

【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」東京訴訟（東京地裁）・第3回期日（2019.10.16）で提出された書面です。

平成31年(ワ)第3465号 国家賠償請求事件

原 告 大江 千束 外9名

被 告 国

原告ら第3準備書面

(被告第1準備書面に対する反論)

2019年(令和元年)10月16日

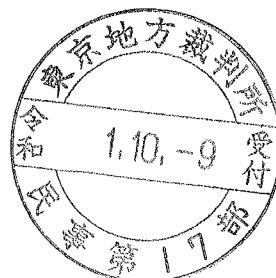
東京地方裁判所民事第17部合議B係 御中

原告ら訴訟代理人

弁護士 上杉 崇子

同 寺原 真希子

他20名



原告らは、本準備書面において、被告第1準備書面に対する反論を行うとともに、同性間の婚姻を認めない民法及び戸籍法の規定（以下、「本件規定」という。）が憲法24条1項、憲法14条1項に違反するものであることについて再論し、さらに、本件規定は、憲法24条2項にも違反することを論じるものである。

第1 同性間の婚姻を認めない本件規定が憲法24条1項に違反すること

1 問題の所在

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ぬ」と規定する。

この憲法24条1項について、最高裁判所は、「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」であり（最大判平成27年12月16日民集69巻8号2427頁再婚禁止期間訴訟判決、最大判同日民集69巻8号2586頁夫婦別姓訴訟判決），この「婚姻をするについての自由」は「十分尊重に値する」旨判示する（上記再婚禁止期間訴訟判決）。

原告は、憲法24条1項が婚姻の自由を憲法上の権利として保障したものであることを前提に、それが、法律上同性の者どうしにも当然に及ぶことを論証した（訴状請求原因第5）。

これに対し、被告は、憲法24条1項が『両性』との文言を用いていることをもって、「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」、「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」として原告の主張を争う（被告第1準備書面19頁から20頁、第3、1（3））。

しかし、憲法24条1項に「両性」の文言が使われていることのみから、上記結論を導く被告の解釈は憲法解釈として誤っている。

憲法の各条項の背後には、すべての人が「個人として尊重」されるという憲法の基本原理（13条前段）が存在し、個別の、各人権規定の母胎として役割を果たしたあとも、解釈の指針として意味を持っている。そして、「個人の尊重」の内実が社会の変動によって変化するに応じて、各条項の規範の意味も不斷に問い直される必要があり、この見地から、憲法24条1項を解釈しなければならないのである。

以下、憲法の文言の解釈方法について論じたあと（2項）、憲法24条1項のありうべき解釈（3項）について論ずる。そして、その結論は最高裁判例とも同旨である旨を4項で論ずる。

2 憲法の文言と解釈方法

本項において、憲法の文言を解釈にするにあたって、どのように解釈すべきかについて論ずる。

（1）原理の体系

憲法は、憲法13条前段のうたう個人の尊厳を究極的な価値とする原理の体系である。憲法のひとつひとつの条項は、離れ小島のようにスタンドアローンで存在するのではなく、個人の尊厳という究極の価値を出発点として、それぞれがその実現に不可欠と判断されたが故に、法律でも破れない権利・規範として憲法に規定されたのである（甲A150 高橋和之『立憲主義と日本国憲法〔第4版〕』（有斐閣、2017）144頁）。

したがって、憲法の、とりわけ人権規定の解釈においては、当該条項が個人の尊厳の原理といかなる関係に立ち、何故憲法上の権利とされるに至ったのかを十分にふまえる必要がある。また、ある文言が当該条項の解釈に及ぼす意味が問題になる場合も、およそ法律の文言が、その用いられた条項全体の趣旨を伝達するためにある以上、その文理から形式的機械的に判断するのではなく、個人の尊厳の原理を具体化分節化するうえで、憲法がその条文に

何を期待し、その文言にはどのような役割を託したのか、という観点から考察する必要がある。

(2) 判例においても、憲法の文理のみならず憲法の基本原理や歴史的、国際的視点から考察するという解釈が採用されていること

以上述べた解釈は、さまざまな憲法問題において、最高裁判所判例が当然のこととして採用し実践するところである。

① 外国人の人権共有主体性（マクリーン事件判決）（最大判昭和53年10月4日・民集32巻7号1223頁）

憲法上の人権を定める憲法第三章の表題は「国民の権利及び義務」とされ、憲法11条（国民は、すべての基本的人権の享有を妨げられない）、12条（この憲法が国民に保障する自由及び権利は、国民の不断の努力によって、これを保持しなければならない）、13条（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・・・）も、憲法の保障する基本的人権について「国民」との文言を用いている。

そこで、「国民」といえない外国人については、憲法上の人権の享有主体とはなりえないのか否かが問題となる。学説にも、憲法の規定上「国民は」とされている場合と「何人も」とされている場合を区別し、外国人には「何人も」と規定されている条項のみの適用を認める説も存在した（最大判昭和53年10月4日の調査官解説である越山安久『最高裁判所判例解説民事篇昭和53年度』447頁による学説の整理を参照）。

しかし上記学説のような解釈は誤りである。なぜなら、人権は、人間の尊厳に由来し人が人であるという理由のみで認められるものであるからである（人権の固有性。甲A151 芦部信喜・高橋和之補訂『憲法〔第六版〕』（有斐閣、2015）80頁）。日本国憲法人権編（第三章）に列挙された人権も、すべての人が「個人として尊重される」という憲法の基本原理（13条前段）を確保し実現するために不可欠と考えられた権利・利益が

憲法上の権利に高められたものだからである（甲A150 高橋和之『立憲主義と日本国憲法〔第4版〕』（有斐閣、2017）144頁）。

とするなら、人が人である限り、すなわち、その尊厳において違いを認めることができない以上、文言が「国民」となっていたとしても、外国人であることを理由として憲法の保障する基本的人権の享有が否定されないわれはない。

だからこそ、最高裁判所も、上記判決において、「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る」と判示した。最高裁判所は、文理をもって機械的に決することなく、個人の尊重という憲法の基本原理に照らした解釈を採用したのである。

②裁判員制度憲法適合判決

さらに、裁判員制度の憲法適合性が争われた事件（最大判平成23年1月16日刑集65巻8号1285頁）における最高裁判決が重要である。

すなわち、憲法76条1項は、「すべて司法権は、最高裁判所及び法律の定めるところにより設置する下級裁判所に属する。」と定め、憲法80条においては「下級裁判所の裁判官は、最高裁判所の指名した者の名簿によって、内閣でこれを任命する。その裁判官は、任期を10年とし、再任されることができる。但し、法律の定める年齢に達した時には退官する。」として、文理上、司法権を行使しうる下級裁判所は、「裁判官」によって構成されることを前提としているように思われる。そこで、同事件では、裁判官ではない国民が刑事裁判に関与することが許されるか否かが問題となつた。

この点について、最高裁は、国民の司法参加を認めることについて憲法に「明文の規定が置かれていなことが、直ちに国民の司法参加の禁止を

意味するものではない。」としたうえで、「憲法上、刑事裁判に国民の司法参加が許容されているか否かという刑事司法の基本に関わる問題は、憲法が採用する統治の基本原理や刑事裁判の諸原則、憲法制定当時の歴史的状況を含めた憲法制定の経緯及び憲法の関連規定の文理を総合的に検討して判断されるべき事柄である」と判示し、結論として「憲法上国民の司法参加がおよそ禁じられていると解すべき理由はない〔い〕」と判断した。

この判決について、最大判平成23年11月16日の調査官解説である、西野吾一・矢野直邦『最高裁判所判例解説刑事篇平成23年度』309頁によれば、当該判決は、「国民の司法参加の憲法許容性の議論が、憲法の解釈論である以上その文理に着目することは当然ではあるものの、憲法の文理のみならず、憲法の基本原理に加え、歴史的、国際的視点からも問題を考察する必要性を指摘したもの」であり、このような判示は、「憲法の明文からは結論が容易には導きだせない解釈上の論点を考察する手法として正当なものと解されるとともに、長い時間軸の中で、かつ広く世界を見渡して判断するという基本的な姿勢を示している」(甲A152 西野吾一・矢野直邦『最高裁判所判例解説刑事篇平成23年度』309頁。)と評価している。

ここでも、憲法の解釈において、文理が決定的な決め手になるものではなく、憲法13条前段で保障される個人の尊厳を始めとする憲法の基本原理に加えて、歴史的、国際的視点からも問題を考察する最高裁の姿勢が確認されている。

③その他の判例

他にも、形式的に文言にとらわれることなく憲法の条項を解釈した例として、憲法35条は、その文理から専ら又は主として刑事手続について定めた規定であると考えられるが、「当該手続が刑事责任追及を目的とするものでないとの理由のみで、その手続における一切の強制が当然に右規定

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」とした最大判昭和47年11月22日刑集26巻9号554頁や、憲法14条の「すべて国民は」という文言から、同条が直接には日本国民を対象とするものと解されるものの、法の下における平等の原則は近代民主主義諸国の憲法における基礎的な政治原理であり、わが国も加入している世界人権宣言においても全ての人の法の前における平等が定められていることに鑑みて、その趣旨は外国人に対しても類推されたとした最大判昭和39年11月18日刑集18巻9号579頁等を挙げることができる。

(3) 諸外国でも婚姻に関する条項について文言にとらわれない解釈がなされていること

憲法24条1項と同様に婚姻に関する条項を有する条約や外国の憲法の解釈にも目を向けると、例えば、婚姻の権利について規定したヨーロッパ人権条約12条は、「婚姻をすることができる年齢の男女は、権利の行使を規律する国内法に従って婚姻しきつ家族を形成する権利を有する」¹と規定して、婚姻の権利の主体を「男女」と表しているところ、そのような文言にかかわらず、オランダを初めとする多数の締約国が同性間の婚姻を法制化していることは、訴状76頁（「ア 諸外国では同性カップルに異性カップルと同様の婚姻を認めている」）で指摘したとおりである。

更に、スペイン憲法32条は、1項で「男女は、法律上完全に平等に、婚姻する権利を有する」と規定し²、2項で「婚姻の形式、婚姻の年齢および能力、夫婦の権利および義務、別居および離婚の事由、ならびにその効果につ

¹ 英文では次のとおり。“Men and women of marriageable age have the right to marry and to found a family, according to the national laws governing the exercise of this right.

² スペイン憲法の日本語訳は、佐久間悠太「同性婚をめぐる諸外国の動向」人間文化研究20号（2014年）（甲A169）136～137頁による。原文は次のとおり。”El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica.”

いては法律でこれを定める」と規定し³、婚姻の権利の主体について「男女」との文言を用いているが、2005年（平成17年）には憲法改正を経ることなく同性間の婚姻が法制化されている。さらに、この点について、同性婚を可能とした法改正が上記憲法32条に違反すること等を理由として法改正の無効を主張する訴訟が提起されたのに対し、2012年（平成24年）11月6日、スペイン憲法裁判所は、同性間の婚姻を認める民法の規定は憲法32条に違反しないとの判断を下したのである（藤戸敬貴「同性カップルの法的保護をめぐる国内外の動向」レファレンス805号（2018年）（甲A98）・79頁。）。

また、コロンビアでも同様に憲法で男女を前提とした規定になっているが、2016年4月28日の判決で憲法は同性間の婚姻を排除していないと判断した（甲A98・73頁）。

（4）小括

以上、憲法、とりわけ人権規定の解釈においては、憲法全体を貫く基本原理や、基本原理との関係で当該条項が果たす役割、等しく個人の尊厳の原理を母胎として生まれた関連規定を含む憲法の全体構造をふまえ、歴史的、国際的視点をも加味して解釈をしなければならないのである。

3 憲法24条1項のあるべき解釈

（1）はじめに

では、憲法24条1項の「両性」の文言は、同条項の解釈においてどのような意味を持つだろうか。果たして、婚姻の自由について、異性間の関係に限定する意味を持つのか否かが問題となる。

³ 原文は次のとおり。”La ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos.”

この点を検討するにあたっては、上記のとおり、「両性」の文言の存在から機械的に結論を導くのではなく、憲法24条1項が個人の尊厳の実現のためにどのような意味・役割を果たすのかという条項全体の趣旨と、その中で「両性」の文言がどのような意味を託されたのかを総合的に検討する必要がある。法律の文言があくまでその条項全体の趣旨を伝達するための手段である以上それは当然の理である。そして、その検討のためには、憲法制定当時の議論の経緯を検証することが有用である。なぜなら、法律、特に憲法のような重要な法を制定する過程では、個々の条文について、その文言選択や表現ぶりにまで議論が及ぶことがしばしばだからである。

そこで、以下、2項で、憲法24条1項の制定過程から、同条項全体の趣旨・意義と「両性」の文言に何らか特別の趣旨が託されているのか否かを検証する。

さらに、憲法24条1項を含む憲法の各条項の背後には、すべての人が「個人として尊重」されるという憲法の基本原理（13条前段）が存在しているが、人は社会の中で生きる存在であるから、「個人として尊重」されることの内実は社会の変動に応じて変化を免れず、個人尊重原理の具体化である各条項の意義もこの観点から不斷に問い合わせ直される必要がある。この点を3項で論ずる。

（2）「両性の合意のみ」という文言が同性間の婚姻を排除する趣旨で意図的に選択されたものではないこと

憲法の制定に当たって、一定の解釈を排除する趣旨で特定の文言が意図的に選択されたのであれば、その文言は解釈の上で重要な考慮要素ないし基準として機能しうる。しかし、そのような趣旨で特定の文言が選択されたわけではないとすれば、その文言の存在がすべての問題の決め手となるような解釈をすることは許されない（横田耕一・高見勝利編『ブリッジブック憲法』（甲A154）129頁参照。）。

そして、以下のとおり、憲法24条1項の制定過程からしても、「両性の合意のみ」という文言は、同性間の婚姻を排除する趣旨で意図的に選択されたものではないことは明らかである。

① 憲法24条1項の制定趣旨

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、相互の協力によって維持されなければならない」と規定したのは、訴状24～26頁（「(3) 憲法24条1項の制定趣旨」）及び40～41頁（「4 憲法24条1項は同性カップルの婚姻を禁止していないこと」）で論じたとおり、明治民法の下における「家」制度を全面的に改めるため、婚姻を含む家族生活について民主主義の基本原理である個人の尊厳と両性の本質的平等の原則を特に定める必要があったからであり、「婚姻は、両性の合意のみに基いて成立〔する〕」というのも、家制度における婚姻についての戸主の同意権を否定し、当事者本人以外の第三者の意思によって婚姻の成立が妨げられないことを明らかにしたものと解される（訴状24～25頁（「ア 憲法24条1項の制定趣旨」同旨）。

この点、2017年（平成29年）1月30日開会の参議院予算委員会において、政府特別補佐人として出席した横畠裕介内閣法制局長官も、「現行の憲法において、『婚姻は、両性の合意のみに基いて』と書いてある。その『のみ』となぜ書いたかということでございますけれども、先ほど来委員御指摘のように、明治憲法の下においては、婚姻する本人の意思ではなくて、むしろ家長など他の者の意思決定に基づいて婚姻が成立というか、実際上も含めてでございますけれども、婚姻が成立するという制約があったと。まさにそれを取り外したと、取り外すというところにこの現行憲法の意味があるということを明らかにするためにあえて両性の合意のみということを明記したというふうに考えられます」（第193回国会参議院

予算委員会会議録第1号（甲A155）・9頁）として、上記と同旨の説明をしているところである。

② 憲法24条1項の制定過程

憲法24条は、①GHQ民生局のベアテ・シロタ・ゴードンの起草によるいわゆるシロタ草案18条、②シロタ草案を受けて1946年（昭和21年）2月13日に日本政府に提示されたGHQ草案23条、③GHQ草案に基づいて日本政府が起草してGHQに提示した同年「3月2日案」、④GHQとの交渉を経て作成された同年「3月5日」案22条、⑤同年4月17日に発表された口語化憲法改正草案22条、⑥同年6月20日に帝国議会に提出された帝国憲法改正案22条を経て、帝国議会での審議を経て制定されたものであるところ⁴、現行の憲法24条に至るまでの条項の変遷をみると、次のとおりである。

① シロタ草案18条

家庭は、人類社会の基礎であり、その伝統は、善きにつけ悪しきにつけ国全体に浸透する。それ故、婚姻と家庭とは、法の保護を受ける。婚姻と家庭とは、両性が法律的にも社会的にも平等であることは当然であるとの考えに基礎をおき、親の強制ではなく相互の合意に基づき、かつ男性の支配ではなく両性の協力に基づくべきことを、ここに定める。これらの原理に反する法律は廃止され、それに代わって、配偶者の選択、財産権、相続、本居の選択、離婚並びに婚姻および家庭に関するその他の事項を、個人の尊厳と両性の本質的平等の見地に立って定める法律が制定されるべきである⁵。

⁴ 前掲長谷部恭男編『注釈日本国憲法(2)』(甲A156) 497～498頁、同辻村みよ子・山元一編『概説憲法コンメンタール』(甲A157) 153～154頁、同木下智史ほか『新・コンメンタール憲法(第2版)』(甲A159) 302頁参照。

⁵ 日本語訳は、ベアテ・シロタ・ゴードン（構成・文=平岡磨紀子）『1945年のクリスマス』（朝日新聞出版、2016年）(甲A158) 184～185頁による。原文は次のと

② GHQ草案23条（甲A156）

家族ハ人類社会ノ基底ニシテ其ノ伝統ハ善カレ惡シカレ国民ニ滲透ス婚姻ハ男女両性ノ法律上及社会上ノ争フ可カラサル平等ノ上ニ存シ両親ノ強要ノ代リニ相互同意ノ上ニ基礎ツケラレ且男性支配ノ代リニ協力ニ依リ維持セラルヘシ此等ノ原則ニ反スル諸法律ハ廃止セラレ配偶ノ選択，財産権，相続，住所ノ選定，離婚並ニ婚姻及家族ニ関スル其ノ他ノ事項ヲ個人ノ威厳及両性ノ本質ニ立脚スル他ノ法律ヲ以テ之ニ代フヘシ⁶

③ 「3月2日案」37条

婚姻ハ男女相互ノ合意ニ基キテノミ成立シ，且夫婦ガ同等ノ権利ヲ有スルコトヲ基本トシ相互ノ協力ニ依リ維持セラルベキモノトス⁷。

④ 「3月5日案」22条

婚姻ハ男女相互ノ合意ニ基キテノミ成立シ，且夫婦ガ同等ノ権利ヲ

おり（前掲木下智史ほか『新・コンメンタール憲法（第2版）』（甲A159）302頁参照）。”The family is the basis of human society and its traditions for good or evil permeate the nation. Hence marriage and the family are protected by law, and it is hereby ordained that they shall rest upon the undisputed legal and social equality of both sexes, upon mutual consent instead of parental coercion, and upon cooperation instead of male domination. Laws contrary to these principles shall be abolished, and replaced by others viewing choice of spouse, property rights, inheritance, choice of domicile, divorce and other matters pertaining to marriage and the family from the standpoint of individual dignity and the essential equality of the sexes.”

⁶ 国立国会図書館ウェブサイト「日本国憲法の誕生」のページ（<https://www.ndl.go.jp/constitution/shiryo/03/076shoshi.html>）参照。原文は次のとおり。”The family is the basis of human society and its traditions for good or evil permeate the nation. Marriage shall rest upon the indisputable legal and social equality of both sexes, founded upon mutual consent instead of parental coercion, and maintained through cooperation instead of male domination. Laws contrary to these principles shall be abolished, and replaced by others viewing choice of spouse, property rights, inheritance, choice of domicile, divorce and other matters pertaining to marriage and the family from the standpoint of individual dignity and the essential equality of the sexes.”

⁷ 国立国会図書館ウェブサイト「日本国憲法の誕生」のページ（<https://www.ndl.go.jp/constitution/shiryo/03/086shoshi.html>）参照。

有スルコトヲ基本トシ相互ノ協力ニ依リ維持セラルベキモノトス。

配偶ノ選択，財産権，相続，住所ノ選定，離婚並ニ婚姻及家族ニ関スル其ノ他ノ事項ニ關シ個人ノ威厳及両性ノ本質的平等ニ立脚セル法律ヲ制定スヘシ⁸。

⑤ 口語化憲法改正草案 22 条

婚姻は，両性の合意に基いてのみ成立し，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。

配偶者の選択，財産権，相続，住居の選定，離婚並びに婚姻及び家族に関するその他の事項に関しては，法律は，個人の権威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⁹。

⑥ 帝国憲法改正案 22 条

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。

配偶者の選択，財産権，相続，住居の選定，離婚並びに婚姻及び家族に関するその他の事項に関しては，法律は，個人の権威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¹⁰。

以上のような条項の変遷をみると，まず，「両性 (both sexes)」という文言及び婚姻が「(親の強制ではなく) 相互の合意に基づく」ものとする規定は，①のシロタ草案 18 条に既に現れていたものであり，その後の③の「3月2日案」における「婚姻ハ男女相互ノ合意ニ基キテノミ成立する」旨の規定は，シロタ草案及び②のGHQ草案 23 条の規定を引き継い

⁸ 国立国会図書館ウェブサイト「日本国憲法の誕生」のページ (<https://www.ndl.go.jp/constitution/shiryo/03/089shoshi.html>) 参照。

⁹ 国立国会図書館ウェブサイト「日本国憲法の誕生」のページ (<https://www.ndl.go.jp/constitution/shiryo/03/099shoshi.html>) 参照。

¹⁰ 国立国会図書館ウェブサイト「日本国憲法の誕生」のページ (<https://www.ndl.go.jp/constitution/shiryo/04/117shoshi.html>) 参照。

だものであると考えられる¹¹。

また、③の「3月2日案」37条から⑤の口語化憲法改正草案22条までにおいては、「両性の合意に基いてのみ」という語順から「のみ」が「基いて」に係ることが明瞭であったが、⑥の帝国憲法改正案22条では現行の憲法24条1項と同様に「両性の合意のみに基いて」と「のみ」の位置が修正されているところ、この間の枢密院委員会の審議では、同規定により「両性の合意以外に婚姻の成立要件を加へることはできない」（松本烝治国務大臣発言）¹²旨が確認され、審議を経て行われた「のみ」の位置の修正については、「各条項にわたり字句の表現その他を研究の結果つぎの如く各条項に亘り字句その他の表現上の訂正を行つた」ものであるとの説明がなされている¹³。

そして、⑥の帝国憲法改正案22条の「婚姻は、両性の合意のみに基いて成立〔する〕」との文言は、帝国議会での審議でも変更されることなく、現行の憲法24条1項として制定されることになったところ、帝国議会で

¹¹ 佐藤達夫（佐藤功補訂）『日本国憲法成立史第三巻』（有斐閣、1994年）（甲A160）122頁によれば、GHQ草案23条の最初の部分「家族ハ人類社会ノ基底ニシテ其ノ伝統ハ善カレ惡シカレ国民ニ滲透ス」は、文章として日本の法制の体裁に合わないからという理由で削除することについて同意を得て、また、「両親ノ強要ノ代リニ……、男性支配ノ代リニ……」といったような「表現を改めて」、「3月2日案」37条の形にしたものと説明されている。

¹² 国立国会図書館ウェブサイト「日本国憲法の誕生」のページ（https://www.ndl.go.jp/constitution/shiryo/04/111_1shoshi.html）掲載の枢密院委員会記録参照。

¹³ 国立国会図書館ウェブサイト「日本国憲法の誕生」のページ（<https://www.ndl.go.jp/constitution/shiryo/04/115shoshi.html>）掲載の昭和21年6月9日読売新聞「樞府・憲法案可決」と題する記事参照。なお、帝国議会での審議でも「この『のみ』の位置に依りまして、解釈の範囲が大分違ひはしないか」との質問に対して、司法大臣は、「承知の通り只今の民法の建前と致しましては、或る一定の年限に達しないものに付ては、或は戸主の同意を要する、或は親権者の同意を要すると云う非常な制限を設けてあるのであります。そう云う強い意味の制限はこれを排除して、両性の合意だけで成立させようと云う趣意であります」と答弁している。清水伸編『逐条日本国憲法審議録』（日本世論調査研究所、1962年）（甲A161）481頁参照。

の審議では、主に「本条をめぐっては、伝統的な家族制度が維持されることになるのかが論点となった」（長谷部恭男編『注釈日本国憲法(2)』（甲A 156）・498頁）が、同文言に関し、同性間の婚姻を排除する趣旨であるか否か等が議論された形跡は見られない¹⁴。

以上、憲法24条1項の「両性の合意のみ」という文言は同性間の婚姻を排除する趣旨で意図的に選択されたものではないことは明らかである。

③ 「両性」の語が使われたことの意味

以上のとおり、「両性の合意のみ」という文言がはいったのは同性間の婚姻を排除する趣旨ではない。それは議論すらされなかつた。では、なぜ「両性」という言葉が用いられたのであろうか。

それは、憲法を制定した人々にとって、同性を愛する者たちが、婚姻の法的保護を受けるということはおよそあり得ないと誤った認識・考えに支配されていたからである。この誤った偏見の結果として、「両性」の語を用いることに際して何の議論も無かつたのである。

そして、その認識が誤っていることは訴状でも繰り返し述べてきたとおりである。そうであれば、「両性」の語の存在は、同性カップルに婚姻の保障を及ぼすことを否定する理由にならないどころか、個人の尊重を基本原理とする憲法の解釈としておよそ許されざる解釈である。

「両性」という文言の存在を理由に、婚姻の自由の保障が同性間にも及ばないかのように論ずることは憲法の解釈として誤りである。

（3）社会の変動と個人の尊重

ア はじめに

そして、憲法の各人権条項は、すべての人が「個人として尊重」され

¹⁴ 日本弁護士連合会「同性の当事者による婚姻に関する意見書」（2019年〔令和元年〕7月18日付け）（甲A 136）14頁も、審議録を確認した上で、「憲法制定会議の議論においても、同性婚を禁止すべきか否かが議論されることもなかった」ことを指摘している。

るという憲法の基本原理（13条前段）を共通の出発点とし、この基本原理を実現するために不可欠だからこそ最高法規中の権利に高められたものである。

人が望む相手と法律上の婚姻をしうること、その選択肢を持つことは、現代の社会を生きる私たちにとって死活的な重要な意味を持ち、その選択は、個人の人格に深く関わることがらである。

憲法24条1項が、婚姻の自由を保障した理由はここにある。だからこそ、再婚禁止期間訴訟判決も、憲法24条1項は「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」であり、この「婚姻をするについての自由」は「十分尊重に値する」旨判示する（最大判平成27年12月16日民集69巻8号2427頁）。

原告は、訴状において、上記婚姻の自由が憲法上の権利とされた根拠と必然性は、人が異性であっても同性であっても同様に妥当することを論証した。

ここでは、さらに、憲法の出発点である「個人の尊重」の内実は、社会の変動によって変化を免れず、その結果として同原理を母胎とする憲法各条項の規範的意味も不斷に問い合わせられる必要があること、憲法24条1項もこの見地から解釈しなければならないことを論ずる。

すなわち、憲法制定当時の社会状況下においては同性間の婚姻が想定されていなかったとしても、私達は、人の性の多様性が共通認識となり、人と人を性のあり方によって差別することは許されないという普遍的認識が確立した社会に生きている。この社会の変動をふまえて、個人の尊厳に応じて、憲法24条1項を解釈しなければならないのであり、以下のように、同性か異性かを問わず婚姻の自由を保障していると解するほかない。

イ 社会の変動

(ア) 性的指向等に関する社会の変動

憲法制定当時、同性愛等性的少数者は、逸脱ないし異常であり治療の対象であるというのが社会全体の認識であり、同性どうしの関係に法的保護を与えることなどおよそ想定され難い時代であった（そのような中でも努力をした少数のひとびとの存在を忘れてはならない）。このような社会のあり方の中で、数え切れない人々が、差別され迫害され、抹殺の対象にすらなった。自らの性のあり方に気付いた若者が絶望と孤立に直面し、その後生きることを断念した者の存在も、洋の東西を問わないのである。

そのような状況から、同性愛等を異常とする見解には全く根拠が無いことが医学的に実証され、同性愛等についての科学的知見は180度転換した。専門家は、それまで自分たちの学問が同性愛の性的指向を持つ者が社会で差別されることに加担したことを反省し、今後は偏見除去の最前線に立つことを宣言した（甲A1）。

さらに、専門的知見の根本的転換は、1990年代以降、法的倫理的な認識に高められ、ジョグジャカルタ原則（甲A33）や国連人権理事会決議（甲A34）等となって結実した。今や、性的指向・性自認を理由とする差別や迫害・困難を解消することが国連の人権施策における主流的・中心的課題の一つと位置づけられ（甲A114・4頁），旺盛な取り組みがなされている。同性愛等を異常・逸脱とし同性どうしの親密な関係は法的保護におよそ値しないと考えたその大前提の認識は完全に誤っていたことが明らかとなつて否定され、専門的知見の面でも、法的倫理的な面でも180度認識の転換がなされたのである（訴状「第5.3.（2）」31頁～38頁同旨）。

憲法24条1項が制定された1947年と、現在との間には、人類

史的な試練のうえにたつ大きな社会の変動（転換）がある。憲法の根本原理である個人の尊厳は、この巨大な社会的歴史的変動をふまえて理解されねばならない。このような根本的な変動を無視して、かつて同性間の婚姻が検討に値するとは考えられなかつた時代の解釈を維持しようとすることは、地動説が証明された後になつてもなお天動説にしがみつく行為に等しく、およそ憲法解釈として許される行いではない。

(イ) 婚姻の意義等に関する社会の変動

さらに、上記の歴史的転換と呼応して、憲法の新しい解釈を迫る社会の変動がある。①婚姻の意義についての理解の変化、②「男女」の区別に関わる法制の変化、③同性間の婚姻も「婚姻」に含まれ得るという社会的な意識の確立がそれである。

すなわち、上記①の婚姻の意義についての理解の変化に関しては、婚姻及び家族の形態の多様化によって婚姻と生殖との不可分の結合関係が失われ、生殖と子の養育のための制度としての婚姻の社会的重要性（国ないし社会が婚姻に介入する必要性や合理性）が減退し、婚姻は、婚姻当事者の個人的な利益（法的・経済的利益、心理的・社会的利益）の保護を目的とするものであるとの理解が強くなったことが挙げられる（青山道夫・有地亨編『新版注釈民法（21）』（有斐閣、平成元年）（甲A16）178～179頁（上野雅和執筆部分）参照。）。このような理解からすれば、「伝統的婚姻觀および法が当然の前提としてきた、婚姻は男女の結合でなければならないという命題も、必ずしも当然に合理的根拠があるとはいえない」となる（なお、前掲青山道夫・有地亨編『新版注釈民法（21）』（甲A16）179頁。）ことになる（なお、以上のことにより、生殖と子の養育を望み、その利益保護を求める個人にとって婚姻が有する重要性がいささかも否定されるものでないこと

はいうまでもない。)。

上記②の「男女」の区別に関わる法制の変化としては、2003年(平成15年)の性同一性障害者の性別の取扱いの特例に関する法律の制定を挙げることができる。憲法制定当時は、「男女」といえば当然に生物学的な性別を意味するものと理解されていたと思われるが、同法の施行後、同法3条1項の規定に基づき男性(女性)への性別の取扱いの変更の審判を受けた女性(男性)は、法令の規定の適用について男性(女性)とみなされることになった。これにより、同法3条1項の規定に基づき性別の取扱いの変更の審判を受けた女性(男性)は、男性(女性)と婚姻することできることとなっており、生物学的には同性である者のどうしでの婚姻が実現している(生物学上同性であるから、両者の間に生殖は生じない)。このような法制の変化も、婚姻は男女の結合でなければならないという考え方が既に大きく揺らいでいることを示すものである。

更に、上記③の同性間の婚姻も「婚姻」に含まれ得るという社会的な意識の確立に関しては、みえにくかった同性カップルの存在が顕在化し、同性カップルと異性カップルで、その実態において、差異を見出せないということが再確認されたことが背景となり、諸外国においては、2001年(平成13年)以降、既に28の国・地域において同性間の婚姻が法制化されており、地域区分でみても、アジア州、ヨーロッパ州、アフリカ州、北アメリカ州、南アメリカ州、オセアニア州の6つの州の全てに同性間の婚姻を法制化した国が存在すること(なお、2016年[平成28年]にイタリアが登録パートナーシップ制度を設けたことにより、以降、G7の中で同性間の婚姻ないし登録パートナーシップ制度を法制化していない国は、我が国のみとなっている(前掲藤戸敬貴「同性カップルの法的保護をめぐる国内外の動

向」(甲A98)82頁参照。), また, 国内においても, 2016年(平成28年)以降の各種世論調査において同性間の婚姻への賛成が多数を占めていること(甲A104ないし甲A110, 甲A149, 甲A165及び甲A166『第6回全国家庭動向調査結果』), そして, これらの諸外国の立法のすう勢や世論, 各種の立法提言等を背景として, 2019年(令和元年)6月3日には, 同性間の婚姻を法制化するための具体的な法律案(民法の一部を改正する法律案)が国会に提出されるまでに至っていること(甲A141)などの事情を挙げができる。これらは, 婚姻は男女の結合でなければならないという考え方が減退したことにより, 同性間の婚姻も「婚姻」に含まれ得るものであるとする社会的な意識が確立したことを端的に示すものである。

ウ 憲法判例

判例においても, 社会の変動を考慮した憲法適合性の判断が行われ, 憲法制定当初に「想定」されなかつたものの, 社会の変動を経て認められるに至った権利は数多く存在する。

① 博多駅フィルム事件

憲法21条1項は, 「集会, 結社及び言論, 出版その他一切の表現の自由は, これを保障する。」と規定する。「表現の自由」の「表現」とは, 通常情報を発信する行為や行動であり, 21条1項に例示される行為もすべて発信行為である。では, 情報の受領にかかわる知る権利や, この知る権利に奉仕するメディアの取材の自由を憲法21条1項は保障していないのか。

石井記者事件において, 最高裁(最大判昭和27年8月8日・刑集6巻8号974頁)は, 「憲法の右規定は一般人に対し平等に表現の自由を保障したものであつて, 新聞記者に特種の保障を与えたものではない。それゆえ, もし論旨の理論に従うならば, 一般人が論文ないし

隨筆等の起草をなすに当つてもその取材の自由は憲法二一条によつて保障され、その結果その取材源については証言を拒絶する権利を有することとなるであろう。……論旨では新聞記者の特種の使命、地位等について云為するけれども、憲法の右保障は一般国民に平等に認められたものであり、新聞記者に特別の権利を与えたものでないこと前記のとおりである。国民中の或種特定の人につき、その特種の使命、地位等を考慮して特別の保障権利を与うべきか否かは立法に任せられたところであつて、憲法二一条の問題ではない。それゆえ、同条を基礎として原判決を攻撃する論旨は理由がない。」とまで述べ、憲法21条1項において取材の自由を保障するとする解釈は一切あり得ないかのような判示をしていた。

しかし、その約17年後、博多駅フィルム事件において最高裁判所（最判昭和44年11月26日・刑集23巻9号1146頁）は、全く異なる解釈をとっている。同判決は、「報道機関の報道は、民主主義社会において、国民が国政に関与するにつき、重要な判断の資料を提供し、国民の「知る権利」に奉仕するものである。したがつて、思想の表明の自由とならんで、事実の報道の自由は、表現の自由を規定した憲法二一条の保障のもとにあることはいうまでもない。また、このような報道機関の報道が正しい内容をもつたためには、報道の自由とともに、報道のための取材の自由も、憲法二一条の精神に照らし、十分尊重に値するものといわなければならない。」として、報道機関の報道の重要性を説き、報道機関の報道の自由が憲法21条1項で保障されること、その不可欠の前提となる取材の自由も十分尊重に値する（ことと次第によっては裁判所の提出命令の効力が否定されることとなる）と判断している。

石井記者事件の際には、「憲法二一条の問題ではない」とされていた

取材の自由が、「憲法二一条の精神に照らし、十分尊重に値する」と判示されたのは何故か。

それは、資本主義の高度化により、かつては一体であった情報の送り手と受け手の地位が分離し、マスメディアが情報発信に大きな役割を果たすとともに、一般市民はもっぱら情報の受け手の地位におかれに至ったという社会の大きな変動の中で、人が「個人として尊重される」と言えるために、情報の受領行為が特別の重要性を持つに至ったからである(甲A163 芦部信喜『演習憲法<法学教室選書>』)。これは憲法制定時にはその重要性が顕在化せず、よって「想定」もされなかつた法的利益について、裁判所が、社会の変動をふまえて個人の尊重原理を実質的に実現する観点から、憲法21条1項の文言上は直接言及されていない法的利益をも憲法21条1項の趣旨に合致し論理的に密接な関係にあるものとして認め、同条項の保障対象を拡張する解釈をしたのである。

② その他の判例

最高裁は、婚姻や親子等の家族生活に関わる領域においても、時代の変化とともに合憲であった法律が違憲になるという判断を繰り返し示している。具体的には、「我が国を取り巻く国内的、国際的な社会的環境等の変化」が考慮された国籍法違憲判決（最大判平成20年6月4日民集62巻6号1367頁）、「昭和22年民法改正時から現在に至るまで間の社会の動向、我が国における家族形態の多様化やこれに伴う国民の意識の変化、諸外国の立法のすう勢及び我が国が批准した条約の内容とこれに基づき設置された委員会からの指摘、嫡出子と嫡出でない子の区別に関する法制等の変化、更にはこれまでの当審判例における度重なる問題の指摘等を総合的に考察すれば、家族という共同体の中における個人の尊重がより明確に認識してきたことは明ら

かである」と判示した婚外子相続分差別違憲決定（最大決平成25年9月4日民集67巻6号1320頁）、「昭和22年民法改正以降、我が国においては、社会状況及び経済状況の変化に伴い婚姻及び家族の実態が変化し、特に平成期に入った後においては、晩婚化が進む一方で、離婚件数及び再婚件数が増加するなど、再婚をすることについての制約をできる限り少なくするという要請が高まっている事情」やこれを示す「再婚禁止期間に係る諸外国の立法の動向」に着目した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）を挙げることができる¹⁵。

これらの判例は、国内外における社会の変動により、憲法上の人権の解釈も変化し、憲法制定当初には合憲であった法律も違憲となることを実証している。

エ 小括

以上、述べたところによれば、婚姻の意義等に関わる社会変動は目覚ましく、個人の尊重・個人の尊厳に応じて憲法24条1項は解釈されなければならない。婚姻を希望する同性カップルと異性カップルとの間には、相手方が同性であるという点を除きその実態には差がないこと、そして、憲法24条1項を制定するにあたって、同性間の婚姻を排除する趣旨で意図的に選択された事実はないことをあわせ考えれば、憲法24条1項がその自由を保障する「婚姻」から同性間の婚姻が排除されるものと解すべき理由は、まったくない。

そして、それは同時に、文言だけを機械的に解釈する被告の主張が誤

¹⁵ 尾島明「同性婚を認めない州法の規定と合衆国憲法」法律のひろば69巻3号（2016年）（甲A164）は、アメリカ連邦最高裁の Obergefell 判決（多数意見）が「かつては合憲であった法が、時代と共に社会状況が変化し、現在では違憲になったという考え方を探っていること」に関し、「このような時代の変化と共に合憲であったものが違憲になるというのは、我が国の身分法に関わる違憲判決でもみられるところである」として、これらの最高裁大法廷判決を例に挙げている（62頁）。

っていることを示すものである。

4 最高裁判決も同旨であること

本項においては、原告らの、同性間に婚姻の自由が保障されるべきとする主張について、再婚禁止期間違憲訴訟判決（最高判平成27年12月2日民集69巻8号2427頁）においても同旨であることを論ずる。

具体的には、再婚禁止期間違憲訴訟判決が「婚姻についての自由」を保障していること（後記（1））、そしてそれは最高裁の態度からしても同性カップルに当然に及ぶと解されること（後記（2））、そして、本件規定は正当な理由なく婚姻の自由を制約するものであること（後記（3））を論ずるものである。

最高裁判決を前提にしても、本件規定が婚姻の自由を侵害するものであることを述べる。

（1）婚姻の自由が憲法24条1項により保障されること及びその意義等

ア 原告らの主張

憲法24条1項が、人と人との親密な関係に基づく永続性を持った共同生活について、法律婚制度（法律が要件と効果を定めて保護を与えて承認・公証する¹⁶制度）の存在を前提に、人が国家や第三者の干渉を受けることなく、望む相手との意思の合致のみで婚姻し得る（後述のように、ここでいう婚姻を法律婚制度という法的基盤をもつ婚姻としなければ最低限の保護とすらいえない）という「婚姻の自由」を憲法上保障したものと解すべきこと、その理由ないし根拠として、①婚姻の自由が憲法13条の保障する自己決定権の発現の一つであること、②望む相手との意思の合致のみで婚姻し得ることが近代的な婚姻の本質的属性であること、③憲法24条

¹⁶ 法律婚制度がカップルの関係を公認する意義を有するものであることは、最決平成25年12月10日民集67巻9号1847頁に付された寺田逸郎裁判官の補足意見でも指摘されている。

1項の制定経緯及び趣旨を挙げることができることについては、訴状18～28頁で論じたとおりである。

イ 判例も「婚姻をするについての自由」の保障を述べていること

憲法24条1項は、婚姻の自由を憲法上の権利として保障する（訴状25頁）。再婚禁止期間違憲訴訟判決が「婚姻をするについての自由」¹⁷につき判示したのもこれと同じ趣旨である。

（ア）保障の根拠について

まず、同判決は、憲法24条1項の規定は、「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」と判示するが、同判決の調査官解説は、同判示について、憲法24条1項の規定を、「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」上記のような趣旨を明らかにしたものであると解したものであると説いている（前掲加本牧子『最高裁判所判例解説民事篇平成27年度（下）』（甲A167）668～669頁。）。この点は、原告らが主張する憲法24条1項の制定経緯及び趣旨（前記ア③）に対応するものである。

また、調査官解説は、「憲法24条1項があえてこのように規定している」趣旨からすると、「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ができるであろう」と説く（前掲加本牧子『最高裁判所判例解説民事篇平成27年度（下）』（甲A167）669頁。）。この点は、原告らが主張する、望む相手との意思の合致のみで婚姻し得ることが近

¹⁷ なお、最高裁のウェブサイト（http://www.courts.go.jp/app/hanrei_en/detail?id=1418）に掲載された同判決の英文において、「婚姻の自由」及び「婚姻をするについての自由」がいずれも”freedom to marry”と訳されていることからすると、「婚姻の自由」か「婚姻をするについての自由」かという用語の相違自体には特段の意味があるものとは解されない。

代的な婚姻の本質的属性であること（前記ア②）に対応するものであるといえる。

さらに、調査官解説では、上述のような「婚姻をするについての自由」について、「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と思われる」と説いているところ（前掲加本牧子『最高裁判所判例解説民事篇平成27年度（下）』（甲A167）669頁。），この点は、原告らが主張する、婚姻の自由が憲法13条の保障する自己決定権の発現の一つであること（前記ア①）に対応するものであるといえる。

同判決の「婚姻をするについての自由」の保障は、その理由ないし根拠において、原告らが主張するところと一致する。

（イ）保障の内容について

次に、保障の内容についてみると、同判決は、「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」と判示しており、調査官解説でも、憲法24条1項の規定の趣旨からすると、「例えば法律婚制度自体の廃止は許されないであろう」とされ、また、「近年、法律的には事実婚と法律婚との差異が小さくなる傾向にあるものの、配偶者の相続権や、嫡出推定、成年擬制及び所得税法上の配偶者控除（所得税法基本通達2-46）などのように、法律婚の効果としてのみ認められる法律上の重要な効果もあり、また、我が国では今もなお国民の法律婚尊重の意識が幅広く浸透している状況にあることが指摘できる」と説かれている。そうすると、同判決のいう「婚姻をす

るについての自由」が、(単に社会生活上親密な人的関係を形成することを妨げられないという意味での自然的な自由にとどまるものではなく)法律が要件と効果を定めて保護を与えて承認・公証する法律婚制度の存在を前提とした、法律婚をする(か否か)についての自由を含むものであることは明らかである。

その上で、同判決は、「婚姻をするかどうか、いつ誰と婚姻をするか」という意味における「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、調査官解説も、憲法24条1項の規定の趣旨からすると、「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」が保障されていることができる」(前掲加本牧子『最高裁判所判例解説民事篇平成27年度(下)』(甲A167)669頁。)と説いている。このような保障の内容は、原告の主張する「人が国家や第三者の干渉を受けることなく、望む相手との意思の合致のみで婚姻し得る」という「婚姻の自由」と何ら変わるものではないし、このような判示や調査官解説の記載に鑑みれば、「婚姻をするについての自由」については、憲法24条1項により保障された権利であるという発想が、すでに最高裁の考え方の背後には存在している。

ウ 小括

再婚禁止期間違憲訴訟判決を手がかりとして以上に検討してきたところからすれば、少なくとも、法律婚に関して、「婚姻をするかどうかや、いつ誰と婚姻するか」という意味における「婚姻の自由」ないし「婚姻をするについての自由」が、憲法24条1項により保障された権利であると解するのが最高裁判例の態度である。

本件で原告らがその侵害が問題をしているのは、以上のような意味にお

ける「婚姻の自由」ないし「婚姻をするについての自由」であり、原告らは、憲法24条1項を根拠として、同性間の婚姻という特別な制度を設けることを求めているものではない（このことが、原告らが本件訴訟を「結婚の自由をすべての人に」訴訟事件と称している所以である。）。

（2）婚姻の自由の保障が同性カップルにも及ぶこと

ア　原告らの主張

上記（1）で述べたような憲法24条1項による婚姻の自由の保障の意義等からすれば、婚姻の自由の保障は、原告ら同性愛者等にも当然に及ぶものと解される。とりわけ、婚姻の自由の保障の背後に存する憲法13条の示す「すべて国民は、個人として尊重される」という基本原理に照らせば、性的指向や性自認にかかわらず、全ての者に等しく婚姻の自由が保障されるものと解するほかないことについては、訴状29～39頁及び上記1ないし3で論じたとおりである。

イ　「婚姻をするについての自由」は同性愛者等（同性カップル）にも及ぶこと

（ア）最高裁も「婚姻をするについての自由」について同性間の婚姻を排除していないこと

「婚姻をするについての自由」が憲法24条1項により保障される権利であることを明らかにしたものと解される再婚禁止期間違憲訴訟判決においても、「婚姻をするについての自由」が異性愛者にのみ保障されるものであり、同性愛者等には保障されないというようなことは、明示的に黙示的にも一切述べられていない。「婚姻をするについての自由」という場合の「婚姻」が異性間の婚姻に限られるものであり、同性間の婚姻は含まれないというようなことも述べていない。むしろ、同判決は、憲法24条1項の解釈において、「両性」や「男女」等の文言を使用することなく「当事者間」という文言を使用しているところ、

このことは、本件訴訟のように同性間の婚姻を認めていない本件規定の憲法適合性が争われる事案を想定して、意図的に選択されたものとも解されるところである（訴状37～38頁で指摘した最大判平成27年12月16日民集69巻8号2586頁〔夫婦別氏規定最高裁判決〕も同様である。）。

さらに、先に見たとおり、調査官解説は、「婚姻をするについての自由」に関し、「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と思われる」（前掲加本牧子『最高裁判所判例解説民事篇平成27年度（下）』（甲A167）669頁。）と説いているところ、これは、「誰と婚姻するか」については、当事者の意思決定の自由（自己決定権）の範疇に属するものであり、自由に選択し得るのが原則である（したがって、「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」（前掲加本牧子『最高裁判所判例解説民事篇平成27年度（下）』（甲A167）669頁。））ものとする考え方¹⁸を示したものと解することができる。

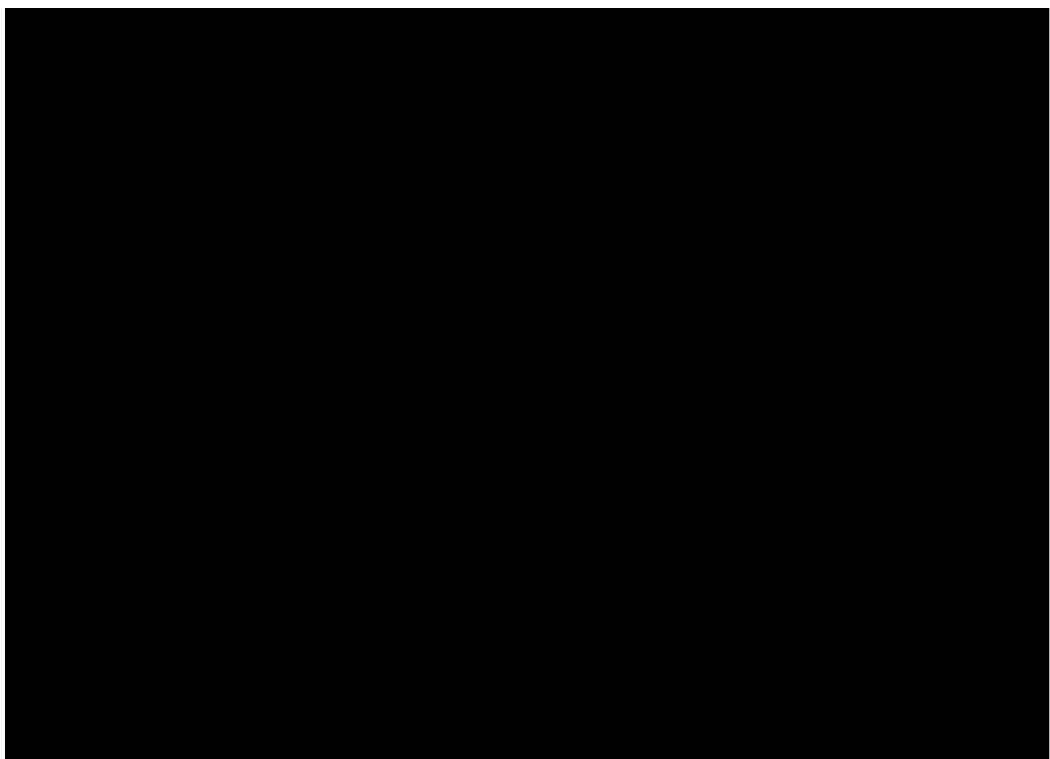
自己決定権は、人が人であるという理由のみで認められるべき、個人の尊厳に不可欠な権利であって、性的指向や性自認の如何によって奪われるいわれはない。婚姻をするについての自由が自己決定権に基づくと解される以上、「婚姻をするについての自由」は同性愛者等（同性カップル）に当然に及ぶものと考えられる。

（イ）同性カップルと異性カップルの間には、実態に本質的な差がなくそ

¹⁸ 前掲法学協会編『註解日本國憲法上巻』（甲A19）476頁も、「配偶者の選択に関しては、身分、階級、人種、信仰等によって、制限を設けることができないのはもちろん、一般にその範囲も自由でなければならない。ただ、生理的理由に基く婚姻年齢の定めとか（新731条）、一夫一婦制を尊重するための重婚禁止とか（同732条）、人倫最小限度の近親婚の禁止（同734条）のような制限は是認される」として、自由が原則であり、その制約には合理的な理由が必要であるとの考え方を示している。

の尊厳に違いが無いこと

同性カップルは異性カップルとの間には、相手方が同性であるという点を除き、その実態に本質的な違いは無く、尊厳において区別することは許されない。異性カップルに認められる「婚姻をするについての自由」は同性カップルにも認められるというべきである。このことは、原告らの具体的な関係性をみても明らかである。



これらは原告らの生活・心情の一部分であるが、いずれもパートナーのことを心より信頼し、「家族」として共に生きており、人と人との親密な関係に基づく永続性を持った共同生活を送っているという実態があり、これは異性カップルと全く差は生じない（なお原告らの事実関係については、今後詳細に主張立証する予定である。また第4準備書面も参照のこと）。

すなわち、異性カップルと同性カップルに、質的な差異を見出すことができない以上、異性カップルに認められる婚姻の自由が同性カップルに及ばないと解する理由は何ら見いだせない。

(ウ) 嫡出推定規定の存在は、婚姻の自由が同性カップルに及ばないとする理由にならないこと

再婚禁止期間違憲訴訟判決は、「夫婦間の子が嫡出子となること（同法772条1項等）」を婚姻の「重要な法律上の効果」であると判示する。この点、同性間では、自然生殖が困難であるため、そのことから「婚姻をするについての自由」には同性間の婚姻は含まれないとする見解も想定し得る。

しかし、そもそも嫡出推定の制度は、子の福祉等の観点から、法律上の親を早期に決定するための法技術の一つであり、自然生殖が法律上の親を早期に決定するための法技術の一つであり、自然生殖が可能かどうかとは関係がない（現に同性間でも嫡出推定を適用する法制度が存在する¹⁹²⁰⁾。

最決平成25年12月10日は、「性別の取扱いの変更の審判を受けた者については、妻との性的関係によって子をもうけることはおよそ想定できないものの、一方でそのような者に婚姻することを認めながら、他方で、その主要な効果である同条による嫡出の推定についての規定の適用を、妻との性的関係の結果もうけた子であり得ないことを理由に認めないとすることは相当でない。」として、「男性への性別の取扱いの変更の審判を受けた者は、以後、法令の規定の適用について男性とみなされるため、民法の規定に基づき夫として婚姻することができるのみならず、婚姻中にその妻が子を懐胎したときは、同法7

¹⁹ 例えば、カナダでは「同性婚カップルに対して嫡出推定規定が適用されるか否かは州によって様々である」とされ、同性間に嫡出推定を及ぼすことに本質的な障壁があるわけではない。佐久間悠太「同性婚をめぐる諸外国の動向」人間文化研究20号（2014年）（甲A169）143頁参照。

²⁰ 前掲日本弁護士連合会「同性の当事者による婚姻に関する意見書」（甲A136）12頁も、「嫡出推定（同772条）や再婚禁止期間（同733条）の適否なども技術的な問題にすぎない。これらは、同性婚を認めた諸外国・地域における例を参考にすることで、解決することができるはずである」とする。

72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、民法772条の適用を認めた。性同一性障害者の性別の取扱いの特例に関する法律（平成十五年七月十六日法律第百十一号）と上記最高裁判例を前提とすれば、法律上の婚姻を認めるかどうかは自然生殖の可否と本来別問題であるし、仮に同性であっても法律上の婚姻を認めるのであれば、女性カップルの一方が出産した子について、他方を嫡出推定により法律上の親とすることに何の問題も無い。上記論難は、同性に婚姻の自由が及ばない根拠とはなりえない。

ウ 小括

以上に論じたところからすれば、憲法24条1項により保障された権利である、少なくとも、法律婚に関して、「婚姻をするかどうかや、いつ誰と婚姻するか」という意味における「婚姻の自由」は、原告ら同性愛者等が同性の相手と婚姻する自由も含まれるものである。

（3）本件規定が原告らの婚姻の自由を侵害するものであること

ア 本件規定が婚姻の自由を制約するものであること

前記（1）及び（2）で論じたとおり、憲法24条1項により保障された権利である、少なくとも、法律婚に関して、「婚姻をするかどうかや、いつ誰と婚姻するか」という意味における「婚姻の自由」は、原告ら同性愛者等にも保障されるものであることからすれば、本件規定のために、原告らが、その性的指向に基づき自ら選択した同性の相手と婚姻することができないことは、「婚姻の自由」の一内容である「誰と婚姻するか」の自由に対する直接的な制約であるとみざるを得ない。

イ 本件規定による婚姻の自由の制約に正当化理由のないこと

そして、上記アのような婚姻の自由の制約について、これを正当化し得

るような理由は、到底見出し難いものといわざるを得ない²¹。

すなわち、被告は、憲法24条1項の「両性」という文言から、憲法は同性間での婚姻の成立を想定していないと述べるのみで、婚姻の相手を異性に限定する立法の趣旨ないし目的について何ら述べていないが、その趣旨ないし目的については、①婚姻制度は、生殖と子の養育を目的とするものであるから、生殖可能性がない同性間での婚姻は認める必要性がないというもの、②現行の婚姻制度は、男女間の婚姻を前提として形成されており、婚姻に付与される法律効果の中には同性間の婚姻に適用することのできないものもあるため、同性間での婚姻を認めるならば、法律の規定の解釈適用や行政手続上の混乱を生ずることになるというものが一応想定し得る²²。

しかしながら、まず、上記①の理由については、そもそも、子どもを産み育てるかどうかは、人としての生き方の根幹に関わる事項として婚姻の当事者による自由な意思決定に委ねられるべきものと解されることから、国家が生殖と養育を目的とする男女の結合のみを婚姻として保護することは、「個人の尊厳」（憲法24条2項）に立脚して制定されなければならない法律婚制度の趣旨ないし目的として正当なものとはいえない。さらに、先述のとおり、異性間の婚姻であっても生殖や子の養育が想定されない場合もあること、反対に、同性間の婚姻であっても生殖補助医療による生殖や養子縁組による子の養育等が想定し得ることからすれば、上記①の理由が同性間の婚姻の自由の制約を正当化し得るものとはなり得ない。

上記②の理由についても、既に同性間の婚姻を法制化した諸外国の例も

²¹ 卷美矢紀「Obergefell 判決と平等な尊厳」憲法研究4号（2019年）（甲A170）113頁も、「同性婚の禁止には、そもそも緩やかな審査基準で要求される『正当』な利益すらないというのが、Obergefell 判決が示唆するところである」としている。

²² 以上は、前掲日本弁護士連合会「同性の当事者による婚姻に関する意見書」（甲A136）10～12頁で検討されている、同性婚を認めない正当化事由に対応するものである。

踏まえれば、一般的に指摘されるような混乱は、立法により解決し得る技術上の問題であり、そのような問題を理由として憲法上保障された婚姻の自由の制約を認めるというのは本末転倒であるといわざるを得ない。また、現実に同性間の婚姻を法制化した諸外国において深刻な混乱が発生していることが窺われないことからしても、同性間の婚姻の自由の制約を正当化するに足りるものであるとはいえない。

以上のとおり、婚姻の相手を異性に限定する正当な立法趣旨ないし目的を見出すことができないことからすれば、結局、現行法上、婚姻の相手が異性に限定され、同性間の婚姻が否定されていることについては、異性愛が正常であり、同性愛は異常なものである、あるいは、異性間の婚姻が正統なものであり、同性間の婚姻は正統なものとはいえないとする差別感情に基づくものとみざるを得ない。しかしながら、憲法の基底にある個人の尊重（憲法13条）や個人の尊厳（憲法24条2項）という原理に照らせば、そのような差別感情が、同性間の婚姻の自由の制約を正当化する事由にはなり得ないことは言うまでもないのである。

ウ 小括

以上に論じたところからすれば、本件規定が原告らに保障された婚姻の自由を正当な理由なく侵害するものであることは明らかである。

5 結論

以上に論じてきたとおり、憲法24条1項は、法律婚に関して、「婚姻をするかどうかや、いつ誰と婚姻するか」という意味における「婚姻の自由」を同性愛者等（同性カップル）を含むすべての人に権利として保障したものであると解されるところ、同性間の婚姻を認めていない本件規定は、上記のような「婚姻の自由」の一内容である「誰と婚姻するか」の自由を正当な理由なく侵害するものである。

したがって、本件規定は、憲法24条1項に違反するものであるといわざるを得ない。

第2 同性間の婚姻を認めていない本件規定は憲法14条1項にも違反すること

1 被告の主張

法律上同性の者との婚姻を認めないことが平等原則に違反するとの原告らの主張に対する被告の反論は、次の文のみである。

「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。」（被告第1準備書面20頁 8～12行）

2 被告の主張の誤りと不十分性

（1）前提の誤り

まず、被告の主張は、同性愛者等（同性カップル）に、憲法上、「婚姻の自由」ないし「婚姻をするについての自由」の保障が何ら及ばないことを前提としている点で、そもそも誤りである。

憲法24条1項が、同性愛者等（同性カップル）に対しても「婚姻の自由」ないし「婚姻をするについての自由」を保障していることは、訴状や本準備書面第1にて繰り返し述べてきたとおりである。

再婚禁止期間違憲訴訟判決（最大判平成27年12月2日民集69巻8号2427頁）の調査官解説（加本牧子『最高裁判所判例解説民事篇平成27年度（下）』（法曹会、2018年）（甲A167）642頁以下）も、「『婚姻をするについての自由』については、・・・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と思われる。」とした上で、「法律婚の効果及び国民の意識等も考慮すれば、『婚姻をするについての自由』の価値は憲法上の重要なものとしてとらえられるべきであり、少なくとも、憲法上保護されるべき人格的利益として位置付けられるべきものと解することは可能であろう。」と説いており（同669頁），かつ、その保護の射程は、当然、同性愛者等（同性カップル）にも及ぶ。これは、憲法13条の示す「すべて国民は、個人として尊重される」という基本原理からすれば性的指向や性自認を理由とする差別がもはや許されないこと及び相手が同性か異性かという点を除けば婚姻を希望する異性カップルと同性カップルの実態には差がないことなどの当然の帰結である。

（2）憲法14条1項の位置付け

さらに、被告の主張は、憲法14条1項違反となるかどうかは、憲法24条1項が同性愛者等（同性カップル）に対して「婚姻の自由」ないし「婚姻をするについての自由」を保障しているかどうかとは独立して問題となることを看過している点でも誤りである。

憲法14条1項は、「直接的な法規範として、立法・行政・司法の全ての国家行為を拘束するものであ」り、「国民に対しては、平等権すなわち法的に平等に扱われる権利ないし不合理な差別をされない権利を保障したもの」である（甲A171・野中俊彦ら「憲法I第5版」287頁）。憲法の他の条項で保障されているか否かは憲法14条1項違反を判断するに際して考慮要素にはなりうるもの、憲法の他の条項で保障されていないからといって、憲法14条1項違反にならないという結論は当然には導かれない。

このことは、最高裁判例でも確認されている。例えば、障害福祉年金と児童扶養手当の併給禁止規定にかかるいわゆる堀木訴訟において、最高裁は「憲法25条の規定の要請にこたえて制定された法令において、受給者の範囲、支給要件、支給金額等につきなんら合理的な理由のない不当な差別的取扱をしたり、

あるいは個人の尊厳を毀損するような内容の定めを設けているときは、別に所論指摘の憲法14条及び13条違反の問題を生じ得ることは否定しえないところである」と判示しているし(最大判昭和57年7月7日民集36巻7号1235頁)，国籍法3条1項の規定に関する国籍法訴訟においても、日本国籍を取得する権利が憲法上保障されるか否かを問題とすることなく、国籍法上、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(準正のあった)場合に限り日本国籍の取得を認めていることによって国籍の取得に関する区別を生じさせていることが憲法14条1項に違反するものと判断している(最大判平成20年6月4日民集62巻6号1367頁)。

本件に照らして言えば、憲法24条1項により同性愛者等(同性カップル)に「婚姻の自由」ないし「婚姻をするについての自由」が保障されるか否かと、婚姻に関わる立法により設けられた区別が合理的な根拠に基づかない差別的扱いであるとして憲法14条1項に違反するか否かは別個の論点であり、前者が否定されれば、後者も当然に否定されるという関係にはない。別異取扱いによって侵害されている権利・利益が憲法上の権利であるか否かにかかわらず、当該別異取扱いが事柄の性質に応じた合理的な根拠に基づくものでない限り、平等権を侵害するものとして、当該別異取扱いは憲法14条1項違反となる。

(3) 憲法は同性間の婚姻を禁止ないし排除していないこと

なお、被告は、同性間の婚姻を認めないことが憲法14条1項に違反しない理由として、「憲法24条1項では同性婚の成立が想定されていない」と述べるのみであり、そのことによって何故憲法14条1項に違反すると解する余地がないことになるのかについて、理論的説明は一切なされておらず、論理に飛躍があるところ、仮に被告の主張を有意味なものとして解釈するとすれば、同性間の婚姻を認める法律を設けることは憲法24条1項に違反し許されない、あるいは、同性間の婚姻は憲法上の保護の対象から排除されているから、

そのような法律を設けないことについて憲法14条1項違反の問題を生ずる余地はない（憲法が自ら禁止ないし排除している立法をしないことが憲法に違反するというのは背理である。）との旨をいうものと解するほかない。

しかし、そもそも被告の主張は、「想定されていない」というものにとどまっており、「憲法24条1項は同性間の婚姻を禁止ないし排除している」という明示的な主張はしていないし、また、既に訴状の第5.2.(3)（訴状24頁以降）や本準備書面第1の3.(2)(9~15頁)にて詳述したとおり、憲法24条1項の制定経緯からすると、同性婚を「禁止」することを意図して「両性」や「男女」という言葉が用いられた事実は存在しない。同様に、同性婚を「婚姻」から排除し、同性間のカップルに憲法上の「婚姻」としての保護を全く与えないこと、あるいは、異性間のカップルと同性間のカップルとで「婚姻」として保護されるどうかについて差を設けることを意図して「両性」や「男女」という言葉が用いられた事実も存在しない。「婚姻の自由」ないし「婚姻をするについての自由」の持つ重要性、憲法13条の示す「すべて国民は、個人として尊重される」という基本原理、性的指向や性自認を理由とする差別がもはや許されないこと及び相手が同性か異性かという点を除けば婚姻を希望する異性カップルと同性カップルの実態には差があるといえないことなどを踏まえれば、憲法24条1項が同性婚を「禁止」あるいは「排除」していると解釈するためには特別な理由が必要であるが、「両性」や「男女」という文言にどのような特別な意味を読み込む特別な理由も何ら存在しない。このことは、被告が「想定されていない」と繰り返すのみで、なんら理論的根拠を示すことができていないことからも裏付けられる。

よって、憲法24条1項が同性婚を「禁止」ないし「排除」しているとして憲法14条1項を問題にする余地はないと解釈することはできない。

(4) 小括

以上のとおり、被告の主張は、その前提及び憲法14条1項の位置付けを誤

っている上、そもそも、憲法24条1項において同性間の婚姻の成立が想定されていない（いなかつた）ことによって何故憲法14条1項に違反すると解する余地がないことになるのかの説明が欠如しており、原告らの主張に対する反論として極めて不十分である。

被告は、上記主張で反論として完結していると述べているから、原告らとしてこれ以上の論述は不要と思われるが、念のため、原告らの各主張とそれに対する被告の認否について、以下、整理する。

3 性的指向に基づく別異取扱いの存在が認められること

原告らは、訴状において、「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」の存在及びそれが性的指向に基づくことを主張した（訴状42～43頁）。

これに対し、被告は、「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」として（被告第1準備書面9頁）、別異取扱いの存在を争わず、また、当該別異取扱いが性的指向に基づくものであることについても疑義を唱えない。

よって、本件別異取扱いの存在及びそれが性的指向に基づくことは、本訴訟の審理の基礎として認められるべきである。

4 被侵害権利・利益の存在が認められること

原告らは、訴状において、同性愛者等（同性カップル）が本件別異取扱いによって、①婚姻の自由の侵害、②社会的承認の不享受及び③婚姻に伴う具体的権利・利益の不享受という重大な不利益を受けていることを主張した（訴状43頁以下）。

これに対し、被告は、①については「争う」とするものの（被告第1準備書面

9頁), ②については「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」と最高裁が判示していることを認め, かつ, その内容が事実か否かを争っていないから(同9~10頁), 国民の中には法律婚とそうでない関係性(事実婚など)を区別し, 法律婚と比較して後者を低く見る意識が幅広く浸透していること, すなわち, 法律婚と同等に尊重されるべき関係性であるとの社会的承認を同性カップルが享受できていないことを認めたのと同義である。また, ③についても, 被告は, 「公営住宅への入居」と「事実上の不利益」について「不知」とする以外は, 「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ることは認める」として民法上の権利・利益が同性パートナーに対して付与されていないという事実を認めることに始まり, 税法上の権利・利益やその他の法的権利・利益についても, 同性パートナーが享受できない状況にあることを否定していない(同10頁以下)。

つまり, 被告は, 本件別異取扱いによって同性愛者等(同性カップル)が社会的承認及び婚姻に伴う具体的権利・利益の不享受という不利益を受けていることについて, 事実上認めており, 反論も一切行っていない。よって, 同性愛者等(同性カップル)がそれらの不利益を受けていることは, 本訴訟の審理を行う上での基礎たる事実として認められるべきである。

なお, ①に関して, 被告は「争う」とするものの, 同性愛者等(同性カップル)にも「婚姻の自由」ないし「婚姻をするについての自由」の保障が及ぶこと及び同性間の婚姻を認めない本件規定が同性愛者等(同性カップル)の「婚姻の自由」ないし「婚姻をするについての自由」を侵害していることについては, これまで重ねて述べているとおりである。

5 本件別異取扱いの合理性の有無は厳格に審査されるべきであること

(1) 原告らの主張と被告の認否

前掲調査官解説が整理するとおり, 「判例は, 審査において考えるべき要素

として、当該事案に応じ、①区別を生じさせている事柄の性質（何を区別の事由としているか）、②区別の対象となる権利利益の性質とその重要性を総合的に考慮して、審査の厳格さ（立法裁量の広狭）はこれらの具体的な事情に応じたものとする態度を探っている」ところ（甲167・661頁），本件別異取扱いにおいて、①区別を生じさせている事柄の性質（区別事由）は性的指向であり、また、②区別の対象となる権利利益は、「婚姻の自由」ないし「婚姻をするについての自由」並びに婚姻に伴う社会的承認及び具体的な権利・利益である。

これを踏まえ、原告らは、訴状において、①本件別異取扱いが後段列挙事由によるものであること（区別を生じさせている事柄の性質）、②性的指向は自らコントロールできない事由であること（区別を生じさせている事柄の性質）、③被侵害権利・利益が重大であること（区別の対象となる権利利益の性質とその重要性）、④民主政の過程で救済されない事柄であること（区別を生じさせている事柄の性質）の4点を根拠として、本件別異取扱いの合理性の有無は厳格に審査されなければならないと主張した（訴状52頁以下）。

これに対し、被告は、原告らが引用する最高裁の各判示の存在を認めているので（被告第1準備書面13頁），その内容は、本訴訟の審理の基礎となる。

また、それ以外の部分について、被告は、「意見にかか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」として個々の認否を回避し、反論を一切行わないが（同頁），原告らの主張には、純然たる事実や、原告らの意見にわたるものではない一般的な法解釈も含まれているし、法的主張も、被告がいうような「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」ではなく、かかる結論に至る前の審査基準について論じたものである。被告は、個別の認否を放棄し、具体的な反論も行っていないのであるから、原告らの主張に

ついて積極的に争う意思がないものと解釈せざるを得ない。

以下、そのような被告の態度を踏まえて、原告らの主張を再論する。

(2) 本件別異取扱いが後段列挙事由に基づくものであること

本件別異取扱いの合理性が厳格に審査されなければならない一つ目の理由として、原告らは、訴状において、憲法14条1項後段列挙事由に基づく差別は、民主主義の理念に照らし原則として不合理なものと考えられるため、その合理性については厳格に審査すべきであるという一般的な法解釈を述べた後、憲法14条1項後段の「社会的身分」の解釈及び憲法が「性別」による差別の禁止を明示した趣旨を確認した。法は、人と人の平等を確保するために、制定当時に不合理な差別の典型と認識されていた区別の事由を後段に列挙したものと考えられるから、禁止する差別は列挙されたものに限定されない反面、列挙された事由に基づく区別については、合理的理由のない差別である蓋然性が類型的に高いものと考える必要があるのである。その上で、原告らは、性的指向は自らの意思で自由に変えることができない事柄であるという事実及びセクシュアル・マイノリティが長きにわたって偏見・差別の対象とされてきた事実を指摘した（訴状52～53頁）。

これに対し、被告は個別の認否及び反論を行わず、積極的に争わないところ（被告第1準備書面13頁），上記を前提とすれば、自らの意思で自由に変えることができない性的指向に基づいて、長きにわたって偏見・差別の対象とされてきた同性愛者等に対して行われる本件別異取扱いは、憲法14条1項後段列挙事由である「社会的身分」及び「性別」に基づく別異取扱いに該当するから、このような事柄の性質を踏まえると、本件別異取扱いの合理性は厳格に審査されなければならない。

(3) 本件別異取扱いが自らコントロールできない性的指向に基づくものであること

本件別異取扱いの合理性が厳格に審査されなければならない二つ目の理由

として、原告らは、訴状において、人は自らの性的指向を自分の意思で自由に変えることができないという事実を指摘した上で、自ら選択ないし修正する余地のない事柄・属性を理由として不利益を及ぼすことは許されず、かかる事柄・属性に基づく別異取扱いの合理性については慎重に判断されなければならないという一般的な法解釈を確認した（訴状54頁）。

被告は、上記事実について積極的に争わず、また、上記一般的な法解釈を述べた最高裁の判示の存在を認めているところ（被告第1準備書面13頁）、これらを前提とすれば、自らコントロールできないという性質・属性を持つ性的指向に基づく本件別異取扱いの合理性は、慎重に判断されなければならないことになる。

（4）本件別異取扱いが重大な権利・利益の侵害を生じさせるものであること

本件別異取扱いの合理性が厳格に審査されなければならない三つの理由として、原告らは、訴状において、重要な権利・利益についての差別である場合にはその合理性の有無については厳格な判断基準が該当するという法解釈を確認した上で、本件別異取扱いにより原告らが重要な権利・利益について差別を受けている事実を指摘した（訴状54～55頁）。

前述のとおり、被告は、本件別異取扱いによって同性愛者等（同性カップル）が社会的承認及び婚姻に伴う具体的な権利・利益の不享受という不利益を受けているという事実を認めているところ、婚姻に伴う社会的承認及び具体的な権利・利益の重要性については、前掲調査官解説においても、「近年、法律的には事実婚と法律婚との差異が小さくなる傾向にあるものの、配偶者の相続権や、嫡出推定、成年擬制及び所得税法上の配偶者控除・・・などのように、法律婚の効果としてのみ認められる法律上の重要な効果もあり、また、我が国では今もなお国民の法律婚尊重の意識が幅広く浸透している状況にあることが指摘できる。」とされているところである（甲167・669頁）。

また、被告は、重要な権利・利益についての差別である場合にはその合理

性の有無については厳格な判断基準が該当するという法解釈についても積極的に争わないところ、同解釈については、判例（前掲国籍法違憲判決）においても、「日本国籍は、我が国構成員としての資格であるとともに、我が国において基本的人権の保障、公的資格の付与、公的給付等を受ける上で意味を持つ重要な法的地位でもある」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ついての合理的理由の存否は「慎重に検討することが必要である」として確認されているところである。

以上を踏まえれば、重要な権利・利益についての差別である本件別異取扱いの合理性の有無は、厳格に判断されなければならない。

なお、地方自治体によるパートナーシップ制度は、婚姻に伴う法的効果を付与するものではないし、全ての自治体がそのような制度を整備しているわけでもないから、地方自治体におけるパートナーシップ制度の存在は、同性カップルの存在とその法的基盤の不安定性の証左になりこそそれ、パートナーシップ制度をもって、同性間の婚姻が認められていないことの不利益が緩和されているとか、婚姻の代替措置が存在するといった主張は成り立たないことを、念のため付言する。

（5）本件別異取扱いを民主政の過程で是正することが困難であること

本件別異取扱いの合理性が厳格に審査されなければならない四つ目の理由として、原告らは、訴状において、同性愛者等は人口割合的に圧倒的な少数者であるという事実及び社会全体に広く根深く行き渡った差別意識や偏見は容易に改められるものではないという事実を指摘した上で、少数者の人権侵害について民主政の過程で解決することは困難であるという一般的な理解を確認した（訴状 55 頁）。

被告は、上記事実を積極的に争わず、また、選択肢のありようが特定の少数者の習俗に係る場合には民主主義的プロセスによる公正な検討への期待が妨げられることを認めている（被告第 1 準備書面 13 頁）。

同性間の婚姻については、諸外国においても、米国や台湾のように、民主主義による過程ではなく、司法における違憲判決を経て初めて法制化が実現している国が少なくないこと、日本においても、2019年（令和元年）6月3日に同性間の婚姻を法制化するための具体的な法律案（民法の一部を改正する法律案）（甲A141）が国会に提出されたにもかかわらず実質的審議がされようとしない状況にあることは、本件別異取扱いについて民主政の過程で解決することが困難であることを裏付けるものである。

この点、アメリカ連邦最高裁のオバーガフェル判決（多数意見）も、民主主義の過程（プロセス）との関係について、「憲法は、民主主義が変化のための適切な過程であるとするが、これはこの過程が基本的権利を縮減しない限りにおいてである。我々の憲法制度のダイナミックにおいては、個人は基本的な権利を主張する前にまず立法者の行為を待たなければならないということはない。個人は、侵害を受けた場合には、たとえ社会で広く反対され、立法者が行動を拒否するときであっても、憲法上の保設を受ける権利を行使することができる」旨を判示して、「議会の多数派によっては保護されない少数者の権利を保護し、性的指向による差別を是正するには、裁判所が違憲審査権を行使すべきである」との考え方を示している（前掲尾島明「同性婚を認めない州法の規定と合衆国憲法」（2016年）（甲A164）57及び61頁）。

したがって、本件別異取扱いの是正を国会に委ねることは許されず、裁判所には、合理性の有無について厳格に判断することが求められるというべきである。

（6）小括

前述のとおり、判例は、①区別を生じさせている事柄の性質（何を区別の事由としているか）及び②区別の対象となる権利利益の性質とその重要性を総合的に考慮して、審査の厳格さ（立法裁量の広狭）を調整しているところ

(前掲調査官解説 甲A167・661頁), 本件別異取扱いにおいて, ①区別を生じさせている事柄の性質(区別事由)は, 自らコントロールできない性質・属性を有するという性質を有する性的指向であり, そのような性質・属性を有する事柄に基づいて不利益を及ぼすことは許されない。また, 同性愛者等が数的割合として圧倒的少数者であり, 差別・偏見という長い歴史に晒されてきたことを考慮すると, 本件別異取扱いが民主政の過程(国会)において是正されることは期待できない。さらに, 本件別異取扱いにおいて, ②区別の対象となる権利利益は, 「婚姻の自由」ないし「婚姻をするについての自由」並びに婚姻に伴う社会的承認及び具体的権利・利益であるところ, その重要性については論を俟たない。

以上を踏まえれば, 本件別異取扱いの合理性の有無は, 極めて厳格に審査されなければならない。

6 本件別異取扱いが正当化される余地はないこと

(1) 原告らの主張と被告の認否

以上のとおり, 本件別異取扱いの合理性の有無は厳格に審査されるべきところ, 原告らは, 訴状において, ①婚姻の意義・目的に照らして同性愛者等を排除する理由がないこと, ②被侵害権利・利益を付与しない理論的根拠が存在しないこと, ③本件別異取扱いは同性愛者等の尊厳を傷付け続けていること及び④届出婚主義の趣旨に反することの4点を根拠として, 本件別異取扱いについて, 事柄の性質に応じた合理的な根拠は一切存在しないと主張した(訴状56頁以下)。

これに対し, 被告は, 「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を認め, その内容の当否について何ら争わないから(被告第1準備書面13頁), その内容は, 本訴訟の審理の基礎となる。

また、それ以外の部分について、被告は、「原告らの意見にかか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」として、やはり、個々の認否を回避し、具体的な反論を行わない（同頁）。つまり、被告は、本件別異取扱いが正当化される理由について、何ら主張しない。

よって、被告は、原告らの上記主張を積極的に争う意思はないものと思われるが、以下、念のため、原告らの主張と被告の認否を照らし合わせた上で、原告らの主張を整理・再論する。

（2）婚姻の意義・目的に照らして同性愛者等を排除する理由がないこと

婚姻（すなわち法律婚）は、婚姻当事者とその家族に対し制度的かつ法的な基盤を与えるものであるところ、本準備書面第1の3.（3）.イ（17～20頁）にて論じたとおり、その意義ないし目的に関しては、社会状況の変化に伴い、婚姻及び家族の形態の多様化によって婚姻と生殖との不可分の結合関係が失われ、生殖と子の養育のための制度としての婚姻の社会的重要性（国ないし社会が婚姻に介入する必要性や合理性）が減退し、婚姻は、婚姻当事者の個人的な利益（法的・経済的利益、心理的・社会的利益）の保護を目的とするものであるとの理解が次第に強くなってきており（青山道夫・有地亨編『新版注釈民法（21）』（有斐閣、平成元年）（甲A16）178～179頁（上野雅和執筆部分）），婚姻の意義ないし目的は、「パートナーとの人格的結びつきの安定化」に制度的かつ法的な基盤を与えることに見出されるようになっている（二宮周平編『新注釈民法（17）親族（1）』（有斐閣、2017年）（甲A38）69頁（二宮周平執筆部分））。

本件別異取扱いが正当化されない一つ目の理由として、原告らは、訴状において、婚姻の意義・目的は、パートナーとの人格的結びつきの安定化に見出されることを確認した上で、異性カップルであっても同性カップルであつ

ても、パートナーとの人格的結びつきの安定化およびそれを支える制度的かつ法的な基盤が重要であることに変わりはないことを指摘した（訴状56頁）。何故なら、相手が同性か異性かという点を除いて、婚姻を希望する異性カップルと同性カップルの実態に差があるとはいえないからである。実際に、原告第4準備書面（原告ただしの個別事情）で記載したとおり、同性カップルと異性カップルとの間には実態に差を見出すことはできない。

訴状記載の上記主張について被告は積極的に争わないところ、上記を前提とすれば、婚姻について性的指向によって別異取扱いをすること、すなわち、同性カップルを婚姻制度から一律に排除することは、婚姻の意義・目的から導かれるものではなく、むしろ、婚姻の意義・目的にそぐわないものということになる。

これに対しては、「婚姻制度は、生殖と子の養育を目的とするものであるから、生殖可能性がない同性間での婚姻は認める必要性はない」とする見解が一応想定され得るが、そもそも、子どもを産み育てるかどうかは、人としての生き方の根幹に関わる事項として婚姻の当事者による自由な意思決定に委ねられるべきものと解されることから、国家が生殖と養育を目的とする男女の結合のみを婚姻として保護することは、「個人の尊重」（憲法13条）及び「個人の尊厳」（憲法24条2項）に立脚して制定されなければならない法律婚制度の趣旨ないし目的として正当なものとはいえない。この点、アメリカ連邦最高裁のオバーガフェル判決（多数意見）においても、「婚姻の特質は、その永続的な絆を通して、表現、親密さ及びスピリチュアリティといった他の自由を二人の人間が共同して見出すことを可能とすることにある。これは性的指向にかかわらず、すべての人間にとっての真実である」とされている（甲A100・237頁）。

また、目的の正当性の点を措くとしても、異性間の婚姻であっても生殖や子の養育が想定されない場合もあること、反対に、同性間の婚姻であっても

生殖補助医療による生殖や養子縁組による子の養育等が想定し得ることからすれば、異性カップルのみに婚姻を認め、同性カップルを婚姻から排除することは、上記のような目的に照らし、生殖及び子の養育の能力及び意思を有しない異性カップルに婚姻を認めていた点において過剰包含であり、かつ、生殖及び子の養育の能力及び意思を有する異性カップルに婚姻を認めない点で過少包含であつて（過剰包含及び過少包含の意義については、高橋和之『立憲主義と日本国憲法〔第4版〕』（甲A42）166頁），手段として合理性を欠くものであることが明らかである。この点については、齊藤笑美子「家族と憲法」憲法問題21号（2010年）（甲A172）113頁でも、「法律婚制度の目的を生殖から形成される核家族の保護ととらえるならば、生殖不可能な高齢異性カップルや共同生活の可能性すらない臨終婚までをも含む点で過大包含であり、目的をカップルの共同生活の人格的及び財産的側面の保護と考えるならば過小包含となり憲法違反となるのではないか」と指摘されているところである。

（3）各被侵害権利・利益を付与しない理論的根拠が存在しないこと

本件別異取扱いが正当化されない二つ目の理由として、原告らは、訴状において、婚姻したカップルについて定められている同居・協力・扶助義務、配偶者相続権、財産共有推定、財産分与及び共同親権の趣旨・性質をそれぞれ確認した上で、いずれの趣旨や性質も、異性カップルであるか同性カップルであるかにかかわらず該当するものであることを指摘した（訴状56～58頁）。

これについて被告は積極的に争わないところ、前述のとおり、婚姻は、婚姻当事者の個人的な利益（法的・経済的利益、心理的・社会的利益）の保護を目的とするものであるとの理解が次第に強くなっている。相手が同性か異性かという点を除いて婚姻を希望する異性カップルと同性カップルの実態に差があるとはいえないことも踏まえれば、婚姻に伴う個々の権利利益

を同性カップルに付与しないものとする理論的根拠は、やはり見当たらない。

なお、以上に対しては、同性間の婚姻については嫡出推定をそのまま適用することは困難であるから異性カップルのみに婚姻を認めることには合理性があるとの見解が一応想定され得るもの、この見解が同性カップルを婚姻から排除することの理由足り得ないことは、本準備書面第1で論じたとおりである。

(4) 本件別異取扱いが同性愛者等の尊厳を傷付け続けていること

婚外子の相続差別を合憲とした最大決平成7年7月5日民集49巻7号1789頁に付された中島敏次郎裁判官ほか4裁判官の反対意見は、「非嫡出子の法定相続分を嫡出子のそれの二分の一と定めていることは、非嫡出子を嫡出子に比べて劣るものとする観念が社会的に受容される余地をつくる重要な一原因となっていると認められる」として、嫡出でない子の相続分を嫡出子の相続分の2分の1とする民法の規定の立法目的は合理性を欠くものと判断しており、また、前掲婚外子相続差別違憲決定は、同規定の「存在自体がその出生時から嫡出でない子に対する差別意識を生じさせかねないこと」も考慮した上で、同規定による区別には合理的根拠が存しないものと判断している。

これを踏まえ、原告らは、本件別異取扱いが正当化されない三つの理由として、訴状において、婚姻がカップルに対して法的な家族であるという社会的承認を与える効果を持つこと及びどのような相手と性愛に基づく親密な関係を築くかはその人の人格の本質と切っても切れない事柄であることを確認した上で、同性間の婚姻が認められていない現状は、同性カップルに「社会が承認しない関係性」というステigmaを与えるものであり、同性愛者等が抱える生きづらさを生む大きな要因になっていることを指摘した（訴状58～60頁）（前掲巻美矢紀「Obergefell判決と平等な尊厳」（甲A170）107～108頁も同趣旨）。

これに対し、被告は、同性愛者等を含むセクシュアル・マイノリティの自殺念慮の割合の高さ及び無理解や偏見がその背景にある社会的要因の一つであるとされていることを認め（被告第1準備書面13頁），その他について積極的に争わない。

憲法13条が謳う「すべて国民は、個人として尊重される」という根本原理を踏まえれば、同性愛者等の尊厳を傷つけるという深刻な負の効果を有するに至ってしまっている本件別異取扱いの合理性は、強く疑われるべきである。

(5) 本件別異取扱いは届出婚主義の趣旨・目的に反すること

本件別異取扱いが正当化されない四つ目の理由として、原告らは、訴状において、届出婚主義の趣旨・目的が婚姻関係を公示して人の家族関係を明らかにすること等にあることを確認した上で、同性間の婚姻が認められていなかることにより、同性カップルは、事実上の「婚姻関係」にある場合でも戸籍上、家族として扱われないから、「婚姻関係を公示して人の家族関係を明らかにする」という趣旨・目的が達せられない状況が生じていることを指摘した（訴状60～61頁）。

被告はこれを積極的に争わないところ、上記を前提とすれば、本件別異取扱いは、「婚姻関係を公示して人の家族関係を明らかにする」という届出婚主義の趣旨と相反する結果を招来しているものであり、合理性を認めることはできない。カップルの関係を公示してその家族関係を明らかにする社会的な必要性が同性カップルにも同様に当てはまるものであることは、地方公共団体において同性カップルの関係を公認する「パートナーシップ」制度の導入が急速に広まっていることからも明らかである。

(6) 小括

以上のとおり、①同性カップルを婚姻制度から一律に排除することは、婚姻の意義・目的から導かれるものではなく、むしろ、婚姻の意義・目的にそ

ぐわないものであること、②本件別異取扱いにより同性カップルが享受できない各権利・利益について個々に検証しても、それを同性カップルに付与しない理論的根拠は何ら存在しないこと、③本件別異取扱いは同性愛者等の尊厳を深刻に傷付け続けていること及び④本件別異取扱いは「婚姻関係を公示して人の家族関係を明らかにする」という届出婚主義の趣旨と相反する結果を招来していることからすれば、本件別異取扱いについて、事柄の性質（性的指向）に応じた合理的な根拠は一切存在しない。憲法13条が謳う「すべて国民は、個人として尊重される」という根本原理及び同性カップルと異性カップルに実態として異なるところがないことを踏まえたとき、これに異論を挟む余地はない。

そもそも、被告は、本件別異取扱いの根拠（すなわち、同性カップルに婚姻を認めないことの理由）について、何ら主張しない。これは、本件別異取扱いに合理的な根拠が存しないことを裏付けるものというべきである。

前掲巻美矢紀「Obergefell 判決と平等な尊厳」（甲A170）113頁が、「同性婚の禁止には、そもそも緩やかな審査基準で要求される『正当』な利益すらないというのが、Obergefell 判決が示唆するところである」と断じるとおり、本件別異取扱いが正当化される余地はないと言わざるを得ない。

なお、被告は何ら主張しないものの、本件別異取扱いの正当化理由として挙げられるものとしては、同性間での婚姻を認めるならば、現行制度上禁止されている重婚等も認めざるを得なくなり、不当な帰結を生ずることになるというものや、現行の婚姻制度は、男女間の婚姻を前提として形成されており、婚姻に付与される法律効果の中には同性間の婚姻に適用することのできないものもありうるため、同性間での婚姻を認めるならば、法律の規定の解釈適用や行政手続上の混乱を生ずることになるというものが一応想定し得るところ、これらも本件別異取扱いを正当化する理由たり得ないものであることは、既に本準備書面第1の4. (3). イ (32~34頁) にて論じたとお

りである。

7 結論

被告は、「憲法24条1項では、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。」とするのみで、本件別異取扱いの存在、その区別事由（区別を生じさせている事柄の性質）が性的指向であること、本件別異取扱いについては厳格に審査されるべきであること及び本件別異取扱いが正当化される余地がないことについて、個別の認否を行わない。

前述のとおり、被告の主張は、その前提及び憲法14条1項の位置付けを誤っている上に、そもそも、原告らの主張に対する反論として極めて不十分であり、被告は、本件別異取扱いが正当化される根拠についても何ら主張しない。

憲法24条1項が、同性愛者等（同性カップル）に対しても「婚姻の自由」ないし「婚姻をするについての自由」を保障していることは、訴状や本準備書面にて繰り返し述べてきたとおりであるが、仮にその点を指いたとしても、前掲調査官解説が述べるとおり、「婚姻をするについての自由」の価値は憲法上の重要なものとしてとらえられるべきであり、少なくとも、憲法上保護されるべき人格的利益として位置付けられるべきものであること（甲A167・669頁）を踏まえれば、同性愛者等（同性カップル）の「婚姻の自由」ないし「婚姻をするについての自由」は、少なくとも、憲法上保護されるべき人格的利益であるというべきである。

憲法13条が明確に謳うとおり、「すべて国民は、個人として尊重され」、「自由及び幸福追求に対する国民の権利については・・・立法その他の国政の上で、最大の尊重を必要とする」。この基本原理からすれば、性的指向を理由とする差別はもはや許されない。相手が同性か異性かという点を除けば、婚姻を希望する異性カップルと同性カップルの実態に差があるといえず、いかなる性的指向

を有する者も、憲法によって権利・自由が保障されるべき同価値の個人であることに変わりはない。

憲法24条1項が同性間の婚姻の成立を想定しているか否かにかかわらず、本件別異取扱いが憲法14条1項が禁止する法的な差別的取扱いとして許されないことは明白である。

第3 同性間の婚姻を認めていない本件規定は憲法24条2項にも違反すること

同性間の婚姻を認めていない現行民法及び戸籍法（本件規定）は憲法24条2項にも違反している。憲法24条2項は「配偶者の選択、財産権、相続、住居の選定、離婚並びに婚姻及び家族に関するその他の事項に関しては、法律は、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」と規定し、「婚姻及び家族に関するその他の事項に関」する規定について、立法府の裁量に委ねるとしている。同性間の婚姻を認めていない本件規定は、立法府の裁量を著しく逸脱している規定であるといわざるを得ず、その限りで違憲かつ無効である。

原告らは、次回の準備書面において、憲法24条2項違反についての主張を詳細に行う予定である。

第4 憲法適合性にかかる被告の訴訟態度について

本件は、日本で初めて提起された、同性間の婚姻を認めていない現行法の憲法適合性を争う訴訟事件であり、社会的にも大きな注目を集める事件であるが、「どのような訴訟であろうと、双方当事者の主張に沿って、どのような手持ち証拠があるのか、さらにどのような証拠が必要なのか、それを入手するにはどうすればよいのかを議論しながら、適宜証拠を追加して（当事者の手持ち証拠で必要なものは当然出してもらい、必要に応じて送付嘱託、調査嘱託等を行う）争点を整理し、集中証拠調べをして事実を認定するということは同じであり」、

法律の憲法適合性が問題となる事案においては、更に「憲法の文言だけでなく、その趣旨、内容を敷衍して憲法適合性の判断をしなければ、合憲か違憲かの判断に至らない」（福田剛久「判例の形成と学説」伊藤眞ほか編『これからの民事実務と理論』（民事法研究会、2019年）（甲A173）61及び62頁）。

しかるに、既にみたとおり、被告は、憲法24条1項違反の有無の点については、同項の「両性」はその文言上男女を表すことが明らかであるから、「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」とする、憲法の文言のみにこだわった主張に終始し、また、憲法14条1項違反の有無の点については、憲法24条1項によれば「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」とする極めて不十分な主張をするにとどまっている。前回の進行協議期日において裁判所によって確認され、また被告からも異議が述べられなかつたように、上記被告主張は、「憲法制定当初において同性間の婚姻の成立が想定されていなかつた」ということを述べるのみで、「同性カップルが現在も婚姻制度から一律に排除されていることが憲法に違反するのか否か」について何ら述べるものではない上、被告は、個々の論点について個別具体的な認否・反論を行わず、また、反対証拠も提出しない。

このような被告の態度は、審理の促進と充実を阻害するのみならず、「信義に従い誠実に民事訴訟を追行しなければならない」（民事訴訟法2条）という責務を負う当事者の訴訟追行のあり方として適切なものでないと言わざるを得ない。いずれにせよ、前回の進行協議期日において裁判所が確認したとおり、本訴訟は民事訴訟事件であって、弁論主義が適用されるのであるから、原告らの主張に対して被告が認否を不合理に避け、論理的な反論を行わないことの不利益が被告に帰すべきことは、論を俟たない。

なお、被告の態度は、本訴訟の争点に関する国民的議論の形成・発展に対する被告による消極的ないし敵対的姿勢すら看取せるものであり、いみじくも、

原告らが主張するとおり、法律上同性の者との婚姻の法制化を民主政の過程において実現することの困難性が裏付けられたとも言い得ることを付言する。

第5 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（被告第1準備書面20頁～21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、国賠法1条との関係で、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（甲A174）、大津地裁昭和49年5月8日判決・判例時報768号87頁（甲A175）、大分地裁昭和60年2月20日判決・判例時報1153号206頁（甲A176）が、国賠法2条との関係で同旨を述べた裁判例として、大阪地判昭和55年1月25日判時1012号103頁（甲A177）がある（各裁判例の関連個所の具体的な内容については、別紙1参照）。また、東京地判昭和51年5月31日判時843号67頁（甲A178）も、「本件被告は、右各例外規定に定められた要件事実の存在について何ら主張・立証をしない。」と述べており、主張立証責任の所在については同旨と思われる。なお、宇賀克也・小幡純子編著・条解国家賠償法（弘文堂）668頁（甲A179）は、裁判例では、主張・立証責任は被告が負うとする説が多くなっていると指摘する。そのほか、主張・立証責任は被告が負うとする学説として、西埜章・国家賠償法コンメンタール（第2版）（勁草書房）1245頁（甲A180）、深見敏正・リーガル・プログレッシブ・シリーズ国家賠償請求（青林書院）284頁から285頁（甲A181）などがある。

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の国家賠償請求を排斥することはできない。

2 ドイツ連邦共和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

ドイツ連邦共和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前掲・東京地判昭和51年5月31日判時843号67頁(甲A178)がある。同判決において、裁判所は、下記を根拠に、ドイツ連邦共和国と日本との間に相互保証が存在することを認めた。

(1) ドイツ連邦共和国基本法34条が、国家賠償責任制度を採用することを明示していること(条文の具体的な内容については、別紙2-1参照)

(2) 日本国民に対するドイツ連邦共和国の責任についての告示(1961年9月5日)は、被害者が日本国民である場合、ドイツ連邦共和国の賠償責任につき日本の立法により相互保証があることを明言していること

(3) ドイツ連邦共和国において、確定した判例により、ドイツ連邦共和国基本法34条の規定に基づく国または団体の責任範囲は、ドイツ民法839条に基づく公務員自身の責任範囲に限るとされていること

(4) ドイツ民法839条において「公務員が故意または過失によってその第三者に対して負担している職務に違反したときは、第三者に対しこれによって生じた損害を賠償しなければならない。」等と規定されていること(条文の具体的な内容については、別紙2-2参照)

なお、上記東京地判昭和51年5月31日判時843号67頁(甲A178)の判決が出された後、ドイツでは1981年(昭和56年)に新国家責任法が制定されたが、その後、連邦憲法裁判所で新国家責任法を無効とする判決が出され、1982年(昭和57年)10月19日に、新国家責任法は失効した。その結果、国家責任の分野では、従来のドイツ民法839条・基本法34条の

二段構えの職務責任制度が現在も適用されている（以上、朝田とも子・ドイツ職務責任制度における「第三者に対して負担する職務義務違反」要件についての一考察（北大法学研究科ジュニア・リサーチ・ジャーナルNo. 14 2007）14頁から15頁（甲A182）参照）。したがって、ドイツ連邦共和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、相互の保証の有無を理由に原告の国家賠償請求を排斥することはできない。

以 上

別紙1 関連裁判例

1. 大津地裁昭和49年5月8日判決・判例時報768号87頁(甲A175)	<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、憲法前文の國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ある。しかし、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>
2. 大分地裁昭和60年2月20日判決・判例	<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</p>

時報 1153号20
6頁（甲A176）

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。

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。

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。

そこで本件についてみると、《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（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。

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

	<p>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。</p> <p>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（甲A17 4）	<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</p>

可能性が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る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。

(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、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。

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。

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。
4．大阪地判昭和55年 12月25日判時1 012号103頁(甲 A177)	<p>四 (略)しかし、国家賠償法二条は、民法七一七条と趣旨を同じくする規定であり、仮に前者が存在しなくても、土地の工作物の管理者である国又は公共団体は後者により損害賠償責任を負うのであり、また、民法七一七条は、民法二条により、法令又は条約に禁止がある場合以外は、外国人にも適用されるのであるから、国家賠償法二条も、外国人にも適用されるのが原則であって、ただ、同法六条が存在するため、被害者が外国人の場合には、相互保証のないときは、例外的に、同法二条の適用が排除されることとなるものと解すべきである。すなわち、同法六条は、原則規定である同法二条の例外規定をなすものと解すべきである。</p> <p>したがって、国家賠償法二条に基づく請求訴訟にあっては、同法六条の規定の文言にもかかわらず、被害者が外国人であり、かつ、相互保証がないことは、抗弁事実として、被告においてこれを主張、立証しなければならないが、本件では、被告は、相互保証がないことの主張、立証をしていないから、同法二条に基づく責任を免れない。</p>

別紙2 ドイツ連邦共和国の関連条文一覧

1 Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland / Basic Law for the Federal Republic of Germany / ドイツ連邦共和国基本法²³

Artikel 34 [Haftung bei Amtspflichtverletzungen]

Verletzt jemand in Ausübung eines ihm anvertrauten öffentlichen Amtes die ihm einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht, so trifft die Verantwortlichkeit grundsätzlich den Staat oder die Körperschaft, in deren Dienst er steht. Bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit bleibt der Rückgriff vorbehalten. Für den Anspruch auf Schadensersatz und für den Rückgriff darf der ordentliche Rechtsweg nicht ausgeschlossen werden.

Article 34 [Liability for neglect of duty]

Should anybody, in exercising a public office, neglect their duty towards a third party liability shall rest in principle with the state or the public body employing them. In the event of wilful intent or gross negligence remedy may be sought against the person concerned. In respect of claims for compensation or remedy recourse to the ordinary courts shall not be precluded.

第34条 [公務に関する損害賠償]

ある者が、自己に委託された公務の執行に際して、第三者に対して負う職務上の義務に違反したときは、原則として、この者を使用する国または団体がその責任を負う。故意または重大な過失があった場合は、求償を妨げない。損害賠償および求償の請求については、通常裁判所への出訴を禁止してはならない。

²³ 出典：独語、英語、日本語いずれについても、ドイツ連邦共和国基本法三カ国語対訳（甲A183）<http://www.fitweb.or.jp/~nkgw/dgg/index.htm>

2 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) ／German Civil Code ／ドイツ民法²⁴

§ 839 Haftung bei Amtspflichtverletzung

- (1) Verletzt ein Beamter vorsätzlich oder fahrlässig die ihm einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht, so hat er dem Dritten den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen. Fällt dem Beamten nur Fahrlässigkeit zur Last, so kann er nur dann in Anspruch genommen werden, wenn der Verletzte nicht auf andere Weise Ersatz zu erlangen vermag.
- (2) Verletzt ein Beamter bei dem Urteil in einer Rechtssache seine Amtspflicht, so ist er für den daraus entstehenden Schaden nur dann verantwortlich, wenn die Pflichtverletzung in einer Straftat besteht. Auf eine pflichtwidrige Verweigerung oder Verzögerung der Ausübung des Amtes findet diese Vorschrift keine Anwendung.
- (3) Die Ersatzpflicht tritt nicht ein, wenn der Verletzte vorsätzlich oder fahrlässig unterlassen hat, den Schaden durch Gebrauch eines Rechtsmittels abzuwenden.

Section 839

Liability in case of breach of official duty

- (1) If an official intentionally or negligently breaches the official duty incumbent upon him in relation to a third party, then he must compensate the third party for damage arising from this. If the official is only responsible because of negligence, then he may only be held liable if the injured person is not able to obtain compensation in

²⁴ 出典

独語（甲A184） <https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/index.html>

英語（甲A185） https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/

日本語は、東京地判昭和51年5月31日判時843号67頁（甲A178）

- another way.
- (2) If an official breaches his official duties in a judgment in a legal matter, then he is only responsible for any damage arising from this if the breach of duty consists in a criminal offence. This provision is not applicable to refusal or delay that is in breach of duty in exercising a public function.
 - (3) Liability for damage does not arise if the injured person has intentionally or negligently failed to avert the damage by having recourse to appeal.

第839条

職務違反の場合の責任

- (1) 公務員が故意または過失によってその第三者に対して負担している職務に違反したときは、第三者に対しこれによって生じた損害を賠償しなければならない。公務員に過失の責任のみしかないときには、被害者が他の方法で賠償できない場合にだけ賠償請求できる。
- (2) 公務員が争訟事件の判決にあたってその職務に違反したときは、その義務違反が裁判所の刑事訴訟手続の方法で科せられるべき公の刑罰を受ける場合にかぎり、これによって生じた損害について責任を負う。義務に違反して職権の行使を拒絶し、またはこれを遅延したときは本項の規定を適用しない。
- (3) 被害者が故意または過失により法律的手段の行使によって損害発生の防止を怠ったときは、賠償義務は生じない。

以上