

詐欺罪における故意の規範化・客観化について

森 永 真 綱

はじめに

近年、特殊詐欺に関する重要な最高裁判例が相次いで出されている。いずれの判例も、新たな犯罪現象への対応を迫られるものであるが、それは同時に、故意論、共犯論、未遂論について議論を喚起し、その伝統的な理解や議論の立て方について、反省を迫るものでもある。本稿は、これらのうち故意論にスポットライトを当て、故意の本質について考察することを目的とするものである。

特殊詐欺においては、受け子のような末端の犯人だけが逮捕され、起訴されることも少なくない。しかし、彼らは連絡役の指示通りに動いているに過ぎず、犯罪の全貌がどのようになっていのか知らないことも多い。さらに、手口が次々と変化する中で、受け取った封筒や荷物の中身が詐欺の被害品であることを知らなかったと主張することも多く、詐欺罪の故意の有無が争点となることも少なくない。

近時、現金送付型の特殊詐欺に関する最判平成30年12月11日刑集72巻6号672頁、最判平成30年12月14日刑集72巻6号737頁、最判令和元年9月27日刑集73巻4号47頁においては、まさに受け子の故意の有無が争点となった。これら一連の最高裁判例における故意の認定手法を考察し、判例が実質的にどのような故意概念を取っているのか分析した上で、これに対する私見と今後の議論の方向性について示すこととしたい。本稿では、上記三件の判例のうち、前掲最判平成30年12月11日に焦点を当て、考察することにした¹⁾。

この事案は、いわゆる空室利用送付型と呼ばれるものである。本件では、二件の詐欺罪、一件の詐欺未遂罪が問題となった。被害者は当時83歳、80歳、87歳と、いずれも高齢者である。老人ホームの入居契約や権利譲渡をめぐるトラブル解決のための立替金が必要であると欺き、東京、埼玉、神奈川のマンションの空室あてに現金入りの荷物を送らせ、受取役が荷受人になりすまして配達業者から荷物を受け取るという手口であった。被告人は、受取役であったが、上記のうち二件については、荷受人になりすまして荷物を受け取ったが、一件については配達業者従業員がなりすましを見破ったため、目的を遂げなかった、というものである。以上の事実につき、第1審（鹿児島地判平成28年7月20日刑集72巻6号71頁）は、詐欺罪の成立を認めたが、控訴審（福岡高判平成28年11月10日刑集72巻6号71頁）は、詐欺の故意が認定できないとして、無罪を言い渡した。しかし、最高裁は、検察官の申告に対し、以下のように述べて控訴審判決を破棄した²⁾。

「被告人は、Gの指示を受けてマンションの空室に赴き、そこに配達される荷物を名宛人になりすまして受け取り、回収役に渡すなどしている。加えて、被告人は、異なる場所で異なる名宛人になりすまして同様の受領行為を多数回繰り返し、1回につき約1万円の報酬等を受け取っており、被告人自身、犯罪行為に加担している」と認識していたことを自認している。以上の事実は、荷物が詐欺を含む犯罪に基づき送付されたことを十分に想起

させるものであり、本件の手口が報道等により広く社会に周知されている状況の有無にかかわらず、それ自体から、被告人は自己の行為が詐欺に当たる可能性を認識していたことを強く推認させるものというべきである。この点に関し、原判決は、上記と同様の形態の受領行為を繰り返し返していただけでは、受け取った荷物の中身が詐欺金である可能性を認識していたと推認する根拠にはならず、この推認を成り立たせる前提として、空室利用送付型詐欺の横行が広く周知されていることが必要であるなどというが、その指摘が当を得ないことは上記のとおりである。また、原判決は、従来型の詐欺の手口を知っていたからといって、新しい詐欺の手口に気付けたはずとはいえないとした上、本件のように宅配便を利用して空室に送付させる詐欺の手口と、被告人が認識していた直接財物を受け取るなどの手口は異質であり、被告人にとって、相当高度な抽象能力と連想能力がないと自己の行為が詐欺に当たる可能性を想起できないとするが、上記両手口は、多数の者が役割分担する中で、他人になりまして財物を受け取るという行為を担当する点で共通しているものであり、原判決のいうような能力がなければ詐欺の可能性を想起できないとするのは不合理であつて是認できない。原判決が第1審判決を不当とする理由として指摘する論理則、経験則等は、いずれも本件詐欺の故意を推認するについて必要なものとはいえず、また、適切なものともいい難い。」

「そして、被告人は、荷物の中身が拳銃や薬物だと思っていた旨供述するが、荷物の中身が拳銃や薬物であることを確認したわけでもなく、詐欺の可能性があると認識が排除されたことをうかがわせる事情は見当たらない。」

「このような事実関係の下においては、被告人は、自己の行為が詐欺に当たるかもしれないと認識しながら荷物を受領したと認められ、詐欺の故意に欠けるところはなく、共犯者らとの共謀も認められる。原判決が第1審

判決の故意の推認過程に飛躍があり、被告人の詐欺の故意を認定することができないとした点には、第1審判決が摘示した間接事実相互の關係や故意の推認過程に関する判断を誤ったことによる事実誤認があり、これが判決に影響を及ぼすことは明らかであつて、原判決を破棄しなければ著しく正義に反するものと認められる。」

一 実体法的観点から見た判断枠組み

最高裁は、四つの事実を挙げた上で「荷物が詐欺を含む犯罪に基づき送付されたことを十分に想起させるもの」としつつ、「詐欺の可能性があるとの認識が排除されたことをうかがわせる事情は見当たらない」とした点から、薬物事犯に関する最決平成2年2月9日判時1341号157頁と同様の論理構成をとつたものともいわれる。たしかに、複数の犯罪にまたがる概括的な認識を認めつつ、特定の犯罪を除外する特別の事情がないかを問題とするという構造は同じであるといえる。もつとも、前掲最決2年2月9日の事案は、「身体に有害で違法な薬物類」という類の同一性の中の種の特定性が問題となつていたのに対し、本件では、そうした類の同一性を超えた、いわば手口の同一性の範囲内での概括的な認識が問題となつた点が異なる。最高裁は、「詐欺を含む犯罪」という概括的な言い回しをしつつも、少なくとも表現の上では、財産犯とか領得罪とか交付罪といった一般的・類的な認識を認定して、それに詐欺も含まれるとしているわけでもなく、あくまでも詐欺罪という特定の構成要件の認識があつたことを個別的に認定しているといえる。

第1審判決では、「詐欺罪についての未必的故意を有していたというべきである」と明言されたのに対し、最高裁は「未必的故意」という表現は用いていないが、結局においては、詐欺罪の未必的故意の成立を認定したとみるべきであろう。³⁾ さて、未必の故意をめぐる³⁾は、学説上激しい対立が見られ、判例の見解も一義的ではない。⁴⁾

この点、本判決では、「詐欺に当たる可能性を認識」、「詐欺に当たるとは認められない」といった表現が用いられている。ここでの「可能性」がどの程度のものなのか、また、「かもしれない」という推測がどの程度の具体性を持つものなのか必ずしも明らかではないが、わずかな可能性や具体性を指しているわけでもなく、構成要件実現の蓋然性の認識を要求する蓋然性説（認識説）、⁵⁾さらには、こうした見解をベースとした動機説に親和的な立場であると理解するのが自然であろう。⁶⁾これに対し、認容といった情緒的要素については明確には言及されていない。

では、「荷物の中身が拳銃や薬物であることを確認したわけでもなく、詐欺の可能性があると認められる」ということを確かめることがわがわがの事情に見当たらない」という言い回しは、どのようにとらえるべきであろうか。むしろ、このくだりは、被告人が詐欺に当たると可能性を認識していたとの強い推認を覆すような事実は存在しないことを述べたに過ぎないと読むのが素直である。⁶⁾しかし、こうした推認過程が正当化される根拠は明らかでなく、むしろ実体的な実質的意味を見出すことで、理論的に正当化することができるかもしれない。

例えば、詐欺にあたる可能性を認識しながら、よく確認せずに行為に及んだことをとらえて、認容説の立場から結果発生の認容を読み取ることもできる。あるいは、結果発生の蓋然性の認識について補強する意味を見いだすこともできよう。さらには、荷物の中身の確認という具体的な結果発生回避措置にあえて言及している点に着目して、実現意思説の構成に親和的であると読むこともできる。

実現意思説とは、故意を構成要件要素ととらえ、故意概念から情緒的要素を排除した上で、構成要件結果の実現意思と回避意思とを対比し、実現意思が発現したといえる場合に、未必の故意を認める見解である。この説にはいくつかのバリエーションがあるが、何を持って回避意思の発現とみるかにつき違いが見られ、とりわけ結果

発生を蓋然的であると行為者が認識している場合、単に結果の不発生を期待しただけでは足りず、何らかの具体的な結果回避措置が講じられたことをもって、はじめて回避意思が発現したとみる見解が有力に唱えられている。⁽⁷⁾この実現意思説をあてはめると、本判決は、被告人が詐欺罪の構成要件実現の蓋然性を認識していたことで実現意思が基礎づけられる一方、これを拳銃や薬物であると思っており詐欺とは思っていなかったという回避意思（そもそも犯罪であることは認識しているので「回避意思」というのは奇妙ではあるが）と対比した場合、実現意思が上回り、これが発現したと見ることができるので、詐欺罪の未必的故意が認められたということになる。そして、この事案で回避意思が上回るためには、荷物の確認といった具体的な回避措置が講じられなければならぬことを指摘した、と理解することもできる。

このように、特に実現意思説に見られるように、主観的要件の判断に当たっては、それを積極的に基礎づける要素と、それを弱める消極的な要素を整理し、並べ比較した上で、行為者の意思内容を確定するというのは、実体法上の故意論でも見られるものである。本判決に限らず、特殊詐欺の裁判例で広く見られるモデルがこのようなことを意図しているとまで主張するものではないが、実質的には、そうなのとも見うることは指摘しておきたい。

二 心理主義的アプローチ

さて、上記の最高裁判決における詐欺罪の故意の基礎づけは、調査官解説でも示されているとおり、四つの事実を挙げた上で「それ自体から、被告人は自己の行為が詐欺に当たる可能性を認識していたことを強く推認させる」という部分だけで、すでになされているともいえる。ただ、最高裁が「強く推認させる」とする「認識」は、

圧倒的な通説と同様、被告人の心理的事実を指しているのだろうか。もしそうだとすれば、このように推認してよいか、疑問も生じうる。

この点、控訴審が、「社会的に本件のようにマンションの空室を利用して詐欺金を宅配便で送らせて受け取る形態の特殊詐欺事犯……が横行していることについて、広く周知され、市民的な常識として共有されているか、意図しなくても接する程に空室利用送付型詐欺に関する情報が社会的に広く浸透しているので、知らない方がおかしいというような社会情勢になっていることを要する」と述べた点には、十分な理由がある。当該の被告人の心理的事実を真面目に証明しようとすれば、被告人本人の知識、慎重さ、連想力を前提にしなければならない。突き詰めていえば、被告人本人のすべてを理解しなければならないことになる。もちろんそのようなことは不可能であり、結局は、一般人を基準に外部的状况から故意を推認せざるをえない。しかし、一般人といっても幅は広く、しかも単純な知識だけでなく連想力が試される事案でもあるので、ある程度のバッファを設けた上で、本件の被告人が、一般人の中で知識、慎重さ、連想力などが貧弱なゾーンに属していたとしても、詐欺に当たる可能性を認識していたはずだといえなければならない⁽⁸⁾。

また、控訴審が「被告人が認識していた複数の方法というのが、直接現金を受け取りに行くという行為なのであり、マンションの空室で宅配便の箱を受け取るという行為と比較すると相当に異質であり、両者を結びつけるには相当高度の抽象能力と連想能力が必要」と述べた点については、「相当高度の抽象能力と連想能力」がどの程度を指すのかはわからないが、いずれにせよ、一般人なら結びつけることが容易であるとはいえないことは確かである。このことは、空室送付利用型の特殊詐欺が広く功を奏していることから、火をみるより明らかである。本件の被害者も、100万円〜150万円もの高額な現金を宅急便という極めて不自然な方法で送付しており、

ふつうに考えれば詐欺の可能性を気づくはずであるが、高齢もあいまってのことであろうが、実際に気づいていないのである。被害者と被告人の置かれている状況は大きく異なるとはいえ、たかだか1回1万円程度の報酬を受け取っていたにすぎない被告人にだけ、詐欺の可能性を認識していたはずだというのは、アンバランスであろう。

被告人の心理的事実にできる限り正確に到達しようとする控訴審の姿勢は、「被告人は、自分が何を受け取っているのか疑問を抱くはずであり、疑問を抱けば調べるはずであるという……経験則は、行為者が……健全な感覚を有している場合には当てはまるものと考えられるが、本件において、被告人は、自らの行為が犯罪に関わることを認識しながら……しかも、……想定していたのは覚せい剤等の違法薬物かけん銃の受取りという重大犯罪なのであるから、具体的なことはあえて知らずにいた方が身のためであるという考慮が働いたとしても不思議ではない。」という部分にも現れている。要するに、覚醒剤や拳銃の受取を想定していた者ならどのように考えるかを考察しているものであり、その立場や利害関係を吟味した上で、被告人にかなり寄り添ったものとなっている。被告人の心理的事実を解明しようとするれば、自ずとこうした判断とならざるを得ないであろう。

三 客観的・規範的アプローチ

このようにして、控訴審判決は、伝統的な故意概念にしたがって、行為者の心理的事実を真面目に証明しようとしたことの帰結であると思われる。伝統的な心理主義に依拠する限り、第1審や最高裁のほうに無理がある。それでも故意の成立を認めたのは、本音としては、特殊詐欺の克服という刑事政策的な考慮が働いたのであろう⁽⁹⁾。もっとも、故意概念という重要なファクターについて、こうした政策的配慮をせざるをえないのは、伝統的な心

理主義的故意概念の妥当性が問われていることの裏返しであるともいえる。

故意概念について再検討するにあたり、本件について、行為者の立場に置かれた一般人ならどのような認識を持ちうるかについて考えてみたい。この点、被告人も認めているように、犯罪行為に加担していることは誰でも容易に察しがつくような状況であったといえるだろう。そして、自分以外の複数人が関与しており、自分は受取役をやっているという程度の認識はあったといえよう。しかも、軽微なものではなく、少なくとも刑法103条にいう「罰金以上の刑に当たる罪」、あるいは「刑務所に行くことになるかもしれない」とすら考えるような犯罪に加わっているという認識は持ちうるというよい。

では、そこから先、どのような認識を持つだろうか。これは、各行為者の知識、慎重さ、連想力によるところが大きく、また、連想力等をどの程度働かせるかにつき、同一人でもその時々によって異なるのではないか。誰もがいつでも自己の行為の意味を深く考えるわけではなく、よく考えない、無関心である者もいれば、ふだんはそうでない者でも、場合によっては熟慮せず、無関心にふるまう場合もあろう。¹⁰⁾

それでは、仮に一般人が自己の行為の意味をある程度考えたと仮定した場合、どのような犯罪を想定するだろうか。禁制品、盗品などは比較的容易に思いつくかもしれない。盗品に限らず、財産犯一般を想定する者もいるかもしれない。しかし、いかなる財産犯かを深く考えてみても、窃盗、強盗それ自体への関与はイメージできないし、横領や背任も無理がある。では詐欺罪はどうか。インターネット通販やオークションを通じた詐欺の被害品ではないかという想定は、比較的しやすいかもしれない。その一方で、犯行当時において、本件のような手口の詐欺の可能性を認識するためには、控訴審がいうように、かなり高度の連想力を有するか、ふだんから報道番組や新聞に接するなどして、本件の手口に関する知識を有していない限り、難しいように思われる。

そもそも、最高裁が「それ自体から、被告人は自己の行為が詐欺に当たる可能性を認識していたことを強く推認させる」とした、この「詐欺」の形態が、インターネット通販やオークションなど比較的思いつきやすい詐欺の形態のことをいっているのか、それとも、より具体的に、老人などを騙して金銭を送付させる形態のことをさしているのか明らかではない。それに続く控訴審判決への言及を合わせ読めば、後者を示唆しているようにも読める。しかし、被告人がインターネットオークションの利用など別の具体的事実を想定していたとしても、自分以外の複数人が関与する詐欺罪に関与し、財物の受取役を担っているという詐欺罪の承継的共同正犯の重要部分について認識があったことには変わりはなく、そうした認識は、四つの事実から推認できるとしたと解釈することもできる。判決文の「本件の手口が報道等により広く社会に周知されている状況の有無にかかわらず」という部分について、調査官解説では、「当該手口について報道がされていたからといって、これを被告人が認識したことを意味しない上、本件においてはそのような事情を考慮しなくても故意が推認できると考えられたものである」と解説されているが、本件の具体的な手口について被告人が認識していなくとも、詐欺罪の故意の成立は認めることができるから、本件の手口の社会的周知性は決定的な要素ではないとしたとも考えられよう。

ただ、先にも述べたとおり、被告人の立場に置かれた者なら誰でもこれらの認識に至るわけでもなく、そもそも、そこまで高額ともいえない日銭をもらうことには興味が無く、荷物の中身については無関心であるということも少なくないであろう。被告人が心理的に上記のような認識を有していたのだといったところで、それはフィクションにすぎないというべきである。現実には、いわば健全な遵法精神を有する者が注意深く考察したならどのような認識に至りうるかを想定し、それを被告人が認識していたことにしているにすぎないと思われる。控訴審が第一審判決について、「被告人は、自分が何を受け取っているのか疑問を抱くはずであり、疑問を抱けば調

べるはずであるという……経験則は、行為者が……健全な感覚を有している場合には当てはまる」と述べた点は、まさに当を得たものであり、第一審、さらには最高裁のいう被告人の認識は、一定の模範的な人間像をモデルとすることによってのみ、導き出し得るものなのである。⁽¹¹⁾

もつとも、こうした故意を客観化する見解は、日本の刑法学においても、以前より有力な刑法学者によって唱えられていた。それは藤木英雄である。藤木は、認容説について「思慮深い者が重い責任を負わされ、無思慮な者ほど責任を免れる不都合がある」とし、⁽¹²⁾蓋然性説についても「蓋然性か否かの判断を行為者の主観を基準とする点で、認容説と同じく、無思慮なものがかえって罪責を軽減される欠陥を免れない」と指摘し、⁽¹³⁾これらの有力説が行為者の心理的事実を基準とすることに異を唱えていた。こうした問題意識から、藤木は、「行為者が認識した結果発生の可能性が、行為をやめるべきだとする程度のものか、あるいは用心すればその行為をやめなくてもよい程度のものかを客観的に判断すべき」、⁽¹⁴⁾「行為者が表象した結果発生の可能性がどの程度の強度のものであるかは、行為者自らの判断によるのではなく、行為者が表象した事実関係を基礎として、通常の思慮分別をそなえた人ならば当該危険性をどのように評価するかによって定められなければならない」と説いていたのであった。⁽¹⁵⁾

たしかに、藤木が想定しているのは、自動車の運転のような、行為者が自ら危険を創出・制御し、眼前で危険な状況が進展している典型的な講壇事例である。これに対して、特殊詐欺の受け子の故意が問題となっている事例では、状況はそれほど一義的ではない。しかし、こうした事例においても、「通常の思慮分別をそなえた人」ならどのような犯罪を想定し、結果発生危険をどのように判断するかを吟味すること可能であろう。

とりわけ本件は、荷物が軽微でない犯罪に関わるものであることは誰でも容易にわかるような状況であり、すでにこのことによって、荷物の受け取りを拒否すべきチャンスが与えられている。その意味では、知らないうち

に犯罪に巻き込まれたという事案ではない。⁽¹⁷⁾ こうした状況で、いかなる犯罪に関わっているのかを深く考えた者が処罰され、何の犯罪に関わっているか無関心な者を不処罰とすることが、バランスの取れた妥当な結論とはいえないであろう。いずれの者も与えられた状況は同じで、同じ事実に対していかなる犯罪的意味を見いだすかの違いがあるので過ぎない。つまり、事実の不認識といっても、その内実は事実に対する評価の誤り・怠慢が問題となっており、その意味では、違法性の不認識の場合と問題性は共通するところも多い。この点、違法性の不認識については、周知の通り、理論構成については争いはあるものの、無思慮な者を有利に扱うという結論を回避することにつき、おおむね見解の一致は見られる。しかし、事実の不認識については、依然として通説はFeuerbach以来の伝統にしたがって心理主義的な立場をとっている。これについてはドイツでも、事実に対する無関心を有利に扱うことについて問題視する見解が有力化しており、心理主義的な故意概念から離れて、事実の不認識の問題についても規範的・評価的観点を入れるべきであることが主張されていることが注目される。⁽¹⁸⁾

もつとも、「通常の思慮分別をそなえた人」であっても、本件当時、荷物の中身が詐取金であることを具体的に認識することまでは困難であろう。こうした者が、洞察力を存分に發揮すれば認識できたであろうにすぎない。そうした認識をもって、行為者に故意があったとするのは行き過ぎであり、「通常の思慮分別をそなえた人」ならば容易に認識できたことにとどめるべきように思われる。このような観点からは、本件当時、現金送付型の詐欺であるという具体的な認識までは困難であろう。せいぜい、「何らかの財産犯」の認識、(インターネット通販の不正利用など)「複数人が関与する詐欺に加担している可能性」の認識もその中に含まれる、という程度までしか認定できないように思われる。その意味で、控訴審判決に関する言及の中で、最高裁が手口の共通性などを理由に、荷物の中身が詐取金であることを認識できたと推認しているのは、行き過ぎである。あくまでも、上記の限

度で、最高裁の結論は維持できると思われる。

むすび

これまで述べたことを整理すると以下ようになる。ここで取り扱った前掲最判平成30年12月11日は、形式的には、当該の被告人の心理的事実を推認して、故意を認定した形を取っているが、その実質は、藤木英雄の言葉を借りれば、「通常の思慮分別をそなえた人」が洞察力を存分に発揮すれば認識できるであろう事実を推認し、被告人がそうした事実を認識していたとして、故意の成立を肯定しているにすぎない。しかし、「通常の思慮分別をそなえた人」が容易に認識可能なものに限るべきであり、こうした観点から、「何らかの財産犯」の認識、(インターネット通販の不正利用など)「複数人が関与する詐欺に加担している可能性」の認識もその中に含まれるという程度の認定をすることで、最高裁の結論は維持することが可能である。

また、詐欺の可能性を排除する事情を例外的に考慮している点については、未必の故意に関する実体法上の観点からも説明が可能であり、例えば、実現意思説における具体的な回避措置の有無を考慮したという見方も可能である。⁽¹⁹⁾判例のとる故意の認定の手法は、実体法の観点から正当化の可能性を模索する必要もある。

判例が示している故意の客観化傾向については、⁽²⁰⁾無思慮な者ほど有利に扱うのはアンバランスであり不当であるという観点からは、正しい方向性を示していると評価できる。むしろ、こうした限界事例を通じて、伝統的な心理主義的故意概念の問題性が浮き彫りにされたとすらいえる。

以上、不十分な考察であり、判例・文献について誤解や曲解があるかもしれないが、この小稿が、今後の議論に少しでも寄与するものであれば幸いである。

- (1) 本判決の評釈として、以下のものがある。大塚雄毅「いわゆる特殊詐欺の事案において、被害者をしてマンシヨンの空室に送付させた現金在中の荷物を同室の住人であるように装って受領した被告人について、原審が否定した詐欺の故意及び共謀の成立を認め、事実誤認を理由に原判決を破棄した事例」警察学論集72巻2号154頁、高倉新喜「状況証拠による詐欺の故意および共謀の推認」法学セミナー72号122頁、丹崎弘「現金送付型の特殊詐欺の事案において、受け子の故意・共謀を否定した原審を事実誤認であるとして破棄自判した2件の最高裁判決について」研修81号33頁、角田正紀「現金送付型の特殊詐欺事案において、指示を受けてマンシヨンの空室に赴き詐欺の被害者が送付した荷物を名宛人になりすまして受け取るなどした者に詐欺罪の故意及び共謀があるとされた事例」刑事法ジャーナル60号160頁、前田雅英「詐欺罪の故意の認定」捜査研究68巻7号14頁、中谷仁亮「詐欺罪における故意の認定…特殊詐欺事件に関する最近の最高裁判決をめぐって」上智法学論集63巻3号109頁（同種の裁判例について紹介されており、大変参考になる）、菅沼真也子「指示を受けてマンシヨンの空室に赴き、詐欺の被害者が送付した荷物を名宛人になりすまして受け取るなどした者に詐欺の故意および共謀があるとされた事例」法学新報126巻9号10頁167頁、亀井源太郎「詐欺の被害者が送付した荷物を名宛人になりすまして受け取るなどした」と詐欺罪の故意および共謀」臨増ジュリスト1544号142頁、江見健一「特殊詐欺の送付型事案における受け子について、詐欺の故意及び共謀があるとされた事例」論究ジュリスト33号170頁、蛭田円香「指示を受けてマンシヨンの空室に赴き詐欺の被害者が送付した荷物を名宛人になりすまして受け取るなどした者に詐欺罪の故意及び共謀があるとされた事例」最高裁判所判例解説刑事篇平成30年度213頁、同「指示を受けてマンシヨンの空室に赴き詐欺の被害者が送付した荷物を名宛人になりすまして受け取るなどした者に詐欺罪の故意及び共謀があるとされた事例」ジュリスト1560号93頁、河津博史「指示を受けてマンシヨンの空室に赴き詐欺の被害者が送付した荷物を名宛人になりすまして受け取るなどした者に詐欺罪の故意および共謀があるとされた事例」銀行法務2184号117頁。
- (2) 事案のさらなる詳細、第1審、控訴審の判決文については、判例集等参照。
- (3) 本判決が未必の故意を認定したと述べるものとして、丹崎・研修81号40頁（前掲注1）。
- (4) 未必の故意に関する近時の本格的な研究書として、玄守道「刑法における未必の故意」（2021年）がある。
- (5) この点につき、丹崎・研修81号40頁以下（前掲注1）によれば、詐欺の可能性が高いことまで認識していなくとも、詐欺の可能性の認識があれば故意を認めることを最高裁が明らかにしたとする。ただ、ここでいう「可能性」は、一定の実質を伴

- (6) つた可能性のことを意味し、一定程度の蓋然性に近いか、ほぼ同義であると解される。
 このように言うのは、大塚・警論72巻2号166頁以下（前掲注1）、丹崎・研修85号42頁（前掲注1）。
- (7) 実現意思説をとる論者のうち、井田良『講義刑法学総論（第2版）』178頁以下、山中敬一『刑法総論（第3版）』332頁以下は、行為者が結果発生蓋然性を認識している場合には、結果回避措置をとらない限り、回避意思の発現の優位性を否定する。（橋本正博『刑法総論』95頁注78は実現意思説をとるが、回避措置を故意そのものの要件とするのは妥当でないとする）。
- (8) 丹崎・研修85号43頁（前掲注1）は、「受け子による一連の行為の不自然さが、正当な社会経済活動としては合理的に説明し難いものであって、そのような行為を実行することで多額の報酬を得ていけば詐欺を含む何らかの犯罪行為に当たる可能性があるという認識を持つのが通常であるという、ある意味、単純かつ素朴な経験則を適用したものとして理解することができ妥当なものである」という。しかし、こうした経験則は、一定以上の思慮分別を持った者ならともかく、そうでない者も含めて広く妥当させることは疑問である。
- (9) 前田・捜研68巻7号23頁（前掲注1）は、「最高裁が主張する、空室に送付させる詐欺の手口と、直接財物を受け取る手口は、『多数の者が役割分担する中で、他人になりすまして財物を受け取るという行為を担当する点で共通し、詐欺の可能性を想起できる』との結論が、『論理的・絶対的に正しい』とまでは言い切れない。刑罰謙抑主義の立場からは、「別個」の手口なので詐欺の故意はないとすることも可能なのである」とし、控訴審判決のような結論もありうると評価している。もともと、こうした結論の正当化について、「少なくとも詐欺罪に限ってみれば、国民の規範意識には、処罰拡大の力が働いているのであり、最高裁もそれに矛盾しない判断を示したといえよう。やはり、本件のような事情があれば、特殊詐欺の惨状を認識しうる国民の大多数は『詐欺の故意はある』と考えるのである。社会の『大状況』も国民の規範意識を媒介することによってしか、最終的には、刑法解釈には投影し得ないのである」と述べ、国民の規範意識に沿った刑法解釈論であることを強調し、刑事政策的考慮が働いていることを明確に認めている。
- (10) 角田・刑ジャ60号164頁（前掲注1）は、「本件のような正当な取引行為ではなく、他人になりすまして荷物の受取りだけに關与し、高額報酬を得るような場面に直面した行為者としては、違法行為（しかも重大なもの）に加盟する以上、それがどのような責任を問われる事柄なのかにつき、途中で、全く思考をストップさせるようなことは通常はないであろう」ということである。例外はあり得るとしても、原則的には、自己が關与する犯罪につき複数の可能性をあれこれ思い浮かべて、関与

するか否かを判断するものだと思われる」とする。しかし、慎重に物事を考える人間だけでなく、世の中には実にさまざまな人がいることに照らすと、本文でも述べたとおり、一般人なら誰でもそのような思考をめぐらせると想定することはできないように思われる。これに対し、大庭沙織「振り込め詐欺における受け子の故意の認定」本誌53号20頁以下は、正当にも、この種の事案における受け子が思考停止に陥りうることを指摘している。

(11)

角田・刑ジャ60号163頁(前掲注1)は、「振込め詐欺に始まる特殊詐欺が長期間にわたり社会に蔓延し、その犯行は手口を巧妙化させながら多様な手口の犯行が繰り返されていることは公知の事実といえる。そうすると、「仕事」を引き受けた被告人の立場に立って考えてみた場合、自分が荷物を受け取るという態様で関与しようとしている犯罪行為につき、いろいろな可能性を頭の中で巡らす中に詐欺の可能性が浮かぶのは自然なことであり、むしろ特段の事情がない限り、浮かばないはずがないと思われ、これが一般の常識であろう」とするが、まさに角田がここで想定している「一般人」とは、暗黙のうちに、一定の模範的な人間像をモデルとしているものと思われる。実質的には、すぐ後に紹介する藤木説に近いが、藤木説における「通常の思慮分別を備えた人」であっても、少なくとも本件当時、現金送付型の詐欺罪の可能性があるとまで認識するかは、やや疑問ではある。さらに、江見・論究ジュリ33号173頁(前掲注1)は、本件で取られたような方法は「規制薬物やわいせつ物その他の法禁物の授受のためのものとも考え得るところ、その費用及び労力の大きさに照らして、末端の小売の規模、量の取引に係るものでないことは明らかである。末端取引にとどまらない量の法禁物の授受を行うに当たって、最終受領者がそれへの関与を秘匿しようとする場合、受領場所を確保できるのであれば、人的関係の乏しい者を受領者として関与させることは、必要ないばかりか、秘密の漏洩や持ち逃げ等の危険が増すこととなる」「指示役側の者がその場所で受領しても、交付者に対する受領者側の情報の秘匿が十分にされていることを把握可能であり、被告人のような部外者を関与させる必要性の乏しさは認識可能であるから、被告人を関与させることは、その受領場所と最終受領者の関係を秘匿する意図があること……も認識可能である。そうすると、被告人は、犯罪関連性の認識を抱くだけでなく、その犯罪に詐欺が含まれ得る(少なくとも、詐欺の可能性が排除されることはあり得ない)ことも想起可能と思われる」と述べる。こうした推論は、論理的には誤っておらず、実によく考えられたものではあるが、かように状況の合理的解釈や複雑な思考を通じて詐欺罪の可能性の認識に至ることは、犯罪に長けた者か頭脳明晰な者ならともかく、藤木説における「通常の思慮分別を備えた人」ととってですら容易ではないだろう。最高裁も、被告人がこうした思考プロセスを経ていることを前提としたものではない

- と思われる。
- (12) 藤木英雄『刑法講義総論』（1975年）142頁。
- (13) 藤木英雄・総論143頁（前掲注14）。
- (14) 藤木英雄・総論143頁（前掲注14）。
- (15) 藤木英雄『過失犯の理論』（1969年）108頁以下。
- (16) なお、藤木は「許された危険」の法理が未必の故意の限界を画する機能を持つ」としており、単なる一般人の感覚を基準としていたのではなく、規範的な客観的判断が重要であることを説いていた（藤木・総論143頁）。近年、同様の見解を唱えるものとして、松宮孝明『刑法総論（第5版）』187頁がある。「行為者が結果発生の可能性をどの程度と考えていたかが重要である。それは、結局のところ、法が期待するような規範心理を行為者が備えていたと仮定したならば……、そのような結果発生の可能性の認識が、行為を思いとどまる動機となったか否かで決まる」とする。さらに、玄・未必の故意（前掲注4）237頁以下は、松宮説に判断要素を加味して、未必の故意が認められるのは「行為者が、法の期待する自律的・理性的な者であれば当該行為はやめるとされる程度の特定の犯罪事実を意識し、かつそれによって当該行為者は犯罪結果の発生が非蓋然的でない」と判断したにもかかわらず、当該行為をやめなかった場合」であるとす。
- (17) 河村・銀行84号117頁（前掲注1）は、「限られた事情から、自己の行為が特定の犯罪に当たる『可能性』を認識できたはずであると容易に推認し、それだけで当該犯罪の故意を認定する手法は、これが一般化されると、第三者の犯罪に巻き込まれ、知らないうちに利用された人を処罰する危険がある。処罰を要する行為は立法で明確に定めるべきであり、刑罰法規の解釈や犯罪事実の認定は緩やかに行われるべきではない」とする。
- (18) いわゆる間接故意論を現代的に展開したものとして、Jakobs, Gleichgültigkeit als dolus indirectus, ZStW 114 (2002), S. 584. 間接故意論を日本の判例を素材に展開した論文として、Kawaguchi, Dolus indirectus im Spiegel der japanischen Rechtsprechung, in: Pawlik/ Zaeyk (Hrsg.), Festschrift für Günther Jakobs: zum 70. Geburtstag am 26. Juli 2007, 2007, S. 259 がある。また、Pawlik, Das Unrecht des Bürgers, 2012, S. 389 ff.
- (19) 判例が間接故意論に傾斜しているとみうることも可能である。この点については、別の機会に検討したい。
- (20) 故意の客観化の問題については、大庭沙織「認識面における故意の規範化」早稲田大学大学院法研論集14号1頁、高橋則夫

ほか『理論刑法学入門』161頁以下（2014年）〔杉本一敏〕も参照。