

【有償配布 や Web(ホームページ, ブログ, facebook 等)へのアップロード・転載はお止めください】

【リンクはご自由にお貼りください】

「結婚の自由をすべての人に」愛知訴訟(名古屋地裁)第 10 回期日(20211015)提出の書面です。

平成 31 年 (ワ) 第 597 号 損害賠償請求事件

原 告 大野利政、鷹見彰一

被 告 国

原告ら第 8 準備書面 (立法不作為)

2021 年 (令和 3 年) 10 月 8 日

名古屋地方裁判所民事第 8 部合議 A 係 御中

原告ら訴訟代理人 弁護士 山 田 麻 登

(代)

同 弁護士 矢 崎 暁 子

(代)

同 弁護士 堀 江 哲 史

原告ら訴訟復代理人 弁護士 進 藤 一 樹

(代)

同 弁護士 砂 原 薫

(代)

同 弁護士 水 谷 陽 子

(代)

【有償配布 や Web(ホームページ, ブログ, facebook 等)へのアップロード・転載はお止めください】

【リンクはご自由にお貼りください】

「結婚の自由をすべての人に」愛知訴訟(名古屋地裁)第 10 回期日(20211015)提出の書面です。

第 1 はじめに

本書面では、他地裁に係属中の本件と同種事案において、立法不作為の論点に関して議論になっている点について、原告らの主張を補足する。

第 2 本件における違憲審査の対象

1 現行民法等の不備または諸規定が違憲であること

(1) 本件で、原告らは、現行民法及び戸籍法（以下「現行民法等」という。）について、法律上の性別が同性同士の者による婚姻制度を法定していないことが日本国憲法に違反する、と主張するものである。

この原告らの主張は、主位的には、現行民法等が同性同士で利用できる婚姻制度を整備していないという法制度の不備ないし不存在状態が日本国憲法に違反している、というものであり、予備的には、現行民法等の婚姻に関する諸規定全体が同性同士の婚姻を阻害するものとして日本国憲法に違反している、というものである。

(2) 後者の主張を補足すると、現行民法等には明示的に同性同士の婚姻を禁止する規定があるわけではなく、当事者の性別や性的指向を要件として明示する条文も存在しない。しかしながら、現行民法等の婚姻に関する諸規定は、その要件及び効果を定める規定全体として、法律上同性である者同士が婚姻の法的効果を楽しむことを不可能とする内容となっている。したがって、これらの諸規定が日本国憲法の定める婚姻の自由や平等権を侵害する。

(3) 本件と同種事案の他の地域での訴訟において、国からは、同訴訟原告らの主張について、国会議員が民法及び戸籍法において同性の者との婚姻を認める法制度を創設しないことが違憲であるとの主張か、との求釈明が行われた。この求釈明は、国会議員の不作為という行為を違憲審査の対象とするか、という問いであると理解できるところ、本件原告らとしては、国会議員の不作為行為を違憲審査対象として提示するものではない。上述のとおり、現行民

【有償配布 や Web(ホームページ, ブログ, facebook 等)へのアップロード・転載はお止めください】

【リンクはご自由にお貼りください】

「結婚の自由をすべての人に」愛知訴訟(名古屋地裁)第 10 回期日(20211015)提出の書面です。

法等が同性同士の婚姻を定めていないという法の不備状態、または同性同士の婚姻を阻害している現行民法等の諸規定全体を違憲であると主張するものである。

2 現行民法等の法の不備が憲法に違反すること

(1) 上述のとおり、現行民法等の婚姻制度には、法律上同性の者同士の婚姻を禁止する規定はない。婚姻適齢未満の者(民法 7 3 1 条)、配偶者のある者(民法 7 3 2 条)の婚姻や、一定の親族関係にある者同士(民法 7 3 4 条等)の婚姻は明示的に禁止されているが、同性の者同士の婚姻は明文では禁止されていない。また、現行民法等には、未成年者における父母の同意(民法 7 3 7 条)や、戸籍法に基づく届出(民法 7 3 9 条)といった婚姻の要件を定める規定も存在するが、当事者の性別や性的指向に関する要件は明確でない。

他方、現行民法等のどの規定に基づき原告らの婚姻が否定されるのかという点についての国の主張も明らかではない。

そのため、原告らとしては、原告ら第 3 準備書面で指摘したとおり、第一次的には、現行民法等が同性同士で利用できる婚姻制度を整備していないものととらえ、その法の不備ないし不存在状態が憲法に違反すると主張している。

(2) 法の不備ないし不存在が憲法違反とされた例としては、最大判昭 3 7 年 1 1 月 2 8 日刑集 1 6 卷 1 1 号 1 5 9 3 頁(第三者所有物没収事件)(以下「昭和 3 7 年最大判」ともいう。)が挙げられる。同最判は、関税法 1 1 8 条 1 項が被告人の所有物であると否とを問わず没収できると定めていることを前提に、「関税法一一八条一項は、同項所定の犯罪に関係ある船舶、貨物等が被告人以外の第三者の所有に属する場合においてもこれを没収する旨規定しながら、その所有者たる第三者に対し、告知、弁解、防禦の機会を与えるべきことを定めておらず、また刑訴法その他の法令においても、何らかかる手続に関する規定を設けていないのである。従つて、前記関税法一一八条一項によ

【有償配布 や Web(ホームページ, ブログ, facebook 等)へのアップロード・転載はお止めください】

【リンクはご自由にお貼りください】

「結婚の自由をすべての人に」愛知訴訟(名古屋地裁)第 10 回期日(20211015)提出の書面です。

つて第三者の所有物を没収することは、憲法三一条、二九条に違反するものと断ぜざるをえない。」と判示した。この判示について、判例解説は、「本判決につき特に注意すべきことは、本判決が関税法 118 条 1 項の没収の実体規定そのものを違憲とするものではなく、所有者に告知、弁解、防禦の機会を与えることなく第三者の所有物を没収する判決が憲法に違反するとしている点である」としたうえで、「裁判の違憲といっても、その根源は、憲法の要請にそのような手続規定が整備されていない点にある」と指摘している(甲 A 4 4 6 : 最高裁判所判例解説刑事篇昭和 37 年度・228~229 頁)。

このように、昭和 37 年最大判の事案においても、日本国憲法の要請する第三者の適正手続を保障する手続規定が整備されていないという法の不備が問題となった。

もつとも、同事案は、不備のある法律を条文通り適用した判決という国家行為が存在したため、この国家行為に対する違憲審査が可能な事案であった。これに対し、本件は、婚姻は届出によって効力を発生するものとされており、「受理」という公権力の行使は存在しないため、「不受理」に対する違憲審査を求めることはできない(なお、原告らの婚姻届は区役所職員によって受領はされている)。それゆえ、昭和 37 年最大判の事案でも指摘されていた法の不備それ自体が直接に違憲審査の対象となる。

3 現行民法等が同性同士の婚姻を阻害していることが違憲であること

- (1) 仮に、法の不備ないし不存在状態に対する違憲審査は行えない、あくまでも特定の条文や文言が違憲であるかどうかの判断しかできないのだとするならば、現行民法等の婚姻に関する規定全体を違憲審査の対象とすべきである。
- (2) 民法 739 条 1 項は、婚姻の要件として、戸籍法に基づく届出を義務づけている。同項を受けた戸籍法 74 条及び戸籍法施行規則 56 条は、婚姻の届出に際して届け出るべき事項を定めているところ、戸籍法 74 条 1 号には必要的記載事項として「夫婦が称する氏」と規定されている。この規定は、婚

【有償配布 や Web(ホームページ, ブログ, facebook 等)へのアップロード・転載はお止めください】

【リンクはご自由にお貼りください】

「結婚の自由をすべての人に」愛知訴訟(名古屋地裁)第 10 回期日(20211015)提出の書面です。

姻の要件として、当事者が同じ氏を称しなければならないこと（夫婦同氏）を定めるものである。同時に、「夫婦が」とすることにより、婚姻の当事者を「男」と「女」の組み合わせに限定する要件を定めているといえる。

(3) これに加えて、民法 159 条、民法 728 条第 2 項、民法 750 条、民法 751 条第 1 項、民法 752 条、民法 754 条、民法 755 条、民法 756 条、民法 758 条第 1 項及び同条第 2 項、民法 759 条、民法 760 条、民法 761 条、民法 762 条、民法 763 条、民法 770 条第 1 項、民法 811 条の 2、民法 817 条の 3 第 2 項、民法 817 条の 4、民法 903 条第 4 項、戸籍法 6 条、戸籍法 13 条、戸籍法 14 条、戸籍法 16 条、戸籍法 20 条は、婚姻の効果を定めるものであるところ、当事者を「夫婦」と規定している。

そして、民法 750 条、民法 767 条、民法 769 条 1 項、民法 772 条 1 項、民法 774 条、民法 776 条、民法 777 条、民法 778 条、戸籍法 13 条、戸籍法 14 条、戸籍法 16 条も婚姻の効果を定めるものであるところ、「夫」又は「妻」と規定している。

(4) 現行民法等のうち、婚姻の効果を定める規定については、当事者が男性である場合には「夫」の、女性である場合には「妻」の規定を参照すればよいし、「配偶者」「当事者」といった性中立的な規定も多く存在する。しかし、婚姻の効果は届出に関する要件規定と一体不可分のものとして運用されている。そのため、婚姻のあらゆる法的効果が「男」と「女」のカップルにしか享受できない仕組みになっている。

したがって、現行民法等の婚姻に関する全規定のために、法律上同性同士の者が婚姻制度の利用を阻害され、婚姻の法的効果の一切を享受できないという権利侵害を受けている。このように考える場合、違憲審査の対象となるのは、現行民法等の婚姻に関する諸規定すべてとなる。

4 作為義務の内容

【有償配布 や Web(ホームページ, ブログ, facebook 等)へのアップロード・転載はお止めください】

【リンクはご自由にお貼りください】

「結婚の自由をすべての人に」愛知訴訟(名古屋地裁)第 10 回期日(20211015)提出の書面です。

現行民法等の法の不備ないし不存在状態が違憲であるとする場合でも、現行民法等の婚姻に関する諸規定が違憲であるとする場合でも、その違憲状態を解消するために立法府がとるべき作為義務は同一である。すなわち、現行民法等の文言を法律上同性同士の者が婚姻できるように修正することである。

現行民法等が定める婚姻の法的効果のうち、一部分しか同性同士のカップルには享受させないような立法や、「同性婚法」のように異性同士の婚姻とは異なる法制度を創設する立法は、すでにベースラインとして存在している婚姻制度を利用する権利を侵害することになりはならず、「異常な存在」というスティグマを助長することになるため、憲法 14 条 1 項に照らして許されない。

具体的な立法技術としては、たとえば、現行民法等のうち、婚姻の「要件」を定める届出に関する規定のうち、法律上異性同士の組み合わせに限定する民法 739 条 1 項、戸籍法 74 条及び戸籍法施行規則 56 条の「夫婦」という規定を性中立的な文言（例えば「当事者」）に修正することが考えられるほか、民法第 4 編第 2 章「婚姻」の冒頭に「夫婦」という文言を同性同士の組み合わせにも適用する旨の読み替え規定を置くことも考えられるし、すでに国会に提出された民法改正案（甲 A 116）も実現可能である。いずれにしても、裁判所は具体的な立法の方法に言及しなければ違憲審査ができないわけではないため、こうした方法がいくつか存在すること自体は、違憲の判断の妨げとはならない。

第 4 国会において違憲性が明白になった時期

1 国賠法上の違法

現行民法等の法の不備ないし不存在状態、あるいは現行民法等の婚姻に関する諸規定が、憲法 24 条または憲法 14 条に反し違憲であるとした場合、そのような憲法違反の状態を解消することなく立法府が放置していることが

【有償配布 や Web(ホームページ, ブログ, facebook 等)へのアップロード・転載はお止めください】

【リンクはご自由にお貼りください】

「結婚の自由をすべての人に」愛知訴訟(名古屋地裁)第 10 回期日(20211015)提出の書面です。

国賠法上違法となる。憲法上の権利侵害を立法府が放置していることについて、相当期間が経過していないかぎり国賠法上違法とはならない、とする考え方があがるが、訴状及び原告ら第 3 準備書面で指摘したとおり、相当期間は経過している。

2 国会において違憲性が明白になった時期

- (1) 原告ら第 3 準備書面 50 頁以下でも指摘したとおり、性的指向や性自認に基づく権利利益の制約や差別は個人の尊重の観点から許されないという法規範が確立されていることが国会に認識可能となり、その結果、婚姻に関して性的指向や性自認に基づき差別することが許されないことが国会にとって当然に認識可能となった時点は、いくつか指摘できる。
- (2) 1994 年には、日本も批准しており遵守義務を負っている自由権規約をめぐり、自由権規約委員会が同規約 2 条 1 項及び同 26 条の「性 sex」には「性的指向を含む」との判断を示した。これにより、性に関する重要な法律制度である婚姻に関しても性的指向に基づく差別が許されないということは、我が国の国会にも明白になった。
- (3) さらに 2000 年には、国会において「人権教育及び人権啓発の推進に関する法律」(平成 12 年 12 月 6 日法律第 147 号)が成立した。これに基づき、性的指向と性自認に基づく差別は人権の侵害との認識のもと、主要な人権課題として積極的に取り組むという国の方針が固まっていった。1997 年にはすでに、東京高等裁判所により、同性愛者の権利利益を十分に擁護すべきことが要請され、公権力の行使に当たる者が無関心であったり知識がなかったりすることは許されないことが、厳しく指摘されていたことからしても、2000 年の時点では性的指向のために婚姻制度から排除されている者が存在することは国会にも明らかであり、またそれが差別であることも十分に認識可能であった。
- (4) その後も、原告ら第 3 準備書面で詳述したように、我が国が性的指向にか

【有償配布 や Web(ホームページ, ブログ, facebook 等)へのアップロード・転載はお止めください】

【リンクはご自由にお貼りください】

「結婚の自由をすべての人に」愛知訴訟(名古屋地裁)第 10 回期日(20211015)提出の書面です。

かる人権保障に関して国連人権理事会による審査と勧告を受け、国内外で性的指向に基づく差別が許されないことを前提に諸施策を行っていることからすれば、どれだけ遅くとも 2008 年には、婚姻に関して性的指向に基づく権利制約が許されないことは国会にも明白であった。

2002 年には、外国で同性婚を行う者に対して婚姻要件具備証明書を発行していたことを法務省が把握し、「外国において同性間の婚姻を成立させることを目的として証明書の交付請求があった場合の証明書の様式について」と題する通知を発して、以後は独身証明書を発行するようになった(甲 A 4 4 7 : 第 1 7 1 回国会衆議院法務委員会議録第 4 号・8~9 頁)。この件については 2009 年に国会で取り上げられており、外国では同性婚が可能である国があるのに対して日本では同性婚が認められていないという事実が改めて確認された。

(5) 原告らは 2017 年 12 月に結婚契約等公正証書を作成しているが、上述のとおり、これより相当前の時点において、現行民法等により同性婚が認められていないことが憲法違反であることは国会にとって明白になっていた。

なお、本件立法不作為は、現在に至るまで継続的なものであり、これによって原告らが被っている権利利益の侵害及びそれによる損害も、単発的あるいは一時的なものではなく、少なくとも口頭弁論終結時まで継続する性質のものである。すなわち、本件は、平成 8 年 10 月 20 日に実施された衆議院議員の選挙において投票することができなかったことによる精神的損害が問題とされた在外国民選挙権訴訟判決(最大判平成 17 年 9 月 14 日民集 59 卷 7 号 2087 頁)の事案や、平成 20 年 3 月に離婚をした原告の再婚が再婚禁止規定のために望んだ時期から遅れて成立したことによる精神的損害が問題とされた再婚禁止規定違憲訴訟判決の事案のように、単発的ないしは一時的な権利利益の侵害及びそれによる損害が問題となった事案とは異なる。

原告らが婚姻届を提出したが不受理とされたことは、本件立法不作為によ

【有償配布 や Web(ホームページ, ブログ, facebook 等)へのアップロード・転載はお止めください】

【リンクはご自由にお貼りください】

「結婚の自由をすべての人に」愛知訴訟(名古屋地裁)第 10 回期日(20211015)提出の書面です。

る原告らの権利利益の侵害を客観的にも明確なものとする象徴的な出来事の一つではあるが、原告らが婚姻意思を有しているにもかかわらず婚姻することができない（仮に、再度婚姻届を提出したとしても受理されない）状況はその後変わらないのであるから、婚姻届の不受理という事実のみによって単発的・完結的な権利利益の侵害及びそれによる損害が生ずるものと解するのは適切ではない（選挙における投票の場合とは異なり、婚姻届を提出する時期や回数は当事者が任意に決定し得るものであるところ、原告らが婚姻届を提出する都度、個別的な権利利益の侵害及びそれによる損害が発生するものと解するのは不合理である）。

立法不作為の国家賠償法上の違法性判断についても、「近年の社会状況の変化等までが影響して徐々に違憲の評価を帯びるようになったという事情もその判断要素の一つとなり得るものである」とされるところ（甲 A 4 4 8：最高裁判所判例解説民事篇平成 2 7 年度（下）・6 8 5～6 8 6 頁）、以上に論じたところからすれば、その判断要素として取り込み得る事情の時的限界（終期）は、訴訟物たる権利関係の存否（本件立法不作為による継続的な権利利益の侵害によって被った損害について原告らが被告に対して国家賠償法 1 条 1 項に基づく損害賠償請求権を有するか否か）の判断の基準時である口頭弁論終結時となるものと解される。したがって、原告らは訴状において「遅くとも、原告らが日本において婚姻届を提出した時点においては、国会が正当な理由なく立法措置を怠ったと評価するに足りる期間が経過していたというべき」と主張している（訴状 7 9 頁）ものの、裁判所の判断においては、これに囚われることなく、口頭弁論終結時までの社会状況の変化等の全ての事情を判断要素として、本件立法不作為の違法性を判断することとなる。

以上