

判例研究

詐欺事件について包括的共謀による共同正犯の成立が認められた事例（京都地判令5年5月31日公刊物未登載）

金 尚 均（キム サンギョン）

【事案の概要】

被告人は、不動産の売買等を目的とする株式会社S、株式会社D及び株式会社L（これら3社は同時に存在していたのではなく、同一の実質的経営者により、会社名のみを次々と変更して運営されていた）の実質的経営者であったもの、F及びYは、上記会社S、D及びLにおいて営業担当従業員を統括する立場にあったもの、Mは、上記会社S、D及びLの営業担当従業員であったものであるが、被告人は、F、Y及びMと共謀の上、上記S、D又はLという会社を名乗り、被害者から不動産取引費用等の名目で現金をだまし取ろうと考え、真実は、土地の売却を仲介する事実もそれに伴う費用が発生する事実もないのに、これあるように装い、継続して、被害者に対し、架空の保証金名目、税金対策名目、隣地対策名目等、欺罔文言を用いてうそを言い、被害者にその旨誤信させ複数の被害者から現金の交付をそれぞれ受け、もってそれぞれ人を欺いて財物を交付させた。「増し」とは、各会社所有の土地と客が所有する土地とを交換する二つの売買契約を締結した後、数日たって、架空の保証金名目、税金対策名目、隣地対策名目等で被害者を欺罔して金員を交付させるのと同時に、被害者との間で、新たな土地交換型売買契約を締結することであった。

被告人は、F、Y及びMからの契約締結の連絡を受けて、土地売買契約書を2組（一組は、顧客が「売主」、被告人の会社が「買主」）の土地売買

契約書、もう一組は顧客が「買主」、被告人の会社が「売主」の土地売買契約書。これら2つの契約を締結するので、土地交換型売買契約という）を作成し、先に締結した契約を一旦解消し、新たに土地売買契約を締結した。しかし、これら架空の保証金名目、税金対策名目、隣地対策名目等での取引について、F、Y及びMらが独自に行ったもので、被告人は、その手法や内容も知らなかったとして、共謀と詐欺の故意を否定している。

【判旨】

1 被告人に詐欺の故意が認められるか否かについて

「一旦提示された代金で土地の交換に係る高額 of 売買契約を交わし、その代金の支払を終えた客が、しばらく日数が経過した後に、同一の土地の交換型取引に関して、一方的に債務を追加で負担するにもかかわらず、単に上司や会社の承諾が得られなかったから等の理由で高額 of 値上げを要求されて、それに応じることは社会通念上想定し難い。取り分け、そのような土地の交換型取引が同一の土地について複数回にわたってなされ、しかも、最初に支払った数十万円の金額を上回る金額を複数回にわたって本件各法人に支払っている（支払金額は合計で数百万円に及んでいる。）のであって、客が上記のような理由でこのような取引に応じるとはなおさら想定し難い。」「本件各法人と客との間で「土地売買契約書」と題する書面が交わされており、本件各法人が客に交付する領収書のただし書に『土地売買契約代金の差し金として』等の記載があることを踏まえても、この結論は変わらない。」

「被告人は、詐欺という犯罪をしている認識がなかったからこそ、Lの時代に事務員のMTを雇って社長である自らの仕事である契約書の作成等をMTにさせていたものであるし、そのMTはFらが犯行をしていたことに全く気付いておらず、MTと同様、契約書等を作成するにすぎない事務

方の人間である被告人にはFら営業担当者の詐欺行為を把握することは困難である旨主張する。しかし、前者については、被告人がMTにさせていたのは、外形的には『売買契約書』等の契約書の体裁が整った書面の作成という事務的な作業であり、それ自体から直ちに営業担当者が詐欺行為を行っていると分かるものではないから、このような作業を事務員のMTにさせていたことは被告人に詐欺の故意があったことと矛盾しない。」

2 被告人にY及びFらとの詐欺の共謀が認められるか否かについて

「被告人は、本件各法人の実質的経営者として、本件各法人の営業担当者が客に対して欺罔文言も用いて営業活動を行っていることを認識・認容しながら、詐欺金の約半分の分配を受け、活動に必要な事務所や備品等を準備した上で、本件各法人の従業員の面接を行い、本件各犯行を含む不動産取引の契約書の作成業務等に従事していたのであるから、被告人は、Y及びFとの間で、遅くともSに所属して犯行手口を共有した時点において、原野の処分を渴望する不特定多数の客からだまし取った金銭から報酬を分配する目的に向けて、土地に関する種々の欺罔文言も用いた手口による詐欺を行うことについて共謀（MとOについては、それぞれ本件各法人に所属して犯行手口を共有した時点において、Fを通じた順次共謀）を遂げたものと認められ（なお、Yについても、…、Fらと担当地域を分担した上で、Yグループ内でFらと同種の営業を行い、本件各法人の組織維持に必要な金銭を稼いでいたのであるから、Fグループと物理的・心理的影響を互いに強く与え合いながら一体となって詐欺行為を繰り返していたものと認められ、本件各犯行について詐欺の故意並びに被告人及びFらとの共謀が認められる。）、本件各犯行について、詐欺罪ないし詐欺未遂罪の共謀共同正犯としての責任を負う。」

I 共謀について

1 本件被告人は、主たる取引形態として、F、Y及びMらを通じて、顧客と被告人の各々の土地の交換型売買契約、単独の売りそして単独の買い等をして、業として利益を得ることと認識している。被告人の認識している土地交換売買契約は、顧客の土地を買う条件として売り手である被告人の土地を買い手が購入するというものである。このような土地交換売買契約の場合、例えば、契約締結後、買い手が購入予定の土地の実勢価格を知るに及んで意思表示を撤回することも有り得る。その場合には、クーリングオフの対象となり得る¹。但し、土地の売買においては、価格交渉が行われることが一般的であり、特殊な条件がある場合には、個別の契約書が作成されることがある。被告人の認識として、顧客に対して一方的に土地売買の話を持ちかけているのではなく、あくまで条件付きで土地売買の話を持ちかけており、はなから「土地を買う」旨の騙す目的で、買い手を錯誤に陥れて財物を交付させるのではない。あくまで「あなたの土地を売ってほしいのです」が、その条件として「私の土地を買ってください」と申し向けているというのが被告人の認識である。これに対して、顧客らは、主に、かつて利用することの困難な原野を購入してしまい、その処分を考えていた人たちである。それゆえ、顧客らは、不要な土地を売ることが主たる目的であって、新たな土地を購入したいとは考えていない。顧客らは、架空の保証金名目、税金対策名目、隣地対策名目で費用を請求され、金員を交付するものの、いずれこれらのお金は返還を受けると認識していた。顧客らは、最終の手続きが終わるまでの間のあくまで「担保」名目の土地購入について氏名を書かされ及び印鑑を押印させられ、「土地売買契約代金の差し金として」という理由で領収書を受領したと認識しており、あくまで自己の土地の売り手として一本の契約手続きを進めているものと

1 東京高判平元年3月14日判例タイムズ700号266頁。

考えていた。これとは逆に、F、Y及びMらがしていたことは、架空の名目で顧客から金員を受けると、その後、売買契約を一旦解消して、新たな土地売買契約書を作成し、これを顧客らに交付するというものである。F、Y及びMらは、これを繰り返していた。その際、被告人は、F、Y及びMらの連絡を受け、自ら、土地売買契約書の作成並び新たな土地売買契約書の作成をしていた。

本件の顧客としては、買い手がつかないまま所有している原野の処分を、言わば買い叩かれるのではなく、実勢価格よりも遙かに上回る価格で売却できるとのことで、F、Y及びMらの商談に耳を傾けた。このような商法は、顧客らがかつて原野を購入したことへの誰にも言えない反省や苛立ちにつけ込みつつも、そのプライドを保たせるような形での取引であると言える。本件に係る被告人の認識としては、売り手が所有していた原野の売却を奇貨として、自社所有の土地を購入させて、その差額による利益を当て込んで、言わば、売りと買いの二組の土地売買契約書を取り交わすというものである。

顧客は、自己を売主、被告人の会社を買主として、自分の土地を買ってくれるものだと認識していたのに対し、被告人は、売りと買いの二組の土地交換売買契約を結んでいると認識しており、それぞれの認識に齟齬がある。実際に顧客から契約を獲得していた営業担当者であるF、Y及びMらは、顧客に対して、顧客所有の土地を売却するために様々な費用を支払うとの認識を持たせており、新たに土地を購入する意識をもたせないようにしていた。その際、被告人とF、Y及びMらとの間では、土地交換型売買契約をすることに共通の目的があった。本件での問題は、その手法として、被告人とF、Y及びMらの両者は、土地売買の過程で、架空の保証金名目、税金対策名目、隣地対策名目等で顧客を欺罔して金員を交付させ、新たな土地交換型売買契約を締結することを繰り返すことも、黙示的であれ、合意していたのであろうか、ということである。被告人は、架空の保証金名

目、税金対策名目、隣地対策名目等による顧客の欺罔による金員の交付について聞かされておらず、それゆえ、架空の保証金名目、税金対策名目、隣地対策名目等による顧客の欺罔による金員の交付に関して全く知らなかったのであろうか。

まとめると、本件の問題は、架空の保証金名目、税金対策名目、隣地対策名目等による顧客に対する欺罔に基づく金員の交付について、被告人に詐欺の共謀と故意があったのかということである。

2 本件において被告人とF、Y及びMらとの間に包括的な共謀があったというためには、被告人は土地交換型売買契約を取引モデルとして訳であるから、被告人とF、Y及びMらとの間で当初より、土地交換売買契約に基づく取引を違法な手口を用いて行なうことを合意したことが必要である。本件判決は、そのために詐欺に該当する取引部分（保証金名目、税金対策名目、隣地対策名目）と条件関係のあるそもそもの土地交換型売買契約自体にまで遡って、当初より、一貫した詐欺目的に基づいて一連の取引行為が行われていたと解釈している²。

共謀とは、犯罪の共同遂行の合意である³。これを前提とする共謀共同正犯論とは、客観的な実行行為は分担しないが、共謀に加わった者を共同正犯とする理論である。判例は、日本の伝統的な共犯・正犯概念を土台に⁴、犯罪を計画したり謀議に参加するなどして犯罪遂行の重要な役割を果たしたが、実行行為を分担しなかった者を、形式的に教唆犯とするのではなく、黒幕として規範的に評価して共同正犯に包摂する。

その場合にも、共謀共同正犯が成立するためには、あくまでも、「実行

2 京都地判令5年5月31日公刊物未登載。

3 司法研修所編『難解な法律概念と裁判員裁判』（2009年）56頁。裁判所職員総合研修所監修『刑法総論講義案〔4訂版〕』（2016年）352頁以下。

4 前田雅英『刑法総論講義〔第7版〕』（2019年）325頁参照。

した」と同視しうるだけの共謀「関係」が認定されなければならない。ここにおいて「共同実行性」が認められるだけの重要な役割を果たしたか否かが重要となる⁵。重要な役割とは、謀議の際の発言内容、その後の行為などを総合して判断される。全く実行を分担しない以上、単なる意思の連絡又は共同犯行の認識の存在だけでは足りず、共同して犯罪を行う意思を形成するだけの共謀が主観面および客観面の両面において認定されなければならない。ここでは、実行行為に加担しなくても、一緒に犯罪を行うことを相談しただけの者、つまり、自己の犯罪として謀議に参加した者も刑法第60条でいう共同正犯と解釈することが可能なの否かが問われる。具体的には、共同の謀議の内容と、他の共犯者の中での自分の地位や役割が決定的に問題となる。とりわけ本件では包括的共謀があったとされているが、包括的共謀とは、一般には、関与者間で犯行内容が具体的に特定されず、包括的な合意が形成される形でなされる共謀のことをいう⁶。一般に

5 行為共同説並びに因果的共犯論の見地から共謀共同正犯の正当化解釈を試みる見解として重要な役割説が有力になっている。それによれば、「共謀共同正犯を肯定するか否かは、およそ『共犯』として可罰的であるかという問題ではなく、共犯としての可罰性を前提としたうえで、誰が共同『正犯』としての重い処罰に値するかという問題でしかないことを考慮すれば、共犯形式の区別の明確性よりも、処罰の具体的妥当性を優先させることも許されるといえよう」〔西田典之「共謀共同正犯」刑法雑誌31巻3号306頁以下〕と解する。この説では、共同による結果惹起について、実行行為に関与しない者の因果的寄与の程度に応じて正犯・共犯の区別をする。ここでは、因果的寄与とは、物理的・客観的な寄与に必ずしも限定されず、むしろ主観的な寄与を含めるとされる。これにより因果的寄与の概念を拡張するに至った。これを認めるところに重要な役割説の理論的特徴がある。しかし、この説は、支配型が間接正犯類似説や行為支配説を取り込み、対等型が共同意思主体説を取り込んだに過ぎない。行為共同説並びに因果的共犯論は、共犯各自の個別行為性並びに結果発生の独自の寄与を強調するところに本質的な理論的特徴があり、それは基本的に、客観的・物理的行為による犯罪結果に対する関与を基礎としている。これに対して主観的因果連関を強調して共謀共同正犯を肯定する理屈は、犯罪共同説を（主観的因果論）を用いて再構成したのとはかわりない。

6 樋口亮介「実行共同正犯」『井上正仁先生古稀祝賀論文集』（2019年）135頁ノ

「共謀」と「それに基づく実行」が必要であると解されているところ、実務上は、「共謀」と不可分一体の要件として、単なる意思の連絡に加えて、自己の犯罪を行う意思（正犯意思）を要すると考えられている。包括的共謀について当てはめると、行為の本質的部分について意思の連絡があること、かつ、個々の犯行に関する謀議がなくても、各関与者が他の関与者と協力して自分たちの犯罪を反復して遂行しようという共同実行の意識（＝正犯意思）が認められることが、包括的共謀を認めるためには必要であると解される⁷

共謀共同正犯は、共謀者中のある者が共同目的実現のために犯罪の実行に出た場合、相談・打ち合わせである共謀に参加した全員が共同正犯としての責任を負うことをいう。練馬事件判決では、「二人以上の者が、特定の犯罪を行うため、共同意思の下に一体となって互に他人の行為を利用し、各自の意思を実行に移すことを内容とする謀議をなし、よって犯罪を実行した事実が認められなければならない」とされ、そこでの「『共謀』または『謀議』は、共謀共同正犯における『罪となるべき事実』にほかならないから、これを認めるためには厳格な証明によらなければならないことというまでもない。しかし「『共謀』の事実が厳格な証明によつて認められ、その証拠が判決に挙示されている以上、共謀の判示は、前示の趣旨において成立したことが明らかにされれば足り、さらに進んで、謀議の行われた日時、場所またはその内容の詳細、すなわち実行の方法、各人の行為の分担役割等についていちいち具体的に判示することを要するものではない。⁸」と判示した⁹。

ㄨ 以下参照。

7 十河太朗「包括的共謀の意義と包括的共謀の射程」同志社法学72巻7号（2021年）384頁以下。

8 最判昭33年5月28日判例時報150号6頁。

9 共謀共同正犯を個人責任の見地から正当化する試みとして間接正犯類似説がある。練馬事件判決では、本説が基礎となっている。それによれば、「共謀者ノ

3 確かに、F、Y及びMらは、客観的には土地交換型売買契約を締結するために詐欺に該当する取引（保証金名目、税金対策名目、隣地対策名目）を行っていた。最初の土地売買契約書も新たな土地売買契約書を作成するのは被告人であったことから、被告人の土地売買契約書作成とF、Y及びMらの詐欺行為との間に客観的な条件関係を認めることができる。F、Y及びMらの上記名目での取引をきっかけとして、F、Y及びMらは特定の顧客を食い物にしていたのであり、その意味で両者の行為は密接な連関を有している。しかし、客観的な条件関係だけで取引全体に係る詐欺の共謀があるとまで言えるであろうか。つまり、客観的な条件関係を有するとの理由だけで、詐欺に該当する取引（保証金名目、税金対策名目、隣地対策名目）により、被告人が新たな土地売買契約書が作成・交付することをもって、言わば被告人が当初より詐欺取引を計画し、共謀して、自己の犯罪として包括的に正犯性を肯定することが出来るのであろうか。

たとえ条件関係があったとしても、共犯者相互に物理的・心理的影響を互

ゝもまた実行担当者を介して共同の意思を実現したものとするもので、実行担当者を利用しあるいはこれを使役して結局みずから実行するということに共謀者の正犯としての責任の根拠を求める」（藤木英雄『可罰的違法性』（1975年）317頁）のである。この説は、練馬事件上告審判決における共謀共同正犯に関する判示をモデルとして個人責任の見地から解釈可能であることを証明したことに意義が認められる。共同意思主体説による団体責任の実質的肯定に対する強い疑念と批判を間接正犯類似説は交わすことに寄与したと言える。しかし、間接正犯類似説では、背後者との関係で実行行為者を道具的役割と解することから、実行の着手後に真摯な中止行為をしても、背後者と道具である正犯者との共犯関係が解消されない限り、背後者の意思が貫徹されているので、他の者による結果惹起があった場合には、理論上、共犯の離脱は認められず、しかも中止未遂も認められない。また、実行行為者は道具であるから自己の一存では犯罪の意思の放棄や中止などを決めることができないはずであるにもかかわらず、正犯者として処罰することの根拠を見つけることは困難であるように思われる。ここでは、一方で正犯概念を規範化しておきながら、他方で客観化もしている。実行の着手時期に関すれば、間接正犯の構造からして、実行行為者は「道具」であることからして背後者との謀議または武器などの供与は刑法43条の未遂に当たる可能性が出てくる。

いに強く与え合いながら彼らの行動が一体であったことが証明されなければならない。条件関係だけを理由に共同正犯を規範的に基礎づけることはできない。なぜなら、条件関係の存在と共謀の存在とは別問題だからである。「二人以上の者が、特定の犯罪を行うため、共同意思の下に一体となって互に他人の行為を利用し、各自の意思を実行に移すことを内容とする謀議をなし、よって犯罪を実行した事実が認められなければならない」との上記練馬事件判決判示部分は、単なる意思連絡又は共同犯行の認識といわれるものとは異にする。謀議又は通謀が共同正犯者相互間に成立したことを要する¹⁰。たとえ、これらがなかったとしても、各関与者の意思が合致していれば足り、それ以上の何も要求されないと考えるべきではなく、連絡の形式は問わないし暗黙のもので足りるが、各関与者の内心における意思の合致にとどまるものでない外部的な意思の連絡がなければ、共同正犯における心理的因果性は生じない¹¹。単なる片面的ないし偶然の意思の合致ではない。

被告人は、実質的経営者として、F、Y及びMらを取り付けた土地交換型売買契約について、彼らの連絡を受けて、契約書を作成することによって物理的に共働していたわけで、F、Y及びM等は、土地交換や売却仲介を名目にして詐欺に該当する取引（保証金名目、税金対策名目、隣地対策名目）を行っており、その意味で因果連関があると言えるが、いわゆる詐欺に該当する取引部分（保証金名目、税金対策名目、隣地対策名目）について被告人との関係では心理的な因果連関があるとは言えない。そもそも被告人においてF、Y及びMらと詐欺に該当する取引（保証金名目、税金対策名目、隣地対策名目）を共にする認識はあったのであろうか。その上、

10 亀井源太郎「共謀共同正犯を巡る議論の在り方について」慶應法学31号（2015年）167頁。

11 亀井源太郎「共謀共同正犯における共謀概念」法學研究：法律・政治・社会84巻9号（2011年）115頁以下。

本件詐欺に該当する取引部分（保証金名目、税金対策名目、隣地対策名目）をするための意思疎通はあったのであろうか。なぜなら、詐欺に該当する取引部分については、土地交換型売買契約に関して被告人が持っている認識の射程に含まれていないからである。被告人の目的とその認識は、あくまで顧客との間で土地交換取引契約をすることにある。一旦締結した契約を解消して、新たに契約を締結する場合、売り手が所有していた原野の売却を奇貨として、自社所有の土地を購入させてることを想定していた。

そもそも本件取引の構造は、F、Y及びMらの一連の行為を見ると、クリーンゾーンとブラックゾーンに区分することができる。土地の交換や売却仲介であれ、これらを理由に、顧客を売主、被告人の会社を買主とする土地取引契約を締結すること自体は違法ではない。これに関連して詐欺に該当する取引（保証金名目、税金対策名目、隣地対策名目）が行われた。殊に特定の相手に対して一連の取引行為が行われていることから、確かに前者と後者との間には条件関係があるといえるが、被告人のF、Y及びMらとの共同作業による取引に関する認識の射程はあくまで土地交換売買契約と、これに関連して本来の価格で新たに契約を締結することまでであり、詐欺に該当する取引部分（保証金名目、税金対策名目、隣地対策名目）は想定範囲外であり、被告人の認識が及んでいない。これを裏付ける被告人とF、Y及びMらとの関係として、被告人が、F及びM等のF、Y及びMらが会社のために詐欺に該当する取引（保証金名目、税金対策名目、隣地対策名目）をしていると確定的に認識できる関係にはないことがあげられる。被告人は、F、Y及びMらによる違法な多重取引等を何ら認識しておらず、被告人がF、Y及びMらに対し、事前に保証金名目、税金対策名目、隣地対策名目での違法取引をすすんで指示したことはない。逆に、F、Y及びMらは、これらの事実を被告人に伝えておらず、保証金名目、税金対策名目、隣地対策名目等の違法取引について明確に述べたことはない。そのため、被告人との間に少なくとも明示の共謀が存していたとはいえない。

い。この点で、その構成員全員がその違法性を十分認識しながら詐欺取引をするという典型的な会社ぐるみの詐欺事件と本件では、その様相を異にしている¹²。たとえ保証金名目、税金対策名目、隣地対策名目等による詐欺等が行われていることの未必的な認識はあったとしても、それだけでは、被告人がこれらの違法取引に関わったと言えるだけの共謀があったとは認められない¹³。なぜなら、共謀共同正犯における共謀は、契約に類似する義務、すなわち拘束力を伴うものであって、共謀共同正犯が相互に負う義務の内容とは、一定の無価値な結果の実現を志向する直接行為の遂行であり、「一定の時点における具体的状況の下で遂行された行為から生じるであろう具体的結果」という程度に具体化されている必要があるからである¹⁴。また本件は、犯罪の実行のみを協議し、実行に関する具体的内容の決定は各実行者の便宜に委ねるという事案ではない¹⁵。被告人とF、Y及びMらとの間で、抽象的にないし包括的にであれ、詐欺という犯罪の実行の協議をしたことはない。保証金名目、税金対策名目、隣地対策名目等による詐欺について、被告人は、F、Y及びMらからその事実並び取引手法について教えてもらえなかったのであるから、いわば社員であるF、Y及びMらの中での共謀があったに過ぎず、被告人には関係が無い。

4 被告人は、暴力団の親分子分のような強固結びつきをもった上下関係の中でF、Y及びMらの行動を、概括的であれ、確定的に認識できる関係にあったわけではない。むしろ土地取引を事業内容として、その契約獲得による分け前の分配をするという、言わばドライな水平的な関係であった。

12 大阪地判平15年10月29日判例タイムズ1146号302頁。

13 東京地判令3年12月7日判例時報2542号88頁。

14 小島秀夫「共謀概念の比較法的考察」明治学院法学研究114号（2023年）48頁。

15 品田智史「「特殊詐欺事案における包括的共謀、及び、組織的詐欺について」法律時報92巻12号（2020年）23頁。樋口亮介「特殊詐欺における共謀認定」法律時報91巻11号（2019年）61頁以下。

被告人が会社運営をして諸々の手続きを処理し、F、Y及びMらは営業行為に専念する関係にあった。また、給与制ではなく、契約獲得に基づく分配制であった。F、Y及びMらは自分たちのやる気と器量で契約を獲得することで分け前を受けることができていた。F、Y及びMらにとって契約を締結するために独自のノウハウが必要になる。顧客に購入意欲を抱かせるための取引トークはその最たるものの一つである。その手法は、当然、営業秘密である。なぜなら、他の者に真似されては自分の契約獲得数が減るからである。つまり商売道具なのである。その証拠に、F及びM等は、被告人に対して、たとえ実質的経営者であるといえども、未来永劫、身分が保障され、被告人の下で働くことが決まっているわけでもないF、Y及びMらがその取引の手口などを話すことはなかったわけである。共犯者間での包括的共謀が認められるためには、行為の手段や方法、被害者などを特定しないものの、当初より犯行の内容について包括的な合意が形成され、これに基づき、結果を発生させる直接行為が行われたと言える場合である。本件被告人は、原野商法を展開し、F、Y及びMらと包括的に顧客との契約を取り付けることを計画したのであり、顧客との取引の経過やその手法全体に及んで詳細に指示を与えていたわけではなかった。その意味の限りで包括的な取り決めをしていたにすぎない。被告人とF、Y及びMらとの間での取り決めの範囲とは、土地交換売買契約についてである。F、Y及びMらが土地の交換売買契約を奇貨として保証金名目、税金対策名目、隣地対策名目で詐欺行為を行っていた状況について、両取引の一体性・一連性だけを理由に無造作に被告人の正犯としての帰責の根拠として位置づけてしまうと、被告人個人の果たした役割とその影響の度合い、つまり寄与度を明確にしたうえで犯罪成否の判断及び量刑判断の基礎にするという共犯論の任務を最初から放棄し、連座・縁座と変わらない思考法に墮するおそれがある¹⁶。

16 照沼亮介「近年の共同正犯論とその問題点」佐伯仁志＝高橋則夫＝只木誠

被告人とF、Y及びMらは、あくまで交換型土地売買取引に関する包括的な取り決めをしていたのであって、それ以上の取り決めはない。これに対して、原判決は、保証金名目、税金対策名目、隣地対策名目で詐欺行為に関する共謀を証明したといえるだろうか。本判決は、被告人がF、Y及びMらの保証金名目、税金対策名目、隣地対策名目で詐欺行為を認識しつつ、黙認あるいは同調し、継続的な犯行について関与者間に黙示的な合意が成立していたことを明らかにしたであろうか。黙示の共謀は、成立過程において、明示的な意思連絡を必ずしも伴わず、時間とともに形成されるが、本件において被告人が違法な詐欺取引の事実を知るのは、あくまでFからテレビ報道に関する報告を受けてからである。そうすると、判決は、安易に、被告人の取り分と実質的経営者という客観的な事情に引きずられて共謀の存在を認定したのではなかろうか。

本件判決は、保証金名目、税金対策名目、隣地対策名目での金員の交付に関する共謀関係の認定が困難であることから、保証金名目、税金対策名目、隣地対策名目での取引と条件関係のある、そもそもの土地交換型売買契約、契約書の作成そして被告の実質的経営者としての地位を理由に共謀関係を認めるといふ、共謀の射程を拡張する無理な解釈をしたのであり、よって、共謀の有無についてより慎重に検討し、判断すべきであったのではなかろうか。

Ⅱ 詐欺の故意について

1 故意とは、犯罪事実の認識及び認容である。特に、共同正犯における故意は、共謀を含む共同正犯の成立要件に該当する事実の認識・認容のことである。

本判決によれば、被告人は保証金名目、税金対策名目、隣地対策名目で

ㄨ = 松宮孝明編『刑事法の理論と実務②』（2020年）114頁。

の取引について認識していたことから、当初より、つまり土地交換売買契約時より詐欺をする故意があったと認定している。

本件取引における問題の1つは、一端契約を締結し、その後、様々な理由をつけて当該契約を解消して、すぐに新たな契約を締結するという取引手法が通常あり得ないとの疑念である。確かにそうであったとしても、保証金名目、税金対策名目、隣地対策名目での取引行為は、土地の交換型売買契約である本件原野商法とは本質的に関係がなく、しかも被告人にとっては全く想定外の出来事である。これとは逆に、一連の詐欺行為は、F、Y及びMらにとって土地交換売買契約を奇貨として行われたことである。被告人と他のF、Y及びMとは、いわゆる原野商法を共同して行っていたが、それは、あくまで土地交換型売買契約のことをさす。これに対して、保証金名目、税金対策名目、隣地対策名目での取引行為は、言わばそれ以外の部分であり、かつ詐欺行為である。実体のない土地売却登録費、測量費、税金対策費、隣地購入費用名目、広告宣伝費名目、税金対策費用名目、例えば「土地売買の経費として・・万円かかったことにすれば節税になるので、そのお金を一旦現金で支払って下さい」との説明をして金員を交付させた。しかし、これら実体のない架空の理由に基づく金員の交付について、本来被告人の知るところではない。しかも、被告人が、その取引手法についてM等に質問したところ、手段や方法を教えなかったわけであるから、実態のない、保証金名目、税金対策名目、隣地対策名目での違法取引を行うことに関する情報は、被告人には与えられていなかったといえる。被告人は単に知らなかったのである。本判決は、被告人のこれら違法取引に係る不認識を埋めるために、被告人が保証金名目、税金対策名目、隣地対策名目での違法取引部分をも認識・認容していたことを説明するために、F、Y及びMらが実行した土地交換型売買契約をはじめとする全ての土地取引につき不動産取引費用等の名目で現金をだまし取ろうと考えていたと包括的な認定をし、被告人の認識していた取引モデルである原野商法取引

をも詐欺違法であるとして詐欺の故意を認定したと言わざるを得ない。そうのように解釈することで原野商法そのものと保証金名目、税金対策名目、隣地対策名目での違法取引を一連のものと評価し、両者の一連の行為に関する詐欺の故意を認めた。

2 本来、保証金名目、税金対策名目、隣地対策名目での違法取引は、被告人の想定していた原野商法部分本体と直接的に関係はないが、一つの土地に係る取引の中で行われていたことから、顧客を買主とする売買契約締結と条件関係はある。このことから、本来の原野商法に遡及させて詐欺を認定することになった。しかし、「被告人が、自らが実質的に経営する本件各法人が行う土地の交換型取引において、自ら、客に交付する『土地売買契約書』と題する書面の作成をしており、Fら営業担当者によって架空の名目での取引が多数行われていたことを認識していたという事実は、被告人が、『増し』はもとより、その余の取引についても、Fら営業担当者が、客に対して、少なくとも、土地の取引に関する欺罔文言を告げて客から現金の交付を受けているかもしれないとの認識・認容があったことを強く推認させる事情である。」との判示部分において、被告人の契約書の作成から架空取引の認識を推認し、しかもそこから、その余の取引における詐欺行為に関する認識まで推認している。これは推認を重ねた解釈であり、論理的飛躍がある。

例えば、特殊詐欺の事案において詐欺の故意と包括的共謀が認められる場合に共謀共同正犯が認められる。特殊詐欺事案では、当初から元締め、掛け子、受け子そして出し子という役割分担があり、首謀者が各人を知らなくても、詐欺を目的とした組織の活動として一連の詐欺行為が行われていることを認識・認容している。その意味において首謀者には当初より詐欺の故意があり、組織における詐欺行為の実行の上で重要な役割を果たしていると理解することができる。これに対して、本件では、被告人の故意

は、本件保証金名目、税金対策名目、隣地対策名目での違法取引による詐欺にまで及んでいない。被告人は、実質的経営者として、部下と共に一連の取引を行っており、その際、何を包括的に同意していたのかというと、原野商法を展開して、2組の土地売買契約書を作成し、金員の交付を受けることであった。しかし、本件被告人は、本件保証金名目、税金対策名目、隣地対策名目での取引については知らされておらず、それゆえ黙認していたわけでもない¹⁷。土地売買取引手法に係る被告人の認識外の出来事であり、故意で重要な役割を果たしたわけではない¹⁸。確かに、実質的経営者である本件被告人には、部下の取引手法、ここでは保証金名目、税金対策名目、隣地対策名目での違法取引に関する過失による管理義務の懈怠という意味で過失責任があるといえるが、土地取引の一環として上記の架空の名目での金員の交付を受けることをも包括的に業務に含んでいたわけではないことから、詐欺の故意があったということはできない。例えば、スワット事件判決では、「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¹⁹」として共謀と故

17 千葉地判令和元年6月26日LLI/DB L07450748。

18 大阪地判平20年4月17日LEX/DB【文献番号】28145309。「重要な役割」とは、縦の関係（上下関係）にある共犯者間、横の関係にある共犯者間のいずれにおいても適用可能な基準となる。なぜなら、この概念は、「重要」という言葉の意味からして、何も犯罪遂行において決定的な存在だけを対象としているわけではないからである。そのため、これは検察側からすれば、大変使い勝手のよい正犯認定基準となる。「重要な役割」という判断基準は、すでに謀議をした共犯者間において実行行為に参加しないにもかかわらず、正犯性を肯定するだけでなく、具体的な謀議がなくとも、その存在や果たした事柄に照らして黙示の意思連絡の存在を認めて正犯性を肯定する【危険性を有している？】。しかし、このことは、具体的な謀議を証明しないまま共謀の存在を認めることによって、「疑わしきは被告人の利益に」原則からしても問題がある。

19 最決平15年5月1日判例時報1832号174頁。

意を認定したが、本件では、被告人は、保証金名目、税金対策名目、隣地対策名目で違法取引の現場に同伴していたわけではなく、また、被告人の意を汲んでF、Y及びMらが架空の名目で取引行為を行ったわけでもなく²⁰、被告人の意向を反映していない²¹。被告人がそのことを当然に認容する関係にない。それゆえ、被告人が増し取引をすることを当然のことと認識・認容していたといえない。もとよりFおよびM等は、被告人に取引方法を話さなかったのであるから、実質的経営者である被告人の取引方針と手法に沿ってのみ行動していたわけではないのであるから、それゆえ、被告人が、F及びM等のした一連の取引を、包括的又は当然のこととして受け入れて認容していたなどと言うことはできない。

3 会社組織の活動の一環として保証金名目、税金対策名目、隣地対策名目での取引行為がおこなわれているとしたならば、経営者が言わずとも社員が器量にしたがって一定の行動をすることが「当然」である関係が確立していれば、保証金名目、税金対策名目、隣地対策名目での取引の実行行為を導いたとされる経営者の存在そのものから「重要な役割」と、経営者と実行行為者との意思疎通行為があると認められる可能性を否定できない²²。しかし本件では、F、Y及びMらは、会社の利益のためとはいえ、

20 福岡高判令3年12月3日LEX/DB【文献番号】25591430。

21 福岡地裁小倉支部判令3年11月5日裁判所ウェブサイト。

22 「重要な役割」という用語は一般生活用語としてはなじみやすく、人の態度に対する社会的非難を表現するには適しているのかもしれないが、被告人の有罪・無罪、つまり彼の将来の運命を決めるための判断基準として明確といえるであろうか。一般生活用語レベルでの「重要な役割」を司法的レベルにおいても用いることは次元の違う事柄を市民のための法という名目のもとに司法の場を法的判断の場ではなく、非難の場に変えてしまうことになりかねない。共謀共同正犯を肯定する見地から山口も「確かに、その限界は不明確な面を有するが、それは共犯として処罰可能な行為の中から、実質的妥当性を備えた共同正犯の範囲を確定しようとするものである以上、やむをえないものであるし、また甘受しうるように思われる」（山口厚『問題探求刑法総論』（1998年）280頁）ノ

取引手法も明かすこともなく、架空の保証金名目、税金対策名目、隣地対策名目で取引が行われ続けた。そのような取引手法についてコンプライアンスの見地から経営者には法令遵守義務の懈怠はあきらかであるが、詐欺の故意はない。明らかに違法性を有する取引について実質的経営者である被告人は、社員としてのF、Y及びMらと取引内容など確認など詳細な取り決めと確認をすべきところ、むしろ本件ではこれらをしていなかったことに問題がある。

4 以上により、被告人には、F、Y及びMらによる詐欺につきF、Y及びMらによる詐欺取引に関する故意はなく、F、Y及びMらとの共謀もない。

はたまた、上記において縷々説明した被告人とF、Y及びMらとの関係からすると、本件保証金名目、税金対策名目、隣地対策名目での違法取引とこれに基づく被告人による新たな土地売買契約書作成は、F、Y及びMらが事情を知らなかった被告人を利用して行われた詐欺といえる。その意味で、せいぜいのところ、被告人は、過失によって詐欺を幫助した者である。

ㄨと述べて、ここでの問題性を認めている。一般人の感情からすると、当然にその人物がいなければその犯罪は生じなかったであろうと疑われる事件はあるように思われる。しかし実際には、当該人物は実行行為への加担はもちろん、謀議にも主導的又は主体的に参加していないが、しかしその人の存在そのものが「重要な役割」を果たしたと言える場合が全くないとは言えない場合がある。しかし、社会において「悪」というレッテルを貼ることと、現実の犯罪の評価とは厳に区別しなければならない。