

令和6年（家）105号事件

わたしたちはもう待てないー同性婚を求める仙台家事審判事件

申立人 小濱耕治 外1名

第2準備書面 (憲法論)

令和6年12月27日

仙台家庭裁判所 家事審判係 御中

申立人ら手続代理人	弁護士	太	田	伸	二	
同	弁護士	佐	藤	由	紀	子
同	弁護士	須	田	晶	子	
同	弁護士	小	島		智	
同	弁護士	飛	澤	聡	美	
同	弁護士	宇	部	雄	介	
同	弁護士	大	林	弘	典	
同	弁護士	小	山		悠	

同 弁護士 細 矢 智 史

同 弁護士 相 崎 豪

同 弁護士 岩 倉 匠 未

同 弁護士 山 下 将

目 次

第1	本準備書面の目的	6
第2	婚姻の自由の侵害（憲法13条、24条1項違反）	6
1	婚姻の自由が、本来的には憲法13条に基づいて保障されること	6
(1)	太白区長の主張（憲法13条関連）	6
(2)	申立人らの主張	7
ア	婚姻の自由は、生来的、自然権的な権利として、憲法13条の規定する幸福追求権の一内容を構成するものであること	7
イ	申立人らは、あくまで現行法下での婚姻届受理を求めており、新たな法制度の創設を国家に対して求めているわけではないこと	8
ウ	小括	9
2	婚姻の自由が同性カップルにも等しく及ぶこと	9
(1)	太白区長の主張（憲法24条1項関連）	9
(2)	申立人らの主張	9
ア	はじめに	9
イ	憲法上の人権規定については、必要に応じて柔軟に解釈を行うことが認められ、また求められてきたこと	10
ウ	本件において、文言にとらわれない解釈を採る必要性・許容性	12
エ	千葉勝美元最高裁判事による解釈	13
オ	申立人らが主張する「婚姻の自由」は、判例上認められている「婚姻をするについての自由」の意味内容に沿うものであること	14
カ	「婚姻をするについての自由」についての補足—再婚禁止期間事件判決の調査官解説—	15
キ	札幌高裁判決が、憲法24条1項は、同性間の婚姻について、異性間の場合と同じ程度に保障している旨明示したこと	18
ク	小括	20

第3	平等原則（憲法14条1項）違反	20
1	婚姻の自由と立法裁量との関係	20
(1)	太白区長の主張	20
(2)	申立人らの主張	20
ア	国会の立法裁量が尊重されるべきであるとの主張について	20
イ	異性婚と同性婚について、その制度の構築が要請されているか否かという点について差異があることが憲法上も想定されているとの主張について	21
ウ	小括	22
2	婚姻制度の目的	22
(1)	太白区長の主張	22
(2)	申立人らの主張	22
第4	憲法24条2項違反	23
1	太白区長の主張	23
2	申立人らの主張	24
第5	本件婚姻届を受理すべきこと	24
1	はじめに	24
2	憲法適合的解釈	25
(1)	「憲法適合的解釈」の意味内容	25
(2)	本件において求められる憲法適合的解釈	26
3	一部違憲	26
(1)	一部違憲について	26
(2)	現行法上、異性間において行われることが婚姻の実質的成立要件であるとするれば、当該要件は違憲無効であること	27
4	国籍法違憲判決について	29
(1)	はじめに	29
(2)	国籍法違憲判決（法廷意見）が示した救済方法	30

ア	判示内容	30
イ	評価	31
(3)	国籍法違憲判決の藤田宙靖裁判官意見が示した救済方法	32
ア	藤田裁判官意見の内容	32
イ	評価	33
5	同性婚を認めた場合の影響と司法の責務について	34
(1)	同性婚を前提とした制度・運用が整えられていないこと自体は、不受理の理由にはならないこと	34
(2)	同性婚を認めたとしても他の法制度への不利益や支障が生じないこと ..	35
(3)	司法の責務	36
6	結語	37

第1 本準備書面の目的

申立人らは、婚姻に関する民法及び戸籍法の諸規定を合憲的かつ合理的に解釈することによって、本件婚姻届の受理が可能であると主張するものである。

これに対し、仙台市太白区長（以下、「太白区長」という。）は、令和6年7月9日付け意見書（以下、「意見書」という。）において、申立人らの届出は、異性間において行われるという実質的成立要件を欠く無効なものであり、さらに、婚姻の実質的成立要件としての婚姻意思を欠くものでもあるところ、民法740条が定める「その他の法令の規定に違反」する届出に該当するため受理することはできず、したがって不受理としなければならない届出である旨主張する（意見書第2の3〔3～6頁〕）とともに、民法及び戸籍法上同性同士の婚姻が認められないことは、憲法（24条1項、13条、14条1項及び24条2項）に違反しない旨主張する（意見書第2の4〔6～21頁〕）。

上記太白区長の主張のうち、民法及び戸籍法自体の解釈について論じる部分に対する申立人らの反論は、別途詳細に主張する予定である。

本準備書面では、主に、上記太白区長の主張のうち、憲法違反の有無について論じる部分に対する反論、すなわち、同性同士の婚姻は認められないという解釈（以下、「本件解釈」または「旧来の解釈」という。）ないし旧来の解釈に基づく本件不受理処分が憲法に違反していること、及び、その帰結として本件婚姻届の受理を命ずべきことについての主張を補充する。

第2 婚姻の自由の侵害（憲法13条、24条1項違反）

1 婚姻の自由が、本来的には憲法13条に基づいて保障されること

(1) 太白区長の主張（憲法13条関連）

太白区長は、「申立人らが本件解釈ないし本件解釈に基づく本件不受理処分により侵害されていると主張する権利又は利益の本質は、結局のところ、同性間の人的結合関係についても異性間の人的結合関係を対象とする婚姻と同

様の積極的な保護や法的な利益の供与を認める法制度の創設を国家に対して求めるものにほかならず、法制度を離れた生来的、自然権的な権利又は利益として憲法で保障されているものではないことから、このような内実のものが憲法13条の規定する幸福追求権の一内容を構成すると解することはできない」(意見書第2の4(2)イ(i)d〔13～14頁])と主張する。

(2) 申立人らの主張

ア 婚姻の自由は、生来的、自然権的な権利として、憲法13条の規定する幸福追求権の一内容を構成するものであること

(ア) 婚姻は、単に国家が提供するサービスとしてではなく、前国家的、自然的に生じていた人類の営みであり、婚姻をするかどうか、いつ誰と婚姻をするかについて、自由かつ平等な意思決定をなし得ることは、個人が尊厳をもってその人らしい人生を送り、その人にとっての幸福を追求する上で、必要不可欠である(申立書第5の1〔14～16頁])。

したがって、婚姻の自由は、まさに生来的、自然権的な権利として、憲法13条の規定する幸福追求権の一内容を構成するというべきである。

なお、憲法24条1項については、婚姻の自由が、上記の通り本来的には憲法13条によって保障されることを前提に、これを婚姻制度の中核(法律によっても侵すことのできない核心的部分)に位置付けることを宣言したものと捉えることができる(申立書第5の1(5)〔15頁])。

(イ) 以上のような申立人らの主張は、決して、単なる独自の見解にとどまるものではない。

例えば、高橋和之教授は、婚姻制度及び婚姻の自由の内容・性質について、「婚姻そのものは前国家的な人権の問題であり、国家が法律婚という制度をもって介入するのは、社会が婚姻につき一定の秩序付けを必要とするからにすぎない。したがって、国家の定める婚姻制度は、基本的には婚姻の自由の制限と捉え、それがなぜ正当かをきちんと説明する必

要がある。もし不必要な制限であれば、その制限は憲法違反なのである。」、「婚姻制度は…社会で自生的に成立する人間の営みであり、しかしそれをまったく各人の自由に任せるといろいろな問題が生じるので、それを予防し皆が平等に婚姻生活を送ることができるように、社会の要請に応じて国家が規律を施したものである。したがって、婚姻の要件は、婚姻の自由を制限するものであり、なぜその要件が必要かの論証が必要なのである。正当化が論証し得ない場合には、当然違憲となる。」（甲B103＝「夫婦別姓訴訟 同氏強制合憲判決にみられる最高裁の思考様式」雑誌『世界』2016年3月号・147頁）と述べているところ、申立書第5の1(6)〔16頁〕で紹介した、令和3年大法廷決定（甲B4）における三浦守裁判官意見や宮崎裕子裁判官・宇賀克也裁判官反対意見は、これと同様の考え方に拠って立つものと評価できる。

(ウ) その他にも、今日において、婚姻の自由が憲法13条に基づいて保障される旨の憲法学説が多数存在すること及びその内容については、申立人ら第1準備書面第7の1〔34～36頁〕の通りである。

イ 申立人らは、あくまで現行法下での婚姻届受理を求めており、新たな法制度の創設を国家に対して求めているわけではないこと

(ア) 申立人らは、あくまで、現行法下においても、同性同士を当事者とする婚姻届の受理は可能であると解すべき（この点については別途詳述する予定である。）ことを前提に、本件婚姻届の受理を求めるものである。

すなわち、本件においては、既に立法によって具体化された現行婚姻制度へのアクセスが否定されたことが問題なのであって、申立人らは、現行の婚姻制度を離れた新たな法制度の創設を国家に対して求めているのではない（無論、同性同士を当事者とする婚姻が可能であることを前提とした適切な法整備を行うことは別途検討されるべきである）。

(イ) したがって、太白区長の主張は、申立人らの主張を曲解し、その曲解に基づいて申立人らの主張を論難するものであって、的を射ないものである。

ウ 小括

以上の通り、婚姻の自由は、生来的、自然権的な権利として、憲法13条の規定する幸福追求権の一内容を構成するものである。

2 婚姻の自由が同性カップルにも等しく及ぶこと

(1) 太白区長の主張（憲法24条1項関連）

太白区長は、「憲法24条1項の文理や審議状況等に照らすと、同項が、婚姻についての異性間の人的結合関係のみを対象としており、同性間の人的結合関係を対象とすることを想定していないことは明らかであり、…『婚姻をするについての自由』は、異性間の人的結合関係を対象とする婚姻についてのみ保障されていると解するのが相当である」と主張する（意見書第2の4(2)イ(ア)d〔12頁〕）。

(2) 申立人らの主張

ア はじめに

個人の尊厳や幸福の追求と深く結びついている婚姻の自由の趣旨、性質に照らせば、婚姻の自由は、異性間、同性間の別を問わず当然に保障されるべきであり、太白区長の上記主張は、憲法24条1項の「両性」や「夫婦」という文言に捉われて本質を見失ったものであって、誤りである（申立書第5の2〔16～19頁〕）。

以下では、憲法24条1項の「両性」や「夫婦」という文言の解釈についての主張を補充するとともに、申立人らの主張が、判例上認められている「婚姻をするについての自由」の意味内容や、近時の高裁判決（札幌高判令和6年3月14日判例集未登載。同性婚を認めない民法及び戸籍法の諸

規定が憲法24条及び14条1項に違反する旨判示した。以下、「札幌高裁判決」という。)の考え方に沿うものであることを述べる。

イ 憲法上の人権規定については、必要に応じて柔軟に解釈を行うことが認められ、また求められてきたこと

(ア) 法令の解釈にあたって、文言や表現のみにとらわれることなく、その目的や社会状況の変化を踏まえて解釈することは一般的に行われているところ、憲法の解釈についてみても、とりわけ人権規定については、個人の権利の適切な保障の観点から、必要に応じて柔軟に解釈を行うことが認められ、また求められているのであって、以下の通り、実際の判例でもいくつかの例がある。

(イ) まず、そもそも、人権規定の適用にあたって大前提となる「国民」という文言からして、柔軟な解釈が行われている。

例えば、マクリーン事件判決（最判昭和53年10月4日民集32巻7号1223頁）は、「憲法第三章の諸規定による基本的人権の保障は、権利の性質上日本国民のみをその対象としていると解されるものを除き、わが国に在留する外国人に対しても等しく及ぶものと解すべきであ」として、日常用語として、あるいは辞書的な意味としては日本国民（日本国籍を有する者）のみが想定されていることが一見して明らかな「国民」に、外国人（日本国籍を有しない者）を含める場合があることを認めた。

また、八幡製鉄事件判決（最大判昭和45年6月24日民集24巻6号625頁）は、「憲法第三章に定める国民の権利および義務の各条項は、性質上可能なかぎり、内国の法人にも適用されるものと解すべきである」として、こちらも、日常用語として、あるいは辞書的な意味としては自然人のみが想定されていることが一見して明らかな「国民」に、法人を含める場合があることを認めた。

このように、そもそも、人権規定の根幹ともいえるべき「国民」という文言についてさえ、必要に応じた柔軟な解釈が行われてきたのであるから、個別の条項中の文言についても、同様に柔軟な解釈が求められることは当然である。

(ウ) その他の例として、憲法22条1項の「職業選択の自由」も挙げられる。同条の文言上は、職業の「選択」の自由を保障するのみであるが、薬事法距離制限事件判決（最大判昭和50年4月30日民集29巻4号572頁）は、「職業は、ひとりその選択、すなわち職業の開始、継続、廃止において自由であるばかりでなく、選択した職業の遂行自体、すなわちその職業活動の内容、態様においても、原則として自由であることが要請されるのであり、したがって、右規定〔申立人ら代理人注：憲法22条1項〕は、狭義における職業選択の自由のみならず、職業活動の自由の保障をも包含しているものと解すべきである」として、「選択」の文言に職業の遂行・継続を含め、いわゆる営業の自由の保障を含めるとした。

(エ) さらに、憲法31条についての例も挙げられる。同条は、「何人も、法律の定める手続によらなければ、その生命若しくは自由を奪はれ、又はその他の刑罰を科せられない」と定めているところ、同規定は、文言上は「刑罰」を科す刑事手続のみを対象にしており、行政手続を対象にしていない。しかし、成田新法事件判決（最大判平成4年7月1日民集46巻5号437頁）は、「憲法31条の定める法定手続の保障は、直接には刑事手続に関するものであるが、行政手続については、それが刑事手続ではないとの理由のみで、そのすべてが当然に同条による保障の枠外にあると判断することは相当ではない」として、同条が、行政手続にも適用される場合があることを認めた。

(オ) 以上の通り、憲法上の人権規定については、必要に応じ、時としてその文言が持つ日常的な意味、あるいは辞書的な意味とは大きくかけ離れた形で柔軟に解釈を行うことが認められ、また求められてきたのである。

ウ 本件において、文言にとらわれない解釈を採る必要性・許容性

(ア) 以上を踏まえ、婚姻の自由の保障が同性カップルにも及ぶか否かについて検討すると、同性カップルは、婚姻の本質（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）を伴った関係を構築することができるという点において、異性カップルと何ら異なるところがなく、婚姻の自由が保障される趣旨も当然に妥当する（申立書第5の2(7)〔18頁〕）以上、同性カップルについて、異性カップルと同程度に婚姻の自由が保障されていると解すべき必要性は極めて高い。

(イ) 一方、上記解釈を採ることによって害される利益（別の言い方をすれば、旧来の解釈を固持することによって保護される反対利益）は具体的に想定できない上、婚姻制度の沿革・目的（別途詳述予定である。）や、国内外における社会状況の変化（申立書第8〔28頁以下〕、第1準備書面参照）を踏まえれば、憲法24条1項にいう「両性」には、＜男性・男性＞、＜女性・女性＞の両性を含み、「夫婦」は広く異性婚・同性婚双方の両当事者を含むという解釈は十分に可能というべきであって、上記イで挙げた各判決の例と比較しても、解釈としての限界を超えるものとは言い難い。

(ウ) したがって、「両性」・「夫婦」といった文言にとらわれることなく、婚姻の本質や婚姻制度の目的、婚姻の自由が保障される趣旨や社会状況の変化等を十分に踏まえ、婚姻の自由は、同性カップルに対しても等しく及ぶものと解釈すべきである。

エ 千葉勝美元最高裁判事による解釈

申立書では、千葉勝美元最高裁判事の論稿（甲B2）を参照しつつ、あるべき憲法24条の解釈について論じた（申立書第5の2(5)(6)〔17～18頁〕）ところ、同元最高裁判事は、本申立て直後に発刊された著書『同性婚と司法』（2024年）（甲B100）の中でも、上記論稿（甲B2）と同様、「憲法の変遷」という講学上の概念を紹介しつつ、次のように述べている。

「二四条一項及び二項の特定の文言「両性」「夫婦」を、男女に限定せず、婚姻関係にある二人（男女かどうかは問題としない）を意味するだけの「当事者」「双方」という別の用語が使用されているのと同じだとして二四条を解釈すること、それができるのではなかろうか。このような文理解釈をする場合でも、それによっても二四条の本来の趣旨には変更が生じないのであるから、このような解釈が許されるはずである。そうであれば、敢えて「憲法の変遷」をわざわざ持ちだすまでもなく、このような解釈は、一つの憲法の条文の解釈として許されるものと考ええる。これこそが、司法による憲法理念に沿った二四条一項、二項に関して採るべき新しい憲法解釈であろう。そして、その場合、判決文で「憲法の変遷」などという講学上の概念をわざわざ明示する必要はなく、通常、司法による違憲立法審査権の行使としてなし得る憲法解釈なのである。」（145～146頁）

「私としては…《我が国の憲法二四条一項、二項の「両性」「夫婦」という文言は、婚姻の当事者を特定するためのもので、それが、ことさら制限的な内容（男女の当事者に限るといふもの）を表す文言として使用することに強い意図があったとは思われない。そうである以上、時代の要請に沿った限定的でない、というよりも限定するためではない、ニュートラルな意味の文言にそれぞれを置き換えて、「当事者」「双方」という文言と同じものとして文理解釈することが可能である。》と考えている。これは「憲法

の変遷」の概念の根底にある考え方によるものであって、そのような解釈を採用することは、憲法改正をせずとも可能であると考えているのである。」

(167～168頁)

このように、申立人らが主張する解釈は、元最高裁判事の立場からみても、十分許容される解釈なのである。

オ 申立人らが主張する「婚姻の自由」は、判例上認められている「婚姻をするについての自由」の意味内容に沿うものであること

(ア) 再婚禁止期間事件判決（甲B8＝最大判平成27年12月16日民集69巻8号2427頁）は、旧民法733条1項が憲法14条1項及び憲法24条2項に違反するかを検討する中で、「同条〔申立人ら代理人注：憲法24条〕1項は、…（略）…と規定しており、婚姻するかどうか、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いう趣旨を明らかにしたものと解される。婚姻は、これにより、重要な法律上の効果を与えられるものとされているほか、近年家族等に関する国民の意識の多様化が指摘されつつも、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も考慮すると、上記のような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解することができる。」と判示する。

(イ) かかる判示からすると、判示が述べる「婚姻をするについての自由」は、要するに、婚姻するかどうか、いつ誰と婚姻するか意思決定についての自由であるということができ、申立人らが主張する「婚姻の自由」は、これに沿うものといえる。

(ウ) 上記判示は、一見、「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いう限度でしか保障されていない旨を示したかのようにも思える。

しかしながら、再婚禁止期間事件判決では、憲法24条1項違反の有無が直接問題となっていたわけではなかった。そのため、上記判示にいう「婚姻をするについての自由」は、あくまで旧民法733条1項が憲法14条1項及び憲法24条2項に違反するか否かを検討する中で言及されたに過ぎず、憲法上の権利として憲法24条1項で保障されるかどうか問われた中で検討されたものではない。

したがって、上記判示について、「婚姻をするについての自由」は、十分尊重に値するものという限度でしか保障されていない（憲法上の権利として保障されているわけではない）ことを示したものと評価すべきではない。

- (エ) 加えて、再婚禁止期間事件判決は、異性間の婚姻の事案において、婚姻をするについての自由と言及する中で、「両性」や「男女」等の文言を使用することなく、あえて「当事者間」という文言を使用している。かかる文言の使用は、婚姻をするについての自由が同性間にも及ぶという解釈を排斥しないための意図的な選択であるとも解し得るものである。そして、このような「当事者間」という文言の用い方は、令和3年6月23日最高裁大法廷決定（甲B4）にも引き継がれている。

カ 「婚姻をするについての自由」についての補足—再婚禁止期間事件判決の調査官解説—

- (ア) 再婚禁止期間事件判決の調査官解説（甲B259＝加本牧子「判批」最判解民事篇平成27年度）は、「本判決は、憲法24条1項が、婚姻について旧憲法下における戸主の同意の要件等を排除して、『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。』と規定しており、婚姻をするかどうかや、いつ誰と婚姻するかは当事者の自由かつ平等な意思決定に委ねられるという趣旨を明らかにしたものと解している。そ

して、憲法24条1項があえてこのように規定していることから、例えば法律婚制度自体の廃止は許されないであろうし、法律婚の要件として不合理なものを規定すれば違憲の問題が生じ得ると考えられることからすると、少なくとも、『婚姻をするかどうかや、いつ誰と婚姻するか』を当事者間で自由に意思決定し、故なくこれを妨げられないという意味において、『婚姻をするについての自由』が保障されているということではできらるであろう。」と述べ、少なくとも、「婚姻をするかどうかや、いつ誰と婚姻するか」を当事者間で自由に意思決定し、故なくこれを妨げられないという意味において「婚姻をするについての自由」が憲法24条1項で保障されていることを明示している。

(イ) また、同調査官解説は、「このような『婚姻をするについての自由』については、上記イの『婚姻の自由』をめぐる議論の状況からその外延等が明確ではなく、これを憲法上の『権利』としてどのように構成すべきかについてはなお検討の余地があるが、意思決定の自由という事柄の性質に照らし、その背後には憲法13条が基盤とする国民の自由・幸福追求の権利があると観念することができるように思われる。」と述べるどころ、かかる見解は、申立人らが、前記1(2)アで述べた、「婚姻の自由は、憲法13条の規定する幸福追求権の一内容を構成する」という主張にも沿うものである。

(ウ) 他方、同調査官解説は、「婚姻をするについての自由」について、積極的に憲法上の権利性を認めるような表現こそしていないものの、注釈の中では「(注24) なお、本件では、憲法上の『婚姻の自由』の侵害の有無が直接的には問われていないこともあって、本判決はその権利又は利益としての具体的内容や位置付けについてまでは必ずしも明示的には述べず、平等原則違反の枠組みの中で考慮すべき要素として必要な範囲での判示にとどめたものと推測される。」と述べている。これは、「婚姻を

するについての自由」があくまで平等原則違反の枠組みの中での考慮要素として検討されたに過ぎないことをあえて指摘したものであり、「婚姻の自由」の侵害の有無が直接的に問われた場合には、これが憲法上の権利として保障される可能性を示唆しているところ、本件は、まさに婚姻の自由の侵害の有無が直接的に問題となっている事案であるから、その憲法上の権利性について、十分な検討がなされるべきである。

この点については、令和3年大法廷決定（甲B4）の三浦守裁判官意見も同趣旨の指摘をしている。

同裁判官意見は、「婚姻の自由」という項目を立てた上で、「平成27年大法廷判決は、憲法24条1項について、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であるという趣旨を明らかにしたものであるとしている。そして、最高裁平成25年（オ）第1079号同27年12月16日大法廷判決・民集69巻8号2427頁は、それに加えて、婚姻をするについての自由は、同項の規定の趣旨に照らし、十分尊重に値するとしたが、これは、民法の規定が、再婚をする際の要件に関し男女の区別をしていることにつき、憲法の平等原則との関係で考慮すべき点として判示したものであり、こ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解される。」と述べて、再婚禁止期間事件判決が「婚姻をするについての自由」の憲法上の権利性を否定したものではない旨を指摘した上で、「婚姻の自由は、同項〔申立人ら代理人注：憲法24条1項〕により保障されるものと解される。」と、明確に「婚姻の自由」の憲法上の権利性を認めている。

- (エ) さらに、本件においては、再婚禁止期間事件判決で問われたとは異なる側面において婚姻の自由の侵害の有無が問われていることも考慮されるべきである。

すなわち、再婚禁止期間事件判決で問われたのは、「いつ...婚姻するか」に関する意思決定の自由である一方、本件において問われているのは、「婚姻するかどうか」や「誰と婚姻をするか」に関する意思決定の自由であるところ、前者の自由への侵害と後者の自由への侵害の程度は大きく異なる。

前者の自由への侵害は、再婚禁止期間事件判決の事案に即していえば、一定期間婚姻をすることができなくなるとはいえ、再婚禁止期間（旧民法733条1項の場合であっても6ヶ月間）を経過すれば、婚姻が可能になるものである。

他方、後者の自由への侵害は、一定の期間が経過しただけで解消されるものではなく、本件に即していえば、同性カップルは、いくら望んでも、例外なく永続的に、婚姻をすることが認められない状況下に置かれているのである。

このように、本件では、再婚禁止期間事件判決で問われたのとは異なる側面において婚姻の自由の侵害の有無が問われていることが十分考慮されるべきである。

キ 札幌高裁判決が、憲法24条1項は、同性間の婚姻について、異性間の場合と同じ程度に保障している旨明示したこと

(ア) 札幌高裁判決は、「同条は、その文言上、異性間の婚姻を定めており、制定当時も同性間の婚姻までは想定されていなかったと考えられる。婚姻と家族の制度において、旧憲法下の家制度の制約を改め、対等な当事者間の自由な意思に基づく婚姻を定める趣旨により、両性との文言が採用されたと解される。また、当時は、いまだ同性愛については、疾患や障害と認識されていたとの事情もあったと思われる。しかしながら、法令の解釈をする場合には、文言や表現のみでなく、その目的とするところを踏まえて解釈することは一般的に行われており、これは、法人や外

国人の人権が問題となる場合をはじめとして（最高裁昭和41年（オ）第444号同45年6月24日大法廷判決・民集24巻6号625頁、最高裁昭和50年（行ツ）第120号同53年10月4日大法廷判決・民集32巻7号1223頁等参照）、憲法の解釈においても変わるところはないと考えられる。さらに、仮に立法当時に想定されていなかったとしても、社会の状況の変化に伴い、やはり立法の目的とするところに合わせ、改めて社会生活に適する解釈をすることも行われている。したがって、憲法24条についても、その文言のみに捉われる理由はなく、個人の尊重がより明確に認識されるようになったとの背景のもとで解釈することが相当である。」とした上で、「憲法24条1項は、人と人との間の自由な結びつきとしての婚姻をも定める趣旨を含み、両性つまり異性間の婚姻のみならず、同性間の婚姻についても、異性間の場合と同じ程度に保障していると考えることが相当である。」と判示した（下線部は申立人ら代理人による）。

上記判示内容は、憲法24条の趣旨や婚姻制度の目的、社会状況の変化等に照らして、「両性」・「夫婦」といった文言のみにとらわれることなく、同性間の婚姻についても、異性間の場合と同じ程度に保障しているという結論を導いているという点で、まさに申立人らの主張に合致するものである。

- (イ) さらに、札幌高裁判決は、検討に先立って、「なお、控訴人らの主張は、憲法違反をいう前提として、本件規定について、異性間の婚姻を定めているが、同性間の婚姻は許していないとの解釈を前提として、このような定めが憲法の各条項に違反するとの趣旨と解され、以下このような理解のもとに判断する。」とも述べているところ、同説示は、現行法でも同性婚が可能との解釈の余地を意図的に残したものと解し得るものであって、この点からも、申立人らの主張と整合するものである。

ク 小括

以上の通り、婚姻の自由は、同性カップルに対しても等しく及ぶというべきであって、太白区長の上記(1)の主張は、理由がない。

第3 平等原則（憲法14条1項）違反

1 婚姻の自由と立法裁量との関係

(1) 太白区長の主張

太白区長は、「同性カップル」という人的関係と、「異性カップル」という人的関係の別異取扱いの合理性についての判断に当たっては、国会の合理的な立法裁量が尊重されるべきである旨主張するとともに、その判断に当たっては、異性婚と同性婚については、その制度の構築が要請されているか否かという点について差異があることが憲法上も想定されていることも考慮されるべきである旨主張する（意見書第2の4(3)イ(ア)b(b)〔16～18頁〕）。

(2) 申立人らの主張

ア 国会の立法裁量が尊重されるべきであるとの主張について

そもそも、国会の立法裁量の存在は、憲法14条1項違反の有無を検討するに当たって、それ自体が直接的に当該別異取扱いの合理的根拠となるものではなく、あくまで、当該別異取扱いの合理的根拠の有無（細分化すると、目的の正当性や、目的達成手段としての合理性の有無等）をどれだけ厳格に審査するかの判断に際しての一考慮要素に過ぎない。

本件解釈（旧来の解釈）による別異の取扱いが、「性別」（憲法14条1項後段）ないし性的指向という自らの意思によって選択・変更し得ない事柄に基づく区別であることや、それによって侵害される権利・利益（婚姻の自由の侵害、婚姻としての公証ないし法的承認を受けられないこと、婚姻に伴う種々の法的・経済的利益、社会生活上の利益などが享受できないこと等）の重大性を考慮すれば、その合理的根拠の有無は厳格に審査され

るべきであって（申立書第7の4〔27頁〕参照）、そのことは、立法裁量を考慮したとしても、決して変わるものではない。

仮に、百歩譲って、立法裁量を最大限尊重し、合理的根拠の有無を一定程度緩やかに審査することとした場合でも、そもそも、本件解釈は「婚姻は男女間でするもの」「同性愛は許されないもの」といった固定観念から導かれていたものに過ぎず、区別を正当化し得るような目的を見出すことすらできない（申立書第5の3(3)〔21～22頁〕、第7の5〔27頁〕）のであるから、本件解釈による別異の取扱いにつき、合理的根拠があると認める余地はない。なお、婚姻制度自体の目的を生殖や子の養育とのみ結びつける考え方が誤りであることは、後記2(2)の通りである。

この点について、札幌高裁判決が、「国会が立法裁量を有することを考慮するとしても、本件規定が、異性愛者に対しては婚姻を定めているにもかかわらず、同性愛者に対しては婚姻を許していないことは、現時点においては合理的な根拠を欠くものであって、本件規定が定める本件区別取扱いは、差別的取扱いに当たると解することができる。」として憲法14条1項違反を認めたのも、立法裁量の存在よりも、自らの意思で選択・変更し得ない事柄に基づく区別であることと、それによる不利益の重大性（同判決は「要するに人としての営みに支障が生じているということ」と評している。）を重視した結果と評価すべきである。

以上の通り、立法裁量を考慮したとしても、本件解釈による別異の取扱いについて、合理的な根拠があるとは認められない。

イ 異性婚と同性婚について、その制度の構築が要請されているか否かという点について差異があることが憲法上も想定されているとの主張について

太白区長の上記主張は、婚姻の自由が異性間にしか及ばないことを前提とするものであるところ、婚姻の自由が同性間にも及ぶことは、既に述べてきた通り（札幌高裁判決も、「憲法24条1項は、人と人との間の自由

な結びつきとしての婚姻をも定める趣旨を含み、両性つまり異性間の婚姻のみならず、同性間の婚姻についても、異性間の場合と同じ程度に保障していると考えることが相当である。」としている。) であり、そうである以上、同性婚についても、異性婚と同様に制度の構築が要請されているというべきである。

ウ 小括

よって、太白区長の上記(1)の主張は、理由がない。

2 婚姻制度の目的

(1) 太白区長の主張

太白区長は、「民法上、婚姻が男女間においてのみ認められているのは、民法の婚姻制度の目的が、一般に、夫婦がその間に生まれた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にあるとされているためである」(意見書第2の4(3)イ(ア)b(c)〔19頁])とした上で、「このような立法目的に照らせば、男女間にのみ婚姻を認めるというその手段の合理的関連性もまた明らかである」(意見書第2の4(3)イ(ア)b(c)〔20頁])と主張する。

(2) 申立人らの主張

「夫婦がその間に生まれた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」が、婚姻制度の目的、あるいは機能の一つであること自体は否定しないが、婚姻制度の目的は、決してそれのみに限られるものではない。

婚姻制度は、婚姻の本質を伴った二人の当事者の親密関係を保護することを中核として(甲B260=木村草太『憲法』(東京大学出版会、2024)190頁参照)、様々な目的・機能を複合的に有するものであるところ、太白区長の主張は、その中の一側面のみを恣意的に取り出し、強調したものにすぎない。

仮に、太白区長の主張するように婚姻制度の目的を生殖や養育とのみ結びつけ、それが根拠となって同性間の婚姻を認めないことが正当化されるというのであれば、年齢、病気その他の事情により生殖・養育が見込めない、あるいはその意思がない男女間の婚姻を認めないような立法を行うことも、同様の論理によって正当化されることとなり、極めて不合理である。

同性間の婚姻を認めたとしても、太白区長が指摘する目的・機能が損なわれる事態が生じることは具体的に想定できない（むしろ、例えば子を育てる同性カップルにも同様に法的保護を与えることは、当該目的・機能の増進に資するとすらいえる。）以上、当該目的・機能があること自体は、同性婚を認めないことの根拠にはならない。

したがって、太白区長の上記(1)の主張は、理由がない。

第4 憲法24条2項違反

1 太白区長の主張

太白区長は、憲法24条1項は「当事者双方の性別が同一である場合に法律婚を成立させることを想定していないのであるから、同項を前提として具体的な制度の構築についての要請、指針を示した同条2項においても、異性間の関係としての婚姻以外については立法による制度の構築が要請されていない」こと及び「民法上婚姻が男女間にのみ認められていることの立法目的の合理性及びその立法目的と男女間にのみ婚姻を認めるという手段の合理的関連性もまた明らかである」ことを根拠に、「民法及び戸籍法上同性同士の婚姻が認められないことが、憲法24条2項が個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚すべきであるとする要請、指針によって画されたその裁量を逸脱するものとはいえず、同項にも違反するものではない」と主張する（意見書第2の4(3)イ(ア)c〔20～21頁〕）

2 申立人らの主張

同性婚についても異性婚と同様に制度の構築が要請されていることは上記第3の1イ(1)で述べた通り、太白区長による婚姻制度の目的についての理解自体が誤っていることも、上記第3の2で述べた通りである。

旧来の解釈ないし旧来の解釈に基づく本件不受理処分は、「個人の尊厳」と「両性の本質的平等」の要請に反するため憲法24条2項に反し違憲であつて、このことは、申立人らがこれまでに述べてきたことを踏まえれば明らかである。

第5 本件婚姻届を受理すべきこと

1 はじめに

申立人らは、婚姻に関する民法及び戸籍法の諸規定を合憲的かつ合理的に解釈することによって、本件婚姻届の受理が可能であると主張するものである。

本件婚姻届が不受理とされた理由は、「男性同士を当事者とする婚姻届は不合法である」ことのみである（甲A3）ところ、太白区長の意見を踏まえても、民法及び戸籍法の諸規定の解釈上、当該理由に実質的根拠がないことは、追って詳述する。

申立人らは、申立書及び本準備書面において、旧来の解釈ないし旧来の解釈に基づく不受理処分が違憲であることについて詳述してきたところ、一見、ここにいう「違憲である」ことの意味内容（あるいは違憲判断の対象）が明らかではないようにも思える。

ここで申立人らのいう「違憲である」ということの意味内容は、大きく2つに分けられ、1つ目は、「民法及び戸籍法の諸規定を憲法適合的に解釈すれば同性婚の成立が認められることは明らかであるから、本件不受理処分は、民法及び戸籍法の諸規定の解釈適用を誤ったものであつて違法である」というものである。

そして2つ目は、「仮に、太白区長の主張する通り、民法及び戸籍法上、異性間において行われることが婚姻の実質的成立要件であるとすれば、当該要件は、憲法13条、24条1項及び2項、14条1項に反し違憲無効であり、他方で、申立人らの届出においてその他の要件は全て満たされているのであるから、本件不受理処分は理由を欠き違法である」というものである。

以下、これら2点について詳述する。

2 憲法適合的解釈

(1) 「憲法適合的解釈」の意味内容

「憲法適合的解釈」の意味内容は一義的には明らかではないが、ここでは、「法令の解釈において憲法を含む法体系に最も適合的なものを選ぶという体系的解釈としての合憲解釈」（甲B261＝宍戸常寿『憲法 解釈論の応用と展開』2011年、305頁参照。なお、同書籍は初版であり、2014年に第2版が版行されているが、上記引用部分は異なる。）、という広義の意味において用いることとする。

なお、「憲法適合的解釈」については、「合憲限定解釈」や「合憲拡張解釈」等の概念との区別や包含関係が問題になるが、これらの概念には一定の連続性があり、明確に区別することは實際上困難であるところ、本件において申立人らが求める解釈は、あえて「合憲限定解釈」あるいは「合憲拡張解釈」と位置付ける必要までではないものとする。

例えば、堀越事件判決（最判平成24年12月7日刑集66巻12号1337頁）が行った、国家公務員法102条1項にいう「政治的行為」の解釈については、見方によっては「合憲限定解釈」と評価する余地もあり得るものの、同判決の千葉勝美裁判官補足意見や調査官解説（甲B262＝岩崎邦生 最高裁判所判例解説刑事篇平成24年度463頁）によれば、同判決の解釈は、いわゆる「合憲限定解釈」ではなく、単に、上記に示した甲B261の定義による「憲法適合的解釈」を行ったに過ぎないものと位置付けられ

ている（同調査官解説において、実際に上記甲B261の定義が引用されている）。

本件において申立人らが求める解釈も、見方によっては「合憲拡張解釈」（後述の通り、国籍法違憲判決の藤田宙靖裁判官意見が採ったとされる救済方法）と評価する余地もあり得るように思われるものの、基本的には、上記甲B261の定義による「憲法適合的解釈」に尽きるものと考えている。

(2) 本件において求められる憲法適合的解釈

旧来の解釈は、既に詳しく述べてきた通り、その適用によって憲法13条、24条1項及び2項、14条1項違反という結果を生じさせる、いわば違憲的な解釈であり、是正の必要性が極めて高いという要請に照らせば、民法及び戸籍法の諸規定における「婚姻」には同性婚も含め、「夫婦」等の文言には同性カップルも含めるような解釈をすることによって同性間の婚姻を認めるべきことは明らかである。

したがって、旧来の解釈に基づいてなされた本件不受理処分は、民法及び戸籍法の解釈適用を誤ったものであって違法であり、本件婚姻届の受理を命じるべきである。

3 一部違憲

(1) 一部違憲について

一部違憲とは、法令の規定のうち、全部を無効とするのではなく、文言上又は意味上の可分な一部を違憲と判断する手法をいう。一部違憲判決の例としては、郵便法違憲判決（最大判平成27年12月16日民集69巻8号2427頁）、在外国民選挙権事件判決（最大判平成17年9月14日民集59巻7号2087頁）、国籍法違憲判決（最大判平成20年6月4日民集62巻6号1367頁）、再婚禁止期間事件判決（最大判平成27年12月16日民集69巻8号2427頁）、性同一性障害特例法違憲判決（最大判令

和5年10月25日民集第77卷7号1792頁)など、複数の最高裁判決が挙げられるように、決して特異な判断手法ではない。

このような手法が許容されるか否かについては、憲法的に瑕疵のある部分が、法令の文言あるいはその意味において明確に可分であるか否かという点が焦点となるほか、一部違憲判決の代表例として知られる国籍法違憲判決の調査官解説によれば、「当該法令の立法理由ないし立法趣旨をはじめ、法令全体の基本理念、他の規定等との関係その他法令全体の体系的な整合性、残余の規定の持つ意味、効果等を総合考慮した上で、残部のみをもって有効な規定と解することの客観的合理性の有無によってその可否を判断すべき」

(甲B263＝森英明 最高裁判所判例解説民事篇平成20年度301頁)とされている。

以下では、上記のような観点から、本件でも一部違憲の判断が可能であることについて述べる。

(2) 現行法上、異性間において行われることが婚姻の実質的成立要件であるとするれば、当該要件は違憲無効であること

仮に、太白区長の主張するように、異性間において行われることが婚姻の実質的成立要件であるとする、当該要件(以下、仮に「異性間要件」という。)がある場合とない場合とで、婚姻が成立する当事者の範囲の違いは明確であるから、異性間要件は、婚姻に関する民法及び戸籍法の諸規定のうち、意味上の可分な一部を構成するといえる。

そして、既に検討してきたところに照らせば、異性間要件は、憲法13条、24条1項及び2項、14条1項に反し違憲というべきである(いわば、法が過剰な要件を課したことにより、違憲的な結果が生じている)。

他方、上記の違憲状態を解消するために、婚姻に関する民法及び戸籍法の諸規定全体を全部無効として、異性カップルの婚姻の成立をもすべて否定することは、およそ立法者の合理的意思として想定し難い。

そこで、婚姻制度の存在自体は前提として、異性間要件により違憲的な取扱いを受けている同性カップルの救済を図り、違憲の状態を是正する必要があることになる。

このような見地に立って是正の方法を検討すると、申立書第5の1、2〔14～19頁〕で述べたように、婚姻は前国家的、自然発生的なものであって、両者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点にその本質があること、婚姻の自由が、個人の尊厳及び幸福追求にとって必要不可欠であるがゆえに憲法13条・憲法24条1項によって保障されるものであること、憲法24条が、1項及び2項を通じ、明治憲法下で「家」制度が中核とされ、家族の構成員各個人の基本的人権が蔑ろにされていた状態から脱却し、家族生活に関して、個人の尊厳及び両性の本質的平等の理念に基づく基本原則を採用することを宣言したものであること等を踏まえれば、同性カップルについても、異性カップルと同様に婚姻の成立を認めるほかはない。すなわち、同性カップルについても、異性間要件を除いた他の婚姻要件が満たされる場合に、婚姻の成立が認められるものとすることによって、婚姻に関する民法及び戸籍法の諸規定の合憲的で合理的な解釈が可能となるものということができ、この解釈は、異性間要件の存在により違憲的な取扱いを受けている同性カップルに対して直接的な救済のみちを開くという観点からも、相当性を有するものというべきである。

そして、上記の解釈は、異性間要件による違憲の瑕疵を是正するため、婚姻に関する民法及び戸籍法の諸規定を全体として無効とすることなく、その一部をなす異性間要件のみを除いて合理的に解釈したものであって、その結果も、異性カップルと同様の要件による婚姻の成立を認めるにとどまるものである。この解釈は、個人の尊厳と両性の本質的平等の要請を満たすとともに、婚姻の本質を伴った関係を築くことができるという点において異性カップルと何ら異なるところのない同性カップルにも婚姻を認めるものとして、

婚姻制度の趣旨及び目的に沿うものであり、この解釈をもって、裁判所が法律にない新たな制度を創設するものであって国会の本来的な機能である立法作用を行うものとして許されないと評価することは、婚姻や家族に関する他の立法上の合理的な選択肢の存在の可能性を考慮したとしても、当を得ないものというべきである。

したがって、同性カップルについても、異性間要件を除いた他の要件が満たされるときは、婚姻の成立が認められるというべきである。

以上の通り、仮に異性間要件の存在を前提とした場合、結局、本件不受理処分理由は異性間要件を満たしていないことに尽きるところ、異性間要件は違憲無効であり、他方、申立人らの届出においてその他の要件は全て満たされているのであるから、本件不受理処分は理由を欠く違法な処分ということになる。

したがって、本件婚姻届の受理を命じるべきである。

4 国籍法違憲判決について

(1) はじめに

国籍法違憲判決（法廷意見）は一部違憲判決の代表例として知られるほか、同判決における藤田宙靖裁判官意見も、学説上、いわゆる「合憲拡張解釈」の可能性を示した画期的なものとして知られている。

両意見は、基本的な発想や論理の組み立て方こそ異なるものの、いずれも、憲法上是認し得ない結果が生じている場合に、違憲を宣言するのみならず、合憲的で合理的な法解釈によって当事者の直接的な救済を図った（上告人らが求めていた日本国籍の取得まで認めた）ものであって、本件における申立人らの救済方法を検討する上でも大いに参考になるものと思われるので、以下、紹介する。

(2) 国籍法違憲判決（法廷意見）が示した救済方法

国籍法違憲判決（法廷意見）は、国籍法3条1項（当時）が、日本国民である父と日本国民でない母との間に出生した後に父から認知された子につき、父母の婚姻により嫡出子たる身分を取得した場合に限り日本国籍の取得を認めていることにより国籍の取得に関する区別を生じさせていることは、（遅くとも平成17年当時において）憲法14条1項に違反するという前提の下、その帰結として、上告人らの日本国籍の取得を認めることの可否について、以下のように判示した（下線部は申立人ら代理人による）。

ア 判示内容

「国籍法3条1項の規定が本件区別を生じさせていることは、…憲法14条1項に違反するといわざるを得ないが、国籍法3条1項が日本国籍の取得について過剰な要件を課したことにより本件区別が生じたからといって、本件区別による違憲の状態を解消するために同項の規定自体を全部無効として、準正のあった子（以下「準正子」という。）の届出による日本国籍の取得をもすべて否定することは、…立法者の合理的意思として想定し難いものであって、採り得ない解釈であるといわざるを得ない。そうすると、準正子について届出による日本国籍の取得を認める同項の存在を前提として、本件区別により不合理な差別的取扱いを受けている者の救済を図り、本件区別による違憲の状態を是正する必要があることになる。」

「このような見地に立って是正の方法を検討すると、憲法14条1項に基づく平等取扱いの要請と国籍法の採用した基本的な原則である父母両系血統主義とを踏まえれば、日本国民である父と日本国民でない母との間に出生し、父から出生後に認知されたにとどまる子についても、血統主義を基調として出生後における日本国籍の取得を認めた同法3条1項の規定の趣旨・内容を等しく及ぼすほかはない。すなわち、このような子についても、父母の婚姻により嫡出子たる身分を取得したことという部分を除いた同項所定の要件が

満たされる場合に、届出により日本国籍を取得することが認められるものとすることによって、同項及び同法の合憲的で合理的な解釈が可能となるものということができ、この解釈は、本件区別による不合理な差別的取扱いを受けている者に対して直接的な救済のみちを開くという観点からも、相当性を有するものというべきである。」

「そして、上記の解釈は、本件区別に係る違憲の瑕疵を是正するため、国籍法3条1項につき、同項を全体として無効とすることなく、過剰な要件を設けることにより本件区別を生じさせている部分のみを除いて合理的に解釈したものであって、その結果も、準正子と同様の要件による日本国籍の取得を認めるにとどまるものである。この解釈は、日本国民との法律上の親子関係の存在という血統主義の要請を満たすとともに、父が現に日本国民であることなど我が国との密接な結び付きの指標となる一定の要件を満たす場合に出生後における日本国籍の取得を認めるものとして、同項の規定の趣旨及び目的に沿うものであり、この解釈をもって、裁判所が法律にない新たな国籍取得の要件を創設するものであって国会の本来的な機能である立法作用を行うものとして許されないと評価することは、国籍取得の要件に関する他の立法上の合理的な選択肢の存在の可能性を考慮したとしても、当を得ないものというべきである。」

「したがって、日本国民である父と日本国民でない母との間に出生し、父から出生後に認知された子は、父母の婚姻により嫡出子たる身分を取得したという部分を除いた国籍法3条1項所定の要件が満たされるときは、同項に基づいて日本国籍を取得することが認められるというべきである。」

イ 評価

以上の通り国籍法違憲判決（法廷意見）が示した救済方法は、法が過剰な要件を設けており、それが理由となって憲法上是認し得ない結果が生じている場合に、当該要件を違憲無効とした上で、その余の規定を合理的に解釈す

ることによって当事者の直接的な救済を図るという点において、申立人らの主張と整合するものである。

また、国籍取得の要件という、憲法10条において立法への委任が明示されており、立法裁量が相応に尊重されるべきと考えられる（しかも、憲法24条2項と異なり、「個人の尊厳」「両性の本質的平等」等による限界も画されていない）事項について、最高裁が上記のような判断を示したことは、銘記されるべきである。

(3) 国籍法違憲判決の藤田宙靖裁判官意見が示した救済方法

国籍法違憲判決における藤田宙靖裁判官の意見（以下、「藤田裁判官意見」という。）は、同事件において問題となった区別は、「国籍法の解釈に当たり同法3条1項の文言に厳格にとらわれることなく、同項は上記の準正要件を満たさない者（非準正子）についても適用さるべきものと合理的に解釈することによって解消することが可能であり、また本件においては、当裁判所としてそのような道を選択すべきであること等の点において、多数意見と結論を同じくする」としつつ、以下のように述べた（下線部は申立人ら代理人による）。

ア 藤田裁判官意見の内容

「準正要件が置かれていることによって違憲の結果が生じているのは、多数意見がいうように同条が「過剰な」要件を設けているからではなく、むしろいわば「不十分な」要件しか置いていないからというべきなのであって、同項の合理的解釈によって違憲状態を解消しようとするならば、それは「過剰な」部分を除くことによってではなく、「不十分な」部分を補充することによってでなければならない」

「一般に、立法府が違憲な不作為状態を続けているとき、その解消は第一次的に立法府の手に委ねられるべきであって、とりわけ本件におけるように、問題が、その性質上本来立法府の広範な裁量に委ねられるべき国籍取得の要

件と手続に関するものであり、かつ、問題となる違憲が法の下での平等原則違反であるような場合には、司法権がその不作為に介入し得る余地は極めて限られているということ自体は否定できない。しかし、立法府が既に一定の立法政策に立った判断を下しており、また、その判断が示している基本的な方向に沿って考えるならば、未だ具体的な立法がされていない部分においても合理的な選択の余地は極めて限られていると考えられる場合において、著しく不合理な差別を受けている者を個別的な訴訟の範囲内で救済するために、立法府が既に示している基本的判断に抵触しない範囲で、司法権が現行法の合理的拡張解釈により違憲状態の解消を目指すことは、全く許されないことではないと考える。」

「上告人らが等しく日本国民の子でありながら、届出によってこうした法的地位を得ることができないでいるのは、ひとえに、国籍の取得の有無に関し現行法が行っている出生時を基準とする線引き及び父母の婚姻の有無による線引き、父母のいずれが日本国民であるかによって事実上生じる線引き等、本人の意思や努力の如何に関わりなく存在する様々の線引きが交錯する中で、その谷間に落ち込む結果となっているが故なのである。仮にこれらの線引きが、その一つ一つを取って見た場合にはそれなりに立法政策上の合理性を持つものであったとしても、その交錯の上に上記のような境遇に置かれている者が個別的な訴訟事件を通して救済を求めている場合に、先に見たように、考え得る立法府の合理的意思をも付度しつつ、法解釈の方法として一般的にはその可能性を否定されていない現行法規の拡張解釈という手法によってこれに応えることは、むしろ司法の責務というべきであって、立法権を篡奪する越権行為であるというには当たらないものと考える」

イ 評価

藤田裁判官意見は、学説上、いわゆる「合憲拡張解釈」による救済の可能性を示したものと評価されている。

上記2(1)で述べた通り、本件において申立人らが求める解釈は、必ずしも「合憲拡張解釈」なる概念を用いずとも説明可能と考えられるものの、藤田裁判官意見は、憲法上是認し得ない結果が生じている場合に、法令の文言に厳格にとらわれることなく、合理的な拡張解釈により当事者の救済を志向するという本質部分において、申立人らの主張と整合するものである。

5 同性婚を認めた場合の影響と司法の責務について

(1) 同性婚を前提とした制度・運用が整えられていないこと自体は、不受理の理由にはならないこと

現行の戸籍実務等において、同性婚を前提とした制度・運用は未だ整えられていないものの、旧来の解釈ないし旧来の解釈に基づく本件不受理処分が違憲であるという前提に立った場合、上記制度・運用の不備自体は、本件婚姻届の不受理を容認することの理由にはならない。

以上のような申立人らの主張は、決して、単なる独自の見解にとどまるものではない。

例えば、令和3年大法廷決定（甲B4）の宮崎裕子裁判官・宇賀克也裁判官反対意見は、夫婦同氏制を定める民法及び戸籍法の各規定は憲法24条に違反するとの立場から、「婚姻届の受理による婚姻の成立とその後の戸籍の記載等の取扱いは、概念的に区別し得る」とした上で、「夫婦別氏とする婚姻届が受理されても、戸籍の編製及び記載をどうするのか（同一戸籍になるのか、その場合、戸籍の筆頭者は誰になるのかなど）は、法改正がなされるまではペンディングにならざるを得ないかもしれず、そのため、当事者が婚姻の事実を証明するために戸籍謄本の交付を請求することができないことが考えられるが、その場合には、戸籍法48条1項の規定により、婚姻届受理証明書を請求することができると考えられる。」、「法改正がされそれが施行されるまでの間は、婚姻の際に別氏を称することとした夫婦の間に生まれた子の氏が法的には定まらないという問題が生ずるが、その問題については、

子の出生を証明する必要がある場合には、戸籍法48条1項の規定により、出生届受理証明書を請求することができると考えられる。子が生まれた場合に、子の氏が法的には定まらないという問題があるからといって、そのことを理由として、その点を解決するような法改正を迅速に行うことをしないまま、婚姻届を受理しないことができるとはいえない。」等と述べ、暫定的な対応策を具体的に示しながら、制度・運用の不備が不受理の理由にはならないことを指摘している。

松本哲治教授は、「戸籍をどうしたらいいかわからないから結婚は認められないとすることは、夫婦同氏強制が違憲であるとの前提に立った場合、本末転倒な議論となっている。同性婚を法律婚としないことが違憲な場合（アメリカではすでに連邦憲法上そうである）、やはり受理を義務付けることになるはずのものである」と述べている（甲B264＝松本哲治「一部違憲判決と救済」土井真一編著『憲法適合的解釈の比較研究』（有斐閣、2018年）208頁）。

巻美矢紀教授は、「救済方法については、民法を憲法適合的に解釈すれば、同性婚の成立は認められる。その上で、婚姻の効果について、嫡出推定は暫定的に同性婚に適用しなければよく、同性婚を前提とした速やかな法改正を国会に促せばよいであろう」と述べている（甲B42＝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」渡辺康行『憲法訴訟の実務と解説』170頁）。

(2) 同性婚を認めたとしても他の法制度への不利益や支障が生じないこと

現行法下で同性婚を認めたとしても、他の法制度等との関係で不利益や支障が生じるものではない。

この点については、札幌高裁判決も、現行の婚姻制度の憲法24条適合性について検討する中で、「同性間の婚姻について社会的な法制度を定めた場合の不利益・弊害を検討すると、社会的な影響を含め、社会上の不利益・弊

害が生じることがうかがえない。」「同性婚を認めることが、社会の状況に大きな変化をもたらすものであって、その影響を考慮する必要があるとの的確な根拠があるとはうかがえない。」と述べている。

(3) 司法の責務

前記4(3)で紹介した藤田裁判官意見は、次のように述べている。

「いうまでもないことながら、国籍法3条1項についての本件におけるこのような解釈が一般的法規範として定着することに、国家公益上の見地から著しい不都合が存するというのであれば、立法府としては、当裁判所が行う違憲判断に抵触しない範囲内で、これを修正する立法に直ちに着手することが可能なのであって、立法府と司法府との間での権能及び責務の合理的配分については、こういった総合的な視野の下に考察されるべきものとする。」

これを本件に即して敷衍すると、万が一、現行法下において同性婚の成立が認められるという解釈が一般的法規範として定着することに、国家公益上の見地から著しい不都合が存するというのであれば、立法府としては、裁判所が行う違憲判断に抵触しない範囲内で、これを修正する立法に直ちに着手することが可能なのである。

裏を返せば、裁判所は、憲法上是認し得ない状態が存することが明らかであり、その解消を目指すにあたっては、国家公益上の見地からの不都合に必要な以上に配慮することなく、憲法76条3項に明記されているように、その良心に従い独立して判断を下すことができるというべきであり、むしろ、それこそが、人権保障の最後の砦たる裁判所に求められる責務なのである。

千葉勝美元最高裁判事も、次のように述べている。

「現状は、いわゆる同性婚状態である場合であっても、婚姻という現行の制度による法的・社会的利益を享受できない状態にある。そして、前述のとおり、何よりも婚姻という制度における二人の個人の結合という人格的で根源的な結びつきの喜び、精神的な充実感、相互の助け合いによる一種の運命

共同体的な安心感や相互の心からの信頼関係の素晴らしさといった「かけがえない個人の尊厳としての喜び」を享受できないという状態に置かれているのである。このような状況の下で、新しい憲法二四条の文理解釈によって、新たな世界が開けるのである。そうであれば、同性愛者のような性的マイノリティーの人達が「婚姻」ができないために損なわれている基本的人権、個人の尊厳に着目し、それを救済することは、法原理機関としての司法の基本的責務であろう。今日、司法は、そのことを国民から期待されているといえるのではなからうか。」(甲B100 146～147頁)

6 結語

以上の通り、本件解釈(旧来の解釈)ないし本件不受理処分が違憲であることの帰結として、民法及び戸籍法の諸規定について、憲法適合的解釈により、「婚姻」の文言には同性婚も含め、「夫婦」等の文言には同性カップルも含めるものと解釈することによって、あるいは、「異性間において行われること」を婚姻の実質的成立要件とする部分を違憲無効とすることによって、本件婚姻届が受理されるべきである。

以上