

令和8年2月27日

令和5年(家)第454号

申立人 渡邊 礼

同 プロスペル, コガリ

補 充 書 面 (1 4)

(合憲補充解釈に関する渋谷秀樹教授の意見書に基づく主張)

神戸家庭裁判所尼崎支部合議係 御中

申立人ら手続復代理人弁護士 伊 藤 建 代

(担当) 申立人ら手続代理人弁護士 宮 井 麻 由 子

申立人ら手続復代理人弁護士 金 枝 真 佐 尋 代

同復代理人弁護士 吉 田 修 一 代

同復代理人弁護士 及 川 裕 貴 代

第1 本書面の位置付け

本書面は、憲法学の泰斗・芦部信喜教授の門下生であり、著名な体系書『憲法〔第3版〕』（有斐閣、2017年）を執筆している渋谷秀樹立教大学名誉教授の新たな意見書（甲A404）（以下「**渋谷意見書2**」という。）に基づく主張をするものである。

本件において、既に、渋谷教授の論文（甲A343）（本書面においては「**渋**

谷意見書1」という。)を提出している。渋谷意見書1は、憲法の定める規範に照らし、現行の民法解釈としても同性婚を「婚姻」として認めなければならないことを論証したものであるが、渋谷意見書2は、渋谷意見書1以降の下級審判決を踏まえつつ、「司法手続としては、現行法の下で端的に同性同士の婚姻届の受理を命じる決定を裁判所が下すことができないか、を探」り、司法の役割としての「救済」を論じるものである(甲A404・7頁)。

本書面は、渋谷意見書2に基づくものであり、主として、令和6年12月27日付補充書面(9)の「第2 主張の全体像」、「3 本件の準拠法が日本法である場合」の主張、とりわけ、民法及び戸籍法が同性婚について何ら定めていないという前提をとる場合に、当事者を救済する観点から合憲補充解釈により本件婚姻届の受理を命ずべきこと(【主張IV】)を補充するものである。

なお、民法及び戸籍法が同性婚について何ら定めていないという仮定(主張IV)に立つ場合にあっても、国籍法違憲判決の藤田宙靖裁判官意見等に徴して合憲補充解釈により本件婚姻届の受理を命ずべきことは、令和6年12月27日付補充書面(8)及び同月30日付補充書面(10)で既に述べたとおりである。

第2 佐藤幸治名誉教授による指摘

1 そもそも、違憲という法規範的な評価の問題(違憲判断)と、違憲状態の是正のために何を命じ、何を命じないかという「憲法救済法」の問題は、論理的に区別される。前者は判決等の理由中に示されるが、後者は、裁判所が判決等の主文に何を書くことができるかという問題である(甲A404・7頁)。

戦後の代表的な憲法学者である佐藤幸治・京都大学名誉教授は、昭和60年(1985年)公刊の「基本的人権の保障と救済(1)(2)」(月刊法学教室55号、56号。著書『現代国家と司法権』(甲405)に収録)で憲法救済法を詳細に説き、「憲法は国民に多くの権利・自由を保障している。しかし、これらの

権利・自由も、それらを実効有らしめる効果的な救済の方法が用意されていなければ、その意義は損われ、極端な場合には画餅に帰するものとなろう。」と述べている（甲405・257頁、甲A404・15頁）。

本件審判について言えば、同性婚を認めていない現行の民法および戸籍法の規定につき（主張IVの前提）、同性婚を認める立法措置を講じないことが憲法に違反するという審判や決定を獲得しても、本件婚姻届が受理されない限り、国会が立法措置を講じるまでの間、申立人らは従前と何ら変わらない状況に置かれ続ける。

現在最高裁係属中の同性婚に係る一群の国家賠償請求訴訟について言うならば、仮に、同訴訟の請求の趣旨のとおり国家賠償請求を認容する判決を得たとしても、「婚姻する」という原告らの真の目的は果たされない。

- 2 佐藤幸治教授は、代表的体系書である『日本国憲法論第2版』（2020年、成文堂、甲A406・638頁）においても「司法権と「救済」」という項を設け、「司法権は、（略）法律関係または権利・義務の存否の確定が中心であるが、かつての実務・学説は、この点に純粹にこだわり、司法権がそうした確定作用を前提にして、事件・争訟を、的確な救済方法をとみなわせることによって、適正に解決するということへの思いに不足するところがあった」と指摘する。

そして、「アメリカ合衆国では、「実体法」、「手続法」と並んで「救済法」という独自の法領域」があることに言及し、「わが国では、こうした発想は希薄であるが、憲法解釈論として実質的意味の司法権観念をより立ち入って構成しようとするならば、避けて通れない課題というべきであろう。」と指摘する（甲A406・638頁）。

- 3 そのうえで、従来の最高裁判例の中にも救済法の発想を読み取れるものがある、として、迅速な裁判を受ける権利に関する高田事件免訴判決、議員定数不均衡問題に関し「事情判決」の法理を案出した判決、損失補償請求権（憲法2

9条3項)や国家賠償請求権(17条)に関する判決、在外国民選挙権訴訟判決、婚外子相続分違憲決定を挙げるのである(甲A406・639頁)。

- 4 この点、東京高判昭和57年6月23日行裁例集33巻6号1367頁・判例時報1045号78頁は、外国籍の父と日本国籍の母との間に生まれた子について、父系優先血統主義下、「父が日本国民であるとき」のみに日本国籍を認める国籍法2条1号の規定(当時)の憲法適合性が争われた事案で、仮に当該規定が違憲であるとしても、現在の立法者が、法の欠缺の原因となった片親血統主義を維持するか否かは自由であり、「思い切つて生地主義を採用することも憲法上可能」である、「血統主義を採るとしても、むしろ純血主義に徹して両親血統主義を採り、「父及び母」がともに日本国民であることを要件とすることも考えられる」等としたうえ、「国籍法改正に当つて、そのうちのどれを採用するかは立法府である国会の自由である。」、「国籍付与制度自体の違憲性を論じ、合憲の国籍法を制定するのは、国会の権限でありかつ義務であつて、裁判所の権限でもなく又義務でもないのである。」と述べ、控訴人が出生により日本国籍を有することの確認の請求を棄却した第一審判決を維持した。

上記判決について、佐藤幸治教授は前掲1985年公刊論文で、「わが国において生地主義等を考慮に入れてまで複数の選択肢があるという必要があるかどうか、法の欠缺といった次元というよりも平等違反の問題としてみるべきで、裁判所として少なくとも違憲状態の確認を行いあるいはさらに進んで違憲状態を除去し権利の救済をはかる工夫の余地がなかったかどうか、というような疑問がある」と批判した(甲A405・260頁)。

その後、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)は、国籍法3条1項の準正要件を違憲とした上、日本人父に生後認知された子について父母の婚姻関係がなくとも日本国籍を判決で認めており、佐藤教授が1985年論文で述べた上記批判は、この最高裁判所により採用されたとすることができる。

佐藤教授の「救済」に関する問題意識の出発点は、アメリカ合衆国連邦最高裁判所のマーベリー対マディソン事件判決において、マーシャル長官の法廷意見が述べた次の説示である（甲A405・257頁）。（同判決は、条文上違憲審査権の規定がない同国において判例法でこれを確立した判決であり、我が国の違憲審査権（憲法81条）の由来となった判決である。）

「合衆国政府は、法の政府（a government of laws）であって人の政府（a government of men）ではないと力説されてきた。もし法が既得の法的侵害に対して何らの救済も与えないとすれば、合衆国は確かにこの高貴な名に値しないものであろう」（Marbury v. Madison, 5 U. S. [1 Cranch] 137, 167（1803年））

マーシャル長官の説示のとおり、権利・自由があると言いながら実際にその権利・自由の実現に向けた手立てを講じることなく、あとは立法府に任せる、というのであれば、権利侵害の救済の砦であるはずの司法部の名に値しないのである（甲A404・16－17頁）。

5 なお、前掲東京高裁判決が、「立法政策上・・・いずれを選択するかは立法者に任せられるべき」として違憲判断を回避したのと同様の立論は、同性婚に係る一群の国家賠償請求訴訟の幾つかの地裁判決にも散見されるが、かかる立論は、佐藤教授が喝破したとおり、「違憲状態を除去し権利の救済をはかる工夫の余地」を司法が放棄したとの批判を免れない。

第3 我が国の裁判所は本件の申立人らに救済を与えることが可能であること

我が国の裁判所は、これまでも次のとおり、救済法の発想に基づき、様々な救済を与えてきた。我が国では、制裁＝刑事罰、民事上の救済＝損害の填補または原状の回復に限定されると思われがちであるが、実際には、法の実現とい

う見地から、様々な方策を講じてきた。

1 河川附近地制限令事件判決（甲A404・17頁以下）

河川附近地制限令事件判決（最大判昭和43年11月27日刑集22巻12号1402頁）は、当時の河川附近地制限令に損失補償条項が欠けるために同令を違憲無効とし被告人を無罪とする帰結を回避するため、直接、憲法29条3項に基づく損失補償請求を認めたものである。法律（ないし政令）に損失補償の根拠条文がないにもかかわらず、憲法29条3項を直接の根拠として損失補償すなわち金銭補償請求を認めたものである。

英米法系の救済法では、（損失補償という概念はないが）故意・過失を要件としない厳格責任（strict liability）は、保護領域内（イギリスでは「通常発生する損害」、アメリカでは「予見可能な損害」、日本では「特別の犠牲」に相当する）であれば因果関係あるすべての損害が補填対象とされているところ、本判決は、このような救済法の発想が憲法の条項から直接導き出される可能性を示したものである。

2 高田事件判決（甲A404・18頁以下）

刑事訴訟法337条は、「確定判決を経たとき」（1号）、「犯罪後の法令により刑が廃止されたとき」（2号）、「大赦があったとき」（3号）、「時効が完成したとき」（4号）のいずれかの場合に「免訴判決」が言い渡されると規定する。

高田事件の控訴審判決（名古屋高判昭和45年7月16日）は、被告人の迅速な裁判を受ける権利（憲法37条1項）の侵害を認定しながら、「裁判の遅延からいかなる方法をもつて被告人を救済するかは、立法により解決されるべき問題であり、法解釈によつてこれを救済する余地はない」、「刑事被告人の迅速な裁判を受ける憲法上の権利を現実に保障するためには、いわゆる補充立法により、裁判の遅延から被告人を救済する方法が具体的に定められていることが先決である。ところが、現行法制のもとにおいては、未だかような補充立

法がされているものとは認められないから、裁判所としては救済の仕様がな
いとして、第一審の免訴判決を破棄していた。

これに対し、上告審である本判決（最大判昭和47年12月20日刑集26
巻10号631頁）は、「審理の著しい遅延の結果、被告人の迅速な裁判を受
ける権利が害されたと認められる事態」は刑訴法337条の列举事由ではな
いにもかかわらず、免訴判決言渡しを正当とした。本判決は、刑訴法337条4
号の準用を正当としたのでもない（調査官解説（甲A407）・273頁）。

本判決は、「具体的な補充立法の措置を講じて問題の解決をはかることが望
ましい」としつつ、「かかる立法措置を欠く場合においても、あらゆる点から
みて明らかに右保障条項（引用者注：憲法37条1項）に反すると認められる
異常な事態が生じたときに、単に、これに対処すべき補充立法の措置がないこ
とを理由として、救済の途がないとするがごときは、右保障条項の趣旨を全う
するゆえんではない」と断じているのであって、実定法である刑事訴訟法には
ない救済手段を正面から認め、憲法が定める迅速な裁判を受ける権利を侵害さ
れた被告人を直接救済したものである。

3 衆議院議員定数不均衡訴訟昭和51年最大判（甲A404・19頁以下）

衆議院議員定数不均衡訴訟昭和51年最大判（最大判昭和51年4月14日
民集30巻3号223頁）は、衆議院議員選挙における投票価値の平等につき、
議員定数不均衡が違憲状態にあり違法であるとしながらも、選挙を無効とす
ることによって生じる諸々の不都合を考慮に入れて、事情判決の法理を規定す
る行政事件訴訟法31条の選挙無効訴訟への準用は公職選挙法219条によっ
て排除されているにもかかわらず、行政事件訴訟法31条の規定に含まれる「法
の基本原則の適用」によって、選挙無効を回避するという結論を出した。

事情判決法理の選挙無効訴訟への適用が、明文で排除されているにもかか
わらず、本判決は、裁判所の裁量判断権を行使して、選挙を違法・違憲とし
つつ選挙の効力を維持したものであって、救済法的発想の基盤にある具体的
妥当性

を熟慮した結果裁量的な判決を下したと評することができる。

4 在外国民選挙権事件判決（甲A404・22頁以下）

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）は、在外国民に選挙権がないことの違法確認並びに衆議院小選挙区選出議員の選挙及び参議院選挙区選出議員の選挙において選挙権を行使する権利を有することの確認が求められた事案で、前者の訴えを却下しつつ後者の訴えを認容し、国会が公職選挙法の改正措置を講じるのを待つことなく、上告人らが次の小選挙区選出議員選挙での投票を可能とした。

平成16年改正行政事件訴訟法は、無効等確認訴訟（同法3条4項）、不作為の違法確認訴訟（同5項）、義務付け訴訟（同6項）、差止め訴訟（同7項）、当事者訴訟（同法4条）を定め、救済法の発想を実定訴訟法により明文化したところ、本判決は、併合提起された国家賠償請求を認容するだけでなく、判決により直接選挙権を付与し、救済法の発想を正面から取り入れたものでもある。

5 国籍法違憲判決（甲A404・24頁以下）

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）は、本件でも繰り返し言及しているとおり、国籍法3条1項（当時）を違憲とした後の処理方法である救済方法について、「父母の婚姻及びその認知により嫡出子たる身分を取得した子で20歳未満のもの（日本国民であった者を除く。）は、認知をした父又は母が子の出生の時に日本国民であった場合において、その父又は母が現に日本国民であるとき、又はその死亡の時に日本国民であったときは、法務大臣に届け出ることによって、日本の国籍を取得することができる」と定める国籍法3条1項（当時）の規定のうち下線部分を削除し、「父又は母が認知」とすることによって、婚外子と婚内子との間の平等を図ったものである。

憲法98条1項は「この憲法は、国の最高法規であって、その条規に反する

法律、命令、詔勅及び国務に関するその他の行為の全部又は一部は、その効力を有しない。」とする。この判決は、国籍法3条1項（当時）の条項の一部である準正要件を憲法98条1項に従って無効とすることによって、判決により日本国籍を認め、憲法14条1項が定める法の下での平等に反しない状態を創出して、原告を救済したものである。

6 堀越事件判決（甲A404・26頁以下）

堀越事件判決（最二小判平成24年12月7日刑集66巻12号1337頁）は、国家公務員の政治的行為を禁止する国家公務員法102条1項と人事院規則を合憲とした猿払事件判決（最大判昭和49年11月6日刑集28巻9号303頁）の判旨を維持しつつ、違法となる政治的行為の要件を絞り込んで、当該被告人を無罪とした。

同判決は、猿払事件判決のいう「政治的行為」について、公務員の職務遂行の政治的中立性を損なうおそれが、「観念的なものにとどまらず、現実的に起こり得るものとして実質的に認められるもの」に絞り込んだもので、憲法の要請を踏まえた解釈をなした上で当該被告人を救済したものである。

7 非嫡出子法定相続分事件決定（甲A404・28頁）

非嫡出子法定相続分事件決定（最大決平成25年9月4日民集67巻6号1320頁）は、平成13年7月に死亡した被相続人Aの遺産分割審判事件において、非嫡出子の法定相続分を嫡出子の2分の1とする当時の民法900条4号ただし書は、遅くとも平成13年7月当時、憲法14条1項に反し違憲であったとし、同規定を合憲とした原決定を破棄し差し戻した。

本決定は、当該審判事件の当事者を救済しただけでなく、平成13年7月以降本決定までの間に発生した同種事案についても判示し、本決定の事実上の拘束性により上記規定に基づく裁判や合意の効力等も否定されるとしつつ、法的安定性の見地から、Aの相続開始時から本決定までの間に開始された相続で、裁判や合意等により確定的なものとなった法律関係には影響を及ぼすものでは

ないとした。別の同種事案の帰趨についても具体的妥当性を考慮し判断を示した意義がある。

8 再婚禁止期間違憲判決（甲A404・31頁以下）

再婚禁止期間違憲判決は、女性の再婚禁止期間を「六箇月」とする当時の民法733条1項の規定について、嫡出推定の重複の回避に必要な100日を超える部分は憲法14条1項に違反するとした。

本判決は、「憲法・・・の条規に反する法律・・・一部は、その効力を有しない」とする憲法98条1項に基づき、民法の明文の「六箇月」のうち100日を超える意味の部分を削り取ったものである。

第4 本件においても救済の見地から積極的措置を講じるべきこと

1 作為的差止命令（mandatory injunction）

前記第3に見たとおり、我が国の最高裁判例においても救済法的発想から判決や決定がなされた多数の例があるところ、本件審判についていえば、「作為的差止命令」の発想に基づく救済がなされるべきである（甲A404・9頁）。

通常、差止命令（injunction）は、違法行為の差止を禁止するものであるが、救済法の理論においては、ある権利を妨害する不作為義務（妨害してはならないという義務）の違反があったときには、それによって作り出された違法状態の除去のために、積極的な措置を講ずること（作為）を命ずることもできるとされる（甲A404・9頁）。

作為的差止命令をするためには、①保護されるべき法益の内容、②損害賠償を得ることが事実上又は法律上困難な場合であるか否か、③（反復的な妨害行為が問題とされている場合には）差止命令によらなければ権利の実現のために何度も訴訟を提起しなければならないことが予想されるか、④自力救済で容易に問題を解決できるかの4要件を要すると解されている（甲A404・10頁）。

2 本件においては作為的差止命令の発想が妥当すること

同性同士の婚姻届の不受理は、前記①②④の要件を満たしている（甲A404・10頁）。すなわち、①保護されるべき法益の内容は、互いに望む相手と婚姻することそのものであり、②それについて損害賠償を得ても意味がなく、④自力救済のありえないものである。

すると、同性同士の婚姻を認めないことは違憲であるとの判断が憲法解釈により導き出される以上、同性同士の婚姻届の受理を拒否することは違法なのであり、受理を拒否してはならないという不作為義務があると言わざるを得ない。それにもかかわらず、この義務に違反して婚姻届の受理を拒否したのであれば、拒否できないという不作為義務違反によって作り出された、申立人らの婚姻関係の不成立という違法状態の除去のための積極的な措置、つまり婚姻届の受理という作為を命じることができるという結論が、論理上導かれる。

付言するに、英米法の格言にある「衡平法は不正を救済なしにはして置かない（Equity will not suffer a wrong to be without a remedy）」とは、「権利あるところ救済あり（Where there is a right, there is a remedy）」ということに他ならず（甲A404・10頁）、申立人らに互いに婚姻する権利がある以上、申立人らは、現にふたりは日本では婚姻関係にない、という違法状態から、直ちに救済されなければならない。

第5 合憲補充解釈により本件婚姻届の受理を命ずべきこと

1 我が国の最高裁判例が救済法の発想に立った事案は、父が日本人である子と母のみが日本人である子、嫡出子と非嫡出子、再婚に関する男と女、在住国民と在外国民との間といった区別取扱いの問題が主であり、憲法14条1項が規定する「法の下での平等」原則に関係している（甲A404・33頁）。平等は比較の問題であり、これまでの最高裁の諸判例も、どのような視点に基づきど

のような利益・不利益が規定されているかを見極めた結果、不平等を是正する方策を講じたものといえることができる。

本件も、これまで申立人らが繰り返し述べているとおり、同性との婚姻を望む者と異性との婚姻を望む者との間の不平等（差別）の問題であり、さらに、「法律婚制度自体を廃止することは（憲法24条に違反し）許されない」以上（甲A339〔最判平成27年12月16日夫婦同氏制判決の調査官解説〕・750頁）、両者の不平等を是正する唯一の方策は、婚姻制度を、当事者の性別の組合せを問わないものとする事、である。

現行法制のもとで同性同士の婚姻届を受理しても不都合が生じないことは、これまでの主張から明らかである。

- 2　そして、同性婚を認めないことが憲法14条1項違反であるのみならず、憲法24条1項が保障する「婚姻の自由」、同条2項が保障する「個人の尊厳と両性の本質的平等」、13条が保障する「個人の尊重」と「幸福追求権」をそれぞれ侵害し違憲であることは、本件のこれまでの申立人らの主張でも、一群の国家賠償請求訴訟における地裁・高裁の諸判決においても述べられるとおりである。
- 3　憲法98条1項は、「この憲法は、国の最高法規であって、その条規に反する法律、命令、詔勅及び国務に関するその他の行為の全部又は一部は、その効力を有しない。」とする。
- 4　婚姻に関する民法及び戸籍法の諸規定は、憲法98条1項にいう「法律」上の諸規定であり、上記諸規定のうち、同性婚を包含する文言が欠落しているという沈黙部分は、「憲法……の条規に反する法律の……一部」として「その効力を有しない」ことになる（甲A404・34頁）。

その結果、上記沈黙部分には、憲法違反の状態を是正すべきことから、同性同士の婚姻を認める趣旨が補充され、同性同士の婚姻届を受理しないことは違憲となるから、憲法99条によって憲法遵守義務を負う「公務員」たる戸籍担

当官吏は、婚姻届を受理する義務を負うこととなる。

- 5 以上の意味においても、裁判所は、本件婚姻届を受理すべき旨の審判を可及的すみやかにすべきである。

以 上