯説による場合は、先行者の欺罔行為について、不能犯ではないとされ、未遂罪の成立が肯定されれば、あとは既遂罪の承継的共同正犯と同様の議論によって解決できることになると思われる。安田・前掲注21) 143頁も前掲注64) に引用したものに続き、承継的共同正犯の検討をしている。もっとも、このように解しても、欺罔行為の危険と受領行為の危険がどのように関連しているかは不明である(共謀によって両行為の危険が共通になるのだろうか)。

したところである<sup>89)</sup>。前述した通り、不能犯の学説のうち、純主観説・抽象的危険説は主観主義刑法学によるものであり、現在では支持を失っているため、具体的危険説、客観的危険説の二つに絞り、だまされたふり作戦事案の解決に有用かつ適切であるかという観点から、考察を試みる。

## (2) だまされたふり作戦事案における後行者の不能犯論の検討

### ① 具体的危険説からの検討

まず、具体的危険説を適用してみる。裁判例の多くはこの枠組みで判断しているため、これを参考にして検討する。

前掲名古屋高判平成28・9・21(本稿第3の1(1))は、「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る。そうすると、仮に、被害者が、被告人がE(筆者注：先行者の一人)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、被告人及び氏名不詳者ら(筆者注：先行者グループ)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現実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となる。」としている。

ここでは、「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」を問題にしている。これは、「警察に相談して」という点が錯誤に陥ってないという事実であり、「模擬現金入りの本件荷物を発送した」というのは財物の交付がなかったという事実である。この2点につき、「被告人及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」<sup>90)</sup>として、「この事実は、詐欺既遂の結果発生の現実的危険の有無の判断に当たっての基礎

88) 川田・前掲注21)115頁では、「不能犯論も実行行為としての危険性判断の問題であるとして、だまされたふり作戦の開始により詐欺の実行行為としての危険性が失われる(実行行為性が失われて詐欺が終了する)と評価できるのかという観点から、不能犯論と同様の議論を通じて詐欺未遂罪の共同正犯の成立を認めるのも1つの考え方だろう。」とし、だまされたふり作戦の実行により、先行者の詐欺未遂罪が終了する可能性を示唆する。

89) 本稿第4の3(1)②参照。

事情とすることはできない。」と結論付ける。本裁判例には基礎事情を確定した後の一般人の立場から危険性を判断した部分がないため、筆者が補うと、先行者が欺罔行為を行い、被害者はそれに基づき現金の交付をしているという認識の下では、現金の交付を受けるという既遂結果発生の現実的危険があると考えるのが通常であり、一般人から見て後行者の行為も危険であったといえる。したがって、被告人に詐欺未遂罪が成立するだろう。

## ② 客観的危険説からの検討

次に客観的危険説で検討してみよう。客観的危険説の内部にも多くの見解が存在するが、現在の有力説である修正された客観的危険説（仮定的蓋然性説）を用いる<sup>91)</sup>。そうすると、検討されるべきは、事後的・客観的になぜ結果が発生しなかったかという点と結果が発生するための事実が存在した可能性がどの程度あったかである。

だまされたふり作戦事案を検討すると、結果が発生しなかった理由は、被害者が錯誤に陥っておらず、財物たる現金を交

付していないからである。そのような事実が存在した可能性は先行者の欺罔行為の態様等によるが、先行者の欺罔行為に未遂罪を肯定できるほどの危険性があったのだとすれば、その存在可能性は高いものであったといえよう<sup>92)</sup>。したがって、先行者の欺罔行為により、被害者が錯誤に陥り、財物を交付したという可能性が高く、結果発生の蓋然性も高かったといえる。よって、被告人に詐欺未遂罪が成立するといえよう。

## ③ 裁判例との関係について

裁判例は、①でも述べたように、具体的危険説を用いて後行者の詐欺未遂罪の成立を肯定しているものが多い。もっとも、裁判例の間でも、どの行為を対象として具体的危険説を用いるかについて、判断が分れている<sup>93)</sup>。具体的には、受領行為、依頼引受行為（共謀）、犯罪行為全体を対象とすることが考えられる。犯罪行為全体を対象とする場合は別として、受領行為、依頼引受行為に不能犯論を用いて、不能犯ではないから詐欺未遂罪の共同正犯が成立するという論理は、

90) ここでは、「被告人及び氏名不詳者ら」の認識、つまり、先行者と後行者両方の認識を問題としている（前掲名古屋高判平成28・11・9、前掲福岡高判平成29・5・31も同様）。裁判例がこのような枠組みにより不能犯の判断をしていることは、後述のように、危険判断は先行者と後行者で異なることを示しているように思われる。

91) 前掲注50) 参照。

92) 橋爪・前掲注12) 14頁参照。

93) この点を詳細に検討しているものとして、富川・前掲注12) 295頁以下。

前述したように、先行者との共犯関係にあることの論証としては不十分であるといえよう。

#### ④ 最高裁決定との関係について

最高裁決定は、裁判例が用いていた不能犯の判断枠組みについては全く触れていないが、前述したように、この点について、最高裁決定は理論構成を今後の議論に委ねたものと考えられる。最高裁決定が行為の一体性に言及していることからすると、不能犯論を用いる場合には犯罪行為全体を対象とする見解と親和的であるとも考えられる。

もっとも、だまされたふり作戦事案において、不能犯論を用いることは、後述するような意義を有しており、最高裁決定の判示を前提としても、このような理論構成と矛盾するものではないと考えられる。

### (3) 考察

以上のように、後行者について、形式

的に不能犯論の検討を加えると、いずれの説によっても後行者の関与は不能犯ではなく、既遂結果発生の危険を有するものであると判断される。もっとも、前述しているように、後行者について不能犯論を用いたとしても、後行者の関与が先行者と共犯としての危険性を有することは論証されておらず、十分な検討とはいえない。後行者は単独犯として何らの罪責を負わないのだから<sup>94)</sup>、後行者の行為について、単独犯と同様の不能犯論の検討をすることに意味はないと考えられる。最高裁としても、このような観点から、不能犯論による解決が必然的ではないと考えているように思われる。

だまされたふり作戦事案における後行者の罪責を検討する際に問題となるのは、後行者の関与対象たる先行者の詐欺未遂罪が後行者の関与時まで継続しているか否かであり、それが肯定されれば、後行者の関与は先行者の生じさせた危険を介して、既遂結果発生の危険性を有すると解する余地がある<sup>95)</sup>。それを検討する

94) 本稿第4の2参照。

95) 川田・前掲注21) 115頁では、「先行者により欺罔行為が開始されている以上、既に詐欺が遂行中の状態であるといえ、財物を交付させる段階で被害者に看破されていたとしても、だまされたふり作戦を認識していない後行者からすれば詐欺の遂行中であることに変わりはなく、後行者による財物の受領行為への関与は詐欺への加担と評価できる実体があるといっているように思われる。本決定の上記指摘のように、受領行為につき詐欺を完遂する上で欺罔行為と一体のものとして予定されていたという点に着目する場合、本件の結論を導く上で、不能犯論による解決が必然的に求められるかについては、なお検討を要しよう。」としている。行為犯説、または、樋口・前掲注18)のような立場から、継続性を肯定しているといえようか。

際に、後行者の不能犯論の検討が意義を有すると思われる。以下では、後行者の不能犯論の検討の意義について、2点ほど考察を加えたい。

### ① 先行者の詐欺未遂罪の終了時期との関係

まず、1点目として、先行者の未遂犯が客観的には終了しているとしても、結果発生危険が継続・増加し、既遂結果に至ることを仮定しなければ、先行者・後行者が不能犯か否かを判断することはできないという点である。不能犯論で問わなければならないのは、既遂結果発生危険の有無である。そのため、犯罪が終了しているとしても、その後結果発生に至る因果を仮定しなければ、既遂に至る危険を判断できない。この際には、前述した詐欺未遂罪の終了時期では犯罪が終了しなかったと仮定している。

だまされたふり作戦に即してみると、先行者の詐欺未遂罪の終了時期は、被害者が錯誤に陥らず、それ以上は既遂結果発生危険の増加がないと認められる時点である。しかし、先行者または後行者の行為の既遂結果発生危険の有無を判断するには、被害者が錯誤に陥った可能性・危険性がどの程度あったか、その錯誤に基づき財物を交付する可能性・危険

性がどの程度か、その交付に対する受領行為が行われた可能性・危険性がどの程度かを検討する必要がある。要するに、既遂結果発生因果経過を仮定して、その因果経過をたどる可能性がどの程度あったかという検討がなされているといえる。

そうすると、不能犯か否かの判断の中では犯罪は継続していると仮定されている。その仮定的な因果経過の中で承継的共同正犯を検討することが可能であろう。むしろ、そう考えなければ、後行者は錯誤に陥った可能性のある被害者から財物を受け取っただけであり、詐欺未遂罪の成立を肯定できない。そうすると、後行者に詐欺未遂罪を認めるためには、詐欺既遂罪については承継的共同正犯の成立を肯定することが前提となろう<sup>96)</sup>。

もっとも、客観的な因果経過の中で承継的共同正犯が肯定されているわけではなく、あくまで不能犯論の判断における危険判断の枠内であることには注意すべきである。つまり、現実的因果において承継的共同正犯が成立するわけではなく、仮定的因果を経て既遂になる可能性、つまり、「承継的共同正犯となり既遂に達する危険がどの程度あったか」という判断がなされているにすぎない<sup>97)</sup>。

---

96) 後掲注103) 参照。

② 後行者の不能犯の判断と先行者との関係について

(i) 後行者の不能犯の判断と先行者の判断との同一性

2点目として、後行者についての不能犯の検討は先行者の未遂罪の成否の検討の際にした不能犯論の検討と同じ判断過程を経ているという点を指摘できる<sup>98)</sup>。これは、先行者・後行者の不能犯論において、検討しているのは「承継的共同正犯として既遂結果が発生する現実的危険」の有無であるため、両検討に差がないためと思われる。そうであるならば、先行者の欺罔行為に対して行われた不能犯論の検討を再び後行者の関与段階で行う必要があるのかという疑問が生じる。そもそも、共同正犯における未遂罪では共犯者が同じ危険を生じさせているのだから、その成否の検討も先行者・後行者で共通となるべきではなかろうか。これが正しいかを以下で検討したい。

先行者の詐欺未遂罪の検討の中で不能犯論の検討がなされることについては、前述した通りである<sup>99)</sup>。先行者の欺罔行為に既遂結果発生危険があるかを検

討する際、後行者の関与は既に考慮されている。特殊詐欺事案で詐欺既遂罪が成立するには、先行者の欺罔行為→被害者の錯誤→被害者の錯誤に基づく交付行為→後行者の受領行為という因果経過を経ることを要する。先行者の欺罔行為が不能犯か否かを判断する際には、このような因果経過をたどる可能性がどの程度であったかを判断しなければならない。この際、後行者の受領行為がなければ、受領行為が行われる可能性がどの程度であったかを判断しなければならなかったが、事後的にせよ受領行為が行われたことよって、客観的に実在する事実となり、その部分について可能性判断の必要がなくなっている。つまり、受領行為が行われない可能性を消滅させたことにより、既遂に至る可能性を高めている<sup>100)</sup>。このように、後行者の受領行為は先行者の欺罔行為に既遂結果発生危険が存在する理由（危険と評価される要素・判断資料）の1つといえる。その意味で、後行者は先行者の既遂結果発生危険惹起に寄与するといえよう。

逆に、先行者は欺罔行為により、後行

97) 不能犯の検討は「未遂犯」の成否を検討しているものの、そこで検討するのは「既遂犯」の成立する危険である。その「既遂犯」が、本件では「承継的共同正犯の既遂犯」であるにすぎない。客観的な因果経過では、前述のように、犯罪の終了により、承継的共同正犯は観念できない。

98) 未遂犯の構造的な理解は私見と異なるものの、同様の理解をしていると思われるものとして、佐藤・前掲注21) 104頁参照。

99) 本稿第4の3(2)②参照。

者の受領行為の既遂結果発生危険に寄与している。受領行為のみで後行者に詐欺罪の単独犯（未遂を含む）が成立する余地はないことは前述の通りである<sup>101)</sup>。そのため、先行者の欺罔行為→被害者の錯誤→被害者の交付行為→後行者の受領行為という因果経過を経る可能性が生じ、受領行為にも既遂結果発生危険が認められるには、先行者の欺罔行為がなければならぬ<sup>102)</sup>。先行者はそのような行為を現実に行き、危険発生に寄与していることから、危険発生への関与が認められる。

このように、後行者は先行者の既遂結果発生危険惹起に関与しており、逆に、先行者は後行者の既遂結果発生危険惹起に関与しているため、相互に他方の危険惹起に関与しているといえる。また、

先行者・後行者の惹起する危険の内容というのは、承継的共同正犯として既遂結果が発生する現実的危険であり、同じものである。そうすると、先行者・後行者は、各々自らの行為で危険を惹起しているのみならず、他者の行為に関与しながら、1つの危険を惹起しているといえる。一方の行為は、自ら危険を惹起しながら、他者の危険惹起にも因果を有することになり、これをもって共同正犯の関係にあるといえるだろう。

#### （ii）理論的整理

このような理論構成について、もう少し理論的な整理を行いたい。まず、このような理論構成において前提とされているのは、だまされたふり作戦事案においては、現実的因果経過においては犯罪の

---

100) 既遂結果発生危険を高める（惹起する）というのは、逆に言えば、既遂に至らない可能性を減少・消滅させることであるといえる。ある行為が行われたとき、その後の因果経過には様々な可能性が想定される。現実的にある因果経過に至ると、他の因果経過に至る可能性が消滅することになる。そのような因果経過の取捨選択が時々刻々と起こっている。それを繰り返すことで既遂に至るか否かが確定するのである。

だまされたふり作戦事案では、先行者の欺罔行為によって被害者が錯誤に陥らなかった時点で既遂に至る可能性は現実的にはないが、なお、既遂に至らない可能性を減少させることは可能であるといえるだろう。既遂に至らないことが確定していても、その後の因果経過の可能性は何通りもあり、その中でもっとも既遂に至らない可能性が高いものを想定し得るからである。既遂に至る仮定的因果に類似した因果経過であれば、既遂に至る可能性は高まっていると評価できるだろう。

101) 本稿第4の2参照。

102) 後行者は先行者がいないと詐欺未遂罪になる余地が全くない点は先行者と異なる。先行者は欺罔行為を行い、その時点で検挙され、後行者が関与しなくても単独犯として詐欺未遂罪になる可能性がある。これに対して、後行者は、先行者の欺罔行為がなければ、受領行為を行っても詐欺未遂になる余地がない。そのため、関与の不可欠性の位置付けが先行者に後行者が関与する場合と後行者が先行者に関与する場合とは異なるといえるだろう。

終了時期との関係から承継的共同正犯とならないという点である。関与対象としての先行者の犯罪が現実的には終了しているためである。

先行者・後行者の未遂罪の成否を判断する際の仮定的因果でのみ承継的共同正犯を観念できる<sup>103)</sup>。だまされたふり作戦事案の場合、先行者の詐欺未遂罪が継続すると仮定した上で、その継続した既遂結果発生因果経過を経る可能性がどの程度であったかを判断しなければならないからである。このような仮定的因果に対する先行者・後行者の寄与を他者の引き起こした危険結果への寄与とした上で、先行者・後行者が各々で生じさせているのは同じ危険結果であることから共同正犯関係が成立する。

一つ問題となるのは、後行者の先行者への関与を考える際、後行者は先行者の「危険」という評価を介することで、過去の行為・結果に因果関係を及ぼしてい

るのではないかという点である。つまり、ここで検討される先行者の行為で引き起こされた危険は、あくまで先行者の先行行為時（欺罔行為時）における危険である。後行者の関与時における先行者の引き起こした危険を判断しているわけではない。だまされたふり作戦事案では、後行者の関与時には先行者の引き起こした危険は消滅している。そうすると、後行者は先行行為時の危険に事後的に寄与していることになり、因果の遡りになるのではないかということである。

しかし、不能犯の判断枠組みは行為後の因果経過をすべて考慮して行為時における既遂結果発生危険を判断するものであり、もともと因果の遡りを含んだ判断枠組みであるといえる。不能犯か否かを判断するに際して検討する「危険」という概念は評価を含むものであり、このような評価概念の判断では、因果の遡りのような現象が生じることがある<sup>104)</sup>。

103) 仮定的因果の中で承継的共同正犯が肯定されなければ、承継的共同正犯としての既遂結果発生危険性が肯定されることはないため、承継的共同正犯についてどのような説を採用するかは問題となる。承継的共同正犯の判例・学説については前述したため（本稿第4の4(1)(2)参照）、ここでは結論のみを簡単に示す。

肯定説はどの理由付けによっても後行者の受領行為は詐欺罪を構成すると考えられる。否定説では仮定的因果でも承継的共同正犯とならない以上、後行者は詐欺罪とならない。中間説では詐欺罪については承継を認めるものが多く、少なくとも前述した説では、詐欺罪について承継的共同正犯を肯定する。また、共同正犯については、否定説を採用しつつ、幫助犯については中間説を採用する見解では、仮定的因果における幫助犯の可能性を検討することになるだろう。後行者に先行者との共謀加担後、不作為犯の成立を肯定し、先行者との間で共犯を認める見解では、財物交付の方法が「現金手交型」の場合には適用可能だが、「現金送付型」の場合、不作為による詐取を観念することができず、適用できないと考えられる。

犯罪の継続が仮定されていることからこれは明らかだろう。継続が仮定されているのは、行為後の因果経過を考慮しなければ既遂結果発生の危険判断を行うことができないためであり、そのことが、行為後の事情から遡及的判断をしている根拠の一つであるといえる。このような判断枠組みについて、事後的に関与した共犯者のいるだまされたふり作戦事案のような場合にのみ、別異に扱う理由はないだろう。

不能犯の判断枠組みにおける因果の遡りについて、一つ具体例を示す。勤務中の巡査から拳銃を奪って引き金を引いたが銃弾が込められていなかったため、結果が発生しなかったという典型的な不能犯論の事例を考える<sup>105)</sup>。この事例について、殺人未遂罪か不能犯かを判断する際、まずは、拳銃に銃弾が込められていた可能性がどの程度であったかを考えなければならぬ。次に拳銃に銃弾が込められていた可能性があったとして、最終的に銃弾が被害者に当たっていた可能性

がどの程度あったかを検討することで、発砲時に既遂結果発生の危険があったかが判明する。この事例に、被害者は交通量の多い道路の反対側にいたという事情を加えた場合において、拳銃に銃弾が込められていた可能性に加え、その銃弾が通行する車等には当たらず、被害者に銃弾が当たる可能性がどの程度であったかを判断しなければならないことからこれは明らかであろう<sup>106)</sup>。

同様に、一人の者が欺罔行為を行った上で自ら受領行為まで行ったが、だまされたふり作戦が実行されていた場合を考えると、欺罔行為のみならず、受領行為を含めて、先行者の既遂結果発生の危険を判断するだろう。この不能犯論の検討は、欺罔行為時の危険判断のはずだが、行為後の受領行為を考慮することにより、遡及的評価として、より危険性が高まったという判断といえる。受領行為を共犯関係にある者が行ったとしても、不能犯の判断枠組み自体は変わらないと考えるのが理論的に一貫しているといえるので

104) 具体例としては、死者に対する名誉毀損がある。詳しくは、福岡聡『「死者に鞭打つ」ことは可能か：死者に対する危害に関する一考察』死生学研究 12 巻（2009 年）128 頁以下参照。

105) 福岡高判昭和 28 年 11 月 10 日判特 26 号 58 頁参照。

106) この事例を共犯関係を考慮した事例（教室事例となってしまうが）に引き直すと、引き金を引いてから数分後に銃弾が発射される拳銃を使用したとして、引き金を引いた者と別の者が、引き金を引いてから、本来被害者に銃弾が当たるまでの間に、共謀の上、通行する車を止めたという事例になるだろう。この事例でも、車を止めた者は引き金を引いた後に関与行為を行っているが、車を止めたことにより、銃弾が通行する車等には当たらず、被害者に銃弾が当たる可能性を高めたという意味で共犯（本件だと幫助にとどまるか）となるだろう。

はなかろうか。

#### (4) 裁判例と本稿の理論構成の関係について

裁判例の多くは不能犯論を用いるものの、本稿の理論構成を採用するものとは言い難い。裁判例は後行者の関与時、被害者は先行者の欺罔行為に基づく錯誤に陥っておらず、既遂に至る可能性がないことから、後行者の関与に不能犯論を用いていると考えられるが、だまされたふり作戦事案では、まず、関与対象である先行者の欺罔行為についての犯罪の継続性を問題とすべきである。

もっとも、後行者の関与を不能犯論で判断することは、同時に関与対象たる先行者の仮定的因果における犯罪の継続性を判断することになる。そう考えるならば、本稿の採用する構成とそれほど違いはないだろう。

#### (5) 最高裁決定と本稿の理論構成の関係について

前掲最決平成 29・12・11 は、「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」ことを理由に「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」と結論付けている。前述したように、本決定は、だまされたふり作戦事案の解決について、特定の立場を示したのではなく、いかなる理論構成を採るかについては、今後の議論に委ねているといえよう<sup>107)</sup>。私見は、だまされたふり作戦事案の解決方法として、考えられ得る一つの理論構成を提示したものである。本稿の理論構成を前提とすると、最高裁決定は以下のように解釈することができるだろう。

#### ① 最高裁決定の判示内容の解釈

まず、「本件詐欺を完遂する」<sup>108)</sup>とは本件詐欺が既遂に至ることを指すと考えられる<sup>109)</sup>。そうすると、ここでいう「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」とは、本件詐欺が既遂になるために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であるといえよう。

次に考えなければならないのは、「一体のものとして予定されていた」という文言の意義である。まず、「予定されていた」という判示について考えてみる。これを文字通りに誰かが予定していたも

107) 本稿第3の5参照。

のだとすると、誰が予定していたかを考える必要がある。

まず、考えられるのは先行者である。この文言を「先行者が、本件詐欺を既遂に至らしめる上で、本件欺罔行為と一体のものとして予定していた本件受領行為」と読めば、特に問題なく判示を理解できる。特殊詐欺事案では、先行者は事前に受取先を手配など十分な計画をした上で、欺罔行為を行い、後行者に受領行為を行わせる場合が多く、このような解釈が自然と導かれやすい。もっとも、このように解釈するにしても、「先行者が

予定していた」とはどういうことなのかという点は問題となる。欺罔行為時に予定していた（計画していた）受領行為との理解でよいかは一考を要する<sup>110)</sup>。

次に考えられるのは、先行者と後行者の両方が予定していた、つまり、共謀内容として予定されていたという理解である。これは、「共犯者らと共謀の上、……一体のものとして予定されていた」という判示になっていることから理解できる。もっとも、先行者の計画と後行者の共謀時の計画にズレが生じることは稀であると思われる<sup>111)</sup>。

---

108) 最高裁第3小法廷において、「完遂」という言葉が使われた例は他にもある。最判平成26・9・2集刑314号267頁、最判平成28・4・26集刑319号307頁（事業グループの会長及びその息子である専務を殺害して現金等を強奪しようと企て、睡眠導入剤により専務を昏睡状態に陥らせたところ、その妻に不審を抱かれ、強盗殺人を成功させるために同女の殺害も決意して同女をロープで絞殺し、その後、昏睡状態の専務及び就寝中の会長を順次、同様に絞殺して現金を強取し、同人らの死体を土中に埋めて遺棄したという強盗殺人、死体遺棄の事案）では、「専務の妻の殺害は、当初の計画に含まれたものではなかったものの、犯行完遂の障害を排除する意図からあえて行ったもの」という判示がなされている。

109) 新村出編『広辞苑（第7版）』（2018年）で「完遂」を引くと、その意味は「完全に遂行すること。やりとげること。」（663頁）と記載されている。そうすると、判示は「本件詐欺を完全に遂行する」と読める。未遂について規定した刑法43条が「犯罪……を遂げなかった」と規定していることから、既遂は「完成にいたった犯罪」（大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法 第3版 第4巻』（2013年）7頁〔大塚仁〕）、「実行行為によって犯罪が完全に実現されたもの」（大谷・前掲注41）361頁）、「犯罪が完全に実現された場合のこと」（井田・前掲注49）391頁）などと定義される。このことを合わせて考えると、判示は、本文のように本件詐欺が既遂になることと理解してよいと考えられる。

もっとも、佐藤・前掲注21）106頁は、本決定が「既遂」ではなく「完遂」という文言を用いたことから、「詐欺の既遂後、その完遂のために関与したものについても承継的共同正犯としての罪責を問う余地を残したものと解される」としている。

110) これについては、実行の着手の判断に故意や犯行者の行為計画を考慮すべきかという論点と密接に関わると考えられる。この点について詳しいものとして、佐藤・前掲注37）97頁以下。また、鈴木・前掲注57）も参照。

111) 佐藤・前掲注21）104頁参照。

先行者の単独正犯としての詐欺未遂罪の正否を考える際に、先行者が共同正犯としての詐欺既遂罪を計画していたことを考慮して、共同正犯として既遂結果発生の危険の存在が肯定されることは前述した<sup>112)</sup>。後行者はこのようにして肯定された先行者の詐欺未遂罪へ関与することで詐欺未遂罪の共同正犯となることからすると、先行者が欺罔行為時に共同正犯として計画していたものと考えるのが妥当だろう。

次に「一体のもの」の意義が問題となる。判示では、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されている。これは、受領行為を行う者が欺罔行為を行う者との間に共犯関係（共同正犯関係）にあり、詐取行為を構成していることと解することができるだろう<sup>113)</sup>。詐欺既遂罪について承継的共同正犯の適用を肯定することを前提とすると、本件詐欺が既遂になるには、先行者の欺罔行為→被害者の錯誤→被害者の交付行為→先行者の指示に基づく後行者の受領行為という因果経過を経る必要がある。「一体のもの」とは、このような因果経過を

経ることにより、先行者と後行者が共同して一つの犯罪を実現すること、詐欺罪でいうと、先行者と後行者が共同して詐取行為を実現することを意味すると考えられる<sup>114)</sup>。

以上の検討からすると、最高裁の理由付けは、本件詐欺が承継的共同正犯として既遂に至る因果経過を先行者が予定した上で欺罔行為を行い、その因果経過に含まれる受領行為を後行者が行うことでこの因果に関与しているのだから、被告人は詐欺未遂罪の共同正犯としての責任を負うというように解することができよう。

## ② 詐欺罪の承継的共同正犯一般（既遂・未遂を含む）の解釈について

次に、本決定は、後行者が「だまされたふり作戦が開始されたことを認識せずに、……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、……詐欺未遂罪の共同正犯としての責任を負う」と判示している。これは以下のように解することができよう。

112) 前掲注 57) 参照。

113) 安田・前掲注 21) 143 頁。

114) 川田・前掲注 21) 115 頁では、「本決定が、本件において詐欺未遂罪の共同正犯を認めるに当たって、『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への関与』という点を指摘していることが、『詐欺罪の承継的共同正犯を認める実質的根拠を示唆するものとも理解できよう』とする。

まず、だまされたふり作戦が開始されたことを後行者が認識していた場合が本決定の射程外であることは明らかである。「だまされたふり作戦が開始されたことを認識」した場合、既遂に至らないことを後行者が知りつつ、受領行為を行うことになる。そうすると、先行者の詐欺未遂罪が既遂に至る危険がないことを後行者は認識していることになり、詐欺既遂罪の危険を生じさせることについて、故意が認められないため、未遂罪は成立しないと考えられる<sup>115)</sup>。

さらに、「だまされたふり作戦の開始いかんにかかわらず」と述べていることから、だまされたふり作戦が実行されていたか否かは、詐欺（未遂）罪の成否とは関係ないということを示していると思われる。つまり、「共犯者による本件欺罔行為がされた後、……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」さえすれば、「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」ことになる。そうすると、これはだまされた

ふり作戦事案を超えて、特殊詐欺事案において、先行者が欺罔行為を行った後に受領行為を行うことで関与した後行者の詐欺罪の承継的共同正犯の成否一般について判示したものと読める<sup>116)</sup>。

私見を前提とすると、だまされたふり作戦の有無により、詐欺（未遂）罪の成立する理論構成が異なると考えられる。だまされたふり作戦が開始していない場合、被害者の錯誤に陥っていれば、先行者の詐欺未遂罪の継続性が認められ、受領行為を行った後行者には、現実的因果における承継的共同正犯としての詐欺（未遂）罪が成立する。これに対して、だまされたふり作戦が開始した場合、私見からは、その時点で現実的因果における先行者の詐欺未遂罪は終了しているが、仮定的因果においては犯罪が継続しており、受領行為を行った後行者は、その因果における共犯関係が認められるため、詐欺未遂罪の共同正犯が成立する。このように解すれば、だまされたふり作戦の有無を問わず受領行為を行う者については、詐欺（未遂）罪の成立が認められることには変わらない。仮定的因果か現実的因果かの違いはあるにせよ、どちらも関与

115) 既遂に至る可能性がないことを認識したまま受領行為を行い関与しても、犯罪完遂の意思（既遂の故意）に欠け、未遂罪は成立しないと考えられる。ここでは、未遂の行為者主観が問題になる。詳しくは、佐藤・前掲注37) 97頁以下、同・前掲注21) 106-107頁参照。

116) 川田・前掲注21) 115頁でも、本決定が「詐欺罪の承継的共同正犯の成立を肯定」したとしており、未遂・既遂での区別はなされていないようである。

対象の危険が継続して存在していることには変わりなく、その意味で「だまされたふり作戦の開始いかにかわらず」詐欺未遂罪の成立が肯定される。

もともと、理論構成が異なるとはいっても、根底にある理論は異なるものではないと考えられる。だまされたふり作戦が開始していない場合、現実的因果での詐欺罪の承継的共同正犯（既遂・未遂を含む）の成否が問題となる。これについては、かねてから承継的共同正犯の成否として議論されてきたところである。この場合にも私見のような遡及的因果構成を用いることができると思われる。因果的共同犯論を前提とすると、因果は遡及せず、過去の行為・結果には因果性を及ぼすことはできないと考えられてきたが、仮定的因果の判断を要する不能犯論の判断枠組みは、それ自体が遡及的な評価を含むものであり、先行者の危険惹起に後行者が事後的に寄与したとすることで、事後的に先行者の行為・結果に因果を及ぼすことも可能であるというのが私見であった。

被害者が錯誤に陥り、詐欺既遂罪の成立可能性のある現実的な因果経過においても、先行者の欺罔行為は、単独で詐欺未遂罪を構成する。現実的因果経過においても、後行者の関与前には、後行者が受領行為を行うことにより、既遂結果を発生させることが仮定され、その因果経

過を経る可能性が高いことより、既遂結果発生危険があると認められるためである。後行者が受領行為を行うことにより、仮定されていた受領行為を現実のものとした場合には、後行者による受領行為が行われない可能性を消滅させることにより、先行者の惹起した既遂結果発生危険をさらに高めており、危険惹起への寄与があるといえるため、後行者に詐欺未遂罪が成立する。

その受領行為が成功した時点で、先行者と後行者は既遂結果を惹起したといえる。これを先行者の欺罔行為との関係で見ると、先行者の詐欺未遂罪は後行者が受領行為を行うことにより、既遂結果を発生させる危険を惹起するものであったが、後行者が受領行為を成功させることにより、既遂結果発生危険が高められ、先行者の欺罔行為は「既遂結果発生危険」を惹起する行為から、「既遂結果」を惹起する行為になったといえる。そうすると、後行者の関与は、先行者の欺罔行為の危険性を事後的に高め、その危険の最大値である危険の現実化＝既遂に至らせているといえる。このように解すれば、本決定が「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」とする点も、後行者の関与は先行者の欺罔行為の危険性を事後的に高めているため、先行者の欺罔行為にも因果関係を有するこ

とから、当然の判示であるといえよう<sup>117)</sup>。

また、後行者が受領行為のみで単独正犯としていかなる罪責も負わないのは前述の通りであり、先行者の欺罔行為に基づく受領行為を行うことにより、初めて、詐欺既遂の結果を発生させることに関与したといえる。そのため、先行者は後行者の受領行為が既遂結果を発生させる行為であると評価されることに寄与している。したがって、相互関与が認められ、共同正犯の関係にあるといえる。

このように、現実的因果における詐欺（未遂）罪の承継的共同正犯も、私見の理論構成を用いることができる<sup>118)</sup>。

### ③ 後行者の詐欺未遂罪の成立時期について

さらに、最高裁決定では明示されていないものの、私見からの解釈を前提としたとき、後行者について、詐欺未遂罪がいつ成立するのかという点も問題となる<sup>119)</sup>。

共同正犯の実行の着手時期については、共同正犯の「一人が実行に着手した時点で他の全員も未遂段階に入る」とする全体的解決説と「共同正犯の未遂開始は各関与者ごとに判断すべき」とする個別的解決説がある<sup>120)</sup>。

だまされたふり作戦事案においては、後行者は先行者の未遂に寄与しているのだから、先行者の着手時期に後行者も着

117) 先行者の欺罔行為を含め、後行者に罪責を負わせる本決定を批判するものとして、松宮・前掲注21) 123頁、小林・前掲注21) 121-122頁。

118) もっとも、このような構成は「先行者の欺罔行為→被害者の錯誤→錯誤に基づく交付→後行者の受領行為」という因果経過をたどる場合に詐欺既遂罪が成立することを前提としており、その因果経過をたどることでは既遂になるのかは別個問題となるといえる。前掲注103) 参照。

これについて、試論ではあるものの、私見では以下のように考えている。欺罔行為を行った者が受領行為も自ら行った場合、詐欺既遂罪の単独正犯が成立することに問題はないだろう。承継的共同正犯の問題となる特殊詐欺事案の場合、受領行為を行う者が欺罔行為を行った者と別の者であるが、欺罔行為→被害者の錯誤→錯誤に基づく交付→受領行為という客観的な因果経過は単独正犯の場合と何ら違いがない。そうすると、ここで生じている「結果」（被害者が受けた法益侵害ともいえるようか）は、上述した詐欺既遂罪の単独正犯が成立する場合と何ら異なるところがないと考えられる。このように、欺罔行為→被害者の錯誤→錯誤に基づく交付→受領行為という因果経過を経れば、詐欺既遂罪の「結果」が生じており、これが複数の者により分担され行われた場合は、その結果が関与者に帰責できるかということのみが問題となる。本稿の構成をとれば、欺罔行為と受領行為の両方に先行者・後行者共に関与しているといえるため、単独正犯の場合と同様にその結果を帰責できるといえよう。

119) これを検討しているものとして、佐藤・前掲注21) 106頁。また、小池・前掲注21) 82-83頁も参照。

120) 塩見淳「共同正犯における実行の着手」論叢162巻1～6号（2008年）108頁以下。

手が認められるべきと考える。全体的解決説に近いといえよう。しかし、その場合、後行者が何らの関与もしていない段階で着手が認められることになる。そこで、「事前判断によって、危険とされた行為は、潜在的な実行行為であるが、潜在の実行行為が事後判断により『具体的危険』が発生したときに、遡って潜在の実行行為が、真の『実行行為』に転化すると捉える」事後の遡及評価説のように、後行者が関与した時点で遡及的に先行者の行為が後行者との関係でも実行の着手時期となると考えるべきであろう<sup>121)</sup>。

後行者の実行の着手時期はこのように解することができると思われるが、後行者がいかなる関与をした時点で後行者との関係で未遂罪の成立が認められるかは、

さらに問題となる。

後行者が先行者の既遂結果発生の危険に寄与しているとされるのは、受領行為が既遂結果を発生させるために必要な行為であり、後行者がそれを行うことで、仮定を要する事実を現実のものとし、先行者の惹起した既遂結果発生の危険を高めるためであった。そうすると、既遂結果を発生させる因果において必要な行為、つまり、受領行為を行った時点で後行者の未遂罪の成立時期とすべきであると考えられる<sup>122)</sup>。共謀共同正犯において、共謀があった時点で共謀共同正犯の未遂罪が成立せず、実行行為者を基準に未遂の成否は判断されているため<sup>123)</sup>、これとの整合性からしてもこのように解するべきともいえよう。

121) 山中敬一『刑法総論（第3版）』（2015年）764頁以下参照。

122) 佐藤・前掲注21) 106頁も「共犯責任を基礎づけるのはあくまで既遂結果への寄与（未遂にとどまった場合には寄与可能性）であるとするれば、何ら既遂結果に寄与すべき行為は行われていないのに処罰を認めるのは妥当ではなからう」とし、「受け子の行為を待ってはじめて承継的共同正犯を認めるべきである」とする。

123) いわゆる実行従属性の問題である。未遂犯における行為犯説の立場からは、「正犯と共犯の行為は異なるという理解から、共犯処罰には正犯の実行行為が必要という共犯特殊ルール（あるいは処罰のためには『実行行為』が不可欠であるとする一般処罰ルール）の適用の一場面」（西田ほか編・前掲注86）893頁〔島田聡一郎〕と考えられるため、承継的共同正犯の場合でも、後行者が実行行為を行わない限り処罰できないとの結論を導きやすい。

結果犯説の立場からは、実行従属性は「突き詰めて考えれば、未遂として処罰するためには、犯罪がどの程度切迫した段階に至らなければならないか、という問題だから」（今井猛嘉ほか『刑法総論（第2版）』（2012年）357頁〔島田聡一郎〕）、「『共犯固有の概念』として、実行従属性は不要だとすらいえる」とされる（山口厚「共犯の従属性をめぐって」井上正仁ほか編『三井誠先生古稀祝賀論文集』（2012年）283頁）。承継的共同正犯の場合は、先行者の欺罔行為で既に既遂結果発生の危険が存在しており、後行者にそれとの因果性と正犯としての要件（正犯性や重要な役割）が認められれば、処罰することに何らの問題もないから、受領行為を待つまでもなく、共謀段階での未遂処罰も可能との結論を導き得る。

これに対して、共謀段階（先行者の受領行為の依頼と後行者の引受段階）で詐欺未遂罪の承継的共同正犯を認めることも考えられる。最高裁決定の「受領行為に関与した」という判示からは、共謀がこれに当たると解することもできる。また、裁判例の中にも共謀段階で未遂の成立を認めたとと思われるものもある<sup>124)</sup>。特殊詐欺事案では、既遂結果発生の危険が認められる仮定的因果の中で先行者が受領行為を依頼し、それを後行者が引き受けることが予定されており、それが現実化したことから、既遂結果発生の危険に寄与したともいえるだろう。そのため、共謀時に詐欺未遂罪の成立を肯定することにも、それなりの理由はあると思われ

る<sup>125)</sup>。しかし、このように解する場合、どの「行為」を捉えて後行者を共同正犯とするかが問題となろう。客観的謀議行為が認定できれば、それにより共同正犯にすることが可能であると思われる。もっとも、実務上、共同正犯の成立のために必要な共謀は「犯罪の共同遂行の合意」<sup>126)</sup>と解され、客観的謀議行為を要しないとされているため、それが認定できない場合（またはあえてしない場合）をどのように考えるかをさらに検討しなければならない<sup>127)</sup>。

理論的には、どちらもあり得る選択肢であるが、私見としては、受領行為時に後行者との関係で未遂罪が成立するとするのが妥当と考えている。先行者の詐欺

124) 佐藤・前掲注21) 106頁は、前掲名古屋高判平成28・9・21、前掲名古屋高判平成28・11・9がその例であるとする。

125) これが物理的因果なのか心理的因果なのかは判断し難い。客観的謀議行為の認定の有無にもよるだろう。心理的因果とした場合、決意の強化としての心理的因果が認められるのは、「関与者は、正犯者を激励する等して正犯者に対して支援の意思を表明することにより、正犯者に『行為にでる理由』、動機付けを提供」し、「最低限、正犯者が、提供された理由、動機付けを受け入れて犯行を行った場合」であり（島田聡一郎「広義の共犯の一般的成立要件」立教法学57号（2001年）97頁）、「片面的にも生じうるが、現に結果に影響していなければならない」とされる（島田聡一郎「共謀共同正犯論の現状と課題」川端博ほか編『理論刑法学の研究③』（2010年）53頁）。

そうすると、後行者の関与時に先行者の欺罔行為は既に行われているのだから、後行者の関与が先行者の行為の理由付けとなり、心理的因果が生じることはないと思われる。しかし、先行者は後行者の関与を期待して欺罔行為をしており、その意味で、先行者の欺罔行為を行う理由の1つとして後行者の関与があるといえる。後にその主体が確定しただけであり、心理的促進自体は先行者の欺罔行為時に発生していると考えられなくもない（このような理論構成については、山口厚『問題探求 刑法各論』（1999年）321-322頁を参照）。このような構成は、私見の週及的因果構成にも親和的であると思われる。

126) 石井一正＝片岡博「共謀共同正犯の認定」小林充＝香城敏磨編『刑事事実認定（上）』（1992年）343頁、村瀬均「共謀（一）支配型共謀」小林充＝植村立郎編『刑事事実認定重要判決50選上（第2版）』（2013年）265頁。

未遂罪は、後行者との客観的謀議行為等による意思連絡が行われなければ未遂にとどまるものである。また、意思連絡が行われたとしても、後行者の受領行為がなければ、なお未遂にとどまるだろう。そうすると、後行者は意思連絡をしたとしても、受領行為を行わないことで先行者の詐欺罪を未遂にとどめることができる。後行者が受領行為を行うことは、受領行為が行われずに先行者の詐欺罪が未遂にとどまるという因果経過を経る可能性を消滅させ、既遂に至る因果経過を経ることを確定させるものである。既遂結果発生危険を惹起するとは、既遂に至る可能性を高める、逆に言えば、既遂に至らない可能性を減少させることであり、このような寄与が認められるまでは、未遂は成立しないと考えるのが妥当であろう<sup>128)</sup>。そうすると、後行者の未遂罪は受領行為を行うことで初めて成立すると考えるべきであろう。

## 第5 おわりに

本稿ではだまされたふり作戦の受け子

の罪責について検討を加えてきた。本稿で検討してきたことを簡潔にまとめると以下ようになる。

- ① 後行者の受領行為のみを捉えて、単独犯を構成することはできない。
- ② そこで、先行者との共犯を検討することになる。しかし、先行者に成立する詐欺未遂罪は被害者が錯誤に陥らない時点で終了している。したがって、後行者の関与段階では先行者に成立する詐欺未遂罪が終了しているため、先行者と客観的な因果における共犯関係は認められない。これは承継的共同正犯であっても同様である。
- ③ もっとも、先行者の詐欺未遂罪成立に必要な危険性の判断は、後行者の受領行為を含めて検討されている。また、逆に後行者の受領行為は、先行者の欺罔行為がなければ、詐欺未遂罪となり得ない。そうすると、後行者は受領行為を行うことで自ら危険惹起しながら、先行者の危険惹起に関与しているといえ、先行者も自ら危険惹起しながら、後行者の危険惹起に関与しているため、

127) 通常の共謀共同正犯の場合は、共謀に基づく一部の者の実行行為を他の共犯者も共同実行したとして、行為を認定していると思われるが、承継的共同正犯の共謀時には、未だ共謀に基づく実行はないため、このような問題が生じると考えられる。もっとも、前掲注125)のように、遡及的に先行者の欺罔行為に寄与したことから、後行者もこの行為を共同実行したという理論構成はあり得るだろう。

128) これについては、前掲注100) 参照。

両者に詐欺未遂罪の共同正犯が成立する。

- ④ ここでは、既遂結果発生の危険として「承継的共同正犯によって詐欺既遂罪に至る危険」の有無が判断されている。この判断は、承継的共同正犯によって詐欺既遂罪になる因果経過を仮定して、その因果をたどる可能性がどの程度であったかを検討するものである。このような仮定された因果における承継的共同正犯は、客観的な因果経過において成立する承継的共同正犯とは理論的に異なる。
- ⑤ もっとも、両者は理論的には異なるものの、その根底にある理論的構成は同じものである。客観的因果においても、後行者の関与前は後行者の受領行為が仮定されているため、後行者の受領行為が遡及的に先行者の欺罔行為に因果を有すると構成することが可能であり、これによって、後行者は先行者の欺罔行為を含めて詐欺（未遂）罪の

罪責を負うと解することができる。

このような私見は、新たな理論や判断枠組みを提供するものではない。従来の理論や枠組みを用いて、それを再構成したという面が強いが、最高裁決定の判示を矛盾することなく説明可能である。また、このような構成からは、最高裁決定は不能犯論を用いる裁判例の延長線上にあるといえ、原判決を是認した最高裁決定の判示も説明できるといえよう。

共犯における未遂（承継的共同正犯の未遂を含む）については、詳細に論じたものが少なく、だまされたふり作戦の受け子の罪責における最高裁決定・裁判例の出現は、この点について多くの問題点を提起するものである。本稿はこの問題点につき一応の解答を示したが、不十分な点も多いだろう。本稿により、この問題点の議論がさらに活発化することを期待したいと思う。