

【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」北海道訴訟（札幌地裁）で提出された書面です。

平成31年（ワ）第267号 損害賠償請求事件

原告 原告番号1ないし6

被告 国

第6準備書面

2020年2月28日

札幌地方裁判所民事第2部合議係 御中

原告ら訴訟代理人 弁護士 加藤 丈晴

同 弁護士 綱森 史泰

同 弁護士 須田 布美子

同 弁護士 皆川 洋美

同 弁護士 上田 文雄

同 弁護士 林 拓哉

同 弁護士 高橋 友佑

第1	本件における憲法判断の対象について.....	4
第2	法律上の「婚姻」と憲法上の「婚姻」とは区別して論ずる必要があること	5
第3	憲法24条1項による婚姻の自由の保障は同性の相手と婚姻する自由を含む ものと解すべきこと	6
1	原告らの主張	7
2	被告の主張する「文言解釈」の不適切性	7
(1)	被告の主張	7
(2)	憲法24条1項の「両性」という文言により同項の「婚姻」から同性間の 婚姻が当然に排除されることにはならないこと.....	8
(3)	憲法24条1項が憲法制定時における「婚姻」の意味を固定化したものと 解すべき理由のないこと	10
(4)	被告の引用する憲法学説は被告の主張の裏付けとなるものではないこと	11
3	婚姻と生殖の結びつきから「婚姻」の当事者が男女に限られるものであるか のように述べる被告の主張の誤り	16
(1)	被告の主張	16
(2)	憲法24条1項の文言，制定経緯及び趣旨に照らしても同項が生殖のため に婚姻を保護したものと解すべき理由は見当たらないこと	17
(3)	再婚禁止期間違憲判決の趣旨からも憲法24条1項が生殖のために婚姻の 自由を保障したものと解されないこと	19
4	小括	21
第4	被告第2準備書面に対する反論	21
1	「第1 現行の婚姻制度の由来，沿革，趣旨，目的等について」について	21
(1)	「1 婚姻制度についての伝統的な理解について」に対する認否反論..	22
(2)	「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」に対する認否反論	24
2 「第2 両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」に対する反論	29
(1) 原告らの主張	29
(2) 「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」について	29
(3) 「3 被告の主張に対する原告らの反論は理由がないこと」について ..	32
3 「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」に対する反論	35
(1) 原告らの主張	35
(2) 「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」について	35
(3) 「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」について	39
4 「第4 本件立法不作為が国賠法上違法と評価される余地はないこと」に対する反論	50
第5 原告らの憲法上の主張の整理について	51

第1 本件における憲法判断の対象について

裁判所が特定の法令の規定について違憲審査権を行使するに当たっては、まず当該法令の規範内容を確定することが前提となる¹。

この点に関し、被告は、「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」（被告第2準備書面8頁）、「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〔かった〕」（同9頁）と述べており、その後、現時点までにおいても「同性婚の導入を検討していない」（同28頁）と述べている。

また、明治民法及びその一部改正により成立した現行民法には、当事者が異性であることを婚姻の要件として明示する規定はなく、当事者が同性であることを婚姻障害事由や婚姻の無効ないし取消事由として明示する規定も存しないところ、このことについて、明治民法の起草者は、「蓋シ婚姻トハ男女間ノ関係ヲ定ムルモノナルガ故ニ、男子間又ハ女子間ニ於テ婚姻ナルモノアルベカラザルハ言ハズシテ明カナリ。故ニ我民法ニ於テハ之ガ規定ヲ設ケズ」²と説明している³。

このような被告の主張並びに婚姻に関する民法の規定及びその沿革からすれば、明治民法及びその一部改正により成立した現行民法の定める婚姻制度は、異性（男女）間の結合関係のみを対象としたものであり、現時点までにおいても、その点に変更はないものと解せざるを得ない。

そうすると、本件において憲法判断の対象となるべき法令の規定（「本件規

¹ 尾島明「再婚禁止期間と夫婦同氏制に関する最高裁大法廷の判断」法律のひろば69巻4号（2016年）（甲A245）67頁参照。

² 梅謙次郎『民法要義卷ノ四』（甲A188）118頁。

³ 旧民法人事編の起草者も「婚姻ハ男女ノ会社」であるとして同旨の説明をしている。熊野敏三『民法草案人事編理由書上巻』（甲A183）74丁表裏。

定)」とは、現行民法及び戸籍法中の特定の条文やその文言（それらの解釈⁴を含む。）を指すものではなく、婚姻制度を定める法律である現行民法及び戸籍法が全体として異性間の婚姻のみを対象とし、同性間の婚姻を認める規定を何ら設けていないこと（同性間の婚姻を認める規定の不存在）を指すことになるものと解される⁵。

本件では、明治民法が制定された1898年（明治31年）以来その内容が改められることのなかった本件規定が、1947年（昭和22年）に施行された日本国憲法の下、現代において、なお憲法適合的であると言い得るのが問われている。

第2 法律上の「婚姻」と憲法上の「婚姻」とは区別して論ずる必要があること

前記第1で述べたことは、法律上の「婚姻」制度に関するものであり、憲法上の「婚姻」や「婚姻の自由」の保障の意義に関するものではない。

この点、被告は、「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」（被告第2準備書面11頁）、「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」（同11～12頁）などとして、あたか

⁴ 以上の論じたところからすれば、現行法上同性間の婚姻が認められないことを、婚姻意思の欠如や婚姻障害事由により説明したり、憲法24条1項の規定により説明したりする民法学説は、（特に憲法判断の対象となる法令の規定の確定という観点から見た場合には）的確なものであるとは言い難い。

⁵ この点、台湾大法官2017年5月24日解釈（甲A101の2）においても、「現行婚姻章が一男一女の永続的な結合関係だけを規定し、性別を同じくする両名に同様の永続的結合関係を成立させていない」（同4頁）という法規定の不存在が違憲判断の対象とされており、関係機関に対し、「関係する法律を改正ないし制定しなければならない」（同1頁）との要請がなされている。

も、(現行) 法律上の「婚姻」制度の内容によって憲法上の「婚姻」や「婚姻の自由」の保障の内容が確定されるものであるかのように主張する。

しかしながら、このような被告の主張は、「憲法上の人権の内容が何故下位法の解釈により決せられるかについて素朴な疑問」⁶を生ずるものである上、仮に、被告の主張するように、憲法上の「婚姻」や「婚姻の自由」が現行の婚姻制度を前提としたものに過ぎないものであるとするならば、婚姻制度を規定する法律によって「婚姻に対する直接的な制約」(再婚禁止期間違憲判決)が課されるという事態を想定し得なくなる⁷という点でも明らかに不合理なものである。法律の規定による「婚姻に対する直接的な制約」の有無を論ずるためには、法律上の「婚姻」と憲法上の「婚姻」とは区別される必要がある。

被告は、別のところ(被告第2準備書面7～8頁, 10頁, 27頁等)においても、民法学説と憲法学説を並列的に引用するなどして、法律上の「婚姻」と憲法上の「婚姻」との区別を曖昧にし、あたかも、法律上の「婚姻」について述べられていることが憲法上の「婚姻」にも当然に当てはまるかのように論じているが、このような議論は、法律論と憲法論の区別をわきまえない誤ったものであり、また、ミスリーディングなものであるといわざるを得ない。

第3 憲法24条1項による婚姻の自由の保障は同性の相手と婚姻する自由を含むものと解すべきこと

⁶ 畑佳秀『最高裁判所判例解説民事篇平成27年度(下)』(法曹会, 2018年)(甲A246)737頁。なお、同調査官解説は、「氏に関する利益」については、それが「一定の法制度を前提とする利益」であるとした上で法制度と人権の関係を論じている(甲A246・737～739頁)が、「婚姻をするについての自由」については、それが「一定の法制度を前提とする自由」であるなどと述べるところは見当たらない。再婚禁止期間違憲判決についての調査官解説である加本牧子『最高裁判所判例解説民事篇平成27年度(下)』(甲A156)も同様である。

⁷ 仮に、被告のような見解に立つのであれば、6か月の再婚禁止期間を定める規定を有する法律上の「婚姻」制度の枠内では、「婚姻の自由」とは「6か月の再婚禁止期間を経過した後に婚姻をする自由」を意味することになり、6か月の再婚禁止期間を定める規定を「婚姻の自由」に対する制約であるとみることはできないことになろう。

1 原告らの主張

原告ら第2準備書面において論じたとおり、憲法24条1項は、「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する婚姻の自由を保障した条項と解されるところ、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て検討すれば、同項による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であり、同性の相手と婚姻する自由を含むものと解すべきである。

2 被告の主張する「文言解釈」の不適切性

(1) 被告の主張

これに対し、被告は、依然として、憲法24条1項の「両性」という文言に拘泥し、「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るから、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」（被告第2準備書面9頁）などという主張を繰り返している。

しかしながら、本件で問題となるのは、憲法24条1項の「両性」の文言の解釈（のみ）ではなく、同項が保障する婚姻の自由が同性間の婚姻を含むか否か（あるいは、同項が同性間の婚姻を法律で認めることを許容しているか否か）という点である。これらの点を明らかにするためには、「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」ものとしている同項の規定全体の解釈を明らかにする必要があるのであって、その中の「両性」という文言のみを抜き出して、その辞書的意味を論ずるだけで足りるものでないことは明らかである。

この点、被告も、上記のような主張では足りないことを自覚してか、被告第2準備書面では、従前の主張を補充して、「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」

(同11頁),「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」(同13頁),「憲法審議においても,…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」(同13頁)と述べるに至っている。

以上のような被告の主張は,要するに,憲法24条1項に男女を意味する「両性」という文言が用いられていること及び同項の制定時において「婚姻」の語が男女間の結合関係を意味することが当然の前提とされていたことを根拠として,同項にいう「婚姻」とは異性(男女)間の婚姻のみを意味し,同性間の婚姻はそこから排除されるものと解釈すべきである旨をいうものと解される。

しかしながら,以下に述べるとおり,被告の主張するこのような「文言解釈」⁸も,なお不適切なものであるといわざるを得ない。

(2) 憲法24条1項の「両性」という文言により同項の「婚姻」から同性間の婚姻が当然に排除されることにはならないこと

ア 被告の「文言解釈」は,殊更に「両性」という文言のみに着目するものであるが,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」と規定するものであり,「両性」という文言のみからなるものではないから,文言解釈に当たっては,同項の文言全体にも着目する必要がある。

⁸ このような「文言解釈」は,憲法解釈とは憲法の文言の憲法制定時における意味(原意)を明らかにすることであるとして,文言外の理念や憲法制定後の事情を憲法に読み込むことを排除する考え方(原意主義)に類するものであるが,このような考え方については,文言の意味すら必ずしも一義的に明らかではない上に規範総体の意味となれば多くの場合一層不明確であること,また,憲法の理念や制憲後の事情を排除しては現実が要請する妥当な解釈となり得ないことから,その「原意」なるものに固執することは妥当ではないとの評価がなされている。横田耕一・高見勝利編『ブリッジブック憲法』(甲A139)103～104頁(横田耕一執筆部分)。

仮に、憲法24条1項の文言が現在のようなものではなく、「婚姻とは、両性間の結合である」とか、「婚姻とは、両性間の結合を意味する」などと規定するものであったとすれば、憲法上の「婚姻」を両性（男女）間の結合関係に限定する趣旨であることがその文言の意味のみから明らかであると言い得たかもしれない⁹が、実際の同項の文言はそのようなものにはなっていないことからすれば、同項がそのような趣旨のものであるか否かをその文言のみを根拠として決することは困難である。

イ また、『両性』がその文言上男女を表すことは明らかであるから、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」とする被告の主張は、「両性」の文言を「婚姻の当事者である（一人の）男性と（一人の）女性」という意味に解するものであるところ、このような解釈は、「両性」という文言の辞書的意味のみから導かれるものとはいえない。

上記のような読み換えを行う被告の解釈は、「婚姻の当事者は（一人の）男性と（一人の）女性である」という結論を先取りしたものであるか、そうでなければ、「文言解釈」の装いの下に「婚姻において重要なのは当事者の意思である」（したがって、憲法24条1項の「両性」は、「婚姻の当事

⁹ 「婚姻」を男女間の結合関係に限定する趣旨の諸外国の規定例を見ると、1996年にアメリカ連邦議会が制定した婚姻防衛法3条（アメリカ連邦最高裁の2013年の Windsor 判決で違憲無効とされた。）では、「議会が制定した全ての法律又は合衆国の種々の行政機関の全ての裁定、規則若しくは解釈の意義を決定するにつき、『婚姻』の語は1名の男性と1名の女性との夫及び妻としての法的結合だけを、『配偶者』の語は夫又は妻である異性の者だけを意味する」との文言が用いられている。尾島明「同性婚の相手方を配偶者と認めない連邦法の規定と合衆国憲法」藤倉皓一郎・小杉文夫編『衆議のかたち2』（羽鳥書店、2017年）（甲A247）77頁参照。また、近年において婚姻を男女間の結合に限定するための改正がなされた東欧諸国の憲法では、「国家は、男性と女性の結合である婚姻を保護し助成する」（ラトビア共和国憲法110条）、「婚姻は、一人の男性と一人の女性の結合である」（クロアチア共和国憲法61条2項）、「婚姻は、一人の男性と一人の女性の結合」（スロバキア共和国憲法41条1項）などの文言が用いられている。ダグマ・ケスター＝バルチェン（床谷文雄訳）「ヨーロッパにおける同性婚の導入と養子法の問題」名古屋大学法制論集281号（2019年）（甲A248）304頁参照。

者は（一人の）男性と（一人の）女性である」の意味に解すべきである。）という観念を密かに解釈の前提にするものと解せざるを得ない。

この点、憲法24条1項の制定趣旨に照らせば、同項の背後に「婚姻において重要なのは当事者の意思である」という観念が存することは疑いのないところであるが、そのような観念を前提とするのであれば、同項の「両性」という文言は、「婚姻の当事者」を示す点に重点を置いたものであり、憲法上の「婚姻」を両性（男女）間の結合関係に限定する趣旨で用いられたものではないとする解釈も十分な合理性、正当性を有することになるものである。

ウ 以上に述べたところからすれば、憲法24条1項の「両性」という文言のみを根拠として、同項にいう「婚姻」とは異性（男女）間の婚姻のみを意味し、同性間の婚姻はそこから排除されるものと解すべきであると結論付けることはできないことは明らかである。

(3) 憲法24条1項が憲法制定時における「婚姻」の意味を固定化したものと解すべき理由のないこと

ア 被告は、憲法24条1項の制定時において「婚姻」の語が男女間の結合関係を意味することが当然の前提とされていた旨を述べるどころ、当時、我が国に同性間の婚姻を認める法律の規定がなかったことや諸外国においても同性間の婚姻を認める立法例が存在しなかったことからすれば、一般に「婚姻」という場合には異性（男女）間の婚姻が念頭に置かれていたであろうこと、そして、そのことを前提に憲法審議がなされ、同項が制定されたであろうことについては、歴史的な事実としては特に争うものではない。

イ しかしながら、憲法24条1項の制定時における「婚姻」の語の一般的な意味が上記のようなものであったとしても、そのような歴史的な事実のみからは、同項にいう「婚姻」とは、現在においても（あるいは、憲法が

改正されない限り未来永劫), 異性(男女)間の婚姻のみを意味するものと解すべきであり, それ以外の意味に解し得ないということにはならない。

このことは, 例えば, 憲法制定時にはインターネットを通じた表現や通信が想定されていなかったとしても, そのことを理由にそれらが「表現の自由」(憲法21条1項)や「通信の秘密」(同条2項)の保障の埒外にあるものと解されるものではないことや, 法制度に関しても, 憲法制定時には必ずしも想定されていなかった裁判官と国民とで構成される裁判体が憲法上の「裁判所」に当たり得るものと解されていること(最大判平成23年11月16日参照)などから明らかである。

ウ なお, 仮に, 憲法24条1項の制定趣旨ないし制定者意思が, 「婚姻」を異性(男女)間の婚姻のみに限定し, それを不変のものとして将来にわたって固定化しようとするものであったとすれば, そのことをも根拠として, 現在においても同項にいう「婚姻」とは異性(男女)間の婚姻のみを意味するものと解すべきであるとする立論も考えられなくもないが, 同項の制定趣旨ないし制定者意思がそのようなものであったという証拠は全く存しないし(同項の制定過程において同性間の婚姻を排除する趣旨か否かが議論された形跡のないことについては, 被告も争わないものと解される。被告第2準備書面17頁参照。), 前記(2)で指摘したとおり, 同項の文言からそのような趣旨ないし意思が明らかであるということもできない。

エ 以上に述べたところからすれば, 被告の主張するように, 憲法24条1項の制定時において「婚姻」の語が男女間の結合関係を意味することが前提とされていたとしても, そのことを根拠として, 同項にいう「婚姻」とは異性(男女)間の婚姻のみを意味し, 同性間の婚姻はそこから排除されるものと解すべきであると結論付けることができないこともまた明らかである。

(4) 被告の引用する憲法学説は被告の主張の裏付けとなるものではないこと

ア 被告は、被告の主張の裏付けとして、①「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」¹⁰とする渋谷秀樹教授の学説、②「『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」¹¹とする長谷部恭男教授の学説、③「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」¹²とする川岸令和教授の学説、④「通説は、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」¹³とする辻村みよ子教授の学説（ただし、当該引用部分は辻村教授自身の見解¹⁴を述べるのではない。）を引用している。

しかしながら、このような被告による憲法学説の引用は、学説の一部を恣意的に抜き出すものであり、適切なものとはいえない。

イ すなわち、①渋谷教授は、被告の引用する文献において、「ただし、同性間の婚姻あるいは婚姻に準ずる関係（パートナー）を認める国が増加し、従来の社会通念の根本的な見直しを迫っている」¹⁵旨を述べているほか、「婚姻の実質的内容については憲法も民法も規定していないが、テーブルとベッドをともにする関係、つまり寝食をともにし、性的結合をもつ関係と一応定義することができる。しかし、単身赴任等の理由による別居、セックスレス夫婦の増加現象の前に法的定義は無力である」¹⁶、「憲法24条

¹⁰ 渋谷秀樹『憲法（第3版）』（有斐閣、2017年）（甲A249＝乙13）463頁。

¹¹ 長谷部恭男『憲法 第7版』（乙14）187頁。

¹² 長谷部恭男編『注釈日本国憲法(2)』（甲A146＝乙15）510頁（川岸令和執筆部分）。

¹³ 辻村みよ子『憲法と家族』（乙16）129頁。

¹⁴ 辻村教授自身の見解は、「同性婚は家族の形成・維持に関する自己決定権（13条）によって保障され、24条との調整の問題だ」とするものである。辻村みよ子・山元一編『概説憲法コンメンタール』（甲A147）155頁（糖塚康江執筆部分）参照。

¹⁵ 渋谷秀樹『憲法（第3版）』（甲A249＝乙13）463頁。

¹⁶ 渋谷秀樹『憲法（第3版）』（甲A249＝乙13）463頁。

は、家制度の解体と男女の家庭生活における平等の側面が注目された。…
…しかし、家族のあり方が急激に多様化しつつある現在においては、改めてこの条項は、結社の一類型である家族を形成する権利の一般法的規定と読みなおす必要がある¹⁷、「どのような家族を形成していくかは、本来1人ひとりが決定する個人的な問題である。これらの法律〔少子化対策を目的とする法律を指す——引用者注〕が、多様な家族観をもつ個人を公平に支える社会環境の整備を推進しようとするものではなく、一定の家族観を前提とし、それを推奨する施策を推進しようとするものだとなれば、『個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚』していない違憲の法律と評価されることになる¹⁸と述べている。

②長谷部教授は、被告が引用する文献とは別の文献において、同性間の婚姻に関し、「私人に対して何らかの権限を与える。家族を構成するとか、あるいは、その構成した家族と一緒に暮らしていくとか、という選択を認めるか認めないかという点でも、法制度は社会生活あるいは社会意識に対して強いインパクトを持っていますから、そのレベルで憲法の趣旨にあっているかいないかという、そういう話はできるでしょうね¹⁹、「典型的な家族というのはどういうものかという点については24条は一定の想定をおいているかもしれませんが、典型的でない家族像を否定しているかどうか、ということについてまでは24条はそれほど強い観念を持っていないという理論も、私は十分にありえるとおもいますけどね²⁰と述べている。

③川岸教授は、被告の引用する文献において、「個人の尊厳を重視した婚

¹⁷ 渋谷秀樹『憲法（第3版）』（甲A249）467頁。

¹⁸ 渋谷秀樹『憲法（第3版）』（甲A249）468頁。

¹⁹ 長谷部恭男＝木村草太「〔座談会〕憲法を使いこなす」Law and practice 9号（2015年）（甲A250）19頁。

²⁰ 長谷部恭男＝木村草太「〔座談会〕憲法を使いこなす」（甲A250）19頁。

姻の自由の観点からは同性婚の否定は望ましいことではないであろう。ただ本条1項は『両性の合意のみに基いて成立』する婚姻という概念を明文で採用しており、そのことをどう理解するかがポイントとなる。文言を重視した解釈によれば、憲法は同性婚を容認していないということになる。この立場からは、同性婚は幸福追求権（13条）の解釈に委ねられ。それでも難しい場合には憲法改正が必要ということになる。これに対して本条項の経緯を重視した解釈では、『両性の合意』の強調は戦前の家制度の否定にすぎず、当時広く問題と認識されていなかった同性婚についてはことさらに排除する趣旨ではないと理解することもできよう²¹と述べている。

④辻村教授は、被告の引用する文献において、「日本では、憲法24条解釈の問題として、憲法制定当時においては、同性婚が念頭になかったことは明らかと思われるような立法事実を認めつつも、状況の変化によってこれを認めようとする動きもあるなど、解釈の幅は広がっている。24条1項の『両性の合意のみ』は、戦前の家制度において当事者以外の承認を必要としていたことに対応する規定であり、憲法制定時には同性婚はまったく念頭になかったと思われる反面、上記のような状況の変化を理由とする今日の学説の変化も、個人の尊重や幸福追求権が重視される昨今では、あながち無理な解釈とは言えないのが現状である」²²と述べている。

更に、被告は引用していないが、⑤宍戸常寿教授は、学説の整理として、『両性』『夫婦』の語および同条制定時の『婚姻』制度を前提にすれば、憲法24条1項にいう『婚姻』が民法にいう『婚姻』、すなわち男女の1対1の結合（一夫一婦制）であって戸籍法上の届出を行ったもの（法律婚）を指していることは、ひとまず明らかである。問題は、それ以外の異性な

²¹ 長谷部恭男編『注釈日本国憲法(2)』（甲A146＝乙15）509～510頁（川岸令和執筆部分）。

²² 辻村みよ子『憲法と家族』（乙16）129頁。

いし同性間の結合が憲法上の『婚姻』に含まれるかどうかである。多数説は、憲法24条が『近代的家族観』——『前近代的』な『家』制度との対比で用いられる——を採用したとの理解を前提に、憲法上の『婚姻』を現行民法上の婚姻に限定する一方で、それ以外の結合は家族の形成・維持に関する自己決定権（13条）によって保障されうる、と解している。他方で憲法24条の規範内容は『近代的家族観』を超えるものであり、同性婚も憲法上認められるとの見解もある²³と述べている。

ウ 以上に詳しく見たところからすれば、被告の引用する憲法学説が、「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」などと断ずる被告の主張と同旨を述べるものでないことは明らかであるし、また、憲法24条1項の「両性」という文言を根拠として、同項にいう「婚姻」から同性間の婚姻が当然に排除されるものと解すべき旨を述べたものでないことも明らかである。

なお、被告は、自らの主張を要約（換言）して、「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」（被告第2準備書面9～10頁）などと述べ、あたかも、前記引用の憲法学説（①から③まで）と同旨を述べるかのように装っているが、被告の主張は、「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」（同19頁）、「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」（同20頁）というところからも明らかであるとおおり、実際には上記のような憲法学説とは異なり、「憲法24条は、同性間の婚姻を一切保障していない」あ

²³ 渡辺康行ほか『憲法I 基本権』（甲A37）455頁（宍戸常寿執筆部分）。

るいは「憲法24条は、同性婚の制度化を容認していない」との旨を述べるものと解されるから、上記のような要約（換言）は不適切かつミスリーディングなものであるといわざるを得ない。

3 婚姻と生殖の結びつきから「婚姻」の当事者が男女に限られるものであるかのように述べる被告の主張の誤り

(1) 被告の主張

憲法24条1項の婚姻の自由の保障の内容（範囲）を確定するに当たっては、なぜ同項が婚姻の自由を保障したのかという趣旨・理由に遡った検討が必要となるものと解されるが、前記2で見たとおり、被告の主張は、専ら同項の文言のみに依拠するものであり、同項が婚姻の自由を保障した趣旨・理由に遡って被告の主張するような「文言解釈」の正当性を論ずるところは見られない。

この点、被告の主張中には、「婚姻は、伝統的に生殖と結びついて理解されていた」（被告第2準備書面8頁）、「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」（同21～22頁）などとして、婚姻と生殖との結びつきを理由にその当事者が男女に限られる旨を述べるところもあるが、これらの論述は、その文脈（前者は「現行の婚姻制度の由来、沿革、趣旨、目的等について」という項目下のものであり、後者は「民法の婚姻制度の目的」に関するものである。）に照らせば、法律上の「婚姻」に関するものと解される²⁴のであり、憲法上の「婚姻」に関するものであるとは解されない。

もともと、前記第2でも指摘したとおり、被告が、法律上の「婚姻」と憲法上の「婚姻」との区別を曖昧にした論述をしていることからすると、上記

²⁴ なお、このような被告の論述が法律上の「婚姻」に関するものとしても不適切なものであることについては後述する。

のような被告の主張は、憲法上の「婚姻」についても、法律上の「婚姻」と同様に生殖と結びついて理解されるべきものであり、したがって、その当事者は男女に限られるとの旨を暗に示唆するものと解されなくもない。

しかしながら、このように解釈された被告の主張も、以下に述べるとおり誤ったものである。

(2) 憲法 24 条 1 項の文言、制定経緯及び趣旨に照らしても同項が生殖のために婚姻を保護したものと解すべき理由は見当たらないこと

ア 憲法 24 条 1 項の規定は、「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」というものであり、生殖や親子関係について明文で触れるところはない。この点で、例えば、ドイツのワイマール憲法 119 条が、「婚姻は、家庭生活及び国民の維持・増殖の基礎として、憲法の特別の保護を受ける。婚姻は、両性の同権を基礎とする」とした上で、「子どもの多い家庭への配慮」や母性保護を規定していたことと対比される²⁵。

また、同項についての憲法審議の過程においては、国民の家庭生活は保護されると定めてはどうかという修正案が出されたが賛成が得られず、また、「家族生活は、これを尊重する」とする規定を加える修正案が出されたが成立をみるに至らなかったという経緯も存する²⁶。

イ 以上のような文言及び制定経緯を有する憲法 24 条 1 項の趣旨について、憲法学説は次のとおり解説している。

① 法学協会編『註解日本國憲法上巻』

「婚姻や家庭に、国家的社会的意義を認め、それを維持保護しようとする態度をとるところまではいっていない。この点で、ワイマール憲法

²⁵ 木下智史ほか『新・コンメンタール憲法（第2版）』（甲A148）301頁。

²⁶ 樋口陽一ほか『注解法律学全集2憲法Ⅱ〔第21条～第40条〕』（甲A144）132頁（中村睦男執筆部分）

及びこれにならった諸憲法や世界人権宣言が、婚姻及び家族について規定するのと趣を異にしている」²⁷

② 佐藤功『ポケット註釈全書憲法（上）〔新版〕』

「本条は家族ないし家庭が個人の尊厳と両性の平等に基づくものたるべきことを定めるが、本条が『婚姻』についての規定からはじめられていることは、家族というものの基礎的構成単位が夫婦でありその基軸をなすものが夫婦すなわち婚姻関係（いわば対等の横の関係）であるとする思想を示しているといえよう。すなわち、この点は旧憲法下の旧民法〔明治民法を意味する——引用者注〕においては親子関係（いわば上下の縦の関係）が家族の基軸であるとされていた思想を根本的に改める意味をもつ」²⁸

③ 木下智史ほか『新・コンメンタール憲法（第2版）』

「家族に関する憲法上の規定には、先の条文〔ワイマール憲法119条を指す——引用者注〕に代表されるように、家族形成、子どもの養育に対する国家の支援という社会保障的な観点と、家族関係における自由と平等の実現という観点がみられる」、「大日本帝国憲法は、家族に関する規定をもたなかったが、民法上、戸主が家族の婚姻等に同意権をもつなど身分上の監督権を有し、相続において『長子』や『男子』を優先するなど、封建的『家』制度が家族関係を支配していた。日本軍国主義の温床とみなされた『家』制度を解体して、家族関係に個人の尊厳と平等を確立することが、日本国憲法制定にあたっての課題であった。ここから、本条には、先の後者の観点、すなわち家族関係における自由と平等の実現が濃厚に現れている」²⁹

²⁷ 法学協会編『註解日本國憲法上巻』（甲A19）471頁。

²⁸ 佐藤功『ポケット註釈全書憲法（上）〔新版〕』（甲A143）413頁。

²⁹ 木下智史ほか『新・コンメンタール憲法（第2版）』（甲A148）301～302頁。

ウ 以上のような憲法 24 条 1 項の文言，制定経緯及び趣旨に照らせば，同項が，国家的ないし社会的観点から，特に生殖のために婚姻を保護しようとしたものと解すべき理由は見当たらない。

(3) 再婚禁止期間違憲判決の趣旨からも憲法 24 条 1 項が生殖のために婚姻の自由を保障したものと解されないこと

ア 再婚禁止期間違憲判決は，「同条〔憲法 24 条——引用者注〕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と解される。婚姻は，これにより……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……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」と判示している。

上記のような判示は，「婚姻をするについての自由」の憲法上の保障の直接的な根拠となり，その保障の内容（範囲）を確定するものとして，「憲法 24 条 1 項の規定の趣旨」を挙げた上で³⁰，その憲法上の位置付け（価値の重要性）を決定する際に併せて考慮すべき要素として，婚姻の「法律上の効果及び国民の「法律婚を尊重する意識」を挙げたものと解される³¹。

そして，ここで挙げられている憲法 24 条 1 項の規定の趣旨とは，「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

³⁰ 加本牧子『最高裁判所判例解説民事篇平成 27 年度（下）』（甲 A 156）669 頁（「憲法 24 条 1 項があえてこのように規定していることから……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ではできらるであろう」とする。）参照。

³¹ 加本牧子『最高裁判所判例解説民事篇平成 27 年度（下）』（甲 A 156）669 頁（「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』の価値は憲法上も重要なものとして捉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」とする。）参照。

平等な意思決定に委ねられるべきである」というものであり、調査官解説によれば、「このような『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に思われる」³²とされている。

このような判示及び調査官解説は、憲法24条1項による「婚姻をするについての自由」の憲法上の保障を、「当事者間の自由かつ平等な意思決定」や「意思決定の自由」、「憲法13条が基盤とする国民の自由・幸福追求の権利」という個人（国民）の観点から論ずるものであり、同項が、国家的・社会的観点から（あるいは個人の観点からも）生殖その他の目的が重要なものであるとし、その目的のために婚姻を保護しようとする趣旨のものであると論ずるところは見られない。

以上のことからすれば、憲法24条1項の規定の趣旨を根拠として「婚姻をするについての自由」の保障を認めた再婚禁止期間違憲判決の判示は、生殖その他の目的のための「婚姻」それ自体に重きを置いたものではなく、「婚姻をするかどうか、いつ誰と婚姻をするか」という自由な意思決定（自己決定）こそが個人の幸福追求にとって重要な価値を有するものであるとする（前記(2)で論じたような同項の文言、制定経緯及び趣旨に照らしても極めて正当な）観念を明らかにしたものと解すべきである。

イ これに対し、被告の主張中には、同判決の「婚姻は、これにより……夫婦間の子が嫡出子となること……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」との判示部分から、同判決は、「飽くまで既存の異性婚の婚姻制度を前提とした」ものであると述べるところがあり（被告第2準備書面14頁）、このような主張は、明示的ではないものの、同判決におい

³² 加本牧子『最高裁判所判例解説民事篇平成27年度（下）』（甲A156）669頁。

て婚姻の「重要な法律上の効果」として「夫婦間の子が嫡出子となること」が挙げられていることからすれば、同判決のいう「婚姻をするについての自由」における「婚姻」は生殖と結びついて理解されるべきであるとの旨を暗に示唆するものと解されなくもない。

しかしながら、前記2で論じたとおり、(現行)法律上の「婚姻」制度の内容(効果)によって憲法上の「婚姻」や「婚姻の自由」の保障の内容が確定されるものとするのは逆立ちした誤った議論であるし、また、上記アで論じたとおり、同判決は、「婚姻をするについての自由」の憲法上の位置付け(価値の重要性)を決定する際に併せて考慮すべき要素として法律婚の効果(「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る」こと)を挙げたにとどまるものであるからしても、同判決が婚姻の「重要な法律上の効果」として「夫婦間の子が嫡出子となること」³³を挙げていることをもって、「婚姻をするについての自由」の憲法上の保障の範囲を生殖と結びついた「婚姻」に限定したものは到底解し得ないというべきである。

4 小括

原告ら第2準備書面において論じたところに加えて、以上に論じてきたところからすれば、「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する婚姻の自由の憲法24条1項による保障は、原告ら同性愛者等にも当然に及ぶものであり、同性の相手と婚姻する自由を含むものと解すべきである。

第4 被告第2準備書面に対する反論

1 「第1 現行の婚姻制度の由来、沿革、趣旨、目的等について」について

³³ なお、「夫婦間の子が嫡出子となること」(法的な親子関係の確定)と生殖に基づく生物学的な親子関係との結びつきが必然的なものでないことについては後述する。

(1) 「1 婚姻制度についての伝統的な理解について」に対する認否反論

ア 被告が引用する文献（書証）に被告の引用する記述があることは認め、
「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」という被告の主張は争う。

イ 上記のような被告の主張は、旧民法人事編以来の我が国の法律婚制度に関するものと解されるどころ、原告ら第4準備書面第1で論じたとおり、我が国においては、旧民法人事編以来、生殖能力の存在が婚姻の要件とされ、あるいは、生殖不能が婚姻の無効ないし取消事由とされたことはない。

旧民法人事編の起草者は、生殖（産子）の能力を有しない男女が婚姻をし得ないものとする見解について、「我民法ノ精神ヲ得タルモノニアラズ」と評しており、「婚姻ハ両心ノ和合ヲ以テ性質ト為スモノニシテ、産子ノ能力ハ一般ニ具備スベキ条件ナレドモ、必要欠ク可カラザル条件ニアラズ」³⁴と述べている。また、旧民法人事編の第1草案に対しては、「身体ノ不能力」がある場合には、「婚姻ノ目的タル子孫ヲ生殖スルノ結果ヲ得（ス）」として、イタリア民法に倣い「身体ノ不能力」を無効原因に加えようとする意見もあったが³⁵、そのような意見は採用に至らなかったものである。

明治民法の起草者（富井政章）も、諸外国の離婚法³⁶にはあまり例を見ない協議離婚を規定することに関し、「婚姻ト云フモノハ主トシテ心ノ和合デアル。然ニ、夫婦ガ不和デアル實際両方共離レント欲シテ居ルニ、法律ガ強テ束縛シテ夫婦デ居レト云フコトハ、到底其婚姻ノ目的ヲ達シ得ラルルモノデナイ」³⁷との認識を示しており、民法学説も、「婚姻ハ夫妻ノ共

³⁴ 熊野敏三・岸本辰雄『民法正義人事編卷之壺』（甲A186）192～193頁。

³⁵ 前田陽一「民法七四二条・八〇二条（婚姻無効・縁組無効）」（甲A184）9頁参照。

³⁶ キリスト教の影響を受けた欧米諸国の離婚法では裁判離婚のみを許すものが多いとされる。島津一郎・阿部徹編『新版注釈民法(22)親族(2)』（有斐閣，2008年）（甲A251）41～42頁（岩志和一郎執筆部分）参照

³⁷ 島津一郎・阿部徹編『新版注釈民法(22)親族(2)』（甲A251）46頁（岩志和一郎執筆部分），泉久雄『親族法』（甲A252）126頁，有地亨『新版家族法概論〔補訂版〕』（甲A253）268頁参照。

同生活ヲ目的トス。必シモ子ヲ得ルコトヲ目的トセズ。故ニ子無キヲ去ルコトナク³⁸、老年者ノ婚姻ヲ禁ズルコトナク、生殖不能ヲ以テ離婚又ハ婚姻ノ無効取消ノ原因トスルコトナシ³⁹と解説している。民法学説からは、更に、生殖不能が婚姻の無効ないし取消事由とされていないことについて、「婚姻は種族保存、種族改良の目的を認めるときは之等要件は極めて重要視されねばならぬ。……我改正要綱は此等の点の考慮は充分ではない」とされ、「近世立法傾向に徴しても将来改正に際して此点の考慮を怠ることは許されないであろう」⁴⁰との改正提言もなされていたものである。

現行民法下の主な民法学説（原告ら第4準備書面19～21、27～28頁参照）及び裁判例（同30頁参照）も、同性間の婚姻が法律上認められていないことを婚姻意思の欠如を理由に説明してきたものであり、婚姻と生殖との結びつきを理由に説明してきたものではない。同性間の婚姻の不承認と婚姻と生殖の結びつきとが相互に無関係であることは、「婚姻は、法によって承認・保護された男女の性結合であり、永続的な共同生活関係である（したがって、男性同士もしくは女性同士の同性愛は婚姻ではない）」⁴¹とする一方、「子の出生は婚姻の本質と密接に結びついているけれども、婚姻に不可欠の目的ではない……婚姻の本質である夫婦の結束（固い結合）は生殖（行為）がなくても可能であ[る]」⁴²とする民法学説に顕著である。

更に、現行民法下で「婚姻の本質」に言及した最大判昭和62年9月2日民集41巻6号1423頁においても、「婚姻の本質は、両性が永続的な精神的及び肉体的結合を目的として真摯な意思をもって共同生活を営む

³⁸ これに対し、律令制度以来の離婚法では「無子」が棄妻（夫の側からする一方的離婚）の一事由とされていた。泉久雄『親族法』（甲A226）51頁，同（甲A252）124頁，有地亨『新版家族法概論〔補訂版〕』（甲A253）267頁参照。

³⁹ 穂積重遠『相続法大意』（甲A196）61頁。

⁴⁰ 谷口知平『日本親族法』（甲A199）252～253頁。

⁴¹ 泉久雄『親族法』（甲A226）49頁。

⁴² 泉久雄『親族法』（甲A226）51頁。

ことにある」とされており、生殖への言及は見られない。

ウ なお、被告の引用する文献中には、婚姻が伝統的に生殖と子の養育を目的とするものであったとする記述が見られるが（乙1・157頁，178頁，乙2・65頁等），これらの記述は，我が国の法律婚制度の由来，沿革，趣旨ないし目的について具体的に述べたものではなく，諸外国（特に欧米諸国）の例を含む，一般化・抽象化された理念型としての社会的ないし法的制度である「近代的婚姻」の「伝統」に関して述べられたものと解されるものであるし，また，そのような意味での「近代的婚姻」の「伝統」も既に揺らいでいること（「婚姻と生殖との不可分の結合関係が失われ」⁴³，「婚姻の意義，目的は，出産や子の養育などではなく，パートナーとの人格的結びつきの安定化に見い出されるようになる」⁴⁴こと）を指摘したものであって，我が国の法律婚制度が「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」とし，そのような理解が現在も続いているかのように述べる被告の主張に沿うものではない。

エ 以上に論じたところからすれば，我が国の法律婚制度について，「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」などとする理解，評価が適切なものと言い難いことは明らかである⁴⁵。

(2) 「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，

⁴³ 青山道夫・有地亨編『新版注釈民法(21)』（甲A16＝乙1）179頁（上野雅和執筆部分）。

⁴⁴ 二宮周平編『新注釈民法(17)親族(1)』（甲A38＝乙2）69頁（二宮周平執筆部分）。

⁴⁵ この点に関し，村上一博・西村安博編『新版 史料で読む日本法史』（法律文化社，2016年）5頁（村上一博執筆部分）は，「歴史・伝統の名のもとに，あるいは安易な誤解であったり，あるいは明確な政治的意図をもって，根拠のない法規範が『創造』（捏造）されようとするとき，法史学は，その前に立ちほだかることができる，ほとんど唯一無二の武器となる」として，法史学的検討の重要性を説くとともに，歴史・伝統の名の下での安易な法規範の「創造」を戒めている。

目的等について」に対する認否反論

ア 「(1) 我が国における民法の成立」について

(ア) 明治民法の沿革及び規定内容に関する記述内容並びに被告が引用する文献（書証）に被告の引用する記述があることは認める。

「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」とする点は、前記第1で論じたとおり、明治民法の定める婚姻制度が異性間の結合関係のみを対象としたものであったという趣旨の限度で認める。

「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」とする被告の主張は否認ないし争う。

(イ) 「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」とする被告の主張は、被告が引用する明治民法の起草者による解説書中の「本條（注：明治民法766条）は一夫一妻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）」⁴⁶との記述を主たる根拠とするものと解されるが、被告が「(以下略)」とした部分が「敢テ一夫多妻若シクハ一妻多夫ノ制ヲ取ラズ」と述べるものであることからすると、当該記述は、一夫一妻制ではなく一夫多妻ないし一妻多夫制を採用するか否かに関するものであり、婚姻を男女間に限るか否かに関するものではないことが明らかである。なお、原告ら第4準備書面11頁（脚注27）でも指摘したとおり、我が国で旧来から一夫一妻制が採用されていたとする上記のような記述は、「此点ニ付キ、我国ノ制度ハ欧州婚姻法ノ厳正ナルニ及バザルヤ遠シ。従来ノ慣習ニ依レバ貴顕又ハ富豪ノ者ハ正妻ノ外常ニ一人又ハ数人ノ妾ヲ蓄フルヲ習トシ今日ト雖モ尚ホ然ラザル

⁴⁶ 梅謙次郎『民法要義卷ノ四』（甲A188＝乙3）90頁。

ハナシ」⁴⁷、「我国従来ノ慣習ヲ考フルニ一夫一婦ノ制未ダ十分ニ確定スルニ至ラズ」⁴⁸としていた旧民法人事編の起草者の解説とは明らかに異なるものであり、史実を述べたものとして額面どおりに受け取ることが困難である。

また、明治民法は、旧民法人事編を廃止して親族編とする民法中修正案（明治31年6月21日法律第9号）により成立したものであり、「旧民法の根本的改修は意図せず、従来ノ制度慣習を保護しながら変化に対応できるようにするという基本方針」⁴⁹の下で制定されたものであって、旧民法人事編以前の「我が国の従来ノ慣習」⁵⁰をそのまま制度化することを企図されたものではないし、原告ら第4準備書面7頁以下で指摘したとおり、これらの婚姻に関する立法は、主として不平等条約の改正交渉における欧米諸国からの泰西主義（西洋法原理）に基づく法典整備の要請を背景に進められたものであって、「我が国の従来ノ慣習を制度化」することを目的として進められたものであるともいえない⁵¹。

以上に述べたところからすれば、「明治民法における婚姻は、我が国の従来ノ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」などとする理解、評価が適切なものと言えないことは明らかである。

⁴⁷ 熊野敏三・岸本辰雄『民法正義人事編卷之壱』（甲A186）143頁。

⁴⁸ 熊野敏三・岸本辰雄『民法正義人事編卷之壱』（甲A186）156頁。

⁴⁹ 浅古弘ほか編『日本法制史』（甲A178）314頁。

⁵⁰ なお、旧民法人事編以前の慣習については、民法編纂の材料とするため、明治10年の『民事慣例類集』及び明治13年の『全国民事慣例類集』にまとめられた経緯がある。青山道夫・有地亨編『新版注釈民法(21)親族(1)』（甲A177）19～21頁（山脇貞司執筆部分）参照。

⁵¹ このことは、原告ら第4準備書面5頁（注3）で指摘したとおり、旧民法人事編の制定に先立つ旧刑法（明治13年太政官布告第36号）の改正において、「男子妻妾ヲ並迎スルハ本邦ノ習俗ニシテ従来法律ニ公認ス」るものであったのを、「締盟各国ノ律ニ公認セザルモノヲ我法律ニノミ公認イタシ候シテハ恐クハ外国人ノ信服上ニモ關係可致」などの理由から、妾に関する規定が削除された経緯等からも明らかである。

イ 「(2) 現行民法」について

(ア) 同アについて、現行民法の沿革及び規定内容に関する記述内容、被告が引用する文献（書証）に被告の引用する記述があること並びに同改正に係る国会審議において同性間の婚姻について言及された形跡が見当たらないことは認める。「現行民法も、婚姻の当事者が男女であることを前提としている」、「現行民法が制定された際……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」とする点は、前記第1で論じたとおり、現行民法の定める婚姻制度が異性間の結合関係のみを対象とするものであるという趣旨の限度で認める。その余は否認ないし争う。

同イについて、被告が引用する文献（書証）に被告の引用する記述があることは認め、その余は否認ないし争う。

(イ) 被告は、憲法24条1項の「両性」及び「夫婦」という用語からすれば、「婚姻の当事者が男女であることが前提とされている」旨を主張するが、被告の主張するこのような「文言解釈」が適切なものであるといえないことは、前記第3の2で論じたとおりである。

被告は、複数の民法学説及び憲法学説を引用した上で、「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」などとも主張するところ、これが現行民法の定める法律婚に関するものであるとすれば、男女のみを対象とする婚姻制度を設けている現行民法を説明する民法学説（解釈論）が「婚姻の当事者は男女であるとの理解」に立つのは当然のことである⁵²し、また、憲法上の「婚姻」について論ずる憲法学説は、現行民法上の「婚姻」に関する上記のような被告の主張とは無関係なものである。他方、このような主張が、現行民法の定め

⁵² もっとも、既に指摘してきたとおり、現行法上同性間の婚姻が認められないことについて、婚姻意思の欠如や婚姻障害事由（更には、これらの前提として、婚姻と生殖との結びつき）により説明したり、憲法24条1項の規定により説明したりすることは、的確なものとは言い難い。

る法律婚に関するものではなく、あり得べき法律上の「婚姻」制度（立法論ないし世論）に関するものであるとすれば、現行民法を説明する民法学説（解釈論）を引用することは不適切なものである⁵³し、また、憲法上の「婚姻」について論ずる憲法学説は、上記同様に無関係なものである。

なお、現行民法の規定を離れた立法論ないし世論に関していうと、これまでも指摘したとおり、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を認めることへの賛成が多数を占めており（甲A104から甲A110まで、甲A174）、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が国会に提出されるまでに至っている（甲A115、甲A116）のであり、「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」という評価が当てはまるような状況が存しないことは明らかである。

ウ 「(3) 結語」についての認否反論

前記第1で論じたとおり、明治民法及びその一部改正により成立した現行民法の定める婚姻制度が異性間の結合関係のみを対象としたものであり、現時点までその点において変更はない旨をいう趣旨の限度で認め、その余は否認ないし争う。

その理由は、上記ア及びイで述べたとおりである。

⁵³ なお、被告の引用する窪田充見『親族法〔第2版〕』（乙16）146～147頁は、被告の引用する現行民法の説明部分とは別に、同性間の婚姻あるいはパートナー関係を法制化する比較的法的な動向を紹介した上で、同性間の関係をどのように扱うべきかについて、「現行民法が、異性間の関係のみを前提としているということから、ただちに答えが導かれるわけではない。それは、単に、現行の法秩序が、異性間の関係としての婚姻という制度を用意しているということにすぎないからである」と述べている。また、大村敦志『家族法〔第3版〕』（乙12）286～287頁も、生殖を含む共同生活としての婚姻の支援ではなく共同生活そのものの保護を目的とする社会保障給付については、「カップルが同性であることは保護を拒む理由にはならない」として、現行法制度の合理性に疑問を呈している。

2 「第2 両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」に対する反論

(1) 原告らの主張

原告ら第2準備書面及び前記第3で論じたとおり、「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する婚姻の自由の憲法24条1項による保障は、原告ら同性愛者等にも当然に及ぶものであり、同性の相手と婚姻する自由を含むものと解すべきであるから、本件規定のために、原告らは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、婚姻の自由に対する直接的な制約であり、本件規定が改められない限りは永続的な制約であるとみざるを得ないものである。

そして、このような婚姻の自由の制約を正当化し得るような理由を到底見出すことができないことは、原告ら第2準備書面28～31頁で論じたところであるが、被告は、この点について何ら具体的な反論をしていない。

以上のことからすれば、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り、憲法24条1項に違反するものであることは明らかである。

これに対する被告の反論について、以下において再反論する。

(2) 「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」について

ア 「(1) 被告の主張」について

この点に関する反論は、前記第3で論じたとおりである。

イ 「(2) 原告らの主張には理由がないこと」について

被告は、憲法24条1項による婚姻の自由の保障の根拠として原告らが挙げた4点（①婚姻の自由が憲法13条の保障する自己決定権の発現であること、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1項の制定趣旨及び経緯、④再婚禁止期間違憲判決）に関し反論をしているので、以下において再反論する。

(ア) 上記①（婚姻の自由が憲法13条の保障する自己決定権の発現であること）の点について、被告は、原告らの主張が、憲法13条（ほ保障する自己決定権）のみを根拠として婚姻の自由が憲法上保障される旨を述べるものであるかのように理解した上で、そのような旨を判示した最高裁判例はなく、同条がそのような権利を保障しているのか明らかでないなどと反論する（被告第2準備書面11頁）が、これまで論じてきたところからも明らかであるとおおり、原告らの主張は婚姻の自由の憲法上の保障の根拠として憲法24条1項を挙げた上で、その保障の背後に憲法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旨を主張するものであるから、上記のような被告の反論は的外れなものである。

また、被告は、「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」（被告第2準備書面11頁）、「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」（同11～12頁）などと主張するが、法律上の婚姻制度と憲法上の婚姻の自由の関係についての上記のような被告の理解が誤ったものであり、そのために原告らの主張を曲解するものであることは、前記第2で論じたところから明らかである。

(イ) 上記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）の点について、被告は、婚姻が「意思の合致のみにより」成立するということと、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り、婚姻を

なし得るという原則から同性間の婚姻が憲法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などと反論する（被告第2準備書面12頁）が、原告らの主張は、上記のような原則のみを根拠として同性の相手と婚姻する自由が同項により保障されると結論づけるものではないから、上記のような被告の主張は的外れなものである。

(ウ) 上記③（憲法24条1項の制定趣旨及び経緯）の点について、被告は、憲法24条1項の制定過程及び審議状況を踏まえれば、同項にいう「両性」が男女を意味することは明白であり、同項の制定時において「婚姻」が男女間の結合関係を意味することが当然の前提とされていた旨を主張する（被告第2準備書面13頁）が、このような文言（の意味）に関する歴史的な事実のみから、現在においても同項にいう「婚姻」とは異性（男女）間の婚姻のみを意味するものと解すべきであると結論づける被告の主張が誤ったものであることは、前記第3の2で論じたとおりである。

(エ) 上記④（再婚禁止期間違憲判決）の点について、被告は、再婚禁止期間違憲判決は、婚姻制度における男女の区別の合理性が争われた事案に関するものであることからすれば、同判決の「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」などと主張し、また、同判決の法律婚の効果及び国民の意識についての判示に照らせば、「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[る]」などとも主張する（被告第2準備書面14～15頁）が、このような被告の主張は、前提から結論に至る推論の根拠を示すことなく、その結論が「明らか」であるとか「当然」であると強弁する「論

理の飛躍」(被告第2準備書面15頁)に基づくものであり、およそ合理的な議論の体をなしていないものである。

その点を措くとしても、被告の主張するような再婚禁止期間違憲判決の理解が皮相なものであり、誤ったものであることは、原告ら第2準備書面21～28頁及び前記第3の3(3)で詳論したところからすれば明らかである。

(3) 「3 被告の主張に対する原告らの反論は理由がないこと」について

被告が縷々主張するところについて、以下、必要な範囲で反論する。

ア 被告は、憲法24条1項の「両性」とは、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などと述べる(被告第2準備書面16頁)が、同項の「両性」という文言のみに着目するこのような被告の「文言解釈」が不適切なものであることは、前記第3の2で論じたとおりである。

イ 被告は、文言のみにとらわれない憲法解釈がなされた例として原告らが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)を挙げたことに関し、外国人の人権享有主体性についていわゆる文言説を採用すると外国人に国籍離脱の自由(憲法22条2項)が認められることになるという不都合が生ずるのに対し、憲法24条1項の「両性」についてはそのような不都合は生じないという相違があるなどと指摘する(被告第2準備書面16頁)が、原告らが同判例を引用したのは、憲法がその主体を「国民は」と明示している人権についても、その文言のみにとらわれずに、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いて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した点を参照する趣旨であり、被告の指摘するような不都合が生ずるかどうかは問題となるものではないから、被告の指摘は的外れなものである。

ウ 被告は、文言のみにとらわれない憲法解釈がなされた例として原告らが引用した裁判員制度の憲法適合性が争われた事件の判決（最大判平成23年11月16日刑集65巻8号1285頁）に関し、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ものであって、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項が同性間の婚姻を保障しているか否かについて判断には当てはまらないかのように述べる（被告第2準備書面16～17頁）が、同判決には憲法による禁止又は許容が問題となる場合と保障が問題となる場合とで解釈手法を異にすべき旨を判示するところはなく、かえって、同判決の解釈手法については、「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」⁵⁴ものとする評価がなされていることからすれば、上記のような被告の主張が的確なものでないことは明らかである。

エ 被告は、原告らが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旨を指摘したのに対し、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項が同性の婚姻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などと論難する（被告第2準備書面17頁）が、前記第3で論じたところから明らかであるとおりの、そのような批判は、法解釈の前提となる歴史や憲法の規定の文言の（諸外国の例を含む）様々な可能なあり方やそれらの相違を無視して、同項の「両性」という文言のみから同項の「婚姻」が異性間の婚姻に限定されるとの結論を早急に導き出す被告の主張にこそよく当て

⁵⁴ 前掲西野吾一・矢野直邦『最高裁判所判例解説刑事篇平成23年度』309頁。

はまるものというべきである。

オ 被告は、憲法24条1項の制定経過及び審議では婚姻が男女間のものであることが当然の前提とされていたことからすれば、同項の制定過程において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なかったことは、同項が同性間の婚姻を保障していることの根拠となるものではないなどと主張する（被告第2準備書面17頁）が、原告らの主張は上記のような制定過程における議論（の不在）のみをもって同項が同性間の婚姻の自由を保障しているものと解すべきであると主張するものではないから、被告の主張は的外れなものである。

カ 被告は、憲法24条1項が「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これらの文言の意味が変わるものではないなどと主張する（被告第2準備書面17頁）が、同項の「両性」という文言により同項の「婚姻」から同性間の婚姻が当然に排除されるものとは解されないこと、また、同項が憲法制定時における「婚姻」の意味を固定化したものと解すべき理由のないことについては、前記第3の2で論じたとおりである。

また、被告は、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るから、仮に婚姻の意義等について理解の変化があるとしても、そのこと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の違憲性を基礎づけるものではないとも主張する（被告第2準備書面17～18頁）が、度々指摘しているとおり、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を認めることへの賛成が多数を占めており、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が国会に提出されるまでに至っていることからすれば、「婚姻の当事者は男女であるとの理解が一般的であ[る]」という評価が当てはま

るような状況が存しないことは明らかであるし、このような社会状況の変化は、本件規定の憲法適合性判断に当たって極めて重要な考慮要素となるべき程度のものと評価すべきである⁵⁵。

3 「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」に対する反論

(1) 原告らの主張

原告ら第2準備書面で論じたとおり、本件規定のために、異性カップルの婚姻のみが認められ、同性カップルの婚姻が認められないという本件別異取扱いの存在することは争いがないから、憲法14条1項違反に関する本件の争点は、本件別異取扱いに事柄の性質に応じた合理的な根拠が認められるか否かであるところ、本件別異取扱いには合理的な根拠を認めることはできないことから、本件規定が憲法14条1項に違反するものであるといわざるを得ない。

これに対する被告の反論について、以下において再反論する。

(2) 「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」について

ア 被告の主張

被告は、憲法24条1項は、同性間の婚姻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から、同項を前提とする同条2項も、異性間の婚姻についてのみ立法による制度構築を要請するものであり、それ以外については制度構築を要請するものではないと

⁵⁵ この点、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）において違憲とされた婚外子の相続分を嫡出子の2分の1と定める規定に関しては、同決定当時、「嫡出でない子の法定相続分を嫡出子と同じにすべきであるとする考えを持つ人の割合は、二五・八パーセントに止まり、他方、本件規定の区別を是認するという意見、すなわち、この制度を変えない方がよいとする意見が三五・六パーセントとなっており、いまだ相対的に多数であった」ことが指摘されている。千葉勝美『憲法判例と裁判官の視線』（甲A237）245頁参照。

解すべきであるとする解釈を前提とした上で、同条の要請がそのようなものである以上、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、同条を含む憲法全体について整合性のある解釈をすれば、そのような差異は、憲法が自ら容認するところであると解すべきであり、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旨を主張し、そのような主張の裏付けとして、最大判昭和33年10月15日刑集12巻14号3305頁を引用する（被告第2準備書面18～21頁）。

イ 被告の主張に対する反論

（ア）しかしながら、これまでに論じてきたとおり、憲法24条1項による婚姻の自由の保障は同性の相手と婚姻する自由を含むものであり、同性間の婚姻を認めていない本件規定は、婚姻の自由を正当な理由なく制約するものとして、同項に違反するものであるというべきであるから、その違憲の解消のためには、同性間の婚姻を法律上認めることが要請されることになるものであって、同条が異性間の婚姻についてのみ立法による制度構築を要請するものであるとする被告の主張は理由のないものである。

（イ）上記の点を措くとしても、被告の主張する「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〕」（被告第2準備書面19頁）という解釈命題は、同性間の婚姻を法制化してはならないとか、同性間の婚姻を異性間の婚姻と同程度に保障してはならないということの意味するものではない⁵⁶から、同命題の下でも、同性間の婚姻の法制化は否定されるものではなく、同性間の婚姻が法制化されることも予期し得るということになるは

⁵⁶ 宍戸常寿教授は、「憲法24条1項が『婚姻』以外の結合を婚姻と同等に扱うことは憲法上許されない、と解すべきではなかろう」（甲A37・456頁）としている。

ずである。

それにもかかわらず、上記のような解釈命題から、「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」（被告第2準備書面20頁）との帰結を導く被告の主張には、論理の飛躍がある。「同性間の法律婚については制度化されない」ことが憲法上「当然に予期される」というためには、憲法24条が同性間の婚姻の法制化を禁止しているという見解（禁止説）を前提に置く必要があるものと解されるが、被告は、（原告らが2019年7月29日付け求積明申立書で指摘したにもかかわらず）そのような見解（禁止説）に立つものであるか否かを明らかにしておらず、また、そのような見解の正当性についても何ら主張立証し得ていない。

なお、この点に関し、「同性婚と憲法の関係について整理し、政府としての見解を明らかにする」ことなどを求めた質問主意書⁵⁷に対して内閣が閣議決定した令和2年2月14日付けの答弁書が、「政府としては、現時点において、同性婚の導入について検討していないため、具体的な制度を前提として、それが憲法に適合するか否かの検討も行っていない」⁵⁸と述べていることからすると、被告は、同性間の婚姻の法制化が憲法に適合するか否かについて、そもそも主張すべき定見すら有していないことが窺われるところである。

（ウ）また、被告が自らの主張の裏付けとして引用する最大判昭和33年10月15日は、適用範囲を異にする内容の異なる条例が制定されることによって生ずる地域間の別異取扱いに関するものであるところ、憲法学説上、このような種類の地域間の別異取扱いについては、憲法が各地方

⁵⁷ 「制定当時は想定していなかった同性婚と憲法との関係に関する質問主意書」（甲A254）。

⁵⁸ 「衆議院議員初鹿明博君提出制定当時は想定していなかった同性婚と憲法との関係に関する質問に対する答弁書」（甲A255）。

公共団体に自治を認め条例制定に関してそれぞれ異なる立場に立つことを容認していること、また、一つの法（条例）の適用範囲内における地域的別異取扱いとは異なり法（条例）の適用範囲内においてマジョリティがマイノリティを差別するという構造が生じないことから、平等原則違反の問題を生じないものと解されているものであり⁵⁹、その議論の射程は、全国一律に適用される本件規定のために、マジョリティである同性愛者にのみ婚姻が認められ、マイノリティである同性愛者に婚姻が認められないという本件別異取扱いに及ぶものでない（被告の引用する憲法学説も、上記のような種類の地域間の別異取扱いに関するものであり、本件別異取扱いのような場合を念頭に置いたものでないことが明らかである）。

かえって、憲法24条1項と憲法14条との関係を明示的に論じた学説においては、「国会は〔憲法24条1項を根拠として——引用者注〕『婚姻』を他の結合よりも優遇しうるにとどまり、しかもそのことから生じる不利益取扱いは、同条2項ないし憲法14条1項の観点から合理的な根拠に基づくものでなければならない」⁶⁰として、異性間の婚姻のみを認め、同性間の婚姻を認めない法律の規定が憲法14条1項ないしは憲法24条2項適合性の審査を免れ得るものではないことが明示的に述べられているところである。

この点、ドイツにおいても、連邦憲法裁判所の2009年7月7日決定（BVerfGE124,19）において、「基本法6条1項〔「婚姻及び家族は、国家秩序の特別の保護を受ける」と規定する——引用者注〕の婚姻の保護に基づき、婚姻を他の生活形式に対して優遇することは立法者に禁止

⁵⁹ 安西文雄「地域による取扱いの差異と地方自治」別冊ジュリスト186号『憲法判例百選I〔第5版〕』（甲A256）72～73頁。

⁶⁰ 渡辺康行ほか『憲法I 基本権』（甲A37）456頁（宍戸常寿執筆部分）。

されていない。ただ、他の生活形式が規律された生活実態や規範化によって追求される目標から婚姻と比較可能（vergleichbar）であるにもかかわらず、婚姻の特権化がそのような他の生活形式の不利益と同時に現れるならば、婚姻の保護を単に指摘するだけでそのような区別を正当化することはできない」、「他の生活形式が婚姻との距離を置いて内容形成され、少ない権利しか与えられないということを婚姻の保護から導き出すということは、憲法上根拠づけられない」とされ、遺族年金扶助の給付における婚姻と同性間の生活パートナーシップの間の不平等取扱いが、他の目的（子の養育）からも正当化することのできない区別であるとして、「すべての人は、法律の前に平等である」と規定する基本法3条1項に違反すると判断されているところである⁶¹。

ウ 小括

以上に論じたところからすれば、憲法24条1項が同性間の婚姻を想定しておらず、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などとする被告の主張が理由のないものであることは明らかである。

(3) 「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」について

ア 「(1) 本件規定の合理性について」について

(ア) 被告の主張

被告は、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

⁶¹ 井上典之「遺族扶助における生活パートナーの排除と一般的平等原則」ドイツ憲法判例研究会『ドイツの憲法判例IV』（信山社，2018年）（甲A257）111～114頁参照。

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、また、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、その目的をある程度抽象的・定型的に捉えざるを得ず、制度利用の可否の基準も明確である必要があるから、民法が抽象的定型的に男女間において婚姻を認めていることは、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と主張し、そのような主張の裏付けとして、最大決平成25年12月10日民集67巻9号1847頁を引用する（被告第2準備書面21～23頁）。

（イ）被告の主張に対する反論

a しかしながら、まず、婚姻制度の目的に関していうと、前記1で論じたとおり、我が国の婚姻制度において、夫婦が子を産むこと、すなわち婚姻と生殖との結びつきが中心に据えられてきたものとする理解、評価は、適切なものとは言い難いものである。むしろ、婚姻に関する現行民法の規定の内容、由来及び沿革等に照らせば、我が国の婚姻制度は、必ずしも生殖を目的としない親密な人格的結合（「両心ノ和合」）に基づく共同生活関係に対して法的保護を与えることを中心的な目的に据えてきたものであり、現在においてもそのような前提に変更はないものと解するのが適切である。

また、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が減退してきたという近年の社会状況の変化⁶²や、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

⁶² 青山道夫・有地亨編『新版注釈民法(21)』（甲A16＝乙1）179頁（上野雅和執筆部分）参照。

法律⁶³の制定によって生殖能力を有しない男女間の婚姻も法制度上正面から肯定されることになったことも、婚姻制度の目的に関する上記のような理解の正当性を強化するものであるといえる。

なお、被告が述べるとおり、「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」（被告第2準備書面24頁）ことも、生殖及び養育が婚姻保護の重要な目的であるとはいえないことの証左であるといえる。

b また、被告は、婚姻制度の目的に関し、「夫婦がその間に生まれた子どもを産み育て〔る〕」ことを一体として論じているが、養子制度の存在からも明らかであるとおおり、子どもを産むこと（生殖）と子どもを育てること（養育）は必ずしも一体となるものではなく、両者は区別して論じられるべきものである。

原告ら第4準備書面8頁で指摘したとおおり、旧民法人事編の起草者は、婚姻制度を設ける理由（「法律上婚姻ノ制度ヲ設定シ、男女ノ自由聚合ト異ニスルノ必要何ニ在ルヤ」）について、「若シ男女ノ関係確定スルニ非ズンバ、社会ニ於テ紛争混乱已ム可カラザルコト、父子ノ関係確定セザルコト、子ノ幼年中母一人ニテハ養育シ能ハザルコト、懐胎中又ハ分娩後婦ヲ保護スル者ナカルベキコト等ヲ觀察セバ、婚姻ノ制度ハ、実ニ社会ノ基礎タルコトヲ了解スベシ」⁶⁴と説明している。このような説明は、婚姻制度を設ける理由として、生殖の重要性を挙げるものではなく、子どもの保護や養育が重要であり、その責任を負うべき者を確定するために、（原則として子の分娩という事実から確定

⁶³ 3条1項4号において、性同一性障害者につき性別の取扱いの変更の審判が認められるための要件として、「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」を求める。

⁶⁴ 熊野敏三・岸本辰雄『民法正義人事編卷之壱』（甲A186）141～142頁。

し得る母子関係⁶⁵とは異なり、その確定に困難を伴うものであった)父子の関係を法的に確定することが必要であり、その前提として婚姻関係を法的に確定することが必要である旨を述べたものと解される。

また、被告の引用する最大決平成25年12月10日も、「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」にもかかわらず、「婚姻中にその妻が子を懐胎したときは、同法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」としたものであり、生殖可能性の有無と(子の養育の責任の所在を確定するための)父子関係の法的確定の問題を分離するものであるといえる⁶⁶。

近時公表された「嫡出推定制度を中心とした親子法制の在り方に関する研究会報告書」においても、現行民法は、「生物学的な親子関係を基礎としつつも、いくつかの仕組みによって法的な親子関係を確定している」が、「常に、生物学的な親子関係の探究を優先させてきたわけではな〔く〕」⁶⁷、「父子関係について言えば、嫡出推定にせよ認知にせよ、婚姻や認知という生物学的な事実以外の要素に依拠した形で父子関係を定めることを原則とし、生物学的な親子関係を問題にする場

⁶⁵ この点に関し、最決平成19年3月23日民集61巻2号619頁は、「民法が、出産という事実により当然に法的な母子関係が成立するものとしているのは、その制定当時においては懐胎し出産した女性は遺伝的にも例外なく出生した子とのつながりがあるという事情が存在し、その上で出産という客観的かつ外形上明らかな事実をとらえて母子関係の成立を認めることにしたものであり、かつ、出産と同時に出生した子と子を出産した女性との間に母子関係を早期に一義的に確定させることが子の福祉にかなうということもその理由となっていたものと解される」と判示している。

⁶⁶ 卷美矢紀「Obergefell判決と平等な尊厳」(甲A158)115頁は、最大決平成25年12月10日について、寺田逸郎裁判官の補足意見において「婚姻の重要な法的効果である嫡出推定を原則通り及ぼしたにすぎないと説明されている」ことからすると、「婚姻を軸とする親子関係の発生を観念し、Obergefell判決と同様、婚姻制度の中核を生殖ではなく、自律的な人格の意思の合致ととらえ、同性婚反対論者の保守的な結婚観を退けている」と解することができるとしている。

⁶⁷ 嫡出推定制度を中心とした親子法制の在り方に関する研究会「嫡出推定制度を中心とした親子法制の在り方に関する研究会報告書」(令和元年7月)(甲A258)2頁。

面を限定している（嫡出否認の訴え，認知の訴え，認知無効の訴えなどの場合）。その背後には，婚姻という制度的事実の尊重（嫡出推定の場合），父の意思の重視（嫡出否認・認知の場合）を見出すことができるが，同時に，家庭の平和や子の利益が考慮されていることにも注意しなければならない。実親子法は諸要素のバランス（均衡）の上に成り立っているのである」⁶⁸として，生殖に基づく生物的な親子関係と，家庭の平和や子の利益等の考慮をも含む法的な親子関係の確定の問題とが区別して論じられるべき問題であることを明らかにしている。

以上に見たところからすれば，婚姻制度に関し，親密な人格的結合に基づく共同生活関係に対する法的保護の付与という目的に加えて，生殖や子の養育に対する考慮が含まれるとしても，生殖と子の養育は区別されるべきものであり，民法が相対的重要性を置いているのは子の養育（のための法的親子関係の確定）の方であって，生殖それ自体に重きが置かれているものではないと解すべきである。

- c 被告は，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，その目的をある程度抽象的・定型的に捉えざるを得ず，制度利用の可否の基準も明確である必要があることから，婚姻制度の目的達成のための手段として，民法が抽象的・定型的に男女間において婚姻を認めていることには合理性が認められる旨を主張するが，以上に論じてきたとおり，我が国の婚姻制度は，親密な人格的結合に基づく共同生活関係に対して法的保護を与えることを中心的な目的とするものと解すべきであり，このような目的に照らせば，親密な人格的結合に基づく共同生活関係にある同性カップルが婚姻としての法的保護を求める場合に，それを拒むべき合理的な理由は認められないというべきである。

⁶⁸ 嫡出推定制度を中心とした親子法制の在り方に関する研究会「嫡出推定制度を中心とした親子法制の在り方に関する研究会報告書」（甲A258）4頁。

また、婚姻制度の目的に生殖や子の養育に対する考慮が含まれるものであるとしても、そのことから「抽象的・定型的に」男女間においてのみ婚姻を認めることに合理性が認められるということにもならない。被告は、婚姻制度の利用基準としてどのような要素を「抽象的・定型的に」捉えたのかを明示的に述べていないが、仮に、生殖や子の養育の可能性を基準とするものがあるとすれば、同性カップル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のであるから、同性カップルには「抽象的・定型的に」見て生殖や子の養育の可能性がないとするのは誤りである。その点を措くとしても、被告が示唆する上記のような基準は、同性カップルには生殖や子の養育の可能性の有無を問わずに婚姻を認める一方、異性カップルに対しては生殖や子の養育の可能性の有無にかかわらず婚姻を認めないというダブルスタンダードに外ならず、端的に差別的なものであるといわざるを得ない。

制度利用の可否の基準が明確である必要性を指摘する点についても、仮に被告が主張するように生殖が婚姻の重要な目的であるとするのであれば、端的に生殖不能を婚姻の無効ないし取消事由とすることが目的達成の手段としてより合理的であると考えられるところ、被告の主張は、そのような目的達成の手段としての合理性と基準の明確性を比較衡量することもなく、専ら基準の明確性の観点のみから婚姻を男女間に限ることが合理的であると断ずるものであり、的確なものとは言い難い。仮に生殖可能性という観点からの基準の明確性が重要であるとするのであれば、生殖可能性を考慮して婚姻適齢に上限を設けるといふようなことも想定され得る⁶⁹が、現実にはそのような基準は採用

⁶⁹ 被告も引用する穂積重遠『親族法』（甲A197＝乙4）225頁は、帝政時代のロシアにおいて80歳以上の者の婚姻が禁止されていたことを紹介している。

されず、男女間の関係であるか否かのみが制度利用の可否の基準とされているものであるが、このような点についても、被告の主張は合理的な説明を与えるものではない。

以上のような理論上の問題点を措くとしても、現行民法に至るまでに過程において、被告の主張するような理由で「抽象的・定型的に」男女間においてのみ婚姻を認めることが決定されたということを探がわせる証拠はなく、被告の主張は、机上の空論を述べるものといわざるを得ない。

- d なお、被告は、以上の点に関連して、「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」などと述べる（被告第2準備書面22頁）が、（法律上の）男女間においてのみ婚姻を認める本件規定は、原告らのように同性愛の性的指向を有する者がその性的指向に基づき選択した相手との婚姻を、その具体的・個別的な事情にかかわらず、必然的かつ全面的に排除するという帰結を伴うものであるから、立法時においてそのような自覚や意図が存したか否かにかかわらず、婚姻に関し、性的指向という個人の意味では自由に変えることのできない事由に基づいて差別的な取扱いをするものとみざるを得ない⁷⁰。

イ 「(2) 原告らの主張は理由がないこと」について

⁷⁰ 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A153）8頁（「現在、性的指向が異性に向く者は、その選択した者を配偶者として婚姻（法制度上の婚姻を意味する。）できるのに対して、性的指向が同性に向く者は、その選択した者を配偶者として婚姻できないことから、性的指向を区分として法的に婚姻できるかについて異なる取扱いがなされている」とする。）参照。台湾大法官2017年5月24日解釈（甲A101の2）においても、「現行婚姻章が一男一女の永続的な結合関係だけを規定し、性別を同じする兩名に同様の永続的な結合関係を成立させていないのは、性的指向を分類の基準として、同性に性的指向が向く者の婚姻の自由を相対的に不利にする差別的扱いである」（同4頁）とされている。

被告が縷々主張するところについて、以下、必要な範囲で反論する。

(ア) 被告は、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くとする原告らの主張に対し、本件別異取扱いが憲法14条1項に違反する状態となった時点を明らかにしていないから、上記の主張は失当なものであるなどと主張するが(被告第2準備書面23頁)、本件別異取扱いが憲法14条1項に違反するか否か及びその時点は、法的判断事項であって当事者の主張を俟つべきものではないから、被告の主張は的外れなものである。

その点を措くとしても、我が国の婚姻制度が親密な人格的結合に基づく共同生活関係に対して法的保護を与えることを中心的な目的とするものと解すべきであり、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が減退してきたという近年の社会状況の変化もそのような理解の正当性を強化するものであること、また、そのような目的に照らせば、親密な人格的結合に基づく共同生活関係にある同性カップルが婚姻としての法的保護を求める場合に、それを拒むべき合理的な理由は認められないことは、前記アで論じたとおりであって、「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の安定化に見いだされるようになっていくとはいえない」(被告第2準備書面23～24頁)とか、「抽象的に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」(同24頁)などという被告の主張は理由のないものである。

(イ) 被告は、婚姻に伴う法的効果のうち、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って同様の法的効果を生じさせることが可能であり、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るから、これらの法的効果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、そのことが本件別異取扱いの不合理性を基礎づけるとは認められないなどと主張する(被告第2準備書面24~25頁)。

しかしながら、被告が指摘する上記のような法的効果に限ったとしても、契約や遺贈等の方法により婚姻と完全に同等の効果を享受し得ることが確実であるとはいえない(例えば、同居・協力・扶助義務や財産共有推定を規定する契約に関しては、婚姻と同等の拘束力を有する契約の可否や、契約の規定内容が裁判上の争いとなった場合に婚姻と同等の解釈がなされるか否かは不明であるし、遺贈に関しても、同性パートナーには法定相続分がないから、法定相続分を有する配偶者の場合に比べて、他の相続人の遺留分を侵害する可能性及び侵害額が大きくなるという問題がある。)し、その点を措くとしても、婚姻に伴う法律上の権利利益は上記のようなものに限られるものではなく(被告が言及していない民法上の効果として寄与分や遺留分、共同親権がある。)、婚姻にのみ認められており他の方法では享受し得ない権利利益も存すること、また、異性カップルであれば婚姻をすることによってその法的効果ないし権利利益を一括して当然に享受し得るにもかかわらず、同性カップルの場合には婚姻ができないためにそれをなし得ないこと(被告の指摘するような法的効果を享受するにも、個別に契約等をする手続上及び経済上の負担を要すること。)などからしても、異性カップルと同性カップルの法的取扱いに差異のあることは明白であり、そのことによって同性カップルが被る不利益が被告の指摘するような方法で容易に緩和され得るものでないことは明らかである。

また、被告は、民法上の婚姻の効果以外の法的・経済的な権利利益や事実上の利益は、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るから、本件別異取扱いの不合理性を基礎づける事情とは認められないなどとも主張する（被告第2準備書面25頁）。

しかしながら、まず、税法や社会保障立法等に関していえば、それらが、異性カップルのみに婚姻を認めている民法を前提として、その「婚姻」や「配偶者」等の概念を借用するものであるために、「婚姻」とそれ以外の関係を区別することが当然視され、立法目的達成の手段として婚姻とそれ以外の関係を区別することの合理性の有無という問題が等閑視されてきたものであり（現に、被告も、税法や社会保障立法等における優遇措置や支給対象から同性カップルや同性パートナーが除外される理由については、何ら主張するところがない。被告第1準備書面10～12頁）、そのために、同性パートナーや同性カップルを明示的に対象に取り組むような法改正がなされず、解釈論においても、「配偶者」や「事実上婚姻関係と同様の事情にある者」には同性パートナーは（当然には）含まれないなどとする解釈を許す結果を生じているものであって、これらが民法が異性カップルのみに婚姻を認めていることとは無関係な「社会保障政策等の当否の問題」であるなどとするのは、認識を大きく誤るものである。

私人間の契約に関しても、同性カップルや同性パートナーが婚姻という社会の基本的な法制度から排除されているために社会的に承認された正統な関係であるという認識を獲得し得ないこと（原告ら第2準備書面43頁で論じたような、本件規定による負のメッセージないしスティグマ付与）が、異性カップルや異性パートナーと同等の取扱いを受けるこ

とを困難にしている⁷¹ものとみるべきであり、これを民法が異性カップルのみに婚姻を認めていることと全く無関係のものであるとみることはできないというべきである⁷²。

(ウ) 被告は、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が可能であることからすれば、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などと主張する（被告第2準備書面25頁）が、原告らがその差別性を問題としているのは、本件規定が異性カップルにのみ婚姻を認め、同性カップルを婚姻から排除していることについてであって、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が可能であるか否かを問題とするものではないから、上記のような主張は全く的を射ないものである。

(エ) 被告は、地方公共団体において導入されている「パートナーシップ」制度は、婚姻とは異なる制度であり、その導入は一部の地方公共団体にとどまっているものであるから、それが同性間の婚姻の必要性を直ちに基礎づけるものではないなどと主張する（被告第2準備書面25頁）が、

⁷¹ 同性カップルないし同性パートナーが医療同意、住宅の購入・賃借、保険金の受取り、その他家族を対象とする民間サービスの利用等に関して現実に直面している困難について、同性婚人権救済弁護団『同性婚 誰もが自由に結婚する権利』（甲A100）107～110頁，115～117頁，129～133頁参照。

⁷² 例えば、渋谷区のパートナーシップ証明制度の導入に際しても、その制度趣旨について、「住宅の入居、病院での入院、手術などの際に、この証明によりパートナーとの関係が理解され、手続が円滑に進むことを期待しております。そのため、条例の中で、区民や事業者のパートナーシップ証明への尊重規定を設けるとともに、周知、啓発を進めることにより社会的認知を高め、事業者等の理解を得て実効性を高めてまいりたいと考えているところでございます」との説明がなされている。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」（甲A141）86頁（注165）参照。また、パートナーシップ証明書や宣誓受領証が医療同意、住宅の賃借、保険、商品・サービス利用等において一定の役割を果たすものであることについて、同性婚人権救済弁護団『同性婚 誰もが自由に結婚する権利』（甲A100）185～188頁参照。

これらの「パートナーシップ」制度は、婚姻が認められていないことに起因して様々な不利益を被っている同性カップルによる同性間の婚姻の法制化を要請する声に基いて地方公共団体において導入の取組が進められてきたものであるから⁷³、このような制度の導入が地方公共団体に急速に広まりつつあることは、同性間の婚姻の法制化の必要性を強く基礎づける事情であるといえる。

また、これらの「パートナーシップ」制度は、同性カップルの関係を公認するものにとどまり、婚姻と同等の相続や配偶者控除等の直接的な法的効果を伴うものとはなっていないが、そもそも、それらの法的効果は全国的に適用される法律の管轄事項であり、地方公共団体の地域内のみに適用される条例による同性カップルの関係保護、不利益解消には自ずから限界が存するものである。このようなことから、法律によって同性間の婚姻を認めることの必要性が裏付けられるものといえる。

4 「第4 本件立法不作為が国賠法上違法と評価される余地はないこと」に対する反論

被告は、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ないなどと主張するところ、本件立法不作為については、それが国家賠償法1条1項の規定の適用上違法の評価を受けるか否かが問題となるものであり、「違憲であることが明白である」か否かが問題となるものではないから、上記のような被告の主張は的を射ないものであるが、仮に「憲法24条1項との関係で、本件立法不作為が国家賠償法1条1項の適用上違法の評価を受けるためには、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ない」旨をいうものであると解したとしても、被告も引用する再

⁷³ 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A141)83頁参照。

婚禁止期間違憲判決は、「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、国家賠償法1条1項の規定の適用上違法の評価を受けることがあるというべきである」と判示するものであり、ある立法の不作為が違法であるというためには憲法が当該立法を命じているといえなければならないなどと述べるものではないから、被告の主張は独自のものであり、理由がないものといわざるを得ない。

第5 原告らの憲法上の主張の整理について

原告らの憲法上の主張の整理については、原告ら第4準備書面40頁以下で論じたとおりである。

そこでも論じたとおり、仮に、原告らの第1の主張（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ものであるとする。）とは異なり、再婚禁止期間違憲判決が示した見解（「婚姻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」⁷⁴）に立った場合、憲法適合性の審査としては、本件規定が憲法14条1項及び憲法2

⁷⁴ なお、原告ら第4準備書面41頁でも指摘してきたとおり、判例において「尊重」の語が多義的に用いられていること（原告ら第2準備書面24頁〔注40〕参照）、また、再婚禁止期間違憲判決の調査官解説において「本件では、憲法上の『婚姻の自由』の侵害の有無が直接的には問われていないこと」から、「その権利又は利益としての具体的内容や位置付けについてまでは必ずしも明示的には述べず、平等原則違反の枠組みの中で考慮すべき要素として必要な範囲での判示にとどめた」ものとされていることからすれば、同判示自体は、「婚姻をするについての自由」の侵害が（憲法14条1項ないし憲法24条2項違反の枠組みの中で考慮されるにとどまらず）憲法24条1項違反との結論を導き得るものか否かという点についての判例の考え方を明らかにしたものと解されないことに留意が必要である。

4条2項に適合するものであるか否かが審理されるべきことになるものと解される⁷⁵ところ、その場合における本件規定の違憲性についての原告らの具体的な主張内容は、第1の主張におけるものと基本的に同一である。

以上

⁷⁵ 尾島明「再婚禁止期間と夫婦同氏制に関する最高裁大法廷の判断」(甲A245)67頁(再婚禁止期間規定に関し、憲法14条1項に違反しないとされたとしても、「更に憲法24条2項に違反しないかどうかを審理しなければならないことになる」とする。)、畑佳秀『最高裁判所判例解説民事篇平成27年度(下)』(甲A246)754～755頁(憲法24条は「憲法上直接保障された権利とまではいえない人格的利益をも尊重すべきこと、両性の実質的な平等が保たれるように図ること、婚姻制度の内容により婚姻をすることが事実上不当に制約されることのないよう図ること等についても十分に配慮した法律の制定を求めるものであり、この点でも立法裁量に限定的な指針を与えるもの」であるとした同氏強制合憲判決の判示を前提に、一般に、婚姻及び家族に関する法制度を定めた規定について、「憲法13条や14条1項に違反しない場合であっても、上記の観点から更に憲法24条にも適合するものかについて検討することになろう」とし、また、特に、再婚禁止期間違憲訴訟のように当該規定について「憲法14条1項適合性が実質的に検討される場合においては、憲法24条の以上のような趣旨及び意義は、その検討において併せて検討されることになると思われる。」とする。)参照。