

[判例研究] 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あることを認識しながら行なった被告人の了解および黙認行為が、危険運転致死傷罪の幫助にあたりとされた事例：最決平25年4月15日刑集67巻4号437頁

著者	山下 裕樹
雑誌名	關西大學法學論集
巻	65
号	6
ページ	2063-2083
発行年	2016-03-11
その他のタイトル	Case Note: Zum Nicht-Hindern der Trunkenfahrt mit Todesfolge-eine Beihilfe zur Verkehrsgefährdung mit Todesfolge?
URL	http://hdl.handle.net/10112/10241

〔判例研究〕

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あることを認識しながら行なった被告人の了解および黙認行為が、危険運転致死傷罪の幫助にあたる とされた事例

——最決平25年4月15日刑集67卷4号437頁——

山下 裕 樹

【事件の概要】

最高裁判所が前提とする本件の事実関係は、以下の通りである。

- (1) 被告人X及び被告人Yは、運送会社に勤務する同僚運転手であり、同社に勤務するA（本事案での運転者）とは、仕事の指導等をする先輩の関係にあるのみならず、職場内の遊び仲間であった。
- (2) 被告人XとY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、飲食店で共に飲酒し、Aが高度に酩酊した様子をその場で認識しただけでなく、更に飲酒をするために、別の場所に向かってAがスポーツカータイプの自動車（以下では、本件車両という）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、Aの運転を心配するほどであった。
- (3) XとYは、目的の店に到着後、同店駐車場に駐車中の本件車両に乗り込んで、Aと共に同店の開店を待つうちに、同日午後7時10分前後頃、Aから「まだ時間あるんですよ。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XとYを同乗させて付近の道路を走行させることへの了解を求められたところ、Xが顔をAに向けて頷くなどし、Yが、「そうしようか」などと答え、それぞれ了解を与えた。
- (4) これを受けて、Aは、アルコールの影響により正常な運転が困難な状態で、上記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入させ、対向車2台に順次衝突させて、その乗員のうち2名を死亡させ、4名に傷害を負わせる本件事故を起こした。XとYは、その間、先に了解を与えた際の態度を変えず、A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。

【判決要旨】

「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ところ、前記(1)のおりのAと被告人兩名との関係、A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、A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、A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Aの運転を静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、Aの運転の意思をより強固なものにすることにより、A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。」

【研究】

I. はじめに

危険運転致死傷罪（刑法旧208条の2）は、従前の規定（業務上過失致死傷罪と酒酔い運転の併合罪など）では、悪質なものに対して十分に重い刑をもって対処できなかったことや、被害者遺族からの納得が得られない等の世論からの強い批判を受けて、2001年の刑法一部改正により設置されたものである¹⁾。現在、危険運転致死傷罪は、刑法か

1) 刑法旧208条の2における危険運転致死傷罪に関する文献としては、井田 良「危険運転致死傷罪の立法的・解釈論的検討」法律時報75巻2号31頁以下、曾根威彦「交通犯罪に関する刑法改正の問題点」ジュリスト1216号（2002年）46頁以下、佐伯仁志「交通犯罪に関する刑法改正」法教258号（2002年）71頁以下、内田博文「危険運転致死傷罪と結果的加重犯論」現代刑事法5巻4号（2003年）70頁以下、井上 宏「刑法の一部を改正する法律等について——危険運転致死傷罪の新設」

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あることを認識しながら行なった被告人の了解および黙認行為が、危険運転致死傷罪の補助にあたることとされた事例

ら「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」（以下では、自動車運転死傷事故等処罰法と呼ぶ）に移行され、同法2条において、一方通行逆走事案に対処するための規定が新たに追加された形で規定されている²⁾。自動車運転死傷事故等処罰法では、危険運転致死傷罪に加えて、これと自動車運転過失致死傷罪の中間類型にあたる、いわゆる準危険運転致死傷罪（同法3条）も規定されており、交通事犯に対するますますの重罰化・厳罰化が図られているところである³⁾。

上述のように、危険運転致死傷罪が、刑法から自動車運転死傷事故等処罰法に移行されたにせよ、本判決の有する意義は依然として大きいものと思われる。その理由は、次

↘等——」現代刑事法4巻4号（2002年）93頁以下、同「自動車運転による死傷事犯に対する罰則の整備（刑法の一部改正）等について」ジュリスト1216号（2002年）39頁以下、長井 圓「道路交通犯罪と過失犯——自動車危険運転致死傷罪への疑問」現代刑事法4巻6号（2002年）34頁以下、北川佳世子「危険運転致死傷罪を適用できないとする司法判断は常識はずれか？」法セミ641号（2008年）6頁以下、山田利行「自動車運転による死傷事犯に対する罰則の整備に関する法制審議会の答申」ジュリスト1210号（2001年）5頁以下などを参照。

2) 自動車運転死傷事故等処罰法に関する文献としては、今井猛嘉「自動車運転死傷事故等処罰法の新設」刑事法ジャーナル41号（2014年）4頁以下、杉本一敏「自動車運転致傷行為等処罰法の成立をめぐる所感——議事録を読んで——」刑事法ジャーナル41号（2014年）18頁以下、高井良浩「『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」刑事法ジャーナル41号（2014年）35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、塩見 淳「自動車事故に関する立法の動き」法教395号（2013年）28頁以下などを参照。Vgl. auch *Kuzuhara, Das neue japanische Straßenverkehrsstrafgesetz*, In: Rudolf Rengier, Young-Whan Kim (Hrsg.), *Die Erträge und die Defizite der rechtsvergleichenden Forschungen: Vorträge des 6. Trilateralen deutsch-japanisch-koreanischen Seminars*, 30. Juli - 1. August 2014 in Seoul, 2015, S. 139-145. その他、交通事犯に関して、交通犯罪者に対する処遇などを含め、包括的に取り扱うものとして、川本哲郎『交通犯罪対策の研究』（成文堂、2015年）がある。自動車運転死傷事故等処罰法では、危険運転の処罰に関して、行為者の危険運転に対する故意を要求する同法2条と、行為者が危険運転の故意を有さなくとも自動車運転過失致死傷罪よりも重く処罰する同法3条との関係が特に問題となろう（これに関しては、杉本 [前掲論文] 20頁以下を参照）。

3) このような厳罰化の流れに反対するものとして、例えば、松宮孝明「自動車事故をめぐる法改正の動き」犯罪と刑罰23号（2013年）1頁以下、本庄 武「自動車事故をめぐる厳罰化のスパイラル」法セミ722号（2015年）23頁以下などがある。

の二点である。第一に、危険運転致死傷罪の構造が、刑法に規定されていた時と比べても、さほど変化のないということである。つまり、この規定が、基本犯は今なお道路交通法に規定されており、これを「暴行に準じて」取り扱い、そこから死傷結果が発生したとする一種の結果的加重犯⁴⁾としての性格を新法においても有しており、刑法旧208条の2における理論的枠組が、ここでもそのまま妥当すると考えられるのである。第二の理由は、本決定が、本件における「了解・黙認」というような「消極的かつ心理的な働きかけ」⁵⁾による幫助行為について、このような態度を作為と評価するか不作為と評価するかについては触れなかったものの、いかなる場合に当該幫助行為が可罰的であると評価されるのかを判示したことである。幫助行為それ自体が作為であれ不作為であれ、およそ心理的幫助が問題となるケースにおいては、問題となる幫助行為が、犯行を促進あるいは容易にしたのか否かを証明することは、物理的因果関係が問題となる場合よりも困難なものといえ⁶⁾、判例の心理的因果性に関する射程を測ることに依然として意義がある。

本稿では、特に後者に重点を置き、本件で問題となった「了解・黙認」という振る舞いが、いかなる場合に危険運転致死傷罪の幫助行為として評価されるのかを中心に検討し、その際、ドイツの判例を参照することで、最高裁判所の本事案に対する判断について検討する。

II. 危険運転致死傷罪に関する前提的諸問題

危険運転致死傷罪に関して、基本犯が刑法典上に規定されていなかったこと、および自動車運転死傷事故等処罰法に規定されていないことから、本稿の問題関心とは直接的には関係がないが、次のような問題が指摘されている。すなわち、特に基本行為が他罪

4) 井田（前掲注1）33頁，佐伯（前掲注1）72頁，井上（前掲注1・現代刑事法4巻4号）93頁，同（前掲注1・ジュリスト1216号）39頁。

5) 内田 浩「判批」刑事法ジャーナル38号（2013年）92頁以下（94頁）。その他、本事案の評釈として、照沼亮介「判批」上智法学58巻3・4号（2015年）153頁以下，保坂和人「判研」警察学論集67巻1号（2014年）141頁以下，水落伸介「判批」法学新報121巻5・6号（2014年）489頁以下，本田 稔「判批」法セミ704号（2013年）115頁，深町晋也「判批」判例セレクト（2013年）33頁，亀井源太郎・濱田 新「判批」法律時報86巻2号122頁以下，亀井源太郎「判批」重要判例解説（平成25年度）166頁以下を参照。

6) 葛原力三ほか『テキストブック刑法総論』（有斐閣，2009年）293頁を参照。

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あることを認識しながら行なった被告人の了解および黙認行為が、危険運転致死傷罪の補助にあたることとされた事例

を構成しないような場合、可罰性のない基本行為の認識のみで、発生した重い結果の処罰が基礎づけられてしまうという問題である⁷⁾。しかしこの問題は、基本犯が道路交通法違反の罪のうちの特に違法性の程度の重いものと想定されており、そのため、死傷結果が発生しない場合には、この基本犯は道路交通法上の罪に該当し処罰されるとするのであれば⁸⁾、基本行為はおおよそ可罰的なのであり、それほど重要な問題ではないといえる。

さらに問題として指摘されるのは、この犯罪が一種の結果的加重犯であるがゆえに、加重結果について、少なくとも過失を必要とするか否かという問題である。学説の大半は、結果的加重犯における重い結果について、責任主義の観点から、少なくとも予見可能性は必要であるとしている⁹⁾。加えて、このような学説の立場に依拠する場合、本事案のような結果的加重犯に対する狭義の共犯が主題となる場面では、過失犯に対する過失による共犯¹⁰⁾ が基本的に問題となる¹¹⁾。ただし、判例のように、重い結果に対する

7) 曾根（前掲注1）48頁以下。

8) 井田（前掲注1）33頁，佐伯（前掲注1）72頁，井上（前掲注1・ジュリスト1216号）39頁，同（前掲注1・現代刑事法4巻4号）93頁。

9) 例えば，山中敬一『刑法総論』（成文堂，第3版，2015年）180頁，山口厚『刑法総論』（有斐閣，第2版，2007年）7頁，井田良『講義刑法学・総論』（有斐閣，2008年）223頁，同『刑法総論の理論構造』（成文堂，2005年）421頁，高橋則夫『刑法総論』（成文堂，第2版，2013年）238頁など。その他，丸山雅夫『結果的加重犯の理論』（成文堂，1990年）39頁以下，内田浩『結果的加重犯の構造』（信山社，2005年）22頁以下なども参照。

10) この問題に関する文献として，松生光正「過失による共犯（1）（2）」法学論叢117巻1号（1985年）42頁以下，117巻5号（1985年）27頁以下，同「結果的加重犯と共犯」現代刑事法5巻4号（2003年）65頁以下，松宮孝明「過失犯の正犯・共犯」中山研一ほか『レヴィジョン刑法1 共犯論』（成文堂，1997年）52頁以下，同「結果的加重犯と共犯」（前掲書・レヴィジョン刑法1）194頁以下を参照。坂本学史「判批」神戸学院法学38巻2号（2008年）149頁以下も，この問題を比較的詳細に取り扱う（特に163頁以下）。なお，この問題は，いかなる正犯概念を採用するかに左右され，例えば拡張的正犯概念に立てば，そもそも過失による共犯は問題とならず，過失正犯が問題となるにすぎない（代表的なものとして，*Roxin*, AT 1, 4. Aufl. 2006, § 24 Rn. 27）。正犯概念に関する文献としては，さしあたり，松宮孝明『過失犯論の現代的課題』（成文堂，2003年）265頁以下，松宮孝明「正犯概念」（前掲書・レヴィジョン刑法1）40頁以下，佐伯千仞『共犯理論の源流』（成文堂，1987年）71頁以下を参照。

11) 結果的加重犯に関して，基本犯には重い結果とされる事実を発生させるような

予見可能性を不要とし、因果関係があれば足りるという立場に立てば¹²⁾、このような難解な問題に立ち入ることなく、いわば当然に、結果的加重犯に対する狭義の共犯が認められることになる¹³⁾。

Ⅲ. 本件における「了解・黙認」という行為による 危険運転致死傷罪への関与について

判例のように、結果的加重犯に対する狭義の共犯が認められるとしても、本事案にお

ゝ固有で類型的な危険性が内在していると捉える危険性説に立てば（危険性説に立つものとして、例えば、榎本桃也『結果的加重犯論の再検討』[成文堂、2011年] 209頁以下、丸山雅夫[前掲注9] 224頁以下など。類似のものとして、井田良[前掲注9・総論] 225頁以下、同[前掲注9・理論構造] 426頁以下。）、基本行為を行なうことの中に、結果発生に対する客観的注意義務違反も認められるため、結果的加重犯に対する共犯についても、「基本犯との関係では狭義の共犯としてしか評価されえない者であっても、重い結果との関係では、自己が関与することによって促進された正犯の実行行為との関係で、認識・予見した当該結果の発生を阻止すべく行動する義務を負う場合があると考えられる」として、過失犯と共犯の問題に触れることなく、「基本犯との関係で共同実行の事実が存在しない狭義の共犯についても、重い結果発生との関係では客観的注意義務違反を肯定する可能性があるという観点から、例外的に、結果的加重犯に対する狭義の共犯を肯定しうる」とされる（例えば、丸山雅夫[前掲注9] 391頁）。ただし、このような説明に対しては、「危険性説のいう危険性とは本来結果的加重犯の基本行為に内在するものと理解されており、……正犯行為を基礎づけるもの」なのであり、ここでは「従属的共犯の行為と正犯行為との混同」がなされているとの批判（松生[前掲注10・現代刑事法5巻4号] 68頁）や、「重過失であればなぜ過失結果に対する過失による共犯が認められるのかを、十分に説明できていない」（松宮「結果的加重犯と共犯」[前掲注10・レヴィジョン刑法1] 199頁）との批判が向けられている。なお、結果的加重犯の基本行為と重い結果との関係について詳細に論ずるものとして、佐伯和也「結果的加重犯における『基本犯』と『重い結果』との関係について——傷害致死を中心に——」関大法学論集52巻3号（2002年）80頁以下。

12) 例えば、大判明44年4月28日刑録17輯712頁、大判大14年4月23日刑集4巻262頁、最判昭4年2月4日刑集8巻41頁、最判昭6年9月14日刑集10巻440頁、最判昭26年9月20日刑集5巻10号1937頁、最判昭32年2月26日刑集11巻2号906頁（これに関する評釈として、本間一也「判批」山口厚ほか『刑法判例百選Ⅰ 総論』[有斐閣、第7版、2014年] 102頁も参照）、最判昭34年6月9日集刑130号143頁など。

13) 例えば教唆犯に関して、大判大13年4月29日刑集3巻387頁。幫助犯に関しては、大判明40年11月28日刑録13輯1319頁。

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あることを認識しながら行なった被告人の了解および黙認行為が、危険運転致死傷罪の補助にあたることとされた事例

ける危険運転行為への「了解・黙認」という行為態様が、幫助犯としての処罰に値するかどうかは、更なる検討が必要であろう。本決定は、このような消極的な態度であっても、幫助犯を作為義務を考慮することなく認めた点で、注目に値する。ここでは、「了解・黙認」という行為態様それ自体の検討と、それが幫助犯としての処罰に値するかどうかを検討する。

1. 「了解・黙認」という行為態様について

(1) 「了解・黙認」という「一連の行為」か？

本件における「了解・黙認」という幫助行為は、何らかの物を手渡すといった行為、すなわち物理的幫助ではなく、むしろ、もっぱら心理的幫助が問題となる行為である¹⁴⁾。幫助犯においては、そもそも幫助者が何を促進あるいは容易にしたのか（幫助の因果関係¹⁵⁾）が問題となるが、共犯の処罰根拠¹⁶⁾につき、通説的見解である因果的

14) 本稿の理解では、後で明らかとなるように、たとえ有形的方法により行なわれていても、もっぱら心理的幫助のみが問題となる場面が存在すると考える。しかしこれは、共犯の因果性につき、心理的な促進関係だけで足りるとすることを必ずしも意味しない。

15) 幫助の因果関係に関する文献として、西田典之「幫助の因果関係」法セミ322号（1981年）22頁以下、浅田和茂「幫助の因果関係」（前掲注10・レヴィジョン刑法1）108頁以下、山中敬一『刑法における因果関係と帰属』（成文堂、1984年）93頁以下、島田聡一郎『正犯・共犯論の基礎理論』（東京大学出版、2002年）362頁以下、町野 朔「惹起説の整備・点検——共犯における違法従属と因果性——」内藤 謙先生古稀祝賀論文集『刑事法学の現代的状況』（有斐閣、1994年）141頁以下、林 幹人『刑法の基礎理論』（東京大学出版、1995年）166頁以下を参照。

16) 共犯の処罰根拠に関する文献として、葛原力三「共犯の処罰根拠と処罰の限界（上）（下）」法教281号（2004年）63頁以下、282号（2004年）68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）3頁以下、同「共犯の因果性——承継的共犯の問題を中心に——」刑事法ジャーナル44号（2015年）4頁以下、松宮孝明『刑事立法と犯罪体系』（成文堂、2003年）275頁以下、山口 厚「共犯論の課題」同『クローズアップ刑法総論』（成文堂、2003年）232頁以下、同「共犯の処罰根拠論」法教255号（2001年）10頁以下、町野（前掲注15）115頁以下、金子 博「真正身分犯の共犯について——共犯の処罰根拠の観点から——」生田勝義先生古稀祝賀論文集『自由と安全の刑事法学』（法律文化社、2014年）299頁以下、中 勝義「違法の連帯性と要素従属性」同『刑法上の諸問題』（関西大学出版部、1991年）455頁以下、大越義久『共犯の処罰根拠』（青林書院、1990年）67頁以下、植田重正『共犯論上の諸問題』（成文堂、1985年）11頁以下を参照。

共犯論（惹起説）¹⁷⁾を採る場合には、幫助行為と結果との関係が問題とならなければならないであろう¹⁸⁾。一般に、幫助の因果関係は促進的因果関係があれば足りるとされ、幫助行為がなかったならば、結果の具体的態様が現に生じたものとは法的に重要な程度に変更されるであろうという関係が成り立つ場合に、幫助行為と結果の因果関係が肯定される¹⁹⁾。このことは、心理的あるいは精神的幫助が問題となる場合についても、等しく妥当すべきように思われる²⁰⁾。そのため、心理的幫助の場合も、それが法的に重要な結果の変更を生じさせたと認められれば、問題なく幫助犯を構成することになる。ただし、純粹に心理的な幫助が問題となる場合には、関与者の振る舞いが、結果に対して重要な変更を生じさせたのかどうかを判断するのは難しい。もっとも、重要な変更を生じさせたものであると判断できれば、それは因果性のあるもの、つまり作為であると構成されることが一般的であろう²¹⁾。そのように構成できれば、この関与者の振る舞

17) そのように述べるものとして例えば、山口 厚『共犯の因果性』の一断面」神山敏雄先生古稀祝賀論文集『第一巻 過失犯論・不作為犯論・共犯論』（成文堂、2006年）349頁。

18) 西田（前掲注15）22頁。

19) 葛原ほか（前掲注6）292頁、井田 良（前掲注9・総論）494頁以下、同（前掲注9・理論構造）386頁、山口（前掲注9）306頁、平野龍一『刑法総論Ⅱ』（有斐閣、1975年）381頁。山中（前掲注9）986頁以下、同（前掲注15）224頁以下や浅田和茂「共犯論覚書」中山研一先生古稀祝賀論文集『第三巻 刑法の理論』（成文堂、1997年）287頁以下は、厳密には、幫助行為が結果発生の危険を事後的に見て増加させたことを要求するが、基本的に同趣旨であるように思われる。

20) 山中（前掲注9）984頁以下。西田（前掲注15）25頁も参照。

21) 作為と不作為の区別については争いがあるが、我が国の学説においては、「不作為それ自体が結果惹起の危険性を創出するわけではない」（橋爪 隆「不作為犯の成立要件について」法教421号 [2015年] 86頁）、あるいは、「作為はそれ自体の中に外界を変動させる力をもつ」（中山研一『刑法総論』[成文堂、1982年] 158頁）というように、作為が何らかの因果性あるいは原因力（因果力）を有するものであるとの認識は、共通しているように思われる。最近の文献で、作為と不作為の区別の問題を取り扱うものとしては、拙稿「特別なものとしての不作為犯？」竹下 賢ほか編『法の理論33』（成文堂、2015年）97頁以下、萩野貴史「作為犯と不作為犯の区別について——不作為犯における作為義務の主体・内容に関する検討の必要性」獨協ロー・ジャーナル7号（2012年）57頁以下（作為と不作為を身体的動作の有無によって区別する）、山本紘之「作為と不作為の区別について——過失犯における区別を主眼として——」法学新報113巻3・4号（2007年）515頁以下、神山敏雄「過失犯における作為と不作為の区別基準論（上）（中）（下）」判例時報2107号3頁以下、2109号3頁以下、2110号3頁以下がある。その他、作為と不作為の区別ノ

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あることを認識しながら行なった被告人の了解および黙認行為が、危険運転致死傷罪の補助にあるとされた事例

いを、正犯を補助したものとして肯定しやすくなると思われる。

例えば判例上、行為者を激励するような行為や謀議に対して助言をする行為について、正犯行為に対する心理的補助が認められている²²⁾。そのような激励行為や助言行為では、促進行為が（正犯者に向かって発言をするなどの）一見すると目に見える形で行なわれているのであり、積極的な働きかけ（因果性もしくは因果力）があったと認めやすく、それゆえに作為犯とし、心理的補助があったと認めやすい。本決定以外で、交通事故に対する補助が問題になった判例として、例えば、最判昭54年11月1日集刑216号243頁が挙げられるが、そこでは補助行為者は運転者に対して道案内を行なっている。ここでも補助行為者の積極的な働きかけがあったと認めやすく、作為犯構成がなされ、補助が認められていることにも特に異論はない。

しかし、本件事案における「了解・黙認」という行為態様には、上述した行為のような積極性を見出しにくく、それに関連して、この振る舞いが作為なのか不作為なのか、そもそも問題となる。実際に本件第一審判決では、この問題についての判断が下されており、了解行為につき作為犯構成が、黙認行為については不作為犯構成がなされているのである²³⁾。ただし、不作為犯構成がなされる場合には、補助者は作為義務者でなけ

ゝに関しては、山中（前掲注9）225頁以下、川口浩一「作為犯と不作為犯の区別について（1）（2）（3）」法学雑誌32巻3号（1985年）29頁以下、33巻1号（1986年）63頁以下、33巻3号（1986年）83頁以下、神山敏雄「作為と不作為の限界に関する一考察——心肺装置の遮断をめぐって——」平場安治博士還暦祝賀『現代の刑事法学（上）』（有斐閣、1977年）99頁以下、西原春夫「作為と不作為の概念」（前掲書・平場還暦）83頁以下、中森喜彦「作為と不作為の区別」（前掲書・平場還暦）126頁以下も参照。Vgl. auch *Weigend*, In: *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, Bd. 1, 12. Aufl. 2010, § 13 Rn. 5 ff. (以下では, LK¹²-*Bearbeiter* と略記); *Wohlers/Gaede*, In: *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, Bd. 1, 4. Aufl. 2013, § 13 Rn. 4 ff. (以下では, NK⁴-*Bearbeiter* と略記); *Freund*, In: *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 2. Aufl. 2011, § 13 Rn. 4 ff. (以下では, MK²-*Bearbeiter* と略記); *Stree/Bosch*, In: *Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar*, 29. Aufl. 2014, vor §§ 13 Rn. 158 ff. (以下では, Schönke/Schröder-*Bearbeiter* と略記); *Lackner/Kühl*, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 28. Aufl. 2014, § 13 Rn. 3 (以下では *Lackner/Kühl* と略記); *Kühl*, *AT*, 7. Aufl. 2012, § 18 Rn. 13 ff.

22) 大判昭7年6月14日刑集11巻797頁（殺害を決意した正犯者に対する激励を殺人罪の補助と認めた）、最判昭25年7月19日刑集4巻8号1463頁（謀議成立に対する助言を殺人罪の補助と認めた）。

23) さいたま地判平23年2月14日（LEX/DB 事件番号 25470454）。第一審判決の評釈として、上野幸彦「判批」刑事法ジャーナル35号（2013年）127頁以下、坂本ノ

ればならず²⁴⁾、第一審はこの点につき、被告人は「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」と判示している。

この問題について、本決定が「了解とこれに続く黙認という行為」と述べたことに着目し、本事案における了解行為と——不作為とみなされているであろう——黙認行為を合わせて、いわば「一連の行為」と捉えて作為犯構成することが考えられる²⁵⁾。しかしながら、このような作為犯構成には疑問がある。というのも、正犯者の近くで単に居合わせたにすぎない不作為者は、通常、作為義務を有しておらず、それゆえに幫助の可罰性すら基礎づけられないからである²⁶⁾。本事案における黙認行為それ自体は、運転者の側に居合わせるにすぎないという態度でしかなく、このような理解からすれば、そもそも犯罪として評価されないものである。

また、学説においても、心理的因果性に関して、関与者が何もせずに側に立っているという事情は、作為犯としての心理的幫助を基礎づけないとするものもある²⁷⁾。この説によれば、作為による心理的因果性が肯定されるためには、関与者が犯行を妨害しないと正犯者に思わせるだけでなく、「正犯者の有利になるように介入するであろう」こ

↘学史「判批」神戸学院法学40巻3・4号（2011年）381頁以下、千葉陽一「判解」研修755号（2011年）15頁以下を参照。

24) 山中（前掲注9）964頁、山口（前掲注9）362頁、西田典之『刑法総論』（弘文堂、第2版、2010年）356頁以下（不作為による共犯は片面的幫助しかありえないとする）、平野（前掲注19）396頁など。これに対して、保障人的地位に立つ不作為者を原則的に（同時）正犯とする見解として、井田（前掲注9・総論）492頁、同（前掲注9・理論構造）440頁以下。なお、不作為による共犯の議論を詳細に検討するものとして、神山敏雄『不作為をめぐる共犯論』（成文堂、1994年）（特に不作為による幫助については、424頁以下）。Vgl. auch LK¹²-Schünemann, § 27 Rn. 52; NK⁴-Wohlers/Gaede, § 13 Rn. 26, 28; Schönke/Schröder-Heine/WeiBer, 29. Aufl., § 27 Rn. 19; Lackner/Kühl, 28. Aufl., § 27 Rn. 5.

25) 深町（前掲注5）33頁。同旨のものとして、亀井・濱田（前掲注5）124頁、亀井（前掲注5）167頁。

26) BGH, Beschl. v. 31. 05. 2012—3 StR 178/12 = StraFo 2012, 331 f.; BGH, Beschl. v. 30. 09. 2009—2 StR 329/09 = StV 2010, 128; BGH, Beschl. v. 02. 08. 2006—2 StR 251/06 = StV 2007, 81; BGH, Beschl. v. 07. 01. 2003—3 StR 414/02 = StV 2003, 280. Vgl. LK¹²-Schünemann, § 27 Rn. 51; Schönke/Schröder-Heine/WeiBer, 29. Aufl., § 27 Rn. 15; Lackner/Kühl, 28. Aufl., § 27 Rn. 4.

27) 島田聡一郎「不作為による共犯について（1）」立教法学64号（2003年）17頁以下。Vgl. Roxin, Was ist Beihilfe?, In: Hans-Heiner Kühne (Hrsg.), Festschrift für Koich Miyazawa zum 70. Geburtstag, 1995, S. 507; ders., AT 2, 2003, § 26 Rn. 204 f.

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あることを認識しながら行なった被告人の了解および黙認行為が、危険運転致死傷罪の補助にあるとされた事例

とが、正犯者によって認識されるかどうか重要となる。それゆえ、たとえ積極的な寄与（有形的な身体的動作）があったとしても、そのような事情が認識されない場合には、作為による心理的補助があったとはいえ、関与者に保障人的地位が欠ける限り、その者は不可罰になるとされる。したがって、何もせずに単に側に居合わせることは、同説によっても、ますます作為による補助とはみなされえない。つまり、本事案における黙認行為を、作為とみなすことはできないことになる²⁸⁾。

それにもかかわらず、そのような態度（黙認）を取り込んで、他の作為（了解）と合わせて作為犯として構成するやり方は、本来は犯罪的でないものを処罰へ導くことにつながるおそれがある²⁹⁾。加えて、後述するように、本事案の補助行為について、作為義務に関する判断を最高裁が行っていないからといって、そもそも了解行為に黙認行為を取り込んで「一連の行為」として作為犯構成をする必要はない。実際、本決定が「了解を得られたことが重要な契機となっている」と述べていることに注目する必要があるであろう。

(2) 判例における補助行為

最高裁判例によれば、補助行為とは「有形、無形の方法により……他人の犯罪を容易ならしむるもの」である³⁰⁾。補助行為についていえば、最高裁のこの文言からすると、およそ「他人の犯罪を容易」にするものであればよいのであり、作為と不作為を区別する必要はなく³¹⁾、了解とそれに続く黙認を一体の「補助行為」として評価することが

28) 鳥田（前掲注27）25頁は、作為による心理的因果性について、何らかの身体的動作を要求するため、そもそも黙認部分については、同説によれば、作為による心理的補助と評価されない。ただし同説によれば、了解行為については、領くという動作があるため、心理的補助を基礎づける可能性は残る。

29) 同様のことを述べるものとして、照沼（前掲注5）174頁。

30) 最判昭24年10月1日刑集3巻10号1629頁。

31) ただし、戦前の大審院判決（大判昭3年3月9日刑集7巻172頁、大判昭19年4月30日刑集23巻81頁 [もっとも、これらの判例では、幫助者にすでに法律上の義務が認められていることに留意する必要がある]）や戦後の下級審判例では、不作為による幫助が検討されていることには注意が必要である。戦後、不作為による幫助を肯定した裁判例として、札幌高裁判平12年3月16日判時1711号170頁（これに関する評釈として、安達光治「判批」山口厚ほか編『刑法判例百選I』[有斐閣、第7版、2014年] 168頁、松生光正「判批」判例セレクト [2000年] 32頁、橋本正博「判批」重要判例解説 [平成12年度] 148頁以下、および町野 朔『釧路せっかん死事件』について——不真正不作為犯と共犯に関する覚書き」井上正仁ほか編

できる³²⁾。すなわち、幫助が問題となる場合には、作為と不作為の区別は相対化され³³⁾、正犯者の行為を容易にするもの、つまり促進的因果関係のある「行為」であればよいと考えられる。上述の「一連の行為」として捉える見解も、このような意味における理解なのであれば納得がいく。ただし、このように考えた場合であっても、いかなる「行為」が刑法62条に該当する幫助行為であるのかは更なる検討が必要であろう³⁴⁾。特に心理的幫助の場合には、物理的幫助の場合と異なり、たとえ有形的に行なわれてい

ゝ『三井 誠先生古稀祝賀論文集』[有斐閣、2012年] 299頁以下を参照)。これに対して、不作為による幫助を否定した裁判例として、東京高裁判平11年1月29日判時1683号153頁（これに関する評釈として、松宮孝明「判批」法セミ544号 [2000年] 108頁、門田成人「判批」法セミ543号 [2000年] 112頁、松生光正「判批」判例セレクト [1999年] 30頁、神山敏雄「判批」重要判例解説 [平成11年度] 152頁以下を参照)、釧路地裁判平11年2月12日判時1675号148頁以下（これに関する評釈として、松生光正「判批」判例セレクト [1999年] 31頁、大山 弘「判批」法セミ539号 [1999年] 109頁を参照)。これらの裁判例以外に、最判昭29年3月2日集刑93号59頁もある。そこでは、劇場責任者又は興行主は、演技者の演技が猥褻その他公序良俗に反することを認識した場合、これが公開を防止するため有効な措置をとるべき条理上当然の義務があると述べられているために、不作為による幫助も考えられる。しかし、他の被告人に対し微温的な警告を発するに止め、犯行の遂行を容易ならしめた（傍点は筆者による）とも述べられており、作為義務違反に基づく不作為による幫助が認められたとは断定しがたい。

32) 内田（前掲注5）96頁、水落（前掲注5）496頁。

33) 幫助行為に限らず作為と不作為の区別を相対化するものとして、*Jakobs, Theorie der Beteiligung*, 2014, S. 53 f.; *ders.*, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, 2012, S. 34 ff. mit Fn. 64; *ders.*, *Die strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassen*, 1996. (翻訳として、ギュンター・ヤコブス [平山幹子訳]「作為および不作為の刑法的帰責」松宮孝明編訳『ギュンター・ヤコブス著作集 [第1巻] 犯罪論の基礎』[成文堂、2014年] 103頁以下); *ders.*, *Der strafrechtliche Handlungsbegriff*, 1992. (翻訳として、ギュンター・ヤコブス [松宮孝明訳]「刑法の行為概念」[前掲書・ヤコブス著作集] 1頁以下); *ders.*, *AT*, 2. Aufl. 1993, 7/56 ff., 29/16 und passim.; *Pawlik, Das Unrecht des Bürgers*, 2012, S. 157 ff.; *Kubiciel, Die Wissenschaft vom Besonderen Teil des Strafrechts*, 2013, S. 173 ff.; *Freund, AT*, 2. Aufl. 2009, § 1 Rn. 56 und passim.; *MK²-Freund*, § 13 Rn. 1, 4 und passim.

34) この観点からすれば、幫助犯で問題になるのは、問題となる行為が刑法上の幫助行為に該当するか否かにすぎないといえる。このように考えた場合、従来、中立的行為による幫助の問題として議論されていたこととの共通性が見出される。中立的行為による幫助で議論の中心にあるのは、確かに、促進的作用を有するとされる行為の中でも、刑法上の幫助行為に該当しないものを検討することである。しかし

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あることを認識しながら行なった被告人の了解および黙認行為が、危険運転致死傷罪の補助にあたることとされた事例

たとしても、実際には目に見えない心理的過程が問題となるがゆえに³⁵⁾、刑法上の補助行為が存在するのかを特定することは困難となり³⁶⁾、それゆえに、様々な事情を考慮する必要が生じてこざるをえない³⁷⁾。上述した心理的因果性に関する判例も、激励や助言などを考慮しているが、これに基づいて作為犯構成したのではなく、実は処罰に値するかどうかを検討したにすぎないとも考えられるのである。

例えば、道路交通法65条4号の同乗罪³⁸⁾の要件である「依頼」について、「黙示の依

ゝ裏を返せば、そこでの議論は、刑法上の補助行為に該当するものを探し求める議論でもあろう。中立的行為による補助に関する文献として、豊田兼彦「共犯の一般的成立要件について」川端 博ほか編『理論刑法学の探求3』（成文堂、2012年）18頁以下、松生光正「中立的行為による補助（1）（2）」姫路法学27・28号（1999年）203頁以下、31・32号（2001年）237頁以下（行為の表現的意味に着目し、正犯行為を促進するという社会的意味を有する関与行為のみを補助犯とする）、島田聡一郎「広義の共犯の一般的成立要件——いわゆる『中立的行為による補助』に関する近時の議論をてがかりとして」立教法学57号（2001年）44頁以下、佐久間 修「共犯と未遂・離脱（その2）——不作為の補助と中立的行為」警察学論集67巻11号（2014年）157頁以下、塩見 淳「判批」山口 厚ほか編『刑法判例百選I』（有斐閣、第7版、2014年）176頁以下。Vgl. auch *Jakobs*, AT, 2. Aufl., 24/13 ff.; *ders.*, GA 1996, 253 ff.（翻訳として、ギュンター・ヤコブス [豊田兼彦訳]「従属性——共同組織化の前提条件について——」[前掲注33・ヤコブス著作集] 145頁以下）；*ders.*, ZStW 89 (1977), S. 1 ff.（翻訳として、ギュンター・ヤコブス [安達光治訳]「結果犯における遡及禁止」[前掲注33・ヤコブス著作集] 69頁以下）

35) これに対して、精神的（心理的）補助の場合にも、有形的方法を重視するものとして、浅田（前掲注19）286頁。

36) 松宮孝明「共犯の因果性」法教202号（1997年）41頁を参照。

37) 例えば「黙示的な意志の連絡」という目に見えない事情が問題となった最決平15年5月1日刑集57巻5号507頁（いわゆるスワット事件）も、様々な事情を考慮し、黙示の意思連絡があることの間接事実を挙げた上で、それを肯定している。スワット事件に関する評釈として、井田 良「判批」山口 厚ほか編『刑法判例百選I』（有斐閣、第7版、2014年）154頁以下、亀井源太郎「判批」法教280号（2004年）114頁以下、本田 稔「判批」法セミ584号（2003年）118頁、島田聡一郎「判批」ジュリスト1288号（2005年）155頁以下、山中敬一「判批」関大法学論集53巻3号（2003年）180頁以下、芦澤政治「判解」最高裁判所判例解説刑事篇（平成15年度）295頁以下などを参照。また、島 伸一「共謀共同正犯に関する最高裁判例の新展開——最高裁（一小）平成15・5・1決定の意義を中心にして」法律時報78巻3号64頁以下も参照。

38) 同乗罪に関して、今井宗雄『「道路交通法の一部を改正する法律」について（上）」警察学論集60巻9号（2007年）45頁以下、檜垣重巨「道路交通法の一部を改正す

頼」を認めた長野地判平24年7月5日（LEX/DB 事件番号 25482127）³⁹⁾においては、依頼行為の存否が問題となっていた。長野地裁は、被告人が以前から運転者の飲酒運転を自宅までの足にしていたことや、それが何度も繰り返されていたことを挙げ、それゆえに被告人が自宅まで送ってもらうことが「被告人が殊更口に出さずとも、被告人と運転者の間では相互の了解事項」となっていたとして、「『明示の依頼』があったと同視できる状況がある」と判断している。これは、作為か不作為かという判断を行わずに、同乗罪の処罰に値する（あるいは、要件に該当する）依頼行為があると認めたにすぎないともいえるであろう。

2. 本事案における幫助行為の有無について

上のように考えた場合、重要となるのは、可罰的な刑法上の幫助行為の存否であり、それを認めるにあたり、いかなる要素が考慮されてもよいのかということである⁴⁰⁾。すなわち、正犯行為を容易にするような（心理的）因果性が存在することを示す事情として、何が考慮されてもよいのかということともいえる。これに関して、本決定が、被告人の了解および黙認という行為が、危険運転致死傷罪の幫助にあたる理由として、「運転者と被告人との関係」、「運転者が被告人に車両発進につき了解を求めるに至った経緯及び状況」と「被告人の応答態度」を挙げていると考えられるのである。

(1) 「運転者と被告人との関係」

本事案における「被告人と運転者との関係」は、職場の先輩・後輩関係であり、職場内の遊び仲間という関係である。確かに、「正犯と人的な結びつきがある者による黙認は、正犯の決意をより強化すると思われる」⁴¹⁾ことは容易に想像がつく。しかし、あらゆる人的な結びつきが考慮されてもよいのかは検討されなければならないであろう。特に、ある者が一定の役割や地位を有する場合、その役割や地位を理由に、直ちに犯罪に関与したとされるのは疑問である⁴²⁾。本事案でいえば、職場の先輩という地位を理由

ゝる法律（平成19年法律第90号）について」ジュリスト1342号（2007年）141頁以下。

39) これに関する評釈として、坂本学史「判批」神戸学院法学42巻3・4号（2013年）439頁以下、鈴木一永「判研」法律時報86巻13号379頁以下を参照。

40) 水落（前掲注5）497頁は、幫助行為に該当するものの中から、可罰的な範囲を画するため、因果性判断が問題になるとする。

41) 亀井・濱田（前掲注5）126頁。

42) *Jakobs, Zuständigkeit durch Wissen?*, In: Jan Bockemühl, Katrin Gierhake ↗

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あることを認識しながら行なった被告人の了解および黙認行為が、危険運転致死傷罪の補助にあたることとされた事例

に、被告人が運転者の危険運転行為に関与したと評価してもよいのかは疑問であろう。なぜなら、本件危険運転行為は、職務外で行なわれており、職場上の地位とは関係がないと考えられるからである⁴³⁾。なお上述のように、この種の事案においては、作為と不作为の区別は相対化されてしまう以上、このような人的関係が作為義務の根拠になるのか否かを決定する必要はない。

この問題に関して、ドイツ連邦通常裁判所の判決（いわゆるMobbing-Fall⁴⁴⁾）が参考になるように思われる。当該事案における被告人は、共同被告人の上司としての地位にある者であったが、職場内で行なわれていたいじめ行為（Mobbing）を阻止しなかったとして起訴された。これに対して、ドイツ連邦通常裁判所は、「確かに、会社経営者（Betriebsinhaber）あるいは上司としての地位から、個々の事例の事情に応じて、部下の犯罪の阻止に関する保障人義務が生じうる。しかし、これは事業関連的な犯罪行為の阻止に限定され、この部下が単にその者の企業における活動に際して行なった行為を含まず」、「経営者の事業関連的行為への保障人的地位の制限は、いかなる事実的な状況が保障人的地位の根拠づけにとって基準となるかということとは独立して要求される」と判示し、被告人には、当該いじめ行為を阻止する義務はなかったとしている。すなわち、上司として阻止すべき部下の犯罪行為は、事業関連性（Betriebsbezogenheit）のあるものに限られるのであり⁴⁵⁾、上司という地位を理由に、部下のあらゆる犯罪行為を阻止

↘ u.a. (Hrsg.), Festschrift für Brend von Heintschel-Heinegg zum 70. Geburtstag, 2015, S. 235 Fn. 3 は、役割は補助概念であり、重要なのは保障（Garantie）であると述べている。すなわち、役割の有無だけでなく、むしろ規範的観点から見て、ある者が保障に関する義務を有するか否かが重要なのである。義務の発生根拠に関しては、前掲注33であげた文献を見よ。また、BGH, Beschl. v. 12. 02. 2009—3 StR 12/09 = StV 2010, 128 が、住居の所有者という立場から、原則的に法的義務は生じないと判示していることも注目される。

43) 本田（前掲注5）115頁も、仕事外での自動車運転という日常的な行為を職務上の指導対象に含めるならば、作為義務の不当な拡大につながることを指摘する。

44) BGH NStZ 2012, 142 = NJW 2012, 1237. これに関する評釈として、Selbmann, HRRS 2014, 235 ff.; Roxin, JA 2012, 303 ff.; Jäger, JA 2012, 392 ff.; Kudlich, HRRS 2012, 177 ff.; Bosch, JK 2012, 45 ff.; Kuhn, wistra 2012, 297 ff.; Wagner, ZJS 2012, 704 ff.; Bülte, NZWiSt 2012, 176 ff. を参照。

45) ただし、この事業関連性という概念を、どのように定義するかについては、学説上争いがある。例えば、Landscheidt, Zur Problematik der Garantienpflichten aus verantwortlicher Stellung in bestimmten Räumlichkeiten, 1985, S. 117 は、犯罪行為が企業上の活動との間の緊密な内部的直接的な関係にある場合に事業関連性が

する必要はないということである⁴⁶⁾。

このドイツ連邦通常裁判所の判断は、不作為犯における犯罪阻止義務に関わるものであるため、本事案のように作為義務が問題となっていない場合についても妥当するかは疑問となろう。しかし、最高裁が幫助行為について、それは「有形、無形」で「他人の犯罪を容易ならしむるもの」であると判示してきたことに着目すれば、上述したように、作為と不作為の区別は相対化されているといえるのであり、不作為による犯罪の不阻止も作為による犯罪の促進も、共に「犯罪を容易ならしむるもの」であろう。そこでは、作為も不作為も価値的には同じ幫助行為なのであるから、不作為形態の場合において可

↘あると述べ、*Schünemann*, Unternehmenskriminalität und Strafrecht, 1979, S. 106 は、従業員が企業の利益を図って行為した場合に事業関連性があるとしている。その他、会社経営者や上司の犯罪阻止義務（いわゆる *Geschäftsherrnhaftung*）と事業関連性に関する文献として、*Lackner/Kühl*, 28. Aufl., § 13 Rn. 14; *Kühl*, AT, 7. Aufl., § 18 Rn. 118 a ff.; *Roxin*, AT 2, § 32 Rn. 141; *Kudlich*, AT, 4. Aufl. 2013, S. 153; *Strathenwert/Kuhlen*, AT, 6. Aufl. 2011, § 13 Rn. 46; LK¹²-*Weigend*, § 13 Rn. 56; *Langkeit*, Garantienpflicht der Mitglieder des Holding-Vorstandes auf Unterbindung von Straftaten der Geschäftsführer von Tochtergesellschaften?, In: Gerhard Dannecker (Hrsg.), Festschrift für Harro Otto zum 70. Geburtstag, 2007, S. 649 ff.; *Otto*, Die strafrechtliche Verantwortung für die Verletzung von Sicherungspflichten in Unternehmen, In: Andreas Hoyer, Hennig E Müller u.a. (Hrsg.), Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag, 2006, S. 339 ff.; *Schall*, Grund und Grenzen der strafrechtlichen Geschäftsherrnhaftung, In: Klaus Rogall, Ulrich Stein u.a. (Hrsg.), Festschrift für Hans-Joachim Rudolphi zum 70. Geburtstag, 2004, S. 267 ff.; *Gimbernat*, Unehnte Unterlassung und Risikoerhöhung im Unternehmensstrafrecht, In: Brend Schünemann, Hans Achenbach u. a. (Hrsg.), Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag, 2001, S. 651 ff.; *Schünemann*, *wistra* 1982, 41 ff.; *Spring*, Die strafrechtliche Geschäftsherrnhaftung, 2009, S. 159 ff.; *Bottke*, Haftung aus Nichtverhütung von Straftaten Untergebener in Wirtschaftsunternehmen de lege lata, 1994. も参照。また、Mobbing の刑法上の取り扱いに関する文献として、*Mühe*, Mobbing am Arbeitsplatz—Strafbarkeitsrisiko oder Strafrechtslücke?—, 2006, S. 224 ff.; *Wolerath*, Mobbing. Rechtshandbuch für die Praxis, 3. Aufl. 2007, 80 (Rn. 209) も参照。

46) これに対して *Roxin*, JA 2012, 308 は、組織的ないじめ行為は、被雇用者の一般的人格権と人間の尊厳を侵害するというを理由に（これに関しては、LAG Thüringen, Urt. v. 10. 04. 2001—5 Sa 403/2000 [<http://www.juris.de/jportal/?quelle=jlink&docid=KARE600003305&psml=jurisw.psml&max=true>] [2015年9月30日閲覧] も参照)、上司には保護保障人的地位があるとして、上司の義務を肯定する。

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あることを認識しながら行なった被告人の了解および黙認行為が、危険運転致死傷罪の補助にあたることとされた事例

罰性を導かないもの（正犯行為を容易にしないもの）として考慮されている事情は、作為形態の場合においても可罰性を導かないといえるはずである。それゆえ、上述のドイツ連邦通常裁判所の判決は、本決定の事案にも妥当すると考えられうるのであり、「運転者と被告人との関係」として、職場の先輩・後輩という職務上の関係は考慮されるべきではないということになる。なぜなら、本件危険運転行為は、明らかに職務外で行なわれており、この危険運転行為には事業関連性は存在しえないからである。

このように考えた場合、本事案において「運転者と被告人との関係」で考慮されてもよいのは、遊び仲間であるという関係のみとなる。このような関係性が、心理的因果性を基礎づけることは考えられうるが、単なる飲み仲間は、通常、作為義務を根拠づけないとされていることに鑑みれば⁴⁷⁾、そのような関係性の範囲は、ある程度、限定的に解されるべきであり、慎重な判断が必要であろう。本件第一審判決が認定したところによれば、被告人と運転者は、以前から飲食を共にしたり、一緒にゴルフに行くこともある仲であったことから、そのような単なる飲み仲間を超えた関係を築いていたことは認められる。これを基礎にして、被告人の行為が補助行為に該当すると認めることは可能であるかもしれないが⁴⁸⁾、いかなる関係性のある場合に、問題となる行為が刑法上の補助行為であると判断してよいのかは、依然として不明確なままである。

(2) 「運転者が被告人に車両発進につき了解を求めるに至った経緯及び状況」と「被告人の応答態度」

本決定は、「被告人と運転者の関係」以外に、「車両発進につき了解を求めるに至った経緯及び状況」と「被告人の応答態度」も考慮しているが、これらの事情は、運転者および被告人の主観的事情と関係しているように思われる。

(i) 運転者の主観的事情

通常、単に運転者が酒気を帯びていることを知りながら、その運転する車両に同乗す

47) 上野（前掲注23）134頁も、「共同飲酒行為が結果の一条件ではあり得ても、直接生命や身体に対する危険を創出したり増加させるような要因はない」と述べる。Vgl. auch LK¹²-Weigend, § 13 Rn. 40, 45; NK⁴-Wohlers/Gaede, § 13 Rn. 40; MK²-Freund, § 13 Rn. 149 f., 185 ff.; Schönke/Schröder-Stree/Bosch, 29. Aufl., § 13 Rn. 40 f.; Kühl, AT, 7. Aufl., § 18 Rn. 66.

48) 島田（前掲注27）11頁も、「決意の強化による心理的因果性が認められるのは、……関与者と実行者の人間関係次第では、関与者が犯行現場にいただけでもそうした因果性を持つ可能性が否定しきれない」と述べる。

る行為は、飲酒運転（酒気帯び運転あるいは酒酔い運転）の補助になると解されている⁴⁹⁾。仮にこの行為が犯意を形成するような行為であれば、それは、もはや補助行為ではなく教唆行為であり⁵⁰⁾、スワット事件を前提にすれば、（黙示的であれ）意思の連絡があれば、共謀共同正犯に問われる可能性すらありうる。しかし本事案では、運転者自身が被告人を本件車両に乗車するように促したことや、運転者が「一回りしてきましようか」などと発言していたという「車両発進につき了解を求めるに至った経緯」からして、被告人が犯意を形成したとはいいがたく、むしろ運転者自身がすでに飲酒運転をする意思を示しているといえるため、被告人の教唆は問題とならない。また、被告人が、運転者を自己の手段とした等の重要な寄与を果たしたわけでもないから、共謀共同正犯も問題とならず⁵¹⁾、もっぱら飲酒運転に対する補助が問題となるにすぎないであろう⁵²⁾。

49) 今井（前掲注37）50頁。

50) 内田（前掲注5）96頁の注18、鈴木（前掲注38）382頁の注19。

51) 共謀共同正犯論に関しては、さしあたり、井田（前掲注9・総論）462頁以下、佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』（有斐閣、2013年）393頁以下、島田聡一郎「共謀共同正犯論の現状と課題」川端 博ほか編『理論刑法学の探求3』（成文堂、2010年）31頁以下、小島秀夫「共謀共同正犯」法セミ690号（2012年）18頁以下、岡野光雄「共謀共同正犯」法セミ264号（1977年）62頁以下などを参照。その他、判例として、最大判昭33年5月28日刑集12巻8号1718頁（これに関する評釈として、高橋則夫「判批」山口 厚ほか編『刑法判例百選Ⅰ』〔有斐閣、第7版、2014年〕152頁、浅田和茂「判批」西田典之ほか編『刑法判例百選Ⅰ』〔有斐閣、第6版、2008年〕152頁以下、藤木英雄「判批」平野龍一ほか編『刑法判例百選Ⅰ』〔有斐閣、第2版、1984年〕158頁以下、岩田 誠「判解」最高裁判所判例解説刑事篇〔昭和33年度〕399頁以下などを参照）、最決昭57年7月16日刑集36巻6号659頁（これに関する評釈として、橋本正博「判批」山口 厚ほか編『刑法判例百選Ⅰ』〔有斐閣、第7版、2014年〕156頁以下、岡上雅美「判批」西田典之ほか編『刑法判例百選Ⅰ』〔有斐閣、第6版、2008年〕158頁以下、大越義久「判批」法セミ351号〔1984年〕61頁以下、西田典之「判批」法教29号〔1983年〕132頁以下などを参照）も参照。

52) 共謀共同正犯と幫助犯をいかに区別するのかが問題となるが、この問題は、詳細な検討が必要となるため本稿では取り扱わない。ただし、本稿のように、もっぱら幫助行為該当性の検討をすれば足りるとする理解からすれば、共謀共同正犯か幫助かを区別するにあたり、判例のように、主観的な事情も考慮することも考えられる。これに対しては、正犯か幫助かを区別する基準が、もっぱら主観的事情に依拠してしまうとの批判が考えられるが（例えば、西田〔前掲注24〕352頁）、しかし、主観的事情を考慮しているからといって、主観面だけで共謀共同正犯か幫助かを決定しているとまでは言い切れないであろう（小林 充「共同正犯と狭義の共犯のノ

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あることを認識しながら行なった被告人の了解および黙認行為が、危険運転致死傷罪の補助にあたることとされた事例

(ii) 被告人の主観的事情

上述のように考えた場合に、本事案で問題となるのは、被告人の行為が、酒酔い運転の補助か危険運転の補助のいずれに該当するかである⁵³⁾。これに関しては、仙台地判平20年9月19日(LEX/DB 事件番号 28145434)が参考になると思われる⁵⁴⁾。そこでは、被告人は乗車後に居眠りをし、運転者の危険運転行為を認識していなかったために、被告人には、危険運転致死傷罪の補助ではなく、酒酔い運転の補助が認められている。つまり、この裁判例を基礎に考えれば、酒酔い運転の補助か危険運転の補助かを決定するのは補助者の故意であり、運転者の「アルコールの影響により正常な運転が困難な状態」を補助者が認識していたか否かであろう。ただし、これは純粹に主観的に決定されるわけではなく、運転者自身が「自分は大丈夫、正常な運転ができる」と思っている場合でも危険運転致死傷罪の故意があるとされるのと同様に⁵⁵⁾、客観的にそのような状態に該当する事実を補助者が認識していれば故意があることになる⁵⁶⁾。

▽区別」法曹時報51巻8号[1999年]17頁、松本時夫「共謀共同正犯と判例・実務」刑法雑誌31巻3号[1991年]321頁を参照)。このような主観的事情は、補助行為該当性の有無を検討するための一要素にすぎないという見方もできるはずである。例えば、内田文昭「判批」判タ540号(1985年)73頁も、「主・客統合の全体としての行為が、『実行行為』といえるか『補助行為』にすぎないかを『認定』することが問題なのであって、これを一面的な基準によって決定しようとする自体に無理がある」と述べている(これに関しては、東京高判昭24年12月22日高刑集2巻3号318頁も見よ)。共謀共同正犯と補助の区別については、さしあたり、井田良(前掲注9・総論)468頁以下、同『入門刑法学・総論』(有斐閣、2013年)220頁以下、亀井源太郎『正犯と共犯を区別するという事』(弘文堂、2005年)56頁以下、橋爪隆「共謀の意義について(1)(2)」法教412号(2015年)123頁以下、413号(2015年)93頁以下、照沼亮介「共謀共同正犯」西田典之ほか編『刑法の争点』(有斐閣、2007年)100頁以下などを参照した。

53) 飲酒運転同乗罪は、「自己を運送することを要求し、又は依頼」することが要件となっているため、そのような依頼や要求の存在しない本事案では問題とならない。

54) 当該地裁判決についての評釈として、坂本学史「判批」神戸学院法学38巻2号(2008年)149頁以下、殿井憲一「判例紹介」研修725号(2007年)105頁以下を参照。

55) 佐伯(前掲注1)73頁、曾根(前掲注1)50頁、井上(前掲注1・ジュリスト1216号)40頁。

56) しかし、いかなる状態が「アルコールの影響により正常な運転が困難な状態」であり、どのようにして酒酔い運転と危険運転を区別するかについては争いがある。最決平23年10月31日刑集65巻7号1138頁は、「『アルコールの影響により正常な運転が困難な状態』とは、アルコールの影響により道路交通の状況等に応じた運転操

そのように考えた場合、「被告人の応答態度」が、危険運転に対する態度であるかどうかは、被告人が運転者の危険運転を認識していたかどうかにより決まる。すなわち、そのような認識のある態度だけが、危険運転致死傷罪を黙認する故意のある幫助として評価されるのである。判例も、幫助行為について「他人の犯罪に加功する意思」を要求しているのであり⁵⁷⁾、幫助者が正犯行為へ関与する意思を有していること、つまり正犯行為を認識している必要があることは明白である。本事案では、被告人が運転者の危険運転を認識しながら黙認していたという事情から、「被告人の応答態度」が危険運転致死傷罪に関与する故意を有するものとして評価され、危険運転致死傷罪の幫助が成立するとされたのである⁵⁸⁾。

加えて、本件危険運転行為が生じる以前の段階ではあるが、被告人が一軒目の飲食店で運転者の酩酊している様子を認識しており、一軒目から二軒目への移動中にも、「あんなに飛ばして大丈夫かな」などと、運転者の運転を心配していたという状況も合わせて考慮すれば、被告人は、運転者が酒に酔っていることを認識し、その運転行為が危険なものであることも認識していたといえ、被告人には運転者の危険運転に対する認識があったと認められるために、危険運転に関与する故意があり、危険運転致死傷罪の幫助と評価されたのである。

IV. ま と め

本決定は、極めて消極的な行為態様について、作為義務を考慮することなく、幫助行為があると認められた点において重要な意義を有するであろう。幫助行為に関しては、——最高裁の判断枠組みを前提とすれば——作為と不作為の区別が相対化されていると考えられる。また、特に心理的幫助（心理的因果性）のような目に見えない要素が問題と

↘作を行うことが困難な心身の状態をいうと解されるが、アルコールの影響により前方を注視してそこにある危険を的確に把握して対処することができない状態も、これに当たるといふべきである」と判示しているが、このように理解した場合、豊田兼彦「判批」法セミ685号（2012年）121頁が指摘するように、正常な運転ができない可能性のある状態である酒酔い運転との区別が一層困難になるようにも思われる。その他、この最高裁決定に関する評釈として、星 周一郎「判批」重要判例解説（平成23年度）153頁以下、岩崎邦生「最高裁時の判例・刑事」ジュリスト1449号（2013年）98頁以下などを参照。

57) 前掲注30。

58) 黙認が了解の意思表示を内容とすることを指摘するものとして、亀井・濱田（前掲注5）126頁。

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あることを認識しながら行なった被告人の了解および黙認行為が、危険運転致死傷罪の補助にあたることとされた事例

なる場合には、様々な事情が考慮される必要があり、本決定でも、関与者の行為が刑法上の補助行為に該当するのか、その補助行為は正犯行為に向けられているのかが慎重に検討されているといえる。特に本決定では、酒酔い運転に対する補助との区別の問題もあり、補助者の故意が、つまり被告人が運転者の危険運転行為を認識していたのかどうか、詳しく検討されているように思われる。

補助行為該当性の有無に関する考慮要素として、確かに、正犯者と関与者の関係性を挙げることはできるが、しかし本決定が、被告人と運転者の関係として、会社の先輩・後輩関係をも考慮していたと思われる点については疑問が残る。というのも、作為と不作為の区別が相対化されていることや、ドイツ連邦通常裁判所の判断に鑑みれば、そのような関係は、本事案においては、補助行為該当性の存否を左右するものではないからである。遊び仲間であるという関係が、刑法上の補助行為の存在を基礎づけるとも考えられるが、いかなる関係性が、それを基礎づけるのかは、未だ不明確な部分があり、今後の判例の蓄積と学説の展開が待たれるところであろう⁵⁹⁾。いずれにせよ、本決定は、従来の判例の判断枠組みを踏襲したものであると思われる。

【付記】 校正段階で、駒田秀和「判解」法曹時報67巻10号（2015年）235頁以下、安達光治「判批」新・判例解説 Watch Web 版 (<https://ls.lawlibrary.jp/syoseki/Honbun.aspx?jc=4800&st=2&lpn=0&bi=z18817009-00-070941281>) に接した。

59) 同様のことを述べるものとして、亀井・濱田（前掲注5）127頁。