
種 別： 判例研究

タイトル： 危険運転致死傷罪の正犯者である職場の後輩がアルコールの影響により正常な運転が困難な状態であることを認識しながら、車両の発進を了解し、同乗して運転を黙認し続けた行為について、同罪の幫助罪が成立するとされた事例

著 者： 照沼 亮介

所 収： 『上智法学論集』第58巻3-4合併号（平成27年3月）153-176頁

発行元： 上智大学法学会

本頁は書誌情報頁です。適宜論文本文の前に付してご利用下さい。



上智大学法学会

判例研究

危険運転致死傷罪の正犯者である職場の後輩がアルコールの影響により正常な運転が困難な状態であることを認識しながら、車両の発進を了解し、同乗して運転を黙認し続けた行為について、同罪の幫助罪が成立するとされた事例

照沼 亮介

最高裁判平成 25 年 4 月 15 日第三小法廷決定、平成 23 年（あ）第 2249 号、危険運転致死傷幫助被告事件、刑集 67 卷 4 号 437 頁

〔事案の概要〕

I 被告人 A（当時 45 歳）及び被告人 B（当時 43 歳）は、運送会社に勤務する同僚の運転手であり、同社に勤務する C（当時 32 歳）とは、仕事の指導等をする先輩の関係にあり、職場内の遊び仲間でもあった。

被告人両名は、平成 20 年 2 月 17 日午後 1 時 30 分頃から同日午後 6 時 20 分頃までの間、飲食店（以下、甲店）で C らと共に飲酒をしたところ、C が高度に酩酊した様子をその場で認識したばかりでなく、さらに飲酒をするため、C が別の場所に向かってスポーツカータイプの普通乗用自動車（以下、本件車両）で疾走する様子を、後から追う車内から見て、「あんなに飛ばして大丈夫かな」などと話し、C の運転を心配するほどであった。

被告人両名は、目的の店（以下、乙店）に到着後、乙店駐車場に駐車中の本件車両に乗り込んで、C と共に乙店の開店を待つうち、同日午後 7 時 10 分前後頃、C から「まだ時間あるんですね。一回りしてきましようか」などと、開店までの待ち時間に、本件車両に被告人両名を同乗させて付近の道路を走行することの了解を求められた折、A が顔を C に向けて頷くなどし、B が「そしようか」などと答え、それぞれ了解を与えた。

これを受けて C は、アルコールの影響により正常な運転が困難な状態で、駐車場から本件車両を発進させてこれを走行させ、これにより、同日午後 7 時 25 分頃、埼玉県熊谷市内の道路において、本件車両を時速 100 ないし 120km で走行させて対向車線に進出させた。その結果、最初の対向車両（以下、第 1

対向車)に自車を衝突させ、さらに第1対向車の後方を対向して進行してきた車両(以下、第2対向車)にも自車を衝突させて、その衝撃により第2対向車を道路右側のブロック塀に衝突させて横転させ、これにより第2対向車に同乗していたD(当時56歳)、E(当時56歳)をそれぞれ死亡させたほか、さらに第1対向車を運転していたF(当時48歳)及び同乗していたG(当時15歳)、第2対向車を運転していたH(当時21歳)及び同乗していたI(当時21歳)にそれぞれ傷害を負わせる本件事故を起こした(このほか、被告人兩名も傷害を負っている)。この間、被告人兩名は、先に了解を与えた際の態度を変えず、Cの運転を制止することなく本件車両に同乗し、これを黙認し続けていた。

Ⅱ 以上の事実に関し、まずCについては、1審判決(さいたま地判平成20年2月17日裁判所HP、LEX/DB25440122)において危険運転致死傷罪(刑法208条の2第1項前段〔当時〕。現在では、平成25年11月に成立し、平成26年5月に施行された自動車運転死傷行為等処罰法2条1号⁽¹⁾)の成立が認められて懲役16年の刑が科され、控訴審判決(東京高判平成21年11月27日高刑速(平21)号143頁、LEX/DB25471608)において確定している。また、甲店の経営者につき、Cが酒気を帯びて車両等を運転するおそれがある状態であることを知りながら数時間にわたって焼酎等を提供し、結果としてCが酒に酔った状態で運転をしたとして、平成19年改正により新設された酒類提供罪(道路交通法117条の2の2第3号、同65条3項)の適用が認められ、懲役2年執行猶予5年の刑が科され、確定している(さいたま地判平成20年6月5日判時2022号160頁)。

Ⅲ 被告人A、Bについては、当初は上記平成19年改正により新設された飲酒運転同乗罪(道交法117条の2の2第4号、同65条4項)で書類送検されたが⁽²⁾、被害者遺族から告訴状が提出され、これを受けて危険運転致死傷罪の幫助犯にあたるとして在宅起訴された。検察は、①Cが走行についての了解を求めたことに対して、兩名が「了解を与えたこと」、②Cの運転を制止すべき義務があるのに制止せずに「黙認したこと」が、それぞれCの犯行を容易

(1) 同法については、塩見淳「自動車事故に関する立法の動き」法学教室395号(2013年)28頁以下、保坂和人「自動車の運転により人を死傷させる行為等の処罰に関する法律について」警察学論集67巻3号(2014年)43頁以下、「特集・自動車運転死傷行為等処罰法の成立」刑事法ジャーナル41号(2014年)4頁以下所収の各論稿などを参照。

(2) 内田浩「判批」刑事法ジャーナル38号(2013年)95頁は、本件ではA、Bは同罪の要件である、自己を運送することの要求や依頼をしていないことを指摘する。

にさせた行為に当たり、これら双方が認められればもちろん、①②のいずれか一方しか認められなくとも幫助罪が成立する旨主張したが、弁護人らはこれらのいずれについても争った（Cが危険運転致死傷の犯行を行ったこと自体については特に争われなかった）。

1 審判決（さいたま地判平成23年2月14日刑集67巻4号505頁参照）は、上記①②のいずれについてもCの犯行を容易にさせたものであり、故意も認められるとして、両名にはいずれも「了解及び黙認の一連の幫助」が成立すると結論付け、懲役2年の刑に処した。その際、上記②の部分については、両名とCとの関係、両名が車両を発進させることについて了解を与えたこと、了解を与えたことによりCが車両を走行させる意思をより強固なものにしたこと、Cが当時アルコールの影響により正常な運転が困難な状態にあったことを認識していたことなどの事情に照らすと、両名にはCが「本件車両を走行させることを制止しなければならない作為義務」があったことは明らかであり、また、車両を発進、走行させてから本件事故に至るまでに十数分の時間的間隔があったことを併せ考えれば、両名において、Cに対し「走行を止めるよう指示、説得することが可能かつ容易であり」、Cも先輩である「両名から指示、説得されれば、走行を継続することに心理的な障害が生じたと認められる」から、制止しなかったことによりCの犯行が容易になったことは明らかであるとされており、不作為犯として構成されている。また、量刑理由の中では、幫助の態様につき「積極的なものと評価することはできず、車両を提供するなどの場合と比較し、悪質さが高度であるとはいえない」点が指摘されている。これに対して弁護人らは事実誤認、法令適用の誤りなどを主張して控訴した⁽³⁾。

控訴審判決（東京高判平成23年11月17日刑集67巻4号532頁参照）は、「Aの了解・黙認」が処罰対象とされるのは単に了解・黙認をしたとの一事によるのではなく、Cとの関係、犯行に至るまでの経緯等の状況に照らしてその了解・黙認が処罰に値する実質が備わった幫助行為と認められたからである、また比較的Cとの関わりが薄かったBについても、それまで共に飲酒した経緯に加え、その年齢や経験等の差から、Cが先輩として了解を求めたものであると理解されるから、「Bの了解・黙認」がCの犯行を容易にしたと認定できる、などとして控訴を棄却した。これに対し弁護人らは了解や黙認によってCの犯行が容易になったとはいえないなどと主張して上告した⁽⁴⁾。

(3) このほか、証拠採用などの訴訟手続に関し法令違反、法令適用の誤りがあるとする主張もなされている。

〔決定要旨〕

上告棄却。最高裁は弁護人らの主張はいずれも刑訴法405条の上告理由に当たらないとした上で、幫助の成否につき職権で以下のように判断した。

「刑法62条1項の従犯とは、他人の犯罪に加功する意思をもって、有形、無形の方法によりこれを幫助し、他人の犯罪を容易ならしむるものである(最高裁昭和24年(レ)第1506号同年10月1日第二小法廷判決・刑集3巻10号1629頁参照)ところ、前記1のとおりのCと被告人兩名との関係、Cが被告人兩名に本件車両発進につき了解を求めるに至った経緯及び状況、これに対する被告人兩名の応答態度等に照らせば、Cが本件車両を運転するについては、先輩であり、同乗している被告人兩名の意向を確認し、了解を得られたことが重要な契機となっている一方、被告人兩名は、Cがアルコールの影響により正常な運転が困難な状態であることを認識しながら、本件車両発進に了解を与え、そのCの運転を制止することなくそのまま本件車両に同乗してこれを黙認し続けたと認められるのであるから、上記の被告人兩名の了解とこれに続く黙認という行為が、Cの運転の意思をより強固なものにすることにより、Cの危険運転致死傷罪を容易にしたことは明らかであって、被告人兩名に危険運転致死傷幫助罪が成立するというべきである。これと同旨の原判断は相当である。」

〔検討〕

I 従前から飲酒運転の同乗者につき道交法上の罪責を認めた判例は存在していたが⁽⁵⁾、本決定は危険運転致死傷罪に対する幫助犯の成立が認められた初

(4) ここでも訴訟手続に関し憲法違反、判例違反等が主張されている。

(5) 助手席に同乗し左折右折の指示をして道案内をつとめた行為について酒酔い運転幫助の成立を認めた最判昭和54年11月1日集刑216号243頁、自己が運転していた車両につき、酒に酔い正常な運転ができないおそれがある状態の者と運転を交代し助手席に同乗した行為について酒酔い運転幫助の成立を認めた札幌地判昭和48年10月5日判タ304号292頁など。

近年の裁判例では、(ア)札幌高判平成17年8月18日判時1923号160頁(犯人隠避罪に加えて、酒気帯び運転幫助の成立が肯定された)、(イ)仙台地判平成20年9月19日裁判所HP、LEX/DB28145434(運転者がアルコールの影響により正常な運転が困難な状態で3人を死亡させ、15人を負傷させた危険運転致死傷罪の事案で、これに先立って駐車場において助手席に乗り込み、自宅まで送り届けるよう運転者に依頼した上、駐車

危険運転致死傷罪の正犯者である職場の後輩がアルコールの影響により正常な運転が困難な状態であることを認識しながら、車両の発進を了解し、同乗して運転を黙認し続けた行為について、同罪の幫助罪が成立するとされた事例(照沼亮介)

めての事案であり⁽⁶⁾、まずこの点に意義が認められる。加えて、「これまで判例が精神的幫助を肯定してきた事例よりも正犯者への働きかけについて外形上の積極性が乏しいと思われる了解、黙認行為」⁽⁷⁾について幫助犯の成立が肯定された点で、先例としての価値が認められる。

Ⅱ 近年のわが国では、ドイツにおける議論の紹介、及び Winny 事件に関する最決平成 23 年 12 月 19 日刑集 65 卷 9 号 1380 頁(以下、平成 23 年決定)の事案を契機として、いわゆる中立的行為による幫助の問題が取り上げられ、幫助犯の成立範囲を適正に画するための理論的な検討が加えられており⁽⁸⁾⁽⁹⁾、

料金の一部を同人に交付し駐車場から出庫させた行為について、客観的には運転者の犯行を容易にしたことが認められたが、出庫した直後にすぐ寝てしまい、実際の運転行為を認識しておらず、酒酔い運転幫助の故意が認められるにとどまるとし、罰金 25 万円の刑に処した。本件の評釈として、殿井憲一「判批」研修 725 号〔2008 年〕105 頁以下、坂本学史「判評」神戸学院法学 38 卷 2 号〔2008 年〕149 頁以下)、(ウ) 仙台高判平成 21 年 2 月 24 日高刑速(平 21)号 309 頁、LEX/DB25471628(上記(イ)の控訴審。罰金刑を選択した量刑は軽きに失するとしつつ、結果の重大性、飲酒運転の常習性等を被告人に不利益に斟酌するとし、酒酔い運転幫助の罪として起訴された本件においてはおのずから限度があり、他方で酌むべき事情も認められるとし、執行猶予付き懲役刑に処した)、(エ) 長野地判平成 24 年 7 月 5 日 LEX/DB25482172(酒気帯び運転により 2 名を死傷させた事故に関して、運転者が酒気帯びであることを知りながら同乗した被告人の行為につき、運転してほしいという積極的な意図を有しており、これが運転者にも了解されていたこと、被告人は運転行為による便益を享受していること、運転行為により交通の危険性が増大したといえることなどから、黙示の依頼がなされ、現に飲酒運転が助長されたとして、危険運転同乗罪〔道路交通法 117 条の 3 の 2 第 2 号、同 65 条 4 項〕の成立が認められた。本件の評釈として、坂本「判評」神戸学院法学 42 卷 3 = 4 号〔2013 年〕239 頁以下、鈴木一永「判批」法律時報 86 卷 13 号〔2014 年〕379 頁以下などが、本決定との関係で参考になる。

- (6) 本稿では結果的加重犯に対する共犯の成否一般をめぐる問題は割愛する。なお、(オ) 名古屋地判平成 22 年 1 月 7 日 LLI/DB06550015 では、普通乗用自動車により自動二輪車を追い上げ、幅寄せを行い、転倒させ、2 名に重傷を負わせた危険運転致傷罪(刑法 208 条の 2 第 2 項前段〔当時〕。現在では、自動車運転死傷行為等処罰法 2 条 4 号)の事案につき、助手席に同乗して窓から身を乗り出し、木刀を振り回して二輪車の後部を叩くなどした被告人につき、事前の意思連絡と重要な役割の分担が肯定されて共謀共同正犯の成立が認められている。他方、その後も同乗し続けた点に関して、道交法上の不救護不申告罪の共同正犯の成立が否定され、さらには「心理的な促進作用を有しない」として同罪の幫助犯の成立も否定されている点が注目される(この点は後に検討を加える)。
- (7) 判時 2202 号 145 頁。

特に「幫助行為」の意義が注目されるようになってきている。

以下、簡単にその背景を辿っておくと、古くは、例えば大判明治43年9月

-
- (8) 中立的行為による幫助の問題一般に関する論稿として、松生光正「中立的行為による幫助(一)(二)完」姫路法学27・28合併号(1999年)203頁以下、同31・32合併号(2001年)237頁以下、鳥田聡一郎「広義の共犯の一般的成立要件」立教法学57号(2001年)44頁以下、同『正犯・共犯論の基礎理論』(2002年)360頁以下、曲田統「日常的行為と従犯」法学新報111巻3・4号(2004年)141頁以下、同「日常的行為と従犯(二)」同112巻1・2号(2005年)443頁以下、山中敬一「中立的行為による幫助の可罰性」関西大学法学論集56巻1号(2006年)34頁以下、照沼亮介『体系的共犯論と刑事不法論』(2005年)202頁以下、同「共犯の処罰根拠論と中立的行為による幫助」『神山敏雄先生古稀祝賀論文集第1巻』(2006年)569頁以下、永井善之「アメリカ刑法における『中立的行為による幫助』」金沢法学50巻1号(2007年)1頁以下、豊田兼彦『共犯の処罰根拠と客観的帰属』(2009年)150頁以下、167頁以下、同「共犯の一般的成立要件について」『理論刑法学の探究③』(2010年)1頁以下、小野上真也「従犯における客観的成立要件の具体化」早稲田大学法学会誌60巻2号(2010年)155頁以下、小島秀夫「共犯論における客観的帰属と故意帰属」明治大学大学院法学研究論集32号(2010年)99頁以下、濱田新「幫助犯の処罰範囲限定理論について」法学政治学論究93号(2012年)233頁以下、松原芳博『刑法総論』(2013年)424頁以下、佐久間修「共犯の成立範囲と帰属原理」『曾根武彦先生・田口守一先生古稀祝賀論文集[上巻]』(2014年)875頁以下など。
- (9) Winny事件を素材とした論文・評釈類は膨大な数に上るが、ここでは以下のものを挙げておく。東雪見『「Winny」を開発し、提供した行為に対する著作権侵害罪の成否について』成蹊法学62号(2005年)89頁以下、小倉秀夫「高度の匿名性を謳った情報発信ツールを公衆に提供した者の幫助責任」ジュリスト1335号(2007年)88頁以下、藤本孝之「ファイル共有ソフトの開発提供と著作権侵害罪の幫助犯の成否」知的財産法政策学研究26号(2010年)167頁以下、豊田「不特定者に対する幫助犯の成否」立命館法学327・328号(2009年)569頁以下、同「Winny事件と中立的行為」刑事法ジャーナル22号(2010年)51頁以下、同「幫助犯における『線引き』の問題について」立命館法学345号・346号(2012年)458頁以下、同「知的財産権侵害の罪」法学教室398号(2013年)96頁以下、鳥田「Winny事件2審判決と、いわゆる『中立的行為による幫助論』」刑事法ジャーナル22号(2010年)59頁以下、同「判批」刑事法ジャーナル32号(2012年)142頁以下、上野幸彦「判批」日本法学76巻3号(2010年)191頁以下、同「日常的行為と可罰的幫助」日本法学77巻1号(2011年)63頁以下、葛原力三「演習」法学教室364号(2011年)148頁以下、石井徹哉「いわゆる『デュアル・ユース・ツール』の刑事的規制について(下)」千葉大学法学論集27巻2号(2012年)58頁以下、永井「『中立的行為による幫助』について」『斉藤豊治先生古稀祝賀論文集 刑事法理論の探求と発見』(2012年)129頁以下、水落伸介「判批」法学新報120巻3・4号(2013年)559頁以下、濱田「関与者によって提供される物の利用状況と幫助犯の成否」法学政治学論究96号(2013年)211頁以下、林幹人・ジュリスト平成24年度重要判例解説

20 日刑録 16 輯 1522 頁によれば「従犯は罪の実行行為に属せざる行為を以て正犯の実行行為を幫助することに依て成立す」とされ、その手段は、器具を与えるような「物質的幫助」であるか、あるいは実行を奨励するような「精神的幫助」であるかを問わないと解されていた。その後、大判昭和 2 年 7 月 6 日刑集 6 卷 273 頁は、この定義を受け継いで正犯の犯罪実行を暗に奨励することによりその意思を強固にした場合に幫助が成立するとしている。その他にも、より具体的な幫助行為の態様としては、例えば、窃盜の方法の具体的な教示⁽¹⁰⁾、新聞に掲載させる目的での通信⁽¹¹⁾、犯行依頼と同時の金銭贈与の約束⁽¹²⁾、刑を科された際には差入れをしてやる旨の激励⁽¹³⁾、殺害の成功謝礼の金額に関する折衝の場における礼金を引き受ける旨の助言⁽¹⁴⁾などが古くから認められてきていた。

それらの中において、平成 23 年決定に続き⁽¹⁵⁾ 本決定も幫助の定義に関する先例として参照した⁽¹⁶⁾ 最判昭和 24 年 10 月 1 日刑集 3 卷 10 号 1629 頁（以下、昭和 24 年判決⁽¹⁷⁾）では、「従犯は他人の犯罪に加功する意思をもって、有形、無形の方法によりこれを幫助し、他人の犯罪を容易ならしむるもの」であると述べられている。もっとも該当箇所は直接的には、教唆は実行行為をなすものでないが、幫助は（共同正犯と同様に）「実行行為の分担者」であり「只本犯に対して従属的役割を演じたに過ぎない」⁽¹⁸⁾ から赃物罪の主体たり得ないとする独自の理解を打ち出していた弁護人の上告趣意に対応して述べられたものであるに過ぎない⁽¹⁹⁾。むしろ昭和 24 年判決は、強盜の従犯であっても赃物

152 頁以下、松原久利「判批」判例評論 658 号（2013 年）169 頁以下、深町晋也「ネットワーク犯罪における刑法上の諸問題」立教法務研究 7 号（2014 年）190 頁以下など。

- (10) 大判明治 40 年 9 月 20 日刑録 13 輯 19 卷 980 頁。
- (11) 大判明治 44 年 3 月 9 日刑録 17 輯 332 頁。
- (12) 大判大正 7 年 12 月 16 日刑録 24 輯 1549 頁。
- (13) 大判昭和 7 年 6 月 14 日刑集 11 卷 797 頁。評釈として、成瀬幸典ほか編『判例プラクティス刑法 I 総論』（2010 年）332 頁（豊田執筆）。
- (14) 最判昭和 25 年 7 月 19 日刑集 4 卷 8 号 1463 頁。
- (15) 刑集 65 卷 9 号 1385 頁。
- (16) 亀井源太郎・ジュリスト平成 25 年度重要判例解説 167 頁は、こうした経緯により昭和 24 年判例の「定義」が実務上重みを増しつつあるのではないかとする。
- (17) 評釈として、成瀬ほか編『判例プラクティス刑法 I 総論』（注 13）426 頁（山本雅昭執筆）。
- (18) 刑集 3 卷 10 号 1634 頁。
- (19) 加えて、昭和 24 年判決は携帯所持していた拳銃を正犯者に貸与したという物理的幫助に関する事案であり（刑集 3 卷 10 号 1636 頁）、心理的幫助の事案も含めた一般論と

故買罪の主体となること、及び赃物故買者が赃物を他に運搬しても赃物運搬罪は成立しないこと、を示した点に先例性が認められており、それを超えて、この判例の文言のみから幫助の解釈論一般につき多くのことを読み取れるかについては、慎重に考えるべきであるように思われる。

他方、学説上も、幫助は手段、方法、態様は、多種多様であって特段の制限はない⁽²⁰⁾と解されてきたが、それ故、「幫助行為は無限定、無定型であり、正犯を容易ならしめる程度が軽微な行為もこれに含まれかねず、従犯については、処罰範囲が不当に広がり過ぎる危険性に留意を怠ってはならない」⁽²¹⁾ということも、既に指摘されていたところであった。この点、Winny事件に先立ち、こうした問題が扱われる際に議論の素材として取り上げられていた、わが国の判例上問題とされた行為としては例えば以下のようなものがある。すなわち、相場変動を利用する賭博の場所となる家屋を賃貸した行為(賭博開帳図利幫助、肯定)⁽²²⁾、犯人に対し烏打帽子1個、足袋1足を与えた行為(強盗幫助、否定)⁽²³⁾、鶏販売業者が闘鶏賭博に用いられることを知りながら鶏を販売した行為(賭博開帳図利幫助、肯定)⁽²⁴⁾、払戻業務に従事する者が犯人の意図を知らず要件を完備した払戻請求に応じた行為(不作為による業務上横領幫助、肯定)⁽²⁵⁾、無銘の日本刀一振と重要美術品認定通知書の用紙1枚を売り渡した行為(詐欺幫助、肯定)⁽²⁶⁾、電話料金の課金を不正に免れる装置を販売

してどこまで意義を有しているかについてはこの意味でも慎重に考えるべきであるように思われる。なお、裁判例には、殺人の共同正犯の訴因に対して、事後処理への関与を根拠に心理的幫助の成立を認めた1審判決について、1審における攻防はもっぱらそれまでの被告人の有形的・物理的関与を巡って行われており、これに対して裁判所が認定した犯罪事実は目次の無形的・心理的幫助であるから、両者は質的にかなり異なり、不意打ちの事実認定であるなどとして、1審判決を破棄し、無罪を言い渡したものがある(福岡高判平成20年4月22日LEX/DB25421350。評釈等として、山内良輝・季刊刑事弁護56号〔2008年〕93頁以下、中島宏・同185頁以下)。

- (20) 大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法[第2版]第5巻』(1999年)549頁(堀内信明=安廣文夫執筆)。
- (21) 大塚ほか編『大コンメンタール刑法[第2版]第5巻』(注20)554頁(堀内=安廣執筆)。さらに、松宮孝明『刑事立法と犯罪体系』(2003年)206頁以下。
- (22) 大判大正2年7月9日刑録19輯771頁。評釈として、成瀬ほか編『判例ブラクティス刑法I総論』(注13)334頁(豊田執筆)。
- (23) 大判大正4年8月25日刑録21輯1249頁。評釈として、成瀬ほか編『判例ブラクティス刑法I総論』(注13)331頁(豊田執筆)。
- (24) 大判昭和7年9月26日刑集11巻1367頁。
- (25) 高松高判昭和45年1月13日刑月2巻1号1頁。

危険運転致死傷罪の正犯者である職場の後輩がアルコールの影響により正常な運転が困難な状態であることを認識しながら、車両の発進を了解し、同乗して運転を黙認し続けた行為について、同罪の幫助罪が成立するとされた事例〔照沼亮介〕

した行為（偽計業務妨害幫助、肯定）⁽²⁷⁾、窃取にかかる試験問題のコピーの入手希望者を紹介し、かつコピーを売りつけることを約した行為（窃盜幫助、肯定）⁽²⁸⁾、広告代理店経営者が売春クラブ経営者の注文を受けて客寄せ用チラシを販売し、新聞紙上に広告を掲載させた行為（売春周旋目的誘引幫助、肯定）⁽²⁹⁾、印刷業者がホテル経営者の依頼を受けてピンクチラシをまとめた宣伝用小冊子を作成した行為（売春周旋幫助、肯定）⁽³⁰⁾、地方税法における軽油引取税を納入しなかった特別徴収義務者から税不納入の意図を知りつつ軽油を購入した行為（不納入幫助、否定）⁽³¹⁾、アダルトサイトを公開していた正犯者に対してメールを送信し、自己の開発したマスクの設定解除機能を有するソフトウェアの使用と、その情報を提供するホームページへのリンク設定を誘引し、自身もアダルトサイトへのリンクを設定した行為（わいせつ画像公然陳列幫助、肯定）⁽³²⁾、自動車登録番号の撮影を困難にするナンバープレートカバーを制作販売した行為（道路交通法違反幫助、肯定）⁽³³⁾、自動車盗難防止システムを解除することができる器具（イモビカッター）をネットオークションで販売した行為（窃盜幫助、肯定）⁽³⁴⁾ などである⁽³⁵⁾ ⁽³⁶⁾。

(26) 東京高判昭和 57 年 12 月 21 日判時 1085 号 150 頁。

(27) 長野地判昭和 58 年 3 月 24 日刑集 38 卷 6 号 2600 頁参照（マジックホン事件第 1 審判決）。

(28) 札幌高判昭和 60 年 3 月 20 日判時 1169 号 157 頁。

(29) 大阪高判昭和 61 年 10 月 21 日判タ 630 号 230 頁。

(30) 東京高判平成 2 年 12 月 20 日判タ 752 号 246 頁。評釈として、葛原・ジュリスト平成 3 年度重要判例解説 151 頁以下、佐々木史朗＝北川佳世子「判批」判タ 832 号（1994 年）52 頁以下など。

(31) 熊本地判平成 6 年 3 月 15 日判タ 863 号 281 頁。

(32) 大阪地判平成 12 年 3 月 30 日（公刊物未搭載。園田寿「判批」捜査研究 583 号〔2000 年〕10 頁以下参照）。

(33) 大阪高判平成 12 年 12 月 14 日高刑集 53 卷 2 号 97 頁（1 審判決に関する同 103 頁以下参照）。

(34) 名古屋地判平成 23 年 5 月 13 日（公刊物未搭載。名取俊也「判批」研修 758 号〔2011 年〕13 頁以下参照）。

(35) これらのほか、厳密には幫助犯の事案ではないが、ソーブランド業者に資金を融資した信用金庫支店長に対し売春防止法上の資金提供罪の成立を認めた大阪高判平成 7 年 7 月 7 日判時 1563 号 147 頁も同様に議論の素材とされている。

(36) また、税理士が依頼者には脱の意思があることを知りながら相続税の申告書を作成した事案（京都地判昭和 61 年 3 月 27 日税務訴訟資料 155 号 482 頁）や、弁護士が不動産会社経営者らに対し仮想の手段による財産隠匿を助言した事案（最決平成 23 年 12 月 6 日判時 2154 号 138 頁。評釈として、松宮「判批」法学セミナー 687 号〔2012 年〕161

これらをめぐる議論の詳細については膨大な先行業績に委ねるが、近年では概ね以下のような点についてはコンセンサスが形成されつつあるように見受けられ、かつそれは正当であるように思われる。すなわち、上記のような行為について幫助の成否を検討するにあたり、通常の場合と区別された特別な要件を定立したり、特別に厳格な判断基準を設けることは困難であり、またそうすべきでもなく、むしろ幫助犯の一般的な成立要件を厳密に判断することで対処すべきである。例えば、特定の業種に関してのみ「職業的相当性」を観念しようとすることや、この種の事例で未必の故意の場合のみを処罰対象から除外することは妥当でないし、そもそもわが国で問題とされてきた事例ではこれらの基準が適合しない場合も多い。そもそも、先に掲げた幫助の定義、及び従来一般に処罰対象とされてきたケースと比較するときに、上記のような事例における行為態様が特段に異なるとする根拠も、またその区別の基準も明らかでないのであり⁽³⁷⁾、このことは、「中立的行為」という特別なカテゴリを設けようとしても、その定義自体が不可能に近い、ということを示しているように思われる。

そして、平成23年決定もこうした特殊な要件論は採用せず、幫助の一般的な成立要件の解釈論の枠内において検討を行い、結論的に故意を否定するという形をとった。その結論の当否は事実認定にかかる部分でもあるので触れずにおくとして、むしろ理由付けに際して以下のような構成を示した点が重要であるように思われる。すなわち、不特定多数の者に対して⁽³⁸⁾ ソフトを公開・提供するという態様であったことを踏まえて、そうした状況において「幫助行為」に当たるといえるためには、「一般的可能性を超える具体的な侵害利用状況」⁽³⁹⁾、「同ソフトを入手する者のうち例外的とはいえない範囲の者が同ソフトを著作権侵害に利用する蓋然性が高いと認められる場合」⁽⁴⁰⁾ であることが

頁、小野上「判批」刑事法ジャーナル33号〔2012年〕110頁以下)などのように、専門家による回答・助言等の場合もこの問題に含まれると考えられる。

(37) 例えば、「他人を紹介すること」(東京高判昭和53年6月27日判時902号123頁)や「電気釜のコード1本を渡すこと」(大阪地裁堺支判昭和46年3月15日判タ261号294頁)などといった事実をそれ自体切り取ってみても、中立的行為とされる事案と同様、犯罪との関連性は明らかでない。しかし、当時の被告人が置かれた具体的な状況と結び付けた時に、幫助の成立を否定すべきとする見解はおそらく皆無であろう。

(38) 判例上は、幫助者において正犯が誰であるかの認識は必要ないとされていることから(大判昭和10年2月13日刑集14巻83頁)、不特定多数の者に対する幫助の成立する余地も排斥されていないと一般に解されている。

(39) 刑集65巻9号1386頁。

必要だとした上で、当てはめに際しても、著作権侵害に利用され易いソフトであること⁽⁴¹⁾、ネットワーク上のファイルの相当数(「4割程度」)が著作権侵害にあたる態様で流通していたこと⁽⁴²⁾、公開範囲を限定せず、無償で、継続的に提供していたこと⁽⁴³⁾などを指摘し、幫助行為に当たると認定している点である。そして、このような客観的成立要件に関する理解を前提としつつ、被告人の主たる関心が技術的な側面にあったこと⁽⁴⁴⁾、公開・提供に際して注意書きを付記するなどして「常時、利用者に対し、Winnyを著作権侵害のために利用することがないよう警告を発していた」こと⁽⁴⁵⁾などを指摘し、故意を否定している。以上を整理すると、第1に、当時の具体的状況を踏まえて「幫助行為」に当たるか否かを検討すべきであるということ、第2に、そうした幫助行為性の内容が故意の成立を認める上で必要となる主観面の内容を規定しているという関係が存在していることが、それぞれ明示されたといえよう。

以上に加えて、幫助犯が成立するためには間接的に結果発生を惹起しなければならない、すなわち促進的因果関係の存在も必要であることからすれば⁽⁴⁶⁾⁽⁴⁷⁾、幫助犯の一般的成立要件としては、①幫助行為、②因果性、③故意

(40) 刑集65巻9号1387頁。

(41) 刑集65巻9号1387頁。

(42) 刑集65巻9号1387頁、1390頁。

(43) 刑集65巻9号1387頁。

(44) 刑集65巻9号1390頁。

(45) 刑集65巻9号1390頁。

(46) この点に関するリーディングケースとして挙げられる、強盗殺人幫助に関する東京高判平成2年2月21日判タ733号232頁を参照(評釈等は非常に多いが、西田典之ほか編『刑法の争点』[2007年]96頁以下[高橋則夫執筆]、成瀬ほか編『判例ブラクティス刑法I総論』[注13]335頁[豊田執筆]、山口厚ほか編『刑法判例百選I総論[第7版]』[2014年]174頁以下[林幹人執筆]など)。

(47) 学説では、中立的行為による幫助の事案に関し、因果性の有無の問題として解決を図る見解もある。例えば仮定的に代替原因の有無を考慮し、それによって同様の正犯行為が行われた蓋然性が高い場合には促進的因果関係を否定するという解決策を示す見解(島田「広義の共犯の一般的成立要件」[注8]85頁以下、同120頁以下。ただし、論者はWinny事件では因果性は否定できないとした上で35条による違法阻却の問題として処理する。島田「Winny事件2審判決と、いわゆる『中立的行為による幫助論』」[注9]65頁以下、同「判批」[注9]153頁)や、正犯者との間に意思の連絡(相互の認識)が認められない場合には心理的因果性が欠け、それによって直ちに従犯の成立が否定されるとする見解(石井「いわゆる『デュアル・ユース・ツール』の刑事的規制について(下)」[注9]76頁以下)などがそれである。しかし、学説の大勢はこうした理解に対して批判的であり、幫助行為の問題としての把握が不可欠であると解している(曲田

が必要であり⁽⁴⁸⁾、それらはいずれも具体的状況との関係において慎重に吟味されなければならない、ということになる。Winny事件では、現に正犯者の実行を促進したこと、すなわち②の点は否定できないが、不特定多数の者に対し、それ自体では適法な用途に用いることも考えられるソフトをインターネット上で公開し提供したという行為態様に鑑み、特に①の点が吟味され、その主観面における反映として③に関し被告人の「認識・認容」の内容についても精査されたという分析が可能であろう。そして、本決定も、前提となる事実関係は当然異なっているものの、関与の外形上の積極性の乏しさに照らし、後述するように被告人の置かれた状況との係わりを踏まえた上で、この延長線上において①の点を慎重に判断したものとみることができる。

なお、現に生じた結果との関係で因果性が認められるかが重要であるとして、それと独立した形で、幫助行為における「許されない危険」創出の有無を問題にすることに対して疑問を示す見解も散見される⁽⁴⁹⁾。しかし、結果の客観的帰属とは一応独立した形で、当初にいかなる性質・程度の危険が「創出」

「日常的行為と従犯(二)」[注8] 452頁以下、山中・前掲[注8] 98頁以下、小倉・前掲[注8] 93頁以下、照沼「共犯の処罰根拠論と中立的行為による幫助」[注8] 585頁以下、上野「判批」[注9] 203頁、同「日常的行為と可罰的幫助」[注9] 81頁以下、永井「『中立的行為による幫助』について」[注9] 134頁以下、濱田「幫助犯の処罰範囲限定理論について」[注8] 248頁、松原・前掲[注9] 171頁以下、豊田「知的財産権侵害の罪」[注9] 102頁、佐久間・前掲[注8] 886頁以下、山口ほか編『刑法判例百選I総論[第7版]』[注46] 177頁〔塩見執筆〕など。

(48) もちろん、以上に加えて35条による違法阻却の余地も残されている(この問題に関し、小野上「弁護士の職務行為による従犯の成否」千葉大学法学論集26巻3号[2011年]23頁以下参照)。なお、上野「日常的行為と可罰的幫助」(注9)90頁以下は、私見における幫助行為の成否(幫助としての構成要件該当性の有無)の部分と、35条による違法阻却の可否の部分の区別が不明瞭であることを批判する。この批判にはもっともな部分もあるが、私見によれば、構成要件該当性、特に行為不法の存在自体が肯定されるのは、被告人の置かれた状況を前提としたときにひとまず許されない危険創出があると認められる場合であり、特に、正犯者による犯罪実行が切迫していることが行為当時の一般人においても十分に看取しうる場合はこれに該当する。従って、以下本文で記載したような場合において、犯罪の実行が切迫していると認められる客観的状況を欠いている際には、最初から幫助としての行為不法の存在自体が認められない。他方、仮にそうした状況の存在が認められ、幫助行為に該当するとしても、他の法領域において適法である・正当化される・義務付けられていることが認められる場合には、行動の自由保障・謙抑性の見地からなお35条による違法阻却が認められる余地があると考えられる。

(49) 石井「いわゆる『デュアル・ユース・ツール』の刑事的規制について(下)」[注9] 67頁以下、73頁注170など。

されたのかを判断しなければ、その危険が「実現」したか否かも判断することはできない。そして、ここで問題とされている幫助の場合には、正犯の実行行為よりも典型的に危険性の程度が低いものを広範に含んでおり、態様に限定がないことから、例えば家族が弁当を持たせたり、レストランの店主が食事を提供したり、工具店の店主がドライバーを販売したり、過激派の支持者が小銭を寄付したり、部下が出発を見送ったり、友人が音楽を聴かせたり、同行中に偶然聞き及んだ将来の計画に対して黙認したり、交通機関や大型店舗などにおいて痴漢に適した混雑状況を創出したりする行為を全面的に処罰対象としてしまうおそれがつきまとう。例えば許されない危険創出⁽⁵⁰⁾や「いうに値する」強化⁽⁵¹⁾の有無といった形での幫助行為性の限定を図ることを抜きにしては、こうしたおそれは払拭し得ないように思われる。

Ⅲ

1 以上を踏まえ、本決定の検討に移る。1 審判決では、〔事案の概要〕Ⅲで示した通り、①Cが走行についての了解を求めたことに対して、被告人両名が「了解を与えたこと」、②Cの運転を制止すべき義務があるのに制止せずに「黙認したこと」のそれぞれが問題とされ、これら双方がCの犯行を容易にさせたことが認められた上で、「了解及び黙認の一連の幫助」として評価されている。この点に関しては控訴審判決においても本決定においても変わらず維持されているといえる。ただし、各審級における①②個々の説明には微妙な差異があり、それらをめぐって議論があるため、以下では個別具体的に検討を加える。

2 まず①については、Cの提案に対し、Aが顔を縦に振るなどし、Bが「そうしようか」などといってそれぞれ了解を与えたという事実が認定されている。これらを単独で切り離して眺めた場合には、確かにもっぱら受動的にそうした態度をとった場合や、会話全体の流れの中でその態度が特段意味を持たないような場合も想定され得る（例えば相手が了解しようがしまいが最初から聞く耳

(50) 林・前掲（注9）153頁以下、永井『『中立的行為による幫助』について』（注9）134頁以下、高橋『刑法総論〔第2版〕』（2013年）471頁、豊田「知的財産権侵害の罪」（注9）102頁以下、山口ほか編『刑法判例百選Ⅰ総論〔第7版〕』（注46）177頁（塩見執筆）など。

(51) 濱田「幫助犯の処罰範囲限定理論について」（注8）254頁以下、同「精神的幫助成立要件の具体化」法学政治学論究98号（2013年）148頁。

を持っていなかったようなケースなど)。しかし、被告人兩名とCとの年齢差、職場における立場の差、平素からの人間関係、甲店においてCが酩酊し、Aに喧嘩を吹っ掛けたものの、その後仲直りし、既に酩酊した状態での運転により乙店に移動し、その後本件走行の了解を求めてきた経緯などを踏まえれば、本件がそのような事案ではないことは明らかである。一部には、激励や謝礼の提供などの態様でなければ心理的補助たり得ないとする見解⁽⁵²⁾もあるが、既に見てきたような補助行為の態様に関する一般的な理解からすれば、こうした理解は既に妥当でない。加えて、そこで引用されている最判昭和25年7月19日⁽⁵³⁾においても「特段の事情」が認められればなお補助の成立が否定される余地が残されていることに照らせば、およそ一般に「激励」「謝礼の提供」だから補助たり得る、というような理解は成り立たないといえよう。本決定も、人間関係や本件の経緯、兩名の応答態度などに照らした上で、兩名の了解を得られたことが本件走行を開始する上での「重大な契機」となっているとしているが⁽⁵⁴⁾、IIで示した通り平成23年決定の論理に通ずる形で、補助行為としての適格を慎重に判断しているものと考えられ、妥当であると解される。

他方、①によって犯行を容易にしたといえるかについては議論がある。すなわち、1審判決に対しては、Cが「いつどのようにこの犯意を形成し、被告人等がこれにどのように影響を及ぼし、強化したのかを認定する必要がある」というべきであろう。しかしながら、この点に関する認定は必ずしも明らかではないとし、「了解が、少なくとも酒酔い運転に向けられたことは確実であるとしても、危険運転行為に対するものであったのかどうかという点に関して、なお疑問が残されている」とする批判がある⁽⁵⁵⁾。他方、本決定につき上記の

(52) 本田稔「判批」法学セミナー704号(2013年)115頁。

(53) 前掲(注14)。

(54) 内田・前掲(注2)96頁注18は、仮にCが運転の決意を固めていなかったとすれば兩名の行為は教唆に問われる可能性があったと指摘するが、この指摘は以上の前提のもとで支持しうる。以上に対し、坂本「判評」神戸学院法学40巻3・4号(2011年)393頁以下は被告人兩名に共同正犯の成立を認めるべきと主張するが、そもそもCの危険運転行為を甲店から継続しているものと解している点、兩名とCとの間の「共謀」関係がその間ずっと継続していると解する点、共犯者側の故意の内容を「重過失」で足りるとする点、意思連絡の内容を緩和する点、車両の提供等の場合と比較して関与の積極性が低いとする1審判決の理解(刑集67巻4号531頁)に異を唱える点(しかも、その根拠は不明である)などにおいて、きわめて不当な認識・理解を前提とするものといわざるを得ない(正犯性の点に関し、深町・法学教室判例セレクト2013[I]33頁参照)。

(55) 上野「判批」刑事法ジャーナル35号(2013年)130頁。

「重要な契機となっている」とした判示は両名が与えた心理的影響について具体的に指摘するものであるとする理解も示されているところである⁽⁵⁶⁾。

確かに裁判例の中には、心理的幫助行為に相当する部分を適しつつ、それが具体的に正犯者の心理をいかに強化したのかに関する事実認定が不明瞭なものも見受けられるところであった⁽⁵⁷⁾。ただそれは、具体的な行為態様と正犯の犯行態様の結び付きが一見して明白であるといえる状況にはなかったために、心理的な強化作用の事実認定に際して特段の配慮が求められるケースであったからであるように思われる。これに対して、正犯者と対面して犯行の決意を告げられた際に種々の激励をしたり⁽⁵⁸⁾、謝金の折衝の際に「そのくらいでやってやれ、礼金は引き受けた」と述べ⁽⁵⁹⁾、そのまま正犯者が犯行に及んだようなケースにおいては、「特段の事情」の認められない限り殺意の強化と犯行の促進とを認めるのが判例の立場であるが、この種のケースでは幫助行為と正犯の犯罪実行との間に直接的な結び付きを容易に認めることができるため、上記のケースとの事案の相違に照らして結論的に支持し得る⁽⁶⁰⁾。本件では相当程度に濃密な人間関係を前提とした、閉鎖的な環境における直接的な関与の事案であり、後者のケースに相当することは明らかであるが、それでもなお本決定が、①の部分につき正犯にとって犯行に出る上での「重大な契機」であったことを指摘し、心理的な促進関係の存在について言及した点は意義深いと思われる。

以上に関して、上記の批判的見解も結論的には、了解を与えたことが「危険運転に至る蓋然性を認識しながら、高度のリスクをとまなう車両の運転へと方

(56) 保坂和人「判批」警察学論集 67 卷 1 号 (2014 年) 149 頁以下、亀井 = 濱田「判評」法律時報 86 卷 2 号 (2014 年) 125 頁、亀井・前掲 (注 16) 167 頁。

(57) 例えば、東京高判平成 2 年 2 月 21 日・前掲 (注 46) における追従行為について心理的幫助の成立を認めた部分の事実認定に関しては、学説においても評価が分かれている(照沼【体系的共犯論と刑事不法論】〔注 8〕200 頁注 143 参照)。

(58) 大判昭和 7 年 6 月 14 日・前掲 (注 13)。

(59) 最判昭和 25 年 7 月 19 日・前掲 (注 14)。

(60) また、正犯者における墮胎行為を容易にしたものとはいえず、「犯罪実行と何等の関係を有せざるもの」として無罪とした事案(大判明治 36 年 2 月 6 日刑録 9 輯 3 卷 147 頁)や、心理的幫助の成否が問題となったケースで、その助言によって故意が生じたのか、あるいは故意が強固なものとなったのが結局明らかでないとして原審判決を破棄した事案(大判大正 6 年 5 月 25 日刑録 23 輯 519 頁)なども存在しており、これらにおいては「促進」関係の有無が重視されていると解することも可能であるように思われる。

向付けし、そのリスクを顕在化させている」「それ自体十分危険増加的不法性を帯びる行為と評価し得る」とし、これによって現実に運転が開始され、事故が惹起されたのであるから「因果的な危険増加」を認めうる⁽⁶¹⁾として幫助の成立を肯定している。しかし、本件が物理的幫助の事案ではない以上、運転への「方向付け」であること、「危険増加的不法性」が存していたこと、さらには結果に対する因果性が存在していたことを肯定するためには、その前提として了解行為が「Cの心理」を介し「決意を強化したこと」が認められなければならないはずである。この意味で、この見解も結局は①に心理的幫助行為としての適格を認め、暗黙裡に心理的影響に基づく促進的因果関係を肯定しているといわざるを得ないであろう⁽⁶²⁾。

3 次に②の点についても議論がある。上述の通り、1審判決は、本件走行開始から事故に至るまでの時間的間隔に言及した上で作為可能性・容易性が存在したことを指摘し、両名とCとの関係、Cの酩酊状態に関する認識に加え、①によってCの犯意が強化されているという先行行為の存在等を踏まえれば、両名には「本件車両を走行させることを制止しなければならない作為義務」があったと指摘していることから、この黙認を不作為犯として構成し、その上で①との一連の行為であると評価したことが明らかである。これに対して控訴審判決及び本決定は①と②とを併せていわば「一連の行為」として扱っているが、その前提として、②自体が作為であるのか不作為であるのかについては明示していない。このため、学説では最高裁が②の点について作為犯として構成したと解するものがある⁽⁶³⁾。しかし、そもそもすべての審級を通じて、保障人的地位や作為義務の存否が争われた形跡は認められないし、本決定が是認する控訴審判決もその前提に立って「了解・黙認」が幫助に当たると述べている

(61) 上野「判批」(注55)135頁。

(62) 上野「判批」(注55)135頁、内田・前掲(注2)96頁は、①の了解と走行・結果との間に「条件関係」が存在すると指摘する。ただ、被告人両名が「重大な契機」を与えたことは確かであるとしても、本件で了解を与えなかった場合には間違いなくCは走行を開始しなかったとまでいえるかどうかについては明らかではない。特に、本件は60条が適用されたいわゆる共同従犯の事案ではないことから、A、Bそれぞれの幫助行為が独立して因果性を有していることが前提とされねばならないため、(Bについては特に)条件関係を認めることは難しいように思われる。

(63) 亀井=濱田・前掲(注56)124頁、125頁以下、亀井・前掲(注16)167頁。反対、水落伸介「判批」法学新報121巻5・6号(2014年)495頁以下。

に過ぎない。さらには、Bの弁護人の上告趣意においてもBの「作為・不作為」が幫助に当たるとはいえないと主張されていることにも鑑みれば⁽⁶⁴⁾、結局のところ、最高裁が②についていずれと解したのかは明らかでない。むしろ、当事者において争われておらず、後述のようにいずれと解しても結論に影響はないと考えられたため、この点について積極的に触れられていないとみるべきであるように思われる。

学説では、作為犯の成立を認める上で外部的な身体動作を不要と解する立場⁽⁶⁵⁾に依拠しつつ、関与者の態度が「意思を伝えることを内容とするもの」であれば足りると説く見解があるが⁽⁶⁶⁾、作為であれ不作為であれ意思内容の伝達は可能であるから、この基準では従来、不作為犯の成否が問題となるとされてきた態度のほとんどが作為犯に解消され、結果として作為可能性・容易性、作為義務など、本来処罰を認める上で不可欠な事情の有無についての検討が一律に回避されることになりかねず、妥当でないであろう。他方、上記見解も、本件を作為犯として構成する上では、関与に至る経緯やCとの人的関係を考慮する必要があると説いているが⁽⁶⁷⁾、これらは結局、1審判決が検討しているような作為義務の有無、及び幫助行為性の有無を判断する上で考慮される事情と異ならないのであり、実質的に不作為犯として構成した場合と大差ないように思われる。つまり、作為・不作為のいずれとして構成しても、幫助行為としての適格の有無を判断する上では、従前の経緯や当時の被告人の置かれた状況などを考慮することが不可欠なのである。以上に関し、控訴審判決が「Aの了解・黙認が幫助行為として処罰の対象とされるのは、単に危険運転行為に対し了解・黙認をしたとの一事によるのではなく…Cとの関係、犯行に至

(64) 刑集 67 卷 4 号 505 頁。

(65) 齊藤彰子「作為正犯者の犯罪行為を阻止しなかった者の罪責」名古屋大学法政論集 249 号 (2013 年) 23 頁以下。

(66) 亀井=濱田・前掲(注 56) 125 頁以下、亀井・前掲(注 16) 167 頁。なお、この引用箇所は林幹人教授の見解(現在は林『判例刑法』[2011 年] 186 頁)からのものであるが、林説では、不作為・黙示的な態度であっても共犯としての「行為」に含めることは可能であると述べられているにとどまり、また、自己の指示によって犯意が生じた場合には作為による共犯であるが、既に生じている直接行為者の意思に基づく行為を阻止しなかった場合は不作為による共犯であると区別されており、これらが連続して行われた場合は包括一罪だと解されている(林・同 186 頁以下)。従って、作為による共犯の成立を認める上で身体的動作をおよそ不要とする見解として位置付けることには疑問がある。

(67) 亀井=濱田・前掲(注 56) 126 頁、亀井・前掲(注 16) 167 頁。

るまでの経緯等の状況に照らしてその了解・黙認が処罰に値する実質が備わった幫助行為と認められたから」であるとし⁽⁶⁸⁾、同時にCはBに対しても「それまで共に飲酒した経緯に加え、その年齢や経験等の差から先輩として了解を求めた」のであって、それ故に了解・黙認が幫助行為に当たると説いているのも⁽⁶⁹⁾、このような趣旨に出ているものと思われる。

では、仮に②を1審判決がいうように不作為と解した場合、幫助の成立を認めることは可能であろうか。上述の事実関係からは、作為義務を認めることは十分に可能であろう⁽⁷⁰⁾。また、先輩である「兩名から指示、説得されれば、走行を継続することに心理的な障害が生じた」と認められる」ことを根拠に因果関係を認めているが、不作為による共犯の因果性に関しては、作為義務の履行により他の共犯者の犯罪実行を困難にし得たという関係が認められれば足りると解するのであれば、その履行を怠ることで犯罪実行を容易にしたと解される⁽⁷¹⁾、1審判決の説明はこうした理解に沿うものであって、妥当であるように思われる。この点、本決定では黙認行為による心理的影響が生ずる機序についての具体的な記述が乏しく、「やや説明不足」であるとする指摘もある⁽⁷²⁾。確かに、外形的な関与の積極性が乏しい心理的幫助の事案であることを踏まえれば、個々の幫助行為である①、②それぞれについてこうした部分が認定されることが好ましかったともいえる。もっとも、仮にその点の検討を加えたとしても、結局は上述の通り①部分と同様に促進関係を認めうることは確かである。本決定では①と②が一連の行為として認定されている以上、①を「重要な契機」として開始された本件走行に対し、②の時点でもなお心理的促進作用が失われていなかったことは当然であると考えられているのかもしれない⁽⁷³⁾⁽⁷⁴⁾。

(68) 刑集67巻4号547頁。

(69) 刑集67巻4号548頁。

(70) この点につき、千葉陽一「判批」研修755号(2011年)22頁以下参照。本田・前掲(注52)115頁は「仕事上の指導関係」を根拠に「仕事外での自動車運転という日常的な行為」を指導対象に含めることは不当だとするが、1審判決が職務上の人間関係のみから作為義務を認めているわけではないことは明らかであり、的を射ていない。

(71) 以上に関しては、札幌高判平成12年3月16日判時1711号170頁(評釈として、成瀬ほか編『判例ブラクティス刑法I総論』[注13]415頁[齊藤執筆]、西田ほか編『刑法判例百選I総論[第6版]』[2008年]172頁以下[大塚裕史執筆]、山口ほか編『刑法判例百選I総論[第7版]』[注46]174頁以下[林幹人執筆]など)を参照。

(72) 亀井=濱田・前掲(注56)126頁、亀井・前掲(注16)167頁。

(73) 内田・前掲(注2)96頁は、「走行を制止しないで黙認することは、先行する

4 以上のように、①、②を独立させて検討しても、それぞれについて幫助犯の成立を認めることは可能であったと思われる。それでは、本決定がこれらを敢えて「了解とこれに続く黙認という行為」であるとした理由としてはどのような事情が考えられるだろうか。

学説では、①と②が相俟って初めてCの運転意思を事故発生時に至るまで「より強固にした」と評価し得るのであり、それぞれ独立させては「Cの運転意思を強固にする、あるいは維持する効果を認めるには足りない」とする見解がある⁽⁷⁵⁾。上述した通り、本稿は①、②それぞれについて幫助としての処罰が可能であると考えますが、その点を除くとしても、両者が相俟って初めて結果の惹起・発生の促進が可能である場合に限り「一連の行為」として扱えるとする前提には疑問があるし⁽⁷⁶⁾、そもそも、以下で見るように、幫助犯に関する従来の判例はそのような処理をしてきていないという点との関連も問題となりうる。

心理的幫助の事案では、例えば大判大正12年3月30日刑集2巻277頁では、原判決において正犯から自動車窃盗の意思を打ち明けられた際に「それは宜しかろう」と助言した部分と、日にちを措いて実行に臨んだ際に同行し窃取に適当な車両を指示した部分とが幫助行為として認定されており、大審院もこれを是認した上で「犯罪を幫助して之を容易ならしめた」行為としている。また、東京高判昭和50年2月4日東高刑時報26巻2号19頁では、国鉄名古屋鉄道管理局の営業部旅客課長職務補佐であった被告人が、旅客課長が業者から現金の供与を受けることを知りながら、同課長の「金を持ってきたら受取っておいてくれ」との指示を了承したこと、その翌月に業者が同課の係長に対して持参した現金を課長に渡すように告げて交付し、領収証の作成交付を求めた際、係長からその当否について相談を受けてこれを承認したことの2点が指摘され、これらによって課長の金員收受を容易ならしめたとして収賄幫助の成立

了解によって始動された心理的因果が『遮断』されず、Cの行為とそれによる死傷結果に実現したことを示している」とする解釈を示す。

(74) なお、本決定の「運転の意思をより強固なものにする」という判示部分は、本件の事実関係、特に②の部分に照らすとやや強い措辞になっている印象を受けるが、それは関与が外形上消極的なものであったことを補おうとする意図に由来しているのかもしれないという趣旨のご指摘を、植村立郎教授より頂いた。

(75) 深町・前掲（注54）33頁。

(76) この点に関しては、照沼「過剰防衛と『行為の一体性』について」『理論刑法学の探究⑦』（2014年）49頁以下参照。

が認められている。さらに、福岡地判平成16年5月27日裁判所HP、LEX/DB28095547では、保険金殺人の正犯者から促されるのに応じて、共に銀行の支店に出かけ、正犯者の出損にかかる金銭を掛金等に充てることによって自己の夫である被害者を生命共済に加入させる手続を行ったこと、その後複数回、口座から金銭を引き出していないか問われた際には引き出していないと回答して毎月の共済掛金がきちんと振り替えられていると正犯者に信じさせたこと、さらに追加の共済掛金額を正犯者から受領し同人の面前で口座に入金したことが認められ、「これらの言動」が少なくとも被害者が死亡すれば共済金が手に入るとの期待を正犯者に抱かせ、殺害の意図を心理的に促進したとして、幫助に当たると評価されている。

物理的幫助にかかわる事案でも、例えば大審院昭和13年4月7日刑集17巻244頁では、保険会社の代理店主が、保険金請求者が虚偽の審査報告に基づく保険契約により保険金を騙取しようとして提出した請求書類を本店に送付する際に、虚偽であることを知りながら本店に報告しなかった点が問題とされたが、大審院は、原判決は単に審査が不完全であることを通報しなかったことのみを捉えて幫助としているのではないとした上で、情を知りながら報告しなかったことが作為義務に違反していること、さらにこれに加えて、請求者からの依頼に従い保険金受領に必要な死亡証明書その他の必要書類を本店に送付して請求手続を執ったことも指摘し、これらの事実が「保険金詐欺の幫助行為」であると評価している⁽⁷⁷⁾。大阪地判昭和58年11月30日判時1123号141頁では、被告人がけん銃等の密輸に関して行った具体的行為のうち主なものとして、他の共犯者甲、乙の間を取り持って両名が話し合いをする機会を作ったこと、帰国後両名の連絡を取り次いだこと、甲が入手した融通手形の割引を金融業者に依頼し、その割引金を乙を介して甲に届けたこと、甲と乙が渡航するための航空券を手配したこと、という4点を掲げた上で、これらによって犯行が円滑になされたことが明らかとして幫助の成立を認めているが、罪数処理の部分を見るとこれらは「1個の行為」として扱われている。

以上の事案では、いずれも個々の行為について幫助の成立を認めることは十分に可能であったと思われる。また、個々の行為の間にはそれなりに時間的間隔が開いていたことも認められるが、それらを別個独立に検討して罪数処理を

(77) 大塚ほか編『大コンメンタール刑法[第2版]第5巻』(注20)556頁(堀内=安廣執筆)は「不作為と作為が不可分一体となった幫助犯の例であって、純然たる不作為による従犯の事例ではない」とする。

行った形跡は認められない。そうすると理論的には、いわば幫助犯としての構成要件該当行為の点で既に1個と扱われているか、あるいは複数の行為が包括一罪として処理されていると考えることができる⁽⁷⁸⁾。本決定もこうした判例の態度の延長線上にあつていずれかの処理を行ったものとみることができよう。

付け加えれば、本件では事案の特色としてさらに以下の2点が留意されたと考える余地がある。第1に、本件は車両の「同乗者」に運転行為に対する共犯としての罪責が問われている事案であり、先行する意思決定を示す態度の直後に、その意思内容の実現として「同乗」という態度が付け加わっているという構造を有している。すなわち、①の発展段階として②が存在しており、「同乗行為」というひとつの行為として観念することが非常に容易な事案だとみることができ⁽⁷⁹⁾。このようなケースは、「不作為と先行ないし併存する作為とが一体化している場合」であつて、「一体としての作為」として扱うという評価⁽⁸⁰⁾が可能であるかもしれない。本件では②は①に続くものとして重要な意味があり、①についても②を視野に入れることによってその意味が明確になるとする指摘⁽⁸¹⁾や、本決定が①と②との関連性を重視しているとする指摘⁽⁸²⁾は、いずれもこうした相互の密接な関連性に言及しているものと解することができよう。また第2に、①を契機として本件走行を開始してから事故に至るまでに約15分間の間隔があつたこと⁽⁸³⁾に照らすと、本件の事案では故意の存

(78) 千葉・前掲(注70)26頁注14は1審判決につき、①②それぞれに幫助の成立を認めつつ一連の行為とするのであれば包括一罪の成否について検討すべきであつたとし、②を明確に分離して検討する以外の構成も十分あり得たと指摘する。確かに分離して扱うなら本文の通り処理されているはずであろうから、その点につき判示の方がより明快であつたといえよう。もっとも、一連の行為として扱うにしても、特に本件のように①②個々の外形的な積極性が乏しい事案では、やはりそれぞれが幫助行為足り得ることを明示した上で、(時間的・場所的接着性や意思の連続性の存在を指摘し)一連・一体のものとして扱うことが望ましいといえる。なお、包括一罪として処理する上ではいずれの犯情が重いのが問題となり得るが、本件では走行開始の「重要な契機」となつた①了解の方に②黙認が吸収されると考えることができるように思われる。

(79) 現に、甲店経営者の罪責が問われたさいたま地判平成20年6月5日(〔事業の概要〕Ⅱ参照)の量刑理由においては、A、B両名の行為につき、緊急性、必要性もなく安易にその場でCの車に「同乗した」行為であると評されている(判時2022号162頁)。

(80) 松原『刑法総論』(注8)85頁。

(81) 千葉・前掲(注70)26頁注14。

(82) 亀井=濱田・前掲(注56)127頁。

(83) 内田・前掲(注2)96頁もこの点に言及する。

在を容易に認め得る⁽⁸⁴⁾としても、事案によっては①の時点では故意が認められないケースもあり得るといふ指摘があり⁽⁸⁵⁾、また、本件でも争われたところであるが、事案によっては同乗後(②の段階)において同乗者は眠ってしまったというケース⁽⁸⁶⁾もあり得ることから、これらの点も意識した上で、本件では一連の行為の開始時点である①の段階において当然に故意が認められ、②の部分は殊更に独立させて論じる必要がないという趣旨が含まれているとみる余地もあろう。仮にこれらの推測が当たっているとすれば、本決定では構成要件段階で既に「1個の幫助行為」として扱われている可能性があり、上述の諸事例よりも強く一体性が観念されていると考えることができる。

もっとも、これらの場合においては注意すべき点がある。それは、一定の作為的態度が認められるときに、それに引き続く附和隨行的な態度に関し、特段その性質を吟味せずに処罰対象に取り込んでしまう危険性があるという点である。この点に関連し、名古屋地判平成22年1月7日⁽⁸⁷⁾では、危険運転致傷罪の共同正犯に当たるとされた同乗者につき、事故後の同乗部分の言動が道交法上の不救護不申告罪の心理的幫助に該当しないかが問題とされたが、裁判所は以下のように述べてこれを否定し、この部分については無罪とした。すなわち、「本件のような心理的幫助の場合、幫助行為の正犯に対する心理的な促進作用の有無を十分に検討する必要がある」とした上で、「本来作為義務を負わ

(84) 1審判決は、被告人兩名が甲店において5時間近くにわたりCと共に飲酒し、その後も長時間にわたりCと行動を共にしていたことからすると、Cが本件当時、高度に酩酊していて、アルコールの影響により正常な運転が困難な状態にあったことを認識していたことを認め、さらに本件走行の了解を与えた際の状況や、兩名とCとの関係も踏まえた上で、Cの犯行を容易にさせることを分かっていたながらもそれでも了解を与えたものと認められるとしている(刑集67巻4号523頁)。さらに、本件走行開始後も、Aは起きていてCと会話を交わしていたこと、Bも寝入ることなくCやAの様子を見ていたことが認定されている(同527頁)。加えて、本決定も認定している通り(同438頁)、兩名は乙店への移動中におけるCの走行態様を見て心配していたことが認められており、こうした事実関係のもとでは幫助犯としての故意は当然に肯定されよう。なお、兩名については死傷結果に対する予見可能性が存在していたことも認め得るであろう(内田・前掲〔注2〕97頁)。

(85) 千葉・前掲(注70)26頁注13。この点はおそらく仙台地判平成20年9月19日、仙台高判平成21年2月24日(前掲〔注5〕の(イ)(ウ))の事案を念頭に置いたものとみられる。

(86) この点についても、仙台地判平成20年9月19日、仙台高判平成21年2月24日の事案を参照。

(87) 前掲(注6)の(オ)の事案。

ない同乗者が運転者の逃走を制止しないという不作為とその後も助手席に同乗し続けていた作為は、それだけでは心理的な促進作用を有しない」。被告人に一定の言動があったとしても、それらは正犯者が自己の意思により逃走を開始した後の行為であり、正犯者が事故を起こして心理的に激しく動揺していた様子もないから、「強い心理的な影響を及ぼすような状況にもなかった」。また「走行中に周囲を見回して警戒することは、運転者自身ある程度行えるので、助手席同乗者の援助を受ける必要性が乏しい」から、「不救護不申告を助長するというほど重要な意味のある行為とは認められない」というものである。本判決は道交法上の不作為犯、かつ真正身分犯について共犯の罪責が問題となった特殊な事案ではあるが、事後の同乗・同行部分について無配慮に処罰対象に取り込むことを戒めているものとみる余地もある。

以上の点を本稿の問題意識に引き付けて敷衍すれば、実態としては事後の附和随行という事実が存在しているに過ぎない場合に、その部分における犯罪成立要件の検討を安易に回避して共犯処罰の対象となる範囲に組み込むことがあってはならないのであり⁽⁸⁸⁾、その意味でも、事例判断にとどまる本決定⁽⁸⁹⁾の射程は慎重に限定されたものとして解すべきであるということになる。思いつく範囲で幾つかの点を挙げるなら、先行する①了解に相当する部分が存在しない場合、例えば普通に走行していた状況で突然運転者が危険運転に相当する行為を開始したような場合において、同乗者の②「黙認」が常に幫助行為として認められるわけではない。不作為と構成した場合にはそもそも作為義務が認め難いであろうし、作為と構成した場合にも十分な危険創出を認めることは困難であろう。特に本件では当初、甲店を出発する段階からCが自発的に運転を行っており、引き続いて乙店からの走行を開始する以前においてもCの側がかなり積極的に運転をしたがるそぶりを見せており（1審判決の認定によれば、Bは、Cが車の運転をして見せびらかそうとしていると受け止めていたという⁽⁹⁰⁾）、いわば「促進」することが非常に容易な状態にあったこと、他方、

(88) この問題に関しては、島田「不作為による共同正犯」刑事法ジャーナル29号（2011年）41頁以下、松原「共謀共同正犯論の現在」法曹時報63巻7号（2011年）23頁以下、照沼「共同正犯の理論的基礎と成立要件」『刑事法・医事法の新たな展開（上巻）町野朔先生古稀記念』（2014年）269頁以下参照。

(89) 内田・前掲（注2）96頁以下、亀井＝濱田・前掲（注56）127頁。

(90) 刑集67巻4号512頁。さらに、Bの弁護人の上告趣意では、Cがもともと飲酒運転や高速度運転をたびたび行っており、車好きであったことが主張されている（同489頁以下）。

これを了解した同乗者の側には、Bのみならず、(Cとの間に相応の人間関係が存在していた)Aも含まれていたことを踏まえると、なおさら本決定を単純に「同乗者の了解・黙認によって幫助が認められた先例」として一般化することはできないと思われる。また、正犯者の「意思を強固なものにした」という判示部分もあくまで①と②を一体とする判断を前提とした上でのものであることからすれば、②黙認の存在のみで常にそう評価できるわけではないと考えられよう。

(本学法学部教授)