

# Note on Criminal Law Case

メタデータ	言語: jpn 出版者: 公開日: 2022-03-25 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: KOJIMA, Yosuke メールアドレス: 所属:
URL	<a href="https://doi.org/10.24517/00065580">https://doi.org/10.24517/00065580</a>

This work is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial-ShareAlike 3.0 International License.



# 不法残留者に対する生活維持手段の提供と幫助犯の成否

(東京地判平成30年10月19日公刊物未登載・  
東京高判令和元年7月12日公刊物未登載)

小 島 陽 介

## 【事実の概要】

第1審判決<sup>1</sup>が認定し、控訴審判決<sup>2</sup>が是認した事実関係は、以下の通りである。

Aは、大韓民国の国籍を有しており、平成19年に本邦に入国した後、日本国籍を有する女性と婚姻し、在留資格を「短期滞在」から「日本人の配偶者等」に変更した上で在留期間の更新を重ね、最終的にその在留期間は平成27年2月23日（3年）とされた。しかしながら、Aは、前記女性と平成24年7月に離婚し、平成25年1月14日には本国に帰国したため、在留期間の更なる更新は望めない状況にあった。

被告人Xは、平成4年に婚姻したが、平成23年頃には婚姻関係が破綻し、平成24年には東京都内に自己名義でアパートを賃借して单身別居生活を送っ

- 
- 1 LEX/DB:25563567。第1審判決の評釈として、松宮孝明「内縁関係と不法残留罪の幫助」法学セミナー771号133頁（2019年）がある。
  - 2 LEX/DB:25563568。控訴審判決の評釈として、松宮孝明「内縁関係と不法残留罪の幫助（控訴審逆転無罪判決）」法学セミナー779号119頁（2019年）、安田拓人「内縁関係ある者による不法残留罪の幫助の成否」法学教室471号142頁（2019年）、安達光治「不法残留者とその前から同居して生計を共にしていた者に不法残留幫助罪が成立しないとされた事例」令和元年度重要判例解説（ジュリスト増刊）152頁（2020年）、小野上真也「不法残留者との同居等による不法残留罪幫助の成否」法律時報92巻9号142頁（2020年）、平山幹子「内縁関係と不法残留罪の幫助」新・判例解説Watch28号215頁（2021年）がある。また、松宮孝明「不法残留者との同居と不法残留の幫助」立命館法学387=388号367頁（2019年）も参照。

ていた。その後、Xは、平成27年9月に夫に対して離婚調停を申し立てたが、翌年には不調となり、本件当時も離婚は成立していなかった。

Xは、平成26年春頃、インターネットを通じてAと知り合い、Xが大韓民国のA方を訪問するなどして、間もなく交際を開始した。Aは、同年8月5日に本邦に入国し、Xが居住するアパートで被告人と同居するようになった。なお、同居後の同アパートの家賃は2か月分を除き、Xが負担していた。

Aは、在留期限が到来する直前の平成27年1月29日に一旦出国した上、同年2月25日に「短期滞在」(90日)の在留資格で本邦に再び入国してXとの同居を再開し、有効期限である同年5月26日が経過した後も、そのまま本邦に不法残留した。Xは、甲の在留資格が「短期滞在」であり、同日頃には在留期間が経過することを認識していたが、自分の離婚が成立していなかったことから、Aと婚姻して「日本人の配偶者等」の在留資格を得るなど、適法な在留資格を得ることができないと考え、そのまま何らの手続をとることもなく、Aとの同居を継続した。

Xは、Aと飲食店を経営することとし、それに必要な食品衛生に関する資格を取得した上、平成28年4月頃、X名義で東京都内の店舗の賃貸借契約を締結し、同年6月20日から同所で飲食店の営業を開始し、Aも同店で稼働した。また、Xは、同年5月頃、都内のマンションをX名義で賃借し、同所に転居してAとの同居を継続した。なお、Xらは、同店舗の家賃や光熱費等は同店の売上金から拠出し、同マンションの家賃や駐車場代は同店の営業により得た利益の中から拠出していた。

Xは、Aが来日した平成26年8月頃以降、Aと交際関係にあることを周囲に隠すことはなく、自己の両親や子供らに紹介して家族ぐるみで付き合いをしていたほか、店舗の大家等にも紹介し、ブログにも甲と内縁関係にあることを前提とした書き込みをするなどしていた。もっとも、Xは、他者に対し、Aの在留期間が平成27年5月26日までであり、不法残留の状態にあることを知らせてはいなかった。

その後、平成29年7月1日にAは不法残留<sup>3</sup>の被疑事実で逮捕された。

## 【争点】

XとAは上記の通り内縁関係にあったところ、賃貸借契約の名義人となるなど本邦におけるAの生活維持手段の提供が、Xにとって幫助行為となるか。

## 【裁判所の判断】

### 1 第1審判決

Xは、第1審において、①Aは十分な資産を保有し、家賃等の一部を負担し、飲食店の経営を主導的に行っており、Xの行為は幫助にあたらぬほか、Xの行為は婚姻ないし内縁の相手方たる地位を超えるものではないから、「中立的行為」として幫助行為に該当しない、②Xの行為は内縁関係にも準用される民法上の同居・協力・扶助の法的義務を履行したに過ぎず、刑法35条の法令行為として違法性が阻却される、③本件起訴は、入管実務や裁判例に照らし、訴追の必要性が全くないにもかかわらず公判請求をしたものであり、憲法14条1項に規定する平等原則に違反し、不平等起訴として公訴権を濫用したものであり、公訴棄却されるべき、と主張したが、東京地裁は次の通りXの主張を全て退け、Xに罰金10万円の有罪判決を言い渡した。

---

3 出入国管理及び難民認定法（以下、「入管法」という）70条1項5号に該当する。条文は次の通りである。

「第七十条 次の各号のいずれかに該当する者は、三年以下の懲役若しくは禁錮若しくは三百万円以下の罰金に処し、又はその懲役若しくは禁錮及び罰金を併科する。

五 在留期間の更新又は変更を受けないで在留期間（第二十条第六項（第二十一条第四項において準用する場合を含む。）の規定により本邦に在留することができる期間を含む。）を経過して本邦に残留する者」

なお、1項の5号以外および2項は省略した。

①Xの行為の幫助行為性について。

「幫助犯は、『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こと』により成立するところ（最高裁第二小法廷昭和24年10月1日判決・刑集3巻10号1629頁）、その要件としては、〔1〕正犯行為の存在、〔2〕幫助行為の存在、〔3〕幫助行為が正犯行為の実行を容易にしたという因果関係の存在、及び〔4〕これらについての故意が必要であると考えられる。

本件において、在留期限である平成27年5月26日を超えて本邦に在留したAの行為が、不法残留罪に該当することは明らかといえる。そして、Xは、近い将来にAの在留期限が到来し、在留資格の変更や在留期間の更新が見込めない状況であることを認識しながら、Aが来日した直後からX名義で賃借したアパートでAとの同居を開始し、Aの在留期間が経過した後も同アパート及び新たにX名義で賃借したマンションで同居を継続したほか、平成28年6月20日以降は、X名義で賃借した店舗において、Xが取得した飲食店の営業に必要な資格を利用し、Aと共に飲食店を経営してX及びAの生活資金を得ていたものと認められる。Xのかかる行為は、適法な在留資格を有しない者が本邦に滞在するに当たって通常困難を伴う住居及び生活資金を得るための手段を提供するものとして、Aの正犯行為の実行を容易にしたことは明らかであり、また、Xがそのことを認識・認容していたことについても疑いを容れる余地はない。」

中立的行為の主張に対しては、「婚姻ないし内縁の相手方たる地位に基づく行為といっても、その不法滞在に対する関与の度合いは様々であって一律に論じることはできないと考えられるし、この点を措くとしても……内縁関係にある外国人の不法滞在を容易にする行為が犯罪促進的でないと社会的に評価されているとの結論を導くことは困難であるといわざるを得ない。すなわち、在留特別許可の制度は、不法滞在が違法であることを前提としたうえで、出入国管理行政の適正な運用の確保という法益と、不法滞在者の在留希

望理由や家族状況、日本での生活歴、人道的配慮の必要性など、当該処分時において現に生じている当該事案の具体的な保護すべき利益の状況を比較衡量の上、後者の利益が優越すると判断される場合に、法務大臣の裁量により、事後的・救済的に将来の在留資格を付与する制度と理解すべきであり」、在留特別許可の「要件を緩和する方向で解釈する裁判例を踏まえても、[不法滞在者と婚姻ないし内縁関係にある相手方との関係]の実態を捨象して婚姻ないし内縁関係そのものに入出国管理行政の適正な運用の確保という法益に優越する保護利益を肯定しているとする余地はなく、これをもって、内縁関係にある外国人の不法滞在を容易にする行為が犯罪促進的でないと社会的に評価されているなどという解釈の根拠となり得るものでない」〔 〕内は原文のもの、〔 〕内は引用者が挿入したものを。

## ②違法性阻却の主張に対して。

「民法上の夫婦の同居・協力・扶助義務が全ての他の法益に優先するとの解釈を採る余地がないことは自明であるところ、前記……で検討したとおり、出入国管理及び難民認定法及び民法との関係において、その実態を捨象して婚姻ないし内縁関係そのものに入出国管理行政の適正な運用の確保という法益に優越する保護利益を肯定しているとはいえない」。

## ③公訴権濫用の主張に対して。

「本件において、Xは、単に不法残留者であるAと同居したということとどまらず、住居及び職を提供して正犯行為を助長、促進したと評価し得るものであり、犯行に至る経緯等も踏まえれば、本件公訴提起が平等原則に違反するとも、それ自体が職務犯罪を構成するような極限的な場合に当たるとも言えないことは明らかである。」

## 2 控訴審判決

Xの控訴に対し、東京高裁は次のように判示して、原判決を破棄しXに無罪を言い渡した<sup>4</sup>。

「Xが本件行為に至る経緯やその実態をみると、Aが不法残留となる約9か月前から、XとAは、同居し、生計を共にしていたものであるところ、Aは資産を有しており、Xが離職した際の家賃等をAが負担していたことから認められるように、Xによって一方的に扶養されるという関係にはなかった。また、Aが不法残留となった後に二人が転居し、飲食店経営を始めたという事情はあるものの、転居によって、以前から継続していた同居の性質が変容したとはいえ、飲食店経営はA及びXの生計の手段として行われていたものであるから、本件行為は、Aと内縁関係にあるXが、同居して生計を共にする従来からの状態を継続していたものにすぎないと評価することができる。他方で、Xは、一定の場所に居住し、公然とAと共に飲食店を切り盛りし、ブログにAとの内縁関係を前提とする記事を載せ、家族や知人に紹介するなど、Aの存在を殊更隠そうとしていたような状況は認められないし、公務所に虚偽の文書を提出するなどして当局に不法残留の発覚を妨害するなどしたことも認められない。

他方、正犯であるAの不法残留は、在留期間の更新又は変更を受けないで在留期間を経過して本邦に残留した、という不作為犯であるから、前記……のような実態の本件行為が、Aの正犯行為を促進する危険性を備えたものと評価することは困難というべきである。

そうすると、原判決が、Xにつき、Aの不法残留に対する幫助罪の成立を認めたのは、正犯行為の性質を的確に踏まえないまま、幫助行為の要件を形式的に捉え、本件行為の性質を誤認して、それが幫助犯に当たるという不合

---

4 検察官は上告せず、控訴審判決が確定した。なお、弁護団によるレポートとして、倉地智広「内縁関係の実態を別決した逆転無罪判決」季刊刑事弁護101号91頁（2020年）がある。

理な判断をしたもの」である。

## 【研究】

### 一 問題の所在

本件は、不法滞在者に対しその内縁の妻が衣食住に必要な資格の取得や住居等の賃貸借契約の締結などを行った行為が、不法残留の幫助として評価されるか否かが争われ、第1審と控訴審で判断が分かれた事例である。いわゆる「中立的行為における幫助」の論点を中心としつつ、正犯行為たる不法滞在行為の性質、幫助行為の意義ならびに幫助の因果関係など幫助犯に関する多様な問題点を含む事例として検討する価値があると思われる。

### 二 中立的行為による幫助

#### 1 総説

本件では特に第1審において、Xの行為が婚姻ないし内縁の相手方たる地位を超えておらず、内縁関係の当事者間での衣食住の提供行為として「中立的行為による幫助」として幫助犯の成立が否定されるか否かにつき激しい議論が交わされた。そこでまず、中立的行為による幫助の基本的な議論状況を確認したうえで、この視点から本件を検討してみることにする<sup>5</sup>。

---

5 中立的行為による幫助に関する包括的な研究としては、松生光正「中立的行為による幫助(1)(2)」姫路法学27・28号203頁以下(1999年)および同31・32号237頁以下(2001年)、島田聡一郎「広義の共犯の一般的成立要件—いわゆる中立的行為による幫助—」立教法学57号44頁以下(2001年)、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34頁以下(2006年)、豊田兼彦『共犯の処罰根拠と客観的帰属』(成文堂・2009年)150頁以下および174頁以下、小島秀夫『幫助犯の規範構造と処罰根拠』(成文堂・2015年)200頁以下、外木央晃『共犯の基礎理論』(成文堂・2018年)372頁以下、曲田統『共犯の本質と可罰性』(成文堂・2019年)131頁以下などがある。



## 2 中立的行為による幫助に関する学説

中立的行為による幫助は、共犯の処罰根拠の議論などと並んで共犯論における一大論点であり議論も次第に蓄積されてきているが、現在においてもその議論の位置付けならびに要件論については帰一するところがない状況である。

中立的行為による幫助に関する学説は、大別すると①行為者の主観面から限定を加えようとする見解、②例えば行為の有用性・通常性といった要素を強調するなどして、行為の客観面から限定を加えようとする見解<sup>6</sup>、③特別な枠組みは必要なく、幫助の一般的な法的枠組みで解決することができるとする見解、に分けることができる<sup>7</sup>。

このうち①は、正犯者が犯罪を遂行することについて幫助行為者が未必的な認識を有しているのでは足りず、確定的認識を必要とする<sup>8</sup>。その根拠としては、未必的認識にとどまる場合は通常の業務活動に伴う「許された危険」の主観的反映にすぎず、その程度の認識で幫助犯の成立を肯定すれば、合法的活動に対する委縮効果が大きくなることなどが挙げられる。

②は、その行為がなくとも正犯者が同等の給付を当然得られ、かつ正犯者の側に当該物を必要とする緊急性が認められない場合<sup>9</sup>、外形上平穏に行われる日常的な取引行為である場合<sup>10</sup>、正犯者の犯罪計画ないし正犯者の行為に

---

6 いわゆる「利益衡量説」ともいわれる見解もここに含まれる。

7 西田典之・山口厚・佐伯仁志編『注釈刑法 第1巻 総論 § 1～72』（有斐閣・2010年）919頁以下〔嶋矢貴之〕、大塚仁・河上和雄・中山善房・古田佑紀編『大コンメンタール刑法 第三版 第5巻〔第60条～第72条〕』（青林書院・2019年）671頁以下〔堀内信明=安廣文夫=中谷雄二郎〕も参照。

8 例えば、曲田・前掲注5・200頁以下、園田寿「Winnyの開発・提供に関する刑法的考察〔再論〕」刑事法ジャーナル22号44頁（2010年）。

9 例えば、島田聡一郎ほか『刑法総論（LEGAL QUEST） 第2版』（有斐閣・2012年）365頁以下〔島田聡一郎〕。

10 例えば、松生・前掲注5・(2)293頁、松宮孝明『刑法総論講義〔第5版補訂版〕』（成文堂・2018年）292頁。

「特別に適合」するように幫助行為が行われたとはいえない場合<sup>11</sup>や、通常の販売業務によるものは原則として処罰すべきではない<sup>12</sup>とする見解が代表的である。

③は、個々の事案の性質に着目しつつ、故意や幫助行為性の認定を厳格に行うことを志向する見解であり、自己の因果的寄与の認識・認容が認められ、またその因果的寄与が幫助と言い得る程度のものであることを要求する見解<sup>13</sup>、正犯者による犯行の具体的な契機が存在し、そのことについての認識が必要であるとする見解<sup>14</sup>、正犯者に犯罪意思があることの具体的な徴憑の認識および犯罪実現の危険を増加させる寄与があり、「許された危険」などの違法性阻却要素が存在しないことを求める見解<sup>15</sup>、幫助犯の「客観的要件として幫助行為がもつべき、犯罪実現を容易にする一定の危険性の存在が肯定」される必要があり、幫助行為が「一定の社会的有益性を有するとき……より高い程度の危険性をもつことが前提となる」とする見解<sup>16</sup>などが挙げられる。

このように、中立的行為による幫助に関する学説は、主観面あるいは客観面に着目する見解の中でも区々に分かれており、非常に多様な見解が主張されている。

しかし、同じく「中立的行為による幫助」の事例といっても、幫助行為者が個々の正犯者の個性を認識しないまま多数の正犯者に対し一律に同内容の促進的行為を行う事例（いわゆる「不特定者に対する中立的行為による幫助」）と、知人や懇意にしている取引先など個々の正犯者の個性を認識しながら、それ自体は「ごく当たり前」に行われる犯罪促進的行為をなす事例が

11 豊田・前掲注5・174頁。

12 林幹人『刑法総論 [第二版]』（東京大学出版会・2008年）380頁。

13 西田典之（橋爪隆補訂）『刑法総論 第三版』（弘文堂）369頁以下。

14 山口厚『刑法総論 [第3版]』（有斐閣・2016年）321頁以下。

15 松原芳博『刑法総論 [第2版]』（日本評論社・2017年）449頁。

16 井田良『講義刑法学・総論 [第2版]』（有斐閣・2018年）544頁。

あるところ、従来はこの二類型を渾然一体のものとして議論が行われてきた  
憾みがあり<sup>17</sup>、そのことが学説の分布状況を複雑にしているともいえる。

### 3 中立的行為による幫助に関する判例(1) — Winny事件以前

中立的行為による幫助の事例は古くから存在するが、その多くにおいて  
(裁)判例は幫助の成立要件を形式的に当てはめて有罪の結論を導いてきた  
といえる。

すなわち、①大判昭和7年9月26日刑集11巻1367頁では、鬪鶏賭博に用い  
られることを知りつつ鶏の販売業者が賭博開張者に軍鶏を販売したことにつ  
き賭博場開張凶利幫助罪に問われた事案において、被告人に対し、「鶏の販  
売を業とする者と雖賭場開張凶利者が鬪鶏賭博用に供することを知りながら  
之に軍鶏を売却交付して賭場開張凶利の犯行を容易ならしめたときは同罪  
の従犯を以て論ずべきものとす」と判示し同罪の成立を認めた<sup>18</sup>。また、②  
高松高判昭和45年1月13日刑月2巻1号1頁は、農業共済組合の払戻し業務担  
当者であった被告人が、同組合長Aの依頼により、共済組合が農協に預け入  
れている定期預金を払戻し、その払戻金を以てAが農協から借り入れている  
個人債務の弁済に充当する<sup>19</sup>手続をなしたところ、被告人がAの目的を認識  
していたという事案である。高松高裁は「預金の払戻業務に従事する者とし  
ては、たとえその払戻請求が手続上の形式要件を完備しているとしても、そ  
の払戻目的が刑事上不法なものであることを知った以上、これに必ずべきで  
ないことは条理上当然である。そして、右の拒絶義務は単に道義上の義務に

---

17 例えば、日常的業務行為であることを強調する見解は前者の類型を主に念頭に置いて  
いたことが推察される。もっとも、後者の類型であっても行われる行為自体は「日常  
的行為(通常取引行為)」である。しかし、「利益衡量」としては後者の類型の行為を処  
罰の埒外に置くべきという結論は出てきづらいのではないと思われる。

18 判決文中のカタカナをひらがなにしたほか濁点を補い、旧字体の漢字は現在の漢字に  
直している。

19 Aの行為は業務上横領罪に当たる。

止まらず法律上の義務というべきであるから、右の義務に違背して払戻請求に応じ、払戻請求者の犯罪行為を容易ならしめた場合には、その犯罪行為の幫助犯が成立する」と判示し、被告人に業務上横領幫助罪の成立を認めた。

③東京高判平成2年12月10日判タ752号246頁では、いわゆるホテル業者であったBの依頼を受け、Bの宣伝用チラシをまとめた小冊子を印刷、製本した被告人に対し売春防止法違反（売春周旋罪）の幫助犯の成立を認めるにあたり、「幫助犯としての要件をすべて満たしている以上、印刷が一般的に正当業務行為であるからとって、売春の周旋に関して特別の利益を得ていないなど、所論指摘のような理由でその責任を問い得ないとは考えられない」と明確に述べている。その他、④信用金庫の支店長がいわゆる個室付き浴場業者に開業資金を融資した事案<sup>20</sup>（大阪高判平成7年7月7日判時1563号147頁。売春防止法違反〔資金等提供罪〕）、⑤「スペシャルナンバー」と称する速度違反自動監視装置によるナンバープレートの撮影を困難にするプレートを販売した事案（大阪高判平成12年12月14日高刑集53巻2号97頁。道路交通法違反幫助罪〔最高速度違反幫助罪〕）、⑥いわゆる「イモビカッター」と呼ばれる自動車の盗難防止システムを解除できる道具をインターネットで販売した事案（名古屋地判平成23年5月13日公刊物未登載<sup>21</sup>。窃盜幫助罪）は、それぞれ被告人側から明示的に中立的行為による幫助の論点が提起されなかったものとみられるためこの論点や行為の中立性に関する判断は示されていないものの、全て犯罪の成立が肯定されている。これらの（裁）判例においては、大審院・最高裁並びに下級審も中立的行為による幫助の事例を特別な類型とは見ていなかったことが窺われる。

一方、⑦いわゆる軽油引取税事件（熊本地判平成6年3月15日判時1514号

20 ただし、売春防止法の資金提供罪に問われたものであり、幫助罪ではない。

21 名取俊也「自動車盗難防止システムを解除することができる器具（通称イモビカッター）をインターネットオークションで販売した行為について窃盜幫助罪の成立を認めた事例」研修758号13頁（2011年）参照。

169頁)は数少ない無罪判例として注目を集めている。事案は、軽油引取税の特別徴収義務者ではなく軽油の買主である被告人が、売主である特別徴収義務者が軽油引取税を納入しないことを未必的に認識していた<sup>22</sup>というものであり、被告人が軽油引取税不納入罪(地方税法違反)の共同正犯に問われた。

この事件につき、熊本地裁は次のように判示し、被告人に同罪の共同正犯ならびに幫助犯が成立することを否定した。すなわち、「一口に買主の地位にある者の行為と言っても、その態様にはさまざまのものが考えられる」。「結論的に言うならば、買主が単なる取引当事者にとどまり、それ以上に売主たる特別徴収義務者と共同し一体となって元売りからの仕入れや虚偽の納税申告など一連の脱税犯行計画の実現に参与しているのでない限りは、たとえ買主において売主の脱税の意思を推知していたとしても、売主と共同正犯の関係には立たないと解するべきである。けだし、そのように取引の当事者に過ぎない買主は、軽油の販売行為を不可欠の前提とする本件不納入罪において、犯行の実現に必要な販売の相手方となったというに過ぎず、自己の犯罪を実現したとは言えないから、共同実行の意思を欠くし、共同実行の事実もないと解されるからである」り、この理は共謀共同正犯についても同様である。そしてこの結論は、「いわゆる必要的共犯即ち構成要件の実現に相手方の存在を必要とする類型の犯罪の場合において、その相手方の処罰規定を欠く場合、その相手方を、構成要件を実現した者の共同正犯(ないし教唆犯や幫助犯)として処罰する余地はないと解されている(最高裁昭和51年3月18日第一小法廷判決など)こと(例えば、猥褻文書販売罪において、猥褻文書をそれと知って買った者が、販売者の共同正犯として処罰されることがないなどがその例である)の類推からも導かれるべきである」と。同地裁は幫助についても、特別徴収義務者が「軽油引取税を納入する意思がないまま

---

22 なお、途中からは確定的認識を有するに至ったと認定されている。

販売していることを確定的に推知するに至ったと考えられる……取引の際にも、別段Aら〔特別徴収義務者——引用者注〕の犯行を幫助する意思で取引を開始したわけではなく、自己の取引上の利益を図るため、従前どおりAらから軽油を購入し続けることにしたに過ぎないと考えられる。被告人は、軽油販売の相手方となることによって、Aらの犯行を実現せしめる役割を果たしたわけではあるが、それはあくまで、被告人が自己の利益を<sup>〔ママ〕</sup>追及する目的のもとに取引活動をしたことの結果に過ぎないと見るべき」としてその成立を否定している。

軽油引取税事件においては、熊本地裁が被告人の行為が「売買の当事者たる地位」を超えるものではないという理由で犯罪の成立を否定したことから、中立的行為による幫助に関しそれまでの判例とは異なり一定の考慮を払ったものとの評価が一般的といえる<sup>23</sup>。もっとも、同地裁は同時に必要的共犯の理論を強調しており、「売買の当事者たる地位」というメルクマールはどちらかというと同理論の枠組みを想起させる。また、熊本地裁は最終的に同様の根拠を用いて幫助犯の成立も否定しているが、中心として組み立てた理論によりまずは正犯性を否定している。行為の中立性を強調するならばその法益侵害性が否定されるはずであることに鑑みると、軽油引取税事件において熊本地裁がどの程度「中立的行為による幫助」という論点を意識していたかについては若干の疑問なしとはしない。

#### 4 中立的行為による幫助に関する判例(2) —— Winny事件

そんな中、いわゆるWinny事件最高裁決定（最三決平成23年12月19日刑集65巻9号1380頁。以下、本項において「本決定」という）は、中立的行為による幫助であるという点を正面から捉えて判断を行った事例として、同論点に関するリーディングケースとしての地位を占めるに至った。著名な事件で

23 例えば、松宮・前掲注2(立命館法学)・376頁以下参照。前述の学説の分布においては、②の見解に近いと思われる。

はあるが事案と判旨を振り返ると、次の通りである。

被告人は、P2P方式によるファイル共有ソフトであるWinnyを開発し、その改良を繰り返しながら順次ウェブサイト上で公開して不特定多数の者に提供していた。正犯者2名は、Winnyを利用して著作物であるゲームソフト等の情報をインターネット利用者に対し自動公衆送信し得る状態にし、著作権者の有する著作物の公衆送信権を侵害する著作権法違反（平成16年改正前の同法119条1号）の犯行を行った。被告人は、正犯者の各犯行に先立つWinnyの最新版の公開、提供行為が正犯者らの同法違反の幫助犯に当たるとして起訴された。

第1審<sup>24</sup>は、価値中立的な技術の提供が幫助犯となるかどうかは、その技術の社会における現実の利用状況やそれに対する認識および提供する際の主観的態様によるとしたうえで被告人を有罪としたのに対し、控訴審<sup>25</sup>は、インターネット上におけるソフトの提供行為で成立する幫助犯という新しい類型については刑事罰を科するには罪刑法定主義の見地からも慎重な検討を要するとしてしたうえで、「価値中立のソフトをインターネット上で提供することが、正犯の実行行為を容易ならしめたといえるためには、ソフトの提供者が不特定多数の者のうちには違法行為をする者が出る可能性・蓋然性があると認識し、認容しているだけでは足りず、それ以上に、ソフトを違法行為の用途のみに又はこれを主要な用途として使用させるようにインターネット上で勤めてソフトを提供する場合」に幫助犯が成立するが、本件はそのような場合でないとして被告人に無罪を言い渡した。

検察官の上告に対し、最高裁は次のように述べ、結論的に被告人を無罪とした。すなわち、本決定はまず「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……。すなわち、幫助犯は、他人の犯罪を容易な

---

24 京都地判平成18年12月13日刑集65巻9号1609頁。

25 大阪高判平成21年10月8日刑集65巻9号1635頁。

らしめる行為を、それと認識、認容しつつ行い、実際に正犯行為が行われることによって成立する」と従来の判例に基づき幫助の意義を確認した上で、控訴審が指摘した幫助犯成立範囲の限定の必要性という問題意識には理解を示しつつも、「当該ソフトの性質（違法行為に使用される可能性の高さ）や客観的利用状況のいかんを問わず、提供者において外部的に違法使用を勧めて提供するという場合のみに限定することに十分な根拠があるとは認め難い」として控訴審判決の枠組みを否定した。そのうえで、Winnyが適法にも違法にも利用できるソフトであることを踏まえ、「かかるソフトの提供行為について、幫助犯が成立するためには、一般的可能性を超える具体的な侵害利用状況が必要であり、また、そのことを提供者においても認識、認容していることを要するというべきである。すなわち、①ソフトの提供者において、当該ソフトを利用して現に行われようとしている具体的な著作権侵害を認識、認容しながら、その公開、提供を行い、実際に当該著作権侵害が行われた場合や、②当該ソフトの性質、その客観的利用状況、提供方法などに照らし、同ソフトを入手する者のうち例外的とはいえ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で、提供者もそのことを認識、認容しながら同ソフトの公開、提供を行い、実際にそれを用いて著作権侵害（正犯行為）が行われたときに限り、当該ソフトの公開、提供行為がそれらの著作権侵害の幫助行為に当たると解するのが相当」と判示し、本件被告人の行為につき、「被告人による本件Winnyの公開、提供行為は、客観的に見て、例外的とはいええない範囲の者がそれを著作権侵害に利用する蓋然性が高い状況の下での公開、提供行為であったことは否定できない」としつつも、「いまだ、被告人において、Winnyを著作権侵害のために利用する者が例外的とはいええない範囲の者にまで広がっており、本件Winnyを公開、提供した場合に、例外的とはいええない範囲の者がそれを著作権侵害に利用する蓋然性が高いことを認識、認容していたとまで認めるに足りる証拠はない」として、被告人に著作権法違反幫助罪は成立しないとした（①、②は引



用者が付したものである)<sup>26</sup>。

本決定は幫助の一般的成立要件を踏まえつつも「例外的とはいえない範囲の者による侵害的利用の蓋然性およびその認識・認容」という構成で幫助行為の危険性判断に重要な一要素を追加した点で重要な判例とされるが、本評釈の対象事件との関係において留保が必要である。それは、本決定が不特定多数人に対する幫助（本決定における②の類型）を中心的な判示事項としているのに対し、本件はそうではない（本決定における①の類型）ということである。すなわち、本件のXはあくまで内縁の夫に対して援助を提供したのであり、ただその手段が「日常的」な行為であったに過ぎない。本決定は①の類型については、「具体的な犯罪行為」の認識・認容のもとに援助提供を行い、実際に正犯者が犯罪行為を行った場合には幫助犯が成立するとしているのであって、これは従来から言われてきた幫助犯の成立要件となら異なるところがない。

以上の通り、Winy事件決定を踏まえても、特定人に対する日常的・中立的行為による幫助について、判例は特別の類型として見ておらず、幫助の一般的成立要件に基づき罪責の有無を判断しているものと解される。

### 三 本件における幫助犯の成否

#### 1 本件の正犯行為の性質

以上を踏まえて、本件においてXに不法残留罪の幫助犯が認められるか。この点につき、正犯行為の性質を確認する必要がある。

本件においては控訴審判決が「正犯であるAの不法残留は、在留期間の更新又は変更を受けないで在留期間を経過して本邦に残留した、という不作為犯である」と判示しているものの、各評釈においてはそれに批判的な論調が

---

26 なお、被告人に上記の蓋然性についての認識が認められるとする大谷裁判官の反対意見がある。

大半である<sup>27</sup>。しかし私見は、①結論として本件における正犯行為を不作為犯と考えることは可能であり、また②そう解することにより作為犯と理解した場合に比べ幫助犯の成立を否定しやすいのではないかと考える。

まず①についてであるが、確かに入管法70条1項5号に規定された行為は「本邦に残留する」というものであるから、作為を連想させる。しかし、同法の保護法益は「本邦に入国した者に対する我が国の公正な管理」とされているところ<sup>28</sup>、外国人の公正な管理が妨げられるのは外国人が適切な申請や報告等をしないことによるものであり、残留すること自体によるものではないともいえる<sup>29</sup>。また、判例<sup>30</sup>・通説は不法入国罪<sup>31</sup>が状態犯であるのに対し不法残留罪は継続犯と解しているが、これとも矛盾しない。したがって、本件のAが行った不法残留行為を不作為犯と解することは——文言からの若干の乖離はあるものの——不可能ではないと解される。

## 2 不法残留罪を作為犯と解した場合の幫助犯成立排除の可能性

前述の通り、中立的行為による幫助の中でも特定の相手に対し「日常的」な援助行為を行う類型に関して、判例は特別な考慮を払っているようには解されない。また、学説もその多くが不特定人に対する援助行為を念頭に置いて基準を立てていると解される。例えば、「日常的な取引行為」「通常の販売業務」という類型を設定するものはその典型であるといえるほか、「特別の適合」をメルクマールとする見解も特定の相手に対する援助行為のケースには使いづらい。援助対象の顔が見える場合にはおのずからその相手のニーズ

27 注2に挙げた先行評釈のうち、小野上・法律時報92巻9号142頁以外は作為犯説を採用している。

28 大阪高判平成2年5月30日判時1368号157頁参照。

29 小野上・前掲注2・143頁。

30 前掲・大阪高判平成2年判決（注28）。

31 入管法70条1項1号。構成要件は「一 第三条の規定に違反して本邦に入つた者」である。

に合わせる事となるからである。さらに、確定的認識を要するとする見解に対しては、周知のとおり犯罪の一般的成立要件と合わないという批判があることに加え、これも特定の相手に対する援助提供のケースの多くにおいて限定要因とならないと指摘できよう<sup>32</sup>。このように、同じく中立の行為による幫助といっても、特定の——近い関係にある——相手に対する幫助の場合には、判例・学説とも一般的な幫助のケースと同様と捉えていると理解できる。

そのうえで本件を見てみると、本件でXが行った行為は、①引っ越し前のアパートの家賃をほとんどの期間負担する、②共同で店舗を運営するために食品衛生に関する資格を取得する、③店舗の賃貸借契約の名義人となる、④引っ越し先のマンション賃貸借契約の名義人となる、というものであった。第一審判決は、これらの行為が「適法な在留資格を有しない者が本邦に滞在するに当たって通常困難を伴う住居及び生活資金を得るための手段を提供する」ものであるとした。すなわち、在留期限が過ぎてしまったAとしては自ら上記のことを行うことができないため、Xの助力がなければ早晚我が国に残留できない状況となるのであるから、Xの行為は幫助犯を構成するというのである。

このこと自体は、やはり否定することができない。本件においてXは、Aには十分な資産があったと主張し、控訴審判決もそのことに言及しているが、我が国で稼働できないという状況を前提とすると、資産というのは目減りするものであるし<sup>33</sup>、その点を措いたとしても住居の確保をAだけで行うの

---

32 厳密に言うとは、頼まれて援助提供したものの実際に正犯が実行するかどうかはわからなかったというケースはありうるが、むしろそのような場合には（正犯が実際に実行行為に及んだならば）幫助犯の成立を否定すべきではなかろう。

33 確かに、安田・前掲注2・142頁の言う通り本件の解決に関しては「訴因となった期間につき」十分な資産があれば足りるということにはなる。しかしいずれにせよ、第一審判決、控訴審判決共にその点についての精確な認定が行われていない以上、両判決がこの点を重視していないのは明らかであろう。

が難しい状況になっていた<sup>34</sup>のであるから、本件における正犯行為を「残留」とするのであればXの行為がそれを促進する性質を有していたことは否定できない。同時に、Xの行為がありAの不法残留が継続されていることから促進関係としての因果性も認められ、またXにその認識があることも明らかである。

この点、Xの行為が「許されない危険」を創出していないとして幫助犯の成立を否定する見解も見られる<sup>35</sup>。それによると、幫助行為が創出すべき危険性とは単に「物理的・精神的な意味での犯行促進の可能性を高めること」ではなく、「『犯罪を助長する』という意味は認められないという規範的評価」に基づくものであって<sup>36</sup>、本件では「転居によって以前から継続していた同居の性質は変容せず、それゆえ、[A]が不法残留となった後の行為についても、従前からの状態が継続していたにすぎないという、本件行為の日常的性格」<sup>37</sup>によりその存在が否定されるとされる。

「許された危険」という概念はもともと新過失論による過失犯の処罰範囲限定原理として発展してきたものであるが、現在では客観的帰属を否定するものとして構成要件要素と位置付けることにより、故意犯にも応用される汎用性の高い議論として支持を集めている。しかし、一方でこの理論は「危険な行為であっても全てが禁止されるわけではないという一般的解釈指針にす

34 安田・前掲注2・142頁は、「もともと住居が確保されていた以上、〔転居と〕不法残留との因果性は認めがたいようにも思われる」とするが、引っ越し前の住居も賃貸住宅である以上、更新の問題が生じる。同居もX名義であったが、「不法残留となった者を同居させていることを隠して」更新手続を執ることが詐欺罪に問われる可能性は（詐欺罪に関する現在の裁判実務を前提とすると）否定できないとも思われるのであり、その意味ではXの行為がAの生活の本拠を確保するうえで重要な点だったことは否めないだろう。

35 安達・前掲注2・153頁、松宮・前掲注2（法学セミナー779号）・119頁、平山・前掲注2・217頁以下。

36 松宮・前掲注2（法学セミナー779号）・119頁。

37 安達・前掲注2・153頁。

ぎない」<sup>38</sup>とも批判される。その理由は、許された危険を構成要件要素として位置付けながらもこの理論が「行為の有用性と法益侵害の危険性の衡量として」構成されたものである結果、「採用したい結論の先取り」になりうることにある<sup>39</sup>。すなわち、許された危険の理論においては、ある行為が持つ危険性が「許される」といえるための基準を示すことが必要になる。その一般的な基準を論究することは本稿の能力を大幅に超えることになるので、さしあたり本件との関係についてのみ言及することとする。

前述の通り、本件を「許された危険」の観点から不処罰とすることを志向する見解は、本件におけるXおよびAの各行為が従前からの生活状態の維持・継続にすぎないことから、それらが「日常的性格」を獲得し、よって「規範的に」犯罪を助長しているとは言えないと解している。しかしながら、両者の生活実態がこれまでとは変わらないとしても、その間にAの在留期限が到来した結果、Aの残留は適法から違法へと変わり、その意味で事情は大きく変動した。そして、Xはそのことを在留期限到来前から認識している。これまで適法だった行為が違法となった場合に、それを継続することが全て「許された危険」しか創出しないものであるとはいえない以上、本件において両者の行為が許された危険であるといえるのは、それが衣食住という生命の維持に不可欠なものだからであろう。しかしそうだとすると、両者が行った行為の危険性判断を超え、結果として人道面などの違法性阻却にまつわる要素を考慮したのと同様の帰結に至っているように思われる<sup>40</sup>。

---

38 山中敬一『ロースクール講義 刑法総論』（成文堂・2005年）195頁。

39 西田・山口・佐伯編・前掲注7・563頁〔上嶋一高〕。

40 平山・前掲注2・217頁以下は、法務省がウェブサイト上で不法滞在外国人に対する呼びかけを行っている事実等を指摘して、「不法残留状態に至った者と内縁関係を継続し生計を立てる行為自体は、社会的に許容されていると考えるのが自然である」としているが、果たして論者がいうとおり「具体的な利益衡量を排した当該行為の一般的な意味合い」を評価したものとなっているか疑問なしとしない。

### 3 不法残留罪を不作為犯と解した場合の幫助犯成立排除の可能性

一方、不法残留罪を不作為犯と解した場合、同罪の保護法益が「本邦に入国した者に対する我が国の公正な管理」であることから、問責の対象となる不作為とは「我が国の在留管理を妨げる状態を不作為により作出すること」、端的に言えば在留の更新や在留特別許可取得のための申請をしないこと、およびそれが不可能な場合に出国しないこと<sup>41</sup>となる。

この観点から、本件Xの行為の幫助犯該当性を考えてみると、Xの行為が幫助となるためには、それがAにとって出国を余儀なくさせる事情を除去するものである<sup>42</sup>といえることが必要であるところ、本件においては控訴審判決も指摘する通り、XとAはAが適法な在留資格を有している間から同居しており、引っ越し等が生活実態を変動させる要因とはなっていない。そうすると、Xの行為は「残留」を容易にするものであるとはいっても、我が国の公正な在留管理を阻害する程度にAの出国を余儀なくさせる事情の除去であるとは言い難い<sup>43</sup>。このように構成することにより、本件において「現状の維持」が出入国管理法違反（幫助）としての処罰を基礎付ける危険を創出し

---

41 小野上・前掲注2・143頁は、これらをまとめて「不法残留状態の未解消」と定義づけている。

42 小野上・前掲注2・144頁以下。

43 本件でXが行ったことは、衣食住の提供（環境確保）であり、それは「手続を執らないこと」を助言ないし支援するものではない。

ていないという結論を導くことができよう<sup>44, 45</sup>。

#### 四 おわりに

以上の通り、本件において無罪の結論が出たことは支持に値する。しかしながら上述の通り、本件のような特定人に対するものについては「中立的行為による幫助」はいまだ特別な理論的帰結をもたらすものとは言い難いものであるため、本件において幫助犯の成立を否定する論拠としては、主に正犯行為の性質に着目した行為の危険性判断によるものとなった。すなわち、本件は出入国管理法違反の「残留」に関し、その行為態様にまつわる論争を巻き起こしたものであり、私見は多くの評釈とは異なりそれを不作為犯と解するものであるが、保護法益等との関係で作為と不作為の区別を改めて検討するきっかけともなり得るものである。そして同時に、衣食住の提供（環境確保）というまさに「日常的」な行為によって幫助が行われた事案における無

---

44 このように考えた場合、そもそも幫助行為の性質として正犯による「我が国の在留管理を妨げる状態の不作為による作出」を促進する危険性がないことになるから、いわゆる幫助の因果関係に関する論点に立ち入る必要はない。一方で正犯行為の性質を「残留」という作為犯と考えた場合には、前記の通り衣食住の提供が「残留」を容易にするものである以上、安田・前掲注2・142頁のいうとおり例えば「Aには十分な資産があった」点などを指摘して幫助の因果関係を否定するという立論が必要となると解される。しかし、判例によると幫助の因果関係とは正犯の実行行為を促進することで足りるのであり（前記Windy事件最高裁決定参照）、犯罪実行の手段を他から調達する可能性の検討は必要ないのであるから、Xの罪責を否定することができたかは疑問なしとしない。

45 本件では不法残留外国人への衣食住の提供という事案の性質から、人道面についても問題となった（この点に関しては松宮・前掲注2（立命館法学）・380頁以下が詳細に論じている）。しかしながら、出入国管理法の問題を直截に論じると外国人の不法残留の話に限定されてしまうが、衣食住の提供と犯罪の幫助という問題はそれに止まらない広がりを持った議論ではないかと考えられる（例えば、逃走中の者に対し食事を提供する行為はすべて犯人隠避罪を構成すると解すべきなのかなど）。この問題一般を考えることは本評釈の能力を大きく超えることになるため、この点については今後の検討課題としたい。

罪判決の一つとして、学問的にも大きな意義を有するものと解される。本件のような事案を詳細に検討し、特定人に対する中立的行為による幫助の理論構築に活かしていきたい。