

不法残留者との同居と不法残留の幫助

松 宮 孝 明*

目 次

1. 問題の所在
 - (1) 東京高判令和1・7・12
 - (2) その原判決
 - (3) 本判決の論理
 - (4) 検 討 課 題
2. 人道的配慮と「中立的行為」による幫助
 - (1) 「在留特別許可に係るガイドライン」
 - (2) 不法残留者への支援
3. 不法残留者への人道的配慮
 - (1) 「処罰」よりも「不法」状態の解消が優先される場合
 - (2) 不法滞在者と婚姻している者
 - (3) 不法滞在者への支援一般について
 - (4) 人道的配慮による「不法」解消の優先性
4. 「中立的行為」による幫助
 - (1) 因果関係とその認識があっても「共犯」にならない場合
 - (2) 裁判例の発展
 - (3) 理論的根拠
5. 内縁と不法残留の幫助
 - (1) 不法残留罪は不作為犯か
 - (2) 具体的ないし確定的認識と「中立的行為」
 - (3) 不法残留者への支援および婚姻類似の内縁による在留特別許可
6. 結 論

* まつみや・たかあき 立命館大学大学院法務研究科教授

1. 問題の所在

(1) 東京高判令和1・7・12

2019(令和1)年7月12日, 東京高等裁判所は, 不法残留の罪(出入国管理及び難民認定法〔=入管法〕70条1項5号¹⁾)を犯した人物と内縁関係にあつて生計を共にしていた被告人につき, 同罪の幫助は成立しないとする無罪判決を言い渡した(以下, 「本判決」と呼ぶ)²⁾。その事案は, 次のようなものである。

すなわち, 被告人の内縁の夫Aは, 2014(平成26)年4月にインターネットを通じて被告人と知り合い, 毎日, 電話とLINEで連絡を取り合うなどしていたが, 2014年8月にAが日本に来て被告人と同居し内縁関係を開始した。その在留期限満了前である2015年1月にAはいったん韓国に帰国。2015(平成27)年2月25日に短期滞在(90日)のビザで入国し, 被告人と同居を続け, 在留期限等の更新をせずに在留期限の同年5月26日を経過して, 2017(平成29)年6月30日まで本邦に在留した(いわゆる「オーバーステイ」)。この2015(平成27)年5月26日から2017(平成29)年6月30日までAと同居を続けた被告人が, 不法残留の幫助として起訴された。よ

1) 入管法70条1項は「次の各号のいずれかに該当する者は, 3年以下の懲役若しくは禁錮若しくは300万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。」と規定し, その第5号に「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する者」を挙げている。

2) 東京高判令和1・7・12<LEX/DB25563568>。本判決の評釈として, 松宮孝明・法学セミナー779号(2019年)119頁, 安田拓人・法学教室471号(2019年)142頁。なお, 安田・前掲142頁は, 「近似有力であるのは, 中立的行為による幫助という類型につき, 行為の社会的意味に着目する等して特別な規範を立て, それに従って判断するのではなく, 幫助犯の成立要件一般の問題としてとらえるアプローチである」とする。しかし, 「中立的」という形容は, まさに「行為の社会的意味に着目する」ことによって得られるものであるうえ, これに着目すること自体が, 幫助犯の一般的な成立要件に関わるものなのである。換言すれば, 「犯罪促進的」という社会的意味を持つことが, 幫助犯成立の一般的要件に含まれているのだといえよう。

り正確には、被告人が略式命令請求への同意を拒否したところ、検察官が公判請求した。

(2) その原判決

本件に関して、原審である2018（平成30）年10月19日の東京地裁判決³⁾は、被告人の行為を「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い。」とし、また、法務省が婚姻関係等にある不法滞在外国人にウェブサイト上で在留特別許可を申請するよう呼びかけている点についても、「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との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しているとみる余地はない」として、被告人に罰金10万円を言い渡した。

(3) 本判決の論理

これに対して本判決は、原判決の認定事実を前提としつつ、「その事実関係の下で、被告人について、不法残留幫助罪の成立を認めた判断は是認することができない。」と述べた上で、「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」うえ、「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」、他方、被告人は「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

3) 東京地判平成30・10・19<LEX/DB25563657>。

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。」と述べた。その上で、本判決は、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」被告人の本件行為が「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。」と述べて、原判決が幫助を認めたのは「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する不合理な判断をしたもの」であるとした。

(4) 検討課題

このように、被告人との内縁関係および生計の維持がAの不法残留に心理的影響を与えていたことは明らかであり、それゆえ、被告人との共同生活とAの不法残留との間の事実的概念としての因果関係は否定できないにも関わらず、そして、被告人がそのことにつき確定的に認識していたにもかかわらず、共犯（幫助）の成立が否定される一事例を加えたことが、本判決の最大の意義である。

もっとも、日本の刑法学においては、それを根拠づける理論としての「中立的行為」ないし「日常行為（または日常取引）」が、なぜ、因果関係とそれらの認識があるにもかかわらず共犯の成立を否定することになるのかをめぐっては、その理解にまだ一致はない。加えて、本判決は、「不法残留は不作為犯」であるから、被告人の本件行為が「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。」と述べている。そこには、不法残留罪が不作為犯か否かという問題を別にしても、不作為犯であれば幫助の因果関係の基礎となる正犯行為促進の危険が否定されるという関係にあるのか、という問題も浮上する。

そこで、以下では、本件無罪の理論的根拠を、本判決を分析することで明らかにしたいと思う。

2. 人道的配慮と「中立的行為」による幫助

(1) 「在留特別許可に係るガイドライン」

不法残留者との内縁関係という問題は、一方において、「婚姻の安定かつ成熟」に対する配慮を求める人権法の問題である。そこで、法務省入国管理局の「在留特別許可に係るガイドライン」（平成18年10月、平成21年7月改定）にある人道的な配慮等による在留特別許可においては、「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」を、許可を考慮する積極要素（3）に挙げていることや、下級審のいくつかの裁判例が、このガイドラインを超えて、法律婚ばかりでなく内縁などの事実婚の場合にも、退去強制令書発付処分を違法とする判断を下していること⁴⁾が、考慮されなければならない。

(2) 不法残留者への支援

他方において、不法残留に対する幫助という問題は、婚姻や事実婚を離れて一般的に、不法残留者に対する人道的配慮ないし援助という人道的問題とも関わる。例えば、居住場所や食事を提供するなどして不法残留者の生活を事実として支えることが、不法残留という「犯罪を幫助した」に当たるとの、という問題である。いずれも、「人道的配慮」の問題である。

4) 名古屋高判平成28・3・2<LEX/DB25447984>など。この判決は、退去強制令書発付処分の裁決につき、「本件裁決は、控訴人の生活実態や不法残留状態に至った経緯を十分に踏まえることなく、むしろその実情に反してまで控訴人の悪性のみを殊更強く問題視する一方で、退去強制手続に踏み切るより以前に控訴人とDとの日本における安定かつ成熟した婚姻関係が成立していたことや、控訴人を中国へ帰国させることによる控訴人やDの不利益を無視ないしは著しく軽視することによってなされたものというほかはなく、その判断の基礎となる事実に対する評価において明白に合理性を欠くことにより、その判断が社会通念に照らし著しく妥当性を欠くことは明らかであるというべきであるから、裁量権の範囲を逸脱又は濫用した違法なものというほかはない。」と判示する。なお、この判決の解説として、亘理格「退去強制の違法性」法学教室435号（2016年）57頁がある。

これらは、一般に「日常取引」や「日常行為」などの「中立的行為」による幫助の問題と交錯するものである。そこで、この問題に対しては、(1) 人道的配慮という側面と、(2)「中立的行為」による幫助という側面から、アプローチしてみようと思う。

3. 不法残留者への人道的配慮

(1) 「処罰」よりも「不法」状態の解消が優先される場合

上述のように、不法残留は、入管法70条1項5号によって刑罰が予定されている「犯罪」である。しかし、この「犯罪」は、殺人や窃盗などでイメージされる「犯罪」とは異なる側面を有する。というのも、入管行政を管轄する法務省自身が、「不法滞在で悩んでいる外国人の方」に対して「引続き日本国内での生活を希望される方は、まずは入国管理官署に出頭して、日本で生活したい理由等を申し述べてください。⁵⁾」と呼びかけているからである。それは、不法残留者であっても、前述の「在留特別許可に係るガイドライン」には、在留特別許可の許否判断を行うに当たっての積極要素として、日本人と婚姻が成立している場合などのほか、(1)自ら入国管理官署に出頭申告したこと、(2)日本の初等・中等教育機関に在学し相当期間日本で生活している実子を監護及び養育していること、(3)日本での滞在期間が長期に及び定着性が認められること等が挙げられており⁶⁾、ゆえに、人道的配慮から在留特別許可という方法によって不法滞在の「不法」状態が解消される可能性があるからである⁷⁾。ゆえに、この場

5) 法務省ホームページ (http://www.moj.go.jp/nyuukokukanri/kouhou/nyukan_nyukan_87.html) 2019年12月13日参照。

6) 前掲注 5) 法務省ホームページ参照。

7) 許可・不許可の具体例については、法務省の次のホームページから知ることができる。
http://www.moj.go.jp/nyuukokukanri/kouhou/nyukan_nyukan25.html 2019年12月13日参照。中には、警察により逮捕されたにもかかわらず、許可された事例もある。重要なのは、偽装結婚ではなく夫婦生活の実態があることのようなのである。

合には、法は、不法残留の「処罰」よりも残留における「不法」の解消を優先しているといえる。

(2) 不法滞在者と婚姻している者

しかも、「日本人と婚姻が成立している場合」という文言が示唆しているように、ここでは、不法残留者などの不法滞在者と、それを知りつつ婚姻している日本人がいることが予定されている。この文言からは、法務省は、不法滞在者と婚姻している人物を「犯罪」の共犯として処罰すべきだと考えているようには思われない。

そして、この理は、民法上、法律婚の配偶者とほぼ同等の権利および保護が与えられている内縁関係にあるパートナーにも、当てはまるように思われる。そこでは、「安定かつ成熟した内縁関係」が存在していることを視野に入れた人道的配慮が肝要なのである。

(3) 不法滞在者への支援一般について

さらに、日本には、不法滞在者とくに不法残留者に対して、在留特別許可の取得を支援したり、その他の人道的な支援を行ったりする行政書士などの専門家⁸⁾や NPO が活発に活動しており、それをインターネットなどによって公表している。仮に、このような活動も事実として不法残留を助長しているので不法残留罪の幫助に当たるとするならば、これらの支援活動はすべて禁止されることになるだろう。

なお、入管法62条1項は、「何人も、第24条各号の一に該当すると思料する外国人を知ったときは、その旨を通報することができる。」と規定する。しかし、これが一般市民に通報を義務付けたものでないことは、同条2項以下の規定が、国または地方公共団体の職員らに対して「その旨を通報しなければならない。」という文言を用いていることから明らかであろう。

8) インターネットでは、不法滞在者に対して在留特別許可取得を手助けする行政書士事務所
のホームページが多数見つかる。

(4) 人道的配慮による「不法」解消の優先性

これらを考慮するなら、不法滞在、不法残留という「犯罪」には、在留特別許可の取得という方法によってその「不法」状態が解消可能な限りで、「処罰」よりも「不法」解消が優先するという原則が、法令および実務では妥当しているといつてよいであろう。

この視点から本件をみると、本件のAに不法残留罪が成立していることに争いの余地がないことはたしかであるが、これを通常の犯罪と同じように「処罰」を優先して扱うことには、人道的配慮の点ですでに問題があったといえよう。ましてや、内縁関係にあってAの生活を支援していた被告人をその幫助として「処罰」することは、不法滞在者と婚姻していた人物一般をその幫助として「処罰」することにつながるため、現行の入管実務とも矛盾することになる。

4. 「中立的行為」による幫助

(1) 因果関係とその認識があっても「共犯」にならない場合

もっとも、このように人道的配慮から「処罰」よりも「不法」解消が優先されると説いても、いったん刑事事件として起訴されたものが、「犯罪」ないしその「共犯」の要件を充たしていれば、裁判所としては有罪判決を言い渡すのが原則であろう。この場合、配慮は、執行猶予を含む量刑の段階に委ねられることになる。

しかし、本件のような単なる共同生活ないし日常的な生活支援については、仮にそれに正犯行為との間の因果関係があり、かつ、未必的にせよその認識つまり「故意」があるとしても、それ自体が「共犯」には当たらないとする考え方は、すでに判例において承認されている。

たしかに、幫助は正犯の犯行を容易にするものであれば足りる⁹⁾。しか

9) 大判大正2・7・9刑録19輯771頁。

も判例では片面的幫助も認められるから¹⁰⁾、物理的にまたは心理的にと
いった何らかの意味で犯行を容易にし、しかもそれを関与者が未必的にで
も認識している場合には、幫助の成立は否定できないようにもみえる。

しかしながら、そのように解すると、怪しげな人物にネジ回しを売った
金物店の店員やサングラスにマスクをかけた怪しげな集団を銀行まで運ん
だ、ないし公務員に賄賂を届けに行く贈賄者をそれと知りつつ赤坂の料亭
まで運んだタクシー運転手は、ネジ回しが空き巣の道具として使われたり、
覆面集団が銀行強盗を働いたり、贈賄者が賄賂を当該公務員に収受させ
たりしたら、それぞれ住居侵入窃盗や建造物侵入強盗、賄賂供与の幫助
となることになってしまう。それは不適切な結論であって、むしろ商品の
販売やタクシーの運転などの日常的な取引行為その他の「中立的行為」
は、それが当該社会において外形上平穩で犯罪促進・助長という意味合い
を持たない限り、犯行に利用される未必的な認識がある場合でも、場合
によっては確定的な認識がある場合でも、幫助にならないと解されるべき
である。これが、「中立的行為」による幫助という考え方である¹¹⁾。

(2) 裁判例の発展

「中立的行為」による幫助という考え方の萌芽は、まず、ピンクチラシ
を印刷した業者が売春周旋罪の従犯とされたケースにおいて、弁護士から
主張された。そこでは、「印刷のような正当業務行為について特別刑法犯
の幫助が認められるのは、正犯の犯行に深く関与し、相当利益を得ている

10) 大判大正14・1・22刑集3巻921頁。

11) 「中立的行為」による幫助を扱う論稿は多数に上る。さしあたり、松宮孝明『刑事立法
と犯罪体系』（成文堂、2003年）206頁以下（初出は法学教室202号（1997年）41頁）、同
『刑法総論講義〔第5版〕』（成文堂、2017年）292頁以下を参照されたい。なお、そこにい
う「日常取引」という文言は、「中立的行為」は日常的な取引行為に認められることが多
いことを考慮したものであり、「中立的行為」が取引に限られるという意味ではない。な
お、わが国にこの考え方を最初に紹介したのは、齊藤誠二「共犯の処罰根拠についての管
見」西原春夫ほか編『刑事法学の新動向 下村康正先生古稀祝賀 上巻』（成文堂、1995年）
1頁である。

場合に限られるのであって、右関与の度合いが低く、正犯の営業による利得にもあずかっていない被告人兩名を売春周旋の幫助罪に問擬することはできない」と主張されたのである。

これに対しては、東京高裁は、「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得ないとは考えられない」として、この考え方に理解を示さなかった¹²⁾。

もっとも、個室付浴場業者への金融機関による融資を売春防止法上の独立共犯である資金提供罪に当たるとした大阪高裁の1995(平成7)年7月7日判決¹³⁾は、公衆浴場として本件個室付き浴場を許可した県知事も幫助になってしまうという被告人側の批判に対して、売春が行われていることについての具体的な認識を要求している。そこには、他人の犯罪に利用される「未必の故意」では足りないことが示唆されていた。

さらに、熊本地裁の1994(平成6)年3月15日判決¹⁴⁾は、軽油引取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を、「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く、正犯の犯行の実現は「被告人が自己の利益を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」という理由で、不納付罪の共同正犯はおろかその幫助にもならないとした¹⁵⁾。つまり、日常的な取引活動

12) 東京高判平成2・12・10判タ752号246頁。

13) 大阪高判平成7・7・7判時1563号147頁。

14) 熊本地判平成6・3・15判時1514号169頁。

15) これに対して、塩見淳「判批」山口厚ほか編『刑法判例百選Ⅰ総論[第7版]』(2014年)177頁は、「その帰結は売買行為の中立性ではなく、販売者らの犯行を幫助する意思が欠けるなどの理由から導かれたものである。」とする。しかし、犯行幫助の意思が否定されたのは、まさに被告人の行為が「売買の当事者たる地位を超えるものではない」ものであったという行為の客観的性格を理由とするのであって、この判決において、それ以外に特殊な「犯行幫助意思」が要求されたわけではないし、また、幫助の成立一般においても、実務はそのような特殊な意思を要求しないであろう。

は、たまたま相手方の犯行を促進することが——しかも確定的に——認識されたとしても、それだけではまだ、共犯にはならないというのである¹⁶⁾。

さらに最近では、背任罪の相手方に関し、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犯は成立しないと述べた名古屋高裁の2005（平成17）年10月28日判決¹⁷⁾がある。そして、「Winny2」の開発・提供による著作権侵害の従犯に関しては、ついに最高裁も、2011（平成23）年12月19日の決定¹⁸⁾において、この考え方を採用するに至った。そこでは、「Winny は、1、2 審判決が価値中立ソフトと称するように、適法な用途にも、著作権侵害という違法な用途にも利用できるソフトであり、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。また、被告人がしたように、開発途上のソフトをインターネット上で不特定多数の者に対して無償で公開、提供し、利用者の意見を聴取しながら当該ソフトの開発を進めるという方法は、ソフトの開発方法として特異なものではなく、合理的なものとして受け止められている。新たに開発されるソフトには社会的に幅広い評価があり得る一方で、その開発には迅速性が要求されることも考慮すれば、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

16) このように、確定的な認識があっても「共犯」の成立が否定される場合があることは、管理売春の幫助に関して、売春宿へのパンの定期的納入なら、パンは誰でも食べるのだから幫助にならないが、客に提供する高級なワインの定期的納入は幫助に当たるとした1906年のドイツ帝国裁判所の判例（RGSt 39, 44）が示唆していた。

17) 名古屋高判平成 17・10・28 高刑速（平17）号285頁。

18) 最決平成 23・12・19 刑集65巻9号1380頁。

べきである。」と判示されたのである。

そこでは、提供したものは社会的にみて「価値中立的」であり、違法な用途に利用するかどうかは「あくまで個々の利用者の判断に委ねられている」とみられていることが強調されている。また、技術開発に伴う犯罪利用の一般的可能性が開発行為に対して「萎縮効果を生じさせないためにも」、「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」提供行為を行い、その結果、それを用いた正犯行為も行われたというだけでは、直ちに幫助行為に当たると解するべきでなく、「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」とされたことが重要である。

この一般論によって本決定は、幫助成立の客観的なハードルを上げ、それに伴って、その認識を要件とする幫助の故意のハードルも上げたといえる。ゆえに、本決定は、一方において、「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、他方において、「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、幫助の故意を否定することができたのである。

(3) 理論的根拠

たとえば、著作権の対象となるソフトウェアの違法なコピーのために OS としてのウィンドウズが使われたとしても、マイクロソフト社の関係者が著作権法違反の従犯とはされない。このように、因果的要件やその(未必的な)認識は満たしていても幫助にもならない行為の存在をどのよう

に説明すべきであろうか。これについては、一方では、ドイツの学説のように、その日常性ないし「社会的相当性」に着目して、そのような行為には刑事責任は遡及しないとか（ヤコブス）¹⁹⁾、共犯が成立するには正犯の不法との「連帯」が必要であるというような（シューマン）²⁰⁾、「不法共犯」説的な説明方法が考えられる。他方で、このような場合には、関与者の行為に「犯罪的な意味連関がない」とする説明もありうる（ロクシン）²¹⁾。

しかし、一方で、行為それ自体の日常性のみに着目すると、目の前で空き巣が行われているときにもネジ回しを売ってよいかという疑問が出てくるし、他方で、行為の日常性の観点を抜きにその因果性を無視できるのかという疑問が残る。犯行助長が一目瞭然でない限り、ちょうど郵便システムが犯罪に利用される場合と同じように、日常的な取引は所与の前提として、その犯行への因果力は（あるのだが）無視されるという帰属ルールがあると解すべきように思われる。いうまでもなく、これは、因果関係論ではなく、客観的帰属論による解決である²²⁾。

これに対して、「幫助の故意が犯罪の成否を決する」とする見解²³⁾もあ

19) Vgl. G. Jakobs, System der strafrechtlichen Zurechnung, 2012, S. 80f.

20) Vgl. H. Schumann, Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen, 1986, S. 42ff.

21) Vgl. C. Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil Band II, 2003, § 26 Rn. 224, S. 208.

22) 「中立的行為による幫助」の否定につき、これをあくまで「因果性の否定」で説明しようとする見解もある（代表として、島田聡一郎「広義の共犯の一般的成立要件」立教法学75号（2001年）85頁以下）。しかし、「因果」というのは事実的概念である。タクシー運転手が賄賂供与者であることを確定的に認識しつつ、この人物を取賄側の公務員が待つ料亭に送り届け、正規の料金を受け取った場合、この送迎行為がまさにその日時・場所での賄賂の供与に物理的に作用していたこと、つまり物理的因果性は否定しようがない。つまり、ここで否定されるのは、あくまでも、このタクシー運転手の行為は賄賂供与に加担するという社会的意味のみであって、「中立性や日常性といった観点からの類型化は不可避」（塩見・前掲注15）177頁）なのである。なお、曲田統『共犯の本質と可罰性』（成文堂、2019年）199頁もまた、因果性の領域で扱うのは適切でないとする。もっとも、因果性を客観的帰属と同視するのは妥当でない。

23) たとえば、西田典之『刑法総論〔第2版〕』（弘文堂・2010年）343頁。もっとも、西田典之〔橋爪隆補訂〕『刑法総論〔第3版〕』（弘文堂・2019年）370頁は、「幫助行為の客

る。しかし、「Winny2」の事件に関する最高裁決定の論理が、まず、「中立的行為」であることによって幫助の客観的要件のハードルを上げたうえで、それを対象とする故意のハードルを上げたことや、「売買の当事者たる地位を超えるものではな」として従犯の成立を否定した前掲の熊本地判平成6年3月15日の判決のように、相手方の犯罪について確定的な認識がある場合でも共犯の成立が否定される場合もあることからみて、主観的要件のみで共犯の成否を決することはできないであろう。大事なものは、その行為が「犯罪促進的」か否かに関する一般的・社会的な評価なのである。

5. 内縁と不法残留の幫助

(1) 不法残留罪は不作為犯か

本判決は、本件において、常識に則り、不法残留罪の幫助を否定した。逆転無罪であるにもかかわらず検察官が上告しなかったこともまた、それが常識的判断であったことを裏付けている。もっとも、それは、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」として幫助行為性を否定したものである点で、注目に値する。この点は、筆者による原判決へのコメント²⁴⁾で示した「中立的行為」による幫助という観念に依拠したものと思われる。

なお、「中立的行為」による共犯不成立は、具体的な利益衡量による違法性阻却の問題ではなく、共犯の「類型該当性」（正犯においては「構成要件該当性」に相当）を否定するものであるから、本判決は、正当行為（刑35条）その他の違法性阻却の判断には踏み込んでいない。

↘観面として具体的危険性を要求する以上、幫助犯の故意の内容としても、これに対応して、具体的危険性を基礎付ける事実の認識・認容が要求される」と述べて、見解を改めている。

24) 松宮孝明「判批」法学セミナー771号（2019年）133頁。

そこで、本判決が、「正犯行為を促進する危険性」を否定するに当たり、正犯行為が「不作為犯であるから」と述べている点が問題となる。つまり、不法残留罪は不作為犯だからこそ、被告人にその幫助が否定されたのか、という問題である。

しかし、「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」というものであるから、正確には、「挙動による欺罔」（「推断的欺罔」）と同じく、不作為を伴う作為である²⁵⁾。また、不作為とするだけでは、正犯の不作為意思を強化した場合などには、精神的幫助を一律に否定することは困難である。

したがって、正犯行為が作為か不作為かに関わらず、無罪の理由は、端的に、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」であることに求めるべきであろう。もちろん、ここにいう「危険性」は、物理的・心理的な意味で犯行促進の可能性を高めることではない。本件でも、被告人が不法残留状態での内縁関係を拒絶すれば、Aは不法残留に及ばなかったのであるから、物理的・心理的な意味での犯行促進は否定できない。そうではなくて、この「危険性」は、「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」本件行為には、一般に「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なのである。

(2) 具体的ないし確定的認識と「中立的行為」

本件では、被告人はAと内縁関係に入った後、Aが不法残留状態になったことを知りつつ、その後も同居を続けているのであるから、自己の行為に続いてこれを利用した犯罪が行われる可能性が一般的か具体的かという発想で、あるいはその一般的な可能性しか認識されていなかったか具体的な可能性まで認識されていたかという発想で、従犯か「中立的行為」かを

25) この点につき、安田・前掲注 2) 142頁もまた、「滞在を続けること」は作為であるとみている。

分けることは、適切ではない。なぜなら、不法残留行為自体はすでに継続しており、被告人もこのことを知っていて同居等を継続したからである。この点ではむしろ、相手方の軽油引取税不納付の状態を知りつつ取引を継続した事案に関する熊本地裁の平成6年3月15日判決と同じく、こうした被告人の行為は、結局のところ、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否かを判断の基準と考えるべきである。

このように、「中立的行為」の中には、「一般的可能性を超える具体的な犯行利用状況」の認識があっても、なお、共犯の成立が否定される場合と、具体的な認識があった場合には行為の「中立性」が否定され幫助が認められる場合とがある。そこで、このような相違は何に由来するのかという問題が浮上する。本件や「軽油引取税事件」は前者に属し、「Winny2事件」などは後者に属するわけである。

この問題については、以下のように考えることができよう。たしかに、「Winny2事件」などの場合には、犯行に利用される危険の具体性とその認識が処罰の限界を分けるように見える。しかし、この場合でも決定的なのは、関与行為が行われた際の日常性・中立性である。つまり、目の前で激しい喧嘩が行われている最中に、喧嘩の当事者の一部がそこから見える金物店で刃物を買求める場合には、その販売はこれに続く殺傷行為の幫助となり得る。しかし、それは販売者の認識によるのではなく、その場の状況の異常性によるのである。ネット上へのソフトの拡散も、これと同じであり、当該ソフトが「性質上の凶器」のように、まさに著作権侵害などの犯罪目的のために利用されることを主眼として作られたものでない（つまり「用法上の凶器」である）限りで、当該ソフトを利用した著作権侵害などの犯罪は、利用者の専属管轄に属するのであって、他の者の関知しない事柄である。

本件その他の不法残留者への人道的援助や「軽油引取税事件」のような購入者の行為は、その点で、関与行為自体の日常性・中立性が——極めて例外的な場合はあるかもしれないが——ほぼ常に認められるタイプのもの

と考えてよいであろう。そのような社会的評価を受ける理由は、一方において、「軽油引取税事件」のような間接税不納付では、最終的には安売りをした販売者が損を覚悟で納付することもできる点で、納付・不納付の分かれ目は販売者の専属管轄に属することにある。そして、他方において本件その他の不法残留者への人道的援助の場合には、まさに、人道的配慮ないし人権意識が、関与行為自体の日常性・中立性を支えるものだからである。

(3) 不法残留者への支援および婚姻類似的内縁による在留特別許可

このような視点で本件をみれば、先に法務省が不法滞在者と婚姻関係にある者の存在を当然の前提とする在留特別許可のガイドラインを示していたことや、入管行政を管轄する法務省自身が、「不法滞在中で悩んでいる外国人の方」に対して「引続き日本国内での生活を希望される方は、まずは入国管理官署に出頭して、日本で生活したい理由等を申し述べてください。²⁶⁾」と呼びかけていること、また、前述の「在留特別許可に係るガイドライン」には、在留特別許可の許否判断を行うに当たっての積極要素として、日本人と婚姻が成立している場合などが挙げられていることが、不法残留罪に対する従犯か「中立的行為」かを考える上で、決定的に重要である。というのも、その前提には、不法滞在中等が日本人と婚姻ないし内縁の状態にあって、しかも、自ら入国管理官署に出頭申告する決断ができて悩んでいる外国人が想定されているからである。そこからは、婚姻ないし内縁の相手方である日本人がそのような事情を知っていることも、通常、予想できることである。加えて、そのような不法滞在中者と仕事を一緒に始め、これにより2人の生計を立てたことも、想定範囲内であるといえよう。

ゆえに、ここでは、法務省自身が、「不法滞在中で悩んでいる外国人の方」

26) 前掲注 5) 参照。

に婚姻ないし内縁の相手方が存在し、かつ、その者が事情を知っている場合を想定しながら、刑事事件化するのではなく、在留特別許可を申請する方向に誘導しようとしていることが分かる。

6. 結 論

以上の事情から明らかになることは、「安定かつ成熟した内縁関係」にある者も含めて、そのような人物を不法残留罪の「犯罪促進的」つまり「幫助」行為をする者とみるような一般的・社会的な評価は存在しないということである。ゆえに、本件被告人の行動についても、それは「中立的行為」であって婚姻ないし内縁の相手方たる地位を超えるものではなく、それゆえ、本件行為には犯罪促進的な社会的意味が認められないので、不法残留罪の幫助にはならないと解すべきことになる。

本判決は、そのような行為が幫助にならないことを確認した、貴重な事例判例である。

【付記】 本稿は、本件の第1審審理中に提出した鑑定意見書を基礎として、それに加筆・修正を加えたものである。なお、脱稿後、本件の弁護士であった倉地智広弁護士による「内縁関係の実態を別扱した逆転無罪判決」季刊刑事弁護101号(2020年)91頁に接した。