

【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）・第6回期日（20200805）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9 準備書面

（本件規定の違憲性を論じた憲法学説について）

2020年7月15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 本件規定の違憲性についての木村草太教授の意見

甲A第296号証の意見書は、憲法学者である木村草太教授が、本件についての意見として、本件規定（本件立法不作為）が違憲であることを論じたものである。その論旨は、以下のとおりであり、本件規定が違憲であるとする原告らの主張を支持するものである。

### 1 「第1 はじめに」

現行民法では、異性との婚姻に合意した者は民法上の婚姻の効果を享受できるのに対し、法律上の同性との婚姻に合意した者はそれを享受できないとの区別の合憲性が本件の問題となる。

法律婚の効果へのアクセスからの同性愛者の排除が続いてきた背景には、同性愛者がマイノリティであり、社会の多数派がその痛みを十分に理解できていなかったこと、法律婚の効果の恩恵が認識されにくいことがあると考えられるが、本件訴訟により、同性愛者が何に困り、どのような痛みを抱えているかが可視化された。

裁判所は、そのことを直視すべきである。

### 2 「第2 民法上の婚姻に関する区別の合憲性について」

- (1) 上記のような民法上の婚姻に関する区別については、憲法14条1項適合性が問題となるところ、異性愛者と同性愛者の区別とは別に、「男性〔／女性〕は女性〔／男性〕と婚姻できるのに、女性〔／男性〕は女性〔／男性〕と婚姻できない」という性別に基づく区別であると理解することも可能であり、有力説を前提とすれば厳格審査の対象となる（「1 憲法14条1項の解釈」）。
- (2) 現行民法上、同性であることは婚姻障害とされていないが、実務上、同性婚は認められていないと解釈されており、同性カップルと異性カップルとの間の区別ないし性別に基づく区別が生じていることは否定し得ない。

法律婚の効果の中には個別の契約や遺言によって同様の効果を導けるものもあるが、異性カップルは婚姻届の提出により容易に婚姻の効果にアクセス

できるのに対し、同性カップルはそうではないという区別が存在する上、個別の契約や遺言では得難い効果もあることから、同性カップルと異性カップルとの間に実質的な区別がないということはできない（「2 ①法令上の区別の有無について」）。

(3) 本件で問題となる区別の合理性については、問題となる法律婚の効果毎に判断する必要がある。法律婚の効果は多様であることから、本件では、「氏統一効果を楽しむかの区別」、「同居義務を設定できるかどうかの区別」、「嫡出推定の効果を楽しむかどうかの区別」、「相続税の控除措置に関する区別」などの複数の区別が問題となり、それぞれについて憲法14条1項適合性を審査する必要がある（「3 ②区別の合理性について(1)：争点の整理」）。

(4) 以上のような法律婚の効果については、夫婦間の生物学的意味での子に対する嫡出推定のように男女の自然生殖関係を保護するための効果（「生殖関係保護効果」）と、当事者の愛情に基づく親密な関係を保護する効果（「親密関係保護効果」）という二つのグループに分けることができる（なお、子に関する効果の中にも、生殖関係とは無関係のもの〔共同での養子縁組や生物学的意味での父子関係が存しない場合の嫡出推定等〕が多く含まれており、それらは親密関係保護効果に分類されることに注意が必要である。）。

生殖関係保護効果については、同性間では自然生殖関係が成立しないという理由により、異性愛者にそれを及ぼし、同性愛者にそれを及ぼさないことの説明が可能であるが、親密関係保護効果については、そのような議論は成立し得ず、同性愛者と異性愛者とを区別するのは不合理である（「4 ②区別の合理性について(2)：具体的な検討」）。

(5) 以上に論じたとおり、法律婚の効果のうち異性愛者にのみ認めることが合理的なのは、夫婦の生物学的意味での子に対する嫡出推定（民法722条）及び生物学的意味での子の法定相続分（民法900条1号）等に限られるも

のであり、生物学的意味での血縁関係にない子に対する嫡出推定や共同での養子縁組の規定を含む親密関係保護効果については、同性愛者と異性愛者とで区別する理由はなく、不合理な区別として憲法14条1項に違反する。

そして、現行法の生殖関係保護効果を同性間に適用しても何ら問題は生じないことから、違憲な区別を解消する方法としては、端的に、同性間でも異性間と同様の法律婚を認めればよい。以上から、同性婚を認めない現行の民法及び婚姻に関する効果を有する諸法律は、憲法14条1項に違反するといえる（「5 小括：同性婚否定の合憲性」）。

### 3 「第3 被告国の反論について」

- (1) 被告第2準備書面8～9頁（東京訴訟被告第2準備書面5頁と同旨）における主張は、要するに、現行法は当事者が男女の場合にしか婚姻を認めていないから、同性婚の否定は合憲であるというものと解されるものであるところ、当然のことながら、現行法がそのように扱っているということは、現行法が合憲であることの理由となるものではない。

被告の主張を敢えて好意的に読めば、法律婚の効果はすべて生殖と結びついたものであり、同性間では生殖関係は生じないから、法律婚の効果を同性間に及ぼさないことには合理的な理由があるというものと解釈できるが、先述のとおり、法律の効果には生殖関係と結びつかないものが多数ある。被告は、婚姻が生殖関係保護のための制度であることを強調するのみで、生殖とは結びつかない法律婚の効果について、同性間と異性間とで区別する理由を全く説明しておらず、そのこと自体が、親密関係保護効果についての区別を正当化できないことの証左となるものである（「1 被告国の主張(1):法律婚に生殖関係以外の効果はない」）。

- (2) また、被告第2準備書面19～20頁における主張は、憲法24条1項にいう「婚姻」とは男女間の関係を指すものであり、同項は国家に対して男女間の結合である「婚姻」を保護する制度の整備を要求するものであって、同

性間の結合の保護を要求するものではないから、そのことが法律婚の効果を同性間に及ぼさないことの理由となる旨をいうものと解されるものであるが、このような主張も成り立たないものである。

憲法24条は、その制定経緯からすれば、同性婚を禁ずることを目的とするものではなく、「両当事者の合意」があれば婚姻が成立することを示したものと解されるのであり、「両性」という表現が採用されたのも、男性と女性の双方（特に女性）の意思が尊重されなければならないことを示すためのものに過ぎない。憲法学の通説及び判例もそのような理解を示している。

憲法24条1項がいう「婚姻」が生殖関係を指すものと理解する見解（「生殖関係保護説」）に立った場合、生殖関係保護効果については法律婚の効果を同性間に及ぼさないことの理由となるが、それ以外の効果を同性間に及ぼさないことの理由にはならないから、そのような見解を前提に、憲法24条1項から本件で問題となる区別が合理的であるということとはできない。

他方、同項にいう「婚姻」が男女（「両性」）間の親密関係を指すという理解（「親密関係保護説」）に立った場合、同性間でも親密関係が成立することからすれば、憲法24条1項が国家に対して男女間の親密関係と同性間の親密関係を区別して、後者には保護を要求していないという不合理な区別を設けたものと解すべきではなく、むしろ、同項による親密関係の保護の要求は同性カップルにも類推適用されるものと解すべきであるから、同項は、同性間の婚姻に対して法律婚の効果を与えないことが違憲であることの理由となるものである。

以上のとおり、憲法24条1項は、生殖関係保護説又は親密関係保護説のいずれにより理解したとしても、法律婚について同性カップルと異性カップルとを区別する理由にはならない（「2 被告国の主張(2): 憲法24条1項による区別の合理性の説明」）。

#### 4 「第4 おわりに」

以上をまとめると、現行法が同性カップルに対し法律婚の親密関係保護効果を享受させないことは憲法14条1項違反であり、また、憲法24条1項は異性カップルと同性カップルとを区別する理由となるものではなく、同項についての親密関係保護説を採用するならば、現行法は同項違反との評価も受けることになる。

国は、現行法で異性カップルに認められた婚姻の親密関係保護効果を同性カップルが享受できるようにして、不合理な区別を解消する義務を負うものであり、その立法不作為は違憲であることを前提として国家賠償法を適用すべきである。

## 第2 本件規定の違憲性は他の憲法学説においても多数の指摘がなされていること

### 1 同性間の婚姻が認められていないことの違憲性を論じた憲法学説

被告は、原告らが被告による憲法学説の引用の恣意性を批判したことに対する反論として、「それらの〔原告が再引用する文献等の——引用者注〕記載においても、憲法24条1項が同性婚の制度の創設を国家に義務付けていると説くものはない。そのほかにも、本件立法不作為が同項に違反するとの解釈を述べる学説は見当たらない」（被告第3準備書面5頁）などと述べる。

しかしながら、原告らがこれまでに引用したものも含めて、同性間の婚姻が認められていないことについて、違憲性（憲法24条1項違反に限らない。）やその疑いが生じていることを指摘した憲法学説としては、以下のものを挙げることができる。

#### (1) 横田耕一教授の見解

横田耕一教授は、1985年の論文「日本国憲法からみる家族」（甲A227）において、「日本ではまだそれほどではないが、アメリカにおいてはさまざまな『家族』が出現している。両親と子からなる『伝統的家族』はもとより、数世代同居家族、離婚後の両親の一方と子からなる家族、未婚の母と子からなる家族、同性のペアが同居する家族、同性のペアと養子からなる家族、

ポリガミイ（同時複数性愛）的家族など、その形態はさまざまである。しかし、個人の尊厳と両性の本質的平等原則が貫徹している限り、日本国憲法の下でも、これらの家族は等価として考えられるべきであり、同等に尊重擁護されなければならない」（94頁）として、抽象的にではあるが、「同性のペアが同居する家族」が異性間の婚姻カップルと同等に尊重擁護されるべきことを論じている。

## (2) 大野友也教授の見解

大野友也教授は、2009年の論文「同性婚と平等保護」（甲A297）において、同性婚の禁止は、性に基づく差別と構成することができ、その正当化には合理性の審査よりも厳格な審査が要求されることになるものとした上で、「同性婚を認めない日本の法体制が、合理性の審査よりも厳格度の高い審査に耐えられるかどうか、いま一度検討する必要があるのではないだろうか」（38頁）と論じている。

その後、2017年の論文「日本国憲法と同性婚」（甲A298）では、憲法13条、14条及び24条に照らし、同性婚が憲法上の権利といえるかどうかを検討した上で、「結論としては、24条は同性婚の積極的な保障というよりも許容にとどまるものであるが、13条の自己決定権、14条の性別に基づく差別の禁止という点からすれば、同性婚を認めないことは違憲である」（14頁）と論じている。

## (3) 齊藤笑美子教授の見解

齊藤笑美子教授は、2010年の論文「家族と憲法——同性カップルの法的承認の意味」（甲A163）において、「私見ではパートナー制度だけでなく、既存の法律婚を同性カップルに開放することも24条とは抵触しないと考える。24条について個人主義的な把握をする場合、夫婦同等の権利及び家族内での両性の本質的平等と個人の尊厳を定めた24条の意義は、家制度の解体にとどまらず、性別役割を内包した近代家族をも超越しようとしたと

ころにある。近代家族とは、性別役割に規定され、法的にも権利義務が非対称で立場を交換することのできない配偶者を基礎とする核家族であった。ここでは配偶者間のジェンダー差異は不可避免的に内包されている。しかし、24条が近代家族をも超えて配偶者間のジェンダー平等を徹底する趣旨ならば、配偶者間の性別構成は如何様でも構わないはずである。24条が、両性の平等と個人の尊厳に立脚する家族法の制定を立法者に義務づけるとして、同性カップルに法律婚を開放することがその立法者の義務に抵触するとは全く思われないのである」(112頁)とし、法律婚を異性カップルのみ限定することが憲法14条1項に反しないかについては、「性的指向を社会的身分ととらえて厳しい審査を行うことを考えてみる。ここで同性愛者(同性カップル)の比較の対象となるのは、異性愛者(異性カップル)である。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、極めて単純ではあるが考えている」(113頁)と論じている。

#### (4) 松井茂記教授の見解

松井茂記教授は、2010年の著書『LAW IN CONTEXT 憲法』(甲A299)において、同性婚が認められていないことについて、憲法14条1項及び24条の平等権の侵害の主張と、憲法13条あるいは24条に根ざす結婚の自由ないし結婚の権利の侵害の主張があり得るとし、仮に厳格審査ではなく合理的根拠基準が適用されるものとしたとしても、「実際なぜ同性婚が認められないのか説得的な根拠を持ち出すことは容易ではなく、婚姻は異性間のものに限られるという思い込みが大きく作用している可能性は少なくない。婚姻制度は子どもの養育を中心とした家族制度であり、それゆえ子どもを作ることができない同性間では婚姻は認められないとの主張もありうるか

もしれないが、現在では婚姻制度を子どもの養育を中心にして捉えること自体が妥当かどうか疑問の余地があろう。もし婚姻制度が、2人の人間の共同生活に法的承認を与えることを目的としているのであれば、それが異性間のものでなければならない理由はないのかもしれない」（5～6頁）と論じている。

また、2012年の論文「明文根拠を欠く基本的人権の保障」（甲A300）では、「24条の『両性』への言及が、同性婚を否定し、異性婚を当然のものと想定しているとの主張もあり得るところであるが、24条は、性別にかかわらず、女性も男性も平等に婚姻できることを定めたものにすぎないと解することができるれば、同性婚を否定すべき理由にはならない」（157頁）とした上で、「婚姻関係を、子どもの出産、育成を中心とする家族制度と定義すれば、子どもを産む可能性がそもそも存在しない同性間での婚姻は認められないと考えることもできる。だが、このような婚姻秩序の維持という利益をもって、婚姻の自由を制限する正当で合理的な目的といえるのかの疑問に加えて、異性間の婚姻であっても、子どもを作ることが想定されていない婚姻もありうるので、このような定義をとることが妥当かどうか疑わしい。合意する2人の当事者の永続的な結合関係を婚姻と捉えるなら、婚姻を異性間に限定しなければならない理由はないであろう。たとえ緩やかな審査を適用したとしても、同性婚の否定は、正当で合理的な目的といえるかどうか疑問がありうる」ところである」（157頁）と論じている。

#### (5) 福嶋敏明教授の見解

福嶋敏明教授は、2015年の論文「同性婚と憲法」（甲A301）において、憲法24条の制定趣旨を重視すれば、同条は必ずしも同性婚を排除するものと解する必要はないように思われるとし、そのように解した場合、同性婚を認めないことについては、憲法13条及び憲法14条1項との適合性が問われるとした上で、「同性婚が認められないということは、同性カップルに

は婚姻制度への平等アクセスが否定されることを意味する。その結果、同性カップルは、異性カップルであれば享受しうるであろう婚姻に伴う様々な法的利益・効果を享受しえないことになるし、社会生活における事実上の利便を受けられないことにもなる。しかし、同性婚が認められないことの影響は、こうした実態的な法的利益・効果の得失の問題にとどまらない。近時、日本の憲法学では、法の発するスティグマのメッセージの問題が主題化されている」（54頁）、「同性カップルの婚姻制度からの排除は、同性カップルに対する負のメッセージを社会に伝達し、同性愛者にスティグマを付与するおそれがある。とりわけ『婚姻』が有する象徴的意味を重視するのであれば、そこからの排除がもたらす『メッセージの害悪』はより一層深刻なものと受け止められるべきことになろう」（55頁）と論じている。そして、婚姻を異性間に限定する理由について、直ちに思い浮かぶのは婚姻の意義を生殖や子の養育と結びつける見方に基づくものであるが、婚姻と生殖との不可分性には異を唱える見方も示されており、婚姻の意義が「パートナー関係と共同生活の安定化」にあると捉え直されるのであれば、「婚姻を異性間に限定する根拠は乏しくなり、『同性カップルに婚姻を否定する理由はなくなる』との結論が導きだされうることになる」（56頁）と論じている。

#### (6) 榎透教授の見解

榎透教授は、2019年の論文「日本国憲法における同性婚の位置」（甲A302）において、「憲法13条は婚姻の自由を保障すると理解できることから、同性カップルの婚姻の自由が24条で保障されなくても、13条で保障されると理解すべきである。また、婚姻に関する現行法をめぐる同性カップルと異性カップルの間の取り扱いの差異が、『社会的身分』等に基づく不合理な区別として、憲法14条1項で違憲と評価される可能性がある」（43頁）とした上で、「法律婚という制度の目的が生殖の奨励や核家族の保護であっても、共同生活を営むことへの法的承認であっても、同性婚を認めない現行

法はもはやその正統性が疑わしく、憲法13条、14条1項に違反すると考えられる」(44頁)と論じている。

#### (7) 西村枝美教授の見解

西村枝美教授は、2019年の論文「同性婚の未規定性の憲法適合性：婚姻の自由ではなく人格権の問題として」(甲A303)において、「私的領域は、個人の人格の発展のため、また、民主的社会の形成という点でも根幹を成すものであり、市民すべてに、国家との関係でも認められるべきものである。憲法13条が保障する人格権もこの私的領域での諸活動を行う地位を各人に保障している。この私的領域というのは、一人でいることのみを指すのではなく、家族と過ごす時間、親しい人と過ごす時間など、個人的な人間関係をはぐくむ場をも包摂する。この領域の形成、維持を可能とする法制度の形成は、憲法13条により立法者の義務である。この義務を立法者がなんら果たしていない場合、それにはやむを得ないと認められるだけの事由がなければならない」(189頁)とした上で、「同性カップルに私的領域を否定するに値するだけの法益は、およそ、存在しない。したがって、同性カップルに『より親密な個人的生活領域』の形成、維持を可能とする法制度を付与しないことは、憲法13条に違反する」(190頁)とし、また、「婚姻制度の目的を、当事者の私生活の保護、生殖の保護、いずれで解するにせよ、異性のカップルのみを対象としている現在の法律上の婚姻は、この立法目的からして包摂すべき対象者を合理的理由なく限定している。法律上の婚姻制度から、同性カップルを排除することは、立法目的との関係で過少包摂といえ、憲法14条1項に違反する」(199頁)と論じている。そして、「同性カップルにそれを承認する法的枠組みがなんら存在しない現状は、憲法13条及び14条1項に違反する」が、「直ちに民法、戸籍法の特定の条文が無効になることは意味しない。なぜなら、この現状をどのような立法措置によって解消するかについては立法者の裁量が存在するからである」、「ただし、何らか

の形で付与すればよいのではなく、憲法の要請に沿う形で制度形成されなければならない」（202頁）とした上で、「現在日本の地方公共団体がパートナーシップ条例を導入しているが、それに相当するものを国レベルで制定したとしても、憲法に違反する現状はなお解消されない」（202頁）こと、「立法者が、何らかの形で同性カップルに付与する法的枠組みが、異性カップルと取り扱いの区別をしている場合、その一つ一つに、憲法14条1項との観点で、合理的理由が必要である」（203頁）ことを指摘している。

#### (8) 巻美矢紀教授の見解

巻美矢紀教授は、2019年の論文「Obergefell 判決と平等な尊厳」（甲A158）において、「結婚は、少なくとも現代の欧米や日本では、制度を前提とするものであり、またその具体的な意味については、人によって理解が少しずつ異なるといえるが、結婚の『制度イメージ』を基礎とした、結婚制度の中核には、親密な結合の相手の選択という人格的な選択があると考えられる」とし、憲法24条を「婚姻制度を設営する場合の憲法上の客観法的な限界として、家制度の復活を禁止するとともに、改めて、憲法の基底的原理である個人の尊厳と平等を定めたものと解し、これらに対する侵害について、憲法上の婚姻の自由に対する侵害と構成すべきである」（113頁）とし、「この婚姻の自由権的構成戦略によれば、親密な結合の相手の選択という自律的な選択を、国家が異性に限定し同性婚を否定することは、婚姻の自由に対する侵害となる」（113頁）とした上で、「同性婚の禁止は、婚姻の自由に対する侵害と構成しうるとしても、侵害の正当化が成功すれば合憲となる。しかし、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」（113頁）と論じている。そして、本件を含む「婚姻の自由をすべての人に」訴訟について、「私は憲法学研究者としての見地から、勝訴が期待できると考えている」（114頁）と述べている。

## 2 被告による憲法学説の評価の不適切性

被告は、本件規定が憲法24条1項に違反するものではないとする自らの主張の裏付けとして、「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15・510頁）、「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」（乙17・129頁）と述べた文献を引用することにより（被告第2準備書面9～10頁）、あたかも、憲法学説上は、「憲法24条は、同性間の婚姻を一切保障していない」とか、「憲法24条は、同性婚の制度化を容認していない」と解する見解が「通説」であるかのように述べているが、原告ら第6準備書面11～16頁（「(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」）並びに前記第1及び第2の1で論じたところからすれば、このような憲法学説の理解が誤りであることは明らかである。

この点、高橋和之教授の著書『立憲主義と日本国憲法』においては、2001年の放送大学教材版で、「結婚の自由については憲法24条が保障しているが、近年議論され始めた同性間の婚姻まではカバーしていないというのが通説である。」（甲A304・76頁。下線は引用者による。）との記述がなされ、その後の版にも同様の記述が残されていたが、2020年の第5版で、当該部分は、「結婚の自由については憲法24条が保障しているが、近年議論され始めた同性間の婚姻まではカバーしていないというのが通説であった。」（甲A305・156頁。下線は引用者による。）と改められるに至っている。西村枝美教授が括弧付きで「通説」と表記して指摘しているとおりの（甲A303・158頁の本文及び注7参照）、憲法24条が同性間の婚姻まではカバーしていないという見解が通説であったと評価し得るような学説の蓄積が存したかどうか疑問であるが、そのことを措くとしても、『立憲主義と日本国憲法』における上記のような記述の変化は、そのような見解が通説であるとはいえないことを明瞭に

示すものである。

以上