



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	重婚罪における保護法益の再検討 : ドイツ法・日本法・中国法の比較
Author(s)	左, 倅雨; Sa, Kou-u
Citation	北大法政ジャーナル, 29, 67-101
Issue Date	2023-12-07
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/89484
Type	departmental bulletin paper
File Information	HouseiJournal_29_03_Sa.pdf



重婚罪における保護法益の再検討

—ドイツ法・日本法・中国法の比較—

さ　　こう　　う
左　　嬢　　雨

目　次

序章　課題の概要	69
第1章　婚姻の法的性格	70
第1節　婚姻の歴史的沿革	70
第2節　内縁	72
第3節　生活パートナーシップ	73
第4節　小括	75
第2章　ドイツにおける重婚罪	76
第1節　概説	76
第2節　判例と検討	78
第3節　小括	79
第3章　日本における重婚罪	79
第1節　概説	79
第2節　判例と検討	81
第3節　小括	82
第4章　中国における重婚罪	83
第1節　概説	83
第2節　判例と検討	84
第3節　重婚罪の取り扱いに関するドイツ・日本・中国の比較	87
第5章　重婚罪の保護法益は何か	89
第1節　単一法益の視点からの考察	89
第2節　複数法益の視点からの考察	91
第3節　刑法における婚姻保護の限界	92
第4節　重婚罪における保護法益の新しい解釈へ	93
終章　総括と展望	94

序章 課題の概要

1. 本稿の考察の目的

本稿は、重婚罪における保護法益を考察し、重婚罪に関する学説と実務の現在の問題点を検討して、それに応じて解釈の解決策を提出することを試みるものである。

現代社会の家庭は一般的に婚姻を基盤として構築される。時代の変遷に伴い新しい生活スタイルで家庭を構築することは増えているが、他方で、伝統的・民族的な家庭構成の様式はまだ引き続いて存在している。今日の家庭は、同性カップルの家庭（ノルウェーなど一部の国あるいは地域がすでに同性婚を認めている）、非婚主義者が他人と同居する、または独居する場合、民族的風習に従った未成年婚あるいは複数婚の場合、国際結婚などさまざまである。これらについては、憲法の平等原則により、色々な生き方をリスペクトしなければならない。

この時代において、婚姻をいったいどのように捉えるのが妥当であるかは問題になる。「婚姻」という言葉を使うとき、一般的に宗教的・慣習的・法律的な婚姻関係と思われる。言い換えれば、婚姻とは、一定の条件を満たして、一定の手続きを経由して（すなわちある主体に認められる）、他人あるいは社会に対して公開性があるというような複数の緯度に承認された社会関係である。それを基礎として、広く普及した社会制度の一つとしての婚姻制度がどこまで維持できるかということに対する検討は必要である。

婚姻制度について、これまでの研究は主に家族法の領域内で行われていたが、本稿は重婚罪を研究対象として、刑法の側面から婚姻制度を検討していきたいと考えている。その際は、ドイツ・日本・中国の重婚罪の学説と実務運用を比較し、異なる法制度における重婚罪の保護法益を中心にその再構築を試みる。保護法益を踏まえ、現代社会における婚姻制度のあり方を探ろうと考えている。

本研究によって、まず理論的な意義として、い

ま停滞していると言える重婚罪に関する研究の空白を補足できるようにする。次に、本研究は、実務的には、重婚罪の規定が単なる宣言的な存在ではないならば、重婚罪の規定をどのように適用するのが妥当であろうかを明らかにしようとする点でも意義がある。また、比較法的な意義として、異なる国には特定の規定があり、その解釈と取り扱いの相違点は今後この罪のあり方にとって示唆となりうる。

2. 解明すべき問題

(1) 問題の設定

社会の発展に伴って、婚姻制度、また婚姻と類似している制度は変化している。その中に、伝統的な婚姻関係・事実婚姻（あるいは内縁）・生活パートナーシップこの三つの社会関係の具体的・明確な境界線はなさそうである。ドイツは生活パートナーシップについての専門的な法律¹を作ったが、日本と中国においてそのような法規定がない。しかし、日本の家族法の領域内で、内縁という事実婚姻関係の研究はよく取り上げられた²。また、1990年代以降、中国において婚姻に関する法律と司法解釈は増えてきて、2021年に新しい民法典が施行されたことによって、新しい婚姻制度が成立した。したがって、婚姻の理解を見直すことも必要となる。

重婚罪はどの国においても看過されやすい罪の一つである。とりわけ法律婚主義を採用している国、例えばドイツ³と日本⁴においては、近年は、極めて稀な場合にしか重婚罪は成立しない。そのため、理論と実務の関心は薄くなっている。これに対して、中国では法律婚だけではなく、事実婚⁵も認め、ほかの国より重婚罪の判例が多いが、それでも刑法学者の間で盛んな議論が交わされているわけではない。新しい家庭の態様に対応することについては、これまでの研究では不可能であると考えられる。そこで、これについては本稿では以下の各問題点に注目したい。

①各国における重婚罪の適用範囲の区別がどこから生じるか。

②刑法・民法における重婚の取扱いの限界はどこにあるのか。

③重婚罪の保護法益が何であるか。

④将来的に、重婚罪のあり方はどうなるであろうか。

(2) 具体的な考察手順

前述の疑問点に答えるために、幾つかの重要な問題を明らかにしなければならない。

第一に、婚姻の定義が何であるか。宗教的な婚姻と道徳的な婚姻以外に、法律で捉えられる婚姻をどのように定義するのが妥当であろうか。この問題を解決するために、まず、婚姻という社会制度の歴史的な発展過程を理解するべきである。そして、歴史上の社会環境はどのように婚姻制度に影響を与えていたかについて概観をまとめる。次に、現在の社会環境によって、それに当てはまる婚姻制度を検討する。また、婚姻と類似している社会関係の様々な態様を考察する。このような制度に対する考察を通じて、婚姻の法的性格を探究していく。とくに、この部分は検討の基盤を作ることである。

第二に、婚姻の具体的な定義を理解した上で、重婚罪を規定している三つの国の学説と判例を分析し、相違点を比較しながら、各国の重婚罪の具体的な内容を検討する。具体的には、重婚罪の保護法益・構成要件・学説の論理・具体的な判例を紹介する。それに加えて相違がある原因を注目し、若干の検討をする。

第三に、重婚罪の保護法益をめぐり、より深く検討する。まず、国家的法益、社会的法益及び個人法益的解釈を切り分け、単一法益の視点から考察を行う。次に、複数法益の視点から重婚罪の保護法益を議論してみる。最後に、刑法における婚姻に対する保護の限界を明らかにし、そしてそれに基づいて重婚罪の保護法益に対する新しい解釈を提言することを試みる。

第1章 婚姻の法的性格

第1節 婚姻の定義

婚姻とは配偶関係を結んでいることである。一般的に「夫妻となること」⁶あるいは「男女間の社会的に承認された性的関係である」⁷と考えられる。

この「結合」の形は多様性を表す。世界中の多くの国では単婚制 (Monogamy) いわゆる一夫一妻制を取っているが、複婚制 (Polygamy)⁸も存在している。単婚制が実行された国には、複婚が完全に非合法化される⁹。したがって、単婚制の国では「重婚」を検討する余地が初めて出てくる。

また、「婚姻」は配偶関係の締結のほか、それに伴う住居状況、性的状況、経済状況、法的身分状況などを含んでいる。そのため、配偶関係を任意の契約関係と解すれば、それは婚姻の含意を完全にカバーできない¹⁰。それでは、婚姻をいったいどのような関係と解釈すべきであろうか。この疑問を次に検討したい。

1. 道徳における婚姻

婚姻制度は社会の基礎であるから、道徳と法律とともに密接に規制されている。キリスト教婚姻を例とすれば、婚姻がキリスト教道徳に定義されている。更に、婚姻の成立から解消までの必要事項もすべてその道徳に定められる。しかし、宗教の非信者にとっては、その道徳を遵守させられるのはおかしいのではないだろうか¹¹。そのため、社会で婚姻の機能を最善に果たすのを可能にさせるために、婚姻を規制する道徳と法律の役割は明白に分けられなければならない。

社会の価値観が多様化していったことなどがあり、どのような婚姻が道徳に望まれているのかが時代の変遷によって変わってきている。例えば、同性愛はかつて刑罰に該当したことがあったが、現在では一部の国は同性婚姻を認めている。また、今日では、ドイツ・日本・中国は姦通罪を削除している。

しかし、社会を維持するためには全員が一定の

道徳を共有していることが必要であり¹²、そのために一定範囲で婚姻に関係する反道徳的な行為があった場合、これを禁止することは可能である。重婚行為はこの理由により禁止されることが正当化されるかが検討されるべきである。

2. 法律における婚姻

前述のように、道徳と法律とでは婚姻に対する捉え方が異なっている。法律によって婚姻が機能を効率的に果たし、三つの目標を達成するようにしなければならない。そのためには、①法は婚姻に関する条項を設定、つまりどのように婚姻を成立させ、どのように終了させ、及び配偶者の義務が何であるかという必要事項を定める。②法は婚姻が許可され、証明が与えられる条件を規定する。③立法者は法によって婚姻を最善に促進し、代案を抑えるということを考えるべきである¹³。

①について、もし二人が婚姻外に同居すると、その結合が認められないゆえに、義務を強制されない。つまり、認められない結合は法による強制になじまない。そうすると、法により規制されるべき重婚行為が必ず婚姻の義務と接点を持つ。②について、婚姻の証明が与えられることは婚姻の身分を取得することとイコールであろうか。その証明なしに、婚姻に準じることはその婚姻の身分を推定的に認められるか。この点については後で詳しく検討する。③について、社会と国家に保護される家庭が合法性を獲得する以前に成立したことに對して、事後的な追認は必要である。もし家庭が証明のない婚姻によって構築されても、そのような家庭も保護すべきである。

したがって、当事者の合意以外に、年齢制限や近親婚禁止が含まれる①は婚姻を身分要件とされ、届出を要求する②は婚姻の形式要件と解され、この二つの異なる要素を具備することも求められているから、婚姻は単なる私的な契約ではないと言えるであろう¹⁴。

3. 婚姻と関連する概念

婚姻と関連するいくつかの概念を整理し、理解

することは、婚姻の定義をより詳細化することに役に立つ。ここではその中から四つを選び出して、紹介する。

(1) 非婚カップル

一般的な理解によると、「非婚」とは「非法律婚」、すなわち「婚姻届出のない男女の共同生活を総称する」ことと思われる¹⁵。社会事実又は社会制度としての婚姻は単なる「法律婚」あるいは「届出婚」ではない。また、婚姻が成立するのは届出という形式要件だけで済まず、実質的要件¹⁶、つまり「結婚の合意」という最も基本的な要件と婚姻障害がないことも求められる。

形式要件と実質要件を合わせて考えると、「非法律婚カップル」に含まれた「事実婚」を取り除き、「非婚カップル」を狭義に理解することが適当であると思われる。そして、これはさらに二つの種類に分けられる。①非婚同棲：同居し生活の協同性はあるが、当事者に結婚しているという意識がないカップル関係、②コミューター：特定の人と継続的性関係はあるが、同居せず、結婚している意識もない¹⁷。

(2) 仮装婚姻

完全な婚姻から見ると、事実婚と真逆になっているのは仮装婚姻である。仮装婚姻とは生活事実と婚姻意思なしに、単に届出をしたことである。

日本と中国では届出により、婚姻は法律的に効力が生じることになる。しかし、届出という形式要件しか満たさないで、婚姻が成立するといえるのか。これについては、前述の婚姻の実質的要件を備えていないため、婚姻は成立しない。それでも、婚姻届出主義の立法趣旨から見ると、届出が当事者の意思に基づいてされることであるから、婚姻の合意を確認できると考えられる。他方で、届出と合意の存在とが分離することもある。例えば、在留資格を取得するために、報酬を支払って婚姻意思がなくても届出によって婚姻関係の証明は取得できるのである¹⁸。

(3) 国際婚姻

グローバル化に伴って、国際婚姻は増えて来ている。国際婚姻とは外国人と婚姻をすること、あるいは同じ国籍の二人が外国で婚姻をすることである。国際婚姻は様々な空間的・時間的・制度的な不一致を背景として成立するので、協議離婚などによって重婚は起こりやすくなるだろう。更に、前記の仮装婚姻がこの場合にも多く存在している。

(4) 同性婚姻

1957年『ウルフェンデン報告』が公表されてから、2006年『市民パートナーシップ法』に至るまで、イギリスは「同性愛」に対する差別的な法規制の撤廃により同性愛の脱犯罪化を完成した上で、同性愛関係を保護することになった¹⁹。その経緯から見ると、今日パートナーシップ法を制定した国であるかどうかはともかく、世界は同性愛婚姻を認める方向に進んでいる

同性愛の脱犯罪化から同性婚姻を認めるまで、時代の流れによって、伝統的な概念である婚姻は新しい意義を賦与され、しかも新しいあり方も考えられる。

第2節 内縁関係

民法における規定された届出手続²⁰は婚姻成立の必要要件だとされる。これを「婚姻届出主義」を言う。法的要件を満たし、とりわけ合法的手続を経由して成立した婚姻は法律婚である一方で、法の定める届出を備えず、社会的・現実的に夫婦としての生活を送る関係は一般的に「事実婚」²¹すなわち「内縁」だと考えられる。

法律婚は届出をもって、法律の保護を得られるようになるわけである。ここで問題となるのは、内縁関係は法律に保護されるべきであるかどうかである。もしそうであるならば、その保護の根拠はどこにあるのか。これらの問題について、民法領域における検討は、事実婚の中立的保護に着目し、人間は自分の主体的な意思に基づいて、私生活のあり方を自分で決定できる²²というように展

開する。これに対して、刑法領域における取扱い是不可能だとは断言できない。なぜなら、内縁関係という社会関係の普遍化と相まって、刑事事件において、これが検討されることは今後増えていくからである。例えば、最決平成18年8月30日²³、つまり被告人が同居中の内縁妻のお金を窃取したという判例において、244条「親族相盗例」は適用されうるかどうかの問題となる。私的関係を想定し調整した民事と犯罪に注目した刑事では、その考えの前提と目的が異なるが、刑事においても、財産犯をその自律性に任せても良いという理由で、「家庭内」を内縁関係にまで広げるとは、むしろ自然のことであったように思われる²⁴。このように、内縁関係を考慮に入れ、刑法上の「親族」の概念に対する解釈が拡張することは決して不可能とは言えないだろう。

本節では主に民法における内縁の検討を中心とし、そして刑法の適用に影響を及ぼす可能性がある学説を紹介する。

1. 内縁関係の成立

内縁関係とは法律婚と比べると届出要件だけが欠けている婚姻関係である。そのため、法律上の婚姻関係ではなく、事実上の婚姻関係であるとされる。当事者は婚姻の意思をもって夫婦共同生活共同体を営み、社会的にも夫婦として認められている²⁵。さらに、当事者は婚姻適齢、重婚でなく、近親でなく、養親子でない²⁶という婚姻を無効にさせる要素はないと想定される。ただし、届出手続の欠落によって前述の婚姻の禁止要件を審査することは難しくなってしまう。したがって、法律婚との間にただ届出手続が欠けているだけではなく、他の禁止要件も含んでいる「内縁関係」は可能である。

いくつかの禁止規定に該当する内縁関係の中に、重婚罪と密接に関連しているのは重婚的内縁であり、ここで問題が生じる。重婚的内縁は重婚罪の婚とみなされうるかどうかである。この問題に答えるために、まず準婚理論を見ていこう。

2. 準婚関係としての内縁関係

日本における大正時代の婚姻予約有効判決は、一定の婚外関係も保護する立場から出発し、「婚約・準備行為・儀式・同居までの婚姻成立過程をすべて正当なものとして評価しており」、そしてそれ以降の判例は内縁のみならず、純粋な婚約まで不当破棄救済の対象としていた²⁷。このように、まだ正式な手続が終わらず、結婚の意向を表明する婚姻予約は婚姻に準じ、不当破棄救済の対象にすれば、婚姻意思を有し、しかも実際に夫婦のような同居生活を送るのは当然に婚姻に準じるものであろう。しかし、のちに婚姻予約理論と内縁準婚理論とは同一なのかという争いになり、内縁は準婚的關係であり、単なる婚姻の予約関係ではないため、この二つは異なっているものということになる²⁸。さらに、婚姻予約が保護されるので、実際上の夫婦生活を有する内縁はまさに法的保護に値するといえるのではないだろうか。

内縁を準婚関係と捉えるのは内縁準婚理論の立場である。この立場から出発すると、事実上の婚姻関係としての内縁は一定状況において、重婚罪における「婚」と解釈してもよいだろう。中国は内縁（事実婚）を条件付き²⁹承認するので、一定の条件を満たせば<内縁＝法的に保護される婚姻>という式を認める。この場合には、内縁と法律婚との法律地位は特に区別がない。むしろ、両方とも婚姻の合法的な形である。しかし、これに対して、日本では、「準婚」という言葉を使い、内縁は一定範囲内に法律婚に準じる効果が発生する³⁰。したがって、法律婚は常に内縁と比べると優位にあると想定できる。なぜなら、届出要件が欠けることで、それに関わっている法的効果が否定される。ここに法律婚と内縁との差が現れる。

中国では重婚的内縁と法律婚とが両立する場合がありうる一方で、日本では重婚的内縁をどのように取り扱うべきなのかは問題となる。また、ドイツにおける内縁すなわち事実婚は、生活パートナーシップ制度に規制されるため、後述の生活パートナーシップにおいて紹介するので、ここでは論じない。

3. 重婚的内縁関係

単一の内縁関係は明らかに準婚関係だと認定されるが、法律婚と併存している場合は、この内縁関係は依然として法的な婚姻に準じて保護されるのであろうか。この問題について、日本の学説は主に無効説と有効説に分けられる³¹。

無効説は、さらに二つに分かれる。第一は、重婚的内縁は公序良俗に反するゆえに、無効とすることは絶対無効説である。第二は、重婚的内縁が無効とされても、「善意の当事者や第三者に対しては緩和されるべきである」という相対無効説である。この見解は今の通説である。

それに対して、有効説は、重婚的内縁は「取り消されるまで有効である」と主張する。この見解は、婚姻の実質の側面、すなわち夫婦として共同生活を営むことを重視し、法秩序を維持する限りに、その要保護性を限定的に認めるものである。

本稿はこの有効説の立場を採る。なぜなら、準婚関係としての内縁は、法律婚と衝突がない限り承認されうるからである。一定の範囲内で内縁に婚姻に足る保護を与え、これによって、最大限に当事者の婚姻の自由と個人利益を保護することができるのである。ただし、一旦この限界を超えたら、内縁よりも法律婚を優先するべきである。内縁はただ婚姻に準じるだけで、全く婚姻と同じように捉えられるように思われなければならないからである。

第3節 生活パートナーシップ³²

法律婚関係以外にも、婚姻関係と類似している関係、つまり前節に言及した内縁関係があることは見たが、これまでの検討では、関係の双方は男女二人という前提であった。このように、婚姻あるいは婚姻と近似している関係は異性の間にしか締結されえないのは、各国の憲法あるいは婚姻法による規定³³において定められることである。本章第1節に紹介した同性婚姻は時代の流れと一致し、さらに同性婚姻の法制度化は多数の国の将来の目標とされている。同性間の婚姻が最終的に婚姻制度の一部として定着する前に、過渡的な制度としての準婚制度（フランスの連帯市民協

約)³⁴、あるいは別の独立的な体系で成立した制度として設立されるのが一般的なやり方である。その中に、ドイツにおける過渡的制度から同性婚姻を認めるまでの経緯はその代表例である。

第2節の内縁関係と異なり、本節で取り上げたい生活パートナーシップの最大の特徴は、これが同性の間に結び付けられる関係であるということである。また、生活パートナーシップは既に明文文化され、制度として確立されたので、内縁関係のような慣習法的な色彩はより薄い。しかし、生活パートナーシップはと内縁と同じく婚姻外の関係であり、全く婚姻と同じようなものだと思われるわけではない。この制度の特徴について、次に紹介したい。

1. 生活パートナーシップ制度

婚姻は伝統的な視点から見れば、相手は必ず異性とされてきた。しかし、人間は自分の生活を選択する権利を有するので、法制度はどのようにそれに相応しく調整するのかは考えられなければならない。歴史と文化の背景に鑑みると、直ちに同性婚姻を元来の婚姻制度に入れるのはかなり難しいように思われる。この点から出発し、同性のみが利用可能な新しい制度すなわち生活パートナーシップ制度は作り出された。

ドイツでは2001年同性カップルを法的に保護するために、生活パートナーシップ法 (Lebenspartnerschaftsgesetz) が制定された。2005年の法改正によって、生活パートナーシップはより一層婚姻に近くなっている。その法的効力は婚姻より下位にあるが、婚姻に伴う権利と義務だけではなく、生活パートナーシップを創設と破棄することもほぼ婚姻と同様であると言えよう。

生活パートナーシップと婚姻との本質な区別は、生活パートナーシップ法は最初に明文をもって「同性の二人」(Zwei Personen gleichen Geschlechts) が生活パートナーシップを締結できるところにある³⁵。その他、生活パートナーシップは成人に限られ、未成年者の生活パートナーシップの効力を追認できないという点では婚姻と異

なる。また、2005年に改訂されて以降、親子関係についての規定はまだ婚姻と一致しない³⁶が、生活パートナーシップ制度は全般的に婚姻体系と匹敵するようになっていったと言えるだろう。

この制度と刑法との結び付きは、刑法上の婚姻関係に対する解釈に影響を及ぼすだけでなく、刑法上の家庭及び親族についての範囲に関係しているである。生活パートナーシップを締結してから、「一方の生活パートナーは、別段の定めがある場合を除き、他方の生活パートナーの家族構成員とみなす」 (§ 11 Abs1 LPartG)。この規定によって、民法における家族構成員 (Familienangehöriger) は生活パートナーシップのパートナーにまで広がった。他方で、刑法も明文でパートナーシップの一方を婚姻の配偶者と同様に「親族」 (Angehöriger)³⁷ (§ 11 Abs1 StGB) として認めた。ドイツの法体系は立体的な生活パートナーシップの捉え方によって、その一貫性と厳密性が保たれると言えるだろう。この点について、日本と中国は内縁関係とパートナーシップについての規定はまだ十分ではないので、解釈による補足説明が必要となる。

2. 重複の禁止について

婚姻と同様に、生活パートナーシップ制度は重複を禁止するのである。この重複は二つの種類がある。一つは生活パートナーシップの重複であり、もう一つは生活パートナーシップと婚姻との重複である。既に婚姻を有するあるいは生活パートナーシップを有する者は、新しい生活パートナーシップを締結できない³⁸ (旧生活パートナーシップ法第1条)。

まず、生活パートナーシップの重複はもちろん生活パートナーシップに従って後のパートナーシップの成立を認めない。重なっている二つの同一種類の関係は効力の優劣がないため、同じシステム内で解決できる。ここで問題となるのは婚姻と生活パートナーシップの重複である。これについてはドイツの学説³⁹において、争いがある。主に併存肯定説と併存否定説に分けられ、併存否定説

の中に、さらに婚姻存続説とパートナーシップ存続説がある。併存肯定説は、婚姻障害規定において生活パートナーシップが定められていないため、両者の併存は存在可能であると主張する。ただし、このように解すれば義務と権利が重なる懸念があるので、併存肯定説は賛成しにくい。これに対して、併存否定説はこの両者は択一の関係であると意味する。第一に、婚姻存続説によると、夫婦はパートナーシップにいる者より保護の順位が優先するゆえ、婚姻の存続を認めることが自然だと思われる。しかし、この考え方を連邦憲法裁判所は「積極的には支持しなかった」⁴⁰。第二に、パートナーシップ存続説では、重婚禁止規定の類推適用を認める。したがって、これは側面からパートナーシップの婚姻の障害に足る性質を認めることになる。つまり、パートナーシップは婚姻の重複に関する禁止規定に違反する懸念があるから、パートナーシップを婚姻とある程度、同視することが可能である。

同性婚の導入の過程に鑑みれば、ドイツの生活パートナーシップは同性婚の過渡的なものと考えられうるので、前述の学説の中では、併存否定説は肯定されるべきであろう。

3. 生活パートナーシップ制度から同性婚へ

同性カップルの婚姻締結の権利を守るために作られた生活パートナーシップ法は、2017年『同性婚の権利の導入に関する法律』（Gesetz zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts）⁴¹の発布されたことに伴って、同年9月30日以降、同性間に発生する生活パートナーシップを認めない。そして、生活パートナーシップ法はその時点以前に締結された生活パートナーシップ及びドイツ法が適用される外国で締結されたパートナーシップに引き続き適用される（§1 Abs1 LPartG）。

ここまでの議論を振り返ると、婚姻制度と並行する制度として創出された生活パートナーシップ制度は、確かに同性婚を導入するための過渡的な制度だとされた。一定の社会状況に基づいて、

同性カップルの結合に対する保護を一定程度前倒しし、そして生活パートナーシップに伴う権利・義務を徐々に婚姻に伴う権利・義務に近似させ、最終的に同性婚を導入するという流れは広く認められる。例えば、日本の公益財団法人「MarriageForAllJapan - 結婚の自由をすべての人に」は、パートナーシップの広がることによって同性婚の実現に努めると主張する⁴²。

同性婚が実現されていない現在では、婚姻に近い同性間の生活パートナーシップが刑法においてどのように位置づけられるかという問題はまだ検討されなければならない。

第4節 小括

婚姻は主に民法で検討される問題であるが、本稿では刑法の視点から婚姻を検討した。前提と内容がかなり異なる二つの分野の重なる領域に、婚姻も含まれるとすることは可能である。さらに、時代の変化に伴って、様々な生活態様が広まっていく。法律婚というひとつのパターンしか認めないことにより、より幅広い社会関係が保護できなくなる恐れがある。

本章では、まず婚姻の社会的意義、及び特に特別な婚姻に類似している社会関係を紹介した。次に、内縁関係と生活パートナーシップに焦点を当てて、この二つ婚姻に準じる関係の特徴を説明した。

まず内縁関係については、民法領域は既に内縁関係を保護範囲に含めようとするが、刑法ではまだ検討の必要性があるというにとどまり、さらに、これはそもそも刑法に論じられることではないとも主張される。しかし、内縁関係に対する理解は、刑法上の「家庭内」に対する解釈に関わっているから、すべての検討を民法に一任することは刑法の解釈にとっては妥当ではないだろう。むしろ、内縁関係の相手は婚姻に準じる関係によって、刑法上の準配偶者として親族の特例を有する犯罪において、「準親族」として扱われることができるだろう。そのため、刑法における内縁を究明する必要性は否定されえない。

また、生活パートナーシップも同様に、刑法における家庭及び親族に対する解釈に影響を及ぼすため、刑法領域において考慮されるべきである。この点については、第5章第3節でまた詳しく検討する。

内縁と生活パートナーシップなどは重婚罪を検討する前提とされ、それぞれの特徴は刑法上の解釈に関連している。これらの特徴と性質を前提として、各国の重婚罪に対する解釈と適用を見ていこう。

第2章 ドイツにおける重婚罪

第1節 概説

第172条⁴³ 重婚、二重の生活パートナーシップ

婚姻している者又は生活パートナーシップを結んでいる者が、

1. 第三者と婚姻を結び、又は、
2. 生活パートナーシップ法第1条第1項により、生活パートナーシップの設定を管轄する機関に対して、第三者と生活パートナーシップを結ぶ意思を表明したときは、3年以下の自由刑又は罰金刑に処する。

婚姻している第三者又は生活パートナーシップを結んでいる第三者と婚姻を結び、又は生活パートナーシップ法第1条第1項により生活パートナーシップの設定を管轄する機関に対して、これらの第三者と生活パートナーシップを結ぶ意思を表明した者も、前項と同一の刑に処する。

1. 沿革

ドイツ重婚罪に関する規定は、当初は171条として、「風俗に違反する犯罪」(Verbrechen und Vergehen wider die Sittlichkeit)の章に置かれていた。1943刑法改正案によって、その規定は「身分関係、婚姻及び家族に対する犯罪」(Straftaten gegen den Personenstand, die Ehe und die

Familie)の章に入れられた。1973年の第四次刑法改正案において、重婚罪は未遂の可罰性のない軽罪に変えられ、そして1998年に新しい番号をつけられ、172条になっていた。その後、同規定は2015年『生活パートナー権利の調整法案』⁴⁴(Gesetz zur Bereinigung des Rechts der Lebenspartner)の施行に伴って、現行の172条の形になった。本罪の罪名は元の「二重的婚姻」から「二重的婚姻・生活パートナーシップ」に変わり、そして生活パートナーシップに関する規定も書き加えられた⁴⁵。

すでに紹介したように、2017年公表された『同性婚の権利の導入に関する法律』により同性婚が設立された。この変化は172条にとっては意味深いと思われる。

2. 保護法益

通説によれば、172条の保護法益は婚姻又はパートナーシップの秩序である⁴⁶。ドイツ基本法第6条1項は「婚姻及び家族は国家秩序の特別の保護を受ける」と規定し、172条の保護法益はこの意味における二人のパートナーシップの権利を守る秩序と合致する。この立場から、172条は民法に確定された「単婚原則／一つのパートナーシップ原則」⁴⁷(das Prinzip der Einehe und der Ein-Lebenspartnerschaft)の刑法の補充であるという説明をとる見解もある⁴⁸。

重婚罪は何を保護するのかそしてこの罪の設定の理由は何であろうかという問題に対して、納得できる理由が従来存在していない。しかも、これらの問題は2001年⁴⁹以来さらに答えにくくなってしまった。社会の変革によって発生した婚姻の代案としての制度、いわば生活パートナーシップ制度は従来の婚姻の含意に影響を及ぼした。つまり、元々異性間の婚姻の重複だけを禁止したが、今は同性間の婚姻の重複、同性間のパートナーシップの重複及び婚姻とパートナーシップの重複まで拡張されなければならないからである。ただし、重婚罪の保護法益は決して社会及び立法の道徳観念ではないと断言できる。国家の婚姻秩序は

その限りでは何よりも重要な視点である⁵⁰。

前述のように、通説と異なる見解があるとしても、重婚罪は国家秩序あるいは制度を保護する傾向がある。さらに婚姻制度の変革はその保護法益の解釈に対して、影響を与えているのである。

3. 構成要件

(1) 行為者

行為者は既婚者である者または生活パートナーシップを有する者である。172条1項の意味において既婚者または生活パートナーシップを設定した者は存続している関係にすることが禁止されるが、2項においては行為者の婚姻及び生活パートナーシップの締結状況が問われないのである。

(2) 既婚であるまたは生活パートナーシップを有することについて

「二重的婚姻・二重的生活パートナーシップ」という罪名は本罪の解釈をより難しくさせるかもしれない。二つの有効な婚姻あるいは生活パートナーシップは同時に存在することは本罪の成立に必要な前提条件ではない⁵¹。後に紹介する判例はこの点について明らかにしている。

ここでの「二重」は本質的な二重ではなく、行為者がある有効な関係の存続しているうちに、新しい関係を締結しようとするならば、本罪が成立する。

(3) 関係を重複する故意

本罪は故意犯である。行為者はすべての構成要件メルクマールに対する故意を有しなければならない⁵²、つまり、その故意は自分または相手方に正式で有効な前婚または生活パートナーシップが存在することに関連しなければならない。言い換えれば、前に成立した関係の存在を明白に知りながら、新しい関係を締結しようとする意図は本罪の主観的要件として足りる。これに対して、もし行為者が前にある関係がすでに解消されたと認識し、しかもそれは有効であると知る事がその者にとっては不可能であれば、その場合は故意は欠け

ることになる⁵³。

4. その他

(1) 外国で行われた行為⁵⁴

既婚者であるドイツ人が外国で新しい婚姻を締結するならば、この行為は外国で可罰性のある限り、ドイツで本罪が成立し、その者が処罰されうる⁵⁵。これに対して、国籍を問わず、既婚者である者がドイツで新しい婚姻を締結すれば、たとえ前婚を結んだ場所が一夫一妻制ではなくても、その者はドイツで処罰されうる。

172条が改正されて以来、生活パートナーシップに関して同じ形での行為も同一の基準で捉えることは当然に想定できる。ただし、以下の状況を考えてみよう。行為者は新しい関係を締結しようとするが、外国が生活パートナーシップをまだ認めない場合には、行為者はドイツで生活パートナーシップを創設した状態で、その外国で他の関係を締結すれば、172条の処罰を回避できることになる。このような行為は、実質的には一つのパートナーシップ原則に違反するので、重婚罪に該当する他の行為と同じように172条によって処罰されるべきであるが、実際に処罰されえない。ここで、処罰の空隙が生じる。

その他の点では、もし前の関係が一夫多妻制を認める外国で締結されたことで、その既婚者はドイツで新しい婚姻を締結しようとする場合には、外国で認められる個人的生活スタイルはドイツで処罰されることになると、妥当ではないように思われる⁵⁶。

(2) 共犯

1項の意味における行為者は二重的な関係にいる者しかいないため、本罪は身分犯(Sonderdelikt)だと解釈する見解もある⁵⁷。共犯は一般的に成立し、例えば登録を管轄する官庁の職員あるいは結婚の証人は本罪により処罰されるが、本罪に求められる特別なメルクマールがないため、28条1項⁵⁸は適用されない。

(3) 罪数

172条は169条（身分関係の歪曲）⁵⁹あるいは156条（虚偽の宣誓代替保証）⁶⁰と観念的競合の関係にある⁶¹。このような他の罪との観念的競合は日本と中国にもある。罪数は重婚罪の成立にとっては必然的な問題であると言えるだろう。この点について、後でより詳しく説明していきたい。

第2節 判例と検討

序章で述べた通り、ドイツでは、近年、重婚罪に関する判決は毎年一桁台で推移している。重婚罪が成立する場合は非常に制限されるので、1953年の古い判例は今でもよくコンメンタールで引用される。この判例は今日の視点から見ても、重婚罪の認定に対する様々な示唆があり、ここでそれについて詳しく紹介していきたい。

【事案1】配偶者の死亡宣告で前婚を解消した後で、法的手続を経由して後婚を締結した事案⁶²

男Aは前婚の妻Bを死亡宣告させた。その決定は法律上の効力があつた。その後、AはBが生きている可能性を認識したにもかかわらず、法的手続によって、他の女性Cと再婚した。

<判決要旨>

Aは法的に有効な婚姻が重複していないため、171条は適用されないと主張したが、この主張は出発点を誤り、誤った結果に至ったものである。刑法171条（現行刑法172条）は、構成要件メルクマールとしての二重的婚姻の存続（Bestehen）を含んでいない。そこで、前婚が解消される、あるいは無効とされる前に、新しい婚姻をした者を罰することを意味する。婚姻法38条⁶³では、元の配偶者が生きていることを知りながら再婚するならば、前婚の解消を認めていない。婚姻法第38条からは、死亡宣告を受けた配偶者が生きていることを知っているにもかかわらず、悪意のある配偶者が平然と新しい婚姻関係を結ぶことができると結論づけることはできない。

本件において、Aは再婚した時、死亡宣告を受

けた配偶者が生存していることを知ったので、後婚の成立により前婚を解消させることができなくなった。それにもかかわらず、Aは新しい婚姻をした。Aと異なって、Cは善意であり、本罪の構成要件に該当しないため、刑事訴追されえない。

以上の理由で、裁判所はAの上告を棄却し、同氏に対する有罪判決を維持した。

この判例を分析すると、以下のように要点をまとめることができる。

第一に、判例において、重婚の故意が本罪の成立要件であることが明記された。まず、本件ではAによる重婚の故意が認められる。民法に定められているように、離婚と死亡とは同様に婚姻を解消できるにもかかわらず、前者は当事者の積極的に前婚の解消という結果を追い求めるが、後者は消極的に死亡がある場合に前婚の効力を判定することである。ここで、Aは前婚相手Bがまだ生きている可能性を認識していたが、死亡宣告により前婚が法的に解消されうることを明白に知り、むしろそれによって、形式的な要件を満たすことを利用し、新しい婚姻をしたので、彼は重婚の故意を有することが明らかにされる。次に、Cは重婚の故意がないため、構成要件を満たしておらず本罪は成立しない。仮に、AとCは共に重婚の故意なしに婚姻をすれば、この婚姻の成立は旧婚姻法の38条（現行民法の1319条）により前婚を解消させ、そして重婚にならない。そうすると、重婚罪の適用は旧婚姻法38条における善意ではないことを前提とするという推論を導き出す。

第二に、重婚を判断するにあたって、婚姻の解消とは実質的解消である。本件において、前婚は死亡宣告により法的に取り消されうる状態になった。そして新たな婚姻の成立によって、前婚が存続するかどうかが最終的に決められうる。前婚は表面的には存続しないようであるが、実際に行爲者の行爲によって、回復可能性が残っている。こうしてみると、前婚は実質的解消されたとはまだ言えないだろう。民法は現実の関係を調整し、いわば現時点では決まっていなかったことを事後追認でき

る。これに対して、刑法は明確性の原則のため、民法より実質的なことを重視する。したがって、判断要素の一つとしての婚姻の解消、特に前婚の解消は実質的解消ではなければならない。

第三に、判決要旨によれば、重婚罪の構成要件メルクマールの中には、重婚の状態が含まれていない。そうすると、実際に重婚罪の規定は二つの婚姻が有効に併存することは有り得ないことを想定していることになる。重婚罪の実行行為はある状況の下で、つまり前婚が合法的に解消されないままに後婚を締結することである。このような場合には後婚の締結は許されない。このように考えれば、まさに規則の定めた通路（＝合法的に前婚を解消すること）を一回通さないと、新しい扉（＝後婚を締結すること）は開かれないということである。

第四に、重婚罪は民法と刑法とが密に繋がる罪である。言い換えれば、重婚罪の認定の基礎は、同時に民法と刑法の中に存在する。その意味で本件は典型例の一つであるといえる。婚姻についての犯罪であるからこそ、民法に基づく婚姻制度が根底に置かなければならない。もしここで民法の適用を捨象すると、行為者の婚姻の存続状態が判断できないため、重婚罪の認定はできなくなってしまうだろう。したがって、重婚罪の判断は民法の婚姻に関する規定を前提した上で、刑法の規定の適用を判断することになる。

第五に、本件は古い判例であり、その時の重婚罪は単なる二重婚姻に対する規則であったので、2001年に設定された生活パートナーシップの調整対象としての生活パートナーシップに関しては検討されていなかった。それゆえ、生活パートナーシップの重複及び婚姻と生活パートナーシップの重複の場合は、重婚罪はどのように適用されうるかという課題が生じる。重婚罪の主体の変化に伴って、解釈の範囲は変わってくるのである。ただし、2017年から適法化された同性婚はその婚姻関係の本質が変わらないので、それに対応して本質的に異なる解釈をする必要はない。

第3節 小括

ドイツにおける重婚罪の一番顕著な特徴は二重の生活パートナーシップも含んでいることである。そしてこれも日本と中国と比べると一番大きな違いである。生活パートナーシップ及び同性婚が受け入れられることは時代の変遷を徹底的に示している。しかし、重婚罪は当初は風俗犯罪として規定され、今日は一般的に国家秩序に対する犯罪だと解されるので、公的色彩がかなり濃く、一連の同性婚に関する改革との関係では、不具合がないとは言えない。このことから出発すると、重婚罪の保護法益はどのように解すれば妥当であろうかという問題は残っている。

他方で、「外国」という要素を加えると、本罪の不明確なところはさらに顕著になる。前に挙げられた例のほかに、もしあるドイツ人がドイツで同性と結婚したうえで、同性婚を認めない国で異性と結婚したとすると、行為地では確かに不可罰であることになるので、ドイツでも不可罰になる。このように、一定の抜け道を用いることで、処罰を回避しつつ、国家的秩序を乱すことができることになる。したがって、本罪の保護法益とその適用範囲はさらに曖昧になってしまうのである。

このような理由から、ドイツ172条の規定をより深く検討しなければならない。しかも、ドイツの同性婚制度の設立と刑法のそれに対応する改正は世界の先端を行くので、他の国の同じ規定あるいは類似した規定と比較しながら深く研究することは有意義であると言えるだろう。

第3章 日本における重婚罪

第1節 概説

第184条 配偶者のある者が重ねて婚姻をしたときは、2年以下の懲役に処する。その相手方となって婚姻をした者も、同様とする。

1. 沿革

日本における重婚罪の規定は明治40年（1907年）刑法の各草案や明治40年刑法で規定されていた。その時点では、妾制度はまだ存在していたが、重婚罪は夫と妾との関係に適用しないものであった。というのは、妾は婚姻の手続きを踏まないで、正式な婚姻関係の重なることを要求する重婚罪が成立することは不可能であった⁶⁴。

その後、いくつかの法改正を経ても、重婚罪の条文は元来の規定を引継ぎ、構成要件も刑罰も実質的な変更はない。むしろ、重婚罪は制定以来の形をとどめている。

2. 保護法益

日本刑法典において、重婚罪は「第22章 わいせつ、強制性交等及び重婚の罪」に性的風俗あるいは社会風俗に対する罪として規定されている。それゆえ、重婚罪の保護法益は社会風俗、いわば性的風俗だと解釈することは可能である。

しかし、このような見解と異なり、日本民法732条は一夫一妻制を維持するために重婚を禁止するので、刑法は刑罰によって、この禁止を保証しようとするのである⁶⁵。したがって、日本において本罪の保護法益を一夫一妻制の維持と解する見解が通説になっている。そうすると、たとえ一夫多妻制であっても、それは国家の権威によって維持する制度を保護するためであり、その場合、重婚罪の保護法益は国家的法益と解することになる。

さらに、婚姻制度を維持するための重婚罪の成立余地はほとんどないため、それは単なる道徳的な宣言規定だと理解すると、これがわざわざ刑法に置かれることについては疑問が残るという見解もある⁶⁶。たしかに、罪刑法定主義の考え方によれば、刑法と道徳を密に結びつけることは常に回避すべきであろう。したがって、本罪の保護法益の解釈は、当該条文の刑法的位置づけ、そして存在の意義と緊密に関わっている。

3. 構成要件

(1) 主体

本罪の主体は「配偶者のある者」であるが、必要的共犯の対向犯⁶⁷であるので、「その相手方」も本罪の主体として独立して処罰する規定がある。ここでの「配偶者」は法律婚の相手と解する⁶⁸。つまり、「配偶者のある」こととは法律に定められた条件を満たし、ともに届出をしたということである。一方で「その相手方」は婚姻の相手が既に配偶者のあることを知りながら、婚姻をした者である。相手方の配偶者の有無を問わない。

(2) 行為

明文上、「重ねて婚姻をした」ことが本罪の実行行為となる。通説によれば、「婚姻」の意味について、前婚・後婚は法律婚でなければならない（＝法律婚説）。法律婚によると、重婚罪の成立余地が極めて少なくなる⁶⁹。これに対して、後婚は事実婚で足りるとする事実婚説も登場した⁷⁰。だが、事実婚の成立範囲が不明確だと批判されている⁷¹。

(3) 主観的構成要件

配偶者のある者は自分が配偶者を有すること及び重ねて婚姻をすることを認識して行為をしなければならない。その相手方は婚姻しようとする相手に配偶者がいることを明白に知った上で、行為をする必要がある⁷²。

(4) 既遂時点

法律婚説によると、後婚が届出によって後婚の成立に達することで、本罪の既遂となる⁷³。

4. その他

法律婚説からは、前婚の離婚届を偽造し、他人と婚姻するような稀な場合しか本罪は成立しない。下記の判例のように、本罪と離婚届の私文書偽造罪などの罪とは併合罪として捉えられた。

第2節 判例と検討

法律婚説を通説とする日本では、重婚に関する裁判例も極めて少ない。日本で問題となったものは、いずれも、妻との協議離婚届を偽造して市町村役場に提出して戸籍簿原本にその旨の不実の記載をなさしめた上、他の女性との婚姻届を提出し、戸籍簿原本にその旨を記載させたときに、重婚罪が成立するとされた事例である。

【事案2】水戸地裁昭和33年3月29日判決⁷⁴

被告人（男）Aは（女）Bと婚姻をしたところ、Bがまだ離婚に同意したことがないのに、Bとの協議による離婚届を偽造し、しかもBの作成名義の委任状を偽造し、本籍地の役場戸籍係員に上記の偽造された文書を一括提出し、事実を知らない係員に戸籍簿原本にその旨不実の記載をさせた。のちに、Aは（女）Cと重ねて婚姻をしようと考え、同じ役場に婚姻の届出を提出し、係員に戸籍簿原本A Cの婚姻を記載させ、もって重ねて婚姻をした。

<判決要旨>

Bの同意がないのに、Bの「作成名義の離婚届と委任状を偽造し、戸籍係員を戸籍簿原本に不実記載をさせた」。そして、協議上の離婚が無効で妻がいるにもかかわらず、Cと重ねて婚姻するのは第184条前段に該当し、重婚罪を認めた。

【事案3】名古屋高裁昭和36年11月8日判決⁷⁵

被告人（男）Aが女性Bと婚姻していなかった時期に、Bは一人の子供を産んだ。その後、A B二人は一旦関係を絶ち、Aは女性Cと婚姻し、Cと夫婦関係を営んでいた。しかし、AはBと同棲生活を始め、Cとほとんど名目だけの婚姻関係を持続していたに過ぎない。後に、Cが不知の間に、離婚届を偽造し、役所の職員に戸籍原本の不実記載をさせ、それから、Bと婚姻届出を提出し、結婚した。

<判決要旨>

「重婚罪に関する規定が、民法の諸規定と相俟って、そして、その側面から法律婚としての一夫

一婦制を維持、強行するための規定であることを考えれば、本件の如く前婚が婚姻当事者一方の意思によらず、偽造若しくは虚偽の協議離婚届により解消し、したがって、戸籍上の婚姻関係が抹消された場合でも、その婚姻関係が適法に解消されない間に、重ねて婚姻関係（勿論それは法律婚であることを要件とする）を成立させれば、刑法所定の重婚罪が成立するものと解すべきである」。

本件において、AとBとの婚姻は法律婚として有効に成立したものであり、重婚関係が成立するものというべく、かくして又Aについては、Cとの間の前婚、それが適法に解消されない間のBとの後婚が重複して成立し、Aは重婚罪に処すべきである。

以上の事例を分析すると、以下のように要点をまとめることができる。

第一に、重婚罪の成立範囲はかなり限定的である。前婚と後婚は共に法律婚を要求するため、論理上本罪の成立余地はほとんどないと言えよう。しかし、ここでの二つの法律婚は同時に法律上有効であるのは不可能である。というのも、民法の重婚禁止規定によれば、必ず一つの婚姻の成立と同時に、もう一つの婚姻は自然に解消され無効とされることになるからである。そうすると、このような事案において、法律婚としての前婚と後婚は実質的な重複にはならないと思われる。したがって、ここで前婚がまだ合法的に解消される前に、後婚を締結したような場合にのみ、本罪に成立することになる。ただし、それは「締結した」か「締結している」（すなわち届出手続が進行中である）か、つまり未遂犯の存在の余地が観念できるかどうかという問題が生じる。

第二に、上記の事案の中で「同意したことがない」、「不知の間に」という前婚の配偶者の不同意という要件が言及されていたが、仮に前婚の配偶者が後婚の締結に同意し、行為者が重ねて婚姻すると、本罪に該当することになるのか。もし重婚罪が肯定されるのであれば、重婚罪はまさに婚姻に関する規則を守るための規定であり、個人的法

益と解されえない。これに対して、もしそうでなければ、前婚の配偶者の同意によって重婚罪が成立しないとすると、これを社会的法益あるいは国家的法益と解釈することは妥当ではないであろう。

第三に、【事案2】と【事案3】の被告人は同じ「偽造」（前婚の離婚届と委任状に対する偽造）という方法によって前婚を形式上に解消し、そして他人と通常の手続きによって婚姻した。離婚届の「偽造」によって、前婚は確かに一時的に戸籍簿の記載から抹消されたが、それは前婚が法律婚としての解消されたことを意味するのか。もしそうでなければ、前婚はどのように評価されるべきであろうか。そして、前婚がもはや法律婚ではないならば、法律婚主義の重複がないため、本罪は成立しない。しかも、民法の重婚禁止規定により、複数の婚姻は必ず一つだけが有効であり、このような効力上の問題は民法の規程のみによって解決可能である。他方で、もし前婚を効力が確定していない法律婚として見ると、重婚罪の成立時点は後婚が成立した後に、前婚の効力が回復する時になる。しかし、このように考えれば、また前述の効力問題になって、結局のところ民法の調整範囲内の問題に戻ってしまう。したがって、二つの法律婚の存在は、犯罪的手段を用いても、不可能ではなからうか。

第四に、【事案3】の中で、形骸化された法律婚と事実婚との間での法的な差がどのように衡量できるのかは問題となる。Cとの離婚届を偽造する前に、A B間で既に事実婚が成立しており、A Cの法律婚も形骸化していた。Aの行為はこの時点で、一夫一婦制を破壊することになったのである。また、A Bは実際に一緒に生活を営んでいた上で、法律婚を締結したのである。このような後婚は、前婚よりさらに婚姻らしい形態であろう。さらに、裁判の当時は、前婚の離婚無効裁判も行われていたので、前婚の存続がまだ決せられていなかった。それにもかかわらず、後婚の成立について刑法によって一定のネガティブな評価を与えたことになる。もし両者を天秤に掛けるなら、法律婚の外殻だけの前婚は、事実婚プラス法律婚の

後婚と比較すると、より重いものであるとは言わないであろう。ただし、もし前婚側に一夫一婦制というプラスの重りを加えた場合には、結果は異なることになる。これは重婚罪の保護法益に関わる問題であり、後にまた検討する。

第3節 小括

日本刑法において、重婚罪に関する議論は他のテーマより少ないが、議論の激しい問題点は日本の重婚罪の特徴を十分に示しているといえる。

まず、法律婚主義と事実婚主義と論争について、通説は法律婚主義を採った。この二つの学説は前婚が法律婚でなければならないという点では同様であるが、後婚が法律婚あるいは事実婚を採るべきであるのは争点となっている。通説としての法律婚主義によると、事実婚は慣習上の概念であり、その成立範囲が不明確であることなどの理由から⁷⁶、刑法で認めることはできない。この見解は多数に支持されており、日本では今日、事実婚主義を採る主張はほぼないと言えるだろう。しかし、法律婚主義の字義からして、二つの法律婚が同時に存在することは戸籍係員の錯誤を利用する方法、あるいは戸籍システムのミスでしか実現できない。しかも、ここで刑法で認められる法律婚の範囲も明確ではない。他方で、同時に存在している法律婚の重複でなく、実質上一夫一妻制又は社会風俗を害する状態が存在しうるので、その限度では処罰範囲が拡張できるであろう。それゆえ、法律婚主義に基づいて、実際に法益侵害に該当する行為が処罰対象となる主張もありうる。ただし、それにしても重婚罪を認定できる範囲は極めて狭いと言える。

次に、重婚罪の保護法益についての議論は、主に民法の制度の刑事的保証であるという国家的法益と、公衆の性的風俗を保護するという社会的法益との間で行われる。日本では、姦通罪を削除する以前に、重婚罪は常に姦通罪と一緒に論及されていた。そのため、性的風俗あるいは（時代遅れの）性的道徳を保護する姦通罪が削除されたということからすれば、重婚罪の保護法益を社会的法

益と解すれば、重婚罪の内実はいったい何であろうかという疑問が生じる。そして、それは姦通罪と同じ理由で削除すべきであるということになる可能性もある。これに対して、国家的法益と解すれば、すでに民法のシステム内で二つの婚姻の衝突を調整できるので、重婚罪は刑罰によって威嚇される理由が十分ではないという懸念がある。少数説のように、重婚罪の規定を道徳的宣言と見なすと、刑法規定に道徳的宣言がそもそも存在する余地はないという疑問も出てくるだろう。

以上のように、日本の重婚罪の検討はしばらくなされていないが、新しい生活スタイルがどんどん増えていく今日では、実状に照らすと、不具合が生じる。それゆえ、改めて重婚罪に関する議論を提起することが必要である。

第4章 中国における重婚罪

第1節 概説

第258条⁷⁷ 配偶者がいるにもかかわらず重婚した者、又は他人に配偶者がいることを明白に知りながらこれと婚姻した者は、2年以下の有期徒刑又は拘役に処する。

1. 沿革

1979年中華人民共和国の最初の刑法において、重婚罪の規定はすでに存在していた。この時期に、歴史と文化を理由として、事実婚を合法的な婚姻として認めていた。1989年11月21日、最高人民法院は「結婚登録をしていないが夫妻の名義をもって同居して生活する案件について人民法院の審理に対する若干の意見」によって、「配偶者のいない男女が結婚登録をしていないままに夫妻の名義をもって同居して生活することを非法的な同居関係と見なす。」と規定していた。

その後、1997年刑法修正案によって、中国刑法は新しい段階に入ってしまった。1997年刑法において、重婚罪の条文は「公民人身・民主権利を侵害

する犯罪」の章に置かれる。この章は公民の婚姻家庭に関わる権利を人身の権利と解する⁷⁸。1997年刑法の中で重婚罪の条文は改訂されなかったが、1994年国务院（政府）に公布され、同年施行された「婚姻登録管理条例」⁷⁹により、4月4日に最高人民法院は「婚姻を登録しないままに夫妻の名義をもって一緒に生活することは婚姻と認めないので、婚姻法律はそのような婚姻関係を保護しない。」と公布した。しかし、同年12月13日に最高人民法院は「配偶者のいる者は、他人と夫妻の名義をもって一緒に生活を営んだら重婚罪として処罰されるべきである。」と主張⁸⁰した。

2. 保護法益

「重婚罪」は「中華人民共和国刑法」において「国民の人身権利・民主権利を侵害する罪」の章に置かれている。刑法における位置付けから見ると、「重婚罪」は個人的法益を保護している。しかし、これに対して中国の裁判例及び学説⁸¹では、重婚罪は民法典に規定された一夫一妻制に基づく社会的家庭制度を保護するために創設された罪であるとされている。

個人法益と解釈してよいか、それとも社会法益と解釈してよいか、これについては検討すべき課題である。

3. 構成要件

(1) 主体

本罪の主体は性別を問わず、既に配偶者がいる者及び配偶者のいる者と結婚する者である。必要の共犯であり、前者は既にある婚姻関係を持っている必要はあるが、後者が婚姻を有するかどうかは本罪の成立に影響しない。また、「配偶者がいる」とは婚姻関係が存続している、あるいは元来の婚姻関係まだ合法的に解消されていないという意味である⁸²。したがって、前婚は法律婚と考えられる⁸³。

(2) 行為

犯罪行為は法律的重婚と事実的重婚との二種類

に分けられる。既に婚姻関係にいる者がその事実を隠し、他人と結婚を登録するのは、法律的重婚とみなされる。さらに、進行中の離婚裁判があり、あるいは一審で離婚判決を受けたが相手方が上告している場合⁸⁴に他人と結婚する行為も法律的重婚とされる。一方で、事実的重婚は前婚が存続する間に、他人と結婚登録をしないまま、公然と夫妻の名義をもって生活を営む行為は事実的重婚に該当する⁸⁵。

(3) 主観的構成要件

主観的要件としては重婚の故意が求められる。もし配偶者のいる者が既婚事実を隠し、後婚相手方と結婚するなら、後婚相手はその重婚の故意がないため、本罪は成立しない。更に、重婚罪の被害者として、自訴人⁸⁶としての資格を取得できる⁸⁷。

4. その他

- (1) 訴追時効の存在と後婚が事実婚で足りることを考慮すると、事実婚関係を維持するのは犯罪行為の継続とみなされ、本罪は継続犯であると解される⁸⁸。
- (2) 行為者の配偶者が現役軍人の場合には、刑法259条「軍婚破壊罪」⁸⁹に成立し、本罪として扱われない。

第2節 判例と検討

1. 判例紹介

中国は事実婚を認めるため、ドイツ・日本より重婚罪に関する事例が多いが、それでも他の罪名より極めて少ないと言える。それにもかかわらず、中国の事例の類型が多様であるので、類型化して検討する価値がある。

【事案4】年齢制限に達しなかったため、前婚が事実婚、後婚が法律婚となった事案⁹⁰

男Aと女Bは1993年に結婚式を挙げていた。男Aがまだ婚姻適齢を満たしていなかったという原因で（四か月半足りず）、二人は婚姻登録をし

ていなかった。それ以降、A Bは夫婦の名義をもって一緒に住んでいて、子供を産んだ。Aは1996年、女Cと結婚を登録した。しかも、Cも子供を産んだ。

<判決要旨>

A Bは同居を始めた時点で、被告人Aはまだ法定の結婚年齢に達していなかったゆえに、二人の同居関係が事実婚として認められない。また、1994年以降「配偶者がいる」とは、法律婚の配偶者がいることである。以上の理由で、被告人Aに重婚罪は成立しないと判決した。

本件の要点は、以下の2つである。まず第1に、同居を始めた時点では、法定の婚姻条件を満たさないと、事実婚が形成できないということである。次に、1994年以降、前婚が法律婚でなければ「配偶者がいる」とはみなさないという点である⁹¹。

【事案5】事実上、夫婦を交換した事案⁹²

女Aと男Bは1984年に結婚した。1985年Bは仕事の関係で転居して、女Cと夫婦の名義をもって、新しい勤務先で一緒に生活を営んでいた。Aは何度もBにCと別れるように促していた。しかし、Bは全部断った。のちに、AはCの夫のDに対策を相談したところ、Dから一緒に夫婦のように生活を営もうと提案された。Aはそれを同意して、A D二人は夫婦の名義をもって暮らしていた。

<判決要旨>

前婚が法律婚であり、後婚が事実婚であることで、四人の行為は重婚行為と認められる。元の婚姻関係を解除しないままに、故意に他人と婚姻するのは一夫一妻制の婚姻関係を破壊する。表面には一夫一妻の二つのカップルに保っているが、実質上、一夫両妻あるいは一妻両夫になってしまう。ただし、A Dは重婚の故意がB Cより弱いから、軽く処罰される。（筆者注：A Dには、合法的に前婚を解消してから後婚をする期待可能性が低いので、責任の故意がより弱いという。）

本件の要点は、まず第1に、一夫一妻制の婚姻関係を破壊することが、本罪の処罰根拠とされる。しかし、本罪で守ろうとするものはその一夫一妻制という制度であろうか。あるいはその個別的一夫一妻の婚姻関係であろうか。もし、前者であるとする、それは社会的法益、すなわち婚姻制度又は社会風俗というものと解釈される。他方、後者だとすると、それは個々の国民の合法的な家庭・婚姻の権利と理解できるのである。

さらに、「一夫一妻」について、裁判所は「実質的な一夫一妻」だと説明する。本事案において、二つの婚姻に関与する主体は四人であることで、表面上に確かに一夫一妻を維持するが、実際には婚姻を重ねることが生じるため、四人とも二重的な婚姻関係を結んでいたように思われる。

【事案6】偽造された証明手段によって既婚事実を隠し、後婚をした事案⁹³

男Aと女Bは1981年に結婚を登録していたが、住宅難⁹⁴が原因で、二人は同居していなかった。1983年Aは女Cと知り合った。それ以降、Aは自分が既婚者という事実を隠して、証明書を偽造して、Cと婚姻登録をした。

<判決要旨>

A Bは婚姻を登録し、同居していないが、法律上夫婦になっている。被告人Aが既婚事実を隠し、Cと婚姻をする行為は重婚であり、重婚罪に該当する。

本件の要点は、前婚は法律要件、すなわち合法的な手続を経たので、法律婚として認められる。その事実的要件、すなわち一緒に生活を営むことを問題視せずに、Aは「配偶者がいる者」と解されるのである。

この時期の議論はほぼ「事実婚姻を婚姻と見なせるかどうか」を中心として行われた。確かに、1979年刑法の特徴により、重婚罪の「婚姻」は事実婚姻と解すれば妥当だと言える。そして、このような解釈は1994年以降の重婚罪についての解釈

に影響を与えていた。1994年以降、「婚姻」は事実婚姻をカバーするという解釈は通説になる。

しかし、1979年刑法においては、主観的な判断基準は主に道徳・主観的な悪性と解されていたので、主観主義的な傾向があり、そのような枠内で重婚罪が単なる道徳的な犯罪とされる恐れがある。このような議論は現在の視点から見ると、認められにくいだろう。もしそのような主観的な判断要素と切り離すと、現行刑法の枠内でも婚姻を事実婚姻と解釈できるかどうか。また後に詳しく検討する。

【事案7】職務の便宜によって複数の結婚手続きをした事案⁹⁵

住宅の割り当てを申請するために、女Aは偽の婚姻証明書を取得したいと考え、婚姻登録所で働いている既婚者の男Bにこれを依頼した。そして、Bは自分とAの名義をもって婚姻登録の手続きを済ませた。それから、AとBは交際を始め、同居することになった。しかも、周りの人たちは二人を夫婦と認知していた。

<判決要旨>

最初A B二人は結婚の意思がなかったが、住宅の割り当ての目的で虚偽の婚姻登録をした。被告人Bは職務上の便宜によって、既婚者でありながらAと婚姻を登録した時点では重婚の故意がないため、これは重婚に該当しない。しかしながら、のちにBはAと夫婦の名義をもって一緒に生活しているのは重婚行為とみなされる。被告人AもBが配偶者のいることを知りながら、Bと事実婚をする行為は重婚行為と認定され、A Bとも重婚罪が成立する。

本件の要点は、まず、本罪を判定する際に、その重婚の故意がなければ、本罪は成立しないということである。故意なしに婚姻登録をしたとしても、その婚姻は本罪の意味での法律婚ではない。本事案の登録行為は本罪を実行する意思を含まず、独立して評価されるべきであろう。つまり、本事案の後婚は事実婚であることが明らかにな

る。そして、「周りの人たちは二人を夫婦と認知している」とは、事実婚の成立のための公然性の要件と思われる。

【事案8】前婚相手が生存することを知っているが、死亡宣告が撤回される前に後婚をした事案⁹⁶

男Aと女Bは1993年に結婚を登録していた。1994年2月からAは会社に日本に派遣されて、2年間日本で働いていた。1996年その在留期間満了したが、Aは2002年12月20日まで日本で不法残留していた。1997年3月までにAはBと順調に連絡を保っていて、しかも1996年7月から2000年までの間に、Bに何回も送金していた。しかし、2001年11月20日、BはAが1996年5月以来行方不明であるという原因で、裁判所にAの死亡宣告⁹⁷を申請した。そして、2002年12月10日裁判所はAの死亡を宣告した。同月20日、Aが強制送還されて帰国した。

2003年3月3日、Aは離婚の訴えを提起した。第一審まだ完了しないうちに、3月10日Bは男Cと婚姻を登録していた。しかも、Bは一審の間、Aがすでに死亡宣告されたこと及び自分が再婚したことを隠していた。3月27日裁判所はABの離婚を認め、財産を分与したという判決を下した。BはAがすでに死亡宣告されたことと自分が再婚したことを原因として、上告した。

2003年7月7日、裁判所はAの申請により、その死亡宣告を撤回した⁹⁸。2003年8月13日、第二審はBの上告を棄却した。2004年4月7日Bは重婚罪を犯したということで起訴された。

<判決要旨>

配偶者が生きていることを知りながら、その死亡宣告を申し立て、死亡宣告の判決を受けたが、ABの婚姻関係が実質的に解消していない。死亡宣告によって、被告人Bは「形式的独身」になっている。離婚訴訟に参加することから見ると、Bは実質的に配偶者がいることとみなされる。Bは配偶者がいる上で、他人と婚姻することが、重婚罪の構成要件を満たし、重婚罪が成立する。

中国では、国民の婚姻家庭関係が憲法だけではなく、民法でも刑法でも保護される。家庭案件は同時に民法と刑法に規制されることがよくある。ある行為の社会的危険性から、どの法律によって規制されるかが変わる。本事案において、被告人Bの欺罔行為が重婚をする手段とみなされ、その行為が司法的秩序を乱し、Aの権利を侵害したので、刑法で処理するのは妥当である。

本件の要点は、まず、前婚の解消について、必ず合法的な手続を経由しなければならないということである。もしその婚姻関係の解除が法的事由によるもので、回復可能であるならば、その婚姻関係は実質的に解消されたものとは認められない。

次に、国民の婚姻家庭に対する保護について、その社会的危険性を基準とすると裁判所は考えている。しかし、社会的危険性はかなり曖昧的な定義であり、具体的な判断基準は明らかではない。この点については、刑法の機能又は本罪の保護法益を検討しなければ、その結論が出てこないものと思われる。

【事案9】日本でサインの偽造によって離婚を提出したが、中国で結婚を登録したことを利用して、逆に日本で戸籍手続を通じて結婚しようとした事案⁹⁹

日本人の男Aと女Bは1990年日本で結婚していた。2004年Aが中国人の女Cと出会ってから、2005年家庭裁判所に離婚調停を申請したが、結果的に離婚できなかった。2007年3月、AがB及びABの父親たち三人のサインを偽造して、離婚届を提出した。Bは離婚登録のお知らせを受け、家庭裁判所に異議を申し立てた。2007年9月、家庭裁判所はAが欠席したとしても離婚が無効となる判決を下した。2007年10月Bは上記の判決によって、戸籍の結婚登録を回復してきた。2008年3月、Aは家庭裁判所が判決した時に通知されなかったのを理由として、上告をした。高等裁判所はその上告を却下した。

2007年6月AとCは中国で結婚を登録していた。

のちに、二人が上海日本国総領事館にCを配偶者としてAの日本戸籍に登録することを申請した。2008年10月からACが上海で住み始めていた。

Bは自訴人¹⁰⁰として上海第一中級人民法院にAとCが重婚罪を犯したということで起訴した。

<判決要旨>

重婚罪の犯罪態様は継続犯であり、重婚罪の行為は一定の時間と空間の中で継続しているが、その間に犯罪の場所の移動や変化が起こることも考えられる。中国における外国の被告人の居住地も犯罪地であり、居住地の人民法院は刑事裁判管轄権を有する。

配偶者の署名を偽造して離婚届を提出した上で、他の者と婚姻届を提出したときに、被告人Aは重婚罪が成立する。自訴人BはCに対する訴えを取り下げたゆえに、Cの行為については評価しない。

本件の要点は、まず、二重的な婚姻関係が異なっている国に存在している場合でも、配偶者がいることが認められれば、重婚行為に該当するという点である。

次に、重婚罪の犯罪態様は継続犯だと考えられる点である。裁判所の見解は、「婚姻をする」のは単なる婚姻の届出によって完了する行為ではなく、動態的に継続する行為であると考えていると思われる。

さらに、重婚罪の自訴人は行為者を訴追するかどうかについて自己決定ができる¹⁰¹という点も挙げられる。

2. 事案の小括

前述の裁判所の決定から、判断基準をまとめると、次の三つのパターンに分けられる。

まず、事実的重婚の場合【事案4】【事案5】において、以下のことを重視すべきである。①前婚が法律婚でなければならない。②事実婚は一緒に生活を始めた時に実質的結婚要件¹⁰²を満たすことが必要である。③後婚の成立について、一緒に生活を営むという実質的な要件を重視する。

次に、法律的重婚の場合【事案6】【事案7】【事案8】において、重要な要素は、①前婚は合法的に登録すると、同居状況を問わずに、法律婚として認められる。②婚姻関係が合法的に解除されなければ、実質的に解消できない。③後婚に登録しただけで、重婚の故意がなければ、その届出は重婚行為に該当しない。

また、国際的な重婚の場合【事案9】において、上記の事案と異なるのは重婚罪の犯罪態様は継続犯だと考えられるところにある。

保護法益についての解釈は判決の中では詳しく説明されていないが、具体的な判断要素から見ると、ほとんど国民の合法的家庭・婚姻を有する権利と一夫一妻の婚姻制度とを保護するというような表現が見られる。しかし、それは択一的な保護なのか、あるいは同時に保護されるのかは、検討の余地が残っている。

第3節 重婚罪の取り扱いに関するドイツ・日本・中国の比較

ここまで、ドイツ・日本・中国における重婚罪に対する概略に説明した。三つの国の取り扱いの異なる主な点を比較しながら、検討していきたい。

(比較表は別紙のとおり)

1. 比較のスタート

三つの国は同様に単婚制を採っている。つまり、婚姻とは二人の個人間にのみ存在しうる。複婚制の国と異なって、婚姻は三人以上の個人間には成立しない。

その中で、日本と中国の憲法・民法には「婚姻は、両性の合意のみに基づいて成立し」、「一夫一妻制」などの表現があり、婚姻が両性の間に発生するものであることが明らかに示されている。これに対して、ドイツ基本法の第6条は単に「婚姻および家族は、国家秩序の特別の保護を受ける」と規定するが、「両性」という要件は2015年以前に民法だけで現れる。そして、すでに紹介した通り、2001年生活パートナーシップが成立し、初めて同性の二人の関係が認められた。その後、

同性婚の導入に伴って、婚姻は同性間でも成立することになった。

このように、婚姻関係の単一性は三つの国に共に要求されているので、「重複」に対する禁止が存在するのである。言い換えれば、単婚制を採用しなければ、重婚罪が存在することはない。これはこの三つの国の規程を比較する前提条件であり、そしてこれが検討のスタートとなる。

2. 婚姻に類似する関係に対する態度

ドイツはこの三つの国の中で同性婚を導入した唯一の国である。日本と中国はまだその段階に達していないが、現実の中で同性愛関係に関する問題が生じていないわけではない。

まず、ドイツについて、すでに述べたように、ドイツの同性婚の導入は一挙に成し遂げたものではなかった。最初に、同性愛関係を守るための代案のような生活パートナーシップ制度を創り出した。これはいわば同性愛関係に対する調整を法制度に入れる創造性のある第一歩であった。そして、生活パートナーシップ制度はますます婚姻制度に近づき、ほぼ同じような制度となっている。最終的に、同性の二人も婚姻制度の主体に組み入れた。さらに、婚姻外にある関係について、婚約者は刑法における親族に含まれている。

次に、日本では民法による内縁関係の保護が一番特徴のあるところである。内縁関係は明文をもって規定されていない関係であるが、民法の特別法（例えば国民年金法¹⁰³）によって、法律婚に比べて劣位の保護が与えられる。さらに、刑事事件において、公的身分と行為を表現する際にも、内縁関係が言及されたこともある。この点について、後にまた検討する。

さらに、中国では現行法体系は短時間に変わったことが多いので、婚姻登録制度が作り出された1994年は分水嶺であり、すべての事実婚を承認したことから、条件付きの承認へ移り変わった。言い換えれば、中国の重婚罪は、1994年以前には前婚と後婚ともに事実婚であれば、重婚罪が成立しえたが、1994年以降は前婚が法律婚ではなければ

ならない。

以上のように、婚姻以外の関係に対して、ドイツの包容力は高く、同性婚姻の承認まで至ったが、日本と中国の議論と現行規定はまだ異性間の準婚関係の問題にとどまっている。ドイツの規定は思想がより開放的になっている時代の行方に相応しいと言えよう。ドイツ重婚罪の「二重的生活パートナーシップ」という名称にもそれが十分に表れる。

3. 「重複」の形式

「重複」に対する解釈はそれぞれ異なる。ドイツの判例と学説において、実際に重なっていることは要件としないことが明らかに示された。ここでの「重複」は実在のものではなく、それは前婚が合法的に解消されないままで後婚をする場合に存在する。これによれば、重複に対するドイツの解釈は、国民が法定の婚姻制度を超えないような規範を設定するという意義がある。

日本の法律婚主義からすると、二つの法律婚の併存は極めて稀な場合であり、ほぼ不可能な状況である。実際に一夫一妻制を侵害する行為を禁止するという見解からみると、後婚を締結する時に二つの有効な法律婚が同時に存在することは決して不可欠ではないだろう。ドイツと中国と同様に、例えば、前婚の配偶者の生存を知っているが、死亡宣告が撤回される前に後婚をする行為は、日本でも重婚罪に成立しうる。このように、日本の法律婚主義的解釈は最終的にドイツのような考え方に至る可能性がある。

中国の捉え方は事実婚に対する取り扱いによって説明されうる。事実婚は結婚の要件を満たし、一般的に夫妻の名義をもって三ヶ月以上一緒に生活するならば、成立するように思われる。事実婚の成立を認めるから、二つの婚姻が確実に同時に存在することが可能になる。他方で、二つの法律婚が重複することは婚姻登録情報が全国の機関に共有されるシステム¹⁰⁴が完備されるのに伴って、実現の可能性が少なくなる。これに鑑みれば、中国における二つの法律婚の重複に対する解釈もド

イツ式の考え方になりうる。

4. 保護法益に対する議論

三つの国は婚姻の重複を禁止するが、具体的な取り扱いがまったく違う。その理由は重婚罪の保護法益の理解にある。ドイツでは社会的法益から国家的法益に変化した。日本では当初は社会的法益を保護するために重婚罪を規定したが、今日それに対する評価は国家的法益を守るものに近くなっている。中国では立法的側面から見ると個人的法益と解すべきであるが、判例のほとんどは国家的法益と説明する。「重複は許されず、単婚・パートナーシップを維持する」という前提が近いが、それに対する解釈の区別が検討されるべきである。

以上のことを念頭に置いて、重婚罪の保護法益に対する考察に進もう。

第5章 重婚罪の保護法益

第1節 単一法益の視点からの考察

1. 純粋な社会的法益

すでに紹介したように、ドイツにおける重婚罪は最初に風俗に対する犯罪として設けられていた。その時点では、重婚罪の保護法益は社会風俗であると解されていた。その後、重婚罪の条文は身分関係、婚姻及び家族に対する犯罪の一つとして位置づけられ、今までもそのように捉えられている。今の重婚罪は国家的法益、いわゆる婚姻・家庭の秩序に対する犯罪である。このように、風俗犯罪から秩序犯罪へと一定の変化をしたが、その最も重要な理由は刑法は道徳観念を保護しないということである。

日本と中国で重婚罪が最初に創設された時もドイツと同様に風俗犯罪の一つとして扱われていた。しかも、それは常に姦通罪の隣の条文として表れていた。かつて日本と中国は近代以降、一夫一妻容妾という家庭構成の制度を取っていた。その時代に、社会風俗は家庭の安定を保証し、さらに家庭を構成するというのは社会風俗の一部なの

で、法律によって保護されなければならない。そこで、重婚罪の保護法益はもっぱら社会風俗であった。

日本は昭和22年の刑法改正によって姦通罪を廃止した。撤廃する理由についての質疑に対して、政府は「姦通罪を犯罪として刑罰を科しても、姦通という事実を防止できる自信をもてないことにある、姦通は刑罰を科して取り締まるよりも、家庭的道義と社会的風潮による制裁によって防止する方がよくはないか」¹⁰⁵と述べた。ただし、姦通罪と緊密に関連している重婚罪は存置され、そして今までも社会風俗、いわゆる性的社会秩序を侵害する犯罪として刑法に位置づけられる。しかし、社会的風俗に対する犯罪だと解釈する見解は、風俗は結局のところ道徳や倫理というものに属し、刑法による保護の対象として相応しくないもので、批判されている¹⁰⁶。他方で、単なる位置づけからの解釈に対して、裁判所の判決は法体系的視点から説明する。つまり、重婚罪に該当する行為は民法の一夫一妻制を害する行為である。そうすると、重婚罪は民法上の重婚禁止規定の刑罰的保証とし、その保護法益は国家的法益であると解するわけである。このように、純粋な社会的法益と解すれば、不可避的に道徳と論理に繋がっているのであるから、それでは行き詰まりになりかねないのである。

日本のような重婚罪規定の位置づけと異なり、中国の現行法における重婚罪の条文は「公民人身・民主権利を侵害する犯罪」の章に置かれる。この変化によって、中国における重婚罪は社会風俗を侵害する罪だと解される最大の理由を失ってしまう。しかも、中国において1994年全国統一の婚姻登録制度¹⁰⁷が創設されて以降、重婚は社会的風俗を害するという理由で刑罰を加えられたことがほぼなくなってしまった。裁判で一番多く見られる重婚罪に関する評価は「一夫一妻制を侵害する」ということであり、このような表現は国家制度の秩序を含意するから、重婚罪の保護法益は国家的法益と解釈することが可能であろう。

2. 純粋な国家的法益

ドイツ現行法における重婚罪の保護法益に対する解釈は国家的法益に他ならない。

まず、婚姻は国家秩序の一部として法律で保護されている。婚姻是不変のものではないから、その制度もその変化に基づいて変更される。ドイツは、当初は同性愛に刑罰を科したが、後にそれを非犯罪化し、そして21世紀以降は同性カップルを保護するために生活パートナーシップ制度を法律によって確立し、最終的に同性婚姻を婚姻制度に組み入れた。このような過程を通して、同性婚姻は国家秩序の一部に定着した。今日のドイツにおける婚姻の含意は過去よりも拡大してきた。それに伴って、ドイツの重婚罪は「二重的生活パートナーシップ」となった。この動態的な視点から見ると、歴史・文化に由来する一部の国家制度も将来に大きな変化がありうることになる。

次に、婚姻における国家の利益は二つの源泉に由来する。一つ目は制度としての一夫一妻制であり、二つ目は婚姻関係にいる子の最善の利益である¹⁰⁸。前者は婚姻を国家制度としての視点で、先ほど論じたので、ここで後者を少し検討してみたい。後者は特別な主体に関わっている国家の特別な利益である。もし子供が婚姻以外に存在するならば、国家はそのような子供を婚姻内の子供と異なる保護又は配慮を与えるであろうか。これについて、国家は子供が婚姻内にいるかいないかを問わず、保護を与えなければならないであろう。そのため、国家はすべての子供を対象として、他の制度で子の最善の利益を保護できるから、この部分の国家の利益を婚姻から取り外すのは可能である。そこで、残っているのは制度としての国家の利益である。

また、特に婚姻のように社会観念の変遷に影響を受ける制度は、それ自身の性質として、柔軟に世の中の変化に対応する性質がある。言い換えれば、異なる社会にある限り、婚姻は全く別のあり方を有する。例えば、既に言及した外国で発生する、あるいは外国と関連する重婚の問題である。もし一夫多妻制の国で前婚をした後、ドイツで一

夫多妻を賛成する相手と結婚したなら、それは制度を破壊する理由で重婚罪に該当する。しかし、この取り扱い方は受け入れがたい。個人は自分の生活スタイルで刑罰を受けることがおかしいのではないか。しかも、二重的婚姻の一つは重婚を認める国で発生したから、厳格に言うとは、それはドイツの法制度を侵害する「重婚」ではない。国家間で制度が異なるゆえに、個人の自由が制限される懸念があるのである。

したがって、国家的法益の理由で、特に、変わりうる制度に依存している国家的法益で個人生活のスタイルを厳しく規定するのは避けるべきであろう。

他方で、日本と中国における重婚罪の保護法益を国家的法益と解すると、ドイツと同じ問題が生じる。しかし、日本と中国はまだ同性婚を認めておらず、重婚罪を検討する際に同性愛関係を絡めることはないであろう。そして、制度を侵害する側から見れば、同性愛関係は実際に一夫一妻制を侵害しないとは言いきれない。同性愛関係と婚姻が重なっている場合に、重婚罪が成立する前提としての婚姻関係が重複しないため、重婚罪は成立しないのである。このように理解すると、制度を保護するという本来の趣旨に反することになってしまう。

したがって、もし国家的法益の解釈が個人の生活を選択する自由を最大限に守ることと調和しないなら、重婚罪は重婚の反対者を保護するための罪と解することが可能であるかもしれない。つまり、重婚罪の保護法益は個人的法益と解することができる。

3. 純粋な個人的法益

各国の憲法により、個人は自由と幸福を追求する権利を有する。それに基づいて、婚姻に関する個人的権利は保護されるべきである。もし重婚罪が個人的法益を保護するならば、その権利の内実はいったい何であろうか。

婚姻の権利と義務に緊密に関係することとして、重婚はまず国民が一夫一妻の家庭を維持する

ことを侵害し、これはまさに配偶者に貞操義務を履行させる利益を侵害する（貞操義務が実際に存在するかどうかは本稿の検討範囲外なので、ここではこれ以上検討しない）。次に、他の婚姻に伴う義務を考えると、婚姻の一方が重婚する場合に、元の配偶者にとっては、同居・協力・扶助義務¹⁰⁹を履行させる利益が害される可能性がある。そうすると、重婚罪の保護法益はこれらの利益であるかもしれない。しかし、これらの利益を害すると、民法で救済措置が既に規定されているので、ただそれらの利益を侵害することだけを理由とするのでは刑罰の根拠づけとしては不十分であろう。

第2節 複数法益の視点からの考察

1. 複数法益と解釈する見解

すでに述べたように、重婚罪における保護法益に関する論争は主に社会的法益と国家的法益との間に存在するが、個人的法益だとする可能性はまだ完全に排除されてはい。しかし、単一法益の解釈はそれぞれ不足なところがあるから、その他の解釈方法もありうる。

ある罪の保護法益は絶対に一つしかないと言えないから、そこに複数の法益が存在する場合もある。ただし、複数であっても、その中の一つが主要な法益であり、それに基づいて、罪の主要な性質が決まる。そして、重婚罪の保護法益を複数法益と解すれば、主に二つのパターンがある。一つ目は公共的利益を主とし、個人的法益がその枠組みに入っている場合であり、二つ目は逆に個人的法益を主とし、公共的利益にも侵害を与える場合である。では、この二つの場面を分けて、考察してみよう。

2. 公共的法益を主とする場合

主要な保護法益が公共的利益であれば、その中に社会的法益と国家的法益が混ざる。これに基づく、四つの場合がありうる。①社会的法益+国家的法益（副次）、②国家的法益+社会的法益（副次）、③社会的法益+個人的法益（副次）、

④国家的法益+個人的法益（副次）、⑤社会的法益+国家的法益+個人的法益（副次）。

日本では①②のパターンがありうる。社会的法益と国家的法益が混ざるので、前節で述べたような各自の欠陥を回避できないのみならず、純粋な法益のアプローチより説得力が低いと言える。まず、第一に、重婚罪が風俗に対する犯罪と解釈されるのであれば、道徳や倫理に密接に繋がることで、刑法から切り離すべきである。そして、第二に、重婚罪が国家の秩序に対する犯罪と解釈されると、近い将来、ドイツのように結婚制度が大きく変わるので、既存の秩序は一変し、重婚罪の存在意義は簡単に否定される可能性がある。しかも、様々な人間性をリスペクトしなければならず、制度としての利益は個人が自分の生活を選ぶ自由を凌駕すべきではない。

③④⑤の場合には、個人的法益が混入する。そうすると、被害者の同意を考慮すべきである。個人的法益の部分は被害者の同意があれば不可罰性をもたらす¹¹⁰。それに、被害者の同意によって、特定の犯罪の構成要件該当性が阻却され、他の罪の構成要件に該当する、あるいは刑法の対象に含まれないことになりうる¹¹¹ので、重婚罪の場合には、その構成要件該当性は阻却され、他の構成要件該当になりうるだろう。しかし、ここでは公共的法益をメインとするから、この問題は後の個人的法益を主要とするところでまた検討しよう。ここで個人的法益を含め、解釈の余地がある中国においては、重婚罪に関する訴訟を提起する主体は国に限らず、個人でも自訴人として告訴を提起できる。これによれば、中国では被害者の同意は自訴権を否定する根拠であると捉えることが可能である。

したがって、もし公共的法益を主とするならば、この見解の問題はすでに議論した純粋な社会的法益・国家的法益と同様な問題があるので、それと同じ理由で重婚罪に該当する行為者に刑罰を加えることに疑問は残っている。

3. 個人的法益を主とする場合

個人的法益を主要とするなら、①個人的法益+社会的法益（副次）、②個人的法益+国家的法益（副次）、③個人的法益+社会的法益（副次）+国家的法益（副次）という三つの状況がありうる。いずれも個人的法益を第1次的な法益であるとし、被害者の同意があれば、構成要件該当性又は違法性が阻却されうる。このような場合には、第2次的な法益としての社会的法益と国家的法益を検討する必要が失われてしまう。仮に、公序良俗あるいは国家的秩序を保護すべきであることを理由として、重婚罪に処すべきだと捉えるならば、前述の公共的利益を主とすることになるわけである。これはまさに本末転倒になってしまうのである。

第3節 刑法における婚姻保護の限界

単一の法益と複数の法益からのアプローチをそれぞれ検討したが、いずれも重婚罪の保護法益について十分に適切な説明が与えられなかった。刑法の保護法益に関する検討が失敗したことから見れば、そこには、より根本的な問題が存在するのであろう。つまり、いずれかの立場から見ると、刑罰で重婚罪を規制する必要があるかという疑問である。これは、刑法において、婚姻を保護する限界はどこまでであるかという検討の根底にある問題である。

1. 姦通罪が廃止されたことから重婚罪の存廃を考える

本稿で言及した三つの国では、姦通罪がかつて創設され、その後、廃止されたという歴史がある。日本で姦通罪の廃止されたことを参照し、元々姦通罪と隣接していた重婚罪の存廃を考えよう。

まず、姦通罪は妻の姦通のみ罰していた。このような極端な不平等主義により、「妻の貞操義務は血統の混乱を防止する」¹¹²という理由で、刑罰で姦通を威嚇していた。しかし、現代の婚姻体系は夫婦平等に基づいて構築されて来たので、その

ような不平等な規定はまったく相応しくないとと言える。姦通罪は廃止すべきであるかを議論した衆議院の公聴会において、男女を平等に罰する¹¹³という主張は出ていた。これは存置論の一つの解決策である。そして、姦通は「性的秩序及び社会的、家庭的秩序を破るもの」であり、離婚と親告を必要とし、この二つの要件を満たさないと、姦通を犯罪として扱わないという主張であった¹¹⁴。このような主張から見れば、姦通罪は社会的秩序及び個人的法益、すなわち夫が妻の貞操義務を果たせる権利を保護するものである。この点について、重婚罪は姦通罪と同様に、複数の法益に触れる性質がある。ただし、主に性的風俗に対する犯罪であるということよりも、男女が不平等に取り扱われるということで、姦通罪は強く批判されていた。

次に、刑罰を加えるまでもなく、他の法律による代案としての解決策がありうるか。より緩和的な見解が提出された。「家事審判所を設けて」¹¹⁵、男女を平等に同一の条文によって、まず家事審判所で姦通の問題を検討し、刑罰はその後に問題を解決するための最後の手段として登場するというものである。このように、姦通を放任はしないが、それを積極的に処罰しない姿は妥当であろう。なお、撤廃論の立場に立っていたが、「罰せずに別の方法を」¹¹⁶採るべきであるという主張もあった。

他方で、道徳という理由については、その性的道徳を守るか守らないかという点で分岐した主張がなされた。また、他の見解によれば、姦通に刑罰を科するのは、個人の自由を制限することになるので、姦通罪を撤廃すべきであるとも言われた¹¹⁷。

以上のように、当初は姦通罪と重婚罪は類似している法益を保護していたが、姦通罪は男女の平等関係に悪影響を与えたこと、道徳を理由として刑罰を発動するのは当時の社会で不具合が生じたこと、及び個人の自由を制限するという点で、最終的に撤廃された。これに対して、重婚罪は今日まで存置している。重婚罪は国家の婚姻制度を

保護する色彩が濃いので、立法者はそこに国家的法益のために刑罰で威嚇する価値があると考えたと推測されうるだろう。しかし、「重婚の成立は稀有な出来事であるから、この規定の刑事政策的効果はほとんど期待しえないのが実情であって、無意味な規定と言ってもよい」¹¹⁸という直接的な批判も少なくない。

2. 刑法の側面から、婚姻及び婚姻の周辺を解釈できるか

仮に、将来重婚罪が廃止されれば、刑法の領域内で、婚姻及び婚姻の周辺を解釈する余地が残っている。この点を説明するために、まず以下の事例を取り上げたい。

【事案10】¹¹⁹被告人は内縁の夫が不法残留になる前から、同人と被告人名義で賃借した住居で同居し生計を共にしていた。本判決は、内縁の夫が不法残留になった後も同様に同居し生計を共にすることを続けたという行為は、不法残留を促進する危険性を備えたものと評価することは困難であるなどとして、不法残留幫助罪の成立を否定した¹²⁰。

この事案において、原審弁護人は、被告人の行為は、内縁関係に準用される民法上の同居・協力・扶助の法的義務を履行したにすぎず、刑法35条の法令行為として違法性が阻却されると主張した。しかし原判決は、これらの義務が他の法益に優先するとの解釈をとる余地がないことは自明であり、出入国管理及び難民認定法及び民法との関係において、その実態を捨象して婚姻ないし内縁関係そのものに出入国管理行政の適正な運用の確保という法益に優先する保護利益を肯定しているとはいえないとしてこれを排斥した。

本判決で原審弁護人の主張は却下されても、このように、内縁関係に足る行為は不可避免的に刑法にも言及される。この場合には、刑法は確かに婚姻及び婚姻の周辺について、判決と理論によって刑法的解釈を与えることができる。仮に、刑法領域において内縁関係を婚姻に準じると捉えるなら

ば、本事案は他のアプローチがありうる。内縁関係に足ること、刑法における親族の特例のように、期待可能性が低いので、責任の故意を阻却できるようになる。しかし、この発想はより深く検討されなければならないので、本稿ではこれ以上触れない。

要するに、最近、発生した刑事事件も時折内縁関係に言及したものがある。それによれば、刑法においても一定限度内で婚姻関係などを検討することが可能であろう。ただし、その範囲はかなり制限されるので、それが重婚罪であっても刑法の介入は控えた方がよいだろう。それでは、どのように重婚罪を取り扱うのがよいのか、次の部分に進もう。

第4節 重婚罪における保護法益の新しい解釈へ

1. グローバル化に伴って、不可避免的に国際婚姻の問題に直面する

今の時代に、海外旅行・海外出張・海外留学は漸次日常生活の一部になっている。国際交流が増えてきた今日は、国際婚姻、すなわち結婚地あるいは結婚相手などは国際要素が入っていることは多くなっている。

すでに検討した通り、国際要素を含めると、重婚罪の保護法益の解釈それ自体は矛盾している、あるいは時代遅れであることになってしまう。例えば、前述の一夫一妻制と一夫多妻制の国でそれぞれ婚姻を締結した場合、一般的単一法益の視点からでも複数法益の視点からでも、これに完全に適合する解釈はないといえる。さらに、世界の中で一部の国では同性婚姻を認める一方で、他の国は同性婚姻をまだ導入していないが、同性愛関係を保護するために創設した代案としての制度も認められている。そのため、今後また激しく変化する可能性のある同性愛関係に関する制度の下で、締結された関係をも重婚罪における保護法益についての検討に含み入れるなら、本章第一節及び第二節に考察されたアプローチは失敗しかねないのである。

そうすると、刑法はどのように控えながら、婚

姻についての課題を取り上げ、特に重婚罪の取り扱いの基本的な問題、すなわちその保護法益をどのように解釈すればよいのか。

2. 刑法における重婚罪に対する新しい解釈

この問題の前提条件は、今なお重婚罪はまだ存在しているということであり、このような状況に応じて解釈の提案を出したい。

端的に言えば、重婚罪の「婚」の範囲を拡張すべきであるが、それは必ずしも処罰範囲がそれに伴って広がることを意味しない。そして、その重婚罪の保護法益はまず国家的法益の部分を取り外すのは不可能であり、社会的法益は、それと道徳・倫理との緊密な関連があるため、保護法益から切り離されなければならない。また、個人的法益は保護法益の枠内に多少組み入れられるので、その存在は否定されえない。

まとめると、重婚罪の保護法益は国家的法益をメインとし、個人的法益の性格を有する複合的な法益であると解されうる。ここで前述の処罰範囲が広がらないことを説明すると、その理由は保護法益それ自体に含まれている。なぜなら、国家的法益の視点から見れば、すなわち婚姻を国家的制度だとすれば、制度は時代の変遷によって絶対に変わらないものではないので、その変化が最初の制度をすべて否定することが可能である。極端に言えば、一夫一妻制・単一のパートナーシップ制は一定の時間が経てば、最終的に婚姻制度自体を解消することが可能であり、その時に、婚姻制度それ自体が存在しないので、重婚罪の刑罰を発動する可能性が存在しないことになるであろう。また、個人的法益の部分を加えると、そこに被害者の同意、すなわち当事者たちの受け入れる観念が一定の合意に達すれば、ある程度、刑罰を加える必要性を減少することができる。さらに、そもそも今日の社会において、刑罰を個性的な生活スタイルに対して科するなら、それは個人的自由を非常に侵害するので、ありえないことであろう。このような重婚罪の保護法益は既に撤廃された姦通罪とほぼ同じ構造であるので、将来同じような流

れで削除され得ると思われる。

もっとも、保護法益に破綻がある重婚罪は、前述の僅かな事例のように、非常に限定的にしか成立しない。重婚に刑罰を科することは次第になるのは自明である。ただし、刑法の領域において、婚姻関係などの説明をしなければならない場合が存在しているので、その婚姻関係の刑法的解釈は変容する社会及びそれを反映する制度に応じて変化した方がよいのだろう。

終章 総括と展望

1. 本稿はドイツ・日本・中国における重婚罪についての規定と判例をめぐり、各国の区別に着目し、それに基づいて重婚罪の保護法益を再構築することを試みた。結論として、重婚罪の保護法益は国家的法益、すなわち婚姻制度によって保障する国家的秩序、そしてその中でも個人的法益の性格をも保持している。婚姻を拡張的に解釈しても、その保護法益の性質により、刑罰権を発動することが変わらずに難しいことで、処罰範囲は拡張されえない。将来、結局のところ、重婚罪は姦通罪のように刑罰で威嚇される罪から取り除かれることが考えられる。

2. 刑法における婚姻及び婚姻の周辺に関する制度の解釈は、その時代の風潮に現れる。刑法は一定の範囲内で、予めこれを受け入れる姿勢を示すことが可能である。例えば、まだ同性愛関係を認めない日本と中国では、それらを婚姻に準じる関係だと解釈することが可能である。

3. 本稿で触れた内容のほかに、本研究では以下の点にも関心を持っている。まず、第一に、親族に対する認定について、刑法の解釈は民法の解釈に必然的に一致すべきであるか。第二に、重婚罪がいまだに存在していることは、どのように扱えば「法は家庭に入らず」と矛盾しないか。第三に、重婚罪の「婚姻」に対する解釈は今問題となっているドメスティック・バイオレンスに影響を与える可能性があるか。

重婚罪の保護法益の再構築に対する検討は家庭

で発生した犯罪などにとっては、解決の糸口の一つである。なぜなら、それは刑法と他の領域との限界を明らかにする重要なヒントを与えることができるからである。それに限らず、刑法の切り口から、家庭内に関する問題を解決してみたいと考えている。これらの点は、今後の研究を通して、より詳しく検討していきたいと思う。

¹ ドイツの2018年Gesetz zur Umsetzung des Gesetzes zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts (同性結婚の権利を導入する法律の実行法案)により、Lebenspartnerschaftsgesetz (生活パートナーシップ法)がそれから同性の間の生活パートナーシップを認めない。

² 「内縁について、一定の研究の蓄積があり」、内縁や準婚の問題を「婚姻法の番外編として」取り上げる。窪田充見『家族法——民法を学ぶ[第4版]』(有斐閣、2019年)135頁。

³ 2009-2020年にドイツにおいて下された重婚罪に関する有罪判決は毎年10件以下である。Vgl. Strafverfolgung - Fachserie 10 Reihe 3 - 2020 (Statistisches Bundesamt, 2021).

⁴ 井田良『講義刑法学・各論』(有斐閣、2016年)504頁。それにもかかわらず、論文を校正する間に、日本では重婚事件が発生した。詳細は北海道ニュースUHBによる速報 (https://twitter.com/uhbnews_uhb/status/1533441141722718209) を参照。

⁵ 判例として、中国(2020)粵20刑終104号、(2020)沪0115刑初4146号などを参照。

⁶ 松村明監修『大辞泉[第二版]』(小学館、2012年)1378頁。

⁷ 石川栄吉など編『[縮刷版]文化人類学事典』(弘文堂、1994年)247頁[渡邊欣雄=杉島敬志]。

⁸ その中に、「一夫多妻制」、「一妻多夫制」、「集団婚」という三つの種類に分けて、一夫多妻制が中東のイスラム社会などに認められ、これは複婚制を代表する形である。

⁹ 例外として、単婚制の国でも非常に制限された範囲内しか複婚ということが承認されない。例えば、中国では、少数民族地域において、まだ一妻多夫婚が実際に行われるところがある。——六鹿桂子「チベット族における兄弟型一妻多夫婚の形成理由の考察」『多元文化』(巻11)(2011年03月)145頁。また、アメリカ合衆国のモルモン教徒は近年までは、一夫多妻制を採用していた。——高山真知子「アメリカ史の謎——モルモン教における叙事詩の発生と一夫多妻制度の意味」、井門富二夫編『多元社会の宗教集団』(大明堂、1992年)109頁。

¹⁰ 「法則に従う性共同体は婚姻である。…自分たちの性的特性をお互いに使用しようとする欲望を前提とするにしても、婚姻契約は任意の契約ではなく、人間性の法則に従って必然的な契約である」。——樽井正義=池尾恭一訳『人倫の形而上学』[カント著][カント全集11](岩波書店、2002年)110頁。

¹¹ Patrick Devlin, The Enforcement of Morals. (Amagi, 2010), 61-63.

¹² 瀧川裕英=宇佐美誠=大屋雄裕『法哲学』(有斐閣、2014年)64-65頁を参照。

¹³ Patrick, supra note 11, at 64.

¹⁴ 宮崎幹朗『婚姻成立過程の研究』(成文堂、2003年)79頁。

¹⁵ 善積京子『<近代家族>を超える——非法律婚カップルの声』(青木書店、1997年)3頁。

¹⁶ 窪田・前掲注(2)16-18頁。

¹⁷ 善積・前掲注(15)38-39頁。

¹⁸ 宮崎・前掲注(14)80-86頁。

¹⁹ 野田恵子「イギリスにおける「同性愛」の脱犯罪化とその歴史的背景」、「ジェンダー史学」第2号(2006年)63-76頁を参照。

²⁰ 日本民法第七百三十九条：(婚姻の届出)「婚姻は、戸籍法(昭和二十二年法律第二百二十四号)の定めるところにより届け出ることによって、その効力を生ずる。2前項の届出は、当事者双方及び成年の証人二人以上が署名した書面で、又はこれらの者から口頭で、しなければな

らない」。中国民法典千四十九条：（婚姻の届出）「結婚を申し立てる男女二人は本人で婚姻登録機関に赴いて、結婚登録を申請すべきである。本法の規定に準じるのは登録が承認され、結婚証明書が発行される。結婚登録手続を終えたら、婚姻関係を確立する。結婚登録をしていない者は、登録手続を補足すべきである」（筆者試訳）。

²¹ 太田武男『現代の内縁問題』（有斐閣、1996年）1頁。

²² 二宮周平『事実婚の現代的課題』（日本評論社、1990年）まえがきの部分を参照。

²³ 刑集60巻6号479頁。ただし、本件につき、最高裁は「刑法244条1項は、刑の必要的免除を定める必要があることなどからして、内縁の配偶者に適用または類推適用されることはない」と明確に判示した。

²⁴ 前田雅英『刑事法最新判例分析』（弘文堂、2014年）184頁。

²⁵ 二宮周平『事実婚』（一粒社、2002年）15頁。

²⁶ 日本民法七百三十一条から七百三十六条までに、婚姻適齢、重婚の禁止、再婚禁止期間、近親婚の制限、直系姻族間の婚姻禁止、養親子関係者間の婚姻禁止などと規定される。中国民法典千五十一条：（婚姻を無効させる事由）「以下の事由は任一を該当すると、婚姻は無効とさせる：（一）重婚、（二）結婚禁止の親族関係がある、（三）法定婚齢に達しない」（筆者試訳）。

²⁷ 二宮・前掲注（22）8-9頁を参照。

²⁸ 中川善之助『親族法（上）』（青林書院、1965年）326頁。

²⁹ 「最高人民法院關於適用「中華人民共和國婚姻法」若干問題的解釋（一）」第5条：1994年以前、男女二人は実質的結婚要件を満たすと、その関係は登録しないが事実婚だと認められる。1994年以降、男女二人は実質的結婚要件を満たし、登録していない場合には、裁判が離婚裁判を受理する前に、当事者を婚姻登録させ、そして普通の離婚裁判として受理できる、もしそう

でなければ、婚姻として離婚裁判を下せない。

³⁰ 彬之原舜一「法律関係はとしての内縁（二・完）」法律時報11（3）3月號（1939年）23頁。

³¹ 詳しくは太田武男『現代の内縁問題』（有斐閣、1996年）189-192頁を参照。

³² ドイツ生活パートナーシップ制度について、渡邊泰彦「ドイツ生活パートナーシップ法の概観（1・2完）」東北学院法学65号（2006年）81頁以下、66号（2007年）1頁以下を参照。

³³ 日本国憲法第二十四条1項：「婚姻は、両性の合意のみに基づいて成立し、夫婦が同等の権利を有することを基本として、相互の協力により、維持されなければならない。」中国憲法第四十九条は明文で婚姻は両性の間にしか成立しないと規定していないが、「夫妻双方」という言葉からみると、婚姻は異性間にあることが想定される。さらに、中国民法典第千四十一条は「婚姻自由、一夫一妻、男女平等の婚姻制度を実行する」と規定している。

³⁴ フランスの連帯市民協約、すなわち「PACSとは性別に関係なく、成年に達した二人の個人の間で、安定した持続的共同生活を営むために交わされる契約のことです。」（在フランス日本国大使館ページhttps://www.fr.emb-japan.go.jp/itpr_ja/pacs.htmlを参照）婚姻はまだ異性間にしか成立しないが、連帯市民協約によって、婚姻に伴う権利及び義務の一部を契約で約束して二人の関係を登録できる。この制度は同性だけではなく、異性カップルも利用できる。

³⁵ BGBlI2001 S.266.

³⁶ 渡邊泰彦「ドイツにおける同性婚導入」京都産業大学総合学術研究所所報（13）（2018年）1-2頁を参照。

³⁷ ドイツのこの親族は日本の親族の範囲より広い。生活パートナーシップが解消しても、親族関係はまだ続いている。なお、「Angehöriger」の訳方について、「親族」の特定意味と区別するために、民法学者はそれを「身内の者」に訳した考え方もある。ドイツ刑法11条（人及び物の概念）：「①この法律の意味においては、1

親族とはa直系血族、直系姻族、配偶者、パートナー、婚約者、パートナー法における婚約者、兄弟姉妹、兄弟姉妹の配偶者又はパートナー、配偶者又はパートナーの兄弟姉妹である。ただし、その関係の基礎となる婚姻若しくは生活パートナーシップがもはや存在しない場合、又は血族関係若しくは姻族関係が解消している場合も親族とする。b扶養親及び扶養子である。」

³⁸ BGBl.I2001 S.266.

³⁹ ドイツの学説に対する詳しい説明は、渡邊泰彦「生活パートナーシップに関する2002年7月17日連邦憲法裁判所判決について」徳島文理大学研究紀要第65号（2003年）25頁以下、渡邊泰彦「ドイツ生活パートナーシップ法の概観（1）」東北学院法学65号（2006年）98-104頁を参照。

⁴⁰ 渡邊「ドイツ生活パートナーシップ法の概観（1）」東北学院法学65号（2006年）103頁。

⁴¹ BGBl.I2017 S.2787.

⁴² 同公益財団法人のホームページ<https://www.marriageforall.jp/>を参照。さらに、論文を作成する時点に、東京都は「東京都パートナーシップ宣誓制度」の導入を予定している。同案は対象者の要件及び手続の流れを規定し、「婚姻制度とは別のものとして制度を構築します」という。詳細は<https://www.metro.tokyo.lg.jp/tosei/hodohappyo/press/2022/05/10/08.html>を参照。

⁴³ 樋口亮介＝深町晋也＝小池信太郎＝佐藤拓磨＝仲道祐樹＝神馬幸一訳『ドイツ刑法典』（法務省刑事局、2021年）166頁。

⁴⁴ BGBl. I 2015 S. 2010.

⁴⁵ SK-StGB, Band III, 9. Auflage, Carl Heymanns Verlag, 2017, § 172 Rn1-3.

⁴⁶ Fischer StGB, 66. Auflage, C.H.BECK, 2019, § 172 Rn2.

⁴⁷ ドイツ一夫一妻原則はドイツ民法1306条「（存続している婚姻と生活パートナーシップ）婚姻を締結しようとする者の一方と第三者との間に存続している婚姻関係または生活パートナーシップがある場合に、婚姻を締結することはできない」で表される。

⁴⁸ MK-StGB, Band 3, 3. Auflage, C.H.BECK, 2017, § 172 Rn2.

⁴⁹ 本稿第1章第3節、生活パートナーシップ制度の設立を参照。

⁵⁰ SK-StGB, § 172 Rn8.

⁵¹ MK-StGB, § 172 Rn3.

⁵² MK-StGB, § 172 Rn17.

⁵³ LK-StGB, Band6, 12. Auflage, DE GRUYTER, 2009, § 172 Rn10.

⁵⁴ SK-StGB, § 172 Rn31.

⁵⁵ § 7 StGB（その他の場合における外国犯に対する効力）①外国でドイツ人に対して行われた行為について、行為地でその行為が処罰の対象とされ又は行為地がいかなる刑罰権にも服していないときは、ドイツ刑法が効力をもつ。②外国で行われたその他の行為について、行為地でその行為が処罰の対象とされ又は行為地がいかなる刑罰権に服していないときで、行為者が1行為時にドイツ人であったとき若しくは行為後にドイツ人になったときはドイツ刑法が効力をもつ。（2号は外国人に関する規定であるので、ここでは省略する。）

⁵⁶ Fischer StGB, § 172 Rn4.

⁵⁷ Fischer StGB, § 172 Rn7.

⁵⁸ § 28 I（特別な個人的メルクマール）①正犯の可罰性を根拠づける特別な個人的メルクマール（14条1項）が、共犯（教唆犯又は幫助犯）に欠けているときは、刑罰は49条1項により減輕するものとする。

⁵⁹ § 169 StGB（身分関係の歪曲）①子をすり替え、又は、戸籍簿の管理若しくは身分関係の確定を管轄する官庁に対して、他の者の身分関係を偽って申告若しくは隠蔽した者は、2年以下の自由刑又は罰金に処する。

⁶⁰ § 156 StGB（虚偽の宣誓代替保証）宣誓に代替する保証を採ることを管轄する官庁で、この保証を偽って引き渡し、又は、この保証を採用して虚偽の陳述を行った者は、3年以下の自由刑又は罰金に処する。

⁶¹ Fischer StGB, § 172 Rn8.

⁶² BGHSt 4,7.

⁶³ § 38 EheG (前婚の解消 *Auflösung der bisherigen Ehe*) (1) 一方の配偶者が死亡宣告を受けた後に新たな婚姻を行う場合、婚姻の時点で両当事者が死亡宣告を受けた配偶者が生存していることを知った場合を除き、死亡宣告を受けた配偶者が生存していることを理由として、新たな婚姻は無効とならない。(2) 1 新しい婚姻が成立したときは、前の婚姻は解消されるものとする。2 死亡宣告が取り消された場合にも、解消されたままとする。ドイツ婚姻法 (*Ehegesetz*) は1938.8.1から施行され、1998.7.1に廃止された。そして、当条文の代わりとしての規定は§ 1319 BGBに書かれている。§ 1319 BGB (前婚の取り消し *Aufhebung der bisherigen Ehe*) 前婚姻の取り消し (1) 一方の配偶者が死亡宣告を受けた後に新たな婚姻を行う場合において、死亡宣告を受けた配偶者が生存しているときは、婚姻の当時、双方の配偶者が死亡宣告を受けた配偶者が生存していることを知っていた場合に限り、当該新たな婚姻は、第1306条に違反して無効とすることができる。

(2) 1 新婚が成立したときは、新婚の夫婦の双方が婚姻の時に死亡の宣告を受けた配偶者が死亡の宣告の時に生存していたことを知っていた場合を除き、前婚は解消する。2 死亡宣告が取り消された場合にも、解散のままとする。

(BGBLI 1998 S.833) ここで、前婚配偶者の生存を知らながら、新しい婚姻を結んだら、その後婚は二重結婚禁止及び二重パートナーシップの禁止の違反のため無効とされると明らかに規定されている。

⁶⁴ 西田真之『一夫一婦容妾制の形成をめぐる法的諸相』(日本評論社、2018年) 65-67頁を参照。

⁶⁵ 日高義博『刑法各論』(成文堂、2020年) 596頁、山中敬一『刑法各論[第3版]』(成文堂、2015年) 707頁、井田・前掲注 (4) 504頁。

⁶⁶ 曾根威彦『刑法各論[第4版]』(弘文堂、2008年) 267頁。

⁶⁷ 日高・前掲注 (65) 597頁。

⁶⁸ 植松正『刑法概論Ⅱ各論』(勁草書房、1957年) 559頁、平川宗信『刑法各論』(有斐閣、1995年) 277頁、山中・前掲注 (65) 707頁。

⁶⁹ 山中・前掲注 (65) 708頁。

⁷⁰ 牧野英一『刑法各論(上巻)』(有斐閣、1954年) 293-294頁。

⁷¹ 団藤重光『刑法綱要各論[第3版]』(創文社、1990年) 331頁を参照。

⁷² 大塚仁『刑法各論(下巻)』(青林書院新社、1968年) 1038頁。

⁷³ 大塚仁=河上和雄=中山善房=古田佑紀編『大コンメンタール刑法[第3版](第9巻)』(青林書院、2013年) 115頁[亀山継夫=河村博]。

⁷⁴ 一審刑集1巻3号461頁。

⁷⁵ 高刑集14巻8号563頁。

⁷⁶ 大谷實『刑法講義各論[新版第5版]』(成文堂、2019年) 539頁。

⁷⁷ 条文の和訳は、甲斐克則=劉建利編訳『中華人民共和國刑法』(成文堂、2011年) 149頁を参照。

⁷⁸ 刘家琛主編『新刑法条文释义(下)』(人民法院出版社、1997年) 1005頁。

⁷⁹ 規定内容は中国法院網<https://www.chinacourt.org/law/detail/1994/02/id/18962.shtml>を参照。中国1950年婚姻法によって婚姻登録制度が設立された。婚姻登録とは婚姻当事者が合意し、婚姻登記機関に申請し、審査を受けて、結婚証明書を取得する一連の手続きである。1994年までに、婚姻登録システムが統一されていないため、地方によって具体的な登録基準が異なる。1994年「婚姻登録管理条例」が發布されて以来、全国統一の婚姻登録システムが確立されている。

⁸⁰ 「最高人民法院于人民法院审理未办理结婚登记而以夫妻名义同居生活案件的若干意见」法(民)发[1989]38号(1989年12月13日)。

⁸¹ 判例として、前述の(2016)桂01刑终177号判決を参照。学説として、高銘喧監修『新編中国刑法学』(中国人民大学出版社、1998年) 747頁、欧阳涛=魏克家=刘仁文監修『中華人民共和國

- 新刑法注釈と適用』（人民法院出版社、1997年）505頁を参照。
- ⁸² 高・前掲注（81）747-748頁。
- ⁸³ ただし、1994年「婚姻登録管理条例」の発布されたのを分水嶺とし、この時期前に登録をしていない婚姻も重婚罪の有効的な前婚と認められる。
- ⁸⁴ 今は中国民法典により、「離婚冷静期」内にも婚姻関係まだ解除されないと思われる。
- ⁸⁵ 曹子丹監修『中華人民共和国刑法教程』（中国政法大学出版社、1988年）352-353頁。
- ⁸⁶ 中国では犯罪被害者が自ら刑事裁判を提起できる。自訴事件の範囲が中国刑事訴訟法210条に規定される。①告訴を待って処理する事件、②被害者が証拠を有する軽微な刑事事件、③被害者が、自らの身体又は財産の権利を侵害した被告人の行為について、法律に基づいて刑事責任を追及すべきことを証明する証拠を有するにもかかわらず、警察又は検察が被告人の刑事責任を追及しなかった事件。条文和訳は法務省大臣官房司法法制部「中華人民共和国刑事訴訟法」（法務資料463号、2013年）59-60を参照。
- ⁸⁷ 最高人民法院研究室「关于重婚案件中受骗的一方当事人能否作为被害人向法院提起诉讼问题的电话答复」（1992年11月7日）。原文公刊物未登載、（2016）桂01刑终177号判決が「答复」を引用したため、その判決を参照。
- ⁸⁸ 法律的重婚と事実的重婚との両方を認めることから、本罪は後婚の登録あるいは事実婚の形成によって既遂に達し、後婚を維持するのは犯罪行為の継続とみなされる。——張欣＝喻伟「論即成犯と状態犯」河南省政法管理干部学院学报2003年第5期100頁。
- ⁸⁹ 中国刑法259条【軍婚破壊罪】①現役の軍人の配偶者であることを知りながら、これと同居または結婚した者は、3年以下の有期徒刑又は拘役に処する。②職権又は上下関係を利用し、脅迫を用いて、現役軍人の妻を姦淫したときは、この法律の第236条の規定により罪を認定し、処罰する。条文の和訳は、甲斐＝劉・前掲注（77）149頁。
- ⁹⁰ 最高人民法院刑事審判第一、二、三、四、五廷『中国刑事審判指導案例3』（指導判例2012）（法律出版社、2012年）613頁を参照。
- ⁹¹ 1994年以前、前婚が事実婚だとし、他人と婚姻を登録するのは重婚罪に該当する。——陳興良＝曲新久＝顧永中『案例刑法教程』（中国政法大学出版社、1994年）490-493頁を参照。
- ⁹² 陳＝曲＝顧・前掲注（91）494-496頁。
- ⁹³ 刘家琛主編『新刑法案例解釈』（人民法院出版社、1997年）866頁。
- ⁹⁴ 住宅難：中華人民共和国が成立してから20世紀90年代末までの「福祉の住宅配分制度」により、国営企業などで働いていた職員は家庭の構成・年功序列等の原因によって、配分された住宅に入居できる資格を決められていた。その時代に、住宅の数が足りなかったゆえに、多くの人が結婚してもその資格が取れなかった。住宅配分制度の実行に従って、出てきた住宅に関する問題は一般的に「住宅難」と述べられている。——王天夫＝李博柏「從福利房到商品房：制度變遷與社會衝突」『二十一世紀評論』雙月刊2008年6月號38-47頁を参照。
- ⁹⁵ 韓玉勝主編『刑法各論案例分析』（中国人民大学出版社、2000年）161頁。
- ⁹⁶ 指導判例2012・前掲注（90）619-620頁を参照。本事実と類似しているドイツ判例はBGH4、7を参照。
- ⁹⁷ 中国には死亡宣告と失踪宣告の制度があり、死亡宣告は普通失踪の場合は4年以上（不慮の事故は2年以上）、特別失踪の場合は戦争終結から4年以上経過後に利害関係人が請求できる。加藤文雄『涉外家事事件整理ノート』（新日本法規出版、2008年）129頁。
- ⁹⁸ 中国民法典第51条（死亡宣告を受けた者の婚姻関係）死亡宣告を受けた者の婚姻関係は死亡宣告の日から消滅する。死亡宣告が取り消された場合、婚姻関係は死亡宣告の取消日から自然回復する。但し、その配偶者が再婚し、又は婚姻登記機関に対して婚姻関係回復を望まない旨を書面で明らかにした場合を除く。条文和訳は白

出博之「中国民法総則の制定について（3）」、「ICD NEWS」第80号（2019年9月）166頁を参照。

⁹⁹ （2010）汙一中刑初字第135号。

¹⁰⁰ 中国では犯罪被害者が自ら刑事裁判を提起できる。自訴事件の範囲が中国刑事訴訟法210条に規定される。①告訴を待って処理する事件、②被害者が証拠を有する軽微な刑事事件、③被害者が、自らの身体又は財産の権利を侵害した被告人の行為について、法律に基づいて刑事責任を追及すべきことを証明する証拠を有するにもかかわらず、警察又は検察が被告人の刑事責任を追及しなかった事件。条文和訳は前掲注（86）法務資料463号59-60を参照。

¹⁰¹ 裁判所は、自訴事件について、調停を行うことができる。自訴人は、判決の宣告があるまでは、被告人と自ら和解し、又は自訴を取り下げることができる。前掲注（100）③に掲げる事件については、調停を行うことはできない。前掲注（86）法務資料436号60頁を参照。

¹⁰² 婚姻適齢であること、近親婚ではないことと婚姻意思の合致などという条件を満たせば、その事実婚が認められうる。

¹⁰³ 国民年金法39条において、「婚姻（届出をしていないが、事実上婚姻関係と同様の事情にある場合を含む。以下同じ。）」という文言が書かれている。

¹⁰⁴ 「民政部：強化婚姻登记信息全国联网 多举措遏制重婚、骗婚」、ページhttps://www.creditchina.gov.cn/toutiaoxinwen/202105/t20210528_235915.htmlを参照。

¹⁰⁵ 林弘正『改正刑法假案成立過程の研究』（成文堂、2003年）118頁。

¹⁰⁶ 井田・前掲注（4）487頁。

¹⁰⁷ 前掲注（79）を参照。

¹⁰⁸ Devlin, *supra* note11, at 76-77.

¹⁰⁹ 窪田・前掲注（2）59-62頁を参照。

¹¹⁰ 斎野彦弥「社会的法益と同意」現代刑事法6巻3号（2004年）47頁。

¹¹¹ 山中敬一『刑法総論[第3版]』（成文堂、2015

年）206頁。

¹¹² 西田・前掲注（64）62頁を参照。

¹¹³ 宮城實「存置論：平等に男女を罰せよ」北海道報社トピック増刊No.2『姦通罪をどうする?：衆議院初の公聴会から』（札幌：北海道報社、1947年）6頁。

¹¹⁴ 離婚までに行くと、刑罰を発動する必要がある。しかも、配偶者の訴追を要求する。こう見れば、姦通は、社会的秩序すなわち家庭の構成に影響を与える上で、元の配偶者はそれに対して反対の意見を用いるなら、刑罰の対象とされる。——宮城實「應答：姦通は秩序の破壊」北海道報社トピック増刊No.2（1947年）23頁を参照。

¹¹⁵ 泉二新熊「存置論：家事審判所を設けて」北海道報社トピック増刊No.2（1947年）19-21頁を参照。

¹¹⁶ 守屋あづま「撤廃論：罰せずに別の方法を」北海道報社トピック増刊No.2（1947年）12頁。

¹¹⁷ 阿部文三郎「存置論：現行法を修正せよ」北海道報社トピック増刊No.2（1947年）47頁。

¹¹⁸ 宮沢浩一「第二十一章 風俗を害する罪」平場安治＝平野龍一編『刑法改正の研究2各則』（東京大学出版会、1973年）274頁。

¹¹⁹ 東京高判 令和1年7月12日判決 高刑速（令1）号197頁（出入国管理及び難民認定法違反幫助被告事件）。

¹²⁰ 本判決に関する評釈は主に幫助犯の原理から、被告人の行為は内縁の夫の不法残留という「正犯行為を促進する危険性」に焦点を当て、分析を展開することである。本件における内縁関係は、内縁の夫「と被告人が、同居して生計を共にする従来からの状態を継続していたものにすぎない」と評価された。松宮孝明「内縁関係と不法残留罪の幫助（控訴審逆転無罪判決）」法学セミナー799号（2021年）119頁を参照。

（さ こうう 北海道大学大学院法学研究科修士課程修了）

【別紙】重婚罪の取り扱いについてドイツ・日本・中国の比較表

	ドイツ	日本	中国
1. 婚姻制度	単婚制・単独関係制 同性婚を認める	単婚制・一夫一妻制 同性婚を認めない	単婚制・一夫一妻制 同性婚を認めない
2. 婚姻と類似している関係に対する調整	生活パートナーシップが合法化された上で、同性婚がすでに認められている。	民法によって内縁関係を部分的に保護する。内縁関係は異性間にしかな成立しない。	事実婚（内縁関係）を条件付きで認める。事実婚の主体は異性である。
3. 構成要件としての「婚の重複」	実際の二つの法律婚の重ねていることを要求しない。 前婚を合法的に解消する前に後婚を締結することで十分である。 ここでの「婚」には同性婚及び生活パートナーシップも含まれる。	前婚後婚は共に法律婚であることが求められる ¹ 。 同性間の関係は含まれない。	前婚は法律婚でなければならず、後婚は事実婚であれば十分である。 同性間の関係は含まれない。
4. 訴追の方式	公訴	公訴	公訴＋自訴
5. 保護法益に対する解釈	社会的法益 ⇒国家的法益 (最初は風俗犯罪として扱われたが、のちに国家秩序に特別に保護される秩序と解されることになった。)	国家的法益？ 社会的法益？	国家的法益？ 個人的法益？

¹ ただし、法律婚主義の文面からして、二つの法律婚の併存を求めるが、成立理由が乏しいので、実質上の一夫一妻制を侵害する行為すなわち偽造によって他人と結婚することが可能にさせる行為に広くすべきであるという事実婚説もある。——大谷實『刑法講義各論[新版第5版]』（成文堂、2019年）539頁。