

《WLJ 判例コラム 臨時号》第 124 号

特殊詐欺に途中から加わった『受け子』の共同正犯の成否

～最高裁平成 29 年 12 月 11 日決定 詐欺未遂被告事件¹～

文献番号 2017WLJCC032

日本大学大学院法務研究科

教授 前田雅英

I 判例のポイント

いわゆる「振り込め詐欺」に代表される特殊詐欺事案の被害額は、刑事司法の懸命の取組にもかかわらず、現在に至るまで、高水準を保っている。そこで、捜査機関では「だまされたふり作戦」を実施し、かなりの数の検挙者が報告され、一定の成果を挙げていると考えられてきた。しかし、本決定の第一審判決²は、同作戦で検挙された、いわゆる「受け子」、すなわち、氏名不詳の者が虚偽の電話をかけて被害者に送らせた荷物（現金）を受け取るよう依頼された者について、詐欺未遂罪の共同正犯の成立を否定し無罪とした。この他にも、下級審において、だまされたふり作戦に関連し、無罪判例が登場する（名古屋高判平成 28 年 9 月 21 日 [Westlaw Japan 文献番号 2016WLJPCA09216006](#)、拙稿・[WLJ 判例コラム 98 号](#)参照）。特殊詐欺を担当する捜査機関にとっては、「困惑する裁判例」であった。

そのような中で、最高裁が、これらの判断を実質的に否定する判断を示した。本決定は、「被害者が途中で詐欺と見破っていても共犯者と共謀して（荷物を）受け取った場合、詐欺未遂罪の共同正犯の罪に問い得る」とした。これにより、だまされたふり作戦は、基本的に継続されることになろう。ただ、詐欺における電話をかける（欺罔）行為と金品受取を一体の詐欺行為とみなす判断は、捜査実務のみならず、共犯論をはじめとして刑法理論にも大きな影響を与えることになろう。

II 事実の概要

最高裁は、原判決³の認定を踏まえて、本件の事実関係を、「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。）という形でまとめている。

第一審判決は、被告人が共謀・加担したのは本件欺罔行為より後の時点であるから、承継的共同正犯の成否が問題となるとした上で、本件荷物は被害者が「だまされたふり作戦」として発送したものであるから、その受領行為は詐欺の実行行為には該当せず、被告人が詐欺の結果発生危険性に寄与したとはいえないなどと判示して、被告人を無罪とした。

検察官が控訴したところ、原判決は、被告人が欺罔行為後の共謀に基づき被害者による財物交付の部分のみに関与したという事実関係を認定し、これを前提として、だまされたふり作戦の開始にかかわらず、被告人については詐欺未遂罪の共同正犯が成立するとし、これを認めなかった第一審判決には、判決に影響を及ぼすことの明らかな事実誤認があるとして、第一審判決を破棄し、被告人を懲役3年、5年間の執行猶予に処した。

Ⅲ 判旨

最高裁は、被告人の上告を棄却し、「特殊詐欺におけるいわゆるだまされたふり作戦（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）と詐欺未遂罪の共同正犯の成否について、職権で判断する」として、以下のように判断した。

「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しての責任を負うと解するのが相当である。…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。」

Ⅳ コメント

- 1 本件第一審判決は、承継的共同犯論と不能犯論を組み合わせることにより、「理論的に」だまされたふり捜査によって検挙された者が無罪となると論証したかに見え、とりわけ警察実務に

ショックを与えた（拙稿・捜査研究 795 号 39 頁参照）。第一審判決は、共犯の処罰根拠として「因果性」を強調し、共謀加担前の先行者の行為により既に生じた犯罪結果については、後行者の共謀やそれに基づく行為がそれに因果性を及ぼすことはありえないから、後行者が共同正犯としてそれに責任を負うことはないとしつつ、詐欺罪については、「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」とした。一方、詐欺未遂の処罰根拠は財産侵害発生の危険性にあるので、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す必要があるとし、本件荷物は、C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、本件荷物を受け取る行為は、Cの欺罔行為と因果関係のない行為であり、詐欺罪の結果発生の危険性を有しないのだから、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き因果性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としたのである。

2 なお、純客観的に危険性を判断すれば、現金でないものにすり替えられた以降の関与である以上、財産犯である詐欺罪の未遂は成立し得ないようにも見える。そこで検察官は、危険性は一般人が認識し得た事情を基準に考えるべきで、「だまされたふり捜査」は一般人も認識できなかったもので、それを危険性判断の基礎にすべきではないとした。これに対し、第一審判決も、具体的危険説に立脚するとしつつ、「一般人」は、犯人側の状況に加え、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とし、だまされたふり捜査を含む本件事実経過は一般人ならば認識可能であり、具体的危険説に立っても、本件受取行為はCの欺罔行為とは因果関係のない行為であり、詐欺罪の結果発生の危険性を有しないから、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としたのである。

3 ただ、詐欺罪の実行行為を構成する欺罔行為、処分行為、財物の移転などの間の「因果性」が強調されてきたのは、「欺罔行為があっても、財物の移転との間に因果性が欠ければ『未遂』となる」とするためであった。

第一審判決が、「欺罔行為は存在するが因果性を欠くので未遂にもならない」とするのは無理があり、論旨に若干の混乱が見られる（拙稿・捜査研究 795 号 49 頁参照）。無罪とするには、「詐欺罪の承継的共同正犯は成立しない」とする必要がある。そこで、第一審判決は、関与前の欺罔行為の承継を認めるには、途中からの関与が、「詐欺の結果が生じる危険性を発生させることにつき因果性を及ぼした必要がある」とするのである。つまり、関与行為が結果発生の危険の増加に寄与しなければ承継は認めないとする。

4 この点、本件の原判決は、承継的共同正犯として詐欺罪の成立を認めうるかにつき、「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」とし、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する。

なお、「だまされたふり作戦」が実行されたことに関しては、その事実を一般人において認識しえない以上、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とし、詐欺未遂罪の承継的共同正犯を認めた。荷物受領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えることができるので、詐欺未遂罪の共同正犯が成立するとしてと考えられる。

5 ただ、この点は、原判決も第一審判決の「判断枠組み」に、引きずられているように思われる。実行行為の一部に途中から関与した者も、全体（詐欺罪）についての共同正犯の責任を負うかが争点であり、「後行者が関与した行為が、『現に処罰に値する結果発生 of 危険性を帯びた、それ自体が実行行為性を有する行為』である必要があるか」は、分けて考えるように思われる。本件の最大の争点は、「欺罔行為に関与しなくても詐欺罪の共同正犯となりうるか」であり、その判断にとって、後行者の関与行為が「それ自体、詐欺罪の実行行為性（危険性）を有するか」が唯一の判断材料ではない。

6 本件を「不能犯論」のみで、すなわち客観的な「結果発生 of 可能性の程度」のみで処理しようとするのは妥当ではない。承継的共同正犯の成否には、後行者の主観面も大きく影響する。同じく結果が発生しえない事情が存在しても、先行行為の存在とそれによって生じた状態を知って（さらにはそれを積極的に利用する意思で）関与したか否かは、共同正犯性（先行事情の承継の可否）に大きく影響する。不能犯論の具体的危険説を形式的にあてはめて、欺罔行為時に一般人から見て一定程度の危険性があれば、受取にのみ関与した者も、すべて詐欺未遂罪の共同正犯に当たるとすることは、妥当でない。しかし、本件のように、「すり替えられた後の」、純客観的には結果発生 of 可能性のない関与であっても、欺罔行為を承継することはありうる。関与（承継）の客観的・主観的態様の総合的吟味が必要なのである（拙稿・捜査研究 795 号 48 頁参照）。

7 最高裁は、途中から関与した者にも、詐欺未遂罪の共同正犯を認めた。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し、詐欺罪については、承継的共同正犯の成立を正面から認めたのである。第一審判決は、「共犯の因果性を徹底し、『因果は遡れない』」とする考え方に親和性がある。しかしそのような考え方は採用しなかった。

そして、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認められたのは、「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受領行為」だからなのである。

この「一体性」という規範的要素は、刑法解釈の様々な局面で登場するが（実行行為の一体性、原因において自由な行為、正当防衛行為の一体性）、本件では、「受取行為は、そのみの実行では詐欺罪の成立は認められないが、先行する欺罔行為の存在とその認識を併せ考えれ

ば、詐欺罪の共同正犯性を認めるべき場合」を意味する。もともと、共同正犯は、すべての犯罪事実を共同実行する必要はない。重要な部分での関与で足りるし、共謀という形態での関与も可能なのである。

- 8 そして、「欺罔行為と一体のものとして予定されていた受領行為」であれば、関与時に、純客観的には結果発生の可能性がなくても、承継的共同正犯は成立しうるのである。最高裁は、「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解するのが相当である」としたのである。ただ、この点を捉えて、「具体的危険説により危険性判断を行えばよい」とするのは、あまり意味のあることではないことに注意を要する。詐欺未遂罪の承継的共犯を否定した第一審判決も、具体的危険説に立脚していたからである。

(掲載日 2017年12月25日)

¹ 本決定の詳細は、最三小決平成29年12月11日 [Westlaw Japan 文献番号 2017WLJPCA12119001](#) を参照。

² 本判決の詳細は、福岡地判平成28年9月12日 [Westlaw Japan 文献番号 2016WLJPCA09126001](#) を参照。

³ 本判決の詳細は、福岡高判平成29年5月31日 [Westlaw Japan 文献番号 2017WLJPCA05319004](#) を参照。