

【出題趣旨】

本問は、共同正犯の成立要件（正犯と共犯の区別、共謀の射程）、承継的共同正犯、いわゆる「騙されたふり作戦」と共犯の成否、被害者の振込みを利用した場合の財産犯の擬律などが問題となる事例である。事例のモデルは、特殊詐欺の送付型と振込み型であり、どちらの類型についても近時学説では活発な議論があるところだが、直接的には今まで出ていない（ただし、後者の類型については、類似の問題が近時出題されている）。

設問 1 の問題形式は、事例の事実を指摘して特定の犯罪の成立を否定する主張を述べさせる前半と、その主張の当否を検討させる後半からなり、ここ最近の司法試験において出題された形式を結合する問題としている。

なお、時間配分の目安のため各設問に配点を示しているが、本番では、通常配点の記載がないことには注意して欲しい。

1. 設問 1 について（配点 30 点）

設問にある通り、特定の立場から考えられる主張を三つ挙げる（「三つの事実」ではない）、および、それぞれについてその主張の当否を論述すればよく、それ以外のことを書く必要はない（例えば、甲には詐欺未遂以外に有印私文書偽造も問題になり得るが、書く必要は一切ない）。また、三つの主張の記載順序、及び、当否の結論自体では、原則として、評価に差をつけていない。

（1）いわゆる「騙されたふり作戦」と共犯の成否について（犯罪の終了と共犯の成否）

乙が甲の詐欺（未遂）に関与したのは、A が騙されたことに気づいて警察官の依頼のもと「騙されたふり作戦」を開始した後であるため、詐欺が既遂になる可能性はもはやない、あるいは、犯罪が既に終了しているため乙は不可罰であるという主張が考えられる。

この主張に対して、最決平 29・12・11 刑集 71・10・535 は、「被告人は、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んにかかわらず、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」として、詐欺未遂の共同正犯を結論的に認めているが、その理論的説明は必ずしも明らかではない。

一つの説明の仕方は、同決定以前の下級審裁判例のように、途中関与者との関係では危険性がなかった（ように見える）ということから、不能犯と未遂犯の区別に類似する問題として処理する考え方である（不能犯そのものの議論ではないことに注意）。本問の場合、有力な見解である具体的不能説と修正された客観的危険説のいずれの立場の基準を用いても、危険は否定されないため、詐欺未遂罪の共同正犯は認められるであろう。

もう一つの説明の仕方は、既に先行行為者によって詐欺罪の実行の着手があることを重視し、この問題を、不能犯と未遂犯の区別についての議論とは完全に別物と捉え、先行者により欺罔行為が開始されている以上、既に詐欺が遂行中の状態にあるといえ、財物を交付させる段階で被害者に看破されていたとしても、だまされたふり作戦の遂行を認識していない受け子からすれば詐欺の遂行中に変わりはなく、受け子による財物受領行為への関与は、詐欺罪の実行への加担と評価してよい実体があるというものである。こちらであれ

ば、不能犯の議論に言及するまでもなく、詐欺未遂罪の共同正犯が認められることになる。

(2) 詐欺罪の承継的共同正犯について

((1) で犯罪が終了していないと評価されたとしても) 乙が関与したのは、甲の A に対する欺罔行為(及び、それに基づく A の(騙されたふりではあるが)交付行為)が終了した後であるため、いわゆる承継的共同正犯が問題となり、関与前の部分については乙に因果的な寄与は考えられないため、乙は欺罔行為(と交付行為)について帰責されず、したがって、乙に詐欺未遂罪の共同正犯は認められないという主張が考えられる。

この主張に対して、前掲最決平 29・12・11 は詐欺未遂罪の共同正犯の成立を認めている。その理論的な説明としては、例えば、因果関係が必要なのはあくまで「結果」との間であり、関与後に「結果」が発生する犯罪の場合、その前の構成要件部分に因果的な寄与がないことは直ちに理由にならないこと、そして、先行行為と後行行為が一体と評価されるのであれば、後行行為の部分にのみ関与している場合であっても(それが構成要件の実現にとって本質的な部分である、あるいは、行為の一体性それ自体を理由に)関与前の部分も含めて共同正犯が認められるということに求められる。

(3) 共同正犯と狭義の共犯の区別について

最後に、乙の担当したのは詐欺罪の財物受取役に過ぎず、また、ヤクザと繋がりのある甲に逆らうのが怖くて嫌々参加しただけなのだから、乙には幫助犯しか成立し得ないため、詐欺未遂罪の共同正犯は認められないという主張が考えられる。

上記主張の可否を論じるためには、共同正犯と狭義の共犯の区別が問題となり、具体的には共同正犯の成立要件である正犯性(正犯意思)が乙に認められるかどうかを判断する必要がある。正犯性(正犯意思)は、大まかに言えば、①犯行への寄与の程度と、②(それには包摂されない)行為者の積極的関与の有無によって判断されるところ、前段落の主張を根拠づける二つの事情が、それぞれ①と②に対応すると評価する余地はある。一方で、被欺罔者によって交付された財物の受領行為は、詐欺罪を完成するために必要不可欠であり、しかも、上述の最決平 29・12・11 刑集 71・10・535 が言うように欺罔行為と一体のものとして評価されるのであれば、実行行為の一部を構成するとすら言える。このような重要な役割を果たしている乙については、②の事情があろうとも正犯性は否定し難いという結論も当然あり得るであろう。実際、裁判実務においては、特殊詐欺の受け子は通常共同正犯として処理されている。

2. 設問 2 について (配点 20 点)

特にひねりもない普通の問題形式である。

(1) 甲が E に現金 50 万円を F 名義の預金口座に振り込ませた行為について

上記行為が詐欺罪(刑法 246 条)の対象になり得ることは明らかであるが、被害客体、そして、既遂時期については正確に理解しておく必要がある。実務上は、振込行為は現金の移動と同視されており、被欺罔者の交付行為が振込みであれば、それが現金による振込みであれ、口座間移動であれ、金銭を客体とする 1 項犯罪と解されており、また、既遂時期は口座に入金があった時であるとされている。これに対して、引出しまでされないと既遂ではないと理解するのであれば、丙がお金を引き出した時点ではじめて既遂になり得る。

なお、入金時に詐欺が既遂になると解する場合、丙には、甲との詐欺罪の共同正犯が成

立する余地はない点に注意する必要がある（もちろん、承継的共同正犯の問題もない）。

（２）丙が、B 銀行 G 支店の ATM から現金 50 万円を引き出した行為について

上記行為について、丙には現金という有体物を客体とした B 銀行（厳密には、金銭の事実上の支配のある G 支店の管理責任者という自然人）に対する窃盗罪が成立する。窃取の要件については、本問の事実関係からは、他人名義の口座からの不正な引出しなので正当な払戻権限がないということで十分であるが、それ以外に、振込詐欺の被害金であることに着目する構成（口座凍結の可能性があるので実質的に払戻権限がない）も考えられる。

問題は、甲の罪責である。丙は、たしかに外形上甲の指示通りの行動をしているが、現金 50 万円を独り占めするために行動しているので、当初の共謀から逸脱した行為が存在するためである（本問のように出し子などが特殊詐欺グループから離れて独自に行動することを「抜き」という）。ここでは、共犯の錯誤ではなく共謀の射程が問題となる。

共謀の射程の論点は、既に市民権を得ていると言ってよいが、その規範についてはなお定まっていないので、自身の準備した規範を示して、それに沿ったあてはめを行えばよい。当初の共謀と逸脱行為を具体的に比較して様々な事情の総合評価により両者が連続性（あるいは同一性）を保っているかで判断するのであれば、丙の動機が当初の共謀と異なっていることが射程を否定する方向に働く事情となる。一方で、上述の通り行為の外形自体は当初の共謀通りであることは射程を肯定する方向に働く事情であり、財物の占有が被害者から失われたという事情が重要でその後犯人の誰に帰属するかは重要ではないと考えるのであれば上記消極的方向の事情も重要とは言えないということになるであろう。

なお、動機の違いを決定的理由として共謀の射程を否定する場合、その時点までに甲に窃盗未遂が成立するかが問題となるが、ATM に赴く段階では、最決令和 4・2・14 刑集 76・2・101 の登場を考慮しても実行の着手を認めるのは難しいと思われる。

（３）罪数

E に対する詐欺と B に対する窃盗は被害者が異なるので併合罪という理解が一般的だが、被害財産は実質的には同一であるとして包括一罪という理解も近時主張されている。

（４）その他、問題文で検討対象から除外した点に関する補足

丙が窃盗目的で G 支店に立ち入った行為は建造物等侵入罪に、甲が「B 銀行・宝くじ部特別抽せん管理課・責任者 C」作成名義の「宝くじ特別抽選参加当選確約証明書」と題する書面を送付した行為は、有印偽造私文書行使罪（作成していれば偽造罪）に該当し得る。

また、丙が、独り占め目的で 50 万円を引き出した行為、あるいは、引き出した 50 万円を持って逃走した行為については、甲を被害者とする委託物横領罪の成否を検討する余地がある。この場合、50 万円が刑法上誰の物なのか、50 万円を引き出して甲に渡すことの委託は不法な委託ではないか、などと言った点が問題となるほか、引き出した行為自体を横領行為とするのであれば、預金による金銭の占有についても論じる必要が出てくる。さらに、F 名義のキャッシュカード（と暗証番号）自体を横領とする構成も不可能ではないであろう。