

令和3年(ネ)第194号 損害賠償請求控訴事件

控訴人 控訴人番号1ないし6

被控訴人 国

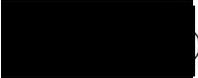
控訴答弁書

令和3年9月30日

札幌高等裁判所第3民事部3係 御中

被控訴人指定代理人

〒060-0808 札幌市北区北8条西2丁目1番1

札幌法務局訟務部 (送達場所 )

(電話 )

(FAX )

部 付 北野達也
上席訟務官 加藤正明
訟務官 居城美佐子

〒100-8977 東京都千代田区霞が関一丁目1番1号

法務省民事局

局 付 浅野航平
局 付 周藤崇久
民事法制管理官付法制第一係長 生部雅敏
民事法制管理官付係員 山本勇治

目次

第1	控訴の趣旨に対する答弁	4
第2	はじめに	4
1	事案の概要	4
2	本書面の構成	6
第3	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こと	7
1	はじめに	7
2	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こと	7
3	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こと	10
4	控訴理由書における控訴人らの主張に対する反論	12
	(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こと	12
	(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こと	16
第4	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1項に違反しないこと	20
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こと	20
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項に違反しないこと	23
	(1) はじめに	23

(2) 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こと	23
(3) 本件規定の立法目的に合理的な根拠があること	36
(4) 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 有すること	43
第5 結語	56

被控訴人は、本書面において、控訴人らの控訴の趣旨に対する答弁を行うとともに、控訴人らの2021年（令和3年）5月20日付け控訴理由書（以下「控訴理由書」という。）及び同年6月24日付け第1準備書面（以下「控訴人ら第1準備書面」という。）に対し、必要と認める限度で反論する。

なお、略語については、被控訴人の原審における準備書面において定義したもののについても、本書面において改めて定義し直す場合がある。追って、原審における準備書面については、「控訴人ら原審第○準備書面」、「被控訴人原審第○準備書面」等と表記する。

第1 控訴の趣旨に対する答弁

- 1 控訴人らの本件各控訴をいずれも棄却する
- 2 控訴費用は控訴人らの負担とする

との判決を求める。

なお、本件につき仮執行の宣言を付することは相当でないが、仮にこれを付する場合は、

- (1) 担保を条件とする仮執行免脱宣言
 - (2) その執行開始時期を判決が被控訴人に送達された後14日経過した時とする
- こと
を求める。

第2 はじめに

1 事案の概要

- (1) 本件は、同性間の婚姻を希望する控訴人らが、民法739条及び戸籍法74条1号を始めとする婚姻に関連する民法及び戸籍法の諸規定（以下「本件規定」という。）が同性間の人的結合関係について婚姻を認めていないことが、憲法13条、14条1項及び24条に違反すると主張し、被控訴人が必要な立法措置を講じていないという立法不作為の違法を理由に、国家賠償法

(以下「国賠法」という。) 1条1項に基づき損害賠償(一人当たり慰謝料10.0万円)を求める事案である。

なお、「同性婚」という用語は、多義的な概念であるが、原判決の判示や控訴人らの主張の趣旨に鑑み、以下においては、同性間の人的結合関係に本件規定を適用することにより、本件規定が定める権利義務等の法的効果を同性間の人的結合関係に及ぼす法制度という意味で使用される。また、これに対する形で、「異性婚」という用語を異性間の人的結合関係に本件規定を適用することにより、本件規定が定める権利義務等の法的効果を異性間の人的結合関係に及ぼす法制度という意味で使用される。

(2) 原判決は、①本件規定の憲法24条適合性について、同条は異性間の人的結合関係である婚姻(引用者注・前記(1)における「異性婚」の意味と考えられる。)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などとして、本件規定が同性婚(引用者注・原判決のいう「同性婚」は、同性間の婚姻と定義づけられているが、前記(1)の意味と考えられる。)を認めていないことが、同条に違反すると解することはできない旨判示し(原判決16ないし18ページ)、②本件規定の憲法13条適合性について、婚姻及び家族に関する事項の個別規定である憲法24条2項の趣旨を踏まえると、包括的な人権規定である憲法13条によって、同性婚を含む同性間の婚姻及び家族に関する特定の制度を求める権利が保障されていると解するのは困難であり、また、実質的にも、同性婚という具体的制度の内容を同条の解釈のみによって直接導き出すことは困難であるなどとして、同性婚を認めない本件規定が同条に違反すると解することはできない旨判示し(同18及び19ページ)、③本件規定の憲法14条1項適合性について、本件規定が同性愛者に対して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は、立法府の裁量権の範囲を超えたものであり、その限度で憲法14条1項に違反すると認めるのが相当である旨

判示した（同19ないし32ページ）ものの、④本件規定が同項に反する状態に至っていたことを国会が直ちに認識することは容易ではなかったことからすると、本件規定を改廃しないことが国賠法1条1項の適用上違法の評価を受けるものではないとして、控訴人らの請求をいずれも棄却した（同32ないし35ページ）。

2 本書面の構成

被控訴人の主張は、原審口頭弁論において主張したとおりであり、原判決の前記1の判断のうち、本件規定が憲法24条及び13条に違反しないと判断し（前記1(2)①及び②）、被控訴人（国会）の立法不作為が国賠法1条1項の適用上違法の評価を受けるものではない（同④）として、控訴人らの請求をいずれも棄却した結論は正当である。この点について、控訴人らは、控訴理由書及び控訴人ら第1準備書面において、原判決が、本件規定が憲法24条及び13条に違反しないと判断したこと（同①及び②）、本件規定が憲法14条に違反するとしながら（同③）、本件規定を改廃しないことが国賠法1条1項の適用上違法の評価を受けるものではないと判断したこと（同④）には誤りがある旨主張するが、その内容は、おおむね原審における主張の繰り返しにすぎず、控訴人らの請求を棄却した原判決の結論の正当性を何ら左右するものではない。

これに対し、本件規定が憲法14条1項に違反すると原判決が判断したこと（前記1(2)③）については、その判断の前提としてされた、同性婚を認めていない本件規定の立法事実として同性愛が精神疾患の一種であるとの認識が存在していたという誤った事実認定を含めて看過し難い誤りがあり、この憲法14条1項に違反するという原判決の判断については、控訴審において是正されるべきである。

以下では、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24条及び13条に違反するものではなく、こ

の点に関する控訴理由書における控訴人らの主張に理由がないことを明らかにした上で（後記第3）、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1項に違反するものではないことについて、原判決の誤り等を指摘しつつ主張する（後記第4）。

第3 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こと

1 はじめに

控訴人らは、「婚姻の自由の憲法上の保障の根拠規定として、第一次的には憲法24条を挙げるとともに、その背後には13条が基盤とする国民の自由・幸福追求の権利が存するとして同条をも援用した上で、本件規定が国民に婚姻の自由を保障した憲法24条及び13条に違反する旨を述べるものである」と主張することから（控訴理由書13ページ）、以下では、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条に違反しないこと（後記2、3）を主張した上で、控訴理由書における控訴人らの主張に対する反論をする（後記4）。なお、控訴理由書における控訴人らの主張に対する反論（後記4）については、分かりやすさの観点から、憲法13条適合性に関する主張に対する反論をした後に、憲法24条適合性に関する主張に対する反論をすることとする。

2 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こと

(1) 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。したがって、その内容の詳細については、憲法が一義的に定めるのではなく、法律によってこれを具体化することがふさわしいものと考え

えられる。憲法24条2項は、このような観点から、「配偶者の選択、財産権、相続、住居の選定、離婚並びに婚姻及び家族に関するその他の事項に関しては、法律は、個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚して、制定されなければならない。」と規定し、婚姻及び家族に関する事項について、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、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。また、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。」と規定し、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の趣旨を明らかにしたものと解される。婚姻は、これにより、配偶者の相続権（民法890条）や夫婦間の子が嫡出子となること（同法772条1項等）等の法律上の効果が与えられるものとされているほか、近年家族等に関する国民の意識の多様化が指摘されつつも、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（以上につき、最高裁判所平成27年12月16日大法廷判決・民集69巻8号2427ページ〔以下「再婚禁止期間違憲判決」という〕参照）。

- (2) もっとも、前記(1)のとおり、憲法24条は、1項において「両性」及び「夫婦」という文言を用い、2項において「両性の本質的平等」という文言を用いているところ、一般的に、「両性」とは、両方の性、男性と女性又は二つの異なった性を意味し、「夫婦」とは、夫と妻又は適法の婚姻をした男女の身分を意味するものとされている（新村出編・広辞苑第7版2526及び3095ページ）ことからすると、憲法24条にいう「夫婦」や「両性」

もこれと同義とみるべきであるから、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そもそも想定していないというべきである。

この点については、学説においても、「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」（長谷部恭男編「注釈日本国憲法(2)」510ページ・乙第15号証）、「現在の一般的な理解によれば、同性間での婚姻関係は認められていない（妻と夫という概念を用い、子の出産を前提とする民法の規定。さらには、『婚姻は、両性の合意のみに基いて成立』とする憲法24条1項が、その法的根拠として挙げられる。）」（窪田充見「家族法〔第2版〕」145ページ・乙第16号証）、「通説は、（引用者注：憲法）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。」（辻村みよ子「憲法と家族」129ページ・乙第17号証）等と指摘されているところである。

また、控訴人らが控訴人ら原審第2準備書面（11ないし13ページ）で引用した憲法24条1項の制定過程における条項案を見ても、婚姻の当事者について、GHQ草案23条では「男女両性」という文言が、「3月2日案」37条及び「3月5日案」22条では「男女相互」という文言がそれぞれ用いられている。そして、これらの草案を経て作成された口語化憲法改正草案22条以降、「両性の合意」という文言が採用され、その後、現在の憲法24条1項の規定として成文化されている。このように、同項の規定に成文化され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人的結合関係が「婚姻」と表現されている。

さらに、憲法審議においても、「一夫一婦の原則は、私個人の考えであります、これは全く世界通有の一大原則だと思います。」（清水伸編「逐条

日本国憲法審議録第2巻」486ページ・乙第18号証)、「婚姻はどうしてもこの男女が相寄り相助ける所に基礎があるのであります。」(同494ページ)等、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。

このような制定経過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一層明白である。

(3) 以上のとおり、憲法24条1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ており、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が明らかであることからすると、「婚姻をするかどうか、いつ誰と婚姻をするか」を当事者間で自由に意思決定し、故なくこれが妨げられないという意味における「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。そして、同条2項は、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府に要請するものであり、同性間の人的結合関係をも対象として婚姻を認める立法措置を執ることを立法府に要請していると解することはできない。

したがって、異性間の人的結合関係を対象とするものとして異性婚を定め、同性間の人的結合関係を対象とするものとしての同性婚を定めていない本件規定が憲法24条1項及び2項に違反するものではない。

3 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こと

憲法13条は、「すべて国民は、個人として尊重される。生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利については、公共の福祉に反しない限り、立法その他の国政の上で、最大の尊重を必要とする。」と規定する。

もっとも、婚姻及び家族に関する事項については、前記2(1)のとおり、憲法24条2項に基づき、法律によって具体的な内容を規律するものとされてい

るから、婚姻及び家族に関する権利利益等の内容は、憲法上一義的に捉えられるべきものではなく、憲法の趣旨を踏まえつつ、法律によって定められる制度に基づき初めて具体的に捉えられるものである。そうすると、婚姻の法的効果（例えば、民法の規定に基づく、夫婦財産制、同居・協力・扶助の義務、財産分与、相続、離婚の制限、嫡出推定に基づく親子関係の発生、姻族の発生、戸籍法の規定に基づく公証等）を享受する利益や、「婚姻をするかどうか、いつ誰と婚姻をするか」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）に基づく制度によって初めて個人に与えられる、あるいはそれを前提とした自由であり、生来的、自然権的な権利又は利益、人が当然に享受すべき権利又は利益ということとはできない。このように、婚姻の法的効果を享受する利益や婚姻をすることについての自由は、法制度を離れた生来的、自然権的な権利又は利益として憲法で保障されているものではないというべきである。

そして、前記2のとおり、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府に要請しており、本件規定は、かかる要請に基づき、婚姻について異性間の人的結合関係のみを対象とするものとしてその具体的な内容を定めているということができる。

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ず、法制度を離れた生来的、自然権的な権利又は利益として憲法で保障されているものではないから、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。これは、同性間の人的結合関係を婚姻の対象に含めることが、同性間の婚姻を志向する当事者の自由や幸福追求に資する面があるとしても変わるものではない。

したがって、異性婚を定め、同性間の人的結合関係を対象とするものとしての同性婚を定めていない本件規定が憲法13条に違反するものではない。

4 控訴理由書における控訴人らの主張に対する反論

(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こと

ア 控訴人らは、6か月の再婚禁止期間を定めた民法（平成28年法律第71号による改正前のもの。）733条1項の規定の合憲性が争われた再婚禁止期間違憲判決が、憲法24条1項について、「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。」と判示したことや、同判決の調査官解説において、「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」とされていること（加本牧子・最高裁判所判例解説民事篇平成27年度（下）669ページ）を指摘して、憲法は、「婚姻をするかどうか、いつ誰と婚姻をするかどうか」についての「婚姻をするについての自由」を国民に対して保障したものである旨主張する（控訴理由書16及び17ページ）。

しかしながら、上記判決を精査しても、同性の者と婚姻をする権利ないし憲法上の保障の存在を示唆するような判示を見出すことができない。かえって、上記判決が、婚姻制度における男女の区別の合理性が争われ、その区別が憲法14条1項及び「両性の本質的平等」を定めた憲法24条2項に違反すると判断された事案であることからすれば、上記判決における判示が、憲法24条2項の「両性」を正に男女を表すものとして理解し

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る同条1項の婚姻についても、男女を当事者とするものであることを当然の前提にしているとみるほかない。上記判決における判示が、控訴人らの主張するような異性間か同性間かを捨象した婚姻の自由を保障することを前提とするものであるなどと解することは到底できない。

したがって、控訴人らの上記主張は理由がない。

イ(ア) また、控訴人らは、「婚姻の自由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ことについては、婚姻の相手として異性を選択する者にとっても、同性を選択する者にとっても、何ら変わりがないものといえる」として、憲法が「婚姻をするかどうか、いつ誰と婚姻をするか」についての自由を「異性婚に限定したものと解すべき合理的な理由はなく、憲法が保障する婚姻の自由は、性別を問わない性中立的な婚姻の自由であると解すべきであって、同性婚をする自由もそこに含まれるものと解するのが相当である」と主張する（控訴理由書17及び18ページ）。

そして、控訴人らは、同性間の人的結合関係を対象とするものとしての同性婚を定めていない本件規定が憲法13条に違反することを裏付ける見解として、駒村圭吾慶應義塾大学法学部教授の意見書（甲A第309号）を提出する（控訴理由書14ページ）。同意見書では、「結婚と呼ばれる人的結合は、その当事者にとっての人格的自律の発露であるだけでなく、精神活動・経済活動を支え、社会の基礎的構成単位を形成するものであるから、一定の『公的承認』と『法的保護』を与える必要がある。（中略）そのような公的承認と法的保護を与えられた人的結合関係を『婚姻』と呼ぶならば、親密な人的結合の自由（結婚の自由）は、『婚姻』という形式によって承認と保護を求めることができる請求権的な含意も有するはずである（中略）。幸福追求権が包括的基本権条項で

ある以上、自由権に並んで、かかる請求権的な保護を提供し得ることは言うまでもない。」(同号証3ページ)とされている。

(イ) しかしながら、およそ人同士がどうつながりを持って暮らし、生きていくかは、当人らが自由に決めて然るべき事柄であり、このような自由自体は異性間であっても同性間であっても、等しく憲法13条において尊重されるべきものと解されるが、前記3で述べたとおり、婚姻が一定の法制度を前提としている以上、「婚姻をするかどうか、いつ誰と婚姻をするか」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「婚姻をするについての自由」は、法制度を離れた生来的、自然権的な自由権として憲法で保障されているものと解することはできない。前記2で述べたとおり、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のみ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府に要請するものであり、これを受けて定められた本件規定も、婚姻が異性間の人的結合関係のみを対象とするものであることを前提に定められている。

そうすると、控訴人らが「婚姻をするについての自由」として主張するものの内実は、「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婚姻制度の枠を超えて、同性間の人的結合関係についても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のであって、国家からの自由を本質とするものではないから、このような自由が憲法13条の幸福追求権の一内容を構成するものと解することはできない。

また、本件規定が同性婚を定めていないことは、同性間の人的結合関

係について本件規定による特別の法的保護が与えられていないことを意味するにとどまり、これによって、同性間において婚姻類似の人的結合関係を構築して維持したり、家族を形成したり、共同生活を営んだりする自由が制約されるものではない。

したがって、控訴人らの上記主張は理由がない。

ウ さらに、控訴人らは、同性婚を定めていない本件規定が憲法13条に違反することを裏付ける見解として、西村枝美関西大学法学部教授の論文(甲A第303号証)を提出する(控訴理由書14及び15ページ)。同論文では、「同性カップルの、生活形成についての自己決定は、『より親密な個人的生活領域』に属する。私人同士の関係に中軸を置く『より親密な個人的生活領域』にとって、法律の不存在がベストの状態ではない。民法上の法制度を想起すれば明らかなように、法制度により支えられている領域である。この『より親密な個人的生活領域』は、人格権の基本的諸条件を支える前提である」(同号証187ページ)とされ、このような「私的領域」については、「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り」(同号証189ページ)、「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」(同号証190ページ)とされている。

しかしながら、上記論文において「人格権の基本的諸条件を支える前提である」とされた「より親密な個人的生活領域」の内実は、「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」(甲A第303号証189ページ)と説明されているとおり、特定のパートナーと共に生活する場合の生活領域を念頭に置くものと解されるが、本

件規定に基づく現行の婚姻制度の下においても、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び、生活を共にすること自体は全く否定されないのであるから、本件規定が「同性カップルに私的領域を否定するに値する」と断じることには論理の飛躍がある。

したがって、上記論文の見解も、同性婚を定めていない本件規定が憲法13条に違反することを裏付ける根拠となり得るものではない。

エ 以上のとおり、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は理由がない。

(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こと

ア 控訴人らは、夫婦同姓を定める民法750条の規定の憲法適合性が争われた平成27年夫婦別姓訴訟最高裁判決が、「憲法24条が、本質的に様々な要素を検討して行われるべき立法作用に対してあえて立法上の要請、指針を明示していることからすると、その要請、指針は、(中略)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に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といえる」と判示したことを指摘して、「憲法24条2項が、婚姻制度を構築すべき第一次的な責任を負う立法府に対して、『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に図ること』を求めているにもかかわらず、同条1項が、婚姻の自由の保障を異性婚の自由に限定することによって、(中略)同性愛者が憲法上保障された婚姻の自由を享受することを事実上制約されるような事態を自ら生じさせているものと解するのは背理であるというべきであり、同条の解釈として整合性を欠く」と主張する(控訴理由書19及び20ページ)。

控訴人らの上記主張は、憲法24条1項が婚姻について異性間の人的結合関係のみを対象とするものとして定めていると解すると、同性間の婚姻の自由が不当に制約されることになるとするものであるが、前記第3の3で述べたとおり、同性間の婚姻の自由が憲法13条で保障されているものと解することはできないし、前記(1)イ(イ)で詳述したとおり、控訴人らが主張する「婚姻をすることについての自由」は、本件規定に基づく現行の婚姻制度の枠を超えて、同性間の人的結合関係についても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ず、そのような内実のものが憲法24条1項によって保障されるものと解することもできない。

また、この点をおくとしても、憲法24条2項における立法上の要請及び指針は、形式的にも内容的にも、同条1項を前提とすることが明らかであるから、上記要請及び指針の一内容である「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に図ること」も、同条1項における「婚姻」を前提としていると解するのが相当であり、上記要請及び指針が婚姻制度の内容により婚姻することが事実上不当に制約されることのないように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るとされているとしても、それは、同条1項が異性間の人的結合関係における「婚姻」の自由を保障していることと何ら矛盾するものではないし、背理ということもできない。

したがって、控訴人らの上記主張は理由がない。

イ 控訴人らは、婚姻をすることについての自由が同性間に及ばないと解することは、憲法14条1項が禁止する性的指向に基づく合理的根拠を有しない差別取扱いに当たるから、憲法24条が保障する婚姻をすることについての自由が及ぶ範囲を異性間に限定して解釈するのは相当でない旨主張する（控訴理由書20ないし22ページ）。

しかしながら、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、同性間の人的結合関係を対象とすることを想定していないから、同条2項を受けて定められた本件規定も、婚姻が異性間の人的結合関係のみを対象とするものであることを前提として定められている。その結果として、事実上、同性愛者が自らの性的指向に合致する同性と婚姻することができない事態が生じ、同性愛者と異性愛者との間に性的指向による差異が生じているとしても、このような差異が合理的根拠を欠く差別取扱いに当たるとすることはできず、憲法14条1項に違反するものではない。以上については、後記第4で詳述する。

したがって、控訴人らの上記主張も、その前提を欠き、理由がない。

ウ 控訴人らは、婚姻をするについての自由が同性間に及ばないと解することは、憲法13条の趣旨に正面から反するから、憲法24条が保障する婚姻をするについての自由が及ぶ範囲を異性間に限定して解釈するのは相当でない旨主張する（控訴理由書21及び22ページ）。

しかしながら、同性間の婚姻をするについての自由が憲法13条によって保障されていると解することができないことは、前記3及び上記(1)で述べたとおりである。憲法24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、憲法13条の解釈に整合しこそすれ、同条に正面から反することにはならないから、控訴人らの上記主張は理由がない。

エ 控訴人らは、憲法24条の文理解釈から婚姻をするについての自由が同性間に及ぶか否かを判断するのは相当でないとした上で、「婚姻によって生じる法的効果を楽しむ利益や婚姻の本質を伴う共同生活を営むことに関して、異性愛者と同性愛者との間には本質的な相違が存しないことからすれば、婚姻の自由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ことについても、異性愛者と同性愛者との間には本質的な相違が存し

ないものということができる」から、同性間の婚姻の自由の保障を含むものとして憲法24条を拡張解釈し、あるいは同性間の婚姻の自由の保障について同条を類推適用するのが相当であると主張する（控訴理由書22ないし27ページ）。

しかしながら、法の解釈に際し、文言の日本語としての意味や文法が重視・尊重されなければならない、文言からかけ離れた解釈が許されないのは当然であって、このことは控訴人らも認めるところである（控訴人ら原審第2準備書面5及び6ページ）。前記2(2)で述べたとおり、「両性」とは、両方の性、男性と女性又は二つの異なった性を意味し、「夫婦」とは、夫と妻又は適法の婚姻をした男女の身分を意味する文言であり、「両性」及び「夫婦」が男性又は女性のいずれかを欠き当事者双方の性別が同一である場合を含む概念であると理解する余地はなく、このような理解は、憲法24条1項の制定過程及び審議状況からも裏付けられている。

また、前記3で述べたとおり、婚姻の法的効果（例えば、民法の規定に基づく、夫婦財産制、同居・協力・扶助の義務、財産分与、相続、離婚の制限、嫡出推定に基づく親子関係の発生、姻族の発生、戸籍法の規定に基づく公証等）を享受する利益や婚姻をすることについての自由は、憲法が定める婚姻を具体化する法律（本件規定）に基づく制度によって初めて個人に与えられる、あるいはそれを前提とした自由であり、生来的、自然権的な権利又は利益、人が当然に享受すべき権利又は利益ということとはできないのであるから、異性間における婚姻の効果を楽しむ利益や婚姻の自由と同性間のそれらとの間には、法律上、本質的な差異があるものと解さざるを得ない。

以上によれば、憲法24条について、同性間の婚姻の自由の保障を含むものとして拡張解釈又は類推適用する基礎はなく、同性間の婚姻について憲法24条を拡張解釈又は類推適用することはできないというべきであ

る。

したがって、控訴人らの上記主張は理由がない。

オ 以上のとおり、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は理由がない。

第4 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1項に違反しないこと

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こと

(1) 控訴人らは、「本件は、法律上同性の者同士の婚姻を認めていない民法及び戸籍法の規定の憲法適合性を問う訴訟である」（控訴理由書4ページ）とし、「根本となる身分法（家族法）の改正を伴わずに、他の関係諸法令の改正のみによって同性愛者に対して婚姻によって生じる法的効果を享受し得るものとするような法的手段は、本件規定の違憲性を解消する手段として第1審判決が想定するものではない」（同36ページ）、「例えば、同性婚（あるいは同性間の登録パートナーシップ制度）を取って異性婚と別の法制度として設けることは、合理的理由を欠いた差別的なものであるとしてアメリカの判例法理でも否定された『分離すれど平等』の誤りを繰り返すものとして当然に否定されるべきものである」（同37及び38ページ）等とした上で、「本件規定を改正しない立法不作為は国家賠償法1条1項の適用上違法の評価を受けるものである」（同59ページ）と主張する。

以上を踏まえると、控訴人らは、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、すなわち、本件規定が同性婚を認めていないことを理由として、本件規定が憲法14条1項に違反する旨主張するものと解される。

(2) 憲法14条1項は、法の下での平等を定めており、事柄の性質に応じた合理

的な根拠に基づくものでない限り、法的な差別的取扱いを禁止する趣旨のものであると解すべきである（最高裁判所昭和39年5月27日大法廷判決・民集18巻4号676ページ、最高裁判所昭和48年4月4日大法廷判決・刑集27巻3号265ページ、平成27年夫婦別姓訴訟最高裁判決）。

そして、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については、当該規定の趣旨・内容や在り方から客観的に判断するのが相当である。この点、夫婦同氏制を定める民法750条の規定の憲法14条1項適合性が争われた平成27年夫婦別姓訴訟最高裁判決も、民法750条の規定が「その文言上性別に基づく法的な差別的取扱いを定めているわけではなく、本件規定（引用者注：民法750条）の定める夫婦同氏制それ自体に男女間の形式的な不平等が存在するわけではない。」「夫婦となろうとする者の間の個々の協議の結果として夫の氏を選択する夫婦が圧倒的多数を占めることが認められるとしても、それが、本件規定の在り方自体から生じた結果であるということとはできない。」と判示し、上記の考え方に沿う判断を示している。また、国籍法（平成20年法律第88号による改正前のもの。）3条1項の規定の憲法14条1項適合性が争われた最高裁判所平成20年6月4日大法廷判決・民集62巻6号1367ページ、民法（平成25年法律第94号による改正前のもの。）900条4号ただし書前段の規定の憲法14条1項適合性が争われた最高裁判所平成7年7月5日大法廷決定・民集49巻7号1789ページ及び最高裁判所平成25年9月4日大法廷決定・民集67巻6号1320ページ、民法（平成28年法律第71号による改正前のもの。）733条1項の規定の憲法14条1項適合性が争われた再婚禁止期間違憲判決等も、上記の考え方を当然の前提としているものと解される。

このような観点から本件規定についてみると、本件規定が婚姻を異性間についてのものとして定めていることから、本件規定に基づき同性間で婚姻す

ることはできない。前記第3の2及び4(2)で述べたとおり、憲法24条1項が婚姻について異性間の人的結合関係のみを対象とすることを明文で定め、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からすると、同条2項による要請に基づき同条1項の婚姻に関する事項を具体化する本件規定が異性間の人的結合関係のみを対象としているのは当然である。そして、被控訴人原審第2準備書面第3の2(18ないし21ページ)で述べたとおり、特定の憲法の条項を解釈するに当たっては、関係する憲法の他の規定との整合性を考慮する必要があると解されるどころ、憲法24条1項の定める婚姻が異性間の人的結合関係のみを対象とするものとして本件規定により制度化され、同性間の人的結合関係を対象とするものとして制度化されない事態(差異)が生じることは、憲法24条が婚姻について異性間の人的結合関係のみを対象とすることを明文で定め、婚姻に係る法制度の構築を法律に委ねていることの当然の帰結にすぎず、同性間では本件規定に基づき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ると解するのが相当である。

そうすると、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(かかる区別取扱いを、以下「本件規定による区別取扱い」という。)、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というべきである。

なお、原判決は、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が(原判決32ページ)、前記(1)で述べたとおり、そもそも控訴人らは、本件規定が同性婚を認めていないことが憲法14条1項に違反すると主張しているのであって、同性愛者が婚姻によって生ずる法的

効果の一部を享受することができていないことや、同性間の人的結合関係について婚姻によって生じる法的効果の一部が認められないことを問題としているわけではない。のみならず、本件規定は、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から、そ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であるかということの本件規定と関連させて論じる性質のものではないと考えられる。これらの点で、原判決の問題の捉え方には根本的な誤りがあるというべきである。

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項に違反しないこと

(1) はじめに

前記1のとおり、本件規定による区別取扱いは、憲法自体が予定し、かつ許容しているものであるが、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た憲法14条1項適合性が問題となる余地があるとしても、婚姻は、異性間の人的結合関係に対して国家による特別の保護を付与する法制度であり、憲法24条2項の規定に基づき、異性間の人的結合関係のみを対象とする婚姻を定める本件規定の立法目的には合理的な根拠があつて、また、本件規定が異性間の人的結合関係のみを対象とし、同性婚を定めていないことが本件規定の立法目的との関連において著しく不合理なものとはいえないから、本件規定は、憲法14条1項に違反しないというべきである。

以下詳述する。

- (2) 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こと
- 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であること

前記1(2)のとおり、憲法14条1項は、法の下での平等を定めており、事柄の性質に応じた合理的な根拠に基づくものでない限り、法的な差別的取扱いを禁止する趣旨のものと解すべきところ、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は、当該取扱いにおける区別が「事柄の性質に応じた合理的な根拠に基づくもの」であるかどうかについて、立法府に合理的な範囲の裁量判断が認められる場合、これを前提にして、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である。そして、審査の厳格さ（立法裁量の広狭）については、当該事案に応じ、①区別を生じさせている事柄の性質（何を区別の事由としているか。）、②区別の対象となる権利利益の性質とその重要性を総合的に考慮して、これらの具体的事情に応じたものとすべきである。このような考え方は、憲法14条1項適合性に関するこれまでの判例の基本姿勢であるとみることができる（加本・前掲解説民事篇平成27年度〔下〕661ページ、寺岡洋和・最高裁判所判例解説民事篇平成27年度〔上〕132及び133ページ）。

そこで、以下では、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項適合性判断と憲法24条2項適合性判断の関係について述べた上で（後記イ）、上記の判例の基本姿勢にのっとり、同性婚を定めるか否かに係る立法府の裁量の範囲が広範であり、本件規定による区別取扱いを生じさせている事柄の性質、その対象となる権利利益の性質とその重要性を踏まえると、本件規定が憲法14条1項に違反すると評価されるのは、立法府の裁量の範囲を逸脱し又は濫用したと明らかに認められる場合に限られ、そのような場合は極めて限定的であることを述べる（後記ウないしカ）。

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こと

(ア) 前記第 3 の 2 (1) で述べたとおり、憲法 24 条は、1 項において「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。」と規定し、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上、2 項において「配偶者の選択、財産権、相続、住居の選定、離婚並びに婚姻及び家族に関するその他の事項に関しては、法律は、個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚して、制定されなければならない。」と規定し、これを受けて、民法は、婚姻に関する要件を規定している。

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要因の変化についても考慮した総合的な判断によって定められるべきであり、特に、憲法上直接保障された権利とまではいえない利益や実質的平等については、その内容として多様なものが考えられ、その実現の在り方は、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る（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参照）。

また、婚姻及び家族に関する事項は、法制度のパッケージとして構築されるものにほかならず（最高裁判所令和 3 年 6 月 23 日大法廷決定・最高裁判所ホームページ掲載〔以下「最高裁令和 3 年決定」という。〕の深山卓也裁判官、岡村和美裁判官及び長嶺安政裁判官の共同補足意見参照。）、法制度としてその全体が有機的に関連して構築されているものであるから、法制度の一断片のみを取り出して検討することは相当で

はない。そのため、問題となっている事項が、夫婦や親子関係についての全体の規律の中でどのような位置づけを有するのか、仮にその事項を変更した場合に、法制度全体にどのような影響を及ぼすのかといった点を見据えた総合的な判断が必要とされるものである（畑佳秀・最高裁判所判例解説民事篇平成27年度〔下〕755及び756ページ）。

したがって、婚姻及び家族に関する事項の詳細については、憲法が一義的に定めるのではなく、法律によってこれを具体化することがふさわしいものと考えられ、憲法24条2項は、このような観点から、婚姻及び家族に関する事項について、具体的な制度の構築を第一次的には立法府の合理的な裁量に委ねるとともに、その立法に当たっては、同条1項を前提としつつ、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、その立法裁量の限界を画したものである。

そうすると、婚姻及び家族に関する事項が憲法14条1項に違反するか否か、すなわち事柄の性質に応じた合理的な根拠に基づくものでない法的な差別的取扱いに当たるか否かについては、このような立法府に与えられた合理的な立法裁量とその限界を検討しつつ、憲法24条の解釈と整合的に判断する必要があるというべきである。

(4) この点、再婚禁止期間違憲判決においても、民法（平成28年法律第71号による改正前のもの。）733条1項の規定の憲法適合性の判断に当たっては、憲法14条1項適合性の判断の枠組みにおける検討がされているとともに、その検討に当たり併せて憲法24条の趣旨及び意義が考慮されており、同条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（加本・前掲解説民事篇平成27年度〔下〕685ページ）。

また、憲法14条1項適合性と憲法24条2項適合性との関係について

て、「憲法24条2項にいう『両性の本質的平等』については、同項により立法に当たっての要請、指針が示されていることから、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14条1項の形式的平等を害していない場合であっても、実質的平等の観点から憲法24条2項に違反するとの判断はあり得ると解されるが、同規定が憲法14条1項に違反する場合には、同時に憲法24条2項にも違反するとの結論が導かれることとなるであろう」（加本・前掲解説民事編平成27年度〔下〕684及び685ページ）と説明されているとおり、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ことが明らかにされている。

さらに、平成27年夫婦別姓訴訟最高裁判決については、「憲法14条1項の『平等』が、少なくとも裁判規範としては基本的に形式的な平等をいうものであることを示し」ており、「実質的平等の観点は、憲法14条1項適合性の判断において直ちに裁判規範とはなるものではないものの、（中略）憲法24条に関連し、（中略）考慮すべき事項の一つとしたものである」（畑・前掲解説民事篇平成27年度〔下〕746及び747ページ）との理解がされている。

(り) 以上のとおり、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いうべきである。

この点、前記第2の1(2)のとおり、原判決は、本件規定が憲法13条、24条1項及び同条2項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ているものであるが、このような憲法適合性の判断手法は、前記(イ)の判断手法に照らして特異なものであるということが出来る。

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こ

と

婚姻（法律婚）は、当事者の合意のみに基づいて成立する一身上の問題であるだけでなく、我が国の社会を構成し、これを支える自然的かつ基礎的な集団単位である家族をその中心となつて形成しているという実態があり、当該実態に対しては、歴史的に形成されてきた我が国の社会の承認が存在していると考えられる。このような性質の婚姻について、いかなる人的結合関係をその対象とするかは、婚姻の在り方を形作る核心ともいふべきものであり、我が国の家族の在り方、ひいては社会の根幹に関わる極めて重要な問題でもある。そうであるとすると、婚姻の当事者の範囲や要件については、国の伝統や国民感情を含めた社会状況に加え、将来の我が国の社会をどのような姿に導くことになるのか等を十分に検討して判断する必要があり、そのためには、ある程度時間をかけた幅広い国民的議論が不可欠であるという意味で、民主的なプロセスに委ねることによって判断されるべき事柄にほかならない。

この点、平成27年夫婦別姓訴訟最高裁判決に関して、婚姻及び家族に関する事項についての憲法24条2項適合性に関する合憲性審査基準について、「制度の構築が、第一次的には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、少数者の基本的な権利を保障するために厳格な審査をするというのではなく、第一次的には国会における民主主義の過程に重きを置いたものになるものと考えられる。」（畑・前掲解説民事篇平成27年度〔下〕756ページ）と説明されているところである。

しかも、前記1及び被控訴人原審第2準備書面第3の2(3)(19及び20ページ)で述べたとおり、憲法24条が婚姻について異性間の人的結合関係のみを対象とするものとして明文で定め、婚姻に係る法制度の構築を法律に委ねていることからすると、憲法は、法律（本件規定）により異

性間の人的結合関係のみを対象とする婚姻を制度化することを予定しているとはいえるものの、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解すべきである。

以上のとおり、婚姻及び家族に関する事項は、民主的なプロセスに委ねることによって判断されるべき事柄にほかならないし、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ことからすると、同性婚を定めるか否か（同性間の人的結合関係を婚姻の対象とするか否か）、同性間の人的結合関係を対象とする新たな婚姻に準じる法制度を構築するか否か等の問題を含め、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。

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こと

原判決は、「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楽しむか、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楽しむことはできない。そうすると、異性愛者と同性愛者との間には、上記の点で区別取扱いがあるということが出来る」（原判決20ページ）などとして、異性愛者のカップルと同性愛者のカップルとを比較した上で、民法及び戸籍法に同性間の人的結合関係について婚姻によって生じる法的効果を楽しむことを認める規定がないことが性的指向による区別取扱いであると判示する。

しかしながら、前記1(2)で述べたとおり、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。このような観点から本件規定をみると、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、その文言上、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く、その趣旨・内容や在り方自体が性的指向に応じて婚姻制度の利用の可否を定めているものとはいえないから、性的指向について中立的な規定であるといえることができる。そうであるとすると、本件規定が区別の事由を性的指向に求めているものと解することは相当でない。多種多様な人的結合関係のうち、本件規定が一人の男性と一人の女性の人的結合関係について婚姻を認める結果として同性愛者がその性的指向に合致する者と婚姻をすることができないという事態が生じ、同性愛者と異性愛者との間に性的指向による差異が生じているとしても、それは、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すぎないというべきである。

したがって、原判決の上記判示は誤りである。そして、このような事実上の結果ないし間接的な効果としての区別は、法律の規定によって直接的に性的指向に基づく区別をする場合と比較して限定的なものであると考えられるから、事実上の結果ないし間接的な効果を有するにとどまる区別取扱いについては、法律の規定によって直接的な区別をする場合に比して、立法府の裁量は広範であると解するのが相当である。

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こと

(7) 前記第3の3で述べたとおり、婚姻及び家族に関する事項は、憲法24条2項に基づき、法律が具体的な内容を規律するものとされているか

ら、婚姻及び家族に関する権利利益の内容は、憲法上一義的に捉えられるべきものではなく、憲法の趣旨を踏まえつつ定められる法制度を待つて初めて具体的に捉えられるものである。

この点、平成27年夫婦別姓訴訟最高裁判決は、「氏に関する上記人格権の内容も、憲法上一義的に捉えられるべきものではなく、憲法の趣旨を踏まえつつ定められる法制度をまって初めて具体的に捉えられるものである」と判示しており、これについては、「一定の法制度を前提とする人格権や人格的利益については、いわゆる生来的な権利とは異なる考慮が必要であって、具体的な法制度の構築とともに形成されていくものであるから、当該法制度において認められた権利や利益を把握した上でそれが憲法上の権利であるかを検討することが重要となるほか、当該法制度において認められた利益に関しては憲法の趣旨を踏まえて制度が構築されたかとの観点において、まだ具体的な法制度により認められていない利益に関してはどのような制度を構築すべきかとの観点において憲法の趣旨が反映されることになることを説示したものである」と解されている（畑・前掲解説民事篇平成27年度〔下〕737ないし739ページ参照）。

このような観点から本件についてみると、前記第3の2及び被控訴人原審第1準備書面第3の1(3)ア(19及び20ページ)及び同第2準備書面第2の2(9及び10ページ)等で繰り返し述べてきたとおり、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いないため、同項を前提とする同条2項も、異性間の人的結合関係を対象とする婚姻制度の構築のみを法律に委ねているにとどまり、同性間の人的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とみるほかない。また、このような憲法24条の規定を前提として、現行法上、同性間の人的結

合関係について婚姻と同様の法的効果（同性婚）を認める規定は存在しない。

そうすると、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の全部を同性婚によって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いうこととはできないし、同性間の人的結合関係を認める婚姻制度が存在しない以上、具体的な法制度によって認められたものともいえない。

なお、被控訴人原審第2準備書面第3の3(2)イ(イ)（24及び25ページ）で述べたとおり、同性間の人的結合関係においても、婚姻による財産上の法的効果（財産分与、相続等）及び身分上の法的効果（貞操、扶養等）については、民法上のほかの制度（契約、遺言等）を用いることによって、婚姻と同様の効果を生じさせることができるから、同性婚が定められていないことによる事実上の不利益は、相当程度、解消ないし軽減する余地がある。また、同性婚が定められていないことは、同性間の人的結合関係について本件規定の適用がなく、本件規定が定める法的効果が付与されていないことを意味するにとどまり、これによって、同性間において婚姻類似の人的結合関係を構築して維持したり、家族を形成したり、共同生活を営んだりする行為（自由）が制約されるものでもない。

以上のような区別取扱いの対象となる権利利益の性質は、本件規定の憲法14条適合性を判断するに当たり、十分に考慮されなければならない。

- (イ) この点、原判決は、婚姻によって生じる法的効果を享受することが、異性愛者にとって重要な法的利益であるとした上で、「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享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」として、「本件区別取扱い（引用者注：異性愛者のカップルは、婚姻を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、婚姻を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をすることができず、婚姻によって生じる法的効果を享受することができないという区別取扱いを指すものと解される。原判決20ページ）は、このように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婚姻によって生じる法的効果を享受する利益について、区別取扱いをするものとみることができる」と判示する（同22及び23ページ）。

しかしながら、前記(ア)で述べたとおり、憲法24条1項を前提とする同条2項が異性間の人的結合関係を対象とする婚姻制度の構築を法律に委ねているにとどまり、同性間の人的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、このような憲法24条の規定を前提として、現行法上、同性間の人的結合関係を対象とする婚姻等を認める規定が存在しないのであるから、同性婚に係る権利利益は、憲法上保障されたものでも、具体的な法制度によって認められたものでもない。前記1のとおり、本件規定による区別取扱いは憲法自体が予定し、かつ許容するものであることに照らせば、憲法上保障された婚姻に係る権利利益と憲法上保障されず法制度によっても認められない同性婚に係る権利利益との差異があるのは当然であって、これらを同等のものとして、婚姻によって生じる法的効果を享受する利益を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解することはできない。

したがって、原判決の上記判示は誤っている。

カ 小括

(ア) 以上のとおり、立法府の裁量が認められる規定の憲法14条1項適合性を判断するに当たっては、当該裁量の広狭に応じ、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であるところ（前記ア）、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り（前記イ）、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ものと解される中（前記ウ）、婚姻によって生じる法的効果を享受することができるか否かという点について同性愛者と異性愛者との間に性的指向による差異が生じることは、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し（前記エ）、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ず、具体的な法制度によって認められたものでもない（前記オ）ことからすると、本件規定が憲法14条1項に違反する余地があるとしても、それは、婚姻によって生じる法的効果を享受することができるか否かという点について同性愛者と異性愛者との間の性的指向による差異を結果として生じさせる本件規定の立法目的に合理的な根拠がなく、又はその手段・方法の具体的内容が立法目的との関連において著しく不合理なものといわざるを得ないような場合であって、立法府に与えられた広範な裁量の範囲を逸脱し又は濫用するものであることが明らかである場合に限られるというべきである。

なお、同性婚を定めていない本件規定が憲法14条1項又は同法24条2項に違反するか否かという問題と、同性婚を定めるのが立法政策として相当か否かという問題とは、次元を異にするものである点にも留意する必要がある（最高裁令和3年決定参照）。

(イ) この点、原判決は、①異性愛者と同性愛者との間には、婚姻を欲したとしても婚姻をすることができるか否か、婚姻によって生じる法的効果を享受することができるか否かという区別取扱い（同判決にいう本件区別取扱い）があること、②当該区別取扱いが性的指向による区別であり、性的指向が人の意思によって選択・変更することができない事柄であることを根拠に、憲法14条1項適合性の判断方法について、「立法事実の有無・内容、立法目的、制約される法的利益の内容などに照らして真にやむを得ない区別取扱いであるか否かの観点から慎重にされなければならない」と判示する（原判決19ないし22ページ）。

しかしながら、上記①については、前記オで述べたとおり、同性婚に係る権利利益が、憲法上も認められた異性間の婚姻に係る権利利益とは異なり、憲法上保障されたものとも、具体的な法制度上によって認められもたのでもないことを看過している。また、上記②については、前記エで述べたとおり、本件規定は性的指向について中立的であり、婚姻によって生じる法的効果を享受することができるか否かという点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のは、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ことを見落としている。さらに、原判決では、憲法14条1項適合性の判断において、前記ウで述べたとおり、憲法が本件規定により異性間の人的結合関係としての婚姻のみを制度化することを予定し、同性間の人的結合関係を対象とする婚姻を認める制度を想定していないと解すべきことが何ら考慮されていないし、立法府が同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を定めるについて広範な立法裁量を有すると判示しながら、憲法14条1項適合性の判断においては、当該立法裁量との関係についての具体的な言及をしないまま、性的指向の性質のみを掲げて審査密度を上げている点で、論旨一貫していない。

このように、原判決が採用した憲法14条1項適合性についての上記判断方法は、本件規定による区別取扱いの具体的事情について十分に考慮されているとはいえないし、立法府に広範な立法裁量を認めながら、当該立法裁量との関係について十分な説明をすることなく審査密度を上げているなど、その判断手法に一貫性がなく、相当でないというべきである。

(3) 本件規定の立法目的に合理的な根拠があること

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こと

婚姻制度の伝統的な理解、由来及び沿革等については、既に被控訴人原審第2準備書面第1(4ないし9ページ)等で述べたとおりであるところ、その概要は、以下のとおりである。

(7) 婚姻は「伝統的に生殖と子の養育を目的とする男女の結合であった。

したがって、同性の性的結合関係や共同生活関係は婚姻たりえないとされてきた」ところ、「国ないし社会が婚姻に法的介入をするのは、婚姻が社会の次世代の構成員を生産し、育成する制度として社会的に重要なものであったからである」(青山道夫=有地亨編「新版注釈民法(21)親族(1)178ページ・乙第1号証)と指摘されている。このように、伝統的に、婚姻は、生殖と密接に結び付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。

(イ) 民法の「第4編 親族」は、明治31年に「第5編 相続」とともに公布されたが(明治31年法律第9号。この民法第4編及び第5編は、後記(エ)のとおり昭和22年に全面的な改正が行われており、以下同改正前のものを「明治民法」といい、同改正後のものを「現行民法」という。)、そこにおける婚姻は、我が国の従来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る(梅謙次郎「民法要

義卷之四終(第16版)』87及び90ページ・乙第3号証)。この点は、民法学者の間でも同様に理解されていた(穂積重遠「親族法」221ページ・乙第4号証, 牧野菊之助「日本親族法論」・乙第5号証)。

(ウ) 昭和22年の日本国憲法の制定においても、憲法24条1項は、婚姻の当事者が男女であることを前提としているのであり、同性間の人的結合関係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く、同項を前提とする同条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。

(エ) 日本国憲法の制定に伴い、明治民法は、昭和22年に全面改正され、現行民法が制定されたが、そこでも婚姻の当事者が男女であることが前提とされていた(我妻榮=立石芳枝「法律學体系コンメンタール篇親族法・相續法」・乙第8号証)。この点、上記改正に係る国会審議において、同性間の人的結合関係を婚姻の対象とすることについて言及された形跡は見当たらない。

なお、その後の学説の議論状況をもみても、現在もなお、婚姻の当事者が男女であるとの理解が一般的であるといえる(中川善之助「親族法(上)」194ページ・乙第9号証, 我妻榮「親族法」14及び18ページ・乙第10号証, 大村敦志「民法読解 親族篇」32及び33ページ・乙第11号証等参照)。

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こと

民法739条1項は、「婚姻は、戸籍法(中略)の定めるところにより届け出ることによって、その効力を生ずる。」と規定し、憲法24条1項の規定を受けて法律婚主義を定める(前掲最高裁判所平成25年9月4日大法廷決定)ところ、婚姻の効力を定める民法の各規定において、婚姻の当

事者の呼称として「夫婦」，「夫」若しくは「妻」，「父母」又は「父」若しくは「母」という文言が用いられていることに加え（第4編第2章第2節ないし第4節），重婚が禁止されている（732条）ことからすると，民法上の婚姻は，一人の男性と一人の女性の人的結合関係を定めているものと解される。

そして，民法は，夫婦間の関係について，重婚の禁止（732条）のほかにも，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）等を規定して婚姻の成立要件とする一方で，婚姻の無効（742条），婚姻の取消し（743条ないし749条），離婚（763条ないし771条）という婚姻関係の解消等についての要件を定めて一定の制約を課しているばかりでなく，婚姻の効果として，配偶者及び三親等内の姻族との間に親族関係を発生させ（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）のほか，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）等の夫婦間の権利義務を定めることによって，婚姻をした夫婦（一人の男性と一人の女性の人的結合関係）について，身分関係の発生に伴うものを含め，種々の権利を付与するとともに，これに応じた義務も負担させて，夫婦の一方の死亡後も見据えた夫婦関係の長期にわたる法的安定を図っている。また，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うことが出来る（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参照)。

そして、戸籍法74条は、民法739条1項及び750条等の規定を受けて、婚姻をしようとする者が、夫婦が称する氏、その他法務省令で定める事項を届書に記載して、その旨を届け出なければならないと規定し、本件規定に基づく婚姻については、戸籍法6条、7条及び13条等の規定により、戸籍に記載されることにより、その関係が公証されることとなる。

このように、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。

ウ 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り、合理性があること

(ア) 以上の本件規定の立法経緯及びその規定内容からすると、本件規定に基づく婚姻は、人が社会生活を送る中で生成され得る種々の、かつ多様な人的結合関係のうち、一人の男性と一人の女性との人的結合関係とその間に産まれる子との人的結合関係を制度化し、夫婦に身分関係の発生に伴うものを含め、種々の権利を付与するとともに、これに応じた義務も負担させることによって、夫婦関係の長期にわたる円滑な運営及び維持を図ろうとするものである。すなわち、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りと解するのが相当である。

そして、前記ア(ウ)、(エ)のとおり、本件規定は、異性間の婚姻を前提とする憲法24条の規定を受けて定められたものであり、また、我が国において、一人の男性と一人の女性の人的結合関係が、今後の社会を支える次世代の子を産み、育みつつ、我が国の社会を構成し、支える自然的かつ基礎的な集団単位である家族をその中心となって形成しているという実態があつて、当該実態に対して歴史的に形成されてきた社会的な

承認が存在していることに鑑みると、このような立法目的が合理性を有することは明らかである。

(イ) この点、原判決は、本件規定の立法目的について、①現行民法が、子のいる夫婦といない夫婦、生殖能力の有無、子を作る意思の有無による夫婦の法的地位の区別をしていないこと、②子を産み育てることが、個人の自己決定に委ねられるべき事柄であり、子を産まないという夫婦の選択も尊重すべき事柄といえること、③明治民法においても、子を産み育てることが婚姻制度の主たる目的とされていたものではなく、夫婦の共同生活の法的保護が主たる目的とされていたものであり、昭和22年民法改正においてこの点の改正がされたことがうかがわれぬことに照らすと、「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。」と判示する（原判決25ページ）。

しかしながら、パッケージとして構築される婚姻及び家族に関する制度においては、制度を利用することができるか否かの基準が明確である必要がある。この点、平成27年夫婦別姓訴訟最高裁判決における寺田逸郎裁判官の補足意見でも、「法律制度としての性格や、現実に夫婦、親子などからなる家族が広く社会の基本的構成要素となっているという事情などから、法律上の仕組みとしての婚姻夫婦も、その他の家族関係と同様、社会の構成員一般からみてもそう複雑ではないものとして捉えることができるよう規格化された形で作られていて、個々の当事者の多様な意思に沿って変容させることに対しては抑制的である」と指摘されている。

また、学説上も「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

生活を送るといふ点に婚姻の特殊性を求めらば、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。このようにいふと、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。」(大村敦志「家族法〔第3版〕」286ページ・乙第12号証)と指摘されているように、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。

このような観点からすれば、婚姻制度の対象として生物学的にみて生殖の可能性のある男女の組合せ(ペア)としての夫婦を抽象的・定型的に想定して、「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ふ関係に対して法的保護を与える」といふ立法目的の合理性を判断すべきであるから、現行民法が子のいる夫婦といない夫婦、生殖能力の有無、子を作る意思の有無による夫婦の法的地位の区別をしていないからといって、婚姻における夫婦間の生殖及びそれによる子の養育の要素を軽視して本件規定の立法目的の合理性を判断するのは相当でない。

また、本件規定は、その立法目的が夫婦間の生殖及びそれによる子の養育を要素とするものであるからといって、婚姻をした夫婦に子を産み育てることを強制したり、義務付けたりするものではなく、子を産み育てることは婚姻をした夫婦の意思に委ねられるべき性質のものであることに変わりはないから、上記②の指摘も当たらない。

さらに、前記(ア)で述べたとおり、本件規定の立法経緯及びその規定

内容からすると、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するものであり（原判決もこの目的の存在及び重要性は認めている。原判決25ページ。）、このような本件規定の立法目的の捉え方が正当であることは、前掲最高裁判所平成25年12月10日第三小法廷判決の寺田逸郎裁判官の補足意見が「現行の民法では、『夫婦』を成り立たせる婚姻は、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付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。（中略）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（中略）、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、嫡出子の仕組みをおいてほかになく、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。」と指摘し、平成27年夫婦別姓訴訟最高裁判決における同裁判官の補足意見も、「男女間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（772条以下）をおいてほかになく、この仕組みが婚姻制度の効力として有する意味は大きい（括弧内省略）。現行民法下では夫婦及びその嫡出子が家族関係の基本を成しているとする見方が広く行き渡っているのも、このような構造の捉え方に沿ったものであるといえるであろうし、このように婚姻と結び付いた嫡出子の地位を認めることは、必然的といえないとしても、歴史的にみても社会学的にみても不合理とは断じ難く、憲法24条との整合性に欠けることもない。」と指摘しているところからも明らかである。

また、民法学者も、婚姻の目的について、「男と女との性的結合は、人類の永続の基礎である。(中略)近代文明諸国の法は、ほとんど例外なしに、この結合を一人の男と一人の女との平等な立場における結合とする。そして、その間の未成熟の子を含む夫婦・親子の団体をもって、社会構成の基礎とする。わが新法(引用者注:現行民法)の態度もそうである。」(我妻栄「親族法」9ページ・乙第21号証)、「婚姻は単純な性関係ではなく、男女の生活共同態として、そのあいだに生れた子の保護・育成、分業的共同生活の維持などの機能を有しており、家族の中核を形成することは重要である。」、「子の育成・保護を無視して婚姻を考えることは正當ではないであろう。」(青山道夫「身分法概論」61ないし63ページ・乙第22号証)、「多様な男女結合の諸類型のうち、子への嫡出性の賦与・配偶者相続権の発生・姻族関係の発生という効果を生じさせるものが婚姻であり、逆に、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。」(鈴木禄弥「親族法講義」8ページ・乙第23号証)と説明しているところである。

このように、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、夫婦間の生殖及びそれによる子の養育を重要な要素とすることが明らかであり、その目的は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といふべきである。

- (4) 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こと

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こと

前記(3)で述べたとおり、民法(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、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ところ、これは、生物学的な自然生殖可能性を基礎として抽象的・定型的に立法目的を捉えて、婚姻をすることができる夫婦の範囲を定めていることによるものである。そして、憲法24条は、一人の男性と一人の女性の人的結合関係である婚姻及びそれを前提として営まれることになる共同生活関係である家族について明文で規定し、このような婚姻及び家族に関する事項について立法上の配慮を求めているところ、夫婦間に実際に子がなくとも、又は子を産もうとする意思や子が生まれる可能性がなくとも、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という社会的な実態とこれに対する社会的な承認が存在することに変わりがないことや、前記(3)ウ(イ)で述べたとおり、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、婚姻をすることができる夫婦の範囲を上記のとおり定めることには、合理性が認められる。

以上によれば、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ことは明らかであるといえる。

イ 同性婚を定めていないことが本件規定の立法目的との関連においても合理性を有すること

(7) 前記1及び被控訴人原審第2準備書面第3の2(3)(19及び20ページ)で述べたとおり、憲法24条が婚姻を異性間のものとして明文で

規定し、婚姻に係る法制度の構築を法律に委ねていること等からすると、憲法は、本件規定により異性間の人的結合関係のみを対象とする婚姻を制度化することを予定し、同性間の人的結合関係を対象とする婚姻を定めることを想定していない。

(イ) また、前記(3)ウ(ア)で述べたとおり、異性間の人的結合関係が婚姻として制度化された背景には、一人の男性と一人の女性という異性間の人的結合関係が、今後の社会を支える次世代の子を産み、育みつつ、我が国の社会を構成して支える自然的かつ基礎的な集団単位である家族をその中心となって形成しているという社会的な実態があり、当該実態に対して歴史的に形成されてきた社会的な承認がある中、同性間の人的結合関係には自然生殖の可能性が認められないし、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としても、同性間の人的結合関係を我が国における婚姻の在り方との関係でどのように位置づけるかについては、いまだ社会的な議論の途上にあり、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。

(ウ) さらに、同性婚が定められていないという事態は、同性間の人的結合関係に本件規定による特別の法的保護が与えられていないにとどまり、同性間において婚姻類似の人的結合関係を構築して維持したり、家族を形成したり、共同生活を営んだりする行為（自由）は何ら制限されるわけではないといえるし、前記(2)オで述べたとおり、婚姻により生じる法的効果を受ける権利利益は、憲法上も具体的な法制度上も同性間の人

的結合関係に対して保障されているものではない上、民法上のほかの制度（契約、遺言等）を用いることによって、同性婚が定められていないことによる事実上の不利益が相当程度解消ないし軽減される余地もある。

(エ) 以上からすれば、同性婚を定めていないことは、本件規定の立法目的との関連においても合理性を有するものといえる。

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

(7) 原判決の判示

原判決は、本件規定の立法目的は正当であり、「立法府が、同性間の婚姻や家族に関する事項を定めるについて有する広範な立法裁量の中で（中略）、本件規定（引用者注：本件規定）を同性間にも適用するには至らないのであれば、そのことが直ちに合理的根拠を欠くものと解することはできない」（原判決31ページ）と判示しつつも、以下の理由を挙げて、「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」は、合理的根拠を欠く差別取扱いに当たると判示する（同32ページ）。そして、同判決は、その説示において、同性婚を認めていない理由を同性愛が精神疾患の一種であるとの知見にあるとした上で、その知見が今日失われていることを繰り返し述べていることからすると（同23、24、26ないし28及び31ページ）、下記③を特に重要視しているものと解される。

① 婚姻によって生じる法的効果を享受することは、異性愛者にとって法的利益であるところ、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享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享有し得る（同22及び23ページ）。

- ② 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から，本件規定の目的は，同性愛者のカップルに対し，婚姻によって生じる法的効果の一切を享受し得ないものとする理由とはならない（同25及び26ページ）。
- ③ 本件規定の制定時に同性婚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ころ（同26ページ），この知見が平成4年頃には完全に否定されたことに照らせば，同性婚について定めていない本件規定や憲法24条の存在が同性愛者のカップルに対する一切の法的保護を否定する理由にはならない（同31ページ）。
- ④ 我が国においては，同性愛者のカップルに対する法的保護に肯定的な国民が増加し，同性愛者と異性愛者との間の区別を解消すべきとの要請が高まりつつあり，諸外国においても性的指向による区別取扱いを解消する要請が高まっている状況があることを考慮すべきである（同32ページ）。

(イ) 前記①の指摘が誤っていること

原判決における「婚姻によって生じる法的効果」とは，「婚姻当事者及びその家族の身分関係を形成し，戸籍によってその身分関係が公証され，その身分に応じた種々の権利義務を伴う法的地位が付与されるという，身分関係と結び付いた複合的な法的効果」を意味するところ（原判決20ページ），前記(2)オ(7)で述べたとおり，このような法的効果は，法制度を待って初めて捉えられるものであるというべきであるが，前記(2)オ(1)で述べたとおり，憲法24条2項が同条1項を前提に婚姻について異性間の人的結合関係のみを対象とするものとして明文で定め，そのような婚姻に係る法制度の構築を法律に委ねているにとどまり，同性

間の人的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とみるほかない上、このような憲法24条の規定を前提として、現行法上、同性間の人的結合関係を対象とする婚姻を認める規定は存在しないことからすれば、同性婚に係る権利利益は、憲法上保障されたものでも、具体的な法制度で認められたものでもなく、もとより、本件規定による区別取扱いは、憲法自体が予定し、かつ許容するものであることに照らせば、同性愛者が同性間の人的結合関係において婚姻によって生じる法的効果を楽しむことができないことは、憲法が許容する区別取扱いであるということが出来るから、必ずしも不合理なものであるということとはできない。

したがって、原判決の前記①の指摘は誤っている。

(ウ) 前記②の指摘が誤っていること

前記(3)ウ(イ)で述べたとおり、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、夫婦間の生殖及びそれによる子の養育を重要な要素とすることは明らかであるから、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を殊更に軽視する姿勢は誤りである。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が、前記イ(イ)で述べたとおり、異性間の人的結合関係が婚姻として制度化された背景には、自然生殖可能性を前提とする一人の男性と一人の女性の人的結合関係が我が国の社会を構成し、支える自然的かつ基礎的な集団単位である家族をその中心となって形成しているという社会的な実態があり、当該実態に対して歴史的に形成されてきた社会的な承認があるのに対し、同性間の人的結合関係にはいまだこれと同視し得る社会的な承認が存在するとはいえないことに照らせば、本件規定の立法目的として夫婦の共同生活

自体の保護の要素を強調するとしても、そのことから同性愛者が同性間の人的結合関係において婚姻により生じる法的効果の全部又は一部を享受することができないことが直ちに不合理なものと評価されることになるわけではない。

したがって、原判決の前記②の指摘は誤っている。

(イ) 前記③の指摘が誤っていること

a 原判決は、明治民法や現行民法の制定経緯等から、同性愛が精神疾患の一種であるとの認識が本件規定の立法事実として存在していたことを推認している。すなわち、同判決は、㊶「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」、㊷「同性愛は、戦後初期の頃においても変態性欲の1つなどとされ、同性愛者は精神異常者であるなどとされて」いた、㊸「昭和22年民法改正に当たっても同性婚について議論された形跡はないが、同性婚は当然に許されないものと解されていた」ことなどから、「明治民法下においては、同性愛は精神疾患であることを理由として、同性婚は明文の規定を置くまでもなく認められていなかったものと解される。そして、昭和22年民法改正の際にも、同性愛を精神疾患とする知見には何ら変化がなく、明治民法下と同様の理解の下、同性婚は当然に許されないものと理解されていたことからすると、昭和21年に公布された憲法においても、同性愛について同様の理解の下に同法24条1項及び2項並びに13条が規定されたものであり、そのために同法24条は同性婚について触れるところがないものと解することができる。」(原判決17及び18ページ)と判示する。

b しかしながら、前記(3)ア及び被控訴人原審第2準備書面第1(4ないし9ページ)で詳述したとおり、明治民法において、同性間の人

的結合関係を対象とする婚姻が規定されなかったのは、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という我が国の従来の慣習を制度化したことによるものであり、同性愛が精神疾患であることによるものではない。

この点、明治民法の立案担当者による解説書（梅謙次郎「民法要義卷之四終」（第16版）・乙第3号証）にも、「本条は一夫一婦の主義を認めたるものなり蓋し我邦に於ては既に千有余年前より此主義を認め（以下略）」と記載されている一方、同性愛が精神疾患に当たるとの記載はない。

- c. また、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、原判決の前記認定判断が誤りであることは明らかである。

すなわち、原判決において、控訴人らが提出した文献（甲A第181号証）には、⑦明治維新（1868年）の頃に、男色文化が九州を中心とする西南日本から東京にもたらされた、⑧日清日露の両戦役の間（1894年ないし1905年）、東京において男色が流行した、それは武士道が唱えられるようになり薩摩風の硬派の文化つまり野蛮さ、バンカラさが世を風靡するに至った表れの一つであった、⑨1920年代以降、「性欲学」において同性愛が変態性欲として取り扱われるようになり、変態性欲としての同性愛という認識が広がっていった旨の記載がある。

そして、同性間の人的結合関係を対象とする婚姻に関する規定を設けなかった明治民法が公布されたのは明治31年（1898年）であるところ、これらの文献及び意見書の記載によれば、明治民法が制定・公布された時期は、同性愛が変態性欲として扱われるようになった時期よりも前であることになる。

この点、原判決は、甲A第181号証が当該事件の原告らから証拠として提出されていたにもかかわらず、これを認定に用いず、同原告らが甲A第187号証、甲A第189号証及び甲A第190号証としてそれぞれ提出した文献を用いて、「明治期における同性愛に関する知見」に係る事実を認定するとともに（原判決4ページ）、これらを引用して「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」と判断したが（同17ページ）、「明治期における同性愛に関する知見」に係る事実の認定に用いた甲A第189号証は明治39年に、甲A第190号証は昭和11年にそれぞれ発行されたものであり、いずれも明治民法制定当時の同性愛に対する知見を述べるものではなかったし、甲A第187号証は、明治27年に発行されたものではあるものの、ドイツの精神科医クラフト＝エビングの「性的精神病質」が邦訳されたものであって、我が国の当時の同性愛に対する知見を述べるものではなかった。なお、1873年から1882年にかけて鶏姦規定が制定されているが、同規定も、同性愛が精神疾患に当たることを前提として制定されたわけではない。

そうすると、明治民法の制定当時、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原判決の事実認定は、証拠に基づかないものであり、当該事実を前提とする同判決の判断も誤っている。

また、前記(3)アのとおり、明治民法が婚姻は男女間のものであるという慣習を制度化したものであるところ、日本国憲法の制定に伴って昭和22年に全面的に改正された現行民法においても同性婚は定められず、これに関する規定も設けられていない。上記改正に係る国会審議において、婚姻について同性間の人的結合関係を対象とすることに言及された形跡が見当たらず、むしろ、現行民法に関する解説書に、

「夫婦関係とは何か、といえば、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・肉体的結合というべきである。」、「同性間の『婚姻』はこの意味で婚姻ではない」（我妻栄「親族法」14及び18ページ・乙第10号証）等の記載があることからすれば、現行民法において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、同性愛者が精神疾患であるとして婚姻制度から積極的に排除するためでも、当然に許されないものとされていたためでもなく、むしろ、現行民法の制定時においても、婚姻が異性間の人的結合関係を対象とするという前提に何らの変更がなかったからにほかならないと考えられる。

この点、日本国憲法に関する審議が行われた第90回帝国議会においても、婚姻の対象として同性間の人的結合関係を含めるか否か等についての議論がされた形跡は見当たらず、かえって、当時の司法大臣であった木村篤太郎が、「一夫一婦の原則は、私個人の考えであります。これは全く世界通有の一大原則だと思います。」と述べているなど、婚姻が異性間のものであることが当然の前提とされていたのであって、日本国憲法の制定においても、同性愛者を精神疾患として婚姻制度から積極的に排除しようとしたものとは認められない（「逐条日本国憲法審議録 第二巻」・乙第18号証）。

d 以上のとおり、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、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、原判決の前記③の指摘は誤りである。

(オ) 前記④の指摘を考慮しても、本件規定が憲法14条1項に反するとは

いえないこと

前記イ(イ)で述べたとおり、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としても、同性間の人的結合関係を我が国における婚姻の在り方との関係でどのように位置づけるかについては、いまだ社会的な議論の途上であり、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を対象とする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。

そうすると、現行の法制度が、同性間の人的結合関係に婚姻により生じる法的効果の一部についてすら享受する法的手段を設けていないことについても、立法政策の相当性の問題を越えて直ちに、婚姻及び家族に関する事項を定めることについての立法府の広範な立法裁量を考慮してもなお、合理的根拠を欠くものであるということとはできない。

したがって、前記④の指摘を考慮しても、本件規定が憲法14条1項に反するとはいえないから、同指摘は失当である。

(カ) 小括

以上のとおり、原判決の前記①ないし④の各指摘はいずれも誤っているか失当である。

なお、「婚姻及び家族に関する事項は、法制度としてその全体が有機的に関連して構築されているものであるから、法制度の一断片のみを取り出して検討することは相当ではな」く、「問題となっている事項が、夫婦や親子関係についての全体の規律の中でどのような位置付けを有するか、仮にその事項を変更した場合に、法制度全体にどのような影響を

及ぼすのかといった点を見据えた総合的な判断が必要とされるものである」(畑・前掲解説民事篇平成27年度〔下〕756ページ)ところ、原判決は、前記(ア)のとおり、「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取扱いであると判示するものの、同性愛者に対して提供すべき具体的な法的効果の内容・程度、そのための法的手段、その提供による法制度全体に及ぼす影響の有無・内容等を一切説示しておらず、総合的な観点からの検討を怠っており、その点からみても相当でない。

エ まとめ

(ア) 以上のとおり、立法府の裁量が認められる規定の憲法14条1項適合性を判断するに当たっては、当該裁量の広狭に応じ、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であるところ(前記ア)、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(前記イ)、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ものと解される中(前記ウ)、婚姻によって生じる法的効果を享受することができるか否かという点について同性愛者と異性愛者との間に性的指向による差異が生じることは、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し(前記エ)、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ず、具体的な法制度によって認められたものでもない(前記オ)ことからすると、本件規定が憲法14条1項に違反する余地があるとしても、それは、婚姻によって生じる法的効果を享受することができるか否かという点について同性愛者と異性愛者との間の性的指向による差異を結果として生じさせる本件規定の立法目的に合理的な根拠がなく、又はその手段・方法の具

体的内容が立法目的との関連において著しく不合理なものといわざるを得ないような場合であって、立法府に与えられた広範な裁量の範囲を逸脱し又は濫用するものであることが明らかである場合に限られるというべきである。

なお、同性婚を定めていない本件規定が憲法14条1項又は同法24条2項に違反するか否かという問題と、同性婚を定めるのが立法政策として相当か否かという問題とは、次元を異にするものである点にも留意する必要がある（最高裁令和3年決定参照）。

(イ) この点、原判決は、①異性愛者と同性愛者との間には、婚姻を欲したとしても婚姻をすることができるか否か、婚姻によって生じる法的効果を享受することができるか否かという区別取扱い（同判決にいう本件区別取扱い）があること、②当該区別取扱いが性的指向による区別であり、性的指向が人の意思によって選択・変更することができない事柄であることを根拠に、憲法14条1項適合性の判断方法について、「立法事実の有無・内容、立法目的、制約される法的利益の内容などに照らして真にやむを得ない区別取扱いであるか否かの観点から慎重にされなければならない」と判示する（原判決19ないし22ページ）。

しかしながら、上記①については、前記オで述べたとおり、同性婚に係る権利利益が、憲法上も認められた異性間の婚姻に係る権利利益とは異なり、憲法上保障されたものとも、具体的な法制度上によって認められもたのでもないことを看過している。また、上記②については、前記エで述べたとおり、本件規定は性的指向について中立的であり、婚姻によって生じる法的効果を享受することができるか否かという点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のは、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ことを見落としている。さらに、原判決では、憲法14条1項適合性の判断におい

て、前記ウで述べたとおり、憲法が本件規定により異性間の人的結合関係としての婚姻のみを制度化することを予定し、同性間の人的結合関係を対象とする婚姻を認める制度を想定していないと解すべきことが何ら考慮されていないし、立法府が同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を定めるについて広範な立法裁量を有すると判示しながら、憲法14条1項適合性の判断においては、当該立法裁量との関係についての具体的な言及をしないまま、性的指向の性質のみを掲げて審査密度を上げている点で、論旨一貫していない。

このように、原判決が採用した憲法14条1項適合性についての上記判断方法は、本件規定による区別取扱いの具体的事情について十分に考慮されているとはいえないし、立法府に広範な立法裁量を認めながら、当該立法裁量との関係について十分な説明をすることなく審査密度を上げているなど、その判断手法に一貫性がなく、相当でないというべきである。

第5 結語

よって、本件規定が憲法13条、14条1項及び24条に違反するということはできず、国会において同性婚を認めるための必要な立法措置を講じないことがこれらの規定に違反するというものもないから、これに反する控訴人らの主張に理由がないことは明らかである。

よって、控訴人らの請求をいずれも棄却した原判決の判断は、結論において正当であるから、本件各控訴はいずれも速やかに棄却されるべきである。

以上