

騙されたふり作戦と受け子の罪責

二本柳 誠

はじめに

近時、いわゆる騙されたふり作戦が実施された事案における受け子の罪責が問題となった裁判例が、相次いで公にされている。

- ①神戸地裁平成 28 年 9 月 23 日判決¹
- ②名古屋地裁平成 28 年 3 月 23 日判決²
- ③名古屋高裁平成 28 年 9 月 21 日判決³
- ④名古屋地裁平成 28 年 4 月 18 日判決⁴
- ⑤名古屋高裁平成 28 年 11 月 9 日判決⁵
- ⑥福岡地裁久留米支部平成 28 年 3 月 8 日判決⁶

-
- 1 神戸地判平成 28 年 9 月 23 日裁判所 HP (LEX/DB25448327)。
 - 2 名古屋地判平成 28 年 3 月 23 日 LEX/DB25544199。
 - 3 名古屋高判平成 28 年 9 月 21 日 LEX/DB25544184。評釈として、安田拓人「判批」法教 437 号 (2017 年) 146 頁、門田成人「判批」法セミ 746 号 (2017 年) 121 頁、富川雅満「判批」新報 124 巻 5・6 号 (2017 年) 285 頁以下、橋本正博「判批」平成 28 年度重判 164 頁以下、前田雅英「判批」WLJ 判例コラム臨時号 98 号 (2017 年) 1 頁以下。
 - 4 名古屋地判平成 28 年 4 月 18 日裁判所 HP (LEX/DB25448222)。
 - 5 名古屋高判平成 28 年 11 月 9 日 LEX/DB25544658。評釈として、是木誠「判批」警論 70 巻 2 号 (2017 年) 159 頁以下参照。
 - 6 福岡地久留米支判平成 28 年 3 月 8 日 LEX/DB25542899。

- ⑦福岡高裁平成 28 年 12 月 20 日判決⁷
- ⑧福岡地裁平成 28 年 9 月 12 日判決⁸
- ⑨福岡高裁平成 29 年 5 月 31 日判決⁹
- ⑩大阪高裁平成 29 年 5 月 24 日判決^{10, 11}

高裁判例では、受け子に有罪判決が言い渡され、又はその可能性が示唆されていることから、受け子の罪責については、詐欺未遂罪が成立する方向で固まりつつあるのかもしれない¹²。ただ、高裁判例も論点細部の理解において必ずしも一様ではないし、地裁判例も併せて眺めれば不統一な印象は否定できず、最高裁による判断の統一が望ましいようにもみえる。

このような状況に鑑みて、本稿は、騙されたふり作戦が実施された事案における受け子の罪責にまつわる諸問題を検討する。騙されたふり作戦が実施された事案といっても多彩であるが、本稿では、次のような事案を主たる検討の対象とする。甲は、単独で、A を電話で欺いて現金を送付させようとしたが、A は嘘を見破り、錯誤に陥らなかった。A が警察に相

-
- 7 福岡高判平成 28 年 12 月 20 日 LEX/DB25545320。評釈として、小泉健介「判批」警察公論 72 巻 9 号 (2017 年) 86 頁以下、中嶋伸明「判批」研修 825 号 (2017 年) 5 頁以下、安田拓人「判批」法教 441 号 (2017 年) 126 頁参照。
 - 8 福岡地判平成 28 年 9 月 12 日 LEX/DB25543872。評釈として、前田雅英「判批」捜研 795 号 (2017 年) 39 頁以下。園田寿「『だまされたふり作戦』発動で『受け子』はなぜ無罪になったのか」<https://news.yahoo.co.jp/byline/sonodahisashi/20160918-00062311/> も参照。
 - 9 福岡高判平成 29 年 5 月 31 日裁判所 HP (LEX/DB25448712)。
 - 10 大阪高判平成 29 年 5 月 24 日裁判所 HP (LEX/DB25448842)。
 - 11 これらの裁判例については、以下、①～⑩と略記する。これらの裁判例 (の一部) を検討する論考として、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」警論 70 巻 3 号 (2017 年) 150 頁以下、橋爪隆「特殊詐欺の『受け子』の罪責について」研修 827 号 (2017 年) 3 頁以下がある。検討の方針を示すものとして、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』(2017 年) 50 頁以下も参照。
 - 12 ⑤、⑦、⑨は、原審の無罪判決を破棄し、有罪判決を言い渡した。⑩は、原審の有罪判決を維持した。③は、共謀が認定できないことを理由に無罪判決を維持したが、その際、仮に共謀が認定できれば有罪判決を下すことができる旨を詳細に述べている。

談した結果、現金様の物が届けられることになった。その後甲は、乙に対して、事情を打ち明けた上で現金の受け取りを依頼すると、乙はこれを承諾し、現金様の物を受領した。甲と乙は、詐欺の目的を遂げなかった（以下、これを「騙されたふり事案」と呼ぶ。）。甲のような架電担当者は「かけ子」と呼ばれ、乙のような受領担当者は「受け子」と呼ばれる。

この騙されたふり事案では、先行者である甲が欺罔行為に着手した後に、その事情を知りながら当該詐欺罪への加功を開始した後行者である乙は、加功前の事実をも含めた犯罪事実全体について共犯の罪責を負うかが問題となる（承継的共犯の問題）¹³。また、甲の欺罔行為を理由として外形的には詐欺罪の実行の着手の段階に至っているとしても、被害者が事情を知っている本事案において、乙の行為は、詐欺罪の交付結果を惹起することが不可能であって、未遂処罰に値しないのではないかが問題となる（不能犯の問題）。近時の裁判例を受けて議論が活発化しつつあるこれらの問題について、本稿は、若干の検討を試みるものである。

1. 詐欺罪の未遂の成立要件

(1) 詐欺罪の未遂の成立要件に関する一般論

騙されたふり事案における受け子の罪責を論じる際には、承継的共犯論と不能犯論という、それ自体争いの激しい総論的問題に加え、詐欺罪の未遂という必ずしも十分に解明されていない各論的問題が交錯する。これらの問題を検討すべき順序に唯一の正解があるわけではないであろうが、以

13 ここで、「その事情を知りながら」と書いたように、受領行為時に故意と共謀が存在することは、承継的共犯の問題が生じる前提と解される。他方、欺罔行為時に故意と共謀が存在する事案であれば、そもそも承継的共犯の問題は生じない。具体的な事案においては、しばしば、故意と共謀の有無が争点となる。これは、主として事実認定に関わる重要な問題であるが、本稿では検討の対象外とする。この問題について、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について」高嶋智光編代『新時代における刑事実務』（2017年）91頁以下〔初出・警論68巻11号（2015年）38頁以下〕、小泉・前掲（注7）92頁以下、高橋（康）・前掲（注11）152頁以下等参照。

下では、詐欺罪の未遂の成立要件からアプローチを開始することで、承継と不能犯の議論の外にありつつ重要な影響を及ぼしうる対立（後述する、危険行為説と危険結果説）を明確にしておきたい。

詐欺罪の未遂に関して、大判大正3年11月26日刑録20輯2260頁は、「詐欺未遂の犯罪を構成するには人を錯誤に陥れ又は錯誤に陥らしむべき虞ある程度以上に達せる事実あることを必要とするものにあらずして財物を騙取る為め単に人を錯誤に陥らしむべき欺罔手段を用いし事実あるを以て足る」と判示した。次に、大判昭和3年9月17日刑集7巻578頁は、「他人を欺罔して金員を騙取せんことを企て苟も人をして錯誤に陥らしむに足るべき手段方法を施したる以上は詐欺の実行に着手したるものにして偶対手方に於て特殊の事情に依り之を観破し始めより其の錯誤に陥らざりし為め騙取の目的を遂げざりしとするも」、詐欺未遂罪の成立を妨げないとした。以上のふたつの判例は、次のようにまとめられている。「詐欺罪の実行の着手時期は、行為者が財物を詐取する意思で人を欺く行為を開始した時点に認めるべきである。人を欺く行為が開始されれば足り、それによって錯誤に陥ったかどうかを問わない」¹⁴。

詐欺未遂罪の成立にとって、被害者が錯誤に陥ることまでは不要であるとの理解は、学説でも広く共有されている¹⁵。争いがありうるのは、第一に、詐欺未遂罪の成立を認めるには形式的に欺罔行為があれば足りるのか

14 高橋省吾『大コンメンタール刑法 第2版 第13巻』[大塚仁ほか編] (2000年) 98頁以下。福田平『注釈刑法 (6) 各則 (4)』[団藤重光編] (1966年) 223頁も、このふたつの判例を引用する。なお、東京高判平成29年2月2日公刊物未登載 (矢野隆史「警察官を装った組織的詐欺のだまし役が被害者に預金を払い戻すよう申しつけたものの未だ現金を交付するよう明確に告げていない段階で逮捕された受け子の詐欺未遂罪の成否について実行の着手が問題となった事例」研修830号 (2017年) 95頁以下参照) が、財物の交付に向けた明示的な欺罔が存在しないこと等を理由に、「原判決が認定した犯罪事実には犯人の欺罔行為が記載されたと解しうるものが無い点において、理由不備の違法がある。」として破棄自判し、無罪を言い渡したことが注目される。振り込め詐欺の未遂時期について、二本柳誠「振り込め詐欺の法的構成・既遂時期・未遂時期 (2・完)」名城ロー34号 (2015年) 45頁以下参照。

15 反対説として、高橋則夫『刑法各論 [第2版]』 (2014年) 303頁注18参照。

(つまり、「人を欺いて」の語義に含まれる行為さえあれば、いわば危険が擬制されるのか)、それとも、錯誤を生じさせる実質的危険まで必要かどうかである。上記ふたつの判例のうち、とりわけ前者は、実質的危険を不要とする趣旨にもみえる。もっとも、前者の「人を錯誤に陥らしむべき欺罔手段を用[う]」(圏丸筆者)という表現も、後者の「人をして錯誤に陥らしむに足るべき手段方法を施[す]」(圏丸筆者)という表現も、何らかの意味での実質的危険を必要とする趣旨と読むこともできよう(そして、前者の「錯誤に陥らしむべき虞ある程度以上に達せる事実あることを必要とするものにあらず」という部分は、高度の危険までは不要とする趣旨と読める)。このような読み方は、実行の着手を認める際に「客観的な危険性」に言及する近時の判例にも整合すると思われる¹⁶。なお、上記判例の表現は、あくまで錯誤という中間結果の危険を問題とするようにみえ、「交付させた」という最終結果の危険(ないし既遂到達の危険)まで要求する趣旨かどうかは、必ずしも明らかではない。

さて、詐欺未遂罪の成立にとって(擬制されたものではない、ある程度の)既遂到達の実質的危険が必要であることは、学説において承認されていると思われる。ただし、違法性の本質を外界に惹起された不都合な事態に見出す結果無価値論からすれば、未遂犯は結果犯であって、未遂犯の成立には外界に惹起される結果としての危険が要求される(以下、「危険結果説」¹⁷と呼ぶ。筆者は、この危険結果説が妥当と考える。)のに対し、違

16 最決平成16年3月22日刑集58巻3号187頁は、実行の着手を認めるために、密接性と危険性を掲げた。密接性は語義への包含という罪刑法定主義の要請に、危険性は法益保護の要請に応えようとするものと解される(二本柳誠「実行の着手の判断における密接性および危険性」『野村稔先生古稀祝賀論文集』(2015年)117頁以下、平木正洋「判解」平成16年度最判解刑事篇162頁参照)。危険性に言及する最高裁判例として、最決昭和45年7月28日刑集24巻7号585頁、最判平20年3月4日刑集62巻3号123頁、最判平成26年11月7日刑集68巻9号963頁も参照。

17 未遂犯を具体的危険犯として把握し、ひいてはこれを結果犯とみる代表的研究書として、山口厚『危険犯の研究』(1982年)参照。佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』(2013年)342頁、曾根威彦『刑法原論』(2016年)461頁、

法性の本質を行為規範違反にも見出す行為無価値論からすれば、未遂犯の成立には結果としての危険までは不要であり、既遂に至る危険を備えた行為があれば足りる（以下「危険行為説」¹⁸と呼ぶ。）、という対立がある。上述した詐欺未遂罪の判例を含め、判例は、危険結果を必ずしも認定していないことから概ね危険行為説に親和的であるように見えるが¹⁹、本稿が検討対象とする裁判例の中には、危険行為説を示唆するものも、危険結果説を示唆するものもある²⁰。

両説の違いが結論の違いを導く場合としては、時間的・場所的離隔がある事例を想定できる。例えば、甲がAを騙して30日後に甲への振り込みが行われるという予約（振込予約）を完了させたという場合、甲がAを騙す行為の時点で、危険行為説からは、既遂に至る危険を備えた行為を理由として詐欺未遂罪が認められるが、危険結果説（とりわけ、既遂到達の確実性で足りるとせず、既遂到達の切迫性を要求する危険結果説）からは、結果としての危険が切迫していないことを理由に詐欺未遂罪が否定される、という結論の違いがありうる。もっとも、このような事例は稀であって、通常の振り込み詐欺の事例（つまり、ただちに振込をさせる事例）におい

内藤謙『刑法講義 総論（下）』（2002年）1219頁、西田典之『刑法総論 [第2版]』（2010年）300頁、橋爪隆「実行の着手について」法教411号（2014年）118頁、平野龍一『刑法総論』（1975年）313頁、松原芳博『刑法総論 第2版』（2017年）311頁、山口厚『刑法総論 第3版』（2016年）284頁、山中敬一『刑法総論 [第3版]』（2015年）764頁等も参照。行為無価値論の立場から、処罰範囲を制約する方向で危険結果を考慮するのは、佐藤拓磨『未遂犯と実行の着手』（2016年）82頁以下。

- 18 伊東研祐『刑法講義 総論』（2010年）313頁、大塚仁『刑法概説 総論 [第4版]』（2008年）171頁、大谷實『刑法講義総論 [新版第4版]』（2012年）365頁、佐久間修『刑法総論』（2009年）72頁、福田平『全訂 刑法総論 [第五版]』（2011年）229頁、藤木英雄『刑法講義 総論』（1975年）257頁等参照。
- 19 ただし、大判大正7年11月16日刑録24輯1352頁は、他人を毒殺するために毒入り砂糖を小包で郵送した事案で、小包が受領された時点で毒入り砂糖が食用に供されうる状態に置かれたことを理由に殺人の着手を認めており、危険結果説的である。
- 20 危険行為説を示唆するのは、不能犯論を実行行為性に位置付ける⑦。危険結果説を示唆するのは、②、⑧、⑨。

ては、危険を備えた欺罔行為と同時に、結果としての危険の発生を認めてよいであろう²¹。

以上をまとめると、詐欺罪の未遂の成立要件として、危険を備えた欺罔行為（危険行為）が必要であることには、判例・学説のコンセンサスがあるが、それ以上に、既遂到達の切迫性（危険結果）まで要求するかについては、見解の相違がみられる。

(2) 騙されたふり事案への適用

それでは、危険を備えた欺罔行為という要件、及び、結果としての危険という要件が、騙されたふり事案の受け子についてどのように充足されるか、順次みてみよう。これにより、承継的共犯論と不能犯論が問題として顕在化するプロセス（さらに、顕在化しないプロセス）の解明を試みる。

その際、共犯構成より先に、原則的な形態である単独犯構成が成功するかどうかを検討することにする。言い換えれば、かけ子の罪責を借用する構成より先に、受け子自らの行為とそれが惹起した結果を、優先的に検討する²²。

ア 危険を備えた欺罔行為

危険を備えた欺罔行為は、上記の危険行為説を採用する場合も、危険結

21 二本柳・前掲（注14）48頁以下参照。橋爪・前掲（注11）12頁以下は、「『架け子』については、被害者宅に電話をかけた段階で当然に詐欺未遂罪が成立すると解される。」とする。これに対して、高橋（則）・前掲（注15）303頁注13は、「振り込み詐欺の場合に、電話での欺罔行為が1項詐欺罪の実行行為にあたるとしても（抽象的危険の発生）、被害者に錯誤がない場合あるいは錯誤はあるがまだ何もしていない場合には、詐欺未遂罪は成立せず、錯誤があり銀行に赴き振込み手続を開始した段階（具体的危険の発生）で詐欺未遂罪の成立が認められ、入金処理をした段階で詐欺既遂罪の成立が認められると解するべきである。」とする。

22 これに対して、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]』（2017年）637頁以下は、本稿のような「単独正犯応用型」の検討方針自体の正当性を問う趣旨と思われる。

果説を採用する場合にも必要な要件であるが、かけ子の架電行為という意味におけるそれを、受け子自らは行わない。そこで考え得るのは、第一に、受領行為の時点の、受け子自らによる、積極的な欺罔・挙動による欺罔・不作為による欺罔の有無である。もっとも、積極的な欺罔を行う受け子は稀であろう。挙動による欺罔も、受け子が被害者に対して交付を求める言動などがあれば、正当な要求であるかのように装っていることを根拠にこれを認めうるが、受け子と被害者が対面する事例類型でしか想定できない点で限界がある²³。不作為による欺罔については、作為義務の存否が問題となる。最決平成17年7月4日刑集59巻6号403頁（シャクティパット事件）は、殺人罪の成否が問題となった事案において作為義務を認める際に、(i)危険創出と(ii)因果の支配に関する事情を指摘したと読めるが、騙されたふり事案において、(i)後行者である受け子は、少なくともかけ子が創出した危険には関与していないこと、また、(ii)詐欺の結果に至る因果経過に対する支配を自らの意思で設定したのはかけ子であって受け子ではないこと、さらに、親や管理人のように身分的・社会的関係から継続的な保護・管理が要請される立場という意味における支配領域性を受け子に認めるのも困難であることからすると、作為義務を肯定することは困難と思われる²⁴。また、最決平成15年3月12日刑集57巻3号322頁は、詐欺罪の成否が問題となった誤振込みの事案において告知義務を認める際に、(iii)継続的關係と(iv)社会生活上の条理

23 例えば、犯人と被害者が対面した①と⑩では問題になりうるが、それ以外の②～⑨では、宅配業者ないし警察官が送付を担当しているため、少なくとも被害者に対する新たな欺罔行為を認定することは困難であろう。橋爪・前掲（注11）4頁参照。

24 支配領域性については、西田・前掲（注17）125頁以下参照。小林憲太郎「承継的共犯・再論」研修820号（2016年）8頁以下は、受け子がなんらリスク増加にかかわっていないことを根拠に、承継的共犯の事案の後行者の作為義務を否定する。橋爪・前掲（注11）16頁注15は、既に騙されていない被害者への真実告知義務を認めることの困難性を指摘する。これに対して、山口厚「承継的共犯論の新展開」曹時68巻2号（2016年）359頁以下は、不作為犯の成立可能性を示唆する。

に関する事情を指摘したと読めるが、騙されたふり事案において、(iv) 条理からして受け子は被害金を返還すべきだといえるとしても、(iii) 受け子と被害者との間に継続的關係は存在しないことから、告知義務を肯定することは困難であろう。

もし、受け子自らによる積極的な欺罔、挙動による欺罔、不作為による欺罔が認められたとして、そのことは、「人を欺いて」の語義に含まれる行為があったかどうかという、形式的な確認の色彩が強い。それゆえさらに、実質的にも、当該行為が詐欺既遂に至る危険を備えたものかどうかの確認が必要である²⁵。この確認については、不能犯の基準を利用することが考えられる(後述3. 参照)。受け子の行為が、形式的に「人を欺いて」の語義に含まれ、かつ、実質的に危険を備えていることが確認されれば、危険を備えた欺罔行為の要件が充足される。

受け子自らによる欺罔行為(単独犯構成)が肯定できなければ、第二に、かけ子の架電行為という意味における欺罔行為を、受け子が承継できるか(共犯構成)が問題となる(後述2. 参照)²⁶。承継が肯定されたとして、さらに不能犯を論じる必要があるかどうかは、ひとつの問題である(後述2. (2)イ参照)。他方、承継が否定されれば、危険を備えた欺罔行為の要件は充足されえないから、不能犯を論じるまでもなく、詐欺未遂罪は成立しえないことになろう。

25 前掲注16参照。

26 自ら欺罔行為を行っていない受け子については、承継が肯定されない限り、欺罔行為の要件は充足されえないと思われる(橋爪・前掲(注11)10頁は、途中参加型の受け子に「詐欺未遂罪の成立を肯定するためには、承継的共同正犯の成立を検討せざるを得ない。」とする。)。これに対して、③及び⑤(名古屋高裁)並びに⑩(大阪高裁)は、不能犯を論じる一方で、承継の問題はほぼ論じていないが、結論として、⑤と⑩は受け子の未遂処罰を肯定し(有罪判決)、③はその可能性を肯定している(無罪判決)。⑩の事案は、共謀後の欺罔行為が認定されていることから、そもそも承継の問題が生じないと思われる。他方、③と⑤は、承継は当然に認める趣旨で詳述を避けているのかもしれない。しかし、受け子に関する判例の態度が必ずしも明確ではないこと(後述2. (1)ア参照)、また、③の原審である②が承継を否定するようにみえることからすれば、少なくとも④が承継の問題をほぼ論じていないのは、腑に落ちない。

イ 結果としての危険

危険結果説を採用する場合、未遂犯の成立要件には、危険を備えた行為のみならず、結果としての危険もまた要求されるどころ、これが受け子についていかに充足されるか。注意すべきは、上述のように、結果としての危険の発生は既に、かけ子の架電行為に際して認め得ることである²⁷。もっとも、この意味における危険は、受け子自らが惹起したものではない。そこで、第一に、単独犯構成を念頭に、受領行為の時点の、受け子自らによる、結果としての危険の惹起の有無を確認する必要がある。これは、法益侵害・危険の因果的惹起——当然、自らの手による惹起——を重視する危険結果説からは自然な考え方といえよう。このような、受け子自らが惹起する結果としての危険の有無に関して、不能犯を論じうる（後述 3. 参照）。

受け子自らによる危険惹起（単独犯構成）が肯定できなければ、第二に、かけ子の架電行為が惹起した結果としての危険を、受け子が承継するという理論構成（共犯構成）を想定できる。しかし、現時点で、そのような見解は見当たらない。このことは、危険結果説の論者は、結果の因果的惹起を重視することから、総じて結果の承継に否定的な傾向があることによると思われる。

(3) 詐欺罪の「実行行為」

詐欺罪の成立要件との関連で、受領行為が実行行為の一部をなすかについての理解は、判例・学説において必ずしも一様ではない。冒頭に掲げた①～⑩についてみると、問題となった受領行為は実行行為であると断言するもの（①、⑦、⑩）²⁸、訴因との関係で受領行為を実行行為とは捉えなかつ

27 前掲（注 21）参照。

28 加藤・前掲（注 13）113 頁は「受け子の行為は、実行行為の一部を構成 [する] という。前田・前掲（注 8）49 頁は「欺罔後の交付行為までが詐欺罪の実行行為であるということが否定されるわけではない。」とする。安田・前掲（注 7）126 頁は、「1 項詐欺は『欺罔』および相手方の処分行為に基づく財物の『受交

たもの (2)、受領行為が実行行為であるかどうか明言を避けるもの (3、5)、少なくとも問題となった受領行為は実行行為ではないと断言するもの (8)、そもそも実行行為という言葉を使わないもの (4、6、9) がある。

実行行為であると断言することは、おそらく、「受領行為は実行行為である。実行行為であれば、それを担当した受け子については、不能犯を論じることができ、幫助犯ではなく(実行)共同正犯を認めることができる」ことを含意しているのであろう。

しかし、「およそ受領行為は、実行行為に当たるか」という問題を設定し、それに対する答えから、未遂処罰の是非・正犯性の有無についての結論を直接的に導くとすれば、それは、実行行為概念にあまりに多くを負わせるものであり、それぞれに固有の問題点から目を背けるおそれが生じる。また、仮に、受領行為が常に実行行為だとすると、受け子について共謀共同正犯を認めることとの整合性が問題となろう²⁹。そこで以下では、「およそ受領行為は、実行行為に当たるか」という問題設定をすることなく、それぞれに固有の問題を実質的に検討することにしたい。

2. 承継的共犯論

承継的共犯の問題は、従来、主として既遂事案について語られてきた。これに対して、本稿が焦点を当てるところの騙されたふり事案は未遂事案であり、未遂事案であるがゆえの問題が新たに生じている(詳細は(2)イ参照)。

(1) 判例と学説

ア 判例

最決平成 24 年 11 月 6 日刑集 66 卷 11 号 1281 頁(以下、「平成 24 年決

付』により完成するのであり、受領行為は実行行為の一部をなす」とする。29 ②、④、⑤、⑦においては、共謀共同正犯の成否が問題とされた。

定」と呼ぶ。)は、承継的共犯の問題を正面から取り扱った初めての最高裁判例である³⁰。同決定は、甲らがAらに暴行を加えた後に乙が暴行に加わり、一連の暴行でAらに傷害を負わせたが、乙加入後の暴行は、傷害をかなり重篤化させた、という事案で、乙は、「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く、共謀加担後の傷害を引き起こすに足りる暴行によってAらの傷害の発生に寄与したことについてのみ、傷害罪の共同正犯としての責任を負う」とした。

法廷意見にいう「共謀加担後の傷害」の意義については必ずしも明らかではなく、争いがある。すなわち、「共謀加担後の傷害」を㉔重篤化させた部分に限るか、それとも、㉕重篤化させた最終結果としての傷害全体と捉えるか、という争いである。例えば、100%のダメージを受けると骨が折れるとして、先行者が90%のダメージを与え、続いて後行者が10%のダメージを与えて骨折したという場合、㉔説からは、10%のダメージという寄与分のみ後行者が責任を負うことになり、㉕説からは、骨折という最終結果全体について後行者が責任を負う(90%のダメージを承継するともいえる)ことになる。後述する学説との関係で、㉔説は、全面否定説と親和的と思われるのに対し、㉕説は、(限定的な)中間説と親和的と思われる³¹。

30 石田寿一「判解」平成24年度最判解刑事篇442頁参照。

31 平成24年決定を㉔説的に捉える思考として、千葉裁判官の補足意見(「重篤化させた程度に応じた刑を量定」)、小林・前掲(注24)4頁以下参照。また、同決定が、原審・原審審の中間説的な論理を否定している点も、㉔説的である。松原・前掲(注17)413頁は、平成24年決定を後述の全面否定説に親和的な判断と評する。これに対して、㉕説的に捉える思考として、橋爪・前掲(注17)92頁注33、十河太郎「承継的共犯論の現状と課題」川端博ほか編『理論刑法学の探求㉑』(2016年)155頁以下参照。平成24年決定を後述の中間説に親和的な判断と評するものとして、井田・前掲(注22)634頁、曾根・前掲(注17)627頁、高橋則夫『刑法総論[第3版]』(2016年)466頁、同「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]』(2014年)572頁以下等参照。

平成 24 年決定は、多くの学説から支持を受けうるように、あるいは、批判されにくいように巧みに判示しており、玉虫色ともいえる一方、学説の到達点（ここではとりわけ、因果的共犯論）に配慮したものと見える。立法機関でない最高裁には、一般的にそのような判示が期待されているのかもしれない。

いずれにせよ、法廷意見が、「因果関係を有することはない」という理由で共犯責任を否定したことは、因果的共犯論の見地からみて、妥当かつ重要な判断と思われる。同決定はあくまで傷害罪に関する判断ではあるけれども、今後、他の犯罪類型においても³²、「因果関係を有することはない」結果は、後行者に承継されない流れが出来上がったのではないか³³。その反面、因果関係を持つという説明が可能な事実については、承継を認める余地が残されていると思われる。補足意見（千葉勝美裁判官）によれば、「いわゆる承継的共同正犯において後行者が共同正犯としての責任を負うかどうかについては、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ますので、承継的共同正犯の成立を認め得るであろうが、少なくとも傷害罪については、このような

32 従来、判例の態度は犯罪類型により必ずしも同じではなかったことにつき、西田典之『共犯理論の展開』（2010年）214頁以下、大越義久『共犯論再考』（1989年）90頁以下等参照。石田・前掲（注30）443頁は、平成24年決定以前の状況を、次のようにまとめている。「単一罪、継続犯、結合犯（これに準じるものを含む）の事案においては、これまで積極説の立場で比較的安定し、結果的加重犯の事案においては、消極説の立場が相当数あったとはいえ、強盗殺人幫助罪に関する戦前の著名な大審院判例があったこともあり、積極説の立場が多数であったといえる。もっとも、近時、監禁罪、強盗致傷罪、恐喝未遂罪について、後行者が関与する以前の先行者の行為等につき後行者に共同正犯の責任を認めなかった高裁判決が相次いでいた。」

33 例えば、朝山芳史「実務における共同正犯論の現状」刑法雑誌 53 巻 2 号 311 頁は、平成 24 年決定が「因果的共犯論と親和的であり、最高裁が因果的共犯論を裏から支持したものとみることができる。」と指摘する。十河・前掲（注 31）136 頁以下、照沼亮介「判批」平成 25 年度重判 165 頁、豊田兼彦「共犯の因果性——承継的共犯の問題を中心に」刑ジャ 44 号（2015 年）7 頁、森住信人「判批」専法 119 号（2013 年）98 頁も参照。

因果関係は認め難い……」。これは、上記⑤重篤化させた最終結果としての傷害全体について後行者の責任を認める見解と整合するように思われる。補足意見の考え方を（騙されたふり事案ではなく）既遂に至った受け子の事案に当てはめると、受け子は、かけ子の行為の効果（被害者の錯誤状態）を利用したといえる限度で、被害者に金員を交付させるという詐欺罪の結果に因果関係を持ったといえ、承継を肯定することになろう。しかし、未遂の事案である騙されたふり事案への適用結果は、補足意見が主として詐欺既遂の場合を念頭に置いていると解されることから、必ずしも明らかではない。

冒頭に掲げた裁判例の中で、まず、有罪判決を眺めると、①は、後述の中間説を想起させる表現を用いている。③、⑤、⑩は、ほぼ承継に触れていない³⁴。⑦には、後述の全面肯定説を想起させる表現がある。⑨は、「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」として、上記補足意見を想起させる表現がある。このうち、③と⑦について、平成 24 年決定が後述する全面否定説を採用するものではないとの理解を示すとの評価³⁵は、正当であろう。次に、無罪判決を眺めると、②と⑧は、受け子は、かけ子による欺罔行為によって生じた共謀加担前の危険に因果を及ぼしえないため、罪責を負わないとの判断を示したものであろう。④も、承継に否定的と読める。

イ 学説

全面肯定説は、先行事実を認識・認容して関与した以上、すでに発生している結果を含めて当該犯罪全体に関する共犯になるとする³⁶。その対極

34 このことへの疑問について、前掲（注 26）参照。

35 ③について安田・前掲（注 3）146 頁、⑦について安田・前掲（注 7）126 頁参照。

36 植松正『再訂 刑法概論 総論』（1974 年）354 頁以下、小野清一郎『判批』刑事判例研究会編『刑事判例評釈集 1 巻』（1941 年）417 頁以下、木村亀二『全訂 新刑法読本』（1967 年）270 頁、西原春夫『刑法総論 改訂準備版（下巻）』（1993 年）386 頁等。

に、因果的共犯論の見地から、自己の関与行為と因果関係を持つ事実についてのみ刑事責任を認める全面否定説がある³⁷。これらの中に、先行者の行為の効果を認識・認容してそれを積極的に利用した限度で承継を認める中間説がある³⁸。また、近時は、構成要件該当事実すべてに因果関係を有する必要はなく、結果発生に限って因果関係があればたりとする見解も有力化している³⁹。この見解は、「中間説を因果性の観点から限定的に捉え直した」見解といえ、中間説から区別する必要があると思われることから、以下では「限定的な中間説」と呼ぶことにする⁴⁰。さらに、共同正犯については承継を否定し、従犯については承継を肯定する二元説も支持を広げている⁴¹。

-
- 37 浅田和茂『刑法総論 [補正版]』(2007年)422頁、金尚均「承継的共同正犯における因果性」立命館法学310号(2006年)138頁以下、小林憲太郎「いわゆる承継的共犯をめぐる」研修791号(2014年)8頁以下、同・前掲(注24)3頁以下、豊田・前掲(注33)4頁以下、林幹人『刑法総論 第2版』(2008年)380頁、松原芳博「承継的共犯」『野村稔先生古稀祝賀論文集』(2015年)203頁以下、山口・前掲(注24)343頁以下等参照。
- 38 大塚・前掲(注18)294頁、大谷・前掲(注18)418頁、佐久間・前掲(注18)369頁以下、藤木・前掲(注18)290頁等。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]』(2014年)531頁以下、井田・前掲(注22)631頁以下も参照。
- 39 西田典之ほか編『注釈刑法第1巻』[島田聡一郎](2010年)860頁、橋爪・前掲(注17)95頁以下、同・前掲(注11)6頁以下参照。中間説および限定的な中間説の帰結を、関与前の事実の承継としてではなく、関与後の事実の評価として正当化するの、佐伯・前掲(注17)387頁、高橋直哉「承継的共犯に関する一考察」新報113巻3=4号(2007年)151頁以下、同「承継的共犯論の帰趨」川端博ほか編『理論刑法学の探求⑨』(2016年)179頁、西田・前掲(注32)196頁、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]』(2014年)585頁、松宮孝明「承継的共犯について——最決平成24年11月6日刑集66巻11号1281頁を素材に」立命館法学352号(2013年)355頁以下等。さらに、十河太朗「承継的共犯の一考察」同法64巻3号(2012年)368頁、十河・前掲(注31)142頁以下も参照。
- 40 山口・前掲(注24)351頁が、「平成24年決定は、傷害罪に関し、中間説を因果性の観点から限定的に捉え直したものであるという評価も可能であろう」と述べるのを参考にした。
- 41 井田良『講義刑法学・総論』(2008年)473頁、小島秀夫『帮助犯の規範構造と処罰根拠』(2015年)150頁以下、齊藤誠二「承継的共同正犯をめぐる」筑波8号(1985年)31頁以下、高橋(則)・前掲(注31)「承継的共同正犯について」572頁以下、照沼亮介『体系的共犯論と刑事不法論』(2005年)244

全面肯定説は、因果的共犯論に正面から反する。中間説も、状態の利用をその因果的惹起と同視する点で、因果的共犯論に反する。限定的な中間説は結果以外の事情への因果性を不要とし、また、二元説は従犯について因果性を不要とするが、正犯であれ共犯であれ、結果のみならず行為や中間結果もまた因果的惹起の対象に含むべきであろう。筆者は、因果的共犯論からは、従犯も含め、構成要件該当事実全体に対する因果性を必要とする、全面否定説に至らざるをえないと考える。

(2) 騙されたふり事案と承継的共犯論

ア 承継を論じることの可否と学説適用の見通し

承継を論じる前提として、先行者による犯罪の実行の着手後⁴²、当該犯罪が終了するより前に、後行者が関与したことが必要となろう⁴³。それでは、騙されたふり事案において、先行者たるかけ子による詐欺罪の実行の着手後、当該詐欺罪の終了前に、後行者たる受け子が参加したといえるであろうか。もし、これが否定されれば、そもそも承継を論じる前提が欠ける。

②は、「この時点 [受け子が共謀加担した時点] 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

頁以下、中野次雄『刑法総論概要 第三版補訂版』（1997年）165頁、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』（2010年）468頁以下等。山中・前掲（注17）912頁、916頁も参照。

42 先行者の実行の着手前に後行者が参加した場合（例えば、事前の包括的な共謀がある場合）、承継の問題とはならない。例えば④では、検察官があくまで欺罔行為前の共謀を主張しようとしたが、このような場合、承継の問題は生じないといえよう。

43 橋本・前掲（注3）165頁は「一般に、他の者による犯罪事実が終了した後にそれに関与しても共犯とはならない。」とする。安田・前掲（注7）126頁は、「承継的共犯が認められるためには、先行者による詐欺が終了していないことが前提となる。」とする。

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。」(圈丸筆者)と判示した。また、大阪家決平成26年11月28日公刊物未登載⁴⁴は、「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。」(圈丸筆者)と判示した。これらは、騙されたふり事案において、詐欺が既遂に至る危険が消滅した時点で当該詐欺罪が終了していたこと、すなわち、受け子の関与時に犯罪が終了していたことを示唆するものと評価できる。たしかに、ある試みについて、その失敗が確定した時点で終了したとみることには、かなりの説得力がある。

これに対して、騙されたふり事案で承継を認めた裁判例は、その前提として、詐欺罪が終了前であったと認めたことになるが、そう認めた根拠は必ずしも明示されていない。この点、「受領行為は実行行為である。そうであれば、終了前である。」という思考がありうるが、形式的に過ぎる(前述1.(3)参照)。また、予備 未遂 既遂 終了という犯罪の発展段階を想定すれば、既遂に至っていない以上は終了していないという形式的説明も考えられるが⁴⁵、およそ未遂犯には終了が観念できないとすれば、疑問がある⁴⁶。共同正犯者間の犯罪実現意思を根拠に詐欺罪が遂行中であるとする説明は⁴⁷、実質的ではあるが、行為者の主観面を重視することに

44 加藤・前掲(注13)113頁以下参照。

45 橋爪・前掲(注11)4頁「『受け子』は詐欺罪が既遂に達する前に犯行に關与したことになる。したがって、受領行為を実行行為の一部と評価するか否かにかかわらず、この場合の『受け子』の罪責は、承継的共同正犯の問題として、解決することが可能である。」とする。

46 仮に、共犯の關与がいつまでも可能であり、公訴時効が開始しないとすれば、不都合である。

47 樋口・前掲(注11)50頁以下参照。

は、躊躇を覚える。さらに、受領行為に詐欺を既遂に至らせる危険性があれば、終了前であるとの説明がある⁴⁸。この説明は、不能犯の判断が承継の判断に論理的に先行することを示唆しており、興味深い。いずれにせよ、仮に受け子の承継を認める場合、終了前といえる根拠を明らかにする必要があると思われる⁴⁹。

それでは、騙されたふり事案において承継を論じることができるとして、上記の諸学説を適用すると、どのような帰結が見込まれるであろうか。全面肯定説からは、問題なく承継を認めることになる。全面否定説からは、承継を認める余地はない。中間説からは、受け子がかげ子の行為の効果を積極的に利用した限度（これは、事案による）で、承継を認めることになる。限定的な中間説からは、かけ子による欺罔行為は、結果以外の事実であって、承継を認めることになろう⁵⁰。二元説からは、従犯としてであれば、承継を認めることができる。

イ 未遂犯における承継的共犯論——寄与すべき事実の要否

さて、既遂犯の承継の事案であれば、後行者には、少なくとも最終結果に対する因果的寄与が認められる。例えば、受け子が金員受領に至った事案であれば、詐欺既遂の最終結果（占有移転）には、因果的に寄与している。これに対して、騙されたふり事案のような未遂犯の承継の事案において、後行者が寄与できる最終結果は欠けているので、後行者が寄与すべき何らかの事実を必要と解すべきかが問題となろう。

この問題は、未遂犯を行為犯として構成するか、それとも、結果犯として構成するかという争い（前述 1. (1) 参照）と、一定程度リンクすると思われる。（実務の一般的傾向と考えられる）危険行為説からは、詐欺未遂罪の客観的成立要件としては、「人を欺いて」という行為の実行があれ

48 安田・前掲（注 7）126 頁参照。

49 騙されたふり事案における先行犯罪の終了時期について、富川・前掲（注 3）301 頁注（2）も参照。

50 橋爪・前掲（注 11）10 頁参照。

ば足りるのであるから、後行者が寄与すべき何らかの事実は不要ということになろう。そして、承継を肯定する立場を前提に、「人を欺いて」という要件に該当する事実の承継さえ認められれば、詐欺未遂罪の客観的成立要件が充足されたことになる。

以上の理解からは、騙されたふり事案の受け子は、構成要件該当事実に一切の因果的寄与を及ぼすことなく処罰が肯定されることになるはずであるが、このような帰結は、因果的共犯論の見地から疑問である。もし、未遂犯についてはおよそ因果的共犯論の射程外とする趣旨であれば、そのように解することができる根拠が問われよう。既遂事案の後行者においては、少なくとも最終結果との関係ではなお因果的寄与が認められていたことを軽視すべきではなからう。

また、後行者が寄与すべき何らかの事実は不要という理解からすると、承継を認めればそれ以上に不能犯を論じる必要はないはずである。なぜなら、不能犯論の任務は、未遂処罰を肯定するに足りる危険の有無を確認することに求められるところ、かけ子の行為に危険があり、その承継を認める以上、重ねて危険の有無を確認するのは蛇足と思われるからである⁵¹。それにもかかわらず、承継と不能犯の両方を論じた裁判例は⁵²、当事者の主張ないし原審の判示に応じたものであろうか。あるいは、受け子による構成要件該当事実への因果的寄与を一切認めることなく処罰することへの抵抗とみることもできるかもしれない。それは、正当な抵抗と考えられるが、危険行為説と両立させるのは困難ではないが、という疑問がある。

次に、未遂犯を結果犯として構成する危険結果説からは、後行者が寄与すべき何らかの事実として、未遂結果を必要と解するのが自然と思われる(前述 1. (2) イ参照)。論者は、危険結果説と限定的な中間説を前提に、

51 小林憲太郎「刑法判例と実務——第一九回未遂犯(中)——」判時 2330 号(2017年) 141頁参照。

52 ①、⑦、⑨は、承継を肯定した上で、さらに不能犯論をも検討しているように読める。

承継を肯定した上で不能犯をも論じている⁵³。これは、欺罔行為の要件は承継で、未遂結果の要件は不能犯で論じるものと思われ、その判断枠組みは説得的である。もっとも、(架電行為により発生した危険結果という意味における)結果の承継を否定する一方、結果以外の承継を肯定する根拠が必ずしも明らかではないことに、根本的な疑問が残る。

冒頭に掲げた裁判例の多くは、後行者が寄与すべき結果の要否という問題につきどのように解しているのか、必ずしも明らかではない。ただし、②と③は、受け子は、かけ子による欺罔行為によって生じた共謀加担前の危険に因果を及ぼしえないため、罪責を負わないとの判断を示したと読める。この背後には危険結果説があると思われ、筆者としては妥当な方向性と考えるが、判例がおよそ未遂犯について危険結果説を採用しているようにはみえないことから、判例相互の整合性の点に課題が残るであろう。

3. 不能犯論

(1) 判例と学説

ア 判例

最判昭和 25 年 8 月 31 日刑集 4 卷 8 号 1593 頁は、「不能犯とは、犯罪行為の性質上結果発生の危険を絶対に不能ならしめるものを指す」として、不能犯概念を正面から定義している。不能犯に関する判例については、「『方法の不能』の事案では、結果発生の可能性が科学的な根拠を問題としてかなり客観的に判断されている場合が多いが、その一部の判決及び『客体の不能』に関する判決では、一般人の危険感が援用されて、……具体的危険説に近い基準で未遂犯の成立が肯定されている」と指摘されており⁵⁴、

53 橋爪・前掲(注 11) 10 頁は、承継が肯定された受け子について「詐欺未遂罪の成立を認めることができるか否かは、Y [=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が生じたといえるかどうかという評価に依存する」とする。なお、受け子による危険の増大ないし維持を要求する門田・前掲(注 3) 121 頁も参照。

54 山口・前掲(注 17)『刑法総論』288 頁。

以下、方法の不能、客体の不能に関する（裁）判例を順次みることにする。

殺人未遂罪の方法の不能に関して、大判大正6年9月10日刑録23輯999頁は、殺意をもって硫黄粉末を服用させた事案で、殺人の方法として「絶対不能」であることを根拠に未遂成立を否定した。これに対して、最判昭和37年3月23日刑集16巻3号305頁は、殺意をもって静脈内に空気を注射したが、量が不足して目的を遂げなかった事案で、「被注射者の身体的条件その他の事情の如何によつては死の結果発生危険が絶対がないとはいえない」ことを根拠に、未遂成立を肯定した。同様に、覚せい剤製造未遂罪の方法の不能に関して、最決昭和35年10月18日刑集14巻12号1559頁は、触媒の増量により覚せい剤製造が可能であったことを根拠に、未遂成立を肯定した（これに対して、東京高判昭和37年4月24日高刑集15巻4号210頁は、原料が不真正であった場合に未遂成立を否定した）。以上は方法の不能の事案で客観的な判断がなされたものであったが、下級審裁判例の中には、方法の不能の事案で未遂成立を肯定する際に、一般人の危険感を援用したとみられるものもある。すなわち、福岡高判昭和28年11月10日判特26号58頁は、警察官が腰に装着していた拳銃を奪取してその引き金を引いたが、実弾が装てんされていなかった事案で、「制服を着用した警察官が勤務中、右腰に装着している拳銃には、常時たまが装てんされているべきものであることは一般社会に認められていることであるから、……その殺害の結果を発生する可能性を有する」として、殺人未遂の成立を肯定した。

次に、強盗未遂の客体の不能に関して、大判大正3年7月24日刑録20輯1546頁は、通行人から財物を奪取しようとした事案で、「通行人が懐中物を所持するが如きは普通予想し得べき事実なれば之を奪取せんとする行為は其結果を発生する可能性を有する」ことを根拠に、被害者が懐中物を所持していなくても、強盗未遂の成立が認められるとした。ここで、「普通予想し得べき」というのは、一般人の危険感を援用したとみられる。同様に、下級審裁判例ではあるが、広島高判昭和36年7月10日高刑集

14 卷 5 号 310 頁は、死体に対する殺人未遂の成立を認めた。

なお、最判昭和 51 年 3 月 16 日刑集 30 卷 2 号 146 頁は、いわゆるピース缶爆弾（タバコ缶にダイナマイトなどを充てんした手製爆弾）の導火線に点火して機動隊正門に向けて投擲したが、同爆弾の導火線の湿りないし固化のため点火しても途中で火が消えてしまうという欠陥があったため爆発しなかった事案である。同行為が、爆発物取締罰則 1 条にいう「爆発物ヲ使用シタ」に当たるかが争われた。一審及び二審がこれを否定したのに対し、最高裁は、具体的危険説を彷彿とさせる表現（「……一般人においてもそのように信ずる [= 導火線に点火すれば確実に爆発する構造、性質を有する爆弾であると信じる] のが当然であると認められる状況にあつたことがうかがえるのである。」）を用いるなどして、これを肯定した。同判決の争点が、実質的には爆発物使用罪実現の危険性の有無にあったことから、不能犯論の文脈で同判決を重視するものもある⁵⁵。たしかに、同判決は、たしかに一般人の危険感を援用するものといえるが、43 条の適用が問題になったわけではないから、その射程は 43 条の事案には及ばないであろう。

冒頭に掲げた裁判例の中で、①、③、⑤、⑦、⑨、⑩は、一般人の危険感を援用して危険を肯定したが、⑧は、一般人の危険感を援用しつつ、危険を否定した。これらに対して、②、④は、一般人の危険感を援用せずに、客観的な判断により危険を否定した。このような揺らぎは、騙されたふり事案が、方法の不能と客体の不能のいずれに分類されるかが必ずしも明らかでないことも影響しているかもしれない（後掲（2）イ参照）。

イ 学説

近時の学説において、未遂犯と不能犯の区別に関しては、具体的危険説

55 川田宏一「不能犯をめぐる問題とその事実認定について」警論 67 卷 4 号（2014 年）151 頁以下、中山隆夫「相手の存在を確認しないまま、一般的に人を殺害できる行為に及んだ場合と殺人（未遂）罪の成否」石川弘 = 松本時夫編『刑事裁判実務大系 第 9 巻』（1992 年）59 頁参照。

と客観的危険説が対立している。具体的危険説は、行為の時点で一般人に認識できる事実及び行為者が特に認識していた事情に基づいて危険を判断する見解である⁵⁶。これに対して、客観的危険説は、より客観的に危険を判断すべきだと主張する⁵⁷。このうち、従来、行為の時点で存在した事情に基づいて危険を判断する見解（以下、「狭義の客観的危険説」と呼ぶ。）が有力であったが、近時は、行為の時点で存在した事情について一定の仮定の置換を認める、修正された客観的危険説も有力化している⁵⁸。

筆者は、未遂犯の処罰根拠を外界に惹起された不都合な事態としての危険に求める見地から、事後的・客観的な判断を志向する客観的危険説が妥当であると考え。もっとも、純粋に事後的・客観的な判断をすれば、すべての未遂犯は不能犯となりかねないので、未遂処罰の余地を残すには、危険判断の基礎事情又はそこに適用すべき法則知識のいずれかについて、反事実的な置換を行う必要がある。この点、普遍性を備えた法則知識を置換せずに、歴史的に一回限りの事象である基礎事情の置換を許した方が、より安定的な判断が可能になるのではないか。そうすると、適用すべき法則知識を置換する狭義の客観的危険説⁵⁹よりむしろ、危険判断の基礎事情

56 井田・前掲（注41）412頁、大谷・前掲（注18）376頁以下、団藤重光『刑法綱要総論』〔第三版〕（1990年）168頁、野村稔『刑法総論 補訂版』（1998年）349頁、平野・前掲（注17）326頁等。実務家からの支持として、川田・前掲（注55）154頁、小泉・前掲（注7）94頁参照。

57 浅田・前掲（注37）383頁、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』（2008年）200頁、鈴木茂嗣『刑法総論（犯罪論）』〔第2版〕（2011年）190頁以下、曾根・前掲（注17）487頁、内藤・前掲（注17）1273頁以下、中山研一『刑法総論』（1982年）426頁、宗岡嗣郎『客観的未遂論の基本構造』（1990年）263頁以下、村井敏邦「不能犯」芝原邦爾ほか編『刑法理論の現代的展開総論』（1990年）182頁以下等。修正された客観的危険説の論者については、後掲（注58）参照。

58 佐伯・前掲（注17）350頁以下、佐藤・前掲（注17）83頁以下、高橋（則）・前掲（注31）『刑法総論』400頁、西田・前掲（注17）310頁以下、松原・前掲（注17）335頁以下、山口・前掲（注17）『危険犯の研究』165頁以下、同・前掲（注17）『刑法総論』289頁以下等。

59（科学的）一般人を基準とするのは、内山・前掲（注57）200頁、曾根・前掲（注17）488頁。

を置換する修正された客観的危険説に至ることになる。

(2) 騙されたふり事案と不能犯論

ア 不能犯を論じることの可否と学説適用の見通し

騙されたふり事案において、そもそも不能犯を論じることができるか、という問題が提起されている。すなわち、②は、「本件では、氏名不詳者が現にB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。」として、本件では不能犯を論じることができないとの立場を示したのである。

たしかに、騙されたふり事案は、従来想定されてきた不能犯論の適用対象とは若干異質である。しかし、②に対しては、受け子についても「犯罪の成否自体」が問題となっているという批判や⁶⁰、「すでに先行者につき詐欺未遂が成立していることにとらわれ、後行者との関係での問題の所在の把握を誤った」⁶¹ といった批判が向けられている。

それでは、どのような根拠から不能犯を論じることができるであろうか。仮にこれを否定すると、受け子が不可罰になってしまうというのは⁶²、結論の先取りであろう。また、「受領行為は実行行為である。実行行為であれば、不能犯が問題となる。」という思考がありうるが⁶³、形式的に過ぎる（前述1. (3) 参照）。結局、「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が、……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からの議論が必要」と考えられる⁶⁴。

60 ③参照。

61 安田・前掲（注3）146頁。

62 ③参照。

63 ⑤で引用された検察官の見解参照。

64 橋爪・前掲（注11）11頁。

それでは、騙されたふり事案に上記の諸学説を適用するとどうなるであろうか。第一に、具体的危険説を適用する際には、騙されたふり作戦について一般人が認識可能と考えるかどうかが決定的な意味を持つ。これを可能と考えるならば、騙されたふり作戦が判断のベースに置かれ、危険は否定される⁶⁵。これに対し、不可能と考えるならば、騙されたふり作戦は判断のベースから排除され、危険が肯定されることになる⁶⁶（いずれが妥当かについては後述ウ参照）。第二に、狭義の客観的危険説を適用した場合、騙されたふり作戦が判断のベースに置かれる以上、危険は否定されることになるであろう⁶⁷。第三に、修正された客観的危険説の論者は、「現実に電話をかけられた被害者ではなく、仮定的に考慮されうる被害者」への置き換えを許すことにより、危険を肯定する⁶⁸。もっとも、「未遂結果とは『客

65 ⑧は、「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うる一般人でなければならない」との見地から、騙されたふり作戦を判断のベースに置いた。

66 ①、③、⑤、⑦、⑨、⑩参照。

67 ④が受け子が依頼を受領した時点で「詐欺による結果惹起は不能」と判示したことは、狭義の客観的危険説と親和的である（この判示に対して⑤も、「純客観的に本件詐欺の危険性の有無を判断したものと理解される」と評価し、批判している。）。また、②も、「この時点 [受け子が共謀加担した時点] では、詐欺既遂の現実的危険も消失していた」と判示し、また、受領行為が「危険に何ら寄与するものではない」と判示しており、狭義の客観的危険説的である（もっとも、同判決がそもそも不能犯を論じること自体を拒否していることについては、直前の本文で述べた通りである。）。なお、具体的危険説的な基準を適用した裁判例の中で、狭義の客観的危険説的な表現が、問題の所在を示すために登場することがある。「狭義の客観的危険説的な発想からは危険が存在しないようにもみえるため不能犯論が問題となるが、具体的危険説を適用すれば危険は認められる」という流れを観取できる裁判例として、①、③、⑤、⑩を挙げることができる。これらは、狭義の客観的危険説を、具体的危険説のいわば露払いとして用いるものといえよう（①では「現実的危険」がない、③では危険が「実際は」ない、⑤では危険が「純客観的に」はない、⑩では「実際に結果発生が不可能」という評価が示され、その後、一般人の見地から危険が肯定されている）。

68 橋爪・前掲（注11）13頁。修正された客観的危険説が、客観面を重視しつつも、騙されたふり事案で受領行為時の危険を肯定するに至るのは、一見不自然である。しかし、修正された客観的危険説は、受領行為時の危険を判断するといっても、それより遡った時点における事実の置換を認めるものである以上、危険を肯定するに至ること自体は理解できる。なお、和田俊憲「不能犯の各論

体に対して侵害が切迫した事態』を意味するから、『客体』についての仮定的置換は許され [ない]⁶⁹ と考えられるから、仮定的被害者への置換は認められず、あくまで当該具体的な被害者との関係でのみ危険を認めるべきであろう。例えば、かけ子が被害者の息子を装ったが、被害者が息子に電話で確認して嘘を見破ったという場合であれば、「被害者が息子に電話をかけなかった、あるいは、かけてもつながらなかった⁷⁰ というありえた事情への置換によって危険を肯定できるのに対し、かけ子が被害者の息子を装ったが、被害者は一人暮らしの大学生（18歳）であったため嘘を見破ったという場合であれば、基本的に、受け子はもちろんかけ子についても危険を肯定することは困難であると考ええる。

イ 客体の不能か、方法の不能か

判例は、方法の不能事案では客観的判断を、客体の不能事案では一般人基準的判断を用いる傾向がある（（1）ア参照）。この傾向に照らせば、騙されたふり事案がいずれの類型に当たるかは、非常に重要な意味を持つ。この点、①～⑩は、いずれの類型に当たるかについては明示していない。学説の評価は分かれており、「騙し足りなかったという限りで方法の不能と見うる事案⁷¹ とするものもあれば、「詐欺既遂の客体として錯誤者が要求されると考えれば、本件のような事案は客体の不能に分類するのが自然⁷² とするもの、「交付される現金が模擬現金であることから、客体の不能に関する従前の裁判例によれば、いわゆる具体的危険説による危険判断がなされており、本判決もこれに従うものである⁷³ とするものもある。

的分析・試論の覚書』『町野朔先生古稀記念 刑事法・医事法の新たな展開 上巻』（2014年）239頁は、領得罪のように、既遂犯の刑の大部分が予防で基礎づけられる場合、抽象化された危険性による予防が可能であるとの見地から、詐欺罪を含む領得罪については、客体の置換が可能であると説明する。

69 松原・前掲（注17）336頁。山口・前掲（注17）『危険犯の研究』168頁参照。

70 小林・前掲（注51）142頁。

71 安田・前掲（注3）146頁。

72 小林・前掲（注51）141頁。

73 門田・前掲（注3）121頁。

仮に、上記の傾向が決定的な意味を持つのであれば、錯誤論における具体的符合説が客体の錯誤と方法の錯誤の区別に注力するのと同様、いずれが正しいかの判断が必要となろう。しかし、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。そうすると、騙されたふり事案は、現金様の物という点では客体の不能、騙し足りなかった点では方法の不能という、二重の性質を備えているとみておけば足り、どちらか一方に決める必要はないと考えられる。

ウ 騙されたふり作戦は一般人に認識可能か

(1) イで述べたように、具体的危険説を採用する場合、騙されたふり作戦について一般人が認識可能と考えるかどうか、処罰の可否を左右する。この点、㉓は、「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」とする。その根拠は必ずしも明らかではないが、未遂の処罰根拠を社会心理的衝撃に見出す発想（印象説）が、背景にあるのかもしれない⁷⁴。結論としては、騙されたふり作戦が判断のベースに置かれるから、危険の発生が否定されることになる。

これに対して、㉓の上級審である㉔は、「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。」と述べて、騙されたふり作戦について一般人は認識不可能とみた。他の多くの裁判例も、騙されたふり作戦について一般人は認識不可能とみている⁷⁵。

学説においても、騙されたふり作戦は一般人に認識できないとの結論が一般的であるように見えるが⁷⁶、「一般人」が被害者側の事情を観察しえな

74 松原・前掲（注17）334頁注58は、「行為規範論の観点からは、行為者の立場に置かれた『一般人』が想定され、社会心理的衝撃の観点からは、被害者または第三者の立場に置かれた『一般人』が想定されるであろう」とする。

75 騙されたふり作戦は一般人に認識できないという立場を示すのは、㉑、㉒、㉓、㉔、㉕、㉖。

76 安田・前掲（注3）146頁は、「被害者側の事情をそのまま認識してなお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であり、具体的危険説の立

いとする根拠は、必ずしも明らかではないように思われる⁷⁷。

終わりに

承継的共犯は全面的に否定すべきであるから、騙されたふり事案の受け子に、かけ子の罪責の承継を認めることはできず、したがって、詐欺未遂罪の共犯の責任を問うことはできない。不能犯論については、修正された客観的危険説を採用すべきであり、かつ、被害者の置換を許すべきでない。それゆえ、騙されたふり事案の受け子については、当該具体的被害者との関係では危険を認めうるが、仮定的な被害者との関係では危険を認めえない⁷⁸。

本稿では、紙幅の都合で、裁判例の検討、正犯性に関する検討、詐欺未遂以外の罪が成立する可能性の検討を行うことができなかった。これらの点については、別稿を予定している⁷⁹。

木村裕三先生の学恩に深く感謝し、本稿を捧げる。

【付記】本研究は、名城大学総合研究所「現代国際・比較刑事法学研究センター」の研究成果の一部である。

場と相容れないものである。」とする。加藤・前掲（注13）115頁注12、是木・前掲（注5）166頁、前田・前掲（注8）6頁も参照。

77 もっとも、小林・前掲（注51）141頁は、「一般人の『立ち位置』を定める基準は原理的に存在しえない。」とする。たしかに、そのような原理は一般人概念に内在しないかもしれないが、外在的には存在しうるのではないだろうか。例えば、違法性の本質論である行為規範論や、未遂犯の処罰根拠論である印象説が、一般人概念を左右する可能性につき、前掲（注74）参照。

78 中野正剛「不能犯論・覚書」川端博ほか編『理論刑法学の探求⑨』（2016年）225頁も、騙されたふり事案で詐欺未遂罪を認めることを、否定的に評価するようである。

79 名城ロー41号に掲載予定。