

# 特殊詐欺の事案においてだまされたふり作戦が 実施された場合と不能犯の法理

——同時に、未遂の場合の承継的共犯に関する一考察——

原 口 伸 夫

- 第1節 はじめに——特殊詐欺とだまされたふり作戦
- 第2節 現金送付型特殊詐欺事案における受け子の罪責に関する裁判例
- 第3節 最高裁平成29年12月11日決定
- 第4節 「承継」を認めた場合と不能犯の法理——一体性を重視する見解
  - 1. 佐藤拓磨教授の見解
  - 2. 橋本正博教授の見解
- 第5節 「承継」を認めない立場と不能犯の法理1——承継的共犯に関する全面的否定説
- 第6節 「承継」を認めない立場と不能犯の法理2——承継的共犯に関する中間的な見解
  - 1. 十河太郎教授の見解
  - 2. 橋爪隆教授の見解
  - 3. 未遂の場合の承継的共犯——現金送付型特殊詐欺事案における受け子の罪責
- 第7節 現金送付型特殊詐欺事案における受け子の行為に関して、その他の議論されている問題
  - 1. 関与後の行為につき不能犯ないしは不能犯類似の状況が問題になると考えた場合、それは客体の不能の場合なのか、方法の不能の場合なのか
  - 2. 受領行為は詐欺罪の実行行為か
  - 3. 受け子が荷物を受領する前に犯行が失敗した場合、受け子に共犯は成立するか
- 第8節 まとめ

## 第1節 はじめに——特殊詐欺とだまされたふり作戦

「特殊詐欺」とは、被害者に電話をかけるなどして対面することなく被害者を欺罔し、指定した預貯金口座へ振り込ませるなどの方法により、不特定多数の者から現金等をだまし取る犯罪（詐欺罪〔刑法 246 条〕電子計算機使用詐欺罪〔刑法 246 条の 2〕だけでなく、恐喝罪〔刑法 249 条〕も含む）の総称である。警察庁は、「振り込め詐欺」と「振り込め詐欺以外の特殊詐欺」にわけて統計をとっており、それによれば、「振り込め詐欺」は、そのなかで、オレオレ詐欺、架空請求詐欺、融資保証金詐欺および還付金等詐欺にわけられ、「振り込め詐欺以外の特殊詐欺」には、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、その他の特殊詐欺がある<sup>1</sup>。

- 1 参照、警察庁ホームページ「特殊詐欺認知・検挙状況等について」(<https://www.npa.go.jp/publications/statistics/sousa/sagi.html>)。法務省法務総合研究所編『令和元年版犯罪白書』68 頁以下(2019 年)も参照。警察庁は、平成 16 年(2004 年)に、オレオレ詐欺・架空請求詐欺・融資保証金詐欺を「振り込め詐欺」と総称することとし、平成 19 年(2017 年)にこれに還付金等詐欺を含め、平成 23 年(2011 年)に、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目的の詐欺を「振り込め詐欺以外の特殊詐欺」とし、全体を「特殊詐欺」と呼ぶことにした。参照、金高雅仁「振り込め詐欺対策の意義」警察学論集 62 巻 7 号 21 頁注 1(2009 年)、同「特殊詐欺と治安に関する一考察」警察学論集 66 巻 8 号 6 頁(2013 年)、杉本一敏「詐欺罪」法学教室 458 号 119 頁(2018 年)など。さらに、近時では、なんらかの欺罔を行った後隙をみてキャッシュカード(= CC)等を窃取する場合(窃盗罪)も特殊詐欺と同種の事案と考えられている。たとえば、警察官・金融機関職員を装い、銀行口座からの不正引出の被害が生じているので CC を確認させてほしいなどと被害者を欺罔し、被害者に CC を用意させ、隙をみて偽のカードとすり替えて持ち去る手口(キャッシュカード詐欺盗)がある。この場合、CC の占有の移転は、被害者の交付行為に基づかず、被害者の意思に反するものとして、窃盗罪の成否が問題となりうる。参照、江見健一「特殊詐欺の受け子の罪責に関する諸問題——特殊詐欺の現状と近時の最高裁判例を踏まえて——(上)」警察学論集 72 巻 11 号 11 頁以下(2019 年)、佐藤拓磨「未遂・承継的共同正犯」法学セミナー 779 号 15 頁以下(2019 年)、品田智史「窃盗と詐欺の関係」法学セミナー 779 号 33 頁以下(2019 年)、十河太朗「小特集・特殊詐欺と刑法理論 解題」法律時報 91 巻 11 号 57 頁以下(2019 年)、高橋直哉「実行の着手論雑考」研修 854 号 11 頁(2019 年)など。判例と

特殊詐欺の被害は、平成 15 年（2003 年）半ば頃から、オレオレ詐欺の手口で目立ちはじめ、翌平成 16 年（2004 年）に、架空請求詐欺・融資保証金詐欺の手口が加わって被害額が急増し<sup>2</sup>、警察は、注意喚起のために「振り込め詐欺」という名称を使いはじめた。その後、預貯金口座や携帯電話の不正流通を防止するための法整備や、ATM での現金振込み限度額の引下げなどの対策がとられ、それらが奏功し、一時的な被害の減少はあったものの、犯罪者側の手口の変更や巧妙化などもあり、その被害額は依然として深刻な情勢が続いている<sup>3</sup>。被害者として高齢者が狙われること

- 
- して、京都地判令和元年 5 月 7 日 LEX/DB25563868。この判例評釈として、松宮孝明「判例批評」法学セミナー 775 号 121 頁（2019 年）。また、山本修「判例批評」研修 844 号 93 頁以下（2018 年）、大竹依里子「判例批評」研修 846 号 53 頁以下（2018 年）。被害者宅付近に赴いた被告人が警察官から職務質問受け、CC 取得計画が失敗した事案において、窃盗未遂罪の成立を認めたものとして、大阪地判令和元年 10 月 10 日公刊物未登載がある。この事案で窃盗罪の実行の着手を認めた結論は支持しうる。評釈として、大塚雄毅「判例批評」警察学論集 72 巻 12 号 1 頁以下（2019 年）、同「判例批評」研修 859 号 31 頁以下（2020 年）。
- 2 平成 15 年（2003 年）、平成 16 年（2004 年）1 月～4 月における詐欺事犯、とくにオレオレ詐欺の状況を分析するものとして、遠藤雅人「最近の詐欺罪の傾向と対策について」警察学論集 57 巻 8 号 166 頁以下（2004 年）、平成 16 年（2004 年）・平成 17 年（2005 年）の状況を分析するものとして、小栗宏之「振り込め詐欺の現状と対策について」警察学論集 59 巻 3 号 125 頁以下（2006 年）。
- 3 このような経緯について、参照、飯利雄彦「振り込め詐欺対策の経緯」警察学論集 62 巻 7 号 30 頁以下（2009 年）、金高・前掲注（1）警察学論集 62 巻 7 号 1 頁以下、同・前掲注（1）警察学論集 66 巻 8 号 5 頁以下、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 65 頁（2018 年）、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 2 頁以下（2018 年）など。また、湯浅誠「振り込め詐欺の取締りの推進」警察学論集 62 巻 7 号 103 頁注 1、104 頁注 5（2009 年）。特殊詐欺の被害額の推移をみると、平成 16 年（2004 年）の約 283 億円、その後、平成 20 年（2008 年）の 275 億円までほぼ横ばいで推移した後、種々の対策が奏功し、平成 21 年（2009 年）には約 95 億円に減少した。しかし、その後増加に転じ、平成 26 年（2014 年）には約 565 億円にまで達する。これをピークにその後漸減するが、平成 30 年（2018 年）の被害額は約 382 億円となっている。平成 31 年・令和元年（2019 年）は、11 月までの実質的な被害総額（暫定値）は約 274 億円である。平成 22 年（2010 年）以降の増加の原因として、金融商品等取引名目などの振り込め詐欺以外の特殊詐欺が増加したこと、財物取得方法として現金手交型・現金交付型（後述）

が多いが、手口（欺罔の内容）により被害者年齢層の分布に違いがある<sup>4</sup>。財産的被害の重大さはもちろんであるが、それにとどまらず、被害者の精神的な苦しみを伴うケースがあることも見過ごすことができない<sup>5</sup>。

特殊詐欺は、被害者に電話をかけ欺罔行為を行う「か（架・掛）け子」、振り込まれた現金を口座から引き出す「出し子」、被害者等から現金を受け取る「受け子」、受け子などに指示を出す「指示役」などの役割分担がなされ、詐欺組織内で高度に分業化されて犯罪が遂行される点、他人名義の携帯電話・預金口座の使用など、被害者と対面せずに犯行（の多くの段階）が行われ、匿名性が高い点に特徴があり<sup>6</sup>、いずれも摘発を難しくする要因になっている。被害者による財物・利益の交付方法をみると、被害者にATM機等から現金を振り込ませる現金振込型、被害者と対面して直接現金を受け取る現金手交型、郵便・宅配便などで被害者に現金を指定場所に送付させる現金送付型があり、このうち、現金手交型・現金送付型の特殊詐欺事案において、被害者が詐欺だと見抜いた後も、警察と協力して、引き続き犯人側の要求どおり行動しているようにだまされたふりを続け、交付・送付された金銭代替物を受領する者を検挙するという捜査手法（いわゆる「だまされたふり作戦」）が実施され、犯人検挙に効果をあげてきた<sup>7</sup>。

---

が増加したことなどがある。特殊詐欺の被害額については、注1記載の警察庁のホームページ参照。

4 特殊詐欺の被害者像について、参照、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」警察学論集66巻8号33頁以下（2013年）。また、被害者像・犯人像について、飯利・前掲注（3）24頁以下、29頁。

5 参照、金高・前掲注（1）警察学論集62巻7号3頁、阪井光平「特殊詐欺捜査についての一論考——幅広く奥行きのある捜査の展開」警察学論集71巻4号51頁、68頁（2018年）など。

一九七 6 そのほか、名簿登載者から無作為に抽出し、次々電話をかけ、多くの者に対して犯行を繰り返すこと、電話・配送という手段を用いることにより犯行が広域にわたって行われることなども特徴である。

7 湯浅・前掲注（3）101頁以下は、「従前から……だまされた振りを続けながら現金を受け取りにきたところを検挙」してきたが、「平成21年2月の強化推進期間において、神奈川県警察がこの捜査手法を特に『だまされた振り作戦』と命名し、広く県民に協力を呼びかけ成功を収めたことから、全国警察におい

しかし、平成 28 年 (2016 年) になると、だまされたふり作戦の開始後に犯行に加わった者が送付 (手交) された現金代替物を受領し、その際に現行犯逮捕された事案 (以下では、このような事案を「現金送付型特殊詐欺事案」と呼ぶこととする) に関して、受け子に無罪判決を言い渡す地裁判決が (公刊物に) 続けて現れる。それらの判決は控訴され、控訴審判決において異なる判断が示されることになるが、この事案の処理について、実務上判断がわかれるとともに、理論上も難しい問題が提起されることになった。その 1 つが、この事案での受け子の行為と不能犯の問題である。すなわち、受け子の関与時点ですでにだまされたふり作戦が開始されていることから、その詐欺の企てが既遂に至る可能性はなく、受け子の行為は「不能犯」として不可罰とならないのか。しかし、先行者に詐欺未遂罪が成立するとすれば、その場合に後行者の行為についてのみ不能犯の法理が適用されうるのか、という問題である。この問題は承継的共犯<sup>8</sup>の問題の解決とも関連する。

現金送付型特殊詐欺事案における受け子の行為について一連の下級審裁判所の判断が示された後、最高裁平成 29 年 12 月 11 日決定 (刑集 71 卷 10 号 535 頁。以下、「最高裁平成 29 年決定」と略記する) が、受け子に詐欺未遂罪の共同正犯を認める判断を下した。実務的には、この判断により、この問題の処理につき決着がつけられたといえる。しかし、最高裁平成 29 年決定の判断は簡潔なものにとどまり、この事案において提起された解釈論の問題が十分に解決されたとはいえない。そこで、本稿は、現金送付型特殊詐欺事案において提起された諸問題のうち、とくに不能犯の問題を中心に考えてみたい。

以下では、まず、関連する裁判例を整理し (第 2 節、第 3 節)、次いで、この事案における不能犯の問題 (第 4 節、第 5 節、第 6 節)、そして、この関係でその他の議論されている問題 (第 7 節) を検討することとする。

てこの種の国民参加型の取締りが定着しつつある」と指摘している。

8 以下では、承継的共同正犯と承継的従犯とをあわせて「承継的共犯」と表現する。

## 第2節 現金送付型特殊詐欺事案における 受け子の罪責に関する裁判例

以下で扱う裁判例の一覧を、本節の最初に、判決日順に通し番号を付して示しておく（なお、黒丸に白抜き数字は地裁判決、丸に数字は高裁判決を表している）。

- ① 東京高判平成 27 年 1 月 30 日高検速報〔平成 27 年〕57 頁〔現金手交型<sup>9</sup>・有罪。未遂の成否に関する判示なし〕
- ② 札幌地判平成 28 年 1 月 8 日公刊物未登載〔現金送付型・有罪〕
- ③ 福岡地久留米支判平成 28 年 3 月 8 日判時 2338 号 118 頁〔現金送付型・無罪⇨⑩により破棄〕
- ④ 名古屋地判平成 28 年 3 月 23 日判時 2363 号 127 頁〔現金送付型・無罪⇨⑦〕
- ⑤ 名古屋地判平成 28 年 4 月 18 日裁判所 HP〔現金送付型・一部無罪⇨⑨により破棄〕
- ⑥ 福岡地判平成 28 年 9 月 12 日刑集 71 卷 10 号 551 頁〔現金送付型・無罪。具体的危険説の「一般人」として犯人側の状況・被害者側の状況を観察しうる一般人を想定⇨⑬により破棄⇨⑬〕
- ⑦ 名古屋高判平成 28 年 9 月 21 日判時 2363 号 123 頁〔④の控訴審・無罪。具体的危険説に依拠した判断をするが、結論的に共謀を否定し、無罪判決を維持〕
- ⑧ 神戸地判平成 28 年 9 月 23 日裁判所 HP〔現金手交型・有罪。具体的危険説に依拠〕
- ⑨ 名古屋高判平成 28 年 11 月 9 日 LEX/DB25544658 〔⑤の控訴審・有罪。具体的危険説に依拠〕
- ⑩ 福岡高判平成 28 年 12 月 20 日判時 2338 号 112 頁〔③の控訴審・有罪。具体的危険説に依拠〕
- ⑪ 東京高判平成 29 年 3 月 27 日高検速報〔平成 29 年〕108 頁〔現金手交型・有罪。具体的危険説に依拠〕
- ⑫ 大阪高判平成 29 年 5 月 24 日裁判所 HP〔現金手交型・有罪。具体的危険説に依拠〕
- ⑬ 福岡高判平成 29 年 5 月 31 日刑集 71 卷 10 号 562 頁〔⑥の控訴審・有罪。具体的危険説に依拠⇨⑬〕
- ⑭ 仙台高判平成 29 年 6 月 1 日高検速報〔平成 29 年〕307 頁〔現金手交型・有罪。具体的危険説に依拠〕

---

9 現金手交型の特殊詐欺においては、被害者から現金等を受け取る受け子が、その際に、被害者に対してその錯誤を維持・強化する言動を行ったと考えられる限りで、受け子による欺罔行為を認めうる場合もありえよう。注 26 も参照。

- ⑮ 仙台高判平成 29 年 8 月 29 日高検速報〔平成 29 年〕309 頁〔現金送付型・有罪。具体的危険説に依拠〕
- ⑯ 大阪高判平成 29 年 10 月 10 日 LEX/DB25561419 〔現金手交型・有罪。具体的危険説を批判〕
- ⑰ 東京高判平成 29 年 11 月 10 日高検速報〔平成 29 年〕208 頁〔現金手交型・有罪。具体的危険説に依拠〕
- ⑱ 最決平成 29 年 12 月 11 日刑集 71 卷 10 号 535 頁〔⑬の上告審・有罪。不能犯論に立ち入らず〕

(1) 現金送付型特殊詐欺事案において不能犯が争われた判決が現れ（公刊物に掲載され）、その処理が注目されはじめたのは平成 28 年（2016 年）になってである<sup>10</sup>。

平成 27 年の判決に、現金手交型特殊詐欺事案での受け子につき詐欺の犯意を否定し、無罪判決を言い渡した第 1 審判決を破棄し、詐欺未遂罪の成立を認めた控訴審判決がある（東京高判平成 27 年 1 月 30 日高検速報〔平成 27 年〕57 頁＝①判決）<sup>11</sup>。①判決は、被告人の言動等の客観的事実か

10 それ以前のものとして、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『新時代における刑事実務』113 頁以下（立花書房、2017 年）が、大阪家決平成 26 年 11 月 28 日公刊物未登載を紹介している。その紹介によれば、その判決は、「被害者がだまされていることに気づいて実際の息子に電話確認をして以降の事実関係について、『本件振り込め詐欺はその時点（実際の息子に電話確認をした時点）で未遂となり、犯罪は完了したもの」と認められる。そうすると、（被害者）が偽券を入れた封筒を交付する行為は、警察の犯人逮捕に協力して行っているものに過ぎず、もはや、本件詐欺の実行行為の一部（被欺罔者による交付行為）を構成するものではないから、少年がその受け取りを行ったとしても実行行為の一部を負担したということにはならない。』と判示した」というものである。川田宏一「判例解説」法曹時報 71 卷 11 号 294 頁（2019 年）は、「だまされたふり作戦の活用、さらには承継的共同正犯に関する平成 24 年判例等を契機として」、現金送付型特殊詐欺事案の受け子に関して「詐欺未遂罪の共同正犯が成立するかという問題が、しばしば提起されるようになった」と指摘している。

11 この評釈として、猪股正貴「判例批評」捜査研究 777 号 2 頁以下（2015 年）。被害者・配達人等と対面する受け子は検挙されるリスクがあることから、詐欺組織に属さない者がその役割を担うべく誘い入れられ、報酬の約束のもと荷物受領の個別の依頼がなされ、検挙された場合にも捜査が組織の中心に及ばないように、詐欺（の全容・詳細や組織の実態）について知らされないことも多い。また、摘発された際に犯意否認の弁解ができるように、詐欺組織の側でさまざまな策を講じている。そのような事情もあり、受け子の詐欺の故意・共謀の存在（成立時期）が裁判で争われることも少なくない。注 13 も参照。



ら詐欺の未必的故意を推認できる旨を判示しており、未遂犯の解釈に関する判示は紹介されていないことから、「不能犯でないこと」を当然の前提としていたと思われる。

札幌地判平成 28 年 1 月 8 日公刊物未登載（＝②判決）の判示は、この問題の早い段階での判断として注目すべきところがある。すなわち、②判決は、被害者による警察への相談後に関与した受け子は、「犯人側が被害者をだまして現金入りの本件荷物を発送させたという客観的事実を概括的に認識していたのであって、この事実を前提にすると、そのような荷物を送付先において受け取ろうとする行為は、現金が途中で抜き取られていたとしても、一般人の認識として、詐欺の被害金が犯人側に交付される具体的危険性のある行為と認められることから、詐欺の実行行為に当たるといふべきである」とし、本件荷物受領行為は、「被害者をだます行為と一体のものとして本件詐欺未遂の実行行為を構成するものであり、「被害者をだまして現金を発送させた点も含めて被告人は共同正犯の責任を負う」<sup>12</sup>と判示している。

(2) その後、現金送付型特殊詐欺事案における受け子に無罪判決を言い渡す地裁判決が続き、実務上このケースの処理につき動揺が生ずる。福岡地久留米支判平成 28 年 3 月 8 日判時 2338 号 118 頁（＝③判決）、名古屋地判平成 28 年 3 月 23 日判時 2363 号 127 頁（＝④判決）、名古屋地判平成

なお、現金振込型の特殊詐欺の場合、出し子が詐欺の詳細を知らなくても、現金引出行為それ自体が（金融機関を被害者とする）窃盗罪・詐欺罪に問いうるのに対して、現金送付型の特殊詐欺の場合、受け子に詐欺罪の共犯が成立しなければ、現金受領行為それ自体を処罰することができない。「これを不都合とみるなら、立法による対応が必要だということになろう」と指摘するのは、橋本正博「判例批評」『平成 28 年度重要判例解説』165 頁（2017 年）。受け子の罪責について考える場合に、現金振込型の特殊詐欺の出し子との「均衡を意識する必要がある」とするのは、橋爪隆「承継的共犯について」法学教室 415 号 94 頁注 41（2015 年）。

12 加藤・前掲注(10) 116 頁より引用。また、山田慧「だまされたふり作戦が行われた特殊詐欺事案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 巻 2 号 99 頁（2018 年）



28 年 4 月 18 日裁判所 HP（＝⑤判決）、福岡地判平成 28 年 9 月 12 日刑集 71 卷 10 号 551 頁（＝⑥判決）の各地裁判決である。

このうち、③判決<sup>13</sup>、⑤判決<sup>14</sup>は受け子の故意、共謀を否定したもの

---

13 ③判決は、「詐欺の故意があるというためには、単に何らかの違法な行為に関わるという認識では足りず、少なくとも詐欺に関与するものかもしれないとの認識が必要である」との理解に立ち、受け子の故意を否定した。これに対して、③判決の控訴審判決である福岡高判平成 28 年 12 月 20 日判時 2338 号 112 頁（＝⑩判決）は、「特異な状況において荷物を受領する場合、そのような行為態様から通常想定される違法行為の類型には」「特殊詐欺が当然に含まれる」。したがって、『「詐欺に関与するものかもしれないとの認識」があったと評価するのが社会通念に適い相当』であるとし、原判決を破棄し、受け子に有罪判決を下した。現金送付型特殊詐欺事案における受け子の故意（知情性）の認定について、参照、石川さおり「現金送付型の特殊詐欺における受け子の故意を立証するための捜査の在り方について」警察学論集 72 卷 1 号 75 頁以下（2019 年）、植村立郎『実践的刑事事実認定と情況証拠（第 3 版）』327 頁以下（立花書房、2016 年）、江見健一「特殊詐欺の受け子の罪責に関する諸問題——特殊詐欺の現状と近時の最高裁判例を踏まえて——（下）」警察学論集 72 卷 12 号 25 頁以下（2019 年）、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 20 頁以下（2017 年）、加藤・前掲注（10）91 頁以下、小池健治「特殊詐欺の事案における諸問題について——2 つの高裁判決（①仙台高裁平成 29 年 6 月 1 日判決、②仙台高裁同年 8 月 29 日判決）を題材として——」判例タイムズ 1449 号 76 頁以下（2018 年）、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 161 頁以下（2018 年）、高橋康明「オレオレ詐欺事案における受け子の犯罪の成否について」警察学論集 70 卷 3 号 152 頁以下（2017 年）、半田靖史「受け子の故意の認定」法学セミナー 779 号 18 頁以下（2019 年）。(a)最判平成 30 年 12 月 11 日刑集 72 卷 6 号 672 頁、(b)最判平成 30 年 12 月 14 日刑集 72 卷 6 号 737 頁、(c)最判令和元年 9 月 27 日刑集 73 卷 4 号 47 頁も参照。(a)の評釈として、大塚雄毅「判例批評」警察学論集 72 卷 2 号 154 頁以下（2019 年）、丹崎弘「判例批評」研修 851 号 33 頁以下（2019 年）[(b)の評釈も]、角田正紀「判例批評」刑事法ジャーナル 60 号 160 頁以下（2019 年）、前田雅英「判例批評」捜査研究 824 号 14 頁以下（2019 年）。(b)の評釈として、成瀬幸典「判例批評」法学教室 462 号 156 頁（2019 年）。(c)の評釈として、品田智史「判例批評」法学セミナー 781 号 123 頁（2020 年）、十河太郎「判例批評」法学教室 473 号 131 頁（2020 年）、吉田誠「判例批評」研修 859 号 49 頁以下（2020 年）。特殊詐欺における共謀に関して、樋口亮介「特殊詐欺における共謀認定——実体法に基づく構造の解明」法律時報 91 卷 11 号 61 頁以下（2019 年）。

14 ⑤判決は、A に対する詐欺既遂事件では受け子 X に詐欺罪の共同正犯を認めたが、だまされたふり作戦が実施された B に対する詐欺未遂事件では X を無罪とした。B 事件の経緯は次のようなものであった。平成 27 年 2 月 24 日から

であり、事実認定にかかわる判断である。それに対して、④判決、⑥判決は、刑法の解釈論、とくに未遂犯論・不能犯論にかかわる判断を示している。

④判決は、第1に、未遂犯を結果犯と考える見解<sup>15</sup>に立っていると考

25日かけて、詐欺グループの者がBに対して欺罔行為を行ったが、Bは詐欺を疑い、25日昼過ぎ、長女とともに警察に行き相談し、そこで、だまされたふり作戦が開始された。その後、25日17時9分頃、Xは、詐欺グループの者から荷物受領の依頼を受け、Xの会社の従業員Yにその受領を指示し、26日、Yが（配達員を装った警察官から）荷物を受け取ったというものである。このような事実経過を前提に、⑤判決は次のように判示した。「B事件の公訴事実には、氏名不詳者らの同月24日から25日にかけての行為のみが記載されており、問題となるのは、共謀共同正犯の成否である」。「B事件については、共謀の成立時期に関する検察官の当初の主張、すなわち、氏名不詳者らとの直接の共謀が成立したのが、同月25日のXに対する仕事依頼の際であったとの主張は、公判において明示的に撤回されている」。そして、B事件については、「公訴事実記載の氏名不詳者らの詐欺につき、Xと氏名不詳者らとの間で個別的な共謀を構成する意思の連絡があったとは認められないから、専ら包括的な共謀の成立を考えるべきことになる」ところ、「B事件について、共謀共同正犯成立の前提となる包括的な共謀の成立は認められない」。「したがって、氏名不詳者らが、公訴事実記載の詐欺を行うに際してXとの共謀を遂げていたとは認められず、Xが共同正犯としての責任を負うものではない」と判示した。この控訴審判決である名古屋高判平成28年11月9日LEX/DB25544658（＝⑨判決）において、検察官は「Xが氏名不詳者から荷物の受取・運搬の依頼を受けた時点における『直前の個別的な共謀』を主張」し、これに対して、弁護人は、「この主張は、原審裁判所からの再三の求釈明に応じ、原審検察官が明示的に撤回したものであるから、審判対象の設定者である検察官が、控訴審において、改めて主張することは許されない」と主張した。これにつき、⑨判決は、「共謀の成立時期は訴因の明示に必要な事項であるとまでは解されない上、所論がいうように、原審検察官は、同主張を撤回した後も、『直前の個別的な共謀』を基礎付ける事実を一貫して主張しており、それらの事実についての攻防は十分に尽くされていたとみられる。検察官が『直前の個別的な共謀』を控訴審で改めて主張することは、原審検察官の訴訟活動からみて決して望ましいものとはいえないが、不意打ちに当たるなどXの防御権を不当に侵害するものともいえず、結論的には許容されるものと解される」と判示したうえで、後述（第2節（3）参照）の不能犯に関する解釈などを示し、原判決を破棄し、B事件についてもXに有罪判決を言い渡した。

- 15 「未遂犯の処罰根拠である既遂の現実的・客観的危険は、未遂犯の独自の結果であり、それが発生することが未遂犯成立のために必要だと解されるべきであり、したがって、未遂犯を一種の結果犯と解することが妥当である（結果犯説）」（山口厚『刑法総論（第3版）』284頁〔有斐閣、2016年〕）とする見解であり、

えられる。次のように判示している。すなわち、だまされたふり作戦に基づき配達依頼がされた時点では、「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、被告人の同日の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」と（傍点原口）。第2に、④判決は、現金送付型特殊詐欺事案において不能犯は問題にならないとの考え方を示した。すなわち、「本件では、氏名不詳者が現に〔被害者〕にうその電話をかけて、詐欺既遂の現実的危険が生じており、詐欺未遂自体は成立しているのであって、その氏名不詳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できるかが問題となっているのであるから、犯罪の成否自体を問題とする不能犯とは、その問題状況を異にしている」<sup>16</sup>と判示した。

⑥判決の判示は、独特であると同時にわかりづらい内容となっている。

⑥判決は、詐欺が看破されたことによる因果関係の切断を強調する<sup>17</sup>—

---

近時、支持を広めてきている。結果犯説について、原口伸夫『未遂犯論の諸問題』12頁以下（成文堂、2018年）も参照。

16 ④判決は、不能犯とは問題状況を異にしているとするが、実質的にみれば、不能犯に関して危険を客観的に考える見解（比較的純粋な客観的危険説）に近いともいえよう。参照、中島広樹「判例批評」平成法政研究22巻1号122頁、133頁（2017年）。不能犯法理の適用を否定しつつ、実質的には、不能犯論（の一定の立場）と同様の考え方から結論を示しているという点で、ピース缶爆弾事件の第1審・第2審判決の判示を思い起こさせる。原口・前掲注（15）376頁注134参照。

17 ⑥判決は、「本件において詐欺罪が成立しない本質的な理由は、〔共犯者〕による欺罔行為と、〔被害者〕による本件荷物の発送（交付）との間に因果関係が存しないことにあり、たまたま本件荷物の中に現金が入っていたか否かといった事情によるのではない（仮に、本件荷物の中に現金が入っていたとしても、詐欺罪が成立することはない。）」。「被告人が本件荷物を受け取る行為は、〔共犯者〕の欺罔行為やそれによる〔被害者〕の錯誤とは因果関係のない行為である（刑集71巻10号561頁）と判示している。なお、⑥判決は、承継的共犯について次のように判示している。すなわち、「共犯の処罰根拠は、共犯が犯罪結果に対して因果性（寄与）を持つという点に求められるべきである（因果的共

方で、受け子の関与時点の危険性を「具体的危険説」により判断すべきとし<sup>18</sup>、しかし、その判断基底の「一般人」として「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得る一般人」を想定し、その認識可能な内容（「警察官からの依頼に応じて犯人検挙のためにだまされたふりをするにせよ、犯人を捕捉するために本件荷物を発送し、被告人はそれを受け取った、という事実経過」）も判断の基礎にすべきであるという<sup>19</sup>。この判決が「具体的危険説」を是とするかの表現を度外視すれば、あるいは、その実質を考えれば、むしろ、前述の④判決と同様の客観的な危険を問題にする理解に近いように思われる<sup>20</sup>。

---

犯論）ことからすると、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いうべきである」。ただ、詐欺罪の場合は、「未だ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」（刑集 71 巻 10 号 558 頁以下）と。本判決が承継的共同正犯につき「行為と結果（本件では結果発生危険性）との間の因果性を問題としている点には注目すべきである」とするのは、水落伸介「判例批評」法学新報 125 巻 9・10 号 172 頁（2019 年）。

18 刑集 71 巻 10 号 560 頁以下。

19 刑集 71 巻 10 号 561 頁。

20 佐藤拓磨「判例批評」刑事法ジャーナル 55 号 104 頁（2018 年）は、この判決の見解の背後には「未遂犯を具体的危険犯と同様の構造を有する結果犯とみる見解があるものと思われる」とし、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 228 頁（2017 年）も、この判決の「背後には危険結果説があると思われる」とする（また、同「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 65 頁 [2018 年]）。この判決の判断は「具体的危険説の立場と相容れないものである」とするのは、安田拓人「判例批評」法学教室 437 号 146 頁（2017 年）。同様に、上野幸彦「特殊詐欺における中途関与者の刑事責任——だまされた振り作戦と中途受取り関与者の共犯の成否を中心として——」危機管理学研究 2 号 83 頁（2018 年）、只木誠「判例批評」『平成 30 年度重要判例解説』152 頁（有斐閣、2019 年）、照沼亮介「判例批評」判例評論 721 号 23 頁（2019 年）、中島広樹・前掲注 (16) 136 頁、橋爪隆「特殊詐欺の『受け子』の罪責について」研修 827 号 9 頁以下（2017 年）、原口・前掲注 (15) 386 頁注 154）。この判決はその「具体的危険説」の適用におい

(3) しかし、このあと、これらの無罪判決を破棄する控訴審判決を含め、現金送付型特殊詐欺事案において、(ア) 不能犯ないしは不能犯類似の状況（行為が既遂に至る可能性ないしは未遂犯として処罰に値する実質が問題になる状況）がかかわっていると考え、(イ) 具体的危険説に依拠して事案を解決する一連の高裁判決が続くことになる。

まず、(ア) の問題に関して、前述の④判決の控訴審判決である名古屋高判平成 28 年 9 月 21 日判時 2363 号 123 頁(=⑦判決)<sup>21</sup> は次のように判示する。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」。「単独犯だけでなく、共犯の場合、それも共犯関係に後から入った場合でも、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、

---

て「独自の主張を展開する」ものであるとし、「少なくともそれは、実質的には、事後的に客観的全事情を考慮して危険性を判断することに近づく」とするのは、前田雅英「判例批評」捜査研究 795 号 50 頁(2017 年)(同様に、阿部英雄「判例批評」創価ロージャーナル 10 号 193 頁[2017 年]、神元隆賢「判例批評」北海学園大学法学研究 53 巻 2 号 83 頁[2017 年])。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 53 頁(2019 年)は、「危険判断の基礎に詐欺に気づいたという被害者の認識を入れることで、危険性が常に否定されるとすれば、端的に言って、被害者にばれた後では加担者に詐欺未遂罪を成立させるべきではないと理由を示さずに主張しているだけではないかとの疑念が向けられよう」とする。これに対して、この判決の「理解も具体的危険説からありえないわけではない」とし、「不能犯を認めることも不可能ではないように思われる」とするのは、富川雅満「判例批評」法学新報 124 巻 5・6 号 302 頁注 9(2017 年)。なお、二本柳・前掲名城法学 67 巻 1 号 235 頁以下、山田・前掲注(12) 131 頁以下も参照。

21 評釈として、門田成人「判例批評」法学セミナー 746 号 121 頁(2017 年)、富川・前掲注(20) 285 頁以下、中島広樹・前掲注(16) 115 頁以下、橋本・前掲注(11) 164 頁以下、安田・前掲注(20) 法学教室 437 号 146 頁。

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」。「原判決は、不能犯は犯罪の成否自体を問題にするというが、そこでは全体としての詐欺罪のみを問題にしていると思われる」。後行者についてみれば、「まさに、自己の行為が詐欺未遂罪として処罰されるのか、結果発生が不可能になっていたとして刑事処罰を免れるかが問題になっている、換言すれば、共犯者の1人については、犯罪の成否が問題となっている場面なのである。このような場合に不能犯の考え方をを用いて判断するのは、必要かつ妥当である」と判示した。⑨判決<sup>22</sup>も同様の判示をし、これらの判決の後、不能犯法理の適用の可否にとくに言及せずに具体的危険説に依拠して事案を解決する一連の高裁判決も同様の理解に立っているといえよう。

次に、(イ)の問題に関して、高裁判決<sup>23</sup>は、現金送付型特殊詐欺事案の受け子の行為について具体的危険説の判断基準を適用し、受け子に詐欺未遂罪の共同正犯を認める、という判断を積み重ねた。

⑦判決は、前述のように、不能犯法理を適用すべきことを判示した後、その判断基準について、「実際には結果発生が不可能であっても、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」と判示する。ただし、⑦判決は、結論において、共謀を遂げた事実を認めるに足る証拠はないとし<sup>24</sup>、受け子が無罪とした原審判決を維持した。

22 注14も参照。この評釈として、甘利航司「判例批評」『新・判例解説 Watch』22号169頁以下(2018年)、是木誠「判例批評」警察学論集70巻2号159頁以下(2017年)。

23 地裁判決では、神戸地判平成28年9月23日裁判所HP(=⑧判決)がある。  
⑧判決は、共謀が成立した時点では「すでに騙されたふり作戦が実施中であつたから、客観的には詐欺の結果が発生する現実的危険性はなくなっていたといえる」。しかし、「その際の状況は、一般人からすれば、騙されて錯誤に陥った被害者が、まさに詐欺の犯人に現金を交付しようとするものといえるから(被告人の認識も同様である。)、欺罔行為時に存在した金銭騙取の現実的危険性は、被告人の受け取ろうとする行為の時点でもなお失われていないと見るべきである」と判示している。

24 ⑦判決は、被告人が、配達人を装って荷物を届けた「警察官から令状を呈示



⑨判決は、同様に不能犯法理を適用すべきことを判示した後、「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」と判示し、原判決を破棄し、受け子に有罪判決を下した。

⑩判決<sup>25</sup>は、比較的詳しく判示している。すなわち、「問題となるのは、……被告人が共謀に加わったのが、本件荷物の発送後で、その荷物内には現金が入っていなかったことから、本件受領行為が本件詐欺における実行行為性を欠いており、未遂犯としての責任も負わないのではないかという点である。そのような被告人の行為の危険性を判断し、未遂犯としての可罰性の有無を決するためには、いわゆる不能犯における判断手法により、当該行為の時点で、その場に置かれた一般通常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して、当該行為の危険性の有無を判断するのが相当である」と判示し、原判決を破棄し、受け子に有罪判決を下した。

その後も、東京高判平成 29 年 3 月 27 日高検速報〔平成 29 年〕108 頁（＝⑪判決）は、「被害者が詐欺に気づきだまされたふりをして警察の捜査に協力していたとしても、それが秘された状況で、被告人において、被害者に対して受取権限のある者を装って、現金を受け取ろうとすることは、その具体的事情を一般人の立場からその常識に従って見た場合に、結果発生の具体的危険性があると判断されるから、詐欺の実行行為にあたる」と判示し、大阪高判平成 29 年 5 月 24 日裁判所 HP（＝⑫判決）は、「実際に結

---

され搜索等を受けている正にその最中に、〔詐欺グループの者〕からの電話に対し、荷物が届いているので取りに来よう告げるなど、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」といった事情などを指摘している。

25 この評釈として、小泉健介「判例批評」警察公論 72 巻 9 号 86 頁以下（2017 年）、谷岡拓樹「判例批評」早稲田法学 93 巻 2 号 111 頁以下（2018 年）、中嶋伸明「判例批評」研修 825 号 59 頁以下（2017 年）、安田拓人「判例批評」法学教室 441 号 126 頁（2017 年）、山下裕樹「判例批評」龍谷法学 51 巻 1 号 629 頁以下（2018 年）。注 13 も参照。



果発生が不可能であっても、行為時の結果発生の可能性の判断に当たっては、一般人からみた行為の危険性を考慮に入れるのが相当であり、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」と判示する<sup>26</sup>。

⑥判決の控訴審判決である福岡高判平成29年5月31日刑集71巻10号562頁(=⑬判決)も、原判決を破棄する理由を述べ、詳しい判示をしている。すなわち、「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、換言すれば、未遂犯として処罰すべき法益侵害の危険性があったか否かが問題とされるところ、その判断に際しては、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。この点における危険性の判定は規範的観点から行われるものであるから、一般人が、その認識し得た事情に基づけば結果発生の不安感を抱くであろう場合には、法益侵害の危険性があるとして未遂犯の当罰性を肯定してよく、敢えて被害者固有の事情まで観察し得るとの条件を付加する必然性は認められない。そうすると、本件で『騙されたふり作戦』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から、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。被告人が本件

26 ⑪判決・⑫判決の事案は現金手交型の事案である。現金手交型の事案は、ほかに、⑧判決、仙台高判平成29年6月1日高検速報〔平成29年〕307頁(=⑭判決)、東京高判平成29年11月10日高検速報〔平成29年〕208頁(=⑰判決)など。⑰判決は、受け子である被告人には、被害者方先路上で「被告人が法律事務所の使いであると被害者に告げるという欺罔行為も予定されており」、この「法律事務所の使いと名乗ることも、また、そのような言辞を用いなくとも、受取りに向いて服装や名乗る氏名から氏名不詳者が派遣した事務員であるかのように被害者に思わせる行為も、欺罔行為の一部であると解すべきである」とし、「その場におかれた一般通常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して当該行為の危険性の有無を判断すべきであって、そうすると、被告人や一般通常人にとって」だまされたふり作戦の実施の「事実はおよそ認識し得なかったといえるから、詐欺の結果発生の危険性はあったものと評価すべきであって、不能犯とはならないから、詐欺の共謀が成立する」と説示した「原判決のこの判断に不合理な点はな」と判示している。

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いえることができる」と判示し<sup>27</sup>、原判決を破棄し、受け子に有罪判決を下した。この事案は上告された（最高裁平成 29 年決定）。

同趣旨の判断はさらに続く。⑭判決は、「未遂犯としての可罰性の有無を決するに当たっては、結果発生が不可能な場合に未遂犯として処罰すべきか否かを分ける機能を有する不能犯における判断手法を採用して、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して、当該行為の危険性を判断するのが相当である」と判示し、仙台高判平成 29 年 8 月 29 日高検速報〔平成 29 年〕309 頁（＝⑮判決）は、「本件のように、結果発生が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、不能犯と未遂犯とを画する場合と同様に解し、共犯関係に入った時点で結果発生の現実的危険性があるか否かを、一般人が認識し得た事情（被害者側、犯人側のいずれの立場でもなく、特別の情報を持ち合わせていない外部の者が外形的に経過を観察したことによって認識できる事情）及び行為者が特に認識していた事情を基礎として判断すべきである」と判示する<sup>28</sup>。

27 ⑬判決が、承継的共犯について次のように判示しているのも注目される。すなわち、本件のような欺罔行為後の「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。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といえるべきである。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、詐欺罪の共犯と認めてよい」（刑集 71 巻 10 号 566 頁以下）との判示である。

28 ほかに、広島高判平成 29 年 7 月 18 日高検速報（平成 29 年）247 頁は、詐欺の故意・共謀を否定した原判決を破棄したものであるが、高検速報（平成 29 年）252 頁における判決に関する参考事項として、「本判決は、いわゆるだまされたふり作戦が開始された後の関与について名古屋高裁平成 28 年 9 月 21 日判決等と同様に、不能犯における判断手法を用いて詐欺未遂の実行共同正犯が成立する旨判示しているが、この点は省略した」とされている。また、東京高判平成 29 年 11 月 7 日高検速報〔平成 29 年〕204 頁は、だまされたふり作戦開始後のだまし役の行為について、「未遂犯は具体的危険犯であり、その危険性の判断は、行為者の行為の危険性についての純粋に物理的な判断ではなく、一般

(4) このような一連の高裁判決が続くなかで、異なる判断を示したものとして、大阪高判平成 29 年 10 月 10 日 LEX/DB25561419 (=⑩判決)<sup>29</sup> がある。⑩判決は、受け子の共謀の成立時期について、「本件においては、だまされたふり作戦が開始されるよりも前に共謀が成立していた、と優に認定されるのであって、仮に、その後同作戦の開始によって犯罪の実現が不可能となったとしても、被告人は詐欺未遂の共同正犯としての罪責を免れない」と判示したうえで、さらに、以下のような判示を展開した。すなわち、「原判決が、だまされたふり作戦の開始後に共犯関係に入った者の罪責について、不能犯と未遂犯の区別の問題に準じ、共犯関係に入った時点で結果発生の実質的危険があったか否かによって犯罪の成否を判断すべきであるとした点は、相当である」。しかし、原判決が依拠している具体的危険説は「判例として実務上確立した解釈となっているわけではないし、学説上も、有力な反対説が存することは周知の事実であるから、同説を採用するのであれば、それが妥当すべき根拠を示さなければならない」。「客観的にみてもおよそ結果発生の実質的危険のない行為について、そのことを本人が認識しておらず、一般人も認識し得ないこと、換言すれば、本人及びその

---

人の立場からする判断であるから、行為者が認識し、あるいは想定した具体的事情を基礎として、一般人がその行為経過を観察し、結果発生の実質的危険性を判断すべきものである」と判示している。

- 29 この判決の評釈として、松宮孝明「判例批評」法学セミナー 767 号 127 頁(2018 年)、同「判例批評」『新・判例解説 Watch』24 号 165 頁以下(2019 年)。川田・前掲注(10)297 頁注 27 によれば、名古屋高判平成 29 年 1 月 25 日公刊物未登載は、不能犯である旨の主張に対して、「本件で犯人らは詐欺罪の成立要件たる行為を開始し、これを粛々と進めていたもので、その要件該当性に何の疑念もなく、不能犯の問題ではない。犯罪遂行途中に犯行が被害者側の知るところとなったからといって、そのことが犯罪の成否に消長を来すいわれはない(このことは本件のようにだまされた振り作戦が行われて現金の代わりに模擬紙幣が用意された場合も同様である。)。結局未遂に終わっているけれども、これは犯罪の実行に着手してこれを遂げなかったというだけのことである。」と判示している。さらに、川田・前掲注(10)308 頁注 41 は、⑩判決、名古屋高判平成 29 年 1 月 25 日は「いずれも、被告人が申告して第 3 小法廷に事件が係属し……平成 29 年 12 月 11 日と同月 12 日、それぞれ例文で申告棄却決定がされた」と紹介している。

場に置かれた一般人は結果発生危険があると認識するであろうことを根拠として、処罰の対象とすることとなり、そのことはとりもなおさず、法益の侵害ないしその危険性とは無関係に、行為者の犯罪的意図の表れと認められる行為について、その意図自体の危険性を根拠に処罰することにほかならない。そのような帰結が妥当でないことは明らかであって、そのことは、一般人が認識し得た事情及び本人が特に認識していた事情だけを基礎とし、それ以外の事情を一切捨象して行為の危険性を判断することの限界を示していると考えられる。しかし、「だまされたふり作戦が開始されたことにより直ちに当該特殊詐欺の結果発生が不能となるわけではなく、未遂犯として処罰するに値する程度の現実的危険はなお存在するというべきである」と判示した。

⑩判決は、受け子についてもだまされたふり作戦開始前の共謀の成立を認めているのであるから、そのように共謀成立時期を認定した後の不能犯に関する判示は傍論であるといわざるをえない。⑩判決は、ほかにも内容的にいくつか疑問点があるが、すでにみたような高裁判決の流れのなかで、大勢とは異なる判断を示したものと位置づけることができる。

(5) 一連の高裁判決で示された未遂犯・不能犯に関する法解釈・適用は、現金送付型特殊詐欺事案の受け子の罪責に言及する実務家の論稿において肯定的に評価されている。たとえば、小池健治判事は、受け子が関与する段階で「客観的に詐欺の結果の実現可能性は存在しないため、受領行為への関与により詐欺未遂罪が成立するか」という「論点に関しては、実務の趨勢は既に肯定説で決まった感があり」、前述の④判決・⑤判決の「判示や上記裁判例の傾向に、さほど異論がないように思われる」<sup>30</sup>とされる。また、高橋康明判事は、⑦判決について、不能犯法理の適用の可否に関して「理由について説示する点も含めて、理論的かつ説得的なものと思われ、賛同したい。その上で、本判決は、未遂犯と不能犯の区別に関するいわゆ

30 小池・前掲注(13)83頁。

る『具体的危険説』に依拠して、結論を導いているが、その依拠した基準及び本件へのあてはめのいずれについても、正当なものと考えられる」<sup>31</sup>と述べている。

(6) 以上みてきたように、一連の高等裁判所の判決は、現金送付型特殊詐欺事案において、(ア) 不能犯ないしは不能犯類似の状況（行為が既遂に至る可能性ないしは未遂犯として処罰に値する実質が問題になる状況）がかかわっているとの理解に立ち、(イ) その不能犯（類似）の問題を解決するにあたり、具体的危険説に依拠して事案を解決した。この一連の判断が現金送付型特殊詐欺事案に関する判例として重要な意味をもつことはいうまでもない。しかし、それだけにとどまらず、相当数の判決がかかる判断を示したということは、現行刑法下での不能犯に関する動向<sup>32</sup>という点においても、軽視することのできない、注目すべき動向として位置づけられよう。そして、このような動向を受けて、最高裁平成 29 年決定の判断が示されることになった。これは節を改めてみることにする。

### 第 3 節 最高裁平成 29 年 12 月 11 日決定

現金送付型特殊詐欺事案における不能犯の問題にかかわる一連の下級審判決のうち⑬判決が上告され、最高裁の判断が示されることになった。最高裁平成 29 年決定<sup>33</sup>である。次のように判示した。

31 高橋康明・前掲注(13) 164 頁。また、加藤・前掲注(10) 114 頁以下、小泉・前掲注(25) 94 頁、是木・前掲注(22) 166 頁、濱克彦「判例批評」研修 836 号 30 頁(2018 年)も参照。

32 これにつき、原口・前掲注(15) 361 頁以下。

一八 33 事案は次のようなものであった。Y を名乗る氏名不詳者は、平成 27 年 3 月 16 日頃、A に対して、数字選択式宝くじであるロト 6 の「特別抽選」なる手続において不手際があり、A が違約金を払わなければならない事態となったため、そのお金を送るようにとの欺罔行為を行った。その後、A は、うそを見破り、警察官に相談し、だまされたふり作戦が開始された。一方、被告人 X は、同月 24 日以降、荷物受領を依頼され、だまされたふり作戦が開始されたことを認識しないまま依頼を引受け、同月 25 日、指定された空き部屋において、

欺罔行為後に関与した受け子である被告人 X 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」と判示し、不能犯の問題に立ち入らずに X に詐欺未遂罪の共同正犯を認めた<sup>34</sup>。

現金送付型特殊詐欺事案において不能犯を問題にすべきかどうかは、承継的共犯の問題の解決とも関連しよう。というのは、先行行為（欺罔行為）の「承継」を認めるのであれば、後行者の関与以降の行為だけを切り分け、それにつき不能犯かどうかを問題にする必要はないからである。たとえば、特殊詐欺事案において受領行為のみを担当する者（甲）が、犯行の当初から、共謀（意思連絡）のうえ当該犯行に関与していたのであれば、共犯者の欺罔行為後にだまされたふり作戦が開始され、甲が（当初の計画通り、しかし、現金代替物の入った）荷物を受領した場合、または受領に至る前に当該犯行が失敗に終わった場合にも、甲には詐欺未遂罪の共同正犯（または従犯）が成立しよう。この場合に、甲の行為について「不能犯」を問題にするこ

---

A が発送した現金の入っていない荷物を受領し、現金詐取の目的を遂げなかった、というものである。

34 この評釈として、神谷瑞枝「判例批評」警察公論 73 巻 5 号 88 頁以下（2018 年）、川田・前掲注（10）276 頁以下、佐藤・前掲注（20）刑事法ジャーナル 55 号 99 頁以下、只木・前掲注（20）152 頁以下、隄良行「判例批評」警察学論集 71 巻 3 号 118 頁以下（2018 年）、照沼・前掲注（20）21 頁以下、濱・前掲注（31）21 頁以下、前田雅英「判例批評」捜査研究 806 号 9 頁以下（2018 年）、松宮孝明「判例批評」法学セミナー 759 号 123 頁（2018 年）、水落・前掲注（17）167 頁以下、安田拓人「判例批評」法学教室 451 号 143 頁（2018 年）。控訴審判決の評釈として、神元・前掲注（20）73 頁以下、谷岡・前掲注（25）111 頁以下、豊田兼彦「判例批評」法学セミナー 753 号 121 頁（2017 年）。第 1 審判決の評釈として、阿部・前掲注（20）185 頁以下、前田・前掲注（20）捜査研究 795 号 39 頁以下。

とはないであろう<sup>35</sup>。現金送付型特殊詐欺事案においても、先行行為（欺罔行為）を「承継」として考えるのであれば、当初から犯行に関与していた、先の事前共謀のある甲の場合と同様に、その受け子の行為についても不能犯の問題は生じないといえよう。

最高裁平成29年決定は、第1審(⑥判決)・第2審(⑬判決)で争われ、上告趣意でも判例<sup>36</sup>違反であるとの申立てがなされていた不能犯の問題にまったく言及することなく、前述のように判示して詐欺未遂罪の共同正犯を認めた。この判示の表現のみを素直に理解するならば、それは、「その加功前の本件欺罔行為の点も含め」「承継」を認めたものであるように思われる。「だまされたふり作戦の開始いかににかかわらず」としている判示も、「承継」を認めることにより、だまされたふり作戦の開始以前の欺罔行為の結果惹起適性のみが問題になり、その後の行為は不能犯かどうかの判断の対象にならないとみているように思われる<sup>37</sup>。

ただ、最高裁平成29年決定が「承継」を認めたものだとすれば、最終平成24年11月6日刑集66巻11号1281頁(以下、「最高裁平成24年決定」という)<sup>38</sup>との関係が問題になる。しかし、最高裁平成24年決定の射程は、

35 もちろん、電話で被害者を欺罔しようとしたが、たとえば、被害者に子(孫)がいない、その子が目の前(同室)にいたといった場合や、欺罔内容があまりにも荒唐無稽な場合など、欺罔行為それ自体について不能犯かどうか問題になる場合はあろう。しかし、これは受け子の行為についての判断ではなく、また、承継的共犯ということとよく問題になることではない。

36 上告趣意では、最判昭和37年3月23日刑集16巻3号305頁[空気注射事件]の判例違反を主張している。この判例につき、原口・前掲注(15)367頁以下参照。

37 参照、上嶋一高「詐欺未遂罪と承継的共犯」『日高義博先生古稀祝賀論文集(上巻)』565頁(成文堂、2018年)、小林憲太郎『刑法総論の理論と実務』481頁、686頁以下(判例時報社、2018年)、佐藤・前掲注(1)法学セミナー779号14頁以下、西田典之(橋爪隆補訂)『刑法総論(第3版)』398頁以下(弘文堂、2019年)、松原芳博「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23頁以下(2018年)など。原口・前掲注(15)387頁注155も参照。

38 事案は、XらがAに暴行を加え、傷害を負わせた後、Yが加わり、Xらと意を通じて、Aに対してさらに激しい暴行を加え、傷害を重篤化させたというものであり、Yがどの範囲の傷害について責任を負うのかが問題になり、最高裁



傷害罪に関する判断にとどまり、詐欺・恐喝・強盗にその判断には及ばない、または、すでに発生した結果に関する判断にとどまり、なお結果発生に向けて進行中の事態にその判断には及ばないというのが一般的な理解である<sup>39</sup>。このような理解に立てば、最高裁平成24年決定の判示内容との関係から、その射程の及ばない事案にかかわる最高裁平成29年決定が先行行為の「承継」を認めたものではない、とすることはただちにはできないことになろう。最高裁平成29年決定が承継的共犯についてどのような判断枠組みから判示したものなのかは、今後の判例の動向も含めてなお慎重な検討を要するところ、不能犯の判断に関して、最高裁平成29年決定が、不能犯論に立ち入らずに、受け子に詐欺未遂罪の共同正犯を認めた

平成24年決定は、「共謀加担前に〔共犯者〕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、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〔被害者〕の傷害の発生に寄与したことについてののみ、傷害罪の共同正犯としての責任を負う」と判示した。なお、「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であろう」との千葉裁判官の補足意見が付されている。

- 39 参照、石田寿一「判例解説」『最高裁判所判例解説刑事編（平成24年度）』462頁（法曹会、2015年）、川田・前掲注（10）303頁以下、十河太郎「承継的共犯論の現状と課題」川端博ほか編『理論刑法学の探究⑨』120頁、134頁（成文堂、2016年）、橋爪隆「共同正犯をめぐる問題（3）——承継的共同正犯をめぐる問題について」警察学論集70巻9号156頁（2017年）、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359頁以下（2013年）、山口厚「承継的共犯論の新展開」法曹時報68巻2号7頁（2016年）など。十河太郎「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25頁以下（2018年）も参照。なお、最高裁平成29年決定が下される前に、千葉補足意見は、最高裁平成24年決定の「いわば承継否定説が独り歩きして、強盗罪、恐喝罪、詐欺罪などをただちにその射程に収めてしまうのを注意深く回避させる意図に出たものであろう。ことに、強盗の承継は古くから議論の俎上の載せられていたことはもちろんであるが、近時ではいわゆる受け子に関する詐欺の承継の問題が緊要性を有するに至り、かかる『独り歩き』にあらかじめ警告を発する必要性はますます高まっているともいえる」（小林憲太郎「いわゆる承継的共犯をめぐる」研修791号11頁〔2014年〕）との指摘もなされていた。

ということ、したがって、一連の高裁判決の判断を肯定するものではないが、否定するものでもないということを確認することができる。

## 第4節 「承継」を認めた場合と不能犯の法理 ——一体性を重視する見解

### 1. 佐藤拓磨教授の見解

前節まで現金送付型特殊詐欺事案において不能犯が問題になりうる裁判例を整理してきたが、本節以降では、この場合の受け子の罪責を検討している見解を検討し、先行行為の「承継」の肯否と、受け子の行為についての「不能犯」の問題について考えてみたい。

欺罔行為と受領行為との一体性という観点から最高裁平成29年決定を理解し、支持するのは、佐藤拓磨教授である。次のように論ずる。第1審(⑥判決)・第2審(⑬判決)のように、「詐欺の結果発生 of 危険性に対する因果性がなければ詐欺未遂罪の承継的共同正犯が認められないとすべきか」、最高裁平成29年決定のように「既遂結果に寄与するはずであった行為への関与があればこれが認められるとすべきか」<sup>40</sup>という問題設定の対立図式を示したうえ、第2審(⑬判決)は「本質的法益の侵害に対する因果性が認められれば承継的共同正犯を認めることができるという論理」をとったが、「なぜ法益侵害に対する因果性で足り、詐欺罪の本質的要素である欺罔行為に対する因果性は不要なのかは十分に説明しきれていない。詐欺

40 佐藤・前掲注(20)刑事法ジャーナル55号103頁。佐藤・前掲注(20)刑事法ジャーナル55号102頁以下は、「本決定は、第1審のように、詐欺の結果発生 of 危険性への寄与という問題設定の仕方はしていない。詐欺既遂罪の場面では、欺罔行為と一体をなして既遂結果につながった受領行為への関与が承継的共同正犯を基礎づけるという考え方を前提に、詐欺未遂罪の場面では、欺罔行為と一体をなして既遂実現に寄与したはずの(しかし、現実には寄与しなかった)受領行為に関与したことが承継的共同正犯を基礎づけると考えているものと推測される」。「本決定の考え方からは、第1審とは異なり、未遂結果についての因果性は問題にならない」と分析する。

罪における欺罔行為と受領行為は、それぞれ独立の犯罪を構成するものではなく、刑法上は分離して評価することが不可能であるため、受領行為のみに関与した者についても、『受領行為→詐欺の結果惹起』への寄与ではなく、『詐欺（欺罔行為＋受領行為）→詐欺の結果惹起』への寄与があったと評価せざるを得ないと考えてはじめて、詐欺全体についての共同正犯を認めることが可能となろう。本決定の立場は妥当である<sup>41</sup>と論ずる。

その一方で、佐藤教授は「不能犯」の判断について言及しない。もっとも、後行者の行為（受領行為）は「既遂結果に寄与しうるもの」と評価されなければならないとし、この判断は理論的には2段階の判断で行われるとする。その判断は、「まず、先行者の行為時の犯行計画を考慮して、『だまし』が詐欺の結果をもたらしうるものであったかどうかをチェックする必要がある（欺罔行為性の判断）。次に、後行者の行為時の犯行計画（これは、共謀成立時の犯行計画と同じであろう）を考慮して、後行者の行為が既遂結果に寄与する可能性があったかをチェックする必要がある<sup>42</sup>とする。この判断が犯罪論体系のなかでどのように位置づけられ、どのような意味をもつものなのかは明らかではないが、佐藤教授自身が、「通常、先行行為時の犯行計画に詐欺の結果発生の可能性が認められれば、その計画に組み込まれている関与行為も既遂結果に寄与しうるものだといえるから、第2段階のチェックは、第1段階のチェックに事実上解消される<sup>43</sup>と述べて

41 佐藤・前掲注(20) 刑事法ジャーナル 55号 103頁。

42 佐藤・前掲注(20) 刑事法ジャーナル 55号 104頁。

43 佐藤・前掲注(20) 刑事法ジャーナル 55号 104頁。また、佐藤・前掲注(20) 刑事法ジャーナル 55号 105頁においても、「2段階目の判断は1段階目の判断に事実上解消されるから、先行者による『だまし』が欺罔行為の要件を満たせば、その後にだまされたふり作戦が開始されたとしても、詐欺未遂罪の承継的共同正犯の成立を妨げないことになる」。「全体考察の枠組みにしたがえば、本件の被告人のような立場の者が無罪を主張する場合、だまされたふり作戦が実行されたことにより詐欺の結果発生の危険性が消滅したという理論構成よりも、すぐに虚言だと見抜かれてしまうほど共犯者の言辞の内容がお粗末であったため、欺罔行為性が認められないという理論構成を用いた方がよいということになる」と論じている。

いるように、この判断においては、先行行為者の欺罔行為性（欺罔行為の結果惹起適性）の判断にかなりの比重が置かれている。そのことは、前述のように、先行行為の「承継」を認めるのであれば、不能犯法理の不適用に関して理解できるところである<sup>44</sup>。

## 2. 橋本正博教授の見解

(1) 橋本正博教授も「一体性」に焦点をあてた見解を主張するが、「承継」の理解において佐藤教授の見解とはその出発点において異なるように思われる。

橋本教授は、承継的共同正犯について、「構成要件該当判断の対象となる事実が時間的に継起する前後複数の要素から構成されている場合に、それらが社会的事実として不可分の一体をなすときには、その単位事実の重要部分を実現するという形で、構成要件該当事実の実現にとって重要な寄与をした（全体事実について機能的行為支配を有する）といえ、したがって因果的惹起過程が認められることがあり、その限りで、全体事実について共同正犯とすることができる」<sup>45</sup>とし、詐欺罪でいえば、「詐欺罪を構成する事実の不法は、だますことと財物の交付を受けることで尽くされず、『だまし取る』という形でしか記述することができない」。「先行者の行為と後行者関与後の行為とからなる『だまし取る』行為が事実としてあり、後行者はこの『だまし取る』という一体的事実の実現に関与し、機能的行為支配を有するがゆえに共同正犯性が肯定される」<sup>46</sup>と考える。

44 佐藤・前掲注(1) 法学セミナー 779号 14頁以下は、「受け子の行為と先行者の行為が一体のものと評価され、この一体の行為が詐欺結果との間に因果性を持ちうるのが受け子に詐欺未遂罪の共同正犯を認める根拠だ」とする「全体行為アプローチ的な立場から、当初の欺罔行為が不能犯ではない以上、全体行為の途中から犯行が不能になったとしても、詐欺未遂罪の成否には影響はない」と考えられ、この立場に従えば、「不能犯の問題には触れる必要はない」と論じている。

45 橋本正博『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)』600頁以下(成文堂、2014年)。

しかし、このような理解は決して先行行為の「承継」を認めるものではないという。次のようにいう。「時間的に先行する事実を惹起することがありえない以上、『承継』はありえないという結論に至るほかない」<sup>47</sup>。「逆説的だが、『承継的』共同正犯として論じられている事象が法的に共同正犯事象であると認められるのは、それが『承継的』共同正犯などではないことに基づくのである」<sup>48</sup>。「『承継的共同正犯』否定説が支持されるべきである」<sup>49</sup>という前提から出発する。

橋本教授が一体性(単位事実)を重視しつつ、しかし、先行行為の「承継」を認めるものではないとの理解に至るのは次のように考えるからである。すなわち、「共同正犯の場合には、構成要件該当事実の個々の要素事実すべてを因果的に惹起したことを要求しない。共同正犯においては、行為支配はいわゆる機能的行為支配として現れ、構成要件該当事実の本質的・中核的部分を左右することができる場合に共同正犯性が認められる。そこで、もし、後行者が関わった後の実現事実が、問題となる構成要件該当事実全体の中で本質的・中核的な部分を占める場合には、その構成要件該当事実の本質的・中核的部分の実現者となりうる。すなわち、後行者に当該構成要件該当事実(の全体)について機能的行為支配を肯定することができる」<sup>50</sup>。「前後する事実のうちある時点以後の事実についてのみ共同実現したにすぎないとしても、不可分の不法事実のうちの核心的重要部分を共同実現した場合には、全体事実を共同実現したものとみることができる可能性がある」<sup>51</sup>。「一体的事実であれば、その重要部分の実現が、機能的行為支配の考え方に基づいて、一体的事実全体の因果的惹起として評価される」<sup>52</sup>と

46 橋本・前掲注(45)『川端古稀』598頁。

47 橋本・前掲注(45)『川端古稀』584頁。

48 橋本・前掲注(45)『川端古稀』581頁。

49 橋本・前掲注(45)『川端古稀』585頁。

50 橋本・前掲注(45)『川端古稀』585頁。

51 橋本・前掲注(45)『川端古稀』591頁以下。

52 橋本・前掲注(45)『川端古稀』594頁。簡潔に、橋本正博『刑法総論』282頁(新世社、2015年)。

考えるのである。このような橋本教授の見解は、個々の共同正犯者は構成要件事実すべてを惹起する必要はなく、結果を共に惹起すればよいと考え、「承継」を認めない「結果共同惹起説」<sup>53</sup>を、機能的行為支配という観点から説明する立場といえるように思われる<sup>54</sup>。

(2) 佐藤教授、橋本教授の見解にみられるように、承継的共犯につき一体性を重視した場合にも、先行行為の「承継」を認めるものなのかどうか、その理解がわかれうるようである。しかし、先行行為の「承継」を認めるとすれば、それは疑問であるといわざるをえない。自分が関与する前の「過去の」犯罪事実の「承継」を認めること<sup>55</sup>に対して学説の批判は強いが、その批判は理由がある。自己の関与していない、他人のひき起こした過去

53 結果共同惹起説について、後述、第6節参照。

54 なお、ここで取り上げた橋本教授の論稿は、承継的共同正犯を検討するものであり、特殊詐欺事案の受け子の行為についての不能犯の問題には言及していない。橋本・前掲注(11)『平成28年度重要判例解説』164頁以下においても、不能犯の問題は言及されていない。

55 一罪性等を根拠に先行行為の「承継」を認める全面的肯定説は、近時では支持者はいない。かつては、植松正『再訂刑法概論Ⅰ総論』354頁以下(勁草書房、1974年)、小野清一郎『判例批評』『刑事判例評釈集第1巻』417頁(有斐閣、1941年)、木村亀二(阿部純二増補)『刑法総論(増補版)』408頁(有斐閣、1978年)、下村康正『続犯罪論の基本的思想』128頁以下(成文堂、1965年)、西原春夫『刑法総論(改訂準備版)下巻』386頁(成文堂、1993年)など。共犯の成立に関して全面的肯定説に立ちつつ、責任を限定する、たとえば、強盗致傷罪に事後の加担する場合に後行者の責任を強盗にとどめるのは、岡野光雄「承継的共犯」阿部純二ほか編『刑法基本講座第4巻』187頁(法学書院、1992年)、藤木英雄『刑法講義総論』291頁(弘文堂、1975年)。後行者が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する意思のもとに犯罪の途中から関与し、先行者の行為等を利用した場合に承継的共犯を認める積極的利用説を近時主張するのは、阿部力也「承継的共同正犯について——部分的肯定説の再検討——」『川端博先生古稀記念論文集(上巻)』554頁(成文堂、2014年)、同「承継的共同正犯の成立範囲について——日高博士の所説を参考にして——」『日高義博先生古稀祝賀論文集(上巻)』536頁以下(成文堂、2018年)、大谷實『刑法講義総論(新版第5版)』419頁以下(成文堂、2019年)、佐久間修『刑法総論』369頁以下(成文堂、2009年)、外木央晃『共犯の基礎理論』305頁以下(成文堂、2018年)、前田雅英『刑法総論講義(第7版)』360頁(東京大学出版会、2019年)など。

の犯罪事実<sup>56</sup>について、「承継」により責任が問われるべきではないからである。自己の関与した以降の行為（およびそれと共犯関係のある行為）が評価され、それに基づいて責任が問われるべきである。承継的共犯の問題において「一体性」を重視した解決を考えるのであれば、「承継」を認めない橋本教授の理論構成の方が優先されるべきであろう。

不能犯法理の適用の有無を確認すると、先行行為の「承継」を認めるのであれば、現金送付型特殊詐欺事案における受け子の罪責を判断するために関与後の行為を切り分け、その切り分けた後行行為につき不能犯かどうかを判断する必要はない。逆にいえば、関与後の「行為について不能犯を問題にする必要はない」との理解は、先行行為の「承継」を認める理論構成を採っているといえよう。ただし、「承継」を認める立場に立ったとしても、後行者に共（同正）犯が認められうるのは、関与対象の（正犯の）犯行が失敗に終わっておらず、その犯行がなお継続しているといえる場合でなければならないだろう。そうでなければ、共（同正）犯として関与する対象が存在しないことになってしまうからである。したがって、犯行の継続性（または失敗に終わっていないこと）が判断されなければならない、その判断においては、少なくとも犯行の同一性の範囲内で犯意が継続していることが必要となろう。さらに、関与時点において犯罪実現の可能性（未遂犯として処罰に値する実質）が存続していることも必要であると解するならば——「承継」を認めたとしてもこのように解すべきであろう——、その判断は、不能犯の判断、少なくともそれと類似した判断となるように思われる<sup>57</sup>。

56 下地謙史「だまされたふり作戦事案における受け子の罪責について——未遂犯論と承継的共犯論の交錯——」慶應法学 41 号 351 頁（2018 年）は、「先行者の危険惹起に後行者が事後的に寄与したとすることで、事後的に先行者の行為・結果に因果を及ぼすことも可能である」とし、同・356 頁は「後行者の受領行為が遡及的に先行者の欺罔行為に因果を有すると構成することが可能であり、これによって、後行者は先行者の欺罔行為を含めて詐欺（未遂）罪の罪責を負うと解することができる」とするが、その者の関与前の、過去の出来事に対して事後的に因果を及ぼしようという理論構成は、理解するのが難しい。



## 第5節 「承継」を認めない立場と不能犯の法理 1

### ——承継的共犯に関する全面的否定説

自分の行為と因果関係の認められない犯罪事実の「承継」を認めるべきではないとの見解から不能犯の問題はどのように考えられるだろうか。先行行為の「承継」は認められないとの立場に立った場合、後行者の関与以降の行為およびそれと共犯関係にある行為が評価されるべきことになり、その状況は単独犯の実行の着手時点の状況に比較可能なものであるから、その関与時点において、不能犯（類似）の観点からの判断がなされるべきであろう。

承継的共犯に関する全面的否定説は、共犯の因果性は構成要件事実すべてに及ばなければならず、または、当該犯罪の不法を基礎づける法益の侵害・危殆化全体に及ばなければならないとし、事前共謀を欠く受け子は欺罔行為に因果的影響を及ぼしていないのだから、受け子は無罪となるか、または、「掛け子の詐欺罪と共同正犯関係に立つ占有離脱物横領罪と盗品関与罪との包括一罪」となる（重い後者の刑で処断）<sup>57</sup>とする。そして、後者の立場からも、最高裁平成29年決定の事案のように「だまされたふり作戦が実施されている場合には、受領行為の時点で財産的価値のある客体が存在せず」、かつ、占有離脱物横領罪・盗品関与罪には未遂処罰規定がないから、「受け子は不可罰となる」<sup>58</sup>とする。したがって、この立場

57 この点につき、後述、第6節1参照。

58 松原・前掲注(37)32頁。

59 松原・前掲注(37)33頁。同「承継的共犯」『野村稔先生古稀祝賀論文集』203頁（成文堂、2015年）、同『刑法総論（第2版）』410頁以下（日本評論社、2017年）。全面的否定説を主張するのは、相内信「承継的共犯について」金沢法学25巻2号43頁（1983年）、浅田和茂『刑法総論（第2版）』435頁以下（成文堂、2019年）、小林・前掲注(39)研修791号10頁以下、同「承継的共犯・再論」研修820号12頁（2016年）、同・前掲注(37)『刑法総論の理論と実務』598頁、曽根威彦『刑法総論（第4版）』258頁（弘文堂、2008年）、二本柳・前掲注(20)名城法学67巻1号224頁、林幹人「承継的共犯について」立教法学97号186頁以下（2018年）など。なお、中野正剛「不能犯論——客観的危険説

からは、不能犯の問題を論ずる必要もないということになる<sup>60</sup>。

だまされたふり作戦が実施されたケースをさしあたり措き、特殊詐欺が既遂に至ったケースを考えた場合、受け子が既遂に向けて進行中の「詐欺行為」の一端を担い、その受領行為が「詐欺」の既遂(完成)に至るために重要な(少なくとも一定の)寄与をなしたにもかかわらず、受け子が不可罰になり、または盗品関与罪が成立する、つまり、「詐欺にかかわっていない」と評価されることはやはり疑問が残るといわざるをえない<sup>61</sup>。実際、学説においては、「承継」を認めないとの前提から出発したうえで、理由づけのニュアンスは異なるにせよ、現金送付型特殊詐欺事案の受け子について詐欺罪の共犯を認めるとする見解が近時では有力である<sup>62</sup>。そこで、次節において、「承継」

---

を基点とした多元的不能犯論」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』132頁(現代人文社、2019年)。

60 二本柳・前掲注(20)名城法学67巻1号217頁。もちろん承継的共犯の全面的否定説からも、被害者から現金を受け取る際の挙動が欺罔行為にあたりうる(参照、注26)限りで、その行為について不能犯の問題は生じうる。林・前掲注(59)188頁も参照。

61 「後行者が先行者による詐欺罪の既遂結果に因果的に寄与していることは、否定し難いのではなかろうか」。「全面否定説には、後行者は先行者が開始した犯罪の実現に因果的に寄与しているという点を適切に評価できていないのではないか」というある意味素朴な疑問がある」(高橋直哉「承継的共犯論の帰趨」川端博ほか編『理論刑法学の探究⑨』179頁[成文堂、2016年])との指摘はまったく賛同することができる。

62 共同結果惹起説に分類される見解として、以下で取りあげる十河教授(第6節1)、橋爪教授(第6節2)の見解のほか、佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』386頁以下(有斐閣、2013年)、高橋直哉「承継的共犯に関する一考察」法学新報113巻3・4号151頁以下(2007年)、同・前掲注(61)『理論刑法学の探究⑨』182頁以下、中野次雄『刑法総論概要(第3版補訂版)』149頁、165頁(成文堂、1997年)、西田(橋爪補訂)・前掲注(37)395頁以下、西田典之ほか編『注釈刑法第1巻』860頁〔島田聡一郎〕(有斐閣、2010年)、西村克彦「承継的共犯論の反省(二)」判例時報921号13頁(1979頁)。共同正犯と従犯を区別し、たとえば、強盗罪の承継的共犯のケースで、後行者に窃盗罪の共同正犯と強盗罪の従犯が成立し、両者は観念的競合(ないしは法条競合)になるとするのは、井田良『講義刑法学・総論(第2版)』521頁以下(有斐閣、2018年)、小島秀夫『帮助犯の規範構造と処罰根拠』153頁、234頁(成文堂、2015年)、斉藤誠二「承継的共同正犯をめぐって」筑波法政8号31頁以下(1985年)、高橋則夫『刑法総論(第4版)』474頁(成文堂、2018年)、同「承継的共同正犯について」

を認めないが、そのうえで受け子に詐欺罪の共犯の成立を認める見解に立った場合に不能犯の問題をどのように考えるべきかを検討する。

## 第6節 「承継」を認めない立場と不能犯の法理2 ——承継的共犯に関する中間的な見解

### 1. 十河太郎教授の見解

(1) 十河太郎教授は、「個人責任の原則を前提とする限り、自己の行為と因果関係を有する範囲でのみ責任を負うという命題は維持されなければならない、承継的共犯に関しても、後行者は自己の行為と因果関係を有する範囲でのみ共犯としての責任を負うと解すべきである」<sup>63</sup>として、先行行

---

『川端博先生古稀記念論文集(上巻)』575頁以下(成文堂、2014年)、照沼亮介『体系的共犯論と刑事不法論』247頁、293頁以下(弘文堂、2005年)、山本雅子「承継的共同正犯論」『立石二六先生古稀祝賀論文集』482頁(成文堂、2010年)。基本的にこの立場に立ちつつ、場合により(例外的に)共同正犯になる場合も認めるのは、斎藤信治『刑法総論(第6版)』274頁以下(有斐閣、2008年)、松宮孝明『刑法総論講義(第5版補訂版)』274頁以下(成文堂、2018年)。結合犯(多行為犯)と単純一罪とを区別して、後者についてのみ従犯を認めるのは、山中敬一『刑法総論(第3版)』911頁以下(成文堂、2015年)。なお、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)』641頁以下(成文堂、2017年)。

なお、山口・前掲注(39)法曹時報68巻2号17頁は、全面的否定説に立ちつつも、因果的共犯論と整合性があり、共犯の適切な成立範囲を確保する理論構成を追求し、「後行者に、先行者との共謀加担後、不作為犯(不作為による脅迫・欺罔に基づく強取・喝取・詐取)の成立を肯定し、先行者との間で共同正犯の成立を認め」ようとする理論構成を考え、「先行者による行為の効果(犯行抑圧状態、畏怖状態、錯誤)を利用する後行者の関与行為は、自ら暴行・脅迫、恐喝、欺罔を行って財物の奪取・受交付を行うのと同じと評価される、不作為による強取・喝取・詐取にほかならない」と主張する。また、山口・前掲注(15)『刑法総論』373頁以下。つとに、後行者につき不作為による詐欺・恐喝の可能性を主張していたのは、牧野英一「承継的共犯」『刑法研究第9巻』187頁以下(有斐閣、1940年)、吉田常次郎「承継的共犯・因果関係」日本刑法学会編『刑法演習〔総論〕』107頁(有斐閣、1955年)。

63 十河・前掲注(39)同志社法学70巻2号4頁。また、同・前掲注(39)『理論刑法学の探究⑨』137頁以下、156頁。

為の「承継」を認めず、そのうえで、共同結果惹起説の立場から現金送付型特殊詐欺事案における受け子に詐欺未遂罪の共同正犯を認める。すなわち、「共犯の本質は、他の者と共同して、あるいは正犯を通じて構成要件を実現するところにあるから、承継的共犯においては、後行者が先行者と共に構成要件を実現したと評価できるときには、たとえ加担後の行為が構成要件のすべての要素について因果関係を有しているとはいえなくても、後行者にもその構成要件全体について共犯の成立が認められる。具体的には、構成要件に該当する先行者の行為に後行者が関与することにより、構成要件的结果を惹起したとき、また、複数の保護法益を含む罪についてはその犯罪の第1次的な保護法益に関係する結果を惹起したときには、後行者は先行者と共に当該構成要件を実現したと評価され、承継的共犯が認められる」<sup>64</sup>とする。

承継的共犯に関して、このような理解に立ち、現金送付型特殊詐欺事案の処理について次のように論ずる。「承継的共犯とは、他人の犯罪に途中から合流した場合に共犯が成立するかという問題」であるから、承継的共犯の問題を論ずる前提として、「先行者の犯罪の継続中に」後行者が加担したこと、「後行者が加担した時点で先行者の犯罪が終了していない」ことが必要である<sup>65</sup>とする。そして、この「犯罪の継続性(ないし終了していないこと)」の問題は、不能犯の問題とは次元を異にするとする。すなわち、「不能犯は、何らかの行為を判断の対象とし、その行為が構成要件実現の危険性を有するかを問うものである。これに対し、未遂犯の終了時期は、いったん開始された犯罪がまだ継続している状況にあるかという問題であり、必ずしも行為者の行為を判断の対象とするものではない。たとえば、行為者が既遂に至る前に何らかの事情で犯行の継続を断念した場合、その時点で未遂犯は終了したとあってよいと思われるが、その時点では行

64 十河・前掲注(39)同志社法学70巻2号4頁以下。また、同・前掲注(39)『理論刑法学の探究⑨』143頁以下、156頁以下。

65 十河・前掲注(39)同志社法学70巻2号11頁。

為者は犯行の継続を断念しただけで、詐欺の実現に向けた行為は何ら行っておらず、不能犯を問題にする余地はない」<sup>66</sup>とする。

そして、「未遂犯の終了時期は、不能犯とは異なる問題であり、1個の事件が終了したといえるかどうかという観点から判断される。特に犯意が消失したかどうかを重視すべきであり、たとえ客観的には犯罪実現を不能とするような事情が存在していたとしても、行為者が犯意を保持し犯行計画を実行しようとしている限りは、未遂犯は終了せず、継続しているといえる」<sup>67</sup>とされる。

(2) 確かに、不能犯の問題と犯行(当該共犯事象)の終了(継続性)の問題とは同じではないというのは指摘の通りであろう。しかし、「不能犯」がどのような行為・事態を対象とした議論なのかについて必ずしも一致がみられるわけではない。たとえば、次のようにもいわれる。「従来の議論においては、不能犯か未遂犯かは、具体的な行為の遂行が実行行為の実行と評価できるか(実行行為性)によって決せられると解されてきた。これは、未遂犯を実行行為という危険な行為の遂行として理解する行為説を前提とするものである。これに対して、結果無価値論の立場からは、結果として法益侵害の危険が生じた場合が未遂犯と解されることになるから(結果説)、不能犯とは、行為の結果として、法益侵害の十分な危険性が発生しなかった場合ということになる」<sup>68</sup>と。十河教授の採る「不能犯の問題は行為のもつ危険性ないしは実行行為性の問題である」との理解は、伝統的な理解に沿うものであり、基本的に支持しうるものと考えてるが、異なる

66 十河・前掲注(39)同志社法学70巻2号11頁以下。なお、不能犯(未遂犯)の判断も、行為者がある犯罪を実現しようする意思をもって行為していることが前提であり、かかる意思がなければ、そもそも不能犯(未遂犯)も問題にならない。

67 十河・前掲注(39)同志社法学70巻2号31頁。また、14頁以下。これに対して、主観面を重視した「終了」の理解に批判的なのは、二本柳・前掲注(20)名城法学67巻1号225頁以下。

68 今井猛嘉ほか『刑法総論(第2版)』326頁〔橋爪隆〕(有斐閣、2012年)。原口・前掲注(15)330頁注4、注5も参照。

理解があることに留意する必要もあろう。「不能犯」の正しい定義という課題に取り組むのでなければ、本稿で問題にしている場合について「不能犯」とは異なる面もあるということによって、両者の問題をまったく異なっ  
て扱ってよい、ということにはただちにはならないように思われる。重要な  
のは問題の実質である。不能犯の問題も犯行の終了（継続性）の問題も、  
いずれも、実質的には、その問題とされるべき時点（実行の着手時、関与  
開始時、受領行為時）からみた結果発生の可能性（既遂に至る可能性）の有  
無・程度の評価がかかわっており、未遂犯として処罰に値する実質（の継続）  
を問うものといえよう。両者の問題がまったく同一の問題ではないとして  
も、逆に、まったく関連しない解決（ないし判断基準の適用）がなされて  
よいといえるほど異なる問題がかかわっているのではなかろう<sup>69</sup>。事柄の  
実質からみた場合に、同様の判断、少なくとも類似した判断がなされるべ  
きである。このことを、前述の⑦判決は適切に判示しており<sup>70</sup>、一連の高  
裁判決も同様の理解に立っていると考えられる。

もちろん、前述のように、先行行為の「承継」を認めるのであれば、議  
論の前提が異なつてこよう。その場合、欺罔行為の結果惹起適性が肯定さ

---

69 十河教授も、次のように論じている。すなわち、「不能犯と未遂犯の終了時期とは、判断の内容が事実上類似しているところはあるものの、本来的に次元の異なる問題である」（十河・前掲注（39）同志社法学 70 巻 2 号 11 頁）。「確かに、未遂犯の開始時期すなわち実行の着手時期は、構成要件の結果の発生に至る現実的危険性を含む行為の開始あるいは危険の発生に求められているのであるから、そのような危険が消滅した時点をもって未遂犯の終了時期とするという見解もありえよう。その上、結果発生危険が消滅したかどうかを判断するにあたり不能犯の議論を参照することも考えられる。しかし、ここで問題となっているのは、未遂犯の終了時期であると同時に、犯罪そのものの終了時期であることを意識する必要があるだろう。ここでは、共犯の成立の基礎となるべき犯罪の実体が存在するかを問題としているからである。そうだとすると、未遂犯の処罰根拠である結果発生現実的危険が消滅したかという観点だけでなく、1 個の事件が終了したかといえるかという観点を考慮する必要があるように思われる」（十河・前掲注（39）同志社法学 70 巻 2 号 14 頁）（以上、傍点原口）と論じている。

70 前述、第 2 節（3）参照。

れば、それとは別に、後行者の行為ないしは後行者の関与以後の共犯事象の結果惹起適性を判断する必要はないと考えられるからである<sup>71</sup>。しかし、前述のように、「承継」を認める見解は支持できない。先行行為の「承継」を認めず、後行者の関与した時点（以降）の行為が評価されるべきと考えるのであれば、ここで問われている問題は、行為が既遂に至る可能性ないしは未遂犯として処罰に値する実質（の継続）という「不能犯類似の状況」がかかわっていると考えるべきであろう。

十河教授は、本稿で検討の対象としてきた論文において、承継的共犯の問題の解決、そして、その前提と考える「終了」の有無の基準の解明に重点を置き、そこで、不能犯の問題について多くを論じていないのかもしれない。しかし、その論文の終りの方で不能犯の問題にも（簡単にではあるが）言及している。すなわち、「承継的共犯が認められるというのは、後行者が専ら加担前の行為や結果の部分について責任を負うという趣旨ではなく、先行者の加担前後の一連の行為と後行者の加担後の行為とを併せて考えると、後行者が先行者と共に当該構成要件を実現したと評価できるということを意味している。……このような理解からすると、後行者の加担後の行為を不能犯の観点から評価すべきかどうかという問題は残るというべきである」<sup>72</sup>（傍点原口）としている。不能犯の問題とは区別された「終了」の有無を検討し、終了していないと認められた場合になお不能犯の問題が問われるということであれば、「終了」の問題と不能犯の問題とを各別に判断するか、実質的に不能犯（類似）の判断でそれを行うかは、理論構成の違いにとどまるといえるかもしれない。犯行の「終了」の有無を問題とし、その問題に目を向けさせること自体は理由のあることであると考え

71 前述、第3節、第4節参照。

72 十河・前掲注(39)同志社法学70巻2号29頁。しかし、十河・前掲注(39)同志社法学70巻2号22頁以下は、「不能犯の議論とはかわりなく、受け子が受領行為あるいはそれに密接に関連する行為を行えば、詐欺未遂罪の共犯の成立を認めてよいであろう」としている。



犯の場合に論者の主張する判断基準とは異なる基準により「終了」の有無を判断したということによって、不能犯（類似）の問題設定を「避けて通る」ことはできないというべきである。関与時点で、関与対象の正犯行為において犯罪実現の可能性（未遂犯として処罰に値する実質）が存続していることが必要だからである。「承継」を認めないのであれば、(ア)端的に、または、(イ)当該犯行が「終了していない」と判断されたあと、さらに、不能犯ないしは不能犯類似の状況が問題にされるべきであろう。

(3) 学説において、不能犯ないし不能犯類似の状況がかかわっており、不能犯（類似）の観点からの解決が必要であるとの見方が有力である。たとえば、「未遂の終了」を問題としたとしても、「未遂の終了は開始時の危険判断と方法・基準を等しくすべきであろうから……不能犯の議論が適用されることになる」<sup>73</sup>。「介入後の行為のみについて罪責を問われうるのだとすれば、……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」（傍点原口）<sup>74</sup>と論じられている。適切な理解といえよう。現金送付型特殊詐欺事案の受け子の罪責を判断するために、先行行為の「承継」を認めず、後行者の関与以降の行為およびそれと共犯関係にある行為を評価すべきだとするならば、その関与時点において、不能犯（類似）の観点からの判断が必要である<sup>75</sup>。

73 塩見・前掲注(20) 54 頁。

74 井田・前掲注(62)『講義刑法学・総論』525 頁。また、上嶋・前掲注(37) 567 頁注 65、谷岡・前掲注(25) 122 頁、山田・前掲注(12) 126 頁以下、136 頁など。「不能犯論における未遂犯処罰のための危険性判断」と、後行者の介入時点で先行行為の効果が継続している場合に承継的共犯を認める「効果因果説における『効果の継続』についての判断」とは「一定程度リンクする」。なぜなら、「実質的な観点でこれを見る場合には、被害者の錯誤状態の有無の判断が、両者において重なる」からであるとするのは、尾棹司「だまされたふり作戦と詐欺罪の承継的共同正犯の成否について——最高裁第 3 小法廷決定平成 29 年 12 月 11 日を素材として——」明治大学大学院法学研究論集 49 号 75 頁(2018 年)。

75 最高裁平成 29 年決定が「不能犯か否かの判断をせずに詐欺未遂の共同正犯を認めたが、疑問である」とするのは、松宮・前掲注(62)『刑法総論講義』245 頁。

## 2. 橋爪隆教授の見解

(1) 現金送付型特殊詐欺事案における受け子の罪責について、いち早く、不能犯論を適用して、その支持する仮定的蓋然性説の立場から考えを示したのは、橋爪隆教授である。

橋爪教授も、「自らの行為と因果関係を有する結果発生に限って罪責を負うという理解は、刑事責任の大前提であり、正犯はもちろん、共犯についても妥当するといふべきであろう」<sup>76</sup>として、関与前の事実の「承継」を認めず、そのうえで、結果共同惹起説の立場から詐欺未遂罪の共同正犯を認める。すなわち、「共犯は修正された構成要件であり、正犯を介して（あるいは共同正犯の全体としての行為によって）構成要件を実現するのであるから、単独正犯のように構成要件該当事実すべてを惹起していなくても、正犯の構成要件該当行為を介して、結果発生に因果性を有していればたりる」<sup>77</sup>とし、特殊詐欺が既遂に至ったケースにおいて、欺罔行為後に関与し受領行為のみを行った受け子も、既遂結果に対して因果的寄与をしており、詐欺（既遂）罪の共同正犯となるとする<sup>78</sup>。

76 橋爪・前掲注(20) 研修 827 号 5 頁。また、橋爪・前掲注(11) 法学教室 415 号 92 頁以下「『共犯についても個人責任の原則が妥当する以上、行為者は自己の関与と因果関係を有する限度で共犯としての罪責を負うことになる。この当然の前提を否定することはできない』。『後行行為者は自らが因果性を有する範囲に限って共犯の罪責を負うことになるから、関与する前の事実について、『承継』して罪責を負うことはあり得ない。……この点が議論の出発点となるべきである』」。

77 橋爪・前掲注(20) 研修 827 号 6 頁以下。また、橋爪・前掲注(39) 警察学論集 70 卷 9 号 157 頁以下。

78 橋爪・前掲注(11) 法学教室 415 号 95 頁以下においてより詳しく論じられている。すなわち、「結果惹起こそが不法内容の本質的要素であり、実行行為は罪刑法定主義の要請から処罰範囲の限定のために要求されていると解するのであれば、共犯は不法内容である結果惹起に因果性を有していれば十分であり、罪刑法定主義の要請は、正犯者の行為について構成要件該当性が認められ、共犯者はそれを媒介として結果を惹起しているという点において、既に充足されていると解することができよう」(橋爪・前掲注(11) 法学教室 415 号 95 頁)。「詐欺罪については、被害者を騙すことそれ自体が独立の結果ではなく、錯誤に陥った被害者を道具として利用しつつ、財物等の占有を移転させる点に同罪の法益

それでは、現金送付型特殊詐欺事案における受け子の罪責はどうなるのだろうか。橋爪教授は、未遂犯を結果犯と解する<sup>79</sup>ことから、受け子の「受領行為が、詐欺未遂罪の『結果』と因果関係を有していると評価できれば、同罪の共同正犯の成立を認めることができる」とする<sup>80</sup>。そうすると、この「危険結果」、そして、それと受け子の行為の間の因果関係がどのように判断され、また、それが認められるのかが問題となろう。

橋爪教授は次のように続ける。受け子の詐欺未遂罪の成否は、受け子の「関与行為によって新たに詐欺罪の結果発生の危険性が生じたといえるか」という評価に依存する<sup>81</sup>。これは「危険性の判断基準が問題となることから、不能犯をめぐる問題と共通の観点<sup>82</sup>からの議論が必要」であるとする<sup>83</sup>。そして、不能犯における仮定的蓋然性説から、「①いかなる事情がかりに存在すれば結果が発生したといえるかを科学的・客観的な観点から明らかに

---

侵害性があると解すべきであろう。このような理解からは、財物の受領のみに関与した後行行為者についても、詐欺罪の結果惹起との間に因果関係が認められ、同罪の共同正犯の成立を肯定することができる」（橋爪・前掲注（11）法学教室 415 号 96 頁）。

79 橋爪隆「実行の着手について」法学教室 411 号 118 頁（2014 年）[「未遂犯においても具体的危険という結果の惹起を要求し、危険性が発生した段階で未遂犯の成立を認める見解（結果説）のほうが優れている」、同「実行行為の意義について」法学教室 424 号 102 頁注 22（2016 年）[「実行行為によって未遂犯の結果としての法益侵害の危険性が発生し、さらに両者の間に因果関係が認められることが要求されるべきである」]。注 68 も参照。

80 橋爪・前掲注（20）研修 827 号 10 頁。また、橋爪・前掲注（39）警察学論集 70 巻 9 号 163 頁以下。

81 橋爪・前掲注（20）研修 827 号 11 頁。

82 先行者については「詐欺未遂罪が成立するのであるから、ここでは、厳密に言えば、未遂犯と不能犯の限界が問題とされているわけではない」（橋爪・前掲注（20）研修 827 号 11 頁）とする。西田（橋爪補訂）・前掲注（37）335 頁においても、「後行行為者が自らが関与した範囲に限って罪責を負うと解するのであれば、『受け子』は既に詐欺罪の実現が不可能になった後にはじめて犯行に加担していることから、詐欺罪の実現の危険性に影響を及ぼしているといえるかが問題となり、未遂犯と不能犯の限界と類似した論点が顕在化することになる」としている。

83 橋爪・前掲注（20）研修 827 号 11 頁。

した上で、②このように結果をもたらしたはずの仮定的事実が存在し得た蓋然性を問題として、法益侵害の危険性の存否を判断すべきであろう」<sup>84</sup>とし、「だまされたふり作戦が実行されている場合であっても、被害者が錯誤に陥ったままで被害金を送付していたという仮定的な因果経過に置き換わる可能性を考慮しつつ、なお詐欺結果発生 of 危険性が継続的に生じている」<sup>85</sup>と考えることができるとする。つまり、(たとえば、子に確認した、被害者には子がいなかった等により)被害者がだまされなかったことが既遂に至らなかった原因であるとする、事実の置き換え(子に確認しなかった、子のいる別の被害者に電話した等)により(潜在的)被害者がだまされて現金を送付していた可能性の高低が問われ、(論者が要求するところの)一定程度の可能性があれば、既遂に至る仮定的な蓋然性があったということになろう<sup>86</sup>。

(2) この見解が、(ア)承継的共犯の問題について先行行為の「承継」を認めず、受け子の関与後の行為を評価していること、(イ)不能犯についての考え方を適用し、現金送付型特殊詐欺事案を解決していること、そして、(ウ)結論的に受け子に詐欺未遂罪の共(同正)犯を認めていることには、前節まで論じてきたように、賛同することができる。しかし、(エ)不能犯を解決する基準として仮定的蓋然性説を用いること、および、(オ)未遂犯を結果犯と解する未遂の構造の理解には与することができない。(エ)については、すでに別稿で論じた<sup>87</sup>のでここでは繰り返さない。それに対し

84 橋爪・前掲注(20)研修827号12頁。

85 橋爪・前掲注(20)研修827号14頁。

86 高橋則夫「不能犯における『行為規範と制裁規範の結合』」増田豊先生古稀祝賀論文集『市民的自由のための市民的熟議と刑事法』197頁(勁草書房、2018年)は、修正された客観的危険説(仮定的蓋然性説)が妥当であるとし、この立場から、「息子のいない被害者の場合や、息子が面前にいて、被害者がまったく錯誤に陥らずに、その後、警察に連絡し、『だまされたふり作戦』を実施した場合と、被害者はいったん錯誤に陥ったが、その後、だまされたことに気づいて、警察に連絡し、『だまされたふり作戦』を実施した場合とで、前者は不能犯、後者は未遂犯という帰結に至ることも可能であろう」とする。また、二本柳・前掲注(20)名城法学67巻1号234頁。

て、(オ)の理解は、現金送付型特殊詐欺事案における受け子の罪責を考えるうえで、とくに未遂にとどまった事案における承継的共犯の問題、その場合の「共犯の因果性」の問題を考えるうえで検討を要しよう。

まず、未遂を結果犯と解する立場のいう「危険結果(結果としての危険)」であるが、「結果」として特徴づけられているのであるから、それは外界に生じた有害な事態ということになり<sup>88</sup>、かかる「結果」が因果関係の判断において「(共犯)行為」と反対の局に位置づけられるべき事態ということになろう。行為と区別されるべきそのような「危険結果」が、現金送付型特殊詐欺事案において、「どのような事態」として、「どの時点で」発生したのが問題になる。しかし、仮定的蓋然性説の判断枠組みを考えると、仮定的蓋然性説は、そもそも、そのような「危険結果」の発生を判断するものではないといえよう。というのは、仮定的蓋然性説は、「結果をもたらすはずの仮定的事実」の存在可能性を問うものであり、その仮定的事実の存在可能性を考える際になされる(仮定的な)因果関係の判断の両極として想定されているのは、「仮定された事実」と、それによってもたらされたであろう「既遂結果」であり、「危険結果」は、この判断において、その因果関係判断の一方の極として登場しないからである。判断のなかに現れない以上、この判断により「危険結果の発生時点」も特定されない<sup>89</sup>。

87 原口・前掲注(15)338頁以下参照。そこで、仮定的蓋然性説に対する疑問点として、①仮定的な事実の置き換えの許容される(事実の置き換えのために事態を遡りうる)範囲、②仮定的な事実の存在可能性の程度、③客体の不能の取扱い、さらに、客体の不能のなかでも、④窃盗罪・強盗罪などの財産犯の場合の客体の不能の取扱いについての疑問を指摘した。それらの疑問点は現金送付型特殊詐欺事案にも妥当する。

88 「危険犯の処罰根拠をなす法益侵害の危険は、法益保護のため、その発生が防止されるべき、外界に生ぜしめられた『結果』であると解される」(山口厚『危険犯の研究』58頁[東京大学出版会、1982年]、「未遂犯の処罰根拠としての具体的危険は、外界に生じた有害な事態として理解しなければならない(危険結果説)」(松原・前掲注(59)『刑法総論』311頁)、二本柳・前掲注(20)名城法学67巻1号213頁など。

89 仮定的蓋然性説が危険結果を問題にするものではなく、また、その発生時点を判断するものないということを、現金送付型特殊詐欺事案において、被害者

言葉を変えれば、仮定的蓋然性説が判断しているのは、未遂行為によって引き起こされた「(危険)結果」という事態ではなく、「現実に行われた行為」が「仮定の世界において侵害(既遂)に至る可能性をもつ」と評価されるのかどうかということ、つまり、一定の(結果を発生させるに足るといった)属性をもっていると評価される「行為」かどうかということである<sup>90</sup>。このように「行為」を評価しているという点では、具体的危険説も同じであり、そのこと自体が問題だということではない。それはむしろ適切な理解といえよう<sup>91</sup>。ここで重要なのは、仮定的蓋然説も、「行為(のもつ危険性)」

がたまたま子と同室にいたために被害者がだまされずに、その後だまされたふり作戦が実施された場合を用いて考えてみよう。このケースの場合、かけ子の「欺罔行為」について行われる仮定的蓋然性説の判断と、だまされたふり作戦開始後に関与した受け子の「関与後の行為」について行われる仮定的蓋然性説の判断とは、判断の対象となる行為の時点は異なるとしても、実質的には同様の判断が行われることになる。すなわち、行為が失敗に終わった原因(子が同室にいたこと)が究明され、どのような事実が存在したならば結果が発生した(既遂に至った)のか、その仮定的事実の存在可能性(子が同室にいなかった可能性)の高低が判断されることになる。その場合、欺罔行為についてのかかる判断と、後行者の関与後の行為についてのかかる判断とにおいて、その失敗の原因および既遂に至りえた仮定的事実は、同じ犯行であるのだから、原則的に同じこととなろう。判断の対象たる行為の時点の前後、その間事態が経過したことが、問題の可能性の高低に影響を及ぼすということはあるえないではないが、通常、その時間の経過が異なる結論を導くほどのものとは思われない。仮定的蓋然性説のこのような判断を考えると、判断対象の行為によって「未遂結果なる事態」が引き起こされたこと、「その発生時点」が判断されているのではないことが理解されよう。

- 90 和田俊憲「危険」法学教室 469 号 6 頁(2019 年)は、修正された客観的危険説(仮定的蓋然性説)について次のように説明する。「修正された客観的危険説は、(現実世界における既遂結果発生の可能性)というそのままでは扱いにくいものを、(既遂結果発生のための十分条件となる事実がととのっている可能世界の存在)に置き換えたのである。現実の何かを問題にするのではなく、未来の現実を予測するのでもなく、可能世界を想像するのである。修正された客観的危険説で「判断する未遂犯は、あくまで現実世界における特定の行為について成否が問われるものである」と。原口・前掲注(15)346 頁以下も参照。「条件不備の状況で行われた当該行為が条件完備の状況で行われる可能性存否の判断が、当該状況で行われた当該行為の結果として危険が発生したかの判断といえるかは、疑問の余地がある」とするのは、内山良雄「未遂犯総説」曾根威彦・松原芳博編『重点課題刑法総論』197 頁(成文堂、2008 年)。



を判断しているということを確認することである。すなわち、このような確認から、現金送付型特殊詐欺事案における受け子の罪責を考える場合の重要なことが明らかになる（あるいは、再確認される）。それは、①未遂行為との因果関係が考えられるべき対象は、既遂結果（構成要件的结果）であるということ、そして、②かかる結果が発生していない未遂犯の場合に「共犯の因果性」を考えるとすれば、「仮定的な既遂結果」との間の「仮定的な因果関係」の存在で満足せざるをえないということである<sup>92</sup>。

91 佐藤教授が、「未遂犯を具体的危険犯と同様の構造を有する結果犯とみる見解」は「妥当ではない」、未遂犯は「具体的危険犯とは犯罪としての構造が異なるものである」（前掲注（20）刑事法ジャーナル 55 号 104 頁）というように未遂の構造を理解し、それを踏まえ、最高裁平成 29 年決定の考え方からは「未遂結果についての因果性は問題にならない」（前掲注（20）刑事法ジャーナル 55 号 103 頁）と分析しているのは、適切な分析であると考えが、このように分析された判例を支持することと、「未遂犯においても、行為規範違反性ととともに『結果』が必要だ」（『未遂犯と実行の着手』81 頁〔慶應義塾大学出版会、2016 年〕）、「将来の犯罪抑止という一般予防の必要性からみて処罰が必要な状態が、未遂犯における『結果』だと考える」（前掲『未遂犯と実行の着手』82 頁）教授の未遂犯の理解との関係が問題になるように思われる。

92 本文で述べた限りの意味において、山下・前掲注（25）643 頁以下の指摘に賛同できる。すなわち、「不能犯において行なわれている危険性判断は、具体的危険説であれ、修正された客観的危険説であれ、何らかの仮定的事情を想定し、その仮定的事情の下で、行為者の行為が構成要件の結果発生危険を有していたか否かを問うものである。ここで想定される構成要件の結果は、客観的には存在していないものであり、起こりえた仮定的な『結果』である。それゆえ、不能犯における判断手法に従った危険性判断は、言い換えれば、行為者の行為が起こりえた仮定的な『結果』に対する危険を惹起しえたか否かを問うものである」。「騙されたふり作戦における受け子の受領行為に対して、不能犯における判断手法による危険性判断を用いることで、起こりえた仮定的な『結果』を推定し、その『結果』を受け子の受領行為が惹起しえたか否か、すなわち、受け子の受領行為の『結果』に対する因果性の有無が確認できる」。「騙されたふり作戦の事案では、承継的共犯が認められるか否かの問題は、不能犯における判断手法による危険性判断に解消されてもよい。また、こうすることで、因果的共犯論を一応は維持できる」という指摘である。橋本・前掲注（11）『平成 28 年度重要判例解説』165 頁が、ここで不能犯について特定の立場を前提として論じているのではないが、『因果関係』あるいは『因果関係の切断』といっても、本件〔⑦判決〕のような因果的事象経過の途絶の事例においては、仮定的に想定された（存在しない）結果に対する影響の予測としてしか論じようがない



### 3. 未遂の場合の承継的共犯——現金送付型特殊詐欺事案における受け子の罪責

以上の検討から得られた理解を踏まえて、現金送付型特殊詐欺事案における受け子の行為はどのように評価されるべきであろうか。自己の関与以前の、他人の過去の行為、そのひき起こした結果に対して責任を問われないということは、未遂の共犯にも妥当しなければならない。これが出発点である<sup>93</sup>。自己の関与以後の自己の行為およびそれと共犯関係にある共犯者の行為（関与以後の共犯行為全体）が評価の対象となる。

特殊詐欺が既遂に至ったケースをまず考えると、後行者たる受け子は、関与した段階（以降）において、現に行われている、進行（継続）中の「詐欺行為」に関与し、その一端を担っているといえ、「詐欺（の実現）」を手伝った」というのは無理のない評価といえる<sup>94</sup>。したがって、「後行者の関与後の行為」を評価する場合に、少なくとも「詐欺罪の従犯」を認めることができよう<sup>95</sup>。

だまされたふり作戦が実施され、詐欺が未遂にとどまったケースではど

---

と指摘しているのも、同様の意味で理解できよう。

93 なお、「因果的共犯論」の下で理解されていることの分析として、高橋直哉・前掲注(61)『理論刑法学の探究⑨』179頁以下参照。また、佐久間修「共犯の因果性について——承継的共犯と共犯関係の解消——」〔斎藤信治先生古稀記念論文集〕法学新報 121 巻 11・12 号 177 頁以下(2015 年)、豊田兼彦「共犯の因果性——承継的共犯の問題を中心に——」刑事法ジャーナル 44 号 4 頁以下(2015 年)。

94 「財物の奪取や受領は、先行者から見れば強取・詐取・喝取であり、後行者はこれに関与するのであるから、強盗罪・詐欺罪・恐喝罪の共犯が成立する、と考えることは可能」であり(佐伯・前掲注(62)387頁)、「この場合も、共犯者は、自己が関与した後の行為について責任を負うだけであるから、これを承継的共犯と呼ぶのは正確でない」(佐伯・前掲注(62)387頁注37)。また、川田・前掲注(10)305頁、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』50頁以下(有斐閣、2017年)。

95 従犯は、正犯者の実行行為の構成要素のすべてについて因果的影響を及ぼす必要はなく、正犯者の実行行為のどの時点でそれに促進的な影響を与えるのかも重要ではない。この限りで、共同正犯と従犯とを区別する見解(注62参照)の理解は妥当である。

うであろうか。前述のように、未遂の場合の「共犯の因果性」を問題とするとすれば、それは「仮定的な因果関係」を問題とせざるをえない。このような「仮定的な因果関係」（既遂との仮定的なつながり＝可能性）の有無を考えるのが、この局面で用いられる未遂犯（の危険性）の判断、つまり、具体的危険説であり、あるいは仮定的蓋然性説であるといえる。

受け子に共犯が成立するためには、①後行者の関与時点で、関与する犯行（全体）がなお既遂に至る可能性をもって進行中であり（犯行全体の不法、未遂として処罰に値する実質の継続）、後行者がかかる継続中の犯行に関与し、②後行者が、既遂に至らせる可能性があると評価される寄与をなすことによって、その犯行（全体）を進展させたことが必要である<sup>96</sup>。このことが、具体的危険説（または仮定的蓋然性説）により判断される。

したがって、このような意味に理解することのできる前述第2節(3)で示した一連の高裁判決で行われていた判断を支持することができ、最高裁判平成29年決定は、——その結論は支持しうるが——不能犯に関する判断をしなかった点において疑問が残らざるをえない。

この場合に、受け子の行為が「従犯」にとどまるのか、詐欺罪の「共同正犯」との評価も可能なかがさらに問題になるが、これは、共同正犯と従犯の区別基準をどのように考えるのかにかかっている。たとえば、共同正犯の場合には行為支配の原理が妥当し、従犯の場合には従属性の原理が妥当し、両者に重なり合いはないと考えるならば、詐欺罪の従犯は認められても、その共同正犯は認められないということになろう。それに対して、共謀共同正犯を認め、かつ、犯罪事象のなかに占める寄与の重要性によって両者を区別すべきであると考え、両者の重なり合いを認めるのであれば、受け子が共同正犯者（の1人）と評価しうる程度に重要な寄与を行ったと評価しうる場合<sup>97</sup>は、後行者に詐欺罪の共同正犯が成立することに

96 この点については、さらに、後述、第7節3参照。

97 参照、井田・前掲注(62)『講義刑法学・総論』523頁以下、松宮・前掲注(39)立命館法学352号369頁、378頁、同・前掲注(62)『刑法総論講義』275頁。

なる。判例の立場がまったく不合理なものであるとは考えられないから、後者の立場が妥当である<sup>98</sup>。

## 第7節 現金送付型特殊詐欺事案における 受け子の行為に関して、その他の議論されている問題

### 1. 関与後の行為につき不能犯ないしは不能犯類似の状況が問題になると考えた場合、それは客体の不能の場合なのか、方法の不能の場合なのか

現金送付型特殊詐欺事案において関与後の行為につき不能犯ないしは不能犯類似の状況が問題になると考える場合、この事案が方法の不能の場合なのか客体の不能の場合なのか議論されてきた。(先行者の) 欺罔行為の時点でみれば、「だまし足りなかった」ないしは「だます方法がなかった」といった意味で方法の不能が問題になりうる場合といえ<sup>99</sup>、それに対して、欺罔行為後被害者により詐欺が看破され、だまされたふり作戦が開始された時点以降においては、だましとる客体が欠け、客体の不能が問題になる場合といえよう<sup>100</sup>。現金送付型特殊詐欺事案は、犯行途中で関与した者の罪責に焦点があたることによって、犯行の経過とともに生じた事態の変化(不能犯の類型の変化)が顕在化する場合といえる。したがって、どの段階において不能犯が問題になるのかを定めなければ、客体の不能が問題になる場合なのか方法の不能が問題になる場合なのかの答えは出せない。すなわち、後行者に先行行為の「承継」を認めるのであれば、事態の変化に伴う不能犯類型の変化は問題にならず、後行者に関しても不能犯が

98 参照、斎藤・前掲注(62) 281 頁以下、高橋直哉・前掲注(62) 法学新報 113 巻 3・4 号 154 頁以下、170 頁注 75、同・前掲注(61)『理論刑法学の探究⑨』184 頁以下。

99 現金送付型特殊詐欺事案を「騙し足りなかったという限りで方法の不能」とみうとするのは、安田・前掲注(20) 法学教室 437 号 146 頁。また、同・前掲注(34) 451 号 143 頁。

100 「交付される現金が模擬現金であることから、客体の不能」とみるのは、門田・前掲注(21) 121 頁。また、甘利・前掲注(22) 171 頁、小林・前掲注(37)『刑法総論の理論と実務』481 頁、町野朔『刑法総論』344 頁(信山社、2019 年)。

問題になるとすれば、欺罔行為に関してであり、それは方法の不能が問題になる場合といえよう。そして、この不能犯の問題と、関与時点において問われる犯行の「終了」の問題とは別の問題と位置づけられよう。これに対して、先行行為の「承継」は認められないと考えるならば、関与時点の犯行（共犯行為全体）が評価の対象になり、この場合、客体の不能が問われることになろう。本稿は、先行行為の「承継」を認めるべきではないと考えるから、後者のように考える。なお、この場合、後行者の行為のみが切り離されて（単独犯として）評価対象になるというのではない。後行者が先行者と意を通じて関与した時点からは共犯関係が認められるのだから、関与時点以降の関与者の行為と他の共犯者（正犯者）の行為からなる行為全体がその評価の対象となるべきであろう（関与時点以降の行為につき全体的評価）。

もちろん、「不能犯論において、方法の不能と客体の不能とで適用すべき規範を使い分ける必然性は見当たらない」<sup>101</sup> から、講学的な分類としてはともかく、具体的な事案を解決するうえでは「どちらか一方に決める必要はない」<sup>102</sup> といえる。ただ、不能犯の類型は確定しなくてもよいが、どの時点において不能犯ないしは不能犯類似の判断をすべきなのかということとは確定する必要があるだろう。前述のように、先行行為の「承継」を認めるならば、不能犯かどうかの判断時は欺罔行為（先行行為）時となるのに対して、「承継」を認めない場合、判断時は後行者が共犯関係に入る時である。後行者の受領行為を判断対象と考えて、受領行為時にそれが不能犯

101 二本柳・前掲注(20)名城法学 67 巻 1 号 235 頁。

102 二本柳・前掲注(20)名城法学 67 巻 1 号 235 頁。富川・前掲注(20)297 頁、299 頁、303 頁注 21 も参照。客体の不能と方法の不能とが截然と区別できない（場合がある）ことについてはこれまでも指摘されてきており（参照、原口・前掲注(15)343 頁注 46）、近時でも、たとえば、浅田・前掲注(59)392 頁は、着弾距離外にいる人に向かって拳銃を発射した場合、弾丸通過が不可能な超強化ガラスの中にいる人に拳銃を発射した場合など、客体の不能と方法の不能の区別は必ずしも明らかではないと指摘している（そのうえで、「両者の区別が重要なわけではなく、……結果発生の危険性（実行行為の有無）が問題である」とする）。

かどうかを問うというのは正確ではない。後行者が共犯関係に入る時点においてその関与対象であるところの、後行者が関与した犯行（共犯行為全体）が、「既遂に至る可能性をもって進行の途中にある」との判断（評価）がなされなければならない<sup>103</sup>。

## 2. 受領行為は詐欺罪の実行行為か

（1）特殊詐欺事案における受け子の受領行為が詐欺罪の実行行為であるか否かについて、不能犯の法理の適用の可否、承継的共犯の肯否に関連して論じられ、下級審の裁判例、学説は一致していない。たとえば、下級審判決において、「被告人の本件受領行為に実行行為性を肯定することができ、未遂犯としての可罰性がある」（⑩判決）というように判示し、受領行為を実行行為と位置づけるものが多い<sup>104</sup>が、受領行為が「本件詐欺の

103 この点を正しく判示するものとして、⑨判決「共犯関係に入った時点で結果発生の実現的危険があるか否かによって判断すべきである」、⑬判決「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、換言すれば、未遂犯として処罰すべき法益侵害の危険性があったか否かが問題とされる」、⑮判決「共犯関係に入った時点で結果発生の実現的危険性があるか否かを……判断すべきである」、⑯判決「だまされたふり作戦の開始後に共犯関係に入った者の罪責については、不能犯と未遂犯の区別の問題に準じ、共犯関係に入った時点で結果発生の実現的危険があったか否かによって犯罪の成否を判断すべきである」、⑰判決「被告人がAにより被害者から現金を受け取るよう指示された時点において、不能犯となって共謀が成立しないかについて検討する」。また、⑦判決。塩見・前掲注（20）54頁「不能犯の議論が適用されることになる」としたうえで、「先行する犯罪（未遂）の終了に着目する関係から、危険（不能）を判断する時点は後行者の共謀への加担時となる」、照沼・前掲注（20）判例評論721号22頁「関与の時点で……不能犯となるかについても検討する必要がある」。

104 また、②判決、⑧判決、東京高判平成30年3月20日高検速報〔平成30年〕120頁。現金手交型の事案において現場での被害者に対する言動と受領とをひとまとめにした判示であるが、⑫判決は、「被告人が警察官を装って封筒を受け取ろうとした行為は」、「詐欺の結果発生 of 具体的危険がある実行行為と認められる」と判示する。また、⑪判決、⑭判決、⑰判決。なお、だまされたふり作戦が実施された事案で無罪判決を下した④判決、⑤判決、⑥判決も、だまされたふり作戦が実施されていない事案（ないしは詐欺が既遂に至った事案）における受領行為について実行行為性を否定していないように思われる。

実行行為に当たるかは1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」（⑦判決）<sup>105</sup>とし、受領行為が実行行為であることを積極的に否定しないが、その判断を留保するものもある。

学説においても、『受領行為』は、通常、詐欺罪の成立要件として明示されているわけではないが、現金送付型の特殊詐欺の事例のように、行為者が財物を取得するために被害者の交付を受ける受領行為が不可欠である場合には、受領行為があってはじめて詐欺罪が完遂されるのであるから、受領行為も詐欺罪の実行行為の一部と見てよいだろう<sup>106</sup>といった見方が有力なように思われる<sup>107</sup>。これに対して、受領行為を実行行為と解すると、「詐欺罪を欺罔行為と受領行為の結合犯的な犯罪構造と理解することになるが、それでよいかが問題であるし、2項詐欺の場合には、受領行為の存在は不要であることとの整合性の問題もある」ことから、「受領行為は、加害者の実行行為ではなく、被害者の交付行為の結果と解すること

105 同様に、⑨判決。⑮判決は、「共謀共同正犯が成立する」と判示している。

106 十河・前掲注(39)同志社法学70巻2号6頁。

107 たとえば、江見・前掲注(13)警察学論集72巻12号55頁、尾棹・前掲注(74)70頁、高橋直哉・前掲注(62)法学新報113巻3・4号155頁、160頁注5、同・前掲注(61)『理論刑法学の探究⑨』185頁、橋爪・前掲注(39)警察学論集70巻9号160頁、樋口亮介「実行共同正犯」『井上正仁先生古稀祝賀論文集』149頁(有斐閣、2019年)、安田・前掲注(25)法学教室441号126頁など。「詐欺罪における欺罔行為や交付行為、受領行為のように、構成要件の在り方からして、そもそも複数の行為が一体として全て行われなければ法益侵害の結果が発生しない(犯罪が完遂できない)犯罪類型については、個々の行為を分断するのではなく、「一体のものとして行われた行為全体について実行行為性」を認めるべきだとするのは、隄・前掲注(34)134頁。最決平成29年決定は「受領行為が詐欺罪の実行行為を構成するかについては、明示まではしていないものの、『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』と判示しており、『欺罔行為と一体』との表現からは、これを肯定したものとの評価が可能と考えられる」とするのは、濱・前掲注(31)29頁。

も可能であろう」<sup>108</sup>とし、受領行為を「実行行為」と位置づけることに否定的な見解もある。

(2) まず、不能犯の問題に関してであるが、確かに、不能犯の問題を実行行為性の問題であると理解する立場からは、問題の行為を「実行行為」と位置づけるのか否かは重要な意味をもとう。しかし、前述第6節1で検討したように、厳密には「不能犯」の問題ではないとしても、問題の実質において同様に判断すべき内容の問題がかかわっていると考えれば、受け子の受領行為を「実行行為」であるかどうかを確定しなくても、不能犯ないしは不能犯類似の状況にかかわる問題として、不能犯(類似)の基準を適用して事案を解決すればよいことになる。むしろ、不能犯の判断対象を実行行為とし、そのことゆえに、ここで問題になる判断の対象を、たとえば、「受領行為」のみに切り詰めてしまうとすれば、この場合になすべき判断の判断時点を見誤ることにもつながりかねない、ということにも注意を要しよう。

(3) では、承継的共犯の問題の解決に関してはどうか。共謀共同正犯を肯定する立場(判例・多数説)に立てば、共犯者(後行者)は必ずしも「実行行為」を行う必要はないといえる<sup>109</sup>。現金送付型特殊詐欺事案においても、「受領行為を行えば、重要な寄与ないし自らの犯罪として遂行する意思が容易に認定され、判例実務上、少なくとも共謀共同正犯の形で共同正犯性が肯定される」<sup>110</sup>ともいわれている。実行共同正犯となるか、

108 高橋則夫・前掲注(86)『増田古稀』193頁。また、中島広樹・前掲注(16)131頁[「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」、谷岡・前掲注(25)121頁注22[「詐欺罪の構成要件においては、財物の取得という結果は要件とされているものの、それが受領行為という行為として要件とされているわけではない。そのため、受領行為という行為自体が、詐欺罪の構成要件に該当することもない」]。なお、山下・前掲注(25)638頁、山田・前掲注(12)121頁。

109 参照、札幌地判昭和55年12月24日刑月12巻12号1279頁。

110 橋本・前掲注(11)『平成28年度重要判例解説』165頁(もともと、現金送付型の事案では、受け子の行為は「詐欺罪の実行行為の一部にあたる」とも解される」とする)。水落・前掲注(17)178頁も、「仮にこれの実行行為性を否定した



共謀共同正犯となるかという問題は残るが、この限りでは受領行為を「実行行為」と位置づけるか否かは決定的な問題ではなさそうである<sup>111</sup>。

しかし、共犯として関与しうる時間的限界との関係で、受領行為を「実行行為」と位置づけるのか否かが問題になりうるように思われる。共犯として関与しうる時間的限界は、原則的には、「正犯行為が既遂に至るまで」といえようが、「既遂時点」はすべての場合を通じてその限界を画しえない。たとえば、監禁罪のような継続犯の場合、XがAを監禁し、その既遂に達した後、YがXと意を通じて、Aが逃走しないよう監視を続けたならば、Yに監禁罪の共同正犯が成立する。傷害罪に関して、XがAに暴行を加え傷害を負わせた（傷害罪の既遂）後、YがXと意を通じてAに暴行を加え、その傷害を重篤化させた場合、Yに傷害罪の共同正犯の成立が認められている（最高裁平成24年決定）。強盗罪に関しても、XがAに暴行を加え、その犯行を抑圧し、その際、Aに傷害を負わせ、ないしAを殺害し、そのことによって強盗致死傷罪が既遂となった後、Yが事情を知りながら、Xと一緒にAから財物を奪ったという場合、強盗致死傷罪既遂後の財物奪取につき、Yに、強盗致死傷罪の共犯の成立<sup>112</sup>まではともかく、強盗罪の共同正犯（ないし従犯）の成立を認める見解は少なくない<sup>113</sup>。

最高裁平成29年決定が、被告人が「共犯者らと共謀の上、本件詐欺を

---

としても、受け子の果たすべき役割は共同正犯性を肯定できるレベルに達しているのだとすれば、確定した判例法理に従い共謀共同正犯の成立を肯定できるので、あえて実行行為性の問題をクリアにする必要性は生じない」とする。

111 山田・前掲注(12) 119頁は、現金送付型特殊詐欺事案に関する「裁判例のうえで、受領行為の実行行為性と、承継的共犯に関する理論構成や不能犯論の適用の是非に関する判断との間に、何らかの対応関係を認めることはできないように思われる」と指摘する。

112 参照、大判昭和13年11月18日刑集17巻839頁。近時、強盗致死傷罪の従犯を認めるのは、小島・前掲注(62) 151頁、山本・前掲注(62) 482頁。

113 岡野・前掲注(55) 188頁注1は、承継的共犯が問題になる場合を「既遂に達する前」と定義づけるのは「必ずしも正確ではない」。「強盗殺人罪の場合には既遂後も承継的共犯が問題となるからである」と指摘している。また、藤永幸治「承継的共同正犯」研修393号67頁注1(1981年)。

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關与している」として、「既遂」ではなく、「完遂」という表現を用いている点を捉え、「これは、詐欺の既遂後、その完遂のために關与した者についても承継的共同正犯として罪責を問う余地を残したもの」<sup>114</sup> だとの理解も示されている。具体的には、「詐欺の事案で、被害者に犯人が支配する宅配ロッカーに現金を送付させた場合、その時点で既遂が認められると思われるが、現金をロッカーから取り出して手中に収めるまでは詐欺は完遂していないとみれば、現金がロッカーに届けられた後に回収の依頼を受けてこれを回収した者に詐欺罪の承継的共同正犯を認める余地があらう」<sup>115</sup> というのである<sup>116</sup>。

114 佐藤・前掲注(20) 刑事法ジャーナル 55 号 106 頁。また、水落・前掲注(17) 176 頁以下。

115 佐藤・前掲注(20) 刑事法ジャーナル 55 号 106 頁。また、佐藤・前掲注(1) 法学セミナー 779 号 17 頁。これに対して、現金送付型特殊詐欺事案において、被害者により発送された荷物を受け子が受け取った（この時点で詐欺は既遂）後、受け子からその荷物を受け取り、詐欺グループの者に届けた配送役の行為につき盗品等運搬罪を認めたものとして、東京高判平成 30 年 11 月 27 日高検速報〔平成 30 年〕257 頁。この判決につき、羽柴愛砂「判例批評」警察学論集 72 卷 3 号 144 頁以下(2019 年)。

116 より一般的に、X が財物の占有を取得した後、Y が X と意を通じてその占有を確保した場合（なお、この場合には 238 条の存在を考慮に入れる必要もあらう）や、X が放火し、目的物が独立燃焼を継続する状態に達した後、Y が X と意を通じてさらにガソリンをまき火勢を強めたといった場合なども議論されてきた。既遂後の共犯の成立可能性の問題を検討し、「継続犯に限らず」、「既遂後同一の法益に対し引続き侵害行為又は侵害の危険ある行為が行われることが可能なかぎり」、「その行為に共同加功するものは、実行行為を分担し又は実行行為を容易ならしめたものとして、共同正犯又は従犯の成立を肯定することができる」とするのは、宮崎澄夫「犯罪の既遂と実行行為の終了——共犯の成立に関して——」〔林頼三郎博士追悼〕法学新報 66 卷 5 号 155 頁(1959 年)。また、状態犯か継続犯かの区別を実行行為の継続（繰り返し）、それによる構成要件の継続的な充足の有無に求め、継続犯の場合には実行行為が継続していることから、それへの共犯が可能であるとするのは、佐伯仁志「犯罪の終了時期について」研修 556 号 17 頁以下(1994 年)。なお、状態犯か継続犯の区別は、犯罪の種類によるのではなく、行為態様によるとの指摘も重要である。参照、佐伯・前掲研修 556 号 18 頁、林美月子「状態犯と継続犯」神奈川法学 24 卷 2・3 号 29 頁(1988 年)、古田佑紀「犯罪の既遂と終了」判例タイムズ 550 号 91 頁(1985

そこで、承継的共犯の定義、ないしはそこで議論されるべき事案に関して、既遂時点をその限界とするのではなく、実行行為の終了前の関与とするものが多いようにみうけられる。たとえば、「承継的共同正犯……とは、ある者（先行者）が既に実行行為の一部を行ったが、まだその実行行為が終了するにいたらない前に、他の者（後行者）が共同実行の意思をもって実行に参加する場合である」<sup>117</sup>（傍点原口）といった定義である。受け子の受領行為が実行行為ではなく、それ以前に「実行行為が全部終了」してしまったのであれば、この定義によれば、「承継的共同正犯」の問題として捉えることができなくなろう。もっとも、定義だけの問題であるとするならば、承継的共犯が問題になる場合を、たとえば、「先行者がある犯罪の実行に着手し、その実行行為終了前（あるいは犯罪の既遂前、あるいは犯罪の終了前）に」後行者が関与した場合<sup>118</sup>とか、「先行者 X により構成要件の実現に向けた実行行為（構成要件的行為）の一部が行われた後に、その事情を知らながら構成要件の実現に対する加功を開始した」場合<sup>119</sup>というように、「実行行為の終了前」だけに限定しない定義を採用すれば事足りるともいえよう<sup>120</sup>。

しかし、共謀共同正犯を肯定する立場に立ったとしても、後行者が関与した後に当該犯罪を既遂に至らせる（または法益侵害を拡大・深刻化させ

---

年）、渡邊卓也「犯罪の終了時期と公訴提起の時間的限界」姫路法学 49 号 51 頁（2009 年）。「終了」概念について、小島・前掲注（62）132 頁以下、照沼・前掲注（62）『体系的共犯論と刑事不法論』263 頁以下、外木・前掲注（55）291 頁以下も参照。

117 大塚仁『刑法概説総論（第 4 版）』293 頁（有斐閣、2008 年）。大谷・前掲注（55）418 頁〔「承継的共同正犯とは、ある者（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、他の者（後行者）がその事情を知ら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させることをいう」〕など。

118 高橋則夫・前掲注（62）『刑法総論』473 頁。

119 山口・前掲注（15）『刑法総論』368 頁。

120 承継的共犯の定義の検討について、高橋直哉・前掲注（62）法学新報 113 巻 3・4 号 157 頁以下注 1、同・前掲注（61）『理論刑法学の探究⑨』184 頁注 53 も参照。

る)のためにはや「行うべき行為」が残っていないならば、従犯の場合、「促進すべき正犯行為」がなく、共同正犯の場合、「共同して実行した」と評価できる実体が残っていないということになるのではなからうか<sup>121</sup>。後行者が関与した後に「行うべき行為」が残っている場合に、それを詐欺罪の「実行行為」(または「構成要件該当行為」)と呼ぶかどうかは言葉の問題であるようにも思われる<sup>122</sup>が、現金送付型特殊詐欺事案において当該詐欺を既遂に至らせることになる受領行為を詐欺罪の「交付させた」という構成要件該当行為(実行行為)とすべきでない積極的な理由はないように思われる<sup>123</sup>。受け子の受領行為を「実行行為(構成要件該当行為)」と

121 札幌地判昭和55年12月24日(前掲注109)の事案は、暴力団構成員であるY・ZがAに対し暴行を加えた後、組事務所に連絡し、幹部のXが現場に赴き、Yらと意を通じた後、Y・ZがさらにAに暴行を加え、これら一連の暴行によってAに傷害を負わせたというものであり、札幌地裁は、このような事案に関して、「被告人は、共謀関係介入への加担の時点より前に他の共犯者らがすでに被害者に対してなした暴行についても、承継的に共謀共同正犯としての罪責を負うと解するのが相当である」と判示した。したがって、X自身はAに対して暴行を加えていないが、共謀成立後にYらが暴行を加えている事案(X関与以降の事象をみた場合、通常の共謀共同正犯の場合)であり、後行者の関与後に「行うべき行為」が何も残っていないのではない。なお、「共謀共同正犯を認める際には相応の慎重さが求められるが、これに承継的共同正犯が絡むとなれば、より一層慎重な態度で臨むことが要請されるのは当然であろう」(高橋直哉・前掲注(62)法学新報113巻3・4号163頁注20)。

122 現行犯逮捕に影響しうとするのは、隄・前掲注(34)130頁、135頁。中川・前掲注(3)74頁以下も参照。

123 詐欺罪が、欺罔行為の後は被害者の交付行為のみによって、つまり、行為者の行為なしに既遂に至る(場合が多い)ということが指摘される。これに関しては、状態犯か継続犯かが、犯罪の種類ではなく、行為態様(実行行為の継続・繰り返しの有無)によるとの議論(注116参照)も参考になるように思われる。前述のように1項詐欺の場合と2項詐欺の場合の整合性も指摘されるが、そのことを問題視するならば、結合犯と解されている1項強盗罪と2項強盗罪の関係においても同様の問題をかかえよう。もっとも、香川達夫『刑法講義各論(第3版)』517頁以下(成文堂、1996年)、同『強盗罪の再構成』1頁以下(成文堂、1992年)は、この点も理由の1つとし、強盗罪は結合犯と解すべきないと主張してきた。また、樋口・前掲注(107)『井上古稀』149頁が、「構成要件が定める行為態様でなくとも、犯行計画上、構成要件実現に最も近接する作為は刑法の禁止対象の最たるものであり、受領行為によって詐欺が既遂に至る事案に

考えてよいと思われる。

### 3. 受け子が荷物を受領する前に犯行が失敗した場合、受け子に共犯は成立するか

現金手交型または現金送付型の特殊詐欺事案において、受け子が荷物を受領すべく犯行に加わったものの、その荷物を受領する前に検挙されたり、事情を察知して受領を断念するなどにより、(現金代替物の入った) 荷物の受領に至らなかった場合の受け子の罪責についても議論されている<sup>124</sup>。

共同正犯の成立に受け子の受領行為は必ずしも必要ではないとの見解は次のようにいう。「すでに欺罔行為が開始され、未遂状態が継続しているなかで、重要な役割を担う客観的な謀議行為が行われれば既遂に至る危険が高まっており、その関与の時点で詐欺未遂罪の共同正犯(事実関係によっては幫助犯)を肯定することは可能であると思われる」<sup>125</sup>。これに対して、受け子が受領行為を行ったことを要するとの見解は次のようにいう。この

---

については受領行為は詐欺罪の実行行為になると考えてよい。このように、事案に応じて実行行為に該当する行為に差異が生じるのは、構成要件上、行為態様に定めがない犯罪については通常のことである。そして、詐欺罪のように行為態様が定められた犯罪であっても、欺罔行為のような明文化された行為態様以外の作為が構成要件実現に対する最終的作為になる場合には、当該行為が実行行為になると考えることに理論的支障はない」と論じているのも参考になる。

124 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 70 頁以下(2019 年)による「現実基準アプローチ」(現になされた役割で共同正犯の成否を判断する立場)と「計画基準アプローチ」(計画上予定された役割で共同正犯の成否を判断する立場)という議論の整理も参照。また、同「共同正犯における未遂」『曾根威彦先生・田口守一先生古稀祝賀論文集(上巻)』855 頁以下(成文堂、2014 年)。

125 只木・前掲注(20) 153 頁。また、中川・前掲注(3) 73 頁。上畠・前掲注(37) 568 頁は、最高裁平成 29 年決定は「後行者が、先行行為と予定された後行行為との一体性が認められる内容の共謀を行うことで足り、後行者が行った共謀自体から生じる危険性を問わないものであると思われる」、よって、「現金が入っていない箱すらも送ってこなかったため、被告人は、受領行為することもなかったというような場合であったとしても、詐欺未遂罪の共同正犯の成立」を認める。すなわち、「実際に受領行為をしたことまでは要件としていない考え方に立つと思われる」と分析する。

場合に『受け子』の受領行為があつてはじめて詐欺未遂罪の共同正犯の成立を認めることができる。」「たとえ犯行グループの指示に従って、アパートの空き室で待機し、宅配便を受け取る準備を整えていたとしても、それだけでは詐欺罪の結果発生危険性に何ら影響を及ぼす行為とはいえ、『受け子』を詐欺未遂罪で処罰することはできない。あくまでも『受け子』が宅配便の受領行為に着手した段階で、はじめて被欺罔者による（仮定上の）交付行為に関与し、詐欺罪の結果発生危険性に因果性を及ぼしたとして、詐欺未遂罪の共同正犯での処罰が可能になる」<sup>126</sup>と論ずる。

従犯は、「正犯を幫助しようとした」だけでなく、「正犯を幫助した」（62条）のでなければならない。後行者との意思連絡後に先行者の行為が予定されていない現金送付型特殊詐欺の事案においては、意思連絡によりかりに正犯者が「心強く思った」としても、それは「正犯行為の促進」たりえない。後行者自身が犯行（全体）を（物理的に）進展させたことが必要なのではないだろうか。また、共同正犯は、従犯よりも重く処罰される関与形態であり、「共同して実行した」（重要な寄与をなした）と評価できる実体が必要であるから、それに見合う後行者の寄与は従犯よりも少なくてもよいということにはなかろう。したがって、「受領行為」までは必要でないが、後行者が意思連絡後に受領場所に向かうなど、実際に行動を起こし、なんらかのかたちで「犯行を先に進めた」と外形的にみうる行為を行ったことを要すると解すべきではあるように思われる<sup>127</sup>。

126 橋爪・前掲注(39)警察学論集 70 巻 9 号 165 頁。佐藤・前掲注(20)刑事法ジャーナル 55 号 106 頁も、「共謀成立後、受領行為前に受け子が逮捕されたケースについては」最高裁平成 29 年決定の「射程は及んでいないとみるべきである」。「なんら既遂結果に寄与すべき行為は行われていないのに処罰を認めるのは妥当ではなかろう」。「受け子の行為を待ってはじめて承継的共同正犯を認めるべきである」と論ずる。また、佐藤・前掲注(1)法学セミナー 779 号 15 頁。

127 十河教授も中間的な結論を主張する。すなわち、「確かに、複数人がまず意思を通じ、それを行動に移すという通常の共犯事例では、未遂犯の共犯が成立するためには、実行行為が行われる必要がある。しかし、騙されたふり作戦が実施された場合、受け子は、既に詐欺罪の実行行為が開始された後、その継続中に共犯関係に入るのであるから、受け子に共犯の成立を認めるためには、実



## 第8節 まとめ

本稿は、現金送付型特殊詐欺事案において、だまされたふり作戦の開始後に犯行に加わり、送付（手交）された荷物を受領した受け子の罪責を考える場合、不能犯の問題がかかわるのかどうか、それが承継的共犯の解決とどのように関係するのか、そして、この種の事案において、それとの関連で議論されてきた刑法解釈論上の問題についてどのように解すべきか、ということを検討した。本稿において論じたこと、そして、そこから導かれたことをまとめると、以下のようになる。

(1) 平成 28 年頃から、現金送付型特殊詐欺事案において、だまされたふり作戦開始後に犯行に加わった受け子に対して無罪判決を下す地方裁判所の判決が公刊物に現れ、その処理が注目された。その後、一連の高等裁判所の判決は、そのような事案において、(ア) 不能犯ないしは不能犯類似の状況（行為が既遂に至る可能性ないしは未遂犯として処罰に値する実質が問題になる状況）がかかわっているとの理解に立ち、(イ) その不能犯（類似）の問題を解決するにあたり、具体的危険説に依拠して事案を解決した。この一連の判断は、当然のことながら、現金送付型特殊詐欺事案に関する判例として重要な意味をもっている。しかし、それにとどまらず、これらの判決は、現行刑法下での不能犯に関する動向という点においても、注目すべき動向といえる（第2節）。

かかる一連の高裁判決の後、最決平成 29 年 12 月 11 日刑集 71 卷 10 号 535 頁は、不能犯の問題に立ち入らずに、現金送付型特殊詐欺事案における受け子に詐欺未遂罪の共同正犯を認めた。この最高裁の判示は簡潔なも

---

行行為の一部である受領行為が行われる必要はなく、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」。ただし、「単に謀議が成立しただけでは、欺罔行為者と共に詐欺未遂罪の構成要件を実現したといえる実体は認められ」ず、「受領行為やそれに密接に関連する準備行為など犯行計画の促進に寄与する一定の行為を行うことが必要である」（十河・前掲注(39)同志社法学 70 卷 2 号 19 頁以下）という見解である。



ので、どのような判断枠組みからの判断であるのかを断定するのは難しいが、「その加功前の本件欺罔行為の点も含め」「承継」を認めたものであるように思われる。不能犯の判断に関しては、前述の一連の高裁判決の判断を肯定するものではないが、否定するものでもない（第3節）。

(2) この種の事案における不能犯法理の適用の有無は、先行行為の「承継」を認める場合と認めない場合とで異なってくる。先行行為の「承継」を認めるのであれば、現金送付型特殊詐欺事案における受け子の罪責を判断するために関与後の行為を切り分け、その切り分けた後行行為につき不能犯かどうかを判断する必要はない。逆にいえば、「関与後の行為について不能犯を問題にする必要はない」との理解は、先行行為の「承継」を認める理論構成を採っているといえよう。ただし、「承継」を認める立場に立ったとしても、後行者に共（同正）犯が認められうるのは、関与対象の犯行が失敗に終わっていない（なお継続している）といえなければならない。そうでなければ、共（同正）犯として関与する対象が存在しないことになってしまうからである。その継続性の判断においては、少なくとも犯行の同一性の範囲内での犯意の継続が必要となろうが、さらに、関与時点において犯罪実現の可能性（未遂犯として処罰に値する実質）の存続も必要であると解するならば、その判断は、不能犯の判断、少なくともそれと類似した判断となるように思われる（第4節）。

(3) 先行行為の「承継」は認められないとの立場に立った場合、後行者の関与以降の行為およびそれと共犯関係にある行為が評価されるべきことになり、その状況は単独犯の実行の着手時点の状況に比較可能なものであるから、その関与時点において、不能犯（類似）の観点からの判断がなされるべきである。ただ、共犯の因果性が構成要件事実すべてに及ばなければならないとする承継的共犯に関する全面的否定説に立つのであれば、現金送付型特殊詐欺事案における受け子は、不能犯の問題を論ずるまでもなく、無罪となる。しかし、この立場に立つと、特殊詐欺が既遂に至った場合でも、既遂に向けて進行中の「詐欺行為」の一端を担い、その受領行為

が「詐欺」の受け子が既遂(完成)に至るために重要な(少なくとも一定の)寄与をなしたにもかかわらず、受け子が不可罰(または盗品関与罪)になる、つまり、「詐欺にかかわっていない」と評価することになる点で疑問が残る(第5節)。

(4)「承継」を否定する立場に立ちつつ、現金送付型特殊詐欺事案の受け子についてなお詐欺罪の共犯を認めうるとの見解が有力であり、承継的共犯に関しては、本稿は、このような理解を支持する。かかる理解から、承継的共犯の問題を論ずる前提として、先行者の犯罪の継続中(終了前)に後行者が加担したことが必要であるとして、犯行の「終了」の有無を問題とする見解がある。確かに、不能犯の問題と犯行の終了(継続性)の問題とは同じではないし、犯行の終了の問題に目を向けさせることも理由のあることである。しかし、不能犯の問題も犯行の終了(継続性)の問題も、実質的には、問題とされるべき時点からみた結果発生の可能性(既遂に至る可能性)の有無・程度の評価がかかわっており、未遂犯として処罰に値する実質(の継続)を問うものといえる。不能犯について論者の考える基準とは異なる基準により「終了」の有無を論じたということによって、不能犯(類似)の問題設定を「避けて通る」ことはできないというべきである。「承継」を認めないのであれば、(ア)端的に、または、(イ)当該犯行が「終了していない」と判断されたあと、さらに、不能犯ないしは不能犯類似の状況が問題にされるべきであろう(第6節1)。

(5)未遂犯を結果犯であると理解し、かつ、仮定的蓋然性説の立場から、現金送付型特殊詐欺事案における受け子に詐欺未遂罪の共同正犯の成立を認めることができるとの考え方が示されている。その結論には賛同できるが、仮定的蓋然性説が、「危険結果」を判断し、現金送付型特殊詐欺事案においてそれが認められ、詐欺未遂罪の共犯成立という結論を導くことができるとするのであれば、そのことには疑問をもたざるをえない。仮定的蓋然性説が判断しているのは、未遂行為によってひき起こされた「危険結果」という事態ではなく、「現実に行われた行為」が「仮定の世界にお

いて侵害（既遂）に至る可能性をもつ」と評価されるのかどうかということ、つまり、一定の（結果を発生させるに足るといった）属性をもっている「行為」かどうかということである。仮定的蓋然性説がこのように「行為」を評価しているということ自体が問題だということではなく、それはむしろ適切な理解といえる。このような（未遂の構造の）理解から出発して、次のことを確認することが重要である。すなわち、①未遂行為との因果関係が考えられるべき対象は、既遂結果（構成要件の結果）であるということ、そして、②かかる結果が発生していない未遂犯の場合に「共犯の因果性」を考えるとすれば、「仮定的な既遂結果」との間の「仮定的な因果関係」の存在で満足せざるをえないということである。だまされたふり作戦が実施され、詐欺が未遂にとどまったケースにおいて「共犯の因果性」を問題とするとすれば、それは「仮定的な因果関係」が問題だということになる。そして、このような「仮定的な因果関係」（既遂との仮定的なつながり＝既遂に至る可能性）の有無を考えるのが、この局面で用いられる未遂犯（の危険性）の判断、つまり、具体的危険説であり、あるいは仮定的蓋然性説であるといえる（第6節1、2）。

受け子に共犯が成立するためには、①後行者の関与時点で、関与する犯行（全体）がなお既遂に至る可能性をもって進行中であり（正犯行為の不法、未遂として処罰に値する実質の継続）、後行者がかかる継続中の犯行に関与し、②後行者が、既遂に至らせる可能性があると評価される寄与をなすことによって、その犯行（全体）を進展させたことが必要である。このことが、具体的危険説（または仮定的蓋然性説）により判断される。したがって、このような意味に理解することのできる前述第2節（3）で示した一連の高裁判決で行われていた判断を支持することができる（第6節3）。

（6）現金送付型特殊詐欺事案において関与後の行為につき不能犯ないしは不能犯類似の状況が問題になると考える場合、この事案は方法の不能の場合なのか客体の不能の場合なのか。現金送付型特殊詐欺事案は、犯行途中で関与した者の罪責に焦点があたることによって、犯行の経過とともに

生じた事態の変化（不能犯の類型の変化）が顕在化する場合といえる。後行者に先行行為の「承継」を認めるのであれば、事態の変化に伴う不能犯類型の変化は問題にならず、後行者に関しても、欺罔行為に関して方法の不能が問題になる。これに対して、先行行為の「承継」は認められないと考えるならば、関与時点の犯行（共犯行為全体）が評価の対象になり、客体の不能の場合ということになる（第7節1）。

（7）特殊詐欺事案における受け子の受領行為が詐欺罪の実行行為であるのか否か。（ア）不能犯の問題に関しては、受け子の受領行為を「実行行為」であるかどうかを確定しなくても、不能犯ないしは不能犯類似の状況の問題として、不能犯（類似）の基準を適用して事案を解決すればよい。（イ）承継的共犯の問題に関しては、承継的共犯が問題になる場合をどのように定義し、または共犯が可能な時間的限界をどのように考えるのかという問題が生じる。後行者が関与した後に当該犯罪を既遂に至らせる（または法益侵害を拡大・深刻化させる）ためにもはや「行うべき行為」が残っていないならば、従犯の場合、「促進すべき正犯行為」がなく、共同正犯の場合、「共同して実行した」と評価できる実体が残っていないということになろう。そのような「行うべき行為」、つまり、現金送付型特殊事案における受領行為を、「交付させた」という構成要件該当行為（実行行為）とすべきでないという積極的な理由はないように思われる（第7節2）。

（8）受け子が荷物を受領する前に犯行が失敗した場合、受け子に共犯は成立するか。これにつき積極、消極に解する見解があるが、従犯は「正犯を幫助した」のでなければならず、後行者との意思連絡後に先行者の行為が予定されていない現金送付型特殊詐欺事案においては、意思連絡によりかりに正犯者が「心強く思った」としても、それは「正犯行為の促進」たりえない。この場合、犯行の物理的促進が必要であろう。また、共同正犯は、従犯よりも重く処罰される関与形態であり、「共同して実行した」と評価できる実体が必要である。したがって、「受領行為」までは必要でないが、後行者が意思連絡後に受領場所に向かうなど、実際に行動を起こし、なん

らかのかたちで「犯行を先に進めた」と外形的にみうる行為を行ったことを要すると解すべきではある（第7節3）。

以上が、本稿において検討され、そして、得られた結論である。