

内縁関係と不法残留罪の幫助

【文献種別】 判決／東京高等裁判所

【裁判年月日】 令和1年7月12日

【事件番号】 平成30年（う）第2076号

【事件名】 出入国管理及び難民認定法違反幫助被告事件

【裁判結果】 原判決破棄、無罪（確定）

【参照法令】 出入国管理及び難民認定法70条1項5号、刑法62条1項

【掲載誌】 裁判所ウェブサイト

◆ LEX/DB 文献番号 25563568

甲南大学教授 平山幹子

事実の概要

被告人は、平成26年春頃、インターネットを通じて大韓民国の国籍を有するAと知り合い、間もなく交際を開始した。Aは、同年8月5日に日本に入学し、被告人が居住するアパートで同人と同居するようになったが、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）の資格で再び本邦に入学して被告人との同居を再開し、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。被告人は、A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、離婚調停中の夫と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採ることもなくAとの同居を継続し、平成28年6月20日頃から、両名の生活費を得るため、Aと共に飲食店を営むなどしていた。Aは、平成29年7月1日、不法残留の被疑事実で逮捕されたところ、被告人は、Aが在留期限を超えて不法に本邦に残留しているものであることを知りながら、平成27年5月27日頃から平成29年6月30日までの間、被告人方等にAを居住させるなどし、もって同人がその在留期間を超えて不法に本邦に残留することを容易にさせてこれを幫助した（出入国管理及び難民認定法70条1項5号、刑法62条）として起訴された。

第一審¹⁾は、Aの在留期間経過後も、被告人

がAと同居を継続したほか、Aと共に飲食店を営むなどして両者の生活資金を得ていた行為につき、「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、被告人がそのことを認識・認容していたことについても疑いを入れる余地はな」く、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ても、「そこから内縁関係にある外国人の不法滞在を容易にすることが犯罪促進的でないと社会的に評価する結論を導くことは困難」であり、「その実態を捨象して婚姻ないし内縁関係そのものに出入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する余地はな」いとして、幫助犯の成立を認めた。被告人が控訴。

判決の要旨

原判決破棄・無罪。

「被告人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、被告人と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……被告人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2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ず、飲食店経営はA及び被告人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と内縁関係にある被告人が、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、被告人は、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……のような被告人の行為が、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。」原判決は「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する不合理な判断をしたもの」である。

判例の解説

一 問題の所在

本件²⁾の争点は、不法残留者と内縁関係を継続し生計を立てることが不法残留罪の幫助となるか否かである。原審が示すように、幫助犯の成立には「(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。もっとも、幫助の因果性は、通常、正犯行為(及び結果)を物理的ないし心理的に助長・促進したと認められれば肯定される。そのため、他者の犯行を事実として助長・促進する行為につき行為者に認識・認容があれば、当該行為に幫助犯が成立し得る。しかし、他者の犯行を事実的な意味で助長・促進する行為は社会に広く見られるため、その認識・認容がある場合をすべて幫助犯として処罰することは、様々な立場に基づく日常的で自由な活動を不当に制限するおそれがある。それゆえ、一定の行為については、共犯の成立を否定する必要があるが³⁾、そうした「一定の行為」を表現するものとして注目されるのが「中立的行為」という観念であり、当該行為の存在を前提にした場合、幫助犯の成立要件をいかに理解するべきかが問題となる。

二 中立的行為

「中立的行為」とは、犯罪の実現に事実的な意味での因果性を及ぼした行為であっても、その社会的意味が「犯罪促進的」ではないとして、共犯あるいは特別法上の独立共犯とならない行為をいう⁴⁾。学説には、中立的行為が幫助犯とならない理由を、(1) 他の仮定的な代替原因を考慮することにより、当該行為の因果性を否定することで説明しようとするもの⁵⁾、(2) 確定的故意の存在を要求することで根拠づけようとするもの⁶⁾もある。しかし、そもそも正犯行為との事実的な連関が否定できないため問責の対象となり得た中立的行為について、(1)のように、事実的な意味での促進関係を否定しようとするには無理がある。(2)に関しては、通常要求されていない確定的故意を中立的行為の場合にだけ必要とする理論的根拠が見当たらず、また、故意を厳格に基礎づけようすると、故意の対象である幫助行為の客観面の限定に行き着くことになる。そこで多数説は、中立的行為の客観的性質を考慮することでその不処罰を基礎づけようとする。たとえば、(3) 業務行為のような中立的な行為は、具体的状況下で通常性・業務性を逸脱していると見られない限り幫助の構成要件に該当しない⁷⁾とか、(4) 当該行為の危険性と有用性を衡量し、危険性が有用性を上回らない限り当該行為の危険性は許されたものである⁸⁾とか、(5) 正犯行為との意味連関が中立性の範囲を超えない限り、幫助犯に当たらない⁹⁾といった形で説明する。これらは、基本的に、幫助犯の成立に「許されない危険」の創出を必要とするものであり、それが認められない場合には、当該行為の幫助行為性、つまり、幫助犯の構成要件該当性を認めるために必要な類型的危険性を否定するものといえる。

三 中立的行為をめぐる裁判例

中立的行為の共犯責任に関し、大審院判例¹⁰⁾は、犯行を容易にした事実がある以上、従犯が成立するのは当然とするだけである。また、下級審判例も、行為の性質に注目することなく、幫助犯の成立を認める傾向にあった。比較的新しいケースである東京高判平2・12・10(判タ752号246頁)も、売春クラブの経営者から依頼を受けて宣伝用のピンクチラシを印刷した業者の行為が売春周旋罪の幫助に当たるかが争われた事案に関

し、「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いって、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ただすとは考えられない」として、当該行為の性質や、その提起する問題に関心を示さなかった。しかし、その後、軽油取引税不納付の手助けになることを知りながら軽油を安く買う行為につき、「こうした被告人の行為は、結局のところ、売買の当事者たる地位を超えるものではな」として無罪とした熊本地判平6・3・15（判時1514号169頁）や、信用保証協会の相手方である銀行の頭取が、協会役員らに対し、銀行に有利な取扱いを要請し働きかけた行為につき、「経済取引上の交渉事として社会的に容認される限度を超えない限り、……背任罪の共謀共同正犯の責任を問うことはできない」とした名古屋高判平17・10・28（高刑速（平17）号285頁）等、行為の客観的性格に注目することで共犯の成立範囲を限定したと解されるものが現れるようになった。そして、平成23年には、著作権侵害に用いられる確率が40%程度あるファイル共有ソフト Winny を開発して、それと知りつつ、インターネットを通じて不特定多数の者に公開、提供した行為につき、次のように述べて著作権侵害の幫助犯の成立を否定した最高裁決定¹¹⁾が現れた。すなわち、「Winny は、一、二審判決が価値中立ソフトと称するように、……これを著作権侵害に利用するか、その他の用途に利用するかは、あくまで個々の利用者の判断に委ねられている。……かかるソフトの開発行為に対する過度の萎縮効果を生じさせないためにも、単に他人の著作権侵害に利用される一般的可能性があり、それを提供者において認識・認容しつつ当該ソフトの公開、提供をし、それをを用いて著作権侵害が行われたというだけで、直ちに著作権侵害の幫助行為に当たると解すべきではない。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」。このように述べて、最高裁は、被告人の行為が「客観的に見て、例外的とはい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」に当たるとは否定できないが、そのように限定された事実を

被告人が認識・認容していたとはいえないとして、幫助犯の成立を否定した。つまり、本決定は、当該行為の中立性を承認し、それが幫助に当たり得る状況に絞りを掛けた上で、その認識・認容が欠けるとして幫助犯の成立を否定したのである。

四 不法残留者との内縁関係を継続する行為の中立性

以上からすれば、本件において、被告人の行為とAの不法残留との間の事実的な促進関係は否定できず、また、被告人がそれを確定的に認識していたことに疑いはなくても、当該行為につき幫助犯の成立を直ちに肯定することはできない。当該行為の中立性を承認し、幫助行為性、つまり、幫助行為の類型的危険性（一般的に犯罪を助長するような行為であるという評価・許されない危険）を否定できないか、検討する必要がある。

この点、本判決は、「被告人の行為を犯罪促進的でないと社会的に評価するとの結論を導くのは困難」であるとした原判決を、「正犯行為の性質を的確に踏まえないまま」なされた「不合理な判断」とする。そして、被告人の行為が「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」であると述べる。しかし、その根拠を、正犯Aの不法残留が「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」ことに求めている点で疑問が持たれる。まず、不法残留罪に当たる正犯者Aの行為は、「本邦に残留する」という作為と捉えるのが自然である¹²⁾。また、正犯行為が不作為であっても、「被告人がAとの内縁関係を止めれば、Aは不法滞在に及ばなかった」として、物理的因果性を基礎づけることは可能であるし、心理的因果性であれば、正犯行為の実現形態に関わらず、等しく及ぶはずである。正犯行為が作為か不作為かは、犯罪実現形態の事実的側面に着目した区別であるが、いずれであっても事実的に促進され得る行為であることに変わりはない。そもそも、ここで問題にしている「正犯行為を促進する危険性」とは、関与行為の性質についての社会的評価であり、正犯行為が作為か不作為かによって直接左右され得るものではない。

むしろ、本件において考慮すべきなのは、被告人は正犯者Aが不法残留となる約9か月前から内縁関係にある者として同居し生計を共にしてい

たのであり、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、本件行為の日常的な性格そのものである。弁護人が主張するように、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に加え、当該呼びかけでは、滞在の許可を促す積極的要素として、「夫婦として相当期間共同生活をし、相互に協力して扶助していること」や「婚姻が安定かつ成熟していること」が挙げられていること、さらに、裁判例には、内縁婚の場合にも退去強制令書発布処分を違法とする判断を示すものがあること¹³⁾等に鑑みても、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¹⁴⁾。これに対し、本件の原審は「婚姻ないし内縁関係そのものに出入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みる余地はな」とするが、当該行為の一般的な意味合いの評価に具体的な利益衡量を持ち込むのは適切ではないというべきであろう¹⁵⁾。

そこで、不法残留者との内縁関係を継続する行為が一般的には犯罪促進的意味を有するものではないとして、次に検討すべきは、本件において、通常肯定され得る行為の中立性を否定するような特別な状況が認められないかである。先に言及した平成23年の最高裁決定においても、著作権侵害に使用され得るソフトの開発・公表・提供行為の中立性を承認しつつ、その「一般的可能性を超える具体的侵害利用状況」が考慮されていた。注意すべきなのは、ここでいう「一般的可能性を超える具体的侵害利用状況」の有無とは、関与行為を利用した犯罪が行われる可能性の判断ではなく、当該行為に犯罪促進的意味を付与するような特別な事情の存否に関する判断だという点である。そうでなければ、軽油取引税不納付の手助けになることを知りながら軽油を安く買う行為の共犯責任を「売買の当事者たる地位を超えるものではな」として否定したケースのように、犯罪自体はおおよそ自己の管轄外で実現されたといえる場合を説明できなくなってしまう。

本件では、被告人が「Aの存在を殊更隠そうとしていたような状況も認められず」、また、「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」。被告人の行為に犯罪促進的意味を付与するに足りる特別な事情は見当たらないのであり、被告人は、不法残留者に至った者との同居を継続してその世話をするという「婚姻ないし内縁の相手方たる地位」に基づく行為をしただけである。ゆえに、当該行為には幫助行為の類型的危険性が欠けるため、幫助犯は成立しない。

五 本判決の意義

いずれにせよ、本判決は、事実としては犯罪実現に因果性を有する行為であっても、犯罪促進的な意味を持たない行為について幫助犯が成立しないことを確認し得るケースであり、意義を認めることができる。

●注

- 1) 東京地判平30・10・19LEX/DB25563567。第一審の評釈として、松宮孝明「判批」法セ771号(2019年)133頁。
- 2) 本判決の評釈として、松宮「判批」法セ779号(2019年)119頁、同「不法残留者との同居と不法残留の幫助」立命387=388号(2019年)367頁以下、安田拓人「判批」法教471号(2019年)142頁、安達光治「判批」令和元年重判解(ジュリ1544号)(2020年)152頁、小野上真也「判批」法時1154号(2020年)142頁。
- 3) 塩見淳・刑法判例百選〔第7版〕(2014年)176頁、高橋直哉・刑法判例百選〔第8版〕(2020年)181頁。
- 4) 松宮『先端刑法総論』(日本評論社、2019年)238頁。なお、中立的行為をめぐる諸学説の詳細については、曲田統『共犯の本質と可罰性』(成文堂、2019年)131頁以下。
- 5) 島田聡一郎「広義の共犯の一般的成立要件」立教57巻(2001年)80頁以下。
- 6) 曲田・前掲注4)200頁以下。
- 7) 松生光正「中立的行為による幫助(2)」姫路31=32号(2001年)293頁。
- 8) 林幹人『判例刑法』(東京大学出版会、2011年)175頁。
- 9) 松宮『刑事立法と犯罪体系』(成文堂、2003年)206頁以下、豊田兼彦『共犯の処罰根拠と客観的帰属』(成文堂、2009年)175頁。
- 10) 大判昭7・9・26刑集11巻1367頁。
- 11) 最決平23・12・19刑集65巻9号1380頁。
- 12) 安田・前掲注2)、松宮・前掲注2)、安達・前掲注2)。異なるのは、清水晴生「不法残留罪と同幫助について」白鷗26巻2号(2019年)135頁、小野上・前掲注2)。
- 13) 名古屋高判平28・3・2LEX/DB25447984等。
- 14) 松宮・前掲注2)論稿383頁は、本件その他の不法残留者への人道的援助の場合には、人道的配慮ないし人権意識が関与行為の中立性を支えていると指摘する。
- 15) 松宮・前掲注4)241頁他。