

**特殊詐欺において警察側の「だまされたふり作戦」が実施され、その後に関与した「受け子」に詐欺未遂罪の承継的共同正犯が認められた事例**

【文献種別】 判決／名古屋高等裁判所  
【裁判年月日】 平成28年11月9日  
【事件番号】 平成28年（う）第195号  
【事件名】 詐欺、詐欺未遂被告事件  
【裁判結果】 原判決破棄、有罪  
【参照法令】 刑法246条1項・250条・60条  
【掲載誌】 判例集未登載

LEX/DB 文献番号 25544658

**事実の概要**

被告人は東京都内で便利屋を営んでおり、指示された場所で荷物を受け取り、指示された場所へ運ぶ「バイク便」の業務も行っていた。平成27年2月14日から24日の間において、本件依頼人から、指示された場所で荷物を受け取り、そこにいる男に荷物を渡すことを数度にわたり電話で依頼され、被告人（又は従業員）がそれを行い、報酬を受け取った。しかし、ここでは以下のような特殊な事情が存する。指示された場所はマンションの空室であり、被告人（ら）は依頼人から暗証番号を教えられたうえで入り荷物を受け取っている。報酬は3万円と高額であり、19日の依頼においては4万円に増やす提案が依頼人からなされている。そして、23日の依頼においては、荷物の受取場所が途中で変更されているのである。

氏名不詳者らは、平成27年2月上旬に、浜松市在住のBに対し電話で話し、誤信したBに3回にわたり都内の空室に現金を送付させていた（この受け取りに被告人は関与していない）。そして、氏名不詳者らは、24日にBに電話をかけ、残代金を支払うように述べ、Bに現金を江東区内の住所「1」宛に送付させた。その後、被告人は、本件依頼人からバイク便での受け取りを依頼され、空室「1」で荷物を受け取り、それを指示された喫茶店の路地裏にいる男に渡し、報酬4万円を受け取った（「B事件」）。

B事件と同一の詐欺グループである氏名不詳者らは、平成27年2月上旬に、名古屋市在住のIに対し電話で、指定された場所に現金を送付しな

ければ刑事訴追を受けるものと誤信させ、3回にわたり現金を都内の宛先に送付させた（この受け取りに被告人は関与していない）。次いで、2月24日、氏名不詳者らは、Iに対し、更に現金を送付させようとして電話をかけたが、Iは25日昼頃に長女と警察に行き相談し、詐欺であることが分かった。そして、Iは、警察の「だまされたふり作戦」に協力して、氏名不詳者らが指示してきた、大田区内のマンションの空室「u」宛に、現金入りに見せかけた箱を送付した（同室はモデルルームとなっており、居住者がいない）。被告人は、25日午後5時頃、本件依頼人から、荷物を受け取って運ぶ仕事を4万円に依頼された。被告人は、この仕事を従業員Fに行わせることとし、翌日早朝に仕事の指示をした。Fは、26日に、教えられた通りに、暗証番号を使用するなどして居室「u」に入った。そして、配達員を装った警察官から荷物を受け取った（「I事件」）。

一審である名古屋地判平28・4・15（LEX/DB25448222）は、B事件に関して、被告人には「（送り主が）だまされて財産的価値のある物を空室に送っているのかもしれないという認識はあった」として詐欺罪の故意を認め、更に、依頼の際の電話により、氏名不詳者らと共謀が成立しているとして、詐欺罪の承継的共同正犯を認めた。しかし、I事件に関しては、詐欺未遂を認めず無罪を言い渡した。そして、検察官による控訴がなされた。

**判決の要旨**

「原判決の判断は、Iが警察に相談した時点で一旦生じていた詐欺既遂の現実的危険が消失し、

結果惹起は後発的に不能となっていたとするものであり、これは、氏名不詳者らや、その後に本件詐欺に関与するに至った被告人との関係でも、純客観的に本件詐欺の危険性の有無を判断したものと理解されるが、この判断は是認できない。

すなわち、本件のように、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、共犯関係に入った時点で結果発生の現実的危険があるか否かによって判断すべきであると考えられる。これは、単独犯で結果発生が当初から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不能犯の問題と、基本的に同じ問題状況にあると考えられるのであるから、上記犯罪の成否を考えるに当たっては、不能犯の場合と同様の判断方法を用いるべきである。すなわち、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。」

「Iが警察に相談して模擬現金入りの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。そうすると、被告人が本件依頼人から依頼を受けた時点でも、詐欺既遂の結果発生の現実的危険はあったとみるべきこととなり……、被告人が氏名不詳者らとの間で共謀したとみられれば、被告人に詐欺未遂罪の共謀共同正犯が成立し得ることとなる。」

被告人は、本件依頼人からの依頼が、通常のバイク便の仕事よりも報酬が高額で、空室で荷物を受け取ったり、荷物の受け渡し場所が途中で変更されたりするなど通常とは異なる内容のものであったのに、それらを繰り返し受けていた。そのうえで本件に至っているのであるから、本件依頼が「特殊詐欺の被害金を運ぶためになされた可能性について認識していたことを優に推認することができる」。そして、被告人は、そのような認識で本件の依頼を受け入れているため、「特殊詐欺による被害金を被告人らが受領し、本件依頼人らに渡すという役割を果たすことにつき、特殊詐欺の犯人である本件依頼人らと意思を通じ合った」

といえる。また、Iが発送した荷物の受領等は、財物の騙取を実現するための重要な行為であり、「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である」とあり、少なくとも共謀共同正犯には当たりうる。

被告人が、荷物の受領等を自ら果たしたわけではないが、従業員Fに指示し、荷物の受領等を分担したのであるから、被告人に本件詐欺の共謀共同正犯の責任を問うことに何ら支障はない。また、Fは、詐欺の故意があり、被告人及び被告人を介して氏名不詳者らとの共謀が認められる。

## 判例の解説

### 一 はじめに

本件では、氏名不詳者らによる欺罔行為がなされた後、被害者側において結果発生がないようなかたちで防止措置（「だまされたふり作戦」と呼ばれる。）がとられている。そして、「受け子」たる被告人は、その後に、本件依頼人の依頼により、この受取行為に関与している。

ここでは、以下述べるように、不能犯と承継的共犯の議論が複雑に絡む。

### 二 故意の認定と共謀

本判例は、被告人に詐欺罪の故意を認めている。本件に至るまで、同じ依頼人から、高額な報酬で仕事を引き受けていること、マンションの空室で荷物を受け取っていること、そして荷物の受け渡し場所が途中で変更になることである。そういったことから、本判例は、被告人には、本件依頼が「特殊詐欺の被害金を運ぶためになされた可能性について認識していたことを優に推認することができる」としている。

本件のような事案と故意の認定方法として類似するものとして考えられるのが、覚せい剤密輸入事案における運搬人の故意の認定である<sup>1)</sup>。そして本判例は、詐欺について故意があるうえで依頼を引き受けているとして、そこから依頼人らとの共謀が認められると述べる。故意を認めただうえて、かなり直接的に共謀を認めるという手法も、覚せい剤密輸入事案における、依頼人らと運搬人との共謀の認定に非常に近い（最決平25・4・16刑集67巻4号549頁参照）。

### 三 承継的共同正犯

本判例は、先行者の関与の後に、先行者との共謀のうへで関与する、後行者の罪責が問題となっている。そして、学説上は、一定の場合に承継的共同正犯を認める立場（「中間説」）が多数である。

まず、「利用」という点に着目する見解がある。先行者により実現された状況を認識・認容したうえで、その状況を積極的に利用し、先行者と共に一体となって犯罪を実現した場合には、後行者に承継的共同正犯を認める立場がある<sup>2)</sup>。そして、考え方としては近いが、先行者の行為が効果を持ち続けている場合において、後行者がそれを利用した場合に認める立場がある<sup>3)</sup>。これらの見解は、詐欺罪において、財物の受け取りだけに関与した後行者について、承継的共同正犯を認める。例えば、前者の論者は、詐欺罪では「構成要件上複数の行為」が必要であるため、後行者においては、先行者との相互利用関係は一般的に認められるとする<sup>4)</sup>。この説明では、犯罪類型の特徴が示されていることが見て取れるが、次に挙げる見解は、このような、それぞれの犯罪類型の特徴を重視して議論する。

複数の行為等を要素とする構成要件においては、後行者の関与部分が、「構成要件の不可欠の中核部分」、「不法実体のうち過半をしめる」場合に承継的共同正犯を認める立場がある<sup>5)</sup>。そして、考え方としては近いが、当該犯罪の保護法益若しくは、複数の保護法益を含む犯罪においては「第一次的な保護法益」に着目し、後行者がこの部分へと関与した場合に承継的共同正犯を認める<sup>6)</sup>。そして、これらの見解も、財物の受領行為が詐欺罪のコアの部分であるとして、そのような行為にのみ関与した後行者につき、詐欺罪の承継的共同正犯を認める。

本判例は、後行者に詐欺罪の承継的共同正犯を認めたが、これは学説の多数を占める「中間説」からは特に異論がない。しかし、その理由付けについて、本判例は「詐欺既遂の結果発生の現実的危険」はまだ存続しており被告人はそこに関与した、というものに過ぎない。学説との対応関係を見て取ることは困難であるが、詐欺罪の構造に着目した議論であるといえ、上述の犯罪類型の特徴に着目する見解に近いのではないだろうか。

裁判例においては、先述の学説のように「利用」に言及するものが多い。それは、後行者にお

いて、先行者の行為等を自己の犯罪遂行の手段として積極的に利用した場合に承継的共同正犯を認める（例えば、大阪高判昭62・7・10高刑集40巻3号720頁、東京地判平7・10・9判時1598号155頁）。だが、最決平24・11・6(刑集66巻11号1281頁)は、原審が「利用」に着目して傷害罪の承継的共同正犯を認めたのに対し、後行者には先行者によって生じた傷害については共同正犯としての責任を負わないとした。そして、同決定には補足意見が付されており、「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、後行者が共同正犯となりうることが示唆されていた。

そのような中で、本判例は、詐欺罪の承継的共同正犯を認めている。傷害罪のような単発的な行為（とその積み重なり）と理解できるものと、詐欺罪のようにそれぞれの構成要件要素が順次的に連なっているものとは構造上違うということなのであろう。本判例は、「利用」という言葉を使用していない。そして、荷物の受領行為が、財物の騙取を実現するための重要な行為であるから、正犯性が認められるという注目すべき理由付けをしている。また、被告人が実行行為を分担したわけではなく、Fが受領したという共謀共同正犯の事案であるということも含めて、本判例は、承継的共同正犯についての重要な判断を示したものである。

### 四 危険性の判断

本件では、犯罪の目的物である財物が存在しない場合であるため、被告人は、可罰性のある「詐欺未遂」に関与したのか、それとも未遂の危険性が認められない事象（不能犯）に関与したのかが問題となる。

学説上は、不能犯に関し、既遂結果発生の危険性を事後的かつ科学的な視点から判断する立場がある（客観的危険説）<sup>7)</sup>。それに対し、行為者が特に認識していた事情及び一般人が認識することのできたであろう事情を基礎として、行為の時点に立って、一般人の立場からみて構成要件発生の現実的危険性があったと認められるか否かによって決する立場があり、こちらが通説である（具体的危険説）<sup>8)</sup>。

本件のように客体が欠如している場合（客体の不能）に関する裁判例としては以下のものがある。まず、被告人が通行人の懐中物を強取しようとし

たが、ポケットに何も入っていなかった事案につき、大審大3・7・24(刑録20輯1546頁)は、通行人が懐中物を所持するということが「普通予想シ得ヘキ事実」であるとして、強盗未遂罪の成立を認めている。そして、死体に対して、殺意をもって突き刺した事案につき、広島高判昭36・7・10(高刑集14巻5号310頁)は、被告人が「被害者の生存を信じていたという丈けでなく、一般人も亦当時その死亡を知り得なかつたであろうこと、従つて又被告人の……加害行為により被害者が死亡するであろうとの危険を感ずる」として、殺人未遂罪が成立するとしている。

本判例は、「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」としており、具体的危険説の立場に立っている。それは通説や上述の裁判例と考え方は同じである。

本件では被害者側にて防止措置が講じられている。つまり、純客観的には、危険性がないこととなる。そこで、具体的危険説の立場から、被告人及び氏名不詳者らは認識しておらず、一般人が認識し得たとはいえない、としてこの防止措置を危険判断の基礎事情から除く。このようにして、本判例は未遂犯を認めている。学説では、実際上は防止措置が講じられたとしても、被害者が騙されたままであった可能性はあるのであり、そこに結果発生に至る危険性を認めることができる、として未遂犯を認める見解がある<sup>9)</sup>。理由付けはともあれ、学説は、不能犯とはしてこなかったものと考えられる<sup>10)</sup>。本判例は、この頻繁に議論されることのない問題について、新たな判断を示したのである。

## 五 問題点の検討

本判例には、しかしながら、いくつか問題点がある。まず、故意があることから共謀をダイレクトに認める点である。共謀は故意を超えるものであるから<sup>11)</sup>、このようにいえるわけではない。そして、本件では、氏名不詳者ら、本件依頼人、被告人、そしてFという関与者がいる。ここでは、お互いがどのような認識であるかは決して明確ではない。例えば、被告人に故意があるかどうかやFの存在を本件依頼人や氏名不詳者らが把握しているわけではない。こういった中で、上記関与者らにおいて共謀があるとするのは、従来の共同正犯の枠を完全に超えている。

I事件においては、被告人の関与の前には、別の「受け子」が荷物の受領を行っている。つまり、受け取りが被告人(ら)である必然性はない。また、被告人は、報酬が高額ではあるとはいえ、詐欺金からの分け前を受け取っていたわけではない。本判例の量刑理由には「特殊詐欺に利用された」・「従属的立場にあった」といった言葉が見受けられる。そして、学説上、詐欺罪の承継的共犯において、財物の受取行為だけへの関与が、「役割が軽微」である場合には幫助にとどまるという見解が出されている<sup>12)</sup>。こういった視点からは、被告人(ら)の関与は幫助に過ぎないと思われる。

更に考えるべきことは、本件が、すでに詐欺の目的物たる財物がなくなっている事案だということである。そのような理解からは、幫助の成立で求められるところの、正犯の犯行を促進するという要素があるか疑わしいと考えられる。

## ●—注

- 1) 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について」警論68巻11号(2015年)51頁。
- 2) 例えば、大谷實『刑法講義総論(新版第4版)』(成文堂、2012年)418頁、福田平『全訂刑法総論(第5版)』(有斐閣、2011年)272頁。
- 3) 例えば、西田典之『刑法総論(第2版)』(弘文堂、2010年)366～367頁、西田典之ほか編『注釈刑法第1巻』(有斐閣、2010年)859～860頁[島田聡一郎]、平野龍一『刑法総論II』(有斐閣、1975年)383頁。
- 4) 大谷・前掲注2)420頁。
- 5) 橋本正博『承継的共同正犯論の現在』現刑28号(2001年)73頁、同『刑法総論』(新世社、2015年)282頁。
- 6) 十河太郎「承継的共犯の一考察」同法64巻3号(2012年)367～368頁。
- 7) 例えば、浅田和茂『刑法総論(補正版)』(成文堂、2007年)383頁、松原芳博『刑法総論(第2版)』(成文堂、2017年)335頁。
- 8) 例えば、大谷・前掲注2)376頁、平野・前掲注3)325～326頁、福田・前掲注2)243頁。
- 9) 橋爪隆「特殊詐欺の『受け子』の罪責について」研修827号(2017年)14頁、安田拓人「判例評釈」法教441号(2017年)126頁。
- 10) 松宮孝明『刑法総論講義(第5版)』(成文堂、2017年)245頁参照。
- 11) 橋本正博「判例評釈」ジュリ1505号(平成28年度重判)(2017年)165頁。
- 12) 高橋直哉「承継的共犯に関する一考察」新報113巻3=4号(2007年)155頁。