

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うえ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責任を負うとされた事例

【文 献 種 別】 決定／最高裁判所第三小法廷

【裁判年月日】 平成 29 年 12 月 11 日

【事 件 番 号】 平成 29 年（あ）第 1079 号

【事 件 名】 詐欺未遂被告事件

【裁 判 結 果】 上告棄却、有罪

【参 照 法 令】 刑法 60 条・246 条 1 項・250 条

【掲 載 誌】 刑集 71 巻 10 号 535 頁、裁時 1690 号 18 頁、判時 2363 号 137 頁、判時 2368 号 15 頁、判タ 1448 号 62 頁、家判 14 号 60 頁

◆ LEX/DB 文献番号 25449113

國學院大學教授 甘利航司

事実の概要

一審（福岡地判平 28・9・12 刑集 71 巻 10 号 551 頁）は、以下のような事実ⅠとⅡを認定している。

A を名乗る氏名不詳者が、本件被害者である B 方に複数回にわたり電話をかけ、B に対し、当選金額が必ず当たるロト 6 の特別抽選に選ばれた旨申し向けた。そして、A は B に対して、特別抽選に参加するには C 銀行に金を払わなければならない等と申し欺き、B はそれを信じた。B は、A の指定する送付先に、平成 27 年 3 月 4 日に 50 万円を、そして 3 月 13 日に 150 万円をそれぞれ宅急便で送った（事実Ⅰとする）。

このような事実Ⅰの後、次のような事態が生じた。A は、平成 27 年 3 月 16 日に、B に対して① B 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、A が 100 万円を立て替えて支払った、② C 銀行にばれて今回の抽選がなくなった、③ C 銀行に違約金を払う必要があり、それをしないと今度の抽選にも参加できない、といった虚偽の事実を述べ 150 万円の交付を要求した。B は、東京に住む息子にそのことを相談したところ、詐欺に遭っているといわれ、警察に相談し、自分がだまされていたことを認識した。警察官は、B に対して、詐欺の犯人を捕まえるために、引き続きだまされたふりをしてほしいと依頼し、B はそれに応じることとした。A は、送付先を本件受領場所、宛名を D、そして商品を「本」として現金を送付するように指示した。B は、現

金を入れることなく、指定された場所に荷物を送付した。3 月 25 日に、配達員を装った警察官が荷物を持参し、本件受領場所に赴き、宅急便である旨述べたところ、室内にいた被告人が対応し、D かと問われた被告人は D である旨述べた。そして、サイン欄に D と書き、本件荷物を受け取った直後、警察官は被告人を詐欺未遂の現行犯として逮捕した。なお、被告人は、3 月 24 日に、A から本件荷物の受領の依頼を受けたという事情がある（事実Ⅱとする）。

この事実Ⅱに関して、被告人の罪責が問題となった。一審は、3 月 24 日に A らと被告人に本件詐欺の共謀が認められるとしつつも、次のように述べて被告人を無罪とした。A は B に欺罔行為を行っているが、被告人の共謀加担前の事情であるから、それについて被告人が罪責を負うことはない。本件荷物は、A の欺罔行為により生じた錯誤に基づき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罪の構成要件に該当する行為ではなく、実行行為にあたらぬ。

それに対して、二審（福岡高判平 29・5・31 刑集 71 巻 10 号 562 頁）は、次のように述べて有罪とした。「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」。そのため、「欺罔行為の終了後、財物の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、役割の重要度等に照らせば正犯性も肯定できる」。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ったといえるかが問題となる。その判断においては、「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」。本件では、だま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のであるから、「これを法益侵害の危険性判断に際しての基礎とすることは許されない」。「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」。

弁護人は、以上に対して、承継的共同正犯に関する最決平成 24 年や不能犯に関する最判昭和 37 年（後述）との齟齬等を指摘して上告した。

決定の要旨

最高裁は、上告趣意のうち、判例違反という点は、事案を異にする判例を引用するとし上告を棄却したうえで、以下のように職権で判断した。

「〔以上〕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、共犯者らと共に謀の上、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ににかかわらず、被告人は、その加功前の本件欺罔行為の点も含めた本件詐欺につき、詐欺未遂罪の共同正犯としての責任を負うと解するのが相当である」。

判例の解説

一 本判例の意義と検討の前提

最決平 29・12・11 刑集 71 巻 10 号 535 頁（以下、「本判例」とする）は、振り込め詐欺において、だまされたふり作戦が開始された後、他の関与者らに連絡を受けて、受け子として関わった者の罪責について、詐欺未遂罪の共同正犯の成立を認めた。このような事案については、従来から議論があり下級審判決において判断が分かれていた。それは、未遂犯・不能犯の議論と承継的共同正犯の議論が交錯する非常に複雑なものであるからである。

本判例が、最高裁として、実務的に決着をつけたということには非常に大きな意味がある。だが、決定要旨があまりにも短い。また、「〔以上〕の事実関係によれば」という断り書きが存する。そうすると、事例判断としての側面が強い可能性もある。そこで、本判例の意味するところは、注意深く検討する必要がある。

二 弁護人の主張する 2 つの判例との関係

1 最決平成 24 年

本判例は、先行者による犯罪への関与の後、関与した後行者の罪責を扱う、いわゆる承継的共同正犯と呼ばれる問題領域を扱っている。本判例に先立って、最高裁としてはじめてこの問題を扱った最決平 24・11・6 刑集 66 巻 11 号 1281 頁をみてみたい。

これは、A が被害者（2 名）に対して暴行を加えた後、A らと共に謀のうえ、被害者への暴行に関与した被告人の罪責を扱ったものである。一審も二審も、被告人は被害者が暴行等により負傷していることを認識したうえで、自己の犯罪遂行の積極的に利用する意思のもとに共謀加担しているとし、共謀成立前の先行者の傷害についても、承継的共同正犯としての責任を負うとした。それに対し、決定要旨は、被害者のそういった状態を利用して更に暴行に及んだとしてもそれは更に暴行を行った「動機や契機」にすぎず、加担前の傷害結果について刑事責任を問うことはできないとし、そのうえで注目すべき判断を示した。いわく、「共謀加担前に A 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」、と。ここでは、当然、因果的共犯論の議論が背景にある¹⁾。そして同理論に依拠し、傷害罪の共同正犯の成立を否定した。しかし、同決定には、補足意見が付されており、傷害罪の共同正犯を否定することについては法廷意見と同じであるが、「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效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得るので、承継的共同正犯の成立を認め得る」としていた。

本判例は、正に、最決平成 24 年の（法廷意見及び）補足意見の議論の延長にある。判示事項の「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」という言明にみられるように、本判例は、詐欺罪については、傷害罪とは異なり、後行者に共同正犯が認められることを明示したのである。

なお、大審院においては、詐欺罪の承継的共同正犯が認められた事案が存在する（大判明 43・2・3 刑録 16 輯 113 頁、大判明 44・11・20 刑録 17 輯 2014 頁）。しかし、これらは、後行者が先行者による欺罔行為に事後的に関与しているものである。その意味で、本判例は、財物取得に関わっただけの後行者について新たな判断を示している。

いずれにせよ、本判例は、最決平成 24 年と異なる事案を扱ったものであり、また、その判断が同決定と矛盾するものでもない。

2 最判昭和 37 年

本判例においては、だまされたふり作戦が実施されていることゆえに、結果発生危険性がないのではない、つまり未遂犯としての不法はなくなっているのではないかが問題となる。弁護人は、最判昭 37・3・23 刑集 16 巻 3 号 305 頁との齟齬を主張する。この事案は、被害者に対して空気注射をして殺害しようとしたものであるが、「静脈内に注射された空気の量が致死量以下であっても被注射者の身体的条件その他の事情の如何によっては死の結果発生危険が絶対にはない」として殺人未遂罪を認めている。これは、いわゆる絶対的不能・相対的不能と呼ばれる判断基準に依拠している（同様の判断基準としては、大判大 6・9・10 刑録 23 輯 999 頁）。

もっとも、不能犯に関する（裁）判例は、ある一貫した判断基準に依拠しているわけではない。そのことから、本判例の調査官解説は、「抽象的な規範を定立しているわけではなく、個別具体的な事案を前提に妥当な解決を図ることを念頭において不能犯の成否を検討している²⁾」とする。確かに、上述のような客観的危険説ではなく、一般人の視点により決するものも存在する（例えば福岡高判昭 28・11・10 高刑判特 26 号 58 頁、広島高判昭 36・7・10 高刑集 14 巻 5 号 310 頁）。こういった一般人の基準で危険性を判断する見解を具体的危険説というが、本判例の二審は、正にこの説に基づいている。そこでは、「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」とされていた。そのうえで、本件では、だま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としたうえで、「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」としている。一審も具体的危険説に依拠しているということでは同じであるが、二審では、一般人も行為者（ら）も認識していなかったということから、これを法益侵害の危険性判断の基礎事情とできないとしているのである³⁾。つまり、認識していなかった以上、だまされたふり作戦があったとして危険性を判断するわけではないこととなる。

本判例にも「だまされたふり作戦が開始されたことを認識せずに」、「だまされたふり作戦の開始いかんにかかわらず」といった文言が見受けられる。そのため、こういった二審の判断が維持されている可能性が高い。

なお、本判例には、不能犯の議論が登場していない。先行者によって詐欺罪の欺罔行為がなされ、そこで詐欺未遂罪の危険性が生じる。そうすると、本判例の調査官解説が述べるように、その危険性が継続するかという問題はあるが、少なくとも、実行の着手がそもそもあるかという、典型的な不能犯の問題とは異なるのである⁴⁾。

もともと、詐欺罪の（裁）判例では、欺罔行為の時点で実行の着手が認められることから、被害者が看破して既遂に至らないような事情が介在していても、不能犯とはならない（大判昭 3・9・17 刑集 7 巻 578 頁、東京高判昭 26・8・14 高裁特報 21 号 170 頁）。また、学説には、被害者側において防御措置が講じられた場合において、なお未遂犯が成立するかという問題を扱うものがあり、本判例と同様の問題意識を有するものがあるが、それでも不能犯とは考えられてはいなかった⁵⁾。

本判例は、いずれにせよ、最判昭和 37 年が想定しているような事案とは異質であり、また、その示した判断基準が同判決と異なることは不当ではない。

三 因果的共犯論の意味

本判例が問題となるのは、因果的共犯論を意識している最決平成 24 年との関係である。因果的共犯論の字義に忠実である限り、本判例が先行者の欺罔行為についてまで責任を負うとしていることは、妥当ではないという評価となる⁶⁾。そのようなこともあり、学説上は、本判例は因果的共犯

論と「距離をとった」ものであるとする見解もある⁷⁾。また、本判例の調査官解説は、因果的共犯論等の「特定の立場を採ることを明らかにしたものではない」ともする⁸⁾。しかし、最決平成24年との整合性を考えるならば、因果的共犯論を前提としたうえで、その帰結を正当化せざるを得ない。例えば、本判例の「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」という判示を解釈するに際し、受領行為に関与するというのは、後行者にとって、あくまでも、その関与時点以降の事態を問題にしていると考えすることは可能であるだろう。そうすれば、因果的共犯論と矛盾するものとはならなくなる⁹⁾。

学説上も、既に、詐欺罪のように、欺罔行為と財物取得行為が有機的に結びついている場合には、後行者が、「不可分一体の構成要件該当事実の主要部分である『財物の交付を受ける』行為を行うならば、それによって詐欺罪の構成要件該当事実全体」について支配を有するとする立場が示されていた¹⁰⁾。この立場は、因果的共犯論の基本的なスタンスを共有したうえで、更に、後行者が共同正犯となるのは、「承継的」という特別のルールに依拠しているのではなく、共同正犯論の本来の帰結であるとしている。以上のような議論は、本判例の趣旨を正確に説明する。

ところが、こういった議論を展開すると、それは限定肯定説（代表的なものとして大阪高判昭62・7・10判時1261号132頁）の示す帰結と近似してくる。そして、実は、最決平成24年も従来の基準と齟齬がないとする注目すべき主張がある。この見解は、同決定は、先行者の傷害が、後行者にとって暴行を行う「動機」にすぎないとしただけであり、それは傷害に限定されるのであり、強盗・詐欺・恐喝等の財産犯においては、そういった「動機」を超えたものであるとする。つまり、最決平成24年は、大阪高判昭和62年のような基準を採用したというのである¹¹⁾。本稿はこのような見解が正鵠を射ていると考えている。そうすると、一方で、最決平成24年は限定肯定説を採用したものであり、既に下級審で一般化していた、傷害結果についての承継を否定したものにとすぎず、それを因果的共犯論によって理論構成したものといえる。他方で、最決平成24年をめぐる、因果的共犯論の理解に関して各種の議論が生じたところ、

本判例は、同理論に実務的といってよい柔軟な位置づけを与えたと考えられる。

四 未遂不法の継続の問題

本判例は、先行者によって「詐欺未遂の不法」が形成され、そこに関与した以上は、後行者は詐欺未遂罪の共同正犯であるとしている。だまされたふり作戦の開始いかんにかかわらず、という言い方が示すように、結果発生が阻止されたとしても、この不法が継続するというのであろう。そして、本判例は、先行者がだます意思を有している以上、それは認められるという趣旨で考えている可能性がある。そのため、「共犯者の犯罪遂行意思を維持又は強化した」と評価して後行者の処罰を肯定する見解がある¹²⁾。また、（幫助の限度で承継を認める文脈ではあるが）先行者の正犯不法を介して「結果発生を促進し、共犯固有の不法を実現する」という内容の処罰根拠は充足されるとするものもある¹³⁾。

しかし、先行者の形成した不法に対して、後行者による維持・強化・促進が認められるかは、詳細な検討を要することであると思われる¹⁴⁾。やはり、目的物が失われているという事情は、あまりにも重大な問題であるからである。

●——注

- 1) 石田寿一『最高裁判所判例解説刑事篇（平成24年度）』（法曹会、2015年）454～455頁。
- 2) 川田宏一『最高裁判所判例解説刑事篇（平成29年）』（法曹会、2020年）245頁。
- 3) 判時2363号123頁〔匿名解説〕。
- 4) 川田・前掲注2）257頁。
- 5) 中山研一＝浅田和茂＝松宮孝明『レヴィジオン刑法2 未遂犯論・罪数論』（成文堂、2002年）98～105頁。
- 6) 例えば、小林憲太郎『刑法総論〔第2版〕』（新世社、2020年）320～325頁、町野朔『刑法総論』（信山社、2019年）416～418頁。
- 7) 樋口亮介「承継的共同正犯」法時92巻12号（2020年）37頁。
- 8) 川田・前掲注2）256頁。
- 9) 安田拓人・法教451号（2018年）143頁。
- 10) 橋本正博「『承継的共同正犯』について」井田良ほか編『川端古稀（上巻）』（成文堂、2014年）598頁。
- 11) 高橋則夫『刑法総論〔第5版〕』（成文堂、2022年）508頁。
- 12) 深町晋也・論ジュリ36号（2021年）235頁。
- 13) 照沼亮介・判評721号（2019年）23頁。
- 14) 門田成人・法セ746号（2017年）121頁参照。