

平成31年(ワ)第3465号 国家賠償請求事件

原告 大江千東ほか8名

被告 国

被告第4準備書面

令和3年2月24日

東京地方裁判所民事第16部乙合議B係 御中

| | | | | |
|---------|---|---|-----|---|
| 被告指定代理人 | 清 | 平 | 昌 | 送 |
| | 本 | 村 | 行 | 送 |
| | 君 | 塚 | 知弥子 | 送 |
| | 湯 | 浅 | 哲 | 史 |
| | 尾 | 形 | 信 | 周 |
| | 浅 | 野 | 航 | 平 |
| | 周 | 藤 | 崇 | 久 |
| | 三 | 島 | 大 | 介 |
| | 山 | 本 | 勇 | 治 |

目次

| | | |
|-----|---------------------------------|----|
| 第1 | はじめに | 4 |
| 第2 | 婚姻制度の目的に関する原告らの主張に理由がないこと | 4 |
| 1 | 原告らの主張 | 4 |
| 2 | 原告らの主張は理由がないこと | 5 |
| 第3 | 自己決定権ないし憲法13条に関する主張又は見解に理由がないこと | 9 |
| 1 | 自己決定権に関する原告らの主張に理由がないこと | 9 |
| (1) | 原告らの主張 | 9 |
| (2) | 原告らの主張は理由がないこと | 10 |
| ア | 上記(1)の①の主張について | 10 |
| イ | 上記(1)の②の主張について | 10 |
| 2 | 本件規定が憲法13条に違反する旨の見解に理由がないこと | 11 |
| 3 | 結論 | 12 |
| 第4 | 本件規定が憲法24条1項に違反する旨の主張に理由がないこと | 12 |
| 1 | 原告らの主張 | 12 |
| 2 | 原告らの主張は理由がないこと | 13 |
| 3 | 結論 | 16 |
| 第5 | 本件規定が憲法14条1項に違反する旨の主張に理由がないこと | 16 |
| 1 | 別異取扱いに関する原告らの主張に理由がないこと | 16 |
| (1) | 原告らの主張 | 16 |
| (2) | 原告らの主張は理由がないこと | 17 |
| 2 | 本件規定が不合理であるとする原告らの主張に理由がないこと | 17 |
| (1) | 本件規定の目的及び手段が合理的であること | 17 |
| ア | 原告らの主張 | 17 |
| イ | 原告らの主張は理由がないこと | 18 |
| (2) | 婚姻による法的効果を分断して議論する主張に理由がないこと | 19 |

| | | |
|----|------------------------------------|----|
| ア | 原告らの主張 | 19 |
| イ | 原告らの主張は理由がないこと | 20 |
| 3 | 本件規定が構造的差別を生じさせている旨の原告らの主張に理由がないこと | 21 |
| | (1) 原告らの主張 | 21 |
| | (2) 原告らの主張は理由がないこと | 21 |
| 4 | 結論 | 22 |
| 第6 | 本件規定が憲法24条2項に違反する旨の主張に理由がないこと | 22 |
| | 1 原告らの主張 | 22 |
| | 2 原告らの主張は理由がないこと | 23 |
| | 3 結論 | 29 |
| 第7 | 結語 | 29 |

被告は、本準備書面において、原告らの2020年（令和2年）2月3日付け原告ら第7準備書面（以下「原告ら第7準備書面」という。）、同年12月2日付け原告ら第11-1準備書面（以下「原告ら第11-1準備書面」という。）、同年11月27日付け原告ら第11-2準備書面（以下「原告ら第11-2準備書面」という。）及び同年12月2日付け原告ら第11-3準備書面（以下「原告ら第11-3準備書面」という。）に対し、必要と認める範囲で反論する。

第1 はじめに

被告は、被告第2準備書面及び被告の令和2年3月31日付け被告第3準備書面（以下「被告第3準備書面」という。）において、現行の婚姻制度の由来、沿革、趣旨、目的等について述べた上で、同性間の婚姻を認めていない民法及び戸籍法の規定（本件規定）が憲法24条1項及び14条1項に違反するものではないことから、本件立法不作為は国賠法1条1項の適用上違法と評価される余地はない旨主張したところである。

これに対し、原告らは、原告ら第11-1準備書面ないし第11-3準備書面において、被告の主張を論難し、自らの主張を展開するが、以下に述べるとおり、原告らの主張は、被告の主張を正解しないものであるか、原告らが引用する文献等によっても補強されるものではないことなどから、理由がない。

また、本件規定が憲法24条2項に違反するとの主張（原告ら第7準備書面）についても、原告らの主張は理由がない。

第2 婚姻制度の目的に関する原告らの主張に理由がないこと

1 原告らの主張

原告らは、被告が「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」と述べたのに対し（被告第3準備書面第3の3(1)イ（17ページ）、「明治民法も現行民法も、生殖の能力や意思を婚姻の法的要件とすることはなく、生殖できないことは婚姻の自由を否定する論拠とならない」（原告ら第11-1準備書面第2の1（4ページ）、「婚姻制度の『目的』『特殊性』は、『親密な関係の保護と規律』にあると解するべきである。二宮意見書（引用者注：甲A第210号証の1）は、この保護と規律が憲法13条、24条2項、同1項の趣旨に沿ってなされるべきと指摘しているのである（二宮意見書9頁、12頁）」（原告ら第11-2準備書面第1の1(3)ウ(オ)（12ページ）。なお、上記主張で指摘された二宮周平教授の意見書（甲A第210号証の1）の9及び12ページに、上記主張が明記された箇所は見当たらない。）、「第11-1準備書面（3～38頁）において述べたとおり、現行民法において婚姻制度の目的を生殖に単純化する解釈は許されず、むしろ、現行民法は、親密関係の保護を婚姻制度の基本的な目的とし、そのうえに生殖の保護を含めたさまざまな機能が果たされるものと捉えていると解すべきである」（原告ら第11-3準備書面第1の3(1)ア（11ページ）などと主張する。

2 原告らの主張は理由がないこと

(1) しかしながら、我が国の婚姻制度が伝統的に生殖と結びついて理解されてきたことは、被告第2準備書面第2（3ないし5ページ）及び被告第3準備書面第1の2及び3（3及び4ページ）において引用した文献の記載等からも明らかである。

(2) この点、原告らは、「婚姻ハ兩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ヘキ條件ナレドモ、必要欠ク可ラサル條件ニアラズ」と説明する文献（熊野敏三ほか「民法正義人事編卷之壹（上下）」193ページ・甲A第211号証の33）等を引用し、旧民法及び明治民法の立案者やその後昭和に至るまでの研究者は、婚姻制度の目的が「生殖」ではなく、「兩心ノ和合」（甲A第211号証の33）、「心ノ和合」（甲A第213号証等）、

「夫妻ノ共同生活」(甲A第211号証の17)といった複合的・包摂的な理念にあるとの理解で一致していたと主張する(原告ら第11-1準備書面第2の2(I)ウ〔6ないし9ページ〕)。

しかし、甲A第211号証の33の文献は、上記の引用部分の前に「産子ノ能力ヲ有セサル男女ト雖モ婚姻ヲ為スヲ得ヘキカ」という問いが設けられているとおり(同号証の33〔192ページ〕)、生殖能力が婚姻の必要条件か否かについて論じているのであって、我が国の婚姻制度が、伝統的に、必ずしも生殖を目的としない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に据えてきた旨を述べるものではない。むしろ、「産子ノ能力ハ一般ニ具備スヘキ条件」と明記されていることからすれば、上記文献は、婚姻を生殖と結びつけた男女間の結合と捉えつつ、このような理解を前提とした上で生殖能力のない者の婚姻の可否を論じているものと解するのが自然であって、同文献は原告らの上記主張を補強するものではない。

また、甲A第213号証(46ページ)、同243号証(126ページ)及び同244号証(268ページ)の文献に記載された、明治民法の起草者(富井政章)による「婚姻ト云フモノハ主トシテ心ノ和合デアル」との見解は、「外国の立法例には裁判離婚のみを許すものが多い」(甲A第213号証46ページ)のに対して、明治民法が協議離婚制度を採用したことの理由を述べたものにすぎず、これも我が国の婚姻制度が、伝統的に、必ずしも生殖を目的としない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基本的な目的に据えてきた旨を述べるものではない。

さらに、甲A第211号証の17の文献(穂積重遠「親族法大意」)に記載された「婚姻ハ夫妻ノ共同生活ヲ目的トス。必シモ子ヲ得ルコトヲ目的トセズ」(同号証の17〔61ページ〕)との見解は、その直後に「故ニ子無キヲ去ルコトナク、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」とあるように、離婚又は婚姻の要

件に関して論じたものであって、これもやはり、我が国の婚姻制度が、伝統的に必ずしも生殖を目的としない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基本的な目的に据えてきた旨を述べるものではない。

このように、原告らが引用する文献は、原告らの前記1の主張を補強するものではない。

(3) また、原告らは、「現在では、社会の変動に伴い、婚姻の当事者を男女のみとすることは、人々の意識とも乖離し、同性同士であっても婚姻することができるはずだという意識が急速に広がっている」と主張する（原告ら第11-1準備書面第2の6〔41ページ〕）。

しかしながら、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こと、また、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」と総括されていることについては、被告第3準備書面第1の2及び第2の3(2)ウ(3, 4, 13及び14ページ)で述べたとおりであるし、上記主張の前提として原告らが指摘する社会の変化（原告ら第11-1準備書面第2の5(3)〔35ないし41ページ等〕）が、婚姻制度の目的・特殊性が「親密な関係の保護と規律」にあることを示唆するものであるということもできない。

(4) このほか、原告らは、「最高裁判決も婚姻制度の目的が生殖の保護にあるとは解していない」として最高裁平成25年12月10日第三小法廷決定（民集67巻9号1847ページ）における寺田逸郎裁判官の補足意見を紹介し、同補足意見で重要なのは「婚姻を特徴づける」嫡出推定を父と血縁関係のな

い子について及ぼしたことであり、「婚姻制度の目的が夫婦と血縁関係を有する子を産み育てながら共同生活を送ることを保護することという点に限られないことを導き出しているのである」などと主張する（原告ら第11-3準備書面第1の3(1)イ〔11ないし13ページ〕）。

しかし、被告第3準備書面第3の3(1)イ（18ページ）で述べたとおり、上記補足意見は、民法の婚姻制度が「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」と明確に述べているのであるから、婚姻制度の趣旨の理解において生殖と子の養育を重要視しているのは明らかであるといえる。また、そもそも上記最高裁決定は、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、民法その他の法令の規定の適用について男性に変わったものとみなされる者（同法4条1項）について、「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（引用者注：民法772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のは相当でない」との理由から、その妻が婚姻中に懐胎した子に嫡出推定が及ぶと判断しており、婚姻制度の目的が生殖の保護にないことを理由にしているわけではない。

なお、特例法についていえば、同法3条1項2号は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「現に婚姻をしていないこと」を求めるところ、最高裁判所令和2年3月11日第二小法廷決定（裁判所ウェブサイト）は、「性同一性障害者の性別の取扱いの特例に関する法律3条1項2号の規定は、現に婚姻をしている者について性別の取扱いの変更を認めた場合、異性間においてのみ婚姻が認められている現在の婚

姻秩序に混乱を生じさせかねない等の配慮に基づくものとして、合理性を欠くものとはいえないから、国会の裁量権の範囲を逸脱するものということとはできず、憲法13条、14条1項、24条に違反するものとはいえない。」と判示し、特例法3条1項2号が憲法に反することを否定しているところである。

(5) 以上に照らすと、婚姻制度の目的に関する原告らの主張は、理由がない。

なお、原告らは、被告が「生殖という、妊娠と出産のみに焦点を当てた言葉を殊更に強調するが、これは私たちが次の世代を育成する営みのうち養育という側面をあえて無視した恣意的な論法である」などと主張するが（原告ら11-1準備書面第3の3(1)〔46ページ〕）、被告は、憲法ないし現行民法が制定された際にも、現在においても、婚姻が生殖や子の養育と結びついており、婚姻の当事者が男女であるという理解が一般的である旨を主張しているのであって、婚姻が子の養育と結びついていない旨主張しているものではなく、原告らの主張には理由がない。

第3 自己決定権ないし憲法13条に関する主張又は見解に理由がないこと

1 自己決定権に関する原告らの主張に理由がないこと

(1) 原告らの主張

原告らは、婚姻の自由が憲法13条が保障する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である旨の原告らの主張（訴状19ページ）に対する被告の反論（被告第3準備書面第2の2(2)イ(7)〔7、8ページ〕）について、①「婚姻の自由が憲法上の保障に値するか否かを決めるのは、それが国家の制度を前提にするか否かではない。国家の制度を前提にする場面でも、内心の自由と同様に人格に深く関わる事柄が存在し、そうであれば、それは同様に憲法上の保護に値する」旨述べると共に（原告第11-2準備書面第1の2(3)イ(1)〔26ページ〕）、これに関連して、②「婚姻

が男女のものであることを、あたかも不変の真理や自然法則のように扱って、憲法の保障する婚姻の自由の統制が及ばないものとするのは、(中略)ことが憲法上保護される利益に関わる以上、失当であるどころか許されない」と主張する(原告ら第11-2準備書面第1の2(3)イ(7)(25ページ))。

(2) 原告らの主張は理由がないこと

しかしながら、以下のとおり、原告らの上記(1)の①及び②の主張は、いずれも理由がない。

ア 上記(1)の①の主張について

すなわち、被告第3準備書面第2の2(2)イ(7)(7, 8ページ)において述べたとおり、被告は、憲法13条が自己決定権を保障しているかどうかやその具体的内容が明らかでないことに加え、仮に婚姻に関する何らかの自己決定権を観念できるとしても、現行の法律上の婚姻制度は、憲法24条1項を前提とした、男女間での結合としての婚姻制度の構築を要請する同条2項の要請に従ってそのとおりに構築されたものであって、その法制度の枠を超えた、同性の者を婚姻相手として選択できる新たな法制度の創設を求める権利が自己決定権に含まれないことは明らかである旨を主張するものである。このように、被告は、現行の法制度が憲法の要請に従って構築されたものであることを前提に、かかる法制度を超える上記の新たな制度の創設を求める権利が憲法13条における自己決定権に含まれるものではないと主張しているのであって、国家の制度を前提にするか否かによって憲法上の保障に値するか否かが決定されると主張しているのではない。

したがって、原告らの上記(1)の①の主張は、被告の主張を正解しておらず、理由がない。

イ 上記(1)の②の主張について

また、被告が、被告第3準備書面第1の2(3, 4ページ)において民法及び憲法の学説を引用した趣旨は、伝統的に、婚姻は、生殖や子の養育と

結びついて理解されてきたところ、明治民法における婚姻が我が国の従来の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いう点を、当時の学説を引用するなどして明らかにした上で（被告第2準備書面第2の1〔3, 4ページ〕）、日本国憲法が制定され、その制定に伴って現行民法が制定された際にも、婚姻が男女間のものであるという上記の前提に変わりはないという点を、改正案の提案理由や改正時の国会審議の状況に加え、関連する学説を引用するなどして明らかにし（同第2の2〔4, 5ページ〕）、ひいては、現在においてもなお、婚姻の当事者が男女であるという理解が一般的なものであって、本件規定の合理性が失われているわけでもなければ、憲法に反するとの見解が支配的なわけでもない旨を明らかにする（被告第3準備書面第1の2〔3, 4ページ〕参照）ことにある。

原告らの上記(1)の②の主張は、このような被告の主張の趣旨を正解しないものであり、理由がない。

2 本件規定が憲法13条に違反する旨の見解に理由がないこと

- (1) 原告ら第11-1準備書面等で詳細に引用された二宮周平教授の意見書（甲A第210号証の1）においては、「(2) 婚姻の自由」という標題の下、「この自由には、結婚するかどうかの自由（婚姻締結の自由）だけではなく、当然の前提として誰と結婚するか（配偶者選択の自由）が含まれる。（中略）婚姻の自由は、誰と親密な関係をもち、その者と共同生活の営み方として結婚するのかを個人が自由に決定すること、個人の自己決定を保障する。したがって、婚姻の自由は、個人の尊重および幸福追求に関する憲法13条によって保障されるものである」（同号証の1〔29, 30ページ〕）とされ、結論として「したがって、配偶者選択の自由として同性婚が承認されるのである」（同号証の1〔30ページ〕）とされている。
- (2) しかしながら、上記意見書の見解は、婚姻締結の自由及び配偶者選択の自由を含む「婚姻の自由」が憲法13条によって保障されるとした上で、配偶

者選択の自由として同性婚が承認されると述べているのであって、このような解釈と、同性婚を含む「婚姻の自由」が憲法24条1項によって保障されるという原告らの主張との関係は、定かでない。

そして、婚姻の自由が憲法13条によって保障されるとの見解についてみれば、被告第3準備書面第2の2(2)イ(7)(7, 8ページ)で述べたとおり、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、その自己決定権は憲法の要請に従って構築された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。しかるところ、上記見解のいう「婚姻の自由」が、性別を問わず配偶者を選択する自由を含む権利であるとする、それは、「両性」の本質的平等に立脚すべきことを規定する憲法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。したがって、上記の見解は、理由がない。

3 結論

以上より、本件規定が憲法13条に違反するという原告らの主張は、理由がない。

第4 本件規定が憲法24条1項に違反する旨の主張に理由がないこと

1 原告らの主張

原告らは、憲法24条1項の解釈に関し、被告による憲法学説の引用は、「本来の論旨を無視して著書の記載の一部をつまみぐい的に援用するものであり、不当であり(原告ら第11-2準備書面第1の1(3)エ(15ページ))、被告が引用する憲法の学説は、むしろ、同性婚が憲法上保障されることが望ましいとの立場を示しているか、同性婚が憲法上保障されているとする原告らの主張を裏付けるものである旨主張する(同第1の2(2)(21, 22ページ))。

2 原告らの主張は理由がないこと

(1) 原告らは、本件規定が憲法24条1項に違反するとした上で、「法律上同性の者との婚姻を認める立法を怠ったという立法不作為について、被告は国家賠償法1条の損害賠償責任を負う」と主張しているところ（訴状84ページ）、被告第3準備書面第4（22、23ページ）で述べたとおり、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、同性間の婚姻を認める立法を国家に命じているとの解釈を前提にするものと解さざるを得ない。

(2) 被告は、かかる原告らの主張は採用できないとの趣旨で、「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」と主張しており（被告第3準備書面第2の2(1)ア〔5、6ページ〕）、このような被告の主張を補強するために、複数の憲法学者による文献を引用し、学説においても、憲法24条1項の解釈として、同項が同性婚を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たものとは解されていないことを指摘したものである（被告第3準備書面第2の2(1)イ〔5、6ページ〕）。

この点について、原告らは、被告による文献の引用が不当であるなどと主張して、被告が引用したのと同じ文献を改めて引用するが（原告ら第11-2準備書面第1の1(3)エ及びオ〔12ないし16ページ〕、同第1の2(2)〔21、22ページ〕）、それらの記載においても、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。

(3) なお、被告が引用した文献の意味内容に関する原告らの主張に理由のないことは、具体的に以下のとおりである。

ア 原告らは、乙第13号証（渋谷秀樹「憲法 第3版」）における「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」との記載（同号証463ページ）について、上記引用部分の後の注釈では、「この問題は、より一般的に性的マイノリティの尊厳をいかに保障するか、という課題を性的マジョリティに対して、突きつけているのである。」と指摘されており（同ページ注釈44）、「渋谷教授の述べるところは、（中略）特に本件については、憲法24条1項の文言との関係をふまつつも、『性的マイノリティの尊厳をいかに保障するか』という観点から従前の憲法解釈が問い直されねばならないことを問題提起するものである」と主張する（原告ら第11-2準備書面第1の1(3)エ〔12ないし15ページ〕）。

しかしながら、上記注釈では、地方公共団体におけるパートナーシップの制度に関する取組が紹介された上で、それに続けて「この問題は、より一般的に」として上記の指摘がされているにとどまるのであるから、こうした記載が憲法24条1項について原告らが主張するような解釈を示したり、本件規定の違憲性を示唆したりするものとは到底解されない。

イ また、原告らは、乙第14号証（長谷部恭男「憲法 第7版」）における『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。」との記載について、長谷部恭男教授は、甲A第248号証（19ページ）において同性間の親密な関係の保護に言及しており、上記記載についても、「家族の尊厳の保護をいかに保障するかという観点から議論すべきことの指摘と受け止めるべきである」と主張する（原告ら第11-2準備書面第1の1(3)オ〔15、16ページ〕）。

しかし、原告らが指摘する甲A第248号証（19ページ）において、長谷部教授は、養子を認めるような同性婚が立法化された場合に憲法24条違反になるか、違憲だという理論も十分成り立ちうると考えるかという問いかけを受け、これに対して、「違憲だという人もいるでしょうし、い

や、24条は別にそれを否定はしていないはずだと、(中略)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。」と述べたにすぎないのであるから、このような言及をもって原告らの上記主張を導くことは困難であるし、少なくとも、乙第14号証及び甲A第248号証に記載された見解が、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でないことは明らかである。

ウ さらに、原告らは、乙第15号証(長谷部恭男編「注釈日本国憲法(2)」510ページ)について、「被告が準備書面に引用した部分の直前において、(中略)2つの考え方を併記した上、『個人の尊厳を重視した婚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。』と述べており(509～510頁)、むしろ、同性婚が憲法上保障されることが望ましいとの立場を示している」と主張するが(原告ら第11-2準備書面第1の2(2)ア(21ページ))、同性婚を認めることが違憲になるかどうかを議論した上記文献(509, 510ページ)が、「同性婚が憲法上保障されること」が望ましいとの立場を示すものでないことは、その記載から明らかであって、原告らの主張は失当である。

エ 加えて、原告らは、乙第17号証(辻村みよ子「憲法と家族」)における「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。(中略)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。」との記載(同号証129ページ)をもって、「これは、同性婚が憲法上保障されているとする原告らの主張を裏付けるものである。」と主張するが(原告ら第11-2準備書面第1の2(2)イ(22ページ))、上記

引用部分は「あながち無理な解釈とはいえない。」と述べるにとどまっている上、その後の記載においても、「最近では、(中略)日本の憲法学説でも(括弧内省略)許容性が説かれるようになっている」とされているにすぎず、原告らの上記主張を裏付けるものではない。

(4) したがって、前記1のとおり論難する原告らの主張は、理由がない。

3 結論

以上より、本件規定が憲法24条1項に違反するという原告らの主張は、理由がない。

第5 本件規定が憲法14条1項に違反する旨の主張に理由がないこと

1 別異取扱いに関する原告らの主張に理由がないこと

(1) 原告らの主張

原告らは、「親密な人格的結合に基づく共同生活関係の保護こそが婚姻制度の基本的な目的であることに照らせば、法律上の男女であることを婚姻の要件として同性カップルを排除する必然性が無いから、異性カップルと同性カップルについての別異の扱いに合理的な理由はない」(原告ら第11-3準備書面第1の3(2)ア〔14ページ〕)などとして、同性カップルと異性カップルとの間に別異取扱いがある旨主張する。

他方、原告らは、本件規定には「同性愛者等に対する別異取扱い」がある(同第1の1〔3ページ〕)、「法律上の異性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、具体的・個別的な事情に関わらず、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、差別的意図の有無に関わらず、婚姻に関し、性的指向という個人の意思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である」(同第1の3(6)〔33ページ〕)とも主張する。

(2) 原告らの主張は理由がないこと

しかしながら、憲法14条1項が規定する法の下での平等とは、個人と個人との間の平等をいい、同項が禁止する不合理な差別も、個人と他の個人との間の不合理な差別をいうものと考えられる（例えば、芦部信喜教授は、法の下での平等は「個人権」であり、「個人尊重の思想に由来」として説明している（芦部信喜〔高橋和之補訂〕「憲法第七版」129ページ。）。原告らは、法令上の区別として「同性カップル」という人的関係と「異性カップル」という人的関係との間の差異について述べるところ、このような差異が、そもそも憲法14条1項が禁止する不合理な差別に該当し得ること及び理由については、原告らの主張において明らかにされていない。

他方、原告らの主張が、個々の国民という個人を主体とする法令上の区別をいうものと解したとしても、被告第3準備書面第3の3(1)イ（18ページ）で述べたとおり、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く、本件規定の文言上、同性愛者であることに基づく法的な差別的取扱いを定めているものではないから、この点に法令上の区別は存在しない。

2 本件規定が不合理であるとする原告らの主張に理由がないこと

(1) 本件規定の目的及び手段が合理的であること

ア 原告らの主張

原告らは、被告が、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ると主張したこと（被告第3準備書面第3の3(1)イ〔17, 18ページ〕）について、「被告の主張は、異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、同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関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ない。つまり、被告の主張は、(中略)端的に差別的なものであるといわざるを得ない。」(原告ら第11-3準備書面第1の3(2)ウ〔17ページ〕)、「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って、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」(同第1の3(2)エ〔19ページ〕)などと述べ、本件規定に合理性がない旨主張する。

イ 原告らの主張は理由がないこと

しかしながら、被告第3準備書面第3の3(1)イ(17, 18ページ)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、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り、このような要件の設定には合理性があるといえる。

そして、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合理性があることは、「同性のカップルに婚姻と同様の法的保護を認めるか。この点は難問だが、決め手は婚姻の目的をどう考えるかという点にあると思われる。(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。このようにいうと、不妊の男女カップルや子どもをもつ気のない男女カップルの関係は婚姻ではないのかという疑問が提起されよう。しかし、ここでいう『目的』は抽象的・定型的な目的であり、具体的・個別的な目的とはされていないことも、婚姻の要件は充足され则认为べきである。」(大村敦志「家族法〔第3版〕」286ページ・乙第12号証)などと述べられているように、学説上も認められている。原告らの上記主張

は、婚姻もまた法制度の一つであって制度を利用するための基準は明確である必要があるという観点を捨象して論難するものであり、差別的なダブルスタンダードであるとの指摘は当たらない。

なお、原告らは、上記の文献の記載に関し、当該文献の著者が、同居義務・貞操義務が婚姻の基本的効果であると解する一方、生殖が婚姻の基本的効果に該当しないという立場を採っていることを前提として、「被告が引用する部分は、生殖の能力又は意思を有していない同性カップルであっても、同居義務・貞操義務を伴う共同生活を営むことを合意している限り、婚姻意思を充足するとの解釈の根拠となるのである。換言すれば、被告が引用する部分は、婚姻の効果の全部を享受することを意図しないカップル（同性カップルを含む。）にも広く婚姻を認めることにより、家族のあり方の変化にも対応できる、包摂的で開かれた婚姻制度を指向する解釈であり、特定のグループに属するカップルを婚姻制度の利用から排除することの根拠として転用されるべきものではない。」と述べて、被告の引用が恣意的で誤っている旨主張する（原告ら第11-3準備書面第1の3(2)カ〔21ないし23ページ〕）。

しかし、被告の引用に係る上記文献は、「(2) 同性婚の可否」という項目の下、「同性のカップルに婚姻と同様の法的保護を認めるか。」を議論の対象とした上で、「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」との見解を述べるものであるから（乙第12号証286ページ）、このような学説が原告らの上記解釈を裏付けるものとはいえないことは明らかである。

(2) 婚姻による法的効果を分断して議論する主張に理由がないこと

ア 原告らの主張

また、原告らは、「本件規定によって同性愛者等が享受できない権利利

益（婚姻の効果）は一つではなく、男女間の生殖関係とは関係のない効果、例えば、配偶者相続分・遺留分の設定（中略）なども多数存在する。（中略）婚姻に伴う効果のうち、夫婦間の生殖関係（夫婦と血縁関係にある子を産み育てること）を保護することを趣旨とするものについては、『同性間では生殖関係は成立しない（両方と血縁関係のある子は産まれない）』という理由で、同性愛者にそれを及ぼさないことの説明が可能かもしれないが、夫婦間の生殖関係を保護することを趣旨としないものについては、そのような議論は成り立たない」として、「民法の婚姻制度の目的の一つとして、夫婦間の生殖による子（夫婦双方と血縁関係にある子）を産み育てることが含まれていたとしても、そのことは、それ以外の目的（すなわち、夫婦の親密関係を保護するという目的）のために設けられたその他の規定を同性カップルに適用しないことによって同性愛者等に生じる不利益を正当化することはできない」と主張する（原告ら第11-3準備書面第1の3(3)〔23ないし25ページ〕）。

イ 原告らの主張は理由がないこと

しかしながら、被告第3準備書面第3の3(1)イ（17、18ページ）で述べたとおり、民法上の婚姻制度は、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ものとされており、婚姻による法的効果に関する各規定は、このような婚姻制度の趣旨ないし目的に沿って設けられているものと考えられる。しかるところ、原告らの主張は、このような婚姻制度の趣旨ないし目的を離れて婚姻による法的効果を恣意的に分断し、かつ、その一部についてのみ同性カップルに及ぼさないことが不合理であるとしながら、本件規定そのものが憲法14条1項に違反すると述べるものである。このような主張は独自の見解であって、理由がない。

また、原告らは、上記アのとおり、婚姻に伴う効果には夫婦の生殖関係

(夫婦と血縁関係にある子を産み育てること)とは関係のないものがあると主張するが、他方では、「婚姻の目的及び役割の一つが、生殖及び子の養育を保護することにあるのは原告らも同意しているものである。訴状(訴状44頁以下)に挙げた婚姻に伴う具体的な権利・利益のうち、同居・協力・扶助義務、相続権、共同親権等は子の福祉に直接関わる権利・利益といえるし、その他の権利・利益についても、夫婦を保護する規定は、両親が法的に保護されることを通じて子の利益につながることから、子の福祉に資するものといえる。」とも主張する(原告ら第11-1準備書面第3の4(1)(48,49ページ))。そうすると、婚姻による法的効果に関する各規定が婚姻制度の趣旨ないし目的に沿って相互に密接に関連するものとして設けられており、恣意的に分断することが不当であることは、このような原告らの主張自体からも導かれると解されるのであって、原告らの上記アの主張は、この点でも理由がない。

3 本件規定が構造的差別を生じさせている旨の原告らの主張に理由がないこと
(1) 原告らの主張

原告らは、「本件規定に基づく同性愛者等に対する別異取扱いが存在することによって、実際、多くの同性カップルが、(中略)スティグマゆえに関係性の構築に困難を感じてきた。」「本件規定の存在は、同性カップルの関係性が異性カップルのそれに比べて劣ったものであるというメッセージが国によって発信され続けていることを意味し、(中略)同性カップルが関係を続けようとする事自体を阻み、同性カップルの関係性に周囲からの偏見を産む元凶になっている。」などとして、本件規定が構造的差別を生じさせている旨主張する(原告ら第11-3準備書面第1の3(7)(34ないし37ページ))。

(2) 原告らの主張は理由がないこと

しかしながら、被告第3準備書面第3の3(2)イ(9)(21ページ)で述べ

たとおり、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のであって、このこと故に同性カップルに対する負のメッセージが社会に伝達されるとはいえない。そして、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。これらのことに照らすと、本件規定による取扱いが、同性カップルに対する負のメッセージを社会に伝達したり、同性愛者等に対する構造的差別を生じさせているとはいえない。

4 結論

以上より、本件規定が憲法14条1項に違反するという原告らの主張は、理由がない。

第6 本件規定が憲法24条2項に違反する旨の主張に理由がないこと

1 原告らの主張

- (1) 原告らは、原告ら第7準備書面において、本件規定が憲法24条2項が規定する「個人の尊厳」に立脚していないと主張し、その理由ないし根拠として、①婚姻が重要な法律上の効果や利益に関わること（原告ら第7準備書面2つ目の第2〔以下、原告ら第7準備書面の「第2」とは2つ目を指すものとする。〕の2(1)〔5, 6ページ〕）、②婚姻が人間的な感覚・感情や人格に深く関わる事柄であること（同第2の2(2)〔6ページ〕）、③本件規定が相手の選択という近代的婚姻の本質に関わる制約であること（同第2の3〔6, 7ページ〕）、④性的指向という属性に基づく差別であること（同第2の4〔7ないし9ページ〕）、⑤本件規定の存在自体が同性愛者に対するスティグマを醸成するものであること（同第2の5〔9ないし11ページ〕）を指摘する。
- (2) その上で、原告らは、「本件規定は、『配偶者の選択』という婚姻の中核

的要素に制約を課す」ものであり、侵害の程度は極めて強度かつ甚大であること等から、「本件規定の憲法適合性に関しては、立法府の裁量を観念する余地はな」として、本件規定が憲法24条2項に違反する旨主張する（同第3及び第4〔12ないし14ページ〕）。

2 原告らの主張は理由がないこと

(1) しかしながら、被告第3準備書面第3の2（14、15ページ）で述べたとおり、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のであるから、同項を前提として具体的な制度の構築についての要請、指針を示した同条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というべきである。

したがって、本件規定は憲法24条2項に違反するものではない。

(2) また、最高裁判所平成27年12月16日大法廷判決（民集69巻8号2586ページ）は、憲法24条1項と2項との関係について「婚姻及び家族に関する事項は、関連する法制度においてその具体的内容が定められていくものであることから、当該法制度の制度設計が重要な意味を持つものであるところ、憲法24条2項は、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見える」と整理した上で、「3(1) 他方で、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。特に、憲法上直接保障された権利とまではないえない人格的利益や実質的平等は、その内容として多様なものが考え

られ、それらの実現の在り方は、その時々における社会的条件、国民生活の状況、家族の在り方等との関係において決められるべきものであり、「憲法24条の要請、指針に応じて具体的にどのような立法措置を講ずるかの選択決定が上記(1)のとおり国会の多方面にわたる検討と判断に委ねられているものであることからすれば、婚姻及び家族に関する法律の規定が憲法13条、14条1項に違反しない場合に、更に憲法24条にも適合するものとして是認されるか否かは、当該法制度の趣旨や同制度を採用することにより生ずる影響につき検討し、当該規定が個人の尊厳と両性の本質的平等の要請に照らして合理性を欠き、国会の立法裁量の範囲を超えるものとみざるを得ないような場合に当たるか否かという観点から判断すべきものとするのが相当である」と判示している。

しかるところ、次に述べるとおり、本件規定が、個人の尊厳と両性の本質的平等の要請に照らして合理性を欠き、国会の立法裁量の範囲を超えるものとみざるを得ない制度であるということはできない。

すなわち、被告第3準備書面第3の3(1)イ(17, 18ページ)で述べたとおり、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。

この点については、学説上、婚姻の意義が、生殖・保育から私的な個人の幸福追求へと変化した旨の指摘も存在するところであるが、そのような指摘を前提にしたとしても、現在の民法上の婚姻制度を離れたあり得べき婚姻制度の在り方は、どのような態様の結合に対して「婚姻」としての法的保護を与えるかという、まさに家族の在り方の根幹に関わるものであるから、前掲最高裁判決が判示したとおり、「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」として国会における立法裁量に委ねられるべき事柄であり、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憲法24条2項の要請に照らして合理性を欠き、国会の立法裁量の範囲を逸脱するに至ったものとみざるを得ないような場合にのみ、同条に違反することとなるというべきである。

このことを前提として、同性婚を認めていない本件規定が、憲法24条2項が規定する個人の尊厳と両性の本質的平等という要請によって画された国会の立法裁量の範囲を逸脱しているかどうかを検討すると、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という民法の婚姻制度の目的には合理性が認められるし、家族に関する基本的な制度においては、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、抽象的・定型的に、その間に子が出生する可能性のある「両性」の結合を婚姻制度の対象としていることについてもまた、上記の目的達成のための手段として合理性が認められるといえる。

なお、原告らは、前記1(2)のとおり、本件規定が配偶者の選択に制約を課すこと等を指摘し、「本件規定の憲法適合性に関しては、立法府の裁量を観念する余地はな」いなどと述べて本件規定が憲法24条2項に違反する旨主張するが、既に述べたところから明らかなように、このような主張には理由がない。

(3) これに対し、原告らは、前記1(1)の①から⑤(以下、単に「①」などという。)までのとおり、本件規定が憲法24条2項が規定する「個人の尊厳」に立脚していない旨を主張するが、以下に述べるとおり、いずれも理由がない。

ア ①の主張について

原告らは、婚姻には、有形・無形さまざまな重要な権利・利益が結びつけられているとして、婚姻に伴う種々の権利利益を挙げ、本件規定により、同性カップルはこうした個々の利益を受ける地位を奪われている旨主張する（原告ら第7準備書面第2の2(1)〔5, 6ページ〕）。

しかし、被告第3準備書面第3の3(2)イ(1)（20, 21ページ）で述べたとおり、契約や遺贈によって民法に規定されたのと同様の法的効果を生じさせることが可能である権利利益や、社会保障政策等の当否の問題又は私人間の契約の問題と解すべき権利利益など、原告らのいう権利利益は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ず、このような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が個人の尊厳に立脚していないことを基礎づけるとは認められない。

イ ②の主張について

原告らは、婚姻は「人と人の人格的で親密な関係を予定し、特に、精神的・経済的な協力関係に加え、多くの場合に性的つながりを伴うことを特徴とする」ものであるところ、婚姻するかどうか、いつ誰と婚姻をするかの選択は、「人がその人らしい人生を送る上で譲れない選択であり（憲法13条）」、本件規定は「人間的な感覚や感情、人格に深く関わる婚姻という事柄について、自律的決定を奪」うものであって、個人の尊厳を深く毀損すると主張する（原告ら第7準備書面第2の2(2)〔6ページ〕）。

しかし、被告第3準備書面第2の2(2)イ(7)（7, 8ページ）で述べたとおり、原告らのいう「自律的決定」をする権利が憲法13条によって保障されるとした最高裁判例はないし、上記(1)のとおり、「両性の本質的平等」に立脚すべきことを規定する憲法24条2項において、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から、同性の者を婚姻相手として選択する「自律的決定」とは、

憲法24条2項の要請を超える内容の法制度の創設を求めるものにほかならず、理由がない。また、すでに述べたとおり、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から、本件規定が直ちに個人の尊厳に違反するものともいえない。

ウ ③の主張について

原告らは、本件規定は、相手の選択という近代的婚姻の本質に関わる制約であり、侵害の態様・程度の点からしても、同性愛者等の個人の尊厳を著しく侵害する旨主張する（原告ら第7準備書面第2の3〔6、7ページ〕）。

しかし、誰と婚姻をするかについて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こと（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）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、誰と婚姻をするかについて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原則から、同性の者との意思の合致により婚姻をなし得るという帰結が導かれ、ひいては本件規定が憲法24条2項に反するとの結論が直ちに導かれるわけではない。

エ ④の主張について

原告らは、本件規定は、性的指向という属性に基づいて人を差別し、権利を奪うものであり、個人の尊厳を著しく毀損する旨主張する（原告ら第7準備書面第2の4〔7ないし9ページ〕）。

しかし、前記第5の1(2)で述べたとおり、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く、本件規定の文言上、同性愛者であることに基づく法的な差別的取扱いを定めているものではないから、この点に法令上

の区別は存在せず、本件規定が性的指向に基づく差別的取扱いとして個人の尊厳を毀損するということもいえない。

オ ⑤の主張について

原告らは、法の在り方や存在自体が社会の差別意識を生み出すことがあるとして最高裁判所平成25年9月4日大法廷決定（民集67巻6号1320ページ）を指摘し、本件規定についても、「同性間の関係は保護や尊重に値せず、異性間のそれに比べて劣位にあるというメッセージを、法律自身が日々広く発して」おり、同性愛者に対する不平等とスティグマを醸成する役割を不断に果たしていると主張する（原告ら第7準備書面第2の5〔9ないし11ページ〕）。

しかし、上記エのとおり、本件規定はその文言上同性愛者であることに基づく法的な差別的取扱いを定めているものではないのに対し、上記最高裁決定で憲法適合性が判断された民法900条4号ただし書前段は、正にその文言において嫡出でない子の相続分と嫡出子の相続分について法的な区別を設けていたのであるから、本件と上記最高裁決定とは明らかに事案が異なるのであり、法律の規定の存在が社会の意識に与える影響を同列に論じることとはできない。

そして、前記第5の3(2)でも述べたとおり、被告第3準備書面第3の3(1)イ（17、18ページ）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ことや、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となどに照らすと、本件規定が、同性間の関係は保護や尊重に値せず、異性間のそれに比べて劣位にあるというメッセージを社会に伝達したり、構造的に同性愛者等に対する差別の一環をなして、同性愛者の尊厳を傷つけたりするものとはいえない。

(4) 以上より、本件規定が、個人の尊厳と両性の本質的平等の要請に照らして合理性を欠き、国会の立法裁量の範囲を超えるものであるといえないことは明らかであり、原告らの主張は理由がない。

3 結論

以上より、本件規定が憲法24条2項に違反するという原告らの主張は、理由がない。

第7 結語

以上のとおり、本件規定が憲法13条、14条1項、24条1項又は2項に違反する旨の原告らの主張に理由がないことは明らかである。

よって、原告らの請求は棄却されるべきである。

以上