

詐欺未遂において加担後の行為が有する危険の判断方法

【文 献 種 別】 判決／大阪高等裁判所

【裁判年月日】 平成 29 年 10 月 10 日

【事 件 番 号】 平成 29 年（う）第 651 号

【事 件 名】 詐欺未遂、盗品等運搬被告事件

【裁 判 結 果】 控訴棄却（確定）

【参 照 法 令】 刑法 246 条 1 項・43 条・250 条

【掲 載 誌】 判例集未登載

LEX/DB 文献番号 25561419

事実の概要

本件は、氏名不詳者が被害者に対し、警察官や日銀職員を名乗って電話をかけて欺罔したため、被害者は一旦定額預金を解約するなどして 880 万円を引き出したが、大金を家に置いておくことが怖くなり近くの A 銀行の口座に入金をして帰宅したところ、氏名不詳者がさらに電話で「それでは手続きができない」などと述べて金を下ろすように言ったため、翌朝、不審に思った被害者が警察官に相談するなどして「だまされたふり作戦」が開始され、被害者が A 銀行から 880 万円を下ろして自宅に戻った後、日銀職員を装って被害者宅を訪れ被害者が差し出した袋を受け取ろうとした被告人を、警戒していた警察官が詐欺未遂の現行犯人として逮捕したというものである（被告人は、他に、盗品等運搬罪についても起訴されている）。

第一審（大阪地判平 29・5・9 公刊物未登載）は、被告人と氏名不詳者との間の証拠上認定可能な共謀成立時期は「だまされたふり作戦」が開始された後であると認定した上、被告人については「共犯関係に入った時点で結果発生の現実的危険があったか否かによって犯罪の成否を判断すべきである。」と述べ、いわゆる「具体的危険説」に依拠して詐欺既遂の結果発生の危険性はあったとし、詐欺未遂の実行共同正犯を認定した。被告人より控訴。

判決の要旨

控訴棄却。

1 本判決は、解説で述べるような理由から「本件においては、被害者が知人を通じて警察署に通

報するよりも前に共謀が成立していたと優に認定されるものと考え。」と述べるとともに、原判決が「客観的にみれば結果発生の危険性がないことを前提としながら、被告人において同作戦が開始された事実を認識しておらず、一般人も認識し得ないことを根拠に、被告人に詐欺未遂の共同正犯の成立を認めたものであるとすれば、そのような法令の解釈適用は疑問というべきであるが、同作戦が開始された後であっても、当該詐欺行為が既遂に至る可能性が完全なくなるわけではなく、未遂犯としての処罰に値する程度の結果発生の現実的危険はなお存在しており、同作戦開始後に受け子となることを引受けた者についても、詐欺未遂の共同正犯としての罪責を免れないと解される」と述べた。

2 「具体的危険説」に依拠した判断については、「原判決が、未遂犯と不能犯の区別に関するいわゆる具体的危険説に依拠していることは明らかであるが、同説は判例として実務上確立した解釈となっているわけではないし、学説上も、有力な反対説が存することは周知の事実であるから、同説を採用するのであれば、それが妥当すべき根拠を示さなければならないと考えられる。」「また、……原判決は、だまされたふり作戦の開始により、以後、当該詐欺行為が既遂に至る可能性は客観的には完全になくなっており、同作戦開始後に受け子となることを引き受けた者の行為も、客観的にみれば結果発生の危険がないことを前提としているものと理解される。しかし、そうであるとすると、客観的にみておよそ結果発生の危険のない行為について、そのことを本人が認識しておらず、一般人も認識し得ないこと、換言すれば、本人及びその場に置かれた一般人は結果発生の危

険があると認識するであろうことを根拠として、処罰の対象とすることとなり、そのことはとりもなおさず、法益の侵害ないしその危険性とは無関係に、行為者の犯罪的意図の表れと認められる行為について、その意図自体の危険性を根拠に処罰することにほかならない。」とし、「原判決の見解では、一般人が認識困難であること等を根拠に、同作戦が開始された事実をあたかも存在しないものとみなした上で、詐欺の結果発生の実害の危険性を肯定することとなるのであって、このような見解は、詐欺未遂の共同正犯を認めるための、あまりに便宜的な解釈ではないかとの疑問を禁じ得ない。」と述べている。

3 もっとも、だまされたふり作戦が開始された場合でも、「犯人らは、同作戦が実施されている間も、被害者に対する金品詐取に向けての働きかけを継続しており、当該行為自体には、詐欺の結果を発生させる危険があることは明らかである。そして、だまされたふり作戦が開始されたからといって、詐欺の結果発生を完璧に阻止できるとは限らないし、いかに万全の態勢でだまされたふり作戦が実施されたとしても、同作戦の中止・中断等により、当該特殊詐欺の結果発生が阻止される状態が解消する可能性も存する。」等とし、「同作戦が実施されている間は、同作戦の成功により詐欺が未遂にとどまるかどうかは未確定の状態にあり、犯人らが金品詐取に向けての行為を継続している以上、詐欺の結果発生の実害の危険もなお存在していると理解すべきこととなる。」と述べた。

判例の解説

一 本判決の意義

1 本判決は、認定事実としては「だまされたふり作戦」が開始される前に共謀が成立していたとしつつ、「具体的危険説」に依拠して危険を認めた原判決を批判し、なおかつ、同作戦開始後でも危険はあるとしたものである。

2 「だまされたふり作戦」が開始された後にそれを知らずに受け子となって財物の交付を受けようとした人物については、①従来の下級審判例は、本件の原判決と同じく、「具体的危険説」に依拠し、被告人の立場に置かれた一般人も同作戦の開始を知り得ないことを理由として、受け子の

加担後の行為に詐欺既遂の結果発生の実害はあるとして、詐欺未遂の共同正犯を認めてきた¹⁾。もっとも、これに先立ち、②同作戦開始後の受け子の行為には詐欺罪の実行行為としての危険はないとした裁判例も、散見された²⁾。

3 他方、最高裁は、今のところ、この種の事案に関して、未遂犯と不能犯の区別について態度決定をしていない。ただ、③すでに詐欺未遂が成立している氏名不詳者らと共謀の上、「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」以上、「だまされたふり作戦の開始いかにかわらず、被告人は、その加功前の本件欺罔行為の点も含めた本件詐欺につき、詐欺未遂罪の共同正犯としての責任を負うと解するのが相当である。」³⁾と述べるだけである。これでは、まるで氏名不詳者が成立させた詐欺未遂の罪責は、受け子がそれと一体のものとして予定されていた受領行為を行った以上、それ自体が詐欺既遂結果をもたらす危険性を有しなくても、受け子に承継されると述べているようである。

4 このような中で、④本判決は、「具体的危険説」にも依拠せず、かつ氏名不詳者による詐欺未遂が受け子に承継されるという構成も採らずに、だまされたふり作戦が開始された後でも詐欺の結果発生の実害があるとして受け子に詐欺未遂の共同正犯を認めた点で、きわめてユニークなものである。

つまり、だまされたふり作戦開始後に加担した受け子に関する現在の裁判例の理論は、以上の①～④のタイプに分かれているのである。

もっとも、本判決では、この部分は「傍論」のようである。というのも、この判決は、要するに、だまされたふり作戦が開始されるまでに、より正確には被害者が錯誤から脱却する前に、すでに被告人は氏名不詳者と共謀を遂げたと述べた上で、だまされたふり作戦の開始後に受け子となることを引き受けた者の罪責を論じているからである。

二 「共謀」時期の認定について

1 そこで、まず、本判決による「共謀」の前提として認定が「論理則・経験則」からみて妥当なものであるのかが検討されなければならない。

本判決は、被告人の携帯電話の発信記録をも

とにして、被告人は被害者宅訪問前日の「午後2時37分から午後10時57分までの間の各発信時には愛知県内におり」、訪問当日の「午前5時16分に岐阜県内にいたことが確実に認められ……被害者がA銀行に行った時点……には、黒色の上下のスーツを着て、メガネとマスクを付けるという姿で、同銀行の前にいたという事実から、被告人は、遅くとも犯行前日の夜以降、「その生活の本拠がある愛知県又はその周辺にいた時点で、氏名不詳者らとの間で、日本銀行の職員に成りすまし、被害者がA銀行に預けた880万円を引き出させてこれを詐取する旨の謀議と遂げ」たと推認している。

その上で、「被害者が知人を通じて警察署へ通報したのは……午前7時過ぎころであり、被告人が黒色のスーツを着てA銀行前にいたのは同日午前9時30分頃であるところ、愛知県内又はその周辺から大阪市内にある上記銀行に移動するだけでも優に2時間程度は必要であって、午前7時過ぎから午前9時30分頃までの2時間余りの間に被告人が氏名不詳者らと上記共謀を遂げて受け子となることを引き受け、必要な準備をした上で、上記銀行まで移動してくるなどということが、あり得ないことは明らかである」と述べるのである。

2 しかし、氏名不詳者との間には以前から親交があり、詳しい話は後回しにしてともかくスーツを用意して大阪まで行ってほしいという話が先に被告人との間で交わされ、共謀は当日7時ごろからなされたという可能性も、携帯電話が普及した現代の経験則からすれば否定し去ることはできないように思われる。つまり、共謀は犯行当日7時までに行われたと「断定」することは経験則に反する疑いを払拭できないのである。

三 「詐欺の結果」発生危険

1 他方、だまされたふり作戦が開始された後にも存在すると本判決が述べる「危険」は、被害者または警察官が詐欺であることを断定できず、そのために錯誤状態を解消できずに財物交付に至ってしまうか、あるいは、警戒していた警察官が財物交付を受けた受け子を取り逃がすことによって財物を奪われる危険であると思われる。

前者は、厳密には「だまされたふり」に至っていないがゆえに残存する「詐欺既遂結果発生危険」であり、また、後者は「錯誤に基づく財物交

付の危険」ではなく、何らかの理由で作戦が失敗し財物が奪われる危険である。ゆえに、前者は厳密にはだまされたふり作戦開始後の危険ではなく、また後者は「詐欺既遂」とは別の「財物窃取」の危険である。なぜなら、「詐欺既遂」とは、被欺罔者が錯誤に陥ったままで財物を交付または財産処分をすることを要するからである。

ゆえに、本判決は、だまされたふり作戦が開始された後も「詐欺既遂」の危険が存在することを論証できていない。

2 加えて、本件では、「だまされたふり作戦」開始までの間、被告人は被害者と接触していないのであるから、本件詐欺を既遂にするための犯行寄与を何もしていないように思われる⁴⁾。

あるとすれば、大阪への移動とスーツの準備であるが、それは詐欺の予備行為ではあっても、詐欺の実行そのものではない。被告人が犯行現場近くに住んでいてスーツも持っていた場合と比較してみれば分かるように、犯罪地への移動とスーツの準備そのものを犯罪実行に匹敵する犯行寄与とみるわけにはいかないであろう。

四 「具体的危険説」に対する批判の妥当性

1 さらに本判決のユニークな点は、「具体的危険説」を「判例として実務上確立した解釈となっているわけではない」と断言したところにもある。たしかに、大審院や最高裁の判例には、「具体的危険説」に依拠したものはない。ここでは、依然として判例は「相対的不能・絶対的不能区別説」に親和的である⁵⁾。その点で、「同説は判例として実務上確立した解釈となっているわけではない」とする評価は正確である。

2 もっとも、同説につき「法益の侵害ないしその危険性とは無関係に、行為者の犯罪的意図の現れと認められる行為について、その意図自体の危険性を根拠に処罰することにほかならない。」とする批判については、異論もあり得るであろう。というのも、危険性を結果発生の可能性と同義と解するなら、我々は往々にして、情報の不足により結果発生の有無が分からない場合を「危険」と評価することがあり得るからである。

たとえば、左右の見とおしがきかない交差点に徐行せずに自動車で進入する場合などがこれに当たる。この場合、現実には交差道路からやってくる車や歩行者はなかったとしても、この進入を

我々は危険と評価し、これに罰を与えようとするであろう⁶⁾。しかし、このことをして、「その意図自体の危険性を根拠に処罰することにはかならない。」とする評価は聞いたことがない⁷⁾。

3 とりわけ、行為者の行動に対して、既遂結果は発生しなくても、結果惹起を禁止する規範が動揺させられたと人々が感じる「印象」が未遂処罰の根拠であり、この動揺を鎮めるために刑罰が加えられるのだとする「印象説」の支持者からは、「具体的危険説」が行為者の「意図自体の危険性を根拠に処罰すること」とする評価には、強い異論が唱えられるものと思われる。それは行為者の意図の危険性を根拠に処罰しているのではなく、行為が与える規範動揺の印象を根拠に処罰しているのだとするのである。

4 いずれにしても、未遂処罰には、薬物の錯誤の事例⁸⁾のように、構成要件的に重なり合っていない錯誤について行為者の意図した犯罪の未遂で処罰することにより妥当な解決を図るという機能も存在する。ゆえに、危険概念については、その広がりを意識した態度決定が必要であろう。

五 最高裁のとまどい

1 前述のように、最高裁⁹⁾は、だまされたふり作戦が開始された後に加担した受け子の罪責につき、「不能犯」問題を回避して「承継的共同正犯」のみで解決を図ろうとしているようにみえる。その理由は、一方で従来の最高裁判例との矛盾を恐れ、他方でこのような異論を意識したからではないかと思われる。

2 しかし、これでは、「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」と述べた最高裁自身の考え方¹⁰⁾と、ひいては、論者が「因果的共犯論」と称する考え方とも矛盾する。

のみならず、このような「承継責任」肯定説では、「受け子」は共謀したとたんに詐欺未遂の共謀共同正犯になりかねない。なぜなら、共謀後の行為が不能でもよいなら、いっそなくてもよいともいえるからである¹¹⁾。それは組織犯罪処罰法6条の2をも超える不当な「共謀罪」の拡張である。

3 ゆえに、裁判所には、だまされたふり作戦開始後の「不能犯」問題を回避せずに、慎重に判

断することを期待したい。

●——注

- 1) 名古屋高判平28・11・9LEX/DB25544658、福岡高判平28・12・20LEX/DB25545320、大阪高判平29・5・24LEX/DB25448842、福岡高判平29・5・31LEX/DB25448712等。
- 2) 福岡地判平28・9・12LEX/DB25543872等。
- 3) 最決平29・12・11刑集71巻10号535頁。本決定につき、松宮孝明「判批」法セ759号(2018年)123頁も参照されたい。
- 4) 橋爪隆「特殊詐欺の『受け子』の罪責について」研修827号(2017年)11頁は、正当にも、「共謀」そのものではなく「共謀に基づく具体的行為」の危険性が重要だとしている。
- 5) 大判大6・9・10刑録23集999頁(「硫黄事件」)、最判昭25・8・31刑集4巻9号1593頁、最判昭37・3・23刑集16巻3号305頁(「空気注射事件」)。
- 6) ゆえに、道路交通法では、左右の見とおしがきかない交差点に進入する際には車両に徐行が義務づけられている(同法42条1号)。
- 7) なお、橋爪・前掲注4)は、「具体的危険説」をして「判断基底」と「判断基準」を区別せずに「判断基準」についても一般人の知り得る法則を用いるものと理解した上で同説を批判している。しかし、そもそも「具体的危険説」では、たしかに結果不発生の要因が行為者と同じ立場に置かれた一般人にとって認識不可能であった場合にはこの要因を判断資料から排除するが、そのようにして限定された情報に基づいた危険の判断は、合理的・科学的に行うものであった。「具体的危険説」を支持するヒッペルは、「判断の基礎に置かれるのは、行為の時点で行為者の立場に置かれた客観的で専門的な判断者である。」と述べている。R. v. Hippel, Deutsches Strafrecht, 2. Band, 1930, S. 427. むしろ、結果をもたらす事実があり得たかどうかで危険を判断しようとする山口厚『刑法総論〔第3版〕』(有斐閣、2016年)290頁は、「仮定的事実の存在可能性」の判断基準を一般人が「ありえたことだ」と判断するか否かに求める点で、「具体的危険説」と同質のものと思われる。
- 8) コカインと誤信して覚せい剤を所持したという事例(最決昭61・6・9刑集40巻4号269頁)のような事案では、その客体が構成要件的に重ならない錯誤につき、麻薬を所持していない被告人に無理に麻薬所持罪を認めるよりは、「具体的危険説」に依拠して同罪の未遂を認めたほうが無理がない。
- 9) 前掲注3) 最決平29・12・11。
- 10) 最決平24・11・6刑集66巻11号1281頁。
- 11) 松宮・前掲注3) 123頁。