OUKA
The University of Osaka
Institutional Knowledge Archive

Title	特殊詐欺事案における故意と共謀
Author(s)	品田, 智史
Citation	阪大法学. 2018, 68(3), p. 161-194
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/87164
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

https://ir.library.osaka-u.ac.jp/

The University of Osaka

特殊詐欺事案における故意と共謀

品田智史

第一章　はじめに
　第一節　問題の設定
　第二節　前提の確認
第二章　特殊詐欺の故意について
　第一節　受け子の関与態様と故意の対象
　第二節　覚せい剤密輸事案の運び屋との対比
　第三節　特殊詐欺事案の裁判例における故意の認定
第三章　特殊詐欺の共謀について
　第一節　問題となる共謀成立時点とその対象
　第二節　意思連絡について
　第三節　共同正犯と幇助犯との区別について
第四章　おわりに

（阪大法学）68（3-161）643〔2018. 9〕

第一章　はじめに

第一節　問題の設定

近時、特殊詐欺[1]の受け子の罪責が問われた裁判例が多く登場し、話題になっている。特殊詐欺事案においては、複数人の役割分担に基づいて犯行が行われているのが通例であり、被害者に電話をかける者は「架け子」、被害者から交付された被害金銭等を受け取る者は「受け子」と呼称されている。このような事案においては、犯人として身柄を確保され訴追されるのはほとんどの場合受け子に限られるが、受け子が犯行に関与するのは、通常、欺罔行為が行われた（詐欺が開始された）後であり、そのため、承継的共同正犯が問題となる。また、このような類型において受け子を確保するために、詐欺に気づいた被害者側が捜査機関と協力して犯人側の要求通り行動しているふりをする、いわゆる「騙されたふり作戦」が用いられることから、受け子の加担時点で既に詐欺の結果発生の危険がないのではないかという問題も生じる。以上二点につき、昨年末に、最高裁判所がはじめて判断を示したことは記憶に新しいところである[2]。

本稿では、それら二点ではなく、いわばその前提となる問題、すなわち、受け子の故意と共謀について取り上げたい。特殊詐欺事案において、受け子が当該特殊詐欺の故意を有していたかどうか、及び、受け子に架け子等のいわゆる首謀者側との共謀が認められるのかという点について、前記最高裁判例は特に問題視しなかったが、下級審裁判例においては非常に重要な争点となっており、そもそもこの部分で結論が分かれる例が多く見られる。そのように判断が分かれる原因は、問題となる特殊詐欺事案の特徴にある。受け子は、特殊詐欺の組織には属しておらず、首謀者側からの個別の依頼に応じてその都度仕事を引き受けることがほとんどであり、特殊詐欺の全貌を熟知して

いることは滅多にない。また、架け子等の首謀者側の人間は、受け子が訴追され判決を受ける間も判明することなく、結局のところ、特殊詐欺組織の全容は不明のままであることが多い[3]。

他方、詐欺罪をはじめとする財産犯の故意の具体的内容やその認定方法については必ずしも議論が十分ではないように思われる。裁判員裁判導入時、故意は、難解な法律概念の一つとして詳細な検討の対象となった。しかしながら、そこで取り扱われたのは、裁判員裁判の対象となる犯罪、とりわけ殺人罪の故意（殺意）が中心であり、それ以外の犯罪について念頭に置かれたものではなかった。また、検討の目的は、裁判員裁判を円滑に進めるために、どのような説明をすれば故意の認定方法を裁判員にわかりやすく伝えることができるかということが中心であったことから、その理論的厳密性は必ずしも十分ではなく、今回のように、いわば故意の下限が問題となる事例においてはっきりとした結論は示されていなかった[4]。共謀に関しても、一般論としては黙示の共謀で足りると説明されるものの[5]、具体的事案におけるその限界については、今まで必ずしも示されていないところである。したがって、特殊詐欺事案における受け子の故意及び共謀についての検討を行うことは、両概念の限界を探るという意味で、主観面に基づく刑事責任の限界を画することの一助となると言える[6]。

第二節　前提の確認

特殊詐欺事案における受け子の故意と共謀を検討する前に、故意の（共謀）共同正犯の成立要件について、現時点での判例・学説が前提としているところを確認しておきたい。もちろん、共謀共同正犯の要件は論者によって多種多様であり、それぞれについての詳細な検討を本稿で行うことはできない。そのため、ここで確認するのは、裁判例に反映されるいわゆる「実務」がどのような要件により共謀共同正犯を判断しているのかである。

第一款　（共謀）共同正犯の成立要件について

共同正犯（刑法六〇条）の成立要件について、伝統的には、実行共同正犯と共謀共同正犯の二つに区別して整理されていた(7)。もっとも、そのような整理は、共同正犯とは実行共同正犯を通常意味するのであり、共謀共同正犯は限られた場合に例外的にのみ認められる、といった考え方に基づくものであったと解される。共謀共同正犯を肯定することが一般的となっている現在では、共謀共同正犯と実行共同正犯の差異は、実行行為を共謀者全員が担当するのか否かでしかないとの考え方も有力に主張されている。しかも、この考え方による場合、共同正犯とは共謀に基づいて実行行為が行われる場合であり、実行共同正犯とは、当該実行行為を共謀者全員が行う場合であるなどと、共謀共同正犯が共同正犯の原則形態かのような説明も行われているのである(8)。

実務上も、刑事手続における犯罪の記述方法（「公訴事実」や「罪となるべき事実」）においては、実行共同正犯と共謀共同正犯とを区別することなく、他の共同正犯者との共謀と、それに基づいた構成要件該当事実の実現という形で共同正犯が記述されているのが通常である(9)。

もっとも、そのような（共謀）共同正犯の中核となる要件である「共謀」の内容は、必ずしも明確ではない。より正確に言えば、実務における「共謀」概念には、共同正犯の成立に必要とされている複数の異なる要素が混在しているとされている(10)。まず、共同犯行の双方向的認識として、共犯者間の意思の連絡が共謀の要素として挙げられている。この意思連絡について、客観的な謀議行為は必ずしも必要ではなく、状況によっては黙示によるものでも足りるとされている(11)。また、共同正犯者全員が相互に意思を通じている必要はなく、中間者を通じて意思連絡が全体として認められる場合もある（いわゆる順次共謀(12)）。この意思連絡の要素を欠く場合、片面的共同正犯となり、判例・通説によれば共同正犯は成立しない(13)。

次に、「共謀」概念には、狭義の共犯（教唆・幇助）と共同正犯との区別という意味で、共同「正犯」性を基礎づける要素も含まれている。「共謀」は、その辞書的意味に基づけば、犯罪を共同遂行するという合意を意味することになるはずであるが、前記の正犯性という要素には、それには解消することのできない事情（犯罪行為への寄与の重要性・不可欠性、行為者の動機など）が含まれている。(14)

第二款　共同正犯の主観的要件

第一項　故意の対象

故意の共同正犯の場合、共同正犯者にはもちろん故意が必要である。そして、単独正犯を修正した構成要件である共同正犯の場合、その認識である故意の内容も必然的に修正される。単独正犯の場合、行為者は構成要件該当事実を全て認識することが必要であるが、この点は、共同正犯（共犯）も同様である。前述のように自身が実行行為を（一部）分担していない場合であっても共同正犯は成立しうるが、他の分担者が担当する構成要件該当事実を認識していなければ、故意犯の共同正犯を認めることはできない。(15) もっとも、共同正犯となる者は、詳細な犯行計画を熟知しているなど、犯罪計画の詳細にわたってすべて認識している必要はないとされている。(16) さらに、犯罪の性質によっては、犯罪計画の内容を必ずしも具体的に決定することなく犯罪実行の決意のみを連絡協議し、その実行に関する具体的内容の決定は実行者の便宜に任せてもよいとすらされている。(17) したがって、共同正犯の場合、自己が担当する部分に比べて、他人が担当する部分については、故意の要求が事実上緩和されることになると言ってよいであろう。もちろん、単独正犯の場合にも、故意の要求として犯罪事実の詳細な内容を具体的に認識している必要はないとされており、また、概括的故意や不確定故意という形で、抽象的・択一的な認識でも故意は認められて

いるところではある。また、いわゆる素人的な意味の認識があれば故意を認めるのに足りるとされている以上、「殺人」や「詐欺」を共犯者が共同犯行として行う旨の認識さえあれば、理論的に問題はないとされている(18)。しかしながら、単独正犯の場合であれば通常ありえないような認識であっても共同正犯の場合には故意犯を認めることができるという意味で、故意犯の成立範囲は、共同正犯という概念を介して、事実上拡張されているとの評価も可能であろう。

第二項　故意の程度

共同正犯に関しては、故意の程度についても議論がある。共謀共同正犯の成立要件に関する判例として著名な最決平成一五年五月一日刑集五七巻五号五〇七頁（スワット事件）は、暴力団の組長である被告人が、同人を専属で護衛するスワットと呼ばれるボディガードに自身を護衛させるために拳銃を所持させたとして、銃砲刀剣類所持等取締法違反の共同正犯が問題となった事案について、被告人とスワットらの黙示の意思連絡を認めるなどして共同正犯を肯定したが、その際、「被告人は、スワットらに対してけん銃等を携行して警護するように直接指示を下さなくても、スワットらが自発的に被告人を警護するために本件けん銃等を所持していることを確定的に認識しながら、それを当然のこととして受け入れて認容していたものであり、そのことをスワットらも承知していた」と述べた。このことから、一定の事例においては、共謀共同正犯を認めるためには、確定的認識が重要な要素となるとの理解が示された(19)。

もっとも、その後、最決平成一九年一一月一四日刑集六一巻八号七五七頁は、被告人らが代表取締役を務める会社の保管する廃棄物の処理をAに委託したところ、当該廃棄物の入ったドラム缶が不法投棄されたことが、廃棄物

処理法における不法投棄罪に問われた事案について、「被告人五名は、Aや実際に処理に当たる者らが、同ドラム缶を不法投棄することを確定的に認識していたわけではないものの、不法投棄に及ぶ可能性を強く認識しながら、それでもやむを得ないと考えてAに処理を委託したというのである。そうすると、被告人五名は、その後Aを介して共犯者により行われた同ドラム缶の不法投棄について未必の故意による共謀共同正犯の責任を負うというべきである」として、実行行為をおよそ分担していない者について未必の故意による共謀共同正犯を認めており、少なくとも最低条件としては、共謀共同正犯の成立のためには未必の故意で足りるという理解になるであろう[20]。

第三項　不法領得の意思について

本稿の題材である特殊詐欺事案の場合、領得罪の条文にない要件である不法領得の意思が故意とは異なる主観的超過要素として必要とされている[21]。判例・通説の立場に従えば、不法領得の意思の内容は、被害客体の一定程度の利用可能性侵害の認識（権利者排除意思）、及び、当該被害客体から直接効用を享受する意思（利用処分意思）ということになる。

行為者が不法領得の意思を持たず、共犯者も同意思を持っていないと認識（誤信）している場合、行為者に主観的違法性や責任を認めることはできず、領得罪の成立を認めることはできないであろう[22]。問題は、行為者が共犯者に同意思があることを認識している場合である。そのような認識があれば、自分たちの犯行により一定程度の利用可能性侵害が生じることの認識があることになるため、行為者自身にも権利者排除意思が認められることになるであろう。他方、利用処分意思に関しては、いわゆる第三者領得の場合も無限定に利用処分意思を認めてよいかどうかが問題となる。肯定するのであれば、共犯者に利用処分意思があることを認識していれば行為者自身にも（共犯

者に利用させるという）利用処分意思が認められる。他方、第三者領得の場合には実質的に自己が領得したのと同視できる場合にしか利用処分意思を認めないという有力な見解に立てば、共犯者の取得が自己領得と同視できるのか、及び、受け子自身が報酬を受け取ることをもって被害客体から直接効用を享受したと言えるかどうかが問題となるであろう[23]。ただし、裁判例においては、受け子の不法領得の意思の有無、内容について問題とされたことはない。

第二章　特殊詐欺の故意について

第一節　受け子の関与態様と故意の対象

第一款　詐欺罪の構成要件に照らした受け子の関与態様

以上の前提のもとで、特殊詐欺事案における受け子の故意及び共謀について検討を行う。まず、裁判例において問題となっている故意及び共謀の内容に関する問題点を具体化するために、特殊詐欺事案における受け子の関与の理論的な確認を行う。特殊詐欺は、架け子の被害者に対する欺罔行為にはじまり[24]、欺罔された被害者が交付した財物（主に現金[25]）を受け子が受け取ることによって完成する[26]。近時の裁判例において問題とされる受け子の関与態様は、大きく二つの類型に分けられている。第一は、架け子の依頼を受けた受け子が、被害者方に赴いて財物を受け取る現金手交型である。第二は、架け子が欺罔行為によって被害者に財物の配送を指示し、受け子が指示された配送先で待機して配送業者から財物を受領するという現金送付型である[27]。

現金手交型でも現金送付型でも、受け子の行為態様は被害客体を受け取ることであるが、詐欺罪の成立要件との関係でのその意味合いは異なる。現金手交型の場合、架け子の先行する欺罔行為によって被害者が錯誤に陥ってい

ることが通常だが、場合によっては、受け子自身の挙動が、被害者の既に陥った錯誤を維持・強化する役割を有していたという意味で欺罔行為を構成する可能性がある[28]。また、事案によっては、受け子自身の行為のみが財物移転に向けられた直接の欺罔行為と評価できる場合もありうる。

これに対し、現金送付型の場合、受け子は、配送業者によって配達された財物を受領し詐欺罪を完成させることのみを役割としている。その際、被害者は錯誤に基づく交付をすでに完了しており、受け子がその錯誤に関与することはない。現金送付型の場合、受け子は、場合によっては偽名で配送業者から荷物を受け取ることがあり、その点に着目して、受取人名を偽った配送業者に対する詐欺を構成することは不可能ではないかもしれない[29]。もっとも、そのような運用は実務では行われておらず、学説においても否定的な意見が示されている[30]。

現金送付型について、受け子の受領行為が詐欺罪の実行行為に該当するか否かが裁判例において問題とされている場合がある。この点、受領行為に詐欺罪の実行行為性を認めている裁判例もあれば、実行行為性には触れることなく、共同正犯の正犯性を認めるために受領行為の重要性（不可欠性）のみを指摘する裁判例も存在する。他方、恐喝の事例ではあるが、受領行為が実行行為に該当しないことを明示した裁判例[31]が存在する。もっとも当該裁判例が実行行為性を否定した理由は、受領者にいわゆる正犯意思がなかったことにあった。すなわち、実行行為を行う者が正犯に限られるという発想から、正犯意思のない者の行為は実行行為ではないとの判断を示したものと解され、基本的に共同正犯とされている特殊詐欺事案の受け子の受領行為に直ちに妥当するものではない。

冒頭に挙げた特殊詐欺事案に関する最決平成二九年一二月一一日は、現金送付型の受け子の受領行為について、「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」として、架け子の欺罔行為と一体の行為であると評価している。このことが、受領行為を実行行為として評価したことまで意味するのか

は明らかではないが、いずれにせよ、受け子の受領行為によって詐欺罪がはじめて完成するものと解されている。

第二款　問題となる受け子の故意の対象

受け子の関与態様の理論的検討は、受け子が、どの時点でどのような認識を有していることが詐欺罪の共同正犯の成否に必要なのかという点に関係する。現金送付型の場合、受領行為時点で詐欺罪が既に終了しているのであれば、受領時点の受け子の認識は詐欺罪の成立に直接影響を及ぼすことはなく、受け子の依頼を受けた時点から詐欺罪終了時期までの受け子の知情内容を推認する間接事実にとどまることになる。これに対して、受領行為によって詐欺罪が初めて完成すると解するのであれば、（承継的共同正犯を認めることを前提に）受け子が財物を受領した時点での知情が詐欺罪の成否を直接左右することになる。

そして、受け子は、受領行為の外形的事実自体は明らかに認識しているので、特殊詐欺の故意を認めるためには、詐欺罪の成立要件であるその他の要素、すなわち、架け子による欺罔行為と被害者の錯誤、及び、それに基づく財物の交付を経て、当該財物が自分の元に来たことの認識が必要になる(32)。もっとも、特殊詐欺事案の性質上、受け子がそれらの要素の具体的内容を知悉していることはほぼ考えられない。そのため、実際には、前記要素をいわば縮めた概括的な認識、すなわち、自身が受け取った財物が（特殊）詐欺の被害品であることの認識の要求で足りるとされているのであり、かつ、その認識は未必的なものでよい以上、その一定程度の可能性を認識していることが認定できれば十分ということになる(33)。

第二節　覚せい剤密輸事案の運び屋との対比

第一款　覚せい剤密輸事案における覚せい剤の認識

このような特殊詐欺事案における受け子の故意の認定に関する問題は、覚せい剤密輸事案（携行型）の運び屋と対比されることが多い。どちらも首謀者から依頼を受けて物品を首謀者のもとに届けるという意味で類似性をもつほか、覚せい剤密輸事案において、運び屋は運んでいる物が覚せい剤であることを知らなかった旨の弁解をすることが多く、そのことが、受け取った物が詐欺の被害品であることを知らなかった旨の受け子の弁解と共通性を有するからである。したがって、覚せい剤密輸事案における運び屋の覚せい剤の認識に関する理解を確認しておくことが有用である。

この点、最決平成二年二月九日集刑二五四号九九頁は、「被告人は、本件物件を密輸入して所持した際、覚せい剤を含む身体に有害で違法な薬物類であるとの認識があったというのであるから、覚せい剤かもしれないし、その他の身体に有害で違法な薬物かもしれないとの認識はあったことに帰することになる。そうすると、覚せい剤輸入罪、同所持罪の故意に欠けるところはない」として覚せい剤輸入・同所持罪の故意を認めた。この裁判例は、「身体に有害で違法な薬物という類の認識があり、覚せい剤を除外するという認識がなければ、覚せい剤についての未必の故意が認められる」ということを示したものとされており、実務上、「身体に有害で違法な薬物であるとの認識」という立証がなされさえすれば、それ以上の立証がなくとも覚せい剤についての未必の認識を認めることができるとされている[34]。もっとも、この裁判例についての理論的な理解は分かれている。一つの読み方は、故意の対象として具体的な構成要件の認識は不要であるという実質的故意論や不法責任符合説の立場を前提に、薬物犯罪においては前記類の認識さえあれば十分であるというものである。もう一方は、具体的構成要件の認識を必要とする伝

統的な故意の理論に立脚した上で、覚せい剤が我が国においては違法薬物の代表例であるという社会通念を前提に、類の認識があればその可能性の一つとして覚せい剤の未必的認識が通常含まれているという事実認定のルールを示したものであるという読み方である。(35)

他方、特殊詐欺の場合、「受け取った物品が、特殊詐欺の被害品である」という受け子の認識の立証がなくとも、当該状況下で「何らかの違法な行為に関わる」あるいは「違法な行為に由来する物品の受領」という認識だけで、詐欺罪の故意を認めてよいかどうかが問題となる。この点、関税法違反や銃砲刀剣類所持等取締法違反の事案において、「ヤバイ物」（何か不審な点のある物）や「禁制品」という認識だけでは各犯罪の故意を認めなかった裁判例が存在する。(36) また、薬物犯罪の場合、違法で有害な薬物の密輸や所持という限度で違法行為の類型として類似しているが、特殊詐欺事案の場合、特に現金送付型においては、ヤミ金の支払い、マネーロンダリングの一環、薬物取引等、考えられる違法行為の類型は多様であり、受領自体が犯罪とは言えない場合すら含まれる可能性がある。そのような場合、それらを包括する認識の存在のみをもって故意責任を認めることは、前記実質的故意論や不法責任符合説の立場によっても困難であろう。他方、前記裁判例の判示を事実認定のルールを定めたものであると解したとしても、覚せい剤密輸事案の場合との事実認定の類似性等について更なる考察が必要となる。

第二款　覚せい剤密輸事犯における推認過程との対比

この点に関して、覚せい剤密輸事犯における運び屋と特殊詐欺事案における受け子の類似性を強調し、両者の推認過程を詳細に検討した実務家の論稿が存在する。(37) 同論文によれば、運び屋が覚せい剤を直接携行して密輸を行った場合の犯意立証過程は以下のようになるとされる。すなわち、犯行が密輸組織の関与によるものであることを前

提に、①密輸組織は運び屋に高額な物を運ばせる以上、覚せい剤の確実な回収措置を図るはずであり、当該運び屋は、委託された物の回収について指示又は依頼を受けた上で委託された物を持って来日したことが推認できる。②荷物を誰かに渡すためだけに、人ひとりに対し、航空運賃やホテル滞在費用等をかけて渡航させるのは、委託物の中に隠された密輸品を運ぶためと通常考えられる。③密輸品として考えられる物としては、あえて別物と確信できるだけの特段の事情がない限り、覚せい剤を含む違法薬物が考えられる、と。[38] そして、現金手交型の特殊詐欺事案の受け子についてはこの犯意立証過程が参照可能であり、①特殊詐欺組織は、受け子から詐取金の確実な回収を図っている。②手間や金をかけて、被害者と面識のない者を受領者として被害者に引き合わせることは、特段の事情がない限り、正当な社会経済的見地からすると不自然、不合理であって、被害者から物を受領する行為が違法行為に関わると考えられる。③我が国において、特殊詐欺が社会問題化していることは顕著な事実であり、積極的に啓蒙活動が行われており、さらに、近時、現金手交型はオレオレ詐欺の約八割を占める典型的な手法で摘発・報道も多い。したがって、あえて詐欺以外の違法行為であると確信できるだけの特段の事情が認められない限り、詐欺を含む違法行為による財物の受領であることについて、少なくとも未必的認識が認められる、と。[39]

本論文は、現金手交型を想定しているが、現金送付型についても、わざわざ配送物を受領するだけの者（しかも場合によっては偽名）を用意しておくことは、特段の事情がない限り、正当な社会経済的見地からすると不自然、不合理であるとして②と類似の内容が認められるものと解される。[40] 他方、③については、問題がある。すなわち、覚せい剤密輸の場合には、①②の過程を経れば、③のように密輸品として覚せい剤を含む身体に有害で違法な薬物との導出が可能であるのに対し、特殊詐欺事案に関しては、①②を経た後に、詐欺罪の故意を認めるために、特殊詐欺が社会問題化していることが顕著な事実であることに加え、「現金手交型が特殊詐欺事案の典型例であること」

の指摘がなされている。密輸品として通常想定されるのは違法薬物であり、覚せい剤が違法薬物の代表例であるという社会通念に相応させるために、前者に加えて後者も挙げたのかもしれないが、後者を重視すれば現金送付型は特殊詐欺の典型例ではないのでこの推認過程は直ちに用いることはできないという結論になりかねない。

むしろ、問題は特殊詐欺事案類型内部の典型例か否かではなく、現金手交型・送付型それぞれについて「当該状況下における受領行為の典型例が特殊詐欺の被害品受領である」ということが、「密輸品の典型例の一つが違法薬物である」ことと同程度に、社会的評価として浸透しているかどうかであろう。その意味で、特殊詐欺内部における手口の割合はそこまで重要ではない。ただし、そのような社会的評価を前提にできるとしても、覚せい剤密輸入事案が、行為者が持ち運ぶ物の内容の認識のみを問題とするのに対し、特殊詐欺事案においては、受け子の認識として、受領する物の内容だけではなくその背景も必要とされている点からすれば、推認を補強するさらなる事情が要求されるべきであるように解される(41)。

第三節　特殊詐欺事案の裁判例における故意の認定

以上の観点から、特殊詐欺事案の受け子の故意が問題となった近時の裁判例を検討する。

第一款　現金手交型

第一項　故意否定例

現金手交型についてA．松江地判平成二八年一月二〇日判時二三一二号一三四頁②事件がある。本件は、被告人が、知人であるXから、自身の代わりに書類と現金を用意して東京から松江まで行って書類と現金を受け取って欲

しいと依頼され、報酬もなく松江に向かった上で、偽名の預り証などを用意して被害者から現金を受け取った行為が特殊詐欺の受け子にあたるとして起訴された事案である。裁判所は、依頼の経緯からXが被告人に対し、依頼関係の詳細を明示しないまま正当な会社業務であるとの前提でなし崩し的に依頼を承諾させていたと認められるとした。その上で、被告人が多額の経費をかけて金を受け取り、その際に偽名を用意してスーツを着用していた点などは故意と共謀を推認させるものであるとしながらも、それを防げる様々な間接事実を挙げた上で、最終的に、被告人が何らかの犯罪に関係するものであるとの認識を生じさせたとはいえないとして、無罪判決を下した。

第二項　故意肯定例

故意を認めた裁判例として、まず、B．東京高判平成二七年一月三〇日高刑速（平二七）号五七頁は、被告人が氏名不詳者の依頼により、偽名を名乗って、領収書を作成し、会社員として被害者方に行くように依頼され、被害者から現金を受け取ったという事案に関するものである。裁判所は、以上の事実からは、被告人の行為が詐欺行為に関わっているかもしれないことは容易に認識可能で、そして、被告人は、現金を受領することも認識していたものといえる。このように自己の行為が詐欺行為に関わっているかもしれないこと、受領する物が現金であることを認識していたのであれば、被告人としては、自分の行為が詐取金受領行為であるかもしれないと容易に推察できるはずである。そうすると、客観的事実だけからも詐欺の未必的な故意があったものと推認できるとして、原審の無罪判決を破棄した。

次に、C．東京高判平成二七年六月一一日判時二三一二号一三四頁①事件がある。被告人が、被害者方前路上において、被害者に対し偽名を名乗り、現金（「一〇〇万円」と大きく書かれた偽券入りの信用金庫の封筒）の交付

を受けようとしたという事例について、東京高裁は、「被告人は、見ず知らずの氏名不詳者から、渡された携帯電話機を通じて指示された場所に赴き、偽名を用いて相手（被害者）から荷物を受け取るという仕事を持ちかけられ、それだけで相当高額な報酬が得られるという説明であったのであるから、それが何らかの違法な行為ではないかと疑うのは当然のことであって、被告人においても、少なくともそのような疑いを抱いていたことは明らかである。そのような状況において、被告人は、相手から『二〇〇万円』と大きく記載された封筒を示され、何らためらいもなく受け取ったことからすれば、封筒を示された時点で、それが現金を騙し取る詐欺であると容易に認識したものであることは優に推認できる」として故意を認めた。

また、D．東京高判平成二九年一一月一〇日公刊物未登載は、法律事務所の使いの者を装って高齢者から財物を受領したという事案に関する。原判決は、被告人の雇用形態や業務内容は通常の配送業務から大きくかけ離れたものであったことからすれば、それなりの社会的経験を有している被告人は、何らかの違法行為に関わるものである可能性を認識していたと考えざるをえないところ、本件の受領行為の態様から通常想定される違法行為の類型としては、本件のような特殊詐欺がその典型であって、それを認識できないような特殊の事情があることをうかがわせる証拠はないと指摘し、未必的故意を認めた。それに対し、東京高裁は、通常の配送業務や雇用形態と異なることからなぜ特殊詐欺の故意が導けるのかの説明が不十分であるとし、詐欺グループの指示役らは被告人に詐欺であることを隠して受取役をさせた可能性も否定できないことから、被告人が詐欺行為に加担していることを認識できたといえる事情があったか否かを慎重に検討すべきであるとした上で、結論的には、前記の仕事の異常性に加えて、法律事務所の事務員という身分を偽って荷物を受け取るという行為態様からすれば、相手をだまして物を受け取る行為、すなわち、何らかの詐欺行為に加担させられているのではないかと認識できるはずであるとして、未必の故

意を認めた。[42]

肯定例と否定例の分かれ目は、外形上異常な仕事であることが、何らかの犯罪に関与することの認識を生じさせるものであったかどうかについての評価の違いにある。上記認識が肯定される場合、Dの原審が、そのような違法行為の類型として通常想定されるものとして特殊詐欺の受領行為を直ちに導き出したのに対し、東京高裁は、それだけでは推認のためには不十分であるとして、受け子の行為態様の内容をさらに挙げている。他方、BやCの裁判例は、一見すると、違法な行為ではないかという疑惑があれば直ちに詐欺罪の成立を認めたようにも思われるが、ここでは、偽名で現金を受け取ったことが、詐欺罪を認めることに大きく影響を与えたものと解される。このように、現金手交型の場合、受け子が被害者に直接会って偽装工作をした上で財物を受け取るという点が故意の認定に重要な役割をはたしているようである。

第二款　現金送付型

第一項　故意否定例

現金送付型において故意を否定した事案について、E．名古屋高判平成二八年九月二一日判時二三六三号一二〇頁①事件がある。本件は、便利屋を営む被告人が、面識のないXから、郵便局で被告人宛の本人限定郵便物を受け取りそれを指定された住所へ返送するという依頼を散発的に受けていたところ、そのうちの一件が特殊詐欺の被害物品であったという事案である。本件では、被告人が最初の依頼を受けた後の二回目の依頼前に警察署に相談しており、その際、警察官から何らかの犯罪（詐欺）に関わっている可能性があるので今後はXと一切の関わりを持たないように教示されたという事実があり、検察からは「近時、特殊詐欺事案の新たな手口として、受取役が直接被

害者方に赴いたり、宅配便を利用して現金を送付させたりする事例が報道されており、被告人がそのことを知っているからこそ警察に相談したとも考えられるのであり、その被告人が警察官から『詐欺に加担しているかもしれない』などと告げられれば、Xの依頼で受け取る郵便物に詐欺の被害現金等が在中しているのではないかという疑念を強く抱いたことが容易に推認できる」との主張もあったが、裁判所は、「その事実（報道の事実と警察官への相談）の被告人の認識に対する推認力は検察官が主張するほど強いとはいえない」とし、また、一回目の依頼の中身を見て金銭でないことを確認していたこと、警察の警告に具体性がないこと、本名で荷物を受け取るなど詐欺の被害品を受領したことを認識していたのであれば通常考え難い会話をしていることなどの推認を妨げる事情もあるとして、詐欺罪の故意を認めなかった(43)。特殊詐欺（現金手交型・送付型双方）の社会的認知度についても問題となっているが、それ以上に、被告人が本件受領行為以前に、同一人物から同一形態で特殊詐欺以外の依頼を受けていることが大きいものと解される。

次に、F. 福岡高裁宮崎支判平成二八年一一月一〇日公刊物未登載がある。本件は、マンションの空室で部屋の住人を装って他人名義で荷物を受け取り指定した場所まで運ぶという仕事を引き受けた被告人に関するもので、報酬は一回一〇万円ないし一五万円で捕まる可能性があると説明されており、立件された犯行以前にすでに二〇回くらい「仕事」を繰り返し行っていたという事案である。原判決が、仕事の回数や内容の異常性のほか、「詐欺グループによる他人になりすまして現金を詐取する犯罪が様々な形態で横行しており、ニュース等でも広く報道されていること」、及び、被告人自身が、現金送付型の事例について知っていなかったものの、特殊詐欺のその他の形態については知悉していたことから、荷物を受け取ることによる犯罪行為の中には詐欺も含まれているかもしれないことを十分認識していたことが推認できるとしたのに対し、福岡高裁は故意を否定した。福岡高裁は、本件の詐

欺形態を現金送付型よりさらに限定した「マンションの空室を利用して詐取金を宅配便で送らせて受け取る形態の特殊詐欺事犯」とし、それが社会的にどの程度周知されているかが決定的であるとした。そして、平成二七年はじめ頃には、現金送付型の新しい態様が増えているとの報道が増加しているとしても、本件形態の特殊詐欺については、報道がなされ始めてから日が浅いことから、一般的に周知され、その存在が社会常識となっているとか、空室利用送付型詐欺に関する情報が広く社会に浸透し、知らない方がおかしいといった状況になっていたとは到底言いがたいとして、故意を認めなかった。本判決は、本件類型を現金送付型からさらに限定された類型として括り出し、その社会的通用性を重視した。このような発想は、故意の認定をある程度限定しようという動機に基づくものと解されるが、現金送付型のなかから空室送付型を分離した理由は必ずしも明確ではない(44)。

第二項　故意肯定例

故意を認めた裁判例として、まず、G. 名古屋高判平成二八年一一月九日公刊物未登載は、バイク便事業を営んでいた被告人が、依頼人からマンションの空室に届いた荷物を受け取って運んでほしいという依頼を複数回受け、そのうちの二件が特殊詐欺として立件された事案である。名古屋高裁は、「被告人は、バイク便に依頼される荷物が振り込め詐欺のようないわゆる特殊詐欺の被害金である場合があることを認識していながら、本件依頼人からの依頼は、通常のバイク便の仕事よりも報酬が高額で、空室で荷物を受け取ったり、荷物の受渡し場所が途中で変更されたりするなど通常とは異なる内容のものであったのに、それらを繰り返し受けていた中で本件に至ったというのであるから、少なくとも、被告人が、本件の依頼が特殊詐欺の被害金を運ぶためになされた可能性について認識していたことを優に推認することができる。そして、被告人は、そのような認識で本件の依頼を受け入れたのであ

るから、特殊詐欺による被害金を被告人らが受領し、本件依頼人らに渡すという役割を果たすことにつき、特殊詐欺の犯人である本件依頼人らと意思を通じ合ったものとみることができる」として、故意を認めた原判決(45)の判断を是認した。

また、H．福岡高判平成二八年一二月二〇日判タ一四七九号一二〇頁は、被告人が、知人Bからマンションの一室の鍵を預かり（名義人は面識のない者）、同室において配達員に対し自分が受取人本人であると装って同人宛の荷物を受領したという事案に関する。原判決は、被告人において「本件ゆうパックの中身が何らかの違法な行為に関わる物である可能性は当初から認識していたものと考えられる」としたが、「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」とした上で、関係各証拠によっても、「詐欺に関与するものかもしれないとの認識」があったとは認めるに足りないとして、被告人に詐欺の確定的故意があったと認められないことはもとより、未必の故意があったとも認めるに足りないから、犯罪の証明がないとして、被告人に対し無罪の言渡しをした。これに対し、高裁は、本件受領行為につき詐欺の故意の有無を判断するに当たり、「原判決のいうように、『何らかの違法な行為に関わるという認識』に加えて、『詐欺に関与するものかもしれないとの認識』が存することの立証を要求するのは相当ではない。なぜならば、本件受領行為のように、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、本件のような特殊詐欺が当然に含まれるというべきであり、したがって、本件受領行為につき『何らかの違法な行為に関わるという認識』さえあれば、特段の事情がない限り、本件のような特殊詐欺につき規範に直面するのに必要十分な事実の認識があったものと解され、同行為が『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だからである」とした。

さらに、Ⅰ．福岡高判平成二九年五月三一日判時二三六三号一二〇頁②事件[46]は、被告人が、知人から、他人の名前を使って荷物を受け取り一回五千円から一万円の報酬がもらえる仕事があると持ち掛けられ、同人から紹介された氏名不詳者からの荷物の伝票番号、受取りの場所や時間帯等の連絡を受け、その指示に従って荷物を受け取り、受け取った荷物は前記知人に渡してその際報酬を受け取ることを三、四回繰り返した後、騙されたふり作戦によって立件されたという事案について、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[47]。

手交型と同様に送付型の裁判例も、受領行為が何らかの犯罪行為に関わるものであることの認識を詐欺の故意推認の前提としている。ただし、前節で述べたように、いくら特異な状況下であっても「何らかの違法な行為に関わるという認識」から直ちに「詐欺に関与するものかもしれないとの認識」を導き出すことはできないと解される。その意味で、裁判例Hの論法に首肯することはできない。「密輸の典型例は覚せい剤を含む違法薬物である」との社会通念と同程度に、「（現金送付型の）特殊詐欺は当該状況下の受領行為において典型的な犯罪である」という社会通念が形成されているとの評価はなお困難であり、また、上述のように当該受領行為には、薬物犯罪の場合と異なり、態様の異なる複数の犯罪のほか、場合によっては違法とはいえない行為すら含まれうるためである。また、現金手交型の場合、裁判例は、詐欺罪の欺罔行為の一部を分担していることを付け加えて故意を認めていたが、そのような分担のない現金送付型においては、それに代わる事情がなおさら必要であるように思われる[48]。

第三章　特殊詐欺の共謀について

第一節　問題となる共謀成立時点とその対象

次に、共謀について、まずその成立時点が問題となる。通常は、個別の依頼を受けた時点において故意があれば共謀の成立が問題になると思われるが、現金手交型の場合、受領行為の段階で受け子の役割に気づいたとしてこの時点で故意を認め、それと同時に黙示の共謀が認められている例もある(49)。

共謀は、受け子が現に行っている受領行為を犯行の一部とする詐欺に関して認められているが、裁判例においては、当該個別の詐欺以外に、首謀者が関わる別の詐欺を含めた包括的な共謀の存在が検察側から主張されることがある。もっとも、この主張は、騙されたふり作戦を理由に無罪となる可能性の対策として行われてきた感が強い。すなわち、受け子が依頼を受けた時点で既に欺罔が行われている場合、既に詐欺罪の実行行為は開始され承継的共同正犯が問題となることに加えて、被害者が錯誤に気づいている場合には、詐欺実現の可能性が問題とされる。そのため、依頼時点で当該個別の詐欺の故意及び共謀を認めるのではなく、それ以前に首謀者から同様の仕事の依頼を受けていた場合に、そのことをもって、特殊詐欺組織の一員としてその後の自身が関与する受け子業務に関する詐欺（及び、場合によっては、自身が関与しない別の詐欺行為への関与）についての共謀がなされているという主張である。もっとも、継続的に受け子の業務を行うことを承諾しているのであればともかく、同一人物からの依頼であっても単発的にその都度依頼を受けることが通常であるため、依頼以外のその後の受け子行為を含めた共謀の認定は難しく、また、首謀者側の組織性を受け子が知っていることがほとんどないため、自身が関与しない詐欺についての共謀を認めることはなおさら困難である(50)。さらに、騙されたふり作戦の場合にも詐欺未遂を認めることを

明言した前掲最決平成二九年一二月一一日が登場したこともあり、このような主張は今後減少するものと解される。[51]

そのため、以下では、個別の共謀に対象を絞ってその具体的内容を見ていくこととする。

第二節　意思連絡について

第一款　意思連絡の具体的内容

冒頭で述べたように、実務における「共謀」の内容は、共同正犯者間の意思の連絡と、共同正犯者の正犯性であった。まず、前者について、意思の連絡とは、共同者が構成要件該当事実の外形的な分担をしていることを認識しているだけでは足りない。このような要素は、一方が他方を一方的に利用する間接正犯の場合にも認められるものである。意思の連絡が認められるためには、上記認識に加えて、「共同者が協力して犯行を行うこと」、「共同者に正犯性を基礎づける事実があること」、並びに、「共同者が構成要件該当事実と共同者全員の正犯性を基礎づける事実の認識を有していること」の認識が必要である。この点、前述のスワット事件においても、被告人がスワットらが被告人を警護するために拳銃を所持していることの認識・認容に加えて、スワットらが被告人のその認識・認容を承知していたことを認定しているところである。[52] このような共同犯行の双方向的認識が必要とされる趣旨は、同認識によって各関与者の寄与が結び付けられることによって、はじめて一体として構成要件を実現したと評価できると考えられているからだと解される。したがって、特殊詐欺事案において受け子と首謀者に意思の連絡が認められるためには、①受け子が、自身の行為が特殊詐欺の受領行為であることを（未必的に）認識すること、さらに、②首謀者が、受け子のその認識、及び、その認識に基づいて受領行為を行うことを予見していることの二点が最低限必要になる。[53]

①について、具体的には、自己の行為が特殊詐欺の受領行為であることに受け子が気づいたことを意味し、それは同時に、（自身が分担する受領行為以外の）概括的な詐欺の構成要件該当事実、及び、首謀者の正犯性と故意を認識したことを意味する。したがって、特殊詐欺事案においては、受け子に故意が認められると同時に、受け子側の共謀（意思連絡）についての認識が認められるということでもある。

もっとも、それ以外に首謀者側の認識も認められなければ意思の連絡は肯定できない。それを担当するのが②である。②は、首謀者が、受け子が特殊詐欺の受領行為を分担していることに気付く可能性があることを認識していることによって認められる。

この点、覚せい剤密輸事案における最高裁が、「被告人が犯罪組織関係者の指示を受けて日本に入国し、覚せい剤が隠匿された輸入貨物を受け取ったという本件において、被告人は、輸入貨物に覚せい剤が隠匿されている可能性を認識しながら、犯罪組織関係者から輸入貨物の受取を依頼され、これを引き受け、覚せい剤輸入における重要な行為をして、これに加担することになったということができるのであるから、犯罪組織関係者と共同して覚せい剤を輸入するという意思を暗黙のうちに通じ合っていたものと推認されるのであって、特段の事情がない限り、覚せい剤輸入の故意だけでなく共謀をも認定するのが相当である」と述べている点が示唆的である[54]。本決定の「特段の事情」の例としては、密輸組織が運び屋を専ら道具として仕立てるつもりであり共謀するつもりがなかったことが挙げられている[55]。この点は、原則例外関係になってはいるものの、覚せい剤密輸事案における意思連絡（共謀）の肯定のためにも、①だけではなく②も必要であることを示すものであると解される[56]。

①だけが認定されて②が認定されない場合、意思連絡は認められず、受け子に有利に（他方で、おそらく首謀者にとっては不利に）詐欺罪の正犯と片面的幇助が成立することになる[57]。実際、東京地判昭和六三年七月二七日判時

一三〇〇号一五三頁は、拳銃密輸入の事案につき、輸出手続の直前になって発送する品が拳銃である可能性に思い至ったとして被告人である運び屋に同罪の未必の故意を肯定したが、首謀者との意思連絡の存在については触れることなく、幇助犯の成立を認めている。

第二款　各裁判例の共謀（意思連絡）の認定方法

以上の観点から、故意の箇所で検討した特殊詐欺事案の裁判例を検討してみると、首謀者の主観面（上記②）については触れていない裁判例が一定数存在する[58]。この点が訴訟において争点とならなかっただけかもしれないが、理論的には疑問のあるところである。他方で、首謀者側の主観面について触れている裁判例も、その認定の根拠は必ずしも明確ではない。裁判例Cは、被告人が特殊詐欺を察知することを首謀者が了解していると認定しているものの、その根拠は明示されていない。裁判例Hは、受け子が首謀者に利用されただけではないかという問題設定を行い、それについては否定しているものの、実際に検討されているのは受け子側の主観面のみであって、被告人が特殊詐欺の受領行為であることを察知することを首謀者が了解していることを認定したかは明確ではない。

特殊詐欺事案において首謀者側の正体は最後まで判明しないことが多いため、何らかの間接事実によって②を認めるしかない。そのような事情として、例えば、受け子が特殊詐欺と気づいて当然であるような受領行為を指示している場合が挙げられるであろう。逆に、②を否定する事実としては、裁判例Aのように、首謀者側が受け子に詐欺行為であることを偽装するかのような措置をとっていることなどが挙げられる。その意味で、覚せい剤密輸事案において示された故意が認められれば共謀が原則として認められるという経験則は、ここでも妥当すると解してよい[59]。他方、受け子が、受領行為の異常性以外の事情から特殊詐欺であることに気づいたと認定されている場合（例

えば、警察官からの忠告等の事情を重要視する場合）、首謀者側の主観面が明らかにならないため意思の連絡は直ちには認められないということになるであろう。

なお、特殊詐欺事案において意思連絡は黙示で足りるということが一般的となっているが、共同正犯を認めるためには黙示の意思連絡で常に十分というわけではないという問題がある。この点、受け子は、詐欺罪の受領行為という実行行為またはそれに準ずる不可欠な行為に関与しているという事情があり、実行共同正犯については従前より黙示の意思連絡が肯定されてきた点に照らせば[60]、ここでも同様に許容されると考えられているものと解される。

第三節　共同正犯と幇助犯の区別について

最後に、共同正犯と幇助犯の区別についても問題となる。この区別について様々な理論的説明はあるが、考慮事情としては実行行為の分担の有無、実行行為以外の重要（不可欠）な役割の担当の有無、（争いはあるが）動機等の主観的事情などが挙げられているところである。特殊詐欺事案の場合、受け子の受領行為が実行行為かどうかについては必ずしも定まっていないところではあるが、その役割の重要性（不可欠性）は承認されており、上記のA～Iのいずれの裁判例においても、共同正犯の成否が問題とされている[61]。

正犯性が認められるような関与態様であっても、意思の連絡が認められなければ片面的共同正犯を否定する結果として幇助犯しか成立しえないということで、首謀者の前記②の認識の有無が受け子の罪責を左右する重要な事情の一つになる。しかしながら、裁判例においては、認定の困難さからかその判断に立ち入っているものは少ない。加えて、首謀者が道具として利用するつもりであろうがなかろうが、故意が認められる限りで受け子の関与態様は同じであり、首謀者が、受け子が気付くことを念頭においているか否かが、刑の必要的減軽をもたらすような効果

の違いとして現れることに疑問があるのかもしれない。(62)

第四章　おわりに

本稿では、特殊詐欺事案における受け子の故意と共謀について若干の検討を行った。故意については、特殊詐欺の社会への浸透を梃子にして、当該状況下における違法行為への関与の認識から詐欺罪の未必の故意を認めるという認定が行われており、かつ、そのような認定は、受領行為のみしか担当していない現金送付型において頻繁に見られるところである。故意の「主観的な罪刑法定主義」としての機能を重視するのであれば、このような運用には問題があると言えるであろう。

また、共謀についても、現状では共犯者間の双方向的な意思の合致（意思連絡）が必要であるにもかかわらず、裁判例が着目するのは受け子側の認識だけであって、首謀者側の認識に立ち入った判断を行う裁判例は少ない。

結論として、受け子の罪責は、やや危うい故意と共謀の認定に支えられていると評価できる。このような手段は、特殊詐欺の分業体制が刑法の規制をいわば迂回する形になっていることへの対策であると思われる。もちろん、規制の迂回は望ましくないことではあるが、そのことのみを理由に故意犯として刑事責任を科すことは許されるものではない。特殊詐欺事案における裁判例の正当性は特殊詐欺の社会への蔓延と受け子の関与態様の重要性に基づいて辛うじて認められるものであり、その故意・共謀の認定手法を他の犯罪類型に安易に転用することになれば、処罰範囲が一挙に広範になるものと解される。

（1）警察庁によれば、特殊詐欺とは、「面識のない不特定の者に対し、電話その他の通信手段を用いて、預貯金口座への

振込みその他の方法により、現金等をだまし取る詐欺をいい、振り込め詐欺……及び振り込め詐欺以外の特殊詐欺……を総称したものを言」うとされており（https://www.npa.go.jp/safetylife/seianki31/1_hurikome.htm）、詐欺罪（刑法二四六条）に該当する行為のほか、還付金詐欺のような詐欺以外の財産犯（電子計算機使用詐欺罪）にあたる行為を含む類型として説明されている。

（2）　最決平成二九年一二月一一日刑集七一巻一〇号五三五頁。

（3）　このような場合、受け子が関与する部分以外の詐欺罪の構成要件要素については、主に架け子から電話を受けた被害者の証言によって認定されているようである。

（4）　司法研修所編『難解な法律概念と裁判員裁判』（法曹会、二〇〇九年）一一頁以下参照。

（5）　大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法第五巻〔第二版〕』（青林書店、一九九九年）一三九頁以下、三〇九頁以下［村上光鵄］。

（6）　民事責任と対比すると、刑事責任の場合に限り原則として故意が要求される。もちろん、一定の犯罪には過失犯処罰規定が存在するが、本稿で取り扱う詐欺罪などの財産犯にはそのような規定はない。また、主観的要件としての意味での共謀に関しても、民法上の共同不法行為（民法七一九条一項）の要件として判例はそれを要求していないとされている（大判大正二年四月二六日民録一九輯二八一頁）。

（7）　例えば、前掲注（5）一三〇頁以下、三〇〇頁以下［村上］を参照。

（8）　西田典之ほか編『注釈刑法　第一巻』（有斐閣、二〇一〇年）八一一頁以下［島田総一郎］参照。また、朝山芳史「実務における共同正犯論」刑法雑誌五三巻二号（二〇一四年）一八四頁。

（9）　そのような記述方法の基となったのは、最判昭和三三年五月二八日刑集一二巻八号一七一八頁（練馬事件）における判示内容である。

（10）　島田総一郎「判批」ジュリスト一二八八号（二〇〇五年）一五六頁、亀井源太郎「共謀共同正犯における共謀概念」法学研究八四巻九号（二〇一一年）一〇一頁以下参照。

（11）　後述するように、本稿が取り扱う特殊詐欺事案においても、黙示の意思連絡で足りると解されている。

（12）　特殊詐欺事案に即して言えば、受け子は、首謀者側の依頼者との間の意思連絡さえ認められればよく、その他の組織

の人員との意思連絡は不要であり、その存在すら認識していなくてもよいということである。

(13) 判例（大判大正一一年二月二五日刑集一巻七九頁）・通説である。他方、意思連絡は心理的因果性を基礎づける一類型であるとして、意思連絡がない場合にも共同正犯（片面的共同正犯）を認める見解も有力に主張されている（前掲注(8)）八五一頁以下［島田］参照）。

(14) このことを示す判例として、最決昭和五七年七月一六日刑集三六巻六号六九五頁（大麻密輸入事件）が挙げられる。佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』（有斐閣、二〇一三年）三九五頁以下。

(15) 加えて、後述するように、共同正犯の場合は、構成要件以外に、共同正犯性を基礎づける事実（意思の連絡、及び、正犯性）についても認識が必要である。

(16) 最判昭和四三年三月二一日刑集二二巻三号九五頁（「実行者の具体的内容を逐一認識することを要しない」）。

(17) 大判昭和一八年三月二日新聞四八三二号一〇頁、最判昭和二四年九月二二日集刑一三巻五五一頁。詐欺罪についても、東京高判昭和三五年九月一九日東高刑時報一一巻九号二四一頁が、「詐欺罪について共謀があったといえるためには、共犯者間において、相手方を欺罔し金員を騙取するについて、互に意思の連絡があれば足り、必ずしも欺罔の方法、共犯者の役割その他につき具体的な謀議のあったことを要しない」と述べている。

(18) この点、前掲注(8)八二〇頁［島田］も、判例の帰結を、故意の一般論から問題なく認められるとしている。

(19) 芦澤政治・最判解刑事篇平成一五年度三〇五頁、小林充＝植村立郎編『刑事事実認定重要判決五〇選（上）〔第2版〕』（立花書房、二〇一三年）二七一頁［村瀬均］参照。

(20) なお、スワット事件と同様の事例についても、最判平成二一年一〇月一九日判時二〇六三号一六四頁は、「被告人には配下が拳銃を携行していたことについて確定的認識がなかった」として無罪判決を下した第一審、第二審の判断に対し、原審の事実認定とは異なる評価をした上で、「被告人においても、配下組員らが拳銃を所持していることを認識した上で、それを当然のこととして受け入れて認容したものと推認するのが相当である」として、破棄差戻し判決を下している。したがって、スワット事件の「確定的認識」の認定は、当該事案で認められた事情を述べただけで、必ずしも要件として必要と判断したものでもないという理解も可能である（島田・前掲注(10)一五七頁）。

(21) 最決平成一六年一一月三〇日刑集五八巻八号一〇〇五頁参照。

(22)　この場合は、いわゆる「目的なき故意ある道具」として、首謀者には領得罪が成立するものの、目的を認識していない共犯者には領得罪は成立しない（器物損壊罪の成否が問題になるにとどまる）。

(23)　いずれも否定される場合、受け子自身には不法領得の意思がないということになるが、その場合でも身分犯（刑法六五条一項）の規定を通じた共同正犯の可能性はありうる（最判昭和四二年三月七日刑集二一巻二号四一七頁は、営利目的については、刑法六五条二項の身分にあたるとしている）。もっとも、責任身分に関しては共犯者個別に判断すべきという有力説に従い、利用処分意思が責任要素であると考えれば、六五条一項を用いることはできない。なお、共同正犯と狭義の共犯で結論を区別する見解として、伊藤亮吉「目的犯の共犯」『理論刑法学の探求⑧』（成文堂、二〇一五年）二八頁以下参照。

(24)　なお、架け子による被害者への術策（だまし行為）は数段階に分かれることが通常で、どの時点で詐欺罪の実行の着手が認められるのかという問題もある。この点、最判平成三〇年三月二二日裁判所HPは、被害者による財物の最終的な交付に向けられた欺罔行為の前段階の術策の時点で詐欺が失敗に終わった事例について、実行の着手を認めた。

(25)　客体となる財物について、従来は現金が中心であり、受け子の故意や共謀が問題となる裁判例もほとんどがそれについて取り扱っている。他方、近時はキャッシュカードを手交させる事例が増大している点が指摘されている。

(26)　いわゆる「騙されたふり作戦」の場合、詐欺罪は完成しないことになるため、受け子には詐欺未遂罪の成立のみが問題となる。

(27)　以前は、架け子が欺罔行為によって被害者に金銭を銀行預金口座に振り込ませ、受け子（この場合は「出し子」と呼ばれる）が当該預金口座から現金を引き出して首謀者に引き渡すという振込型と呼ばれる類型が主流であった（預金口座の名義人は、出し子自身の場合もあれば、他人名義口座の場合もあった）。しかしながら、犯罪目的の銀行口座の利用に対して、様々な方法で規制が行われ（そのなかでも特筆すべきは、いわゆる振り込め詐欺救済法の制定である）、その結果、現在は非振込型である現金手交・送付型の事例が増加している。振込型の場合にも、預金口座に振り込まれた金銭が何らかの犯罪に由来するものなのかという意味で、出し子の故意、及び、共謀の認定が問題となるが、金銭を引き出すことの認識は明らかに認定できることのほか、当該振込みが詐欺によることを知らなくとも、何らかの犯罪行為に由来していることを知っていれば、当該預金債権の相手方である金融機関に対する詐欺罪が成立する可能性があるため、相対的に

問題は大きくない（東京高判平成二五年九月四日判時二二一八号一三四頁参照）。

(28) 橋爪隆「特殊詐欺の受け子の罪責について」研修八二七号（二〇一七年）三頁以下。また、川田宏一「最判解」ジュリスト一五二〇号（二〇一八年）一一四頁参照。

(29) 正当な受取人が存在する場合に、それになりすまして財物を受け取ることはもちろん詐欺罪に該当する。前掲注(21)の平成一六年最高裁決定を参照。

(30) 橋爪・前掲注(28)一五頁。

(31) 大阪高判平成八年九月一七日判タ九四〇号二七二頁。

(32) 現金手交型で受け子の行為が欺罔行為の一部を構成している場合、自分の受領行為が欺罔行為に該当する旨の認識も必要となるであろう。

(33) なお、特殊詐欺事案においては、組織犯罪処罰法上の、組織的詐欺罪（同法三条一項一三号）が適用される可能性がある。後述するような特殊詐欺事案の社会的な認知度の高さを認めるのであれば、特殊詐欺への加担であるということをもって詐欺罪を超えた組織的詐欺罪の構成要件の未必的認識を認めることも不可能ではないようにも思われる（もちろん、客観的な組織性の認定が不可欠であり、首謀者側が捕捉されない限りそれは極めて困難である）。そのような未必的認識で足りないというためには、「詐欺」の意味の認識はあるが、「組織」の意味の認識はないということを理論的に説明する必要がある。

(34) 原田國男「判批」ジュリスト九五八号（一九九〇年）八頁。また、岩倉広修＝小松本卓＝三村三緒「覚せい剤密輸入罪における故意」判例タイムズ一三五〇号（二〇一一年）五二頁以下参照。

(35) 以上につき、玄守道「覚せい剤の故意の認定について」刑事法ジャーナル五三号（二〇一七年）一四頁以下。また、島田総一郎＝安田拓人＝和田俊憲『ひとりで学ぶ刑法』（有斐閣、二〇一六年）一一〇頁〔安田〕参照。

(36) 名古屋地判平成八年五月一六日判時一五七八号一四二頁、東京高判平成二〇年一〇月二三日判タ一二九〇号三〇九頁。

(37) 加藤経将「いわゆる受け子の故意に関する捜査とその立証」高嶋智光編集代表『新時代における刑事実務』（二〇一七年、立花書房）九一頁以下。また、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」警察学論集七〇巻三号（二〇一七年）一五〇頁以下。

（38）　加藤・前掲注（37）一〇四頁以下。裁判例も実際にそのような推認過程を認めている。最決平成二五年一〇月二一日刑集六七巻七号七五五頁参照。

（39）　加藤・前掲注（37）一〇六頁以下。

（40）　覚せい剤を代表とする薬物犯罪においても、首謀者から依頼を受けて配送業者から海外発送された薬物を受け取るという薬物送付型の類型が見られる。しかしながら、薬物送付型と現金送付型は、故意の認定にとって大きな違いがある。薬物輸入犯罪の場合、犯罪の既遂時期について議論はあるものの、少なくとも受領者が薬物を受け取った段階では既に犯罪は終了している。そのため、受領時点での知情は薬物輸入罪の故意を認める間接事実にしかなりえない。これに対し、前述のように、現金送付型の場合、受け子の受領行為は詐欺が完成する前の行為であり、（遅くとも）その時点での認識があれば故意は認められることになる。財物受領時点での認識を直接問題にするという点で、現金送付型も、薬物送付型ではなく薬物携行型と比較する方が有用であろうと解される。

（41）　大庭沙織「振り込め詐欺における受け子の故意の認定」刑事法ジャーナル五三号（二〇一七年）一三頁参照。

（42）　なお、所論に答える形で、被告人自身が、特殊詐欺（オレオレ詐欺や振り込め詐欺）が社会問題となっていることは知っていた旨認めていることを指摘している。

（43）　原審（名古屋地判平成二八年三月二三日判時二三六三号一二七頁）も故意を否定している。

（44）　なお、裁判所は、それ以外に、被告人が覚せい剤事犯について前科三犯であったことから、荷物の中身は覚せい剤等の違法薬物やけん銃等の禁制品と思っていたとの被告人の弁解にも合理性があるとしたが、薬物犯罪の前科は仕事内容の違いから当該弁解を排除する方向にも用いることが可能であるように思われる。

（45）　名古屋地判平成二八年四月二八日裁判所ＨＰ。

（46）　前掲最決平成二九年一二月一一日の原審である。

（47）　なお、第一審は、特異な仕事を複数回繰り返していたことに加えて、ニセ電話詐欺が深刻な問題となっている社会情勢を挙げた上で、被告人において、自身の携わっている行為が何らかの犯罪行為に加担するものであり、その犯罪行為は詐欺であるかもしれないという程度の認識はあったものと推認されるとしている。

（48）　この点、故意の認定において直接考慮されているわけではないが、裁判例Ｇにおいては、被告人が警察官に相談した

際に、被告人の行為が特殊詐欺の受領行為に当たりうる旨の指摘がされており、また、裁判例Hでは、被告人とその実母との間で、（本件とは異なる態様における）荷物の授受によって日給2万円というかなり高額の報酬を得られる仕事をしている旨を被告人が実母に話し、これに対し実母から特殊詐欺への関与を心配され質されるといったやり取りがあったと認められている。

(49) 前掲裁判例B、D。

(50) 包括的共謀が問題となった裁判例として、前掲裁判例G、Iがあるが、いずれもその主張は退けられている。他方、包括的共謀を肯定したものとして東京高判平成二九年三月二七日東京高等裁判所刑事裁判速報三六〇〇がある。

(51) 他方で、特殊詐欺事案において包括的共謀の可能性がおよそ排除されているわけではない。特殊詐欺組織において、首謀者側の架け子同士は、多数の被害者に対する欺罔行為を分業して行っていることが通常であり、その際、自身が直接関与していない詐欺についても、包括的共謀として詐欺罪の共謀共同正犯の成立が認められている場合がある（森博英「特殊詐欺のいわゆる架け子について、客観的証拠からアジトの枠を超えて共謀を認定した事例」捜査研究七九〇号（二〇一六年）六九頁以下）。このような運用の背景には、組織的に大量の詐欺行為を分業して行っていることから、ある者が一つの詐欺行為を担当することが、同時に、他者の詐欺行為を促進しているという関係（犯行の組織性）によって、共同正犯として処罰するに足る因果的寄与が認められているという理論的裏づけがあるものと解される。なお、包括的共謀が肯定される場合、組織的詐欺罪が成立し、全ての詐欺行為を併せて一罪とすることも不可能ではないように思われるが、組織的詐欺の困難さから、そのような運用はほとんど行われていないようである。

(52) 前掲第一章第二節第二款第二項参照。

(53) もっとも、厳密にいえば、受け子から首謀者へ向けた共同犯行の意思はあるものの、首謀者から受け子へ向けた意思がある（意思の「連絡」がある）とまで言えるのかは疑問の余地がないわけではない。しかしながら、一般的には、首謀者のそのような心理状態（受け子が気付いて関与するのであればそれでよいという未必的な認識）で足りるとされている。松澤伸「教唆犯と共謀共同正犯の一考察」Law & Practice No. 04（二〇一〇年）一一一頁以下。

(54) 最決平成二五年四月一六日刑集六七巻四号五四九頁。

(55) 楡井英夫・最判解刑事篇平成二五年度一七九頁参照。

(56)　松山地判平成二四年二月九日判タ一三七八号二五一頁は、被告人が被利用者を道具として窃盗を実現しようとしたところ、同人がその事実に気づいた上で窃盗を遂行した事案について、被告人が被利用者の正犯意思を認識していたか否かを問題にした上で、同意思の存否を確認できないとし、被告人に共同正犯を認めず教唆犯とした。

(57)　他方、現金手交型で、受け子が欺罔行為の一部または全部を分担することになっている場合、同人には詐欺の正犯が成立し、首謀者側には実行の着手が認められる限りで詐欺未遂、そうでなければ詐欺の教唆が成立することになると解される。

(58)　前掲裁判例B、G、I。

(59)　前掲最決平成二五年四月一六日の寺田補足意見は、「覚せい剤の運び屋が共謀に基づく犯行を認識していること」を送付役である組織犯罪関係者が認識しているかどうかも必要であるとした上で、前掲決定原審の「犯罪組織関係者が、被告人が覚せい剤の密輸入かもしれないとの認識を持つのも自然といえるような状況の下に、荷物の受取役を依頼し、その場合に、被告人がそのような認識を持つことのないようにする手だてを講じた形跡もないことから、意図を察知されると予測し、許容しながら依頼をした」という認定は、それを基礎づけるものであるとする。

(60)　前掲注（8）八一八頁［島田］も参照。

(61)　現金手交型について、東京高判平成二三年一一月二五日東高刑時報六二巻一〜一二号一一七頁は、原審の幇助という判断をひっくり返して共同正犯を認めている。

(62)　このことは、覚せい剤密輸事犯においても同様に妥当する。

本稿は、科研費基盤研究（C）（研究課題番号：15K03174）の助成を受けたものである。