

飲酒運転同乗罪と幫助犯

（道路交通法違反被告事件，長野地方裁判所平成24年
7月5日判決，平成23年（わ）第248号）

坂 本 学 史

1. 事実の概要

運転者は、10月半ば頃から、交際女性をアルバイト先である居酒屋に本件車両で送迎するようになった。本件当日までの間、5回程度、運転者が遊び友達である被告人を誘い、本件車両で居酒屋へ行き、一緒に飲酒しながら交際女性の仕事が終わるのを待ち、帰りは3人で本件車両に乗り、まずは被告人を送り届け、その後2人で帰ることがあった。そのような場合、帰りに本件車両を運転するのは、運転者か交際女性のどちらかであった。被告人を含め誰もが飲酒運転に異を唱えたことはなかった。

被告人は、本件前夜である11月4日夜も運転者に誘われ、本件車両で午後8時半から9時頃居酒屋に行ったが、帰路についてはいつものとおり、運転者か交際女性のいずれかが運転する本件車両で、送ってもらったつもりであった。被告人と運転者は、居酒屋で飲酒した後、日付の変わった翌5日午前0時頃、一緒に居酒屋を出て、午前0時過ぎ頃、運転者が本件車両の運転席に、被告人が助手席に乗り込んだ。被告人は、運転者に対し「大丈夫か」と尋ねると、運転者は「おう」と応じた。

ところが、この日は、運転者としては、交際女性と他に用事があった

ため、交際女性の仕事が終わるのを待たず、先に被告人を送り、再び、居酒屋に戻って交際女性と合流しようと考え、本件車両を発車させ、被告人の自宅方向へ向かった。被告人は、走行中に、居眠りをしたり、携帯電話のメールをするなどしていたが、運転者は、午前0時35分頃、本件車両を運転して判示道路に至り、歩行者2名を死傷させる事故を惹起し、被告人の同乗が発覚した。(運転者が酒気を帯び、呼気1リットルにつき0.15ミリグラム以上のアルコールを身体に保有する状態で運転する本件車両に同乗したものである。)

(判決要旨)

上記認定事実に対し、弁護人は、被告人と運転者との間で「大丈夫か」「おう」というやりとりはなく、被告人は、乗車後居眠りをしてしまい、途中まで、運転者が運転していることを知らなかったと主張する。しかしながら、運転者は、被告人との間で上記のようなやりとりがあったと明確に証言し、被告人自身も、必ずしも、発言自体を否定しているわけではなく、両者の間でこの会話がなされたことは優に認定できる。そして、この会話が、本件車両に乗車した際に交わされていることからすれば、運転者が飲酒運転をしても大丈夫かどうかを尋ねた会話であったというほかない。運転者も被告人も、この会話の趣旨について、日常的な挨拶程度のものであって深い意味はなかった旨弁解しているが、不自然であって信用できない。したがって、被告人は、本件車両に乗車した際に、運転者が運転するということを認識したというべきである。

(そして)酒気帯び運転までの経緯によると、被告人は、本件当日、運転者に対し、明示的に本件車両を運転して自己を運送することを依頼した事実はないが、(ここでの問題は)「黙示の依頼」があったか否か、仮にあったとして、黙示の依頼でも、同乗罪の構成要件要素を充たすか否かである。

そこで、前記認定事実に関し同乗罪の立法趣旨を基にして考えてみる

と、運転者は、被告人を自宅付近まで送り届けるために運転を行い、被告人も、自己を送ってもらうために同乗していたのであるから、運転者の運転行為を帰宅の足として利用したものである。そして、運転者と被告人のこうした意思是、本件が、従前から、被告人が居酒屋で飲酒した後、運転者又は交際女性の運転する本件車両で自宅付近に送り届けてもらうことを繰り返していたという経緯の中、その一貫として行われたことであるから、殊更に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であったといえる。以上のような事情に照らせば、被告人は「運転して送ってほしい」という積極的な意図を有し、その被告人の意図は運転者も了解しており、現に被告人が乗り込むことによって明確にされ、運転者の飲酒運転が「助長」され、飲酒運転が行われたことで被告人は「運転行為による便宜の享受」をし、さらに本件運転行為が行われたことにより「交通の危険性が増大」されているのであるから、その立法趣旨からすると、明示的な依頼文言がなかっただけで、「黙示の依頼」があったと認定すべきである。

(また) 同乗罪は、「依頼」を積極要件として規定しており、処罰の限界を画するため安易な拡大解釈等は許されず、『「運転者が酒気を帯びていることを知りながら、その飲酒運転を利用しようとして黙って車両に乗り込む」行為は、運送を頼む『意思を運転者に了解させ、その運送の働き掛けを行う行為にほかならない』』とか、「運転者の明示の誘いに基づく同乗以外はすべて『要求』『依頼』に該当する」などということとはできない。しかしながら、本件では、従前の被告人と運転者との経緯等の諸事情も勘案すると、被告人側も同乗の積極性を示し、それが運転者の飲酒運転意思と相互作用して助長したというべき事案である。単に運転者から一方的な誘いを受けたり、飲酒運転を利用する意図で乗り込んだに過ぎない事案とは全く様相を異にし、「明示の依頼」があったと同視できる状況があり、こうした状況がある場合に「黙示の依頼」を認定しても処罰範囲を不明確にすることはなく、同乗罪の構成要件要素を

充たしているというのが相当である。

2. 判例研究

(1) 同乗罪の立法経緯とその立法目的

本件は、内閣により提出された平成19年の道路交通法（以下、道交法とする）の一部改正により飲酒運転への車両等提供罪と共に新設された同乗罪に関する事案である。

この道交法における同乗罪の新設の背景には、平成13年に行われた道交法の改正により、酒酔い運転および酒気帯び運転に対する罰則が強化されたことをきっかけに、飲酒運転事故が平成17年まで減少傾向にもあったにもかかわらず、翌年の平成18年に増加傾向にあったことや、このような減少傾向は明らかである一方で、重大な飲酒死亡事故の発生等、悪質性の強い一部の運転者が、依然として飲酒運転を継続しているものと思慮されること⁽¹⁾、そして平成18年8月25日に福岡市で発生した、飲酒運転による重大事故⁽²⁾をきっかけに、悪質・危険な飲酒運転に対する批判が集中して、飲酒運転が大きな社会問題となり、飲酒運転の根絶を求める国民の声が高まったことにある⁽³⁾。

(1) 矢代隆義「改正道路交通法と今後の交通警察行政」警察学論集第60巻9号(2007)5-6頁

(2) 最決平成23年10月31日裁時1543号1頁。なお、本決定において「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正常な運転が困難な状態に当たる」とした点につき田原裁判官の反対意見および大谷裁判官の補足意見がある。本件の評釈については、前田雅英「概念の相対性：傷害と運転困難」警察学論集65巻4号146頁、豊田兼彦「危険運転致死傷罪の成立が肯定された事例」法学セミナー685号121頁、早川宏毅「危険運転致死傷罪の成否が問題となった事例（いわゆる福岡3児死亡事故最高裁決定）」捜査研究61巻1号39頁、などがある。

(3) 平尾覚「刑法の一部を改正する法律（平成19年法律第54号）及び道路交通法の一部を改正する法律（平成19年法律第90号）について」罪と罰45巻2号(2008)6頁、横山雅之「飲酒運転の根絶に向けた取り組みについて」警察学論集第60巻9号(2007)13-14頁、矢代・前掲注(1)・3頁

飲酒運転同乗罪と幫助犯

そこで、政府は、平成18年9月15日に中央交通安全対策会議交通対策本部において「飲酒運転の根絶」を決定し、飲酒運転に対する指導取締りの強化、同乗者・酒類提供者に対する徹底した責任追及の処置を取るものとした。⁽⁴⁾そして、その中で、飲酒運転の教唆・幫助行為に対する制

-
- (4) なお、平成18年9月15日に中央交通安全対策会議交通対策本部が決定した（平成19年4月26日改定）「飲酒運転の根絶について」は、以下のようなものである。

飲酒運転による死亡事故については、飲酒運転抑止に対する関係各位の取り組みと道路交通法の改正による飲酒運転の厳罰化等により、近年、減少傾向にあったが、今年に入り増加傾向に転ずるとともに、特に、最近になって、飲酒運転による死亡・重大事故が続発している。また、公務員の飲酒運転も頻発している。このため、飲酒運転に対する国民の意識改革を進め、その根絶を図ることとし、下記の措置をとるものとする。

1. 飲酒運転の根絶に向けた取り組みの強化

- (1) 国及び地方公共団体は、飲酒運転の根絶に向けた活動を一層強化し、次の事項について国民への周知徹底を図るものとする。
 - ① 酒気を帯びては絶対に車両等を運転してはならないこと、また、同乗者は酒気を帯びた者に運転をさせないこと
 - ② 酒気帯び運転の禁止に違反して運転するおそれがある者に酒類を提供し、または飲酒をすすめてはならないことまた、所属職員に対し、他の模範となるよう安全運転の指導を強化するとともに、飲酒運転に対しては同乗者を含め厳正に対処するものとする。
- (2) 自動車運送事業者等に対し、関係団体等を通じて、飲酒運転の根絶について周知徹底を図る。また、酒類を提供する飲食店等に対し、関係団体等を通じて、運転者に対する酒類の提供の自粛とともに、飲酒運転をさせない取り組みについて協力を要請する。
- (3) 「飲酒運転の根絶」を平成18年秋の全国交通安全運動の運動重点とするとともに、引き続き「飲酒運転は絶対にしない、させない」という国民の意識改革を図るため、広報、啓発活動を強化するものとする。

2. 飲酒運転に対する指導取締りの徹底等

飲酒運転に対する指導取締りを強化するとともに、同乗者、酒類の提供者に対しても徹底した責任追及を行うものとする。また、飲酒運転に対する制裁の更なる強化について検討する。

裁の強化を課題とした飲酒運転者の周辺者に対してどのような対策を講じていくのが問題となった。

この周辺者への対処につき、歴史的に振り返ってみると、まず道交法制定当時の昭和35年において、道交法75条2項では「車両等の運行を直接管理する地位にある者は、当該業務に関し、車両等の運転者に対し、アルコール又は薬物の影響、過労、病気その他の理由により正常な運転ができないおそれがある状態で車両等を運転することを命じ、又は車両等の運転者がそのような状態で車両等を運転することを容認してはならない」と規定し、同法119条1項12号および同法123条でそれに対する罰則を設けていたし、また昭和45年の道交法改正により、同法65条の見出しおよび文言を改めた上で、同条2項で「何人も、前項の規定に違反し

3. 飲酒運転に対する車両技術開発の検討

飲酒運転防止に係る車両の技術開発状況を把握し、実用化に向けた技術的課題の解決を図るなど、その開発方策について検討する。

4. 常習飲酒運転者対策のための連携強化

アルコール依存症の者等の飲酒運転を抑止するための諸対策について、関係行政機関及び飲酒運転対策に関係する団体との連携を強化し、その効果的な実施を図るため、交通対策本部長の定めるところにより「常習飲酒運転者対策推進会議」を開催する。

(5) 道交法119条1項12号および123条の規定を以下に記しておく。

道交法119条1項12号 次の各号のいずれかに該当する者は、3月以下の懲役又は3万円以下の罰金に処する。

(12) 第75条（車両等の運行を管理する者の義務）、第76条（禁止行為）第3項又は第77条（道路の使用の許可）第1項の規定に違反した者

道交法123条 法人の代表者又は法人若しくは人の代理人、使用人その他の従業者が、その法人又は人の業務に関し、第118条第1項第4号、第119条第1項第5号、第11号、第12号、第13号若しくは第14号、第120条第1項第10号若しくは第13号又は第121条第1項第7号若しくは第8号の違反行為をしたときは、行為者を罰するほか、その法人又は人に対しても、各本条の罰金刑又は科料刑を科する。

飲酒運転同乗罪と幫助犯

て車両等を運転することとなるおそれがある者に対し、酒類を提供し、又は飲酒をすすめてはならない」との規定が新設されたが、これに対する罰則はなく、その意味では、運転者についての対策を中心に講じられてきたことが伺えよう。⁽⁷⁾さらに、当然のことではあるけれども、飲酒運転を助長し容認する行為と言いうる場合には、飲酒運転罪の幫助罪を適用するなどして対処してきたことは言うまでもないであろう。⁽⁸⁾

もっとも、「飲酒運転の根絶」のためには、これまでのような対応に加え、飲酒運転を助長する行為につき何らかの処置を講ずることが必要であると考えられ、この助長する行為の中でも、特に飲酒運転への車両等提供罪や同乗罪を独立幫助犯⁽⁹⁾として道交法に規定し、罰則を設けるこ

(6) 以下に、昭和35年当時の道交法および昭和45年に改正された道交法につき記しておく。なお、下線部が改正された部分である。

昭和35年法：(酒気帯び運転の禁止)

第65条 何人も、酒気を帯びて(身体に政令で定める程度以上にアルコールを保有する状態にあることをいう。以下同じ)、車両等を運転してはならない。

(罰則 第118条第1項第2号)

昭和45年法：(酒気帯び運転等の禁止)

第65条 何人も、酒気を帯びて車両等を運転してはならない。

2 何人も、前項の規定に違反して車両等を運転することとなるおそれがある者に対し、酒類を提供し、又は飲酒をすすめてはならない。

(罰則 第1項については第117条の2第1号、第119条第1項第7号の2)

(7) 横山・前掲注(3)・19頁

(8) 早川治「飲酒運転の実態・取締り・法改正の動向」(『飲酒運転(交通法研究第36巻)』(2008年))6頁

(9) もっとも、車両提供行為はある意味、飲酒運転に決定的なものを提供するような行為であるとも言えることからすれば、単なる幫助的な関与行為というよりも、むしろ教唆的な関与行為という側面をもあわせ持っているということになろう。この点は、車両提供行為の量刑が、飲酒運転者と同等であることからもうかがえる。したがって、この車両提供罪は、独立幫助犯および独立教唆犯の両方を内包する犯罪であるとも言えよう。

とになったのである。⁽¹⁰⁾すなわち、道交法65条1項が「何人も、酒気を帯びて車両等を運転してはならない」としていることを受ける形で、同条2項において「何人も、酒気を帯びている者で、前項の規定に違反して車両等を運転することとなるおそれがあるものに対し、車両等を提供してはならない」とし、さらに同条4項で「何人も、車両の運転者が酒気を帯びていることを知りながら、当該運転者に対し、当該車両を運転して自己を運送することを要求し、又は依頼して、当該運転者が第1項の規定に違反して運転する車両に同乗してはならない」と規定され、そして車両提供者については、同法117条の2第2号（当該車両の提供を受けた運転者が酒気帯びの場合は、同法117条の2の2第2号）で、また同乗罪については同法117条の2の2第4号（当該同乗した車両の運転者が酒気帯びの場合は、同法117の3の2第2号）が、それぞれ適用されることになる。⁽¹¹⁾

では、従来、飲酒運転への幫助犯として扱われてきた行為の中で、とりわけ同乗行為を、「飲酒運転の根絶」のためとはいえ、なぜ独立した犯罪規定とする必要があったのであろうか。そこで、同乗罪の立法目的が問題となってくる。この点につき、国会における政府側答弁によると、「これはやはり、飲酒運転をしない、させないということのためには、本人もさることながら、その周辺者の対策が必要である、こういう問題意識からでございます……それで、この周辺者、車を提供した者、あ

(10) 萩野貴史「飲酒運転への車両等提供罪と同乗罪の罪数関係について併合罪であるとされた事例」法律時報81巻8号140頁

(11) なお、それぞれの罰則につき、酒酔い運転者に対する車両提供行為は、酒酔い運転者と同じ5年以下の懲役または100万円以下の罰金（当該車両を提供された運転手が酒気帯びの場合は3年以下の懲役または50万円以下の罰金）となり、また酒酔い運転者の運転する車両への同乗行為については、3年以下の懲役または50万円以下の罰金（同乗した車両の運転者が酒気帯びであった場合は、2年以下の懲役または30万円以下の罰金）となっている。

飲酒運転同乗罪と幫助犯

あるいは一定の同乗者というものは、これは従前でいきますと幫助犯でございまして、したがって、処罰の対象にはなれません。また、現実の一部としてきているわけでございます。ただ、今回、この周辺者対策が必要であるということから、幫助ということでは非常に類型が拡散しております、あいまいでございます。車の提供、飲酒運転の非常に大きな要素でございますが、要求してあるいは依頼しての同乗という助長行為ですけれども、こういったものを幫助行為の中から類型化したものを取り出しまして、それで正面からこれに対する規範というものを定立し、かつ、制裁も幫助犯よりは重くする、こういうことでございます」とした上で、さらに「幫助犯として処罰ができるにもかかわらず、この中からなぜ独立させるかということについては2つのねらいがございまして、1つには、非常に即物的なことになりますけれども、従犯では正犯の2分の1の科刑でございます。しかし、飲酒運転に決定的なものを提供するような教唆であれば正犯と一緒にございまして、教唆が立つ場合もあるわけですが、教唆が立たない場合、車の提供だけだというような場合、そういう場合に制裁をさらに重くするということになりまして、やはり正面からこの規範というものを定立して、それに対する制裁を明らかにする必要がある、これが一点でございます。それからもう1つは、やはり、現在の道交法65条2項に基づいてさまざまなキャンペーンなり取り組みがなされているわけでありまして、そうしますと、車両を提供してはならない、あるいは同乗を求めてはならないという規範をここに明らかにすることによりまして、飲酒運転をしない、あるいはさせないということが、社会に広く規範を浸透していく上で非常に明確になっていくということでございます。その2つのことを考えながら、今回はこれを独立させて新たにその処罰の対象を広げるものではないけれども、重くはなります。かつ、従前ですと幫助犯ということで、一体何なんだというのがよくわかりません。それは、実際の行動として追加的に起こすのであれば、車両を提供してはならない、あるいは飲酒運転している

車に同乗を求めてはならない、そういう規範を定立した、こういうこと
 でございます⁽¹²⁾」と答えている。

要は、飲酒運転を根絶するためには、飲酒運転に関与した者を単に飲酒運転の共犯とするだけでは足りず、どのような行為が飲酒運転の共犯として禁止されるのかをさらに明確にした上で、そしてこれに違反した場合は、刑法62条を適用して飲酒運転の幫助犯として処罰される場合よりも、より重い刑罰が適用されるようにすることが有用であるとしたのである。

ここで、特に、本件で問題となった同乗罪について言及すると、まず車両の運転手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る行為は、運転者の意思を強め、飲酒運転の幫助に当たることになろう。そして、その中でも、とりわけ、酒気を帯びている運転者に対し、車両を運転して自己を運送させることを要求・依頼して同乗する行為は、運転者の飲酒運転の意思を強固にして飲酒運転を助長するものであり、そして自ら進んで飲酒運転という違法行為により運送されるという便益を享受しようとするものである。その上、そのような要求または依頼した者を同乗させ、運送するために回り道をするなどにより、同乗させなかった場合に比べ、飲酒運転による道路における交通の危険性を増大させることになるのである。したがって、要求または依頼に基づく同乗行為は、飲酒運転を助長する行為の中でも特に悪質なものと評価されることから、そのような同乗行為を、従来型の飲酒運転の幫助犯の中から取り出して、独立した犯罪として新たに禁止した上で、重く⁽¹³⁾処罰することにしたのである。

(12) 第166回国国会衆議院内閣委員会第27号（平成19年6月8日）矢代政府参考人答弁

(13) なお、違法行為の行われている車両等に同乗する場合としては様々なものがあるが、その中で、飲酒運転についてのみその同乗を処罰することにしたのは、飲酒運転を助長し容認しているものに対し制裁を強化することはもちろん、飲酒運転については要求・依頼して同乗する時点で、運転

(2) 黙認の依頼による同乗行為

ところで、先述のように、同乗罪は、道交法65条4項で、飲酒運転の幫助にあたる同乗行為の中でも特に、「車両の運転者が酒気を帯びていることを知りながら、当該運転者に対し、当該車両を運転して自己を運送することを要求し、又は依頼して」当該運転者が飲酒運転をする車両に「同乗すること」を禁止している。したがって、同乗罪は、刑法62条の規定を用いることなく幫助的な行為を独立して、共犯者としてではなく正犯者として処罰する「独立幫助犯」規定であり、そして、道交法65条4項は、酒酔い（酒気帯び）運転を禁止する同法65条1項の違反者が存在することを前提として、その違反者が運転する車両への同乗行為につき、正犯として処罰するものであるから、同乗罪（道交法65条4項）と酒酔い（酒気帯び）運転の罪（道交法65条1項）は、必要的共犯のうち⁽¹⁴⁾の対向犯の関係にあると言える。

者の状況から酒気を帯びているかどうかを判断でき、違反が行われることを認識できるものであり、運転している間は違反状態が継続している点にもあるとされる（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）55頁，注（7））。

(14) この独立幫助罪については、道交法以外にも、例えば、「逃走させた」という幫助的な関与を独立した犯罪として単独正犯として処罰する看守者逃走援助罪（刑法101条）や、一定の犯罪類型について統一的正犯体系を採用するもの（例えば、軽犯罪法3条では、同法違反について教唆、幫助を正犯に準じるとするなど）がある。また、同乗罪は、従来、幫助犯として把握されてきた同乗者を、独立して構成要件化することで、その単独の正犯として処罰しているのであるから、これはまさに統一的正犯体系を採用している規定であるとも言えよう（高橋則夫『共犯体系と共犯理論』（1988）77頁）。もっとも、通常の犯罪において正犯と共犯とが区別されている我が国においては、このような特殊な構成要件は「例外的」なものとして位置づけられるべきであり、そうである以上、その存在は、1) そうした例外を認める趣旨が条文の文理から読み取れ、さらに2) そうした例外的な取り扱いを正当化するに足りる実体的あるいは政策的な特別な事情がある場合に限って認められるべきであり、そしてようやく、ここではじめて統一的正犯概念を妥当させることにも合理性があるということになろう

さて、本件につき、本判決で認定された事実によると、被告人と運転者は、居酒屋で飲酒した後、一緒に居酒屋を出て、運転者が本件車両の運転席に、被告人が助手席に乗り込んだ以上、同乗罪における「運転者が飲酒運転する車両に（被告人が）同乗すること」について、問題はないであろう。ここで問題となるのは、被告人による「自己の運送につき黙示の依頼」の有無である。すなわち、本件において、はじめに、そもそも実際に被告人による「自己の運送につき黙示の依頼」があったと言えるのか、次に、それが仮にあったと仮定したとしても、黙示の依頼でも、同乗罪の構成要件要素を充たすかどうかである。

では、そもそも同乗罪における「依頼」とは、いったいどのような行為を言うのであろうか。まず「依頼」とは、辞書的な意味で言えば、⁽¹⁵⁾「人に願い頼むこと」を意味するのであるから、互いにその願いが共通理解となり、通じている必要があるであろう。換言すれば、自己を運送することの願いを互いに理解していることを前提に、その願いが当該飲酒運転者に通じている必要があるということである。では、本事案で問題となったような「黙示による依頼」はどのような基準によって認められることになるのであろうか。ここで、黙示の依頼（黙示の意思連絡）が認められる基準として参考になるとと思われるのは、黙示の了解を根拠に共謀共同正犯の成立を認めた、⁽¹⁶⁾いわゆるスワット拳銃所持事件である。

（島田総一郎「不作為による共犯について（1）」立教法学第64号（2003）45-47頁）。そこで、これを同乗罪に当てはめてみると、1）「運転者に対し、当該車両を運転して自己を運送することを要求し、又は依頼して」という文言から、補助的な関与を含む趣旨であることが条文から読み取れ、また本文中でも述べたように、2）同乗行為は、自己を運送させることを要求・依頼するという点で、単なる飲酒運転の補助とするよりも当罰性が高いと言える（前掲注(13)）から、同乗罪にはあくまでも「例外的」に統一的正犯概念が妥当することになろう。

(15) 松村明・山口明徳・和田利政編『旺文社 国語辞典第10版』（2005）

(16) 最高裁決定平成15年5月1日刑集57巻5号507頁：もちろん、そもそも共謀共同正犯それ自体を認めるかどうかにつき争いはあるけれども、こ

ところで、このスワット拳銃所持事件は、周知の通り、刑法60条における（共謀）共同正犯、すなわち第一次的な犯罪関与者に該当するかどうかについて争いがあったものである。したがって、第二次的な犯罪関与者であることを前提とする同乗罪の判断基準とスワット拳銃所持事件の判断基準とは相容れないのではないのかとの疑問も生じるかもしれない。しかしながら、先述したように、同乗罪はあくまでも、刑法61および62条で規定されている正犯に従属的な、いわゆる狭義の共犯の範疇を越える犯罪関与行為を捕捉することを目的として、そのような犯罪関与行為を行った者をあくまでも正犯、すなわち第一次的な犯罪関与者として処罰しているのである。より言えば、飲酒運転行為者と同乗行為者とは互いの行為を利用しあうことで、それらの共通の構成要件該当行為である「交通の危険性の増大」を行うことになる。そうであるとすれば、酒酔い（酒気帯び）運転罪の必要的共犯として、そのような共通の構成

の点については、ここでは展開しない。なお、本決定についての評釈は、枚挙を挙げる暇もないが、代表的なものとして、山中敬一「銃砲刀剣類所持等取締法違反（けん銃等所持）の共謀共同正犯の成否」関西大学法学論集53巻3号（2003）180頁以下、大久保隆志「暴力団組長がボディガードらのけん銃所持につき直接指示を下さなくても共謀共同正犯の罪責を負うとされた事例」平成15年度重要判例解説（ジュリスト1269号）（2004）159頁以下、大塚仁＝福田平「最近の重要判例に見る刑法理論上の諸問題（5・上）」現代刑事法64号（2004）15頁以下、十河太郎「暴力団組長が自己のボディガードらのけん銃等の所持につき直接指示を下さない場合の共謀共同正犯の成否」現代刑事法68号（2004）85頁以下、亀井源太郎「共謀共同正犯における黙示的意思連絡とその認定」判例時報1882号（2005）205頁以下、林幹人「共謀共同正犯と『謀議』」判例時報1886号（2005）3頁以下、島田総一郎「暴力団組長である被告人が、自己のボディガードらのけん銃等の所持につき直接指示を下さなくても共謀共同正犯の罪責を負うとされた事例」ジュリスト1288号（2005）155頁以下、橋本正博「『共謀共同正犯』概念再考」『神山敏雄先生古稀祝賀論文集1巻』（2006）399頁以下、松原芳博「共謀共同正犯と行為主義—最高裁平成15年5月1日決定・同平成17年11月29日決定を契機として—」『鈴木茂嗣先生古稀祝賀論文集〔上巻〕』（2007）525頁以下、などがある。

要件該当行為を行う同乗行為者は、その場面において飲酒運転者と同時に存在する正犯、いわゆる同時正犯の関係にあると言えよう。それゆえに、同乗罪における「(自己を運送することの) 要求又は依頼」の判断につき、このような意味での同時正犯と、ある意味で同種のものとして位置づけられる共謀共同正犯の判断基準を用いたとしても、問題は生じない⁽¹⁷⁾ように思われる。

さて、スワット拳銃所持事件で、最高裁は、「被告人とスワットらとの間に拳銃等の所持について黙示的に意思の連絡があったといえる。そして、スワットらは、被告人の警護のために本件拳銃等を所持しながら終始被告人の近辺にいて、被告人と行動をともにしていたものであり、彼らを指揮命令する権限を有する被告人の地位と彼らによって警護を受けるという被告人の立場を併せ考えれば、実質的には、正に被告人がスワットらに本件拳銃等を所持させていたと評し得るのである」とした。すなわち、黙示の意思連絡があったことは「被告人も、スワットらによる警護態様、被告人自身の過去におけるボディガードとしての経験等から、スワットらが被告人を警護するためけん銃等を携行していることを概括的とはいえ確定的に認識していた。また、被告人は、スワットらにけん銃を持たないように指示命令することもできる地位、立場にいなから、そのような警護をむしろ当然のこととして受け入れ、これを認容し、

(17) なお、このような実質的な同一性に加え、同乗罪と共謀共同正犯は、概念上統一的正犯体系をともに採用するものであることもその根拠の1つになるように思われる。もちろん、周知の通り、学説上、共犯体系を巡る大きな対立(限縮的正犯概念と拡張的正犯概念)があるけれども、本稿ではその射程を超えるため詳細な検討はしない。しかしながら、我が国の刑法においては、通常の犯罪において正犯と共犯とが区別されている一方で、共謀共同正犯が広く認められている現状や、先述した看守者逃走援助罪のように、幫助的な関与を正犯として処罰する規定が存在する以上、先述したようにあくまでも特殊、例外的な存在であるとは言え、刑法上、統一的正犯概念が妥当するような概念や規定が存在するの、また事実であるようにも思われる。

スワットらも被告人のこのような意思を察していた」として肯定し、さらに、深沢裁判官によるその補足意見においても、「被告人と実行行為者間に、(被告人も、スワットらによる警護態様、被告人自身の過去におけるボディガードとしての経験等から、スワットらが被告人を警護するためけん銃等を携行していることを概括的とはいえ確定的に認識していた)関係がある場合、具体的な謀議行為が認められないとしても、犯罪を共同して遂行することについての合意が認められ、一部の者において実行行為が行われたときは、実行行為に直接関与しなかった被告人についても、他人の行為を自己の手段として犯罪を行ったものとして、そこに正犯意思が認められる本件のような場合には、共謀共同正犯が成立するというべきである」とするのである。つまり、黙示の意思連絡を推測できるような具体的な謀議を内容とする外部的な行為がなかったとしても、被告人が犯行時に、犯行現場付近で、実行行為者と行動をともにしており、これによって、スワットに拳銃を所持させて被告人を警護させるという犯行の目的をまさに、被告人が一緒になって実現させていたからこそ、共謀共同正犯が肯定されたと言いえよう。⁽¹⁸⁾換言すれば、スワット拳銃所持事件決定では、黙示とはいえ、ただ単に互いに目と目が通じ合ったことで、ある意味、奇跡的にその共謀が肯定されたわけではなく、組長たる地位にある被告人が、暗黙の了解によって、そのような地位にある被告人を守るために拳銃を所持するスワットらによる警護を受け入れて行動を共にすることで、正犯行為へ重大な働きかけ、すなわち拳銃所持の必要性を作り出したからこそ、黙示であったとしても、実質的に自己の犯罪として評価されうるような共謀があったと認められたのである。⁽¹⁹⁾

(18) 十河・前掲注(16)・88頁

(19) もっとも、この平成15年決定に対しては、本件で認定された事実からすれば、たしかに、黙示の意思連絡の存在は認められるが、組長たる被告人の行為寄与を示す具体的な事実は何も指摘されていないことから、そも

では、本事案においても、黙示とはいえ、このような正犯行為への重大な働きかけが実質的にあったために、自己の運送の依頼につき、互いに意思連絡があったと言えるのであろうか。

本事案では、①運転者は、10月半ば頃から、交際女性をアルバイト先である居酒屋に本件車両で送迎するようになった、また②本件当日までの間、5回程度、運転者が遊び友達である被告人を誘い、本件車両で居酒屋へ行き、一緒に飲酒しながら交際女性の仕事が終わるのを待ち、帰りは3人で本件車両に乗り、まずは被告人を送り届け、その後2人で帰ることがあった、さらに③そのような場合、帰りに本件車両を運転するのは、運転者か交際女性のどちらかであった、そして④被告人を含め誰もが飲酒運転に異を唱えたことはなかった、との事実があったとされている。本判決で認定されたこれらの事実、特に①②③より、被告人はま

そも被告人の行為寄与が認められるかどうかにつき問題があることも否めない。たとえば、山中は「被告人が『スワットが拳銃等を所持している』と認識し、受け入れていることをスワット達が認識ないしは察知していたという事実……を裏付ける証拠は示されていない。被告人がスワットらに警護されていることを知っているということを、スワットらにも知られていたといえるかもしれない。しかし、けん銃等を持って警護されるであろうことを被告人が知っていることをスワット達が認識していたかどうかは、証拠を挙げて認定されていない」（山中・前掲(注16)・202-203頁)として、相互的な認識・認容は故意の内容をなすものではあっても、それ自体を因果的寄与とみることはできない、換言すれば「たんに被告人にスワットのけん銃等について認識があったというだけで、共同正犯にすることはできない。犯罪は、思想や認識を処罰するのではなく『行為』を処罰するものでなければならないからである」（同・204頁)とされ、また松原も「結局、所持現場における被告人の存在と行動は、彼の『受益者としての立場』を基礎づけるものにすぎず、けん銃所持という犯罪事実に対する行為寄与ないし因果的寄与を基礎づけるものではない」（松原・前掲(注16)・545頁)として「15年決定の事案において、被告人に共同正犯性が肯定されるかどうか以前に、そもそも被告人とけん銃所持の事実を結びつける何らかの行為寄与が認められるかどうかが問われなければならない」とする（同・550頁）。

さに、約半月の間だったとはいえ、本件当日より以前より、運転手と被告人が居酒屋で飲酒した後、運転者又はその交際女性の運転する本件車両で自宅付近に送り届けてもらうことを5回程度、反復・継続していたという過去における先行する事情がある中、その延長線上で、本件の飲酒運転行為と同乗行為が行われたのであるから、特に本件当日に自己の運送の明示的な依頼がなかったとしても、実質的に被告人と運転者の間では、被告人を自宅まで車で乗せていくことは相互の了解事項であったといえよう。

さらに、本事案において、被告人は、⑤本件当日も運転者に誘われ、本件車両で居酒屋に行ったが、帰路についてはいつものとおり、運転者か交際女性のいずれかが運転する本件車両で、送ってもらうつもりであったという点と、⑥被告人と運転者は、居酒屋で飲酒した後一緒に居酒屋を出て、運転者が本件車両の運転席に、被告人が助手席に乗り込んだ点、および上記④の点からすると、まさに被告人は、以前より反復・継続されてきた被告人を乗せていくことにつき相互かつ暗黙の了解に基づき、そのような立場にある被告人を自宅まで送り届けるために飲酒運転行為をする運転者による運転行為につき何ら異を唱えることなく、運転手による飲酒運転行為を受け入れて、本件車両の助手席に乗り込み、行動を共にすることで、飲酒運転行為への重大な働きかけに加え、運転手とともに交通の危険性を増大させたと言いうるであろう。したがって、本判決の理由中においても指摘しているように、「運転者の飲酒運転が『助長』され、飲酒運転が行われたことで被告人は『運転行為による便宜の享受』をし、さらに本件運転行為が行われたことにより『交通の危険性が増大』されているのである」から、本事案においても、被告人による「黙示の依頼」があったとすることには、差支えはないであろう。

一方で、黙示の依頼が、そもそも同乗罪の構成要件要素になりうるかどうかについてであるが、この依頼は、飲酒者に自己を車で運送してもらうための依頼であり、したがって、立法経緯に照らしても、これは飲

酒運転行為への従犯的な関与形態を指すものであるということには問題はないと思われる。そうであるならば、そこには当然、作為による黙示の従犯的な関与と不作為による黙示の従犯的な関与があるということにもなる⁽²⁰⁾。そこで、以下では、作為による黙示の依頼と、不作為による黙示の依頼に分けて検討しておくことにする。

はじめに、作為による黙示の依頼についてであるが、先述したように、本件被告人は、以前より反復・継続されてきた被告人を乗せていくことにつき相互かつ暗黙の了解に基づき、そのような立場にある被告人を自宅まで送り届けるために飲酒運転行為をする運転者による運転行為につき何ら異を唱えることなく、運転手による飲酒運転行為を受け入れて本件車両の助手席に乗り込み、行動を共にすることによって、飲酒運転行為への重大な働きかけに加え、運転手とともに交通の危険性を作り出し、また被告人もそれを認識している以上、「交通の危険性」に対する心理的因果性も肯定しうるであろう。したがって、このような形態の黙示の要求・依頼は作為によるものということになる。もっとも、この心理的因果性については、技術的な助言と、意欲的な心理に影響を与える狭義の心理的因果性に分類することができるが、特に狭義の心理的因果性の場合、明示であれ黙示であれ、あらゆる賛同行為が狭義の共犯（幫助）⁽²¹⁾となってしまう危険性があることからすれば、同乗者につき、運転者による飲酒運転を利用しようとする意思の有無や同乗者と運転者との関係性、あるいは同乗するに至った経緯などを総合的に判断して、黙示の依頼による飲酒運転行為への心理的因果性の有無を実質的に考慮することで、従犯的な関与行為である同乗行為を正犯として処罰するための根拠を実質的に検討する必要があるように思われる。換言すれば、「黙示の

(20) もちろん、先述したように、同乗罪は統一的正犯体系を採用した規定である以上、従犯的関与をしたとしても、それは単独正犯者である。（前掲注(14)）

(21) 高橋則夫『刑法総論』（2010）452-453頁

飲酒運転同乗罪と幫助犯

依頼」をした、そのような場面における同乗者を単なる「運転行為による便宜の享受者」として位置づけるだけでは十分ではなく、交通秩序に対して、飲酒運転者と同等な者として評価されるような因果的な寄与をすることで、その危険性を作り出した者として位置づける必要があるように思われる。

次に、不作為による黙示の依頼になりうるものとして考えられるものとして、本事案を前提とした場合、被告人が運転手に飲酒運転をやめるように言わなかったという本件車両の助手席に乗り込んだ段階または（乗り込む前の）飲酒段階における不作為が考えられるように思われる。より言えば、運転者の飲酒運転行為は被告人を自宅に送るために行われており、被告人はまさに「運転行為による便宜の享受」をしており、また本件車両に乗り込んだ際に、運転者の飲酒運転行為をやめさせることができるのは、車という、ある種の閉鎖的空間の中で助手席に座っている被告人だけしか存在しないということである。

もっとも、だからといってこのような場合に直ちに同乗罪における依頼があったと判断するには問題がある。というのも、不作為犯として責任を問うためには、少なくとも作為義務および作為可能性そして結果回避可能性が前提とされる必要があるからである。そうでなければ、作為義務が課せられることになる保証人的地位という要件を一切検討することなく、単にその場にいただけで処罰されることになってしまう危険性を孕むことになるであろうし、この点は、本判決の理由中において、「『運転者が酒気を帯びていることを知りながら、その飲酒運転を利用しようとして黙って車両に乗り込む』行為は、運送を頼む『意思を運転者に了解させ、その運送の働き掛けを行う行為にほかならない』とか、運転者の明示の誘いに基づく同乗以外はすべて『要求』『依頼』に該当するなどということはできない」として指摘されている通りである。

では、どのように考えるべきであろうか。その解決方法が問題となる。この点、先述したように、黙示の判断につき、共謀共同正犯の成立の有

無が問題となったスワット拳銃所持事件の判断基準を用いたのであるから、ここでも同じように、不作為による共謀共同正犯として構成し、検討すべきではないのかとも考えうる。しかしながら、黙示の判断で共謀共同正犯の基準を用いるとした根拠は、あくまでも、飲酒運転者とともに、同乗行為者にも「交通の危険性の増大」に対する正犯性が同時に認められうるからであって、「飲酒運転」に対する正犯性が認められうるからではないのである。したがって、運転手と同乗者との間に意思の連絡はあるけれども、共謀（共同性）が認められないからこそ、同乗罪の成否が独自に問題となるこの場面において、交通の危険の増大につき飲酒運転行為の正犯者と同乗行為の正犯者が同時に存在しているのであるから、先述したのと同様に、ここでは、不作為による同時正犯として同乗者を評価することになる。

ところで、不作為による犯罪行為への関与につき、それを不作為の単独正犯、または（共謀）共同正犯、あるいは狭義の共犯（帮助犯）のいずれかで構成するのであれば、作為義務および作為可能性・結果回避可能性があることが当然必要となるし、また、特に、犯罪阻止義務につき、不作為正犯と不作為共犯のその作為義務の根拠が同じかどうかで学説上争いがあるけれども、本稿ではその射程を超えるため、ここでは詳細な検討はしない。もっとも、本件を前提とした場合、車というある種の閉鎖的空間であったとはいえ、被告人が、単なる運転手と同乗者あるいは遊び仲間という関係から、運転手が飲酒運転をすることを防止すべき監視義務や犯罪防止義務が発生するかどうかについては、さらに慎重に検討する余地があるように思われる。⁽²²⁾

また、最終的に問題となるのは、結果の発生を阻止する義務であるから、義務の由来の相違によって作為義務の程度を区別する考え方に合理的根拠はないとすれば、⁽²³⁾当然、不作為共犯の作為義務も不作為正犯と同

(22) 鳥田・前掲注(14)・17頁以下

(23) 神山敏雄『不作為をめぐる共犯論』（1994）177頁

様の基準によって判断されるべきということになる。そうであるとすれば、不作為正犯と不作為共犯は作為義務の程度によって区別することはできないことになろう。では、不作為正犯と不作為共犯はどのように区別するべきであろうかということになるが、ポイントは因果的な寄与の程度にあると思われる⁽²⁴⁾。すなわち、幫助の因果性は、正犯結果を促進し、容易にしたことで足りるのであるから、その例外たる不作為の幫助の因果性は、作為にでることによって「確実に」結果を回避できたという事実は必要とせず、結果発生を「困難にした可能性がある」という関係で足りることになる。換言すれば、不作為者が作為に出ているならば「確実に」結果を回避できたであろう場合には同時正犯となり、結果発生を「困難にした可能性」がある場合には不作為共犯（幫助犯）となるということである⁽²⁵⁾。

以上のことからすれば、仮に犯罪阻止義務が同乗者に認められたとしても、同乗者が作為（飲酒運転の防止行為）にでることによって結果発生を「確実に」回避する可能性がそもそもない場合には、黙示の依頼との同価値性が認められないため、不作為による黙示の依頼にはならないということにもなる⁽²⁶⁾。

(24) 西田典之『共犯理論の展開』（2010）154頁

(25) 西田・前掲注(24)・155頁

(26) もっとも、問題はこの先にもある。すなわち、危険運転致死傷罪の狭義の共犯（幫助犯）と同乗罪との関係性をどのように理解するべきかについてである。つい先日、危険運転致死傷罪の幫助犯に関する事案（最高裁決定平成25年4月15日第三小法廷）で、最高裁は、職権で「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る」と判断して、危険運転致死傷罪の幫助犯の成立を肯定した（なお、本事案の事実審における評釈として、拙稿「同乗者による危険運転致死傷罪の幫助」神戸学院法学40巻3・4号（2011年）381頁以下、千葉陽一「アルコールの影響により正常な運転な困難な状態で車両を走行させることに了解を与え、黙認したとして危険運転致死傷罪の幫助罪の成立を認めた事例」研修755号（2011年）15頁以下、上野幸彦「飲酒関与同乗者に危険運転致死傷幫助罪が認められた事例」刑事法ジャーナル35号（2013年）127頁以下、がある。）。

この点につき、危険運転致死傷罪の幫助犯の故意がないとしてその成立を否定し、酒酔い運転の幫助犯のみが成立した事案（仙台高裁判決平成21年2月24日（高等裁判所刑事裁判速報集平成21年309頁）：なお、事実審における評釈として、拙稿「危険運転致死傷罪と幫助犯の故意」神戸学院法学38巻2号（2008年）149頁以下、殿井憲一「被告人が同乗していた自動車の運転手がアルコールの影響により正常な運転が困難な状態で危険運転致死傷罪を犯した事案につき、被告人に酒酔い運転の幫助罪を認めた事例」研修725号（2008年）105頁以下、がある。）と比較した場合、その違いが、危険運転行為時にその第二次的な関与者が起きているか寝ているか、換言すれば、その第二次的な関与者が、第一次的な関与者による危険運転行為を現に認識しているかしていないかの違いにあるとするならば、第二次的な関与者らが現に助手席および後部座席で起きていた本事案において、酒酔い運転の幫助ではなく、危険運転致死傷罪の幫助が認められたのは当然のことであろう。

もっとも、その一方で、本事案において被告人らが、酩酊状態にある運転手Cから本件車両の発進につき了解を求められた際、それにうなずきあるいは了解して、本件車両に同乗した点につき、自己の運送を依頼したとして同乗罪の成立をも肯定することは可能であるようにも思われる。そうであるとすれば、飲酒運転を容認・助長したことのみならず、要求・依頼して同乗する際に、運転者が酒気帯び状態にあることを認識し飲酒運転行為が行われることを予見し、そして当該飲酒運転行為が継続していること点をもその処罰根拠とする同乗罪（前掲注(13)）と、危険運転致死傷幫助罪とはどのように区別するべきであるのかとの実質的な区別基準も理論的に根拠付ける必要があるように思われるが、この点については、本稿の射程を超えるため、別稿においてあらためて検討したいと思う。