

平成31年(ワ)第597号 国家賠償請求事件

原告 大野 利政 ほか1名

被告 国

被告第2準備書面

令和2年1月10日

名古屋地方裁判所民事第8部合議A2係 御中

被告指定代理人	岡	部	直	樹
	伊	藤	祐	一
	小	坂	信	護
	秋	田		純
	周	藤	崇	久
	陶	山	教	司
	佐	藤	博	行

第1	現行の婚姻制度の由来，沿革，趣旨，目的等について	4
1	婚姻制度についての伝統的な理解について	4
2	明治以来，現行の民法に至るまでの婚姻制度の由来，沿革，趣旨，目的等について	5
	(1) 我が国における民法の成立	5
	(2) 現行民法	6
	(3) 結語	8
第2	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項に違反するものではないこと	9
1	原告らの主張	9
2	本件規定は憲法24条1項に違反するものではないこと	9
	(1) 被告の主張	9
	(2) 原告らの主張は理由がないこと	10
3	被告の主張に対する原告らの反論は理由がないこと	15
	(1) 原告らの反論	15
	(2) 原告らの反論は理由がないこと	15
4	結論	18
第3	本件規定が憲法14条1項に違反するものではないこと	18
1	原告らの主張	18
2	憲法24条1項が同性婚を想定しておらず，これを保障していない以上，憲法14条1項違反の問題は生じ得ないこと	18
3	民法及び戸籍法上，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に合理的な根拠を認めることができないとの原告らの主張は理由がないこと	21
	(1) 本件規定の合理性について	21
	(2) 原告らの主張は理由がないこと	23

4 結論	.....	25
第4 本件立法不作為は国賠法上違法と評価される余地はないこと	——	26
第5 結語	—————	26

被告は、原告らの2019年（令和元年）10月8日付け第2準備書面（以下「原告ら第2準備書面」という。）における主張を踏まえ、本準備書面において、現行の婚姻制度の由来、沿革、趣旨、目的等について明らかにした上で（後記第1）、現行の婚姻制度が憲法24条1項及び憲法14条1項に違反しており、国賠法1条1項の適用上違法であるとの原告らの主張に対し、必要と認める範囲で反論する（後記第2ないし第4）。

## 第1 現行の婚姻制度の由来、沿革、趣旨、目的等について

### 1 婚姻制度についての伝統的な理解について

婚姻は、「伝統的に生殖と子の養育を目的とする男女の結合であった。したがって、同性の性的結合関係や共同生活関係は婚姻たりえないとされてきた」ところ、「国ないし社会が婚姻に法的介入をするのは、婚姻が社会の次世代の構成員を生産し、育成する制度として社会的に重要なものであったからである」とされている（青山道夫＝有地亨編「新版注釈民法(21)親族(1)」178ページ〔上野雅和〕・乙第1号証）。また、「婚姻はつねに親子関係を予定し」、「単純な男女の性関係ではなく、男女の生活共同体として子の監護養育や分業的共同生活などの維持によって家族の中核を形成する」（同157ページ〔青山道夫・有地亨〕・乙第1号証）との指摘や、「人間は男女の性的結合関係を営み、種の保存を図ってきた。この関係を規範によって統制しようとするところに婚姻制度が生まれる」（二宮周平編「新注釈民法(17)親族(1)」65ページ〔二宮周平〕・乙第2号証）との指摘もある。このように、伝統的に、婚姻は生殖と密接に結びついて理解されてきており、それが異性間のものであることが前提とされてきた。

そして、「実際の近代的婚姻法の制度としての内容は、次のような制約を伴うものだった。」として、「①家族は男と女のカップルで作られなければならない（異性愛規範）。②そのカップルは結婚という社会的承認をふまえたもの

でなければならない（婚姻規範）。③こうしたカップルから生まれた子が正統な子であり、婚姻は親子関係を証明する基準となり、婚姻で生まれた子を嫡出子と推定する（嫡出性規範。）（同67, 68ページ〔二宮周平〕・乙第2号証）などの特徴が挙げられているところである。

## 2 明治以来、現行の民法に至るまでの婚姻制度の由来、沿革、趣旨、目的等について

### (1) 我が国における民法の成立

民法の「第4編 親族」は、明治31年に「第5編 相続」とともに公布された（明治31年法律第9号。この民法第4編及び第5編は、後記(2)のとおり昭和22年に全面的な改正がされており、以下、同改正前のものを「明治民法」といい、同改正後のものを「現行民法」という。）。

明治民法についての解説書を見ると、立案担当者によるものには「婚姻は人生の一大重事なり。而して之に付ては既に一定の慣習あり。俄に之を改むること難しと雖も現今弊害ある事項、不明なる事項其他の欠点は總て法典に於て適當なる規定を設けて之を補正せざることを得ず。」（梅謙次郎「民法要義卷之四終」（第16版）87ページ・乙第3号証。ただし、適宜用字を現代のものに改めた。以下同じ。）、「本條（注：明治民法766条）は一夫一婦の主義を認めたるものなり蓋し我邦に於ては既に千有餘年前より此主義を認め（以下略）」（同90ページ・乙第3号証）との記載があるほか、民法学者によるものにも「婚姻とは終生の共同生活を目的とする一男一女の正当な結合関係を云ふ」（總積重遠「親族法」221ページ・乙第4号証）、「婚姻は異性間の結合にして定まりたる男女の間の生存結合として法律の公認したるものならざる可らず。是れ古今に通じ東西に亘り苟も婚姻として争う可らざる所とす」（牧野菊之助「日本親族法論」（第5版）198ページ・乙第5号証）等とされている。このように、明治民法における婚姻は、我が国の従来 of 慣習を制度化したものであり、男女間のものであることが前提とさ

れていた。

明治民法が規定する婚姻がこのような男女間の結合であることは、明治民法788条（妻ハ婚姻ニ因リテ夫ノ家ニ入ル 入夫及ヒ婿養子ハ妻ノ家ニ入ル）や、同法789条（妻ハ夫ト同居スル義務ヲ負フ 夫ハ妻ヲシテ同居ヲ為サシムルコトヲ要ス）において、婚姻が夫（配偶者である男）と妻（配偶者である女）によってされるものであることが前提とされていることにも表れている。

## (2) 現行民法

ア 日本国憲法の制定に伴い、明治民法は、昭和22年に全面的に改正された（同年法律第222号）。

同改正に係る法律案の提案理由は、「日本國憲法は、その第十三條及び第十四條で、すべて國民は個人として尊重せられ、法のもとに平等であつて、性別その他により經濟的または社會的關係において差別されないことを明らかにし、その第二十四條では、婚姻は兩性の合意のみに基いて成立し、夫婦が同等の權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こと、及び配偶者の選擇、財産權、相續、住居の選定、離婚並びに婚姻及び家族に關するその他の事項に關しては、法律は個人の尊嚴と兩性の本質的平等に立脚して制定されなければならないことを宣言しております。しかるに現行民法（引用者注：本書面上の「明治民法」を意味する。）特にその親族編、相續編には、この新憲法の基本原則に牴觸する幾多の規定がありますので、これを改正する必要があります。」と説明されている（昭和22年7月28日衆議院司法委員會議事録〔乙第6号証〕、同月30日參議院司法委員會議事録〔乙第7号証〕も同旨）。

提案理由説明の中でも触れられているとおり、憲法24条1項は、「婚姻は、兩性の合意のみに基いて成立し、夫婦が同等の權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。」と定めて

おり、「両性」及び「夫婦」という用語が用いられているのであって、同条においては、婚姻の当事者が男女であることが前提とされている。これを受けて制定された現行民法も、婚姻の当事者が男女であることを前提しているものであり、このことは、現行民法750条以下において「夫婦」という用語が用いられていることにも表れている。昭和22年の改正後に著されたコンメンタールにおいても、婚姻の要件として、「当事者である男女が、結婚してもさしつかえない最低限度の年齢（結婚年齢）に達していること（後略）」と記載されている（我妻榮＝立石芳枝「法律學体系コンメンタール篇 親族法・相續法」46ページ・乙第8号証）など、婚姻が男女間のものであることを前提とした記載がある。

他方で、同改正に係る国会審議において、同性婚について言及された形跡は見当たらない。

以上のとおり、現行民法が制定された際における、改正案の提案理由及び改正時の国会審議の状況に照らせば、当事者が男女であることは、婚姻の当然の前提とされていた。

イ なお、現行民法制定後の同性婚に関する議論の状況は、以下のとおりであり、現在においてもなお、婚姻の当事者は男女であるとの理解が一般的であるといえる。

(7) 中川善之助「親族法（上）」（乙第9号証194ページ）

「何が婚姻意思であるかはその社会の習俗が決定する。即ちその社会の通念において婚姻と見られる生活共同体を形成しようとする意思であるといえよう。この意味からして同性婚の如きは婚姻ではなく、これに向けられた意思も婚姻意思とはいえない。」

(4) 我妻榮「親族法」（乙第10号証14、18ページ）

「婚姻をする意思（婚姻意思）とは、夫婦関係を成立させるという意思である。しからば、夫婦関係とは何か、といえ、その社会で一般に

夫婦関係と考えられているような男女の精神的・肉体的結合というべきである。」、「同性間の『婚姻』はこの意味で婚姻ではない」

(ウ) 大村敦志「民法読解 親族編」(乙第11号証32, 33ページ)

「民法に規定のない婚姻障害として、同性婚の禁止がある。これは婚姻の本質からして当然のことと解されている。実際のところ、明治民法の立法時には議論の対象とされていなかった。また、その後も概説書類でも、近年に至るまでこの点に触れるものはほとんどなかった」

(エ) 大村敦志「家族法 第3版」(乙第12号証286ページ)

「同性のカップルに婚姻と同様の法的保護を認めるか。(中略)二人の人間が子どもを育てることを含意して共同生活を送るという点に婚姻の特殊性を求めるならば、同性のカップルには婚姻と同様の法的保護までは認められないことになる。」

(オ) 渋谷秀樹「憲法 第3版」(乙第13号証463ページ)

「同性間の婚姻が異性間の婚姻と同程度に保障されると解することは憲法の文言上困難である」

(カ) 長谷部恭男「憲法 第7版」(乙第14号証187ページ)

「『両性の合意』という文言からすると、憲法は同性愛者間の家庭生活を異性間のそれと同程度に配慮に値するものとは考えていないように思われる。」

(3) 結語

以上のとおり、婚姻は、伝統的に生殖と結びついて理解されていたために男女間に成立する関係と考えられてきており、我が国においても、明治民法が制度化した婚姻は男女間の結合を前提としたものであり、そこでは同性婚の存在は想定されていなかった。日本国憲法の制定に伴って明治民法が全面的に改正され、現行民法が制定された際にも、現行民法の文言、改正案の提案理由及び改正時の国会審議の状況に照らせば、現行民法の制定時において、

婚姻の当事者が男女であるという前提には変更がなく、現在においてもなお、婚姻の当事者は男女であるとの理解が一般的であるといえる。

## 第2 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項に違反するものではないこと

### 1 原告らの主張

原告らは、同性間の婚姻を認めていない民法及び戸籍法の規定（以下「本件規定」という。）について、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」を全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と主張する（原告ら第2準備書面第1の3〔31ページ〕）。

### 2 本件規定は憲法24条1項に違反するものではないこと

#### (1) 被告の主張

ア しかしながら、令和元年6月20日付け被告第1準備書面（以下「被告第1準備書面」という。）第3の1(3)（19、20ページ）において述べたとおり、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、「両性」とは、両方の性、男性と女性を意味し（新村出編・広辞苑第7版3095ページ）、同項にいう「両性」がその文言上男女を表すことは明らかであって、憲法は、「両性」の一方を欠き、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。

イ この点については、学説においても、「現時点で、憲法が同性婚を異性婚と同程度に保障しなければならないと命じているわけではないとの理解が大方のところであろうと思われる」（長谷部恭男編「注釈日本国憲法(2)」510ページ・乙第15号証）、「現在の一般的な理解によれば、同性間での婚姻関係は認められていない（妻と夫という概念を用い、子の出産を前提とする民法の規定。さらには、『婚姻は、両性の合意のみに基いて成立』とする憲法24条1項が、その法的根拠として挙げられる。）」（窪田充見「家族法〔第2版〕」145ページ・乙第16号証）、「通説は、（引用者注：憲法）24条の『両性』をboth sexesという定めとして捉え、24条下では同性婚は容認されないと解してきた。」（辻村みよ子「憲法と家族」129ページ・乙第17号証）などと指摘されているところである。

## (2) 原告らの主張は理由がないこと

### ア 原告らの主張

原告らは、憲法24条1項が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」を保障しているとした上で、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屬性であること、③憲法24条1項の制定経緯及び趣旨を挙げることができるとする（原告ら第2準備書面第1の2(1)ア〔20ページ〕）。

また、原告らは、6か月の再婚禁止期間を定めた民法の規定の合憲性が争われた最高裁判所平成27年12月16日大法廷判決（民集69巻8号2427ページ。以下「再婚禁止期間違憲判決」という。）を指摘した上で、原告らが主張する「婚姻の自由」と同判決のいう「婚姻をするについての自由」は異なるものではなく、こうした自由が同性カップルにも及ぶものと解される旨主張する（同準備書面第1の2(1)及び(2)〔20ないし

27ページ))。

#### イ 原告らの主張には理由がないこと

しかしながら、以下に述べるとおり、上記アの①ないし③に関する原告らの主張は、いずれも理由がないというべきである。

#### (ア) 上記アの①の主張について

原告らは、上記アの①に関し、人が望む相手と意思の合致のみにより自律的に法律婚をなし得ることは、多様な個人が人生のあり方に関わる重要なことがらについて自ら決定する行為そのものであり、婚姻の自由は、自己決定権の重要な一内容として、憲法上の権利として保障されるべきものであると主張する（訴状第5の2(1)ウ〔18ページ〕）。

しかしながら、憲法13条が原告らが主張する内容としての自己決定権を保障していると判示した最高裁判例はなく、同条が自己決定権を保障しているのか、仮に保障しているとして、どのような事項をどのような範囲で保障しているのかについても、必ずしも明らかでない。

また、婚姻は、必然的に一定の法制度の存在を前提としている以上、仮に婚姻に関する自己決定権を観念できるとしても、その自己決定権は法制度の枠内で保障されるものにとどまると考えられる。すなわち、上記(1)アにおいて述べたとおり、憲法24条1項の「両性」が男女を指すことは明らかであるから、同項の「婚姻」とは異性間の婚姻をいうのであり（下記(ウ)参照）、「婚姻及び家族に関する（中略）事項に関しては、（中略）両性の本質的平等に立脚して」との同条2項の定めも、飽くまで男女間での結合としての婚姻制度を要請するものである（下記第3の2(2)参照）。そうすると、原告らの主張する「望む相手と意思の合致のみにより自律的に法律婚をなし得る権利」とは、憲法24条2項の要請に従って創設された現行の法制度の枠を超えて、同性の者を婚姻相手として選択できることを含む内容の法制度の創設を求めるものにほ

かならない。上記のとおり、憲法13条が自己決定権を保障しているとしても、その具体的内容は必ずしも明らかでないものの、上記のような意味での権利が自己決定権に含まれないことは自明である。

このように、原告らの上記アの①の主張は、理由がない。

(イ) 上記アの②の主張について

原告らは、上記アの②に関し、法律婚について、人が、望む相手と意思の合致のみにより婚姻をなし得ることは、近代になって人が身分制度や共同体的拘束から解放され普遍的原理として獲得した婚姻のあり方であり、これを欠く婚姻は近代的婚姻の名に値しないと主張する（訴状第5の2(2)〔19ページ〕）。

しかしながら、婚姻が「意思の合致のみにより」成立するということが、当事者双方の性別が同一であっても婚姻することができるということは区別される問題である。憲法24条1項の「両性の合意のみに基いて」との文言や制定経緯を見ても、「意思の合致のみにより」婚姻が成立するという原則は同項が制定された時点で確立しているといえる一方、前記第1の2において述べたとおり、当時、同性の者との間でも合意さえあれば婚姻することができると考えられていなかったことは明らかである。このように、「意思の合致のみにより」婚姻をなし得るという原則から、同性婚が憲法24条1項によって保障されているとの結論が直ちに導かれるわけではない。

(ウ) 上記アの③の主張について

原告らは、憲法24条1項の制定経緯を根拠として、同項が、同性の者との間で意思の合致のみにより婚姻をなし得ることを憲法上の権利として保障している旨主張する（訴状第5の2(3)〔19ないし21ページ〕）。

しかし、原告らが原告ら第2準備書面第1の1(3)イ〔10ないし1

2 ページ]) で引用した同項の制定過程における条項案を見ても、婚姻の当事者については、GHQ 草案 23 条では「男女両性」、「3 月 2 日案」37 条及び「3 月 5 日案」22 条では「男女相互」という文言がそれぞれ用いられており、これらの草案を経た口語化憲法改正草案 22 条以降は、「両性の合意」という文言が採用され、以降、現在の憲法 24 条 1 項の制定に至っている。このように、同項の制定に至るまでの過程においては、常に「男女」又は「両性」という文言が用いられており、一貫して性別の異なる者同士の結合について「婚姻」と表現されている。

また、憲法審議においても、「一夫一婦の原則は、私個人の考えであります。これは全く世界通有の一大原則だと思います。」(清水伸編「逐条日本国憲法審議録第 2 巻」486 ページ・乙第 18 号証)、「婚姻はどうしてもこの男女が相寄り相助ける所に基礎があるのであります。」(同 494 ページ) 等、婚姻が男女間のものであることを当然の前提としていたことがうかがわれる議論がされているところである。

このような制定経過及び審議状況を踏まえれば、憲法 24 条 1 項がいう「両性」が男女を意味することは明白である。

#### (イ) 小括

以上のとおり、上記アの①ないし③に関する原告らの主張は、いずれも理由がない。

#### ウ 再婚禁止期間違憲判決は、原告らの主張の根拠にはならないこと

(ア) 原告らは、再婚禁止期間違憲判決が、憲法 24 条 1 項について、「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。」と判示したことや、同判決の調査官解説において、「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

るように思われる」とされていること（加本牧子・最高裁判所判例解説民事篇平成27年度（下）669ページ）などを指摘して、同判決が原告らの主張の根拠となる旨主張する（原告ら第2準備書面第1の2(1)及び(2)〔20ないし27ページ〕）。

- (イ) しかしながら、同判決は、同性の者と婚姻する権利の存在を示唆するような判示は一切していない。かえって、同判決が、婚姻制度における男女の区別の合理性が争われ、その区別が憲法14条1項及び「両性の本質的平等」を定めた憲法24条2項に違反すると判断された事案であることからすれば、上記判示及び調査官解説が、憲法24条2項の「両性」がまさに男女を表すと理解していることは明らかであって、「両性の合意」によって成立するとされた同条1項の婚姻についても、当然に男女を当事者とするものであることを前提にしているとみるほかない。上記判示及び調査官解説が、原告らの主張するような異性間か同性間かを捨象した婚姻の自由を保障する趣旨であるとは、およそ解されない。

これに関連して、原告らは、同判決が憲法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ことにも言及するが（原告ら第2準備書面第1の2(2)イ〔25ページ〕）、同判決が、「婚姻は、これにより、配偶者の相続権（括弧内省略）や夫婦間の子が嫡出子となること（括弧内省略）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」と判示していることに照らせば、同判決が、飽くまで既存の異性間の婚姻制度を前提とした上で「当事者間」との文言を使用していることは明らかであって、原告らの主張は根拠を欠いている。

- (ウ) なお、原告らは、同判決が、「婚姻をするについての自由」が同性愛

者等には保障されないとか、ここでいう「婚姻」が異性間の婚姻に限られ、同性間の婚姻は含まれないといったことを述べていない旨も主張するが、同判決の事案は、男女を当事者とする婚姻制度を前提に、その区別の合理性が争われた事案であるから、同判決が争点と関連のない同性間の婚姻等について言及していないのは当然であって、そのことから、「婚姻をするについての自由」における「婚姻」に同性間の婚姻が含まれるとの結論を導き出すのは論理の飛躍がある。

(エ) 以上のとおり、原告らの主張は、再婚禁止期間違憲判決の理解を誤るものであり、同判決は原告らの主張の根拠たり得ない。

### 3 被告の主張に対する原告らの反論は理由がないこと

#### (1) 原告らの反論

原告らは、本件規定が憲法24条1項に違反するか否かの判断に当たっては、同項の「両性」という文言のみならず、同項の制定経緯及び趣旨、関連する規定や憲法の採用する基本原理、婚姻の意義等に関する社会状況の変化等も踏まえた総合的な検討が必要不可欠であり、同項の「両性」という文言の辞書的意味のみに依拠して、同性間の婚姻の自由は憲法24条1項により保障されないとする被告の憲法解釈は不十分、不適切なものである旨主張して、被告の主張に反論する(原告ら第2準備書面第1の1(5)[19ページ])。

#### (2) 原告らの反論は理由がないこと

しかしながら、原告らの上記反論は、以下に述べるとおり、いずれも被告の主張に対する反論としては的確でない。

ア 原告らは、文言のみに過度にこだわった憲法解釈が不適切であるとして、最高裁判所昭和53年10月4日大法廷判決(民集32巻7号1223ページ。以下「最高裁昭和53年判決」という。)等の判例や諸外国における婚姻に関する条項の解釈例を挙げ、憲法24条1項の「両性」との文言を抜き出して、その辞書的意味のみを根拠として同性間の婚姻の自由の保

障が否定されるものと結論づける被告の解釈は不適切である旨主張する（原告ら第2準備書面第1の1(2)〔5ないし9ページ〕）。

(7) しかしながら、法の解釈に際し、文言の日本語としての意味や文法が重視・尊重されなければならない、文言からかけ離れた解釈が許されないのは当然であって、このことは原告らも認めるところである（原告ら第2準備書面第1の1(2)ア〔5, 6ページ〕）。上記2(1)アにおいて述べたとおり、「両性」とは、両方の性、男性と女性を意味する文言であり、およそ「両性」が男又は女のいずれかの性を欠く状態を含むと解する余地はない。

(4) また、原告らが最高裁昭和53年判決に関して言及する文言説は、「国民は」と規定されている場合と「何人も」と規定されている場合を区別して「何人も」と規定されている場合についてのみ外国人の人権を認めるとの考え方であるところ、この考え方には「人権規定の主語にこだわると、外国人に国籍離脱の自由（憲22条2項）を認めるというように、非常に奇妙なことになってしまう」という不都合が指摘されている（甲A第139号証129ページ参照）。これに対し、憲法24条1項の「両性」について文言のとおり男女双方の性と解した際には、そのような不都合は生じない。

なお、原告らは、最高裁判所平成23年11月16日大法廷判決（刑集65巻8号1285ページ）についても言及するが（原告ら第2準備書面〔7ページ〕）、同判決は、裁判員制度による国民の司法参加が憲法上禁止されているか許容されているかについて判断したのであって、国民の司法参加が憲法上保障されているかについて判断したものではないから、同判決の解釈手法は、憲法24条1項が同性婚を保障しているとの原告らの主張を裏付けるものではない。

(9) さらに、原告らは、諸外国でも婚姻に関する条項について文言にとら

われなない解釈がなされている旨主張するが、法解釈の前提となる歴史や法制度等を異にする諸外国の例をもって、憲法24条1項が同性婚を保障しているとの結論を導き出すことはできないというべきである。

イ また、原告らは、憲法24条1項の制定過程等を挙げた上で、同性婚を排除する趣旨であるか否か等が議論された形跡はなく、同項の「両性の合意のみ」との文言が同性婚を排除する趣旨で意図的に選択されたものでないことは明らかであると主張する（原告ら第2準備書面第1の1(3)〔9ないし14ページ〕）。

しかしながら、上記2(2)イ(ウ)で述べたとおり、憲法24条1項の制定経過及び審議状況を踏まえれば、婚姻が男女間のものであることはむしろ当然の前提とされていたといえる。憲法24条1項の制定過程において同性婚を排除する趣旨であるか否か等が議論されなかったことは、同項が同性婚を保障していることの根拠となるものではない。

ウ さらに、原告らは、婚姻の意義等に関する社会状況の変化を踏まえれば、「婚姻」から同性婚が排除されるものと解すべき理由はもはや存せず、被告の主張は、婚姻の意義等に関する社会状況の変化を考慮しない主張であって、不適切である旨主張する（原告ら第2準備書面第1の1(4)〔14ないし19ページ〕）。

しかしながら、上記ア(ア)において述べたとおり、憲法24条1項の「両性」が男女を指し、したがって同項の「婚姻」が異性間の婚姻をいうものであることは文言上明らかであり、社会状況の変化によって、上記文言の意味が変わるものではない。そのことをおくとしても、前記第1の2(2)において述べたとおり、現在においても、婚姻の当事者は男女であるとの理解が一般的であり、仮に婚姻の意義等について理解の変化があるとしても、それは、同性カップルの法律婚が制度として整備されていないことが違憲であるという原告らの主張を基礎づけるに足りる変化とはいえない。

また、上記2(1)イにおいて述べたとおり、学説の議論状況としても、「現時点で、憲法が同性婚を異性婚と同程度に保障しなければならないと命じているわけではないとの理解が大方のところであろうと思われる」（乙第15号証510ページ）と総括されているところでもある。

#### 4 結論

以上のとおり、本件規定が憲法24条1項に違反するものではないことは明らかである。

### 第3 本件規定が憲法14条1項に違反するものではないこと

#### 1 原告らの主張

原告らは、①憲法24条1項により同性間の婚姻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るから、被告の主張は原告らの主張に対する的確な反論たり得ておらず（原告ら第2準備書面・第2の1〔31, 32ページ〕）、また、②民法及び戸籍法上、異性間の法律婚のみが認められ、同性間の法律婚が認められないという別異取扱いに合理的な根拠はないとして（同準備書面第2の2ないし4〔32ないし43ページ〕）、本件規定は憲法14条1項に違反すると主張する。

#### 2 憲法24条1項が同性婚を想定しておらず、これを保障していない以上、憲法14条1項違反の問題は生じ得ないこと

(1) 憲法24条は、1項において「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。」と規定しているところ、これは、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ている。

また、憲法24条は、2項において「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。」と規定している。これは、婚姻及び家族に関する事項は、国の伝統や国民感情を含めた社会状況における種々の要因を踏まえつつ、それぞれの時代における夫婦や親子関係についての全体の規律を見据えた総合的な判断を行うことによって定められるべきものであることから、その内容の詳細については、憲法が一義的に定めるのではなく、法律によって具体化することがふさわしいとの観点から、具体的な制度の構築を第一次的には国会の合理的な立法裁量に委ねるとともに、その立法に当たっては、同条1項も前提としつつ、個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚すべきであるとする要請、指針を示すことによって、その裁量の限界を画したものと解されている（以上につき、前掲再婚禁止期間違憲判決、及び、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ページ参照）

- (2) そして、被告第1準備書面第3の1(3)ア・19ページ及び前記第2の2(1)アでも述べたとおり、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は明らかであって、同項は、当事者双方の性別が同一である場合に法律婚を成立させることは想定していない。すなわち、憲法24条1項は、婚姻の当事者が男女であることを前提としているのであり、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く、同項を前提とする同条2項においても、異性間の関係としての婚姻以外については立法による制度の構築が要請されていないのである。
- (3) そして、特定の憲法の条項を解釈するに当たっては、憲法の他の規範と照らし合わせて整合性のある解釈をしなければならないと解されるどころ（甲A第139号証106ページ参照）、上記のとおり、憲法24条が、異性間の婚姻についてのみ明文で規定して法制度の構築を要請している以上、その帰結として、異性間の法律婚についてのみ制度化され、同性間の法律婚につ

いては制度化されないという差異の生じることは当然に予期されることであるから、憲法全体について整合性のある解釈をすれば、憲法は、異性間の法律婚のみが制度化され同性婚が制度化されていないことが憲法の他の条項に抵触する余地がないことを当然の前提としているということになる。

したがって、かかる差異の生じることは憲法が自ら容認するところであると解すべきであり、この差異をもって憲法14条1項に違反すると解する余地はないというべきである。

このように、憲法全体として整合性のある解釈をしたとき、特定の差異が憲法14条1項に違反するという問題とならないことは、最高裁判所昭和33年10月15日大法廷判決（刑集12巻14号3305ページ）においても是認されている。すなわち、同判決は、地方自治体が、憲法94条が定める条例制定権に基づき、売春の取締りについて各別に罰則付きの条例を定めることが、地域によって取扱いに差異が生じる点において憲法の定める平等原則に反するか否かについて、「憲法が各地方公共団体の条例制定権を認める以上、地域によって差別を生ずることは当然に予期されることであるから、かかる差別は憲法みずから容認するところであると解すべきである。それ故、地方公共団体が売春の取締りについて各別に条例を制定する結果、その取扱に差別を生ずることがあつても、所論のように地域差の故をもって違憲ということとはできない。」と判示したものである。同判決の調査官解説は、「地方公共団体は、（中略）いわゆる売春条例を設けるかどうかを決するのであつて、これを制定する場合においても、条例の罰則に規定された刑の種類、その高低が各地方公共団体を通じて画一的なものではなく、その地域を異にすることにより差異を生ずることは、地方自治の本旨（括弧内省略）にもとづくものであり、憲法及び地方自治法の予期しているところであるから、これを目して不合理な差別的取扱であるとはいえない」としており（最高裁判所判例解説刑事篇昭和33年度676ページ）、学説においても、このような

取扱いの差異は平等原則の射程外であるとされている(長谷部恭男ほか編「憲法判例百選Ⅰ」(第6版)72ページ[新村とわ]・乙第19号証,野中俊彦「平等原則と違憲審査の手法」法学教室195号13ページ・乙第20号証)。この理は,異性間の法律婚のみが制度化されることを当然に予期している憲法24条1項についても当てはまるものであって,同性婚が制度化されていないことが憲法14条1項に違反すると解する余地はない。

3 民法及び戸籍法上,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に合理的な根拠を認めることができないとの原告らの主張は理由がないこと

上記2において述べたとおり,憲法24条1項が同性婚を想定しておらず,これを保障していない以上,憲法14条1項違反の問題が生じる余地はない。このため,民法及び戸籍法上,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に合理的な根拠を認めることができないとの原告らの主張については反論の要を認めないが,なお念のため,本件規定が合理的であって,原告らの主張は理由がないことについて述べる。

(1) 本件規定の合理性について

ア 憲法14条1項が定める法の下での平等は,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,法的な差別的取扱いを禁止する趣旨のものであると解されている(最高裁昭和39年5月27日大法廷判決・民集18巻4号676ページ,最高裁昭和48年4月4日大法廷判決・刑集27巻3号264ページ等)。

イ 民法が婚姻を男女間においてのみ認めているのは,民法の婚姻制度の目的が,一般に,夫婦がその間に生まれた子どもを産み育てながら,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にあるとされているためであって,その目的の合理性は明らかであり,現在においても,その重要性は変わるものではない。そして,婚姻関係のような家族に関する基

本的な制度については、その目的もある程度抽象的・定型的に捉えざるを得ず、また、制度を利用することができるか否かの基準は明確である必要があるとの観点から、民法は、抽象的・定型的に、男女間において婚姻を認めたものであって、上記の目的達成のための手段としての合理性もまた明らかである（なお、付言すると、本件規定は、制度を利用することができるか否かの基準を、具体的・個別的な婚姻当事者の性的指向の点に設けたものではない。）。

この点については、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の妻が婚姻中に懐胎した子が、民法772条の規定により夫の子と推定されるかについて判断した最高裁平成25年12月10日第三小法廷決定（民集67巻9号1847ページ）において、寺田逸郎裁判官が「現行の民法では、『夫婦』を成り立たせる婚姻は、単なる男女カップルの公認に止まらず、夫婦間に生まれた子をその嫡出子とする仕組みと強く結びついているのであって、その存在を通じて次の世代への承継を予定した家族関係を作ろうとする趣旨を中心に据えた制度であると解される。（中略）婚姻し、夫婦となることの基本的な法的効果としては、その間の出生子が嫡出子となることを除くと、相互に協力・扶助をすべきこと、その財産関係が特別の扱いを受けること及び互いの相続における相続人たる地位、その割合があるが（中略）、男女カップルに認められる制度としての婚姻を特徴づけるのは、嫡出子の仕組みをおいてほかになく、その中でも嫡出推定は、父子関係を定める機能まで与えられていることから中心的な位置を占める。」と述べて、夫婦間に生まれた子の存在を婚姻制度の趣旨の理解において重要視する補足意見を付しており、同補足意見や、前記第1で述べた現行の婚姻制度の由来、沿革等は、上記で述べた民法上の婚姻制度の目的の重要性を基礎づけるものといえる。

ウ なお、前記第2の3(2)ウで述べたとおり、「憲法が同性婚を異性婚と

同程度に保障しなければならないと命じているわけではないとの理解が大方のところであろうと思われる」(前掲長谷部恭男ほか「注釈日本国憲法(2)」・510ページ〔乙第15号証〕)というのが通説的見解であり、民法に同性婚を認める規定がないことが憲法14条1項に違反するという見解が支配的とはいえない。

## (2) 原告らの主張は理由がないこと

### ア 原告らの主張

原告らは、本件規定による取扱いに合理的な根拠がないことの理由として、①婚姻の意義及び目的について、生殖及び子の養育の重要性が減退し、パートナーとの人格的結びつきの安定化に見いだされるようになっていること、②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理由がないこと、③同性愛者の尊厳を傷つけること、④届出婚主義(公示)の必要性は同性カップルにも当てはまることを主張する(原告ら第2準備書面・第2の4(1)ないし(5)〔38ないし42ページ〕)。

### イ 原告らの主張には理由がないこと

#### (ア) 上記アの①の主張について

原告らは、異性間の法律婚を認め、同性間の法律婚を認めていないという取扱いが憲法14条1項に違反する状態となった時点を明らかにしておらず、上記①の主張も、具体的にどのような観点から上記取扱いの違憲性を基礎付けるのか判然としないから、主張自体失当である。そのことはおくとしても、前記第1の2(2)、第2の3(2)ウ及び上記(1)で述べたとおり、婚姻の当事者は男女であるとの理解に変化があったと認められるような状況にはなく、婚姻の意義及び目的について、生殖及び子の養育の重要性が減退し、パートナーとの人格的結びつきの安定化に見いだされるようになっているとはいえない。

なお、現行の婚姻制度は、婚姻外の生殖や養育を否定するものでも、

婚姻したからといって生殖や養育を強要するものでもないから、子供を産み育てるかどうかについての自由な意思決定を何ら害するものではない。

そのほか、原告らは、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こともあるから、婚姻制度の目的は同性間の婚姻の制約を正当化し得るものとはいえないと主張するが、上記(1)イで述べたとおり、家族に関する基本的な制度については、その目的もある程度抽象的・定型的に捉えざるを得ず、また、制度を利用することができるか否かの基準は明確である必要があるという観点からすれば、抽象的・定型的に男女間において婚姻を認めるという要件の設定には合理性があるといえるから、この点に関する原告らの主張にも理由がない。

(イ) 上記アの②の主張について

原告らは、異性カップルのみが付与し同性カップルに付与しないとする理由は存しないとして、婚姻に伴う種々の権利利益を挙げる（原告ら第2準備書面第2の4(3)〔40ページ〕）。

しかしながら、同居・協力・扶助義務（民法752条）、財産共有推定（民法762条2項）及び財産分与（民法768条）については、契約により同様の法的効果を生じさせることが可能である。また、当事者の一方の死後、その財産を当事者の他方に帰属させることは、契約のほか、遺贈（民法964条）によっても可能であり、殊に包括受遺者となった場合は相続人と同一の権利義務を有することとなる（民法990条）。

このように、原告らのいう権利利益が婚姻に伴う効果として同性カップルに付与されないとしても、そのことが本件規定による取扱いの不合理性を基礎づけるとは認められない。

なお、そのほか、原告らが訴状において主張する法的・経済的な権利

・利益及び事実上の利益（訴状第6の3(3)〔39ないし47ページ〕）は、いかなる範囲の者を優遇措置や支給などの対象とするかという社会保障政策等の当否の問題や私人間の契約の問題であり、民法上の婚姻の効力の問題とはいえないから、やはり本件規定による取扱いの不合理性を基礎づける事情とは認められない。

(ウ) 上記アの③の主張について

前記第1の2(2)及び上記(1)で述べた婚姻に関する一般的な理解を前提とすれば、婚姻という法制度の対象を男女間の関係に限定することには合理的な理由がある。また、現在においても、異性カップルか同性カップルかを問わず、婚姻によらずに一人の相手を人生のパートナーとして継続的な関係を結ぶことは可能である。これらのことからすれば、本件規定による取扱いが同性愛者等に対する構造的差別の一環をなし、同性愛者の尊厳を傷つけるものであるとはいえない。

(エ) 上記アの④の主張について

原告らは、地方公共団体における「パートナーシップ」の制度の導入について言及し、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のあることは、同性カップルにも同様に当てはまると主張する（原告ら第2準備書面第2の4(5)〔42ページ〕）。

しかし、地方公共団体において導入された制度は婚姻とは異なる制度である上、その導入は一部の地方公共団体にとどまっているのであるから、地方公共団体における取組が同性婚の必要性を直ちに基礎づけるものではない。

(オ) 小括

以上のとおり、上記アの①ないし④に関する原告らの主張は、いずれも理由がない。

#### 4 結論

以上のとおり、本件規定が憲法14条1項に違反するものでないことは明らかである。

#### 第4 本件立法不作為は国賠法上違法と評価される余地はないこと

本件の争点は、本件立法不作為が国賠法上違法となるか否かであるところ、被告第1準備書面第3の1(2)(18及び19ページ)で述べたとおり、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とは、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の例外的な場合に限られる。

しかるところ、前記第2及び第3で述べたとおり、本件規定は憲法24条1項及び14条1項に違反しておらず、これらの憲法の規定に違反するものであることが明白であるとは到底いえないのであるから、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。

なお、憲法24条1項との関係で、本件立法不作為が違憲であることが明白であるといえるためには、同項が同性間の婚姻を法制化するよう命じているといえなければならず、その判断を超えて、同性婚が憲法上禁止されているか、又は許容されているのかを明らかにすることは、原告らの請求の当否の判断に必要なはない。

そして、被告のこれまでの主張から、憲法24条1項及び同14条1項が同性間の婚姻の法制化を命じていないことは明らかである。それゆえ、本件立法不作為が国賠法1条1項の適用上違法となる余地はない。

#### 第5 結語

以上のとおり、原告らの請求に理由がないことは明らかであるから、速やか

に棄却されるべきである。

以 上