

論 説

憲法上の実体的利益とそのプロセス保障について —X線検査訴訟と再婚禁止期間訴訟を題材にして—

阿 部 純 子

目 次

はじめに

I. X線検査訴訟

1. 事実及び判旨
2. 本件X線検査は憲法35条に違反するか。

II. 再婚禁止期間訴訟

1. 事実及び判旨
2. 本件規定の違憲性と国家賠償法上の違法性の関係とは

III. 憲法に違反する政府行為とそれに対する義務の非対象について

1. X線検査訴訟について
2. 再婚禁止期間訴訟について

おわりに

はじめに

判例の中には、判旨において違憲（の可能性）を認めながらも、結論において問題とされた行為の違法性を否定するものがある。これがもし、憲法上の権利侵害があるにもかかわらず、それに対して裁判所が何らの救済もなさない（裁判所がしかるべき対応をしない）ことを意味するなら、これは憲法上の理論として許されるのだろうか。

本稿はこの点につき、X線検査訴訟¹⁾と再婚禁止期間訴訟²⁾を取り上げ検討し

たい。前者は、令状なしのX線検査を違法としながらもその証拠能力を肯定した。違法収集証拠排除法則（以下、「排除法則」）につき、判例は刑訴法の解釈問題として捉えており、その憲法上の位置づけは不明確である。非供述証拠については、憲法38条2項のような証拠能力に関する規定はないが、憲法の適正手続観念との関係は議論されるべきではないだろうか。刑訴法の背後にある憲法論なしに、刑訴法の問題としてのみこの法則を論じることには憲法上の問題はないだろうか。排除法則を刑訴法上の法則と捉えるにせよ、これが憲法といかなる関係にあるかは論じられるべきである。

また、再婚禁止期間訴訟は、女性のみならず再婚禁止期間を設ける民法の規定を違憲としながらも、これを改廃等しなかった立法不作為の国賠法上の違法性を否定したものである。

このような事例において、裁判所による「違憲」の評価はいかなる意義を有するのか。また、違憲と判断されながら結果的には合法の評価を受けるとはどのようなことを意味するのか。この問題意識の下、まずはX線検査訴訟につき、その「違法」の評価が憲法においてどのように位置づけられるかに注目しながら検討したい。

I. X線検査訴訟

1. 事実及び判旨

本件警察官らは、かねてより覚せい剤密売の嫌疑のあった有限会社への宅配荷物内容を把握するため、同営業所長の承諾を得て5回にわたりX線検査を行った。その結果、2回目以降の検査において細かい固形物が均等に詰められている長方形の袋の射影が観察された（以下、「本件X線検査」）。そして、これに基づき取得した捜索差押許可状により本件覚せい剤等を得た。なお、本件X線検査は荷送人又は荷受人の承諾なしに行われた。

最高裁は、本件X線検査を検証としての性質を有する強制処分とし、検証許可状なしの本件X線検査を違法であると判示しながら、本件覚せい剤等の

収集過程に重大な違法があるとはいえないとし、その証拠能力を肯定した。

2. 本件X線検査は憲法35条に違反するか。

① 強制処分該当性の判断の妥当性

本件のようなX線検査につき、これが強制処分に該当するか否かにつき判示した判例は本件より以前は見当たらず、また学説の議論も十分な蓄積があるとは言えない状況があった。最高裁は本件X線検査を強制処分に当たるとしたが、下級審はともに任意捜査とし判断は割れた。

最高裁及び下級審は、本件X線検査による荷送人及び荷受人のプライバシー等の侵害を認めたが、その侵害や制約の程度については判断を異にした。最高裁は、本件X線検査が強制処分に該当するか否かにつき、そのプライバシーの侵害や制約の程度によるとの立場を示したものと解されている³⁾。

この点を考慮すると、1審は本件X線検査が任意捜査として実施されたとしたのは、荷物を開披したうえで内容物を見分した場合と比較すればその侵害の程度は軽度なものとどまるとした点が重要となろう。このように判断した上で、本件X線検査の実施が任意捜査として許容されるとしその適法性を認めた。これに対し被告人は、本件X線検査が荷送人及び荷受人のプライバシーなどの人権を侵害するものであり、任意捜査の範囲を逸脱し令状主義に反する違法がある等とし控訴したが、控訴審もまた本件X線検査を任意捜査として許容される限度のものとした。

最高裁は、本件X線検査により、「荷物の内容物の形状や材質をうかがい知ることができる上、内容物によってはその品目等を相当程度具体的に特定することも可能であって、荷送人や荷受人の内容物に対するプライバシー等を大きく侵害する」とした。

強制処分と任意捜査の区別は、有形力の行使の有無や人に法的義務を負わせるか否かを判断基準とすべきことなどが学説において主張されてきたが、現在では、昭和51年の最高裁決定⁴⁾の見解を基盤に、意思の制圧及び身体、住

居、財産等の制約の二つを基準に考えるのが通説とされる。本件X線検査は、業者の営業所長の承諾は得ているため、荷送人及び荷受人の意思が問題となる。この点につき、現実に表明された意思でなくとも合理的に推認される当事者の意思を基準にすべきとの見解⁵⁾に立てば、本件荷送人等は承諾しなかったと考えるのが合理的であるため、個人の意思の制圧があったとされる。

被侵害利益の程度につき、本件1審は荷物を開披した場合と比較することにより本件プライバシー侵害が軽度であるとしたが、X線検査は内容物を明らかにすることができるという点で荷物を開披した場合に準ずるといえ、また肉眼による見分では見えないものを発見できる点でそれ以上の程度を有するといえるため、1審のように「内容物が具体的にどのようなものであるかを特定することは到底不可能」であるとするのは妥当ではないといえる。このような点から、本件X線検査による被侵害利益の程度は、開披検査に準ずる、あるいはそれ以上の程度に至るとすべきであろう。これらを総合すると、荷送人らの意思を制圧し、かつ、大きなプライバシー侵害を伴う本件X線検査を強制処分とした最高裁決定が判例及び学説の見地から妥当な判断というべきであろう⁶⁾。

② 令状主義の意義

強制処分であれば、強制処分法定主義（刑訴法197条1項但書）に加え、原則として憲法の令状主義の支配を受ける。ただし、強制処分法定主義と令状主義の適用範囲は必ずしも明確ではなく、また両者が全く同一であると解されているわけではないこと⁷⁾、また、刑訴法218条の「検証」に憲法35条の令状主義が適用されるか否か自体は問題となり得る。検証が住居の侵入を必ずしも伴うわけではなく、あるいは、住居の侵入を伴う場合であっても検証行為そのものに対しては憲法35条の適用がないと考える余地がないわけではないためである。しかし、このような考え方は憲法35条の保護対象を有形物⁸⁾のみに限定する考え方であろう。

X線検査訴訟は、本件X線検査が荷送人等の内容物に対するプライバシー等を大きく侵害するものであることを認めるため、保護対象を有形物と解しているわけではない。憲法35条が無形的にも適用されると考えるなら、検証は情報を強制的に取得するものとして、プライバシーの制約を伴うため憲法35条の適用を受けると考えられる⁹⁾。このように考えるなら、本件X線検査は憲法35条の令状主義が及ぶ強制処分であると考えられる。

また強制処分に該当する被侵害利益は、「重要な」権利利益に対する「実質的」な侵害ないし制約を伴うものと解される¹⁰⁾。そのため強制処分は、「捜査目的による高度の法益侵害を合理的限度にとどめるための安全装置として」厳格な法的規律に服することとなる。そこで通常は、法定要件の充足及び令状主義による制禦により捜査目的達成のための高度の法益侵害も許容されることとなる¹¹⁾。

このとき、被侵害利益が憲法上の権利利益の場合もある。憲法が「刑罰権の発動ないし刑罰権発動のための捜査権の行使が国家の権能であることを当然の前提とするものである¹²⁾」ならば、憲法上の権利利益の保障が捜査権行使に絶対的に優先する性質を有するとまで極限することはできないだろう¹³⁾。憲法31条の手続法定主義・適正手続保障及び憲法35条の令状主義により、一定の合理的根拠と適正手続があれば、捜査機関が国民の権利利益を侵害、制約する権能を許容するという側面があることが指摘される。

憲法35条の令状主義は、証拠を収集する捜査上の必要性和、保護されるべきプライバシーの間に妥当な調整を図るために規定されたものとして説明される。この調整の原理は、正当な理由に基づく令状の発付、令状における対象物の限定、さらに、令状によるのが原則であって例外は限定されるべきこととされる¹⁴⁾。

国民の人身の自由やプライバシーを制約するには、実体的に、正当な理由が必要であり、その正当な理由の判断が捜査機関自身ではなく、公平で第三者的立場にある裁判官に事前に実施されるのが原則である。令状主義は正当

な理由なく権利の制約が行われないうように設けられたものとして捉えられ、捜査対象が明確に示されることで捜査機関による処分の実施の際の範囲逸脱を防ぐ趣旨があるとされる。その「正当な理由」の判断につき問題となるのは、特定の犯罪の存在及びその犯罪と捜査押収対象とされるものとの関連性である¹⁵⁾。

令状主義のこのような意義を考慮したとき、では、いかなる場合に違法収集証拠が排除されると考えられるのか。

③ 憲法35条と違法収集証拠排除法則

排除法則は、憲法にも刑訴法にも規定がない。最高裁はこれを刑訴法の解釈の問題として捉えた上で、証拠物の押収等の手続に、「憲法35条及びこれを受けた刑訴法218条1項等の所期する令状主義の精神を没却するような重大な違法があり、これを証拠として許容することが、将来における違法な捜査の抑制の見地からして相当でないと認められる場合においては、その証拠能力は否定される¹⁶⁾」との立場を示した。

違法収集証拠の証拠能力が否定される根拠としては、司法の無瑕性・廉潔性、違法捜査の抑制、権利侵害の救済として、あるいは、実体的真実主義の要請も正当な手段として行われるべきとの適正手続保障などが主張されるが、憲法との関連からは、憲法31条の適正手続保障の帰結、及び憲法35条自体にその根拠を求める見解がある¹⁷⁾。

排除法則が憲法上の要請であるかについては否定的な見解がある。昭和53年最高裁判決は、排除法則を刑訴法の解釈レベルのものとして捉えており、また、確かに憲法31条及び35条と密接な関連性を有することを肯定しても、直ちにこれらの規定から排除法則が帰結されるとするのは「論理の飛躍」との示唆がある。これらから、排除法則は、憲法の趣旨を踏まえた刑訴法上の原則として捉えるべきとされるのである。排除法則の根拠につき昭和53年判決は、適正手続の要請から実体的真実主義の要請は正当な手続により行われ

るべきこと、そして、違法捜査の抑制を根拠にしていると解される¹⁸⁾。

このように排除法則を刑訴法上の原則あるいは解釈の問題と捉えても、その背後には憲法論が控えており、憲法との関係性は問題になろう。一方で、「憲法35条に違反する『侵入、搜索及び押収』により収集された証拠は、違法収集証拠として証拠能力が否定されることはもちろん¹⁹⁾」であるとする。では、「憲法35条に違反する」侵入、搜索及び押収とは何か。

憲法35条につき、「住居」が人の私生活の中心をなしてきた点に着目し、その不可侵がすべての人権宣言が保障するものであるとして、「住居、書類及び所持品」について、恣意的な「侵入、搜索及び押収」の禁止として捜査過程における被疑者の権利として捉える見解がある²⁰⁾。この見解は、とくに「被疑者」を対象に保障されるものと解され、刑事手続において住居等への侵害に対し、原則として令状主義が適用されるという手続的権利を保障すると解するものである²¹⁾。

憲法35条に「顕著に」違反する手続により収集された証拠に基づき被告人を処罰することは、適正手続の観念に違反すると考えられるため、憲法35条にこのような手続的要請を込めると、それは手段的性質をもつことは否定しえず、違憲ないし違法があるからといって自動的にその証拠が排除されるべきとなるわけではないとの見解が他方で主張される。そして憲法35条の保護対象に関しては、「住居」が「自由の基盤を成す私的生活の本拠」として捉えられてきたことから、その不可侵が立憲主義的憲法体系において最も古くかつ重要な権利の一つとしてこれを捉える見解がある（これと同様の趣旨が「書類及び所持品」にも当てはまるとされる²²⁾）。しかしこのような捉え方では、住居等の不可侵の内実が明確に示されているわけではないとの批判がある²³⁾。

憲法35条の保護対象については、他者の侵入や搜索を排除しうる「私的な空間」を保有することが人として生きるための必須条件であるとし、プライバシーの保護を主要目的とする見解もある。この見解によると、憲法31条につき、刑事罰についてその実体及び手続の法定に加え、かつ、その内容が適

正であることも要求するとの通説を紹介したうえで、さらに個別の条文として35条が手続的適正として令状主義を要求するものと解される。²⁴⁾

適正手続の意義としては、さらに、実体的真実の追求に還元し得ない手続独自の価値の可能性が示唆される。実体的真実に一致すると裁判所が判断した場合であっても、それが不適正な手続により得られた場合は原則として維持すべきではないとされる。「手続上の要請に反して収集された証拠の証拠能力を否定する法理」は、政策的考慮のみならず、手続固有の価値を含む適正手続保障という観点から理解されることの可能性が示唆される。²⁵⁾

手続保障の観点から憲法35条を理解する見解としては、奥平教授の見解が顕著である。憲法31条以下につき、実体的内容をもつ自由を保障する規定ではなく、不当に自由が剥奪されないための適正手続の規定として捉える。憲法35条は搜索、押収を受けない自由そのものに眼目があるわけではなく、これを剥奪する場合の手続として令状主義が規定されると解釈される。同条はこの手続を保障するための一定の制度の確立を主要目的としているという。²⁶⁾ この見解は、35条を被疑者や被告人の手続的権利とみる。

この見解は、普遍的に保障されるべき住居の不可侵と、被疑者と中心とする令状主義を伴った手続的権利保障がどのように関係するかが曖昧であるとの従来の見解が孕む問題を解消するものではあるが、しかし、憲政史において「住居の不可侵」は具体的な実質を伴ったものとして捉えられてきたことから、これを無視して憲法35条を解釈することの実定法解釈の方法としての非妥当性が指摘される。²⁷⁾

大石教授は、同条の令状主義につき、「住居等の不可侵」という実体的な権利保障を前提に、殊に刑事手続においては「その保障を解除し、合憲的な侵害を許すための手続要件として」理解すべきという。その要点は、従来の手続保障の理解に対し、令状主義の原則という手続保障の側面のみにより捉えることを批判することにある。同条は令状主義の適用範囲の問題として手続保障の側面のみで捉えることは妥当ではなく、さらに、住居の不可侵と

いう実体的権利を保障するものとして理解すべきとされる²⁸⁾。

大石教授は従来の見解に対し、憲法35条が保障する実体的権利保障の内容や範囲につき具体的に検討することなく解釈するものであり、立法を拘束する際の憲法上のポイントも曖昧なまま適正手続の選択を立法者に「白紙委任」するものである点を批判する。また、憲法35条の令状主義は裁判官の令状を要するという点よりも、むしろ、一般令状を厳しく排除するという意味において理解されるべきことを主張する²⁹⁾。

この見解において示された、憲法35条の令状主義が手続のみならず、「住居等の不可侵」という実体的権利利益を含めて捉えるべきという点は極めて重要な指摘であると思われる。

④ 本件X線検査は憲法35条の令状主義に反するか。

憲法35条が保障する実体的権利保障の内容や範囲につき明確にすることが同条による適正手続保障として要請される令状主義の内容を解釈するために必須ならば、GPS捜査の違法性が問題とされた事例³⁰⁾において裁判所が、憲法35条の保障対象につき、「『住居、書類及び所持品』に限らずこれらに準ずる私的領域に『侵入』されることのない権利が含まれる」との立場を示した点は評価できるだろう。最高裁が初めて、「…これらに準ずる私的領域に『侵入』されることのない権利」に言及した点は注目される³¹⁾。

しかし、本件X線訴訟の、内容物に対するプライバシーが憲法35条の保護対象に含まれるか否かは明白ではない。本件X線検査訴訟は、内容物の具体的特定の程度に依拠してプライバシー侵害の程度を評価しており、この評価が下級審と最高裁の強制処分該当性の判断を分けるほど重要性をもっていたのである³²⁾。その内容物は、外から見えないように梱包されており、内容物等に関して第三者がうかがい知ることができない状況だったため、公然と街頭行動する人のプライバシーと比較しても、秘匿性が高いと考えられる³³⁾。

本件X線検査訴訟は、捜査による権利利益の実質的な侵害の有無ではなく、

その侵害の程度を判断基準としている³⁴⁾。そのため、憲法上にせよ刑訴法上にせよ、その権利利益の侵害が実質的にあったか否かに関する裁判所の立場は曖昧である。

GPS捜査は、「その性質上、公道のもののみならず、個人のプライバシーが強く保護されるべき場所や空間に関わるものも含めて、対象車両及びその使用者の所在と移動状況を逐一把握することを可能にする」ため、個人のプライバシーを侵害し得るとした。このように個人のプライバシーの侵害を可能とする機器を秘かに装着することで、GPS捜査は合理的に推認される個人の意思に反しその私的領域に侵入するとし、「個人の意思を制圧して憲法の保障する重要な法的利益を侵害するもの」として強制処分に該当するとともに、令状がなければ行うことができないとされた³⁵⁾。

憲法35条に違反するか否かは、「私的領域」と「侵入」をいかに解釈するかにより多分に依拠すると思われるが、X線検査が行われた内容物も、秘匿性が高いと考えられるため、本件X線検査訴訟の荷受人、荷送人の内容物につき、個人のプライバシーが強く保護されるべき場所や空間に該当する余地はあろう。本件X線検査は「私的領域への侵入」として、荷受人らの権利利益は憲法35条の保障対象に含まれる可能性はあるように思われる³⁶⁾。

このように解するならば、令状なくして実施された本件X線検査は、憲法35条が保障する荷受人のプライバシーを侵害する行為として違憲と評価されることが考えられるが、本件覚せい剤の証拠能力が排除されなかったのはなぜか。

⑤ 本件X線検査と関連性を有する証拠の証拠能力を認めることは憲法35条の令状主義に反するか。

本件X線検査による被侵害利益が憲法35条に含まれるとした場合、それと関連性を有する証拠の証拠能力を認めることは憲法35条に反しないのか。本件X線検査の証拠能力が肯定される理由としては以下のように説明される³⁷⁾。本件覚せい剤等は本件X線検査と関連性を有する証拠といえるが、その関連

性は密接とはいえ、さらに、荷受人の覚せい剤の譲り受けの嫌疑が高まっていたこと、この事案を解明しさらなる証拠を収集するには本件X線検査以外には適当な代替手段がなかったこと、また、本件においては特定の犯罪の存在及びそれと捜査対象の関連性も認められるため令状が発付されるための要件が存在していると考えられる点、また警察官らに令状主義を潜脱する意図があったことはいえないなどとして、本件覚せい剤等の収集手続に重大な違法はないとした。これに加え、本件覚せい剤等が本件において重要な証拠であることもその証拠能力を肯定する要因として考えられる。

すでに指摘したように、憲法35条の令状主義は、捜査上の必要性和保護されるべきプライバシーの間の調整原理として意義を有すると理解される。それならば、令状主義に反するか否かは、侵害される法益（プライバシー）とは何か、その重要性等が明らかにされなければ審査することができないと考えられる。憲法35条が個人の私的領域の保護として実体的権利を保障するのが前提にあるなら、証拠能力を認めるか否かについても捜査の必要性のみならず、権利保障の必要性の観点も考慮されるべきであると思われる。

憲法35条が刑事手続における一般令状の排除を意味するなら、本件X線検査の対象物があらかじめ特定されずに行われたのであれば同条に反する余地があると思われる。にもかかわらず、実際には、X線検査の違法性を刑訴法のみの問題として裁判所が捉えているならば問題である。憲法35条の実体的権利を違憲に侵害する可能性を孕みながらも、裁判所は手続保障に焦点を絞り、またその際いかなる適正手続がとられるべきかを立法府の判断に委ねられる（法定要件の問題）としているようである。

しかし、このように手続保障の観点に絞って憲法35条を捉える見解は、憲法35条が保障する実体的権利利益について問うものではないため、本件警察官の行為が「合憲的な侵害」に当たるかを審査するものではない。憲法35条の令状主義に反するか否かは、同条が保障する実体的権利利益の保護とどのような関係にあるかが問われなければ判断できないと考えられるためであ

る。

Ⅱ. 再婚禁止期間訴訟

1. 事実及び判旨

① 事実の概要

原告は、民法733条1項の規定（以下、「本件規定」）により再婚の時期が遅れたため精神的損害を被ったことを主張し、本件規定が憲法14条1項及び24条2項に違反するにもかかわらず、国会議員が同条を削除または廃止する等の措置をしなかった立法不作為（以下、「本件立法不作為」）があるとして、これが国賠法1条1項の適用上違法の評価を受けるとし被告国に対し国家賠償を請求した。

1審は、本件規定の立法目的の合理性を認め、当該憲法条項に違反しないと解する余地も十分にあるとして原告の国賠請求を認めなかった。控訴審も、本件立法不作為が国民に憲法上保障されている権利を違法に侵害することが明白な場合に当たるとはいえないとしてその請求を棄却した。

上告人（原告・控訴人）は控訴審の判断には憲法14条1項及び24条2項の解釈の誤りがある旨を主張した。以下では、最高裁の判断の順序に沿って判旨を概観したい。

② 判旨

（ア）本件規定の憲法適合性

本件規定のうち女性のみ一律に100日の再婚禁止期間を設けることは国会に認められる合理的な立法裁量の範囲を超えるものではなく、立法目的との関連において合理性を有するとした。他方、本件規定のうち100日超過部分については立法裁量の範囲を超えるものであり、立法目的との関連で合理性を欠くものであり、また100日超過部分は憲法24条2項の両性の本質的平等に立脚するものではないことも明らかであるとし、同分部につき憲法14条

1項及び24条2条に違反するとした。

本件の特徴の一つは、婚姻及び家族に関する事項の憲法上の位置づけについて述べた部分に表れる。これらの事項は、「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」であり、その内容は憲法が一義的に定めるのではなく、法律による具体化がふさわしいとした。この観点から憲法24条2項を捉え、婚姻当に関する事項は第一次的には国会の合理的な立法裁量に委ねられるが、同項によりその裁量の限界として個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚すべきであるとの要請、指針が示されるとした。また同1項の趣旨につき、「婚姻をするについての自由」は、その趣旨に照らし、「十分尊重に値するもの」とした。

本件規定が事柄の性質に応じた合理的な根拠に基づくか否か（憲法14条1項）は、婚姻等に関する事柄の以上のような性質を考慮した上で判断されるべきとし、本件規定の区別の審査については、立法目的及び立法目的とその区別が合理性を有するかという観点から審査されるべきとした。

立法目的につき多数意見は、立法経緯及び嫡出親子関係等に関する民法の規定における本件規定の位置づけから判断し、それを女性の再婚後に生まれた子の父性の推定の重複を回避し、もって父子関係をめぐる未然の紛争防止にあるとし、これに合理性を認め⁴⁰⁾た。

そこで立法目的と区別の合理的関連性であるが、女性の再婚後に生まれる子の父性推定の規定である民法772条を基準に、計算上100日の再婚期間を設けることにより父性推定の重複を避けることができるとし、この100日について一律に女性に再婚を制約することは国会の合理的な立法裁量の範囲を超えず、立法目的と合理的な関連をもつとした。

しかし、100日を超える部分に関しては、医療や科学技術の発達や、再婚の場合に限って前夫の子が生まれることによる家庭の不和を避けるという観

点や婚姻後に生まれる子の父性の判定の誤りによる血統の混乱を避けるという観点によってその合理性を正当化することはできないとし、この部分は立法裁量を超え、また憲法24条2項の両性の本質的平等に立脚したものではないとして平成20年当時における憲法14条1項及び24条2項違反を認めた。

(イ) 本件立法不作為の国賠法上の違法性の有無

この点に関して多数意見は、先例⁴¹⁾を踏襲し、立法内容の違憲性の問題と区分し国会議員の立法行為は原則として政治的責任に問われるものであり法的義務は例外的な場合に限定されたとした。国会議員の立法不作為が国賠法1条1項の適用上違法となるのは、「法律の規定が憲法上保障され又は保護されている権利利益を合理的な理由なく制約するものとして憲法の規定に違反するものであることが明白であるにもかかわらず、国会が正当な理由なく長期にわたってその改廃等の立法措置を怠る場合など」とされた。

本件規定のうち100日超過部分は昭和22年当時においては一定の合理性があったが、その後の医療や科学技術の発達及び社会状況の変化等に伴い合理性を認めることが困難となった事情があること、再婚禁止期間の合憲性が争われた平成7年判決⁴²⁾を含め、それ以降も100日超過部分が違憲であるとの司法判断がされてこなかった状況があること等を理由とし、平成20年当時に国会にとって100日超過部分が違憲であることが国会にとって明白とはいえないとした。これらを理由に、本件立法不作為は、「憲法上保障され又は保護されている権利利益を合理的な理由なく制約するものとして憲法の規定に違反することが明白であるにもかかわらず国会が正当な理由なく長期にわたって改廃等の立法措置を怠っていた」とはいえないとし、本件立法不作為の国賠法上の違法性を否定した。

2. 本件規定の違憲性と国賠法上の違法性の関係とは

① 法律内容の違憲性と国会議員の立法行為の違法性の区別

国賠法は憲法17条を具体化した法律の規定であり、国賠法1条1項は公権力の行使により生じた損害に対する国の賠償責任を定める。憲法17条は明治憲法下の国家無答責の原則を否定し、公務員による不法行為により損害が生じた場合に国への賠償請求を認めており、この国家賠償請求権を具体化するための法律として国賠法は位置づけられる。

国賠法1条1項の対象として、立法行為に対しても国賠請求が認められるかにつき通説はこれを肯定してきたが、いかなる場合に違法の評価を受けるかについては争いがあった。⁴³⁾

本件は、本件規定のうち100日超過部分を違憲としながらも、国賠法上は違法ではなく合法と判断したのである。その論理的根拠は、法律内容の違憲性と立法行為（立法不作為を含む。以下同様）の国賠法上の違法性を区分したことにある。

法律の違憲性を理由とした国賠法上の違法が認められるか否かにつき、判例は当初消極的であり、また学説においても消極説は有力であった。在宅投票廃止訴訟1審判決⁴⁴⁾は、その請求を認容したが、昭和60年の在宅投票廃止訴訟最高裁判決（以下、「昭和60年判決」）は原則として否定されるべきとの見解を打ち出した。本件最高裁もこの判決を引用しており、この判断枠組みに則っていると考えられる。

その判断枠組みの特徴は、立法内容の違憲性と立法行為の国賠法上の違法性の問題を区分したことである。この区分により生じる法的意義は大きい。特に重大なこととして、立法行為に対する国賠訴訟の途が事実上否定されてしまったことが指摘される。それまで下級審が法律の違憲を理由とした国賠法上の違法性を認めてきたその積み重ねを一挙に覆滅させることになり、「違憲立法国家賠償死刑判決」⁴⁵⁾とも評される。昭和60年判決の論理はまた、その「真の狙い」としての、在宅投票制廃止ないしその後の立法不作為の違憲、

違法性を裁判所に確認させること、これにより同制度を再び制定するという国会の立法行為を促す方途をも閉ざしてしまったと考えられる⁴⁶⁾。

このような重大な法的意義を生じさせてしまったこの判決の論理には少なからず疑問が提示されてきた。昭和60年判決は、なぜ法律内容の違憲性と国賠法上の違法性を区分したのか。それは、後者は「国会議員が国民に対する関係で行為規範に違反したかどうかにより評価すべき問題」であり、それは「立法過程における手落ち手ぬかりの問題」として捉えられると説明される。国会議員の責任は政治的なものであり、国民に対して負うべき法的義務を負うのは例外的な場合に限定されるという。立法の違憲状態は、原則として、(国賠訴訟ではなく)法改正という形式により是正されるべきであり、法改正がなされるまでの手当てとして、憲法は裁判所に違憲審査権を付与し、違憲立法や処分などの法的効果を否定するという形で権利救済を求めるべきとする⁴⁷⁾。この考えに立ち、昭和60年判決は両者を区分したとされる。

② 立法内容の違憲性と立法行為の違法性の区分論における「違法性」の観念

立法行為の国賠法上の違法性につき、昭和60年判決はこれと法律内容の違憲性を区分して二元的に捉えるため、「職務行為基準説」を採用したものと解する余地はあろう。これに対し、当該事件の下級審は共に、この両者を区分せず、法律内容が違憲の場合に直ちにその立法行為も国賠法上の違法が認められるとの立場をとっており、「結果違法説」に依拠しているとの説明がある⁴⁸⁾。

ただし、同判決の区分論の前提にある違法性の捉え方については、「結果不法」ではなく、「行為不法」的な違法性論があると考えられるべきと思われる。結果不法は、「法の許さない法益侵害を示す場合」であり、行為不法は、「原因行為の法規違反を示す場合」である⁴⁹⁾。同判決はこの違法性の観念を採用するために、法律内容の違憲性と立法行為の違法性を区分したと考えることが

できる。

確かに、国賠法上の違法は、法律内容の違憲性ではなく立法行為の違法性を指すと解すことができ、また、両者を区分することは観念上可能であると考えられるため、同判決が両者を区分したこと自体は妥当であると考えられる。問題は、このような区分をしたからといって、昭和60年判決（あるいは本件）が主張するように、国会議員の違法性が否定されるとの結論が当然に導かれるわけではなく、この点に関する論理が最高裁自身において示されていないことにある。立法過程における国会議員の行為規範のうち最も重要なのは憲法規範であり、立法内容に違憲性が認められる場合には、原則としてその立法行為に違法性がある、と主張することも可能なのである。⁵⁰⁾

③ 法律内容の違憲性と立法行為の違法性の区分論の検討

昭和60年判決が示した区分論の根拠は、憲法が採用する議会制民主主義における国会及び国会議員の権限、立法過程における国会議員の政治的判断の広範性である。⁵¹⁾国会議員の立法行為は「本質的に政治的なもの」であり、「性質上法的規制の対象になじま」ないため、特定個人に対する賠償責任が問われる場面において、具体的立法行為の適否が法的に評価されることは原則として許されないという。国会議員の立法行為は、原則として、「国民全体に対する関係で政治的責任を負うにとどまり、個別の国民の権利に対応した関係での法的義務を負うものではない」のである。

この論理につき、マクロな視覚から見た立法の憲法上の義務違反は、原則としてミクロな視覚の国賠責任を根拠づける法的義務違反となるものではないものとして捉え直す見解がある。この二種の義務違反の違いにつき自覚的に区分した判決の論理は、従来の議論よりもより精緻な理論を展開している点で評価される。⁵²⁾

しかし、判決により立法行為の国賠法上の適用が事実上否定されたとみるならば、法律内容の憲法適合性がどのようなものであろうと、それとは関係

なく、およそ立法行為は国賠法上の違法の評価を受けないことを意味することになるため同判決に対する批判は多い。⁵³⁾

判決の論理に対しては、議員活動の総体として行う立法活動は憲法上の制約に服しているため、立法行為の違法についても問われるべきであるとの批判がある。判決の論理は形式的な代位責任論に立脚した狭い違法性の観念を採用しており妥当ではないとされる。⁵⁴⁾

さらに、判決が採用した根拠の非妥当性も指摘される。まず議会制民主主義につき、この原則との関連で問題にされるのは、「個々の国会議員の国民総体」に対する責任であり、判決で問題となるのは「国会議員総体（ないし機関としての国会そのもの）の個々の国民に対する義務の内容」であった。前者につき政治的責任が妥当するにしても、後者には法的義務が妥当するため、判決の論理の転倒が指摘される。⁵⁵⁾

そして、判決が政治的責任論の根拠として立法行為の政治的性格を指摘したことも妥当ではないことが示される。判決は「政治的なもの」は法的規制の対象にはなじまないことを前提にしているようであるが、「政治的なもの」と「法的規制の対象になじむもの」は矛盾する関係にあるわけではない。憲法81条の違憲審査権は、憲法問題が政治的なものであることを前提に、裁判所に法的解決を行う任務を与えたと考えられる。⁵⁶⁾

確かに、立法不作為に対して裁判所の違憲審査権が及ぶか否かは問題になり得るが、立法不作為により個人の基本的人権が侵害された場合、積極的な違憲立法による個人の権利侵害の場合と異ならないと考えられるため、少なくとも、当該立法の違憲性が国賠訴訟により争われている場合は裁判所の違憲審査権が当該立法不作為に及ぶと考えられる。⁵⁷⁾ この点からも、判決が国賠法上の違法性につき政治的責任に終始したことには問題があるとみるべきであろう。ある法律が違憲と判断されたにもかかわらず国会がそれに対する対応をしない場合、この立法不作為を国賠法上違法であると判断できるのはいかなる場合かという問題は、立法過程における国会議員の行動に対する裁判

所の判断は、「立法府としての立法作用のあり方」について司法部が審査するものであり、「立法府と司法部との各権限行使の抑制均衡」という法的問題がテーマとなっている。⁵⁸⁾

④ 「例外的な場合」の変遷

ところで、本件は昭和60年判決及び在外邦人選挙権訴訟（以下、「平成17年判決」）を引用しているが、国会議員の法的義務が問われる例外的な場合につき変遷がみられる。

昭和60年判決は「国会議員の立法行為は、立法の内容が憲法の一義的な文言に違反しているにもかかわらず国会があえて当該立法を行うというごとき、容易に想定し難い例外的な場合」とした。本件規定の合憲性が争われた平成7年判決も同訴訟を引用し、この判断に則って、国賠法1条1項の適用上違法の評価を受けないと判断した。

ところが平成17年判決は、「立法の内容又は立法不作為が国民に憲法上保障されている権利を違法に侵害するものであることが明白な場合や、国民に憲法上保障されている権利行使の機会を確保するために所要の立法措置を執ることが必要不可欠であり、それが明白であるにもかかわらず、国会が正当な理由なく長期にわたってこれを怠る場合など」とした。平成17年判決は、昭和60年判決と異なる趣旨をいうものではないとしているが、この点については、判例変更ではないにせよ、先例にはなかった新たな判断が加わっていることは明らかであるとされる。⁵⁹⁾つまり、昭和60年判決の射程が実質的には拡大されたことが指摘される。⁶⁰⁾

本件はこの両者を引用しているが、本件と平成17年判決の間には相違が指摘される。⁶¹⁾これと比較すると本件は、先例では指摘されていなかった「長期の懈怠」の要件が付加され、これにより違法性が認定される可能性が限定されてしまったことが指摘される。⁶²⁾

⑤ 国会議員の個別国民に対する法的義務とは

では、国賠法上の違法性の判断はどうすべきか。本件立法不作為の違法性は、法律内容（結果）の違憲性と区別される観念であるとしても、本件のような政治的責任論には妥当性がないことは既に指摘した。両者の関係性がいかなるものかは問われるべきであり、これは、国会議員総体の立法行為が個別国民に対して法的義務を負うのはどのような場合かという問いとして検討されるべき問題である。

本件において、憲法適合性判断は本件立法不作為が国賠法上の違法の評価を受けるか否かを判断する過程において行われている。法律内容の違憲性と立法不作為の違法性を区別するにしても、やはり、両者がどのような関係にあるかは問われるべきであろう。

憲法の基本権規範のうち要請規範については、立法不作為により直接に基本権侵害が惹起される。その典型例としては、参政権や受益権、社会権がある。そして、「基本権規定における要請規範違反の立法不作為は、一当該規範がプログラム規定ないし抽象的権利規定でない限り—『処分的性格』を有する立法行為」である。国会議員は、個別国民に対し、この要請規範との関連において立法義務を有するのである。⁶³⁾

ここにおいて国会議員が負うこの法的義務は、立法不作為による権利侵害と直接に関連性をもっている。処分的性格を有する立法行為が憲法上の権利を侵害する場合には、その立法行為の国賠法上の違法と評価し得る。このとき、立法府の行為規範に関して裁判所が審査しても、「あるべき立法行為を措定して具体的立法行為の適否を法的に評価すること」には当たらないと考えられる。

本件を、在宅投票廃止訴訟最高裁判決のように、行為不法的な違法性の観念を採用したものとみても、これにより、法律内容の違憲性と立法行為の違法性が関連性のないものとして区別することには根拠がないため妥当ではない。その違法性と憲法上の（権利）侵害の関連性は本件が述べるようには否

定されていないとみるべきである。

本件のように解するならば、それは、憲法上の侵害に対して政府は責任（義務）を負うわけではないことを意味すると思われる。

Ⅲ. 憲法に違反する政府行為とそれに対する義務の非対称について

1. X線検査訴訟について

X線検査訴訟を例に考えた場合、憲法35条に基づく権利とはどのような性質を有すると考えられるか。令状主義が同条により保護される実体的側面をも考慮して解釈すべきとして、同条の令状主義に反する法執行官の行為を含む収集手続により押収された証拠につき裁判所がその証拠能力を否定することの意味とは何か。

（日本の）排除法則がアメリカのデュープロセス理論の影響の下に発展してきたならば、ここでアメリカの議論を参考にすることは有意味であろう。

排除法則の連邦憲法上の位置づけは修正4条をめぐって展開されてきた。修正4条は、「不合理な搜索および押収または抑留に対し、身体、家屋、書類および所有物の安全を保障されるという人民の権利the right of the peopleは、破られてはならない。令状は、宣誓または確約によって根拠づけられた、相当な理由に基づいてのみ発せられるべきであり、かつ、搜索されるべき場所および抑留されるべき人または押収されるべき物件を特定して示しているものでなければならない。」と規定する。⁶⁴⁾

修正4条のテキストの中に、不合理な搜索及び押収を受けない人民の権利がどのように実行されるかの規定はない。修正4条のテキストには、違法な手続により得られた証拠は裁判にて証拠から排除されるべきである旨の規定は置かれていない。排除法則の憲法上の位置づけをめぐる議論は、この点に端を発するといえる。

テキストにない排除法則につき、そもそもこの法則が存在するか否かについても争いはあるだろう。しかしこの点については、その連邦の刑事司法シ

システムにおいて承認され、州レベルにおいても適用されるものであることが連邦最高裁判決により認められるに至っている。⁶⁵⁾

修正4条を文理解釈すれば、修正4条から排除法則を導くことは妥当ではないと解されることになる。例えばAmarは、修正4条の侵害に対して、適切に応答するものとして排除法則を捉えるとの見解につき、これは連邦憲法のテキスト、歴史、構造のいずれからも支持されるものではないとの見解を示す。⁶⁶⁾

連邦最高裁の判決にもこの点に触れるものがある。修正4条のテキストを指摘し、これが何人も不合理な搜索または押収を受けないことを保障するものであること以上を述べるものではなく、違法な手続を経て押収された証拠を排除することについて語るものではないという立場を示す。証拠の排除は、憲法による実体的利益の侵害に対してというより、抑止的效果を得ることを目的とする、とする。⁶⁷⁾

このように、憲法を（直接の）根拠とする排除法則の考えを否定する見解は、憲法に反する形で証拠が押収されたとしても、それを裁判所が裁判で証拠として採用するか否かは修正4条とは別の問題として捉えられることになる。不合理な搜索と押収を受けた被害者は、証拠の証拠能力ではなく、法執行官に対する民事上の救済を求めることを許容する、あるいは促すものにとどまる⁶⁸⁾として理解される。

他方、修正4条から排除法則を主張する立場によれば、この法則をテキスト自体ではなく司法の廉潔性を根拠にする傾向があるという。⁶⁹⁾確かに、テキスト自体からは、この条文が裁判所に対して向けられていることは明白ではないが、この条文を実効的なものとするためには、裁判所が違憲の行為を行った法執行官の「共犯者」となるべきではなく、そのために排除法則の必要性が説かれる。⁷⁰⁾

この見解によれば、修正4条の価値は、違憲の搜索と押収から保護される権利を同条が保障するものである点に求められる。この権利を憲法により宣

言することに価値を与えるためには、違憲に押収された証拠の証拠能力を排除することが不可欠であり、この意味で捉えるならば、排除法則による保護は修正4条による保護と同視することの可能性が指摘される。これは、「不合理な搜索または押収」のテキストを広く、法執行官によるプライバシー侵害のみならず、違法な搜索及び押収により得られた証拠の証拠能力に関する裁判所の判断も含めて捉える見解である⁷¹⁾。

排除法則の憲法上の位置づけをめぐるこの議論の対立は、修正4条のテキストをいかに正確に、あるいは、テキストに沿って解釈するかという立場の違い、または、憲法解釈の方法自体にかかわるものである。テキストに厳格に解釈すれば、修正4条と排除法則との関連性を否定し、反対に、テキストを柔軟に解釈すれば、排除法則は修正4条に根拠づけられることを正当化する主張となる。この正当化は修正4条のテキストのみならず、憲法の構造全体からも試みがなされる。

確かに、排除法則による保護と修正4条による保護という両者の保護範囲が重なることはあるかもしれないが、しかしこれは、排除法則による被害者の保護が修正4条を根拠にした権利を保護することと同じであるということ⁷²⁾を必ずしも導くわけではないだろう。

今日の排除法則をめぐる議論は、その存在の有無ではなく、適用範囲にある。排除法則の主たる目的が警察官への抑止的效果にあるならば、いつ排除法則を適用すればこの抑止的效果を発揮させることができるか。このような、排除法則の適用範囲をめぐる議論につき、連邦最高裁はその態度をある程度示しているといえる⁷³⁾。

連邦最高裁は、修正4条違反は、不合理な搜索または押収によって「完全に達成される」のであり、排除法則は被告人への権利侵害を治癒するものとして意図されたものでもなければ、治癒することができるものでもないとの見解を示す⁷³⁾。修正4条の権利と排除法則は別の問題として捉えられるのである。

例えば、*Hudson v. Michigan*では、違法薬物等の捜索令状をもった警察官が対象者の自宅に赴いた際、警察官の到着を知らせながらも、そのドアの前で数秒しか待たなかったため、このような自宅への侵入方法がノックアンドアナウンス (knock-and-announce) の原則に反するかという点から問題にされた。

連邦最高裁は、同原則がコモンロー上の原則として認められてきたことを確認した上で、この原則が修正4条の原則として認められるものであるとする⁷⁴⁾。ただし最高裁は、このように憲法上の原則として位置づけられる同原則に当該警察官の行為が反していることを認めながらも、ただちに排除法則が適用されるわけではないとの立場を示す。排除法則は有罪の者を解放するという実質的な社会的コストを生む可能性があることを指摘し、排除法則の適用は無差別に適用されてきたのではなく、真実の追究と法執行の目的を考慮して判断されてきたという。排除法則の適用は、抑止的效果が実質的な社会的コストを上回り、その被害者への救済が最も効果的になされると考えられる場合にのみ限定される⁷⁵⁾との見解を示す。

この適用範囲に関する議論は、修正4条が保障する実体的権利利益とどのように関係するか。排除法則は、その証拠が憲法上の権利利益を侵害することによってしか得られなかったという事実があるからといって必ずしも適用されるわけではない。憲法上の権利利益の侵害は排除法則の適用にとって決定的なものではなく、必要条件にすぎないというのが判例の立場であることを示す⁷⁶⁾。

ノックアンドアナウンスの原則による利益は、生命の保護、財産の保護、プライバシーと尊厳の保護であり、他方、修正4条の令状は、これが発行されるまでは、市民は身体、家屋、書類および所有物が政府による審査を受けないことを保護するものであり、令状なしに押収された証拠の排除は市民のこの資格を主張するものである。つまり、同原則は、政府は令状に記載された範囲でしか証拠の捜索や押収をすることができないという利益を保護する

ものではないのである。本件において侵害された利益は、証拠の押収には関係ないのであり、排除法則は適用されないとHudson判決は述べた⁷⁷⁾。Hudson判決は、憲法の権利利益が侵害されることにより得られた証拠の場合すべてにつき毒樹の果実として証拠が排除されるのではなく、特定の憲法上の侵害の果実として適切にみなされるものに限って排除法則が適用されるとのが判例の見解であることを示した。

排除法則に関する裁判所の見解を整理すれば、違憲に押収された証拠を排除するのは以下の場合に限定されるということになる。排除による抑止的效果により得られる利益が、遂行者（犯罪者）を解放することにより被る損失を上回ると裁判所が判断した場合のみ、である。つまり、証拠の排除は憲法によって要請されるとみなされるが、それは、証拠が修正4条に違反して押収されたすべての場合に証拠が排除されるべきことではなく、そのような場合には証拠が排除される場合があるということの意味するものとして援用されているのが今日の状況といえる⁷⁸⁾。

このようなアメリカの議論を直ちに日本に当てはめることは妥当とは思われない。以下では、憲法35条が保障する権利の性質について、以上のアメリカの議論を参考に試論を提示するにとどめたい。

憲法の令状主義に反する警察官の行為によって収集された証拠の証拠能力が裁判所によって否定されるのは、それが個人の権利侵害への救済というより、警察官への抑止的效果のためであるとの可能性が考えられる。これは、日本で従来論じられてきたように、排除法則が司法の廉潔性を根拠にするという点、さらに、収集過程に違法がある場合すべてを含むのではなく、「将来における違法な捜査の抑制の見地からして相当でないと認められる場合」に証拠能力を否定するという判例の見解と適合する。排除法則は、憲法35条の権利の侵害ある場合すべてに適用されるのではなく、さらに、行為者を無罪にする可能性を考慮してもなお、警察官への抑止的效果が重要であると判断されることが必要であると考えられる。この場合に裁判所は、法執行官の

行為に対して「介入」する権限の根拠があると考えられる。

このように考えると、憲法35条による権利を侵害した場合、政府はこれに対応する義務を履行することを同条が要求するわけではないと考えられる。憲法35条により個人に保障される権利は、これに対応する政府の義務を伴うものとして理解される性質のものではない可能性がある。

2. 再婚禁止期間訴訟について

もし本当に、憲法35条が保障する権利が侵害された場合であっても、それに対応する政府の義務が存在するわけではないとすれば、憲法35条の意義は国民個人の権利というより、実体的観点を含めた適正手続保障の問題として、政府への制約の観点から考察した方がその意味をより明確に捉えることができるように思われる。

政府に対する制約の観点から憲法を捉えるという方法は、再婚禁止期間訴訟での憲法論にも有用できると思われる。

多数意見によれば、婚姻制度は、「憲法が一義的に定めるのではなく、法律によってこれを具体化することがふさわしい」とされたため、「婚姻をするについての自由」をめぐる憲法問題がどこにあるかをおさえることがまずは必要となる。多数意見は本件規定の立法目的につき、女性が再婚後に生まれた子について、父性の推定の重複を回避することで父子関係をめぐる紛争の発生を未然に防ぐことにあるとした。

本件規定の趣旨につき、山浦裁判官の反対意見は異なる見解を示した。本件規定の趣旨を血統の混乱の防止という目的をもち、離婚した女性に再婚を禁止するのはこれを達成する手段として設けられたものであるとの立場を示した。憲法24条の意義については、明治憲法下における「男性優位の思想とその下で制定された旧民法の家制度における封建的・性差別的な考えを完全に廃し、個人の尊厳と両性の本質的平等の理念を普遍的な価値であると宣言したもの」として解する。さらに続けて、憲法24条の基礎にある憲法14条1

項により、「合理性のない性差別が排除された婚姻制度を利用し、そこから得られる様々な効果を楽しむことができる憲法上の重要な権利ないし利益」が保障されるとの見解を示す。

山浦裁判官の反対意見は、多数意見が再婚禁止の制度それ自体の合憲性を問わず、その手段の側面において憲法適合性を問題にしたことを批判し、再婚禁止制度それ自体が憲法に適合するかを論じるべきであったことを指摘する。その結果、DNA検査技術の進歩により科学的にも客観的にも生物学上の父子関係を明らかにすることができるようになった段階において、血統の混乱防止という立法目的を達成する手段としての再婚禁止期間の必要性は完全に失われたとして、本件規定を全部違憲とすべきとした。また、国賠法上の違法についても、国会は正当な理由なく長期にわたりこれを廃止する立法不作為があったとして国賠請求を認容すべきと判断した。

この反対意見が婚姻制度に対する「憲法上の重要な権利ないし利益」が保障されることを明言したのに対し、憲法24条に関する多数意見の立場は歯切れが悪い。「婚姻をするかどうか、いつ誰と婚姻をするか」につき、当事者が自由に決定できる趣旨であるとしながらも、これが憲法上の権利ないし利益であることを明言したわけではなく、「憲法24条1項の規定の趣旨に照らし、十分尊重に値する」としたにとどまる。憲法が保障する婚姻の価値につき、多数意見がどのような見解に立つかも判然としない。

例えばアメリカにおいて、婚姻の自由は、連邦憲法上の重要な位置づけが判例によりなされてきた。婚姻の条件に関する州政府の広範な裁量があるとされながらも、20世紀前半には、修正14条デュープロセス条項が保障する自由の範囲に婚姻する個人の権利も含まれることが述べられ⁷⁹⁾、さらに、婚姻する権利は同デュープロセス条項が保障する基本的自由に含まれるとの見解が出された⁸⁰⁾。

また、婚姻の自由はデュープロセス条項だけではなく、修正14条の平等保護条項の観点からも保障されるべきと判断されてきた⁸¹⁾。同性愛者の婚姻する

権利が憲法により保障されるとの立場を示した連邦最高裁判決⁸²⁾においては、判例において認められてきた婚姻の価値について言及した。そこでは、婚姻に関する判断が個人の自律の観念に含まれるものであることに加え、婚姻の社会的政治的側面が指摘された。婚姻には社会全体を支える要としての価値があるとされたのである。

私的な、個人的な判断としてだけでなく、社会的にも価値を有する婚姻制度について、その社会でどのような条件を付すかに関する政府の判断はやはり重要なのではないか。しかし、その私的側面も重要であるため、婚姻の自由をめぐる憲法上の問題は、婚姻に関する私的な判断に対する政府の制約がどこまで許されるかという権限の観点から問うのが有意味ではないか。

婚姻の自由に対する政府の制約の憲法適合性の判断には、もちろん、婚姻の自由に対し憲法がいかなる実体的価値を与えているかを問うことが不可欠である。再婚禁止期間訴訟における多数意見は、「婚姻をするかどうか、いつ誰と婚姻をするか」を当事者が自由に決定できることが憲法上、十分尊重に値するとした。しかし、この憲法上の価値が、立法府の判断に対してどのような意味を有するかは判然としない。個人の自由を制約する政府の判断が憲法においてどのように評価できるかという点がないためである。

多数意見が婚姻の自由を憲法上の権利として捉えたと解するならば、違憲と判断した以上は、政府はこの権利に対応する義務を負うべきと考えられるが、国賠法上の違法はないとした。

法律上の義務が、憲法が要求する義務に対応していないのであれば、そのよう立法行為（不作為）は上位法である憲法に違反すると考えられるのではないか。上位法と下位法の関係は、義務の抵触という点でも考慮されるべきであるためである。

おわりに

X線訴訟についてであるが、排除法則を刑訴法上の解釈問題と捉えても、

「手続上の要請に反して収集された」かの判断には憲法上の実体的判断が不可欠であるように思われる。刑訴法が実体的真実の追究を人権保障の調和を図ることを目的にするならば、そこで考慮されるべき実体的権利の内容を明確にすることは必須である。そしてこの実体的権利保障の内容は、憲法論として論じられるべき領域の事柄ではないか。

排除法則の理論として、真実であっても証拠能力を排除するのか、それとも真実ではない場合に限定して排除されるのかも明確ではない。判例がどのように排除法則を捉えているか不明確である。

手続保障の側面に固執し、実体的利益と手続保障の関係を曖昧にすれば、違憲にもかかわらず手続的には刑訴法に違反せず合法であるとの事態を招きかねない。この事態を解消するには保護されるべき実体的権利利益の中身を明確にする必要があるが、X線訴訟がこれに答えていると評価することは妥当ではないだろう。

また再婚禁止期間訴訟は100日超過部分を違憲としたにもかかわらず、国賠法上の違法性を認めなかったのは、先例の立場に依拠したためであろう。しかし、立法行為の国賠法上の違法性の評価は、立法行為の性格（処分的性格を有するか否か）、当該立法が憲法上の権利利益を侵害するか否かという審査は行うべきであったと思われる。

この点からみると、本件が憲法上の権利として婚姻の自由を承認したか否かは重要であろう。本件がこの権利利益を承認したとすれば、平成17年判決を経て本件が出されたこともあり、平成7年の再婚禁止期間訴訟のように簡単に国賠請求を退けるのではなく、憲法上の権利利益の侵害の有無という観点からその違法性が問われるべきであった⁸³⁾。ただし憲法上の権利利益の承認につき、本件の立場は明白ではないと思われる。

確かに、本件により憲法24条1項の趣旨として「婚姻をするかどうか、いつ誰と婚姻するかについては、当事者間の自由かつ平等な意思決定に委ねられるべきである」と具体的に述べ、憲法の下に婚姻に関する自由を位置づけ

たことの意義は大きい⁸⁴⁾。本件が平等に関して立法目的と手段との合理的関連性を要求し厳格な審査を適用したこと、また立法事実に立ち入った審査を行うことで違憲の判断をしたことから、本件が婚姻に関する自由に重要な法的価値を認めていることは疑うべきではない⁸⁵⁾。ただし婚姻に関する自由は、憲法によりその保障内容が決定されるのではなく、国会による具体化が憲法上も想定されているため国会に立法裁量を認めざるを得ない⁸⁶⁾。

本件は本件規定につき、性別に基づく区別そのものではなく、区別の対象とされる婚姻の自由の観点から判断しており⁸⁷⁾、また本件規定が婚姻の自由に対する直接的な制約であることに言及しながらも、民法772条を参照し100日を基準にその前後を区別し合憲性の判断（立法裁量の逸脱濫用）を審査しており、100日以前の部分には婚姻の自由からの検討が行われておらず、立法裁量を限界づける枠としてどこまで婚姻の自由を考慮したか判決の立場は明白ではない。

立法行為の国賠法上の違法の評価を行うのに、法律内容（結果）の違憲性がどのように影響するかが審査されなければならなかったが、本件は保護されるべき実体的価値である婚姻の自由の位置づけについても明確とは言えない。これは、憲法が保障する手続と実体的側面が分断して捉えられていることに問題があるのではないか。

- 1) 最三小決平成21年9月28日刑集63巻7号868頁。
- 2) 最大判平成27年12月16日民集69巻8号2427頁。
- 3) 最高裁判所判例解説（増田啓祐執筆）曹時64巻11号3238頁。
- 4) 最三決昭和51年3月16日刑集30巻2号187頁。
- 5) 井上正仁「強制捜査と任意捜査の区別」井上正仁・酒巻匡編『刑事訴訟法の争点』（有斐閣、2013年）55頁。その意味で、意思の制圧は、「相手方の明示または黙示の意思に反すること」と解すべきことが指摘される。
- 6) 増田・前掲注（3）3241～3243頁。
- 7) 強制処分法定主義と令状主義は混同される傾向が指摘されるが、両者の意義や目的は

- 異なることが指摘される。
- 8) 堀江慎司「令状主義」法教268号14頁(2003年)。また、憲法35条の権利保障の今日的な重点につき、財産的権利ないし物権的権利利益の保護から個人のプライバシーへ、つまり無形的な権利利益の保護へ移行している点が指摘される。井上・前掲注(5)75頁。
 - 9) この点、堀江・前掲注(8)を参考にした。
 - 10) 井上・前掲注(5)56頁。
 - 11) 酒巻匡「捜査に対する法的規律の構造(2)」法教284号69頁(2004年)。ただし、たとえ法定要件を充足しても、「憲法上至高の価値たる個人の尊厳、人間としての根源的価値」を侵害するような極めて深刻な法益侵害を伴う捜査はもはや許容されないと考えられる。この場合、裁判官は「実定法規範を越える」適正手続原理により当該強制処分を許可しないと判断することになる。
 - 12) 最大判平成11年3月24日民集53巻3号514頁。
 - 13) 酒巻匡「捜査に対する法的規律の構造(1)」法教283号59頁(2004年)。
 - 14) 田宮裕『刑事訴訟法(新版)』(有斐閣、1992年)100頁。令状主義の例外として、現行犯逮捕や緊急逮捕(従来その違憲性は指摘されるが)、逮捕に伴う無令状搜索押収などが挙げられるが、本件X線検査にはこのような事情は見受けられないためこの点は省略する。
 - 15) また、正当な理由の有無の判断については、必要性は相当性の観点も考慮されるべきことが主張される。堀江・前掲注(8)15~16頁。
 - 16) 最一小判昭和53年9月7日刑集32巻6号1672頁。
 - 17) 参照、秋吉淳一郎「違法収集証拠」井上・酒巻編『刑事訴訟法の争点』(有斐閣、2013年)180~181頁。
 - 18) 秋吉・前掲注(17)180~181頁。
 - 19) 澤登文治「住居の不可侵」大石眞・石川健治編『憲法の争点』(有斐閣、2008年)165頁。
 - 20) 芦部信喜『憲法(6版)』高橋和之補訂(岩波書店、2015年)247~248頁。
 - 21) この整理は、大石眞「憲法35条解釈の再構成—『住居の不可侵』と適正手続保障との間」法学論叢(京都大学)136巻4・5・6号171頁(1995年)を参照した。ただし、捜査が証拠収集を目的に行われるにもかかわらず、それにより得られた証拠の証拠能力の有無については憲法35条の射程外と断じることの妥当性については疑問の余地があるため、憲法35条の対象を被疑者を中心に捉えるのは早急とも考えられるのではないか。
 - 22) 佐藤幸治『日本国憲法論』(成文堂、2006年)332~324頁。
 - 23) 大石・前掲注(21)169~170頁。他に、住居侵入に令状が必要であるかにつき、私生活が行われる空間に侵入する目的に着目し、強制的に情報収集を行うことからの保護を示唆するものもある。渋谷秀樹『憲法(3版)』(有斐閣、2017年)238~239頁。
 - 24) 長谷部恭男『憲法(6版)』(新世社、2014年)254~255、261頁。
 - 25) 長谷部恭男「憲法と刑事手続」井上・酒巻編『刑事訴訟法の争点』(有斐閣、2013年)14~15頁。
 - 26) 奥平康弘『憲法Ⅲ 憲法が保障する権利』(有斐閣、1993年)298頁。ただし、憲法36条及び38条1項は「自由権」保障の性格をもつとされる。
 - 27) 大石・前掲注(21)171~172頁。
 - 28) 大石・前掲注(21)188~189頁。手続的保障が「前提」とする住居の不可侵という「実体的権利それ自体」に対し十分な考慮がなされてこなかったことが危惧される。
 - 29) 大石・前掲注(21)191頁。

- 30) 最大判平成29年3月15日裁時1672号1頁。
- 31) 笹田栄司「GPS捜査と憲法35条」法教442号123頁(2017年)。「私的領域に侵入されない権利」の侵害の有無につき、本判決では、GPS捜査が「個人の行動を継続的、網羅的に把握することを必然的に伴う」点も指摘されている。
- 32) 正木祐史「配達途中の荷物のエックス線検査」法セミ660号128頁(2009年)。
- 33) 豊崎七絵「捜査としてのエックス線検査」法セミ637号118頁(2008年)。
- 34) 豊崎・前掲注(33)118頁。
- 35) GPS捜査の違法性につき、令状がなければ行うことのできない処分と最高裁が判示した点も注目される。
- 36) しかし、本件X線検査が行われた内容物を私的領域に当たるか否かはさらなる考察が必要である。本件X線検査による被侵害利益が憲法35条の保障対象に含まれないならば、その証拠能力を認めることは憲法35条の観点からは問題とはならないだろう。
- 37) 前掲注(3)3260~3261頁。
- 38) 岡山地判平成24年10月18日民集69巻8号2575頁。
- 39) 広島高岡山支判平成25年4月26日民集69巻8号2582頁。
- 40) 山浦善樹裁判官(反対意見)は、その立法目的が血統の混乱を防止することにあるとの立場をとった。
- 41) 在宅投票廃止訴訟(最一小判昭和60年11月21日民集39巻7号512頁)、在外邦人選挙権訴訟(最大判平成17年9月14日民集59巻7号2087頁)。
- 42) 最三小判平成7年12月5日集民177号243頁。
- 43) 責任の性質(代位責任説と自己責任説の対立)や、故意・過失の要件に係るなどの論点についてはここでは触れない。
- 44) 札幌地小樽支判昭和49年12月9日判時762号8頁。
- 45) 阿部泰隆『国家補償法』(有斐閣、1988年)138頁。
- 46) 野中俊彦「在宅投票制事件最高裁判決の検討—最一小判昭和60・11・21」法時58巻2号89頁(1986年)。
- 47) 最高裁判所判例解説(泉徳治)曹時38巻4号953~954頁(1986年)。
- 48) 宇都宮純一「公法判例研究 国会議員の立法行為と国家賠償責任、在宅投票制度を廃止しこれを復活しなかった立法行為の違法性の有無」法学(東北大学)53巻5号148頁(1989年)。
- 49) 長尾一紘「在宅投票制度の立法の不作为と国家賠償法1条の適用」民商95巻2号272頁(1986年)。職務行為基準説と結果違法説の対立は、「相互に独立した一連の手続的行為のうち、その最終的な帰結(判決など)と内容において矛盾するものについての違法性の有無の基準」が問題となるが、立法行為は国会議員の個々の行為ではなくその総体的な法形成に向けられるため、その手続的行為と帰結の矛盾は生じないと考えられるためである。
- 50) 長尾・前掲注(49)271~274頁。
- 51) 判旨によれば、憲法51条の免責特権条項はこの趣旨であるとされる。
- 52) 内野正幸「在宅投票制廃止を争う道はいずこに 最高裁85・11・21判決を採点する」法セミ374号22頁(1986年)。ただし、国会の憲法上の義務違反が国賠責任を根拠づけるものとしての法的義務違反となるものではないとしても、判決が憲法上の義務まで否定したとみるのは妥当ではないとされる。
- 53) 参照、棟居快行「在宅投票制度国賠訴訟上告審判決」判時1194号202頁(1986年)。
- 54) 野中・前掲注(46)91頁。
- 55) また、国会が合議制機関であるという点への配慮が足りない等も指摘される。長尾・前掲注(48)275~276頁。

- 56) 長尾・前掲注 (49) 276頁。
- 57) 泉・前掲注 (47) 953頁。
- 58) 千葉勝美「違憲審査—その焦点の定め方」(有斐閣、2017年) 112頁。
- 59) 飯田稔「再婚禁止期間違憲訴訟 (二・完) —婚姻制度の形成と利用」*亜大*51巻2号 298頁 (2017年)。
- 60) 杉原則彦「在外選挙権最高裁大法廷判決の解説と前文」*ジュリ*1308号38頁 (2006年)。
- 61) この点につき千葉勝美裁判官(補足意見)は本件が在外邦人選挙権訴訟を整理し直したものとし、今後は本件が判断基準として用いられることを示唆する。
- 62) 飯田・前掲注 (59) 299頁。
- 63) 長尾・前掲注 (49) 277~278頁。
- 64) U.S. Const. amend. IV. 条文の邦訳は、田中英夫編集代表『Basic英米法辞典』(東京大学出版会、1993年)に依拠した。
- 65) *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643 (1961).
- 66) Akhil Reed Amar, *Substance and Method in the Year 2000*, 28 *PEPP. L. REV.* 601, 609 (2001).
- 67) *Kansas v. Ventris*, 556 U.S. 586, 590-591 (2009).
- 68) Rohith V. Srinivas, *The Exclusionary Rule as Fourth Amendment Judicial Review*, 49 *AM. CRIM. L. REV.* 179, 189 (2012).
- 69) *Id.* at 189-190.
- 70) *Id.* at 190.
- 71) *See* 190; *see also* William C. Heffernan, *On Justifying Fourth Amendment Exclusion*, 1989 *WIS. L. REV.* 1193 (1989).
- 72) *E.g.*, *United States v. Leon*, 468 U.S. 897 (1984); *Hudson v. Michigan*, 547 U.S. 586 (2006); *Herring v. United States*, 555 U.S. 135 (2009).
- 73) *United States v. Leon*, 468 U.S. 897, 906 (1984).
- 74) *Hudson*, 547 U.S., at 589.
- 75) *Id.* at 590-591.
- 76) *Id.* at 591-592.
- 77) *Id.* at 594.
- 78) Srinivas, *supra* note 68, at 188.
- 79) *Meyer v. Nebraska*, 262 U.S. 390 (1923).
- 80) *Zablocki v. Redhail*, 434 U.S. 374 (1978).
- 81) *E.g.*, *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1 (1967).
- 82) *Obergefell v. Hodges*, 135 S. Ct. 2584 (2015).
- 83) 飯田・前掲注 (59) 298頁。
- 84) 今後の課題として、これが民法との関連でいかなる影響を及ぼすのかが注目される。建石真公子「最高裁大法廷平成27・12・16判決論評①民法73条1項・750条の憲法適合性判断」*判時*2284号55頁 (2016年)。
- 85) 参照として、「憲法と家族—家族法に関する二つの最高裁大法廷判決を通じて」*論究ジュリ*18号87頁 (2016年)。
- 86) 畑尻剛「制度か個人か—再婚禁止期間と夫婦同氏制に関する最高裁大法廷判決をめぐって」*白門*68巻54号42頁脚注7 (2016年)。
- 87) 加本牧子「最高裁大法廷平成27・12・16判決」*ジュリ*1490号90~91頁 (2016年)。