

—目次—

- 77 第16巻の刊行にあたって 大澤 裕

投稿論稿

---

- 79 「上皇」の法的地位  
——皇室と裁判権に関する研究序説—— 新井謙士朗
- 105 台湾における婚姻の自由と同性婚法制  
——比較のための整理と若干の検討—— 今野 周
- 169 国家破産の法的検討  
——プロセス的把握という一つの試験的議論について—— 島田 快
- 190 ICC 規程における誤想防衛による刑事責任阻却の可能性 竹村樹人
- 208 被害者実名報道の法的検討 花岡貴大

寄稿論稿

---

- 244 裁判員裁判の最終弁論における配布書面と視覚資料 岩本憲武
- 256 第一審における刑事単独事件の手続進行について  
——迅速な審理の観点から—— 品川しのぶ

- 
- 275 投稿論稿選出理由
-

–Contents–

77	Foreword ( <i>in Japanese</i> )	Yutaka OSAWA
<hr/>		
79	The Legal Status of Joku (Emperor Emeritus): The Introduction to the Study of the Relation between Imperial House and Judicial Power ( <i>in Japanese</i> )	Kenshiro ARAI
105	Freedom of Marriage and the Same-sex Marriage Legislation in Taiwan ( <i>in Japanese</i> )	Amane KONNO
169	Legal Interpretation of State's Insolvency: a Tentative Assumption of Processual Understanding ( <i>in Japanese</i> )	Kai SHIMADA
190	Putative Self-Defense in ICC: Is it a Ground for Excluding Criminal Responsibility in the Roma Statute of International Criminal Court? ( <i>in Japanese</i> )	Mikito TAKEMURA
208	The Constitutional Review of Publication of a Victim's Name ( <i>in Japanese</i> )	Takahiro HANAOKA
<hr/>		
244	Distributed Papers and Visual Aids for the Closing Argument in Criminal Trials with the Participation of Citizen Judges ( <i>in Japanese</i> )	Kenbu IWAMOTO
256	Managing the court proceedings of criminal cases in the first instance from the perspective of speedy trial ( <i>in Japanese</i> )	Shinobu SHINAGAWA
<hr/>		
275	Editor's Comments ( <i>in Japanese</i> )	
<hr/>		



## 第 16 巻の刊行にあたって

東京大学法科大学院ローレビュー第 16 巻をここに刊行することができた。第 15 巻に引き続き、コロナ禍の中、大学の活動に様々な制約があるもとの刊行であり、無事ここに至ったことの喜びは大きい。

振り返れば、本巻の編集にあたる第 16 期編集委員会が発足した昨年 12 月初めは、新型コロナウイルス「第 3 波」の感染がじわじわと拡大してきた時期であり、その編集委員会によって設定された投稿募集期間（本年 3 月 19 日締切）は、「第 3 波」のその後の急拡大を受けて 2 回目の緊急事態宣言が発出されていた時期とほぼ重なる。「第 4 波」と 3 回目の緊急事態宣言、「第 5 波」と 4 回目の緊急事態宣言を経て、本巻の刊行を迎えた。この間、初めての緊急事態宣言が発出された昨年度当初のように大学が閉鎖状態に陥ることこそなかったが、例えば、研究活動の支えである法学部研究室図書室について見ると、夜間及び休日は閉館が続き、また、平日昼間の開館時間も、通常であれば午前 9 時～午後 5 時のところ、学内外のウイルス感染状況と全学指針に基づく活動制限レベルとを踏まえ、幾度か、午前 10 時～午後 4 時への短縮措置がとられた。

このように、投稿者にとっても、編集作業にとっても、厳しい環境下にあつたにもかかわらず、コロナ禍以前と変わらないスケジュールで本巻の刊行に漕ぎ着けることができたことは、関係諸氏の熱意と努力の賜物であり、この場を借りて、心から敬意と謝意を表したい。

さて、ローレビュー第 1 巻の巻頭を飾る「創刊の辞」において、当時の高橋宏志研究科長は次のように述べている。

「専門職大学院である法科大学院が法曹としての基幹的能力を育成することを任務とすることはいうまでもないが、このことは法科大学院での法曹養成教育は、学生が既存の理論や実務に習熟できるようにすることに尽きるということの意味するものではない。むしろ、いまだ未解決であったり、これから新たに生ずるであろう社会的課題について、法曹として正面から取り組んで、解決を図っていくという創造的な能力の涵養こそが究極の法科大学院教育の目標でなければならない」。

このような本学法科大学院の教育理念・目標のもと、学生の自主的な研究やリサーチ、論文執筆を奨励する趣旨で、ローレビューは刊行されてきた。第 16 巻となる本巻には、法科大学院学生からの投稿が 13 編あり、編集委員会の厳正な審査を経て、そのうちの 5 編が掲載された。

近年の学生による投稿件数と掲載件数を振り返ると、第 11 巻は投稿 16 編、掲載 4 編、第 12 巻は投稿 16 編、掲載 2 編、第 13 巻は投稿 10 編、掲載 1 編、第 14 巻は投稿 14 編、掲載 3 編であったが、昨年度刊行の第 15 巻は投稿 7 編、掲載 1 編であり、投稿件数が急落した。第 16 巻の刊行過程を振り返ると、第 15 巻のとき（投稿募集期間の終了後にコロナ禍が深刻化）と比べ、投稿者の投稿環境には、より一層厳しさが増したと思われるが、投稿件数は回復し、掲載件数は近年最多となった。

本年度は、本学法学部において、「法科大学院進学プログラム」（法曹コース）の運用が始まった。法科大学院では、11 月実施の 2022 年度入学者の選抜試験から、法曹コース修了者を対象とする特別選抜が開始され、やがて 2023 年度からは、司法試験の在学中受験が可能となる。法科大学院教育は新局面を迎えるが、それに先立ち、ローレビューにおいて、本学法科大学院の教育理念・目標の確かな息づきを示す上記の数字が得られたことは心強い。

昨年度の「第 15 巻の刊行にあたって」では、「COVID-19 の早期終息と今後の投稿件数の回復・増加」を念じたが、後者がひとまず「回復」したもと、改めて、コロナ禍の一刻も早い終息とそのもとの本学法科大学院教育の一層の活性化を念じつつ、本巻を世に送り出したい。

東京大学法科大学院ローレビュー第16巻には、投稿締切日である2021年3月19日までに、13編の学生論稿の投稿がありました。これらの論稿の中から、第16期編集委員会は、掲載論稿として5編を選出いたしました。

たくさんのご投稿をいただき、誠にありがとうございました。

第16期編集委員会

## 論説

# 「上皇」の法的地位

## ——皇室<sup>1)</sup>と裁判権に関する研究序説——

2020年4月入学

新井謙士朗

## I. 序章 前提

## 1 議論の前提状況

- (1) 社会的状況
- (2) 理論的状況

## 2 方法論

## 3 学説の状況

- (1) 憲法学説
- (2) 民事訴訟法学説
- (3) 刑事訴訟法学説
- (4) 小括

## II. 政府による天皇・皇族の法的地位の理解

## 1 憲法制定時の理解——金森徳次郎憲法担当国務大臣の答弁

- (1) 憲法審議過程での認識
- (2) 皇室典範審議過程での認識
  - a 天皇の権限・地位
  - b 皇族
  - c 法適用全般

## 2 憲法制定以後の見解

- (1) 改正刑法審議時の見解
- (2) 内閣法制局の見解——主に天皇に関して
  - a 天皇——総論
  - b 天皇——権限
  - c 皇族
- (3) 宮内庁の見解——主に皇族に関して

## 3 皇室典範特例法審議に現れた見解

- (1) 有識者会議における議論
- (2) 特例法審議時の政府の見解
- (3) 特例法自体の規定の検討

## 4 小括

## III. 裁判例による「天皇」・「皇族」の法的地位の理解

## 1 最判平成元年11月20日以前の諸裁判例の検討

- (1) 戦後直後の裁判例の検討
- (2) 東京高決昭和51年9月28日の検討

## 2 最判平成元年11月20日の検討

- (1) 第一審 千葉地判平成元年5月24日 (民集43巻10号1166頁)
- (2) 控訴審 東京高判平成元年7月19日 (民集43巻10号1167頁)
- (3) 上告審 平成元年5月20日第二小法廷判決 (民集43巻10号1160頁)

## IV. 「天皇」・「皇族」と裁判権

- 1 「天皇」と責任・裁判権
- 2 「皇族」と責任・裁判権

## V. 結論

## VI. 跋

1) 日本国憲法で法的概念として「皇室」が用いられるのは、憲法8条、88条のみであり、そこでいう「皇室」は、単に天皇と皇族を包括する概念に過ぎない、と解されている(宮澤俊義[芦部信喜補訂]『日本国憲法(全訂版)』144頁(日本評論社,1978))。憲法8条・88条と同趣旨の皇室経済法でこのような表現が用いられたのは、法文中に「天皇及び皇族」と書き、天皇について法律で規定することが日本人の法意識に適合しないから、という理由であった(川田敬一『皇室経済法』の成立過程)産大法学40巻3・4号626頁,642頁(2007))。実際に「皇室」が、そのような概念に過ぎないか自体は議論がありうるが、別稿に譲る。

上善如水，水善利萬物而不争，  
…，夫唯不争，故無尤。<sup>2)</sup>

## I. 序章 前提

### 1 議論の前提状況

#### (1) 社会的状況

平成31年4月30日、天皇の生前退位に関する皇室典範特例法（以下、特例法という）の規定により、憲政史上初となる、天皇の退位が行われた。そして、これに伴い、同じく憲政史上はじめて、「上皇」の地位が出現した。

本稿は、「上皇」の法的地位を明らかにしようとするものである。それはいかなる意義を有するか、そして、それはいかなる方法によりなされるのかについて、まず述べる。

第一に、理論的意義として、日本国憲法という法体系の中において、国法上、天皇の位置づけがいかなるものであるか、ということ を明らかにすることである。憲法においては、「国民」はすべて法的に平等である（憲法14条1項）。しかしながら、「国民」の中に、特殊の「身分」<sup>3)</sup>が存在することは、否定できない。こうした身分の、位置づけを解明しようとするならば、当然、比較が必要である。これまでは「天皇」「皇族」「国民」の三身分<sup>4)</sup>の対比しか行いえなかったわけであるけれども、「上皇」の身分が出現した以上は、この身分との比較が可能となる。それにより、現実に妥当する憲法の姿をうかがうことが可能である。

本稿では、戦後の法体系における裁判権と天皇・皇族の関係を中心に考察することにより、天皇・皇族の法的地位を、そして、上皇の法的地位を考察しようとするものである。

無論、戦後の法体系の観察には戦前における皇室関係の法体系＝官務法体系の考察とその影響に関する検討・対比が必要である。しかし、それに関しては別稿を期しているから、もっぱらここでは戦後の法体系の観察にとどめる。

裁判権に着目する意義は、近代国家において裁判を受ける権利は、消極的地位に属する自由の領域を守るための承認を国家に対して求める、国民の積極的地位に属する重要な権利であるということ<sup>5)</sup>、さらに、「裁判」に参加できる、ということは、裁判制度から信頼された能力を有する身分として認められるという意義を有する<sup>6)</sup>、という議論からすれば、裁判権との関係は、「身分」を理解するために欠くことができないこと、という点に求められる。

第二に、実践的意義として、天皇・皇族と国民の間の法律関係に関する解決を与える必要がある、ということである。現在、後に論じるように判例は、天皇は裁判権に服さないものとしている（最二判平成元年11月20日民集43巻10号1160頁）。ただし、皇族に関しては判例が未だ存在しない（皇后に関し裁判権に服することを認める裁判例として、東京高判昭和51年9月28日判決時報（民事）27巻9号217頁がある）。しかしながら、刑事上の責任は別論として、民事上の裁判は何人との間にも発生しうるから、皇族に関する裁判権の理論を整理する必要がある<sup>7)</sup>。さらに、天皇の地位に即く場合に、皇族→天皇→上皇という身分変動が生じる。その各段階で責任が発生し、訴訟が提起される可能性がある。その段階に応じていかなる解決が図られるかを観察する必要がある。

#### (2) 理論的状況

これまで、天皇の地位に関しては、学説の中でも、あるいは学説と運用の間でも、対立

2) 『老子』第八章。

3) この場合の「身分」は、「出生にもとずいて当然に生ずる」「人的な法域の差」である。宮澤俊義『憲法（第三版）』108頁以下（有斐閣，1951）、小林直樹『憲法講義 上』178頁以下（東京大学出版会，1967）。

4) さしあたり、長谷部恭男『憲法（第7版）』（新世社，2018）123頁以下を参照。

5) Vgl. Jellinek, System der öffentlichen Rechte, 2. Aufl., 1905, S. 121ff.

6) 蟻川恒正『尊厳と身分』第1章（岩波書店，2016）参照。

7) 前掲最判の事例でも、相続が請求原因となっており、民法上の原則は分割相続であり、皇族にも原則としてこれが及ぶと解されているから、現実に皇族に裁判権が及ぶかが審理の対象となる可能性はあった。

が最も顕著に現れるところであったと考えられる。戦後を通じ、政治的な動態に関しては、渡辺治らに代表される優れた諸論稿<sup>8)</sup>があり、法的な観点からは、「普遍的」な憲法の理念に沿う運用を提唱する、針生誠吉<sup>9)</sup>らの諸論稿に代表される、解釈学説は多く提供されてきたし、制憲期の構想をうかがうような研究は多数あるけれども、現実の動態を記述するような、現行法体系がどのような天皇像を描き出しているか、についての考察は、中村明が、制憲期から議会での答弁等を広く収集して考察した試みのほかには、あまりなされてこなかったように思われる<sup>10)</sup>。

また、日本を離れた君主制の観点からも、君主制の比較研究には、佐藤功<sup>11)</sup>や榎原猛<sup>12)</sup>の優れた業績があるが、どちらも裁判権からの免除には着目していない。本稿はこうした業績に異なる視点を付加することにもなる。

## 2 方法論

では、こうした目的をいかなる方法により実現するのか。

詳細は後述するが、まずは判例と行政府の見解を整理し、「現に妥当している」法の姿としての天皇の地位像を描き出したい。法学の役割は、現在存在する法秩序の像を描き出すことである。法学の役割いかんは極めて困難な問題であるが、「現に妥当している法体系」の叙述は、いかなる法学においても必要不可欠なはずである。殊に、各論者のイデオロギーが激しく切り結ぶ場においてはひとま

ず事実妥当している法を観察することが必要である。なお、「法」は強制規範である、つまり、「法義務」を「その矛盾対当に対し強制行為が結びつけられている行為」を言い、「法」とは「強制行為の要件とその制約要件を定める規範」を意味する<sup>13)</sup>ものとしても、ここで取り上げる論題はなお、「法」たることを失わない。なぜならば、裁判権の対象となるか否かは典型的に第二次規範だからである。また、もしなんらの法的権限を有しないなら「法」の対象外ではないか、と考えるなら、それは正しくない。それは、権限を「与えない」という意味において消極的に権限を配分する規定である点で「法」であるからである。

この時、法として何が妥当しているかを考えると、「法」の内容は最終的な有権解釈者が決定し、法の有権解釈者こそが「法」の最終定立者である<sup>14)</sup>。これは規範の審査権は何人も与えられているところ、その客観的意味を決定するのは、決定権を有する有権解釈者であるからである。「決定権」の所在は、その違反に対して制裁が設定されているかにより決定される<sup>15)</sup>。だから、裁判所が「裁判権が及ばない」と判断した地位を分析するためには、行政府の見解を分析しなければならない。そこで行政権内部の事務分配を見ると、内閣法制局設置法は3条で法制に関する事務を一般的に内閣法制局の事務としている<sup>16)</sup>。だから、裁判所の統制が及び得ない部分の規律は内閣法制局の見解がその最終的な内容と見ることがができる。また、皇室に関する国家事務は宮内庁法1条2項が分配して

8) 渡辺治『戦後政治史の中の天皇制』（青木書店、1990）など。もっとも、高度経済成長期に形成された、会社共同体が崩壊した現在では新たな理論枠組みが求められる。

9) 針生誠吉『熟成期天皇制論』（三省堂、1993）など。

10) 中村明『象徴天皇制は誰がつくったか』（中央経済社、2003）。

11) 佐藤功『君主制の研究』（日本評論社、1957）。

12) 榎原猛『君主制の比較憲法学的研究』（有信堂、1969）。

13) H・ケルゼン（清宮四郎訳）『一般国家学』79頁以下（岩波書店、1971）、特に85頁以下参照。

14) H・ケルゼン（長尾龍一訳）『純粹法学（第二版）』229頁以下（岩波書店、2014）。特に、258頁以下参照。まさに、本稿の主題につき、「有権解釈権者」たることに注目したものとして、長谷部恭男「判批」新堂幸司ほか編『民事訴訟法判例百選Ⅰ』14頁、15頁（1992）。

15) ケルゼン（清宮訳）・前掲注13）475頁以下、特に487頁以下を参照。

16) 内閣法制局設置法3条3号「法律問題に関し内閣並びに内閣総理大臣及び各省大臣に対し意見を述べること。」、5号「その他法制一般に関すること。」。

いる<sup>17)</sup>。

本稿ではまず、現に妥当する法として天皇の法的地位がいかに想定されているかを確定したい。それは、前掲最判が「象徴たることにかんがみ」と述べている、「象徴たること」の具体的な意味は、そのようにして確定するしかないからである。そこから翻って、このような想定を前提として、判例を分析し、そこから引き出さうる含意を特定したい。最後に、今次の特例法の趣旨を論じ、天皇・上皇と責任・裁判権の関係を叙述したい。

筆者は、天皇・皇族に関する裁判制度の展開を通史的に展望する予定だった。しかし、これを別稿に譲り、本稿は、その序論として、現行法体系下の状況を描き出すことに専念することにした。ゆえに、戦前の議論状況との連続性の点は考察の対象外とせざるを得なかった。この点については別稿を期したい。

### 3 学説の状況

#### (1) 憲法学説

前節に述べた検討に入る前に、まず学説において責任・裁判権との関係がどのように議論されてきたかを整理する。

まず、刑事裁判権との関係は、及ばない、と解するものが通説である<sup>18)</sup>。これは、皇室典範が摂政の在任中に不訴追特権を認める(皇室典範 21 条) という実定法上の規定を置き、これを天皇に類推することによる<sup>19)</sup>。

ただし、その内容については、①天皇は刑事上の責任を負わない<sup>20)</sup>、とするものと、②天皇は在位中は訴追を受けない<sup>21)</sup>、とするものの両者が考えられる。

また、学説の多くは、これは立法政策的な理由によるものであって、憲法自体の要求によるものではない、と解している<sup>22)</sup>。つまり、刑事責任を負い、刑事手続に関与できる法制度を、法律により、作ることは可能である、ということである。だから、憲法 1 条の規定から、当然に一定の内容を導くことはできないが、憲法 1 条の規定は、14 条 1 項の規定を排除する、一定の特権を認める根拠として働くことは認められると解しているのである<sup>23)</sup>。

次に、民事裁判権との関係では、前掲最判が登場する以前は、民事裁判権が及ばない、とするものはほとんどなく、天皇に関しては、「象徴たることにかんがみ」て、民事裁判権が及ばない、とする前掲最判がとる結論が明らかとなった後でも、これには反対するものが多数である。その根拠は、法理論的なものと法政策的なものに分けられる。

法理論的には、前掲最判の登場以前には、①国民の中に民事裁判権に服しない者を設けるならば憲法上の明確な根拠が必要であるが、そのような根拠がないこと<sup>24)</sup>、が主な論拠であり、前掲最判の登場後は、②戦前に民事責任が認められていたこととの権衡<sup>25)</sup>、さらに③国民の裁判を受ける権利を侵害する

17) 宮内庁法 1 条 2 項「宮内庁は、皇室関係の国家事務及び政令で定める天皇の国事に関する行為に係る事務をつかさどり、御璽国璽を保管する。」

18) 樋口陽一ほか『注釈日本国憲法 上巻』96 頁〔樋口陽一〕(青林書院新社, 1984)、芦部信喜監修・野中俊彦ほか編『注釈憲法 (1)』143 頁〔横田耕一〕(有斐閣, 2000)。

19) 芦部監修・野中ほか編・前掲注 18)143 頁〔横田耕一〕、佐藤功『全訂日本国憲法概説 (第 5 版)』346 頁以下(学陽書房, 1996)。

20) 清宮四郎『憲法 I (第三版)』173 頁(有斐閣, 1979)。

21) 佐藤功『ポケット注釈全書 憲法 (上) (新版)』57 頁以下(有斐閣, 1983)。

22) 無論、反対説もある。大石義雄『日本国憲法逐条講義』49 頁以下(有信堂, 1953)。

23) 小嶋和司『憲法概説』324 頁以下(信山社, 2004)などはこの趣旨である。

24) 佐々木惣一『改訂日本国憲法論』162 頁以下(有斐閣, 1954)(ただし、一般的無答責の根拠はない、とする)、樋口ほか・前掲注 18)96 頁〔樋口陽一〕。長谷部・前掲注 14)15 頁もこの点を強調する。兼子一編集代表・法学協会編『註解日本国憲法 上巻』103 頁(有斐閣, 1953)も、「明らかでない」とし、その結果、法学協会編『註解日本国憲法 下巻』1134 頁(有斐閣, 1954)は民事裁判権が及ぶ、との結論をとる。清宮・前掲注 20)173 頁も同様。反対に、責任を負わせるためには特別の規定が必要とする見解として、大石・前掲注 22)49 頁以下。佐々木・同 163 頁もその趣旨に読める。

25) 日比野勤「判批」重判平成元年度(ジュリ臨増 957 号)14 頁, 14 頁(1990)。



可能性があること<sup>26)</sup>、である。

①は有力な論拠である。憲法がこのような法制度を採用することを許容しているとしても、それを許容していること自体からは、ただちにそれが導かれるとは考えられないからである。また、よく検討すれば、②は根拠とされない。なぜならば、日比野評釈自身が言うように、責任と裁判権は分離して考えることができ、前掲最判も責任が生じない、とは言っていないからである。そして、戦前との均衡の面でも、戦前は「御料」という財団が当事者となり、天皇自身は当事者とならず、宮内大臣が訴訟追行を担当した<sup>27)</sup>。だから、当事者となることに関しては、戦前も天皇は当事者とならない<sup>28)</sup>から、戦前との権衡は問題とならないのである。ただし、これを憲法上の要求から民事裁判権が本来的に及ばない、としているのではなくて、実定法制上の理由にすぎない<sup>29)</sup>、と解せば、結局は、①に帰することになる。③も、国家免除等は認める以上、法的な根拠があれば裁判権免除を認めると解されるから、結局は①に帰することになる。つまり法理論上の最大の問題は明確な規定が存在しないのに裁判権の免除を認めること、である<sup>30)</sup>。

法政策的には、④法の下での平等を原則とする憲法の趣旨に反することである<sup>31)</sup>。法の下での平等原則の例外扱いはなるべく少ないほうがよい、という価値判断によるものであ

る。

ほかにも、被告となることだけではなく、効果が多様な民事裁判の作用が及ぶことを、一括して裁判権に服しないとして否定することを粗雑とする見解もある<sup>32)</sup>。

一方、賛成する見解<sup>33)</sup>も、制度上、取引で天皇が当事者となる場合が考えられず、また、濫訴のおそれがあることを理由にするが、前者については、自動車の運転などの不法行為責任や工作物責任<sup>34)</sup>を考えていないし、後者は、理由がない場合は訴え却下の判決が出ると考えられるから、理由にならないと思われる。そして、憲法規定の解釈に関しては、伝統的な見地から、現実の利害から離れる必要がある、以外の理由を示さない。

## (2) 民事訴訟法学説

民事訴訟法学説でも、前掲最判のような裁判権に服さない、とする結論には反対するものが多数説である<sup>35)</sup>。その理由は、わが国にいる人にはいわゆる治外法権者を除き当然に裁判権が及ぶことを前提に、自然人は権利能力者となり（民法3条1項）、権利能力者は原則として当事者能力を有する（民訴法28条）、という一般的な原則からして、自然人である以上当然である<sup>36)</sup>、ということと、法の下での平等の原則による<sup>37)</sup>ようである。ただし、権利能力者であるから原告となる能力は有するが、「象徴としての性格」に鑑み、裁判権に服さないの、被告としての

26) 佐々木高雄「判批」法教116号100頁、101頁（1990）。さらに、戦前における類似の指摘として、野村淳治『憲法提要上巻』224頁（有斐閣、1932）。

27) 酒巻芳男『皇室制度講話』196頁以下（岩波書店、1934）。このような手法は、国家無答責の原則があったヨーロッパ諸国で普通に行われていた方法である。さしあたり、村上淳一『「良き旧き法」と帝国国制（3・完）』法協91号2巻1頁（1974）を参照。

28) 水島朝穂「判批」芦部信喜＝高橋和之『憲法判例百選Ⅱ（第三版）』350頁、351頁（1994）も指摘する。

29) 細野長良『民事訴訟法要義 第一巻』67頁以下（巖松堂、1920）。日比野・前掲注25)15頁、長谷部・前掲注14)15頁をはじめ、多くの評釈がこれを引く。

30) 刑事法同様、憲法1条の規定に基づいて特別な措置を講じることにしては許容する見解がある。佐藤・前掲注19)347頁。

31) 高野幹久「判批」法教126号別冊附録6頁、6頁（1991）など多数。

32) 水島・前掲注28)351頁、小沢隆一「判批」長谷部恭男ほか編『憲法判例百選Ⅱ（第7版）』352頁、353頁（2019）。

33) 小林節「判批」長谷部恭男ほか編『憲法判例百選Ⅱ（第6版）』358頁（2013）。

34) もっとも、現在は、不動産は国有財産となり、私有としては存在しないから、とりあえず、天皇に関しては考える必要はない。ただし、皇族に関しては、私有の不動産が存在しうるから、考慮が必要になる。

35) 三ヶ月章『民事訴訟法』244頁（有斐閣、1959）（兼子編代・法学協会編・前掲注24)1134頁の見解に従う）、小山昇『民事訴訟法』77頁（青林書院新社、1968）、新堂幸司『新民事訴訟法（第5版）』145頁（弘文堂、2011）。

36) 小山・前掲注35)77頁。

37) 林屋礼二『新民事訴訟法概要（第2版）』152頁（有斐閣、2004）参照。

当事者能力は有しない、とする説もある<sup>38)</sup>。

一方、判例を支持する学説もある<sup>39)</sup>。この場合の民事訴訟法学説の扱い方としては、人的効力の面で検討するものと、当事者能力の面で検討するものに分かれている。つまり、裁判権が及ばないとする類型の中にも、実は、a) 裁判権の人的効力の範囲外である、という立場と、b) 当事者能力を有しない、という立場があることになる。学説上裁判権が及ばないとする立場を取る場合は、a) の立場を取るものが大多数である<sup>40)</sup>。

つまり、整理すると、①裁判権が及ばない、②被告となる能力を有しない、③裁判権が及び当事者能力を完全に有する、の3類型が存在し、③が通説である、ということになる。厳密には、②の立場は論者の一人が言う「裁判権に服さない」<sup>41)</sup>、と言えるかは疑わしい<sup>42)</sup>。中島・前掲注38)214頁の指摘にある通り、原告であっても判決を受ける以上は、裁判権に服さないとは言えないからである。しかし、国際法上の裁判権免除を受ける者も訴える権利は奪われないと解されているから、このように考えるのであると思われる<sup>43)</sup>。裁判権との関係では、①とも③とも異なる類型であるから(片面的にしか服さない類型といえる)、このように分類するのが

妥当である。

①と②の差異は、①が「争いに関与すること」が「象徴たること」に反する、と考えるのに対し、②は、「訴えられること」<sup>44)</sup>が「象徴たること」に反する、と考えているように解される。③については、必ずしも「争いに関与すること」が「象徴たること」に反しない、と考えているわけではない。実定法制上の理由から特段の規定がない限り、通常原則に従うべき、との考えが根拠であろうから、ここでは「象徴たること」に対する判断を含まない、と解されよう。摂政以下の皇族に関しては言及はない。

### (3) 刑事訴訟法学説

上記の分野に比べれば目立たないが、実は刑事訴訟法学説でも議論はある。

最近の基本書では触れられていないが、伝統的には「刑事訴訟法の効力範囲」の下位類型として「人に関する効力」の項目が設けられ、そこで人的効力範囲が論じられる中で叙述されるのが通常であった<sup>45)</sup>。

そこではやはり、憲法学説と同様に、皇室典範21条の規定から、あるいは憲法1条を参照<sup>46)</sup>し、天皇には刑事裁判権が及ばない、とするものが通説である。

しかし、刑事訴訟法学が憲法学説より立ち

38) 斎藤秀夫『民事訴訟法概論(新版)』89頁(有斐閣, 1982)。戦前において同様の見解をとるものとして山田正三『改正民事訴訟法 第一巻』75頁(弘文堂書房, 1928)があるが、これには中島弘道『日本民事訴訟法』214頁(松華堂, 1934)から、原告も敗訴判決を受ける可能性があり、これは消極的確認判決となるから判決の効力を受けることになる、という趣旨の批判がある。

39) 林屋・前掲注37)152頁-153頁は判例と同じ理由で人的効力の範囲外と見て、結論的には賛成。

40) 林屋・前掲注37)152頁-153頁。河野正憲『民事訴訟法』44頁(有斐閣, 2009)、梅本吉彦『民事訴訟法』36頁(信山社, 2002)も同様。伊藤眞『民事訴訟法(第3版補訂版)』34頁(有斐閣, 2005)も、実際上困らない、として、人的効力の範囲外と見る。

41) 斎藤・前掲注38)89頁。

42) 岩淵正紀「判解」最判解民事篇平成元年度397頁, 400頁(1991)も「原告となって民事訴訟を提起した場合にも、その訴状は却下されることになろう」とする。

43) 外交関係に関するウィーン条約32条3項は、裁判権免除を享有する者が訴えを提起した場合には、本訴に関連して反訴を提起された場合には、反訴につき裁判権免除を受けられない、とすることから、自ら訴えを提起した場合には免除を一部失うことは、裁判権免除の性質を一般的には失わせない、と見ることができる。

44) 「敗訴すること」とは考えられないことは、注38で指摘した。

45) 近時の教科書がこの視点を失ったことは、最近の著名なテキストである、宇藤崇ほか『刑事訴訟法 第2版(Legal Quest)』(有斐閣, 2018)が、「刑事訴訟法の適用範囲」の項目を設けながら、その中で、時的範囲と場所的範囲のみを扱い、人的範囲をあえて省略する記述ぶりから明らかである。上口裕『刑事訴訟法(第4版)』(成文堂, 2015)も同様。

46) 斎藤金作『刑事訴訟法(合本版)』36頁(有斐閣, 1986)。ただし、同書は根拠として憲法3条を指示するが、憲法3条は「国事に関する」行為についての責任に関してしか規定しておらず、何故この条文を引くのかは不明である。

入って考えるのは、訴追以外の刑訴法上の処分である<sup>47)</sup>。柏木千秋は公訴提起に関連しない刑事訴訟法上の規定の適用はあり、ただ、強制の処分は許されない、と解している。摂政については、訴追を受けないだけで、取調べも可能である、とする。ただし、身体拘束に及ぶ処分は許されないと解している<sup>48)</sup>。皇族については記述がないから、適用範囲内とするようである。平場安治は「勿論解釈」によりやはり摂政の規定の類推から天皇の不訴追特権を認めるが、刑事裁判権の人的除外でなく訴訟障害とする<sup>49)</sup>。平野龍一はこれを批判し、裁判権が及ばず、その結果、証人義務等の刑事訴訟法上の義務にも服さない、と解するようである<sup>50)</sup>。高田卓爾は、訴追を受けない権利のみを認める。これは、「訴追を受けない」ということは、その前提として、責任が生じることを示しているのではないか、と考えるからである<sup>51)</sup>。

上記のように諸説があり、①刑事責任が生じるが訴追は受けない、②刑事責任は生じず、したがって訴追を受けることもないが、刑事手続法上の処分を受ける可能性はある、③刑事手続法の適用全般を受けない、のように整理できる。裁判権に服さない、と解するという見解は、結局、③の帰結を導くものである。

以上から見ると、不訴追特権以外についても、「強制の処分」を受けることは天皇の象徴たる性質に反する、という理解が刑訴法学上、存在するということはできよう。摂政についても、身体拘束に及ぶことは許されないと解する見解がある。理由は不明だが、国務大臣や会期中の国会議員との均衡であろうと考えられる<sup>52)</sup>。

#### (4) 小括

まず、民事でも刑事でも、裁判権と責任の

問題が峻別されていることは注意されてよい<sup>53)</sup>。つまり、戦前ですら民事責任が生じることは想定されていたのであり、責任自体が生じることは否定されていない、ということである。また、刑事責任についても、明文の規定がないことから、不訴追特権＝刑事裁判手続に参与することがない権利を有することは肯定されているが、刑事責任が生じるか＝刑事実体法自体の適用があるか否かについては議論が分かれている。

さらに、裁判権との関係についても、原告・被告という当事者として裁判権に服することと、証人等の関係者として裁判権に服することとは区別されている。例えば、刑事手続の中でも、勾引等の強制処分は許されないが、証人義務等は及ぶ、と考える学説がある。そして、本当に裁判権に服さない、と言えるのは、後者の関係でも裁判権に服さない場合である。

上記のような責任と裁判権の組み合わせにより、グラデーショナルに様々な見解が主張されているのが実情である。ただし、学説は憲法上の原則である平等原則を重視し、民事裁判権に服し、民事裁判上の当事者能力を享有することを認めるものが多い。憲法学説で顕著なこの思考は、民訴法学説でも見られるが、刑訴法学説では、意外にも微弱である。それは、憲法学説自身が、刑事関係では、責任の発生や裁判権の及ぶことを否定する傾向を見せていることに関係すると考えられる。しかしながら、裁判権が免除される根拠について深く論及したものは見受けられない。

これは、裁判権の免除や責任の不発生の根拠が、「象徴」という規定に由来するが、この概念自体が明確な内容を与えられておらず、実質的には、どのような根拠により、このような効果が生じるのか、明らかにされて

47) 団藤重光『新刑事訴訟法綱要(7訂版)』47頁(創文社, 1972)はこれを示唆するが、結論は出していない。

48) 柏木千秋『刑事訴訟法』23頁(有斐閣, 1970)。

49) 平場安治『改訂刑事訴訟法講義』30頁(有斐閣, 1954)。

50) 平野龍一『刑事訴訟法』55頁(有斐閣, 1958)。むしろ、後者の考慮から、前者の結論を引き出す記述ぶりである。

51) 高田卓爾『刑事訴訟法』31頁(青林書院新社, 1971)。

52) 高田・前掲注51)31頁は、これらは刑事裁判権の問題ではないとする。

53) ただし、渡辺康行ほか『憲法Ⅱ総論・統治』102頁[工藤達朗](日本評論社, 2020)は、裁判権が及ばないなら責任を認めても「意味はあまりない」とする。

いないことが原因である。つまり、「象徴」性からこのような効果を導くことは、「よい法律論」<sup>54)</sup>であり得ていない、と言える。そして、これに反対する諸説も、そもそも根拠自体が不明確だ、ということ批判のみであり、それ自体は正当な批判と考えられるが、実質的にその内容に立ち入った検討を行い得ていない、と考えられる。だから、本稿の具体的な目標は、①象徴性が一体何を意味し、法的にどのような効果を与えるものか、を明らかにしたうえで、さらに、②そこから引き出される、天皇・皇族と裁判権・責任の関係についての結論を示し、最後に③その理論が上皇との関係でどのように適用されるのかを示すことである、ということになる。

## II. 政府による天皇・皇族の法的地位の理解

### 1 憲法制定時の理解——金森徳次郎憲法担当国務大臣の答弁

#### (1) 憲法審議過程での認識

本章では、政府による法的地位の理解を描き出す。最初に、以後の政府の憲法解釈の基礎となっている制憲期の構想を確認し、次いで、憲法施行以後の政府の見解を追う。そこで特に裁判権との関わりにおいて重要な意味を持つ昭和22年刑法改正を分析した後に、内閣法制局による理解を整理する。

憲法制定議会で憲法関連の答弁を一手に担

当したのは、金森徳次郎憲法担当国務大臣である。そこで、以下では金森答弁を追うことで、憲法制定時の法的地位の理解を確認する。

天皇が「憧れの中心」<sup>55)</sup>である、ということがわが国「国体」の意味であり、法律の意味の「国体」は変更されたが、前者の意味の国体は変更されていない<sup>56)</sup>、という制憲議会を通じ観察される政府見解は著名である。これをより詳細に見ていくが、このような作業は、これまで多くなされているから、基本的にはこれによる<sup>57)</sup>。

憲法1条の国民とは天皇を含むすべての日本国家を構成する自然人であり<sup>58)</sup>、国体とは憲法以前の、国家を成り立たせる国民の心理面の事実的基礎である<sup>59)</sup>。天皇制とは、天皇を政治の中心とし、国のその他の面とも深い結びつきをもって、天皇を中心に描きながら、国の働きが行われていくことをいう<sup>60)</sup>。そして、天皇は公正無私であるべきである<sup>61)</sup>とされる。

そして、その権能は象徴としての性質に接着したものに限定された、適切な範囲とされる<sup>62)</sup>。その際、重視されたのは、皇位の世襲と政治上の無答責に適合するということである<sup>63)</sup>。後者の政治上の無答責の根拠は1条の象徴性であり、4条の規定はそれを実質的に保障する制度である。また、政治上の無答責の理由は「国そのものが仰ぎ見るがごとき尊い地位」であることに求められ、それゆえ、政治上・刑事上の責任を帰属させることができない<sup>64)</sup>。一方で、民事責任が生じう

54) 平井宜雄「法律学基礎論覚書(1)～(9)・完」ジュリ916号96頁、918号102頁、919号78頁、920号82頁、921号79頁、923号72頁(1988)、926号73頁、927号86頁、928号94頁(1989)[同『法律学基礎論覚書』(有斐閣、1989)所収]。

55) この表現の創案は佐藤達夫である。中村・前掲注10)44頁。

56) 中村・前掲注10)48頁。なお、佐藤の着想は穂積八束によるという。中村・同42頁以下。

57) 佐々木弘通「判批」法協110巻2号275頁(1993)など、以下は主に中村・前掲注10)による。

58) 「第九十回帝国議会衆議院帝国憲法改正案委員会議録第二回」10頁以下(昭和21年7月1日)。戦前の、佐々木説に言う「国人」を国民と言い換えたものである。参照、佐々木惣一『日本憲法要論(訂正5版)』189頁(金刺芳流堂、1933)。

59) 「第九十回帝国議会貴族院帝国憲法改正案特別委員会議事速記録第三号」22頁(昭和21年9月3日)。

60) 中村・前掲注10)100頁。

61) 「第九十回帝国議会衆議院帝国憲法改正案委員会議録第六回」73頁(昭和21年7月5日)。

62) 中村・前掲注10)101頁、106頁以下。

63) 中村・前掲注10)133頁以下。

64) 中村・前掲注10)109頁。

ることは確認されている<sup>65)</sup>。

天皇は上記のような一定の権能を持ち、それは国家の重大な権能である。それは象徴たるにふさわしい権限を持たなければ、象徴性が害される結果をもたらしかねないからである<sup>66)</sup>。例えば認証はそれにより効力を生じる重い権能である<sup>67)</sup>。しかし、こうした権能を超えて裁可権や拒否権を認めなかったのは、実際には責任が生じないにもかかわらず、政治的、あるいは実際的な問題として、責任が生じるような外形が生じ得ることを懸念したためである<sup>68)</sup>。ただし、助言と承認は別個の手続であり、提案に対し承認をする場合も存在しうる<sup>69)</sup>。

以上のような制憲期の見解を要するに、天皇は憲法第1条の「象徴」であることから、刑事裁判権の対象とならず、また政治上の責任を負うこともない、ということになる。しかしながら、1条の「象徴」性を実質的に保障する目的で積極的な権限と消極的な政治上の無権能を規定している、ということになる。一方で、民事上の責任に関しては、こうした問題とは関係がないので、一般法が及ぶと考えられているようである。

## (2) 皇室典範審議過程での認識

皇室典範の審議過程では、天皇の権限や皇族の範囲など皇室全般にわたる議論がなされた。ここから抽出される見解は、以下の通りである。

### a 天皇の権限・地位

まず、皇室会議は国政に関わる事項を議論

する場であり、その開催を天皇の権能とすることは、憲法の趣旨に適合しない<sup>70)</sup>。天皇の皇族の監督権は公的な事項に関連する場合は憲法4条の趣旨に反し、私法上の権能ならば皇室典範の規定事項でない<sup>71)</sup>。ただし、懲戒の要素は、皇室典範12条の規定に実質的に考慮されてはいる<sup>72)</sup>。

また、責任についても、天皇は国の姿を体現し、全国民の尊敬が集中すべき地位であり、このような地位に対し尊厳を害するような責任を問う考えは生じない、として、21条の類推を含め、政治上・刑事上の責任を負わないこと、しかしながら民事上の責任を負いうること、は繰り返し確認されている<sup>73)</sup>。

天皇の退位を認めない理由は、国の中心が動揺することを避けるためであり<sup>74)</sup>、胎中皇子の皇位継承権を認めないのは、国の中心をはっきりさせる意味で、正当な血統の要請を後退させたものである<sup>75)</sup>。

天皇も国際法上の責任を負う可能性はある<sup>76)</sup>。

### b 皇族

憲法下の制度として皇族の尊厳を維持することになっている<sup>77)</sup>。

天皇・皇族の婚姻は、皇族会議の議決を経る必要がある。これは、皇室に調和しない血統を排除するためであり<sup>78)</sup>、皇族の範囲を嫡出に限るのは、その決議を経ていない庶出子は、皇族の適格を認めることができず<sup>79)</sup>、国民の道義心が庶出子を認めていないことも理由である<sup>80)</sup>。ただし、皇族の範囲に入ら

65) 「第九十回帝国議会衆議院帝国憲法改正案委員会議録第十九回」386頁(昭和21年7月22日)。

66) 中村・前掲注10)97頁、112頁以下、203頁以下。

67) 中村・前掲注10)147頁以下。

68) 中村・前掲注10)107頁以下。この理由で「元首」の表現も回避されている。中村・前掲注10)87頁以下。

69) 「第九十回帝国議会貴族院帝国憲法改正案特別委員会議事速記録第九号」28頁(昭和21年9月10日)。

70) 「第九十一回帝国議会衆議院皇室典範案委員会議録第二号」3頁(昭和21年12月7日)。

71) 「第九十一回帝国議会貴族院皇室典範案特別委員会議事速記録第三号」4頁(昭和21年12月18日)。

72) 「第九十一回帝国議会貴族院皇室典範案特別委員会議事速記録第四号」3頁(昭和21年12月19日)。

73) 「第九十一回帝国議会衆議院皇室典範案委員会議録第四号」20頁(昭和21年12月11日)。

74) 前掲注73)26頁以下。

75) 「第九十一回帝国議会衆議院皇室典範案委員会議録第三回」11頁(昭和21年12月9日)。

76) 「第九十一回帝国議会衆議院皇室典範案委員会議録第四回」34頁(昭和21年12月11日)。

77) 「第九十一回帝国議会衆議院皇室典範案委員会議録第三回」10頁(昭和21年12月9日)。

78) 前掲注77)9頁。

79) 「第九十一回帝国議会衆議院皇室典範案委員会議録第三回」11頁(昭和21年12月9日)。「正式な婚姻」から生じた子に限定するのは、ヨーロッパでは普通だが、これは同等婚原理などの存在によるものである。例えば、

ないだけで、財産上の関係は民法による。

婚姻が皇族関係の基礎であり、離婚の場合は基礎が破壊されるため、皇族の身分を離れるが、配偶者の薨去の場合は、基礎が破壊されないで、離れない<sup>81)</sup>。

皇族が皇位継承順位を変更される場合、第一順位の移動は第二順位と入れ替わる<sup>82)</sup>。

摂政は公的なことだけを行い、後見については民法の一般規定に任せる<sup>83)</sup>。摂政を皇族に限る理由は、天皇の権能は憲法により天皇の根本的性格と密着し国の象徴たる本質に応じた限度の権能となり、その法定代理に当たる摂政は天皇の場合の精神を踏襲し、皇族に限定するのが相当である<sup>84)</sup>。皇位継承権を有しない皇后・皇太后・太皇太后に摂政就任資格を認めたのは、特別な意味の拡張である<sup>85)</sup>。

国民の中で特別な地位が認められる部分は少ないほうがいいので、皇族の中で離脱が認められない親王の範囲は旧典範よりも狭く規定した<sup>86)</sup>。

### c 法適用全般

天皇・皇族と民事・刑事の関係は特例を生じうる。これは憲法が予定していることであり、皇位継承に関連し憲法上の一般原則を排除する特別規定を設けることが想定されている<sup>87)</sup>。民法と皇室典範の関係は一般法と特別法の関係になる<sup>88)</sup>。相続・行為能力などである。戸籍法については皇統譜が特別な意味合いを持つ<sup>89)</sup>。

原則、天皇、皇族、摂政は一般私法に従う<sup>90)</sup>。これに関しては、最高裁の判断を受ける可能性は想定されている。その内容に関しては、刑事・民事の両関係で、特例をなるべく作らない方針である<sup>91)</sup>。摂政は、在任中に訴追を受けないだけで在任中の行為で処罰される可能性は存在する<sup>92)</sup>。

成年の特例で、天皇・皇太子・皇太孫の成年を18歳としているのは、摂政の特例を避ける趣旨である<sup>93)</sup>。

上記 a から c の見解を要約しよう。まず、旧皇室典範で天皇が有した皇族に対する監督権は、公法上の権能であれば憲法に反し、私法上の権能であれば皇室典範の規定事項でない、という理由で否定された。おそらく民法が改正され、戸主・親族会の権能は否定されたから、私法上もこのような権能が存在するとは言えないだろう。しかし、実質的には懲戒権は皇族会議の権能に移行している。

皇族関係の基礎は皇族会議の決議を経た正式な婚姻と、それに基づく出生である。

天皇・皇族については、「皇位継承」に関係する民事・刑事上の特例は認められる。これは憲法が予定していることである。しかしながら、国民の中に特別な地位を認める部分は少ないほうがよいので、その特例は限定している。

vgl. *Schulze, Lehrbuch des deutschen Staatsrecht, Bd. 1, 1 Aufl., 1881, S. 394ff.* だから、これはむしろ旧法下の考えに近いどころか、ある意味では、旧法下より「封建化」したと言える。

80) 前掲注 79)10 頁。

81) 前掲注 79)10 頁。

82) 「第九十一回帝国議会議案委員会速記録第三号」11 頁 (昭和 21 年 12 月 18 日)。

83) 「第九十一回帝国議会議案委員会速記録第四号」31 頁 (昭和 21 年 12 月 11 日)。

84) 「第九十一回帝国議会議案委員会速記録第五号」42 頁 (昭和 21 年 12 月 12 日)、「第九十一回帝国議会議案委員会速記録第四号」4 頁 (昭和 21 年 12 月 18 日)。

85) 前掲注 84)4 頁。

86) 「第九十一回帝国議会議案委員会速記録第三号」6 頁 (昭和 21 年 12 月 18 日)。

87) 「第九十一回帝国議会議案委員会速記録第四号」21 頁 (昭和 21 年 12 月 11 日)。

88) 「第九十一回帝国議会議案委員会速記録第三号」9 頁 (昭和 21 年 12 月 9 日)。

89) 「第九十一回帝国議会議案委員会速記録第三号」4 頁 (昭和 21 年 12 月 18 日)。

90) 前掲注 89)4 頁。

91) 「第九十一回帝国議会議案委員会速記録第四号」23 頁 (昭和 21 年 12 月 11 日)。

92) 前掲注 91)4 頁。

93) 「第九十一回帝国議会議案委員会速記録第三号」9 頁 (昭和 21 年 12 月 9 日)。

## 2 憲法制定以後の見解

### (1) 改正刑法審議時の見解

前節では、制憲期の構想を概観したが、本節では、以後の見解を追う。

まず、本論稿の主題である、天皇と裁判権に関しては昭和22年の刑法改正が興味深い視点を提供する。昭和22年に行われた刑法改正では、占領軍の強い指示で不敬罪に関する規定が削除され<sup>94)</sup>、不敬罪に相当する内容は通常の名誉毀損により処罰することになった。これに伴い、刑法232条2項の規定が新設された。これは、「告訴ヲ爲スコトヲ得ヘキ者カ天皇、皇后、太皇太后、皇太后又ハ皇嗣ナルトキハ内閣總理大臣、外國ノ君主又ハ大統領ナルトキハ其國ノ代表者代リテ之ヲ行フ」という規定である<sup>95)</sup>。

司法省刑事局によれば、この規定の趣旨は、「国民統合の象徴たる天皇がその被象徴者たる国民の一員の処罰を求めるといのは象徴たる性質に反する」こと、そして、「事実においてこれを期待し得ない」ことに求められている<sup>96)</sup>。また、天皇に対する憲法14条の適用は、「象徴たる性質に反せざる」限度で行われるから、特例は「当然である」とする。

皇后、太皇太后、皇太后に関しては、「天皇に準じて取り扱うべきであるとの趣旨」により、皇嗣は「次代の象徴たる予定者」として、同一の法的取扱が行われることとしている<sup>97)</sup>。

このような趣旨で提案された規定であったが、国会審議では、さらに、非親告罪化すればよい、との意見に対し、名誉毀損罪が伝統

的に親告罪であることに例外を設けることがふさわしくないために平仄を合わせたとの答弁があり<sup>98)</sup>、また、内閣総理大臣が告訴権者であるのは、政府の代表者たる内閣総理大臣がふさわしいと判断したためであること<sup>99)</sup>、内閣総理大臣が欠けている場合は想定されていないこと<sup>100)</sup>、さらに、告訴に当たっては、被害者たる天皇の意思に関係なく判断し<sup>101)</sup>、天皇には告訴権は残らない、それゆえに天皇には、事件の経過にかかわらず、政治上の責任その他の責任が及ばない<sup>102)</sup>、と考えていること、が明らかにされた。皇后以下の皇族に関しては、厳密には象徴ではないが、天皇にごく近い皇族であり告訴が事実上困難なことが天皇に準じて考えられるために「象徴から演繹して」天皇に準じた規定となっている<sup>103)</sup>。

つまり、刑事裁判に関しては、天皇が訴訟の客体になることだけでなく、訴訟の起動に関係することも忌避される、徹底した裁判権との断絶が企図されているのである。つまり、国民との間で相争う事態がこの憲法が予定する性格に反する、という判断である。「憲法の予定する性格に反する」ということは、むしろ本条の規定は、憲法上は否定される告訴権を内閣総理大臣に付与し、名誉毀損の法益侵害からの保護を欠くことがないようにした創設的規定である、と解される。さらに、これには、刑事裁判を提起し、関与すること自体が、政治上の問題に発展しうる可能性が考慮されている。そもそも、訴訟を提起する妥当性などが政治的な問題として取り上げられる可能性への配慮と考えられる。そして、その趣旨は厳密には象徴性を持たない皇族に対しても及ぶと解されている。

94) さしあたり、昭和22年2月25日吉田茂宛マッカーサー書簡を参照。邦訳は柚井林二郎編訳『吉田茂＝マッカーサー往復書簡集』292頁以下（講談社、2012）に所収。

95) 現在では現代語化されているが実質的な内容に変化はない。

96) 司法省刑事局編『刑法の一部を改正する法律解説書』19頁（1947）。

97) 前掲注96)19頁。

98) 「第一回国会衆議院司法委員会会議録第十五号」156頁以下〔佐藤藤佐発言〕（昭和22年8月7日）。

99) 前掲注98)157頁〔佐藤藤佐発言〕。

100) 「第一回国会参議院司法委員会会議録第十三号」21頁〔国宗榮発言〕（昭和22年8月13日）。

101) 前掲注98)158頁〔佐藤藤佐発言〕。

102) 前掲注98)158頁〔佐藤藤佐発言〕。

103) 「第一回国会衆議院司法委員会会議録第三十五号」322頁〔片山哲発言〕（昭和22年9月20日）。

なお、政府はここで、「天皇は日本國の象徴であり、日本國民統合の象徴であらせられる特別な地位に立たせられておりますので、刑法の適用はないものと解釋いたします。」との見解も示しており<sup>104)</sup>、天皇は刑法の適用が及ばない＝刑事責任を負わない、と解釋することが明らかにされている。

## (2) 内閣法制局の見解——主に天皇に関して<sup>105)</sup>

以下では、国会において示された、有権解釈者としての内閣法制局の見解をまとめる<sup>106)</sup>。

### a 天皇——総論

天皇は、天皇たる自然人を指すとともに、天皇という国家機関としての地位をも指す。天皇は「われわれの国民社会である日本國の姿を、またわれわれ日本國民の統合一体の姿を体现される」ものである。その天皇の行為は国家機関としての行為<sup>107)</sup>たる国事行為と、それ以外の事実上の行為に分けられ

る<sup>108)109)</sup>。後者のうち象徴としての地位に基づく性格が表出される行為が公的行為であり<sup>110)</sup>、それ以外を私的行為という。公的行為は、憲法解釈上認められ、天皇が象徴としての地位に基づいて公的な立場で行うものという<sup>111)</sup>。

天皇は憲法1条の意味では「國民」の構成員であるが、象徴たる地位に鑑み合理的な範囲の基本的な人権享有の制約を受ける<sup>112)</sup>。例えば、天皇は政治的に無色である必要から選挙権を有しない<sup>113)</sup>。

国事行為(3条、4条<sup>114)</sup>、7条)については、天皇の象徴性(1条)に着目し、国家機関としての天皇の権限として配分されている<sup>115)</sup>。天皇の象徴性は国家機関としての国事行為とは関係がない<sup>116)</sup>。国事行為に対する助言と承認は一個の手続で行いうる<sup>117)</sup>。天皇は権力を保持しない消極面のみならず国家と國民の統合を意識するという積極面を担う<sup>118)</sup>。4条は事実上の行為による国政への

104) 「第一回国会衆議院司法委員会會議録第十六号」163頁以下〔佐藤藤佐発言〕(昭和22年8月8日)。

105) これまで内閣法制局の見解を参照する文献は、主に衆議院憲法調査会事務局「基礎的資料」(2003)によっていると思われるが、これにとらわれず、直接、議事録からまとめる。なお、園部逸夫『皇室法概論』(第一法規、2002)も、同様の手法を取る。

106) 以下では、国会會議録から内閣法制局が示した見解を要約して掲げ、注にその箇所を網羅的に掲げた。これは、見解が慣習的に固定していることを示すためであり、同時に、将来のレファレンスに資するためでもある。そのため、引用が過剰になる部分があるがご海容願いたく思う。また、時系列的に変化を追う作業もなされてしかるべきであったが、基本的には一貫しているように見えるので、変化がある場合のみ注に示すことにする。

107) つまり、憲法という組織規範に授權された行為であり、その効果が国家に帰属するものである。

108) しかしながら、「国事行為」の範囲内にも、事実上の行為が含まれる。7条10号の「儀式」は事実上の行為であり法律上の効果を生じない。これを含め、法制局は、意思行為・公示行為・認証行為・事実行為に分類する。長く法制官僚を務め、最終的に長官に就任した、高辻正巳『憲法講説』276頁以下(良書普及会、1960)を参照。

109) 「第四十六回国会参議院内閣委員会會議録第二十六号」8頁〔高辻正巳発言〕(昭和39年4月23日)、「第七十一回国会衆議院内閣委員会會議録第二十七号」8頁〔吉国一郎発言〕(昭和48年6月7日)、「第七十二回国会衆議院外務委員会會議録第五号」16頁〔吉国一郎発言〕(昭和49年2月20日)、「第七十五回国会衆議院内閣委員会會議録第二十五号」16頁〔真田秀夫発言〕(昭和50年6月18日)。

110) 「第七十一回国会衆議院内閣委員会會議録第三十一号」28頁〔吉国一郎発言〕(昭和48年6月19日)、「第七十五回国会衆議院内閣委員会會議録第六号」8頁、21頁〔角田礼次郎発言〕(昭和50年3月14日)。

111) 「第四十六回国会衆議院社会労働委員会會議録第六十号」13頁〔高辻正巳発言〕(昭和39年7月31日)、「第七十一回国会参議院内閣委員会會議録第十六号」2頁〔吉国一郎発言〕(昭和48年6月28日)。

112) 「第四十三回国会衆議院内閣委員会會議録第十四号」9頁〔高辻正巳発言〕(昭和38年3月29日)、「第七十六回国会参議院内閣委員会會議録第四号」15頁〔吉国一郎発言〕(昭和50年11月20日)、「第八十七回国会衆議院内閣委員会會議録第八号」15頁、16頁〔真田秀夫発言〕(昭和54年4月19日)。

113) 「第九十一回国会参議院内閣委員会會議録第六号」13頁〔味村治発言〕(昭和55年3月27日)。

114) 「第四十六回国会衆議院内閣委員会會議録第九号」12頁〔高辻正巳発言〕(昭和39年3月13日)。

115) 「第四十六回国会参議院内閣委員会會議録第二十八号」3頁〔高辻正巳発言〕(昭和39年4月28日)。

116) 「第四十六回国会衆議院内閣委員会會議録第十一号」2頁〔高辻正巳発言〕(昭和39年3月19日)、「第七十一回国会衆議院内閣委員会會議録第三十一号」27頁〔吉国一郎発言〕(昭和48年6月19日)。

117) 「第四十六回国会参議院内閣委員会會議録第二十六号」9頁〔高辻正巳発言〕(昭和39年4月23日)。

118) 「第八十七回国会衆議院内閣委員会會議録第八号」5頁〔真田秀夫発言〕(昭和54年4月19日)。



影響をも否定する趣旨である<sup>119)</sup>。「天皇の政治利用」という問題設定は憲法4条との関連で生じるが法令上の規定はない。憲法4条は第三者の天皇の政治利用を直接に規定したのではない<sup>120)</sup>。

公的行為については、宮内庁法1条2項の規定により、「皇室関係の国家事務」として責任を宮内庁が負い<sup>121)</sup>、最終的には憲法73条の「一般行政事務」に当たるから内閣が責任を負う<sup>122)</sup>。公的行為の限界<sup>123)</sup>は、「国政に関する権能を有しないという精神を十分にそのまま実行するためには、そのような観念を設けて、その観念のもとに天皇の御行動について、事実上国政に影響を及ぼすようなことのないようにするという一つの考え方」に基づいてこの概念が設定されるため<sup>124)</sup>、①政治的影響力がなく、②内閣が責任を負い、③象徴天皇の性格に反しない<sup>125)</sup>、ということ画される。国事行為に限定があることにより象徴としての行為には限定がな

い<sup>126)</sup>。天皇の公的行為は事実上の行為であり法律による規律を要しない<sup>127)</sup>。助言と承認も不要である。

私的行為については、「憲法の趣旨に従って行われるようにいろいろ配慮する」のが「行政の責任」となっている<sup>128)</sup>。

#### b 天皇——権限

天皇の権限は、憲法に規定された権限であり、これは実質的な権限である。しかしながら憲法4条1項の規定により、国政に関する権能を有しないため、実質的には内閣が決定し、天皇が自らの意思により権限の行使を拒否することは「予定されていない」<sup>129)</sup>。

憲法4条2項の天皇の委任は、一定の行為の一定の機関に対する委任と、代理権を授与する委任が想定される<sup>130)</sup>。

7条の国事行為に関しては、3号の解散権は天皇が有し、内閣がこれに助言と承認を行う<sup>131)</sup>。これは2号の国会の召集も同様である。5, 6, 8号の認証は、それ自体は効力に

119) 「第百十二回国会参議院決算委員会会議録閉会後第一号」6頁〔大出峻郎発言〕(昭和63年5月26日)。

120) 「第百五十四回国会衆議院予算委員会会議録第十二号」22頁〔津野修発言〕(平成14年2月18日)。

121) 「第七十二回国会衆議院外務委員会会議録第五号」16頁〔吉国一郎発言〕(昭和49年2月20日)。

122) 「第七十一回国会衆議院内閣委員会会議録第二十七号」8頁〔吉国一郎発言〕(昭和48年6月7日)、「第七十一回国会衆議院内閣委員会会議録第三十一号」28頁〔吉国一郎発言〕(昭和48年6月19日)、「第七十五回国会衆議院内閣委員会会議録第六号」9頁, 10頁〔角田礼次郎発言〕(昭和50年3月14日)、「第八十七回国会衆議院内閣委員会会議録第十五号」20頁〔茂申俊発言〕(昭和54年5月31日)。

123) 限界があること自体は「第四十六回国会衆議院内閣委員会会議録第十一号」4頁〔高辻正巳発言〕(昭和39年3月19日)参照。

124) 「第七十一回国会衆議院内閣委員会会議録第三十一号」〔吉国一郎発言〕(昭和48年6月19日)。

125) 3要件は「第七十五回国会衆議院内閣委員会会議録第六号」21頁〔角田礼次郎発言〕(昭和50年3月14日)で明らかにされた。「第百四回国会参議院予算委員会会議録第十六号」28頁〔茂申俊発言〕(昭和61年4月1日)、「第百十八回国会衆議院予算委員会会議録第十八号その一」3頁〔工藤敦夫発言〕(平成2年5月17日)。

126) 「第四十六回国会参議院内閣委員会会議録第二十六号」8頁〔高辻正巳発言〕(昭和39年4月23日)。

127) 「第七十五回国会衆議院内閣委員会会議録第二十五号」16頁〔真田秀夫発言〕(昭和50年6月18日)、「第百十八回国会衆議院予算委員会会議録第十八号その一」3頁〔工藤敦夫発言〕(平成2年5月17日)。

128) 「第七十五回国会衆議院内閣委員会会議録第六回」9頁〔角田礼次郎発言〕(昭和50年3月14日)。

129) 「第四十六回国会衆議院内閣委員会会議録第九号」12頁〔高辻正巳発言〕(昭和39年3月13日)、「第四十六回国会参議院内閣委員会会議録第二十八号」3頁〔高辻正巳発言〕(昭和39年4月28日)、「第八十七回国会衆議院内閣委員会会議録第八号」16頁〔真田秀夫発言〕(昭和54年4月19日)、「第八十七回国会衆議院内閣委員会会議録第十五号」20頁〔茂申俊発言〕(昭和54年5月31日)。

130) 「第四十六回国会参議院内閣委員会会議録第二十八号」4頁〔高辻正巳発言〕(昭和39年4月28日)、ただし現在の法律では後者は規定がないため行い得ないことになる。

131) 「第二十六回国会衆議院議院運営委員会会議録第十一号」4頁〔林修三発言〕(昭和32年2月20日)、「第四十六回国会衆議院予算委員会会議録第二十一号」7頁〔林修三発言〕(昭和39年10月5日)、「第八十七回国会衆議院内閣委員会会議録第八号」17頁〔真田秀夫発言〕(昭和54年4月19日)、「第八十七回国会衆議院法務委員会会議録第十四号」20頁〔真田秀夫発言〕(昭和54年5月23日)、「第九十一回国会衆議院予算委員会会議録第十一号」9頁〔角田礼次郎発言〕(昭和55年2月15日)、「第九十一回国会衆議院法務委員会会議録第六号」18頁〔角田礼次郎発言〕(昭和55年3月5日)、「第百四回国会衆議院決算委員会会議録第二号」28頁(昭和61年2月24日)、「第百四回国会参議院予算委員会会議録第十六号」14頁〔茂申俊発言〕(昭和61年3月28日)、「第百四回国会衆

影響はなく、権威を添える目的の行為である<sup>132)</sup>。10号の儀式は事実行為であり、天皇が主宰する<sup>133)</sup>国家の行事としてふさわしいものとして合理的に考えられる<sup>134)</sup>儀式を言う。

元首が外国に対し日本国を代表する機関を表すならば天皇は元首である<sup>135)</sup>。

### c 皇族

皇族については、皇族となる範囲は皇室典範の規定によるが、天皇・皇族の直系血族であつても、嫡出に限定されている。

皇族には国事行為は存在しないものの、公的行為は存在するため、公的行為と私的行為の二分論となる。皇族の公的行為は、その行

為の趣旨、性格等から純粋な私的行為にとどまらず、国としてその行為を行うことに関心をもち、人的・物的な援助が相当である側面を公的性格と言ひ、これを有する行為が公的行為である<sup>136)</sup>。

皇族の公的行為の制約についても、天皇の公的行為に関する制約が準用される<sup>137)</sup>。

皇族についても皇位継承の観点から合理的な範囲で基本的人権の享有を制限される<sup>138)</sup>。

### (3) 宮内庁の見解——主に皇族に関して

皇室に関する事務を担当する宮内庁の見解は、主として皇族の法的地位に関して有権解釈となる。そこで宮内庁の見解を見ると次の

議院法務委員会会議録第四号」18頁〔茂申俊発言〕（昭和61年4月8日）、「第百十三回国会参議院内閣委員会会議録第十七号」〔味村治発言〕（昭和63年10月20日）、「第百十四回国会参議院内閣委員会会議録第四号」25頁〔大森政輔発言〕（平成元年6月20日）、「第百二十六回国会衆議院政治改革に関する調査特別委員会会議録第九号」21頁〔大出峻郎発言〕（平成5年4月21日）、「第百四十七回国会衆議院決算行政監視委員会会議録第二号」13頁〔津野修発言〕（平成12年4月3日）、「第百九十二回国会衆議院内閣委員会会議録第三号」21頁〔横島裕介発言〕（平成28年10月21日）など、一貫した見解で変化がない。ただ、天皇が解散を提案することが認められるとして、制憲期の見解を維持する「第十三回国会参議院法務委員会会議録第五十七号」14頁〔佐藤達夫発言〕（昭和27年6月16日）は今日の理解からは変更されたと見るべきであろう。

132) 「第四十三回国会衆議院内閣委員会会議録第十七号」11頁〔高辻正巳発言〕（昭和38年5月16日）。

133) 「第四十六回国会衆議院社会労働委員会会議録第六十号」〔高辻正巳発言〕（昭和39年7月31日）。

134) 「第三十一回国会衆議院内閣委員会会議録第十五号」7頁〔高辻正巳発言〕（昭和34年3月6日）、「第百十三回国会衆議院決算委員会会議録第十号」17頁〔味村治発言〕（昭和63年11月8日）。

135) 「第四十六回国会衆議院予算委員会第一分科会会議録第一号」40頁〔高辻正巳発言〕（昭和39年2月17日）、「第四十六回国会参議院内閣委員会会議録第二十八号」2頁〔高辻正巳発言〕（昭和39年4月28日）、「第五十五回国会参議院予算委員会会議録第十三号」21頁〔高辻正巳発言〕（昭和42年5月13日）、「第六十五回国会参議院予算委員会会議録第六号」12頁〔高辻正巳発言〕（昭和46年3月3日）、「第七十一回国会参議院内閣委員会会議録第六号」2頁〔吉国一郎発言〕（昭和48年6月28日）、「第七十二回国会衆議院内閣委員会会議録第七号」17頁〔吉国一郎発言〕（昭和49年2月22日）、「第八十七回国会衆議院内閣委員会会議録第八号」18頁〔真田秀夫発言〕（昭和54年4月19日）、「第七十五回国会衆議院内閣委員会会議録第六号」10頁〔角田礼次郎発言〕（昭和50年3月14日）、「第百十三回国会参議院内閣委員会会議録第十七号」16頁〔味村治発言〕（昭和63年10月20日）、「第百十三回国会参議院内閣委員会会議録第四号」14頁〔大出峻郎発言〕（昭和63年10月11日）、「第百十三回国会参議院外務委員会会議録第二号」22頁〔大出峻郎発言〕（昭和63年11月8日）、「第百十八回国会衆議院予算委員会会議録第六号」4頁〔工藤敦夫発言〕（平成2年5月14日）、「第百五十一回国会衆議院予算委員会会議録第十七号」38頁〔津野修発言〕（平成13年5月15日）など繰り返し確認されている。制憲期には、「元首」の語を使用することが責任を発生させる権限を有する外形を生じさせることに対する配慮から、これを使用しなかったが、国を代表する者を元首とするならば、そのような側面は存在する（前掲第四十六回会議録40頁〔高辻正巳発言〕）とか、いわゆるヘッダの地位にある者を言うならば前掲第七十一回会議録2頁〔吉国一郎発言〕などの留保をつけて、肯定する。制憲期にも実質的には同様の見解であったことについては、中村・前掲注10)194頁を参照。これは、国際礼讓の上で元首が必要である、という考慮からであろう。小嶋・前掲注23)329頁を参照。国内法的には、国家に必ずしも元首が存在する必要はない。

136) 「第百十八回国会衆議院内閣委員会会議録第三号」13頁〔大森政輔発言〕（平成2年4月17日）、「第百十六回国会参議院内閣委員会会議録第一号」13頁〔工藤敦夫発言〕（平成元年11月16日）も、大嘗祭の「公的性格」に関するものであるが、皇室全体の「公的」性格についての定義と見ることができる。

137) 「第百四回国会参議院予算委員会会議録第十九号」28頁〔茂申俊発言〕（昭和61年4月1日）。

138) 「第二十八回国会衆議院内閣委員会会議録第十二号」13頁〔高辻正巳発言〕（昭和33年3月11日）、「第四十三回国会衆議院内閣委員会会議録第十四号」9頁〔高辻正巳発言〕（昭和38年3月29日）、「第四十六回国会衆議院予算委員会第一分科会会議録第一号」38頁〔高辻正巳発言〕（昭和39年2月17日）、「第七十六回国会参議院内閣委員会会議録第四号」15頁〔吉国一郎発言〕（昭和50年11月20日）。

ようになる。

まず、皇族には、皇位継承権を持つ意味で責務があり国家的な配慮もある<sup>139)</sup>。そして、皇族は一つの国家的機構における職業に当たる<sup>140)</sup>。法律上は規定がないが、成年後は公的な活動を行うなど、成年前と異なる立場となる<sup>141)</sup>。その地位は各種の特権を有する公的な地位であり、また、皇族費を受ける点からも、政治的中立性が要求される<sup>142)</sup>。皇族費は品位保持の目的で割り当てられている。品位保持とは皇族として相応しい生活を言う<sup>143)</sup>。これは皇族としての生活・交際の面で見劣りしない程度を言い、具体的には宮家を維持しうる程度である<sup>144)</sup>。

責務として、皇族は皇位継承権を持つ意味において、特定の団体や主義・主張のために政治的主張を行うことは不相当であり、また、職業に就くことは可能であるが<sup>145)</sup>、特定の団体のために職業を行うことは適当でない、という制限がある<sup>146)</sup>。選挙権・被選挙権も有しない<sup>147)</sup>。その代わりに、国家的な配慮の一つとして、皇族費が割り当てられている。これは職業の制約の代償の面がある<sup>148)</sup>。

天皇・皇族の一般的なお世話は宮内庁の国家事務である<sup>149)</sup>。皇族の公的行為の基準は天皇の場合と同様である。皇族の公的行為は宮内庁が責任を持ち、最終的には内閣の責任である<sup>150)</sup>。私的行為には基本的に関与しな

い。しかし、行事への出席の場合は、公的・私的を問わず、宮内庁が趣旨・目的を判断し、調整を行い決定することになる<sup>151)</sup>。

### 3 皇室典範特例法審議に現れた見解

#### (1) 有識者会議における議論

「上皇」の地位は特例法によりはじめて現行法に現れることになったから、天皇・皇族と区別された上皇に関する法状況は特例法が議論されて以降の状況を分析する必要がある。

特例法の立案は天皇の公務の負担軽減等に関する有識者会議(以下、有識者会議という)の議論を参考とする形で行われた。それゆえ、有識者会議の最終報告は政府の見解の基礎となっている部分があるから、その限りにおいてこれを扱う。

有識者会議の最終報告が退位後の天皇の地位に関して重視したのは、「歴史と伝統」及び、「国民の理解と支持」であり、これに「象徴や権威の二重性」を避ける、という視点が加わっている<sup>152)</sup>。

そこで、天皇の名称を含まず、歴史的・国民的に定着している「上皇」の称号が妥当である、と判断された<sup>153)</sup>。敬称や儀礼に関しては天皇に準じるべきである、それはかつて「天皇」の地位にあったからである<sup>154)</sup>。そ

139) 「第三十一回国会衆議院内閣委員会会議録第五号」17頁〔宇佐美毅発言〕(昭和34年2月6日)。

140) 「第二十八回国会参議院内閣委員会会議録第二十一号」9頁〔瓜生順良発言〕(昭和33年4月1日)。

141) 「第十三回国会衆議院予算委員会第一分科会会議録第三号」2頁〔宇佐美毅発言〕(昭和27年2月22日)。

142) 「第二十八回国会参議院内閣委員会会議録第十八号」9頁〔宇佐美毅発言〕(昭和33年4月1日)。

143) 「第十三回国会衆議院内閣委員会会議録第五号」2頁〔宇佐美毅発言〕(昭和27年2月13日)。

144) 「第七十五回国会参議院内閣委員会会議録第九号」17頁〔宇佐美毅発言〕(昭和50年5月29日)。

145) 「第八十回国会衆議院内閣委員会会議録第八号」27頁〔宇佐美毅発言〕(昭和52年3月22日)。

146) 「第二十四回国会衆議院内閣委員会会議録第三十六号」16頁〔宇佐美毅発言〕(昭和31年4月17日)。

147) 「第二十八回国会参議院予算委員会会議録第九号」23頁〔宇佐美毅発言〕(昭和33年3月10日)。

148) 「第百一回国会参議院内閣委員会会議録第五号」9頁〔山本悟発言〕(昭和59年4月12日)。

149) 「第百四回国会参議院大蔵委員会会議録第十号」8頁〔山本悟発言〕(昭和61年4月24日)。

150) 「第四十八回国会参議院予算委員会第一分科会会議録第三十五号」12頁〔瓜生順良発言〕(昭和40年4月21日)。

151) 「第百二十六回国会参議院内閣委員会会議録第四号」8頁〔宮尾盤発言〕(平成5年4月27日)。

152) 有識者会議「最終報告」3頁(平成29年4月21日)

([https://www.kantei.go.jp/jp/singi/koumu\\_keigen/pdf/saisyuhoukoku.pdf](https://www.kantei.go.jp/jp/singi/koumu_keigen/pdf/saisyuhoukoku.pdf).)

153) 有識者会議・前掲注152)4頁。

154) 有識者会議・前掲注152)10頁。有識者会議ではオランダのような退位後に一般の王族の待遇に戻る外国の事例の紹介や、大石眞の「上皇」の称号に「殿下」の敬称を付す提案があったが、これは採用されていない。

して「天皇」の公的な地位を退くから、公的な面に関与する、摂政・皇位継承・皇室会議に関与することは適当でない<sup>155)</sup>。

公的活動に関しては、二重性回避の観点から、象徴性に由来する活動は一切を新天皇に譲るとの理解が適切である<sup>156)</sup>。

## (2) 特例法審議時の政府の見解

上記のような有識者会議の見解を踏まえて、立法府との間の議論の取りまとめを経て、特例法案が立案され、平成 29 年 5 月 19 日に内閣より法案が提出され、6 月 1 日以降、国会で特例法案が審議された。

政府としての第一の懸案は、有識者会議同様、象徴・権威の二重化の問題を避けることであり、第二の懸案事項としては、強制的な退位や、恣意的な退位が認められる結果を生じかねないことであった<sup>157)</sup>。

第一の懸案事項に関しては、称号を「天皇」が含まれない、「上皇」とすることにより、天皇が二人並立するという外観を避ける配慮がされている<sup>158)</sup>。

第二の懸案事項に対しては、国会がその都度、諸事情を考慮することで対応することとしている。しかし、強制的な退位を認めないならば、天皇の意思が要件に入るべきだが、これは、天皇の退位は国政に関する事項であり、かつ、これは憲法の掲げる国事行為に入らないことから、4 条の規定に抵触する可能性を考慮して、要件とはしていない<sup>159)</sup>。

退位後の活動については特に定めがなく、宮内庁と相談する形となる<sup>160)</sup>。

## (3) 特例法自体の規定の検討

上記のような政府の見解を踏まえて、次に、特例法の条文自体を検討しよう。

特例法 3 条 4 項は「皇族の例による」としている。これは上皇后に関する 4 条 2 項の規定と対比すれば分かるように、上皇は皇族ではない、ということである。

それでは、上皇は、天皇と皇族、どちらに近いのか。具体的な法適用を見る。

まず、3 条による皇室典範の適用の関係をみると、2 項により、典範 23 条の適用は天皇と同様であり、3 項により、典範 25 条・26 条・27 条の適用も天皇と同様である。そして 4 項の適用が除外される典範 2 条、28 条 2 項、3 項、30 条 2 項と、性質上適用がない、典範 1 条、2 条 1 項、3-8 条、11-21 条、24 条、5 章を除くと、実際に「皇族の例による」ことになるのは、典範 2 条 2 項 (1 項に該当する皇族がない場合の皇位継承に関する規定)、9 条 (養子の禁止)、10 条 (婚姻) だけである。そして、これらの条文は、見れば分かるように、天皇と皇族の扱いが同様であるもののみである。そして、適用除外に関しても天皇と差異が生じるのは、摂政に関する規定と、成年に関する規定のみである。前者に関しては天皇の公務に関する法定代理であるから上皇に関係がなくなるのは当然であり、後者に関しては上皇は普通は 20 歳を超えているであろうし、そのうえ、成年となる年齢は民法の平成 30 年改正により、すべての人が 18 歳となるから、意味がない。

そして、附則 4 条は、刑法 232 条 2 項の適用に当たっては、天皇の例によると規定する。附則 4 条については国会では議論がなかったが、これは、少なくとも、「天皇」との近さが天皇・皇后・皇太后・太皇太后・皇嗣とは同等であることを示す規定である。だからこれだけでは、「天皇に準じている」だけなのか、天皇と同等の性質を認めるものなのかは、明らかではない。

そこで、宮内庁法附則 2 条 3 項を見ると、上皇職の長は、上皇侍従長とされている。これは天皇以外の皇族は、皇太后・皇嗣に関しても「皇太后宮大夫」「東宮大夫」であり、侍従の名称が使われないことに鑑みれば、上

155) 有識者会議・前掲注 152)7 頁以下。

156) 有識者会議・前掲注 152)14 頁。

157) 「第百九十三回国会衆議院議院運営委員会会議録第三十一号」3 頁、7 頁〔菅義偉発言〕(平成 29 年 6 月 1 日)。

158) 前掲注 157)3 頁〔菅義偉発言〕。

159) 前掲注 157)7 頁以下〔横島裕介発言〕。

160) 「第百九十三回国会参議院天皇の退位等に関する皇室典範特例法案特別委員会会議録第二号」5 頁〔菅義偉発言〕(平成 29 年 6 月 7 日)。

皇は天皇と同等の性質が認められていると判断できる。

このような法適用体系を見るならば、上皇は国家機関としての「天皇」の地位を退いても、なお法的身分は天皇と見ることが妥当であると考えられる。

#### 4 小括

上記から導かれる結論は、天皇は国家そのものを象徴する地位であり、それは日本国という「社会」を意味的に構成する、法以前の事実的な関係を認識し、憲法の規定に具現化させたものである<sup>161)</sup>。そして、その「象徴」たることは、公正無私であること、あらゆる政治的・刑事的責任を問われないことを要求する。3条や4条、あるいは8条の規定はこうした象徴の性質が事実として疑念を持たれ、責任発生の外形が生じることを回避するための保障となる、いわば「制度的保障」<sup>162)</sup>の規定である。つまり、天皇・皇族が実際的な権限を有し得ない制度を作ることにより、政治的問題や責任の外形の発生をも避ける、ということで、天皇及び皇室制度全体の保持を図る趣旨なのである。

一方で、国事行為として規定された権限は、前述の規定が消極的に制度体を保護する規定であったのに対して、積極的に機能を発動させる場を作ることによって制度体を保障する性質の規定である。それは、天皇の象徴たる機能に密接に関係している、内容的には実質的な権限である。そして、量的には、前述の、事実的な構成の機能を働かせるために必要最小限度とされている権限である<sup>163)</sup>。しかし、政治的問題や責任の外形の発生防止を目的とする4条の規定により、国政に関する権

能を持たないので、内閣の助言と承認を待たずに権限を発動し、あるいは拒否することが不可能となる、という関係に立つ。

以後の実務はこの趣旨を徹底した。まず、当初は、認証に効力発生の効果が想定されていたが、以後の実務は効力に影響がない、と見解が変化していった。また、当初は助言と承認を別個の手續と解していたが、以後の実務は、国事行為に対する助言と承認は一個の手續と解し、結果的に、提案に対する承認が生じうる可能性も排除した。ただし、この場合も、積極的な機能の発動の面に配慮して、「実質的に」内閣が決定をしている、などと表現し、権限の所在が天皇にあることが意識されている。

また、私的行為の中から、象徴性が表出する行為として析出された「公的行為」のカテゴリーを設けて、これについては明示的に内閣が責任を負う体制を取るとともに、「公的行為」に該当しない類型の行為である、天皇の私的行為に至るまで「配慮」する責任を負う、と考えるようになった。これは、「公的行為」に対し、内閣が最終的には責任を負う当然の結果である。なぜならば、いかなる行為が公的行為に当たり、あるいは当たらないか、ということは、すべての行為につき把握していなければ、判断できないし、また、国事行為とそれ以外の行為とは異なり、私的行為と公的行為は、判然と区別することが不可能だからである<sup>164)</sup>。

そして、皇族に関しても、天皇の象徴たる性質に密接に関係し、また、皇位継承の可能性がある、という観点から、その行為に公的な性格が認められ、それにつき、責任を負わしめることが妥当でなく、かつ、ふさわしい品格を保持することが要求される制度が採用

161) 同旨、伊藤正己『憲法（第三版）』131頁以下（弘文堂、1995）。このような見方は、国家を社会・政治・法の混合した社会的複合成態と見る尾高朝雄の見解に非常に親和性が高い。尾高朝雄『国家構造論』（岩波書店、1948）参照。そうであれば、尾高→清宮と続く公的行為論の系譜に連なる見解が政府の見解に一致するのは必然とも言える。石川健治「解説」尾高朝雄『国民主権と天皇制』257頁以下所収（講談社、2019）参照。

162) 最大判昭和52年7月13日民集31巻4号533頁〔津地鎮祭判決〕の意味における、いわゆる「制度的保障」である。

163) 黒田覚「天皇の憲法上の地位」公法10号1頁、13頁以下はこの問題を扱い、国事行為のみでは、「象徴としての機能の場」として不十分と見る。

164) 佐藤幸治編『要説コンメンタール 日本国憲法』52頁〔日比野勤〕（三省堂、1991）は、天皇の私的行為から政治的な問題が生じた場合にも、内閣の責任となる、と見て、この方向を示唆する。

されている以上は、天皇と同様に、その行為に関しては、私的行為に関しても「配慮」するという責任を負わざるを得ない。しかも、明文がなくても、権利は制限される。皇族は厳密に言えば、天皇ではないから、象徴性を持たないはずであるが、天皇の象徴性に密接に関係しているという理由で、各種の制限や特権が認められているのである。そしてこのような皇族の身分上の特性に鑑み、皇族会議は皇族身分の取得に関する審査を行う機関の役割を担うことが期待され、現行法上、その権能を有している。

しかしながら、前記の根拠に鑑みれば、すべての皇族に等しくこの趣旨が及ぶのではなく、天皇を中心とし、天皇と皇位継承に関係する度合いが強いほど、この趣旨が強く及ぶと思われる。それは、天皇との密接な関係により一種の象徴性が派生してくることに鑑みれば当然である。公的行為に関して定義が異なること、また、私的行為に関しては、天皇の私的行為に関しては憲法の趣旨に従うように配慮する責任を負うにもかかわらず、皇族の私的行為に関しては、基本的に関与しないとしているなど、「配慮」に濃淡があるのは、これを示していると考えられる。つまり、象徴たる性質に由来する各種の制約や特権は、天皇と皇位継承からの距離に従い、強弱があり得る<sup>165)</sup>。そして、その制限と特権は、なるべく減少させる方向であるが、明文なく創設されているのが実態である。

こうして見ると、実際には、憲法1条の「国民」と3章の「国民」は意義が異なり、3章の基本的な人権が天皇・皇族にも基本的には及ぶ、とされているのは、むしろ、3章の「国民」に入る、というよりは、皇室典範と皇室令の体系が消失したために、皇族の権利義務関係に関する明文規定を喪失したので、最も一般的な「国民」の身分をデフォルトとして、そこから明文のない天皇・皇族の身分の権利義務の内容を画定する、という営為が行われている、というのが正確ではないかと思われる。

る。

上皇については、特例法においては、「象徴性と権威の二重性」を回避する、という考慮がされている。しかしながら、このような考慮が生じるのは、法律の規定により、現に「象徴性」を失わしめることは、できない、ということを表している。それは、「象徴性」が、事実として、属人的に生じるものであることの当然の帰結である。また、法適用体系は、天皇にほぼ完全に同様であり、人的な法域という観点からは、天皇と同様である、と言ってよい。すなわち、上皇とは、法的な身分は天皇であり、ただ、国家機関としての天皇の地位を退いた人である、ということができる。

### Ⅲ. 裁判例による「天皇」・「皇族」の法的地位の理解

#### 1 最判平成元年11月20日以前の諸裁判例の検討

##### (1) 戦後直後の裁判例の検討

本章では、前掲最判に至るまでの裁判例を含めた、裁判例に見られる理解を追う。この分野の裁判例は少ないため、前掲裁判例に至るまでの展開は、容易に追い難いが、可能な限りで分析をしたい。

まず、戦後直後、東京地裁昭和26年2月19日命令がある。これは訴状を却下する命令である。ここでは、「法の下での平等と云う点より見れば可能である」とはしながらも、「法の目的たる秩序維持と云う観点からすれば夫は明に否定さるべきである。」とされる。それは、「法律秩序維持のための手段として役立たずして、却つて其の動揺と破壊とをもたらすからである。」とし、ゆえに、「天皇は国の安全のために一般に裁判権に服しないと為すべき」とする。しかしながら、括弧書で、財産権上の請求に付ては別途の考慮を必要とすべき理由がある、と留保を付している。そ

165) 成田頼明「天皇・皇族と国内法令の適用」ジュリ933号146頁(1989)は、この方向を示す。なお、同論文は、天皇・皇族に係る一般の法令適用に関し、広く概観しており、本稿の直接の対象とならなかった、法令適用関係に関して紹介している。

して、効果として、訴状の送達不適法の結果をもたらす。この地裁の命令は、財産権に関する請求には裁判権が及ぶ余地を残す。だから、一般にといいながら、公的な性格に注目しているということができる。

抗告審たる東京高裁昭和26年6月29日命令は、「天皇不適格確認」という訴訟物については裁判権が存しない、とする。ゆえに、「結局においては相当である」とし、理由づけは認めていない。つまり、高裁は、裁判権が一般に及ばない、という結果は認めていないと解される。むしろ、対人的な効力の制限というより、訴訟物という物的な効力範囲の制限である、と解していると言える。

## (2) 東京高決昭和51年9月28日の検討

その後、いくつか裁判例があったようであるが、特殊な事例であるとされている<sup>166)</sup>。その中であって、本決定は皇族の裁判権に関する珍しい決定である。原審は皇后は公的活動に関しては民事裁判権に服しない、として訴状を却下したようであるが、本決定は、「わが国の民事裁判権は、原則としてわが国内にいるすべての人に及ぶのであり、皇后が日本国の象徴であり、日本国民総合の象徴である天皇の配偶者であることは、皇后に対する民事裁判権を否定すべき理由となるものではない」とした。

注目すべきは、原決定が、「公的活動」に関しては、民事裁判権を否定する、という態度を取ったことである。前掲東京地裁命令や、以降で見ると、前掲最判の第一審でも、「公的性格」に注目して天皇の裁判権を否定する、という判断がなされていることから判断すると、少なくとも地裁レベルでは、「公的」性格を有しているか、によって民事裁判権に服するか否かを判断する、という態度が取られていたのではないかと、いうことを推測させる。それではなぜ、公的活動性に着目したか、については、次節で論じる。

これに対して、高裁がこの視点を導入しなかったのは、公的活動に関しても民事裁判権は及ぶ、と解したか、名誉職活動は公的活動

ではない、と判断したかのいずれかと見られるが、公的活動性に言及がない以上、前者である可能性が高い。しかし、本決定から、天皇に関して一定の帰結を導くことも困難である。

## 2 最判平成元年11月20日の検討

本判決は天皇の民事裁判権との関係について判断した最初の最高裁判例とされる。事案としては、千葉県が昭和天皇の病氣平癒の祈願のため、記帳所を設けた行為にかかる予算支出行為が違法な財政的支出である、として千葉県に代位して、千葉県知事を被告として、また、これによる不当利得返還債務の相続を理由に、天皇を被告として訴訟を提起した、というものである。以下では下級審の段階から分析を進めていく。

### (1) 第一審 千葉地判平成元年5月24日 (民集43巻10号1166頁)

日本国憲法において天皇は日本国民の総意に基づき日本国及び日本国民の統合の象徴とされ、内閣の助言と承認に基づいて国事行為を行うものとされている。かかる天皇の象徴という特殊な地位に鑑み、公人としての天皇に係わる行為については、内閣が直接に又は宮内庁を通じて間接に補佐することになり、その行為に対する責任もまた内閣が負うことになるので、天皇に対しては民事裁判権がないと解すべきである。

天皇が記帳所において国民から病氣平癒の見舞いの記帳を受けるということは、天皇の象徴たる地位に由来する公的なものであり、したがって天皇の右地位を離れた純粹に私的なものであるとみることはできない。

ここでも「公的性格」に注目している点<sup>167)</sup>が、重要である。つまり、民事裁判権一般に対する判断をする姿勢は示されておらず、公的性格を持たない、「純粹に私的な」関係における裁判権には服しうる、という理

166) 岩淵・前掲注42)402頁は、判例集未掲載のいくつかの裁判例を挙げている。

167) 森英樹「判批」法セ419号120頁、120頁(1989)は、「公的」と言えるかに疑問を呈する。

解を示しているのである。そして、公的な行為に関しては民事裁判権に服しない理由として、内閣・宮内庁が天皇を補佐し、その責任を負うから、天皇に別途、責任を負わせる必要がないため、裁判権がない、という実質的な論拠を挙げ、公的な行為から私人に損害が生じた場合の私人の救済につき配慮をしていると解される。つまり、私的な行為は内閣・宮内庁が責任を負わないから、このような救済のブランクが生じうる点を考慮したと思われる。つまり、上記のような地裁レベルの判断の背景には、救済に関する実質的な考慮が潜んでいた、と言えるだろう。

しかしながら、前章で検討したように、宮内庁、最終的には内閣は、天皇・皇族の私的行為についても、「十分配慮する」という責任を負うため、必ずしもこれだけでは、公的活動に限り裁判権に服さない、とする論拠とはならない。しかも、これはそもそも責任を負わないという責任のレベルの問題であり、裁判権には服する、ということではないか、という問題がある<sup>168)</sup>。

(2) 控訴審 東京高判平成元年7月19日  
(民集43巻10号1167頁)

日本国の民事裁判権は、国際慣例や国際法上の原則により例外が認められている、外国国家及び治外法権者を除き、本来わが国にいるすべての人に及ぶべきものである。しかしながら、天皇は、日本国憲法において、主権者である日本国民の総意に基づく、日本国の象徴であり日本国民統合の象徴という地位にあるとされているから、主権者である一般の国民とは異なる法的地位にあると解せられる。もとより、天皇といえども日本国籍を有する自然人の一人であって、日常生活において、私法上の行為をなすことがあり、その効力は民法その他の実体私法の定めるところに従うことになるが、このことから直ちに、天皇も民事裁判権に服すると解することはできない。仮に、天皇に対しても民事裁判権が及ぶとするなら、民事及び行政の訴訟において、天皇といえども、被告適格を有し、また証人

となる義務を負担することになるが、このようなことは、日本国の象徴であり日本国民統合の象徴であるという、天皇の憲法上の地位とは全くそぐわないものである。

そして、このように解することが、天皇は刑事訴訟において訴追されることはないし、また、公職選挙法上選挙権及び被選挙権を有しないと、一般に理解されていることと、整合するものというべきである。

控訴審では、これまで地裁レベルで見られた、「公的活動」という視点がなくなり、天皇の民事裁判権一般の問題として捉えていることが分かる。民事裁判権は「わが国にいるすべての人に及ぶべき」という一般論を確認した後で、天皇の法的地位が一般の国民とは異なる、とする。そして、私法上の行為一般には実体法の効力が及ぶと解し、それゆえ、私法上の責任の発生は認めるようでありながらも、そのことだけでは民事裁判権に服するとは解さずに、天皇の「象徴たる地位」にそぐわない、としてこれを否定している。その際の論拠は、第一次的には、①民事裁判権に服すると被告適格を有すること、②証人義務を負うこと、そして副次的に、③刑事訴訟上の特権との権衡、そして④参政権を有しないこととの整合性、の4つの論拠を挙げる。

それぞれ検討しよう。まず、③は論拠とならないように思われる。なぜなら、不訴追特権ならば国務大臣や会期中の国会議員も有しているが、これらの人々が民事裁判権に服さない、という理解は皆無だからである。だから、これは③と④をあわせて、その背後にある論理が根拠とされていると言わなければならない。そうすると、刑法232条2項の根底にある考えと同様に、やはりそもそも裁判手続自体に関与することが尊厳を害すること、そして、裁判を通じてその訴訟追行の当否等により政治的な問題が生じうる危険性が考慮されているのである、と考えられる。

②の証人義務を負うことが「象徴たること」を害する、という根拠になるのは、刑法232

168) 日比野・前掲注25)15頁。



条2項等の訴訟に関する手続との類推で言えば、1) 被象徴者たる国民の有利・不利になる証言を行うことが象徴たる性質に反する、ということになろうが、2) 証言をした場合に、その内容が誤っていれば、なんらかの政治的・刑事的責任が発生する外形が生じ得ること、かもしれない。3) そもそもなんらかの義務を負う、ということが象徴たる性質に反する、ということもできるかもしれないが、これは、憲法98条が憲法擁護義務を定め、天皇がこれを負う以上、なんらかの義務を負うこと自体は象徴たる性質に反しない、というべきだろう。結局、1) あるいは2) またはその両方が根拠であると思われる。

そして、①については、「訴えられる」＝「責任がある」という外形を発生させる可能性が顧慮されていると考えられる。ただ、ここでは「被告適格」と言い、「原告適格」を否定しなかった点は一応注意に値する。後に述べる最高裁の趣旨は、原告適格をも認めない判断と解されるが、この高裁の判断は、「原告適格」は理由に入れていないため、原告として「争いに関わる」ということは認めるかにも解される。しかし、原告適格を認めれば、反訴被告となる可能性を認めざるを得ないのは前述の通りであるから、本判決も原告適格をも認めない、と解するのが自然であろうと考えられる。だから、やはり本判決も「争いに関わる」こと自体を認めないものである。

### (3) 上告審 平成元年5月20日第二小法廷判決(民集43巻10号1160頁)

天皇は日本国の象徴であり日本国民統合の象徴であることにかんがみ、天皇には民事裁判権が及ばないものと解するのが相当である。したがって、訴状において天皇を

被告とする訴えについては、その訴状を却下すべきものであるが、本件訴えを不適法として却下した第一審判決を維持した原判決は、これを違法として破棄するまでもない。

以上のような一審、控訴審の分析を前提に<sup>169)</sup>最高裁の判断を分析すると、本判決の力点は、民事裁判権に服することを選択し得ないことにある、と考えるべきである<sup>170)</sup>。だから、民訴法学説における②の考えは否定されたことになる。外国元首や国家免除との大きな相違はこの点にある。自らの意思によっても裁判手続に関与する可能性を奪っているのである。それは、「訴状を却下すべき」との判示にも見られる。本来、裁判管轄権の存在は訴訟要件だから、訴状審査の段階でなく、訴訟要件の段階で判断されるべきである<sup>171)</sup>。しかし、訴状が送達されてしまうと、そこから訴訟に関与し、場合によっては、応訴により裁判権免除を放棄したような外形が生じるのである。もちろん、本件の最判の解釈からすれば、応訴した場合も裁判権を及ぼさないと考えられるが、それと外形の発生は別の問題である。

そして、こうした見解は親告罪の場合に告訴権を与えない刑法の選択とも一致する。つまり、この点で、現行の法体系は、一貫して「裁判に関与すること」そのものを拒否している、と解することが可能である。そして、これは制憲時以来の政府の一貫した見解と一致する態度であり、裁判所が統治機構に関しては、謙抑的な判断を行っている、とも言えよう。

169) 本件の調査官解説である岩淵・前掲注42)400頁は「原判決が…比較的详细な理由を述べており、本判決がこれをさらに否定していないことは、本判決の考え方を理解するうえでも参考になる」とする。

170) 岩淵・前掲注42)400頁も「放棄ということは考えられない」として、同様の指摘をする。

171) 梅本・前掲注40)263頁はこれを最高裁の誤りとして指摘するが、本稿はそう捉えない。なお、本件の訴状は一旦地裁で却下されており、東京高裁平成元年4月4日決定(判時40巻1～4号34頁)は、「天皇の法的地位に基づき、本件訴状の送達が可能であることを意味するものと解する余地があるとしても、右の法的地位が直ちに訴状の送達を不可能とするものとはいえない。仮に天皇の法的地位及び本件請求の内容に照らし、右請求を不適法とすべき事由があるとしても、右は訴えを却下すべき事由に該当するものであって、これを訴状却下の根拠とすることはできない。」として却下を不適法として本件の裁判に至った経緯があり、最高裁がこれを踏まえずに判断したとは考えられない。

## IV. 「天皇」・「皇族」と裁判権

### 1 「天皇」と責任・裁判権

上記を通して見えたのは、「天皇」には、まず、刑事面では、刑法の適用を受けず、刑事上の責任は発生しない、刑事裁判権の対象ともならず、刑事手続法の適用も受けない、ということである。対して、民事上の責任は発生する、しかし、民事裁判権の対象とはならない、それどころか、主体的に訴訟に参加する意思を表明したとしても、これに参加することはできない、という結果である。これは、そもそも「争いに関わる」ということ自体が、「象徴たる性質に反する」という思考の帰結にほかならない。そして、このような規範は、当然に「争いになるような行動をしてはならない」という行為規範をも要求すると考えられる。そのように想定された「尊厳」は、裁判制度に参加することを認められた、そして、そのような制度に能動的に参加しうる能力を証明した、という意味での「尊厳」とは、まったく異なる論理と言わなければならない<sup>172)</sup>。ここから、近代法が前提する「身分」とはまったく異質な「身分」の性質を見ることが可能である。それが、この皇室が憲法に認められたという法的事実が、古い身分制の「飛び地」の承認として捉えられ、正調の「制度体保障」と称される由縁であると考えられる<sup>173)</sup>。沿革的に見ても、憲法1条・2条は制度体保障の規定であり、3条・4条・6条・7条・8条はその制度的保障なのである<sup>174)</sup>。

さて、ではこのような法適用の特例を認められた場合に具体的に不都合が生じないか、が問題となる。地裁レベルではこの点にもつぱら配慮が向けられていたと考えられることは、先に述べた通りである。しかしながら、私的行為に関しても、宮内庁・内閣の責任が及ぶ、という理解からすれば、天皇の私的行為から生じた損害に関しては、国家賠償法1条により、宮内庁・内閣の責任による損害として国に賠償を求めることが可能である<sup>175)176)</sup>。この点で、私人の保護に欠ける点はなく、その結果として、国が獲得する求償権の相手方は、宮内庁長官あるいは内閣総理大臣となる。結局、天皇に責任が生じる外形は存在しないから、象徴性に反する事態は生じない。

つまり、このように、裁判権が及ぶことを認めなくとも不都合が生じないということ前提にして、憲法1条・3条・4条の趣旨である、「責任の外形の発生の回避」と、訴訟追行等から生じうる「政治的問題の発生の回避」を徹底しようとしたのが、前掲最判の結論であり、それは、制憲時には想定されていなかったが、政府の制憲時以来の構想に合致するものであった。

ここから考えれば、刑事手続面では、刑事責任は発生せず、刑事手続に係るすべての処分は、天皇自身の責任に係る場合は責任の外形を発生させ、他人の刑事責任に係る場合にも、「争い」への関与の外形を生じさせ、あるいは、証言等の内容により、政治的な問題や、それによる責任の外形が発生し得るから、これは許されない<sup>177)</sup>、と解すべきであろう。

172) 対等な当事者の対立に対し、中立な第三者が審判を下す、という意味での「裁判」が日本では、近代に至るまで存在しなかったことが、影響しているかもしれない。

173) 石川健治『自由と特権の距離（増補版）』162頁以下（日本評論社，2007）。

174) II参照。

175) 責任が発生しているが、それは訴求できない、という状況が存在すれば、その状況を発生させた機関の固有の責任を追及できる。この意味で、「訴求できない責任」は無意味なものではない。そもそもこのような責任が生じていないとすれば、このような訴求は不可能である。

176) 佐藤幸治『日本国憲法論（第2版）』554頁以下（成文堂，2020）は、宮内庁長官が訴訟担当者となる制度を採用すれば、天皇が当事者とならないから天皇について発生した責任に関する事件を裁判することも可能と解するが、このような方式は認められるだろう。戦前の制度と同様である。

177) もし、証言の内容から政治的な問題が発生しないようにするため、証言内容は内閣が事前に承認したものに限る、というような制度を採るとすると、行政権と司法権の間の権限分配の問題を発生させかねないし、また、

民事手続面からは、責任の発生は認められる。しかし、それと責任の外形は異なる。裁判への関与が責任の外形を発生させるから民事裁判権に服さない、とすれば、その他の義務を負うこともあり得ない、と解すべきであろう。民事執行も同様である。責任を負う外形を生じさせ得ないことから、破産手続に関しても同様に解すべきである。

つまり、天皇は完全に裁判権に服さない。

## 2 「皇族」と責任・裁判権

皇族、という身分は、天皇の地位に即く可能性を有する者及びその配偶者・嫡出卑属である者の身分、として特定される。その地位は、出生によるものについては、単純に血縁のみでなく、婚姻に関する皇族会議の決定を経た正式な婚姻を原因とする出生による取得に限られている。出生以外による取得はやはり皇室会議の決議を経た婚姻による取得に限られる。さらに、皇族会議は懲戒的な皇籍離脱の決定を行うことも可能である。つまり、皇族会議が皇族身分の取得に関しては監督機関の役割を果たすことが期待されている。だから、責任の所在に関しても、第一次的には皇室会議が判断するという制度になっていると解し得る。

そして、皇族も例外的規定なき限り一般規定の適用を受けるが、その身分上、実際には不明確ながら天皇に準じて明文・不文により法令の適用が制限されている。裁判権に関しても「争いに関与しない」・「政治的問題を発生させない」趣旨は、天皇と同様に及ぶから、天皇と同様の例外的性格を認める必要がある。しかしながら、その例外的性格の強さは、Ⅲで見たように、①天皇との親族関係の近さと②皇位継承の可能性の高さにより規定され、強弱があるものとされている。だから、その制限の判断は、こうした①・②の要素に加え、③「責任の外形の発生回避」の必要性（実際に責任が発生する事態の回避の趣旨をも含む）と、④内閣の責任の及び方と

いった要素をより実質的に衡量して判断すべきである。

つまり、皇后・皇嗣は天皇の配偶者、あるいは天皇の予定者ということで、特に象徴性との連続性に強く配慮する趣旨が及ぶ。これは刑法 232 条 2 項から明らかである。しかしながら、他の皇族については、私的行為に関する宮内庁の関与は天皇や内廷皇族に比べれば薄い。それゆえに、内閣が私的行為に関しても責任を最終的に負う体制が整っているとはいえ難いから、天皇と同様に扱うことはできない。

以上のような理由で、まず、天皇に準じて扱われる三后と皇嗣、に関しては天皇と同様に民事責任の発生を認めながらも民事・刑事の裁判権に服さない、と扱う必要がある、と考えられる。これは刑法 232 条 2 項により、告訴権が奪われる代償と見ることができよう。特に皇嗣に関しては、刑事責任は発生しない、と考える必要が高い。なぜならば、天皇に即位した際に、刑事責任が発生していない状態であるという外形がある必要があるからである。もし発生していたが、刑事訴追を受けないにすぎない、と考えられるような外形が発生すれば、それは責任の外形が生じたことになるからである。さらに、典範 11 条 2 項の「やむを得ない特別の事由」があっても、適用されないの、これに関する実質的な対処は、皇族会議による、皇位継承順位の変更やそれに続いて行われる懲戒の趣旨の皇籍離脱により考慮すべきである。

他の皇族に関しては、皇位とのつながりが薄いから、刑法の適用は及び、刑事裁判権には服しないと考え、皇籍離脱の後で刑事裁判に服する、と考えるのが妥当であろう。皇室典範 21 条が摂政について「訴追されない」と明定していることは、その他の皇族の場合は及ぶのではないかと、という反対解釈を導くから、これは採用し難い、という難点があるが、21 条の規定は、確認的な規定であると解すべきである。また、皇位継承順位との関係で遠い皇族が摂政に就任する場合が想定さ

例えば、宣誓義務を免除するとか、政治的問題に発展しうる証言は拒絶できる特権を付与する、というの、実体的真実発見の面から考えるならば、妥当とは思われない。

れて、明確な規定が必要となった、と解することもできる<sup>178)</sup>。在任中の行為につき退任後に訴追を受ける可能性がある、という政府の見解は、退任後に皇族の身分を離脱せず、そのままの身分で訴追を受ける可能性に関しては何も語っていない、と解釈すべきである。明文がないにもかかわらず、このような特権を認めることに対する批判に対しては、権利面でも明文なく、「象徴としての性質」から、選挙権や被選挙権が奪われることから、義務面でも明文がなくとも、同様に「象徴としての性質」から、特権を認めることは必ずしも権衡を失せず、また、皇籍を離脱させられるという重い制裁が存在し、かつ、その後には刑事裁判権に服することを考えれば、認めてもよいと思われる。

その他の刑事法上の処分については、証人義務に関しては証言内容によっては政治上の問題が生じる可能性があるから、否定に解し、その他の強制処分も刑事裁判権に服すると解すると、責任の外形が発生し得るから、行えない、と解すべきである。任意処分は、公開の法廷で証言する場合に比べれば政治的責任が生じる危険は低い、なお危険を排除できず、認められないと解される。戦前との均衡が問題となるが、戦前は皇族は軍人になり、貴族院議員ともなる慣例であり<sup>179)</sup>、日本国憲法下と異なり、責任が発生し得る地位につくことは予定されていたから、そもそも「責任の外形の発生回避」という考慮は及ばない。つまり、責任の外形の回避という趣旨の強度が異なるから、戦前の規定との均衡は、ひとまず問題とならないのである。

民事裁判権に関しては、前述の通り裁判権に服する者に対しては、何人に対しても訴えを提起することができるから、裁判権に服することを認めると、濫訴のおそれがある。ただし、これは裁判所がまったく理由がなければ

ば訴え却下判決をすればよいから、それだけでは理由にならないのは前述したとおりである<sup>180)</sup>。だが、もし手違いで手続に参加する行動を取った場合には、裁判権免除を放棄したと解される可能性も生じ、また、訴訟追行を行うことは政治的問題や責任の外形を生じさせ得るから、妥当でない。前掲最判の、原告適格を有しないと判断の趣旨に鑑みれば、この要素が重要だろう。だから、責任の外形発生回避の趣旨が強く及び、内閣の責任が全面的に及んでいる、三后・皇嗣・内廷皇族には裁判権が及ばない、と解するのが相当である。しかしながら、内閣の責任が及ぶ範囲が異なるため、宮家に属する皇族に対しては、民事裁判権も及ぶ、と解する必要がある。なぜなら、一般に、民事責任は刑事責任よりも軽微であり、皇籍離脱をさせてから責任を問うまでの必要は存在せず、典範11条の「やむを得ない事由」と認定することはできないし、また、民事責任を生じる事由があると、常に離脱させる方法を取ることになると均衡を失する結果になるからである<sup>181)</sup>。

皇族たる身分取得前に発生した責任は、もちろん内閣の責任が及ばないから、この責任に関する訴訟については、裁判権が及ぶと考える必要があると思われる。なぜならば、私人の救済の面から考えると、この場合に皇室会議の決議が刑事的責任はともかくとして、民事的責任発生事由が存在しない担保の趣旨までも含むかは、極めて微妙であり、これにより、皇室会議の責任に起因するとして国家賠償を認めることは、因果関係という要件面からも、困難である。皇族たる身分の取得により民事上の賠償請求が不可能となり、損害を被った、という構成が考えられるが、現行法の下では婚姻による以外の後天的な皇族身分の取得原因は認められていないから、この場合は皇位継承の可能性の考慮は及ばない

178) 現行皇室典範上の摂政の不訴追特権は国務大臣の不訴追特権との権衡で規定されたものであり、沿革的には、摂政令4条の規定に遡る。

179) さしあたり、酒巻・前掲注27)61頁参照。ただし、戦前でも皇族が裁判に巻き込まれるような事態を想定することが避けられたのは勿論である。それが理由で皇室裁判令は長く制定されなかった。高久嶺之介「大正期皇室法令をめぐる紛争(上)・(下)」同志社大学社会科学32号159頁(1983)、34号106頁(1984)参照。

180) I 3(1)参照。

181) 無論、訴訟追行に関する危険は常に存在するから、成田・前掲注165)152頁が示唆するように、明確な法整備が必要と考える。

と解され、その分責任の外形の発生回避という目的を後退させ、民事裁判権が及ぶ、と解するほうが簡明である。そのため、皇位継承の可能性が存在する皇籍復帰が、法律上認められた場合、その場合は別段の考慮を必要とし、責任の外形発生回避の目的を優先し、その皇位継承との近さに対応して、民事裁判権が及ばない、と解すべき場合があり得る、とするのが妥当である。

そして、上記のように責任と救済の分配を考慮し、その均衡が保たれる範囲でのみ、憲法第1章の趣旨に則り、天皇・皇族と裁判権の関係を特別の関係に置くことが可能であると解することによってのみ、現行法体系上の構造と最高裁の判断から論理的に導かれる結論と、合理的な理由のない区別を排除する平等原則という憲法上の諸原則を調和させることが可能である。

## V. 結論

上皇の法的地位は、裁判権との関係では、IVに見た責任と裁判権の適用の両方から見る必要がある。諸外国の例では退位した国王は民事・刑事の両方の責任を負い、裁判手続にも入られるという制度設計が多い<sup>182)</sup>が、今回は、こうした比較法的な視座を離れて現行法体系の分析を行う。

上皇の法的地位は、法的身分としては、天皇であり、国家機関としての天皇の地位を退いたものと見るべきである<sup>183)</sup>。それゆえに、法的な取扱いとしては、「天皇」たる法適用が通用し、したがって、裁判権は上皇にも及ばない。これは刑事にも民事にも共通する。それゆえ、刑事責任は上皇にも発生しな

い。

この結論を実質的に支持する論拠は、前述の要素を検討すれば、もし、②国家機関としての天皇の地位を退いた後に裁判権が及び得るという結論を認めると、それが天皇在位中の行為に基づいた責任を原因として訴えるものであれば、天皇に責任が発生していたという外形を生じさせる可能性があり、また、退位後の行為により責任が生じることも、「天皇」の地位にあった人が責任を負う、という意味で、天皇が責任を負う外形を生じさせる可能性があり、また、③皇位継承の可能性は希薄であるものの、①天皇位との密接性でも、上皇は、かつて機関たる天皇の位にあった人であり、天皇たる人の父である点で、天皇の配偶者である皇后や天皇の母である皇太后と同等以上の密接性を認めることができる、という点に求められる。

そして、このような結論は、伝統にも適う<sup>184)</sup>。

## VI. 跋

上記の論旨は実定法制を観察し、歴史的・実定法的な素材から抽象して得られた理論から論理的に得られる結論を論述したものであり、憲法第1章の現実的機能の説明に対しては、それなりに説得力ある議論として、十分に成立し得るものである。しかしながら、それゆえの限界があることもまた、事実である。例えば、憲法の所期する理念に関する諸構想に関しては、意図的に論及を避けた。それは、まず、その前提として、現実の法動態を認識する必要がある、という当初の問題意識の結果である。さらに、本論考は制憲時以

182) たとえばベルギーでは前国王に対し認知訴訟が提起され、スペインでは前国王は刑事訴追される可能性がある。なお、ドイツにおける退位後の君主と裁判権については、vgl. Gescher, Der Thronverzicht, 1. Aufl., 1919, S. 48ff.

183) II 4 参照。

184) 春名宏昭「太上天皇制の成立」史学雑誌 99 卷 2 号 157 頁 (1990) 参照。古代の天皇は退位後に太上天皇となっても変わらず同等に天皇であり、天皇としての権限を有していた。9 世紀に入り、太上天皇を辞退し、新天皇から太上天皇号を宣下される、という形式を取るようになるが、「太上天皇を辞退」する、ということは、一旦は太上天皇であったということであり、中世になっても、天皇退位後の太上天皇に対する尊号宣下の場合の詔書上の表現と、不登極帝としての太上天皇の尊号宣下の場合の対象者の詔書上の表現も厳密に書き分けられていることを通じこれが認識できる、とする。箕敏生「太上天皇尊号宣下制の成立」史学雑誌 103 卷 12 号 2039 頁 (1994) も参照。

来の行政の実践を司法権が敬讓した領域を満たすために活用したが、絶えず続くその歴史的運動は、立法事実ならぬ「立憲事実」を変容させている可能性もある。だから、本稿が示したのは、ひとつの観察点からの、時代という制約を受けた、仮説にすぎない。しかし、その仮説は、現在の実定法という所与の前提からは、証明されたものであると、信ずる。

### \* 謝辞

本稿は筆者が令和2年度に執筆したりサーチペーパーに加筆・修正を施したものである。

指導教官たる恩師・石川健治先生には憲法講座の伝統に則り「不指導の指導」として自由放任を貫き、筆者の一種独特なスタイルを温かく見守っていただいた。だが一方で、演習の場におけるご指導や、銀杏並木での邂逅の折の懇切なご教示などの明示的なご指導から、先生の振る舞いを拝見して看取される学問的姿勢に至るまで、陰に陽に多大なご薫陶を給わった。この場をお借りして厚く御礼申し上げます。この場をお借りして厚く御礼申し上げます。

本稿は筆者の執筆した初の論稿であり、至らぬ点が多いが、筆者が自由に泳いだ結果としてなんとか到達した地平であり、ご海容のうえ、今後の進境を見守っていただきたく思う。

(あらい・けんしろう)

# 台湾における婚姻の自由と同性婚法制

## ——比較のための整理と若干の検討——

2019年4月入学

今野 周

## I. はじめに

- 1 台湾を検討する理由
- 2 検討の方法
  - (1) 司法院釈字第748号解釈と司法院釈字第748号解釈施行法
  - (2) 先例との対比
  - (3) 国民投票
  - (4) 司法および立法に関する台湾の諸制度
- 3 構成と主張
  - (1) 全体の構成
  - (2) 検討対象の限定
  - (3) 本稿の主張

## II. 司法院釈字第748号解釈

- 1 台湾の司法制度
- 2 当事者および行政の主張
- 3 司法院釈字第748号解釈の内容
  - (1) 解釈文
  - (2) 理由書
- 4 本件解釈の検討
  - (1) 婚姻の自由について
  - (2) 平等について
  - (3) 事後処理について
- 5 小括
- 6 補論——791号解釈による大法官解釈の展開
  - (1) 大法官の解釈
  - (2) 若干の検討

## III. 司法院釈字第748号解釈施行法

- 1 国民投票
  - (1) 台湾の国民投票制度
  - (2) 同性婚に関連する国民投票の経緯
- 2 司法院釈字第748号解釈施行法の成立に至る経緯
  - (1) 台湾の立法手続
  - (2) 法案
  - (3) 大法官解釈と民意、立法形式について
  - (4) 司法院釈字第748号解釈施行法の内容
  - (5) 本法で法定されなかった事項
- 3 小括

## IV. 結

## 台湾法の関連諸規定（試訳）

民法  
 司法院組織法  
 大法官審理案件法  
 公民投票法  
 立法院職權行使法  
 児童および少年の權益保障法

I. はじめに<sup>1)</sup>

同性婚をめぐる問題は、アクチュアルな問題である。確かに、同性婚を求める動きは現

1) 以下読みやすさのために本文中では西暦および日本漢字を用いて記述する。定訳があると思われるものおよび特記するものを除き日本語訳は筆者によるものである。一部は日本語訳の後に〔 〕により原語を併記した。参照した法令のうち、既存の邦訳が見当たらないものについては、本文末に試訳を示しており、原則として本文中で条本文を引用しない。また法令の番号の振り方等も適宜日本法におけるものを用いている（例：第一款→1号）。ウェブサイトについては、すべて2021年3月19日最終閲覧である。

在に至るまで一定の成果を上げてきた。2001年にオランダが初めて同性婚の法制を行って以降、例えば南アフリカ、アメリカ、ドイツなど、複数の国がすでに同性婚を法定するようになったことは周知の事実だろう<sup>2)</sup>。しかし、同性婚を認めている国はなお少数に留まり、日本も同性婚を法定していない。

しかし日本においても、一部の下級審判決では、同性婚について直接判断したわけではないものの、同性カップルについて異性間の内縁と同等の保護を認める判断がなされている<sup>3)</sup>。そして現在、さらに進んで直接に同性婚の実現を問う訴訟が提起されている<sup>4)</sup>。これらの事情を踏まえると、同性婚の位置付けの法的な検討は、まさに現在なされるべき作業であると言える。

同性婚についての示唆を得るべく、本稿は、同性婚法制と婚姻に関する憲法判断について、台湾における例を素材として、整理と若干の検討を行う。すなわち、本稿はまず台湾における婚姻についての憲法判断の議論構造と射程を台湾法内在的に理解し、その上で台湾における同性婚法制の立法過程をたどることで、立法内容およびその限界ならびに憲法判断が立法に与えた影響について明らかに

する。そこで本論に入る前に、本稿が取り上げる対象の選択理由および本稿の検討方法について、説明する。

## 1 台湾を検討する理由

同性婚の要求が日本において法的に争われているという状況を踏まえて、台湾を取り上げる理由は、3点ある。

第1に、日本に先行して同性婚を法定しているという点において、台湾を比較法的検討対象とする意義が認められる。

2019年5月17日に台湾で成立した司法院積字第748号解釈施行法（以下「本法」と略すことがある）は、アジアで初めて同性婚を法的に認めるものとして大きなインパクトとともに受け止められた。日本においても、朝日新聞は台湾においていかなる形式で同性婚を保障するかが議論になったことを紹介し、「そこ〔引用者注：台湾〕での議論は、日本にとって一つの手本になる。」という憲法学者の発言を引いている<sup>5)</sup>。また、台湾での同性婚の法定は、日本で同性婚の実現を求めて活動している諸団体によっても、日本に先行する例として紹介、参照されている<sup>6)</sup>。この

2) 諸外国における同性カップルの法的保護の状況については、藤戸敬貴「同性カップルの法的保護をめぐる国内外の動向——2013年8月～2017年12月、同性婚を中心に——」レファレンス805号65頁(2018)および藤戸敬貴「性の在り方の多様性と法制度——同性婚、性別変更、第三の性——」レファレンス819号45頁、47-50頁(2019)を参照。

3) 例えば、東京高判令和2年3月4日(LEX/DB文献番号25570944)が挙げられる。同判決では、約7年間同居し、同性婚を法律上認めるアメリカのニューヨーク州で婚姻登録証明書を取得し、また将来の生活や子育てを見据えた行動をしていた同性カップルについて、「できる限り社会観念上夫婦と同様であると認められる関係を形成しようとしていた」と述べて、「男女が相協力して夫婦としての生活を営む結合としての婚姻に準ずる関係にあった」と判断している。この説示はなお婚姻を異性間に限ることを前提とすると読めるが、同性間であっても異性間の内縁と同様に「婚姻に準ずる」保護を認めた点で、踏み込んだ判断をしたと言える。なお報道によると、2021年3月19日に最高裁は上告を棄却し、東京高裁の判断が確定したという。

毎日新聞「同性カップル間でも内縁は成立 司法判断が最高裁で確定」(2021年3月19日)(<https://mainichi.jp/articles/20210319/k00/00m/040/134000c>)。

4) 「一般社団法人 Marriage For All Japan-結婚の自由をすべての人に」は同性婚についての立法不作為の違憲を理由とした国賠訴訟を各地で提起している。詳細は以下のWebページを参照。[Marriage For All Japan「裁判情報」](https://www.marriageforall.jp/plan/lawsuit/)(<https://www.marriageforall.jp/plan/lawsuit/>)

本稿脱稿時点で一件判決が出ており、2021年3月17日、札幌地裁は同性間の婚姻を認めていない「民法及び戸籍法の婚姻に関する諸規定」について、「異性愛者に対しては婚姻という制度を利用する機会を提供しているにもかかわらず、同性愛者に対しては、婚姻によって生じる法的効果の一部ですらもこれを受用する法的手段を提供しないとしていることは、立法府が広範な立法裁量を有することを前提としても、その裁量権の範囲を超えたものであるといわざるを得ず、本件区別取扱いは、その限度で合理的根拠を欠く差別取扱いに当たると解さざるを得ない。」として憲法14条1項に違反すると判示した(札幌地判令和3年3月17日(LEX/DB文献番号25568979))。なお国賠法上の違法については否定し請求は棄却。

5) 西本秀ほか「台湾が同性婚法制化 アジア初」朝日新聞朝刊2019年5月18日、3面。発言は南野森による。



ように、同性婚に関する台湾での動向が、日本に対しても何らかの示唆を与えることへの期待がある<sup>7)</sup>。それゆえに、台湾での動向を本稿が整理し検討する意味が認められる<sup>8)</sup>。

第2に、本法に先立つ司法院积字第748号解釈(以下「本件解釈」と略すことがある)は、台湾の憲法裁判所とも言うべき司法院大法官が憲法解釈として、同性婚を法定しない現行民法に対して違憲という判断を下したものと、重要なものである。とりわけ、本件解釈が婚姻の自由論として示した、婚姻の自由を婚姻制度と分離して個人に基礎付けられた自由として構成するという議論は、婚姻の憲法上の基礎付けのありうる選択として、理論的に注目に値する。日本では同性婚の保障が憲法上も民法上も明文では存在しないため、同性婚の要求が実定法に規定のない婚姻形態の要求にならざるをえないことを考えると、実定法制度から離れた婚姻の自由という構成には、一定の魅力がある。日本において、現在まさに同性婚の要求が法的に争われていることを踏まえると、本件解釈の理論構成を参照する意味が認められる。

これらに加えて第3に、ドイツ法やアメリカ法等と比べて、相対的に台湾法を検討する文献が日本においては少ないため、本稿は外

国法の知見の蓄積へも寄与することができる。748号解釈や司法院积字第748号解釈施行法を紹介する邦語文献はすでに一定数存在する<sup>9)</sup>。しかし、管見の限り、台湾法内在的に748号解釈と司法院积字第748号解釈施行法の双方を扱う文献自体が少なく、748号解釈についてもその論理構造の詳細や先例に対する適切な位置付けは、先行研究においても示されていない。具体的にどのような検討を行うかはI 2で述べることにするが、本稿はこうした先行研究の間隙を補い、台湾法内在的に解釈例を理解するものとして、台湾法についての新たな知見を提供できる。

以上から、台湾における同性婚をめぐる動向を本稿の対象とする意義が認められる。

## 2 検討の方法

本稿は、日台を比較するのではなく、台湾の同性婚法制について、比較の基礎となるべき整理をして若干の検討を加えることを目的とする。台湾における議論を日本から参照するに当たっては、前提として台湾における議論の正確な理解を確保しなければならないからである<sup>10)</sup>。

この観点から、本稿では以下のような作業

6) 「同性結婚が認められる社会を目指す」NPO法人であるNPO法人EMA日本によるもの(NPO法人EMA「台湾における同性婚の実現について」(2019年5月17日)(<http://emajapan.org/news/2264/>))や、「誰もが結婚するかどうかを自由に選択できる社会の実現を目指す」一般社団法人であるMarriage For All Japanによるもの(Marriage For All Japan「世界の同性婚」(<https://www.marriageforall.jp/marriage-equality/world/>))はその例である。

7) 鈴木賢も台湾での同性婚法制について「日本法に対して比較法的示唆を獲得しうるチャンス」と述べている(鈴木賢「比較法から吹く風は日本法を変えるのか——同性婚の法制化を例として」法セ792号20頁, 24頁(2021))。

8) なお、鈴木・前掲注7)24頁では、台湾でも日本と同様に嫡出子の割合が「圧倒的」であり、「子どもを持つことは結婚と同義」という「類似の家族道徳」が日台にあることから、台湾を特に参照する意義を主張している。

9) 748号解釈につき蔡秀卿「台湾でアジア初の同性婚の法的保障へ——民法が同性婚を認めていないことは違憲だとする大法官第748号解釈」法セ753号1頁(2017)、鈴木賢「アジアで一番乗り、台湾で同性婚実現へ——台湾司法院大法官第748号解釈を読み解く」法時89巻9号4頁(2017)、鈴木賢「台湾における婚姻平等化からの示唆」法教472号142頁(2020)、松井直之「台湾における同性婚の憲法適合性——中華民国憲法における『婚姻』の自由と平等権の関係——」比較憲法学研究31号75頁(2019)、松井直之「台湾における司法院大法官の憲法解釈のあり方——司法院积字第748号解釈施行法の制定過程に着目して——」立教法学102号188頁(2020)も参照。また、法理論への言及は少ないものの、歴史的経緯を含め、本法の成立に至る情勢を紹介したのとして鈴木賢「台湾の同性婚法制化から何を学ぶか」も大いに参考になる。これはTOKYO RAINBOW PRIDE (TRP) において連載された一連のコラムであり、以下で全10回を閲覧することができる。

鈴木賢「台湾の同性婚法制化から何を学ぶか」(2019年7月18日～2020年4月10日)(<https://trponline.trparchives.com/magazine/rensai/taiwan-marriage/>)

10) 参照文献について、時間的制約と現地資料入手の困難さから、最新の議論を追跡することができなかつた。そこで法改正等には注意を払った上でやや古い文献も参照している。台湾における議論の紹介としては不十分と

を行う。まず、748号解釈については、解釈文と理由書<sup>11)</sup>をもとに多数意見の論理を整理し、少数意見と対比した後に先例との関係で本件解釈を位置付け、本件解釈の意義と特徴を明らかにする。次に、司法院积字第748号解釈施行法については、その形式に影響を与えた国民投票について紹介した後、立法過程の議事録を参照して、いかなる議論を経て同法が成立したかを明らかにする。以下では、本稿の主たる対象である司法院积字第748号解釈施行法と748号解釈について、この双方を対象とすべき理由、および748号解釈を少数意見や先例と対比すべき理由について、簡単に述べる。その後、本法と本件解釈以外に取り上げる事項について、説明する。

#### (1) 司法院积字第748号解釈と司法院积字第748号解釈施行法

まず、748号解釈と司法院积字第748号解釈施行法の双方を検討の対象とすべき理由は、その名称からも明らかだが、司法院积字第748号解釈施行法の成立に、748号解釈が深く影響しているからである。同法が台湾における同性婚法制への要求にどこまで応答したか（あるいはしようとしたか）、また同法が将来に残した課題は何かを把握するためには、同法の成立過程の審議を検討することが必要である。しかし、同法は大法官の748号解釈を受けて制定されたものであるから、748号解釈の内容を理解しなければ、同法の成立過程で争われた論点やそこでの議論を十分に理解することができない。したがって、今回の台湾の同性婚法制を検討するためには、司法院积字第748号解釈施行法だけでなく、748号解釈をも検討する必要がある。

#### (2) 先例との対比

次に、748号解釈の整理について、先例との対比を行う理由を述べる。そもそも中華民国憲法には、日本国憲法24条のような婚姻に関する明文規定がなく、婚姻に関する憲法上の規律は大法官の解釈例によって積み上げられてきた。そのため、748号解釈の新規性

や射程を考えるためにも、先行する解釈例を検討の対象とする理由がある。それに加えて、本件解釈の妥当性を確保するためにも、先例との関係を検討する必要がある。というのも、本件解釈の少数意見が先例を援用して、多数意見を批判しているからである。仮にその批判が多数意見の説得力を失わせるに足るものだとすれば、本件解釈を参照する魅力は大いに損なわれるだろう。これらの理由から、多数意見自体の検討はもちろんのこと、少数意見との対比を行い、さらに少数意見が援用する先例と本件解釈との関係を明らかにする必要がある。

先例との対比は、日本における台湾法研究の観点からも意義がある。台湾における婚姻をめぐる憲法判断を取り扱う本邦での先行研究においては、先例において登場し、また本件解釈の少数意見が多数意見を批判するに当たって援用する婚姻の「制度性保障」という概念の内実は何かという論点、あるいは平等審査に関して、本件解釈が採用する審査基準論が解釈例上どのように位置付けられるかという論点について、十分な検討がなされてきてはいない。本稿の作業によって、これらの論点をめぐる問題について台湾法内在的に、より明確な見通しを与えることができるのである。

以上が、本稿の主たる検討対象の選択の理由である。これに加えて、本法および本件解釈以外に本稿が取り上げる対象についても、簡単に付言する。

#### (3) 国民投票

第1は、国民投票である。748号解釈と司法院积字第748号解釈施行法の間には、国民投票が介在している。748号解釈が出された後、同性間の婚姻関係をいかなる形式で実現するかについて争いがあった。特に、同性婚の支持者は、特別法による同性婚の規律をなお差別であると認識し、民法改正による同性婚の実現を求めていた<sup>12)</sup>。本法立法前の2018年11月の国民投票には、民法上の婚姻

いわざるをえない。詳細な検討は後日を期すこととして論点の所在の紹介に止めることもあることを、予めお断りする。

11) 台湾の大法官解釈は、解釈結果を表す解釈文と、その理由を述べる理由書からなる。これに加えて、個別の意見書が付けられる場合もある。詳しくはII 1を参照されたい。

の範囲や同性カップルの婚姻関係の実現方法について問う論題が含まれており、本法の特別法という形式の決定に大きな影響を与えている。また本法の立法過程でも、国民投票についての議論が行われていた。そのため、台湾における同性婚法制の動向を理解するための要素として、国民投票についても取り上げるべきであると考え。そこで本稿は、本法の立法過程の検討の前提として、国民投票について、どのような制度に基づきどのような内容が可決されたかを整理する。

#### (4) 司法および立法に関する台湾の諸制度

第2に、台湾の司法および立法についての説明である。台湾法の知見が日本において広く共有されているとは言えないため、本件解釈と司法院積字第748号解釈施行法を検討対象とするにあたって、前提として台湾の司法制度および立法に関連する制度についても説明が必要であろう。そのため、本稿は、台湾の憲法解釈（違憲審査）の制度、そして立法の制度について、簡単に紹介する。

以上が、本稿の検討対象についてである。そこで次節では本稿の構成と主張を説明する。

### 3 構成と主張

#### (1) 全体の構成

本稿の構成は大きく分けて2つの部分からなる。前半部分は、本法の名称にも入っている司法院積字第748号解釈を取り扱う。まず台湾の司法制度について、憲法解釈の制度を

中心に紹介する(Ⅱ1)。次に748号解釈で争われた論点についての当事者と行政側の主張を整理する(Ⅱ2)。これらを踏まえて、本件解釈の解釈文と理由書の内容を概観する(Ⅱ3)。その上で、748号解釈が述べた婚姻の自由、平等、事後処理について、先例との関係性を含め若干の検討を行う(Ⅱ4)。以上の748号解釈についての検討をまとめ(Ⅱ5)、最後に748号解釈以降に出された婚姻に関係する大法官解釈である791号解釈を、補論として取り上げ紹介する(Ⅱ6)。

後半部分は、司法院積字第748号解釈施行法を取り扱う。まず、本法の成立に先行して行われ、本法の形式に大きな影響を与えた国民投票について説明する(Ⅲ1)。その上で、台湾の立法の仕組みを紹介し(Ⅲ2(1))、本件解釈についての本稿の理解を踏まえて、本法の立法過程における討議の検討を行い、本法制定過程において何が論じられ、何が法制化され何が法制化されなかったかを示す(Ⅲ2(2)以下)。

こうした検討を通じて、台湾の同性婚法制をめぐる動向の法的側面について、その全体像を描くことができるのではないかと筆者は考えている。

#### (2) 検討対象の限定

なお、本稿は台湾における同性婚をめぐる動向の法的側面に限って検討対象とする。したがって、例えばその成立の背景にあったと思われる政治的状況などは基本的に論じないことを予めお断りしておく<sup>13)</sup>。言うまでもなく、このような方針は台湾の固有性をとら

12) 鈴木・前掲注9)TRP第9回参照。

13) 同性婚法制をめぐる政治的な動向については、尤美女(鈴木賢・梁鎮輝訳)「台湾における婚姻平等化への道」日本台湾学会報21号82頁、84頁以下(2019)また鈴木・前掲注9)TRP(特に第2-5回)も参照。本件解釈の背景に政治的な状況が存在したことは否定できない。鈴木賢は、蔡英文が総統選挙期間中に同性婚支持を表明していたこと、そして15名中7名の大法官がその蔡政権下で指名されたことを指摘して、「政治も司法を後押ししていた」とし(鈴木・前掲注7)25頁)、また「蔡総統に指名された許院長[引用者注:司法院院長の許宗力のこと]が助け船を出したと解される。」と指摘している(鈴木・前掲注9)法時6頁)。総選挙を控えた2015年10月31日に、現在の台湾総統で民進党の蔡英文が同性婚(婚姻平等)を支持する動画をFacebookに投稿したという出来事もあった。

もともと蔡総統の挙動は過大評価すべきではないかもしれない。台湾政治と性的少数者の関係について論じた福永玄弥による以下の記事によれば、台湾は国際社会にアピールする基盤として「人権立国」を採用した。それゆえ政治エリートは概して先進的な人権問題である性的少数者について「LGBTフレンドリー」な態度を表明する傾向にある。また蔡も選挙戦では「LGBT」イシューを黙殺していたという。

福永玄弥『蔡英文は同性婚を支持します』—— LGBT政治からみる台湾総統選挙(2016年1月20日)(<https://synodos.jp/international/15953>.)

えそこなうおそれがある。しかし、大法官の憲法解釈が政治的背景に影響されているとしても<sup>14)</sup>、大法官解釈は普遍的な論証に訴えかけるものとして作成されるのであるから、検討対象を法的素材に限定しても、台湾から同性婚についての示唆を探るといふ本稿の趣旨を損なうものではない。

本稿の検討を法的側面に限定することから、検討の際に用いる資料は、解釈申立書、大法官による解釈文および理由書、および少数意見、ならびに立法院に提出された諸法案、および立法院での議事録とする。大法官解釈については、解釈文と多数意見の理由書が内容的に一体となっていること、および解釈文とならんで先行解釈例の理由書も主張を基礎付けるものとしてしばしば引用されることから、本稿が解釈例を参照するに当たって「某号解釈」と言うときには、解釈文だけでなくその理由書も参照対象に含んでいる<sup>15)</sup>。

### (3) 本稿の主張

本稿の内容の概略をここで示す。748号解釈は憲法22条による婚姻の自由と憲法7条による平等に反することから、同性婚を規定しない点で現行民法を違憲と判断し、立法院に2年以内の立法を義務付け、期限徒過時には現行法によって同性婚が可能であるという事後処理を提示した。

まず婚姻の自由について、本稿は、748号解釈の婚姻の自由は、個人の一定の結合への権利として、実定法制度から独立して構成されていると主張する。それに対してこうした多数意見の婚姻の自由論を批判するために、少数意見は先行解釈例における一夫一婦制の制度性保障という概念を援用する。しかし一夫一婦制の制度性保障は婚姻および婚姻者の利益保護を果たすものであり、特定の形態を婚姻から排除するものではなく、多数意見の婚姻の自由論は少数意見に対して擁護される

ということを主張する。このように制度独立的な婚姻の自由論が擁護されるが、しかしなお、多数意見には個人主義的な婚姻の自由の構成と同時に、婚姻秩序への配慮が存在しており、婚姻について保守的な作用を及ぼす可能性も残されていることを指摘する。

次に748号解釈の平等審査は、目的の正当性と目的と手段の関連性という審査枠組みを採用しているが、本稿は、こうした審査枠組みが大法官解釈によって確立されてきた平等の審査基準論であることを示す。そして婚姻の自由と平等の関係について本稿は、平等は婚姻の自由と重疊的に違憲判断を基礎付けるのではなく、むしろ同性間の婚姻を実現すべき制度の候補を指示することにその固有の機能があるということを主張する。

また、748号解釈が示した、期限付きの立法義務付けと、期限徒過の場合には現行法によって同性婚を認めるという事後処理について、本稿は、一方で婚姻の自由が制度独立的に構成されたことから、立法の形成の余地を認め2年の期間を立法に与えることが支持され、他方で異性婚と同性婚の平等の観点から依拠すべき制度の候補が明らかになることから、立法期限を徒過した場合には現行法によって同性間の婚姻を認めることが支持されると論じる。

続いて、司法院积字第748号解釈施行法については、国民投票によってその形式が特別法とされたこと、司法院积字第748号解釈施行法の規律内容はおおむね婚姻者間の関係に限られることを、立法過程の議事録を参照して確認する。次に、養子や国外関係など、規律が求められながらも実現しなかった部分が本法には複数あるが、748号解釈による立法期限に対して立法手続が時間的に逼迫し、最低限必要な内容を盛り込むことで余裕がなくなったことがそれに影響しているということ

14) 法的側面について、鈴木賢は、台湾においてジェンダー平等や性自認、性的指向による差別を禁ずる法的環境が先行して存在したことが、同性婚の法制化の背景の一つであると指摘している（鈴木・前掲注9)TRP第10回参照）。

15) 大法官解釈については、下記の司法院大法官のウェブページにおいて全件が閲覧可能であり、解釈文および理由書、個別の意見書、解釈申立書についても各解釈のページから参照できる。本稿では、大法官解釈を引用する場合、ここで振られている解釈番号を示すこととする。

大法官解釈清單 (<https://cons.judicial.gov.tw/jcc/modify/wall.html>)

を、本稿は明らかにする。

## II. 司法院釈字第 748 号解釈

II では司法院釈字第 748 号解釈を扱う。構成は以下の通りである。II 1 では、台湾の司法制度を紹介し、台湾において専ら大法官が憲法解釈を担っていることを確認する。II 2 では、当事者の主張と行政側の意見を整理し、当事者が婚姻の自由と平等を根拠に同性婚を求めており、いずれも比較的厳格な審査をすべきであるとしていること、それに対して行政側は緩やかな審査を主張し、同性婚を法定していないことも合憲であると主張していることを確認する。II 3 では、748 号解釈の内容を整理する。II 4 では、748 号解釈の内容のうち、婚姻の自由 (II 4(1))、平等 (II 4(2))、事後処理 (II 4(3)) について、分析を行う。

II 4 での分析はやや長くなるため、ここでその概要を再度述べておこう。

婚姻の自由については、実定法制度から独立した、個人のある種の結合関係への自由としての婚姻の自由という構成が、大法官解釈として擁護される。しかし、本件解釈では個人権としての婚姻の自由以外に、超個人的な婚姻秩序にも言及があるため、本件解釈が婚姻の保護を制限するものとして働く可能性が残っていることを指摘する。

平等については、本件解釈が目的および手段と手段の関連性を審査するという審査基準論を踏襲していることを示し、性的指向に基づく差別に「比較的厳格な基準」を採用した点に意義があると論じる。そして、本件解釈において平等が婚姻の自由を限定していると読むことは難しいと主張する。

事後処理については、婚姻の自由と婚姻制

度が分離した結果、婚姻の自由によって特定の制度のあり方が指示されえなくなったことを指摘する。しかし本件では平等審査によって性別を除く異性婚と同性婚の差異が否定されたがゆえに、同性婚を実現すべき制度の候補が明らかに把握できたため、立法の形成の余地を時的に限界付けることが支持されると論じる。

II 5 では 748 号解釈について簡単なまとめを行う。最後に II 6 では、748 号解釈後に出された婚姻に関する解釈である 791 号解釈を取り上げ、大法官解釈において、婚姻における個人の要素が強調されていることを論じる。

### 1 台湾の司法制度<sup>16)</sup>

本節ではまず司法院釈字第 748 号解釈の案件がどのようにして司法に持ち込まれたかを制度面から理解するために、台湾における司法制度を、違憲審査に関わる限りで概観する。

中華民国憲法<sup>17)</sup> 77 条によれば、「司法院は国家の最高司法機関であり、民事、刑事、行政訴訟の審判および公務員の懲戒を掌理する。」とされる。制憲時に想定されていたのは、若干名の大法官を頂点とするピラミッド型の司法システムであったようだが、実際には司法院が最高裁判所として機能しているわけではない<sup>18)</sup>。憲法 82 条の「司法院及び各級法院の組織は、法律によりこれを定める。」という規定を受けて制定された司法院組織法 (3 条, 6 条) によって司法院に大法官、最高法院、行政法院、公務員懲戒委員会が設置され、それぞれ憲法解釈等 (次段落で詳しく述べる)、民刑事事件、行政事件、公務員の懲戒の職務を分担することとなったため、司法

16) 概観として蔡秀郷＝王泰升編著『台湾法入門』5 章 (法律文化社, 2016) を参照。本稿の整理も同書によるところが大きい。また大法官については同 52-53 頁も参照のほか、鈴木賢「台湾における『憲法の番人』——大法官による憲法解釈制度をめぐって——」〔今泉慎也編『アジアの司法化と裁判官の役割』調査研究報告書 (アジア経済研究所, 2012) 所収〕が代表的解釈例とともに紹介している。

17) 中華民国憲法の日本語訳については、台湾駐日経済文化代表処が示しているものを参考にしているが、必ずしも全て従っているわけではない。

台湾駐日経済文化代表処「中華民国の憲法」([https://origin-www.roc-taiwan.org/jp\\_ja/cat/15.html](https://origin-www.roc-taiwan.org/jp_ja/cat/15.html)、)

18) 許育典『憲法 2009 年最新版』384 頁 (元照出版, 2009) 参照。

院自体は「なんらの審判事務を所掌せず」、  
「司法行政機関」となっている<sup>19)</sup>。このよう  
な体制を「司法四元」という<sup>20)</sup>。

このうち本稿との関係で見るべきは大法官  
である。当初の構想では、憲法旧 79 条によ  
り若干名の大法官を置き、大法官は憲法 78  
条所定の事項すなわち憲法の解釈と法令およ  
び命令解釈の統一の権限を有するとされた。  
しかし、憲法増修 5 条 4 項<sup>21)</sup>により、憲法  
解釈と法令の解釈統一に加えて、憲法違反を  
理由とした政党の解散と正副総統の弾劾をも  
大法官は所掌することとなった。現行の制度  
では大法官は 15 人であり、総統の指名と立  
法院の同意を経て任命される(同条 1 項)<sup>22)</sup>。  
以下では大法官の権限のうち、憲法解釈権  
(違憲審査権)についてさらに説明する。

憲法 171 条 1 項は「法律が憲法に抵触した  
ときは、無効とする。」と定め、同条 2 項は  
憲法抵触の疑義が生じた場合は「司法院が解  
釈する」と定めている。先述の通り、増修 5  
条 4 項により憲法解釈権は司法院のうち大法  
官にあるため、大法官が違憲審査を行うこと

となる<sup>23)</sup>。大法官による憲法解釈の効力に  
ついては、185 号解釈によって、大法官解釈  
は「全国の各機関および人民を拘束する効力」  
を持ち、「関係する事項を処理するにあたり  
各機関は解釈の趣意に依らなければならない」  
とされた。そのため大法官解釈は、「違  
憲審査としての解釈は憲法と同等の効力を有  
し、法令の統一見解としての解釈は法律と同  
等の効力を有することになる。」と説明され  
ている<sup>24)</sup>。これについては「大法官自体が  
大法官解釈の効力を決めること自体に問題が  
ある」という批判や「法令の統一見解として  
の解釈自体が立法であることから権力分立に  
反する」という批判などとされる<sup>25)</sup>。  
しかし、実際には本法の立法過程の審議で  
大法官解釈の効力について立ち入って議論さ  
れていないため、本稿では 185 号解釈の立場を  
前提にする。

違憲審査の仕組みは司法院大法官審理案件  
法(以下「大審法」)<sup>26)</sup>が規律している<sup>27)</sup>。  
同法 5 条 1 項によると<sup>28)</sup>、解釈を要請〔聲  
請〕できるのは、中央または地方機関(1

19) 許・前掲注 18)384 頁。また 530 号解釈理由書では、「大法官が司法解釈および政党の違憲解散の審理を司るほかは、司法院それ自体としては最高司法行政機関の地位を有するに過ぎず、最高司法審判機関と最高司法行政機関が分離する結果となっている。」と述べられている。同解釈は「最高司法審判機関としての司法院という制憲の本旨に符合するべく」、各法院組織法等を 2 年以内に改正を検討しなければならないと判断し、1999 年の全国司法改革会議の司法院審判機関化決議によって司法院は漸進的に一元一軌(司法院が一元的に最高審判機関として審判する司法体系)へと移行することが定められた。この点につき、蔡 = 王・前掲注 16)56-57 頁参照。なお、大法官については後掲注 26) も参照。この解釈は時限を定めて法改正を促す先例という点でも興味深い。

司法院自身による権限所在の説明は、以下のページを参照されたい。

司法院「司法院簡介」(<https://www.judicial.gov.tw/tw/cp-209-210-b0504-1.html>)

また権限の推移については楊秀菁「司法制度」〔許志雄 = 薛化元主編『中華民國憲法七十年』(國立中正紀念堂管理處, 2017) 所収〕342 頁以下も参照。

20) 蔡 = 王・前掲注 16)54-56 頁参照。

21) 台湾では憲法改正において元の条文を残し、別途「増修」として新たな条文を定める方式がとられている。憲法 79 条自体は、増修 5 条によって効力を停止した。

22) 本件解釈について、一部の大法官が回避した点については、鈴木・前掲注 9) 法教 143 頁と同 144 頁の注(10)を参照されたい。

23) 審査結果は「解釈」と称される。すでに引いた 530 号解釈もその例である。大法官による「解釈」は単なる内容の明確化に留まらず、「法令の失効」をも宣告できるため、「判決」に近い性質を持つ。蔡 = 王・前掲注 16)59 頁参照。なお審査を行う手続である大法官会議は対審構造を持たず、それゆえ『裁判』とはいえない。(鈴木・前掲注 16)26 頁)。またそれゆえに、挙証責任の問題は生じない。許宗力「従大法官解釋看平等原則與違憲審查」『法與國家權力(二)』187 頁(元照出版, 2007) 参照。

24) 蔡 = 王・前掲注 16)62 頁参照。

25) 蔡 = 王・前掲注 16)62-63 頁参照。

26) 2019 年 1 月 4 日に後継となるべき憲法訴訟法が成立したが、2022 年施行予定であり本稿執筆時点では未施行である。

27) 許・前掲注 18)168-173 頁も参照。

28) 同条 2 項は最高法院および最高行政法院からの申立てを規定するがここでは説明を割愛する。

号)<sup>29)</sup>、自然人・法人・政党(2号)<sup>30)</sup>、現在の総数の3分の1以上の立法院議員〔立法委員〕(3号)<sup>31)</sup>である。大法官によって解釈がなされた場合、解釈結果を示す解釈文と解釈の理由書、各大法官の協同意見書あるいは不同意意見書〔不同意見書〕があわせて、司法院によって公布される(大審法17条)。748号解釈について大法官は、台北市政府<sup>32)</sup>と祁家威氏<sup>33)</sup>によってなされた憲法解釈の申立をあわせて受理した<sup>34)</sup>。

以上が台湾における違憲審査の概要と本件解釈に至った経緯である。なお本件では、大審法13条に基づき、口頭弁論が開かれた。鈴木賢によれば、大法官会議が口頭弁論を行うのは、「それまでわずか9例しか」なかったという<sup>35)</sup>。これは本件の重要性を示すものである。

## 2 当事者および行政の主張<sup>36)</sup>

ここでは、台北市政府の解釈申立書とそこに付された行政側の意見および祁家威氏の解釈申立書ならびに748号解釈理由書中の口頭弁論の結果の要約部分を参照して、当事者および行政が本件についてどのような主張を行ったかを整理する。

台北市政府の申立理由は、戸籍事務を行うに際して同性カップルが婚約できずまた婚姻登記できない民法の規定を適用することが、平等を保障する憲法7条<sup>37)</sup>および一般的権利・自由を保障する22条<sup>38)</sup>、23条<sup>39)</sup>に反する疑いがあるというものである。申立書によると、婚姻の自由について、「伝統観念」や「民族の持続」という目的で異性婚のみを定めることは、「現行の社会観念」が過去と異なっていることや「現在の異性婚姻もまた

29) 職権の行使にあたって憲法の適用に疑義が生じた場合と、法律や命令の適用について憲法との抵触の疑義が生じた場合が定められている。同号前段は狭義の憲法解釈、後段は抽象的違憲審査の定めと解される。中央機関とは総統、立法院、行政院、司法院、考試院、監察院を指し、地方機関とは地方自治団体の行政機関と立法機関を指すとされる。蔡=王・前掲注16)59-61頁参照。

30) 侵害の救済を求める訴訟について、確定終局判決で適用された法律や命令が憲法と抵触する疑義がある場合が定められている。この類型は確定判決後の解釈要請であり、具体的事件を契機として行われる。しかしなお大法官が事件を審理するわけではない。

31) 憲法の適用に疑義が生じた場合と法律の適用について憲法と抵触する疑義が生じた場合を挙げる。なお本件には直接影響しないが、本号の対象となる「法律」の範囲について争いがある点につき、蔡=王・前掲注16)60頁参照。

32) 実際の申立書は台北市政府から内政部へ、内政部から行政院へ、行政院から司法院へと移動し、各段階で各機関の意見がついている。申立てについて上級機関を経由することを定める大審法9条参照。行政院は台湾の最高行政機関であり、内政部は内政部門を所管する行政院の下部機関である。

33) 祁氏はゲイ男性の立場から長年運動を続けてきた人物である。本稿では詳しく紹介しないが、彼の今までの立法院への請願や訴訟など諸活動については、本件解釈中でも認定されている。同性婚をめぐる運動については、立法に関わった当事者の視点として尤(鈴木・梁訳)・前掲注13)84-86頁参照。また、許秀雯「台湾——多様な家族形成運動」福岡大学法学論叢61巻3号868頁(2016)も参照。

34) 申立てはまず3人の大法官によって審査され(大審法10条1項)、適法とされたものは全体会で討論され原則が決定され、それに基づいた草案が作られ再度全体会で討論されたのち評決される(同11条)。可決要件は、憲法解釈の時は総人数の3分の2の出席かつ出席者の3分の2の賛成(命令の違憲審査については出席者の過半数)、法律および命令の解釈統一の時は総人数の過半数の出席かつ出席者の過半数の賛成である(同14条1項、同2項)。本稿では詳論しないが、より具体的な仕組みについては司法院大法官審理案件法施行細則の諸規定および鈴木・前掲注16)26頁も参照。

35) 鈴木・前掲注9)TRP第3回参照。

36) なお本節の紹介は、祁氏および台北市政府の申立書および大法官による要約の双方をあわせて参照しまとめたものである。

37) 7条「中華民國の人民は、男女、宗教、種族、階級、党派によらず、法律上一律に平等である。」

38) 22条「およそ人民のその他の自由および権利は、社会秩序と公共の利益を妨げ害さない場合は、均しく憲法により保障される。」

39) 23条「以上各条に列挙の自由と権利は、他人の自由を妨害することを防止し、緊急の危難を避け、社会秩序を維持し、あるいは公共の利益の増進のために必要である場合を除き、法律によって制限できない。」

多くが子を産まない」ことから、23条の要求する比例原則に適合しないという。平等については、申立書の段階では「規律する事物の性質の差異を参酌」した「合理的な区別の取扱い」は可能だが、それによる権利制約は憲法23条の比例原則に適合しなければならないとしていた。しかし口頭弁論においては、同性婚を認めないことは「性的傾向による差別的待遇」であり「比較的厳格な審査基準」が採用されるべきであるが、同性婚の禁止は「重要な公益の達成のための実質的関連性を有する手段ではない」として違憲であると主張したようである。

また、祁氏は以前同性の婚姻登記を拒絶されたことを不服として行政訴訟を提起したが、最高行政法院により棄却<sup>40)</sup>されたため、憲法が保障する人格権、人間性の尊厳、結婚し家庭を持つ自由が侵害され、憲法7条、22条、23条および性差別の除去を定める増修10条6項<sup>41)</sup>の趣旨に反するとして、憲法解釈を申し立てた。祁氏の申立書では台北市によるものよりも詳しい議論がなされているが、主な主張をまとめると以下の通りである<sup>42)</sup>。すなわち祁氏によれば、「婚姻しまた家庭を築く自由および権利は、人格の自主権の核心であり、個人が自己を定義し実現し、そして社会関係を築き上げる重要な方式」であり、婚姻の自由は「人民の人格の発展と人間性の尊厳の実現」についての「基本的権利」である。そして「親密な関係を築き上げ、相互に助けコミットし、共同で家庭生活を営むという渴望、需要および能力」は人の性的指

向によらない。にもかかわらず同性間の関係が法的に認められていないことによって、「社会福利および労働福利、課税、財産、子女の監護、医療、(越境パートナーの)在留、教育、文化等の各領域」において「不利な取扱いを受け」ている。同性婚を認めないことは憲法23条が権利制約に対して要求する「重要な公益の目的」の達成との関係で「実質的正当性」を欠く。また平等については、「性的指向を分類の基礎とする差別的待遇」として「比較的厳格な審査基準」が用いられるべきだが、現行法が子の生育を婚姻の要件としていないことから、同性婚の制約を「子の生育を奨励する手段」とするのは目的との間に「実質的関連性が欠けている」という。

台北市の申立てについては大審法5条1項1号に該当するとして、祁氏の申立てについては、終局判決を経て権利侵害があり法律の違憲性を争うものであって同項2号に該当するとして、大法官はこれらを受理した。また本件では両申立ての争点の実質的に同一であるから、上述の通り併合して審理することとした。

以上に対し、行政院は法務部の意見を沿えて、大要以下のように論じていた<sup>43)</sup>。第1に、大法官の憲法解釈上認められている婚姻の自由は、一夫一婦のものに限られている<sup>44)</sup>。第2に、ある自由が憲法22条による憲法レベルの保護を受けるといえるためには、「権利主張の普遍性や憲法レベルの保護に引き上げる必要性」が問われるところ、世界人権宣言等の国際法においても同性と婚姻

40) 103年度判字第521号判決(上訴棄却、確定)である。

41) 憲法増修10条6項「国家は女性の人格の尊厳を保護し、女性の人身の安全を保障し、性差別を除去し、両性の地位の実質的平等を促進しなければならない。」

42) なお、祁氏の主張のうち、増修10条6項によるものは大法官が判断していないため、本稿では割愛する。

43) 法務部は最高行政機関である行政院の下部組織であり、司法法務行政を掌る部局である。法務部は台北市政府による解釈申立てについて、意見を付している。

44) 一例として法務部が挙げた以下のものがある。

242号解釈「(重婚禁止規定は)一夫一婦婚姻制度という社会秩序を維持するために必要であり違憲ではない。」

552号解釈「一夫一婦婚姻制度は配偶者間の人格倫理関係を護り、男女平等の原則を実現し、また社会秩序を維持するために、憲法の保障を受けるべきである。」

554号解釈「婚姻と家庭は社会の形成と発展の基礎であり、憲法の制度性保障を受ける。婚姻制度は人格の自由に基づき、人倫秩序・男女平等・子女養育の保護といった社会的効能を有する(……)。「婚姻についていえば、それは一夫一婦が永久の共同生活を営むための、そして双方の人格を実現し発展させる生活共同体である。婚姻によって生じるこの種の永久的な結合関係は、(……)延長して家庭と社会の基礎となる。」(姦通罪について)。



する自由について述べられておらず、また諸外国でも同性婚の自由を憲法レベルで保障している国家は少数にとどまるため、同性婚の保護はこの要件を満たさない。第3に、婚姻については「立法機関に十分な形成の余地があり」、区別の目的が正当であり、手段と目的達成の間に合理的関連性があれば平等違反とならないと考えるところ、立法者が一夫一婦の婚姻制度を考慮することは、婚姻の「人倫秩序、男女平等、子女の養育などの社会的機能の保護」を達成するに足るものだから、正当な目的であり、手段も立法者の恣意ではないため婚姻制度の保護という目的の達成との間に合理的関連性がある。

これを踏まえて、本件解釈の内容の紹介と検討に進む。

### 3 司法院釈字第748号解釈<sup>45)46)</sup> の内容

本節では748号解釈の内容を整理して紹介する。まず解釈文に即して本件解釈の結論を示し、その後、理由書中の議論をさらに要素ごとに紹介する。なお本節は、大法官解釈として通用する多数意見の内容を確認することを目的とするため、少数意見についてはここで扱わず、Ⅱ4以降で多数意見を検討する際にその都度取り上げることとする。

748号解釈の解釈文は、本件について以下のように判断した。

#### (1) 解釈文

まず現行民法の違憲性判断においては、「民法第4編親族第2章婚姻の規定は、同性の2人をして、共同生活を営む目的で親密性および排他性を具えた永久の結合関係<sup>47)</sup>を成立させておらず、この範囲で、憲法22条が人民の婚姻の自由を保障する趣旨および憲法7条が人民の平等権を保障する趣旨に反する。」と判示した。続いてこの解決として、「関係機関は本解釈の公布より2年以内に、本解釈の趣旨に従い関係する法律の改正あるいは制定をしなければならない。」として立法院に法改正ないし法制定を義務付けた<sup>48)</sup>。なお、「いかなる形式によって婚姻の自由の平等な保護を達成するか」については、「立法の形成の範囲」に属するとした。そして最後に事後処理として、期限内に立法等がなされなかった場合には「同性の2人は上述の永久的結合関係を成立させるために、上述の婚姻章の規定によって、(……) 戸籍管理機関に対し結婚の登記をなすことができる。」と述べた(以下「日の出条項」という)<sup>49)</sup>。

#### (2) 理由書

次に、解釈文の内容を導くためのより詳しい議論が書かれている理由書を概観する。ここでは、大法官の論証の仕方から、本件解釈をすべき理由(a)、婚姻の自由論(b)、平等論(c)、事後処理(d)に分けて、整理する。

##### a 本件解釈をすべき理由

本件をめぐるのは、そもそも同性婚の憲法

45) 同解釈については鈴木賢による和訳が存在する。本稿での訳はそれを参考にしているが必ずしも従っているわけではない。鈴木賢「司法院釈字第748号解釈2017年5月24日【同性両名の婚姻自由事件】」([https://1215fcd3-5570-4133-9b5c-e2d1d8cbe9b4.filesusr.com/ugd/ff3b59\\_ee8a4f5f3953465ebe1d750e36713826.pdf](https://1215fcd3-5570-4133-9b5c-e2d1d8cbe9b4.filesusr.com/ugd/ff3b59_ee8a4f5f3953465ebe1d750e36713826.pdf))

46) 同解釈には呉陳鏗大法官(不同意意見)および黃虹霞大法官(部分的不同意意見)による少数意見がある。鈴木・前掲注9)法教143頁は「黃虹霞大法官による反対意見、呉陳鏗大法官による一部反対意見が付されている。」とするが、これは書き誤りであろう。鈴木・前掲注9)法時4頁の記述が正確である。

47) 本稿では簡単のため以上の内容をまとめて「同性婚」と言うことにする。

48) 「立法の遅延により規範が欠けている違憲状態が無期限に持続することを避けるために」という理由である。なお行政院は同性パートナーシップ法などの漸進的措置による解決を主張し、現に2017年には法務部が委託した「同性パートナーシップ法制実施の社会的影響と立法建議」という成果報告が公表されている(法務部「同性伴侶法制実施之社會影響與立法建議 成果報告書」國立清華大學科技法律研究所(2017年2月23日))。しかしこの主張は容れられなかった。

49) 効果は、「登記した両者間に法律上の配偶者関係の効力が生じ、配偶者の権利を行使し配偶者の義務を負担する」ことである。一定期間の経過とともに特定の効果が生じることを「日の出」、一定期間の経過とともに特定の法令等が失効することを「日の入り」という用語法は、鄧學仁「台湾における同性婚の法制化の検討と課題」[新・アジア家族法三国会議編『同性婚や同性パートナーシップ制度の可能性と課題』日本加除出版 所収]82-83頁(2018)に倣ったものである。

上の位置付けについて、大法官が解釈を行うべきかという点も争いがあった。婚姻の問題は立法者に委ねるべきであるという立場も考えられるからである。しかし大法官は、同性婚が異性婚と同様に保護されるかという問題は「きわめて論争的な、社会的でまた政治的な議題である」とした上で、本来は「民意を代表する機関」が「立法（法改正）をして」対処すべきところ、その「見通しが立たない」ため<sup>50)51)</sup>、「基本権保障と自由民主的憲政秩序等の憲法の基本的価値」を護るために、「拘束力を有する司法判断」を行う<sup>52)</sup>と宣言している。なお、ここで論じられたことは大法官解釈と立法の役割分担に関わることであるので、理由書の順番とは前後するが、本稿はもっぱら事後処理の検討とあわせて扱うことにする。

#### b 婚姻の自由について

婚姻の自由について、大法官解釈が従来承認し保護してきた「婚姻<sup>53)</sup>」とは一夫一婦の結合を指すのであり、「同性との婚姻を選択する自由」は未だ憲法 22 条が保護していないと法務部は主張していた。しかし大法官は、「婚姻適格があつて〔適婚人民〕配偶者がいない者」は、『婚姻するか』および『誰と婚姻するか』の自由を有するとして、その婚姻するか否かまた婚姻対象を誰とするか

の自己決定は「人格の健全な発展と人間性の尊厳の保護」に関する「重要な基本権 (a fundamental right)」であり、憲法 22 条の保護を受けると判断した。また、婚姻と関連して「一夫一婦」などと述べた先行の大法官解釈（詳しくは II 4(1)a(a)および II 4(1)c を参照）については、それらは「異性婚の文脈の下でなされた解釈」であり、同性婚についての先例は存在しないとしている。他方で、本件解釈では婚姻の自由を認めた先例として 362 号解釈が参照されている<sup>54)</sup>。

そして憲法 22 条によって保護されるとされた婚姻の自由が、同性間にも認められる理由として、以下の諸要素をあげる。すなわち消極的要素としては、同性婚を認めても異性婚について民法の婚姻規定を適用する妨げにならないこと、同性婚は「異性婚が構築してきた社会秩序」を改変しないことである。そして積極的要素としては、同性婚が「法律を経て正式に承認」されると「異性婚とともに社会の安定の基盤となりうる」こと、共同生活のための親密で排他的な永久の結合関係への「要求や能力、願い、渴望」について言えば、「婚姻の自由の不可欠性は同性間と異性間で異なるところはない」ことである。その上で、全体として民法は「明らかに婚姻を、性別を異にする一男一女の結合関係に限定し

50) 解釈では、祁氏が 1986 年に同性婚立法についての請願を行ったが議案とされなかったことをはじめ、1994 年の第 17359 号通達〔函釈〕で婚姻が一男一女に限るとされたこと、2006 年に当時の立法委員である蕭美琴が、2012 年に尤美女らが同性婚姻についての法案を提出したが成立しなかったことを認定している。また同性婚運動を巡る経緯については、すでに紹介した尤（鈴木・梁訳）前掲注 13)のほか、沈秀華（鈴木賢・梁鎮輝訳）「婚姻平等化における台湾女性運動の貢献」日本台湾学会報 21 号 97 頁（2019）、徐慧怡（小林貴典訳）「同性婚・同性パートナーシップ制度の可能性と課題——社会の現状、問題と対策」〔新・アジア家族法三国会議編『同性婚や同性パートナーシップ制度の可能性と課題』（日本加除出版、2018）所収〕40 頁以下も参照。

51) 黄大法官少数意見は、「同性の二人が自ら永久的な結合関係を決定し相互に扶け合う権利を有し、この種の結合には法律により適当な保護が与えられるべきである」ということに同意する一方、「婚姻の定義を変えようとするならば、観念の変更に及び、時間がかかる」として相互理解による偏見の解消を強調する。

52) 鈴木・前掲注 9) 法時 6 頁は、「大法官が台湾の民主化のなかで人権保障の深化と立憲主義の推進者となってきたという経緯」を指摘する。また鈴木・前掲注 16)34 頁は、「台湾の大法官は相当に政治的な色彩を持つ論点についても果敢に憲法解釈権を行使し、積極的に違憲判断を行ってきた。」と指摘する。本件解釈もその流れに属するものであろう。

53) 親族法上の婚姻の定義としては、「終身の共同生活を目的とする、一男一女の適法な結合関係」とされていたようである。戴炎輝ほか『親屬法 2009 年 2 月最新修訂版』44 頁（國立臺灣大學法學院福利社、2009）。

54) 中華民國憲法には婚姻の自由を保障する明文規定がなく、婚姻の自由は大法官解釈によって明示的に保障されるに至ったものである。

本件では具体的な解釈文は引用されなかったが、362 号解釈は「婚姻の適格があり配偶者のいない者は、もとより結婚の自由を有する（……）。この種の自由は憲法 22 条の規定によって、保障されるべきである。」と判断していた。362 号解釈については、II 4(1)a で扱う。

ている」ことから<sup>55)</sup>、当該民法の規定は「未だ同性の二人が共同生活を営む目的で親密性および排他性を持つ永久的結合関係を成立させられるようになっておらず、立法上の重大な瑕疵にあたり、「この範囲で、憲法 22 条の趣旨に反する」と判断した。

#### ○ 平等について

大法官は、憲法 7 条に列挙されている諸要素が例示であることを示した<sup>56)</sup>上で、同性婚が認められていないことは「性的傾向<sup>57)</sup>を分類基準」とした差別的待遇であるとする。そして性的傾向を理由とした差別については「比較的厳格な審査基準が用いられるべき」であり、その「目的が重要な公共の利益の追求でなければならないことのほかに、手段と目的達成の間の実質的関連があつて初めて憲法 7 条が平等権を保障する趣旨に合致する」とした<sup>58)</sup>。

このような審査基準を採るべき理由は、第 1 に婚姻の自由が「人格の自由や人間性の尊厳と密接な関係を持ち、重要な基本権」であるからであり、第 2 に性的傾向が「容易に改変できない個人的特徴〔難以改變之個人特徴 (immutable characteristics)〕」であるからであり、第 3 に台湾において同性への性的傾向を有するものが長年社会的に受け入れられず「事実上あるいは法律上の排斥や差別」を受けてきた上に、人数的にも「社会上孤立隔絶した少数者」であり、「ステレオタイプの影響」で「久しく政治的にも劣勢」であつて「一般の民主主義的過程を通じてその法律上の劣位を挽回することが期待しがたい」からである。

そしてこれを前提に以下のように判断し

た。すなわち、国家が「異性婚を規律して婚姻制度を形成するに当たっての考慮要素は多様」でありうる。婚姻の「次世代の再生産を保障する機能」についても、「その観点は根拠がないわけではない<sup>59)</sup>」。しかし異性婚でも次世代の再生産が婚姻の要件になっているわけではないから、次世代の再生産は「明らかに婚姻の不可欠の要素ではな」く、再生産ができないことを理由に同性婚を認めないことは、「明らかに不合理な差別的待遇である」。また、婚姻が「結婚年齢、単婚、近親婚の禁止、貞操義務および扶養義務等」の「基本的倫理秩序を保護する」ものという考慮は正当であるが、しかし異性婚が築いてきた「基本的倫理秩序」は同性婚によってなんら影響を受けない。よつて、基本的倫理秩序の保護を理由に異性婚と区別して同性婚を認めないのは「また明らかに不合理な差別待遇」であり、憲法 7 条の趣旨に反する。

なおここで付言すると、台北市が仮想的に提出した「わが国〔引用注：台湾のこと〕伝統の家庭観念の維持繫承」という視点は触れられてすらいない。

#### d 事後処理について

以上の違憲の判断を前提として、立法府に法改正あるいは新規立法の義務が課せられる。その期限は、「事案の複雑性と論争性」によって「比較的長い立法の審議期間を要するかもしれない」という要素と、「立法の遅延」によって「規範欠落の違憲状態」が「無期限に持続する」ことの回避という要素とを考慮して、本件解釈の公布から 2 年以内とされた。いかなる形式によって、「同性の二人が共同生活を営む目的で親密性および排他性

55) 頼淳良「同性婚や同性パートナーシップ制度の可能性と課題—台湾の裁判実務における問題と対策」〔新・アジア家族法三国会議編『同性婚や同性パートナーシップ制度の可能性と課題』(日本加除出版, 2018) 所収〕60 頁も参照。

56) 行政院は性的傾向が 7 条の「男女」あるいは増修 10 条 6 項の「性別」に該当するか明らかではないと主張していたが、大法官はそもそも列挙事項該当性を論じるまでもないとしたため、行政院の主張は空振りに終わっている。列挙事項が審査基準にどう影響するかまでは本判決は述べていない。

57) 日本で言うところの「性的指向」の意味だと思われ、鈴木訳では「性的指向」とされている。本稿では性的指向と性的傾向を互換的に用いる。

58) 行政院の、親族法制につき「充分な立法の形成の自由があり、(……) 目的が正当でかつとられる手段と目的の達成の間に合理的関連性があれば、平等原則違反とはならない」という議論を退けている。

59) 鈴木訳では「実はその観点はもとより根拠がない。」となっているが、原文は「其著眼固非無據」であり、本文中の訳が正しいと思われる。

を持つ永久的結合関係を成立させられるようにし、婚姻の自由の平等な保護を達成するか」は「立法の形成の範囲に属する。」と判断している。形式の候補として、「民法の婚姻章を改正する、民法に特別の章を設ける、特別法を制定するあるいはその他の形式」が挙げられている。立法がなされなかったときの処理については先述の通り、現行法によって同性間の婚姻が可能になるとした。

なお最後に多数意見は、現行法の「異性婚姻制度の当事者の身分および関係する権利、義務関係」は「本解釈によって改変されない」とし、また本件は婚姻章の規定が同性婚を定めていないことの違憲性についての解釈であり「その他には及ばない」と述べている。

#### 4 本件解釈の検討

以上の解釈内容の整理を前提に、婚姻の自由（Ⅱ 4(1)）、平等（Ⅱ 4(2)）、事後処理（Ⅱ 4(3)）について、それぞれ簡単な検討を行う。その際、先行する諸解釈も参照し、それと対比することで、本件解釈の位置付けを明らかにする<sup>60)</sup>。

##### (1) 婚姻の自由について

婚姻の自由は、多数意見と少数意見が最も激しく対立した点である。多数意見は婚姻の自由によって同性婚が保護されるとしたのに対して、少数意見は大法官解釈上認められてきた婚姻の自由には同性婚の保護は含まれないと批判したのである。本節では、多数意見の婚姻の自由論について検討し、その特徴を明らかにする。

本節の構成は以下の通りである。最初に、多数意見が参照する 362 号解釈など婚姻の自由に関係する先例と対比して、本件解釈の「婚姻の自由」がどのようなものであるかを確認する。ここでは、本件解釈の婚姻の自由論は、ある種の結合への個人の重要な権利として構成されている点に意義が見出されると論じる（Ⅱ 4(1) a）。次に、少数意見を分析

して、多数意見による少数意見の批判への応答を構成できるかを検討する。ここでは、多数意見の婚姻の自由論は憲法解釈として一応成立するものであり、大法官解釈内在的には先例の理解が少数意見の批判の成否を決めると論じる（Ⅱ 4(1) b）。そこでそれに続いて、少数意見が多数意見を批判するに際して引用する、婚姻の保護や婚姻の制度性保障について述べた先行解釈例を分析する。そして本件解釈の多数意見の婚姻の自由論が先例と矛盾しないものとして位置付けられ、したがって少数意見の批判に耐えうるかを検討する。ここでは、一夫一婦に言及した先行解釈例は婚姻の形態を固定させるものではなく、本件解釈の多数意見と抵触しないと理解することができる（Ⅱ 4(1) c）。しかし、このように多数意見の婚姻の自由論の構成が擁護できたとしても、多数意見は当てはめにおいて個人権としての婚姻の自由以外の要素、すなわち婚姻秩序の尊重という先例と親和的な要素も考慮しているため、本件解釈は婚姻の自由について進歩的な要素と保守的な要素の緊張関係を内包した両面的な解釈であると論じる（Ⅱ 4(1) d）。

##### a 婚姻の自由と憲法 22 条

本節では、本件解釈における婚姻の自由の憲法上の根拠と婚姻の自由の内容について検討する。この点に関して、748 号解釈は根拠条文については先例を踏襲しているが、婚姻の自由の構成については先例と異なる姿勢をとっていることが示される。

##### (a) 婚姻の自由についての先例

まず本件解釈による婚姻の自由の導出を確認する。多数意見の婚姻の自由は、憲法 22 条から導かれている。ここで、多数意見が先例の参照を求めていることが注目される。そこで、婚姻の自由について判断を示した先行解釈例と比較して、本件解釈の意義を検討する。まず、婚姻関係の保護についての最初の解釈例である 242 号解釈を取り上げ、次に、本件解釈が直接引用している 362 号解釈を取

60) なお筆者の地理的環境や時間的資源の限界から、本稿執筆に当たった調査では、大法官の先行解釈例を広く検討対象とする先行研究にたどり着くことができなかった。そのため冗長のきらいはあるが、直接先行解釈を引用しての論述が多くなることをお断りしておく。

り上げる<sup>61)</sup>。

(i) 242号解釈

大法官が最初に婚姻を主題として解釈を行ったのは242号解釈である。同解釈は重婚における婚姻取消しの訴えに関するものであった。242号解釈当時の旧民法985条は「配偶者がある者は、重ねて婚姻できない。」と規定しており、同条に違反する婚姻は取消しを請求できるとされていた(旧992条)。

これにつき大法官は、重婚禁止規定の趣旨は「一夫一婦の善良な婚姻制度を打ち立てること」にあり、重婚について取消請求を認める規定は「一夫一婦の婚姻制度の社会秩序を維持するために必要であり、憲法と抵触しない」と判断した。しかし、後婚が取り消される前に「国家が重大な変動<sup>62)</sup>に遭」った場合で、後婚が長らく共同生活をしているときに取消請求を認めるならば、「人民は正常な婚姻生活を享受できなくなるに至り、後婚当事者およびその親族の家庭生活および人倫関係に深刻な影響を及ぼし、反対に社会秩序を妨害するのであり、(……)おのずから憲法22条の人民の自由および権利を保障する規定と、抵触する。」と述べた。

解釈申立者が憲法22条による「婚姻自由権」を主張したのに対し、多数意見は明示的に婚姻の自由には言及していない。しかし、結果として憲法22条に基づいて婚姻生活を保護したことになるため、ここに婚姻の自由論の萌芽を見出すことができる。それと同時に、婚姻制度という概念が、社会秩序と結合して登場していることにも注意すべきであろう。憲法22条が定めている、「社会秩序および公共の利益を妨げない限り」という社会秩序の留保が念頭に置かれているように思われる。

(ii) 362号解釈

多数意見が参照すべき先例として挙げた362号解釈は、重婚無効規定の合憲性が争われた事案についての解釈であるが、事案が

242号解釈よりもやや複雑であった。362号解釈の主たる論点は、前婚が確定判決等により消滅した後に後婚が成立し、さらにその後、再審等により前婚消滅についての確定判決等が変更された場合に生じる重婚関係の処遇であった<sup>63)</sup>。

このように生じた重婚の処遇についての判断の前提として、「重婚無効の規定の所以は、一夫一婦の婚姻制度という社会秩序を維持することにあり、一般的にはなお憲法と抵触しない。婚姻の適格があり〔適婚〕、配偶者を持たない者は、もとより結婚の自由を有し、他者もその者と結婚する自由をまた有する。この自由は、憲法22条の規定によって保障されるべきである。」と、婚姻の自由を明示的に肯定した。

(b) 本件解釈の婚姻の自由論の意義

以上の先例と比較すると、本件解釈が憲法22条による婚姻の自由という定式を踏襲していることが直ちにわかる。しかし本件解釈には先例にない独自の要素が見出され、固有の意義が認められる。

(i) 人格の健全な発展と人間性の尊厳の保護に関わる重要な基本権

本件解釈は、まず婚姻の自己決定が「人格の健全な発展と人間性の尊厳の保護に関わる重要な基本権」とした点に意義が見出される。ここには2つの意味がある。第1に、婚姻の自由について「重要な基本権」であるとした先行解釈例は見当たらないため、本件解釈は、「婚姻の自由」の重要性を明言した点で、新規性がある。第2に、婚姻の自由の保護の根拠を「人格の健全な発展と人間性の尊厳の保護」であると明らかにした点で、新規性がある。242号解釈は「家庭生活」と「人倫関係」を理由に婚姻を保護していたし、362号解釈も婚姻の自由が保護される根拠については特に述べていなかった。したがって本件解釈には、婚姻の自由の根拠を個人に引

61) 552号解釈にも婚姻の自由についての言及があるが、これはII 4(1)cで取り上げる。

62) 本件については国民党政府が台湾に渡ったことであろう。当事者の主張によると、前婚は1940年に福建省でなされたという。242号解釈は1989年に出されている。

63) 大法官は、このような場合において当事者の信頼保護を認め、後婚は当然無効ではなく改めて判決手続により無効とされるまでは有効と判断し、当時の民法にこのような場合における子供の身分等についての規定がないことから、民法の修正を求めた。

き寄せて提示したという意義が認められる。

もっとも、人格の発展や人間性の尊厳という言葉遣いは、憲法 22 条によって権利・自由を保護する場合にしばしば使われており、本件解釈に特有の言い回しではない。そのような解釈例として、例えば「人間性の尊厳と個人の主体性の保護および人格の発展の完全」を理由にプライバシー権の保護を認めた 603 号解釈、「名誉権の趣旨は個人の主体性と人格の完全の保護にあり、人間性の尊厳の実現のために必要であるから、憲法 22 条の保障を受ける」とした 656 号解釈、「個人の主体性および人格の自由な発展の保護のために（……）人民がその意思によって作為しあるいは不作為する一般的行為の自由も、また憲法 22 条の保障を受ける」とした 689 号解釈などがある。このように 22 条を援用するときの常套句を本件解釈が用いているということは、同時に本件解釈が婚姻の自由を保護するために援用する婚姻に固有の考慮要素をこの部分から見出すのは難しいということでもある。個人が誰としかなる「生活」をするかということ、人格の発展と親和性があるようにも思われるが、婚姻の自由を重要とする理由についてこれ以上を具体的に本件解釈から読み取ることは困難である<sup>64)</sup>。

(ii) **共同生活を営む目的で親密性および排他性を持つ永久的結合関係**

次に、婚姻の自由の内容についても本件解釈の意義が見出される。本件解釈は、婚姻の自由を「共同生活を営む目的で親密性および排他性を持つ永久的結合関係を成立」させる自由と理解しているが、このような敷衍は 242 号解釈でも 362 号解釈でも行われていない。したがって、婚姻の自由を結合関係への自由として定式化したことも、本件解釈の新

規性である。

このように婚姻の自由の内容を敷衍することは、一方で婚姻の目的から再生産を切り離し、他方で「生活」という人の生存と密接につながる概念と結合させることで、婚姻の自由について「人格の健全な発展と人間性の尊厳の保護」を理由とした「重要な権利」であるという評価を導いたと考えられる。婚姻に関する先例であり、行政側が引用していた 554 号解釈において、婚姻の社会的機能として「子女の養育」が挙げられていたことからすると、婚姻の自由の定式において再生産への言及がなくなったことは、本件解釈の特徴といえる。

なお、本件解釈の婚姻の自由の敷衍の中で言及される、「共同生活を営む目的で親密性および排他性を持つ永久的結合関係」という、この文言の内容自体が全く新しいというわけではない。例えば、372 号解釈は「婚姻は、夫婦の共同生活を目的とする」と述べており、また後述する 554 号解釈は「婚姻は一夫一婦が永久の共同生活を営むための、また双方の人格が実現し発展しうる生活共同体である。」とより具体的に述べていた。本件解釈の文言も、これらと共通する部分が少なくないことがわかる。

もっとも、先例の文言は、一夫一婦という特定の婚姻制度を前提とした上で、それを説明するという文脈で使われていた<sup>65)</sup>。先例の文言は一見すると婚姻とされる結合一般に関する言明に見えるが、実際には特定の婚姻制度を前提にした説明であるため、その言明の対象は一夫一婦婚に限られていた。それに対して本件解釈では、22 条によって保障される自由の内容として、先の文言が用いられているようにも読める。しかし、その言明

64) 松井・前掲注 9) 立教 191-192 頁は、日本の憲法学説を参照しつつ、748 号解釈の婚姻の自由を説明しているが、台湾法内在的にそのような説明が成立するかは明らかではない。

65) 372 号解釈は、離婚原因としての「同居に堪えない虐待」の解釈の前提として「婚姻は夫婦の共同生活を目的とし、配偶者は互いにその共同生活を円満、安全、幸福に保つよう協力すべきであり、従って夫婦は互いに尊重しあって情動の和合を促進し、家庭内暴力の発生を防止すべきだが、これは婚姻を繋ぎ止めるために必要なだけでなく、社会大衆が期待するところでもある。」と述べたのであった。また 554 号解釈は、婚姻が制度性保障を受けること（II 4(1)c で後述）の説明の一環として、「婚姻は一夫一婦が永久の共同生活を営むためのものであり、また双方の人格が実現し発展しうる生活共同体である。婚姻によって生じたこの種の永久の結合関係は、夫婦を精神的物質的に扶助し頼りあわせるだけでなく、延長して家庭と社会の基礎となる。」と述べていた。つまり、両者とも既存の婚姻制度の「制度趣旨」の説明であった。松井・前掲注 9) 比較憲法 83 頁も参照。

の内容を婚姻の自由の内容であるととらえるならば、およそ「共同生活を営む目的で親密性および排他性を持つ永久的結合関係」と言える限り、婚姻の自由の保護を受けると解する余地が生ずる。すると、現在のように婚姻を二者間に限定する内在的根拠もなくなるという理解も、理由のないものではない<sup>66)</sup>。本件解釈は「同じ性別の二人」について婚姻の自由を論じているため、このような理解が本件解釈から直ちに導かれるわけではないが、本件解釈に先例と異なる方向性が存在していることは明らかであろう（本件解釈で暗示されている、婚姻を限定する要素については、II 4(1)dで後述する）。

### (iii) 婚姻の自由の内実と婚姻制度

ただし、婚姻の自由をこのように個人間の結合の自由として構成することは、婚姻制度を全く不要とするものではないだろうということを補足しておく必要がある。確かに素直に読めば、大法官の言う婚姻の自由は、共同生活を営むという事実的なものについての自由であるようにも思える。しかし共同生活、排他性、親密性、永続性に婚姻が還元されるとすれば、それらを満たす実践は法律婚とは別にすでに存在するだろうし、自由との関係でその場合において政府に求められるのは、そのような者たちを引き裂かないことに限られるはずである<sup>67)</sup>。しかしそうではなく法的に婚姻の自由を論じ、規範の欠缺をもって違憲を宣告するからには、事実状態にとどまらない、法的規律として同性間の関係を婚姻とすることが大法官の念頭にあるはずである。

本件解釈を申し立てた祁氏はその申立書において、同性愛者による家庭は「社会福利および労働福利、租税、財産、子女の監護、医療、(越境パートナーの)在留、教育、文化等の各領域の数多の権利利益について、皆不利な待遇を受けている」と主張していた。大

法官が、同性婚が「法律を経て正式に承認」されると「異性婚とともに社会の安定の基盤となりうる」と論じていることからしても、上で述べたような「結合関係」にあることが法律上の地位として認められることが、大法官の言う婚姻の自由の内容を構成するのではないかと考えられる<sup>68)</sup>。

### (iv) 362号解釈との関係

先例との対比に関連して最後に、本件解釈が362号解釈を引用したこと的位置付けについても説明する。一見して明らかなように、362号解釈も一夫一婦制を前提とした事案についての解釈なのであり、本件についての直接の先例にはならないのではないかと疑問が生じるからである。一方で、先行解釈例は一夫一婦制を前提とした解釈であるから同性婚についての先例にならないとし、他方で、同性婚をも含む婚姻の自由の参照先として先行解釈例を挙げることは、不整合なのではないか。黄大法官が少数意見において、異性婚の前提の下での婚姻の自由から、同性間の永久の結合関係が婚姻の自由にかかることを導くのは飛躍であると論難していることからしても、多数意見の先例の引用の位置付けについて説明を加えるべきであろう。

この点について、同性婚を含む婚姻の自由を362号解釈自体からではなく、(362号解釈の言う婚姻の自由とともに)憲法22条から基礎付けることができるという理解を多数意見は採用したものと考えれば、不整合なく本件解釈を理解できる。憲法22条によって権利・自由を保障するときに用いられる常套句を本件解釈が婚姻の自由の論証で用いていることから、このことが支持される。多数意見が362号解釈を挙げたのは、同性婚を含むかは別として、婚姻の自由がそもそも憲法22条に根拠を求めうるということを示すためであったと思われる<sup>69)</sup>。したがって、本

66) 婚姻の保護対象については松井・前掲注9)比較憲法84頁でも問題とされている。

67) 黄大法官は婚姻以外の一時的あるいは永久の結合関係につき、「その結合関係は個人の一般的行為の自由の範疇に含まれるが、現行法がそれについて何ら制限や禁止を設けていないので、そもそも違憲の問題は発生しない。」と論じる。黄大法官は、結合関係そのものに基づいて制度的保護をすべきというよりかは、婚姻との対比で平等原則の観点から、そのような結合関係を保護しようとしている。

68) 婚姻の自由と婚姻制度の関係については、事後処理との関係でII 4(3)においても取り上げる。

69) この部分と平等との関係については、II 4(2)bで後述する。

件多数意見がそれ自体として不整合を含んでいるとは言えず、また引用先例からの飛躍であるという批判も当たらないと考えられる。

### (c) 当てはめの検討

以上のような婚姻の自由の構成を前提に、当てはめについて検討する。本件解釈の憲法22条の審査は、詳細な審査基準の定立と当てはめを欠いており、大法官は婚姻の自由についてはそれが同性への性的指向を持つ者についても保障されることから、直ちに同性婚を規定しない現行民法の違憲性を導いている。これは不自然である。というのも、同じく憲法22条から明文保障のない権利・自由を認めた603号解釈や656号解釈などにおいては、結論を導く基準やその当てはめを論じているからである<sup>70)</sup>。

このように当てはめの論証が欠落しているのは、当該自由を保障しないことの正当化が明らかに不可能であると判断したからであろうか<sup>71)</sup>。本件解釈に当てはめの論証を読み込むとすれば、同性婚を認めることによって異性間の法律婚に影響はなく、「異性婚が作り上げてきた社会秩序を改変しない」と述べた部分が、同性婚を婚姻の自由によって保護することは、憲法22条において権利・自由の保護のための要件として定められている「社会秩序および公共の利益を妨げない」ことを満たすことの論証、あるいは憲法22条で保護される権利・自由の制約のために憲法23条が要求する「社会秩序を維持または公共の利益を増進するために必要」に該当しないという論証だと位置付けることができる。

### (d) 検討のまとめ

以上の検討をまとめると、本件解釈の婚姻の自由論は次のように理解できる。第1に、本件解釈は婚姻の自由の根拠条文を、先例が

異性婚について援用したのと同様に、一般的権利・自由を保障する憲法22条であるとした。第2に、大法官解釈として初めて、婚姻の自由が「人格の健全な発展と人間性の尊厳の保護に関わる」重要な権利であると明言した。そして第3に、本件解釈は婚姻の自由の内実を、共同生活のための二者間の親密で排他的な永久の結合への権利と敷衍して、個人を基礎に婚姻の自由を構成した。これは先例がすでに保護されている婚姻についての説明として論じた内容を、未だ実定法制度上保護されていない婚姻をも要求しうる権利内容へと転換させたと評価できる。このように本件解釈は、先例と共通する部分もあるものの、先例とは異なる理論的立場を前面に出した解釈であると言える。もっともこのような権利構成に対して、その当てはめは必ずしもはつきりせず、さらなる精緻化が必要であろう。

ここまでの整理検討によって、本件解釈の多数意見の意義および構成が明らかになった。しかし、少数意見は、そもそも婚姻の自由が同性カップルに及ぶことを批判している。そこで、多数意見と異なる婚姻の自由の理解、すなわち呉大法官と黄大法官の少数意見における婚姻の自由を検討し、共同生活のための結合への自由という、多数意見の婚姻の自由論が擁護されるかを判断しなければならない。

### b 少数意見の論理と多数意見の応答

ここでは本件解釈の少数意見の論理<sup>72)</sup>を確認し、それに対する多数意見の応答を理由書から読み取ることを試みる。

本節では、多数意見と少数意見がどのように対立しているかを整理して、多数意見と少数意見のいずれが台湾法内在的に支持されるべきかは、先例の理解によるということを示す。まず少数意見の論理の理解として、本件

70) 603号解釈においては、指紋の固体識別性と終身不変性から、強制の方法による指紋の大規模な収集が合憲であるためには、「重大な公益目的の達成と密接な関連性を具える、侵害の比較的少ない手段」でなければならない、「法律によって明確に規定される」ことが必要としている。656号解釈においては、名誉権の保護と（表現しない自由を含む）言論の自由の過度の制約の防止の観点から、「不法に人格法益を侵害した状況の軽重と意思の表明を強制する内容など」を慎重に考慮すべきであるとして、当てはめにおいては目的の正当性と名誉の回復のために必要な程度であるかが審査されている。

71) 台北市は同性婚の制限が、憲法23条所定の制限のための正当な目的がなく、仮に正当な目的があったとしても比例原則を満たさないと主張していた。

72) 本稿では、少数意見の内容のうち、解釈申立てが不適法であるという部分は割愛する。



解釈の2つの少数意見はどちらも同じ先例を援用し、同じく婚姻制度の保障を論じているが、その内実は互いに異なっていることを確認する。そして多数意見の議論から少数意見への一応の応答を見出すことができ、多数意見の応答はそれ自体憲法上の基礎付けを与えられうるということを示す。

#### (a) 少数意見の論理

##### (i) 呉大法官不同意意見

最初に、呉大法官の少数意見を検討する。呉不同意意見は先例<sup>73)</sup>に依拠して、「婚姻は終生の共同生活を目的とする一男一女の適法な結合関係であり、社会の形成と発展の基礎として、一つの、憲法により制度性保障を受ける制度 (Institution) であって」、大法官が述べてきた婚姻の自由の核心は「民法の一男一女の制度」であるとする。そして婚姻の意味合いは「社会によって巨大な差異があり、国家の社会や文化の価値観を反映する」から、婚姻の意味合いを変更するには、立法機関による立法か、国民投票<sup>74)</sup>による立法原則のイニシアティブによらなければならないと主張する。よって、現行法が一夫一婦を民法上の婚姻として定めた以上、婚姻の自由が言うところの「婚姻」は「民法の一夫一婦制度に依って成立する婚姻」なのである。また、諸外国の立法や国際法規範を見ても、同性婚の保障が世界に普遍的なものではないとしている<sup>75)</sup>。

ここからわかるように、呉大法官の婚姻の自由の論理は以下の2点からなる。すなわち、第1に婚姻の自由の核心は、一夫一婦婚姻制度の保障であるということ。第2に、婚姻制度の内容を決定するのは、広義の立法手続によらなければならないということ。つまり、呉大法官によれば、婚姻の自由とは、事実状態に基礎を持つものではなく、また憲法によって指定された制度でもなく、立法手続によって形成された制度を前提とした自由で

ある。

##### (ii) 黄大法官部分不同意意見

次に、黄大法官の少数意見を検討する。黄大法官は、「同性の2人が永久の結合関係を自己決定する権利を持ち相互に扶助すること」が法律によって「適当な保護が与えられるべきである」ことに同意する一方で、多数意見の同性婚に及ぶ「婚姻の自由論」には同意できないとする。その理由は概略以下の通りである。すなわち、先例は婚姻を「制度保障<sup>76)</sup>」としてきたこと、そしてその根底にあるのは婚姻が憲法に先行するという認識であること(「婚姻制度は悠久の歴史を有し、憲法や法律に先んじて存在していたのである。」)、それゆえ憲法解釈権者であって憲法制定者ではない大法官に婚姻の定義を変更する権限はないこと、平等についても先例は婚姻の男女平等を述べておりそれは本件のような同性間には当てはまらないこと、である。

論理がややわかりにくい部分があるが、「もし大法官が憲法解釈によって婚姻の定義を変更しようとするならば、憲法制定と異なるところはないが、しかし大法官には憲法制定権がないのである。」と、大法官の憲法解釈の限界を強調する部分を解釈するに、黄大法官は婚姻を前法的に「一夫一婦」ととらえており、そのみが婚姻制度として保障を受けているのであって、婚姻の定義を変更するには憲法制定(あるいは憲法改正)が必要だと考えているように思える<sup>77)</sup>。このように理解できるとすれば、黄大法官の論理に従う限り、婚姻の定義を(少なくともその核心については)立法で変更することも認められないことになる。

##### (iii) 少数意見の論理についてのまとめ

以上によれば、2つの少数意見は多数意見を批判するにあたって、同じく先例を引用して「婚姻制度の保障」というタームを共有しているが、それぞれ異なったことを述べてい

73) 242号, 362号, 365号, 552号, 554号, 647号, 696号, 712号の各解釈を参照している。

74) 国民投票の制度については、Ⅲ1で後述する。

75) この点は法務部の主張と同趣旨である。

76) 黄大法官は「制度性保障」ではなく「制度保障」という言葉を用いているが、文脈上同じ先例を指していると思われるので、ここでは区別しない。

77) この少数意見中で憲法制定というのは、現行憲法に婚姻についての規定がないからであろう。

る。図式的に整理すれば以下の通りである。つまり、呉大法官は婚姻の自由を一夫一婦婚にしか認めないが、それは立法が一夫一婦婚のみを定めているからである。他方、黄大法官も婚姻の自由を一夫一婦婚にしか認めないが、それは一夫一婦婚が憲法に先立って存在しているからである。

#### (b) 多数意見の応答

これらに対して、多数意見は応答しているだろうか。明文で少数意見に言及する部分はない。しかし、多数意見の趣旨を踏まえると、少数意見に対応する議論を多数意見から構成することは可能である。

#### (i) 呉大法官不同意意見について

まず、呉大法官についてである。多数意見も、同性婚が異性婚と同様に婚姻の自由の平等な保護を受けるとするのは、「極めて論争的な、社会的でまた政治的なトピック」であって、「民意を反映する機関が民情をよく観察し、大局を見極め、折衝と協調によって、適時にきちんと立法あるいは法改正することによって対応すべきである。」とする点で、立法が第一に対応すべきであることを承認する。しかし、多数意見は婚姻の自由について憲法 22 条を根拠として、「共同生活のための永久の結合」に基礎を持つ権利として構成したため、婚姻の自由は憲法レベルで成立するという応答をしていると考えられる<sup>78)</sup>。このように、法律を待って初めて婚姻が考えられるという呉大法官の主張を多数意見は退けている。そして前節で見たように、多数意見の婚姻の自由論が（当てはめは別として）憲法 22 条のオーソドックスな議論によって支えられていることを踏まえると、この点についての呉大法官の批判によって多数意見の議論が失敗しているとは言えない。

また、多数意見は、同性婚の保護が世界普遍的ではないという主張についてなんら述べていない。これは、多数意見が「人格の健全な発展と人間性の尊厳の保護に関わる」「重要な基本権」として、同性婚を含む婚姻の自由を憲法 22 条に基礎付けることによって、諸外国や国際法規範において同性婚が明文の

保障を受けているか否かという争点の重要性をそもそも否定したものと見ることができると。権利保護の世界普遍性が憲法 22 条による保護の要件であるという考えは、先例においても必ずしも採用されていない。例えばプライバシー権を認めた 603 号解釈や名誉権を認めた 656 号解釈においては、権利保護の世界普遍性への明示的な言及がない。だとすると、大法官解釈として本件解釈の多数意見の立場はなお正当と評価できるだろう。

このように考えるならば、呉大法官の批判によって多数意見の説得性が失われているとは言えない。

#### (ii) 黄大法官部分不同意意見について

次に、黄大法官については、直接の応答を見出すのは難しい。しかし多数意見は、そもそも憲法 22 条による権利・自由と切り離して特定の形態のみを婚姻とするという想定自体を拒否しているように思われる。多数意見は「基本権保障と自由民主的憲政秩序等の憲法の基本的価値」に言及することで、政治的に論争的である同性婚問題に対して憲法上の介入を行っている。同性カップルは、法律上結合関係を認められていないという不利益を受けるだけでなく、「排斥や偏見」そして「ステレオタイプ」の影響で長年劣位に置かれており、政治過程における「挽回」が困難だった。そうした権利侵害の状況を救済するためには、ただ同性カップルの結合を法律上保護するだけでなく、それを「婚姻」として保護すべきであると考えられることにも理由がある。仮に同性カップルについて、例えば婚姻ではなくパートナーシップとして保護を行うとすると、長年の偏見を背景に社会的にそれが二級の婚姻であるかのように扱われるおそれがあるからである。このように考えると、婚姻の自由について、実定法制度から離れて存在する保護されるべき共同生活の利益に着目する多数意見の構成も、十分支持できる。またそもそも異性間の単婚のみが「悠久の歴史」を持つということについて、黄大法官は特段の根拠を挙げていないため、経験的な主張としての黄大法官の立論を疑うこともでき

78) 婚姻制度と婚姻の自由の関係や婚姻という名称については、II 4(3)で後述する。

る<sup>79)</sup>。

### (iii) 応答のまとめ

いずれにせよ、多数意見が同性婚の可否に関する先例はないとして憲法 22 条から婚姻の自由を導出する限りで、少数意見の批判へは一通り対応する議論がなされている。そして、多数意見が「共同生活を営む目的で親密性および排他性を具えた永久の結合関係」としての婚姻の自由を「重要な基本権」であるとする議論は、そもそも台湾において婚姻の自由が一般的権利・自由保障条項である憲法 22 条に根拠として認められてきたことからすると、それ自体権利論として成立している。したがって現時点では、多数意見は少数意見の批判に対して自らを擁護できていると見てよいだろう。

しかし、少数意見が自らの婚姻の憲法上の位置付けを擁護するために援用した先行解釈例およびそこで用いられた「制度性保障」の概念が、(多数意見の理解とは異なり)なお先例として本件解釈に妥当し、多数意見の議論を覆すような内容を持つとすれば、少数意見の批判が最終的には成立することになる(逆に言うと、先例が多数意見を覆さない限り、少数意見の理解を大法官が採用すべきという結論は導かれまいと言え)。したがって、748 号解釈における対立を台湾法内在的に評価するにあたっては、先行解釈例をたどる必要がある。

多数意見は、婚姻の自由を認めたものとして 362 号解釈を参照することを除けば、既存の解釈は異性婚を前提としていたので同性婚についての先例とはならないとして一蹴しているため、多数意見が先例について、とりわけ「制度性保障」について具体的にどのように考えていたのかを知ることは難しい。しかし本件の多数意見が明示の解釈変更をしていないために、なお先例と本件が抵触するおそれが残されている以上、ここで補って説明を与えるべきであろう。そこで、先例を概観して改めて大法官解釈における「制度性保障」

と婚姻の自由の文脈を明らかにしたい。その中で、多数意見の論理を整合的に理解する余地があるかを探る。

### c 婚姻についての先行解釈例と制度性保障

「一夫一婦の婚姻制度は、(……) 憲法の保障を受けるべきである。」(552 号解釈)、「婚姻と家庭は(……) 憲法の制度性保障を受ける。」(554 号解釈)というように、大法官解釈においては「一夫一婦」の婚姻制度が保障されたとした解釈例が見受けられる。しかし多数意見はこれらも、552 号解釈は「重婚の効力規定の例外状況」について、554 号解釈は「姦通罪の合憲性」について論じたものであって、一夫一婦制を前提とした解釈であり、同性婚についての先例とはならないと理解している<sup>80)</sup>。この論理で退けられると考えたためか、本件解釈において制度性保障について論じた部分はない。しかし、先行解釈例における「制度性保障」が何らかの形で婚姻の定義を独占するものであったとすれば、制度性保障は同性婚に対しても適用があり、多数意見の先例理解は誤っているということになる。果たしてそうなのだろうか。

制度性保障の当時の理解を探究するならば、当時の議論に影響を与えたと思われる学説などをたどり、制度性保障の内実を明らかにする作業が必要だろう。しかしそれは本稿の目的をはるかに超えてしまう。したがって、本稿では、本件解釈の立場から先例の解釈文を眺め、本件解釈と衝突しないような再整理が可能かという点を検討する。そのような再整理が可能であれば、先例に依拠する少数意見の批判を多数意見は退けることができ、多数意見の婚姻の自由論が台湾法として参照に値するということが確保される。本稿の趣旨からすると、このように議論ができれば十分である。

結論として本稿は、台湾における婚姻の制度性保障は、婚姻の特定の形態を固定するという意味で婚姻の定義を独占するものではな

<sup>79)</sup> 台湾においてどうかは調査できていないが、婚姻一般については、歴史上複婚が認められていた時代は存在するだろう。

<sup>80)</sup> 鄧・前掲注 49)77 頁、79-80 頁も、本件解釈の多数意見をほぼなぞって、「婚姻は一夫一婦である制度的保障という見解」が「同性婚を否定する見解」ではないと理解している。

く、婚姻および婚姻当事者の利益を対立者に対して劣後させないという機能を果たしてきたと整理することができ、その限りで本件解釈は先例と整合的に理解することができるかと主張する。

本稿では、検討対象とする「制度性保障」の範囲を限定する。大法官が「制度性保障」について述べるとき、その対象と意味は様々である<sup>81)</sup>。憲法11条の「講学の自由」は「學術の自由の制度性保障である。」(380号解釈, 450号解釈)と言うとき、それは大学の自治を導く。他方で、刑事手続について法律の定めを要しかつ憲法23条の要件を満たす必要があるということは「人身の自由の制度性保障である。」という用法(384号解釈)や、「憲法16条が定める人民の訴訟の権利は、人民が権利侵害に遭った時、訴えにより救済を求めることができる制度性保障であり、その具体的内容は(……)法律によって初めて実現する。」(396号解釈)という用法も存在している。

もっぱら婚姻を扱う本稿の趣旨からして、これらについて包括的に検討することは不要であろう。そこで本稿では制度性保障の全体を論じるのではなく、あくまで婚姻との関係で制度性保障がどのように使われていたかをたどる。なお、婚姻保護の憲法解釈と婚姻の制度性保障の全容を明らかにするため、制度性保障という言葉は使われなかったが、法律婚制度や婚姻の保護について述べた解釈例も検討対象に加える。これらは少数意見におい

ても引用されているため、検討に値する。そこで、婚姻制度の保障について初めて言及した552号解釈以降の、婚姻制度の保障あるいは婚姻の保護について言及した解釈例を、年代順に取り上げ、その展開を検討する<sup>82)</sup>。

解釈例の展開を予め整理しておく、以下のようになる。婚姻の保護あるいは婚姻の自由が憲法22条によって保障される(242号解釈, 362号解釈, 既述)が、重婚禁止との関係では憲法上保障される一夫一婦の婚姻制度の制約を受ける(552号解釈)。しかし婚姻が一夫一婦であることを前提に婚姻の制度性保障を論じた554号解釈は、婚姻の形態に関する解釈ではなく姦通罪処罰の合憲性に関する解釈だったのであり、それ以降、婚姻の制度性保障や婚姻制度の保護は平等(647号解釈, 696号解釈)あるいは財産制(620号解釈)に関して言及されるようになっていく。その結果、婚姻の制度性保障は婚姻の形態に関する機能ではなく、婚姻に関わる利害対立において婚姻あるいは婚姻当事者を保護するものへと展開していった。

#### (a) 先行解釈例

##### (i) 552号解釈

婚姻制度が憲法上保障されると述べたのは、552号解釈が最初である。552号解釈は362号解釈の補充解釈であり、重婚状態が例外的に認められる事態について判断した解釈である。このように重婚の許容性を論じている文脈で、婚姻制度の保障と婚姻の自由の制約が登場するのであって、ここでは、一夫一

81) 制度性保障についてある学説は以下のように説明する。即ち、憲法には『主観的個別基本権』のほかに、なお『客観的制度の側面』を持つ憲政制度があり、同時に憲法が保障する範囲に属する。制度性保障を唱える学説は、制度性保障の対象について、「立法者の法律の自由形成の余地ならびに司法権および行政決定(とりわけ行政命令)に対して、等しく憲法の拘束力が及ぶ」ようにすることを目的としている。台湾では大法官解釈上重要なものとして、「學術の自由、公務員制度、婚姻および家庭、地方自治」について制度性保障が認められており、制度性保障は立法や行政行為の合憲性を非難するために用いられている。しかし、制度性保障の効果は大法官解釈上明確ではなく、「司法機関は、これらの制度が制約されたとき、制度内の成員がその公法上の権利が侵害されたということを認めていない」と批判されている。本稿はこの林の議論の当否を論じない。また、林の言う通り制度性保障の起源がシュミットであるかについても、本稿は論じない。林明鏞「大法官之憲法解釋與憲法續造」〔周志宏ほか主編『現代憲法的理論與現實——李鴻禧教授七秩華誕祝壽論文集』(元照出版, 2007)所収] 790-792, 805-806頁参照。

82) なお呉大法官が挙げた先例のうち、365号解釈と712号解釈はここで取り扱わない。365号解釈は確かに「一男一女によって成立する婚姻関係」と述べているが、争点は親権行使の父母平等についてであり、365号解釈はもっぱら婚姻内部に関する判断をしたものであって、婚姻の自由や制度性保障について語っていないからである。また712号解釈は362号解釈等を参照して「婚姻と家庭は社会の形成と発展の基礎であり、憲法の制度性保障を受ける」と述べているが、事案は養子縁組の制約の合憲性であり、婚姻が主題ではないからである。

婦制が重婚に対して守られるべきものと位置付けられている。552号解釈の判断は、「一夫一婦からなる婚姻制度は、配偶者間の人格倫理関係を守り、男女平等原則を実現し、社会秩序を維持するものとして、憲法の保障を受けるべきである。」「婚姻の自由は憲法上保障される自由権といえども、一夫一婦からなる婚姻制度の制限を受けるべきである。」というものであった。そして552号解釈も一定の場合に重婚状態が生ずることは承認したが、「婚姻が当事者個人の身分関係の変更に及ぶだけでなく」、「婚姻の人倫秩序の維持、家庭制度の健全、子女の正常な成長等の公共の利益に関わる」ため、重婚状態を認めるためには前婚の消滅への信頼について「より厳格な要求」が課され、後婚双方の当事者が善意無過失であることが要求されるとした。

確かに、552号解釈は公共の利益を強調しており、一夫一婦制が婚姻の自由に優先するとしたとも読める。しかし、ここで注意が必要なのは、婚姻の自由が「一夫一婦からなる婚姻制度の制限」を受けるという判断が、重婚無効の規定の合憲性を述べる文脈で使われているということである。一夫一婦制が一般に他の婚姻の自由を制限できるとまでは明示的に述べられていない。

#### (ii) 554号解釈

次に554号解釈が初めて「制度性保障」という言葉を用いた。554号解釈では姦通罪の合憲性が問題となった。その前提として、婚姻と家庭は「社会の形成と発展の基礎として、憲法の制度性保障を受ける」という。そしてそれに続き、「婚姻制度は人格の自由に基づき、人倫秩序の保護、男女平等、子女の養育等の社会的効能を有するのであり、国家は婚姻制度の存続と円満を確保するため、おのずから関係する規範を制定し、夫婦双方に互いに忠誠義務を負うよう規律することができる。」と述べた。ここでは一夫一婦という言葉が明示的に使われていないが、同解釈において「婚姻は一夫一婦が永久の共同生活を営

むための、また双方の人格が実現し発展しうる生活共同体である。」とされていることからして、一夫一婦の婚姻制度が念頭におかれていることは明らかである。

他方で性行為の自由は、「個人の人格と不可分の関係にあり、(……)憲法22条の規定により、社会秩序と公共の利益を害さないという前提のもと、初めて保障される。性行為の自由は、おのずから婚姻と家庭制度の制約を受ける。」とした。しかし、性行為の自由を刑罰により制約する立法が直ちに正当化されるわけではなく、「立法目的が正当性を有し、刑罰手段が立法目的の達成を助け、また他のより小さな侵害で同一目的を達成できる運用可能な手段がなく、刑罰が基本的権利を制約する程度と、立法者が保護しようとする法益の重要性および行為の法益に対する危険度が比例関係」になければ合憲と言えない。

このように判断した554号解釈において、制度性保障はどのように機能しているのか。既述のように748号解釈の呉大法官の不同意意見では、制度性保障によって婚姻の自由の保護のためには立法が必要であると主張されていた。また、松井直之は、大法官が婚姻の自由を「制度的自由」としてきたということを示す文脈で、「『婚姻』の自由も、そのような婚姻制度の存続と調和を確保するために制定される法規範に基づき、保障されると解するのである。」としており、同趣旨の理解を示している<sup>83)</sup>。

しかし、本文で述べたように、554号解釈は性行為の自由の制約の合憲性が争われた事案であり、婚姻の自由が争点だったわけではない。552号解釈あるいは554号解釈自体が、婚姻の自由は「婚姻制度の存続と調和を確保するために制定される法規範」によって保障されると述べているわけではないことには注意が必要である。また、696号解釈(詳しくは(V)で後述)は、婚姻の制度性保障の例として挙げられる解釈であるが、696号解釈における争点も婚姻の自由ではなく、婚姻の有無

83) 松井・前掲注9)比較憲法82頁。引用箇所注(41)で松井は552号解釈の参照を求めているが、ここで出てくる「婚姻制度の存続と調和を確保するために制定される法規範」という言い回しは、552号解釈に類似の文言がないことを踏まえると、554号解釈を念頭においているように思われる。

による税負担の差異であった。これを踏まえると、554号解釈からも、またそれ以外の先例からも、「憲法が婚姻制度を保障する」と述べたことが松井の言う「制度的自由」を含意するという結論を導くとは言えないように思われる。

婚姻の制度性保障が、婚姻の自由とは立法によって保護されるものであるという理解を導かないのだとすると、どのように理解すべきだろうか。554号解釈内在的に考えるならば、制度性保障は憲法23条による権利制約の正当化の審査において、婚姻を保護するようなあり方での権利制約を正当化しよう（比例原則を満たすよう）傾ける考慮要素として働いていると見るべきではないか。

憲法22条によって保障される自由が、社会秩序と公共の利益によって制約されるということは、同条の明文に規定があり制度性保障の帰結ではない。また、婚姻制度の「存続と円満」のための規律を行うことができるというのは、それらの規律がそれ自体として合憲である限り、憲法的に特別の意味がある説示ではない。加えて、一夫一婦制が社会秩序および公共の利益に関わるということは552号解釈がすでに述べているが、554号解釈では性行為の自由の制約が一夫一婦制の保護に役立つからという理由で直ちに合憲とされているわけではない。

これらを総合して考えると、制度性保障が554号解釈においてなんらかの機能を果たしたとすれば、婚姻制度の保護に伴う権利制約を無条件に是認するのではなく、その制約の憲法23条適合性の審査において合憲へと傾ける要素として考慮されたと理解するのが妥当

であると考え<sup>84)</sup>。婚姻の制度性保障はその第一例においてすでに、直接婚姻の形態を論じるものではなかった。

### (iii) 620号解釈

婚姻についての制度性保障が次に現れたのは、620号解釈である。当時の改正民法1030条の1第1項本文は、「連合財産関係が消滅するとき、夫あるいは妻が婚姻関係の存続中に取得し現存する原有財産は、婚姻関係の存続中に負った債務を控除した後、剰余があれば、その双方の剰余財産の差額は、等しく分配されなければならない。」と規定していた。そしてこの請求がなされた場合、当該請求部分については遺産税の課税範囲外と解されていた。これについて最高行政法院が、同条の規定は同条の発効後に取得した原有財産のみに適用がある旨の決議をしており、その合憲性が争われた。

大法官はこれに対して、同条の立法趣旨を、「憲法が男女平等を保障し婚姻および家庭を保護するという目的を実現するために、(……)婚姻関係が存続中の夫あるいは妻の家事、子女の養育および婚姻共同生活に対する貢献について、夫婦連合財産制のもとでは未だかつて得られていなかった公平な評価を与えることにある。」とする。そして憲法上男女平等や婚姻と家庭が保障されていることからすると、これらは同条による請求権が存在しないという財産上の信頼に優越し、同条の適用を制限した最高行政法院の決議は「改正民法1030条の1の立法目的および、婚姻と家庭が憲法上制度性保障を受ける趣旨に反する」と判断した。620号解釈に従えば、同条の適用が制限され、その分遺産税や贈与税

84) 23条の審査はどうか。ここでは指紋の強制収集を違憲と判断した603号解釈と比較を試みる。同解釈は554号解釈と並んで、憲法22条により認められた権利の制約について、一定の基準を立ててその合憲性を審査しているという点で共通点を持つからである。同解釈によればプライバシー権は「不可欠の基本的権利」であり、国家が強制の方法により大規模に指紋を収集することは、その収集が「重大な公益目的の達成と密接な関連性を具える、侵害の比較的少ない手段であり、かつ法律が明確に規定している場合」に合憲であるとした。

「正当な目的」と「重大な公益目的」という審査基準の差異は、性行為の自由とプライバシー権の重みの違いあるいは権利侵害の態様の違いに由来するかもしれないが、両解釈の最大の違いは手段審査における当てはめの具体性である。603号解釈が立法目的や目的と手段の関連性、被侵害利益と公益の比較を細かく行うのに対し、554号解釈は目的の正当性を明示的に論じることなく、姦通を刑罰で禁圧することが、婚姻と家庭制度の倫理的価値を保護するのに一定有効であり立法目的の達成に資することを指摘し、また姦通罪の法定刑の重さや親告罪であることから「姦通行為の処罰は必要な範囲に限定されている」として、合憲としているのである。婚姻の「存立および円満」に資する限りにおいて、制度性保障が考慮されて、その目的の正当性が直ちに肯定され、比例審査が（少なくとも当てはめにおいて）やや緩やかになった可能性がある。

の課税が拡大するとすれば、それは男女平等や「社会の形成と発展の基礎」としての婚姻と家庭という憲法の趣旨に反して、請求権者たる婚姻当事者の財産上の利益が奪われることになるという。

ここで婚姻の制度性保障が、婚姻の形態と関係がないことは明らかであろう。現に、620号解釈では「婚姻と家庭」の保障が謳われているのであり、先例として554号解釈が参照されているが、「一夫一婦制」の保障は明示的に登場しない。620号解釈では、婚姻の制度性保障が、むしろ婚姻への利益あるいは婚姻当事者への利益を保護するものとして現れていることが注目される。ここから、620号解釈における制度性保障は、婚姻の特定のあり方を保護するというよりも、婚姻に参与した者の利益を劣後的に扱わないよう求めるものとして働いていると考えることができる。

#### (iv) 647号解釈

婚姻を保護することについて、目的の正当性が認められるということは、647号解釈によって踏襲された。同解釈は夫婦間の財産移転につき贈与税を免除することを法律婚配偶者に限定することが平等違反かを論じている。

647号解釈では判断枠組みとして、「目的が正当」か、および「区別の指標と差別待遇の手段と目的の間に合理的関連性がある」というやや緩やかな基準が用いられている。それは租税の設計が「国家財政資源の分配に関わり、公共利益の保護と国家政策の推進と緊密に相関する」がゆえに、立法裁量が広いと判断されたためである。

婚姻についての議論は、当てはめにおいて現れる。647号解釈は目的の正当性について、夫婦の家計が個別に分けがたいことを背景に「婚姻制度の保護に基づいて定められたもの」であるとした上で、その「目的は正当である。」とする。合理的関連性については、二つの場合に分けて論じている。まず重婚の内

縁について、そのような事態は「一夫一婦の婚姻制度に反し」ているほか「ひいては配偶者の経済的利益に影響しうる<sup>85)</sup>」から、そのようなカップルを贈与税免除の対象としないことは「婚姻制度の保護という目的の達成と合理的関連性がある」とした。一方、単純内縁の排除についてはこれとは別に平等違反の可能性が考える。しかし、法律婚の趣旨が「公示の効果を強化し、倫理関係と社会秩序を維持し公共の利益を促進する」ことにあるとして、法律婚の成立に「登記や一夫一婦等の要件」を求めることには「憲法上の正当性がある。」とする。それゆえに、贈与税の免税を法律婚に限ることは、「法律上の婚姻関係を保護するための考慮」であり、「目的は正当で、手段も婚姻制度の保護に役立つ」として平等違反を否定している。最後に、結局この差別的取扱いは合憲であるが、内縁など婚姻と実質を近くするものについて、婚姻制度等公益を損なわない限りで法律上の保障を与えることは否定しなかった。

わかりにくい解釈であるが、まとめると結論は以下のようになると思われる。当該税制設計を採用する理由の基礎が法律婚以外にも当てはまったとしても、法律婚それ自体を保護の対象とすべきとして、法律婚以外を保護対象としないことが許される。まず重婚の内縁については、法律婚と利害が対立するため、内縁を排除することは法律婚当事者の不利益を回避することであり、法律婚保護と合理的関連性がある。大法官は、少なくとも647号解釈では、法律婚当事者の保護も法律婚保護と合理的関連性があると言えると考えているように思われる。一方単純内縁の排除については、保護対象としない理由付けがわかりにくい。大法官が列挙した事由のうち、公示の強化については、本件が税制に関わるため画一的処理が必要であるという理由が背景にあったのかもしれない。しかし、倫理関係、社会秩序、公益の増進は、その位置付けと内容がなお明確ではない。647号解釈から

85) 免税によって内縁相手への贈与を促進するとすれば、他方配偶者のために用いられうる財産あるいは連合財産解消時に他方配偶者が分配を請求できる配偶者の財産が減少し、その結果他方配偶者の経済的利益に関わるということだろうか。

はっきりとわかるのは、税制設計との関係では、単純内縁の保護が法律婚の保護に劣後したとしても平等違反にならないということであって、婚姻の形態について647号解釈が明示的に述べているとは言い切れない。

(v) 696号解釈

反対に、法律婚にとって不利益が生じる場合に審査基準が厳しくなることを示したのが、696号解釈である。同解釈は給与ではない所得〔非薪資所得〕について、夫婦の合算申告を強制する所得税法の規定の合憲性が争われた。

これについて大法官は、「婚姻関係の有無によって税負担に差別的待遇があり、夫婦の経済負担を加重するに至れば、婚姻に対する懲罰と等しく、憲法が婚姻と家庭制度を保障する本旨に反し」、平等審査は「比較的厳格な審査を受けるべき」であるとした。比較的厳格な審査は、「目的が合憲でなければならぬことに加え、採られる差別待遇と目的の達成の間に実質的関連性がなければならぬ」というものである。

696号解釈は租税分野の平等についての解釈であり、その点では647号解釈と同じである。にもかかわらず、婚姻制度が保障されていることから、平等審査の審査基準は厳しくなっている<sup>86)</sup>。

(b) 先例における「制度性保障」の意味付け

以上を踏まえて、先例は本件の多数意見および少数意見との関係でどのように意味付けられるだろうか。婚姻の自由について大法官が行ってきた解釈は、その事案の内容からして、法律婚と法律婚以外の利害が対立する場合や、法律婚への不利益が争われる場合であったことがわかる。そしてそのような場合に、先例は法律婚保護を正当な目的と認め、法律婚当事者が有利になる場合は緩やかに審査し、反対に不利になる場合は比較的厳格に

審査するという傾向を示している。そして、法律婚の保護の内実について、解釈例には展開が認められる。重婚無効という婚姻の規律を擁護した552号解釈から、婚姻制度の「存続と円満」のために関連規定を制定することを是認した554号解釈を経て、647号解釈や696号解釈に至ると、婚姻の保障や婚姻の保護は、婚姻当事者の利益の保護をも含むうる理屈となったのである。

このような利害対立という観点から見ると、重婚についての552号解釈も統一的に説明できる。なぜならば、重婚無効という規律も、重婚に参加しない既存の法律婚当事者の利益と重婚の相手方の利益が対立する場面において、既存の法律婚当事者を保護するものとしても構成できるため、法律婚と非法律婚の利害対立において法律婚を優先するという機能を果たしていると言えるからである。552号解釈が結果的に生じる重婚関係を保護するには、信頼保護としては「より厳格な要求」である、当事者双方の善意無過失を要求したことも、婚姻に不利益になる場合には比較的厳格な審査をするという上記の傾向と整合する。重婚状態を認めることは、既存の法律婚当事者にとっては不利になりうるから、それを容認するためには通常信頼保護よりも要件が加重されるのである。

以上のことをまとめると、次のように言える。すなわち、制度性保障を含め大法官の婚姻保障の機能は、婚姻あるいは婚姻者の利益をその対立者から保護するというものであり、既存の法律婚と対立しないものについて制度性保障を理由として婚姻から排除したことはなかった<sup>87)</sup>。確かに647号解釈においては、法律婚が登記や一夫一婦制を要求することが正当とされ、婚姻と必ずしも対立しない単純内縁が排除されたとも読める。しかし、647号解釈が単純内縁を保護する必要がないと述べたのも、立法裁量が広い税制設計

86) 「財政収入を維持することは、全国民の公益に関わるといえども、婚姻と家庭に対し不利な差別的待遇の手段を取ることはできない。」と判断している。

87) 一夫一婦制が大法官解釈上の婚姻の核心ではないという立論も不可能ではないが、先例が婚姻の機能に「男女平等」を明示していたことを考えると、異性間であることが先例の大前提であると考えられる。そうである以上、同性婚は先例が想定する婚姻の核心と衝突すると考えられ、また先例の言う制度性保障を大法官解釈上受けるとするのは困難だろう。



についての判断としてであり、婚姻それ自体の可否が直接問題になったわけではないのである。また同解釈は内縁等について「婚姻制度等公益を損なわない限りで法律上の保障を与える」としたが、婚姻制度と利害が対立しない場合についても非法律婚を排除するという趣旨までをそこから読み取らなければならないわけではないだろう。

### (c) 先例と本件解釈との関係

ここまでの検討を踏まえて、婚姻の制度性保障と748号解釈の関係について結論に至ることができる。同性婚を認める場合、同性婚と異性婚あるいはその他の人々との感情的な衝突は起こるかもしれないが、(同性婚を異性婚よりも格別に厚く保護しない限り)重婚とは異なり既存の異性婚と同性婚の利害が対立する状況は発生しない。多数意見が、同性婚を認めても「異なる性別の2人が、婚姻章1節から5節の婚約、結婚、婚姻の効力、財産制および離婚の規定を適用することに対して影響を及ぼさないし、また異性婚が作り上げてきた社会秩序を改変しない。」と述べた部分は、この趣旨だと理解できる。すると、本件は大法官が婚姻に対して与えた制度性保障が働く場面ではない。以上のように解するとすれば、本件解釈と一夫一婦の制度性保障は衝突しない。

もっとも、本件解釈が先例における制度性保障に関する解釈を変更したわけではないから、大法官解釈における婚姻の特権性はなお残ると思われる。例えば、立法が異性婚を廃止しようとした時、事実婚を法律婚より優遇しようとした時、あるいは重婚を許容しようとした時、婚姻の「制度性保障」によってそれは許されないと大法官が判断することも予想される<sup>88)</sup>。しかし、法律婚との対立が存在しないならば、本件解釈がしたと解釈できるように、憲法22条の一般的権利・自由の保護を受けるか、そしてその制約が憲法23

条のもとで正当化されるか、という議論をすることは、先例との関係においても妥当である。大法官がなお認める婚姻の「優遇」が大法官解釈上同性婚にまで及ぶかは定かではない<sup>89)</sup>が、それは同性婚の可否とはまた別の問題である。

ここで述べた理解が、552号解釈等を作成した大法官の本意であるという主張も、「制度性保障」の出自からして適切な理解であるという主張も、本稿はしない。本稿が示したいのは、本件多数意見の理解を採用しても先例と抵触しないと説明できる構成が存在するというにとどまる。しかし、制度性保障を上記のように再編できるのならば、少数意見の批判に対して、多数意見は最終的に擁護されることになる。すなわち、制度性保障から制度を前提とした婚姻の自由が導かれるわけではないから、同性婚を認めるには立法を待たなければならないという呉少数意見のような理路を採用する必然性はない<sup>90)</sup>。また、一夫一婦という婚姻の形態自体を憲法上保障しているという黄少数意見のような理解が、制度性保障から当然に導かれるわけでもない。

本件解釈を離れて見れば、呉少数意見も、黄少数意見も、婚姻理解としてまったく成立しない議論ではないだろう。しかし、本節で示したように、先例を援用することで本件解釈の少数意見が多数意見を論駁できているとは言えない。また、II 4(1)bで述べたように、多数意見の婚姻の自由論が少数意見に一応対応する議論をしており、それ自体憲法22条論として成立しているとするれば、多数意見はやはり台湾法内在的に自らの擁護に成功していると言ってよい。少数意見はそれぞれ自らの立場についてより説得的な論拠を提示する必要に迫られることになるだろう。

### (d) 制度性保障についてのまとめ

本節では婚姻の制度性保障についての先例

88) もっとも、552号解釈等から、重婚の排除が合憲であることは明らかであるが、大法官は重婚を「排除しなければならない」とまでは明言していない。

89) 同性婚が法定された現在、法24条に従って既存の婚姻の規律は同性婚も含むよう読み替えられる。よって、法律上「一夫一婦」と明示があるような場合を除き、一夫一婦を明言していた解釈と同性婚の関係は、やはりここでも問題にならない。

90) 具体的法制との関係はII 4(3)で述べる。

を検討することによって、本件解釈と先例が整合的に理解でき、その結果、個人の結合への自由という婚姻の自由の構成が大法官解釈として擁護されるということを示した。しかし個人を出発点として婚姻の自由を構成したにもかかわらず、本件解釈における婚姻の自由の議論には、個人というモチーフ以外の考慮要素も見出される。個人権として婚姻の自由を提示しつつなお非個人的考慮要素をも受け入れるという二面性が本件解釈に存在することを次節で検討して、本件解釈の婚姻の自由論の全体像を明らかにしたい。

#### d 婚姻の自由と現行の「秩序」

前節までの議論によれば、748号解釈は婚姻の自由を個人の結合への権利として構成し、先例が述べた制度性保障によってそれが封じられるとは言えない。このように個人に基づく婚姻の自由という構成をしたことが、本件解釈の特徴であった。

本節では、それにもかかわらず、同性婚が婚姻の自由の保護を受けると多数意見が論証するに際して、秩序の尊重という先例に通じるモチベーションを維持しているということを手短かに述べる。すなわち、秩序の尊重は婚姻を限定する方向に作用するため、本件解釈には婚姻を拡張する側面と婚姻を限界付ける側面との緊張関係が含まれていることになる。と指摘する。

##### (a) 社会秩序という考慮要素

748号解釈は、同性カップルへの婚姻の自由を基礎付けるに当たって、共同生活のための結合の利益という積極要素とともに、異性婚の既存の社会秩序を害さないという消極要素も挙げている。社会秩序の全容やその正当化根拠はなお不明であるが、事実的にも法的にも異性婚に関する建て付けに同性婚は干渉しないという点を、多数意見は強調していると思われる。もっとも、本件解釈は積極的に

異性婚秩序へのコミットメントを表明しているわけではなく、異性婚秩序への言及は単に同性婚反対派を宥めるためだったのかもしれない。

しかし少なくとも、既存の異性婚秩序が保護に値することを、多数意見は前提にしているように思われる。そして「現行の婚姻の章の異性婚制度に関する当事者の身分および相關する権利義務関係は、本解釈によって改変されない。」という部分を、現行の異性婚制度を少なくとも一旦は保障したものと解すれば、この部分で制度性保障が（あるいは婚姻の核心を保障するという *Institutsgarantie*<sup>91)</sup> 的な機能を伴って）現れていると考えることになる<sup>92)</sup>。個人権としての婚姻の自由という議論の新規性にもかかわらず、本件解釈は先例の議論を否定しておらず、異性婚秩序を保護するという限りで先例の趣旨を受け入れてもいるのである<sup>93)</sup>。

これは一見すると、婚姻の自由が一定の秩序の制約に服することを示唆する点で、少数意見の思考と同種の思考にも思える。確かに自由と秩序の対立関係を視野に入れる点で、少数意見と共通する部分がある。しかし、少数意見が制度性保障によってそもそも婚姻の自由は構成段階で一夫一婦に限定されると主張したのに対して、多数意見にとっての異性婚の社会秩序は、婚姻の自由の構成そのものには影響しておらず、異性婚秩序の（一応の）要保護性は婚姻の自由を基礎付けた後の考慮要素として扱われているように思われる。したがって、少数意見の論理とはその視点が異なっていると言えるだろう。

しかしいづれにせよ、婚姻を共同生活のための一種の結合として理解することと、婚姻の一定の秩序を前提とすること、とりわけ本件解釈のような異性単婚秩序への配慮とは、順接するわけではない。例えば、本件解釈で

91) ドイツ基本法6条1項が、「婚姻と家庭の本質的構造」あるいは「婚姻法と家族法の規範の核心」の憲法上の保護としての *Institutsgarantie* を含むと示したドイツ連邦憲法裁判所判例として、BVerfGE 6,55も参照。

92) この場合、婚姻規定から性別の概念を撤廃するような改正は、本件解釈との関係が問題になりうる。鄧・前掲注49)83頁参照。

93) 同性婚と異性婚の利害対立がないとすれば、必ずしも制度性保障について論じる必要はないはずであるが、多数意見が異性婚保護の必要を確認的に述べたとしても、それによって同性婚の可否には制度性保障の射程が及ばないという前節の議論と矛盾するわけではない。

は婚姻は二者間のものであることが前提とされており、多数婚は初めから排除されている。学説においても、婚姻を「二人が感情の合意に基づき、同時に適法性を有し、また法律により保障される永続的な結合関係」であるにとらえた上で、同性婚の肯定は多夫多妻などの肯定を導くのではなく、「基本的な倫理秩序」や「婚姻価値」を毀損しないとして、同性婚否定論に反駁する見解がある<sup>94)</sup>。

しかし、共同生活のための結合の利益を貫徹すれば、既存の婚姻秩序との衝突は避けがたいように思われる。そもそも、本件解釈もこの論者も、多数婚が保護に値しないことを受け入れているが、その根拠は示していないのであって、多数婚という形態にも、保護に値する共同生活のための結合の利益が存在するという議論は可能である<sup>95)</sup>。共同生活のための一種の結合としての婚姻理解と既存の秩序を尊重して婚姻の前提を単婚とすることの間に緊張関係が存在することは、すでに明らかであろう。

このような婚姻についての革新性と保守性という両面性が生じたのは、本件解釈が家族法から婚姻のみを取り出して同性婚について論じたからではないだろうか。婚姻のみを取り出して考えると、当事者の性別を除いて、同性婚と異性婚の違いは存在しないと考えられる。すると、同性婚は、異性婚を規律する現行法を引き写して婚姻を規律することができるのであって、本件で争われているような同性婚は、異性婚秩序の内実を基本的に受け入れることができると考えられる。したがって、本件解釈が言うところの「共同生活を営む目的で親密性および排他性を具えた永久の結合関係」が、242号解釈や362号解釈以来言及されていた「社会秩序」との関係で具体的にどのような意味を持つか、どのように位置付けられるかについて論じるまでもなく、同性婚を認めないことは違憲であった。

それゆえに、本件解釈は同性婚の婚姻の自由の保障のために、異性婚秩序の正当性<sup>96)</sup>を検討する必要がなく、そのため婚姻秩序への配慮に言及することができたのである。

#### (b) 本件解釈の二面性と展望

社会秩序の留保は、婚姻の自由の本籍である憲法22条が文言上規定しているものである。そのため、社会秩序を理由として、天下りの的に特定の形態を婚姻から排除してしまうという危険が本件解釈を経てもなお否定しきれないことには注意が必要である。362号解釈のような先例においては、社会秩序が当然に婚姻を制約するという思考が暗示されていた。しかし社会秩序の安易な援用は、本件解釈の権利論の意義を失わせかねない。

多数婚等のさらなる婚姻の拡張を求める動きが将来現れたとき、本件解釈が単婚を前提とする「婚姻秩序」を固守する保守的な作用をするのか、それとも本件解釈が先例に対してしたのと同様に、あくまで二人間の婚姻についての過渡的な判断として扱われるのかは、開かれたままである。本件解釈は、婚姻の利益を実定法制度から独立させ抽象化するという点で、先例から一步踏み出した。しかし本件解釈は、先例によって認められた婚姻の特権性を捨て去るものではなく、先例の射程を限定することによって同性婚を認めるものであった。そのため本件解釈文と理由書はなお両面性を抱えたテキストとなっている。本件解釈が切り開いた個人権としての婚姻の自由の重要性を評価しつつも、本件解釈に内在する両面性あるいは緊張関係を見落としてはならない。

#### e 中間小括

II 4(1)では748号解釈の多数意見の婚姻の自由論について、少数意見や先例との対比を通じて、検討を行った。ここで再度その内容を簡単に振り返ることにする。

748号解釈は先例と同様に憲法22条を根

94) 鄧・前掲注49)78頁。

95) 直接複数婚を論じるわけではないが、複数の人の中で愛を成立させる「ポリアモリー」という生き方について、深海菊絵『ポリアモリー 複数の愛を生きる』(平凡社, 2015)も参照。

96) 本稿では詳しく論じられないが、婚姻が擁護されるということも必ずしも自明ではない。リベラリズムの観点から婚姻廃止論が支持されると論じるものとして、松田和樹「同性婚か?あるいは婚姻制度廃止か?——正義と承認をめぐるアボリア——」国家学会雑誌131巻5・6号369頁(2018)も参照。

抛条文として、婚姻の自由を憲法上保障するが、その内実として新たに「共同生活を営む目的で親密性および排他性を持つ永久的結合関係を成立」させる自由という定式を提示し、それが「人格の健全な発展と人間性の尊厳の保護」に関する重要な基本権であると論じた点にその新規性と意義が認められる。それに対し少数意見は、このように婚姻の自由に同性婚を含めることは、先例が一夫一婦の婚姻制度を憲法上保障しようとしたこと（制度性保障）と抵触すると批判した。しかし、先例における一夫一婦婚の制度性保障は、婚姻の定義を独占するものではなく、婚姻あるいはその当事者を対立者に対して劣位させないという機能を果たすと整理できるため、少数意見の主張とは異なり、制度性保障と748号解釈の婚姻の自由論は抵触しない。もっとも本件解釈は、個人権としての婚姻の自由を擁護すると同時に、既存の異性婚の婚姻秩序を一定の範囲で受け入れているため、婚姻の自由と婚姻秩序の間の緊張関係をなお内在させている。

次は、748号解釈の違憲判断の第2である、平等について検討を行う。

## (2) 平等について<sup>97)</sup>

II 4(2)では本件解釈の平等の判断基準について、先例との関係でその位置付けを探り(II 4(2)a)、その後には少数意見と対比する(II 4(2)b)。そして最後に平等審査が本件解釈において果たした役割について論じる(II 4(2)c)。748号解釈は判断枠組みについて先例において確立した審査基準論の思考を踏襲していること、そして748号解釈における

平等の特徴的な働きは、婚姻の自由の限界付けではなく、同性婚について婚姻の自由を実現すべき制度の一応の候補を指示することにあるということを主張する。

### a 本件解釈の平等の審査のあり方

本件は、「比較的厳格な基準」によって平等の審査をした解釈である。この判断枠組みは、大法官解釈においてどのように位置付けられるだろうか。また本件解釈の結論は、「明らかに不合理な差別待遇である」というものであり、比較的厳格な基準から予想されるような「実質的関連性がない」ではない。このような当てはめは審査基準とどのような関係にあるのだろうか。

本節の検討を先取りして述べるならば、以下ようになる。まず、本件解釈の審査基準は、先行の大法官解釈によって確立した審査基準論を踏襲していることを示す。これに照らすと、平等について審査基準を提示した解釈のうち、本件解釈は、性的傾向による区別について、比較的厳格な審査が妥当としたことに、意義がある。しかし、本件解釈の当てはめは審査基準に必ずしも従っていない。これは不自然であるが、結論が明白だったために、説示が乱れたものと理解できると論じる。

以下では初めに、平等に関する先行解釈例の展開を論じ、その後には、本件解釈の当てはめについて説明を試みる。

### (a) 平等の審査基準論

#### (i) 平等審査の展開

筆者の見立てでは、大法官解釈の平等審査は、合理的区別の審査から審査基準論<sup>98)</sup>へ

97) 婚姻以外を含めた様々な事案についての平等に関する解釈の紹介については、任育徳「平等権的發展延伸」[許志雄＝薛化元主編『中華民國憲法七十年』(國立中正紀念堂管理處, 2017) 所収] 166頁以下、平等の審査基準については、特に194-205頁を参照。

98) 現在の司法院院長である許宗力は、許・前掲注23)において以下のような平等審査を提示していた。・いわゆる実質的平等(「等しからぬものには等しからぬ扱いを」)の実現を目的とする場合は目的適合性審査を行う(同185頁)。まず目的について、目的が憲法に列挙された差別待遇の禁止項目に関する場合は審査密度を高くすべきであり(同186頁)、判例は性別については「男女の生理上の差異あるいはそこから生じる社会生活の機能役割の差異」によらなければならないとしている(同174-178頁、特に176頁)。目的が正当とされると、目的と差別待遇間の合理的関連性(「目的性」)が審査され、それに際しては「事物の本性」や「体系的正義」を補助的に用いながら、憲法が求め授權しあるいは許容する差別であるか、裁判所か立法院かいずれが決定に適しているか、差別待遇が関係する基本権の種類、有利待遇か不利待遇か、不利的差別待遇が基本権に干渉する程度、差別待遇が影響する人数の多寡等を加味して(同188-189頁)、審査強度を決定する(同191頁)。体系的正義(基本的価値決定に適合していること)に違反する場合は、「重大な公益」に関わる場合に限り正当化される(同165-167頁、同191頁)。

の展開と大まかに整理できる<sup>99)</sup>。そして、審査基準としては、厳格な基準、比較的厳格な審査、合理的関連性の審査があり、後二者が用いられることが多い<sup>100)</sup>。以下ではおよそ時系列に沿って、平等の審査方法の展開を概観し、3段階の審査基準論のあり方を提示する。

規定の区別の合理性を審査する解釈は、「法律が人民の年齢、職業、経済状況および相互間の特別の関係等の事情によって、合理的な異なる規定を設ける」ことは平等によって禁じられないとした179号解釈に始まり、それぞれ具体的な審査は完全に同一ではないものの、228号解釈<sup>101)</sup>、340号解釈<sup>102)</sup>、481号解釈<sup>103)</sup>等へと引き継がれていった。これらの解釈例では、事物の性質に基づくかという観点や、不必要な権利制約がないかといった観点も用いられている。その後、「憲法の価値体系と立法目的」に基づいて「規律する事物の性質の差異を斟酌して、合理的な差別取扱い」ができるとする解釈例(485号解釈)や、目的の正当性、手段と目的達成の有効性と必要性、比例性を枠組みとする解釈

例(542号解釈)なども登場した。しかし、「事物の本質に基づく差異」は「平等原則に違反しない。」(555号解釈)とされたり、また「必要な制限であり、手段もまた適当であるので、憲法7条が平等権を保障した趣旨と抵触しない。」(575号解釈)とされたりするなど、しばらく判断基準は一定せず、事物の性質や憲法の価値体系を援用するものが少なくなかった(596号解釈、605号解釈、614号解釈、618号解釈等)。合理的区別の審査では、区別が合理的かという大枠の下で、様々な要素が考慮されて平等違反の有無が論じられていた。

ところが、差別的取扱いの目的が合憲かを審査し、次に差異の分類と目的達成の間に一定の関連性があるか審査するという枠組みが、その後優勢になっていく。ここで要求される関連性の強さや目的審査の厳格性は、事案によって異なる。こうした枠組みは593号解釈で採用されたのをはじめとして、「事物の本質」等の文言も引き継ぎつつ、2000年代以降の平等審査の多くで採用されている<sup>104)</sup>。

・一方目的が平等の実現ではなく政策目的である場合には、比例原則によって審査される(同185-186頁)。その場合、差別的待遇の目的は憲法23条の4要素のいずれかに該当しなければならず、目的審査も前項と同様の考慮で審査強度が決定される。目的審査に通過すると、比例原則審査が始まり、その強度も同様に決定される(同192頁)。

・目的が複数ある場合には主要目的から順に審査し、いずれかで合憲とされれば法令は合憲となる(同181-184頁)。許は審査が裁判官の恣意に流れないよう、「より細かい審査基準を発展させる」ことを提案している(同188頁)。許がこれらの研究をしていた2000年代前半は、まさに大法官解釈において本文で述べた平等の審査基準論が徐々に確立してくる時期であった(許の同論文の初出は2000年である)。748号解釈は、問題となった自由が人格に根差すことを指摘して権利の性質に注目し、また同性愛者が社会的偏見の対象を受ける少数者であることを指摘して関係する集団の数および性質に注目している。許論文の視点からすると、同解釈は(比較的厳格な)審査基準を提示した解釈であり、許の主張した比例原則による審査ではないものの、審査基準を定立して判断するという意味では、許のプロジェクトの趣旨にかなうものだったとも言えよう。なお、許・前掲注18)178-185頁では平等権を公法上の防御権かつ国家機関を拘束する客観法として構成する。

99) 任・前掲注97)205頁は、大法官は平等審査に当たって「比較的よく『合理的な差別待遇』を用いて審査基準としており、あとになって『比例原則』が加わった。近年、大法官は徐々に立法目的および手段と目的の関連性の審査を重視するようになっていく。」と指摘している。

100) 3類型は筆者が解釈例の展開から見出したものであり、名称は筆者が仮につけたものである。なお、本稿脱稿後の解釈の展開については、本文末尾の追記を参照されたい。

101) 「憲法が定める平等原則について、法律が国家機関の機能の差異によって、国家賠償責任について合理的な異なる規定を設けることを禁じていない。」

102) 政党推薦候補者につき立候補保証金を半額とすることについて「この公職人員選挙罷免法の規定は、人民の参政権に対し不必要な制限となっており、不合理な差別待遇であるから、憲法7条の規定の趣旨と符合しない。」

103) 「憲法上の平等原則は、人民の法律上の地位の実質的平等を保障するためであって、法律が事物の性質により、事実状況の差異によって合理的な異なる規範を設けることを禁じていない。」

104) 網羅的ではないが例外は、正当な理由の有無を問うた687号解釈、貨物税について国家経済および財政政策の考慮に基づくものであり、「恣意ではない。」とした697号解釈、類似の事案で「なお立法裁量の範囲を超えず、恣意とも言いがたいため、憲法の平等原則に反しない。」とした698号解釈、薬剤師の就業場所について「職業の

(ii) 平等の審査基準

この枠組みを整理すると、目的と手段の関連性を要求する枠組みのうちでは合理的関連性の基準と、比較的厳格な基準が区別され、そのほかに厳格な基準がある。

厳格な基準として、「性別によって異なる規定を設けることは、特殊例外的な事情においてのみ憲法が許すものであり、その特殊例外的事情とは、男女の生理上の差異あるいはそこから発生する社会生活における機能役割上の差異に基づくものでなければならず、そのような場合に初めて相当と言える。」という365号解釈によるものがある。365号解釈が、上述の関連性を問う審査基準論の登場より前の解釈であること、およびこの基準においては、目的の正当性（合憲性）および目的と手段の関連性という一般的規範が採用されていないことから、厳格な基準は他の2つと比べてやや異質な基準である。

比較的厳格な基準は、目的が重要な公共の利益であり、区別の基準と差別的待遇の手段が目的達成との間で実質的関連性を有するかという基準である。それに対して合理的関連性の基準とは、区別の目的が正当であり、区別の基準と差別的待遇の手段が目的達成との間で合理的関連性を有するかという基準である。これらの基準を使い分けるにあたって大

法官は、争われている法が規律する分野の性質、区別の指標が個人の意思で左右できるかどうか、不利状態を変更しやすいかどうか、制限される権利の重要性（その考慮要素として、憲法に明文の定めがあるかどうか）、制限の個人に対する影響などを考慮していると思われる。

比較的厳格な基準が用いられた例としては、色盲の有無〔解釈文ママ〕を入学資格とすることについての626号解釈<sup>105)</sup>、視覚障害を按摩業の就業条件とすることについての649号解釈<sup>106)</sup>、利欲目的の売春者のみに刑事罰を科すことについての666号解釈、免税制度の一部についての694号解釈<sup>107)</sup>、先に挙げた696号解釈（Ⅱ4(1)c(a)(v)）、医療費控除についての701号解釈、警察官の任用コースによる差別的取扱いについての760号解釈<sup>108)</sup>、公務員年金についての783号解釈などがある。合理的関連性の基準は、696号解釈のような例外を除き、税制など立法裁量が広く認められる分野の事案の多くで採用されているが、適用される事案はそのほかにも多種多様にわたる<sup>109)</sup>。

(iii) 本件解釈の平等審査の位置付け

雑駁なまとめではあるが、以上から本件解釈が先例による審査基準論を踏襲した判断枠組みを採用していることがわかる<sup>110)</sup>。本件

---

性質の差異およびその他関係する要素によって定められた異なる規定は、なお憲法7条（……）に抵触しない。」とした711号解釈などがある。なお、枠組みを一般論として提示しないものの、当てはめにおいて実質的に本文で述べた枠組みを採用している解釈例も一定あることを付記しておく。

105) 「色盲は人の力でコントロールできない生理上の欠陥であり、この差別的待遇は憲法に明文の保障がある教育を受ける機会の平等に及び、教育は個人の後日の職業選択、ライフプランおよび人格の健全な発達への影響が大きく、ひいては社会的地位や国家資源の分配と密接な関係があるから」「比較的厳格な審査を受けるべきである。」とした。

106) 「視覚障害は人の力でコントロールできない生理状態であり」その条件は「影響が極めて大きい。」など。

107) 憲法15条が生存権を保障するとともに、憲法155条が、老人等生活困難者に国家は適当な扶助と救済を与えなければならないとしていることが、基準の厳格化の理由の一つとなっている。701号解釈も同様であると考えられる。

108) 警察官という公務に就くことが広義の参政権であるということが、基準を厳格化する理由となっていると考えられる。

109) 事案の紹介は割愛するが、合理的関連性の基準が用いられた解釈をごく一部例示すると、税制に関する635号解釈、刑事訴訟法に関する639号解釈、医師試験に関する682号解釈などがあり、本件解釈以降では外国籍を有する者の公務員としての身分に関する768号解釈などがある。

110) 蔡・前掲注9)4頁は、「平等原則の違憲審査基準について緩やかなものと厳格なものとの区別の合理的な論理が蓄積したとは言いがたく、本件で厳格な審査を採用した理由は所謂マイノリティーの権利保護の必要性によるが、なお緻密な論拠が求められよう。」としている。

しかし、このような評価には疑問も残る。本文で述べたように、目的審査と目的手段の関連性審査の組み合わせという審査基準論は、すでに平等に関する大法官解釈として相当の件数の蓄積があり、そこでの考慮要素の類型

解釈は、性的指向を理由とする差別的取扱いについて、関わる権利の重要性、歴史的偏見や社会における少数者性、性的指向の難変異性を指摘して「比較的厳格な基準」を適用すると宣言した。こうした審査基準選択の理由付けは正当であると考えられ、審査基準論の展開の中でも意義を認められる<sup>111)</sup>。

なお本件解釈の平等審査については、例えば「性指向による差別的扱いは、厳格な審査基準によって合憲性を判断すべきで、重要な公共利益の追求を目的とし、手段と目的の間に合理的な連関性がない限り、憲法7条の平等権保障に符合しない。」と紹介するものがある<sup>112)</sup>が、これは上述の大法官解釈の展開を踏まえると正確ではない。本件解釈が提示した基準は、合理的な関連性ではなく「実質的関連性」の有無を問う比較的厳格な基準だったからである。また、本件解釈について「厳格な審査基準」と述べるのも、同様にミスリーディングである。台湾法の理解として、これらの語彙選択は厳密でなければならない。

#### (b) 平等審査の当てはめ

以上の平等審査の枠組みに関する議論を踏まえて、次に、本件解釈の平等審査の当てはめについても検討しよう。この当てはめで注目すべきは、審査基準の定立にもかわらず、比較的厳格な審査基準に従った目的審査も手段審査も明示的に行っていないということである。本件解釈の当てはめでは、婚姻の規律に際しての考慮要素の正当性と、それに

よって同性婚を否定することの合理性がもっぱら論じられている。

本件解釈の当てはめのうち、次世代を増やすことや、基本的倫理秩序の維持といった考慮要素の正当性についての議論は、比較的厳格な基準の言うところの目的の正当性あるいは重要性を論じていると解釈することもできる。しかし、手段審査の実質的関連性の有無については、まったく触れられていない。これはなぜか。

本稿の結論を先に示すと、本件においては実質的関連性がないことが明らかであったため、説示が崩れていると理解する。多数意見の理解に従えば、まず再生産という考慮要素については、生殖能力が実定婚姻法において婚姻の「不可欠の要素」とされていないため、同性婚の排除とは実定法レベルで実質的関連性がない。次に「結婚年齢、単婚、近親婚の禁止、貞操義務および扶養義務等」の「基本的倫理秩序を護持すること」を婚姻の目的として正当な考慮であると認めたことは、行政側が主張した「人倫秩序、男女平等、子女の養育などの社会的機能の保護」<sup>113)</sup>という目的のうち、正当な考慮要素として人倫秩序を取り上げて具体化し限定したものと読むことができる。そしてこのように限定された基本的倫理秩序を同性婚が害することは、内容的にありえず、やはり基本的倫理秩序の保護という目的と同性婚の排除には実質的関連性が全くない。

本来、手段と目的達成間の実質的関連性

---

もある程度抽出することができる程度に至っている。確かに、性的指向に基づく区別の審査に蓄積はないが、本件解釈の審査基準の選択理由は、関係する権利の重要性や区別の指標の不可変性など、本稿が引用した先例と共通している部分が多いのであって、本件解釈の論証が不十分であるとは言えないと考える。

111) 松井・前掲注9)比較憲法85頁は、性別に関する平等についての「従来の解釈とは異なり、本件解釈は、別異取扱いに対する具体的な審査基準を設定して、別異取扱いの目的、その目的と別異取扱い(手段)との関連性を慎重に論証している点に特徴が見られる。」と指摘する。確かに、松井が挙げる410号解釈、452号解釈、457号解釈は具体的な審査基準を提示していないため、その意味で本件解釈の審査基準論に意味があるという評価は正当である。しかし、同時にこれらの解釈がなされた時期には、まだ審査基準論が大法官に定着していなかったことを考慮する必要がある。本文で確認した通り、本件解釈が特異的に目的手段に着目した審査をしているわけではない。

112) 鈴木・前掲注9)法教144頁。また蔡・前掲注9)4頁も手段審査について「婚姻自由制限の目的と婚姻自由の制限とは合理的な関連性を有するか、という基準」としている。なお、鈴木が同性婚訴訟のために提出した意見書である、鈴木賢「意見書」(2020年3月2日)(<https://www.call4.jp/file/pdf/202003/6abb114518c7dcd704d458b6255f523e.pdf>)においても748号解釈が紹介されているが、そこでも理由書の引用では「実質的な関連性」と紹介している一方でコメントにおいては「合理的な連関性」とするなど、混乱が見られる(同10頁)。

113) 類似の表現は554号解釈をはじめとして黄少数意見他にも登場する常套句である。

の有無を審査すべきにもかかわらず、本件解釈の結論が「実質的関連性がない」ではなく「不合理な差別待遇である」となっていることは、考慮要素の限定によって、目的達成と手段の実質的関連性が認められないことが明らかになったために、結論を先出ししてしまったものと整理するしかないのではないか<sup>114)</sup>。

また、当てはめの具体的内容について言えば、基本的倫理秩序として単婚が前提とされていることがここでも指摘できる。平等審査においても、II 4(1)dで指摘したのと同様の、現行秩序への配慮が示されているのである。この説示からすると、例えば多数婚を認めないことの平等違反の主張に対して、基本的倫理秩序の維持を理由に平等に反しないと判断する可能性がある。

多数意見の平等審査についての整理を踏まえて、次節では多数意見を批判する少数意見による平等審査を検討し、多数意見による応答の可能性を考察する。

#### b 少数意見の論理と多数意見の応答

本件解釈において、少数意見と多数意見は、平等の審査基準および考慮要素の評価について対立している。そこで、少数意見の主張を整理した上で、多数意見がそれに対して擁護されるかを検討する。

##### (a) 呉大法官不同意意見

呉大法官は、不同意意見において以下のように論じた。すなわち、「婚姻」は「慣わしが広がっていくことで自然に大衆が形成した言葉」であって、「憲法解釈機関の過度な介入には適さない」から、合理的関連性の基準で審査すべきである。現行法が同性間に「婚姻」という名称の制度を設けていないのは、「恣意的に性的傾向を分類の指標として」いるのではなく、「その目的は、人倫秩序を維持し、家庭制度を健全にし、次世代を増やし、子女を養育するなどの社会的機能を保護するため」である。よって異性婚のみを定めることは、正当な目的により、また手段と目的の間にも合理的関連性があるため、平等違反に

はならない。

また仮に比較的厳格な審査を行うにしても、同性カップルには次世代を増やす可能性が全くないので、異性婚のみを定めることは、上述の目的に加え「合理的な人口構造を維持」し「社会と国家が永続し発展するようにする」という「重要な公共の利益」の実現のために「実質的関連性」があるという。

##### (b) 黄大法官部分不同意意見

黄大法官は、部分不同意意見において以下のように論じた。すなわち、554号解釈によれば婚姻は「社会の形成と発展の基礎」であるが、「自然に子供を産み育てることができない同性の二人の結合がいかにして社会の形成および発展の基礎となりうるのか？」として再生産を婚姻への期待に含める。ところで、同性と異性では「自然な生殖」の差異があるため、異なるものへの異なる取扱いとして平等違反にならない。黄大法官は、再生産は「婚姻の不可欠の要素」ではないとする議論を、「極端に法条化した思惟である！」と論難して、「もし次世代を残すという目的でなければ、そして婚姻は通常の状態では潜在的な生育の可能性が期待されるのだから、国家は何のために婚姻に制度保障を与えるのか？」とし、「次世代を増やし、子女を産み育てることは、当然に婚姻の最も重要な核心的内容である」とする。そして、性的不能を婚姻の取消事由とする民法995条を挙げて、実定法にも次世代の再生産という趣旨が存在していると指摘する。黄大法官によれば、同性婚と伝統的な異性婚には以上のような「本質上の差異」があるため、同性婚を認めないことは平等に違反しないという。

黄大法官は多数意見の審査基準論に言及していないが、両大法官は結論として、いずれも再生産の可能性の有無が異性婚と同性婚の区別を正当化するメルクマールになるということを論拠としている。

##### (c) 多数意見の応答

以上に対して、多数意見から応答を構成できるだろうか。筆者は以下に述べるように可

114) 傍証として、本件解釈は「不合理な差別待遇である」の前に、いずれも「明らかに」という副詞を置いている。



能であるとする。まず、呉大法官の審査基準の選択については、多数意見の婚姻の自由論がそのまま応答となっている。すなわち、婚姻という概念を習俗に委ねるのではなく、個人の結合への権利として構成し、それが「重要な基本権」であるとすることによって、審査基準の厳格化を論証している。したがって、多数意見の婚姻の自由論が擁護できると考える限り、多数意見は審査基準の選択についても呉大法官の批判を退けられるであろう。

次に、黄大法官によるものを含め、再生産による人口維持を目的とする異性婚と同性婚の差別的取扱いの正当化については、異性婚の規律において再生産を考慮する余地を一定認めつつ、現行の婚姻法において再生産が「婚姻の不可欠の要素」とされていないことを指摘することによって、多数意見は少数意見に応答していると構成できる。

この応答は成立していると筆者は考える。第1に、確かに性的不能を婚姻の取消事由とすることは、民法上婚姻と性関係に何らかの結び付きがあることを示している。しかし、性関係と再生産は同値ではない。民法が想定することが、カップルの性関係であるとすれば、それは同性間でも実現される。反対に、異性間であっても性関係がない、あるいは性関係があっても再生産を行わない（または行えない）婚姻カップルは存在するが、そうしたカップルも婚姻として保護されることに争いはない。結論として、民法が婚姻において性関係を想定しているとしても、再生産を婚姻の不可欠の要素としていると考えることは困難である。

第2に、やや重複するが、黄大法官らの立論の前提をなす、生殖と婚姻の必然的結合自体を疑うことができる。社会発展と再生産という観点からみると、婚姻外の生殖も同様に社会発展に寄与すると思われるが、異性婚の保護ではそれが対象とならない<sup>115)</sup>。婚姻と生殖の関係について言えば、婚姻外生殖、婚姻内生殖、生殖なき婚姻のすべてが、実際に

も理論上も考えられるのであって、婚姻の保護と生殖の保護にずれが生じている。したがって、婚姻がもつばら生殖を保護するためにあるという議論は、このようなずれを前提としてなおそのように言えるというための論拠を提示しなければ、説得的とは言えないだろう。

多数意見のうち、「同性間の婚姻の自由が法律により正式に承認されると、さらに異性婚と共同で社会を安定させる基盤となる」と述べる部分は、具体性はなお低いが、婚姻が社会の基礎となる理由が、再生産に限られないことを示唆するものであろう。自然生殖がなくとも、同性間の結合関係に法律上の地位が与えられることによって、個人の人格と尊厳の保護が全うされ、社会を築いていくことができる考えることは、「共同生活のための排他的で親密な永久の結合」の自由が「人格の健全な発展と人間性の尊厳の保護」に関する重要な基本権であるという多数意見の理解から自然に導かれるものであろう。

一方で再生産は婚姻しなくても可能であり、他方で少なくとも子の養育は同性間でも可能である。だとすれば、婚姻が社会の基礎となる理由を再生産に限る必要はない。少数意見が婚姻と再生産を結び付けるべきより説得的な理由を提示できない限り、多数意見のような、同性婚の承認による社会の安定への寄与という議論は応答として成立すると評価できる。

以上の検討によって、同性婚の否定を性的傾向による差別的取扱いとして比較的厳格な審査を行う多数意見の議論が、少数意見の批判に対して擁護されることが示された。

ここまでで、本稿は748号解釈の多数意見の婚姻の自由論と平等審査をそれぞれ検討し、それが少数意見の批判に対して擁護可能であると論じてきた。そこで次節では、本件解釈による憲法判断全体の構造の検討として、婚姻の自由と平等の関係について論じる。

115) 黄大法官は、出生の95%以上が、異性の婚姻からのものであるというデータを提示しており、事実として台湾では婚姻外の出生が少ないようである。

○ 平等審査の果たした役割

ここでは、本件解釈の憲法判断を構成する、婚姻の自由と平等という二つの議論が、相互にどのように作用しているかを明らかにする。もっとも、平等審査において、婚姻の自由は審査基準を厳格化するよう働いていることはすでに論じた<sup>116)</sup>。そこで本節では、平等が婚姻の自由にどのように影響しているかを主として検討する。その結果、本件解釈における平等は、婚姻の自由の範囲に関わるというよりも、むしろ事後処理に影響しているという理解を提示する。

(a) 平等による婚姻の自由の限定？

婚姻の自由について平等がどのように影響しているかについて、平等が婚姻の自由の範囲を限定しているとする見解がある。松井直之は、「本件解釈は、中華民国憲法 22 条により保障される『婚姻』を『親密で排他的な永久の結合』と抽象的にとらえ直した上で、さらに異性間の『親密で排他的な永久の結合』と同性間の『親密で排他的な永久の結合』を区別する合理的な理由があるか否かを慎重に判断したといえよう。このように判断することで、『親密で排他的な永久の結合』であれば何でも憲法上保護されることになるという結論を避けることを試みたと解することができるのである。」と指摘している<sup>117)</sup>。大法官の意図が松井の指摘する通りであったかは筆者にはわからないが、しかし仮にそうだとするとそうした意図を 748 号解釈から読み取るという試みが成功しているとはいいがたいと筆者は考える。

確かに本件解釈の解釈文には「婚姻の自由の平等な保護」という文言が出てくるため、婚姻の自由と平等が結びついて判断されているようにも思える。しかし、そもそも大法官は、婚姻の自由について判断する時点で、現行法が同性間で共同生活のための親密で排他的な永久の結合関係を成立させていないことが「立法上の重大な瑕疵であることが明らか

である。」として、現行の婚姻章は「この範囲で憲法 22 条が人民の婚姻の自由を保障している趣旨に違反する。」としているのである。つまり、平等の審査がなかったとしても、同性婚を法定していないことは違憲なのであり、平等と婚姻の自由を重疊的に判断して違憲としたわけではない。松井が論じるような、平等による婚姻の自由の限定という論理は、少なくとも 748 号解釈の解釈文および理由書から明示的に見出すことはできない。

仮に異性婚との比較によって婚姻の自由は何らかの制約が生じていると考えるならば、平等審査ではなく、むしろ婚姻の自由についての判断中にその根拠を見出すべきかもしれない。婚姻の自由について述べる部分で、多数意見は「親密で排他的な永久の結合への需要、能力、願いと意思、渴望等の生理的な要素と心理的な要素から言えば、親密で排他的な永久の結合の不可欠性は、同性への性的傾向を持つ者と異性への性的傾向を持つ者とで、なんら変わらず、均しく憲法 22 条の婚姻の自由の保障を受ける」と判断しているからである<sup>118)</sup>。これは、婚姻の自由を検討するについて異性愛者と同性愛者の比較の要素が存在していることを示している。

しかしここでは、同性愛者と異性愛者に差があるかの審査によって 22 条に違反するかどうかを判断しているのではなく、同性愛者間の結合も異性愛者間のものと同様に、「婚姻の自由」の保護対象となる実質を有することを論じている。したがって、婚姻の自由にとって重要なのはあくまでも「共同生活を営む目的で親密性および排他性を具えた永久の結合関係」であって、異性愛者との差別的取扱いの正当化ではない。今回はすでに認められている婚姻としての異性婚が婚姻の自由によって保護される実質を有することを前提に、同性婚がそれに比肩することが論じられているが、これは同性カップルの要保護性を確認しているのであって、こうした対比が婚

116) またその背景として、婚姻の自由が「婚姻」のみを家族法から取り出して検討対象としたことで、平等審査において考慮されるものが婚姻の諸規定に限られた結果、区別の指標が性的傾向へと集中し、審査基準が厳格化したという影響もあると考えられる。

117) 松井・前掲注 9) 比較憲法 87 頁、また同趣旨の議論を松井・前掲注 9) 立教 193 頁でも行っている。

118) この点は、松井・前掲注 9) 立教 194 頁でも言及されている。

姻の自由の範囲を限定するものであると読むべき根拠は、理由書中からは読み取れない。

そうすると、婚姻の自由について、憲法上保障される共同生活のための親密で排他的な永久の結合関係の範囲を限定するものとして平等が働いているという理解は難しいのではないか。

#### (b) 別の読み方

婚姻の自由にとって平等が影響しているとするれば、その影響が見られるのは婚姻の自由の範囲ではなく、むしろ制度との関係においてではないだろうか。すなわち、婚姻の自由をどのような制度によって実現するかという問題について、少なくとも単婚について同性愛者と異性愛者を分ける理由がないという平等の理解が、異性間婚姻を規律する現行法によって同性婚を認めるという「日の出条項」を導く補助となっているのではないか。しかしこれは平等審査の検討の範囲を超えてしまうので、II 4(3)において改めて論じることとする。

#### d 中間小括

II 4(2)では平等および平等と婚姻の自由の関係について検討してきた。まず大法官の平等審査が、事物の性質などを考慮して合理的区別かどうかを問う審査から、目的の正当性と目的と手段の関連性を問う審査基準論へと展開してきたことを明らかにした。そして大法官の平等審査の審査基準としては、例外的な厳格な基準、比較的厳格な基準そして合理的関連性の基準が区別されている。審査基準の使い分けは、関係する権利の性質や区別の指標、区別の影響を受ける者などを考慮して行われている。本件解釈の平等審査はこのように先例において確立した審査基準論を踏襲しており、本件解釈では、婚姻の自由の重要な権利性、区別の指標である性的傾向の性質、そして区別の影響を受ける同性愛者の歴史的・社会的な状況を加味して、比較的厳格な基準が採用された。この点に本件解釈の平等審査としての意義がある。

婚姻の自由と平等の関係については、本件解釈が婚姻の自由と平等をそれぞれ独立に審査しているため、平等が婚姻の自由を限定しているという理解を採用することは難しいと

論じた。その上で、平等審査が同性婚と異性婚の構造的な相同性を明らかにすることで、立法が対応しなかったときの事後処理において、同性婚を実現するための一応の参照点(本件では異性婚を規律する現行の民法)を指示するという作用を果たしているのではないかと指摘した。

ここまで748号解釈の違憲性判断について考察してきた。以下では、すでに若干言及しているが、本件解釈の最後の要素である違憲判断の事後処理について、検討を行う。

#### (3) 事後処理について

本節では、違憲判断の後の立法に対する義務付けを論じる部分について検討し、本件解釈における婚姻の自由と婚姻制度の関係から、本件解釈の事後処理がどのように擁護されるかを検討する。

まず、本件解釈の期限付きの立法義務付けとその期限徒過時の現行法による婚姻の承認という事後処理の意義を確認しそれがどのように支持されるかを検討する(II 4(3)a-c)。その結果として、第1に、大法官に法令の解釈統一権限があることから、婚姻の自由に関する憲法論を踏まえて、明文で同性婚を排除していない現行民法によって同性婚が可能であるとすることも支持されうること(II 4(3)a)、第2に、本件解釈の婚姻の自由が制度から独立したものとして構成されているということから、大法官が自ら同性婚の規律を示すのではなく、第一次的には立法に法制定や法改正を義務付けることが支持されること(II 4(3)b)、そして第3に、平等審査によって同性婚と異性婚の相同性が示されるため、同性婚を実現する一応のありうべき制度として現行民法を想定することは正当であり、2年の期間が立法のための猶予期間として十分であると言えることが示される(II 4(3)c)。

そして次に、以上の事後処理についての理解を踏まえて、本件解釈が認めた形成の余地に関する問題を検討する(II 4(3)d)。ここでは、「共同生活を営む目的で親密性および排他性を具えた永久の結合関係」という同性婚の規律を「婚姻」という名で行わなければならないかという問題と、どの程度異性婚と異なる規律が許容されるかという問題を取り

上げる。本稿は、本件解釈からは同性婚の規律を「婚姻」という名で行うべきであるということが読み取れると主張し、異性婚と異なる規律が許容される余地は少ないと主張する。

#### a 事後処理の意義と位置付け

本件解釈の中でも期限徒過後の扱い<sup>119)</sup>についての判断(「日の出条項」)は、重要な意味を持つ。なぜならば、「日の出条項」があることによって、本件解釈から2年が経過すると、本件解釈に応じて立法等がなされるか否かによらず、(根拠法が立法や改正法か、あるいは現行法かの差異はあれど)いずれにせよ同性婚が法律上可能になるからである。そのため、本件解釈は同性婚を認めないことが違憲であると宣言することとどまらず、同性婚の実現までもその内容とするものなのである。

この事後処理において、大法官はなぜ同性婚を明文で規定していない現行民法によって同性婚が可能であると言えるのだろうか。こうした本件解釈の違憲判断と事後処理は一見すると司法が実質的に立法したに

等しくも見えるが、この判断はどのような性質を持つのだろうか<sup>120)</sup>。

まず、本件解釈が民法およびその他の特定の関連法令について、猶予期限をつけて部分的に違憲無効にしたとは言えない<sup>121)</sup>。民法の条文上は婚姻を男女に限る規定が存在しないため、同性婚の実現のために特定の条文を無効にすることはできないからである<sup>122)</sup>。このことは、多数意見が現行民法について、同性婚を法定していないという「範囲内で、憲法22条が人民に婚姻の自由を保障した趣旨に反する。」としたことからわかる。民法が違憲であるのは、規範の欠落が理由である。

しかし、規範の欠落があるにもかかわらず、大法官は新規の立法なしになぜ現行法によって同性婚が可能であると言えるのだろうか。期限を付して大法官が実質的に立法したと正面から認めるという選択<sup>123)</sup>は、「権力の相互尊重の原則に基づき(……)本解釈を作成する」と述べた大法官としても、当然のものとしては採りがたいようにも思える。

これを説明するためのひとつのアイディア

119) 従来の期限付き違憲判断については葉俊榮「司法院大法官附期限憲法解釋的分析」『民主轉型與憲法變遷』(元照出版, 2003) 325頁が詳しく紹介している。それによると、期限には「違憲法令の失効日時についてのみに対して、法的安定性および執行可能性の考慮に基づいてなされた時間管理」と「違憲宣告に基づいて、憲法解釈機関が期限の圧力をもって当事者に違憲状態を除去する積極的な作為を要求する」ものがある(同365頁)。後者については「資源の分配に関する政策決定は、多数決による民意を反映する機関がすべきであって、民意の基礎を持たない裁判所によって決定されるべきではない。判決中で裁判所が法改正の方向を示しあるいは具体的に法改正の原則を提出し、立法者にどのように法を修正しなければ憲法規範の趣旨に符合しないかと告げるのは、容易に立法権の侵害の疑義が生じる。」と指摘する(同366頁)。葉は大法官が一方向的に期限を付すことから当事者を関係させた期限設定へと、手続面の改革を提案する(同367-369頁)。

120) 先述の通り、黄大法官は、大法官が婚姻の定義を新たにすることを制憲に等しいとして批判する。黄茂榮「法律漏洞及其補充的方法」『法學方法與現代民法』(國立台灣大學法律學系法學叢書編輯委員會, 2009) 678-679頁は、(刑法や租税法を念頭に置きつつ)通説は「人民に『有利な』、少なくとも『不利ではない』事情のもとでは、司法機関が法律を補充することを認めるようである。」と指摘する。

121) 鄧・前掲注49)81頁は「本号解釈が現行民法の違憲性を論及〔ママ〕したことは多少言い過ぎであった」と指摘する。申立人である台北市政府も特定の条文の違憲性を主張して憲法解釈を申し立ててはいない。

122) 本件解釈において、大法官は「男女」という文言が現れる民法972条(婚約)について、違憲であるという判断は示していない。

123) もっとも、例えば刑事補償について立法の遺漏があったことが争われた477号解釈では、大法官はそれが憲法7条に反するとして、2年以内に既存の法令によって国家賠償ができるという判断を示している。同解釈の「2年以内」という期間は、刑事補償の既定の法律による出訴期間制限が反映されたものであって、本件のような期限設定ではないが、477号解釈は本件と類似して、大法官解釈が条文の定めがないにもかかわらず一定の法律効果を認める比較的珍しい先行例である。

また585号解釈および599号解釈は「解釈あるいは裁判結果の実効性を確保する保全制度は、司法権の核心的機能の一つ」として、不文の保全制度〔暫時処分〕を認めている。その要件など、より詳しくは林・前掲注81)800-801頁も参照。あくまでも射程の分析は慎重でなければならないが、大法官解釈には、解釈の実効性を実現するために一定の不文の仕組みを認めた前例があることは注意しておくべきであろう。

は、本件解釈の憲法論に支えられた法令解釈の統一（の類推）として、事後処理を支持するというものである<sup>124)</sup>。すなわち、異性婚の婚姻の要件および手続の規定に、「結婚年齢、単数婚、近親婚の禁止、貞操義務および扶養義務等」という基本的倫理秩序と「共同生活を営む目的で親密性と排他性を持つ永久的結合関係」という基本権として保護されるべき意味を読み込んだ上で、同性婚も射程に収めたこうした解釈が民法のあるべき解釈であるとす構成である。

もちろん、この構成は自明に受け入れられるものではないかもしれない。まず、大法官は748号解釈を憲法解釈の事案として扱っているものであり、法律の解釈統一として作成したわけではない。しかし、本件解釈の全体を解釈統一として見るのではなく、立法の形成の余地を時的に縛る出発点として、法令の解釈統一も同時に行っているという理解は可能であろう。また、大法官はもっぱら憲法判断を行っており、現行民法の解釈統一の必要性についてはなんら言及していない。しかし現行民法は、婚約について972条が「男女の当事者によって自ら行われなければならない」とするものの、婚姻が異性婚に限定されるとは明示的に定めていないため、民法の婚姻の規律が同性間にも及ぶという法令解釈（あるいは類推適用があるという解釈）の余地がないとは言えない。

このように考えるならば、事後処理として同性婚の根拠法文を現行法に求めることは、大法官による法令解釈の統一によって可能で

あるという説明も成立するだろう。したがって、大法官による立法権の篡奪の危険があるという本件解釈のこの部分への批判<sup>125)</sup>は、大法官による法令の統一解釈が拘束力を持つ<sup>126)</sup>という大法官の判断の是非という一般問題へと、形式的には帰着することになる。本稿では大法官解釈の効力についてⅡ1で述べたように、185号解釈に従って大法官解釈は各機関への拘束力を有するという理解を採用するので、本稿の立場からは、本件解釈の事後処理を解釈統一として支持できる。

#### b 立法義務付けの理由

しかし反対に、婚姻の自由が重要な権利だとすれば、それを2年間も実現させないことはおかしいという批判も想定される<sup>127)</sup>。前節で述べたように解釈統一ができるならば、大法官は直ちにすべきではなかったのか。これに対しては、本件解釈の婚姻の自由の構成に着目して、第一次的に立法に規律を行わせることが支持されると主張する。具体的には、本件解釈において婚姻の自由がもっぱら結合関係への自由として実定法制度を離れて構想されたことにより、その反面で具体的な婚姻制度を指示することが難しくなったために、一定の立法の形成の余地を肯定する可能性が生じると主張する。

本件解釈において大法官は婚姻制度の設計について、形成の余地を認めている。同性婚を認めないことが平等に反して違憲であると結論付ける前に、大法官が「いったい、国家が立法により異性婚の現実を規律して、婚姻制度を形成するについて、その考慮要素は多

124) 実際、行政院は大審法7条1項1号の、機関による統一解釈の申立てとして本件申立てが適法であるという認識を示していた。もっとも大法官は同条によるものとして受理はしていない。なお憲法解釈の方が要件が厳格であるため本件では結論に影響はないが、憲法解釈と法令解釈の統一では解釈の表決要件が違う点にも注意が必要である（大審法14条1項2項参照）。また、解釈統一は法律レベルの効力しかないの、単独では国民投票に優位しない可能性があるという問題も発生しうる。

125) 例えば、松井・前掲注9)比較憲法88頁は「立法院の権限に対する過度な介入にならないか、疑問が残る。」とする。また蔡・前掲注9)4頁は、「大法官は立法院に代わって立法する、立法院の権限を侵害するものにならないか、疑問をもつ。」としている。

126) もっとも本件では単純な解釈統一ではなく、憲法解釈の一環として行われた解釈統一であるから、（立法が期限までに対応しないという条件の下で）憲法レベルの効力を有すると解すべきであろう。この点で、解釈統一の類推と言うべき処理であると考えられる。

127) 「本件において求められていたのは、定期失効〔引用者注：違憲の法令について、一定期間後に効力を失うとすること〕という違憲宣告ではなく、溯及効〔ママ〕を持つ違憲宣告だったのではないのでしょうか。」とする鄭明政「台湾におけるLGBT法制化をめぐる攻防——大法官釈字第748号解釈を中心に」北海学園大学法学研究55巻2号430頁、422頁（2019）の指摘も、趣旨としては同じであろう。

様であるかもしれない。例えば、後の世代を産み殖やすという効能を婚姻の考慮要素とすることも、根拠がないわけではない。」と述べていることは、このことを示す1つの手がかりである。ここでは婚姻の自由とは異なり、婚姻制度を形成するにあたって、再生産を考慮要素とすることが（譲歩の文脈ではあるが）認められている<sup>128)</sup>。

さらに、「本事案が複雑で論争的であることを考えると、比較的長い立法の審議期間が必要だろう」と述べている点からしても、大法官は本件について具体的な婚姻の規律内容についてはやはり形成の余地を認めていると考えざるをえない。実現すべき制度内容が一意に定まるのであれば、憲法上の権利の実現として端的にその内容の立法を義務付ければよく、同性婚というトピックの論争性や事案の複雑性を考慮する必要はないからである。

このように婚姻制度の設計に形成の余地が認められるのは、本件解釈において婚姻の自由と婚姻制度が分離していることに由来するのではないか。本件では、現行の婚姻制度が同性婚を否定することを正当化できる考慮要素を提示できなかったことを1つの理由として、同性婚を認めないことが違憲とされた。それゆえ、確かに婚姻の自由論と婚姻制度論が本件では接近しており、両者の分離が見えにくくなっている。しかし本件解釈の婚姻の自由は、婚姻制度を利用する自由ではなく、「共同生活を営む目的で親密性および排他性を具えた永久の結合関係」への自由という実定法制度独立的なものである。その一方で、II 4(1) aの末尾で述べたように、婚姻の自由

によって実現しようとしていることは、こうした結合関係が法律上の地位として認められることであると考えられる。したがって、制度がなくとも婚姻の自由の保護を肯定できる一方で、婚姻の自由の実現のためにはなお制度が必要であり、その段階で（婚姻の自由を実現するという制約の下でも）不可避的に制度設計の候補が複数出現してしまうのである<sup>129)</sup>。

このように本件解釈の婚姻の自由論は、制度から独立に構成されることによってその保護範囲を拡張しているが、それに伴って婚姻の自由を実現すべき具体的な制度を特定して指示する力を失っている。異性婚の要件効果および手続を同性婚に準用することは、大法官が正当と認める制度の範囲に含まれているが、それ以外の制度の可能性も直ちには否定されない。それゆえに、大法官は同性婚の実現のために一定の期間を立法に与えたのだと思われるのであり、この姿勢は婚姻の自由論の構成からしてある種の必然であったと評価できる。

この自由と制度の分離という問題が顕在化するのには、多数婚の可否が争われるときだろう。II 4(1) a (b)(ii)において述べたように、本件解釈の婚姻の自由は、それを推し進めれば多数婚をも射程に含みうるものであった<sup>130)</sup>。その場合、婚姻の自由に基づけば多数婚を認めないことが違憲であるが、多数婚制度をどのように形成するかは定まらないという状況が容易に想像できる。そのような状況では、婚姻の自由から導かれる「標準」が明らかとは言えないため、本件のような、大

128) もっとも、本件では台湾民法が生殖を婚姻成立ないし存続の要件としていなかったことから、そもそも制度の文脈に乗っても生殖を理由として同性婚の排除が正当化できなかったのだが。

129) 一方で鄭・前掲注127)は婚姻の自由と婚姻制度をさして区別しない立場に立っているようである。というのも、同論文422頁の指摘する遡及効をもつ違憲宣告の効果を合理的に解釈すれば、鄭の意図は、即時に同性婚が異性婚と同一の規律によって認められるということになると考えられるからである（民法が違憲無効とすると、そもそも全ての婚姻が不可能になってしまう）。鄭はここにおいて、同性婚の制度設計の余地を認めていないように思われる。

130) ここでも、婚姻の自由と制度性保障の関係が一応問題となる。詳論はできないが、以下のように筆者は考える。重婚は、2つの婚姻関係に時間的前後関係が存在するため、婚姻当事者と非当事者の利害対立が生じる構造となっている。よって、本稿で整理した制度性保障の対象となる。しかし、同時に3人以上が婚姻関係に入る形態の多数婚は、当事者間に時間的前後関係が存在しないため、重婚とは利益状況を異にする。実定法上の根拠としては、民法985条が重婚（1項）と同時多数婚（2項）を区別して規律していることも指摘できる。このように理解すれば、少なくとも新規の多数婚については、婚姻の制度性保障を受け入れた上でも、制度性保障の直接の射程には入らないと解する余地が残されている。

法官による制度指定という事後処理がより難しい。こうした事情も考慮すれば、本件解釈の事後処理が、先例のように期限を定めて立法を促すことを基調としていることは、なおも理由がないことではないだろう。

### c 立法期限の理由

前節で述べたように、婚姻の自由は具体的制度を指示できないはずであるが、大法官は立法に与えるべき期間は2年で十分であると考えている。確かに2年という期間自体に決定的な理由を見出すことは難しい。しかし本件で期限を切ること自体は、平等審査によって擁護できると考えられる。

本件解釈の平等審査の議論に従えば、親子や再生産は婚姻にとって不可欠の要素ではなく、これらと婚姻を切り離すことができる。そして婚姻のみを取り出したときに、現行の婚姻制度は、当事者の性別を除いて、同性婚と異性婚を区別する要素を提供できない。この理解によれば、同性婚と異性婚は当事者の性別以外に違いがなく、したがって同性婚の規律と異性婚の規律も、性別に関係する点を除けば、婚姻当事者間の規律としては原則同一なはずであるということが導かれる。この平等審査によって、本件では婚姻の自由から導かれる標準的な制度が、異性婚を規律する現行民法として明らかに認識可能であった。もっとも、前節で述べたように婚姻制度の設計には独自の考慮要素が存在する可能性があるため、立法の形成の余地はなお否定されない。しかし、婚姻の自由を実現すべき標準的な制度の候補が明らかであるならば、制度設計を完全に立法に委ねるべき理由はなく、2年の猶予を立法に与えれば制度形成の余地への配慮として十分だったのである<sup>131)</sup>。この点からも、本件解釈が立法に対する侵害であるという批判に応答することができよう。

以上のⅡ 4 (3)(a)から本節までの検討によって、本件解釈の事後処理が台湾法における議論として擁護されることを示した。そこで次

節ではこうした事後処理の存在を踏まえて、本件解釈によって認められると思われる形成の余地の範囲について検討する。

### d 立法の形成の余地

本節では、形成の余地に関する問題を取り扱う。行政側が親族法制につき立法の広い形成の余地を主張したのに対して、大法官はあくまで「同性の二人が、共同生活を営む目的で親密性と排他性を持つ永久的結合関係を成立」させられるようにするという前提の下、いかなる法によってそうした「婚姻の自由の平等な保護」を実現するかのみ形成の余地を認めた<sup>132)</sup>。しかし、本件解釈の示した形成の余地にもなお不明瞭な点が残されている。ここでは、制度に婚姻という名を付ける必要があるか否か、現行法とどの程度異なる規律を認めるか、の2点について、簡単に検討する。これらは、司法院釈字第748号解釈施行法の立法過程においても争われた論点であり、台湾における同性婚法制を検討する上で重要だからである。

#### (a) 同性婚の名称

第1に婚姻という名称については、一方で、婚姻を「共同生活を営む目的で親密性と排他性を持つ永久的結合関係」へと抽象化したため、名称が持つ意義は相対的に低下しているという見方がありうる。大法官が婚姻の自由について「人格の健全な発展と人間性の尊厳」を語る時、それが婚姻当事者間での人格の発展と尊厳であると考えれば、当事者が法律上有する地位が第1に問題となるのであって、婚姻という名にこだわる必然性はない。

他方で、本件解釈が、承認された同性婚が「社会を安定させる基盤となる」と述べるとき、大法官は同性婚当事者を越えたスケールを想定しているようにも思われる。その場合、同性婚当事者が異性婚と同様に受け止められることが「尊厳」に関わるとすれば、婚姻という名に重みを与える立場も十分ありう

131) このように、婚姻の自由を出発点とし、その具体的実現の段階に初めて立法裁量を認めるという点で、筆者は松井・前掲注9)比較憲法82-83頁などと立場を異にする。結論として大きな差異はないと思われるが、もっぱら立法裁量の統制の観点から本件解釈を理解するのでは、本件解釈が直接憲法22条によって婚姻の自由という制度独立的な個人権を導出して同性婚の立法を要求している点の起爆力をとらえそこなうおそれもある。

132) 松井・前掲注9)立教195頁は、「立法裁量を強力に制限することにした」とする。

る。Ⅲ 2(4) bで後述するように、本件では「婚姻登記」が法定されたため結果として問題は生じなかったが、要件効果を異性婚とまったく同じにする「同性パートナーシップ」が提案された場合、それを「婚姻の自由の平等な保護」を満たすものと言いうるかについて、議論の余地がある。

以上のようにいずれの理解もありうるところではあるが、しかし、多数意見はやはり「婚姻」に一定の重みを与えていたのではないか。多数意見は、呉少数意見の婚姻が「慣わしが広まっていくにつれて大衆が自然に形成した用語」であり、「憲法解釈機関の過度な介入に適さない」という理解を採用していないのであるから、本件解釈は「婚姻」について憲法判断を行うものとしてとらえるべきである。松井直之は「依然として確固たる文化的権威性を持つ『婚姻』という言葉によって構成されている社会の意味秩序を改革しようとする司法院大法官の強い意欲が感じられる。」と指摘する<sup>133)</sup>。

呉大法官もそして黄大法官も、同性カップルについて終身の共同生活を目的とした結合が保護されるべきということを否定しない中、多数意見があえてそれを「婚姻の自由」として論じたことから、本件解釈においては、「婚姻」という名称に重要性が与えられていると考えることができるのではないか。

#### (b) 同性婚の内容

第2に同性婚法制の内容の許容幅については、日の出条項が鍵となる。日の出条項は、現行の婚姻法は同性カップルについても婚姻の自由を実現するものとして適格であると、大法官が考えていることを示す。すなわち、大法官は同性婚法制について、その一応の基準点を、現行の異性婚の要件効果および手続においているとすることができる。

こうした議論は、Ⅱ 4(3) dで述べたように、本件解釈の平等審査に裏付けられている。このように考えるならば、同性婚法制が現行法の仕組みから離れる場合、それが性的

指向に基づく区別であるとされれば、本件と同様の比較的厳格な審査基準による平等審査に服すると考えられる。だとすると、現行法と大きく異なる同性婚法制が許容される余地はほぼないと見るべきだろう。

#### e 中間小括

Ⅱ 4(3)では本件解釈の事後処理について検討してきた。この事後処理は同性婚の実現を極めて強力に推進するという点で、本件解釈の大きな特徴と言ってよい。そしてこの事後処理は、婚姻の自由とそれを実現すべき婚姻制度の分離から立法の形成の余地が肯定されること、しかし本件では平等審査により標準となるべき婚姻制度が明確であるため、2年間の猶予で形成の余地への配慮として十分であることから、擁護されると論じた。

この事後処理は、一方で実定法制度独立的な婚姻の自由と婚姻制度を結びつけ、他方で司法による権利救済と立法の形成の余地への配慮をバランスするという点で、参照に値するものと言えるのではないだろうか。

## 5 小括

ここまで748号解釈を対象として、婚姻の自由と平等および事後処理について検討してきた。Ⅱ 4(1)では、本件解釈の婚姻の自由が人格の健全な発展と人間性の尊厳に基礎を有する「共同生活のための永久の結合」への権利として構成されること、異性婚と同性婚の利益が対立しない限り一夫一婦制の制度性保障を述べる先例と本件解釈は抵触はしないという理解が可能であること、本件解釈には単婚を超える婚姻の自由を認めうる側面と既存の秩序に重みを与える側面の両方が存在していることを示した。Ⅱ 4(2)では、本件解釈の平等審査が、大法官解釈の審査基準論の展開の一環に位置付けられ、性的指向に基づく平等審査について比較的厳格な基準を採用した解釈と理解できることを示した。そして、Ⅱ 4(3)では、事後処理の「日の出条項」につ

133) 松井・前掲注9)比較憲法84頁。もっとも黄大法官は、多数意見に与した大法官を含め、大法官それぞれの「実質的観点」は「皆同じではない。」としており、直接に婚姻の定義を変更するべきという立場、異性婚と同性婚が別々に併存するという立場、平等な保護が与えられるべきであるが「婚姻」という名によってはならないという立場などを挙げる。しかし、大法官の意図や内心は本稿の検討対象ではないため、これ以上の論及は避ける。



いて、大法官が婚姻の自由と婚姻制度を分離する思考をしたため、一方で婚姻制度について立法の形成の余地を認めつつ、他方で平等審査を基礎にして同性婚の規律を実現すべき標準的制度として現行民法を指定したのではないかと指摘した。また本件解釈は同性間の関係を「婚姻」として規律するよう求めていると理解しうることで、そして内容面での形成の余地は大きくないであろうことも論じた。

これらを踏まえると、本件解釈は、婚姻の自由、平等、事後処理のいずれについても、注目に値する特徴があると言える。婚姻の自由については、実定法制度独立的に個人に基礎付けられた権利として構成したことが注目される。平等については、婚姻を親子等と切り離して、同性婚の可否が性的指向に基づく差別的取扱いの問題であり、比較的厳格な審査が妥当するとしたことが重要である。そして事後処理については、平等審査による異性婚と同性婚の相同性をてこに、同性婚の実現という実践的課題に対する1つの理論構成を示した点に意義が認められよう。ここまでの検討によって、本件解釈の全体像およびその特徴は明らかにできたのではないだろうか。

748号解釈の整理と検討がやや長くなってしまったが、Ⅱの最後にⅡ6では補論として791号解釈を取り上げて、748号解釈以降の大法官の婚姻に関する憲法判断のあり方を紹介する。同解釈は554号解釈を変更し姦通罪処罰を違憲としたが、その理由中で婚姻の個人的側面の重要性を明示しているため、748号解釈と並んで台湾における婚姻の憲法上の位置付けについての示唆を得るために参照に値するからである。

補論の後に、司法院积字第748号解釈施行法についての検討に進む。748号解釈を受けて、立法院はどのように法制を行ったのか、立法過程の議事録を参照しつつ検討していく。

## 6 補論—— 791号解釈による大法官解釈の展開

姦通罪処罰は554号解釈によって合憲とされていたが、それが再び争われたのが791号解釈<sup>134)</sup>である。同解釈は554号解釈を変更し、姦通罪処罰は比例原則違反であり違憲であるという判断を下した。以下、解釈文および多数意見の理由を簡単に紹介し、若干の検討を加える<sup>135)</sup>。なお、791号解釈のうち姦通罪の告訴に関する部分については割愛する。

### (1) 大法官の解釈

大法官は冒頭で婚姻が憲法上保障されることを確認する。すなわち、「婚姻が、配偶者双方が自主的に形成する永久の結合関係であり、配偶者間で精神的、感情的また物質的に相互に助け合い頼り合えるようにすること以外に、また各種の社会的機能も備えており、家庭と社会の形成・発展の基礎であることを見るに、婚姻はおのずから憲法によって保障される（争われている解釈〔554号解釈〕および748号解釈参照）」という。しかし続いて、「社会の自由化と多元化の発展に伴い、現代の民主国家の婚姻法制の主要な発展の趨勢を見るに、婚姻関係中の個人の人格の自律（性的自己決定権を含む〔包括性自主権〕）の重要性は、すでにますます肯定され重視されており、婚姻が担ってきた社会的機能は相対化される傾向にある。」という認識を示す。そこで大法官が憲法22条からプライバシー権の保障を解釈上導いてきたことを例にしつつ、憲法上の評価が「時とともに前進していく必要がある」として、改めて姦通罪の憲法適合性を審査する必要があるとした。

次に、554号解釈を引き継ぎ、性行為の決定の自由は「個人の人格と不可分の関係にあり、個人の自己決定権の一環として、人間性

134) 日本において791号解釈について紹介するものとして、以下の記事がある。

呉柏蒼「台湾の『姦通罪』にピリオド／司法院大法官积字第791号解釈」（2020年12月4日）(<https://www.keiben-oasis.com/9366>.)

135) 791号解釈には8つの（部分）協同意見と1つの不同意意見が付されている。しかしそれらは内容的に多様であり、紙幅の限界からも748号解釈を主たる対象とする本稿の趣旨からも詳しい検討がかなわないため、基本的に割愛する。なお、不同意意見を提出したのは、本件解釈でも不同意に回った呉大法官である。

の尊厳と密接に関わる」として、憲法 22 条による保障を肯定する。そして憲法 23 条による比例原則審査も、「目的の正当性に合致し、かつ当該制約が目的の達成に有効〔有効於〕であり、また目的達成に同等に有効で侵害がより小さい手段をほかに用いることができず、それが保護しようとする法益の重要性と比例関係に適合しなければならない。」という基準を継承する。しかし 554 号解釈とは異なり、さらに「性的自己決定権と個人の人格は不可分の関係にあるから、(……)〔姦通罪の規定が〕性的自己決定権の制約として、比例原則に適合するか否かは、おのずから比較的厳格な審査を受けるべきである。」と、比例原則審査を厳しくすることを明言した。

当てはめを見てみよう。目的の正当性については、「婚姻制度は人倫秩序の維持、性別の平等、子女の養育などの社会的機能を備え、かつ婚姻によって生じる永久の結合関係が、また配偶者双方を精神的、感情的また物質的に相互に助け合い頼り合えるようにするという機能も有している。」ことから、「国家は婚姻を守るために、関係する規範を制定して、配偶者双方が忠誠義務を履行するよう拘束することができないわけではない」。そして姦通処罰の目的は結局のところ「配偶者双方を相互に負う婚姻の忠誠義務の履行へと拘束し、以て婚姻制度と個別の婚姻の存続を守る」ことであるから、その目的は「正当と言うべきである。」とした。そして目的達成への有効性は、忠誠義務と婚姻の存続が同値ではないため適合性は比較的低いとしつつ、なお「全く立法目的の達成に役立たないというわけではない。」として肯定した。

しかし、姦通を刑事的に処罰することに 791 号解釈は疑問を呈する。まず刑法の謙抑性から、刑罰による制裁の対象は「公益を侵害し、反社会性を具えた行為に限られる」べきであるとし、「個人の感情を損ない、かつ主に私人の権利義務の争いに関わる行為をまた一律に刑罰の制裁の範囲に入れるべきではない。」ということをごとから導く。そして「婚姻制度の社会的機能が徐々に相対化」されていることと、「憲法は人民が国家の恣意的な干渉を受けない婚姻の自由を享受するこ

とを保障しており、そこには、個人が自ら『婚姻するか』、『誰と婚姻するか』、『合意離婚するか』の決定の権利および、その婚姻関係を配偶者と共同で形成し営む（例えば、配偶者間の親密関係、経済関係、生活方式など）権利が含まれ、これらは日に日に重要視されている。」のであって、婚姻の成立や維持が「双方の感情」や「努力と受け入れ」によるものであることを考えると、姦通に刑罰を用いることには「疑いなしとしない」。

そして姦通罪によって実現される公益が大きくないのに対して、その処罰によって「性的自己決定権の核心に直接干渉する程度は、厳しいと認められ」、かつその捜査等に際しては「国家の公権力が一気に人民の極めてプライベートな領域に入ることになり、個人のプライバシーへの深刻な干渉になる。」から、「個人の性的自己決定権およびプライバシーへの干渉と不利益の程度は、(……) 実に重大である。」。このように理解されるならば、姦通処罰によって実現される公益よりも不利益の方が「明らかに大きい」のであり、比例原則違反である。

## (2) 若干の検討

以上の整理を踏まえて、791 号解釈について若干の考察を行う。791 号解釈自体の意義としては、姦通罪に関する比例原則審査の明確化と厳格化も挙げられる。しかし婚姻を主題とする本稿はもっぱら、791 号解釈における婚姻の位置付けに着目して検討をすることとする。本稿は、791 号解釈によって、婚姻制度の設計に関しては、個人以外の要素も考慮が認められていること、しかし婚姻に関する憲法判断においては個人の要素が重視されていること、が明らかになったと考える。

本稿の趣旨から第 1 に注目すべきは、791 号解釈が 554 号解釈の内容を一部受け継ぎ、「人倫秩序の維持、性別の平等、子女の養育」という婚姻の社会的機能を肯定している点である。748 号解釈を受けて一夫一婦という文言は現れていないが、婚姻の趣旨として、配偶者間の相互扶助以外に、「家庭と社会の形成、発展の基礎」という要素がなお認められている。791 号解釈においても、婚姻制度のレベルでは、なお個人間の関係以外の要素も

考慮されていることがわかる。

第2に注目すべきは、しかし、婚姻の社会的機能を肯定しつつも、社会状況や国際的な立法の動向の変化により、婚姻について個人権が重視され婚姻の社会的機能が相対化したとしている点である。婚姻における個人の重要性は、「個人」の自己決定としての婚姻の自由が「日に日に重要視されている。」という説示からも読み取れる。これは、362号解釈などの先例以来存在している、婚姻に関する社会と個人の対向という問題について、大法官が個人に重きを置く姿勢を示していると同理解できる。

婚姻の社会的機能は、554号解釈をはじめとする先例において繰り返し述べられてきたことである。すると791号解釈の新規性は、婚姻の社会的機能の相対化という認識を多数意見において明示したことにある。791号解釈には8つの個別意見と1つの不同意意見が付されており、その内容も様々である。しかし748号解釈を踏まえて見るに、個人を基礎とした婚姻というモデルが大法官解釈として構成されつつあるのではないかというのが、筆者の見立てである。

以上によって、現在の大法官解釈は、婚姻制度のレベルにおいては社会的機能や家庭とのつながりを認めつつ、748号解釈を受け継いで婚姻における個人の要素を重視していると理解できるということを、ある程度示すことができたのではないだろうか。

### Ⅲ. 司法院釈字第748号解釈施行法<sup>136)</sup>

ここでは、748号解釈を受けて立法院で審議され成立した法律について紹介し検討す

る。本節ではまず、本法の審議に先立って行われた国民投票について、国民投票の制度とともに検討する(Ⅲ1)。748号解釈の後には、同性婚をいかなる形式によって実現するかが大きな問題となったが、国民投票は特別法という本法の立法形式について決定的な影響を持ったからである。次に、成立した司法院釈字第748号解釈施行法の規定について、審議過程での議論を参照し、現行民法と対照しつつ紹介する(Ⅲ2)。このような検討を通じて、本法の規律内容は民法とあまり変わらないということ、そして本法の成立に大法官解釈の立法義務付けの期限が大きな影響を持ったということが確認される。

## 1 国民投票<sup>137)</sup>

748号解釈は立法院に対して、いかなる形式で共同生活のための永久的結合を保護するかの形成の余地を認めた。これについて大きな影響を持ったのが国民投票である。748号解釈においては民法改正や特別法の制定が候補として挙げられていたところ、国民投票により民法上の婚姻が男女に限られることおよび同性婚が民法以外の手段で実現されるべきことが定まったのである。以下ではまず台湾における国民投票の制度について概要を説明し(Ⅲ1(1))、次に本法に関係する国民投票についてその内容を紹介する(Ⅲ1(2))。

### (1) 台湾の国民投票制度

憲法17条<sup>138)</sup>および136条<sup>139)</sup>の規定を受けて、台湾には公民投票法(以下「公投法」という法律がある。公投法2条2項は国民投票が適用される事項として、「法律の複決」、「立法原則の創制」、「重大な政策の創制および複決」を各号に列挙している。国民投票が

136) 本法の制定経緯については、松井・前掲9)立教195-207頁および蔡秀卿「台湾でアジア初の同性愛者婚姻法の制定」法セ75号1頁にも詳しい紹介がある。リンク切れ等によって筆者が確認できなかったものもあるが、松井は立法当時の報道を多数参照して台湾における言説状況を紹介している。また本法については鈴木賢による邦訳がある。

鈴木賢「司法院釈字第748号解釈施行法邦訳」([https://1215fcd3-5570-4133-9b5c-e2d1d8cbe9b4.filesusr.com/ugd/ff3b59\\_456a953970f64cee81c04d97ed8da872.pdf](https://1215fcd3-5570-4133-9b5c-e2d1d8cbe9b4.filesusr.com/ugd/ff3b59_456a953970f64cee81c04d97ed8da872.pdf))

本稿はこれを参照しているが必ずしも従っているわけではない。

137) 尤(鈴木・梁訳)前掲注13)94-95頁に、一関係人の視点から一連の流れおよび公投法が用いられた経緯が説明されている。また、鈴木・前掲注9)法教145-146頁、および鈴木・前掲注9)TRP第4回も参照。

138) 憲法17条「人民は、選挙、罷免、創制および複決の権利を有する。」創制とはイニシアティブのことであり、

通過すれば（公投法 29 条 1 項）、複決については、原法律等は公告から起算して 3 日後に失効し（同 30 条 1 項 1 号）、創制については、行政院等は 3 ヶ月以内に当該法律を起案し立法院等に送らなければならない、立法院は次の会期が休会する前に審議手続を終えなければならない（同 2 号）。また、創制による立法原則は、立法機関が変更してはならない（同 4 項前段）。

## (2) 同性婚に関連する国民投票の経緯

748 号解釈が公布された後、2018 年 11 月 24 日に行われた統一地方選挙と同時に国民投票<sup>140)</sup>が行われ、そこでは同性婚に関する議題も対象となった<sup>141)</sup>。そこで可決され今

回の立法に直接影響したのは、第 10 案と第 12 案である<sup>142)</sup>。第 10 案<sup>143)</sup>は「あなたは、民法の婚姻規定が一男一女の結合に限定されるべきだということに同意しますか？」というものであり、第 12 案<sup>144)</sup>は「あなたは、民法の婚姻規定以外の他の形式で、同性の二人が永久の共同生活を営む権利利益を保障することに同意しますか？<sup>145)</sup>」というものであった。結果は、第 10 案が 765 万余票対 290 万余票で通過、第 12 案が 640 万余票対 407 万余票で通過であった<sup>146)</sup>。第 10 案も第 12 案も立法原則の創制として提案されたため、この結果は立法原則として立法機関を拘束する。これによって、大法官が 748 号解釈

---

複決とはレファレンダムのことである。実際の例を素材に台湾における国民投票を検討するものとして、唐玉禮『「公民投票」的理論與實際——以我國核四論戰爲例』〔高永光総編輯『民主與憲政論文彙編』（政治大學中山人文社科學研究所，2001）所収〕577 頁も参照。

139) 憲法 136 条「創制、複決の両権の行使については、法律をもってこれを定める。」

140) 当該国民投票についての議題およびその理由は中央選挙委員会のウェブサイト<sup>140)</sup>に資料がある。以下の資料には、各議案ごとに、議案の内容、提案の理由書および、議案に対する政府機関の意見書がまとめられている。

中央選挙委員会「全国性公民投票案第 7 案至第 16 案公投公報」(<https://web.cec.gov.tw/upload/file/2018-11-09/ad9a3c4c-82a4-4d77-b3e5-d234d830f514/3fcff04246193159fea3fa8365dcd915.pdf?fbclid=IwAR0Ty6AGDo5lo3yAD55Ca6ZaCuQA2Njig36aiJE60JlxYtg91V3h6liGbeds,>)

141) 尤（鈴木・梁訳）・前掲注 13)94 頁参照。なお当該国民投票の議題は同性婚に限られたものではない。

142) 「あなたは、民法の婚姻章によって、同性の 2 人が婚姻関係を成立させることを保障することに同意しますか？」と問うた第 14 案は否決された。後掲注 146) 参照。

143) 第 10 案の理由書では、提案者は、大法官解釈は現行民法の規律の不足を違憲と解したのであり民法が婚姻を一男一女に限っていることが違憲とされたのではないと理解し、一男一女間の婚姻という用語法を残すことが、法的安定性、立法経済および社会的衝撃の緩和に資するとしている。

これに対し行政院は、大法官解釈によれば婚姻はすでに一男一女に限られないが、国民投票の時点ではいかなる形式で立法するか行政院において検討中でコンセンサスはなく、当該案が通過すれば立法の選択肢が制限されるだろうという見通しを述べた意見書を付している。

144) 第 12 案の理由書では、同性間の永久の共同生活を営む権利利益を特別法等で規律すべき理由として、積極的には、非人工生殖の可能性が全くないこと（生理上の本質的差異）、現行民法が異性婚から派生する法関係を規律していること、法的安定性等に資することを挙げ、消極的には 748 号解釈が「婚姻」という用語を用いるよう判断しなかったことを挙げている。

145) 松井・前掲注 9) 立教 199 頁では、第 12 案として「あなたは、婚姻の定義が一男一女の結合であるという前提を改めないで、特別法を以て同性の 2 人が永久の共同生活を営む權益を保障することに同意するか」としているが、確かに第 12 案の理由書には、「婚姻という名称を使用することが前提というわけではない」との文言があるものの、「婚姻の定義～改めないで」という部分は、公投案自体には書かれていない。したがって、松井・同論文 199 頁のように、この国民投票によって「同性間の人的結合関係は『婚姻』ではない」とされたと言うことには躊躇が残る。鈴木賢も「この国民投票案の文面では、「民法」による同性間の婚姻を排除できたに過ぎなかった。」また「民法以外の法律による同性婚まで否定することはかなわなかった」と指摘している。鈴木・前掲注 9)TRP 第 4 回参照。

民法の婚姻が異性間に限られることによって、同性間の結合が「婚姻」ではないとすることは、およそ婚姻は法律（特に民法）の規定を待たなければならないという理解を前提にしているように思われる。しかし 1 で検討したように、748 号解釈は法律の規定以前に憲法上の「婚姻」の自由を構成しその保護が同性間にも及ぶとしたのであるとすれば、このような理解は 748 号解釈の趣旨を十分に受け止めていないのではないかという疑問が残る（特に「婚姻」という名称について II 4(3) d(a)を参照）。

146) 結果は中央選挙委員会のウェブサイト参照。

中央選挙委員会「107 年全国性公民投票結果」(<https://web.cec.gov.tw/upload/file/2018-12-03/9617f16e-8616-42d9-b052-a6efa6595712/c0e7ec8903c018054138e2f7b5a409cc.pdf,>)



協商を開催する提案（同 68 条 1 項）<sup>154)</sup> を行い、賛成 59 反対 24 棄権 5 で可決されたため、委員会審査を経由せずに行政院案は二読へと回された<sup>155)</sup>。また頼案については国民党の提案により委員会審査を経ずに二読に進み、行政院案とあわせて審理・協商されることとなった<sup>156)</sup>。行政院案をもとにした本法の法案は党団協商（同 5 月 9 日、5 月 14 日）を経て二読（同 17 日）を通過し、三読（同日）においても可決された。本稿では内容についての実質的審議が行われた党団協商および、総括的な意見表明がなされた二読を中心に、審議過程を検討する。

ここで注意を促したいのは、二読の時点で 748 号解釈が定めた期限まで猶予が 1 週間しかないということである。行政院案および頼案の一読こそ 3 月に通過したものの、実質的な審議が行われる二読および党団協商は 5 月に入ってから開始されている。つまり、立法段階の審議はタイムリミットまで 1 ヶ月もない状態で進行したのである。本法の審議過程を検討するときには、こうした時間状況を理解しておく必要がある。

#### 一般的な立法過程の概略

「程序委員会」→「一読」→「各委員会」  
→「二読」→「三読」

## (2) 法案

748 号解釈と先述の国民投票を受けて、立法院には 3 つの法案が提出された。行政院案、頼士葆<sup>157)</sup> 案および林岱華案である。行政院案は公投法の規定を受けて作成された法案であり、頼案はその対抗案として提出された。行政院案が本法の原型となっていることから、本稿では行政院案を中心に検討し、適宜対比のため頼案の内容も取り扱うことにする。なお林案については折衷案としての性格が強いため、独自の内容がある場合に触れるにとどめる。

行政院案は「司法院积字第 748 号解释施行法」と題し特別法による「同性婚姻」関係を規律することを目的とする。一方頼案は「公投第 12 案施行法」と題し同性の「家属<sup>158)</sup>」関係を規律することを目的とするものである<sup>159)</sup>。

以下、審議を大まかに追跡する。それによって、最終的な法制との関係で、立法過程でどのような問題について議論がなされ、どのような結論に至りあるいは至らなかったかということを確認する<sup>160)</sup>。この作業を通じて、本稿は以下のことを示す。

まず、Ⅲ 2 (3) では、本法の内容以前に、同性婚を実現すべきという大法官解釈は国民投票による新たな民意によって覆されたという

154) 同時に親国民党は「程序委員会に返付すべき」という提案を、国民党は「程序委員会に返付すべきで、二読に付すことに同意しない」という提案を行っているがどちらも否決された。一 7-8 頁。

155) 一 7-9 頁。このとき、「立法手続を全うしろ!」という野次が記録されている（一 8 頁）。この批判はもう少し長引くことになる（例えば党 553 頁）。しかし先述の通り、委員会審査を経ないで二読に付すこと自体は法により認められている手続である。

156) 3 月 5 日に行政院案が二読へと進められ、3 月 15 日に頼案が二読に進め行政院案とあわせて党団協商にかけることが、5 月 3 日には林案も同様の処理をすることが決議された。

157) 野党である中国国民党所属。頼案は国民党を中心に 23 人の議員の賛同のもと提出された（二 142 頁）。

158) 家属は同居家族に近い概念である。民法 1123 条参照。家属は親属であることが典型であるが、家属であるためには親属である必要はない。認知や養子等により身分関係を生じる者で独立した者（成年あるいは既婚の未成年）は、家長と合意することにより初めて家属の身分を得る。台湾法における「家」について、戴ほか・前掲注 53) 499 頁以下（6 章）、そのうち家属とその身分の取得については、同 514 頁以下（6 章 5 節）特に 516-518 頁参照。

159) 「同性二人の共同生活と異性婚では、自然面において事物の本性の重大な差異が存在すること、またかつ異性婚法制はわが国においてすでに長年行われていることを考えると、それによる建付けから派生する社会秩序は軽率に動揺させるべきではない。」のであり、「婚姻ではない他の制度を創設する」ことで「大法官が言うところの婚姻の自由の平等な保障を達成する。」という旨の記載が理由説明としてなされている（二 142 頁）。

160) 最終的には多くの条文について民進党の再修正動議が可決されて法律となっている（二 68-128 頁）。しかし立法資料中の再修正動議に理由説明が付されていないため、本稿ではその部分の検討ができなかった。もっとも再修正動議は内容においてほとんど行政院案と同一であるから法律の内容理解に対しては大きな問題はないと考える（二 186-195 頁）。

主張が野党によってなされ、それが退けられたことを確認する。Ⅲ 2(4)では本法の条文に則して審議過程を追跡する。具体的には、本法が同性間の婚姻関係を規律すること(Ⅲ 2(4) a), 本法の内容のうち、婚姻当事者間の規律と相続については、現行民法とほぼ同一である<sup>161)</sup>こと(Ⅲ 2(4) b-c, e), その反面で、同性カップルと親子の関係については、異性婚に比べて限定的な規律がなされており、審議において激しい議論がなされたこと(Ⅲ 2(4) d)を確認する。

### (3) 大法官解釈と民意、立法形式について<sup>162)</sup>

2019年5月9日に行われた党団協商の冒頭は、大法官解釈と民意の関係から議論が始まった。大要を述べると、国民投票によって新たな民意が明らかになったにもかかわらず、それ以前の法令についての大法官解釈に基づいて立法するのはおかしいのではないかという主張である<sup>163)</sup>。これに対しては、婚姻の自由の平等な保障という人権問題の解決について立法の形成の余地が認められるところ、国民投票の結果を受けて、民法改正ではなく特別法の制定という手段によることで審

議が行われているのであり、国民投票がないがしろにされているというのは当たらないという反論がなされている<sup>164)</sup>。しかし後にも批判説のこの議論は、大法官が設定した期限が立法府を拘束しないという形でも繰り返される<sup>165)</sup>。

この議論について、若干の検討を加えておこう。国民投票の結果が新しい民意でそれが「法律と同視される」という批判説の前提をとったとしても(そしてその前提自体は正しいと思われるが)、批判説の結論に至るにはまだいくつかの段階を補う必要がある。まず、国民投票が法律と同位だとしても、先例に従えば大法官の憲法解釈は憲法と同位であるから、法律が憲法に従うのと同様に、国民投票の結果も大法官解釈に従わなければならないはずである<sup>166)</sup>。従って批判説が成立するためには、国民投票の結果が憲法レベルの「後法」であると主張するか、あるいは大法官解釈が憲法と同位にあることを否定するか、いずれかが必要であると思われる。しかし頼らはどちらも十分に説得的に述べていない<sup>167)</sup>。

理由書から明らかなように、今回の国民投

161) 台湾の親族法については、関連する内容ごとに本法と対比して条文を参照しながら紹介するが、邦語での概要の紹介として蔡=王・前掲注16)11章がある。

162) この論点については、松井・前掲注9)立教201-202頁も参照。

163) 党495頁(李)。頼も同調している。頼は「6,700万人の人が通過させた国民投票によって一定程度大法官の意見はすでに覆されたのだ!」とし、行政院案を「大法官の解釈ばかりを見て、6,700万人が通過させた国民投票を見ない」と批判する。党495-496頁。

164) 上記発言の直後の党496-497頁(林)。また法務部も同様に本件解釈と国民投票が矛盾しないという説明をしている。党504頁(陳)。

165) 党553頁参照。もっともこのときは一般討論を蒸し返してはならないとして退けられている。仮にその主張を受け入れるとしても、期限までの立法義務を否定したところで、いずれにせよ748号解釈によって認められた現行法による同性間の婚姻登記は期限を過ぎると可能になるため、登記実務が同性間の婚姻についての明示的な法律の規律なくして動かなければならないという問題が生じるだろう。行政命令による処理についての批判は党551頁(柯)参照。

166) 実際司法院は国民投票を受けた2018年11月29日付の声明で、国民投票による立法原則はやはり法律の位階に属するのであり憲法に抵触してはならず、「権力分立および立法権の憲法被拘束性の原理に基づき、憲法の規定および司法院大法官がなした憲法解釈を踰越することはできない。」と主張している。この理解自体はさして新しいものではないが、そこでいわれる「権力分立」の内実は本来さらに検討すべきかもしれない。

大法官書記処「本院對於全国性公民投票案第10案及第12案創制之立法原則不能抵触積字第748号解釋之說明」(2018年11月29日)(<http://jirs.judicial.gov.tw/GNNWS/NNWSS002.asp?id=390040>)

167) 頼は「国民投票の効力は法律のレベルで、大法官解釈は憲法のレベルだから、憲法がより大きい、ということではないのだ!」と発言しており、「憲法さえも改正できるのに、なぜ国民投票の結果が大法官10数人の意見に負けるのか?」と主張する(党496頁(頼))。

しかしこれは国民投票法に基づく国民投票と憲法改正手続(増修12条、立法委員の4分の1の提議、4分の3の出席かつ出席者の4分の3の決議を経た上で、国民の投票において有効同意票が総有権者の過半数となる場合)を同視するかなのような議論であり、緻密な議論とは言えない。

票の同性婚に関する議題は 748 号解釈の認める立法の形成の余地を前提とした議題であったのであり、その結果は民法改正ではなく特別法として立法するという形で立法を拘束している。そうするとこの段階では反論の方にやはり分があるということになろう<sup>168)</sup>。この論点についての批判説は国民投票案の理由書を拡大解釈<sup>169)</sup>しているなど、説得力を欠くものが少なくない。しかし、国民投票と憲法解釈の調整という台湾独特の現象を巡る議論であることと、同性婚反対派の反発の強さを示すものとして、ここで取り上げて若干の検討を行った。

#### (4) 司法院釈字第 748 号解釈施行法の内容

ここでは、本法の内容を、5 月 14 日に行われた党団協商における逐条討議を参照しつつ、およそ条文の順に沿って紹介する。なお訴訟手続に関する条文などは割愛している。

##### a 法律の名称、立法目的 (1 条)、定義 (2 条)

###### (a) 法律の名称

「司法院釈字第 748 号解釈施行法」という

名称については、立法院が司法院に従属するかのように見えるため「公投第 12 案施行法」とすべきだという意見<sup>170)</sup>や、内容を直接に表現して「同性パートナー法」や「同性共同生活法」(党 537 頁 (沈))あるいは「同性婚姻法」(党 538 頁 (尤))とすべきだという意見<sup>171)</sup>も出たが、結局行政院案の名称が採用された。

###### (b) 立法目的

1 条の立法目的について、行政院案は 748 号解釈が保護するとした婚姻の自由の内容を明文化し「以て婚姻の自由の平等な保護を達成するために、特に本法を制定する。」とした一方、頼案では目的を「同性の二人が永久の共同生活を営む目的で、同性の家属関係を成立させることを保障し、以て家庭を組織する権利を実現するため」としており、異なる内容が想定されていた。

頼案については、そもそも婚姻ではなく家庭について述べているという批判(党 545 頁 (尤))がなされ、同性家属についての規律を立法目的とはしないとされた<sup>172)</sup>。そもそも

168) さらに批判説の一例を挙げると、孔文吉は国民投票によって「多数の民衆は婚姻と家庭が一男一女からなることを肯認し、司法院の大法官は実際民意に依拠しなければならないので、748 号解釈の内容に対してさらに詳しい補充解釈をする必要がある(……)」と主張する(党 498 頁)。あるいは、本法の名称に関する議論の中で頼は「国民投票第 10 案は明確に、婚姻は一男一女からなる」と書いていて、これが 765 万票で通過したのだ」と繰り返す(党 539 頁)。

しかし先述の理由書を見れば明らかなように、これらは民法上の婚姻について問うた国民投票案を誤解あるいは拡張理解している。尤美女も国民投票の理由書の記載をまずは正確に理解すべきであると指摘している(党 499-500 頁)。批判説の立場からは、「権力分立」を基点に大法官解釈の効力を争う余地もあったと思われるが、十分に整理された議論はなされていない。

169) 前注では、野党議員が第 10 案を誤解していたとした。しかし、国民投票第 10 案の理由書では、「民法が規律する婚姻は社会の形成と発展の基礎」であり、「憲法の制度性保障を受ける」とした上で、「その核心的内容の変更」は『国民投票の立法原則の創制』という直接民主的手続によって決定すべき」としている。その意味では、第 10 案の提案者は、民法の規律する婚姻に特殊性を認めており、野党議員の主張も第 10 案の提出者の意図とは合致していた可能性がある。

しかし、本稿が II 4(1)c ですでに述べたように、大法官解釈における婚姻の制度性保障が第 10 案の提案者の理解する内容であるということには異論がありうる。また本件解釈の日の出条項が現行法による同性間の婚姻登記を認めたことからしても、大法官は民主的手続によらず民法の規律を同性婚に拡張できると考えている。以上を踏まえると、第 10 案を本件解釈と整合的に読むためには、あくまで現行民法が規律する婚姻が異性間のものに限られる、すなわち同性婚立法の選択肢のうち民法改正という選択肢を否定するという内容でありかつそれにとどまると解すべきである。その意味で、野党議員は第 10 案の理解を誤っていると言える。鈴木・前掲注 9)TRP 第 4 回も参照。

170) 頼がこのような傾向を示す。

171) 党 535-541 頁。これらの名称案については、党団協商において各個人が単体で動議を出すことはできないとして退けられている。

172) 頼が行政院案を批判するのは、行政院案が事実上「民法の準用」であり、国民投票第 10 案と抵触するという点である(党 546 頁)。頼は、民法上の婚姻を男女に限るとした国民投票によって、同性婚の規律は民法による婚姻の規律と同じになってはならないと理解している。

他方で立法院は大法官解釈(特に日の出条項を想起すべきである)の拘束も受けているため、特別法が大幅に



「家属」として想定される範囲には、「兄弟関係や母娘関係<sup>173)</sup>」も含まれるのであり、典型的に想定される同性婚とは異なるものであるから、同性婚の規律に同性家属という概念を用いないという判断は正当だと思われる。

成立法では立法目的から「同性婚」の文言が消え、「司法院积字第 748 号解釈の施行を確実に実現するため、特に本法を制定する。」となった。詳しい理由は明示されていないが、社会対立<sup>174)</sup>を踏まえて「同性婚」という表現を前面に出すのを避けたと考えられる<sup>175)</sup>。

### (c) 第 2 条関係の定義

2 条の同性婚関係の定義について、行政院案では「同性婚姻関係とは、同性の 2 人が、共同生活を営む目的で親密性および排他性を持った永久の結合関係を成立させることを言う。」とされていたが、成立法では「同性婚」という文言が本文から消え、「同性の 2 人は、共同生活を営む目的で親密性および排他性を持った永久の結合関係を成立させることができる。」という条文になった。しかし 748 号解釈による婚姻の自由の定式を採用したもの

であり、内実には変更がないと考えるべきだろう。

これについては、「隔離すれども平等」を否定するために「婚姻」の文言を入れることを推す意見（党 548 頁（許））もあったが、最終的には採用されていない。この点も、目的規定と同様の社会対立への配慮が働いた可能性がある<sup>176)</sup>。

### b 同性婚の要件および同性婚の終了 (3-10 条, 16, 17 条)

現行台湾民法の婚姻の要件<sup>177)</sup>は、私益に関するものとして、婚姻能力（意思能力とほぼ同じ）があること<sup>178)</sup>、当事者の意思<sup>179)</sup>の合致があること<sup>180)</sup>、詐欺脅迫によらないこと（997 条）、無意識あるいは錯乱状態に陥っていないこと（996 条）、未成年者について法定代理人の同意があること、性的に不能ではないこと（995 条）があり、公益に関するものとして婚姻年齢（980 条、981 条）<sup>181)</sup>、近親婚の禁止（983 条 1 項各号）、監護<sup>182)</sup>関係者間婚姻の禁止（984 条）、重婚の禁止（985 条）がある（988 条が婚姻の無効を、989 条から 998 条が婚姻の取消しを

独自の規律を認められるとも考えにくい。国民投票第 10 案が、民法を改正しないことによる法的安定性や立法経済を理由としていたことを考えると、民法と同内容の規律を特別法で行うことが国民投票によって排除されたとは言えないと筆者は考える。

なお、二読に提出された国民党の修正動議では、「同性の 2 人が共同生活を営めるようにするために、そして民法の婚姻以外のその他の形式によって同性の 2 人が永久の共同生活を営む権利利益を保障するために、特に本法を制定する。」となった（二 171 頁）。

173) 党 544（籙）。

174) 特別法の名称からして同性婚の支持者と反対者によるせめぎあいが続いていた当時の状況については、松井・前掲注 9) 立教 202-207 頁を参照。二読においても、社会対立への言及は（野党議員からを中心に）しばしばなされている。例えば、二 66 頁（李）、二 70 頁（周陳）。

175) 鈴木・前掲注 9)TRP 第 2 回も、1 条および 2 条から「同性婚姻」という語が削除されたのは「反対派の抵抗を和らげ、法案の採択を優先するための妥協」であるとする。

176) 前注の内容を参照。二 71-2 頁（尤）も参照。

177) 戴ほか・前掲注 53)64-97 頁、陳棋炎ほか『民法親屬新論』（三民書局、2009）92-118 頁も参照。邦語での紹介として、蔡=王・前掲注 16)127-128 頁。

178) 一般論としても、身分行為には行為能力は必要なく、「意思能力があるだけで足る。」とされる。戴ほか・前掲注 53)4 頁参照。

179) 陳ほか・前掲注 177)96-97 頁によれば、婚姻意思には「夫婦関係を形成する真実の意思、また社会観念上婚姻の共同生活関係を形成する意思」である実質的意思と、「婚姻の方式を履行する意思」である形式的意思の争いがある。陳ほかは、身分法は意思主義的であるべきとして実質的意思説を妥当とする。

180) 明文があるのは婚約についての民法 972 条であるが、婚姻自体については不文の要件とされる。陳ほか・前掲注 177)96 頁。またこの要件からして、強いられた婚姻は成立しないと解されている。戴ほか・前掲注 53)67 頁。

181) 台湾民法上、婚姻可能年齢には男女差があったが、この差については男女の身体的発育の差によって説明されている。戴ほか・前掲注 53)71 頁。現在は法改正により、男女の年齢差はなくなっている（新 980 条）。

182) 監護については、民法 14 条以下と 1091 条以下を参照。

規定する)。また様式として、婚姻登記を要する(982条)。

本法の同性婚姻要件規定も民法の規定と大部分は共通している。本法の定める要件は、婚姻適齢(3条)、婚姻登記(4条)、婚姻障害(5-7条)であり、8-10条が婚姻の無効と取消しについて規律している。以下、議論があった点を中心に紹介する。

年齢(3条)については、行政院案がそのまま採用され、18歳未満は同性婚関係を成立させることができず、未成年者については法定代理人の同意を得なければならないとされた。頼案は20歳以上を要件としていたが、異性婚との平等の観点で疑問が呈され採用されなかった(党558-559頁)。

登記(4条)については、行政院案の「登記をなさなければならない」という規定が「司法院釈字第748号解釈の趣旨および本法によって(……)婚姻登記を行わなければならない。」と修正された。2条の定義規定から「婚姻」という文言が消えたが、本条で同性パートナーがなすのが「婚姻登記」であることが明文で定められた<sup>183)</sup>。要件の内容は民法と同一である。

近親婚の禁止(5条)については、民法と異なり傍系血族との婚姻の制限が6親等から4親等へと緩和されている。行政院案は、同性婚当事者間での生殖が不能であることから優生学上の考慮が働かないためと説明していた。他方で、「わが国固有の社会的倫理道德の価値観を維持」するために、異性婚と同様の規律をすべきという意見も見られた(党562(周陳))。

林案8条1項本文では、婚姻の意思の合致要件を明文化し、「共同生活を営む目的でな

い、あるいは親密性と排他性を有する永久の結合関係を成立させる意思ではなく、第2条関係〔同性婚のこと〕を締結した場合は、その関係は成立しない。」としていたが、曖昧である、差別的である、濫用の危険があるなどの批判<sup>184)</sup>を受けて、最終的には採用されなかった。

監護者間関係の禁止(6条)と重関係の禁止(7条)、関係の無効(8条)、関係の取消請求(9条)、関係の取消しの要件および効果(10条)は、おおむね民法の規律と同様であり、特段の議論がなされなかった。なお、10条1項は取消原因として性的不能を定める民法995条を準用していない<sup>185)</sup>。

同性婚の終了(16, 17条)については、16条が合意による関係終了とその登記を定めており、17条が関係終了請求事由を定めている。16条の規律は合意離婚に関する民法1049条1050条の規律とほぼ同一であり、17条の関係終了請求事由も7号の「重大不治の病」が民法1052条1項7号の「不治の悪疾」と同8号の「重大不治の精神疾患」を統合したと思しきこと、および1053条と1054条の内容を独立の条文ではなくそれぞれ3項、4項としたほかは、おおむね民法の規律と同様である。

#### c 同性婚の効果<sup>186)</sup>(11-15条, 22条)

本法が規定する同性婚の効果はおおむね民法の規定と同様である。

同居義務(11条)については民法1001条<sup>187)</sup>の規律を、婚姻関係者の住所(12条<sup>188)</sup>については民法1002条1項の規律を、家事代理権(13条)については民法1003条の規律を、そのまま採用している。財産関係(14条, 15条)では、婚姻費用負

183) 行政担当者も、同性婚姻登記の処理が行われること、その場合には身分証にも配偶者として注記されると説明している。党560頁(張)。

184) 党569頁の黃, 尤, 鄭各発言。

185) 蔡・前掲注136)4頁によれば、995条には以前から批判があり、本法のこのような処理は「異性婚の本事由の撤廃を促す可能性がある」としている。

186) 民法上の婚姻の(付随的なものを含めた)効果の詳細は戴ほか・前掲注53)116頁以下(2章4節)を参照。

187) 同条の正当な理由とは、配偶者や配偶者親族からの虐待や配偶者の不貞別居等を指すとされている。戴ほか・前掲注53)124-126頁参照。

188) なお民法1002条2項に対応する規定は、本法にはない。行政院によれば1項により法院に住所裁定を求める場合、両当事者の戸籍地が異なる場合が多く2項の推定規定の利用頻度が低いと省いたということである。二137頁。

担と清算責任（14条）については民法の規律（1003条の1第1項）をそのまま採用し、夫婦財産制（15条）については民法親屬編第2章第4節（1004条から1046条）を準用している。扶養義務（22条）については、民法の規律のうち当事者間に関係する部分のみが準用されている。姻族にあたる者との扶養関係<sup>189)</sup>については、姻族関係が当然には成立しないとしたことに従って規定がない。

頼案9条では「同性家属は互いに共同生活の生活配慮〔照顧〕義務を負う。」とされていたが、本法が婚姻関係の規律を行うべきであることから採用されなかった<sup>190)</sup>。

#### d 同性婚と親子<sup>191)</sup>（20条）

同性婚カップルと親子の規律については、特に活発な議論がなされた。

行政院法案および本法20条は「第2条関係の双方当事者の一方が他方の実子〔親生子女〕を養子とする時は、民法の養子縁組に関する規定を準用する。」と定めている。まず関連する台湾の養子縁組法の規定を確認する<sup>192)</sup>。その後、行政院による説明と議員による再批判を整理して、なぜこのような規律

が採用されるにいたったかを検討する。

#### (a) 民法における養子の規律

同性カップルと親子の規律に関連して問題となった民法の規定は、夫婦共同養子縁組の原則（1074条柱書本文）と複数被養の禁止（1075条）である。夫婦共同縁組原則は夫婦が養子するときは共同でしなければならないとする原則であり、「養子女は多く養子縁組により養親の家に入り共同生活をするので、一家の秩序と夫婦の調和を保つため」のものと説明される<sup>193)</sup>。他方で複数被養の禁止は、夫婦による共同縁組を除き、1人の人が同時に2人の養子になってはならないとするものである。

#### (b) 議論状況

行政院案は同性カップルに対して夫婦共同縁組を認めず、1074条1号に当たる連れ子養子のみを一方当事者の実子に限って認めている<sup>194)</sup>。それゆえ、同性婚カップルがまったく新たに養子を迎えようとしても夫婦共同縁組ではないことになるので、1075条の複数被養の禁止により認められないこととなるのである<sup>195)</sup>。すると当事者にすでに実子が

189) 現行法では、例えば1116条1項6号「夫婦の父母」がある。

190) 党572頁（尤）は、頼案を「性関係のない同性家属法案であり、大法官釈字第748号解釈が同性愛当事者に婚姻の自由の平等な権利を保障しなければならないとしたことに完全に違背する。」と批判する。

しかし大法官解釈は婚姻当事者の性関係についてなんら述べていないし、貞操義務を除き異性婚と同性婚が共有するとされた基本的倫理秩序に性的要素は含まれていない。また同居と性関係は別であるはずである。尤は、大法官解釈が「婚姻章の規定によって（……）配偶者の権利を行使し配偶者の義務を負担することができる。」としたことに反する、と主張すべきだったのではないか。

しかし大法官解釈が正当な考慮要素とした中に同居義務は明示に挙げられていなかったためこの判示の射程は争いうる。大法官が婚姻と生殖を切り離したことは明らかであるが、婚姻と性関係についてどのように考えていたかは明確ではない。民法995条によって性的不能を婚姻の取消事由とされているにもかかわらず、大法官が「婚姻後に子供を産めないあるいは産んでいないことが、婚姻の無効事由や取消事由、あるいは裁判離婚の事由になるとは規定していない」と述べたことを考えると、大法官は性関係と生殖をさらに区別する立場にあると思われる。他方で、大法官が婚姻を「共同生活目的の永久的結合」としたことにより、同居義務は婚姻から直ちに導かれるという理解もありうる。いずれにせよ性関係への言及は問題を複雑にしてしまうのではないだろうか。

加えて、「完全に違背する」という言い回しにも注意が必要である。頼案は、大法官解釈によって違憲とされるという意味で「違背する」のではなく、本件解釈が求める婚姻の自由の保障としては不適合であるという意味で理解すべきである。

なお学説の1つとして、高智美「從婚姻本質探討我國實事上夫妻保護之法理基礎」〔楊日然教授紀念論文集編輯委員會『法理學論叢—紀念楊日然教授』(月旦出版社, 1997)所収〕367頁は、子を産み育てることは婚姻の「特徴のひとつに過ぎない」としてその必須性を否定する(同379頁)(その他の特徴は、持続的同居、基本的性の権利、夫婦の共助、情感の満足、親族団体の設立連合)。婚姻における性の位置付けについて、詳しくは他稿に譲りたい。

191) 同性カップルの親子関係についての問題状況は、徐・前掲注50)51-54頁、頼・前掲注55)67-72頁にも整理がある。

192) 台湾の養子法については、詳細は戴ほか・前掲注53)342頁以下(第6節)を参照。

193) 陳ほか・前掲注177)343頁。

194) 民法1074条1号の「他方の子」とは、実子養子を問わないとされている。陳ほか・前掲注178)344頁。

195) 党581頁(黄)、党581頁(陳)の説明では、婚姻後は一方当事者が単独養子することも認められない。

いる場合<sup>196)</sup>を除き同性婚カップルは法的な意味での子を持つことができない。また現に同性カップル間で育てられている子と同性カップルの間に親子関係が成立しないと相続の場面でも不都合が生じる<sup>197)</sup>。こうしたことから本法の養子の規律につき強い批判があった<sup>198)</sup>。

これらに対して行政院の説明は以下の通りであった<sup>199)</sup>。まず養子縁組は婚姻章にある規律ではないから、大法官解釈の射程外である<sup>200)</sup>。次に、婚姻後の共同養子については、相続人が増える等の理由で第三者の利益と関係し反対が強かったこともあり、また実子もいる場合の規律をどうするかなど事情が複雑なため、今回は法定しない。共同養子を認めない以上、連続養子（一方の養子を婚姻後他方が養子とすること）も同じ帰結をもたらすため認められない。婚姻関係中に関わる子に対しては同居家属の規定により生活配慮義務を負う<sup>201)</sup>ので、それで対応できる。

これに対してはさらに、同性婚のときの共同養子が制限されるとすればそれは748号解釈が強調した平等に反しないか、同性婚法制について「先に作り、次により良くする」というプロセスを踏むにしても、子を持つことについて8割以上の同性婚カップルを排除してしまうのは不当ではないか、養子縁組の手続は比較的厳格<sup>202)</sup>なので濫用のおそれは少ない、などといった再批判が加えられた<sup>203)</sup>。

こうした再批判を受けての行政院の再応答は、養子の範囲の問題は「倫理性に関連し、さらには他の財産相続等多くの複雑な問題もあるから、我々〔引用者注：行政院〕はその内のもっとも緊急のものだけを取り上げた、すなわち実子の問題である」というものであった<sup>204)</sup>。つまり、行政院は同性カップルの共同養子等を排除する実質的で説得的な理由を提出していない。

以上のようにかなり強い批判もあったが、最終的には実子の連れ子養子のみを認める条文が可決された。結局のところ、本法で同性カップルの養子縁組について十分な規律がなされていないのは、国民投票案通過から3ヶ月という立案期限や748号解釈による立法期限の存在のために、大掛かりな立法が難しく、最低限の規律をしてまずは法を成立させることを重視したからであると思われる<sup>205)</sup>。

#### e 相続（23条）

相続については民法が準用されている。23条は「第2条関係の双方当事者は、相互に相続の権利を有し、互いに法定相続人となり、民法相続編の相続人の規定を準用する。（1項）民法相続編の配偶者に関する規定は、第2条関係の双方当事者に準用する。（2項）」と規定する。これによって民法1144条ほかの配偶者の相続分の規定が、そして配偶者に関する規定のみが、同性婚関係者にも適用される<sup>206)</sup>。

196) 党578頁（許）はこのような事態を想定するのは「道理に合わず、現状にも合わない立法だ！」と批判する。  
197) 党580頁（尤）は子供の権利条約を引き合いに出しつつ、子の利益を図るために「実子」要件の削除を提案する。

198) 養子縁組についての議論は党578-84頁。

199) 党580-581頁（陳）参照。

200) この説明自体は正しいと思われる。

201) 民法1114条のことだと思われる。

202) 父母の同意（1076条の1第1項本文）、法院の認可（1079条）、未成年養子女の最善の利益（1079条の1）など。そのほか尤はソーシャルワーカーの介入や試用期間の存在（児童および少年の福利権益保障法〔児童及少年福利権益保障法〕17条2項のことと思われる）を指摘する。

203) 党583頁（林）、党582頁（許）、党582-583頁（尤）。尤は、家属関係によって同居の子の関係を処理するという説明に対して、親子関係と家属関係では権利義務関係が大きく異なるということも指摘している。なお頼・前掲注50)70-71頁は、台湾において法律によって利用が求められている養子斡旋サービス提供者が、同性カップルの縁組に消極的であったり、あるいは偏見に基づく対応をしたりするという問題が生じる可能性を指摘する。

204) 党584頁（陳）。

205) なお本稿執筆当時（2021.2）において、改正は確認できていない。

206) 直系の血族卑属がいる場合は人数平均、父母兄弟姉妹がいる場合は遺産の2分の1、祖父母がいる場合は遺産の3分の2、いずれもない場合は遺産の全部。

#### f 読替え条項 (24 条)

立法過程では議論がほとんどなされなかったが、本法は 24 条において、「民法総則編、債権編の夫妻、配偶者、結婚あるいは婚姻に関する規定」(1 項) および「民法以外のその他の法規の夫妻、配偶者、結婚あるいは婚姻に関する規定、および配偶者あるいは夫婦関係から生じる規定」(2 項) について、本法 2 条による同性婚関係に準用すると定める。これによって、異性婚について妥当する規律の大部分が同性婚についても妥当することとなった<sup>207)</sup>。

#### g 権利不変更条項 (26 条)

行政院案は、本法によって宗教の自由その他自由権は影響を受けず、変わらず法によって行使することができる旨を定め、林案ではさらにそうした行使が「差別待遇の禁止に違反しない。」と規定していた。行政院の党団協商での説明によれば、本条は結婚式やウェディングケーキの提供を拒絶する事例を想定し「憲法上保障された自由の衝突を回避する」規定を意図しているという(党 589 頁(陳))<sup>208)</sup>。しかし特に林案については「公然の差別条項」だとして激しい議論の対象となった<sup>209)</sup>。また行政院案の規定については、文言上当然のことを言うに過ぎないが、「この条文が容易に誤用され濫用され、

(……) 差別行為が免除<sup>210)</sup>」されてしまうのではないかという懸念が表明された。

以上のように本条は立法趣旨に疑問が残るものではあるが、「変わらず法によって行使することができる」という文言が削除された形で最終的に採用された。この条文がどのような影響を持つかは将来の運用しだいであろう。

#### (5) 本法で法定されなかった事項<sup>211)</sup>

今までに紹介した事項の裏返しではあるが、今回の立法で法定されなかった点について簡単に紹介したい。

第 1 に、同性婚における姻族の規律は見送られた。親族関係は台湾民法第 4 編親属第 1 章通則に規定があるため、大法官解釈の射程外である。検討段階で同性婚に姻族関係を認めることへの反対論があったほか(党 563 頁(陳)および 566 頁(陳))、「今回の立法は目下急いで解決しなければならない核心的問題を先に解決しようとするもの」(党 562 頁(鍾))であり、「姻族は婚姻関係によって生じる親族形態であり、複雑である」(党 564 頁(陳))という理由で、姻族等親族関係の規律はひとまず今回の立法には取り入れないと行政院は説明した(党 563 頁(陳))<sup>212)</sup>。親族関係の規定は裁判官の回避など利害関係者の規律(党 563 頁(黄))、にもかかわり、

207) 民法 1000 条が夫婦の姓について規律しているのに対し、本法では対応する規定が存在しない。本法 24 条の読替え規定は民法総則、債権と、民法以外の法規が対象となっているので民法 1000 条は読み替えられないように見える。冠姓について、統計上異性カップルについても数が少ないため、法案に盛り込まなかったという説明があるが(党 563 頁(鍾))、それで十分な説明であるかは定かでない。

208) しかし本条があることによって憲法上の自由のいかなる調整が実現されるのかははっきりとしない。党 589 頁(陳)はそのような場合に「本条によれば、拒むことができる。」とし、同性婚を証するよう牧師に強制することはできないと説明する。しかし、宗教等の権利自由が本法によって影響を受けないことから直ちにサービス提供拒否が認められるというのは自明ではないため、陳の説明は本条に利益衡量を読み込むものであるが、なお議論の余地があるように思われる。

209) 党 587-588 頁(尤)、党 588 頁(林)など。

210) 党 588 頁(管)。

211) 鈴木賢も本稿と同様に、外国人との婚姻、養子縁組の制限、人工生殖法の適用の可否、姻戚関係の有無、26 条の危険性を、本法の課題として指摘している。また特別法による規律を含め、こうした不備の原因は、「大法官釈字 748 号解釈が法改正(または制定)のために立法機関に与えていた 2 年の猶予期間が目前に迫ってしまい、じっくり制度の細部を詰め、与野党で協議をし、合意を獲得する余裕がなかったという事情が大きいであろう。」と論じている。鈴木・前掲注 9)TRP 第 9 回参照。

212) 行政院は「家屬の部分は民法の規定を準用する」運用を示唆している(党 562 頁)。この理解の背景には民法 1122 条および 1123 条の規定があるようである(党 566 頁(陳))。1123 条 3 項による家屬は学説上「附属家屬」と呼ばれる。戴ほか・前掲注 53)502 頁。即ち、永久の共同生活を目的とした同居があれば、附属家屬として、親族でなくとも家屬とみなされるため、同性婚の双方当事者の家族同士の関係も、同居がある限りで家屬の規定によって規律されるということであろう。

婚姻から直ちに生じる問題であるから、明文規定を求めたりあるいは同性婚関係について姻族の規定を排除しないよう求めたりする意見も強かった<sup>213)</sup>が、最終的に後日の追加修正に委ねられた。

第2に、人工生殖<sup>214)</sup>については行政院案にも関係条文が存在しなかった。野党である時代力量は、国外で認証を受けた人工生殖についても同性婚関係に一部組み込むよう提案した(時代力量党団修正動議20条)<sup>215)</sup>が、代理母出産を禁ずる国内法との関係が複雑であるため、将来の人工生殖法による規律に委ねられ、採用されなかった<sup>216)</sup>。

第3に、国外関係<sup>217)</sup>についての規定である。涉外民事法律適用法46条本文は「婚姻の成立は、当該当事者それぞれの本国法による。」と定める。このため、外国人について同性婚関係が成立するかが問題となった。同性婚関係について、涉外民事法律適用法46条の適用を排除しようという提案もなされたが<sup>218)</sup>、既存の異性婚との兼ね合いや、同条を全面的に排除すると世界中から同性婚を求めて台湾に外国人が殺到するのではない

かといった懸念から採用にはいたらなかった<sup>219)</sup>。

本法で規律されなかったこれらの事項や、同性カップルの養子縁組についての議論を見ると、本法で規律できない理由として、複雑な問題であるから立法期限までに法案をまとめることができないということがしばしば挙げられている。時間的切迫性が、本法の規律内容に対して、少なからぬ影響を及ぼしていることがわかる。

### 3 小括<sup>220)</sup>

以上本法の立法過程をたどってきた。ここで確認したいのは次の3点である。

- (1) 立法形式については国民投票と大法官解釈を両立させるために特別法という形式が採用された。
- (2) 実体的規律および手続的規律については、おおむね現行民法の規定の内容をそのまま採用しているものが多い。婚姻年齢や近親婚禁止の範囲など違いがある規定も存在するが、全体として大きな差異

213) 問題がすぐ起こりうることに、党566頁(許)。また党565頁(尤)や党565-566頁(黄)も、姻族を排除する理由はないとする。

214) 関連する問題提起として、徐・前掲注50)51-53頁、頼・前掲注55)67-70頁、鄧・前掲注49)84-86頁も参照。

215) 「第2条関係の一方が他方の子を養子にするときあるいは共同養子をするときは、民法の養子の規定を準用する。(1項)

国外の合法証明を取得し衛生福利部の認証を経て、他方の同意のもと人工生殖により生まれた子は、双方が本法により第2条関係を成立させた場合は、婚姻により生まれた子とみなし、かつ本規定は本法制定実施前に遡及する。(但書一部省略)第2条関係の存続中に人工生殖によって生まれた子もまた同様とする。(2項)

国外の合法証明を取得し衛生福利部の認証を経て、他方の同意のもと一方の卵子と他人が提供した精子により一方が懐胎して生まれた子は、非分娩者により養育される場合は、認知とみなす。(3項)(4項省略)」(党577-8頁)。

216) 党581頁(陳)。

217) 頼・前掲注55)64頁以下も参照。

218) 党587頁(許)、時代力量修正動議27条(党590頁)等。後者は、双方当事者いずれもが本国法で適法な場合は本国法により、一方のみが適法である場合には適法である当事者の本国法により、双方が不適法の場合は行為地法によるとしていた。

219) 適用の全面的排除に懸念を示すものとして、党590-591頁(陳)の説明を参照。

なお、外国人パートナーとの同性婚の可否については、涉外民事法律適用法の改正によって対処が進行中であるという。

王宏舜「同婚登記不再限『承認同婚国』但大陸人仍在禁」(2021年1月22日)(<https://health.udn.com/health/story/5999/5195786>)

日本でも時事ドットコムが報じている。

「台湾で日本人との同性婚が可能に 国際結婚の制限撤廃へ」(2021年1月22日)(<https://www.jiji.com/jc/article?k=2021012201201&g=int>)

220) 二読において各議員が総括的な演説を行った。そのため前節までの振り返りを兼ねて、ここでは二読における発言を中心に引用する。内容的には既述のものが多い。

はない。

(3) 親子関係など婚姻当事者間以外に関わる規定については、ほとんどが今後の展開に委ねられた。それは、本法が創設的法律でありかつ立法の時限が近かったからである。

(1)については、今回の法制では748号解釈と国民投票との両立のために、同性婚の規律が特別法という形式によることが決定されてしまった<sup>221)</sup>。そのような事情がない状態で同性婚を法定する場合は、異性婚を規律する民法の改正によるのか、あるいは特別法の立法によるのかなどを改めて検討することになるだろう。(2)については、748号解釈が期限徒過後に民法の規定により婚姻登記ができることと親和的な立法方針であり、憲法上の問題は少ないと思われる。しかし、実質的に民法に規定を設けるのと変わらず特別法を選択した国民投票の結果が蔑ろにされているという批判は、最後までなくなることはなかった<sup>222)</sup>。(3)については、大法官の日の出条項が二面的に働いている。一方では期限が設定されることにより立法は促進されている<sup>223)224)</sup>。他方で2年間で同性婚に関するコンセンサスを形成することは実際困難であり、期限の切迫により複雑な立法が難しくなった結果、将来の課題も少なからず残されることにもなった。

以上からわかる通り、本法の制定過程には、大法官解釈と国民投票という立法外の要素が制度的に強く影響しているものであり、本法は社会的あるいは政治的コンセンサスによって成立したものではない<sup>225)</sup>。その点に

留意しつつ本法を理解する必要がある。

#### IV. 結

本稿は台湾の同性婚をめぐる動向から示唆を得るべく、748号解釈の理論構成と解釈例上の位置付け、そして司法院積字第748号解釈施行法の内容と立法過程を検討してきた。それによって、748号解釈については、実定法制度に依存しない婚姻の自由という構成、性的指向に基づく差別への比較的厳格な基準の適用、異性婚と同性婚の相同性による形成の余地の時的限界付けなどの特徴があることを示した。また、司法院積字第748号解釈施行法については、立法を拘束する国民投票によって同性婚の規律が特別法によるとされたこと、婚姻当事者間の規律はおよそ民法と同様に行っているものの、748号解釈による立法期限が迫っていたために、親子法（特に養子法）や国際私法といった問題の大部分を未解決のままにしたことを指摘した。台湾における本法制は同性婚を法的に認めるという点で画期的なものであるといえよう。しかし同時に、本法制が最終的なゴールではないということも十分に理解される必要がある。

日本から見て、大法官解釈の内容を参考にするのか、立法形式を参考にするのか、立法内容を参考にするのか、いずれも考えられるだろう。それぞれの場合において、彼我の共通点と差異に注意しつつ検討を行ってゆく必要がある。本稿の行った整理と若干の検討は、そうしたさらなる検討を始めるための、ささやかな準備作業である。

221) 二59頁(沈)は大法官解釈を「過去の民主」と呼んでいるのに対し、二53頁(尤)が再度、行政院案が国民投票の結果に反するものではないという説明をしている。

222) 二60頁(頼)。理論的には、日の出条項を踏まえても、平等審査の趣旨からして、現行民法と大きく異なる規律は憲法上許容されないと考えられることは、II 4(3)d)ですでに述べた。

223) 本法について委員会審議が省略されたことも、立法期限の影響なのかもしれない(委員会審議の省略については国民党所属議員を中心に強い批判がある。例えば二54頁(呉)、二56頁(孔))。ある与党議員は、立法期限徒過により婚姻登記が始まると「法律義務関係がすべて曖昧であり、これは台湾が耐えられない荷重であり、与党としても耐えられない荷重である。」としているが(二59頁(柯))、これは立法期限を与党が強く意識していたことの現れであろう。

224) 本法の審議が拙速であるという立場をとるものとして、二55頁(周陳)、二57頁(費)等。二54頁(江)は、530号解釈による立法義務付けがコンセンサスを取れないことを理由として10年以上実現されていないことを指摘して、本件もそれと類似することを示唆する。しかし本件では期限徒過後に婚姻登記ができる旨の判断がすぐに出ている点で、530号解釈とは事情が決定的に違う。大法官は、抛るべきラインを今回は明確に把握している。

225) 最終的な逐条採択の賛成者反対者は各条文についてほぼ固定されている。

\* 本稿脱稿後に、748号解釈にも関与した湯徳宗元大法官による748号解釈の解説(湯徳宗「台湾大法官釈字第748号解釈解析」北大法学論集71巻6号255頁(2021))およびその和訳(湯徳宗(徐行訳)「台湾大法官釈字第748号解釈に関する解説」北大法学論集71巻6号287頁)に触れた。当該論稿の元となったシンポジウムに筆者は参加できておらず、また湯元大法官が他の講演でも本件解釈について詳しい説明をしなかったため、当該論稿の公表によって筆者は初めて湯元大法官の理解を知ることとなった。

このような経緯があるため、本稿では湯元大法官の見解について検討を加えられていない。本稿と湯元大法官とは、基準の定立と当てはめのずれなど、着眼が共通する点もあるが、詳しい分析は他日を期すこととしたい。

また、本稿と問題意識が近いものとして、加藤徳人「台湾大法官解釈で起こる婚姻制度の『揺らぎ』——同性婚に内在する個人と制度の緊張関係をめぐって——」愛知県立大学大学院国際文化研究科論集12号1頁(2021)にも脱稿後に接した。

\* 平等の審査基準について、脱稿後に展開があった。すなわち、807号解釈は性別による区別に対して、365号解釈を参照しつつも、比較的厳格な基準と同内容の基準によって合憲性を審査した。したがって、本稿が提示した性別による区別についての厳格な基準は、比較的厳格な基準に合流した可能性がある。今後の解釈を注視したい。

\* 本稿は筆者が作成したリサーチペーパーに加筆をほどこしたものであるが、完成までには非常に多くの方々にご支援をいただいた。まず、リサーチペーパーの作成において、筆者の手探りを見守りつつご指導くださった先生方に感謝申し上げなければならない。小島慎司先生には本稿の原型となったリサーチペーパーの担当をお引き受けいただき、全体を通じて丁寧なご指導・ご教示を

賜った。石川健治先生にはリサーチペーパーの口述試験等において、的確なご指摘を頂戴した。本稿の検討のいくつかは両先生のご指摘を端緒としてなされたものである。また、小川亮氏および山本侑氏からは、投稿に際しての草稿段階で、多くの有益なご助言をいただいた。さらに訳出や構成、表現についても、様々な方が詳細なアドバイスをくださった。ここでお名前をすべて挙げることはできないが、これらの方々なくしては、本稿が完成することはなかった。改めて深く感謝申し上げる。もちろん、なお残る誤りや不備は全て筆者が責を負うべきものである。

(このの・あまね)

## 台湾法の関連諸規定(試訳<sup>226)</sup>)

### 民法

14条「・精神障害あるいはその他の心理知能の欠陥により、意思表示をなしあるいはその他の意思表示を受けることができなくなった、またはその意思表示の効果を弁識できなくなった者に対しては、裁判所〔法院、以下同じ〕は本人、配偶者、四親等以内の親属、最近1年間同居していた事実のあるその他の親属、検察官、政府機関〔主管機関〕、社会福祉機構、補助人、任意監護受任者〔意定監護受任人〕、あるいはその他の利害関係人の申立てにより、監護の宣告をすることができる。(1項)

・監護を受ける原因が消滅した時、裁判所は前項の申立権者の申立てによって、監護の宣告を取り消すべきである。(2項)

・裁判所が監護の申立てについて、なお第1項の程度に達していないと認める場合は、15条の1第1項の規定によって、補助の宣告をすることができる。(3項)

・監護を受ける原因が消滅し、なお補助が必要である場合は、裁判所は15条の1第1項の規定によって、補助へと変更する旨の宣告をすることができる。(4項)

15条「監護の宣告を受けた者は、行為能力

226) 旧と書いてある条文は、本件解釈および本法成立当時のものであり、新と書いてある条文はそれ以降現在までに改正されたものである。



を有しない。」

969条「姻族とは、血族の配偶者、配偶者の血族および配偶者の血族の配偶者をいう。」

972条「婚約は、男女の当事者が自ら定めなければならない。」

旧980条「男は18歳未満、女は16歳未満のとき、結婚することができない。」

新980条「男女で18歳未満の者は、結婚することができない。」

旧981条「未成年者が結婚するときは、法定代理人の同意を得なければならない。」

新981条<sup>227)</sup>「削除」

982条「婚姻は書面によって行わなければならないが、二人以上の証人の署名を有し、双方当事者により戸籍機関〔戸政機関〕に対して結婚の登記をなさなければならない。」

983条「・左記の親属と結婚することができない。

- 1, 直系の血族および直系の姻族。
- 2, 六親等以内の傍系血族。但し、養子により成立した四親等と六親等の傍系血族で、世代〔輩分〕を同じくする者は、この限りではない。
- 3, 五親等以内の傍系姻族で、世代を同じくしない者。(1項)

・前項の直系姻族の結婚の制限は、姻族関係が消滅した後も、適用する。(2項)

・第1項の直系血族と直系姻族の結婚の制限は、養子により成立した直系親族間で、養子関係が終了した後も、適用する。(3項)」

984条「監護者と被監護者は、監護関係が存続する間は結婚できない。但し、被監護者の父母の同意がある場合はこの限りではない。」

985条「・配偶者があるものは、重ねて結婚できない。(1項)

・一人が同時に二人以上と結婚することはできない。(2項)」

988条「結婚について、以下の事情の一つに当てはまる場合は、無効である。

- 1, 982条の方式を具備しない。
- 2, 983条の規定に違反する。
- 3, 985条の規定に違反する。但し、重婚の双

方当事者が善意かつ過失なく、一方の前婚の消滅についての協議離婚登記あるいは離婚の確定判決を信頼して結婚した場合は、この限りではない。」

989条「980条の規定に反して結婚した場合は、当事者またはその法定代理人は、裁判所に対してその取消しを請求できる。但し、当事者がすでに980条所定の年齢に達した場合あるいはすでに懐胎した場合は、取消しを請求できない。」

旧990条「981条の規定に反して結婚した場合は、法定代理人は、裁判所に対してその取消しを請求できる。但しそのことを知ってから6ヶ月が経過した場合あるいは結婚してから1年が経過した場合あるいはすでに懐胎した場合は、取消しを請求できない。」

新990条<sup>228)</sup>「削除」

991条「984条の規定に反して結婚した場合は、監護を受ける者あるいはその最も近い親属は、裁判所に対してその取消しを請求できる。但し、結婚して1年が経過した場合は、取消しを請求できない。」

995条「当事者の一方が、結婚時に性的に不能であり治癒しない場合は、他方の当事者は裁判所に対し取消しを請求することができる。但し、その治癒が不能であることを知ってから3年が経過した場合は、取消しを請求できない。」

996条「当事者の一方が、結婚時に無意識あるいは精神錯乱であった場合は、正常に回復した後6ヶ月以内に裁判所に対し取消しを請求することができる。」

997条「詐欺あるいは脅迫によって結婚した場合は、詐欺を発見しあるいは脅迫が止んだ後6ヶ月以内に裁判所に対し取消しを請求することができる。」

998条「結婚取消しの効力は、遡及しない。」

1000条「・夫婦はその元来の姓〔本姓〕をそれぞれ保持する。但し、書面によって元来の姓を配偶者の姓に冠すると約定し、戸籍機関に登録することができる。(1項)

・冠姓した一方は、随時にその元来の姓を回

227) 台湾では2020年の民法改正により成人年齢が18歳とされているため(12条)、980条の改正によって、981条が適用される場面がなくなった。

228) 981条が削除されるに伴って、990条も削除された。

復することができる。但し、同一の婚姻関係が存続するうちは、一度に限る。(2項)」

1001条「夫婦は互いに同居の義務を負う。但し同居できない正当な理由がある場合は、この限りではない。」

1002条「・夫婦の住所は、双方が共同で協議する。協議をなさずあるいは協議が成立しない時は、裁判所に対し住所を定めるよう申立てることができる。(1項)

・裁判所が前項の裁定をなす前は、夫婦の共同戸籍地を住所と推定する。(2項)」

1003条「・夫婦は日常家事事務について、相互に代理人となる。(1項)

・夫婦の一方が前項の代理権を濫用した時は、他方はそれを制限することができる。ただし善意の第三者に対抗することはできない。(2項)」

1003条の1「・家庭生活の費用は、法律あるいは契約で別途約定する場合を除き、夫婦が各々の経済能力、家事労働あるいはその他の事情によってこれを分担する。(1項)

・前項の費用によって生じた債務は、夫婦が連帯して責任を負う。(2項)」

1004条「夫婦は結婚前あるいは結婚後に、契約によって、本法が定める約定財産制の中から、一つを選び、夫婦財産制とすることができる。」

1005条「夫婦が契約によって夫婦財産制を定めていない場合は、本法に別の規定があるものを除き、法定財産制を夫婦財産制とする。」

1007条「夫婦財産制の定立、変更、あるいは廃止は、書面でなさなければならない。」

1008条「・夫婦財産制契約の定立、変更、あるいは廃止は、登記しなければ第三者に対抗できない。(1項)

・前項の夫婦財産制契約の登記は、他の法律によってなした財産権登記の効力に影響しない。(2項)

・第1項の登記は、別に法律によって定める。(3項)」

1008条の1「前2条の規定は、夫婦財産に関わる他の約定に準用する。」

1010条「・夫婦の一方が左記各号の一つに当てはまる時、裁判所は他方の請求により、

分別財産制に改めるよう宣告することができる。(1項)

1, 法によって家庭生活費を給付しなければならないが、それを給付しない時。

2, 夫または妻の財産が、その債務の清算に不足する時。

3, 法によって他方の同意を得てしなければならない財産処分について、他方が正当な理由なく同意を拒絶する時。

4, 管理権を有する一方の共同財産の管理が明らかに不当であり、他方が改善を請求しても改善されない時。

5, 不当に婚姻後財産を減少させることにより、他方の剰余財産分配請求権を侵害するおそれがある時。

6, その他重大な事由がある時

・夫婦の総財産が総債務の清算に不足し、あるいは夫婦が共同生活を維持することが困難であって、別居が6ヶ月以上に達した時、前項の規定は夫婦両方に適用する。(2項)」

1012条「夫婦は婚姻関係が存続する間、契約によってその財産契約を廃止し、あるいは他種の約定財産制に改めることができる。」

1017条から1041条の法定財産制の規定および1044条から1046条の分有財産制の規定の訳出は割愛する。

1052条「夫婦の一方が、下記の一つに当てはまる場合は、他方は裁判所に対して離婚の請求ができる。(1項)

1, 重婚。

2, 配偶者以外の人との合意による性交。

3, 夫婦の一方が他方に対して同居に耐えない虐待をした場合。

4, 夫婦の一方が他方の直系の親属を虐待し、あるいは夫婦の一方の直系親属が他方を虐待し、共同生活に堪えなくなった。

5, 夫婦の一方が他方を悪意により遺棄しその状態が継続している。

6, 夫婦の一方が他方の殺害を目論んだ。

7, 不治の悪疾がある。

8, 重大で不治の精神病がある。

9, 生死不明になって3年が経過した。

10, 故意の犯罪によって、6月以上の有期懲役に処せられた。

・前項以外の重大な事由があり、婚姻を維持

することが困難である場合は、夫婦の一方は離婚を請求することができる。但し、その事由が夫婦の一方の責によるべき場合は、その他方のみが離婚を請求することができる。(2項)」

1053条「前条の1号および2号の事情については、請求権を有する一方が、事前に同意しあるいは事後に宥恕した、あるいはその事情を知った後6ヶ月が経過した、あるいはその事情が発生してから2年が経過した場合は、離婚を請求することができない。」

1054条「1052条6号および10号の事情は、請求権を有する一方が、これを知ってから1年が経過した、あるいはその事情が発生してから5年が経過した場合は、離婚を請求することができない。」

1074条「夫婦が養子をするときは、共同でなさなければならない。但し以下の各号の一つにあたる場合は、単独で養子をすることができる。

- 1, 夫婦の一方が他方の子を養子とする場合。
- 2, 夫婦の一方が意思表示をなすことができなくなり、あるいは生死不明になってから3年が経過した場合。」

1075条「夫婦共同養子縁組を除き、一人が同時に二人の養子女となることはできない。」

1076条の1「・子女が養子となる時、その父母の同意を得なければならない。但し以下の各号の事情の一つに当たる場合は、この限りではない。

- 1, 父母の一方あるいは双方が子女に対して保護教育扶養の義務を尽くさず、あるいは明らかに子女に不利な事情から同意を拒絶する場合。
- 2, 父母の一方あるいは双方が事実上意思表示をなすことができない場合。(1項)

・前項の同意は書面により作成し公証を受けなければならない。但し裁判所に養子の認可を申立てた場合は、裁判所に対し口頭で表示しそれを録取すること〔記明筆録〕でこれに代えることができる。(2項)

・第1項の同意は、条件あるいは期限を付すことができない。(3項)」

1079条「・養子は書面でこれをなさなければならない。裁判所に認可を申し立てる。(1項)

・養子に無効や取消しの原因がありあるいは他の法律の規定に違反する場合は、裁判所は認可してはならない。(2項)」

1079条の1「裁判所が、未成年が養子となることを認可する時、養子女の最善の利益によって認可をしなければならない。」

旧1091条「未成年者に父母がなく、あるいは父母がいずれもその未成年者の権利を行使できず、義務を負担できない場合は、監護者をおかななければならない。但し、未成年者がすでに結婚している場合は、この限りではない。」

新1091条<sup>229)</sup>「但書削除」

1114条「下記の親属は、互いに扶養の義務を負う。

- 1, 直系の血族相互間
- 2, 夫婦の一方と他方の父母が同居している場合、その相互間
- 3, 兄弟姉妹相互間
- 4, 家長と家属相互間」

1116条1項「・扶養を受ける権利を有するものが複数存在し、扶養義務者の経済能力が、その全てを扶養するに足りない時は、左記の順序で扶養を受ける者を定める。

- 1, 直系の尊属血族
- 2, 直系の卑属血族
- 3, 家属
- 4, 兄弟姉妹
- 5, 家長
- 6, 夫婦の父母
- 7, 子の配偶者」

1122条「家とは、永久の共同生活を目的として同居する親族団体をいう。」

1123条「・家には、家長を置く。(1項)

・同じ家の人は、家長を除き、均しく家属である。(2項)

・親属でなくとも、永久の共同生活を目的としてひとつの家に同居するものは、家属とみなす。(3項)」

1138条「遺産相続人は、配偶者を除き、左

229) 980条の改正により、未成年で婚姻している事態が存在しなくなった。

記の順序によって定める。

- 1, 直系の卑属血族
- 2, 父母
- 3, 兄弟姉妹
- 4, 祖父母」

1144 条「配偶者は相互に遺産を相続する権利を有する。その割合は、左記の各号の定めによる。

- 1, 1138 条所定の第一順序の相続人とともに相続する時、その割合は他の相続人と等分とする。
- 2, 1138 条所定の第二順序あるいは第三順序の相続人とともに相続する時、その割合は遺産の二分の一。
- 3, 1138 条所定の第四順序の相続人とともに相続する時、その割合は遺産の三分の二。
- 4, 1138 条所定の第一順序から第四順序までの相続人がいない時、その割合は遺産の全部。」

#### 司法院組織法

3 条「司法院には大法官を 15 人置き、法により憲法法院〔法庭〕を成立させて職権を行使する。」

旧 6 条「司法院は各審級の裁判所〔法院〕と行政裁判所および公務員懲戒委員会を設置する。その組織は法律によって別に定める。」

新 6 条：懲戒委員会を懲戒裁判所〔懲戒法院〕に変更

#### 大法官審理案件法

5 条 1 項「左記の一つに当てはまる者は、憲法解釈を要請できる。

- 1, 中央あるいは地方機関が、その職権の行使において、憲法の適用につき疑義が生じた場合、あるいは職権の行使により他の機関の職権との間で憲法適用についての争いが生じた場合、あるいは法律や命令の適用について憲法と抵触する疑いが生じた場合。
- 2, 人民、法人あるいは政党がその憲法上保障された権利について不法の侵害を受け、法定の手続により訴訟を提起し、その確定判決が適用した法律あるいは命令に憲法と抵触する疑いが生じた場合。

- 3, 現在の総数の三分の一以上の立法委員によって申し立てられ、その職権の行使について憲法の適用に疑義が生じあるいは法律の適用に憲法と抵触する疑いが生じた場合。」

9 条「解釈を申し立てる機関に上級機関がある場合は、その申立ては上級機関を通じて転送されなければならない。上級機関は規定に適合しないものについて、転送してはならない。職権によって解決できる場合も、同様である。」

10 条 1 項「司法院が解釈申立てを受けた案件について、先に 3 人の大法官を選定し審査しなければならない。本法の規定に適合せず解釈すべきでない場合で、理由を明らかにして全体会に報告し決定しなければならない。他、解釈すべき案件については、全体会に提出し討論しなければならない。」

11 条「前条により全体会に提出され討論する解釈案件は、まず全体会によって原則を決定し、大法官を選定して解釈文を起草し、会前に大法官全体に送付して、再び全体会で討論した後、評決しなければならない。」

14 条「・大法官の憲法解釈は、現任の大法官の総数の三分の二の出席があり、出席者の三分の二の同意があるときに、通過する。但し、命令が憲法に抵触すると宣告する時は、出席者の過半数の同意で行うことができる。(1 項)

・大法官の法律および命令の解釈統一は、現任の大法官の総数の過半数の出席があり、出席者の過半数の同意があるときに、通過する。(2 項)」

#### 公民投票法

2 条「・本法の称する国民投票は、全国国民投票と地方国民投票を含む。(1 項)

・全国国民投票は、憲法の規定による他、その他の適用事項は以下の通りである。

- 1, 法律のレファレンダム〔複決〕。
- 2, 立法原則のイニシアティブ〔創制〕。
- 3, 重大な政策のイニシアティブあるいはレファレンダム。(2 項)

・地方国民投票の適用事項は以下の通りである。

- 1, 地方自治条例のレファレンダム。
  - 2, 地方自治条例の立法原則のイニシアティブ。
  - 3, 地方自治事項の重大な政策のイニシアティブあるいはレファレンダム。(3項)
    - ・予算, 租税, 俸給および人事の事項は, 国民投票の案とすることができない。(4項)
  - 29条「・国民投票案の投票結果が, 有効な同意票数が不同意票数より多く, かつ有効な同意票数が投票権者総数の四分の一以上である場合に, 通過する。(1項)
    - ・有効な同意票数が不同意票数より多くない, あるいは有効な同意票数が前項の規定の数に不足する場合は, すべて通過しない。(2項)」
  - 30条「・国民投票案が通過した場合, 当該選挙委員会は投票が完了してから7日以内に国民投票の結果を公告しなければならない, 下記列挙の方式により処理する。
    - 1, 法律, 自治条例に関するレファレンダム案については, 原法律あるいは自治条例は公告の日から3日が経過すると, その効力を失う。
    - 2, 法律, 自治条例に関する立法原則のイニシアティブ案については, 行政院, 直轄市, 県(市)政府は, 3ヶ月以内に関係する法律, 自治条例の草案を作成し, 立法院, 直轄市議会, 県(市)議会に送り審議しなければならない。立法院, 直轄市議会, 県(市)議会は, 次会期が休会する前に審議手続を終えなければならない。
    - 3, 重大な政策に関わる場合は, 総統あるいは当局〔権責機関〕は, 当該国民投票案の内容の実現のために必要な処置をとらなければならない。
    - 4, 憲法に依るレファレンダム案について, 立法院は総統に公布を要請〔咨請〕しなければならない。(1項)
- (2項, 3項略)
- ・イニシアティブを経た立法原則は, 立法機関が変更することができない。〔引用者注: イニシアティブを経た〕法律, 自治条例はその実施後, 2年以内は修正あるいは廃止することができない。(4項)
- (5項, 6項略)」

### 立法院職権行使法

- 7条「立法院は憲法63条の規定によって議決する議案について, 法律案と予算案は第三読会の議決を経なければならないほかは, 第二読会によって議決する。」
- 8条2項「政府機関が提出した議案あるいは立法委員が提出した法律案は, 先に程序委員会に送らなければならない, 院会に提出し議題を朗読した後, 即時に關係する委員会に交付し審査しなければならない。但し, 出席委員の提議と20人以上の連署または附帯提議があり, 表決を通過した場合は, 二読へ送付することができる。」
- 9条「・第二読会は, 各委員会で審査された議案, あるいは院会の議決を経て審査を経ず二読へ送付するとされた議案を討論する時に, これを行う。(1項)
  - ・第二読会は, 議案を朗読しなければならない, 順にあるいは逐条で討論に付す。(2項)
  - ・第二読会は, 審査意見あるいは原案の要旨について, 先に概括討論を行うことができる。概括討論の後, 出席議員の提議と15人以上の連署あるいは附帯提議があり, 評決を通過した場合は, 再度審査に付しあるいは案を撤回することができる。(3項)」
- 11条「・第三読会は, 第二読会の次の会議において行わなければならない。但し, 出席議員の提議と15人以上の連署あるいは附帯提議があり, 評決を通過した場合は, 二読の後, 続けて三読を行うことができる。(1項)
  - ・第三読会は, 議案の内容が相互に抵触し, あるいは憲法やその他の法律と抵触する場合を除き, 字句の修正のみをなすことができる。(2項)
- (3項略)」
- 68条1項「議案について協商しあるいは爭議事項を解決するために, 院長によって党団協商を行うあるいは各党団が院長に党団協商を行うよう請求することができる。」

### 児童および少年の權益保障法

- 17条2項3項「・裁判所は児童および少年の養子を認可する前に, 下記の措置をとり, 認可の決定の参考とすることができる。
- 1, 直轄市, 県(市)政府機関, 児童および

少年の福利機構，その他適当な団体や専門スタッフに訪問視察させ，その報告と提言を提出させる。

- 2, 養子する者と児童および少年を先行して一定の期間共同生活させるように命じる。共同生活期間においては，児童および少年の権利の行使また義務の負担は，養子する者がこれを行う。
- 3, 養子する者に，親たるあり方〔親職〕の準備教育プログラム，精神鑑定，薬物およびアルコールの嗜癖中毒検査〔薬，酒癮検測〕，その他児童および少年の最善の利益を維持するに必要な事項を受けさせること。その費用は養子する者の負担とする。
- 4, 直轄市，県（市）政府機関に，遺棄された児童および少年の身上資料を調査させること。(2項)
  - ・前項第1号の規定により訪問視察をした者は，養子をする必要性を評価し，必要な協力をしなければならない。養子の必要がない場合は，裁判所に対して，養子を不認可とするよう建議しなければならない。(3項)」

## 論説

## 国家破産の法的検討

## ——プロセス的把握という一つの試験的議論について——

2019年4月入学

島田 快

## I. はじめに

(a) ヨーロッパ法と基本法的厳格な規制及びその実効性

## II. Von Lewinski 論文の紹介

(b) 危機状態での信用調達

## 1 問題提起

(c) 実際における余地

## 2 概念整理

(2) 組織的観点 (Organisationsdimension)

## (1) 総論

(3) 実体的観点 (materielle Dimension)

## (2) 私法上の概念について

a 公課の引上げ (Abgabenerhöhung)

## (3) 公法上の概念について

(a) 租税でない公課

## 3 国家の財政危機

(b) 租税

## (1) 国家が財政危機に陥る可能性及びその原因

b 給付削減 (Leistungskürzung)

## (2) 早期警戒システム (Frühwarnsystem) の効果と限界

c 財産権に対する介入 (Eingriff in Eigentumsrechte)

## (3) 破産法及び緊急事態憲法 (Notstandsverfassung) の不適用

d 公課引上げ, 給付削減, 財産権介入の関係

## (4) 現代的法治国家の前提

## 5 まとめ

## 4 具体的対処の方策

## III. 日本法への示唆

## (1) 財政学的視点 (finanzwirtschaftliche Dimension)

1 日本法との無視しがたい相違

## a 準備金の解消

2 Von Lewinski の議論の特色と日本法への示唆

## b 信用調達 (Kreditaufnahme)

3 おわりに

## I. はじめに

「国家破産」という言葉を聞いて我々どのような事象をイメージするだろうか。比較的印象に新しいのは2009年のギリシャの債

務危機の例があるだろう。あるいは、歴史に多少明るい者なら、世界大戦後の敗戦国における一連の経済施策を思い出すかもしれないし、公法上の法人の破産という点で、2007年の夕張の財政破綻<sup>1)</sup>を連想する者もいるかもしれない。

1) 国同様の統治団体に分類される地方公共団体の破産・再生処理は、国家破産を考察する上でも重要性を有する。地方公共団体の財政の健全化に関する法律(平成19年法律第94号)は、実質赤字比率等の健全化判断比率が一定の率を上回った場合、自律性をもって行う財政健全化計画(4条以下)、及び、さらに財政状況が悪化した場合に、より強固に国の監督を受けながら行う財政再生計画(8条以下)の二段構えでの再生手続を定める。同

このように我々は、国家破産という事象について、実に多様な例を見ているにも拘わらず、日本法の領域において、法的な検討で包括的になされたもの<sup>2)</sup>というのは、管見の限りでは存在しない<sup>3)</sup>。また、外国語文献においても、国家破産に関して、法的に検討をするものは一定数見られるものの<sup>4)</sup>、詳細かつ総合的に検討したものというのはいずれも少ない。

このような議論状況の下、Kai von Lewinski の『公法的倒産と国家破産』<sup>5)</sup>が2011年に刊行された。これは、ギリシャ危機を契機として耳目が集まった国家破産という事象について、包括的な検討を行ったものである。同論文は、フンボルト大学ベルリン (Humboldt-Universität zu Berlin) に提出された教授資格論文 (Habilitation) であり、州 (Land) 及び国をも含む公法上の法人について、破産という切り口で、実定法的に包括的な検討をした稀有なものである。本稿は、同論文を紹介

し、あわせてささやかながら日本法への示唆 (の有無) を検討しようとするものである。

このような検討はいかなる意味を有するであろうか。第一に、わが国は、世界的に見ても、特に多額の国債発行残高を抱えて財政が逼迫していることが従前から指摘されている。こうした状況に鑑みると——わが国で近い将来に起こるかどうかは別にして——国家破産という現象を法的に検討することも、転ばぬ先の杖ということで、検討して損ということはないだろう。第二に、ドイツは先進経済国の一つとして経済状況が比較的類似するのみならず、その実定法構造は、(英米法に比べれば) 一定程度日本と類似するという点でも日本法への示唆を得る上では参照するに有利な特質を有している。第三に、同論文が扱うのは、国家破産であるが、のちに紹介するように、少なくとも同論文の視界は、必ずしもいわゆる「財政破綻」的事態、すなわち経済的窮境の最終局面だけに限られたもので

法については、三橋一彦「地方公共団体の財政の健全化に関する法律」ジュリ 1341 号 61 頁 (2007) や木村琢磨「地方財政健全化法の 2 段階スキームをめぐる諸問題」ジュリ 1366 号 33 頁 (2008) 参照。

2) もっとも、国家の破産能力や払下げといった場面で、部分的には議論が蓄積していることも忘れてはならない。例えば、公法人の破産能力の有無や公共債のデフォルトといった局面が議論の中心であり、伝統的に国家の破産能力は、(破産法・民事再生法の一般則としては、民法上の権利能力を反映し、訴訟能力に依って認められるはずである (破産法 13 条及び民事再生法 18 条が準用する民事訴訟法 28 条, 29 条参照) にも拘わらず、) 「本源的な統治団体」ゆえ、解体清算により法人格が消滅することで統治作用に障害が生じることから否定されている (西沢宗英「いわゆる『公法人』の破産能力について」判タ 499 号 33 頁, 35 頁 (1983), 江頭憲治郎「公共債のデフォルト——法制及び契約の在り方——」江頭憲治郎・増井良啓編『融ける境 超える法③ 市場と組織』59 頁, 63 頁 (東京大学出版会, 2005), 伊藤真『破産法・民事再生法 [第 4 版]』86 頁, 821-822 頁 (有斐閣, 2018), 山本戸克己『破産法』38 頁 (青林書院新社, 1974) 等参照), 伊藤真ほか編『条解破産法 [第 3 版]』238-239 頁 (弘文堂, 2020) 等参照)。仮に分配に至っても国家の監督の下で公平な分配をすることが必要であることをも指摘するものとして、加藤正治『破産法要論 [第 20 版]』265 頁 (有斐閣, 1957)。

3) なお、これに対して、いかに財政破綻を防ぐか、また、起こった場合どうなるかなどについては、いままでも経済学を中心に幅広く議論がなされてきた。例えば、前者について深尾光洋『財政破綻は回避できるか』(日本経済新聞出版社, 2012), 貝塚啓明=アン・O・クルーガー『日本財政破綻回避への戦略』(日本経済新聞出版社, 2006), 持田信樹=今井勝人編著『ソブリン危機と福祉国家財政』(東京大学出版会, 2014), JEROME ROOS, WHY NOT DEFAULT?: THE POLITICAL ECONOMY OF SOVEREIGN DEBT (2019) など。後者について、小林慶一郎編『財政破綻後——危機のシナリオ分析——』(日本経済新聞出版社, 2018), D・スタックラー=S・パス (橋本明美・臼井美子訳)『経済政策で人は死ぬか』(草思社, 2014), Benu Schneider, *Sovereign debt restructuring: further improvements in the market-based approach*, 13(3) CAP. MARK. LAW J. 294 (2018) など。

4) 例えば、Jean-François BOUDET, *Essai sur le défaut souverain*, RIDE 29, 2015, pages 373 à 395; Vassilis Paliouras, *The Right to Restructure Sovereign Debt*, 20(1) J. INT. ECON. LAW 115 (2017); Simon Gleeson, *Bank capital regulation and sovereign debt restructuring*, 13(3) CAP. MARK. LAW J. 467 (2018); Jasper Finke, *Sovereign Immunity: Rule, Comity or Something Else?*, 21(4) EUR. J. INT. LAW 853 (2010); 私法的な破産との類似性から国家破産にも破産手続を導入することを論じるものとして, Antonis N. Malagardis, Ein 'Konkursrecht' für Staaten?, Nomos Universitätschriften Politik Bd. 8, 1. Aufl., 1990.

5) Kai von Lewinski, *Öffentlichrechtliche Insolvenz und Staatsbankrott.*, Jus. Publicum Bd. 202., 1. Aufl., 2011. なお, von Lewinski が編者となって, 同書の論述の主要項目について他の論者により議論がなされた論文集として, Kai von Lewinski (Hrsg.), *Staatsbankrott als Rechtsfrage, Gesetzgebung und Verfassung* Bd. 3, 1. Aufl., 2011.



はない。こうした意味において、日本が財政破綻に陥らないことを仮定しても、同論文の議論を参照する価値はあるように思われる。第四に、わが国の財政それ自体への視点をひとまず置くとしても、こうした議論が、「世界最大の債権国」<sup>6)</sup>としてのわが国の利害からして、外国国家の「破産処理」の有する法的規律に関心があつてしかるべきであろうという点が挙げられる。第五に、近年のドイツにおいて——さらにはコロナ禍でも、あるいはコロナ禍ゆえに一層——強く意識されている財政規律の領域におけるドイツ法の一展開を記すという意味がある。

こういった問題意識及び紙幅の都合上、本稿では同論文中、従来日本法上特に議論がなかった国家レベルの「破産」について、ドイツ基本法秩序（及びこれに影響する限りでのヨーロッパ法<sup>7)</sup>）の観点において検討されている部分に焦点を合わせることにする<sup>8)</sup>。本稿の特質上、基本法や法律の条文の個別の解釈に立ち入って検討することはせず、全体像を概観しつつ国家破産上の位置づけを探るにとどめることもここで断っておく。

## II. Von Lewinski 論文の紹介

### 1 問題提起

von Lewinski（以下、「著者」）は、法が公的部門（die öffentliche Hand）に無限の支払能力（unbegrenzte Zahlungsfähigkeit）を認めているにも拘わらず<sup>9)</sup>、実際には二度の世界大戦後の例を筆頭に、たびたび過去及び現在にドイツでは公法人の「破産」的現象が生じている点から叙述を始める<sup>10)</sup>。実定法上も、このような歴史的事実にも拘わらず、倒産法（Insolvenzordnung）は破産手続から国家や州を除外しており（12条1項<sup>11)</sup>）、このような公法人に係る倒産の手続は、僅かであるとする<sup>12)</sup>。そこでこのような「破産」について、ドイツの文献でいかに国家の財政破綻が論じられたかを遡って検討するのであるが、最も盛んに論じられたのは、南米諸国の財政破綻に触発された19世紀末から第一次世界大戦までの時期であり、ドイツ国家が「国家破産」の憂き目にあった二回の世界大戦後には驚くべきことにこのテーマは検討さ

6) 財務省「令和元年末現在本邦対外資産負債残高の概要」（[https://www.mof.go.jp/international\\_policy/referencce/iip/2019\\_g.htm](https://www.mof.go.jp/international_policy/referencce/iip/2019_g.htm), 2021年3月18日最終閲覧）によれば、対外純資産残高は364兆5,250億円であり、主要国の中で最大である。

7) ヨーロッパ法（EU法）については、国際法とも国内法とも異なった法領域であり（ヨーロッパ法の直接適用性（Case C-26/62, Van Gend en Loos v Nederlandse Administratie der Belastingen, ECLI:EU:C:1963:1）やヨーロッパ法の国内法に対する優越（Case C-6/64, Costa v ENEL, ECLI:EU:C:1964:66）が現在は承認されている（庄司克宏『新EU法基礎篇』219-287頁（岩波書店, 2013）参照）。本稿では、焦点を基本法秩序に絞る観点から、ヨーロッパ法も深く立ち入って記述することは避けることにするが、通貨政策をはじめ、ドイツ公法とヨーロッパ法が不可分一体となっている局面も多々存在するため、その場合には必要に応じて記述に及ぶこととした。また、ドイツ特有で日本に妥当しない連邦制についても取り扱わないこととする。

8) すなわち、本稿の叙述は、同書中、第1章の導入、第2章の概念定立、第5章の国家の破産及び第8章の総括を中心とする。原則として同書の順番に沿うが、要約の必要がある部分については適宜順番を組み替えた。なお、同論文は、国家破産の対処をある面で助力し、ある面で制限するものとして連邦システムを位置づけるのだが、これを扱う第7章において、いわゆる州や市町村といった団体のみならず、EUもそのシステムの一部として位置づけられて叙述されている点は特筆に値する（ドイツにおけるこうしたEUの把握の仕方について、林知更「ドイツにおけるヨーロッパ憲法論」中村民雄＝山元一編『「ヨーロッパ憲法」の形成と各国憲法の変化』177頁（信山社, 2012）参照）。

9) v. Lewinski, a.a.O. (Anm.5), S. 1.

10) v. Lewinski, a.a.O. (Anm.5), S. 2-7.

11) ドイツ破産法12条1項は以下のように定める。

[次の各号の] 資産（Vermögen）について破産手続（Insolvenzverfahren）は許容されない。

1. 連邦又は州（Land）；

2. 州法がこのことを定める場合の、公法上の法人であつて、州の監督に服する者

12) v. Lewinski, a.a.O. (Anm.5), S. 7.

れてこなかった<sup>13)</sup>。公法上の法人の財政危機の対処につき、包括的な検討はされていないと総括する。

導入の最後として、著者はこの仕事を、現在妥当する法について、意識的に実証主義者的アプローチ (positivistischer Ansatz) を採って行い、比較法の類はここでは行わないのだとする<sup>14)</sup>。

## 2 概念整理

### (1) 総論

著者は、実際に法の主体のレベルごとに合わせた実定法的検討をするに先立って、破産や倒産に関係するドイツ法上の既存の言葉ないし概念<sup>15)</sup>を検討し、これらが国家破産においていかなる意味で用いられ得るかを検討する。ドイツの法的文献では概念定立 (Begriffsbestimmung) を行うのは通例であるようであり<sup>16)</sup>、この点で重要と思われるが、本稿の主眼である国家破産の法的説明においては、私法や日常生活において用いられる語では問題を捉えきれないという点においても、この作業は極めて重要である。

### (2) 私法上の概念について

まず、著者は既存の概念の検討から始める。実定法上、Bankrott という概念は、まずドイツ刑法典 283 条(a)<sup>17)</sup>に現れ、倒産 (Insolvenz) と同義に用いられている。また、Bankrott はこういった用法に加えて、財政学や連邦憲法裁判所判例<sup>18)</sup>においても応用的に、国家破産を指すべく使用されている語であると指摘する<sup>19)</sup>。もっとも、その用法

は精確性を欠いた記述的な (beschreibend) 概念にすぎない。

次いで、旧破産法の Konkurs に代わって 1999 年ドイツ倒産法 (Insolvenzordnung) で採用された Insolvenz という概念が俎上に載る。しかし、Insolvenz はその実、手続の名称にすぎず、手続が開始するかはむしろ、下位概念である支払不能 (Zahlungsunfähigkeit) 及び債務超過 (Überschuldung) に委ねられている。そして、これらの下位概念は不明瞭であるのみならず、公法的な事物連関 (Sachverhalt) にも適合しない<sup>20)</sup>。まず、支払不能に関して、国家は自らが自らの達成すべき責務の規模 (Maß der Aufgabe) とその手段を定めるため、市民がもはやそれ以上公課を支払えないような場合にしか起こらない<sup>21)</sup>。また、債務超過も、公的財産のかなりの部分は強制執行に服さず、破産財団にならない点 (民事訴訟法 (Zivilprozessordnung) 882 条 a 第 2 項 1 文等)、租税等の国家的収入の特殊性、財産権秩序と基本法 14 条の枠内で一方的に義務を変更できる点等から妥当せず、こういった私法的概念を公法上に移入 (Übertragung) するべきではないと主張する<sup>22)</sup>。

### (3) 公法上の概念について

Bankrott や Insolvenz の無用性ゆえに、むしろ国家の財政的斜陽 (finanzielle Schiefelage) はプロセスとして把握されるべきである<sup>23)</sup>。こうして、財政危機の進展度合いに応じた「危機」や「緊急事態」等の公法的概念のカスケードが一通り検討されることとなる。予算法は古典的な国家の内部法であり、それゆえ「予算危機 (Haushaltskrise)」(と

13) v. Lewinski, a.a.O. (Anm.5), S. 7-13.

14) v. Lewinski, a.a.O. (Anm.5), S. 14-15.

15) Bankrott, Insolvenz, Konkurs のほか、俗に国家破産を指示する言葉として Pleite, Ruin といった言葉の存在にも言及がされている。

16) 坂東行和『法の世界とその周辺——法的思考と中世イギリス史』3 頁 (法律文化社, 2001) 参照。

17) Bankrott という表題で刑法典 (Strafgesetzbuch) 283 条 1 項は次のように定める。「債務超過、又は、差し迫った (drohender)、若しくは、生じた (eingetreter) 支払不能の場合であって、[以下の各号の行為をした] 者は、5 年以下の自由刑、又は罰金をもって罰せられる。」

18) BVerfGE 19, 150 [159]; BVerfGE 41, 126 [151].

19) v. Lewinski, a.a.O. (Anm.5), S. 16-18.

20) v. Lewinski, a.a.O. (Anm.5), S. 18-19.

21) v. Lewinski, a.a.O. (Anm.5), S. 21.

22) v. Lewinski, a.a.O. (Anm.5), S. 22-23.

23) v. Lewinski, a.a.O. (Anm.5), S. 24.

その多様なバリエーション<sup>24)</sup>は支払能力等の欠如や国家危機に直結するものではない<sup>25)</sup>。連邦憲法裁判所が形成した<sup>26)</sup>「究極的予算緊急事態 (extreme Haushaltsnotlage)」は、より破産近似の概念だが、なお「予算危機」の悪化したものを示すにとどまると著者は述べる<sup>27)</sup>。これらに対して、内部領域にとどまらないのが、連邦憲法裁判所が示した<sup>28)</sup>「連邦国家的緊急事態 (bundesstaatlicher Notstand)」が意味する「一定の究極的予算緊急事態 (qualifizierte extreme Haushaltsnotlage)」であって<sup>29)</sup>、ここでは国家の責務の履行に一定の障害が生じているという状態を指している<sup>30)</sup>。以上から、財政危機は、通常時と対置され、その下位区分として予算危機と究極的予算緊急事態が観念される、との結論が示される。

### 3 国家の財政危機

#### (1) 国家が財政危機に陥る可能性及びその原因

本論文の第5章では、国家の財政危機について論じられている。著者は、その冒頭において、序論で強調した、国家が財政危機に瀕し得るということをより詳しく論じ<sup>31)</sup>、そしていままで破産しない理由として語られてきた原因に反駁する。

まず、著者は歴史的な例を挙げ、金融市場

危機や自然災害、自治体の財政危機の波及、さらに——日本にとって特に興味深いことに——人口動態による変化など多様な要因が国家破産に繋がり得る原因であることを挙げる<sup>32)</sup>。次に、これに対して、国家には「無限の履行能力 (unbegrenzte Leistungsfähigkeit)」があるから潰れないとする考え方を検討する。第二次世界大戦後、社会的な領域で増大する負担にも拘らず、例外的な短い時期を除けば履行能力を欠くことはなかった<sup>33)</sup>。租税国家概念からしても、国家は租税主権を有し、これにより不足資金を(事実上、政治上の限界に到達しない限り)調達することができる<sup>34)</sup>。この点については、無限の履行能力を理由に国家を破産手続の対象から除外する連邦憲法裁判所の判例<sup>35)</sup>を参考にする向きもある。しかし、著者はこれを、当時まだ有効だった破産手続の開始を避けながら戦後負担の再分配をするための議論であり、債権者に法的請求権を与えないという意味において、無限の履行能力と関連していない議論であると評価する<sup>36)</sup>。

また、巨大証券会社等についての金融市場での経験論をこの局面に流用し、国家がその「Systemrelevanz (システム連関)」を有するゆえに「too big to fail (大きすぎてつぶせない)」といった考え<sup>37)</sup>も、当時そのようにいわれていたリーマン＝ブラザーズの倒産が実際には起きたことを例に挙げ、規範的な

24) 例えば、厳しい予算事情 (angespannte Haushaltslage)、切迫した予算緊急事態 (drohende Haushaltsnotlage)、究極的予算状態 (extreme Haushaltslage) など。

25) v. Lewinski, a.a.O. (Anm.5), S. 25-26.

26) BVerfGE 86, 148 [262, 267] なお, BVerfGE 116, 327 [387] でその射程に限定。

27) v. Lewinski, a.a.O. (Anm.5), S. 26.

28) BVerfGE 116, 327 [Ls. 2a, 2b, 377ff.]; 同判決については上代庸平「83 ラント間財政調整における連邦財政原理」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例IV』374頁 (信山社, 2018) も参照。

29) v. Lewinski, a.a.O. (Anm.5), S. 26-27.

30) v. Lewinski, a.a.O. (Anm.5), S. 28.

31) なお, 1. の問題提起と重複する部分があるにも拘わらず, あえて繰り返しを厭わず記述するのは, 1. は州や国際法等も含めた本書の総論として置かれている部分だからである。

32) v. Lewinski, a.a.O. (Anm.2), S. 245-246.

33) v. Lewinski, a.a.O. (Anm.2), S. 247.

34) v. Lewinski, a.a.O. (Anm.2), S. 248-18.

35) BVerfGE 15, 126 [135f.]; BVerfGE 19, 150 [159].

36) v. Lewinski, a.a.O. (Anm.5), S. 247-248.

37) 著者はこういった考え方が有力だった例証として, 例えば2008年のリーマン・ショックの以前には, 1995年欧州委員会決定において95/547/EGv. 26. 7. 1995, ABl. EG Nr. L 308のいわゆるCrédit Lyonnais事件で「破産には大きすぎる [ために,] 国家による明示又は黙示の信頼が存する」として言及されたことを取り上げる。

とっかかり (Verankerung) を欠き、法的原則ではなく、精々経済的、政治的な原則にすぎないため、不適当であると排除する<sup>38)</sup>。

## (2) 早期警戒システム (Frühwarnsystem) の効果と限界

以上のように国家がやはり国家破産に陥る可能性があるとして、これをどのように防止すればよいのだろうか。

著者は、ここで規範的平面における(唯一の<sup>39)</sup>) 対抗策として、財政危機を早期に感知することのできる法システムに埋めこまれた種々の早期警戒システムの存在を挙げる<sup>40)</sup>。

このような早期警戒システムの例は、第一に、支払義務に対応する予算の不足や強制執行に伴う報告義務である<sup>41)</sup>。これらは蔵相や議会といった上位平面へのシグナリング機能を有するからである。第二に、事実上及び法律上の公法上の財産への監督である<sup>42)</sup>。第三に、財政計画が挙げられる<sup>43)</sup>。もっとも、財政計画のうち中期財政計画 (mittelfristige Finanzplanung)<sup>44)</sup> は、70年代の財政憲法改革で財政危機に対処することを目的として基本法秩序に導入されたものの、結局国家

運営上の情報収集の手段以上の意味を持たなかった<sup>45)</sup>。このほかに、ヨーロッパレベルでも予算計画を提出しなければならない。第四は、予算サイクル (Haushaltskreislauf)、すなわち前年度の予算状況から新たな予算を編成し、議会で承認され、実行する過程である<sup>46)</sup>。同論文では、特にその各過程で議会、政府、安定化委員会や会計院の間で情報交換がなされる<sup>47)</sup> ことが挙げられている。第五に、安定化委員会 (Stabilitätirat) 及びヨーロッパ法上の監視を挙げる<sup>48)</sup>。これは、大蔵省で収集された情報は精確であるものの、多数派にはこれを過大評価するインセンティブがあるため、外部からの監視が必要であるという考えに基づき設置される<sup>49)</sup>。ただし、著者は、この実効性は未実証であるとも付言している。第六に、立法の影響及びコストの評価が関係者に一定程度義務付けられている場合に、これも早期警戒システムになり得るとする<sup>50)</sup>。もっとも、その効果について著者は懐疑的である。第七に、基本法 115 条 1 項や 109 条 3 項 2 文に表れている債務制限 (Schuldengrenzen)<sup>51)</sup> を挙げる<sup>52)</sup>。著者は、日米のような高債務国であっても財政破綻を

38) v. Lewinski, a.a.O. (Anm.5), S. 248-249.

39) この重要な限定を示唆するのは、v. Lewinski, a.a.O. (Anm.5), S. 540. において括弧書きの nur である。

40) v. Lewinski, a.a.O. (Anm.5), S. 250.

41) v. Lewinski, a.a.O. (Anm.5), S. 49-54, 86-88, 95-96.

42) v. Lewinski, a.a.O. (Anm.5), S. 116.

43) v. Lewinski, a.a.O. (Anm.5), S. 251-252.

44) 基本法 109 条 4 項のほか、連邦及び州の予算原則に関する法律 (Gesetz über die Grundsätze des Haushaltsrechts des Bundes und der Länder) 50 条、経済安定成長促進法 (Gesetz zur Förderung der Stabilität und des Wachstums der Wirtschaft) 9 条参照。

45) v. Lewinski, a.a.O. (Anm.5), S. 251 Anm. 24. において、著者は予算が世界経済の調子に依存した予測の不確実性であり、さらに拘束力もないためだと指摘している。

46) v. Lewinski, a.a.O. (Anm.5), S. 252-254.

47) 例えば、連邦予算法 (Bundeshaushaltsordnung) 27 条ないし 29 条に基づく前年度予算期の経験を踏まえた予算計画の策定や、管理勘定 (Kontrollkonto) への記帳 (基本法 115 条 2 項 4 文)、連邦予算法 31 条や連邦債務制度規律法 (Gesetz zur Regelung des Schuldenwesens des Bundes) 3 条 2 項に基づく連邦蔵相の議会 (の委員会) への財政報告 (Finanzbericht) 等が挙げられている。こういった制度の一端について、石森久広「ドイツ財政コントロールシステム [原文ママ] における助言活動の意義」広島法学 42 巻 3 号 178 頁 (2019) 参照。

48) v. Lewinski, a.a.O. (Anm.5), S. 254. vgl. auch S.440-442(Kapitel 6, C. II. 1).

49) 具体的には、EU 運営条約 126 条及び閣僚理事会規則 (Verordnung(EG); Council regulation) 1466/97 に基づくヨーロッパの安定性評価の監督、及び、EU 運営条約 121 条に基づく一般的監督、並びに、第二次連邦制改革で導入された基本法 109 条 a と安定化委員会の設立及び予算緊急事態の回避に関する法律 (Gesetz zur Errichtung eines Stabilitätsrates und zur Vermeidung von Haushaltsnotlagen) 3 条 1 項による監視である。

50) v. Lewinski, a.a.O. (Anm.5), S. 254-255.

51) 基本法 115 条 2 項参照。一連の改革の経緯について、石森久広『財政規律の研究——ドイツ憲法上の起債制限』(有信堂高文社, 2018) 参照。

52) v. Lewinski, a.a.O. (Anm.5), S. 255-256.

引き起こしていない例を挙げて、債務水準と国家破産の関連性に疑問を呈しながらも、責任ある主体において一定の手続を取らせる点で警戒機構として債務制限を評価している。

ドイツにおけるこれらの多種多様な早期警戒システムは、政治的システム内での具体的構造のため、債務制限に関して際立った役割を果たしておらず、これらのシステムの主要な効果は、財政政治 (Finanzpolitik) の回避ではなく、関係アクターに情報を提供することである、と著者は締めくくる<sup>53)</sup>。

### (3) 破産法及び緊急事態憲法 (Notstandsverfassung) の不適用

冒頭でも指摘されていたように、国家の下にある公法上の法的人格 (juristische Person) と異なって、国家には倒産手続の適用がない根拠はなんであろうか。著者は、様々な理由づけがあるとす。国家の機能能力 (Funktionsfähigkeit) を参照し、あるいは、国家の存在が憲法上前提とされているとするなど、事物の本性 (Natur der Sache) に求める議論がある。また、国家が国際法上の主権的主体として対自的権力 (Gewalt über sich) を許容し得ないとする議論もある。それから実際的理由としては、手続が欠缺していること、これを許容した場合に外部からの資金調達上高リスクにならざるを得ないことを挙げる<sup>54)</sup>。

しかし、著者は基本法の観点から、国家それ自体 (Staat als solcher) への破産法の適用が、民主政原則と権力分立 (Gewaltentrennung) と相いれないのが決定的だとす。こうした見地から著者は倒産法 12 条 1 項を賢明かつ適切と評した上で、特別な手続が必要であるとする<sup>55)</sup>。

さらに、こうして私法的に適用すべき規範

がないことを論証し、返す刀で著者は基本法等にも財政危機に対処する法は欠けている (あるいは避けている) ことをも指摘する。いわゆる緊急事態憲法 (Notstandsverfassung)<sup>56)</sup> は「経済的社会的構造における障害」には適用されず、基本法 115 条 a 以下の防衛的緊急財政憲法 (Verteidigungsnotfinanzverfassung) は防衛事態にのみ関係する。予算成立についての 111 条や予算執行についての 112 条は財政的緊急事態憲法 (Finanznotstandsverfassung)<sup>57)</sup> ではなく、緊急予算法 (Nothaushaltsrecht) にすぎない。こうした欠缺は、著者において「規範的差控え (Zurückhaltung)」として、合目的的で賢明な決定だと肯定的に扱われる。基本法は、適合的でないかもしれない規定に個別性の強い国家破産の処理を服せしめるのは妥当ではないとして、政治的決定を通じた民主的対処を優先させている<sup>58)</sup>。

### (4) 現代的法治国家の前提

以上のような現状整理をしつつ、著者はここで改めて私法的な破産と公法人の破産が異なることを強調する。著者は、私法的な破産の目的を、社会的平和の保護、債権者平等、債務者の生存の維持の三つに集約する。そして、このうち特に債権者の平等を強調する Ludwig Häsemeyer の見解<sup>59)</sup> を引用した上で、一方でこれらの原則が国家破産においても妥当することを示唆し、他方で抽象的な福祉国家の受益者 (Sozialstaat Begünstigten) の利益への配慮が必要である点やそもそも債務者たる国が法及び法体系の根源であるという点で、この三つの目的が違った表れ方をしたり、この三つの中でバランスが生じたりすることを強調する<sup>60)61)</sup>。

そして、国家破産を法的に検討する大前提

53) v. Lewinski, a.a.O. (Anm.5), S. 256.

54) v. Lewinski, a.a.O. (Anm.5), S. 256-257.

55) v. Lewinski, a.a.O. (Anm.5), S. 257-258.

56) 例えば、連邦国境警備隊の州の支援等 (基本法 35 条 2 項及び 3 項)、連邦又は州の存立に関する事態の軍隊出動 (87 条 a 第 4 項, 91 条) など。

57) v. Lewinski, a.a.O. (Anm.5), S. 258-259.

58) v. Lewinski, a.a.O. (Anm.5), S. 260-262. Vgl. auch S. 541.

59) 著者が引くのは、Häsemeyer, Insolvenzrecht, 4. Aufl. 2007, Rn. 3.01, das gesamte 2. Kapitel (Rn. 2.01ff.), und Rn.4.01. ただし、本稿筆者において確認できたのは 3. Aufl. 2003. のみ。

60) こうした倒産法の三原理の国家破産への妥当性について説明するにあたり、著者が三和音 (Dreiklang) やその響き (Töne) が変わるという比喻を用いている点は特徴的である。

として、国家に関する以下の三つの仮定を置くのである。第一に、国家の維持 (Staatserhalt) である<sup>62)</sup>。これには二つの内容がある。一つ目の内容として、国家破産に至っても国家はなお持続的に存在しなければならず、その解散 (Auflösung) は検討上可能性から除外されるということである<sup>63)</sup>。これは、主権の権力 (hoheitliche Gewalt) を行使できる、すなわち法制度及び立法制度 (Rechts- und Rechtssetzungswesen) といった国家の基本的な機能が必要であることによる。とりわけ、債権者と国家の人民 (Staatsvolk) の双方又は一方に犠牲を要求する危機対処の局面では (財政) 権力を行使することが可能でなければならぬため、国家の形式における目的組合 (Zwangsverband) が必要であることが指摘される。

また、国家の維持の二つ目の内容として、基礎的国家機能の確保 (Sicherstellung grundlegender Staatsfunktionen) が必要である。古典的な国家の責務は「夜警国家」的な安全と平和の確保だが、これに加えて、少なくとも必要不可欠な生存の基礎 (elementare Lebensgrundlagen) の保護、さらに現代的な社会国家観に基づいて教育や環境保全も含まれ得る。そして、こうした国家の責務は政治的に決定される必要がある。

第二に、法的考察<sup>64)</sup>のためには、国家が恣意的な解決を許さない法治国家<sup>65)</sup>であることも必要だとする<sup>66)</sup>。

そして第三の前提は、憲法の維持 (Verfassungserhalt) と題し、解釈的 (dogmatisch)、

実定法的な観点における基本法を出発点とすることであり、一般的な、あるいは、法哲学、法史学といった観点から出発することを回避する<sup>67)</sup>。

#### 4 具体的対処の方策

著者は、以上述べた前提の下、これに対する実定法に沿った解決策を検討する<sup>68)</sup>。その基本法的な規則は、立法者が具体的な要求を適切に書き込めるような枠を与えるものであるとする。その基本的な発想は「大幅な倭約と……歳入の増加 (größter Sparsamkeit und .....Erhöhung der Einnahmen)」であって<sup>69)</sup>、具体的には、財政学的観点、組織的観点及び実体的観点という三つの処置角度とその統合を論じる形で論述は展開される。

##### (1) 財政学的視点 (finanzwirtschaftliche Dimension)

著者は最初に、時間的に対称な、過去に蓄積した準備金 (Rücklage) の解消と未来に得られるべき収入を前借りする信用調達 (Kreditaufnahme) という二つの財政学的視点を対置して取り上げる。

##### a 準備金の解消

まず、前者の観点としては、景気調整準備金 (Konjunkturausgleichsrücklage)、払下げ (Privatisierung)、目的と結びつけられた資産の再分類 (Umwidmen) の三つの手法が取り上げられる。一つ目の景気調整準備金は、基本法旧 109 条 3 項 1 文 2 号に規定されていた、景気変動を吸収するため景気拡大時に積

61) v. Lewinski, a.a.O. (Anm.5), S. 263.

62) v. Lewinski, a.a.O. (Anm.5), S. 264-267.

63) なお、著者は v. Lewinski, a.a.O. (Anm.5), S. 264-265. において、余題 (Exkurs) と称し、前提として本文で立ち入らなかった国家破産に基づく国家の解散の可能性について検討し、ニューファンドランドの事例が例外的に存在したほかは歴史にはないこと、Georg Jellinek の所説 (Jellinek, Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl. 1914, S.182f., 394ff.) によるならば国家の三要素 (国家領域、国家人民、国家権力) のうち、国家権力が欠落すれば解散する可能性自体はあり得ることなどを指摘している。

64) 著者はここで、しばしば非法治国家の方が財政危機の対処において短期的で効果的でさえあり得る、という言及をしていることは特筆に値する。

65) なお、ここでいう法治国家が、第二次世界大戦を経るまでのいわゆる形式的法治国家概念によるものではなく、実質的法治国家の事であるのは明らかである。

66) v. Lewinski, a.a.O. (Anm.5), S. 267-268.

67) v. Lewinski, a.a.O. (Anm.5), S. 268.

68) v. Lewinski, a.a.O. (Anm.5), S. 269.

69) BVerfGE 86 148 [270]; ただし、こうした定式の立て方は、貨幣現象を視野に入れていない点で疑問を呈する余地があるだろう。

み立て、景気縮小時に取り崩す準備金を指す<sup>70)</sup>。第二次連邦制改革によりこれは基本法上の根拠を失ったが、著者によれば、同条項が第二次連邦制改革で削除されてもなお、基本法新 109 条 4 項の「予算法の妥当する原則」(geltende Grundsätze für das Haushaltsrecht) に従って可能だという<sup>71)</sup>。

二つ目は公有財産の払下げによる流動性の確保であり、これに一般的な限界はないとする<sup>72)</sup>。ただし、連邦予算法 63 条 2 項 1 文は国家の売却権能を「予見可能な将来に国家の任務を遂行するために必要とされない資産」(すなわち、金融資産)に限定しているため、この限定を解除しようとする限りで政治的決定(すなわち、法律の改正)が要される。著者はこうして払下げを財政危機において十分活用し得るものと見るのであるが、その場合であっても文化国家は憲法上の財産(Verfassungsgut)ではなく、むしろ憲法の前提であるから、議会が重要な歴史的建造物やアーカイブについては文化財として保護することもできることを留保している。

三つ目は、組織法的に一定目的に結び付けられている財産をその根拠法の改正によって流用することである<sup>73)</sup>。例えば、連邦銀行の 250 万ユーロの準備金(連邦銀行法 2 条 2 文)や連邦年金基金(Versorgungsrücklage)の切崩しをいい、この場合も、大学(基本法 5 条 3 項)や放送局(基本法 5 条 1 項 2 文)といった基本権の担い手が基本権を侵害され

た場合といった例外<sup>74)</sup>を除いて、立法者の判断に委ねられていると論じられている。

## b 信用調達 (Kreditaufnahme)

### (a) ヨーロッパ法と基本法的厳格な規制及びその実効性

ヨーロッパ法では、加盟国の過剰な政府赤字の禁止規定(EU 運営条約 [Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union; the Treaty on Functioning of the European Union] 126 条 1 項)が、いわゆるマーストリヒト基準<sup>75)</sup>(GDP の 3% 以下、及び、GDP6 割以下)として明確に具体化されている。それにも拘わらず<sup>76)</sup>、欧州委員会が監視する基準を定める同条 2 項がこの原則に対する例外を認める<sup>77)</sup>のみならず、それを具体化する規則 (VO: Verordnung; Regulation) Nr. 1467/97 des Rates v. 7.7.1997<sup>78)</sup> 第 2 条 1 項の「これが関係加盟国の支配を逸し、国家的財政状況が重大な悪影響を及ぼす場合」、さらに構造的赤字でこれらが使えない場合に VO1467/97 第 2 条 2 項の「深刻な景気後退」などで弛緩している。基本法の平面では、第二次連邦制改革<sup>79)</sup>による「債務ブレーキ (Schuldenbremse)」の導入に伴い、原則的に起債は禁止されている(基本法 109 条 3 項 1 文、115 条 2 項 1 文)。こうした規則は、ヨーロッパ法の硬直的で順景気循環的であり得る債務限界と、反景気循環的な(従前の)基本法のアプローチを統合したものだが、この両者が抵触する事態においては、ドイツ法

70) v. Lewinski, a.a.O. (Anm.5), S. 270-271.

71) ただし、この点について、著者は、この準備金は 70 年代初め以降、世界的な課税の悪化のため設けられることがなく、現実に合わせて基本法が整序されたにすぎないことを示唆している。

72) v. Lewinski, a.a.O. (Anm.5), S. 271-272.

73) v. Lewinski, a.a.O. (Anm.5), S. 272-274.

74) この場合であっても、解散やそれに続く財政的な清算については保護されないという。赤字の削減の観点から、不採算な事業体を抱え続けるのを強制することは不合理であるため原則的に支持できるものの、介入より重い解散等といった措置について、限界を設けないことがよいのかはやや疑問がある。

75) EU 運営条約第 12 議定書第 1 条参照。

76) v. Lewinski, a.a.O. (Anm.5), S. 277.

77) 126 条 2 項 (a) は、「実質的かつ継続的に比率が低下し、参照値に近似した水準に近接し、又は、参照値の超過が例外的かつ一時的であって、比率が参照値の近傍にあるとき」を例外としている。

78) Vgl. VO(EG) Nr. 1056/2005 zur Änderung der Verordnung (EG) Nr.1467-97 über die Beschleunigung und Klärung des Verfahrens bei einem übermäßigen Defizit v. 27. 6. 2005 (ABL EU Nr. L 174 S.5).

79) 基本法旧 115 条 1 項 1 文は投資支出の高さで総額を限界づけていたが、マクロ経済の不安定さと高失業率から「マクロ経済の均衡の崩壊」を要件とする例外的起債(旧 114 条 1 項 2 文 2 段)が常態化していたため、(ヨーロッパ法上の義務の基本法への逐次導入と並行した形で、) 2009 年の第二次連邦制改革において、基本法上厳しい制限が課された。

に優越するヨーロッパ法が適用される（基本法 109 条 2 項の「この枠内で (in diesem Rahmen)」という文言も参照)。このほか、構造的な余地 (struktureller Spielraum) が GDP の 0.35% まで認められており (109 条 3 項 4 文)、景気変動に帰せられる限りでは基本法 115 条 施行法 (Gesetz zur Ausführung von Artikel 115 des Grundgesetzes) 5 条と同条 4 項に基づく 115 条 命令 (Verordnung) によってもこれは可能である。

#### (b) 危機状態での信用調達

著者は次に、特に財政危機を念頭に置いたときの信用調達の可能性を三つに分けて検討する。一つ目は、基本法 115 条 施行法 8 条に基づく補正予算により見込み税収の 3% まで信用調達が可能であることである。二つ目は、自然災害や外因の緊急事態における信用調達であり、財政危機が外因的な場合には可能である (基本法 115 条 2 項 6 文。なお、その成立には総議員の過半数が必要であり、償還計画の策定と直ちに償還を開始するという制限がある)。三つ目には、基本法外における諸手法がある。具体的には、現金信用 (Kassenkredit)<sup>80)</sup> を活用したり、特別基金 (Sondervermögen) を設置<sup>81)</sup> したり、また、連邦国家性 (Bundesstaatlichkeit) から「究極的な予算緊急事態」において、連邦や他州が救助に及ばない限りで、(州) 憲法上明文がなくても信用調達ができるとしたベルリン州憲法裁判所判例<sup>82)</sup> を応用すべきであると著者は主張する。さらに、第二次連邦制改革以前のような基本法違反の常態化という可能性も考えられるものの、現在は (議員

の 4 分の 1 で申し立てられる) 抽象的規範統制 (基本法 93 条 1 項 2 号) や管理勘定への記帳 (基本法 115 条 2 項 4 文)、安定化委員会の監視などで、概してそうした事態は起こり得ないとしている。

#### (c) 実際における余地

法的制限は上述のごとくであるものの、実際には準備金も信用調達も、これらが問題になるとときには既に (経済的、政治的に) できなくなっている可能性が高い<sup>83)</sup>。

#### (2) 組織的観点 (Organisationsdimension)

著者が財政学的観点の次に挙げるのは、国家の組織を改編することで財政危機に対処するという組織的観点である。主として経済的、金融的変数に基づく財政という分野に対して、国家組織という分野は優れて法が規律する分野である<sup>84)</sup>。

この観点に含まれる第一のものは、経済社会システムそれ自体への介入である。ここでは、国家の再生上、マクロ経済的均衡の保護を定める基本法 109 条 2 項は「魔法の四角形 (magisches Viereck)<sup>85)</sup>」がコントロール困難なために障害にならず、さらに仮に障害となる場合は、基本法 79 条 3 項に配慮しつつ立法により変更できる<sup>86)</sup> ため、こうした国家の行為は原則自由である。これに対して、これらの措置が純粋な国家経済 (reine Staatswirtschaft)<sup>87)</sup> の導入に当たり、あるいは、職業の許可制が比例原則に違反する場合は、ヨーロッパ法のみならず、基本法 14 条の財産権や 12 条の職業の自由にも抵触して許されない<sup>88)</sup>。このほか、政策的なインフレによる債務の実質的削減に対しては、基

80) 短期的な流動性の確保のため、連邦及び州の予算原則に関する法律 13 条 1 項 2 号や連邦予算法 18 条 2 項 2 号などで許容されるが、6 か月までに払い戻されなければならない (基本法 115 条 施行法 1 条 3 文)、実用性は乏しい。

81) 特別基金は、ドイツの再統一や 2008/2009 年の金融危機時にも使われたものの、旧 115 条 2 項における連邦法律による例外の廃止で (基本法の改正なしには) なくなっている。

82) VerfGH Berlin, NVwZ 2004, S. 210ff.

83) v. Lewinski, a.a.O. (Anm.5), S. 291-292.

84) v. Lewinski, a.a.O. (Anm.5), S. 292.

85) マクロ経済的均衡の内容であって、物価の安定、雇用率、対外均衡、経済成長の四つの (相反し得る) マクロ経済的目的を極に取った四角形である。経済安定成長促進法 1 条 2 文も参照。

86) v. Lewinski, a.a.O. (Anm.5), S. 292-293.

87) 注意が必要なのは、ここで国家が市場に積極的に関与すること自体は否定されていないことである。例えば、著者は、国家が一定の業種に独占を賦与し、あるいは国営企業を設置して追加的収入源を確保するといったことを挙げている。

88) v. Lewinski, a.a.O. (Anm.5), S. 293-295.



本法 88 条が定める連邦銀行 (Bundesbank) の自律性・独立性に抵触するのみならず, EU への通貨高権 (Währungshoheit) の移譲のためできないという例外も存する<sup>89)90)</sup>。

第二は, 国家及び行政組織の改組 (Umbauen) である。もっとも, 憲法上の機関 (連邦衆議院や連邦参議院) については, 基本法 79 条 3 項の永久性保障 (Ewigkeitsgarantie) への抵触の問題があることに加えて, そもそも目的たる支出削減に繋がらないだろうとする<sup>91)</sup>。その下位の国家機関については, 行政権の編成高権 (Organisationshoheit) があるものの, 広範囲な法律の留保も存在する<sup>92)</sup>。ここにおいて, 改組による節約の可能性は, 専門技術的観点から法律家より行政学者が適切に判断できるという形で記述されている。

第三は, 公勤務関係<sup>93)94)</sup>における賃上げ凍結 (Verzicht auf Gehalts- und Besoldungserhöhung), 給与削減や解雇である<sup>95)</sup>。公勤務の給与は労働協約 (Tarifvertrag) に基づき, そしてその主体たる労働組合は, 結社の自由 (基本法 9 条 3 項) や労働争議の自由を憲法上留保なく保障されているため, (単なる) 予算危機にとどまる限り, こういった施策の実現可能性は通常労働組合の意欲に依存することとなる。したがって, 国家が憲法

内在的制限に基づいて一方的に介入することができるのは, 実際的な (tatsächlich) 国家緊急事態においてである。これに対して, 官吏 (Beamten) には, 基本法 33 条 5 項が定める「職業的公僕の伝統的原則 (hergebrachte Grundsätze des Berufsbeamtentums)」が妥当するところ, 一方で, 原則として解雇を許さない生涯原則 (Lebensprinzip) という形で財政再建の障害となるものの, 他方で, ストライキ権の不存在や, 官職に専念するに足る俸給等を与える扶養原則 (Alimentationsprinzip) に支えられた「一般的な経済的, 財政的発展に応じ」(連邦俸給法 [Bundesbesoldungsgesetz] 14 条 1 項<sup>96)</sup>) てなされる定期的な給与調整の存在から, ([特別な] 配慮義務及び官職適合義務が達せられる限りで) 賃上げの凍結や給与の削減があり得る。

以上に挙げたような組織的な側面における改造は, 労働組合の勢力が発達したために政治的にも, また, 財政危機において忠誠ある (loyal) 国家機能の保護が重要であるという点においても, 現実的な限界が法的な限界に先立ってしまうのである<sup>97)</sup>。

### (3) 実体的観点 (materielle Dimension)

最後に取り上げられるのは, 前二つの国家自体の変革を観察した観点に対して, 国民から資源を調達する「実体的観点」である。こ

89) v. Lewinski, a.a.O. (Anm.5), S. 295-297.

90) なお, 通貨高権の移譲先のヨーロッパ中央銀行 (Europäische Zentralbank) も, 貨幣供給量の増大とそれによるインフレの防止の観点から行使できない (EU 運営条約 123 条)。

91) v. Lewinski, a.a.O. (Anm.5), S. 298-299.

92) v. Lewinski, a.a.O. (Anm.5), S. 299-300.

93) ドイツにおいて, 公法上の法人に勤務する公勤務 (öffentlicher Dienst) は, 基本法上の制度的要請に服する官吏 (Beamten) とそれ以外の被用者 (Arbeitnehmer) に分別され, 本稿もその区別にのっって議論がされている。本文中の「職業的公僕 of 伝統的原則」とは前者にのみ妥当する諸原則で, 本文中に挙げたもののほか, 公法上の勤務関係と忠誠関係と引き換えに, 能力に応じて任用される成果原則 (Leistungsprinzip) や, 学歴や専門分野に応じて採用・昇進する経歴原則 (Laufbahnprinzip) 等がある。なお, 後者についてはさらに職員 (Angestellte) と労務者 (Arbeiter) の区別も存したが, 差別撤廃の要請から一括して被用者 (Beschäftigte) とされてきている。以上について, 早津裕貴「ドイツ公勤務者の法的地位に関する研究 (1) ~ (4・完)」名古屋大学法政論集 271 巻 1 頁, 273 巻 37 頁, 274 巻 191 頁, 275 巻 349 頁 (2017)。

94) ドイツにおいては, いわゆる特別権力関係 (Sonderrechtsverhältnis) 論がいまも妥当しており, 公勤務において, 雇用当局 (Dienstherr) 及び雇用者 (Arbeitgeber) と被用者 (Beschäftigte) は特別に密接な関係に立ち, 相互の誠実義務を有する。ここにおいて, 国家は公僕 (Staatsdiener) に犠牲と制約 (Opfer und Einschränkung) を求めることができる一方で, 特別の誠実義務及び配慮義務をも負う。

95) v. Lewinski, a.a.O. (Anm.5), S. 300-304.

96) 憲法的には, やはり 33 条 4 項の公務員とその家族に収入を終身的に保障しなければならないとする扶養原則 (Alimentationsprinzip) に基づく。

97) v. Lewinski, a.a.O. (Anm.5), S. 305.

の観点との関係では、公課引上げ、給付削減及び財産権に対する介入という三点から検討がなされた上で、それぞれの関係について論じられる。

#### a 公課の引上げ (Abgabenerhöhung)

著者は、財政危機における公課を論じる総論として、公課が近代的特点のある財政国家 (Finanzstaat) の主要な収入源であることを前提に、とりわけ租税は「前提なく引き上げ得る公課」であることから、財政国家の体系において租税でない公課 (nichtsteuerliche Abgaben) と異なるという区別を強調する<sup>98)99)</sup>。

##### (a) 租税でない公課

租税でない公課として、受益負担 (Vorzugslast)、特別公課 (Sonderabgabe)、社会保障公課 (Sozialversicherungsabgabe) 等がある。

受益負担は、料金 (Gebühren) と分担金 (Beiträge) をいい、制度利用者の利用対価の負担である<sup>100)</sup>。行政上その給付に要した費用を基準とするのが平等原則や比例原則の原則的帰結であって<sup>101)</sup>、財政危機においてはむしろ、社会的、経済政治的になされた公課の段階付け (Staffelung) を比例原則と社会原則に従って強制される水準に削減することが眼目となる。

特別公課<sup>102)</sup>は、一定の同質的集団が、特

定の公課目的に密接に関連し、その目的の達成のために集団の責任 (Gruppenverantwortung) が存する場合に、集団的利益のために使用される場合にのみ課することが許される公課であり、近年はこれにつき資料義務・手続義務<sup>103)</sup>が強調されている<sup>104)105)</sup>。

また、(一応の独立分類として) 社会保険公課というものもあり、これは国家財政に直ちに結びつかないが、支出を減らす形で財政再建に貢献し得る<sup>106)</sup>。

その他の公課 (sonstige Abgabe) の創設の可能性も否定しないものの、財政憲法上、主要な目的が反対給付なき (gegenleistungsfrei) 収入引上げである場合は租税と衝突するため、このような公課の活用は限られたものとなる。こうして、危機対処の際に非租税的な公課の役割は限定的なものとなるが、なお料金国家を徹底することで節約を進める可能性は肯定的に評価される<sup>107)</sup>。

##### (b) 租税

そこで、著者において危機対処の公課のうち中核的役割が担われるのはやはり租税となる<sup>108)</sup>。租税はその程度において (in ihrer Höhe) 「前提なく引き上げられる」公課として、財政憲法によっても基本法的自由権によっても、本質的には (wesentlich) 制限されないからである<sup>109)110)</sup>。

まず、基本法上連邦及び州が課せる租税の

98) ドイツの租税法の議論においては、伝統的に国家による金銭賦課一般が公課ないし賦課金 (Abgabe) とされ、その下位分類として租税 (Steuer) とそれ以外 (分担金 (Beitrag), 料金 (Gebühr), 特別公課 (Sonderabgabe) 等) が設けられる形で分別・体系化されているところ、同論文でもそういった区分を前提に議論が進められている。ただし、Abgabe はしばしば俗に税の意味で用いられる点には留意が必要である。

99) v. Lewinski, a.a.O. (Anm.5), S. 306. vgl. auch S.543.

100) v. Lewinski, a.a.O. (Anm.5), S. 306-307.

101) ただし、費用移転や利得の吸収、社会的目的から一定程度立法者による裁量が認められる。Vgl. BVerfGE 50, 217 [226f.]; BVerfGE 93, 319 [344]; BVerfGE 80, 103 [107] u. s. w.

102) 著名な例としては、第二次世界大戦後流入してくるドイツ人難民及び避難民と戦災を受けなかった国民との平等を図って課された特別公課がある。

103) Vgl. BVerfGE 108, 186 [218]; BVerfGE 110, 370 [393].

104) v. Lewinski, a.a.O. (Anm.5), S. 308-309.

105) なお、判例法 (BVerfGE 57,139 [167f.]) 上、自動車税などの誘導的特別公課 (Lenkungs Sonderabgabe) に関しては上述の要件は緩和されるが、それは公課の発生が最初から回避されるべきであり、収益をもたらさないということに基づく。

106) v. Lewinski, a.a.O. (Anm.5), S. 309-310.

107) v. Lewinski, a.a.O. (Anm.5), S. 310-311.

108) v. Lewinski, a.a.O. (Anm.5), S. 311; vgl. auch S. 543.

109) v. Lewinski, a.a.O. (Anm.5), S. 311.

110) 租税と基本法の関係について、瀧圭吾「政策税制と憲法——ドイツ法を素材とした序論的考察」海外住宅・

種類は、基本法上 106 条 1 項及び 2 項に限定されているものの、考えられるほとんどの税種は 106 条 1 項から 3 項に列挙されており、こうした税種の制限及びこれに伴う立法の制限は実際上の意義に乏しい。そして、著者は列挙された税種のうち、1 項 2 号の消費税 (Verbrauchssteuer) と 2 項 3 号の取引税 (Verkehrssteuer) が特に重要な役割を果たすだろうとする<sup>111)112)</sup>。

税種の限定列挙に次いで、基本法 14 条の財産権 (Eigentumsrecht)<sup>113)</sup> 保護もまた実効的な制限になり得ない<sup>114)</sup>。そもそも、伝統的に租税は「総財産それ自体 (Vermögen als solches)」に対して課されるものであるから侵害を観念できないとされてきた。そして、人格権に関する 2 条 1 項では租税を有効に法的統御することができないという問題意識から、14 条の活用が試みられてきた。連邦憲法裁判所の判例<sup>115)</sup> では、14 条の「同時に (zugleich)」という文言を手掛かりに、財産は既に一度課税された収入から構成されるため、財産の半分以上には課税できないという「二等分原則 (Halbteilungsgrundsatz)」が示された。その射程はのちに財産税 (Vermögenssteuer) に限定された<sup>116)</sup>ものの、さらに基本法 14 条の適用範囲を明らかにするための「連結点 (Anknüpfungspunkt)」は財産権で足りる<sup>117)</sup>とするなど、14 条の保護は拡大傾向にある。しかし、著者は、2 条 1

項と 14 条とを本質的には区別することはできないとする。そもそも、基本権の文脈における課税についての中核的問題は 14 条における租税の理解ではなく、むしろ常に自由権的保護は 2 条 1 項の一般的行為の自由について存した。決定的なのは、租税は特定の国家目的との関係があるわけではなく、一般的な政府の財政需要充足を目的とするという性質上、租税法における比例原則の理解が妥当しないことである。したがって、14 条の文脈において、(議論がされてきた 2 条 1 項の) 比例原則により鋭い輪郭を与えることはできないと主張する。

とはいえ、その他の憲法的課税限界がいくつか考えられる<sup>118)</sup>。第一に、短期的増税について遡及効との関係で信頼保護と抵触し得る(後述の遡及効を参照)。第二に、基本法 106 条 3 項 4 文 2 号の過剰負担 (Überbelastung) の禁止<sup>119)</sup>、第三に、国際法及びヨーロッパ法上の差別的待遇の禁止が挙げられる。第四に、窒息税 (erdrosselnde Steuer) は、流通から締め出すことを目的とした場合は 14 条 1 項、特定の好ましからざる行為を排除しようとする場合は 12 条 1 項や 2 条 1 項の問題となる。そして、財産関係の基礎的な変更たる補償なき没収 (Konfiskation) 的な税は、通常名称のいかに拘わらず許されないとされているが<sup>120)</sup>、「国家的例外状態 (staatliche Ausnahmelage)」においては連邦

不動産税制研究会編著『欧米 4 か国における政策税制の研究』92 頁、119-161 頁 (公益財団法人日本住宅総合センター、2014) も参照。

111) v. Lewinski, a.a.O. (Anm.5), S. 311-312.

112) このほか、財政危機の対処という面からは、1 項 5 号の負担調整的公課 (Lastenausgleichsabgabe) 及び同項 6 号の補充的公課 (Ergänzungsabgabe) も考えられる。

113) Eigentum は元来所有権を指す言葉であるが、ドイツ法上その保護範囲はいわゆる所有権以外に拡張し続けていることも踏まえ、財産権と訳している。石川健治「財産権①」小山剛＝駒村圭吾編著『論点探求憲法〔第 2 版〕』224 頁 (弘文堂、2013) 参照。

114) v. Lewinski, a.a.O. (Anm.5), S. 312-315.

115) BVerfGE 93, 121 [137, 138].

116) BVerfGE 115, 97 [108ff.]; 同判決については畑尻剛「47 所得税・営業税と『五公五民原則』」ドイツ憲法判例研究会・前掲注 28)211 頁をも参照。

117) 連邦憲法裁判所判例によれば、このことは所得税や法人税については既に妥当しており (BVerfGE 115, 97 [110])、他の税種にもこうした限界と制限が働いていくべきであると著者はいう。

118) v. Lewinski, a.a.O. (Anm.5), S. 315-318.

119) BVerfGE 23, 288 [314f.].

120) BVerfG は租税が「金銭的履行義務が関係者に過剰に負荷をかけ、その資産関係 (Vermögensverhältnis) に抜本的に影響を与える、すなわち窒息の効果 (eine erdrosselnde Wirkung) を与えるとき」には 14 条違反になるとしている。BVerfGE 78, 232 [243]; BVerfGE 14, 221 [241].

憲法裁判所判例<sup>121)</sup>によっても留保されている。

以上と異なる視座としては、生存最低限 (Existenzminimum) の絶対的な限界がある<sup>122)</sup>。すなわち、連邦憲法裁判所判例において、社会国家原則との相互作用における人間の尊厳と自由の基本権<sup>123)</sup>の双方に由来する基本法上の絶対的限界として、「人間の尊厳ある存在のための最低限の前提の生成に必要」である分<sup>124)</sup>、また、すべての租税負担の控除後に、租税義務者には、その生活を維持するために十分な分が残されなければならないという租税憲法原則が存し<sup>125)</sup>、これは永久性保障 (基本法 79 条 3 項) の一部をなす。もっとも、社会給付は一般的な経済状況に依存するため<sup>126)</sup>、まさに危機時において、生存最低限の相対性が現れる。衛生や食料といった「生存的な (existentielle)」基準は維持されるが、什器や住居空間の大きさ、場所、設備は社会的余裕の水準 (gesellschaftliches Wohlstandniveau) に依存することとなる<sup>127)</sup>。

また、さらに、平等原則も危機時において課税の限界を構成する<sup>128)</sup>。租税の体系は給付能力 (Leistungsfähigkeit) に立脚し、また、多数派の少数派弾圧を防ぐため、特定の人口集団 (Bevölkerungsgruppen) に差別的な課税をしてはならない。こうした限界は、個別の公課のみならず、(判例から全貌は明らかでないものの) 全体的文脈における累積的なものについても及ぶ。ただし、これらの原則

が守られている限りで、立法者には広い裁量が認められる。

以上のように、租税が原則的に広汎な利用可能性を有することを論じつつ、一定の基本法的な相対的、絶対的制限にかかることを著者は論証するのであるが、財政的側面で論じたのと同様に、著者はこういった最終的な法的限界に到達する前に、国民経済的限界及び政治的限界にぶつかるだろう<sup>129)</sup>、と結論して終える<sup>130)</sup>。

#### b 給付削減 (Leistungskürzung)

公課の引上げの次に論じられるのが、歳出を減じることで財政均衡達成の手段とする給付削減という手段である。

著者は、まず、法的に拘束力ある終局的請求権 (rechtkräftiger und bestandkräftiger Anspruch) は基本法 14 条 1 項及び 3 項の保護に服し、連邦憲法裁判所判例<sup>131)</sup>によれば、原則的に基本法 14 条の内容・限度決定の信頼保護の問題と整理される<sup>132)</sup>。それに至らないその他の法的地位は、立法的決定の可逆性 (Reversibilität) に基礎を置く民主的支配の見地から、原則的に変更・取消しすることが許容されるとする。これを制約するのは法治国家原則に基づく遡及効の禁止 (Rückwirkungsverbot) に表れている信頼保護 (Vertrauensschutz) の原則とされる<sup>133)</sup>。遡及効の禁止のうち、真正遡及効 (echte Rückwirkung) とは完結した生活関係に介入することをいい、これはその信頼が保護に値しないか、公共の福祉のためやむを得ない事情

121) BVerfGE 93, 121 [138f.].

122) v. Lewinski, a.a.O. (Anm.5), S. 318-321.

123) BVerfGE 82, 60 [85].

124) BVerfGE 110, 412 [433f.].

125) BVerfGE 87, 153 [169].

126) BVerfGE 87, 153 [170].

127) ここに挙げられている諸要素について、連邦憲法裁判所は社会福祉法 (Sozialhilfegesetz) の給付要件に係らしめている。BVerfGE 87, 153 [171].

128) v. Lewinski, a.a.O. (Anm.5), S. 321-322.

129) 著者は前者の例として、時間を必要とする税の最適化や資本逃避、租税抵抗により、一定の税率において限界収入が負になるといういわゆる Laffer curve による説明やワイマール共和国において実際にこうした事態が起こった事例を、後者の例として、EU を含むグローバル化に伴う資本移動とロビイングを挙げる。

130) v. Lewinski, a.a.O. (Anm.5), S. 322-323.

131) BVerfGE 36, 281 [293].

132) v. Lewinski, a.a.O. (Anm.5), S. 324-325.

133) v. Lewinski, a.a.O. (Anm.5), S. 325-327.

(*zwingender Grund*)がある場合のほかは禁止される。こうしたやむを得ない事情があるかどうかのメルクマールは、ほかに利用可能な利潤調達手段があるかどうかである。不真正遡及効 (*unechte Rückwirkung*) は開始したが完結していない生活関係に対する介入をいい、原則自由であるものの比例原則の制限は及ぶとされる。そして、こうした介入は前もった一般的留保では足りず、都度状況に応じて民主的決定に基づき、立法的に決されなければならない。

これらの法治国家的限界と独立して、やはり「人間の尊厳ある生存のための最低限の前提」として、社会的最小水準を保障する社会国家原則 (*Sozialstaatsprinzip*) 的な限界が存在する<sup>134)</sup>。もっとも、その内容は一義に定めがたいものであって、(*dogmatisch* に乗り越えることができないとされる人間の尊厳そのものと異なり、) 人間の尊厳がある状態は国家財政の状況によって相対的であるから、公課について述べたのと同様に、社会の状態に依存して (低下方向で) 動き得る限界でもある。

#### ○ 財産権に対する介入 (*Eingriff in Eigentumsrechte*)

実体的観点の三つ目は、財産権に対する諸

介入が挙げられる。例えば、貴金属など物の強制的供出や、債権とりわけ借款 (*Anleihe*) への支払いの中止 (モラトリアム) や償還の延長、利息の切下げ、立法的な借換えの強制、外貨の自国通貨への変換などである<sup>135)136)</sup>。基本法 14 条は、国家に対する契約的請求権や公法上の請求権を含んだ物的、債権的財産権を保護するものであって<sup>137)</sup>、これに対する介入として、内容・限度決定 (14 条 1 項 2 文)、収容 (14 条 3 項)、社会化 (15 条) が挙げられる<sup>138)</sup>。

第一の内容・限度決定は、基本的に立法者に委ねられるが、過剰規制の禁止 (*Übermaßverbot*) による制限が及ぶ<sup>139)</sup>。第二に考えられる収用 (*Enteignung*) は、連邦憲法裁判所判例<sup>140)</sup>によれば、憲法制定以降争いがない原則であって、文言としても公共の福祉 (*Wohl der Allgemeinheit*) のために許されることになっていることから、排他的に国庫目的 (*ausschließlich fiskalischer Zweck*) の場合には許されない<sup>141)</sup>。このことは、また、租税が租税義務者に総財産のどの部分から履行するかの選択可能性を与えている点からも基礎づけられる。第三に社会化 (*Sozialisierung*)<sup>142)</sup> という手段が考えられるが、著者は実際に用いられたことのないこの規定につ

134) v. Lewinski, a.a.O. (Anm.5), S. 327-330.

135) v. Lewinski, a.a.O. (Anm.5), S. 330-332.

136) なお、こうした介入と財産権の抵触は、(本来的には) わが国の戦後処理においても無縁でないはずであった。例えば、戦時補償特別措置法 (昭和 21 年法律第 38 号) により税率 100% の課税をすることで戦時補償を打ち切った例がある。同法は、形式及び「便宜」上税の形式をとったが (第 90 回帝国議会衆議院戦時補償特別措置法案 (政府提出) 外五件委員会第 2 号 (昭和 21 年 10 月 1 日) 議事録 [石橋国務大臣発言] (<https://teikokugikai-ndi.go.jp/#/detail?minId=009012048X00219461001&spkNum=3&single>, 2021 年 3 月 18 日最終閲覧)), その実質は戦時中契約された軍需品の未払い代金等の一方的な切り捨てであり、当時は没収 (「コンフィスエーション」) ではないかと疑問を呈されていた (第 90 回帝国議会衆議院戦時補償特別措置法案 (政府提出) 外五件委員会第 6 号 (昭和 21 年 10 月 5 日) 議事録 [武藤嘉一発言] (<https://teikokugikai-ndi.go.jp/#/detail?minId=009012048X00619461005&spkNum=15&single>, 2021 年 3 月 18 日最終閲覧)) もの、改正憲法の公布・施行前になされ、かつ、GHQ の圧力の下なされたという事情もあって、この点について深く議論されることはなく、今日に至っている。

137) v. Lewinski, a.a.O. (Anm.5), S. 332-333.

138) これら三つのうち内容・限度決定と収用はその境界が争われてきた。BVerfGE 58, 300 [330ff.] において「財産権者の権利義務を一般的抽象的に確定するもの」が前者で、個別具体的に決定するものが後者という定式で一応の決着がみられている。以上について、v. Lewinski, a.a.O. (Anm.5), S. 333-335.

139) v. Lewinski, a.a.O. (Anm.5), S. 335.

140) BVerfGE 38, 175 [180].

141) v. Lewinski, a.a.O. (Anm.5), S. 335-336.

142) 社会化とは、基本法 15 条により定められている財産の強制的移転の手法で、「土地、天然資源及び生産手段」を補償の下、公有財産又は他の形態の公共経済に移すことである。同条は、基本法制定時に社会民主主義を目指す社会民主党の主張を容れて規定されたものだが、これまでに一度も使用されたことはなく、連邦憲法裁判所判例もしたがって存在しない。

いて、詳論をあえて避ける<sup>143)</sup>。以上から、財政危機において、収容と社会化はそれ自体で財産権への介入の正当化事由にはならないため、内容・限度決定が比例原則の下で主要な役割を果たすとまとめている<sup>144)145)</sup>。

著者はさらに、ここで基本法の改正による補償なき財産権への介入の可能性と限界をも検討する<sup>146)</sup>。すなわち、財産権は永久保障（基本法 79 条 3 項）の明示の対象（基本法 1 条及び 20 条）とされておらず、基本法 14 条の基本権のいわゆる「人間の尊厳の核心（Menschenwürdekern）」部分が基本法 1 条 1 項及び 2 項に対応する秩序に不可欠な限りで、結果として生存最低限の保障として、永続性保障の対象となるほかは、改正によって介入することも可能である。また、著者は国際法と国内法の二元論の立場から、国際法的義務より憲法的義務を優先する可能性をも指摘している<sup>147)</sup>。

#### d 公課引上げ、給付削減、財産権介入の関係

著者は、ここまでの議論で、上述の三つの実質的対処方法を互いに相関連する形では記述してこなかったが、三つとも財政的国家危機において、生存最低限の保護を除いて実際的な制限がかからない<sup>148)</sup>。こうした状況では過剰規制の禁止や比例原則の効果は限られているため、介入を制限し、負担を割り付ける（Verteilung）べく、一般的平等原則（基本法 3 条 1 項）の表れであり、体系的

正当性（Systemgerechtigkeit）<sup>149)</sup>の特別な事例としての、また、異なる下位体系（Subsystem）の集約かつ平準化としての、再生の正当性（Sanierungsgerechtigkeit）が問題となる<sup>150)</sup>。

国家破産においては、様々な形で債権者として国民が関与し、（主観的権利に限らない意味での）権利関係が複雑（契約、財産権請求権、租税の課負担可能性、社会的合理性＝社会国家的正当性）である。それゆえ、私法上の再生のような平等弁済は、国家破産においてはなされない<sup>151)</sup>。そして、ここにおいて、再生の正当性は負担平等の原則（Prinzip der Lastentragungsgleichheit）に倣い（folgen），給付能力のほか、苦痛能力にも基づき、これらの相互関係において再生手段は決せられなければならない<sup>152)</sup>。こういった一般的原则である再生の正当性や負担の平等の原則は、法律的な構造及び具体化が必要とされるので、（戦争後の処理について）広範な政治的評価裁量及び構築裁量（Einschätzungs und Gestaltungsspielraum）を認めた連邦憲法裁判所の態度<sup>153)</sup>は、経験的知識（Erfahrungswissen）のない財政危機に対してもとられるべきである<sup>154)</sup>。しかも、著者は、この裁量において、再建後の原状回復（Wiedergutmachung）等や赤字の責任で「罰する」ことをしない未来志向の重みづけがされるべきであり、公的サービスの維持や生産的資産の優遇、外国債権者や貸付の劣後の取扱い、

143) v. Lewinski, a.a.O. (Anm.5), S. 336-338. ただし、小活字で、「生産手段」に銀行やサービス業が入るか、移転先の「他の形態の公共経済（andere Form der Gemeinwirtschaft）」とは何か、また、国家再生に用い得るかという現在の学説上の議論を紹介している。

144) v. Lewinski, a.a.O. (Anm.5), S. 338-339.

145) なお、以上の基本法の観点に加えて、EU 法により直接的、間接的差別が禁止され、また、物、人、資本の自由移動が認められているため、その観点も考慮しなければならない。以上について、v. Lewinski, a.a.O. (Anm.5), S. 339-340.

146) v. Lewinski, a.a.O. (Anm.5), S. 348-349.

147) v. Lewinski, a.a.O. (Anm.5), S. 349-351.

148) v. Lewinski, a.a.O. (Anm.5), S. 352-353.

149) この体系的正当性ないし体系適合性という概念について、高橋和也「ドイツ連邦憲法裁判所が活用する首尾一貫性の要請の機能について」一橋法学 13 卷 3 号 1065 頁（2014）参照。

150) v. Lewinski, a.a.O. (Anm.5), S. 353.

151) v. Lewinski, a.a.O. (Anm.5), S. 353-354.

152) v. Lewinski, a.a.O. (Anm.5), S. 355.

153) BVerfGE 27, 253 [286]; BVerfGE 41, 126 [175].

154) v. Lewinski, a.a.O. (Anm.5), S. 355-361.

あるいは資金供与を受けるための優先的取扱いも許されるとする。

こうした考慮のほか、現実の財政危機では対処に使える時間が限られ得るという性質から、さらなる範囲において、定型化及び図式化 (Typisierung und Schematisierung) した取扱いが許される<sup>155)</sup>。

## 5 まとめ

本論文の結論に当たる第8章では、(国家以外の公法上の法人を含み、EU法、国際法の考察も行った) 議論内容を簡潔に振り返った上で<sup>156)</sup>、その展望を述べる<sup>157)</sup>。まず、法は政治的意思決定プロセスの枠組みを定め、部分的にはさらに政治的統一の手續と形式をも定めることで、計算可能性と正義の基本的水準を保障する役割を果たすと評する。こうして、「財政危機の直接の対処」に関する限りで、公法的な破産も規範的空白地帯 (Leerstelle) ではない。

他方で、規則 (Regelung) に欠けているのは再生 (Sanierung) の観点である。僅かに基本法109条1文3号の再生プログラムの新設の例があるほかは、建設的かつ治癒的アプローチはむしろ法政策的 (rechtspolitisch) な空間において特に見られる<sup>158)</sup>。もっとも、再生の観点を(規則に)導入することは、一見して見えるより広範に影響が生じる。再生は、内には民主的正当性 (demokratische Legitimation) の原則と、外には主権とも緊張関係に立ち、債務者(たる国)の主張のみを前提とするわけではない。それだけでなく、債権者に対する法的な力を前提とする債権者の参加は、グローバル化や財産権の保護との関係で問題含みである。

よって、公的部門の財政危機について再生

の視点をも含んだ規範化が実現するまで、法的実行 (Rechtspraxis) と法学は、妥当する短期かつ具体的な利益の調整を計算する規則に関わることになるのであり、同論文の狙いはその範囲、変数の豊富さとパフォーマンス (Umfang, Variantenreichtum und Leistungsfähigkeit) を示すことにあったとして締めくくる。

## III. 日本法への示唆

ドイツ法における国家破産についての von Lewinski の議論は日本法にどのような示唆があり得るか、その議論が前提としているドイツ法と日本法の(実定法的に)特に決定的な違いになり得る相違を改めて概観した上で、著者の議論の内在的特色と問題点、日本法への示唆を簡単な指摘することで本稿における考察としたい。

### 1 日本法との無視しがたい相違

こうした相違の第一は、憲法の採用している価値体系自体の違いである。この点については、他の優れた研究に任せて詳述はしないが、例えば、基本法における人間の尊厳と日本国憲法における個人の尊重との相違<sup>159)</sup>を重視すれば、破産処理において当然結果の違いを及ぼし得るだろう。

第二に、(周知の事実であるが) 広く憲法システムを捉えた場合における規律密度ないし判断の仕掛けの違いである。例えば、著者は、現行基本法に基づいた議論のみならず、基本法の中の価値序列に従って、規範が改正されることも視野に入れた立法論的議論をもたびたびするが、これが前提とするのは、——特に109条以下の財政憲法の条項につい

155) v. Lewinski, a.a.O. (Anm.5), S. 362-363.

156) v. Lewinski, a.a.O. (Anm.5), S. 533-549

157) v. Lewinski, a.a.O. (Anm.5), S. 550-551

158) 著者は、この叙述に際して、アルゼンチン危機の衝撃 (Impetus) では、こうした改革に足りる強さがなかったが、2008/2009年の金融市場危機は国際的共通の可能性を示し、さらにEUのギリシャはじめ財政悪化した加盟国が法制的変化の媒介として作用し得ると示唆している。

159) ホセ・ヨンバルト『人間の尊厳と国家の権力——その思想と現実、理論と歴史——』(成文堂、1990)、根森健「人権としての個人の尊厳」法教175号52頁(1995)等参照。

てしばしばなされているように——(比較的)頻繁な改正と、それとの相互関係において設定される詳細で規律密度の高い規定であり、また、抽象的規範統制と州や野党議員の活発な訴訟活動の組み合わせにおいて、連邦憲法裁判所が具体的争訟性をしばしば欠きがちな財政憲法規定における判断を下している運用である。

翻って、日本国憲法は、財政について83条以下の僅か9箇条で手続を定めるにすぎず、その内容も骨子をpushした上で大幅に法律へ委任することを予定した概括的規定である。他方で、(規定上の差異はともかく、事実上)その改正は難しいといわざるを得ない<sup>160)</sup>。こうした特徴に由来して、日本国憲法秩序の下ではこうした財政的規定は、ほとんど法律の平面でなされ、憲法の出る幕は固より少ない。しかもわが国の違憲審査は、いわゆる付随的違憲審査制を基礎としており、少なからぬ部分が国の内部法と観念される財政法の領域に属する国家破産に関して、憲法判断が下されることはほぼない。

少なくとも著者の論述において、プロセスによる国家破産の把握を目指すとき、そこで参照されていたのは、基本法上の緊急事態憲法ないし判例法であった。日本法において、国家破産のプロセス的な把握という方法論を移入しようとするのであれば、どうやってこういった規範的な分節の契機の不存在(ないし不十分)を克服するかということとは問題になり得る<sup>161)</sup>。

第三に、ヨーロッパ法という上位平面の存在である。詳述はしないが、特に通貨操作の局面などにおいて、少なくとも明文上、憲法

(的条約)に中央銀行に関する規定を持たないわが国では、国の債務を軽減する動機において政府が日本銀行に介入することは比較的容易であり、他方で、そういった平面の違いによる規範的なブレーキによらずに日銀の独立性の維持と監督をしなければならないという点はやはり大きな違いといえるだろう。

## 2 Von Lewinski の議論の特色と日本法への示唆

こうした同論文の対象たるドイツ実定法と日本法の重大な点での相違を乗り越えて、なお日本法に有益な示唆をもたらす点があるとしたらなんであろうか。最後に著者の議論の特徴を析出しつつ、考えてみることにしたい。

著者の議論の特色の第一は、著者の叙述は——著者自身の叙述や著者の論文の書評<sup>162)</sup>でも指摘されているが——あくまで同論文の提出時点のドイツ(あるいはヨーロッパ法、国際法)の実定法に議論を絞っている点である。このような方法論の選択は、国家破産の法的検討において、一見自明なことのようにも思えるが、そうとはいいい切れぬ。そもそも、国家破産について実定法上明文の規定もほぼないため、立法論や抽象的一般的法理の議論、あるいは学際的手法、法政策論に回収することも一つの選択肢であろうところ、著者はあえて必ずしも国家破産を念頭に置かない現行実定法を基盤に議論を進めたのである。こうした方法論は、空中戦じみた議論を回避して、地に足の着いた一つの視座を提供したものであると評価でき、日本法におい

160) こうした事実上の困難性は、そもそもの発議に必要な両議院における3分の2の賛成が、55年体制以来、最大与党である自由民主党によってすら容易には確保されてこなかったことのほか、例えば1945年から2020年の間に日本では結局憲法改正が実現した例がないのに対し、ドイツでは65回、その他の主要先進国でも数回以上改正が行われていることなどからも推察できる(山岡規雄=井田敦彦「諸外国における戦後の憲法改正〔第7版〕」調査と情報1133号1頁(2021)参照)。

161) なお、こうした契機が存在しないということは、緊急事態法制の不存在を意味するものではない。例えば、災害対策基本法(昭和36年法律223号)109条1項は、「災害緊急事態に際し国の経済の秩序を維持し、及び公共の福祉を確保するため緊急の必要がある場合」で国会が開けないときには、物資(1号)、物価(2号)を制限するなどの緊急政令の制定権限を、国会の事後承諾等の要件の下、内閣に認めており、諸外国の法制に比べて見劣りするものではない。そうではなくて——むしろ、昨今のコロナ対応においてよく観察されているかもしれないが——国の行為に対する、地方自治体や野党議員の法的な構成における議論の構築という平面の問題なのである。

162) Anna Leisner-Egensperger, Buchbesprechungen und Buchanzeigen, Der Staat 2012, S. 641.; Michael Droegel, Literatur, Archiv des öffentlichen Rechts 2012, S. 256.; Kyrill-A. Schwarz, Literatur, JuristenZeitung 2011, S. 999.



ても国家破産について論じる方法論としてあり得る途である。他方で、本当に財政破綻の全貌——ことに貨幣現象が絡む場合——を捉え得るのか、あるいは捉えられるとしてもその上での有効性は問題となり得る。

第二に、国家破産をプロセスとして捉える点である。私法的倒産手続においては、一定の状態（支払不能<sup>163</sup>）ないし行為（支払停止<sup>164</sup>）をメルクマールとして手続が開始され、生産価値保障原則の下、債権者は一定の序列に従って平等に弁済を受ける。しかし、著者は、租税を中心に強制的に資源を民間セクターから吸い上げられる国家にはこうした終局的な状態によるメルクマールがうまく当てはまらないことから、むしろ「危機」を、段階を経て進行する連続的なものとして観念した上で、早期警戒システムによる検知と——私法的破産との類似性に一定の配慮をしつつも——公法の枠組みにおける民主的な政治的決定を組み合わせるべきものとして把握するのである。こうした整理において、「国家破産」が、倒産法の延長線上の議論から、むしろ国家を介する貨幣の動きを見る近時の財政法の議論<sup>165</sup>に近接したものとなることは、容易に看取できよう。そして、こういった議論のベースラインが、健全な財政状況であるか、あるいは終局的な破綻であるか、という違いがどれほどの意味を有するか——あえて大仰にいうならば、「コペルニクス的転回」となり得るか——こそが、国家破産という独自の視座を立てるべきかを決することになるだろう。仮にこの独自の視座の有用性をもし肯定し得るのであれば——あるいはその有用性を判断できるだけの議論が蓄積するまでの措置として——プロセスとして

の国家破産という把握の方法を日本法にも適用することは、公法・財政法の複眼的把握に繋がり得るだろう。

第三に、法的検討の前提として、国家の存続の前提、国家の法治国家の前提、そして基本法の維持という三つを仮定する点である。これはとりわけ法的「革命」を数度経験したドイツの近現代史に根差した意識であるのはいうまでもなく、この三つの命題の定立の順は近代国家の成立から現代国家への変遷をなぞったものでもある。基本法は人間の尊厳等の永久性（79条3項）を定めており、これを保障するため必要不可欠な前提として、法治国家としてのドイツが存することの必要性・必然性は肯定することができる。日本法に引き直して検討する際にも同様の考慮が妥当する。問題は、それに加えられた部分、あるいはその三つの分別の仕方ということにある。著者は、ここにおいて、「国家の存続」の前提の内容として、いわゆる夜警国家的な作用に加えて、文化国家・社会国家的な前提をも読み込むことを示唆するのであるが、それらの間の関係ないし強弱は不明確であるとともに、法的検討の前提として立てた条件がそのまま法的検討の内容と化しているのではないかと批判できるとと思われる。それゆえ、国家破産について示唆を引き出すのであれば、この点に関してはさらに検討が求められるだろう。

第四に、著者の構想する法的危機対処では、議会の民主的決定の重要性とそこにおける広範な裁量、そして、その裁量ゆえに法的限界に経済的・政治的限界が先立つという指摘が強調される点である。一方で、（これが第一の点の方法論の必然的帰結としても）そ

163) 破産法2条11項「債務者が、支払能力を欠くために、その債務のうち弁済期にあるものにつき、一般的かつ継続的に弁済することができない」客観的状态をいう。

164) 「債務者が、支払能力を欠くために一般的かつ継続的に債務の支払をすることができないと考えて、その旨を明示的又は黙示的に外部に表示する行為」をいう（最一判昭和60年2月14日集民144号109頁、最二判平成24年10月19日集民241号199頁等）。

165) 租税法との対比において、財政管理法に局限する伝統的財政法学の再考を促し、経済学や行政学をも取り込んだ財政法学の構築を目指すものとして、藤谷武史「財政活動の実体法的把握のための覚書（1）」国家学会雑誌119巻3・4号1頁（2006）、法時88巻9号特集「財政法学の体系的再構築に向けて」（とりわけ、片桐直人「財政・会計・予算——財政法の基礎をめぐり一考察」法時88巻9号4頁（2016））及び法時91巻12号特集「財政法学の展開と行方」（とりわけ、上田健介「財政法学の展開と行方——総論を兼ねて」法時91巻12号4頁（2019）、片桐直人「財政法学の分化と統合——ひとつの試論」法時91巻12号16頁（2019））掲載の各論文参照。

もそも果たして議会の民主的決定へ委ねることが危機対処のすべての局面で賢明な決定に繋がるか<sup>166)</sup>、他方で、實際上ほとんど空虚な法的規制の意味は何なのか、ということも問われるだろう。さらに、その裁量の在り方についても問題なしとはいえない。著者は、それは未来に重みづけて存し得るというのであるが、それが定型化・図式化との関係において現れる程度や限界<sup>167)</sup>、また、公法的な処理の中に埋め込まれている私法的な破産の現れ方の程度や限界がいかほどのものであるか、ということには一層の考察が必要となるはずである。

第五に、著者の論じる具体的対処方法において租税の占める格別の位置である。租税以外の公課によることや、既存の制度や国有財産に手を入れることに比べても、租税は一般的な財源調達手段であり、その結果、実体法的制限がほとんど効かないものとして位置づけられる。これはまた日本でも同様であって、その有用性ゆえにいかに限界づけるか、あるいは日本において公課等との関係をどうするかを、租税法律主義の精緻化を含めてさらに検討する必要があるだろう<sup>168)</sup>。

### 3 おわりに

von Lewinski は、本論文を端的にまとめた第8章冒頭の段落をこのような言葉で締めくくっている。「公共部門の財政危機は法的問題であって、法の問題ではないのだ

(Die finanzielle Krise der öffentlichen Hand ist ein Rechtsproblem, kein Problem des Rechts.)」<sup>169)</sup>。公的部門の財政危機について包括的に検討する同論文は、現代ドイツの問題意識の端的な表れであり、また現代法における恒久性が自明の前提とされている法的国家と、民間セクターと異なる特殊な形において活動する現実の国家との間のギャップを、法を媒介に整序しようとしたものである。ここにおいて「国家破産 (Staatsbankrott)」は、一般に考えられる破産法の「破産」ではない。それは、必ずしも予見し得るものばかりではない諸事情の集積の果てに、段階的に起こる統御の破綻であって、しかも、破産類似の現象において現れる「破綻」なのである。その採った方法論が真に適切か、必ずしも直ちに分明だと断言はできないが、少なくとも一つのあり得る重要な筋であるとはいえよう。今後さらなる議論が期待される。

残された問題は多々ある。まず、2020年初旬より、そして現在もなお、世界を震撼させているコロナ禍がもたらした経済収縮と巨額の財政支出は、同論文が前提としていた状況に新たな局面をもたらしている可能性がある<sup>170)</sup>。また、現在外国語文献で盛んに議論されているのはむしろ、国際法の領域における債権者と債務者たる国の関係である。こうした空間では、国際実定法そのものより、Paris club といった政治的会合や, *pari passu* 条項や *Clausula rebus sic stantibus* 条項といった契約上の条項をめぐる議論され、(あ

166) 藤谷・前掲注 165)43 頁以下, 上田・前掲注 165)6 頁以下参照。

167) この点については、ひょっとすると行為規範と評価規範の違いということかもしれない。だが、そう位置づけた場合にも、この二つがいかなる根拠において質的・量的な差に立つのかは、やはり論証が必要であろう。

168) 最大判平成 18 年 3 月 1 日民集 60 卷 2 号 587 頁は、租税をその形式に拘わらず「国又は地方公共団体が、課税権に基づき、その経費に充てるための資金を調達する目的をもって、特別の給付に対する反対給付としてでなく、一定の要件に該当するすべての者に対して課する金銭給付」と定義する。租税の定義について、藤谷武史「租税法と財政法」中里実ほか編『現代租税法講座第 1 巻 理論・歴史』61 頁, 63-76 頁 (日本評論社, 2017), 及び、藤谷武史「環境税と暫定税率——租税法・財政法・行政作用法の交錯領域として」ジュリ 1397 号 28 頁, 31-32 頁 (2010) も参照。

169) v. Lewinski, a.a.O. (Anm.5), S. 533.

170) ドイツでも、115 条 2 項 6 文に基づく例外的な起債により、GDP0.35%の起債限界を超えた起債がなされている (Deutscher Bundestag „Bundestag billigt mit breiter Mehrheit Nachtragshaushalt für 2020“ (2020 年 3 月 25 日) (<https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2020/kw13-de-corona-schuldenbremse-688956>, 2021 年 3 月 18 日最終閲覧)。この点につき、日本法に関して、藤谷武史「コロナ危機と財政法」法時 92 卷 12 号 85 頁 (2020), 神山弘行「COVID-19 と租税法——危機対応の財源と世代間分配」法時 92 卷 12 号 94 頁 (2020) は現時点で最新の動向を検討している。

えて挑発的な言葉遣いをするならば) こうした非法的分野に「逃避」している特徴があるのであって、一筋縄ではいかない。また、それらの前提問題として、公債が有する法的性質やそれと財政法・国際私法との関係をも考えなければならない。これらも国家破産の法的解明という本稿の課題の解決上、一体的に検討しなければならないはずであった。しかし、本稿では立ち入る余地はなかったため、これらについてはまた別の機会を待たなければならない。

#### \* 謝辞

本稿の作成において、神山弘行先生には終始懇切丁寧な指導を賜った。また、租税法ワークショップで藤谷武史，増井良啓両先生，並びに，(以下敬称略) 藤原健太郎，三島隆人，土屋春香及び吉沢健太郎の各氏には大変ためになるアドバイスをいただいた。

この場を借りて改めて深く御礼を申し上げる次第である。

(しまだ・かい)

論説

# ICC 規程における誤想防衛による 刑事責任阻却の可能性

2020年4月入学

竹村樹人

- I. はじめに
- II. ICC 規程に定められた犯罪について誤想防衛は実際に起こり得るか
- III. 英米法及び日本法・ドイツ法, 欧州人権条約における誤想防衛の法律構成
  - 1 アメリカ・イギリスの法律構成
  - 2 日本・ドイツの法律構成
  - 3 欧州人権条約2条2項に関する欧州人権裁判所の判例
  - 4 小括
- IV. ICC 規程上の誤想防衛に関する学説の整理及び起草過程
  - 1 ICC 規程上の誤想防衛に関する学説
  - 2 ICC 規程の起草過程とその評価
    - (1) 刑法の一般原則の規定の導入
    - (2) 31条1項(c)の起草過程
    - (3) 30条の起草過程
- V. 30条の語句解釈
  - 1 ICCにおけるウィーン条約法条約の運用
  - 2 字句及び条文構造の分析による解釈等
    - (1) 「material element」の意味
    - (2) intent及びknowledgeとmaterial elementの関係
    - (3) ICCの裁判例による語句の用い方
  - 3 小括
- VI. 強行規範とICC規程の緊張関係
- VII. 結論

## I. はじめに

ICC 規程31条1項(c)は刑事責任の阻却事由として正当防衛を定める。一方ICC規程には正当防衛の要件に関し錯誤があった場合(誤想防衛)の規定が明文で存在していない。正当防衛の要件に関する錯誤は、相手方の侵害行為の存在に関する錯誤と、自己の反撃の程度に関する錯誤が考えられる。ここでは、特に区別する必要がなければ、正当防衛の要件に関する錯誤として論じる。また、誤想した状況が存在すると仮定した場合に、許容される程度を超えた防衛を行った場合(誤想過剰防衛)の処理についても問題になり得るが、議論の錯綜を避けるため、相当性の要件は満たしていることを前提として議論する。

本論文ではまず、誤想防衛がICC規程において認められていないことが法の欠缺であることを示すために、その前提としてICC規程において誤想防衛を認めるべき事態が生じ得ることを論じる。

ICC規程においては、のちに検討するように、正当防衛が成立する事態は国内法よりも限定的であり、それゆえ、誤想防衛が成立し得る事態が存在するのかがまず問題となる。本論文では、ジュネーブ条約の保護対象となる者(例えば文民)が自らに攻撃してきたと兵士が誤信して、その者に反撃するつもりでその者を殺害したという事案において誤想防衛が問題となり得ることを示す。

そして、ICC 規程の条文の構造、文言、ICC における規程の運用方法を見ていくと、条文の直接適用によっては誤想防衛を認めることができないという問題が生じている。これは法の欠缺であると言え、各国の国内法と異なり、場合によっては正当防衛の状況があると誤信して行動した者に一切免責が認められないという酷な事態が生じ得るのである。

この問題を考えるにあたっては、国際法上の強行規範と言われている規範との関係も無視できない。その点を踏まえた上で、妥当な処罰を実現するための適切な法律構成を模索する。

ICC 規程における誤想防衛につき唯一本格的な議論を展開したエーザー教授は、誤想防衛につき事実の錯誤の規定である ICC 規程 32 条 1 項の類推適用を肯定する見解を唱えた<sup>1)</sup>。本論文では、この見解には一定の合理性があるとしつつも、誤想防衛を認めるのが妥当でない場合の存在も考慮して、英米法型の誤想防衛を認める道を探るべきであるとの結論を提示する。

本論文では、II において、誤想防衛が成立し得る場合としてどのような場合があるか、ICC 規程に定められた犯罪の特質を踏まえて検証する。III においては、ICC 規程を解釈する際に参考になる、誤想防衛の法律構成として英米法、ドイツ法・日本法、国際裁判として欧州人権裁判所の判決を取り上げる。次に IV で、起草過程において、誤想防衛や、主観的な要素の規定がどのように取り上げられてきたかを明らかにし、英米法型の誤想防衛は起草段階で否定されたことを明らかにする。V においては、ドイツ法・日本法型の誤想防衛は解釈上成立し得ることを明らかにしつつ、近年の ICC の条約解釈によってドイツ法・日本法型の誤想防衛の解釈を採ることは困難になり法の欠缺が生じたことを指摘する。VI においては、ICC 規程に国際法上の強行規範が犯罪として多く掲げられていることとの関係で、どのような解決策を採るのが妥

当か検討し、VII において結論を提示する。

## ICC 規程に定められた犯罪に II. ついて誤想防衛は実際に起こり得るか

ここでは、ICC 規程上で誤想防衛が明文で定められていないことが法の欠缺であるというこの前提として、誤想防衛の事案が実際に起こり得ることを説明する。

誤想防衛が認められることの前提として、正当防衛が成立する余地がなければならない。ICC 規程において、正当防衛が成立し得るような犯罪が、管轄下にあるということは、頻繁にあることではないが今後発生し得ることである。頻繁に発生しにくい理由は一つ目に ICC の管轄権が狭いということがある。例えば、人道に対する罪 (7 条) について言えば、「文民たる住民に対する攻撃であって広範又は組織的なものの一部」という要件が満たされた場合でなければならず、この要件を満たす攻撃であって正当防衛が成立することはあまり多いとは言えない。また、「文民たる住民に対する攻撃」はそのような攻撃を行うとの政策に基づいたものでなければならず (7 条 2 項 (a))、そのような政策的な攻撃が正当防衛に当たるとは考えにくい。

一方、8 条の戦争犯罪については、正当防衛に当たる事案が発生する可能性は否定できない。戦争犯罪が ICC の管轄下にあるためには、「戦争犯罪、特に、計画若しくは政策の一部として又は大規模に行われたそのような犯罪の一部として行われるもの」(8 条 1 項柱書) である必要がある。「特に (in particular)」という文言が挿入されたことから、一回限りの行為であっても管轄権を行使することが完全には排除されないことが明らかにされていると考えられる<sup>2)</sup>。ICC の控訴審も、「計画若しくは政策の一部として又は大規模に行われたそのような犯罪の一部」というのは必要条件ではなく、裁判所のためのガイド

1) 1 ANTONIO CASSESE ET AL./Albin Eser, *The Roma Statute of the International Criminal Court: A Commentary, section 4 General Principles of International Criminal Law*. 945 (2002).

2) 2 KAI AMBOS, *TREATISE ON INTERNATIONAL CRIMINAL LAW*, ch. III, War Crimes. 119 (2d ed. 2014).

ラインとして機能するとしている<sup>3)</sup>。もっとも、一回限りの行為が無制限に管轄下にあるのではなく、計画に対応していない独立した個別の行為は、一般に ICC の管轄権下にないと考えられる。一方、犯罪の構成要件に関する文書 (elements of crimes, ICC 規程 21 条 1 項 (a)) には 8 条 2 項 (a) (b) については、行為が国際武力紛争の状況において行われかつその行為が国際武力紛争に関連していたこと (The conduct took place in the context of and was associated with an armed conflict) とあり、8 条 2 項 (c) (e) については武力紛争を非国際的武力紛争 (an armed conflict not of an international character) に置き換えたものになっている。これを受けて、ICC の判例では、犯罪行為と武力紛争との関連性 (nexus) が要求されている<sup>4)</sup>。

次に、軍事行動中の兵士が、住民が攻撃してきたと誤信して住民に反撃したという事例を考えてみよう。これは、7 条の要件はさておき、軍事行動の一環として行われている以上関連性が認められ、8 条 1 項柱書の「計画若しくは政策の一部」という要件を満たしているといえる。

8 条の保護対象であるためには、その住民はどのような地位にあればよいのか。住民に対する発砲の事例を考えてみる。国際的な武力紛争であれば (a) (i) の殺人、(b) (i) の文民たる住民に対する攻撃に当たる。国際的な性

質を有しない武力紛争であれば、(c) (i) の生命及び身体に対する加害、(e) (i) の文民に対する故意の攻撃に当たる。ここで注意すべきは、正当防衛が成立するためには、その者はジュネーヴ諸条約における文民である必要があることである。その住民がジュネーヴ諸条約における文民の地位を失っていると誤信して兵士が攻撃した場合は、戦闘員に対する攻撃であると思っただけではなかったという事例であり、事実の錯誤 (ICC 規程 32 条) の問題となる。よって、誤想防衛の事例が存在するためには、攻撃を加えてきたと見られた住民が、兵士が信じた外観上、文民としての地位を失っていない必要があるのである。住民が攻撃しているのに文民としての地位を失っていないという事例は存在するであろうか。ジュネーヴ条約第一追加議定書 51 条 3 項及び第二追加議定書 13 条 3 項 (1) は、敵対行為に直接参加 (take a direct part) していないことが文民たるためには必要であるとしている。またジュネーヴ条約共通 3 条 (1) は「敵対行為に直接参加しない者」を保護の対象としている。英語版では「taking no active part in the hostilities」となっており、「direct」という言葉が使われていないが、「direct」と「active」の間に差はないと考えられている<sup>5)</sup>。ICC は、国際的な性質を有しない武力紛争についての (c) (i) の解釈においても、直接的な参加があったかどうかという判

3) Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, Decision Pursuant to Article 61(7) (a) and (b) of the Rome Statute on the Charges No ICC-01/05-01/08, Pre Trial Chamber II, 15 June 2009. para. 211, ここでは OTTO TRIFFTERER ET AL./MICHAEL COTTIER, *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observers' Notes, Article by Article*. 299-300 (2d ed. 2008) が引用されている。

4) 1 ANTONIO CASSESE ET AL./MICHAEL BOTHE, *supra* note. 1, section 3 Jurisdiction. 380-1. The Prosecutor v. Tomas Lubanga Dyilo, Decision on the confirmation of charges, Case No. ICC-01/04-01/06, Pre-Trial Chamber I, 29 January 2007, para 286-288 は犯罪の構成要件に関する文書の検討を踏まえて、武力紛争においてと犯罪行為の関連性 (nexus) が必要であるとし、ICTY の判例に従い、行為は紛争の当事者の支配する地域における敵対行為と密接に関連している必要があるが、武力紛争は犯罪行為の最終的な理由である必要はなく、紛争の最中に行われる必要はないが、武力紛争は行為者の決定において重要な役割を果たしている必要があるとする。そして、犯罪行為と武力紛争の間には明確で十分なつながりがあることを立証しなければならないとしている。一方、非国際的武力紛争において武装集団が支配した町で文化施設の破壊行為がおこなわれた事案 (The Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi, Judgment and Sentence, Case No. ICC-01/12-01/15, Trial Chamber VIII, 27 September 2016, para 18) においては「特定の敵対行為とのつながりでなく、より一般的に非国際的武力紛争との関連性」があれば足りるとされている。

5) Nils Melzer, *Interpretive guidance on the notion of direct participation in hostilities under international humanitarian law*. 43 (2009). 同ページで言及されているが、フランス語版では共通 3 条で「ne participant pas directement aux hostilités」とされており、日本語訳と同様、直接に (directement) という言葉が使われていることも、この見解を基礎付ける。

断片組みを採用している<sup>6)</sup>。また (a) についても、文民として保護の対象となるかの判断に当たっては、被害者が直接敵対行為に参加していないことという条件が明示されている (b)(i)・(e)(i) や第一追加議定書 51 条 3 項や第二追加議定書 13 条 3 項と解釈を変える理由はないことから、同様の定義が妥当すると思われる。「直接参加」をさらに定義することを ICC は行っていないが、ICC は、「敵対行為」とは「敵の武装勢力の人員や‘物資’をその性質若しくは目的において攻撃する戦争行為である」とするコメントリーの記述を引用している<sup>7)</sup>。また、ICRC のガイドライン<sup>8)</sup> では、その者が文民としての地位を失うためには、その者の行為が戦闘に加わっている団体の行為を支援するものでなければならないとされている。これらから言えることは、「直接参加」と言うためには、その者の行為が敵対行為に加担するものでなければならない、敵対行為とは関係のない理由（例えば酒に酔っていた、けんかになった）によって攻撃を加えただけであれば、直ちに文民としての地位を失うことにはならないということである。

このように、文民とそうでない者の区別は難しいが、（そうであるからこそ狭い定義がなされている場合に比べればより一層、）その者が文民であったという主張が検察官によってなされることはあり得るのであり、これに対し正当防衛ないし誤想防衛の主張がなされることもあり得るのである。それゆえ、ICC 規程において誤想防衛が成立するかについて論じる必要がある。

### 英米法及び日本法・ドイツ Ⅲ. 法, 欧州人権条約における誤 想防衛の法律構成

#### 1 アメリカ・イギリスの法律構成

英米法においては、日本法とは異なった刑法の体系が成立している。英米法では、犯罪が成立するためには、犯罪 (offence) が成立することと、抗弁 (defense) が成立しないことが必要である。

「犯罪」は、おおまかには「actus reus」及び「mens rea」から構成される。「actus reus」は自発的な行為であって、これによって、社会的害悪を引き起こすものであると定義される<sup>9)</sup>。「actus reus」は（完全にその性質をとらえきれぬわけではないが）、攻撃から「mens rea」を差し引いたものであると定義される場合もある<sup>10)</sup>。

「mens rea」は、「actus reus」<sup>11)</sup> に対応する主観的な要素であり、「actus reus」という行為の外形的側面に対する認識である。「mens rea」はさらに細かく類型化がなされており、どの種類の「mens rea」が必要なのかは、犯罪ごとに定まっている。類型化の様子は国によってさまざまだが、アメリカの各州の刑法のモデルとしてアメリカ法律協会が編纂した模範刑法典 (Model Penal Code) においては、目的 (purposely)、認識 (knowingly)、過失 (negligently)、無謀性 (recklessly)、厳格責任 (strict liability) の 5 つがあげられている<sup>12)</sup>。例えば、殺人 (murder)

6) Prosecutor v. Germain Katanga, Judgment pursuant to article 74 of the Statute, Trial Chamber II, Case No. ICC-01/04-01/07, 7 March 2014. para. 788-789.

7) Prosecutor v. Abu Garda, Decision on the Confirmation of Charges Case No ICC-02/05-02/09 8 February 2010. para. 80 は Yves Sandoz et al./Sylvie-Stoyanka Junod, *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*. 1453. para. 4787 (1987). を引用する。このコメントリーは Summary record of the second meeting held on Tuesday, 12 March 1974, at 10.15 a.m. (CDDH/III/SR.8) (Official Record of the Diplomatic Conference on the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts Geneva 1974-1977 volume XIV.14) における Mirimanoff-Chilikine の発言を引用している。

8) MELZER, *supra* note 5, 58.

9) JOSHUA DRESSLER, *Understanding criminal law*. 83 (8th ed. 2018).

10) MICHAEL JEFFERSON, *Criminal Law*. 45. (9th ed. 2009).

11) *Id.* 87.

12) American Law Institute, *Model penal code and commentaries*, pt.1 §§1.01 to 2.13, §2.02.

であれば、模範刑法典の § 210.2 に要件が示されており、人を殺すことを「目的」とすること、または「認識」すること、そして一定の状況においては人を殺すことを未必的に認識している「無謀性」という「mens rea」の存在が要求される。これに加え、実際の人を殺すという行為、即ち「actus reus」があれば、「犯罪」が成立する<sup>13)</sup>。

これに対して、「抗弁」は、犯罪が成立したとしても、これが認められれば、刑事責任の成立が認められないというものである。抗弁は、正当化 (justification) と免責 (excuse) という2つの類型から構成される。ここで論ずべき正当防衛は正当化に分類される。上記の殺人の事例でたとえ「犯罪」が成立していたとしても、相手方がピストルで撃ってきたので自己の生命を守るために相手を殺したというような事情があれば、正当防衛が成立する可能性がある。この場合は正当防衛という「正当化」の要件が充足され、「抗弁」が成立し、「犯罪」がいったん成立していたとしても刑事責任を免れることができるということになる。

アメリカ法においては、正当防衛の成立条件として、相手方の攻撃があることについて、合理的に信じること (reasonably believe) が必要とされており、相手方による侵害行為の有無は主観面を基準に判断される<sup>14)</sup>。そして、伝統的には、信じたことに合理性がなかった場合には、正当防衛が成立せず、抗弁は不成立となり、刑事責任を認めることができる<sup>15)</sup>。もっとも、かかる正当防衛の要件を満たさなかった場合に、犯罪をそのまま成立させるのではなく、過失犯の限度で犯罪を成立させるという考え方もある。それが模範刑法典において定められている方法である。そこでは、反撃行為が

必要であると信じた場合には正当化を構成するとされており、この点は従来の法律構成と同様である。しかし、正当防衛の要件を充足していることを信じたことについて無謀性 (reckless) または過失 (negligent) という主観的な要素の存在が認められる場合であって、無謀性または過失という主観的な要素の存在が要求される犯罪、即ち過失犯を犯したとして起訴された場合には、過失犯が成立するとされているのである<sup>16)</sup>。

イギリス法においても、正当防衛の成否はその者が認識した状況に従って主観的に判断される<sup>17)</sup>。判例法理を明文化した<sup>18)</sup>、刑事司法及び入国法 (筆者による訳) (The Criminal Justice and Immigration Act) の76条4項は、(a) その者がある状況の存在を真に信じたこと、及び (b) 錯誤があった場合にはその錯誤が合理的であることを求めており、主観面に基づいた法律構成を採っている。

## 2 日本・ドイツの法律構成

日本法においては、犯罪の成立には構成要件該当性、違法性、責任の存在が必要である。正当防衛は違法性阻却事由であるが、誤想防衛の場合には、正当防衛の要件に関する錯誤があったものとして故意がなかったものとなるので責任が阻却され、誤信したことに過失がある場合には過失犯が成立するとするのが判例通説である<sup>19)</sup>。これに対し、違法性の錯誤説は、故意は構成要件の認識に尽きるとして、正当防衛は違法性阻却事由であって構成要件でない以上、刑法38条3項の法律の錯誤であるとして故意を阻却しないと<sup>20)</sup>する。

ドイツ法でも犯罪の成立には構成要件該当性、違法性、責任の存在が必要とされている。

13) *Id.* 120, §210.2.

14) DRESSLER, *supra* note 9, 211.

15) *Id.* 222-3.

16) *Id.* 59-60, §3.09.

17) JEFFERSON *supra* note 8, 334.

18) *Id.* 332.

19) 山口厚『刑法総論 (第三版)』211-213頁 (有斐閣, 2016)。

20) 西田典之 (橋爪隆補訂)『刑法総論 (第三版)』194-195頁 (有斐閣, 2019)。



構成要件に該当する行為の違法性を阻却する事實は、正当化事由とよばれる。正当防衛もこの正当化事由に分類される。

正当化事由の前提となる事実の存在につき錯誤があった場合、すなわち、正当化事由の錯誤に対する対処としては、筆者が分類するところでは多く分けて2つの法律構成がある。1つ目は正当防衛の要件に該当する事実は構成要件に含まれるものと考え、構成要件に対する故意を阻却し犯罪の成立を否定するものである。2つ目は、正当防衛の要件に該当する事実の錯誤は責任を阻却又は減少させるとするものである。1つ目は消極的構成要件要素の理論とよばれるものであり、正当化事由については、消極的要件事実として構成要件の一部としてとらえた上で<sup>21)</sup>、正当防衛のような正当化事由についての錯誤を構成要件の錯誤としてとらえるものである。2つ目は責任を阻却又は減少させるという構成である。これはさらにさまざまな説に分類される<sup>22)</sup>が、ここではドイツにおける判例通説のみを紹介する。判例通説は、ドイツ刑法16条1項は犯罪の「法律上の構成要件」に関する事実に対する認識を欠いていた場合には故意が阻却されるとしている。具体的には、「法律上の構成要件」は、刑法典の各則に示された犯罪類型のみに限定され、正当化事由は含まれないと解しつつも、正当化事由は「法律上の構成要件」に準じたものとしてとらえ、正当化事由に錯誤があった場合には、16条1項を類推適用するとしている（制限責任説）<sup>23)</sup>。

### 3 欧州人権条約2条2項に関する 欧州人権裁判所の判例

ICCは、ICTYなど他の国際刑事裁判所の判決をしばしば援用しているから、ここでは他の国際裁判における誤想防衛に関する判例

を分析し、ICCにおいて誤想防衛が認められる根拠とすることができないか検討する。

欧州人権条約2条1項は、故意に生命を奪う行為を禁止し、2条2項(a)はその例外として不法な暴力から人を守る目的において、絶対的に必要である場合を挙げる。この条文は、警察官や兵士が締約国の国民の生命を侵害した場合であり、かつ国家がその行為が正当防衛であったと主張して正当化を図った場合にしばしば問題になる。すなわち、警察官や兵士のような国家機関の行為が、国内法上正当防衛として適法であったと主張される場合に、2条2項に照らしても適法かということが問題となり、その判断が欧州人権裁判所(ECHR)においてなされている。

国家機関が、正当防衛の前提状況たる相手方の侵害行為が実際はなかったのにあったと誤信し、その者を殺害したという事例のリーディングケースが *MacCann and others v. The United Kingdom*<sup>24)</sup> である。この事例は、イギリスの兵士がジブラルタルにおいて、爆弾テロを企てている者がいるという情報に基づき出動し、相手方の動作を見て爆弾の起爆装置を作動させようとしているものと考え発砲し相手方を死亡させたが、実際は爆弾も起爆装置も存在しなかったという事例である。

ECHRは、国家機関が、行為時において、正当な理由により (for good reason) 妥当であると考えた誠実な認識 (honest belief) に基づいて2条2項に掲げられた目的を達成するために武力を行使した場合には、2条2項によって正当化されるとした<sup>25)</sup>。

本件では、兵士の武力の行使単体を見れば、上記の基準によって2条2項に反しないが、作戦を全体的に見て、被疑者(相手方)をより早く逮捕することができたのにしなかったこと、情報分析において誤りが生じることを斟酌しなかったことを考慮すると、絶対的に必要(2条2項柱書)の要件を満たさ

21) クラウス・ロクシン(藤沢牧子、佐伯和也共訳)『刑法総論第1巻[基礎・犯罪論の構造](第四版)』35頁(信山社、2009)。

22) *See, Id.* 35-8.

23) *Id.* 35-6.

24) *MacCann and others v. The United Kingdom*, Application no. 18984/91, September, 1995. 27.

25) *Id.* para. 200.

ないとして、2条2項違反が認定された<sup>26)</sup>。

ECHRの判断は、個人の主観面にに基づいて、正当化の可否を判断する点で、英米法における正当防衛の法理類似のものである。しかし、ECHRの判断は、あくまで国家機関の行為が欧州人権条約に適合するかどうかを判断したものであって、個人の刑事責任を問うICCにおいてなされる判断とは性質が異なることに注意すべきである。よって、ICC規程における誤想防衛を考えると、ECHRの判断の先例としての意義はかなり限定して考えるべきであろう<sup>27)</sup>。なぜなら、ECHRの判決では、2条2項という条文があり、その下位規範として誤想防衛が論じられているのであって、同様な条文がないICC規程の解釈にこの先例を取り込むのは困難であるからである。実際に裁判で誤想防衛が問題になった場合には、この判例が参照される可能性が高いため参照したが、誤想防衛を認める根拠としての説得力はそれほどないと思われる。ただし、ICC規程21条1項(c)は、裁判所が各国の国内法の法の一般原則を適用する際に、国際法並びに国際的に認められる規範及び基準に適合するものであることを求めている。ECHRにおいて国家の行為につき誤想防衛が認められていることは、VIIの結論において述べるように誤想防衛をICCで認めても、国際法上の規範および基準に反しないことの証拠となると考える。

#### 4 小括

IIIでは、英米法、ドイツ法・日本法、ECHRにおける誤想防衛についての議論を概観した。それによって、大まかには、行為者の主観面を基準に正当防衛の成立を判断する英米法型と、客観的に正当防衛の成立を判断

し、正当防衛の要件につき錯誤があった場合には故意を阻却するドイツ法・日本法型があることが明らかになった。

この2つの類型の対立はICC規程の起草過程においても表れている。また、ドイツ法・日本法型の理論については、Vにおいて主観的な要素について規定した30条の規定を解釈する際に重要となるものである。

### IV. ICC 規程上の誤想防衛に関する学説の整理及び起草過程

#### 1 ICC 規程上の誤想防衛に関する学説

学説は、ICC規程上における誤想防衛の成立をおおむね肯定的に解しているようである。正当防衛の要件に関し錯誤があった場合にはICC規程32条1項の事実の錯誤の条文が適用され、刑事責任が阻却されると考えるものがある<sup>28)</sup>。一方、32条1項の直接適用を否定し、32条1項の類推適用を認めるものもある<sup>29)</sup>。

類推適用説が、32条1項の直接適用ができないと考える理由は以下のとおりである。

まず、32条1項は「事実の錯誤は、犯罪の要件となる主観的な要素を否定する場合にのみ、刑事責任の阻却事由となる」(‘A mistake of fact shall be a ground for excluding criminal responsibility only if it negates the mental element required by the crime’)としており、事実の錯誤が主観的な要素(mental element)を否定するものである必要があることを明らかにしている。

そして、主観的な要素の内容は30条1項において明らかにされている。

30条1項は以下の通りである。

26) *Id.* para. 213.

27) この判例においては正当防衛という言葉が、2条2項適合性についての法廷による法解釈を述べた部分では登場していないが、のちの判例(GÜLEN v. TURKEY, Application no. 28226/02 October, 2008. 14 para. 38)では正当防衛という言葉が法解釈に言及する部分で使っている。しかし、あくまで正当防衛行為が2条2項に適合するというような言い回しになっており、個人の行為に正当防衛が成立するかどうかを論じているのではなく、国家機関の行為の2条2項適合性を論じているものである。

28) CASSESE, ET AL./ KAI AMBOS, *supra* note 1, section 4 *General Principles of International Criminal Law*.1032.

29) CASSESE, ET AL./ALBIN ESER, section 4 *General Principles of International Criminal Law*. *supra* note 1, 945.

「いずれの者も、別段の定めがある場合を除くほか、故意及び認識して客観的な要素を実行する場合にのみ、裁判所の管轄権の範囲内にある犯罪について刑事上の責任を有し、かつ、刑罰を科される。」（‘Unless otherwise provided, a person shall be criminally responsible and liable for punishment for a crime within the jurisdiction of the Court only if the material elements are committed with intent and knowledge.’）

刑事責任が認められるには、客観的な要素（material elements）が故意（intent）及び認識（knowledge）を伴って行われなければならないのである。

すると、客観的な要素の内容に正当防衛成立のための要件も含まれていなければ、正当防衛の要件に該当する事実の存在に錯誤があったという誤想防衛の場合において刑事責任を阻却することができないということになる。そこで、客観的な要素の内容が何なのかということが問題となるところ、ICC 規程の起草者の頭の中には、客観的な要素とは「actus reus」のことであるという考えがあったはずであること、客観的な要素のフランス語訳は「*élément matériel*」となっており、この意味は、犯罪意思の外部的発露であると解されていることなどから、客観的な要素とは正当防衛のような正当化の要素は含まないと解するべきであるということになる<sup>30)</sup>。その上で32条1項に戻ると、事実の錯誤には構成要件の要素に関する錯誤しか含まれないことになるから、誤想防衛に対してはこの条文を直接適用することができず、類推適用するしかないということになる。

しかし、この説には疑問点が残る。この点はV 2(2)において詳述するが、端的に言うと、故意及び認識の対象はどうして客観的な要素に限られるのかという点である。認識の対象として正当防衛の要件に当たる事実が含

まれると解すれば、それにつき錯誤がある場合は、まさに主観的な要素を欠いているということができ、32条1項の直接適用が可能になるのに、そのような解釈を採らず、なぜ類推適用説を採るのかという点が問題になるのである。

以上、ここでは学説の議論を見てきた。次は、起草過程の議論を分析し、誤想防衛につき起草者の意思を明らかにすることを試みて、英米法型の誤想防衛及びドイツ法・日本法型の誤想防衛を果たして起草者が想定していたのかという点を明らかにする。

## 2 ICC 規程の起草過程とその評価

### (1) 刑法の一般原則の規定の導入

国際法委員会（ILC）の草案の段階では、正当防衛を含む刑法の一般規定に関する原則は含まれていなかった<sup>31)</sup>。

その後、国際刑事裁判所の設立のためのアドホック委員会において、刑法の一般原則に関する規定を置くべきであるという意見が出され、一般原則に関する規定を起草するための作業部会が設置された<sup>32)</sup>。刑法の一般原則に関する起草は、以後その作業部会において行われることになる。

### (2) 31条1項(c)の起草過程

ここでは、起草過程において条文がどのような変遷をたどったのか明らかにする。その上で、そこから起草者の意思として何を読み取ることができるのか検討する。その検討に当たっては、ICCにおける起草過程の議論の解釈の方法を適宜参照する。

現在の31条1項(c)の下地となったと思われる規定は、作業部会の枠外で学者らが集まって起草された、*up-dated siracusa draft*<sup>33)</sup>（以下「改訂シラクサ草案」という。）の33-15において表れている。1項は主観面を基準とした正当防衛の条文にはなっていない

30) *Id.* 910.

31) ILC, *Draft statute for an international criminal court, Yearbook of the International Law Commission volume II (Part Two)*. (1994).

32) A/50/22, General Assembly Official Records · Fiftieth Session Supplement No. 22, 2.

33) Meeting of Expert on the Establishment of a Permanent International Criminal Court, Siracusa, Italy, 10-14 July 1996, available at [www.legal-tools.org/doc/c0734b/](http://www.legal-tools.org/doc/c0734b/).

かったが、2項は

「A person acts in self-defence, or in defence of others, if the person acts [reasonably and as necessary]” [with the reasonable belief that force is necessary] to defend himself or herself, or another person, against a[n] [reasonable apprehension of] [imminent]” [present] unlawful force or threatened unlawful force, [in a manner which is reasonably proportionate to the threat or use of force.]」

とされており、合理的確信 (reasonable belief) に基づいて武力行使が必要だと信じ場合には正当防衛が成立することを [ ] 内でオプションとして示していた。

この改訂シラクサ草案の考えは、作業部会にも受け継がれ、そこでなされた提案においても武力が必要であるという合理的確信 (reasonable belief that force is necessary) という主観的な判断に基づいて正当防衛の成立を認める、改訂シラクサ草案と同じ文言が表れている<sup>34)</sup>。

その後、起草委員会の会期間会議が開かれ、作業部会の内容を踏まえて、ICC 規程の起草作業が行われ、そこでも同様の提案がなされている<sup>35)</sup>。同様の表現は1998年のICC 規程の総会における採択に向けた外交会議のたたき台においても維持されていた<sup>36)</sup>。

しかし、6月29日の作業部会の提案以降、武力が必要であるという合理的確信という文言は削除され、現行法と同様の文言となった<sup>37)</sup>。削除がされた経緯は不明である。そ

して、7月2日の作業部会の報告においては、この条文は激しい議論の結果妥協の産物としてできたものである旨の注釈が、正当防衛の条文に付された<sup>38)</sup>。

この経緯を踏まえると、英米法における、主観面を基準として正当防衛の成立を認める解釈を採ることはできないだろう。ICCにおけるウィーン条約法条約 (VCLT) の適用方法に鑑みると、理論としてはあり得たとしてもそのような起草者意思の解釈はICCによって認められることはないだろう。ICCのトライアルは、起草段階において検討されていた条文が成文において削除された場合に、その削除された条文から生じる効果をもたらすような法解釈をするかどうか、たとえ解釈をする者にゆだねられている旨が明記されていたとしても、削除されたという事実を重んじて、そのような法解釈をすることはできないとしている<sup>39)</sup>。

これに従うと、少なくとも武力が必要であるという合理的確信という部分が削除された以上、英米法の主観面に従い正当防衛の成否を判断する方法を採ることは起草者意思に反すると言える。

そうだとすると、次のような議論が可能かもしれない。現行のICC 規程31条(d)に定められている、緊急避難の条文の起草過程と比較すると、次の点に気が付く。中間会議の報告においても<sup>40)</sup>、外交会議のたたき台においても<sup>41)</sup>、緊急避難の条文には

「[the person reasonably believes that] there is a threat of [imminent] death or serious bodily harm against that person or another

34) A/AC.249/1997/WG.2/CRP.7\*, 2.

35) A/AC.249/1998/L.13, 62.

36) A/CONF.183/2/Add.1, 58.

37) A/CONF.183/C.1/WGPP/L.4/Add.1, 4.

38) A/CONF.183/C.1/WGPP/L.4/Add.1/Rev.1, 4.

39) Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, Decision Pursuant to Article 61(7) (a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo, Case No. ICC-01/05-01/08, Pre-trial Chamber II June 15, 2009. para. 336-7 においては起草過程には現在の30条の主観的な要素の内容として未必の故意 (dolus eventualis) を含めるかどうかで議論されていたが、最終的に、過失 (reckless) 及び未必の故意は条文に盛り込まれず、それらについてはさらなる議論が必要であるとする注釈が起草委員会の最終提案において付されたという経緯があった場合に、そのような注があったという事実を考慮しても、条項が削除された事実を重んじて、未必の故意は犯罪成立のための主観的な要素とすることはできないと判断された。

40) *supra* note 35, 62.

41) *supra* note 36, 58.

person…」というように、主観面を基準に危険の有無を判断する条文が含まれていた。その者が合理的に信じた (the person reasonably believes that) という部分には注釈で、この条文は事実の錯誤の条文と併せて読まなければならないと記されていた。ここから、主観面を基準に緊急避難を認める条文がない場合であっても、事実の錯誤の条文によって刑事責任が阻却される余地を起草者が認めていたということにならないか。そして、誤想避難について事実の錯誤の条文の適用による処理が予定されていたのだから、それと同じく誤想防衛についても錯誤の条文によって刑事責任が阻却される余地を起草者が認めていたと解することはできないのだろうか。

あくまで正当防衛の条文には上記のような注が付いていなかった以上、誤想防衛につき事実の錯誤の条文を適用すべしという積極的な起草者意思が表れているということではできないだろう。しかし、理論上、緊急避難に誤想避難が認められるのであれば、正当防衛についても誤想防衛は認められることを否定する理由は見出しがたい。すると、正当防衛について同様の注釈を付けなかったことを以て、正当防衛については、事実の錯誤を適用しないという意味が積極的に表現されていたとは言えないだろう。

すると、どれほど積極的な意味付けをここから読み取ることができるかは議論があり得るところであるが、少なくとも、起草者は正当防衛についても事実の錯誤による処理を否定してはいなかったということが言えるだろう。

### (3) 30条の起草過程

Ⅲ 1 で見たように、30条1項の客観的な要素という文言の解釈は、誤想防衛の成立の可否を論じる上で重要である。そこで、「material elements」という文言に着目して起草過程の議論を整理する。

現在の30条1項の原型は改訂シラクサ草案33-6<sup>42)</sup>に表れている。

「Unless otherwise provided, a person is only criminally responsible and liable for punishment for a crime under this Statute if the physical elements are committed with intent or knowledge [whether general or specific or as the substantive crime in question may specify]」

この段階では、「material elements」という語句は使われておらず、「the physical elements」という語句になっている。これを字義通りに解釈すると物理的要素となり、これは犯罪行為の外形的側面たる「actus reus」を想起させるものと言える。

中間会議の報告においては、この条文はオプションであった[ ]内を削除し、「mens rea (mental element)」という表題付きで掲載されている<sup>43)</sup>。

その後、この条文は、変更を加えられることなく、国連総会直前における起草委員会まで存続した<sup>44)</sup>。しかし、「the physical elements」という語句は起草委員会において現在の条文である「material elements」に置き換えられた<sup>45)</sup>。

以上を総括すると、客観的な要素とは「physical elements」を置き換えた語句であり、30条はもともと「mens rea」についての条項であるという理解が一定程度広がっていたが、「mental element」という特定の国の刑法の体系を想起させない語句に変化したということが言える。

ここから、起草者の意思を読み取ることができるであろう。「mens rea (mental elements)」とカッコ書きになっていた事実に鑑みれば、「mens rea=mental elements」であると考えられていたとするのが素直であろう。最終的に客観的な要素が採用されたという事実から、「mens rea」という表現を「mental element」に置き換えることによって英米法における主観的要素の枠組みにしばらくられない解釈を可能にするというほどの積極的な起草者の意思は、それが明確に表明され

42) *supra* note 33, 5.

43) *supra* note 35, 59.

44) A/CONF.183/C.1/L.58, 13.

45) A/CONF/C.1/L.65, 6.

ていない以上、ここから読み取ることは困難であろう。

次に、「material elements」という語句に関して何か起草者意思が読み取れるのだろうか。「physical elements」よりも「material elements」という広い意味を持ち得る語句を用いることで、誤想防衛のような場合に、事実の錯誤の条文を介して、刑事責任を阻却する余地を残したものであるということがもしかしらのできるかもしれない。

しかし、起草者がそのような意思を持っていたと考えるのは無理があるだろう。客観的な要素という語句の導入の背景には、不作為犯の条文を ICC 規程に盛り込むかについて最後まで対立があったことが指摘されている。外交会議のたたき台の段階では「Actus reus (act and/or omission)」という条項があり、不作為犯も犯罪行為に含まれるものとして、ICC 規程に盛り込まれようとしていた<sup>46)</sup>。不作為犯をどのように定義するかで意見が一致せず、この規定は最終的に削除されるに至った<sup>47)</sup>。「actus reus」をどのように定めるかという問題と、「physical elements」という語句が客観的な要素に変更された点は関連している可能性があり、誤想防衛の余地を残すためというよりは、「actus reus」の条項を削除することとの調整であったという可能性も否定できない。

すると、客観的な要素という語句の導入に、刑事責任の阻却事由も含めるといような積極的な意味を見出すことは必ずしもできないと考えられる。

## V. 30 条の語句解釈

### 1 ICC におけるウィーン条約法条約の運用

上記の起草過程の議論からは、誤想防衛の成立可能性について確固たる起草者意思の表明というようなものを見出すことはできなかった。そこで、ここでは条約解釈の最も基本的な方法であるとされる文言解釈を行ってみたい。VCLT31 条 1 項は、条約解釈に当たっては、用語の通常の意味の解釈を最も重んじている。起草過程は解釈の補助手段にすぎず、用語の通常の意味に解したときに不合理になる場合や、意味が明らかにならない場合に限って、参照することができるのである。

ICC も ICC 規程の解釈においては、VCLT をたびたび参照している<sup>48)</sup>。ICC のトライアルにおいては、具体的なウィーン条約法条約の運用方法が示されている。条約解釈に当たっては「誠実に、通常の意味に従って、文脈及び条約の趣旨及び目的を考慮して使用されている用語を解釈しなければならない」のが基本であることを宣明<sup>49)</sup>している。そして、解釈の補足的手段たる起草過程の議論の参照については文言解釈ほど重んじられてはおらず、起草過程の議論を斟酌することは VCLT によって裁判所に許容されているだけであって、それを行うかどうかは自由であるとする判決もある<sup>50)</sup>。ICC の裁判例の中には、第一に語句の意味の解釈を行い、そのときに辞書を引用するものもある<sup>51)</sup>。

46) *supra* note 36, 54-55.

47) *supra* note 38.3 See, William A Schabas, *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*, 630 (2d ed. 2008).

48) *The Prosecutor v. Laurent Gbagbo and Charles Blé Goudé, Decision on counsel for Mr Gbagbo's request for reconsideration of the 'Judgment on the Prosecutor's appeal against the oral decision of Trial Chamber I pursuant to article 81(3)(c)(i) of the Statute' and on the review of the conditions on the release of Mr Gbagbo and Mr Blé Goudé, Case No. ICC-02/11-01/15, Appeals Chamber, 28 May 2020, para. 70* のように VCLT に触れることなく法解釈を導き出している例もあり VCLT の用い方は流動性があることに注意が必要である。

49) See, *The Prosecutor v. Germain Katanga, Judgment pursuant to article 74 of the Statute, Case No. ICC-01/04-01/07, Trial Chamber II, 7 March 2014, para 47.*

50) *The Prosecutor v. Uhuru Muigai Kenyatta, Decision on Defence Request for Conditional Excusal from Continuous Presence at Trial, Case No ICC-01/09-02/11, Trial Chamber V(B), 18 October 2013, para. 77.*

51) *supra* note 39, para 362.

本章では、そのような判断枠組みに倣い、誤想防衛が認められるかどうか判断するため、まず30条の条文の語句解釈を行い、次に近年のICCの裁判例における用語法を確認して、それを前提にした場合に導き出される法解釈について説明する。その上で、必要かつ可能であれば起草過程の議論に着目して語句の意味を確定する。これを踏まえて、ドイツ法及び日本法の観点からすれば誤想防衛を事実の錯誤の条文の直接適用により認めることは可能であったということを主張する。その上でICCの規程の運用によって法の欠缺が生まれたことを指摘し、結論として法の一般原則として英米法の法理を導入する必要性を指摘する。

## 2 字句及び条文構造の分析による解釈等

### (1) 「material element」の意味

まず、英米法型の主観面によって正当防衛の成否を判断する方法を採用することは、31条2項(c)の字句を解釈した場合は、主観的判断に基づいて正当防衛の成立を判断することを表明した語句がない以上、認められないだろう。

次に30条1項の文言解釈を行う。30条1項は

「Unless otherwise provided, a person shall be criminally responsible and liable for punishment for a crime within the jurisdiction of the Court only if the material elements are committed with intent and knowledge.」

となっている。

「客観的な要素」の意味を解釈するにあたり、「material」の意味が問題となる。「material」の意味としてありえるのは、①物質的な・肉体的(上)の、②物質的・有形の、③(主に法律用語として、判決に影響を及ぼすほど)重要な、重大な、④(哲学用語として)物質的、となっている<sup>52)</sup>。①②の意味を採用した場合には外形的な要素という意味となり、客観的な要素とは行為の外形的側面たる

「actus reus」のことでありという解釈と親和的であろう。この場合は客観的な要素に正当防衛の要件に該当する事実の存在を含めることはできない。一方③の解釈を採用すると、客観的な要素とは重要な要素ということになる。この解釈を採用すると、何が重要な要素なのかにつき広範な解釈が可能である。構成要件要素に限られるという解釈も可能であるし、正当防衛の要件に該当する事実の存在についても含まれるという解釈も可能である。③の意味を採用した場合は、次に説明する、「故意」及び「認識」の対象が「客観的な要素」に限られるという解釈を採用したとしても、誤想防衛を認める余地があるのである。しかし、このような解釈は採れないということを近年のICCの語句の用法を参照して、(3)において明らかにする。

### (2) intent 及び knowledge と material element の関係

「material elements are committed with intent and knowledge」とはどういうことか。「with intent」の部分が「故意に」であり、「with knowledge」の意味が「認識して」であれば、この部分は、故意に／認識して客観的な要素を行ったということになり、「intent」及び「knowledge」の対象として考慮できるのは、客観的な要素のみということになる。一方、何らかの故意・認識をもって客観的な要素を行うという意味に解すると、その故意及び認識の対象は必ずしも客観的な要素に限られないということになる。後者の理解を採用した上で、故意及び認識の対象に正当防衛の要件に該当する事実が含まれると解する場合には、客観的な要素に刑事責任を阻却する事由が含まれるか否かにかかわらず、誤想防衛を32条1項の直接適用によって認めることが可能になるのである。

よって、故意と認識の対象に刑事責任を阻却する事由が含まれるのか探る必要がある。故意は、30条2項(a)において「行為に関しては、当該個人がその行為を行うことを意図している場合」、(b)において「結果に関しては、当該個人がその結果を生じさせること

52) 井上永幸・赤野一郎編『ウィズダム英和辞典(第三版)』1186頁(三省堂、2013)。

を意図しており、又は通常の成り行きにおいてある結果が生ずることを意識している場合」であるとされている。一方、「認識」については3項において、「ある状況 (circumstance) が存在し、または通常の成り行きにおいてある結果が生ずることを意識していること」とされている。

ここで、「状況」に正当防衛の前提状況及び均衡性を基礎付ける相手方の攻撃という要件、即ち正当防衛の要件に該当する事実の存在が含まれると解釈できないか問題となる。なぜなら、客観的な要素に正当防衛の要件が含まれないという見解（上述の(1)の①②の意味をとる見解）を採ったとしても、認識の対象に含まれるのは客観的な要素に限られず、正当防衛の要件に該当する事実も含むと解する見解を採った場合には、認識の対象となる事実に錯誤が生じていた場合に、32条1項の規定する主観的な要素の一つである「認識」が否定される結果、32条1項によって刑事責任が阻却され、誤想防衛が認められるということになるからである。

「状況」という語句を素直に解する限り、相手方の攻撃やその程度については状況という語句に含まれるという解釈はそれほど不自然ではないだろう<sup>53)</sup>。また、アメリカの模範刑法典は、「a person is not guilty of an offence unless he acted purposefully, knowingly, recklessly or negligently, as the law may require, with respect to each material element of the offense」としており、「with respect to」という語句を用いることで、「purpose」、「knowledge」等の主観的な要件における認識の対象は「material element」に限られることを明確化している<sup>54)</sup>。一方、ICC規程においてはこのような認識の対象の明確化がなされていない以上、認識の対象に客観的な要素以外の事情を含める解釈は可能であると思われる。

念のため、「状況」という語句の意味が不明確であると考えて、起草過程の議論を参照

してみる。この場合、上述の通り、「その者が合理的に信じた」という語句の挿入が見送られたという経緯があるが、これは英米法型の主観面を基準に判断される正当防衛の条文化を見送っただけであって、日本法やドイツ法で採られているような、誤想防衛において故意のような主観面を否定する法律構成をする余地は残されていると言える。よって、このことをもって「認識」の対象として客観的な要素以外の事由も含める解釈をすることは起草者の意思に反するとは言えない。

一方、起草段階において30条の規定が「mens rea (mental elements)」という題を付されていたことに着目すると、結果は異なるかもしれない。英米法においては、「mens rea」とは「actus reus」に対応する心理的要素であり、刑事責任の阻却事由に当たる事実を対象として含まない。「actus reus」は犯罪の行為そのものであるから、上記のような正当防衛の要件のような刑事責任を阻却する事由に関する事実は「actus reus」に含まれない。すると、主観的な要素の対象になるのは「actus reus」のみである以上、正当防衛の要件に対応する事実は含まれないということになり、そして、主観的な要素に包含される「状況」という語句にも正当防衛の要件に該当する事実は含まれないという結論になるだろう。

文言解釈によった場合に可能な、主観的な要素の対象に正当防衛の要件に対応する事実を含める考え方は、主観的な要素という語句の起草過程における用法を参照し、それを重んじた場合には、採用することが難しいと言わざるを得ない。

しかし、起草過程の議論の参照はICCがしばしば述べる通り任意的なものであるから、「状況」に刑事責任の阻却事由の要件に該当する事実を含める方法は適切な解釈として存立し得るものである。すると、ドイツ法・日本法型の誤想防衛を32条1項の直接適用によって認めることも可能なはずである。エーザー教授は、「状況」に刑事責任の

53) CASSESE ET AL./ALBIN ESER, *supra* note 1, 919 は「状況」に犯罪の成立を否定する要件が含まれる可能性を肯定する。

54) American Law Institute, *supra* note 12, 21, §2.02.



阻却事由のような消極な要素が含まれる可能性を肯定しながら<sup>55)</sup>、直接適用説を採らずに類推適用説を採っている。おそらく、主観的な要素が英米法の「mens rea」に該当することを前提としたためこのような結論になったのであると思われる。そうだとすれば、エーザー教授の説とは異なって、起草過程の議論の参照は任意的であることに鑑みてこのような理解をとらず、「状況」に刑事責任の阻却事由に当たる事実が含まれると解釈し、誤想防衛について、32条1項を直接適用する余地も残されていると言える。しかし、次に見るように、近年のICCの裁判例を見ると、直接適用説を採ることは困難であり、類推適用説を採るべきであることが明らかになる。

### (3) ICCの裁判例による語句の用い方

まず、客観的な要素という語句を裁判例がどのように用いているか確認する。

近年のICCの判例における客観的な要素という用語の用い方を見ると、主観的な要素は「mens rea」に対応し、客観的な要素は「actus reus」に対応するものであるという解釈を採っている。

というのも、ICCが判決において扱っている犯罪の構成要件の物理的側面及び心理的側面が何かを明らかにする際に、それについて論じた部分に見出しを付けているのだが、その見出しが「material elements (actus reus)」、「mental elements (mens rea)」となっているのである<sup>56)</sup>。さらに、ICCは、「mens rea」とは「故意」と「認識」から構成されるとも述べている<sup>57)</sup>。

また、ICCは主観的な要素に未必の故意(dolus eventualis)が含まれるかという問題の検討の文脈において、注釈で、客観的な要素は30条2項及び3項において行為(conduct)、結果(consequence)、状況(circumstance)として列挙されていると述べており<sup>58)</sup>、これによると、「状況」は「客観的な

要素」に対応したもの、即ち客観的な要素に包含されるものとなるのである。客観的な要素は上の段落で述べたように、「actus reus」という、刑事責任を阻却する事由を含まない、犯罪の外形的な行為に対応するものであるとICCにより理解されているのであるから、「認識」の対象には刑事責任を阻却する事由は含まれないということになる。よって、結果的に(2)で述べたような認識の対象に刑事責任の阻却事由を含める解釈は、ICCのトライアルによって否定されたのである。

ただし、これは誤想防衛が問題になった事案の判断ではない。また判決書の見出しを根拠に「material elements」と「mental elements」の内容を確定するというのは説得力に欠けるという指摘もあり得よう。よって、今後異なる判断がなされる可能性はあるが、ICCのこれまでの運用を踏まえるとその可能性は低いと考えられる。

## 3 小括

ここではここまでの議論を整理した上で、英米法的な条文の運用によって法の欠缺が生じていることを示し、これに対する対処法を論じるべきことを主張する。

上で見てきた議論には二つの対立軸があった。①客観的な要素に刑事責任の阻却事由にあたる事実を含めるかどうかという問題と、②犯罪を行うときに要求される故意及び認識の対象は何かという二点である。

①の対立軸は、ドイツ法及び日本法でいうところの構成要件要素に何を含めるかという対立軸と類似する。ICC規程における、主観的な要素の対象である客観的な要素を広く解してそこに刑事責任の阻却事由を読み込むことで客観的な要素に対応する事実につき錯誤があった場合に事実の錯誤を認める解釈と、客観的な要素を行為の外形的側面に限定する解釈の対立は、ドイツ法や日本法でも議論さ

55) 前掲注53)参照。

56) The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, Case No. ICC-01/05-01/08, Trial Chamber III, 21, March, 2016, 50-59.

57) *supra* note 39, para. 149.

58) *Id.* para. 353, note 444.

れた消極的構成要件の議論と構成要件に正当化事由ないし違法性阻却事由を含まないとする議論の対立に類似する。

②の対立軸は、日本法における犯罪成立に必要な主観面である「故意」の対象に何を含めるかという対立軸と類似する。ICC 規程における主観的な要素の対象として正当防衛の要件に当たる事実を含めるか否かという対立は、日本法における、故意という主観面を広くとらえ犯罪成立を妨げる違法性阻却事由に対応する事実を故意の対象ととらえる事実の錯誤説と違法性阻却事由に対応する事実は故意の対象として観念しない違法性の錯誤説の対立と類似しているのである。

英米法の観点から見れば、主観的な要素とは「mens rea」のことであり、「mens rea」は「actus reus」に対応するものである以上、故意と認識を伴って客観的な要素を実行するという条文を見たときに、故意と認識は主観的な要素である「mens rea」であり客観的な要素とはそれに対応した「actus reus」であると解釈される。よって、「mens rea」の対象に刑事責任の阻却事由に当たる事実は含まれず、したがって、明文のない誤想防衛につき解釈によっても認めることができないのは極めて自然である。英米法の見方をすると、誤想防衛が認められず、法の欠缺が生じていると言わざるを得ないのである。

しかし、ドイツ法・日本法的観点から見た場合には、客観的な要素に刑事責任の阻却事由が含まれると解釈することにより、刑事責任の阻却事由に当たる事実につき錯誤があったとき刑事責任を阻却する解釈があり得る。また、客観的な要素が犯罪として列举された行為にとどまり刑事責任の阻却事由に当たる事実は含まれないとした場合にも、故意または認識の対象として刑事責任の阻却事由に当たる事実を含むと解することによって、刑事責任の阻却事由に関する錯誤を認め刑事責任を阻却する解釈を採ることができる。このように 30 条は、ドイツ法・日本法的観点から見たときは、誤想防衛を認める可能性が大いに残されたものだったのである。すなわち、ドイツ法・日本法的観点、特に日本法の判例通説的観点から見れば、事実の錯誤の条文の

類推でなく直接適用が可能であるから、誤想防衛が認められないという法の欠缺は生じていないのである。

しかし、ICC は、英米法的観点からこの条文を解釈し「mental element=mens rea, material elements=actus reus」であるとしたために、直接適用によって誤想防衛を認める方法はそのような理解を変えない限り採り得なくなった。すると、II で述べたように、真に生命の保護のために行為をすることが必要であると信じて行動した者がいかなる場合も免責されないという結果がもたらされる。このような結果につきどのような対応を取るべきか、VI 及び VII において論じる。

## VI. 強行規範と ICC 規程の緊張関係

以上の考察により、英米法的に条文を解釈するのでなくドイツ法・日本法的に条文を解釈することで、事実の錯誤の条文を直接適用して誤想防衛を認めるという余地が、条文の運用方法を変えない限りはなくなったことが明らかになった。

英米法型の正当防衛は起草段階で排除されたため、事実の錯誤の条文の利用によって認められる、ドイツ法・日本法型の誤想防衛のみが残されたのであるが、ICC は条文を英米法の観点のみから見ることによって、おそらく無自覚に、誤想防衛が条文をそのまま適用したのでは認められないという法の欠缺を生んでしまったのである。

では、この法の欠缺は誤想防衛を認めることによって埋めるべきものであるのか。ここでは国際法の強行規範とそれに違反した者の刑事法上の免責の関係を論じる。

ICC 規程に列举された犯罪の中で正当防衛及び誤想防衛が成立し得るものとして、本稿では兵士による文民の誤射を取り上げた。国際法上何を強行規範とするかについては争いがあるところであるが、人道法の基本的規則については、少なくとも ILC の強行規範に関する国際法の条文化の試みの草案においては国際法上の強行規範であるとされているものである<sup>59)</sup>。文民に対する攻撃の禁止は

ジュネーヴ条約第一追加議定書 51 条 2 項に定められているところ、アメリカという大国が未加盟という問題はあがあるが、第一追加議定書の締約国数は 174 か国であり、加盟国の多さに鑑みれば、人道法の基本的規則にあたり、強行規範と言って問題ないのではないか。

このことを踏まえると、誤想防衛により文民等に対する誤射を行ったものを免責することは強行規範に抵触するのではないかという問題が生じ得る。

戦争犯罪が強行規範であることの意味は単に戦争犯罪をしてはならないということだけでなく、戦争犯罪を行った者を処罰しなければならないということをも意味すると考えられている<sup>60)</sup>。ゆえに、誤想防衛を認めて免責を広く認めることは、実質的には重大な違反を犯した者が処罰されないという状態をもたらす、履行確保を大きく損なうことになり、強行規範に実質的に反する状態をもたらすため許されないとと思われる。さらに、ICC 規程においても、21 条 3 項の「国際的に認められる人権に適合した」とは強行規範に反しないことを言うところ、強行規範に反した解釈を採ることはできないという理論が考えられる。

しかし、このような見解に対しては、ジュネーヴ第一条約 49 条は重大な違反につき処罰することを求めているが、裁判の方法、いかなる抗弁 (defense) を法律上認めるかなどの国内実施の方法は、加盟国にゆだねられている<sup>61)</sup>。ゆえに処罰すべきことは強行規範であっても、いかなる抗弁を許容するかについてまでは強行規範に含まれず、ICC において広く抗弁を認めたとしても強行規範に違反するとは言えないという反論が考えられ

る。このような見地に立つと、処罰の実体的な適正という観点から、自分に向けられた攻撃があったと信じた者の責任を問うのは酷であるという点を重視して誤想防衛の成立を認めてもよいのではないかと思える。

もっとも、いかなる抗弁を認めるか考えるにあたっては以下のような見解があることに留意すべきである。前述のような、戦争犯罪を抑止するための規範と処罰を要請する規範を分離する考え方に対しては、かかる考え方は人工的なものであるし、処罰の要請をないがしろにすることは戦争犯罪の禁止規範を損なうものであるから、そもそも戦争犯罪につき抗弁を認めるべきでないという考え方が存在するのである<sup>62)</sup>。

このように、抗弁があまりに広範に認められれば、実質的には処罰の要請が損なわれると言え、戦争犯罪の禁止と処罰の要請という強行規範が損なわれてしまう事態が発生し得るという点は、筆者としても憂慮するところである。

よって、以上の議論を踏まえると処罰の適正と強行規範という二つの考慮要素から、誤想防衛の事案に対しいかなる対処をすべきかを検討する必要がある。これを踏まえていかなる法律構成を採るべきか、VII の結論において論じる。

## VII. 結論

以上の議論を踏まえ、ICC 規程上誤想防衛を認めるべきであるのかという問に対し一応の結論を示す。

強行規範の履行確保という観点からは、あまりに広範に誤想防衛を認めること、すなわち過失によって正当防衛を基礎づける状況が

59) A/CN.4/L.936, ILC, Peremptory norms of general international law (jus cogens) Text of the draft conclusions and draft annex provisionally adopted by the Drafting Committee on first reading, 6.

60) M. Cherif Bassiouni, *International Crimes: Jus Cogens and Obligatio Erga Omnes*, 59(4), LAW&CONTEMP. PROBS, 63, 63,74 (1996)

61) ICRC, *Commentary on the First Geneva Convention: Convention (I) for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field*, para. 2856, (2d ed. 2016). available at <https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Comment.xsp?action=openDocument&documentId=3ED0B7D33BF425F3C1257F7D00589C84#91>, last visited September 10, 2021.

62) ÉRIC, *Principes de droit des conflits armés*, 1123 (6th ed, 2019).

あることを信じた者に対してまで誤想防衛の成立を認めるべきではないということが言え、ドイツ法・日本法における法律構成をとることは適切でないであろう。ドイツ法・日本法では誤想防衛が成立しても、信じたことに過失があれば、過失犯の規定がある場合には過失犯を成立させられるのであるが、ICC 規程には過失犯の定めがなく、過失ある者が不可罰になってしまうからである。

この問題を解決するには、法の一般原則(21条1項(c))として英米法型の誤想防衛の規定を導入すべきであろう。すなわち、「合理的に」正当防衛を基礎づける状況の存在を信じた場合にのみ正当防衛の成立を認めるという法理を法の一般原則として導入するのである。

以下では21条1項に照らしてこのような法律構成が導入できる可能性があることを論じる。

21条1項は、ICCが依拠することができる法源についてヒエラルキーを構成している。すなわち、第1に1項(a)の「規程、犯罪の構成要件に関する文書及び手続及び証拠に関する規則」が適用され、第2に、(b)の適用される条約並びに国際法の原則及び規則が適用される。そして、第3に(c)の法の一般原則が適用される。ICCは法の一般原則が適用されるのは、法に欠缺があった場合であると述べている<sup>63)</sup>。この点については、裁判所の客観的要素と主観的要素に関する理解及び32条の運用によって誤想防衛を認めることができなくなっている点を踏まえれば、法の欠缺があると言えるから、条件を充足していると言える。

次に、法の一般原則とは何かという問題がここで生じる。21条1項(c)の法の一般原則はICJ規程38条1項cの「文明国が認めた法の一般原則」とは異なり、比較刑法的な考

え方を導入したものであるという見解がある<sup>64)</sup>。比較刑法的な方法とはどのようなものなのか、どの範囲の国の国内法において認められていけばいいのかが問題となる。ICCのトライアルにおいては、「witness proofing」(証人が法廷で証言する前に当事者を交えて証言の準備をすること)が認められるかが問題となった。検察官は、21条1項(c)に基づき証言の準備は法の一般原則として認められていると主張したが、これに対して、ICCは、検察官はコモンローの国々において認められているとする証拠しか提出しておらず、ドイツ・ローマ法系において認められていることが証明されていないとして、法の一般原則の存在は認められないとした<sup>65)</sup>。このことに鑑みると、ある法体系においてのみ認められているのでは不十分で、少なくとも英米法、大陸法において認められている必要があるといえる。

一方、控訴審においては、控訴審がトライアルの判決に対して、控訴を許可することができるか争われた事案において、検察官は大陸法、英米法、イスラム法の国々の多くにおいて控訴審が控訴を許可する制度があることを主張し、21条(c)の法の一般原則が存在すると主張した<sup>66)</sup>。これに対して、控訴審は、大陸法やイスラム法の国の中に控訴の許可制度を持たない国があることや、ICCのトライアルと控訴審の関係はイギリスにおける下級裁判所と上級裁判所の関係とは異なり、イギリスの制度を参考にできないことをあげて、法の一般原則は存在しないとした<sup>67)</sup>。一方、加盟国に証人の召喚を義務付けることができるかの判断においては、特に複数の国の法体系の比較を行うことはなく、21条1項(c)に言及し、そのような義務付けを行うことができる根拠として法の一般原則に依拠している<sup>68)</sup>。

63) Judgement on the Prosecutor's Application for Extraordinary Review of Pre-Trial Chamber I, 31 March 2006 Decision Denying Leave to Appeal Case No. ICC-01/04, 13 July 2006, para. 5.

64) Schabas, *supra* note 47, 525.

65) The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo Decision Regarding the Practices Used to Prepare and Familiarise Witnesses for Giving Testimony at Trial, Case No. ICC-01/04-01/06, Trial Chamber I, 30 November 2007, para. 41.

66) *supra* note 63, para. 25.

67) *Id.*, para. 28-32.

では、比較法的方法とは、前者の控訴審のように各国の国内法を参照して矛盾する国内法がないことを確認することを要求するものなのか。

21条1項(c)のフランス語正文を見ると「les principes généraux du droit dégagés par la Cour à partir des lois nationales représentant les différents systèmes juridiques du monde」(直訳すると、「世界の異なる法体系を代表する国内法から裁判所によって見いだされた法の一般原則」)となっている。英語版には「representant」に相当する語句はないが、フランス語版を見るとその一般原則があくまで世界の異なる複数の法体系を代表していればよく、各国のそれぞれの国内法に合致している必要はないということが読み取れる。学説においても、各国の国内法と厳密に一致していることまでは求めない見解が通説であると言ってよい<sup>69)</sup>。

本稿では、日本法・ドイツ法及びアメリカ法・イギリス法において誤想防衛が認められていることを明らかにした。そして、攻撃があると誤信したことに非があるものは、正当防衛の成立を認めないか、事実の錯誤として処理した上で過失犯の成立を認めるという法律構成がとられていることを明らかにした。信じたことに非がある者は免責しないという点で、日本法・ドイツ法及びアメリカ法・イギリス法で共通している。よって、攻撃の存在を合理的に信じた場合のみ免責するという原理は、大陸法・英米法という世界の法体系を代表するものであると言える。

また、21条1項(c)の条件として「国際法並びに国際的に認められる規範及び基準に反しないこと」とある。これまで論じたとおり、英米法の法律構成を採ることによってIII 3で論じたとおり、重大な違反に対する処罰要請という強行規範の履行確保を損なわないようにすることができる。また、III 3で論じたように、ECHRにおいては誤想防衛が認め

られているのであり、誤想防衛を認めることが21条1項(c)国際法並びに国際的に認められる規範や基準に反するとは言えないだろう。

本稿ではイスラム法における誤想防衛を検討することができなかった。イスラム法において誤想防衛が否定されている場合には、誤想防衛は世界の法体系から導かれる一般原則とは言えないかもしれない。しかし、世界の法体系としては英米法、大陸法、イスラム法が想起されるところ、これらすべてから導くことができなければならないのか、そのうち二つで足りるのかはICCの実務からは不明である。イスラム法の解釈およびそこから導かれる結論については、イスラム法の研究及び実務、学説の発展を要するところであり、今後の課題とさせていただきます。

## 謝辞

この論文は、森肇志先生にご指導いただいたことで、書き上げることができた。論文の書き方を知らなかった私に、何回ものメールのやり取りと面談を通じて手厚い指導をしてくださった教授にはこの場をお借りして深く感謝申し上げます。また日頃法律をはじめさまざまな面白い話をしてくれた若林祐希氏、島田裕平氏そして新井謙士朗氏に深く感謝を申し上げます。また、ロースクール卒業まで面倒を見てくれた両親にも深く感謝申し上げます。そして最後に、非常に詳細な査読をし、粘り強く補正提案をくださったローレビュー編集委員会の皆様に深く感謝を申し上げます。

(たけむら・みきと)

68) The Prosecutor v. William Samoei Ruto and Joshua Arap Sang, Decision on Prosecutor's Application for Witness Summonses and resulting Request for State Party Cooperation, Case no. ICC-01/09-01/11, 17 April 2014, para 91.

69) See, 2 CASSESE ET AL./ ALAIN PELLET, *The Roma Statute of the International Criminal Court, s.5 The Statute and General International Law*.1073 (2002). Gerhard Werle&Florian Jeßberger, *Principles of International Criminal Law, Ch. 1 Foundations*. 91(4th ed. 2020).

# 被害者実名報道の法的検討

2017年4月入学

花岡貴大

## I. 序論

- 1 本稿の目的
- 2 分析の視角
  - (1) 防御権としての被害者等の人権
  - (2) 権利侵害の2つの契機
  - (3) 議論の方向性
  - (4) 検討の順序

## II. 被害者等が有する権利

- 1 プライバシー権
  - (1) プライバシー権の2つの意味
  - (2) 被害者実名報道におけるプライバシー権の理解
  - (3) 最高裁での実質的承認
- 2 氏名権・実名報道されない人格的利益との関係
  - (1) 氏名権との関係
  - (2) 実名報道されない人格的利益との関係
- 3 被害者等は私人か
- 4 まとめ

## III. 実名発表の違憲審査

- 1 実名発表の権利侵害性
  - (1) 総論
  - (2) 権利侵害の構造
  - (3) 警察と報道機関の共同正犯類似関係
  - (4) 実名報道の権利侵害性
  - (5) まとめ
- 2 形式的正当化（法律の留保）
  - (1) 規律密度
  - (2) 具体的検討

## 3 実質的正当化（比例原則）

- (1) 違憲審査の種類
- (2) 目的審査
- (3) 手段審査
- (4) 結論

## IV. 個人情報保護法における適用除外規定の違憲審査

- 1 総論
- 2 適用除外規定の違憲審査の可否
  - (1) 法律による制約
  - (2) 憲法価値の客観法的要請
  - (3) 問題意識の同一性
  - (4) 正当化プロセス
- 3 実質的正当化（比例原則）
  - (1) 目的審査
  - (2) 手段審査
  - (3) 結論

## V. 権利救済方法

- 1 被害者実名報道の争い方
- 2 権利救済の実際

## VI. 結論

- 1 本稿のまとめ
- 2 解決策
- 3 残された課題

## I. 序論

### 1 本稿の目的

従来、実名報道といえば、加害者の報道被害に関する問題（被疑者の犯人視報道<sup>1)</sup>や、名誉毀損・プライバシー侵害<sup>2)</sup>などを指すもので、1980年代以降、断続的に議論されてきた<sup>3)</sup>。これには多くの裁判例が存在することもあって<sup>4)</sup>、法的な議論も蓄積されている。加害者に関しては、現在の裁判例の傾向をみる限り、裁判所は報道機関の実名報道をかなり重視しており<sup>5)</sup>、実名報道は基本的に許容されているといえる<sup>6)</sup>。

一方、被害者等<sup>7)</sup>が直面する実名報道の問題に関しては、議論に乏しかった<sup>8)</sup>。これは、犯罪被害者は従来、証拠方法の一つでしかなく<sup>9)</sup>、被害者等有する権利に対する意識が低かったことが理由だろう。しかし、2000年代以降は、犯罪被害者等の権利が社会的に承認されるようになり<sup>10)</sup>、被害者実名報道の是非も議論されるようになってきている<sup>11)</sup>。

現在の議論は、被害者実名報道を、倫理的観点からみた報道機関の行為規範の問題として捉え、自主規制のあり方を議論するものが多い<sup>12)</sup>。これは、過去、被害者実名報道を争う裁判例が存在しなかったため<sup>13)</sup>、法的紛争を解決する場である裁判所に事件が持ち

1) 山口正紀「犯罪報道と報道基準の変遷」飯島滋明編著『憲法から考える実名犯罪報道』57頁（現代人文社、2013）。

2) 喜多村治雄「実名報道と人格権侵害」竹田稔＝堀部政夫編『新・裁判実務体系9 名誉・プライバシー保護関係訴訟法』326頁（青林書院、2001）。

3) 曾我部真裕『実名報道』原則の再構築に向けて『論拠』と報道被害への対応を明確に」Journalism317号83頁（2016）。

4) 名古屋高判平成2年12月13日判時1381号51頁（書類送検事実の実名報道に対する名誉毀損を争った事例）や、最判平成6年2月8日民集48巻2号149頁（前科公表に対する名誉毀損を争った事例）など。加害者側が実名報道を争う事例は多い。

5) 会田弘継ほか「被害者の実名 必要か否か 二次被害拡大への対処が課題」Journalism339号76-77頁〔穴戸常寿発言〕（2018）。

6) 曾我部真裕「報道界挙げて社会と対話を——ネット時代の被害者報道と実名報道原則」新聞研究819号16頁、17頁（2019）。

7) 「犯罪等により害を被った者及びその家族又は遺族」（犯罪被害者等基本法2条2項）のことを指す。

8) 国会において被害者実名報道が初めて論議されたのは、第198回国会参議院法務委員会（平成31年4月23日）である。そこで、山口和之議員から山下貴司法務大臣へ「報道機関による犯罪被害者の実名報道の必要性及び捜査機関による犯罪被害者の実名発表の必要性についてどのようにお考えでしょうか」と質問がされたのに対し、同大臣は「報道を行う報道機関において判断されるべき事柄と考えておりまして、法務大臣としてはお答えする立場にない」と答弁するにとどまっている（参議院法務委員会「第198回国会参議院法務委員会会議録第9号」11頁（平成31年4月23日）（<https://kokkai.ndl.go.jp/minutes/api/v1/detailPDF/img/119815206X00920190423>, 2021年9月17日最終閲覧））。しかし、実名報道を報道機関の自主規制に任せると、権利の衝突が発生した場合には、結局は裁判所による紛争解決に頼ることになる。プライバシー侵害の問題解決を専ら裁判所に委ねた場合、特定の立場を憲法上根拠づけて特権化することになることに加え、裁判所の情報収集能力・分析能力の限界や正統性の観点に鑑みても、実名報道の問題は、本来は民主的プロセスに基づく立法による解決が好ましいと思われる（稲谷龍彦「警察における個人情報取扱い」大沢秀介監修『入門・安全と情報』1頁、5-6頁（成文堂、2015））。

9) 川出敏裕＝金光旭『刑事政策（第2版）』312頁（成文堂、2018）。

10) 犯罪被害者等基本法（平成16年法律第161号）では「すべて犯罪被害者等は、個人の尊厳が重んぜられ、その尊厳にふさわしい処遇を保障される権利を有する」（同法3条1項）と規定され、これを受けて被害者参加制度が刑事訴訟法316条の33から316条の39に導入された（川出＝金・前掲注9）325頁）。

11) 曾我部・前掲注3）83頁。

12) 例えば、曾我部・前掲注6）17頁は、「本稿での議論は、実名報道の法的な意味での可否を論じるものではなく、主として報道倫理の次元のものである」とする。また、鈴木秀美「知る権利と人格権の比較衡量 独はプレス評議会が苦情対応」Journalism362号50頁（2020）では、日本における被害者実名報道の妥当性を検討する一環として、ドイツのプレスコード（自主規制）を紹介している。

13) 平成19年3月、兵庫県における交通事故で死亡した被害者を実名報道したことについて、被害者遺族が報道機関3社を名誉毀損・プライバシー侵害で訴えた事件がある（公刊物未登載）。この事件は、従来、「対決すべ

込まれ、法的議論が形成・発展するという経過を辿りづらかったという点も理由であろう。それゆえ、これまで被害者実名報道の問題は、被害者等の権利侵害の問題として法的議論の俎上に載せられることなく、専ら報道機関の自主規制を求める倫理的問題としての問題設定のまま放置されてきたといえる。

もともと、現在の議論においても、報道機関に倫理的責任を超えた法的責任が発生する可能性については排除されておらず<sup>14)</sup>、倫理問題の提起が社会通念の変化を通じて立法に結実したり、裁判例傾向に影響したりすることからすれば、倫理問題としての議論も「法的議論と地続き」<sup>15)</sup>であろう。

そこで、本稿では、被害者実名報道の問題を、倫理問題から法的問題へと転換するための橋渡しをしたい。被害者実名報道という事象を、法的視点から見たときに、どのように整理され、どのような問題点を孕むものなのかを考察することにより、この問題に対する法的議論の叩き台の一つを提示できれば幸甚である。

## 2 分析の視角

### (1) 防御権としての被害者等の人権

被害者等の人権を憲法論の俎上に載せる困難さの一つとして、犯罪被害（二次的被害を

含む）が私人間の権利侵害であることから、対国家の防御権という性質を有する人権理論が登場しにくいという点が指摘される<sup>16)</sup>。国家の基本権保護義務論などの法理論を介在させることで、被害者等の人権を議論する試みもあるが<sup>17)</sup>、なお被害者等の人権論発展の突破口とはなっていない。

しかし、被害者実名報道の問題に限ってみれば、警察による被害者実名発表に権力の契機を見出すことや、報道機関の被害者実名報道を裏から支える個人情報保護法の適用除外規定を足がかりに用いることで、防御権としての人権論を正面から論じることができると考える。

### (2) 権利侵害の2つの契機

被害者実名報道がなされるまでには、以下のような流れを辿ることになる。つまり、①事件・事故（以下、「事件等」という。）の発生→②捜査の端緒（被害者や目撃者による届出等）→③警察による犯罪の認知→④警察による情報収集→⑤警察から記者クラブに対する情報提供→⑥報道機関による報道→⑦報道機関による取材という流れである。

このなかでも、本稿では、⑤警察から記者クラブに対する情報提供（以下、「実名発表」という。）及び⑥報道機関による報道（以下、「実名報道」という。）の2つの行為に、被害者等に対する権利侵害の契機を見出し<sup>18)</sup>、

---

き匿名化の先鋒は官庁や警察など、公的機関であるという想定で議論してきたメディアにとっては、「衝撃」であり、訴えられた「3紙の担当者が抱いた恐れは、実名報道が違法との一審判決が下ったときの影響」だった。実際、当該事件の裁判官は「原告の苦痛は一部理解できるとの姿勢を示しており、判決が出ていれば敗訴でなくとも実名報道の問題を指摘された可能性が大きい」とされ、たとえ控訴審で請求棄却となったとしても「社会的関心が高まり実名報道が窮地に立たされる」おそれがあることを、報道機関側は懸念していたとされる。もっとも、裁判は「3紙が『報道される側の名誉、プライバシーに配慮することが重要な考慮事項の1つであることを再確認する』などの文書を提出」することを条件とした和解で決着している（服部孝司「実名報道に市民が『ノー』掲載に『同意』が必要な時代に」*Journalism*235号46頁、46-47頁（2009））。当該事件は、2015年に別の座談会記事でも言及されており（井手雅春ほか「〈座談会〉報道の自由と個人情報保護法改正——『実名隠し』の流れにどう対抗するか」*新聞研究*766号38頁、42頁〔井手雅春発言〕（2015））、犯罪被害者等が報道機関を訴える事案は、2015年時点でも他には出てきていないと思われる。2020年12月現在においても、LEX/DB判例検索において、2015年以降に被害者等が実名報道の問題で出訴した事案が存在しないことを確認した。

14) 穴戸常寿「デジタル時代の事件報道に関する法的問題」*東京大学法科大学院ローレビュー*6巻207頁、213頁（2011）では、警察による実名発表は、記者クラブを通じて報道されるという構造上、報道機関の責任は「少なくとも倫理的には、相当に広汎なもの」（下線は筆者）であるとする。

15) 曾我部・前掲注6)17頁。また、「理論構築に先立つものは、問題意識である」（河合幹雄「被害者理論構築の可能性——定義の困難さと個別事例の多様性——」*被害者学研究*30号85頁、86頁（2020））ともいわれる通り、まずは倫理問題としての問題提起が重要であることはいままでもない。

16) 戸波江二「被害者の人権のための人権論からのアプローチ」*被害者学研究*15号3頁、3-5頁（2005）。

17) 戸波・前掲注16)13-15頁。



その正当性を議論する。

### (3) 議論の方向性

#### a 実名発表の検討手法

ここで、実名発表は警察という国家機関による行為であるから、人権の防御権的側面に着目した論証方法である三段階審査の手法になじみやすい。実名発表行為は、そもそも権利侵害行為なのかという点を確認した後、法律の留保（形式的正当化審査）、比例原則（実質的正当化審査）の観点からその正当性を検討する<sup>19)</sup>。

比例原則のなかでも、狭義の比例性審査では、実名発表で得られる報道機関や国民（以下、「報道機関等」という。）の利益の内実を、報道機関側から主張される実名報道の意義に照らして、我が国の統治構造や、博多駅事件最大決<sup>20)</sup>が示した報道の民主制上の意義などを参照しながら具体的に検討し、失われる利益である被害者等の利益と比較衡量する。

#### b 実名報道の検討手法

##### (a) 従来の救済の不都合性

警察という国家機関の行為である実名発表に対して、実名報道は、報道機関という私人による行為であるから、どのような観点から人権論を議論すべきかについて、そもそも議論の余地がある。報道機関と私人との間の紛争については、憲法上の私人間効力論が議

論されるより前から、両者の権利を比較衡量する枠組みの下で、不法行為法によって解決する判例が蓄積されてきた<sup>21)</sup>。そのため、先例に従い、私人間の権利を比較衡量する枠組みに則って実名報道の問題を検討することも、議論の方向性としてはありうるだろう。

しかし、不法行為による金銭賠償は、事後的かつ金銭的な救済手段にすぎない。個人情報とは、一旦公開されてしまえば、「それが公開されなかつた状態つまり原状に回復させるということは、不可能」<sup>22)</sup>であり、また、金銭賠償では、将来の権利侵害を抑止する手段としても十分ではない<sup>23)</sup>。さらに、事件のほとぼりが冷めた段階で、被害者等が報道機関相手に裁判を起こした場合、その出訴の事実が報道されてしまうと、再度の権利侵害のおそれもある。

そのため、実名報道に対する不法行為法に基づく権利救済は不十分であり、この方向性での議論の深化は、被害者等の真の救済に繋がらない。

##### (b) 試論：個人情報保護法の適用除外規定の憲法適合性

そこで、本稿では、当該問題の根本的な解決を目指し、一つの試みとして「個人情報保護法の適用除外規定（76条1項1号、2項）の意味上の一部違憲」を検討する<sup>24)</sup>。

18) ④警察による情報収集も、被害者等の権利侵害が問題となりうる。しかし、当事者の意思に反して初めて権利侵害があると評価できるため（小山剛『憲法上の権利』の作法（第3版）39頁（尚学社、2016））、事件等発生後、被害者等が自発的に氏名を捜査機関に提供する④の場面では、本人等の承諾がある以上、権利侵害があるとは評価できない。

19) 違憲審査の方法論としては、アメリカ式の審査基準論とドイツ式の三段階審査論があり、これらの妥当性や関係性については議論がある。しかし、アメリカ式の審査基準論とは異なり（高橋和之『体系 憲法訴訟』241頁注39（岩波書店、2017））、ドイツ式の三段階審査論が「法律の留保」を明示的に違憲審査の一項目として掲げる点に、その特長・利点があり（石川健治ほか『【座談会】『十字路』の風景——最高裁のなかのドイツとアメリカ』石川健治ほか編『憲法訴訟の十字路——実務と学知のあいだ』410-411頁〔石川健治発言〕、411頁〔山本龍彦発言〕（日本評論社、2016））、また、法律の留保に基づく違憲審査は、「ある利益が新しい人権として承認された場合や、『制限』の概念が拡張された場合」にその有用性があると指摘されている（小山・前掲注18）50頁）。本稿が行う被害者実名報道の法的検討は、被害者実名報道という事象における憲法上の権利侵害性を自覚的に検討する点に一つの意義があり、これは憲法上の権利「制限」概念の拡張事例ともいいうることから、典型的に「法律の留保」を用いた審査が要請される場面である。そのため、本稿では、ドイツ式の三段階審査論に沿って、以下、検討を進める。

20) 最大決昭和44年11月26日刑集23巻111号1490頁〔博多駅事件〕。

21) 小山・前掲注18）141頁。

22) 東京地判昭和39年9月28日下民集15巻9号2317頁〔「宴のあと」事件〕。

23) 潮見佳男『基本講義 債権各論Ⅱ 不法行為法（第3版）』191-192頁（新世社、2017）。

24) 第198回国会参議院法務委員会（平成31年4月23日）において山口和之議員は、個人情報保護法の報道機関の適用除外に、要配慮個人情報とされる犯罪被害者情報まで含まれる点について「今後、この点について見直しも必要」との見解を述べている（参議院法務委員会・前掲注8）10頁）。

個人情報保護法は、民間事業者による個人情報の取扱方法を定めた法である。同法によれば、「要配慮個人情報」（2条3項）である被害者実名はオプトアウト（情報の第三者提供に対する本人による事後停止措置）方式による情報提供の対象外であり、「本人の同意を得ないで、……第三者に提供してはならない」ことが原則となっている（23条1項）。しかし、「報道機関」が「報道の用に供する目的」で個人情報を取り扱う場合には、同法第4章の適用除外となっている（76条1項1号、2項）。

これは、報道機関に対しては要配慮個人情報としての強い保護を解除するという立法者の立場を示すものであり<sup>25)</sup>、特に配慮を要する情報であっても、公共の関心事であることを理由に公表すべきか否かを判断する責任が報道機関にあることを意味するものとされる<sup>26)</sup>。そして、当該適用除外規定の存在が、報道機関の被害者実名報道を裏側から支える根拠となっている<sup>27)</sup>。

そこで本稿は、適用除外規定の憲法適合性を検討することにより、実名報道の正当性を

検討する<sup>28)</sup>。具体的には、報道機関への配慮を目的とする適用除外規定は、報道の民主制上の意義に照らしてみたとときに、その規定の仕方が広すぎる点を問題にする。

#### (4) 検討の順序

まず、実名発表と適用除外規定の違憲審査に共通する検討のプロセスとして、被害者等が有する憲法上の権利を論じる。その上で、実名発表と適用除外規定の正当性をそれぞれ個別に検討する。最後に、司法的救済方法の現状とその不都合性を確認した後、解決策と残された課題を結論として提示する。

## II. 被害者等が有する権利

新しい問題を法的検討の俎上に載せるためには、問題となる権利が法的に保障される独自の権利であるといえることが必要である。そのために、まずは被害者等が有する権利の内実を明らかにすることから始める<sup>29)</sup>。

被害者実名報道の検討において、被害者等が有する権利として参考になるのが、プライバシー権の議論である<sup>30)</sup>。

25) 会田ほか・前掲注5)81頁〔宍戸常寿発言〕。

26) 宍戸常寿「個人情報保護法制——保護と利活用のバランス」論ジュリ13号37頁、46頁（2015）。

27) 日本新聞協会編集委員会『実名報道——事実を伝えるために』16頁（日本新聞協会編集委員会、2016）。また、個人情報保護法17条2項5号においても、「要配慮個人情報が……第76条第1項各号に掲げる者……により公開されている場合」には、個人情報取扱事業者が本人の同意なく当該要配慮個人情報を取得できるとしており、報道機関が被害者実名という要配慮個人情報を自己判断で「公開」（＝報道）できることを前提としている。個人情報保護委員会が公表するQ&Aでも、「(Q5-1) テレビの犯罪報道で容疑者や被害者等の氏名が公開されるのは、個人情報保護法上の問題はないのでしょうか。」という問いに対して「(A5-1) 個人情報取扱事業者のうち、放送機関、新聞社、通信社その他の報道機関（報道を業として行う個人を含む。）が、報道の用に供する目的で、個人情報を取り扱う場合には、個人情報取扱事業者の義務に関する規定が適用されないため（法第76条第1項第1号）、個人情報保護法上の問題とはならないと考えられます。」という回答がなされている（個人情報保護委員会「よくある質問（個人向け）」（平成28年9月）（<https://www.ppc.go.jp/personalinfo/faq/kojin/#k5-1>、2020年12月4日最終閲覧）。さらに、宍戸常寿は、「実名報道は報道の自由とプライバシー保護との比較衡量」であるとした上で、報道機関に対する適用除外規定を含む個人情報保護法制は、「マスメディアが衡量する役割を法的に認めていると思う」（傍点は筆者）と評している（会田ほか・前掲注5)81頁〔宍戸常寿発言〕。もっとも、前掲注13)で触れた、交通事故被害者等が実名報道をした報道機関を訴えた訴訟においては、「メディアが実名で報じることを裏付ける明確な法的根拠は見つかりませんでした」とも言及されている（井手ほか・前掲注13)44頁）。

28) 現在、個人情報保護法制の見直しに向けた中間整理において、その見直し項目の一つとして「学術研究に係る適用除外規定の見直し（精緻化）」が挙げられており（内閣官房「個人情報保護制度の見直しに向けた中間整理」14頁（令和2年8月）（[https://www.cas.go.jp/jp/seisaku/kojinjyoho\\_hogo/pdf/r0208chukanseiri.pdf](https://www.cas.go.jp/jp/seisaku/kojinjyoho_hogo/pdf/r0208chukanseiri.pdf)、2020年12月4日最終閲覧）、報道分野における適用除外規定の精緻化を目指す本稿の試みは、個人情報保護法制の見直しの方向性とも一致する。

29) 佐藤幸治『現代国家と人権』437頁（有斐閣、2008）。

30) 前掲注7)で述べた通り、被害者「等」といった場合には、「犯罪等により害を被った者及びその家族又は遺族」（犯罪被害者等基本法2条2項）のことを指す。つまり、「被害者等」という言葉は、①被害者が存命の場合のその本人、②被害者が存命の場合のその家族、③被害者が死亡した場合のその本人、④被害者が死亡した場合のその家族（＝遺族）という4つの主体を含むものである。以下の被害者等が有する権利の議論は、上記4主体

## 1 プライバシー権

### (1) プライバシー権の2つの意味

プライバシー権は、「そっとしてもらえ権利 (the right to be let alone)」<sup>31)</sup> や「自己についての情報をコントロールする権利 (自己情報コントロール権)」<sup>32)</sup> などと定義される権利である。

「そっとしてもらえ権利」は、報道など (the press) の行きすぎた行為を非難するために提唱された権利で、写真や記事による私生活の暴露から個人を守るための権利である<sup>33)</sup>。この権利の理解は多義的だが<sup>34)</sup>、その後のプライバシー権発展の沿革上の位置付けや、後述の自己情報コントロール権との対比という点に鑑み、ここでは、個人の私的領域への侵入から保護される権利として理解しておく<sup>35)</sup>。

自己情報コントロール権は、佐藤幸治が

「Westin<sup>36)</sup> や Fried<sup>37)</sup> などの主張に強い印象を受けて」(引用中の注は筆者によるもの) 日本に導入したものであり<sup>38)</sup>、現在では「個人が道徳的自律の存在として、自ら善であると判断する目的を追求して、他者とコミュニケーションし、自己の存在にかかわる情報を『どの範囲で開示し利用させるか』を決める権利」<sup>39)</sup> (傍点は原文ママ) と定義される。同権利は、尊敬・愛・友情・信頼という人間関係における最も基本的な関係の前提概念であるとされる<sup>40)</sup>。

### (2) 被害者実名報道におけるプライバシー権の理解

#### a 2つの意味を併有するプライバシー権

このような意味を有するプライバシー権であるが、被害者実名報道の問題を検討するにあたっては、いずれの定義を用いるべきか。

「そっとしてもらえ権利」と自己情報コントロール権の関係性は、必ずしも明らかではない<sup>41)</sup>。しかし、被害者実名報道の場面

全てに妥当する議論を想定している。もっとも、被害者が存命か死亡かは二者択一であるから、被害者が存命の場合には、本人やその家族、被害者が死亡した場合には、本人やその遺族 (ここでいう遺族のプライバシー権は、家族が犯罪被害者であるという個人情報を問題にするもので、遺族固有のプライバシー権である。) の権利が問題になる。確かに、上記の4主体別や、犯罪種類別 (財産犯の被害者か、性犯罪の被害者か等) において、被害者等が有する権利性の内容は異なりうる。かかる場合分けをする方が、議論としては精緻であるが、さしあたり、被害者等という包括的定義がもつ意味において、その被害者等が憲法上の権利を有することさえ論証できれば、以下の議論に支障はないので、この定義のまま議論を進める。これに関連して、被害者が死亡した場合の憲法上の権利の帰趨、被害者本人が意識不明や死亡した場合に、実名公表を同意 (プライバシー権を処分) できる主体は誰か、家族・遺族の中で意見が異なる場合にどう処理されるかなども問題になりうる。これらの点における議論の精緻化は、残された課題として、引き続き研究に期待したい。

31) Samuel D. Warren & Louis D. Brandeis, *The Right to Privacy*, 4(5) HARV. L. REV. 193, 193 (1890).

32) 佐藤幸治「プライバシーの擁護」中央公論 85 卷 4 号 54 頁, 66-69 頁 (1970)。

33) Warren & Brandeis, *supra* note 31, at 196.

34) 前掲注 31) のウォーレン&ブランドイス論文では、「そっとしてもらえ権利」は、取材による私的領域の侵害から保護される権利、私事の不当な公開から保護される権利、私事の公開をコントロールする権利などの諸権利を含む概念として考えられている (Warren & Brandeis, *supra* note 31, at 195, 198)。「そっとしてもらえ権利」の理解は、我が国における論者の間でも様々であり、「不当な公開から自由である人間の権利」(和田英夫「国家権力とプライバシー——その公法的側面」戒能通孝=伊藤正己編『プライバシー研究』129 頁, 129 頁 (日本評論新社, 1962)), 「干渉阻止権」(堀部政男『現代のプライバシー』58 頁 (岩波書店, 1980)), 「他者から鋭く眼差されない」権利 (山本龍彦「プライバシー」宍戸常寿=林知更編『総点検 日本国憲法の 70 年』79 頁, 81-82 頁 (岩波書店, 2018)) などという表現が使われることもある。

35) 芦部信喜 (高橋和之補訂)『憲法 (第 7 版)』124 頁 (岩波書店, 2019), 戸松秀典=今井功編『論点体系判例憲法 1』103-104 頁 [宍戸常寿] (第一法規, 2013)。

36) Alan F. Westin, *PRIVACY AND FREEDOM* (1967).

37) Charles Fried, *Privacy*, 77 YALE. L. J. 475 (1968).

38) 佐藤幸治「自己情報コントロール権と個人情報保護の今後」(平成 21 年 10 月 7 日) ([https://www.hummingheads.co.jp/reports/interview/s091007/interview43\\_01.html](https://www.hummingheads.co.jp/reports/interview/s091007/interview43_01.html), 2020 年 11 月 2 日最終閲覧)。

39) 佐藤幸治『日本国憲法論 (第 2 版)』203 頁 (成文堂, 2020)。

40) Fried, *supra* note 37, at 477. 佐藤・前掲注 39)203 頁。

41) 自己情報コントロール権を「包括的定義」(佐藤・前掲注 29)451 頁), 「自己情報コントロール権という言葉

においては、プライバシー権の内容としては、「そっとしてももらえる権利」と、自己情報コントロール権の2つの意味を併有するものだと考えることが有用である。

なぜなら、両定義は、いずれも独自の意義があり、それらを組み合わせた権利性を承認することにより、被害者実名報道という事象が含む法的問題点を正確かつ分析的に把握することができるからである。本稿が、倫理問題としての被害者実名報道を法的に捉え直すことを目的とする以上、対象とする事象をより正確に捕捉できる法的概念装置を選択することが、その分析の第一歩となる。

#### b 「そっとしてももらえる権利」の有用性

まず、「そっとしてももらえる権利」は、先述のように、提唱された当初から、行きすぎた報道への対抗を想定した権利であり、被害者実名報道の問題状況と同じである。この権利は、「他者を排除する消極的・静態的な」権利として言及されることもあり<sup>42)</sup>、報道機関による取材・公開行為から物理的に身を守る権利としての側面が強い。また、「そっとしてももらえる」という字義からしても、被害者が被害に遭った直後や、家族を失った遺族が死者を悼む気持ちに暮れている時期において有する「そっとしておいて欲しい」という気持ちに対して、報道記者など他者からの干渉を防ぐという含意があることが、分かり

やすい<sup>43)</sup>。

そのため、後発の自己情報コントロール権が、「そっとしてももらえる権利」を包摂するものとしても、上述のような物理的・妨害排除的ニュアンスが強調できる点で、「そっとしてももらえる権利」としての定義を残す意義がある。

#### c 自己情報コントロール権の有用性

これに対して、自己情報コントロール権は、個人による情報の統制を失わせることが、その人の人間関係にまで影響を及ぼしうる、という点に権利性の淵源を求めている点にその意義がある<sup>44)</sup>。被害者等の「社会的文脈」<sup>45)</sup>における精神的被害を捕捉することができる点に、自己情報コントロール権としての定義の有用性がある。

#### d 被害者実名報道におけるプライバシー権の理解

以上より、被害者実名報道の問題を検討するに当たっては、プライバシー権を、専ら「そっとしてももらえる権利」や自己情報コントロール権として捉えるのではなく、2つの意味を併有する権利として理解することが妥当である。

そして、このようなプライバシー権は、憲法13条が保障する「幸福追求」権を具体化した一つの権利として、同条で保障されると考えられている<sup>46)</sup>。当然、この権利は、被

にすべて包摂される」(山本龍彦ほか「〈座談会〉プライバシー」ジュリ1412号102頁〔山本龍彦発言〕(2010))、プライバシー権は自己情報コントロール権の定義に「転換した」(長谷部恭男編『注釈日本国憲法(2) 国民の権利及び義務(1)』117頁〔土井真一〕(有斐閣、2017))と理解する見解がある。これらは、プライバシー権の自己情報コントロール権としての定義が、「そっとしてももらえる権利」としての定義にとってかわったという理解だろう。一方、プライバシー権を、自己情報コントロール権としての積極的「側面が重視されるようになってきている」(芦部(高橋補訂)・前掲注35)123頁)、「法的な定義は共存しているとみるのが妥当」(堀部・前掲注34)58頁)、「プライバシー権は、伝統的権利が現代的権利に取って代わられたのではなく、両者を総合した権利」(石井夏生利『個人情報理念と現代的課題——プライバシーの歴史と国際的視点——』542,559頁(勁草書房、2008))と理解する見解もある。これらは、プライバシー権を「そっとしてももらえる権利」と自己情報コントロール権の両定義が併存するものとして理解するものである。

42) 安西文雄ほか『憲法学読本(第3版)』93頁〔巻美矢紀〕(有斐閣、2018)。

43) この意味では、「干渉阻止権」(堀部・前掲注34)58頁)という表現がよく合う。

44) この点に関して、山本龍彦は、自己情報コントロール権の内実を『愛、友情および信頼の関係』の形成を目的とする、相当にウェットなもの」と評している(山本龍彦「プライバシーの権利」ジュリ1412号80頁、82頁(2010))。

45) 佐藤・前掲注29)273頁。

46) 佐藤・前掲注32)69頁、芦部(高橋補訂)・前掲注35)122-123頁。なお、捜査機関に対してプライバシー権を主張する場合において、プライバシー権を、情報利用の場面で適正手続を求める権利として構成する注目すべき見解があり、これに基づけば、捜査機関に対しては憲法13条に加えて31条によって、プライバシー権が保障されていると主張することもできよう(稲谷龍彦『刑事手続におけるプライバシー保護——熟議による適正手

害者等も有している権利である。

### (3) 最高裁での実質的承認

下級審裁判例をみると、「宴のあと」事件<sup>47)</sup>で私法上の権利として「プライバシー権は私生活をみだりに公開されないという法的保障ないし権利として理解される」と言及されて以降、プライバシー権そのものを認めているが、最高裁においては、プライバシー権という権利を正面から認めたことはない<sup>48)</sup>。

しかし、最高裁は、プライバシー権という言葉を使わずとも、具体的事案の中で法的保護に値するか否かを個別に判断しており<sup>49)</sup>、実質的にはプライバシーの権利を国家に対して主張しうる憲法上の権利と認めているといえる<sup>50)</sup>。

例えば、京都府学連事件<sup>51)</sup>は、憲法13条から「みだりにその容ぼう・姿態……を撮影されない自由」を、住基ネット事件<sup>52)</sup>では、憲法13条から「個人に関する情報をみだりに第三者に開示又は公表されない自由」を導出しており、それぞれプライバシー権の内容として議論されてきたような「自由」を憲法的保護の対象として明示している<sup>53)</sup>。

## 2 氏名権・実名報道されない人格的利益との関係

### (1) 氏名権との関係

情報は「いつ」「どこで」「誰が」「なにを」「なぜ」「どのように」(5W1H)という要素

から構成されるところ、氏名はそのうちの「誰が」の要素である<sup>54)</sup>。しかし、このように単なる情報の要素の一つとして氏名を考えるのではなく、氏名そのものを一つの人格権として捉えることもできる。判例においても、氏名は「個人を他人から識別し特定する」ための単なる符号ではなく、「人が個人として尊重される基礎であり、その個人の人格の象徴」であると判示されている<sup>55)</sup>。そのため、氏名そのものに権利性を認め、氏名秘匿の利益を観念することも可能であろう<sup>56)</sup>。

しかし、実名報道の問題の核心は、ある人物の被害者という属性を公表されることにあるから、氏名権としての権利性はプライバシー権の内容に吸収されると考えられる。

### (2) 実名報道されない人格的利益との関係

また、プライバシー権から「実名報道されない人格的利益」を抽出し、これを憲法上の権利だと議論する方向もありえよう<sup>57)</sup>。しかし、自らの主張として新概念に専ら依存する場合には、裁判所に認めさせにくい場合もあるため<sup>58)</sup>、昔から言及され、憲法上の権利性が比較的明確なプライバシー権の定義に当たる、と考えられる場合には、これを基本権として用いた方が有用であると考えられる。

そのため、本稿では、「実名報道されない人格的利益」のような別概念を持ち出すことはせず、人口に膾炙したプライバシー権という包括的概念のまま、あえて用いることにする。

続の実現を目指して』317-320頁(弘文堂、2017))。

47) 東京地判昭和39年9月28日前掲注22)〔「宴のあと」事件〕。

48) 渡辺康行ほか『憲法I 基本権』120頁〔松本和彦〕(日本評論社、2016)。

49) 佐藤・前掲注29)499頁。

50) 高橋和之『立憲主義と日本国憲法(第5版)』151頁(有斐閣、2020)。

51) 最大判昭和44年12月24日刑集23巻12号1625頁〔京都府学連事件〕。

52) 最判平成20年3月6日民集62巻3号665頁〔住基ネット事件〕。

53) 他にも、最判昭和56年4月14日民集35巻3号620頁〔前科照会事件〕、最判平成7年12月15日刑集49巻10号842頁〔指紋捺捺拒否事件〕などがある。

54) 日本新聞協会編集委員会・前掲注27)19-20頁。

55) 最大判平成27年12月16日民集69巻8号2586頁〔夫婦別姓訴訟〕。

56) 五十嵐清『人格権法概説』162頁(有斐閣、2003)。同書は、氏名秘匿の利益について「氏名権とプライバシー権の交錯する領域である」とする。

57) 竹田稔『プライバシー侵害と民事責任』229頁(判例時報社、1991)は、不法行為法において「実名報道されない人格的利益」を提唱する。

58) 芦部信喜『宗教・人権・憲法学』228頁(有斐閣、1999)参照。

### 3 被害者等は私人か

犯罪は公共的な事柄であるから、ある人が被害者等になった時点で、公共的事項の当事者として、私的な存在ではなくなる（公的な存在になる）、という議論もある<sup>59)</sup>。そこでは、公的な存在（＝私人）に対しては取材や報道が許されるべきで、私人は、そのような行為を甘受しなければいけないと帰結される。これはつまり、私人については、通常享受されるべきプライバシー権による保護が後退する、ということの意味する。例えば、政治家、芸能人、加害者などがこれに当たり、刑法上の名誉毀損における処罰阻却事由（刑法 230 条の 2）の議論が採用される。

このような「私人」理論の基礎には、①国民の知る権利との関係で、私人に関する情報は、その者の活動を判断する資料として国民に広く提供されるべき、②社会の注目を集める活動を自発的に行った以上、それに伴う批判は一定の範囲で受忍すべき、③私人はマスメディアを通じた反論が容易である、といった考慮が存在するとの指摘がある<sup>60)</sup>。

しかし、被害者等の場合には、政治家等とは異なり、その活動を判断する必要がないこと（①に対する反論）、被害者等は完全に受動的な存在であり、自発的活動を基礎とする自己責任を觀念できないこと（②に対する反論）、犯罪事実の報道を問題にする被害者実名報道に関しては、反論の容易性とは無関係

であり、逆に反論が被害を拡大すること（③に対する反論）からすれば、被害者等は私人に準じた扱いを受けるべきでありプライバシー権による保護が後退する、という議論は的を射ていないものである<sup>61)</sup>。

### 4 まとめ

被害者等は憲法 13 条で保障されるプライバシー権を有しており、その内実は、「そっ」としてもらえる権利」と自己情報コントロール権である。

## Ⅲ. 実名発表の違憲審査

### 1 実名発表の権利侵害性

#### (1) 総論

従来、情報の取扱いをめぐる警察実務は、情報の取得・保存・利用の過程のなかでも特に取得時のインパクトを重視する「取得時中心主義」であるとされていた<sup>62)</sup>。そのため、捜査法において情報の利用局面についての問題は自覚的に論じられておらず<sup>63)</sup>、犯罪事実公表の問題についても十分な法的説明がされてきていない<sup>64)</sup>。裁判例でも、被疑者が警察の実名発表を争った事例においては、いづれも名誉毀損の違法性阻却事由の有無が主な争点となっており、実名発表行為が引き起こす憲法上の権利侵害性という点については意識されていない<sup>65)</sup>。

59) 田島泰彦「総論・『プライバシーと表現の自由』の問題状況と論点——個人情報保護法と犯罪被害者保護を中心に」法時 78 号 4 頁 25 頁, 26 頁, 29-30 頁 (2006)。

60) 佐伯仁志「批判」長谷部恭男ほか編『メディア判例百選 (第 2 版)』42 頁, 43 頁 (2018)。

61) 田島・前掲注 59)29-30 頁は、犯罪事実が公共的意義を有することは法も認めており、名誉毀損の免責事由として、「犯罪行為に関する事実」(刑法 230 条の 2 第 2 項)が挙げられていることを指摘する。そして、この「犯罪行為に関する事実」には被害者に関する事実も含まれるから、被害者に対する取材や実名を含めた報道が許されるべきとする。しかし、ここで「犯罪行為に関する事実」に公共性が認められている理由は、捜査機関に対する権力監視を機能させるためであり、この「事実」に犯罪被害者に関する事実は含まれないと解されている(山口厚『刑法各論 (第 2 版)』141 頁 (有斐閣, 2010。使用版は 2012 年 3 刷))。そのため、名誉毀損の処罰阻却事由として「犯罪行為に関する事実」が挙げられていることを例証として、被害者の実名報道が許されるべきとする主張は妥当ではない。

62) 山本龍彦『プライバシーの権利を考える』68 頁 (信山社, 2017)。

63) 笹倉宏紀「捜査法の体系と情報プライバシー」刑法雑誌 55 巻 3 号 33 頁, 35-37 頁 (2016)。その理由としては、捜査法が従来想定していた被侵害法益は「身体、住居、財産等」であり、捜査法の利益衡量枠組みは、これらの法益侵害の統制に適合的に構築されてきたからであるとされる (同書 35 頁)。

64) 梓澤和幸「市民社会の危機に本格的な取り組みを——急がれる現場取材の理論化と記者訓練」新聞研究 655 号 10 頁, 13 頁 (2006)。

しかし、情報通信技術等の進展による情報の即時拡散性・複製の容易性・記録の半永久性などの性質や、被害者等が有する権利の社会的承認などの情勢の変化に鑑みると、被害者の実名発表が孕む権利侵害性を改めて検討する必要性は以前にも増して高まっている<sup>66)</sup>。

## (2) 権利侵害の構造

実名発表の権利侵害性については、①警察が保有する個人情報をも本人の承諾なく記者クラブに提供すること、②実名発表を受けた報道機関が実名報道をすること、という2つの段階において論じることができる。

①については、住基ネット事件が、行政機関が個人情報を「みだりに」第三者に開示し

た場合には憲法上の権利侵害になるとの前提を採用しており、参考になる。実名発表についていえば、行政機関により「みだりに」行われた情報開示であるといえるかが、権利侵害性判断の際には重要になる。

この点、同判例では、「みだりに」の一般的な判断基準については言明されておらず、結局は「個人の人格的生存ないしその尊厳が脅かされる」かどうかの観点から、権利侵害性を判断すべきものとされる<sup>67)68)</sup>。この観点から、①の権利侵害性を検討すると、被害者等にとって人格的生存や尊厳に関わる権利侵害の核心は、「この人は被害者等である」という個人情報を広く公表される点にあるから、実名発表を受けた報道機関が実名報道を

65) 大阪高判昭和60年6月12日判時1174号75頁(被疑者送検の事実公表が名誉毀損となるとして出訴した事例)や、大阪高判平成6年11月11日判時1520号96頁(逮捕事実の公表が名誉毀損となるとして出訴した事例)など。

66) 東京高判平成27年4月14日(LEX/DB文献番号25506287)(警察がテロ防止のためマスクに出入りする個人の情報を収集・利用したことが憲法13条違反であるとして争われた事案)においても、「捜査機関等による個人情報の収集、保管、管理、利用について、収集の局面のみならず、保管等の局面に関し、これまでとは異なる視点で憲法上の問題として検討する必要があるという見解……は、情報通信技術の発展に伴う状況の変化に応じた憲法上の問題点を提起している点で傾聴に値する」(下線は筆者)として、警察の情報利用局面に対する憲法的観点からの議論の必要性を一般論としては肯定的に評価する。この点につき、警察の警備情報活動が第三者のプライバシー権を事実上制約した場合、その制約は法的制約と比べても軽視すべきではないと論じるものとして、小島慎司「憲法上の自由に対する事実上の制約について」上智法學論集59巻4号75頁、86-87頁(2016)がある。

67) 増森珠美「判解」最判解民事篇平成20年度141頁、164頁注15(2011)。

68) 松本和彦は、ドイツにおいては権利侵害性のメルクマルとして、古典的に①目的志向性、②直接性、③命令性、④法形式性の要素が指摘されてきたが、最近では「基本権法益に対する、些細とはいえない国家作用であって、基本権主体の意思に反して行われるもの」と広く侵害性を捉える定義が支配的であるとするイーゼンゼーの見解に触れた上で、特に国家による情報取扱いにおいては、その個人に与える心理的圧力に注目して権利制約性を見出すローゼンバウムの見解を肯定的に紹介する(松本和彦『基本権保障の憲法理論』24-32頁、140-142頁(大阪大学出版会、2001))。なお、ドイツにおいて、国家による情報公表の権利侵害性についての判例は、2002年のグリコール決定(BVerfGE 105, 252。丸山敦裕「判批」ドイツ憲法判例研究会編集『ドイツの憲法判例Ⅲ』292頁(信山社、2008)参照。)、同年のオショー決定(BVerfGE 105, 279。西原博史「判批」ドイツ憲法判例研究会編集・同書117頁参照。)、2005年のユング・フライハイト決定(BVerfGE 113, 63。斎藤一久「判批」ドイツ憲法判例研究会編集『ドイツの憲法判例Ⅳ』131頁(信山社、2018)参照。)があり、これらの判例からの示唆は、情報提供から生じる不利益が、私人を介した間接的事実的なものであっても権利侵害性を肯定できる場合もある(オショー決定、ユング・フライハイト決定)ということと、そのような不利益が発生する場合でも、公表された情報が市場競争に有用なものであるときには、情報提供行為が基本権制約とならない場合がある(グリコール決定)というものであり、我が国における議論にも参考になる。現在、日本においては、国家の公表行為は、基本的には権利侵害行為としては考えられていない。O-157集団食中毒事件では、国の公表行為は法律の留保を要するかという文脈において、公表行為が「非権力的事実行為」(大阪地判平成14年3月15日判時1783号97頁)であることや、「法律上の不利益を課すことを予定したもので[ない]」(東京高判平成15年5月21日高民集56巻2号4頁)ことを理由として、公表行為の権利侵害性を否定した。この結論は学説において、概ね妥当なものとして評価されている(村上裕章「判批」ジュリ1258号112頁、115頁(2003)、阿部泰隆「判批」判自236号114頁、116頁(2003)など)。しかし、行政機関による情報提供行為について、行為や権利侵害の性質に応じたきめ細かい検討の必要性を指摘する見解も散見され(藤原静雄「判批」判時1806号168頁、169頁(2003)、山本隆司「事故・インシデント情報の収集・分析・公表に関する行政法上の問題(下)」ジュリ1311号168頁、177頁(2006))、行政機関による情報取扱いに関して、「憲法レベル」の議論が求められるとする指摘もある(加藤幸嗣「行政上の情報提供・公表」高木光一・宇賀克也編『行政法の争点』ジュリ増刊60頁、60頁(有斐閣、2014))。このような方向での議論は、住基ネット事件における「みだりに」の内容の精緻化にも繋がるものであろう。

する段階が、実名発表の権利侵害性を考える上でも重要なポイントになる。そのため、①について検討するに際しても、結局は、②の問題に帰着するといえる。

もつとも、②の実名報道は、あくまで報道機関の行為であるから、これにより生じる権利侵害を、警察の実名発表により生じる権利侵害だというためには、何らかの理屈が必要になる<sup>69)</sup>。結論から述べると、本稿は、刑法の共犯理論を援用し、警察と報道機関は共同正犯類似の関係にあることに着目し、報道機関の実名報道を直接の実行行為と捉えた上で、これから生じた結果（権利侵害）は、警察の実名発表から生じた結果と同視できると考える<sup>70)</sup>。

以下、実名発表と実名報道の共同正犯類似関係とはどういうことかを説明した後、実名報道による権利侵害の内実を検討することで、実名発表による権利侵害性を明らかにする。

### (3) 警察と報道機関の共同正犯類似関係

#### a 記者クラブ

実名発表は、警察から記者クラブという特定団体に対して行われる。

記者クラブは、西南戦争の時代、流言による報道を防ぐために、事前検閲などの各種報道規制が敷かれた一方で、新聞記者の溜り場が内務省と警視局に設置されたことに起源をもち、官製情報を流通させるための政府の便宜のための組織であったとされる<sup>71)</sup>。その後、記者クラブは、「取材・報道のための自主組織」とであると表明されるようになり、その機能として、(1)公的情報の迅速・的確な報道、(2)公権力の監視と情報公開の促進、(3)誘拐報道協定など人命・人権にかかわる取材・報道上の調整、(4)市民からの情報提供の共同の窓口という諸点が挙げられるようになった<sup>72)</sup>。

記者クラブは「日本新聞協会加盟社とこれに準ずる報道機関から派遣された記者」など限定的な構成員により組織されており、公的機関は広報活動の一環として記者室を設け、そこで記者クラブに対し情報提供をすることになっている<sup>73)</sup>。

#### b 警察と報道機関の共同正犯類似関係

##### (a) 共同正犯理論の確認

共同正犯理論における一部実行全部責任の原則が成り立つ根拠においては、伝統的に

69) 宍戸常寿は、ドイツのオショール決定（政府が「破壊的な宗教的集団」などという表現で特定の宗教団体を名指ししたことが信教の自由を侵害するとして、当該団体が憲法異議を提起した事案。前掲注 68) 参照。）を素材とした設例における、政府の警告の権利侵害性に関して、「仮に X（筆者注：名指しされた宗教団体のこと）に不利益が生じたとしても、それは市民の行動態度から生じるもので、それに……警告がどれだけ加功しているかの因果関係の立証は難しい」（下線は筆者）という点を指摘する（宍戸常寿『憲法 解釈論の応用と展開（第 2 版）』46 頁（日本評論社、2014））。本稿における以下の議論は、この因果関係を説明する一つの試みである。

70) このように、刑法の観点から三段階審査論に採り入れて議論を構築する手法は、石川健治の提唱する三段階審査論における防御権的構成を想起させる（石川健治「憲法解釈学における『論議の蓄積志向』——『憲法上の権利』への招待」樋口陽一ほか編著『国家の自由・再論』15 頁（日本評論社、2012））。しかし、石川が構想する自由が「無色透明な自由空間……としての自由の構成」であるのに対して、本稿は、プライバシー権と報道の自由の衡量結果を適切に考慮した「あるべき制度の形」を模索するものであり、憲法上の権利の内容を多彩なものとして想定している（小島慎司「〈研究ノート〉憲法上の権利の防御権的構成について」上智法學論集 62 巻 3・4 号 253 頁、255、261 頁（2019）参照）。この点において、本稿は、石川が構想する憲法論をそのまま援用するものではない。あくまで、主体間の結びつきを論証するための手法として、共犯理論を参照するものである。なお、ここで結果（被害者等の権利侵害）と行為（実名発表）の直接的な結びつき（因果関係）を問題にしなかったのは、結果と行為の間に、報道機関という別主体の故意に基づく報道・取材行為が介在するからである。ここでは、報道機関の行う報道・取材行為が被害者等の権利侵害を直接引き起こす実行行為で、警察はそのような権利侵害に、報道機関を介して因果性を有していると考えており、このような構造を説明するために、共犯理論が有用だと判断した。

71) 土屋礼子『大衆紙の源流——明治期小新聞の研究——』136 頁（世界思想社、2002）。もつとも、起源については諸説あり、帝国議会の取材のための「議会出入記者団」が起源だとする説もある（浅野健一『記者クラブ解体新書』44 頁（現代人文社、2011））。

72) 日本新聞協会「記者クラブに関する日本新聞協会編集委員会の見解」（2006 年 3 月 9 日）（[https://www.pressnet.or.jp/statement/report/060309\\_15.html](https://www.pressnet.or.jp/statement/report/060309_15.html)、2020 年 11 月 2 日最終閲覧）。

73) 日本新聞協会・前掲注 72)。



「相互利用補充関係」という表現が使われてきた<sup>74)</sup>。これは、部分的な実行しか認められない関与者の行為は、その欠けた部分を他の関与者が補っているという点を捉えて、相互的な他者の行為利用という視点から共同行為の帰責性を根拠付ける考え方である<sup>75)</sup>。

罪刑法定主義（憲法 31 条）は、憲法上の要請であり、また、刑法は、謙抑的に適用されなければならない（刑法の補充性）と考えられている<sup>76)</sup>。そのため、主体間や、結果と行為の間の結びつきに関して、憲法的規律の下で、より制限的な見地から慎重に検討されてきた刑法上の理論構成を、ここでも参照することは許容されよう。

#### (b) 裁判例

行政機関と報道機関の関係の実態について示した裁判例をもとに、両者の関係を検討する。記者室の供用が行政財産の目的外使用か否かが争われた裁判例<sup>77)</sup>では、以下のように行政機関と報道機関の関係を判示し、これを原告及び被告に成立に争いが無い事実として認定した。

「京都府は、戦後間もなく、記者室を広報活動、広報業務を円滑に遂行するために府の施設として、設置した。」「京都市は、報道機関の活用について、今日、マスコミとくに新聞、テレビの読者、視聴者は不特定多数人に及び、その与える社会的影響は非常に大きく、府民にとって、貴重な情報源として毎日の生活に欠かすことのできないものになっていること、府が発行する広報紙や番組を提供するテレビ、ラジオ等の自主媒体では、紙面や放送時間等に限界があり、府政のすべてをカバーできないこと、新聞、テレビで報道してもらおうと直接経費を要しないこと、毎日発

行、放送しているの、タイミングよく報道してもらえることなどから、その積極的な活用を心がけている。」（下線は筆者）

また、実際の運用方法については、「報道機関の記者は、……府に届出等の手続きをすることなく、……記者室に常駐する。……公表は必要に応じて随時なされ、その日時の設定については、広報課と幹事社が事前に連絡調整している。……記者クラブ加盟社以外の社に対しては、京都府は、積極的に公表することはなく、問い合わせがあったりした時、許される範囲で公表している。……記事の発表時期についても、記者クラブで、申し合わせ、調整がなされることはない。ただし、府政担当者からレクチャーの段階で、あらかじめ解禁日を設け、……加盟社は事実上これを受け入れている」（下線は筆者）とされる。

#### (c) 相互利用補充関係

以上からすれば、行政機関は、自らの広報能力の限界や経費削減の観点と、報道機関の社会的影響力や利便性を考えて、広報事務を補完するものとして報道機関の報道行為を積極的に利用しているといえる。

一方、報道機関も、事前手続不要で記者室に常駐して、行政機関が保有する情報を排他独占的に受け、これにより充実した報道ができていくことからすれば、自己の取材能力の限界を補完するものとして行政機関による情報提供を利用しているといえる。

このように、行政機関と報道機関は、相互に利用し補完し合う関係（相互利用補充関係）に立っており、共同正犯類似関係にあるといえる<sup>78)</sup>。よって、警察が提供した情報を報道機関が報道することにより生じた権利侵害は、警察による権利侵害だと考えることがで

74) 橋爪隆『刑法総論の悩みどころ』340頁（有斐閣、2020）。相互利用補充関係という概念は、共同正犯の「具体的な成立要件を導き出すものではない」ため、学説からは、その内容の具体化が試みられている。もっとも、相互利用補充関係という概念は「典型的な共同正犯をイメージさせる上では有用なもの」であるし、本稿は刑法上の共同正犯性を厳密に論じることが目的ではなく、2つの主体間の密接な関係性を示すために共同正犯理論を採用しているだけであるため、本文中では、あえて相互利用補充関係という概念のまま使用することにする。

75) 阿部力也「共同正犯における各関与者の相互利用補充関係について」明治大学法科大学院論集 9号 165頁、165-166頁（2011）。

76) 山口厚『刑法総論（第3版）』5頁、9頁（有斐閣、2016）。

77) 京都地判平成4年2月10日判タ781号153頁。

78) 行政機関と報道機関は必ずしも全ての局面において協力的なわけではなく、時には緊張関係に立つことがある。例えば、警察による実名発表がなされない場合に、報道機関がそれを求めて抗議をするような場面である。

きる。実名報道の文脈に沿っていえば、実名報道による権利侵害は、実名発表による権利侵害としても考えることができるということになる。

#### (4) 実名報道の権利侵害性

では、「実行行為」たる実名報道は、どのような権利侵害を引き起こすか。結論から述べると、先述した2つの意味でのプライバシー権を侵害していると考えられる。

##### a 自己情報コントロール権の侵害

実名報道がされることにより、被害者等の被害状況に関する情報に、不特定かつ多数者が接する可能性が生じる。インターネットに一旦情報が流通してしまえば、その情報は半永久的に流通し続けることになり、元の状態には戻せない。報道が沈静化した後も、当該情報が事後的に第三者に知られる可能性もあることからすれば、自己が被害者等であるという情報を誰が知っていて、誰が知らないかということが被害者等にとって不明となる。そのため、自らが選択した特定の誰かに自己の情報を開示・共有した上で、その者と、自らの望む社会関係を構築するという取捨選択の権利を、被害者等は永久に失う。つまり、被害者等は、自己が被害者等だというレッテルを強制的に貼られた上で、社会関係を構築することを強いられる<sup>79)</sup>。

加えて、死亡状況が強制的に周知されるこ

との羞恥心<sup>80)</sup>、インターネット上での心無い書込みという被害や、報道で取り上げられること自体が心理的負担となることも考えられる<sup>81)</sup>。また、取材や周囲の目線を気にした外出自粛は、心理的負担を伴う行動制限である。

実名報道は、被害者等が自律的に情報開示をすることで自らが望む社会関係を形成し、そのような社会関係の下で自由な行動をとる機会を奪っているといえる<sup>82)</sup>。これは、被害者等の人格的發展を阻害するような負担であり、自己情報コントロール権の侵害である。

##### b 「そっとしてもらえ権利」の侵害

実名発表を受けた報道機関は、追加情報を求めて被害者等の取材を開始する。

この取材行為は、被害直後の精神的余裕を欠く被害者等にとっては負担となる。また、メディアスクラムや、近隣住民等の周辺取材をすることによる迷惑行為も発生しうる<sup>83)</sup>。これは、個人の私的領域への侵入行為であるといえ、「そっとしてもらえ権利」の侵害である<sup>84)</sup>。

##### c 裁判例

被害者等が実名報道を争った事件は、ほぼ皆無であり、認知されているものとしては、前掲注13)で先述した平成19年の兵庫県における事件1件のみである。同事件は和解で

---

このような場合、抗議の結果として行政機関が被害者の実名を報道機関に提供し、それが報道機関により公表された時には、行政機関が自らの広報事務の一環として実名を公表したとはいえないだろう。しかし、この場合には、行政機関にはその共同正犯性を基礎付ける正犯性が欠けるとはいいえなくても、取材の起点となる被害者の実名を提供したことにより、報道行為や取材行為という結果を発生させたことに対する因果性がある点は否定し難い。そのため、この場合には、共同正犯類似関係ではなく、幫助犯類似関係としての帰責性が発生すると考えられる。よって、共同正犯、幫助犯のいずれの理論構成が妥当するにしろ、被害者実名の報道・取材行為が引き起こす権利侵害は、行政機関が報道機関に被害者の実名を提供した行為に帰責できる。

79) 被害者等に対する「偏見」は、被害者等が被害から回復し元の生活に戻る上での最大の障害であるとも指摘されている(諸澤英道『被害者学』185頁(成文堂、2016))。

80) 風俗店や賭博ゲーム店が入っているビルや、ラブホテルでの火災により死亡したという事実の報道の場合、被害者の死亡状況を知られたくないとする遺族も多いだろう(山口正紀「事故・犯罪被害者の実名報道被害」飯島編著・前掲注1)48頁、50-53頁参照)。

81) 曾我部・前掲6)16頁。

82) 井上知樹「個人の尊厳性から見た実名犯罪報道」飯島編著・前掲注1)119頁、127頁。

83) 立入禁止を要請された葬儀会場に紛れて侵入し、遺体の隠し撮りをする記者もいたとされる(「書かれる人々：2『みる・きく・はなす』はいま 第23部」朝日新聞朝刊東京本社版2000年10月18日、34面)。

84) 被害者等は、時間が経った段階で、自ら社会に訴えたいという気持ちをもつようになることも調査では判明している(大久保恵美子=阿久津照美「被害者支援に求められるもの——被害者遺族のアンケート調査から——」被害者学研究12号18頁、24頁(2002))。問題なのは、事件発生直後の被害者等が望まない時期における、報道機関からの一方的な取材であり、これが被害者等の感ずる負担感の原因である。

終結しており、裁判の内実は不明である。

しかし、同事件に言及した記事によれば、原告の主張は、「氏名や住所の公開は望まない、被害者になったことを見ず知らずの人にまで知られることは迷惑かつ苦痛である、心ない中傷や詐欺のターゲットになりかねない、加害者は匿名なのに被害者側への配慮がないのは不公平」というようなものであったとされ<sup>85)</sup>、これに対しては「裁判官は、原告の苦痛は一部理解できるとの姿勢を示しており、判決が出ていれば敗訴でなくても実名報道の問題を指摘された可能性が大きい」とされる<sup>86)</sup>。

もっとも、この事例は報道機関による私法上の権利侵害の事例であり、憲法13条に基づく公法上のプライバシー権侵害を論じたものではない。実名発表と実名報道を共同行為とみなして、実名報道による権利侵害を国家による憲法上の権利侵害と考える本稿の分析とは異なる。あくまで一つの参考とすべきである<sup>87)</sup>。

#### (5) まとめ

実名報道により、自己情報コントロール権

と「そっとしてもらえ権利」という2つの意味でのプライバシー権が侵害されている<sup>88)</sup>。そして、警察と報道機関の間に存在する共同正犯類似の関係を鑑みれば、これらの権利侵害は、実名発表が引き起こしたものであるといえる点が重要である。

では、このような権利侵害は、どのように正当化できるか。順次検討する。

## 2 形式的正当化（法律の留保）

### (1) 規律密度

基本権制限は、立法者にのみ許された権限であるから、基本権制限は法律上の根拠を要する<sup>89)</sup>。特に、人権と本質的な連関があればあるほど、当該法律における手続法の重要性が増す<sup>90)</sup>。

判例では、氏名等の単純個人情報については「慎重に取り扱われる必要」<sup>91)</sup>があるとする一方、前科情報については「取扱いには格別の慎重さ」が要求されるとしており<sup>92)</sup>、情報の秘匿性の違いが法的判断の違いとなりうることを認めている<sup>93)</sup>。個人情報保護法

85) 井手ほか・前掲注13)42頁。

86) 服部・前掲注13)47頁。

87) もっとも、不法行為上のプライバシー権と憲法上のプライバシー権はどのように異なるかは不分明である。「宴のあと」事件（東京地判昭和39年9月28日前掲注22)）に「憲法によって立つところでもある個人の尊厳という思想」に私法上のプライバシー権承認の根拠を求めているところ、今日では、「公法と私法の古典的区別が消滅」しており、「人格権の領域においても憲法と民法の区別ははっきりしなくなっている」とも指摘される（五十嵐清「人格権」法教171号25頁、27-28頁（1994)）。

88) 犯罪被害者等を対象とした調査でも、「マスコミから取材や報道を受けた」ことを犯罪の二次的な「被害と思う」人の割合は68.0%となっている。この数字は、匿名報道がなされた場合も含む数字であり、実名報道に限った場合には、さらに高くなると思われる。マスコミからの二次被害の中身を具体的にみると、被害者が死亡した重大事件における「被害者遺族」の項目に限ってみた場合、悪評価が50%を超えた項目を挙げると①「隣り近所に取材された」（59.4%）、②「名前や写真など出して欲しくない情報を出された」（58.4%）、③「考えていた内容と違うものが報道された」（51.4%）、④「事実とは違うことを報道された」（50.0%）となっている（警察庁「犯罪被害者実態調査報告書（概要）」3頁、18頁（平成15年12月18日）（<http://www.npa.go.jp/higaisya/shiryuu/pdf/chousa/h15/jittai.pdf>, 2020年12月16日最終閲覧））。これらはいずれも、実名報道の被害の内実が、「そっとしてもらえ権利」の侵害（①）と、自己情報コントロール権の侵害（②、③、④）であるということを実証的に示すものである。また、村上春樹『アンダーグラウンド』22-23頁（講談社、1997）は、地下鉄サリン事件被害者のインタビューを掲載したノンフィクション作品であるが、60名のインタビューのうち4割が仮名を選択しており、被害者の実名公表に対する躊躇が看取される。

89) 渡辺ほか・前掲注48)69頁〔松本和彦〕。

90) 石川健治「2つの言語、2つの公法学——『法律の留保』の位置をめぐる」法教322号54頁、60頁（2007）は、「法律は……行政作用に対する規律密度を高めるべき」ではないか、具体的には、人権と本質的連関のある法律においては手続法が重要性を増すのではないかと問題提起する。

91) 最判平成15年9月12日民集57巻8号973頁〔早稲田大学名簿提出事件〕。

92) 最判昭和56年4月14日前掲注53)〔前科照会事件〕。

93) 山本龍彦「判批」宋戸常寿編著『新・判例ハンドブック情報法』94頁、94頁（日本評論社、2018）参照。

制上、個人の被害情報は、前科情報とともに「要配慮個人情報」（個人情報保護法2条3項、行政機関個人情報保護法2条4項）として列挙され、他の単純個人情報と比べても要保護性の高い情報の一つであると考えられている。そのため、個人の被害情報は、前科情報と同じく取扱いに「格別の慎重さ」が求められる種類の情報であると考えられる。そのような重要情報が、個人の承諾なく、伝播能力の高い報道機関という第三者に提供されていることは、重要な権利の重大な侵害といえる。実名発表による権利侵害が、実名報道を介した間接的な制約であったとしても、先述のような警察と報道機関の間の相互利用補充関係や、情報の機微性、報道機関の影響力の大きさに鑑みると、正当化審査では、高い審査密度が要求されるものとする。

そのため、法律の留保を考える際には、根拠となる法律があるか否かだけでなく、法律が根拠として十分か、という高い規律密度も重要となり、制約の有無と範囲が法律レベルで明確にされ、かつ限定されている必要がある<sup>94)</sup>。高い規律密度の法律上の根拠がない場合には、法律の留保違反の故に違憲と評価される<sup>95)</sup>。

## (2) 具体的検討

では、実名発表は、いかなる法律上の根拠のもとで行われているのであろうか。

この点につき、第198回国会参議院法務委員会（平成31年4月23日）において、山口和之議員からなされた、警察による実名発表の法令上の根拠に関する質問に対して、藤本隆史政府参考人（警察庁長官官房総括審議

官）は「捜査状況等の公表につきましては法令上一定の制約がございますが、公益上の必要性があり、相当な場合には公表することが認められているものと承知をいたしております。」<sup>96)</sup>（下線は筆者）と回答している。同様に、検察の実名発表の法令上の根拠が質問された際には、小山太士政府参考人（法務省刑事局長）が「検察当局におきましては、……刑事訴訟法四十七条……の範囲で公表しているものと承知をしております。」<sup>97)</sup>（下線は筆者）と回答していることと比べても、警察当局の対応は歯切れが悪く、実名発表の法令上の根拠はなお曖昧である。

そこで、この「法令」の内実を検証する<sup>98)</sup>。

### a 刑事訴訟法

#### (a) 捜査と行政警察活動

警察活動は、「厳格に」警察が負う責務の範囲内においてのみ許されており<sup>99)</sup>、警察の責務は、「個人の生命、身体及び財産の保護に任じ、犯罪の予防、鎮圧及び捜査、被疑者の逮捕、交通の取締その他公共の安全と秩序の維持に当ること」と定められている（警察法2条1項。同法36条2項で都道府県警察に準用。）。

このうち、ある警察活動が「捜査」であると評価された場合、それには憲法31条以下およびそれを受けた刑事訴訟法の規定による制約がかかる。その一方、捜査に該当しないものについては、この直接の対象からは外れ、行政警察活動としての規律に服する<sup>100)</sup>。

そのため、ある警察活動の根拠法令が刑事

94) 宍戸・前掲注69)43頁、88頁。

95) 石川・前掲注90)60頁参照。

96) 参議院法務委員会・前掲注8)10頁〔藤本隆史警察庁長官官房総括審議官発言〕。

97) 参議院法務委員会・前掲注8)10-11頁〔小山太士法務省刑事局長発言〕。

98) ここで、「法令」とは国会が制定する法律や地方議会が定める条例に加えて、行政機関が定める命令、規則、訓令なども含む概念であるから（高橋和之ほか編集代表『法律学小辞典（第5版）』1214頁（有斐閣、2016））、基本権制限の根拠として法律の留保を議論する際の用語としては正確ではない。基本権制限の根拠を考える場合には、厳密に国会制定の「法律」や「条例」による留保を検討する必要があることには注意が必要である。

99) 警察法2条2項。これは、「警察に限らず、あらゆる行政機関はその機関に与えられた任務又は所掌事務に属しない活動を国又は公共団体の行為として行うことはできない」ところ、「警察の場合は、その活動が国民に関係するところが多く、国民の権利・自由を与える影響が大きいため、特に本項（筆者注：警察法2条2項）において、警察の活動が実際にも厳格に責務の範囲に限られること……を確認的に規定している」（警察制度研究会編『全訂版 警察法解説』56-57頁（東京法令出版、2004））ものである。

100) 川出敏裕「行政警察活動と捜査」法教259号73頁、73頁（2002）。

訴訟法であるかを判断するためには、対象となる警察活動が捜査といえるかどうか、という点が決定的に重要となる。

捜査とは、「刑事事件につき、……事案の真相を明らかにし、刑罰法令を適正且つ迅速に適用実現する」（刑事訴訟法1条）という刑事訴訟法の目的を達成するために行われる、既に行われた犯罪に対する国家刑罰権行使の準備活動であり<sup>101)</sup>、犯罪訴追を目的とした活動である。警察活動の目的が犯罪と直接的な関連性を有する場合でも、それが犯罪訴追や処罰ではなく、その予防や鎮圧を目的とする場合には、捜査には該当せず、行政警察活動と位置付けられる<sup>102)</sup>。

#### (b) 実名発表の目的

では、実名発表は捜査といえるか。これを明らかにするためには、実名発表の目的は何か、という問いに応える必要がある。警察活動は、警察法2条1項に規定される責務の範囲内において許されていることを前提にすれば、全ての警察活動は、警察法2条1項に列挙された責務のいずれかを果たすことを目的としているはずである<sup>103)</sup>。そのため、実名発表は、警察法2条1項に掲げられた責務のうち、どの責務を果たすために行われている行為か、という点を検討することになる。

この点について示唆を与えてくれるのが、実名を含む犯罪事実の公表について被疑者が名誉毀損を争った、2つの裁判例である。

まず、千葉地判昭和46年8月4日判時

660号74頁は、「署長の報道機関への発表は……同種犯罪の予防、善良な市民への警告等専ら公益を図る目的で発表したものである」（下線は筆者）ことや、「署長の報道機関に対する犯罪事件に関する発表は警察事務の執行にほかならない」（下線は筆者）ことを認定している。つまり、同判決は、警察による犯罪事実の公表は、「犯罪の予防」を「目的」とする行為であり、それは警察の責務の範囲内であると判断したといえる。

また、大阪高判昭和60年6月12日判時1174号75頁でも、「警察官は犯罪予防（警察法2条1項）の見地から被疑者の犯罪にかかる事実を公表することがその職責上から必要な場合がある」（下線は筆者）と判示され、犯罪事実の公表が、警察法2条1項に規定される「犯罪の予防」という警察の責務を果たすことを目的とする行為であると明示的に判断した。

犯罪事実の公表は、犯人の指名手配を目的とする場合などの特殊な場合を除けば、この公表自体が特定犯罪の訴追に繋がることはない。そのため、犯罪事実の公表の目的は犯罪予防にあるとした上記の判断は妥当である。

これらの事例は、被疑者の実名発表を問題にするものであり、被害者の実名発表とは異なる。しかし、被害者は、被疑者と共に犯罪事実を構成する要素の一つだから<sup>104)</sup>、ここでいう犯罪事実には、被害者も含まれると考えることができよう。

101) 米田雅宏「警察規制の概念と手法」高木=宇賀編・前掲注68)242頁、242頁。

102) 川出・前掲注100)73頁。

103) 酒巻匡「行政警察活動と捜査(2)」法教286巻55頁、55頁(2004)。ここで、警察法2条における「責務」とは、警察組織の「任務」を意味するものであるが、責任を負うべきものという趣旨から、「責務」という表現が用いられている(田村正博『全訂 警察行政法解説(第2版補訂版)』23頁(東京法令出版,2019))。「任務」とは、「達成すべき行政目的」のことである(北村滋「中央省庁等改革と警察組織」警察学論集52巻10号1頁、32頁(1999)、中央省庁等改革推進本部「各省等設置法案等関係大綱(平成11年1月26日)(<https://www.kantei.go.jp/jp/990126kettei/9901taikou-4.html>, 2021年9月10日最終閲覧))。そして、「目的」は、立法資料によれば、警察法1条の目的規定にある「個人の権利と自由を保護」すること及び「公共の安全と秩序を維持する」ことが「警察の大目的」であり、2条の責務規定において、「さらにこの目的ははっきりとでている」とされている(衆議院地方行政委員会「第19回国会衆議院地方行政委員会議録第22号」2頁〔柴田達夫国家地方警察本部警視長(総務部長)発言〕(昭和29年3月4日)([https://kokkai.ndl.go.jp/minutes/api/v1/detailPDF/img/101904720X02219540304\\_2021年9月16日最終閲覧](https://kokkai.ndl.go.jp/minutes/api/v1/detailPDF/img/101904720X02219540304_2021年9月16日最終閲覧)))。よって、警察法2条1項の「責務」は、すなわち行政「目的」であり、警察活動はこのいずれかを達成することが目指された行為である。

104) 公訴事実(犯罪事実)となる訴因は、誰が、いつ、どこで、何を又は誰に対し、どのような方法で、何をしたかという項目で特定されるところ、このうち加害者は「誰が」(犯罪の主体)に当たり、被害者は「誰に対し」(犯罪の客体)に当たる(松尾浩也監修『条解刑事訴訟法(第4版増補版)』513頁、515頁(弘文堂,2016))。

よって、被害者の実名を含めた犯罪事実の公表は、警察の「犯罪の予防」という責務を果たすことを目的とした行為であるといえる<sup>105)</sup>。

以上より、実名発表は、訴追目的を含まない警察活動であるといえ、捜査には該当せず、行政警察活動ということになる。警察の実名発表は、刑事訴訟法の規律から外れるため、同法は法律上の根拠とはならない<sup>106)</sup>。

#### b 警察法

警察法2条1項が警察の責務の一つとして「犯罪の予防」を掲げていることから、これが権力行使の根拠規範になるかが問題となる。警察事務は国及び都道府県に一体的に属する行政事務であり、警察法はこれらを一体的に定める特殊な行政組織法である<sup>107)</sup>。警察法が組織法であると同時に、権力行使の根拠規範となるかについては解釈も分かれる。すなわち、同条は単なる組織法でしかないと考える立場と、権力行使の一般的根拠規範にもなると考える立場があり<sup>108)</sup>、後者が判

例・実務のとする立場である<sup>109)</sup>。

もっとも、両者の見解共に、相手方の任意の協力を得る以外の公権力行使に関しては、警察法2条1項は法律上の根拠にはならず、他の法律上の根拠が必要と考えている点では共通する<sup>110)</sup>。被害者等の同意なき実名発表が、プライバシー権という重要な憲法上の権利の侵害を伴う公権力行使であることからすれば、いずれの見解からでも、警察法2条1項は直接の法律上の根拠とはならないと考えられる。

#### c 警察官職務執行法

では、警察官職務執行法（以下、「警職法」という。）は根拠となるか。

警職法1条は、「警察法に規定する……犯罪の予防……の職権職務を忠実に遂行するために、必要な手段を定めることを目的とする。」と定めている。しかし、同法には実名発表についての直接的な規定はない。

警職法8条は「警察官は、この法律の規定によるの外、刑事訴訟その他に関する法令及

105) 警察法2条1項に規定された他の責務である「個人の生命、身体及び財産の保護」、「犯罪の……鎮圧」、「被疑者の逮捕」、「交通の取締」、「その他公共の安全と秩序の維持」は、いずれも実名発表とは関係がない。なお、前掲千葉地判昭和46年8月4日、古崎慶長「判批」判自29号94頁、95頁(1987)や、都築政則「判批」別冊判タ26号545頁、545頁(2010)は、市民への警告も、犯罪事実公表の目的と位置付ける。しかし、警察行為の目的は警察法2条1項に規定された各責務のいずれかの中のみ求められるべきという本稿の理解の下では、警告行為も警察法2条1項に規定されたいずれかの目的に包摂されるべきことになる。そして、市民への警告は、どれかといえば、犯罪予防目的に包摂される。つまり、警察の実名発表行為の目的を法的に基礎付けようとした場合には、市民への警告はこれ自体では目的たりえず、犯罪予防という目的達成のための手段か、あるいは、犯罪予防という大目的を達成するための小目的という位置付けに整理される。また、この点と関連して、実名を含めた犯罪事実の公表は、「ある人」が犯罪に遭ったのではなく、「他でもないその人」が犯罪に遭ったことを識別させるが、これは実名発表の機能であり、警察活動の目的ではない。あくまでも警察活動の目的は、その責務の中に求められなくてはならないことには注意する必要がある。

106) この見地からすると、先述の検察による実名発表の根拠が刑事訴訟法47条にある、という国会答弁に対して疑問が生ずる。刑事訴訟法上に実名発表の法的根拠を求める場合、実名発表をあくまでも犯罪訴追に関する活動と性質決定する必要があるところ、裁判例（東京高判平成14年5月22日訟月50巻6号1683頁（検察が起訴猶予処分をした者の実名を発表した行為につき国家賠償責任の成立を否定した事例））は、「検察官による発表行為については、その性質が非権力的であり、その際に要求される職務上の法的義務は実定法上明確には規定されていない」（下線は筆者）とした上で、国家賠償責任における違法性を判断する際、比較衡量の一方利益である公益の考慮要素の一つとして「犯罪の一般予防的機能」を挙げていることからすれば、実名発表行為を犯罪予防目的の非権力的行為と性質決定しているように思われ、これを犯罪訴追に関する活動とは考えていないからである。

107) 関根謙一「警察法の再構成」荻野徹編『関根謙一警察法等論文集』254頁、254-255頁（立花書房、2018）〔初出1981〕。

108) 議論状況を概観するものとして、渡部保夫「判解」最判解刑事篇昭和55年度149頁、156-158頁（1982）。

109) 藤田由靖「警察法二条の意義に関する若干の考察」『行政法の基礎理論（上巻）』362-364頁（有斐閣、2005）〔初出1988〕。ドイツにおける警察の任務規定も、権限発動の根拠規定で授權規定であるとされる（関根謙一「警察と行政処分——警察作用の本質を解明、警察法第二条との関連に及ぶ——」荻野編・前掲注107）40頁、46頁）〔初出1978〕。

110) 藤田・前掲注109）394頁。

び警察の規則による職権職務を遂行すべきものと定める。これは、警職法が警察権行使に関する一般法で、同法以外の警察権が失われるものではなく、警察官がそれらによる職務を忠実に遂行すべき立場にあることを確認的に規定したものであるとされる<sup>111)</sup>。そのため、警職法8条も、公権力行使に対する授權規定とはなるものではない。

よって、警職法も根拠法令にはならない。

#### d 犯罪捜査規範(昭和32年国家公安委員会規則第2号)

犯罪捜査規範25条においては、「捜査に関し、新聞その他の報道機関等に発表を行うときは、警察本部長若しくは警察署長(捜査本部を設置した場合においては捜査本部長)又はその指定する者がこれに当たらなければならない。」と規定されており、報道に対する発表が警察により行われることが前提とされている。この規則は捜査の心構えや方法に関する事項を定めるもので(同規則1条)、国家公安委員会の直接の管理下にある警察庁だけでなく、都道府県警察とその職員もこれに従うものとされる<sup>112)</sup>。

しかし、あくまでもこれは活動指針を定める行政規則にすぎず<sup>113)</sup>、権利侵害の根拠規範となるものではない。

#### e 情報公開法制

##### (a) 直接的根拠となるか

情報公開法制は実名発表の根拠となるか。

実名発表をするのは、都道府県警察の警察官(以下、単に「警察官」という。)であるところ、警察官は、都道府県知事の所轄下に置かれる都道府県公安委員会の管理下に置かれ(警察法38条1項,3項)、法令又は条例

の委任に基づく都道府県公安委員会の規則に従うこととされる(同法5項)<sup>114)</sup>。行政機関情報公開法(以下、「情報公開法」という。)における「行政機関」には、国家公安委員会が含まれる(情報公開法2条2号,内閣府設置法49条1項,64条)が、都道府県公安委員会を含まないため、同法自体は、警察官の行為については及ばない。

しかし、平成11年12月改正で情報公開法において国家公安委員会が対象になったこと及び警察改革要綱<sup>115)</sup>を受けて、都道府県の条例も、都道府県公安委員会を実施機関に含める動きが進み、現在では全ての都道府県の情報公開条例が、都道府県公安委員会を実施機関とするに至っている<sup>116)</sup>。

よって、情報公開に関する条例は、警察官の行為に及ぶ。もっとも、情報公開条例などの情報公開制度は、国民や住民に対して情報の積極的開示請求権を付与することが本質であり<sup>117)</sup>、警察の実名発表の規律になるものではない。そのため、情報公開法制は、情報提供行為の直接的な法的根拠とはならない。

##### (b) 趣旨を及ぼすべきとの主張

報道機関が警察に被害者の実名発表を求め根拠の一つとして「権力不正の追及」が挙げられており<sup>118)</sup>、警察の実名発表について情報公開法制の趣旨を及ぼすべきとの主張もみられる<sup>119)</sup>。この主張は、行政機関の権力行使について「説明する責務」を果たさせることで、「国民的的確な理解と批判の下にある公正で民主的な行政の推進」(情報公開法1条)を求めるものだろう。実際に、実名発表の実務においても、情報公開法制の趣旨に沿った運用が意識されている<sup>120)</sup>。

111) 田村・前掲注103)189頁。

112) 田村・前掲注103)369頁。

113) 田村・前掲注103)369頁。

114) もっとも、都道府県警察職員は国家公安委員会によって任命される警視総監・道府県警察本部長の指揮監督下にも置かれる(警察法49条1項,48条2項)ことなどもあり、都道府県警察の組織法上の位置づけは不明確である(晴山一穂「判批」宇賀克也ほか編『行政判例百選Ⅱ(第6版)』488頁,488頁(2012))。

115) 国家公安委員会・警察庁「警察改革要綱——『警察刷新』に関する緊急提言を受けて——」1頁(平成12年8月)(<https://www.npa.go.jp/about/overview/kaikaku/youkou.pdf>,2020年11月2日最終閲覧)。

116) 宇賀克也『新・情報公開法の逐条解説(第8版)』40頁(有斐閣,2018)。

117) 宇賀・前掲注116)2頁。

118) 日本新聞協会編集委員会・前掲注27)22-23頁。

119) 梓澤・前掲注64)13頁,田島・前掲注59)30頁など。

120) 犯罪被害者等基本計画検討会「第9回会議議事録」〔片桐裕警察庁長官官房総括審議官発言〕(平成17年10

そのため、この点についても検討する必要がある。

### (c) 開示請求の認容可否

では、仮に報道機関により被害者実名の開示請求がされた場合、当該請求は認容されるだろうか。被害者実名は常に開示が許されるべき情報であると考えられるのであれば、開示請求の前に行った実名発表について、情報公開法制の趣旨を及ぼしたとして、これを一応の根拠として考えることも不可能ではないだろう。

情報公開法は、公開請求された情報が、不開示情報に当たらない場合には原則公開とする枠組みであるから<sup>121)</sup>、被害者実名が不開示情報に当たるかどうかを検討することになる。

まず、個人に関する情報は原則として不開示情報に当たる（情報公開法5条1号<sup>122)</sup>）。ここでいう「個人」に死者を含むかについて明文規定はないものの、死者の名誉、プライバシーに関する我が国の国民感情や、死者の情報開示が遺族のプライバシー侵害になりうることを考慮すると、「個人」には死者も含むと解すべきであるとされる<sup>123)</sup>。よって、犯罪被害者が死亡していた場合も含めて、被害者の実名は原則として不開示情報に

該当する。

もっとも、不開示情報に該当した場合でも、その例外として、「慣行として……公にすることが予定されている情報」（公領域情報）に当たる場合には、開示情報となる（法5条1号イ）。例えば毎年公表している報告書などがこれに当たる<sup>124)</sup>。実名発表は、警察が記者クラブという特定の相手方に個別に情報提供しただけであり、「公にする」とはいえないとも考えられるが、先述したような警察と報道機関との相互利用補充関係に鑑みれば、警察が「公に」していることは否定できないだろう<sup>125)</sup>。しかし、公領域情報によるプライバシー侵害の程度は、受忍限度内にとどまるものに限られると考えられているから<sup>126)</sup>、被害者情報の公開が基本権侵害となるものである以上、受忍限度内とはいえない。よって、公領域情報に当たることによる不開示情報の例外には該当しない。

以上より、情報公開法制の手に則り開示請求がなされたとしても、これが認められることがないため、同法制の趣旨に鑑みても、情報公開法制は実名発表の根拠にならない。

### f 行政機関個人情報保護法

行政機関個人情報保護法<sup>127)</sup>においては、行政機関による情報の目的外利用は原則禁止

月25日）（<https://www.npa.go.jp/hanzaihigai/suisin/kihon/giziroku9.html>, 2020年11月2日最終閲覧）では、「一般に行政機関は、それぞれの目的を遂行するために必要な情報を集め、……その公表のあり方についても、一方で……個人のプライバシーの問題、そしてまた行政目的への支障の問題、また他方で、発表することによって得られる公益性等様々な要因を勘案しまして決定をして」おり、「この趣旨は、情報公開法を見ても法的に明らかである」としている。

121) 宇賀・前掲注116)69頁。

122) 実際には、開示請求先は都道府県公安委員会であるから、各都道府県の情報公開条例を参照する必要がある。情報公開法5条1号は、例えば、東京都情報公開条例7条2号に相当する。以下、情報公開条例を逐一参照することはしない。

123) 宇賀・前掲注116)81-82頁。

124) 宇賀・前掲注116)82-83頁。

125) 東京都情報公開審査会「答申第861号」5頁（2019年3月28日）（[https://www.metro.tokyo.lg.jp/tosei/hodohappyo/press/2019/03/28/documents/36\\_861.pdf](https://www.metro.tokyo.lg.jp/tosei/hodohappyo/press/2019/03/28/documents/36_861.pdf), 2020年11月5日最終閲覧）においては、犯罪事実に関する報道発表資料は、警察が記者クラブに対して情報提供をしていることを理由に警察が「公に」しているとはいえないとして公領域情報該当性を否定し、開示拒否を妥当と答申している。しかし、本文で述べたように、警察と報道機関の相互利用補充関係に鑑みれば、実質的には警察が自ら「公」にしていること自体は否定できないように思われる。

126) 宇賀・前掲注116)86頁。

127) 同法でも、不開示情報としての「個人に関する情報」（14条2号）については死者の情報も含まれると解されており、情報公開法と平仄があっている。ここでいう「個人に関する情報」とは、「A氏が犯罪被害にあった」という情報の場合、その全体が「個人に関する情報」であり、「A氏」の部分のみが「個人に関する情報」ではない（宇賀克也『個人情報保護法の逐条解説（第6版）』486頁（有斐閣，2018））。



されているが（同法8条1項）、情報の目的外利用をする「特別の理由」がある場合には、例外的に情報の目的外利用が認められる（同法8条2項4号）<sup>128)</sup>。もっとも、その場合でも、「本人又は第三者の権利利益を不当に侵害するおそれがあると認められるとき」には目的外利用は禁止される（同法8条2項柱書ただし書）。

#### (a) 目的外利用

捜査機関による被害者実名の収集は、犯罪の訴追目的の行為といえるため、捜査を目的とした行為である。そのため、捜査目的で収集した情報を、犯罪予防目的で第三者に情報提供することは、目的外利用に当たる<sup>129)</sup>。

#### (b) 「特別の理由」の有無

同法では「犯罪により害を被った事実」は「要配慮個人情報」（同法2条4項）として取扱いに特に配慮を要すると考えられていることからすれば、個人情報の提供をすることについての「特別の理由」があると認められるためのハードルは高いものとなる。もし「特別の理由」があったとしても、実名発表は被害者等の基本権侵害に繋がる行為であることから、「本人又は第三者の権利利益を不当に侵害するおそれがあると認められるとき」に該当する。

よって、捜査目的で得られた情報の目的外利用として情報提供が許されることにはならず、同法も根拠とはならない。

#### g その他条例

都道府県における警察活動は、条例や都道府県公安委員会規則などに基づいて行われる自治事務（地方自治法2条8項）であり、各自治体は、自ら定めた処理基準に則りこれを遂行している。

例えば、東京都公安委員会の管理下にある警視庁においては、警視庁の設置に関する条例5条9号で警視庁総務部が広報に関する事

務を行うこととされ、警視庁組織規則（公安委員会規則）4条2号で総務部広報課が報道機関との連絡に関する事務を行うこととされている。さらに、警視庁広報規程4条2号において、広報業務として警視庁の活動状況の報道に関することを業務として行うことが規定され、これを受けた警視庁広報活動実施要綱第2において、警視庁の活動状況の報道発表の事務処理方法が規定されている。

また、警視庁犯罪被害者支援要綱第6の2において、「事件について報道発表を行う場合は、当該事件の被害者に対し、事前に必要な情報を提供するよう努めること」とされており、報道発表を行う場合には、事前に被害者に対して、その旨が伝えられる仕組みをもつが、発表内容について被害者の事前了承を得る仕組みにはなっていない。

これらの規定は、組織内の事務分担とその遂行方法を定めた規定であり、権利侵害の根拠規範とはなりえない。

#### h 犯罪被害者関連法制

犯罪被害者等基本法は、「犯罪被害者等の権利利益の保護」（同法1条）を目的とする法である。一般的に基本法は、理念、責務、施策に関する定めを置くもので<sup>130)</sup>、法規範性が希薄である。そのため、犯罪被害者等基本法においても、これ自体で犯罪被害者等の処遇に関する具体的権利や義務が生ずるわけではなく、具体的権利義務は実施法において定められる必要がある<sup>131)</sup>。

犯罪被害者等基本法8条1項を受けて作成された犯罪被害者等基本計画では、被害者の実名発表に関して、「警察による被害者の実名発表、匿名発表については、犯罪被害者等の匿名発表を望む意見と、マスコミによる報道の自由、国民の知る権利を理由とする実名発表に対する要望を踏まえ、プライバシーの保護、発表することの公益性等の事情を総合

128) これも実際には、情報取扱機関は各都道府県であるから、各都道府県の個人情報保護条例を参照する必要がある。例えば本項は、東京都個人情報保護条例10条2項、3項に相当する。以下、条例を逐一参照することはしない。

129) 鹿野伸二「判解」最判解刑事事篇平成20年度289頁、309頁（2011）は、捜査目的で収集された情報の「目的外利用が許されないことは当然」だと指摘する。

130) 塩野宏『行政法Ⅰ（第6版）』63-64頁（有斐閣、2015）。

131) 塩野宏『行政法概念の諸相』33頁（有斐閣、2011）。

的に勘案しつつ、個別具体的な案件ごとに適切な発表内容となるよう配慮する。【警察庁】(第2-2(89)及びV第5-1(274))<sup>132)</sup>とされている。また、国家公安委員会の管理下にある警察庁の事務として「犯罪被害者等基本計画」の「推進」(警察法5条4項13号)が挙げられることから、都道府県警察により被害者の実名発表が犯罪被害者等基本計画に基づいて適切になされない場合には、同号に基づき、警察庁から都道府県警察に対して指導がされることになる<sup>133)</sup>。基本計画は実施法とは異なるが、基本法を具体化した基本計画が閣議決定されることで、基本計画に定められた事項は、政策指針や法案策定指針として機能することになる<sup>134)</sup>。

もともと、以上のような犯罪被害者関連法制をみても、実名発表の根拠規範となる規定は見当たらない。

#### i まとめ

現状、我が国の法制上、実名発表の明確な根拠法令は存在しない。これは、実名発表は、基本権侵害行為としてではなく、犯罪予防のための広報活動の一環として行われる事実行為として考えられていることが理由だろうと思われる。しかし、先述のように、被害者の実名発表は基本権侵害を伴う行為であるから、法律上の根拠は必須である。

よって、基本権侵害行為である実名発表は、十分な法律上の根拠がないため、違憲となる。

### 3 実質的正当化（比例原則）

法律上の根拠があることは、基本権制限の必要条件であるが、十分条件ではない<sup>135)</sup>。仮に今後、実名発表の法的根拠が整備された場合においては、基本権制限は許されるのだろうか。「警察は、報道機関に対して犯罪被害者の個人に関する情報を提供することができる」旨の法律が存在すると仮定して、以下、比例原則による実質的正当化を検討する。

#### (1) 違憲審査の種類

現在の実務においては、各都道府県警察の現場が実名発表の可否を個別判断していることからすれば<sup>136)</sup>、法律に基づく制約の問題として、事案ごとに適用違憲や処分違憲を検討する余地もありそうである<sup>137)</sup>。

しかし、適用違憲や処分違憲は、特殊事例における法令の具体的な適用関係や、個々の具体的な権力行使の態様を問題にするものであり、違憲の射程が限定されてくる。本稿は、性犯罪被害者等の特定の犯罪被害者に限らず、全ての種類の犯罪被害者の実名発表が基本権侵害であると捉える立場であるので、そもそも法律が合憲的に適用される事例が全く想定されない<sup>138)</sup>。そのため、違憲の帰零点<sup>139)</sup>は法令にあると考えることができ、適用違憲や処分違憲ではなく、その大元となる法令の違憲を検討すべきである。

以下、法令違憲を、目的手段の図式により、具体的に検討する。なお、審査密度に関しては、実名発表が重要な権利の重大な侵害とい

132) 警察庁「第4次犯罪被害者等基本計画」20-21頁, 50頁(2021年3月30日)([https://www.npa.go.jp/hanzai-higai/kuwashiku/keikaku/pdf/dai4\\_basic\\_plan.pdf](https://www.npa.go.jp/hanzai-higai/kuwashiku/keikaku/pdf/dai4_basic_plan.pdf), 2021年10月11日最終閲覧)。

133) 犯罪被害者等基本計画検討会・前掲注120)。

134) 内閣は閣議にかけて決定した方針に基づき行政各部を指揮監督する(内閣法6条)ことなどから、閣議決定は、行政機関としての内閣の最高意思決定であり、行政各部を指揮監督するための基本方針となる(板垣勝彦「基本計画(閣議決定)の法的意義——住生活基本計画を素材に」都市住宅学94号14頁,15頁(2016))。また、「犯罪被害者等基本法の基本計画に盛り込まれた事柄が刑事訴訟法等の改正法案となった、つまり、法律が計画の母体であるが、その計画が法律の母体となる」場合もあるとされる(塩野・前掲注131)32頁)。よって、閣議決定に基づく基本計画であるからといって、軽視されるべきものではない。

135) 渡辺ほか・前掲注48)69-70頁〔松本和彦〕。

136) 犯罪被害者等基本計画検討会「第6回会議議事録」〔片桐裕警察庁長官官房総括審議官発言〕(平成17年7月26日)(<https://www.npa.go.jp/hanzai-higai/suisin/kihon/giziroku6.html>, 2020年11月2日最終閲覧)。

137) 宍戸・前掲注69)43頁。

138) 宍戸・前掲注69)298頁。

139) 駒村圭吾『憲法訴訟の現代的転回——憲法的論証を求めて』48頁(日本評論社, 2013)。

えるため、法律の留保において高い規律密度が要求されたのと同じく、比例原則においても、高い審査密度が要求されると考える。

## (2) 目的審査

基本権制限をするほどに重要な目的があるか<sup>140)</sup>。

実名発表は、先述の通り、警察活動が果たすべき責務のうち、「犯罪の予防」という責務を果たすために行われる行為であり、犯罪予防が目的である。

犯罪事実に関する情報を提供することで、警察組織自体に特段の利益が生ずるわけではないことからすれば、不当な目的を含むものではない。また、犯罪予防は国民の生命身体を守ることに繋がるため、この目的は、正当であるといえる。

実名発表による犯罪予防は、発生した犯罪と同種事案の更なる発生を予防するためのものであるから、発生した犯罪が重大であればあるほど、その犯罪予防という目的の重要性も高まる。

そのため、犯罪予防という目的は、実名発表をする犯罪の重大さに応じて、重要といえる場合と、そうでない場合が生じてくる。この点の具体的な検討については、必要性審査や狭義の比例性審査において言及する。よって、ここではひとまず、目的が重要といえる場合もあるということにとどめ、次に進む。

## (3) 手段審査

手段審査は、規制手段が規制目的と合理的

に関連すること（合理性）、規制手段が規制目的の達成に必要な最小限度であること（必要性）、規制手段の投入によって得られる利益と失われる利益が均衡を保っていること（狭義の比例性）、という3つの観点から検討する<sup>141)</sup>。

### a 合理性

犯罪予防という目的を達成するために、被害者実名を報道機関に提供することは、合理性があるか。

確かに、犯罪事実に関する情報は、報道機関を通じて国民に周知・注意喚起されることで、国民が同種事案の被害に遭わないように事前に備えることができるため、同種事案の再発防止に繋がる。しかし、このことは、犯罪事実を構成する要素のなかでも、被害者の性別、年齢に関する情報について当てはまるにすぎない。例えば、若い女性を狙ったわいせつ事件の発生を知った高齢男性は、対策を取る必要はなく、子供を狙った誘拐事件の発生を知った子供をもたない人は、対策をとる必要はなく、高齢者を狙ったひったくり事件の発生を知った強壮な青年は、対策を取る必要はない。年齢や性別の点で自分と属性が同じ他者が犯罪被害に遭った事件を知り、自分も同種犯罪に巻き込まれる前に対策をとることが動機付けられることによって、結果的に犯罪予防に繋がるのである。そうであれば、犯罪事実のうち、被害者の年齢及び性別を公表することについては、犯罪予防目的に資する関係があるから、手段として合理性を有す

140) ドイツの三段階審査論における目的審査には、積極的な意味合いはなく（小山・前掲注 18）68頁）、「ほとんど機能していない」（石川ほか・前掲注 19）411頁〔石川健治発言〕とも言われる。しかし、ドイツにおいても、一応は、目的が重要かあるいは正当かという区別は存在しており（石川ほか・同 411頁〔石川健治発言〕）、我が国において、比例原則による違憲審査の枠組みに親和的と言われる薬事法判決（最大判昭和50年4月30日民集29巻4号572頁）も、目的が重要であることまで要求している（石川健治「判批」長谷部恭男ほか編『憲法判例百選Ⅰ（第7版）』198頁、200頁（2019））。そのため、本稿では、審査における規律密度を高めた結果として、目的審査においては、その正当性だけではなく、重要性まで要求した。

141) 渡辺ほか・前掲注 48）76頁〔松本和彦〕。なお、規制手段が規制目的と合理的に関連すること（*Geeignetheit*）を、本文では「合理性」と表現したが、同書では「適合性」の表現を用いる。この審査項目の呼称については、論者により区々であり、統一されていない。「関連性」（木村草太『憲法の急所 権利論を組み立てる』9頁（羽鳥書店、2011））や「相当性」（宍戸常寿『憲法裁判権の動態（増補版）』203頁（弘文堂、2021））の用語を用いるものもある。しかし、最高裁は「適合性」などの用語は用いずに、同義の用語として「合理性」という表現を用いており（例えば、最大判昭和50年4月30日前掲注140）〔薬事法判決〕参照）、「憲法判例において、立法目的との適合性（*Geeignetheit*）の意味で『合理性』を用いる用法は、ほぼ確立した」といわれている（石川健治「法制度の本質と比例原則の適用」LS憲法研究会編『プロセス演習憲法（第4版）』291頁、312頁（信山社、2011））。そのため、日本においては、「合理性」の用語がより一般的であると思われるため、本稿では「合理性」の表現を用いて検討する。

るといえる<sup>142)</sup>。

しかし、被害者実名については、これを国民が知ったときに犯罪予防に繋がるという合理的な関連性は考えにくい。なぜなら、国民が自己の属性と同じ他人が犯罪被害者となったという事実を知り、犯罪予防の動機付けがされるというメカニズムを考えたときには、被害者の実名には自己の属性との同一性を観念できないからである。

一方で、被害者実名報道がされることで事実の重みが増し、訴求力が強まるという主張もある<sup>143)</sup>。このように考えれば、実名発表という手段をとることで、匿名では訴求できなかった層に新たに犯罪予防の行動を動機付けられることや、匿名の場合よりも一層強く国民に対して犯罪予防の行動を動機付けられることからすれば、実名発表と犯罪予防の間の合理的関連性も一応肯定できる。

#### b 必要性

犯罪予防という目的を達成するための手段として、実名発表が必要最小限度であるといえるだろうか。これは、実名発表が、目的達成のためにより緩やかで侵害度の小さい手段がもはや見出せないような、必要不可欠な手段であるといえる場合に肯定される<sup>144)</sup>。合理性の審査では、実名発表によって犯罪事実の訴求力が強まることにより、犯罪予防に繋がるという関連性を考えた。そのため、ここでは、犯罪事実を国民に有効に訴求するためには被害者実名が必要不可欠であり、基本権侵害を伴わない別の手段が考えられないかどうかを検討されなければならない。

相模原障害者施設やまゆり園における殺人事件（2016年）においては、警察による犯罪事実の公表は、被害者19名について全て

匿名でなされた<sup>145)</sup>。しかし、この事件が社会に大きな衝撃を与えたことについては、異論はないだろう。つまり、被害者実名がないことで事実の重みが減じ、訴求力が低下するということが、当該事件においては妥当しなかったことになる。当該事件は、被害者数の多さと犯人の狂気性が特徴であり、被害者の実名がなくても十分に他の要素で訴求力をもつ事件であったから、被害者実名がないことによる訴求力低下は問題とならなかったともいえよう。

社会的意義が大きい重大事件ほど、警察は、本来、広報の必要性も高く、国民に訴求することで犯罪予防をしたいはずである。しかし、社会的に重大事件である場合には被害者の実名がなくても訴求力がある、という上述の例からすれば、裏を返せば、被害者の実名が必要不可欠である場合というのは、社会的に軽微な事件だけということになる。

このように考えると、目的の重要度が高い場合（重大犯罪の犯罪予防）ほど、ある手段をとる必要性が減じる（実名発表が必要不可欠でない）という関係になっており、ある手段を取る必要性が高い場合（実名発表が必要不可欠である）は、目的の重要度が低い場合（軽微犯罪の犯罪予防）に限られてしまう。

よって、実名発表が必要不可欠な場合というのは、軽微犯罪の犯罪予防を目的とする場合であり、この場合には、軽微犯罪の犯罪予防という目的は正当とはいいいえても、重要な目的とまでは必ずしもいえないため、比例原則を満たさないという構造となる。

また、被害者実名に代わって記号ではない仮名の使用<sup>146)</sup>や、犯罪事実の被害者実名以外の部分の詳細な発表による訴求力向上な

142) 年齢に関しては、例えば誤嚥事故など乳幼児が被害者となる場合では、被害者が1歳かあるいは3歳か、という細かい年齢の違いが、再発防止対策の内容の違いとなって現れてくることもある。そのため、被害者の年齢については、年齢「層」ではなく、場合によっては月齢まで含めた年齢を情報提供することに合理性がある。

143) 日本新聞協会編集委員会・前掲注27)21-22頁。

144) 必要性審査の中身につき、渡辺ほか・前掲注48)76頁〔松本和彦〕、石川・前掲注70)25頁。

145) 松井裕子「実名と匿名のはざままで 相模原障害者殺傷事件『19のいのち』の報道から」*Journalism*362号26頁、26頁（2020）。

146) 実名そのものが人格の象徴であるとする主張もあり（日本新聞協会編集委員会・前掲注27)32頁）、この立場からすれば、被害者に対して仮名を使用することが、今度は別の権利侵害にもなりうる。しかし、実名か仮名かという判断は、基本権の行使として被害者等自身が行うべき事項であるから、被害者等が自ら仮名による情報提供を選択した場合に限って仮名による報道することにすれば、権利侵害は発生しない。

ど、他のより制限的でない手段があることからすれば、被害者実名は犯罪予防の実効性確保に必要不可欠であるとはいえない。

以上より、基本権の制約が許されるほど重要と叫ぶような、重大犯罪の予防を目的と考えた場合、これを達成するための手段として、実名発表は最小限度の手段であるとはいえない。

### c 狭義の比例性

被害者実名を報道機関に提供することで得られる利益と、失われる利益は均衡しているか。基本権制約に係る様々な諸利益の多层次的な比較衡量が必要になる<sup>147)</sup>。ここでは、大きく分けて次の2点の問題を検討する。

第1に、実名発表をすることで報道機関等が得る利益が、これにより失われる被害者等の利益と均衡しているかが問題となる<sup>148)</sup>。

第2に、実名発表は犯罪予防を目的としており、犯罪予防から得られる利益と、これにより失われる被害者等の利益は均衡しているかが問題となる。

以下、それぞれについて検討する。

#### (a) 報道機関等の利益

報道機関が被害者の実名報道をする意義として挙げるのは、①「知る権利」への奉仕、②不正の追及と公権力の監視、③歴史の記録

と社会の情報共有、④事実の核心、⑤取材の起点、⑥真実性の担保、⑦訴求力と事実の重み、⑧訴えたい被害者がいることである<sup>149)</sup>。実名発表がなされない場合には、報道機関は事実上、実名報道をすることができないから<sup>150)</sup>、これらは、実名発表から得られる利益と考えて良いだろう。

以上の8つの観点は、互いに重なり合うものもあり、結局は(ア)不正の追及と公権力の監視、(イ)訴求力と事実の重み、(ウ)「知る権利」への奉仕という3点に集約されるように思われる<sup>151)</sup>。利益間の均衡性を検討するには、一方利益が有する価値の重みをまずは同定する必要がある。そのため、これら3つの観点から、得られる利益の価値の内実を検討し、失われる利益との均衡性を考察する。

#### ・ (ア)不正の追及と公権力の監視

##### 被害者≠権力行使の相手方

警察権という実力を伴った国家権力発動の対象者は、加害者であり、被疑者逮捕に際する被疑者の実名発表は、国家による権力行使の報告という面もある。そのため、適切な権力行使に対する監視の意味から実名報道が要請されるのは、本来は、加害者についての報道である。被害者等は、警察から支援を受ける立場でこそあれ<sup>152)</sup>、監視が要請されるような権力行使の相手方ではない。

147) 宍戸・前掲注 69)57 頁。

148) 従来、裁判所が、報道の自由とプライバシー権の衝突を、両権利の等価的比較衡量により解決してきたことは、ここで行う均衡性審査の検討と重なる。判例は憲法の私人間効力について無適用説を採用した上で、メディアによる権利侵害の紛争においては、判決がメディアの表現の自由を侵害するか否かを論じている、とする指摘があるが(高橋・前掲注 19)146 頁注 162)、この指摘に沿っていえば、比例原則のうち合理性と必要性の審査は、プライバシー侵害の救済のために損害賠償制度に依拠した判決を下すことは合理的かつ必要最小限の手段と当然にいえるために明示的に判例では言及されずに、判決から得られる利益であるプライバシー権と、失われる利益である報道の自由の比較衡量を論じる均衡性審査の部分が検討の中心となって判示に現れていると考えることができよう。

149) 日本新聞協会編集委員会・前掲注 27)15-24 頁。

150) 田島・前掲注 59)30 頁。

151) ④事実の核心と⑥真実性の担保は、事後検証可能な正確な歴史を記録するという点で、③歴史の記録と社会の情報共有に繋がる。そして、③歴史の記録と社会の情報共有は、①国民の「知る権利」充足、②権力監視の観点に吸収される。⑤取材の起点は、被害者実名を起点にした事件の全容解明による、①国民の「知る権利」充足、②権力監視を目的とするものだろう。また、⑧訴えたい被害者がいることについては、全ての被害者に対して実名報道を強制する理由にはならない。本稿も、被害者等が実名をもって訴えたい場合の実名報道まで排除するものではない。この点については、事件後3年経過した段階で、改めてマスコミと接点を持ちたいと考える被害者等が増加するとされており(大久保=阿久津・前掲注 84)24 頁)、報道機関が、訴えたい被害者等の存在の意義を重要視するのであれば、一定期間経過後に訴えたい被害者等とのコンタクト方法を模索する方向で検討すべきだろう。

152) 犯罪被害者等基本法 11 条及びこれを受けた第4次犯罪被害者等基本計画 V 第 4-1 など。また、「警察はかねてより犯罪被害者支援を主導してきた」ともいわれる(番敦子ほか『犯罪被害者等基本計画の解説』127 頁(ぎょ

現状、不正の追及を掲げて警察に実名発表を求める中心は、速報ジャーナリズムであるが<sup>153)</sup>、速報で被害者の実名報道をすること自体が、不正の追及に繋がるという根拠は乏しい。もし警察による捜査の不備や、被害者に対する支援内容が適切ではない場合には、当該被害者等が個別に声を上げることで対応可能である。情報通信技術が発達した現在、個人が自ら情報発信をするためのツールも豊富であるし、個人が情報提供者となって週刊誌等に権力不正を告発するケースも多くある<sup>154)</sup>。

### 証拠偽造の問題

確かに、被害者の特定がなされないことを良いことに、警察が被害状況を加重することで、加害者に対して不利な事実を創造することも考えられる。この場合には被害者にも好ましい状況であるため、被害者による告発という自浄機能が期待できない。

しかし、検察が裁判で被害状況を主張する際には、医師の診断書などの証拠により犯行結果を立証する必要があるから、被害状況の改ざんは証拠偽造の問題に他ならない。もし報道機関が、証拠偽造抑止目的で実名発表を警察に求めるのであれば、実名発表を当該目的達成の手段として再定位した上で、被害者情報の証拠偽造抑止という利益と、失われる利益の比較衡量が立法府によりまず行われる必要がある。

### 不正追求のための法的手段

また、被害者実名を起点にした不正の追及は、裁判法廷の取材、裁判資料の調査や、情

報公開法制に基づく情報収集により行われるべきである。裁判の公開は憲法上の要請（憲法 82 条 1 項）であるし、刑事裁判資料の閲覧も法律で認められている<sup>155)</sup>（刑事訴訟法 53 条 1 項、刑事確定訴訟記録法 4 条 1 項）。行政資料の閲覧請求権を定めた情報公開法制は、行政が特定の目的をもって収集した情報を、開示することの利益と不開示することの利益を調整した上で当該情報を公開する可否かを決定するための手続を定める法制であり<sup>156)</sup>、行政機関の情報取扱いの適正手続にかかる問題を立法的に解決したものである。

### 三権分立

三権分立の観点からいえば、行政機関を統制・監視するのは国会であり、そのために法律がある。この仕組みは、国民→国会→内閣→行政各部という、権力の正当性と責任の連関を明確にした民主主義による統治構造を体现したものであり<sup>157)</sup>、犯罪事実の公開に関する既存の法的制度は、国民が国会を通して下した行政監視方法についての回答であるから、まずはこれを利用することが筋だろう。報道機関が行政監視の大義を掲げながら、専ら行政機関自身に事実行為としての実名発表行為を求めることは、要求の矛先が異なっている。既存の行政監視の制度が不備であると考える場合には、実名発表について新規立法を求める、という要求を国会に対して行うべきである<sup>158)</sup>。

現状、報道機関が行政機関自身に対して実名発表を要求していることは、真の不正の追及とはいえないのではないかと。

うせい、2006)。

153) 林香里『『実名か匿名か』の問いの畏 個人化する市民感覚と乖離』Journalism362号 58頁、63頁（2020）。

154) 桶川ストーカー殺人事件における権力不正の追及機能は、写真週刊誌記者の調査報道により発揮された（村上玄一『記者クラブって何だ！？』165-167頁（同朋舎、2001））。

155) 刑事訴訟記録は情報公開法および行政機関個人情報保護法の適用除外となっている（刑事訴訟法 53 条の 2 第 1 項、同条 2 項）。なお、判例上、刑事訴訟記録の閲覧は、憲法 82 条に基づく権利とまではいえないとされている（最決平成 2 年 2 月 16 日判時 1340 号 145 頁）。

156) 宇賀・前掲注 116)69 頁。

157) 渡辺康行ほか『憲法Ⅱ 総論・統治』114-115 頁〔宍戸常寿〕（日本評論社、2020）。

158) 被害者実名報道の責任の所在という議論があり、報道機関側は、実名報道の責任は自らが引受ける代わりに、全ての実名発表を要求する（日本新聞協会編集委員会・前掲注 27)15-24 頁）一方、警察は、あくまで実名報道の責任は自身にあるから、実名発表の判断は警察がするべきであると主張する（犯罪被害者等基本計画検討会・前掲注 120）。しかし、本文に述べた三権分立の観点からすれば、責任の所在は行政機関にも報道機関にもなく、実名報道を許容する法律に責任があり、さらにはこれを制定させた国民に責任があるということになる。そして当該法律の妥当性を審査するのは、違憲審査権を有する司法府ということになる。

このように考えると、不正の追及と公権力の監視という利益は、そもそも実名発表により得られる利益といえるかどうか疑問が残る<sup>159)</sup>。

・ (イ)訴求力と事実の重み

実名報道が訴求力をもつことから得られる利益とは、実名報道された事件が国民の注意を喚起し、議論を促す契機となるような場合に観念できる。この点については、報道の民主制上の意義とも関連するところであり、次の(ウ)「知る権利」への奉仕と併せて検討する。

・ (ウ)「知る権利」への奉仕

博多駅事件大法廷決定が示す報道の自由の意義

報道の自由は、判例上、憲法 21 条が保障する権利として認められており、これは学説上も異論がない<sup>160)</sup>。そして、報道の自由を裏付けるものとして、国民の「知る権利」がある<sup>161)</sup>。

最高裁大法廷は、博多駅事件において「報道は、民主主義社会において、国民が国政に関与するにつき、重要な判断の資料を提供し、国民の『知る権利』に奉仕するものである」<sup>162)</sup>と判示し、報道の公共性及び民主制上の意義を示した<sup>163)</sup>。

この判示部分は、報道機関側からの上告趣意において、主権者たる国民が選挙等で判断する基礎となる情報を提供するのが報道機関の役割であり、「報道の自由は国民の『知る

権利』と表裏一体をなしているのであつて、……民主主義を貫く立場からは報道の自由はこのような公器の持つ特権として最大限の尊重を受けなければならない」<sup>164)</sup>と主張されたことに対応するものである。民主制は、「その構成員である国民がおよそ一切の主義主張等を表明するとともにこれらの情報を相互に受領することができ、その中から自由な意思をもつて自己が正当と信ずるものを採用することにより多数意見が形成され、かかる過程を通じて国政が決定されることをその存立の基礎」<sup>165)</sup>としているから、これと併せて考えれば、報道の民主制上の意義は、民主制国家存立の基礎となる議論の形成過程に資する情報を提供する行為である点に求められる。また、表現の自由が「基本的人権の中でも特に重要視」<sup>166)</sup>され、他の権利と比べて優越的地位にあるのは、自己実現の価値に加えて自己統治の価値を含み、民主制過程にとって不可欠の権利だからである<sup>167)</sup>。

これらの観点からすれば、国政上の判断資料とならない情報を伝える報道は、憲法上の価値としての「知る権利」の裏付けを欠き、その限りで憲法上の価値は後退するはずである。判例上、報道の自由とプライバシー権は、等価的比較衡量の枠組み<sup>168)</sup>により調整されており、これら 2 つの自由は等価的であることをベースラインとすれば、自己統治の価値を含まない表現は、プライバシー権に一

159) 公務員に関する報道が匿名でなされる場合があることが、実名報道の根拠に権力不正の追及を挙げることに矛盾する点を指摘するものとして、曾我部・前掲注 3)87 頁、会田ほか・前掲注 5)80 頁〔宍戸常寿発言〕。権力者の匿名報道の実態を紹介するものとして、浅野健一「権力に弱い実名報道主義」飯島編著・前掲注 1)78 頁。

160) 船田三雄「判解」最判解刑事篇昭和 44 年度 414 頁、418 頁 (1970)。

161) 曾我部真裕「表現の自由論の変容——マス・メディアの自由を中心とした覚書」法教 324 号 15 頁、16 頁 (2007)。

162) 最大決昭和 44 年 11 月 26 日前掲注 20)〔博多駅事件〕。

163) 小林直樹「司法権と取材の自由」『憲法の判例 (第 2 版)』ジュリ増刊 52 頁 (1971)。

164) 最大決昭和 44 年 11 月 26 日前掲注 20)〔博多駅事件〕。

165) 最大判昭和 61 年 6 月 11 日民集 40 卷 4 号 872 頁〔北方ジャーナル事件〕。

166) 最大判昭和 59 年 12 月 12 日民集 38 卷 12 号 1308 頁〔札幌税関事件〕。

167) 松井茂紀『マス・メディアの表現の自由』55 頁 (日本評論社, 2005)。

168) その嚆矢として「宴のあと」事件 (東京地判昭和 39 年 9 月 28 日前掲注 22)) がある。表現の自由が民主制上の価値を有することを理由にプライバシー権に優越すると主張した被告に対して「元来、言論、表現等の自由の保障とプライバシーの保障とは一般的にはいずれが優先するという性質のものではない」と判示し、個別的利益衡量の枠組みにより判断した。個別的利益衡量の枠組みは、その後のノンフィクション「逆転」事件 (最判平成 6 年 2 月 8 日民集 48 卷 2 号 149 頁)、長良川報道事件 (最判平成 15 年 3 月 14 日民集 57 卷 3 号 229 頁)、検索結果削除事件 (最決平成 29 年 1 月 31 日民集 71 卷 1 号 63 頁) でも踏襲されており、表現の自由とプライバシー権は、一方が当然に他方に優先するという関係にはないことは依然として前提とされている。

段劣後すると考えることもできよう。

#### これに対する批判

この点については、報道機関は、自らのために表現活動を行なうものであり、国民のために表現を行なっているわけではないから、報道機関がもつ固有の表現の自由の価値を認めるべきであり、報道の自由を国民の知る権利に照らしてのみ評価するのは間違っている、とする主張もある<sup>169)</sup>。

しかし、報道機関が有する自己実現の価値の意義を重要視するこの主張も、結局は自由な表現市場を確保することによって「読者や視聴者の利益」に資することを目指すもので<sup>170)</sup>、自己統治の価値と完全に無縁な報道の自由を想定しているわけではないように思われる。すると、国民の「知る権利」の裏付けを欠く報道は憲法上の価値が後退すると考える本稿の主張とも矛盾するものではない。

報道機関自身が、報道は「国民の『知る権利』に奉仕」する点に、報道の自由の価値の根源を求める以上、「国民が国政に関与するにつき、重要な判断の資料を提供」することで、「『知る権利』に奉仕」したことになるという点も併せて考える必要がある。あくまで判例上は、国民主権国家たる我が国において、主権者たる国民が意思決定をする基礎となる情報の提供者としての価値を、報道機関に認めているにすぎない。報道機関に固有の表現の自由の価値を認めたとしても、それは報道機関が主張する、自己統治的意義を重視した報道の自由概念とは異なるものである。

#### 民主制に資する情報とそうでない情報の区別

では、「『知る権利』に奉仕」といえるような、民主制に資する情報と、そうでない情報の区別はどのようにされるべきだろう

か。この区別が曖昧にしかできないのであれば、プライバシー権侵害を恐れた表現行為に対する萎縮効果を発生させてしまい、民主制に資する情報の流通をも妨げるおそれもある。この場合には、表現の自由市場論の発想からすれば、民主制に資する情報か否かの判断自体も市場で判断させるべきであるとして<sup>171)</sup>、事前に情報が持つ民主制上の意義を検討し、失われる利益との価値衡量の結果、均衡性を満たさない部分に規制を及ぼそうとする本稿の試み自体が否定される。しかし、プライバシーに関する情報は一旦流通すると原状回復が困難である。そのため、民主制に資する情報と、そうでない情報をあらかじめ敢然と区別でき、表現に対する萎縮効果が発生しないといえる場合に限っては、価値衡量の結果として情報の規制も許されると考える。これは、定義付け衡量<sup>172)</sup>の考え方も親和的である。

以上を踏まえて、民主制に資する情報とは、どのようなものだろうか。まず、民主主義という言葉は、単なる政治上の制度を指すだけでなく、個人の尊重原理を指す精神であるともいわれる。個人の尊重原理からすれば、個人にはできるだけ多くの自由が認められる必要があり、そのなかでも、とりわけ重要な意味をもつものが言論の自由である<sup>173)</sup>。なぜなら、国民が「正確な事実についてかっぱつに議論をたゞかわせ、多数決によって意見の帰一点を求め、経験を生かして判断のまちがいを正して行く」<sup>174)</sup>というプロセスこそ、民主主義に基づく政治制度の基礎だからである。このように考えると、民主主義の精神と制度を結びつけるものとして言論の自由が存在するといえ<sup>175)</sup>、この言論の自由を実質的なものにするために、国民が正

169) 松井・前掲注 167)77-80 頁。

170) 松井・前掲注 167)80 頁。

171) 渡辺ほか・前掲注 48)215 頁〔宍戸常寿〕。

172) 定義付け衡量とは、「憲法上許される行為あるいは許されない行為を明確に定義し、定義により設定されたルールへの該当性の判断により合憲か違憲かを判断する手法」であり、「予測可能性・法的安定性を重視したアプローチ」である（高橋・前掲注 19)218, 219 頁）。

173) 文部省『文部省著作教科書 民主主義』16-17 頁、26-27 頁（径書房、1995）。

174) 文部省・前掲注 173)27 頁。

175) 宇野重規『民主主義とは何か』254 頁（講談社、2020）では、民主主義の理念と制度を「不断に結びつけていくことこそが重要」（傍点原文ママ）だと指摘される。



しい事実に基づき判断・議論するための情報が、民主制に資する情報であるといえるだろう。

そのため、本稿ではひとまず、民主制に資する情報を「国民の意思決定や議論に寄与する情報」として定式化する<sup>176)</sup>。被害者の属性に関する情報が、この定式に当てはまる場合には、民主制に資する情報であるといえ、これを報道することは、国民の「知る権利」に奉仕することになるから、この奉仕の利益こそが実名報道から得られる利益であると考えられる。

#### 被害者の年齢と性別

まず被害者の年齢、性別については、①国民が犯罪回避をするための意思決定や、②議論を通じた立法への結実に資する情報であるから、「国民の意思決定や議論に寄与する情報」だといえる。以下、敷衍する。

①については、国民が被害者の年齢や性別を知り、自分と同じ属性にある場合に犯罪回避行動をとることができ、これが犯罪予防に繋がるということは、先述の通りである。

②については、例えば、かつて刑法における強姦罪の構成要件は「女子を姦淫した」(刑法177条)ことであったが、平成29年の刑法改正では強制性交等罪の構成要件が「暴行又は脅迫を用いて性交、肛門性交又は口腔性交……をした」ことになり、男性も被害の客体として含まれるようになった。これは、性犯罪被害者の性別という情報をもとに議論がされた結果である。同様に、児童ポルノ規制法や消費者契約法の改正などの例を考えると、これらは被害者の年齢という情報をもとに議論がされ、立法に結実した例である。

このように、被害者の年齢と性別に関しては、「国民の意思決定や議論に寄与する情報」であり、民主制に資する情報であるといえる。そのため、これらの情報の報道は、国民の『知る権利』に奉仕する報道であるといえる。

#### 被害者の実名

一方、被害者の実名に関しては、直接的には、国民が知ることによって犯罪回避行動や、議論を通じた立法への結実に繋がる情報であるとはいえないため、「国民の意思決定や議論に寄与する情報」とはいえず、民主制に資する情報とはいえない。

しかし、被害者実名による訴求力向上という観点を媒介させることで、被害者実名も民主制に資する情報であるともいえる。つまり、変哲のない事件については、国民に対する印象が薄く、意思決定や議論に影響しないまま放置されることもあるが、被害者実名報道の訴求力によって、国民の意思決定に影響したり議論形成が促されたりした結果、犯罪予防や立法に繋がる場合もあるということである。この場合、被害者実名も「国民の意思決定や議論に寄与する情報」といえるため、国政に資する情報であり、国民の「知る権利」に奉仕しているといえる。

#### 均衡性

よって、被害者実名報道により得られる利益の内実としては、被害者実名の訴求力という観点と相俟って、国民の犯罪予防や議論発生に繋がるという意味での「知る権利」への奉仕という利益が考えられる。実名報道により失われる利益が被害者等の人格発展の機会や尊厳であることから、この両者の均衡性を検討する必要がある。結局この問題は、犯罪被害者等の個人の尊厳は、社会における犯罪予防や、国民の議論を通じた立法への結実可能性という全体の利益に劣後するのか、という点に帰着する。

この点、全体主義への反省から、個人の尊厳を最大限重視しようとする精神が、日本国憲法の基礎にあることからすれば<sup>177)</sup>、実名報道の問題も、被害者等個人の利益は、全体の利益に優先すると考えるべきではないか。特に、犯罪事実の報道については、被害者の年齢や性別という情報は、国民が犯罪事実を基にした議論をするには必須の情報であるこ

176) 山本隆司が「公表された情報をもとにして、個々の私人が判断を行う余地、あるいは社会において議論し、さらに新たな情報や知識を創出する余地を包含するような情報」を「衡量素材の提示としての情報」として類型化していることが参考になる(山本・前掲注68)178頁)。

177) 高橋・前掲注50)80-83頁、124-126頁。

とに比べても、被害者の実名は事件の訴求力を向上させ、議論形成の動機付けをさせるという点に民主制上の意義を有しており、議論自体には必須な情報ではない。また、犯罪予防については、被害者実名の訴求力に頼る必要があるのは、軽微事件に限られることは先述の通りである。そのため、被害者情報の要素のうち実名は、年齢や性別という他の情報と比べても、それを報道する民主制上の重要性は低いということは否めないだろう。また、憲法は、人権が公共的価値を害する場合に制限されうることを認めているが、公共的価値の増進に役立つよう人権が行使されることまでは求めていない<sup>178)</sup>。

そのため、私見としては、被害者実名の訴求力を通じた「知る権利」への奉仕という利益は、実名報道により失われる被害者等の人格発展の機会や尊厳という利益に劣後し、両者は均衡性を欠くと考える。

#### 今後への課題

もっとも、この点をどう考えるかについては、更なる議論が必要である。議論のポイントとしては、①被害者実名による訴求力向上の効果がどれくらいあるか、②被害者実名に訴求力がある場合、軽微事件の犯罪予防や、議論形成を促進する点にどれほど民主制上の意義を見出せるか、③被害者実名報道に訴求力があり、軽微事件の犯罪予防や、議論形成を通じた立法可能性に民主制上の意義を見出せる場合、この全体利益は、被害者等の個人の尊厳に優先するか、という点である。これらの点を考慮した結果、均衡性が満たされるという結論も場合によってはありえよう。

#### ・世俗的利益としての被害者実名報道

これまでの議論とは別に、報道機関が被害者の実名を報じる行為は、国民の世俗的興味を引くことができる点で、購買意欲・視聴率・閲覧数向上などに寄与し、収益増加にも

繋がる<sup>179)</sup>。

しかし、この場合、実名報道により得られる利益が金銭的価値にすぎないのに対して、それにより失われる利益は、被害者等の人格発展の機会や尊厳であり、前者は後者に劣後するはずである。よって、この観点からみた利益は、均衡しているとはいえない。

#### ・まとめ

実名発表をすることで報道機関等が得る利益と、これにより失われる被害者等の利益は、均衡性を欠く。なぜなら、①不正の追及と公権力の監視という利益はそもそも実名発表により得られる利益といえるかどうか疑問があり、②被害者実名報道に訴求力があると考え、犯罪予防や議論形成に寄与する限りで、国民の「知る権利」へ奉仕するという利益を観念した場合も、被害者等の人格発展の機会や尊厳という失われる利益には優先せず、③被害者実名報道から得られる利益が金銭的利益だとした場合にも、被害者等の人格発展の機会や尊厳という失われる利益に優先しないと考えられるからである。もっとも、②の衡量結果をどう考えるかについては、今後議論がなされる必要がある。

#### (b) 犯罪予防目的との関係

犯罪予防という目的を達成するために、被害者実名報道という手段をとることが必要不可欠であるような事件は、軽微事件に限られることは先述の通りである。このとき、軽微事件と同種の犯罪を予防することで得られる利益も軽微であるから、実名報道により失われる利益が被害者等の人格的価値であることを比べると、均衡性を欠く。

#### (c) まとめ

したがって、狭義の比例性は満たされない。

#### (4) 結論

以上より、実質的正当化もできない。よっ

178) 高橋・前掲注50)126頁。

179) 宍戸常寿は、加害者の「忘れられる権利」の文脈において、逮捕報道における続報を掲載しない報道機関の主張として、「逮捕時にはニュースバリューが高いが故に実名で報道するが、不起訴処分等はそうではないから報道しない」というものが考えられるとした上で、この様な主張は、「視聴者・読者の関心に応えたという以上のものではない」ため、「実名を報道したことの少なくとも倫理上の責任を免除するものではない」と指摘する(佐々木弘通=宍戸常寿編著『現代社会と憲法学』13-14頁〔宍戸常寿〕(弘文堂、2015))。世俗的興味に応えるための被害者実名報道も、「視聴者・読者の関心に応えたという以上のものではない」ため、「少なくとも倫理上の責任」が発生する場面である。

て、実名発表を定める法律は違憲である。

#### Ⅳ. 個人情報保護法における適用除外規定の違憲審査

##### 1 総論

個人情報保護法は、「個人情報の有用性に配慮しつつ、個人の権利利益を保護することを目的」（同法1条）とする法律であり、個人の権利利益保護を主目的とした上で、これに随伴するものとして個人情報の有用性への配慮を掲げる<sup>180)</sup>。そして「個人情報データベース等」（同法2条4項）を事業の用に供している「個人情報取扱業者」（同法2条5項）は、「個人情報データベース等」を構成する「個人データ」（同法2条6項）を、「本人の同意を得ないで、……第三者に提供してはならない」（同法23条1項）こととされている。個人データのなかでも、「犯罪により害を被った事実」は「要配慮個人情報」（同法2条3項）とされ、オプトアウト方式による第三者に対する情報提供も認められていない。

なお、ここで「個人情報」とは、「生存する個人に関する情報」（同法2条1項柱書）であるから、犯罪被害者が死亡した場合には含まれない。しかし、死者に関する情報が対象外とされたのは、開示請求権等を行ってできるのは生存者だけであり、死者の情報が同時に遺族の個人情報ともいえる場合には、遺族の個人情報として保護すれば足りることに鑑みて、このように規定されたものであると考えられており<sup>181)</sup>、死者に関する情報を保護しない立法意思を示したものでない<sup>182)</sup>。犯罪被害者等基本法において、犯罪被害者と遺族は、「犯罪被害者等」として同様の保護を受ける地位を保障されており、また、被害者が受ける被害が軽微で存命している場合よりも、死亡した場合の方が情報取扱上の保護が劣後することは妥当ではないため、犯罪被害

者が死亡した場合の当該人の個人情報も、犯罪被害者等である遺族の個人情報として「生存する個人に関する情報」に当たり、同法の適用を受けることができると考えるべきである。

しかし、死亡した場合も含めて被害者の情報が「個人情報」に当たると考えたとしても、「報道機関」が「報道の用に供する目的」を有している場合には同法第4章の適用除外（同法76条1項1号、同条2項）とされており、これが報道機関による被害者実名報道を裏側から支える根拠となっていることは先述の通りである。この規定は、報道機関からの要望を採り入れる形で、法の目的たる「個人情報の有用性」を、報道の自由への配慮として具体化したものである。

##### 2 適用除外規定の違憲審査の可否

個人情報保護法における適用除外という規定そのものは、私人に対して行動制約を課すことをしない、という趣旨の規定である。そのため、当該規定の権利侵害性を観念できず、違憲審査の俎上に載らないのではないかと考えられる。

しかし、これに対しては、2通りの説明が可能である。

###### (1) 法律による制約

第1の説明は、自由の維持・拡大を企図する法律であっても、その一方で他の国民に対する権利侵害が発生する場合には、法律による制約の問題として憲法論を論じることができるものである<sup>183)</sup>。

個人情報保護法は、要配慮個人情報について一般的に第三者提供を禁止した上で、適用除外規定によって、報道機関を名指ししてこれを行うことを認める。報道機関の民主制上の意義に鑑みて、報道機関に与えられた特別な地位を「特権」として捉える立場があるが<sup>184)</sup>、適用除外規定も、報道機関に対する情報取扱上の特別な地位を与えているとみれ

180) 園部逸夫＝藤原静雄編集『個人情報保護法の解説（第二次改訂版）』53-54頁（ぎょうせい、2018）。

181) 宇賀・前掲注127)35頁。

182) 園部＝藤原編集・前掲注180)59頁。

183) 高橋・前掲注19)221頁。

ば、これを「特権」と捉えることは可能だろう<sup>185)</sup>。この場合、特権付与による報道機関への自由の設定は<sup>186)</sup>、一方では被害者等に対する権利侵害を発生させるため、法律による権利侵害を観念できる。

このように考えれば、違憲審査の俎上に載せることができる。

## (2) 憲法価値の客観法的要請

第2の説明は、憲法上の価値の客観的原理は、当該価値を具体化した法律に対して妥当するから、当該法律の内容の適切性について憲法問題化することができると思われるものである<sup>187)</sup>。

憲法13条の個人の尊重原理は、全ての法秩序に通底する客観的な原理・規範として機能するため<sup>188)</sup>、私人間の具体的関係や法令による当該関係の規範化のされ方に対しても

妥当する<sup>189)</sup>。個人情報保護法は、実質的には憲法13条が保障する自己情報コントロール権を具体化したものである以上<sup>190)</sup>、その法令の内容が憲法上適切な内容となっているか、という点を問題とすることができる<sup>191)</sup>。

## (3) 問題意識の同一性

もつとも、いずれの説明を採用するかどうかは、違憲審査の正当化プロセスには影響しない。なぜなら、第1の説明でも、逆に適用除外規定がない場合には、今度は報道機関に対する権利侵害が発生するため、結局は報道機関と被害者等の権利をどのように調整する規定を設けるかという問題になり、第2の考え方と同様の問題意識に帰着するからである<sup>192)</sup>。

そのため、いずれの説明が妥当かという点

184) 長谷部恭男『テレビの憲法理論——多メディア・多チャンネル時代の放送法制』37頁、45頁（弘文堂、1992）、長谷部恭男『憲法（第7版）』219頁（新世社、2018）、駒村圭吾『ジャーナリズムの法理 表現の自由の公共的使用』108頁（嵯峨野書院、2001）、宍戸常寿『憲法上の権利』の解釈枠組み』安西文雄ほか『憲法学の現代的論点（第2版）』231頁、241頁（有斐閣、2009）。

185) 高橋和之は、「国民すべてに適用される法律からの適用除外は、特権を意味する」として、報道機関に対する個人情報保護法の適用除外も報道機関に対する「特権」であると指摘する（高橋和之「メディアの『特権』は“フリー”ではない」ジュリ1230号52頁、59頁、60頁、66頁（2002））。

186) 原則自由である行為を一般的に禁止した上で、その禁止を解除することは自由の回復であり、新たな権利設定ではないとも考えられる。しかし、レペタ訴訟（最判平成元年3月8日民集43巻2号89頁）において、法廷で原則禁止されたメモ行為を報道機関に対してのみ許可する行為を「特権論」の枠組みで読解する可能性も提示されており（水野朝穂ほか「〈討論〉人権と国家権力・社会権力」法時69巻6号42頁、48頁〔長谷部恭男発言〕（1997）、長谷部・前掲注184）憲法220頁）、個人情報保護法の適用除外規定における原則禁止-例外的禁止解除の構図も同様に「特権論」の枠組みで捉える可能性も排除されないと思われる。このような制度理解は、（立法行為と行政行為の差はあるが、）行政法概念における講学上の「特許」を想起させる。

187) 戸松孝典『憲法訴訟（第2版）』112頁（有斐閣、2008）は、「憲法上の価値を具体化し、実現するために制定されている」法律の場合には、「憲法を実現する法律でありながら、憲法の趣旨を体現していないから違憲」だとする主張が許されるとする。

188) 佐藤・前掲注39)196頁。

189) 宍戸・前掲注69)103頁。宍戸常寿は、憲法の私人間効力論に関して、憲法13条から導出される「個人の尊厳の要請」と、民主制維持のための「憲法的公序」を組み合わせたモデルを提示する。本稿も、個人情報保護法の適用除外規定の正当性という問題設定の下で、実質的には被害者等と報道機関という私人間の権利の対立を、「個人の尊厳の要請」と「民主主義社会の基本的前提の確保」の観点から、目的手段の枠組みを用いて論じるものであるから、同氏のモデルと親和的である（宍戸常寿「私人間効力論の現在と未来——どこに行くのか」長谷部恭男編『講座人権論の再定位3 人権の射程』25頁、38-45頁（法律文化社、2010））。

190) 宇賀・前掲注127)32-33頁。個人情報保護法3条は、同法の基本理念として「個人情報、個人の人格尊重の理念の下に慎重に取り扱われるべきものであることにかんがみ、その適正な取扱いが図られなければならない」と規定するところ、これは憲法13条の「個人の尊重」との接点を明確にするために規定されたものである（園部＝藤原編集・前掲注180)98頁）。

191) 矢島基美「行政手続における適正手続の保障」IS憲法研究会編『プロセス演習憲法（第4版）』353頁、363頁（信山社、2011）、宮地基「判批」長谷部恭男ほか編『憲法判例百選II（第7版）』242頁、243頁（2019）においては、適正手続保障が憲法原則であることを理由として、行政手続法における広範な適用除外規定の憲法適合性の問題が指摘される。

192) 報道機関に対する特別な地位をある種の『制度』的法現象（石川健治『自由と特権の距離——カール・シュミット「制度保障」論・再考（増補版）』278頁（日本評論社、2007））と考えれば（奥平康弘『憲法III 憲法が

はここでは問題とせずに、次の正当化プロセスに進むことにする。

#### (4) 正当化プロセス

被害者等が有するプライバシー権は、「個人の尊重」原理を受けた幸福追求権で保障される<sup>193)</sup>。そして、幸福追求権は「公共の福祉に反しない限り、……最大の尊重を必要とする」(憲法13条後段)とされており、幸福追求権と公共の福祉との原理間関係を考える際には、両価値を比較衡量することでその解決が図られる<sup>194)</sup>。

被害者実名報道の問題は、幸福追求権を有する被害者等と、公共の福祉を体現する報道機関との間の対立である。適用除外規定が報道機関による被害者等のプライバシー権侵害を法律上許容している点に違憲性の契機を見出し、当該規定の目的である報道の自由への配慮との関係で、手段としての適用除外規定が比例性を欠く場合には、その憲法違反を問うことができると考えられる<sup>195)</sup>。

そこで、以下では、比例原則の観点から、適用除外規定の正当化審査を行う。

### 3 実質的正当化（比例原則）

#### (1) 目的審査

個人情報保護法76条1項1号は、報道の自由に対する配慮を目的とする。ここで、報道の自由は、先述の通り、国民が国政関与するための判断資料を提供することで、国民の「知る権利」に奉仕することにその価値の淵源をもつ。そのため、適用除外規定の究極の目的は、国民の「知る権利」の確保、といい換えることもできよう。

報道の自由に配慮することは、民主主義国家である我が国における議論の形成過程を保護することになるから、この目的は重要であるといえる。

#### (2) 手段審査

個人情報保護法は、「報道機関」が「報道の用に供する目的」を有している場合には、報道機関による個人情報取扱いに関して、同法第4章の適用除外とする。このことが合理性、必要性、狭義の比例性を満たすかどうかを以下それぞれ検討する。

##### a 合理性

報道機関による報道行為について個人情報保護法第4章の適用除外とすることは、同法

---

保障する権利』95-96頁(有斐閣,1993)、駒村・前掲注184)104頁)、「制度的保障……は客観的法規範の内容に解消することが可能(渡辺ほか・前掲注48)24頁[工藤達朗])であることからしても、本文中の2つの説明の仕方の違いが大きくないことが分かる。なお、シュミットの「真正の」制度体保障論においては、プレスは、大学や教会と異なり、純粋な「制度体」としては位置付けられない。しかし、「出版の自由が、一般的自由としての意見表明の自由とは論理を異にする、特権的性格を帯びていることは紛れもな[く]、シュミットがプレスの自由を「(法制度保障に類似するがそれとは区別される)伝統的かつ典型的な態様の規範化の保障」として位置付けたことは、その「(表現の自由一般とは異なる)特権的性格を、適切に表示」したものと評される(石川・同書152-153頁,237頁)。また、奥平康弘が教科書検定の文脈において、その法的性質を特許的行為と理解した上でなお国家の裁量を限定しようとしている点(奥平康弘『表現の自由I』341-343頁(有斐閣,1983))を捉え、「これは、『制度』を『枠付け』ようとする視点に立つならば、正当な主張」と指摘するものがある(小島慎司『『教育の自由』安西ほか・前掲注184)421頁,438頁)。これは、特許的行為を含む制度が、客観法的に国家に対する枠付けとして機能する可能性を指摘するものであり、制度的保障と客観的法規範の近接を特許的行為(特権の設定)を通して説明したもとして参考になる。

193) 佐藤・前掲注32)69頁,佐藤・前掲注39)196頁。

194) 長谷部編・前掲注41)154頁[土井真一]。

195) 報道の自由とプライバシー権は、いずれも憲法的価値を強く有しているため、「個人情報保護法制に規定される基本原則を『執行』する段階においては、……アド・ホックな利益衡量が求められる」ことになるが、その際には「個人情報保護のためのシステムが仕えるべき憲法的価値は何かについて、正面から議論をして、明示的な価値選択をなし、その選択を説明するための、国内外の批判に耐えうるだけの理論を準備することが求められる」(山口いつ子『情報法の構造 情報の自由・規制・保護』186頁(東京大学出版会,2010))。本稿は、報道の自由とプライバシー権の調整結果である個人情報保護法の適用除外規定について「一方を過剰に保護し……、一方を過少に保護しているという構造になっている……法制度の合憲性を問うもの」であり(山本ほか・前掲注41)91頁[阪本昌成発言])、2つの権利間における「明示的な価値選択」についての一つの理論提示の試みでもある。

がもたらす報道の自由に対する制約を排除する点で、報道の自由に対する配慮をしているといえる。そのため、合理性を有している。

**b 必要性**

**(a) 現状**

「報道」は、「不特定かつ多数の者に対して客観的事実を事実として知らせること」(76条2項)と定義されており、客観的事実を事実として知らせる目的を有していれば、その客観的事実の全ての事実を報道することが、個人情報保護法第4章の規律に服することなく自由に許されることになる。この「客観的事実」については、情報の構成要素全てを含むと解すると、被害者の実名に加えて、要配慮個人情報に属するようなその他のセンシティブ情報(人種、信条、社会的身分、病歴、犯罪歴など)も全て報道機関が自由に取り扱うことを許容していることになる。76条3項により、報道機関に対する個人情報の「適切な取扱い」は要請されているが、努力義務にすぎない<sup>196)</sup>。

しかし、情報の種類にかかわらず、全ての情報を一律に同法の適用除外とすることは、報道の自由への配慮を考慮したとしても広すぎるのではないか<sup>197)</sup>。

**(b) 適用除外の理由**

報道の自由への配慮という目的達成のために、全ての報道行為について規制を解除することは必要不可欠であろうか。まずは、なぜ個人情報保護法において報道機関による報道行為が適用除外とされているかという点を、これを求めていた業界団体からの主張を紐解くことで探りたい。適用除外規定は、報道機関の要望に対応するために、報道機関への配慮を目的として挿入された規定であるから、当該要望に対応する以上の規制解除は不必要とも考えられるからである。

次の表で、個人情報保護法の適用除外を求める業界団体の主な主張をまとめた。

**表1 業界団体の主要意見**

(社)日本新聞協会	「民主主義社会の維持、発展のためには表現の自由が不可欠であり、法制化にあたって、その自由が損なわれることがあってはならない。……最高裁判所が『報道機関の報道は国民の『知る権利』に奉仕するものである』との判断を示したように、国民の基本的人権のなかでも重要な権利である」 <sup>198)</sup> (下線は筆者)
(社)日本民間放送連盟	「メディアは国民の知る権利に奉仕し、民主主義社会の健全な発展に寄与することが期待されています。メディアの取材・報道活動が言論・表現の自由を保障する憲法21条の適用を受けることは、今日では最高裁の判例を含め、広く認められています。これは報道機関が担うこうした公共的役割を踏まえてのことだと考えられます。」 <sup>199)</sup> (下線は筆者)
(社)日本雑誌協会・(社)日本書籍出版協会	「民主主義の根幹を守るために、この法案に私たちは今後も強く反対し続けます。」 <sup>200)</sup> (下線は筆者)

業界団体の主張では、総じて報道行為の民主制上の意義が強調されていることが分かる。いずれも、博多駅事件が判示した「国民の『知る権利』に奉仕」という意味における報道の自由の理解が前提にあり、報道は民主制の維持発展に資する価値があるから、その価値を守るために、個人情報保護法という規制の適用除外にする必要があるという論

196) 宇賀・前掲注127)342-343頁。

197) 高橋和之は、個人情報保護法の適用除外規定はメディアの特権であるから、これが承認できるのは「国民の知る権利に奉仕するに必要な限度において」であると指摘する(高橋・前掲注185)66頁)。

198) 日本新聞協会「個人情報保護基本法制に関する大綱案(中間整理)に対する意見書」(2000年7月14日)([https://www.pressnet.or.jp/statement/privacy/000714\\_82.html](https://www.pressnet.or.jp/statement/privacy/000714_82.html), 2020年11月16日最終閲覧)。

199) 日本民間放送連盟「(報道発表)個人情報保護検討部会中間報告に対する意見について」(2000年1月20日)(<https://j-ba.or.jp/category/topics/jba100527>, 2020年12月4日最終閲覧)。

200) 日本雑誌協会・日本書籍出版協会「『個人情報保護法案』に反対する共同アピール」(2003年4月16日)(<https://www.j-magazine.or.jp/user/opinion/detail/2>, 2020年12月4日最終閲覧)。

理である。

しかし、このような論理からすれば、民主制の維持発展に関わらない情報の報道については、個人情報保護法の規制から外す理由が当たらないともいえるのではないか。

### (c) 民主制に資する情報とそうでない情報の区別

そこで再び、民主制に資する情報と、そうでない情報の区別が問題となる。

この点、被害者の年齢と性別が「国民の意思決定や議論に寄与する情報」であり、犯罪事実を元にした議論形成には必要不可欠の情報であることは先述した。これは、どのような属性の人間が犯罪に遭ったかという点を措いては、最終的に立法による明文化を目指す議論ができないからである。刑法における強制性交等罪の構成要件が男性まで拡張されたことや、児童ポルノ規制法における議論が、その例であった。

しかし、被害者の実名に関しては、直接的に立法内容に含まれる情報ではないため、これがなくても立法に向けた議論は形成可能である。被害者実名という情報を法の規制に服せしめ、その流通が阻害される場合でも、「国民の意思決定や議論」が阻害されることには繋がらないため、民主制上、被害者実名は必要不可欠な情報とまではいえない。よって、被害者の実名まで含めて、報道機関の個人情報取扱いに対する規制を適用除外にすることは、目的達成のために必要不可欠であるとはいえない。

必要性審査は、報道機関への配慮という立法目的に照らして、被害者実名報道を許容するという手段が必要不可欠といえる場合でないと通過できない。これは、実名発表の正当化審査における狭義の比例性審査において、被害者実名報道から報道機関等が得る利益として、事件の訴求力を向上させ議論形成に寄与するという意味で広く民主制上の意義を考えたのとは異なる。

#### c 狭義の比例性

報道機関等が得る利益と、被害者等が失う利益を衡量する。これは、実名発表における

狭義の比例性審査と同じ検討であり、実名報道により報道機関等が得る利益は、これにより失われる利益と均衡性を欠くため、狭義の比例性が満たされない。

### (3) 結論

適用除外規定を比例原則の観点から検討した場合、必要性審査と狭義の比例性審査を通過できず、実質的正当化ができない。よって、適用除外規定は違憲である。

なお、ある文言の適用対象に合憲的適用部分と違憲的適用部分が存在し、解釈上両者を明確に区別しうる場合には<sup>201)</sup>、意味上の一部違憲になると考えるべきである。

本稿も、適用除外規定の「客観的事実」（個人情報保護法76条2項）を構成する、犯罪被害者の年齢・性別という情報については、これが報道されることは合憲で、被害者の実名という情報が報道されることのみが違憲であると考ええる。また、被害者の年齢、性別、実名という情報の構成要素は、定義上、一義的に明確だから、適用対象として明確に区別できる。以上からすれば、同法の「客観的事実」のうち、被害者実名を含む部分のみが意味上の一部違憲であるといえる。

## V. 権利救済方法

### 1 被害者実名報道の争い方

被害者等が実名報道による権利侵害を法的に争うことを考えた場合、以下のような方法が考えられる。

まず対国家については、犯罪発生前については、(ア)国会が実名報道を禁止する立法をしないことの違法確認や国賠訴訟、(イ)自分が将来犯罪被害者になった場合に実名発表されないことの確認(当事者訴訟：予防的確認訴訟)が考えられ、犯罪発生後については、(ウ)実名発表されたことの違法を争う国賠訴訟が考えられる。

対報道機関については、報道前においては、(エ)人格権侵害を理由とする報道の差止めによる民事保全が考えられ、報道後において

201) 高橋・前掲注19)318頁。

は、(オ)不法行為による損害賠償請求が考えられる。

表にまとめると次のようになる。

表2 被害者実名報道の法的争訟形態

	事前	事後
対国家	(ア)立法不作為の違法確認や国賠請求 (イ)被害者になった場合に実名発表されないことの予防的確認訴訟	(ウ)実名発表の国賠請求
対報道機関	(エ)民事保全による差止め	(オ)不法行為による損害賠償請求

## 2 権利救済の実際

本来、実名報道による権利侵害の救済には、報道の事前差止めが最も望ましい<sup>202)</sup>。しかし、実際には、事前救済は機能せず、専ら事後救済しか途はない。

つまり、事前救済の争訟形態において、(ア)立法不作為の違法が認められるには、憲法解釈上の立法義務の存在が必要になるところ<sup>203)</sup>、本件においては実名報道を禁止する立法をすることについて、憲法解釈上の作為義務までは認められないだろうから、勝訴の見込みは薄い。

また、(イ)予防的確認訴訟は、そもそも当該訴訟形態は不適法とされるおそれがある。なぜなら、当該確認訴訟においては、実名発表の根拠法令を特定した上で、当該法令が

違憲無効であるという立論をするべきところ<sup>204)</sup>、先述のように、実名発表は根拠法令がないため、法律上の争訟性や確認の利益が否定されるからである<sup>205)</sup>。

さらに、(エ)民事保全による差止めは、被害者等が犯罪被害に遭い精神的余裕が欠いている状態において、即日に民事差止めを求めて出訴するようなことは考えられず、民事保全が機能する場面ではない。

そのため、被害者実名報道の問題については、結局は(ウ)や(オ)のように、警察や報道機関に対して事後的な金銭救済を求めるしか、司法的救済の途はないのが現状である。しかし、侵害されたプライバシーは原状回復不可能であることや、金銭賠償が将来の権利侵害を抑止する手段として十分ではないことに鑑みると、権利救済として不十分である。

## VI. 結論

### 1 本稿のまとめ

被害者等は、「そっとしてももらえる権利」と自己情報コントロール権という意味におけるプライバシー権を有しており、これは憲法上の権利である。そして、警察の実名発表と、個人情報保護法の適用除外規定は、それぞれ実名報道を通して被害者等のプライバシー権を侵害している。

実名発表は、権利侵害行為であるにもかかわらず、法律の留保がされておらず、この点で違憲の疑いがある。また、今後仮に、実名発表を認める立法がなされたとしても、犯罪予防という行政目的を達成するために被害者

202) 竹田稔『名誉・プライバシー侵害に関する民事責任の研究』8頁(酒井書店、1982)参照。

203) 高橋・前掲注19)134-137頁。最大判平成27年12月16日民集69巻8号2427頁〔再婚禁止期間事件〕は、さらに、憲法違反の明白性という要件も要求する。

204) 法令違憲を主張する確認訴訟では、「法令の規定が違法であり、それによって原告の法的地位が侵害されていること」の確認をすることになる(山本隆司『判例から探究する行政法』495頁(有斐閣、2012))。

205) 東京地判令和元年5月28日判時2420号35頁〔在外邦人国民審査権事件〕においては、在外邦人の国民審査権行使の地位確認について、立法措置がないため法律上の争訟とはいえないと判断し、不適法とされた。また、その控訴審(東京高判令和2年6月25日判時2460号37頁)においても、立法措置がない場合の地位確認は確認の利益を欠き不適法とされた。もっとも、当該控訴審においては、立法措置がない場合の司法的救済が、部分的に立法措置がされている場合よりも劣後するのは妥当ではないとして、違法確認については、適法とされている。法律の留保違反が問題となった場合には、「これを裁判上どのようにして争うかという点になると、日本ではかなり難しい。」と指摘される通りであり(塩野・前掲注130)88頁注8)、実名報道の問題は立法による解決が俟たれる。



の実名を公表する必要性がなく、さらに、報道の自由を民主制上の意義から理解した場合、実名報道により得られる利益と失われる利益の均衡も欠くため、比例原則の観点からも違憲となる。

適用除外規定も、報道機関への配慮という目的との関係では、被害者の実名まで含めて報道機関に自由に情報を利用させることは、報道の自由が有する民主制上の意義に照らして必要性及び狭義の比例性を欠くため、比例原則の観点からやはり違憲となる。

また、被害者実名報道の司法的救済は、事後的な金銭賠償しか機能せず、実効的ではない。

## 2 解決策

以上のように、被害者実名報道は憲法上正当化できず、司法的救済も実効的ではない。では、この状態を正すにはどうすれば良いか。処方箋として考えられる方法は、立法により①実名発表を禁止するか、②実名報道を禁止するかのいずれかであろう。

実名報道を直接的に立法で禁止するという②の方法は、個人情報保護法76条2項における「報道」の定義規定の一部を「客観的事実」から、「客観的事実（ただし、犯罪事実における被害者氏名は除く。）」と改正することで達成できる。被害者の実名という一義的に明確な情報についての統制であるから、萎縮効果も発生しない。しかし、これは表現の自由に対する事前制約である以上、導入のハードルは高いと思われる。

そのため、①の方法をとることが考えられる。なぜなら、現状、被害者等が警察に提供した個人情報が、犯罪捜査という情報取得の目的を超えて無断で利用されている点がそもそも問題で、国会により定められた法律によって行政機関を統制することは、我が国の統治構造上、当然のことだからである。国家機関は表現の自由を有しないため、実名発表禁止による憲法上の権利侵害性も問題とならない。また、実名発表は、犯罪予防という行政目的達成のために行われるものであることからすれば、現状、実名発表により得られて

いる報道機関等の利益は反射的なものでしかない。さらに被害者の性別や年齢という情報に比べると、実名は民主制上の意義が乏しい。これらのことからすれば、実名発表禁止規定を導入するハードルは、実名報道禁止規定の導入に比べると比較的低いと思われる。

実名発表禁止規定として具体的には、警察法に、「警察官が捜査過程で得た被害者に関する情報（年齢および性別を除く。）は、被害者等の同意なく第三者に提供してはならない。」とする規律を書き込むべきである。その上で、警察が被害者等から情報を取得する際の情報利用目的として、「捜査」に加えて、「犯罪予防目的の実名発表」という点を明示的に追加し、被害者等に実名発表の可否を選択させるべきである。被害者等の同意を得た場合の実名発表は、目的外利用とはならず、権利侵害も生じさせない。

## 3 残された課題

本稿では、狭義の比例性の分析において、報道機関から主張される実名報道の意義を大きく3点に整理し、それぞれの妥当性を検討した。そこで、報道機関等が実名報道から得る利益としては、実名報道が事件の訴求力を高め、国民に対して犯罪予防や議論を促すという民主制上の意義があるという点を指摘した。そして、失われる利益が被害者等の人格的利益であるから、両者の比較衡量は微妙なものになるが、私見としては、個人主義を謳う憲法秩序からすれば、被害者等の個人の利益を重くみるべきであると述べた。

しかし、この点については、異論もあるように思われ、議論が必要である。情報が有する民主制上の意義を問い直し、それは本当に個人の尊厳に優先して報じられるべきものなのかを、国民の熟議によって判断しなくてはならない。

(はなおか・たかひろ)

論説

# 裁判員裁判の最終弁論における配布書面と視覚資料

弁護士・東京大学法科大学院客員教授

岩本憲武

## I. はじめに

### II. 検討の前提となる事実

- 1 最終弁論の目的
- 2 検察官による論告の存在
- 3 聴き手
- 4 評議に要する期間

### III. 最終弁論における配布書面・視覚資料が持つ機能

- 1 陳述の補助
- 2 評議の補助

### IV. 最終弁論で用いられる配布書面・視覚資料

- 1 配布書面
  - (1) 原稿形式の書面
  - (2) メモ形式の書面
  - (3) スライドを印刷した書面
- 2 視覚資料の例
  - (1) スライド
  - (2) 大型パネル
  - (3) ホワイトボード

### V. 裁判員裁判の最終弁論における配布書面・視覚資料の利用方法について

- 1 メモ形式の書面を陳述前に配布する方法
- 2 メモ形式の書面を陳述前と陳述後に2種類配布する方法
- 3 視覚資料としてスライド等を用いて陳述した後にメモ形式の書面を配布する方法

## VI. おわりに

## I. はじめに

刑事裁判の最終弁論は、弁護人が求める結論が正しいことについて、裁判官と裁判員を説得する目的でおこなわれる。被告人の権利及び利益を擁護するため最善の弁護活動に努める義務を負う弁護人（弁護士職務基本規程第46条）は、その説得に成功しなければならない。

最も重要なことは、言うまでもなく最終弁論の内容を説得力あるものにするところである。しかし、これも当然のことながら「説得のためには内容が最も重要」であるからといって「内容さえよければ必ず説得に成功できる」わけではない。

最終弁論は、公判廷で弁護人によって口頭で1度だけ陳述される。「説得」とは、「相手に自己の主張を説明して納得させること」だから、いかに優れた内容を持つ弁論でも、それが裁判官と裁判員に伝わり、納得を得なければ意味がない。しかも、その納得は、最終弁論が終わった瞬間から、評議が結論に達するまでの間、彼らの中で維持され、判決に反映されなければならない。

そこで、弁護人が最終弁論に成功するには、内容を説得的なものとするだけでなく、それを法廷における1回きりの陳述で裁判官と裁判員に余すところなく伝えて納得させる技術、すなわち「法廷技術」が必要となる。裁判員制度の導入が決定されて以降、現在に至るまで、弁護人に必要な証人尋問や冒頭陳

述、弁論の技術について、刑事弁護に熱意を持つ弁護士たちによる研究と実践が重ねられてきた。現在では、日本弁護士連合会や全国各地の弁護士会において実演型の法廷技術研修が毎年定期的におこなわれている。また、法廷技術について論じる書籍や専門誌も複数出版されている<sup>1)</sup>。

そうした研修や文献では、弁護人は最終弁論において、予め用意した原稿を読み上げるのではなく、裁判官・裁判員とアイ・コンタクトを取り、その反応を確かめながら、生き生きとした言葉で語りかけるべきであると指摘されている。「できる限り平易な日本語を用いなければならない。」「明瞭な発音、聴き取りやすい大きさ、聴き取りやすい速さで語る必要がある。」「センテンスごと、トピックごとに、適切な間を置いて語ることも重要である。」ともいわれる<sup>2)</sup>。最終弁論は、弁護人が裁判官・裁判員を説得して、求める結論が正しいことを受け入れさせるために最善をつくすべき最大かつ最後の機会であることを考えると、これらの指摘はいずれも正当である。

さらに、裁判員裁判の最終弁論では、陳述の際に裁判官・裁判員に書面を配布したり、法廷のモニタに映し出したスライド等を見せたりすることが一般的におこなわれている（以下、本稿では、裁判員裁判の最終弁論における陳述の前後に配布される書面を「配布書面」、陳述時に視覚的に示されるそれ以外

の資料を「視覚資料」と呼ぶ）。

こうした配布書面や視覚資料は、その内容や利用方法次第で裁判官・裁判員の理解や判断に大きな影響を与える。そのため、法廷技術を論じる文献の多くも、こうした書面や資料の利用を最終弁論における重要な法廷技術のひとつとして位置づけている<sup>3)</sup>。

ところが、裁判員経験者に対して実施されているアンケートでは、当事者の法廷での説明や証拠調べについて、「わかりやすかった」とするものの割合は、弁護人が検察官より明らかに低く、逆に「わかりにくかった」とするものの割合は、弁護人が検察官より明らかに高い、という結果が続いている<sup>4)</sup>。このアンケート項目は、検察官と弁護人の主張立証について、その内容も含めた全体に対する印象を問う趣旨と読めるため、裁判員が必ずしも「最終弁論のわかりやすさ」だけに焦点をあてて回答したものとはいえない<sup>5)</sup>。また、この結果に対しては、強大な捜査権限をもって集めた証拠により公訴事実を立証する立場の検察官の主張立証と、それに疑いを差し挟む立場の弁護人の主張立証の「わかりやすさ」を単純に比較できるのかという疑問もある。

しかし、当事者追行主義の下で、検察官の主張立証に弁護人のそれを対峙させる形で進行する審理や評議のあり方を念頭に置いたとき、裁判員の中に、弁護人の主張立証の「わかりやすさ」が検察官よりも劣ると感じた者が少なからずいることは、無視すべきでな

1) 日本弁護士連合会編『法廷弁護技術（第2版）』（日本評論社、2009）、高野隆＝河津博史編著『刑事法廷弁護技術』（日本評論社、2018）、ダイヤモンドルール研究会ワーキンググループ編著『実践！刑事証人尋問技術 事例から学ぶ尋問のダイヤモンドルール』（現代人文社、2009）、ダイヤモンドルール研究会ワーキンググループ編著『実践！刑事証人尋問技術 part2 事例から学ぶ尋問のダイヤモンドルール』（現代人文社、2017）。また、現代人文社が出版する専門誌『季刊刑事弁護』では法廷技術についての特集がたびたび組まれている（「高野 VS 後藤 最高の法廷技術から学ぶ」102号（2020）、「公判の命運を左右する被告人質問」95号（2018）、「専門家証言を攻略する」84号（2015）、「328条——効果的な反対尋問のために」81号（2015）、号「弁論は自由に」77号（2014）等）。

2) 高野＝河津・前掲注1)265-266頁。

3) 裁判官の立場から冒頭陳述や論告・最終弁論における配布書面等に言及したものとして橋本一＝坂本好司「冒頭陳述と論告・弁論」判タ1402号5頁（2014）。

4) 最高裁判所「裁判員等経験者に対するアンケート調査結果報告書」（[https://www.saibanin.courts.go.jp/topics/detail/09\\_12\\_05-10jissi\\_jyoukyou.html](https://www.saibanin.courts.go.jp/topics/detail/09_12_05-10jissi_jyoukyou.html)、2021年7月22日最終閲覧）について、平成30年度から令和2年度までの3年分を見ると、法廷での説明や証拠調べを「わかりやすかった」とするものは検察官が例年60%台後半であるのに対し、弁護人は例年40%前後である。他方、「わかりにくかった」とするものは検察官が例年4%前後であるのに対し、弁護人は例年15%前後となっている。

5) しかし、アンケートが評議の終了後間がない時期に実施されていることからすると、回答する裁判員の意識の上では、評議で吟味された双方の主張、すなわち検察官の論告と弁護人の最終弁論の「わかりやすさ」に相応のウエイトを置いて回答されたものと見るのが自然であろう。

い。

そして、上記アンケートの自由記載欄や、裁判所が主催しておこなわれる裁判員経験者と法曹三者の意見交換会<sup>6)</sup>における裁判員の発言では、弁護人が最終弁論で用いた配布書面が、検察官の配布書面と比較して劣っている旨の指摘がされることが少なくない<sup>7)</sup>。

個別の事件での活動にも検察庁という組織としての統一的な対応方針が色濃く反映される検察官と異なり、個別の事件における弁護人の活動は個々の判断に完全に委ねられている。そのため、配布書面や視覚資料についても、それらを利用するかどうか、どのようなものをどのように利用するかは弁護人により様々である。そのことは、各事件の弁護人が自由な発想で効果的な最終弁論をおこなうことにもつながっている。しかし、他方で、弁護人がそれらを十分に活用できていない、あるいは好ましくない利用をしたために、最終弁論に説得力をもたせることに失敗している例があり、それが上記のような裁判員の評価や指摘に反映されているのではないかと考えられる。

そこで、本稿では、裁判員裁判の最終弁論における配布書面と視覚資料について、まず検討の前提となる事実を確認した上で(Ⅱ)、その機能(Ⅲ)と事例(Ⅳ)を挙げ、それらをどのように活用することが効果的かを検討する(Ⅴ)。

なお、筆者は、2019年より、本学の実務家教員として、裁判官、検察官の教員とともに「刑事模擬裁判」の授業を担当しているが、本稿の内容は担当教員3名の考えを代表するものではなく、あくまで筆者の個人的な見解である。

## Ⅱ. 検討の前提となる事実

話し手が、聴き手の理解を助けるために、書面を配布したり、視覚的な資料を示したりすることは、たとえば学校の授業や会社の会議等でも広くおこなわれている。裁判官や裁判員を含め、私たちは、日常生活の中でそのような手法に慣れ親しんでいる。それでは、裁判員裁判の弁護人は、研修の講師や会議の発言者と同じような感覚で配布書面や視覚資料を利用すればよいのだろうか。配布書面・視覚資料の活用を検討する前提として、「裁判員裁判の最終弁論」という場面に特有の事情を整理してみたい。

### 1 最終弁論の目的

最終弁論の目的は、単に「話し手の話の内容を伝えて理解させること」だけではない。弁護人は聴き手である裁判官・裁判員に、評議の中で、弁護人が最終弁論で述べた主張を支持させなければならない。

6) 全国の裁判所における意見交換会の議事録は裁判所のWEBサイトから閲覧できる (<https://www.saibanin.courts.go.jp/access/ikenkoukan/index.html>, 2021年7月22日最終閲覧)。

7) さいたま地方裁判所平成30年6月6日実施の意見交換会の裁判員発言「資料の作成能力というか、完成度の点で大幅に弁護人と検察官で違いがあると思ひまして、私の事件では検察官の資料が3色、4色使って、強調されているところは文字が大きくなったり太字になったり、時系列も整理されていて分かりやすかったのですが、弁護人から出されたのは2色印刷ぐらいで、本当に文字だけで、大きく被告人はやっていないとか、中身はもちろん書いてありますが、結局自分の中で整理するのに役立つ色々細かい知識や、時系列での整理がされていなかったの、弁護人の主張をしっかりと考える時間が少なくなってしまったのかなと思います。」(31頁) (<https://www.courts.go.jp/saitama/vc-files/saitama/file/h30.6.6ikenkoukankai.pdf>, 2021年7月22日最終閲覧)。東京地方裁判所令和元年11月28日実施の意見交換会の裁判員発言「あとは、論告・弁論については、正直今回もらった資料の量が違い過ぎて、検察官側と弁護人側での論告と弁論の資料の差が激し過ぎて、もうちょっとここある程度うまくバランスを取れないのかなとは正直感じる部分ではありました。弁護人側は難しいんだろうなという内容ではあるんですけども、片や3枚ぐらいでぱっと事細かに説明されて、ここはこうでこうでという話がある検察官側と、1枚で、はいと渡された弁護人側だと、すごく差があるなというのは思っていて、それで何か結論づけるというのは、すごく差があるのかなというのは感じました。」(34頁)、「正直その論告の方がすごくまとまっていたので分かりやすかったの、それで内容が網羅されてしまったというか。なので、弁護人側が言っているのは、あくまでその中でここはちょっと違うなと思っていますみたいな、肉付けするというか、備え付けというぐらいの感じにしか思えなかったです。」(34-35頁) (<https://www.courts.go.jp/tokyo/vc-files/tokyo/2020/saibanin-gi-ji-r011128.pdf>, 2021年7月22日最終閲覧)。

しかも、裁判員裁判の最終弁論における聴き手は1人ではなく、裁判官と裁判員という集団である。その集団に、弁護人が最終弁論で主張した内容に沿った結論(判決)を出させるには、彼らが行う評議の中で、その過半数の支持を獲得しなければならない。評議の判断は、裁判官と裁判員の双方の意見を含む過半数の意見によるとされているからである(裁判員法第67条第1項)。そこで、弁護人は最終弁論によって、1人でも多くの裁判官・裁判員の説得を目指すことになる。そして、もし評議の開始時点で、裁判官・裁判員の中で、弁護人の主張に納得している者が、納得していない者よりも少なかった場合には、評議において、前者の裁判官・裁判員が、弁護人に代わって、後者の裁判官・裁判員と議論し、彼らを説得し、評議の終了時点では、前者が半数を上回ることを期待しなければならない<sup>8)</sup>。

この点で、最終弁論は、個々の聴き手に話の内容を伝えて理解させることを目的とする学校の授業やセミナーの講演とは大きく異なる。どちらかといえば、会社等の会議で、企画の提案者が、会議の参加者に自らの提案内容を支持させるためにおこなうプレゼンテーションに近い。

## 2 検察官による論告の存在

裁判員裁判では、最終弁論の直前に、検察官による論告がおこなわれる<sup>9)</sup>。その内容は、通常、弁護人が最終弁論で主張する内容と対立する。弁護人が公訴事実を争い、最終弁論で無罪を主張しようとする事件では、その前に検察官から被告人が有罪であるとの論告がおこなわれるし、事実に争いがなく量刑のみが問題となる事件でも、最終弁論に先立つ論告の中で、量刑事情について、弁護人よ

りも厳しい評価が示され、弁護人が主張する予定の量刑よりも重い求刑がされることが多い。

したがって、弁護人は、裁判官と裁判員に「検察官の主張よりも弁護人の主張の方が正しい」と、最終弁論の内容を支持させる必要、わかりやすい表現を使えば、検察官というライバルの論告に「勝つ」必要がある。この点でも、弁護人の最終弁論は、競合相手がいる企画会議等におけるプレゼンテーションによく似た面がある。

## 3 聴き手

企画会議等のプレゼンテーションでは、聴き手が、話し手と同じ会社で普段一緒に働いている従業員や役員、あるいは所属する組織は異なっても、同じ業界で普段から顔を合わせている者であったりする。そのため、プレゼンテーションをする話し手自身が、聴き手がどのような背景や考えを持った人たちであるか把握できていることが少なくない。

しかし、裁判員裁判の最終弁論はそうでない。説得すべき聴き手は、通常、職業裁判官3名と一般市民から抽選で選ばれた裁判員6名からなる混成チームである<sup>10)</sup>。裁判官たちは法律に関する専門知識を共有し、職業として普段から一緒に同じ裁判所で働く同僚の関係にあるが、裁判員は、職業や経歴も様々で、通常は法律的な専門知識は有さず、平素はそれぞれ異なる日常生活を送る「知らない者同士」の関係である。そして、弁護人には、選任された裁判員の氏名以外の情報、たとえば住所や職業等は何も知らされない。このように多様な聴き手に向けておこなう最終弁論において、その内容がどのように受け止められるのかを正確に予測することは、不特定多数の聴衆が参加する講義やセミナーと同様に

8) 逆に、仮に評議の開始時点で、最終弁論の内容に納得している裁判官・裁判員が過半数を占めていたとしても、そうでない裁判官・裁判員の反論にあい、彼らが説得されてしまうことを防がなければならない。

9) 被害者参加人のいる事件では、被害者参加人やその委託を受けた弁護士が、検察官の論告の後に、事実または法律の適用について意見を陳述することができる(刑訴法第316条の38第1項)。この意見陳述がなされた場合は、弁護人の最終弁論はその後となる。

10) その他に補充裁判員を置くことができるとされ(裁判員法第10条)、実際に行われている裁判員裁判では補充裁判員が置かれるのが通常である。

難しい。

しかも、講義やセミナーと異なり、最終弁論では、その途中や終了後に、話し手である弁護人が、聴き手である裁判官・裁判員との間で質疑応答をおこなうことは予定されていない。無言で耳を傾ける裁判官と裁判員に向けて最終弁論をおこなう弁護人には、彼らがどの程度その内容を理解し、共感したのかを問いかけて確認する機会はない。

#### 4 評議に要する期間

検察官の論告と弁護人の最終弁論を踏まえておこなわれる評議は、通常、複数の日程にまたがる。その日の評議の終了時刻から、次の評議の開始時刻までの間は、裁判官も裁判員も当該事件の事実認定や量刑判断の議論から離れる。人間の記憶力には限界があり、評議の日程が進むにつれて、論告や最終弁論について記憶が曖昧になったり、誤った内容で記憶喚起されたりする危険性が高くなる。また記憶力には個人差があるから、記憶力の優れた者と、そうでない者がいた場合、評議の中で、後者が記憶の喚起に苦労しているうちに前者が議論を先へと進めてしまい、後者が評議の中で十分に意見を主張できない事態が起こりうる。

### Ⅲ. 最終弁論における配布書面・視覚資料が持つ機能

上記のような特徴を有する裁判員裁判の最終弁論において、弁護人が用いる配布書面・視覚資料は、以下の2つの機能を持つ。

#### 1 陳述の補助

最終弁論において、弁護人は、公判で取り調べられた証拠をどのように評価するのか、それによって当該事件の争点についてどのような判断を下すことが正しいのかという「証拠についての議論」を示す。そこでは、複数の議論の結論を総合的に評価して最終的な結論が導かれる場合や、ある証拠についての議論の結論が、他の証拠についての議論の前提

となっている場合がある。また、個々の議論の中でも、結論の理由付けが複数挙げられることは珍しくない。このような証拠についての議論を、耳から聴くだけで、その論理的な構造まで含めて正確に理解することは、裁判官にも裁判員にも容易なことではない。さらに、多くの証拠が取り調べられた事件では、弁護人が最終弁論で言及した証拠が、どの証拠のどの部分を指しているのか、その場では直ちに記憶喚起できない場合も少なくないはずである。

そこで、弁護人が最終弁論を口頭で陳述する際に、陳述している項目の表題（例「目撃者の証言は信用できるか?」）や、重要なキーワード・数値等（例「現場に街灯無し」「30m離れた地点」）を視覚で認識できる文字情報として裁判官・裁判員に示すことは、彼らに「いま何について話しているのか」「どのような事実が重要なのか」に注意をひきつけ、その内容を印象付けることに役立つ。さらに、その主張内容についてキーワード同士を矢印で結んで図式化したり、表形式で整理したりしたものを見せれば、その相互の関係を、口頭の陳述のみに頼る場合よりもわかりやすく示すことができる。

また、陳述の中で、たとえば現場の図面や凶器の写真等の証拠に言及する際も、それを見せれば、「どの証拠について論じているのか」を裁判官・裁判員に直ちに理解させることができる。図面や写真の中で特に着目すべき点を矢印で示したり、丸で囲ったりすれば、その理解をさらに助けることができる。弁護人から量刑について意見を述べる場合にも、裁判所の「量刑検索システム」を用いて得られた同種事件の量刑傾向を示す棒グラフを示すこと等が有効である。

こうした陳述の補助は、後に挙げるスライド等の視覚資料を用いておこなうだけでなく、配布書面にその機能をもたせることも可能である。すなわち、陳述に先立って、陳述内容を箇条書きにしたり、図表形式で整理したり、あるいは証拠の写真や図面の一部を縮刷したものを掲載した配布書面を裁判官・裁判員に配って、陳述の進行に沿って参照させるという方法である。

## 2 評議の補助

人間の記憶力には限界があるため、口頭でおこなわれる最終弁論の内容を、聴いた時点では理解しても、その内容についての記憶をその後の評議の期間中、正確に維持し続けることは容易ではない。特に、争点の多い事件ほど、弁論で述べられる内容は多く、評議にも長期間を要することになるが、その期間中、評議と他の日常生活の間を行き来し続ける裁判官と裁判員が、最終弁論から何日も何週間も経った後の評議の場で、何の手掛かりもなしに最終弁論の内容を正しく記憶喚起して引用し評議に活かすことは困難である。

そこで、弁護人は、評議の中で弁護人が主張した内容を裁判官と裁判員に正しく記憶喚起して評議に反映させるためのツールを提供する必要がある。

最終弁論の内容が記載された配布書面は、評議の場で裁判官・裁判員が各自参照することによって、弁護人が主張した内容が正しく記憶喚起され、議論で引用されることを補助する役割を持つ。他方、法廷で用いられた視覚資料は、評議の場でもその内容が参照されれば、最終弁論の内容を記憶喚起するツールになりうる。もっとも、後に指摘するとおり、視覚資料は、評議の際に裁判官・裁判員の各自が随時、自由にそれを参照することは困難な場合が多いことに留意するべきである。

### IV. 最終弁論で用いられる配布書面・視覚資料

これまでに見たとおり、弁護人が最終弁論で用いる資料には、①形式面では、陳述の前後に印刷した紙面を配布する「配布書面」と、それ以外の形式で陳述中に視覚的に文字や図表等を示す「視覚資料」があり、②機能面では、「陳述の補助」と「評議の補助」という2つの役割がある。以下では、現在の裁判員

裁判の最終弁論で弁護人が用いている配布書面と視覚資料について、上記2つの機能を念頭にその特徴を指摘して整理する。

## 1 配布書面

### (1) 原稿形式の書面

口頭で陳述する内容を逐語的に文章形式で記載した書面であり、弁護人の中には、裁判員裁判の最終弁論において、そのような形式の書面を、陳述に先立って裁判官・裁判員に配布する者もいる。そのような弁護人は、その原稿を「読み上げる」形で最終弁論をおこなうことが通常である。

この方式によれば、裁判官・裁判員は、弁護人の陳述内容を、それが文章で記載された原稿を目で追って確認しながら聴くことになる。その意味では原稿形式の配布書面は一応、口頭の陳述を補助する機能を持つとはいえる。しかし、その効果には大きな疑問がある。多数のページにわたる原稿形式の資料は、その構造についての一覧性に欠け、視覚的に理解を助ける効果は薄い。原稿形式の資料を手元に配布された裁判官と裁判員は、弁護人の陳述を耳で聴くことよりも、資料に書かれた内容を黙読する方へ意識を集中させてしまい、弁護人の陳述を離れて原稿を読み進めてしまう可能性が高い。また、彼らの視線は手元に落とされたままとなり、弁護人には目を向けなくなる。読み上げ原稿を事前に配布することはアイ・コンタクトの機会を失わせる大きなリスクを持つ<sup>11)</sup>。

さらに、評議の補助としても原稿形式の配布書面は不向きである。複数ページに文章形式で記載された手元の原稿から、評議で議論されている論点についての記述を議論の進行に合わせて迅速に見つけ出すことは容易ではない。たとえ見つけ出しても、連続して記載された文章の中からの確にその要点を抽出して自分の意見に反映させることは困難であり、特に、評議の場やそこでおこなわれる議論に不慣れな裁判員にはそのデメリットが顕

11) 最高裁判所・前掲注4「裁判員等経験者に対するアンケート調査結果報告書(平成30年度)」には「弁護人の方は、原稿を読んでいるという印象が強く、下を向いて話されている事が多かったし、早口だったので聞き取りにくく、内容がよくわからなかったところも多かったです。」(196頁)という裁判員の指摘がある。

著である<sup>12)</sup>。

## (2) メモ形式の書面

A4やA3の用紙に弁護人の最終弁論を、項目ごとに見出しや内容を箇条書きにして記載したメモを配布書面とするものである。その配布時期については、陳述前に配布する場合と陳述後に配布する場合とがある。検察官は、裁判員裁判の冒頭陳述や論告においてこうした形式の配布書面を事前に配布して用いることが一般的となっており、弁護人にもこのような形式の配布書面を用いる例が比較的多い。

こうした配布書面は「論告メモ」「弁論メモ」と呼ばれることがあるが、一口に「メモ」と言っても、記載される情報量は様々である。陳述する事項の見出しや結論等を簡潔に記載しただけのものもあれば、項目ごとに箇条書きされてはいるものの、口頭で陳述する内容が、ほぼそのまま文章形式で記載されたものもある。

記載の体裁についても、単語や短文を箇条書きに上から下に向けて並べて記載するのものもあれば、文字に色や下線、枠囲み等の装飾をする、記載された内容の関係を図示する、表形式で整理する、模式図やイラストで説明を加える等の方法で弁護人の主張の構造と内容を視覚的に示す工夫をほどこしたものの等もあり様々である<sup>13)</sup>。

このようなメモ形式の配布書面には、陳述の補助としての機能と、評議の補助としての機能を持たせることができる。

すなわち、弁護人の主張の構造が、項目立てや図表により一覧性を持って明示され、個々の論点についての結論と理由が簡潔に整理して記載された配布書面を陳述前に配布すれば、裁判官・裁判員がそれを参照しながら

陳述を聴くことによってその理解を助けることができる。ただし、体裁は一応箇条書きのメモ形式でも、陳述内容がほぼそのまま記載されている配布書面を陳述前に配布すれば、原稿形式の配布書面と同様に裁判官・裁判員の意識が書面の文字を「読む」ことに集中してしまい、陳述を「聴く」ことへの集中や弁護人とのアイ・コンタクトを失わせる危険がある。

また、書面の記載と口頭の陳述とのリンクにも注意を要する。たとえば、最終弁論において、A、B、C、Dという4つの項目を、この順序で述べる際に、弁護人がBとDについての陳述内容の要旨のみが記載されたメモ形式の書面を事前配布することがある。しかし、このようなことをすれば、聴き手である裁判官と裁判員は弁護人がAやCについて陳述をしている間、配布書面のどこにそれらが記載されているのか探して戸惑うことになる。同様に、口頭ではA→B→C→Dの順序で陳述されるのに、配布書面にはA→C→B→Dという順序で記載されている場合も聴き手は戸惑う<sup>14)</sup>。また、資料の全体あるいは大部分に図表を用いて作成された配布書面は、紙面を上から下へと縦方向に見ていけばよい文字情報主体の配布書面と異なり、縦横のどちらに向かって見ていけばよいのか一見してわからないものも多く、その点に配慮した陳述をしなければ、聴き手に大きな混乱をもたらす<sup>15)</sup>。

最終弁論の聴き手が受けるこれらの戸惑いや混乱は、陳述内容への集中力を大きく削いで、理解を著しく妨げるとともに、そのような戸惑いや混乱を与えた弁護人の主張に対する信頼をも損ないかねないから極力排除され

12) 最高裁判所・前掲注4)「裁判員等経験者に対するアンケート調査結果報告書(令和元年度)」には「弁護人の資料は文章が長く、強調したいポイントが分かりにくかったです。もう少し見た目でも分かり易いまとめ方をして頂くと理解し易くなると思います。」(176頁)という裁判員の指摘がある。

13) 最終弁論におけるメモ形式の配布書面の例として虫本良和「配布資料の作り方」季刊刑事弁護77号39頁、39頁以下(2014)、司法研修所刑事裁判教官室編『プラクティス刑事裁判(平成30年版)』(法曹会、2019)別冊25頁。

14) 最高裁判所・前掲注4)「裁判員等経験者に対するアンケート調査結果報告書(令和元年度)」には弁護人の配布書面について「レジュメ通りの進行ではなくあっちこちに話がいついていたため少し分かりにくかった。」(176頁)という裁判員の指摘がある。

15) 最高裁判所・前掲注4)「裁判員等経験者に対するアンケート調査結果報告書(令和元年度)」には検察官と弁護人双方に対する指摘として「配布された資料の一部に初見には難しく読み取りづらい部分が見受けられた。」(177頁)という裁判員の指摘がある。



なければならない。

メモ形式の配布書面は、原稿形式よりも一覧性があるため、裁判官・裁判員の評議の場で、各人が、迅速に論点となっている事項についての記述を見つけ出し、その内容を引用する際にも利便性が高い。また、前述のとおり、現在の裁判員裁判では、検察官が論告に際して、その主張の構造を明示して結論と理由を箇条書きで示したメモ形式の配布書面を用いることが一般的であるため、弁護人がメモ形式の配布書面を用いれば、検察官の配布書面と対比して検討しやすい。ただし、一覧性を重視するあまり、A4またはA3見開き1枚に、多くの文字が詰め込まれた書面となってしまうと、見づらくなるため、陳述の補助としても評議の補助としても有効性が低くなる。また、弁護人が色や図形、矢印等で装飾を凝らした複雑な図表を利用して陳述内容を整理した配布書面は、作成した弁護人自身が考えているほどは他人にわかりやすすくない場合があることに注意を要する。こうした図表の体裁や整理の仕方には、作成者の思考の流れやイメージが色濃く反映されるが、そこには個人差があり、それを弁護人と裁判官や裁判員の全員が的確に共有することは必ずしも容易ではないからである。「読み解く」作業が必要な複雑な書面は、事前に配布すれば聴き手の陳述への集中を妨げるリスクがあり、事後に配布するだけでは評議の場で正しく読み解かれずに弁護人の主張が正確に伝わらないリスクがある。

メモ形式の配布書面は、現在、実際の裁判員裁判で多くの弁護人が用いているが、紙面の情報量や体裁、配布時期、口頭で陳述する内容とのリンクについて慎重に検討した上で事案に応じた適切な内容のものを作成しなければ十分な効果を上げられず、むしろ最終弁論による説得を妨げるリスクがあることに留意すべきである。

### (3) スライドを印刷した書面

後に詳述するとおり、弁護人は、最終弁論の際に、法廷のモニタにプレゼンテーションソフトで作成したスライドを映し出して視覚資料として利用することがある。弁護人がこのようなスライドを利用した場合に、その内

容を紙に印刷した書面を裁判官・裁判員に配布することがある。体裁はA4用紙1枚にスライド1枚を印刷することもあれば、縮小サイズのスライドをA4用紙1枚に複数並べて印刷することもあり、いずれにせよ、スライドの枚数が多ければそれだけ配布書面の枚数も多くなる。配布時期は、陳述時にはモニタにスライドの内容が視覚資料として映し出されるため、陳述の終了後に、評議における補助を目的とした資料として配布されるのが一般的である。

しかし、視覚資料として用いたスライドを印刷した物を配布書面とした場合に、それが評議を補助する十分な機能を持つかについては疑問がある。争点が多岐にわたる事件や証拠の議論の内容が複雑な事件では、スライドの枚数が多数に及ぶ可能性がある。たとえば30枚のスライドをA4用紙1枚に6枚ずつ並べて印刷すると、同じサイズの長方形のスライドが並んだ5ページの配布書面ができて上がる。しかし、視覚的には5ページに同じサイズ、同じレイアウトで並べられた各スライドが、論理的には並列の関係だとは限らない。たとえば1枚目のスライドに記載された事項の下位の項目が2枚目、4枚目、7枚目に記載された3項目であり、その3項目のさらに下位の項目が3枚目(2枚目の下位項目)、5、6枚目(4枚目の下位項目)、8、9、10枚目(7枚目の下位項目)に記載されているということは珍しくない。そのような論理的な階層構造を、スライドが並列的に印刷された複数枚の配布書面からの的確に把握して、評議における議論に的確に反映させることは、特に裁判員にとって困難を伴う。

そのため、口頭の陳述を補助するために、スライドを視覚資料として用いて最終弁論をおこなう場合でも、評議の補助としての配布書面については、スライドをそのまま印刷したものをを用いるのではなく、別途、評議の補助に適した書面の作成を検討すべきである。

## 2 視覚資料の例

### (1) スライド

裁判員裁判で用いられる法廷には、裁判

官・裁判員が着席する法壇、当事者席、証言台に液晶ディスプレイが設置されている。また、法壇の左右の壁（当事者席の頭上）にも大型ディスプレイが設置されている<sup>16)</sup>。当事者席にはこれらのディスプレイにパソコン内のデータを出力する接続端子がついたケーブルが備え付けられているので、検察官や弁護人は、持参したパソコンの端子にケーブルを接続して、パソコン内のデータを法壇内のディスプレイに映し出すことができる。検察官は、裁判員裁判の証拠調べでは、このディスプレイに、証拠の写真や図面等を映しながら書証を朗読することが一般的となっている。

この機能を利用して、弁護人は、弁論の際に、口頭の陳述を補助するための資料を裁判官と裁判員に示すことができる。通常はPowerPointやKeynote等のいわゆる「プレゼンテーションソフト」で作成した複数枚のスライドを陳述の進行に合わせて順次示すことが多い。その内容は様々であり、口頭で陳述する内容の要旨を文字情報で映し出して耳で聴く際の補助とする場合もあれば、陳述で引用する取調べ済みの証拠、たとえば現場の写真や、負傷箇所を示した人体図、関係者のメールのやりとり等を映し出してその内容の記憶喚起を補助する場合もある。

視覚資料としてスライドを用いる利点は、その陳述内容に合わせた多彩な表現を、適時に用いることができることである。スライド作成に用いられるプレゼンテーションソフトでは、スライドにアニメーション効果を設定できるため、複数のスライドを順次映し出すだけでなく、ひとつのスライドの中で、文字や写真を順番に映し出したり、図面上に矢印を表示させて強調したい部分を図示したりする等の効果を加えることができる。もっとも、画面上に情報を詰め込みすぎたり、あまりに凝ったアニメーション効果を加えたりすることは、かえってわかりにくかったり、目

障りになったりして陳述内容への理解や集中を阻害することになりかねないため注意が必要である。

また、裁判官・裁判員がスライドを見るために利用するディスプレイは、弁護人が陳述する場所<sup>17)</sup>から離れた、法壇の机上に設置されている。しかも、9人の裁判官・裁判員に対して設置されているディスプレイは5台しか無いため、正面にモニタが設置されている裁判長以外の裁判官・裁判員は、顔をやや横に向けて隣の裁判官や裁判員との間に置かれたディスプレイを見ることになる。そのため、裁判官・裁判員がディスプレイを注視した状態が続くと、弁護人とのアイ・コンタクトが失われるという問題がある。

## (2) 大型パネル

スチロール樹脂等でできた大型のパネルに、弁護人が陳述する内容の要旨や、引用する証拠等を紙に印刷して予め貼り付けたものを用意し、陳述の進行に合わせて裁判官・裁判員に示す方法である。これは前項のスライドを、デジタルではなく、いわばアナログ的に作成して利用する方式といえる。この方式であれば、弁護人は、パネルを手を持ちたり、自分の立ち位置の近くに設置したイーゼルに立て掛けたりして陳述できるため、裁判官と裁判員の意識が視覚資料だけに向いてしまうことを避けることができる点で、ディスプレイ上にスライドを示す方式よりも優れた面がある。

他方で、複数枚のパネルを用意する必要がある場合には、準備や持ち運びに労力を要すること、予め内容を印刷した紙をパネルに貼り付けて利用する場合、当日、陳述の直前になってからの内容の修正が困難であること等のデメリットがある。

## (3) ホワイトボード

前項と似た方式であるが、法廷内に用意した大型のホワイトボードに、弁護人が陳述の進行に合わせてマーカーで文字を書き込んだ

16) 裁判所WEBサイト「裁判員裁判のための施設の紹介」([https://www.saibanin.courts.go.jp/introduction/saibanin\\_sisetsu/index.html](https://www.saibanin.courts.go.jp/introduction/saibanin_sisetsu/index.html), 2021年7月22日最終閲覧)。

17) 裁判員裁判において弁護人が陳述する場所は、当事者席か、証言台付近が一般的である。最終弁論は、法壇の上に横一列に並んだ裁判官・裁判員の全員が陳述する弁護人の姿に注目しやすい証言台付近でおこなうことが望ましい。

り、予め用意しておいた文字や図表が記載された紙等を磁石等で貼り付けたりして、口頭の陳述の補助とする方式である。

この方式は、パネルに予め記載した文字や図表を示す方法と異なり、より柔軟・多彩な表現が可能となる。陳述に合わせて、ホワイトボードに文字や図表を貼り付けていたり、すでに貼り付けたそれらを別の場所に移動させたりすることによって、プレゼンテーションソフトでスライドにアニメーション効果を設定した場合と同様の視覚効果をもたせることもできる。そうした動きのあるプレゼンテーションは、裁判官・裁判員の注意を惹きつける効果も高い。また、予め内容が印刷されたパネルを用いる場合に比べれば、直前に内容を修正することも難しくない<sup>18)</sup>。

他方で、口頭の陳述と並行して、このようなプレゼンテーションをよどみなくおこなうには事前に入念な準備が必要となる。準備が不十分なまま当日にのぞみ、陳述の途中で立ち往生したり、ホワイトボード上に示された内容がまとまりを欠いたものとなったりすれば、大きなマイナスとなる。

なお、法廷でホワイトボードを用いる場合は、事前に裁判所側に申し入れ、法廷内に準備するよう求める必要がある。また、設置場所についても裁判所と事前に協議しておく必要がある<sup>19)</sup>。

## 裁判員裁判の最終弁論における配布書面・視覚資料の利用方法について

以上を踏まえて、裁判員裁判の最終弁論において、陳述の補助と評議の補助という2つの目的で配布書面・視覚資料を効果的に利用する方法を検討する。

### 1 メモ形式の書面を陳述前に配布する方法

最終弁論の要点をメモ形式で記載した書面を陳述に先立って配布し、裁判官・裁判員にはそれを適宜参照しながら陳述を聴かせることで陳述の補助とするとともに、同じ書面をそのまま評議の補助としても利用させる方法である。現在おこなわれている裁判員裁判では、検察官はこの方法によることが一般的となっており、弁護士も同様の方法によることが少なくない。

この方法のメリットは、裁判官と裁判員が最終弁論の陳述を聴きながら参照した配布書面を、そのまま評議の場でも利用するため、評議の際にその配布書面を見て弁護士が主張した内容の記憶喚起が容易になることである。たとえば大学等で、講義内容が記載されたレジュメを見ながら講義を聴き、家に帰ってから復習のためにそのレジュメを見返して講義内容を思い出すのと似ている。特に、図表が用いられたメモ形式の書面は、陳述を聴く際に手元になければ、陳述後に配られても、どのように読み解けばよいかわからず、評議の場で十分に活用されない危険があるため、事前に配布しておくか、配布書面以外の視覚資料を用いる等して同じ図表を陳述時に示しておく必要がある。

また、陳述内容の要点がメモ形式で記載された書面が事前に配布されて手元があれば、裁判官・裁判員は、後の評議のために陳述内容を詳しくメモしておく心配をせず陳述を聴くことに集中することが可能になる。

他方で、このように陳述の補助としての機能と評議の補助としての機能の両方を過不足なく持たせた配布書面を作成することは意外と難しい。特に、複雑な事件や争点が多い事件で、陳述する内容が多岐にわたる事件で

18) 最終弁論におけるパネルやホワイトボードの活用例として、古川美和「弁論におけるビジュアルエイドの利用方法」季刊刑事弁護 77号 46頁 (2014)、神山啓史「事例報告① 情状事件の弁論——強盗致傷共犯事件 (主観的併合)」季刊刑事弁護 77号 53頁 (2014)。

19) 裁判所からは、法廷の秩序を維持する法廷警察権 (裁判所法第71条) を根拠に、大型のホワイトボードを証言台の近くに法壇に向けて設置すると、公判中、裁判長が傍聴席の様子を確認できなくなることへの懸念が示される場合がある。

は、評議の補助として必要な内容を書面に記載しようとする、配布書面の情報量や枚数が多くなることを避けたい。しかし、そのような書面を陳述に先立って配布すれば、原稿形式の書面を配布して陳述する場合と同じように、裁判官・裁判員が配布書面を読むことに気を取られてしまい、口頭での陳述への注意を削いでしまう危険性が高い。

そのため、メモ形式の配布書面を事前に配布して陳述の補助としても、評議の補助としても使用する方法は、公訴事実の存否を含め事実認定に争いがなく、もっぱらそれらの量刑事情としての評価、すなわち量刑のみが問題となる事件や、事実認定上の争点があったとしても比較的単純な内容で論じるべき証拠の数が少ない事件、より具体的には、A4またはA3サイズの書面1枚に、陳述内容の要旨を一覧性のある簡潔なメモ形式で記載すれば、評議の補助としても十分といえる情報量の事件には適しているが、それ以上の情報量を記載する必要のある事件では、以下で挙げる他の方法も検討すべきである。

## 2 メモ形式の書面を陳述前と陳述後に2種類配布する方法

前項で見たように、最終弁論で論じる内容が多い事件では、評議の補助に必要な情報を記載した書面は、陳述を補助する資料としては情報量が多すぎるため、事前に配布することは適切でないことが多い。

そこで、陳述の補助としては、別途書面を配布する方法が考えられる。事前配布する書面には、陳述の補助に必要な情報、たとえば項目ごとの見出しや、陳述内容を理解するための図表だけを記載した一覧性のある書面を利用し、陳述後にその中身、つまり評議の補助として必要な陳述内容の要旨をメモ形式で記載した書面を配布する、という方法である。

このような2種類の配布書面を作成する実際の手順としては、最終弁論のうち、評議の補助として必要な内容をメモ形式の書面として陳述後の配布用に完成させた上で、そこから陳述の補助としては不要な、すなわち情報

過多と思われる記載を削除して一覧性のある簡潔な書面の形にしたものを陳述前の配布書面とするのがよい。このような方法は、単に簡便というだけでなく、事前配布用と事後配布用の2種類の書面における色使いやフォント等表記の体裁、用語、論点の記載順序が統一されるため、前者の書面を参照しながら最終弁論を聴いた裁判官・裁判員が、評議の場で後者の書面を参照する際に違和感を受けることなく、最終弁論の内容を記憶喚起する資料として利用しやすいと考えられるからである。

もっとも、この方法による場合、口頭の陳述を聴く際の裁判官・裁判員の手元には簡潔な内容の書面しか無いため、後の評議における記憶喚起のために陳述内容のメモをとることに熱心になってしまう者が出てくる可能性がある。そのような事態を避けるため、陳述前の書面配布の際に、別途最終弁論の要旨を補充した書面を陳述後に配布する旨を説明するか、あるいはその旨を配布書面に記載しておくとうい。

## 3 視覚資料としてスライド等を用いて陳述した後にメモ形式の書面を配布する方法

最終弁論の陳述をする際には書面を配布せず、IV 2(1)で紹介したスライド等の視覚資料を用いて陳述の補助とした上で、陳述後に評議を補助する目的でメモ形式の書面を配布する方法である。

情報量を絞ったとしても、陳述前に何らかの書面を配布すれば、裁判官・裁判員の意識がそちらに向いてしまうことは避け難い。そこで、聴き手を口頭の陳述内容に集中させつつ、書面を配布する以外の方法、すなわちスライドやパネル等の視覚資料を用いて陳述の補助とすることが考えられる。ただし、こうした視覚資料は、その特性に応じて適切に利用しなければ十分な効果を上げることは出来ない。特に、プレゼンテーションソフトで作成するスライドには、ひとつの画面に多くの文字情報を記載することも可能であるが、そのようなスライドを陳述中表示すれば、裁

判官・裁判員は画面上の文字を読むことに気を取られてしまうことになる。

また、スライドにせよ、パネルやホワイトボードにせよ、必要のない場面では、画面表示を消す、あるいはパネル等を隠したり裏返したりして、裁判官・裁判員が、目の前で陳述されている内容とは関係ない視覚資料の内容に気を取られないようにしなければならない。

他方、視覚資料として用いたスライドやパネル等が評議の補助としても十分な機能を持つとは言い難い。弁護人がスライドのデータを提供してもそれを自由に再生できるパソコンが各自に与えられているわけではないし、多数のスライドを紙に印刷した書面は、前述のとおり評議の補助には不向きである。パネル等は、仮に評議室に持ち込まれたとしても各自が手で自由に参照することは困難である。

そこで、スライド等の視覚資料を用いて最終弁論を行なう場合の弁護人は、別途、陳述した内容の要旨をメモ形式でまとめた書面を陳述後に評議の補助とする目的で配布する必要性が高い。

その際に注意すべき点は、視覚資料を用いて陳述した内容と配布書面の内容に齟齬が生じないようにして統一感を持たせることである。最終弁論の内容を配布書面によって正しく記憶喚起するためには、視覚資料として用いた図表等を、そのままの体裁で配布書面に掲載すべきである。また、視覚資料のスライド等に表示した用語や言い回し等も、できる限り同じものを配布書面に記載することが望ましい。視覚的に印象に残っているのと異なる用語や言い回しが配布書面で用いられていると、評議で初めてその配布書面を見た裁判員は「ここに書いてあることは、先程弁論で聞かされた話と同じなのだろうか」との疑問を持つことになる。このように視覚資料と配布書面の内容に齟齬が生じないようにするためには、弁論直前に一方を修正した場合に、他方をそれに合わせて修正することを忘れないように注意しなければならない。

また、前項の配布書面を事前と事後の2種類に分けて用いる場合と同様に、視覚資料の

みを示されて最終弁論を聴く裁判官・裁判員が、後の評議のためにメモをとらなければと考えずに、陳述に先立って、最終弁論の要旨をまとめた書面を陳述後に配布する旨を説明しておくといよい。

## VI. おわりに

筆者の裁判員裁判における弁論活動の経験や他の弁護人の活動例等を踏まえて、最終弁論における配布書面・視覚資料の利用方法を検討した。

あらためて強調しておきたいことは、裁判官・裁判員の説得のために最も重要なことは、公判準備の段階で、証拠を十分に検討して弁護人の主張が正しいといえる論拠を確立し、それを説得的に伝える優れた最終弁論を練り上げることである。出来の悪い最終弁論が、素晴らしい配布書面や視覚資料によって補われることはありえない。しかし、だからといって、最終弁論の内容が確定するまで、配布書面や視覚資料の準備をせず、公判期日の直前になってからおこなうことも正しくない。公判に向けた準備の中で、ひとまず最終弁論の内容が一旦整ったのなら、できるだけ早い時期に配布書面や視覚資料の準備にも取り掛かるべきである。最終弁論の内容を裁判官・裁判員に十分理解させ、評議で支持される配布書面や視覚資料を作成する作業には、自身の最終弁論を、裁判官・裁判員の立場から客観的に見ることが不可欠である。その作業の中で、最終弁論の論理に飛躍があることや、より適切な議論の順序があること等に気付かされることは決して少なくない。

最終弁論における配布書面や視覚資料には、全ての事件で共通する正解はなく、弁護人が、個々の事件の特徴に合わせて創意工夫を凝らさなければならない。その努力が、最終弁論の精度を上げることにもなる。筆者もいまだに試行錯誤を重ねている途中であり、本稿で検討した内容を自身の弁論活動に反映させ、より説得力のある最終弁論を目指したい。

(いわもと・けんぶ)

論説

# 第一審における刑事単独事件の手続進行について

## ——迅速な審理の観点から——

東京大学法科大学院非常勤講師・判事

品川しのぶ

- I. はじめに
  - (3) 被告人が期日の先送りを希望する場合
- II. 事例
- III. 事前準備
  - 1 事前準備における裁判所の役割
  - 2 事前準備の内容
    - (1) 受理直後
      - a 証拠開示
      - b 進行イメージ
      - c 弁護人の選任
    - (2) 証拠開示後
    - (3) 最終段階
  - 3 期日の指定と変更
    - (1) 期日指定の在り方
    - (2) 期日の変更
  - 4 公判前整理手続との振り分け
  - 5 迅速な手続進行を妨げると考えられるその他の事情
    - (1) 弁護方針の策定に時間を要する場合
    - (2) 追起訴が予定されている場合
- IV. 公判審理
  - 1 公判審理における裁判所の役割
  - 2 冒頭陳述
  - 3 証拠の採否
  - 4 証拠調べ
    - (1) 書証や証拠物について
    - (2) 証人について
      - a 尋問方法
      - b 刑訴法 321 条 1 項 2 号後段書面の請求
      - c 自己矛盾供述による弾劾
  - 5 判決
- V. その他
  - 1 訴訟遅延目的での弁護人の解任
  - 2 主観的併合事件の審理
- VI. おわりに

### I. はじめに

筆者は、現在、東京地方裁判所において刑事事件に携わりつつ、2020年4月から、東大法科大学院において「少年非行と法」及び「刑事実務基礎」の授業を担当している。ローレビューの編集委員の方から今回のお話をいただき、実務家である筆者が、学生の皆さんに少しでも有益なお話を伝えることができる

テーマは何かと悩んだが、日ごろの執務の中心である刑事単独事件に関し、授業で十分に触れられないけれども実務上重要な事柄を扱うのがよいのではないかと考えた。そこで、迅速な審理の実現に向けた刑事単独事件における取り組み等をお伝えしようと思いついた。

いうまでもないが、刑事裁判手続では、事実認定や手続の適正さはもとより、審理の迅速さも求められている。田宮裕先生のお言

葉<sup>1)</sup>をお借りして迅速な審理の重要性をお伝えすると、訴訟は迅速でなければ、多くの場合その意義を喪失する。刑罰が迅速に実現されてこそ犯罪による社会不安は除かれ、刑法の抑止力も効用を発揮する。犯人の改善・更生のためにも有益であろう。時間が経てば、有罪の証拠は散逸して、処罰の確保が難しくなる局面も生じ、また、刑事司法の人的・物的資源も浪費される。被告人にとっては訴訟から早く解放される利益があることはいうまでもない。被告人には公判への出頭義務など物心両面の大きな負担があり、被告人として手続を受けていること自体で社会的にも様々な不利益を伴う。身柄を拘束されていれば、その苦痛は増大する。時の経過により無罪主張が困難になれば、誤判問題にも連なる。特に無罪かもしれない被告人にとっては、生死に関わる大きな人権問題だといえる。以上のように指摘されている内容は、決して理念的なものにとどまらず、長く刑事裁判実務に携わってきた者として強く共感できるところである。

刑事単独事件は、通常第一審を担当する刑事裁判官にとって、件数としては執務の中心を占める<sup>2)</sup>ところ、その多くが自白事件である<sup>3)</sup>こともあって、比較的迅速な審理が実現されている。令和元年の通常第一審における受理から終局までの平均審理期間を、合議事件と比較すると、合議事件が8.4か月であるのに対し、単独事件は3.1か月にとどまる<sup>4)</sup>。ただし、単独事件の平均審理期間を経年比較してみると、平成27年には2.7か月であったのが、年々僅かずつではあるが長期化している。単独事件の平均審理期間の内訳も、平成26年は自白事件が2.4か月、否認事件が7.2か月であった<sup>5)</sup>が、令和元年は自白事件については2.7か月、否認事件は8.1

か月となっている<sup>6)</sup>。また、令和元年の地裁における終局人員のうち3年を超える人員は、全体の0.1%に当たる33人であり、その内訳は、3年超5年以内が24人、5年超が9人である<sup>7)</sup>。以上の数字をみると、刑事単独事件については比較的迅速な審理が実現されていると評価できるとはいえ、じわじわと長期化が進んでいる点は不安材料であるし、地裁における刑事事件全体をみると3年を超える事件も散見される状況である。否認事件はそもそも長期化しがちであるが、争点を十分に意識しないまま無計画で場当たりの審理が進められてしまうと、審理手続は簡単に長期化してしまう。また、自白事件であっても、様々な要因から、審理が不必要に長期化する危険性は常にある。

迅速な審理を実現するためには、当事者追行主義の下、検察官や弁護人の果たす役割が大きい、訴訟を主宰する担当裁判官としてやるべきことも様々ある。本稿では、具体的な事例を用いて、日頃の執務において考えていることを踏まえながら、手続の流れに従って迅速な審理の実現を阻害する要因やそれらに対する方策等について検討していくこととする。なお、迅速な裁判の要請は、起訴後の段階だけではなく捜査段階にも関わる問題であるが、本稿では起訴後の場面に限定して検討する。

なお、本稿において意見等を述べている部分は、全て筆者の個人的なものに過ぎないことを予めお断りしておきたい。

## II. 事例

本稿では、以下の架空の事例を前提に検討することとしたい。

1) 田宮裕『刑事訴訟法 [新版]』239頁 (有斐閣, 2001)。

2) 令和元年の通常第一審 (地裁) における刑事事件の終局人員のうち、単独事件の占める割合は94.0%である (最高裁事務総局刑事局「令和元年における刑事事件の概況 (上)」曹時73巻2号37頁, 50頁 (2021))。

3) 令和元年の通常第一審 (地裁) における単独事件の自白事件と否認事件の割合をみると、自白事件が90.1%、否認事件は7.7%である (最高裁事務総局刑事局・前掲注2)79頁)。

4) 最高裁事務総局刑事局・前掲注2)63頁。

5) 最高裁事務総局刑事局「平成29年における刑事事件の概況 (上)」曹時71巻2号31頁, 74頁 (2019)。

6) 最高裁事務総局刑事局・前掲注2)80頁。

7) 最高裁事務総局刑事局・前掲注2)59, 60頁。

### 【経過】

令和3年4月5日、被告人甲に対する住居侵入、窃盗被告事件が東京地方裁判所に起訴され、筆者の係に配点された。なお、被告人甲は、現在勾留中である。また、捜査段階において2名の私選弁護人が選任されている。

### 【公訴事実】

被告人は、金品窃取の目的で、令和3年3月15日午前2時30分頃、東京都文京区（以下略）所在のA方に、1階北側掃き出し窓の施錠を外して侵入し、その頃、同所において、同人ほか1名所有の現金12万円在中のポーチ1個（時価約500円相当）を窃取した。

## III. 事前準備<sup>8)</sup>

### 1 事前準備における裁判所の役割

迅速な審理を実現するためには、第1回公判期日前の公判審理に向けた準備活動が大変重要である。第1回公判期日前の公判準備のための制度には、事前準備の手続と公判前整理手続とがあるが、本事例のような単独事件では、事前準備手続のみで公判準備を進めることが多い<sup>9)</sup>。そこで、公判準備については事前準備手続を中心に検討することとする。

事前準備については、刑事訴訟規則（以下「規則」という。）178条の2以下に、訴訟関係人の義務等が具体的に定められている。これらの規定ぶりからも明らかであるが、起訴状一本主義の下、裁判所は第1回公判期日前に証拠の内容に触れることができず、当事者主義がとられているため、事前準備の中心的役割を担うのは検察官と弁護人であり、裁判所は当事者の準備活動の支援という側面的な役割を果たすことが、基本的には予定されている。

しかし、実際には、裁判所は事前準備に積

極的に関与し、重要な役割を果たしてきた。裁判所は、刑事公判手続の主宰者として迅速な裁判を実現しなければならない職責があること、また、事案によっては、当事者にとって迅速な手続進行が必ずしもその利益に沿わない場合があることがその理由と思われる。裁判所の行う事前準備の内容は、後記のとおり、当事者双方から手続進行上必要な事情を聴取し、円滑かつ迅速に手続が進行するように当事者双方の準備活動を促したり交通整理をしたりするなどの支援をし、審理計画を立てるといったものとなる。

従前、裁判所が第1回公判期日前に当事者から事件に関する情報を収集するなどすることは、予断排除の原則に反するのではないかと疑問が呈されることもあった。しかし、予断排除の原則により禁止されているのは、裁判所が第1回公判期日前に事件の実体面について心証を形成することである。第1回公判期日前であっても、迅速な手続進行のための準備という観点から、両当事者の参加の下、公正中立な立場で裁判所が事件に関わることは許されるべきであるし、その過程で事件の内容に触れることがあっても、手続進行のため、それに必要な範囲で触れるに過ぎないのであるから、予断の問題は生じないと思料する。公判前整理手続の実務が積み重ねられてきた現在では、裁判所が公判準備に積極的に関与することについての抵抗感は薄まり、他方で、裁判所が関与した上での公判準備の有用性についての理解が深まるとともに、集中審理に向けて準備すべきことについての共通認識が法曹三者の間で形成されてきているように感じる。

以下、起訴後の手続の流れに沿って、具体的な事前準備の内容を確認していく。

8) 事前準備についての筆者の考えは、修習生の時に勧められて手にした、岸盛一＝横川敏雄『新版 事実審理』（有斐閣、1983）がベースにある。時代に合わない部分もあるが、今なお学ぶべき点も多く、実務の活力を感じていただけたと思う。学生の皆さんには是非一読してもらいたいと考え、ご紹介する。

9) 令和元年の通常第一審における公判前整理手続を実施した終局人員をみると、刑事単独事件は121人である。単独事件の終局人員数が4万5838人であることからすると、計算上、単独事件において公判前整理手続に付される事件は、0.2パーセント程度ということになる。この数字は筆者の体感にも合致する（最高裁事務総局刑事局・前掲注2）50, 82頁）。



## 2 事前準備の内容

### (1) 受理直後

#### a 証拠開示

事前準備において、迅速な審理実現に向けてまず行うべきことは、検察官が、可能な限り早期に、弁護人に対して関係証拠を開示することである。十分な証拠開示がなされて初めて、弁護人が弁護方針を立てることができるからである。

そこで、裁判所は、起訴直後に、検察官に対し、できるだけ早期の証拠開示を依頼し<sup>10)</sup>、その見込みの時期を聴取している。本事例のような東京地方検察庁の場合、捜査を担当した検察官と公判に立ち会う検察官とが異なるため、起訴後、公判担当検察官は、捜査記録を引き継ぎ、立証のために必要十分な証拠があるかどうかを検討し、必要に応じて補充捜査を行って、請求証拠を選別し、証拠を開示することになる。筆者の係を担当する検察官は、記録の分量が特に多いといった特別の場合を除いて、遅くとも起訴後2週間で請求証拠の選別を終え、証拠開示を行っている。そして、弁護人に対しては、裁判所は、検察官から聴取した証拠開示の見込み時期を伝えるとともに、開示後は速やかに閲覧し、弁護方針を立てるよう依頼している。本事例のように捜査段階で弁護人が選任されていれば、手続進行上の参考とするために、弁護人から、現時点における事案についての問題意識や争点の見通しを聴取したり、進行についての希望を聴取したりすることもある。また、証拠開示を巡って問題が生じたときなどには、検察官と弁護人の間に立って調整することもある。

この段階における開示の対象となる証拠は、基本的には請求証拠である（刑事訴訟法〔以下「法」という。〕299条1項、規則178条の6第1項1号）が、検察官による請求証拠の選別に先立ち、弁護人に、事案についての問題意識や争点の見通しを明らかにしても

らうことは、大変有効である。検察官が、弁護人の問題意識等を踏まえて証拠請求すれば、それ以外の関連証拠の開示が問題とならなくなることもあるであろうし、弁護人の問題意識を早い段階で把握しておくことで、事後の関連証拠の任意開示を迅速に進められるであろう。事案によっては、弁護人の問題意識等の解消につながり、争いがなくなることもある。

今触れたように、現在、実務においては、公判前整理手続に付されれば開示が認められる見込みの高い証拠や、開示による弊害の乏しい証拠については、検察官が柔軟に任意開示に応じている。この柔軟な任意開示の運用は、迅速な裁判の実現にとって非常に重要な役割を果たしている。公判前整理手続が制定される以前の実務では、証拠開示は非常に厳格な要件の下でのみ認められていた。検察官には取調べ請求の意思のない証拠について、予め進んでこれを開示する義務はなく、被告人側にもこれに対応する請求権はないとされ、裁判所は、証拠調べに入った後、弁護人から、具体的必要性を示して、一定の証拠について開示の申し出がなされた場合、事案の性質、審理の状況、閲覧を求める証拠の種類及び内容、閲覧の時期、程度及び方法、その他諸般の事情に照らし、被告人の防御のために特に必要であり、これにより罪証隠滅、証人威迫等の弊害のおそれがなく、相当と認められるときに、訴訟指揮権により証拠開示命令を発し得るというものである（最三小決昭和34年12月26日刑集13巻13号3372頁、最三小決昭和35年2月9日判時219号34頁、最二小決昭和44年4月25日刑集23巻4号248頁、最二小決昭和44年4月25日刑集23巻4号275頁）。実際の運用も厳格であり、事前の任意開示が行われたという経験はない。後にも触れるが、このような厳格な証拠開示の状況は、例えば、弁護人による早期の弁護方針の策定が困難であったことの大きな要因であったと思われるし、公判期日間や証人尋問の主尋問と反対尋問との間に相当の

10) 起訴の都度個別に依頼するというのではなく、例えば異動の際などに、裁判所の方針として担当検事に伝え、協力を依頼しているのが実情である。

時間を必要とした、以前の五月雨式審理の一原因でもあったと思われる。検察官により公判準備段階から柔軟な任意開示が行われるようになったことで、期日間や証人尋問の主尋問と反対尋問との間に、新たに開示された証拠を検討するための時間を設ける必要はなくなった。また、弁護人による早期の弁護方針策定につながり、審理の早い段階から争点が明確となって、無駄な審理がなされたり、重要な争点が後から発覚して審理をやり直さなくてはならなくなったりするという行き当たりばったりの進行ではなく、結審までを見通した無駄のない審理計画を立て、合理的に進行することが可能となった。

### b 進行イメージ

迅速な審理実現のためには、当事者との間で、手続の進行についての共通認識を持ち、進行について協力してもらうことも大切である。例えば、筆者の係では、通常の規模の自白事件であれば、電話でのやり取りにより1時間程度の期日を指定し、1回の期日で結審し、引き続き、あるいは近接する日時に判決するという進行を標準的な進行としている。自白事件であるという弁護人の方針が立った段階で、裁判所の進行イメージを当事者双方に伝え、日程調整をして期日を指定し、時間内に必要な立証・反証ができるように準備をお願いする。実務では、情状証人については、当日同行して尋問するという運用が定着している。また、被害者との示談書等の情状関係の書証についても、事前に検察官への開示を済ませておかなければ、検察官が被害者への確認未了であるため直ちには証拠意見を明らかにできないということになり、期日を重ねることになるが、そのような遅延もほとんど見られない。なお、自白事件であっても、公訴事実が多数の場合や請求証拠が大量になると見込まれる場合、また、弁護側から手厚い情状立証を予定している旨の連絡があった場合などは、検察官や弁護人から必要な審理見込み時間について意見を聴取し、長めの時間を確保することもある。

これに対して、否認事件の場合は、様々なバリエーションが考えられる。第1回公判期日前に、進行等について協議する打合せ（規

則178条の15）をし、審理予定を立てた上で、期日に臨むというのが、事前準備を経る事件の場合に多くみられるパターンである。打合せは、弁護人の弁護方針の目的が立つ時期に行うというのが多いが、証拠開示についての調整が必要な場合等は、早い時期に設けることとなろう。また、事案によっては、早期に30分程度の短時間の第1回公判期日を実施し、その期日やその後の打合せで進行について協議するという場合もあるであろう。勿論、公判前整理手続に付すという選択もある。見込まれる争点や当事者の意向等により、様々な進行が考えられる。

このように、進行についてのイメージを三者間で共有することにより、審理に向けて何をどの程度の期間で準備しなければならないかが明確になり、当事者の準備活動の促しになるとと思われる。また、手続全体の大枠を具体的に把握することで、各期日における審理の内容やボリューム、時期について改めて意識され、主張・立証方針の再検討につながることもあろう。

### c 弁護人の選任

なお、本件と異なり起訴時点で弁護人が選任されていない場合、弁護人選任を早期に行うことが迅速な進行上大切である。筆者の係では、被告人に対して、概ね1週間程度後の期限を定めて私選弁護人の選任や国選弁護人選任の請求の有無について確認し、返信がない場合は、原則として再度確認するようなことはせず、必要に応じて職権で国選弁護人を選任するなどしている。また、本事例のように複数の弁護人が選任されている場合、その後の様々なやりとりを円滑に行うため、主任弁護人（法33条）を早期に指定してもらうことも大切である。

### (2) 証拠開示後

検察官から証拠が開示されると、弁護人は、それらを閲覧してその内容等を検討し、被告人と打ち合わせ、関係者から話を聞くなどして、弁護方針を立て、検察官の請求予定証拠についての証拠意見を検討する。併せて、反証に必要な証拠の収集に努めることになろう。そして、検察官は、弁護人の弁護方針や証拠意見を踏まえ、具体的な立証計画を

立てる。

迅速な審理の実現という観点からは、いかに迅速に、争点が明らかとなり、争点を踏まえた的確な立証・反証の準備が進められるかが最大のポイントである。まずは、その前提として、訴因や罰条に関する疑義や紛議があれば早い段階で解消しておくべきである。多くの事件では、当事者による自主的な解決が可能であろう。その上で、弁護側の主張を明らかにしてもらうことが重要である。公訴事実を認めるか否か、認めない場合具体的にどの点をどのように争うのかを明確にしてもらうことは、事後の手續を円滑に進めていく上で大切である。弁護方針を策定する上で、検察官の主張立証構造を把握する必要があるれば、裁判所が関与して、検察官に明らかにするように促す場合もあろう。場合によっては、その概要を記載したメモのようなものを提出してもらうことも有効である。弁護人には、主張を明らかにすることと併せて、検察官の請求証拠に対する証拠意見についてもできるだけ速やかに明らかにしてもらう必要がある。また、証拠請求の準備にはそれなりの時間や労力がかかるので、弁護人側の請求予定証拠がある場合は、関係者と証人出廷について交渉し、その日程を調整するなどして証人尋問請求に向けて準備をしたり、書証の請求に向けて、必要な書面を収集、作成したりするなど、前倒しでその準備に当たってもらうことも大切である。

一方、検察官には、弁護人側の主張を検討してもらい、必要があれば、弁護人に対し、主張内容について確認をしたり、更なる主張の明確化や具体化を求めたりすることになる。その場合は、適宜裁判所も関与していくことになる。争点が明らかになり、弁護人から証拠意見が伝えられれば、検察官には、争点についての主張立証方針を検討してもらい、追加立証や代替立証等があれば準備してもらうことになる。立証方針の検討では、迅速な審理の実現という観点からは、不必要な証拠調べをいかに排除していくかということ

が大切である。立証対象の絞り込みと証拠の厳選の視点が特に重要であり<sup>11)</sup>、裁判所からその旨の注意喚起をすることになる。

立証対象の絞り込みについては、検察官が立証すべきは、公訴事実に記載された犯罪事実と、被告人の刑を決める上で重要な情状事実である。これらに含まれない事実は立証の対象から除外することが相当であり、例えば、犯行に至る経緯に関する事実であっても、量刑に影響するような重要な情状事実でなければ立証対象とするべきではない。また、証拠の厳選という観点からは、同一の事柄について重複するような立証や、争点になっていない点についての念のための立証は不要といえる。重複立証であっても、例えば、複数の者が同様の供述をすることによってそれぞれの信用性を支え合うことがあり、そのような場合には重複立証であっても証拠調べの必要性が認められるが、例えばそのうちの一名の証人の立場や供述内容を踏まえると、その供述の信用性が極めて高く、他の証人の供述を求めるまでの必要性がない場合もあろう。検察官は、事案の内容や争点、証人の属性や供述予定内容等に応じて、証拠調べの範囲やその優劣を適切に見極めることが大切である。また、例えば、当初弁護人の問題意識等に応じて幅広い証拠請求を予定していたけれども、その後の弁護人の検討により争点ではなくなったため証拠調べの必要性が低減した証拠については、請求しないことなども検討すべきである。

事案に応じて濃淡はあるが、争点の確定や立証・反証の準備の関係では、当事者には以上のような検討をしてもらうことになる。

これらの検討は、基本的には、当事者がやり取りするなどして行うべきであるが、検察官と弁護人は利害が対立する場面も多いため、裁判所が積極的に関与していくことが有益で必要な場合も多い。具体的な関与方法としては、特に問題がなければ書記官を通じて電話で確認等することで十分であるが、場合によっては、裁判所、検察官及び弁護人の三

11) 立証対象事実の絞り込みや証拠の厳選の視点に関する部分は、平成27年度司法研究を参考にさせていただいた(川出敏裕ほか『裁判員裁判において公判準備に困難を来した事件に関する実証的研究』(法曹会, 2018))。

者が集まって打ち合わせることが有益である。打合せでは、裁判所は、まず、事前準備の進捗状況を確認するが、滞っている場合はその原因を見極めて調整することが期待されよう。具体的には、最終的な見通しを踏まえた当事者に対する説得や別案の提示が考えられる。主張については、当事者間の対立点を確認し、裁判所からみて不明瞭な点等があれば当事者に釈明を求めたり、場合によっては、更なる検討を促したりすることもあるだろうし、逆に、既に十分明らかになっているとの意見を述べ、争点拡散や手続遅延を防ぐことが必要かもしれない。証拠については当事者に説明を求めるなどしながら、裁判所の立場から、立証対象の絞り込みや証拠の厳選について上記のような意見を述べたり、場合によっては再検討を促したりすることがあるであろう。

迅速な審理が拙速な審理であってはならず、判断しなければならぬ事柄について必要十分な証拠調べが行われることが迅速な審理の当然の前提である。また、そのような証拠調べが行われることは、無駄な証拠調べを行わないというだけでなく、審理をやり直さずに済むなどの意味でも、迅速な審理の実現につながっているといえる。争点を明らかにし証拠を厳選することは、迅速な審理の実現という観点からも事前準備の核となる。

なお、書証については、単独事件では抄本による取調べで問題はないと考える。書証は、多くが捜査段階において作成されたものであり、特に捜査の初期段階で作成されたものは事件の見通しすら立っていない段階で作成されている場合があることもあって、重要性の乏しい情報を含む大量の情報が記載されていることが多い。また、一つの事柄に関する情報が、複数の書証に分かれていることもよくみられる。形式的な導入部分や、独特の言い回しなども存する。裁判員裁判の場合、裁判記録に馴れていない裁判員が事件の内容等を適切かつ容易に理解できるよう、例えば、統合捜査報告書等の二次的証拠を作成し、判断に必要な情報のみが記載され、同じ事柄に関する情報が集約されていて、理解しやすい表現が用いられている書面を取り調べ

るのが相当な場合が多い。しかし、裁判官であれば、不同意部分と同意部分が入り乱れている虫食い書証であっても違和感はないし、独特の言い回しにも戸惑うこともなく、同じ事柄に関する情報が複数の書証に点在していても大きく混乱することはない。二次的証拠の作成には莫大な時間や手間がかかることを考えると、単独事件においてそのような作業は不要である。実質的な証拠の厳選がなされていれば、形式面での理解のしやすさは、その作業量、つまり迅速な進行を妨げる程度とのバランスから後退してもよいと考えている。

### (3) 最終段階

事前準備の最終段階では、審理予定を立てる。裁判所は、当事者双方から、請求証拠の取調べ順序や方法、見込み時間、証人尋問や被告人質問に要する見込み時間等を聴取するほか、検察官の冒頭陳述に要する時間や、弁護人による冒頭陳述の有無、要する時間、実施時期も確認して、ときに意見を述べながら、各公判期日で何をどこまで進行するか、各期日に要する時間はどれくらいになるか、最終的にどのくらいの期日が必要となるのかについて予定を立てる。被害者参加対象事件(法 316 条の 33) の場合は、手続参加申出の有無、予定されている手続の内容(法 316 条の 36 以下など)等について検察官に確認したり、それ以外の事件についても、被害者等からの意見陳述の申出(法 292 条の 2)の有無やその時期についての意向を確認したりすることも必要である。

## 3 期日の指定と変更

### (1) 期日指定の在り方

審理予定が決まると、具体的な日時を調整し、期日を指定する。合理的で無駄のない審理予定を立てても、期日が遅れ、あるいは五月雨式での審理となれば、迅速な審理の実現は遠のく。迅速な審理の観点から最も望ましいのは、事前準備終了後直ちに期日が開かれ、かつ、集中して審理されることである。

これを阻む原因には様々なものが考えられる。検察官からは、例えば、証人尋問の準備

のために十分な期間をあけて欲しいという希望が出されることが多い。また、弁護人からは、検察官と同様の理由のほか、他の手持ち事件との関係で、特に直近の日程確保が難しいといわれる場合が多い。複数の弁護人が選任されている場合、数が増えればそれだけ、全弁護人の出席可能な日程を調整することが困難となる。証人尋問が予定されている場合は、証人の出廷の調整も必要であるし、被害者参加が予定されていれば、出席予定者との日程調整も必要である。ビデオリンク方式（法157条の6）により証人尋問を行う場合、機材の確保が難しいことも多い。

まず、事前準備終了後できるだけ接近した期日の指定を可能にするための方策の一つとして、審理予定の大枠の見込みが立った段階で、公判期日を仮予約して関係者の予定を確保しておくことが考えられる。審理予定に最も大きな影響を及ぼすのは証人尋問や被告人質問であるが、おおよその時間が分かれば、正式に尋問等の時間が決まる前であっても無駄なく必要な日程を確保していけるであろう。当事者も、証人尋問の準備に早期に取りかかることができる。

連日開廷については、迅速な審理の実現という観点からは非常に有効であるが、当事者にとって、証人尋問等に向けた準備やまとまった日程確保等の負担は相当に大きいと思われる。単独事件に現実的にかけてられる労力を考えると無理を強いることはできない。また、裁判所側の事情としても、通常一つの法廷を複数の裁判官が交替で使用していることもあり、法廷を連日確保することは容易ではない。単独事件では、裁判員裁判の場合のような文字通りの連日開廷の実現は現実的ではないが、いたずらに期日間があくことは避けなければならない。可能な限りの連日的開廷を目指していくということになる。その際は、期日と期日の間があればそれだけ記憶が薄れ、何度も記録を読み返さなければいけないという意味でかえって手間となるはずである。そのことを説明し、連日的開廷の実現に協力を求めており、準備や日程調整が可能な限り応じていただいている。なお、証人尋問請求に対して、相手方当事者から必要性や関

連性が乏しいといった証拠意見が述べられる予定である場合でも、証人尋問請求が採用されることを念頭に置いた多めの期日を念のために確保しておくことが考えられる。審理の進行を踏まえて請求が撤回されたり、あるいは請求が却下されたりした場合でも、後の審理を前倒しで実施することができれば、合理的であろう。その点も予め三者で合意しておくことが可能であれば、更に望ましい。結局証人尋問請求が採用された場合、その時点で日程を調整しようとしても、直近の期日の確保は難しいため、予め多めの期日を確保しておくというのは有効である。

また、複数の弁護人が選任されているため日程調整が困難であるという問題については、例えば弁護人間で役割分担をしてもらい、出席必須の弁護人以外の弁護人については可能な限り出席してもらうこととするなど、全ての期日に全ての弁護人が揃わなくてもよいように対応してもらうという方策が考えられる。

証人の出廷の調整が難しい場合として、例えば、遠方の病院で勤務している医者等、職務上一定の場所を離れることが難しい証人の場合がある。この場合、裁判所外における証人尋問（法158条）や構外ビデオリンク方式による証人尋問（法157条の6第2項）が検討されてよいであろう。また、複数の証人が遠距離の一定範囲の地域に集中して居住している場合、その地域所在の裁判所でまとめて尋問を行うといった方法によることで、円滑・迅速な進行が図られよう。なお、これらの方法による場合は、実施先の裁判所との調整も必要である。

私が任官した頃は、裁判官が書証や尋問調書の内容を精査することが真実発見のために重要であるとの意識が強く、そのため、法廷外でこれらの書面をじっくり読み込んで検討する時間を確保する必要があった。期日間に相当な間隔を置くという運用は、むしろ、書面を検討するための時間を確保する上では都合がよいといえ、迅速な裁判という面から問題があるという問題意識はあったものの、このような運用自体はある意味やむを得ないと捉えていたように思う。当時は、各期日で取

り調べられた証拠の内容を踏まえて次の証拠調べを検討するという進行であったから、当事者から上記のような運用を強く非難された記憶もない（被告人の身柄拘束の問題は別である）。そして、このように公判期日の間隔があくという運用では、法廷で形成した心証が薄れてしまうから、結局書証や尋問調書を読み込むことに頼らざるを得なくなるといふ、悪循環に陥っていた。また、このような意識を前提とした判決がなされていたことなどもあり、例えば証人尋問における反対尋問は、主尋問の尋問調書を片手に微に入り細に入り行うということが通例で、そのため、反対尋問期日は、主尋問終了後、その尋問調書の作成・謄写・検討に必要な期間をあけた上で開かれるということが、やはりやむを得ないと受け止められていたように思う（前述の、証拠開示の問題も大きかったと考えている）。

以上のようなかつての実務の運用やその前提となっている裁判官の意識の下においては、集中審理を目指すといっても限界があった。私の初任の配属部は事前準備等についての研究部であり、審理の迅速化を念頭においた事前準備等に部を挙げて精力的に取り組んだが、今振り返ると、上記のような限界は乗り越え難かったように思う。

ところが、平成21年5月に施行された裁判員裁判は、このような実務の運用や法曹の意識を大きく変えた。現在、裁判官が法廷外で書証や尋問調書の内容をじっくり検討することが真実発見にとって重要であると考えている刑事裁判官は、もはや一人もいないのではないかと思う。全ての裁判官の意識が、文字通り、法廷こそが心証形成の場であるという意識に変化したといい切つてよいと思われる。また、検察官や弁護人の意識にも大きな変化が生じたと感じる。裁判員裁判での実践が影響していると思われるが、単独事件の審理においても、反対尋問を主尋問とは別の期日で実施して欲しいと求める当事者は皆無であるし、連日的開廷の提示に対してもできる限り応じようとする当事者が確実に増えていると感じている。

## (2) 期日の変更

一旦予約あるいは指定した期日をできる限り維持し、安易に変更しないことも、迅速な審理を実現する上で重要である。そのためには、訴訟関係人が予定あるいは指定された期日に出頭することは勿論であるが、予定されている証人尋問等の証拠調べを確実に実施できるように準備を整えることも大切である。また、証人尋問の時間を遵守するなど、各期日が予定通りに進行できるように努めることも大切であろう。突然の予期せぬ事態に対応できるよう、可能な限り、審理時間に余裕をもたせる、あるいは、期日の予備日を設けておくということも有効であろう。

## 4 公判前整理手続との振り分け

前記のとおり、公判準備のための制度には、これまで検討したような事前準備の手続のほかに、公判前整理手続がある。公判前整理手続を利用するかどうかを判断する際、どのような観点から検討すべきであろうか。その手掛かりとして、公判前整理手続との比較の視点から、事前準備手続のメリットとデメリットを考えてみたいと思う。

まず、事前準備の最大のメリットは、機動的であるという点である。公判前整理手続は、検察官による証明予定事実記載書の提出義務を皮切りに、段階を踏んで各種手続が進められる仕組みになっており、また、各段階で様々な主張書面等が提出されることが通例であるが、その作成や決裁には一定の時間がかかる。期日には検察官、弁護士及び裁判官のほか書記官の出席が義務的で、そこでのやりとりについては公判前整理手続調書を作成しなければならない（法316条の12）など、手続自体が重厚である。そして、証拠調べ請求の制限効（法316条の32）を背景に、詳細な、あるいは念のための主張が展開されることにより本来単純な争点が拡散したり、必要性の乏しい証拠が証拠調べ請求されたりして、かえって手続が長期化するという危険性を含んでいる。これに対し、事前準備には手続上の規制がなく、事案に応じた柔軟な進行が可能であるし、勿論ペナルティもない。訴

訟関係人全員が出頭できなくても、例えば電話会議システムを利用した参加や、調整が難しい場合は、開廷時間外の実施も可能である。そして、前述のとおり、現在検察庁は、基本的に任意開示に柔軟に応じる方針を取っている。そのため、事前準備手続においても十分な証拠開示がなされており、その実効性が担保されている。

他方で、事前準備のデメリットについて考えると、メリットの裏返しではあるが、公判前整理手続を経た場合と異なり証拠調べ請求についての制限効がないため、当事者からの主張・立証が五月雨式になる、あるいは後出しされる危険性がある。また、例えば、複数の間接事実から構成される間接事実型の事案で、間接事実や再間接事実の存否に争いがあるなど、争点や証拠関係が複雑になると見込まれる事案では、口頭での議論をベースとした事前準備では、十分な争点や証拠の整理が難しいであろう。当事者間に証拠開示を巡って争いがあり、裁判所が裁定する（法 316 条の 25 以下）必要がある場合や、現在検察庁が任意開示に応じていない、いわゆるリスト開示（法 316 条の 14 第 2 項）を弁護人が求めたい場合は、事前準備では対応が難しく、公判前整理手続に付す必要が出てくる。当事者が公判前整理手続に付すことを強く求め、当事者に積極的かつ自発的な活動を期待できる場合は、長期化の危険をはらんでいる公判前整理手続をスムーズに進められる見込みが高くなり、公判前整理手続を選択する方向に傾くであろう。

以上のような、メリット・デメリットがあることを念頭において、各事案の諸事情を考慮し、当事者の意見も踏まえ、公判前整理手続を利用するかどうかを決めていくことになる。

なお、単独事件の場合、公判前整理手続に付すとしても、迅速な審理の実現の観点から、裁判員裁判の場合とは異なる柔軟な運用

が目指されてよいのではないかと考える。例えば、裁判員裁判の場合は、量刑についても争点整理の対象となるが、単独事件の場合、罪体に争いのある事件のみを公判前整理手続に付し、罪体についてのみ争点整理すれば十分であろう。書面の作成等に時間がかかるようであれば、期日において口頭で主張や証拠意見を明らかにしてもらうことで足りるし、審理計画を立てる際は、可能な限りの連続的開廷が現実的である。

## 5 迅速な手続進行を妨げると考えられるその他の事情

### (1) 弁護方針の策定に時間を要する場合

弁護方針を策定するには、十分に証拠開示がなされ、開示された証拠を検討することが前提となる。最近の証拠は、スマートフォンの普及や LINE 等の連絡手段の発展、防犯カメラの増加等の社会環境の変化を反映し、例えば、通話履歴や LINE のやり取り、防犯カメラ画像等の客観証拠が増加している。それらのデータのうち事件に関係する部分を書面化したもののみが証拠請求されるので、請求書証はスリムであることが多いが、事案によっては膨大な量の元データ全体を確認しなければならない上、データを再生して確認する作業は検察庁において行わなければならないなどのため、証拠の検討に相当な時間がかかる事態が多くみられるようになった。対策としては、このような証拠は開示自体が遅れがちであるので、できる限り早期の開示を求めることが大切であろう。

また、特に、争うことが見込まれる事件の場合、弁護方針の策定のためには被告人との入念な打合せが必要である。近年通訳を要する外国人事件が増加の一途をたどり、その言語の種類も多様である<sup>12)</sup>。そのような事件では、通訳を介して証拠内容の説明や弁護方針の策定に向けての打合せを行わなければな

12) 通常第一審における被告人に通訳翻訳人の付いた外国人事件の終局人員（地裁）をみると、令和元年は 3855 人で、直近の 10 年間で最も少なかった平成 25 年の 2207 人と比べると 1648 人増加している（全終局人員は減少している）。国籍数は 78 か国、通訳言語の総数は 38 言語に及んでいる（最高裁事務総局刑事局「令和元年における刑事事件の概況（下）」曹時 73 巻 3 号、23 頁、77 頁、79 頁（2021））。

らないため、通訳人の確保や通訳を介してのやり取りに、日本人の場合以上に時間がかかってしまうことになる<sup>13)</sup>。外国語でのやり取りを内容とする書証等がある場合は、その分析にも時間がかかる。弁護人が通訳人に容易にアクセスできる環境を整えることが大切であろう。

また、少し毛色が異なるが、弁護人と被告人との関係がこじれてしまうなどして弁護人が弁護方針を策定することができず、検察官の請求証拠に対する証拠意見を述べることもできないという場合がある。この場合、例えば、早期に第1回公判期日を開き、検察官から証拠請求がなされた時点で、争点を明らかにするための被告人質問を行い、それを踏まえて手続を進めていくという方法を取りたいという申入れが弁護人からなされることがある。被告人質問を実施して被告人のいいたいことを明確にし、それに沿って弁護人が弁護方針を策定して、証拠意見を述べるという進行になることは、それなりにみられる。

## (2) 追起訴が予定されている場合

数個の犯罪事実については、併合罪の処理に関する刑法の規定からすれば、併せて一個の刑を言い渡すのが一般的には被告人に利益と考えられるから、併合審理が原則となろう。そこで、事前準備では、検察官に対して追起訴の予定があるかどうか、予定がある場合にはその見込みの時期を確認し、本起訴分についての事前準備を進めながら追起訴を待ち、追起訴されれば本起訴事件と併せて審理することとなる。

追起訴予定はあるものの時期が不明である場合や、弁護人から、追起訴事件についても併せて検討しないと本起訴事件についての弁護方針を立てることができないといわれる場合もある。そのような場合は、追起訴の遅延を防ぐことが大切である。追起訴は、放っておくとどうしても遅れがちとなるため、例えば、本起訴分のみを審理を行う期日を近いところで指定し、同期日において、検察官に追

起訴予定時期について確認の上、次回期日とその時期を前提に指定することを通じて、追起訴が遅れないように裁判所が事実上監視するといった方法を取ることが有益な場合もある。

## (3) 被告人が期日の先送りを希望する場合

被告人ができる限り遅い進行を希望するケースも、単独事件を担当しているとそれなりに出くわすことのある類型である。審理を引き延ばしたいと希望する理由として考えられるものは様々あるが、例えば、実刑が間違いないと見込まれる事案において、保釈されており、少しでも長く社会生活を送りたい事情があるというケースなどがある。

このような要望については、やはり、迅速な裁判の要請は被告人の利益のためにのみあるのではなく、訴訟とは何ら関係のない被告人の個人的な事情への配慮は許されないといえよう。最大決昭和37年2月14日刑集16巻2号85頁では、被告人の留学の便宜を考慮し、5年後に被告人が帰国した後に判決宣告をしようとする意図によってなされた、判決宣告期日を追って指定する旨の裁判長の処分について、迅速裁判の要請に著しく反し違法であると判示されている。また、最三小決昭和36年5月9日刑集15巻5号771頁においても、前刑の関係で執行猶予を付し得ることとなる10か月半先に判決宣告期日を変更する旨の決定について、同変更が証拠調その他犯罪事実及び情状についての審理を更に続行しあるいは再開する必要上なされたものと認めるべき事跡は全くなく、専ら時の経過を計る目的をもってなされたと認められる等の事情があるときは、規則182条1項の解釈を誤った違法があるとされている。

## 6 本事例における事前準備の進行例

本事例において、以上で検討したような事前準備を行うとすると、以下のような進行が

13) 統計資料上は、地裁における外国人事件の平均審理期間は日本人のそれと同等になっている（最高裁事務総局刑事局・前掲注12）88頁）が、自白事件や執行猶予率が日本人事件よりも高く、出入国及び難民認定法違反罪を中心とした比較的単純な事件が多いことが影響しているのではないかと感じる。経験上は、日本語に通じない被告人の場合、否認事件における弁護人の負担の大きさは相当なものがあると感ずる。



一つの例として考えられる。

事件受理後、書記官は、公判担当検察官が一件記録を引き継いだと思われる、起訴から3日後である令和3年4月8日に、検察官に対し、通常通り起訴から2週間程度で請求証拠の開示が可能であるかの見通しについて確認をした。検察官からは通常通りの対応が可能との回答がされたので、弁護人に対して同月19日頃に証拠開示予定である旨を伝え、証拠が開示されたら直ちに検討し、弁護方針を立てるよう依頼した。その際、捜査段階で選任された私選弁護人であるので被告人との打合せを重ねていると思われることから、現時点における争点の見込みや、事前準備の進め方についての希望を聴取したところ、弁護人から、否認事件になる見込みであるとの見通しが伝えられた。また、証拠開示から2週間程度で弁護方針の見込みが立つと思われるので、その頃に一度、三者での打合せをしたい旨の進行についての希望も述べられた。そこで、三者の日程を調整して、5月10日に第1回の打合せを行うこととなった。

同打合せでは、弁護人から、犯人性を争う見通しであるとの一応の弁護方針が示された。また、検察官に対して既にその旨を伝えており、請求証拠以外の証拠についての任意開示を受けているとの報告があった。弁護人としてはあと数通の書証の任意開示を求める予定であり、検察官も早急にこれに応じるということであった。裁判所から弁護人に対して、最終的な弁護方針が決まり、検察官の請求証拠に対する証拠意見が明らかになる時期を確認したところ、弁護方針はあと10日程度で確定できる予定であり、おそらく方針に変更はない旨、また、証拠意見についても同時期に明らかにする旨回答があった。裁判所が検察官に対して、弁護人の方針と証拠意見を踏まえた立証計画を立てられる時期を確認したところ、検察官から、現時点における弁護人の主張の見込みを踏まえて準備はするが、最終的な立証計画を立てるには、弁護人から確定的な方針が示されてから1週間程度必要であるとの希望が述べられたので、次の打合せは、検察官の最終的な立証方針が固

まる頃である5月28日に行うこととした。また、検察官から、現時点での弁護人の主張を前提とすると、おそらく証人は1名となる旨が伝えられた。三者間で、次の打合せにおいて最終的な審理計画を立てられそうであると確認されたので、第1回公判期日は6月中旬以降とすることで合意し、6月中旬以降の三者の都合のよい日をピックアップした。次回打合せまでに証人予定者の出廷可能な日程を確認しておくよう検察官に依頼し、第1回の打合せを終了した。

第2回の打合せでは、弁護人から、争点は犯人性であること、また、検察官請求証拠のうち、目撃者の供述調書や目撃者が立ち会った実況見分調書を中心に請求証拠の一部を不同意とする予定である旨が伝えられた。検察官に立証計画を確認すると、本件は、被告人の犯行を目撃したとする者の供述の信用性評価が主に問題となる事案であり、証人は1名のみを予定していること、尋問時間は、主尋問が40分程度になる見込みであること、6月中旬以降の証人予定者の都合は、水曜日以外は差し支えないこと、弁護人が同意予定の書証については、一部を証人尋問の前に、残りは証人尋問中に取り調べるのが相当であり、証人尋問前に取り調べる証拠については内容の顕出に20分程度必要であることが伝えられた。一方、弁護人からは、反対尋問は、検察官と同程度の時間が必要になる見込みであること、弁護側の反証としては、被告人質問のみを予定しているところ、主質問は1時間程度であること、被告人質問は検察官請求証人の尋問と同期日の実施で構わないが、弁論期日は審理から1週間程度あけてもらいたいことが述べられた。検察官からも、被告人に対する反対質問は主質問と同程度の時間が必要であること、論告も審理から1週間程度あれば十分であることが述べられた。そこで、裁判所は当事者と協議の上、第1回公判期日を6月14日午前10時から午後3時30分までとし、同日午前中に書証の取調べと証人尋問を実施し、午後には被告人質問を行うこと、第1回公判期日の証拠調べの状況次第ではあるが、特に問題がなければ、論告・弁論を行う第2回公判期日は6月21日午前

10時から午前11時とすること、判決宣告予定期日は同月30日午前10時とすることを確認し、予定通り進行できるよう準備を進めてほしい旨を当事者双方に依頼して第2回の打合せを終えた。

本事例について、事前準備のところで述べたところを具体化してみると、一例ではあるが、以上のような進行が考えられるであろう。反対に、公判準備の意識を持たないまま漫然と手續を進めたとすると、例えば次のような進行になるかもしれない。

起訴から概ね一月後の令和3年5月7日に第1回公判期日が開かれたが、弁護人から、必要な証拠について任意開示を受けてから認否する旨が述べられ、被告人と弁護人の罪状認否は留保のまま、検察官の証拠請求までで手續が終了した。その後任意開示が行われることになり、それを踏まえて弁護人が方針を確定するには少なくとも一月程度が必要であるとされたことから、6月7日に第2回公判期日が開かれることになった。第2回公判期日では、被告人及び弁護人から犯人性を争う旨の主張がされ、検察官の請求証拠に対する証拠意見が述べられた。検察官は、弁護人の意見を踏まえて立証計画を立てることとなり、その準備期間として3週間程度が必要であるとの希望が述べられたため、6月28日に第3回公判期日が開かれることになった。第3回公判期日において、検察官から立証方針が示され、証人の都合や証人尋問の準備のため、証人尋問期日は7月中旬以降にしてほしいとの意向が示されたことから、第4回公判期日を7月12日とし、同日被告人質問も併せて実施することとなった。

本事例は争点や立証構造が単純であり、当事者双方も協力的であるが、それでも、事前準備が行われた場合と公判準備の意識を持たずに漫然と進行した場合の手續進行と比べると、一月程度の遅延となっている。実際には、法曹三者や証人の都合の合う期日の確保は簡単ではなく、調整しなければならぬ日数が増えればそれだけ、必要以上に余計な日

数がかかってしまうことを考えると、実際の遅延の程度は更に大きくなるであろう。あくまで仮定の事例ではあるが、迅速な裁判の実現にとって、事前準備の果たす役割には大きなものがあることを実感できるのではないだろうか。

## IV. 公判審理

### 1 公判審理における裁判所の役割

ここでは、事前準備手續を経て公判審理に至った場合を念頭に検討していくこととする。事前準備の場合、主張等の整理は口頭での議論をベースとして行われるため、裁判所は、争点を概括的に把握できるとどまる場合が多いし、証拠請求の全容や具体的な内容を確認しているわけではない。そのため、公判期日における審理を迅速に進めるには、具体的な争点や立証構造ができるだけ早期に明示されること、争点判断にとって必要十分な証拠が請求され、採用されること、心証形成に資する合理的な証拠調べが行われることがポイントとなろう。裁判所がこれらの実現に向けて果たすべき役割は、小さくないと考える。

### 2 冒頭陳述

証拠調べの初めに、検察官は、証拠により証明すべき事実を明らかにする(法296条)。この検察官の冒頭陳述は、検察官の立場から事案の概要及び立証方針を明示することにより、裁判所に対して、審理方針の樹立と証拠調べに関する適切な訴訟指揮を可能にするための資料を提供するとともに、被告人側に対して、具体的な防御の対象を示すことによって防御の便に資するという機能を有するとされている。なお、公判前整理手續を経た場合は、既に争点が明らかとなっており証拠の採否も終わっているから、冒頭陳述の機能としては、裁判体に証拠調べに当たってのポイントを示す点が重要といえよう。

そして、検察官の冒頭陳述の後、裁判所は、被告人又は弁護人にも証拠により証明すべき

事実を明らかにすることを許すことができる(規則 198 条)。これは、検察官の冒頭陳述に対して、当事者主義の観点から、被告人側にも同様の冒頭陳述を許すことを明らかにしたものである。時期については、検察官の冒頭陳述の後という制約があるだけで、その直後でも、検察官の立証終了後の被告人側立証の初めでもよい。公判前整理手続を経た場合、被告人又は弁護人の冒頭陳述は必要であり、検察官による冒頭陳述に引き続いて行われる(法 316 条の 30)。

公判前整理手続を経ていない事件の場合、検察官の冒頭陳述が、それ以降の審理の具体的な手がかりになる。事前準備手続で行う争点整理は、口頭での議論をベースとした概括的なものであるから、検察官が、冒頭陳述において、事前準備で明らかになった争点を念頭に、立証構造を意識して、争点判断にとり重要な事実関係やそれを立証するための証拠、その対応関係等を具体的に示すと、事後の訴訟運営、殊に証拠の採否、証人尋問での訴訟指揮等に非常に有益であり、迅速な審理の実現に資する。また、公判前整理手続を経ていない事件では、弁護人の冒頭陳述は必要ではないが、早い段階で、検察官の主張を踏まえた弁護人の具体的な主張が明らかになれば、手続当初から具体的な対立点が明らかになり、より絞られた合理的な証拠調べを実現できる。早期の段階における弁護人の冒頭陳述も、迅速な審理の実現という観点から非常に有用である。以前は、弁護人の冒頭陳述は珍しく、応じていただける場合であっても、検察官立証終了後に、弁護側立証に当たり行うことがほとんどであった。最近、事前準備手続においても証拠の任意開示が広く行われていることを背景に、検察官の冒頭陳述直後等の早期の段階において、被告人による冒頭陳述が行われる事案が増えていると感じる。早期に冒頭陳述を行うことは、被告人にとっても、手続当初から最終的な結論を明確に意識した訴訟活動ができるというよい効果があるのではないだろうか。

本事例で考えると、前記のとおり、事前準備手続の段階で、争点が犯人性であること、直接証拠である目撃者の供述の信用性判断が

問題となることが明らかとなっていた。さらに、検察官の冒頭陳述において、例えば、『目撃者は被害者宅の家人であること、家の中で犯人に出くわした後、逃げる犯人を追いかけ続け、一旦見失った後に被告人を発見し、その身柄を取り押さえたこと、犯人を追いかけの間、目撃者は、犯人の特徴を 110 番通報の際に警察官に伝えたり、友人に LINE で送ったりしたこと、その後駆け付けた警察官に対し、被告人は特に抵抗しなかったこと』などの、立証構造を意識した、争点判断に必要な重要な事実関係が示されたとする。併せて、証拠調べ請求において、「実況見分調査：目撃者が犯人を追いかけた経路等」、「110 番受理報告書：110 番通報時のやり取り等」、「捜査報告書：現場に駆け付けた警察官に対する被告人の発言内容等」等、各証拠の立証趣旨が、具体的に、争点判断にとって重要な事実との対応関係が明らかになるように示されたとする。そうすると、裁判所は、証人が目撃した犯人とその後取り押さえられた被告人の同一性が具体的には問題となり、犯人の特徴に関する証人の供述内容や、それが 110 番通報時の発言等によってどの程度裏付けられているのか、目撃者が犯人を見失ってから被告人を発見するまでの時間的場所的間隔、被告人が現場にいた理由などの事情が争点判断にとって重要となりそうであることが分かり、各証拠の位置づけや証人尋問のポイントを把握することができる。それにより、例えば、現場に駆け付けた警察官に対する被告人の言動等の事実は、争点判断にとってそれ程重要ではないだろうとの見込みが立ち、仮に検察官が、不同意とされた前記捜査報告書の代替証拠として当該警察官の証人尋問を請求したとしても、直ちには採用しないこととなる。

加えて、被告人から引き続き冒頭陳述がなされたとする。その中で、例えば、『被告人は、本件当日近隣にある実家に帰省しており、コンビニに向かって歩いていたところを、突然目撃者に声をかけられたこと』が主張されたとする。同事実は、その内容から反証できる見込みが高いと思われ、その場合、被告人が現場にいたことは不自然でないこと

になるから、裁判所としては、「被告人が現場にいたこと」という事実は補助事実あるいは犯人性を基礎付ける間接事実としては重要ではないことになりそうだとの見込みが立ち、争点判断のポイントが証人の犯人目撃状況やその内容であることがより明らかになる。

このように、検察官による争点を意識した冒頭陳述や弁護人による早期の冒頭陳述は、迅速な審理の実現にとって大変有用である。したがって、裁判所としては、当事者に対し、適切な冒頭陳述がなされるよう求めるとともに、冒頭陳述の内容が不十分な場合は適宜釈明を求めるなどして補完していくべきであろう。

### 3 証拠の採否

証拠の採否については、事前準備のところでも触れたとおり、証拠調べの必要性の乏しい証拠をいかに排除していくかが大切となる。その際の視点は、立証対象事実の絞り込みと証拠の厳選である。採否を判断する際の手がかりとしては、当事者の冒頭陳述や請求証拠の立証趣旨、弁護人の証拠意見が有用である。

検察官が立証構造を意識して争点判断にとって重要な事実関係とそれを立証するための証拠との対応関係を具体的に示す冒頭陳述を行い、弁護人が検察官の冒頭陳述を前提に争う点を明らかにすれば、請求証拠の立証趣旨や弁護人の証拠意見と相まって、必要性に乏しい証拠を選別することはそれ程困難ではないであろう。証拠によって立証しようとする事実が、公訴事実に記載された犯罪事実の認定や被告人の刑を決める上で重要な事実といえない場合、そのような証拠の採用には慎重でなければならない。また、犯罪事実等ではあるが、特に争われていない事実であれば、重厚な立証は不要であり、その観点から必要性に乏しい証拠である場合もある。また、立証趣旨が重なっている場合、不要な重複立証ではないかを確認する必要があるだろう。あるいは、当該証拠により証明しようとする事実が、争点との関係で推認力が乏しい

のではないかとの疑問がある場合、その証拠について証拠調べの必要性があるのかという疑問が湧くこともある。疑問を抱いた場合は当事者に釈明を求め、疑問が解消されれば採用するが、必要性があるとはいえない場合は証拠調べ請求を却下するであろう。必要性がないではないが乏しいと考えられる場合は、採否の判断を留保して、審理状況を踏まえて最終的な判断をするということもあるだろう。

迅速な審理という観点からは、証拠調べの必要性がない、あるいは乏しい証拠を採用してしまうと、証人であれば相当な時間を無駄に費やすことになってしまったり、書証であっても、その証拠調べ自体は短時間で済むとしても、争点が拡散するなどして審理遅延を招くおそれがある。不必要あるいは必要性の乏しい証拠を的確に見抜くことは、迅速な審理を実現する上で、非常に大切であると考えられる。

### 4 証拠調べ

#### (1) 書証や証拠物について

証拠調べの順序については、まず検察官請求にかかる同意書証や異議のない証拠物を取り調べた後、不同意書証に代えて請求された証人尋問を行い、その後、弁護人請求にかかる同意書証等を取り調べ、弁護人請求証人の尋問、被告人質問を行うという流れが、一般的である。本事例のように公訴事実が1つであればこのような進行で特に問題はないが、公訴事実が複数ある場合は事件ごとに証拠調べを行うという方法も有効である。例えば、関連性のない複数の公訴事実がある場合には、公訴事実ごとに証拠調べを行った方が、混乱が少なく、理解もしやすい。具体的には、公訴事実ごとに甲号証・乙号証・弁号証を取り調べ、被告人質問を行うといったことが考えられよう。一通の書証であっても、複数の事柄について区別されて作成されている場合には、公訴事実ごとに証拠調べをする際、その書証等の該当部分ごとに取り調べるのが分かりやすいであろう。また、証拠の内容次第では、公訴事実が1つの場合でも、書

証等の次に人証という順序にこだわるべきではなく、理解のしやすさという観点から証拠調べの順序を決めるのがよいと考える。例えば、証人尋問を先行させ、その中で、随時必要な書証等を取り調べていくという方法が理解しやすいこともあるであろう。あるいは、証人尋問に先立って一部の書証等を取調べ、それを前提に証人尋問を行い、更に尋問の結果を踏まえて残りの書証等を取り調べるという方がよい場合もあるであろう。

そして、書証の取調べ方法としては朗読と要旨の告知があるが、いずれかによるという二者択一ではなく、犯罪事実や重要な情状事実、争点に関する事実等について法廷で心証が取れるように、書証の内容に応じて適切に顕出してもらうことが重要である。書証によっては全文朗読が適当なものもあるだろうし、例えば、実況見分調書における作成警察官の名前や肩書等の部分は、特に問題となっていないのであれば口頭で法廷に顕出する必要はないであろう。書証のうち図面や写真部分については、書画カメラを利用するなどしてモニター画面に映し出し、全員が同時に内容を確認しながら進行するのが相当な場合もあるであろう。また、防犯カメラやDVDについては、事件と無関係な部分が多く含まれていることが通常であるから、当事者双方がピックアップした当該事案に関する部分のみを、法廷で上映することになる。

書証等についての取調べの工夫は、当該証拠から適切に、かつ混乱なく心証形成することを可能にし、ひいては迅速な審理の実現に資するし、関連する証人尋問等を円滑に進行させる上でも有益である。単独事件における書証の取調べは、判断者が裁判官であるためどうしてもおぼろげになりがちであるが、書証の取調べの有り様は迅速な審理にとって大切であることを肝に銘じ、適切な訴訟活動を当事者に求めていかなければならないと考えている。

## (2) 証人について

### a 尋問方法

公判審理の進行に大きな影響を及ぼす手続は、質・量ともに証人尋問手続であり、証人尋問手続が適切に行われることは迅速な審理の実現にとって大変重要である。基本的には、尋問が個別具体的に一問一答で行われれば、証人は尋問を的確に理解し、適切に証言できるため、手続が円滑に進むし、裁判所の心証形成も容易である。専門家証人の場合は、最初に包括的に説明してもらう方が、理解しやすく、その後の進行がスムーズになることもある。客観証拠により明らかな事実は尋問不要であるし、争点の前提として尋問する必要のある争いのない点は誘導尋問を活用し、争点や重要な点に焦点を当てたメリハリのある尋問が行われるべきである。以前は、不同意とされた供述調書の内容をそのまま再現しようとする尋問がみられた。しかし、捜査段階で作成された供述調書は、争点を意識して作成されたものではなく、あらゆる弁解に対応できるように網羅的で詳細なものとなっている。尋問は、犯罪事実の存否の判断や量刑判断にとって必要な事項について過不足なく行われなければならないし、何より、法廷は、捜査段階で話したことを再現する場ではない<sup>14)</sup>。

### b 刑訴法 321 条 1 項 2 号後段書面の請求<sup>15)</sup>

証人尋問において、審理が滞る可能性のある場面の一つは、検察官請求証人が、その検察官面前調書の内容と異なる供述を始めた場合である。

検察官は、事前に行う証人テストで、証人が、捜査段階供述と異なる供述をしようとしていることを把握した上で証人尋問に臨むことが多い。従前は、捜査段階と異なる供述をする場面になると、検察官は、直ちに法 321 条 1 項 2 号後段による検察官面前調書請求の準備のための尋問に移行し、まず、証人に対

14) 本稿のテーマからずれてしまうので、筆者の問題意識をごく簡単に指摘しておく、証人尋問において、複数の証人が判で押したように全く同じフレーズを供述するという場面に出くわすことがある。単純ではない問題を含むとは思いますが、事前の「証人テスト」の在り方については様々な課題があると考えている。

15) ここでの検討は、伊藤雅人「刑訴法 321 条 1 項 2 号書面の請求と訴訟活動」松尾浩也＝岩瀬徹編『実例刑事訴訟法Ⅲ』41 頁（青林書院、2012）を参考にした。

して、捜査段階と異なる内容の供述をする部分についての質問をして相反部分を顕出した上で、特信状況に関して、被告人や傍聴人に対する恐怖心や遠慮等を証人に語らせ、捜査段階では正直に話をしたことを確認する。そして、法 321 条 1 項 2 号後段書面は、多くが有罪認定の核となる重要な書証であるため、検察官は、十分な時間をとって、相反部分や特信状況に関する事情を漏れなく詳細に記載した証拠調べ請求書を準備し、証拠調べ請求する。一方、弁護士は、同請求に対して必要な反論ができるよう十分な検討時間を要求し、詳細な反論書を提出し、裁判所は、当事者双方の意見書を十分に検討した上で、採否を判断した。法 321 条 1 項 2 号後段による請求は、検察官面前調書に録取された内容と異なる公判供述がなされるとほぼ自動的に行われ、同調書の採否を巡って相当な時間が費やされていた。

しかし、現在は、公判中心主義、直接主義という観点が強く意識され、できる限り公判廷で心証を形成すべきであるという考え方が浸透している。その変化は、法 321 条 1 項 2 号後段に関する証人尋問の在り方にも大きな影響を及ぼしている。検察官面前調書に録取された供述と相反する公判供述がなされた場合、検察官は、いきなり法 321 条 1 項 2 号後段の要件に関する尋問に入るのではなく、誘導尋問や弾劾尋問を適切に活用するなどして尋問を尽くし、証人に法廷で真実を語らせようと努めるようになった。証人が検察官面前調書における供述の方が真実であることを肯定した場合、証人尋問に取り込まれた検察官面前調書の内容から事実を認定することができるから、更に検察官面前調書を採用する必要はない。そのため、法 321 条 1 項 2 号後段による請求自体が激減した。そして、同請求がされる場合も、尋問の過程で公判供述と検察官面前調書の内容のそれぞれの信用性が十分に吟味されるから、尋問終了後直ちに請求し、採否の判断をすることが可能となった。以前は日常的にみられた、法 321 条 1 項 2 号後段請求を巡って審理が大きく遅延するという事態は、現在では滅多にみられなくなったといってよいと思われる。

### c 自己矛盾供述による弾劾

証人尋問において審理が滞る可能性のある場面として他に挙げられるのが、自己矛盾供述による弾劾が問題となる場面である。

以前は、例えば証人が捜査段階における供述調書と異なる供述をしたことを受けて、尋問終了後、尋問調書との相反部分の対比をまとめた請求書により当該供述調書が法 328 条により請求され、変更理由について確認するために再度証人尋問請求がされたり、回復証拠として別の供述調書が請求されたりし、審理が滞るということが度々みられた。

現在は、公判中心主義が意識され、証人尋問の際に、自己矛盾供述を行ったのか否か、行ったのであればなぜそのような供述を行ったのかについて、十分な尋問が行われるようになってきている。その結果、自己矛盾供述の存在及びその内容が公判供述自体で明らかになることも多く、その場合、供述調書を取り調べる必要性はなくなる。一方、尋問を尽くしたにもかかわらず自己矛盾供述の存在を立証することができなかった場合には、捜査段階における供述調書を採用する必要が生じ得るが、それによって弾劾しようとしている内容が争点判断に必要な場合に限り採用すべきである。例えば、証人の供述の信用性の判断に何ら影響を及ぼさない些末な点についての供述の矛盾を立証しようという場合、必要性に欠けることとなろう。そのため、法 328 条による請求自体が減っているし、請求されるとしても、公判期日において不一致部分が十分に明らかになっているから、改めて詳細な書面を作成する必要はなく、証人尋問に引き続いて請求されるようになってきている。自己矛盾供述による弾劾が問題となる場面についても、審理が滞る事態は減っているといえよう。

## 5 判決

連日的開廷の下、公判廷において、審理の冒頭から争点が意識され、厳選された証拠が取り調べられれば、公判廷で直接見聞きしたことに基づいて心証を形成することができるはずである。そして、判決書については、裁

判員裁判に関する各種研究において検討されているところが単独事件においても当てはまる。つまり、判決の内容は、犯罪事実や量刑の判断にとって重要な争点にポイントを絞った平易かつ簡潔なものであるべきで、犯罪事実の認定については、検察官の主張する事実が合理的疑いを差し挟む余地がない程度にまで立証されているか否かについての理由及び結論を端的に示すことになるし、量刑の判断については、主文の刑を導くに当たり重要な考慮要素とした事情を示しつつ、主文の刑を導いた具体的な理由を説明することになる<sup>16)</sup>。

そうすれば、手持ち事件の繁忙度等にもよるものの、弁論終結後判決宣告期日まで、それ程長い時間は必要ないであろう。

## V. その他

### 1 訴訟遅延目的での弁護人の解任

訴訟遅延目的と思われる、被告人による私選弁護人の突然の解任にどのように対処すべきかについて悩む場面は、実務上決して稀ではない。方策としては、被告人に対して、新たな私選弁護人を選任する意向があるか否かの確認と、選任するのであれば一定期間内に選任することを求めるとともに、同期間内に私選弁護人の選任がなければ国選弁護人を職権で選任する旨を通知することになろう。この場合、新たな私選弁護人を選任する意向は示されるものの、期間内に新たな弁護人を選任したという連絡を受けることはほとんどない。多くは、期限ぎりぎりの時期に、私選弁護人を選定中であるので、期限を延長してほしい旨の連絡が来る。その場合の対応としては、一度は期限の延長を許すものの、最終期限である旨を通知し、それまでに選任がなければ国選弁護人を選任して手続を進めている。なお、新たな私選弁護人が選任されたとしても、事案によっては、再度の私選弁護人の解任に備え、国選弁護人を引き続き併任させるということもあり得よう。

## 2 主観的併合事件の審理

遅延を招きがちな審理の一つに、関連事件について主観的併合がなされ、共同被告人状態で審理が行われる事件がある。この場合に遅延を招く原因としては、関係者が多ければそれだけ、全員の都合のつく日程の確保が困難となり、そもそも期日がなかなか入りにくい上、期日変更のリスクも高いこと、審理の進行のペースが、被告人が一人の場合よりも当然ながら遅くなるのが挙げられる。他方で、証拠調べの重複を回避することができるため、主観的併合事件全体をみると訴訟経済に資する場合があるというメリットもある。

主観的併合事件をどのように審理していくべきかについては、迅速な審理という観点以外にも、様々な観点からの検討が必要である。主観的併合事件のメリットについては、一般的には、上記の点のほか、証人等の負担が軽減されること、証拠が共通することから事実の合一確定が期待できること、手続を分離して審理した場合、裁判官が別事件の審理を行うことで予断の問題を生じるが、併合審理ではそれを避けられることなどが挙げられている。デメリットとしては、上記のとおり、一般的に審理遅延を招くこと、共同被告人間で防御が互いに利害相反する場合被告人の権利保護に欠けることがあることなどが挙げられている。裁判所は、主観的併合のまま審理するか手続を分離するかについては、これらのメリット・デメリットを考慮して判断していくことになる。

例えば、共同被告人がいずれも公訴事実を争わず、弁論分離も希望しない場合、罪体に関する審理は併合のまま進め、情状に関する審理については、時間等の関係で別の期日になるような場合は、日程調整が容易という観点からも一旦分離して審理し、判決は同じ期日で行うという進行が一般的には多いであろう。一方、共同被告人間で、公訴事実の認否が異なる場合、書証に対する証拠意見も異なることが多く、様々な進行が考えられる。事

16) 司法研修所刑事裁判教官室編『プラクティス刑事裁判(平成30年度版)』78頁(法曹会, 2019)。

案の内容や証拠意見の状況、当事者の意見等を踏まえ、併合審理のメリット・デメリットを慎重に検討した上で事案ごとに適切に判断していくことになる。なお、特に迅速な進行が要求される、公職選挙法上のいわゆる百日裁判事件（公職選挙法 253 条の 2）であったり、共犯者の一部について相当に遅れて起訴がされたりしたようなときは、基本的には弁論を併合することなく進めていくことになる。

### VI. おわりに

迅速な裁判の実現は、刑事事件に携わる者が常に念頭に置かなければならないテーマであり、たゆまぬ努力や工夫を重ねていく必要があると考える。大変拙いものではあるが、私にとって、本稿における検討は、自分自身の執務を省みるよい機会となったし、刑事裁判手続の前進のためにも裁判員裁判実施以前の実務を伝えていく必要があると日頃考えていたことを実現する機会ともなった。このような機会を与えていただき、様々なサポートをして下さったことに対して、編集委員の方には心から感謝したい。そして、本稿により、学生の皆さんが、様々な課題を乗り越えるべく創意工夫を凝らす実務の魅力を感じ、実務への興味関心を一層高めてくれたとしたら、望外の幸せである。

(しながわ・しのぶ)



## 投稿論稿選出理由

### 「上皇」の法的地位

#### ——皇室と裁判権に関する研究序説——

新井謙士朗

本論稿は、上皇の法的地位について、天皇の象徴性を裁判権との関係に絞って分析し、天皇と上皇の法適用体系の類似性を論証しながら、明らかにしようとするものである。

編集委員会としては、次の点を評価した。

- ・上皇という、今次の皇室典範特例法において登場した存在に着目して、その法的地位の明確化を試みようとする主題設定自体、一定の新規性があり、学術的価値は高い。
- ・天皇の象徴性を分析する過程では、裁判権との関係に絞って議論を進めており、散漫になりかねない抽象的な概念を対象としながらも、鋭利かつ緻密な分析を行うことができている。
- ・判例や学説に言及するにとどまらず、委員会の会議録等の一次資料に遡って丁寧な議論がなされており、その論理の精確性は高く評価できる。

一方、審査会議では、上皇の法的地位という主題に対して、その内容の多くは天皇の象徴性を明らかにするものであることについて議論がなされた。

しかしながら、論証の過程としては自然なものであるとして、特段問題はないとされた。また、一部文章の関係性が不明確であるとの指摘もなされたものの、本論稿の核心部分に与える影響は小さく、本論稿の価値を減殺するものでないとの結論に至った。

以上から、本論稿は法科大学院生の論稿として、論理的精確性、新規性等の観点から、一定水準に達しており、掲載可と判断するに至った。

なお、掲載決定後に、執筆者による一定の補正・追記がなされた。

### 台湾における婚姻の自由と同性婚法制

#### ——比較のための整理と若干の検討——

今野 周

本論稿は、台湾の司法院积字第748号解釈施行法を、日本における議論に示唆を与えることを念頭に、紹介・整理するものである。

編集委員会としては、次の点を評価した。

- ・台湾での同性婚の立法事例について丁寧かつ網羅的に検討している。
- ・資料的側面としても意義がある。
- ・最新事例につき、詳細に検討をしている。
- ・日本において紹介分析が相対的に少ない、台湾の司法制度について丁寧に整理した上で、同性婚に関する大法官解釈を憲法解釈として深掘りして分析している。
- ・従来の大法官解釈の日本での紹介は、結論の妥当性に力点があったが、本論稿は先例との関係、判断枠組み、個別意見等を理論的に分析し、大法官解釈の構造を明らかにしている点で、新規性が認められる。

一方、審査会議では、外国の事例の紹介・整理にとどまることなく、具体的な日本における示唆としての内容について検討されるべきという意見があった。

しかしながら、本稿は大法官解釈の構造を分析する点で十分に意義があるものであり、日本法

への示唆が具体的なものでなかったとしてもその価値を減殺するものではないとの評価に至った。

以上から、本論稿は法科大学院生の論稿として、論理的精確性、新規性等の観点から、一定水準に達しており、掲載可と判断するに至った。

なお、掲載決定後に、執筆者による一定の補正・追記がなされた。

## 国家破産の法的検討

### ——プロセス的把握という一つの試験的議論について——

島田 快

本論稿は、Kai von Lewinski 教授が発表した『Öffentlichrechtliche Insolvenz und Staatsbankrott』を適切に紹介し、日独の法制度の違いを踏まえて国家破産のプロセス的把握という新たな視点を検討するものである。

編集委員会としては、次の点を評価した。

- ・国家破産の法的性質という論点自体が日本で深く議論されてこなかった領域であり、これに関する最新のドイツの学説を正確な訳出で紹介している時点で、一定の評価が出来る。
- ・国家破産のプロセス的把握という視点は少なくとも日本では十分に議論がなされていなかったため、議論がされたドイツの状況を分析しつつ日本との差異を考察している点には高い新規性が認められる。
- ・国家破産という抽象的な論点を法実証主義的に検討したものを紹介することで、日本法における研究に指針を与える点が評価できる。

一方、審査会議では、日本法との差異を検討するセッションが必ずしも十分でなく、書評の域を出ないのではないかという疑問が呈された。本学ローレビューの位置付けによっては、単なる書評を掲載すべきではないという見解もありえるからである。

しかしながら本稿は、必ずしもアクセスが容易でない文献を分析して国内でほとんど議論がなかった視点を提供しており、もとより日本法との差異を明らかにすること自体容易ではない。これらを踏まえると、単なる書評にとどまらない独自の新規性が認められるため、上記指摘は本論稿の核心部分に与える影響は小さく、本論稿の価値を減殺するものでないとの結論に至った。

以上から、本論稿は法科大学院生の論稿として、論理的精確性、新規性等の観点から、一定水準に達しており、掲載可と判断するに至った。

なお、掲載決定後に、執筆者による一定の補正・追記がなされた。

## ICC 規程における誤想防衛による刑事責任阻却の可能性

竹村樹人

本論稿は、誤想防衛を認める明文の規定がない ICC 規程における誤想防衛の成立可能性を論じるものである。

編集委員会としては、以下の点を評価した。

- ・特に邦語文献において先行研究が乏しい、ICC 規程における誤想防衛の可否という論点を取り上げ、誤想防衛を実際に論ずべき事例がありうることを指摘した上で、この論点に対して明確な回答を提出している点。
- ・正当防衛の構成を英米法と日本・ドイツ法に類型化し、誤想防衛を肯定する解釈の可能性を多面的に検討している点。また、ICC 規程において誤想防衛が法の欠缺であるという結論を

導くにあたって、ICC 規程の起草過程や運用を丁寧に検討するという堅実なアプローチを採用しており、それを通じて上記の構成のいずれによっても、ICC 規程の条文解釈として誤想防衛を肯定することができないということを示している点。

- ・国際刑事法の予防効果の維持と、行為者にとって酷である事態の回避という両要素を踏まえて、誤想防衛を肯定すべき範囲を検討し、説得的な結論を導いている点。また、それを実現するための法律構成を、「法の一般原則」という ICC 規程の法源規定の解釈を通じて導入しようとする点。

一方、審査会議では、「法の一般原則」についての検討が十全ではないのではないか、本論稿が根拠とする ICC 判例について、本論稿の主張を強く支持するものとして読むことができるのか疑問の余地がある、誤想防衛がありうる事例をめぐって、強行規範と免責可能性の関係についての議論が不十分ではないか、といった批判的な指摘があった。

確かに以上の諸点について、本論稿に異論の余地がないわけではない。しかしながら、これらの点についても、本論稿は自らの立場を擁護する一定の議論を提出しているのであり、より踏み込んだ議論は今後の学説の展開に委ねられると考えられる。本論稿の先駆性もあわせて考えると、上記指摘は本論稿の核心部分に与える影響は小さく、本論稿の価値を減殺するものでないとの結論に至った。

以上から、本論稿は法科大学院生の論稿として、論理的精確性、新規性等の観点から、一定水準に達しており、掲載可と判断するに至った。

なお、掲載決定後に、執筆者によって一定の補正・追記がなされた。

## 被害者実名報道の法的検討

花岡貴大

本論稿は、被害者の実名報道に関して、警察による被害者実名発表及び個人情報保護法の報道機関についての適用除外規定の憲法適合性審査を中心に、法的な検討を行うものである。

編集委員会としては、次の点を評価した。

- ・被害者の実名報道という、社会的関心が高まる一方で、従来法的な議論が不十分であった問題について、法的見地から一貫した検討がなされている。
- ・私人間の問題とみることもできる実名報道の問題について、警察による実名発表や個人情報保護法の適用除外規定に着目した問題設定をすることで、対国家の防御権としての人権論の観点から憲法適合性審査を行っている。
- ・被害者等が実効的な権利救済を受けるためにはどうすればよいか、という出口を意識した議論を行っている。
- ・警察による実名発表に関して、その法的根拠について詳細な検討を行った上で、明確な根拠規範が存在しないことを指摘している。
- ・報道の価値を民主制に資するという点に求めた上で、実名報道の必要性を丁寧に検証している。また、犯罪報道の訴求力の観点からは、実名報道が必要不可欠となるのは軽微犯罪の犯罪予防を目的とする場合である、という的確な指摘をしている。
- ・幅広い文献を参照しており、また、全体を通した論理性、構成の明快さ、読みやすさに優れている。

一方、審査会議では、被害者等のプライバシー権について、「そっとしてもらえる権利」と「自己情報コントロール権」とを並立的に論じている点、被害者と死亡被害者の遺族とを区別せずに論じている点、重要な判例の分析を欠く点などが、不適切あるいは不十分ではないかという指摘がなされた。また、警察による実名発表の目的が犯罪予防目的とされているが、その根拠が不十

分であるという指摘，個人情報保護法の適用除外規定は被害者の権利を侵害しているとは言えないのではないかと指摘もなされた。

しかしながら，プライバシー権については，確かに検討に不十分な面があることは否めないものの，本論稿の中心である憲法適合性審査との関係に必要な論証はなされており，実名発表の目的についても，そもそも明確な根拠規範が存在しない中で，犯罪予防を目的として想定するのは不合理ではない。また，適用除外規定については，本論稿のような立場も成立し得ると考えられる。これらの点を踏まえると，上記指摘は本論稿の核心部分に与える影響は小さく，本論稿の価値を減殺するものでないとの結論に至った。

以上から，本論稿は法科大学院生の論稿として，論理的精確性，新規性等の観点から，一定水準に達しており，掲載可と判断するに至った。

なお，掲載決定後に，執筆者によって一定の補正・追記がなされた。

## 執筆者一覧

新井謙士朗	2020年4月既修コース入学
今野 周	2019年4月既修コース入学・2021年3月同コース修了
島田 快	2019年4月既修コース入学・2021年3月同コース修了
竹村樹人	2020年4月既修コース入学
花岡貴大	2017年4月未修コース入学
岩本憲武	大学院法学政治学研究科客員教授・弁護士
品川しのぶ	大学院法学政治学研究科非常勤講師・判事

## 編集委員一覧

### 学生編集委員

富山貴彦 荒木克仁 石井 叡 石岡秀伸 植田美依奈 大井俊哉  
上山博雅 今野 周 貞村真宏 中野 駿 八巻恭平 渡邊朋晃

### 教員編集委員

畑 瑞穂 大学院法学政治学研究科教授・法曹養成専攻長  
松井智予 大学院法学政治学研究科教授  
樋口亮介 大学院法学政治学研究科教授

## 編集後記

こんにちは。第 16 巻の編集委員長を務めました、富山と申します。入学と同時に緊急事態宣言が発令されたものですから、先達のように銀杏になぞらえたコメントも出来ないのかと思っていたのですが、先生方の尽力のおかげで講義も次第に対面式となり、無事に色付く銀杏の木の下で編集活動をさせていただいております。

せっかく紙幅を割いてもらいましたので、一編集委員ではございますが、ローレビューの在り方をふまえて本巻の内容についてのお話をさせていただきます。

本年度は学生の皆様から 13 編の投稿があり、このうち 5 編を掲載することになりました。昨年に比べ多くの投稿をしていただき、査読者冥利に尽きる次第です。本論文を読まれた本学学生の皆様には、第 17 巻では是非積極的に投稿をしていただきたく思います。投稿いただいた論稿はいずれも高度なものであり、本年度も審査会議は連日紛糾致しました。残念ながら掲載することが出来なかった論稿については、希望された方に審査会議の要点をお配りしましたので、再度投稿をしていただければ幸いです。

さて、掲載した論稿はいずれも、現代社会で大きく注目を集めている問題について精巧に論じるものでした。法科大学院で学んだ幅広く基本的な知識を現代の問題へと応用し、研究するというのは、法科大学院の設立理念に合致するものであり、ひいてはローレビューの掲載に相応しいものであったと考えております。

掲載論稿が少ないことは、しばしば厳選の成果だというふうに言われることがあります。しかし、論稿ひとつひとつに丁寧に向き合うことと、厳しく審査をすることは、別物であるように感じています。掲載基準のコンセンサスは、「法科大学院での学習の成果たる論稿として、論証過程が正確かつ緻密か、論稿が新規性・創造性を有しているか」を重視して判断するというものであり、厳格度の具体的な基準が言語化されている訳ではありません。編集委員各々が「法科大学院での学習の成果たる」とは何かを懸命に考え抜いて、審査をします。そうであるからこそ編集委員一同、第 16 巻の内容が法科大学院での学習の成果として優れて秀でたものであると、胸を張って宣言することが出来るのです。

さらに、法科大学院の学習の成果を適切に反映すべく、本学学生の共著での投稿を認めることに致しました。ゼミ等でのグループ学習の成果が埋もれてしまう事態を、解消するためです。残念ながら本年度は、共著論稿の投稿がありませんでした。コロナウイルスを克服しつつある今こそ、ご学友との議論の成果を本誌に向けてくださればと思います。

また、本学の刑事実務の講義を担当されている 2 名の先生方から、寄稿論稿を頂きました。刑事実務の最先端の議論を本論文集にご寄稿いただき、感謝申し上げます。

商事法務の皆様には、論稿の分量が増えたために校正に時間を要したにもかかわらず出版まで粘り強くお手伝いいただき、ありがとうございます。先生方や大学職員の方々にも、色々なながままを受け入れていただき、感謝申し上げます。来年度も編集委員ひとりひとりが優れた論稿と全力で向き合い、素晴らしい論文集が出来ることを祈念致します。

東京大学法科大学院ローレビュー第 16 期編集委員長 富山貴彦

## 東京大学法科大学院ローレビュー Vol.16 2021 年 12 月発行 The University of Tokyo Law Review

編集・発行 東京大学法科大学院ローレビュー編集委員会

〒113-0033

東京都文京区本郷 7-3-1

東京大学大学院法学政治学研究科法曹養成専攻内

E-mail : slr@j.u-tokyo.ac.jp

<http://www.slrr.j.u-tokyo.ac.jp/>



※東京大学法科大学院ローレビュー編集委員会へのご連絡は、E-mailにてお願いいたします。

※法律で認められた場合をのぞき、本誌からのコピーを禁じます。