

—目次—

1	第 17 巻の刊行にあたって	山本隆司
---	----------------	------

投稿論稿

---

3	意味の認識 ——記述的要素と規範的要素の区別に基づく試論——	小杉麟太郎
40	同性婚訴訟判決についてのノート ——札幌地裁令和 3 年 3 月 17 日判決は同性婚を要請しているか	今野 周
80	裁判所法 67 条の 2 第 1 項に基づく修習給付金の課税上の 取扱いについて ——国税不服審判所裁決令和 3 年 3 月 24 日の検討——	吉沢健太郎

寄稿論稿

---

103	東京大学法科大学院の租税法 ——実務家教員の印象記——	佐藤修二
109	制度的存在ないし機関としての Chief Legal Officer	平野温郎
122	法律行為の解釈と法解釈の交錯 ——定款の解釈をめぐる裁判例を題材として——	山岸秀彬

---

139	投稿論稿選出理由	
-----	----------	--

---

–Contents–

1	Foreword ( <i>in Japanese</i> )	Ryuji YAMAMOTO
<hr/>		
3	Knowledge of the meaning: a Tentative Assumption based on distinction between descriptive elements and normative elements ( <i>in Japanese</i> )	Rintaro KOSUGI
40	A case concerning the constitutionality of not recognizing same-sex marriage: comments on the decision by the Sapporo District Court on March 17, 2021 ( <i>in Japanese</i> )	Amane KONNO
80	The tax treatment of training benefits based on the Courts Act Article 67-2, Paragraph 1 - mainly on National Tax Tribunal determination of March 24, 2021 ( <i>in Japanese</i> )	Kentaro YOSHIZAWA
<hr/>		
103	Tax Law at the University of Tokyo, School of Law a practitioner-teacher's view ( <i>in Japanese</i> )	Syuji SATO
109	Institutional" Chief Legal Officer: An Indispensable Corporate Organ ( <i>in Japanese</i> )	Haruo HIRANO
122	Finding of Juridical Act and Interpretation of the Law Intersect: Tracking the Cases in Which Court Determined the Meaning of Articles of Incorporation ( <i>in Japanese</i> )	Hideaki YAMAGISHI
<hr/>		
139	Editor's Comments ( <i>in Japanese</i> )	
<hr/>		



## 第 17 巻の刊行にあたって

東京大学法科大学院ローレビューの意義は、2006年に電子ジャーナル方式で刊行された第1巻の「創刊の辞」の冒頭で、当時の高橋宏志研究科長が謳い、15年余の間、歴代の研究科長がそれぞれ熱を込めて、巻頭言に説いてきた通りである。すなわち、専門職大学院である法科大学院の任務は、学生が、既存の法規範、既存の法解釈論、既存の実務に習熟し、具体的な問いにつき一義的に答えを導き出せるようにすることに尽きない。法科大学院は、既存の知見では十分な解決が得られない問題を的確に認識し、基本的な考え方に遡り、歴史的・国際的な比較による批判的視点を交えて、既存の法規範・法解釈論・実務を反省し、さらに、新たに生じる可能性がある問題を展望しながら、新たな知見を創出していく場でなければならない。法科大学院は依然として、こうした理念を実現することが難しい状況に立たされており、東京大学法科大学院に固有の困難もある。そのような状況下で、東京大学が、法科大学院の理念を最も鮮明に体現する成果として、ローレビューの公刊を脈々と続けていることの意義は、大きいと言わなければならない。

第17巻となる本ローレビューも、多くの方々の力により成り立っている。今回は学生諸氏から12編の論文が投稿されたが、このような多数の論文の執筆・投稿により、法科大学院の上記の理念が実現され、また、ローレビューの質が高められることになる。厳しい審査を経て本誌に掲載された3編の論文を執筆した学生諸氏には、卓抜を讃えたい。教員からも3編の投稿をいただき、ローレビューに深みが与えられた。そして、編集委員の学生諸氏には、投稿論文の全体構想から一言一句に至るまで、緻密な調査に基づき審査検討をしていただいた。その際には、専門分野の教員から貴重なご意見をお寄せいただいている。折しも、学生諸氏が投稿論文を執筆されたのは、新型コロナウイルス感染症のために諸種の活動制限が課された時期に当たり、他の関係諸氏に尽力いただいたのも、活動制限が緩和されてきたとはいえ、依然としてコミュニケーションに制約の残る時期であった。こうした困難にもかかわらず、充実したローレビューが完成したことについて、関係された全ての方々に感謝申し上げます。

末尾になるが、ローレビューの刊行を支えてくださった方をさらに挙げさせていただきたい。本ローレビューの前巻までの刊行については、法科大学院制度の創設のために大きな役割を果たされた弁護士の柳田幸男先生のご支援を賜った（当時の井上正仁研究科長による「第4巻の刊行にあたって」最終段落を参照）。本巻の刊行からは、本法科大学院を2008年に修了された弁護士の渡部友一郎先生より、ご支援をいただけることとなった。渡部先生は、本法科大学院修了後も、本法科大学院の教育を思い準備を積み重ね、本ローレビューの刊行の意義を洞察されて、ご支援をお申し出いただいた。このように修了生のお力により、教育の理念が受け継がれることは、本法科大学院が理想とする姿である。柳田先生、渡部先生に、心よりお礼申し上げたい。

2022年11月

東京大学大学院法学政治学研究科長  
山本隆司

東京大学法科大学院ローレビュー第17巻には、投稿締切日である2022年3月18日までに、12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17期編集委員会は、掲載論稿として3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17期編集委員会

# 意味の認識

## ——記述的要素と規範的要素の区別に基づく試論——

2021年4月入学

小杉麟太郎

### I. はじめに

- 1 問題の所在
- 2 本稿の概略

### II. 国内の状況

- 1 「意味の認識」をめぐる議論
  - (1) 初期段階の説明
  - (2) 素人的認識説
  - (3) 法益侵害の認識説
  - (4) 刑法が着目する属性の認識説
  - (5) 小括
- 2 「意味の認識」をめぐる実務
  - (1) 国内学説への実務的対応——亀山説・香城説
  - (2) 「意味の認識」に言及する判例
    - a 大阪高判昭和55年10月31日（刑月12巻10号1121頁）
    - b 東京地判平成23年4月26日（LEX/DB文献番号25471735）
  - 3 ドイツ学説・判例の紹介と検討へ向けて

### III. ドイツ学説・判例の紹介と検討

- 1 故意の定義と責任説の採用
- 2 「意味の認識」の機能場面——記述的要素と規範的要素の区別
- 3 「意味の認識」の意義
- 4 「意味の認識」の機能態様
  - (1) 必要十分条件としての「意味の認識」
  - (2) 2つのBGH判例の検討
    - a BGHSt 48, 322ff. (2003年8月7日)
    - b BGHSt 3, 248ff. (1952年10月28日)
- 5 小括

### IV. 私見

- 1 「意味の認識」の機能場面
  - (1) 記述的要素と規範的要素の区別
    - a 「感覚的に知覚」できる記述的要素
    - b 「感覚的に知覚」することが困難な記述的要素
    - c 発展的問題——道路上の規制区域と「指定」
  - 2 「意味の認識」の意義
    - (1) 「評価」としての「意味の認識」
      - a 「わいせつ性」の認識
      - b 「公務の適法性」の認識
    - (2) 「評価」の仕方——総合評価としての「意味の認識」
      - a 最判平成30年3月19日（刑集72巻1号1頁）——事実の総合評価
      - b 最判昭和26年8月17日（刑集5巻9号1789頁）——法規を含めた総合評価
  - 3 「意味の認識」の機能態様
    - (1) 「意味の認識」による故意の成立
    - (2) 更なる試論——技術的・専門的要素の認識
      - a 技術的・専門的要素
      - b 「評価」の先取り——「酒気帯び」の認識
      - c 立法技術による調整とその限界——「指定薬物」の認識

### V. おわりに

## I. はじめに

### 1 問題の所在

刑法 38 条 1 項は「罪を犯す意思がない行為は、罰しない。ただし、法律の特別の規定がある場合は、この限りでない」として故意犯処罰の原則を定めている。ここで通説的見解によれば、故意とは犯罪事実の認識・予見であり、犯罪事実とは行為の違法性を基礎付ける事実、つまり構成要件に該当する客観的事実である<sup>1)</sup>。構成要件該当事実を認識・予見しながらあえて行為に及ぶことは、行為者の規範意識が欠如していたことを示し、それゆえに、その行為についての責任が認められ、重い処罰が基礎づけられるのである（責任説<sup>2)</sup>。そして、構成要件該当事実を認識・予見しているならば、行為者としては自ら規範意識を働かせて、行為を思いとどまるべきであって、それが刑罰法規の適用対象であることを知らなかったからといって、行為者の規範意識の欠如は否定されない。そこで同条 3 項本文は、「法律を知らなかったとしても、そのことによって、罪を犯す意思がなかったとすることはできない」として、法律の不知によっては故意が阻却されないことを明らかにしている。

以上を前提に、学説では、違法性の意識又はその可能性が、故意の要件として、あるいは責任要素として要求されるかが争われてきた。違法性の意識が（構成要件の故意と区別

した）責任故意に必要であるとする厳格故意説は、「徹底した意味での道義的非難は、行為者が、単に犯罪事実を表象してただけでは足りず、それが法的に許されないことを知りつつ行為した場合に、初めてなし得る」と主張した<sup>3)</sup>。しかしながら、近時の通説的見解である責任説は、故意の要件に違法性の意識を含めない。なぜなら厳格故意説によれば、同じ違法行為についてその違法性を考慮しつつこれを行う者を、その違法性を全く考慮することなくこれを行う者よりも重く処罰することとなるが、かかる軽率を保護する如き帰結は妥当と言い難く、また 38 条 3 項「法律を知らなかった」の解釈としても、ただ具体的な法規の不知のみ指すのではなく、違法性の意識を欠いた場合を指すと解するのが自然と思われるからである<sup>4)</sup>。本稿もこれに従い、責任説を採る<sup>5)</sup>。

責任説を採る場合、行為者の錯誤につき、それが構成要件該当事実の存否に関する錯誤（事実の錯誤）であるか、行為の違法性に関する錯誤（法律の錯誤・違法性の錯誤）に過ぎないかは、故意の成否に直結する重要論点だということになる。本稿の主題である「意味の認識」は、通説的見解によれば、この事実の錯誤と違法性の錯誤の限界を画する問題である。すなわち、行為者が構成要件に該当する外形的事実を認識しているものの、その「意味の認識」を欠く場合には、それはもはや単なる違法性の錯誤または当てはめの錯誤ではなく、事実の錯誤として故意を否定すべきであるとされる<sup>6)</sup>。

1) 山口厚『刑法総論（第3版）』200頁（有斐閣、2016）、井田良『講義刑法学・総論（第2版）』169頁（有斐閣、2018）、西田典之（橋爪隆補訂）『刑法総論（第3版）』226頁（弘文堂、2019）、大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法（第3版）第3巻（第38条～第42条）』91頁〔大塚仁〕（青林書院、2015）。

2) 山口・前掲注1)200-201頁。

3) 大塚ほか編・前掲注1)99頁〔大塚仁〕より引用。同旨の見解として、中山研一『刑法総論』370-372頁（成文堂、1982）、内田文昭『刑法概要 中巻（犯罪論(2)）』269-271頁（青林書院、1999）など。

4) 山口・前掲注1)265-266頁、西田（橋爪補訂）・前掲注1)254-257頁、井田・前掲注1)406-411頁など。なお、厳格故意説のうちにはこれらの批判に対応して、違法性の意識としては「自己の行為が法規規範の基礎におかれている国家・社会的倫理規範上許されないものであること」の漠然たる意識で足ると主張するものがある（大塚ほか編・前掲注1)101頁〔大塚仁〕）。しかし、そのような見解はむしろ、法以前の道義的・倫理的責任を故意責任という法的な責任と結びつけるものであって、やはり妥当でない（山口・前掲注1)266頁）。

5) ただし、違法性の意識の可能性が全くない場合は、もはや行為者に「自ら規範意識を働かせて、行為を思いとどまる」ことを法的に要求することは不当であるため、違法性の意識の可能性は責任要素として要求されると解する（山口・前掲注1)267-268頁を参照。制限責任説）。

6) 山口・前掲注1)205-208頁、西田（橋爪補訂）・前掲注1)227-229頁、井田・前掲注1)171-173頁など。

しかし、後述する通り「意味の認識」の意義についていまだ学説において見解の一致はみられず、判例における「意味の認識」への実質的言及もほとんどなされないため、単純な判例分析によることも困難という現状にある。本稿の目的は、ドイツの学説・判例を参照することを通じてかかる錯綜状況を整理する視点を獲得し、「意味の認識」の機能場面を特定したうえで、その一つの視点から、「意味の認識」の意義及びそれが故意の成否とどのように関わるかという機能態様についても試論を展開することである。

## 2 本稿の概略

本稿は、国内の状況を踏まえて比較法的検討を行い、その検討で得た視点から再び国内の事案の再整理を試みるという順で進む。

Ⅱ（国内の状況）では、まず国内の学説における「意味の認識」の意義をめぐる議論を概観し、また判例における「意味の認識」への実質的な言及の乏しさを確認する。そこでは、学説の議論が集中する「意味の認識」の意義をめぐる議論には、その前提となるはずの「意味の認識」の機能場面を構成要件要素の分類という視点から特定するという視点が欠けており、そのことが「意味の認識」の意義をめぐる議論が錯綜する一原因であることを指摘するほか、判例の言及の乏しさについても、裁判実務が学説の錯綜に応じて「意味の認識」を各種刑罰法規の構成要件の解釈と連動した事実認定プロセスに還元することを通じて対処してきたという視点から説明し、学説と判例のこのようなすれ違いにより、ますます構成要件の性質に則した理論的検討が遠のいていることへの問題意識を確認する。

国内の状況整理から浮かび上がるのは、構成要件要素の分類を始点とする概念分析の必要性である。そこでⅢ（ドイツ学説・判例の紹介と検討）では、国内の学説も多く参照してきたところの、ドイツにおける故意論を参照し、ドイツの学説及び判例から、記述的要素と規範的要素の区別という基本枠組みを確認する。そして、この枠組みの設定から「意味の認識」の機能場面が特定され、「意味の

認識」の機能態様の整理もより明晰になっていることを示す。

そして、Ⅳ（私見）において記述的要素と規範的要素の区別という枠組みによる整理を、「意味の認識」に直接言及する判例のみならず、事実の錯誤と法律の錯誤の限界に関連する多くの事案類型を取り上げつつ、試論として試みる。第一に、法的・社会的意味内容の認識としての「意味の認識」が要求されるのは規範的要素に対してのみであることを論じ、第二に、規範的要素に対する「意味の認識」は行為者の内心における「平行評価」そのものであって、その評価の根拠となる事実の認識ではないことを各種事案類型に触れつつ述べる。そして第三に、「意味の認識」は規範的要素に対する故意の認識の必要条件ではなく必要十分条件として機能すると考える立場から、「意味の認識」により故意を基礎付ける事例を紹介したうえで、更なる試論として、記述的要素と規範的要素のいずれに対しての認識の議論も直ちに当てはめることができない、特殊な形式の構成要件要素として、技術的・専門的要素に対する認識について検討する。

## Ⅱ. 国内の状況

ここでは、「意味の認識」をめぐる国内の議論及び判例の状況について整理・確認する。まず1では、国内の学説における議論状況を概観するとともに、その問題を指摘する。次いで2では実務家の理論的検討と「意味の認識」に言及する判例を概観して、実務に見出される特徴について述べる。

### 1 「意味の認識」をめぐる議論

#### (1) 初期段階の説明

構成要件的故意の要件としての「意味の認識」についての初期段階の説明として、佐伯千仞『刑法総論』（弘文堂書房、1944年）が挙げられる<sup>7)</sup>。佐伯は、「可罰的違法類型が規範的要素を包含する場合には、行為者は其の意味を認識していなければ」ならないと述べる<sup>8)</sup>。ここにおいて「規範的要素」とは、

刑法における犯罪類型を規範的・価値的概念により構成するものであり、裁判官は規範的要素を包含する犯罪類型を解釈する場合、当該概念の了解もしくは補充を、自身の評価を以って行わなければならない。佐伯はこのような規範的要素として、「他人の財物」(135条)、「文書」(155条)などの「刑法以外の法律上の価値概念」、「猥褻」(174条)、「名誉」(230条)などの「法律以外の社会的文化的なる評価を予想する概念」、及び「(殺人罪の客体としての)人」(199条)の始期などの「質的相違の依存すべき量的評価が裁判官に委ねられている譯」を挙げている<sup>9)</sup>。

規範的要素が規範的・価値的概念であり、その概念が法的な評価あるいは裁判官による評価により形作られる以上、規範的要素については「行為者自身の抱いた意味の理解」とそれらの評価との内容的合致がない場合には、故意を欠くことになる。これが構成要件の故意の要件としての「意味の認識」である。もっともこの内容的合致とは厳密なものではなく、「行為者は必ずしも法律家ではないから彼に対して厳密な法律的思想を求むることは不可能であって、むしろ法的評価と平行する世間一般の評価、或いは裁判官のなす評価と其の方向を同じくする行為者の所属する仲間内の価値判断があればよい」とされる。先の例に当てはめるならば、「猥褻」性についてその刑法上の定義を知る必要はなく、ただ「其の行為が性的関係において社会的に非難せられるものであるということを知ってをれば十分」であるということになる<sup>10)</sup>。

上記の議論は、後述するドイツにおける基本的な「意味の認識」論をほぼそのまま移入したもので、「意味の認識」に関する複雑な

議論は、いまだ表に出ていなかったように思われる。これに対してその後の学説は、佐伯のように機能場面の特定を意識しつつ「意味の認識」について叙述するという方向性ではなく、「意味の認識」一般についてその意義を論じるという方向へと進んでいる。以下、(2)から(4)では、そのような学説が、「意味の認識」の意義について、どのような見解を示しているのかということを見てゆくこととしたい。

## (2) 素人的認識説

国内学説における「意味の認識」の意義をめぐる議論展開の基盤となっている伝統的通説は、「素人的認識説」である。同説は、後述するドイツにおいて「意味の認識」を指す定着した用語である「素人領域における平行評価」を引きつつ、「意味の認識」とは「行為者が属する社会の一般人の判断において理解されている程度の意味の理解」であると解する<sup>11)</sup>。

素人的認識説の特徴は、異なる構成要件について要求される「認識」の水準の違いを、「社会の一般人」という変数を導入することで説明しやすくすることにある。例えば、著名な事例である大判大正13年4月25日(大刑集3巻364頁、むささび・もま事件)及び大判大正14年6月9日(大刑集4巻378頁、たぬき・むじな事件)の説明がそうである。これら2つの事件の事案の内容はよく似ており、「むささび=もま」、「たぬき=むじな」という別名称だが同一種の動物が狩猟法及び同施行規則で捕獲を禁止されていたが、規則に記載されたのはその一方のみ(むささび、たぬき)であって、被告人は他方(もま、むじな)の認識のみを有しながらこれを捕獲し

7) なお、その後に著された佐伯千仞『刑法総論』(有斐閣, 1967)においても佐伯は以下同旨の記述を維持している。本文では、初期段階の説明として1944年の文献を掲げている。

8) 佐伯千仞『刑法総論』223頁(弘文堂書房, 1944)。

9) 佐伯・前掲注8)164-165頁。

10) 佐伯・前掲注8)223頁。

11) 福田平『全訂刑法総論(第5版)』110頁(有斐閣, 2011)より引用。また同旨の見解として、木村亀二『刑法(総論)』149-150頁(青林書院, 1962)、平野龍一『刑法総論I』169頁(有斐閣, 1972)、中山・前掲注3)365-367頁、内藤謙『刑法講義総論(下)I』1054頁(有斐閣, 2001)、大塚仁『刑法概説(総論)(第4版)』200頁(有斐閣, 2008)、斉藤信治『刑法総論(第6版)』100頁(有斐閣, 2008)、立石二六『刑法総論(第4版)』225頁(成文堂, 2015)、高橋則夫『刑法総論(第3版)』175頁(成文堂, 2016)、前田雅英『刑法総論講義(第7版)』182-185頁(東京大学出版会, 2019)、大谷實『刑法講義総論(新版第5版)』150-152頁(成文堂, 2019)など。

たというものである。それにも関わらず、前者で故意が認められ、後者で故意が否定されたという結論の相違が問題を提起している。ここで素人的認識説は「社会の一般人の判断」では、「むささび＝もま」（「もま」は「むささび」の俗称に過ぎない）ではあるが、「たぬき＝むじな」ではなく、前者では「もま」の認識で「むささび」の意味の認識として十分であるが、後者には同じ議論を当てはめられないという説明を提供することができる<sup>12)</sup>。

しかし素人的認識説は、行為者の認識すべき「意味」を刑罰法規ではなく「社会の一般人」に委ねてしまう点で、理論的弱点を抱えている。まず、「行為者が属する社会の一般人の判断」を構成要件ごとに明確にすることは、困難である。むささび・もま事件及びたぬき・むじな事件についての素人的認識説の説明が示すように、「行為者が属する社会の一般人の判断」とは、問題となる構成要件要素についての正式な（有権的）解釈ではなく、その当時におけるいわゆる一般常識である。しかし、素人的認識説内部においても「一般常識」というのが真に全国的な認識を指すのか、一地方において（或いは、行為者の仲間内において）通用している認識で足るのかは明らかでなく<sup>13)</sup>、事案ごとの解決に曖昧さやブレを生ずる<sup>14)</sup>。また、刑罰法規の文言が示している構成要件要素の「意味」と、「社会の一般人」が理解する「意味」とはそもそも異なる（たぬき・むじな事件がまさにそうである）のであって、行為者が「社会の一般人」と同じ誤解に基づいて当てはめの錯誤に陥った場合にも、故意を否定すべきかという問題につきあたる<sup>15)</sup>。

素人的認識説は、構成要件の故意の要件た

る「意味の認識」に構成要件の「意味」についての法的・専門的理解は不要であり、「素人的認識」で足りることを改めて示した点で意義を有する<sup>16)</sup>。しかし、行為者の認識すべき「意味」の確定を「社会の一般人」に委ねられるかという点には疑問がある。そこで、「意味の認識」の意義をめぐっては、構成要件を定める刑罰法規自体から行為者が認識すべき「意味」を定義づける議論にも目を向ける必要がある。

### (3) 法益侵害の認識説

刑罰法規自体から「意味」を定義づける議論としてまず挙げられるのは、当該刑罰法規の保護法益を侵害していることの認識が「意味の認識」だとする見解である（以下、法益侵害の認識説）。法益侵害の認識説によれば、故意犯への重い非難の実質的根拠は「犯罪の実質」を認識しながら反対動機を形成せずに行為に及んだことであり、「犯罪の実質」とは刑罰法規の保護法益を侵害することである。よって、刑罰法規の保護法益を侵害するという認識の有無が決定的となる<sup>17)</sup>。刑罰法規の保護法益は立法者の意思決定によるものであるから、「社会の一般人」が「意味」の定義づけに介在することはなく、素人的認識説と袂を分つ。

他方、法益侵害の認識説に対しても批判は存在する。まず、同説のいうように刑罰法規の保護法益の侵害こそが「犯罪の実質」であるとしても、刑罰法規は保護法益を侵害する行為の全てを対象とするわけではなく、ある特定の種類の行為に限り犯罪と定めるものであって、保護法益の侵害のみから犯罪が成立するわけではない<sup>18)</sup>。法益侵害の認識説にはそのような要件に対応する「意味の認識」を捨象してしまう危険があるといえる。ま

12) 平野・前掲注 11)173 頁。

13) 例えば高橋則夫は、「意味の認識は、法的評価に平行する（対応する）社会的評価についての認識であるが、『平行する』評価が何であるかを確定するためには、その一地方における一般人がどのように理解しているかを確定する必要がある」という（高橋・前掲注 11)175-176 頁注 16）。

14) 町野朔「意味の認識について（下）」警研 61 卷 11 号 3 頁、13-14 頁注 9（1989）を参照。

15) 高山佳奈子「故意の構造（一）」法協 110 卷 12 号 1888 頁、1929 頁（1993）、町野・前掲注 14)4-5 頁。

16) 南由介「意味の認識の内容について」慶應法学 37 号 321 頁、325 頁（2017）。

17) 石井徹哉「故意責任の構造について——「素人領域における平行評価」と違法性の意識——」早稲田法学会誌 38 卷 1 頁、41-44 頁（1988）、林幹人『刑法総論（第 2 版）』267 頁（東京大学出版会、2008）など。

18) 高山佳奈子「故意の構造（二）」法協 111 卷 4 号 537 頁、538-539 頁（1994）。

た、法益侵害の認識説には、あらゆる犯罪について法益侵害の認識を要求した場合、故意の成立範囲を狭めすぎるという指摘もある。例えば、先述したたぬき・むじな事件について法益侵害の認識説からは、「たぬきとかむじなは、個体がそれ自体として法益だというのではない。それらの動物は、希少となり、絶滅の危機にあるという理由で保護されているのだとすれば、それらの種の保存が法益」であると解しつつ、たぬき（むじな）の希少性の認識が必要と主張される<sup>19)</sup>。しかし、行為者においてそのような認識が欠けていることはむしろ通常であるうえ、そのような認識は違法性の意識に極めて接近しており、それを欠くことが故意を否定すべき根拠とはならないのではないかという疑問が呈されるのである<sup>20)</sup>。

#### (4) 刑法が着目する属性の認識説

刑罰法規自体から「意味」を定義づける議論の第二は、刑法が着目する属性の認識説である。同説は、故意責任の基盤である責任主義に立ち戻って「認識・予見された違法事実についてだけ故意責任を問うことができる」ことを確認し、そのうえで「違法事実」とは構成要件に該当する「事実」であり、かつ行為の違法を基礎付ける「意味」を有するものとする<sup>21)</sup>。そうすると、故意責任は「違法事実」の認識・予見であるから故意の認識が「意味」をその対象とすることに疑いはなく、さらにここでいう「意味」の意義は、構成要件該当事実を他の事実から括り出して違法との評価を与えるときに、問題となる刑罰

法規が（あるいは、当該刑罰法規の立法者が）着目した、構成要件該当事実の属性であるということになる<sup>22)</sup>。刑法が着目する属性の認識説も、法益侵害の認識説と同じく刑罰法規自体に「意味」の特定の軸足をおくことで、素人的認識説の問題点を回避している。また、刑法が着目する属性は必ずしも保護法益のみに限られないため、法益侵害の認識説と異なり、保護法益に直接関連しない構成要件への認識を取りこぼすこともない<sup>23)</sup>。

しかし、刑法が着目する属性の認識説も、法益侵害の認識説と共通の問題につきあっている。というのも「刑法が着目する属性」の解釈において、しばしば刑罰法規自体から遡り、行為者の構成要件該当行為が有する危険性や有害性といった当該刑罰法規が定められた理由をも「刑法が着目する属性」に含んで、その認識を「意味の認識」として故意の要件とするからである。例えば、同説の論者は、ある地域で「干ばつ」を理由とする「洗車禁止」が定められた場合には「洗車行為が人々の生活をおびやかす」認識を必要とし、また「メタノールの販売、譲渡、製造又は所持」が禁止された場合にも<sup>24)</sup>、メタノールの「有毒性」の認識が必要と主張する<sup>25)</sup>。これらは最早、刑罰法規の保護法益の侵害の認識を要求するに等しいといえよう。論者は帰結の妥当性を担保するために、当該刑罰法規が着目する利益が、一般的・抽象的であるか、具体的に特定されたそれであるかという視点を導入するが<sup>26)</sup>、そのような弁別にも曖昧さが残るように思われる<sup>27)</sup>。

19) 林・前掲注17)274頁。

20) 南・前掲注16)327-329頁。

21) 山口・前掲注1)200-201頁。

22) 高山・前掲注18)568-569頁。さらに、山口・前掲注1)206頁や松原芳博『刑法総論（第2版）』268頁（日本評論社、2017）は、高山の説を援用する。なお、高山は同じ箇所において、ここでいう事実を「形」、意味を「色」とそれぞれ表現して、「形」と「色」の双方が行為者の表象にのぼることが、故意の成立のために不可欠であるとする。

23) 高山佳奈子『故意と違法性の意識』167頁（有斐閣、1999）。

24) 「メタノール」の「販売、譲渡、製造又は所持」を禁ずる有毒飲食物等取締令1条（当時）に違反した事例に言及している。後述。

25) 高山・前掲注18)570頁。

26) 高山・前掲注23)190頁。

27) 高山は、たぬき・むじな事件についてはこの理由の認識まで要求せず、たぬき・むじな外形を有する野生動物である認識で足としている（高山・前掲注23)193頁）。しかし、「メタノール」についてその有害性は具体的に特定された保護法益の問題であるが、「たぬき・むじな」についてその要保護性は一般的・抽象的である

### (5) 小括

「意味の認識」に関する国内学説の展開では、「意味の認識」は「素人的認識」か「法益侵害の認識」か、それとも「刑法の着目する属性」かというような、「意味の認識」の意義をめぐる議論の展開が中心であった。伝統的通説である素人的認識説は今も多くの文献において維持されているが、故意の成立範囲を行為者とも刑罰法規とも直接関係しない「社会の一般人」「素人」に委ねることに対しては理論的批判がなされており、構成要件を定める刑罰法規自体から行為者が認識すべき「意味」を定義づける法益侵害の認識説や刑法の着目する属性説が有力化しつつあるように思われる。もっとも先述した通り、これらの説はいずれも、ある刑罰法規・構成要件要素が定められた理由の認識をも「意味の認識」として要求することに帰着してしまい、現実の事案に当てはめると画然と妥当な帰結を導いているとは言い難い。

さらに、これまでの学説の展開では、少なくとも二つの重要な問題が置き去りになっている。一つは「意味の認識」はいかなる構成要件要素への認識について要求されるのかという「意味の認識」の機能場面をめぐる議論であり、これは「意味の認識」の意義をめぐる議論の前提となる。そしてもう一つは、「意味の認識」が故意の成否といかなる関係に立つのか、必要条件なのか十分条件なのか、またそれは対応する構成要件要素の性質ごとに異なるかという、「意味の認識」の機能態様をめぐる議論である。

「意味の認識」の機能場面をめぐる議論の手がかりは、初期段階の説明として挙げた佐伯千仞の文献には見出される。佐伯は、規範的要素についての故意の認識が「意味の認識」

の機能場面であることを示した。さらに規範的要素に含まれる構成要件要素の類型についても、「刑法以外の法律上の価値概念」、「法律以外の社会的文化的なる評価を予想する概念」、及び「質的相違の依存すべき量的評価が裁判官に委ねられている譯」であると明確にもしているのである。しかし、意義をめぐる議論の進展ほどには、機能場面をめぐる議論は進展していない。実際、「意味の認識」の意義に関してどのような見解を採るかに関わらず、多くの文献ではそもそも機能場面を議論することなしに「意味の認識」の意義を論じるか<sup>28)</sup>、規範的要素の認識の問題として「意味の認識」を扱いつつも、「意味の認識」の意義についての議論を適用すべき具体的事案の列挙において機能場面の特定を有耶無耶にするかであり<sup>29)</sup>、機能場面について明言するいくつかの文献は、限定するよりもむしろ、全ての構成要件要素について意味の認識が必要だとする立場をとっている<sup>30)</sup>。

そして「意味の認識」の機能場面をめぐる議論以上に強力な前提が共有されているように思われるのが、「意味の認識」の機能態様をめぐる議論である。ほとんどの文献において、構成要件の故意の要件としての「意味の認識」の機能態様は、「故意には、外形的事実の認識（表象）『に加えて』意味の認識が必要である」というように説明されている<sup>31)</sup>。すなわち、認識の対象となる構成要件要素の性質に関わらず、外形的事実の認識が故意の要件であることは当然の前提であって、「意味の認識」の機能態様は、これに追加すべき必要条件だとされているのである。

しかし、全ての構成要件要素について①「意味の認識」が故意の要件であり、②外形的事実の認識に加えて意味の認識が必要であ

というのは、少なくとも直観的な区別ではないと思われる。

28) 植村一郎「行政犯の故意」小林充＝香城敏磨編『刑事事実認定——裁判例の総合的研究——(上)』102頁、134頁(判例タイムズ社、1992)、林・前掲注17)267-274頁、高橋・前掲注11)174-177頁、松原・前掲注22)268-271頁、西田(橋爪補訂)・前掲注1)227-229頁など。

29) 立石・前掲注11)225-227頁、齊藤・前掲注11)100-101頁、中山・前掲注3)365-368頁、平野・前掲注11)168-173頁、山口・前掲注1)200-208頁、前田・前掲注11)182-187頁など。

30) 大塚ほか編・前掲注1)126-127頁〔佐久間修〕、団藤重光『刑法綱要総論(第3版)』294-295頁(創文社、1990)、福田・前掲注11)111頁注4)、高山・前掲注18)542頁など。

31) これを明示する文献として、西田(橋爪補訂)・前掲注1)227-229頁、大塚ほか編・前掲注1)126頁〔佐久間修〕、福田・前掲注11)110頁、団藤・前掲注30)394頁、高橋・前掲注11)175頁など。

るとするとき、構成要件要素ごとの柔軟な対応の余地はなくなり、現実の事案に対して結論の妥当性を欠きやすい。刑罰法規自体から「意味の認識」の意義を導くアプローチが理論的には有力化しつつあるにも関わらず、素人的認識説が伝統的通説として多くの文献において維持されている理由は、素人的認識説が「社会の一般人」という事案外の変数の導入によって、柔軟な対応の余地を残せることにあるのではないかと。先に述べた通り、これは同説の理論的弱点と表裏一体であるが、素人的認識説が伝統的通説として維持されていること自体が、柔軟な対応が実務のため必要であることを示唆している。これを念頭に以下、実務における「意味の認識」の位置付けについて、実務家による理論的検討として亀山継夫と香城敏磨による議論を取り上げ、また「意味の認識」に言及する若干数の判例を整理したうえで、ドイツ学説・判例の紹介と検討に進む。

## 2 「意味の認識」をめぐる実務

### (1) 国内学説への実務的対応——亀山説・香城説

学説の多くが「意味の認識」が故意の要件であることを前提に、その意義について議論を深めたのに対し、実務的には「意味の認識」を要求することで適切な処罰範囲を確保できなくなる事態を回避するという問題意識が存在した。とりわけ、いわゆる行政犯のように技術的・専門的事項を客観的構成要件要素として内包する刑罰法規の適用が、行為者がその意味を理解していないことによって妨げられるとすれば、それは実質的には違法性の意識や法規の存在の認識を要求することと同じになってしまい、そのような刑罰法規の実効性を大きく損なうように思われた<sup>32)</sup>。

このような観点から亀山継夫は、故意の成

立のために必要であるのは「当該問題とされる構成要件を他のそれから区別し、特定するに足りるだけの事実の認識」にとどまるとした。これを超える「意味の認識」は違法性の意識や法規の存在の認識を要求するに等しい過剰な要求であるということになり、例えば、先述の「猥褻」についてもその社会的・一般的評価の認識すら不要であり、「客観的にわいせつと目される文書あるいは図画そのものを認識していれば足り」とされる<sup>33)</sup>。

亀山説は「意味の認識」を故意から完全に排除するものではないが、構成要件を識別可能になる「事実の認識」を超えて「意味の認識」を要求することに慎重であったことは疑いないため、学説からは意味の認識不要説と呼称されており<sup>34)</sup>、後述するチャタレー事件判旨と共に批判の対象となった。そこで、実務的には、「意味の認識」を要件として認めつつ、「意味の認識」を刑罰法規の実効性を損なわないように認定するための説明が必要とされる。これに代える例として、香城敏磨の見解・整理が挙げられる。

香城はまず、「構成要件要素である種概念が故意の対象であるということは、故意の成立には、構成要件に該当する自然的事実を認識しているだけでは足りず、それが構成要件に該当するとの判断を下しうるだけの社会的意味を認識していなければならないことを意味する」と述べて、意味の認識不要説を採らないことを明確に示している。しかし「意味の認識」の意義については「刑罰規定を理解していることを前提としたうえで、その要件に当たることを識別しうる程度の意味の認識」と、亀山の延長線的言い回しを用いている<sup>35)</sup>。これは、香城の議論が学説と裁判実務との調整局面に位置することをよく表しているといえよう。

そして香城は、「意味の認識」の意義についてこれ以上の議論はせずに、「意味の認識」

32) 南由介「意味の認識をめぐる一考察——薬物・有毒飲食物事犯に関する判例の検討を中心として——」法学政治学論究 48号 417頁, 421頁 (2001)。

33) 亀山継夫「薬物乱用取締法上の諸問題 (五・完)」警察学論集 33巻 1号 103頁, 108頁 (1980)。

34) 南・前掲注 32)419-421頁, 高山・前掲注 15)1915-1916頁など。

35) 香城敏磨「公衆浴場無許可営業罪の故意に関する最高裁判例」『刑法と行政刑法』59頁, 78頁 (信山社, 2005)。

を認定するための推認過程の整理に移行する。例えば、「覚せい剤」に該当する粉末の認識では「通常人がその物を目のあたりにしても、覚せい剤という意味を認識することのできない場合が多いので」、「覚せい剤である」という「意味の認識」の認定には、当該行為者が覚せい剤を日頃取り扱っていたなど特別の事情を要する一方で、薬物の名称（「シャブ」などの隠語を含む）の認識があれば、当該名称が「覚せい剤取締法に規制されている薬物という意味に広く認識されている」ことも踏まえれば、原則として、名称の認識のみでも「意味の認識」が認められるという整理である<sup>36)</sup>。

香城の議論において、行為者のいかなる認識が「意味の認識」であるかという問題はほとんど個別法規の解釈に委ねられ、「意味の認識」という概念についての深掘りはなされない。香城にとって（実務家にとって）重要なことは「意味の認識」必要説の採用と故意の認定実務とを調和させることであり、その問題意識から、行為者を離れて仮想される「通常人」であれば「意味の認識」ができる事実を行為者が認識したことにより、当該行為者には「意味の認識」があったと認定できるという認定実務のための示唆が導出されるのである。つまり、香城の試みたことは、亀山の有した実務的関心を維持しながら、通説的見解である「意味の認識」必要説も取り入れるという折衷を、テクニカルな事実認定において遂げるというものであった<sup>37)</sup>。

香城説的な整理に従う場合、「意味の認識」の認定実務は各種刑罰法規の客観的構成要件の解釈と連動した各別の事実認定プロセスに還元される。そうすると、各種刑罰法規の構成要件要素に関する故意が成立するための要件事実は「意味の認識」の意義をめぐる議論を必ずしも経ずに確立される。そして、そのように確立された要件事実が「意味の認識」とどのような対応関係にあるかということは、実務上必須の問題意識ではない。裁判実

務の任務は、各種刑罰法規の客観的構成要件を解釈し、具体的事案の事実関係に客観的構成要件を当てはめて、当該構成要件に対応する故意の成否を検討することであり、「意味の認識」の成否を検討することでは必ずしもないからである。おそらくかかる理由から、国内の判例での「意味の認識」への言及は非常に少ない。そのことを次項において確認する。

## (2) 「意味の認識」に言及する判例

判例における「意味の認識」の扱いを検討するうえで初めに気がつくのは、故意の要件としての「意味の認識」に実質的に言及する判例の乏しさである。LEX/DBにおいて「意味の認識」をキーワードとして刑事事件を検索すると、34件がヒットする（2022年3月17日現在）。しかし、その殆どは判旨が取り上げていない（弁護人の控訴趣意又は上告趣意のみで言及されている）、又は責任能力の成否に関して言及されている事案であり、故意（錯誤）の成否に関して判旨で言及するのは、僅かに以下8件である。(1)大阪高判昭和55年10月31日（刑月12巻10号1121頁）、(2)最判平成18年2月27日（刑集60巻2号253頁）、(3)東京地判平成23年4月26日（LEX/DB 25471735。リサパートナーズ事件）、(4)函館地判平成26年4月30日（裁判所ウェブサイト）、(5)東京地判平成28年5月9日（刑集74巻4号410頁、ろくでなし子事件一審）、(6)福岡高判平成28年6月24日（高刑集69巻1号1頁）、(7)東京高判平成29年4月13日（刑集74巻4号432頁。ろくでなし子事件控訴審）、(8)東京高判令和2年2月7日（判時2446号71頁。コインハイブ事件控訴審）。

しかも、(5)及び(7)は、「意味の認識」に関する議論を含めた弁護人の主張を排斥する限度で弁護人の主張を引用しているに過ぎない（ろくでなし子事件で争点の一つとなった「わいせつ性」の認識については、後述する）。また、(4)は殺意の有無に関する事実認定の間

36) 香城敏磨「覚せい剤取締法の罰則の構造と特徴」『刑法と行政刑法』303頁、319-322頁（信山社、2005）。

37) 亀山説を「意味の認識」不要説に分類する論者は、このような香城の議論も、実質的にはなお不要説に近いものと分類している（南・前掲注32）424-427頁、高山・前掲注15）1915-1916頁）。その一方で、西田（橋爪補訂）・前掲注1）227-229頁、262頁は、「意味の認識」必要説を採りつつ香城説の整理を支持している。

題であり、(8)は近時の最判において客観的構成要件該当性の段階で判断の変更がなされたため、やはりいずれも本稿の検討対象から除外すべきである。なお、(2)及び(6)は、故意の対象となるべき構成要件要素に特殊な性質があるため、IV(私見)において後述する。よって、ここでは、残った(1)、(3)について、それぞれの事案及び判旨における「意味の認識」の扱われ方をまとめておくにとどめる。

**a 大阪高判昭和55年10月31日(刑月12巻10号1121頁)**

被告人は歯科医院に勤務する歯科衛生士であったところ、歯科医師たる院長の指示を受けて、窩洞形成、根管治療、抜髄などの行為を継続して行っていたため、これらの行為が歯科医師法17条が歯科医師以外に禁止している「歯科医業」に該当するとして、同条違反(罰則は同法29条1項1号)により起訴された。第一審は有罪判決を下し、弁護側は控訴して、「歯科医業」該当性の段階で争うと同時に、被告人はこれらの行為が違法な歯科医業に当たるという意識がなかったとも主張した。

控訴審は、歯科衛生士法及び歯科医師法の趣旨の解釈から「歯科医業」該当性を認めたとうえで、弁護側の後者の主張について「歯科医業に当たるか否かの認識は、当該行為の自然的意味の認識をもつて足り、その行為の違法性の意識までを必要とするものではない」と判示した。

ここで「自然的意味の認識」の内容が同判旨において具体的に説明されているわけではないが、「違法な歯科医業に当たるという意識」がなければ犯罪が成立しないとの趣旨に読める弁護側の主張に、「違法性の意識」は不要と応じたことの裏返しで、自己の行為が「窩洞形成、根管治療、抜髄など」という歯科用語が指示する行為類型であることの認識で足りることを示したものであろう。判旨が「自然的」と付け加えているのは、それらの行為が歯科医師法にいう「歯科医業」を「意味」するという認識を欠いたことは、単に当

てはめの錯誤であるため故意を阻却しないことや、「窩洞形成、根管治療、抜髄など」の歯科用語の知識に基づいて自己の行為を明確に定義づけている必要もないということを示したものと考えられる。

**b 東京地判平成23年4月26日(LEX/DB文献番号25471735)**

被告人は銀行のシニア・クレジット・マネージャーとして、融資案件の審査業務等に従事していたが、上場株式会社リサパートナーズの代表取締役から、彼への個人融資を担当していた被告人の部下を経由して、財務状況が悪化していた同社へ他行を主幹事とするシンジケートローン(複数の金融機関が協調して行う資金調達手法の一種)が組成されるという情報を入手した。同社の大規模な資金調達が確実と知った被告人は、当該事実の公表前に同社の株式を買い付けた。この行為が、金融商品取引法166条の禁止するインサイダー取引に該当するとして同条違反(罰則は同法197条の2第13号)により起訴された(判示「第4の所為」)。同所為に関する争点は、被告人が入手した情報が同法166条2項4号「前三号に掲げる事実を除き、当該上場会社等の運営、業務又は財産に関する重要な事実であって投資者の投資判断に著しい影響を及ぼすもの」(いわゆるバスケット条項であり、以下そのように呼称する)に該当するかという点、また該当するとしても、被告人の認識事情から故意が成立するかという点であった。

判旨は、バスケット条項とほぼ同義の定めをおく東京証券取引所の有価証券上場規程につき具体的な基準を定めたものである「会社情報適時開示ガイドブック」に被告人が入手した情報の類型が掲げられていることなどを根拠にバスケット条項該当性を認めて<sup>38)</sup>、さらに被告人の認識事情と故意の成否につき、次のように判示した。「被告人は、被告人が得た情報が、バスケット条項にいう「投資者の投資判断に著しい影響を及ぼすもの」に該当するかどうかについては明確な認識が

38) 本事件の評釈として、戸嶋浩二「インサイダー取引におけるバスケット条項」木目田裕=佐伯仁志編『実務に効く 企業犯罪とコンプライアンス判例精選』ジュリ増刊160頁、167-168頁(2016)も参照。

なく、本件がインサイダー取引に該当するとは思わなかったとも弁解しているが、「投資判断に著しい影響を及ぼすもの」であることにつき、正しい当てはめの認識が不要であることは先に述べたところと同様である。加えて、これは規範的構成要件要素であるから、被告人は「投資判断に著しい影響を及ぼす」との判断を可能とする事実（評価の根拠となる事実）を認識しさえすれば、意味の認識はあるのであり、仮に被告人が「投資判断に著しい影響を及ぼさない」と思いこんでいたとしても、故意の有無を左右するものではない。本件についてこれをみれば、被告人は、不動産業界に対する融資の状況、本件の融資規模など前記関係者とほぼ同様の評価の根拠となる事実を被告人は認識していたのであるから、被告人の故意は阻却されない。

この判旨において特徴的な点は、まず第一にバスケット条項における「投資判断に著しい影響を及ぼす」という要件が規範的要素であること、そして規範的要素に対して「意味の認識」が故意の要件となることを前提としている点である。一方で第二に、意味の認識として「投資判断に著しい影響を及ぼす」という認識あるいは評価は不要であり、その評価に結びつく評価根拠事実を認識すれば足るとした点も注目に値する。確かに、いずれにせよ、本件の被告人の属性等に鑑みれば、判旨に列挙されている評価根拠事実の認識から「投資判断に著しい影響を及ぼす」ことの認識を推認できそうである。しかしながら、「評価根拠事実を認識していさえすれば意味の認識はある」という一般論の妥当性については、別途検討の必要があると思われる。

### (3) 小括

「意味の認識」が故意の要件となることを前提に「意味の認識」の意義をめぐる議論を展開している学説に対し、裁判実務の問題意識はあくまで、各種刑罰法規の構成要件要素に応じた適切な処罰範囲を確保することにある。構成要件を識別できる程度の実事の認識さえあればそれ以上の「意味の認識」は不要

とする亀山説と、外形的事実の認識のみならず構成要件を識別できる程度の「意味の認識」が必要だとする香城説とでは、もちろん「意味の認識」を故意の要件とする通説的見解の採否において異なる。しかし、上記の問題意識のために「意味の認識」を各種刑罰法規の構成要件要素ごとに、故意の成立に必要な事実の認識というレベルにまで還元するという点において両者はやはり一致している。亀山・香城の方針を採るならば、裁判実務の認定において「意味の認識」の有無は論点として際立つことなく、故意の成否という大枠の認定のための、要件事実に戻される。「意味の認識」への言及裁判例が非常に少ないことも、その帰結であろう。

確かに、「意味の認識」の成否を検討することは、必ずしも裁判実務の任務ではない。しかし、かかる実務的対処によって、事実の錯誤と違法性の錯誤に関する事例はその統一的な理解が困難な錯綜状況にあり、理論的検討への道はますます遠のいている<sup>39)</sup>。先述の通り「意味の認識」は事実の錯誤と違法性の錯誤を画する論点であり、少なくともそのことは、現在の学説及び実務の主潮流が承認するところでもあるのだから、その「意味の認識」の機能場面及び機能態様についての検討の手掛かりたるべき言及が判例に現れず、錯綜するままとなっていることは、望ましいことではない。そこで本稿は、ドイツ学説・判例の紹介と検討を経て、前掲2つの判例に限らず事実の錯誤と違法性の錯誤に関する判例を広く扱いながら、改めて「意味の認識」という視点で事実の錯誤と違法性の錯誤に関する事例群の理論的整理・検討を目指すこととする。

従って、IV（私見）においてする事例検討は(2)で検討した2つの判例に限らない。もっとも、これら2つの判例は「意味の認識」に直接言及する貴重な例であり、本稿における理論的検討の端緒を見出すことが可能である。第一に、前掲大阪高判昭和55年10月31日で示されている「自然的意味の認識」

39) 事実の錯誤と違法性の錯誤についての裁判例の全体的な錯綜状況については、山口・前掲注1)206-208頁を参照。

という語彙は、「意味の認識」にも複数の形態があることを示唆している。本件では「歯科医業」という法的概念が、「窩洞形成，根管治療，抜髄」を含む歯科用語に定義のある行為を指示しており，被告人が自己の行為を，それら歯科用語に定義された行為類型として認識していることが「自然的意味の認識」であったと考えられる。これに対し，規範的要素に対する「意味の認識」は，このような「自然的意味の認識」ではあり得ない。規範的要素とは，外形的事実に対する法概念上の又は社会的・文化的な評価そのものであって，定義づけられた客観的な事実類型ではないからである。つまり検討の端緒の第一は，規範的要素に対する「意味の認識」を「自然的意味の認識」とは異なるものとして括り出すことができるかという，「意味の認識」の機能場面に関わる問いである。第二に，前掲東京地判平成23年4月26日における評価根拠事実の認識で「意味の認識」として足るといふ言明は，亀山・香城の方針であった要件事実レベルへの還元の帰結を明らかにしたものといえる。この判決において，規範的要素の故意の認識のために「意味の認識」が要件となることは前提となっている（その意味で，通説の見解と一致する）にも関わらず，その内実は評価根拠事実の認識であり，「投資判断に著しい影響を及ぼす」という評価に対応する認識は，事実上不要とされている。そこで，第二の検討の端緒は，法的・社会的又は文化的な評価を含んで成り立つ規範的要素に対する「意味の認識」も結局は「評価根拠事実の認識」であって，そのような意味での「事実の認識」が必要十分条件であるとして良いかという，「意味の認識」の意義と機能態様に関わる問いである。

Ⅲ（ドイツ学説・判例の紹介と検討）へと進むにあたり，これらの問いに応答するための視点あるいは起点について，次節で確認しておく。

### 3 ドイツ学説・判例の紹介と検討 へ向けて

事実の錯誤と違法性の錯誤の限界を画する

「意味の認識」という概念の意義について，国内の学説は見解の一致をみていない。これに対し実務の対応は「意味の認識」の要求が，その機能場面によっては処罰範囲を不当に狭めてしまうという問題意識から各種刑罰法規の構成要件ごとの事実認定へ「意味の認識」の問題を還元しており，規範的要素に対する「意味の認識」もその評価根拠事実の認識と同一視されている。

このような錯綜状況の原因は，Ⅱ2(5)で指摘した通り，学説の「意味の認識」の意義をめぐる議論が，全ての構成要件要素について妥当すべき議論として展開しており，構成要件要素の分類に基づいて機能場面を特定することが前提として堅持されなかったことである。確かに全ての構成要件要素は何らかの意味を内包しているから，「意味の認識」の機能場面を特定することは困難もしくはすべきでないと考えられることにも理由がある。しかし，構成要件要素にも様々な性質の違いがある以上は，その全てに一律に妥当する「意味の認識」の意義を議論することも，やはり困難と考えられる。加えて，「意味の認識」の機能態様の議論においても機能場面の議論と同様に，構成要件要素ごとの性質の違いを意識すべきである。構成要件要素のなかには「猥褻」（174条）のようにある外見的事実への評価そのものを構成要件要素とするものや，刑法以外の刑罰法規に多く見られる，「成分 $\alpha$ の含有量がX mg以上」のような形により専門的に指定された構成要件要素がある。これらの外形的事実を指示しないあるいは外形的事実として認識し難い要素に対しても，「外形的事実の認識」が前提要件となるのかは疑問であって，「外形的事実の認識に加えて意味の認識が必要」との定式も，構成要件要素の分類を起点に見直しが必要と思われる。

そこで本稿は「意味の認識」に関する議論を，①「事実の認識」ではなく「意味の認識」が必要となるのはどういう場面で，②その場面における「意味の認識」にはどのような意義があり，③そのような意義である「意味の認識」は故意の成否に対してどのように機能するかという順序で再整理することを試み

る。そしてその全ての背後には、構成要件要素の性質に応じた分類という視点をおくことになる。本稿の目的を達するためにはこの概念分析が必要となるところ、その手掛かりは、国内の学説の継受元である、ドイツにおける議論に存在すると考える。そこで次節において、「意味の認識」をめぐるドイツ学説・判例の紹介と検討を行う。

### Ⅲ. ドイツ学説・判例の紹介と検討

#### 1 故意の定義と責任説の採用

ドイツにおける故意犯の主観的不法構成要件は構成要件の故意及びその他の主観的構成要件要素からなり、構成要件の故意とは「ある犯罪構成要件について、その全ての客観的犯罪事実を認識した上で、これを実現しようとする意欲である」<sup>40)</sup>。つまり構成要件の故意には認識的要素 (Wissenselement) と意欲的要素 (Willenselement) とがある。

そしてドイツ刑法典 (以下、StGB) 16 条 1 項 1 文は「犯罪遂行の際に、法律上の構成要件に属する事実を認識していなかった者は、故意に行為をしたものではない」と規定する一方、StGB17 条 1 文は「犯罪遂行の際に、行為者に不法を行う認識が欠けていた場合において、その者がこの錯誤を回避し得なかったときは、責任なく行為をしたものである」と規定するから<sup>41)</sup>、故意の要件に禁止の認識は含まれず、禁止の認識の可能性は故意と独立の責任要素であること、すなわち、責任説が採用されていることが分かる<sup>42)</sup>。

よって、ドイツにおいてもわが国と同様に、構成要件の故意の認識的要素に関して、可罰性を排除する事実の錯誤と、回避不可能でない限り可罰のままである禁止の錯誤との区別が問題となる<sup>43)</sup>。

#### 2 「意味の認識」の機能場面——記述的要素と規範的要素の区別

StGB16 条 1 項 1 文から、ドイツにおける事実の錯誤の問題は、行為者 (Täter) のいかなる認識で、「法律上の構成要件に属する事実を認識」したといえるかという問題になる。なお、「法律上の構成要件 (gesetzlichen Tatbestand)」とは、各則編 (Besonderen Teils) と特別刑法 (Nebenstrafrechts) にある刑罰規定 (Strafvorschrift) の客観的構成要件である<sup>44)</sup>。

ここでドイツの通説は、認識すべき客観的構成要件を記述的要素 (deskriptive Merkmale) と規範的要素 (normative Merkmale) に分けて捉える。記述的要素とは構成要件の禁止又は義務に属する事実を単純な記述により表現するものであって、StGB242 条 (窃盗罪) を例にとるなら、動産 (bewegliche Sache) や奪取 (wegnehmen) といった要素がこれに当たる<sup>45)</sup>。他方で、規範的要素はある規範を論理的前提条件として (unter logischer Voraussetzung einer Norm) 初めて表象されまた思考される、裁判官による評価を追加的に経なければならぬ要素であり、同じ StGB242 条では動産の他人性 (fremdheit) がこれに当たる<sup>46)</sup>。もちろんこの区別は客観的構成要件の文言から卒然と

40) Wessels/Beulke/Satzger, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 51. Aufl., 2021 Rn.313.

41) いずれも、法務省刑事局『ドイツ刑法典』(2021)より。なお、「犯罪遂行の際 (bei Begehung der Tat)」については、StGB8 条が規定する。

42) ドイツにおいても、故意説が存在しないわけではない。もっとも、少なくとも現行 StGB の解釈としては無理があると考えられる (南由介「意味の認識の限界と禁止の認識」法学政治学論究 59 号 293 頁, 295-297 頁 (2003))。

43) なお、ドイツにおける用語法としては、構成要件の錯誤 (Tatbestandsirrtum) と禁止の錯誤 (Verbotsirrtum) が一般的である。「事実の錯誤」と「構成要件の錯誤」の実質的な差異が現れるのは、「構成要件の錯誤」という用語法が、違法性阻却事由を故意の対象としないことを前提する場合である。もっとも、ドイツの判例・通説も違法性阻却事由の錯誤を直ちに禁止の錯誤に振り分けるわけではない (内藤・前掲注 11)1052 頁)。

44) Joecks/Kulhanek, in: *Münchener Kommentar zum StGB*, Band 1, 4. Aufl., 2020, §16 Rn. 68.

45) Wessels/Beulke/Satzger, a.a.O.(Anm.40), Rn.195; Vogel/Bülte, in: *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, Band 1, 13. Aufl., 2020, §16 Rn.21.

46) Wessels/Beulke/Satzger, a.a.O. (Anm.40), Rn.196; Vogel/Bülte, a.a.O.(Anm. 45), §16 Rn.25.

明らかになるものではないから（例えば人間（Mensch）は記述的要素であるが、始期・終期の問題などにおいて、規範的考慮を背景に有すともいえる）、このような区別自体への批判も存在する。それでも通説は、記述的要素についてはその自然的性質（natürlichen Eigenschaften）のみが法律家の言語使用準則（juristischen Sprachverwendungsregel）において要求されるのに対して、規範的要素については法的・社会的・道徳的規範又は慣習という（法）実務上の原則を参照することが上乘せられているという意味で、なおこの区別を維持でき、また維持すべきと考えている<sup>47)</sup>。

そして、記述的要素に対する認識は、記述的要素が自然的性質のみにより基礎付けられる以上、自然的性質に対応する事実の感覚的知覚（sinnliche Wahrnehmung）で足る<sup>48)</sup>。そうだとすれば、記述的要素に関して故意を阻却する錯誤は、当該事実の感覚的知覚を欠いたことよってのみ成立するから、当該事実についての「意味の認識（Bedeutungskennntnis）」は介在の余地なく、故意の要件にならない。

他方で、規範的要素に対する認識は、規範的要素がそれを基礎付ける所為事情（Tatumstände）のみならず法知識・法概念を参照することによって特定される以上、単なる所為事情の知覚ではその認識とならない<sup>49)</sup>。しかし、行為者に法知識・法概念の正確な知識を要求すれば、規範的要素に対する認識はおよそ成立しない。そこで、規範的要素に対する構成要件の故意を認めるため最小限必要とされる認識として、「意味の認識」が要求される。

### 3 「意味の認識」の意義

ドイツにおいて「意味の認識」は、「素人領域における平行評価（Parallelwertung in der Laiensphäre）」という用語で表現される<sup>50)</sup>。すなわち行為者が、法律家の言語使用準則によれば規範的要素に包摂される事実を、「その不法を基礎付けるため不可欠な（Unrechtsbegründung wesentlichen）法的・社会的意味内容（rechtlich-sozialen Bedeutungsgelalt）」において、把握<sup>51)</sup>することが「意味の認識」である。この「法的・社会的意味内容における把握」は、事実の認識とは異なって、行為者による評価である。とはいえ、「法知識・法概念の正確な知識」は必要ではなく、素人理解（Laienverständnisses）で十分とされている。例えば、StGB267条（文書偽造罪）における「文書（Urkunde）」は規範的要素であるから、ある「文字がメモされた紙片」が、法律家の言語使用準則によれば文書に包摂されるとしても、「文字がメモされた紙」を知覚していたのみでは、文書の認識があったとは認められ得ない。しかし、その紙が文書に包摂されることの認識までは要求されず、「文字がメモされた紙」が、「法的取引（Rechtsverkehr）において重要な証拠となる特定人の思想の表示（Gedankenerklärung）が化体（Verkörperung）したものであることさえ理解していれば足るのである<sup>52)</sup>。

もっとも、「素人領域」・「素人理解」の「素人」が何を指すのかは必ずしも明らかではなく、「素人領域における平行評価」の内実について、「立法府の基本決定（Grundentscheidung）」が行為者の理解水準（Verständnishorizont）において反映されていることで

47) Vogel/Bülte, a.a.O. (Anm.45), §16 Rn.23-24.

48) Wessels/Beulke/Satzger, a.a.O. (Anm.40), Rn.360; Vogel/Bülte, a.a.O. (Anm.45), §16 Rn.21.

49) Wessels/Beulke/Satzger, a.a.O. (Anm.40), Rn.361; Vogel/Bülte, a.a.O. (Anm.45), §16 Rn.26.

50) Wessels/Beulke/Satzger, a.a.O. (Anm.40), Rn.361; Vogel/Bülte, a.a.O. (Anm.45), §16 Rn.26; Joecks/Kulhanek, a.a.O. (Anm.44), §16 Rn.70.

51) Joecks/Kulhanek, a.a.O. (Anm.44), §16 Rn.71.

52) Vogel/Bülte, a.a.O. (Anm.45), §16 Rn.30; Joecks/Kulhanek, a.a.O. (Anm.44), §16 Rn.71.

あるとする主張が有力である<sup>53)</sup>。クラウス・ロクシンが「行為者が、少なくともその素人領域において、立法者をしてその評価をするに至らせたものを認識している」ことを求めるのも同旨であると考えられる<sup>54)</sup>。ただし、定着した用語としては依然として「素人領域における平行評価」が維持されている<sup>55)</sup>。

#### 4 「意味の認識」の機能態様

##### (1) 必要十分条件としての「意味の認識」

意味の認識は、規範的要素の認識のための必要十分条件である。

まず、行為者が規範的要素に対して意味の認識（「平行評価」）を欠いた場合には、その内実・原因が法律の錯誤（Rechtsirrtum）を含む評価の錯誤（Bewertungsirrtum）であっても、また行為者が全ての所為事情を認識していたとしても、StGB16条1項1文にいう事実の錯誤が認められる。例えば、ある動産について不成立の売買契約を成立したと誤信し、もはや自分の所有物であって動産の他人性がないと誤信した行為者についても、評価の錯誤に基づいて規範的要素についての意味の認識を欠いたとして、事実の錯誤が認められうる<sup>56)</sup>。

反対に、行為者が規範的要素についての意味の認識を有していた場合には、その意味の認識を基礎付ける事実については全く表象していなかったとしても、規範的要素に対する認識としては十分であるとされる。例えば、行為者がある動産について、それが「他人の所有物である」という認識を有していさえすれば、「他人の所有物である」ことを基礎付ける個々の所為事情の認識を欠いていたことは、もはや「他人性」の認識に影響しな

い<sup>57)</sup>。

以下では、「意味の認識」の機能態様についての理解をさらに深めるために、ドイツ連邦最高裁判所（Bundesgerichtshof。以下、BGH）の判例を2件参照する。まず1つは規範的要素に対する意味の認識とは所為事情それ自体の認識ではなくそれに対する評価であることを前提に、そのような評価こそが所為事情の認識とは別に故意の認識に要求されることを示したものの、もう1つは、不能未遂（untauglicher Versuch）と幻覚犯（Wahndelikt）との境界事例で、所為事情それ自体の認識を欠いてもなお、意味の認識が認められることにより故意の成立が認められる実例を示したものである。

##### (2) 2つのBGH判例の検討

BGHSt 48, 322ff. (2003年8月7

a 日)<sup>58)</sup>

##### ア) 事案

被告人らは麻薬の売人であり、買主Uに250ユーロでハシッシュ（Haschisch）<sup>59)</sup>を提供した。Uは服用後、別日の代金支払を約束したが、実際には支払わないまま被告人らと連絡を断った。後日被告人らは偶然Uと遭遇して、Uに代金の支払を要求した。しかしUはこの要求に応じず、立腹した被告人らは、「もうお前の命は長くないから、遺書を書け」など申し向けてUを脅迫するとともに、Uに対し暴行を加えた。そして、恐怖したUを被告人らの住居へと連れ込み、更なる暴行・脅迫に及んだうえで、Uに物品を引き渡させた。そこで、被告人らは、StGB239条a（恐喝的な人の強取罪）、StGB253条（恐喝罪）、StGB255条（強盜的恐喝罪）及びその幫助の罪により各々訴追された。

しかし地方裁判所（Landgericht）は、上

53) Wessels/Beulke/Satzger, a.a.O. (Anm.40), Rn.361; Vogel/Bülte, a.a.O. (Anm.45), §16 Rn.26. いわゆる、WGVT Formel (“Widerspiegelung der gesetzgeberischen Grundentscheidung im Verständnishorizont des Täters”).

54) 平野龍一監訳『ロクシン刑法総論・第1巻 [基礎・犯罪論の構造] (第3版)』524頁 (信山社, 2003)。

55) Wessels/Beulke/Satzger, a.a.O. (Anm.40), Rn.361; Joecks/Kulhanek, a.a.O. (Anm.44), §16 Rn.71.

56) Wessels/Beulke/Satzger, a.a.O. (Anm.40), Rn.361; Vogel/Bülte, a.a.O. (Anm.45), §16 Rn.26a.

57) Wessels/Beulke/Satzger, a.a.O. (Anm.40), Rn.361; Vogel/Bülte, a.a.O. (Anm.45), §16 Rn.27.

58) このBGH判例を取り上げる国内の文献として、樋口亮介「ドイツ財産犯講義ノート」東京大学法科大学院ローレビュー8巻144頁, 203-204頁 (2013) を参照。

59) 大麻の樹脂を固めた麻薬のこと。

記各罪の構成要件である「正犯に意図された利得の違法性 (Unrechtmäßigkeit der von den Haupttätern beabsichtigten Bereicherung)」が欠けると解し、罪の成立を否定した<sup>60)</sup>。その理由は、Uの本件麻薬取引 (Betäubungsmittelgeschäfts) の際の振舞いが詐欺に該当するため、被告人らはUに対して、StGB263条 (詐欺罪) 及びドイツ民法典 (以下、BGB) 823条2項<sup>61)</sup>に基づく正当な損害賠償請求権を有し、被告人らの行為は、その行使に当たるというものであった。

#### イ) 判決内容

BGH判旨は、まず客観的構成要件の段階で地方裁判所を覆して利得の違法性を肯定した。本件麻薬取引は、麻薬法 (BtMG) 3条1項1号が禁止する、連邦医薬医療機器研究所 (Bundesinstitutes für Arzneimittel und Medizinprodukte) の許可を得ない取引であるため、売買契約として無効であり (BGB134条)、被告人らのUに対する代金支払請求権は成立しない (不当利得返還請求も、BGB817条2文により阻まれる)。そして、それにも関わらず被告人らに StGB263条、BGB823条2項に基づく損害賠償請求権を認めるならば、それは立法者が麻薬の無許可取引を禁止した趣旨を没却する法的結果をもたらすことになるため、やはり認められないのである。

もっとも、意図された利得の違法性は規範的要素であるため、故意の対象となる。地裁はこの段階以前に意図された利得の違法性を否定していたため、さらに進んで故意の有無を検討する必要がある。すなわち、被告人らが、「実際には存在しない追求された利得の請求権を〔誤って〕表象した場合、彼らには、StGB16条1項1文という事実の錯誤がある」。反対から言うならば、行為者が、「自分の債権が〔そもそも〕存在しないか、強要目的の内に存在しないか、あるいは法秩序によ

り保護されないことを、ありうると考え、認容した」場合には、その行為者はすでに「主観的見地において、StGB253条1項の意味での違法な利得を追求した」といえる。そして判旨はこれに続けて、その判断のため決定的であるのは、行為者が「自分が民事法上の請求権を有しないということを導く事実的事情を認識していた」か否かではなく、「当該状況に対しての素人なりの評価 (laienhafter Bewertung) の結果、〔自分が、〕追求した給付の請求権を有しない、あるいは疑わしいと考えた」か否か、具体的に言えば、「その請求権が法秩序により認められ、またそれに応じて、民事訴訟において司法的救済を得て自分の債権を行使できると表象していた」か否かであると述べる。

本件被告人らは、「先行する薬物取引による請求権を行使する法的可能性は……存しない」と応訴 (Einlassung) しており、上記の表象を有していたとは考え難い。よって本件被告人らに、利得の違法性についての事実の錯誤は認められないため、故意の成立にも欠くところはないと判断された。

#### ウ) 検討

本件被告人らが訴追された各罪において、基盤となるのは StGB253条 (恐喝罪) である。StGB255条 (強盜的恐喝罪) は恐喝罪の加重類型であり<sup>62)</sup>、StGB239条 a (恐喝的な人の強取罪) にも「恐喝 (第253条) に利用するため (zu einer Erpressung ( § 253) auszunutzen)」の強取であることが要件として課されている。つまり、恐喝罪の主観的超過要素である「意図された利得の違法性」が欠ける場合には、訴追された各罪の全体が成立しないことになる。ここで、この「違法性」は自然的性質のみにより基礎付けられる記述的要素ではなく、裁判官が法知識・法概念などの規範を参照して行う評価を経てはじめて立ち現れる、規範的要素である。従って、こ

60) 利得目的及び利得の違法性は恐喝罪の主観的超過要素であって、利得の違法性とは、行為による財産の増加が財産秩序に違反していることである。具体的には、弁済期が到来して抗弁のない請求権を実現する場合、利得の違法性が否定される (樋口・前掲注 58)178頁, 203-204頁)。

61) 他人の保護を目的とする法律 (ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz) に違反した者の、損害賠償責任 (Schadensersatzpflicht) について規定している。

62) 樋口・前掲注 58)200頁。

の「違法性」に対する「意味の認識」が、故意の要件となる。

上記のBGH判決は、以上を前提に、上記「違法性」に対する「意味の認識」を「素人なりの評価 (laienhafter Bewertung) の結果、〔自分が、〕 追求した給付の請求権を有しない、あるいは疑わしいと考え」ることであるとした。これは、規範的要素に対する「意味の認識」について、「素人領域における平行評価」の定式を採用したものと解される。ここで、「素人領域における平行評価」とは、裁判官の評価を経て「違法性」を認定されるような所為事情の認識ではなく、行為者自身がした評価である。もっとも、行為者が直接に「違法」という評価をしたことまでは必要でなく、「素人なりの」評価で足る。「意図された利得の違法性」とは「当該利得がそもそも権利として存在しないか、強要目的の範囲内でないか、あるいは法秩序の保護を受けないこと」であるが、それを「素人なりに」言い換えれば、「訴えても認められない」ということである。よって、本件被告人らが「訴えても認められない」ことを認識していたと認定できる以上、本件被告人らには「意図された利得の違法性」についての「意味の認識」があり、故意が成立する。

BGHSt 3, 248ff. (1952年10月28日)<sup>63)</sup>

#### ア) 事案

被告人らはジプシーであり、(ナチス・ドイツ政権下のジプシー迫害により) 1944年3月から1945年4月の約1年間、強制収容所に収容されていた。大戦後に強制収容に対する賠償手続が始まると、被告人らは区裁判所 (Amtsgericht) において「宣誓 (Eid)」のうえで尋問を受け、その際、強制収容所に収容されていた期間について1943年3月から1945年4月の約2年間と虚偽の証言をした<sup>64)</sup>。そこで被告人らは「法廷において、又は宣誓をさせることを管轄するその他の機関において、虚偽の宣誓をした者」として

StGB154条(虚偽宣誓罪)により訴追され、地方裁判所は有罪判決を下した。

#### イ) 判決内容

BGH判旨はまず、賠償手続の根拠法令である特別基金法 (Sonderfondsgesetz) の解釈から、賠償手続の当事者である被告人らに法廷において宣誓をさせる権限は、そもそも区裁判所には無かったとして、地方裁判所の有罪判決を覆した。

もっとも虚偽宣誓罪は下限1年の自由刑を課す重罪であるところ (StGB12条1項)、重罪の未遂は可罰である (StGB23条1項)。地裁はこの前段階で宣誓をさせる権限の存在を肯定したため、さらに進んで未遂の検討を行わなければならない。そして、虚偽宣誓罪における「宣誓をさせる権限 (管轄) の存在」が (構成要件の外部に位置づけられる客観的処罰条件ではなく、) 規範的構成要件要素であることをまず明らかにして、この規範的構成要件要素が実際には存在しないとしても、「存在すると誤信した行為者は、刑法154条の他の要件が満たされている限り、虚偽宣誓未遂で処罰される」とした。

そして、この「権限」の認識にとって決定的であるのは、「管轄ある官庁という概念の内容をなす事実を表象すること (BGHSt 1, 13ff.) ではない。なぜならば、規範的要素については、「法に精通した者 (Rechtskundig) (最終的には裁判官) が一定の方法で法的に評価する事実の認識」如何ではなく、「外部的な所為像 (Bild der Tat) が行為者の内面に完全に反映されている場合にのみ、故意が問題となりうる」のであって、「法律に相応する評価、すなわち『行為者の素人領域における平行評価』が、その種の事例においては故意に属する」からである。そして、その意味での「行為者の素人領域における平行評価」が欠けた場合、行為者の故意は成立しない。一方で、「それがあって、その他の要件も満たしている場合、ただし法律は事実を〔行為者と〕同じように評価していない場合、未遂

63) このBGH判例を取り上げている国内の文献として、樋口亮介「ドイツ刑法各論講義ノート：国家的法益に対する罪」(東京大学法科大学院ローレビュー11巻275頁, 291頁(2016)), 増田豊「指示概念と錯誤」法律論叢62巻4・5・6号151頁, 161-164頁(1990)を参照。

64) 賠償金を過大に得るためと思われる。

を理由とする処罰は妨げられない」。すなわち、「行為者の素人領域における平行評価」さえあれば、裁判官の法的な評価において処罰を基礎付ける個々の事実を表象していないとしても、不能未遂が成立して可罰なのである。

以上を踏まえると、本件被告人らは区裁判所に宣誓をさせる権限があると信じた上で意図的に虚偽の証言をしたのであるから、区裁判所の宣誓をさせる権限を基礎付ける事実が存在しない（従って、表象もしていない）としても、虚偽宣誓罪の（不能）未遂に該当して、可罰である。

#### ウ) 検討

ドイツ刑法下で、行為者が実際には存在しない客観的構成要件要素の存在を誤信して行為に及んだ不能未遂（*untauglicher Versuch*）は可罰であり<sup>65)</sup>、行為者が事実を正しく認識し、しかし、規範の存在又は範囲について誤解した結果、可罰的と誤信して行為に及んだ幻覚犯（*Wahndelikt*）は不可罰とされる<sup>66)</sup>。すなわち、不能未遂と幻覚犯は事実の錯誤と禁止の錯誤の裏返しであって、その境界は行為者の錯誤が事実の錯誤であるか禁止の錯誤であるかの境界と、同一である<sup>67)</sup>。

上記のBGH判決は、規範的要素におけるその境界について「素人領域における平行評価」の定式を採用した上で、「平行評価」さえあれば事実の表象が欠けても故意の成立に影響しないという発想を貫徹している。ヘルツベルクはこの判決を評して<sup>68)</sup>、StGB154条における「基本決定」とは「権限ある機関において宣誓のうえ虚偽の証言をしてはならない」というものであって、本件の被告人らは「権限ある機関において宣誓のうえ虚偽の証言をする」という上記の「基本決定」と平行的な表象に沿って行為に及んでいるから、

「平行評価」の存在及び不能未遂の成立を認めた判決は正当とした。他方で、交通警察官に「権限がない」と思いつつ、「権限がなくとも交通警察官に対する虚偽の供述は可罰的であろう」との行為者の誤信は、StGB154条における「基本決定」ともはや平行的ではなく、規範の範囲について誤解した幻覚犯であるという。ここではドイツにおける有力説が主張する意味の認識の内実が、行為者の規範的要素についての故意を直接基礎付けているのである。

## 5 小括

以上のドイツ学説・判例の紹介と検討を踏まえると、「意味の認識」に関してまず重要となる特徴は、構成要件の故意の「認識」の対象となる客観的構成要件要素について、（異論はあるものの）記述的要素と規範的要素の区別を堅持することである。記述的要素は予め定義づけられたある類型の自然的性質により成り立つため、法律家による当てはめにおいて「法的・社会的意味内容」が介在することは原則あり得ない。これに対し、規範的要素は法的・社会的（又は文化的）規範を前提として、所為事情を評価することにより成り立つため、法律家による当てはめにおいても所為事情の「法的・社会的意味内容」が、判断もしくは評価されなければならない。

ドイツにおける構成要件の故意の一内容としての「意味の認識（*Bedeutungkenntnis*）」は、この「法的・社会的意味内容」の表象である。よって「意味の認識」の機能場面は、規範的要素に対する認識に限られる。記述的要素は構成要件要素として「法的・社会的意味内容」を有しないため、「意味の認識」の対象にはなり得ず、その指示する自然的性質

65) Wessels/Beulke/Satzger, a.a.O. (Anm.40), Rn.979-980.

66) Wessels/Beulke/Satzger, a.a.O. (Anm.40), Rn.990.

67) ドイツで不能未遂が可罰的であるのは、StGB22条が、（行為者が）「犯罪についての自らの表象に従って、直接、構成要件の実現を開始した」ことにより未遂が成立すると規定し、またStGB23条3項が、不能未遂の処罰を予定していると解されるためであるから、ドイツに特有の処罰枠組みである。しかし先述の通り、不能未遂と幻覚犯との境界が、事実の錯誤と禁止の錯誤との境界と同一である以上は、不能未遂の限界に言及する判例を事実の錯誤の限界の考察へ応用することは可能であると考える。

68) Herzberg, *Das Wahndelikt in der Rechtsprechung des BGH*, JuS 1980, S.469 ff. より。さらに、増田・前掲注63)161-164頁も参照。

を感覚的に知覚することで足る。

そして、規範的要素に対する「意味の認識」の意義は、規範的要素が存在するという評価の事実的基礎の認識ではなく、行為者自身がしたそのような評価である。もっとも、規範的要素について法律家と一致する評価を行為者に要求することは不可能かつ不要であり、ただ「素人領域における平行評価」があれば足る。このことの意義は、法文上では抽象的文言によって示される規範的要素の「素人なりの」言い換えである。ただし、「素人」の内実は明晰でないから、「立法府の基本決定(Grundentscheidung)」を基軸に据える説が有力である。

さらに、規範的要素に対する「意味の認識」は、規範的要素に対する故意の認識の必要十分条件である。「法的・社会的(又は文化的)規範を前提として、所為事情を評価することにより成り立つ」規範的要素の認識は、当該所為事情(事実的基礎)の認識ではなく、あくまで評価としての「意味の認識」が必要である(前掲BGHSt 48, 322ff. (①))。また同時に、「意味の認識」がありさえすれば、事実的基礎の表象を欠いたとしても故意が成立する。前掲BGHSt 3, 248ff. (②)は、虚偽宣誓の規範的要素である「権限を基礎付ける事実の認識」に加えて「権限という規範的要素に対する意味の認識」が必要という構成をしているわけではない。むしろ、「権限という規範的要素への意味の認識」が故意の成立の核心であって、「権限を基礎付ける事実の認識」は無関係である。ここでは、「意味の認識」の機能態様に関して、「外形的事実の認識に加えて意味の認識が必要」との定式を破る可能性が示唆されているのである。

## IV. 私見

### 1 「意味の認識」の機能場面

#### (1) 記述的要素と規範的要素の区別

「意味の認識」という問題の所在について、

国内の議論において、記述的要素と規範的要素の区別が意識されていないわけではない。しかし先述の通り、この区別を意識している文献においても「意味の認識」の問題として具体的事案を列挙する際にはこの区別は有耶無耶になっており、むしろ、この意識を示した上で、全ての構成要件要素について意味の認識が必要だとする立場をとる文献も存在する(本稿Ⅱ1を参照のこと)。こうした傾向の背景にあるのは、「構成要件に該当する事実は、意味に充ちたものである」<sup>69)</sup>、あるいは「記述的要素と規範的要素は、相対的な区分が可能となるにすぎ」ない<sup>70)</sup>、という見解である。確かに、記述的要素と規範的要素の区別は常に判然とするわけではなく、この区別の導入により問題が全て解決するわけではない。しかしなお、方針としては、ドイツと同様に両要素の区別を堅持し、規範的要素に対する構成要件の故意の問題として「意味の認識」を捉えるべきと考える。

記述的要素とは、構成要件の禁止又は義務に属する事実を単純な記述により表現するものであって、その記述の指示している外形的事実の自然的性質によって成り立つ。ある外形的事実が、ある記述的要素に該当することは、原則として、法的・社会的又は文化的評価を介することなく判断できる。従って、仮に記述的要素について法的・社会的又は文化的な背景が参照されとしてもそれは構成要件要素たる記述的要素の内容ではない。構成要件の故意の一内容であって「法的・社会的意味内容」の表象としての「意味の認識」は、それゆえに、記述的要素に対しては不要なのである。

学説の「意味の認識」の意義をめぐる議論は、先述した背景から、記述的要素についても「法的・社会的意味内容」を想定して、その認識を要求する方向に進んできたと思われる。しかし、その結果、法益侵害の認識説及び刑法が着目する属性の認識説についてみたように、記述的要素が指示する外形的事実の危険性や有害性といった、適用される刑罰法

69) 団藤・前掲注30)294頁、福田・前掲注11)110頁。

70) 大塚ほか編・前掲注1)126頁〔佐久間修〕、前田・前掲注11)182頁注39など。

規が定められた理由まで認識対象として要求することになり、違法性の意識を要求するのとはほぼ変わらないほど、故意の成立範囲を狭めてしまうことになる。具体的事案に対して妥当な解決を図るためには、構成要件要素の性質に応じた「意味の認識」の機能場面の特定が必要であり、そのための第一歩は、「構成要件に該当する事実は、意味に充ちたものである」というところの「意味」を、記述的要素の「自然的性質」と規範的要素の「法的・社会的意味内容」とに区別することである。次項にて詳述する通り、「自然的性質」に対しては行為者の評価ではなく感覚的な知覚の仕方こそが問題となるからである。そして、「記述的要素と規範的要素は、相対的な区分が可能となるにすぎ」ないとしても、その内容として「法的・社会的意味内容」を含まない構成要件要素が存在しないとは到底言えない以上、この区分自体は堅持しつつ「意味の認識」の機能場面の特定を図ることは可能であり、またそうすることが、(次節以降で詳述する)「意味の認識」の意義及び機能態様の分析を明晰化するために、望ましいと考える。

## (2) 記述的要素の認識

記述的要素の内容は外形的事実の自然的性質であり、そこに「法的・社会的意味内容」は存しないため、記述的要素について「法的・社会的意味内容」の表象としての「意味の認識」の問題は存在しない。そして自然的性質の把握は、原則として外形的事実の「感覚的な知覚」で足る。ここでいう把握を「自然的意味の認識」(前掲大阪高判昭和55年10月31日参照)と呼ぶとしてもそれは規範的要素に対する「意味の認識」とは異なり、あくまで外形的事実の「感覚的な知覚」と同

時に充足される程度の要素にとどまる。ただし、記述的要素のうちには、それ自体が姿形などに徴憑を有して自然的性質を「感覚的に知覚」できるものと、そのままでは外界の中で際立たず、その自然的性質を「感覚的に知覚」することが困難なものがあるため注意を要する。

### a 「感覚的に知覚」できる記述的要素

前者の例としては、先述した「むささび・もま事件」及び「たぬき・むじな事件」が挙げられるであろう。前提として、「むささび」や「たぬき」は「法的・社会的意味内容」を介することなしにその内容が確定する記述的要素である(たとえ日本中が「むじな」と誤解していようと、「たぬき」が「たぬき」でなくなるわけではないし、刑罰法規の制定後に「むささび」の希少性が失われたとしても、「むささび」が「むささび」でなくなるわけではない)。そして「むささび」や「たぬき」は動物として姿形に徴憑を有するのであるから、「たぬき」や「むささび」の姿形という外形的事実の感覚的な知覚により、その認識を認めるべきである。行為者が偶々「むささび」・「たぬき」を「もま」・「むじな」と解していたとしても、それは故意を阻却しない当てはめの錯誤に過ぎない。すなわち、両事件のいずれにおいても被告人は「むささび＝たぬき」の自然的性質を認識していたことによって、狩猟法及び同施行規則が捕獲を禁止する「むささび＝たぬき」の故意の認識が認められるのであって、たぬき・むじな事件において被告人の故意を否定した最判は、不当である。被告人の最終的な当罰性の有無については、(制限責任説によれば)故意と独立の責任要素である、違法性の意識の可能性の問題として検討すべきであった<sup>71)</sup>。

71) 違法性の意識の可能性が責任要素として必要であることも、判例において定着した理解では必ずしもない。しかし下級審には確かに、東京高判昭和44年9月17日高刑集22巻4号595頁(黒い雪事件控訴審判決)や、大阪高判平成21年1月20日判タ1300号302頁など、違法性の意識を欠いたことに「相当の理由」があるとして被告人の故意責任の成立を否定したものが存在する。これらの判例は審査機関や警察職員など、行為者がその見解を信頼すべき公的主体が不適切な対応をしたという特殊な事情によって、行為者にとって違法性を意識する具体的な契機が奪われた事案であるから、たぬき・むじな事件においても直接的に違法性の意識の可能性が無かったと言える根拠になるとは言えない(なお、ドイツにおいては、弁護士、職務上の上司、医師などの私人の法律見解を信頼して禁止の錯誤に陥った場合であっても、禁止の錯誤の回避不可能性を認め責任阻却の余地があることが判例上確立されており、我が国よりこの論点に基づく責任阻却の範囲が広汎である(松原久利『違法性の錯誤と違法性の意識の可能性』276-279頁(成文堂、2006))。とはいえ、たぬき・むじな事件の「狸、貉ノ名称ハ古

## b 「感覚的に知覚」することが困難な記述的要素

これに対し、後者の例として適するのは「メタノール」の認識に関する3件の最判である。有毒飲食物等取締令1条(当時)は「メタノール」の「販売、譲渡、製造又は所持」を禁止していたところ、i 最判昭和23年3月20日(刑集2巻3号256頁)の被告人は、「メタノール」の認識をもって、しかし、その有害性については認識することなくこれを譲渡し、ii 最判昭和23年7月14日(刑集2巻8号889頁)の被告人は、「メタノール」と同義である「メチルアルコール」の認識で、しかし「メタノールとメチルアルコールとが同義であること」は認識することなくこれを所持し、iii 最判昭和24年2月22日(刑集3巻2号206頁)の被告人は、「身体に有害であるかも知れない」と思いつつ、しかし「メタノール」であると認識することなくこれを販売した。そして、iの判旨は「すなわち被告人は本件メタノールヲメタノールであることを知つて譲渡したのであるから、原判決が、被告人の右の所為を前記勅令第一条の違反罪に問擬したのは、まことに正当」として故意を肯定し、iiの判旨は「メチルアルコール」であることを知つて之を飲用に供する目的で所持し又は譲渡した以上は、仮令「メチルアルコール」が法律上その所持又は譲渡を禁ぜられている「メタノール」と同一のものであることを知らなかつたとしても、それは単なる法律の不知に過ぎないのであつて、犯罪構成に必要な事実の認識に何等欠くところがないから、犯意があつたものと認むるに妨げない」として故意を肯定し、iiiの判旨は「……身体に有害であるかも知れないと思つただけで(メタノールであるかも知れないと思つたのではなく)はたして同令第一条違反の犯罪についての未必の故意があつたと言

得るであらうか。何となれば身体に有害であるものは同令第一条に規定したメタノール又は四エチル鉛だけではなく他にも有害な物は沢山あるからである。従つてただ身体に有害であるかも知れないと思つただけで同令第一条違反の犯罪に対する未必の故意ありとはい得ない道理」として故意を否定した。

前提として、「メタノール」も化学物質であつて「法的・社会的意味内容」を介することなしにその内容が確定する記述的要素である。もっとも、「メタノール」は無色透明な液体で、臭いもいわゆるアルコール臭であるから、そのままでは外界の中で際立つ徴憑を有しない。この点が「むささび」や「たぬき」との違いであり、それゆえに、その液体の名称が、自然的性質を「感覚的に知覚」するための手掛かりとして決定的に重要となる。3件の最判がすべて「名称の認識」を故意の成否の判断基準としているのはそのためである。加えて、「メタノール」の「販売、譲渡、製造又は所持」を法的に禁止する理由である「有害性」が、故意の成否を全く左右しないことも、記述的要素に対する故意の認識の規律として妥当である(i・iii)。さらに、「メタノール」の場合も、同義語内の錯誤は当てはめの錯誤に過ぎず、故意を阻却しない(ii)。必要なのはあくまで無色・無臭の液体である「メタノール」の自然的性質を感覚的に知覚する(際立たせる)ための手掛かりとしての名称であつて、「メタノール」を用語として知っていることは故意の認識の要件ではないのである。

## c 発展的問題——道路上の規制区域と「指定」

複数の文献において「意味の認識」の問題として論じられる道路上の規制区域の認識の有無についても<sup>72)</sup>、私見によれば、基本的には記述的要素の認識の問題に分類される。

來並存シ我國ノ習俗亦此ノ二者ヲ區別シ毫モ怪マサル所ナルヲ以テ狩獵法中ニ於テ狸ナル名稱中ニハ貉ヲモ包含スルコトヲ明ニシ國民ヲシテ適歸スル所ヲ知ラシムルノ注意ヲ取ルヲ當然トスヘク單ニ狸ナル名稱ヲ掲ケテ其ノ内ニ當然貉ヲ包含セシメ我國古來ノ習俗上ノ觀念ニ從ヒ貉ヲ以テ狸ト別物ナリト思惟シ之ヲ捕獲シタル者ニ對シ刑罰ノ制裁ヲ以テ之ヲ臨ムカ如キハ決シテ其ノ當ヲ得タルモノト謂フヲ得ス」という判旨を、我國の習俗において「たぬき=むじな」であるとは考えられなかつた以上、少なくとも公的主体において「たぬき=むじな」であることについて何らかの表示しておくべきであつたという意味で「公的主体の不適切な対応」を摘示しているものと解するならば、違法性の意識の可能性が無かつたとして責任阻却する余地はあつた事案と思われる。

72) 菅沼真也子「故意における「事実の認識」の意義に関する近年の議論状況——ドイツ特別刑法における事

「追越禁止」、「転回禁止」、「一時停止」などが定められている道路上の区域は、道路の一部分という自然的性質により成立しているからである<sup>73)</sup>。この点、東京高判昭和37年10月18日（高刑15巻7号591頁）が、踏切の直前での「一時停止」義務違反（道交法33条1項）の事案で「被告人が踏切の存在を認識してこれを通過しようとした際一時停止をしなかつた以上直ちに右道路交通法第三十三条第一項に違反する故意犯が成立」としたのは、踏切の存在が自然的性質であることを踏まえ、記述的要素に対する認識を認定したものとして正確な判示といえる。

ただし道路上の規制区域には、規制区域の区分が「踏切の直前」のような道交法が指示する場所的な特徴によるものでなく、公安委員会等の指定による交通規制（道交法4条1項参照）に依存するものも存在する。この場合、「指定」と「指定された区域」という事実とは一体をなすため<sup>74)</sup>、「指定」自体が違法を基礎付ける事実となると言わざるを得ない。

そこで、複数の下級審判例が、指定による規制区域の認識については「標識・標示の認識」を基準に「指定の認識」の有無を判断し、「指定の認識」の有無により故意の成否を判断している<sup>75)</sup>。確かに、「指定」自体が違法を基礎付ける事実である以上は、「指定の認識」によって故意の認識が成立する。もっとも私見としては、「指定の認識」は違法性の認識と同義であるため、「指定の認識」が故意の認識の必要条件であるとは言えないと解する余地もあると考える<sup>76)</sup>。そうした場合には、あくまで「指定された区域」の自然的性質こそが認識対象であることを基本としつつ、継ぎ目なく連続する道路において、どこからどこまでが「指定された区域」なのか、そのままでは「感覚的に知覚」することが困難であることを踏まえ、「指定された区域」を際立たせる手掛かりとして、「メタノール」の場合における「名称」と同様に「標識・標示」が決定的に重要になると説明することが妥当であろう<sup>77)</sup>。従って結局、

実の錯誤と違法性の錯誤の区別について——」商学討究67巻4号177頁、194頁（2017）、川口浩一「白地刑罰法規の錯誤における事実の錯誤と違法性の錯誤の区別」関西大学法学論集64巻2号370頁、382-383頁（2014）など。

73) なお厳密には、「道路」は道交法2条1項1号が「道路法（昭和二十七年法律第八十号）第二条第一項に規定する道路、道路運送法（昭和二十六年法律第八十三号）第二条第八項に規定する自動車道及び一般交通の用に供するその他の場所」と定義する法的概念であるため、その限りで、規範的要素と解する余地がある。しかし、ここで問題としたい行為者の認識は、行為者が「道路」であることの認識ではなく、「道路のうちの規制区域」であることの認識である（行為者の弁解としても、「道路」であるとの認識を欠いていたとの弁解は通常考えられないであろう）。

74) 平野龍一「刑法の基礎 責任阻却事由」法セ136号27頁、31-32頁（1967）。

75) そのような下級審における判示の例として、「……被告人が右連絡所横に横断禁止の標識のあるのを知りながらも強いてこれを無視してまで横断行為を敢行せんとする意図を有したものでなく寧ろ右標識の存在を認識しなかつた即ち横断禁止の事実を知らなかつたがためにその挙に出たものと認めるのを相当とするから被告人のこの点の弁解は措信すべく同人には本件犯罪構成要件たる禁止事実の認識を欠き故意なきものと断ぜざるを得ない。」（大阪高判昭和28年4月28日判時28号21頁）、「……単に他の自動車を追い越すという認識だけではならず、公安委員会の定める場所、すなわち、追越禁止区域内で他の自動車を追い越すという認識を意味するものと解するのが相当である。」（東京高判昭和30年4月18日高刑集8巻3号325頁）、「そもそも、道路交通法四三条にいう公安委員会が行う一時停止の指定は同法九条、同法施行令七条の規定に照らし、その処分の内容を標示する道路標識の設置によってなされなければ法的効力を生じないと解される（道路交通取締法に関する昭和三七年四月二〇日最高裁判決参照）ことから、当該交差点の指定場所が道路標識の設置によって一時停止を命ぜられた場所であることは同法四三条、一一九条一項二号違反の罪の構成要件の内容をなす事実であるとみるべきであり、同条二項には右罪の過失犯も規定されているのであるから、右罪の故意犯を認めるには右のような道路標識を現認することまでは必ずしも必要でないとしても、少なくともその存在を認識して一時停止すべく指定された場所であることを知っていなければならないと解せられる」（大阪高判昭和43年1月30日下刑集10巻1号50頁）など。

76) 亀山継夫「覚せい剤原料譲渡罪の成立に必要とされる故意の内容（下）」研修324号53頁、58-59頁（1975）、南・前掲注42）310-314頁。

77) 道交法4条1項は公安委員会の交通規制につき信号機及び道路標識等の設定及び管理を求めており、その見やすさを担保するため、同法施行令1条の2が、これらの設備の様式や数、設置場所等について規定している（平野龍一ほか編『注解特別刑法1交通編(1)（第2版）』88頁（青林書院、1992）。よって「指定された区域」を際立たせる手掛かり」として「標識・標示」に着目することは、法の建て付けとも整合する。

指定による規制区域の認識は、「指定」を（未必的にでも）直接に認識することと、「標識・標示」という「感覚的な知覚」の手掛かりの認識とのいずれからでも成立することになる<sup>78)</sup>。

なお、道路上の指定による規制区域については「標識・標示」という手掛かりの存在によって「指定の認識」を必ずしも要求せず故意を認められるとしても、構成要件要素の性質によってはそのような手掛かりを予め設けること自体が困難である。そのような場合には立法技術による対応が考えられるが、問題が複雑になるため、私見の最後において改めて触れることとする。

## 2 「意味の認識」の意義

「意味の認識」の意義をめぐる国内学説の議論は、ドイツから移入された「素人領域における平行評価」という概念について、軸足を「素人（社会の一般人）」においていた素人的認識説に対し、軸足を刑罰法規（又は立法者）が意図した法益保護もしくは着目した属性への「平行評価」に移そうとする有力説が批判してゆくという構図で進展してきた。この構図は、ドイツでの議論が「素人領域における平行評価」を定着した用語として受け入れつつ、その内実については「立法者の基本決定」と解する説が有力化していることと同型である。そして、私見としても、「素人領域における平行評価」の解釈の力点を「素人」に置くべきではないと考える（素人的認識説の理論的な弱点については、すでに指摘した通りである）。すなわち、「平行評価」の対象は、（最終的には裁判所が解釈することになる）当該刑罰法規における「基本決定」であって、行為者が自らの表象する事実について、「素人なりに」言い換えた形での概念把握によって）当該刑罰法規における「基本決定」との平行評価に至っていれば、当該行

為者は規範的要素に対する故意の認識を有するといえる。刑法が着目する属性の認識説は、この限りで正鵠を射ている。そして規範的要素に対する故意の認識の問題として「意味の認識」の機能場面を特定することによって、記述的要素についてまで刑法が着目する属性の認識を要求するような処罰範囲の混乱も、回避できるのである。

もともと、私見でも「意味の認識」を行為者による「評価」と解することになるため、国内の裁判実務と衝突する部分が出てくることは避け難い。先述した通り、国内の裁判実務には、「意味の認識」が要件となることを認める場合であっても、行為者の「評価」レベルの議論はせずに、行為者が認識した事実のレベルに議論を還元する傾向が存在するからである（前掲東京地判平成23年4月26日もその一例である）。

以下では、(1)評価根拠事実の認識ではなく「評価」自体が「意味の認識」であること、(2)「評価」は評価根拠事実の認識のみならず関連する全ての事情の総合評価として成り立つことを、それぞれ事例を挙げつつ主張・説明する。

### (1) 「評価」としての「意味の認識」

「意味の認識」とは、法律家のする当てはめによれば規範的要素に包摂される外形的事実を、その違法を基礎付ける法的・社会的意味内容において、把握することである。そして、ここでいう把握とは、行為者が問題となる刑罰法規における「基本決定」と（素人なりの言い換えにおける）平行的な評価をすることであり、その評価根拠となる外形的事実の認識ではない。評価自体と評価根拠事実の認識とをこのように区別することは、ドイツにおける議論を踏まえた理論的帰結である。

しかし、先述した通り、国内の裁判実務は「意味の認識」についても議論を構成要件を識別できる程度の事実の認識、すなわち評価根拠事実の認識に還元することで対応してい

78) ここで仮に香城説的な処理手順を採るならば、「社会の一般人」は「標識・標示の認識」があれば「指定」を認識できるのだから、「標識・標示の認識」により「指定の認識」という「意味の認識」があると認定できる理屈になる。下級審の判例が、「標識・標示の認識」と「指定の認識」とを同一視するかのような記述をする背景には、おそらく、このような発想がある。しかし実際は、「標識・標示の認識」が直ちに「指定の認識」に結びつくわけではないのであるから、このような過剰な擬制を取って採るべきとは思われない。

るため、上記の理論的帰結と激しく衝突する。そこで以下では、まず学説からも判例の批判が多くなされている「わいせつ性」の認識を題材に「意味の認識」を行使者の「評価」と捉えることの意義を示し、またさらに進んで、通説的見解においても評価根拠事実の認識への還元が承認されつつある「公務の適法性」の認識についても、上記の理論的帰結に従えば「わいせつ性」の認識と同型の結論が導かれることを試論的に主張する。

#### a 「わいせつ性」の認識

刑法 175 条（わいせつ物頒布罪）の「わいせつ性」の認識について議論を呼んだ著名な判例が、最判昭和 32 年 3 月 13 日（形集 11 巻 3 号 997 頁，チャタレー事件）である<sup>79)</sup>。事案は出版会社社長である被告人 X が D・H・ロレンス著『チャタレー夫人の恋人』という小説の翻訳出版を企図し、同じく被告人 Y にその翻訳を依頼して、その内容に性的描写のあることを知りながらこれを出版したというものであり、被告人らは刑法 175 条を被疑事実に、起訴された。

被告人らは、本件小説の翻訳出版は「警世的意図」に出たものであり、刑法 175 条にいう「わいせつ」の故意を欠くと主張した。それに対し本件判旨は、以下のように述べて故意の成立を肯定した。「刑法 175 条の罪における犯意の成立については問題となる記載の存在の認識とこれを頒布販売することの認識があれば足り、かかる記載のある文書が同条所定の猥褻性を具備するかどうかの認識まで必要としているものではない。かりに主観的には刑法 175 条の猥褻文書にあたらぬものと信じてある文書を販売しても、それが客観的に猥褻性を有するならば、法律の錯誤として犯意を阻却しないものといわなければならない」。本判決は、その判旨を素朴に読むなら、頒布する文書の「わいせつ性」の認識の

ために必要であるのは「問題となる記載の存在の認識」のみであって、当該記載の「意味の認識」は必要でないとして述べているようである。

上記の判旨に対しては、学説から多くの批判が寄せられた。それらを要約すれば、もし判旨の趣旨が「わいせつ性」の認識として要求すべきは「文書あるいは図画」という外形的事実の認識のみであるということならば、それは、明らかに処罰価値のない行為者（例えば、そこに何が書かれまた描かれているか理解できない者）までを処罰する不当な線引きである、「わいせつ性」という構成要件要素は、「文書あるいは図画」のみで成り立つのではなく、そこに込めた「意味」が肝心なのであるから、行為者の認識についても「意味の認識」が要求されるというものであった<sup>80)</sup>。思うに、チャタレー事件判旨は差し当たり「同条所定の猥褻性を具備するかどうかの認識」は不要であることを（弁護側所論を排斥するため）述べたのみであり、一部の学説が批判するほど厳格に「意味の認識」を排除したわけではない<sup>81)</sup>。実際、文書あるいは図画に何が書かれまた描かれているかは「わいせつ性」という構成要件を識別するための要素にあたる事実であって、判旨を擁護する亀山説によるとしてもなお認識すべき要素と考えられるからである。

しかし、私見では「そこに何が書かれまた描かれているか」という以上の「意味の認識」が必要である。というのも、判旨が「……本被告事件において問題となつている「チャタレー夫人の恋人」が刑法一七五条の猥褻文書に該当するか否か。これについて前提問題としてまず明瞭にしておかなければならないことは、この判断が法解釈すなわち法的価値判断に関係しており事実認定の問題でないということである」と述べるとおり、刑法 175 条

79) 以下の説明は、松原久利「判批」佐伯仁志＝橋爪隆編『刑法判例百選 I 総論（第 8 版）』96 頁、97 頁（2020）を参照。

80) このような視角から刑法 175 条の「わいせつ」性の認識に言及する文献として、団藤・前掲注 30)294-295 頁、高山・前掲注 15)1916 頁、内藤・前掲注 11)1052-1054 頁（有斐閣，2001）、林・前掲注 17)269-270 頁、山口・前掲注 1)205 頁、高橋・前掲注 11)175-176 頁など。

81) 前田・前掲注 11)184 頁を参照。なお香城敏磨も、この点について前田と同様に解して判旨を擁護する（香城・前掲注 35)83 頁）。

は「性的秩序を守り、最少限度の性道徳を維持する」(判旨)という保護法益を侵害する性的表現を「わいせつ」と評価するのであって、この「わいせつ性」は裁判官によるこの法的・社会的又は文化的な価値判断を介して初めて成立する規範的要素だからである。規範的要素に対する「意味の認識」は「文書あるいは図画に何が書かれまた描かれているか」という評価根拠事実の認識ではなく、それが立法者の基本決定である「性的秩序を守り、最少限度の性道徳を維持する」ことに反し得るといふ、素人なりの言い換えにおける評価である。従って、「問題となる記載の存在の認識」で足るとする判旨の説明はやはり不十分で、一例に過ぎないものの「家庭の団欒においてはもちろん、世間の集会などで朗読を憚る程度に羞恥感情を害する」(判旨)という程度の評価が、行為者自身にあったことは必要であると言わざるを得ない<sup>82)</sup>。この意味において、多くの学説がチャタレー事件の判旨に対して指摘してきたことは正当である。

「わいせつ性」の認識という論点は、評価根拠事実の認識と「意味の認識」を区別することの意義を示す好例であり、学説の多数とも整合する。しかし、この区別を徹底することで、通説的見解と衝突する場合も存在する。その一例が次に扱う「公務の適法性」の認識である。

#### b 「公務の適法性」の認識

刑法 95 条(公務執行妨害罪)における「公務の適法性」は、通説的見解によれば、同罪の書かれざる構成要件要素である。同罪は、公務員ではなく公務の執行を保護するものであるから(最判昭和 28 年 10 月 2 日刑集 7 卷 10 号 1883 頁参照)、公務が適法であって初めて刑法上の保護価値が生ずるといえるためである<sup>83)</sup>。そこで、「公務の適法性」に対する認識の要否が問題となる。

判例は、「適法性」それ自体の錯誤と「適

法性」を基礎付ける事実の錯誤とを区別して、後者の錯誤にのみ故意の阻却を認める傾向がある。まず、前者の錯誤の事例としては大判昭和 7 年 3 月 24 日(大刑集 11 卷 296 頁)があり、市議会において議事進行を誤った議長が暴行を加えられた事案において、当該議事進行は「其ノ公務員ノ抽象的職務権限ニ屬スル事項ニ該リ該公務員トシテ眞實其ノ職務ノ執行ト信シテ之ヲ爲シタル」ものであって「一應其ノ公務員ノ適法ナル職務執行行爲ト認メラルヘキモノ」と判断した上で、被告人は議長の議事進行について事実としては認識していた以上、「……當時被告人カ右議長ノ措置ヲ以テ適法ナラスト判断シ從テ議長ノ職務執行行爲ニ妨害ヲ爲スモノニアラスト思惟シタリトスルモ右ハ被告人ノ該行爲ニ對スル法律上ノ判断ニ過キス其ノ如何ハ毫モ被告人ノ犯意ヲ左右」しないとされた。これに対して、後者の錯誤の事例としては大阪地判昭和 47 年 9 月 6 日(判タ 306 号 298 頁)があり、被告人が傷害の準現行犯として警察官に逮捕される際、自らが「傷害の準現行犯として」逮捕されるということをその事実的基礎(傷害行為、被害者の警察官への指示)を含めて認識しておらず、「何故かわからぬままに両巡查から車に乗せられようとしたため……両巡查の職務行為を違法と考え抵抗」した事案について、「被告人の認識事情のもとにおいては両巡查の逮捕行為は違法なものとなるから、本件におけるその職務行為の適法性についての錯誤は事実の錯誤があった場合に当たる」と判示した。そして、近時は学説の通説的見解も、判例の二分論的アプローチを支持している<sup>84)</sup>。

しかし、私見を貫徹する限り、「公務の適法性」への「意味の認識」も必要であって、それは「適法性」を基礎付ける事実の認識ではなく、「適法性」についての行為者の評価そのものである。「公務の適法性」も、裁判官による法的・規範的評価があつて初めて明

82) 他方で、この内容の「意味の認識」が行為者にあるならば、その上で行為者が当該文字列や絵図には刑法 175 条の「わいせつ」性がないと考えたことは、単に当てはめの錯誤であつて故意を阻却しない。

83) 小田直樹「公務執行妨害罪における職務の適法性」西田典之ほか編『刑法の争点』246 頁、246 頁(有斐閣、2007)。

84) 内藤・前掲注 11)1058-1061 頁、山口厚『刑法各論(第 2 版)』546 頁(有斐閣、2010)など。

らかになる要素であるため、構成要件要素であるならば、規範的要素だからである<sup>85)</sup>。判例及び近時の通説が採る二分論的アプローチは、行為者の独断での妨害行為を阻止しなければならないという刑事政策的な配慮を背景に、「社会の一般人であれば『適法性』を認識できる事実の認識」があれば「意味の認識」を認めるという裁判実務上のアプローチを、故意の理論として前面に出してしまっただけのきらいがある。もちろん、上記の刑事政策的配慮から「独断での妨害行為は一切許容せず、適式な不服申立て手続きに拠らせる」という建て付けを採った条文として公務執行妨害罪を解釈するという各論からの理論構成は直ちに排除されず、裁判所においてそのような理論構成に基づいた対応をすることの妥当性も直ちに否定されない。私見はあくまでドイツの議論をもとに「意味の認識」という総論的観点から「公務の適法性」の認識を論じるものであって、そのような解釈・対応に対する評価がドイツと異なることまでを否定できるものでもない（その意味で、以上述べてきたことは「試論」である）。しかし、そのような解釈・対応の妥当性を飲み込むとしても、「意味の認識」についての議論としては、（特別な規定が無い限り<sup>86)</sup>）あくまで「適法性」に対する「意味の認識」は必要であり、それは原則として適法性の評価根拠事実の認識で

はなく、それに対する行為者の評価であるということ、一旦認めるべきではないだろうか<sup>87)</sup>。

(2) 「評価」の仕方——総合評価としての「意味の認識」

「意味の認識」が行為者の「評価」であるという以上、行為者がある所為事情を認識すれば（しなければ）直ちに「意味の認識」あり（なし）ということとはできない。「評価」とは様々な事情を勘案した末に行為者の内心に浮上するものであって、その観点からすれば「意味の認識」とは行為者による関連する全ての事情の「総合評価」である。以下では、「意味の認識」におけるそのような「評価」の仕方について、2件の最判を題材に試論を展開する。

最判平成30年3月19日（刑集72巻  
a 1号1頁）——事実の総合評価

本件は、低栄養に起因する衰弱によって死亡した被告人の子（以下、Aという。全身の筋肉が痩せる症状を伴う先天性の難病である、乳児重症型先天性ミオパチー（以下、ミオパチー）に罹患していた）についての保護責任者遺棄致死被告事件であって、刑法219条の構成要件要素である「要保護状況」を、被告人である母親が認識していたといえるか否かが問題となった<sup>88)</sup>。原判決は、Aの痩せ方が顕著であって、その外見等の状況につ

85) 利得の「違法性」に関する前掲BGHSt 48, 322ff.も参照。

86) 参考としてドイツは、StGB113条（執行担当官に対する抵抗）に第4項を特別に設けて「〔執行行為が違法であるとの〕錯誤を回避することができず、行為者の認識した事情によれば、違法と誤信した職務行為に対して不服申立てにより争うことを行為者に期待することもできなかったとき」のみ不可罰とされることを明文で定めている（同項第2文。法務省刑事局『ドイツ刑法典』（2021）の訳出を参照）。同項の制定趣旨は「市民と執行担当官の利益状況を考慮して、執行行為が違法であると行為者が誤信している場合、自力救済に出る前にまずは法的救済の可能性を尽くすこと」を求めることにあったようだが（樋口・前掲注58）306頁）、筆者の調査不足により、詳細については他日の検討に委ねざるを得ない。

87) 小田・前掲注77)247頁も参照。なお、二分論的アプローチを支持する内藤謙は、「職務行為の適法性を規範的構成要件要素とする場合にも、どのような事実認識があれば、その構成要件要素の認識があったといえるかが問題になる。そこで、職務行為の適法性を、これを基礎付ける前提事実とその事実に対する価値判断としての適法性の評価そのものとに区別して、事実認識として故意の対象となる前者の誤認は事実の錯誤であり、評価そのものである後者の誤認は違法性の錯誤であると解することができる」（内藤・前掲注11)1061頁）という。しかしこれは、「どのような事実認識があれば規範的構成要件要素の認識があったといえるか」という認定実務の問題と、「どのような認識が規範的構成要件要素の認識であるか」という意義の問題とを混同したように思われる。前者について、職務行為の適法性を基礎付ける前提事実の認識から公務の適法性の認識を推認することは、確かに可能である。しかしその場合にも、前提事実の認識によって、「公務の適法性」の「素人領域における平行評価」が行為者の内心に浮上したと推認できるがゆえに、公務の適法性の認識が認定できるというべきである。加えて後述する通り、「意味の認識」は総合評価であるから、前提事実の認識の有無のみで決するものではないと考える。

88) 本件は、主観的構成要件を検討する以前に、Aの生存に必要な保護行為の特定について下級審における錯綜

いて被告人も認識していたことから、「特段の事情がない限り、被告人において、Aが生存に必要な保護として、より栄養を与えられるなどの保護を必要とする状態にあると認識していたと強力に推認できる」とした上で、ミオパチーのためにAが通常よりも痩せやすいことを被告人が認識していたことは上記特段の事情にあたらぬとして、「要保護状況」の認識を認めた<sup>89)</sup>。

最判の「要保護状況」の認識に関する判旨は原判決への応答・批判の形式をとっているが、かいつまんで論理展開を解釈すると、以下ようになる。まず、「……Aの体格等の変化や痩せ方は、客観的には明らかに異常なものであったと認められる。しかし、本件では、被告人が、Aの体格等の変化や痩せ方について、それまで被告人の認識していたAの特性に照らし、さほど異常ではないと誤解していた可能性の有無が問題とされている」。これはすなわち、「要保護状況」の認識の中核が、Aの「体格等の変化や痩せ方」という事実の認識ではなく、「Aの状態が（生存に必要な保護を必要とするほど）異常だ」という評価であるということを示しており、判旨は「要保護状況」を規範的要素と解したと考えられる<sup>90)</sup>。次に、「Aの状態が異常だ」という評価に相応する認識として判旨が挙げているのは、「Aが継続的に栄養不良状態にある」（もしくは「重度の栄養不良状態」という評価的な認識である<sup>91)</sup>。すなわちそれが、「要保護状況」という規範的要素に対する、本件事案を踏まえた、「素人領域における平行評価」としての「意味の認識」なのである。そして本件では、確かに被告人たる母親は、上記の評価的な認識のための評価根拠事情である「Aの（顕著な）痩せ方」という外見等

の状況を認識していたが、その一方で評価障害事情である「子がミオパチーに罹患している」という事実も認識していた。判旨はこの全てを踏まえ、「……原判決の判断は、第1審判決とは別の見方もあり得ることを示したにとどまっただけで、これらを総合考慮しても、原判決は、Aが本件保護行為を必要とする状態にあることを被告人が認識していたとするには合理的な疑いがあるとした第1審判決の判断が不合理であることを十分に示したものとはいえない」として被告人の故意を否定した（原判決破棄・控訴棄却）。

保護責任者遺棄の構成要件要素としての「要保護状況」は、医学的知見に基づく法的・規範的評価により成り立つ規範的要素である。よって「要保護状況」の認識は行為者の評価としての「意味の認識」であり、本件では「継続的もしくは重度の栄養不良状態」であるという評価がこれにあたる。そして、その評価は、「顕著な痩せ」という評価根拠事実の認識により即座に肯定されるものでも、「ミオパチー」という評価障害事実の認識により即座に否定されるものでもなく、それらを総合して被告人の内心に当該評価が浮上するか（当該評価が浮上したはずだと合理的な疑いを入れないほど強固に推認できるか）という問題なのである<sup>92)</sup>。「意味の認識」の機能場面を規範的要素に対する認識に限定し、「意味の認識」の意義が評価根拠事情の認識ではなく評価そのものであることを明確にすることにより、本判決のように種々の事情への被告人の認識を総合評価して規範的要素に対する認識の有無を判断すべき事案についての分析も、さらに明晰になるように思われる。

があった。最判判旨は、この点について、「Aは、……平成26年5月23日には、客観的に重度の栄養不良状態にあったことが明らかであり、ミオパチーに罹患していることを前提としても、遅くともその時点までには、監護者において、適切な栄養摂取方法について医師等の助言を受けるか又は適切な医療措置をAに受けさせることが、Aの生存に必要な保護行為であった」と判示する。

89) 大阪高判平成28年9月28日刑集72巻1号66頁。

90) 池田直人「判批」論ジュリ30号194頁、197-199頁（2019）参照。

91) 向井香津子「判解」最判解刑事篇平成30年度1頁、38頁（2021）。

92) 他方で、「Aが継続的に栄養不良状態にある」（もしくは「重度の栄養不良状態」という評価的な認識さえあれば、それが最終的に「要保護状況」に当たらないと被告人が確信していたとしても、それは故意を阻却しない当てはめの錯誤に過ぎない。

最判昭和26年8月17日（刑集5巻  
b 9号1789頁）——法規を含めた総合  
評価

行為者の内心に「意味の認識」たる「評価」を浮上させる「事情」は、必ずしも事実的事情に限られない。本件（いわゆる、無鑑札犬事件）の判旨は、このことを明確に示している。

本件被告人は、他人の飼犬を撲殺し、その皮を剥いだ。器物損壊罪（261条）の客観的構成要件は「他人の物」の損壊、窃盗罪（235条）の客観的構成要件は「他人の物」の窃取であり、他人のペットは「他人の物」であるため、被告人の行為は両罪の客観的構成要件を充足する。ところが被告人は、「警察規則等を誤解した結果鑑札をつけていない犬はたとい他人の飼犬であっても直ちに無主犬と看做されるものと誤信していた」<sup>93)</sup>、（被害犬が）「首環はつけていたが鑑札をつけていなかったところからそれが他人の飼犬ではあつても無主の犬と看做されるものである」と誤信していた。

そこで、被害犬が両条における「他人の物」にあたることの認識の有無が問題となるところ、判旨は「被告人の前記供述によれば同人は右警察規則等を誤解した結果鑑札をつけていない犬はたとい他人の飼犬であっても直ちに無主犬と看做されるものと誤信していたというのであるから、本件は被告人において右錯誤の結果判示の犬が他人所有に属する事実について認識を欠いていたものと認むべき場合であつたかも知れない。されば原判決が被

告人の判示の犬が他人の飼犬であることは判っていた旨の供述をもつて直ちに被告人は判示の犬が他人の所有に属することを認識しており本件について犯意があつたものと断定したことは結局刑法三十八条一項の解釈適用を誤った結果犯意を認定するについて審理不尽の違法があるものといはざるを得ない」と述べて原審<sup>94)</sup>の故意の認定に審理不尽の違法を認め、原判決を破棄差戻した。

前提として、物の「他人性」は法的評価を介して成り立つ規範的要素の典型である。従って「他人性」に対する「意味の認識」が故意の要件となる<sup>95)</sup>。被告人は、「他人性」の評価根拠事情として「被害犬が首輪をつけていたこと」を認識していた<sup>96)</sup>。他方で被告人が誤ったのは「警察規則」という法規の解釈のみである。法規の錯誤は故意を阻却しないという基本テーゼをここにも及ぼすならば、警察規則の誤解を「意味の認識」の評価障害事情に算入することはできない。しかし、そのような解釈は妥当ではない。「意味の認識」たる評価に至らないことはその時点で規範的要素に対する故意の認識の欠落であるため、その原因段階の被告人の認識が事実<sup>97)</sup>に属するものか法規（またはそれ以外の評価）に属するものかは、もはや問題とはならないからである。本件判旨は、警察規則の誤解を「他人性」の「意味の認識」への評価障害事情に算入して、総合評価により「他人性」の認識を欠いて故意が否定される可能性を指摘しているという意味で、正当である<sup>97)</sup>。

ただし本件被告人は、さらに複雑なこと

93) 本件判旨は、被告人の警察規則等の解釈が誤解であることについても説明している。曰く、「明治三四年五月一四日大分県令第二七号飼犬取締規則第一条には飼犬証票なく且つ飼主分明ならざる犬は無主犬と看做す旨の規定があるが同条は同令第七条の警察官吏又は町村長は獣疫其の他危害予防の為必要の時期に於て無主犬の撲殺を行ふ旨の規定との関係上設けられたに過ぎないものであつて同規則においても私人が擅に前記無主犬と看做される犬を撲殺することを容認していたものではない」。

94) 福岡高判昭和25年5月24日刑集5巻9号1796頁。

95) 法的要素たる「他人性」は法的評価を必要とする規範的要素であるが、「他人の物である」というのはすでに日常語彙であるため、「他人性」という規範的要素について「素人領域における平行評価」のための「素人なりの言い換え」を考える実益は乏しい。

96) 井田良は、この認識から「その犬が他人の飼犬であり、他人に帰属することについての認識があつた」として被告人の故意を認めるべきであつたと主張する（井田・前掲注1）418頁）。しかし、後述の通りかかる判断は早計である。

97) 金子博「判例」佐伯仁志＝橋爪隆編『刑法判例百選Ⅰ総論（第8版）』90頁、90-91頁（2020）。なお、同論文は、記述的要素と規範的要素を区別し、意味の認識が規範的要素の問題であることを明示している点においても私見と一致する。

に、被害犬が「他人の飼犬」であるという認識は維持しつつも、警察規則上「無主犬と看做される」と誤信したものである。よって、「無主犬と看做される」との誤信が単に「他人の飼犬だが殺してもよい」という錯誤に結びつくのであれば、それは結局当てはめの錯誤であって、対して「他人の飼犬であることが例外として否定される」という錯誤に結びつくのであれば、規範的要素に関する事実の錯誤である<sup>98)</sup>。これは、被告人の内心における総合評価について改めて事実認定を行うべき問題であるから、差戻しの結論を採ったことについても本件判旨は正当である。

### 3 「意味の認識」の機能態様

#### (1) 「意味の認識」による故意の成立

「意味の認識」は、規範的要素に対する故意の認識の必要十分条件である。「意味の認識」を規範的要素に対する故意の認識の問題とし、「意味の認識」の意義を行為者による関連する全ての事情を総合した「評価」であるとする以上、「評価」はもはや「意味の認識」そのものであり、当然に必要十分条件という機能態様が導出される。「外形的事実の認識に加えて意味の認識が必要」という定式は、外形的事実の自然的性質により成り立つ記述的要素にまで「意味の認識」の機能場面を(意識的にせよ無意識的にせよ) 広げてきたことに対応する帰結と思われるが、私見によれば、その機能場面を規範的要素に特定しておくべきであった。

「意味の認識」の必要条件としての機能については、すでにここまで述べた私見において、複数の事案を取り上げつつ説明してきた。そこで、本節では「意味の認識」の十分条件としての機能、すなわち、「外形的事実の認識」を前提せず、「意味の認識」によ

って規範的要素に対する故意の認識を直接成り立たせるという機能について論じたい。もっとも、人間は、外形的事実を認識することを前提にその外形的事実への評価を獲得するのであるから、ドイツのように不能未遂の可罰性を認めることもない我が国においては、評価根拠事実にあたる外形的事実の認識を欠いてもなお「意味の認識」によって規範的要素に対する故意の認識が認められるという意味での「十分条件としての機能」が見出される事案の発見は、困難といわざるを得ない<sup>99)</sup>。そこで、ひとまず本項においては「意味の認識」により故意を成立させたと解される事案を扱い、次項では構成要件が技術的・専門的に規定されているために違法を基礎付ける外形的事実の認識が困難である類型について、「意味の認識」による故意の成立という説明が可能か、更なる試論として触れてゆくことにする。

規範的要素に対する「意味の認識」により故意を成立させたと解される事例としては、仙台高判昭和54年4月26日(刑月11巻4号307頁)が挙げられる。被告人は、フィリピンにおいて、「道路交通に関する条約」24条3項が定めている、「適性を有することを実証」する実地試験等一切の適性検査を受けることなく取得した「国際運転免許証」を、実際にはそのような国際運転免許証は無効であるにも関わらず<sup>100)</sup>、有効であると誤信して携帯し、普通用自動車運転したことにより、道交法64条1項が定める無免許運転の禁止違反の罪で起訴された。

判旨は、被告人が国際運転免許証の有効性を誤信していたこと自体は排斥できないしつつ、次のように述べて故意の成立を認めた。「……しかしながら、被告人が無効な国際運転免許証を一応有効なものとし、これを所持すれば無免許運転に当たらないと誤信し

98) 藤木英雄「事実の錯誤と法律の錯誤との限界」日本刑法学会編『刑法講座(3)』88頁、103頁(有斐閣、1963)、阿部純二「事実の錯誤と法律の錯誤の区別」法セ335号130頁、131頁(1983)。

99) 裁判実務が、規範的要素の認識についても問題を事実認定論に回収して、行為者が認識したとされる所為事情から事実認定を進めることも、その一因と思われる。

100) 道路交通に関する条約24条1項にいう運転免許証(道交法107条の7第1項の国外運転免許証を除く)であって、条約附属書9又は条約附属書10に定める様式に合致したものが、有効な「国際運転免許証」である(道交法107条の2第1項)。

たとしても、右国際運転免許証が適性を有することの実証をした上で発給を受けたものでないことを十分認識していた以上、右の誤信は法律の不知となるにすぎず、右の誤信がやむを得ない事情のもとになされたとも認められない本件においては、これが故意を阻却するものではないと解するのが相当である。

本件において、国際運転免許証を所持していることは国内の運転免許を有しなくとも例外的に自動車等を運転することが許されるようになる処罰除外事由であり（道交法 107 条の 2 第 1 項）、その意味で「国際運転免許証（を所持していないこと）」が道交法 64 条 1 項の構成要件要素である。ここで、「国際運転免許証」は「わいせつ性」のような評価そのものというべき概念ではなく、外形を有する物であるから、記述的要素であるようにも思われるが、「国際運転免許証」については当然その「有効性」が前提となるため、その意味において規範的要素たる性質を有するといえる。従って、「国際運転免許証の有効性」の「意味の認識」が要件となる。「意味の認識」とは、立法者の基本決定に対する「素人領域における平行評価」である。本件では、「国際運転免許証の有効性」についての基本決定は、国際運転免許証を所持することの効果（道交法 64 条（無免許運転の禁止）の特則として、免許を受けなくても自動車等を運転することができる）から考えるべきであろう。免許を受けなくても自動車等を運転することができるというのは、免許を受ける前提である、運転について必要な適性・技能・知識に関する運転免許試験（道交法 97 条 1 項各号参照）を経ず自動車等を運転することが

できるということである。従って、運転免許試験に代わる「適性を有することを実証」する試験（あるいは検査）を受けていることは、「国際運転免許証の有効性」についての基本決定だと解されるのである。この故に、「適性を有することの実証をした上で発給を受けたものでないことを十分認識していた」被告人は、その時点で上記の基本決定に対する「素人領域における平行評価」を有していたことになって、「意味の認識」が認められ、それにより故意の認識が成立するのである<sup>101)</sup>。

本件は「意味の認識」により故意が成立するという説明が適する事案である。もっとも、本件の被告人はその「意味の認識」に関連する外形的事実についても問題なく認識していただろう。よって、「外形的事実の認識」を前提としないところまで踏み込んだ「意味の認識」の十分条件としての機能を説明できたとは言い難い。そこで次項では、特殊な規定振りによりこの機能が顕出する局面について、更なる試論を展開する。

## (2) 更なる試論——技術的・専門的要素の認識

### a 技術的・専門的要素

ここまでの私見では、記述的要素と規範的要素の区別を基盤として試論を展開してきた。IV 1(1)で述べた通り、その意義は「意味の認識」の機能場面の特定であって、記述的要素は「意味の認識」の機能場面ではなく、その自然的性質の「感覚的な知覚」で足る。しかし一方で、IV 1(2)b・cでは「感覚的に知覚」し難い記述的要素にも言及した。もっとも、そこで扱った事例は名称や標識・標示

101) 被告人は、「フィリピン共和国のフィリピン自動車協会発給名義の被告人宛国際運転免許証」を交付されたという形式及び「外国の特殊事情で不正手段でも容易に有効な免許がとれる」という誤解に基づき、交付された「国際運転免許証」が有効であると誤信した。しかしこの形式及び誤解を、「国際運転免許証の有効性」の認識という「意味の認識」を障害する評価障害事実（の認識）と解して、「適性を有することを実証」する試験（あるいは検査）を受けていないという評価根拠事実（の認識）との総合評価を行うのは誤りである。まず、「国際運転免許証の有効性」は最終的に当てはめの対象となる規範的要素であり、「有効性の認識」は「意味の認識」ではない（前掲最判平成 30 年 3 月 19 日において、「要保護状況の認識」が「意味の認識」ではないのと同じである）。「適性を有することを実証」する試験（あるいは検査）を受けていないという認識こそ「国際運転免許証の有効性」に対する「意味の認識」そのものというべき「国際運転免許証が有効でない」ことの行為者における平行評価であって、関連する全ての事情についての総合評価が問題となるのは、その認識に至る過程においてのみである。その認識を有しながら、それでも「国際運転免許証の有効性」について誤信していたとしても、それは単に当てはめの錯誤であって故意を阻却しない（前掲最判平成 30 年 3 月 19 日において、「継続的あるいは重度の栄養不良状態」の認識（評価）があれば、その上で「要保護状況の認識」を欠いたことは当てはめの錯誤に過ぎないことと同じである）。

などの手掛かりから「感覚的な知覚」に至るという説明が可能であった。

しかし、cで最後に触れたが、その手掛かりを想定することも困難な構成要件要素も存在する。例えば、「成分αの含有量がX mg以上」というように技術的・専門的根拠で特定された数値により成り立つ構成要件要素がそうである。この構成要件要素は、その当てはめに法的・社会的又は文化的評価が介在しないため、記述的要素へと振り分けられる。しかし、「成分αの含有量がX mg以上」であると行為者が「感覚的に知覚」することは通常あり得ず、名称や標識・標示といった手掛かりが予め設けられることも考え難い。これは、構成要件要素が「化学式βの成分を含む物質」などであっても同様である。「化学式βの成分を含む物質」のバリエーションは無数にあり、その全てを名称等の手掛かりにより予め括り出すことは困難だからである。

これらの「感覚的に知覚」することが困難な自然的性質を指示する構成要件要素について、記述的要素に対する故意の認識を原則通りに検討してゆくことには限界がある。とはいえ、「成分αの含有量がX mg以上」「化学式βの成分を含む物質」と規範的要素とは、少なくともそのままでは明らかに隔たっている。そこで以下では、技術的・専門的根拠により定まるこれらの構成要件要素を差し当たり「技術的・専門的要素」と呼称して、技術的・専門的要素に対する故意の認識という問題において「意味の認識」の十分条件としての機能が顕出するメカニズムについて、試論として説明する。

#### b 「評価」の先取り——「酒気帯び」の認識

「成分αの含有量がX mg以上」のように指定されている技術的・専門的要素の例として、改正前道交法の酒酔い運転罪（同法117条の2第1号、同65条1項）における、「酒気帯び」要件が存在する。65条1項は「酒気を帯び」ることを「身体に政令で定める程度以上にアルコールを保有する状態にあるこ

と」とカッコ書きで定義しており、道交法施行令26条の2第1項（当時）が「法第65条の政令で定める身体に保有するアルコールの程度は、血液1ミリリットルにつき0.5ミリグラム又は呼気1リットルにつき0.25ミリグラムとする」と、基準値を規定していた。ここで「酒気帯び」＝「身体に政令で定める程度以上にアルコールを保有する状態」＝「血液1ミリリットルにつき0.5ミリグラム又は呼気1リットルにつき0.25ミリグラム〔以上のアルコールを身体に保有する状態〕」は、酒酔い運転罪の構成要件要素である。しかし、行き着いた先の数値は、行為者が呼気検査をしていたなど特段の事情がない限り、「感覚的な知覚」の対象とならない。そこで、「酒気帯び」の認識をどのように認定するかが問題となる。

この問題に応答した判例として、最判昭和46年12月23日（刑集25巻9号1100頁）がある。被告人は、飲酒により「酒気を帯び」て酒酔い運転し、業務上過失致死等事件を起こしたが、酒酔いの自覚が無かった。判旨は以下のように述べて「酒気帯び」の認識を肯定した。「酒酔い運転の罪が成立するために必要な故意の内容としては、行為者において、飲酒によりアルコールを自己の身体に保有しながら車両等の運転をすることの認識があれば足りるものと解すべきであつて、アルコールの影響により「正常な運転ができないおそれがある状態」に達しているかどうかは、客観的に判断されるべきことがらであり、行為者においてそこまで認識していることは必要でないものといわなければならない」。つまり、道交法施行令が定める数値の認識はもちろん、「大量に飲んだ」というような概括的な認識にすら言及せず、故意の認識を成立させたのである。上記の判旨は、道交法改正後の最判昭和52年9月19日（刑集31巻5号1003頁）においても「アルコールを自己の身体に保有していること」の認識で足りるという同旨の判示がなされており、維持されている<sup>102)</sup>。

102) 両判決の間に、道交法は改正された。改正後の道交法は「酒気を帯びて」（65条1項）に政令への参照を付していない。そして、117条の2第1号が「……〔酒気帯び運転〕をした場合において酒に酔った状態（アルコールの影響により正常な運転ができないおそれがある状態をいう）にあつたもの」を、119条1項7号の2が「……

「酒気帯び」要件についてその指示する技術的・専門的要素の認識を故意の要件としない判例法理の説明は、すでに試みられている。まず、町野朔は、「構成要件の意味の完全な認識がなくても、その重要部分の認識があれば故意犯として処罰しても不当でないときもある」といい、付け加えて「法技術的に構成された概念についてはこれと完全に一致した認識まで必要でない」と解されるのもこのためである。……これらにおいては、意味の認識たる「平行的判断」は、構成要件要素の意味と「平行的」であり、これと必ずしも一致する必要がないのである<sup>103)</sup>。また、阿部純二は「0.5プロミル以上のアルコールを身体に保有していることという構成要件要素は、記述的要素であるが、技術的用語が用いられており、これに該当する事実を一般人が正確に認識することはきわめて困難である。こうした場合は、その事実の「意味」の認識があれば」足るといふ<sup>104)</sup>。つまり、両者はともに、「酒気帯び」という技術的・専門的要素について「意味の認識」に関する議論を援用することで、判例法理を説明しているのである。ここで「酒気帯び」要件は道交法施行令の規定する数値として具体化されており、その当てはめに法的・社会的又は文化的評価の介在する余地はないため、規範的要素にあたるとはいえない。そうすると上に引用してきた議論はいずれも、規範的要素に対する「意味の認識」に関する議論を、規範的要素でない要素へと拡張する可能性を示唆するものといえる。

私見からは原則として許容されないこの拡張を、なお私見から基礎付けるための手掛か

りは、「酒気帯び」要件の規定振りにある。すなわち、まず法が「酒気帯び」という概念により構成要件要素を立てたうえで、その定義として政令に、(技術的・専門的根拠に基づく)数値による構成要件要素を立てるといふ、段階的な規定振りが、「意味の認識」を十分条件として顕出させる突破口となる。

そもそも、規範的要素における「意味の認識」とは「素人領域における平行評価」であり、その背後には立法者の「基本決定」があった。これを応用して考えるに、技術的・専門的要素も全くの無から客観的構成要件要素として出現するわけではなく、必ず「基本決定」及び「基本決定に対応する概念語彙」が先立つ。そして、当該語彙を具体化したものが技術的・専門的要素が設定する基準である。例えば、縷々論じてきた道交法の「酒気帯び」要件は、「飲酒した結果が、車両の運転の上に、何がしかの悪影響を與える」場合にはそのような飲酒運転を禁止するという「基本決定」、及びその「基本決定」に対応する「酒気帯び(改正後は、酒酔い)」という概念語彙が先立ち、それを具体化するため実験から技術的・専門的知見を得たうえで「その数値が、血液1ミリリットルにつき0.5ミリグラム、又は呼気1リットルにつき0.25ミリグラムということになった」と、制定経緯を踏まえて解釈することができる<sup>105)</sup>。ここでは、「酒気帯び」という、それ自体を見れば(「わいせつ性」などと同様に)規範的要素に振り分けられ得る要素について、もしそのままであれば裁判所が立法者の「基本決定」を解釈して行わなければならない外形的事実への評価の、立法技術における先取りがなされ

[酒気帯び運転]をした場合において身体に政令で定める程度以上にアルコールを保有する状態にあつたもの」をそれぞれ処罰対象としていた(ただし、法定刑に差がある)。この改正の趣旨は「酒気帯びの事実のみを認識していればよく、政令で定める程度以上にアルコールを保有するという事実を認識することまでは必要とされないことを明確」にすることだったようである(堀籠幸男「判解」最判解刑事事篇昭和52年度283頁、286頁(1980)の引用部)。しかし、可罰と不可罰との境目が「身体に政令で定める程度以上にアルコールを保有する状態にあつたこと」であること自体は改正の前後で変わっておらず、また「酒気帯び」という基盤は同じでも、それに追加して「身体に政令で定める程度以上にアルコールを保有する状態にあつた」か「酒に酔った状態にあつた」かによって法定刑に差があることも踏まえると、上記事情は結局のところ、客観的処罰条件でも結果的加重犯の加重要素でもなく、客観的構成要件要素であると解さざるを得ない(阿部純二「判批」判例評論231号153頁、155頁(1978))。

103) 町野・前掲注14)9-10頁、12頁。

104) 阿部・前掲注102)156頁。

105) 内海倫「道路交通法の概要(上)」警研31巻11号3頁、13-16頁(1960)。

ているのである。これと、「意味の認識」が規範的要素に対する故意の認識の十分条件として機能するという原理を踏まえると、行為者の認識は「酒気帯び」の「意味の認識」で十分であって、それを技術的・専門的根拠に基づき具体化した技術的・専門的要素への認識は欠いても構わないということになる。以上を踏まえて「酒気帯び」の例に戻るならば、行為者には「酒気帯び」の「素人なりの」言い換えとして「一定量のアルコールを自己の身体に保有している（「ほろ酔いの一步手前」）」という程度の認識さえあれば足り<sup>106)</sup>、具体的なアルコール保有量の認識は不要ということになる。

以上に述べたことが規範的要素に対する「意味の認識」の議論の、技術的・専門的要素への拡張であり、それは「意味の認識」の十分条件としての機能の顕出として説明できる。ただし、注意すべきこととして、段階的な規定振りによって「意味の認識」が故意の認識の十分条件となる技術的・専門的要素については、規範的要素の認識と異なり、具体化された事実要件に対応する認識もまた、役割を失わないと考えられる。なぜなら、この規定振りにより刑罰法規の文言上に(例えば、「0.5プロミル以上のアルコールを身体に保有していること」という)外形的事実が記述的要素として現れている以上は、行為者がこれを直接「感覚的に知覚」したのであれば、それも構成要件要素の認識として十分だといえるからである。もちろん、これまで述べたよ

うに、技術的・専門的要素は「感覚的な知覚」が困難である。しかし、特段の事情によって技術的・専門的要素の具体化された事実要件を、直接「感覚的に知覚」する可能性がないとはいえない。「酒酔い」のアルコール保有量についても、運転前に自ら呼気検査をした場合は「感覚的に知覚」することがあり得る。そして、そのような知覚は、「記述的要素として現れている」技術的・専門的要素への直接の認識であり、それも故意の認識として欠くところはないのである<sup>107)</sup>。

以上の試論的検討の結論は、故意の認識を記述的要素の認識と規範的要素の認識の両面から認定できる、技術的・専門的要素が存在するということである。そして、そのような要素が出現する条件は、刑罰法規の規定振りが「基本決定に対応する概念語彙」から「技術的・専門的根拠に基づき具体化された事実」への、段階的なものになっていることである。つまり、「両面から認定できる」という果実は立法技術に依存する。もし法文に現れている構成要件が后者の「事実」のみであれば、それは単に記述的要素となるため、「意味の認識」を十分条件として顕出させることはできないはずであるし、もし法文に現れている構成要件が前者の「概念」のみであれば、それは単に規範的要素となるため、「具体化された事実」の認識とは評価根拠事実の認識であり、改めて「評価」としての「意味の認識」が要求されるはずなのである。この、立法技術によって要求される故意の認識の内容

106) なお、本文で紹介した両判決は「一定量」や「ほろ酔いの一步手前」の限定すら付すことなく「アルコールを自己の身体に保有」する認識のみで故意を認めているが、「基本決定」においても「〔車両の運転の上に〕全く影響のない状態の飲酒」をして運転することまでは、禁止の射程に収めていなかったのであるから(内海・前掲注105)14頁)、これは言葉の綾でないとするれば行き過ぎな判示であったといえる。

107) なお、技術的・専門的要素における「感覚的な知覚」の困難さは、必ずしも複雑な単位や化学式によらないということを示唆する判例が、本稿Ⅱ2(2)で列挙した一である最判平成18年2月27日刑集60巻2号253頁である。同事件では、無免許運転の罪との関係で道交法3条にいう「大型車両性」の認識が問題となったところ、「大型車両性」については道交法施行規則2条で「車両総重量が八、〇〇〇キログラム以上のもの、最大積載量が五、〇〇〇キログラム以上普通自動車のもの又は乗車定員が一人以上のもの」と定義されていた。複雑な単位や化学式は一切ないけれども、これを「感覚的に知覚」することも、自動車検査証等の徴憑なしでは困難だろう。実際、同事件の調査官解説は補説として、「大型車両性」に関する「意味の認識」(すなわち普通自動車の運転経験では運転できないような「大型さ」)があれば、それを基礎付ける事実の認識がなくとも、「意味の認識」があるとして故意の認識を認め得るとの指摘をしており(上田哲「判解」最判解刑事篇平成18年度145頁、176-177頁(2009))、下級審判例にも、「型式や諸元又は外形等により一見して普通自動車と異なる」ということから、被告人側が主張する「大型車両性」の不認識は、当てはめの錯誤に過ぎないとしたものがある(福岡高判昭和51年4月28日判タ347号297頁)。

が変動するという現象とその限界について、本稿における最後の試論として、「危険ドラッグ」の認識と先述した「メタノール」の認識の対比において取り上げる。

立法技術による調整とその限界——

○ 「指定薬物」の認識

すでにIV 1(2)cで取り上げた「指定の認識」は、違法性の認識とほぼ同義になってしまうとはいえ、違法を基礎付ける事実の認識たる側面を有していた。ここで「指定」という事実を敢えて分類するならば、それが法規に定めのある行為であったとしても、法的・社会的又は文化的評価による解釈の余地はほとんどなく、しかし「感覚的に知覚」することは困難という意味で、以上に述べてきた技術的・専門的要素に類似する。このような「指定」については、標識・標示などのそれを「感覚的に知覚」させる手掛かりを設けることが考えられるが、常にそれが可能とは限らない。

福岡高判平成28年6月24日高刑集69巻1号1頁は、そのような「指定」の認識に関連する判例である。被告人は、「i 中枢神経系の興奮若しくは抑制又は幻覚的作用(当該作用の維持又は強化の作用を含む。)を有する蓋然性が高く、かつ、ii 人の身体に使用された場合に保健衛生上の危害が発生するおそれがある物……として、iii 厚生労働大臣が薬事・食品衛生審議会の意見を聴いて指定」(薬事法2条14項(当時)、番号は筆者が追加した)した「指定薬物」であるとの認識なく、「指定薬物」に該当する乾燥植物片を使用したことで、同法76条の4が定める指定薬物の使用禁止違反(罰則は同法84条20号)により起訴された。被告人側は、本件乾燥植物片が違法な薬物を包含するとの認識がないため、故意が成立しないと主張した。

ここでもし本件乾燥植物片に通用している名称等の手掛かりがあれば、「メタノール」

の認識(IV 1(2)b)や「道路上の規制区域」(IV 1(2)c)と同様の議論になる。しかし、「指定薬物は、覚せい剤等の規制薬物のように、属性が分かる周知された名称があるわけではなく、指定薬物を指定する厚生労働省令でも、その化学的な成分が規定されているにすぎない上、危険ドラッグを使用する者は、厚生労働省令を参照しても、自分の使用する薬物が指定薬物を含有するかどうかを明確に把握することは困難な実情」(判旨)にあるため、そのような手掛かりを欠く。

そこで判旨は、「指定薬物」規制の立法趣旨が、「新たな薬物の出現とそれに対する規制が繰り返されるいたちごっこの状況にある、いわゆる「危険ドラッグ」を射程に収めることにあることを指摘したうえで、「……指定薬物の実態とそれを規制する趣旨に照らして、指定薬物の所持、販売、譲り受け等が犯罪に当たると判断できる社会的な意味を考えると、その違法性を客観面から根拠付ける事実、当該薬物の薬理作用が規制の趣旨に合致しているかどうか、換言すると、当該薬物が規制されるに足りる薬理作用を有するかどうかに尽きるというべきである。そうすると、当該薬物の薬理作用を認識し、そのような薬理作用があるために当該薬物が指定薬物として指定されている薬物と同様に規制され得る同種の物であることを認識していれば、当該薬物を所持し、販売し、譲り受けなどが犯罪に該当すると判断できる社会的な意味の認識、すなわち故意の存在を認めるに足りる事実の認識に欠けるところはない」とした<sup>108)</sup>。すなわち本件判旨は、i 特徴的な薬理作用とii 保健衛生上の危害が発生するおそれの認識が「社会的な意味の認識」であるとして、厚生労働大臣の「指定」という事実の認識を、故意の要件から排除したものと解釈できる<sup>109)</sup>。

厚生労働大臣の「指定」を故意の認識の要

108) 判旨は続けて、本件被告人にはこれらの認識があったと認定して、「被告人は、法が本件薬物を違法なものとして処罰の対象としたところの違法の実質は十分に認識していた」として故意を成立させている。

109) いわゆる薬物犯罪の故意に関しては、「覚せい剤を含む身体に有害で違法な薬物類であるとの認識」という概括的故意の概念により故意を認める方向性を打ち出した、最決平成2年2月9日判時1341号157頁が著名である。しかし、本件は「指定薬物を含む身体に有害で違法な薬物類であるとの認識」によって故意の認識を成立させたのではなく、むしろ「指定」を故意の要件から排除しているのであるから、概括的故意ではなく、意味の認

件としないことを「意味の認識」の議論を介して説明すると、以下ようになる。まず、「指定薬物」であるということ自体は、特定の薬物の自然的性質によって成り立つ記述的要素である。しかし、「指定」と「指定薬物」であることは事実として一体をなすため、「指定」自体が違法を基礎付ける事実となる(IV 1(2)c参照)。もっとも、この「指定」の徴憑を薬物に設けることはできず、「感覚的な知覚」は依然として困難である。そこで薬事法2条14項(当時)の規定に立ち戻れば、立法者の「基本決定」は、i 特徴的な薬理作用と ii 保健衛生上の危害が発生するおそれを有する「危険ドラッグ」の一括規制にあり、厚生労働大臣の「指定」はその「危険ドラッグ」概念の事実として存在する薬物に対する具体化であると解することができる。すなわち、ここでいう「指定」は、もしその要件がなかったならば、裁判所が規範的見地から個別に遂行したであろう「危険ドラッグ」該当性の評価の、行政における先取りを立法において定めたものである。そしてそうだとすれば、「意味の認識」が規範的要素に対する故意の認識の十分条件として機能するという原理を踏まえ、行為者の認識は前記2要件に対応する「意味の認識」で十分であり、それを具体化する「指定」への認識は不要であると言い得ることになる(IV 3(2)b)<sup>110)</sup>。

本件の判旨をこのように解釈して肯定するならば、「指定薬物」の認識と、先述した「メタノール」の認識(IV 1(2)b)とは、有害性を根拠にして特定の薬品・飲料を規制するという意味で規制の趣旨・対象・態様が非常に類似しているにも関わらず、その成立要件が大きく異なることになる。そして、その差異の出処は、有毒飲食物等取締令1条が「メタノール」を規制するのみでそれを包括する概念(あるいは規範)を法文に設けなかったの

に対して、薬事法2条14項は「危険ドラッグ」概念(に対応する前記2要件)をおいたうえで「指定薬物」を定義したという、立法の仕方の差異に求めるしかないであろう。

しかし、このように立法技術で故意の認識の成立範囲を調整することが無限定に許容されるかについては、疑問が残る。アルコール保有量と「酒気帯び」という具体的かつ限定的な対応関係においてかかる「先取り」をすることはまだしも、「危険ドラッグ」という抽象的で広範な概念についてまでこのような「先取り」を認めれば、それはもはや「有害性」の認識のみで薬物事犯に関する故意を認める方向へと舵を切るに等しく<sup>111)</sup>、そのことは、例え「有害」物であっても、個別の法令等により(少なくとも典型的に)特定された種概念のみを刑事罰による規制の対象とするという、「有害」物規制の基本体系との均衡を失うことになる可能性があるためである。

ある構成要件要素につき、その要素を単に記述的要素又は規範的要素として立てるのではなく、「基本決定」を背景に概念から事実へと段階的に規定していくという立法技術は可能であって、また、それが望ましい場面も存在するであろう。しかしながら、この「更なる試論」によって明らかとなった本稿に残された課題は、そうして故意の認識の成立範囲を調整するとき、その規定振りを選択するという立法技術の正当性や整合性もまた問いつ返されないのか、裁判所も、単に規定振りに即応して「故意の認識を記述的要素の認識と規範的要素の認識の両面から認定できる」とするのみならず、関連する規制法規の全体を俯瞰して、それが当該領域において法体系と整合する正当な故意処罰のあり方かということまで検討すべきではないか、という新たな疑問である。こうして、記述的要素と規範的要素の区別を基盤に展開してきた筆者の「試

識による解決を採ったと評価できる(南由介「指定薬物の故意」刑事法ジャーナル56号141頁、144頁(2018)参照)。

110) 南・前掲注109)148頁も、「客観的に指定薬物であり、薬理作用(意味)の認識が認められるのであれば、具体的に、未だ指定薬物とされていない物質の化学構造を認識し、その物質だと誤信していた場合でない限り、単に自己の行為を合法であると信じていた場合と変わらないように思われる」と本件判旨を肯定的に評価する。

111) 実際、南・前掲注109)148頁注51は「特に有害性が強い等の覚せい剤の薬理作用を完全に理解しているのであれば」覚せい剤の故意の認識が認められるという方向性を示唆している。

論」は限界に突き当たって、技術的・専門的要素の認識に対し「意味の認識」を十分条件として機能させることの可能性（あるいは限界）については、議論の方向性を変えて、立法と司法の処罰範囲の設定についてのあるべき役割分担という大きな観点からのアプローチや、問題となる規制領域ごとに分割した個別的なアプローチを行う必要性が示唆されるのである。

## V. おわりに

本稿は、責任説を前提に、故意を阻却する事実の錯誤と故意を阻却しない法律の錯誤の限界を画する「意味の認識」という概念について、ドイツ学説・判例を参照して、記述的要素と規範的要素の区別を起点に理解する方向性を提唱し、試論を展開した。私見において展開した試論を簡潔にまとめ直すと、まず第一に、国内の従前の議論は「意味の認識」の意義をめぐる議論に集中しており、その土台である機能場面の特定が十分でない。外形的事実の自然的性質からなる記述的要素については「法的・社会的意味内容」の参照は当てはめに不要であり、従って構成要件的故意の一内容たる「意味の認識」の機能場面ではない。他方で、法的・社会的又は文化的な評価によって成り立ち、裁判官による当てはめにも「法的・社会的意味内容」への参照を要する規範的要素に対する故意の認識こそ、「意味の認識」の機能場面となる。第二に、規範的要素に対する「意味の認識」の意義とは、規範的要素に包摂される外形的事実を、その事実の違法を基礎付ける法的・社会的意味内容において把握することであり、その把握の仕方は刑罰法規における「基本決定」への行為者の「素人領域における平行評価」に他ならない。この評価は、評価根拠事実の認識とは区別すべきである。「意味の認識」は、法規を含めた関連する全事情についての認識・不認識あるいは錯誤の総合によって行為者に立ち現れる、評価的な認識である。そして第三に、「意味の認識」は規範的要素に対する故意の認識の必要十分条件である。不能未遂を処罰しない我が国において「意味の認

識」の十分条件としての機能が顕出することは多くない。しかし、本稿では更なる試論として、「感覚的な知覚」が困難な事実を指示する技術的・専門的要素について、立法技術により記述的要素と規範的要素の両面から認識できるようにする可能性と限界についても論じた。

ただし本稿は、「意味の認識」について、またその関連領域について、語るべきことを多く残している。「意味の認識」自体についてはIV（私見）の最後に述べた通り、「意味の認識」自体についての基本的な枠組みと「意味の認識」が具体的に問題となる個別領域からのアプローチとの統合・調整が必要である。また、「意味の認識」の関連領域としては、いわゆる白地刑罰法規の認識の理論や、許可または不許可の認識の問題、さらに違法性阻却事由の錯誤との関連付けが存在する。しかし、これらの問題については残された課題として、他日を期すこととする。

本稿が、従来から数多論じられてきたも関わらずいまだ困難な論点である「意味の認識」について、記述的要素と規範的要素の区別に基づいてその機能場面を限定することを起点にその意義・機能態様についてもより明晰に検討する道筋をつけ、錯綜する事実の錯誤と違法性の錯誤の限界に関する判例群の理論的整理と批判的検討に資する視点を提供できたのであれば、望外の喜びである。

### \* 謝辞

本稿は、筆者が2021年度Aセメスターに執筆したリサーチペーパーに加筆・修正を加えたものである。本稿の執筆にあたっては、多くの先生方、また先輩・同輩にお力添えいただいた。とりわけ、リサーチペーパーの指導教員である樋口亮介教授には、本稿の着想のきっかけとなった演習を含め何度となくお時間を割いていただき、構想から表現面まで、手厚くご指導を賜った。また、佐藤輝幸准教授（法政大学）、佐野文彦准教授（法政大学）、池田直人助教（同志社大学）には、未だ海のものとも山のものともつかぬ段階から、本稿についての的確かつ真摯なご指摘を多数いただいた。さらに、川島享祐准教授（立

教大学), 樋口拓磨さん, 吉原潤さんには, 独語文献の訳出について適宜添削・コメントをいただいた。

本稿において, 「意味の認識」という長く論じられてきたテーマについて, その全体を分析し尽くすことはなお叶わなかった。その責めは全て, 筆者の負うところである。多くの方々のご支援に重ねて御礼申し上げますとともに, 本稿が僅かなりとも故意論の発展に資することを祈る。

(こすぎ・りんたろう)

論説

# 同性婚訴訟判決についてのノート

——札幌地裁令和3年3月17日判決は同性婚を要請しているか

2019年度入学

今野 周

- I. はじめに
  - (3) まとめ
  - 3 小括
- II. 事案の概要と判旨
  - 1 憲法 24 条適合性（判決 2（1）（2））
  - 2 憲法 13 条適合性（判決 2（3））
  - 3 憲法 14 条 1 項適合性（判決 3）
    - (1) 婚姻の位置づけ（判決 3（1）（2）ア）
    - (2) 区別取扱いの存在（判決 3（2）イウ）
    - (3) 合理的根拠の有無（判決 3（3））
- III. 今までの議論状況とその理由づけ
  - 1 評釈において示されている理解
    - (1)（形式面での）消極説に立つもの
    - (2) 積極説に立つもの
    - (3) 立場を開いておくもの
    - (4) まとめ
  - 2 消極説および積極説の根拠とその評価
    - (1) 消極説の根拠とその評価
    - (2) 積極説の根拠とその評価
    - (3) まとめ
- IV. 憲法 14 条 1 項論と形式面での積極説の擁護
  - 1 「法的利益」の分析
    - (1) 「法的利益」の内実
    - (2) 婚姻という「身分」と積極説
    - (3) 「法的利益」の理由づけと積極説
    - (4) まとめ
  - 2 消極説への応答
    - (1) 「どのような制度を採用するか」の立法裁量？
    - (2) 異性婚のみを保護する憲法 24 条？
- V. 判断枠組みをめぐる混乱
  - 1 憲法 14 条 1 項適合性審査の判断枠組みと当てはめ
    - (1) 判断枠組み
    - (2) 当てはめ
    - (3) 問題の所在
  - 2 「真にやむを得ない」基準は総合考慮か
    - (1) 判断枠組みの位置づけ
    - (2) 最高裁での用いられ方
    - (3) まとめ
  - 3 本判決の判示は「真にやむを得ない」基準の適用であるか
  - 4 本判決は判断枠組みの緩和に成功しているか
    - (1) 議論の順序
    - (2) 広範性の論証の失敗
    - (3) まとめ
  - 5 小括
  - 6 補論：内容面での積極説？
- VI. 「婚姻」の尊重をめぐる問題
  - 1 憲法 13 条と婚姻
    - (1) 憲法 13 条違反の構成
    - (2) 婚姻と制度
    - (3) まとめ
  - 2 婚姻と愛
  - 3 小括
- VII. 結

## I. はじめに

本稿は、札幌地判令和3年3月17日判時2487号3頁<sup>1)</sup>(以下、「本判決」という。)について、その理由づけに分析を加えることで、結論のあるべき解釈を提示するものである。詳しくはIIにおいて紹介するが、本判決は、現行法が同性婚を認めていないことについて、憲法24条および13条には違反しないものの、憲法14条1項に違反するとした。現在日本において重大な問題と考えられている同性婚について憲法判断をおこなった初の裁判例として、本判決は重要な意味を持っている<sup>2)</sup>。同性婚については、公益社団法人Marriage For All Japanが本訴訟のほかに、東京(第一次、第二次)、名古屋、大阪、福岡でも訴訟を提起しており、それらの訴訟においても本判決は論証および結論の参照点となると考えられる。それゆえに、本判決が下級審判決でありいまだ確定していないことを

考慮しても<sup>3)</sup>、本判決は検討に値する。さらに、本判決の論証は、憲法判断の枠組みのあり方や婚姻の趣旨といった、個別事案にとどまらない問題を提起しており(V, VIで後述)、その点でも検討する意義が認められる。

本判決の直後に、法学者が新聞などにコメントを寄せている。家族法学者の棚村政行は、「同性カップルや性的マイノリティーの人権を、たとえ少数でも守るべきものとして真摯(しんし)に受け止めた判決だ。」として評価する<sup>4)</sup>。また憲法学者の木下智史は「常識的で手堅くまとめられた判決」との評価を示している<sup>5)</sup>。他方で憲法学者の志田陽子は、「次はもう一步踏み込んで欲しい」として、24条による保障を同性婚に及ぼさなかったことは不十分であるとの認識を示す<sup>6)</sup>。総じて、その理由づけについては評価が分かれているが、結論には肯定的な評価が大多数を占める<sup>7)</sup>。その後、いくつかの評釈が公表された<sup>8)</sup>。そこでも、理由づけに疑問を呈するものもあるが、本判決を肯定的に評

1) 訴訟資料等は原告側がインターネットで公開している ([https://www.call4.jp/info.php?type=items&id=I0000031#case\\_tab](https://www.call4.jp/info.php?type=items&id=I0000031#case_tab))。特記しない限り本稿が参照する準備書面や意見書も同ページの訴訟資料欄から閲覧したものである。

なお本稿が参照したウェブページは特記がない限りすべて2022年3月18日最終閲覧である。

2) 同性婚に関しては、本稿脱稿後に大阪地裁でも判決があった(大阪地判令和4年6月20日(平成31年(ワ)第1258号, LEX/DB 25592785), 結論合憲)。同判決について詳細な検討を加えることはできないが、本文末において追記として若干触れることとする。

3) 弁護士によると、「国会が動く様子を見せなかった」ため「同性間の婚姻制度を実現するためにより強いメッセージが必要であると判断」して控訴したという(皆川洋美「判批」法と民主主義558号44頁, 47頁(2021))。

4) 棚村政行「マイノリティー守る」朝日新聞朝刊名古屋本社版2021年3月18日, 35面。

5) 木下智史「区別する根拠ない」朝日新聞朝刊大阪本社版2021年3月18日, 36面。国際人権法学者の谷口洋幸も同様の評価をする(谷口洋幸「同性婚制度化への橋頭堡になるか 違憲判決の行方」(2021年3月25日)(<https://www.jiji.com/jc/v4?id=20210325iken0001>))参照。

6) 志田陽子「両性条文本質は自己決定」朝日新聞朝刊東京本社版2021年4月21日, 13面。

7) 八木秀次は「極めて奇妙な判決」として本判決を批判し、一夫一婦制を擁護すべきであると主張しているが、こうしたコメントは法学者によるものとしてはごく少数に留まった(世界日報「『婚姻』はき違えた判決、麗澤大学教授(憲法)八木秀次氏の話」(2021年3月18日)(<https://www.worldtimes.co.jp/picture/112578.html>))。

8) 本稿執筆時(2022年3月)現在、雑誌等に掲載された法学者によるものとして、新井誠「判批」WLJ判例コラム234号(2021)、大野友也「判批」鹿児島大学法学論集56巻1・2合併号17頁、西山千絵「判批」法セ798号54頁(2021)、中岡淳「判批」法セ増刊速報判例解説vol.29新・判例解説Watch15頁(2021)、中曾久雄「同性婚と憲法」ジュリ1561号82頁(2021)、毛利透「判批」法教492号127頁(2021)、渡邊泰彦「判批」法セ増刊速報判例解説vol.29新・判例解説Watch101頁(2021)が、弁護士による比較的詳しくそして批判的な紹介検討として、喜久山大貴「同性婚訴訟 札幌地裁の画期的判決をどう考えるか「同性婚の是非」という疑似問題を越えて」世界945号197頁(2021)および吉原秀「同性婚に関する憲法上の諸問題」第35回近畿弁護士会連合会大会シンポジウム第1分科会「婚姻制度における平等の実現に向けて～「同性婚」を考える～」報告書(2021年11月19日)(<http://www.kinbenren.jp/symposium/>) (2021)がある。また渡邊泰彦「同性カップルによる婚姻・家族」法セ799号29頁, 34-35頁(2021)でも本判決が取り上げられている。

なお、本文脱稿後に本判決に関連する文献がいくつか公表されている。それらについては、一部は本文中に取り入れているが、基本的に本文末において追記として若干触れることとする。

価するものが多数である。

本判決の帰結に関して重要な問題は、本判決の違憲判断の理由から、違憲性解消のためにどのような措置が要請されるか、より具体的に言えば、同性婚の法制が必要か否かということであろう。この点については、論者によって解釈が分かれている<sup>9)</sup>。一方では、本判決は同性婚法制を要請しているとする理解があるが、他方で、同性パートナーシップなど婚姻と異なる制度で足としたという理解もある。既発表の評釈には、後者の理解を採用するものが多い。しかし筆者は、前者の理解が本判決の理解としてより支持できるものであり、それゆえに本判決には同性婚を要請した最初の裁判例という意義が与えられるべきであると考えている。

ところで、「同性婚を要請する」ということの内実には、①同性間の関係を（パートナーシップなどではなく）婚姻として規律することと、②同性間と異性間の規律で内容が原則として等しいこと、の2つがありうる。本稿では①を肯定する立場を「形式面での積極説」、そうではなくて同性間の関係を婚姻ではなくパートナーシップなどとして規律するのでよいとする立場を「形式面での消極説」と呼び、②を肯定する立場を「内容面での積極説」、そうではなくて同性間の規律が異性間と原則等しいとは言えないとする立場を「内容面での消極説」と呼ぶことにする。

この用語法に従えば、本稿の第1の目的は、本判決を「形式面での積極説」に立ったものとして読むべきことの擁護である<sup>10)</sup>。本判決は3つの憲法条項について議論を展開しており、検討すべき点は多岐にわたるのであるが<sup>11)</sup>、前述の目的のために本稿は、本判決の違憲という結論に直接結びついている憲法14条1項についての論述を中心的な検討対象とする。そしてその理由づけから形式面での積極説が支持されるということを示す。これに対して、内容面での積極説の検討には本論では立ち入らない。というのも、本判決が内容面についてどのような態度をとっているか、必ずしも明らかでないからである<sup>12)</sup>。

こうした検討によって、同性婚についての裁判例としての本判決の意義が明らかになる。しかし筆者は、本判決の論述に完全には賛同していない。本判決には、判断枠組みの定立と当てはめとの関係、および憲法14条1項違反の理由づけについて、疑問を呈する

ところ、仮に本件区別取扱いの合理的根拠の有無について「その立法事実の有無・内容、立法目的、制約される法的利益の内容などに照らして真にやむを得ない区別取扱いであるか否か」という基準が内容面での審査にも妥当するとしても、本判決の実際の審査を見る限りではこの基準の内実も十分に明確ではない（V参照）。

9) なお、本判決によって憲法24条の改正が必要になるという理解が国会議員から示されている（音喜多駿『同性婚できないのは憲法違反』報道はミスリード。同性婚実現と憲法改正の論点を整理する（2021年3月17日）<https://go2senkyo.com/seijika/143644/posts/219398>）。しかし、本判決は憲法24条が異性婚のみを保護するとは述べたものの、憲法24条が同性婚を排除する趣旨であるとはしていない（谷口・前掲注5）や木村草太「札幌地裁判決を踏まえた意見書」4頁（2021年4月19日）（<https://www.call4.jp/file/pdf/202108/54dd5e8f8c4bf2f2e9382337b3db7f3e.pdf>）も参照）。したがってこの見方は明らかな誤解であるので、本稿では取り上げない。

10) これは、本判決に関与した裁判官の意図についてではなく、本判決の説示からするとそのような読み方が妥当であるという主張である。

11) 例えば、本稿が取り上げない論点として、憲法24条の保護が同性間に及ばないとしたことの是非といった問題がある（吉原・前掲注8）13-15頁参照）。この点について、本判決が憲法24条を原意主義的に解釈したことが他の憲法解釈実践と整合しない上に原意主義自体に問題があること指摘するものとして、大野・前掲注8）28-30頁も参照。

12) 内容面での積極説を論じるのであれば、婚姻は内容的には「要件と効果を結びつける複数の法命題の束」（木村草太「同氏合意による区別と平等権——第二次夫婦別姓訴訟を素材に」法時93巻5号77頁、81頁（2021））であるから、婚姻を構成するそれぞれの規律について同性間と異性間で規律を異にすることが正当化されるかを考える必要があるだろう。ところが本判決が検討対象とする区別は「異性愛者のカップルは、婚姻することにより婚姻によって生じる法的効果を受取るか、婚姻せずそのような法的効果を受けないかを選択することができるが、同性愛者のカップルは、婚姻を欲したとしても婚姻することができず、婚姻によって生じる法的効果を受取ることはできない」（本件区別取扱い）というものであり、本判決は内容面での審査に明示的には立ち入っていない。

仮に本件区別取扱いの合理的根拠の有無について「その立法事実の有無・内容、立法目的、制約される法的利益の内容などに照らして真にやむを得ない区別取扱いであるか否か」という基準が内容面での審査にも妥当するとしても、本判決の実際の審査を見る限りではこの基準の内実も十分に明確ではない（V参照）。

余地があると筆者は考えている。本判決の公平な評価と理論的分析の深化のためにも、本判決の議論の問題点も指摘されなければならない。したがって、本判決の問題点を明らかにし検討することが、本稿の第2の目的となる。

以上から、本稿は2つの点で本判決の理解に寄与することができる。第1に、多くの評釈とは異なり本判決が同性間の関係を婚姻として規律しなければならないという意味で同性婚を要請するものであるという意義を、本判決の論証に依拠して明らかにする。第2に、同性婚を要請するという本判決の意義にもかかわらず、本判決の判断枠組みが十分に明確でないことに加え、本判決はその論理において正当な理由なく特定の生き方を特権化する思考と親和的な部分があり、その点は同性婚についての憲法判断の理論構成の困難さの現れでもあるという見方を提示する。

本稿の具体的な構成は以下の通りである。まず、同性婚についての最初の裁判例としての重要性に鑑み、本判決の判示を比較的细节に紹介する(Ⅱ)。続いて既存の評釈の議論状況を確認し、消極説と積極説の概要とそれぞれの理由づけを検討する(Ⅲ)。次に、本判決の理解として、形式面での積極説の擁護を行う(Ⅳ)。続いてⅤとⅥにおいて、本判決の論述についての2つの疑問点を指摘する。はじめに、本判決の判断枠組みは十分に明確でなく、判断枠組みの定立とその当てはめについても齟齬があると考えられることを指摘する(Ⅴ)。続いて、本判決の理由づけが、特定の生き方のみを特権化する議論へとつながる危険があることを論じる(Ⅵ)。

## Ⅱ. 事案の概要と判旨

本件は、同性カップルである原告らが同性間の婚姻届の受理を拒まれたことに対して、同性婚を認めない民法および戸籍法の婚姻に関する規定(以下「本件規定」)が憲法13条、14条1項および24条に違反するとした上で、これについての立法不作為が国家賠償法1条1項の適用上違法であるとして精神的損害についての慰謝料を求めたものである。こ

れに対し、国は立法不作為の違憲性および国賠法上の違法性のいずれをも争った。

以下で本判決の議論を紹介する。なお、本稿は国賠法上の論点には立ち入らないため、国賠法についての判示は省略する。また、節分けやその表題は本稿によるものであり、判決原文とは異なる。

### 1 憲法24条適合性(判決2(1)(2))

婚姻および家族に関する事項は「国の伝統や国民感情を含めた社会状況における種々の要因を踏まえつつ、それぞれの時代における夫婦や親子関係についての全体の規律を見据えた総合的な判断を行うことによって定められるべき」である(最大判平成27年12月16日民集69巻8号2427頁を全面的に参照)。憲法24条2項はその「具体的な制度の構築を第一次的には国会の合理的な立法裁量に委ね」ていること、同条1項は婚姻に関する決定が「当事者間の自由かつ平等な意思決定に委ねられるべきである」という趣旨を明らかにしている。そして、婚姻には相続や子の嫡出性付与など「重要な法律上の効果」が伴い、「国民の中にはなお法律婚を尊重する意識が幅広く浸透していると考えられることを併せ考慮すると」、「婚姻をするについての自由は、憲法24条1項の規定の趣旨に照らし、十分尊重に値する」。ことを確認する。

しかし、憲法24条は同性婚に適用されない。明治民法制定以来、憲法の制定当時いたるまで、同性愛は「精神疾患である」とされていたために、「同性婚は当然に許されないものと理解されていた」。また、24条は「両性」や「夫婦」といった「異性同士である男女を想起させる文言を用いている」。これらを踏まえると、憲法24条は「異性婚について定めたものであり、同性婚について定めるものではない」と解されるのであって、同性婚の定めがないことが憲法24条1項および同2項に違反するとはいえない。

## 2 憲法 13 条適合性（判決 2（3））

憲法 13 条もまた、同性愛が精神疾患であり同性婚は当然認められないという理解のもとで制定されたのであるが、そもそも婚姻および家族に関する事項は「具体的な制度の構築」が「第一次的には国会の合理的な立法裁量に委ね」られているため、憲法 13 条によって「婚姻及び家族に関する特定の制度を求める権利が保障されていると解することはできない」。したがって、同性婚についても婚姻および家族に関する特定の制度として憲法 13 条によってそれを求める権利が保障されているとはいえない。

また、現行の婚姻に関する規定には生殖や親子関係を前提にした規定が存在するところ、「同性婚の場合には、異性婚の場合とは異なる身分関係や法的地位を生じさせることを検討する必要がある部分もある」ため、この観点からも「同性婚という制度を、憲法 13 条の解釈のみによって直接導き出すことは困難」というべきである。

## 3 憲法 14 条 1 項適合性（判決 3）

### (1) 婚姻の位置づけ（判決 3（1）（2）ア）

憲法 14 条 1 項は「事柄の性質に応じた合理的な根拠に基づくものでない限り、法的な差別的取扱いを禁止する趣旨」であると解される。他方で、婚姻については具体的制度形成が第一次的には国会の合理的な立法裁量に委ねられており、憲法 24 条および 13 条によって「同性間の婚姻をするについての自由や同性婚に係る具体的な制度の構築を求める権利が保障されているものではないと解されること」をも考慮すると、「立法府は、同性間の婚姻及び家族に関する事項を定めるについて、広範な立法裁量を有していると解するのが相当である」。その結果現行法では、戸籍による身分関係の公証の仕組みが採用され、また民法上では婚姻は届出によって効力を生じ（739 条 1 項）、婚姻が効力を生ずると、親族関係の成立、親族の扶助義務、夫婦財産制、夫婦の同居・協力・扶助義務、夫婦の子

の嫡出推定、夫婦の子への親権、配偶者の相続権などの「その身分に応じた権利義務を伴う法的地位」が与えられる。

以上を踏まえると、「婚姻とは、婚姻当事者及びその家族の身分関係を形成し、戸籍によってその身分関係が公証され、その身分に応じた種々の権利義務を伴う法的地位が付与されるという、身分関係と結び付いた複合的な法的効果を同時又は異時に生じさせる法律行為であると解することができる」。

### (2) 区別取扱いの存在（判決 3（2）イウ）

そして「本件規定」が「異性婚についてのみ定めているところ、異性愛者のカップルは、婚姻することにより婚姻によって生じる法的効果を享受するか、婚姻せずそのような法的効果を受けないかを選択することができるが、同性愛者のカップルは、婚姻を欲したとしても婚姻することができず、婚姻によって生じる法的効果を享受することはできない」ため、現行法においては異性愛者と同性愛者の間には「区別取扱い」（以下、「本件区別取扱い」という。）が存在する。

これに対して本件訴訟において国は、本件規定のもとでの性的指向（本判決によれば「人が情緒的、感情的、性的な意味で人に対して魅力を感じること」）に基づく区別取扱いは存在しないと主張した。性的指向にかかわらずすべての人は異性と婚姻することができるからである。

しかし、婚姻の本質が「両性が永続的な精神的及び肉体的結合を目的として真摯な意思をもって共同生活を営むこと」（最大判昭和 62 年 9 月 2 日民集 41 卷 6 号 1423 頁を参照）にあるとされるところ、「性的指向と合致しない異性との間で婚姻することができるとしても、そのような婚姻が、当該同性愛者にとって婚姻の本質を伴ったものにはならない場合が多いと考えられ、そのような婚姻は、憲法 24 条や本件規定が予定している婚姻であるとは解し難い」。更に、「真に社会観念上夫婦であると認められる関係の設定を欲する効果意思」であるとされる婚姻意思（最判昭和 44 年 10 月 31 日民集 23 卷 10 号 1894 頁を参照）が、「恋愛や性愛の対象とならない異性と婚姻」する場合には認められないおそれ

があり、「そのような婚姻が常に有効な婚姻となるのか、疑問を払拭できない。」。すると異性の相手と婚姻することができるとしても、同性愛者が「異性愛者と同等の法的利益を得ているとみることはできないのは明らか」であるから、国の主張は妥当ではなく、区別取扱いがあるといえる。

このように区別取扱いが存在するため、それが「合理的根拠に基づくものであり、立法府の上記裁量権の範囲内のものであるか」の検討が必要である。

### (3) 合理的根拠の有無 (判決3 (3))

#### a 検討の方針 (判決3 (3) ア)

(1)の冒頭で述べたように、本件区別取扱いは合理的な根拠に基づくものでなければならない。本件では同性愛者に対して同性愛者が、婚姻による法的効果を受用できないという状況にあるため、性的指向が区別の指標となっている。性的指向は「自らの意思に関わらず決定される個人の性質」であるという知見が確立しており、「性別、人種などと同様のもの」であると評価できる。そして、「人の意思によって選択・変更できない事柄に基づく区別取扱いが合理的根拠を有するか否かの検討は、その立法事実の有無・内容、立法目的、制約される法的利益の内容などに照らして真にやむを得ない区別取扱いであるか否かの観点から慎重にされなければならない。

#### b 重要な法的利益性 (判決3 (3) イ)

まず、現在においても「法律婚を尊重する意識が幅広く浸透している」ことからすると、「婚姻することにより、婚姻によって生じる法的効果を受用することは、法的利益である」。そしてこの法的利益は、異性間には「憲法24条がその実現のための婚姻を制度として保障している」ため、「重要な法的利益」と評価できる。意思によって選択できない性的指向が異なるだけで「異性愛者と同性愛者との間で、婚姻によって生じる法的効果を受用する利益の価値に差異があるとする理由はな」いのであるから、この利益は「同性愛者

であっても、異性愛者であっても、等しく享有し得るもの」である。

#### c 本件規定の目的 (判決3 (3) エ (ア))

現行法では婚姻と結びついて親子に関する規定も存在することから、「夫婦が子を産み育てながら共同生活を送るという関係に対して、法的保護を与えること」は本件規定の「重要な目的」である。しかし、子に関する事情による「夫婦の法的地位の区別」が存在せず、また「子を産み育てることは、個人の自己決定に委ねられるべき事柄」であり子を産むかどうかの「夫婦の選択」も尊重されるべきであることを踏まえると、「子の有無、子をつくる意思・能力の有無にかかわらず、夫婦の共同生活自体の保護も、本件規定の重要な目的である」と解される。

#### 本件規定や憲法24条の規定振りと国

#### d 民意 (判決3 (3) エ (イ) (ウ))

#### (エ)<sup>13)</sup> オ、カ、キ)

「本件規定の目的は正当であるが、そのことは、同性愛者のカップルに対し、婚姻によって生じる法的効果の一切を受用し得ないものとする理由になるとは解されない。」

共同生活の保護という本件規定の目的との関係では、「同性愛者であっても、その性的指向と合致する同性との間で、婚姻している異性同士と同様、婚姻の本質を伴った共同生活を営むことができる。」

そして、異性婚のみを規定する本件規定は、同性愛者が「上記婚姻の本質を伴った共同生活を営んでいる場合に、これに対する一切の法的保護を否定する趣旨・目的まで有するものと解するのは相当ではない。」。仮にそのような趣旨・目的で本件規定を理解するならば、同性愛が精神疾患であるという、現在からすると「誤った知見に基づいて同性愛者の利益を否定する規定」になってしまうからである。

近年、登録パートナーシップを導入する地方公共団体の増加など、「性的指向による区別取扱いを解消することを要請する国民意識

13) 内容が重複するため本文では直接引用しなかったが、同性婚が当然認められないとされたことは当時同性愛が精神疾患であると考えられていたためであり、現在ではそれは誤っていると考えられていることが判決3 (3) ウにおいて指摘されている。

が高まっていること、今後もそのような国民意識は高まり続けるであろうこと」をうかがわせる事情が存在する。また、諸外国においても同性婚や同性登録パートナーシップの導入など「同性愛者のカップルと異性愛者のカップルとの間の区別取扱いを解消するという要請が高まっていること」をうかがわせる事情が存在する。これらは本件規定の合理的根拠の有無の検討において考慮されるべきである。

他方で、同性愛が精神疾患であるという理解は一定時期まで広く流布しており、「同性婚に対する否定的な意見や価値観……を持つ国民が少なからずいる」と考えられる。婚姻が「社会の風俗や社会通念によって定義される」ものであるとされてきたことからすると、この事情も同性婚についての立法裁量において斟酌されうる。しかし、こうした考えの基礎にある、同性愛は精神疾患であるという理解は、誤っているということが確立している。「圧倒的多数派である異性愛者の理解又は許容がなければ、同性愛者のカップルは、重要な法的利益である婚姻によって生じる法的効果を受取る利益の一部であってもこれを受け得ないとするのは、同性愛者のカップルを保護することによって我が国の伝統的な家族観に多少なりとも変容をもたらすであろうことを考慮しても、異性愛者と比して、自らの意思で同性愛を選択したのではない同性愛者の保護にあまりにも欠ける」。したがって、同性愛に否定的な考えの国民が存在することは、本件規定の合理的根拠の有無の検討においては、「限定的に斟酌されるべき」である。

#### e 婚姻の代替手段（判決3(3)ク）

国は、「契約や遺言により婚姻と同様の法的効果を受取ることができるから、不利益はない」と主張する。

しかし、婚姻は「婚姻当事者及びその家族の身分関係を形成し、戸籍によってその身分関係が公証され、その身分に応じた種々の権利義務を伴う法的地位が付与されるという、身分関係と結び付いた複合的な法的効果と同時に又は異時に生じさせる法律行為」であって、婚姻による効果の本質は「身分関係の創

設・公証」および「その身分関係に応じた法的地位」の付与である。すると、「身分関係と関連しない」法律行為である契約や遺言は婚姻の代替となることができない。また実際の法的効果を見ても、遺贈には相続と異なり遺留分減殺請求を受ける可能性があることや、配偶者短期居住権と異なり契約には第三者対抗要件が備わらないことなど、差異がある。「同性愛者にはそもそも婚姻という手段がないのであって、同じ法的手段が提供されているとはいえないことは明らかである」。

#### f 立法裁量と結論（判決3(4)）

以上の「諸事情を総合して」、「合理的根拠の有無」を検討する。既述のように、本件では性的指向に基づいた区別取扱いが問題となるため、合理的根拠の有無は「慎重な検討を要する」。そして、「婚姻によって生じる法的効果を受取る」という法的利益について、本件規定が同性愛者のカップルへの「一切の法的保護を否定する理由」とならないにもかかわらず、「本件規定により、同性愛者と異性愛者との間で、その性的指向と合致する者との間で婚姻することができるか否かという区別が生じ」ている。

もっとも、「同性間の婚姻や家族に関する制度は、その内容が一義的ではな」い上に、それが異性婚とまったく同じ制度になることは考えられない。それゆえに、「この点で、立法府の裁量判断を待たなければならない」。婚姻や家族に関する事項は「国の伝統や国民感情を含めた社会状況における種々の要因」を考慮して定められるため、同性婚に否定的な国民がいることをも「広範な立法裁量の中で」考慮し、「それぞれの時代における夫婦や親子関係についての全体の規律を見据えた総合的な判断」によって「本件規定を同性間にも適用するには至らないのであれば、そのことが直ちに合理的根拠を欠くもの」ということはできない。

しかし、婚姻に関しては性的指向によって「享有し得る法的利益に差異はない」こと、同性愛に否定的な国民が存在することは限定的に斟酌されるべきことをも踏まえると、「本件規定が、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享受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。

したがって、本件規定は「上記の限度で」憲法 14 条 1 項に違反する。

### Ⅲ. 今までの議論状況とその理由づけ

Ⅲにおいては、本稿執筆時まで公表されていた評釈を総覧し、議論状況（1）およびそれぞれの理由づけ（2）を確認する。

#### 1 評釈において示されている理解

本節では、既公表の評釈における、本判決の結論の理解をめぐる議論の概要を確認する。なお既存の評釈においては、形式面と内容面を明示的に区別するものは少ない。しかしその実質を見ると、本稿執筆時点で確認できた限りでは、一定の留保を付すものも含め形式面での消極説に親和的な評釈が多数を占めている。

##### (1) (形式面での) 消極説に立つもの

形式面での消極説に立つ典型的な議論は、以下のようなものである。すなわち、『婚姻という制度利用の機会を確保できていないこと』自体も、やむを得ないこととして、憲法 14 条 1 項には抵触しないと理解するのは

ないか」とし、「法律上の『婚姻』制度から生じる法的効果を全部あるいは一部同じくした別の制度（たとえば、何らかのパートナーシップ制度）が、同性カップルのためだけに用意されることになりさえすれば、憲法 14 条 1 項に基づく取扱いの差異が解消されるという理解に繋がっていく可能性がある[強調原文]」と指摘するもの<sup>14)</sup>、また、「同性カップルに婚姻から生じる便益を部分的に提供できればオーケーということである。さらに、現行の婚姻制度と同じ便益をすべて同性カップルに対して提供する別の法制度が設けられれば、たとえそれを『婚姻』と呼ばずに既存の婚姻制度からなお同性カップルを排除したとしても、ゼロだった便益がフルスペックで認められたのであるからそれはそれで違憲性は解消される。民法で同性カップルを異性カップルと同等に扱うのではなく、同性婚特例法のような別類型を設けて、両者の区別を死守することも解決策の一つとなろう。これらが判決のもたらしうる結末である。[強調原文]」とするもの<sup>15)</sup>などである<sup>16)</sup>。これらは形式面および内容面の両方で消極説を示唆するものである。

また『共同生活自体』については、同性カップルにも異性カップルと同等の法的保障が求められると考えているようにも読み取れる。」と内容面での積極説に親和的な指摘をしつつ、形式面では「現在の婚姻と同等の制度として同性婚を導入することまでを求めたわけではない。」とする見解<sup>17)</sup>も存在する。

##### (2) 積極説に立つもの

これに対して、積極説の立場に立つものは、少数にとどまる。

14) 新井・前掲注 8)9-10 頁。

15) 駒村圭吾「褪色する“家族の肖像“の前に立ちすくむ憲法」三田評論 online (2021 年 11 月 19 日) (<https://www.mita-hyoron.keio.ac.jp/featured-topic/2021/11-3.html>)。

16) 「同性カップルについて、パートナーシップ制度等の法律婚とは別個の制度を設け、法律婚の法律効果と一部重複する法律効果を法定しておけば、……そのような制度も合憲と解する余地が多分に残ることとなる。」と危惧する吉原・前掲注 8)21 頁も、同様の認識に基づいていると思われる。

なお吉原は同所において、「違憲状態の解消方法について立法府に事実上のフリーハンドを与えてしまえば、せつかくの違憲の説示も水泡に帰す可能性すらあるように思われる。」とし、本判決が同性カップルを法律婚から排除すること自体は良しとするのであれば、『結婚の自由をすべての人に』保障する途が半永久的に絶たれることになってしまうのではないかと、ということが「疑問の核心部分」であるとしている。

17) 毛利・前掲注 8)127 頁。また、本判決が「原告の求めていた同性婚の承認には応じず、あくまでも実をとった」とする中曾・前掲注 8)86 頁も同趣旨と思われる。もっとも本判決の議論が「婚姻の法的保障が異性間のみならず同性間にも等しく妥当し、さらには、婚姻は異性間に限定されないということに繋がりが、結局のところ一夫

積極説を支持するものとして、本判決が「同性婚と異性婚の要件・効果、制度の名称などは原則として同じでなければならず、区別していいのは、どうしても区別する必要がある場合だけ、という方向」で書かれており、「判決によれば、同性婚を認めないのは違憲」であると論じている。立法裁量についても、「婚姻制度」の存続や内容の「選択肢」についてのものであり、「同性婚を立法しなくていいという意味」はなく、さらに「同性婚を二級の婚姻と位置づけるために、婚姻と別制度で立法する」といった「同性婚を貶めるための立法裁量」は認めていないとする理解がある<sup>18)</sup>。

この理解に従えば、立法裁量を踏まえたとしても、同性婚と異性婚はその内容や名称において同一であることが原則であり、「どうしても区別する必要がある場合」のみ異なる取扱いが許されるということになる。すなわち、この見解は形式面でも内容面でも積極説

の立場に立っていると考えられる。また、「どうしても区別する必要がある場合」の内実は詳らかにされていないが、そこにおいて異性婚と同性婚で異なる規律が妥当する可能性のあるものとして自然生殖に関する規定が挙げられていることからすると、この見解において「どうしても区別する必要がある場合」として認められるのは、同性婚または異性婚のいずれかにおいて物理的に生じ得ない事態を規律する場合など、限られた場合であると推測される<sup>19)20)</sup>。

また、本判決が性的指向に基づく「区別取り扱い扱いは違憲が前提となり、よほど必要で不可欠でない限り正当化することはできない、という基準」を示したものとし、「婚姻と同様、身分行為として保障すべきこと、異性カップルと同性カップルが与えられるべき法的利益は等しいこと、区別して取り扱うためには『真にやむを得ない』理由が必要であることなど、立法裁量にも一定の制限がある」

---

一婦を前提としてきた婚姻の意味合いを変えていくことになるのではないか(86-87頁)という見通しも示す点で、中曾は本判決の議論が将来的に積極説によって援用される可能性を示唆する。しかし同性婚は(限定されているとはいえ)「立法の裁量事項」(87頁)であるとも述べていることからすると、なお本判決について積極説に立つものではないだろう。

なお中岡・前掲注8)18頁は、「場合によっては、婚姻とは別枠のパートナーシップ制度を導入することも合憲となり得る。」として形式面での消極説を示唆するが、「区別事由としての『性的指向』を平等審査の厳格化の要因として考慮していくと、異性間の婚姻と同性パートナーシップの法律関係における実質的差異はほぼ完全に失われていく。その結果として残るのは、異性間と同性間で利用できる制度の『名称』の違いだけである。」(18頁)と指摘し、そうした方向性には批判的な態度を示していると読める。

18) 木村草太による以下のブログ、2021年3月25日の記事を参照(以下、「木村解説」ということがある。)。木村草太「3月25日 MARRIAGE FOR ALL JAPAN 集会」(2021年3月25日)(<https://blog.goo.ne.jp/kimkimlr/e/79fcce9c7fd8150efffa5268ffcd8c66>)。なお当該記事の文章は、2021年3月25日の MARRIAGE FOR ALL JAPAN 第3回マリフォー国会において木村が行った、本判決の解説である。

木村が本判決についてコメントしたものとしては、川島透「同性婚訴訟の違憲判断 憲法学者・木村草太氏に聞く判決のポイント」(2022年3月31日〔初出2021年3月19日〕)(<https://news.livedoor.com/article/detail/22257922/>、2022年9月19日最終閲覧)もある。しかし、同記事の内容は木村解説と概ね同趣旨であるため、本人の筆による木村解説を主として参照する。

なお、本判決を踏まえた意見書である木村・前掲注9)では、憲法24条論を主として検討しているため詳細な記述はないが、本判決について同じ説示を引用しつつ「区別を設けるのは相当な理由がある場面に限られることを示唆している」(2頁)と述べており、概ね同旨であるものの言い回しが若干異なっている。

また、本判決が「結婚という身分関係」から排除されていることそれ自体を問題としている」とする、志田陽子「同性婚訴訟の「違憲判断」、判決の「見事な点」と「物足りない点」わかりやすく解説します」(2021年3月27日)(<https://gendai.media/articles/-/81602?imp=0>)も、具体的効果ではなく婚姻そのものに着目する点で木村と共通する。

19) 本件原告代理人の一人もおおよそ同旨のことを述べており、「異性カップルと同性カップルとで異なる制度を定めることは、同性愛者を異性愛者よりも劣った存在とみなすこと」になり、『真にやむを得ない』とはおおよそ認められないであろう。」という。加藤丈晴「同性婚をめぐる初の憲法判断とその影響——訴訟代理人の立場から札幌地判令3・3・17を読み解く——」判時2487号19頁、21頁(2021)。

20) 同性カップルについても嫡出推定を適用する可能性を論じるものとして、渡邊・前掲注8)新判解104頁。

という本判決の「趣旨を考えれば、一時的にせよ、別の制度を設けることに正当性を認めることは、かなり困難」であるという指摘もある<sup>21)</sup>。

### (3) 立場を開いておくもの

なお、本判決について立場を開いたままにするものも見られる。本判決が「異性婚と同性婚とでは憲法上の位置づけが異なるとの理解」に立っていると、「同性との婚姻を求める者が、異性との婚姻をを求める者と同等の法的利益を得られないことについて、憲法の定める婚姻の趣旨に沿わないともい難くさせている。」と指摘する見解<sup>22)</sup>や、「同性カップルに法律婚を認めないことをもって違憲といっているのではない。」として、本判決が同性婚を認めないことを違憲としたというとしても、それが「①同性間の法律婚、②婚姻とは異なる同性カップルのための制度（例えば同性登録パートナーシップ）のどちらの意味での同性婚であるかは、判決理由の解釈にかかっている。」とする見解<sup>23)</sup>がこれにあたる<sup>24)</sup>。

### (4) まとめ

以上から、本判決が同性パートナーシップでもよいとしたものであると明示する駒村を筆頭に、形式面での消極説に親和的、少なくともその可能性を認める評釈が多いことがわかる。管見の限り本判決が同性婚を要請しているとするのは相対的に少数にとどまっている。

そこで次に、これらの評釈がいかなる理由によって形式面での消極説および積極説を支持しているかを確認する。

## 2 消極説および積極説の根拠とその評価

### (1) 消極説の根拠とその評価

消極説の立場に立つ評釈は多いが、その理由を明示しないものも少なくない。ここでは、すでに公表された評釈から、消極説の根拠と考えられるものを読み取り、整理する。

#### a 判決の文言

消極説に立つ評釈においてある程度共通して意識されているのは、判決の結論において登場した、「法的効果の一部ですら」、「その限度で合理的根拠を欠く」といった文言であるように思われる。

例えば、最も明示的に消極説の立場を示す駒村は、婚姻による便益が「一切合切が一律に認められていない点が平等に反する〔強調原文〕」という理解を示しており、強調箇所からして、「一部ですら」という文言を重視していると考えられる<sup>25)</sup>。同様に「一切の」という文言を強調するものは他にも見られ<sup>26)</sup>、強調しないまでも本判決が「同性婚の承認」に「応じ」なかったとする評釈も、その直前に、「婚姻によって生じる法的効果の一部ですらこれを楽しむ法的手段を提供しないことが14条に反するとした」と述べ

21) 谷口・前掲注5)。

22) 西山・前掲注8)59頁。

23) 渡邊・前掲注8)法セ34頁。渡邊・前掲注8)判解103頁においても、本判決が「同性間の婚姻や家族に関する制度」が異性間のそれと異なるという前提に立っていることを踏まえて、本判決の判示する違憲性の解消手段として、「①婚姻によって生じる法的効果を楽しむ点につき、婚姻以外の制度で婚姻から生じる法的効果を保障する、②婚姻締結を含めて同性カップルに婚姻に関する規定が適用されない点につき、嫡出推定の規定を除く婚姻を認める」という2つの選択肢を提示している。

大野・前掲注8)34-35頁も、本判決が「登録パートナーシップ制度のような制度であっても許容するかのように見える」一方で「異性婚と同等の婚姻を同性愛者にも認めるべきだとメッセージを送っているとも解される」としており、渡邊と近い立場をとっているように思える。

24) なお、新井は結論として消極説に立つが、結論部分の「『…ですらも』の解釈が難しい」（新井・前掲注8)9頁）として、本判決の結論を、法的効果の一部を楽しむ手段を提供しないことに加えて「婚姻という制度利用の機会を確保できていないこと」も「立法府の裁量の範囲を超えている」と捉えることも、文言レベルでは読み方としてありうるとする（もっとも、婚姻制度の利用という観点を重視する点で、本稿の形式面での積極説の定式とは異なる。）。

25) 駒村・前掲注15)。

26) 「同性カップルに『一切の』法的保護が否定されていることが憲法違反だと強調して」いるとする毛利・前掲注8)127頁。

ている<sup>27)</sup>。これらはいずれも判決の結論の文言を重視していると思われる。

#### b 立法裁量

本判決が婚姻について広い立法裁量を認めていることも、判決の文言と並んで評釈において指摘されている。

例えば、パートナーシップでも合憲となりうる理由として、「一部ですら」などの判決の文言とともに、『『どのような制度を採用するか』も立法裁量に委ねられていると説示されていたこと』を指摘するものがある<sup>28)</sup>。また、本判決が「違憲状態の解消の仕方については広範な立法裁量がある」としたものであり、「立法府に事実上のフリーハンドを与えて」しまう懸念があると指摘するものもある<sup>29)</sup>。

#### c 憲法 24 条

本判決が憲法 24 条のいう「婚姻」は異性婚であることに着目する見解もある。すなわち、「事の本質上、同性間での『婚姻』制度の利用という事態が、歴史的経過あるいは現状の法制度のもとでは観念され得ないという理解」に立っているとした上で<sup>30)</sup>、「婚姻制度の使用ができない状態となっていることをただちに違憲だとしていないこと」から、『『婚姻という制度利用の機会を確保できていないこと』自体も、やむを得ないこととして、憲法 14 条 1 項には抵触しないと理解するのではないか。』という見立てを示すものである<sup>31)</sup>。この見解は、憲法 24 条が婚姻を異性婚であるとしていることによって、同性カップルが「婚姻」できないことも正当化される可能性を示唆する。

#### d 理由づけの検討

消極説に立つ評釈においては、①判決の文言、②広範な立法裁量、③異性婚の規律としての憲法 24 条の 3 つの根拠が援用されている。

まず、①については、Ⅲ 1 (3) で引用した渡邊の見解が指摘するように、それが消極説を

意味するのか、積極説まで意味するのかは、解釈次第である。というのも、法的効果を「一部さえ認めていないことが違憲」ということから法的効果を「一部さえ認めれば合憲」ということを導出するのは論理必然ではないからである。

もっとも、こうした導出は論理必然ではないにせよ、反対解釈としてしばしば行われており、それなりに自然なものとして受け入れられている。そして結論部分を読む限りでは、それを反対解釈して量的に一部の効果を認めれば合憲であるという理解も不自然ではない。したがってそれを覆す理由がないのであれば、そうした読み方をすることは認められよう。

しかし、本判決の議論を見ると、「異性愛と同性愛の差異は性的指向の違いのみであることからすれば、同性愛者であっても、その性的指向と合致する同性との間で、婚姻している異性同士と同様、婚姻の本質を伴った共同生活を営むことができる」(判決 3 (3) エ (イ)) といった、同性カップルと異性カップルで保護に差異はないという積極説に親和的に読める説示も見られる。したがって、これらと結論を整合的に理解するという観点からすると、結論の判示の文言から当然に消極説が採用されるべきとまでは言い難いように思われる。

すると結局のところ問題は、この文言にもかかわらず本判決の議論全体から積極説を支持すべき理由があるかということになる。

次に、②と③は相互に関連した理由である。というのも、③は②に含まれる一要素として位置づけられるからである。本判決は確かに、憲法 24 条が異性婚のみを規律としたことを踏まえて、同性間に婚姻の規律を及ぼさないことが直ちに違憲であるとはしなかった(判決 2 (2))。しかし同時に、判決 3 (4) においては、憲法 24 条が異性婚のみを規律することを理由として、そこから直ちに

---

27) 中曾・前掲注 8)86 頁。

28) 中岡・前掲注 8)18 頁。

29) 吉原・前掲注 8)21 頁。

30) 新井・前掲注 8)8 頁。

31) 新井・前掲注 8)9 頁。

同性間に婚姻の規律を及ぼさないことが合憲であると結論づけてもいない。本判決の判示は、「立法府が、同性間の婚姻や家族に関する事項を定めるについて有する広範な立法裁量」において諸般の事情を考慮した結果「本件規定を同性間にも適用するには至らないのであれば、そのことが直ちに合理的根拠を欠くものと解することはできない。」というものであって、憲法 24 条への明示的な言及はない<sup>32)</sup>。

したがって、本判決において、憲法 24 条が異性婚のみを規律するという事情が有意味であるとしても、それは広範な立法裁量において考慮される一要素に過ぎないことになろう。それゆえに、問題は本判決の立法裁量を強調する議論をどう理解するか、また立法裁量を認めた上で同性間に婚姻を認めないことも結局合憲となりうるか、ということになる。

#### e 小括と理由づけの評価

消極説を支持する理由としては、判決文の文言、広範な立法裁量、異性婚の規律としての憲法 24 条の 3 つが示されている。しかし、それらはいずれも決定的な理由とは言い難いように思われる。

まず、文言はそれ自体が解釈に開かれており決定的な理由にはならない。ところが消極説に立つ評釈では、判決の結論部分がもっぱら法的効果の量に関する判示であるということが自明視されており、本判決の議論全体との関係でその読み方が妥当であるという明示的な論証はほとんどなされていない。また、後二者の妥当性はあわせて広範な立法裁量を認める本判決の憲法 14 条 1 項論の理解によることになるが、憲法 24 条論や立法裁量の指摘はなされているものの、本判決の憲法 14 条 1 項論の内実を踏まえてなぜそうした要素が消極説を支持することになるのかについての議論は、消極説に立つ文献においてもなお十分に行われていないように思われる。

## (2) 積極説の根拠とその評価

積極説に立つものとして、Ⅲ 1(2)で紹介した議論を検討する。

### a 「性的指向と「享受し得る法的利益」についての説示

木村解説と木村の意見書(前掲注 9)が着目するのは、「異性愛者と同性愛者の違いは、人の意思によって選択・変更し得ない性的指向の差異でしかなく、いかなる性的指向を有する者であっても、享受し得る法的利益に差異はない」という説示である(以下では「享受利益の説示」と呼ぶ)。この説示から木村は、本判決が「同性婚と異性婚の要件・効果、制度の名称など」は原則等しくあるべきであるとしたと主張する。

また木村解説によれば、立法裁量については、同性婚を認めないことが違憲であるという前提のもと、婚姻制度の内容について立法裁量を認める趣旨であり、「同性婚を認めないのは……合憲な選択肢ではありません。」とする。この点について、木村は特段判決文を引用していないため、具体的にどの判示によってそうした理解を導いているかは明らかではない。しかし、直前において本判決が「分離すれど平等」を否定しているところから、木村は本判決の平等についての判示を、スティグマ付与<sup>33)</sup>の回避を含めた平等の貫徹を求める趣旨であると理解した上で、形式面および内容面の両方での積極説を主張しているように思える。

以上からすると、積極説に立つ木村の議論が成功しているか否かは、本判決の憲法 14 条 1 項論の理解、とりわけ異性愛者と同性愛者の等しい取扱いの要請と立法裁量との関係の理解によると考えられる。

### b 「真にやむを得ない」という基準等

これに対してⅢ 1(2)で紹介した谷口の見解は、内容面での積極説については「真にやむを得ない」か否かという基準を本判決が提示したことを、また形式面での積極説については「真にやむを得ない」か否かという基準に

32) 「憲法から同性婚という具体的な制度を解釈によって導き出すことはできない(判決 3(4))という判示は、憲法 24 条にも関係するが、最も直接には憲法 13 条についての判示を意識しているだろう。

33) 吉原・前掲注 8)23 頁は、「違憲状態の解消にあたっては、被差別者(同性カップル)に対する Stigma が残存しないようにする義務を立法府が負う」とすべきではないかと論じている。

加え、身分行為性、異性カップルと同性カップルでの法的利益の同等性を、それぞれ根拠としている。

ここでは区別について「真にやむを得ない」か否かという基準が重視されている。したがって、谷口の議論が成功しているか否かは、まずもって「真にやむを得ない」か否かという基準の内実が、谷口の論じるようなものであるかによると考えられる。

### c. 理由づけの評価

以上の整理のもとで、積極説を支持する議論の理由づけについて検討する。

木村解説は短い講演の原稿であるから、必ずしも詳細な議論が展開されているわけではない<sup>34)</sup>。しかし、公表されている部分に限って言えば、木村の議論は十分に基礎づけられていないように思われる。

確かに、享受利益の説示（およびそれと同旨の説示）は、区別取扱いの有無の判断についての前提とされており（判決3(4)2段落目）、また区別取扱いが立法裁量によって合憲となりうることを述べたのちに再度享受利益の説示が繰り返されることから（同4段落目）、同性愛者と異性愛者で享受し得る法的利益が等しい状況が原則であり、差異がある状況は原則から外れていると本判決が考えていることが推認される<sup>35)</sup>。その限りで木村

の指摘は正当であると考えられる。

しかし、本判決は木村が主張するよりも緩やかに原則からの逸脱を認めていると考えられる。判決3(4)において、本判決は広範な立法裁量を理由に、本件区別取扱いが合憲となる可能性を認めている。そこで本判決が考慮要素となり得ることを認めたのは、「同性婚に対する否定的な意見や価値観を有する国民が少なからず」いること、そして「国の伝統や国民感情を含めた社会状況における種々の要因」である。

これに対して、本稿が理解したところの木村の主張では、「どうしても区別が必要な場合」、すなわち規律対象の性質からして区別された規律が避けられない場合にのみ区別が認められる。例えば、嫡出推定は自然生殖を前提とした規定だと考えるならば、同性カップルには現状自然生殖の可能性がないため、嫡出推定の規定の適用の有無で同性婚と異性婚が区別されることは、木村の理解からも容認され得ると推測される。しかし、「同性婚に対する否定的な意見や価値観を有する国民」や「国の伝統や国民感情」は、規律対象の性質と関係がない考慮要素なのだから、それらを理由にした区別が「どうしても区別が必要な場合」にあたる余地はないはずである。これは本判決の説示とは明らかに異なる

34) 木村の同性婚についての詳細な議論は、木村草太「憲法と同性婚」杉田敦編『岩波講座 現代第4巻 グローバル化のなかの政治』（岩波書店、2016、81頁以降）において展開されている。そこでは、木村は婚姻を「①共同生活のための権利・義務を設定する共同生活契約としての効果、②共同生活契約の公証、③共同で親子関係を形成する資格の付与」（84頁）であると理解した上で、現状では同性カップルに②および③が認められていないとし、それらの要求は「婚姻保護請求権によるアプローチからは困難だが、平等権によるアプローチによれば十分に可能だろう」（98頁）と結論づけている。

もっとも、そこでは「婚姻とは」以上の「三つの法的効果からなる制度」であり、「同性間でも共同生活契約や相互相続分設定のための遺言を行うことは可能」であることから「①共同生活契約としての同性婚は認められている。」とする（95頁）。本判決については婚姻の要件効果のみならず「名称」についても異性間と同性間で等しくあるべきであるとするのに対して、木村の同論文ではもっぱら機能的な観点から婚姻が捉えられており、したがって本稿の用語法では形式面というよりは内容面での積極説に近い立場を示していたと考えられる。

この点は木村自身も認識しており、木村解説においても、「同性婚の問題は、婚姻の個々の効果の区別の合理性で検討すればよい」と考えていたところ、憲法24条の「同性婚禁止解釈に固執する人々を見て」、「同性婚の問題は差別問題として扱わざるを得ないと考えるに至りました。」と述べている。なおここで木村が言う「差別」というのは、木村解説の言葉を用いれば、「類型に向けられた否定的な評価」のことである。

35) これについて、「異性愛者と同性愛者の差異は、性的指向が異なることのみ」であるという説示は、異性間と同性間で規律が変わらないために異性カップルが享受する法的効果は同性カップルも享受して然るべきであるという議論だと整理できる。他方で、「性的指向は人の意思によって選択・変更できるものではない」という指摘は、なぜ婚姻によって生じる法的効果を受する利益が性的指向によらず享受されるべきであるという結論に結びつくのか、必ずしもはっきりしない。この要素は、平等審査の厳格度を定めるときに考慮されるべきであるように思える。

帰結ではないだろうか<sup>36)</sup>。

なお「どうしても区別が必要な場合」に、同性婚に反対する国民がとて多い場合を含めるのであれば、本判決の説示と同じ帰結を導くこともできる。しかしだとすると、同性婚と異性婚で「要件・効果、制度の名称など」が異なる場合を広く認めうることになり、木村が主張するような強い平等からは離れてしまう。

木村は「要件・効果、制度の名称など」をひとまとめにして、それが異性間と同性間で区別されるのは「どうしても区別する必要がある場合」に限られるとした。しかし、本判決は明示的にこのような議論を行っていないし、また以上の議論からすると、木村が挙げる「享受利益の説示」によっても、そのような議論が本判決の行なったものであるとするのは困難であると考えられる。

同様のことは、谷口の議論にも当てはまる。すなわち、谷口も木村とは根拠として引用する箇所は異なるものの、区別が「よほど必要で不可欠でない限り正当化することはできない」という理解に立つと考えられるところ、それと伝統や国民感情などを考慮して区別取扱いが合憲となりうるとすることは、やはり明らかに異なっているように思われるからである。したがって、谷口の論じるような議論を本判決が行っていることにはなお躊躇いが残る。むしろ谷口の議論は、本判決が提示した判断枠組みの内実が谷口のいうようなものであるとすれば、本判決においては判断枠組みと実際の審査に齟齬があるのではないかということを暗示している（この点につきVで後述）。

また、身分行為性など「真にやむを得ない」

か否かという基準以外の根拠も谷口は挙げるが、なお根拠の列挙に留まっており、それぞれがいかにして積極説を擁護しているか明らかになっていない<sup>37)</sup>。

身分行為性については、本判決の契約や遺言による婚姻の代替不可能性についての説示に依拠して、本判決が婚姻という制度からの排除を問題にしたという志田の指摘（注18を参照）は重要である。しかし、その説示が本判決の論証全体とどう関係づけられるかについての検討はなおなされていない（この点につきIV1で後述）。

### (3) まとめ

以上の整理から、消極説と積極説の理由づけについて、一方で消極説は結論の文言と本判決が広範な立法裁量を強調したことを重視し、他方で積極説は本判決が異性愛者と同性愛者とで享受し得る利益に差異がないとし、区別取扱いの正当化に厳格な基準を提示したと見えること、および婚姻が身分行為であることを重視していることが明らかになった。しかし、結論の文言はそれ自体では決定的な理由にはならず、また短評やコメントといった形式のものが多いこともあって、消極説・積極説のいずれの議論にも不十分な点が残されている。したがって、大元である本判決の判示を手がかりとして、本判決の憲法14条1項論を改めて分析する必要がある。

そこで、IVにおいて、本判決の憲法14条1項論を検討することで、消極説および積極説の本判決に基づいた擁護可能性を考察する。結論として、本稿は消極説に立つ評釈の理解と異なり、それらが指摘することを踏まえても本判決は形式面での積極説に立つものとして読むべきであると論じる。

36) 木村・前掲注9)7-8頁は、「同性婚に対する否定的な意見や価値観を有する国民」の存在という考慮要素について、「同性婚を社会的差別から守るための制度構築の可能性を認めたものである可能性が高い」とし、この斟酌を「限定的」としたのは「同性愛者の保護のための特別な考慮の場面にのみ『限定』する趣旨」であると理解したうえで、裁判所は「差別意識に迎合することはあってはならない」と明示すべきであるという。

木村の問題意識には同調するものの、本判決の理解としてこれが説得的かはお疑問が残る。本判決は上記の考慮要素を「同性愛者に対して、婚姻によって生じる法的効果の一部であってもこれを受容する法的手段を提供しないことを合理的とみるか否かの検討の場面」で「限定的に斟酌」するとしており（判決3(3)キ）、同性愛者の特別な保護のために考慮するという文脈では用いていないからである。

37) 本判決を踏まえた意見書である谷口洋幸「意見書」（2021年9月21日）（<https://www.call4.jp/file/pdf/202203/ba2d7d0cbdf138740255dbad7ce707ff.pdf>）では、もっぱら国際人権法の観点から本判決に分析を加えており、本判決の具体的な判示についての検討は少ない。

#### IV. 憲法 14 条 1 項論と形式面での積極説の擁護

本節では、本判決の憲法 14 条 1 項論を検討することで、形式面での積極説を支持すべきであることを論じる。本節の構成は以下の通りである。

まず、本稿は本判決の結論の判示自体ではなく、そこに登場する「婚姻によって生じる法的効果」という概念およびそれを享受することの法的利益性についての本判決の議論に注目する。ここではそれらの内実を検討することによって、本判決が形式面での積極説として理解されることを論じる（1）。積極説の一応の擁護ができたのちに、消極説の根拠を検討し、それが積極説の擁護を覆すには至らないことを確認する（2）。

##### 1 「法的利益」の分析

本節では、本判決の「法的利益」についての説示を検討することによって、本判決の結論を形式面での積極説として擁護することを試みる<sup>38)</sup>。

本節では、まず(1)において、「法的利益」が婚姻という「身分」と結合していることを確認する。次に(2)において、本判決の述べる法的利益の根底に「婚姻」という「身分」があることから、形式面での積極説が擁護されるという議論を試みる。続いて(3)において、(2)の議論に異が唱えられたとしても、「法的利益」性の理由づけから形式面での積極説がなお擁護されるという議論を試みる。

##### (1) 「法的利益」の内実

ここでは法的利益の内実を確認し、それが婚姻という「身分」と結びつけられていることを確認する。

まず、本判決において何が法的利益とされているかを確認しよう。それは、「婚姻によって生じる法的効果を楽しむこと」である（判決 3（3）イ）。では「婚姻によって生じる法的効果」とは何か。それは「婚姻当事

者及びその家族の身分関係を形成し、戸籍によってその身分関係が公証され、その身分に応じた種々の権利義務を伴う法的地位が付与されるという、身分関係と結び付いた複合的な法的効果」である（判決 3（2）ア）。すなわち、婚姻によって生じる法的効果とは、身分関係の形成およびその公証、そして身分に応じた種々の権利義務関係を伴う法的地位の付与、である。ここから、本判決が婚姻についての法的利益を考えるに際して、それを「身分」と結びつけていることがわかる。

このことは、契約および遺言によっては婚姻を代替できないとする議論からも明らかになる（判決 3（3）ク）。すなわち、国が「契約や遺言により婚姻と同様の法的効果を楽しむことができるから、不利益はない」と主張したのに対して、本判決は（婚姻当事者には遺留分に関連する規定などがあるため）契約や遺言によって完全に婚姻と同様の状況を作成することはできないという理由とともに、「婚姻は、契約や遺言など身分関係と関連しない個別の債権債務関係を発生させる法律行為によって代替できるものとはいえない」としてそれを退けている。したがって、本判決は婚姻が「身分関係」に関わることをその重要な意味として捉えている。

もっとも、本判決が「身分」について述べる趣旨は必ずしもはっきりしない。念頭に置かれているものとしては、例えば、①契約や遺言によって実現できない権利義務関係の存在、②契約や遺言ではそれぞれ法律行為を行わなければならないところ、婚姻では複数の法的効果が一括して生じること、あるいは③具体的な法的効果やその生じ方には還元されない、「婚姻」という関係それ自体、などが考えられる。

本判決が配偶者居住権の第三者対抗性や遺留分に関する規定など婚姻に関連する具体的な法的効果を挙げることは、①の理解に親和的である。他方で、「契約や遺言など身分関係と関連しない個別の債権債務関係を発生させる法律行為によって代替できるものとはいえない」という説示は、「個別の債権債務関

38) この点につき、宍戸常寿教授より示唆を受けた。

係」という点を強調すれば②の理解に、「身分関係と関連しない」という点を強調すれば、具体的な法的効果と「身分」が異質のものであるという理解を示すものとして③の理解に親和的になる。

このような「身分」への言及は様々な問題を提起する。個々の法的利益とは異なる「身分」とは何か、そのような身分と結び付けられた婚姻がどのように位置づけられ評価されるかという問いは、理論的に検討するに値する。しかし、本判決が「身分」の内実について明確に論じていないため、これ以上本判決の「身分」論について踏み込むことはできない<sup>39)</sup>。なお、本判決へのコメントでも「身分」に言及するものはあるが、上述のような多義的な理解可能性を反映してか、それぞれが想定するものは若干異なっているように思える<sup>40)</sup>。いずれにせよ、ここで③の理解に立つ場合は、「婚姻」というタイトルの形式面が重視されていると考えられるのに対して、①および②の理解に立つ場合は、その主たる関心は婚姻によって生じる法的効果の内容（あるいはその生じ方）の方にあると考えられる。

そこで、まず②においては③の立場から、本判決がいう「法的利益」の基礎に「婚姻」という「身分」があることに基づいて、形式面での積極説の擁護を試みる。次に、③において①あるいは②の立場から、本判決が言う

「身分」が法的効果の方に重心があるものとしても、本判決の「法的利益」性の理由づけによって、なお形式面での積極説が擁護されるという議論を試みる。

## (2) 婚姻という「身分」と積極説

繰り返しになるが、婚姻によって生じる法的効果の内実は「婚姻当事者及びその家族の身分関係」の「形成」、「戸籍によるその身分関係の「公証」、そして「その身分に応じた種々の権利義務を伴う法的地位」の「付与」である。

ここで注意すべきなのは、これらが一貫して「婚姻当事者及びその家族」の「身分関係」と結び付けられて述べられていることである。したがって、(パートナー間の規律に限れば)婚姻によって生じる法的効果はすべて「婚姻当事者」に関わることであるから、同性間に実現されるのがその一部であったとしても、少なくとも「婚姻当事者」としての「身分関係」の「形成」が前提として要請される。

ところで、「身分」を具体的な法的効果に還元されないものとして理解するならば、「身分関係」の「形成」のためには、具体的な法的効果の実現とは別に、「婚姻当事者」としての「身分」が与えられなければならない。「婚姻当事者」は「婚姻」のもとで成立するのであるから、したがって、同性間の関係は(実現される法的効果如何にかかわらず)「婚姻」として規律されなければならない。

39) 本判決(判決3(3)ク以降)では、「婚姻は、契約や遺言など身分関係と関連しない個別の債権債務関係を発生させる法律行為によって代替できるものとはいえない」と述べた後に、「加えて、婚姻によって生じる法的効果の1つである配偶者の相続権(民法890条)についていえば、……契約や遺言によって一定程度代替できる法的効果も婚姻によって生じる法的効果に及ぶものとはいえない」と論じている。したがって、この議論の順序からすると、本判決の重点は「婚姻」ができるか否か(③の理解)にあり、補完的に①の理解について論じているとも見ることができる。

40) 先行する論者による「身分」の内実の想定の違いは、以下のようなものである。

まず川島・前掲注18)において、木村は「判決は、婚姻は何よりも身分を作るための制度なのだと断言しています。この箇所は、同居・相互扶助義務や相続分について、判決が配偶者同士の身分関係を作る『婚姻』として制度を整えることを立法府に求めていると読めます」とコメントしている。また大野・前掲注8)32頁は木村のそのコメントも参照して、「婚姻制度を利用できないということそれ自体から生ずる不利益を一体のものとして問題にした」とする。これらは、(特に具体的な法的効果に言及する木村に顕著だが)様々な法的効果が婚姻のもとで一括して規律されること、すなわち本文でいう①と②の両者を念頭に置いた理解をしていると思われる。

これに対して、志田・前掲注18)は本判決の論理を「包括的に見て、同性カップルの人たちが、婚姻という制度に拒否されていることは差別である」というものであると理解する。明言はされていないが、志田が具体的な規律と区別して「婚姻という制度」に言及することからすると、志田の理解は「婚姻」というタイトルを重視しており、本文でいう③に近いものと推測される。

以上のような差異が看取されるのであるが、しかしいずれにおいてもこうした違いと本判決の理解との関係は明示的には検討されていない。

以上のように、形式面での積極説が擁護されるという議論が考えられる。

もちろん現行の婚姻法が実子や自然生殖に関する規定も婚姻に関する規定として含んでいる以上、異性婚と同性婚が全く同じになるとは必ずしもいえない。しかしこのことは、内容面での積極説／消極説に関係するものである。ここでの議論は、同性間に実現されるべき法的効果がなんであれそれは「婚姻当事者」という「身分」と結びつけられているが故に、同性間の関係も「婚姻」の名の下で規律されなければならないという、形式面での積極説であり、それは異性婚と同性婚の内容が異なり得るということによって何ら妨げられない。

### (3) 「法的利益」の理由づけと積極説

前節では、婚姻の「身分」性が法的効果とは異質のものであるという理解のもと、法的利益の内実が全て婚姻という「身分」と結びついていることから、実現が要請されているのが法的利益の一部であったとしてもそれは「婚姻」として実現されなければならないという議論を試みた。

これに対しては、(1)での検討によれば、本判決が「身分」を持ち出した理由は、「婚姻」というタイトルそれ自体ではなく、現行の婚姻によって生じる法的効果を婚姻以外の契約や遺言といった手段によっては実現できないこと（遺贈を受けたときに遺留分減殺請求を受ける可能性の有無や、居住権の第三者対抗可能性など）あるいは法的効果の一括性を強調するためであるという可能性もある。これによれば、そうした法的状況が実現されれば本判決がいうところの「身分」の意義は果たされるのであり、それが「パートナーシップ当事者」という名のもとでも構わないとも

考えられる。

しかし本節では、本判決の法的利益性の理由づけを検討することによって、なお「婚姻」としての規律が求められることを論じる。まず、本判決が婚姻についての現行法の趣旨を当事者の共同生活の保護に（も）求めていることを確認する（a）。そして、それにもかかわらず、本判決が婚姻についての規律の内容ではなく、社会における「婚姻」の尊重を理由として法的利益性を認めていることを示す（b）。最後にそうした理由づけのゆえに、「身分」を法的効果に着目するものと理解しても、結局「婚姻」としての規律が求められるという議論を試みる（c）。

#### a 婚姻についての現行法の趣旨

身分関係の形成、公証およびそれに結びついた権利義務を伴う法的地位の付与という現行法の仕組みは、どのような目的のためにあるのだろうか。現行法には同性婚に関する規定はないが、異性婚に関する規定には婚姻当事者に関する規定のほかに、親子に関する規定がある。

このうち、同性婚についての規定がないことは、同性婚を否定する積極的論拠にはならないという。なぜなら、現行法が制定されたときには、同性愛は精神疾患であるという誤った知見がその背景にあったからである（判決3(3)エ(イ)、ウ）。

他方、親子の規律が含まれていることについては、本判決は率直に「夫婦が子を産み育てながら共同生活を送るという関係に対して、法的保護を与えることを重要な目的としていると解することができる」ことを認める。学説においては、婚姻の趣旨を子を産み育てることに求め<sup>41)</sup>、そこから同性婚に否定的な立場も見られる<sup>42)</sup>。

41) 大村敦志『家族法（第3版）』141頁（有斐閣、2010）は、婚姻には「ヒトには男女の異なる性があり、その交配により種の再生産がなされる」という意味での「自然」に「もとづく側面」があるとし、「婚姻は種の再生産のためのものであったはず」と論じる。もっとも大村もこうした「婚姻の自然としての側面」が「今日では自明のことではなくなっている」ことを認めている。

42) 例えば、「婚姻は2人の間に子が出生する可能性のある点が決定的である制度であると考え、婚姻は異性間にしか認めないという立場をとりあえず前提にする」という水野紀子「性同一性障害者の婚姻による嫡出推定」松浦好治ほか編『市民法の新たな挑戦——加賀山茂先生還暦記念』626頁（信山社、2013）など。また大村・前掲注41)286頁は、「二人の人間が子どもを育てることを含意して共同生活を送るという点に婚姻の特殊性を求めるならば、同性のカップルには婚姻と同様の法的保護までは認められないことになる。」という。

なお、水野紀子「婚姻の意義を考える」法教490号89頁、92頁（2021）においては、「婚姻法に拘束されない

しかし、本判決はそのような理解を採らない。「夫婦の法的地位」が子の有無によって変わらないこと、また民法の学説史的にも「子を産み育てることが婚姻制度の主たる目的」とはされていなかったことを指摘して、「夫婦の共同生活自体の保護」も「本件規定の重要な目的である」とする(判決3(3)エ(ア))。このように考えると、婚姻によって生じる法的効果を楽しむ利益は「同性愛者であっても、異性愛者であっても、等しく享有し得るもの」という理解が自然に導かれる<sup>43)</sup>。

以上の理解によれば、婚姻当事者の共同生活を(も)保護するという目的で、本件規定は「身分」と関連した法的効果を生じさせているのだから、同性間で子が生まれ得ないとしても、その法的効果を同性間に及ぼすことを妨げるべき理由はない。本判決自身は、本件規定の目的を論ずる前に、異性愛者と同性愛者の差異が性的指向のみであることおよび、性的指向が意思によって変更できないことを理由として、この法的利益は同性愛者も享有し得るとしているが、実質的な考慮は本稿が示したとおりであろう。というのも、仮に婚姻が自然生殖や実子と不可分であるとすれば、婚姻によって生じる法的効果である婚姻の身分関係の形成も自然生殖や実子と不可分のものとして観念されるはずであって、その場合に同性カップルもそうした身分を占めてしかるべきであるという結論が導かれるとはいえない可能性があるからである。

以上から本判決が、本件規定が夫婦間の共同生活を(も)保護することを目的としてい

ることから、婚姻によって生じる法的効果が同性間に及ぼされてしかるべきであると論じていることを確認した。

#### b 法的利益性の根拠

では婚姻から生じる法的効果を楽しむことが法的利益であるのは、そもそもなぜだろうか。aでの議論から直ちに思いつくのは、婚姻によって生じる法的効果が(当事者にとって)重要だから、という理由づけであろう。IV 1(1)において述べたように本判決で重視されている婚姻に関する「身分」の付与がなんらかの意味で重要であれば、そして現行法がその保護を趣旨とする婚姻による共同生活がなんらかの意味で重要であれば、そうした法的効果を楽しむことが法的利益であるという議論はごく自然に思える。

しかし本判決はそう論じていない。本判決は「現在においても、法律婚を尊重する意識が幅広く浸透している」ということを示した上で、「このことからすると、婚姻することにより、婚姻によって生じる法的効果を楽しむことは、法的利益である」と結論付けている(判決3(3)イ)。ここには、婚姻によって生じる法的効果の重要性は一切現れない。

この説示を素直に読むと、以下のように理解できる。すなわち、婚姻によって生じる法的効果を楽しむことが法的利益であるのは、社会において婚姻が尊重されているからである、と。婚姻と身分や共同生活の保護といった、身分あるいは権利義務に関する議論とは異なり、ここでは社会における事実的なダイナミクスが前面に押し出されている<sup>44)</sup>。

そして、婚姻の内実そのものを直接扱わな

自由な結びつきにとどまることは、同性愛者にとって致命的だろうか。」として同性婚に否定的な口吻を示しつつも、「同性婚の成否については中立の立場」であると自己規定しており、さらに水野紀子「婚姻と民法——カップルの選択という構成」法時94巻6号26頁,31頁(2022)では「子が生まれるという要素がない同性婚については、平等化のために認める必要があるという判断を取るとしても、嫡出推定規定をはじめとして、異性間の婚姻とまったく同じというわけにはいかないだろう。」と述べている。水野はあくまでも婚姻と自然生殖の結合を重視しているようだが、同性婚も容認するように立場を徐々に変化させているように思える。

43) もっとも本判決は、「子を産み育てること」と「夫婦の共同生活自体の保護」のいずれをも婚姻の目的として認めており、両者の関係を論じていない。あくまで、婚姻の目的がもつばら「子を産み育てる」ことにあるという議論を否定しているにとどまるものであると思われる。

44) 本判決がこの部分で引用する非嫡出子相続分違憲決定(最大決平成25年9月4日民集67巻6号1320頁)において、法律婚の尊重が平等要求に否定的に作用すると扱われたことからすると、本判決の論理は印象的である。本判決においては、法律婚の尊重があるからこそ、婚姻から生じる法的効果を楽しむことが、平等の検討の俎上に乗る法的利益になるのである。

いという姿勢は、この法的利益が「重要」であるとする議論にも現れている。本判決はこの法的利益が重要であることの理由を、婚姻によって生じる法的効果の重要性ではなく、憲法 24 条が異性カップルについてその実現のための制度を保障していることに求めている。憲法 13 条について、婚姻に関連する諸利益の重要性をまったく論じなかったのと同様に（VI で後述）、法的利益の重要性を論じるに際しても、婚姻によって生じる法的効果の実質的な評価は表に出てこない。ここでも、婚姻の内容ではなく、（社会において、そして社会の情勢を一定反映している（憲）法において）婚姻がどのように扱われているかということが重視されているのである。

本判決に対しては、「同性愛者が婚姻から排除され、それがスティグマ（『個人の尊厳』の毀損）に直面している面を指摘するほうが、展望はあるように考える。」という指摘<sup>45)</sup>や「同性カップルも異性カップルも同じカップルなのだと宣言することこそが最も重要なのではなからうか（その結果として、法律婚の枠内でやむを得ず異性婚と同性婚とで効果に差異が生じることは致し方ないのである。）」という指摘<sup>46)</sup>がある。しかしこのスティグマという観点は、明示こそされないものの、婚姻が社会においてどう見られているかということを考慮する法的利益性の承認の議論に、実は伏在していたと考えられる。もっとも VI で触れるように、婚姻に対する社会的な特権を強化するという問題を呼び込む危険がこの戦略にあることにも、注意が必要

である<sup>47)</sup>。

### c 法的利益性の根拠と積極説

c では、b での法的利益性の理由づけから、形式面での積極説を擁護することを試みる。

本判決の認識によれば、異性愛者と同性愛者では、「婚姻によって生じる法的効果を受受する」という「重要な」「法的利益」を受けられるか否かという「区別取扱い」が生じている（判決 3 (3) イ）。そうであるならば、「婚姻によって生じる法的効果」の一部を同性愛者に認めることによってこの「区別取扱い」が合憲になるとすると、それがどのようなものであれそれは「重要な」「法的利益」を（その程度が異性愛者と同等であるかは別論としても）同性愛者が受けられるようにするものでなければならない。

ところで本判決は、婚姻によって生じる法的効果の重要性ではなく、婚姻が社会的に尊重されているということに注目して、婚姻によって生じる法的効果を受受することを法的利益であると認めた。すなわち、法的利益性の根底には、社会的に尊重される「婚姻」というタイトルが存在する。すると、同性愛者が「法的利益」を受けられるためには、同性愛者への規律にも社会的に尊重されるタイトルが与えられなければならない<sup>48)</sup>。そして、同性カップルが少数者であり歴史的に差別されてきたことからすれば<sup>49)</sup>、仮に法律上の効果が同一であったとしても、同性パートナーシップ制度は異性婚と同等の社会的尊重を得られず、異性婚よりも劣った関係として

45) 西山・前掲注 8)57 頁。

46) 吉原・前掲注 8)22 頁。『婚姻』という制度を同性間でも用いることができるという『承認』の契機を期待する当事者が少なからずいると思われる」とする新井・前掲注 8)10 頁も同旨。

47) 「承認は承認されざるものを不可避免的に必要とすることを、わたしたちは思い起こさなければならない。」という松田和樹の指摘が重要である（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 131 巻 5・6 号 369 頁，398 頁（2018））。

加えて、喜久山・前掲注 8)200 頁は、「法律婚を尊重する意識が浸透しているのは、長年の差別政策の結果（家制度の残滓）に他ならない」と指摘する。日本の婚姻の歴史は本稿で扱うことができないが、喜久山の指摘は、婚姻の承認の問題性を日本独自の文脈と関連させて提示するものとして重要である。

48) もちろん、本判決は社会的な尊重のみが法的利益性の根拠であると述べたわけではないが、他の根拠を本判決が提示していない以上、社会的な尊重以外の根拠によって法的利益性を基礎づける議論を本判決から見出すのは困難である。

49) 同性愛が疾患であるという科学的に正しくない偏見に同性愛者が晒されてきたこと、そして、同性愛が精神疾患であるという科学的には誤った知見の流布を背景に同性婚に否定的な意見や価値観を持つ国民がなお「少なからず」存在すること（判決 3 (3) キ (ア)）は、本判決自体が指摘するところである。

扱われる恐れがある<sup>50)</sup>。このような考慮の下では、パートナーシップ制度は婚姻と社会的尊重において比肩すべきタイトルとは言い難いのではないか。したがって、本判決の「法的利益」性についての理由づけの論理を展開すれば、少なくとも同性愛への偏見が十分に除去されたとは言えない現時点では、それはむしろ同性間の関係を、社会的に尊重される「婚姻」として規律することを要請しているものと解されるべきである。

このような議論は、(3)の冒頭で述べた身分理解によっても覆らない。というのも、設定される「身分」は、それが何であれ社会的に尊重されるものでなければならず、現状ではそれは「婚姻」において他はないからである<sup>51)</sup>。

#### (4) まとめ

(2)および(3)において、本判決の「法的利益」の検討によって、同性間の規律を婚姻として行わなければならないという意味での形式面での積極説を擁護することを試みた。違憲性の解消のために、「婚姻によって生じる法的効果」の一部は最低限実現しなければならないことは消極説と積極説で共有されているところ、(2)ではその法的効果が全て婚姻という「身分」と結びついていることから本判決は形式面での積極説として理解されるという議論を、(3)では法的効果を認めることによって同性愛者に実現される法的利益の根拠が社会的尊重にあるとしたことから本判決は形式面での積極説として理解されるという議論を、それぞれ行なった。

同性カップルの規律を「婚姻と同様、身分行為として保障すべきこと」を形式面での積極説の理由として挙げた谷口・前掲注5)の議論は、以上のような趣旨として理解すれば支持できよう。またⅢ2(2)cで論じたように、享受利益の説示の存在のみから積極説を

擁護することは難しいとしても、ここで論じたように「法的利益」の内実と理由づけに遡って検討することによって、形式面での積極説には相応の根拠を見出すことができる。そこで、2において消極説の根拠を再確認し、それに対して積極説が維持されるか否かを検討する。

## 2 消極説への応答

ここでは、Ⅲ2(1)で紹介した議論を参照しつつ、消極説の根拠に対して形式面での積極説が擁護されるかを検討する。もっとも既に述べたように判決の文言自体は必ずしも決定的な理由にならないため、ここでは立法裁量の強調と異性婚保護としての憲法24条理解が積極説を論駁できるかについて検討する。

### (1) 「どのような制度を採用するか」の立法裁量?

ある評釈は、本判決が「どのような制度を採用するか」についても立法裁量に委ねていることから、婚姻ではないパートナーシップでも合憲になる余地があるとしていた<sup>52)</sup>。これは1で論じた形式面での積極説を論駁できるだろうか。

この指摘に対しては、そもそもここで指摘される立法裁量が、婚姻かパートナーシップかを選択する立法裁量であるかも解釈が分かれ得ると言える。というのも、指摘される立法裁量の前に「同性愛者のカップルに対し、婚姻によって生じる法的効果を付与する法的手段は、多種多様に考えられるところであり、一義的に制度内容が明確であるとはいえず、(判決4(2))と述べているため、このうち「制度内容が明確」でないことを強調すれば、この裁量は、「婚姻によって生じる法的効果」(1での議論によればいずれにせよ婚姻として規律されるべきである)の具

50) 木村解説にも同趣旨の指摘がある。また、台湾においては同性婚を民法ではなく特別法で規律することも差別であると主張されていたという(鈴木賢「台湾の同性婚法制化から何を学ぶか 第9回 台湾の同性婚法に残された課題」(2020年3月10日)(<https://trponline.trparchives.com/magazine/columnessay/17313/>),参照)。

51) 新井・前掲注8)11頁は、「多様な形の家族・パートナーシップが前提となる世の中が到来するとき、そのなかで『婚姻』という意味秩序への内包を求めること自体の意義もまた変化してくるのかもしれない。」と述べ、将来的な「婚姻」の位置づけの変化可能性を指摘している。本稿の議論も、こうした将来の変化可能性を否定するものではない。

52) 中岡・前掲注8)18頁。

体的な内容についての裁量に過ぎないと解する余地があるからである。

仮に制度を選択する裁量だったとしても、1での議論はそれに対して維持される。1(2)の議論からすれば、付与されるべき法的効果は全て婚姻という「身分」と結びついているから、どのような制度を選択しようと、それは婚姻という「身分」に結びついたものでなければならず、結果としてパートナーシップを選択する余地はない。また1(3)の議論によれば、結果として選択された制度が社会的に尊重されていないならば、同性愛者に法的利益を受けさせるものと言えず、憲法14条1項の要請を満たさない。したがって、本判決が法的効果の一部でも同性カップルに認めるべきとするのであれば、その実現のために現状では婚姻を選択する他ない。

制度の内容がどのようなものか、あるいは異性婚との異同はどうかといったことは、内容面での積極説に関わることであり、同性間の規律を婚姻として行わなければならないという意味での積極説を論駁するものではない。

## (2) 異性婚のみを保護する憲法24条？

では、憲法24条の言う「婚姻」が異性婚であることから、『婚姻という制度利用の機会を確保できていないこと』自体も、やむを得ないことであると判断され得るという議論はどうか<sup>53)54)</sup>。

再度確認すると、前提として、本判決が婚姻によって生じる法的効果の少なくとも一部は同性間に認められなければならないとしたことに異論はない。問題はその法的効果が

「婚姻」として実現されるかそうでなくともよいかという点である<sup>55)</sup>。したがって、本判決が憲法24条から同性婚という制度を求める権利を導くことを否定したとしても(判決2(3))、それは形式面での積極説となんら矛盾しない。形式面での積極説は、その内容が特定されないとしても、婚姻から生じる法的効果の少なくとも一部を同性愛者に認める必要があり、かつそれは婚姻としてなされなければならないとするものだからである。

すると、この議論が1で論じた形式面での積極説を論駁するには、立法裁量を踏まえた憲法14条1項適合性審査の理解として、憲法24条が異性婚のみを保護しているということが、1(2)および(3)の議論のいずれかを覆すことができるとしなければならない<sup>56)</sup>。

まず1(2)の議論については、憲法24条が異性婚のみを保護していることを理由に本判決が「婚姻」という身分を同性間に認めないとしている場合には、(2)の議論は失敗していると言える。しかし、そのような説示は本判決に見られず、却って「立法府は、同性間の婚姻及び家族に関する事項を定めるについて、広範な立法裁量を有している」(判決3(1))と述べていることからすると、本判決は同性間に「婚姻」があり得ることを前提としていると見ざるを得ない。したがって、この議論は(2)の議論を覆すことができない。

また1(3)の議論についても、本判決が憲法24条を理由に同性間には社会的に尊重されるタイトルを認めなくてよいとしていれば、(3)の議論は失敗していると言える。しかし本判決は、憲法24条が異性カップルのみを保

53) 新井・前掲注8)9頁。

54) なお憲法24条に関連して本判決の平等審査と先例との関係について、西山・前掲注8)59頁は、婚外子相続分違憲決定(最大決平成25年9月4日民集67巻6号1320頁)に類似するとしつつ、憲法24条違反がないとしたのちにそれとは別に「考慮すべき事項」と「限定的に斟酌すべき事項」を定め、「どの時点で本件區別取扱いが合理的根拠を欠くようになったのかの判断を曖昧なままにして、違憲審査を展開」している点で婚外子相続分違憲決定「ともかなり隔たりがあり、本判決の判断手法に問題がないとはいえない」と論じている。

もっとも、先例においては争点となる関係が憲法24条の規律対象となっていたのに対して、本件では、同性カップルに憲法24条の保護が及ぶかという問題と、本件區別取扱いが憲法14条1項に違反しないかという問題が別個に論じられているため、憲法24条違反がないことによって裁量権逸脱の範囲が縮減されるか(同59頁参照)についてはなお検討の余地がある。

55) III 2(1)dで述べたように、本判決は、憲法24条が異性婚のみを保護することを理由として、同性間に婚姻によって生じる法的効果を受取る法的利益を認めなくてよいということが正当化されるとは論じていない。

56) (2)および(3)の議論が憲法24条と独立に擁護されていることから、本判決の憲法24条についての判示が(2)または(3)の議論の否定と矛盾しないというだけでは、議論を覆すことは言えないことに注意されたい。

護しているとしても、「異性愛者と同性愛者の差異は、性的指向が異なることのみ」であり両方で「婚姻によって生じる法的効果を受受する利益の価値に差異があるとする理由はな」と論じている(判決3(3)イ)。また、憲法24条は、同性カップルの不保護を否定するという文脈でもっぱら言及されている(判決3(3)エ(イ)、3(4)など)のであって、憲法24条が異性婚のみを保護することから同性間には社会的に尊重されるタイトルを認めなくてよいとした説示は見当たらない。したがってこの議論は(3)の議論を覆すことができている。

以上から、憲法24条が異性婚のみを保障すると本判決が述べたことに依拠する議論は、1で論じた形式面での積極説を論駁できていないといえる。

### (3) まとめ

(1)および(2)の検討によって、評釈から読み取れる消極説の根拠は、形式面での積極説を覆すには至らないことが明らかになった。したがって本判決の判示の整合的な理解として、同性間の関係を(パートナーシップなどではなく)婚姻として規律するべきとしているという意味での積極説が擁護されるのである。

## 3 小括

本稿は、本判決が形式面での積極説として読まれるべきことを論じてきた。

本判決では最終的に「婚姻によって生じる法的効果の一部ですらもこれを享受する法的

手段を提供しないことを合理的とみるか否か」が検討されており、「本件区別取扱い」の内実であった「その性的指向と合致する者との間で婚姻することができるか否かという区別」は明示的に論じられていないように見え、その点に批判もある<sup>57)</sup>。しかし本稿の検討によれば、本判決は、その文言から受ける印象とは異なり、実際には社会の尊重を受けるタイトルのもとで規律されるという意味で一貫して「婚姻」することの可否を論じていたと考えられるのである。

ここまでで形式面での積極説の擁護ができたため、VおよびVIでは、本判決に残された問題点を指摘する。本判決が憲法24条によって同性婚を保護しなかったことも大いに議論されるべきであるが、すでに吉原・前掲注8)13-15頁などによる詳しい批判的検討が存在するため<sup>58)</sup>、本稿では取り上げない<sup>59)</sup>。具体的に本稿では、Vにおいて本判決の判断枠組みの内実が不明確であることおよび判断枠組みの提示と実際の審査に齟齬があることを指摘し、VIにおいて本判決の社会的な尊重を根拠とする婚姻論が持つ理論的な難点を論じる。

## V. 判断枠組みをめぐる混乱

III 2(2)cにおいて谷口の所論に関して若干触れたように、本判決の判断枠組みに関しては問題点がある。本判決がいう「真にやむを得ない」か否かという基準は相当に厳格な審査を要求するように見えるが、その内実が判決内部で十分に明確になっていないがため

57) 吉原・前掲注8)21頁は、「平等原則違反との関係では、『本件区別取扱い』の違憲性のみが問題なのであり、その結果として、異性カップルの婚姻の法律効果と同性カップルの婚姻のそれが全く同じでよいかといった点は問題とならない。」と指摘する。

58) なお憲法24条と同性婚については、木村草太は憲法24条1項の趣旨が同性カップルに類推適用されるべきとしていた。木村草太「意見書」11-12頁(2020年4月3日)(<https://www.call4.jp/file/pdf/202008/7b78e327018245da7a47260a10454e06.pdf>)。参照。また本判決後の意見書である木村・前掲注9)4-6頁でも同様の議論をしている。

また木村は本判決が憲法24条を同性間に直接に適用しなかったことについて、「これからの裁判、憲法学説の重要な争点」とであるとコメントしている(木村解説参照)。

59) また本判決は憲法24条が同性婚を保護していないことが、制定当時の同性愛についての誤った知見に基づくものであるとすることで、憲法24条が同性婚を禁止しているという解釈を退けている点にも意義が認められるが、「実際に同性婚が認められてこなかった理由を、同性愛の医学上の評価に帰着させることができるのかどうかには、疑問がある。」という指摘もある(毛利・前掲注8)127頁)。

憲法24条解釈と本判決との関係については、新井・前掲注8)6-8頁を参照。

に、実際に行われている審査との関係も不明瞭になっている。

敷衍すると、本稿の見立てでは、本判決が実際に行っているのは広範な立法裁量のもとでの総合考慮であるが、本来「真にやむを得ない」か否かという基準は総合考慮とは異なるはずであり、かつ本判決はそのように基準を変更することの論証に成功していない。これが本稿の考える、本判決の判断枠組みについての問題点である。

以上の点については2～4で論じるが、まず前提として1において本判決の判断枠組みの提示と当てはめを確認する。

## 1 憲法14条1項適合性審査の判断枠組みと当てはめ

本判決は、「異性愛者のカップルは、婚姻することにより婚姻によって生じる法的効果を受けないか、婚姻せずそのような法的効果を受けないかを選択することができるが、同性愛者のカップルは、婚姻を欲したとしても婚姻することができず、婚姻によって生じる法的効果を受けないことはできない。」という区別があること、より端的に言えば、「本件規定により、同性愛者と異性愛者との間で、その性的指向と合致する者との間で婚姻することができるか否かという区別が生じる結果となってしまっている」という認識のもと、それが「性的指向による区別取扱い」であるとして、その合憲性を審査している。

ここではこの区別取扱いの構成の是非は一旦論じず<sup>60)</sup>、それを前提として本判決の判断枠組み(1)と当てはめ(2)を確認する。

### (1) 判断枠組み

本判決は先行する最高裁判例<sup>61)</sup>を引用しつつ、「憲法14条1項は、法の下での平等を定めており、この規定は、事柄の性質に応じた合理的な根拠に基づくものでない限り、法的な差別的取扱いを禁止する趣旨のものであると解すべき」という理解を冒頭で提示し(判決3(1))、区別取扱いが「合理的根拠を有するといえるか」を検討している(判決3(3))。したがって、本判決の最も大きな判断枠組みは、区別取扱いがある場合に、それに合理的根拠があるか否かというものである。

しかし、婚姻に関する事項については、立法に「広範な立法裁量」があるとする。したがってこの時点で判断枠組みは、「本件区別取扱いが合理的根拠に基づくものであり、立法府の上記裁量権の範囲内のものであるか」であることになる(判決3(2)イ)。

これに続いて、本判決はより限定した検討を要求している。すなわち、性的指向が「人がその意思で決定するものではなく、また、人の意思又は治療等によって変更することも困難なものである」ことから、合理的根拠の有無は「立法事実の有無・内容、立法目的、制約される法的利益の内容などに照らして真にやむを得ない区別取扱いであるか否かの観点から慎重にされなければならない。」という(判決3(3)ア)。

以上をあわせると、本判決の判断枠組みは、本件区別取扱いが合理的根拠に基づくものであり、立法府の上記裁量権の範囲内のものであって、「真にやむを得ない」ものであるか否かということになる。これは相当に厳格な審査であるように思える<sup>62)</sup>。

60) この構成にも批判はあり、西山千絵は、性的指向に基づく差別という本判決の議論は、「実質的にみて、本件規定が性的指向に基づく差別をしていることが問題なのか、あるいは同性愛者の大多数を不合理な理由によって現実に排除していることが問題なのか」が不明確であり、性的指向は「本件規定によって直接生じた区別に關する対比となりがたく、同性カップルと異性カップルとの比較ではないのか〔傍点原文〕」(西山・前掲注8)56-57頁)と論じている。そして現行法上婚姻の機会がない者には「多様性があり」、「同性カップルの婚姻の選択を性的指向の問題に収斂してよいのか」という問題を提起している(同57頁)。西山は、性的指向による区別とするのであれば、「同性との婚姻を希望する者のうち、性的指向が同性に向かう者が相当多数を占める」という統計的事実や、現に同性愛者の多数は婚姻していない事実を追加すべきではないかとする(同57頁)。

61) 最大判昭和39年5月27日民集18巻4号677頁、最大決昭和48年4月4日刑集27巻3号265頁、および最大判平成27年12月16日民集69巻8号2427頁(再婚禁止期間違憲判決)。

62) 吉原・前掲注8)20頁は、本判決について「審査基準論の文脈でいえば、厳格な審査基準を打ち立てたもの

## (2) 当てはめ

しかし本判決の当てはめは、必ずしも提示された判断枠組みを完全になぞるものではない。

本判決では種々の考慮要素を列挙した上で、これらの「諸事情を総合して」合理的根拠の有無が論じられる。まず、性的指向に基づく区別は「慎重な検討を要する」こと、婚姻によって生じる法的効果を楽しむ法的利益は同性愛者と異性愛者で等しく享受し得るものであること、婚姻に関する現行法の目的は正当であるが、現行法に同性カップル保護の規定がないのは同性愛についての誤った知見に基づいて制定されたためであり規定の不存在を「同性愛者のカップルに対する一切の法的保護を否定する理由」と捉えるべきではないことを指摘する。

続いて、「国の伝統や国民感情」等を広範な立法裁量において考慮した結果として本件区別取扱いが合憲となる余地があるとする。しかし、国内外で同性カップルを保護すべきとする意識や潮流が高まっていること、そして同性愛に否定的な国民が存在することは「同性愛者に対して、婚姻によって生じる法的効果の一部ですらもこれを享受する法的手段を提供しないことを合理的とみるか否かの検討の場面においては、限定的に斟酌すべき」であることが指摘され、「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享受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」と結論づけられる(判決3(4))。

## (3) 問題の所在

本判決の当てはめは以下の点で、判断枠組みと直ちには対応しないように思われる。第1に、最終的に「婚姻によって生じる法的効果の一部ですらもこれを享受する法的手段を

提供しないことを合理的とみるか否か」が検討されており、「本件区別取扱い」の内実であった「その性的指向と合致する者との間で婚姻することができるか否かという区別」は明示的に論じられていない。第2に、本判決の結論に至る部分(判決3(4))の冒頭において本判決は「諸事情を総合して、本件区別取扱いの合理的根拠の有無について検討する」と述べているが、この「諸事情を総合」という要素は判断枠組みの提示においては触れられていなかったため、この時点ですでに提示された判断枠組みと完全には対応していない。そして第3に、合理的な根拠の有無について「慎重な検討」を要するとはしつつも、「真にやむを得ない」か否かという検討を明示的には行っていない。

もっとも、第1の点については、IVでの検討から本判決が「婚姻」としての規律を要請していると理解できるため、積極説の是非には強く影響しない。しかし第2、第3の点については、本判決の審査がどの程度厳格であるか不明確になっているため、詳しく吟味する必要がある。具体的には、確かに、「いかなる性的指向を有する者であっても、享受し得る法的利益に差異はない」という趣旨の説示が繰り返されており、同性カップルと異性カップルの等しい取扱いが原則であると本判決が考えていることは窺えるにしても、しかし広範な立法裁量の再度の強調により、その例外が緩やかに認められる余地があるように読める。そして本判決は考慮要素に重みづけをすると論じるが、いかなる考慮要素がどのように結論を支持しているかは明示されておらず、実質的にも審査の内実が分節化されない単なる総合考慮による審査を行っている疑いがあるのである。

以上の点を踏まえると、提示された「真にやむを得ないか」否かという判断枠組みと、「諸事情を総合」して検討するという当てはめで実際に行われている判断の関係については、以下のような可能性が考えられる。①

と考えられる」とする。また、審査基準論とは述べないものの、毛利・前掲注8)127頁は「性的指向……による区別の合憲性について厳格な審査を行う姿勢を示した点に特徴がある。」とする。他方で中曾・前掲注8)84頁は、「学説的な」厳格審査基準ではなく、「区別取扱いの合理的根拠の有無を判断する1つの手法」として理解すべきとする。中曾がこの基準の厳格度をどのようにとらえているかは明示されていない。

「真にやむを得ない」という基準は、広範な立法裁量のもとでの総合考慮と同じである、②「真にやむを得ない」という基準は、広範な立法裁量のもとでの総合考慮とは異なるが、本判決の広範な立法裁量を前提にした説示で述べられていることは、「真にやむを得ない」という基準の適用とも理解できる、③「真にやむを得ない」という基準は広範な立法裁量のもとでの総合考慮とは異なり、広範な立法裁量を強調することで「真にやむを得ない」という基準は実際には適用されておらず、緩和された総合考慮による判断枠組みが妥当している。

これらのうち、①および②は本判決が「真にやむを得ない」か否かという基準を適用したと考えるものであり、それによれば判断枠組みの提示と当てはめに齟齬はないことになる。結論との関係で言えば、国賠法上の違法性を検討するための前提として「婚姻によって生じる法的効果の一部ですらもこれを享受する法的手段を提供しない」限度で現行法が違憲であると論証すれば足りたために、このような結論になったと考えるものである。他方で③は実際には「真にやむを得ない」基準が適用されていないと考えるものであり、それによれば判断枠組みの提示と当てはめに齟齬があることになる。結論との関係で言えば、「一部ですらも」という文言は、緩和された基準のもとでも違憲という結論に至るために付加されたものであると考えられる。

そこで、以下では、2において「真にやむを得ない」か否かという基準について検討し、それが裁量を制約する形での審査を意味すると考えられることを論じる（①の否定）。続いて、3において、そのように提示される「真にやむを得ない」か否かという基準と、本判決の実際の当てはめが齟齬をきたしていることを指摘する（②の否定）。そして最後に4において、本判決は判断枠組みの緩和の論証に成功していないことを論じる。

## 2 「真にやむを得ない」基準は総合考慮か

ここで検討される判断枠組みを再度示す

と、「立法事実の有無・内容、立法目的、制約される法的利益の内容などに照らして真にやむを得ない区別取扱いであるか否か」というものであった（以下「真にやむを得ない」基準という）。ここでは、この基準が広範な立法裁量のもとでの総合考慮とは異なると理解すべきであることを論じる。

本判決は「立法事実の有無・内容、立法目的、制約される法的利益の内容などに照らして真にやむを得ない区別取扱いであるか否か」と述べるだけであり、「真にやむを得ない」というためにどのような要件が課されるかを明らかにしていない。しかし、(1)本判決の論述における判断枠組みの位置づけからしても、また(2)最高裁における「真にやむを得ない」という文言の使われ方からしても、「真にやむを得ない」基準は、広範な立法裁量のもとでの総合考慮とは異なると考える。

### (1) 判断枠組みの位置づけ

本判決の大枠の判断枠組みを再掲すると、「同性間の婚姻及び家族に関する事項を定めるについて、広範な立法裁量」があることを前提に「本件区別取扱いが合理的根拠に基づくものであり、立法府の上記裁量権の範囲内のものであるか」というものである。つまり、文言上は本件区別取扱いが「合理的根拠に基づく」か否かということと、「立法府の上記裁量権の範囲内」か否かということが並んで問われている。もっとも合理的根拠がありかつ裁量権の範囲外という状況は考えにくいと、結局は合理的根拠が存在するかということが問われていると考えられる。

そして性的指向に基づく区別取扱いの合理的根拠の有無は「真にやむを得ない区別取扱いであるか否かの観点から慎重に」検討されなければならないのであったのだから、結局のところ、広範な立法裁量を前提にしても本件区別取扱いが「真にやむを得ない」か否かが最終的な判断枠組みとなるべきである。すなわち、「真にやむを得ない」という基準は、立法裁量を総合考慮ではなくより限定的に検討する趣旨であると考えられる。

### (2) 最高裁での用いられ方

最高裁判例において、「真にやむを得ない」ということが実質的に論じられたものは見当

たらない。しかし、近時の幾つかの少数意見が立法裁量との関係で「真にやむを得ない」という文言を用いて議論を展開しているため、それを参照しよう。

最大判令和2年11月18日民集74巻8号2111頁の宇賀反対意見は、「投票価値の平等の問題は厳格な司法審査に服さなければならず、選挙権平等原則からの逸脱は真にやむを得ない場合でなければ認められない〔強調引用者〕」とした上で、「1票の価値の平等」は「最優先の考慮事項として立法裁量を制約する」とする。

最大判平成18年10月4日民集60巻8号2696頁の泉反対意見は、投票価値の較差をもうけることの目的が「国民の意見を公正かつ効果的に国会に反映させるために真にやむを得ない合理的なものであるか〔強調引用者〕」が問われるとし、「国会に広範な裁量を認めるべきではない」とする。

以上のように、これらの反対意見は「真にやむを得ない」という文言を用いることでいづれも厳格な審査を志向している。とりわけ一票の格差訴訟においては、例えば最大判平成8年9月11日民集50巻8号2283頁などが「国会が具体的に定めたところのものがその裁量権の行使として合理性を是認し得るのである限り、それによって右の投票価値の平等が損なわれることになっても、やむを得ない〔強調引用者〕」と述べていたことと対比すれば明らかなように、立法裁量に歯止めをかける趣旨で「真にやむを得ない」という文言が用いられていることが窺える。

このような最高裁判事の使用法に照らしてみると、単なる「やむを得ない<sup>63)</sup>」ではなく「真にやむを得ない」という基準が用いられるのは、特定の要素が立法裁量を強く限定する場合であると考えられる<sup>64)65)</sup>。であるならば、本判決においても「真にやむを得ない

63) 本文でも一票の格差訴訟に関連して「やむを得ない」と述べた判例を参照したが、「やむを得ない」という文言は、その他の最高裁判例においても少なからず登場する。それは厳格度の高い審査に用いられることもあるが、必ずしも厳格な審査を意味するものではない。例えば、一方で最大判平成17年9月14日民集59巻7号2087頁では「国民の選挙権又はその行使を制限するためには、そのような制限をすることがやむを得ないと認められる事由がなければならぬ」とした上で、「そのような制限をすることなしには選挙の公正を確保しつつ選挙権の行使を認めることが事実上不能ない著しく困難であると認められる場合でない限り、上記のやむを得ない事由があるとはいえない」としており、これは厳格な判断枠組みについて「やむを得ない」という文言が用いられた例である。

他方で、猿払事件最高裁判決（最大判昭和49年11月6日民集28巻9号393頁）は表現の自由の制約としては厳格な審査を行なったとは考えられていないが（安西文雄ほか『憲法学読本（第3版）』（有斐閣、2018）157頁〔穴戸〕参照）、その結論も「合理的で必要やむをえない限度を超えるものとは認められない」というものであったし、オウム真理教解散命令事件（最判平成8年1月30日民集50巻1号199頁）も相対的には緩やかな審査であると考えられるが（同書132頁〔安西〕参照）、「必要でやむを得ない法的規制」であると述べていた（強調引用者）。

なお、「やむを得ない」という文言については、千葉勝美最高裁判事の補足意見等を参照しつつ、『やむを得ない』との言説と厳格な基準との連関は、在外選挙判決に限られずより一般性をもつと言えるかもしれない。との指摘もある（木下昌彦「最高裁における憲法判断の現況——調査官解説を踏まえた内面的分析の試み」論ジュリ23号165頁、168頁（2017））。この見解に従うとしても、「真にやむを得ない」基準はより一層厳格な基準を志向するものであると位置づけられるから、本文の結論に影響はない。

64) 本文では立法裁量と関係するもの引用したが、具体的な憲法条項との関係で実質的に「真にやむを得ない」ということに言及するものは、LEXで筆者が調査した限りでは、それ以外にも以下のようなものがある。最判昭和49年6月18日集刑192号639頁における天野反対意見は「条例にいう煽動者として自己の言動に対する責任を問われるべきことは、真にやむを得ないこととなるのであり、これを処罰したからといって、憲法二一条に反することにはならない」と述べた。これは厳格な審査を志向しているとは言い難いが、同判決は多数意見も違憲性について詳細な議論をしておらず、むしろ集団行動が無許可であったことについての被告人の認識の有無が争点となったものである。

他方で、最大判昭和49年11月6日民集28巻9号393頁（猿払事件上告審判決）における大隅ほか反対意見では、一般論としても「積極的な政治活動は……制限がされる場合には、その理由を明らかにし、その制限が憲法上十分の正当性をもつものであるかどうかにつき、特に慎重な吟味検討を施すことが要請される」と論じており、また政治活動に刑罰を課すことについても「個人の政治活動の自由が憲法上極めて重大な権利であることにかんがみるときは、一般統治権に基づく刑罰の制裁をもつてするその制限は、これによつて影響を受ける政治的自由の利益に明らかに優越する重大な国家的、社会的利益を守るために真にやむをえない場合で、かつ、その内容が真に必要なやむをえない最小限の範囲にとどまるかぎりにおいてのみ、憲法上容認される」と論じる。

い」基準の内実が広範な立法裁量のもとでの総合考慮であるとは考えにくい<sup>66)</sup>。

### (3) まとめ

以上から、「真にやむを得ない」基準は総合考慮とは異なるはずであることが明らかになった。

むしろ、「立法事実の有無・内容、立法目的、制約される法的利益の内容などに照らして真にやむを得ない」か否かという基準は、立法裁量において同性愛者と異性愛者を区別しないことが原則であって、区別する場合には立法目的や被制約利益の内容などからその区別が正当化されるかを問うており、その正当化においては立法事実の提示<sup>67)</sup>が求められると解する方が妥当ではないだろうか<sup>68)</sup>。

## 3 本判決の判示は「真にやむを得ない」基準の適用であるか

本判決の当てはめを見ると、同性カップルと異性カップルの等しい取扱いが原則であると本判決が考えていることが窺える(Ⅲ 2(2))

も参照)。すると2で論じたように総合考慮と「真にやむを得ない」基準が異なるとしても、同性間に法的効果を認めないことが「真にやむを得ない」基準も満たさないと議論として本判決を理解することはできるかもしれない。

しかしながら、結論としては本判決の議論をそのように理解することは難しいだろう。区別取扱いが合憲になる余地として本判決が示唆するのは、同性婚に否定的な国民がいることを含めた「国の伝統や国民感情を含めた社会状況における種々の要因を踏まえつつ、それぞれの時代における夫婦や親子関係についての全体の規律を見据えた総合的な判断を行う」ことである。

このような理由に基づいて同性愛者と異性愛者について婚姻によって生じる法的効果の享受に区別を設けることを、立法目的や被制約利益の内容から区別を正当化するという、本稿が理解するところの「真にやむを得ない」基準の枠組みにおいて説明するのは難しい。というのも、本判決が挙げる婚姻法制の立法

---

また、最判平成23年6月6日民集65巻4号1855頁における宮川反対意見は「厳格な基準」の内容として目的が「真にやむを得ない利益であるか」が基準であるとした。

以上のように、立法裁量を直接に扱わない場合でも、実質的に憲法適合性が争われている場合においては、「真にやむを得ない」という言葉は、一般に厳格な審査を志向するものであると考えられる。

65) なお、刑訴法に関する判例では、「捜査上真にやむを得ない」という枠組みが登場する。最判平成11年12月16日刑集53巻9号1327頁は検証許可状による電話傍受について、重大犯罪性・十分な嫌疑・関連通話の蓋然性・他の方法による「重要かつ必要な証拠」獲得の著しい困難性のもとで「電話傍受により侵害される利益の内容、程度を慎重に考慮した上で、なお電話傍受を行うことが犯罪の捜査上真にやむを得ないと認められるときには、法律の定める手続に従ってこれを行うことも憲法上許される〔強調引用者〕」という。

これがどの程度の厳格度であるかは議論の余地があるが、嫌疑について緊急逮捕(刑訴法210条前段)と同等の程度が要求されていることを踏まえるならば、全体として要件は厳格化されているとは考えられよう。同判決および通信傍受法については、宇藤崇ほか『LEGAL QUEST 刑事訴訟法(第2版)』162-172頁(有斐閣, 2018)をさしあたり参照。

66) もっとも、「真にやむを得ない」とする文言は最高裁の反対意見に現れるのみであるから、それが直接に本判決に影響したとまでいえるかは留保が必要である。

67) 立法事実に関連して、中曾・前掲注8)85-86頁は、「本件規定を支える立法事実が存在しないことを裏付ける資料やデータに基づき実証的な審査を行うべきであった」と本判決を批判する。

重要な指摘であるが、本稿の再構成による「真にやむを得ない」基準によれば、むしろ区別取扱いの合理性を基礎づける立法事実が存在することこそが論証の対象になると解する余地がある。「今後は〔同性婚立法の〕反対派が立法を妨げる理由を説明することが求められる」とする渡邊・前掲注8)判解102頁も参照。

68) この理解によれば、一般論として例えば立法目的が同性間の関係を認めることで実現できないことであるならば、それが立法事実によって基礎づけられる限りで、同性間にその規律を及ぼさないことが正当化される余地があることになる。

もっとも、本判決は「本件規定」の「目的」を、「本件規定」を含む法的規律の解釈として導出しようとしている。したがって本判決は、例えば「同性カップルと異性カップルとで、共同生活契約の公証制度の有無を区別する目的」は「構成することが難しいように思われる。」(木村・前掲注34)96頁)といった、本件区別取扱いが何のためにあるかという意味での立法目的を想定するという論証とはやや異なるようにも思える(この点も宍戸常寿教授より示唆を受けた)。

目的は、「夫婦の共同生活自体の保護」あるいは「夫婦が子を産み育てながら共同生活を送るという関係に対して、法的保護を与えること」であって、「国の伝統や国民感情」はそこに含まれていない<sup>69)</sup>。また、婚姻によって生じる法的効果の享受については「いかなる性的指向を有する者であっても、享受し得る法的利益に差異はない」と論じるからには、被制約利益の内容に基づいて区別を正当化することも本判決の議論からは困難に思われる。

したがって、本判決の当てはめにおける議論は、「真にやむを得ない」基準には含まれない考慮要素によって区別取扱いが合憲になることを示唆しており、本判決の判示が「真にやむを得ない」基準の適用であるとは考え難い。

#### 4 本判決は判断枠組みの緩和に成功しているか

以上の検討からすると、本判決の結論部分での広範な立法裁量を強調した総合考慮による判示は、本判決自身が定立した「真にやむを得ない」基準の適用と異なっている。逆に言えば、最終的に総合考慮を行うのであれば「真にやむを得ない」という文言を用いるべきではなかった。ところで、本判決が「真にやむを得ない」基準を貫徹しない理由を判決中で論じていれば、(判断枠組みが明確でないという批判は免れないにしても)本判決の判示が不当だということにはならない。

本判決が「真にやむを得ない」基準ではなく総合考慮による判断を行なっているとすれば、その理由として援用されているのは「広範な立法裁量」であると思われる。しかしこの議論は以下で述べるように2つの意味で失敗している。したがって本稿は、本判決の当

てはめでの議論は提示された判断枠組みに対して妥当ではないと考える。

##### (1) 議論の順序

第1に、2(1)でも述べたように、「真にやむを得ない」基準は広範な立法裁量についての言及に続いて提示されている基準であるから、広範な立法裁量を踏まえた検討自体を制限するものとして導入されている。したがって、「真にやむを得ない」基準を広範な立法裁量を理由に緩和することは議論の順序からして妥当ではない。

##### (2) 広範性の論証の失敗

第2に、本判決は立法裁量の広範性の論証に失敗している。本判決が立法裁量の広範性を基礎づけるものとして挙げる理由は、第1には、婚姻に関する事項は総合的判断を要するため「具体的な制度の構築を第一次的には国会の合理的な立法裁量に委ね」ているということであり、第2には、憲法24条および13条によって「同性間の婚姻をするについての自由や同性婚に係る具体的な制度の構築を求める権利が保障されているものではないと解されること」である(判決3(1))。

しかしそもそも、第1の理由は、立法裁量が存在すること自体の理由として繰り返されているものである(判決2(1)など)。そしてそこでの結論は、国会の「合理的な立法裁量」が存在することであって、広範な立法裁量が存在することではない<sup>70)</sup>。したがって、第1の理由それ自体は、本判決の内部において、立法裁量の広範性を論証できていない。

そして第2の理由も、論証には失敗している。というのも、憲法13条が具体的な制度構築を求める権利を保障していないとされた理由は、まさに憲法24条が制度の構築を国会の合理的な立法裁量に委ねているからであった。つまり、第2の理由は、婚姻および家族に関する事項については合理的な立法裁量が

69) 加えて本判決は、「圧倒的多数派である異性愛者の理解又は許容がなければ、同性愛者のカップルは、重要な法的利益である婚姻によって生じる法的効果を受取る利益の一部であってもこれを受け得ないとするのは、同性愛者のカップルを保護することによって我が国の伝統的な家族観に多少なりとも変容をもたらすであろうことを考慮しても、異性愛者と比して、自らの意思で同性愛を選択したのではない同性愛者の保護にあまりにも欠ける」(判決3(3)キ(イ))とも論じており、共同生活の保護に対して国民意識等は劣後すると考えているようにも読める。

70) 西山・前掲注8)59頁は、本判決が再婚禁止期間違憲判決を参照しつつも「同判決での形容よりも立法裁量を強調」していることを指摘する。

あるため、広範な立法裁量がある、という構造になっている。したがって、この理由もそれ自体では立法裁量の広範性の論証にはなっていない。

### (3) まとめ

以上のことから、本判決は「真にやむを得ないか」という基準を定立しつつも、それとは異なる総合考慮による審査を行なっていることがわかった。そして、「真にやむを得ないか」基準については、区別の指標である性的指向が「性別、人種などと同様に」に「人の意思によって選択・変更できない事柄」であるという根拠<sup>71)72)</sup>を提示している一方で、「真にやむを得ない」基準を総合考慮へと緩和することを正当化する議論を本判決は提示できていない。したがって、本判決の判断枠組みに対して、当てはめの議論は妥当ではないと考えられる。

本件規定が同性間に適用されないことが「真にやむを得ないか」否かということを直接に論じることは、政治的インパクトが大きいことが予想される。同性婚についての先例

がない中で、こうした波及的な効果を避け、後退戦線を引くことで違憲という結論を堅固にしようという実践的な配慮は十分理解できる。しかし判断枠組みの提示とその結論の関係は齟齬をきたしており、憲法判断の構造が不分明になっているという点で、本判決の論述には問題があると言わざるを得ない。

## 5 小括

本判決は「真にやむを得ない」基準を判断枠組みとして提示したが、実際には広範な立法裁量のもとでの総合考慮の審査を行っていた。「真にやむを得ない」基準の内実は本判決において十分に明確化されていないが、議論の順序や最高裁での用語法を参照すると、それは総合考慮とは異なる基準であると理解すべきであり、本判決の判断枠組みの提示と実際の審査には齟齬がある。しかしながら、本判決はそのように実際の審査を当初提示した判断枠組みと異ならせるための論証に成功していないのであった。

71) 同性婚と平等審査について、「性的指向が生来のものであって、本人の自発的な選択によって変更できないようなものであれば、これを『社会的身分』にあたるということも可能であろう」、「もし同性愛が社会的身分であると主張することが困難な場合は、たとえ列挙事由に該当しなくても、列挙事由と同等に疑わしい区分の場合には同じように厳しい審査が適用されるべきだと主張し、同性婚の否定は同性愛者に対する偏見に基づくもので、性的嗜好に基づく異なった取扱いも疑わしい区分として扱われるべきだと主張すべきことになろう。」という指摘がある(松井茂記『LAW IN CONTEXT 憲法 法律問題を読み解く 35 の事例』5 頁(有斐閣, 2010))。また、榎透「日本国憲法における同性婚の位置」専修法学論集 135 号 15 頁, 31 頁(2019)は、性的指向が「本人の自発的な意思によって簡単には変更できないもの」であることから、中間審査基準を用いるべきとする。本判決の評釈でも、「性的指向は個人の意思では選択できない生来の属性とされるため、かかる差別事由の性格から、差別の違憲性を強く疑うこともできる。」という指摘がなされている(西山・前掲注 8)58 頁)。

比較法的にも、性的指向に基づく区別取扱いについて審査を厳格化させるものはしばしば見られる。例えば、台湾の司法院积字第 748 号解釈はアジアで初めて同性婚の法制を要求したものであるが、そこでは性的指向〔性的傾向〕が「容易に変更できない個人的特徴」であることを理由の一つとして平等の審査基準を引き上げている(同解釈の紹介としてさしあたり鈴木賢「台湾における婚姻平等化からの示唆」法教 472 号 142 頁(2020)および今野周「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——」東京大学法科大学院ローレビュー 16 巻 105 頁(2021)、関与した元大法官によるものとして湯徳宗(徐行訳)「台湾大法官积字第 748 号解釈に関する解説」北大法学論集 71 巻 6 号 287 頁(2021)を参照)。また、ドイツ連邦憲法裁判所は、異性婚と同性間の登録生活パートナーシップとの平等について、BVerfGE124, 199, BVerfGE126, 400, BVerfGE131, 239, BVerfGE132, 179, BVerfGE133, 377 といった一連の判決において、両制度の区別取扱いが性的指向によるものであるとして審査の厳格度を引き上げている。これらの判例については三宅雄彦「婚姻概念における憲法変遷と制度保障——ドイツ「万人の為の婚姻」法をめぐって」駒澤法学 21 巻 3 号 43 頁, 46-47 頁(2022)および井上典之「平等保障による憲法規範の変容?——ヨーロッパ統合に導かれるドイツ基本法の『家族』についての変化——」阪本昌成古稀『自由の法理 阪本昌成先生古稀記念論文集』665 頁(成文堂, 2015)も参照。ドイツにおける婚姻についての憲法判断の概要については、三宅雄彦「婚姻と同性カップル」鈴木秀美=三宅雄彦編『〈ガイドブック〉ドイツの憲法判例』156 頁(信山社, 2021)を参照されたい。

72) なお、制約される法的利益の内容およびその重要性は、真にやむを得ないか否かにおいてのみならず、むしろ審査の厳格度を決定するに際しても考慮されるべきではないとも考えられる。毛利・前掲注 8)127 頁は、「区別対象となる法的利益の重要性も指摘されているが、その趣旨は明確ではない。」と指摘する。

以上のように、本判決には、第1に「真にやむを得ない」基準は厳格な基準であるように見えるがその内実が十分に明確にされていないという点で、そして第2に提示された判断枠組みと実際の審査が（十分な理由づけなく）異なっているという点で、問題がある。本判決には「法解釈のあり方としても極めて論理的で順当な判決」という評価もあるが<sup>73)</sup>、こうした評価は本判決の判断枠組みと当てはめの論述については割り引く必要があろう。

「真にやむを得ない」基準の内実が明確でない限り、それが単なる総合考慮へと崩壊し、その結果その基準によってどのような審査がされるかも曖昧になるおそれが常にある。本稿では「真にやむを得ない」基準についてその内容理解の1つを提示したが、そもそも判断枠組みの内実が判決文においてより明確に示されるべきである。こうした本判決の判断枠組みの運用の不安定さに鑑みると、憲法判断における判断枠組みの定立と運用についての研究が学説にも強く求められるといえよう。

ここまで本判決の判断枠組みをめぐる問題を指摘してきた。そこで、6において補論として判断枠組みと関連する内容面での積極説について若干ふれた後、VIにおいて本判決の形式面での積極説が持つ問題点の検討を行う。

## 6 補論：内容面での積極説？

本論では扱わないが、ここで内容面での積極説について付言しておこう。本判決では内容面での平等に言及がないため、本判決が直接に内容面について論じているとはいえない。しかしIII 2(2)cで述べたように、本判決は同性カップルと異性カップルの取扱いが等しいことを原則としているとも読める。そこでここでは、本判決の判断枠組みが内容面の平等にも妥当すると仮定する。結論として、本判決を内容面での積極説に立つものとして読むことは可能であるが、しかし本判決内在

的に内容面での積極説を擁護することは形式面での積極説よりも難しいと本稿は考える。

まず、実際に本判決の当てはめで行われた総合考慮から内容面での積極説を擁護するのは困難である。というのも、本判決が同性愛者と異性愛者の規律が等しいことを原則としているように推測されるとはいえ、その原則と異なる事態についてどのような要素があれば合理的根拠が認められるかが明らかにならないからである。そして考慮要素の一部について重みづけの差異をつけたとしても、それは変わらない。合理的な根拠の存在を認めるためにどの程度の重みがあればよいか明らかでないからである。例えば本判決において同性婚に否定的な国民の存在は、同性愛者に婚姻から生じる法的効果を全く認めないこととの関係では合理的根拠の存在を基礎づけるには足りなかったが、異性婚と等しい規律を認めないこととの関係では合理的根拠の存在を基礎づけるかもしれない。

次に、「真にやむを得ないか」基準から内容面での積極説は擁護されるだろうか。その内実は本判決において明示されていないが、本判決の議論の順序および近時の最高裁での用語法に照らして考えるならば、「立法目的、制約される法的利益の内容など」から区別取扱いが「立法事実」に基づいて正当化されるかを問うものと理解することは妥当であると考えられた（V 2(3)参照）。

それに従えば、個別の規律の差異について正当化の可能性をここで検討することはできないが、しかし少なくとも、その正当化には相応に高いハードルが設けられていると考えられる。そして本判決からそのハードルを超えられるような議論の端緒を見出すのは難しい。例えば本判決は婚姻についての規律一般についてはその「立法目的」について「子の有無、子をつくる意思・能力の有無にかかわらず、夫婦の共同生活自体の保護も、本件規定の重要な目的であると解するのが相当」としているため、同性間の関係を規律から排除するためには、これとは異なる、同性間の関係の排除がその実現のために求められる「立

73) 谷口・前掲注5)。

法目的」を示す必要がある。また婚姻から生じる法的効果を受取る利益一般については「異性愛者であっても同性愛者であっても、等しく享受し得る重要な利益」であるとしているのだから、同性間の関係を規律から排除するためには、同性間には保護されない利益がその規律について存在することを示さなければならない。

したがって、内容面での積極説は、本稿が再構成するところの本判決の「真にやむを得ない」基準が内容面についても適用されると考えるならば、おそらくは擁護されるだろうと考えられる。しかし、IV（とりわけ1）において論じたように本判決は形式面での議論に重点を置いており、そもそも本判決が内容面について論じているか定かではないことに加え、「真にやむを得ない」基準の内実を判決テキストのみから明確化できないことが、弱点として残っているのである。

## VI. 「婚姻」の尊重をめぐる問題

IVまでで示したように、本判決は日本で初めて同性婚を要請した判決として大きな意義が認められる。しかし本判決には婚姻の実質的な根拠づけが存在しないという問題がある。

この問題を敷衍すると以下ようになる。本判決は、平等に絞って違憲性を論じたためか、婚姻それ自体がなぜ保護されるべきかということを論じていない。一方でその制度については立法に全面的に委ねるかのような説示を行うことで婚姻の実質的な基礎づけは回避されるが（1）、他方で婚姻は愛の共同体であり社会の尊重を受けるという濃厚なイメージが提示される（2）。このことによ

て、IV 1(3)bの末尾でも触れたように、本判決は特段の理由を示さずに、特定の生のあり方が特権的に尊重に値するというメッセージを発してしまうおそれがある。

## 1 憲法 13 条と婚姻

本判決は憲法 13 条について、同性婚という「特定の制度」を求める権利という構成を採用しそれのみを取り上げている。この点については、再婚禁止期間違憲判決を参照して、「婚姻をするかどうか、いつ誰と婚姻をするかについては、当事者間の自由かつ平等な意思決定に委ねられるべき」という趣旨の「婚姻をするについての自由が、同性間にも及ぶのかについて検討しなければならない」という問題設定をしているため、「特定の制度」を求める権利という構成はこの問題設定に直接答えていないという批判もあるところである<sup>74)75)</sup>。

ここでは(1)において「特定の制度」を求める権利以外の構成を採用していないことの意味を確認し、(2)において「特定の制度」を求める権利がないとした論証を検討することによって、本判決が婚姻制度を立法に大幅に委ねていることを示す。

### (1) 憲法 13 条違反の構成

学説上では、同性婚と憲法 13 条を関連づける議論が有力に存在する。例えば西村枝美は、人格権を基点として、私的領域を形成し維持すべき法制度を制定するという義務をやむを得ない事由なくして怠ること（同性婚を認めないことはこれに含まれる）が憲法 13 条に違反すると論ずる<sup>76)</sup>。また巻美矢紀は、結婚の権利を認めることは、特定の関係や集団に「国家のお墨付き」を与えそれ以外には

74) 吉原・前掲注 8)14 頁は、この点で議論が「すり替わっている（ように読める）」と批判する。また、「そこで想定されている『婚姻の自由』の意義は、特定の制度設営を求める権利ではあり得ない。というのも、憲法 24 条 1 項は、同条 2 項と併せ読めば、異性カップルに対してすら、婚姻の自由として、特定の制度設計を求める権利までは保障していない」と指摘する。

75) もっとも本判決は、「婚姻をするについての自由も、異性婚について及ぶものと解するのが相当」と述べることからして、「婚姻をするについての自由」は異性婚を保護する憲法 24 条によって保障され、憲法 13 条の問題ではないと考えているように思われる。

76) 西村枝美「同性婚の未規定性の憲法適合性—婚姻の自由ではなく人格権の問題として—」関西大学法学論集 69 巻 3 号 552 頁、585 頁以下（2019）を参照。

「スティグマ」を与えるという卓越主義の危険があると指摘しつつ<sup>77)</sup>、婚姻の権利を対国家的自由とした「憲法13条説」を「本質をついている」と評価して、「親密な結合の相手の自律的な選択」について「国家からの自由としての婚姻の自由」として提示している（同性婚の否定は婚姻の自由の侵害と構成される<sup>78)</sup>）。本稿では本判決を離れた同性婚についての憲法論<sup>79)</sup>を展開することはしないが、このように、憲法13条は同性婚を要求する有力な起点となりうる<sup>80)</sup>。

また本判決を見ても、「具体的な制度」を求める権利以外の構成は即座に思いつく。例えば、「婚姻によって生じる法的効果を享受する利益」は「同性愛者であっても、異性愛者であっても、等しく享有し得る」「重要な法的利益」としているのであるから、同性愛者についてもその「重要な法的利益」が保障

されるべきであり、同性婚を認めないことは、（同性婚という具体的制度の有無ではなく）こうした法的利益を受ける権利の侵害として、憲法13条違反になるのではないかと。あるいは、婚姻の本質の要素とされる「永続的な精神的及び肉体的結合を目的として真摯な意思をもって共同生活を営む」（状態を法的地位として享受すること）について、同性間にも憲法13条によって保障されるとはいえないだろうか<sup>81)</sup>。

これらの構成の終局的な成否はともかく、本判決はこうした構成を全く取り上げていない。そしてその理由が、①たまたま本件においてこうした憲法13条違反の主張がなされなかったために本判決でも取り上げられなかったからか<sup>82)</sup>、あるいは②本判決が取り上げた構成がもっとも有力であると考えたからか<sup>83)</sup>、はたまた③「憲法13条違反を支持

77) 巻美矢紀「Obergefell判決と平等な尊厳」憲法研究4巻103頁、107頁（2019）。

78) 巻・前掲注77)113頁。もっとも巻は自らの婚姻の自由をどの条文に基礎づけるかは述べていない。

79) その他、根拠を13条に求めるものとして中岡淳「同性婚の憲法的保護の可能性(1)～(3)完 Obergefell v. Hodges事件判決における『対等な尊厳』と『婚姻』概念をめぐって」論叢183巻1号91頁、183巻4号100頁（2018）、185巻1号38頁（2019）など、13条および14条1項に求めるものとして榎・前掲注71)など、もっぱら14条によるべきとするものとして白水隆「同性婚と日本国憲法」初宿正典古稀『比較憲法学の現状と展望 初宿正典先生古稀祝賀』591-602頁（成文堂、2018）などがある。

80) なお吉原・前掲注8)17-18頁は、白水隆『平等権解釈の新展開—同性婚の保障と間接差別の是正に向けて—』100-101頁（三省堂、2020）を引きつつ、「同性婚を憲法13条の文脈で議論すること」には「法律婚と個人の尊厳（あるいは人格権、人格的自律）を結びつけることによって、却って多様な家族観……が否定されることにつながるというdilemma」があるとし、「憲法24条1項を根拠に、同性カップルの婚姻の自由の保障を導く途も多分に残されていることからすれば、dilemmaを抱えながら憲法13条論に躍起になる必要はないように思われる。」と論じる。

しかし、集団によって与えられる法的利益が異なることに着目する憲法14条論ならばともかく、憲法24条によってこのdilemmaを克服できるとは考えにくい。憲法24条2項が婚姻について「個人の尊厳」に立脚して規律されるべきことを定めていることからすれば、問題状況は憲法13条の場合とさして変わらないからである。

81) 中岡・前掲注8)18頁は、24条が異性婚について定めたものであるとしても、「13条による『同性婚』の補充的保障を想定することは可能」であり、「むしろ、特別法の適用範囲から漏れる同性婚を13条の補充的保障によって保護することは、同条の制憲者の意図に沿う。」と論じる。大野・前掲注8)31頁も同旨。

82) 本判決の別紙2の1(1)における「原告らの主張の要旨」では、憲法13条違反の主張が明確に述べられておらず、それゆえに被告側の「新たな婚姻制度の創設を求める権利」という構成に乗って憲法13条を論じた可能性がある。吉原・前掲注8)13頁は、本判決が憲法24条と13条を一体として論じていることについて、「当事者の主張の構成自体に起因するところも大きい」と指摘する。もっとも、原告の第9準備書面では、本稿が紹介した西村・前掲注76)や巻・前掲注77)が援用されており、裁判所としても本文中で述べた憲法13条論の構成を知らなかったわけではないだろう。

83) 仮にそうであるとすると、本判決の沈黙は、本判決がこれらの権利・自由は憲法13条によって保障される程度にはないと考えていたことを暗示するものととらえることもできる。現に、本判決や本判決が引用する最高裁判例においても、「婚姻をするについての自由」は「憲法24条1項の規定の趣旨に照らし、十分尊重に値するもの」とされており、憲法上の権利とまでは述べられていない（巻・前掲注77)112頁参照）。それに倣って、上記のような権利・自由も、憲法13条によって保障される憲法上の権利・自由とまでは言えないと本判決は考えたのかもしれない。しかしいずれにせよこうした説明は全くなされていない。

なお「婚姻をするについての自由」について、巻美矢紀「救済を視野に入れた憲法上の実体的な権利の構成—同性婚訴訟を手掛かりとして」法時94巻2号117頁、120-121頁（2022）は、再婚禁止期間違憲判決の説示が婚

する学説も、まだ裁判所が採用を躊躇する段階にある<sup>84)</sup>という、議論状況を加味した実践的な思考によって憲法13条についての詳しい論述を避けたからなのかもはっきりしない。

しかしいずれにせよここで確認しておくべきなのは、これらの構成はそれぞれなぜ婚姻が保護されるかについて論じようとしたものだということである。したがってそれらを取り上げずらしなかった本判決の姿勢は、婚姻を保護すべき実質的根拠についての議論を回避したものであると評価することができる<sup>85)</sup>。

## (2) 婚姻と制度

では本判決が採用した「特定の制度」を求める権利という構成から、婚姻を保護すべき実質的根拠についての議論が見出せるだろうか。結論から言うとそれは、見出せない。それどころか、本判決は憲法13条との関係では婚姻の内容に触れることなく、その形成が立法に委ねられたパッケージとして婚姻を捉えている。

本判決が憲法13条違反の主張を退けた理由は2点ある。第1に、婚姻および家族についての「個別規定」である憲法24条が、「具体的な制度の構築を第一次的には国会の合理的な立法裁量に委ね」ていることである。第2に「実質的にも」、「同性婚の場合には、異性婚の場合とは異なる身分関係や法的地位を生じさせることを検討する必要がある部分もある」ということである<sup>86)</sup>。

このうち、第2の理由づけには疑問が示されている。すなわち、「異性婚の場合に生じる身分関係や法的地位もただちに憲法13条

で保障される権利から導きだせるわけではないと仮に理解するとすれば、同性婚の場合だけ、憲法13条との関係性を希薄なものとする理由として、異性婚との身分関係や法的地位の違いをことさら取り上げる道理は成立しない<sup>87)</sup>という。

この指摘は正当であろう。しかし、第2の理由と第1の理由の両者を合理的に関連づけるためには、本判決が憲法13条による主張を退けた中心的理由は第一の理由、すなわち、具体的な婚姻制度は立法を待たなければならないということであり、第2の理由は第1の理由への異論に対する再反論であると考えべきである。以下で敷衍する。

第1の理由に対しては、次のような異論がありうる。すなわち、現状では既に立法の結果としての異性婚制度が存在する。それゆえ、婚姻を実現する制度の参照点として異性婚制度を具体的に指定することができるため、(パートナーレベルでの同性婚と異性婚との違いは当事者の性別の組み合わせ以外ほとんどないことから)立法を待たずとも同性婚制度の要求ができるのではないかという異論である。この異論を想定して初めて、第2の理由が意味を持つ。すなわち、異性婚制度は全体として見ると自然生殖や実子を前提とした規定をも含んでいるが、同性間にはこれらがそのまま妥当しないため、同性婚としてくられる総体は異性婚とは異なることが当然予想される。したがって、異性婚を参照点としても、なお同性婚の具体的な制度は憲法13条から直接導き出すことは困難であるということになるのである。以上のように整理するならば、2つの理由は相互に関連して意

---

姻の自由の「憲法上の位置付けや規範性を限定したものではない」とする最大決令和3年6月23日(判時2501号3頁)における三浦意見を援用しつつ、「人格の発展に重要」であることから「一般論としては端的に憲法上の権利として保障すべき」と論じる。

84) 西山・前掲注8)60頁。中曾・前掲注8)84頁は、「裁判所の主観的価値判断により憲法上の権利が創設されたのではないかという問題が提起される」だろうことから、「本判決が論争的な特定の憲法上の権利を認めなかったことにも納得がいく」とする。

85) 喜久山・前掲注8)199頁は、本判決がカップルを単位として保護を認めるかのような論じ方であることを批判し、「個人の自己決定権に依拠して憲法違反だと認定していたなら、婚姻する者だけでなく、婚姻しない者にも配慮の行き届いた新たな社会を構築する足掛かりともなったであろう。」と指摘する。いかにして自己決定権から婚姻の自由を構成するかという点は、今後の議論の進展がまたれるところであろう。

86) 渡邊・前掲注8)法セ34-35頁は、その違いは「嫡出推定ではないか」と指摘する。

87) 新井・前掲注8)8頁。

味のある理由づけとして理解することができる。

しかしこのような理由づけには、なお疑問が生じる。現行の婚姻に関連する規定には、婚姻当事者間の扶助義務や同居義務、日常家事債務の連帯、配偶者の相続権、養子の規律など、自然生殖や実子に関係のない規定も多く含まれている。そのため、少なくとも生殖や実子に関係のない規定の限度で、異性婚の規定と同内容の規定が同性婚にあればよいという議論は十分成り立つ<sup>88)</sup>。それにもかかわらず本判決が、憲法13条によって同性婚を認めることはできないとしたのは、なぜなのか。

これに回答するとすれば、婚姻のパッケージ性を強調することになるだろう。このようなパッケージ的な婚姻観によれば、「異性愛者と同性愛者の差異は、性的指向が異なることのみ」であって、それゆえ異性婚と同性婚の差異は当事者の性別の組み合わせのみであり婚姻当事者間の規律が異性婚と同性婚で異なることが予想されたとしても、裁判所が具体的な制度を指定することはできない。なぜなら、異性婚に含まれる規定と同性婚に含まれる規定が異なることが予想される以上、なお憲法24条の趣旨である「立法裁量<sup>89)</sup>」が認められ、全体としてパッケージとしての同性婚が一意に定まらないからである。

以上の検討によれば、本判決が憲法13条によって想定していることは、具体的な制度

を求めることの可否であり、その対象となる婚姻制度は立法によってパッケージとして提示されるものだと考えられる<sup>90)</sup>。ここでのパッケージは立法によって作られているかいないかの二択であり、パッケージ内部の特定の権利義務関係を括り出して憲法13条によって保障するという思考は排除されている<sup>91)</sup>。この理解に従えば、仮に制度を求める権利が13条によって保護されるとしても、それは事実上、現実の立法と全く同じ規律に服することができる場合に限られるだろう。

### (3) まとめ

以上から、本判決が一般的権利保護条項である憲法13条の審査に際して、婚姻制度を求める権利の問題であるとすることで婚姻保護の実質的な基礎づけを回避し、さらに婚姻制度についても立法によるパッケージであるとすることでその内容の直接の吟味を回避していることがわかる。

これと、IV 1(3)bで論じた、婚姻によって生じる法的効果を享受することの法的利益性の根拠を、婚姻によって生じる法的効果の内容ではなく婚姻が社会的に尊重されていることに求めた議論とあわせて考えるならば、本判決は婚姻の保護をその規律内容から基礎づける議論を全くしていないことになる<sup>92)</sup>。

## 2 婚姻と愛

他方で、本判決は婚姻に対して特定の濃厚なイメージを持っているようにも思える。そ

88) 木村・前掲注58)5頁は更に進んで、「現行法の生殖関係保護効果を同性間に適用しても、実際に、それが使われることがないだけで、何ら問題は生じないはずである」として、「端的に、同性間でも、異性間と同様の法律婚を認めればよい。」としていた。

本文の議論と同様の発想として、台湾大法官は积字第748号解釈において、同性婚を認める立法が期限内になされなければ、現行の民法の婚姻の規定によって同性婚が可能であるとしていた(さしあたり鈴木・前掲注71)および今野・前掲注71)参照)。

89) ここで立法裁量の広範性を強調すると、本判決内部で循環してしまう。というのも、本判決は憲法14条1項違反の有無を論じる文脈で、「同条[24条]及び13条によって、同性間の婚姻をするについての自由や同性婚に係る具体的な制度の構築を求める権利が保障されているものではないと解されること」にも照らして、「広範な立法裁量」を肯定しているからである。

90) 婚姻をパッケージとして捉える発想は、夫婦同氏制が合憲であったとした最大決令和3年6月23日判時2501号3頁の深山・岡村・長嶺3判事による補足意見にも現れる。

91) この点が、婚姻を規律の束であるとしてそれぞれの区別の正当化を論じようとする木村ほかの学説と裁判例の立場が大きく分かるところであると思われる。

92) 本判決は婚姻当事者の共同生活の保護を婚姻の関する規定の目的として指摘するが、それも婚姻という大枠についての説明にとどまり、いかなる規律がいかなる関係に対して妥当すべきかという議論はなされていない。

れは、本件区別取扱いが性的指向による区別ではないとする議論に反論する箇所では明らかになる。しかしながら、そうしたイメージを持ち出すことの正当化は本判決において行われていない。

同性婚ができないことは形式的には性別の組み合わせによる区別である。しかし本判決によれば、婚姻の本質が「両性が永続的な精神的及び肉体的結合を目的として真摯な意思をもって共同生活を営むこと」（最大判昭和62年9月2日民集41巻6号1423頁参照）であるとすると、性的指向と合致しない者との婚姻は「当該同性愛者にとって婚姻の本質を伴ったものにはならない場合が多い」。さらに、「恋愛や性愛の対象とならない異性」との婚姻は、「真に社会観念上夫婦であると認められる関係の設定を欲する効果意思」としての婚姻意思があると「認め難い場合があると考えられ、そのような婚姻が常に有効な婚姻となるのか、疑問を払拭できない。」という（判決3(2)ウ）。要するに、婚姻の本質に「恋愛や性愛」と解される「精神的及び肉体的結合」が含まれることから、性的指向

と合致しない者との婚姻は、婚姻意思を欠き無効となるおそれがあり、無効とならないにしても婚姻の本質にかなうものとならない場合が少なからず想定される<sup>93)</sup>ため、同性間で婚姻できないことは性的指向による区別といえるという議論である<sup>94)</sup>。

1での議論とは対照的に、ここでの婚姻は恋愛や性愛といった濃厚な情緒的要素に彩られている。しかし、これらの判示を文字通り「恋愛や性愛」による関係こそが婚姻として保護されるべきであると捉えるならば、その根拠は十分に示されていない。まず本判決の参照する先例の事案は、別居が35年にもわたり「共同生活としての実体」を失っていたというものであり、この判例自身が「精神的及び肉体的結合」を「恋愛や性愛」と等置していたわけではない。するとこの等置の根拠は結局のところ、「社会通念<sup>95)</sup>」であるように思われる。しかし社会通念の内容は明確ではなく、本判決はなぜ「恋愛や性愛」こそが婚姻にとって決定的であるかを明確にできていない<sup>96)97)</sup>。

93) 新井・前掲注8)9頁は、「当事者の性的指向に従ったライフスタイルのなかで婚姻制度を利用できないか、あるいは、それによって生じる法的利益の獲得さえも叶わないという、……パートナーシップに関する主観的価値を重視した実質的平等の視点」があると指摘している。

94) なお、異性と婚する同性愛者について（本判決の性的指向の理解からはその間に恋愛関係はありえないが）常に婚姻の本旨の充足や婚姻意思の存在が否定されるとまでは本判決は述べていない。「本判決は、恋愛や性愛の対象とならない性との間で婚することについて、いかなる意味でも婚姻の実態を欠くと踏み込むことを避け」とする西山・前掲注8)58頁の指摘も同旨である。

95) なお社会通念を婚姻意思に持ち込むことは、同性間には社会通念上婚姻は成立せずそれゆえに同性婚についても婚姻意思がないとする理解を招きかねない。しかし、婚姻意思とは偽装婚を排除するために展開された議論であり、「法律上の婚姻の法的効果を、すべて引き受ける意思」とであると解し、これを満たす以上、同性婚について婚姻意思がないとして排除することはできないとする西村・前掲注76)594頁以下が説得的である。

96) 西山・前掲注8)58頁は、「単なる『共同生活』ではなく、『恋愛・性愛に基礎付けられた共同生活』の達成が、婚姻の法的保護の主な目的とされる必要があったであろう。」「『恋愛・性愛を基礎にした共同生活』に法的保護を与えることが現行民法の婚姻制度上どれほど重視されているかについて、本判決の論旨はより一層の補強を要する」と指摘する。このように十分な論証がない結果、本判決は「社会通念に支えられた婚姻制度を維持・強化しようとするものだともいえる」という評価もなされている（喜久山・前掲注8)202頁）。本判決の論証と関連づけてはいないが、志田・前掲注18)も、「婚姻制度に入ることが素晴らしい」という価値観を押し付ける発想に絡め取られないように注意しなければならない」と指摘する。

97) 西山・前掲注8)58頁は、本判決が憲法14条のみによって違憲という結論に至ったため、「本件規定の下での、夫婦としての共同生活に対する保護の基礎に、普遍的な〈愛〉という重みづけを明確に与えるほかに、典型的に生殖を伴う結合とこれを伴わない結合との同質性を導く途はなかったであろう。」とする。しかし本判決では原告らが「共通して同性愛者」であったという事案の特徴を踏まえて、「同性愛者に対する差別的取扱いの限りでその合理性に疑問を示したものであると射程を限定すると考えれば（西山・前掲注8)56-58頁参照）、『恋愛や性愛』こそが婚姻の本質的要素であるとするのは過剰であるとも考えられる。

例えば以下のように議論するのでも本件では足りるのではないか。すなわち、相応のコストがかかる永続的あるいは持続的な共同生活を行おうとするに際しては、相手に対する何らかのコミットメントがある場合がほとんどであり、相手への「恋愛や性愛」はそうしたコミットメントの典型例であると考えられる。婚姻を規律する者

### 3 小括

1 および 2 の議論と IV 1 (3) b の議論を総合すると、婚姻を内容から正当化することは回避される一方で、本判決にとって婚姻は「恋愛や性愛」の共同体であり、それが社会的に尊重されていることから、婚姻によって生じる法的効果を楽しむことが法的利益として保護されるということになる。

この議論の不都合は、一見して明らかのように、「恋愛や性愛」による共同体こそが社会的尊重に値するという議論と親和的なことである。特定の生き方や関係に特権的な地位を与えるとするれば、「これまで異性間の婚姻

に付与されてきた『家族イデオロギー』が、同性間パートナーシップのなかにも規範として、もちこまれることになる。」(堀江有里「(反婚) 試論 家族規範解体をめぐる覚書」現代思想 43 巻 16 号 192 頁, 198 頁 (2015))。

なぜ婚姻の名の下で特定の関係のみに利益が与えられるのかということについては、従来から批判的な検討が続けられている<sup>98)99)</sup>。婚姻の実質的な正当化を行わず、立法裁量と社会における位置づけによって同性婚を要請した本判決は、こうした批判への耐性を持たない。「婚姻以上に深遠な結びつきは存在しない」と述べて(称賛とともに)批判を受けた<sup>100)</sup> アメリカ連邦最高裁の *Obergefell v. Hodges* 判決と同様の理論的な脆弱性を本判

は当然そうしたコミットメントを想定していると考えられるため、婚姻の成否について区別をすることは、婚姻の基礎にあるコミットメントについて区別をすることでもあり、そこに「恋愛や性愛」が含まれる限りで、性的指向に基づいて区別をすることでもある。

この議論は、婚姻の趣旨として子の生育を考える場合にはより強く妥当する。というのも、子の出産の前提に典型的には性交渉が存在するところ、性的指向と合致しない相手との性交渉は典型的に想定されるものではないからである。婚姻が子の生育を想定しており、子の生育が性交渉を想定しており、性交渉は性的指向と合致する相手と行われることが想定されるとすると、婚姻は異性愛という特定の性的指向を想定していることになる。それゆえ、同性婚を認めないことは、性的指向による区別と言わざるを得ないことになる。

98) 松田和樹は「多様に善き生の構想を追求/形成する人々の性/生の在り方の中で特定の在り方のみを法が他の在り方とは異なるように取扱おうとするのなら、その取扱いはいかなる善き生の構想からも独立に導かれる理由によって正当化されなければならない」として、結論として婚姻制度の廃止を主張する(松田・前掲注 47)382 頁)。

これに対して、植木淳「日本国憲法と家族制度——法律婚批判の再考——」名城法学 71 巻 1 号 1 頁 (2021) は、この取扱いの差異という問題を意識した上で、婚姻制度の目的が「配偶者の保護」と「子の親の推定」に限定されると論じ、そこから許容される婚姻の規律について考察している。

99) ドイツにおいては異性婚と同性の登録生活パートナーシップとの平等審査によってその異なる取扱いの多くが違憲とされたことにより、両制度の「法律関係における実質的な差異はほぼ完全に失われ」ていった(中岡・前掲注 8)18 頁)。これに関連して、「婚姻が憲法の特別の保護を享受するのは、国家の負担を軽減するようなパートナー的な援助と責任の共同体としての機能によってである。」とする、婚姻への利益付与の根拠を婚姻当事者間の扶養義務に見出す見解がドイツで示されている(Frauke Brosius-Gersdorf, *Schriftliche Stellungnahme*, S.10 (2015)) ([https://www.bundestag.de/resource/blob/389170/0f4dca827f7a9226ec0419093c33dd8c/brosius\\_gersdorf-data.pdf](https://www.bundestag.de/resource/blob/389170/0f4dca827f7a9226ec0419093c33dd8c/brosius_gersdorf-data.pdf))。

それを含めたドイツでの議論の紹介として渡邊泰彦「同性婚による婚姻概念の変容—ドイツ連邦議会法務・消費者保護委員会公聴会より」同志社法学 68 巻 7 号 527 頁 (2017)、特に 546 頁を参照)。Brosius-Gersdorf の基本法 6 条理解は、Dreier/Brosius-Gersdorf, *Grundgesetz Kommentar*, Bd. 1, 3. Aufl., 2013, S.839ff. を参照。そこでは、婚姻と家族の必然的結合は否定され (Rn.43ff.)、婚姻の保護の根拠として配偶者相互の援助の義務によって国家の補助負担を軽減することが挙げられている (Rn.60)。

100) 「婚姻を個人の自律の視点からセレクトしているが、婚姻しない人は自律していないかのような響きがある」とし「婚姻という者の特権的位置づけをそのまま踏襲するもの」とする駒村圭吾「同性婚と家族のこれから——アメリカ最高裁判決に接して」世界 2015 年 9 月号 23 頁, 25 頁 (2015) (白水隆「オバゲフェル判決を振り返る」立教アメリカンスタディー 38 号 123 頁, 128 頁 (2016) もそれに同調) や、「固定した、ちょっと保守的な婚姻イメージを同性カップルの婚姻に拡張することの問題は、婚姻制度を柔軟なモデルに基づいて拡張したならば、より多様な人々との親密な関係にも法律上、適切な保護が及ぶようになり、人々の親密な関係形成に関する選択肢が増え、さまざまな恩恵を享受できる可能性のある人々がいるにもかかわらず、現実には、それらの人々を阻害し、従来の婚姻の特権化したことにある。」とする紙谷雅子「*Obergefell v. Hodges* について——アメリカ法の立場から——」アメリカ法 2016 年 2 号 235 頁, 257-258 頁 (2016) など。またアメリカにおいても、*Obergefell* 判決を「平等な尊厳」の理論を打ち出したものとして高く評価しつつ、それが婚姻の特権化することに

決は抱えている<sup>101)</sup>。

そしてこのことは、同時に、「恋愛や性愛」の中でも婚姻に包含されるものだけが利益を受けるといふ問題も生じさせる<sup>102)</sup>。婚姻外の関係に関して我が国では内縁あるいは事実婚について議論があるが、1対1ではなく3人以上で真摯な恋愛あるいは性愛関係を営む者たちは、そもそも現状では婚姻制度に参加する可能性がない<sup>103)</sup>。本判決の延長線上には、こうした婚姻の本質をなすとされる（永続的な）「恋愛や性愛」関係を営んでいると言える人々にも婚姻としての保護を認めるか（認めないとすればなぜか）という問い<sup>104)</sup>も待ち受けている<sup>105)</sup>。

## Ⅶ. 結

最後に本判決について本稿の理解をまとめよう。

本判決は、同性間に認められる規律が「婚姻」としてなされるべきという意味で同性婚を要請した判決であると理解でき、その意味で大きな意義を有する。その理由は、本判決が論じる婚姻によって生じる法的効果を受取る利益について、法的効果が全て婚姻という「身分」と結びついているためいかなる規律であってもそれは「婚姻」と結びついたものであるはずだから、あるいは法的利益性の理由づけから同性間に認められる規律も社会

---

については「失望の大きな痛み」を感じるとする Lawrence H. Tribe, *Equal Dignity*, 129 HARV. L. REV. 16 (2015) (引用は 30 頁) などがある。アメリカでの Obergefell 判決に対する批判を紹介するものとして、巻美矢紀「自由と平等の相乗効果—— Obergefell 判決が開く憲法理論の新たな地平」樋口陽一ほか編『憲法の尊厳——奥平憲法学の継承と展開』359-369 頁, 375-376 頁 (日本評論社, 2017) も参照。

101) 本判決と Obergefell 判決の類似性については、西山・前掲注 8)58 頁も指摘している。

102) 婚姻について批判的検討を続けている松田和樹は、最近「愛のために『結婚制度』はもう廃止したほうがいい、法哲学者の私がそう考える理由」という論考において、「あらゆる愛と家族を大切に思うからこそ、法は愛と家族から離れなければならない『ママ』。むしろ、人々が営む多様な関係のうち、特定の家族だけをとりだして特別扱いするような法こそ、家族を破壊してしまうだろう。実際、異性カップルだけを特別扱いする法制度は、同性カップルが築く家族を不当に引き裂いてきたのだ。法律に、『この家族はあの家族よりも大切だ』というような判断を、させてはいけない。」と論じている。婚姻制度への批判的な視点は松田・前掲注 47) と共通しつつ、「愛のため」論考では本判決が「愛」を持ち出していることにも触れつつ、直接に「愛」を主題として取り上げている。

103) こうしたポリアモリーと呼ばれるライフスタイルについては、深海菊絵『ポリアモリー 複数の愛を生きる』(平凡社新書, 2015) やデボラ・アナポール (堀千恵子訳)『ポリアモリー 恋愛革命』(河出書房新社, 2004) を参照されたい。

104) 『婚姻は死を超えても存続するだろう愛情を体現するものだ』と考えるのなら、たとえば『ただ同年同月同日に死すことを願わん』という劉備・関羽・張飛の誓いの方が、数年で離別する異性婚よりはるかに(ここでいう)婚姻に近いということにはならないだろうか。(安藤馨=大屋雄裕『法哲学と哲学の対話』204 頁 [大屋] (有斐閣, 2017))。

105) この問題は、本判決の論述に引きつけて言えば、「婚姻によって生じる法的効果を受取る利益」を複数人の関係も享受して然るべきかといえるかという問題でもある。すると、この問題に答えるためには、複数人の関係の規律と二者間の関係の規律の差異や、二者間の規律の趣旨や正当性といった、婚姻の内容に踏み込んだ検討が避けられないだろう。

新井・前掲注 8)11 頁は、将来的には「近代的な家族公序の中心に据えられた婚姻制度自体、今後とも重要な公序として残していくのか、それとも人々の共同生活のあり方に関わる(婚姻に囚われない)新たな制度の模索をしていくのか、といった原理論が立ちはだかる……(婚姻制度が、そもそも憲法上で最大限に要請される秩序であるのかどうかという問いもその点に関わることになる)。」[傍点原文]という見通しを示す。あくまで一般論ではあるが、婚姻をめぐる原理的考察の必要性への意識を表す指摘と言えよう。また本判決に関連して、そもそも婚姻のパッケージ的な特権を批判的に検討する必要があるとする喜久山・前掲注 8)203 頁も同様の問題意識を示すものであろう。

民法学においても、沖野眞己「同性カップルと婚姻」東京大学法学部「現代と法」委員会編『まだ、法学を知らない君へ』29 頁 (有斐閣, 2022) など、婚姻不要論や性的関係を持つカップル以外の(婚姻ではない家族としての)保護の可能性、身分公証における婚姻という「ラベリング」の社会的意味 (45 頁)、戸籍のあり方の是非など、幅広い問題意識から婚姻を論じているものがある。

また極端な例を通じて婚姻の原理的考察の必要を説くものとして、瀧川裕英「パソコンと結婚したい」自治実務セミナー 2018 年 4 月号 45 頁。

的に尊重される「婚姻」でなければならないから、ということに求められる。

しかし本判決には問題もある。まず本判決の判断枠組みの内実は十分に明確でなく、かつその提示と当てはめに齟齬があるため、本判決全体としてどのような審査を行うべきと考えているかが不明確になっている。そしてそれゆえに、仮に本判決の議論が内容面にも及ぶとしても、内容面での積極説は形式面での積極説ほど強く擁護されなかった。

内容面の積極説については別論としても、以上のように本判決は形式面での積極説に立つものと理解でき、それゆえに同性婚を要請する最初の判決としての意義が認められるのであるが、しかし、その理由づけにも問題がある。それは同性婚を認めない現行法の違憲性の論証において、婚姻保護の実質的根拠に立ち入った議論を回避し、立法裁量や社会通念、婚姻の社会的評価などのみに依拠したことである。このことによって、本判決には、十分な理由づけなく、「婚姻」こそが尊重に値する、「恋愛や性愛」こそが婚姻として尊重に値する、婚姻に含まれる「恋愛や性愛」こそが保護される、といった含意を生じさせる懸念がある。

本判決は全国で行われている同性婚についての訴訟のうち最初の判決であり、これから他の裁判所でも判決が出されていくと思われる。したがって、具体的な裁判との関係での同性婚を検討する作業は緒に就いたばかりである。本判決の分析によって明らかになった、判断枠組みの定立とその適用についての問題や、婚姻の保護をどのように理由づけるかという問題は、同性婚に関わる裁判において今後も問題になり続けるだろう。本判決は一裁判例であるが、それが提示する理論的問題は大きいといえよう。

一方で現行法は同性婚を拒絶し、他方で理論的には婚姻の正当性自体が批判的に論じられる。同性婚の要求はその狭間で、ある意味での二正面作戦を敢行しなければならない。本判決は同性婚の実現を後押しするという大きな意義を有すると同時に、婚姻をめぐる理論的な難題を暗示するものでもある。

\* 本稿の完成に至るまでには、多くの方々のお力添えをいただいた。小島慎司先生および宍戸常寿先生からは、本稿の構想・草稿段階において多くの重要なお助言・ご示唆を頂戴した。また、小川亮氏および山本侑氏も、内容面にわたる有益なお指摘をくださった。さらに、表現や構成についても様々な方よりアドバイスを受けることができた。ここでお名前を尽くすことはできないが、これら全ての方々に深く感謝申し上げる。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。

\* 本稿脱稿後に本判決に関連するいくつかの文献に接した。ここでは、それらについて若干のコメントを付しつつ紹介する。白水隆「判批」ジュリ 1570 号 16 頁は、本判決が憲法 14 条によるアプローチを採用したことを、婚姻の特権化を避けつつ差別という本件の本質の問題を解決するものとして支持し、憲法 24 条と 14 条の関係を論じる必要があると指摘する。また、本判決については「異性カップルと同等の権利を付与する制度を構築すればこと足り、婚姻を求める原告にとっては実質敗訴」と評価しており、形式面での消極説に立つものだと考えられる。

中岡淳「判批」論叢 190 巻 5 号 104 頁は、本判決を包括的に検討する評釈である。(総合考慮であるとする本稿とは異なり) 同評釈は本判決の論証を目的手段審査として再構成し得るとしつつ、定式化や考慮要素の不明確さなどそこに含まれる問題も指摘している。本稿もこの問題意識を共有するものである。

吉田邦彦「判批」判評 757 号(判時 2508 号) 152 頁(2022)は、婚姻懐疑論に対する「戦略的本質主義」への共感(154 頁)や、同性カップルの親子法など、広い視点から本件を分析しており興味深い。なお本判決については、「同性婚」を要求するものと考えているように思えるが、その理由づけは必ずしも明確ではない。

大島梨沙「同性婚」に付与されるべき法的効果とは何か——札幌地裁令和 3・3・17 判決を契機として」法教 502 号 22 頁(2022)は、本判決について(本稿の言葉を用いるな

らば) 内容面では消極説(一部でもよい)、形式面では「解釈が分かれうる」という立場を取り(23頁)、諸外国の例を参照しつつ、内容面について同性カップルに認められるべき効果(Ⅱ)および、保護されるカップルを「何と呼ぶか」(Ⅲ)について広く検討する(傍点原文)。「婚姻」と結び付けられた「法的効果」と「ラベル」をそれぞれ検討するという方法は本稿の問題意識と共通する部分があるが、それらについてより広く考察する論考として重要であるように思われる。

千葉勝美「同性婚認容判決と司法部の立ち位置」判時2506・2507合併号198頁(2022)は、憲法24条の文言から解釈すると同条は異性婚のみを婚姻として想定したものであると解すべきであるように思われるが、家制度などの差別的な規律を否定するという同条の趣旨と今日の状況を併せて考えると、両性などの異性間を含意する文言は「憲法変遷」によって当事者間一般を意味すると解釈すべきであるとする。千葉元判事の司法観と関連して本判決が分析されており独自の立場を示す。

これに対して、木村草太「憲法第24条1項の同性婚禁止解釈と差別」一冊の本2022年5月号24頁(2022)は、そもそも憲法24条が同性婚を否定すると読むことはできないとして、千葉の議論に逐一反駁している。また、同「婚姻と憲法——同性婚・別姓婚・非婚の共同親権を素材に」法教501号10頁(2022)においても、憲法24条が同性婚を排除すると解釈することはできないと論じている。本稿は本判決の憲法24条論を取り上げなかったが、これらは憲法解釈論とも関連して注目すべき議論であるように思われる。

さらに、木村草太「憲法上の権利総論：権利主体論の展開と個人の多様性——生殖関係なき異性カップルと同性カップルとの婚姻における不平等を素材に」憲法研究10号37頁(2022)は、同性婚の未規定性について、生殖関係ある異性カップル・生殖関係なき異性カップル・同性カップルの3者の差別的取扱いの正当性という観点から議論する。生殖関係なき異性カップルと同性カップルの区別には合理的理由がなく、また生殖関係ある異性

カップルと生殖関係なき異性カップルの区別は、生殖関係のないカップルが劣っているかのような感覚を生じさせ尊厳を毀損することから、それぞれ正当化されず、それゆえに同性カップルも婚姻に包摂されるべきであるとする。こうした立論には相応の説得力があり、裏側から婚姻の保護根拠を問うものとして重要であろう。もっとも、本判決において、生殖の有無という観点は明示的には採用されていないことには注意が必要である。

\* 本稿脱稿後に言い渡された大阪地判令和4年6月20日(平成31年(ワ)第1258号、LEX/DB 25592785)について。ここで詳細な検討をすることはできないが、関連する裁判例であるため、簡単なコメントをしておく。

同判決は、同性婚が認められていないことについて、憲法24条1項、2項、13条、14条1項適合性を審査した上で、いずれにも違反しないと結論づけた。このように、結論を本判決と異にする点がまず目を引くが、その論証にも注目に値する点があるように思われる。

第1に、同判決は本判決と異なり、同性婚を認めていないことが憲法24条2項に違反する余地を認めている。したがって、同判決は、憲法24条1項の「婚姻」は異性婚のみを指すが、同2項の「婚姻」は、異性婚に限定されない、より一般的な婚姻を対象とするとして理解していることになる。仮にそうであるとすれば、本判決はおおよそ異性婚に限られない「婚姻」について、憲法24条2項による違憲審査を肯定したものであり、同項の適用範囲を大幅に広げる踏み込んだ判決として評価することができる。この議論は、「両性」などの言葉を使っていることから憲法24条全体が同性婚を排除しているという議論を退けている点でも意義が大きいと考える。

第2に、婚姻によってもたらされる利益のうち、「社会の中で公に認知されて安心して安定した共同生活を営むために必要な人格的利益である公認に係る利益」は「自己肯定感や幸福感の源泉といった人格の尊厳に関わる重要な人格的利益」であり、「個人の尊厳の

観点からは同性カップルに対しても公認に係る利益を実現する必要がある」としている点である。この点は、婚姻の趣旨の一端を明らかにするものとして重要であり、かつその利益の要保護性を格上げしたように理解できる点でも興味深い（もっとも、それが実際の審査にどの程度影響しているかは不明確であるが）。

他方で、同判決には問題も多くある。その一部を挙げると、第1に、本判決と同様に判断枠組みが立法裁量を前提とした総合考慮であり、十分に分節化されていない。憲法14条1項審査においても、「より慎重」な検討をするというが、実質的に反映されているようには見えず、言葉遣いと実態が乖離している点で問題がある。

第2に、憲法24条2項適合性審査においては、「永続的な精神的及び肉体的結合を目的として公的承認を得て共同生活を営むこと」を趣旨とする婚姻一般から区別して、現行の異性婚制度の趣旨を生殖関係の保護にあるとしたうえで、その現行法によって同性カップルを保護しないことの合憲性が審査されているように解される。これは、現行法が生殖の保護を趣旨としているかの論証に疑問を差し挟む余地があるほか、同性カップルの不保護という問題の一部のみを検討対象にしているという点で、原告の主張とは噛み合っていないように思われる。

第3に、同性婚についての議論が途上であることを理由に現行法で同性婚を定めないことの違憲性を否定しているが、こうした議論状況を違憲性判断で考慮するという判断方法は選挙定数訴訟など特殊で限られた事案でのみ用いられてきたのであり、同性婚について用いるべき理由は見いだせない。こうした事情は、国賠の判断において考慮すべきだったのではないか。

第4に、憲法24条2項と14条1項の関係において、後者は同性カップルの不保護一般の違憲性を判断するはずにもかかわらず、異性婚を定める憲法24条の「秩序」など、現行異性婚制度との関係で違憲性を論じている部分が混在しており、論証の一部が錯綜しているように思われる。

以上のように同判決は論証過程に少なからぬ疑問点があり、そのまま受け入れることはできないと思われるが、婚姻についての興味深い議論を提示しているものであるため、今後の分析が待たれる。なお、同判決については、木村草太「判批」法時94巻10号4頁(2022)および松原俊介「判批」法セ813号118頁(2022)がある。

\*本稿の校正中に、同性婚についての東京地判令和4年11月30日(平成31年(ワ)第3465号)に接した。同判決は、同性婚を認めない民法及び戸籍法の諸規定について、憲法24条1項、14条1項、24条2項のいずれにも反しないとしたが、同性カップルが家族として法的に保護され社会的に公証される利益は「個人の尊厳に関わる重大な人格的利益」であるとし、「同性愛者についてパートナーと家族になるための法制度が存在しないことは、同性愛者の人格的生存に対する重大な脅威、障害であり、個人の尊厳に照らして合理的な理由があるとはいえず、憲法24条2項に違反する状態にある」と判示した。

同判決は、憲法24条のいう「婚姻」を異性間に留保し、自然生殖の保護によってその合理性を基礎づけるように見える一方で、婚姻をも包摂する「家族」によって同性カップルを保護しようとする点に特徴がある。こうした論理は札幌地裁判決や大阪地裁判決と共通する要素もありながら少しずつ異なっており、興味深い。東京地裁判決については、「婚姻」と「家族」の関係や、家族としての「保護」や「公証」の内実の更なる探究が、今後の課題となろう。

(こんの・あまね)

論説

# 裁判所法 67 条の 2 第 1 項に基づく修習給付金の 課税上の取扱いについて

——国税不服審判所裁決令和 3 年 3 月 24 日の検討——

2020 年入学

吉沢健太郎

はじめに

## I. 修習給付金の概要

- 1 現行制度
- 2 現行制度に至る経緯

## II. 国税不服審判所裁決令和 3 年 3 月 24 日

- 1 事案の概要
- 2 裁決の要旨
  - (1) 争点 1 (学資金該当性)
    - a 学資金該当性の判断基準
    - b 当てはめ
    - c 結論
  - (2) 争点 2 (本件経費は必要経費に当たるか)
    - a 必要経費該当性の判断基準
    - b 当てはめ
    - c 結論

## III. 検討その 1 学資金該当性

- 1 学資金非課税規定の趣旨・沿革等
  - (1) 趣旨・沿革
  - (2) 関連裁判例
  - (3) 課税実務
- 2 本件裁決の論理
- 3 「学資」の意義と意思解釈
  - (1) 「学資」の定義
  - (2) 意思解釈
- 4 学資の範囲
  - (1) 直接関連性の要否
  - (2) 司法修習は「学問の修業」か
- 5 小括

## IV. 検討その 2 所得区分

- 1 給与所得該当性
  - (1) 給与所得の要件
  - (2) 司法修習生の法的性格
  - (3) 基本給付金の私法的性格
  - (4) 小括
- 2 一時所得なのか、それとも雑所得なのか
  - (1) 一時所得と雑所得の区別
  - (2) 非継続要件
    - a 「一時の所得」は無意味?
    - b 「一時の所得」の解釈 (一時性)
  - (3) 非対価要件 (所得発生の偶発性)
    - a 趣旨
    - b 「対価」の解釈——「対価の性質」とは何か?
- 3 小括

## V. 検討その 3 必要経費控除の可否

- 1 必要経費控除の趣旨
- 2 本件裁決の論理
- 3 業務該当性
  - (1) 平成 8 年東京地判
  - (2) 裁判員等への旅費等との比較
    - a 平成 20 年照会
    - b 「実費弁償的」性質
- 4 対価的性質の否定と、所得区分の関係
- 5 小括

## VI. 結びに代えて

## はじめに

法科大学院生にとっては馴染みの深い制度であるが、司法修習生はその修習期間中、国庫から修習給付金として金銭給付を受ける。この修習給付金に関する課税処分が、現在争われている。そして、国税不服審判所が納税者の請求を棄却する裁決（以下「本件裁決」という。）を出すに至った<sup>1)</sup>。

本件裁決では、修習給付金について、①「学資に充てるため給付される金品」（所得税法（以下「所法」という。）9条1項15号、以下「学資金」という。）該当性、②（課税所得に当たるとを前提として）所得区分、③必要経費控除の可否の3点について判断が示されている。本件裁決は、修習給付金の課税上の取扱いについて初めて判断を示したという点でも重要であるが、後述のように、これまで学資金該当性が争われた事案は少ないという点からも、本件裁決は注目されるべきであるといえる。

そこで、本稿では、本件裁決の内容を紹介するとともに、これを批判的に検討する。最初に、修習給付金の制度概要を説明する（Ⅰ）。次に、その課税上の取扱いが争点となった本件裁決を概観する（Ⅱ）。その上で、検討対象とする論点を3点、すなわち、学資金該当性（Ⅲ）、所得区分（Ⅳ）、必要経費控除の可否（Ⅴ）に設定し、関連する学説や裁判例を整理しつつ、検討を進めていくこととする。

### Ⅰ. 修習給付金の概要

#### 1 現行制度

修習給付金制度とは、司法修習生に対し国

（最高裁判所）から金銭給付を行う制度であり、裁判所法67条の2第1項に基づくものである。給付内容は、基本給付金、住宅給付金及び移転給付金の3種からなる（同条2項）。それぞれの金額は、基本給付金が月額13万5000円（司法修習生の修習給付金の給付に関する規則<sup>2)</sup>（以下「規則」という。）2条1項）、住居給付金が月額3万5000円（規則4条2項）であり、移転給付金は4万6500円から14万1000円の範囲で修習生の配属される修習地に依じて支給される（規則10条、別表）<sup>3)</sup>。

本制度の趣旨を理解する上では司法修習生の身分の特性に留意する必要がある。司法修習生には修習専念義務が課せられており（裁判所法67条2項）、アルバイトその他の収入を稼得する労働に従事することが原則として禁止されている。こうしたことを踏まえ、政府は本制度の趣旨を「司法修習生は、修習期間中、その修習に専念することとされており……修習給付金〔は〕……修習期間中の生活を維持するために必要な費用として定められる額を支給するものである」<sup>4)</sup>と説明しており、修習専念義務により生活資金の稼得が困難な司法修習生一般の生活費を保障する点にその趣旨がある。

### 2 現行制度に至る経緯

現行の修習給付金制度は司法修習制度創設当初からのものではなく、これに至るまでには幾つかの変遷を経ている<sup>5)</sup>。

司法修習制度の創設時から平成23年（新64期）までは、当時の裁判所法67条2項<sup>6)</sup>に基づく給費制が採用されており「給与」が支給された。支給額は国家公務員総合職の初任給に相当する額とされており、賞与や通勤手当、住居手当等の諸手当も支給された。金

1) 国税不服審判所裁決令和3年3月24日公開物未登載（大裁（所）令2第46号）。全文は以下のホームページにて公開されている。山中理司「修習給付金は必要経費のない雑所得であるとした国税不服審判所令和3年3月24日裁決」（2021年4月11日）（<https://yamanaka-bengoshi.jp/2021/04/11/shuushuukyuuuhukjin-r030324saiketsu/>、2022年3月17日最終閲覧）参照。

2) 平成29年8月4日最高裁判所規則第3号。

3) 最高裁判所「司法修習生の修習給付金について」（<https://www.courts.go.jp/saikosai/sihokensyujo/kyuufu/index.html>、2021年6月22日最終閲覧）。

4) 第193回国会衆議院「法務委員会議録第4号」21頁〔小山政府参考人発言〕（2017年3月21日）。

銭給付以外の側面でも、裁判所共済組合への加入が認められる等、国家公務員に準じた待遇がなされていた。「給与」として支給された金銭は、給与所得として課税上取り扱われていた<sup>7)</sup>。

長年続いた給費制は平成 16 年の裁判所法改正により廃止され、新 65 期から貸与制へと移行し、給費制下での「給与」に代わるものとして、希望者に対し一定額が貸与されることとなった。

その後、法曹養成制度をめぐる環境が変化したこと<sup>8)</sup>を受けて、平成 29 年に裁判所法が再度改正され、現在の修習給付金制度が誕生した。

## II. 国税不服審判所裁決令和 3 年 3 月 24 日

### 1 事案の概要

審査請求人である X は第 71 期司法修習生として最高裁判所に採用された者であり、平成 29 年から 30 年にかけて約 1 年間にわたり修習給付金の支給を受けた。司法修習に従事するに当たり、X は実務修習が行われる場所や修習考試の会場への交通費、法律関係の書籍代等（以下「本件費用」という。）を支出

した。そして、平成 30 年度の確定申告において、X は基本給付金を雑所得の総収入金額に算入し、本件費用のうち上記交通費を必要経費に算入した。

その後、X は、基本給付金について、①学資金として非課税所得にあたること、及び予備的に②（必要経費を伴う雑所得にあたることを前提として）必要経費が過少であり本件費用全体が必要経費になるべきことを主張して、更正の請求を行った<sup>9)</sup>。

これに対して、所轄税務署長は、更正すべき理由がない旨の通知処分を行い、さらに、上記交通費を必要経費に算入することはできないとして増額更正処分を行った。そこで、X が両処分の全部の取消しを求めた<sup>10)</sup>。

本件裁決において争点として設定されたのは、基本給付金が学資金に該当するか（争点 1）、本件費用が必要経費に当たるか（争点 2）の 2 点である。

### 2 裁決の要旨

本件裁決は審査請求をいずれも棄却した。結論に至る理由は以下の通りである。

#### (1) 争点 1（学資金該当性）

##### a 学資金該当性の判断基準

「所得税法第 9 条第 1 項第 15 号にいう『学

5) 以下の記述は、藤田正人「修習給付金制度の創設（裁判所法の一部改正法）」ジュリ 1508 号 114-115 頁（2017）に基づく。

6) 平成 16 年改正前の裁判所法 67 条 2 項は「司法修習生は、その修習期間中、国庫から一定額の給与を受ける。ただし、修習のため通常必要な期間として最高裁判所が定める期間を超える部分については、この限りでない。」と定めていた。

7) 前掲注 4)21 頁〔小山政府参考人発言〕。

8) 平成 25 年 7 月に法曹養成制度関係閣僚会議が司法試験合格者数の年間 3000 人という目標を撤回したこと、法科大学院志願者数が平成 28 年には平成 16 年比で 9 分の 1 に激減したこと、平成 28 年 9 月に法務省と文部科学省が行ったアンケートにおいて、法曹志望者が抱える不安として「貸与制の下で給与の支給を受けられないこと」が上位にあげられていたこと等が背景にある。参照、藤田・前掲注 5)114-115 頁。

9) ①と②の主張がいかなる関係であるのか、ここで簡単に補足する。

仮に基本給付金が学資金に当たるとすると、所法 9 条 1 項 15 号により非課税所得を構成する。この場合、課税所得であることを前提とする所得区分（10 種類の課税所得のうちどの類型に分類すべきかという問題）の議論は当然行われない。

他方、基本給付金が学資金に当たらないとすると、同号の効果を享受できないので、課税所得を構成することとなり、所得区分の問題を議論する必要がある。そして、これが雑所得に区分されることとなると、所法 37 条 1 項（文言上「その年分の不動産所得の金額、事業所得の金額又は雑所得の金額……の計算上必要経費に算入すべき金額は」となっている。）の適用の問題、すなわち必要経費控除の可否を論ずる必要が生じる。

10) 本件裁決に係る係争では、最高裁から無利子で貸与された修習専念資金の利息相当額の雑所得該当性も争点となっている（本件裁決はこれを積極的に解している）。本稿は、前述の通り、修習給付金のうち基本給付金の課税上の取扱いを検討するものであるため、この点は検討の対象外とする。

『学資』については、所得税法上の定義規定はないことから、その意味は社会通念に従って解すべきところ、『学資』とは、一般に、学問の修業に要する費用を意味すると解される。」「他から給付された金品が所得税法上の学資金に該当するか否かは、給付当事者の意思解釈として、当該金品が学問の修業に要する費用として給付されたものか否かを問題にすべきである。」

#### b 当てはめ

「基本給付金は、……その金額の算定要素は、主として、生活実費（合計約 94,000 円）と学資金（合計約 40,000 円）から成り、……基本給付金の一部は、学問の修業に要する費用の趣旨が含まれているとも考えられる。」

「しかしながら、基本給付金は……その給付を受ける個々の司法修習生が実際に上記のような給付を学問の修業のために必要としているか否かに関わらず、一方的、かつ、一律に、定額（月額 135,000 円）が給付されるものである。しかも、……国は、司法修習生に対し、基本給付金は、雑所得として申告の必要があること、つまり、非課税の学資として給付するものではないことを明示してこれを給付していることが認められ、そうである以上、司法修習生も、そのことを理解した上でこれを受領しているというべきである。」

#### c 結論

「以上のような事情の下では、基本給付金の給付当事者の意思解釈として、基本給付金を学問の修業に要する費用として給付したものと解することは困難であり、基本給付金は、修習専念義務を負う司法修習生という地位に起因する特別な給付として、国から給付されるものとみるよりほかはない。」

「なお、本件給付金は、利子所得、配当所得、不動産所得、事業所得、給与所得、退職所得、山林所得、譲渡所得及び一時所得のいずれにも該当しない所得であるから、雑所得となる。」

### (2) 争点 2（本件経費は必要経費に当たるか）

#### a 必要経費該当性の判断基準

「雑所得の金額の計算上、ある費用が必要

経費に算入されるためには、客観的にみて、当該費用が所得を生ずべき業務と直接関係し、かつ、当該業務の遂行上必要であることを要すると解される。」

#### b 当てはめ

「司法修習生が司法修習に専念する上で種々の費用が必要となるのは請求人の主張のとおりであるところ、かかる費用を負担して従事する司法修習自体は、無償のものとして国によって実施されるものである。……無償の司法修習に従事する上で種々の費用が必要となることから、司法修習生という地位に起因する特別な給付として基本給付金が給付されるという関係にあると解されるのであって、司法修習生が基本給付金を得るために司法修習に従事するという関係にあるわけではなく、そうである以上、司法修習が基本給付金という所得を生ずべき業務であると解することはできないし、また、司法修習生が基本給付金を得るために種々の費用を支出する関係にあるわけでもない。」

「確かに、司法修習生が修習に専念し、高い見識と円満な常識を養うように努めるなどする上で、種々の費用が必要となることは、請求人が主張する通りであるが、……無償の司法修習に従事する上での費用が必要となることから基本給付金が給付されるのであって、司法修習生が基本給付金を得るために司法修習に従事するという関係にあるわけでも、司法修習生が基本給付金を得るために交通費その他の費用を支出する関係にあるわけでもない。」

#### c 結論

「したがって、本件費用は、いずれも本件給付金を得るために直接要した費用ではないのは明らかであって、客観的にみて、所得を生ずべき業務と直接関連する支出とも、当該業務の遂行上必要な支出ともいえない。」

### Ⅲ. 検討その 1 学資金該当性

#### 1 学資金非課税規定の趣旨・沿革等

##### (1) 趣旨・沿革

所得税法上の非課税規定に「学資金」という言葉が初めて登場したのは、明治 32 年の同法改正時である。この改正により、従来の「官私ヨリ受クル旅費、傷痍疾病者ノ恩給金及孤兒寡婦ノ扶助料」<sup>11)</sup>との文言は「旅費学資金及法定扶養料」<sup>12)</sup>と変更された。その後、昭和 40 年の全面改正によって現在の 9 条 1 項 15 号となった。

帝国議会の会議録を参照する限り、明治 32 年改正で上記変更を行った趣旨について議論された形跡は見当たらないが、改正当時には 2 通りの説明がありえた。すなわち、同年発行の注釈書は「勉学の為めに要する資金の如きは一の労力又は営業より出でたる財産に非らずして……若し之れに對して納税の義務あるものとせば實に所得税の本質に反する」<sup>13)</sup>と説明している。また、別の解説書は「學資金ハ實費支辨ノ為メニ受クルヲ原則トスルカ故ニ随テ純益ナキモノトシテ課税セス」<sup>14)</sup>と説明する。①当時の所得税法が採用していた制限的所得概念の帰結、あるいは②実費弁償的性格を根拠とする担税力の低さが非課税の理由であると解されていたようである。

もともと、包括的所得概念を採用した現行所得税法の下では、制限的所得概念の帰結との趣旨理解は維持できないから、実費弁償的性格を根拠とする担税力の小ささに着目することになる<sup>15)</sup>。なお、「実費弁償的」とは

いっても受給者は学問を受けられるという利益が依然として残るともいえるが、この点が非課税とされるのは学術奨励という公益を図る見地<sup>16)</sup>から説明されることになる。

##### (2) 関連裁判例

学資金該当性について言及した最高裁判例及び国税不服審判所裁決例（本件裁決を除く。）は見当たらない<sup>17)</sup>。下級審裁判例では、東京地判昭和 44 年 12 月 25 日判時 610 号 40 頁、神戸地判昭和 29 年 1 月 29 日行裁例集 7 卷 4 号 904 頁があるが、いずれも学資金の意義を明確に判示したものではない。

東京地判昭和 44 年 12 月 25 日判時 610 号 40 頁は、会社が従業員を短期大学に入学させてその授業料等として支出した経費が非課税所得（学資金）となるか、課税所得（給与所得）となるかが争点となった事件であり、学資金の意義が正面から争われた。ただ、給与所得との区別が問題となったため、裁判所は、「給与その他の対価の性質を有しない学資に充てるために給付される金品とは、勤務の対価ではなくして、会社が購入した新規機械設備を操作する技術を習得させるための授業料のごとく客観的にみて使用者の事業の遂行に直接必要があるものであり、かつ、その事業遂行の過程において費消されるべき給付を指すものと解するのが相当である」として、「給与その他の対価の性質」との関連に言及するにとどまった。

神戸地判昭和 29 年 1 月 29 日行裁例集 7 卷 4 号 904 頁は原告がその長男及び次男の教育費として支出した金銭が必要経費として所得から控除できるかが争われた事案であるが、「法（筆者注：昭和 40 年改正前所得税法）第六条第三号の学資金とは所得としての学資金には所得税を課さないことを規定したにとど

11) 所得税法（明治 20 年 3 月 23 日勅令第 5 号）3 条 2 号。

12) 所得税法（明治 32 年 2 月 13 日法律第 17 号）5 条 3 号。

13) 岩崎徂堂＝三輪富士『改正三税法註釈』62-63 頁（小林仙鶴堂，1899）。

14) 小林丑三郎『租税法要義』143 頁（明治大学出版部，1900）。

15) 現行規定の説明として、水野忠恒『大系租税法（第 3 版）』（中央経済社，2021）170 頁は、学資金が非課税であることの理由について、受給者の地位に鑑みて担税力が低いことを指摘する。

16) 武田昌輔監修『DHC コメントール所得税法』470 頁（第一法規，1983 年）〔最終加除：2013 年〕。

17) LEX/DB データベース「税務判例総合検索」にて、所得税法 9 条をキーワード法条として検索すると 163 件の（裁）判例・裁決がヒットするが、同条 1 項 15 号について判示した最高裁判例及び国税不服審判所裁決例はこれらに含まれていない（2022 年 3 月 18 日時点）。

まり、所得者がその子弟の教育に支出する費用をも所得金額より控除すべき趣旨に解すべきでない」と判示して原告の主張を排斥している。

以上からわかるように、いずれの裁判例も学資金について明示的な定義や判断基準を示したのではない。

### (3) 課税実務

裁判例においては明確な基準が打ち出されていないが、課税実務では、昭和26年発遣の「所得税法に関する基本通達」(昭26直所1-1)41項に「学資金とは、学術又は技芸を習得するための資金として父兄その他の者から受けるものであって、かつ、その目的のために充てられるものをいうものとする」(以下「昭和26年通達」という。)との記述が認められる。もっとも、現在の所得税基本通達は、学資金の定義を明らかにしていない。

国税庁が公表している文書回答事例等をみると、学資金に関する国税庁の理解について4点が指摘できる。

第1に、昭和26年通達は廃止されているものの、その定式に従った理解は依然として維持されている。国税庁はホームページ上にて、「学資金とは、一般に、学術又は技芸を習得するための資金として父兄その他の者から受けるもので、かつ、その目的に使用されるものをいうものとされ、学資金には、金品として給付される場合だけでなく、金銭を貸与し、その後一定の条件によりその返済を免除する場合の経済的利益も含むものとされています。」<sup>18)</sup>と説明している。

第2に、学資金にはあくまでも学費・授業料等、「習得」のための費用が含まれるのであって、研究費は含まれない。国税庁は、外

国の研究機関等に派遣される研究員に支給される奨学金について、「本件奨学金については、大学や研究機関等において研究者等の地位にある者が、その研究内容や専門的知識を更に発展させるために米国の研究機関等において研究を行うためのもの、すなわち学術の研究のためのものであって、学術又は技芸を習得するための費用に充てられるものとは認められないことから、非課税とされる学資金には該当しません。」<sup>19)</sup>としている。学術の「研究」と「習得」は区別される。

第3に、学資金には学費・授業料その他の教育を受ける対価のみならず、下宿代や教科書代、通学費用等の修学のための諸経費も含まれる。名古屋国税局は、「下宿代や通学費用、食費、教科書や医学書の購入費用など、医学生が修学する上で必要と認められる範囲」で貸与した奨学金にかかる債務免除益が学資金に当たることの照会に対して、「貴見の通りで差し支えありません」としている<sup>20)</sup>。また、国税庁は、「支援対象者が修学する上で必要となる費用(授業料、教科書代及び通学費用等)の額の範囲内」で貸与された奨学金の返済資金の給付を学資金に該当するものとして取り扱って差し支えないとしている<sup>21)</sup>。

第4に、給付の対象となる活動は厳密な意味での学問それ自体に限られるわけではなく、技芸ともいうべき領域に対する給付も認められている。大阪国税局は、文化・スポーツ教室が提供する学校外教育サービスの対価を助成するために交付されるバウチャーについて非課税所得に該当する学資金として取り扱って差し支えないとしている<sup>22)</sup>。これもおおむね昭和26年通達に沿った運用がなされていると理解できよう。もっとも、この事

18) 国税庁・質疑応答事例「従業員に貸与した奨学金の返済を免除した場合の経済的利益」(<https://www.nta.go.jp/law/shitsugi/shotoku/01/15.htm>, 2022年2月12日最終閲覧)。

19) 国税庁・質疑応答事例「外国の研究機関等に派遣される日本人研究員に対して支給される奨学金」(<https://www.nta.go.jp/law/shitsugi/shotoku/02/38.htm>, 2021年6月9日最終閲覧)。

20) 名古屋国税局審理課長・文書回答事例「県から奨学金の貸与を受けた医学生が医師免許取得後県内の医療機関に一定期間従事することによりその返還及び利息の支払に係る債務を免除された場合の課税関係について」(平成24年3月9日)(<https://www.nta.go.jp/about/organization/nagoya/bunshokaito/shotoku/120309/index.htm>, 2022年9月8日最終閲覧)。

21) 国税庁・質疑応答事例「奨学金の返済に充てるための給付は『学資に充てるため給付される金品』に該当するか」(<https://www.nta.go.jp/law/shitsugi/shotoku/01/12.htm>, 2021年6月22日最終閲覧)。

例では学習指導要領との関連性が認められる学校外教育サービスに対して支給されるバウチャーを非課税所得としている。技芸であっても学校教育との関連性がやはり要求されるのかもしれない。

## 2 本件判決の論理

本件判決は、「学資」の意義を「学問の修業に要する費用」とした上で、該当性の判断は当事者の意思解釈によるべきとした。意思解釈に当たっては、第 1 に、「その給付を受ける個々の司法修習生が実際に上記のような給付を学問の修業のために必要としているか否かに関わらず」支給されること、第 2 に、最高裁判所が司法修習生に配布している案内を根拠に、当事者が雑所得に該当する給付であると認識していることを挙げて、学資金に該当しないと結論づけた。

## 3 「学資」の意義と意思解釈

### (1) 「学資」の定義

一見すると、本件判決は「学資」の定義を「学問の修業に要する費用」と明らかにした点で画期的である。この定義によれば、学資金とは「学問の修業に要する費用として給付される金品」ということになる。昭和 26 年通達や前述の昭和 44 年東京地裁判決と対照すると明らかだが、本件判決は、学資の定義から巧妙に「技芸」を削ぎ落としている。原処分庁は昭和 26 年通達と同様の主張をしていることからすると、本件判決はこれを採用しなかったのだろうか。

しかし、上記定義に従えば、従来の課税実務が容認してきた、「学問の修業」には必ずしも該当しないものに対する助成、例えば学校外教育活動（スポーツ教室がその典型例で

ある）の利用に対する助成が学資金に当たらないと解されるおそれがある。本件判決がこれまでの課税実務を変更する意図まではないのだとすれば、これまでの課税実務と整合的に理解する必要が出てくるといえる。「学問の修業」には技芸ともいべき領域も含まれると解釈することも不可能ではないが、拡張解釈が過ぎるように思われるから、本件判決における上記定義はあくまでも当該事案を解決するのに必要な限度において示されたものと理解すべきであろう<sup>23)</sup>。すなわち、司法修習が技芸に当たらないことを暗黙の前提とした上で、基本給付金が「学問の修業に要する費用」としての給付にあたらないと判断したものと解される。

### (2) 意思解釈

本件判決による学資の定義を素直に読み限り、「学資」といえるためには学問の修業のため必要経費であること、すなわち①学問の修業との間で②必要性・関連性が認められることの 2 点が要求されるといえる。

その上で、本件判決は、給付当事者間の意思を探究した上で学資金該当性を否定した。給付当事者の意思解釈というアプローチを採用した理由は必ずしも明らかではない。所法 9 条 1 項 15 号が文言上「学資に充てるため」と主観的な目的を要件とする書きぶりであることが背景にあるのかもしれない。しかし、仮にこのアプローチを採用するとしても、この意思解釈の内容には疑問を呈さざるを得ない。後述の通り、私見では本件判決の結論それ自体は擁護可能と考えるが、本件判決のアプローチとは異なる。

まず、第 1 の理由について、個々の支給対象者が給付を必要していたか否かと、当事者が学問の修業に要する費用として給付したか否かという点は論理的には直結しない。支給対象が典型的に学資金を必要としているとの

22) 大阪国税局審理課長・文書回答事例「大阪市塾代助成事業におけるバウチャーの取扱いについて」（平成 25 年 6 月 5 日）（<https://www.nta.go.jp/about/organization/osaka/bunshokaito/shotoku/130605/index.htm>, 2021 年 9 月 5 日最終閲覧）。

23) 国税不服審判所は、先例的意義を有するとした判決を「公表裁判事例」としてホームページ上で公表しているが、本件判決はこれに登録されていない。国税不服審判所としても本件判決をいわば「事例判決」として捉えているのかもしれない。参照、国税不服審判所「裁判事例集 No122」（<https://www.kfs.go.jp/service/JP/idx/122.html>, 2022 年 3 月 18 日最終閲覧）。

判断に基づいて給付を行った場合、個々の支給対象が給付を現実に必要なとしているか否かに関わらず、学資として給付するという当事者の意思は否定されないであろう<sup>24)</sup>。なお、基本給付金を一律に給付する趣旨は、修習専念義務が課され兼業が原則禁止されている司法修習生の経済的基盤を確保する点にあるとされているが<sup>25)</sup>、司法修習生は経済的支援が必要な者であると裁判所法が典型的に想定していることを意味しよう。

そうすると、本件判決の結論を支えるのは第2の理由づけになるが、この理由づけには疑問が残る。支給者が当該給付を雑所得に当たると法的に評価したことと、当該給付が学資金として給付されたものではないことは、支給者の法解釈に誤りがないことを前提として初めて論理的につながる。そしてなにより、本件において本来求められた意思解釈とは、「修習期間中の生活を維持するために必要な費用として……支給する」という給付者の意思が「学問の修業に要する費用として給付する」意思と解釈できるか否かを探求することではなかったか。

本来なされるべきであった意思解釈をするにあたって問題となる論点は2点である。第1に「学資」というためには学問の修業に直接関連する費用であることを要するのか、言い換えれば「学資」に生活費は含まれるのか、そして第2に、司法修習が「学問の修業」に当たるかである。この2点がいずれも肯定できるのであれば、司法修習生への生活費相当額の支給であるところの基本給付金は、学問の修業に要する費用に当たる。

## 4 学資の範囲

### (1) 直接関連性の要否

では、「学資」の要件として学問の修業との直接関連性を要求して、これに生活費が含まれないと解することは果たして妥当か。

かかる理解は必ずしも自明ではない。例え

ば、ある国語辞典は「学資」の意義を「学業を続けるための費用。〔生活費をも含む〕」（傍点筆者）としている<sup>26)</sup>。また、審査請求人が援用する甲南大学法科大学院の奨学金の例（成績優秀な学生に対し授業料を全額免除した上で月額15万円を支給するというもの）のように、「奨学金」と称する金銭給付が学問修業期間中の生活費を支給する趣旨をも含むことは少なくない。

この点について、仮に生活費までも非課税とする趣旨であると解すると、およそ学問を修業している者に対する金銭給付は非課税となり、非課税の範囲が広くなりすぎるといふ批判はありえよう。同号が学資金と並んで扶養義務の履行としての給付を非課税としていることからしても、学資金にあえて生活費の給付を非課税とする趣旨を読み込む意義は乏しいとも思える。

しかし、学術奨励という所法9条1項15号の趣旨に鑑みると、その対象を学費・授業料に限定する必然性はない。そもそも、奨学金は、親族等による扶養義務の履行が十分になされず修学が困難である場合にこれに代わるものとして支給されるものであることも少なくない。そうだとすれば、修学に必要な範囲で生活費を支給した場合に、これを学資金に含めて解することは不当とはいえない。仮に修学に必要な程度で生活費の支給を同号の対象外と解した場合、扶養義務の履行として給付を受けた場合には非課税となるのに、扶養義務者以外から給付を受けた場合には課税所得を構成することとなってしまう、上記趣旨はかえって害される。

このような理解は、学資金による非課税の範囲を学費・授業料に限定していない課税実務とも整合的である。本件判決も同様の理解を有しているのであろう。このように解さなければ、甲南大学法科大学院の奨学金が学資金として取り扱われることを本件判決が何ら問題視していない点を説明できない。学資の定義を述べるに当たり、「学問の修業に要す

24) 例えば、成績条件のみで支給対象者が選定される奨学金を想起されたい。

25) 前掲注4)23頁〔小山政府参考人発言〕。

26) 山田忠雄ほか編『新明解国語辞典（第8版机上版）』256頁（三省堂，2021）。

る費用」とし、「直接」の文言をあえて用いていないこともそのような理解の表れであろう。

以上を踏まえると、「学資」に学問の修業との直接関連性を要求することは妥当とはいえず、学問の修業を行う上で必要かつ相当な範囲で行われる生活費相当額（下宿費や教科書代、通学費の類）の支給は学資金として解すべきである。

## (2) 司法修習は「学問の修業」か

では、司法修習は「学問の修業」といえるだろうか。

本件で審査請求人は、甲南大学法科大学院の奨学金や東京都の保育料助成金が学資金として取り扱われていることを挙げ、基本給付金も司法修習生が司法修習という学術又は技芸の習得に専念するのに必要な生活費を賄えるようにする趣旨であって学資金に含まれると主張した。

この主張に対する、「学問の修業」についての本件判決の応答を確認しよう。審査請求人の上記主張に対して、本件判決は、基本給付金は甲南大学法科大学院の奨学金や東京都の保育料助成金とは「その趣旨、目的や対象等を異にする別の制度」であるとして、これを斥けている。「趣旨、目的……を異にする」とは果たしていかなる趣旨であろうか。学費を免除されている学生に対し生活費相当額を支給する上記奨学金を学資金として取り扱うことを本件判決が特段問題視していないこと、学資金非課税規定の趣旨が学術奨励にあることを考慮すると、本件判決は司法修習を「学問の修業」に当たらないと解していると考えるのが妥当であろう。

そこで、司法修習の性格を検討するに、司法修習は「法科大学院における教育との有機的連携の下に、裁判官、検察官又は弁護士としての実務に必要な能力を修得させること」

がその基本理念とされており（法科大学院の教育と司法試験等との連携等に関する法律 2 条 3 号）、実務研修の色彩が強い。このことは、法科大学院の基本理念が「法曹の養成のための中核的な教育機関として……少人数による密度の高い授業により、将来の法曹としての実務に必要な学識及びその应用能力……並びに法律に関する実務の基礎的素養を涵養するための理論的かつ実践的な教育を体系的に実施〔する〕……こと」とされ（同条 1 号）、学問の色彩が強く打ち出されていることと対比すると一層明確になる。さらに、司法修習は、司法研修所によって行われるものであって、学校教育ではない。

以上を踏まえると、司法修習を「学問の修業」と解することは困難であり<sup>27)</sup>、それゆえに基本給付金の学資金該当性は否定されると解するのが妥当と思われる。

もっとも、学資の定義次第ではこの結論にならないことを急いで付け加えなければならない。昭和 26 年通達のように「技芸」に要する費用も「学資」に含まれるとすれば、基本給付金が学資金に該当する余地はあるといえる。ただ、前述したように、本件判決が本件の事案を解決するのに必要な限度で学資の定義を示したものと理解するのであれば、やはり本件判決は司法修習を「技芸」にも当たらないことを前提としていることになるだろう。しかし、その理由は必ずしも明らかではない<sup>28)</sup>。

## 5 小括

学資金該当性を否定した本件判決は、結論においては妥当である。しかし、該当性判断に当たり意思解釈を出発点に据えた点についてはその根拠が必ずしも明らかでないし、当該意思解釈の内容が妥当性を欠いていること

27) 「学問の修業」について学校教育との関連性を要求せず、広く教育一般を意味すると解する場合、司法修習もこれに当たると解する余地がある。司法修習を「原告らが自ら選択した法曹という職業になるために受ける必須の教育課程」、「司法修習は、……個々の司法修習生にとっては、自らが望む法曹になるために必要な能力を身につけるために行うもので教育的要素が強い」と説明するものとして、東京地判平成 29 年 9 月 27 日訟月 65 巻 5 号 767 頁参照。

28) 筆者の推測するところでは、「技芸」に該当するというためにも、少なくとも学校教育との関連性が認められることが必要であるとの考え方が背景にあるものと思われる。

から、結論に至る論証に失敗している。さらに、「技芸」の解釈によっては学資金該当性を肯定される余地を残している。

本件裁決の示した定義を前提とするならば、学資金の要件を、①学問の修業との②必要性・関連性と分解した上で、この2つの観点から給付当事者の意思解釈を行うべきだったと思われる。生活費を支給する趣旨であるからといって、直ちに「学資」該当性が否定されるわけではないことを確認した。該当性を否定するとすれば「学問の修業」該当性(つまり①)が理由となるはずである。

このように、基本給付金の学資金該当性の検討に当たっては主に①の点で議論の余地がある。司法修習が学問の修業に当たらないという考え方自体は首肯しうるものの、学資に技芸を含むという課税実務の立場からすれば、基本給付金が学資金に当たると解することも不可能ではないと思われる。

#### IV. 検討その2 所得区分

本件裁決では、基本給付金が学資金でないとするれば課税所得として雑所得に区分されることを前提としており、原処分庁・審査請求人もこれを争ってはいない。しかし、本件裁決の理由づけは、Vで後述するように必要経費控除の可否と密接に関連している。そこで、以下では基本給付金の所得区分を検討する。

##### 1 給与所得該当性

I 2で触れたように、給費制の下では司法修習生への金銭給付は給与所得として取り扱われていた。そこで、給与所得該当性について簡単に検討する。

###### (1) 給与所得の要件

給与所得とは、「俸給、給料、賃金、歳費及び賞与並びにこれらの性質を有する給与……に係る所得」をいう(所法28条1項)。

判例は、給与所得該当性の判断に当たり「雇傭契約又はこれに類する原因に基づき使

用者の指揮命令に服して提供した労務の対価として使用者から受ける給付」との定義を示した上で、「給与支給者との関係において何らかの空間的、時間的な拘束を受け、継続的ないし断続的に労務又は役務の提供があり、その対価として支給されるものであるかどうかを重視されなければならない」とする<sup>29)</sup>。

###### (2) 司法修習生の法的性格

そこで、「給与支給者との関係において何らかの空間的、時間的な拘束を受け、継続的ないし断続的に労務又は役務の提供」をしているかという観点から、司法修習生の身分の法的性格が問題となる。この点に関するリーディングケースが最判昭和42年4月28日民集21巻3号759頁(以下「昭和42年最判」という。)である。この判決は、司法修習生が国家公務員退職手当法上の公務員に当たることが争われた事案であるが、次のように判示し、司法修習生は国家公務員に該当せず、また、司法修習は公務に当たらないとした。

「司法修習生は、司法試験に合格した者が裁判官、検察官又は弁護士となる資格を取得するための修習を行なうものであつて(昭和二三年最高裁判所規則第一五号司法修習生に関する規則参照)、国の事務を担当するものでないこと、また、裁判所法が司法修習生と国家公務員法上の国家公務員であること明らかな『裁判官以外の裁判所職員』とを区別する規定を設けており(第四編第二章及び第三章参照)、司法修習生に関する規則二条も、司法修習生が国家公務員法上の国家公務員でないことを前提として、『司法修習生は、最高裁判所の許可を受けなければ、公務員となる……ことができない。』と規定していること等に徴すれば、司法修習生は、退職手当法にいう国家公務員ではないといわざるを得ない。

司法修習生は、前叙のごとく、裁判官、検察官又は弁護士となる資格を取得するための修習を行なうものであつて、その修習を終えることが、判事補や二級検察官に任命されるための要件となつており(裁判所

29) 最判昭和56年4月24日民集35巻3号672頁(弁護士顧問料事件)。

法四三条、検察庁法一八条参照)、修習期間中は、国庫から一定額の給与を受けるほか、暫定手当、扶養手当等の諸手当や『公務のため旅行する国家公務員等』として司法研修所入所、滞在などに必要な旅費の支給を受けること……となつている。しかし、これらのことはすべて、司法修習生をして右の修習に専念させるための配慮ないしはその修習が秘密事項に関することがあるための配慮にすぎないのであり、司法修習生の勤務形態が国の事務に従事する職員に類似し又はこれに準ずる形式ないし実態があるからではない。」

この判決によれば、司法修習は国に対する労務の提供たる「公務」に当たらず<sup>30)</sup>、給費制の下で支給されていた「給与」はあくまでも「配慮」であつて、司法修習との反対給付性は否定される。

反対給付性の否定は修習給付金制度でも踏襲されており、同制度立法時の政府答弁も「修習給付金制度のもとでは、司法修習生は国家公務員ではございません……。司法修習生は、修習期間中、その修習に専念することとされており……。修習給付金が労務の提供に対して支払われるものでない<sup>31)</sup>」としている。

### (3) 基本給付金の私法的性格

昭和 42 年最判や司法修習制度の趣旨を前提とすれば、基本給付金の私法的性格は負担付贈与(民法 553 条)として理解すべきであ

る<sup>32)</sup>。

すなわち、国は司法修習生に対し金銭給付を行う義務を負っている一方、受給者(受贈者)たる司法修習生は司法修習に従事する義務を負う。司法修習は国に対する労務提供ではない(昭和 42 年最判の表現を借りれば、「国の事務を担当するものでない」)から、一方の給付に対して経済的対価としての反対給付がなされているとの評価は困難である。「司法修習生をして右の修習に専念させるための配慮ないしはその修習が秘密事項に関することがあるための配慮にすぎない」(昭和 42 年最判)という恩恵的な給付という側面からしても、無償契約たる贈与の性質がある<sup>33)</sup>。他方で、司法修習生は司法修習に従事すべき義務自体を現に負っていることには違いがない。これは対価的意義を有しない債務、すなわち、「負担」と評価できる<sup>34)</sup>。罷免・修習停止・死亡という修習不能事由が生じない限り支給されることに照らしても、司法修習という負担を内容とする負担付贈与として分析するのが妥当である。

本件裁決の「司法修習生が基本給付金を得るために司法修習に従事するという関係にあるわけではな [い]」、「基本給付金は、修習専念義務を負う司法修習生という地位に起因する特別な給付として、国から給付されるもの」とする部分もこれと整合的に理解することができる。

### (4) 小括

以上から、基本給付金が給与所得に該当す

30) 昭和 42 年最判は国家公務員退職手当法との関係で公務該当性を論じたが、近時の裁判例においても司法修習が国に対する労務の提供に当たらないと判断されている。参照、東京高判平成 30 年 5 月 16 日訟月 65 卷 5 号 739 頁、名古屋高判令和元年 5 月 30 日裁判所 HP 参照 [平成 30 年(行コ)5 号]、福岡高判令和元年 9 月 19 日 (LEX/DB 文献番号 25564366) 等参照。

31) 前掲注 4)21 頁 [小山政府参考人発言]。

32) 補助金が贈与契約に基づいて支出されるものである点につき、中里実『財政と金融の法的構造』197 頁(有斐閣、2018) [初出 2011] 参照。

なお、本件裁決も認定しているように、基本給付金は司法修習生の申請によることなく給付されるが、この点は当該給付の法的性格を贈与と位置付けることを妨げないと思われる。そして、行政実務も同様に考えているようである。

例えば、政府が新型コロナウイルス感染症対策として実施している各種のプッシュ型給付金についても、贈与契約であると整理されている。受給者が受給拒否の意思表示を行わない限りは支給者からの申し込みを承諾したものとみなすようである。参照、内閣府子ども・子育て本部児童手当管理室「令和 2 年度子育て世帯への臨時特別給付金 自治体職員向け Q&A (令和 2 年 5 月 1 日版) 1 頁、壱岐市「令和 3 年度壱岐市子育て世帯臨時特別給付金」(<https://www.city.iki.nagasaki.jp/soshiki/kodomo/teate/9805.html>, 2022 年 1 月 3 日最終閲覧) 参照。

33) 中田裕康『契約法 新版』71 頁(有斐閣、2021)。

ると解するのは困難である。

なお、このように解したとして、旧給費制下での金銭給付が給与所得とされていたこととの整合性をどのように解すべきかが問題となる。前述した制度改正の前後で司法修習の内容に本質的な変更がない以上、給費制下と修習給付金制下で修習生に対する金銭給付の所得区分が変わることは一見不合理である。

この点については、平成16年改正前の裁判所法67条2項が「給与」との文言を用いていたこと<sup>35)</sup>に着目し、同項が司法修習生への金銭給付を給与所得とみなす旨を定めた規定だったと解するほかにないと思われる<sup>36)</sup>。事実、政府も「当時、給費制下におきましては、裁判所法に基づきまして司法修

習生に対して給与が支給されておりました。給与でございますので、これは給与所得として課税されていたものと承知しております。」<sup>37)</sup>と答弁している。

## 2 一時所得なのか、それとも雑所得なのか

前述の通り、本件判決は、基本給付金が雑所得に該当するとの結論に至っているが、これは一時所得該当性の否定を不可欠の前提とする。そこで、一時所得該当性についても検討する。

前記1(3)の議論を前提に一般化するならば、負担付贈与により贈与された金銭の所得

34) 中田・前掲注33)281頁。

35) 公務に従事するわけでもない司法修習生に「給与」が支給されることとなった経緯は、裁判所法制定時の国会会議録を参照しても明示的に議論された形跡はなく、明らかでない。

36) 無論、平成16年改正前の裁判所法67条2項(以下「旧67条2項」という。)の文言にここまでの意味を読み込むことが説得的であるか否かは別問題である。

なお、本論との直接の関連はないが、旧67条2項に関する興味深い点として、平成16年改正前においては、修習専念義務が「給与」の解釈によって導き出されていたことを指摘しておきたい。

旧67条は次のようなものだった。

### (修習・試験)

第六十七条 司法修習生は、少なくとも一年間修習をした後試験に合格したときは、司法修習生の修習を終える。

② 司法修習生は、その修習期間中、国庫から一定額の給与を受ける。ただし、修習のため通常必要な期間として最高裁判所が定める期間を超える部分については、この限りでない。

③ 第一項の修習及び試験に関する事項は、最高裁判所がこれを定める。

当時の裁判所法に修習専念義務を明示的に定めた規定はなく、同義務の存在が同法に明示されたのは平成16年改正時である。しかしながら他方において、修習専念義務自体は平成16年改正前から一貫して存在するとされていた。国会において初めて「修習専念義務」の語が登場するのは昭和52年のことである(第84回国会「参議院法務委員会会議録第1号」6頁[勝見最高裁判所長官代理者発言](1977年12月20日))。

この点について、政府は「給与」の解釈から修習専念義務が導かれると理解していたようである。平成16年改正時の政府答弁は次のように説明する(第161回国会衆議院「法務委員会会議録第11号」6頁[山崎政府参考人発言](2004年11月24日))。

「確かに、現在の法律の条文には何もないということでございますけれども、これは、現在でもやはり修習専念義務があることを前提としております。

なぜ書いていないかということでございますけれども、現在は給与を支払っておりますので、給与を支払うということは、その内容解釈からいけば、給与をいただいているのに他で働いてもいいということにはならないというのは当然の話でございますので、そこから解釈がされる、こういうことで書いてございません。」

以上の政府答弁からすると、給費制の廃止により修習専念義務の根拠となる給与が支払われなくなることから、同義務の根拠規定を新しく設ける必要が生じ、現在の裁判所法67条2項が生まれたのである。

平成16年改正前の裁判所法67条2項は、「給与」という文言を用いることで、社会生活上の給与のイメージを借用したのであり(いわば、社会通念の借用概念とも言えようか)、興味深い規定である。なお、給与所得というカテゴリーそれ自身が「給与」に対する社会生活上のイメージに大きく依存したものであることにつき、参照、佐藤英明『スタンダード所得税法(第2版補正2版)』161頁(弘文堂、2020)参照。

37) 前掲注4)21頁[小山政府参考人発言]。

区分の問題として理解できよう。受贈者（受給者）が一定の債務（負担）を負っていることが一時所得・雑所得の振り分けにどのように影響するかが焦点となる。

#### (1) 一時所得と雑所得の区別

所法 34 条 1 項が規定する一時所得の要件は、3 点に整理できる。第 1 に、「利子所得、配当所得、不動産所得、事業所得、給与所得、退職所得、山林所得及び譲渡所得以外の所得」であること（除外要件）、第 2 に、「営利を目的とする継続的行為から生じた所得以外の一時的所得」であること（非継続要件）、そして第 3 に、「労務その他の役務又は資産の譲渡の対価としての性質を有しない」こと（非対価要件）である<sup>38)</sup>。

雑所得（所法 35 条 1 項）は「利子所得、配当所得、不動産所得、事業所得、給与所得、退職所得、山林所得、譲渡所得及び一時所得のいずれにも該当しない所得」である。このため、除外要件を満たす所得であっても、非継続要件・非対価要件のいずれかが満たされないのであれば、雑所得に分類される<sup>39)</sup>。

#### (2) 非継続要件

##### a 「一時の所得」は無意味？

非継続要件に関する裁判例・学説を概観すると、概ね次の 2 つの方向性が想定できる。

まず、第 1 の考え方（以下「A 説」という。）

は、非継続要件を、①「営利を目的とする継続的行為」でないこと及び②「一時の所得」であることの二つの要件であるとして、さらに分節化する見解である。例えば、佐藤英明教授は「非継続要件は、一時の所得自体が、反復継続して得られる場合に、そのような「一時の所得」を一時所得の範疇から除くもの」と説明する<sup>40)</sup>。

第 2 の考え方（以下「B 説」という。）は、非継続要件を、「営利を目的とする継続的行為から生じた所得」でないことが認められれば当然に充足される要件と解するものである。「一時の所得」との文言を重視しない見解であり、外れ馬券事件（最判平成 27 年 3 月 10 日刑集 69 卷 2 号 434 頁）以降の下級審裁判例<sup>41)</sup>にみられる<sup>42)</sup>。これらの裁判例は非継続要件の検討において「一時の所得」の文言に言及していない。例えば、横浜地判平成 28 年 11 月 9 日訟月 63 卷 5 号 1470 頁は、「非継続性要件が認められるか否か（営利を目的とする継続的行為から生じた所得であるか否か）」という言い回しを用いた上で、「一時の所得」該当性に言及することなく、「営利を目的とする継続的行為から生じた所得」ではないことを認定して一時所得該当性を肯定している。学説の中でも、「ある所得が一時所得であるかどうかを判定する場合、一時

38) 除外要件・非継続要件・非対価要件の語は、佐藤英明「一時所得の要件に関する覚書」金子宏ほか編『租税法と市場』220 頁、222 頁（有斐閣、2014）に従った。

39) 浅妻章如＝酒井貴子『租税法』（日本評論社、2020）79-80 頁〔浅妻章如〕は「所得税法 23 条～33 条に当たらない所得のうち、『対価としての性質を有しないもの』（所得税法 34 条 1 項）が一時所得であり、対価性のあるものが雑所得である。」と述べる。これは、除外要件を満たしたのであれば、非対価要件の問題一本で雑所得と一時所得の振り分けが可能であると考えられる趣旨であろうか。

40) 佐藤・前掲注 38)233 頁。

41) 例えば、大阪高判平成 26 年 5 月 9 日判タ 1411 号 245 頁、東京地判平成 27 年 5 月 14 日判時 2319 号 14 頁、東京地判平成 28 年 3 月 4 日訟月 63 卷 7 号 1875 頁、横浜地判平成 28 年 11 月 9 日訟月 63 卷 5 号 1470 頁、東京地判令和元年 10 月 30 日判タ 1482 号 174 頁、東京地判令和 2 年 10 月 15 日（LEX/DB 文献番号 25586541）（以上、競馬所得等ギャンブルに係る所得に関する事件）、東京地判平成 30 年 4 月 19 日判時 2405 号 3 頁（債務免除益に関する事件）。

42) 本文中では A 説、B 説の 2 通りの理解を一応示したが、次の 2 点から、私見では、B 説は支持し難い。

第 1 に、戦前より A 説の立場が有力であった。例えば、藤澤弘『第三種所得税法詳解』80 頁（日本租税学会、1921）は、『営利の事業に属せざる一時の所得』と爲すやは一々之を列挙指示に違がない譯であるが、要するに其の所得は営利的行為即ち豫め利益を得る目的を以て計畫せられたる事業上の収入に属せざること、而して尚其の所得は一時的なることの二要素を具へたものでなければならぬ」と説明する。このほか、この点を明確に述べる戦前の文献として、勝正憲『所得税の話』181 頁（千倉書房、1930）。第 2 に、B 説の理解は「一時の所得」との明文の要件を無視するに等しく、所法 34 条 1 項の文理と整合しない。

上記に列挙した裁判例は、問題となる所得が「一時の所得」にあたることを当然の前提として判示したものと理解するのが妥当ではないか。

所得・雑所得以外の八種類の所得類型に属さないことと、(1)当該所得が営利を目的とする継続的行為から生じたかどうか（営利的継続性）、(2)労務その他の役務または資産の譲渡の対価としての性質を有するかどうか（対価性）の二つの点がその基準となる」とし、「一時の所得」該当性の判断を重視していないように読めるものがある<sup>43)</sup>。

司法修習自体、それを修了しても法曹資格が得られるのみであり、また、本件裁決によれば「司法修習が基本給付金という所得を生ずべき業務であると解することはできない」。司法修習が「所得を生ずべき業務」にあたるとしても、基本給付金が司法修習の反対給付であるとはいえないことは前述した通りであって、司法修習が「営利を目的とする継続的行為」に当たるとするのは困難である<sup>44)</sup>。このため、B説からすれば、基本給付金は非継続要件を満たすことになる。他方、A説からすると、基本給付金が非継続要件を満たすためには、「一時の所得」に当たることがさらに必要となる。

#### b 「一時の所得」の解釈（一時性）

そこで、仮にA説に立った場合、「一時の所得」の解釈が問題となる。「一時」とは「一回限り」（＝継続的でない）という意味である<sup>45)</sup>が、ここでの問題は、何が一回的であればよいのかという点である。

学説の中には、「一時」とは一時金形式を要求するものと解する見解がある<sup>46)</sup>。この見解は、判例<sup>47)</sup>が「一時に」（所法30条1項）との文言から、退職所得の要件として一時金として支払われることが必要であること

を導いていることとの整合性を根拠としている。

しかし、「一時の所得」との文言が一時金形式を要求する趣旨であるとはいえない。戦前の所得税法にも、「営利ヲ目的トスル継続的行為ヨリ生ジタルニ非ザル一時ノ所得」として、現在の非継続要件と同様の文言が存在していたが、一時金形式ではなく分割払形式であってもこれに該当するとする取扱いがあった。当時の課税担当者は「酒の生産権売却代金を5年賦で受け取る場合」の所得は「営利ヲ目的トスル継続的行為ヨリ生ジタルニ非ザル一時ノ所得」に当たると説明している<sup>48)</sup>。この説明の背後には、代金の支払いこそ分割で行われているものの、確定的に発生した売買代金債権は1個であるという理解があると思われる。田中勝次郎博士は次のように述べる。

「一時所得なりや否やに付て問題となるのは、分割して取得する場合にも一時所得と認むべきや否やと云ふ問題である。……獨逸所得税法の解釋として學者は、一時所得たる性質を有する為めには、其の額が始めから確定せるものなることを必要とする。即ち例ば分割して取得する場合であっても、總額が確定し之を数年に分割して支給せらるるものであれば、一時所得たるを失はない。反之、總額が確定せず、單に年々幾許の金錢を支拂ふと云ふが如き場合には、一時所得の性質を失ふものと觀なければならぬ」と説明している。我税法の解釋としても之と同様に解すべきであ

43) 浦東久男「判批」金子宏ほか編『租税判例百選（第3版）』72頁、72頁（1992）。

近時の文献においても『「一時の」』という文言は、その継続性がない所得の性質をあらわす言葉として付されたものに過ぎない、と考えることができるだろう。」と説明するものがある。木山泰嗣「競馬事件の最高裁判決に含まれる諸問題——最高裁平成27年3月10日第三小法廷判決——」青山ビジネスロー・レビュー5巻1号193頁、196頁参照。

44) 楡井英夫「判解」最判解刑事篇平成26年度90頁、108頁は、「客観的にみて利益が上がると期待し得る行為であれば、営利を目的とする行為として肯定されるように思われる」と説明している。

45) 高橋祐介「判批」法教421号42頁、47頁（2015）。

46) 寺内将浩「生命保険契約から生ずる個人所得の課税の在り方」税務大学校論叢61号478頁、528頁（2009）。また、佐藤・前掲注38)222頁も参照。

47) 最判昭和58年9月9日民集37巻7号962頁（5年退職事件）、最判昭和58年12月6日訟月30巻6号1065頁（10年退職事件）。

48) 大蔵財務協会編『明解 税の問答』51頁（大蔵財務協会、1941）。

る。」<sup>49)</sup>

つまり、一時金形式で受け取ることは「一時の所得」の要件として要求されておらず、あくまでも権利発生が一回限りであれば「一時の所得」たりうるのである<sup>50)51)</sup>。

これは戦前の所得税法に限った理解でもない。戦後の文献においても一時性は所得の発生態様に関する概念であると理解されており<sup>52)</sup>、「一時の所得」は、所得の発生態様に関する概念と解される。また、譲渡所得は「一時の所得」の性質を有するものと解されているが<sup>53)</sup>、戦後の判例は分割払の土地売買代金も譲渡所得に当たるとしている<sup>54)</sup>。分割払であるから「一時の所得」たる性質を失うとする考え方は、こうした判例とも整合しないのである。

このように解した場合、「一時に」（所法 30 条 1 項）との文言から退職所得の要件として一時金として支払われることを導き出す判例との整合性が問題となるが、文理解釈から矛盾なく説明することが可能である。すなわち、「一時に」という文言は「受ける」を修飾しているから、「受ける」行為の回数、すなわち支払回数の一回性（一時金形式であることを導くための文言といえる（それゆ

えに年金形式の退職給付は退職所得から除外される。）。これに対して、「一時の」という文言は「所得」を修飾している。「所得」にかかっている以上、発生回数の一回性を導くための文言と解することができる。

本件判決によれば、基本給付金は「個々の司法修習生の申請によることなく、……一方的、かつ、一律に、定額（月額 135,000 円）が給付される」。司法修習の期間はあらかじめ確定している以上、給付総額も確定しているといえよう。そうすると、司法修習生採用選考に合格し司法修習生の法的身分を得ることが確定した時点で、司法修習生の申請という行為が介在することもなく、「月額 13.5 万円の給付を約 12 ヶ月にわたり受け取る権利ないし法的地位」1 個が発生したと考えることはできないだろうか。月給制の給与所得者（要するに、いわゆるサラリーマン）と異なり、司法修習と基本給付金の反対給付性は切断されているから、基本給付金にかかる権利が毎月発生していると考えられるのもかえって不自然である。このように解することで、A 説の立場からも「一時の所得」該当性を肯定して非継続要件が満たされるとみることができるとはならないかと思われる<sup>55)56)</sup>。

49) 田中勝次郎『所得税法精義』313 頁（敝松堂、1934）。

50) 高橋・前掲注 45)47 頁は Cash4life（ニュージャージー州の宝くじ。一度当選すると終身定額が支払われる）の例を挙げ、「一時の所得」といえないことを理由に一時所得にならないとする。本稿の立場からすると、この例で「一時の所得」該当性が否定される理由は、給付総額が確定しているといえないことによって説明されることになる。

51) 神戸正雄博士も「他人から年々略ぼ一定の仕送り（贈物として）を受取るが如き場合には、営利の事業に属すとまではいへないけれども、所得が継続的たるの故に、此免税の特典に與かるを得ずとも解せらるゝが、併し此の如く單なる人の好意に出づるものの如きは可動的のもので、實は當てにならぬものと解しなくてはならず、事の性質上、其所得は一時的の所得であり、其が繼續するとも其は偶々繼續したに止まるものとしなければならぬ。で此の如きものも、我國法の解釋上は營利の事業に屬せざる一時の所得として免税するのを正當の解釋とする。」と述べ、「一時的の所得」といえないかに着目されており、やはり所得の発生態様に着目しておられる。参照、神戸正雄「營利の事業に屬せざる一時の所得」經濟論叢 28 卷 1 号 1 頁、11 頁（1929）。

52) 忠佐市『租税法要論』45-46 頁（日本評論社、1950）。

53) 佐藤・前掲注 36)107 頁。所法 33 条 2 項 1 号が「営利を目的として継続的に行なわれる資産の譲渡による所得」を譲渡所得から除外しているのも、譲渡所得が「一時の所得」としての性質を有すると解されているからである。

54) 最判昭和 47 年 12 月 26 日民集 26 卷 10 号 2083 頁（割賦弁済土地譲渡事件）。このほか、「一時の所得」との表現を用いた判例としては最判昭和 45 年 10 月 23 日 24 卷 11 号 1617 頁（サンヨウメリヤス事件）がある。

55) このような議論に対して直感的に違和感を覚える読者が少なくないことは、筆者も予期しているところである。筆者の想定するところでは、このような違和感の源は、「1 ヶ月司法修習に従事したので月額 13.5 万円支給される」という観念にほかならない。そして、これはまさしく、司法修習に対する対価として基本給付金が支払われているとの直感に起因するものであろう。

56) 少なからぬ数の文献において、「一時の所得」とは一時的・偶発的な所得であることを要するとの記述も見

### (3) 非対価要件（所得発生の偶発性）

#### a 趣旨

非対価要件は、戦前所得税法に昭和27年改正時に創設されたものであり、その趣旨は一時所得の範囲から偶発的でない所得を除外する点にある<sup>57)</sup>。一時所得は特別控除や二分の一課税といった税制上の優遇措置を享受するところ、当該優遇措置が念頭に置いている担税力が低い所得、すなわち、所得獲得に向けられた行為が介在していない所得（偶発的な所得、いわゆるウィンドフォール・ゲイン）に限って上記優遇措置が適用されるように解そうとしているのである<sup>58)</sup>。その意味で、一時所得とは「一時的かつ偶発的な所得」であることが志向されている。

もっとも、それは非対価要件により除外される限りで偶発的な所得が一時所得の範囲から除かれるにとどまる。つまり、偶発的な所得であれば直ちに一時所得でなくなるわけではない。

以上を踏まえると、一時所得の理念型は「一時的かつ偶発的な所得」であり、非継続要件が一時的でない所得を、非対価要件が偶発的でない所得をそれぞれ除外する機能を有している<sup>59)</sup>が、後者は不完全な形になっていると考えるのが妥当であろう<sup>60)</sup>。

#### b 「対価」の解釈——「対価の性質」とは何か？

上記の趣旨を踏まえ、非対価要件における「対価」については、資産譲渡・労務提供と反対給付関係にある給付のみに限られないとする裁判例が大勢である。

「対価」を緩やかに捉える裁判例の先駆けとしては東京地判昭和45年4月7日判時

600号116頁が挙げられる。政治献金の所得該当性が争われた刑事事件であるが、次のように判示している。

「一時所得の要件の一である『労務その他の役務の対価としての性質を有しないもの』（所得税法34条1項、旧法9条1項9号）にいう『対価性』は、弁護人のいうごとく給付が具体的な役務行為に対応する場合に限られるものではなく、本件のごとく、給付が一般的に人の地位、職務行為に対応、関連してなされる場合をも含むと解するのが相当である。」

また、政治献金をめぐり、所得税法の対象となるか否か及び所得区分が争われた事案において、東京地判平成8年3月29日税資217号1258頁（以下「平成8年東京地判」という。）は次のように述べている。

「対価性が雑所得の要件（一時所得の消極的要件）とされているのは、対価性を有する所得はたとえ一時的なものであっても偶発的に発生した所得ではなく、類型的にその担税力は対価性のない偶発的な所得のそれよりは大きいと見做し得るからである。そして、所得はその発生態様や性質によって担税力が質的に異なるという前提に立って所得を区分するに当たり、一時所得を一時的、偶発的なものに限定しようとした所得税法の趣旨にかんがみれば、供与が具体的な役務行為に対応する場合だけでなく、一般的に人の地位及び職務に関連してなされる場合も、偶発的とはいえないもの

受けられる。しかし、「臨時的・偶発的」とは、一時所得の3要件を全て見たす所得に共通する特色として概ね観察される性質に過ぎず、これが「一時の所得」の解釈の決め手となることはないというべきである。参照、寺内・前掲注46)528頁。

57) 注解 所得税法研究会編『五訂版 注解 所得税法』828-829頁（大蔵財務協会，2011）。

58) 注解 所得税法研究会・前掲注57)828-829頁。

59) 谷口勢津夫『税法基本講義（第7版）』321頁（弘文堂，2021）は、非継続要件の文言について「一時的な所得という以外に特に積極的な意味を持つものではない」とし、対価性要件について「対価性を有する所得は、確定的な対価を得ようとする稼得意思・行為に起因するものであり、偶発的な所得とはいえないから、一時所得から除外されている」と説明する。偶発的な所得を一時所得の範囲から除外する機能はもつぱら非対価要件が担っているという趣旨であろう。

60) 漆さき「一時所得と雑所得の所得区分における継続的な収益獲得の事実——その影響と問題点」論ジュリ20号210頁，214頁（2017）。

については、対価性の要件を充たすと解するのが相当である。」

このように一定の地位や行為を前提としてこれと密接関連性が認められる場合においても「労務その他の役務……の対価としての性質」（以下「対価の性質」という。）を認めるのが裁判例の傾向といえる。これら以降の裁判例においても同様の判示がなされている<sup>61)</sup>。

学説においても、上記裁判例を支持し、①抽象的・一般的な「労務・役務」行為が存在すること、②「給付」が当該「労務・役務」行為に密接・関連すると認められることを非対価要件の判断基準とするものがある<sup>62)</sup>。「対価」の意義については、借用概念として、自己の財産、労力等を他人に与えたり利用させたりしたことの報酬（反対給付）として受け取る財産上の利益であるとされるが<sup>63)</sup>、あえて「対価としての性質」（傍点筆者）と規定していること及び前記非対価要件の趣旨から、非対価要件の「対価」を緩やかに捉えているのであろう。

ここで、上記の裁判例が判示する、利益供与と人の地位・職務との密接関連性の判断について、当該供与の私法的性格に着目したい。上記の場合はいずれも当該人物の特定の行為との反対給付性を見出すことはできない事例であり、（準）委任や請負、雇用とみる余地はなく、その私法的性格は贈与と評価せざるを得ない。一方、供与者としては、被供与者が一定の行為（供与者に有利な政治活動、事業活動）に出ることを期待して贈与に及んでいるということが出来る。負担付贈与と呼べるかはともかく、一定の行為を行うことを期待して供与している。そして、期待に応えて贈与にかかる経済的利益を費消することに対価の性質が見出されているのである<sup>64)</sup>。平成 8 年東京地判は政治献金の性質につき、次のように述べている。

「民法上の贈与の法的性格を有する収入であっても、典型的にこれに対応する必要経費的な支出が想定されるものを贈与税の課税対象とすることは、納税者にとって非常に酷な課税となり得るのであって、不合理な解釈というべきである。

……一般に、政治家に対する政治献金は、政治家の地位及びその職務である政治活動を前提とし、献金者から政治活動に対する付託（それが抽象的、一般的なものである場合もあるし、相当具体的なものである場合もある）を伴って継続的に供与される性質のものであり、その中から政治活動のための費用（政治活動のために使用する事務所関係の費用、政党の政治活動費用を賄うため経常的に負担する党費、政治活動に関する交際費等）を支出することが予定されているのであるから、献金に係る金額全額が政治家の担税力を増大させるとはいえない。故に、このような政治献金に係る政治家の収入を必要経費の控除を全く認める余地のない贈与税の課税対象とすることは、一般的に納税者である政治家に極めて酷な課税をもたらすことになって、相当ではない。」

政治献金が所得税・贈与税のいずれの対象となるかが争われたため、贈与税との関係で論じられているが、本判決の問題意識は明確であり、政治献金の性質について「民法上の贈与の法的性格を有する収入であっても、典型的にこれに対応する必要経費的な支出が想定されるもの」としている。本判決は、政治家に対する政治献金は、政治家の地位及びその職務である政治活動を前提とすること、献金者から政治活動に対する付託を伴って継続的に供与される性質を有すること、その中から政治活動のための費用を支出することが予定されていることの 3 点に着目している。

一般化するならば、贈与であって反対給付

61) 例えば、東京地判平成 22 年 10 月 8 日訟月 57 卷 2 号 524 頁や東京地判平成 23 年 5 月 11 日税資 261 号順号 11683 参照。

62) 寺内・前掲注 46)531 頁。

63) 谷口・前掲注 59)327 頁。

64) 上田正勝「所得税法における『対価』の意義について」税務大学校論叢 102 号 100 頁、139 頁（2020）。

関係が見出されないとしても、その趣旨を検討し、(ア)ある地位及び活動を前提とした贈与であり、(イ)受贈者が一定の行為に出ることが期待する趣旨が認められ、(ウ)当該贈与から当該行為の費用を支出することが想定されていると解される場合には、対価的性質が見出されることになろう。すなわち、「対価的性質」は、労務・役務提供行為と給付との間に反対給付関係が認められない場合であっても、一定の行為を行うことを期待して財産上の利益が供与されている場合には、これが認められる。①抽象的・一般的な「労務・役務」行為が存在すること、②「給付」が当該「労務・役務」行為に密接・関連すると認められることの2点を非対価要件の判断基準とする学説があることは先に述べたが、①が(ア)に対応しており、(イ)及び(ウ)は②を満たす一局面として位置付けることが可能である。

基本給付金の支給は司法修習生という法的地位及び司法修習という一定の活動を前提とした制度であるし、負担付贈与と解される以上、贈与者(国)として受贈者(司法修習生)が司法修習に従事することを期待していることも明らかである。そして、本件裁決によれば「無償の司法修習に従事する上での費用が必要となることから基本給付金が給付される」のであって、基本給付金から司法修習に従事するうえでの費用を支出することが想定されているといえる。

以上を踏まえると、非対価要件を厳格に解釈する場合、反対給付性を有しない基本給付金が「対価的性質」を有する余地はない。一方で上記のように非対価要件を緩やかに捉える立場に立つ場合には、基本給付金も負担付贈与たる性格を有する以上、対価的性質を認めることができる。

### 3 小括

以上によれば、雑所得であるとした本件裁

決の結論は支持できるものの、議論の余地がある。基本給付金につき一時所得と解する余地がないと直ちに結論づけることは困難である。

まず、給与所得該当性を肯定することは困難であって、除外要件を満たす。一時所得又は雑所得のいずれかに振り分けられることは明らかである。

次に、非継続要件との関係では、B説に立った場合、基本給付金が「営利を目的とする継続的行為から生じた所得」といえない以上、この要件は満たされることになる。A説に立ち「一時の所得」該当性を問題としたとしても、基本給付金の支給総額があらかじめ確定していることからすれば「一時の所得」該当性を肯定する余地がある。これに対して、継続的な給付であるとしてこれを消極に解せば本件裁決と同様の結論を得ることになる。

非対価要件との関係では、非対価要件を従前の裁判例と同様に緩やかに解する場合、「労務その他の役務の対価としての性質」を有するものとして、非対価要件を満たさない。他方で、非対価要件を文言通り厳格に解釈し、反対給付性を有するものに限って対価的性質が認められるとの立場<sup>65)</sup>に立つのであれば、本件裁決が認定した基本給付金の性質に照らせば、対価的性質は否定されることとなる。

## V. 検討その3 必要経費控除の可否

### 1 必要経費控除の趣旨

必要経費控除の趣旨は、包括的所得概念の下で、消費に当たらない純資産減少に当たる部分を除き、課税対象を理論的な所得額と等しくなるようにする点にある<sup>66)</sup>。判例が必要経費の控除について「このような支出額に相当する部分が上記個人の担税力を増加させ

65) 非対価要件該当性を文言通り厳格に解釈すべきであると主張するものとして、渡部尚史「一時所得の要件と特色」神戸学院経済学論集 51 巻 4 号 113 頁 (2020)。

66) 佐藤・前掲注 36)271 頁。

るものではないことを考慮したもの」<sup>67)</sup>と判示したのはこれと同じ趣旨である。

以上の趣旨から、必要経費とは「所得を得るための特定の経済活動と直接の関連を有し、それを行なうために、客観的にみて必要な支出」<sup>68)</sup>と解されている。

## 2 本件判決の論理

本件判決は、基本給付金は必要経費を伴わないとする。その理由づけは、司法修習が「業務」、すなわち所得を得るための経済活動といえないこと、「司法修習生が基本給付金を得るために種々の費用を支出する関係にあるわけでもない」ことの 2 点である。

前者の理由づけから、司法修習のための費用支出と基本給付金の関連性は切断され、種々の費用支出と基本給付金の関連性も同時に切断され、後者の理由づけが直ちに導き出される。したがって、本件判決の結論を導き出した決め手は第 1 の理由づけである。

## 3 業務該当性

ある支出が必要経費とされるためには、「その他当該総収入金額を得るため直接に要した費用の額」又は「その他所得を生ずべき業務について生じた費用」(所法 37 条 1 項)に該当する必要がある。

本件判決は「司法修習生が基本給付金を得るために司法修習に従事するという関係にあるわけではな [い]」ことを理由として挙げる(上記第 1 の理由付け)。本節では、かかる理由づけの妥当性を検討する。

### (1) 平成 8 年東京地判

ここで、前記の平成 8 年東京地判に注目したい。同判決は、政治献金が雑所得であるとした上で、次のように判示している。

「前記のとおり、《乙 2》議員への政治献金は、政界の実力者としての《乙 2》議員の地位及びその職務としての政治活動に期

待し、少なくとも抽象的な付託を伴って継続的になされるものであって、《乙 2》議員の地位及び職務に関連した必然的な所得というべきであるから、《乙 2》議員の政治献金収入は、雑所得として所得税の課税対象になるというべきである。なお、その雑所得の金額を算定するに当たっては、政治活動のための費用(政治活動のために使用する事務所関係の費用、政党の政治活動費用を賄うため経常的に負担する党費、政治活動に関する交際費等)として支出されたと認められる金額を必要経費として、政治献金収入から控除すべきことになる(所得税法上、雑所得の金額は、その年中の雑所得に係る総収入金額から必要経費を控除して計算すべきものであり、この必要経費とは『総収入金額を得るために直接要した費用の額及びその年における販売費、一般管理費その他その所得を生ずべき業務について生じた費用の額』と規定されている《同法三七条一項》。右のような政治活動のための費用は、政治家としての業務に関連する経費として控除を認めてよいと解される)。

### 3 被告人に対する裏献金の関係

被告人への裏献金も、前記のとおり、政界の実力者である《乙 2》議員の公設秘書という被告人の地位及びその職務を前提として、《乙 2》議員への取次ぎ又は被告人自身による関係者への口利きなどを期待し、継続的なされるものであって、被告人の地位及び職務に関連した必然的な所得というべきであるから、被告人の裏献金収入は、雑所得として所得税の課税対象になるというべきである。なお、その雑所得の金額を算定するに当たっては、秘書として活動に関わるための費用と認められる支出があれば、その額を必要経費として控除すべきことになる。」(下線筆者)

本判決は、問題となった政治献金について必要経費の控除を認めている。当該政治献金

67) 最判平成 24 年 1 月 13 日民集 66 卷 1 号 1 頁(逆ハーフトックスプラン事件)。

68) 佐藤・前掲注 36)272 頁。

は具体的な役務に対応してなされたものではなかった（負担付贈与と呼べるかすら微妙である）。

かかる判示部分は、給付との間で対価的性質が認められる一定の労務・役務提供行為に要した費用を必要経費として控除できることを認めている。この判示からすれば、より密接関連性が明らかな負担付贈与がなされた場合において、負担部分を必要経費として控除できるとの帰結が導き出されるであろう。

では、なにゆえに必要経費控除が認められるのであろうか。平成8年東京地判が政治献金について「民法上の贈与の法的性格を有する収入であっても、典型的にこれに対応する必要経費的な支出が想定されるもの」と判示したことは前述したが、ある経済的利益の供与の私法的性格が贈与に区分される（役務提供の反対給付たる性質を有しない）としても、負担（負担付贈与）や贈与の趣旨から期待される一定の行為が想定される場合には、当該行為に要する費用が必要経費となるとの考え方に立っているのだと解される。当該贈与から当該行為の費用を支出することが想定されていると解される場合には、対価的性質が見出されることの反面として、必要経費控除が認められるべきとの結論を得ることになる。

## (2) 裁判員等への旅費等との比較

### a 平成20年照会

業務該当性を否定した理由づけ、すなわち「司法修習が基本給付金という所得を生ずべき業務であると解することはできない」の可否を検討する上で恰好の比較対象となるのが、裁判員等に対し支給される旅費、日当及び宿泊料（以下「旅費等」という。）である。

最高裁判所は、平成20年、国税庁に対し、旅費等は雑所得であること及び裁判員等が出頭するのに直接要した費用の額を必要経費に

算入できることの2点について照会を行い（以下「平成20年照会」という。）、国税庁は「貴見のとおりで差し支えありません」としてこれを是認した<sup>69)</sup>。

平成20年照会は、旅費が雑所得であることの理由を次のように説明する。まず、給与所得該当性は、①実費弁償的であり労務対価性が否定されること、及び②裁判員及び補充裁判員の職務遂行は一種の義務であり、雇用契約又はこれに類する契約に基づき行うものではないこと<sup>70)</sup>、③裁判員等は独立して職権行使を行うとされていることから（裁判員の参加する刑事裁判に関する法律8条）、使用者からの指揮命令に服して行うものともいえないことの3点を理由として否定される。次に、実費弁償的な対価としての性質を有することから一時所得該当性が否定される。

ここで注意すべきことは、旅費等の給与所得該当性を否定する理由づけとして決定的かつ説得的なのは、①のみであるという点である。まず、労務提供の基礎となる法律関係の性格のみによって給与所得該当性の判断が決められるわけではないから<sup>71)</sup>、②は決定的な理由にはなり得ない。また、③は、妥当な理由づけとすら言い難い。なぜなら、これを前提とすれば、職権行使の独立が憲法上保障されている裁判官の給与も給与所得に該当しないと結論に至ってしまうからである。裁判官についても従属性が肯定されるとするのが通説的理解ではなかったか<sup>72)</sup>。したがって、旅費等の給与所得該当性が否定される決定的な理由は、①の理由づけ、すなわち、その実費弁償的性格に求められる。これは平成20年照会において、一時所得該当性を否定する理由にもなっている。

以上をまとめると、平成20年照会の結論は、労務対価性が否定される点から給与所得該当性が否定されること、対価的性質を有す

69) 最高裁判所事務総局刑事局長「裁判員等に支給される旅費、日当及び宿泊料に対する所得税上の取扱いについて（照会）」（平成20年11月4日）（<https://www.nta.go.jp/law/bunshokaito/shotoku/081101/another.htm>、2021年6月9日最終閲覧）。

70) 最判昭和56年4月24日民集35巻3号672頁（弁護士顧問料事件）の表現（「雇傭契約又はこれに類する原因」と微妙に異なることに注意）。

71) 佐藤英明「給与所得の意義と範囲をめぐる諸問題」金子宏編『租税法の基本問題』397頁、406頁（有斐閣、2007年）。

るために一時所得該当性が否定されることによって正当化されるといえる。労務対価性を否定する一方で対価的性質は肯定されている点が旅費等の特徴であり、雑所得に区分される決め手となった要素なのである。そして、旅費等につき必要経費控除が認められている以上、平成 20 年照会は、労務対価性を有していないとしても対価的性質を有するのであれば必要経費控除は認められるとの前提に立っていると解される。平成 8 年東京地判と同様の考え方に立って、対価的性質が認められることのコロラリーとして必要経費控除を認めていると思われる。

#### b 「実費弁償的」性質

基本給付金と旅費等は労務対価性が否定され、その一方で対価的性質が肯定される点は共通している。では、基本給付金は旅費等の「実費弁償的」という性質を有するであろうか。

まず、平成 20 年照会が、旅費等が「実費弁償的な対価」を有することについてどのように説明しているかをみてみよう。

「裁判員等である者には、その義務を履行することないし職務を遂行することによって損失が生じることから、……旅費等を支給することとされている。また、旅費等のうち日当の支給については、裁判員等が上記の義務を履行・遂行するため、あるいは履行・遂行したことによって、出頭に要した旅費及び宿泊費以外の積極的な損失（出頭に要した諸雑費の支出）並びに消極的な損失（出頭しなければ別途得られるであろう収入の喪失、いわゆる逸失利益）が発生するので、これらの弁償・補償を一定の限度内で行おうとするものであるとされている。

したがって、裁判員等に対して支給される旅費等の性質は、実費弁償的なものであり、労務の対価（報酬）としての性質は有していないものと考えられる。」

旅費等の趣旨は裁判員等としての役務提供の対価ではなく、裁判員等としての義務の履行のために生じる積極的・消極的な損失の弁償・補償がその制度趣旨であることがわかる<sup>72)</sup>。

裁判員等と同様、司法修習の過程においても積極的な損失（司法修習に要した諸雑費の支出）が生じること、修習専念義務が課される関係で消極的損失（逸失利益等）が生じることが明らかである。立法趣旨が「司法修習生は、修習期間中、その修習に専念することとされており……修習給付金〔は〕……修習期間中の生活を維持するために必要な費用として定められる額を支給する」<sup>74)</sup>点にあるのだとすれば、基本給付金にはこれらの損失を填補する趣旨をも含んでいるはずである。本件裁決も「無償の司法修習に従事する上での費用が必要となることから基本給付金が給付されるのであり〔は〕」としており、実費弁償的性格を有することを確認する趣旨であろう。

そうすると、基本給付金についても、旅費等と同様に、実費弁償的な対価としての性質を有しているといえることができるだろう。

#### (3) まとめ

以上を踏まえると、一定の活動と金銭給付が反対給付関係にないからといって、「業務」に当たらないと解することは、妥当でない。対価的性質が認められるならば、その反面として必要経費控除が認められるべきであろう。

## 4 対価的性質の否定と、所得区分の関係

さて、基本給付金が対価的性質を有するのであれば必要経費控除が認められるべきであるというのが、本稿のさしあたりの結論である<sup>75)</sup>。それでは、基本給付金の必要経費の算入が認められないのは対価的性質を有しないからだとする、いかなる問題が生じるの

72) 佐藤・前掲注 71)405 頁。

73) 池田修ほか『解説裁判員法〔第 3 版〕——立法の経緯と課題』135-136 頁（弘文堂、2016 年）。

74) 前掲注 4)21 頁〔小山政府参考人発言〕。

75) この見解に立った場合、収入した時点で管理支配基準による収益計上を行い、司法修習の諸経費を支出し

か。以下では、旅費等と基本給付金の別異取扱いが対価的性質の有無によって生じていると仮定してみたい。

基本給付金の対価的性質が否定されるとすれば、基本給付金は「労務その他の役務の対価としての性質」を有しないと言わざるを得ない。そうだとすると、前述の通り、基本給付金は一時所得に当たると解する余地が出てくる。反対に、仮に基本給付金が労務対価性を有しないが対価的性質を有すると解した場合、結局対価的性質を有する以上、旅費等と同様に必要経費を伴うという結論に至ってしまう。

つまり、「司法修習が基本給付金という所得を生ずべき業務であると解することはできない」との部分に対価的性質を否定する趣旨であるとすれば、基本給付金が雑所得に区分される（＝一時所得に当たり得ない）とする点との間で矛盾をきたすのである。

## 5 小括

以上の考察から、基本給付金が「必要経費を伴わない雑所得」であるとする本件判決の結論は支持し難い。基本給付金が雑所得に当たるのであれば、旅費等のような「必要経費を伴う雑所得」と解さざるを得ないように思われる。

## VI. 結びに代えて

本稿は、本件判決を題材として基本給付金の課税上の取扱いについて検討した。私見としては、雑所得に該当するとした所得区分に関する判断は支持できるものの、本件判決が必要経費控除を認めなかった点は支持できない。

本件判決に対する本稿の批判は3点に集約される。

第1に、学資金非課税規定につき、学資を「学問の修業に要する費用」と解釈すること自体は妥当であるとしても、生活費も含め学

問の就業と必要性・関連性を有するものであれば、当該規定の適用対象になると考えるべきである。学資金該当性の判断にあたって取られた意思解釈の内容には問題がある。さらに本件判決は「芸芸」との関係を全く論じておらず、この解釈次第では結論が変わりうる。

第2に、本件判決は、基本給付金が雑所得に該当することの理由を明確に説明できていない。むしろ、本件判決の理由付けを前提とすれば、一時所得にも該当する余地があることを指摘した。

第3に、基本給付金が一時所得ではなく雑所得に当たると解した場合、必要経費控除がおよそ認められないと解することは不当である。所法37条1項の「所得を生ずべき業務」該当性に関して、金銭給付と反対給付関係にないことを理由にこれを直ちに否定することは妥当でなく、負担付贈与における負担も該当すると解するべきであって、対価的性質の有無は必要経費控除の可否と連関を有する。また、本件判決の結論は、少なくとも平成20年照会との間で整合しない。

本稿の検討内容それ自体は事例研究の域を出るものではない。しかし、基本給付金という法科大学院生に身近な制度を切り口として、幾つかの示唆は得られたように思われる。課税は、第一義的に私法の適用を受ける経済取引に即して行われる。このため、課税法規は多くの場合、要件に私法上の概念を取り込んでいる。国庫からの金銭給付に対する課税を考えるに当たってもそれは同様である。本稿は、国庫からの金銭給付の課税上の取扱い（あくまで一局面を取り上げたにすぎないが）についてその私法的性格からその課税関係を理解しようと試みたものである。

また、本稿では紙幅の多くを雑所得と一時所得の区別の問題に割いた。両者は「ブービー賞と最下位のようなもの」<sup>76)</sup>とも形容され、立法論としては一時所得の廃止論も主張されているところである<sup>77)</sup>。とはいえ、現実に一時所得が所得区分として存置されて

た時点で費用計上することになるか。上田・前掲注64)139頁参照。

76) 増井良啓『租税法入門〔第2版〕』316頁（有斐閣、2018）。

77) 政府税制調査会基礎問題小委員会「個人所得課税に関する論点整理」5頁（平成17年6月21日）、日本税

いる以上、両者の区別は、取り組まざるを得ない課題であり、一時所得に対する優遇措置に鑑みれば、実務上も少なからぬ重要性をなお有するテーマである。

本稿では、必要経費に関する所法 37 条 1 項の解釈に関する一般論について十分な議論を展開することができなかった。これは事例研究という本稿の性質及び筆者の技量不足に起因するものである。今後の研究課題としたい。

本稿を通じて学資金非課税規定や一時所得と雑所得の区別、対価的性質の有無と必要経費控除の可否の関係性等の諸論点についての問題提起をすることができたならば、本稿の目的はひとまず達成されたといえる。そうであるならば、筆者としてこれ以上の幸せはない。

#### \* 追記

本件裁決に係る事案は、2022 年 9 月 4 日現在、大阪地方裁判所において係属中である。本稿脱稿後に裁判所の判断が示されなかったため、本稿ではその検討を盛り込むことができなかった。他日に期したい。

#### \* 謝辞

本稿は、2021 年度 S セメスター開講の「租税と諸法」(佐藤修二客員教授〈当時〉)の期末レポートに加筆修正を行ったものである。佐藤客員教授は、本稿の元となるレポートを作成する機会を与えてくださったほか、提出後には丁寧なフィードバックをくださった。増井良啓教授は、本稿の題材となった本件裁決を筆者に紹介してくださったほか、筆者が受講した 2021 年度 S セメスター開講の租税法演習にて上記期末レポートについてディスカッションする時間を与えてくださった。同演習における増井教授や演習の同期各氏からのコメントがなければ本稿を完成させることはできなかった。また、このほか多くの方々から有益なコメント・アドバイスをいただいた。そして何より、東大法科大学院ローレ

ビュー編集委員会の皆様には補正の提案をしていただいた。この場を借りて改めて、皆様に感謝申し上げたい。無論、本稿に関する一切の責任は筆者が負うものである。

(よしざわ・けんたろう)

## 論説

## 東京大学法科大学院の租税法

## ——実務家教員の印象記——

北海道大学教授・前東京大学客員教授

佐藤修二

## I. はじめに

## II. 租税法分野の科目構成

- 1 HLS と比較して
- 2 各科目の概要

## III. 筆者の授業

- 1 租税と諸法
- 2 金融取引課税法
- 3 国際租税法

## IV. 租税弁護士という途

## I. はじめに

筆者は、2019年4月から2022年3月までの間、東京大学法科大学院で租税法科目の授業を担当する栄に浴した。受講生には、本誌の歴代編集委員のお名前も少なからず見られたこともあり、在任中に一度執筆してみたいと思いながら余裕を見ないままに任期満了が近づいた。最後のチャンスと思って、筆者の租税法授業の体験記的なもので恐縮ながら掲載いただけないだろうかとご相談したところ、快く受け入れていただき、こうして執筆の機会を頂戴したものである。執筆に際し、

筆者の在籍初年度である2019年度に（前年度分と合本の印刷媒体として）刊行された本誌に目を通しながら、学生の皆さんの力が入った論稿が収録された本誌に学問的ではない軽い文章を載せていただくことに躊躇を感じつつも、過去に租税法科目の授業を担当された実務家教員による同種の文章は見当たらないことから、特に租税法に関心のある学生の方々にとって本稿が何某かの参考となればと願っている。

東京大学法科大学院が創設された2004年は、ちょうど筆者がHarvard Law School（以下「HLS」という。）のLL.M.の課程に留学した年でもある。筆者は、HLSで“LL.M. Concentration in Taxation”という租税法の集中コースを履修した。

本稿では、HLSでの租税法教育との比較も交えながら、東京大学法科大学院での筆者の授業経験を振り返ってみることにしたい<sup>1)</sup>。

## II. 租税法分野の科目構成

## 1 HLS と比較して

東京大学法科大学院では、租税法科目として、研究者教員が担当される4単位の「租税法」のほか、実務家教員が担当するものとし

1) HLSでの筆者の経験については、拙稿「コーポレート・アメリカの租税法——ハーバード・ロー・スクールにて租税法を学んで」税務弘報70巻5号12頁（2022）を参照。なお、筆者は、2022年10月1日より、弁護士から、北海道大学大学院法学研究科教授（租税法担当）に転じた。

て、「租税と諸法」「金融取引課税法」「国際租税法」という、各々2単位の科目が3つ、設けられている(このうち、「国際租税法」は、研究者教員と実務家教員との共同担当である)。

前記のとおり、筆者は2004年にHLSに留学をしたため、東京大学法科大学院が開設された2004年の春先は、ちょうど筆者がHLSのシラバスを見ながら履修科目を検討している時期と重なった。HLSでは、基本科目の租税法(Taxation)の他に、法人課税、国際租税法、比較租税法、パートナーシップ課税など、たくさんの租税法科目が用意されており、大いに魅力を感じたものである。他方で、当時たまたま知る機会があった東京大学法科大学院のカリキュラムを見ると、租税法科目がHLSにおけると同様に複数のメニューを擁する充実したものであることが目を引いた。

一方で、HLSでは租税法科目のほとんどを研究者教員が担当していたこととは対照的に、科目数の上では多くの部分を実務家教員が担当することは、東京大学法科大学院の租税法教育の一つの特色であると思われる。この点については色々の考え方があろうけれども、少なくとも、租税法の実務を学生に知ってもらおうという意味では有益である。加えて、「国際租税法」を研究者教員と実務家教員が共同で担当する点は、学生の皆さんの目の前でいわゆる理論と実務の架橋が展開されるという意味でメリットが大きいのと思われる、僭越ながら、卓抜なアイデアに基づく制度設計であったと思う。何よりも筆者自身にとって、研究者教員の先生方とのコラボレーションは楽しく得難い経験であった。

## 2 各科目の概要

次に、東京大学法科大学院における租税法科目の各々について、概要を見てみよう。

筆者は、東京大学法科大学院における「租税法」の授業に直接に触れたことはないものの、ケースブック<sup>2)</sup>を教材として、双方向

的なやり取りのもとに租税法の基礎理論や所得課税の基礎が講じられるものと仄聞しており、おおよそ、HLSにおける租税法基本科目としての“Taxation”と同様のものではないかと理解している。この科目は、東京大学法科大学院の創設以来、増井良啓教授が長く担当されてきたものと認識しており、筆者の周りの卒業生や学生の皆さんからは、増井教授の授業から大いに刺激を受けたという感想を多く聞いている。

そして、「租税法」の先に展開される、実務家教員が担当する各科目については、少なくとも筆者の場合、全く自由に構成をさせていただいた。制度設計時の構想としては、「租税と諸法」がいわゆるコーポレート(M&A・組織再編などを中心とする会社法と関連する分野)、「金融取引課税法」と「国際租税法」は、それぞれ文字通り、ファイナンスとインターナショナルの分野をカバーすることが想定されていたように仄聞したこともある。しかし、そのようにしてほしいという要望は受けなかった。大学の授業は、教員の自由に委ねられることを実感し、大変有難いことであったし、その中から、これまで各実務家教員の個性を活かしたさまざまな授業が展開されてきたのだろうと思う。

次に、項を改めて、筆者自身が行った授業を紹介する。

## Ⅲ. 筆者の授業

### 1 租税と諸法

筆者が2019年の春に東京大学法科大学院に着任して初めて開講したのが「租税と諸法」の授業であった。母校の教壇に立つということで、前日は緊張して眠れぬ夜を過ごしたことも懐かしい思い出である。初回の授業には、30名前後の学生の皆さんが出席していた。筆者はそれまで、企業人や税務専門家の前で講演したり、社会人学生の多い大学院で講義を担当したりする機会があったものの、20代前半の学生の皆さんの前で話をす

2) 金子宏ほか編著『ケースブック租税法〔第5版〕』(弘文堂, 2017)。

とは初めてであったが、雑談も交えた筆者の話に笑いの渦も時折起りながらの初回授業となり、筆者自身が楽しかったことを良く覚えている。

筆者が東京大学法科大学院の租税法担当教員として着任することが決まった前年の秋口、どのような授業ができるかいろいろと考えている中で、たまたま筆者が公刊していた編著書<sup>3)</sup>に思い至った。この本は、筆者が国税不服審判所の任期付職員（国税審判官）として勤務していた時期に感じた、（法曹資格を有する法律家によってではなく、行政実務家によって構成される）課税当局と、筆者のような法曹実務家との考え方がかなり異なっているという実情を、その違いゆえにこそ課税処分が裁判所の目から見て違法であるとして取り消される、という事例を素材に論じたものであった。この本は、基本的には、課税当局の職員や税理士などの税務専門家に向けて、法的な考え方を裁判例を通じて例解しようとしたものである。しかし、「税務と法務の違い」をテーマにしたこの本は、逆に、法律家の卵でありつつ、租税の世界は知らない学生の皆さんにとっても役に立つ面があるのではないかと思ったのである。

実際に、この本を教科書とした授業を3年間行ってみて、毎年、数十名の参加を得、概ね好評であった。受講生の感想を聞くと、授業を受けるまで、課税当局は立派な行政機関であるから課税処分もきちんとしたものであり、裁判所で取り消されることなど考えたことがなかったが、国側の敗訴事例を見ると、法的な考え方が不十分な処分事例が珍しくないことに驚きを覚えた、という声が多くあった。ちなみに筆者は、着任前まで、「租税と諸法」は租税法科目の中では応用科目に位置付けられているから、基本科目の「租税法」を履修した上でさらに「租税と諸法」を履修することが通例なのだろうと想定していた。ところが、実際には、単位取得の都合等で、「租税法」は未履修であるが「租税と諸法」を受講した、という人が少なからずあった。

このことは、筆者が授業に慣れていなかった初年度は、租税法を全く知らない人からかなり学習が進んだ人までを含む受講生の構成の中で、難易度の設定に苦慮することにもなった面がある。しかし、2年目以降は、難易度の高低というよりも、裁判所と課税当局の思考様式の違いに着目した話をするのが、「租税法」の授業で展開されるのであろうオーソドックスな内容とは別の意味で租税法への入門となり、「租税法」を履修済みであったり学習が進んでいたりする人にも意味があるということに気づき、自信をもって授業を行うことができた。逆に、この授業を履修して租税法に興味を持ったので、後期に「租税法」の授業を履修するという人もあって、嬉しく思ったこともある。おそらくこうして筆者自身が楽しんで授業を行った結果、コロナ禍ゆえにオンライン授業となった2年目の授業について、学生の皆さんの好評をいただき、当時の五神真総長よりオンライン授業のグッドプラクティスとして表彰していただいた。

この授業では、期末レポートを提出してもらっていたが、その内容も興味深いものが増えた。とりわけ、課題設定を全く自由にした2年目以降は力が入ったものが増え、学生の皆さんの自由な創意工夫に委ねることの効用を感じたものである。

なお、在任中に、縁あって、この授業（と後に述べる「国際租税法」の授業の筆者担当部分）のエッセンスを小著<sup>4)</sup>にまとめることができたのは、筆者にとって貴重なことであった。

## 2 金融取引課税法

金融取引課税法は、その名のとおり、いわゆるファイナンス分野の課税を取り扱うことが想定されたもののではないかと思われる。

日本で企業法務に従事する弁護士は、多くの場合、コーポレートまたはファイナンスの

3) 拙編著『実務に活かす！ 税務リーガルマインド——納税者勝訴事例から学ぶ税務対応へのヒントを中心に効果的な税務調査の対応・国税不服審判所の活用まで』（日本加除出版、2016）。

いずれかをベースとしており、租税弁護士の場合も、コーポレートまたはファイナンスのいずれかの実務経験をベースとしつつ、これに加えて租税法を取り扱うというケースが少なくない。筆者の場合、少なくともファイナンス分野の実務経験はなく、どちらかというところコーポレート分野の経験を有していた。したがって、「金融取引課税法」の授業については、文字通りに金融取引の課税を検討するには知識が不足しており、少し悩んだのであるが、過去のこの科目の授業を基礎に生まれたと推察される書籍<sup>5)</sup>の内容等から、コーポレート分野の経験をベースに、「コーポレート・ファイナンス」(株式会社の企業金融)の視点からこの授業を構成することも科目の趣旨に沿うものと思ひ至り、そのような授業を行うこととした。具体的には、渡辺徹也教授のコンパクトかつ水準の高い教科書<sup>6)</sup>に沿って、株主-法人間取引に着目して法人課税を見ていくという、筆者自身がHLSで受講した法人課税の授業を筆者なりに再現しようとしたものである。

この授業は、取り扱う素材そのものが高度であり、入門者も多かった「租税と諸法」に比べると、より専門的に租税法を学ぼうという意欲を持った受講生が多かったように思う。初年度は、同じコマに中里実名誉教授の最終年度のゼミがあり、筆者も租税法に興味のある学生にはその受講を勧めていたこともあったか、筆者の授業は6名という少人数の授業となった。その結果、意欲的な皆さんとともに時折懇親会を開催するなどして、楽しく授業をすることができた。2年目以降も、オンライン授業ではあったものの、受講生に恵まれ、活発な議論を楽しむことができたと思う。

### 3 国際租税法

国際租税法は、研究者教員と実務家教員が共同で担当する授業である。筆者の場合、初年度と2年目は増井教授、最後の3年目は神山弘行教授との共同であった。東京大学法科大学院の創設間もないころにおける増井教授と宮崎裕子元最高裁判事による「国際租税法」の授業の成果は、珠玉の教科書にまとめられている<sup>7)</sup>。この教科書は、筆者にとっても愛読書であったので、これをテキストとした授業をほかならぬ増井教授と共同で担当することは、大きな喜びであった。また、神山教授とはHLSで文字通り机を並べた仲であり、授業は、オンラインという制約をものともせず、思い出話をしながら和気藹々と進んだ楽しいものであった。

授業の構成は、増井教授とのときも神山教授とのときも概ね同様で、全13回の授業のうち、初回をイントロダクションとして2名で担当し、その後、筆者は事例研究5回を担当、その余の回は、増井教授ないし神山教授が教科書に沿って概説的な説明をされた。筆者は、タックス・プランニングに関する業務経験が乏しいため、事例研究の回でプランニングを取り上げることが困難であった。他方で、筆者は、国税不服審判所の審判官として国際租税法に関係する大型事案もいくつか取り扱っていたことから、事例研究は、国際租税法に関する裁判事例、それも課税当局による処分を裁判所が取り消した事例を中心に取り上げることとした。これは、「租税と諸法」の授業と同様に、課税当局の思考と裁判所の法的な思考の違いを国際租税法の分野で浮かび上がらせる効果を持ったと思われる。全5回の事例研究の各回について、一定のテーマを設定し、毎回3件程度の裁判例を取り上げた。その際、親しい知人である木村浩之弁護士

4) 拙著『租税と法の接点——租税実務におけるルール・オブ・ロー』(大蔵財務協会, 2020)。

5) 草野耕一『金融課税法講義〔補訂版〕』(商事法務, 2010)、太田洋『M&A・組織再編のスキームと税務——M&Aを巡る戦略的税務プランニングの最先端〔第4版〕』(大蔵財務協会, 2019)。

6) 渡辺徹也『スタンダード法人税法〔第2版〕』(弘文堂, 2019)。

7) 増井良啓=宮崎裕子『国際租税法〔第4版〕』(東京大学出版会, 2019)。

士（弁護士法人淀屋橋・山上合同）の連載<sup>8)</sup>が、裁判例とこれに関連する論点を簡潔にまとめたものであったので、教材として重宝した。ただ、筆者は、木村弁護士の見解にすべて同調するものでもなく、むしろ疑問を有する点もあったし、学生の皆さんからも、木村弁護士の解説に対する質問があった。そこで、授業の経験をもとに、木村弁護士の連載に対して、筆者と、課税当局出身の故野田秀樹氏の2名で疑問やコメントを投げ掛け、木村弁護士から回答を得る、という形で書物をまとめることができた<sup>9)</sup>。

授業での学生の皆さんの質問やコメントには鋭いものも多かった。例えば、租税条約の解釈について、裁判所が日本語版の文言を重視して結論を導いたことに対して、租税条約には日本語版だけでなく英語版もあるならば、日本語版の文言のみを重視して結論を導くのはおかしいのではないか、という指摘があった<sup>10)</sup>。木村弁護士によれば、この点は、ヨーロッパでは実務上問題となることも多いとされる興味深い論点である、ということであった<sup>11)</sup>。

#### IV. 租税弁護士という途

本稿を締め括るに当たり、法科大学院における租税法学習のその先にあり得る租税弁護士という途について記しておくたい。

筆者は、HLS 留学時に租税法を専攻して帰国した後、大手法律事務所では租税実務に携わる機会を得、その後、国税不服審判所勤務を経たことから、争訟を中心に租税案件に対応するようになった。審判所勤務を経て弁護士に復帰した後は、事務所横断的に租税弁護士の方々と交流する機会も増え、筆者なりに、日本の租税弁護士の実情がおぼろげながら見えてきた。

日本には、租税弁護士の数がかなり少ない。その背景には、租税の専門家として税理

士の存在感が大きく、クライアントの関心を税理士ではなく弁護士に惹きつけることに困難を伴うことが挙げられよう（この点、米国をはじめとする外国の企業は、租税法は弁護士に相談するものと考えているため、外資系の依頼者の多い法律事務所では、早くから租税弁護士の層が厚かったように思われる）。そうした事情もあってか、弁護士は、租税分野のみで業務基盤を形成することが難しく、コーポレートやファイナンスを専門としつつ、更に余力のある弁護士が租税法をも付加的に取り扱う、ということが多く、租税法が複雑になる一方の中で、租税分野のみに特化する弁護士が生まれにくいといった悩みもあるように思われる。

こうした中で筆者が曲がりなりにも租税弁護士になることができたのは、法学部4年在学時に中里実名誉教授の東京大学における初めての租税法講義を受け、同時に、神田秀樹名誉教授の「会社法と税法の交錯」というゼミ（当時は付いていくだけで精一杯であったが、今から思えば、筆者の「金融取引課税法」の授業のように、会社のライフサイクルに即して課税関係を検討するものであった）を受講したことで育まれた租税法への原初的な関心ゆえであったように思う。弁護士となつてからは、すぐに租税実務と接する機会はなかったものの、こうした原初的な関心を留学出願書類に記載していたことが教授の目に止まり、HLS で租税法集中コースを履修することになった。学生時代に中里、神田両名誉教授が育てて下さった知的関心の芽を、すぐに活用する機会がなくても抱き続け、ご縁に恵まれて、いつの間にか租税弁護士になれていたのであろう。

幸い、東京大学法科大学院では、租税法科目が非常に充実している。授業で育まれた関心がいつの日か形になる方が少しでも多く出ることを願いたい。

筆者が教員を務めた3年間は、うち2年間

8) 木村浩之「重要国際税務判例 もう一つの読み方 第1回～第12回」税務弘報66巻7号(2018)～67巻6号(2019)。

9) 木村浩之編著・野田秀樹・佐藤修二著『対話でわかる国際租税判例』(中央経済社、2022)。

10) 木村編著・前掲注9)58頁〔佐藤発言〕。

11) 木村編著・前掲注9)59頁〔木村発言〕。

がオンライン授業であったという制約にもかかわらず、この上なく楽しいものであった。ローマ法の木庭顕名誉教授は、東京大学法科大学院を「竜宮城」と表現し<sup>12)</sup>、また、日本政治思想史の渡辺浩名誉教授は、(東京大学法学部における授業につき)私は学生たちに何の不满もない、長年あのような学生と接することができたのは、私の人生の幸運である、と述べている<sup>13)</sup>。筆者もまた、両先生と同様の感慨を持つ。租税法の中里実、増井良啓、藤谷武史、神山弘行の各教授は勿論のこと、筆者の授業に参加し、多くの示唆と喜びを与えてくれた学生の皆さんにも心から感謝している。木庭名誉教授の愛情には到底及ぶべくもないが、筆者なりに、竜宮城の安泰と発展を願っている。

(さとう・しゅうじ)

---

12) 木庭顕『笑うケースメソッドⅢ 現代日本刑事法の基礎を問う』246頁(勁草書房, 2019)。

13) 渡辺浩『日本政治思想史——十七～十九世紀』476頁(東京大学出版会, 2010)。

## 論説

## 制度的存在ないし機関としての Chief Legal Officer

東京大学教授

平野温郎

## I. はじめに

(4) 人材

## II. Institutional な CLO の必要性

- 1 前提となる企業法務部門の変化
- 2 ミッション実現の軸となる CLO
  - (1) ミッション実現への課題
  - (2) 課題克服策としての CLO・GC の設置

## VI. おわりに～疑問と期待

## I. はじめに

## III. CLO の位置付けと職責

- 1 Member of C-suite でなければならぬ理由
  - (1) CEO の右腕として (そのメリット)
  - (2) 米国連邦量刑ガイドラインの考慮
- 2 法務部長の延長線上にはない CLO
  - (1) 雇用関係が委任関係か
  - (2) 法律マターすべてに及ぶ職責

企業法務の当事者側から見た最高法務責任者～Chief Legal Officer (“CLO”) の資質やその必要性については、これまでの CLO や General Counsel (“GC”) に関する先行研究、実務家による論文等において、既にさまざまな見解や示唆が示されている。まず、資質について我が国では、必要十分な法的専門性と情報収集・分析力を備えていることを当然の前提としたうえで、適法かつ適切な結論ないし課題の解決策にたどり着ける能力、受け身の姿勢に終始せず主体的に成果を出していくリーダーシップなどが求められるという認識が一般的であろう<sup>1)</sup>。こういった資質は CLO に限らず、昨今その機能の高度化が求められている企業法務部員、とりわけ国際的に事業展開する大手企業の法務部員にとっては必須の資質であるといえる<sup>2)</sup>。一方、海外

## IV. リスクマネジメントと CLO

- 1 法的・倫理的ロジックを固める CLO
- 2 三線ディフェンスにおける CLO のあるべき関与

## V. CLO に必要な制度的保障ないし武器

- (1) 組織
- (2) 権限
- (3) 機能

1) 例として、日本 CLO 協会が主催した「第 1 回 CLO サミット 2021 パネルディスカッション『CLO の機能発揮』」(2021 年 8 月 20 日) (<https://forum.cfo.jp/cloforum/?p=19715/>) における同協会理事のユニリーバ・ジャパン・ホールディングス (北島敬之氏)、日立製作所 (児玉康平氏)、三菱 UFJ 銀行 (森浩志氏)、ジブラルタ生命保険 (坂本英之氏、モデレーター) 各社 GC・CLO による議論がある。(注: 閲覧は日本 CLO 協会会員に限定されている。)

2) この点に関しては拙稿『法務の世界と世界の法務 プロフェッショナル・スキル編』グローバルな法務人材になるために①～③』法教 447 号 4 頁 (2017)、448 号 4 頁、449 号 4 頁 (2018) 参照。

における代表的な先行研究である Veasey<sup>3)</sup>は、GC の在り方や組織に対する貢献の可能性について広範な視点から詳細に論じているが、CLO ないし GC に求められる資質については、我が国における見方と大きな違いはない<sup>4)</sup>。また、CLO の必要性についても、企業法務の当事者側では、現代の企業法務に求められる多様な役割を踏まえて、一定の共通的理解が形成されてきた<sup>5)</sup>。

その一方で、逆に企業側ないし経営者の視点から CLO 等の設置を経営課題として真剣に検討し、健全で持続的なコーポレートガバナンスや企業価値の向上のために活用すべきといった議論は、筆者の知る限り、幅広くなされているようには見受けられない。我が国の経営者の多くは、CLO・GC 発祥の地ともいえる米国や、急速なグローバル展開の下でリスクマネジメントの強化に注力する中国の経営者に比べて、CLO の経営上の意義というものに対する感受性が不十分であるように思われる。この点、経済産業省の「国際競争力強化に向けた日本企業の法務機能の在り方研究会報告書」（平成版：平成 30 年 4 月公表。以下「平成報告書」という）は、CLO・GC の設置を提言するという大きな一石を投じた<sup>6)</sup>。筆者も委員の一人として参画したこの報告書については、いまさらであるとか、理想論に過ぎるといったさまざまな批判があることは承知しているが、少なくとも国がこのように法務機能の重要性をメッセージとして発信したことには大きな意義がある。平成報告書の続編である「国際競争力強化に向けた日本企業の法務機能の在り方研究会報告書」（令和版：令和元年 11 月 9 日付公表。以

下「令和報告書」という）<sup>7)</sup>とともに公表された「経営者が法務機能を使いこなすための 7 つの行動指針」（令和元年 11 月 19 日経済産業省）<sup>8)</sup>は、こういった経営者側の感受性不足に警鐘を鳴らしたものである。

しかし、平成報告書の実践編と位置付けられる令和報告書には足りない点もあり、特に問題なのは法務機能強化・実装のパートである。研究会における議論の前提として、「法務機能は従前、事業（価値）の創造に積極的に貢献するものとは必ずしも捉えられていなかったと思われる」（令和報告書 6 頁）という認識の偏り（ないし遅れ）があり、この点が強く意識された結果、事業の共創とかクリエイション機能といった実態のはっきりしない機能を前面に押し出すことに重点が置かれることとなった。しかし、これらの機能の中身は、従来の戦略法務や予防法務におけるベストプラクティスの一つを言い換えたにとどまり、しかも依然として抽象的な「かくあるべし論」を超えられていない。実践編としては、①コーポレートガバナンスや企業価値の向上に貢献する法務機能最大化のための、組織の責務と在り方を目に見える形で具体的かつ説得的に提示し、経営者による理解を促進すること、②平成報告書で提言された主要な課題克服策である GC や CLO の位置付け、具体的な在り方や求められる資質について、組織論・人材論として深掘りすること、③ GC や CLO が経営者に期待される機能を果たすために必要な要素を特定し、その確保を経営に対して提言することなどが必須であった。このうち 3 点目については、7 つの行動指針で補足したところではあるが、なお不十

3) E. NORMAN VEASEY & CHRISTINE T. DI GUGLIELMO, *INDISPENSABLE COUNSEL: THE CHIEF LEGAL OFFICER IN THE NEW REALITY* (2012).

4) GC という用語は日本でもかなり浸透してきたといえそうだが、Veasey はこの GC と CLO は interchangeable に用いることができるとしている。一方で、GC の方が旧来の弁護士との延長線上にあり法的な仕事に特化している印象を外部に与える、企業価値向上への貢献に参画しているという印象は与えない、という見解もある。筆者としては、日本の企業法務部門の特徴を踏まえ、弁護士を連想させる Counsel ではなく、役員 (Officer) たる CLO という用語が適当と考える。

5) 例えば、第 61 回東京大学比較法政シンポジウム「ガバナンス改革を踏まえた企業法務の新たな機能・役割——サステナビリティ・ガバナンスの進展により高まる CLO の重要性——（上、下）」商事 2262 号 6 頁、商事 2263 号 30 頁（2021）における小幡忍日本電気執行役員兼 CLCO ほかのパネリスト発言。

6) 同報告書第 4 章「課題と克服」28 頁。

7) <https://www.meti.go.jp/press/2019/11/20191119002/20191119002-1.pdf>.

8) <https://www.meti.go.jp/press/2019/11/20191119002/20191119002-3.pdf>.

分である。

本稿では、①法務機能の最大化には常設の機関として(=“Institutional”な)CLOを置くことが最も望ましい方法論であること、②CLOはその位置付けおよび職責上、自主性、裁量性、独立性を保って意思決定および業務執行に当たることが求められること、③CLOは、必要十分な法的専門性と情報収集・分析力を駆使して、CFOとともに全社的な定性・定量リスクマネジメントの要となるべきこと、④そのためにはCLOが一定の武器(制度的保障)を必要としており、これを用意するのが内部統制体制の構築義務を負う取締役の任務であることについて問題提起し、筆者の見解を述べることにしたい。

## II. Institutional な CLO の必要性

### 1 前提となる企業法務部門の変化

平成報告書が提言したCLOやGC設置の必要性に対する認識は、外在的および内在的要因による法務部門の役割、機能の変化から必然的に生じたものである。多くの大手企業の法務部門は、グローバル経済が本格化したおそらく15年ないし20年ほど前から、組織内での自分たちの役割(存在意義といってもよい)、機能を持続的に見直している。それは、かつてのように契約審査や法律相談を主な職掌とし、その限りにおいての受け身の対応に終始するという旧来の在り方から完全に抜け出し、企業活動に関わる広範囲かつ複雑なリーガルイシュー、リスクや危機(クライシス)を管理し、企業の経営執行の質を高め競争力を向上させることに、当事者として貢献することが求められているという認識や覚悟に基づくものである。筆者が前職時代に、米州全域を所掌する現地法人の法務部門(在米国)の在り方や目指す方向性を明確化するものとして作成し、部門自身のコミットメントとして社内で公表したミッションは、この

認識や覚悟に基づいている。以下の3点である(原文は英語)。

- a. 会社のビジネスを成功に導くために法的観点から貢献すること(=価値の向上への貢献)。
- b. 会社をリーガルリスクや信用毀損から守ること(=価値の毀損の防止)。
- c. 上記ミッションを実現するための体制(注:当時は、「リーガルリスクが顕在化した場合にこれを極小化するための体制」としていたものを、後にこのように改変した)を構築・維持すること。

これらの(ある意味当然ともいえる)ミッションは、昔ながらの「支援と牽制」という受け身の立場を超えて、経営課題そのものを法務という切り口から自分のこととして捉え、そこでの存在意義ないし達成すべき目的を宣言しているものである。これらは、米州法務部門のミッションであると同時に自分自身、つまりOfficerとしてのCorporate Secretary & General Manager of Legal Department(その実質はCLOである)としてのミッションでもあった。このミッションは、平成報告書で示したマネジメントの一員としての「Partner & Guardian」のミッションと本質的に同義である。

### 2 ミッション実現の軸となるCLO

#### (1) ミッション実現への課題

以上のような経営課題としてのミッションが設定されたならば、次のステップとして、その実現のための組織、機能、権限、人材それぞれの達成目標の再定義も必要となる。これは令和報告書では不十分だった点であるが、Whalleyは、現代的な法務部の3つの中核的目標として、a. ビジネスの意思決定に必要な影響力とコントロールを発揮すること、b. ビジネスに効果的な知見を提供すること、c. 法務部を効率的に運営することを挙げている<sup>9)</sup>。これらの中で特に重要な指摘は

9) MATTHEW WHALLEY & CHRIS GUZELIAN, THE LEGAL RISK MANAGEMENT HANDBOOK: AN INTERNATIONAL GUIDE TO PROTECT YOUR BUSINESS FROM LEGAL LOSS 94 (2017) [日本語訳: マシュー・ウォーリー=クリス・グゼリアン(EY 弁護士法人訳)『リーガル・リスク・マネジメント・ハンドブック ビジネスを法的損失から守るための国際的ガイド』124頁(日経BP, 2021)].

a である。すなわち、①経営レベルを含む、あらゆる階層での意思決定に、早期、かつ実質的に関与し、自社にとってより安定的かつ持続性の高いスキームの提案、契約条件の改善提案を行ったり、不適切な意思決定は止めるか、是正したりする権限を有する経営法務人材を持つこと、②予防法務の観点から、企業のあらゆる（少なくとも重大な）リーガライシュー、リスクや危機の兆候を、必要なときに網羅的に把握でき、それに対処するための組織・明確な権限があること、③その基盤となる内部統制体制がミッション実現を支える設計・運用になるように、強い影響力を行使できる権威と権限のあることが必要である。

このようなハイレベルの目標が求められるなら、法務部門の自助努力や内部改革の積み重ねだけではその達成は難しい。企業グループにおいては、いわゆる稟議決裁案件に限らず、重要な意思決定が日常的にトップから現場までの各レベルで行われ、実行される。それが良くも悪くも手遅れにならないように、法務部門が適切な形で組織としてその企業グループの経営に組み込まれ、すみずみまで浸透・定着（entrench）し、常時機能している必要がある。平成報告書では、これが阻害される組織・オペレーション上の課題が挙げられた。具体的には、a. GC もしくは CLO が設置されていない、または法務の責任者が経営会議に参画していない等によって、組織上、経営と法務がリンクしていない場合が多いこと、b. 法務部門が専門性のないビジネスリーダーの指揮命令に服しているケースがあり、その結果、十分に機能発揮できないこと、c. ビジネスリーダーへの遠慮からガーディアン機能が必ずしも十分に発揮できていないケースもあること、d. 企業として向き合うべき法的リスクを、十分な分析なく現場の判断で取れてしまう仕組みであったことで、後々、企業が大きなインパクトを受けた例もあること、e. 複合化するイシューやリスクに対しては、ビジネス・財務・税務・法務等の各機能面からの総合的な判断が重要に

なるが、社内のさまざまなファンクションやプロセスが断絶してしまっており、全体最適の統合的対応ができない「タコツボ」化していることが指摘されている。

## （2）課題克服策としての CLO・GC の設置

このような課題を克服する方法論が、平成報告書も提言した CLO・GC の設置である。CLO は、企業経営における法務（legal affairs）、経営に不可欠な当該企業の法務リテラシー（対応力）を総覧し、経営陣の Partner かつ企業の Guardian として、Partner = 能動的な法的支援を提供して事業を適切に案件形成し、実施させる機能（支援機能の進歩形式）とともに、Guardian = 積極的に意思決定に関与して会社を守る機能（牽制機能の進歩形式）を発揮することが期待される。令和報告書では、法務機能を発揮するための体制整備について一項を設け、さまざまな自助努力の取り組みの具体例を挙げるように努めた<sup>10)</sup>、その中には、例えば法務部門のトップを経営会議のメンバーにすることや、レポートラインを整備して法務の決裁がなければ案件が進まないような制度設計にするなどの提言もある。しかし、総じて個別対応の積み上げ的なものであって、ガバナンス改革を見据えての概念的、体系的な骨太の克服策を導くまでにはなっていないと言わざるを得ない。法務部門の自助努力だけに任せるのではなく、その取り組みを活かしながらいかに制度的に保障するかが経営に求められる。経営の一翼を担うような組織や権限体系はいかにあるべきか、リーダーとして経営への理解と専門的知性を兼ね備えた CLO（の予備軍である法務部門の経営法務人材）をいかに育成するかといった点に踏み込んでおらず、全体としての方向性は理解できるものの、将来に向けての提言としては残念ながら不燃焼感の残る内容となっている。

以上のような基本的な考え方と、それに基づく CLO の在り方を一言で表せるものとして、「制度的存在ないし機関として」、(Veasey のいう Indispensable GC にインスピレーションを得て)「Institutional CLO」と表現し

10) 経済産業省・前掲注 7)24-25 頁。

た。経営課題でもある上記ミッションを実現できるような組織、機能、権限は、常時、継続性をもって保持されるべきものであり、その軸となる者はマネジメントのレベルにいななければならないという趣旨である。

### Ⅲ. CLO の位置付けと職責

#### 1 Member of C-suite でなければならない理由

##### (1) CEO の右腕として（そのメリット）

はじめに述べた通り、Institutional という表現は、CLO が重要な会社機関（後述のとおり、日本でならば、少なくとも現在主流の雇用型ではなく委任型の執行役員）として位置付けられるべきということを含意している。Veasey は、“The CLO is a critically important corporate actor not only as a key internal player in the C-suite and the boardroom, but also as a crucial outside force – many times being the “face” of the company in dealing with investors, regulators, and media, as well as being a principal corporate negotiator and advocate.” であると指摘する<sup>11)</sup>。近年は、日本企業でも財務、営業、（主に狭義の意味での）コンプライアンスについてはそれぞれ CFO、COO、CCO など C-suite の業務執行責任者（執行役員であることが少なくない）が置かれていることは珍しくないが、CLO が置かれている例は稀少である。米国では、CFO や COO は CEO の右腕と言われる。筆者の中国における CLCO (Chief Legal & Compliance Officer) ・米国における実質的な CLO としての職務範囲や実際の業務経験、その貢献できる幅や成果の重要性を考えると、CFO が右腕なら CLO は左腕、まさに “important corporate actor in the C-suite” であるというのが実感であり、実際にそのように位置付けられていることは少なくない。

しかし、歴史や土壌の異なる日本において、corporate actor である、officer であると

声高に言ってみたとところで自己満足かもしれないが、CLO がなぜ経営に必要であるか、なぜ CxO の一人として C-suite に入れる必要があるか、どのようなメリットが考えられるかを提示することが重要である（いわゆるビジビリティを高めることの必要性<sup>12)</sup>）。これには、主に以下のようなことが考えられよう。

- a. 法務という一定の担当範囲の業務執行責任者であるということが対内的、対外的に明確となり、組織としての分かり易さというメリットがある。
- b. 旧来の縦割り組織の企業では、業務に相当程度の共通性や有機的関連性があるにもかかわらず、異なる組織を横断的に見ることができる知見を持った実質的なリーダーがいないがゆえに、部門同士の考え方・仕事の進め方などの違いから来る衝突や矛盾、意思決定の遅延などが起きがちであった。CLO は、法務業務を通じて獲得された論理力や問題解決能力、物事の本旨に立ち返る能力、法的思考の基盤となる多様な価値観への理解、高い倫理意識に加え、優れた法務部員の特徴であるバランス感覚（企業や組織の目的も踏まえて、関係する利害を調整しつつ成果に導ける能力）を応用し、経営という観点から企業全体の広義の法務戦略（これにはサステナビリティ・ガバナンスへの統合的な対応や、ethical compliance の確立と運用、危機対応も含まれる）を確立し、運用するリーダーとしての役割を担うことができる。
- c. 経営陣の一翼を担わせることで、組織上、経営と法務のリンクが確保され、現場における経営意思の実現に直接的に貢献することができる。経営の視点を持ち、かつ法務のプロフェッショナルである経営法務人材たる CLO がいることで、より実際の業務の現場に根ざした、攻めと守りの両面で実践的な戦略を立てることができる。また、や

11) VEASEY& GUGLIELMO, *supra* note 3, at 96.

12) 前掲注 1) [北島敬之発言]。

はり優れた法務部員の特徴である現場感覚（現場のニーズを適切に踏まえた実現可能な最適解を示せる能力）を活かしながら現場の声を適切に吸い上げて最適解を見出し、自ら経営に反映することもできる。これにより、結果として、経営と現場の間の壁をなくすことも可能となる。

- d. 本来の法務部門のみならず、SDGs 対応などさまざまな部門が関わる非財務分野の業務執行を統括し、またはこれに制度的に参画することで、経営方針に沿った横串的、有機的な意思決定や執行ないし正の影響力の行使がハンズオンで可能となる。
- e. 業務執行側の一人として取締役会に常時参加し、弁護士等法務のスキルが認められる社外取締役が選任されていればこれとも連携しながら、自社事業を熟知し日常的に法務やリーガルリスクマネジメントに携わっている知見を基に、取締役会に対する直接かつ正確な情報提供その他コミュニケーション、問題解決の提案、必要な影響力の行使が可能になる。
- f. リスクが顕在化した場合に、C-suite の peer として、CEO、CFO と並び立って、それぞれの専門的見地（経営、財務、法務）からステークホルダーへの説明責任を統合的に果たす立場に違和感なく立つことができる。
- g. SDGs や人権とビジネスなど、旧来型のコンプライアンスを超えて、Partner of the management, Guardian of the corporate integrity として、新たなインテグリティが求められる分野の責任者であることを明快に示すことで、一歩進んだガバナンスへの取り組み姿勢を示すことができる。

## (2) 米国連邦量刑ガイドラインの考慮

さらに、法的な観点からは、米国連邦量刑ガイドライン上の effective compliance program の在り方として、専門性のある CLO ないし CLCO の存在が望ましいと考えられることが指摘できる。

まず、同ガイドライン 8 条 B2.1 項 (Effective Compliance and Ethics Program) によれば、組織の高級構成員 (high-level personnel: 組織を実質的に管理 (control) している者ないし組織方針の策定において実質的な役割を果たしている者をいい、例えば取締役、執行役員 (executive officer)、部門長等をいう。同ガイドライン 8 条 A1.2 項の Commentary, Application Note 3(B)) は、組織がそのような Program を有していることを保証しなければならない (同ガイドライン 8 条 B2.1 項 (b)(2)(B))、高級構成員は当該 Program の内容および運用について豊富な知見を有していなければならないとされる (同ガイドライン 8 条 B2.1 項の Commentary, Application Note 3)。加えて、Evaluation of Corporate Compliance Programs (II B. 独立性およびリソース) では、検察官は、特にコンプライアンスの責任者が組織において十分な地位にあり、十分なリソースや権限を有し、取締役会等に直接のアクセスを持ち経営陣からの十分な独立性があるかを検討すべしとしている。また、他の職務を兼ねていない専任の CCO 等がコンプライアンス部門の運営にあっているかどうかも着目される。

企業が専門性のある CLO ないし CLCO を置いていることは、このガイドラインに則していることを示す重要な要素になると考えられる。

## 2 法務部長の延長線上にはない CLO

### (1) 雇用関係か委任関係か

経営の一翼を担う CLO の職責を端的に Partner & Guardian と表現した場合、その範囲は非常に広くなることが想定できる。筆者が 30 年以上前の若い頃、「何でもかんでも“法律マター” だから法務部でやれというな」というフレーズが当時の法務部長（そして法務部員）の口癖になっていたが、確かにこの「法律マター」なるものは際限なく広い。このフレーズの含意は、①経営や営業部門も法務の当事者であり、もっと法務リテラシーを高めてほしい。②法務部長はそこまでの責任

を負わされるポジションではない。③法務部には、およそ会社の法律マターにすべて対応できるような人員も予算も与えられていない、ということである。

さて、このフレーズはCLOにもそのままあてはまると考えてよいか。誤解を恐れずに言えば、発言者が法務部長ならば正鵠を射ているが、CLOならばその立場をわきまえていない。一般に、法務部長の会社との関係は雇用であり、その立場は管理職従業員に過ぎず、ラインの指揮命令系統の中であって限定列挙的な職務分掌を担う使用人である（従って、特定の法務（部）マターについてのみ責任を負う）のに対して、CLO（最高法務責任者）は、法務という経営上の業務を分担する役員、すなわち会社との委任関係にあり、ミッション実現に向けて会社に対して直接善管注意義務を負う受託者の立場にある、と考えたほうが実態に即している。この点、米国法（デラウェア会社法）の下ではGCが他のcorporate officers同様、会社に対して、取締役と同レベルのfiduciary dutyを負うとされるが、日本においてCLO的に位置付け得る「執行役員法務部長」はどのような立場に立つか。法定の機関ではない執行役員の業務執行権限には、会社によってさまざまなケースがあろうが、現状は、会社との関係は雇用関係であると考えられる場合が多いと思われる（雇用型）。その一方で、遂行する業務内容によっては、取締役と同様、委任関係と見るべき場合（委任型）もありそうであるとの有力な見解がある<sup>13)</sup>。

グローバル化に伴い、法務部に与えられた職責が倫理的なものを含む広い意味でのコンプライアンス、労務紛争対応、危機対応、グループ子会社群の法務体制・業務の監督などに幅広く及び、かつ、プランニングからインプリメンテーションまで、自主性、裁量性、独立性を持って意思決定および業務執行に当たる場合が増えているが、このような法務部門の長は、会社との間では取締役に近い委任関係にあるとみるのが適切である。委任型の

場合、会社に対して単なる職務専念義務、競争禁止義務を超えて、取締役と大差のない善管注意義務や忠実義務を負うことになるから、その位置付けは従業員ではなく経営者により近いと考えられる<sup>14)</sup>。

## (2) 法律マターすべてに及ぶ職責

ところで、法務部門がどのような機能を担うべきかについては、各社が個別具体的に考えるべきことだろうという見解がある。CLOの有り様もまた、法務部門が規模、資源、文化、権限などの面で多様であるようにさまざまであり、執行役員として人事制度・報酬制度・職務分掌等の設計上、他のCxOなどと同様に位置付けられていることもあれば、管理職従業員にCLOや執行役員の肩書が付与されているに過ぎないものがあるという考え方もあり得る。しかし、筆者はこの見解や考え方には肯定的ではない。法務部長ならあり得るが、会社における「最高」の法務の「責任者」であるCLOの職務（委任型の執行役員）は、その捉え方の次元が違ふと考える。経営に対して法務の専門性から貢献するPartner & Guardianというミッションを踏まえて「委任」ということの本旨を考えれば、CLOの職責は自ずから決まってくるものであって、それは、基本的には法律マターなら何でもやれ、であると考えべきである（雇用型の法務部長の場合は上述のフレーズの如くであり、そこまで拡げる妥当性は思い当たらない）。CLOは、法律マター（しかもその外延は、危機対応や紛争を内包する企業倫理マター、SDGs戦略などに拡がり、また難易度も増している）であれば、法務部門が担うかどうかは別にして、企業グループの法律マターの隅々に目が届き、主要な 이슈やリスクを理解しており、対応やリスクマネジメントができていて、かつこれらの状況について内外に適切に報告・説明できなければ、委任された業務を適切に遂行しているとはいえないであろう。

このような位置付けとなる役職にある者は、上記フレーズの②（責任限定論）や③（リ

13) 神田秀樹『会社法（第23版）』239頁（弘文堂，2021）。

14) 倉橋雄作『執行役員の実務』81頁（商事法務，2021）。

ソース不足)を言い訳にはできず、その職責は限定列举ではなくミッション達成に必要なものは全て負う、そのためのリソースを揃える責任も持つという立場にあるといえよう。しかし、このような幅広い職責を担う役職が雇用型を連想させる「法務部長」では、職責の重要さと結果責任の重さに対応していない。少なくとも委任型を前提とした呼称である執行役員法務部長とすべきであるし、グローバルに事業展開する企業においては、各種ステークホルダーを含む外部からも理解できる形で職責を表した CLO や CLCO を用いるべきであろう。

#### IV. リスクマネジメントと CLO

##### 1 法的・倫理的ロジックを固める CLO

上述した法務部長のフレーズは、いかに企業経営に法律、法務が深く関わっているか、リーガルリスクマネジメントが実は日常的に求められているものであることも暗示していた。経営者が果敢に前に進んでビジネスを伸ばせば、児玉が指摘するとおりその中で「脇が甘くなる」ことはやむを得ない<sup>15)</sup>。経営においてはロジックと数字が基本であるが、業績指標やキャッシュフロー、個別案件の事業性の判断など数字は CFO が脇を固めても、ロジックはビジネスロジックだけではなく、法的ロジックや倫理的なロジックも必要で、これらを CEO などと密接にコミュニケーションを取りながら固められる者としては、Partner としての CLO が最も相応しい。

筆者の米国駐在時代に、M&A で買収した CLO・CLCO ないし GC のいないある子会社の CEO に対して、Post-Acquisition Integration の一環としてこれを設置するように促すと、「うちの法務は契約中心だからな。外注すればいいから」という回答が返ってきた。しかし、このような回答になったのは、CEO がリーガルリスクマネジメントの重要性、難しさに気づいていなかったことによる。実際

にしつぶしながら CLCO を設置した別の子会社の CEO によれば、同 CLCO のお陰で経営に関わる法務 (legal affairs) の全容がビジュアルになり、その必要性が理解できたということであった。曰く、CLCO がコンプライアンス (法的、倫理的両面) を含めて経営全体を把握し、Board や CEO の意向を体して、プランニングからインプリメンテーションまでを理詰めで、かつプロアクティブに動いてくれるから本当に安心であり、自分は経営判断に集中できる。僕の左腕のようなものでもう手放せないということだった。この CEO は、CLCO の設置によって見えなかったものが見え、その意義を正しく理解したのである。なお、筆者は、同 CLCO を始めとする傘下子会社 CLO・GC に対して、前職企業の米州本部の法務責任者として (自律型の重要子会社に派遣された場合はその取締役としても) 全面的にバックアップし、前職企業における法務やコンプライアンスの基本的な業務遂行方針を理解させるとともに、所定の Reporting Guidelines に基づく報告の徹底など、さまざまな要請をした。いずれも米国弁護士である彼ら、彼女らはその意義をよく理解してくれ、制度的な関係としてはいわゆるドットラインではあったが、これが有効に機能したことを付言しておきたい。

このように、企業全体におけるリーガルリスク (倫理的リスクを含む) のマネジメントの観点からは、誰かが全体に目配りをし、責任を持って最終的な法務を含む適切な意思決定をし、経営における業務執行の質を保障することができなければならない。最終責任者は CEO だが、その専門性や位置付けからして CEO の Partner たる CLO は必要不可欠であり、これは米国や中国に限られるものでもないはずである。ところが、実証データとしては不十分ではあるが、本稿の基となった日本 CLO 協会主催の第 1 回 CLO セミナー (2022 年 1 月 27 日開催) における講演に先立ち、経団連の会長・副会長会社 18 社が CLO ないし執行役員法務部長を置いているかを公開情報により調査したところ、日立製

15) 前掲注 1) [児玉康平発言]。

作所、パナソニック、三菱UFJ銀行のわずか3社のみという状態であった。しかも、後述するように、平成報告書によれば、多くの日本企業では経営陣が恒常的に法務の意見を求めることは非常に少ないというデータが示されている<sup>16)</sup>。何よりも、質問もしない＝知らないことに平気で、知らないかもしれないと思う感受性なり危機感もない経営者のセンスは疑わざるを得ないが、経営陣が事前にCLOの意見を求めずに意思決定をしているとするなら、それはリーガルやエシクス面のリスクをしっかりと把握せず、それこそ脇が甘いままになされている可能性があり、これは非常に深刻な問題である<sup>17)</sup>。

## 2 三線ディフェンスにおけるCLOのあるべき関与

グループガバナンスの観点からすると、いわゆる三線ディフェンスにおいてCLOが明示的に関与する（すべき）としている先行研究は見当たらないが、実質的な企業グループのオペレーションを考えると、三線ディフェンスにおいてCLOや法務部門をどのように位置付け、いかなる機能を発揮させるべきかについての研究が必要のように思われる。経済産業省策定の「グループ・ガバナンス・システムに関する実務指針」、いわゆるグループガイドラインでは、三線ディフェンスの第2線（管理部門）における第1線（事業部門）に対する牽制機能（第1線のリスクテイクに対するリスク管理機能）の確保が特に重要であるとされ、子会社や社内カンパニー（事業部門）の管理部門のレポートラインや人事評価を子会社のトップや社内カンパニー長が

握っていたために不祥事が頻発したとされる<sup>18)</sup>。この問題は不祥事に限られず、およそリスクの見逃しや過小評価、適切な対策無しリスクテイクも同様の理由で発生する。その対策として、グループガイドラインでは、管理部門の事業部門からの実質的な独立性を確保すべくレポートラインや人事評価権者をできる限り分離して親会社の管理部門（第2線）と直接のラインとして通貫させる（いわば「タテ串を通す」）ことが提言されており<sup>19)</sup>、これは筆者の実務経験からみても重要な指摘である。

一方で、三線ディフェンスでは会計不祥事にばかり目が向いており、第1線に法務担当セクションが置かれていないならば、それはリスクマネジメント体制の欠陥であると考えられるが、この点については言及がなく、第2線の運用例も会計リスクを前提にCFOや財務部について言及しているのみで、リーガルリスク、CLOや法務部には触れられていない<sup>20)</sup>。この点、Whalleyは、英米では第1線においても殆どの場合、弁護士が雇用されそのアドバイスが求められていることや、リーガルリスクについては、近年特にインハウスロイヤーが第2線の管理機能としての貢献を求められていると指摘する<sup>21)</sup>。日本企業においても、親会社のCLOや法務部門が第2線では関与していることが一般的と思われるが、その関与の形態や程度、第1線における関与については十分明らかにされていない。例えば、第2線は会計不祥事系とリーガルリスク系を明確に分けて、後者にはCLOないしCLCOを置き、そこから第1線（グループ子会社）の法務担当セクション長にレポートライン（いわゆる現地法人は一体運用

16) 平成報告書7頁, 9頁。なお、平成報告書のたたき台を作ってくれたのは大手企業を退職して経産省に期限付きで雇用されていた弁護士（女性）であったが、錯綜する研究会の議論にもかかわらず、綿密な調査と冷静な分析により米国と日本の違いを明らかにし、課題を的確に抽出して頂いた。現在は総合商社法務部で活躍しておられる。この場を借りて改めて感謝の意を表したい。

17) 名取勝也「攻めと守りの法務の視点からみたジェネラルカウンセルの重要性」商事2199号35頁, 37頁(2019)。

18) 宮島英昭「グローバル企業のグループガバナンス—企業価値の向上に向けて—」商事2211号6頁, 18頁(2019)。

19) 経済産業省「グループ・ガバナンス・システムに関する実務指針」82頁(2019年6月28日)。

20) 経済産業省・前掲注19)79頁。

21) WHALLEY & GUZELIAN, *supra* note 9, at 95 (邦訳125頁)。

可能なので直接、自律的な事業子会社はドットライン)を引くとともに、第1線の牽制機能(さらには支援機能)に制度的、積極的に関与させるといった明確化も考えられる。なお、実務経験では、M&Aで買収した自律型の海外子会社の場合には、経営権の侵害と捉えるCEOの反発や法的根拠のない指揮命令系統への懐疑などがあり、有効なガバナンス体制を確立することが難しい場合が少なくない。この場合、管理の仕組み・制度設計、実施、モニタリング(責任あるインプリメンテーション)には、親会社のCLOからドットラインが引かれた第1線の子会社CLO・GCの存在は有用である。

## V. CLOに必要な制度的保障ないし武器

上述のようなCLOの職責を果たすには、これまでの「かくあるべし論」で議論が尽くされてはいるが、大前提として、企業の持続的な価値向上のために客観性に、適法かつ適切に思考し、成果を上げるべくプロアクティブに行動するというマインドセットが求められる。CLO(ないし委任型の執行役員法務部長)は経営陣の一員として善管注意義務を負っていること、最高法務責任者として受託責任を果たすこと、すなわち、把握し、計画し、判断し、遂行し(させ)、結果を出す(出させる)ことが求められていることを認識する。法務部員は経営センスがないのでC-Suiteには入れないという見解が既存の経営者層から発せられることがあるが、経営センスとは、例えば『経営者になるためのノート』<sup>22)</sup>に書いてあることを実践できるということではなく、そのような経営者の思考やビジネスの在り方を理解して先手を打てる、動けるということであり、それは訓練と経験によって達成可能であると考えられる。

しかし、マインドセットだけを変えても、制度的な保障(武器)がなければ職責を果たすどころか、空回りに終わる可能性が高いであろう。そこで、組織、権限、機能、人材や

予算が必要であるが、こういったリソースは与えられるものというよりも、自ら獲得すべきものである。上記「7つの行動指針」を公表したときの批判の一つとして、「これを誰がどうやって経営陣に届けるのか」というものがあつたが、それへの答えは、「これが必要だと思ったあなた(法務部長)がCEOに届けるのです。それもこの紙ではなくて、日常的な接点の中で、行動で」ということに尽きる。全社の経営戦略に基づき法務の戦略を立て、経営に対してコミットし、成果を上げて自らの価値を証明する戦いである。

### (1) 組織

法務部、コンプライアンス部、CSR部、内部監査部、人事労務部と既に機能組織は揃っており、これらを(例えば)副社長が総覧すればよいという見解はよく聞かれる。実際にそのような組織体制を取っている企業は多い。しかし、ますます高度化、複雑化、複合化する課題への対応は、統合的かつ専門性に裏打ちされたものである必要性が増している(例えば「人権とビジネス」問題への対応を想起)。各機能組織の有機的な連携が重要であり、さらにはそれを束ねる力量を持ったエキスパートの総覧者が、リーガルイシューやポリシーイシューへの対応を主導し、リスクの全容を把握し、有機的かつタイムリーな指示が出せることが経営上は望ましい。この総覧者としては多くの場合CLOが最も適当であると考えられる。

### (2) 権限

法務には必要なら相談すればよいし、最後の判断は経営ないし業績責任のある営業部門のビジネスジャッジメントによるべきであるという見解はよく聞かれる。しかし、そもそも相談すべきか、どのように相談するか、自らの判断が企業にとって最適解であるかどうかは、エキスパートでない事業部門には判断できないリスクが高い。経営者にとっても、経営の意思決定における適法性、適切性、社会的妥当性の判断は容易ではないはずである。平成報告書では(9頁の図表2)、経営陣から判断や意見を求められる頻度が、米国で

22) 柳井正『経営者になるためのノート』(PHP研究所、2015)。

は毎日・週数回で66.6%に達するのに対し、日本では22.2%である。また、重要案件の変更可能性に関し、法務が助言のみを行うのは米国では0%に対し、日本では59.8%であり、いずれも驚くべき結果が示されている。つまり、ろくに相談しない、従わないで法的リスクが顕在化するというシステミックな欠陥を、グローバル事業展開を推進し、また事後制裁型の規制体系の下にある多くの日本企業が抱えているということであり、上記見解は図らずもこの状況を端的に示しているように感じられる。WhalleyもCLO、CCOには明確な任務と権限が必要であると指摘しており<sup>23)</sup>、同様に、重要案件の実質的final decision makerとまではいわないにしても重要な意思決定にCLOは必ず入るべきだと、Heinemanも述べているとおりである<sup>24)</sup>。

さらに、こういった相談が漏れなく来る内部統制上の仕組み設計も重要である。例えば、筆者の前職企業では、いわゆる稟議制度と呼ばれる決裁システムがあり、法務部も稟議回議部署として、案件に対し承認の可否や、可とする場合の前提条件を付したうえで最終決裁者に上程するといった権限を持っていた。これは子会社のものを含む一定の案件を経営レベルの検討の土俵に強制的に乗せるシステムであり、現場の日常的権限を超える重要案件が付議される。法務部として早い段階から意思決定に関与することができ、その可否判断が経営判断に反映される仕組みとして機能していた。稟議書は、起案部署に対して、取引に関する法務を含むリスクと対策も記載させるよう指導することで、経営判断に耐えられる文書となるように留意していた。さらに、社内ルール上、法務部には重要契約審査権限が付与されていたので、重要な取引の事前チェックが可能であること、必要があれば取引のストラクチャーを変えることもできる仕組みともなっていた。それが稟議に付議される重要な取引ならば、稟議書に記載されている案件内容やリスク認識と契約書の取

引条件との整合性を図る必要がある。このような事情もあり、前職企業の法務部には案件を担当する事業部門から早い段階で契約書ドラフトの検討依頼が入ることが殆どであり、契約交渉への法務部員の同行が要請されることも多かった。

### (3) 機能

弁護士でもない中途半端なジェネラリスト機能は不要であり、スペシャリストである外部弁護士をニーズとコストに応じて起用すればよいとの見解がある。しかし、これは企業法務部門の機能を見誤った見解である。法務部員（社内弁護士を含む）は、専門性を武器に課題を解決する高度なジェネラリストであるべきであり、筆者はこれを総合診断治療医にたとえてきた<sup>25)</sup>。取締役会やCEOに対し定期的に重要案件報告を行い、担当事業部門とは異なった視点でさまざまな提言、アドバイス、リスクインプットを行ない、事業のenablerとなれるのは、会社やビジネスを理解している内部者でなければ不可能である。外部弁護士は、その専門性は高いが、基本的には受け身の支援者でありPartner, Guardianたり得ず、また結果に責任も負えない点に留意すべきである。それぞれに役割分担があるのである。まさに攻め、守りの両面で、平成報告書という企業の競争力を強化できる機能である。

### (4) 人材

法務部員は経営センスがない人材ばかりであり、その本質はストッパーであって、CLOに適合する人材などが育つはずがない、という見解もある。大手といわれる企業の経営者もおそらくそうであるように、最初から経営センス（それ自体の定義や意味は極めて曖昧である）がある者は、一部の創業経営者を除いては殆どおらず、仕事の経験と訓練を通じて逐次形成されていくはずのものである。人材育成を一定の指向性を持って行うことにより、経営センスのあるCLO候補者（経営法務人材）を得ることは可能であると考えられる。

23) WHALLEY & GUZELIAN, *supra* note 9, at 95 (日本語訳 126 頁)。

24) BEN W. HEINEMAN, JR., THE INSIDE COUNSEL REVOLUTION 25 (2016) [日本語訳：ベン・W・ハイネマン・Jr. (企業法務革命翻訳プロジェクト訳) 『企業法務革命』27-28 頁 (商事法務, 2018)]。

25) 平野・前掲注2)「グローバルな法務人材になるために③」参照。

また、CLO とするかどうかは人次第であるという見解もあるが、人ありきではなく、人の養成が必要である。トップダウン型であれ、ボトムアップ型であれ、経営者がその時その時の思いつきによって置いたり置かなかったり、非エキスパートに委嘱したりすること、あるいは非エキスパートの管掌役員を中間に置き、取締役会や CEO との直接のチャンネルやレポーティングラインがない権限体系に置くことや、その本来に必要なコンピテンシーを考えずに漠然とした経営センスの有無という理由で、ややもすると自分が使いやすい人間を任命するなどは、CLO の経営における職務や機能の重要性に鑑みれば、経営の見識が問われることになる。

## VI. おわりに～疑問と期待

コーポレートガバナンスコードなどを契機に、取締役会のモニタリングモデル化を進める方向での監督機能の強化、業務執行との分離が大きな流れとなっている。これを進めるには社外取締役の数を増やし、業務執行取締役の数を減らす改革が必要であり、この場合に会社の重要な業務執行を担うのは、若干の業務執行取締役と執行役員である。そうになると、執行役員がまさに経営陣幹部としての職責を果たすことになる<sup>26)</sup>。同コードの各原則がいう「経営陣幹部」である執行役員の選任にあたっては、取締役会はその職責や選任理由、体制整備の状況をガバナンス強化の観点から開示することが必要になるが、その肩書も CxO として明示することが望ましいと考えられる。同一の会社の法務を担うポジションとしての法務部長が執行役員であったりなかったりするような現状、上述した法務部長のフレーズ（Ⅲ 2(1)）ではないが、誰が会社の“法律マター”に業務執行上の最終的な結果責任を負っているのかが必ずしも明確でない組織体制は、いずれも上記観点からは合理的な説明は困難であり、法的な観点からも疑問があるように思われる。CxO や執行役員というものについて会社法上明確にする

という方法論も十分ありえるが、現時点では、経営陣が経営課題としての法務・コンプライアンスに対してどのようなイメージを持ち、どのような業務執行が行われるべきかについて明確かつ説得性のある説明ができるのか、取締役会、とりわけ社外取締役の監督機能の発揮に期待するところである。

ところで、前職企業ではかつて不祥事が起きたことがあり、当時のトップが自ら主導して「よい仕事」(Do the right thing.)、米国風には Good Corporate Citizen、今風に言えば SDGs 経営とでもいうべき企業の使命、パーパスの実現に経営方針の舵を切った結果、社風・企業文化も劇的に変化した。当時、筆者は中国に駐在しており、CLO（中国語では法務総監）の立場にあった。中国においてコンプライアンスマインドを浸透させるため、中国総代表（本社専務執行役員）とともに中国全土を巡回し、現地法人や子会社の中国人社員に対する研修を実施した。総代表は基本的な仕事の哲学を、マズローの欲求段階説を使って最上段階の自己実現の重要性という視点で right thing の実践の重要性を説き、筆者はアーチ・キャロルの CSR 4 段階論を使って、法的のみならず倫理的コンプライアンスや本業を通じた社会貢献的コンプライアンスの重要性、当該国において Good Citizen であることの大切さについて説明した。今風に言えばインテグリティーということでもあるが、こういったことは、CEO と一緒に動いている経営陣の一人、CLO だからこそ経営目線から幅広く話すことができ、多くの中国人社員にも受け入れられたと理解している。日本（本社）であれば CEO 自らがこんな動きはまずしないだろうし、単なる法務部長としてなら、なぜ法的コンプライアンスを超えた話をするのか、役職と言説内容の齟齬、違和感があり、発信効果も相対的に弱かっただろうと思われる。

CEO の Partner として、また企業の Guardian として、SDGs を基本に据えた経営の推進ということに CFO と共に名実ともに貢献できるのは、経営陣幹部の職責と肩書を

26) 倉橋・前掲 14) 121 頁。

与えられた CLO だけだと考える。日本の大手企業の取締役会や経営陣が、**Partner & Guardian** である CLO の意義や価値を正しく理解し、制度的存在ないし機関として持続的に設置し、企業価値向上のため、よりよい経営のために、十二分に活用するようになることを願ってやまない。

(ひらの・はるお)

論説

# 法律行為の解釈と法解釈の交錯

——定款の解釈をめぐる裁判例を題材として——

前東京大学法科大学院客員准教授・判事

山岸秀彬

I. はじめに

b 法解釈の観点から

II. 定款の解釈方法

VI. 法律行為の解釈と法解釈の交錯

III. 法律行為の解釈方法

VII. おわりに

IV. 法解釈の方法

- 1 文理解釈
- 2 体系的解釈
- 3 歴史的解釈
- 4 目的論的解釈

I. はじめに

V. 定款の解釈が問題となった裁判例の検討

- 1 最一判平成 22 年 4 月 8 日民集 64 巻 3 号 609 頁
  - (1) 事案の概要
  - (2) 第一審による定款の解釈
  - (3) 第二審による定款の解釈
  - (4) 最高裁による定款の解釈
  - (5) 若干の検討
    - a 法律行為の解釈の観点から
    - b 法解釈の観点から
- 2 東京地判令和 3 年 6 月 7 日判時 2504 号 102 頁
  - (1) 事案の概要
  - (2) 裁判所による定款の解釈
  - (3) 若干の検討
    - a 法律行為の解釈の観点から

私は、2020 年度から 2021 年度まで、東京大学法科大学院の裁判所派遣教員として、「民事実務基礎」と「民事事実認定論」の講義を担当してきた。これらの科目は、要件事実及び事実認定が民事訴訟におけるいわば車の両輪であることを踏まえて、これらについて、典型的な紛争解決手続である民事訴訟手続と共に学修することで、理論と実務の架橋を図ることを目的とするものである<sup>1)</sup>。

このうち、要件事実論については、民事実体法の解釈が要件事実の整理に直結するものであり、理論と実務の繋がりを理解しやすい分野であると思われる。他方で、事実認定論については、弁論主義や二段の推定等の民事訴訟法の理解が前提とはなるものの、多くの法科大学院生にとっては、理論自体をゼロから学修するものであるという印象が強いように見受けられる。また、私自身、事実認定論の導入に際しては、事実認定は基本的には経験則の適用の問題であって、私たちが法理論

1) 法科大学院協会「共通的な到達目標モデル（第二次案修正案）：民事訴訟実務の基礎」2010 年 10 月 19 日 (<https://www.lskyokai.jp/wp/wp-content/uploads/2018/09/10.pdf>) 参照。

を離れて日々の日常生活において行っている事実認定と異なるものではないといった説明をしてきた。

こうしてみると、事実認定論において、理論と実務の架橋を図るというのはどういうことかについては、思い悩むところが多い。中村治朗元判事は、「絶対的真実の発見なるものは、その真実性を裏づける客観的なテストを欠くが故に、論理的に不可能である」として、事実認定は弁証論の典型であるとしており<sup>2)</sup>、突き詰めると、事実認定は、弁証論であるという点において法解釈と共通し、この点において法解釈に関して積み重ねられてきた理論が応用可能なものと見ることができるともかもしれない<sup>3)</sup>。

この点を、具体的かつ網羅的に論じることは私の能力の限界を超えるものであるが、定款の解釈が問題となった裁判例を検討することで、法律行為の解釈という事実認定の問題と、法解釈の問題とが交錯する一場面を素描してみたい。

## II. 定款の解釈方法

最初に、社団の定款の解釈方法をめぐる学説の状況について見ておきたい。

定款の解釈方法をめぐっては、定款の性質をどのように捉えるべきかに応じて、見解が分かれている。

すなわち、会社を例にとると、定款は、会社の発起人が合意して作成するものであり、その成立に着目すると法律行為（契約）たる性質を有する。他方で、定款は、作成者たる

発起人を拘束するのみならず、その後に入社した社員や会社の機関をも拘束するものであり、そうした作用・機能に着目すると会社の「自治法」（法規）たる性質を有する。

定款について、前者の法律行為たる性質を重視すれば、定款の解釈は、原則として法律行為の解釈方法によるべきということになり<sup>4)</sup>、当事者がいかなる法律行為をしたのかという事実認定の問題に帰着することになる。他方で、定款について、後者の法規範たる性質を重視すれば、定款の解釈は、法の解釈と同一の原理によるべきということになり<sup>5)</sup>、法解釈の方法が問われることになる。わが国においては、後者の見解が通説的な見解であるようであるが、ドイツにおいてはより精緻な議論が展開されているようである<sup>6)</sup>。すなわち、ドイツにおける議論では、定款の解釈について、原則として法律行為の解釈方法によるべきとする見解も、法人という物的構造等と抵触する限りでは、民法の契約に関する解釈原則は考慮されないとしており、他方、定款の解釈は法解釈の方法によるべきとする見解も、定款中の個人法的規定については、個別的契約の解釈と異なる取扱いを受けないとしている。このようにして、出発点にこそ差があれ、結論には大きな隔たりはないとされているのである<sup>7)</sup>。

前記のとおり、定款が、法律行為たる性質と自治法たる性質との二面性を有することからすると、定款の解釈手法に関する両説のいずれかが誤りであると断ずることはできないように思われる。その際に、両説からの結論に大きな隔たりがないというのは、両説が相

2) 中村治朗『裁判の客観性をめぐって』84-86頁（有斐閣、1970）。弁証論とは、テオドル・フィーヴェクやカーム・ペレルマンがアリストテレスの議論の示唆を受けて提唱したものであり、厳密な演繹の推論によっては結論が出されないような問題について、「各論者が、自己の意見のメリットを主張し、他の意見の欠陥を指摘し、各々それに対する反駁、自己の意見の修正・補強を行う。こうした理性的な討論によって、さまざまな結論や解決が、あるいはあらわれ、あるいは姿を消し、あるいは変化し、それがしばられて、やがてひとつの結論が選ばれる」という性質の論証型式であるとされている（同書85頁）。

3) なお、事実認定には法的評価も含まれることを指摘するものとして、土屋文昭『民事裁判過程論 Nature of the Judicial Process in Japan: inside view of a civil judge』139頁（有斐閣、2015）、吉岡進『民事事実認定のエッセンス』田尾桃二＝加藤新太郎編『民事事実認定』63頁、64-73頁（判例タイムズ社、1999）がある。

4) 上柳克郎ほか編集代表『新版注釈会社法②株式会社設立』58頁〔中西正明〕（有斐閣、1985）。

5) 酒巻俊雄＝龍田節編集代表『逐条解説会社法第1巻総則・設立』238頁〔酒井太郎〕（中央経済社、2008）。

6) 南保勝美「会社定款論序説」法律論叢69巻3・4・5号141頁（1997）。

7) 南保・前掲注6)151-156頁。

互に他方の説に親和的な修正を受けるからなのであろうか。そもそも、両説が念頭に置くところの法律行為の解釈方法、法解釈の方法とはどのようなものなのか、そこから立ち返って考えてみる必要があるように思われる。

### Ⅲ. 法律行為の解釈方法

それでは、まず、法律行為の解釈方法がどのようなものかから見ていくことにしよう。一般に、法律行為、特に「契約における意思表示の解釈においては、両当事者が表示に現実付与した意味を、まずもって探究すべきである。その意味を確定したうえで、両者の付与した意味が一致していれば、その意味どおりの内容で意思表示、ひいては契約の成立を認める」とする見解（付与意味基準説）<sup>8)</sup>が通説とされ、これによれば、当事者の共通の主観的意味が表示の客観的意味に優先されることになる。民法（債権関係）の改正に際しても、このような通説的見解に従って、「契約の内容について当事者が共通の理解をしていたときは、契約は、その理解に従って解釈しなければならないものとする」との規定を設けることが検討されていた<sup>9)</sup>。

上記の通説的な理解によれば、例えば、売主Aと買主Bが、タバコ1000カートンの売買契約を締結した場合において、通常は、タバコ1カートンは10箱入りパックを意味するから、上記売買契約における表示の客観的意味は、タバコ1万箱の売買ということになる。これに対して、A及びBがいずれも、主観的には、タバコ1カートンは12箱入りパックを意味すると考えていたときは、当事者の共通の主観的意味に従い、タバコ1万

2000箱の売買契約が成立したものと解釈すべきということになる<sup>10)</sup>。

そして、このような当事者の共通の主観的意味が何であったかは、事実認定の問題であり、売買契約書の文言は、当事者の主観的意味を強く推認させる証拠となるであろう<sup>11)</sup>。さらに、契約書の文言を離れて、例えば、契約締結前にA及びBの間でどのような交渉がされていたのか、契約締結時に売主Aが交付したのがタバコ何箱であったのか、契約締結後に納品数が過剰であったとして売主Aが返還を求めたことがあったのかといった事情も、当事者の主観的意味を推認させる間接事実として機能することになると考えられる。

なお、上記の設例は、いかにも教室事例であり、現実の紛争においては、契約書の文言からは必ずしも自明とはいえない事態が生じていることが多いと思われる。そのような場合には、広義の解釈として、法規範（任意規定と慣習）ないし契約の趣旨に則した補充がされることになり（裁判例においては、これを「当事者の合理的意思解釈」として認定しているものが多いように思われる。）、場合によっては、当事者の合意内容が不適切と判断される場合に、裁判所が当事者の合意を修正して別の内容に置き換えることもあるとされる<sup>12)</sup>。

### Ⅳ. 法解釈の方法

次に、法解釈の方法とはどのようなものなのだろうか。法解釈の方法をめぐっては長年の論争もあり、複雑な様相を呈しているが<sup>13)</sup>、伝統的な法解釈の技法としては、①文理解釈、②体系的解釈、③歴史的解釈及び

8) 佐久間毅『民法の基礎1総則（第5版）』73頁（有斐閣、2020）。

9) 法制審議会民法（債権関係）部会「民法（債権関係）の改正に関する中間試案」51頁（平成25年2月26日）（<https://www.moj.go.jp/content/000108853.pdf>）。この中間試案の案については、学説上は特段異論がなかったものの、立法化には至らなかったようである。

10) この設例は、佐久間・前掲注8)70頁による。

11) 例えば、売買契約書において、売買の目的物として、「タバコ1000カートン」と記載があれば、特段の事情がない限り、通常用語法に従って、タバコ1万箱の売買契約がされたとの認定ができるであろうし、「タバコ1000カートン（1万2000箱）」との記載があれば、当該契約書は、タバコ1万2000箱の売買契約がされたことについての直接証拠と見ることができるだろう。

12) 佐久間・前掲注8)75-78頁。

④目的論的解釈があるとされており<sup>14)</sup>、この分類に沿って順に簡単に見ていくことにしたい。

## 1 文理解釈

文理解釈とは、「法規の文字・文章の意味をその言葉の使用法や文法の規則に従って確定することによってなされる解釈」であり<sup>15)</sup>、明治時代半ばから後期にかけての法典整備の初期段階においては、問題となる条文の文理解釈の手法が主流であったとされる<sup>16)</sup>。

ただし、その後、わが国の法解釈においては、いくつかの原因により文理解釈があまり重視されてこなかったとの指摘がされている。

その原因の一つが、1910年代の学説継受の影響である。この頃、わが国の民法は、「個々の規定の母法にかかわりなく、いわばドイツ法学の鑄型にはめこまれることになった」とされ<sup>17)</sup>、ドイツ法に従って、解釈が再構成されることとなった。民法415条の「責に帰すべき事由」が、過失責任主義に従い、「故意・過失又は信義則上それと同視す

べき事由」を意味するものと解釈されてきたのはその例とされる<sup>18)</sup>。ほかにも、不法行為の成立要件について、伝統的学説は「違法性」を要件としており、これは民法709条の「権利侵害」の要件を、ドイツ法学の影響の下で違法性要件に読み替えたものであるとされている<sup>19)</sup>。こうした学説継受を通じて、日本流の概念法学が完成したとされ、その特色について、星野英一博士は、「条文の文字や立法趣旨をあまり考慮せず、持ち込んだ『理論』をあたかも法律そのものであるかのように説いて、そこからより具体的な帰結をひき出している」と評しているのである<sup>20)</sup>。

わが国において文理解釈が軽視されてきたもう一つの原因として、我妻栄博士の理論の影響も指摘されている。すなわち、前記のようなドイツ法の学説継受による日本流の概念法学は、末弘厳太郎博士によって批判され、末弘博士は、法規範は一定の社会関係を想定してこれを規律するものにすぎず、法規範が想定していない社会関係については裁判官の全人格的な判断による法創造がされるべきであると主張した<sup>21)</sup>。そして、我妻博士は、このような末弘博士の議論を受けて、裁判官による法創造が恣意的なものとならないよう

13) 民法解釈の方法論について論じた最近のものとして、山本敬三「日本における民法解釈方法論の変遷とその特質」山本敬三＝中川丈久編『法解釈の方法論——その諸相と展望 Legal Interpretation: Current Aspects and Future Prospects』27頁（有斐閣，2021）。本文の以下の記述は多くを同書に負っている。そのほか、瀬川信久「民法の解釈」星野英一編『民法講座別巻1』1頁（有斐閣，1990）が詳しい。

14) 田中成明『現代法理学』466-468頁（有斐閣，2011）。同書においては、本文の解釈技法は「狭義の法解釈技法」であるとされ、そのほかに、法欠缺の補充技法として、類推、反対解釈及び勿論解釈があると整理している（同書468-470頁）。

15) 田中・前掲注14)467頁。

16) 山本・前掲注13)28-29頁。

17) 山本・前掲注13)30頁。

18) 山本・前掲注13)30頁。

19) 窪田充見編『新注釈民法(15)債権(8)』276頁〔橋本佳幸〕（有斐閣，2017）。法科大学院の民事実務基礎の講義において、要件事実を学修しているが、民法の教科書に示されている要件と、要件事実のテキスト（司法研修所編『新問題研究要件事実』（法曹会，2011）、司法研修所編『3訂紛争類型別の要件事実』（法曹会，2021））に示されている要件とが異なる場合がままある。前者においては、学説継受を踏まえた伝統的な通説に従って記載されていることが多いのに対して、後者においては、あくまでも条文から出発するという姿勢が貫かれているからである。

20) 星野英一「民法解釈論序説」『民法論集第1巻』1頁，9頁（有斐閣，1970）〔初出1968〕。

21) 末弘厳太郎『民法講話（上巻）』35-40頁（岩波書店，1926）。同書は、「裁判官も亦……血もあり涙もある普通の人間である。彼れが個々の具体的事件に当面するとき、彼れは必然法律的三段論法を超越して先ず或る論断に到達するであらう。それは彼れの法律的智識のみを通して与へらるるものにあらずして、実は其の全人格による判断である。」そして、法律的論断と全人格的判断との間に矛盾が起こったとき、「彼れはあらゆる苦心によって自己の全人格的判断を支持し、法律的判断をして出来得る限り之に近付かしめようと努力する」と論じている（同書35-36頁）。

にするため、客観的な指導原理に基づく法的判断がされるべきであることを主張し、具体的な指導原理の攻究のためには「社会生活の実証的研究」が必要であると論じた<sup>22)</sup>。このような（制定法ではなく）「社会生活の実証的研究」に基づく法解釈の姿勢が、制定法の拘束力の軽視の姿勢につながったと分析されているのである<sup>23)</sup>。この制定法の拘束力の軽視の姿勢は、文理解釈の軽視と言い換えても良いことのように思われる。

もっとも、実務的には、文理解釈の手法は相当に重視されているように感じられ、文理解釈の重要性をめぐっては、研究者と実務家との間には若干の温度差があるようにも感じられる<sup>24)</sup>。なお、アメリカにおいては、スカリア元連邦最高裁判事が主唱した、文理解釈を徹底する「テキスト主義 (Textualism)」が大きな影響力を有している。テキスト主義は、必ずしも政治的な保守主義と結び付けられるものではないが<sup>25)</sup>、三権分立の建前を尊重する見解として重要であり、こうした見解が実務家（裁判官）により唱えられていることを含めて興味深い。

## 2 体系的解釈

体系的解釈とは、「ある法規と他の関係諸法規との関連、当該法令・法領域あるいは法体系全体のなかでその法規が占める地位など、解釈の対象たる法規の体系的連関を考慮しながら行われる解釈」である<sup>26)</sup>。

このような体系的解釈は、論理解釈とも呼ばれるものであり、民法起草者である梅謙次郎博士や富井政章博士自身、条文の字句のみに拘泥する場合には立法目的に反する場合があるとして、条文の文言だけでなく、「法律全体の構成、各規定の相互関係、立法の理由その他立法当時の状況、継受された母法など」を参照してその意味内容を明らかにする論理解釈の手法を提唱していたとされている<sup>27)</sup>。

このような体系的解釈には、目的論的判断が含まれ得るし<sup>28)</sup>、上記の梅博士や富井博士の見解は、歴史的解釈をも含ませるものともいえるので、体系的解釈と歴史的解釈及び目的論的解釈とは一部重なり合うところがあるろう<sup>29)</sup>。また、行政法解釈の方法として使われる「仕組み解釈」も、体系的解釈の一方法ということができるのではなかろうか<sup>30)</sup>。

22) 我妻栄『近代法における債権の優越的地位』492頁以下（有斐閣、1953）。同書は、法の欠缺を埋めるためには、「法律がこの規律によって実現すべき理想を予定することにならう。而して、法律の実現すべき理想は、更に人類生活の最高の理念を予定することなくしては考へ得ないものであらう」とする（同書492頁）。その際、「少くも裁判を中心とする観点にあっては……能ふ限り具体的な標準を建てるのが極めて重要」であり、「各種の法律関係における、それぞれの能ふ限り具体的な指導原理を攻究することが、法律価値論において……その作用的意義の極めて重要なことを切言したいのである」とする（同書494-496頁）。そして、「具体的な事件は、社会生活の因果過程のうちに生起するものであって、その因果の過程において、他の凡ゆる社会現象と複雑なる因果乃至相関の関係に立つ」から、「具体的な標準は、実にかくの如き社会生活の実証的研究と相伴つてのみ明かにすることを得るもの」であるとしている（同書505-506頁）。

23) 山本・前掲注13)57頁。

24) 加藤新太郎編『民事司法展望』149頁以下（判例タイムズ社、2002）では、研究者から「民法では法文の文言に正面から反する解釈も許されると考えています」といった指摘がされているのに対し（同書181頁〔瀬川信久発言〕）、加藤新太郎元判事は「裁判実務の場面では、文理解釈とその適用でうまくいけば、それをルールとして使うのが原則です。それがうまくいかなければ、一般条項を使うということをする。大体その二つで足ります」と応じている（同書182-183頁〔加藤新太郎発言〕）。

25) 近年、テキスト主義の判事による法廷意見により、性的指向に基づく差別が公民権法に違反するとの判断がされた例として、*Bostock v. Clayton County*, 590 U.S. \_\_\_, 140 S. Ct. 1731 (2020) がある。

26) 田中・前掲注14)467頁。

27) 山本・前掲注13)29頁。

28) 田中・前掲注14)468頁。

29) 笹倉秀夫『法解釈講義』6頁（東京大学出版会、2009）は、このような重複は用法の混乱であるとして、「論理解釈」の語は廃止すべきであると主張している。

### 3 歴史的解釈

歴史的解釈とは、「法規の成立過程、とくに、法案・その理由書・立案者の見解・政府委員の説明・議事録など、いわゆる立法資料を参考にして、法規の歴史的意味内容を説明することによってなされる解釈」である<sup>31)</sup>。

星野博士は、学説継受による日本流の概念法学に対する反省から、文理解釈・論理解釈と並んで、立法者・起草者意思の探求も基礎作業として行うべきであると論じている<sup>32)</sup>。実際、法解釈に当たっては、衆議院及び参議院の法務委員会における質疑内容、法制審議会ないしその部会における議論や法務省等の立案担当者による解説資料等が参照されることは、実務上よく行われているところであろう。

ただし、何が立法者意思であるのかを確定することは容易ではない。国会における個々の質疑内容が直ちに立法府の意思を体现しているとはいえないであろうし、法制審議会における議論や立案担当者の解説に至っては、立法府の意思とは直接には関係のないものである。こうしたこともあり、歴史的解釈は、唯一の正しい解釈方法とはいえないとの批判がされている<sup>33)</sup>。

アメリカの連邦最高裁の判例においても、

法規の文言があいまいである場合に、立法者意思を参照することは許されるが<sup>34)</sup>、立法者意思を一義的に認定できない場合にはこれを参照することはできないとされている<sup>35)</sup>。また、先に述べたテキスト主義の論者も、文言の原意を探求するために立法者意思を探求することはあり得るとするものの、文理解釈が明白であるときには、立法者意思は無関係であるとしており<sup>36)</sup>、歴史的解釈は補充的な解釈手法であると位置付けているものと思われる。

もっとも、法律行為の解釈の場面においては、事実認定の手法を通じて、当事者の合理的的意思解釈が行われているのであり、このことと同様に、法解釈の場面においても、立法資料等を通じて立法者意思を認定するということが行われて良いと思われるし<sup>37)</sup>、さらに現実の社会的条件等をも参照しつつ、立法者の合理的意思の探求が行われるということもあって良いことのように思われる<sup>38)</sup>。

### 4 目的論的解釈

目的論的解釈とは、「当該法令の趣旨や目的・基本思想あるいはその法令の適用対象である問題領域の要請などを考慮しつつ、それらに適合するように法規の意味内容を目的合理的に確定する解釈」であるとされる<sup>39)</sup>。

30) 仕組み解釈については、中川丈久「行政法解釈の方法——最高裁判例にみるその動態」山本＝中川・前掲注13)65頁、99頁以下参照。

31) 田中・前掲注14)468頁。笹倉・前掲注29)5頁は、これを立法者意思解釈と歴史的解釈に分けて整理している。

32) 星野・前掲注20)12頁。

33) 田中・前掲注14)468頁。

34) *Milner v. Department of Navy*, 562 U.S. 562, 574 (2011). “Legislative history, for those who take it into account, is meant to clear up ambiguity, not create it.”

35) *Wong Yang Sung v. McGrath*, 339 U.S. 33, 49 (1950). “The legislative history is more conflicting than the text is ambiguous.”

36) *Bostock v. Clayton County*, *supra* note 25, slip op., at 24. “[S]ome Members of this Court have consulted legislative history when interpreting ambiguous statutory language……But that has no bearing hear [because] no ambiguity exists about how Title VII’s terms apply to the facts before us.”

37) 広中俊雄『民法解釈方法に関する十二講』8頁（有斐閣、1997）は、歴史的解釈は、「歴史上の事実にかかわる認識が基礎を形づくる」として、歴史的解釈が事実認定に類することを指摘しているように思われる。

38) 立法者の合理的意思の探求について、中村・前掲注2)120頁は、「社会における事情に通じ、かつ、知性をもっている一団の人びとの……熟慮的判断として形成されるであろう支配的見解を推測・想定し」て行われる「仮想的意思の探求」であるとしている。このような立法者の合理的意思は、もはや「立法者意思」ではなく「法律意思」であるとの批判があるかもしれない。

39) 田中・前掲注14)468頁。

ここでは、利益衡量論とそれに対する批判が重要であるように思われるので、それらについて触れておきたい。

わが国においては、戦後、裁判官による法解釈が主観的価値判断に過ぎないのではないかということが議論され、来栖三郎博士は、「何と法律家は威武高なことであろう。常に自分の解釈が客観的に正しい唯一の解釈だとして、客観性の名において主張するなんて。しかし、また、見方によっては、何と法律家は気の弱いことであろう。万事法規に頼り、人間生活が法規によつて残りくまなく律せられるように考えなくては心が落ち着かないなんて。そして何とまた法律家は虚偽で無責任なことであらう。何とかして主観を客観のかげにかくそうとするなんて」という有名な一節を著した<sup>40)</sup>。また、川島武宜博士も、「法的価値判断はどのようにしてなされるか……それに対する第一の答は、法的感覚である」が、「価値判断が法的感覚のみに基いてなされる場合には、それぞれの価値判断は、その出発点となった法的感覚のちがいを反映して異った結論となり、主観的な『見解の相違』として対立するだけで、客観性を主張する根拠が明白ではない」と論じている<sup>41)</sup>。

利益衡量論は、このような議論を踏まえて、価値判断の合理化手法として提唱された手法である。

利益衡量論を最初に提唱したのは加藤一郎博士であるとされ、加藤博士は、「最初の判断過程では、既存の法規を意識的に除外して、全く白紙の状態、この事件をどう処理し解決すべきかをまず考えてみたい」として、その際に、実質的にどういう利益に重きを置くべきかという利益衡量を行っている<sup>42)</sup>。このようにみると、加藤博士は、文理解釈・体系的解釈や歴史的解釈を離れて、

いわば裸の利益衡量を提唱するもののようにも思われる。加藤博士は、「法的判断は、常識に捉われてはならないが、常識に反するものであってもならない。法律家は、それについて、素人と同じ実質的判断の次元で議論をし、素人を実質的に納得させることができるのでなければならない」として<sup>43)</sup>、上記のような利益衡量を正当化しているように思われる。

これに対し、星野博士は、「法律の解釈である以上、独り言ではなく、関係者に対する説得であり、条文との関係を説明する必要がある。このさい、いきなり価値判断のみを述べるのではなく、文理上はこうなるがこれこれの理由でこう解するのがよい、とか、立法のさいはこういう状況を前提とし、このような価値判断のもとに作られたが、状況がこう変ったり、社会一般の価値判断がこう変ったので、別個に考える必要がある、というように説明するのが説得力があると思われる」としており<sup>44)</sup>、先にも見たとおり、文理解釈、体系的解釈及び歴史的解釈を踏まえた利益衡量を行うべきであると論じている。

ただし、星野博士は、「以上の作業は、現在における解釈にとって、必要なことではない。現在どう解するかは、専ら現在における価値判断の問題である」として、究極的には、法解釈は専ら利益衡量に基づき行うべきであると主張している<sup>45)</sup>。

こうしてみると、加藤博士も星野博士も、利益衡量に基づく目的論的解釈を優先させるべきであるとする点で共通すると考えられるが、星野博士は、客観的な価値のヒエラルヒア（序列関係）が存在するとしており、そのために、利益衡量に基づく価値判断は客観的たり得ると主張した点で、加藤博士の利益衡量論と大きく異なるとされている<sup>46)</sup>。

40) 来栖三郎「法の解釈と法律家」私法11号16頁, 22頁(1954)。

41) 川島武宜『科学としての法律学』32-34頁(弘文堂, 1958)。

42) 加藤一郎「法解釈学における論理と利益衡量」『民法における論理と利益衡量』3頁, 25頁以下(有斐閣, 1974)。

43) 加藤・前掲注42)25頁。

44) 星野・前掲注20)12頁。

45) 星野・前掲注20)12頁。

46) 山本・前掲注13)44頁。

以上のような利益衡量論は、実務家には大きな影響力を有しており、広く浸透している。実務家の法解釈は、あくまでも妥当な解決を導く手段に過ぎないということがいわれ<sup>47)</sup>、利益衡量論が説く「結論志向的手法は、実務的にもなじみの深い思考方法であり、今後も有力かつ不可欠な方法であり続けることと思われる」とされているのである<sup>48)</sup>。また、客観的な価値のヒエラルヒアが存在するという星野博士の見解は、裁判の客観性を希求する裁判官にとっては魅力的な見解であるということがいえるだろう。

ただし、利益衡量論については、制定法の拘束力を無視するものであり、民主制の観点からも大きな問題であるとする批判があるとされている<sup>49)</sup>。アメリカにおけるテキスト主義の立場は、正にこのような批判を踏まえて、利益衡量に基づく政策的判断は、立法府の役割であって司法の役割ではないという点を強調するものである。

また、価値観の多様化が指摘されている現代社会において、どのような利益をどのように重み付けして考慮すべきであるかというのは常に悩ましい問題であるように思われ、客観的な価値のヒエラルヒアを見出すのは極めて困難であるように思われる<sup>50)</sup>。

平井宜雄博士は、ある価値には対立する価値が常にあるから、客観的な価値のヒエラルヒアはあり得ずコンフリクトしかあり得ないとして、星野博士に対する批判を展開しつつ、そのような絶対的な正しさの有無にかかわらず、主張—反論—再反論のプロセスを相互に批判可能な形で行うことで、生き残った弁明が客観性を獲得するのであるという「議論」論を展開した<sup>51)</sup>。これは、前記 I で述べたとおり、法解釈が弁証的論証であるということをも全面的に展開してその方法論を提示したものと見ることができる<sup>52)</sup>。

## V. 定款の解釈が問題となった裁判例の検討

ここまで、法律行為の解釈と、法解釈の方法とをかいつまんで見てきたが、これを踏まえつつ、定款の解釈が問題となった2件の裁判例を検討することとしたい。一つが最一判平成22年4月8日民集64巻3号609頁であり、もう一つが東京地判令和3年6月7日判時2504号102頁である。いずれも、医療法人の定款の解釈が問題となった事案であるが、以下においては、それぞれ事案の概要と裁判所による定款の解釈を見た上で、当該解釈が、法律行為の解釈及び法解釈の方法の観点からどのように見ることができののかを検討したい。

### 1 最一判平成22年4月8日民集64巻3号609頁

#### (1) 事案の概要

Yは、昭和32年に、Aが442万5600円、その妻であるBが20万円を出資して設立された医療法人であり、A及びBはその社員であって、ほかにYへの出資者はいなかった。すなわち、Yの設立当時におけるその純資産額は、462万5600円であった。

Yの定款は、社員はその死亡によって社員の資格を失う旨を規定し(6条)、「退社した社員はその出資額に応じて返還を請求することができる」(8条)と規定していたところ(下線は筆者)、Aは昭和57年に死亡し、Bは平成13年に死亡して、いずれもYを退社し、子であるXがA及びBの遺産を相続した。A及びBの死亡による退社当時、Yの純資産額は、少なくとも4億7110万1049円であった。

47) 萩原金美『裁判法の考え方』209頁(信山社, 1994)。

48) 土屋・前掲注3)220頁。

49) 山本・前掲注13)46頁。

50) 価値観念の変化とその複雑化が、客観的に正しい裁判を求める裁判官の心を悩ます問題となっていることは、既に中村・前掲注2)9-10頁が指摘している。

51) 山本・前掲注13)48-51頁。

52) 瀬川・前掲注13)76頁。

そこで、Xは、A及びBの死亡退社に伴うYに対する出資金返還請求権を相続したと主張して、Yに対し、4億7110万1049円の支払を求めるなどした。

### (2) 第一審による定款の解釈

第一審<sup>53)</sup>において、争点は多岐にわたったが、Xは、Yの定款8条によれば、退社した社員は、その出資額に応じて出資金の返還を請求することができる。Yの純資産は4億7110万1049円を上回るから、A及びBは、Yに対し、「その出資額に応じ」、Yの純資産の合計100%である同額の返還を請求することができる。これに対し、Yは、医療法人は、その非営利法人としての性格から、利益配当が禁じられているところ、その趣旨からすれば、出資社員が退社したときの出資金返還請求権の金額は、出資金額の限度(すなわち、Aにつき442万5600円、Bにつき20万円)とするべきであるなどと主張した<sup>54)</sup>。

第一審判決は、上記の争点について、定款8条の規定のほか、同じくYの定款33条が、Yが解散したときの残余財産は「払込出資額に応じて分配するものとする」と定めていること(下線は筆者)を認定した上で、「このような定款の定めを文理に照らすと、被告……にあつては、出資をした社員は出資額に応じた法人の純資産に対する出資持分を有するものとし、出資持分を有する社員が退社したときは、当該社員は被告……に対して出資持分に相当する資産の払戻しを請求することができることとしたものであるというべきである」と判断し、この点に関するXの請求を認容した<sup>55)</sup>。

### (3) 第二審による定款の解釈

これに対し、第二審<sup>56)</sup>は、Yの主張を認め、Xの請求は、Aの出資金返還請求権が時

効消滅していることを前提に、Bの出資額の20万円の限度で認容すべきであるとした。裁判所は、平成18年法律84号による改正前の医療法(以下「改正前医療法」という。)について、「医療法人が存続してその開設する病院等を経営する限り、医療を提供する体制の確保を図る〔改正前〕医療法1条)ために、医療法人の自己資本を充実させ、剰余金の利益処分を禁止しているのであり(同法54条)……医療法人に対して出資をした社員が退社した場合に剰余金及びその積立金の全部又はその一部を払い戻す行為も禁止していると解するのが相当であり」、Yの定款も同法の趣旨を踏まえて解釈する必要があるとして、Yの定款8条は、「定款の文言上は基本財産並びに剰余金及びその積立金を含む総資産について持分の返還ないし払戻しを定めているかのように見える部分があるが、定款の全体の定め及びその趣旨にかんがみれば、そのようなことを定めたものと解することはできないのであって、『出資額に応じ』とは、社員の出資額が格別に異なることを想定した上、退社する社員が返還ないし払戻しを請求することができる出資は当該社員が出資した額とする旨を明らかにしたものにすぎないというべきである」と判断した<sup>57)</sup>。

### (4) 最高裁による定款の解釈

最高裁<sup>58)</sup>は、改正前医療法44条、56条等に照らせば、「同法は、社団たる医療法人の財産の出資社員への分配については、収益又は評価益を剰余金として社員に分配することを禁止する〔改正前〕医療法54条に反しない限り、基本的に当該医療法人が自律的に定めるところにゆだねていたと解される」とした上で、Yの「定款33条の『払込出資額に応じて』の用語と対照するなどすれば、本件定款8条は、出資社員は、退社時に、同時

53) 前橋地判平成18年2月24日民集64巻3号623頁。

54) 前橋地判平成18年2月24日前掲注53)634-635頁。

55) 前橋地判平成18年2月24日前掲注53)645-646頁。なお、Aの出資金返還請求権については時効消滅していたが、第一審裁判所は、時効の遡及効(民法144条)によりBの出資割合が遡って100%となったものとして、出資金返還請求を全額認容した(同647頁)。かかる解釈は、最高裁において、金築裁判官の補足意見により否定されており(同618-619頁)、興味深い論点であるが、ここでは立ち入らない。

56) 東京高判平成20年7月31日民集64巻3号664頁。

57) 東京高判平成20年7月31日前掲注56)669-672頁。

点における被上告人〔注・Y〕の財産の評価額に、同時点における総出資額中の当該出資社員の出資額が占める割合を乗じて算定される額の返還を請求することができることを規定したものと解するのが相当である」と判示し<sup>59)</sup>、原審（第二審）を破棄した。

#### (5) 若干の検討

##### a 法律行為の解釈の観点から

本件において裁判所が行った定款の解釈が、法律行為の解釈手法によったものなのか、法解釈の方法によったものなのかは必ずしも明らかではない。最高裁判決についての調査官解説は、前記Ⅱにおいて見た学説の状況を紹介しているものの、最高裁がいずれの見解に立つものであるかについては言及していない<sup>60)</sup>。

ただし、最高裁判決の参照条文には民法91条が掲げられており、少なくとも定款は契約に類するものであるとの理解が前提にあるように思われる。そして、最高裁判決及び第一審判決の説示を見ると、本件定款の文言の解釈に専ら依拠しており、このことは、定款の解釈は法律行為の解釈方法によるべきであるとする立場からは素直に理解できるものように思われる。すなわち、Yは昭和32年設立の医療法人であり、設立者であるA及びBが既に死亡していることからすると、定款の文言を離れて、設立者であるA及びBの共通の主観的意味を認定することは困難であろう。そうすると、第一審当時、既に作成から50年近くが経過しており、その作成者の供述等が得られない本件においては、定款の文言に専ら依拠して事実認定を行うというのは自然なことであると理解できるのである。

これに対し、第二審は、結論は第一審及び最高裁と反対となっているが、第二審による定款の解釈についても、法律行為の解釈方法をとったものと捉えることが可能である。なぜならば、法律行為の解釈は当事者の共通の

主観的意味によるといっても、強行法規に反する合意は認められないとすれば、当事者の共通の主観的意味を、強行法規と抵触しないように合目的的に解釈することも許されると思われるからである<sup>61)</sup>。第二審が、改正前医療法が退社社員に対する剰余金の払戻しを禁止していると解した上で、定款の文言を解釈しているのは、このような法律行為についての合目的な解釈を採用したものと見ることができよう。

このように、第一審判決から最高裁判決までを、法律行為の解釈の枠内で捉えたと、第二審と最高裁との判断の相違は、強行法規たる医療法の解釈の差異が影響したものと考えることができる。前記のとおり、第二審は、剰余金の配当を禁止する改正前医療法54条<sup>62)</sup>によれば、実質的には剰余金の配当に当たるような出資金払戻しも禁止されていると解釈したが、最高裁は、上記の医療法の規定は、社員の退社時における出資金の返還を規制するものではなく、この点については定款自治に委ねられていると解釈しているのである。

##### b 法解釈の観点から

もともと、第二審と最高裁との判断のより根本的な違いは、両者を法解釈の方法論の文脈に位置付けるとより明確になるのではないかと思われる。

この点、第二審は、その説示からも明らかなおと、定款の解釈については、文理解釈や体系的解釈に拘泥することなく、その趣旨及び目的等を踏まえて目的論的に解釈すべきであるとの姿勢をとっているように思われる。そして、このような第二審の目的論的解釈は、改正前医療法54条の規定に加え、次のような医療法人を取り巻く状況をも考慮すると、より説得的に感じられるところである。すなわち、改正前医療法は、持分の定めのある社団たる医療法人の設立を認めており、Yもそのような医療法人であったが、か

58) 最一判平成22年4月8日民集64巻3号609頁。

59) 最一判平成22年4月8日前掲注58)614頁。

60) 柴田義明「判解」最判解民事篇平成22年度(上)245頁、262頁(2014)。

61) 前掲注12)及びその本文参照。

62) 「医療法人は、剰余金の配当をしてはならない。」と規定するものである。

ねてより、持分の定めのある医療法人においては、退社による払戻額が高額となるため、医療法人の存続そのものが脅かされる事態があるとの指摘がされていた。そこで、厚生労働省の「医業経営の非営利性等に関する検討会」は、平成16年6月22日付け報告書において、医療法人制度の趣旨に照らし、社団医療法人は持分のない法人に移行することが望ましい旨を報告し<sup>63)</sup>、平成18年法律84号による改正後の医療法（以下「改正後医療法」という。）は、定款において残余財産の帰属すべき者を定める場合は、国、地方公共団体、医療法人等から選定されなければならないとして（改正後医療法44条5項）、医療法人の解散時に出資者に対して残余財産の分配をすることは許されなくなり、同法施行後は、持分の定めのある社団たる医療法人の設立は認められないことになったのである。こうした、本件当時から存在した立法事実や政策目的に照らすと、第二審のような解釈は、これらに定めるものであり、法解釈の方法について目的論的解釈を重視する立場からは、歓迎すべき判断ということになるかもしれない<sup>64)</sup>。

これに対し、最高裁は、第二審のような解釈手法を否定した。最高裁は、前記のような立法事実や政策目的自体は否定していないが、定款の文言からその意味内容が明らかなる場合には、（立法事実や政策目的はともかく）これに忠実に解釈すべきであるとの姿勢を貫いているように思われる。そして、文言解釈に当たっては、問題となっている定款8条の文言に着目することはもとより、他の定款の条文にも目を向け、定款全体の構成、その中での各条項の関係にも着目している。すなわち、最高裁は、Yの定款33条が、解散時の残余財産の分配について「払込出資額に応じ

て」分配すると規定しており、同文言が（出資額を限度としない）出資割合に応じた分配を規定していることが明らかであることを指摘した上<sup>65)</sup>、定款8条と33条で同じ「出資額に応じて」との文言が用いられていることも考慮すると、定款8条の「出資額に応じて」との文言も、（出資額を限度としない）出資割合に応じた分配を規定したものであると解釈すべきであるとしたのである。

このような最高裁の定款解釈の手法は、文理解釈に加えて体系的解釈を重視するものであり、これらの解釈手法を目的論的解釈よりも優先させる姿勢を見て取ることができるのではないだろうか<sup>66)</sup>。

ただし、最高裁が目的論的解釈に目を瞑っているわけではないことは、法廷意見からは必ずしも明らかではないものの、宮川光治裁判官及び金築誠志裁判官の各補足意見には表れている。すなわち、昭和25年8月9日医発521号厚生省医務局長発各都道府県知事あて通知「医療法の一部を改正する法律の施行について」に添付された定款例（モデル定款）は、その9条において、Yの定款8条とほぼ同様に、「社員資格を喪失した者は、その出資額に応じて払戻しを請求することができる」と規定していたところ、昭和32年12月7日総43号厚生省医務局総務課長回答は、上記のモデル定款と同様の定款の規定がある場合に、出資が現物でされた場合の払戻しについて、「退社社員に対する持分の払戻は、退社当時当該医療法人が有する財産の総額を基準として、当該社員の出資額に応ずる金銭でなしても差し支えないものと解する」としていた（下線は筆者）。このような状況も踏まえ、金築裁判官の補足意見は、「本件定款のような規定を持つ医療法人における退社した社員の財産上の請求権については、租税上

63) 医業経営の非営利性等に関する検討会『『医業経営の非営利性等に関する検討会』（報告書）～『出資限度法人』の普及・定着に向けて～』2頁（平成16年6月22日）（<https://www.mhlw.go.jp/topics/bukyoku/isei/igyoku/igyokeiei/kentoukai/3kai/houkoku.pdf>）。

64) 山田創一「医療法人における退社社員の出資の払戻請求権」金判1310号2頁（2009）は、定款について、社会や立法の著しい変化を踏まえた合理的解釈が必要であるとして、第二審の判決に賛成している。

65) 最一判平成22年4月8日前掲注58)614頁。

66) このような解釈手法に賛成する評釈として、西内康人「医療法人における出資金返還条項の解釈」法学教室365号付録15頁（2011）。

の取扱いを含めた長年にわたる行政実務及び多くの裁判例を通じて、退社時の法人財産評価額に対する出資割合に応じた金額の請求権を意味するものと解されてきた。医療法人の存続を優先的に考える見地からの原判決のような解釈は、その意図は理解できなくはないものの、今卒然とこうした解釈を採用することは、本件定款と同様の規定を有するきわめて多くの医療法人の出資者等に対し、予期せざる重大な不利益を及ぼすおそれがあり、著しく法的安定性を害するものといわざるを得ない。私が、原判決を支持できないと考える最大の実質的な理由は、ここにある」と述べているのである<sup>67)</sup>。

以上のとおり、第二審と最高裁の結論の相違は、法解釈の方法として、文理解釈及び体系的解釈と目的論的解釈とのいずれを重視すべきであるかという姿勢の違いが表れたものと見ることができ、また、目的論的解釈に際して、いかなる利益を考慮すべきかという点の違いが表れたものと見ることもできるように思われる<sup>68)</sup>。

## 2 東京地判令和3年6月7日判時2504号102頁

### (1) 事案の概要

事案の概要は、次のとおりである。すなわち、Y1は、昭和56年に、X1の兄である理事長Cが1億4698万0225円、X1が1億4698万0224円を出資するなどして設立された医療法人であり、Y1の設立当時の出資持分は、X1及びCがそれぞれ約40%、X1及びCの兄弟であるDが約19%であり、この3名の出資持分が約99%を占めていた。

Y1の定款には、次のような規定があった(下線は筆者)。

「第7条 社員は、次に掲げる理由によりその資格を失う。

- 一 除名
- 二 死亡
- 三 退社

2 社員であつて、社員たる義務を履行せず本社の定款に違反し又は品位を傷つける行為のあつた者は、社員総会の決議を経て除名することができる。

第8条 前条に定める場合の外やむを得ない理由のあるときは、社員はその旨を理事長に届け出て、その同意を得て退社することができる。

第9条 社員資格を喪失した者は、その出資額に応じて払戻しを請求することができる。」

Xらは、平成29年9月14日頃、Y1に対し、同月16日付けでY1を退社する旨を通知したが、理事長Cが、Xらの退社に同意したことはない。

かかる事実関係の下で、Xらは、定款8条の「前条に定める場合の外」との文言からすれば、理事長Cによる同意がなくとも、Xらの退社は定款7条により有効であると主張し、同日当時のY1の総資産額である14億7496万4181円を基準に、出資金の払戻しを請求した。これに対し、Y1は、理事長Cによる同意がない以上、Xらの退社は認められないと主張した。退社が認められる場合の「出資額に応じ」た払戻金額は、前記の平成22年最判が判示したところであるが、その前提としての退社が認められるかという点に関し、再び定款の解釈が問題となったのである。

### (2) 裁判所による定款の解釈

裁判所<sup>69)</sup>は、定款8条の「『前条に定める場合の外』との文言を形式的に解釈し、同条及び同7条1項3号の『退社』は別異の概

67) 最一判平成22年4月8日前掲注58)618頁。

68) なお、最高裁は、定款の解釈については前記(4)のとおり説示して第二審の判決を破棄しつつ、Xによる請求が権利の濫用に当たるか等について更に審理を尽くす必要があるとして、自判ではなく差戻しの判決をした。そうすると、最高裁は、目的論的な結果の妥当性は、法解釈において目的論的解釈を推し進めるよりは、一般条項の適用によって図るべきであると考えているようにも思われる(これと類似の姿勢をとるものとして、例えば、最三決平成29年12月5日民集71巻10号1803頁が挙げられるように思われ、これと反対の姿勢をとるものとして、後掲の最三判平成8年12月17日民集50巻10号2778頁が挙げられるように思われる。)

69) 東京地判令和3年6月7日判時2504号102頁。

念であって、同号の『退社』については理事長の同意は要件ではないと解する場合には、原告らは本件通知をもって退社したこととなると考えられる。もっとも、上記解釈によれば、『退社』について理事長の同意を要する場合（同8条）とこれを要しない場合（同7条1項3号）が生ずることとなり、本件定款における『退社』の概念の統一が損なわれることとなるところ、本件定款においては、社員の一方的意思表示による退社と、理事長の同意による退社とを殊更に別異の概念として区別するような規定は見当たらないことからすれば、同8条の『前条に定める場合の外』との文言のみをもって、同7条1項3号の退社は、同8条の退社と別異の概念であると直ちに認めることは相当ではない。そうすると、本件定款において、一方的意思表示による退社が許容されているか否かについては、同7条1項3号及び同8条の文言のみに形式的に依拠するのではなく、その内容を合理的に解釈して適用するのが相当である」とした<sup>70)</sup>。

その上で、裁判所は、次の3つの理由を挙げて、本件定款8条は、『前条に定める場合の外』との文言にかかわらず、同7条1項3号に規定する退社についての手続を定めた規定であると解するのが相当であると結論付けた。すなわち、①まず、「本件定款において、退社の手続について規定するものは本件定款8条のみであり、このほかに社員の一方的意思表示による退社の場合の手続を定めた規定は見当たらない。そうすると、同7条1項3号により社員の一方的意思表示のみによる退社が認められると解する場合には、その手続については何らの定めがないこととなり、同8条において、退社するためのやむを得ない理由、理事長への届出及び理事長による同意という厳格な要件を課した意義は、およそ失われることになる」というのであり、②また、「本件定款は、被告Y1設立に当たっ

て定められたものであり、前記……のとおり、被告Y1設立時、その出資持分は、C及び原告X1がそれぞれ約40%を有し、Dが約19%を有していたところ、このようにごく少数の者が多額の持分を有しているときに、被告Y1の存立が直ちに危うくなるような、社員による自由で一方的な意思表示による退社及びこれに伴う持分の払戻しを認容する規定を置いたとは俄かに考え難い」というのであり、③さらに、「かねてより、医業については安定的な継続が必要であるにもかかわらず、出資持分のある医療法人においては、出資持分の払戻請求によりその存続が脅かされる事態が生じることが懸念され、そのため平成19年以降は出資持分のある医療法人の新設はできないこととされており、既存の出資持分のある医療法人についても、出資持分のない医療法人に円滑に移行できるようにするためのマニュアルが厚生労働省により作成・整備されていることが認められる」というのである<sup>71)</sup>。

### (3) 若干の検討<sup>72)</sup>

#### a 法律行為の解釈の観点から

本判決も、前記の平成22年最判と同様、定款の解釈方法について、法律行為の解釈の方法によるべきか、法解釈の方法によるべきかを明言していない。そして、本判決についても、上記のいずれの見解からも説明が可能であるように思われる。

法律行為の解釈という観点から見ると、本判決は、オーソドックスな事実認定の手法をとるものとして理解することができるだろう。すなわち、前記(2)の理由の①は、定款の文言が強い証拠力を持つことを前提に、その定款の文言をその字句のみならず定款の構成を基に探求するという点を重視しているように読める。

その上で、本判決は、当事者の共通の主観的意味の探求という視点から、定款作成者であるX1、C及びDらの意思を、設立時の出

70) 東京地判令和3年6月7日前掲注69)106頁。

71) 東京地判令和3年6月7日前掲注69)106-107頁。

72) なお、本判決は、筆者が合議体の一員として関与した判決である。以下の検討は、合議の秘密に抵触しない範囲で、裁判官が定款の解釈に当たりどのような事柄を考慮しているのかを紹介するものである。

資比率が上記3人のみで約99%であったという間接事実から推認しようとしている（前記(2)の理由の②）。

現在の医療法人を取り巻く事情（前記(2)の理由の③）をどのような位置付けの事実として考慮したのかは、判決文からは必ずしも明らかではないが、これを設立当時の定款作成者の意思を推認させる事後的な間接事実と位置付けることも可能であるように思われる。

こうしてみると、本判決は、直接証拠たる定款の文言に加えて、定款の作成当時及び事後的な間接事実も総合して、定款作成者の共通の主観的意味内容を認定したものと見ることができるよう思われる。

#### b 法解釈の観点から

また、本判決は、法解釈の方法を採用したものと捉えても、その手法をオーソドックスに適用しているもののように思われる。

まず、本判決は、文理解釈を出発点としているが、文理解釈によれば定款の全体的な構成が極めて不自然なことになるとして、次いで体系的解釈による正当化を試みている（前記(2)の理由の①）。

そして、定款作成者であるX1、C及びDらの意思の推認（前記(2)の理由の②）については、立法者・起草者意思を探求する歴史的解釈の手法をとるものと見て取ることができよう。なお、法解釈において、立法者意思を確定することは一般に困難なことであるが、定款については、その作成経過が立法に比して単純であることから、その起草者意思を認定しやすいという面があるように思われる。

さらに、現在の医療法人を取り巻く事情（前記(2)の理由の③）については、こうした体系的解釈及び歴史的解釈から導かれる結論が、目的論的解釈とも整合しているということを指摘するものと捉えることができるように思われる。

こうしてみると、本判決は、法解釈の方法論に従って、文理解釈、体系的解釈、歴史的解釈及び目的論的解釈を総合して結論を導いたものと理解できるように思われるのであ

る。

そして、説示において、まずは文理解釈を踏まえた体系的解釈を基本に据えていると考えられることからすれば、本判決についても、前記の平成22年最判と同様、法解釈の手法としては文理解釈及び体系的解釈を重視するものと見て取ることができるよう思われる。

なお、本件におけるY1の定款は、モデル定款と同一ではなく、定款8条の「前条に定める場合の外」という文言は、モデル定款の文言に付加されたものであった。そうすると、本件においては、定款8条のような文言を採用したのはY1固有の事情ということになり、法的安定性については考慮する必要がなかった事案であると思われる。

## VI. 法律行為の解釈と法解釈の交錯

ここまで、定款の解釈が問題となった2件の裁判例を検討してきた。これらの検討を通してみると、定款の解釈について、法律行為の解釈の方法をとったとしても、法解釈の方法をとったとしても、結論が変わるわけではないように思われ、それは、異なる両者の方法論が修正を受けて相互に歩み寄る結果というよりは、そもそも両者の方法論がほとんど共通するからであるということができないのではないだろうか。

事実認定においては、要証事実について直接証拠がある場合、まずはその証明力を検討すべきことになろう。特に、当該直接証拠が、契約書等の類型的に信用性が高いと認められる文書である場合には、（当該文書に形式的証拠力があることを前提に）特段の事情がない限り、その記載どおりの事実を認定すべきことになる<sup>73)</sup>。ただし、訴訟に至る事案においては、多くの場合、かかる特段の事情の存否が問題となるから、事実認定に慎重を期すためには、当該直接証拠のみならず、他の間接証拠から認められる間接事実をも総合して判断するのが相当であると考えられ

73) 司法研修所編『事例で考える民事事実認定』35頁（法曹会、2013）。

る。そして、間接事実に関しては、法律行為以前や法律行為当時の事情から要証事実の存否を推認することができるのはもちろん、事後的な事情から遡って要証事実の存否を推認するという場合もある。

このように、事実認定において、直接証拠たる典型的信用文書を重視する姿勢は、法解釈において、制定法の拘束力を重視し、その文理解釈及び体系的解釈を重視するべきであるとの姿勢と共通するのではないだろうか。また、直接証拠に加えて、間接事実からの推認をも行うという点も、文理解釈・体系的解釈に加えて、歴史的解釈及び目的論的解釈を行うという法解釈の手法と共通するもののように思われる。歴史的解釈は、法律行為以前や法律行為当時の間接事実からの推認とパラレルに考えることができようし、目的論的解釈は、事後的な事情からの推認とパラレルに考えることができるだろうが、事実認定において、こうした事前・当時・事後の間接事実を総合して当事者の合理的意思解釈が行われていることとの対比からすれば、法解釈においても、歴史的解釈及び目的論的解釈を総合して立法者の合理的意思<sup>74)</sup>の探求が行われていると見ることもできるだろう。

こうしてみると、文理解釈・体系的解釈を基本としつつ、歴史的解釈及び目的論的解釈をも考慮して法解釈を行うという方法は、事実認定に慣れ親しんでいる法曹実務家にとっては、極めて自然な解釈方法であるということがいえるのではないだろうか。

以上のような、安易なアナロジーに対しては、いくつか批判も考えられる。

一つには、法律行為の解釈と法解釈の方法とは飽くまでも異なるという批判があるだろう。

そもそも、法律行為の解釈においては、当事者の主観的意味内容の認定が問題となるのに対し、法解釈においては客観的意味内容が問題となるという点で両者は異なるという考えもあるが<sup>75)</sup>、当事者の主観的意味内容

といっても、それが争われる場合には、これを直接覚知することができない以上、客観的な証拠等によって認定する必要があるのであり、解釈に当たり、主観を重視するのか客観を重視するのかという点が、法律行為の解釈と法解釈との本質的な差異となるとは考え難い。

より本質的には、特にいわゆるハードケースにおける法解釈に際しては、文理解釈・体系的解釈や歴史的解釈から導かれる結論と、目的論的に妥当と考えられる結論とが異なる場合が生じ得ることとなり、そのような場合に目的論的解釈を優先すべきであるというのが法解釈のあるべき姿であって<sup>76)</sup>、この点において単純に直接証拠を重視する事実認定と法解釈とは根本的に性質を異にするという考えもあるかもしれない。

確かに、法律行為の解釈において、契約後の事情変動等の事情を殊更に重視して、直接証拠たる契約書の内容や契約締結当時の事情から導かれる解釈と異なる解釈を採用するというのは、通常は考え難いことであろう。もともと、具体的に妥当な事案の解決を図るためには、法的構成を柔軟に考えるとともに、事実認定にも操作を加え、擬制的な事実を認定することも許されるという指摘がなされていることにも留意する必要があるだろう<sup>77)</sup>、

例えば、前記Ⅲの教室設例でいえば、契約当事者が、当初は、タバコ1カートンは10箱入りパックを意味するものとして、タバコ1000カートン(1万箱)の売買契約を締結したのであったが、売主の従業員が誤ってタバコ1万2000箱を納品し、その後、売主も買主も、タバコ1カートンを12箱入りパックと解する余地もあったと思い直してそのままにしたという場合、契約の変更や追認といった法的構成をとるまでもなく、当初からタバコ1万2000箱についての売買契約が成立したものと評価できる場合もあり得るのではなかろうか。

また、そのような教室設例を離れて、まさ

74) 前掲注38)及びその本文参照。

75) 山下純司ほか『法解釈入門(第2版)』31-32頁参照(有斐閣, 2020)。

76) 前掲注45)及びその本文参照。

77) 我妻栄『法律における理窟と人情』27頁(日本評論新社, 1955)。

にハードケースといい得る事例において、擬制的な事実認定が行われたといい得る事例として、「共同相続人の1人が相続開始前から被相続人の許諾を得て遺産である建物において被相続人と同居してきたときは、特段の事情のない限り、被相続人と右の相続人との間において、右建物について、相続開始時を始期とする使用貸借契約が成立していたものと推認される」とした最三判平成8年12月17日民集50巻10号2778頁を挙げることもできるのではないと思われる。

以上のとおり、最初のあり得る批判に対して一応の応答を試みたところで、もう一つ考えられる批判としては、法律行為の解釈も法解釈も、いずれも弁証的論証という点で共通するのであるから<sup>78)</sup>、その方法論が抽象的な類型のレベルで共通するのは当たり前のことに過ぎないという意見もあるかもしれない<sup>79)</sup>。

しかし、方法論（解釈技法）を類型化した上で、その類似性を見出し、法律行為の解釈と法解釈のそれぞれの場面において、その各技法がどの程度重視されているのかを比較検討して分析してみることは、事実認定及び法解釈の双方の精度を高めていく上で有益なのではないかと思われる。

多くの民事訴訟事件においては、法解釈が争われることはなく、専ら事実の有無及びその評価が争点となる。そして、事実認定については既に優れた論考が数多く発表されており、事件類型ごとに事実認定に際して考慮すべき事情を整理・紹介するものは、実務家が経験則を獲得・補充するに当たって極めて有用なものとなっている。もっとも、個別の事案にはそれぞれの特殊性があることからすると、そうした整理に依拠するだけで直ちに正しい事実認定ができるということにはならないだろう。裁判官が、個々の事案の解決に際

し、当事者が納得する適切妥当な事実認定を行い、ひいては司法に対する国民の信頼を獲得・維持するためには、法解釈についての学修及び研究を通じて培った方法論を応用して、事案の個別の事情を踏まえた認定を説得的に論証することが必要であり、そのような論証は、法解釈について共通の方法論を身に着けた実務家及び研究者による建設的な批判の対象になるものと考えられる<sup>80)</sup>。

なお、事実認定においては、直接には覚知し得ないとはいえ、絶対的の真実が存在し、裁判官は、かかる絶対的の真実の解明を目指して事実認定を行っている。そうであるとする、法解釈において、事実認定と同様のアプローチを意識することは、裁判官にとって、客観的な法解釈を目指すすべからざるものではないだろう。

## VII. おわりに

一般に法曹実務家は法解釈に関心が薄く、研究者は事実認定に関心が薄いということが指摘されている。しかし、実務家として、法解釈の方法に関心を深めることは、事実認定の精度を高めることにつながるかもしれないし、そこに事実認定論における理論と実務の架橋のヒントがあるのかもしれない。

本稿は、そのような期待をもとに、東京大学法科大学院の3年生を対象とした勉強会において発表した内容を、その際の参加者の皆さんとの議論を踏まえて大幅に修正して執筆したものである。もとより文責は私が負うものであるが、先輩教員として指導助言を下さった石田佳世子判事と、勉強会に参加して貴重な議論を提供してくれた和泉里佳さん、林載允さん、大井俊哉さん、完山聖奈さん、柴崎英之さん、清水理桜子さん、成政優太さん、吉沢健太郎さんに心から感謝を申し上げます。

78) 前掲注2) 及びその本文参照。

79) 笹倉・前掲注29)7-8頁は、法解釈の方法は、思考の態様として古今東西共通のものであると指摘している。

80) 近年、司法制度改革の結果等の要因によって、法学教育の現場においては、学生と学説との関係は「別居」状態にあると評されている（大村敦志＝小粥太郎『民法学を語る Apologie pour le droit civil ou métier de civiliste』6-7頁〔大村敦志〕（有斐閣、2015））。そうした「別居」状態があるとすれば、本文で述べたところからすると、それは将来の法曹実務家における事実認定の素養の獲得にも弊害をもたらすことになるのではないかということが危惧される。

たい。法科大学院が、引き続き理論と実務の架橋を果たす場であり続けることを強く願っている。

\* 脱稿後に次の情報に接した。まず、前記 V 2 で紹介した東京地判令和 3 年 6 月 7 日判時 2504 号 102 頁は控訴されたが、控訴審において和解が成立したようである。また、山本＝中川・前掲注 13) の続編として、民商法雑誌において「法解釈の方法論 II」の特別企画が始まっている。その一編である西内康人「民法の解釈——紛争解決と社会統制の関係を巡る理解の試み」民商法雑誌 158 卷 3 号 102 頁 (2022) は、その末尾の脚注において、本稿末尾の脚注と同じ文献に触れているが、これは面白い偶然である。

(やまぎし・ひであき)

## 投稿論稿選出理由

### 意味の認識

#### ——記述的要素と規範的要素の区別に基づく試論——

小杉麟太郎

本論稿は、刑法理論における、いわゆる「意味の認識」について、その機能場面と意義を明らかにしていくものである。必ずしも国内で統一性を見ない議論を、学説の輸入元であるドイツの議論を紹介しつつ、試論を立てる。そして、「感覚的に知覚できる」要素という考え方をてこに、意味の認識と故意が必要十分条件の関係にあることを論証する。

編集委員会としては、次の点を評価した。

- ・本論稿の強みは、学説の分析の深度だけでなく、その独特かつ洗練された試論の考察手法にある。「感覚的に知覚できる」例を場合分けしつつ、トライ&エラーを経て、粘り強く検討を続ける。そして特に着目すべきは、十分条件の論証において酒気帯び運転の例を分析し、鮮やかに規範的要素との共通点を見出した点にある。
- ・法科大学院においても類を見ない水準で創造性のあるアイデアを導出し、適切な文献収集を経て未知の論点を検討するものであった。素材としても、法学の初学者が最初につまずくような内容でありながら、検討が十分になされていない領域であるため、学生にとっても有益なコンテンツとなっている。

他方で、規範的要素と記述的要素の区別が果たして二分できる性質のものといえるのかについては疑問がないわけではなかった。しかしながら、筆者はその点についても自覚して論述をしているものと考えられるとともに、今後の議論に委ねられるべき問題であるという結論となった。また、最終的に専門的要素という括りを発明し、記述的とも規範的とも論じられる形を示唆することで、試論はもろさを見せることになるが、その脆さ自体が緻密かつ独創的な論証から生じたものである以上、試論の価値を低減するものではないとした。

なお、掲載決定後に、執筆者により一定の補正・追記がなされた。

以上より、本論稿は法科大学院生の論稿として論理的精確性及び新規性の観点から一定の水準に達しており、掲載可と判断するに至った。

### 裁判所法 67 条の 2 第 1 項に基づく修習給付金の課税上の取扱いについて

#### ——国税不服審判所裁決令和 3 年 3 月 24 日の検討——

吉沢健太郎

本論稿は、司法修習生が修習期間中に国庫から受ける修習給付金の課税上の取り扱いについて考察するものである。その内容は、修習給付金の課税上の取り扱いについて初めて判断を示した国税不服審判所令和 3 年 3 月 24 日裁決（以下、本件裁決）への批判を通じて、本件裁決の判断とは異なる課税上の取り扱いの可能性を提示するものである。

編集委員会としては、次の点を評価した。

- ・本論稿は、これまで議論の少なかった「学資金」について裁判例や課税実務を参照しつつ、本件裁決の示す学資金の定義や学資金該当性の判断基準に関して鋭い疑義を投げかけている。その上で、本裁決が学資の定義からあえて削ぎ落したと思われる「芸芸」の解釈と、学資の定義の仕方次第によっては、基本給付金が学資金に該当する余地があることを論理的に

導いている。

- ・本件裁決では問題とならなかった所得区分についても検討し、基本給付金が一時所得に区分される可能性があることを論理的に導いている。検討は、基本給付金の所得区分の問題を、負担付贈与により贈与された金銭の所得区分の問題として捉え直した上で行われており、裁判例や学説の提示する一時所得の要件を丁寧に分析しながら、基本給付金が一時所得に該当する可能性のあることを論証し、基本給付金が雑所得へ区分されるという本裁決の前提を反駁することに成功している。この検討には紙幅の多くが割かれているが、裁決にはなかったこの検討が行われていることにより、本稿が単なる裁決の評釈にとどまらない意義を有するといえる。
- ・基本給付金の対価的性質を否定する意味が、所得区分にいかなる影響をもたらすかにつき論理的な論証が示されている。本件裁決の「司法修習が基本給付金という所得を生ずべき業務であると解することはできない」との部分に対価的性質を否定する趣旨であるとすれば、基本給付金が雑所得に区分される（＝一時所得に当たり得ない）とする点と矛盾することを指摘し、基本給付金が対価的性質を有するのであれば、必要経費控除が認められるべきであるという筆者の結論を補強することに成功している。

他方、審査会議では、本稿が裁決の評釈であるとの理解を前提に、事例判断的な裁決に対して議論を展開した本稿には掲載すべき価値があるといえるのかという疑問が示された。また、本裁決に係る事案が現在係争中であることを踏まえ、司法判断が示されることで本稿のいわゆる賞味期限が切れてしまうのではないか、という指摘もなされた。

確かに、本件裁決は、国税不服審判所が「公表裁決事例」として公表するものではなく、筆者も「事例研究の域を出るものではない」と述べていることから、この点について一定の自覚があるものと推察する。しかし、租税法一般について言えば、行政庁の判断であっても検討の意義は十分にあると考えられる。その上で、本論稿は、あくまでも本件裁決を題材に取り上げるにとどまり、本質的な議論は、学資金該当性や修習給付金の課税上の取り扱いといった、先例研究の少ない議論を試みる点であるから、掲載価値は十分である。また、本裁決が裁判所に提訴されたことを踏まえれば、本論稿が所得税法上の学資金の扱いについて重要な先例が形成されるその過程に一石を投ずる効果も期待されよう。

さらに、審査会議時点における本論稿のタイトルは、「国庫からの金銭給付の課税上の取扱いに関する一考察」と題するものであったが、本論稿の内容のほとんどは修習給付金に関するものであるため、やや主題を広げすぎている印象を受けるとの指摘もなされた。この点に関しては、掲載決定後に、執筆者によるタイトルの変更がなされたため本論稿の掲載価値には何ら影響するものではない。

なお、掲載決定後に、執筆者により一定の補正・追記がなされた。

以上より、本論稿は法科大学院生の論稿として論理的精確性及び新規性の観点から一定の水準に達しており、掲載可と判断するに至った。

## 同性婚訴訟判決についてのノート

### ——札幌地裁令和3年3月17日判決は同性婚を要請しているか

今野 周

本論稿は、札幌地判令和3年3月17日（判時2487号3頁）（以下、「本裁判例」という。）について、詳細な判例評釈という形をとり、本裁判例についての多くの先行研究が触れる憲法24条や憲法13条について判断した部分を直接の研究対象とするのではなく、主に憲法14条1項違反を認めた部分の判示に注目して、この点につき独自の整理も踏まえつつ法的に論述するもので

ある。

編集委員会としては、次の点を評価した。

- ・「同性婚」を要請するという事の内実として、「形式面での積極説」「形式面での消極説」「内容面での積極説」「内容面での消極説」といった独自の整理を試みた点。このような整理を意識的に行ったものは過去に見られず、かつ、議論をする上で有益であると思われる点。
  - ・本裁判例が憲法 14 条 1 項違反であると判断した点の違憲性の解消方法について、本稿ほど詳細に判決文を読み込んで検討しているものは他に見られない点。
  - ・上記整理の上で、本裁判例を「形式面での積極説」として読む見解が少ない中、本稿は判決文を詳細に検討し、このような読み方を積極的に擁護している点。
  - ・本裁判例が憲法 14 条 1 項違反を認めた点の論証について、本稿はその判断枠組みとあてはめの齟齬を指摘しており、この点について本稿ほど詳細に検討しているものは他に見られない点。
  - ・「婚姻」の尊重をめぐる問題の部分について、本裁判例が米国の *Obergefell* 判決と似ていることは既に指摘されていたことであるが、「婚姻」の尊重・特定の価値観の奨励という考え方と本判決を結び付けて積極的に論じ、より実際的な問題提起を可能としている点。
  - ・本稿投稿時点において既に公表されていた本裁判例についての評釈を含め幅広い文献を不足なく参照しており、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点。
- 一方、審査会議では、裁判例の評釈という形である以上、ローレビュー刊行時に新規性が依然認められるのか、「ローレビュー」に掲載すべき論稿であるのかといった点の指摘がなされた。

しかし、本東京大学法科大学院ローレビューでは少なくとも現時点では判例評釈という形の論稿の掲載も認めていること及び既に公表されている本裁判例についての各評釈を見ても未だ本稿の新規性が失われるものではないということに鑑みて上記指摘の点は問題がないとの評価に至った。また、確かに本稿投稿後に公表された関連文献や最新の関連裁判例が相当数存在するが、これらについては補正という形で可能な限り追記を認めれば問題はないという意見で一致し、実際に掲載決定後に執筆者による一定の補正・追記がなされた。

なお、掲載決定後に、執筆者により一定の補正・追記がなされた。

以上より、本論稿は、論理的精確性及び新規性の観点から相当の水準に達しており、掲載可と判断するに至った。

## 執筆者一覧

- 小杉麟太郎 2021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  
吉沢健太郎 2020年4月既修コース入学・2022年3月同コース修了  
佐藤修二 北海道大学教授・前東京大学客員教授  
平野温郎 大学院法学政治学研究科教授  
山岸秀彬 判事・前東京大学法科大学院客員准教授

## 編集委員一覧

### 学生編集委員

赤川愛美 荒牧孝洋 金田耕一 亀川達哉 酒井 葵 田中裕登  
近澤璃希 寺腰裕巳 富山貴彦 宮崎零生 横田真穂

### 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  
樋口亮介 大学院法学政治学研究科教授  
笠木映里 大学院法学政治学研究科教授

## 編集後記

第17巻の編集委員長を務めました、赤川と申します。編集委員会の活動自体はオンライン形式であるものの、先生方のお力添えにより対面式の講義が復活し、銀杏の実が落ちる中、無事に職責を果たせることと思います。

本年は、学生の皆様から12編の投稿をいただき、厳正な審査を経て3編の学生論稿の掲載という結果になりました。昨年に比べ投稿数は少し減少しましたが、いずれも質の高い論稿であり、審査会議は本年も紛糾いたしました。本誌を読まれた学生の皆様には、第18巻では是非積極的に投稿をしていただきたく思います。残念ながら不掲載となった方々も、今後も知的研究を続けていただき、次巻以降の投稿をご検討いただきたいと思います。

また、本学のアジアビジネス法の先生と2名の実務家の先生方からご論稿をいただきました。感謝申し上げます。企業法務、弁護士、裁判官といった先生方ご自身のご経験を活かしたご執筆をいただくことができ、法実務の最前線における実践的な議論に触れることができると思います。

改めて、校正作業に柔軟にご対応していただいた商事法務の皆様、1年間を通じてご助力くださった先生方や大学職員の皆様にも感謝の意を表したいと思います。そして、来年度も本誌が発展していくことを祈念しております。

東京大学法科大学院ローレビュー第17期編集委員長 赤川愛美

## 御礼

東京大学法科大学院ローレビューは、創刊号（第1巻）から前号（第16巻）まで、柳田幸男氏（弁護士・柳田国際法律事務所）からのご寄付によって刊行されました。

本号（第17巻）からは、渡部友一郎氏（弁護士・Airbnb）からのご寄付によって刊行されています。ここに記して、御礼申し上げます。

東京大学大学院法学政治学研究科

## 東京大学法科大学院ローレビュー Vol.17 2022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 : sl-lr@j.u-tokyo.ac.jp

<http://www.slrlr.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。