

【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 理 由 書

2021年(令和3年)5月20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

第 1	第 1 審判決の概要及び評価.....	4
1	第 1 審判決の概要.....	4
2	第 1 審判決の評価.....	4
第 2	本件規定が憲法 2 4 条及び 1 3 条に違反すること.....	10
1	第 1 審判決の判示.....	10
2	憲法 2 4 条及び 1 3 条による婚姻の自由の保障は同性の相手との婚姻にも及ぶものと解すべきこと.....	10
(1)	婚姻の自由の憲法上の保障の根拠規定について.....	10
(2)	憲法 2 4 条の文理解釈は決め手となるものではないこと.....	15
(3)	婚姻の自由の憲法上の保障の趣旨に照らせば婚姻の自由は同性間にも及ぶものと解すべきこと.....	16
(4)	憲法の諸規定の整合的解釈の観点からも婚姻の自由は同性間にも及ぶものと解すべきこと.....	19
(5)	憲法 2 4 条は同性間の婚姻の自由を保障するものと解釈することが可能であること.....	22
3	小括.....	27
第 3	本件規定が憲法 1 4 条 1 項に違反すること.....	28
1	第 1 審判決の判示.....	28
2	第 1 審判決の判示についての補足的検討.....	32
(1)	同性婚に対する否定的な意見や価値観を持つ国民が少なからずいることの「斟酌」の意味について.....	32
(2)	同性婚のカップルにも異性婚のカップルと同様の「婚姻によって生じる法的効果」が与えられるべきこと.....	34
3	小括.....	39
第 4	本件規定の改正を怠る国会の不作為は著しいものであり国家賠償法 1 条 1 項の適用上違法であると評価されるべきこと.....	39

1	立法不作為の国家賠償法上の違法性の判断方法.....	39
	(1) 違法性の判断基準時.....	39
	(2) 違法性の判断基準.....	39
	(3) 立法不作為の内容について.....	40
2	第1審判決の判示.....	41
3	本件規定を直ちに改正しない立法不作為の違憲性.....	42
	(1) 本件規定による利益侵害の重大性.....	42
	(2) 本件規定の合理性に関わる立法事実の変化等及びその評価.....	43
	(3) 第1審の口頭弁論終結後の事情の変化について.....	56
	(4) まとめ.....	56
4	小括.....	57
第5	結論.....	59

第1 第1審判決の概要及び評価

1 第1審判決の概要

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。

本件についての第1審判決（以下「第1審判決」という。）は、同性間の婚姻を認める規定を設けていない民法及び戸籍法の婚姻に関する諸規定（本件規定）を改廃していないことが国家賠償法1条1項の適用上違法の評価を受けるものではないとして、控訴人らの請求をいずれも棄却したが、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は、立法府の裁量権の範囲を超えたものであって、その限度で憲法14条1項に違反するものと判断した。

2 第1審判決の評価

- (1) 第1審判決は、結論としては控訴人らの請求を棄却したものの、本件において控訴人らが提起した婚姻の自由と平等にかかわる憲法上の問題の重要性・切迫性、社会的影響の大きさを踏まえて、本件規定の憲法適合性についての判断を回避することなく示したものであり、控訴人らが本件訴訟を通じて提起した問題に真摯に応えたものとして高く評価できる。

その上で、第1審判決が、「人権の問題は単純に多数決によって結論を出すべきものではない」という「憲法論（人権論）の基本」¹に立ち返り、「圧倒的多数派である異性愛者の理解又は許容がなければ、同性愛者のカップルは、重要な法的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の一部であってもこれを受け得ないとするのは、同性愛者のカップルを保護することによって我が国の伝統的な家族観に多少なりとも変容をもたらすであろうことを考慮しても、異性愛者と比して、自らの意思で同性愛を選択し

¹ 伊藤正晴『最高裁判所判例解説民事篇平成25年度』（法曹会，2016年）373頁。

たのではない同性愛者の保護にあまりにも欠けるといわざるを得ない」（第1審判決29頁）とする見方を示した上で、本件規定が憲法14条1項に違反するものとする我が国で初めての司法判断を示したことは、画期的であり、英断であるといえる。

他方で、第1審判決は、立法府が有する裁量権に対しても配慮しつつ、性的指向が人の意思によって選択・変更できない事柄であることを踏まえ、本件規定により生じている差別取扱いについての合理的根拠の有無の検討は、「その立法事実の有無・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差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」（第1審判決22頁）とする判断基準及び考慮要素を示した上で、本件規定の立法事実やその後の立法事実の変化等についての証拠に基づく丁寧な事実認定に基づき、諸要素の総合的な考慮により本件規定の合理性を検討し、上述のような違憲判断に至ったものであり、その点では、手堅く、説得的なものである。

このような第1審判決の判示を、本件訴訟の当事者の1人である控訴人2は、次のように受け止めて **note** に記している²。

判決文は、それを『答え』とするならば、対して『問い』が存在する。
2年間、弁護団は膨大な証拠資料を提出している。昨年8月の原告尋問は1日ばかりで、原告3組が生活実態を率直に話している。
『求釈明』といって、裁判所側から原告・被告それぞれに質問もあった。
そう、判決文の内容はすべて一字一句、この2年間、法廷でやり取りされたことと呼応している。
その現場には、弁護団・原告と家族。

² 原告記(仮)#27 「判決文におもうこと。」 (<https://note.com/tks0304/n/nf9204879fc7e>)。

傍聴に足を運んでくれた人々。

熱意をもって取材してくれた報道陣……

たくさんの、血の通った人間がいた。

判決文を個人の見解レベルで読むのは自由でも、アートや文学でよく言われるような『いろんな感想があっただよ〜』とはならない。

なんでもあり、と自由は違う。

LGBTは、なんでもありの人たちの総称ではない。

判決文には、どうしたって譲れない何かがある事実ベースで息づいておもう。

- (2) 上記(1)のとおり本件規定を違憲とする画期的な判断を示した第1審判決に対しては、以下のとおり、多方面から高い関心が寄せられており、好意的な評価がなされ、支持が広がっている。

ア 研究者による評釈等

木村草太教授は、第1審判決について、「特に、①異性愛者と同性愛者との間で婚姻制度における区別があることを明確に認めた点、②異性婚と同性婚との間で制度の内容に区別が生じ得ることを認めつつ、区別取扱いが許されるのは『真にやむを得ない』場合に限定した点、③婚姻制度の目的について慎重に検討を加えた上で、婚姻は自然生殖関係保護のためだけにあるのではなく、共同生活を保護するための制度でもあることを認めた点は、非常に意義深く、憲法14条1項の趣旨を十分に踏まえたものであり、控訴審においても維持されるべきであり、他の裁判所も同様に判断すべきである」との意見を述べている（甲A403）。

谷口洋幸教授は、「裁判所が今の法制度を違憲と断じたことは画期的だ。

法解釈のあり方としても極めて論理的で順当な判決であり、反論の余地は少ない。人権や民主主義、三権分立といった国の基本理念や構造に忠実な今回の判決は、司法のあるべき姿の体現とも言える」、「今回の判決は、決して、国に対して厳しい結論を拙速に突き付けたものではない。むしろ、満を持して下されたもので、時宜にかなった手堅い判決だ」、

「民主主義は、多数決原理の諸原則とともに、少数派の権利の積極的な保護を基盤として成立する。法裁量の合理性を判断するに当たり、少数派への法的保護に否定的ないし慎重な見解は『限定的に』配慮されるべきとした今回の判決は、忘れられがちな民主主義の理念に立ち返った名判決とも言える」と評している（甲A404）。

渡邊泰彦教授は、「本判決は、同性愛者のおかれた状況にも眼差しを向け、大きな一步を踏み出した」、「もう一步進んで、本件において憲法14条違反となる区別取扱いを『婚姻によって生じる効果』ではなく、『婚姻』そのものにみることもできた。同性カップルによる家族形成の一環としての同性婚という視点から、親子関係の規定の適用を含めて同性婚を認める方向への進むべきだと考える」と評している³。

中岡淳助教は、「本判決は、同性間に婚姻を認めない民法及び戸籍法の諸規定が裁判所によって初めて違憲と判断された画期的な判決である」、

「『性的指向』という区別事由が『人種』や『性別』といった14条1項後段の列挙事由と同類のものとして位置付けられている点は特筆に値するだろう」と評している⁴。

³ 渡邊泰彦「結婚から生じる法的効果の享受＝同性婚？（結婚の自由をすべての人に北海道訴訟事件第一審判決）」新・判例解説 Watch 民法（家族法）No.118（2021年）（甲A405）4頁。

⁴ 中岡淳「同性間に婚姻を認めない民法及び戸籍法の諸規定の合憲性」新・判例解説 Watch 憲法No.187（2021年）（甲A406）3～4頁。

イ 各種専門職団体の意見表明

第1審判決を受けて、宮崎県弁護士会（令和3年3月23日付け。甲A407）、沖縄弁護士会（令和3年3月30日付け。甲A408）、札幌弁護士会（令和3年4月1日付け。甲A409）、福岡県弁護士会（令和3年4月28日付け。甲A410）、茨城県弁護士会（令和3年4月30日付け。甲A411）が、第1審判決の違憲判断を支持し、同性婚を実現するための速やかな法改正を求める旨の会長声明ないし会長談話を公表した。

また、東京青年司法書士協議会（令和3年3月19日付け。甲A412）、公益社団法人日本社会福祉士会及び公益社団法人日本精神保健福祉士協会（令和3年3月25日付け。甲A413）も同趣旨の声明ないし見解を表明した。

ウ 世論調査

第1審判決後、令和3年3月20、21日に朝日新聞社が行った世論調査では、同性間の婚姻を法律で認めるべきとする意見が65%に上り、認めるべきではないとする意見（22%）を大きく上回る結果となった（甲A414）。

また、同年4月16～18日に北海道新聞社が行った世論調査では、同性間の婚姻を法律で認めるべきとする意見が70%を占め、認めるべきではないとする意見（21%）を大きく上回る結果となった（甲A415）。

エ 国会議員・政党の受け止め

第1審判決を受けて、令和3年3月25日、同性婚を実現するための法整備を求める院内集会「第3回緊急マリフォー国会」が国会内で開催され、過去最多となる与野党の国会議員39名が集会に参加し、74通の国会議員からのメッセージが寄せられた（甲A416、甲A417）。

また、公明党は、同月23日、「同性婚検討ワーキングチーム」を設置し、同月24日には初会合を開催し、第1審判決について衆議院法制局からのヒアリングを実施した（甲A418）。

- (3) 第1審判決も正当に判示するとおり、性的指向に基づく差別の解消の要請は、我が国においても諸外国においても高まっており、諸外国における同性間の婚姻制度の導入や我が国における「パートナーシップ」制度の急速な広がりなどの状況にも現れているとおり、性別・性自認や性的指向を問わない婚姻制度の導入（婚姻の性中立化）を含む、性的指向等に基づく差別の根絶に向かう国際的な潮流は、今や必然的で不可逆的なものであるといえる⁵。

本件規定を違憲とする判断を示した第1審判決は、上記のような潮流に適合したものとして、国際的評価にも十分に耐え得るものであり、我が国における同性間の婚姻制度の実現に向けた極めて重要な一歩をなすものであって、このような意義を有する第1審判決の判断は、いささかたりとも後退させてはならない。

その上で、第1審判決の違憲判断を受けても、なお政府・国会において本件規制の改正に向けた具体的な動きが見られない現状に鑑みれば、本件控訴審においては、立法府に対して、本件規定の改正をより強く促すとともに、立法措置を正しい方向に導く指針となるような、明快な司法判断が示されることが望まれる。

そこで、以下では、本件規定の違憲性及び本件立法不作為の違法性について、第1審判決の判示内容を踏まえた上で、その内容をより前進したものとすべく、控訴人らの主張を補充する。

⁵ 第1審に提出した意見書（甲A308）を再構成した二宮周平「同性婚導入の可能性と必然性」立命館法学393・394号（2020年）（甲A419）626頁も、「性的指向に関しては、人格的關係を安定させる共同生活の保障として、必然的に同性婚を承認することが導かれるのである」として、我が国における同性婚導入の必然性を指摘している。

第2 本件規定が憲法24条及び13条に違反すること

1 第1審判決の判示

控訴人らが、本件規定は国民に婚姻の自由を保障した憲法24条及び13条に違反する旨を主張したのに対し、第1審判決は、本件規定の憲法24条適合性と13条適合性の問題を分けて個別に検討した上で、憲法24条1項の規定の趣旨に照らして十分尊重に値するものとされる「婚姻をするについての自由」は異性婚についてのみ及ぶものと解するのが相当であるから、本件規定が同条に違反すると解することはできず、また、憲法13条によって同性婚を含む同性間の婚姻等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るから、本件規定が同条に違反すると認めることはできない旨を判示した（第1審判決16～19頁）。

2 憲法24条及び13条による婚姻の自由の保障は同性の相手との婚姻にも及ぶものと解すべきこと

(1) 婚姻の自由の憲法上の保障の根拠規定について

ア 上記1のとおり、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⁶、本件規定は国民に婚姻の自由を保障した憲法24条及び13条に違反する旨を主張したのに対し、第1審判決は、本件規定の憲法24条適合性と13条適合性の問題とを分けて個別に検討している。

婚姻の自由の保障の根拠を憲法のいずれの条項に求めるかを含む本件規定の憲法適合性は法的判断の問題であるから、第1審判決が、控訴人らの主張の構成にとらわれることなく、本件規定の憲法13条適合性を個

⁶ 憲法上の権利の保障の根拠規定として複数の憲法の条項が援用された例として、憲法前文、1条、15条1項及び3項、43条1項並びに44条ただし書の規定から国民の選挙権及びその行使の機会の保障を認めた最大判平成17年9月14日民例集59巻7号2087頁がある。

別に検討する必要を自ら認めて、その点に関する判断を示したこと自体については、不当であるとはいえない（本件規定が憲法24条及び13条に違反する旨の控訴人らの主張は、本件が憲法13条に〔も〕違反する旨の主張を当然に包含するものであるし、控訴人らが引用した学説にも本件規定の憲法13条違反を独立して論ずるものが複数ある⁷。）。

しかしながら、以下に述べるとおり、婚姻の自由の憲法上の保障の根拠は、憲法24条のみならず13条にも求められるべきものと解すべきことからすれば、婚姻の自由が同性婚にも及ぶか否かや本件規定が婚姻の自由を侵害するものとして違憲であるか否かの検討に当たっては、憲法24条のみならず13条についても併せて考慮すべきものと解されるのであり、第1審判決のように、本件規定の24条適合性と13条適合性の問題とを分けて論ずることは適切ではない。

イ すなわち、再婚禁止期間違憲判決（最大判平成27年12月16日民集69巻8号2427頁）の調査官解説においても示唆されているとおり、従前から学説においては「婚姻の自由」を家族の形成・維持に関わる事項の自己決定権（人格的自律権）の1つとして憲法13条により保障されるものと解する見解が有力であったところ、再婚禁止期間違憲判決は、学説における「『婚姻の自由』をめぐる議論の状況からその外延等が明確ではなく、これを憲法上の『権利』としてどのように構成すべきかについてはなお検討の余地があるが、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」ことをも踏まえた上で、「『婚姻をするについての自由』の価値は憲法上も重要なものとして捉えられるべきであり、少な

⁷ 大野友也「日本国憲法と同性婚」月報全青司452号（2017年）（甲A298）、榎透「日本国憲法における同性婚の位置」専修法学論集135号（2019年）（甲A302）、西村枝美「同性婚の未規定性の憲法適合性：婚姻の自由ではなく人格権の問題として」関西大学法学論集69巻3号（2019年）（甲A303）。

くとも、憲法上保護されるべき人格的利益として位置付けられるべきものと解」したものである⁸。

再婚禁止期間違憲判決は、判決文においては明示していないものの、憲法24条及び13条と「婚姻をするについての自由」との関係について以上のような理解に立った上で、「婚姻をするについての自由」が十分尊重に値するものである旨を判示したものと解される。

ウ この点、学説においても、憲法24条の保障する婚姻の自由は、「13条が保障する幸福追求権に含まれる、家族の形成維持に関わる自己決定権の具体化でもある」⁹とされたり、「憲法24条を憲法13条と14条1項の、家族生活への投影であると把握することが重要と考える。」¹⁰、「13条は、14条1項にとりこまれて一本化され、平等原則の制度化、具体化とみられるべきではなく、13条、14条1項の有する趣旨が24条においてそれぞれいかされなければならないとみるべきであろう」¹¹とされるなど、憲法24条と13条を相互に無関係なもの（あるいは対立するもの）とみるのではなく、婚姻の自由を保障する憲法24条の規定の背後に13条及び同条が保障する自由・幸福追求権を措定する見解が示されているところである。

エ これに対し、第1審判決は、本件規定の憲法24条適合性と13条適合性の問題を分けて個別に検討したこともあって、「婚姻をするについての自由」の憲法上の保障の根拠規定ないしその背後にある規定としての憲法13条の意義に触れるところがなかったものと解される。

そのために、第1審判決は、後にもみるとおり、「婚姻をするについて

⁸ 加本牧子『最高裁判所判例解説民事篇平成27年度（下）』（法曹会，2018年）（甲A156）667～670頁参照。

⁹ 芹沢斉ほか編『新基本法コンメンタール憲法』（日本評論社，2011年）（甲A145）212頁（武田万里子執筆部分）。

¹⁰ 植野妙美子『基本に学ぶ憲法』（日本評論社，2019年）（甲A420）113頁

¹¹ 植野妙美子『基本に学ぶ憲法』（日本評論社，2019年）（甲A420）115頁。

の自由」が同性間にも及ぶか否かについての検討を、もっぱら憲法24条の文理解釈及び制定経緯に依拠して行うことになっているが（第1審判決17～18頁）、このような検討は、婚姻の自由の保障の背後に存する、婚姻を含む家族の形成・維持に関わる事項に関する「意思決定の自由という事柄の性質」からの検討を欠いたものとなっている点において、不十分なものであるといわざるを得ない（この点については、後記(3)で詳論する。）。

オ なお、「包括的な人権規定である同法〔憲法一引用者注〕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る」と判示した第1審判決は、憲法13条から法制度の形成を求める積極的な権利を導出することはできないから、婚姻という法制度に関わる本件規定については、憲法13条違反の問題を論ずることがおよそ困難であるとする見解に立脚したものであるかのようにも解される。

しかしながら、上述のとおり、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。そして、再婚禁止期間違憲判決の調査官解説において、「例えば法律婚制度自体の廃止は許されないであろうし、法律婚の要件として不合理なものを規定すれば違憲の問題が生じ得ると考えられることからすると、少なくとも、『婚姻をするかどうかや、いつ誰と婚姻するか』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意味において、『婚姻をするについての自由』

が保障されているということではできない」¹²とされているところからも明らかであるとおりに、憲法24条及び13条により保障される婚姻の自由は、単に、法制度とは無関係に国民が親密な関係を形成する自由な意思決定を国家から妨げられないという意味で自由にとどまるものではなく、憲法24条が示した立法上の要請・指針に適合した合理的な法律婚制度の下で婚姻をする自由を含むものと解される。婚姻の自由の憲法上の保障の根拠及び内容についての以上のような理解によれば、婚姻という法制度に関わる本件規定についても憲法13条違反の問題を生じ得ることは明らかである。

また、仮に第1審判決のように本件規定の憲法13条適合性の問題を独立に取り上げることとした場合であっても、婚姻という法制度に関わる本件規定について憲法13条違反の有無がなお問われるべきことになることについては、駒村圭吾教授が、「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。……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（『適切な婚姻制度を求める権利』）。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」（甲A309・3頁）と指摘し、また、西村枝美教授も、「憲法13条が保障する人格権もこの私的領域での諸活動を行う地位を各人に保障している。この私的領域というのは、一人でいること

¹² 加本牧子『最高裁判所判例解説民事篇平成27年度（下）』（法曹会，2018年）（甲A156）669頁。

のみを指すのではなく、家族と過ごす時間、親しい人と過ごす時間など、個人的な人間関係をはぐくむ場をも包摂する。この領域の形成、維持を可能とする法制度の形成は、憲法13条により立法者の義務である」として、「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」と論じているところである¹³。

以上によれば、婚姻という法制度に関わる本件規定についても、憲法13条違反の問題を論じ得ることについては疑いがないというべきであり、第1審判決が、婚姻という法制度に関わる本件規定について憲法13条違反の問題を論ずることがおよそ困難であるかのように判示したことは、適切なものであるとはいえない。

(2) 憲法24条の文理解釈は決め手となるものではないこと

第1審判決は、憲法24条の「文理解釈によれば、同条1項及び2項は、異性婚について規定しているものと解することができる」とした上で、更に進んで、「婚姻をするについての自由が、同性間にも及ぶのかについて検討しなければならない」と判示して、憲法24条の文理解釈と、婚姻の自由が同性間にも及ぶのか否かという解釈問題を切り分けて提示している（第1審判決17頁）。

この点、憲法24条には婚姻の自由を保障する旨の明示的な文言（例えば、「婚姻の自由は、これを保障する。」という文言が考えられる。）が用いられているわけではないこと、また、判例上も「婚姻をするについての自由」は憲法24条の規定の文理解釈ではなく「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されていることからすれば、憲法24条の文理解釈のみによって、婚姻の自由が同性間にも及ぶのか否かという解釈問

¹³ 西村枝美「同性婚の未規定性の憲法適合性：婚姻の自由ではなく人格権の問題として」関西大学法学論集69巻3号（2019年）（甲A303）189～190頁。

題を決することはできないと解されるから、第1審判決が上記のように二つの問題を切り分けて提示したことは適切であるといえる。

しかしながら、第1審判決は、その検討の過程及び結論においては、憲法24条の制定経緯に加えて、「同条が『両性』、『夫婦』という異性同士である男女を想起させる文言を用いていることにも照らせば、同条は、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。そうすると、同条1項の『婚姻』とは異性婚のことをいい、婚姻をするについての自由も、異性婚について及ぶものと解するのが相当である」と判示しており（第1審判決18頁）、結局のところは、婚姻の自由が同性間にも及ぶのか否かという問題について、文理解釈を決め手として結論を導いているものといえる。

以上のような第1審判決の判断は、憲法24条の文言及びその制定経緯のみに拘泥するあまりに、判例上も婚姻の自由の保障の根拠として挙げられている「憲法24条1項の規定の趣旨に照らし」た実質的な検討を欠いてしまったものといわざるを得ない。

(3) 婚姻の自由の憲法上の保障の趣旨に照らせば婚姻の自由は同性間にも及ぶものと解すべきこと

ア これまでも論じてきたとおり、再婚禁止期間違憲判決は、「同条〔憲法24条——引用者注〕1項は……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。婚姻は、これにより……重要な法律上の効果が与えられるものとされているほか……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」と判示している。

そして、ここで挙げられている「憲法24条1項の規定の趣旨」とは、「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」とするものであり、「このような『婚姻をするについての自由』については……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」ものと解されている¹⁴。

以上によれば、「憲法24条1項の規定の趣旨」を根拠として婚姻の自由の保障を認めた再婚禁止期間違憲判決は、「婚姻をするかどうか、いつ誰と婚姻をするか」についての当事者の自由な意思決定（自己決定）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から、憲法はその自由を国民に対して保障したものであると解する見方を明らかにしたものである解することができる。

イ そして、憲法による婚姻の自由の保障の意義に関する上記のような見方を前提とした場合、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。

この点、第1審判決も、婚姻によって生じる法的効果を楽しむ利益に関しては、「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）との旨を、また、婚姻の本質に関しては、「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、

¹⁴ 加本牧子『最高裁判所判例解説民事篇平成27年度（下）』（甲A156）669頁。

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）との旨を、それぞれ正当に指摘しているところである。このように、婚姻によって生じる法的効果を享受する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べきである。

したがって、上述のとおり、憲法が、「婚姻をするかどうか、いつ誰と婚姻をするか」についての当事者の自由な意思決定（自己決定）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を理由として国民に対して婚姻の自由を保障したものであると解するならば、憲法がそ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いえる。

ウ なお、憲法24条の制定経緯を見ても、憲法が、以上とは別の観点から同性間の婚姻保護を積極的に排除する趣旨を含むものと解すべき合理的理由のないことは明らかである（この点、第1審判決も、憲法24条は同性婚に対する法的保護を否定する趣旨を有するものではないと解している。第1審判決26頁参照）。

また、憲法24条が「婚姻とは自然生殖関係のみを保護する制度」であるという理解に基づき、同性間の婚姻を排除する趣旨であると解することも困難であるし、同条を家庭内における女性保護・男女平等の確保の

みを趣旨とするものとして、同性間の婚姻には適用されない（適用する必要がない）と解するのも適切ではない（第1審判決にもこれらの見解を採用するところは見られない。木村草太教授意見書〔甲A403〕3～4頁参照）。

(4) 憲法の諸規定の整合的解釈の観点からも婚姻の自由は同性間にも及ぶものと解すべきこと

ア 議論の便宜のために、正確性を欠くものの、〈異性愛者＝異性婚〉、〈同性愛者＝同性婚〉という結びつきを前提とした場合、第1審判決のように、憲法24条が保障する婚姻の自由は異性婚をする自由に限られるものであり、同性婚には及ばないものと解するならば、そのような婚姻の自由を現実に享受し得るのは異性愛者に限られることになり、同性愛者は、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という帰結を生ずることになる（なお、第1審判決が正当に指摘するとおり、「同性愛者が、その性的指向と合致しない異性との間で婚姻することができるとしても、それをもって、異性愛者と同等の法的利益を得ているとみることができないのは明らかである〔る〕」〔第1審判決21～22頁〕。）。

そして、このような婚姻の自由の享受に対する事実上の制約は、人の意思によって選択・変更できない事柄である性的指向が理由となって生じているものであることから、同性愛者にとっては、自らの意思では回避し得ない必然的なものであり、また、一時的なものではなく永続的なものである。

イ 他方で、憲法24条2項は、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、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である」とあり、「憲法上直接保障された権利とま

ではいけない人格的利益をも尊重すべきこと、両性の実質的な平等が保たれるように図ること、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」であると解されている（夫婦同氏強制合憲判決〔最大判平成27年12月16日民集69巻8号2586頁〕参照）。

このように、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、上記アのように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ものといわざるを得ない。

ウ また、第1審判決が判示するとおり、性的指向は、憲法14条後段に列挙された性別、人種などと同様に、自らの意思に関わらず決定される個人の性質であり、このような人の意思によって選択・変更できない事柄に基づく区別取扱いが合理的根拠を有するか否かの検討は、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なされるべきものである（第1審判決22頁）。

このように、憲法14条が、性的指向に基づく合理的根拠を有しない法的な差別的取扱いを禁止したものと解されることからすれば、憲法24条が婚姻の自由を異性婚の自由に限定して同性間には及ばないものとしていることについても、真にやむを得ないといえるような合理的根拠が憲法上に求められるべきことになるものと解されるが、前記(3)で論じたとおり、そのような合理的根拠を見出すことは困難である。

そうすると、憲法24条が保障する婚姻の自由は異性婚をする自由に限

られるものであり、同性婚には及ばないものとする解釈は、真にやむを得ないといえるような合理的根拠がないにもかかわらず、性的指向に基づいて婚姻の自由の享受に関する差別的な取扱いを生じさせているものとみざるを得ないこととなるが、そのような解釈は、憲法14条との間で明らかな齟齬を来すものである。

エ 更に、先述のとおり、婚姻の自由の背後には、「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」されるものである。

憲法24条が保障する婚姻の自由は異性婚をする自由に限られるものであり、同性婚には及ばないものとする解釈は、国民が自らの人生のパートナーとして自由な意思により選択した相手が異性である場合にはその相手との婚姻の自由が保障されるが、その相手が同性である場合にはその相手との婚姻の自由を保障しないという帰結をもたらすものであるが、このような解釈は、「すべて国民は、個人として尊重」されることを宣言し、国民個々人が、「どのような人生を送るかを自らの意思に基づき選択・決定し、自己にとって『善き生』(good life)と自らが考えた生き方を実践していくこと」¹⁵を認めた憲法13条の趣旨に正面から反するものであるといわざるを得ない。

オ 「特定の憲法条項を解釈するにあたっては、憲法の他の規範と照らし合わせて、整合性のある解釈をしなければならない」し、「憲法は特定の理念に基づいて作成されている」ことから、「憲法の個々の文言の解釈や規範総体の解釈にあたっては、これら理念に基づいて解釈する」ことが必要となるものである¹⁶。

¹⁵ 高橋和之「すべての国民を『個人として尊重』する意味」小早川光郎・宇賀克也編『行政法の発展と変革 上巻』(有斐閣, 2001年)(甲A14)271頁。

¹⁶ 横田耕一・高見勝利編『ブリッジブック憲法』(信山社, 2002年)(甲A139)106～107頁(横田耕一執筆部分)。

先に婚姻の自由の憲法上の保障の根拠規定に関して確認したとおり、憲法24条、13条及び14条は相互に無関係なものではなく、「憲法24条を憲法13条と14条1項の、家庭生活への投影であると把握することが重要」¹⁷であり、「13条、14条1項の有する趣旨が24条においてそれぞれいかされなければならない」¹⁸ものである。

憲法24条のみならず、13条及び14条をも含めて整合的な解釈をしようとするのであれば、憲法24条が保障する婚姻の自由は、同性間にも当然に及ぶものと解されなければならない。

(5) 憲法24条は同性間の婚姻の自由を保障するものと解釈することが可能であること

ア 上記(3)及び(4)で論じたとおり、婚姻の自由の憲法上の保障の趣旨及び憲法の諸規定の整合的解釈によれば、憲法24条が保障する婚姻の自由は、同性間にも当然に及ぶものと解すべきである。

他方で、憲法24条1項は「両性の合意」、「夫婦」という文言を、また、同条2項は「両性の本質的平等」という文言を用いているが、先に論じたとおり、婚姻の自由の保障は憲法24条の規定の文理解釈から直ちに導かれるものではなく、同条の文理解釈のみによって婚姻の自由が同性間にも及ぶのか否かが決せられるべきものではないし、これらの文言が同性間の婚姻の自由を排除する意図で用いられたものでないことからしても、これらの文言が存在することにより、同条が保障する婚姻の自由が同性間にも及ぶものとする解釈が妨げられることにはならないというべきである。

イ なお、一般に、法の解釈方法には、文理解釈の他にも、通常の方法では文言の意味に含まれないものについても事柄の類似性を理由として当該文

¹⁷ 植野妙美子『基本に学ぶ憲法』（日本評論社、2019年）（甲A420）113頁

¹⁸ 植野妙美子『基本に学ぶ憲法』（日本評論社、2019年）（甲A420）115頁。

言の意味に含むものとする拡張解釈や、文言の本来の意味に含まれないものについても事柄の類似性を理由として適用を及ぼす類推解釈の手法が存する。

憲法24条の保証する婚姻の自由が同性間にも及ぶものと解すべき実質的な理由が十分に存するにもかかわらず、同条24条で用いられている「両性」、「夫婦」という文言が、一見するとそのような解釈の妨げになるかのように思われるのであれば、以上のような拡張解釈や類推解釈の方法を採用することが可能であり、解釈の実質的な妥当性を確保するためにも、そのような解釈が用いられるべきであると解される¹⁹。

この点、判例においても、裁判員制度の憲法適合性が争われた最大判平成23年11月16日刑集65巻8号1285頁では、「憲法の文理のみならず、憲法の基本原理に加え、歴史的、国際的視点からも問題を考察する」解釈方法が採られており、そのような解釈方法は「憲法の明文からは結論が容易には導きだせない解釈上の論点を考察する手法として正当なものと解されるとともに、長い時間軸の中で、かつ広く世界を見渡して判断するという基本的な姿勢を示し〔た〕」ものであると解されている²⁰ところであるし、また、最大判昭和39年11月18日刑集18巻9号579頁では、「憲法一四条は『すべて国民は、法の下に平等であつて、……』と規定し、直接には日本国民を対象とするものではあるが、法の下における平等の原則は、近代民主主義諸国の憲法における基礎的な政治原理の一としてひろく承認されており、また既にわが国も加入した国際連合が一九四八年の第三回総会において採択した世界人権宣

¹⁹ 憲法の人権条項は、政治機構条項とは異なり「柔軟かつ拡大的に解釈されるべき」ものである。横田耕一・高見勝利編『ブリッジブック憲法』（信山社、2002年）（甲A139）108頁（横田耕一執筆部分）参照。

²⁰ 西野吾一・矢野直邦『最高裁判所判例解説刑事篇平成23年度』（法曹会、2015年）309頁。

言の七条においても、『すべて人は法の前に於いて平等であり、また、いかなる差別もなしに法の平等な保護を受ける権利を有する。……』と定めているところに鑑みれば、わが憲法一四條の趣旨は、特段の事情の認められない限り、外国人に対しても類推すべきものと解するのが相当である」として、憲法の人権条項の解釈につき類推解釈の方法が明示的に採用されているところである。

先に論じたとおり、婚姻によって生じる法的効果を享受する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えることができるから、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基礎となる類似性を認め得ることが明らかである。

ウ なお、かつての学説においては、憲法24条において「両性」などの文言が用いられていることに着目して、「『両性』の本質的平等とのべているかぎりでは、同性の結合による『家族』を憲法上想定するほどには徹底していない」²¹とか、同条が「近い将来（同性カップル等からなる）『超現代家族』への展開にブレーキをかける方向に機能することも十分に可能である」²²などとして、この点に解釈によって超えることができない同条の意義の限界が存する旨の指摘も見られたところであり、第1審判決が、憲法24条を異性婚について定めたものであって同性婚について定めるものではないと解したこと（第1審判決18頁）については、このような指摘

²¹ 樋口陽一『憲法〔第3版〕』（創文社、2007年）（甲A421）278頁。

²² 芹沢齊ほか編『新基本法コンメンタール憲法』（日本評論社、2011年）（甲A145）214頁（武田万里子執筆部分）等で引用されている、辻村みよ子『ジェンダーと人権』（日本評論社、2008年）250頁の記述。

の影響も考えられるところである。

しかしながら、上記のような学説も、今日では、「『両性』の本質的平等とのべている点で、同性の結合による『家族』を憲法上の公序として想定することについて一般的な一致が見られるまでにはなっていない」²³として、同性婚が憲法上想定されないかのような記述を削除し、あるいは、「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。24条1項の『両性の合意のみ』は、戦前の家制度において当事者以外の承認を必要としていたことに対応する規定であり、憲法制定時には同性婚はまったく念頭になかったと思われる反面、上記のような状況の変化を理由とする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」²⁴、「憲法制定時に同性婚が念頭になかったのは事実だとしても、規定は『合意のみに基づく』という点に主眼がある。婚姻は当人の合意があればよく、親などの承諾はいらないという意味だ。『両性』は男女の夫妻に限らないというのが今では多数説となっている」²⁵として、その論述を改めている。「結婚の自由については憲法24条が保障しているが、近年議論され始めた同性間の婚姻まではカバーしていないというのが通説であった」²⁶と過去形で記述されているとおり、憲法24条の文言を理由として、同条が保障する婚姻の自由が同性間にも及ぶとする

²³ 樋口陽一『憲法 第4版』（勁草書房，2021年）（甲A422）279頁。

²⁴ 辻村みよ子『憲法と家族』（日本加除出版，2016年）（乙16）129頁。

²⁵ 日本経済新聞ウェブサイト「私の考える憲法 有識者に聞く」（2021年5月3日掲載）における辻村みよ子教授の見解（甲A423）。

²⁶ 高橋和之『立憲主義と日本国憲法 第5版』（有斐閣，2020年）（甲A305）156頁。

解釈の可能性を当然に否定するような見解が今日なお「通説」²⁷を形成しているものとみることは到底困難である。

この点に関し、植野妙美子教授は、憲法24条についての従来の解釈論を整理・検討した上で、「日本国憲法24条1項は、文言上、婚姻が両性の合意のみに基づいて成立するとしているので、一見、婚姻は異性間でしか行われないと解釈される。当初の規定の趣旨は、大日本帝国憲法下の戸主を中心とする『家』制度を批判し、抜本的な改革を意図したことにある。そこで近代市民社会における一夫一婦制を婚姻制度として、明らかにした。しかし、両性を男性と女性ではなく単に『二つの性』と解すれば、異性婚のみならず同性婚も含まれると解釈することは可能となる」²⁸ことを明快に論じている。

また、木村草太教授も、第1審判決の判示について、「憲法14条1項の解釈・適用に際し憲法24条を参照し、婚姻できることは重要な法的利益だとする同条の趣旨を同性婚にも及ぼしたもので、憲法14条1項を介した憲法24条の間接適用と見ることができる」が、「迂遠な間接適用をするよりも、同条を同性婚に適用する方が理論的には素直」であるとし、「憲法24条を同性婚に適用することには十分な理由がある」から、同条が「両性」、「夫婦」という異性カップルを想起させる文言を採用しているとしても、「憲法24条にいう『両性』には〈男性・男性〉、〈女性・女性〉の両性を含み、『夫婦』は広く異性婚・同性婚双方の両当事者を含むという解釈は十分に可能」であり、また、判例上も用いられている類推適用の手法を採用することも可能であるとの意見を

²⁷ そもそも「通説」と評価し得るような学説の蓄積が存したかについても疑問があることにつき、西村枝美「同性婚の未規定性の憲法適合性：婚姻の自由ではなく人格権の問題として」関西大学法学論集69巻3号（2019年）（甲A303）158頁の本文及び注7参照。

²⁸ 植野妙美子『基本に学ぶ憲法』（日本評論社，2019年）（甲A420）115頁。

述べている（甲A403・4～6頁）。

エ 以上に論じたところからすれば、憲法24条が「両性」，「夫婦」という文言を用いているとしても、同条を同性間の婚姻の自由を保障するものと解釈（拡張解釈・類推解釈）することは可能であり、そのように解釈すべき実質的な理由が十分に存するものといえる。

3 小括

家族生活を形成するに当たって、人には性別にとらわれずに相手を選択する自由があり、その自由は可能な限り保障されるべきである²⁹。かつては、憲法24条の「両性」，「夫婦」という文言から、そのような自由が憲法24条により保障されているものと解するのは困難であるかのように語られてきたが、そのような見解は過去のものとなっている。憲法が婚姻の自由の保障を異性婚に限定したものと解すべき合理的な理由は存しないのであり、戸松秀典教授が喝破するとおり、憲法24条に「婚姻の自由が保障されているが同性婚は含まれていない」といった説明は、同性婚排除の内心の意図を正当化しているにすぎない³⁰ものといわざるを得ない。

第1審判決が判示するとおり、憲法制定時に存在した「同性愛を精神疾患とする知見」は、平成4年頃までには完全に否定されるに至ったものである。それにもかかわらず、そのような誤った知見が憲法制定時に存在したことを理由として、「憲法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」（第1審判決18頁）ことは、結局のところにおいて、現在では完全に否定されたはずの誤った知見を憲法に投影して、憲法の名の下に同性婚排除を正当化するという誤りを犯してしまったものとみざるを得ない。第1審判決が本件規

²⁹ 日本学術会議法学委員会社会と教育における LGBTI の権利保障分科会「提言 性的マイノリティの権利保障をめざして－婚姻・教育・労働を中心に－」（2017年）（甲A114）10頁参照。

³⁰ 戸松秀典「なぜ日本は後れているのか－権利・自由の保護（第19回）」J-CAST BOOK ウォッチ（2019年）（甲A424）3頁。

定の解釈に関して自ら指摘しているのと同様に、憲法24条についても、それが「誤った知見に基づいて同性愛者の利益を否定する規定」（第1審判決26頁）であると解釈するのは適切ではない。

2015年（平成27年）以降の各種の世論調査において国民の多くが同性間の婚姻を認めることに賛成していることにも現れているとおり、「親密な関係に基づき共同生活に入る当事者の性的指向をかけがえのない個人の人権にかかわるものとして尊重し、性別にとらわれることなく平等な法的保護が提供されるべき時代」³¹は到来しており、上述のような性中立的な婚姻の自由を支持する国民の意識は既に十分に形成されているといえる。憲法24条により保障される婚姻の自由が同性間にも及ぶものと解することにより、性中立的な婚姻の自由を憲法上に明確に定位することは、今日の社会状況や国民の意識にも適合するものであり、また、性的指向を理由として差別を受けてきた同性愛者等の尊厳の回復という観点からもより適切である³²。

以上に論じてきたところからすれば、憲法24条により保障される婚姻の自由は、同性間にも及ぶものと解すべきであり、それを正当な理由なく侵害している本件規定は、憲法24条及び13条に違反するものというべきである。

第3 本件規定が憲法14条1項に違反すること

1 第1審判決の判示

(1) 第1審判決は、立法府は、同性間の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しているが、性的指向が人の意思によって選択・変更できない事柄であることからすると、本件規定によって異性愛者のカッ

³¹ 南方暁「婚姻法グループの改正提案－婚姻の成立－」家族＜社会と法＞33号（2017年）（甲A425）98頁参照。

³² 木村草太教授は、憲法24条に関する第1審判決の判示は、「〈憲法は同性婚を祝福していない〉と言ったかのような印象を与えるもので、性的指向を理由に差別を受けてきた原告及びこうした言説に接した多くの同性愛者たちが傷つく原因ともなった」ものであり、「同性婚が異性婚同様に憲法24条の祝福を受けるものであるとする解釈の方が、より適切である可能性は否定できない」と指摘している（甲A403・4頁）。

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差別が生じていること（本件区別取扱い）が合理的根拠を有するか否かの検討は、その立法事実の有無・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した（第1審判決19～22頁）。

その上で、第1審判決は、以下のような諸事情を総合して本件区別取扱いの合理的根拠の有無について検討したところによると、本件規定が、異性愛者に対しては婚姻制度の利用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ことは、立法府の広範な立法裁量を前提としてもその裁量権の範囲を超えたものであるといわざるを得ず、本件区別取扱いはその限度で合理的根拠を欠く差別取扱いに当たり、本件規定はその限度で憲法14条1項に違反するものと判断した（第1審判決22～32頁）。

- ① 本件区別取扱いが、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であること
- ② 同性愛が精神疾患であることを前提として同性婚を否定した科学的、医学的根拠が失われたこと
- ③ 本件規定は、夫婦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法的保護を与えることのみならず、子の有無や子をつくる意思・能力の有無にかかわらず夫婦の共同生活自体の保護も重要な目的とするものと解されることからすれば、その目的に照らして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はなく、そのことは憲法24条の趣旨

に照らしても同様であること

- ④ 我が国においては、性的指向による区別取扱いを解消することを要請する国民意識が高まっており、今後もそのような国民意識は高まり続けるであろうこと
- ⑤ 諸外国においても、同性婚又は同性間の登録パートナーシップ制度を導入する立法が多数行われ、同性婚を認めない法制は憲法に反するとする司法判断も示されるなど、同性愛者のカップルと異性愛者のカップルとの間の区別取扱いを解消するという要請が高まっていること
- ⑥ 同性婚に対する否定的な意見や価値観を持つ国民が少なからずいることは、立法府がその裁量権を行使するに当たって斟酌することができる一事情ではあるが、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あってもこれを享受する法的手段を提供しないことの合理性の検討の場面においては、限定的に斟酌されるべきこと
- ⑦ 婚姻と契約や遺言はその目的や法的効果が異なるから、契約や遺言によって個別の債権債務関係を発生させられることは、婚姻によって生じる法的効果の代替となり得ないこと

以上のとおり、第1審判決は、性的指向が人の意思によって選択・変更できない事柄であること及び婚姻によって生じる法的効果を享受する利益の重要性を踏まえて、本件区別取扱いの合理性の有無について慎重な検討を行った点で、判例（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〕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〕）の趣旨を適切に汲むものであり、また、本件区別取扱いは合理性を欠くものであるとする判断の根拠として挙げられた諸事情の認定及び評価についても、（後記2で指摘する点については留保が付されるべきであるが）基本的には的確なものであるということが出来る。

このような第1審判決の判断については、控訴審においても正当なものとして

して維持されるべきものである。

- (3) なお、ドイツ連邦憲法裁判所の判例法理において、「婚姻及び家族は国家秩序の特別の保護を受ける」とする基本法6条1項から同性パートナーと婚姻する権利は導出されないとする一方で、「すべての人は、法律の前に平等である」と規定する基本法3条1項の下では、婚姻と生活パートナーシップとの間の不平等取扱いは、基本法6条1項の婚姻の保護のみを理由として正当化することはできないとする解釈が採られている例もみられるとおり³³、本件規定が婚姻の自由を保障した憲法24条及び13条に違反しないとする一方で、憲法14条1項の平等原則に違反するものと判断した第1審判決のような解釈も、可能な憲法解釈の一つであると考えられるものであって、そのような解釈自体が矛盾したものであるとか、不可能なものであるとはいえない。

もつとも、前記第2で論じたとおり、本件規定は、憲法14条1項のみならず、憲法24条及び13条にも違反するものと判断することがより適切であったものというべきである（ドイツの例とは異なり、台湾の大法官解釈においては、同性カップルの婚姻を認めていない民法の規定は、婚姻の自由を保障する憲法22条及び平等権を保障する憲法7条の両方に違反するとの判断がなされている³⁴。甲A101参照）。

³³ 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』（信山社、2018年）（甲A257）111～114頁参照。ただし、ドイツにおいても、「連邦憲法裁判所の判断を通じて、基本法6条1項の規範内容が基本法3条1項によって変容している」（同114頁）ことが指摘される。

³⁴ このような判断について、同解釈に関与した湯徳宗元司法院大法官は、「『結婚自由権』に反するかどうかと『平等権』に反するかどうかについて、個別的な事案の状況によっては、それぞれ異なる審査基準が適用され、異なる結論が導き出される可能性がある」という「二元論」のリスクを考慮して、『婚姻の自由に対する平等な保護』（解釈文の第2文参照）という表現を使って、巧みに両者を統一させたものであると説明している。湯徳宗「台湾大法官積字第748号解釈に関する解説」北大法学論集71巻6号（2021年）（甲A426）321～322頁参照。

2 第1審判決の判示についての補足的検討

上記1で述べたとおり、本件規定が憲法14条1項に違反するものとした第1審判決の判示は基本的には適切なものであると解されるが、その判示の趣旨について疑念があり得る点について以下で補足的に論ずる。

(1) 同性婚に対する否定的な意見や価値観を持つ国民が少なからずいることの「斟酌」の意味について

ア 第1審判決は、国民の中には「同性婚を法律によって認めることに対する否定的な意見や価値観」も存することから、立法府は、「異性婚と同様の同性婚を認めるかについてその裁量権を行使するに当たり、上記のような否定的な意見や価値観を有する国民が少なからずいることを斟酌することができる」とし、また、そのような事情は、「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あってもこれを享受する法的手段を提供しないことを合理的とみるか否かの検討の場面においては、限定的に斟酌されるべきもの」と判示している（第1審判決28～29頁）。

このような判示は、文字どおりに解するならば、第1審判決の違憲判断を受けた立法府が、今後もなお、同性婚を法律によって認めることに対する否定的な意見や価値観を有する国民が少なからずいることを理由として、同性婚を法律で認めることや同性愛者に対して婚姻によって生じる法的効果を享受する法的手段を提供することを拒むことを許容するものであるかのようにも思われる。

イ しかしながら、第1審判決が指摘するとおり、「国民の総意が同性婚に肯定的であるということに至らないのは、明治時代から近時に至るまで、同性愛は精神疾患でありこれを治療又は禁止すべきものとの知見が通用しており、そのような結果、同性婚を法律によって認めることに対する否定的な意見や価値観が国民の間で形成されてきたことが、理由の1つであると考えられる」（第1審判決28頁）が、そのような知見は「平成4年頃

には完全に否定された」（第1審判決31頁）ものである。現在では完全に否定された誤った知見に基づいて形成された「同性婚を法律によって認めることに対する否定的な意見や価値観」を、そのまま立法府が裁量権行使に当たって斟酌し得るものとするのは、結局のところ、合理的な理由を欠いた差別的な意見や価値観であっても性的指向に基づく区別取扱いの合理的根拠たり得ることを認めるのに等しいが、そのような帰結は、性的指向に基づく区別取扱いについて「真にやむを得ない」合理的根拠を求める第1審判決の判示（第1審判決22頁）と到底整合し得ないものである（本件規定の合理性を基礎付ける事情たり得ない誤った知見が、国民の「意見や価値観」というフィルターを通すことによって、再び本件規定の合理性を基礎付ける事情たり得るものではない。）³⁵。

また、本件規定の合理性は、個人の尊厳と法の下での平等を定める憲法に照らして不断に検討され、吟味されるべき法的問題であり、本件規定に関する国民の意識は、そのような法的問題の結論に直結させられるべきものではない（婚外子相続分差別違憲決定参照）。現在では完全に否定された誤った知見に基づいて形成された「同性婚を法律によって認めることに対する否定的な意見や価値観」をもって本件規定の合理性を基礎付けることは、憲法の定める個人の尊厳と法の下での平等の原理に照らしても、到底許容されるべきではない³⁶。

ウ 以上のことからすれば、第1審判決が、同性婚に対する否定的な意見や価値観を持つ国民が少なからずいることを立法府が斟酌し得るかのよう

³⁵ 木村草太教授の意見書（甲A403）7頁（「同性婚を認めることを嫌悪する国民がいるという理由で、同性婚を認めなかったり、異性婚とあえて別制度の同性婚制度を設けたりするのは違憲の疑いが強く、そのような制度を作る立法裁量があるとは理解できない」とする。）参照。

³⁶ 駒村圭吾教授の意見書（甲A309）24頁（婚外子相続分差別違憲決定が示唆するように、24条2項の定める「個人の尊厳」に照らして立法をすべき義務が国会にある以上、「婚姻は異性愛者間で行われるもの」という「国民の意識」は考慮要素から排されなければならないとする。）参照。

判示した点は、「同性愛は精神疾患でありこれを治療又は禁止すべきものとの知見」が完全に否定された平成4年頃までの間における過去の立法府の裁量権行使に対する評価に関するものとして限定的に解釈することが相当であり、今後とも将来にわたって、同性婚を法律によって認めることに対する否定的な意見や価値観を有する国民が少なからずいることを理由として、同性婚を法律で認めることや同性愛者に対して婚姻によって生じる法的効果を楽しむ法的手段を提供することを拒むことを許容する趣旨を含むものではないと解するのが相当である。

あるいは、木村草太教授が示唆するように、同性婚に対する否定的な意見や価値観を持つ国民が少なからずいることを立法府が斟酌し得ると判示した第1審判決の真意は、立法府が同性婚に対する差別意識に迎合することは許されないが、そのような意識の存在を考慮して同性婚を社会的差別から守るための特別の制度を構築することの必要性と可能性を示すことにあったと解するのが相当である（甲A403・7～8頁）。

なお、以上いずれの（あるいは両方の）趣旨であるとしても、第1審判決の判示は、一読してそのような趣旨であると理解し難いものとなっていることから、立法府に対して誤ったメッセージが伝わることのないよう、以上の趣旨が明確となるように書き改められるべきである。

(2) 同性婚のカップルにも異性婚のカップルと同様の「婚姻によって生じる法的効果」が与えられるべきこと

ア 第1審判決は、本件規定の合理性についての検討の結論として、「本件規定が、異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は、立法府が広範な立法裁量を有することを前提としても、その裁量権の範囲を超えたものであるといわざるを得ず、本件区別取扱いは、その限度で合理

的根拠を欠く差別取扱いに当たると解さざるを得ない」，「したがって，本件規定は，上記の限度で憲法14条1項に違反すると認めるのが相当である」と判示している（第1審判決32頁）。

このような第1審判決の判断は，その判示からも明らかであるとおりに，本件が，現に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ていない本件規定の憲法適合性が争点となっている訴訟であるということを前提に，立法府の有する立法裁量にも配慮して，本件規定は，少なくとも上記の限度において合理性を欠くものとして憲法14条1項に違反するものであることを明らかにしたものであって，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も享受する法的手段を提供すれば違憲の問題を生じないとする含意を有するものではない。

本件規定を上記の限度で違憲とする司法判断を踏まえて，国会で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法的手段について国会において論ぜられ，判断された結果，そのための法改正が行われた場合においては，当該法改正により講じられた法的手段が，婚姻及び家族に関する法制度の内容を定めるに当たって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条の要請，指針に反しないか否か，また，当該法的手段が性的指向に基づく区別取扱いを生じさせるものである場合には，それが「真にやむを得ない」合理的根拠を有するものとして憲法14条1項に適合するものであるか否かが，当然に問われることになるものである³⁷。

³⁷ 尾島明「再婚禁止期間と夫婦同氏制に関する最高裁大法廷の判断」法律のひろば69巻4号（2016年）（甲A245）71頁（選択的夫婦別氏性の合理性に関し，「国会で論ぜられ，判断された結果，新たな制度が創設された場合において，もしもその制度と憲法24条との整合性が裁判所において問題とされた場合には，この判決が示した同条における審査構造の下でその制度が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

イ 上述のような観点から留意すべきことは、まず、第1審判決は、「婚姻とは、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同時又は異時に生じさせる法律行為であると解することができる」とした上で、そのような法的効果を併せて「婚姻によって生じる法的効果」として定義していることである（第1審判決20頁）。すなわち、婚姻によって生じる法的効果は「身分関係」の「公証」と結び付いたものであり、そのような意味での婚姻によって生じる法的効果を同性愛者が享受し得るものとする法的手段を何ら講じていない本件規定を、第1審判決は憲法14条1項に違反すると判断したものである。

このような第1審判決の判示からすると、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と解される。

このことは、第1審判決が、「婚姻によって生じる法的効果の本質は、身分関係の創設・公証と、その身分関係に応じた法的地位を付与する点にあるいえる。そうすると、婚姻は、契約や遺言など身分関係と関連しない個別の債権債務関係を発生させる法律行為によって代替できるものとはいえない」旨を明示的に述べていることから明らかであるという

請、指針に反し、裁量権を逸脱するか否かを判断することになるのであろう」と指摘する。）参照。なお、第1審判決は、憲法24条は同性婚について定めるものではないと解したことから、本件規定の合理性の検討において憲法24条（2項）適合性について触れるところがないが、一般に、婚姻及び家族に関する法制度を定めた規定については、「憲法13条や14条1項に違反する場合には、同時に憲法24条にも違反することになる」ものであり、他方、「憲法13条や14条1項に違反しない場合であっても、上記の観点から更に憲法24条にも適合するものかについて検討することにな〔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）』（甲A246）754頁参照。

べきである。

ウ なお、第1審判決には、「同性間の婚姻や家族に関する制度は、その内容が一義的ではなく、同性間あるがゆえに必然的に異性間の婚姻や家族に関する制度と全く同じ制度とはならない（全く同じ制度にはできない）こと」から「この点で立法府の裁量判断を待たなければならない」とし（第1審判決31頁）、また、「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を付与する法的手段は、多種多様に考えられるところであり、一義的に制度内容が明確であるとはいい難く、どのような制度を採用するかは、……国会に与えられた合理的な立法裁量に委ねられている」（第1審判決34頁）旨を指摘するところが見られる。

第1審判決が、「同性間あるがゆえに必然的に異性間の婚姻や家族に関する制度と全く同じ制度とはならない」点や、同性愛者のカップルに対して婚姻によって生じる法的効果を付与する「多種多様な」法的手段に関し、どのようなものを想定しているかが具体的に明らかにされているものではない³⁸が、いずれにしても、立法府が、異性カップルと同性カップルとの間で享受し得る法的利益の内容やそれを付与する法的手段について区別取扱いをしようとするのであれば、第1審判決が判示するとおり、そのような区別取扱いについては「真にやむを得ない」と認められる合理的根拠が必要であることになる。

このような観点から検討した場合、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）を敢えて異性婚と別の法制度として設ける

³⁸ やや立ち入って検討すれば、事実問題として同性カップルと異性カップルとの間で差異があり得るのは、自然的な生殖によって子をもうける定型的な可能性の有無の1点に尽きるものと思われるが、判例（最大決平成25年12月10日民集67巻9号1847頁）によれば、民法772条の嫡出推定の規定の適用についても、カップル間の「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は相当でない」と解されているから、結局、そのような事実上の差異を理由として民法772条の嫡出推定の規定の適用についての差異を設ける必然性は存しないことになろう。

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（木村草太教授意見書〔甲A403〕6頁参照）³⁹し、異性カップルと同性カップルとの間で享受し得る法的利益の内容に差異を設けることについても、「真にやむを得ない」と認められる合理的根拠を見出すことはほとんど困難であると解される（このことは、憲法裁判所による平等原則の適用により異性カップルの法律上の婚姻と生活パートナーシップ法上の同性カップルとの間の取扱いの相違が次々と違憲とされ⁴⁰、最終的には、立法による同性婚制度の導入に至ったドイツの経験が教えるところである⁴¹。）。

エ ただし、以上のような検討は、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なすべきものであって、これらの点に関する立法府の検討の結果が何ら示されていない現状において、裁判所が、本件規定の違憲性を解消するための具体的な法的手段の詳細まで示さなければ、本件規定を違憲とする判断をなし得ないというものでない。

そうすると、第1審判決が、本件規定を憲法14条1項に違反するもの

³⁹ 渡邊泰彦「結婚から生じる法的効果の享受＝同性婚？（結婚の自由をすべての人に北海道訴訟事件第一審判決）」新・判例解説 Watch 民法（家族法）No.118（2021年）（甲A405）3頁も「世界的に同性婚が広がる現在において、同性婚を認めないというメッセージを有し、過渡的な制度である同性登録パートナーシップをあえて導入する理由は乏しい」と指摘する。

⁴⁰ 西村枝美「同性婚の未規定性の憲法適合性：婚姻の自由ではなく人格権の問題として」関西大学法学論集69巻3号（2019年）（甲A303）203～204頁（本文及び注98）参照。

⁴¹ 中岡淳「同性間に婚姻を認めない民法及び戸籍法の諸規定の合憲性」新・判例解説 Watch 憲法No.187（2021年）（甲A406）4頁も「ドイツ連邦憲法裁判所の判例が示すように、婚姻を『異性婚』と定義しつつ、区別事由としての『性的指向』を平等審査の厳格化の要因として考慮していくと、異性間の婚姻と同性パートナーシップの法律関係における実質的差異はほぼ完全に失われていく」、「日本の司法がドイツと同じ轍を踏まないためには、『婚姻の自由』という実体的権利を前提に、その適用範囲に同性婚を含めないことが適切か否かを論ずる必要があると思われる」と指摘している。

と判断する一方で、本件規定の違憲性の解消手段の詳細については示すことなく、まずは立法府の裁量判断を待つべきものとしたことについては、上記のことも踏まえた賢慮によるものと評価することも可能である。

3 小括

以上に論じたところからすれば、本件規定を憲法14条1項に違反するものと判断した第1審判決の結論は正当なものとして控訴審においても当然に維持されるべきことが明らかである。

その上で、控訴審においては、上記2で論じたところも踏まえて、第1審判決の判示を更に一步前に進めて、立法府に対して、本件規定の違憲性を解消する上での正しい指針を示す明確な司法判断が示されるべきである。

第4 本件規定の改正を怠る国会の不作為は著しいものであり国家賠償法1条1項の適用上違法であると評価されるべきこと

1 立法不作為の国家賠償法上の違法性の判断方法

第1審判決の判示内容を検討する前に、立法不作為の国家賠償法上の違法性の判断方法について簡潔に再論すると、以下のとおりである。

(1) 違法性の判断基準時

本件で控訴人らは、国会が本件規定の改正を怠っているために、現在に至るに至るも婚姻をすることができず、精神的損害を被ったとして、その慰謝料を請求しているものであるところ、その侵害行為である立法不作為並びに控訴人らが被っている権利利益の侵害及びそれによる損害の発生は、少なくとも口頭弁論終結時まで継続する性質のである。

したがって、本件規定を改正しないという立法不作為の違法性の判断基準時は、事実審の口頭弁論終結時であるということになり、その時点までの社会状況の変化等を含む事情が違法性判断の基礎となるものと解される。

(2) 違法性の判断基準

法律の規定が憲法上保障され又は保護されている権利利益を合理的な理由

なく制約するものとして憲法の規定に違反するものであることが明白であるにもかかわらず、国会が正当な理由なく長期にわたってその改廃等の立法措置を怠る場合などにおいては、国会議員の立法過程における行動が上記職務上の法的義務に違反したものとして、例外的に、その立法不作為は、国家賠償法1条1項の規定の適用上違法の評価を受ける（再婚禁止期間違憲判決参照）。

「明白」性は、立法行為を行う国会にとって明白か否かが問題とされるものであり、違憲とされる憲法上の権利の性質や当該法律の規定によるその侵害の内容・程度に加え、立法事実の変化等を判断要素として、立法状態の違憲性が明白であるといえるかが判断されることになる⁴²。また、「明白である」というのは、通常は異論を生じない場合を意味するものであるが、この場合に問題になる「明白」性は、一般的な用法とは異なり、もっと緩い程度を指すものと解される（再婚禁止期間違憲判決に付された千葉勝美補足意見参照）。

(3) 立法不作為の内容について

再婚禁止期間違憲判決が、憲法の規定に違反する法律の規定について国会が正当な理由なく長期にわたって「その改廃等の立法措置を怠る場合」に立法不作為の違法性が認められる旨を判示していること、また、在外国民選挙権訴訟判決が「何らの立法措置も執られなかった」という立法不作為を違法と判断していることからすれば、立法不作為を違法と判断する際に、国会がなすべき立法措置の内容が一義的に確定されることは必ずしも必要ではないと解されるから、法律の規定の違憲性を解消する方法として合理的な立法措置の選択肢が複数存在すること（違憲性の解消方法についての立法裁量の存在）は、「その改廃等の立法措置を怠る場合」に該当するか否かの判断にお

⁴² 加本牧子『最高裁判所判例解説民事篇平成27年度（下）』（甲A156）696頁。

いて考慮されるべき要素とはならない。

なお、本件規定の違憲性を解消するためには本件規定の改廃等の何らかの立法措置を執ることが必要であることは明らかである。

2 第1審判決の判示

第1審判決は、本件規定は憲法14条1項に違反するものとなっていたといえるとして、「法律の規定が憲法上保障され又は保護されている権利利益を合理的な理由なく制約するものとして憲法の規定に違反するものであること」は認められたものの、以下のような諸事情に照らせば、本件規定が憲法14条1項に反する状態に至っていたことを国会において直ちに認識することは容易ではなかったとして、それが「明白である」ことを否定して、国会が本件規定を改廃していないことが国家賠償法1条1項の適用上違法の評価を受けるものではないと判断した（第1審判決32～35頁）。

- ① 昭和22年民法改正当時における同性愛を精神疾患とする知見は、昭和55年頃には米国で、平成4年頃には世界保健機関によって否定され、その頃には我が国においても同性愛を精神疾患とする知見は否定されたこと
- ② 諸外国における登録パートナーシップ制度又は同性婚制度の導入は2000年（平成12年）以降であり、我が国における地方公共団体による登録パートナーシップ制度の広がりも平成27年10月以降のことであること
- ③ 同性婚又は同性愛者のカップルに対する法的保護に肯定的になったのは比較的近時のことと推認されること
- ④ 国会において初めて同性婚に言及された機会は平成16年11月のことであり、国会において同性婚について議論されるようになったのは平成27年に至ってからであること
- ⑤ 同性婚や同性愛者のカップルに対する法的保護に否定的な意見や価値観を有する国民は少なからず存在すること
- ⑥ 昭和22年民法改正以後、現在に至るまで、同性婚に関する制度がないこ

との合憲性についての司法判断が示されたことがなかったこと

3 本件規定を直ちに改正しない立法不作為の違憲性

(1) 本件規定による利益侵害の重大性

前記1でみたとおり、法律の規定が憲法に違反することの「明白」性の有無の判断に当たっては、まず、違憲とされる憲法上の権利の性質や当該法律の規定によるその侵害の内容・程度が考慮要素となるものであるところ、第1審判決が判示するとおり、婚姻によって生じる法的効果を楽しむ利益は、憲法24条がその実現のための婚姻を制度として保障していることに照らしても、重要な法的利益であるといえることができる（第1審判決23頁）。

しかるところ、本件規定は、同性愛者に対しては、そのような重要な利益である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ものである（第1審判決32頁）。本件規定による利益侵害の内容及び程度は、同性愛者に対して一切の法的利益の享受を否定する全面的なものであり、また、本件規定の改正がなされるまで継続するものである。また、このような利益侵害は、控訴人らのみにとどまらず、同性の相手との婚姻を希望する多数の国民が被っているものである（我が国において同性愛者等の性的マイノリティに該当する者は、人口の5.9%～8.0%とする調査結果がある。第1審判決3頁）。

以上のことからすれば、本件規定は、国民の重要な利益に対する極めて重大な侵害を生じさせるものであることが明らかであり、本件規定が憲法に違反することの「明白」性の判断に当たっては、まずもってこのような事情が「明白」性を肯定する方向に働く積極的要素として考慮されなければならない。

それにもかかわらず、第1審判決の判示からは、このような当然考慮すべき要素を考慮した形跡は全く窺うことができず、この点において、第1審判決の判断には重大な欠落があるものといわざるを得ない。

(2) 本件規定の合理性に関わる立法事実の変化等及びその評価

ア 前記2でみたとおり，第1審判決は，昭和22年民法改正当時において本件規定の合理性を基礎付けていた同性愛を精神疾患とする知見は，平成4年頃までには否定されたとの立法事実の変化（前記2①）を認定しながらも，我が国における地方公共団体による登録パートナーシップ制度の広がりも平成27年10月以降であること（前記2②）や，国会において同性婚について議論されるようになったのは平成27年に至ってからであること（前記2④）などの事情にも照らせば，本件規定の違憲性を国会において直ちに認識することは容易ではなかったとしている。

このような判示からは，平成4年頃までには本件規定の合理性を基礎付けていた同性愛を精神疾患とする知見は否定されたものの，その後，平成27年頃に至るまでの間は，国会議員において本件規定の違憲性を認識する端緒となるような有意な出来事はなかったものとするかのような理解が窺われるところである。

イ しかしながら，まず，第1審判決が挙げる前記2②の事情に関しては，デンマークにおける登録パートナーシップ制度の導入は1989年（平成元年）のことであり，2000年（平成12年）から2010年（平成22年）までの間に限っても10か国において同性婚制度が導入されている（第1審判決10頁）。

そして，この間における諸外国の立法の動向については，「両議院，委員会および議員に対し国政審議に役立つ資料・情報を提供すること」（国立国会図書館法15条2号）をその職務とする国立国会図書館調査及び立法考査局が刊行する「各分野の国政課題の分析，内外の制度の紹介，国政課題の歴史的考察等，国政の中長期的課題に関する本格的な論説を掲載した月刊の調査論文集」（甲A427）である「レファレンス」誌の平成22年（2010年）4月号掲載の鳥澤孝之「諸外国の同性パ

ートナーシップ制度」(甲A355)により包括的な紹介がなされている⁴³。

ウ また、前記2④の国会での議論に関しては、第1審判決が指摘する平成16年(2004年)11月17日開催の衆議院憲法調査会における参考人の答弁(甲A260)の他にも、性的指向に基づく差別の解消や同性婚、同性愛者の権利利益の保護等に関し、平成22年(2010年)頃までの間に限っても、以下のような発言がなされていることが確認できる。

(ア) 平成12年(2000年)5月25日開催の参議院法務委員会では、民法の一部を改正する法律案(千葉景子外9名発議)の件に関し、日下部禎代子議員から、「日本も戦後、人口構造の変化あるいは産業構造の変化なども含めまして、家族の形だけではなく家族の構造というものが随分変わってきた、家族の概念というのも変わってきております。外国の場合ですと、それは非常に法律などでも顕著にあらわれているものがありますね。去年のたしか十月だったと思いますが、フランスで、事実婚ばかりではなく同性愛婚も認めるといういわゆるPACS法が成立いたしましたのは御存じのとおりだと思います」、「そのように、外国ではかなりさまざまな家族の変容にかかわる法、家族法の改正というものが行われているというふうに思うのでございますが、夫婦別姓も含めまして、その点につきまして御見解を承りたいと存じます」との発言がなされた(甲A432・9頁)。

(イ) 平成12年(2000年)11月8日開催の参議院共生社会に関する

⁴³ なお、これ以前にも、国立国会図書館調査及び立法考査局が、「法案の立案や審議に際し、主要国の立法例を参照したいとの要望に応じて」、「外国の法令の翻訳紹介、制定経緯の解説、外国の立法情報を収録し」ている「外国の立法」誌(甲A428)に、「【アメリカ】カリフォルニア州最高裁同性婚容認」(2008年7月)(甲A429)、「【スウェーデン】同性婚及び挙式に関する改正法」(2009年5月)(甲A430)、「【アメリカ】カリフォルニア州最高裁の同性婚非合法化判決」(2009年7月)(甲A431)が立法情報として掲載され、紹介されている。

る調査会では、共生社会に関する調査（男女等共生社会の構築に向けてのうち女性の自立のための環境整備に関する件）の件に関し、岡崎トミ子議員から、「思春期を迎えたときに、実は自分が同性愛であるという性的志向を持っていることがわかって、悩んだりいじめられたりすることが非常に多いと。彼らが調査した中での五%というのは、一クラスに一人か二人ぐらいはいるということです」、「ことしの二月に、同性愛者の人を中心に、中学生、高校生が一緒になって襲撃をして、殺人事件が起きておりますけれども、同性愛者に対する差別、偏見がいかにも蔓延しているかということを示しているだろうと思います」との発言がなされた（甲A433・10頁）。

(ウ) 平成12年（2000年）11月15日開催の衆議院法務委員会では、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）案に関する審議において、植田至紀議員から、「いわゆる性的指向にかかわって、もうこれは既に国連の中では解決すべき課題だということが述べられているわけです。ずばり言えば、いわゆるゲイであるとかレズビアンとかいう問題。今までは言ってみれば際物の趣味の問題というふうに語られてきましたけれども、最近はやはり生得的なものであるという認識が深まりつつあります。そういう意味で、今まではこの種の問題を人権や差別の問題として認識すること自体懐疑的な風潮があったわけですがけれども、最近はそうした考え方が改められつつあるわけです。既に国連では、そうしたことを解決すべき課題ということで触れられているわけです」、「人権と差別にかかわる問題、人権全般といっても、一つ一つの政策は帰納法的にやっていかなければ、個々の問題、個々の問題ごとに政策手法も変わってまいりますので、例えばで申し上げたわけですがけれども、こう

した我々が必ずしも認識していないような問題が新たに差別と人権にかかわる問題として我々の面前にあらわれてくるということも踏まえて、今申し上げたような課題もやはり課題としてきっちりと加えていくべきじゃないかと思うんですが、その点はいかがでしょうか」との発言がなされた（甲A434・18頁）。

(エ) 平成14年（2002年）には、結果的に成立に至らなかったものの、「性的指向」を含む事由を理由とする不当な差別的取扱いを禁止することなどを内容とする人権擁護法案（甲A219）が内閣から国会に提出され、審議がなされた。

(オ) 平成14年（2002年）12月4日開催の参議院憲法調査会では、日本国憲法に関する調査（基本的人権を中心として）の件に関し、江田五月議員から、「憲法十四条に列記された差別事由のみならず、ジェンダー、障害、疾病、年齢、同性愛など、法の下での平等の概念がその成立時に比べて豊富になったことを踏まえ、平等な機会の保障のための積極的な措置を国に義務付けるなどの憲法上の規定を検討すべきであると思います」との発言がなされた（甲A435・3頁）。

(カ) 平成15年（2003年）4月16日開催の参議院憲法調査会では、日本国憲法に関する調査（基本的人権）の件に関し、峰崎直樹議員から、民主党（当時）の憲法調査会の中間報告に即して、「人権救済の対象となる禁止される差別事由を、人種、信条、性別、社会的身分、門地、教育、財産、収入、年齢、言語、宗教、政治的意見、性的指向・性的自己認識、皮膚の色、婚姻上の地位、家族構成、民族的又は国民的出身、欠格条項、身体的・知的障害、精神的疾患、病原体の存在、遺伝子などに拡充して憲法上の人権カタログに明記することも

検討すべきである」との発言がなされた（甲A436・3頁）。

(キ) 平成16年（2004年）2月19日開催の衆議院憲法調査会基本的人権の保障に関する調査小委員会では、参考人の内野正幸中央大学教授から、「最近話題になっておりますのは、同性愛者同士の結婚であります。あるいは結婚に準じるパートナーシップの形成です。その場合、条文ですと、日本国憲法二十四条で、その第1項ですけれども、『婚姻は、両性の合意のみに基いて成立し、』というところで、『両性の合意』という言葉がひっかかるわけです。文理解釈いたしますと、憲法二十四一項を改正することなしには同性愛者の結婚は認められないというふうになりそうですけれども、その点の解釈については議論のあるところだと思います」、「最近の話題としましては、そこに書きましたように、昨年十一月のアメリカ合衆国のマサチューセッツ州最高裁判決が、同性愛者に対する結婚を認めるべし、認めないのは平等違反であるとした」との発言がなされた（甲A229・2～3頁）。

(ク) 平成17年（2005年）2月16日開催の参議院少子高齢社会に関する調査会では、少子高齢社会に関する調査（「少子高齢社会への対応の在り方について」のうち少子化の要因及び社会・経済への影響に関する件）の件に関し、参考人の山田昌弘東京学芸大学教育学部教授から、「私、家族社会学をずっとやって、インタビュー調査等もやっているわけですがけれども、やはり長期的に信頼できる人間が欲しいというような意識というものは、逆にこの個人化した、物質化した社会だからこそ、そういう人がいてほしい、だけれども、理想的な人がなかなかいないので困っているという状況だと思います」、「別に、もちろんそれは子供じゃなくてもいいんですが、やはり結婚して子供

を産むというのが手っ取り早いと言ったら怒られますけれども、信頼できる人を、取りあえず信頼できる人を得る、保証がある道。ですから、よく同性愛での結婚をする人が、求める人がいるというのは、逆に、同性愛であっても結婚という形でその二人の関係を長期的に信頼できるものにしたいというエネルギーの表れだと私は理解しております」, 「だから、そういうエネルギーがあるうちにというのも変なんですけれども、信頼できる人が欲しい、だけれども条件が整わないというような状況がある中で、やはり条件を整えてあげることが必要だと思っております」との発言がなされた（甲A437・13頁）。

(ケ) 平成17年(2005年)4月22日開催の衆議院国土交通委員会では、公的資金による住宅及び宅地の供給体制の整備のための公営住宅法等の一部を改正する法律案(内閣提出第二四号)及び 地域における多様な需要に応じた公的賃貸住宅等の整備等に関する特別措置法案(内閣提出第二五号)の件に関し、中川治議員から、公営住宅の入居基準の問題に関し、「あるいは同性愛の夫婦、これもだめなんですね。いや、もう時流に応じて検討したいと言うて、大体、先ほど言うたでしょ、五年から十年おくらせているんですから、国の決断は。その間に都道府県はいろいろ目を盗んでやるんです。そんな格好の悪いことじゃなくて、もうちょっと初めから思い切って認める。都道府県に、もう認めますから、よっぽどえぐいことはせんといてくださいよという通達を一遍出しなはれ。その方が私はよっぽどいいんじゃないのかな、そんなふうに使っております」, 「これは本当に感謝されると思いますよ。ぜひ、大至急御検討いただきたいと思います。来年まただれか質問してください、あれどないになりましたと。ぜひお願いを申し上げたいと思います」との発言がなされた（甲A438・19

頁)。

(コ) 平成19年(2007年)2月15日開催の参議院厚生労働委員会では、社会保障及び労働問題等に関する調査(少子化等に関する件)の件に関し、福島みずほ議員から、柳澤伯夫厚生労働大臣が同年2月6日の閣議後の記者会見で「若い人たちというのは、結婚をしたい。それから子どもも二人以上持ちたいと、極めて健全な状況にいるわけです」と述べたことについて、「家族についてですが、私は、あることを標準世帯あるいは健全ということではなく、多様なすべての家族を応援すべきだと考えています」(甲A439・13頁)、「結婚をしない人もいる、そしてもちろん同性愛の人もいる、それから性同一性障害の人もいれば子供が一人の人もいる。持ちたいけど持てない人もいれば、いろんな苦勞をしている人もいる。そもそも持ちたくない人もいるかもしれません。いろんな人がいるわけで、健全という一つの価値観をおっしゃることは私は間違っていたと思います」(甲A439・37頁)との発言がなされた。

(サ) 平成20年(2008年)5月8日開催の参議院法務委員会では、法務及び司法行政等に関する調査(携帯電話フィルタリングサービスによる人権侵害に関する件)に関し、政府参考人の富田善範法務省人権擁護局長から、「法務省の人権擁護機関では、平成十九年度の第五十九回人権週間において、女性の人権を守ろう、子どもの人権を守ろうなどと並んで、性的指向を理由とする差別をなくそう、性同一性障害を理由とする差別をなくそうなどを強調事項に掲げ、性的指向や性同一障害を理由とする偏見、差別をなくし、理解を深めるための啓発活動を実施しております」との発言がなされた(甲A440・2頁)。

また、松浦大悟議員からは、「現在、急速に未成年者の携帯電話へのフィルタリングの適用が進んでいるのですが、実はここで一つ指摘しておきたいことは、現在のフィルタリングの一部が性同一性障害者や同性愛者といったセクシュアルマイノリティーの人権を侵害しているということなんです」、「民間企業であるとはいえ、今や携帯電話会社はかなり公共性の強い事業であり、社会的影響の大きさからいってかなり問題のあるやり方ではないかというふうに思うのですが、法務省としてこうした企業に対し指導すべきだと思いますが、その辺りのお考えをお聞かせください」、「五月十七日、来週の土曜日ですが、国際反ホモフォビアデーなんです。これはIDAHOと言われてますけれども、五月十七日は同性愛が病気じゃなくなった日というふうに言われています。WHOの精神疾患のリストから同性愛の文字が消えた日なんです。これ消えたのが実は一九九〇年、つい最近のことなんです。私たちの一つ一つの活動がこうした差別からマイノリティーの人たちを守っていくことにつながっていくのだということを強く訴えさせていたいただきたいと思います」との発言がなされた（甲A440・2～3頁）。

(シ) 平成21年（2009年）4月3日開催の衆議院法務委員会では、裁判所の司法行政、法務行政及び検察行政、国内治安、人権擁護に関する件に関し、稲田朋美議員から、「最近報道されました、海外での同性婚を可能にする新しい証明書を法務省が発行することになったという問題についてお尋ねをいたしたいと思っております」、「平成十四年には、わざわざ通達を出されて、日本人が日本では認められていない同性婚を海外で行う場合には、法務省として証明書を出さない、そういう扱いをされていたわけです」、「なぜ今回、そのような扱い

を変え、海外で、日本で認められていない同性婚を有効とするために証明書を出されるように方針を転換されたのか。その理由と経過について、民事局長に説明をいただきたいと思います」との質問がなされ、参考人の倉吉敬法務省民事局長から、「外国において、同性間の結婚を有効としている国、これがあるわけでございます。そういう国において、日本人がその国の法制度のもとで婚姻をすることができるかどうか、これは当該外国の法制にゆだねられる問題でございます。外国の法制が、日本では同性婚は認めていない、そのような日本人であっても、外国まで来て、外国の方式で、その国の外国人と結婚をする、それは同性であっても認めますよという国があるときに、それをしてはいけないとか、そういう法制度というのはない」、「そういう問題でございます。ここで新たに、わざわざ外国で同性間の結婚ができるようにこういうものを出したというわけでは決してございません」などとする答弁がなされた（甲A441・8～9頁）⁴⁴。

（ス）平成22年（2010年）5月20日開催の衆議院青少年問題に関する特別委員会では、青少年問題に関する件に関し、松浪健太議員から、「例えば個人の権利は必要だということになって、今後、少子化担当大臣がおられますけれども、アメリカなんかでは大統領選でも、同性同士のカップルというのが法律婚であるべきかなんというのが話題になるわけでありましてけれども、大臣は、これについては、日本ではどうお考えですか」との質問がなされ、福島みずほ国務大臣から、「少数者の人たちかもしれないんですが、この社会の中で生きがたい

⁴⁴ 鳥澤孝之「諸外国の同性パートナーシップ制度」レファレンス平成22年4月号（2010年）（甲A335頁）30頁は、「近年、諸外国の一部には同性間の婚姻や、婚姻に準じた法的地位を認めるパートナーシップ制度を制定するところがあり、関心が寄せられている」ことを指摘し、同頁の注（4）において、「国会での議論の例として、第171回国会衆議院法務委員会議録4号 平成21年4月3日 pp.8-9を参照」として、以上の議論を取り上げている。

ことを、例えば、その人たちは、異性愛のカップルと違って、一緒に住んでも養子縁組する以外に例えば相続人にすることはできませんし、なかなかそれを外に出すことができませんので、やはりなかなか大変な思いをしている、あるいはなかなかカミングアウトができないということを変に聞いています」、
「そういう、マイノリティーだけれども生きがたいというふうにいる人たちに対してどうあるべきかという議論は大変不足していますが、そういう議論を、生きがたい社会がどうしたら生きやすくなるかという議論は必要だと考えております」との答弁がなされた（甲A442・7頁）。

以上のような平成12年（2000年）から平成22年（2010年）まで間の諸発言から明らかとなるのは、平成27年（2015年）に至るまでは国会において同性婚について全く議論されることがなかったかのように描写する第1審判決の判示とは異なり、実際には、同性愛を精神疾患とする知見の変化や諸外国における同性婚を導入する立法等の動向を踏まえ、また、性的マイノリティに属する国民からの声にも応えて、同性婚を含む性的指向に基づく差別の解消が、法律問題あるいは憲法問題として、国会において絶えず議論の対象とされてきたという事実である。

そして、国会において以上のような議論がなされてきたことに鑑みれば、国会議員においては、本件規定の合理性を基礎付けていた同性愛を精神疾患とする知見が否定されたことや、諸外国における登録パートナーシップ制度又は同性婚制度の導入の動向を踏まえて、また、婚姻ができないことを含む性的指向に基づく差別取扱いによって権利利益を侵害されている性的マイノリティに属する国民からの声に応えて、本件規定が今日においてなお合理性を有するものであるか否かについて自ら検討し、あるいは、議員の活動を補佐するために設置されている衆参両議院の事

務局及び議院法制局に調査・検討に関し助力を求めたり⁴⁵、更には外部の専門家からも見解を仰いだりするなどの手段を講ずることによって検討を深めることを通じて、本件規定がもはや合理性を欠くものとして憲法に違反するとの認識に達することも十分に可能な状況が存したものということができる。

その上で、本件規定が、具体的な制度の構築が第一次的には国会の合理的な立法裁量に委ねられている婚姻に関するものであること（再婚禁止期間違憲判決参照）、婚姻制度に関わる立法に際して考慮されるべき種々の事柄や要因が時代とともに変遷するものであり、その定め合理性については個人の尊厳と法の下での平等を定める憲法に照らして不断に検討され、吟味される必要があること（婚外子相続分差別違憲決定参照）、また、本件規定が同性愛等の性的指向に基づく別異取扱いをもたらすものであり、国会議員には、「その職務を行うについて、少数者である同性愛者をも視野に入れた、肌理の細かな配慮が必要であり、同性愛者の権利、利益を十分に擁護することが要請され〔る〕」（東京高裁平成9年9月16日判例タイムズ986号206頁〔甲A230〕）と解されることに照らせば、国会議員は、その職務上の法的義務として、自ら率先して上記のような検討を行い、本件規定の合理性を不断に吟味すべき能動的な義務を負っていたものと解すべきである。

エ 国会議員が負う職務上の法的義務の内容が上記ウで述べたようなものであることからすれば、第1審判決が挙げる、同性婚又は同性愛者のカップルに対する法的保護に肯定的になったのは比較的近時のことと推認される

⁴⁵ 国会には、議員の活動を補佐するための機関として、衆参それぞれの議院事務局及び議院法制局のほか、国立国会図書館が設置されており、議員事務局の各常任委員会に設置されている常任委員会調査室と特別委員会調査室、各議院法制局、国立国会図書館の調査及び立法考査局が、立法補佐機関としての役割を担っている。大山礼子『国会学入門 第2版』（三省堂、2003年）（甲A443）226～229頁。

こと（前記2③）や、同性婚や同性愛者のカップルに対する法的保護に否定的な意見や価値観を有する国民は少なからず存在すること（前記2⑤）というような事情は、国会議員の上記のような職務の懈怠の責任を免責する事情とはたり得ないものと解すべきである。

なぜならば、既に論じたとおり、本件規定の合理性は、個人の尊厳と法の下での平等を定める憲法に照らして不断に検討され、吟味されるべき法的问题であって、本件規定に関する国民の意識は、そのような法的问题の結論に直結させられるべきものではないから、本件規定に関する国民の意識がいかなるものであるかにかかわらず、国会議員はそのような観点から本件規定の合理性を不断に吟味すべき義務を負うものと解すべきであるし、また、既に否定された誤った知見に基づいて形成された「同性婚を法律によって認めることに対する否定的な意見や価値観」をもって本件規定の合理性を基礎付けることも許されないからである。

オ また、昭和22年民法改正以後、現在に至るまで、同性婚に関する制度がないことの合憲性についての司法判断が示されたことがなかったこと（前記2⑥）も、国会議員の職務懈怠の責任を免責する事情となり得ないものと解すべきである。なぜならば、上述のとおり、婚姻に関する具体的な制度の構築は第一次的には国会の適切な立法裁量権の行使に委ねられるべきものであり、国会議員の職務上の法的義務は、法律の規定の合憲性について司法（とりわけ最高裁）の判断が示されてから、それを検討し、吟味すれば足りるという受動的な義務にとどまるものではないからである。

特に、本件規定に関しては、前記ウで見たとおり、平成12年（2000年）から平成22年（2010年）まで間にもこれに直接ないし間接的に関わる議論がなされてきたものであり、また、令和元年（2019年）には、司法判断を待つことなく本件規定を改正する同性間の婚姻を法制化するための具体的な法律案（民法の一部を改正する法律案）が国

会に提出されていること（甲A115，甲A116）などの経過があることに照らせば，同性婚に関する制度がないことの合憲性についての司法判断が示されなければ，本件規定が憲法に違反するものであることを国会議員が認識することが困難であったというような事情は認められないというべきである。

カ なお，第1審判決は，我が国における地方公共団体による登録パートナーシップ制度の広がり平成27年（2015年）10年以降のことであること（前記2②）も，本件規定が憲法に違反することの「明白」性を否定する要素の一つとして考慮していることが窺われる。

しかしながら，地方公共団体における「パートナーシップ」制度⁴⁶は，法律上婚姻が認められていないことに起因して様々な不利益を被っている同性カップルからの同性婚の法制化を要請する声に応えて，直接的な法的効果を伴うものではないものの，同性カップルの関係を公認し得る制度として，その導入が急速に広まったものである⁴⁷。したがって，このような「パートナーシップ」制度の広がり，本件規定を改正しないという国会の立法不作為が著しいものであることの現れとして評価すべきものであって，「パートナーシップ」制度が広がった先に同性婚の導入があるかのように理解するならば，先後転倒の誤りを犯すものといわざるを得ない。

以上のとおりであるから，地方公共団体による「パートナーシップ」制度の広がり，本件規定が憲法に違反することの「明白」性を否定する

⁴⁶ なお，第1審判決は，諸外国において導入されている法的効果を伴う「登録パートナーシップ制度」（第1審判決10頁）と，我が国の地方公共団体における法的効果を伴わない「登録パートナーシップ制度」（第1審判決12頁，34頁）を用語上区別していないが，両者は法的効果の有無の点において重要な相違がある異なった制度であるから，用語上も区別することが適切である。

⁴⁷ 藤戸敬貴「同性カップルの法的保護をめぐる国内外の動向」レファレンス805号（2018年）（甲A141）83頁参照。

要素ではなく、むしろ、それを肯定する方向に働く積極的要素の一つとして考慮されるべきものである。

(3) 第1審の口頭弁論終結後の事情の変化について

先述のとおり、本件規定を改正しないという立法不作為の違法性の判断基準時は事実審の口頭弁論終結時であると解されるから、第1審の口頭弁論終結後の社会状況の変化等の事情についても、違法性判断の基礎となるものである。

第1審の口頭弁論終結後の社会状況の変化等の詳細については、別途準備書面で論ずることを予定しているが、とりわけ重要なものとして、第1審判決により本件規定とする司法判断が初めて示されたこと、第1審判決後に行われた世論調査においても同性間の婚姻を法律で認めるべきとする意見が認めるべきではないとする意見を大きく上回る結果となっていること（前記第1の2(2)ウ）、第1審判決後も地方公共団体における「パートナーシップ」制度が全国にますます広がっていることを挙げることができ、これらはいずれも本件規定が憲法に違反することの「明白」性を肯定する方向性に働く積極的要素として考慮されるべきものであるといえる。

(4) まとめ

近年の大きな法改正についてみると、平成29年5月26日に成立した「民法の一部を改正する法律」（平成29年法律44号）による民法（債権関係）改正は、平成21年10月28日の法務大臣から法制審議会に対する諮問から起算して約8年（ただし、それ以前の準備作業段階から数えれば10年余となる。）、平成30年7月6日に成立した「民法及び家事事件手続法の一部を改正する法律」（平成30年法律第72号）による相続法改正は、平成26年1月の法務省内相続法制検討ワーキングチーム設置から約4年半で成し遂げられている。これらの例に鑑みると、本件規定についても、遅くとも今から5～10年程度前に法改正の検討が開始されていたとするならば、

今頃においては、既に同性間の婚姻を可能とする制度が実現していた可能性が十分に存したものと考えられる。

前記(1)から(3)まで論じたような事情を総合すれば、本件規定の違憲性は、遅くとも控訴人らが婚姻の届出をする相当以前には国会にとって明白なものとなっていたものと評価すべきである。それにもかかわらず、今日までの間の長きにわたって、本件規定の違憲性を解消するための立法措置は何ら執られておらず、同性間の婚姻を法制化するための具体的な法律案が国会に提出されたにもかかわらず国会において一切の審議がなされないばかりか、同性間の婚姻を認めることによって生ずる影響について何らの調査や検討も開始されていない。更には、本件規定を違憲とする第1審判決がなされたにもかかわらず、政府は、なお「婚姻に関する民法の規定が憲法に反しないものとの考えは堅持しているところでございます」（甲A444）との立場を表明しており、本件規定の改正に向けた具体的な動きを示していない。以上のような長きにわたって何らの立法措置も執られなかったことについては、著しい立法不作為に当たるものとして、国会議員が個々の国民に対して負担する職務上の法的義務に違反するものとして、国家賠償法1条1項の規定の適用上違法と評価すべきものである。

4 小括

立法不作為が国家賠償法1条1項の規定の適用上違法の評価を受けるのは「例外的」な場合であるとされるが、そもそも憲法に違反する法律の規定が改廃されずに放置されているということ自体が極めて異例な事態であり、そのような事態が継続するならば、その間、国民に憲法上保障され又は保護された権利利益に対する侵害が継続することになることを想起する必要がある。先述のとおり、本件規定のために婚姻をすることができない控訴人らが被っている権利利益の侵害及びそれによる損害は、本件規定が改正されない限り継続する性質のものである上、本件規定が改正されて控訴人ら婚姻をすることが可能とな

ったとしても婚姻の効力が過去に遡って生ずることにはならないものと解されることからすると、回復不可能な性質のものでもある。本件規定による国民の権利利益に対する侵害のこれ以上の拡大を防止し、国民の権利利益の救済を図るためには、可及的速やかに本件規定の改正がなされる必要がある。

国籍法違憲判決においては、「本件区別により不合理な差別的取扱いを受けている者の救済を図り、本件区別による違憲の状態を是正する必要がある」との見地から、その是正の方法を検討した上で、「日本国民である父と日本国民でない母との間に出生し、父から出生後に認知されたにとどまる子についても、血統主義を基調として出生後における日本国籍の取得を認めた国籍法3条1項の規定の趣旨・内容を等しく及ぼす」という解釈手法が採用されている⁴⁸。本件規定を改正しないという立法不作為によって存続している不合理な法的取扱いの区別についても、上記のような解釈手法によって権利利益の救済を図ることが可能であるならば、そのような救済が試みられるべきである⁴⁹が、それが

⁴⁸ 国籍法違憲判決に付された藤田宙靖裁判官の意見は、このような多数意見の解釈手法を更に進めて、「一般に、立法府が違憲な不作為状態を続けているとき、その解消は第一次的に立法府の手に委ねられるべきであって、とりわけ本件におけるように、問題が、その性質上本来立法府の広範な裁量に委ねられるべき国籍取得の要件と手続に関するものであり、かつ、問題となる違憲が法の下での平等原則違反であるような場合には、司法権がその不作為に介入し得る余地は極めて限られているということ自体は否定できない。しかし、立法府が既に一定の立法政策に立った判断を下しており、また、その判断が示している基本的な方向に沿って考えるならば、未だ具体的な立法がされていない部分においても合理的な選択の余地は極めて限られていると考えられる場合において、著しく不合理な差別を受けている者を個別的な訴訟の範囲内で救済するために、立法府が既に示している基本的判断に抵触しない範囲で、司法権が現行法の合理的拡張解釈により違憲状態の解消を目指すことは、全く許されないことではないと考える」としており、このような見解は、「不合理な法的取扱いの区別が立法不作為にすぎないものと評価される場合であっても、違憲立法審査権の行使により授権的、権利創設的規定の適用範囲を拡大させて権利利益の救済を図ることのできる枠組み」を示したものであると評されている。森英明『最高裁判所判例解説民事篇平成20年度』（法曹会、2011年）（甲A445）307頁。

⁴⁹ この点、台湾の大法官解釈においては、「関係機関は本解釈公布の日から2年以内に、本解釈の趣旨にしたがって関係する法律を改正ないし制定しなければならない」とするとともに、期限を過ぎても関係機関が法改正をしなかった場合には、同性の両名が民法の婚姻の規定にしたがって戸籍機関において結婚登録をなし得るものと判示する「二重保険」の枠組みが試みられており、このような司法判断も立法権に対する侵害を構成するもので

不可能であるとすれば、「不合理な差別的取扱いを受けている者の救済を図り、本件区別による違憲の状態を是正する必要がある」との見地から、更に他の是正の方法が検討されなければならない⁵⁰。

以上の見地に立った場合、本件規定によって不合理な差別的取扱いを受けている者の可及的速やかな救済を図るために、判決において、単に本件規定を違憲であると判断するにとどまらず、国会による本件規定の速やかな改正を促すべく、本件規定を改正しない国会の立法不作為に対して国家賠償法1条1項の規定の適用上違法であるとの評価を示すことは、本件のような場合において国民の権利利益の救済を図る手法としての的確なものであるということができ、また、具体的審査制の下における違憲立法審査権の趣旨を全うするためにも、そのような司法判断が強く要請されるものというべきである。

以上に論じたところからすれば、控訴審においては、第1審判決の判示を改めて、本件規定を改正しない国会の立法不作為は、国家賠償法1条1項の適用上違法であるとする明確な司法判断が示されるべきである。

第5 結論

本件のように、国民の価値観・家族観等の多様化に伴って主題化されることとなった家族をめぐる複雑困難な事件において、裁判所には、広い視野をもって対立する主張に耳を傾け、適切な判断及び理由を示すことが求められるものである⁵¹。

控訴審においては、以上のような観点から、本件規定が憲法24条及び13

はないと解されている。湯徳宗「台湾大法官积字第748号解释に関する解説」北大法学論集71巻6号（2021年）（甲A426）301頁参照。

⁵⁰ この点に関し、佐藤幸治『日本国憲法論 [第2版]』（成文堂，2020年）（甲A446）638～639頁は、司法権の役割に関し、「法律関係または権利・義務の存否の確定が中心であるが、かつての実務・学説は、この点に純粹にこだわり、司法権がそうした確定作用を前提として、事件・争訟を、的確な救済方法をとみなわせることによって、適正に解決するということへの思いに不足するところがあったように思われる」とし、「救済法」的発想が避けて通ることのできない課題であることを指摘している。

⁵¹ 裁判所ウェブサイト「大谷最高裁判所長官による憲法記念日記者会見の概要（令和3年5月掲載）」（甲A447）参照。

条並びに14条に違反するとし、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として、第1審判決を取り消した上で、控訴人らの請求を認容する適切な判断及び説得的な理由が示されることを切望する。

以上