

大宮法科大学院大学

# 大宮ローレビュー

第10号 2014年1月



## 目次

### 【論説】

- 共同意思主体としての共謀共同正犯 …………… 5  
上田正和
- 「新時代の刑事手続」のめざす刑事手続像 …………… 37  
新屋達之

### 【判例研究】

- 面接交渉を認めた審判等が履行されない場合の間接強制の可 …… 53  
否——最（一）小決平成25年3月28日（裁判所時報1577号4頁、同6頁） 田中 宏



# 共同意思主体としての共謀共同正犯

上田正和

---

I	はじめに	6
II	共謀共同正犯についての法理論的な説明——共同意思主体と行為規範	8
III	共同意思主体の形成とその構成メンバーであることの認定	18
IV	これまでの主な判例についての若干の検討	21
V	その他の関連する問題	29
VI	おわりに	34

---

## 1 はじめに

法律学は実践学であり、実社会の中で生じる様々な「具体的な出来事（事件）」に法的解決を与えることを研究対象とする学問であり、刑法解釈論もその1分野である<sup>(1)</sup>。そして、刑事法分野についていえば、平成21年5月に開始した裁判員制度の下における事実認定と法の解釈・適用を意識した法解釈論が求められている<sup>(2)</sup>。

もっとも、実践学であり裁判員制度の下での具体的な法実務を意識した法解釈論が、〇〇〇の本質論や△△△の性格論という抽象度の高い議論を、もはや実務に役立たないとして直ちに不要にするものとは思われない。法律についての素人である裁判員（その背後には、一般国民がいる。）が関与する事実認定や法令の適用という作業において、ある法律要件に該当するか否かを判断する際に、その要件に関わる法的概念についての基本的な考え方と特徴を理解しておくためには、過度に複雑で分析的にならない程度の一定の本質論や法的性格論の提供を受けていることが有益であることは否定できないであろう<sup>(3)</sup>。

(1) 平野龍一『刑法の基礎』（1966年）243頁は、「裁判所には制定法を解釈し、現実的な法をつくる権限があるが、学者には、本来の意味で制定法を解釈する権限はないといつてよいのである。学説の役割は、裁判官に働きかけて法をつくらせることにある。」とする。また、本稿のテーマである共謀共同正犯についての否定論者であった団藤重光は、最高裁判所裁判官の意見として、「社会事象の実態に即してみるときは、実務が共謀共同正犯の考え方に固執していることにも、すくなくとも一定の限度において、それなりの理由がある。一般的にいって、法の根底にあって法を動かす力として働いている社会的因子は刑法の領域においても度外視することはできないのであり、共謀共同正犯の判例に固執する実務的感覚がこのような社会事象の中に深く根ざしたものであるからには、従来の判例を単純に否定するだけで済むものではないであろう。」と述べるに至っている（最決昭和57年7月16日刑集36巻6号695頁）。さらに、刑事実体法分野における実務と学説の協働関係について述べるものとして、井田良『変革の時代における理論刑法学』（2007年）97頁以下。

(2) 裁判員の参加する刑事裁判に関する法律6条1項によると、裁判員は、事実の認定、法令の適用、刑の量定を行うが、同条2項2号によると、裁判員は、法令の解釈に係る判断についての権限を有しないとされている（裁判官の権限である）。もっとも、法令の適用に当たっては（一定程度の）法令の解釈は避けて通れないであろう。

裁判員裁判と刑法解釈についての文献の例として、佐伯仁志「裁判員裁判と刑法の難解概念」法曹時報61巻8号（2009年）1頁以下。特集「裁判員裁判と刑法解釈」刑事法ジャーナル18号（2009年）2頁以下。

(3) 山口厚他「裁判員裁判と刑法解釈の在り方〔座談会〕」ジュリスト1417号（2011年）128頁〔橋爪隆発言〕は、「裁判員の方々に対して法令解釈の説明をするときには、単に結論を示すだけではなくて、正当防衛とはこういった概念であるとか、故意責任の本質はこのようなものだというように、本質論・根拠論をある程度、裁判員の方にも伝えるべき……判例の事案とやや異なった事

本稿は、このような問題意識に基づき、刑法解釈論における伝統的なテーマとされ、具体的な事案の解決における認定ないし評価について日々実務の現場で議論がなされ、膨大な判例の集積とその評釈、そして学説からの主張が存在する「共謀共同正犯(論)」について、裁判員裁判時代を踏まえて、具体的な法適用の指針となり実務でも使いうような考え方(発想)と判断基準について、若干でもその方向性を明示することができないかを探ってみようとするものである<sup>(4)</sup>。

共謀共同正犯については、これまで数多くの優れた研究成果が世に出されているが、それら全てについての分析と検討を行うことは私の能力を遥かに超えるものであり、また、共謀共同正犯に関する数多くの判例についての分析と検討を行うことも、残念ながら、私の手に余る作業である<sup>(5)</sup>。従って、本稿は、共謀共同正犯に関する限られた何点かの問題点についての素描程度の粗い検討と考察に過ぎず、質・量のいずれの面においても甚だ不十分なものであろうが、内容としては、(1)共謀共同正犯についての法理論的な説明についての若干の試み、(2)共謀共同正犯としての認定、(3)共謀共同正犯に関するこれまでの代表的な判例についての若干の検討、(4)その他の関連する問題についての若干の言及、という順序で論を進めることにしたい。そして、本稿を手始めにして、さらに検討を深めていきたいと考えている。

実関係が問題になる場合があり得るため、判例理論の背景にある本質論に遡った議論をする必要もある」とする。

(4) 佐久間修「共謀共同正犯をめぐる諸問題」法律時報85巻1号(2013年)22頁以下、佐伯・前掲(2)43頁以下。島田聡一郎「共謀共同正犯論の現状と課題」『理論刑法学の探求③』(2010年)31頁以下は、「従来の学説および判例・裁判例が用いてきた『手法』には、見直されるべき点もあるのではないだろうか。それらは、意識的・無意識的に、もっぱら専門家による解釈・適用を予定しており、裁判員制度を想定していないからである。」という視点の下に、共謀共同正犯論について論じる。

なお、改正刑法草案27条2項は、共謀共同正犯について、「2人以上で犯罪の実行を謀議し、共謀者の或る者が共同の意思に基づいてこれを実行したときは、他の共謀者もまた正犯とする。」との規定を置いているが、現行刑法の立案担当者は共謀共同正犯否定説であったといわれている(松尾浩也監修『刑法沿革総覧[増補版]』(1990年)925頁)。

(5) 共謀共同正犯に関する最近の学説の状況をまとめたものとして、杉田宗久他「共犯(1)——共謀共同正犯の成立要件(上)」判タ1355号(2011年)82頁以下。最近の本格的な論考の例として、島田・前掲(4)、松原芳博「共謀共同正犯論の現在」法曹時報63巻7号(2011年)1頁以下。実務家(裁判官)の考え方をまとめたものとして、杉田宗久他「共犯(1)——共謀共同正犯の成立要件(下)」判タ1356号(2011年)50頁以下。

共謀共同正犯に関する判例の状況をまとめたものとして、杉田・上記「共犯(1)——共謀共同正犯の成立要件(上)」76頁以下。松宮孝明「共謀共同正犯」法学教室387号(2012年)23頁以下は、判例の事案を、①対等共同型、②委託による監督型、③命令・利用型、の3類型に分類する。

比較法や旧刑法と関連付けた検討を行うものとして、島田・前掲(4)38頁以下。

共謀共同正犯に関する現時点での私の考え方の大まかな方向性をあらかじめ簡単にまとめると、①共謀共同正犯としての法適用の指針としては、共同意思主体説を基礎とし、行為規範（禁止規範）の提示による行為のコントロールという点を加味した理解と説明が適切であると考えられること、②共同意思主体の形成の有無（第1段階）、そして、形成された共同意思主体の構成メンバーといえるか否か（第2段階）、という2つの段階の検討を経ることによって、共謀共同正犯とその他の関与者（教唆犯や帮助犯）の区別を行っていくべきであること等である。これらについて、共謀共同正犯に関する最近の論考や判例を参考にしながら論じていきたい。

## II 共謀共同正犯についての法理論的な説明——共同意思主体と行為規範

### 1 共謀共同正犯についての法理論的な説明の意味と必要性

共謀という参加形態（実行行為を行わない参加形態と表現する方が適切であろう。）である共謀共同正犯について、我が国の判例・実務はこれを一般的に認めてきたが、以前の学説の圧倒的多数は共謀共同正犯について否定的であり、その後、次第に肯定説が強くなり、現在では否定説が少数になったという状況にある<sup>(6)</sup>。

そして、共謀共同正犯を肯定するための法理論的な説明としては、これまで、共同意思主体説、間接正犯類似説、行為支配説、優越支配共同正犯、重要な役割説等の考え方が主張されてきた。

私は、共謀という参加形態（実行行為を行わない参加形態）による共同正犯は認められると考えるが、具体的な事案の解決の前提として、既に判例・実務において揺るぎないものとして確立した共謀共同正犯についての法理論的な説明を議論しておく意味や必要性はあるのか。あるとすればそれは一体何であろうか。議論のための議論という法解釈論の自己満足に陥っていないであろうか。

これに関しては、1つ1つの事案において、実行行為を行っていない関与者につい

(6) 実行行為に関する形式説（形式的実行共同正犯論）を前提に、共謀共同正犯を否定するものとして、福田平『全訂刑法総論〔第5版〕』（2011年）279頁、浅田和茂『刑法総論〔補正版〕』（2007年）419頁、山中敬一『刑法総論〔第2版〕』（2008年）877頁、松宮孝明『刑法総論講義〔第4版〕』（2009年）275頁。なお、共謀行為が実行行為になりうることを論じるものとして、小島秀夫「共謀共同正犯における実行行為概念の再検討」大東法学22巻1・2号（2013年）33頁以下。

なお、機能的行為支配という説明を行うことにより、共謀共同正犯を限定的に認めるものとして、橋本正博『「行為支配論」と正犯理論』（2000年）186頁以下。



て、共謀共同正犯としての評価と法適用（当該犯罪現象において、教唆犯や幫助犯にとどまらない共同正犯者としての評価と法適用）を行うための判断指針として、とりわけ裁判員裁判において、共謀共同正犯とは一体どのようなものであり、どのような特徴と実態を有するものであるのかに関する基本的な考え方を示すものとして、理論的な説明を探求する意義と役割があると考えられる<sup>(7)</sup>。従って、理論的な説明といっても、従来の刑法解釈論においてしばしば見られる理論的精緻さよりも、実行行為を行っていないにもかかわらず共同正犯と評価される関与形態の特徴と実態の基本を理論的に説明しようとするに重点が置かれるべきである。例えば、犯行現場において凶器を使って他人を傷つけるような行為を実際に行っていないにもかかわらず、なぜ傷害（致死）罪の共同正犯という評価と法適用を行うことができるのかについてのバックボーンとなるような説明方法が探求される必要がある。

## 2 共同意思主体説による説明

以上のような観点から、共謀共同正犯の理論的な説明（基礎付け）について述べるとすれば、私としては、共同意思主体説を基本にした説明が（他の考え方との比較において）優れているように思われる。

共同意思主体説は、学説の多くが共謀共同正犯否定説であった時代から主張されている（その意味でやや古典的な）学説である<sup>(8)</sup>。この考え方の概要は、共謀により同心一体的な共同意思主体が形成され、その中のある者による実行行為は共同意思主体の活動とされ、共同意思主体の責任は民法の組合理論を類推して共同意思主体を形成する各個人に帰せられる、というものである。この中の「民法の組合理論を類推して」という部分は、刑事責任を論じるに当たって適切とはいえないが（現在の共同意思主体説は、この点を自覚している）、それを除いたとしても、共同意思主体といういわば「超個人的な団体」に犯罪主体性を認めることは個人責任に立脚する刑法の議論として

(7) 鳥田・前掲(4) 69頁以下参照。

(8) 共同意思主体説を展開したものとして、草野豹一郎『刑法改正上の重要問題』（1950年）315頁以下。さらに、西原春夫『刑法総論 改訂準備版（下巻）1993年』374頁以下、立石二六『刑法解釈学の諸問題』（2012年）133頁以下、岡野光雄『刑法要説総論〔第2版〕』（2009年）297頁以下。なお、共同意思主体説に立ちながら共謀共同正犯を否定するものとして、曾根威彦『刑法総論〔第4版〕』（2008年）255頁。

高橋則夫『刑法総論〔第2版〕』（2013年）427頁は、因果性を前提に共同正犯の構造を考えて「共同正犯の処罰根拠は、共謀に基づく相互利用・相互補充による行為帰属の点に求められる」とするが（相互的行為帰属論）、実質的には、共同意思主体説の考え方に近い（あるいは、その理論的基礎を提供しようとするもの）と理解することが可能であろう。

は適切でないと批判され、共同意思主体説は多数の支持を得ることはできなかった。

しかし、共犯現象を説明する際に、特に共犯現象の現実的な特徴と実態を説明しようとする時に、1人1人の人間を超えた団体的なもの（その事件に限って形成された犯行グループ）に「犯罪現象」の主体性を認めることは実態に適っている。実社会における現実の出来事に法的解決を与えるための手掛かりを探索する法律学にとって、そして、違法行為に対して国家刑罰権を現実に行使・実現していくことに関する学問研究である刑法学においても、このことは十分に意識される必要がある。刑法学においては、個人を超えた団体に行為主体性を認めることは当然に否定されるべきである、という固い姿勢は適切とは思われない。個人を超えた団体に「犯罪現象」についての行為主体性を認めたとしても、「具体的な犯罪現象」に対する各人の関与の質と量に見合った適正な刑事責任を「関与者各人」に負担させることができれば、犯罪抑止のための行為規範（禁止規範）の提示という一般予防効果を期待することができ、刑事制裁の目的は達成される。そして、刑事事件の解決が職業裁判官という専門家だけに委ねられるのではなく、法律の素人である一般人が裁判員として参加することが求められる裁判員時代の刑事法学において重要なことは、現実が発生した具体的な事件における特定の関与者について、当該事件の実態に適うものとして（共謀）共同正犯であるとの認定・評価と法適用を行ってよいか否かを判断するための考え方の手掛かりと指針を提供することである。このように考えれば、これまで共同意思主体説に対して向けられてきた冷たい批判には、克服されるべき点があるように思われる。さらにいえば、今日の犯罪現象を説明するに当たっては、組織ないし団体による活動によって惹き起こされる「犯罪現象」、つまり、1人1人の自然人行為者に分解ないし還元することが適切でなく又は不可能な事象が数多く発生している。例えば、刑法犯についても、企業や各種団体による活動によって人身被害が生じるという事例（例として、欠陥製品事故や交通機関の事故等がある。<sup>9)</sup>）が、最近注目されている。

従って、犯罪現象を共同意思主体による活動としてとらえようとする視点には十分な合理性があると思われる。ただ、従来主張されてきた共同意思主体説は、関与者間の主観面のつながり（強固な意思連絡）に重点を置いて共謀共同正犯を説明しようとしてきたといえるが、これについては、複数人によって犯罪行為に対して、行為規範

(9) 欠陥製品事故の例として、薬害エイズ事件、三菱自動車事件、パロマガス湯沸器事件。交通機関の事故の例として、日航機ニアミス事件、JR西日本事件。特集「事故と刑事法」法学教室395号(2013年)2頁以下、上田正和「企業活動による人身被害と刑事責任」刑法雑誌51巻2号(2012年)49頁以下。

(禁止規範)の告知による犯罪予防効果(積極的一般予防による犯罪の抑止)という観点からの修正又ないし補充を行うことが必要であろう。その際、単独での犯罪実現に比較して、複数人が共同して行う犯罪現象によって社会にもたらされる危険性に着目する必要がある。刑事制裁の役割として、規範の告知による働き掛けによって犯罪の防止を図るという視点が重要であると考えられることから<sup>(10)</sup>、ある具体的な犯罪現象が共同意思主体による活動であるといえるか否かを検討するに当たっては、行為規範(禁止規範)の提示による犯罪抑止という観点を踏まえる必要がある。

このように、共同者間の意思連絡の強固さにも多くを依存しない共同意思主体という考え方、つまり、「犯罪抑止に向けられた行為規範(禁止規範)に違反するような(人の)集合体である共同意思主体の活動としての共謀共同正犯」という観点から、共謀共同正犯を共同正犯として位置付けることは可能であるし、それは「犯罪現象の実態」を踏まえると適切な視点であろう。刑法60条の規定については、「2人以上の者によって形成された共同意思主体による犯罪の実行(の禁止)」を意味するものとして読むことができ、規定の文言にも違反していない<sup>(11)</sup>。

### 3 共同意思主体説以外の考え方について

共謀共同正犯の理論的な説明方法として、共同意思主体説は少数説である。そこで、共謀共同正犯を認めると共にその限界を判断するための説明方法として、これまで主張されてきたその他の主な考え方についても、触れておきたい。学説に関していえば、共同意思主体説という団体主義的な理解から正犯性を重視する個人主義的な理解へ、という流れがあるといえる。もっとも、最近有力に主張されている重要な役割説は、共謀共同正犯の共犯性に重点を置く考え方である。

#### (1) 間接正犯類似説

共謀共同正犯に関する重要判例である練馬事件判決(最判昭和33年5月28日刑集12巻8号1718頁)は、某政党の軍事組織に属する被告人Xと被告人Yが、同人らが所属する組合に対する犯罪捜査を行っていた練馬警察署巡查Aに対して暴行を加えることを共謀し、具体的な実行についての指導と連絡を行ったYを介して、Bら数名が巡查Aを鉄管等によって殴打し死亡させた、という事案について、次のように述べて

(10) 高橋則夫『規範論と刑法解釈論』(2007年)7頁以下、高橋・前掲(8)10頁以下、井田良『講義刑法学・総論』(2008年)4頁以下。刑事規制についてのこのような理解は1つの考え方に過ぎないが、本稿はかかる理解を前提とするものである。

(11) 植松正「共謀共同正犯」『刑法講座4巻』(1963年)115頁。さらに、平野龍一『刑法総論Ⅱ』(1975年)402頁、島田・前掲(4)36頁、松原・前掲(5)6頁。

いる。

「共謀共同正犯が成立するには、2人以上の者が、特定の犯罪を行うため、共同意思の下に一体となって互に他人の行為を利用し、各自の意思を実行に移すことを内容とする謀議をなし、よって犯罪を実行した事実が認められなければならない。したがって右のような関係において共謀に参加した事実が認められる以上、直接実行行為に関与しない者でも、他人の行為をいわば自己の手段として犯罪を行ったという意味において、その間刑責の成立に差異を生ずると解すべき理由はない。さればこの関係において実行行為に直接関与したかどうか、その分担または役割のいかんは右共犯の刑責じたいの成立を左右するものではないと解するを相当とする。他面ここにいう『共謀』または『謀議』は、共謀共同正犯における『罪となるべき事実』にほかならないから、これを認めるためには厳格な証明によらなければならないことというまでもない。しかし『共謀』の事実が厳格な証明によって認められ、その証拠が判決に挙示されている以上、共謀の判示は、前示の趣旨において成立したことが明らかにされれば足り、さらに進んで、謀議の行われた日時、場所またはその内容の詳細、すなわち実行の方法、各人の行為の分担役割等についていちいち具体的に判示することを要するものではない。」

最高裁は、共謀共同正犯について、共同意思主体説的な考え方を示しながらも、「直接実行行為に関与しない者でも、他人の行為をいわば自己の手段として犯罪を行ったという意味において、その間刑責の成立に差異を生ずると解すべき理由はない。」という説明によって、共同正犯性を肯定した。

そして、この練馬事件判決をきっかけに主張されたのが間接正犯類似説である<sup>(12)</sup>。この考え方は、共同意思の下に一体となって相互に了解しあって互いに他人を道具として利用するという心理的な拘束を重視する。共謀が成立した場合には、特に実行行為者は自らの判断のみによって仲間を裏切ることができず、犯罪行為に対する規範的障害を容易に乗り越えることになり、これにより、現場に赴かない背後の黒幕を正犯とすることが可能になるとするのである。

この考え方に対しては、支配型の共謀共同正犯については説明しやすいが、対等型(分担型)の共謀共同正犯については、他者を利用するという説明が果たして適切であるのか、という問題点が指摘されている。

(12) 藤木英雄『可罰的違法性の理論』(1967年)334頁は、「爾後の行動は合意により拘束され、実行担当者は、実行するかしないかを自分の自由意思で改めて決定する事はできず、自己の一存で、実行の意思を放棄することは許されない……他の共犯者の道具としての役割を果たす」とする。

間接正犯論を用いることは、共謀共同正犯の説明について、「共犯」性よりも「正犯」性を重視することを意味するが、複数の関与者からなる共犯現象において、相互に他人を（道具として）利用するという説明は、関与者の正犯性にこだわろうとするためか技巧的であり、この考え方によれば、共謀共同正犯は複数の間接正犯（単独正犯）の集合体（間接正犯が束ねられたもの）ということにもなるが、共犯現象の実態を反映した説明とはいいいくように思われる。

## (2) 行為支配説と優越支配共同正犯

行為支配説は、本人が共同者に実行行為をさせるについて自分の思うように行動させ本人自身はその犯罪実現の主体となったものといえるような場合には、本人は実行行為を行っていないとも基本的構成要件該当事実の共同実現者として共同正犯に当たるとする<sup>(13)</sup>。この考え方も、共謀共同正犯の「正犯」性を強調するものであり、この点では間接正犯類似説と共通している。

また、優越支配共同正犯という考え方は、実行行為を行わない共謀者は共同正犯にはならないとしつつも（その意味で、共謀共同正犯自体については否定的である。）、共謀者が実行行為者に対して圧倒的に優位に立つ場合には、優越支配共同正犯というものになるとして、結果的に、実行行為を行わない共同正犯を認める<sup>(14)</sup>。この考え方も、実質的には間接正犯に類似する説明であり、優越支配「共同正犯」であるとはいえ、実は単独正犯としての性格付けを行おうとするものである。また、優越支配共同正犯というのは、支配型（それも、圧倒的な支配型）についてのみ妥当しうる説明である。この考え方は、実行行為概念を軸とする形式的犯罪論を前提にした共謀共同正犯否定説を基本としながらも（一般的な共謀共同正犯に相当する関与者については、教唆犯の成立を認めるにとどまる。）、学説の多くが共謀共同正犯を肯定する方向へ変わりつつある中で、完全な否定説を採りにくくなったがために主張された考え方であるといえてよいであろう。

行為支配説や優越支配共同正犯という考え方は、共謀による関与者の支配性や優越性を根拠に共謀共同正犯を認めようとするものであるが、間接正犯類似説について述べたのと同様に、共犯現象の実態に適合した説明方法であるのかという問題点を指摘できると思われる。

(13) 最決昭和57年7月16日〔大麻密輸入事件〕における団藤重光裁判官の意見。さらに、平場安治『刑法総論講義』（1961年）155頁以下。なお、松原・前掲（5）10頁は、「行為支配説・間接正犯類似説が想定する『行為支配』とは、60条によって『共同して犯罪を実行した』といえる程度に修正・緩和された『行為支配』であるとする。

(14) 大塚仁『刑法概説（総論）』（第4版）（2008年）306頁以下。

### (3) 重要な役割説

最近、比較的多くの学説から主張されているのは、理論的な説明を深めることは一歩後退させつつ、実行行為を行わない関与者が、具体的事案において、実行行為に準じるだけの重要な役割を果たしているのかを個別に検討することによって共同正犯性を判断していこうとする立場である<sup>(15)</sup>。学説によって主観的事情を考慮に入れること等について主張内容に幅はあるが<sup>(16)</sup>、共謀共同正犯と教唆犯や幫助犯との差を質的なものでなく量的なものとする考え方であるといえる。なお、共謀共同正犯に関する判例・実務の取扱いについては、自己の犯罪を行った場合は共同正犯、他人の犯罪に加担したに過ぎない場合は共犯（特に、幫助犯）、という実質的基準が用いられていると説明されているが<sup>(17)</sup>、そのような分析の視点は、重要な役割説と実質的には重なるであろう。

重要な役割説によれば、共謀共同正犯となるか否かの具体的な判断は、それぞれの事案ごとに、共謀者と実行行為者の関係、当該犯行の企画や立案、犯行手順、役割分担、準備、犯行による利得の有無や程度等の諸事情を分析・検討の上、総合的に評価・判断することになる。

このような考え方は、当該犯行において問題とされている関与者がどの程度の役割を果たしたのかという実質的な判断を前面に出すものであって、それぞれの事案ごとに各関与者が果たした役割の内容と程度に応じた刑事責任を負わせようとするものであり、事案の実態を反映させるという点で、正しい方向性を有していると考えられる。また、重要な役割を果たしたか否かの具体的な下位基準（判断要素）を数多く提示することによって、重要か否かの判断の手掛かりをより具体的に示すことが可能となる。

もっとも、共謀共同正犯についてのこのような説明は、個別事案の現象面に着目して具体的に妥当な解決を図ろうという点に主眼があるので、実行行為を行わないにもかかわらず共同正犯として取り扱われることの理論的根拠や、裁判員に対して共謀共同正犯の特徴や基本的性格を示すという点では、必ずしも十分ではないであろう。

さらにいえば、この考え方は、刑法60条の共同正犯の基本型は実行行為を行う実行共同正犯であるということを前提に、共謀共同正犯はそれに準じるもの（つまり、第

(15) 西田典之「共謀共同正犯について」『平野龍一先生古稀祝賀論文集 上巻』(1990年)361頁以下。

(16) 佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』(2013年)407頁は、「役割分担や心理的因果関係のあり方を判断するためには、外部に表れた事実だけでなく行為者の主観（より正確には共犯者全員の主観）を考慮する必要があることは否定できない」とする。

(17) 主観説といわれる。松本時夫「共同正犯——幫助との区別——」芝原邦爾編『刑法の基本判例』(1988年)64頁以下。もっとも、主観的意思のみでなく、各行為者が果たした役割等の客観的諸事情が認定要素として考慮される。

2次的な共同正犯)という位置付けを行おうとするものであるが、果たしてそれであるのかという問題点を指摘しよう。これについては後述する。

#### (4) その他の最近の考え方

共謀共同正犯についての学説による理論的な説明は、今日においても盛んに試みられているが、現在の議論状況は、これまでに蓄積された数多くの共謀共同正犯に関する判例を踏まえた上で、共謀共同正犯を認めることは動かしがたいものとして、その具体的・実質的な基準ないし要件を、関与についての類型化作業を行いながら示していこうとするものである。その中から、最近の学説を2つ紹介しておく。

その1つは、①背後者が、共謀に積極的に参加する等、実行者等と心理的に強く結びついており、構成要件該当事実を直接実現する行為が、背後者にとっても「共同のもの」と評価できる場合、②背後者の行為が当該犯行にとって代替不可能で、それがなければ当該犯行が失敗していたであろう場合、のいずれか一方が認められれば共謀共同正犯とすべきであるというものである<sup>(18)</sup>。他の1つは、重要な役割説は、実行行為者に対する因果性と犯罪実現についての重要な事実的寄与という2段階構造を採ったものであるとしてこれを評価した上で<sup>(19)</sup>、共謀共同正犯には、①合意の拘束力による意思支配に基づく狭義の共謀共同正犯と、②犯罪の実現過程を掌中に握っているという機能的行為支配に基づく準実行共同正犯、の2類型があるというものである<sup>(20)</sup>。

これらの考え方は、共謀共同正犯といえるための要件を、抽象論や観念論にとどめることなく、できるだけ具体的・実質的にかつ精緻に明らかにしようとするものであって、その方向性は適切なものであり、極めて有益な視点を提供するものである。ただ、共謀共同正犯と評価すべき類型が果たしてこれらにとどまるのか、なお検討を必要とするであろう。例えば、幫助行為の集積によって結論として共同正犯と評価すべき事案があるとすれば、それを上記の類型の中でどのように位置付けて説明するのかという問題がある。また、本稿の問題意識にも関係するが、裁判員時代を迎えて、共謀共同正犯の要件ないし判断基準の前提となる理論的な説明と基礎付けを共同正犯事案の具体的な特徴と実態を踏まえながら分かりやすく裁判員に提示する、という点からすれば、やや分析的に過ぎるように思われる。

(18) 島田・前掲(4)64頁。

(19) 松原・前掲(5)10頁。

(20) 松原・前掲(5)12頁。

#### 4 共謀共同正犯と実行共同正犯の関係

これまで共謀共同正犯に関して主張されてきた学説は、共同正犯の基本型は実行行為を行う実行共同正犯であって、共謀共同正犯は例外型であり、いかにしてそれを（本来的ないし原則型の）共同正犯の範疇に加えることができるのか、という共謀共同正犯の正当化に焦点を当ててきたということができる。このことは、共同正犯に関する刑法60条の規定が「2人以上共同して犯罪を実行した者は、すべて正犯とする。」となっていることからすれば、やむを得ないことであろう。

もっとも、実行行為を行う実行共同正犯が共同正犯の「典型例」であるとしても、実行行為が共同正犯の「基本的な要件」であると考えざるべき必然性はあるのだろうか。実行行為を行ってれば共同正犯になり、そうでなければ教唆犯又は幫助犯になるとすることは、確かに基準としては明快である。ところが、複数人によって行われる犯行形態においては、現場での実行行為を行わずとも、事前に犯行を企画・立案し、犯行手順や役割分担の策定に深く関与し、犯行準備にも相当程度関与した者が、当該犯行に大きな影響を与えた、ということとは否定できない事実であり、これが共謀共同正犯肯定説の主張の根底にある。他方では、実行行為を行いながらも幫助犯と評価すべき場合があることも指摘されている（故意ある幫助的道具といわれる行為類型である。）<sup>(21)</sup>。当該犯行は誰の犯罪か、というときに、現場での実行行為の有無は有力な判断材料ではあるが、そのみが決定的な決め手ではない。

また共同正犯としての処罰根拠という点でも、実行行為の有無は大きな違いをもたらすものではない。そもそも、実行行為を分担する（実行）共同正犯であっても、自分が行う実行行為以外の部分については、他人（共同正犯者）の実行行為を介した共謀共同正犯に他ならない<sup>(22)</sup>。例えば、複数人が意思連絡と役割分担の上で結合犯である強盗罪を実現する場合についていえば、暴行や脅迫を行う者は窃盗部分については実行行為を行っておらず、他方で、財物奪取を行う者は暴行や脅迫の部分については実行行為を行っていない。その意味で、実行行為を行わないが共同正犯となる場合があ

(21) 中森喜彦「実行行為を行う従犯」判タ560号（1985年）67頁以下。横浜地川崎支判昭和51年11月25日判時842号127頁は、「被告人は、覚せい剤譲渡の正犯意思を欠き、AのBに対する右譲渡行為を幫助する意思のみを有したに過ぎないと認めざるをえないので、いわゆる正犯の犯行を容易ならしめる故意のある幫助的道具と認むべく」として、故意ある幫助的道具を認めている。

(22) 島田・前掲(4)45頁は、「共同正犯を特徴付けるのは、実行行為の自手実行以外の部分である」とする。

なお、共同正犯の実行行為は単独正犯の実行行為よりは拡張解釈できるとするものとして、山中・前掲(6)877頁、松宮・前掲(6)273頁。



ることは既に認められている。また、現在は、多様な形態で犯罪行為が行われ、犯罪構成要件自体が多種多様化しており、そもそも実行行為を行ったか否かの区別や判断基準が実際には明確でないことが少なくない。

このように考えると、実行共同正犯が本来の共同正犯であり、(共謀)共同正犯については、それを認めるとしても、本来の共同正犯に準じる場合に認められる、というような消極的な位置付けを行うことは適切ではない。刑法60条も、「共同正犯」という1類型を規定するのみである<sup>(23)</sup>。現代社会では、複数人(さらには組織ないし団体)による活動として犯罪行為が行われることが少なくなく、実際に行われた犯行が複数人による「共同のもの」といえれば、その複数人を共同正犯として評価するのが事案の実態に即した適切な評価といえる。

## 5 共謀共同正犯の根拠に関する判例の考え方

共謀共同正犯について、我が国の判例・実務は一般的に認めてきたが、その理論的な説明方法としては、先にも述べたが、最判昭和33年5月28日〔練馬事件〕が、「直接実行行為に関与しない者でも、他人の行為をいわば自己の手段として犯罪を行ったという意味において、その間刑責の成立に差異を生ずると解すべき理由はない。」として間接正犯に類似する考え方を示したことが大きな意味を持っているが、既に述べたように、判例・実務では、自己の犯罪を行ったものは共同正犯、他人の犯罪に加功したに過ぎない場合は共犯(特に、幫助犯)、という実質的基準が用いられているといわれる。

そして、後に改めて若干の検討を行うが、個々の関与者に対して具体的な刑法的評価を行うことを目的とする判例・実務においては、共謀共同正犯論を前提として、個々の関与者が共同正犯としての(重い)刑法的評価を受けるに値するか否かが重要であり、事案の解決に直ちにつながらない理論的な説明は主たる目的ではない。このことは、最決昭和57年7月16日〔大麻密輸入事件〕が具体的な結論を述べるに当たって、「これらの行為を通じ被告人が右山本及び中野らと本件大麻密輸入の謀議を遂げたと認め

(23) 佐伯・前掲(2)47頁は、「そもそも、刑法典に共謀共同正犯という規定があるわけではなく、存在しているのは共同正犯だけである。判例は、共謀共同正犯という類型を発展させてきたが、共同正犯が実行共同正犯と共謀共同正犯の2つの類型しかないと考える必然性はないのである。」とする。さらに、高橋・前掲(10)135頁は、「共謀共同正犯は60条の例外的適用ではなく、原則的適用」とする。

実務上は、実行共同正犯と共謀共同正犯は明確に区別されておらず、起訴状には「被告人らは、共謀の上……」と記載され、罰条として刑法60条が記載されるという取扱いがなされている。

た原判断は、正当である。」と述べ、最決平成15年5月1日〔スワット事件〕が「実質的には、正に被告人がスワットらに本件けん銃等を所持させていたと評し得るのである。したがって、被告人には本件けん銃等の所持について、A、B、C及びDらスワット5名等との間に共謀共同正犯が成立するとした第1審判決を維持した原判決の判断は、正当である。」と述べているところに現れている。

### Ⅲ 共同意思主体の形成とその構成メンバーであることの認定

#### 1 共同意思主体の形成（第1段階）とその構成メンバーであるという評価（第2段階）

(1) 既に述べたように、共謀共同正犯を肯定するための考え方として、私は、基本的には、共犯現象の特徴と実態に適う説明方法である共同意思主体説に従うことが適切であると考えますが、具体的な事案の解決においては、実行行為を行った者のみが共同正犯になるのか、それとも、共同意思主体という犯罪実現に向けて結合した一種の団体が当該犯行の主体であり、実行行為を行っていない者も共同正犯になるのかを、それぞれの事案ごとに、(共同で)かかる行為に出てはならないという行為規範(禁止規範)の提示とそれに対する違反という観点を考慮しながら検討することになる。

次に、このようにして共同意思主体が形成されたとの評価が行われた場合に(第1段階)、犯行に関わった者について、当該犯行に関する共同意思主体の構成メンバーとして評価できるか否か(第2段階)、を検討することになる(2段階構成)<sup>(24)</sup>。この場合、この共同意思主体の(本来的な)構成メンバーには、教唆犯や幫助犯として評価される者は含まれない。「共同」の「意思主体」である以上、正犯性を有する者が複数名存在することが必要であり(意思主体として複数の者が存在しなければ、共同正犯でなく単独正犯となる。)、共同意思主体の(本来的な)構成メンバーは共同正犯に限られる。第2段階において、共同意思主体の構成メンバーであるとの評価がなされない場合には、その者については教唆犯又は幫助犯の成否を考慮することになる。

なお、従来の学説においては、共謀、意思連絡、共同犯行の認識、さらに故意等の各概念の意味や相互関係についての議論が重ねられてきたが、未だ解決のための共通の方向性は見出せていないようである<sup>(25)</sup>。共謀共同正犯の成否が問題となる実務の現場

(24) 西原・前掲(8)375頁は、「共同意思主体を形成する全員につき共犯が成立する。そして、各人は、共同意思主体の活動への寄与の仕方いかんによって、共同正犯、教唆犯、従犯のいずれかの責任を負うこととされる。」とする。さらに、共同意思主体説においては、共同正犯、教唆犯、幫助犯が区別されていることを主張するものとして、立石・前掲(8)150頁。

(25) 松原・前掲(5)18頁以下。亀井源太郎「共謀共同正犯における共謀概念」法學研究84巻

においては、これら各概念の内容と相互関係の詳細を明らかにした上での当てはめを行うということではなく、各関与者の関与の具体的な内容と程度を踏まえた上での共同正犯性の評価と判断が行われているというのが実情であろう。

(2) 共同正犯性の認定の第1段階である共同意思主体の形成の有無の評価においては、当該犯行の実質が、単独の行為主体による犯罪行為であるのか、それとも、(実行行為者に限られない)複数人による犯罪行為であるのか、つまり、犯罪行為主体の実質的な(人数としての)単複性を検討することになる。この場合、実行行為者を含む複数人(犯行グループ)は、共同性を背景としてかかる行為に出てはならない、という行為規範(禁止規範)の告知による犯罪予防効果(積極的一般予防による犯罪の抑止)という観点から、共同意思主体性の有無を判断することになる。

(3) 共同意思主体性が肯定された場合に、第2段階として、問題とされる関与者が、実質的な犯行主体であると評価された共同意思主体の構成メンバーといえるに値する関与を行ったと評価できるのかを具体的に検討することになる。

ここでは、問題とされている共謀参加者について、どの程度の重要な役割を果たしたのかを具体的に考えることになる。重要な役割説が用いてきた判断要素と同様の下位基準によって判断することになるであろう。そして、このような検討を行うことは、これまでの判例・実務が実質的な判断基準としてきたとされる「自己の犯罪」であるのか「他人の犯罪」であるのかという区別を実質的にほぼ相当するものである。

そして、実際の事案の解決においては、共謀共同正犯であるのか幫助犯にとどまるのかが問題となることが少なくないが<sup>(26)</sup>、幫助犯になると刑の必要的減輕が行われることになり(63条)、そこにおける減輕の程度は、有期の懲役刑・禁錮刑や罰金刑については法定刑の上限と下限が正犯者の半分になるという大きな効果上の差異を生じさせるので、関与の質と量において、これに相当するだけの類型的差異があることが必要である<sup>(27)</sup>。

従来、重要な役割を基礎づける要素として、共謀者と実行行為者の関係、当該犯行

9号(2011年)115頁は、これまで多様な意味で用いられてきた共謀概念を、共犯性の問題、正犯性の問題、故意の問題の3つに分解して整理すべきことを主張する。

共同正犯における意思連絡(心理的因果性)についてモデル化して分析するものとして、高橋則夫・杉本一敏「共犯論①意思連絡について」法学セミナー706号(2013年)96頁以下。

(26) 最決昭和57年7月16日〔大麻密輸入事件〕。さらに、大阪高判平成8年9月17日判タ940号272頁(実行行為を否定し幫助犯を認定)や東京高判平成8年6月25日判時1581号134頁(共同正犯を認定)等。実行行為を行う従犯(故意ある幫助的道具)については、(21)を参照。

(27) 鳥田・前掲(4)63頁。

の企画や立案、犯行手順、役割分担、準備、犯行による利得の有無や程度等の諸事情があげられてきたが、これらは、共同意思主体性が肯定された後に、当該関与者がその構成メンバーに当たるといえるか否かを判断するための事情として機能することになる。これは、当該関与者が、具体的な犯行（実行行為）に対して共同正犯者としての評価を受けるに値するだけの（強い）因果的寄与を有しているのかということでもある。

なお、犯行終了後に取得した利益の有無や多寡が正犯性の判断において一定の意味を有するとされるが（特に、財産犯において特徴的である。）、犯行に対する役割の重要性と相当程度の因果的寄与は、あくまでも具体的な犯行時（実行行為時）におけるものでなければならないので、犯行終了後の利益取得は、役割の重要性や相当程度の因果的寄与を判断する間接事実としての意味を有することになる。

## 2 謀議行為の要否

従来、共謀共同正犯も共同正犯として認められるという前提の下、そこにいう共謀に関して、関与者相互間に意思の連絡が存すれば足りると考えるのか（主観的謀議説）<sup>(28)</sup>、それとも、単なる意思の連絡ないし意思の合致にとどまるのではなく、客観的な謀議行為の存在が必要であると考えるのか（客観的謀議説）<sup>(29)</sup>、について議論がなされてきた。

判例は、最判昭和33年5月28日〔練馬事件判決〕において、『共謀』または『謀議』は、共謀共同正犯における『罪となるべき事実』にはかならないから、これを認めるためには厳格な証明によらなければならない」として、客観的謀議説に立つものよ

(28) 藤木・前掲(12)343頁は、「共謀共同正犯の刑事責任を根拠づけるものは、犯罪の共同遂行に関する合意」とする。

亀井・前掲(25)101頁は、主観的謀議説といっても、その多くは、各関与者の内心における意思の合致にとどまるものではない外部的な「意思の連絡」を要求しているとする。従って、主観的謀議説は、各関与者の意思が合致していれば（あるいは、さらにその合致を各関与者が互いに認識していれば）足りるとする考えであるとして批判することは、いい過ぎであるとする。

(29) 最判昭和33年5月28日〔練馬事件〕に関する岩田誠の調査官解説『昭和33年度最高裁判所判例解説・刑事篇』（1959年）405頁。さらに、最判昭和34年8月10日刑集13巻9号1419頁〔松川事件〕は、謀議の存在を否定して死刑判決を破棄したが、これには「共同意思はただ存在が確認されればよいのであり、その成立の過程は問題ではない。」という反対意見が付されている。

立石・前掲(8)152頁は、共同意思主体説の立場から、共謀の定義を「相互に犯罪の実行に重要な役割を一体となって行おうという、行為者間の対等関係における意思連絡」とした上で、「かかる意思連絡存否の認定にあたっては、役割分担についての協議、実行方法についての計画作成、等の要素をあわせ考慮すべきもの」とするが、実質的には客観的謀議説と近い考え方であるといっている。

うであるが、その一方で、『共謀』の事実が厳格な証明によって認められ、その証拠が判決に挙示されている以上、共謀の判示は、前示の趣旨において成立したことが明らかにされれば足り、さらに進んで、謀議の行われた日時、場所またはその内容の詳細、すなわち実行の方法、各人の行為の分担役割等についていちいち具体的に判示することを要するものではない。」としていること、そしてさらに、最決平成15年5月1日〔スワット事件〕において、「被告人とスワットらとの間にけん銃等の所持につき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けん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共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ふ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けん銃等を所持させていたと評し得るのである。したがって、被告人には本件けん銃等の所持について、A、B、C及びDらスワット5名等との間に共謀共同正犯が成立するとした第1審判決を維持した原判決の判断は、正当である。」と述べていることに照らすと、客観的な謀議行為を必ずしも必要とするものではないと理解することができる。

共同意思主体説によると、関係者間の共謀を重視することになるので、客観的な謀議行為を要求することになりそうであるが、共同意思主体の形成がなされたとの評価を行うためには客観的な謀議行為の存在が必要不可欠であるとまではいえないであろう。複数の者の間において、相互の意思連絡ないし意思の合致が認められれば、共同性を背景とした犯行を禁止する行為規範の提示という観点からは、特定の犯罪実現に向けられた共同意思主体の形成がなされたと評価しうる場合はありうる。また、複数人によって行われる犯罪現象（共犯現象）についていえば、相互の意思連絡ないし意思の合致は、特定の客観的に示すことができる謀議行為によって初めて認められるとは限らず、一連の経過の中で関係者相互の言動によって相互の教唆ないし心理的幫助の積重ねによって共同意思主体の形成に至る場合が十分に想定される。実務上、傷害（致死）罪の事案等において認定されることが少なくないとされる現場共謀は、客観的な謀議行為の存在が認められなくても共謀関係の成立が認められうる1つの場面である。

#### IV これまでの主な判例について若干の検討

共謀共同正犯に関する重要な判例については、本稿において既に紹介を行ったものもあるが、ここで改めて共謀共同正犯に関する代表的な判例について、時間の流れに

沿って古いものから簡単に紹介と検討を行っておく。

## 1 大判昭和11年5月28日刑集15巻715頁〔大森銀行ギャング事件〕

本件は、ある政治団体の地下組織の資金部長であった被告人が、資金獲得のために他の者と銀行強盗を計画し、部下にそれを指示して実行させた、という事案である。大審院は、共謀共同正犯が成立する犯罪が知能犯に限られないことを明らかにしたが、本判決によって、判例・実務上、共謀共同正犯の考え方が確立するに至ったとされる。

大審院は、「凡そ共同正犯の本質は2人以上の者一心同体の如く互に相倚り相援けて各自の犯意を共同的に実現し以て特定の犯罪を実行するに在り共同者が皆既成の事実に対し全責任を負担せざるべからざる理由茲に存す」と述べて、共同意思主体説の考え方によって共謀共同正犯を説明すると共に、「2人以上の者窃盗又は強盗の罪を犯さんことを謀議し其の中或者に於て之を実行したるときは爾余の者亦由て以て自己の犯意を実現したるものとして共同正犯たるの責を負ふべきものと解せざるべからず」と述べて、自己の意思の実現という観点から共同正犯を説明している。

## 2 最判昭和33年5月28日刑集12巻8号1718頁〔練馬事件〕

本件は、某政党の軍事組織に属する被告人Xと被告人Yが、同人らが所属する組合に対する犯罪捜査を行っていた練馬警察署の巡査Aに対して暴行を加えることを共謀し、具体的な実行についての指導と連絡を行ったYを介して、Bら数名が巡査Aを鉄管等によって殴打し死亡させた、という事案であるが、共謀共同正犯に関する今日までの議論に大きな影響を与えた重要判例である。なお、本件は、順次共謀による事案である。

最高裁は、共謀共同正犯について、次のように述べている。

「共謀共同正犯が成立するには、2人以上の者が、特定の犯罪を行うため、共同意思の下に一体となって互に他人の行為を利用し、各自の意思を実行に移すことを内容とする謀議をなし、よって犯罪を実行した事実が認められなければならない。したがって右のような関係において共謀に参加した事実が認められる以上、直接実行行為に関与しない者でも、他人の行為をいわば自己の手段として犯罪を行ったという意味において、その間刑責の成立に差異を生ずると解すべき理由はない。」

本判決は、共同意思主体説の影響を受けているものの、同時に「互に他人の行為を利用し、各自の意思を実行に移すことを内容とする謀議をなし、よって犯罪を実行した事実が認められなければならない。」と述べて、背後にいる共謀者が実行行為者に対

して心理的拘束を及ぼしていることに着目した判断を行っており、これが、間接正犯類似説の主張へとつながっていく。ただ、実行行為者に対する心理的拘束を根拠にして共同正犯性を認めるのでは、共謀共同正犯の成立範囲が限定されてしまうであろうし、複数の間接正犯（単独正犯）の集合体として共謀共同正犯を説明しようとすることは、共犯現象の実態を適切に反映した説明とはいいいくいであろう。

さらに、既に述べたように、本判決は、「『共謀』または『謀議』は、共謀共同正犯における『罪となるべき事実』にはかならないから、これを認めるためには厳格な証明によらなければならないことというまでもない。」として客観的謀議行為が必要であるかのように述べながらも、「『共謀』の事実が厳格な証明によって認められ、その証拠が判決に挙示されている以上、共謀の判示は、前示の趣旨において成立したことが明らかにされれば足り、さらに進んで、謀議の行われた日時、場所またはその内容の詳細、すなわち実行の方法、各人の行為の分担役割等についていちいち具体的に判示することを要するものではない。」としている。この点については、共謀の存在によって共同意思主体の形成がなされたといえるのか（第1段階）、そして、形成された共同意思主体の構成メンバーであるとの評価を行うことができるのか（第2段階）、を検討すればよいと考えるので、共謀の日時や場所や内容等について具体的に特定する必要はないと思われる。共謀の日時や場所や内容等について具体的に特定されれば、共同意思主体の形成やその構成メンバーといえるか否かの判断を容易に行うことができるであろうが、これらは必要不可欠の要件ではないので、最高裁の判示は適切なものである。

### 3 最決昭和57年7月16日刑集36巻6号695頁〔大麻密輸入事件〕

本件は、大麻の密輸入を依頼された被告人自身は密輸入行為を行わなかったという事案であるが、最高裁は、被告人の行為内容等を具体的に示しながら、被告人について共謀共同正犯を認めている。

最高裁は、次のように述べている。

「被告人は、タイ国からの大麻密輸入を計画した山本博からその実行担当者になって欲しい旨頼まれるや、大麻を入手したい欲求にかられ、執行猶予中の身であることを理由にこれを断つたものの、知人の中野正彦に対し事情を明かして協力を求め、同人を自己の身代りとして山本に引き合わせるとともに、密輸入した大麻の一部をもらい受ける約束のもとにその資金の一部（金20万円）を山本に提供したというのであるから、これらの行為を通じ被告人が右山本及び中野らと本件大麻密輸入の謀議を遂げた

と認めた原判断は、正当である。」

本決定は、(共謀)共同正犯となるのか幫助犯に過ぎないのかが問題とされた事案について、関与についての欲求(動機)、身代わりの提供(本件では、被告人とその身代わりである中野正彦との間の年齢差等の具体的な関係が重要である)、資金提供という具体的な事情をあげながら、共謀共同正犯となるとの評価を行ったものである。最高裁が示している事情によれば、被告人を含む共同意思主体が形成されたといえ(第1段階)、被告人はその構成メンバーであると評価することができるであろう(第2段階)。

なお、本決定は、それまで共謀共同正犯を一貫して否定してきた刑事法学者である団藤重光裁判官が、「単独正犯のばあいには、みずから実行行為(基本的構成要件に該当し当の構成要件の特徴を示す行為)そのものを行った者でなければ、この要件を満たすことはありえないが、共同正犯のばあいには、そうでなくても基本的構成要件該当事実を実現した者といえるばあいがある。すなわち、本人が共同者に実行行為をさせるについて自分の思うように行動させ本人自身その犯罪実現の主体となったものといえるようなばあいには、利用された共同者が実行行為者として正犯となるのはもちろんであるが、実行行為をさせた本人も、基本的構成要件該当事実の共同実現者として、共同正犯となるものというべきである。」との意見を述べて、共謀共同正犯を容認する立場に転じたことでも有名な判例である<sup>(30)</sup>。

#### 4 最決平成13年10月25日刑集55巻6号519頁

本件は、生活費に窮した母親が、勤務先のスナック経営者から金品を奪うことを企て、12歳10ヶ月の長男に対して働き掛け、強盗の方法と手順を示した上で道具を提供して強盗を行わせたが、強盗行為の際、長男は、現場で機転を利かせて自己の判断で行ってスナック経営者から金品を奪い取り、奪ってきた金品を母親に渡した、という事案について、母親の罪責が問題になった。

最高裁は、次のように述べて、母親について、教唆犯でなく(共謀)共同正犯の成立を認めている。

「本件当時Aには是非弁別の能力があり、被告人の指示命令はAの意思を抑圧するに足る程度のもではなく、Aは自らの意思により本件強盗の実行を決意した上、臨機応変に対処して本件強盗を完遂したことなどが明らかである。これらの事情に照らすと、所論のように被告人につき本件強盗の間接正犯が成立するものとは、認められ

(30) さらに、団藤重光『刑法綱要総論〔第3版〕』(1990年)397頁。



ない。そして、被告人は、生活費欲しさから本件強盗を計画し、A に対し犯行方法を教示するとともに犯行道具を与えるなどして本件強盗の実行を指示命令した上、A が奪ってきた金品をすべて自ら領得したことなどからすると、被告人については本件強盗の教唆犯ではなく共同正犯が成立するものと認められる。したがって、これと同旨の第 1 審判決を維持した原判決の判断は、正当である。」

本決定は、母親によって意思が抑圧されておらず、現場で機転を利かせて行為した（出入り口のシャッターを下ろしたり、被害者をトイレに閉じ込める等した。）長男の道具性を否定し、母親に間接正犯が成立することを否定した上で、母親が犯行を計画し、長男に対して犯行方法の指示や犯行道具の提供を行い、さらに長男が奪ってきた金品を受け取ったという事実関係に基づいて、母親は（共謀）共同正犯であると評価している。強盗行為に向けての共同意思主体が母親の主導により形成されたということができ（第 1 段階）、母親は正にその構成メンバーの中核であるので（第 2 段階）、共謀共同正犯であるとの判断を行うことは容易である。

## 5 最決平成 15 年 5 月 1 日刑集 57 卷 5 号 507 頁〔スワット事件〕

本件は、暴力団組長である被告人が、同人の近くにおいて同人の警護を行うボディガード（スワット）がけん銃等を所持していたが、被告人がけん銃等の所持について直接具体的な指示や命令を行っていなかった、という事案について、被告人のけん銃等所持についての共同正犯性が問題となった。最近の共謀共同正犯における重要判例であるとされるが、最高裁は、次のように述べている。

「被告人は、スワットらに対してけん銃等を携行して警護するように直接指示を下さなくても、スワットらが自発的に被告人を警護するために本件けん銃等を所持していることを確定的に認識しながら、それを当然のこととして受け入れて認容していたものであり、そのことをスワットらも承知していた……前記の事実関係によれば、被告人とスワットらとの間にけん銃等の所持につき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けん銃等を所持しながら終始被告人の近辺において被告人と行動を共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けん銃等を所持させていたと評し得るのである。したがって、被告人には本件けん銃等の所持について、A、B、C 及び D からスワット 5 名等との間に共謀共同正犯が成立するとした第 1 審判決を維持した原判決の判断は、正当である。」

本決定は、具体的な謀議行為が行われていなくても共謀共同正犯が成立するとして、黙示的な意思連絡による共謀共同正犯を認めたものである。最判昭和33年5月28日〔練馬事件〕のように、事前の謀議を明示的に要求しておらず、いわゆる主観的謀議説の考え方に従ったものといつてよいであろう。

もっとも、本件の被告人である暴力団組長については、そもそも共謀共同正犯という位置付けが適切であったのかという点を指摘することができる、既に指摘したように、私は、実行共同正犯と共謀共同正犯を区別することに意味があるとは考えておらず、また、実行共同正犯が共同正犯の原則型であり共謀共同正犯は例外型であると考えられるものでもないが、それを別にしても、本件の被告人については、けん銃等の所持についての実行行為性を認めることができるように思われる。けん銃等の所持とは、けん銃等に対する事実上の支配を有していることを意味するが、本件における被告人とけん銃等の位置関係や、けん銃等を所持しているスワットと被告人との間の本決定が指摘するような具体的関係に照らすと、本件においては、規範的には「スワットの所持 = 被告人の所持」と評価することができる。スワットの立場や被告人との関係を考えると、スワットにけん銃等についての独立した所持を認めることはできず、スワットは被告人の占有補助者として位置付けることが適切であったと思われる<sup>(31)</sup>。

以上のように考えることによって、謀議行為のない共謀共同正犯であることや黙示的な意思連絡で足りるとした本決定に対して向けられる批判に対して、反論することが可能となるであろう。つまり、共謀共同正犯の要件がかなり弛緩したとして本決定をとらえるよりも、実行行為を規範的・実質的にとらえることによって、暴力団組長である被告人に実行犯としてのけん銃等所持罪の成立を認めるという説明の方が適切であったというべきである。

## 6 最決平成17年11月29日集刑288号543頁と最判平成21年10月19日判時2063号155頁

この2件は、5で述べたスワット事件と類似の事案である。暴力団組員がけん銃等を所持していたことに対して、暴力団組織の長である被告人らについて共謀共同正犯の成否が問題とされたが、最高裁は2件いずれについても被告人に共謀共同正犯の成

(31) 佐伯・前掲(2)48頁は、「問題となっているのが拳銃の所持であり、所持概念を広くとらえれば実行正犯と解することもあながち不可能ではない事例であることも重要である。したがって、スワット事件判例を「共謀」共同正犯のリーディングケースとして一般化することには慎重でなければならない」とする。

立を認めている<sup>(32)</sup>。

(1) 最決平成 17 年 11 月 29 日集刑 288 号 543 頁は、ホテルのロビーで暴力団会長である被告人に同行していた組員がけん銃等を所持していた、という事案において、被告人を無罪とした第 1 審判決を破棄自判した控訴審判決を維持して、「被告人は、本件当時、配下の組員らが被告人に同行するに当たり、そのうち一部の者が被告人を警護するためけん銃等を携帯所持していることを、概括的とはいえ確定的に認識し認容していたものであり、実質的にはこれらの者に本件けん銃等を所持させていたと評し得るなどとして、本件けん銃等の携帯所持について被告人に共謀共同正犯が成立するとした原判断は、正当として是認できる。」と述べている。

(2) 最判平成 21 年 10 月 19 日判時 2063 号 155 頁は、上記(1)事件と同一の機会に発生した同様の事案について、暴力団の長である被告人を無罪とした第 1 審判決及び控訴審判決を破棄して第 1 審に差し戻したが<sup>(33)</sup>、「A 会幹部である B と C は、JR 浜松駅から本件ホテルロビーに至るまでの間、D 会からのけん銃による襲撃に備えてけん銃等を所持し A 会総長である被告人の警護に当たっていたものであるところ、被告人もそのようなけん銃による襲撃の危険性を十分に認識し、これに対応するため配下の B、C らを同行させて警護に当たらせていたものと認められるのであり、このような状況のもとにおいては、他に特段の事情がない限り、被告人においても、B、C がけん銃を所持していることを認識した上で、それを当然のこととして受入れて認容していたものと推認するのが相当である。けん銃等の所持の共謀が認められないとした第 1 審判決及びこれを是認した原判決には、重大な事実誤認の疑いがある。」と述べている。

(3) 最高裁が上記の 2 件において示した判断は、最決平成 15 年 5 月 1 日〔スワット事件〕において示された判断枠組みを前提にしたものであるが、スワット事件と異なり、被告人を取り巻く極めて強固な護衛組織の存在や被告人と同組織が一体となって移動していたこと等が認定されていないことを理由に、最高裁の結論を批判する見解が主張されている<sup>(34)</sup>。また、共同意思主体説は、共同正犯を認めるために必要な共謀について比較的明確なものを要求するので、この観点から、最高裁判例に反対する見解が主

(32) 最決平成 15 年 5 月 1 日〔スワット事件〕と合わせて 2 判例について検討を行い、これらについて肯定的な評価を行うものとして、亀井・前掲 (25) 104 頁以下。

(33) 差し戻後の第 1 審判決（大阪地裁）は無罪としたが、平成 25 年 8 月 30 日の大阪高裁判決はこれを破棄差し戻した。

(34) 最判平成 17 年 11 月 29 日に対する批判として、西原春夫「憂慮すべき最近の共謀共同正犯実務——最高裁平成 17 年 11 月 29 日第一小法廷判決を中心に——」。

張されている<sup>(35)</sup>。

もっとも、共同意思主体説の考え方に立つとしても、暴力団組織の長のすぐ近辺において、暴力団組織の下位の者がけん銃等を持って組織の長を護衛するというものに向けられた行為規範（禁止規範）という観点からは、共同意思主体の形成と被告人がその構成メンバーであることを肯定することができるであろうし、最決平成15年5月1日〔スワット事件〕におけるのと同様に、本来は、被告人自身に所持の実行行為性を肯定できる事案であったといえるであろう。

いずれの事案においても、裁判所の判断にも現れているように、間接事実の認定と評価という点が実務上は重要なポイントになる。

## 7 最決平成19年11月14日刑集61巻8号757頁<sup>(36)</sup>

本件は、共謀共同正犯が成立するためには未必の故意でもよいとされた判例である。

本件の被告人は、倉庫業等を営む株式会社とその代表取締役等であった者5名である。代表取締役等であった5名の被告人は、会社が借地において保管している硫酸ピッチ入りのドラム缶6000本の処分を考えて下請会社の代表者Aに委託したところ、Aを介して他の者が上記のドラム缶のうちの361本を捨てた、という事案であり、廃棄物の処理及び清掃に関する法律（廃棄物処理法）16条の不法投棄罪の成否が問題になった。

最高裁は、「Aにおいて、被告会社が上記ドラム缶の処理に苦慮していることを周知し、その処理を請け負った上、仲介料を取って他の業者に丸投げすることにより利益を得ようと考え、その処理を請け負う旨被告会社に対し執ように申入れたところ、被告人5名は、Aや実際に処理に当たる者らが、同ドラム缶を不法投棄することを確定的に認識していたわけではないものの、不法投棄に及ぶ可能性を強く認識しながら、それでもやむを得ないと考えてAに処理を委託したというのである。そうすると、被告人5名は、その後Aを介して共犯者により行われた同ドラム缶の不法投棄について、未必の故意による共謀共同正犯の責任を負うというべきである。」と述べて、被告人らから委託を受けた者から更に他の者によって行われた廃棄物の不法投棄について、被告人らに共謀共同正犯の成立を認めている。

(35) 立石・前掲(8)166頁は、共同意思主体説の立場から、「謀議という要件の介在によって得られた『共謀』という主観的因子が、共謀共同正犯拡大の認定の歯止めの役割を果たす」する。そして、同167頁以下は、最決平成15年5月1日〔スワット事件〕以降の最高裁判例を批判する。

(36) 本決定についての評釈として、松原芳博「未必の故意による共謀共同正犯」刑事法ジャーナル14号(2009年)112頁以下。

本決定は、未必の故意による共謀共同正犯の成立を認めたが、単独正犯でなく共謀共同正犯であることによって犯罪成立に必要な故意のレベルが異なる理由はないので、未必の故意であったこと自体が問題になるわけではないと思われる<sup>(37)</sup>。

本決定の事案においても、不法投棄に向けられた共同意思主体の形成がなされたといえるのか（第1段階）、そして、共同意思主体の形成が認められる場合に、被告人は共同意思主体の構成メンバーであると評価できるのか（第2段階）、という点を検討することになる。そして、共同意思主体の形成の有無を考えるに当たっては、複数人が共同して不法投棄に向けられた意思決定と行動に出ることに向けられた行為規範（禁止規範）という観点が重要であると考えますが、本件ではそれを肯定することができ、さらに5名の者は共同意思主体の構成メンバーであると評価することができるであろう。従って、共謀共同正犯の成立を認めた最高裁の判断は適切である。

## V その他の関連する問題

共謀共同正犯に関連するその他の問題について、簡単ではあるが若干の言及を行っておきたい。

### 1 不作為による共同正犯としての処罰

先に述べた最決平成15年5月1日〔スワット事件〕、さらに、最決平成17年11月29日や最判平成21年10月19日は、暴力団組織の長についてけん銃等所持の共謀共同正犯の成立を認めたものである。

いずれの事案においても、暴力団組織の長である被告人らは、けん銃等の所持について共謀共同正犯であるとされたものの、その主観的事情や客観的行為態様は、けん銃等所持の実行犯に対する積極的な働き掛けを内容とするものではないので、共謀共同正犯であるという評価を行うことに異論を挟む余地は残されている。そこで、これらの被告人について、共謀共同正犯という法律構成でなく、けん銃等所持の実行犯の行為を防止しなかったとして、所持の不作為犯という法律構成による説明を行うことが理論的には可能である。これは、共謀関係を希薄な関係によって認定することに対する歯止めとなりうるものである。黙示の意思連絡による共謀関係を認めるよりも、

(37) 立石・前掲(8)174頁は、共同意思主体説の立場から、「『共謀』には確定的故意の存在が不可欠なのであり、未必の故意で足りると解するのは不十分である」として、最高裁決定を批判する。

不作為犯における作為義務ないし保証人的地位や構成要件的同価値性を厳格に認定していくことによって処罰範囲の限定を行う方が適切であると考えるのである。

東京高判平成20年10月6日判タ1309号292頁は、正にこのような考え方に立つものである。同判決は、共犯者らが被害者に暴行を加えて意識を失わせた後に被害者を一旦解放したものの、警察に通報されることを恐れて、被害者を呼び出した上で池に転落させて殺害した、という事案において、謀議に立ち会い被害者を殺害現場まで運んだ者の刑事責任について、原審の千葉地判平成20年3月31日が黙示の意思連絡による共謀を認めて殺人罪の共同正犯の成立を認めたことに対して、次のように述べて、不作為の殺人罪（共同正犯）が成立するとした。

「本件のように、現場に同行し、実行行為を行わなかった者について共同正犯としての責任を追及するには、その者について不作為犯が成立するか否かを検討し、その成立が認められる場合には、他の作為犯との意思の連絡による共同正犯の成立を認めるほうが、事案にふさわしい場合があるというべきである。この場合の意思の連絡を現場共謀と呼ぶことは実務上一向に構わないが、その実質は、意思の連絡で足り、共謀者による支配型や対等関与型を根拠付けるようなある意味で内容の濃い共謀は必要でないというべきである。その代わり、不作為犯といえるためには、不作為によって犯行を実現したといえなければならず、その点で作為義務があったかどうかが重要となるし、不作為犯構成により犯罪の成立を限定するほうが、共謀内容をいわば薄める手法よりもより適切であるといえる。」

このように、不作為犯によって刑事責任を負わせる場合には、不作為犯の一般的な要件である作為義務とその根拠、そして作為との構成要件的同価値性を検討することになる。仮にこれらの要件が具体的事案の中で丁寧に検討されないようであれば、共謀共同正犯を安易に認めることの隠れ蓑になるだけである。東京高判平成20年10月6日においては、先行行為や排他的支配の考え方によって作為義務が導かれているが、この点の評価が適切であったのかが問題になると思われる。先行行為を強調することは、本来は教唆犯や幫助犯として評価されるべき者について、共同正犯であると評価してしまう可能性を含んでいる<sup>(38)</sup>。

(38) 松原・前掲(5)27頁は、「共謀共同正犯が否定された場合に、別途、不作為犯が成立する理論的な可能性は否定できないとしても、当初の(間接的な)関与を先行行為として不作為犯を肯定することには、(共謀)共同正犯の要件を潜脱するものではないかとの疑問が残るところである。」とする。

本判決の事案について、共謀共同正犯とすべきであったとするものとして、西田典之『共犯理論の展開』(2010年)159頁、島田聡一郎「不作為による共同正犯」刑事法ジャーナル29号(2011

従って、複数の者からなる犯行グループについて、そのような行為に出ることを禁止するという行為規範の提示という観点を考慮に入れた共同意思主体の形成を検討し（第1段階）、それが肯定された場合に、共同意思主体の構成メンバーと評価できるのかを検討していく（第2段階）、という法律構成の方が、事案の実態に適う処理であり、処罰範囲を適正に画するという点でも好ましいように思われる。

## 2 承継的共同正犯

承継的共同正犯については、後行行為者が参加する前に先行行為者が行った行為とそこから発生した結果について後行行為者が刑事責任を負うかが否かが問題になるが、従来の多数説は、因果的共犯論を前提に原則として承継を否定してきた<sup>(39)</sup>。

そして、承継的共同正犯に関して最高裁が初めて判断を行った最決平成24年11月6日刑集66巻11号1281頁は、被告人が現場に到着する前にAらから暴行を受け負傷していた被害者Bらに対して、被告人はAらと共謀の上、それまでの暴行により被害者Bらが逃走や抵抗が困難であることを認識しながら、Aらによる暴行よりも激しい暴行を加えて被害者Bらの傷害の程度を相当程度重篤化させた、という事案について、次のように述べて承継を否定している。

「被告人は、共謀加担前にAらが既に生じさせていた傷害結果については、被告人の共謀及びそれに基づく行為がこれと因果関係を有することはないから、傷害罪の共同正犯としての責任を負うことはなく、共謀加担後の傷害を引き起こすに足る暴行によってBらの傷害の発生に寄与したことについてのみ、傷害罪の共同正犯としての責任を負うと解するのが相当である。」

最高裁は、因果的共犯論の見地から参加前に生じた傷害結果について刑事責任を負うことを否定する判断を示したが、これは学説の多数説と同様の考え方に立つものである。

承継的共同正犯における後行行為者の刑事責任の範囲については、共同正犯関係を共同意思主体の形成と理解し、共同意思主体の形成とその構成メンバーといえるのかによって関係者の共同正犯性を考えていくべきであるとする私見からは、途中から参加した後行行為者は、自らが参加する前の行為についての共同意思主体の構成メンバーになることはおよそありえないので、承継は否定されるという結論が導かれる。共

年) 46頁。

(39) 西田典之『刑法総論〔第2版〕』（2010年）366頁、前田雅英『刑法総論講義〔第5版〕』（2011年）500頁、山口厚『刑法総論〔第2版〕』（2007年）350頁等。

同意意思主体の形成は、既に発生した事態を事後に認識・認容するのみでは行われえないのである。

### 3 共犯関係の解消（共犯からの離脱）

共犯関係の解消（共犯からの離脱）は、途中から参加するという承継的共同正犯の裏返しの場面であり、議論の状況もほぼ同様のものとなる。ここでは、犯行グループによって一旦形成された共同意思主体が依然として継続して存続しているのか（それとも、従来の共同意思主体は消滅したのか）、また、依然として共同意思主体の構成メンバーの地位にあるといえるのか、によって共同正犯の成否を考えればよい。共犯関係の解消のためには何が求められるのかを検討することは、いわば裏側から「共謀」の特徴と実態、そして要件を明らかにしようとすることでもある。

(1) 最決平成元年6月26日刑集43巻6号567頁においては、暴行の実行を開始した後の共犯関係の解消（離脱）の成否が問題になったが、約1時間ないし1時間半にわたって共同して手拳・竹刀・木刀等を用いて暴行を加えた後に「おれ帰る」とのみ告げて現場を立ち去った、という事案について、「被告人が帰った時点では、坏においてなお制裁を加えるおそれが消滅していなかったのに、被告人において格別これを防止する措置を講ずることなく、成り行きに任せて現場を去ったに過ぎないのであるから、坏との間の当初の共犯関係が右の時点で解消したということはできず、その後の坏の暴行も右の共謀に基づくものと認めるのが相当である。そうすると、原判決がこれと同旨の判断に立ち、かりに花田の死の結果が被告人が帰った後に坏が加えた暴行によって生じていたとしても、被告人は傷害致死の責を負うとしたのは、正当である。」とされ、共犯関係の解消を認めなかった。

2名の者が意思を通じて共同して約1時間ないし1時間半にわたって被害者らに暴行を加えた行為は、2名によって形成された被害者に対する暴行を目的とする共同意思主体による活動であり、「おれ帰る」とのみ告げて現場を立ち去る行為は共同意思主体の解消と評価することはできず、依然として、被告人には存続中の共同意思主体の構成メンバーとしての地位が残っていると考えられる。

(2) 最決平成21年6月30日刑集63巻5号475頁は、被告人を含む8名の者が住居侵入と強盗についての共謀を行い、これに基づき、共犯者2名が住居に侵入した後に、住居付近に止めてあった自動車内にいた被告人が、住居に侵入した共犯者らに一方的に電話で「危ないから待てない。先に帰る」と伝えた共犯者らと共に自動車現場を離れたが、その後、残りの共犯者らは、被告人らが現場を離れたことを知ったにもか



かわらず強盗を行った、という事案について、「被告人において格別それ以後の犯行を防止する措置を講ずることなく待機していた場所から見張り役らと共に離脱したにすぎず、残された共犯者らがそのまま強盗に及んだものと認められる。そうすると、被告人が離脱したのは強盗行為に着手する前であり、たとえ被告人も見張り役の上記電話内容を認識した上で離脱し、残された共犯者らが被告人の離脱をその後知るに至ったという事情があったとしても、当初の共謀関係が解消したということはできず、その後の共犯者らの強盗も当初の共謀に基づいて行われたものと認めるのが相当である。これと同旨の判断に立ち、被告人が住居侵入のみならず強盗致傷についても共同正犯の責任を負うとした原判断は正当である。」として、共犯関係の解消を認めなかった。

本件においては、被告人を含む犯行グループ8名は、犯行前夜に現場付近の下見を行い、被害者宅の明かりが消えたら、2名の者が屋内に侵入し、内部から入り口の鍵を開けて侵入口を確保し、他の者も住居内に侵入して強盗を行う、という犯行手順と役割分担を相談しており、これにより、住居侵入と強盗に向けられた共同意思主体が形成されたといえる。そして、共同意思主体の構成メンバーの2名が住居に侵入した後に、「危ないから待てない。先に帰る」と一方的に電話で伝えただけで現場を離れたに過ぎない者らについては、既に形成された共同意思主体が解消したとはいえず、被告人は依然として存続している従来の共同意思主体の構成メンバーとしての地位を失っていないといえる。

もっとも、本件では、住居に侵入した2名の者が一旦住居外に出てきた時に、被告人ら3名が現場を立ち去ったことを知ったにもかかわらず、残りの者5名が引き続き強盗を実行した（さらに、被害者らを負傷させた）点について、現場を離れた被告人らを除いた残りの5名のメンバーによって新たに形成された共同意思主体による強盗行為と評価できるのではないかと考える余地は残されている。

(3) 最判平成6年12月6日刑集48巻8号509頁は、複数の者が加害者に対する正当防衛として暴行行為を行い、これによって加害者からの攻撃が終了したにもかかわらず、一部の者がさらに暴行を行った、という事案について、「相手方の侵害に対し、複数人が共同して防衛行為としての暴行に及び、相手方からの侵害が終了した後に、なおも一部の者が暴行を続けた場合において、後の暴行を加えていない者について正当防衛の成否を検討するに当たっては、侵害現在時と侵害終了後とに分けて考察するのが相当であり、侵害現在時における暴行が正当防衛と認められる場合には、侵害終了後の暴行については、侵害現在時における防衛行為としての暴行の共同意思から離脱

したかどうかではなく、新たに共謀が成立したかどうかを検討すべきであって、共謀の成立が認められるときに初めて、侵害現在時及び侵害終了後の一連の行為を全体として考察し、防衛行為としての相当性を検討すべきである。」と述べている<sup>(40)</sup>。

本判決については、先行する共同行為が正当防衛という適法な行為である場合について、共犯関係の解消を正面からは問題にしていないという点の理解が検討課題であるが、共同で正当防衛行為に出た後の新たな共謀の成立を問題にするということは、新たな暴行に向けての共同意思主体の形成を問題にしようとするものと理解することができる。

## VI おわりに

共謀共同正犯は伝統的な刑法解釈論上のテーマであるが、現在は、具体的な事案において共謀が認められる限界やその類型化に議論の重点が移っている。実務上は、具体的な事案において、共謀者が果たした役割を具体的に検討することが求められている。そして、裁判員裁判が既に開始されているが、法律の素人である裁判員にとって、これらの作業を行うことは一般的には困難な作業であるといつてよい。このような中、理論刑法学に求められることは、裁判員が適正で安定的な判断を行うことができるような考え方の枠組みを提供するところにある。抽象的な理論を闇雲に深めることや過度に細分化した場合分けのような実際に利用しえない議論を重ねることは、実践学である現在の刑法学に期待されることではない。

本稿は、このような問題意識の下、共謀共同正犯、正確には実行行為を行わないにもかかわらず共同正犯であるとの認定ないし評価を行うための判断枠組みとして、共謀共同正犯の理論的な説明ないし基礎付けを考えようとするものである。結論としては、共同意思主体説による説明が共犯現象の特徴と実態を的確にとらえるものとして適切であると考えられ、これに具体的な事案における犯罪抑止のための行為規範（禁止規範）の提示という一般予防効果という視点を加えることが、共謀共同正犯の理論的な基礎付けとして適切であると考えている。そして、共謀共同正犯としての評価を行うためには、相互の意思連絡を示す客観的な謀議行為の存在は必ずしも必要ではないと考える。犯行現場において、言葉をかかわす、あるいは、目と目で合図を行い意思

(40) 本決定についての評釈として、佐伯仁志「正当防衛と共犯からの離脱」ジュリスト1125号(1997年)148頁以下、嶋矢貴之「共犯からの離脱(3)」『刑法判例百選I総論〔第6版〕』(2008年)196頁以下。

を連絡しあう等の様々な方法によって共謀関係は形成される<sup>(41)</sup>。また、これまでの学説がやや空中戦の様相の中で議論を展開し深めてきた諸概念、つまり、「共謀」や「意思の連絡」や「共同犯行の認識」や「故意」等の概念の内実や相互関係を明らかにすることによって共謀共同正犯に関する具体的な諸問題に解決を与えることには限界があると感じている。

共同意思主体説というやや過去のものとなりつつある考え方に、行為規範（禁止規範）の提示による行為のコントロールによる一般予防効果という観点を加味した共同意思主体の形成という説明等、理論的には不完全で粗いものであろうが、今後の具体的事案に対する裁判所の判断を注意深く見守っていくと共に、実務上も機能しうるような理論的な研鑽をさらに深めていきたいと考えている。また、本稿では検討することができなかったが、共謀共同正犯者の責任能力や故意の存在時と共謀共同正犯の実行の着手時期との関係<sup>(42)</sup>、そして、共謀共同正犯が問題となる事案における公判前整理手続や公判手続や評議のあり方という手続法上の問題点等についても、今後の検討課題としていきたい。

---

(41) 客観的謀議説を厳格に適用すると、暴行・傷害（致死）事件等における現場共謀の認定は困難になると考えられ、このことが、実務においては主観的謀議説の考え方に従って運用されてきたことの理由であろう。もっとも、客観的謀議説も、実際の適用においては、謀議が共謀共同正犯の客観的要件であることをそれほど厳格に要求するものではないと思われる。

(42) 松原・前掲(5) 17頁は、「個人の責任は本人の行為と結びついてはじめて意味をもつものであるから、共同正犯における各関与者の故意や責任能力は、各自の関与の時点で具備されなければならない。したがって、狭義の共謀共同正犯における共謀者については、意思形成に寄与する謀議行為の時点の故意や責任能力が問われるべきである。」と述べて、共謀とは実行行為時における心理状態であるとする主観的謀議説の問題点を指摘する。



# 「新時代の刑事手続」のめざす刑事手続像

新屋達之

---

I	はじめに	38
II	日本の刑事手続をめぐる評価	40
III	戦後日本の刑事手続の動向と刑事手続像	44
IV	「基本構想」と取調べ中心主義	48
V	「基本構想」のめざす刑事手続——むすびにかえて	50

---

## 1 はじめに

1 2011年6月に始まった法制審「新時代の刑事司法制度特別部会」は、2013年1月に「時代に即した新たな刑事司法制度の基本構想」（以下、「基本構想」と略）を公にした。その後、構想の内容を具体化するための2つの作業分科会において各論的検討が行われ、同年6月14日の第20回審議会では、各分科会における検討結果を総括した「作業分科会における検討(1)」が示された。この後も、作業分科会における作業が継続されている（2013年10月現在）。

今回の刑事手続改革が浮上した契機は、いわゆる郵便不正事件とその中で発生した担当検察官による証拠物（フロッピーディスク）改ざん事件<sup>(1)</sup>、いわゆる陸山会事件に関連する検察審査請求の過程で発生した検察官による虚偽捜査報告書の作成事件<sup>(2)</sup>といった一連の検察不祥事が1つの大きな契機<sup>(3)</sup>であり、特別部会の第1回会議（2011年6月29日）における法務大臣挨拶においても、「近年の情勢をみますと、昨年の大阪地方検察庁における一連の事態においては、現在の刑事司法制度の構造を背景にして、検察官に取調べや供述調書を偏重する風潮があったのではないかの指摘がなされております」<sup>(4)</sup>として言及されている。

また、足利事件、布川事件等における再審無罪判決、パソコン遠隔操作誤認逮捕事件等の発覚もまた、「取調べや供述調書を偏重する風潮」、すなわち取調べ中心主義の現われであり、大臣挨拶などには直接の言及がないものの、今回の刑事手続改革の要因として作用したことは事実である。

2 「基本構想」にみられる改革提案を被疑者・被告人との関係で人権拡張的方向と人権制限的方向に大別すると、おおむね以下になるだろう。もっとも、この区分は便宜的なもので、運用いかんによりどちらにも作用しうる面がある。たとえば、身

(1) 本件については、魚住昭『冤罪法廷』（2010年、講談社）、今西憲之＋週刊朝日取材班『私は無実です』（2010年、朝日新聞出版）等

(2) 本件については、森ゆうこ『検察の罫』（2012年、日本文芸社）、小川敏夫『指揮権発動』（2013年、朝日新聞出版）等。なお、大坪弘道『勾留百二十日』（2011年、文芸春秋）。

(3) 一連の検察不祥事を受けての結果である検察の在り方検討会議提言『検察の再生に向けて』（2011年3月31日付）は、検察不祥事の背景には「極端な取調べ・供述調書偏重の風潮」があり、これが「本質的・根源的な問題」であるとして、「取調べ及び供述調書に過度に依存した捜査・公判のあり方を抜本的に見直し、制度としての取調べの可視化を含む新たな刑事司法制度を構築する」べきことを提言した（PDF版28頁）。

(4) 法制審関係の文書はいずれも法務省HPによる。

身体拘束の中間処分（ウ）は、逮捕・勾留の制限として機能することも期待できるが、他方、それまでは在宅で処理されていた事件を中間処分事件として扱われれば権利制限的な方向で作用する。同様に、自白事件の簡易・迅速な処理（コ）も、刑事手続からの早期解放という面とそのための取引を余儀なくされるという側面の双方がありうる。また、取調べ可視化（ア）にしても、その制度や運用いかんによっては、かえって供述の任意性を肯定するための道具となる可能性もある。

① 人権拡張的方向

ア 取調べ可視化

イ 被疑者公的弁護の拡大

ウ 身体拘束の中間処分、身体拘束の判断に関する留意事項

エ 公判前整理手続請求権

オ いわゆるリスト開示

② 人権制限的方向

カ 通信傍受の拡大・「合理化」、会話傍受の導入

キ 刑の減免制度、捜査・公判協力型協議・合意、刑事免責

ク 被害者・証人保護

ケ 公判提出証拠の真正性確保（証人の出頭・証言確保、証拠隠滅罪等の重罰化、被告人の証人適格）

コ 自白事件処理の簡易迅速化

人権制限的方向の改革案を見ると、そのほとんどが組織的犯罪対策に関するものであることが注目される。他方、人権拡張的方向の改革案には目新しいものが少ない。また、取り上げられるべき問題点が落とされているのでないかとの疑念はぬぐえない。部会における審議やそのさしあたりの総括である「基本構想」は、問題の出発点となった取調べ中心主義を根底から変革するものとはいえなかった。むしろ、捜査・訴追権限の拡大がメイン・テーマとなり、論点が完全に置き変わったとさえいいうる<sup>(5)</sup>。ここから、今回の刑事司法改革は、当初の期待を大きく裏切り、警察・検察を「焼け太り」させたものであるとの批判が強く現われてきた。しかし、これは、糺問主義的検察官司法の現代化という観点からみると、当然の帰結であったように思われる。

(5) このような争点のすり変わりは、戦前の人権蹂躪問題に対する司法当局の対応をほうふつとさせるものがある。すなわち、戦前に社会の耳目を集めた多くの人権蹂躪事件も、代用監獄を用いた取調べと自白強制がその根源であった。しかし、現実には、予審存廃論と検察・警察への強制権限付与の可否という問題に転換されていった。小田中聰樹『刑事訴訟法の歴史的分析』（1976年、日本評論社）参照。

「基本構想」の提起した改革課題のもつ問題については既に様々な論稿で論じられているところであるが<sup>(6)</sup>、本稿では、「基本構想」がいかなる刑事手続像をめざすのかという観点から、問題を考えてみたい。本稿は、日本民主法律家協会司法制度委員会におけるレポート（2013年9月14日）を基に大幅な修正を施したものである。まとまりに欠ける面も多分にあるが、「基本構想」の歴史的位相の検討素材となれば幸いである。

## II 日本の刑事手続をめぐる評価

### (1) 2つのモデル

「基本構想」をいかに評価するかにあたっては、日本の刑事手続がいかなる特徴を有するか、また、それがいかなる歴史的変容を遂げてきたかを概観する必要がある。そこでまず、この点を検討することとするが、日本の刑事手続像をめぐることは、これまでも評価が大きくわかれてきた。「精密司法」と「糺問主義的検察官司法」との対立である。

「精密司法」論の説くところは次項に見る通りであるが、このような立場から日本の刑事手続を理解することには問題があることは、つとに指摘されてきた。むしろ、日本の刑事手続は糺問主義的検察官司法として位置付けられるというべきであろう<sup>(7)</sup>。

すなわち、日本の刑事手続のもつ強い糺問的性格、捜査権限の強大さによる両当事者の実質的不对等、防御権の不全、それらにもとづく冤罪の発生、誤判救済の停滞・機能不全を問題とするものである。そして、これらの病理の中心には取調べ中心主義

(6) 詳細は、法と民主主義 477号、季刊刑事弁護 75号、法律時報 85巻8号の各関連特集、刑事法研究者意見書（季刊刑事弁護 76号）、白取祐司「今、『新時代の刑事司法』の方向性を問う」世界 846号等参照。なお、基本構想を基本的に肯とする立場からのものとして、刑法雑誌 52巻3号、法学教室 398号。

(7) 小田中・前掲注(5)書、同『現代刑事訴訟法論』（1977年、勁草書房）、同『現代司法と刑事訴訟の改革課題』（1995年、日本評論社）、川崎英明『現代検察官論』（1997年、日本評論社）等。なお、青木孝之『刑事司法改革と裁判員制度』（2013年、日本評論社）第1編（特に第5・6章）も参照。

警察権限が従来の消極目的から積極目的へと転化し、検察との力関係の事実上の逆転現象が生じる中、日本の刑事手続は「検察官司法」というより「警察刑事司法」とであると評価すべきかもしれない。ただ、両者は、日本の刑事手続の特徴をその糺問的性格に見出す点では共通するし、少なくとも建前としての刑事手続においては、第1次捜査機関とはいえ捜査段階のみの担い手である警察と、捜査・公判から行刑に至るまで関与する検察官とでは、手続上のウエイトに大きな差がある。その点では、検察官司法というテーゼでの分析にも、大きな意味がある。



があり、取調べ受忍義務の存在と不可視的な取調べがそれを象徴するものとされる。さらに、このような取調べを可能ならしめる人質司法や令状主義の形骸化、接見交通権に対する制約などがあいまって、人権侵害的刑事手続を構築しているとされる。

そこで、日本の刑事手続を糺問主義的検察官司法と位置付ける見地からは、改革課題としては、「基本構想」がネグレクトしたとさえいえる論点、すなわち、「身体不拘束の原則」に基づく身体拘束制度の改革と令状主義の実質化、代用監獄の廃止、取調べ受忍義務の否定、取調べ可視化、接見交通の原則的自由化、全面証拠開示などの諸点が、特に重要な課題とされる。

ここでは、「基本構想」にみられる刑事手続像の理解との関連で、これらの本来的な改革課題に関する点を更に展開して論じることはしない<sup>(8)</sup>。オフィシャルな評価とさえいえる「精密司法」の含意とその課題を確認しておくにとどめる。

## (2) 「精密司法」論とその課題

1 「精密司法」概念は、松尾浩也によって提唱され、徹底した捜査、確信に基づく起訴、書証依存がその主な特色とされた。もっとも、当初は、それは「良くも悪しくも」の両側面をもつこと、その問題性として、「手続の適正」よりも「事案の真相」に傾くところがあり、もし現実の赴くままにまかせれば手続の適正と事案の真相という両者のバランスが崩れ、前者が不当に軽視されることも指摘されていた。そこで、このような日本の特色に基づくゆがみを正すためには、解釈原理として当事者主義化が採用されるべきだとされていた<sup>(9)</sup>。しかし、この概念は、次第に肯定的側面のみが強調されるようになり、特に1980年代後半から90年代前半にかけては、他の先進国に比べて低い犯罪発生率との関連が結び付けられ、良好な治安を支える基本理念であるとされるに至った<sup>(10)</sup>。

このような「徹底した捜査」と「確信に基づく起訴」に基づく強度の実体的真実主義の中心を支えるのは、なканずく被疑者取調べこそが捜査の中核であり、被疑者の

(8) 「基本構想」の問題性については、前記注(6)の各文献参照。

(9) 松尾浩也『刑事訴訟法』上(1999年新版、弘文堂。なお、初版は1979年)16頁。同・下(1993年新版、弘文堂)342頁は、適正手続の尊重を解く必要性の大きさを指摘し、「極度に治安の乱れた非常のときはともかく、平時における刑事司法の健全さは、処罰の確保の実績ではなく、適正手続の順守の程度によってはかられる」という。

(10) 土本武司『刑事訴訟法』(1991年、有斐閣)17頁以下、三井誠他編『刑事手続』上(1988年、筑摩書房)所収の中山善房「日本の刑事手続の特色—裁判の立場から」1頁以下及び河上和雄「日本の刑事手続の特色—検察の立場から」11頁以下は、その代表的なものといえよう。

供述こそが公訴提起の可否を決するという取調べ中心主義であった。このように、取調べ中心主義が日本の刑事手続の際立った特徴であること自体には、糺問主義的検察官司法として捉える見解であれ、精密司法として捉える見解であれ、見解の相違はない。問題はそれを生理とみるか病理とみるかであった。

2 ところで、被疑者取調べ（及びその結果たる被疑者の供述）には、2つの機能があるとされてきた。

まず、事件の全体像を描き出すという真相解明機能である。すなわち、主観的要素の存否により犯罪の成否や成立罪名に違いができるという実体法の性格を反映し、その主観的要素の有無を把握するためには被疑者の供述が不可欠で、そのために被疑者取調べが重要なのだとされる。これに加え、物証や情況証拠はいかに重要なものでも事件の真相を断片的にあらわすものであるため、それらをつなぎ合わせるためには被疑者の供述が必要なのだともいわれる。

また、取調べの刑事政策的機能も強調される。これは2つの含意からなり、ひとつには、被疑者の経歴・境遇・性格等の詳細な把握が起訴便宜主義に基づく訴追決定の判断のために不可欠であるという点が挙げられる。ここで、取調べ中心主義が、強力な訴追裁量と結び付けられる。もうひとつは、取調べ自体が捜査官と被疑者の人間関係の形成の場であり、自白もそのような人間関係形成の結果であって、供述自体が犯人の改悟・更生に寄与するのだという発想がある<sup>(11)</sup>。この点で、被疑者取調べならびに自白は、「犯罪事実の外形的供述」「事件処理の単なる手段」でない。文字通りの「告白」(confession)であり、捜査側からみれば、多分に情緒的・ウエットな性格を有するものと理解されている。

取調べにおけるこのような刑事政策的機能の強調は、諸外国<sup>(12)</sup>に比してかなり特徴的な違いであるように思われる。その反面として、司法取引のような、取調べや供述を「事件処理の単なる手段」に貶めることとなる手法には概して拒否的であり、国民性ともそぐわないものとされてきた<sup>(13)</sup>。

3 ただ、このような伝統的感覚は、犯罪現象や社会状況を考えると変化の動きが

(11) 特に後者の点については、宮澤節生『犯罪捜査をめぐる第一線刑事の意識と行動』（1985年、成文堂）235頁以下参照。

(12) 取調べ法制の比較法については、さしあたり、井戸田侃編集代表『総合研究被疑者取調べ』（1991年、日本評論社）参照。

(13) 土本・前掲注（10）書30頁、佐藤欣子『取引の社会』（1974年、中公新書）。おとり捜査や盗聴等の「ゲーティーンな捜査」への嫌悪感も、国民性が根拠として挙げられることがある。

みられる。既に1988年の時点で、次のような指摘がみられる<sup>(14)</sup>。すなわち、「犯罪者の意識の変容のみならず、社会生活のあり方が、より個人中心的となり、共同体意識の希薄化を伴いつつ、複雑多様化するにしたがい、犯罪現象も変化していることにかんがみ、捜査官が職人芸的な取調べにより任意の供述を得ることを期待する現状に関して、その困難を克服するための努力をこれからの捜査官に求めることが無理となりつつあるのではないかと危惧感」から、「犯人の供述確保のための新たな法的手段を考慮すべきとの論」の台頭である。

具体的な手段としては、①有罪答弁取引制度、②刑事免責を条件とする供述強制制度、③裁判所の面前での供述に対する間接強制、④盗聴制度、⑤テロ・組織犯罪などに対する秘密捜査官の潜入・おとり的行為を広くに許す秘密捜査活動の許容が挙げられる。

また、この10年後にも、今後の刑事司法の「システム再編成の方向」として、現行制度を基礎とした手直しを試みるのが現実的だとの観点から、公判活性化との関係では①争いのある事件とない事件の手続の峻別、②被告人の証人適格、証人の法廷供述に関する起訴前証人尋問制度の活用や偽証罪の適用の活発化による法廷供述の信頼性確保、③集中審理阻害要因の除去のための公設弁護人制度、④被害者の立場の導入が、捜査との関連では、「できるだけ自白に頼らなくても済むような枠組み」の設定が重要だとの観点から、④実体法のあり方の改革、⑤イミューニティー等の導入、物証収集規定の整備、大陪審の機能の強化、起訴前勾留期間の延伸、検察官の参考人喚問権等の整備といった手続法の改革、⑥自白追及過程の適正性担保のための取調べの録音・録画や弁護人立会いといった捜査の可視化などが提案されている<sup>(15)</sup>。

「供述確保のための手段」とみるか「供述に依存しないための手段」とみるかの違いはともかくとして、その多くが何らかの形で実現され、あるいは「基本構想」の中に取り入れられている。そうすると、「基本構想」も、このような「精密司法」の土壤のもとでの刑事手続改革論といえよう。

(14) 原田明夫「被疑者の取調べ—検察の立場から」三井他編・前掲注(10)書185頁以下。

(15) 亀山継夫「刑事司法システムの再構築に向けて」『松尾浩也博士古稀祝賀論文集』下(1998年、有斐閣)19頁以下。但し、⑥については、検察官による警察捜査のチェック機能の活性化の方が現実的としており、必ずしも積極的でない。なお、亀山理論については、青木・前掲注(7)書第1編第5・第6章も参照。

### III 戦後日本の刑事手続の動向と刑事手続像

1 戦後日本の刑事手続を糺問主義的検察官司法と規定するとしても、それが常に同じ形で表れていたわけではない。時代状況、刑事手続をめぐる理論状況をはじめとする様々な諸要因の中で、複雑な動きを経つつも、刑事手続の伏流水として存在してきた。

これをいくつかの時代区分で考えてみると、戦前的糺問主義的検察官司法の維持・温存とその挫折の時期（1950年代）、戦後の糺問主義的検察官司法の胎動期（1960年代から1970年代前半）とその確立期（1970年代後半から1990年代前半）、その変容期（1990年代後半から現在）といった流れと時代区分を、一応想定しうるように思われる。

2 戦後第1期は、新旧刑訴法の端境期から1950年代にかけての、戦前的な糺問主義的検察官司法の温存期である<sup>(16)</sup>。

敗戦とそれに伴う旧体制の「崩壊」、基本的人権保障の高揚する中、人権侵害の歴史ともいえる旧来の刑事手続に対しても様々な批判が向けられ、その改革は早くから俎上に上がってきた。しかし、敗戦前後の治安状況の著しい悪化や労働・社会運動の高揚に対する対抗的状況から、日本政府側の立法作業においては、人権保障の拡充に向けられた部分もなくはないが、総じて、検察権限・捜査権限強化の方向が強く打ち出されていた。その後、日本政府側の思惑は、日本国憲法の制定における刑事人権の憲法的保障への格上げとそれに伴う刑訴改革の方向転換の中で、かなりの修正を余儀なくされた。とはいえ、人権を伸長する方向での改革も徹底したものとはいえなかった。現行刑訴法の運用も、多分に糺問主義的検察官司法を温存する方向で行われ、後に「奇形の定着」をもたらす要因となる。

学説上も、「新刑事訴訟法は、職権主義的構造から弁論主義的構造への転換を完全には果たしていない。弁論主義への飛躍的な転換をめざしてはいるが、しかも、足はな

(16) 小田中・前掲注(7)現代刑事訴訟法論25頁以下。

現行刑訴法の旧刑訴法の運用については、亀山継夫「刑事訴訟法50年と検察の課題」ジュリスト1148号25頁、同・前掲注(15)松尾古稀祝賀論文集13頁も参照。『家永三郎集』第8巻（1998年、岩波書店）94頁には、「検察庁の門を一步入ったら、ここは帝国憲法が生きているんだ。そのくらいの気持ちでやらなければ一人前にはならんよ」という某検察官の発言（日本読書新聞1957年2月25日号）が紹介されている。

お職権主義の地盤を離れていない」<sup>(17)</sup>という評価に象徴されるように、新旧刑訴の連続性を強調する見解は根強かった。

3 このような動きは、ほぼ1960年前後から転換を余儀なくされる。

この時期、松川事件、メーデー事件をはじめとする大掛かりな公安事件、一般刑事事件においても幸浦事件、二俣事件などの冤罪事件、あるいは刑訴法一部改正（1953年）や警職法改正問題（1958年）にみられたように、戦前的な捜査や刑事司法のあり方に対して、社会的な関心と批判が向けられた。これらの社会の耳目を集めた事件では、実体法の解釈・手続運用いずれの面においても、憲法的観点を駆使して「旧思想」の代弁者たる検察・裁判所と対峙してゆくかが課題となっていた。

このような状況と呼応するかのように、学説上も、捜査手続への理論的関心の増大、あるいは刑事手続における憲法的価値の確認といった動きが顕著になる。特に、弾劾的捜査観と訴因対象説の提唱<sup>(18)</sup>とデュー・プロセス論の発展はその象徴であり、以後の学界に大きな影響を与える。実務との関係でも、訴因対象説は、「現行刑訴法も職権主義を基調とする」という見解にとどめをさす要因となった。この点で、公判手続の運用に関する限り、手続理念の完全な転換がみられた。

しかし、弾劾的捜査観については、捜査実務がそれを峻拒したことは明らかである。裁判実務との関係でも、特に1960年代後半からは、別件逮捕勾留の抑制、接見交通権の拡大あるいは勾留請求に対する厳格な姿勢などの形で捜査に対するコントロール強化をめざす動きはあったものの、取調べ受忍義務否定論というその中心部分は定着しなかった。

以上の点からみると、1960年代から70年代前半にかけては、戦前的な糺問主義的検察官司法を一定程度挫折させた時期といえる。しかし、憲法的刑事手続の理念を必ずしも司法部に根付かせえなかったという点では、戦後的な糺問主義的検察官司法の胎動期であったと評価できよう。

4 1970年代初頭の「司法の危機」あるいは司法反動を経て、裁判官に対する官僚的統制が強化される中、1970年代半ばから、裁判所内部にみられたりベラルな動きは衰微し、かわって、判例による捜査権限の拡大（ないしその追認）の傾向が顕著となる。現行法は職権主義を基調とするといった立場はさすがに立ち消えたものの、少し以前から学生事件を中心に問題となっていた強権的訴訟指揮とそれによる訴訟促進の動きが顕在化したのもこの時期であった。これが「刑事裁判の形骸化」といわれる現状を

(17) 小野清一郎『刑事訴訟法概論』（1954年、法文社）27頁。

(18) 平野龍一『刑事訴訟法』（1958年、有斐閣）を嚆矢とすることはいうまでもない。

生み、やりがいのない刑事弁護に対する弁護士層の失望と、刑事弁護離れといわれる現象を引き起こす。

他方、1980年代には、「ジャパン・アズ・ナンバーワン」に象徴されるように、いわゆる日本型システムに対して関心が集まるが、それに平仄を合わせたかのように、「精密司法」論が提起され、刑事手続の日本的特色に関する関心も顕在化する。特に、先進諸国の中で際立って低い犯罪率と高い検挙率という特徴が捜査機関の自信と直結し、それに同調する裁判官層の動きとも共振して、戦後的な糺問主義的検察官司法が完成をみた。

5 こうして完成を見た戦後的な糺問主義的検察官司法は、1990年代後半から今日に至るまで大きな流れとして「定着」を示してきたといつてよい。

もちろん、これに対しては、当番弁護士制度の確立に始まり、被疑者公的弁護制度の導入に象徴される、刑事弁護の活性化と、弁護士層・研究者層に現われた刑事司法改革の動きが対峙し、一定の修正を余儀なくされている<sup>(19)</sup>。

第1に、弁護士層の努力とそれを通じての判例による接見交通権の拡大の動きである。すなわち、接見指定の基準の捜査全般説から限定説への移行<sup>(20)</sup>、初回接見の尊重<sup>(21)</sup>、「面会接見」への配慮<sup>(22)</sup>などにおいては、自由な接見という原則が確立したわけでないにせよ、その実質化が進んだことも事実ではある。接見交通が黙秘権の実質的保障にとって果たす意義を考えれば、取調べ中心主義に対する重要な対抗手段であることは間違いない。

第2に、裁判員制度である。裁判員制度をいかに評価すべきかについては大きな対立があるが<sup>(23)</sup>、その運営のためには、裁判員に大部な調書の閲読とそれに基づく事実認定を期待しえないところから、客観的証拠の収集の徹底、捜査書類の簡潔明瞭化の徹

(19) 平野龍一「現行刑事訴訟の診断」『団藤重光博士古稀祝賀論文集』第4巻（1985年、有斐閣）423頁の「わが国の刑事裁判はかなり絶望的である」との結論が、1つの大きなインパクトとなった。その後、日弁連第32回人権擁護大会（松江市）における刑事司法改革宣言をはじめとして、弁護士層の刑事手続改革、刑事弁護の活性化に対する動きが顕在化する。

(20) 最判1978年7月10日民集32巻5号820頁。なお、最判1991年5月10日民集45巻5号919頁。

(21) 最判2000年6月13日民集54巻5号1635頁。

(22) 最判2005年4月19日民集59巻3号563頁。

(23) 裁判員制度の評価としては、これを民主的改革であるとして基本的に評価する立場、逆に権力による国民包摂の制度であると批判する立場、裁判官裁判を是とする立場からの反対論、参加制度そのものは評価しつつ制度設計やその思想を疑問視する立場など、見解の対立が著しい。しかし、少なくとも政府や立法当局の意図には、民主主義的思想は読みこみ難い。たとえ参加制度そのものの導入は肯定するとしても、立案当局者の意思に関する限り、官僚刑事司法の再編プロセスの1つとみられることとなる。拙稿「裁判員制度のイデオロギー」法の科学35号。

底が重要な課題であるとされる。これらは、事実認定における供述依存の程度を減少させる。また、任意性の争点化の回避のため、取調べの一定の可視化が求められる。事実、取調べ状況報告書の作成や取調べの一部の録音・録画の制度化がなされた。改革としてはぬえのない微温的であるが、密室での取調べこそが真実発見に寄与するという従来の取調べ観からすれば、相当に異質な要素を取り込まざるを得なくなった。少なくともこれらの点に関しては、裁判員制度の導入がある種の成果であったことは確かであろう。

第3に、足利・布川・東電OL事件等の一連の冤罪事件・再審無罪事件や「検察不祥事」、「国策捜査」批判などにおいて、検察官司法の岩盤をさえ揺るがす状況が生じたことも事実であり、このことも、取調べ一部可視化の導入など一定の譲歩の要因となっている。

6 こうして「定着」をみた糺問主義的検察官司法の動きは、1990年代後半から、以上のような対抗関係をはらみつつも、その「完成」に向けた動きを活性化している。

第1に、代用監獄問題については、刑事施設収容法（2005年）により、捜査と拘禁の分離が制度化されたこと（同法16条3項）も事実であるが、その実質的恒久化が図られた。これは、取調べ中心主義の根幹の基本的な維持をめざしたものともいえる。

第2に、被害者保護問題の台頭と深化の中、被害者参加制度や検察権行使への意見表明権の導入である。これは一面では、検察官の法廷における絶対者としての地位を相対化することとなるが、「（有罪指向という意味において）真実を知りたい」とかより重い量刑を望むという被害者側の意向は、検察官の意図と比較的一致する。この点で、糺問主義的検察官司法を補完する側面をもった。

第3に、裁判員制度及びそれに伴う2004年刑事訴訟法改革では、刑事裁判の充実・迅速のスローガンのもと、公判前整理手続における主張制限や争点絞り込み、即決裁判制度など、訴訟促進的な動きが目立った。証拠開示制度の導入も、手続の迅速や争点絞り込みという観点が立法段階では顕著であった。この点で、全体としてみれば、2004年刑事訴訟法改革は、官僚刑事司法の再編過程であり、糺問主義的検察官司法を基盤とした改革とみるべきこととなる。

これらは、従来からの糺問主義的検察官司法を踏まえたものといえよう。

7 第4に、しかし、従来型の糺問主義的検察官司法では対処できない問題も生じてきた。①暴力団犯罪の変容、②来日外国人犯罪組織、③テロという3点の要因に基づく、組織的犯罪対策の強化である。

従来、日本における組織的犯罪は、暴力団ないしヤクザが念頭に置かれていた。し

かし、これらの者により行われる犯罪も、伝統的な暴力犯罪というより、民事介入暴力にみられるように知能化・高度化の傾向が指摘される<sup>(24)</sup>。また、来日外国人の組織的犯罪の増加、そのような犯罪組織と暴力団の結びつき、逆に暴力団自身の海外進出といった事態も、しばしば指摘される。さらに、グローバリゼーションに内在するある種の矛盾が「文明の衝突」といった事態を招き、国際的テロの契機ともなる。

これらの犯罪においては、対象者が異文化であるとか確信犯的性格をもつとかなどの点から、これまで捜査実務家が説いてきたところの「人間関係に訴えかける取調べとそれに基づく自白」は、期待しがたい。しかし、だからといって犯罪の解明のために供述を取ることの重要性も否定はされないので、人間関係でなく合理的計算に基づく取調べによる供述の取得が課題となる。他方、これらの犯罪の解明には新たな捜査手法も必要だとされる。そこで、これまでダーティーな手法であるとして忌避されてきた取引的捜査や盗聴なども、これを解禁する必要に迫られる。

ここにおいては、取調べ中心主義に支えられた糺問主義的検察官司法は、従来型から現代型への変容をとにかくも迫られることとなる。このような状況の中で提起されてきたのが、「基本構想」である。

#### IV 「基本構想」と取調べ中心主義

1 以上のように、糺問主義的検察官司法の一定の現代化として「基本構想」を位置付けるならば、それが取調べ中心主義を基本的に維持していることは明らかである。「基本構想」によれば、取調べ中心主義は「我が国の良好な治安を保つことに大きく貢献してきたとも評されるが……それに伴うひずみもまた明らかに」なるとされる。ここでは、取調べ中心主義の結果、公判中心主義の建前に対し、「刑事裁判の帰すうが事実上捜査段階で決着する事態となっていると指摘される」とし、他方で調書依存による無理な取調べや手続の適正軽視、誤判原因としての虚偽自白の問題についても一応言及はされている（「基本構想（修正案）」PDF版3～4頁）。

ただ、ここで留意すべきは、このような指摘の存在にもかかわらず、日本の刑事手続の問題点の根源を抉り出すものとはなっていない。「基本構想」は、確かに取調べ中心主義の病理についても言及している。しかし、その際にも「指摘されている」「指摘もなされている」という表現が用いられていることにみられるように、病理現象の存

(24) このような変化は、暴力団と警察との関係にも大きく影響しているように思われる。



在自体をいささかあいまいにしている。さらに、その病理がいかなる点で生じたのかについては言及が避けられている上、審議過程においてもほとんどネグレクトされていた。

「基本構想」が戒めているのは、「取調べへの過度の依存」であって、取調べならびにそれによる供述の収集自体には高い意義が認められている。すなわち、被疑者の取調べは「最も効率的かつ機動的に行うことができる手法」であるが故、「新たな刑事司法制度においても相応に重要な役割を果たすこととなると考えられる」というのである（「基本構想（修正案）」PDF版5頁）。

従って、取調べ制度の根本的改革に対しても概して消極的であり、録音・録画による可視化だけが取り上げられている。もとより、可視化の重要性自体は否定できない。しかし、取調べ問題の根源は取調べ受忍義務の是非論にあるはずであるし、仮にその肯定論を前提とするとしても、黙秘権といかに調和可能なものとするのか、あるいは法心理学的にみて望ましい取調べ方法の検討<sup>(25)</sup>など、検討すべき点は少なくなかったはずである。

2 他方、「取調べへの過度の依存」からの脱却として、「基本構想」は、「供述証拠及び客観的証拠をより広範囲に収集することができるようにするため、証拠収集手段を適正化・多様化する」とした（「基本構想（修正版）」5頁）。そこで、供述証拠の収集の多様化のため、刑の減免制度、協議・合意制度、刑事免責の導入を検討するとともに、「真正な証拠の公判への顕出」のため、証拠隠滅罪の法定刑の加重や被告人の証人適格・虚偽供述に対する処罰の導入を検討している。後者は、供述収集の多様化の一環とも言いうる。

しかし、これらも「取調べへの過度の依存」を免れる手段たり得るかは、実は疑義がある。というのは、刑の減免であれ刑事免責であれ、被疑者・被告人から事前の供述を得なければそれを行うことができない。虚偽供述の処罰についても、供述の虚偽性をいかに認定するかとの関連では、事前の供述取得のもつ意味は小さくない。そのためには被疑者からの供述の取得すなわち取調べがやはり重要な意味をもつのであり、必ずしも取調べの減量に通じるものでない。更に、刑事免責のように、供述を他人の犯罪事実の認定に用いる場合、「取調べ圧力の転移」とでもいうべき問題も生じうる。すなわち、供述を得難い被疑者については取調べを控えるが、供述を得やすい（な

(25) ミルン、ブル著（原聰編訳）『取調べの心理学』（2003年、北大路書房）や菅原都夫他編『法と心理学のフロンティア』Ⅱ巻（2005年、北大路書房）83頁以下でいわれる、「捜査面接」や「被疑者から適切な情報を得ることに価値を置く取調べ」（認知面接法）である。

いし得る必要のある)被疑者に対しては取調べ圧力を強化するという方法である<sup>(26)</sup>。また、これらの中には、黙秘権保障との緊張関係がきわめて強い制度も存在する。少なくとも、黙秘権保障を現在に比して相対化するものであることは確かといえよう。

3 「取調べへの過度の依存」からの脱却を名目として構想されている制度の多くは、自己の刑事責任にかかる取引に関するものである。この点では、取調べの比重がどこまで軽減されているかという問題は別としても、取調べの機能の変質、またそれを通じて、従来の「精密司法」から、むしろ取引的司法への一定の変容を遂げるであろうことも事実である。これは、先にみたように、文字通りの犯行告白 (confession) としての自白から、事件処理のツールとしての自白への変質でもある。

このような取引的司法をめざす動きが、その是非の評価を別とすれば、多くの先進諸国にみられることは事実である。ただ、たとえば、アメリカのプリー・バーゲニングは、組織的犯罪でない通常の市民事件でも多用されているし、ドイツの協議・合意制度も、犯人・被害者相互の和解という刑事政策的機能が強い(もとより、Kronzeugenのような組織的犯罪対策としての司法取引も存在するが)。これと比べてとき、日本の場合、取引的司法へのシフトが、主に組織的犯罪対策として提起されている点で、かなり特異である。また、日本の訴追裁量の強度は伝統的に強いものと考えられてきたが、そのような強い訴追裁量と結びついた中で取引的司法が展開されている点においても、やや特異である。

## V 「基本構想」のめざす刑事手続——むすびにかえて

1 こうしてみると、「基本構想」のめざす方向性は、トータルにみれば組織犯罪対策の強化である。ややすローガンのいえば、「市民事件刑事手続法」から「組織的犯罪事件刑事手続法」へという刑事手続像の変容がみられるように思われるのである。ところで、組織的犯罪対策の場合、通信傍受法の制定過程においても問題とされたように<sup>(27)</sup>、いわゆる事前捜査や情報収集機能の強化といった、従来の犯罪捜査の枠、すなわち、既発生犯罪について犯人とその証拠を捜し出すという方法を越えた方法がとられることが多い。これは、室内の会話盗聴の場合でも同様であるし、「基本構想」では

(26) 拙稿「前提が満たされていない『司法取引』の導入」法と民主主義477号。

(27) 小田中聰樹他『盗聴立法批判』(1997年、日本評論社)、奥平康弘他監修『盗聴法の総合的研究』(2001年、日本評論社)参照。

組上に挙げられていないが、おとり捜査や隠密捜査官<sup>(28)</sup>といった捜査手法においては、よりドラスティックに表れる。この点からみれば、「事後処理型刑事手続」から「危機管理（ないし危機介入）型刑事手続」へのシフトともいえるかもしれない。

そして、「敵味方刑法」という概念に表象されるように、組織的犯罪対策の場合、価値観を共有しえない「敵」に対する社会防衛であるという点で手続的正義の保障という観点は捨象されやすい。さらにそうしなければ、有効な組織的犯罪対策はなりたち難い。ここには、令状主義や黙秘権といった従来の刑事手続上の基本原則との相克が生じる。さらにこの相克は、実体刑法において「組織的な犯罪集団への対応を目的として設けられた刑罰法規が、組織犯罪の局面に限らず、一般的な犯罪にも適用される」という「特殊原理の一般化」<sup>(29)</sup>が指摘されるように、手続法においても、組織的犯罪対策のための手続は市民事件刑事手続の分野にも侵入し、その一般原理を侵食してゆく可能性を有していることも忘れられるべきでない。

2 他方、これまで繰り返して見てきたとおり、日本の刑事手続を象徴してきた取調べ中心主義とそれに支えられた糺問主義的検察官司法は、それが崩れたわけではなく、むしろ姿を変えて生き残りつつある。

「基本構想」における権利保障の機能に対する微温的姿勢も、実はこの裏返しといえる。

しかしそれは、様々な意味において健全な姿とはいえない。仮に「精密司法」の立場に立ち、組織的犯罪対策のための新たな、そして強力な手法の導入が正当化されるとしても、「人権規定が確立し、当事者主義が現実化しているからこそ許されるという、一種の逆説的調和の上に成り立つ」べきだとされているのである<sup>(30)</sup>。従って、人権拡張的な改革はより先鋭な形で推進される必要があり、少なくともそれとのバランスが保てない以上、権利制限的改革は行いえないか、ごく限られた領域・限度においてのみ

(28) これらは、警察庁における有識者会議である、『捜査手法、取調べの高度化を図るための研究会最終報告』（2012年2月）においては、その積極的活用が提案されている。

(29) 井田良『変革の時代における理論刑法学』（2007年、慶應義塾大学出版会）37頁。「敵味方刑法」については、松宮孝明「『敵味方刑法（Feindstafrecht）』という概念について」法の科学38号参照。

(30) 松尾浩也『刑事訴訟の理論』（2012年、有斐閣）374頁。田宮裕『変革のなかの刑事法』（2000年、有斐閣）18頁も、「ポスト・モダン的な制度導入の必要性を肯定しつつ、それがもたらすかもしれない古典的な自由への制約をうめ合わせるため、通常よりずっと手厚い（少なくとも導入当初は過剰といえるぐらいの）保障手段を用意し（近代法原理による個別的バランスの追求）、他方で、法体系全般においてすでに近代法の貫徹という路線上で課題とされている諸提案をさらに推進・増強する（近代法原理と超近代的手段との全体的バランスの回復）」という両面における配慮が必要である」とする。

導入可能なはずである。しかし、「基本構想」に現われた人権拡張的方向がいかに微温的なものであるかは既に多くの論者が指摘しているとおりであり、人権制限的方向の決定的な突出と比べ、バランスという観点のみでみても、調和の取れたものとはいえない。

糺問主義的検察官司法という見地から日本の刑事手続を見るならば、課題はより一層クリアになる。すなわち、前提となる刑事手続の近代化自体が未完成なのであり<sup>(31)</sup>、担い手の改革も含め、手続の近代化の完成こそが課題でなければならない<sup>(32)</sup>。

---

(31) もちろん、いかなる国の刑事手続にも内在的な問題はあり、「刑事司法の理想を実現した国はどこにも存在しない、という当然の前提」(佐藤博史「刑事手続の日本の特色」三井誠他編集代表『新刑事手続Ⅰ』(2002年、悠々社)13頁)は踏まえねばならないであろう(青木・前掲注(7)書44頁も同様にいう)。しかし、この事実を踏まえることと、そのことが現行の制度・システムを前提に事を論じれば足りるというコンサバティブな態度を正当化することとは、次元が異なる。

(32) 担い手の問題としては、裁判官・検察官に対する人権教育やかれらに対する市民的自由の保障、手続の問題としては、法制審で触れられていないものを挙げるなら、代用監獄制度の再検討、証拠物の真正性の確保(捜査機関による改ざん・ねつ造の防止)、鑑定の公平・中立性の確保や再鑑定の保障、再審請求事由の緩和や手続的保障などの点が不可欠である。

# 判例研究 面接交渉を認めた審判等が履行されない場合の間接強制の可否

——最(一)小決平成25年3月28日(裁判所時報1577号4頁、同6頁)

田中 宏

---

I	決定要旨	54
II	参照条文	55
III	事案の概要	55
IV	原審の判断	57
V	本決定	57
VI	検討	59
VII	結語	67

---

## I 決定要旨

### [1] 平成24年(許)第41号(以下「第1事案」という。)

監護親に対し非監護親が子と面会交流をすることを許さなければならぬと命ずる審判において、面会交流の頻度等につき1箇月に2回、土曜日又は日曜日に1回につき6時間とする旨定められているが、子の引渡しの方法については何ら定められていないなど判示の事情の下では、監護親がすべき給付が十分に特定されているとはいえず、上記審判に基づき監護親に対し間接強制決定をすることはできない。

### [2] 平成24年(許)第47号(以下「第2事案」という。)

非監護親と監護親との間において非監護親と子が面会交流をすることを定める調停が成立した場合において、調停調書に次の(1)、(2)のとおり定められているなど判示の事情の下では、監護親がすべき給付が十分に特定されているとはいえず、上記調停調書に基づき監護親に対し間接強制決定をすることはできない。

- (1) 面会交流は、2箇月に1回程度、原則として第3土曜日の翌日に、半日程度(原則として午前11時から午後5時まで)とするが、最初は1時間程度から始めることとし、子の様子を見ながら徐々に時間を延ばすこととする。
- (2) 監護親は、上記(1)の面会交流の開始時に所定の喫茶店の前で子を非監護親に合わせ、非監護親は終了時間に同場所において子を監護親に引き渡すことを当面の原則とするが、面会交流の具体的な日時、場所、方法等は、子の福祉に慎重に配慮して、監護親と非監護親間で協議して定める。

### [3] 平成24年(許)第48号(以下「第3事案」という。)

- 1 監護親に対し非監護親が子と面会交流をすることを許さなければならぬと命ずる審判において、面会交流の日時又は頻度、各回の面会交流時間の長さ、子の引渡しの方法等が具体的に定められているなど監護親がすべき給付の特定に欠けるところがないといえる場合は、上記審判に基づき監護親に対し間接強制決定をすることができる。
- 2 監護親に対し非監護親が子と面会交流をすることを許さなければならぬと命ずる審判において、次の(1)、(2)のとおり定められているなど判示の事情の下では、監護親がすべき給付の特定に欠けるところはないといえ、上記審判に基づき監護

親に対し間接強制決定をすることができる。

- (1) 面会交流の日程等は、月1回、毎月第2土曜日の午前10時から午後4時までとし、場所は、子の福祉を考慮して非監護親の自宅以外の非監護親が定めた場所とする。
- (2) 子の受渡場所は、監護親の自宅以外の場所とし、当事者間で協議して定めるが、協議が調わないときは、所定の駅改札口付近とし、監護親は、面会交流開始時に、受渡場所において子を非監護親に引き渡し、子を引き渡す場面のほかは、面会交流に立ち会わず、非監護親は、面会交流終了時に、受渡場所において子を監護親に引き渡す。

## II 参照条文

第1事案 民法766条1項、家事審判法（平成23年法律第53号による廃止前のもの）15条、家事事件手続法75条、民事執行法172条1項

第2事案 民法766条1項、家事審判法（平成23年法律第53号による廃止前のもの）15条、家事審判法（平成23年法律第53号による廃止前のもの）21条1項ただし書、家事事件手続法75条、家事事件手続法268条1項、民事執行法172条1項

第3事案 民法766条1項、家事審判法（平成23年法律第53号による廃止前のもの）15条、家事事件手続法75条、民事執行法172条1項

## III 事案の概要

- 1 第1ないし第3事案は、いずれも、未成年者の父であるX（第1、第2事案では原告人、第3事案では相手方）が、未成年者を単独で監護する未成年者の母（第1、第2事案では相手方、第3事案では原告人）に対し、Xと未成年者との面会その他の交流（以下「面会交流」という。）にかかる間接強制の申立てをした事案である。
- 2 第1事案と第3事案は審判、第2事案は調停に基づいて間接強制の申立てがなされているが、各事案の審判および調停条項の内容は、おおむね以下のとおりである。

### 第1事案（審判主文）

相手方は、原告人と長男及び二男が、1箇月に2回、土曜日又は日曜日に、1回につき6時間面会交流をすることを許さなければならない

### 第2事案（調停条項）

- ア 相手方は、抗告人に対し、長男と、2箇月に1回程度、原則として第3土曜日の翌日に、半日程度（原則として午前11時から午後5時まで）面接をすることを認める。ただし、最初は1時間程度から始めることとし、長男の様子を見ながら徐々に時間を延ばすこととする。
- イ 相手方は、前項に定める面接の開始時にa県b市のc通りの喫茶店の前で長男を抗告人に会わせ、抗告人は終了時間に同場所において長男を相手方に引き渡すことを当面の原則とする。ただし、面接交渉の具体的な日時、場所、方法等は、子の福祉に慎重に配慮して、抗告人と相手方で協議して定める。
- ウ 抗告人と相手方は、上記アに基づく1回目の面接交渉を、平成22年1月末日までに行うこととする。
- エ 抗告人と相手方は、二男については、将来的に長男と同様の面接交渉ができるようになることを目標にして、面接交渉の是非、方法等について協議する。なお、この協議は、本調停成立日の1年後を目安として始め、その後は二男の成長に配慮しながら適宜行い、双方は、二男の面接交渉の開始に向けて真摯に協力することとする。

### 第3事案（審判主文の引用する面接要領）

- ① 面会交流の日程等について、月1回、毎月第2土曜日の午前10時から午後4時までとし、場所は、長女の福祉を考慮して相手方（父Y）自宅以外の相手方が定めた場所とする
  - ② 面会交流の方法として、長女の受渡場所は、抗告人（母X）自宅以外の場所とし、当事者間で協議して定めるが、協議が調わないときは、JR甲駅東口改札付近とする、抗告人は、面会交流開始時に、受渡場所において長女を相手方に引き渡し、相手方は、面会交流終了時に、受渡場所において長女を抗告人に引き渡し、抗告人は、長女を引き渡す場面のほかは、相手方と長女の面会交流には立ち会わない
  - ③ 長女の病気などやむを得ない事情により上記①の日程で面会交流を実施できない場合は、相手方と抗告人は、長女の福祉を考慮して代替日を決める
  - ④ 抗告人は、相手方が長女の入学式、卒業式、運動会等の学校行事（父兄参観日を除く。）に参列することを妨げてはならない
- 3 ところが、いずれの事案についても、審判・調停内容に基づく面会交流は実現されなかったため、Xが、間接強制の申立てをするに至った。



## IV 原審の判断

第1事案「本件審判は、面会交流の大枠を定めたものにとどまり、相手方が履行すべき義務内容が具体的に特定されているとは認められない」として審判に基づく面接強制決定を認めなかった。

第2事案「本件調停条項は、面会交流をすることを『認める』という文言を使用していることに照らして、相手方の給付の意思が明確に表示されたものと直ちにはいうことはできず、また、面会交流の内容について強制執行可能な程度に具体的に特定するものということもできない」などとして、調停調書に基づく面接強制決定を認めなかった。

第3事案「本件要領は、面会交流の内容を具体的に特定して定めており、また、長女が面会交流を拒絶する意思を示していることが面接強制決定をすることになじまない事情となることはない」などとして、原告人に対し、本件要領のとおり相手方が長女と面会交流をすることを許さなければならないと命ずるとともに、原告人がその義務を履行しないときは、不履行1回につき5万円の割合による金員を相手方に支払うよう命ずる面接強制決定を認めた。

そこで、第1事案、第2事案では父Xが、第3事案では母Yが、原告した。

## V 本決定

### 1 共通の説示事項

第1ないし第3事案を通じて、以下のような共通の説示がなされた（調停調書に基づく第2事案と審判書に基づく第1・第3事案で若干表現が異なっているため、異なる部分を【 】で括り、第1・第3事案については審：第2事案については調：と附記してある）。

「子を監護している親（以下『監護親』という。）と子を監護していない親（以下『非監護親』という。）との間で、非監護親と子との面会交流について定める場合、子の利益が最も優先して考慮されるべきであり（民法766条1項参照）、面会交流は、柔軟に対応することができる条項に基づき、監護親と非監護親の協力の下で実施されることが望ましい。一方、【審：給付を命ずる審判 / 調：給付の意思が表示された調停調書の記載】は、執行力のある債務名義と同一の効力を有する（平成23年法律第53号によ

る廃止前の【審：家事審判法 21 条 1 項ただし書、15 条 / 調：家事審判法 15 条】。】

「【審：監護親に対し、非監護親が子と面会交流をすることを許さなければならないと命ずる審判 / 調：監護親と非監護親との間における非監護親と子との面会交流についての定め】は、少なくとも、監護親が、引渡場所において非監護親に対して子を引渡し、非監護親と子との面会交流の間、これを妨害しないなどの給付を内容とするものが一般であり、そのような給付については、性質上、間接強制をすることができないものではない。」

## 2 間接強制をなし得るための審判・調停の要件

### (1) 審判内容の要件（第 1・第 3 事案）

「監護親に対し非監護親が子と面会交流をすることを許さなければならないと命ずる審判において、面会交流の日時又は頻度、各回の面会交流時間の長さ、子の引渡しの方法等が具体的に定められているなど監護親がすべき給付の特定に欠けるところがないといえる場合は、上記審判に基づき監護親に対し間接強制決定をすることができる」と解するのが相当」

### (2) 調停条項の要件（第 2 事案）

「非監護親と監護親との間で非監護親と子が面会交流をすることを定める調停が成立した場合において、調停調書に面会交流の日時又は頻度、各回の面会交流時間の長さ、子の引渡しの方法等が具体的に定められているなど監護親がすべき給付の特定に欠けるところがないといえるときは、間接強制を許さない旨の合意が存在するなどの特段の事情がない限り、上記調停調書に基づき監護親に対し間接強制決定をすることができる」と解するのが相当」

## 3 各事案の結論

### (1) 第 1 事案

「本件条項は、1 箇月に 2 回、土曜日又は日曜日に面会交流をするものとし、また、1 回につき 6 時間面会交流をするとして、面会交流の頻度や各回の面会交流時間の長さは定められているといえるものの、長男及び二男の引渡しの方法については何ら定められてはいない。そうすると、本件審判においては、相手方がすべき給付が十分に特定されているとはいえない」として、申立てを退けた原審判断を維持した。

### (2) 第 2 事案

「本件調停条項アにおける面会交流をすることを『認める』との文言の使用によって

直ちに相手方の給付の意思が表示されていないとするのは相当ではないが、本件調停条項アは、面会交流の頻度について『2箇月に1回程度』とし、各回の面会交流時間の長さも、『半日程度（原則として午前11時から午後5時まで）』としつつも、『最初は1時間程度から始めることとし、長男の様子を見ながら徐々に時間を延ばすこととする。』とするなど、それらを必ずしも特定していないのであって、本件調停条項イにおいて、『面接交渉の具体的な日時、場所、方法等は、子の福祉に慎重に配慮して、原告人と相手方間で協議して定める。』としていることにも照らすと、本件調停調書は、原告人と長男との面会交流の大枠を定め、その具体的な内容は、原告人と相手方との協議で定めることを予定しているものといえる。そうすると、本件調停調書においては、相手方がすべき給付が十分に特定されているとはいえないから、本件調停調書に基づき間接強制決定をすることはできない。」として、申立てを退けた原審判断を維持した。

### (3) 第3事案

「本件要領は、面会交流の日時、各回の面会交流時間の長さ及び子の引渡しの方法の定めにより原告人がすべき給付の特定に欠けるところはないといえるから、本件審判に基づき間接強制決定をすることができる。」として、申立てを認めた原審判断を維持した<sup>(1)</sup>。

## VI 検討

### 1 はじめに

本件各事案の主たる問題点は、面会交流について、調停・審判など裁判所の関与によって定められた決定事項に監護親が従わない場合に、面会交流を求める非監護親による強制執行の申立てが認められるか、ということであるが、面会交流については、①そもそも、面会交流の法的根拠は何か（法的性質）、②いかなる場合に面会交流は認

(1) 第3事案については、子が面会交流を拒んでいることが、間接強制の申立てを退ける理由となるかも問題となったが、裁判所は「子の面会交流に係る審判は、子の心情等を踏まえた上でされているといえる。したがって、監護親に対し非監護親が子と面会交流をすることを許さなければならないと命ずる審判がされた場合、子が非監護親との面会交流を拒絶する意思を示していることは、これをもって、上記審判時とは異なる状況が生じたといえるときは上記審判に係る面会交流を禁止し、又は面会交流についての新たな条項を定めるための調停や審判を申し立てる理由となり得ることなどは格別、上記審判に基づく間接強制決定をすることを妨げる理由となるものではない。」として、面会交流の可否は格別、執行の可否を左右するものではないとした。

められるべきなのか（許容基準）、そして、③本件のように面会交流が認められるべき場合であるにもかかわらず、当事者がそれに従わない場合に、強制執行による履行確保は認められるのか（強制執行による履行確保の可否）、という問題がある。

本稿では、③強制執行による履行確保の当否について主に検討し、その前提として、①面会交流の法的性質について若干論及し、②許容基準については、割愛する。

## 2 面会交流の法的性質

### (1) 面会交流とは

面会交流とは、親権者又は監護者として自ら子の監護養育をしていない親が、子と個人的に面接したり電話や手紙で交流することである<sup>(2)</sup>。

面会交流については、かつては明文規定がなかったものの、家庭裁判所の実務においては、昭和39年に「未成熟子に対する面接ないし交渉は、親権もしくは監護権を有しない親としての最低限の要求であり、父母の離婚…によつて…、一方の親が親権者もしくは監護者と定められ、単独で未成熟子を監護養育することになつても、他方の親権もしくは監護権を有しない親は、未成熟子と面接ないし交渉する権利を有し、この権利は、未成熟子の福祉を害することがない限り、制限されまたは奪われることはない…。そしてこの権利は、監護そのものではないが、監護に関連のある権利といふべきであり、この面接交渉権行使のため必要な事項は、正に民法第七六六条第一項による監護について必要な事項と解されるから、離婚に際し親権もしくは監護権を有しないことになつた親は、未成熟子との面接交渉権行使に必要な事項につき他方の親権もしくは監護権を有する親との協議で定めることができ、その協議が調わないとき、またはできないときは、家庭裁判所がこれを定めるべきものであり、また家庭裁判所は、離婚後子の利益のため必要があると認めるときは、未成熟子との面接交渉権行使に必要な事項について相当な処分を民法第七六六条第二項による監護に関する処分として命ずることができると解すべきである。」という形で認められた（東京家審昭39.12.14 家月17巻4号55頁 LEX/DB 27451109）。これを皮切りに、最高裁も、「父母の婚姻中は、父母が共同して親権を行い、親権者は、子の監護及び教育をする権利を有し、義務を負うものであり（民法八一八条三項、八二〇条）、婚姻関係が破綻して父母が別居状態にある場合であっても、子と同居していない親が子と面接交渉する

(2) これまで「面接交渉」と呼ばれてきたが、親子間に交渉という用語は必ずしも適切ではないので、面会交流と呼ばれるようになった（梶村ほか「家族法実務講義」（有斐閣・2013）・186頁以下）。

ことは、子の監護の一内容であるということが出来る。そして、別居状態にある父母の間で右面接交渉につき協議が調わないとき、又は協議をすることができないときは、家庭裁判所は、民法七六六条を類推適用し、家事審判法九条一項乙類四号により、右面接交渉について相当な処分を命ずることができると解するのが相当である。」として別居中をも含めて広く面会交流を認めてきた（最（一小）決平 125.1 民集 54 卷 5 号 1607 頁 LEX/DB 28050871）<sup>(3)</sup>。

そして民法・家事事件手続法の改正により、民法 766 条および家事事件手続法別表第二の 3 項には、父母の離婚に際して定められる事項として「父又は母と子の面会及びその他の交流」という文言が附加された。

## (2) 面会交流の法的性質

面会交流については、かつて明文規定がなかったことから、面会交流を「法的権利」として認めるのか、その法的性質はいかなるものなのか、について議論の対立があった。面会交流が、これを求める親の心情と密接であることは否定できないとしても、その可否や方法については、親の要望よりも子の福祉を第一に考えるのが相当であると考えられる。そうすると、面接交渉の内容は、監護者の監護教育内容と調和する方法と形式で決定されるべきものであり、親の面会交流を求める自然権または固有の権利ではなく、子の監護のために適正な措置を求める権利<sup>(4)</sup>というべきであろう。

## 3 調停又は審判で定められた面会交流の履行確保

### (1) 面会交流の実現

法的性質のとらえ方について争いがあるものの、面会交流は「子の監護に関する処分」として調停または審判で定められることとなるが、定められたとおりに実施されない場合の履行確保の方法としては、次のようなものが考えられる。

#### ① 履行勧告・再調停

微温的な手段としては、履行勧告（手続法 289 条 1 項 [旧家審法 15 条の 5・25 条の 2]）がある。履行勧告には強制力がないから、債務者が定められた面接に強硬に反対する

(3) 最（二小）決昭 59.7.6（集民 142 号 273 頁）は、面接交渉を認めなかった原決定が憲法 13 条に反するとの抗告理由を退けるに際し「家庭裁判所の審判事項とされている子の監護に関する処分について定める民法 766 条 1 項又は 2 項の解釈適用の誤りを言うものに過ぎない」としたが、これは離婚後の面接交渉の可否が 766 条の解釈問題であることを認めたものと評価できる（杉原「最高裁判所判例解説民事編 12 年度（下）」（法曹会・2003 年）515 頁）。

(4) 杉原・前掲・514 頁。

ときには限界がある<sup>(5)</sup>。

履行勧告が功を奏しないときは面会交流の再調停を行うことが考えられるが、再調停も不調となった場合には、家事事件手続法（旧家事審判法）の領域での実現は不能と言えるので、強制的実現を図るべく、強制執行を考えることとなる。

## ② 強制執行

確定した審判や成立した調停は「執行力ある債務名義と同一の効力」を有する（手続法75条〔家審法15条〕、手続法268条1項〔家審法21条1項但書〕）から、執行文付与の手続を経る必要は無く、強制執行への移行を考えることとなる。

問題は、いかなる方法で強制執行を行うかである。強制執行の手段としては、直接強制・代替執行・間接強制の3つの方法が考えられるが、直接強制は、一回的に完了する子の引渡しの場合であれば格別、継続的に実施すべき面会交流においては、不適切である。また代替執行については面会交流という行為の性質からみて他者が替わって行いうる性質のものではない。そうなると、この問題は、専ら「面会交流の間接強制の可否」という観点から検討していくこととなる。

## (2) 間接強制の可否

### ① 間接強制になじむ法律関係か

家族法上の権利義務関係には、実体法レベルで認められても、強制執行になじまないとされるものもある。夫婦の同居義務（民法752条）がそれである<sup>(6)</sup>。そこで、面会交流についても、強制執行になじまないとする見解もあるが、「一つ屋根の下に起居すること」（夫婦の同居義務）と「時間を区切って子を非監護親に会わせること」（面会交流）とを同列に論ずることは出来ず、強制によって債務者の人格や自由を著しく害するとは言えない。「面会交流は強制執行に親しまない」というそもそも論は妥当ではなく、面会交流を強制することが相応しくない場面があることは認めつつも、およそ執行力のある債務名義が存在している限り、間接強制の方法による強制執行は認められると考えるべきであろう<sup>(7)</sup>。

### ② 判例

判例も、一般論として間接強制による面会交流の実現を認めないという立場には立

(5) もっとも、履行勧告といっても面会交流に応ずることを漫然と勧めるわけではなく、裁判所は、環境の調整を行うために家庭裁判所調査官に社会福祉機関との連絡その他の措置をとらせることができる（手続法289条4項〔家審規7条の5〕）から、実効性は相応に認められるとの評価もある（釜本・沼田「面接交渉と強制執行」〔判タ1087号40頁〕）。

(6) 大決昭5.9.30（民集9巻926号）。

(7) 富永編「子の監護をめぐる法律実務」（2008年・新日本法規）226頁以下・同260頁以下。

っておらず、個別の要件が充たされれば、間接強制を認めている。たとえば、大阪高決平 14.1.15（家月 56 卷 2 号 142 頁 LEX/DB 28090366）は、債権者と債務者の間の子の監護に関する処分調停事件において、債権者と未成年者（9 歳）との面接交渉及びその具体的な実現方法について合意がされたにもかかわらず、債務者がこれを履行しないとして、債権者が間接強制の方法による強制執行を申し立てた事案で、「家庭裁判所の調停又は審判によって、面接交渉権の行使方法が具体的に定められたのに、面接交渉義務を負う者が、正当の理由がないのに義務の履行をしない場合には、面接交渉権を行使できる者は、特別の事情がない限り、間接強制により、権利の実現を図ることができるというべきである（家事審判法 15 条、21 条但書き参照。）」と説示し「面接交渉においては、子の意向を出来る限り尊重する必要がある、また、現に未成年者を監護している親の反対を押し切って面接交渉を強制的に実現することが子の福祉に反する結果となる可能性が高いから、面接交渉の義務については、その方法の如何を問わず、強制執行をすることは許されないと、申立てを却下した原審（神戸家裁龍野支部決平 13.12.7 家月 56 卷 2 号 144 頁 LEX/DB 28090367）を取り消した。

以下、間接強制を実現するにあたって問題となる点について検討を加える。

#### 4 間接強制の実現にあたっての問題点

##### (1) 何が問題か

債務名義とは、強制執行によって実現されるべき給付請求権（執行債権）の存在と内容とを明らかにし、それを基本としてその請求権についての強制執行をすることを法律が認めた、一定の格式を有する文書である<sup>(8)</sup>。

そして、強制執行の開始に際しては、債務名義の特定が当然の前提となり、執行裁判所にとって、債務名義の内容が一義的かつ明確でなければならないことは、面会交流の場合も同様である（義務の特定性）。また、債務名義が給付条項を対象とすることから、給付意思を明確に表現しなければならず、「○○を『認める』」といった表記は、義務の負担についての合意の効力は認められても、給付意思を表現したことにならないから債務名義とはならないとされている<sup>(9)</sup>（債務名義性）。

調停条項と審判主文は法律上「執行力ある債務名義と同一の効力」を有すると規定されているし、一般論としては強制執行（間接強制）を否定する理由はない。

(8) 中野貞一郎「民事執行・保全入門（補訂版）」（2013 年 有斐閣）45 頁。

(9) 裁判所職員総合研修所「書記官事務を中心とした和解条項に関する実証的研究」21 頁（2010 年・法曹会）。

しかし、面会交流は、財産上の給付等と異なり、本来は監護親と非監護親との協議によって具体化されるべきものであるため、その性質上、面会交流の実現に至る詳細についてまでを事前に詳細に規定して、面会交流時の協議の余地を無くしてしまうことは困難である。そのため、審判主文にせよ、調停条項にせよ、抽象的な形をとらざるを得ない。

そこで、面会交流を定めることに不可避の属性と、強制執行の要件との関係をどう考えるかが問題となり、今回の3つの事案においても、この「特定性」と「債務名義性」が問題となっている。そこで、この2つの要件に分けて、過去の先例、および第1ないし第3事案について検討する。

## (2) 債務名義性

### ① 高松高決 H14.6.25 (家裁月報 55 巻 4 号 66 頁 LEX/DB28080946)

相手方(妻)が、抗告人(夫)の有する当事者間の親権者指定、子の監護に関する処分(面接交渉)調停事件の執行力ある調停調書の調停条項に基づき、抗告人は、相手方に当事者間の長男 A と面接交渉させる義務があるのに、その義務を履行しないとして、その履行と不履行1回につき10万円の支払を求める審判を申し立てたところ、原審判が債務の履行と不履行1回につき5万円の支払を命じたため、執行抗告を申し立てた。

抗告審は、「調停条項のうち、債務名義として執行力を有するのは、当事者の一方が他方に対し、特定の給付をなすことを合意の内容とする給付条項のみであり、特定の権利若しくは法律関係の存在又は不存在を確認する旨の合意を内容とする確認条項については、債務名義にはならない。そして、ある調停条項が、当事者の給付意思を表現した給付条項であるか、権利義務の確認にとどまる確認条項であるかは、当事者の内心の意思によって決まるものではなく、調停条項全体の記載内容をも参酌しつつ、当該調停条項の文言から客観的に判断すべきものである。」としたうえで、「抗告人は、相手方に対し、相手方が長男 A (平成 11 年 4 月 20 日生) と毎月 2 回面接することを認め」とある条項について「その文言から直ちに抗告人が特定の給付をなすことを合意したことを読み取ることはできない。かえって、同調停条項で使用されている『認め』との表現は、裁判所において調停条項や和解条項が作成される場合に確認条項を表示する場合の常套文言であり、仮に給付条項とするのであれば当然『面接させる』等の給付意思を明確にした表現がされるべきものであるから、特段の事情のない限り、上記調停条項第 2 項は給付条項ではなく確認条項にとどまると解される。」から、「これを債務名義として強制執行の申立てをすることはできないといわざるを得ない」とし



て、原審判を取り消し、本件面接強制の申立てを却下した<sup>(10)</sup>。

この決定に対しては、そもそも面会交流に関する調停調書作成の際に、調停当事者が面接強制の可否まで踏まえた上で条項に同意しているとは限らないのであって、当事者にそれを要求するならば、少なくとも代理人が出頭していない案件の場合には、「面会交流を認める」という文言を使うにあたっては、裁判所側から、面会交流が履行されない場合でも、強制執行はできない可能性があることを教示すべきではないかという批判がある<sup>(11)</sup>。

## ② 第2事案

第2事案は、調停調書に基づく面接強制の事案であるが、原審は、調停条項に、面会交流することを「認める」という文言を使用していることに照らして、相手方の給付の意思が明確に表示されたものと直ちにはいうことができないとして、面接強制決定を認めなかった。

これに対して、最高裁は、「調停調書において、監護親の給付の特定に欠けるところがないといえるときは、通常、監護親の給付の意思が表示されていると解するのが相当」であると説示し、「認める」という文言の有無による債務名義性の認定に拘泥することなく、給付の特定性があれば原則として債務名義性は認められるとした。第2事案は、次の「義務の特定性」が不十分であるという理由で、結論としては、面接強制を認めなかったのだが、調停条項の「認める」という文言に過剰な意味を持たせないという点で意義がある。

## (3) 義務の特定性

### ① 第1事案

第1事案は、審判に基づく面接強制の事案であるが、審判の内容は「原告人と長男及び二男が、1箇月に2回、土曜日又は日曜日に、1回につき6時間面会交流をするこ

(10) 同条項には、面接の方法、場所等について相手方に選択権が定められており、その意義も問題となったが、同決定は「現実に未成年者と面接を行うに当たっては、事前の連絡、調整等が当然必要になるものであること、上記調停条項には、今後の諒介の監護に関し、当事者間の協議を予定していることが明らかな条項（第4項）も存することなどを考慮すると、相手方が面接の方法、場所等について選択することができる」とされているからといって、上記調停条項第2項をもって確認条項ではなく、給付条項であると解することはできない。」とした。しかし当事者間の協議を要求する条項は、子の福祉を第一としつつ継続的に行われる面会交流においては、条項をある程度抽象的にせざるを得ないこととあわせて不可避とも言うべき条項であり、これを面接強制否定の理由とすることは許されない（二宮・榊原「離婚判例ガイド」[第2版] 254頁（2005年・有斐閣））。

(11) 花元「面接交渉の面接強制」95頁（判タ1155号）。

とを許さなければならない。」というものであった。これは、本件第1ないし第3事案の共通説示事項である要件のうち「面会交流の日時又は頻度、各回の面会交流時間の長さ」については定められているが、子の引渡の方法等が具体的に定められていないことから、「相手方がすべき給付が十分特定されているとはいえない」として間接強制決定はできないとされた。

## ② 第2事案

本件第2事案は、(2)で述べたとおり、面会交流をすることを認めるという文言が用いられていても、給付の特定について欠けるところがないといえるときは、通常、監護親の給付の意思が表示されていると解するのが相当であるとしたが、調停条項について面会交流時間の長さが特定されておらず(「最初は1時間程度から始めることとし、長男の様子を見ながら徐々に時間を延ばすこととする」という内容であった。)、面会交渉の具体的な日時、場所、方法等は、子の福祉に慎重に配慮して、原告人と相手方で協議して定める。」というものであって、「面会交流の大枠を定め、その具体的な内容は、原告人と相手方との協議で定めることを予定しているものといえる。」ことから、「相手方がすべき給付が十分に特定されているとはいえない」として、調停調書に基づく間接強制決定はできないとされた。

## ③ 第3事案

第3事案は、第1事案と同様、審判に基づく間接強制の事案であるが、面会交流要領と題する書面が引用され、要領には、(i)面会交流の日程等について、月1回、毎月第2土曜日の午前10時から午後4時までとし、場所は、長女の福祉を考慮して相手方自宅以外の相手方が定めた場所とすること、(ii)面会交流の方法として、長女の受渡場所は、原告人自宅以外の場所とし、当事者間で協議して定めるが、協議が調わないときは、JR甲駅東口改札付近とすること、原告人は、面会交流開始時に、受渡場所において長女を相手方に引き渡し、相手方は、面会交流終了時に、受渡場所において長女を原告人に引き渡すこと、原告人は、長女を引き渡す場面のほかは、相手方と長女の面会交流には立ち会わないこと、(iii)長女の病気などやむを得ない事情により上記①の日程で面会交流を実施できない場合は、相手方と原告人は、長女の福祉を考慮して代替日を決めること、(iv)原告人は、相手方が長女の入学式、卒業式、運動会等の学校行事(父兄参観日を除く。)に参列することを妨げてはならないことなどが定められていた。これは面会交流日時・各回の面会交流時間の長さ・子の引渡方法のさだめ等全てが具体的に定められていて「原告人がすべき給付の特定に欠けるところはない」として、間接強制決定を認めた。

なお、第3事案については、抗告人側から、「子が面会交流を拒絶する意思を示していること」が主張されたが、これが実体法レベルで面会交流を禁止し又は改めて調停ないし審判の申立て事由になりうることは格別として、審判を維持したまま執行段階で間接強制決定のみを妨げる理由にはならないとした。子が面会交流を拒絶する意思を示していることがどこで考慮されるかについては、前掲の大阪高決平 14.1.15（家月 56 卷 2 号 142 頁 LEX/DB 28090366）の差し戻し審である神戸家裁 H14.8.12（家月 56 卷 2 号 147 頁 LEX/DB 28090368）が、「裁判所法 4 条により、当裁判所は、抗告審決定の上記判断に拘束されるから、本件面接条項により、面接交渉義務を負う債務者が、『正当の理由』がないのに義務の履行をしない場合には、特別の事情がない限り、民事執行法 172 条に基づき、債務者に対し、間接強制として、その義務の履行を確保するために相当と認める額の金銭を債権者に支払うべき旨を命じるべきこととなる。」「そして、非監護者である実親の子に対する面接交渉権は、子の福祉のために認められるべきものと解されることからすれば、面接交渉義務者である監護者実親が間接強制を拒むことができる『正当の理由』とは、例えば、監護している子が面接交渉権利者である実親に対し、その従前の養育態度などに起因する強い拒否的感情を抱いていて、面接交渉が、子に情緒的混乱を生じさせ、子と監護者実親との生活関係に悪影響を及ぼすなど、子の福祉を害する恐れがあるといった、主として子及び監護者実親の側における、間接強制を不相当とすべき諸事情をいうものであり」としており、これは、請求異議事由にあたる旨を説示したものと解される。

しかし、第3事案においては、「子が非監護親との面会交流を拒絶する意思を示していることは、これをもって、上記審判時とは異なる状況が生じたといえるときは上記審判に係る面会交流を禁止し、又は面会交流についての新たな条項を定めるための調停や審判を申し立てる理由となり得ることなどは格別、上記審判に基づく間接強制決定をすることを妨げる理由となるものではない。」として、間接強制の積極要件とはしないことはもとより、請求異議事由にもあたらないという結論を示したものと評価される。

## VII 結語

### 1 本決定の意義

以上、本件第1事案ないし第3事案は、面会交流の間接強制にあたり、①子の利益を優先しつつ、柔軟に対応できる条項に基づいて両親の協力の下で実施されることが

のぞましい、としつつ、形式的には執行力ある債務名義と同一の効力を有すること、実質的には、監護親の子の引渡（作為）＋面会交流を妨げない（不作為）という給付を内容とするものであることから性質上間接強制を許さないものではない、という一般論を述べた上で、②給付の特定性について、(i)面会交流の日時又は頻度、(ii)各回の面会交流時間の長さ、(iii)子の引渡しの方法等が具体的に定められていることを給付の特定の要件としたこと、③第2事案固有の判断事項として、調停条項の「面会交流を認める」という文言のみによって給付の意思を否定するのではなく、②で述べた給付の特定が充たされていれば給付の意思が表示されていると解すること、そして、④第3事案固有の判断事項として、子が面会交流を拒絶していることは、少なくとも間接強制という「執行段階の手続」を妨げる事由とはならないこと、を説示した決定例として、実務に大きな影響を与えたと考えられる。

## 2 実務における留意点

審判・調停を問わず、面会交流について間接強制まで見据えて申立を行う場合には、本件第1事案ないし第3事案が共通して求める要件（上記②）を充たした審判事項や調停条項を獲得できるように配慮しておく必要がある。調停条項については、「認める」という文言にさほど拘泥する必要はなくなったといえるが、②の要件の必要性はむしろ明確になったといえるから、条項作成の際に十分留意する必要がある。また審判については、本件第3事案のように、面会交流について上記②の要件を充たすような要件を別紙として添付した上で申立てをするなどが必要となるだろう。

## 執筆者紹介

---

上田正和

弁護士、大宮法科大学院大学法務研究科教授、桐蔭横浜大学法務研究科客員教授

新屋達之

大宮法科大学院大学法務研究科教授

田中 宏

弁護士、大宮法科大学院大学法務研究科教授、桐蔭横浜大学法務研究科客員教授

(掲載順)

## 大宮ローレビュー 第10号

2014年1月 初版第一刷発行

---

発行 大宮法科大学院大学  
埼玉県さいたま市大宮区桜木町4丁目333番地13号  
Tel 048-658-8101, Fax 048-658-8102  
<http://www.omiyalaw.ac.jp>  
E-mail: [info@omiyalaw.ac.jp](mailto:info@omiyalaw.ac.jp)

印刷 倉敷印刷株式会社  
130-0013 東京都墨田区錦糸4-16-17  
Tel 03-6658-0031, Fax 03-6658-0032