
論 説

特殊詐欺と関与者の刑責

丸 山 雅 夫

- I 特殊詐欺の現状とその対策
 - (1) 特殊詐欺の現状
 - (2) 特殊詐欺への対応
- II 基本的形態（単独正犯類型）をめぐる論点
 - (1) 振り込み詐欺における実行の着手
 - (2) 詐欺罪の既遂と事後の出金行為の評価
- III 当初からの関与形態をめぐる論点
 - (1) 共同正犯における「一部実行全部責任」の意義
 - (2) 関与者の故意と共謀の認定
- IV 途中から介入する関与者をめぐる論点
 - (1) 承継的共同正犯の全面肯定説と全面否定説
 - (2) 因果的共犯論と受け子の刑責
- V 「騙されたふり」作戦と受け子の刑責
- VI むすびに代えて

I 特殊詐欺の現状とその対策

(1) 特殊詐欺の現状

1 2000 年を迎える直前頃から、特に高齢者をターゲットとして、親族（子ども、孫、甥・姪等）を名乗って架空話（早急に金銭で解決しなければならない困難な問題に直面しているから助けて欲しいなどといった内容）の電話をかけ、現金等を騙し取るといった詐欺事案が散見されるようになった。そうした事案は、瞬く間に爆発的な勢いで日本全国に蔓延することになり、その架電手口から、

一般に「オレオレ詐欺」と称されていた。しかし、その後、架空話の内容が巧妙化・細分化していったため、2004年12月以降は、警察庁が、なりすまし詐欺（オレオレ詐欺）、架空請求詐欺、融資保証金詐欺、還付金等詐欺をまとめて「振り込み詐欺」という名称を用いるようになり、統計上の用語としてもすでに定着している¹⁾。さらに、近時は、振り込み詐欺以外の類似詐欺事案（金融商品等取引名目の詐欺、ギャンブル必勝法情報提供名目の詐欺、異性との交際あっせん名目の詐欺等）と振り込み詐欺をまとめて「特殊詐欺」とする用語が統計で使用されている。

特殊詐欺の発生件数と被害金額は、経年的な変動は見られるものの、社会的に看過することができない状況にある。たとえば、直近の2018年度の統計だけを見ても、認知件数は、振り込みが1万6314件、振り込み以外が182件（合計1万6496件）、検挙件数は、振り込みが5026件、振り込み以外が133件（合計5159件）、被害総額としては、振り込みが285億1013万9000円、振り込み以外が79億1882万円（合計293億202万1000円）になっている²⁾。こうした客観的な数字からする限り、事案の中心になっているのは振り込み詐欺であり、それへの対応が喫緊の課題であり続けている。また、こうした点のほかにも、振り込み詐欺事案にはきわめて特徴的な構造があり、それが法的対応を困難にもしている。

2 振り込み詐欺も詐欺罪の一類型であることから、① 行為者の詐欺（欺罔）行為によって、② 相手方が錯誤に陥り、その結果として、③ 相手方が財産的処分行為（財物交付〔246条1項〕または利益の移転〔同2項〕）を行うことによって成立する。典型的なオレオレ詐欺の事案では、① 親族等を装って相手方に虚偽内容の電話をし、② 虚偽内容の話を信じた相手方が、③ 要求通りの財産的処分をすることで詐欺罪が成立する。こうした一連の流れは、単独正犯の形態でも当然に可能であるが、現在の振り込み詐欺は、ほぼ例外なく集団ないしは組織として行われる点に大きな特徴がある。

組織による振り込み詐欺の基本的形態は、全体計画の立案者（主犯格）のもとに、被害者に架空内容の電話をかける騙し役（かけ子）、被害者から直接

に被害金を受け取る「受け子」や口座に振り込まれた被害金を ATM 等から引き出す「出し子」から構成される。さらには、「かけ子」の監視をする「番頭」、受け子や出し子の持ち逃げを防止する「見張り役」、被害金を運搬する「運び屋」、受け子や出し子を調達する「リクルーター」、入金用の預貯金口座を調達する「口座屋」、犯行用の使い捨て携帯電話を調達する「携帯屋」、被害者候補者（架電相手）の名簿を準備する「名簿屋」、マンション等の犯行拠点を提供する「代行屋」などが関わることもすでに一般化している。他方、こうした高度の組織性を保ちながらも、それぞれの段階の関与者間の役割と人間関係は徹底して分断され、連絡経路を最少にすることで、主犯・中核メンバーが匿名化され、検挙のリスクを最小に抑える方策がとられている。裁判実務において、受け子の故意や共謀が問題になり、犯行の中途段階から関与するだけの者の刑責が特に争われているのは、このような特殊性（高度な組織性と人間関係の希薄さ）に起因しているのである。

3 また、犯行全体のなかでは重要な役割を果たしながらも、組織の人間関係のなかでは末端に関与する受け子や出し子は、検挙されるリスクが最も高い「とかげの尻尾」であると同時に、その遂行に特別な能力も必要とされないところから、詳しい計画や事情を知らされないままに歩合制や日給制の「割の良いアルバイト」（ブラックバイト）として雇われる者が多くを占めている。このため、少年事件における特殊詐欺関与事案の急増が、少年犯罪における近時の大きな特徴になっている³⁾。

他方、主犯・中核メンバーの組織は、暴力団をはじめとする反社会的勢力による組織犯罪としても展開される。さらに、最近では、日本国内での犯行にとどまらず、タイやフィリピンを中心とする東南アジアや中国に拠点を移した国外での犯行（国外から架電して日本国内で被害金を入手する形態）の増加も特徴的なものになっている。

(2) 特殊詐欺への対応

1 以上のような状況のもとで、早い段階から、振り込め詐欺を中心として、捜査機関での現場対応が確立してきた。2004年には、全国に先駆けて、警視庁が副總監を本部長とする対策本部を設置して対応に当たり、その後は道府県警による対応も急速に確立していった。さらに、警察庁と警視庁・道府県警の連携も、早い時期から緊密なものになっている⁴⁾。特に、最近では、いわゆる「騙されたふり作戦」によって受け子を捕捉したうえで、中核メンバーから主犯格へと至る捜査手法（突き上げ捜査）が多用され⁵⁾、大きな成果を挙げている。

こうした捜査段階での対応と並行して、立法による対応も徐々に充実してきた。たとえば、マネーロンダリング防止を目的とした「金融機関等による顧客等の本人確認等に関する法律」（平成14年法律32号）の題名を「金融機関等による顧客等の本人確認等及び預金口座等の不正な利用の防止に関する法律」に改めて（平成16年法律164号）、なりすまし行為への対応を可能にし、「携帯音声通信事業者による契約者等の本人確認等及び携帯音声通信役務の不正な利用の防止に関する法律」（平成17年法律31号）の立法によって、携帯電話の契約者に対する本人確認が義務づけられた。さらに、「犯罪による収益の移転防止に関する法律」（平成19年法律22号）を立法して、収益移転を防止するとともに、「犯罪利用預金口座等に係る資金による被害回復分配金の支払等に関する法律」（平成19年法律133号）を立法して、いわゆる振り込め詐欺の被害回復を積極的に図っている⁶⁾。

2 また、特殊詐欺の大きな特徴である組織犯罪としての側面についても、詐欺集団が犯罪組織としての実質を備えている限り、既存の「組織的な犯罪の処罰及び犯罪収益の規制等に関する法律」（平成11年法律136号）3条1項13号（組織的詐欺罪）の適用とともに、同13条（没収）および16条（追徴）による収益の剥奪も当然に可能であり、運用上も特に大きな支障はない⁷⁾。

さらに、日本国内での摘発を逃れるために国外に拠点を置いて活動する事案についても、国民の国外犯として当然に処罰できるし（刑3条15号）、判例および通説が前提とする遍在説によれば⁸⁾、国内犯としての処罰も可能である。もともと、国外で逮捕等された者を日本で処罰するためには、身柄を日本に移送して刑事裁判を受けさせなければならないが、昨今の報道等による限り、事実上の捜査共助はかなり実効的なものようである。

こうした対応策が成果を挙げている一方、緩やかな人間関係の犯罪集団としての特殊性との関係で、犯行の周辺部分に関与しながらも重要な役割を担う受け子などの刑責や犯行の途中から関与する者の刑責、騙されたふり作戦で検挙された者の刑責など、刑法理論との関係で困難な問題が生じる事案も多く見られる。実務上は、近時の一連の最高裁判例（事例判断）によって一応の決着がつけられているが、最高裁判例に対する見方や評価は一様でなく、判例批評・紹介・解説をはじめとして多くの文献が公開されている状況にある。そこで、以下では、特殊詐欺の基本的形態をめぐる論点の確認を前提として、発展的に生じる個々の論点について検討する。

注

- 1) たとえば、警察庁編『平成21年版 警察白書』（2009年）2頁。なお、振り込め詐欺の防止を呼びかける場面では、「ニセ電話詐欺」（福岡県警、茨城県警）、「うそ電話詐欺」（山口県警、鹿児島県警）、「電話 de 詐欺」（千葉県警）といった分かり易くインパクトのある名称によって市民（潜在的な被害者）に対して積極的に呼びかけ、被害の発生と拡大の防止が図られてきている。
- 2) 法務省法務総合研究所編『令和元年版 犯罪白書—平成の刑事政策』（2019年）68頁以下。さらに、経年的な状況については、武藤伴夫「近時の特殊詐欺の傾向と今後の対策推進について」捜査研究 812号（2018年）2頁以下参照。
- 3) たとえば、特殊詐欺に利用される子どもの実態を描いた『詐欺の子』（NHK名古屋放送局制作）が、2019年3月23日（土）21時からNHKスペシャルで放送され、大きな反響を呼んだ。さらに、家庭の法と裁判 14号（2018年）では、「現代非行の処遇—特殊詐欺を素材として」の特集が組まれ、現役の6名の裁判官（司会以外は家庭裁判所裁判官）による座談会（4頁以下）のほか、土屋亮「特殊詐欺に関与した少年院在院者に対する矯正教育の充実について—新潟少年学院における特殊詐欺再非行防止指導の取組状況を通して」（22頁以下）、沖崎佳奈恵「特殊詐欺事件にか

かる保護観察処遇について—保護観察所での工夫例とその実践」(28頁以下)、西田俊男「特殊詐欺事件における少年の特殊性について—要保護性の判断について」(33頁以下)の各論稿が掲載されている。

- 4) たとえば、警察学論集 62 巻 7 号 (2009 年) には、「特集・振り込み詐欺の撲滅に向けた総合対策の推進」として、金高雅仁「振り込み詐欺対策の意義」(1 頁以下)、飯利雄彦「振り込み詐欺対策の経緯」(23 頁以下)、新倉秀也「振り込み詐欺対策における関係業界との連携」(58 頁以下)、湯浅誠「振り込み詐欺の取締りの推進」(85 頁以下)、上野正史/譜久里弘「振り込み詐欺の予防対策」(107 頁以下)、山本仁「警視庁の振り込み詐欺対策について」(128 頁以下)、岩本秀治「銀行業界における振り込み詐欺対策について」(149 頁以下)が掲載され、警察学論集 66 巻 8 号 (2013 年) には、「特集・特殊詐欺の現状と今後の対策」として、金高雅仁「特殊詐欺と治安に関する一考察」(1 頁以下)、河合潔「特殊詐欺への対処—何をしなければならぬか」(16 頁以下)、原田義久/平井隆史「特殊詐欺の被害者と広報啓発について」(32 頁以下)、原田義久/高尾裕司「特殊詐欺の犯人と取締りについて」(68 頁以下)、辻義之ほか「〈司令塔座談会〉特殊詐欺対策の現場から」(98 頁以下)が掲載されている。さらに、捜査実務における対策や対応について、杉本一敏「詐欺罪」法学教室 458 号 (2018 年) 121 頁以下参照。
- 5) 「騙されたふり作戦」による積極的な捜査と立件については、たとえば、国家公安委員会・警察庁編『平成 26 年版 警察白書』(2014 年) 52 頁、中川正浩「特殊詐欺対策としてのいわゆる『だまされた振り作戦』に関する法的問題と捜査手法の正当性について—受け子の犯罪を素材に」警察学論集 71 巻 12 号 (2018 年) 62 頁以下、参照。
- 6) さらに、千場力「犯罪利用預金口座等に係る資金による被害回復分配金の支払等に関する法律 (振り込み詐欺救済法) と銀行界における事務取扱手続について」警察学論集 61 巻 12 号 (2008 年) 73 頁以下参照。
- 7) たとえば、大阪高判平成 28 年 7 月 13 日高刑速 (平 28) 号 195 頁では、還付金詐欺の受け子に対して、実際の成功報酬を大きく上回る被害金額全体の追徴が認められている。
- 8) 山口厚「越境犯罪に対する刑法の適用」『松尾浩也先生古稀祝賀論文集 上巻』(有斐閣, 1998 年) 413 頁以下参照。

II 基本的形態（単独正犯類型）をめぐる論点

(1) 振り込め詐欺における実行の着手

1 ほとんどの詐欺罪においては、欺罔行為に引き続いて相手方に財産的処分の要求までが行われることから、実行の着手時期が特に問題として表面化することはない。しかし、特殊詐欺事案のように、虚偽内容の架空話が相当の時間的な幅のなかで段階的に展開された後にはじめて財産的処分が要求されたり、財産的処分が明示されない（被害者自身で要求の趣旨を了解してしまう）ような場合には、どの段階で実行の着手を認めてよいか争われる。この問題が表面化したのが、最判平成 30 年 3 月 22 日刑集 72 卷 1 号 82 頁の事案であった。

2 事案の概要は、前日に現金 100 万円を騙し取られていた被害者に対して、被告人の共犯者（氏名不詳）が、警察官を装って架電し、犯人と思われる不審人物を捕まえたと言ったうえで、午前 11 時 20 分頃の 1 回目の電話で、①「口座にはまだどのくらいの金額が残っているんですか」、②「銀行に今すぐ行って全部おろした方がいいですよ」、③「前日の 100 万円を取り返すので協力してほしい」と述べ、さらに、まもなく警察官が被害者宅を訪問することを趣旨とする 2 回目の電話で（同日午後 1 時 1 分頃）、④「僕、向かいますから」、⑤「2 時前には到着できるよう僕の方で態勢を整えますので」などと虚偽内容を述べた後、警察官になりました被告人が被害者宅に赴いたところを、付近を警戒中の警察官から職務質問を受けて逮捕されたというものである。実際の事案は被告人と氏名不詳の者との共同正犯によるものであるが、問題は、単独正犯（詐欺行為者と受け子が同一人）の場合でも全く同じである。

以上の事実について、第一審は、実行の着手を認めて、詐欺未遂罪として処断した（長野地判平成 28 年 8 月 9 日刑集 72 卷 1 号 132 頁参照）。これに対して、

控訴審は、財物交付に向けた具体的な明示的文言がなく、詐欺被害の現実的・具体的な危険を発生させる行為とは認められないとして、無罪を言い渡した（東京高判平成29年2月2日東高刑時報68巻1～12号34頁）。

3 検察官の上告を受けた最高裁は、職権判断で、①から⑤の嘘を述べた行為は、「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」としたうえで、「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、ま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」ものであり、「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述べた段階において、被害者に現金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」とした。最高裁は、控訴審と異なり、一連の嘘を全体的に評価して、被害の現実的・具体的な危険を発生させる行為が認定できれば、財産的処分に向けた明示的な文言はなくても、詐欺の実行の着手を認めうるとしたものである。

4 詐欺罪に限らず、実行の着手時期の判断については、一般論として多くの見解が主張されてきたが⁹⁾、判例上は、必ずしも画一的な基準が用いられているわけではない¹⁰⁾。ただ、最近の学説においては、判例が採用していると言われる実質的危険説を前提として、多数説と有力説の形で対置される見解が主張されている。前者は、構成要件該当行為を基点として、それと密接な行為の限度で未遂処罰の前倒しを認めること（形式的限定）に加えて、既遂に至る具体的な危険（実質的限定）を要求するものである¹¹⁾。他方、後者は、犯行計画を基礎にして、未遂犯としての処罰に値するまでに事態が進行

していたかを問うもので、計画進行における外部的障害がなくなった時点¹²⁾ないしは心理的障壁が突破された時点¹³⁾に、それぞれ実行の着手を認める。平成30年の最高裁判決は、多数説からは「本件嘘」との関係で結果の具体的危険の発生を明確に認定していない点で批判されうる一方¹⁴⁾、有力説に親和的な結論のものであると考えられている¹⁵⁾。

構成要件該当行為を基本としながらも、実行の着手が一定程度前倒しされることは、いわゆる「早すぎた結果」惹起が問題になった「クロロホルム事件」最高裁決定がすでに認めるところであった。そこでは、直接の殺害行為（溺死させるための海中への突き落とし）と結果実現のために必要不可欠な先行行為（クロロホルムの吸引）との間に時間的・場所的近接性があり、先行行為以降の殺害計画遂行に障害となる特段の事情が存在しなかったことを理由に、先行行為を「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」とされている（最決平成16年3月22日刑集58巻3号187頁）¹⁶⁾。山口厚裁判官の補足意見がクロロホルム事件決定を引用しているように、最判平成30年の事案も、具体的危険発生の認定に不明確な点は残してはいるものの、実質的な内容はクロロホルム事件と同様のものであり、多数説によっても、実行の着手を認めうるものとして支持することができる¹⁷⁾。また、最高裁は、実行の着手時期については特に明言していないが、一連の事情を具体的に摘示したうえで、「このような事実関係の下においては」とするところから、2回目の架電時点と考えているように思われる¹⁸⁾。さらに、有力説によれば、1回目の架電時点に実行の着手を認める可能性も否定されない¹⁹⁾。

(2) 詐欺罪の既遂と事後の出金行為の評価

1 詐欺罪は、騙された結果としての財物の交付（1項詐欺）または利益の移転（2項詐欺）によって既遂となる。振り込め詐欺の場合、現金を直接に受け取る場合（受け取り型）はもちろんのこと、自己の管理する預金口座に現金

が振り込まれた場合にも1項詐欺罪が成立する²⁰⁾。他方、被害者の預金口座から被害相当額が移動した(預金債権が移転した)場合には2項詐欺となる。しかし、現金の振り込みによる事案(振り込み型)では、入金後に引き出しを妨げる特殊な事情(すでに取引停止措置がとられている場合など)の存在することがありうることから、詐欺罪の既遂時期が問題になる。さらに、振り込み型事案においては、預金口座に振り込まれた現金はただちに銀行の占有下に移転することから、入金された現金を引き出す(現金に対する銀行の占有を侵害する)行為の刑責が問題となる。

こうした問題は、実際には(共謀)共同正犯形態の事案との関係で頻繁に見られ、いわゆる「出し子」の刑責が特に問題になるが、その基本的な構造は、詐欺行為から現金入手までを1人で行う単独正犯形態が出発点である。

2 受け取り型の詐欺事案においては、現金が現実には交付された場合に既遂となる点に疑いはない。他方、振り込み型では、現金が預金口座に振り込まれ、それを自由に処分しうる状態(自由処分可能性)が生じている以上、実際には現金が手元に移動していなくても詐欺既遂罪を認めることができる。自分が管理する口座に、いつでも払い戻せる状態で現金が振り込まれたことは、自分の手元に現金がある(現金を交付された)のと実質的に同じ状態と考えることができるからである。実務においては²¹⁾、そのような観点から、振り込まれた現金を自由に処分することが可能になった時点で1項詐欺罪の既遂が広く認められている²²⁾。こうした結論は、瑕疵ある意思にもとづく財物交付を要求する1項恐喝罪(249条1項)にも妥当する。これに対して、振り込み時点ですでに取引停止措置がとられている口座への振り込みは、振り込まれた現金を自由に処分する可能性が否定されることから、1項詐欺(恐喝)罪の未遂にとどまる²³⁾。

3 受け取り型事案においては、現金の受け取りで詐欺罪は既遂となり、受け取った現金に対するその後の処分行為は、違法状態が継続するなかでの不可罰(共罰)的事後行為として評価されるため、盗品等に関する罪(刑256条)を別にして、犯罪の成立は否定される。他方、自己の管理する口座に振り込

まれた被害金を ATM から引き出す行為や窓口で支払いを受ける行為は、現金に対する銀行の占有を侵害するものとして、先行した詐欺罪とは別に、窃盗罪ないしは1項詐欺罪が正犯として成立する。このような結論は、振り込み詐欺（恐喝）に関する下級審判例ですでに確立しているところである²⁴⁾。その背景には、誤振込された現金を窓口で引き出した事案に1項詐欺罪の成立を認めた最決平成15年3月12日刑集57巻3号322頁と同様の発想が見られる。

誤振込事案については、誤振込であっても入金記帳がされれば、振り込み原因となる法律関係の存否にかかわらず「受取人と銀行との間に振込金額相当の普通預金契約が成立し、受取人が銀行に対して右金額相当の普通預金債権を取得する」ことを明示する民事判例（最判平成8年4月26日民集50巻5号1267頁）との関係で大きな困難があったが、平成15年決定は、誤振込による普通預金債権の取得を否定して、誤振込口座からの現金引き出しに詐欺罪の成立を認めた²⁵⁾。こうした結論は、平成8年判決以前の下級審の民事判例の流れと当時の民事学説における多数説と同じものであり、刑法学説では、ほとんど異論なく支持されている。その後の最判平成20年10月10日民集62巻9号2361号は、「受取人の普通預金口座への振込みを依頼した振込依頼人と受取人との間に振込みの原因となる法律関係が存在しない場合において」、権利濫用として払戻請求を拒否すべき事案のあることを認めるに至った。このような流れからすれば、振り込み詐欺の行為者（共犯を含む）の名義口座に被害金額を振り込ませたうえで引き出す行為が窃盗罪ないしは詐欺罪を成立させることにもはや異論はない²⁶⁾。

もつとも、判例のなかには、振り込み詐欺の共犯ではない被告人の口座に「身に覚えのない」振り込み（詐欺被害者からの振り込み）があった事案で、誤振込事案の平成15年決定に依拠して、「身に覚えのない」振り込みであることを銀行に告げずに引き出した行為に詐欺罪の成立を認めたものがある（大阪高判平成25年6月12日公刊物未登載〔原審〕、最決平成25年10月29日公刊物未登載〔上告審〕）。そこでは、口座に振り込まれた金員を権限なく取得したものであ

るとされ、文言上は、平成20年の民事判例とも整合的なものになっている。しかし、誤振込であることを認識していた平成15年の事案と異なり、平成25年の事案は、振り込み原因（詐欺被害）を知らず、単に「身に覚えのない」振り込み程度の認識しかないものであった。それは、振り込め詐欺による振り込みの可能性を持っていたというだけにすぎない。このような場合の出金行為に、誤振込事案の考え方を前提として詐欺罪の成立を認めるのは、困難であるように思われる²⁷⁾。振り込め詐欺の可能性を否定していなかったことを重視する考え方は、同様の観点から振り込め詐欺の故意と共謀を認定する最高裁判例の態度（後述）と通底するものがあるように思われる。

4 振り込みがあった時点で詐欺罪の既遂を認め、出金行為に窃盗罪（詐欺罪）の成立を認める場合、両罪の罪数関係が問題になる。実務では、口座への入金によって現金の占有が銀行に移転し、出金行為によって銀行の占有が侵害されたことを根拠として、併合罪としての処断を考える立場が一般的であるように思われる²⁸⁾。他方、学説においては、真の財産的被害者は詐欺の被害者であり、銀行の損害は形式的なものにすぎないことを根拠に、（混合的）包括一罪としての処断が有力に主張されている²⁹⁾。たしかに、1人の被害者との関係で詐欺行為から出金行為までを問題にする場合には、財産的被害の一体性を根拠として価値的な観点から全体を包括的に評価することは、説得的である。しかし、振り込まれた金額以上の預金が口座にすでに存在していた場合などでは、両者が混和することで、被害者が振り込んだ金員と引き出した金員の同一性が失われているから、個別財産に対する犯罪としての性質を重視することによって併合罪として処断することにも理由があると言えよう³⁰⁾。

注

- 9) 丸山雅夫「実行の着手」井田良/丸山雅夫『ケーススタディ刑法〔第5版〕』（日本評論社、2019年）267頁以下参照。
- 10) 大塚仁/河上和雄/中山善房/古田佑紀編『大コンメンタール刑法 第4巻〔第3版〕』（青林書院、2013年）80頁以下〔野村稔〕参照。
- 11) たとえば、佐伯仁志「未遂犯論」同『刑法総論の考え方・楽しみ方』（有斐閣、

- 2013年) 339頁以下, 橋爪隆「実行の着手について」法学教室411号(2014年) 110頁以下, 城下裕二「無許可輸出罪における実行の着手について」渡辺咲子先生古稀記念『変動する社会と格闘する判例・法の動き』(信山社, 2017年) 47頁以下。
- 12) 佐藤拓磨「実行の着手について」研修838号(2018年) 3頁以下。
 - 13) 樋口亮介「実行行為概念について」『西田典之先生献呈論文集』(有斐閣, 2017年) 38頁。
 - 14) 成瀬幸典「判例解説」法学教室454号(2018年) 140頁。さらに, 二本柳誠「詐欺罪における実行の着手——最高裁平成30年3月22日第一小法廷判決を契機として」刑事法ジャーナル57号(2018年) 39頁は, 罪刑法定主義に由来する形式的限定を優先する立場から, 交付要求と直接・密接関係に立つ行為にまで詐欺罪の着手を前倒しすることに反対する。
 - 15) 佐藤拓磨「詐欺罪における実行の着手——最高裁平成30年3月22日第一小法廷判決を契機として」刑事法ジャーナル57号31頁。なお, 和田俊憲「判例解説」『平成30年度重要判例解説』ジュリスト臨時増刊1531号(2019年) 151頁。
 - 16) なお, 安田拓人「判例解説」『平成16年度重要判例解説』ジュリスト臨時増刊1291号(2005年) 157頁以下, 平木正洋「判例解説」『最高裁判所判例解説 刑事篇平成16年度』(法曹会, 2007年) 155頁以下, 古川伸彦「判例批評」山口厚/佐伯仁志編『刑法判例百選① 総論〔第7版〕』別冊ジュリスト220号(2014年) 130頁以下, 山口厚「実行の着手と既遂」同『新判例から見た刑法〔第3版〕』(有斐閣, 2015年) 77頁以下, 参照。
 - 17) 前田雅英「詐欺罪の着手時期」捜査研究810号(2018年) 11頁は, 「この最高裁の判断には, 多発する特殊詐欺に対する国民の意識の反映も見られる」とする。
 - 18) 塩見淳「特殊詐欺事案で見えてきた解釈問題——2つの最高裁判例を手がかりに」法学教室461号(2019年) 50頁以下, 高橋則夫「『実行の着手』の規範的構造——最高裁平成30年判決をめぐって」新倉修先生古稀祝賀論文集『国境を超える市民社会と刑事人権』(現代人文社, 2019年) 109頁, 橋本正博「実行行為の開始と実行の着手——『構成要件的结果発生の危険』の意義」研修857号(2019年) 10頁以下。さらに, 山口厚裁判官の補足意見参照。
 - 19) 佐藤拓磨「未遂・承継的共同正犯」法学セミナー779号(2019年) 13頁。
 - 20) 振り込め詐欺事案の法的構成(1項詐欺か2項詐欺か)については, 二本柳誠「振り込め詐欺の法的構成・既遂時期・未遂時期——かけ子の罪責を中心に(1)」名城ロースクール・レビュー33号(2015年) 3頁以下参照。
 - 21) 判例の動向については, 二本柳誠「振り込め詐欺の法的構成・既遂時期・未遂時期——かけ子の罪責を中心に(2・完)」名城ロースクール・レビュー34号(2015年) 27頁以下。
 - 22) 島田聡一郎/小林憲太郎『事例から刑法を考える〔第3版〕』(有斐閣, 2014年)

420 頁〔島田〕。

- 23) 坂田威一郎「振り込め詐欺の法的構成と既遂時期に関する実務上の若干の考察」植村立郎判事退官記念論文集『現代刑事法の諸問題 第2巻』（立花書房，2011年）77頁以下参照。
- 24) たとえば，東京高判平成17年12月15日東高刑時報56巻1～12号107頁，東京高判平成18年10月10日東高刑時報57巻1～12号53頁，名古屋高判平成24年7月5日高検速（平24）号207頁，東京高判平成25年9月4日判例時報2218号134頁。
- 25) 林幹人「判例解説」『平成15年度重要判例解説』ジュリスト臨時増刊1269号（2004年）165頁以下，宮崎英一「判例解説」『最高裁判所判例解説 刑事篇 平成15年度』（法曹会，2006年）121頁以下，松澤伸「判例批評」山口厚/佐伯仁志編『刑法判例百選⑩ 各論〔第7版〕』別冊ジュリスト221号（2014年）104頁以下，山口厚「誤振込みと財産犯」同・前掲注16）298頁以下，参照。
- 26) 橋爪隆「銀行預金の引出しと財産犯の成否」研修735号（2009年）3頁以下。さらに，杉本一敏「判例解説」『平成26年度重要判例解説』ジュリスト臨時増刊1479号（2015年）173頁。
- 27) 松宮孝明「振り込め詐欺に利用された口座からの払戻しと財産犯」『浅田和茂先生古稀祝賀論文集〔上巻〕』（成文堂，2016年）772頁以下参照。
- 28) 田辺泰弘「判例批評」警察学論集59巻6号（2006年）223頁，松田俊也「振り込め詐欺の被害者に振り込ませた現金をATMで引き出すことの擬律について」植村退官・前掲注23）74頁。もっとも，いずれにおいても，（混合的）包括一罪として処断する可能性までは否定されていない。
- 29) 中森喜彦「判例批評」判例評論422号（判例時報1482号，1994年）62頁，田山聡美「判例批評」刑事法ジャーナル41号（2014年）228頁，照沼亮介「預金口座内の金銭の法的性質—誤振込の事案を手掛かりとして（4・完）」上智法学論集58巻2号（2014年）83頁，松宮・前掲注27）778頁以下。なお，綿引紳郎「判例批評」判例タイムズ170号（1965年）53頁。
- 30) 的場純男「欺罔による銀行振込は1項詐欺か」研修458号（1985年）56頁，山中敬一「払戻しができない体制の整った状況で振込入金があった場合と恐喝罪の未遂」法学セミナー459号（1993年）117頁。

III 当初からの関与形態をめぐる論点

(1) 共同正犯における「一部実行全部責任」の意義

単独正犯の処罰根拠は、実行行為から結果発生（既遂）までの因果の流れのすべてを自分自身で統制していることにある。このような処罰根拠は、共同正犯による結果実現の場合にも妥当する。ただ、共同正犯においては、関与者全員が実行行為の全部を担当することはほとんどなく、それぞれが実行行為の一部を分担し合っているのが通常である（実行共同正犯）。通常の実行共同正犯の場合には、実行行為時にすでに存在する共謀にもとづく関与者間の「相互利用補充関係」によって、実行行為から結果発生に至る因果の流れを全体として統制しているという関係があることから、「一部実行全部責任」の効果が認められるのである（60条）。また、共謀を前提とするこうした実質的な関係が認められる以上は、実行行為を全く担当しない者についても、その役割の重要度に応じて共同正犯（共謀共同正犯）を認めるのが、実務と学説の多数である³¹⁾。また、前提となる共謀は、現場共謀であってもよいし（最大判昭和33年5月28日刑集12巻8号1718頁〔練馬事件〕）、黙示的共謀であってもよいとされる（最決平成15年5月1日刑集57巻5号507頁〔スワット事件〕）。

こうした法的構成との関係では、振り込め詐欺事案においても、特段の問題は生じない。相対的に重要な役割でない（末端に位置する）ことが想定される「かけ子」や「受け子」についても、共謀の射程が及んでいることを前提として³²⁾、「関与者全体としての因果の流れの統制」が認められる以上は、実行共同正犯を認めることができる³³⁾。また、事案によっては、受け子の現金の受け取りを見張る役割の者や受け子の調達を担当したリクルーターのような者であっても、その役割の程度によっては共同正犯となることもある³⁴⁾。その一方で、全体として希薄な人間関係のもとで多くの者が多様な役割を分担する振り込め詐欺事案においては、関与者の故意や共謀の認定に困難を生

じる場合が少なくない。また、犯行の途中から関与してくる者との関係でも、振り込め詐欺事案に特有の問題が生じている。次に、これらの点について検討する。

(2) 関与者の故意と共謀の認定

1 共同正犯関係で犯罪を実現する場合、各関与者には、一般に、具体的な犯罪類型との関係で、構成要件的事実の認識としての故意の存在を前提として、当該犯罪を実現するための共謀が存在しなければならない。このことは特殊詐欺の事案においても全く異なるところがない。ただ、犯行の計画者や欺罔行為の実行者（「かけ子」など）のように、犯行の中核的部分を担当する関与者については、構成要件的事実の認識は当然に認められるため、故意の存否が問題にされることはほとんどない。他方、組織の周辺部分に位置することの多い「出し子」や「受け子」の場合には、当初から犯行に加担している場合であっても、「何らかの違法な行為」に関与する程度の認識はある一方で、「詐欺」に加担するまでの認識に欠ける場合が、少なからず見受けられる。この点で、関与者の認識の内容と故意の存否、さらには共謀の存否が問題になる。実際には、後述の「騙されたふり作戦」の事案（詐欺未遂罪の成否が争われる）において、犯行の途中から介入してきた「受け子」との関係で問題になることが多いが、基本的には、当初から関与していた者についても同様である。

この問題について、従前の下級審では、「受け子」の故意ないしは共謀の存在を否定して無罪（共同正犯の不成立）とする判例が散見された³⁵⁾。それらの背景には、故意の認定について、殺人罪や窃盗罪等の場合と同じように、具体的な犯罪実現の認識を要求する態度が存在する。しかし、その後の控訴審判例において、特殊詐欺事案においては、詐欺に関与する認識を排除しない形で「何らかの違法な行為に関与する」という認識があれば、詐欺罪の故意として十分であるとされるようになった³⁶⁾。それらによれば、「詐欺に関

与する認識を排除」していない以上は、「詐欺に関与するかもしれない」という認識が認められ、詐欺の故意として十分だとされるのである。このような控訴審の態度を「非常に意義がある」として、肯定的に評価する立場も見られる³⁷⁾。

2 その後、最高裁も、このような論理で特殊詐欺の故意を認定する方法を容認するに至った。最高裁は、逮捕の可能性を主犯格のGから説明されていたものの、特殊詐欺の被害金であることまでは知らされることなく、「Gの指示を受けてマンションの空室に赴き、そこに配達される荷物を名宛人になりすまして受け取り、回収役に渡すなどしてい[た]」被告人について、「異なる名宛人になりすまして同様の受領行為を多数回繰り返し、1回につき約1万円の報酬等を受け取っており、被告人自身、犯罪行為に加担していると認識していたことを自認している。以上の事実は、荷物が詐欺を含む犯罪に基づき送付されたことを十分に想起させるものであり、本件の手口が報道等により広く社会に周知されている状況の有無にかかわらず、それ自体から、被告人は自己の行為が詐欺に当たる可能性を認識していたことを強く推認させ」るものであり、「被告人は、荷物の中身が拳銃や薬物だと思っていた旨供述するが、荷物の中身が拳銃や薬物であることを確認したわけでもなく、詐欺の可能性があるとの認識が排除されたことを伺わせる事情は見当たらない」としたうえで、「このような事実関係の下においては、被告人は、自己の行為が詐欺に当たるかもしれないと認識しながら荷物を受領したと認められ、詐欺の故意に欠けることなく、共犯者らとの共謀も認められる」としたのである（最判平成30年12月11日刑集72巻6号672頁³⁸⁾）。

このような論理による故意の認定は、一般に、覚せい剤輸入罪・所持罪の故意に関する最決平成2年2月9日判例時報1341号157頁と通底するものとして理解され、そのことを根拠として明示する判例もある（東京高判平成30年3月7日公判物未登載）。平成2年決定の事案では、知人から「化粧品」と言われた「ある物」をアメリカから日本に運ぶように依頼されて「覚せい剤」を日本国内に持ち込んだ被告人について、「原判決の認定によれば、被告人

は、本件物件を密輸入して所持した際、覚せい剤を含む身体に有害で違法な薬物類であるとの認識があったというのであるから、覚せい剤かもしれないし、その他の身体に有害で違法な薬物かもしれないとの認識はあったことに帰することになる。そうすると、覚せい輸入罪、同所持罪の故意に欠けることはない」とされた³⁹⁾。

3 たしかに、構成要件的事実の具体的認識のない場合にも故意を認定する場合があるとすると点では、特殊詐欺事案と覚せい剤事案とに共通性を見ることができるとは、しかし、「覚せい剤かもしれないし、その他の身体に有害で違法な薬物かもしれないとの認識」の存在を根拠に故意を認定することと、詐欺に当たる可能性を認識していたことを強く「推認させる」状況のもとで、詐欺の可能性があると認識が排除されたことを窺わせる事情の不存在を根拠として故意を認定することとは、大きく異なると言わざるをえない⁴⁰⁾。前者では、違法薬物の認識の存在が認定されているのに対して、後者では、詐欺の可能性を排除する事情の不存在が認定されているにすぎないからである。特殊詐欺罪における最高裁の認定方法は、詐欺の可能性があると認識を排除する事情の存在の証明を被告人側に転換するものであるし、そうした認識を排除しなかったことを根拠に故意を認定するのは、不注意（軽率）な態度としての過失を故意に格上げすることにもなりかねない。

もっとも、実務的には、この種の事案に故意を否定することは、「受け子」のような従属的な役割でありながら、財物移転という点で財産犯の中核的部分を担当する者を不当に「野放し」にしてしまうということの不都合が考慮されているのであろう。最高裁の認定が、故意の認定方法の一般論としてではなく、事案の特殊性を根拠とした事例判断になっているのも、特殊詐欺事案における苦心を感じさせるものである⁴¹⁾。しかし、そうではあっても、受け子が社会経験や知的能力に乏しい者（少年等）のような場合には、詐欺の可能性があると認識の排除を根拠とする故意の認定には問題がある⁴²⁾。最低限、詐欺に当たる可能性の「推認」ではなく、詐欺の可能性の「認識」を積極的に証明する必要はあったと思われる⁴³⁾。

4 個々の関与者に詐欺の故意が否定される場合には、当然のことながら、関与者間には共同正犯の前提となる共謀（共同実行の意思）は否定される。したがって、故意を否定する下級審判例は、同時に関与者間の共謀を否定することになる⁴⁴⁾。その背景には、同一犯罪の故意の共同を要求する犯罪共同説の立場があると言えよう。他方、詐欺の可能性があると認識が排除されたことを窺わせる事情の不存在を根拠として詐欺罪の故意を認定する場合には、そのような事情を前提として関与している者には、詐欺についての共謀も比較的容易に認められることになる（最判平成30年12月11日刑集72巻6号672頁，最判平成30年12月14日刑集72巻6号737頁）。こうした認定を支えているのが、行為共同説的な発想であり、「包括的共謀」という概念である。

包括的共謀という概念は、必ずしも特殊詐欺事案に特有のものではないが⁴⁵⁾、特殊詐欺事案で特に大きな機能を果たすものになっている。そこでは、組織化された詐欺犯罪集団であることを前提として、各関与者が、役割に応じた分担を認識したうえで行動しているからである。したがって、受け子のように、表面的には末端部分の役割だけを担当しているように見られる者にも、組織の一員としての役割を担当する認識がある以上、共同正犯としての共謀に欠けることはないと言われる⁴⁶⁾。こうした観点からすれば、後述の「騙されたふり」作戦における受け子が同作戦の実施を「薄々気づいていた」だけの場合であっても、共同正犯として処罰される可能性を否定されない⁴⁷⁾。もともと、包括的共謀という考え方も、もっぱら結論の妥当性に支えられたものであるとの印象を払拭することはできない⁴⁸⁾。なお、包括的共謀を認める場合にも、首謀者と受け子の関係によっては、単に利用されている受け子の場合などでは、受け子に正犯意思が認められないとして、幫助犯（場合によっては間接正犯の道具）にとどまる事案もありえよう⁴⁹⁾。

注

31) 丸山雅夫「共謀共同正犯の構造と成立範囲」同『刑法の論点と解釈』（成文堂，2014年）69頁以下参照。

32) 共謀の射程の判断要素・基準については、十河太郎「共謀の射程について」川端

博/山口厚/井田良/浅田和茂編『理論刑法学の探求③』(成文堂, 2010年) 98頁以下参照。

- 33) たとえば, 東京高判平成 27 年 7 月 1 日 LEX/DB 文献番号 25540830, 東京高判平成 27 年 6 月 11 日東高刑時報 66 卷 1~12 号 69 頁, 東京高判平成 29 年 6 月 16 日高刑速(平 29)号 118 頁, 最判平成 30 年 12 月 14 日刑集 72 卷 6 号 737 頁。さらに, 樋口亮介「実行共同正犯」『井上正仁先生古稀祝賀論文集』(有斐閣, 2019 年) 149 頁。
- 34) 見張り役について, 大阪高判平成 28 年 1 月 29 日高刑速(平 28)号 177 頁, 受け子の調達と指示役をしていたリクルーターについて, 佐賀地判平成 30 年 12 月 6 日 LEX/DB 文献番号 25562171。もっとも, 「実行行為を分担する帮助犯」という概念を認めるならば, 共謀にもとづいて犯行全体の周辺的な役割を分担する者については, 帮助犯として処断すれば足りる場合が多いと思われる。
- 35) たとえば, 故意を否定した判例として, 福岡地久留米支判平成 28 年 3 月 8 日判例時報 2338 号 118 頁, 共謀を否定した判例として, 名古屋地判平成 28 年 3 月 23 日判例時報 2363 号 127 頁, 名古屋地判平成 28 年 4 月 18 日 LEX/DB 文献番号 25448222, 名古屋高判平成 28 年 9 月 21 日判例時報 2363 号 120 頁。
- 36) たとえば, 東京高判平成 27 年 6 月 11 日東高刑時報 66 卷 1~12 号 69 頁, 福岡高判平成 28 年 12 月 20 日判例タイムズ 1439 号 119 頁, 大阪高判平成 30 年 1 月 12 日 LEX/DB 文献番号 25449267, 東京高判平成 30 年 3 月 7 日公判物未登載。
- 37) 山下裕樹「判例批評」龍谷法学 51 卷 1 号(2018 年) 653 頁。
- 38) 同旨として, 最判平成 30 年 12 月 14 日刑集 72 卷 6 号 737 頁, 最判令和元年 9 月 27 日 LEX/DB 文献番号 25570468。
- 39) 原田國男「判例解説」ジュリスト 958 号(1990 年) 81 頁, 小暮得雄「判例解説」『平成 2 年度重要判例解説』ジュリスト臨時増刊 980 号(1991 年) 147 頁以下, 岡上雅美「判例批評」山口ほか編・前掲注 16) 82 頁以下。さらに, 大庭沙織「振り込め詐欺における受け子の故意の認定」刑事法ジャーナル 53 号(2017 年) 22 頁以下。
- 40) 成瀬幸典「判例解説」法学教室 462 号(2019 年) 156 頁。
- 41) なお, 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」高嶋智光編集代表『新時代における刑事実務』(立花書房, 2017 年) 98 頁以下参照。
- 42) 半田靖史「受け子の故意の認定」法学セミナー 779 号(2019 年) 25 頁は, 裁判官の立場から, 問題点の大きさを指摘している。
- 43) 大庭・前掲注 39) 25 頁参照。
- 44) 緩やかな故意の認定と包括的共謀の認定に慎重(消極的)な下級審判例については, 羽柴愛砂「判例批評」警察学論集 72 卷 3 号(2019 年) 149 頁, 159 頁注 14。
- 45) たとえば, 東京地判昭和 34 年 4 月 9 日判例時報 190 号 11 頁, 東京高判昭和 38 年 4 月 23 日高刑集 16 卷 4 号 314 頁, 横浜地判平成 16 年 9 月 30 日判例タイムズ 1170

号 139 頁。

- 46) 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 頁以下、樋口亮介「特殊詐欺における共謀認定」法律時報 91 卷 11 号（2019 年）66 頁、参照。他方、照沼亮介「判例批評」判例評論 721 号（判例時報 2392 号、2018 年）170 頁は、犯行全体についての積極的な合意が必要であるとする。
- 47) 佐藤拓磨「判例批評」刑事法ジャーナル 55 号（2018 年）107 頁。
- 48) 品田智史「特殊詐欺事案における故意と共謀」阪大法学 68 卷 3 号（2018 年）187 頁は、特に受け子の罪責について、「やや危うい故意と共謀の認定に支えられている」とする。
- 49) 前田雅英『『だまされたふり捜査』と詐欺未遂罪の承継的共同正犯』捜査研究 795 号（2017 年）47 頁、同・前掲注 17）4 頁、山田慧「だまされたふり作戦が行われた特殊詐欺事件における受け子の罪責——一連の裁判例を契機として」同志社法学 70 卷 2 号（2018 年）138 頁。なお、横浜地川崎支判昭和 51 年 11 月 25 日判例時報 842 号 127 頁、大阪高判平成 8 年 9 月 17 日判例タイムズ 940 号 272 頁。

IV 途中から介入する関与者をめぐる論点

(1) 承継的共同正犯の全面肯定説と全面否定説

1 組織的に遂行される特殊詐欺事案においては、関与者の事前共謀にもとづいて実行される場合（基本的形態）のほか、出し子や受け子のように、財物に移転する段階ではじめて介入してくる者の刑責が問題になる事案が多い。もっとも、詐欺による錯誤にもとづいて財物（債権）移転が終了した後の段階については、詐欺罪はすでに既遂に達していることから、その後の介入者に詐欺罪の共犯は問題になりえない。ATM から被害金を引き出す「出し子」には窃盗罪が、入手した被害金の運搬や保管に関与する者には盗品等運搬罪・同保管罪が、それぞれ正犯として成立することに異論はない。問題なのは、詐欺罪が既遂に達していない段階で、被害金の受け取りに関与する「受け子」の刑責である。こうした受け子について、承継的共同正犯として処断できるかが争われる。

2 かつて有力であった承継的共同正犯全面肯定説によれば⁵⁰⁾、既遂に達

する以前の段階で先行者と意思連絡を通じて介入した者も、当然に共同正犯として処断される。中途介入者も、先行者がすでに実現していた事実を認識・認容して関与し、実行行為の一部を分担する以上は、共同正犯としての「一部実行全部責任」の原則が妥当するとされるからである。それは、同一犯罪の故意を共同する「かたい犯罪共同説」とも親和的である。また、共謀共同正犯を認めるならば、途中介入者は、実行行為の一部を分担することさえも必要でない（札幌地判昭和55年12月24日刑裁月報12巻12号1279頁参照）。こうした理解によれば、被害金の受け取り（詐欺罪の実行行為の一部）だけに関与した者も、故意と共謀、正犯意思が肯定される以上は、詐欺罪の共同正犯として処断される。

しかし、共同正犯の実質（一部実行全部責任）が、共謀にもとづく関与者間の相互利用補充関係によって因果経過全体を支配することにある以上、共謀の及んでいない先行事実については途中介入者の利用補充関係を認めることができない。共謀にもとづく利用補充関係は、共謀の及んでいない先行事実を途中介入者が「自分のものとして引き受ける」意思を表明したとしても、それに取って代わられるものではないのである。共同正犯として評価できるのは、共謀が成立した時点以降でしかない。この意味で、全面肯定説には重大な疑問があり、現在ではほとんど支持者を失っている。

3 他方、近時の学説においては、因果的共犯論（惹起説）の立場を前提として、自己が因果的影響を与えていない段階については共同正犯が成立することはないとする見解（承継的共同正犯否定説）が有力であり、特殊詐欺事案で特に強調されているところである⁵¹⁾。これによれば、詐欺罪の構成要件該当事実は欺罔行為から財物移転までの全体でなければならぬとされることから、被害金の受け取り段階だけに関与した受け子には、たとえ先行者との間に意思連絡（さらには積極的利用意思）が認められる場合であっても、詐欺罪全体についての共同正犯は成立しえないものとされる。

もっとも、そのような場合にも、受け子に不作為の欺罔による詐欺罪（正犯）の成立は否定されないとし⁵²⁾、「実務では、『承継的』共犯の理論に頼る

ことなく、このような構成で妥当な結論を得ることができる事件が多いと思われる」ともされている⁵³⁾。たしかに、受け子が被害者に対して保障人的地位に立ち、その錯誤を是正すべき義務を負う者であれば、受け子自身の不作為による欺罔を考えることができる。そのような場合には、先行者と意思連絡を形成したうえで介入した受け子には、介入後の部分について、先行者との間に不作為の欺罔による実行共同正犯が成立する。他方、先行者には、自己の実現していた先行事実の存在を前提として、介入後の受け子と共謀して実現する詐欺罪の共謀共同正犯が成立する。しかし、実際には、単なる受け子に保障人的地位を根拠とする作為義務を認めるのは困難である。特に騙されたふり作戦の場合には、騙されていない被害者に対して真実を告知する義務は認めがたい。また、素知らぬ顔での受け取りを作為の欺罔と考えるのも実態にそぐわない。せいぜいのところ、被害金を受け取るまでは詐欺罪は既遂に達していないことを根拠として、承継的従犯の成立を考えることができるにとどまり⁵⁴⁾、この限りで受け子が野放しになることを防ぐしかない。

(2) 因果的共犯論と受け子の刑責

1 因果的共犯論は、いわゆる「共犯からの離脱」の事案に関する判例によって（最決平成21年6月30日刑集63巻5号475頁）、最高裁が正面から承認するものとなった⁵⁵⁾。その後、傷害罪の承継的共同正犯の成否が問題になった事案（Xらの暴行によってBらがすでに傷害を負っていた後に、被告人が共謀のうえで加担して暴行を加え、Bらの傷害を相当程度に重篤化させた事案）において、最高裁は、職権判断で、「被告人は、共謀加担前にX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、〔加担前の〕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る暴行によってB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」とした（最決平成24年11月6日刑集66巻11号1281頁）。

こうした判示は、承継的共同正犯否定説に親和的なものであり、少なくとも、先行事実の積極的利用意思を強調することによって承継的共同正犯を認める立場を明確に否定するものである⁵⁶⁾。

しかし、平成24年決定は、傷害罪に関する事例判断であり、その射程はきわめて限定的なものである⁵⁷⁾。事実、千葉勝美裁判官の補足意見は、強盗罪、恐喝罪、詐欺罪等については、「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」ことを指摘していた。その意味で、この決定は、全体として、承継的共同正犯を限定的に肯定する立場（後述の限定肯定説）までを否定したものとは言えない。

2 その後、最高裁は、騙されたふり作戦における受け子の刑責が問題になった事案で、詐欺罪の承継的共同正犯を認めるに至った。最高裁は、嘘を見破った被害者が警察官に相談して騙されたふり作戦が開始され、現金が入っていない箱を被害者が指定場所に発送し、騙されたふり作戦の開始を認識していない被告人が、氏名不詳者から報酬約束のもとに箱の受領を依頼され、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ながら指定場所で箱を受領したという事実を認定したうえで、「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」とした（最決平成29年12月11日刑集71巻10号535頁）。本決定は、本件事案の具体的事実を重視することから導かれた事例判断であり、特殊詐欺の承継的共同正犯を認める一般論を展開したものではないが⁵⁸⁾、その結論は支持しうるものである⁵⁹⁾。

3 因果的共犯論を前提とする学説においても、それを一貫することによって承継的共同正犯をおよそ否定する見解がある一方で、事案に応じて区別的

に考えようとする立場（限定肯定説）が有力である。限定肯定説は、さらに、個別行為アプローチと全体行為アプローチに分けられる⁶⁰⁾。前者は、各関与者の個別行為に着目しつつも、全構成要件要素との間の因果性までは必要なく、構成要件的结果との間に因果性があれば足りるとする。それによれば、財産犯としての詐欺罪においては、財物移転行為こそが決定的に重要なものとされ、介入後の受け子が欺罔者らと意思を通じて被害金を受け取る行為に共同正犯が成立する⁶¹⁾。他方、後者は、各関与者の個別行為の総体としての全体行為と構成要件的结果発生との間に因果性があれば足りるとする。それによれば、先行者と共謀して介入した受け子は、先行者の詐欺と因果性が認められる受領行為に関与したことを根拠に共同正犯となる^{62) 63)}。

もつとも、これらの立場はアプローチとして一応の区別ができるものの、主張内容が重なり合う場合が多く、実際の結論においてもほとんど異なるところがない。両者が決定的に異なるのは、騙されたふり作戦における不能犯の論点の扱いである。個別行為アプローチによれば、財物の移転が事実上ありえない受領行為の実行行為性が問題となることから、不能犯の議論を回避することができないのに対して、全体行為アプローチによれば、不能犯の議論を回避したうえで詐欺未遂罪の共同正犯を肯定することも、形式的には可能だからである。不能犯の検討なしに詐欺未遂罪の成立を認める平成29年の最高裁決定は、全体行為アプローチを前提とするものと言えよう。他方、全体行為アプローチにおいては、犯行全体における受け子の役割が重視されることから、先行者との意思連絡の内容としては、包括的共謀程度のもものでは足りないし、「詐欺罪を排斥する特別な事情の不存在」といった消極的な認定では十分でなく、より密接な共謀（意思連絡）が積極的に認定される必要がある。その意味で、全体行為アプローチにおいては、先行事実の積極的利用意思の存在は当然の前提になっている。

注

50) たとえば、小野清一郎「判例批評」刑事判例研究会編『刑事判例評釈集 第1巻 昭和13年度』（有斐閣、1941年）417頁以下、木村亀二『全訂 新刑法讀本』（法文

社、1967年) 270頁, 植松正『再訂 刑法概論I 総論』(勁草書房, 1974年) 354頁以下, 藤木英雄『刑法講義総論』(弘文堂, 1975年) 290頁以下, 西原春夫『刑法総論(下巻)改訂準備版』(成文堂, 1993年) 386頁, 福田平『全訂 刑法総論〔第5版〕』(有斐閣, 2011年) 272頁。さらに, 承継的従犯に関する大判昭和13年11月18日刑集17巻839頁参照。

- 51) たとえば, 金尚均「承継的共同正犯における因果性」立命館法学310号(2006年)138頁以下, 林幹人『刑法総論〔第2版〕』(東京大学出版会, 2008年) 380頁以下, 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) 8頁以下, 同「共犯の因果性(下)」同『刑法総論の理論と実務』(判例時報社, 2018年) 586頁以下, 松原芳博「承継的共犯」『野村稔先生古稀祝賀論文集』(成文堂, 2015年) 203頁以下, 同「詐欺罪と承継的共犯—送付型特殊詐欺事案における受け子の罪責をめぐって」法曹時報70巻9号(2018年) 1頁以下, 山口厚「承継的共犯論の新展開」法曹時報68巻2号(2016年) 1頁以下, 十河太朗「承継的共犯論の現状と課題」川端博/山口厚/井田良/浅田和茂編『理論刑法学の探求⑨』(成文堂, 2016年) 142頁以下, 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(2017年) 224頁, 浅田和茂『刑法総論〔第2版〕』(成文堂, 2019年) 435頁以下。
- 52) 山口・前掲注51) 17頁以下。また, 松宮孝明『『承継的』共犯について—最決平成24年11月6日刑集66巻11号1281頁を素材に』立命館法学352号(2013年) 381頁は, 受け子が「何食わぬ顔で受け取るなら, それは, 被害者の錯誤を維持するという意味で, 挙動による欺罔行為の一種と考えてよい」とする。
- 53) 松宮・前掲注52) 381頁。
- 54) 松宮・前掲注27) 779頁, 井田良「承継的共同正犯についての覚書」『山中敬一先生古稀祝賀論文集〔上巻〕』(成文堂, 2017年) 636頁, 上杉幸彦「判例批評」刑事法ジャーナル53号141頁, 二本柳誠「騙されたふり作戦と受け子の罪責・補論(2・完)」名城ロースクール・レビュー45号(2019年) 48頁。他方, 松原・前掲注51) 法曹時報26頁以下, 小林・前掲注51)『刑法総論の理論と実務』599頁は, 承継的従犯も否定したうえで, 占有離脱物横領罪ないしは盗品関与罪の成立だけを認める。
- 55) 葛原力三「判例解説」『平成21年度重要判例解説』ジュリスト臨時増刊1398号(2010年) 181頁以下, 任介辰哉「判例解説」『最高裁判所判例解説 刑事篇 平成21年度』(法曹会, 2013年) 172頁以下, 橋爪隆「判例批評」山口ほか編・前掲注16) 190頁以下。さらに, 丸山雅夫「共犯関係の解消」『日高義博先生古稀祝賀論文集 上巻』(成文堂, 2018年) 580頁以下。
- 56) 他方, 本決定においても積極的利用意思は当然の前提になっているとするものとして, 高橋則夫「承継的共同正犯について」『川端博先生古稀記念論文集〔上巻〕』(成文堂, 2014年) 574頁, 井田・前掲注54) 634頁。
- 57) 照沼亮介「判例解説」『平成25年度重要判例解説』ジュリスト臨時増刊1466号

(2014年) 165頁, 石田寿一「判例解説」『最高裁判所判例解説 刑事篇 平成24年度』(法曹会, 2015年) 442頁以下。

- 58) 事例判断とされたことについて, 川田宏一「判例解説」ジュリスト1520号(2018年) 115頁は, 「本件の結論を導くに当たっては種々の理論構成が考えられ, 承継的共同正犯の論点をみても平成24年判例との関係を含め多様な議論があることなどから, 現段階で最高裁として特定の法理を示すことがふさわしいものとはされなかったように思われる」とする。
- 59) 只木誠「判例解説」『重要判例解説 平成30年度』ジュリスト臨時増刊1531号(2019年) 153頁。さらに, 橋本正博「判例解説」『重要判例解説 平成28年度』ジュリスト臨時増刊1505号(2017年) 165頁。
- 60) 伊藤嘉亮「特殊詐欺における承継的共同正犯と共謀の射程」法律時報91巻11号68頁以下参照。
- 61) 西田典之「承継的共犯—部分的関与者の罪責の範囲」同『共犯理論の展開』(成文堂, 2010年) 223頁以下, 佐伯仁志「共犯論(1)」同・前掲注11) 386頁以下, 橋本正博『「承継的共同正犯」について』前掲注56) 川端古稀585頁, 橋爪隆「承継的共犯について」法学教室415号(2015年) 95頁, 同・前掲注46) 10頁, 前田雅英「詐欺罪の承継的共同正犯」捜査研究806号(2018年) 20頁。
- 62) 西田典之/山口厚/佐伯仁志編『注釈刑法 第1巻』(有斐閣, 2010年) 860頁〔島田聡一郎〕, 上嶋一高「詐欺未遂罪と承継的共犯」前掲注55) 日高古稀568頁以下, 佐藤・前掲注47) 106頁, 安田拓人「判例解説」法学教室451号(2018年) 143頁。
- 63) 他方, 十河太朗「騙されたふり作戦と詐欺未遂罪の共犯」同志社法学70巻2号(2018年) 31頁は, 受け子の現金受領行為までは必要でなく, 先行者の行為によって生じた効果を維持, 促進し, 当初の犯行計画の実現に必要な行為が行われれば足りるとする。これは, 承継的共同正犯否定説を前提としながら, 介入後の受け子に先行者との間の共謀共同正犯を認めるものと言えよう。

V 「騙されたふり」作戦と受け子の刑責

1 近時, 送付型ないしは受け取り型の振り込め詐欺事案においては, 詐欺の相手方になっていることに途中で気づいた被害者が警察と連携して, 現金ないしは模擬紙幣が受け子に渡った段階で警察官が受け子を逮捕するという, 「騙されたふり」作戦による捜査手法が一般化している。前掲平成29年の最高裁決定は, そのような事案の受け子に詐欺未遂罪を認めるものであつ

た。ただ、騙されたふり作戦においては、被害金が受け子に渡る可能性が全くないことから、欺罔行為者に詐欺未遂罪が成立することは別にして、構成要件的结果を実現させない受け子については、詐欺の不能未遂（不能犯）として不可罰になるのではないかが問題になる。この点との関係で、騙されたふり作戦をめぐるは多くの判例が積み重ねられている⁶⁴⁾。

2 この点について、前掲平成 29 年最高裁決定は、承継的共同正犯に関する全体行為アプローチを前提として、「だまされたふり作戦の開始いかにかわらず」として、不能犯の論点に全く言及することなしに、犯行の遂行が不可能になった後の行為（現金の所在していない箱の受け取り）に詐欺未遂罪の成立を肯定した。その趣旨は必ずしも明確ではないが⁶⁵⁾、全体行為アプローチから承継的共同正犯が認められる以上は、受け子の個別的な受領行為の遂行可能性は特に問題にしなくてもよいとするものであろう。学説のなかにも、一般予防的考慮の強い領得罪（窃盗、強盗、詐欺、恐喝の各移転罪）については、被害客体の存否を問わずに未遂犯の成立を認める立場がある⁶⁶⁾。この立場は、前掲平成 29 年決定と親和的である。

しかし、このような理由づけに対して、学説は一般に批判的である。いかに全体行為を重視したとしても、犯罪を実際に実現できない段階ではじめて介入した受け子について、不能犯への言及なしに当然のように承継的共同正犯を認めるのは、先行者の行為に重点を置いて後行者の積極的利用意思を根拠とするものであり、承継的共同正犯全面肯定説と本質的に異ならないからである⁶⁷⁾。そのため、本決定に対しては、承継的共同正犯否定説に親和的な最決平成 24 年 11 月 6 日の趣旨を考慮しない「先祖返り」という厳しい批判も加えられている⁶⁸⁾。全体行為アプローチを前提とするにしても、騙されたふり作戦の事案においては、不能犯の問題は避けられないように思われる。その意味で、具体的危険説による判断を前提として不能犯を否定したうえで、詐欺未遂罪の成立を認める下級審判例の動向は⁶⁹⁾、判断基準としての具体的危険説には異論がありうるにしても、アプローチとして正しいものであると言ってよい。

3 不能犯の判断基準については、現在、具体的危険説（行為時に一般人が認識可能な事実と行為者が現に認識していた事実にもとづいて結果発生危険を判断する）と客観的危険説の対立を軸とする展開が見られ、さらに後者は、狭義の客観的危険説（行為時に存在した事実にもとづいて危険を客観的に判断する）のほか、修正された客観的危険説（行為時に存在した事実について事後的に一定の仮定的置換を認める）が近時有力になっている⁷⁰⁾。一般に、結果発生危険性を広く認める傾向があるのは、一般人の印象に結びつく具体的危険説による場合である。もっとも、平成29年最高裁決定の（類似）事案については、具体的危険説と修正された客観的危険説のいずれによっても、結果発生危険性が肯定されるように思われる⁷¹⁾。他方、客観説を徹底すれば、模擬現金や空箱を受領した受け子については、客体の不能と見る余地は否定されない⁷²⁾。こうした観点からは、平成29年決定は、結論においては支持できるにしても、「事例判断として」不能犯に当たらないことを示すべきであったように思われる。

注

- 64) 騙されたふり作戦をめぐる裁判例のほとんどについては、二本柳誠「騙されたふり作戦と受け子の罪責・補論(1)」名城ロースクール・レビュー41号(2018年)53頁以下、同・前掲注54)29頁以下において、詳細な分析と検討がされている。さらに、山田・前掲注49)98頁以下。
- 65) 川田・前掲注58)115頁によれば、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」という事情に着目すれば、不能犯論への言及が必須かどうかは検討の余地があるため、あえて検討を避けたものであろうとされている。
- 66) 和田俊憲「不能犯の各論的分析・試論の覚書」町野朔先生古稀記念『刑事法・医事法の新たな展開 上巻』（信山社、2014年）238頁以下。
- 67) この点について、井田良『講義刑法学・総論〔第2版〕』（有斐閣、2018年）525頁は、承継的共同正犯全面肯定説によらない限り、「共謀に参加したことを理由としてそれ以前に行われた欺罔行為に対する共同の罪責を問うことはできない。そうすると、介入後の行為が詐欺未遂行為としての危険性を有するかどうかが決定的な問題となる。この問題について不能犯論を介さずに解決を与えることはできない」と指摘する。
- 68) 小林・前掲注51)『刑法総論の理論と実務』600頁。さらに、松宮孝明「未遂・未完成犯罪」法学セミナー767号(2018年)101頁。
- 69) たとえば、福岡高判平成28年12月20日判例時報2338号112頁、東京高判平成

29年3月27日高刑速（平29）号108頁，大阪高判平成29年5月24日LEX/DB文献番号25448842，福岡高判平成29年5月31日高刑速（平29）号255頁，仙台高判決平成29年6月1日高刑速（平29）号307頁，仙台高判平成29年8月29日高刑速（平29）号309頁，大阪高判平成29年10月10日LEX/DB文献番号25561419，東京高判平成29年11月10日高刑速（平29）号208頁。

- 70) 学説の状況については，西田ほか編・前掲注62) 651頁以下〔和田俊憲〕参照。
- 71) 橋爪・前掲注46) 13頁以下，安田拓人「判例批評」法学教室437号（2017年）146頁，樋口・前掲注13) 51頁，佐藤・前掲注47) 104頁，塩見・前掲注18) 54頁，参照。
- 72) 門田成人「判例批評」法学セミナー746号（2017年）121頁，二本柳・前掲注51) 233頁以下。

VI むすびに代えて

以上，振り込め詐欺の事案を手がかりとして，関与者の詐欺（未遂）罪の成否について，刑法上の論点を検討してきた。特に，騙されたふり作戦が実施された場合における犯行の中途から介入した受け子については，個々の論点が複雑に絡み合っていることから，きわめて錯綜した状況にある。そうした事案に対する実務の一般的傾向としては，詐欺の故意と関与者間の共謀，さらには正犯意思の存在を前提として承継的共同正犯を認めたくえて，不能犯を否定して詐欺未遂罪を認めるというものになっている。その背景には，振り込め詐欺に対する刑事的対応の必要性（関与者を野放しにはできないという要請）が存在していると言ってよい。ただ，具体的な事案の複雑さから離れて，それぞれの論点を整理して検討すれば，裁判実務における結論も支持するものが多い。一方で，関与者間の故意と共謀の認定のように，刑法理論としては，従来的一般論を拡張ないしは緩やかに解することによってはじめて導きうる結論もある。このことは，一連の最高裁判例のいずれもが事例判断として結論を導いている点に如実に現れている。このように，振り込め詐欺事案は，処罰の必要性と理論的一貫性の関係が厳しく問われる場面である。この点で，個々の論点に対する一部学説の厳しい批判の存在は，決して

看過されてはならない。

本稿で検討した関与者は、受け子を中心としたものであり、受け子から現金を預かって運搬する仲介者等については、最小限の言及にとどまっている。受け子の役割以上に組織の周辺部に位置するこれらの者の刑責や、いわゆるコントロールド・デリバリー類似の「泳がせ捜査」についても検討すべき論点は残されている⁷³⁾。また、事前共謀にもとづいて関与していた者（かけ子や受け子）が途中で翻意して被害金を横取りしたような場合（抜き事案）の共犯関係についても、共犯からの離脱との関係で検討すべき論点が残されている⁷⁴⁾。さらに、手口の巧妙化や組織の複雑化、発展形態としての「アポ電強盗」事案の出現など、特殊詐欺をめぐる社会状況は、今後の刑事司法と刑法理論に深刻な問題をもたらし続けることが予想される。

注

73) さしあたり、前者については、豊田兼彦「業務行為と詐欺幫助」法学セミナー 779号 40頁以下、後者については、神元隆賢「判例批評」北海学園法学研究 53巻 2号（2017年）85頁以下、山田・前掲注 49）138頁以下、参照。

74) 受け子の抜き事案についても、「抜き」に至るまでの行為に着目して共同正犯を認めるものとして、東京高判平成 30年 5月 16日 公刊物未登載、大塚雄毅「判例批評」研修 846号（2018年）17頁以下。同様の観点から、かけ子の抜き事案に共同正犯を認めるものとして、東京地判平成 31年 2月 6日 公刊物未登載、村田邦行「判例批評」研修 853号（2019年）73頁以下。