

【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」北海道訴訟(札幌高裁)第1回期日(20211223)提出の書面です。

令和3年(ネ)第194号 損害賠償請求控訴事件

控訴人 控訴人1 外5名

被控訴人 国

## 控訴審第2準備書面

2021年(令和3年)11月29日

札幌高等裁判所第3民事部3係 御中

控訴人ら訴訟代理人 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

同 弁護士 本 橋 優 子

## 目次

第1	「異性婚を定め、同性婚を定めていない本件規定が憲法24条及び13条に違反するものではない」とする被控訴人の主張について	5
1	「異性婚を定め、同性婚を定めていない本件規定が憲法24条に違反するものではない」とする被控訴人の主張について	5
2	「本件規定が婚姻について同性間の人的結合関係を対象とするものとして定めていないことが憲法13条に違反するものではない」とする被控訴人の主張について	5
3	「控訴理由書における控訴人らの主張に対する反論」について	6
(1)	「憲法13条が同性間の婚姻の自由を保障しているとする控訴人らの主張に理由がない」とする被控訴人の主張について	6
(2)	「憲法24条が同性間の婚姻の自由を保障しているとする控訴人らの主張に理由がない」とする被控訴人の主張について	7
第2	異性婚を定め、同性婚を定めていない本件規定が憲法14条に違反しないとする被告の主張について	8
1	「本件規定に基づき同性間で婚姻することができないことは、憲法自体が予定し、かつ、許容するものであり、憲法14条1項に違反するものではない」とする被控訴人の主張について	8
2	「婚姻及び家族に関する法制度の構築についての立法裁量を前提にしても、本件規定による区別取扱いは事柄の性質に応じた合理的根拠に基づくものであって憲法14条1項に違反しない」とする被控訴人の主張について	11
(1)	「同性婚を定めるかどうかについて立法府に広範な裁量が認められる場合、本件規定が憲法14条1項に違反すると評価されるのは、上記裁量の範囲を逸脱し又は濫用したことが明らかであると認められるときに限られる」とする被控訴人の主張について	12
ア	「憲法14条1項適合性を判断するに当たっては、立法府の裁量を前	

	提として、その広狭に応じ、立法目的の合理性、目的達成のための手段・方法の合理性を具体的に検討すべき」とする被控訴人の主張について	12
イ	「婚姻及び家族に関する事項の立法行為又は立法不作為の憲法14条1項適合性については、憲法24条2項の解釈と整合的に判断する必要がある」とする被控訴人の主張について	12
ウ	「同性婚を定めるか否かについては、立法府に広範な裁量が認められる」とする被控訴人の主張について	15
エ	「婚姻について同性愛者と異性愛者との間に性的指向によって差異が生じるとしても、それは本件規定から生じる事実上の結果ないし間接的な効果にすぎない」とする被控訴人の主張について	17
オ	「同性婚に係る権利利益は、憲法上保障されたものとはいえないし、具体的な法制度によって認められたものともいえない」とする被控訴人の主張について	22
カ	「小括」における被控訴人の第1審判決批判について	24
(2)	「本件規定の立法目的に合理的な根拠がある」とする被控訴人の主張について	24
ア	「憲法及び民法は、婚姻が生殖と子の養育を目的とする男女の結合であるとの我が国の伝統、慣習が制度化されたものである」とする被控訴人の主張について	24
イ	「本件規定は、生殖に結び付いて理解される異性間の人的結合関係を前提とした制度として婚姻を定めている」とする被控訴人の主張について	32
ウ	「本件規定の目的は、一人の男性と女性が子を産み育てながら共同生活を送るという関係に対して特に法的保護を与えることにあり、合理性がある」とする被控訴人の主張について	34
(3)	「本件規定が実際の自然生殖可能性の有無にかかわらず婚姻を認めてい	

ることや、同性婚を定めていないことがその立法目的との関連において合理性を有する」とする被控訴人の主張について .....	40
ア 「本件規定が実際の自然生殖可能性の有無にかかわらず婚姻を認めていることが、その立法目的との関連において合理性を有する」とする被控訴人の主張について .....	40
イ 「同性婚を定めていないことが本件規定の立法目的の関連においても合理性を有する」とする被控訴人の主張について .....	43
ウ 「目的達成のための手段・方法の合理性に関する原判決の判断の誤り等」に関する被控訴人の主張について .....	44
エ 「まとめ」における被控訴人の第1審判決批判について .....	47

本書面では、令和3年9月30日付け控訴答弁書における被控訴人の主張に対し、必要と認める限度で反論する。

なお、上記の控訴答弁書では、第1審判決で定義された用語について、第1審判決と異なる定義を与えているところが見られるが、本書面の用語は、被控訴人の主張を引用又は要約する場合を除いて、基本的には第1審判決の定義に従うものとする。

第1 「異性婚を定め、同性婚を定めていない本件規定が憲法24条及び13条に違反するものではない」とする被控訴人の主張について

1 「異性婚を定め、同性婚を定めていない本件規定が憲法24条に違反するものではない」とする被控訴人の主張について

被控訴人は、憲法の制定過程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から、同項が婚姻について異性間の人的結合関係のみを対象とし、同性間の人的結合関係を対象とすることを想定していないことは明らかであり、同項の規定の趣旨に照らして十分尊重に値するものと解される「婚姻をするについての自由」は、異性間の人的結合関係を対象とする婚姻についてのみ保障されていると解するのが相当であると主張する（控訴答弁書7～10頁）。

しかしながら、上記のような被控訴人の主張は、第1審判決と同様に、もっぱら憲法24条の文理解釈及び制定経緯のみに依拠したものであり、同条1項の規定の趣旨に照らした実質的な検討や憲法の諸規定の整合的解釈の観点を欠いたものであるといわざるを得ない。

同項の規定の趣旨や憲法の諸規定の整合的解釈の観点からすると、憲法24条及び13条により保障される婚姻の自由は、同性の相手との婚姻にも及ぶものと解すべきであることについては、控訴理由書第2の2（10～28頁）で論じたとおりである。

2 「本件規定が婚姻について同性間の人的結合関係を対象とするものとして定

めていないことが憲法13条に違反するものではない」とする被控訴人の主張について

被控訴人は、憲法24条1項は、婚姻について異性間の人的結合関係のみを対象とし、同性間の人的結合関係を対象とすることを想定しておらず、同条2項も、飽くまで婚姻が異性間の人的結合関係を対象とするものであることを前提として、これを具体化する制度の整備を立法に要請しているとする自己の見解を前提に、被控訴人らが本件規定により侵害されていると主張する権利又は利益の本質は、結局のところ、同性間の人的結合関係についても異性間の人的結合関係を対象とする婚姻と同様の積極的な保護や法的な利益の供与を認める法制度の創設を国家に対して求めるものにほかならないとした上で、このような内実のものが憲法13条の規定する幸福追求権の一内容を構成すると解することはできないなどと主張する（控訴答弁書11～12頁）。

しかしながら、先述のとおり、控訴人らの主張は、憲法24条及び13条による婚姻の自由の保障が同性の相手との婚姻にも及ぶものと解すべきことを前提に、法律上同性の者同士の婚姻を認めていない本件規定によって、同性愛の性的指向を有する控訴人らが婚姻をすることを妨げられていることは、被控訴人らに憲法上保障された婚姻の自由に対する正当な理由のない侵害であって違憲であるとするものであり、既に立法によって具体化された婚姻制度へのアクセスを否定されていることを問題としているものであって、現行の婚姻制度を離れた新たな法制度の創設を国家に対して求めるものではない。

被控訴人の主張は、控訴人とは異なる前提に立った上で、控訴人の主張を曲解し、その曲解に基づいて控訴人の主張について論難するものであり、的を射ないものである。

### 3 「控訴理由書における控訴人らの主張に対する反論」について

(1) 「憲法13条が同性間の婚姻の自由を保障しているとする控訴人らの主張に理由がない」とする被控訴人の主張について

被控訴人が上記項目下で縷々主張するところ（控訴答弁書12～16頁）は、前記2で述べたのと同様、憲法24条及び13条の解釈について、控訴人とは異なる見解を前提とした上で、控訴人の主張を曲解し、その曲解に基づいて控訴人の主張について論難するものであり、的を射ないものである。

(2) 「憲法24条が同性間の婚姻の自由を保障しているとする控訴人らの主張に理由がない」とする被控訴人の主張について

被控訴人が上記項目下で縷々主張するところ（控訴答弁書16～20頁）も、要するに、憲法24条及び13条の解釈についての自己の見解を前提として、これに反する控訴人の主張は誤りであるというものであるから、改めて逐一反論する必要を認めない。

なお、被控訴人は、婚姻の法的利益を享受する利益や婚姻をすることについての自由は、憲法の定める婚姻を具体化する法律（本件規定）に基づく制度を前提とするものであり、生来的ないし自然権的な権利利益であるとはいえないから、「異性間における婚姻の効果を享受する利益や婚姻の自由と同性間のそれらの間には、法律上、本質的な差異があるものと解さざるを得ない」（控訴答弁書19頁）などと主張するが、原告ら第6準備書面第2（5～6頁）で論じたとおり、このような被控訴人の主張は、現行法上の婚姻制度の内容と憲法上の婚姻（の自由の保障）との区別を弁えないものであり、「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」<sup>1</sup>に耐えられないものである上、仮に、憲法上の婚姻と現行法上の婚姻制度がイコール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という点でも明らかに不合理なものである。また、

---

<sup>1</sup> 畑佳秀『最高裁判所判例解説民事篇平成27年度（下）』（甲A246）737頁。

法律上異性の者同士の婚姻のみを認め、同性の者同士の婚姻を認めていない現行法の規程（本件規定）を離れて実質的にみても、「異性愛者と同性愛者との間で、婚姻によって生じる法的効果を受する利益の価値に差異があるとする理由はなく、そのような法的利益は、同性愛者であっても、異性愛者であっても、等しく享有し得るものと解するのが相当である」（第1審判決23頁）ことは、第1審判決が正当に指摘しているところである。

## 第2 異性婚を定め、同性婚を定めていない本件規定が憲法14条に違反しないと する被告の主張について

### 1 「本件規定に基づき同性間で婚姻することができないことは、憲法自体が予定し、かつ、許容するものであり、憲法14条1項に違反するものではない」とする被控訴人の主張について

(1) 被控訴人は、本件規定が婚姻について異性間の人的結合関係を対象とし、同性間の人的結合関係を対象とするものとして定めておらず、本件規定に基づき同性間で婚姻することができないことは、憲法自体が予定し、かつ許容しているものであって、憲法24条に違反するものといえないことはもとより、憲法14条1項に違反すると解することもできないなどと主張する（控訴答弁書20～22頁）。

しかしながら、憲法24条と憲法14条1項はその規律の内容を異にするものであるから、法律上同性の者同士の婚姻を認めていない本件規定が憲法24条及び13条により保障される婚姻の自由を正当な理由なく侵害するものとして違憲であるか否かと、本件規定によって、同じく婚姻しようとする国民でありながら、同性の相手と婚姻しようとする者は、民法731条から738条までに規定された婚姻の要件を満たした上で、民法739条及び戸籍法の規定に従って婚姻届を提出したとしても、適法なものとして受理されず、婚姻の成立及びその効力を一切認められないという区別取扱いが生じていることが憲法14条1項に違反するか否かは、基本的には相互に区別され



る別個の法的問題である。したがって、仮に本件規定が憲法24条及び13条に違反しないとしても、本件規定によって生じている区別取扱いが憲法14条1項に違反するということは一般に想定され得ることである。

その上で、被控訴人は、上記のような区別取扱いは、憲法24条が予定し、かつ許容しているものであると解されるから、憲法14条1項違反の問題を生じ得ない旨を主張するものであるが、そのような見解は被控訴人独自のものであって採用し難いものである。

被控訴人の見解に対する反論の詳細は、原告ら第6準備書面第4の3(2)(35～39頁)で論じたとおりであるが、学説においても、「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<sup>2</sup>と説かれており、また、ドイツ連邦憲法裁判所の決定においても、「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」と判断されている<sup>3</sup>ところであって、憲法24条の規定が本件規定の憲法14条1項適合性審査を免除する理由となり得るものとは到底解されないから、上記のような被控訴人の主張には理由がない。

なお、被控訴人は、「本件規定が婚姻について異性間の人的結合関係を対

---

<sup>2</sup> 渡辺康行ほか『憲法I 基本権』(甲A37)456頁(宍戸常寿執筆部分)。

<sup>3</sup> 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』(甲A257)111～114頁参照。

象とし、同性間の人的結合関係を対象とするものとして定めて「いない」ことを「本件規定による区別取扱い」とであると定義している（控訴答弁書22頁）が、「婚姻について異性間の人的結合関係を対象とし、同性間の人的結合関係を対象とするものとして定めて「いない」というのは本件規定の内容であって、それによって生じている「区別取扱い」ではないから、このような定義は不適切なものであり、ミスリーディングなものである。

- (2) 被控訴人は、控訴人らの主張が、本件規定が同性婚を認めていないことが憲法14条1項に違反する旨を主張するものであることや、本件規定が憲法の定める婚姻を具体化するパッケージとして定められた規定であることからすれば、本件規定の一部だけを切り出して同性間の人的結合関係について適用の対象とすべきか否かを論じる性質のものではなく、本件規定が同性愛者に対し婚姻によって生じる法的効果の一部ですらもこれを享受する法的手段を提供しないとしていることを殊更に問題視している第1審判決は、問題の捉え方を根本的に誤ったものであるなどと主張する（控訴答弁書22～23頁）。

しかしながら、第1審判決は、本件規定によって生じている「同性愛者のカップルは、婚姻することにより婚姻によって生じる法的効果を享受するか、婚姻せずそのような法的効果を受けないかを選択することができるが、同性愛者のカップルは、婚姻を欲したとしても婚姻することができず、婚姻によって生じる法的効果を享受することはできない」という「本件区別取扱い」（第1審判決20頁）について、それが合理的根拠に基づくものであるか否かを検討した上で、「同性愛者に対しては婚姻という制度を利用する機会を提供しているにもかかわらず、同性愛者に対しては、婚姻によって生じる法的効果の一部ですらもこれを享受する法的手段を提供していないとしている」限度で合理的根拠を欠いたものであると判断を示したものである（第1審判決32頁）。すなわち、第1審判決は、被控訴人のいう「パッケージ」とし

ての本件規定によって生じている本件区別取扱いを憲法適合性の判断対象とした上で、その憲法適合性の判断内容として、それが上記の限度で合理的根拠を欠いたものである旨を判示したものであって、被控訴人が批判するように、「パッケージ」としての本件規定の一部だけを切り出して、その憲法適合性を判断したり、同性間の人的結合関係について適用の対象とすべきか否かを論じたりしたものではない（なお、本件規定が「パッケージ」として異性間の人的結合関係のみを対象にしていることからすれば、裁判所としては、そのような立法府の選択を前提にその憲法適合性を判断するのは当然のことである。そして、本件規定が憲法14条1項に違反するものと判断される場合に、同性愛者に対し婚姻によって生じる法的効果のどの部分までを認めれば本件区別取扱いが憲法14条1項に適合するものとなるかというようなことは、婚姻及び家族に関する事項についての具体的な制度の構築の責任を第一次的に負う立法府がまずもって検討すべきことであって、裁判所がそのようなことまで検討して判断しなければ本件規定について違憲判断をなし得ないというものではないし、現に、第1審判決もその点について具体的な判断を示していない。）。

また、本件規定が同性間の婚姻を認めていないことが憲法14条1項に違反する旨の控訴人らの主張が、「同性愛者に対しては婚姻という制度を利用する機会を提供しているにもかかわらず、同性愛者に対しては、婚姻によって生じる法的効果の一部ですらもこれを享受する法的手段を提供しないとしていること」が合理的根拠を欠くことをも問題とする趣旨を含むものであることは、その主張内容から明らかである。

したがって、第1審判決に対する上記のような被控訴人の批判は、的を射ないものであるといわざるを得ない。

- 2 「婚姻及び家族に関する法制度の構築についての立法裁量を前提にしても、本件規定による区別取扱いは事柄の性質に応じた合理的根拠に基づくものであ

って憲法14条1項に違反しない」とする被控訴人の主張について

(1) 「同性婚を定めるかどうかについて立法府に広範な裁量が認められる場合、本件規定が憲法14条1項に違反すると評価されるのは、上記裁量の範囲を逸脱し又は濫用したことが明らかであると認められるときに限られる」とする被控訴人の主張について

ア 「憲法14条1項適合性を判断するに当たっては、立法府の裁量を前提として、その広狭に応じ、立法目的の合理性、目的達成のための手段・方法の合理性を具体的に検討すべき」とする被控訴人の主張について

被控訴人は、上記項目下において、「立法行為又は立法不作為の憲法14条1項適合性を判断するに当たって」の検討方法について縷々主張する（控訴答弁書23～24頁）。

しかしながら、本件で憲法適合性判断の対象とされているのは、（立法行為及び立法不作為の結果としての）本件規定によって生じた本件区別取扱いであり、国会議員の立法行為又は立法不作為ではないし、被控訴人が引用する最判の調査官解説も「立法行為又は立法不作為の憲法14条1項適合性を判断するに当たって」の検討方法を論じたものではない（最大判平成27年12月16日民集69巻8号2427頁は「民法733条1項の規定のうち100日の再婚禁止期間を設ける部分」及び「民法733条1項の規定のうち100日を超えて再婚禁止期間を設ける部分」の憲法適合性が、最判平成27年3月10日民集69巻2号265頁は「国籍法12条」の憲法適合性がそれぞれ問題となった事案であって、「立法行為又は立法不作為」の憲法適合性が問題となった事案ではない。）。

被控訴人の主張は、的を射ないものである上、判例を正解せず、独自の見解を「判例の基本姿勢」の名の下に説くものであって、失当である。

イ 「婚姻及び家族に関する事項の立法行為又は立法不作為の憲法14条1

項適合性については、憲法24条2項の解釈と整合的に判断する必要がある」とする被控訴人の主張について

被控訴人が上記項目下において縷々論じているところ（控訴答弁書25～27ページ）は、要するに、本件規定が憲法24条及び13条に違反しないと判断しながら、憲法14条1項には違反すると判断した第1審判決は、再婚禁止期間違憲判決及び平成27年夫婦別姓訴訟最高裁判決の判断手法に照らして特異なものであり、憲法14条適合性判断と憲法24条2項適合性判断の整合性を欠くものであると批判するものと解される。

しかしながら、被控訴人が引用する再婚禁止期間違憲判決は、民法733条1項の規定のうち、100日の再婚禁止期間を設ける部分について「憲法14条1項にも、憲法24条2項にも違反するものではない」とする一方、100日を超えて再婚禁止期間を設ける部分について「憲法14条1項に違反するとともに、憲法24条2項にも違反する」と判断したものであり、平成27年夫婦別姓訴訟最高裁判決は、民法750条について「憲法13条に違反するものではない」、「憲法14条1項に違反するものではない」とする一方、「婚姻及び家族に関する法制度を定めた法律の規定が憲法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」として、結論として「憲法24条に違反するものではない」と判断したものである。

これらの判例において、婚姻及び家族に関する法制度を定めた法律の規定について、憲法の条項毎に憲法適合性が判断されていることからすれ

ば、これらの判例は、憲法13条、14条及び24条は、それぞれその規律内容を異にするものであるから、婚姻及び家族に関する法制度を定めた法律の規定の憲法適合性は、これらの憲法の条項毎に個別に判断する必要があり、その判断が区々になることもあり得るという前提に立つものであることが明らかであって、被控訴人の主張するように、「憲法24条に違反しない法律の規定が憲法14条違反となることはない」というような旨を述べるものとは到底解されない。したがって、本件規定の憲法13条、14条及び24条適合性を個別に検討した上で、本件規定が憲法24条及び13条に違反しないと判断しつつ、憲法14条1項には違反すると判断した第1審判決の判断手法は、これらの判例の判断手法に沿ったものであるということができ、何ら「特異」と評されるべきところはない。

なお、被控訴人は、自らの見解の論拠として、再婚禁止期間違憲判決においては、民法733条1項の規定の憲法14条1項適合性判断に当たって、「同条〔=憲法24条〕2項にいう『両性の本質的平等』違反の有無に関する立法府の立法裁量の範囲を逸脱していないかの審査も同時に行われている」とする調査官解説を引用するが、これは、当該事案が「本件規定が再婚をする際の要件に関し男女の区別をしていること」（傍点は引用者による）の憲法適合性が問題となった事案であることから、結果として、憲法14条1項適合性審査に当たって憲法24条2項の「両性の本質的平等」違反の有無に関する審査も同時に行われていると「評価することができる」<sup>4</sup>ことになる旨を指摘したものと解されるのであって、およそ婚姻及び家族に関する法制度を定めた法律の規定については、すべからず憲法14条1項適合性審査に憲法24条（2項）適

---

<sup>4</sup> 加本牧子『最高裁判所判例解説民事篇平成27年度（下）』（甲A156）685頁。被控訴人は、この「評価することができる」という記述を引用から欠落させている。

合性審査が包摂されることになる（あるいは、反対に、憲法24条〔2項〕適合性審査が憲法14条1項適合性審査に包摂されることになる）旨を述べるものとは到底解されない。また、被控訴人が引用する平成27年夫婦別姓訴訟最高裁判決の調査官解説も、憲法14条1項と憲法24条の規範内容の相違（形式的な平等か実質的な平等か）を述べるものであり、被控訴人の見解の論拠となるものではない。

第1審判決の判断手法を判例に照らして「特異」とであると評する被控訴人の主張こそ「特異」なものであって、採用し難いものである。

ウ 「同性婚を定めるか否かについては、立法府に広範な裁量が認められる」とする被控訴人の主張について

被控訴人は、「憲法が同性間の人的結合関係を対象とする婚姻制度を構築することを想定していない」と主張する一方、「同性間の人的結合関係を対象とする法制度を構築するか否かについては、異性間の人的結合関係を対象とする婚姻及び家族に関する事項に比べ、立法府により広範な裁量が認められると解するのが相当である」などと主張する（控訴答弁書29頁）。

しかしながら、憲法が「想定していない」法制度の構築を立法府の「裁量」に委ねているというのは、日本語の通常の意味によれば整合的に解釈することが困難な主張であるといわざるを得ない<sup>5</sup>。上記主張における被控訴人の主張の要点が、同性間の人的結合関係を対象とする法制度を構築するか否かについて立法府に広範な裁量が認められる旨をいう点にあるとするならば、憲法がそのような法制度を「想定していない」という点は、その文言の日本語としての意味には反するが、「要請していな

---

<sup>5</sup> 「想定」とは「ある一定の状況や条件を仮に思い描くこと」を意味するから、ある法制度を「想定していない」ということは、仮にもそのような法制度が構築されることを思い描いていないということであろう。

い」という程度の意味のものと解するほかない（被控訴人も、控訴答弁書37頁では、「同条〔=憲法24条のこと。引用者注〕2項においても、異性間の人的結合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かった」〔傍点は引用者による。〕と述べている。）。

その点を措くとしても、婚姻が法律による制度構築を前提とするものであり、その具体的な制度の構築が第一次的には立法府の合理的な裁量判断に委ねられるものであるとしても、その裁量権の行使の結果である法律によって定められた婚姻制度の内容によって生じた区別が、合理的理由のない差別的取扱いとなるときは、憲法14条1項違反の問題を生ずることはいうまでもない（国籍法違憲判決〔最大判平成20年6月4日民集62巻6号1367頁〕<sup>6</sup>及び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〕<sup>7</sup>参照）。婚姻に関しては、既に本件規定によって異性間の婚姻のみを対象とする具体的な法制度が構築されているものであり、本件において問われているのは、そのような

---

<sup>6</sup> 「憲法10条の規定は、国籍は国家の構成員としての資格であり、国籍の得喪に関する要件を定めるに当たってはそれぞれの国の歴史的事情、伝統、政治的、社会的及び経済的環境等、種々の要因を考慮する必要があることから、これをどのように定めるかについて、立法府の裁量判断にゆだねる趣旨のものであると解される。しかしながら、このようにして定められた日本国籍の取得に関する法律の要件によって生じた区別が、合理的理由のない差別的取扱いとなるときは、憲法14条1項違反の問題を生ずることはいうまでもない」（下線は引用者による。）と判示する。

<sup>7</sup> 相続制度は、被相続人の財産を誰に、どのように承継させるかを定めるものであるが、相続制度を定めるに当たっては、それぞれの国の伝統、社会事情、国民感情なども考慮されなければならない。さらに、現在の相続制度は、家族というものをどのように考えるかということと密接に関係しているのであって、その国における婚姻ないし親子関係に対する規律、国民の意識等を離れてこれを定めることはできない。これらを総合的に考慮した上で、相続制度をどのように定めるかは、立法府の合理的な裁量判断に委ねられているものというべきである。この事件で問われているのは、このようにして定められた相続制度全体のうち、本件規定により嫡出子と嫡出でない子との間で生ずる法定相続分に関する区別が、合理的理由のない差別的取扱いに当たるか否かということであり、立法府に与えられた上記のような裁量権を考慮しても、そのような区別をすることに合理的な根拠が認められない場合には、当該区別は、憲法14条1項に違反するものと解するのが相当である」（下線は引用者による。）と判示する。



本件規定により生じている「異性愛者のカップルは、婚姻することにより婚姻によって生じる法的効果を受けないかを選択することができるが、同性愛者のカップルは、婚姻を欲したとしても婚姻することができず、婚姻によって生じる法的効果を受けない」という「本件区別取扱い」が合理的根拠に基づくものとして憲法14条1項に適合するか否かであるから、裁判所としては、そのような観点から本件規定の憲法14条1項適合性を検討して判断すれば足りるものであり、その際、合理的根拠の有無について裁判所がどの程度まで踏み込んだ審査をすべきかは、区別事由が自らの意思や努力によって変えられないものであるか否かや、区別に係る権利利益ないし法的地位の重要性というような「事柄の性質」に応じて定まるべきものである。

本件規定による具体的な法制度を離れて、「同性間の人的結合関係を対象とする法制度を構築するか否か」や構築するとしていかなる法制度を構築すべきかというような問題は、本件訴訟の主題となっているものではないから、そのような問題についての立法府の広範な裁量の存在を論ずる被控訴人の主張は、的を射ないものである。

エ 「婚姻について同性愛者と異性愛者との間に性的指向によって差異が生じるとしても、それは本件規定から生じる事実上の結果ないし間接的な効果にすぎない」とする被控訴人の主張について

(ア) 被控訴人は、法律の規定が特定の事由に基づく区別により法的取扱いを異にしているか否かは、当該規定の趣旨・内容や在り方から客観的に判断すべきであって、結果（実態）として生じている、又は生じ得る差異から判断するのは相当でないとした上で、本件規定は、一人の男性と一人の女性との間に婚姻を認めるものであり、婚姻の成立要件として当事者に特定の性的指向を有することを求めたり、当事者が特定の性的指

向を有することを理由に婚姻を禁じたりするものではないから、性的指向について中立的な規定であるとし、本件区別扱いは、そのような性的指向につき中立的な本件規定から生じる事実上の結果ないし間接的な効果に過ぎないから、本件規定によって生じている本件区別扱いが性的指向に基づくものであるとした第1審判決の判示は誤りであるなどと主張する（控訴答弁書29～30頁）。

しかしながら、被控訴人は、本件規定によって生じている本件区別扱いが性的指向に基づくものであるとした第1審判決の判示を「誤りである」などと批判しながら、正しくはどのような事由に基づくものであると解すべきかについての自らの見解を明らかにしていない（明らかにし得ていない）から、被控訴人の主張は、そもそも第1審判決に対する批判としての的確なものとはいえない。

その点を措くとしても、一人の男性と一人の女性との間にのみ婚姻を認める本件規定は、婚姻をしようとする両当事者が法律上異性の者同士であるか同性の者同士であるかであるかにより区別を設けるものであり、これを個々の当事者の観点からみれば、同じく婚姻しようとする国民でありながら、異性の相手と婚姻しようとする者と同性の相手と婚姻しようとする者との間に区別を設けるものであるといえる。そして、そのような区別の事由となっているのは、国民が婚姻の相手として選択した者が異性であるか同性であるかという点にあるところ、第1審判決が正当に指摘するとおり、婚姻の本質が、両当事者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ことにあると解されること（最高裁昭和61年（オ）第260号同62年9月2日大法廷判決・民集41巻6号1423頁参照）からすると、同性愛者が性的指向と合致しない異性の相手との間で婚姻することができるとしても、そのような婚姻は当該同性愛者にとって婚姻の本質を伴ったものにはな

らないものと考えられ、同性愛者が恋愛や性愛の対象とならない異性の相手と婚姻したとしても、婚姻意思を伴っているとは認め難いと解されるのであり、このことは、反対に、異性愛者が性的指向と合致しない同性の相手との間で婚姻することを想定した場合も同様であると解される。そうすると、国民がその婚姻の相手として法律上異性の者を選択するか同性の者を選択するかということは、自らの意思によって自由に決定し得るものではなく、自らの意思にかかわらず決定される個人の性質である性的指向と密接不可分な関わりを有する事柄であるといえる。以上のことからすると、本件規定によって異性の相手と婚姻しようとする者と同性の相手と婚姻しようとする者との間に生じている本件区別取扱いは、性的指向に基づくものであると解するのが相当であり、その旨を判示した第1審判決に被控訴人の指摘するような誤りは何ら存しない。

なお、異性間の婚姻のみを認め、同性間の婚姻を認めないことが性的指向に基づく区別であると解されることについては、以下のとおり、諸外国の裁判例でも度々判示されているところである。

- ① アメリカ連邦最高裁のオーバーゲフェル判決は、「同性カップルの婚姻する権利の否定は、重要かつ継続的な権利侵害を構成する。ゲイとレズビアンに対し、このように権利を否定することは、その尊厳をないがしろにし、その地位を劣ったものにすることになる。そして平等保護条項は、デュー・プロセス条項と同様に、婚姻する基本的権利に対するこのような正当化事由のない侵害を禁じている」（甲A100・245頁）と判示して、同性カップルの婚姻する権利の否定が同性愛の性的指向を有するゲイやレズビアンの人々に対する平等保護条項違反の侵害となることを明らかにしている。
- ② 台湾の大法官解釈（司法院釈字第748号解釈）は、「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」と判示している（甲101の2・4頁）。

- ③ ドイツ連邦憲法裁判所の2009年7月7日決定（BVerfGE124,19）は、「婚姻か生活パートナーシップかについての個人の決定は、その性的指向性と分ち難く結びつく。したがって、婚姻と生活パートナーシップの遺族年金扶助に関する異なった取扱いを正当化するためには、長期にわたり法的に固定された生活共同体の両形式の間に重大な違いがあることが必要となる」と判示している<sup>8</sup>。

以上に反して、本件区別取扱いが性的指向に基づくものであることを否定する被控訴人の主張は、独自のものであり、結局のところ、「異性愛者であるか同性愛者であるかを問わず、国民は婚姻制度を利用することができるのであるから、この点に法令上の区別は存在しない」（被告第4準備書面4頁）などという到底採用し難い見解を、形を変えて繰り返すものであると評せざるを得ない。

- （イ）上述のとおり、被控訴人は、法律の規定が特定の事由に基づく区別により法的取扱いを異にしているか否かは、当該規定の趣旨・内容や在り方から客観的に判断すべきであって、結果（実態）として生じている、又は生じ得る差異から判断するのは相当でないなどと主張する。

しかしながら、先に国籍法違憲判決及び婚外子相続分差別違憲決定を参照して論じたとおり、婚姻が法律による制度構築を前提とするものであり、その具体的な制度の構築が第一次的には立法府の合理的な裁量判断に委ねられるものであるとしても、その裁量権の行使の結果である法律によって定められた婚姻制度の内容によって生じた区別が、合理的理

---

<sup>8</sup> 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』（甲A257）112頁。

由のない差別的取扱いとなるときは、憲法14条1項違反の問題を生ずることはいうまでもなく、差別的取扱いとなるか否かは区別についての合理的理由の有無によって判断されるべきものであるから、上記のような被控訴人の主張は独自のものであって、採用できないものであることが明らかである。

また、被控訴人は、本件規定が「婚姻の成立要件として当事者に特定の性的指向を有することを求めたり、当事者が特定の性的指向を有することを理由に婚姻を禁じたりするものではな〔い〕」ことから「性的指向について中立的な規定である」などとも主張する（控訴答弁書30頁）が、本件規定によって生じている本件区別取扱いが性的指向に基づくものであると解すべきことは上記（ア）で論じたとおりであり、本件規定が婚姻の成立要件ないし障害事由として「性的指向」を明文で定めていなければそのような解釈をすることができないというものではないから、被控訴人の指摘するような事情をもって、本件規定が性的指向について中立的な規定であると解することはできない。

（ウ）上述のとおり、被控訴人は、本件規定によって生じている本件区別取扱いは「事実上の結果ないし間接的な効果」にとどまるものであるなどとも主張するが、その前提となる、本件規定が性的指向について中立的な規定であり、本件規定によって生じている本件区別取扱いが性的指向に基づくものではないとする被控訴人の見解が誤ったものであることは、上記（ア）及び（イ）で論じたとおりである。

性的指向が自らの意思によって自由に決定し得るものでないことからすると、一人の男性と一人の女性との間にのみ婚姻を認めている本件規定によって同性愛の性的指向を有する者がその性的指向と合致する同性の相手との間で婚姻することを妨げられているのは、個人が自らの意思によっては回避することのできない必然的な事態であるとみられるもの

であり、単なる「事実上の結果ないし間接的な効果」にとどまるものでないことは明らかである。

オ 「同性婚に係る権利利益は、憲法上保障されたものとはいえないし、具体的な法制度によって認められたものともいえない」とする被控訴人の主張について

被控訴人は、憲法24条は、婚姻について異性間の人的結合関係のみを対象とし、同性間の結合関係を対象とする婚姻制度の構築については想定しておらず、現行法上も同性間の人的結合関係について婚姻と同様の法的効果を認める規定は存しないから、同性婚の相手を自由に選択する権利や婚姻によって生じる法的効果を享受する利益等の同性婚に係る権利利益は憲法上保障されたものであるとはいえず、具体的な法制度によって認められたものともいえないとした上で、本件規定の憲法14条適合性を判断するに当たっては、そのような権利利益の性質が十分に考慮されるべきであるとし、その点を正しく考慮することなく、婚姻によって生じる法的効果を享受する利益が「異性愛者であっても同性愛者であっても、等しく享有し得る重要な利益である」と判示した第1審判決は誤りであるなどと主張する（控訴答弁書30～34ページ）。

しかしながら、まず、憲法24条及び13条が婚姻について異性間の人的結合関係のみを対象とし、同性間の結合関係を対象とする婚姻制度の構築については想定していない旨をいう点が誤りであることは、前記第1の1（そこで引用した控訴理由書第2の2・10～28頁）で論じたとおりである。

また、同性間の婚姻に係る権利利益が具体的な法制度によって認められていないということは、本件規定によって生じている本件区別取扱いそのものであるから、そのことを本件区別取扱いの対象となる「権利利益の性質」として考慮すべきとする被控訴人の主張は、理解に苦しむもの

である（被控訴人の主張は、敷衍すれば、本件規定を前提とした上で、「本件規定によって権利利益を認められている者にとっては当該権利利益は重要であるが、本件規定によって当該権利利益を認められていない者にとっては重要ではない」というものであり、論点先取の誤った推論に基づくものであるといわざるを得ない。）。

これらの点を措くとしても、憲法14条1項適合性審査の場面において、区別に係る権利利益ないし法的地位が「重要」なものであると認められるために、当該権利利益ないし法的地位自体が憲法上保障されたものであることが必須でないことについては、国籍法違憲判決が示すとおりである。そして、第1審判決は、憲法24条が「異性婚について定めたものであり、同性婚について定めるものではないと解するのが相当である」

（第1審判決18頁）とする解釈を前提とした上で、「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ことにあるが、異性愛と同性愛の差異は性的指向の違いのみであることからすれば、同性愛者であっても、その性的指向と合致する同性との間で、婚姻している異性同士と同様、婚姻の本質を伴った共同生活を営むことができると解される」（第1審判決25～26頁）ことを踏まえて、「異性愛者と同性愛者の差異は、性的指向が異なることのみであり、かつ、性的指向は人の意思によって選択・変更できるものではないことに照らせば、異性愛者と同性愛者との間で、婚姻によって生じる法的効果を楽しむ利益の価値に差異があるとする理由はなく、そのような法的利益は、同性愛者であっても、異性愛者であっても、等しく享有し得るものと解するのが相当である」（第1審判決23頁）と判示したものである。このように、第1審判決は、同性間の婚姻に係る権利利益が憲法24条によって保障されたものとはいえないことも十分に考慮した上で、なお上記に判示されたような理由から、婚姻によって

生じる法的効果を享受する利益が「異性愛者であっても同性愛者であっても、等しく享有し得る重要な利益である」と判断したものであるから、上述のような被控訴人の批判はまったく当たらないものである。

カ 「小括」における被控訴人の第1審判決批判について

上記項目下において被控訴人が縷々主張する第1審批判が失当なものであることは、これまでに論じたところから明らかである。

(2) 「本件規定の立法目的に合理的な根拠がある」とする被控訴人の主張について

ア 「憲法及び民法は、婚姻が生殖と子の養育を目的とする男女の結合であるとの我が国の伝統、慣習が制度化されたものである」とする被控訴人の主張について

(ア) 被控訴人は、「本件規定の目的は、一人の男性と一人の女性が子を産み育てながら共同生活を送るという関係に対して特に法的保護を与えることにあると解するのが相当である」（控訴答弁書39頁）とする自己の主張の裏付けとして、婚姻は、伝統的に生殖と密接に結びついて理解されており、それが異性間のものであることが前提とされてきたところ、明治民法における婚姻も、そのような我が国の従来慣習を制度化したものであるから、男女間のものであることが前提とされており、そのような前提は、昭和22年の現行民法制定時においても変更されなかった旨を主張する（控訴答弁書36～37頁）。

(イ) しかしながら、まず、明治民法における婚姻が「我が国の従来慣習を制度化したもの」であるとし、従来慣習の制度化それ自体が婚姻立法の目的であるかのように論ずる被控訴人の主張は、極めてミスリーディングなものである。

すなわち、未だ婚姻に関する統一的な法制度を有していなかった段階



<sup>9</sup>において、旧民法の起草者らが婚姻立法に際して問題としたのは、そもそも「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」<sup>10</sup>ということ、すなわち、「なぜ婚姻について既に存在する従来の慣習に委ねることを継続するのではなく、法律上の制度を設ける（民法中に規定を設ける）必要があるのか」ということであった<sup>11</sup>。

この点について、旧民法の起草者である熊野敏三は、「第一、男女ノ関係ハ、若シ単ニ肉体上ノ満足ヲ求ムルニ過ギザルトキハ、実ニ卑ムベキ所ノ醜事タルベシ。其高尚ニシテ徳義ヲ存センニハ、夫婦和合シ苦楽ヲ分チ、以テ其天性ヲ遂グルニ在リ。故ニ婚姻ハ、男女ノ関係ニ高尚ナル徳義ノ性質ヲ与フルモノナリ」、<sup>12</sup>「第二、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観察セバ、婚姻ノ制度ハ、実ニ社会ノ基礎タルコトヲ了解スベシ」との説明をしていたものである<sup>12</sup>。

また、熊野敏三と同じく法律取調報告委員を務めた磯部四郎も、旧民法制定直後の解説書で、法律上の婚姻制度を設けた理由について、「古来我国ノ慣習ニ依レバ、婚姻ヲ以テ四礼中ノ一ニ置キ、其婚姻ヲ結了スルニハ啻ダニ合盃花燭ノ礼式ヲ要スルノミナラズ、之ニ付随スル礼式数多アリテ、之ヲ一見スルトキハ、全ク有式ノ行為タリシガ如シ。然レドモ、其礼式ニ違背スルモノハ之ヲ無効ト為スベキヤ、将マタ私通ノ部類ニ置クベキヤニ至テハ、漠然トシテ之ヲ判定スルノ法則ナク、殊ニ近時

---

<sup>9</sup> 青山道夫・有地亨編『新版注釈民法(21)親族(1)』(甲A16)179頁(「明治初年においては、婚姻の実質的要件は、慣習に委ねられ、統一的な実体法は存在しなかった」とする。)参照。

<sup>10</sup> 熊野敏三・岸本辰雄『民法正義人事編卷之壱』(明治23年)(甲A186)141頁。

<sup>11</sup> その背景に、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があったことについては、青山道夫・有地亨編『新版注釈民法(21)親族(1)』(甲A177)21頁参照。

<sup>12</sup> 熊野敏三・岸本辰雄『民法正義人事編卷之壱』(甲A186)141~142頁。

ニ至リテハ其礼式頽敗シテ殆ンド無式ノ行為タルガ如キ情況ヲ呈スルニ至レリ。斯ノ如キハ吾人ニ自由ニ与フルノ致ス所ナルガ如シト雖モ、真ノ夫婦タルモノト夫婦タルニアラズシテ男女同居スルモノトヲ區別セズ、之ヲ各自ノ自由ニ放任スルハ又是レ社会ノ秩序ヲ紊乱シ、人倫ノ大礼ヲ破壊スルモノト云ハザルベカラズ。古語ニモ云ハズヤ、男女室ニ居ルハ人ノ大倫ナリト。然ルニ此大礼ノ地ニ墮ツルニ放任シ措テ、之ヲ問ハズト云フガ如キハ、人倫ノ道ニ悖ルモノト云ハザルベカラズ。是レ民法上ニ於テ之ヲ規定シタル所以ナリ」と説明している<sup>13</sup>。

これらの説明からすると、旧民法における婚姻立法は、我が国の従来ノ慣習を制度化することを立法目的とするものではなく、従来慣習に委ねられてきた婚姻について一定の立法目的をもって法律上の制度を設けるものであったことが明らかである。

そして、このことは、旧民法人事篇の施行延期中になされた明治民法における婚姻立法についても同様であったと考えられるのであり、起草者の梅謙次郎が、「婚姻ハ人生ノ一大事ナリ而シテ之ニ付テハ既ニ一定ノ慣習アリ俄ニ之ヲ改ムルコト難シト雖モ現今弊害アル事項、不明ナル事項其他ノ欠点ハ全テ法典ニ於テ適當ナル規定ヲ設ケテコレヲ補正セザルコトヲ得ズ」<sup>14</sup>と述べるのも、既に我が国に婚姻に関する慣習が存在することを前提に、慣習に委ねることによって発生する弊害を取り除くことを目的として、その目的に照らして適当な法律上の規定を設ける必要性のあることを説いたものと解されるのであって、従来ノ慣習ノ制度化それ自体が婚姻立法の目的であると説いたものであるかのように解するのは適切ではない。このことは、梅謙次郎が、明治民法制定前に公表された「法典ニ就テ」と題する講演録において、我が国において軽々し

<sup>13</sup> 磯部四郎『大日本新典民法釋義人事編』（明治24年）（甲A477）117～118頁。

<sup>14</sup> 梅謙次郎『民法要義卷之四』（乙3）87頁。

く婚姻及び離婚をする慣習があり、離婚の数が諸外国に比べて極めて多くなっていることを指摘した上で、「此等ハ甚ダ面白カラヌ有様ナレドモ、従来慣習トシテ存在セルモノアルコト争ウベカラズ。然レドモ、斯ル悪慣習ハ断然矯正セザル可カラザルナリ。此等ノ慣習モ其始メニ於テハ必要アリテ発生シ、嘗テ多少ノ利益アリシコトナルベシト雖モ、今日ハ既ニ不必要トナリ、寧ロ之レアルガ為メ有害ノ結果アリトスルニ至リテハ、速カニ改良スベキモノナリ」として、民法中に婚姻についての規定を設けることにより「悪慣習」を「断然矯正」する必要性を力説していることから明らかである<sup>15</sup>。

なお、梅謙次郎は、上記のような「悪慣習」とは別に、我が国に婚姻に関する慣習に関し、「我邦ノ慣習ニ於テハ婚姻及び養子縁組共ニ之ヲ縁組ト云ヒ全ク同種ノ法律行為トセリ」<sup>16</sup>とも指摘しているところ、明治民法では、これらは別種の法律行為として規定され、単に「縁組」という場合には養子縁組を意味するものであるとされている<sup>17</sup>。このような点を取ってみても、明治民法における婚姻に関する規定が、我が国の従来慣習上の婚姻（縁組）を制度化することを目的としたものとは到底解されない。

(ウ) その上で、旧民法及び明治民法における、「なぜ婚姻について既に存在する従来慣習に委ねることを継続するのではなく、法律上の制度を設ける必要があるのか」という意味での婚姻立法の目的については、上記(イ)でみた起草者らの説明中に現れているとおり、①当事者間の精

---

<sup>15</sup> 梅謙次郎「法典ニ就テ」国家学会雑誌8巻84号(明治27年)(甲A478)81～82頁。その背景には、明治初頭までは我が国の離婚率が世界トップレベルであり、欧米から高い離婚率について「野蛮」であるとの誹りを受けていたため、文明化を急ぐ明治の創始者たちは離婚をいかに減らすかに大いに腐心していたという事情があったものと考えられる。出口雄一ほか『概説日本法制史』(甲A479)321頁参照。

<sup>16</sup> 梅謙次郎『民法要義卷之四』(甲A480)274頁。

<sup>17</sup> 梅謙次郎『民法要義卷之四』(甲A480)274～275頁。

神的な結合に基づく永続的な共同生活関係を婚姻の中心に据えて（「夫婦和合シ苦楽ヲ分チ，以テ其天性ヲ遂グル」<sup>18</sup>，「婚姻ハ両心ノ和合ヲ以テ性質ト為スモノ」<sup>19</sup>，「婚姻ト云フモノハ主トシテ心ノ和合デアル」<sup>20</sup>），その当事者間の関係を公的に承認し，法的に規律し保護すること（「男女ノ関係ニ高尚ナル徳義ノ性質ヲ与フル」，「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」<sup>21</sup>）及び②子の養育等のために親子（父子）関係を法的に確定すること（「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」<sup>22</sup>）という二点にあったと解するのが相当である。

これに対し，被控訴人は，婚姻は伝統的に生殖と密接に結びついて理解されてきたとして，明治民法以来（あるいはそれ以前から），婚姻立法の目的は，「一人の男性と一人の女性が子を産み育てながら共同生活を送るという関係に対して特に法的保護を与えることにある」と解すべきであるなどと主張する。

しかしながら，以上のような旧民法及び明治民法の起草者による説明中には，婚姻立法の目的として被控訴人の主張するようなところは見当たらない。

むしろ，旧民法の起草者は，生殖の能力を有しない男女が婚姻し得ないものとする見解を「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」と説

---

<sup>18</sup> 熊野敏三・岸本辰雄『民法正義人事編卷之壱』（甲A186）142頁。

<sup>19</sup> 熊野敏三・岸本辰雄『民法正義人事編卷之壱』（甲A186）193頁。

<sup>20</sup> 島津一郎・阿部徹編『新版注釈民法(22)親族(2)』（甲A251）46頁参照。

<sup>21</sup> 熊野敏三・岸本辰雄『民法正義人事編卷之壱』（甲A186）142頁。

<sup>22</sup> 熊野敏三・岸本辰雄『民法正義人事編卷之壱』（甲A186）142頁。

明している<sup>23</sup>。また、旧民法の制定過程においては、人事編第1草案に対し、「第七節中婚姻無効ノ請求ニ係ル法条中、伊第百七条ノ意味ヲ有スル一条ヲ加入シタシ（伊第百七条配偶者ノ一人ガ常在セル身体ノ不能カヲ有シ而シテ其不能カガ婚姻以前ニ係ル時ハ其不能カヲ原因トシテ婚姻無効ヲ請求スルコトヲ得可シ）」、「（理由）本条ノ場合ニ於テハ、身上ノ錯誤アリト云フヲ得ズ又承諾ニ瑕疵アリトモ云フヲ得ザル可シ。然ルニ配偶者ノ一人ニシテ常在セル身体ノ不能カヲ有スル時ハ、唯肉体ノ楽ヲ欠クノミナラズ、婚姻ノ目的タル子孫ヲ生殖スルノ結果ヲ得ル能ハズ。故ニ婚姻前其不能カヲ知リツツ婚姻シタル場合ハ各別、婚姻前知ラズシテ結婚シタルトキハ無効ヲ請求スルノ権ヲ与ヘルヲ以テ至当トス。且若シ婚姻前之ヲ知ルニ於テハ必ズ婚姻ノ約ヲ結バザルベシ」<sup>24</sup>として、当時のイタリア民法に倣い「身体ノ不能カ」を婚姻の無効原因に加えようとする意見も見られた<sup>25</sup>が、そのような意見は採用に至っていない<sup>26</sup>。

明治民法の起草者（富井政章）も、「婚姻ト云フモノハ主トシテ心ノ和合デアル」との認識を示しており<sup>27</sup>、明治民法下の民法学説でも、「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。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」との解説がなさ

<sup>23</sup> 熊野敏三・岸本辰雄『民法正義人事編卷之壹』（甲A186）192～193頁。

<sup>24</sup> 『民法編纂ニ関スル裁判所及司法官意見書（上）』（甲A481）111丁左。

<sup>25</sup> もっとも、上記の意見も、「其不能カガ婚姻以前ニ係ル時」に限って無効事由とすべきであるとし、「婚姻前其不能カヲ知リツツ婚姻シタル場合ハ各別」であるとしているから、主として婚姻前の当事者の期待保護の観点からのものであると解されるのであり、婚姻と生殖との結び付きを不可分のものとして徹底することを求める趣旨とは解されない。

<sup>26</sup> 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。

<sup>27</sup> 島津一郎・阿部徹編『新版注釈民法(22)親族(2)』（甲A251）46頁、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。

れている<sup>28</sup>。

そして、現に、旧民法及び明治民法のいずれにおいても、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。仮に、被控訴人に主張するように、「一人の男性と一人の女性が子を産み育てながら共同生活を送るという関係に対して特に法的保護を与えること」が婚姻立法の重要な目的であり、生殖や子の養育を伴わない共同生活関係の法的保護は婚姻立法の重要な目的とはされていなかったのであるとすれば、婚姻立法の重要な目的に適合しない共同生活関係を婚姻から除外するために生殖不能を婚姻の無効ないし取消事由とするなどの法改正も検討されてしかるべきであったと考えられるところであり、実際に民法学説からはそのような改正提言もなされていたものである<sup>29</sup>が、現実にはそのような改正がなされた事実も存しない。

(エ) 以上に論じたところからすると、婚姻は、伝統的に生殖と密接に結びついて理解されており、明治民法における婚姻も、そのような我が国の従来慣習を制度化したものであるなどという被控訴人の主張が、旧民法及び明治民法の制定過程を無視した、文献による的確な裏付けを欠いた独自の見解であって、到底採用できないものであることは明らかであり、したがって、現行民法がそのような明治民法の婚姻立法を引き継いだものであるかのように論ずる被控訴人の主張が、その前提において誤ったものであることもまた明らかである。

そして、上記のような誤った前提に基づき、明治民法及び現行民法に

---

<sup>28</sup> 穂積重遠『親族法大意』(大正6年)(甲A196)61頁。

<sup>29</sup> 谷口知平『日本親族法』(昭和10年)(甲A199)252～253頁(「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」、「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」とする。)参照。

における婚姻について、「異性間のものであることが前提とされてきた」、  
「男女間のものであることが前提とされている」、「当事者が男女であることを前提としている」、「当事者が男女であるとの理解が一般的であるといえる」などと被控訴人が繰り返し述べるところも、同様に誤ったものであることが明らかである。

そもそも、本件規定が異性間の人的結合関係のみを対象としたものであると解されることは、本件規定の憲法適合性判断の「前提」であって、そのような「前提」をいくら繰り返し論じたとしても、それによって本件規定により生じている本件区別取扱いが合理的根拠に基づくものであることが裏付けられることにはならない。先にも論じたとおり、婚姻及び家族に関する事項についての具体的な制度の構築が、第一次的に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た立法府の合理的な裁量判断に委ねられるものであるとしても、その裁量権の行使の結果である法律によって定められた婚姻制度の内容によって生じた区別が、合理的理由のない差別的取扱いとなるときは、憲法14条1項違反の問題を生ずることはいうまでもない。そして、本件規定により生じている本件区別取扱いが差別的取扱いとなるか否かは、当該区別についての合理的理由の有無によって判断されるべきものであって、その判断は、個人の尊厳と法の下での平等を定める憲法に照らした、本件規定の立法目的及びその達成手段の具体的な検討を通じて行われるべきものである。このような観点からみた場合、被控訴人が主張するような「伝統」や「慣習」なるものが、本件規定の合理性を基礎づける正当な理由とは到底なり得ないものと解されることについては、これまでも論じてきたとおりであり（原告ら第11準備書面32頁参照）、第1審判決にも、本件規定の立法目的が婚姻についての我が国の伝統や慣習を制度化することにあるとか、そのような立法目的が本件規定の合理性を基礎付

ける理由たり得るものと論ずるところは一切存しない。

(オ) 以上によれば、「憲法及び民法は、婚姻が生殖と子の養育を目的とする男女の結合であるとの我が国の伝統、慣習が制度化されたものである」とする被控訴人の主張がまったく理由を欠いたものであることは明らかである。

イ 「本件規定は、生殖に結び付いて理解される異性間の人的結合関係を前提とした制度として婚姻を定めている」とする被控訴人の主張について

被控訴人は、本件規定は、生殖に結び付いて理解される異性間の人的結合関係を前提とした制度として婚姻を定めているとし、その根拠として、婚姻に関する民法及び戸籍法の諸規定を挙げるところ（控訴答弁書38～39頁）、被控訴人の挙げる重婚の禁止（732条）、婚姻適齢（731条）、近親者間及び直系姻族間の婚姻の禁止（734条及び735条）、配偶者及び三親等内の姻族との間の親族関係の発生（725条）、配偶者の遺留分を含む相続権（890条、900条1号ないし3号及び1042条）、離婚時の財産分与（768条）、配偶者居住権（1028条）、夫婦同氏の原則（750条）、夫婦の同居、協力及び扶助の義務（752条）、夫婦間の契約の取消権（754条）、夫婦の財産関係（755条）、夫婦財産契約の対抗要件（756条）、婚姻費用の分担（760条）、日常の家事に関する債務の連帯責任（761条）、夫婦間における財産の帰属（762条）等の民法の規定並びに戸籍法の規定は、いずれも生殖や子の養育を伴わない婚姻にも等しく及ぼし得るものと解されるのであって、これらの諸規定の存在を根拠として、「本件規定は、生殖に結び付いて理解される異性間の人的結合関係を前提とした制度として婚姻を定めている」などと論ずる被控訴人の主張は、理解が困難なものである（この点、被控訴人が参照する寺田補足意見も、「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（民法752条、755条以下、768条、890条、900条）、これらは、本質的には、とりわけ強く結び付いた共同生活者であるがゆえの財産関係の規整であり、扶養の必要性の反映であると解される」と述べているところである。）。

また、被控訴人は、「民法は、婚姻をした夫婦間に生まれた子について、嫡出の推定（772条）、父母の氏を称すること（790条）等を定めるが、これは異性間に認められる制度としての婚姻を特徴づけるものであるといえることができる」とし、その裏付けとして、「最高裁判所平成25年12月10日第三小法廷判決・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」を参照する（控訴答弁書38～39頁）。しかしながら、被控訴人が参照する寺田補足意見は、その当否は措くとしても、婚姻をした夫婦間に生まれた子について、夫婦間での生殖関係や父子の血縁関係の有無にかかわらず、嫡出推定の規定を適用して父子関係を認める法廷意見の法解釈を支持する文脈において、「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」との旨を論じたものであり、被控訴人が述べるように「生殖に結び付いて理解される異性間の人的結合関係を前提とした制度」（傍点は引用者による。）としての婚姻について論じたものではない<sup>30</sup>から、このような参照は適切で

---

<sup>30</sup> このことは、「特例法の適用を受けたこと自体によって男性としての生殖能力のないことが明らか」であるから「そもそも推定を論ずるまでもなく実親子関係を結ぶことはできないと解することも不可能ではない」とする岡部喜代子裁判官の反対意見や、「特例法の制度設計においては、性別取扱いの変更を受けた者が遺伝的な子をもうけることが想定されていないことは、否定できない」ことを指摘して岡部反対意見に賛同する大谷剛彦裁判官の反対意見と対比してみれば、なお一層明らかである。

なく、被控訴人の主張はその裏付けを欠くものといわざるを得ない。

なお、寺田補足意見の引用の当否の点を措くとしても、民法の嫡出推定の規定は、婚姻関係にあるカップル間に子が出生した場合における法律上の父子関係の確定について定めるものであり、カップルが婚姻関係にあることのみで当然に適用されるものではないし、そもそも婚姻の要件としてカップルが子を出生し得ることが求められているわけでもない。他方、婚姻していないカップル間にも子は出生し得るものであり、そのような子についても法律上の父子関係の確定に関する法的な規律が必要となることはいうまでもない。このように、婚姻と生殖及び父子関係の確定の必要性との間の結び付きが必然的なものであるとはいえないにもかかわらず、婚姻の種々の効果の中から民法の嫡出推定の規定のみを取り出して、婚姻制度の目的が生殖や子の養育にあるかのように論ずることは、二宮周平教授が指摘するとおり、恣意的な議論であり、民法学説上も支持を得ないものであるといわざるを得ない（甲A308・13～17頁，甲A419・615～617頁参照）。

ウ 「本件規定の目的は、一人の男性と女性が子を産み育てながら共同生活を送るという関係に対して特に法的保護を与えることにあり、合理性がある」とする被控訴人の主張について

(ア) 被控訴人が上記項目下で縷々主張するところ（控訴答弁書39～43頁）は、要するに、「本件規定の目的は、一人の男性と女性が子を産み育てながら共同生活を送るという関係に対して特に法的保護を与えることにあると解するのが相当である」とする自己の見解を前提に、「子の有無、子をつくる意思・能力の有無にかかわらず、夫婦の共同生活自体の保護も、本件規定の重要な目的であると解するのが相当である」（第1審判決25頁）とする第1審判決の判示は誤りであると論ずるものであるが、被控訴人の主張するような本件規定の目的の解釈並びにその根

抛とされる本件規定の立法経緯及びその規定内容の理解が誤りであることは、前記ア及びイで論じたとおりである。

被控訴人の主張は、独自の見解に立って第1審判決を論難するものであり、その前提において当を失したものである。

(イ) なお、被控訴人は、第1審の段階では、本件規定の目的は、「夫婦がその間に生まれた子供を産み育てながら、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」（被告第2準備書面21～22頁、被告第4準備書面5, 12～13頁）と主張していたが、控訴答弁書では、第1審判決の判示を受けて、「確かに、本件規定は、夫婦の共同生活自体も保護しているものと解される」（控訴答弁書48頁）と譲歩するかのようなところを見せており、その上で、上記のとおり、本件規定の目的は、「一人の男性と女性が子を産み育てながら共同生活を送るという関係に対して特に法的保護を与えることにある」（傍点は引用者による。）と主張を変遷させている。

しかしながら、被控訴人の主張は、本件規定が、「生物学的な自然生殖可能性」（控訴答弁書44頁）を有する異性カップルに対しては婚姻としての特別の法的保護を与える一方で、「自然生殖の可能性が認められない」（控訴答弁書45頁）同性カップルには特別の法的保護を与えないとしていることには合理性が認められるとするものであるから、結局のところ、本件規定が、生殖と子の養育を伴う共同生活の保護を立法目的とし、その目的達成の手段として「自然生殖可能性」の有無を区別のメルクマールとしていることが合理的であるとするものであって、本件規定の目的が「自然生殖可能性」を伴わない「夫婦の共同生活自体」の保護にもあることを否定するものと解さざるを得ない<sup>31</sup>。

---

<sup>31</sup> 被控訴人の主張を敷衍すれば、「実際に自然生殖可能性」が認められない異性カップル

そうすると、先に見たような被控訴人の「譲歩」やそれに基づく主張の「変遷」は、見せかけのものに過ぎず、第1審判決を受けてもなお、被控訴人の主張の本質は何ら変わりがないものとみざるを得ない。

(ウ) 被控訴人は、同性婚の可否に関し、「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。二人の人間が共同生活を営むという点のみに着目すれば、その二人が異性であるか同性であるかは必ずしも重要ではないかもしれない。しかし、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くとも、婚姻の要件は充足されると考えるべきである」と述べる民法学説（大村敦志『家族法〔第3版〕』）を引用して、「現行民法が子を作る能力や意思の有無でその法的地位を区別していないことと、現行民法が抽象的・定型的に子を産み育てることを目的とする男女の共同生活に対して法的保護を与えることをその目的としていることとは、何ら矛盾するものではない」などと主張する（控訴答弁書40～41頁）。

しかしながら、上記の民法学説は、その文脈に即して読解すると、そ

---

にも本件規定による特別の法的保護が与えられる理由は、そのような異性カップルであっても「生物学的な自然生殖可能性」が認められるから、生殖と子の養育を伴う夫婦の共同生活の保護という本件規定の目的に適合するという点にあるのであって、本件規定が生殖と子の養育を伴わない共同生活自体の保護も目的としたものと解されるためではない、ということになろう。そうであるから、被控訴人の論理においては、「自然生殖可能性」が認められない同性カップルについては、たとえ共同生活を営む実態があったとしても、本件規定による法的保護が与えられないことが、その目的に照らして合理的であるとされることになるのである。

の前半部分において、現行民法の婚姻に関する規定を前提に、同性間の婚姻の可否（同性間の婚姻が現行民法の婚姻の要件を充足するか否か）についての解釈論として、「決め手は婚姻の目的をどう考えるかという点にある」（ここでいう「目的」は、婚姻制度の目的を指すものと解される。）ことを指摘した上で、「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」（傍点は引用者による。）という仮定を置いた場合には、「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」という帰結になることを論じたものであり、その後半部分において、そのような現行法の解釈論に関して生じ得る「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」に対して応答する文脈で、婚姻をするカップルが生殖を具体的・個別的な目的としていなくても、婚姻の要件（具体的には、婚姻の成立要件のうちの「婚姻意思」を意味するものと解される<sup>32</sup>。）は充足されると考えることができることを指摘したものと理解するのが適切であると考えられる。

被控訴人の引用する民法学説は、以上の趣旨を論じたものであって、被控訴人の主張するように、「現行民法が抽象的・定型的に子を産み育てることを目的とする男女の共同生活に対して法的保護を与えることをその目的としている」ものであるなどと断定的に論じたものではないし、現行民法下で同性間の婚姻の可否についての解釈論を超えて、そのような立法目的が本件規定により生じている本件区別取扱いの合憲性を基礎付ける合理的根拠たり得るかというような憲法的な評価を論じたもので

---

<sup>32</sup> 大村敦志『家族法〔第3版〕』（乙12）286頁には、「婚姻の成立のところで、仮想婚との関連で述べたとおりである。（⇒第1章第3節第1二2(3)(ア)）」と記述があるところ、当該参照部分には、「臨終婚」は有効と解する一方「仮想婚」を無効とする判例の整合的説明として、婚姻意思について、「実際に共同生活を継続することが可能であることを前提とした具体的な意思である必要はなく、抽象的な意思で足りるとすれば、臨終婚は有効であるということになる」旨の記述がある（甲A482・130～131頁）。

もないから、このような民法学説の引用に基づく上記のような被控訴人の主張は、不適切なものであり、その裏付けを欠くものであるといわざるを得ない。

(エ) 被控訴人は、上記(ウ)でみた他にも、我妻栄『親族法』(昭和40年)、青山道夫『身分法概論』(昭和25年)及び鈴木祿弥『親族法講義』(昭和63年)の記述を引用して、「一人の男性と一人の女性が子を産み育てながら共同生活を送るという関係に対して特に法的保護を与える」という立法目的が「現時点においてもなお合理的根拠を有する正当なものであるということが出来るから、本件規定の立法目的を夫婦の共同生活自体の保護にあるとして、夫婦の生殖及びそれによる子の養育の要素を殊更に軽視する原判決の上記判示は誤っている」(控訴答弁書43頁)などと論難するが、そのような立法目的が「現時点においても」なお合理的根拠を有する正当なものであるとする根拠として被控訴人が新たに証拠提出した文献が、今日から約33～71年も前のものであるという外形的な事実からしても、被控訴人の立論の脆弱性は明らかであるといえる。

その点を措いて被控訴人の引用する各民法学説の内容を見ても、我妻栄『親族法』の記述は、現行民法が婚姻をもって一人の男と一人の女の結合関係であるとしていること及びその間の子を含む夫婦・親子の団体をもって社会構成の基礎とするものと解されることを論じたものであり、被控訴人の主張するように、婚姻と生殖とを結び付けて、本件規定が、一人の男性と一人の女性が子を産み育てながら共同生活を送るという関係に対して特に法的保護を与えることを立法目的としていることを論じたものとは解されない。このことは、同書において、同性間の婚姻が民法上の「婚姻」であるとはいえない理由として、生殖や子の養育の欠如ではなく、「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」に合致しないため婚姻意思を欠くという理由が挙げられていることから明らかである<sup>33</sup>。

また、青山道夫『身分法概論』の記述は、婚姻制度のもつ社会的な意義ないし機能について社会学ないし法制史的な観点から論じたものであり<sup>34</sup>、現行民法の婚姻制度の目的を論ずる文脈におけるものではないことが明らかである上、同書は、「もとより婚姻の直接の目的は子を生むことではない」とも明言している<sup>35</sup>から、被控訴人の主張の裏付けとなるものと解することは困難である（なお、同書で示されている「正常な夫婦関係は一般に子を生ずる」<sup>36</sup>というような社会学的な認識も、今日的な観点からは、その妥当性・適切性に疑問があるといわざるを得ない。）。

鈴木禄弥『親族法講義』の記述も、婚姻に対して与えられる諸効果のうち、子への嫡出性の賦与、配偶者への相続権の賦与、姻族関係の発生という効果は、「婚姻当事者間のみではなく、第三者にも影響を及ぼす……から、もし上述の諸効果が与えられるか否かの不明瞭な男女結合が存在することになると、第三者の利益を害する」との実際的な観点から、「法は、画一的な基準を作って、その基準に適合した結合にのみ上

---

<sup>33</sup> 我妻栄『親族法』（甲A208）18頁。なお、我妻教授は、同書において、「人類は、男女の性的結合によって、子孫の増殖をはかり、集団を形成して、外敵と自然の暴威を防いで、その存続・発展を遂げてきた」ものであるという歴史認識を示しつつも、「その起源を探ることは、不可能に近く、その将来を卜することは、夢にひとしい」（甲A483・1頁）と述べており、そもそも、ある時点の社会における婚姻等の親族的集団及び親族法の在り方を固定的なものとして捉える見解に対して懐疑的な態度を示しているものと解される。

<sup>34</sup> このことは、同記述が婚姻制度の「社会的意義」という項目下のものであり、そのまとめとして、「婚姻は以上のような意義・機能を含めて、数多の要素……をもつ複合的制度解される」とされ、法制史学者であるヴィノグラドフの著作（『慣習と権利』）を引用されていることなどから明らかである。

<sup>35</sup> 青山道夫『身分法概論』（乙22）63頁。

<sup>36</sup> 青山道夫『身分法概論』（乙22）63頁。

述のような諸効果を賦与しており、かかる結合を婚姻という<sup>37</sup>として、諸効果の発生要件たる婚姻について明確な基準（婚姻届）が必要であることを指摘した上で、「婚姻とは、上述の諸効果を発生させるための要件である、ともいえる」<sup>38</sup>と論じているものに過ぎず、婚姻と生殖及び子の養育との結び付きについて触れるようなところは一切存しないから、被控訴人の主張の裏付けとなるものと解することは困難である<sup>39</sup>。

以上に論じたとおり、被控訴人がこれらの民法学説の学術的意義を正解せず、被控訴人の主張するような謬見に与するものであるかのように引用していることについては、不適切なものであるといわざるを得ない。

(3) 「本件規定が実際の自然生殖可能性の有無にかかわらず婚姻を認めていることや、同性婚を定めていないことがその立法目的との関連において合理性を有する」とする被控訴人の主張について

ア 「本件規定が実際の自然生殖可能性の有無にかかわらず婚姻を認めていることが、その立法目的との関連において合理性を有する」とする被控訴人の主張について

(ア) 被控訴人は、本件規定は、一人の男性と一人の女性が子を産み育てながら共同生活を送るという関係に対して特に法的保護を与えることを立法目的としており、その目的達成手段として、実際の自然生殖可能性の有無にかかわらず男女の婚姻を認めているところ、憲法24条が男女間の婚姻及びそれを前提とする家族についてのみ規定していること、子の有無にかかわらず夫婦間の人的結合関係を前提とする家族が自然的かつ

---

<sup>37</sup> 鈴木禄弥『親族法講義』(乙23)7頁。

<sup>38</sup> 鈴木禄弥『親族法講義』(乙23)8頁。

<sup>39</sup> 鈴木禄弥『親族法講義』のまえがきには「抽象的な概念規定や要件・効果の羅列を極力避け、具体的な制度のあり方や機能をまず叙述し〔た〕」との方針が示されている(甲A484・1頁)。被控訴人が引用する部分も、婚姻に関する民法の具体的な規定を離れて抽象的に婚姻の意義や目的を論ずるのではなく、婚姻の法律上の機能(効果)から出発して、「民法の規定するこれらの効果を生じさせるものが婚姻であり、換言すれば、婚姻とはこれらの効果の要件である」と論じたところにその要点があるものと解される。



基礎的な集団単位となっている社会的実態とそれに対する社会的承認があること、婚姻関係を含む家族に関する基本的な制度についてはその目的について抽象的・定型的に捉えざるを得ない上、当該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ことからすれば、立法目的と目的達成手段との間には合理的関連性が認められるなどと主張する（控訴答弁書44頁）。

- (イ) しかしながら、本件規定が、一人の男性と一人の女性が子を産み育てながら共同生活を送るという関係に対して特に法的保護を与えることを立法目的とするものとは解されないことについては、前記(2)で論じたとおりであり、また、仮に憲法24条が男女間の婚姻及びそれを前提とする家族についてのみ規定したものと解されるとしても、同条を根拠として本件区別取扱いが直ちに合理的なものとして正当化され得るものではないことについては、前記第2の1(1)で論じたとおりである。
- (ウ) 被控訴人は、子の有無にかかわらず夫婦間の人的結合関係を前提とする家族が自然的かつ基礎的な集団単位となっている社会的実態とそれに対する社会的承認があることを指摘する。

しかしながら、先にも指摘したとおり、被控訴人の主張を敷衍すれば、「実際に自然生殖可能性」が認められない異性カップルにも本件規定による特別の法的保護が与えられる理由は、そのような異性カップルであっても「生物学的な自然生殖可能性」が認められるから、生殖と子の養育を伴う夫婦の共同生活の保護という本件規定の目的に適合するというところにあるのであって、本件規定が生殖と子の養育を伴わない共同生活自体の保護も目的としたものと解されるためではない、ということになるから、そのような被控訴人の主張の論理を前提とするならば、生殖と子の養育を伴わない共同生活自体の社会的実態やそれに対する社会的承認の有無や内容は、本件規定の立法目的及びその達成手段の合理性とは

何ら関連性を有しない事情であるといわざるを得ない。

むしろ、子の有無にかかわらず夫婦間の人的結合関係を前提とする家族が自然的かつ基礎的な集団単位となっている社会的実態とそれに対する社会的承認があるというのであれば、本件規定の目的が生殖と子の養育を伴う夫婦の共同生活の保護にあり、共同生活自体の保護にはないとする被控訴人の主張の前提自体が疑われるべきである。

(エ) 被控訴人は、婚姻関係を含む家族に関する基本的な制度についてはその目的について抽象的・定型的に捉えざるを得ない上、当該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などとも主張する。

しかしながら、前記(2)ウ(イ)で論じたとおり、被控訴人の主張は、本件規定が、生殖と子の養育を伴う共同生活の保護を立法目的とし、その目的達成の手段として「自然生殖可能性」の有無を区別のメルクマールとしていることが合理的であるとするものであり、そして、被控訴人が「抽象的・定型的」に捉えるべきとしているのは、上記のメルクマールとしての「自然生殖可能性」であって、本件規定の目的自体ではないと解されるから、上記主張の前段は理解が困難なものであるといわざるを得ない<sup>40</sup>。

また、原告ら第6準備書面43～45頁でも論じたとおり、婚姻制度利用の可否の基準の明確性自体は当該基準の制度目的に照らした合理性を当然に基礎付けるものではないし、仮に本件規定が生殖と子の養育を

---

<sup>40</sup> 「生殖と子の養育を伴うカップルの共同生活の保護という目的のために、その可能性を有するカップルを法的に保護している」というのは了解が可能であるが、「生殖と子の養育の可能性を伴うカップルの共同生活を保護するという目的のために、そのようなカップルを法的に保護している」というのは、目的と手段を混交するものであるし、「生殖と子の養育の可能性を伴うカップル=異性カップル」という被控訴人の図式を前提にすれば、「本件規定は異性カップルの共同生活を保護する目的のために、異性カップルを法的に保護している」と合理的理由なく断定するに等しく、明らかに不適當である。

伴う共同生活の保護を立法目的とするものであるとした場合も、婚姻制度利用の可否の明確な基準としては婚姻適齢に上限を設けるなどの手段も想定され得るものであるから、被控訴人の主張するような「生物学的な自然生殖可能性」が唯一の合理的な基準であるということとはできないから、上記主張の後段も理由がないものである。

イ 「同性婚を定めていないことが本件規定の立法目的の関連においても合理性を有する」とする被控訴人の主張について

上記項目下で被控訴人が縷々主張するところ（控訴答弁書44～46頁）は、ほとんどがこれまでの主張の繰り返しに過ぎないことから、逐一反論する必要を認めない。

なお、被控訴人は、「我が国において、同性間の人的結合関係を異性間の人的結合関係（婚姻関係）と同視し得るほどの社会的な承認が存在しているとはいえない」（控訴答弁書45頁）などと述べるが、被控訴人が認めるとおり、「多数の地方公共団体が同性パートナーシップに関する公的認証制度を創設し、諸外国においても同性パートナーシップ制度や同性間の法律婚制度が導入されるなど、同性間の人的結合関係に関する理解が社会一般に相当程度浸透し、同性愛者に対する差別や偏見の解消に向けた動きが進んでいると評価することができる状況にある」（控訴答弁書45頁）ことや、2015年（平成27年）以降に実施された各種の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一貫して多数を占めていること（甲A104～110，甲A174，甲A415，甲A416）などからすると、上記のような評価は到底的確なものとはいえないものである上、そもそも、マイノリティである同性愛者らに対する本件規定によって生じている本件区別取扱いが問題となっている本件において、本件規定によって本件区別取扱いを生じさせている被控訴人が、人口の9割以上を占めると推察される圧倒的多数派である異性愛

者の理解又は許容が得られるまでは、本件区別取扱いを改める必要性がないとか、本件区別取扱いの合理性が失われたとはいえないかのように論ずること自体が、極めて不適切なものであるといわざるを得ない（第1審判決29頁参照）。

ウ 「目的達成のための手段・方法の合理性に関する原判決の判断の誤り等」に関する被控訴人の主張について

(ア) 被控訴人は、上記項目下において、本件規定が「同性愛者に対しては、婚姻によって生じる法的効果の一部ですらもこれを享受する法的手段を提供しないとしていること」が合理的根拠を欠く差別的扱いに当たると判断した理由として判示した4つの指摘を取り上げて、それらの指摘が誤ったものであるなどと主張する（控訴答弁書46～53頁）。

(イ) 被控訴人の主張のうち、①の指摘に対する批判（控訴答弁書47～48頁）については前記第2の2(1)オで論じたところが、②の指摘に対する批判（控訴答弁書48～49頁）については前記第2の2(2)で論じたところが、④の指摘に対する批判（控訴答弁書52～53頁）については前記(3)イで論じたところが、それぞれ反論として当てはまるものであることから、ここでは繰り返さない。

(ウ) 被控訴人が重点を置く③の指摘に対する批判（控訴答弁書49～52頁）は、本件規定の制定時に同性婚が定められず、これに関する規定も設けられなかったのは、婚姻が異性間の人的結合関係を対象とするものであるという我が国の従来慣習が制度化されたことによるものであり、同性愛が精神疾患の一種であるとする誤った知見に基づくものであるわけではないから、第1審判決が、本件規定の制定時に同性愛が想定されなかったのは、同性愛を精神疾患の一種とする知見に基づくものであると判示したのは誤りであるなどというものである。

しかしながら、第1審判決は、「明治民法における婚姻は、終生の共

同生活を目的とする、男女の、道徳上及び風俗上の要求に合致した結合関係であり、又は、異性間の結合によって定まった男女間の生存結合を法律によって公認したものであるとされた。したがって、婚姻が男女間におけるものであることはいうまでもないことであるとされ、よって、同性婚を禁じる規定は置かれていなかった」（第1審判決5頁）、「昭和22年民法改正は、明治民法のうち憲法に抵触する規定を中心に行われ、憲法に抵触しない規定については明治民法の規定を踏襲したものであり、この際に同性婚については議論された形跡はない」、「昭和22年民法改正によっても、婚姻は引き続き男女の当事者のみができるものとされ、夫婦関係とは、社会で一般に夫婦関係と考えられているような、社会通念による夫婦関係を築く男女の精神的・肉体的結合であるとされていた」（第1審判決8頁）という明治民法及び現行民法の制定過程及びそれらに規定された婚姻についての理解等に関する事実認定を前提とした上、そのように「我が国においては、同性婚は、明文の規定を置かずともそのような社会通念に照らして当然のこととして認められないと解されてきた」（第1審判決24頁）ことの背景理由として、同性愛が精神疾患であるとする知見があり、同性愛者は、社会通念に合致した正常な婚姻関係を築けないとする考えが存したものと解されることを指摘するものであり（第1審判決24頁、26頁）、明治民法及び現行民法の制定過程において、同性間の婚姻に関する規定を設けないことの原因として同性愛が精神疾患であるとする知見が明示的に援用されたというような事実を指摘するものではないから、上記のような被控訴人の批判は的を射ないものである。

また、被控訴人は、同性愛が精神疾患であるとの認識が我が国に広まったとされる時期と明治民法及び現行民法の制定過程を対比すると、明治民法制定当時、我が国において同性愛が精神疾患として扱われていた

との第1審判決の事実認定は誤りであり、当該事実を前提とした第1判決の判断も誤ったものである（控訴答弁書50～51頁）などとも主張するところ、確かに、第1審判決の判示のうち、「同性愛は、明治民法が制定された当時は、変質狂などとされて精神疾患の一種とみなされ、異性愛となるよう治療すべきもの、禁止すべきものとされていた」（第1審判決17頁）という部分については、「明治民法が制定された当時」というのが1898年（明治31年）の時点をピンポイントで意味するものであるとすれば、それ以前から我が国において同性愛が精神疾患であるとする知見が存したことを証する的確な証拠が第1審において提出されていなかったことは指摘のとおりである。しかしながら、1888年（明治21年）に出版された片山国嘉・江口襄『裁判医学提綱前編』には、「第十章 精神病論」の「各論」の「第三 変質性精神病」の「其三 道德狂」の項目下に、「反対的陰部感覺トハ、生来、男女性感覺錯乱シ、男子ニシテ婦人タリ、夫人ニシテ男子タリト思惟シ、諸般ノ動作悉ク此ノ錯乱セル感覺ニ基ヅキテ来タリ、同性ノ人ヲ愛恋シ、自ラ其性状ノ尋常ナラザル知ルト雖モ、自ラ悛ムルコト克ハザル者ヲ謂フ。此症ハ、従来、唯先天性神経質或ハ精神異常ヲ有スル人ニ於テノミ目撃セルモノニシテ、素因無キ人ニ特発スルヤ否ヤハ未ダ明瞭ナラズ。然レドモ、著シキ智力ノ障害無キ人ニ此ノ如キ陰部感覺ノ現存スルノ有ルハ、実ニ奇異ト謂フ可シ。而シテ男女俱ニ此症ニ罹ルヲ見ル」、「前記ノ反対的陰部感覺ノ男子ニ来ルコトアルハ、裁判医事上貴要ノ件ニシテ、一定ノ鶏姦ハ此ノ如キ病的感覺錯乱ニ基ヅクコト有ル故ニ、克ク判別シテ鑑定シ、尋常ノ鶏姦ト混同スルコト勿レ」との記述があること（甲A485・252～253頁）、また、1894年（明治27年）に出版された呉秀三『精神病学集要前編』にも、「第二卷 症候通論」の「第三篇 意思界ノ障礙」の「（甲）性欲の障礙」の「（二）色欲の異常」の

「(三) 色欲倒錯」の項目下に、「同性ニ関スル倒錯トハ、同性ニ対スル傾好アリテ、他性ニ対スル淫事感覺ノ缺亡セルモノヲ云ヒ、ウェストファル氏ハ之ヲ色情転倒症ト称セリ。此症アルモノハ自ラ他性ノ觀ヲナシ以テ其愛スル所ニ接ス。是故ニ男子ハ男子ヲ愛恋スルヤ自ラ女ト感ジテ以テ其男ニ接シ、女子ノ女子ヲ愛スルヤ他ヲ女視シテ自ラ男子ト感ズルナリ。能ク其症ヲ察スルニ、解剖ノ形種及淫事ノ機能ハ尋常ナレドモ、其精神ハ色事感覺ノ異常ニ相当シテ変質セル所アリ」、 「色欲転倒症ハ、通常生来ニシテ疾病素質ノアル人ノミニ見、通常ハ遺伝ノ禍累アリ、或ハ屢々体質性神経病（臆躁、神経衰弱症）ノ著キヲ兼ヌ。然レドモ、色欲倒錯ハ、之ヲ実行セントスルモ社会上刑事上ノ制限ニ羈束セラレテ之ヲ遂グル能ハズ、多クハ手淫又ハ淫欲禁絶ニ沈淪シ為ニ、淫事ニ関スル神経衰弱症トナリ、疾病性素質ノ之ヲ助ケテ益其症ヲ長ズルアリ。其素質又ハ神経衰弱症ヨリ精神病ヲ発スルコト稀ナラズ」との記述があること（甲A486・160頁）からすれば、実際には、明治民法の制定以前から我が国において同性愛が精神疾患であるとする知見が既に存在していたことが明らかである。被控訴人の主張は、自ら事実を調査確認することもなく、第1審判決の事実認定を論難し、史実を不当に歪めようとするものといわざるを得ない。

## エ 「まとめ」における被控訴人の第1審判決批判について

上記項目下において被控訴人が縷々主張する第1審批判が失当なものであることは、これまでに論じたところから明らかである。

以上