

【リンクはご自由にお貼りください】

【有償配布 及び Web（ホームページ、ブログ、facebook等）へのアップロードや転載はおやめください】

・「結婚の自由をすべての人に」関西訴訟（大阪地裁）・第3回期日（20191025）で提出された書面です。

平成31年（ワ）第1258号 「結婚の自由をすべての人に」訴訟事件

原告 原告1 外5名

被告 国

## 原告ら第2準備書面

2019（令和元）年9月6日

大阪地方裁判所第11民事部合議1係 御中

原告ら訴訟代理人

弁護士 大 畑 泰次郎

同 寺 野 朱 美

同 三 輪 晃 義

同 山 岸 克 巳

同訴訟復代理人

同 佐 藤 倫 子

### 第1 被告第1準備書面に対する求釈明

#### 1 同性婚は現在もなお想定されていないか（憲法24条1項について）

- (1) 被告は、「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、

【リンクはご自由にお貼りください】

【有償配布 及び Web（ホームページ、ブログ、facebook等）へのアップロードや転載はおやめください】

・「結婚の自由をすべての人に」関西訴訟（大阪地裁）・第3回期日（20191025）で提出された書面です。

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」と主張する（第1準備書面18頁下から8行目以下「ア」）。

- (2) 婚姻の本質は、「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」にある。それは、自己決定権（憲法13条）からも根拠づけられることは既に主張したとおりであり（訴状20頁）、自己決定権を宣明する憲法は、異性婚に限らず、同性婚をも同様に尊重するものであることは言うまでもない。

被告の主張は、条文上の「両性」という文言を偏重し、文理解釈により「婚姻」を異性間のそれに限定するものである。しかし、「婚姻」の定義については、それが「個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚して、制定されなければならない」と規定されていることから明らかなおと（憲法24条2項）、憲法の宣明する自己決定権等をふまえ、その内容を論理的に導き出さなければならない。すなわち、文理解釈ではなく論理解釈しなければならない。

- (3) ところで、人の性のあり方について、長らく同性愛は精神的病理と捉えられてきた。しかし、現在では、人の性的指向が同性に向かうか異性に向かうかは、個人のありようの違いに過ぎないとされており、性的指向が同性に向かう、すなわち同性愛が精神的病理だという知見は、根本的に転換されている（訴状35頁）。

そのうえで、性的指向を理由とする差別は禁止され、人権の制約は許されないことが国際的に普遍的な認識になっている。そして、2001年（平成13年）4月から2019年（平成31年）1月までの間に、オラ

【リンクはご自由にお貼りください】

【有償配布 及び Web（ホームページ、ブログ、facebook等）へのアップロードや転載はおやめください】

・「結婚の自由をすべての人に」関西訴訟（大阪地裁）・第3回期日（20191025）で提出された書面です。

ンダ、ベルギー、スペイン、カナダ、南アフリカ、ノルウェー、スウェーデン、ポルトガル、アイスランド、アルゼンチン、デンマーク、ウルグアイ、ニュージーランド、フランス、ブラジル、英国（イングランド及びウェールズ）、ルクセンブルク、フィンランド、アイルランド、アメリカ、コロンビア、マルタ、ドイツ、オーストリア、オーストラリアの諸国において、同性カップルも異性カップルと同様の婚姻が可能となっている（訴状76頁）。更に本件訴訟提起後、台湾も同様の取扱いを行うに至り、これが世界の潮流であることは明らかである。

(4) 被告は、憲法24条1項が当事者双方の性別が同一である場合の婚姻、同性婚を「想定していない」と繰り返す。それでは、被告においては、その「想定していない」とする時点が、日本国憲法制定当初の時点であるのか、現時点であるのか、あるいはそれ以外の時点であるのか、明らかにされたい。

また、仮に、想定していないとする時点が日本国憲法制定当初である場合、上記(3)のような現在に至ってもなお、同性婚は「想定していない」状況が継続しているということか、憲法24条1項が「両性の」と規定している文言のみを偏重し、現在もなお、憲法（上記(2)のとおり、13条も含めた）が同性婚を想定していない、同性婚を想定する必要がないという主張なのか明らかにされたい。

## 2 同性愛者等が婚姻できないことは不平等ではないか（憲法14条1項について）

(1) 被告は、「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項に違反する余地はない」と主張する（第1準備書面19頁4行目以下）。

【リンクはご自由にお貼りください】

【有償配布 及び Web（ホームページ、ブログ、facebook等）へのアップロードや転載はおやめください】

・「結婚の自由をすべての人に」関西訴訟（大阪地裁）・第3回期日（20191025）で提出された書面です。

- (2) しかし、原告らは、そもそも異性愛者に認められる婚姻、利益が同性愛者に認められない不合理、不平等、「社会的承認の不享受」、「婚姻に伴う具体的権利・利益の不享受」（訴状・請求の原因3(2)(3)・44頁以下）をも問題にしている。憲法24条1項の解釈はさておき、同性愛者が婚姻できない以上、そこに不平等は現に存在する。被告の前記主張は、憲法14条1項の平等原則違反の問題を同24条1項の文言のみで回避しようとするもので、この問題についての被告の見解を明らかにしていない。
- (3) そこで、被告は、①法律上同性の者との婚姻を認めないことが、憲法14条1項で問題となりうる「別異取扱い」に当たらないと主張するのか、②もし当たらないとすれば、なぜ当たらないのか、③「別異取扱い」に当たると合理的根拠があるから憲法14条1項に反しないとすれば、どのような合理的根拠があるのか、それぞれ明らかにされたい。

## 第2 国賠法6条にもとづく相互保証について

### 1 相互保証に関する立証責任及び立証の程度について

被告は、「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」と主張する（第1準備書面20頁）。

しかし、国家賠償請求権は憲法17条により認められた権利であるところ、憲法17条の規定の文言は、「何人も」としており、その対象を限定していない。また、国賠法1条1項及び同法2条1項には「他人」とのみ規定され、その文言上、対象を日本国民ないし相互の保証の存在する国の国籍を有する外国人に限定していない。そして、国賠法6条は、被害者が外国人である場

【リンクはご自由にお貼りください】

【有償配布 及び Web（ホームページ、ブログ、facebook等）へのアップロードや転載はおやめください】

・「結婚の自由をすべての人に」関西訴訟（大阪地裁）・第3回期日（20191025）で提出された書面です。

合に初めて、その外国人が国籍を有する国と日本との間に相互の保証があるかどうかを問題にしている。このような憲法及び国賠法の構造に鑑みると、国賠法に基づき損害賠償請求をする者は、その者が外国人であったとしても、請求原因としては、国賠法1条1項又は2条1項の事実関係を主張立証すれば足り、当該請求者が外国人であることは、国ないし公共団体の側で主張立証する抗弁事実と解すべきである。

さらに、各国の法制の在り方については差違があり、国家賠償の請求要件等について日本との比較をすることについては必ずしも容易ではなく、係争案件と同一の事案に関する判断が、当該外国において確立していない場合も多い。そして、そのような問題を孕んでいる外国法の調査等を私人たる外国人に負わせることは、国際協調主義を採用している憲法の要請を受けて立法された国賠法の解釈として合理的ではない。したがって、国賠法6条にいう「相互の保証」については、国賠法に基づく権利の発生のための要件を加重した権利根拠規定ではなく、請求を受ける側がその不存在を主張・立証する必要があると解すべきである。具体的には、その外国において国家賠償制度が存在しないか、存在するとしても、その外国の法制度が、日本のそれと重要な点において異なることを主張・立証しなければならない。

以上につき、同旨を述べた裁判例として、札幌地裁平成21年1月16日中間判決・判例時報2095号100頁、大津地裁昭和49年5月8日判決・判例時報768号87頁、大分地裁昭和60年2月20日判決・判例時報1153号206頁がある（各裁判例の関連個所の具体的内容については、別紙1参照）。

しかるに、被告は、相互の保証が存在していないことについて、何ら積極的な主張・立証をしていないのであるから、相互の保証の有無を理由に原告4番の国家賠償請求を排斥することはできない。

## 2 アメリカ合衆国との間で相互保証の存在を認めた裁判例が存在すること

【リンクはご自由にお貼りください】

【有償配布 及び Web（ホームページ、ブログ、facebook等）へのアップロードや転載はおやめください】

・「結婚の自由をすべての人に」関西訴訟（大阪地裁）・第3回期日（20191025）で提出された書面です。

アメリカ合衆国と日本との間の相互保証の存在が争われた裁判例として、東京地判平成14年6月28日判時1809号46頁がある。同判決において、裁判所は、下記を根拠に、アメリカ合衆国と日本との間に相互保証が存在することを認めた。

(1) 連邦市民権法（42 U.S. Code Section 1983）は、連邦及び州の公務員による憲法上の権利の侵害に対する民事的請求を認めていること

(2) 各州においては、主権免責の概念が認められている場合もあるが、主権免責を放棄したり、免責制限を図る州も存在すること

(3) アメリカ合衆国憲法修正14条が、法の平等な保護を保障していることからすれば、上記の保護は、これを制限する旨の特別の規定がない限り、外国人に対しても及ぶものと推測されるところ、このような特別の規定が存在することを認めるに足りる証拠はないこと

原告らが知る限り、上記(1)から(3)のいずれについても、上記判決の当時から現在に至るまで大きく変更された形跡は見当たらない。したがって、アメリカ合衆国と日本との間には、現在においても、国家賠償に関し、相互保証が存在している。よって、この点からも、相互保証の有無を理由に原告4番の国家賠償を排斥することはできない。

以 上

別紙1

<p>1. 大津地裁昭和49年5月8日判決・判例時報768号87頁</p>	<p>然し乍ら、元来国家賠償法は憲法一七条を受けて規定されているものであるが、右憲法一七条が公務員の不法行為につき「何人も」賠償請求権を認め、右に「何人も」とは直接には日本国民を指称するものとしても同条の存する憲法第三章「国民の権利義務」の章においては憲法が「国民」と「何人も」とを使い分けているうえ、憲法前文の国際主義をも併せ考えれば、国家賠償法六条は、むしろ、原則的には外国人にも国家賠償請求権を認め、例外的に、国又は公共団体において相互の保障のないことを立証した場合に限り同法の適用を排除するものと解するのが相当である。殊に、本件請求の同法二条一項は私法的色彩の濃厚な規定であること、被害者側に相互保障の立証を課すことの被害者側の負担をも考えれば右のように解するのが合理的でもある。しかして、その場合相互保障規定の存否は、国家賠償請求権の存否の前提問題であって、適用すべき外国法の確知の問題ではないから、職権探知事項ではないと解すべきである。</p> <p>すると、本件において、被告国は原告らの同法の適用を争うと答弁するのみで、何ら朝鮮において相互保障の規定の不存在についての立証がないから被告国は本件損害賠償義務を免れない。</p>
<p>2. 大分地裁昭和60年2月20日判決・判例時報1153号206頁</p>	<p>ところで、相互保証の存在の立証責任について考えるに、国家賠償法は、憲法一七条を受けて規定されたもので、同条項は公務員の不法行為に対し「何人も」賠償請求権を認めており、また憲法前文が国際協調主義を採用する旨唱えていることを考慮すれば、国家賠償法六条は原則的に外国人に対しても賠償請求権を認め、例外的に国または公共団体において本国法では相互保証のないことを主張立証した場合に限り、同法の適用が排除されるものと解される。</p> <p>右のように解することは、国家賠償法一条が私法である民法七〇九条の特別規定とされていること、不法行為の被害者の救済が容易になることからして合理性がある。</p> <p>なお、相互保証の有無は、適用すべき外国法の確知の問題ではなく、事実の存否の問題であるから、職権探知事項ではないと解される。</p> <p>そこで本件についてみるに、《証拠略》によれば、イギリスにおいては、地方自治体が、その公務員の過失により損害を被った者に賠償責任を負うこと、この責任は、敵国人</p>

【リンクはご自由にお貼りください】

【有償配布 及び Web（ホームページ、ブログ、facebook等）へのアップロードや転載はおやめください】

・「結婚の自由をすべての人に」関西訴訟（大阪地裁）・第3回期日（20191025）で提出された書面です。

	<p>（イギリスと戦争中の国の国籍を有する者またはその国に自由意思で住居を設け若しくは仕事をしている者）を除いて、いかなる外国人に対しても負うことが、判例により普通法（コモン・ロー）として確立されていることが認められる。</p> <p>しかし、我が国の国家賠償法一条とイギリスの普通法との間に、賠償責任を生じる過失の程度に相違があるか否かについては、被告においてなんらこれを立証しないから、本件訴訟では右の点の相違はないものとして取り扱う外なく、我が国が現在イギリスと戦争中でないことは公知の事実であるから、イギリスには相互保証が存することになる。よって、被告の抗弁1は理由がない。</p>
3. 札幌地裁平成21年1月16日中間判決・判例時報2095号100頁	<p>イ 主張立証責任の所在及び立証の程度</p> <p>（ア） 憲法一七条は、国家賠償請求権を定め、その規定の文言は、「何人も」としており、その対象を限定しておらず、また、国家賠償法一条一項及び同法二条一項には「他人」とのみ規定され、日本国民ないし相互の保証の存在する国の国籍を有する外国人との規定にはなっていない。</p> <p>そして、国家賠償法六条は、その者が外国人である場合に初めて、その外国人が国籍を有する国と我が国との間に相互の保証があるかどうかを問題にしている。</p> <p>このような憲法及び国家賠償法の構造に鑑みると、国家賠償法に基づき損害賠償請求をする者は、その者が外国人であったとしても、請求原因としては、国家賠償法一条一項又は二条一項の事実関係を主張立証すれば足り、当該請求者が外国人であることは、国ないし公共団体の側で主張立証する抗弁事実と解するべきである。</p> <p>そして、「外国人」とは、日本国籍を有しない者のことをいうところ、無国籍者については、相互の保証の可能性がおおよそ考えられないことに加え、当該外国との間に相互の保証がないことから当該外国が利益を受け一方で我が国が不利益を受けるという事態を防止するという相互保証要件の趣旨に抵触することもないことから、日本国民と同様の保護を受けるべきものと解されることからすれば、国ないし公共団体の側で、単に当該請求者が外国人であることのみならず、特定の国籍を有する外国人であることまで主張立証する必要があるといえる。</p> <p>（イ） さらに、国家賠償法六条にいう「相互の保証」については、文言上は、国家賠償法に基づく権利の発生のための要件を加重した権利根拠規定と解する余地もあるが、</p>

【リンクはご自由にお貼りください】

【有償配布 及び Web（ホームページ、ブログ、facebook等）へのアップロードや転載はおやめください】

・「結婚の自由をすべての人に」関西訴訟（大阪地裁）・第3回期日（20191025）で提出された書面です。

	<p>各国の法制の在り方については差違があり、その請求要件等について我が国との比較をすることについては必ずしも容易ではなく、係争案件と同一の事案に関する判断が、当該外国において確立していない場合も多い。そして、そのような問題を孕んでいる外国法の調査等を私人たる外国人に負わせることは、国際協調主義を採用している憲法の要請を受けて立法された国家賠償法の解釈として合理的ではない。</p> <p>したがって、国家賠償法六条にいう「相互の保証」については、請求を受ける側がその不存在を主張・立証する必要があるというべきである。</p> <p>具体的には、その外国において国家賠償制度が存在しないか、存在するとしても、その外国の法制度が、我が国のそれと重要な点において異なることを主張・立証しなければならないと解される。</p>
--	--