

## 【研究ノート】

# 同性婚実現のための法解釈の検討 —最高裁国籍法違憲判決を参考に—

原 田 いづみ

## はじめに

現在、同性愛者が法律上の婚姻ができるよう求めるいわゆる同性婚訴訟が全国で提起されている。

6件<sup>1</sup>の同性婚訴訟のうち、2023年6月26日現在、すでに5地裁<sup>2</sup>で判決が出されている。これらの訴訟の内容は、国家賠償請求を通じて、同性婚が認められない民法、戸籍法の違憲判断を求めるものである。判決は、すべて国家賠償法上の違法を認めず原告請求棄却というものであったが、憲法に対する判断としては、名古屋地裁では憲法24条2項（以下法令名省略）、14条1項違反、札幌地裁では14条1項違反、東京地裁、福岡地裁では24条2項に違反する状態であるというものであった。

同性婚訴訟で原告らが求めているのは、我が国の婚姻制度を利用する権利である。

本稿は、同性婚の実現のためには、どのような法的アプローチが有用かを検討するものである。

その検討に当たっては、国籍法違憲判決<sup>3</sup>（平成20年6月4日）で示された最高裁の判断を参考にする。同性婚訴訟は国家賠償訴訟であり、一方国籍法の違憲を求めたのは確認訴訟と、訴訟形態は異なる。だが、同性婚を認めよという請

---

<sup>1</sup> 東京は第1次と第2次訴訟がある。結婚をすべてに弁護士Webサイト参照 <https://www.marriageforall.jp/plan/lawsuit/>（2023年6月26日最終閲覧）

<sup>2</sup> 札幌地判令和3年3月17日判時2487号3頁、大阪地判令和4年6月20日判時2537号40頁、東京地判令和4年11月30日判時2547号45頁、名古屋地判令和5年5月30日判例集未搭載、福岡地判令和5年6月8日判例集未搭載。なお、名古屋地裁、福岡地裁の判決に関する検討については本稿に含まれていない。

<sup>3</sup> 最大判平成20年6月4日民集62巻6号1367頁。

求の法的効果は、我が国の法制度上の配偶者という地位を確認せよ、ということである。そして、相続制度や税制度などで、配偶者は一定の法的地位が与えられていることを考えると、国籍確認を求める請求と土俵が違うわけではないのではないだろうか。

そこで、本稿では、まず、同性愛者が法律婚を求めることがいかなる権利であり、憲法上どのような位置づけとなるのかについて確認し、同性婚の実現のための解釈についての現在の議論について概観する。そのうえで、国籍法違憲判決における14条1項違反という判断と、法令を一部違憲としたうえで、上诉人に国籍を認めるに至った解釈を検討する。

なお、アメリカでは連邦最高裁が2015年に同性婚の禁止を違憲とした<sup>4</sup>。また、台湾では、司法院大法官<sup>5</sup>が同性婚を認めない民法が違憲であるとの解釈を2017年に示し、同性婚を認める法制度が2019年から開始されている<sup>6</sup>。

## 第1 同性婚を求める権利

同性婚を求めることは、憲法上、どのような権利、請求として位置づけられるのか。

### 1 婚姻の自由

#### (1) 婚姻の自由の内容

同性婚訴訟や、婚姻後も夫婦別氏を認めるよう求めるいわゆる夫婦別姓訴訟<sup>7</sup>では、憲法上の「婚姻の自由」の内容が問題となっている。

憲法上、「婚姻の自由」がいかなるものであるかについては、必ずしも議論が固まっているとは言えない。かつては必ずしも興味を持たれる権利・自由ではなかったが、現在、さまざまな議論が生じている<sup>8</sup>。

---

<sup>4</sup> Obergefell v. Hodges, 135 S.Ct.2584[2015]

<sup>5</sup> 台湾の情勢については、鈴木賢『台湾同性婚法の誕生—アジアLGBTQ+登台への歷程』(日本評論社・2022年)を参考にした。同書によると、司法院大法官とは憲法裁判所であるとのことである。168頁。

<sup>6</sup> 台湾の同性婚制度は、民法とは別の特別法で実施されている(2019年5月24日施行)。鈴木・前掲注5書252頁。

<sup>7</sup> 最大判平成27年12月16日民集69巻8号2586頁など。

<sup>8</sup> 両訴訟を意識しつつ、憲法上の婚姻の自由について論じたものとして田代亜紀「「家族」・「婚姻」の憲法学的意味を探る—夫婦同氏と同性婚問題を素材として—」

まず憲法上婚姻の自由を定めているとされるのは、24条1項である。

例えば、注解法律学全集によると、「これは、何人も、自己の意に反する配偶者と婚姻を強制されず、また婚姻の成立にあたっては、当事者以外の第三者の意思によって妨げられない、という婚姻の自由を認めたものである」とする<sup>9</sup>。

また、13条の自己決定権の一つとして保障されうるとも言える。例えば、佐藤幸治は、人格的自律権（自己決定権）の項で、②家族の形成・維持にかかわる事柄を挙げている<sup>10</sup>。

辻村みよ子は、24条1項につき、「ここでは、「両性の合意」のみを要件とする婚姻の自由、及びその消極面としての非婚・離婚の自由を個人に保障する。これは、憲法13条が保障する幸福追求権の一環としての個人の人格的自律権、ないし家族に関する自己決定権（婚姻・離婚・妊娠・出産・墮胎の自由等）の具体化」であるとしている<sup>11</sup>。

もっとも、最高裁は、24条1項について、「婚姻をするについての自由」という概念で整理し、十分尊重するに値するというにとどまっている<sup>12</sup>。

再婚禁止期間違憲判決にて最高裁多数意見は、24条1項について、「婚姻は、

---

（『講座 立憲主義と憲法学[第2巻]』（信山社・2022年）。このほか、君塚正臣「日本国憲法24条解釈の検討：或いは『家族の憲法学的研究』の一部として」関西大学法学論集52巻1号（2022年）1頁

<sup>9</sup> 樋口陽一ほか『注解法律学全集②憲法Ⅱ』（第21条～第41条）（青林書院・1997年）132頁（中村睦男執筆）。辻村みよ子によれば、「ここでは「国家からの自由」すなわち、法律婚をし、あるいはしないことに関して国家による干渉を受けない自由が定められる。」辻村みよ子『憲法と家族』（日本加除出版・2016年）122頁。この点に関して、佐々木くみは、「辻村教授は婚姻の自由を「国家からの自由」と位置付ける。しかし、intimateな関係を結ぶ自由は国家からの自由に分類できるとしても、「婚姻制度へ参加する自由」は国家からの自由とは位置づけられない側面を有している。」という指摘をするのである。佐々木くみ「婚姻の自由の憲法理論的研究に関する覚書」『憲法の普遍性と歴史性 辻村みよ子先生古希記念論集』（日本評論社・2019年）178頁。

<sup>10</sup> 佐藤幸治『日本国憲法論[第2版]』（成文堂・2020年）214～215頁。

<sup>11</sup> 辻村みよ子「日本国憲法下の家族像と憲法規定」『辻村みよ子著作集第5巻 家族と憲法—国家・社会・個人と法—』（信山社・2022年）157頁。米沢広一も同趣旨を述べる。米沢広一著・大阪市立大学法学会編『子ども・家族・憲法』（有斐閣・1992年）274～275頁。

<sup>12</sup> 再婚禁止期間違憲判決最大判平成27年12月16日民集69巻8号2427頁。辻村はこれを「保障レベルを一段下げる見解を示した。」とする。辻村・前掲注11書183頁。

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、これは、婚姻するかどうか、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は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」としている。

このため、最高裁は、学説が議論しているような「婚姻の自由」なるものを認めているのか、認めているとしていなくなる内容としているのか、その程度はどのレベルかについてはさらなる検証が必要である。

## (2) 婚姻の自由と同性婚

次に、婚姻の自由と、同性婚との関係である。

同性婚をすることは憲法上保障されているのであろうか。

異性カップルの婚姻の自由は、24条、13条によるものであり、このほか差別の観点から14条1項からもその侵害に対する憲法上の主張をなしうることまでは整理できよう。

しかし、同性婚となると、24条の解釈、内容により、その根拠条文の重点の置き方が違ってくることになる。

例えば、佐藤は、「この点、24条1項は、「婚姻の自由」（および離婚の自由）を保障した自由権規定であり、憲法は一組の男女とその間に生まれる子どもからなる法律上の家族の保護を目的としていると解する立場に立てば（初宿正典）、それ以外の結合形態（同性ペアが同居する家族や未婚の母と子どもからなる家族など）は13条の問題として捉えられることになろう」と指摘する<sup>13</sup>。

また、辻村は、家族形成に関する諸権利について、13条と24条の双方で保障される自由（A）と、24条のみで保障される自由（B）、13条のみで保障される自由（C）、及び13条でも24条でも保障されないもの（D）を区別し、これらの射程を整理しており、「24条の保障範囲について、法律婚による夫婦と嫡出子からなる家族を前提として家族形成権を捉える立場では、……同性カップルの

---

<sup>13</sup> 佐藤・前掲注10書215頁。脚注55部分。

選択は (C) ないし (D) に含まれることになる。」という<sup>14</sup>。

そして、憲法と婚姻・家族の関係について、精力的に論稿を発表している田代亜紀<sup>15</sup>は、夫婦別姓問題に関しては、「憲法24条と13条、14条それぞれが独立に権利主張をする役割分担的な整理が大雑把には可能ではないかと思う（傍点引用者）」とする一方で、同性婚問題に関しては、「24条1項の「両性の合意のみに基づいて成立」の解釈如何で、同性婚については憲法13条の解釈に委ねられることになるか否かなど道筋が分かれていく。」と指摘する<sup>16</sup>。

辻村の整理や、田代の指摘のように、同性婚の問題に関しては、それぞれの条文が独立して効果を発揮するのではなく、複合的な効果を狙わなければならない、ということが同性婚問題の特徴ではないかと思う。

一方で、これまで出された地裁判決では、24条の婚姻は異性婚のみを対象としているとの判断である<sup>17</sup>。

そのうえで、大阪地裁判決や東京地裁判決は同性婚を禁止まではしていないとしており<sup>18</sup>、学説上もそのような理解をする見解が増えているようだ<sup>19</sup>。

---

<sup>14</sup> 辻村・前掲注9書127頁。

<sup>15</sup> 前掲注8田代論文のほか、「憲法学における「家族」位置づけに関する一試論」山元一ほか編『憲法の普遍性と歴史性 辻村みよ子先生古希記念論集』（日本評論社・2019年）、「夫婦同氏制度と「家族」についての憲法学的考察」早稲田法学93巻3号（2018年）103頁、「現代「家族の問題と憲法学」佐々木弘道・宍戸常寿編著『現代社会と憲法学』（弘文堂・2015年）73頁などが参考になる。

<sup>16</sup> 田代・前掲注8論文267～269頁。そのうえで、田代は両性に着目する解釈、同性婚を許容しうる解釈を整理し、そして、憲法24条解釈の可能性について示唆的な検討を行っている。

<sup>17</sup> 前掲注2参照。

<sup>18</sup> 例えば、東京地判は、「憲法24条1項が同性間の婚姻について規定していない以上、同条により社会制度として設けることが求められている婚姻は異性間のもののみであるといえ、同項から導かれる婚姻をするについての自由も、異性間についてのみ及ぶものと解される。」としつつも、憲法24条1項が異性間の婚姻のみを定めているからといって、同性間の婚姻又はこれに準ずる制度を構築することを禁止する趣旨であるとまで解すべきではない。」としている。前掲注2東京地判参照。

<sup>19</sup> 辻村・前掲注11書184頁。「そこで近年では、24条1項の「両性のみ」の意味を第三者の介入を阻止する意味でとらえて、同性婚を禁止する趣旨を含まないと考える見方が増えているようである。」

## 2 制度としての婚姻

さらに、ここで改めて考えなければならないのは、同性婚は、同性愛者の性的自由にとどまらず、婚姻制度を求めるということだ。

そうなってくると、同性愛者の婚姻の自由について例えば、24条では許容されており、13条で保障される、という見解に立ったとしても、それが、制度の利用、創設を求めることができることまで内実としてあるのかということは疑問となってくる。13条が主張された札幌地裁判決、大阪地裁判決でも、制度を求める請求権まで13条からは導かれられないという態度を示している。

例えば、佐々木くみは以下のような指摘をしている<sup>20</sup>。

「婚姻の自由についても、婚姻の中身の諸要素を含む「intimateな関係を結ぶ自由」と、「その行為の結果、法的にどのような身分ないし地位を与えるか」は、わけて考える自由がある。……こうして、婚姻の自由には、「intimateな関係を結ぶ自由」と「婚姻制度へ参加する自由」の2つの自由が観念できることになる。」……「しかし、intimateな関係を結ぶ自由は国家からの自由に分類できるとしても、「婚姻制度へ参加する自由」は国家からの自由とは位置づけられない側面を有している」<sup>21</sup>。

具体的に当事者が求めることを考えた場合、国家からの自由としての婚姻の自由の保障を求めることでは済まないものがあるといえる<sup>22</sup>。

そして、24条の婚姻を異性婚のみを対象としていると解釈した場合、同性愛者の婚姻の自由の領域は、13条ということになるが、翻って考えると、13条が

---

<sup>20</sup> 「婚姻の自由の憲法理論的研究に関する覚書」山元一ほか編『憲法の普遍性と歴史性 辻村みよ子先生古希記念論集』（日本評論社・2019年）177頁。

<sup>21</sup> このほか、佐々木は、「前国家的自由としての婚姻そのものと法制度としての婚姻の自由（傍点は原文のまま）」という項を立てて、意識的に両者を区別して論じている。「第2章 制度審査とは何を審査するのか？」大林啓吾ほか編『憲法判例のエニグマ』（成文堂・2018年）225頁。このほか、制度を前提とする権利性について、夫婦同氏判決に関する論稿ではあるが、篠原永明は、「婚姻制度の提供する効果を受容すべく婚姻制度にアクセスする自由」という表現を使う。『「婚姻の自由」の内容形成-夫婦同氏制合憲判決を参考に一』甲南法学57巻3・4号801頁。

<sup>22</sup> 「婚姻制度は国家の法律によって設けられる制度であることを重視すれば、婚姻の自由は自然的な自由でなく、制度的な権利であることになる。」曾我部真裕「憲法教科書のその先へ第13回憲法24条と婚姻の自由」法学教室487号（2021年）106頁。

国家からの自由という自由権にとどまるのであれば、保障内容も親密な関係を結ぶ自由にとどまるであろう。文言上、法制度の創設、改廃を求める権利まであるとは言えない、とするのが自然である。

この点に関する解法として、長谷部恭男は、憲法上の権利の中に、「制度設営義務と対応する権利」があるとする<sup>23</sup>。国民の利益を保護する目的で制度を設営する義務が国家に課されるにとどまらず、国民の側にそうした国家の義務を遂行するよう請求する主観的権利が認められるという。そうして長谷部は、そのような権利の一つとして、24条の「婚姻の自由」を挙げる。

この長谷部の見解によれば、立法裁量との関係においても、制度設営義務が憲法上定められているものについては、極めて広い立法裁量の抽象的権利になるわけではないという<sup>24</sup>。

そして、では、どのような「婚姻」を指すのかということについては、「当該社会において何が「婚姻」関係として認められているか、……社会で共有されている制度イメージ」<sup>25</sup>であるという。この見解によれば、社会で共有されている制度イメージとして、同性婚も含まれるのであれば、それが法制度保障の義務内容となってくるということになる。

13条や24条についてさらに踏み込んだ解釈を試みる見解があるので、これについて概観する。

### (1) 西野枝美の見解<sup>26</sup>

<sup>23</sup> 長谷部恭男『憲法の理性 増補新装版』（東京大学出版会・2016年）133頁。

<sup>24</sup> 長谷部・前掲注23書133頁。

<sup>25</sup> 長谷部・前掲注23書134頁。そして、この一定の制度のあり方を「ベースライン」と呼んでいる。「一定の制度のあり方をベースラインと見定めて上で……」136頁。

<sup>26</sup> 西野枝美『同性婚の未規定性の憲法適合性：婚姻の自由ではなく人格権の問題として』関西大学法学論集69巻3号（2019年）552頁。西野は、同性婚を求めることは国家からの自由ではなく、婚姻制度ないしそれに相当する制度を創設せよ、という立法者に作為請求をしていることになるとする（580頁）。一方、中岡淳は、札幌地判令和3年3月17日に対する判例研究の中で、裁判所が、14条違反で事案を解決したことについてやや批判的であり、「お手軽な条項」によって事件を処理するよりも、本判決が自ら援用する様に、憲法24条や本件規定から推論される「婚姻の本質」なるものは観念し得るのであるから、最低限、婚姻のうち、同性間に適用可能なその制度の革新部分に関しては立法者に制度形成を義務付けることは可能であったのではないかと。その限りで、「婚姻の本質」

西野は、ドイツの判例を参考にし、同性カップルの、生活形成についての自己決定は、「より親密な個人的生活領域」に属し、人格権として憲法13条により保障される」とする。

「同性カップルへの法的枠組み欠如の問題は、国家活動がそもそも存在していない。しかし、人格権に対する制限の程度が、国家の積極的介入と同等に、私的領域でのありように作用する場合、直接的に、人格権は、立法者に、作為義務を課す、といえるのではないだろうか。」と論ずるのである<sup>27</sup>。

## (2) 卷美矢紀の見解<sup>28</sup>

卷は、法律上の婚姻をする権利を、「一般論としては端的に憲法上の権利として保障すべき」とする。そして、「法律婚のどの部分を制約するかによって、憲法上の制約の程度は異なる」とし、「婚姻制度の中核をなすもの」(傍点は原文のまま)に対する制約は、「直接的制約として、厳格な審査が求められる」とするのである。

そして、同姓との法律婚を認めないことは、「配偶者の選択の自由の制限」であり、「法律婚の権利の中核に対する直接的制約であるだけでなく、同性愛者に婚姻制度のアクセスを永久に制限するもの」であることから、「厳格な審査基準が求められる」とする。また、配偶者の選択の自由の制限は、「身分意識を刷り込み、構造的差別の根源」として、「平等の侵害として構成すべき」とする。具体的事案における救済策として、民法の憲法適合的解釈を説いており、参考になる。

---

に適った制度形式を求める請求権を実体的権利として構成し、その権利を憲法24条や13条を根拠に承認する途の方が、同性カップルが本来的に求めている同性婚の制度承認に適していたのではないかと思われる」という。中岡淳・公法研究会『判例研究 同性間に婚姻を認めない民法及び戸籍法の諸規定の憲法適合性』京都大学法学会法学論集190巻5号(2022年)104頁。

<sup>27</sup> また、曾我部は、「13条に基づいて制度形成を求める(抽象的)権利が生じうることは、「自己情報コントロール権」をめぐる議論でも認められて来ており、親密な人的結合の自由は自由権に尽きると断言できるかどうか、議論を深める必要がある。」という指摘をする。曾我部・前掲注22論文。関連して本文2(3)参照。

<sup>28</sup> 卷美矢紀「憲法訴訟の熟成：実務と学説が導く可能性(10) 救済を視野に入れた憲法上の実体的な権利の構成：同性婚訴訟を手掛かりとして」法律時報94巻2号(2022年)117頁。



### (3) 音無知展による情報コントロール権についての13条に関する議論<sup>29</sup>

同性婚についてはではないが、音無は、13条の情報コントロール権に関して、この「みだりに～されない自由」を「適正な自己情報の取扱いを受ける権利」と捉えることによって、判例をより良い形で再構成しようとする。この解釈手法が、同性婚にも応用できるの ということも考えられよう。

## 3 合衆国連邦最高裁Obergefell判決及び台湾司法院大法官解釈

本章最後に、アメリカで同性婚を憲法上の権利としたObergefell判決及び台湾司法院大法官解釈について触れたい。

まず、Obergefell判決<sup>30</sup>は、婚姻を異性間に限るとする州法が、合衆国憲法修正14条に違反するのではないかが争われた。修正14条（デュープロセス条項及び平等条項）は、「婚姻の権利」を保障しているが、同性カップルにもこの保障が及ぶと判断したのである。法廷意見は、4つの原則と伝統により婚姻の権利は憲法上の基本権であると言え<sup>31</sup>、それは同性カップルにも同様に及ぼされるべきものとした。その結果、同性婚を認めない州法は違憲であるとしたのである。

連邦最高裁が同性婚を認めたことは歓迎すべきことであるが、その理由として法律婚の重要性を強調し、国家の秩序にまで言及したことに対しては批判もあるという<sup>32</sup>。同感である。

<sup>29</sup> 音無知展『プライバシー権の再構成 自己情報コントロール権から適正な自己情報の取扱いを受ける権利へ』（有斐閣・2021年）234頁。

<sup>30</sup> Obergefell v. Hodges, 135 S.Ct. 2584 [2015]（再掲）。Obergefell判決についての論稿は多い。大林啓吾「同性婚問題にピリオド？—アメリカの同性婚禁止違憲判決をよむ」法学教室423号（2015年）38頁。白水隆「オーバーゲフェル判決を振り返る」立教アメリカンスタディーズ38号（2016年）123頁。巻「Obergefell判決と平等な尊厳」憲法研究第4号（2019年）103頁。なお、巻は同稿では、24条について「結婚の権利を憲法上の権利として承認したものと解することは、記述のとおり、卓越主義に陥りかねない。それゆえ、……憲法上の婚姻の自由に対する侵害と構成すべきである。」とし、「婚姻の自由権的構成戦略」を提唱している。本稿1（2）で取り上げた巻の見解とどのような関係にあるのかについては今後の研究となる（傍点原文のまま）。

<sup>31</sup> 前掲注30大林論文40頁「法廷意見によれば、婚姻は4つの理由で重要な権利であるという。①婚姻に関する個人の選択の権利は、個人の自律の概念に内在する、②婚姻が2人の人間の絆をサポートするものであること、③婚姻は子供や家族を守るものであること、④結婚が社会秩序の礎であること、である」。

<sup>32</sup> 田代・前掲8書259頁「このように「婚姻」の重要性を法廷意見が賛美した結果、

そして、台湾司法院大法官解釈<sup>33</sup>である。

鈴木賢によると、台湾では、憲法22条は一般的な自由権を保障しており、婚姻の自由についての規定ではないが、これまでの解釈で婚姻の自由に対する保障を含むと解されてきた。しかるに、同性婚を認めない民法親族編の規定は違憲であるとの司法院大法官の解釈が出されたものであるとのことだ。また、平等権を保障する第7条の趣旨にも違反するとも判断したという。鈴木によれば、「なお、婚姻する権利を重要な憲法上の基本権（fundamental right）と位置づけ、婚姻が社会を安定させる基盤であるとする理論（および言い回し）は、オーバーゲフェル判決とも共通する。」という<sup>34</sup>。

#### 4 小括

以上の検討により、明らかになった点は以下のとおりである。

- ① 同性婚の実現のためには、憲法上の婚姻の自由の解釈からさらに進めて、婚姻“制度”の実現という観点からの検討が必要である。
- ② 海外での同性婚実現のうねりの前提にある婚姻の権利の解釈も我が国に参考になる点もある。しかし、例えばObergefell判決では、結婚の権利性を強調したものであり、我が国においても妥当するかということには検討が必要だ。
- ③ 13条、24条、14条が重要な条文となってくるであろうが、条文の役割が比較的明確にそれぞれ作用するであろう別姓問題とは違い、複眼的に条文の持つ力を掘り下げてアプローチしなければならない。
- ④ そのうえで、例えば13条について言えば、現在最高裁の立場は具体的権利性を認めはしているが、その範囲や権利性の位置づけは極めて限定的なものである。肖像権が問題となった京都府学連事件では「何人も、その承諾なしに、みだりにその容貌・姿態（以下「容ぼう等」という。）を

---

未婚者や事実婚にある者など法律上の婚姻関係を持たない彼ら彼女らに市民としての平等な尊厳を否定するという批判は多い」。

<sup>33</sup> 鈴木・前掲注5書『第9章 大法官748号解釈の論理』187頁。司法院解釈の邦訳は同書334～341頁。同性婚法邦訳は342～345頁に掲載されている。非常に貴重な資料である。

<sup>34</sup> 鈴木・前掲書[脚注4]192頁。

撮影されない自由」<sup>35</sup>、住基ネット事件で「何人も、個人に関する情報をみだりに第三者に開示又は公表されない自由」<sup>36</sup>、と、いずれも、「みだりに～～されない自由」という内容にとどまっている。13条を再構成する解釈論も見られるが、それに加えて、最高裁の立場に沿った形での、解釈論も必要になってくるのではないか。

そして、本稿では、上記③、④を受けて、次章以降、この問題解決のための14条解釈と解釈による現実的な救済方法を検討していくこととする。

具体的には、日本国籍を取得するために準正要件が課せられていた当時の国籍法が14条に違反しているとし、準正要件以外で要件を満たす場合には国籍が認められるとした国籍法違憲判決（最大判平成20年6月4日）で示された最高裁の判断を参考にしたい。

我が国では配偶者は、法律上、相続制度や税制度などで一定の法的地位が与えられており、我が国の法制度上の配偶者という地位を確認せよ、ということは確認の利益がないとは言えないであろう<sup>37</sup>。そのようなことも考えると、同判決と土俵が違うわけではないのではないかと考えるからである。

## 第2 国籍法違憲判決<sup>38</sup>

### 1 事案の概要

法律上の婚姻関係にない日本国民の父とフィリピン共和国籍の母との間に、日本で出生した子が、出生後に父から認知されたことを理由として2003年に法務大臣に国籍取得届を提出したところ、国籍取得の条件を備えておらず、日本国籍を取得していないものとされたことから、国に対して日本国籍を有することの確認を求めた事案である。

---

<sup>35</sup> 最大判昭和44年12月24日刑集23巻12号1625頁。

<sup>36</sup> 最判平成20年3月6日民集62巻3号665頁。

<sup>37</sup> 本稿では確認訴訟の要件の検討は省く。

<sup>38</sup> 最大判平成20年6月4日民集62巻6号1367頁。

## 2 争点<sup>39</sup>

### (1) 14条1項について

当時の国籍法（以下、「法」という。）3条1項は、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、日本の国政を取得することができる、と規定しており、同条2項は、前項の規定による届出をした者は、その届出の時に日本の国籍を取得する。と規定している。

このため、日本国籍である父と外国籍である母との間に生まれ、父から認知を受けた子のうち、父母の婚姻により準正のあった場合には国籍を取得することができるが、父母が婚姻しない場合には国籍を取得することができないが、このことは、国籍の取得に関して嫡出子と非嫡出子を区別し、この区別は14条1項に違反するか否かという点が問題となった<sup>40</sup>。

なお、日本国民である母親の非嫡出子は出生により母との間に、そして日本国民である父親が胎児認知した子は出生時に父との間に、法律上の親子関係が生じ、それぞれ2条1号により生来的に、日本国籍を取得することとなる。したがって、3条1項が適用されるのは、法律上婚姻関係にない日本国民である父と日本国民でない母の間に生まれた子ということになる。

### (2) 一部違憲+残りの部分の適用について

準正要件を課していることが憲法違反であるとして、準正要件を除いた要件を満たすときに国籍を取得することができるのか。

この点は、法3条1項は国籍取得に関して過剰な要件を課したものなのか、あるいは非嫡出子に関する要件が全く定められていない立法不作為の状態であると捉えるかによって異なってくる。

また、過剰な要件を課したと捉えた場合に、その部分を裁判所が除いて解釈を行い国籍取得を認めるということは、立法を行うに等しく、裁判所がこれを

<sup>39</sup> 便宜上争点を分けたが、(1)と(2)は密接に関連するものである。

<sup>40</sup> なお、出生後の認知の遡及効は否定されることから、この上告人の場合は法2条1項による国籍取得は認められない。最判平成9年10月17日民集51巻9号3925頁参照。

行うことは許されないのではないか、ということが問題となる。

### 3 判決

多数意見は、争点（１）について、遅くとも上告人が国籍取得届を提出した平成15年当時においては14条1項に違反していたと判断し、争点（２）について、法3条1項所定の国籍取得の要件のうち、14条1項違反の部分（準正要件）を除いた要件が満たされるときは、法3条1項に基づいて日本国籍を取得するとして、上告人の日本国籍の取得を認めた。

#### （１）争点１に対する判断（多数意見）

日本国籍は、我が国の構成員としての資格であるとともに、我が国において重要な法的地位でもある一方で、父母の婚姻により嫡出子たる身分を取得するか否かということは、子にとっては自らの意思や努力によっては変えることのできない父母の身分行為に係る事柄であることから、日本国籍取得の要件に関して区別を生じさせることに合理的な理由があるか否かについては、慎重に検討することが必要、とした。

そのうえで、平等原則違反を審査するために<sup>41</sup>、法3条1項が区別を設けた立法目的を、日本国籍を生来的に取得しなかった場合には、その後の生活を通じて国籍国である外国との密接な結びつきを生じさせている可能性があるため、血統主義を基調としつつ、日本国民との法律上の親子関係に加え我が国との密接な結び付きの指標となる一定の要件を設けるためのものであるとし、目的自体には合理的根拠があると判断した。

次に区別の内容について、「法3条1項の規定が設けられた当時の社会通念や社会的状況の下においては、準正をもって日本国民である父との家族生活を通

---

<sup>41</sup> 14条1項違反についての最高裁の立場は、一貫して「事柄の性質に即応した合理的な根拠に基づくものでない限り、法的な差別取扱いを禁止する趣旨」というものである。木村草太は『平等なき平等条項論』（東京大学出版会・2014年）において、最高裁における憲法14条1項解釈を分析している。1970第代以降、最高裁は、<合理的根拠>の有無の認定の仕方について、立法目的を画定し、その目的を基準に当該区別の<合理的根拠>の有無を評価する、という判断枠組みが成立したという。36頁。

じた我が国との密接な結びつきの存在を示すものとみることには相応の理由があったもの」としたが、今日では、①夫婦共同生活の在り方を含む家族生活や親子関係に関する意識も一様ではなくなっている、②出生数に占める非嫡出子の割合が増加するなど、家族生活や親子関係の実態も多様化、③諸外国においては、非嫡出子に対する法的な差別的取扱いを解消する方向にあることがうかがわれ、我が国が批准した条約<sup>42</sup>にも、かような趣旨の規定が存在、④多くの国において法改正、という事情を適示し、「国内的、国際的な社会的環境等の変化に照らしてみると、準正を出生後における届け出による日本国籍取得の要件としておくことについて、前記の立法目的との間に合理的関連性を見出すことがもはや難しくなっている」とした。

このように立法時には合理性を有しているものであっても、社会通念や社会状況の変化によって判断が異なってくることは当然だという判断手法は、非嫡出子相続分差別事件<sup>43</sup>でも見られるところである（ただし、異同については後述）。

そのうえで、日本国籍の取得が、我が国において基本的人権の保障等を受ける上で重大な意味をもつものであることを考慮して、その差別的取扱いによって子の被る不利益は看過し、その差別的取扱いについては、立法目的との間に合理的関連性を見出しにくい、とした。

## （２）争点２に対する判断（多数意見）

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、準正子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がたく、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として、上記のような結論に達した。

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の権能である立法作用を行うものとして許されないという批判に対して

---

<sup>42</sup> 市民的及び政治的権利に関する国際規約および児童の権利に関する条約。

<sup>43</sup> 最大決平成25年9月4日民集67巻1320頁。

は、「本件区別に係る違憲の瑕疵を是正するため、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、・・・この解釈は、……同項の規定の趣旨及び目的に沿うものである」とした。

#### 4 国籍法違憲判決平等原則違反の解釈と同性婚問題

さて、このような平等原則違反についての判断過程、解釈を同性婚問題にもあてはめて違憲を導くことはできないだろうか。

多数意見の判断の骨子は以下のとおりである<sup>44</sup>。

- ① 国籍取得は立法府の裁量に委ねられている。
- ② 日本国籍が重要な法的地位である。
- ③ 平等原則違反の判断に当たっては、非嫡出子たる身分を取得することは、自らの意思や努力によっては変えることのできない事柄であり、②に鑑みて慎重に検討すべきである小柄であるという指摘に注目したい。
- ④ 国籍法の準正要件の立法目的は、日本国民との法律上の親子関係に加え我が国との密接な結び付きの指標となる一定の要件を設けるためのものであり合理的な根拠がある。
- ⑤ 区別の内容については、その後の家族に関する意識、国際的な流れなどからいずれも合理的関連性は失われた。現在においては、過剰な要件を課すものになっている。
- ⑥ 日本国籍の取得が基本的人権の保障等を受ける上で重大であり、差別の取扱いによって被る不利益は見過ごせない。
- ⑦ したがって、遅くとも法務大臣あてに国籍取得届を提出した当時には、

---

<sup>44</sup> なお、木村は前掲注41書で、国籍法違憲判決の分析を行っている（追補D）。259頁。法3条について「同条が上記のような区別を設けた目的は、「我が国社会との密接な結び付き」を持つ者への国籍付与、父母両系血統主義を採用する諸外国と足並みを揃えること、国籍取得のための「仮想認知」の防止、の三つである、とする。判決によれば、これらの目的自体には「合理的な根拠は認められる」が、国籍法上の区別はいずれの目的の実現も寄与していない。」として違憲を導いたと分析する。260～261頁。

立法府に与えられた裁量権を行使してもなおその立法目的との間において合理的関連性を欠くものとなっていた。

- ⑧ 上記時点において、本件区別は合理的な理由のない差別となっており、14条1項に違反するものであった。

このような判断枠組みで、同性婚について考えてみる。

### (1) 立法目的について

異性カップルと同性カップルを区別する婚姻制度の目的について確認する。

これまで出された同性婚に関する地方裁判所の判決は、婚姻制度の目的について、いずれも歴史的経緯を検討したうえで、「夫婦が子を産み育てながら共同生活を送るという関係に対して、法的保護を与えることを重要な目的としている」としつつも、「子の産む、子をつくる意思・能力の有無にかかわらず、夫婦の共同生活自体の保護も、本件規定の重要な目的」としたもの（札幌）、「男女が生涯続く安定した関係の下で、子を産み育てながら家族として共同生活を送り次世代に承継していく関係と捉え、このような男女が共同生活を営み子を養育するという関係に、社会の自然かつ基礎的な集団単位としての識別、公示の機能を持たせ、法的保護を与えようとする趣旨によるもの」としたもの（大阪）、「歴史上、人間は男女の性的結合関係によって子孫を残し、主の保存を図ってきたところ、このような前国家的な関係を規範によって統制するために婚姻制度（法律婚制度）が生じ、その中で、婚姻とは、伝統的に、男女の生活共同体として子の監護養育や共同生活等の維持によって家族の中核を形成するものと捉えられてきた」としたもの（東京）がある。

たしかに、国の制度としての婚姻は、かつては大阪地裁の見解のように、男女の結合関係を制度として高め、子孫を残すことの国家による保護、それによって社会的基盤の一部として組み込むというものであったことは本稿も否定しない。

しかし、現代社会ではこういった婚姻制度の捉え方が妥当するだろうか。

そもそも子を産み育てることが婚姻の目的であるとする、望んでも子が生まれない夫婦、子を産まないことを選択する夫婦の婚姻はどのように説明するのであろうか。



二宮周平は、大村敦志の「不妊の男女カップルや子どもをもつ気のない男女カップルの関係は婚姻ではないかという疑問が想起されよう。しかし、ここでいう『目的』は抽象的・定型的な目的であり、具体的・個別的な目的とはされていなくても、婚姻の要件は充足されると考えるべきである」という見解<sup>45</sup>に対する反論として、「抽象的・定型的にせよ、子を産み育てることを法制度としての婚姻の目的とすることは、制度である以上のその目的規範化につながり、事実上強制することに等しい。……まさに人の生き方を左右するものであり、憲法24条の個人の尊厳に反する。」という<sup>46</sup>。

その結果、二宮は、「現行婚姻制度の目的は、札幌判決が指摘するように「夫婦の共同生活の法的保護」であり、さらに言えば、「共同生活の保障による人格的結合の安定化」にある」とするのである<sup>47</sup>。

本稿も二宮の見解に賛同する。婚姻制度の（あるべき）目的が変化したものとする。

## （2）国籍法違憲判決との違い

ここで、確認しておきたいのは、国籍法違憲判決では、立法目的そのものは合理的根拠を有しているが、社会情勢などの変化により、そのために設定された区別の合理的関連性が失われたというものであった。

しかし、同性婚の場合は、制度の立法目的自体が、合理的根拠を有しなくなったのであり、同じような判断過程をたどることができるだろうか。

すなわち、本稿では、立法時には、婚姻制度が夫婦が子を産み育てながら共同生活を送るという関係に対して、法的保護を与えることを重要な目的とし、異性カップルと同性カップルの区別をしていたことに合理的根拠が認められるとしても、婚姻に対する社会の意識の変化、現実からすれば、婚姻制度の目的をそのように画することはもはや成り立たない＝正当化されない、と考えられ、現在では、二宮が言う「共同生活の保障による人的結合の安定化」と捉えるべ

<sup>45</sup> 大村敦志「家族法[第3版]」（有斐閣・2010年）286頁。

<sup>46</sup> 二宮周平「札幌地裁判決と大阪地裁判決の検討」ジェンダー法研究第9号（2022年）55頁。

<sup>47</sup> 二宮・前掲注46論文55頁。

き＝そう捉えることで初めて正当性が認められる＝というものだからである。

そして、婚姻制度の目的自体が変遷するという点については、当然予定されているものと言える。それは、婚姻とは人的結合ということを中心とする実体であり、何が法制度として保護されるかは社会の観念にも大きく左右されるものであるからだ<sup>48</sup>。

これは、むしろ非嫡出子法定相続分違憲決定<sup>49</sup>の判断過程に近づく。

嫡出子と嫡出でない子の法定相続分の差別は、立法目的自体が、両者に差別を設けることであり、これが合理的根拠を有するとされていたものである。しかし、非嫡出子相続分違憲決定では、「その定め合理性については、個人の尊厳と法の下での平等を定める憲法に照らして不断に検討され、吟味されなければならない」とされたのである<sup>50</sup>。

したがって、立法目的自体の合理的根拠についても、かつてはあるとされたものも、無くなるという判断を最高裁は十分になしうるものなのである。

---

<sup>48</sup> 青山道夫・有地亨は「このように、婚姻は社会の経済的・政治的条件または道徳理念によって規定され、当該社会に妥当する一定の婚姻のパターンが存在するのであって、法はこれらの婚姻制度を承認し、それに法的拘束力を当て、このように法外に形成されている婚姻制度を完結せしめる機能をもつ。」とする。青山・有地編『新版注釈民法(21)』親族(1)(有斐閣・1989年)157頁。一方、上野雅和は、「このように、婚姻と生殖との不可分の結合関係が失われると、婚姻の成立および維持についての社会的利益も重要性を減じ、婚姻法は主として夫婦の個人的利益の保護を目的とするものになる。かつては、婚姻が社会にとっても役割の重要性が婚姻への法的統制を正当化する根拠であったが、社会にとっての重要性が減退し、個人にとっての利益が重要性を増すと、婚姻に対する法的規制の根拠が問い直されざるをえなくなる。」という。同書179頁。また、この点は、長谷部のベースライン論につながるかもしれない。前掲脚注25参照。

<sup>49</sup> 最大決平成25年9月4日民集67巻6号1320頁。嫡出子と嫡出でない子の法定相続分の区別が遅くとも平成13年7月当時において14条1項に違反していたとしたもの。最大決平成7年7月5日(民集49巻7号1789)は、嫡出子と非嫡出子立法目的について、「民法が法律婚主義を採用している以上、法定相続分は婚姻関係にある配偶者とその子を優遇してこれを定めるが、他方、非嫡出子にも一定の法廷相続分を認めてその保護を図ったもの」としていた。

<sup>50</sup> 非嫡出子相続分違憲決定では、国内的には、婚姻、家族の形態が著しく多様化しており、これに伴い、婚姻、家族の在り方に対する国民の意識の多様化が大きく進んでいること、諸外国、特に欧米においては子の権利保護の観点から相続に関する差別を禁止する立法がなされていること、国際的な条約の批准がなされたことなどを挙げ、それまでの判決や決定での補足意見などを総合的に考慮して、嫡出子と嫡出でない子の法定相続分を区別する合理的な根拠は失われていたと判断した。

### (3) 合理的根拠を失うと判断される具体的な要因

立法目的が合理的根拠を失ったと判断されるためにはどのような要因が必要であろうか。非嫡出子相続分違憲決定を参考にすれば、

- ① 国内的情勢として、制度の持つ意味の変化、国民の意識の変化、家族形態の変化、家庭生活の実態、統計（出生数に占める非嫡出子の割合）、関連する問題についての裁判の変遷、関連する問題についての法制度の動き
- ② 国際的情勢として、諸外国の法制度の変化、条約の批准、国際機関の勧告などが挙げられる。

これらの観点から、立法目的自体で合理的根拠を失えば、その時点で、違憲な差別となると判断されることになる。

### (4) 札幌地裁の判決について

なお、札幌地裁は、14条違反を認定している（国賠請求は否定）ことから、この判断枠組みについても触れておきたい。

判決は、区別取扱いの合理的根拠を失ったとし、その根拠として、まず、同性愛者に対しては、婚姻によって生じる法的効果の一部ですらもこれを享受することができないという点を重視した。そのうえで、

- ① 同性カップルに対する法的保護に肯定的な国民が増加。
- ② 諸外国においても性的指向による区別取扱いを解消する要請が高まっている状況がある。
- ③ 同性婚に対する否定的意見や価値観を有する国民が少なからずいるが、同性愛者が婚姻の法的効果の一部ですらも享受できないことを検討する場面では限定的に斟酌すべき

ことから、立法府に広汎な立法裁量があることを前提としても、その裁量の範囲を超えたものであるとした。

ここで、疑問となるのは、札幌地裁判決が、24条1項、2項については異性婚についてのみを対象としていると判断していることとの整合性についてである。

立法府の裁量を超えたものと判断する以上、24条の婚姻制度とは離れて、同性愛者のための婚姻（？）制度を本来立法すべきだということを言っているのだろうか。

そして、14条1項違反の判断に関して言えば、区別取扱いそのものの合理的根拠ではなく、区別を生じさせている制度の目的の合理的根拠は失った、と判断すべきではなかったのではないだろうか<sup>51</sup>。

本稿としては、同性愛者が婚姻によって生じる法的効果の一部ですらもこれを楽しむことができないことを明示し、結論的に14条1項違反を導いた札幌地裁の判決は歓迎したいが、上記のような点に疑問が残るのである。

これに対して、東京地裁判決は、24条1項違反も14条1項違反も否定し、24条2項の家族に関する法制度に着目し、「個人の尊厳」を理由に、同性愛者のための家族制度を策定しないことは24条2項に違反する状態だとした。24条の婚姻は男女間のものであったため、別の家族形態とせざるを得なかったのだろうが、家族は婚姻を含むものではないのか。24条2項は両性の本質的平等という文言と並べて規定されており、24条1項とセットにして考えるべきではないのか、といった疑問点も出てくる。こういったことを考慮すると、24条の解釈と、14条の解釈を切り離して判断するのではなく、両者を統合的に判断しなければ、本来的な解決は難しいものであろうと考える。

## (5) 小括

以上の検討により、明らかになった点は以下のとおりである。

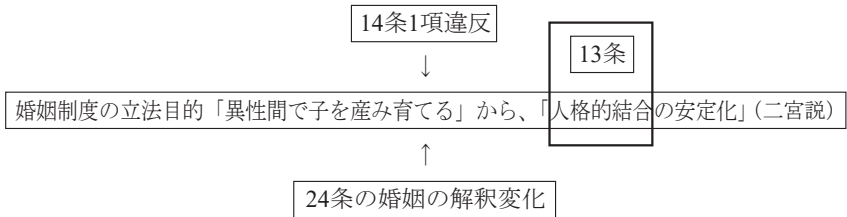
- ① 最高裁による14条1項違反の判断過程は、区別を生じさせた立法目的の合理的根拠と、区別との合理的関連性の検討であるが、国籍法違憲判決では、区別との合理的関連性がないと判断され、14条1項違反となったものである。
- ② それに対して、同性婚問題における、同性婚と異性婚を区別する立法目的は、婚姻制度の目的と重なり立法時には、大阪地裁判決で示されたような、「子を産み育てる家族という集団を国が保護する制度」であったが、現段階では、「共同生活の保障による人格的結合の安定化」(二宮説)と捉えるべきである。

---

<sup>51</sup> しかし、それを考慮するならば、そもそも24条の解釈部分で、婚姻制度の目的について同性婚を想定したものと認定する必要が出てくるのではないだろうか。

- ③ 同性婚問題では、立法目的の合理的根拠が失われている事案であり、国籍法違憲判決とは異なる事案である。このため、むしろ非嫡出子相続分違憲決定の判断過程が参考になる。
- ④ 立法目的自体の合理的根拠が失われると判断されるためには、国内、国際的状況についての要素を積み上げる必要がある。
- ⑤ 同性婚問題では、24条の存在により、14条違反のみでは解決することは難しく、24条との整合性も視野に入れるべきである。

上記を図式化すると以下ようになる。



## 5 法解釈による現実的救済について<sup>52</sup>

さて、国籍法違憲判決では、準正要件部分は違憲無効であり、これを除いた部分で要件を満たせば国籍取得を認めるという判断を示し、現実的な救済がなされ、注目すべき判断を示した<sup>53</sup>。

確かに、14条1項違反だと判断されるような事案であっても、全体が違憲無効となれば法制度自体が否定されてしまうことになり、影響は大きく、当事者の救済にもつながらないし、違憲無効を躊躇させる要因にもなる<sup>54</sup>。

<sup>52</sup> なお、多数意見の解釈が、いわゆる合憲補充解釈にあたるか否かの検討はしない。

<sup>53</sup> 森英明は、調査官解説で、「最高裁判所が、権利利益を付与する要件を定めた規定の一部を違憲無効としたうえで、その余の部分の有効と解することにより、既存の法令の規定の効力をなるべく維持しつつ、当該規定の適用範囲を拡大させ、当事者の権利利益の直接的な救済を図るという手法を採用したという点においても、重要な意義を有するものであり、違憲審査権の行使の在り方について、新たな議論の契機となるものと思われる。」としている。森「判解」『民事編平成20年度』312～313頁。

<sup>54</sup> 西川功「司法権における救済機能の意義」横浜国際社会科学研究所第19巻第3号(2014年)は、国籍法違憲判決、非嫡出子相続分違憲判決を取り上げ、解釈による救済という観点から分析している。

一方で、法令の残りの部分の適用が許されるのであれば、裁判所による立法にも等しいのではないか、という疑義が生じる。実際に、横尾、津野、古田反対意見は以下のように言う<sup>55</sup>。

「非準正子が届出により国籍を取得できないのは、これを認める規定がないからであって、国籍法3条1項の有無にかかわるものではない。……準正子に係る部分を取り除けば、同項の主体が認知を受けた子全般に拡大するということがいかにも無理がある。また、そのような拡大をすることは、条文の用語や趣旨の解釈の域を越えて国籍を付与するものであることは明らかであり、どのように説明しようとも、国籍法が現に定めていない国籍付与を認めるものであって、実質的には立法措置であるといわざるを得ない。」<sup>56</sup>

では、同性婚問題についても、一部違憲+残りの部分を適用することができる土壤があると言えるだろうか。

### (1) 一部違憲<sup>57</sup>と多数意見の特徴

まず、一部違憲とは、青柳幸一によれば、「法令の一部違憲とは、法令の一部を違憲無効とし、残部のみを有効とする違憲判断の方法である。」という<sup>58</sup>。

そして、一部違憲の解釈については、アメリカでの可分性の理論と、ドイツでの部分無効論の議論を源にするという<sup>59</sup>。

森英明によれば、法令の一部を違憲とした最高裁判決はそれまでに、郵便法

---

<sup>55</sup> 前掲注38民集62巻6号1398頁以下。

<sup>56</sup> 甲斐中達夫、堀米幸男反対意見は、「違憲となるのは非準正子に届出により国籍を付与するという規定が存在しないという立法不作為の状態なのである。」と捉えた上で、多数意見の解釈を、「国籍法の創設的・授権的性質に反するものである上、結局は準正子を出生後認知された子と読み替えることとなるもので、法解釈としては限界を超えているといわざるを得ない。」としている。前掲注38民集62巻6号1405頁以下。

<sup>57</sup> 穴戸常寿は「部分無効」と呼ぶ。「司法審査—「部分無効の法理」をめぐる」辻村みよ子・長谷部恭男編『憲法理論の再創造』（日本評論社・2011年）195頁。

<sup>58</sup> 青柳幸一「1 法令違憲・適用違憲」芦部信喜編『講座憲法訴訟（第3巻）』（有斐閣・1987年）8頁。

<sup>59</sup> 青柳・前掲注58論文「一部違憲をめぐる、二つの問題がある。一つは全部違憲との区別の問題である。その規定の一部だけが違憲である法律はその範囲でのみ違憲であるのか、それとも全体が違憲となるのか、が問題となる。つまり可分性の問題である。」8頁。

判決<sup>60</sup>及び在外国民選挙権判決<sup>61</sup>があったが、国籍法違憲判決の「多数意見は、問題とされた規定のうち権利利益を制限する作用を有する部分を違憲無効とした場合に当該権利利益を認める明文の規定のない本件について、一部違憲の手法により当該権利利益を認めて」いる点で、従来の一部違憲とは異なる特徴を有する」という<sup>62</sup>。

また、可分性については、芦部信喜によれば、アメリカの可分性の理論は、可分か否かを判断する基準は、「もし法律の違憲的な部分または違憲的な適用が除去されてしまえば、議会は、残りの有効な部分または有効な適用だけでは満足しなかっただろう、という蓋然性が明白かどうか、つまり、それだけを有効な方として存立させようと意図したかどうか」によるという<sup>63</sup>。

多数意見は、本件区別による違憲状態を解消するために血統主義を補完するために設けられている同項の規定自体を全部無効とすることは立法者の合理的意思として想定しがたいとし、「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、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」という解釈は、「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。」と、このような解釈を採る正当化の理由を述べている。

## (2) 同性婚問題への適用について

同性婚問題にこの解釈をあてはめるとすれば、男、女という異性を前提とする部分について違憲無効として同性間の婚姻を認め、配偶者たる地位を認めることができるか、ということになる。その場合は、異性を前提とする要件が、

<sup>60</sup> 最大判平成14年9月11日民集56巻7号1439頁。

<sup>61</sup> 最大判平成17年9月14日民集59巻7号2087頁。

<sup>62</sup> 前掲注53、森「判解」、300頁。

<sup>63</sup> 芦部信喜『憲法訴訟の理論』(有斐閣・1973年)172～173頁。また、青柳によれば、「アメリカでは、立法者の意図が可分か不可分か基準である、といわれている。すなわち、立法者が合憲である部分だけでも有効な方として存立させようと意図したか否か、である。西ドイツの連邦憲法裁判所（以下、連邦憲法最高裁と略称）も、同様の立場に立っている。」前掲注58論文、8頁。

過剰な要件である、と捉えることとなろう。

多数意見がどの基準で可分性を判断したのかは明確ではなく<sup>64</sup>、多数意見が採用した一部違憲判断のうえ残りの部分を適用し直接権利救済を図る手法についての検討はまだ途上であるが<sup>65</sup>、少なくとも、裁判所は、立法者の合理的意思というものを重視しているものと思われる。

そうなってくると、国籍法違憲判決は、立法目的ではなく、区別の内容に合理的関連性がないというものであり、立法目的に揺らぎはない事案であった。そうなればより、残りの部分を適用しても立法権への侵害とは判断されにくかったのではないかと思われる。

しかし、先に見たように、同性婚に関しては、立法目的については立法時には異性婚を前提としていたものと考えざるを得ないことからすれば、現段階で裁判所が解釈により直接的な救済をすることは、立法をするに等しく、現段階では同性婚問題にこのような解決方法を適用することにはさらに検討が必要なのではないか、と思われる。

また、判断プロセスが類似していると思われる、一部無効とともに議論されるという合憲限定解釈<sup>66</sup>や、巻美矢紀が解く憲法適合的解釈による救済<sup>67</sup>との関係についても今後の検討事項となる。

## まとめ

以上、同性婚の実現のための法解釈を、国籍法違憲判決を参考に検討してきた。

---

<sup>64</sup> 穴戸は、「これに対して多数意見は、原則可分を前提とせず、むしろ可分不可分を「立法者の合理的意思」によらしめるかのように読める。」とする。前掲注57書204頁。

<sup>65</sup> 森は、「結局、一部違憲無効の解釈については、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」と解説する。前掲注53判解301頁。

<sup>66</sup> 青柳・前掲注58論文9頁。「一部無効をめぐるもう一つの問題は、とりわけ質的一部無効の場合に生ずるのであるが、合憲限定解釈との相違である。」。

<sup>67</sup> 巻・前掲注28論文。巻は、同論文にて同性婚を求める憲法上の権利の構成を検討し、「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」として、憲法適合的解釈による救済手法を言う。



国籍法違憲判決を参考対象にしたのは、同性婚問題は、24条と13条という憲法学でも未だ議論途上の領域が関係してくること、と、法律婚制度を前提とするものであること、から法解釈での救済に新たな視点を入れる必要があるのではないかと考えたためだ。

検討の結果、国籍法違憲判決は同性婚のみならず制度を前提とする地位を得るために重要なヒントを与えてくれるものではあるが、国籍法違憲判決の判断過程とは違う考慮が必要であり、特に同性婚問題においては、婚姻制度の目的が重要になってくることから、①14条1項だけではなく、24条と複合的に解釈する必要がある、②一部違憲（＋残りの部分の適用）に関してもさらに慎重な検討が必要となる、ということがわかった。

これらの点は今後の検討課題としたい。