HOKUGA 北海学園学術情報リポジトリ

学校法人北海学園
北 海 学 園 大 学
北 海 商 科 大 学

タイトル	刑事判例研究　福岡高判平成29年5月31日（特殊詐欺の中途介入の受け子の罪責と「騙されたふり作戦」）
著者	神元，隆賢；KANMOTO，Takayoshi
引用	北海学園大学法学研究，53(2)：73-88
発行日	2017-09-30

Hokkai-Gakuen Organization of Knowledge Ubiquitous through Gaining Archives.

判例研究

特殊詐欺に関する「騙されたふり作戦」により交付された財物の受け子について、無罪を言い渡した原判決を破棄し詐欺未遂罪の成立を認めた事例

福岡高裁平成二九年五月三一日判決
(平二八(う)四五一号:詐欺未遂被告事件)
(判例集未登載)

神元隆賢

【事実の概要】

平成二七年二月下旬頃、Aは、被害者(女性、当時八四歳)に電話をかけ、「J信販会社の推薦で、当選金額一九八〇万円が必ず当たるロト6の特別抽選に選ばれた人に案内している。特別抽選には、M銀行の審査を受けてそれに通らないと参加できない。M銀行から審査のための電話がある。」旨を告げ、それと相前後して、被害者に対して、「Mフィナンシャルグループ・宝くじ部特別抽せん管理課・責任者B」作成名義の「宝くじ特別抽選参加当選せん(ママ)確約証明書」と題する書面が送付されていた。さらにその後、「M銀行の審査担当のC」を名乗る氏名不詳者が被害者方に電話を掛け、被害者に対して住宅ローンや定期預金の有無を尋ねるなどした上、後日、審査に通った旨を電話で被害者に伝えた。Cの

話を信じた被害者は、三月初旬、Aにその旨連絡すると、Aは、被害者に対し、「特別抽選に参加するためにはM銀行に金を払わなければならない」旨話して現金を送付するよう指示し、それを信じた被害者は、Aの指定する送付先に、三月四日に五〇万円を、三月一三日に一〇〇万円をそれぞれ宅配便で送った。さらに三月一六日、Aは、被害者に対し、電話で「被害者さんの一〇〇万円が間に合わなかったので、本当はしてはならないが、立て替えて一〇〇万円を私が払いました。」「被害者さんじゃない人が送ったことがM銀行にばれてしまい、今回の特別抽選はなくなりました。」「不正があったので、M銀行に私と被害者さんで二九七万円の違約金を払わないといけなくなりました。違約金を払わないと今度の抽選にも参加できないので、半分の一五〇万円を準備できますか。」などと告げた（以下「本件欺罔行為」）。

被害者は別居の息子に相談したところ、息子から詐欺に遭っていると言われ、三月二一日、警察署に赴いて警察官と相談した。相談を受けた警察官は、三月二三日、M銀行に電話で確認したところ、同銀行に「特別抽せん管理課」という部署はなく、Bという職員もいないこと、同銀行は宝くじの当選者を把握していないので、同銀行から客に対して連絡することはありえないことなどが判明し、被害者も自身がだまされていたことを認識した。警察官は被害者に対し、詐欺の犯人を捕まえるため、引き続きだまされたふりをしてほしいと依頼し、被害者はそれに応じた（以下「騙されたふり作戦」）。

三月二四日午前一〇時三分頃、Aは被害者に対し、電話で「何とか半分は自分が用意できた。」などと言った。被害者はだまされているふりをして、Aに対し「何とか友人にお金を借りて一二〇万円は用意できました。」などと嘘を言ったところ、Aは、「送り先を確認してまた連絡します。」と答えて電話を切った。同日午前一〇時三五分頃、Aは被害者に対し、電話で、送付先を本件受領場所、宛名をB、品名を「本」として、現金を入れた荷物を宅配便で送付するよう伝え、配達時間帯も指示した。その際、Aは被害者に対し、手持ちの宅配便の伝票番号を尋ね、被害者は、準備していたY運輸の伝票の番号をAに伝えた。これ以降、Aらは被害者に対して何らかの連絡をしたり、「宝くじ特別抽選」に関連する書類を送付しなかった。

その後直ちに、被害者は、手持ちの箱に不要な本を詰める一方、現金は入れずに本件荷物を作り、前記のY運輸の伝票にAから指示のあった宛先や配達時間帯等を記入した上、そ

れらを持ってコンビニエンスストアに赴き、同日午後〇時四〇分頃、本件荷物を本件受領場所に宛て発送した。

被告人は、これまで三、四回、知人経由で氏名不詳者に依頼され、他人の名前を使って荷物を受け取り、その荷物を前記知人に渡して報酬を受け取っていたが、自身の都合によって依頼を断ることもあったところ、三月二四日に本件荷物の受け取りを依頼された。

三月二五日午後〇時五六分頃、Y運輸の配達員を装った警察官が本件荷物を持って本件受領場所に赴き、「こんにちは、宅急便です。」と呼んだところ、室内にいた被告人がそれに対応した。警察官が、被告人に対して「Bさんですか。」と尋ねると、被告人は「Bです。」と答え、荷物の受取りサイン欄に「B」とサインして本件荷物を受け取った。その直後、警察官は被告人を詐欺未遂の現行犯人として逮捕した。

以上の事案につき、検察官は、被告人とAが本件欺罔行為の三月一六日以前から包括的な共謀（以下「事前共謀」）を遂げていたから、詐欺未遂罪の共同正犯が成立すると主張し、仮に事前共謀が認められないとしても、本件荷物を受領した時点で詐欺の共謀及び故意が認められるから、詐欺未遂罪の承継的共同正犯が成立すると主張した。

一方、弁護人は、本件では事前共謀も詐欺の故意も認められず、被告人が本件荷物の受領を依頼された段階では欺罔行為が終了していたうえ、被害者は警察官の提案する「騙されたふり作戦」に協力していたのであるから、被告人は犯行に寄与しておらず、いずれにしても被告人は無罪であると主張した。

原判決（福岡地判平成二八年九月一二日（判例集未登載））は、以下のように判示して無罪を言い渡した。

まず、事前共謀による詐欺未遂罪の共同正犯の成否については、「本件で取り調べた証拠を見渡しても、本件欺罔行為以前の段階で、被告人とAらとの間で、被害者をだまして金銭を交付させることにつき、明示的な謀議があったことを認めることはできない」としてこれを否定した。

次に、承継的共同正犯の成否については、「承継的共同正犯を認めるか否か、あるいはどの範囲で認めるかについては様々な見解があるが、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。一方、本件で問題となる詐欺罪については、欺罔行為、それによる被欺罔者の錯誤、その錯誤に基づく財物の交付及び交付された財物の受領という、因果関係によって結びつけられた一定の段階を経て成立する犯罪類型であるから、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と考えられる。」とした。

さらに、被害者の財物交付行為が「騙されたふり作戦」によるものであったとしても詐欺未遂罪が成立しうるかについては、「本件荷物は被害者の欺罔行為によって生じた錯誤に基づき発送（交付）されたものではないから、被告人がそれを受け取ったとしても、詐欺の構成要件に該当する行為ではなく、実行行為に当たらない」とし、「危険性の判断過程については、検察官は、危険性判断の指標とする一般人を、専ら犯人側の状況だけを観察する者と仮定し、その認識内容を基礎として危険性を判断しているが、一般人（もとよりその存在は危険性判断のために仮定したフィクションである）の認識という視点を取り入れるのは、まさに検察官自身が主張するように、当該事案の具体的状況下において、社会通念に照らし、客観的な事後予測として危険性を判断するためであるから、そこで仮定すべき一般人は、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でなければならないはずである。そして、そのような一般人を前提とすれば、Aが被害者に欺罔行為を行い、被害者はそれによっていったんは錯誤に陥ったが、その後錯誤を脱し、むしろ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ことにし、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、という事実経過を、特段の科学的知見などを用いることなく認識しうると考えられるのであり、その認識を基礎とすれば、被告人が本件荷物を受け取る行為は、A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り、詐欺罪の結果発生の危険性を有しないものであるとの判断がなされることは明らかというべきである。」とし、詐欺罪の成立に必要な欺罔行為、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の間の因果関係が切断されたとしてこれを否定した。

検察官控訴。

【判旨】

破棄自判：有罪（懲役三年執行猶予五年）。

事前共謀による共同正犯の成否については、「被告人は、本件共犯者の依頼を引き受けるか否かを自身の都合で決めていた旨を述べるところ、これを信用できるかはともかく、虚偽として排斥する程の根拠もない。そうすると、この程度の事情から、被告人が本件共犯者との関係で継続的に受領役を担うという包括的な事前共謀があったと推認することは困難といわざるを得ない。……被告人につき『包括的な事前共謀』が認められる、即ち、それ以降の同種犯行については個別の関与がなくとも共犯者としての責任を問えるとするには、被告人が指揮命令系統に組み込まれているなどの事情が必要と解すべきところ、証拠上そこまでの関係性は認められないという趣旨の説示と理解すべきものである。……以上によれば、検察官の主張する事前共謀を認めることはできない。」とした。

承継的共同正犯の成否については、「かかる特異な依頼内容等に照らせば、被告人は、それが詐欺の被害金を受け取る役割である可能性を十分認識していたと認められるから、少なくとも未必的な故意に欠けるところはなく、受領の時点では本件共犯者との共謀が成立していたことも認定できる。」としたうえで、「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。」とした。

被害者の財物交付行為が「騙されたふり作戦」によるものであったとしても詐欺未遂罪が成立しうるかについては、「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うことができる。そして、被告人に詐欺の故意、本件共犯者との共謀及び正犯性が認められることはいずれも前記のとおりであり、被告人については詐欺未遂罪の共同正犯が成立する。これを認めなかった原判決には判決に影響を及ぼすことの明らかな事実誤認があり、破棄を免れない。」とした。

【評釈】

一　本件で問題となるのは、以下の点である。

第一は、詐欺罪は、詐欺（欺罔）行為、それによる相手方の錯誤、相手方の処分（交付）行為、財物領得行為の四段階からなり、このうち詐欺行為と財物領得行為が行為者側に要求される詐欺罪の実行行為であるところ、先行する詐欺行為には関与せず、後行する財物領得行為のみに関与した中途介入者のいわゆる「受け子」や「出し子」を、詐欺罪の承継的共同正犯として刑法第六〇条を適用し処罰しうるかという点である。

単独でも犯罪構成要件に該当する複数の実行行為が結合した強盗罪等の結合犯、あるいは単独では犯罪構成要件に該当しない実行行為が結合した詐欺罪や強制性交渉罪等の結合犯類似犯罪の、複数の実行行為のうちの後行行為のみを実行した者も、先行行為時から犯罪に関与している限りは、一部実行全部責任の原則により結合犯あるいは結合犯類似犯罪全体の共同正犯として処罰される。本件において検察官が主張した、事前共謀による共同正犯がまさにこれである。しかし、原判決及び本判決はいずれも、先行行為に当たるAの本件欺罔行為開始時からの被告人の関与を事実認定において否定し、もって事前共謀による共同正犯の成立を否定した。本判決の事実認定を前提とするならば、この結論自体は当然に支持されよう。

それでは、本判決が事実認定したような、先行者の先行行為には関与せず、後行行為からはじめて関与した中途介入者を、後行行為によって完成した結合犯や結合犯類似犯全体の共犯の罪責に問うことはできるであろうか。これが、いわゆる承継的共犯の問題である。

判例は承継的共犯の概念について肯定的である。例えば、強盗殺人事件において行為者が被害者を殺害後、続く財物領得行為からの幇助者について強盗殺人罪の承継的幇助犯を認めた大判昭和一三年一一月一八日刑集一七巻八三九頁、強盗傷人事件において先行者が被害者を暴行、財物奪取後の、さらなる傷害行為からの関与者について強盗傷人罪の承継的共同正犯を認めた東京高判昭和五七年七月一三日判時一〇八二号一四一頁など、承継的共犯を認めた判例は多数ある。

もっとも、最決平成二四年一一月六日刑集六六巻一一号一二八一頁は、被害者に甲らが暴行を加えて負傷させた直後に、乙が共謀加担して暴行したことで、すでに生じていた負傷を相当程度重篤化させた事案について、「共謀加担前に甲らが既に生じさせていた傷害結果については、乙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」いとし、乙は後行行為によって生じた傷害の発生についてのみ、傷害罪の共同正犯の罪責に問われる旨判示している。承継的共犯に否定的な立場を採ったと見ることもできるが、本決定は強盗罪等の結合犯については承継的共犯の成立をありうるともしているから、必ずしも全面的に承継的共犯を否定しているわけではない。

そして本件原判決は、共犯の処罰根拠について、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とする因果的共犯論に基づき、先行者の行為により既に生じた犯罪結果について、中途介入の後行者の行為が因果性を及ぼすことはありえないとする一方、「詐欺罪については、欺罔行為、それによる被欺罔者の錯誤、その錯誤に基づく財物の交付及び交付された財物の受領という、因果関係によって結びつけられた一定の段階を経て成立する犯罪類型であるから、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」として承継的共同正犯の成立の余地を認めた。さらに本判決も、「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。」として、原判決と同様、因果的共犯論を前提に、少なくとも詐欺罪に関しては承継的共犯を認めうるとした。

一方、学説上は激しい対立がある。

承継的共犯肯定説は、二人以上の者が特定の犯罪を共同して行うものが共犯であって、共犯者間で共同する犯罪の罪名が完全に一致していなければならないとする完全犯罪共同説を貫徹する観点から、承継的共犯の成立を全面的に認める。(1)もっとも、前提となる完全犯罪共同説が今日では支持されておらず、これにより本説も支持を失った。

否定説は、因果的共犯論の観点から、後行行為と因果関係のない犯罪全体の共犯は成立しえないとして、承継的共犯の成立を否定する。本説によれば、強盗罪、強盗殺人罪の後行する財物領得行為のみの関与者は、窃盗罪ないし占有離脱物横領罪の共犯の罪責にとどまる。(2)

一部肯定説(中間説)は、先行者の行為ないしその効果を後行者が利用した場合に限り、後行者について承継的共犯の成立を認める。(3)ただし、多くの論者は、強盗殺人罪については、強盗と殺人の結合の仕方が弱く実質的な一罪性を有するものではない、死の結果と後行行為との間に因果関係がない、他人の惹起した結果について責任を認めることになるのは妥当でないなどとして、承継的共犯の成立を否定する。(4)

思うに、因果的共犯論は、内部において、共犯行為との因果関係の有無を判断する対象を正犯行為とみるのか結果とみるのかで議論がある。この議論は、承継的共犯の後行行為についても、因果関係を持つのが先行行為であるのか、それとも犯罪の結果であるのかというかたちで反映されるべきであろう。そして共犯行為と正犯行為との因果関係を問題とする立場は、承継的共犯では後行行為と先行行為の因果関係を問題とすることで、必然、承継的共犯否定説に帰着することとなろう。これに対し、共犯行為と結果との因果関係を問題とする立場は、承継的共犯では本件原判決や本判決のように、後行行為と結果の因果関係を問題とすることになるが、この因果関係は必ずしも一律には否定しえないのではないか。なぜなら、先行行為により結果発生の危険を生じて犯罪が未遂段階に至った後、後行行為によってはじめて結果が現実に発生して既遂に至るからである。従って、単純一罪である詐欺罪については、たとえ実行行為を複数観念できる結合犯類似犯であったとしても、肯定説を採るべきである。もっとも、結合犯類似犯ではない、強盗罪などの結合犯では、先行行為によって結合犯内の一部の犯罪が既遂に至っており、これに後行行為が因果性を持つことは考えられない。従って、結合犯全体の承継的共犯の成立については否定し、後行行為によって成立する結合犯内の別の一部の犯罪についてのみ、結

果と因果性があるとして成立を肯定すべきではないか。例えば、強盗罪、強盗殺人罪の財物領得のみに関与した中途介入者の罪責は、それぞれ窃盗罪、占有離脱物横領罪の共犯、共同正犯にとどまると解すべきである。[5]

以上から、承継的共犯の基本部分について、因果的共犯論に言及して後行行為の先行行為への因果関係の遡及を否定しつつも、詐欺（未遂）罪の承継的共同正犯の成立可能性を肯定した本件の原判決、本判決は妥当と考える。

二　第二は、被害者の財物交付行為が「騙されたふり作戦」によるものであったとしても詐欺未遂罪が成立しうるかという点である。これは、言い換えれば、「騙されたふり作戦」により処分された財物を領得する行為について、詐欺罪の危険性がなく不能犯となると解しうるかという問題である。

本件同様の「騙されたふり作戦」により結果発生が未然に防がれた特殊詐欺において、財物領得行為のみに関与した中途介入の「受け子」に詐欺未遂罪が成立するか、あるいは不能犯となるかが争われた判例としては、以下のものが挙げられる。

神戸地判平成二八年九月二三日（判例集未登載）は、「被告人に氏名不詳の共犯者らとの共謀が成立し得るのは、被告人が被害者から現金を受け取ろうとする直前の時点であると認められるが、その時点では、すでに騙されたふり作戦が実施中であったから、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、氏名不詳の共犯者らにおいて、被害者に対する欺罔行為をし、被害者が錯誤に陥って現金を交付しようとしたのだから、当初はその危険性があったことは明らかである。被告人は途中から関与しているが、未必的にせよ共犯者らのした欺罔行為を認識しながら、自らの報酬欲しさという動機から、共犯者らのした欺罔行為を利用する意思で現金（様のもの）を受け取ろうとする行為をしている。そして、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。そうすると、被告人のした現金を受け取ろうとする行為はまさしく詐欺の実行行為（騙取行為）であり、かつ、被告人は、共犯者らによる欺罔行為も含め詐欺未遂の共同正犯（実行共同正犯）としての罪責を負うと認め

ることが相当である。」として、一般人基準、行為時判断により、詐欺既遂罪の危険性を肯定した。

名古屋高判平成二八年一一月九日（判例集未登載）は、中途介入の受け子が関与した複数の詐欺事件中、「騙されたふり作戦」に基づいて被害者側による荷物の配送手続きがとられた後で、詐欺の犯人である氏名不詳者に依頼され荷物を受け取った一件について、原判決（名古屋地判平成二八年四月一八日（判例集未登載））は事前共謀を否定したうえで、「この時点で氏名不詳者らの公訴事実記載の詐欺による結果惹起は不能になっており、また、この時点での意思連絡が氏名不詳者らの前記詐欺を促進するものでもない」として不能犯としたのに対し、「本件のように、結果発生が後発的に不可能になった場合の、不可能になった後に共犯関係に入った者の犯罪の成否は、結果に対する因果性といった問題を考慮しても、共犯関係に入った時点で結果発生の現実的危険があるか否かによって判断すべきであると考えられる。これは、単独犯で結果発生が当初から不可能と思われる場合に、未遂犯として処罰すべきか、未遂犯としても処罰すべきではないかを分ける機能を有する不能犯の問題と、基本的に同じ問題状況にあると考えられるのであるから、上記犯罪の成否を考えるに当たっては、不能犯の場合と同様の判断方法を用いるべきである。すなわち、行為時の結果発生の可能性の判断に当たっては、一般人が認識し得た事情及び行為者が特に認識していた事情を基礎とすべきである。これを本件の事実関係に照らしてみると、被害者が警察に相談して模擬現金入りの荷物を発送したという事実は、被告人及び氏名不詳者らは認識していなかったし、一般人が認識し得たともいえないから、この事実は、詐欺既遂の結果発生の現実的危険の有無の判断に当たっての基礎事情とすることはできない。そうすると、被告人が本件依頼人から依頼を受けた時点でも、詐欺既遂の結果発生の現実的危険はあったとみるべきこととなり、氏名不詳者らの詐欺の犯意は失われていなかったのであるから、被告人が氏名不詳者らとの間で共謀したとみられれば、被告人に詐欺未遂罪の共謀共同正犯が成立し得ることとなる。」として、一般人基準、行為時判断により、詐欺既遂罪の危険性を肯定した。

福岡高判平成二八年一二月二〇日（判例集未登載）は、原判決（福岡地久留米支判平成二八年三月八日（判例集未登載））が「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」としたうえで、受け子には詐欺の未必の故意もなかったとして無罪としたのに対し、「何らかの違法な行為に関わるという認識」があれば足りるとして詐欺の未必の故意を肯定したうえで、「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。これを本件についてみると、被告人において被害者が騙されたふりをしているとの事情を認識していなかったのはもちろんのこと、その場に置かれた一般通常人にとっても、そのような事情はおよそ認識し得なかったといえるから、被害者が騙されたふりをしているとの事情は、行為の危険性を判断する際の基礎事情からは排除・捨象して考えるのが相当である。そして、被害者が騙されたふりをしているとの事情を排除・捨象して被告人の行為を観察すれば、被告人は、被害者において騙されたが故に発送した本件荷物を受領したということになるから、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ことは明らかである。」として、一般人基準、行為時判断により、詐欺既遂罪の危険性を肯定した。

以上のように、近年の判例は、「騙されたふり作戦」による処分行為であったとしても、一般人基準、行為時判断により、詐欺既遂罪の危険性を肯定して詐欺未遂罪の成立を認め、不能犯を認めないものが主流である。これに対し、本件原判決は判断基準時について事後的判断を採用して詐欺罪の完成の危険性を判断した。すなわち、原判決は、危険性の一般人基準での判断を「客観的な事後予測として危険性を判断する」ためのものであるとしたうえで「被害者側の状況をも観察し得る一般人」基準、すなわち行為時ではなく裁判時において、行為者側、被害者側すべての事情を観察しうる一般人基準で行うとする。しかし、このような基準は、むしろ裁判官ないし裁判員基準に等しいであろう。これにより、原判決は、「騙されたふり作戦」による財物交付である以上は詐欺罪が既遂に至る危険性なしとして、詐欺未遂罪の成立を否定した。明示してはいないものの、おそらくは本件を領得行為に限定すれば不能犯となると解したのであろうし、上掲名古屋地判平成二八年四月一八日も同様かと思われる。一方、本判決は、上掲神戸地判平成二八年九月二三日、名古屋高判平成二八年

一一月九日、福岡高判平成二八年一二月二〇日と同様、一般人基準、行為時判断により詐欺未遂罪の成立を肯定している。

不能犯の判断基準を巡る近年の主な学説としては、修正客観説と具体的危険説の二説が挙げられる。かつて有力であった古い客観説は、不能には、一般的に犯罪を実現することが不能な場合（絶対的不能）、そして特別の事情のために犯罪を実現することが不能な場合（相対的不能）があり、絶対的不能は不能犯となるが相対的不能は未遂犯として可罰的になるとしていたが、(6) これを改めた修正客観説は、客観的全事情を判断資料とし、現実に存在した事実の代わりにいかなる事実が存在すれば科学法則上結果が発生するかを問い、事後的判断により科学的一般人の観点から、仮定的事実がどの程度存在しえたかを基準として危険性を判断し、危険があると言える場合には未遂、言えない場合には不能犯とすべきと主張する。(7) これに対し、具体的危険説は、行為時において行為者が特に認識していた事情、および一般人が認識しえた事情を判断資料とし、行為時に一般人の観点から、そのような行為がなされたならば構成要件に実現が一般に可能であったか否かを問い、可能であれば未遂犯、不可能であれば不能犯となると主張する。(8) 本件原判決は、科学的一般人の判断によると明示してはいないものの修正客観説を、本判決及び上掲三判例は具体的危険説を採ったものと思われる。

思うに、事後的判断を行えば、未遂は結局は既遂の結果を発生させなかったのであるから、すべて不能未遂ということになりかねない。これを回避するためには、行為時判断による具体的危険説を支持すべきであろう。還付金詐欺行為の相手方が詐欺に気づいて警察署に相談し、「騙されたふり作戦」によって警察官の随伴のもとで犯人グループと携帯電話でやりとりしつつＡＴＭ操作をしたところ、警察官の過失により、相手方から犯人グループの口座に約一〇〇万円が入金され、後に県警が国家賠償法に基づき相手方に全額を賠償した事案がある。(9) 本件でも、被告人が本件荷物を受領後、警察官による逮捕を免れて逃走に成功し本件荷物の占有移転を完了する可能性があるから、被害者の処分行為が錯誤に基づかないものであったからといって、本件荷物の占有侵害に至る現実的危険性がないとまでは言えない。とすれば、本件については、事後的判断によったとしても詐欺未遂罪の成立を認める余地があるのではないか。

なお、仮に被告人が逃走に成功して本件荷物の占有を取得したならば、詐欺未遂罪あるいは詐欺既遂罪の承継的共同正

犯と、警察官を被害者とする窃盗罪のいずれの罪責に問われるかは問題となりうる。被害者の処分行為が錯誤に基づかないため詐欺既遂罪の四要件を充足しないこと、警察官が配達員を装って本件荷物を自ら被告人に渡した点を、被告人による「窃取」と解しうるかは疑問があることに鑑みると、詐欺未遂罪の成立を認めるにとどめるべきであろうか。

三　あるいは、本件については、コントロールド・デリバリー（泳がせ捜査）に準じて考える余地があるかもしれない。

最決平成九年一〇月三〇日刑集五一巻九号八一六頁は、被告人らが外国から大麻を隠匿した航空貨物を密輸入しようとした際、税関検査で大麻の隠匿が判明したことから、麻薬特例法第四条に基づきいわゆるコントロールド・デリバリーが実施され、税関長の輸入許可を経て捜査当局の監視の下、配送業者が捜査当局と打合せのうえ、右貨物を配達し被告人が受け取った事案について、「被告人らは、通関業者や配送業者が通常の業務の遂行として右貨物の輸入申告をし、保税地域から引き取って配達するであろうことを予期し、運送契約上の義務を履行する配送業者らを自己の犯罪実現のための道具として利用しようとしたものであり、他方、通関業者による申告はもとより、配送業者による引取り及び配達も、被告人らの依頼の趣旨に沿うものであって、配送業者が、捜査機関から事情を知らされ、捜査協力を要請されてその監視の下に置かれたからといって、それが被告人らからの依頼に基づく運送契約上の義務の履行としての性格を失うものということはできず、被告人らは、その意図したとおり、第三者の行為を自己の犯罪実現のための道具として利用したというに妨げないものと解される」と判示して、関税法第一〇九条第一項に規定される禁制品輸入既遂罪の成立を認めた。コントロールド・デリバリーによる配送業者の配達は適法行為と解されるから、最決平成九年一〇月三〇日は配送業者を道具とした、適法行為を利用した間接正犯を認めたものといえよう。禁制品輸入罪は、禁制品が領土内に陸揚げされた時点で既遂となるから[10]、大麻が税関を通過した時点で既遂時期に至ったと見ることもできる。

なお、この決定には、禁制品輸入罪は未遂にとどまるとの遠藤裁判官の意見が付されており、これを支持する論者もある[11]。確かに、コントロールド・デリバリー実施後、配送業者が被告人らの道具として真に支配されていたかは疑問もある。配送業者は、運送契約上は貨物の配達を行う義務を負う

ように見えるかもしれないが、実際には配送業者のほとんどが、麻薬類の運送を引き受けないこと、及びそれに関連する免責を規定する約款を置いており、この約款によって配送業者の配達義務は消滅するように思われるからである。このように解すると、配送業者が道具であったのは大麻の隠匿が判明するまでの時点というべきであるから、禁制品輸入未遂罪の間接正犯を認めるにとどめるべきということになろう。

もっとも、最決平成九年一〇月三〇日は、禁制品の税関通過による「輸入」が、被告人の道具である（かは疑問があるが）配送業者によって行われており、ここに被告人の間接正犯による、輸入の実行行為を認めることができる。従って、被告人が禁制品を受け取ったか否かは、禁制品輸入罪の既遂時期に影響しない。一方、本件では、配送は配達員を装った警察官によって行われているが、配送は被害者側の処分行為の一部であって、被告人の実行行為ではなく、配達員の道具性はそもそも問題とならない（配達員が被害者の道具であるかは問題となりうる）。詐欺罪における領得行為は、行為者が財物の占有を取得することによって完了するところ、処分行為が配達員を装った警察官によってなされたとしても、理論上は領得行為を完了することが可能である。しかし、本件では、本件荷物を持って配達員を装った警察官のもとからの逃走に成功しない限り、領得行為を完了することができず、従って、結局は本件荷物を受け取ったものの自由に利用処分し得た段階に至らなかったと解される。さらに、被害者の処分行為が錯誤に基づくものでなかったことと併せて、結局は詐欺未遂罪の結論が導かれよう。

四　ところで、本件では、被告人は本件荷物を、配達員を装った警察官から受け取ったことから、占有移転自体は完了したと見る余地があるが、例えば被害者が錯誤に陥った状態で財物の配送を配送業者に委託した後、財物が「受け子」に届く前に詐欺に気づいて警察に連絡し、警察官が配達員を装って「受け子」に財物を渡した場合は、詐欺既遂罪を認めうるであろうか。

浦和地判平成四年四月二四日判タ七六八号二六八頁は、被告人甲が暴力団員を装って乙を脅迫し、取引銀行の従業員を介して現金を口座に振込送金させたが、甲の企てを知った捜査官が上記銀行に連絡、指示したため、キャッシュカードによる預金払い戻しができないような措置が施され、キャッシュカードによる払い戻しに失敗した甲が逮捕されることを

恐れて犯行目的を断念するに至った事案につき、「被告人が右時点で右口座から自由に右払戻しを受けることができたものと認めうる的確な証拠はない」としたうえで、甲が乙から自らの預金口座に振込み送金を受けた行為について、これを現金の交付を直接に受けたと実質的に同視することはできず、……未遂に終わったものと認めるほかない」として、恐喝未遂罪の成立を認めるにとどめた。振込送金があったとしても、被告人が自由に払戻しができない状況であれば、現金の直接交付を受けたと実質的に同視できず未遂になるというのである。振り込め詐欺・恐喝については、財物を客体とする一項犯罪であるのか、それとも財産上の利益を客体とする二項犯罪であるのかを巡って争いがあり、判例は、一項犯罪を認めたもの(12)と二項犯罪を認めたものとに分かれている(13)。あるいは後者の立場を採るならば、入金時に預金払戻請求権を取得したとして既遂罪の成立を認める余地があるとの指摘があるが(14)、前者の立場を採るならば、未遂罪にとどまるとの結論に至るであろう。これに照らせば、配達員を装った警察官が眼前にいる以上、「受け子」が受領した荷物を自由に利用処分し得たと認めることはできず、従って詐欺既遂罪ではなく未遂罪の結論が導かれよう。

(1) 植松正『刑法概説Ⅰ総論』(再訂・一九七四年)三四四頁、福田平『刑法総論』(全訂第五版・二〇一一年)二七一頁。
(2) 井田良『講義刑法学・総論』(二〇〇八年)四七三頁、林幹人『刑法総論』(第二版・二〇〇八年)三八〇頁、山口厚『刑法総論』(第三版・二〇一六年)三七〇頁以下。
(3) 藤木英雄『刑法講義総論』(一九七五年)二九〇頁、大谷實『刑法講義総論』(新版第四版・二〇一二年)四一七頁、西田典之『刑法総論』(第二版・二〇一〇年)三六六頁(本説を採る場合は行為共同説に至るとする)。
(4) 平野龍一『刑法総論Ⅱ』(一九七五年)三八二頁、藤木・前掲書二九一頁、大谷・前掲書四二〇頁。
(5) 強盗殺人罪は結合犯あるいは結果的加重犯と一般には解されている。もっとも、本罪の既遂時期は殺人既遂時であって、財物領得が既遂か未遂かは本罪の既遂時期に影響しない。このため、財物領得行為のみに関与した中途介入者の罪責が問題となる。思うに、強盗殺人罪はむしろ強盗犯人を身分とする身分犯と解すべきであること、死者の占有は否定されるべきであることから、強盗殺人後の財物領得行為は、強盗殺人罪の不可罰的事後行為としての占有離脱物横領に当たると解すべきである。とすれば、強盗身分なき中途介入者が死者の財物を領得する行為については、占有離脱物横領罪の共犯、共同正犯が成立することとなろう。拙著「強盗関連罪の身分犯的構成(三・完)」成城法学七七号(二〇〇八年)一一三(一八二)頁参照。

（6）大場茂馬『刑法各論上巻』（増訂五版・一九一二年）八五〇頁。
（7）山口・前掲書二八九頁、西田・前掲書三一〇頁、前田雅英『刑法総論講義』（第六版・二〇一五年）一一五頁。
（8）大谷・前掲書三七四頁。
（9）読売新聞二〇一五年七月二日西部夕刊S社会面九頁。
（10）最決平成一三年一一月一四日刑集五五巻六号七六三頁は、覚せい剤取締法第四一条に規定される覚せい剤輸入罪の既遂時期について、「覚せい剤を船舶によって領海外から搬入する場合には、船舶から領土に陸揚げすることによって、覚せい剤の濫用による保健衛生上の危害発生の危険性が著しく高まるものということができる」から、領土への陸揚げ時であって、領海内への搬入では足りないとする。
（11）西田・前掲書二三〇頁、曽根・前掲書二三八頁。
（12）他人を欺罔して金員を自己の預金口座に振り込ませた事案について一項詐欺罪の成立を認めたものとして、大判明治四四年一二月一四日刑録一七輯二一八五頁、大判昭和二年三月一五日刑集六巻八九頁、大阪地判昭和五九年一二月二一日判タ五五三号二七〇頁、大阪高判平成一六年一二月二一日判タ一一八三号三三三頁。金融機関を欺罔して金員を自己の預金口座に振り込ませた事案について一項詐欺罪の成立を認めたものとして、仙台高判昭和六〇年一二月一七日（判例集未登載）。被告人名義の当座預金口座開設のため一時的に一〇〇万円を貸してもらいたい旨を申し向け、被害者をして、預金口座開設資金として現金、小切手等一〇〇万円を払い込ませた事案について一項詐欺罪の成立を認めたものとして、東京高判昭和三六年一一月一四日高刑集一四巻八号五七〇頁。
（13）金融機関を欺罔して手形の割引金を預金口座に振替入金させた事案について二項詐欺罪の成立を認めたものとして、大判大正一四年三月二〇日刑集四巻一八四頁、大判昭和九年一二月三日刑集一三巻一六三九頁、大判昭和一〇年九月一二日刑集一四巻九二三頁、東京高判昭和二八年二月二三日東高刑三巻二号七九頁。政府の所有米である「刺米」を、特別多額な超過供出報奨代金の支払われる「匿名供出米」として生産者から売渡を委託されたかのように装い、食糧管理官を欺罔してその代金を預金口座に振り込ませた事案について二項詐欺罪の成立を認めたものとして、最判昭和三二年一月三一日刑集一一巻一号三四六頁。
（14）奥村正雄「払戻しができない体制の整った状況下での預金口座振込と恐喝罪の未遂」法学教室判例セレクト九三年（一九九四年）三九頁。