

「振り込め詐欺」において詐欺未遂罪の共同正犯が否定された事例

(名古屋高裁平成二八年九月二日判決 LEX/DB25544184)

中 島 広 樹

事 実
判 旨
評 釈

【事 実】

1 本件の公訴事実の要旨は以下の通りである。

すなわち、被告人X（以下Xという）は、被害者A（当時八一歳。以下Aという）の親族等になりすまし、その親族が現金を至急必要としているかのように装って現金をだまし取ろうと考え、氏名不詳者又はYらと共謀のうえ、平成二七年八月二〇日（以下「平成二七年」の記載は省略する）、氏名不詳者が、複数回にわたり、名古屋市α区内のA方に電話をかけ、Aに対して、電話の相手がAの息子であり、同人が現金三〇〇万円を至急必要としているので、

取引先のある埼玉県秩父郡β内の便利業B（Xが掲げている便利業の屋号）に宛てて現金を送付してもらいたい旨を言い、その旨誤信させて、Aから現金の交付を受けようとしたが、同人が警察に相談したためその目的を遂げなかったというものである。Xは、現金受取役として詐欺未遂罪の共同正犯で起訴された。

2 本判決が判示した原判決（平成二八年三月二三日名古屋地裁判決）の概要は、以下の通りである。

すなわち、「一」Xが共犯者から現金受取の依頼を受けた時点で、被害者は詐欺に気付いて模擬現金入りの荷物の配達依頼をしていたのであるから、詐欺の結果発生の現実的危険は既に消失しており、その段階で詐欺未遂の共同正犯の責任を負わせることはできず、「二」被告人が共犯者との間で本件詐欺についての共謀を遂げたとも認められず、として被告人に無罪を言い渡した。

【判 旨】

無罪を言い渡した原判決に対して、検察官が控訴したが、Xが警察官から令状を呈示され、捜索等を受けているまさにその最中に、Yからの電話に対して、荷物が届いているので取りに来るよう告げるなど、詐欺の被害品を受領したことを認識していたのであれば通常、考え難い会話をしていることなどに照らせば、被告人が、郵便物の中身が詐欺の被害金等であるかも知れないと認識していたと認めるには疑問がある等説示した原判決の判断に、誤りはないと、控訴を棄却した。

【評 釈】

1 現代の社会問題となっている「振り込め詐欺」事件について、いわゆる「受け子」と目され、詐欺未遂罪の共同正犯に問われた被告人を無罪とした事案である。

判旨からは、共謀の存否の事実認定に関する被告人等の供述の信用性という訴訟法的问题が本件の争点であったようにうかがわれるが、実質的には、共謀共同正犯、承継的共同正犯、不能犯それぞれの成否が論点となっていることがわかる。結論としては、原判決も本判決も無罪という点で一致しているが、上記の重要な刑法的争点については一審判決と控訴審判決との判断には興味深い相違点が認められるので、本件の判示するところに沿いながら、その点について検討してゆきたい。

2 まず、共謀共同正犯の成否についてであるが、原審の検察官は、はじめからXを詐欺未遂罪の共謀共同正犯であるとして起訴しており、「共謀」の時期をめぐって議論が場合分けされるのが特徴的である。

ところで、詐欺の共謀、すなわち故意の立証のため、従来、実務では（a）受け子が被害者から受領する物が現金である（未必的に）認識していたこと^①に区別し、（b）かかる現金受領が、詐欺等の違法行為に基づくものである（未必的に）認識していたことに区別し、それぞれを推認させる間接事実を主張・立証することによって、受け子として詐欺に関与して現金をだまし取ることの認識を立証することが多く、本件においても検察官は、Xが詐欺の被害金の入った荷物であることの認識を持っていたことを主張・立証しようとしている^②。

検察官の主張の要旨は、①Xは、八月一九日以前に、Yと本件詐欺未遂の共謀をした可能性がある（以下、概括的共謀説とよぶ）、②Xは、八月一九日にYからの電話で（振り込め詐欺の被害者から交付された現金の入っている）

荷物を受け取ることを依頼され、これを承諾したのであるから、この時点でXとYとの間に本件詐欺未遂罪についての共謀が成立した（以下、一九日説と呼ぶ）、③八月二〇日に、XがYとの電話で初めて荷物を受け取ることを承諾した時期に共謀の成立を認めても、Aが配達依頼した荷物を受け取る行為には、なお詐欺の結果発生についての具体的な危険性が存在するので詐欺の実行行為性は失われぬ（以下、二〇日説と呼ぶ）、とする三個の選択的なものであった。

すなわち、検察官は、共謀成立の時期について、四月一日～八月八日、八月一九日、八月二〇日という三つの可能性があるものの、いずれにせよXとYとの間に本件詐欺未遂罪についての共謀が認められるのでXには詐欺未遂罪の共謀共同正犯が認められると主張するわけである。

これに対して、一審判決は、概括的共謀説につき、結論として「四月一日以降にXがYから依頼された郵便物の転送を承諾した時点で、その中身が詐欺でだまされた被害者から送付される現金であるかもしれないと認識していたと認めるには疑問があり、XがYらとの間で、今後、詐欺に関する荷物を受け取ることを包括的に合意して、詐欺の概括的共謀を遂げた」と認めることはできない」とした。そこで、なぜ検察官と裁判所の間で概括的共謀説に対する賛否の相違が生じたのかを以下において検討したい。

まず、概括的共謀説の根拠は、便利業をしているXが、三月にYからの依頼で郵便物を転送する仕事（Xは、三月以降本件以前に、三月、四月、六月に各一回ずつ、合計三回にわたりYからの同様の転送依頼の仕事を承諾・実行し

報酬を得ている)を引き受け実行したが、その後、同様の依頼を受けた際に送り先の住所が変更になっていたので不審に思い四月一日、警察官Hに相談したところ、詐欺の可能性があると告げられた事実に求められている。すなわち、XがYから郵便物を転送する依頼を受けた経緯およびその仕事の内容が不自然であるうえ、「現にXが四月一日に、不審を感じて警察に相談し、転送の依頼が詐欺である可能性を指摘されたのであるから、Yから依頼された郵便物の中身が詐欺によってだまし取られた現金であるかもしれないことは、通常、容易に思い当たるといえる」ので警察から詐欺の可能性を指摘された四月一日以降も、XがYからの転送依頼を承諾して転送を実行したことは、だまし取られた現金を受け取ることにについて、Yと概括的に共謀したものといえると主張するわけである。

しかし、一審判決は、結論としてこの検察側の主張には飛躍があるとして排斥した。

というのは、一審判決にすると、Hから「Yとの関係を断つように指導された」ということは認めているXの供述だけからでも、Xは「Yからの依頼が犯罪である可能性を認識していた」ということが示されるが、他方、H証言によれば「Hが被告人に告げたのは、詐欺の可能性があると程度にとどまっており、転送依頼がされた郵便物の中に現金が入っており、これが詐欺でだまされた被害者から送付された現金である可能性があるなどの具体的内容を説明したわけではない。そして、H証言によっても、Xは、郵便物を転送する行為が何かならないのかという相談をし、Hは、この相談を、犯罪になるのかならないのかを確認してきたと理解した」というのであるから、この時点でXが本件のような詐欺を想定していたとは考え難いというわけである。

すなわち、一審判決には、詐欺罪の故意(共謀)内容として単に抽象的な認識では足りず、より具体的な振り込め詐欺の認識が必要であるにもかかわらず、警官Hからの説明をもってしても、Xはその点までの認識には至っていないという判断があるのだ。こうして、一審判決は、関係各証拠から「四月一日以降にXがYとの間で詐欺に関

する荷物を受け取れることを包括的に合意して、詐欺の概括的共謀を遂げた」という検察官主張の事実を否定したわけである。

次に、一九日説であるが、一審判決はXの携帯電話・固定電話の通話記録、Xの供述に依拠して要旨以下のような判断を行い否定的結論を下す。

まず、一審判決は、通話記録から、確かに八月一九日午後一時三三分頃および午後一時五九分頃、二度にわたってYの携帯電話（以下「Y電話」とよぶ）からXの携帯電話（以下「X携帯」とよぶ）に不在着信があり、午後四時一分頃、XがX携帯でYに電話（Y電話あてに）をかけたことを認定している。

そこで、一見すると、この段階でX・Y間に詐欺についての意思連絡があったかのような印象を受ける。しかし、一審判決は、Xの供述からこの段階での意思連絡はなかったと認める。すなわち、Xの公判供述によると、Xは統合失調症を患い、障害者手帳二級の交付を受けていて、平日は午前中から午後三時頃までデイケアに通っているため、八月一九日午後一時からの一時間も、Yからの二度にわたる電話に出られず、デイケア後、Yへ折り返し電話をかけたがY不在のためYと話をできなかった次第である。そこで、Xの供述によると、翌二〇日にデイケア後、あらためてYに電話したところ、Yから荷物が届くので受け取ってほしい、と依頼され、翌々日二二日に荷物を受け取り、その際警察の捜索を受けたのだが、その最中にYから荷物が届いたかという連絡を受けたのであった。

そして一審判決は、Xの供述は、他の事実関係に照らして自然であり、極めて整合的であると評し、検察側からのこの点に関する被告人供述に変遷があるとの反論も説得的ではないという趣旨の判示をしており、結論としてXの供述は信用性が高く、さらに一九日に、XがYから荷物を受け取るように依頼を受け、これを承諾した（詐欺の共謀が成立した）という検察官の主張する証拠は見当たらないので、一九日説は認めることが出来ない、と判示した。

すなわち、一九日説は、証拠上、共謀が認められないので否定されるというわけである。

では、二〇日説はどうか。結論的には二〇日説も一審判決は否定するのだが、一審判決においては、一九日説がいわば訴訟法上の理由から共謀を否定したのに対して、二〇日説は刑法的理由から共謀（意思連絡・共同実行の意思）の成立を否定していることが注目される。

すなわち、そのことは【一】「被告人がYからの（荷物を受け取ることの）依頼を受けたのは、（二〇日の）午後四時五分頃以降であるから、被告人が荷物を受け取ることを承諾した行為が、Aが荷物の配達を依頼するまでに氏名不詳者がした前記第一の行為（Aに対する欺罔行為）に何らかの影響を与えたと認めることはできない」（カッコ内筆者）、【二】「午後四時五分頃（共謀成立時）より後に、Aが配達依頼したという証拠はないから、…この時点で、既に（模擬現金の）配達依頼がされていたと認められることからすると、この時点では、詐欺既遂の現実的危険も消失していたといえる。そうすると、詐欺既遂の現実的危険という本件詐欺未遂の結果が既に発生し終わった後に、被告人が関与したことになるから、被告人の（二〇日の）行為（荷物を受け取ることをYに対して承諾した行為）が本件詐欺未遂の結果と因果関係を有することはなく、この点で、被告人に本件詐欺未遂の共同正犯の責任を負わせることはできない」（カッコ内筆者）という二個の判示部分からうかがうことができる。

思うに、判示【一】は、その文言からすると「金銭を受け取る段階から事情を知って振り込め詐欺に関与した者に詐欺罪の承継的共同正犯が成立するか」という問題意識から出ているものと思われ、そして、それを積極的には肯定していないものと解される。³

つまり、本件のように、他者による欺罔行為により錯誤に陥った者から財物の交付だけを受ける行為については、

そもそも先行する欺罔行為に対する因果力がないという観点から、承継的共同正犯の成立を否定するものであろう。⁴したがってその意味では、本件のような場合、共同正犯は成り立たないから、はじめから共同正犯の要件である「共同実行の意思」すなわち共謀⁵の成否について論じるまでもないというわけであろう。

さらに、それに加えて、判示「二」のように、Aによる偽装現金の配達依頼以降は、客観的に見て詐欺既遂が発生する危険、すなわち詐欺未遂の結果が消失したわけだから、それ以降に受取の依頼を受けてこれを現に受け取る形で欺罔行為者らの行為に関与したXの行為は、「詐欺既遂の結果を発生させる客観的危険に何ら寄与するものではない」ので、Xの受領行為を本件詐欺未遂の行為（ないし実行行為）の一部と見ることに疑問があるため、そのような行為についての共謀を考えることはできない、とするものと解される。

なお、先に見たように検察官は、不能犯に関する具体的危険説の立場から、荷物を受領する行為には、なお詐欺発生の具体的危険性が認められると主張していたが、一審判決は上記のような「詐欺未遂の結果消失」の結論を導くに当たり、他の共犯者の実行行為後に関与した被告人に詐欺未遂の共同正犯としての罪責を問うことが可能かどうかという本件の問題は、犯罪の成否自体を問題とする不能犯と問題状況を異にするとして、検察官の主張を排斥しているが、確かに一審判決の考え方は、形式的には不能犯という概念を退けてはいるものの、実質的には、不能犯に関する客観的危険説（行為および行為後に判明した客観的な全事情を判断の基礎として、裁判の時点に立った事後的・客観的見地から行為の危険性を判断する説⁶）のような考え方を採っているのではないだろうか。

こうして、概括的共謀説ないし一九日説に立脚する場合には、共謀共同正犯に関するX・Y間の共謀を訴訟法上の理由（証拠上認定できない）から否定した一審判決は、二〇日説に立った場合においてはX・Y間の共謀の成立につ

き、承継的共同正犯に対する消極的解釈と不能犯に関する客観的危険説的考え方の両者を併用して刑法的観点から否定したものと思われる。

ただ、一審判決は、XがYとの通話によって本件荷物の受取を依頼されてこれを承諾した二〇日の時点および実際に本件荷物を受け取った二一日の時点のいずれにおいても本件詐欺未遂について共謀をとげた事実を認めるに足りる証拠はないと判断しているが、そもそも上記の何れの時点についても一審判決によれば共同正犯を基礎づけるべき可罰的事実は認められていないのだから、これらの共謀性に関する事実認定は蛇足だったように思われる。

3 次に控訴審判決を検討する。特徴的なのは、共謀共同正犯の共謀が証拠により認定しうるか、という訴訟法的アプローチを基本に据えて共謀の成否の問題を解決しようとしている点であるといえよう。

検察官の控訴趣意は、①被害者が詐欺に気付いて模擬現金入りの荷物の配達依頼等をしたからといって詐欺既遂の結果発生の現実的危険は消失しておらず、その後荷物を受領したXの行為は詐欺の実行行為に当たり、（一審判決が）詐欺未遂の成立する余地がないとしたのは誤りである。②Xは、…本件以前の四月一日、警察官から詐欺の可能性があると伝えられた時点で、自分が受け取る配達物が詐欺の被害金等であるかもしれないと認識していたのであるから、その上で、遅くとも八月二〇日の電話でYから荷物の受取を依頼されてこれを承諾した時点で、本件詐欺の共謀が成立したのに、これを否定したのは誤りである、という二点の事実誤認の主張からなる。

要するに、Xは、荷物の受取という詐欺の実行行為の一部を行っており、そのさい、Xには詐欺の共謀が存在していた、との主張であるが、受取行為を詐欺の実行行為と捉えた立論は、一般に「先行者が特定の犯罪の実行に着手し、まだ実行行為を全部終了しない間に、後行者がその事情を知りながらこれに関与し、先行者と意思を通じて残りの実

行行為をみずから単独で、または先行者と共に行い犯罪を完成すること」と定義される承継的共同正犯の成否を念頭に置いた議論と思われる。

すなわち、氏名不詳者によるAに対する欺罔行為という先行行為がなされた後、事情を知った後行者Xが単独で荷物の受取という詐欺罪の実行行為を行い詐欺罪を完成させようとしたのだから、詐欺未遂罪の承継的共同正犯であり、受取行為の際にはすでに模擬現金の配達依頼がなされ、詐欺既遂の危険（詐欺未遂の結果）は消失していたという一審判決の議論は（後述するように）成り立たないので、承継部分たる受取行為は詐欺未遂罪の可罰性をなお基礎づけると思われる。

では、控訴審はこのような趣旨の検察官からの控訴に対してどのような判断を行ったのであろうか。

一審判決は、関係証拠により本件犯行までの経緯に関する事実認定を行ったうえで、まず、Xの荷物受取行為の際にはすでに模擬現金の配達依頼がなされ、詐欺既遂の危険は消失していたという判断を下し、その前提として本件は不能犯とは問題状況が異なると解したのだが、控訴審は、この一審判決の議論の可否を検討し以下のように判示した。

すなわち「不能犯の考え方は、行為者が犯罪を実現する意思で行為をしても、結果発生がおよそ不可能な場合には刑事処罰の対象としないという考え方であり、未遂犯として処罰を加えるか、不能犯として不処罰とするかが問題となるものである。このように、不能犯の考え方が、結果発生が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ものであり、結果発生が不可能になる事由や時期も様々であることに鑑みれば、単独犯だけでなく、共犯の場合、それも共犯関係に入った場合でも、不能犯という言葉を使うかどうかはともかく、同じような判断方法を用いることは肯定されてよい。単独犯で結果発生が当初から不可能な

場合という典型的な不能犯の場合と、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、基本的に同じ問題状況にあり、全く別に考えるのは不当」である。

したがって控訴審は、原判決の立論によれば「結果発生が当初から不可能な犯罪を実行しようとした者に、後から犯罪実行の意思をもって加担した者がいた場合、仮に、当初から実行しようとした者については未遂犯が成立するとしても、後から関与した者は常に処罰されないことになると思われるが、そのような結論は正当とは思われない」と述べて、本件も、先行者による欺罔行為のなされた後、後発的に結果不発生の状態に陥っていた場合に、詐欺の意思をもって加担した共犯者の一人について、詐欺未遂として処罰するか、不能犯として不処罰にするのか、という形で不能犯の考え方をを用いて判断することが必要かつ妥当とする。

その結果、控訴審は判例が一般に採用する不能犯⁽⁸⁾に関する具体的危険説の基準を本件に当てはめ（なお、不能犯に関する具体的危険説とは、「行為の当時において一般人が認識しえた事情、および行為者が特に認識していた事情を基礎とし、行為の時点に立つて、一般人の立場から、そのような事情のもとに行為がなされたならば構成要件の実現が一般に可能であったといえるかを問い、それが肯定されるときは結果発生⁽⁹⁾の具体的危険が認められるから未遂犯であるが、否定されるときは不能犯とする」説である）、以下のような結論を導く。

すなわち「仮に被害者が被告人がYからの荷物受領の依頼を受ける以前に既に本件荷物の発送を終えていたとしても、被害者が警察に相談して模擬現金入りの本件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⁽⁹⁾の現実的危険の有無の判断に当たつての基礎事情とすることはできない」と述べるが、異論はあるまい。

そうすると、(被害金が入っていると一般には思われている) Xの荷物の受領行為は、詐欺未遂罪の共同正犯の罪責の基礎たる事実となるが、ではこの場合の共同正犯は、承継的共同正犯となるのか、共謀共同正犯となるのか。

この点について、控訴審は「被告人が：被害金を受領する行為が本件詐欺の実行行為に当たるとは、一個の問題であるが、仮にこれが実行行為に当たらないとしても、当該受領行為は、財物の騙取を実現するための重要な行為であり、通謀の上これを分担したのであれば、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」として、少なくとも共謀共同正犯には当たり得るものと考えられる」と判示している。

思うに、受領行為が詐欺罪の実行行為といえるならば、前述の承継的共同正犯の定義に照らして、Xには詐欺未遂罪の承継的共同正犯が成立しうると思われる。しかし、受領行為が詐欺罪の実行行為に当たらないとすれば、承継的共同正犯は実行行為の承継なので、承継的共同正犯を認めることは困難であるが、共謀共同正犯にはなりうるであろう。

なぜならば、判示された通り受領行為は、財物の騙取を実現するための重要な行為であり、共謀共同正犯の正犯性を基礎づけるような価値的にみて実行行為に匹敵するものとして、この行為の段階では、なお判例の認める「現場共謀」(実行行為の時点で成立する共謀)^⑩としての共謀共同正犯は認定しうると解されるからである。

このようにして、Xの受領行為には、少なくとも共謀共同正犯を認めるための結果発生の実現的危険性を有する客観的事実としての性格が認められたのだから、あとは、そこに主観的要件としての共謀の事実が認定しうるかが問題となる。

4 すでにみた通り、検察側は、「遅くとも八月二〇日の電話でYから荷物の受取を依頼されてこれを承諾した時点で、本件詐欺の共謀が成立した」と主張しているのである。

しかし、控訴審判決は、Yとのやり取りに関し携帯電話・固定電話の通話記録や被告人人口座の取引履歴のほかは、もっぱら被告人供述に依拠するという証拠構造のもので、XとYとの共謀を否定した原審判断を支持している。すなわち、控訴審は、八月一九日以前の概括的共謀、八月二〇日のYから依頼された郵便物の転送を承諾した時点での共謀のほか、八月二一日の本件荷物を受け取った時点での共謀のすべての成立を否定した原判決の判断に誤りはないとして、結論的には、Xを詐欺未遂罪の共同正犯の罪責から免れさせたわけである。

なお、受け子の故意が問題になった事案では、従来の裁判実務では(一)受け子(被告人)が被害者から受領する物が現金であることを受領時点で、未必的にせよ認識していたと認定できるか否か、(二)認定できるとして、種々の間接事実を総合して、前記現金受領が詐欺を含む違法行為に基づくものであると未必的にせよ認識していたと推認できるか否かが問題となり、それぞれを推認させる間接事実の主張立証、推認を妨げる(推認力を減殺させる)被告人の弁解内容の信用性等を検討するという判断手法が採られることが多かったといわれるが、本件もそのような実務の流れに沿ったものであった。

控訴審では、検察官は(a)特殊詐欺の新たな手口として、宅配便を利用して現金を送付させたりする事例が報道されており、Xがそのことを知っているからこそ警察に相談したとも考えられ、そのXが警察官から「詐欺に加担しているかもしれない」などと告げられれば、Yの依頼で受け取る郵便物に詐欺の被害現金等が在中しているのではないかと疑念を強く抱いたことが容易に推認でき、(b)Xは警察への相談後にもYからの転送依頼を二回引き受

けているが、いずれも同様の「配達物を預かるだけ」という手間の軽いものであったのに、報酬額が一通二〇〇〇円から五〇〇〇円に一方的に引き上げられたさい、Xが以前より高額の報酬を期待しており、このことから報酬額が手間だけで決まるのではないことをXが認識していたといえるし、報酬増額の理由はY関係者と直接接触することで詐欺の発覚リスクが高まること以外に合理的な理由が見いだせない、(c)「Hから詐欺とは告げられたかどうか」という点についてのXの供述の変遷は、被告人の供述全体の信用性を減殺させるという諸点を強調した。

これに対して、控訴審判決は、(a)については、Hからはつきりと詐欺の警告を受けたわけではないので、被告人の詐欺に加担しているかもしれないという事実の認識に対する推認力は検察官が主張するほど強いものではない、(b)に関しては、顧客たるYがくれるというのでらつておく程度の認識もありえ、上がった金額も特に異常というほど高額とはいえないということから、報酬が上がったことやその額自体から、受け取る郵便物に詐欺の被害現金等が入っていることを認識したと推認するのは相当な飛躍があるべきである、(c)に対しては、「Hから詐欺とは言われなかった」というXの供述だけは変遷があつて信用性が否定されるとしても、他の供述部分は捜査・公判段階を通じてほぼ一貫しており他の各証拠とも符合しており信用性が認められるから、検察官が強く主張した「被告人の供述全体の信用性が失われる」として、検察官主張の諸点について否定的な判断を下した。

5 相変わらず被害が増えこそすれ減少しない「振り込め詐欺」¹²⁾であるが、「振り込め詐欺」を扱う刑事裁判は、いくら国民の処罰感情が強くても法治国家である以上、他の犯罪と同様に刑法・刑事訴訟法の理念・理論に従って行わなくてはならない。

そして、本事例はそのことをものがたつているが、冒頭で述べたように、共謀の存否の事実認定に関する被告人等

の供述の信用性という訴訟法的问题が本件の形式的な争点であったようにうかがわれる。そして、一審も控訴審も被告人等の供述の信用性について丁寧な認定を行っており、特に問題はないと思われるが、¹³⁾ 実質的には、共謀共同正犯、承継的共同正犯、不能犯、それぞれの成否が争点となっているといえよう。

以下、まとめとして各争点について検討したい。

(1) 共謀共同正犯

すでにみたように一審は、八月一九日以前の概括的共謀、八月二〇日のYから依頼された郵便物の転送を承諾した時点での共謀のほか、八月二一日の本件荷物を受け取った時点での共謀のすべての成立を否定し、控訴審もこれを支持した。しかし、控訴審は「被告人が：被害金を受領する行為が本件詐欺の実行行為に当たるかは一個の問題であるが、仮にこれが実行行為に当たらないとしても、当該受領行為は、財物の騙取を実現するための重要な行為であり、通謀の上これを分担したのであれば、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」とも共謀共同正犯には当たり得るものと考えられる」と判示している。

共謀共同正犯は、周知の通り、刑法上明文の規定はなく判例がまずこれを認め、今日になってようやく多数の学説からの支持を得たものである。¹⁴⁾

したがって、共謀共同正犯自体については、特に問題はないが、本件では控訴審では、詐欺罪について、当初の共犯者による欺罔行為の段階では共謀のない他の共犯者の受領行為につき、その段階で共謀が成立していれば少なくとも共謀共同正犯となると解されている。

そして、共謀は一般的には事前共謀であろうが、判例は現場共謀も認めている。現場とは、実行行為の現場であるが、もし、詐欺罪における財物交付に対応する財物の受領行為が詐欺罪の実行行為に当たるとすれば、本件の受領行為のさいに共謀があれば詐欺罪の共謀共同正犯であろうが、受領行為は、詐欺罪の実行行為とはいえず、すでに欺罔行為で詐欺罪の実行行為が終了していれば現場共謀も成り立たないのではないか。

もともと、共謀共同正犯には、正犯とは実行行為を担当する者であることという共同正犯に求められる命題が堅持されていないという批判が加えられていたところ、共謀共同正犯は認論としては、重い処罰に値する者が正犯であり、そう解するならば正犯は必ずしも実行行為を分担する必要はなく、共謀は、単なる意思連絡が存在したという事実ではなく、実行行為と同程度の重要な役割を演ずるといふ関係が形成されたといふ事実と解釈することになるわけである。¹⁵⁾

そこで、控訴審は、このような考え方をふまえて本件受領行為は前述したとおり、仮に詐欺罪の実行行為ではないとしても財物の騙取を実現するための重要な行為であり、通謀の上これを分担したのであれば、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ととして、少なくとも（現場共謀としての）共謀共同正犯には当たり得るものと考えられると判示したのである。そしてこの考え方は、今日の学説からもおおむね支持されよう。

なお、一審判決も、Aが模擬現金を発送した以降は共同正犯の罪責は問われまいとするその考え方からみて、共謀の存否を認定する必要はないにもかかわらず、共謀の存否を検討しているが、共謀共同正犯に関してはやはり控訴審と同様の見解を前提としていると思われる。

(2) 承継的共同正犯

承継的共同正犯とは、実行共同正犯の一種で前述したとおり一般に「先行者が特定の犯罪の実行に着手し、まだ実行行為を全部終了しない間に、後行者がその事情を知りながらこれに関与し、先行者と意思を通じて残りの実行行為をみずから単独で、または先行者と共に行い犯罪を完成すること」と定義される。

詐欺罪についても、判例は夙に承継的共同正犯の成立を認めているし、学説においても「詐欺罪のごとく構成要件上複数の行為が予想されている場合には、途中から介入した後行者に対し、その犯罪全体について共同正犯を認めるべきである」として、判例を支持する立場が多いと思われる。¹⁷⁾しかし、財物詐欺の場合、一般に実行行為は、刑法二四六条に規定される「人を欺いて財物を交付させる行為」(欺罔行為)と解されており、¹⁸⁾それ自体では実行行為とならない受領行為に関与しても、「実行行為を行い」という承継的共同正犯の定義に合致しないから、後行者に共同正犯の罪責を認めるわけにはいかないはずではないか。¹⁹⁾

だからこそ、控訴審は、「被告人が…被害金を受領する行為が本件詐欺の実行行為に当たるかは一個の問題である」と判示して実行行為でなくとも共謀共同正犯にはなりうると判示したのである。仮に、本件Xのような財物受領者に承継的共同正犯を認めようとするならば、詐欺の実行行為は欺罔行為に止まらず交付された財物の受領行為まで含むとするか、実行行為(あるいは承継的共同正犯)の定義を変えるしかない。²⁰⁾しかし、前者の場合、通常、錯誤に陥った被欺罔者が財物を移転させること(交付させること)は詐欺罪の構成要件の結果と解されているから、被欺罔者の交付行為に関与する受領行為を実行行為とみるならば、詐欺罪の実行行為と構成要件の結果との混同へと迷い込むおそれがあり、後者は実行行為のもつ罪刑法定主義機能を弱めることにつながる公算が大きい。²¹⁾それゆえ、詐欺罪の場合、本件のように共犯者の欺罔行為の時点において詐欺の共謀がなく、欺罔行為に関わらず被欺罔者から交付さ

れた財物の受領にのみ関与した者については、本件のように共謀共同正犯として把握するほかはないであろう。結論としては、共同正犯を認める以上、承継的共同正犯とするか共謀共同正犯とするかに実質的な違いがあるわけではないが、理論的・理念的な帰結としては本判例の考え方は支持されるべきものであるし、以上のように受領行為を詐欺の実行行為とすることに疑念を示した点に本判決の意義があるといえよう。²²⁾

(3) 不能犯

前述したとおり、一審判決はAによる偽装現金の配達依頼以降は、詐欺が客観的に見て詐欺既遂が発生する危険、すなわち詐欺未遂の結果が消失したわけだから、それ以降に受取の依頼を受けてこれを現に受け取る形で欺罔行為者の行為に関与したXの行為は、「詐欺既遂の結果を発生させる客観的危険に何ら寄与するものではない」ので、Xの受領行為を本件詐欺未遂の行為（ないし実行行為）の一部と見ることに疑問があるため、そのような行為についての共謀を考えることはできない、とするものと解される。

これに対して控訴審は「不能犯の考え方は、行為者が犯罪を実現する意思で行為をしても、結果発生がおよそ不可能な場合には刑事処罰の対象としないという考え方であり、未遂犯として処罰を加えるか、不能犯として不処罰とするかが問題となるものである。このように、不能犯の考え方が、結果発生が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ものであり、結果発生が不可能になる事由や時期も様々であることに鑑みれば、単独犯だけでなく、共犯の場合、それも共犯関係に入った場合でも、不能犯という言葉を使うかどうかはともかく、同じような判断方法を用いることは肯定されてよい。単独犯で結果発生が当初から不可能な場合という典型的な不能犯の場合と、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、基本的に同じ問題状況にあり、全く別に考えるのは不当」であると判示した。

すでに、検討した通り、一審判決は模擬現金送達後のXの本件への関与については詐欺結果の危険が消失しているから詐欺未遂結果と因果関係を有することなく詐欺未遂の共同正犯の罪責を負わせられないとして、因果的共犯論により承継的共同正犯を否定しているかのようにみえるが、それならば「詐欺結果の危険が消失している」という本件独自の事情を持ち出す必要はないことから、「詐欺結果の危険が消失している」点の引用は一審判決が「不能犯とは、問題状況を異にしている」と述べて形式的には不能犯論を排斥しているにもかかわらず、実質的には不能犯論の客観的危険説的思考をしていたのではないだろうかと思わせる。²³⁾

これに対して、控訴審が不能犯という言葉を使うかどうかはともかく、本件のような場合にも不能犯的判断方法を用いることは「単独犯で結果発生が当初から不可能な場合という典型的な不能犯の場合と、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、基本的に同じ問題状況にある」以上肯定されてよいとした判断は支持されよう。なぜならば、控訴審が正当にも指摘する通り「結果発生が当初から不可能な犯罪を實行しようとした者に、後から犯罪実行の意思をもって加担した者がいた場合、仮に、当初から実行しようとした者については未遂犯が成立するとしても、後から関与した者は常に処罰されないことになると思われるが、そのような結論は正当とは思われない」からである。以上、承継的共同正犯、共謀共同正犯、不能犯の各問題点に関する控訴審の判断は支持しうるといふべきである。

(4) 類似判例との比較

最後に、本判例と類似した事案に関する裁判例との比較によって本判例の特徴や今後の課題を検討してみたい。

本判例との類似事案を扱った判例として、福岡地判平二八・九・一一LEX/DB2543872とその控訴審判決としての福岡高判平二八・九・一一LEX/DB25448712がある。考察の便宜のため、前者を判例①、後者を判例②、そして、本件第一審を判例③、本件控訴審を判例④とする。

まず、判例①②の事案の概要であるが、以下の通りである。

被告人が氏名不詳者らと共謀の上、B(当時八四歳の女性)をして、違約金を支払えばロト6に必ず当たる特別抽選に参加できる旨誤信させ、現金をだまし取ろうとしたが、警察官に相談したBがウソを見破り、現金が入っていない箱を発送したため、その目的を遂げなかったというものである。

すなわち、「振り込め詐欺」の欺罔行為を行ったが被欺罔者が錯誤に陥らず、いわゆる「騙されたふり作戦」により偽装された財物を交付したため、欺罔行為の際には詐欺の共謀のなかった共犯者が、財物受取の際には詐欺を共謀して財物を受領した行為が詐欺未遂の共同正犯に問われた事案という点で、判例①②と判例③④は類似している。²⁴⁾

そこで、いくつかの観点から四つの判例を比較してみよう。すなわち、a被告人の共謀の有無、b共謀共同正犯の成否、c承継的共同正犯の成否と詐欺罪における受領行為の実行行為性、d不能犯の扱い、の諸点から考察してみた。²⁵⁾

まず、aであるが、いずれも被告人に事前共謀は認定されていない点で共通している。事前共謀があれば、共謀共同正犯の成立で承継的共同正犯等の問題は起きなかったであろう。ただ、受領行為時には、判例①②は共謀の存在を認めており、判例③④が共謀を認めていない。²⁵⁾

次に、bであるが、判例①②は共謀共同正犯の成否を問題とせず、もっぱら承継的共同正犯の成否を問題にした。判例③は、共謀共同正犯の成立可能性に関しては明言していない。判例④は、承継的共同正犯の可能性に含みを持たせながらも共謀共同正犯の成立可能性を重視した。

そして、cについては、判例①は「後行者が、共謀加担前の先行行為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を想定できるから、そのような場合には、承継的共同正犯を認めることができると考えられる」と判示して、いわゆる中間説の立場に依拠しているようである。そして、実行行為の意義については、「法益侵害の現実的危険を有し、特定構成の要件に形式的にも実質的にも該当する行為で…本件に即していえば、現金詐取という詐欺罪の構成要件の結果発生²⁶の現実的危険を有する行為のこと」である、と論じる検察官の主張に賛成している。つまり、一般的に受領行為は詐欺罪の実行行為とみるのが判例①である。しかし、後述するように、受領行為の部分²⁷を本件では実行行為と認めることができないとして、承継的共同正犯の成立を否定したのであった。これに対して、判例②は、判例①同様に本件を承継的共同正犯の問題としてとらえるとしているが、「実行行為」という文言が用いられていないことに注意しなくてはならない。すなわち「このような時期・方法による加担であっても、先行する欺罔行為と相俟つて、財産的損害の発生に寄与しうることは明らかである。また、詐欺罪における本質的な保護法益は個人の財産であつて、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、同罪の保護法益性があるといふべきである。そうすると、欺罔行為の終了後、財物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、詐欺罪の共同正犯と認めてもよいし、その役割の重要度等に照らせば正犯性も肯定できる」と判示している。受領行為が、実行行為かどうかには明示的には触れていないが、実行行為を「原則として既遂結果発生の具体的危険すなわち未遂結果と相

当因果関係を有する行為」とみる見解に立つて、承継的共同正犯については、中間説を妥当視したうえで「先行者の行為の結果が、強取、詐取、喝取である場合、（後行者）は、このような違法結果を左右し得た以上」承継的共同正犯となるという見解⁽²⁸⁾に立脚するように思われる。つまり、従来の通説的な実行行為や承継的共同正犯の定義から離れた考え方に立つて、承継的共同正犯の成否について判断したのではないかと思われる。判例③は、前述した通り、受領行為を詐欺罪の実行行為とみていたのかもしれないが、承継的共同正犯については因果的共犯論に立ちそもそも否定的立場を採用していた⁽²⁹⁾。しかし、判例④は、受領行為を詐欺罪の実行行為とみることに疑念を示し共謀共同正犯の成否の問題と捉えようとしたのは既にみたとおりである。

最後に、dであるが、判例①は「本件において、Bは、；欺罔行為によって、一時は錯誤に陥ったが、その後、だまされていることに気付いて錯誤から脱しており、本件荷物を発送したのは、欺罔行為に起因する錯誤に基づくものではなく、専ら、警察官の犯人逮捕に協力するという意図から行ったものであるから、詐欺罪の成立に必要な因果関係が切斷されていることは明白である。したがって、被告人が本件荷物を受け取った行為は、詐欺の構成要件に該当する行為（実行行為）ではない」と判示している。すなわち、判例①は、検察官は、本件受領行為が詐欺罪の構成要件の結果発生 of 現実的危険性を有する行為であるとするが、その論拠たる具体的危険説とみられる見解を適用したとしても検察官のように詐欺の結果発生 of 危険性を認める結論とはならないとしつつ、むしろ前述した理由から詐欺罪の実行行為性が否定されるとする。判例①の具体的危険説の解釈は通説的な理解とは異なるものと思われるが、むしろ詐欺罪の実行行為性を否定して、最終的には承継的共同正犯の成立を認めなかった根拠は、途中の詐欺の発覚により因果性が切斷されことから、詐欺罪固有の定型性（欺罔行為↓被欺罔者の錯誤↓錯誤に基づく財物の交付↓交付された財物の受領までの各段階が因果関係によって結びつけられていること）が、欠けているために受領行為が実行行

為とならないことに求められたのであった。判例①の考え方は、構成要件の定型性を伴う実行行為（受領行為）の欠如に着眼しているという意味で、いわゆる「事実の欠缺説」⁽³¹⁾に立つものではないだろうか。

しかし、判例②は、通説通りに理解された具体的危険説に立つて、「騙されたふり作戦」に関する事実は危険性判断の基礎とすることは許されないとして、承継的共同正犯の成立を認め、被告人を有罪とした。すでにみたように判例③は、客観的危険説に立つものと推測され、判例④は具体的危険説に立つものと思われる。

なお、同じ高裁判決である判例②と判例④を比較すると、判例②は、具体的危険説を採用したが、現場共謀を認定したため共同正犯を肯定し得たし、しかも受領行為者に詐欺罪の「正犯性」を認めることによって承継的共同正犯を成立させることができた。判例④も、具体的危険説を採ったが、事前共謀も現場共謀をも認定できなかったため共謀共同正犯まで否定されたのであった。

ただ、判例②は、受領行為が詐欺罪の実行行為と言えるかどうかについては、明言していない。正犯性のみ明言し実行行為については明白にしなかったことの問題性は、判例④が「少なくとも共謀共同正犯は成立しうる」とする形で現れたと思われる。

思うに、これまでは、共謀共同正犯に対する原則的批判が強かったため、裁判所は実行共同正犯の一種である承継的共同正犯を可能な限り認めたかったのではないか。しかし、受領行為への関与が詐欺罪の実行行為への関与かどうかそもそも疑問であるならば、事柄の本質は、実行行為を行っていない者にも共同正犯を認める共謀共同正犯と類似したものとなるのであるから、本件を共謀共同正犯の可能性を前提に解決しようとした控訴審のアプローチは妥当だったと思われる。実行行為のあいまいな例外的領域を共謀共同正犯と承継的共同正犯の二か所に分散させるよりも、共謀共同正犯のみ集中させるべきだからである。共謀共同正犯が実務・学説にも定着した現状では、無理に承継的

共同正犯に固執する必要はないのではないだろうか。³⁸

【注】

- (1) 一般に、共同行為者間で意思を通じた段階では、他人と共に犯罪を遂行する意思を固めている場合が大半であり、また、犯罪を行う際の規範的障害に直面するのは、多くの場合、意思の連絡をした時点であることから、意思の連絡（共謀）と故意の形成は、時期的にも重なり合っている場合がほとんどであり、犯罪の故意がありながら、意思の連絡（共謀）がないという事例は、実際には想定しにくいとされる（朝山芳史「実務における共同正犯論の現状」刑法雜誌五三卷二号（平成二六年）三一五—三二六頁）。
- (2) 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」警察学論集六八巻一一号（平成二七年）四四頁。
- (3) 前田雅英「詐欺罪の結果発生の特能と承継的共同正犯」《W L J判例コラム臨時号》第九八号（平成二九年）三頁。
- (4) 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」捜査研究七九五号（平成二九年）四八頁は、「欺罔行為段階から関与しなければ詐欺罪の承継的共同正犯は成立し得ないとしているのであれば『暴行脅迫に一切関与しなくても強盗罪の承継的共同正犯には当たりうる』とする判例の確立した考え方と矛盾するように思われる」とする。ただし、朝山・前掲論文（注1）三二一頁は、最決平二四・一一・六刑集六六・一一・一二八が承継的共同正犯に関して、傷害事件の後行行為者に先行行為者が実現した構成要件の事実の承継を否定する、「因果的共犯論と親和的な性格」を持つと指摘している。
- (5) 朝山・前掲論文（注1）三一〇頁は、一般に従来別個のものと理解されていた実行共同正犯における「共同実行の意思」と共謀共同正犯における「共謀」を「共同遂行の意思」として統一的理解するのが現在の実務や学説の主流となっているとする。
- (6) 大谷實・刑法講義総論新版第四版（平成二四年）三七三頁。
- (7) 大谷・前掲書（注6）四一七頁、他に大塚仁・刑法概説（総論）〔第四版〕（平成二〇年）二九三頁、曾根威彦・刑法総論〔第四版〕（平成二〇年）二五八頁、前田雅英・刑法総論講義〔第五版〕（平成二三年）四九五頁等。なお、山口厚・刑法総論〔第二版〕（平成一九年）三四九頁は、後行者の「実行行為」への加功とはしておらず、「構成要件の実現」に対する加功としている。
- (8) 山口・前掲書（注7）二七四頁は、判例は、客体の不能に関する判決においては、一般人の危機感が援用されることにより、具体的危険説類似の基準で未遂犯の成立を肯定し、方法の不能の事案においては、結果発生の可能性が科学的な根拠を問題としつつかなり客観的に判断されている場合が多いとする。
- (9) 大谷・前掲書（注6）三七四頁。

(10) 最判昭二三・一二・一四刑集二・一三・一七五一。なお、朝山・前掲論文(注1)は、實際上、多くの場合、指示役には、受け子が振り込め詐欺だと知っていても構わないという未必的な共同正犯の故意があり、この場合、指示役の受け子に対する指示は、受け子に故意が生じたことを条件とする条件付きの共同正犯の意思の連絡の面があるという見解に立つ。

(11) 加藤・前掲論文(注2)四四―四六頁。

(12) 振り込め詐欺を防げない最大の理由については「これまでの逮捕者のかかりな部分が、反社会的勢力に関係し、組織的で綿密な『捜査逃れ対策』を行っているからである」と指摘されている(前田・前掲論文(注4)四四頁)。

(13) 「騙されたふり作戦」で「受け子」の故意・共謀が争点となったという意味での類似判例としては、東京高判平二七・六一一判時三三二・一三五がある。ここでは「被告人は、見ず知らずの氏名不詳者から、渡された携帯電話機を通じて指示された場所に赴き、偽名を用いて相手(被害者)から荷物を受け取るという仕事を持ちかけられ、それだけで相当高額な報酬を得られるという説明であったのであるから、それが何らかの違法な行為ではないかと疑うのは当然のことであって、被告人において、少なくともそのような疑いを抱いていたことは明らかである。そのような状況において、被告人は、相手から「二百万円」と大きく記載された封筒を示され、何らためらいもなく受け取ったことからすれば、封筒を示された時点で、それが現金を騙し取る詐欺であると容易に認識したものであることは優に推認できる。そして、氏名不詳者においても、被告人が相手から荷物を受け取るに当たり、場合によっては現金詐欺であることを察知する事態となることは了解している事柄であるから、被告人が現金詐欺と認識した時点で、被告人と氏名不詳者との間に本件詐欺についての暗黙の意思の連絡があったといえる。また、現金の受領という実行行為の一部を分担した被告人の行為は、詐欺の補助にとどまらず、詐欺の共同正犯に当たるとは明らかである。そうすると、遅くとも封筒を受領しようとした時点で被告人に詐欺の故意が認められ、その時点で氏名不詳者との間に共謀が成立するとした原判決の判断に誤りはない」と判示されているが、偽名の使用、封入現金額が大書された封筒をためらいもなく受け取った事実、荷物を受け取る仕事だけで相当高額な報酬が得られるという説明があった事実など、詐欺に関する類似判例の態度においては、いわゆる相当「固い」犯意認定が要求されていることを窺い知ることができよう(加藤・前掲論文(注2)五〇頁)。このような判例の状況の中においては、本件控訴審の共謀認定には不合理さは認められないといつてよいし、責任主義の見地からも歓迎されよう。

ただし、前田・前掲論文(注3)五頁において「特殊詐欺の報道がこれだけ多いことは、被疑者の主観面に投影されているはずで、さらにこの種の犯罪の逮捕者の約半数が反社会的勢力と認定しうる者であり、そうでない者も犯罪性が高いことが多く想定され、首謀者などと徹底して口裏合わせをして供述していることが多いと思われる。自ら警察に相談し『詐欺に加担

しているかもしれない」などと告げられた者が、最後に受取を依頼された際に詐欺被害現金等の在中の未必的な認識すら認定できないのかを判断する際には、上記事情が影響するように思われる」とXの供述の信用性評価にあたって注意を促している点については、疑えばきりが無いにしても、傾聴すべきであろう。

(14) 曾根威彦・刑法の重要問題(総論第二版)(平成一七年)三四二―三四九頁。団藤重光・刑法綱要総論(第三版)(平成二年)四〇一頁、西原春夫・刑法総論改訂準備版(下巻)(平成五年)三九三―三九五頁、平野龍一・刑法総論Ⅱ(昭和五〇年)四〇三頁、藤木英雄・刑法講義総論(昭和五〇年)二八六頁等。

(15) 大谷・前掲書(注6)四三二頁、西田典之・共謀共同正犯について「平野龍一先生古稀祝賀論文集上巻(平成二年)三七五頁は、実行行為に準ずる重要な役割を果たしたと認められる場合に共謀共同正犯を認める。

(16) 大判明四三・二・三刑録一六・一一三。本判例は、「他人カ詐欺取財ヲ爲サントラ企テ偽造證書ヲ行使シテ確定判決若クハ支拂命令ニ對スル確定ノ執行命令ヲ得タル上進シテ之レカ強制執行ヲ爲サントスルニ當リ其ノ情ヲ知りナカラ之レニ加擔シ強制執行上財物ヲ騙取シタル者ハ：詐欺取財ノ責ヲ免ルルヲ得サルモノトス何トナレハ：他人カ詐欺取財ヲ爲スニ當リ半途ヨリ之ニ加擔シ共ニ其目的ヲ遂ケタルモノナレハ他人ト共ニ詐欺取財ノ罪責ヲ負擔スルハ當然ノコトナルヲ以テナリ」と判示した。なお、本件と同様に解すれば、強いて承継的共同正犯とみるよりも現場共謀で、かつ実行行為に準ずる重要な役割(詐欺によって得られた執行命令を実現するための強制執行を行うこと)を果たしたと認められる場合であるとして共謀共同正犯を認めれば足りる事例ではなかつたらうかと思われる。

(17) 大谷・前掲書(注6)四二〇頁、西田典之・刑法総論(第二版)(平成二三年)三三六七頁。なお本件との関連で、門田成人「結果発生が不可能となつてから共犯関係に入った者の罪責」法学セミナー七四六号(平成二九年)一二二頁は、共犯の処罰根拠からみて、未遂罪においても当該行為者の行為による結果発生または犯罪実現の客観的危険の増大を要するのではないかとの見地から「欺く行為による錯誤を利用する、因果的連関を要する詐欺罪のゆえに承継的共同正犯を認めるとしても、やはり既に生じた危険に何らも付加することなくそのまま引き継ぐことを認めるべきではないと思われる」と述べている。

(18) たとえば、内田文昭・刑法各論(第三版)(平成八年)三〇七―三〇八頁。
(19) 内藤謙・刑法講義総論(下)Ⅱ(平成一四年)一四二―五頁。

(20) たとえば、山口・前掲書(注7)五〇頁は、法文の文言により実行行為を形式的に限定する立場に対して、実行行為性の判断が問題になる実質的問題への回答を与える必要から、実行行為とは構成要件の結果を惹起する起点となる客観的に危険性が認められる行為としている。ただし、因果的共犯論に立つ山口・前掲書(注7)三五―一頁は、そもそも承継的共同正犯を否定

(21) している。

(21) 実行行為は、罪刑法定主義の要請として刑罰法規による形式的制約をもつ。実行行為を実質的に捉えるほど、罪刑法定主義(類推解釈禁止や明確性の原則)に抵触する危険性が大きくなることに注意しなくてはならないであろう(内藤謙・刑法講義総論(上)(昭和五八年)二〇一頁)。

(22) 前田・前掲論文(注4)四七頁には、「詐欺罪の場合も、欺罔行為時には参加していなくても、先行の事情を知ってそれを利用する意思で金銭授受を担当した者が、詐欺罪の承継的共同正犯に該当することには、異論が少なくであろう」という趣旨の記述がある。しかし、受領行為は、実行行為たる欺罔行為の一部でないことは自明の事なのに、異論が少なくないのはなぜなのだろう。たとえば、曾根・前掲書(注14)三四二頁は、「共同正犯の場合は、各自の行為を全体としてみて犯罪の実行と評価できるかどうかの問題なのであって、単独正犯と異なり各自の行為がそれ自体独立して実行行為性を備えている必要はない；例えば、詐欺罪の実行行為は、人を欺いて財物または財産上の利益を交付させることであるが、Xが欺く行為を行い、Yが錯誤に陥った被害者の交付した客体を取得したとしても、X・Yともに詐欺罪の既遂である」とするが、詐欺罪における実行行為概念の弛緩ないし実行行為と構成要件の結果の混同に陥っていないだろうか。同書三四九頁が実行行為概念を弛緩させるがゆえに共謀共同正犯を問題視することと矛盾しないだろうか。

(23) しかし、西田・前掲書(注17)三六七頁は、原則として因果的共犯論に立ちつつも、個別的には後行者が関与する時点において、なお、甲が実現しようとしている結果については因果性を有することが可能であり、先行者の行為の結果が詐取や喝取などの場合には、後行者がこのような違法結果を左右し得た以上、やはり詐欺や恐喝の責任を負うべきものとしているが、本件一審がこのような見解に立ち、詐欺結果の危険が消失したので後行者は詐欺未遂結果と因果関係に立たず、それゆえ先行者が実現しようとしていた財物の詐取に対して後行者は因果性を有しえない、すなわち違法結果を左右しえないので詐欺未遂の共同正犯の罪責を負わない、という趣旨で「詐欺結果の危険が消失している」とすれば、やはり一審は不能犯の問題として「詐欺結果の危険が消失している」と述べたのではないということとなる。ただ、因果的共犯論に立ちながら西田説のような考え方をとることについては、山口・前掲書(注7)三五二頁により理由づけが不十分だと批判されている。

(24) 他に、類似判例としては、前掲(注13)東京高判平二七・六・一一判時三三二・一三五があり、判例④と類似しているが、偽装荷物発送以降は、不能犯であるという議論が生じていない点と受け子の受領行為は詐欺罪の実行行為であると明言した点が判例④との違いである。受領行為が詐欺罪の実行行為であれば、共謀共同正犯に関しては、「実行行為」の現場における現場共謀であると説明するのはたやすいし、承継的共同正犯についてならば、詐欺罪の実行行為の一部である先行者の欺罔行為

の効果を利用しながら、残りの「実行行為」である受領行為を行って犯罪を完成させたという論法で承継的共同正犯を認めることは容易であるが、判決文の中では「詐欺の共同正犯」としか明示されていない。なお、「受け子」の故意・共謀が争点となつたという意味での類似判例として、東京高判平一三・八・九東高時報六一・一一二・六四（無罪）、松江地判平二八・一・二〇判時三三二・一三五頁（無罪）がある。

(25) なお、前掲（注13）東京高判平二七・六・一一判時三三二・一三五の事案では、「被告人が氏名不詳者からの指示どおり偽名を名乗るなどした上、氏名不詳者との間で高額な報酬が約束されていたという証拠関係に加え、受け取った封筒に金額が記載されていた事例であり、現金性の認識を容易に認め得る証拠関係で」これらの証拠関係をふまえ、詐欺の故意および共謀を認定したのは、極めて当然の事実認定であるとされる（岡田馨之朗「組織的に行われた詐欺における現金受取役（いわゆる「受け子」）に詐欺の故意及び共謀を認定した事例」研修八一号（平成二八年）九四頁）。

(26) 齊藤誠二「承継的共同正犯をめぐって」筑波法政八号（昭和六〇年）九一―二〇頁、西田・前掲書（注17）三六四―三六七頁。

(27) 西田・前掲書（注17）八三頁。

(28) 西田・前掲書（注17）三六七頁。

(29) 前田・前掲論文（注4）四六一―四七頁によれば、承継的共同正犯に関しては、共謀加担前に既に生じさせていた傷害結果については、後行者は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いが（最決平二四・一一・六刑集六六・一一・二八二）、強盗罪のような結合犯の場合、判例は後から財物奪取・姦淫のみに関与した者を強盗罪・強姦罪の承継的共同正犯とするものが多い（東京高判昭五七・七・一三判時一〇八二・一四一、東京地判平七・一〇・九判時一五九八・一五五）。これに対し、監禁罪・略取誘拐罪や詐欺・恐喝罪等の「単純一罪」への途中からの関与については、結合犯のように分けて独立に評価しにくい面もあり、「一個の実行行為」に途中から関与したものととして、承継的共同正犯が認められやすい（監禁罪について東京高判昭三四・一二・七高刑集一二・一〇・九八〇、略取誘拐罪について東京高判平一四・三・一三東高時報五三・一一二・三三）。

(30) 安田拓人「振り込め詐欺における騙されたふり作戦と不能犯との区別」法学教室四三七号（平成二九年）一四六頁は、本件と同様の事案に関する福岡地判平二八・九・一一LEXDB2554382が、具体的危険説の判断基底として用いられる「一般人」の意義について「犯人側の状況と共に、それに対応する被害者側の状況をも観察しうる一般人」でなくてはならないと限定的に捉えた点につき、それでは「被害者側の事情をそのまま認識してなお既遂にいたる危険がある場合でない」と未遂犯処罰を認めないとするもの」だとして具体的危険説と相いれない立場だと批判し、結論として、未遂犯の成立可能性を認めた本判決を

支持するとともに、方法の不能とみることのできる事案について高裁レベルで具体的危険説の立場を示した点に本判例の重要な意義があるとしている。

(31) 団藤・前掲書(注14)によると、「構成要件要素的定型がそれにかかっているとこの本質的な構成要件要素が欠け、そのために実行行為としての定型性がみとめられないばあい」を構成要件ないし事実の欠如(欠缺)と称する。判例①は、詐欺罪固有の定型性(欺罔行為↓被欺罔者の錯誤↓錯誤に基づく財物の交付↓交付された財物の受領までの各段階が因果関係によって結びつけられていること)が欠けている受領行為は、詐欺罪の実行行為の定型性が認められないので不能犯であるとするのではない。ただし、前田・前掲論文(注4)五〇頁は、この部分は判例①にとって重要ではないとする。

(32) 曾根威彦・刑法総論(第四版)二五三頁は、共謀共同正犯肯定説においては、①共同正犯は正犯である、②正犯は実行行為を担当する者である、③単なる共謀者は実行行為者ではない、という共同正犯を是認するための三個の命題のいずれかが否定されると指摘する。他に共謀共同正犯否定説として、吉川経夫・三訂刑法総論(補訂版)(平成八年)二七四頁、香川達夫・刑法講義(総論・第三版)(平成七年)三七六頁、佐伯千仞・四訂刑法講義(総論)(昭和五六年)三五―三五二頁、中山研一・刑法総論(昭和五七年)四六六頁、福田平・全訂刑法総論(第五版)(平成二三年)二七八―二七九頁等があるが、現在では、共謀共同正犯を肯定しつつ、その成立範囲を限定していこうとする見解がむしろ主流となっているといわれる(西田・前掲書(注17)三四五頁)。

(33) 朝山・前掲論文(注1)三〇九―三一〇頁は、正当にも「実行共同正犯と共謀共同正犯は、截然と区別し得るものではなく、実際にはその境界は流動的であり、いずれとも分類し難いものがある。…(両者は)説明概念としては有用であるが、実定法上の概念ではないから、実行共同正犯と共謀共同正犯のどちらに当たるかを議論するのは、生産的ではなく、端的に『共同正犯』に当たるか否かを判断すれば足りると思われる」とする。