

副本

平成31年(ワ)第1258号 損害賠償請求事件

原告 原告1ほか5名

被告 国

被告第1準備書面

令和元年7月5日

大阪地方裁判所第11民事部合議1係 御中

被告指定代理人

野口 弘 雄

水野 健 太

櫻井 ひろみ

福島 貴 浩

千 同 舞

河 村 駿

秋 田 純

周 藤 崇

陶 山 敦

佐 藤 博

第1	請求の原因に対する認否	3
第2	事案の概要	16
第3	被告の主張	16
1	本件立法不作為が国賠法1条1項の適用上違法と評価される余地はないこと	16
(1)	はじめに	16
(2)	国会議員の立法不作為が国賠法1条1項の適用上違法と評価される場合は極めて限定的であること	17
(3)	同性婚を認めていない民法及び戸籍法の規定は憲法24条1項及び憲法14条1項に違反するものではないこと	18
(4)	結論	19
2	外国人の原告による国賠法1条1項に基づく損害賠償請求には同法6条所定の相互保証の要件の充足が必要であること	19
(1)	国賠法6条の趣旨及び相互保証の要件を充足することの主張立証責任は原告にあること	19
(2)	原告4番について相互保証の要件に関する主張立証がされていないこと	20
3	小括	20
第4	結語	20

被告は、本準備書面において、訴状における請求の原因に対する認否を行い（後記第1）、事案の概要を整理した上で（後記第2）、被告の主張を明らかにする（後記第3）。

なお、「婚姻」という用語については、特に断りのない限り、法律上の婚姻を指すものとする。

第1 請求の原因に対する認否

1 「第1 本件の概要」について

第1段落及び第3段落は、本件訴訟の趣旨や目的についての原告らの意見を述べるものであり、認否の限りでない。

第2段落のうち、第1文は認め、その余は争う。

2 「第2 本件原告ら」について

全体として不知。ただし、原告1及び原告2以外の原告らが、各々、甲C第1号証及び甲D第1号証記載のとおり婚姻届を不受理とされたことは争わない。

3 「第3 人の性の多様性」について

(1) 「1 性的指向と性自認」について

ア 柱書きについて

訴状第3の1(1)ないし(3)（13ないし16ページ）と同旨の主張と解した上で、これに対する認否は、後記イないしエで述べるとおりである。

イ 「(1) 性的指向 (sexual orientation)」について

性的指向とは、人の恋愛・性愛がどういう対象に向かうのかを示す概念をいい、具体的には、恋愛・性愛の対象が異性に向かう異性愛、同性に向かう同性愛、男女両方に向かう両性愛を指すものであること、東京地方裁判所平成6年3月30日判決（判例タイムズ859号163ページ・甲A第4号証）が、「同性愛は、人間が有する性的指向 (sexual orientatio

n) の一つ」と判示していることは認める。

ウ 「(2) 性自認または性同一性 (gender identity)」について

性自認とは、自分の性をどのように認識しているのか、どのような性のアイデンティティ (性同一性) を自分の感覚として持っているかを示す概念であること、性自認と生物学的な性が一致する場合もあれば、一致しない場合もあること、性同一性障害者の性別の取扱いの特例に関する法律 (平成15年法律第111号。以下「特例法」という。) 3条1項が、一定の要件を満たす者の請求により家庭裁判所が性別の取扱いの変更の審判をすることができる旨定めていること、最高裁判所平成25年12月10日第三小法廷決定 (民集67巻9号1847ページ) が「特例法3条1項の規定に基づき男性への性別の取扱いの変更の審判を受けた者は、(中略) 婚姻中にその妻が子を懐胎したときは、同法 (引用者注: 民法を意味する。) 772条の規定により、当該子は当該夫の子と推定されるというべきである」と判示していること、最高裁判所平成31年1月23日第二小法廷決定 (裁判所時報1716号4ページ) の補足意見において、鬼丸かおる裁判官及び三浦守裁判官が「性別は、社会生活や人間関係における個人の属性の一つとして取り扱われているため、個人の人格的存在と密接不可分のものということができ、性同一性障害者にとって、特例法により性別の取扱いの変更の審判を受けられることは、切実ともいえるべき重要な法的利益である」及び「性同一性障害者の性別に関する苦痛は、性自認の多様性を包容すべき社会の側の問題でもある」と述べていることは認める。

エ 「(3) 性的指向と性自認」について

性的指向と性自認とが異なる概念であること、性自認と生物学的な性が一致する場合もあれば、一致しない場合もあること、性的指向には、恋愛・性愛の対象が異性に向かう場合もあれば、同性に向かう場合もあること、性的指向又は性自認に関して、いわゆるLGBTという呼称が存在するこ

とは認め、その余は原告らの意見ないし一般論を述べるものであり、認否の限りでない。

(2) 「2 性の多様性と社会」について

甲A第8号証の1において、アメリカ合衆国では、レズビアン、ゲイ又はバイセクシャルと自認する人の割合が3.5%、トランスジェンダーが0.3%と推計されている旨の記載があること、カナダ、ノルウェー王国、オーストラリア連邦及び英国（グレートブリテン及び北アイルランド連合王国）において、レズビアン、ゲイ又はバイセクシャルと自認する人の割合が1%から2%前後と報告されている旨の記載があること、甲A第9号証の調査結果報告書において、同調査の結果として有効回答数のうち性的少数者と自認する者が1.6%であったと報告されていること、甲A第10号証の調査研究報告書において、同調査の結果として同調査において「性的マイノリティ当事者層」と定義された者の割合が10.0%と報告されていること、前掲東京地方裁判所平成6年3月30日判決（甲A第4号証）が「かつて、同性愛に関する心理学上の研究の大半は、同性愛が病理であるとの仮定に立ち、その原因を見い出すことを目的としていたが、1875年以来、アメリカ心理学会では、同性愛に対する固定観念・偏見を取り除く努力が続けられてきた」及び「同性愛についての状況は、近年急激に変化しているが、従前の状況下においては、同性愛者は孤立しがちとなり、自分の性的指向に関し悩み苦しんでいたことがうかがわれる」と判示していることは認め、その余は、原告らの意見にわたる部分は認否の限りでなく、法的主張については争う。

4 「第4 日本の法制度」について

(1) 「1 民法の規定」について

民法739条1項の規定が訴状記載のとおりであること、配偶者が異性であることを婚姻の要件として明示的に掲げる規定がないこと、内閣が「民法（明治29年法律第89号）や戸籍法（昭和22年法律第224号）におい

て、『夫婦』とは、婚姻の当事者である男である夫及び女である妻を意味しており、同性婚は認められておらず、同性婚をしようとする者の婚姻の届出を受理することはできない。」と答弁したこと（甲A第12号証）、同性の者同士が婚姻届を提出しようとしても不適法として受理されないことは認めらる。

(2) 「2 セクシュアル・マイノリティと婚姻」について

法律上同性である相手との婚姻が認められていないことは認め、その余は、原告らの意見を述べるものであり、認否の限りでない。

5 「第5 法律上同性の者との婚姻を認めないことが婚姻の自由の侵害であること」について

(1) 「1 概要」について

第1段落及び第2段落は争う。

第3段落は、訴状における説明順序に関するものであり、認否の限りでない。

(2) 「2 婚姻の自由は憲法上の権利であること」について

憲法24条1項が「婚姻は、両性の合意のみに基いて成立し、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、憲法13条が「すべて国民は、個人として尊重される。生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利については、公共の福祉に反しない限り、立法その他の国政の上で、最大の尊重を必要とする。」とそれぞれ規定していること、民法760条が婚姻費用の分担について、同法768条が財産分与について、同法882条以下が相続についてそれぞれ定めていること、昭和22年法律第222号による改正前の旧民法が、「妻ハ婚姻ニ因リテ夫ノ家ニ入ル」（788条1項）、「家族カ婚姻又ハ養子縁組ヲ為スニハ戸主ノ同意ヲ得ルコトヲ要ス」（750条1項）、「子カ婚姻ヲ為スニハ其家ニ在ル父母ノ同意ヲ得ルコトヲ要ス但男カ満三十年女カ満二十五年ニ達シタル

後ハ此限ニ在ラス」(772条1項),「法定ノ推定家督相続人ハ他家ニ入り又ハ一家ヲ創立スルコトヲ得ス但本家相続ノ必要アルトキハ此限ニ在ラス」(744条1項)とそれぞれ規定していたこと,千葉地方裁判所昭和43年5月20日判決(判例タイムズ221号109ページ・甲A第22号証)及び大阪地方裁判所昭和46年12月10日判決(判例タイムズ271号147ページ・甲A第23号証)がそれぞれ原告らの引用する判示をしたこと,最高裁判所平成27年12月16日大法廷判決(民集69巻8号2427ページ。訴状記載の「平成27年12月2日」は誤記と思われる。)が「同条(引用者注:憲法24条)1項は,『婚姻は,両性の合意のみに基いて成立し,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,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と解される。婚姻は,これにより,配偶者の相続権(民法890条)や夫婦間の子が嫡出子となること(同法772条1項等)などの重要な法律上の効果が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併せ考慮すると,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」と判示したことは認め,その余は全体として争う。

(3) 「3 婚姻の自由は同性カップルにも及ぶこと」から「5 結論」までについて

甲A第26号証62及び63ページに同性愛に関する記載が存在すること,平成15年に特例法が成立し,同法3条において,性同一性障害者であって「20歳以上であること」,「現に婚姻をしていないこと」,「現に未成年の子がいないこと」,「生殖腺がないこと又は生殖腺の機能を永続的に欠く

状態にあること」及び「その身体について他の性別に係る身体の性器に係る部分に近似する外観を備えていること」のいずれにも該当するものについて、その者の請求により、家庭裁判所が性別の取扱いの変更の審判をすることができると定められていること、甲A第114号証4ページに原告らの引用する記載が存在すること、最高裁判所平成27年12月16日大法廷判決（民集69巻8号2586ページ）に原告らの引用する記載が存在することは認め、その余は、原告らの意見にわたる部分は認否の限りでなく、法的主張については、同性の者との婚姻を認めていない民法及び戸籍法の規定が憲法24条1項に反するとの趣旨の主張であると解した上で争う。なお、同性の者との婚姻を認めていない民法及び戸籍法の規定が憲法違反でないことは、後記第3のとおりである。

6 「第6 法律上同性の者との結婚を認めないことが平等原則に違反すること」について

(1) 「1 はじめに」について

第1段落は認め、第2段落は争う。

(2) 「2 性的指向に基づく別異取扱いであること」について

法律上、異性間の婚姻のみが認められ、同性間の婚姻が認められていないことは認め、その余は争う。

(3) 「3 被侵害権利・利益」について

ア 柱書きについて

訴状第6の3(1)ないし(4)（44ないし53ページ）と同旨の主張と解した上で、これに対する認否は、後記イないしオで述べるとおりである。

イ 「(1) 婚姻の自由の侵害」について

争う。

ウ 「(2) 社会的承認の不享受」について

前掲最高裁判所平成27年12月16日大法廷判決（民集69巻8号2

427ページ)が、「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」と判示したことは認め、その余は原告らの意見を述べるものであり、認否の限りでない。

エ 「(3) 婚姻に伴う具体的権利・利益の不享受」について

(7) 柱書きについて

後記(イ)ないし(オ)で述べる限度において認める。

(イ) 「ア 民法上の権利・利益」について

同性のパートナーに対して、訴状記載の民法の各規定が当然には適用されないことは認める。

(オ) 「イ 税法上の権利・利益」について

所得税・住民税の配偶者控除(所得税法2条1項33号ないし同項33号の4, 83条, 83条の2, 地方税法34条1項10号の2)及び所得税・住民税の医療費控除についての世帯での合算(所得税法73条, 地方税法34条1項2号)における「配偶者」とは、民法の規定による配偶者とされていること(所得税基本通達2-46参照), 相続税法19条の2第1項1号に掲げる金額が同項2号に掲げる金額以下であるときは、配偶者の納付すべき相続税額はないものとされているところ、同項の「配偶者」とは、婚姻の届出をした者に限るとされていること(相続税法基本通達19の2-2), 相続税法18条1項は、遺贈により財産を取得した者が当該遺贈に係る被相続人の一親等の血族及び配偶者以外の者である場合においては、その者に係る相続税額は、相続税法17条の規定により算出した金額にその100分の20に相当する金額を加算した金額である旨規定していること、相続税法21条の6が、婚姻期間が20年以上である配偶者から居住用不動産又は居住用不動産を取得するための金銭の贈与が行われた場合の控除の特例を定めていることは認める。

(エ) 「ウ その他の法的権利・利益」について

a 「(ア) 在留資格等」について

出入国管理及び難民認定法2条の2第2項及び同法別表2が、日本人の配偶者である外国人について「日本人の配偶者等」の在留資格を定めていること、同法50条1項4号が、外国人について、「法務大臣が特別に在留を許可すべき事情があると認めるとき。」には在留を特別に許可することができる旨定めていること、法務省入国管理局（当時）が平成18年10月に策定し平成21年7月に改訂した「在留特別許可に係るガイドライン」の第1「在留特別許可に係る基本的な考え方及び許否判断に係る考慮事項」の積極要素1「特に考慮する積極要素」（3）として、「当該外国人が、日本人又は特別永住者と婚姻が法的に成立している場合（括弧内省略）であって、次のいずれにも該当すること」と定められ、同アに「夫婦として相当期間共同生活をし、相互に協力して扶助していること」が、同イに「夫婦の間に子がいるなど、婚姻が安定かつ成熟していること」がそれぞれ掲げられていること、原告らの指摘する裁判例が、上記「在留特別許可に係るガイドライン」において指摘されている考慮事項を考慮するなどして在留特別許可がされるべき事案であるか否かを判断したこと、東京地方裁判所平成20年2月29日判決（判例時報2013号61ページ・甲A第39号証）に原告らの引用する記載があること、国籍法5条1項1号が外国人の帰化を許可する条件の1つとして「引き続き5年以上日本に住所を有すること。」と定め、同法7条が「日本国民の配偶者たる外国人で引き続き3年以上日本に住所又は居所を有し、かつ、現に日本に住所を有するものについては、法務大臣は、その者が第5条第1項第1号及び第2号の条件を備えないときでも、帰化を許可することができる。」と定めていることは認める。

b 「(イ) 遺族年金」について

厚生年金保険法3条2項が、「この法律において、『配偶者』、『夫』及び『妻』には、婚姻の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者を含むものとする。」と定め、同法59条1項が、遺族厚生年金を受けることができる遺族として「被保険者又は被保険者であつた者の配偶者」を定めていることは認める。

c 「(ウ) 犯罪被害給付制度における遺族給付金」について

犯罪被害者等給付金の支給等による犯罪被害者等の支援に関する法律5条1項柱書きが「遺族給付金の支給を受けることができる遺族は、犯罪被害者の死亡の時ににおいて、次の各号のいずれかに該当する者とする。」と定め、同項1号が「犯罪被害者の配偶者（婚姻の届出をしていないが、事実上婚姻関係と同様の事情にあつた者を含む。）」と定めていることは認める。

d 「(エ) 公営住宅への入居」について

不知。

e 「(オ) DV防止法による保護」について

配偶者からの暴力の防止及び被害者の保護等に関する法律の保護対象が「生活の本拠を共にする交際（婚姻関係における共同生活に類する共同生活を営んでいないものを除く。）をする関係にある相手からの暴力」を受けた者に及ぶこと（同法28条の2前段）、甲A第40号証14ページに原告らの引用する内容が記載されていることは認める。

(オ) 「エ 事実上の不利益」について

不知。

オ 「(4) 小括」について

争う。

}

(4) 「4 厳格に審査されるべきこと」について

最高裁判所平成20年6月4日大法院判決（民集62巻6号1367ページ）が「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。したがって、このような事柄をもって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である。」と判示したこと、最高裁判所平成25年9月4日大法院決定（民集67巻6号1320ページ）に原告らの引用する記載があること、前掲最高裁判所平成27年12月16日大法院判決（民集69巻8号2586ページ）の寺田逸郎裁判官による補足意見に原告らの引用する記載があることは認め、その余は、原告らの意見にわたる部分は認否の限りでなく、法的主張については、同性間の婚姻を認めていない民法及び戸籍法の規定が憲法14条1項に反するとの趣旨の主張と解した上で争う。

(5) 「5 別異取扱いが正当化されないこと」について

甲A第45号証ないし47号証において、同性愛者等の自殺念慮の割合や自殺未遂リスクの高さ等について言及されていることは認め、その余は、原告らの意見にわたる部分は認否の限りでなく、法的主張については、同性間の婚姻を認めていない民法及び戸籍法の規定が憲法14条1項に反するとの趣旨の主張と解した上で争う。

(6) 「6 結論」について

争う。

7 「第7 立法不作為が国賠法上違法であること」について

(1) 「1 立法不作為の国家賠償法上の違法性に関する基準」について

第1段落は認め、第2段落は争う。

(2) 「2 本件規定の違憲性が明白であること」について

ア 柱書きについて

争う。

イ 「(1) 同性愛者等であることを理由とする権利利益の制約や差別は許されないという認識が確立，浸透してきたこと」について

(ア) 「ア 科学的知見の確立」について

甲A第48号証989ページに、「1987年に改訂されたDSM-Ⅲ-Rでは、『自我違和性（異質性）同性愛』という名称も削除され、ここに至って、米国精神医学会は、同性愛を『正常範囲内の差異』だとする見方をとるようになったと言える」との記載があること、甲A第30号証の1・367ページに「性的指向それ自体は障害と見なされない」旨の記載があることは認め、その余は不知。

(イ) 「イ 法的倫理的認識の確立」について

市民的及び政治的権利に関する国際規約（以下「B規約」という。）に訴状引用の規定が存在すること、甲A第49号証に、B規約28条1項に基づいて設置された自由権規約人権委員会が、B規約26条にいう「性」との文言に性的指向も含まれるとの指摘を含む見解を示した旨の記載があること、経済的、社会的及び文化的権利に関する国際規約（以下「A規約」という。）に訴状引用の規定が存在することは認め、その余は、原告らが指摘する自由権規約人権委員会の見解等を理由として、同性間の婚姻を認めていない民法及び戸籍法の規定が違憲であると主張するものと解した上で争う。

(ウ) 「ウ 日本国内の動向」について

a 柱書きについて

一般論であり、認否の限りでない。

b 「(ア) 裁判例」について

東京高等裁判所平成9年9月16日判決（判例タイムズ986号2

06ページ・甲A第51号証)に原告らの引用する記載があること、甲A第52号証及び53号証で報じられた訴訟が提起されたことは認め、その余の事実は不知、原告らの意見ないし評価については認否の限りでない。

c 「(イ) 国の行政施策」及び「(ウ) 国会での議論及び決議」について
事実については認め、原告らの評価にわたる部分は認否の限りでない。

d 「(エ) 地方自治体の取り組み」について

甲A第66号証に「近年、同性愛者をめぐって、さまざまな問題が提起されています」との記載があること、地方自治体の条例・計画・指針等の中に性的指向に言及するものが存在すること、訴状記載の各条例が制定され、このうち東京都小金井市「男女平等基本条例」(甲A第68号証・同条例には性的指向の尊重ないし差別禁止に直接言及した規定は見当たらない。)を除く6つの条例が性的指向の尊重ないし差別禁止に言及していること、地方公共団体において「パートナーシップ」の制度に関する取組が存在することは認め、今後の導入計画については不知、その余は原告らの意見ないし評価であり、認否の限りでない。

e 「(オ) 民間の取り組み」について

甲A第94号証において、いわゆるLGBTに関して取組を行っている企業の存在等が調査・紹介されていることは認める。

(I) 「エ 国際社会から日本への是正勧告等」について

我が国のB規約40条に基づく第5回報告及び同6回報告に対する自由権規約人権委員会の総括所見(甲A第95号証の1, 甲A第96号証の1)並びにA規約16条及び17条に基づく第3回報告に対する社会権規約人権委員会の総括所見(甲A第97号証の1)の中に訴状に引用

された趣旨の指摘があることは認め、その余は原告らの意見ないし評価であり、認否の限りでない。

(オ) 「オ 小括」について

一般論としては認めるが、同性間の婚姻を認めていない民法及び戸籍法の規定が憲法24条1項及び14条1項に違反することが国会にとって明白になっていた旨の主張を含むのであれば、争う。

ウ 「(2) 法律上同性の者との婚姻を可能とする立法措置を執ることが世界の潮流であること」について

(ア) 「ア」について

甲A第98号証に、訴状列举の諸外国において同性間の「婚姻」が容認された（ただし、甲A第98号証68ページによれば、同性間の婚姻について異性間の婚姻と全く同じ法的取扱いがなされるとは限らないとされている。）旨の記載があることは認め、その余は争う。

(イ) 「イ」について

不知。

エ 「(3) 日本における同性カップルの婚姻を求める声の高まり」について

「今日、日本においても、同性カップルの婚姻を求める声が高まり続けている」（訴状第7の2(3)柱書き・79ページ）及び「法律や制度の必要性は、日本でも早くから指摘され、法律上同性の者との婚姻の法制化がすでに明確に提起されている状況にある」（訴状第7の2(3)ウ末尾・83ページ）との趣旨の主張と解した上で、知らないし争う。

オ 「(4) 小括」について

争う。

(3) 「3 国会が正当な理由なく長期にわたって立法措置を懈怠していること」及び「4 結論」について

争う。

8 「第8 損害の発生」について

争う。

9 「第9 結語」について

争う。

第2 事案の概要

本件は、原告らが、当事者双方の性別が同一である婚姻（以下「同性婚」という。）を認めていない民法及び戸籍法の規定が憲法24条1項及び14条1項に違反することが明白であるにもかかわらず、国会は正当な理由なく長期にわたって同性婚を可能とする立法措置を怠っており、このような立法不作為（以下「本件立法不作為」という。）によって精神的苦痛を被った旨主張して、被告に対し、国家賠償法（以下「国賠法」という。）1条1項に基づく損害賠償として、各100万円及びこれに対する遅延損害金の支払を求める事案である。

第3 被告の主張

1 本件立法不作為が国賠法1条1項の適用上違法と評価される余地はないこと

(1) はじめに

ア・原告らの主張の概要

原告らは、「人と人の親密な関係に基づく、永続性をもった共同生活について、法律が要件と効果を定めて保護を与え承認・公証する制度（法律婚）の存在を前提に、この法律婚について、人が、国家や第三者に干渉されることなく、望む相手と意思の合致のみによりなしうることを「婚姻の自由」と定義した上で（訴状第5の2柱書き・20ページ）、法律上同性の者との婚姻を認めていない民法及び戸籍法の規定は、憲法24条1項が保障する婚姻の自由を不当に侵害するものであり、その限りで違憲かつ

無効であると主張する（訴状第5の5・43ページ）。

また、原告らは、異性との婚姻を希望する者（異性カップル）には婚姻を認め、同性との婚姻を希望する者（同性カップル）には婚姻を認めないという現行民法及び戸籍法による別異取扱いに、婚姻という事柄の性質に応じた合理的な根拠は存在せず、憲法14条1項が禁止する法的な差別的取扱いに該当すると主張する（訴状第6の1・43ページ）。

その上で、原告らは、法律上同性の者との婚姻を認めていない民法及び戸籍法の規定が憲法24条1項及び同14条1項違反であることは、遅くとも、原告らが日本において婚姻届を提出したときよりも相当の時点において、国会にとって明白になっていたとして（訴状第7の2(4)・83, 84ページ）、本件立法不作為が国賠法1条1項の適用上違法である旨主張する（訴状第7の4・84ページ）。

イ 被告の主張の骨子

しかしながら、以下に述べるとおり、憲法24条1項は、同性婚を想定していないから、同性婚を認めていない民法及び戸籍法の規定が同項に違反して違憲となる余地はない。また、同項では、婚姻は両性の合意によって成立するものとされ、同性婚は想定されていないのであるから、同性婚を認める法律を設けないことが憲法14条1項に違反すると解する余地もない。

したがって、本件立法不作為が国賠法1条1項の適用上違法と評価される余地はない。

(2) 国会議員の立法不作為が国賠法1条1項の適用上違法と評価される場合は極めて限定的であること

国賠法1条1項にいう「違法」とは、国又は公共団体の公権力の行使に当たる公務員が個別の国民に対して負担する職務上の法的義務に違反することをいう（職務行為基準説）。

そして、国会議員の立法行為又は立法不作為が国賠法1条1項の適用上違法となるかどうかは、国会議員の立法過程における行動が個々の国民に対して負う職務上の法的義務に違反したかどうかの問題であり、立法内容の違憲性の問題とは区別されるべきものである。そして、上記行動についての評価は、原則として国民の政治的判断に委ねられるべき事柄であって、仮に当該立法の内容が憲法の規定に違反するものであるとしても、そのゆえに国会議員の立法行為又は立法不作為が直ちに国賠法1条1項の適用上違法の評価を受けるものではない。

もっとも、法律の規定が憲法上保障され又は保護されている権利利益を合理的な理由なく制約するものとして憲法の規定に違反するものであることが明白であるにもかかわらず、国会が正当な理由なく長期にわたってその改廃等の立法措置を怠る場合などにおいては、国会議員の立法過程における行動が上記職務上の法的義務に違反したものとして、例外的に、その立法不作為は、国賠法1条1項の規定の適用上違法の評価を受けると解するのが相当である（以上につき、前掲最高裁平成27年12月16日大法廷判決・民集69巻8号2427ページ参照）。

(3) 同性婚を認めていない民法及び戸籍法の規定は憲法24条1項及び憲法14条1項に違反するものではないこと

ア 同性婚を認めていない民法及び戸籍法の規定は、憲法24条1項に違反しないこと

憲法24条1項は、「婚姻は、両性の合意のみに基いて成立し、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。」と規定するところ、同項にいう「両性」は、その文言上、男女を表すことは明らかであって、憲法は、当事者双方の性別が同一である場合に婚姻を成立させることを想定していないというべきである。すなわち、憲法24条1項は、同性婚について異性間の婚姻と同程度に保障し

なければならないことを命じるものではないと解するのが相当である。

したがって、同性婚を認めていない民法及び戸籍法の規定は、憲法24条1項に違反するものではない。

イ 同性婚を認めていない民法及び戸籍法の規定は、憲法14条1項にも違反しないこと

また、上記アで述べたとおり、憲法24条1項にいう「両性」がその文言上男女を表していることが明らかであり、同項では、婚姻は両性の合意によって成立するものとされ、同性婚の成立は想定されていないのであるから、同性婚を認める法律を設けないことが憲法14条1項に違反すると解する余地はない。

ウ 小括

したがって、民法及び戸籍法の上記規定は、憲法24条1項及び憲法14条1項に違反するものではない。

(4) 結論

以上のとおり、民法及び戸籍法の上記規定が憲法に違反するものではない以上、本件立法不作為が、国会議員が個々の国民に対して負う職務上の法的義務に違反したものととして国賠法1条1項の規定の適用上違法と評価される余地もない。

2 外国人の原告による国賠法1条1項に基づく損害賠償請求には同法6条所定の相互保証の要件の充足が必要であること

(1) 国賠法6条の趣旨及び相互保証の要件を充足することの主張立証責任は原告にあること

国賠法6条は、「この法律は、外国人が被害者である場合には、相互の保証があるときに限り、これを適用する。」と規定しており、相互保証主義を採用している。その趣旨は、我が国の国民に保護を与えない国の国民について、我が国が積極的に保護を与える必要はないという衡平の観念にあると解

される（昭和22年7月28日第1回国会衆議院司法委員会議録第6号87ページ，西塾章・国家賠償法コンメンタール〔第2版〕1210，1211ページ，古崎慶長・国家賠償法の理論235ページ）。

上記の国賠法6条の趣旨に照らすと，同条は，外国人に対して相互保証の存することを条件として同法上の請求権を与えたもの，すなわち，同条は外国人にとって同法上の権利根拠規定と解するのが相当であるから，相互保証の要件を充足することは，国賠法1条1項に基づく損害賠償請求における請求原因を構成し，当該外国人原告が，その主張立証責任を負うべきである（古崎慶長・国家賠償法256ページ，鈴木康之・「相互保証」裁判実務大系第18巻国家賠償訴訟法84ページ，東京地裁昭和47年6月26日判決・判例タイムズ285号266ページ）。また，このように解することは，当該外国人が領事官等を通じて当該外国の法に接することが可能であるから，証拠との距離という実質的な見地に照らしても妥当である。

(2) 原告4番について相互保証の要件に関する主張立証がされていないこと

本件において，原告4番の国籍国は，アメリカ合衆国である。

しかるに，原告4番は，相互保証の要件充足性に関する主張立証をしていないのであるから，原告4番の請求については，相互保証の要件を充たすと認めるに足りる主張立証がされていないという点からも，理由がない。

3 小括

このように，原告らの主張は，理由がない。

第4 結語

以上のとおり，原告らの請求はいずれも理由がないから，速やかに棄却されるべきである。