

平成31年(ワ)第1258号 損害賠償請求事件

原告 原告1ほか5名

被告 国

被告第6準備書面

令和4年2月21日

大阪地方裁判所第11民事部合議1係 御中

被告指定代理人

山崎 岳志

形野 浩平

西林 秀隆

市本 芳宏

坂手 立

浅野 優介

周藤 崇久

浅野 航平

生部 雅敏

山本 勇治

第1	はじめに	4
第2	異性婚を定め、同性婚を定めていない本件諸規定が憲法24条に違反するものではないこと	5
1	原告らの主張	5
2	異性婚を定め、同性婚を定めていない本件諸規定が憲法24条に違反するものではないこと	6
3	原告ら第17準備書面における原告らの主張に対する反論	9
	(1) 本件諸規定が憲法24条1項に違反するとの原告らの主張には理由がないこと	9
	(2) 本件諸規定が憲法24条2項に違反するとの原告らの主張には理由がないこと	11
4	結語	15
第3	異性婚を定め、同性婚を定めていない本件諸規定が憲法14条1項に違反するものではないこと	16
1	はじめに	16
	(1) 原告らの主張の前提について	16
	(2) 本件諸規定の憲法14条1項適合性の判断においては、現行の婚姻制度（異性婚）に加えて同性婚を認める法制度を創設しないことが問題となるのであって、同性間の人的結合関係に「婚姻の自由」が保障されていることを前提に、立法府が現行の婚姻制度から同性愛者等を排除していることの憲法適合性を問題とする原告らの視点は誤りであること	17
2	本件諸規定の憲法14条1項適合性については、立法府に広範な裁量が認められることを前提として検討すべきであること	18
	(1) 本件諸規定の憲法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	18
	(2) 本件諸規定は、法律上、性的指向ないし性別に基づく別異取扱いを定めた	

ものではないこと	21
(3) 本件諸規定の憲法 14 条 1 項適合性については、区別の対象となる権利利益の性質とその重要性も考慮して、立法府に広範な裁量が認められることを前提として判断すべきであること	24
(4) 小括	28
3 本件諸規定の立法目的は、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、これと異なる原告らの主張に理由がないこと	29
4 本件諸規定において同性婚を認めていないことが本件諸規定の立法目的との関連において合理性を欠くとする原告らの主張に理由がないこと	32
(1) 同性愛者等を婚姻制度から排除する合理的理由が認められないとする原告らの主張は、前提を誤っていること	32
(2) 同性間の人的結合関係を婚姻の対象としないことは、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という本件諸規定の立法目的との関係で合理性がないとする原告らの主張に理由がないこと	32
(3) 婚姻制度の創設時において同性愛が精神疾患であるとする知見が存在し、現在ではそのような知見が否定されていたとしても、そのことは本件諸規定の合理性を左右するものではないこと	34
5 まとめ	41
第 4 本件立法不作為は国賠法 1 条 1 項の適用上違法とされる余地がないこと	42
第 5 結語	42

第1 はじめに

原告らは、本件諸規定が「同性愛者等を排除していることの合憲性が問題となっている」として（2021年（令和3年）10月19日付け原告ら第14準備書面（以下「原告ら第14準備書面」という。また、原告らの他の準備書面について「原告ら第○準備書面」、被告の準備書面について「被告第○準備書面」と表記する。）第3の1(1)ウ・9ページ）、「法律上同性の者との婚姻を認めない民法739条を始めとする婚姻について定めた民法及び戸籍法の諸規定が、憲法24条1項、14条1項及び24条2項に違反して」おり、「国会が正当な理由なく長期にわたって法律上同性の者との婚姻を可能とする立法措置（違憲状態にある本件諸規定の改正）を怠っていることが国家賠償法1条1項の適用上違法である」と主張する（原告ら第14準備書面第2・4ないし6ページ）。

被告は、本件諸規定が憲法の前記各規定に違反しないこと及び本件立法不作為が国賠法1条1項の適用上違法となる余地がないことを従前より主張してきたところであるが、本準備書面において、原告ら第14準備書面ないし原告ら第17準備書面における原告らの主張を踏まえても、本件諸規定が憲法24条に違反するものではないこと（後記第2）、これを前提にすれば、本件諸規定が「同性愛者等を排除していることの合憲性が問題となっている」との視点が誤りであり、同視点を前提として本件諸規定が憲法14条1項に違反するとする原告らの主張に理由がないこと（後記第3）、これらによれば、本件立法不作為が国賠法1条1項の適用上違法とされる余地がないこと（後記第4）について、従前の主張をふえんしつつ、必要と認める範囲で反論する。

なお、「同性婚」という用語は、多義的な概念であり、被告は、従前、「同性間の人的結合関係について婚姻又は婚姻の法的効果の全部若しくは一部を付与する婚姻に準じる制度」と定義していたが（被告第5準備書面第1・3及び4ページ）、「原告らが求めるのは「本件諸規定が規定する婚姻制度へのアク

セス」であって、「婚姻に準じる制度」ではない」（原告ら第14準備書面第2の3・5ページ）とする原告らの主張を踏まえ、以下においては、「同性婚」を、同性間の人的結合関係に本件諸規定を適用することにより、本件諸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する。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諸規定を適用することにより、本件諸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する。

ほかの略語については、本準備書面において新たに定義するもののほかは、従前の例による。

第2 異性婚を定め、同性婚を定めていない本件諸規定が憲法24条に違反するものではないこと

1 原告らの主張

原告らは、憲法24条1項は、法律婚に関して、「人が、国家や第三者に干渉されることなく、望む相手と意思の合致のみによりなしうる」という意味における「婚姻の自由」を保障しており、「原告ら同性愛者が、その性的指向に基づき自ら選択した同性の相手と婚姻することができない本件諸規定は、憲法24条1項に違反する」と主張する（原告ら第17準備書面第1の1ないし4・5ないし12ページ）。

また、原告らは、立法府が婚姻及び家族に関して制定した法律は、「個人の尊厳」の観点から、憲法適合性が不断に問われる必要があり、厳格な審査を経るべきところ、望む相手と親密な関係を築き、それが社会的に公示・認知されることは、人の人格の核心に関わる重要な事柄であるから、同性間の婚姻を認めていない本件諸規定は、「個人の尊厳」に立脚しているとは到底いえず、憲法24条2項にも違反する旨主張する（同準備書面第1の5・12ないし17

ページ)。

2 異性婚を定め、同性婚を定めていない本件諸規定が憲法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、最高裁平成27

年12月16日大法院判決・民集69巻8号2427ページ（再婚禁止期間違憲判決）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、被告第2準備書面第2の1・8及び9ページにおいて述べたとおり、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」するとする憲法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、被告第2準備書面第2の2(1)イ(ウ)・12ページにおいて述べたとおり、原告らが原告ら第3準備書面第3の3(2)・27ないし29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」（原告らのいう「婚姻の自由」は、これと同義であると解される。）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同性婚を定めていない本件諸規定が憲法24条1項及び2項に違反するものではない。

3 原告ら第17準備書面における原告らの主張に対する反論

(1) 本件諸規定が憲法24条1項に違反するとの原告らの主張には理由がないこと

ア 原告らは、「人が、国家や第三者に干渉されることなく、望む相手と意思の合致のみによりなしうる」という「婚姻の自由」が憲法24条1項により同性間の人的結合関係にも保障される根拠として、「自己決定権（憲法13条）」を挙げ（原告ら第17準備書面第1の3(1)・7ページ）、
「憲法24条1項が、対等な当事者の意思の合致による婚姻を求め、真の意味で男女ともに「個人として尊重される」婚姻を実現しようとしたのであれば、性的指向と性自認についても、また、相手方の法律上の性別についても、それを問うこと無く婚姻しうることを保障したと解するほかはない」と主張する（同準備書面第1の3(4)・10及び11ページ）。

しかしながら、人は、一般に社会生活を送る中で、種々の、かつ多様な人的結合関係を生成しつつ、生きていくものであり、当該人的結合関係の構築、維持及び解消をめぐる様々な場面において幾多の自己決定を行っていくものと解されるが、そのような自己決定を故なく国家により妨げられているか否かということと、そのような自己決定の対象となる人的結合関係について国家の保護を求めることができるか否かということは、区別して検討されるべきものと解される。

そして、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意味における「婚姻をするについての自由」は、憲法の定める婚姻を具体化する法律（本件諸規定）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、本件諸規定は、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。

原告らが本件諸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、自己決定権により基礎づけられ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。

イ なお、原告らは、憲法24条1項に基づき、原告らがいうところの「婚姻の自由」が同性間の人的結合関係にも保障される根拠について、前記アの主張に加え、原告ら第17準備書面第1の2及び3(1)ないし(3)・5ないし10ページにおいてる主張するが、それらの内容は、いずれも実質的に従前の主張(訴状第5の2及び3・20ないし41ページ、原告ら第3準備書面第3、第4の1(1)、(2)、2及び5・21ないし44ページ、48ページ等)を繰り返すものにすぎず、これらに理由がないことは、既に被告第2準備書面第2の2及び3・9ないし17ページにおいて述べたとおりである。

(2) 本件諸規定が憲法24条2項に違反するとの原告らの主張には理由がないこと

ア 本件諸規定が「個人の尊厳」に立脚していないとする原告らの主張に理由がないこと

(ア) 原告らの主張

原告らは、「立法府が婚姻及び家族に関して制定した法律は、「個人の尊厳」の観点から、憲法適合性が不断に問われる必要があり、「こうした厳格な審査を通らなければ、当該法律は、憲法24条2項にも反して違憲となる」ところ、これに基づき審査するならば、本件諸規定は同項が規定する「個人の尊厳」に立脚していないと主張し(原告ら第17準備書面第1の5・12ないし17ページ)、その理由ないし根拠として、①婚姻が重要な法律上の効果や利益に関わること(同(2)ア・13ページ)、②婚姻が人間的な感覚・感情や人格に深く関わる事柄であること(同(2)イ・13ページ)、③侵害の態様が永続的かつ強度であること(同(3)・14ページ)、④性的指向・性自認という人格に深く関わり変更困難な属性に基づく差別であること(同(4)・14及び15ページ)、⑤本件諸規定の存在自体が同性愛者に対する社会の差別や偏

見を維持・強化すること（同(5)・15ページ）を指摘する。

(イ) 前記(7)の①ないし③の主張について

原告らの前記(7)の①ないし③の主張は、憲法24条1項は、同性間の人的結合関係についても原告らがいうところの「婚姻の自由」を保障しており、本件諸規定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、「婚姻の自由」ないし婚姻に伴う種々の権利及び利益を奪い、個人の尊厳を毀損するものであるとの理解を前提とするものである。

しかしながら、前記2(2)及び(3)において述べたとおり、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いるのであり、本件諸規定は、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出来る。原告らが本件諸規定により侵害されていると主張する権利又は利益は、憲法24条2項の要請に基づき、異性間の人的結合関係を対象とする婚姻について具体的な内容として定められた権利又は利益であり、結局のところ、これらが侵害されたとする原告らの主張の本質は、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。

したがって、本件諸規定が個人の尊厳を毀損するものとはいえないから、原告らの前記(7)の①ないし③の主張は、いずれも理由がない。

(ウ) 前記(7)の④の主張について

原告らは、本件諸規定は、性自認及び性的指向という属性に基づいて人を差別し、権利を奪うものであり、個人の尊厳を著しく毀損する旨主

張する（原告ら第17準備書面第1の5(4)・14及び15ページ）。

しかしながら、被告第5準備書面第2の2(2)エ・12及び13ページにおいて述べたとおり、本件諸規定は、婚姻制度を利用することができるか否かの基準を、具体的・個別的な婚姻当事者の性自認及び性的指向の点に設けたものではなく、本件諸規定の文言上、同性愛者であることによって法的な差別的取扱いを定めているものではないから、この点に法令上の区別は存在せず、本件諸規定が性自認及び性的指向に基づく差別的取扱いをし、権利を奪うことにより個人の尊厳を毀損するものとはいえない。

したがって、原告らの前記(ア)の④の主張は、理由がない。

(イ) 前記(ア)の⑤の主張について

原告らは、法の在り方や存在自体が社会の差別意識を生み出すことがあるとし、民法（平成25年法律第94号による改正前のもの。以下、この項において同じ。）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25年9月4日大法廷決定（民集67巻6号1320ページ）を指摘し、「本件諸規定は、同性カップルを劣位のものとして貶め、同性愛者に対する不平等とスティグマを醸成する役割を不断に果たし、その存在自体が日本中の同性愛者等の「個人の尊厳」を著しく毀損している」と主張する（原告ら第17準備書面第1の5(5)・15ページ）。

しかしながら、前記(イ)のとおり、本件諸規定は、その文言上、婚姻の成立要件として当事者に特定の性自認の在り方や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のに対し、上記最高裁決定で憲法適合性が判断された民法900条4号ただし書前段は、正にその文言において嫡出でない子の相続分と嫡出子の相続分について法的な区別を設けていたのであるから、本件と上記最高裁決定とは明らかに事案

が異なるのであり、法律の規定の存在が社会の意識に与える影響を同列に論じることはできない。

また、前記2のとおり、憲法24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、憲法解釈としては、同項の「個人の尊厳」をこのような規定の在り方と切り離して解釈することは相当でなく、本件諸規定は、このような同項の要請に従って制定されたものである。さらに、被告第5準備書面第2の2(3)ウ(ア)・22ページにおいて述べたとおり、多種多様な人的結合関係のうち、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ほどの社会的な承認が存在するとは必ずしもいえないことに照らせば、婚姻という法制度の対象を一定の異性間の人的結合関係に限定することには合理的な理由がある。また、現在においても、異性間の人的結合関係か同性間の人的結合関係かを問わず、婚姻によらずに一人の相手を人生のパートナーとして継続的な関係を結ぶことは可能である。そうすると、本件諸規定が異性婚を定め、同性婚を定めていないことをもって、「同性カップルを劣位のものとして貶め、同性愛者に対する不平等とスティグマを醸成する役割を果たし、その存在自体が日本中の同性愛者等の「個人の尊厳」を著しく毀損している」と評価することは相当でない。

したがって、原告らの前記(ア)の⑤の主張は、理由がない。

(オ) 小括

以上のとおり、原告らの前記(7)の①ないし⑤の主張は、いずれも理由がない。

イ 憲法24条2項に係る本件諸規定に立法裁量を認める余地はないとする原告らの主張に理由がないこと

原告らは、本件諸規定の憲法24条2項適合性判断においては、「立法裁量が存在しない」として、同性婚を認めないことについて立法府に裁量を認める余地はないと主張し（原告ら第17準備書面第1の5(6)・15ないし17ページ）、その根拠として、「①「配偶者の選択」という婚姻制度の中核に対し、直接のかつ法律上の制約を加え、さらに制約が半永久的であること、②婚姻という重要な法的地位が対象であること、③性的指向は自分の意思で変えることが困難であること、④同性愛者等は政治的に少数者であること」を挙げる。かかる原告らの主張は、憲法24条1項が同性間の人的結合関係についても原告らがいうところの「婚姻の自由」を保障していることを前提にしているものと解される。

しかしながら、同性間の人的結合関係について、「婚姻の自由」が憲法24条1項により保障されているとの前提をとり得ないことは、前記2(2)及び(3)において述べたとおりである。

そして、原告らの前記①ないし④の指摘を踏まえても、同性婚を認めるかどうかについては立法府に広範な裁量が認められることは、被告第5準備書面第2の2(2)ウないしカ・10ないし19ページにおいて既に述べたとおりである。

したがって、原告らの前記主張は理由がない。

4 結語

以上のとおり、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諸規定が、同性愛者の個人の尊厳を毀損するものとして立法府の立法裁量の範囲

を逸脱するものとはいえないから、本件諸規定は憲法24条1項及び2項に違反するものではない。

第3 異性婚を定め、同性婚を定めていない本件諸規定が憲法14条1項に違反するものではないこと

1 はじめに

(1) 原告らの主張の前提について

原告らは、本件諸規定の憲法14条1項適合性に関し、本件訴訟において「原告らが求めるのは「本件諸規定が規定する婚姻制度へのアクセス」であって、「婚姻に準じる制度」ではなく（原告ら第14準備書面第2の3・5ページ）、「本件では、本件諸規定が既存の婚姻制度から同性愛者等を排除していることの合憲性が問題となっている」、「原告らは既にパッケージとして構築されている婚姻制度から排除されることが婚姻の自由に対する侵害であると主張しているのであるから、「制度の構築に係る立法裁量」の問題ではなく、「典型的な意味での基本的人権を直接制約する規定の合憲性審査基準が問題となっている」（同準備書面第3の1(1)ウ・9ページ）との主張を前提に、「同性愛者の夫婦と同様の営みがある同性愛者等のカップルを婚姻制度から排除する裁量が立法府に認められないことは明らかである。」（同(2)オ・13ページ）、「本件諸規定の立法目的から同性愛者等を婚姻制度から排除することを正当化する余地はないのである。」（同第3の2(2)・19ページ）と主張しており、本件諸規定が同性愛者等を婚姻制度から排除するものであるとの前提に立つものと解される。

さらに、この主張は、同性間の人的結合関係を対象とする婚姻についても、異性間の人的結合関係を対象とする婚姻と同様、原告らがいうところの「婚姻の自由」が憲法24条1項によって保障されており、そのことは自己決定権を保障した憲法13条からも根拠づけられるものであるところ、本件諸規

定により、正当な理由なく、異性間の人的結合関係にのみ婚姻制度による積極的な保護や法的な利益の供与が認められ、当該制度から同性間の人的結合関係が排除されている、すなわち同性愛者等の「婚姻の自由」ないし自己決定権が侵害されているとの理解を前提とするものと解される（訴状第5・19ないし43ページ、原告ら第17準備書面第1の1ないし4・5ないし12ページ等）。

- (2) 本件諸規定の憲法14条1項適合性の判断においては、現行の婚姻制度（異性婚）に加えて同性婚を認める法制度を創設しないことが問題となるのであって、同性間の人的結合関係に「婚姻の自由」が保障されていることを前提に、立法府が現行の婚姻制度から同性愛者等を排除していることの憲法適合性を問題とする原告らの視点は誤りであること

同性間の人的結合関係について「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」が憲法24条1項により保障されているとの前提をとり得ないことは、前記第2の2(2)及び(3)において述べたとおりである。そして、原告らが「婚姻の自由」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ということもできない。この点については、仮に本件諸規定が違憲無効であると判断されたとしても、現行の法律婚制度が違憲無効となるだけで、直ちに本件諸規定の下で同性婚が法律上可能となるものではないことをも加味すると、より一層明らかである。

したがって、本件事案の本質的な問題は、現行の婚姻制度に加えて同性婚を認める法制度を創設しないことの憲法適合性であり、同性間の人的結合関

係につき原告らがいうところの「婚姻の自由」が保障されていることを前提に、本件諸規定から同性愛者等を排除していることの憲法適合性を問題とする原告らの視点は誤りである。

そして、①同性婚を認めるかどうかは立法府に広範な裁量が認められる事柄であるから、本件諸規定が憲法14条1項に違反すると評価されるのは、当該裁量を逸脱し、又は濫用したことが明らかであると認められる場合に限られること、②本件諸規定の立法目的に合理的な根拠があり、かつ、本件諸規定において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は、被告第5準備書面第2の2(2)ないし(5)・6ページ以下において詳述したところであり、原告ら第14準備書面ないし原告ら第17準備書面における憲法14条1項適合性に関する原告らの主張は、おおむね従前の主張の繰り返しにすぎないことから、以下では、必要と認める範囲で反論する。

2 本件諸規定の憲法14条1項適合性については、立法府に広範な裁量が認められることを前提として検討すべきであること

(1) 本件諸規定の憲法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 原告らの主張

原告らは、被告が、被告第5準備書面第2の2(2)イ・7ないし10ページにおいて、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等を踏まえ、「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」として、「本件諸規定が憲法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」とした札幌地裁判決の判断手法は、「特異なものである」と主張したことに対し、同判決は、憲法24条は異性婚について定めたものであるとして、本

件諸規定は憲法24条2項に違反するものではないと判断したのであるから、「このような札幌地裁の解釈を前提とすれば、本件諸規定が同性愛者等を婚姻制度から排除することについては、異性婚のみについて定めた憲法24条2項の保障は及ばないこととなる一方、性的指向に基づく差別取扱いとして憲法14条1項の審査対象には含まれることとなり、同判決における前記判断手法は、前記各最高裁判決等に照らして何ら特異なものではない旨主張する（原告ら第14準備書面第3の1(1)・6ないし10ページ）。

イ 被告の反論

(7) しかしながら、まず、前記アにおいて引用した被告の主張（被告第5準備書面第2の2(2)イ）の趣旨は、原告らがいうところの「婚姻の自由」が憲法24条によって同性間の人的結合関係にも保障されているか否かにかかわらず、本件諸規定の憲法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主張するものであって、原告らの前記アの主張は、そのような整合的な判断の必要性を考慮しない点で誤りがある。

すなわち、前記第2の2(1)において述べたとおり、憲法24条2項は、婚姻及び家族に関する事項について、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との観点から、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である。

そして、本件諸規定の定める現行の婚姻制度は、婚姻及び家族に関する事項として前記の憲法24条2項の要請、指針に従って立法府により

創設された制度であり、その内容を変更することは婚姻及び家族に関する事項を変更することにほかならないから、その場合においても前記の要請、指針に従うべきものであることはいうまでもない。そうだとすると、現行の婚姻制度により生じた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ない法的な差別的取扱いに当たるか否か（そのような差別的取扱いを解消するために現行の婚姻制度の内容を変更すべきか否か）という憲法14条1項適合性を検討するに当たっては、原告らがいうところの「婚姻の自由」が憲法24条によって同性間の人的結合関係にも保障されているか否かにかかわらず、「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」（前記第2の2(1)）であるとの観点を無視して検討することはできないのであり、本件諸規定の憲法14条1項適合性は、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り、前記アにおいて引用した被告の主張も、この整合的な判断の必要性を述べたものである。

- (イ) そして、前記(ア)において述べたところを前提に札幌地裁判決の判示を検討すると、札幌地裁判決は、「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、同条1項はその裁量権の限界を画したものと解される」とした上で、「同性婚についてみても、これが婚姻及び家族に関する事項に当たることは明らかであり、婚姻及び家族に関する個別規定である同条の上記趣旨を踏まえて解釈するのであれば、包括的な人権規定である同法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

る。」（甲A第327号証18ページ）と判示しているほか、本件諸規定の憲法14条1項適合性に関する検討の前提として、「立法府が、同性間の婚姻及び家族に関する事項について広範な立法裁量を有していることは、上記(1)で説示したとおりである」（同20及び21ページ）と判示しており、同性間の人的結合関係について本件諸規定の適用を認めるための立法をするに当たっては、憲法24条の規定に服することを前提としている。被告は、札幌地裁判決がこのような前提をとった上で、本件諸規定が憲法24条に違反しないと判断したにもかかわらず、憲法24条2項適合性の判断との整合性を何ら検討することなく、本件諸規定が憲法14条1項に違反すると判断したことが、前記(ア)において再掲した憲法14条1項適合性の判断手法に照らして特異なものであると主張したものである。

(ウ) 以上のとおり、異性婚について定めた憲法24条の保障が同性間の人的結合関係に及ぶか否かにかかわらず、本件諸規定の憲法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ものであり、原告らの前記アの主張は、その整合的な判断の必要性を考慮しない点で誤りである。

(2) 本件諸規定は、法律上、性的指向ないし性別に基づく別異取扱いを定めたものではないこと

ア 原告らの主張

原告らは、「本件諸規定から、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諸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」ず、「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。」旨の被告の主張（被告第5準備書面第2の2(2)エ・11ないし13ページ）に対し、①本件諸規定の内容からは、全ての同性愛者等を当然に婚姻制度から排除するという結果が直接に導かれるのであるから、本件諸規定は性的指向に基づいて同性愛者等を差別する規定であり、本件別異取扱いが事実上の結果ないし間接的な効果にすぎないなどという余地は一切ない、②本件諸規定は、形式上は協議によって称する氏を決めることができるという仕組みになっている夫婦同氏制とは異なり、同性愛者等と異性愛者等との間において形式的な平等すら担保していない、③被告が主張する本件諸規定の立法目的は、婚姻当事者間での生殖を前提に、異性カップルを婚姻当事者として固定するものであり、「性的指向について中立的」などと評価する余地は一切ない、④性的指向に基づく別異取扱いは当然に性別に基づく別異取扱いでもあると主張する（原告ら第14準備書面第3の1(3)・13ないし16ページ、原告ら第17準備書面第2の2・17ないし19ページ）。

イ 被告の反論

(7) 本件諸規定は、性的指向に基づいて法的な差別的取扱いを生じさせるものではないこと（前記①ないし③の主張に対する反論）

まず、前記①の主張における「本件諸規定の内容からは、全ての同性愛者等を当然に婚姻制度から排除するという結果が直接に導かれる」との前提が、本件事案の本質的な問題を見誤っていることは、前記1において述べたとおりである。

その上、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り、累次の最高裁判例がこのような判断手法を採用していることは、被告第5準備書面第2の2(2)エ・12及び13ページにおいて述べたとおりであるから、このような判断手法によらず、「当該法規

定の結果生じることになる実際の差異を考慮すべきである」(原告ら第14準備書面第3の1(3)イ・14ページ)とする原告らの前記①の主張は独自の見解にすぎないというべきである。

このような観点から本件諸規定をみると、本件諸規定は、一人の男性と一人の女性との間の婚姻を定めるものであり、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のであるから、性的指向に基づいて法的な差別的取扱いをするものと評価することは相当ではない。

また、前記②の主張にいう「形式的平等」とは、人の現実のさまざまな差異を一切捨象して原則的に一律平等に取り扱うことを意味する(野中俊彦ほか・憲法I(第5版)282ページ)ところ、前記のとおり、本件諸規定は、その規定上、全ての人に対して一律に婚姻制度の利用を認めており、性的指向に応じてその利用の可否を定めているものではないから、本件諸規定それ自体に性的指向に応じた形式的な不平等が存在するものではない。

さらに、前記③の主張につき、本件諸規定は、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る上、本件諸規定の淵源は、被告第5準備書面第2の2(3)ウ・22ページにおいて述べたとおり、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を背景に、男女間の結合としての婚姻の慣習が法制度化されたことにあるところ、そのような経緯で成

立した本件諸規定の立法目的である「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」は、それ自体、性的指向に着目して法的な差別的取扱いを生じさせることを趣旨として含むものではなく本件諸規定が性的指向について中立的なものであることは明らかである。

したがって、原告らの前記①ないし③の主張は、いずれも理由がない。

(4) 本件諸規定が性別に基づく差別的取扱いを生じさせているとはいえないこと（前記④の主張に対する反論）

憲法14条1項が規定する法の下での平等とは、同一の事情と条件の下では均等に取り扱うことを意味すると解されるどころ（芦部信喜（高橋和之補訂）「憲法第七版」132ページ参照）、本件諸規定の下では、男性も女性も異性とは婚姻をすることができる一方で、どちらの性も同性とは婚姻をすることが認められていないのであるから、本件諸規定が性別を理由に差別的取扱いを生じさせていると評価することはできない。

したがって、原告らの前記④の主張は理由がない。

(3) 本件諸規定の憲法14条1項適合性については、区別の対象となる権利利益の性質とその重要性も考慮して、立法府に広範な裁量が認められることを前提として判断すべきであること

ア 原告らの主張

(7) 原告らは、「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、憲法が同性婚を認める制度を想定していないことからすると、（中略）同性婚を認める法制度を構築するか否かについては、異性婚に係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。」旨の被告の主張（被告第5準備書面第2の2(2)ウ・10及び11ページ）に対し、「望む時に望む相手と法律婚をなすという選択

肢を持つことは、個人の自己実現にとって不可欠であり、婚姻の自由は、すべての人が個人として尊重される（憲法13条）という憲法の根本原則と特別の関係にあり、「国家が「婚姻」という名で個人の親密な関係を保護する直接の理由は、そのような関係を保護することが個人の自己実現などの権利保護のために必要不可欠であるからであ」って、「婚姻の要件、すなわち、どのような親密関係に「婚姻」という保護を与えるべきかという点についての立法判断は、上記のような婚姻制度（ママ）が有する個人の重要な権利としての性質を踏まえてなされる必要があります、その裁量の範囲は自ずと限定されることになる」と主張する（原告ら第14準備書面第3の1(2)・10及び11ページ）。

(イ) 他方、原告らは、「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」のであり、このような「権利利益の性質は、本件諸規定の憲法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。」旨の被告の主張（被告第5準備書面第2の2(2)オ・13ないし17ページ）に対しては、国籍法違憲判決を例に挙げて、「平等原則違反が問題となる権利利益が憲法上保障されたものであるとか具体的な法制度によって認められた権利利益であるかという点によって、平等原則違反か否かの結論が左右されるのではない。」と主張する（原告ら第14準備書面第3の1(4)・16ないし18ページ）。

イ 被告の反論

(7) 婚姻制度は個人の自己実現などの権利保護を直接の目的とするものであるとする原告らの主張に理由がないこと（前記ア(7)の主張に対する反論）

被告第5準備書面第2の2(3)ウ(7)・22ページにおいて述べたとおり、本件諸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り、本件諸規定の目的は、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って、個人の親密な関係を保護することが自己実現などの権利保護のために必要不可欠であるとして婚姻制度が創設されたものではない。

また、前記第2の2(2)及び(3)において述べたとおり、憲法上、婚姻をするかどうか、いつ誰と婚姻をするかを当事者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、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。

さらに、今日においては、婚姻が自己実現と結び付いて理解されるものであることは否定できないが、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諸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親密な人的結合関係を構築して維持したり、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し、被告第5準備書面第2の2(2)オ・13ないし15ページにおいて述べたとおり、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。

そうすると、結局のところ、原告らが「自己実現の権利」として主張するものの内実は、憲法24条及び13条の保障の枠外において、国家に対して積極的な保護を要請するものにほかならず、そのような保護を与え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に変わり

はないというべきである。

したがって、憲法24条及び13条が同性間の人的結合関係に対しても原告らがいうところの「婚姻の自由」ないし「自己実現の権利」を保障していることを前提とする原告らの前記ア(7)の主張は理由がない。

(イ) 区別の対象となる権利利益が憲法上保障され又は具体的な法制度により認められたものであるか否かによって、憲法14条1項適合性の審査の厳格さが左右されること（前記ア(イ)の主張に対する反論）

被告第5準備書面第2の2(2)ア・6ページにおいて述べたとおり、法令の規定により生じた区別が「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は、立法府に合理的な範囲の裁量判断が認められることを前提にして、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り、その審査の厳格さ（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、法律の規定の憲法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（寺岡洋和・最高裁判所判例解説民事篇平成27年度（上）133ページ、加本牧子・最高裁判所判例解説民事篇平成27年度（下）661ページ）。

そして、ある権利利益が憲法上保障されたものであるのか、憲法上保障されたものではないが具体的な法制度により認められたもの（法的保護の対象となるもの）であるのか、単なる事実上の利益にすぎないものであるのか等によって、当該権利利益の性質とその重要性は大きく異なるのであるから、区別の対象となる権利利益の憲法上又は法律上の位置づけは、当該区別を生じさせる法律の規定に係る立法裁量の広狭を左右

する考慮要素の一つであり、この点で憲法14条1項適合性の審査の厳格さに影響を与えることは明らかである。

この点については、原告らが指摘する国籍法違憲判決も、「日本国籍は、我が国の構成員としての資格であるとともに、我が国において基本的人権の保障、公的資格の付与、公的給付等を受ける上で意味を持つ重要な法的地位でもある。」と説示し、区別の対象となる権利利益である「日本国籍」の憲法上及び法律上の位置づけを明らかにした上で、「父母の婚姻により嫡出子たる身分を取得するか否かということは、子にとっては自らの意思や努力によっては変えることのできない父母の身分行為に係る事柄である」ことも考慮して、「このような事柄をもって日本国籍取得の要件に関して区別を生じさせることに合理的な理由があるか否かについては、慎重に検討することが必要である。」と説示しており、前記判決が、区別の対象となる権利利益の憲法上又は法律上の位置づけによって審査の厳格さが異なることを当然の前提としていることは明らかである。

したがって、「平等原則違反が問題となる権利利益が憲法上保障されたものであるとか具体的な法制度によって認められた権利利益であるかという点によって、平等原則違反か否かの結論が左右されるのではない。」とする原告らの前記ア(イ)の主張は、理由がない。

(4) 小括

以上のとおり、現行の婚姻制度に加えて同性婚を認める法制度を創設するかどうかは立法府による広範な裁量が認められる事柄であるから、本件諸規定の憲法14条1項適合性を判断するに当たってもそのことを前提に検討すべきであり、本件諸規定が憲法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諸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り得られるといふべきである。

3 本件諸規定の立法目的は、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、これと異なる原告らの主張に理由がないこと

(1) 本件諸規定の立法目的が、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にあることは、被告第5準備書面第2の2(3)ア及びイ・19ないし22ページにおいて述べた本件諸規定の内容及び立法経緯から明らかである。これに対し、原告らは、本件諸規定のうち「生殖と直接関連する規定は嫡出推定について定めた民法722条のみであり、「同条は、「子に適切な父親を与えること」という子の養育の観点に主眼を置いた目的を持つ規定」にすぎないことや、「婚姻に関する規定には、配偶者相続分・遺留分の設定や氏統一、相互扶助義務の設定など、婚姻当事者間での生殖とは関連しない規定が数多く存在すること」などから、「婚姻による法的効果に関する各規定が「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」という趣旨ないし目的によって定められているなどと評価することはできない」として、「婚姻制度の主たる目的は夫婦の共同生活の法的保護にある」とし、そこには同性間の共同生活の保護も含まれると主張する(原告ら第17準備書面第2の5イ(イ)・24及び25ページ)。

(2) ア しかしながら、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」又は「父母」、「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ことは明らかである。これに対し、同性間の人的結合関係についても婚姻の対象としていることをうかがわせる規定は存在しない。また、民法は、実子に関する規定（772条以下）や、親権に関する規定（818条以下）を置き、婚姻した男女とその子について特に定めており、婚姻した男女が子を産み育てながら共同生活を送るという関係を想定している。

イ 確かに、民法には、生殖とは直接関連しない規定が存在するものの、それらは、例えば、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ものであり、これらの規定は、婚姻制度において前記アの各規定と有機的に関連した規定であって、生殖に結びついて理解される一人の男性と一人の女性の人的結合関係を前提としているものといえる。

ウ さらに、被告第5準備書面第2の2(3)ウ(イ)・22ないし26ページにおいて述べたとおり、婚姻した夫婦間に生まれた子についての嫡出推定について規定する民法772条が、一人の男性と一人の女性の人的結合関係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ことは、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）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。

エ したがって、原告らの前記(1)の主張は理由がない。

**4 本件諸規定において同性婚を認めていないことが本件諸規定の立法目的との
関連において合理性を欠くとする原告らの主張に理由がないこと**

**(1) 同性愛者等を婚姻制度から排除する合理的理由が認められないとする原告
らの主張は、前提を誤っていること**

ア 原告らの主張

原告らは、「本件諸規定の憲法14条1項適合性を判断する際には、本件諸規定が同性愛者等を婚姻制度から排除する合理的理由が存在するか否かが問題となる。」との視点を前提として、同性愛者等を婚姻制度から排除する合理的理由は全く存在しない旨主張する（原告ら第14準備書面第3の2(2)・19ページ、原告ら第17準備書面第2の5(6)・33及び34ページ）。

イ 被告の反論

しかしながら、前記1において述べたとおり、本件事案の本質的な問題は、本件諸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を創設することが憲法上立法府に義務付けられているか否かであり、そこで問われるべきは、「同性愛者等を婚姻制度から排除することを正当化する合理的理由が認められるか否か」ではなく、婚姻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諸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かどうかである。原告らの主張は、これとは異なる誤った視点から本件諸規定の憲法14条1項適合性を論じるものであり、すなわち、前提を誤るものといわざるを得ない。

(2) 同性間の人的結合関係を婚姻の対象としないことは、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という本件諸規定の立法目的との関係で合理性がないとする原告らの主張に理由がないこと

ア 原告らの主張

原告らは、「仮に本件諸規定の立法目的に夫婦間の生殖及びそれによる子の養育に対する法的保護を与えるという目的が含まれるとしても、同性カップルの婚姻を認めた場合にも、異性カップルの夫婦が生殖及び養育を行うことは従前どおり可能なのであるから、同性カップルの婚姻を認めることは「夫婦間の生殖及びそれによるこの（ママ）養育を殊更に軽視」するものと評価することはできない。」として、被告が主張する本件諸規定の立法目的からも「同性愛者等を婚姻制度から排除する合理的理由はやはり認められない」と主張する（原告ら第14準備書面第3の2(2)、(3)・19及び20ページ、原告ら第17準備書面第2の5(1)イ(ウ)・25及び26ページ）。

イ 被告の反論

しかしながら、本件諸規定が異性婚を定め、同性婚を定めていないことが本件諸規定の立法目的との関連において合理性を有することは、被告第5準備書面第2の2(4)イ・27及び28ページにおいて述べたとおりである。

すなわち、憲法24条は、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のに対し、同性間の人的結合関係を対象とする婚姻は想定されていない。また、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のに対し、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、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。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諸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親密な人的結合関係を構築して維持したり、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、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。

そうすると、同性間の人的結合関係について生殖補助医療による生殖や養子縁組による子の養育等が想定し得ることを踏まえても、異性婚と同性婚との間に前記のような相違が存在することを考慮すると、同性間の人的結合関係を婚姻の対象に含めないことが本件諸規定の立法目的との関連において合理性を欠くものであると評価することは相当ではない。

原告らの前記(1)の主張は、「同性愛者等を婚姻制度から排除することを正当化する合理的理由が認められるか」という誤った視点を前提としてされたものであり、その主張の内容自体から明らかなおり、本件諸規定の立法目的との関連性について被告が主張するところを、いささかも否定するものではない。

したがって、原告らの前記主張は理由がない。

(3) 婚姻制度の創設時において同性愛が精神疾患であるとする知見が存在し、

現在ではそのような知見が否定されていたとしても、そのことは本件諸規定の合理性を左右するものではないこと

ア 原告らの主張

- (7) 原告らは、「本件諸規定の制定時に同性婚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慣習が法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」旨の被告の主張（被告第5準備書面第2の2(4)ウ(イ)・32ないし36ページ）に対し、「札幌地裁判決は、「同性婚が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いた」のが同性愛についての誤った知見に基づくものであると述べているのであって、明治民法及び現行民法の制定過程において、同性婚に関する規定を設けないことの理由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、被告の主張は札幌地裁判決を正しく理解していないと主張する（原告ら第15準備書面第2の1・2ないし4ページ）。
- (イ) また、原告らは、種々の文献を引用して、明治民法制定時には既に同性愛を精神病理とする言説が日本に紹介され、明治民法下では同性愛を変態性欲として精神病理とみなす異性愛規範が思考の前提となっており、現行民法の制定当時もこのような知見がなお継続していた旨主張する（原告ら第15準備書面第2の2及び3・6ないし11ページ）。

イ 被告の反論

- (7) 札幌地裁判決は、同性愛が精神疾患であるとの知見を本件諸規定の立法事実として位置づけていること（前記ア(7)の主張に対する反論）

札幌地裁判決は、「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」、「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」等の事実を認定した上で、「上記の事実経過に照らすと、まず、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」、「本件規定が同性婚について定めなかったのは、昭和22年民法改正当時、同性愛は精神疾患とされ、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考えられたためにすぎない」と判示しており（甲A第327号証17及び26ページ）、かかる判示に照らせば、札幌地裁判決が、「昭和22年民法改正当時は同性愛が精神疾患であると考えられていた」との事情を、本件諸規定が同性婚について定めていないこと（同性婚に対して法的保護を与えていないこと）の立法事実の一つと位置づけていることは明らかである。

そして、被告第5準備書面第2の2(4)ウ(イ)・32ないし36ページにおける被告の主張は、前記のように「同性愛は精神疾患であるとの知見の存在」を本件諸規定の立法事実と位置づけるのは誤りであることを指摘するものであって、原告らがいうように「明治民法及び現行民法の制定過程において、同性愛に関する規定を設けないことの理由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」したことを批判するものではないから、原告らの前記ア(イ)の主張は、被告の主張を正解しないものであって、理由がない。

(イ) 同性愛が精神疾患であるとする知見を本件諸規定の立法事実として位置づけるのは誤りであること（前記ア(イ)の主張に対する反論）

a 明治民法制定時の立法事実として同性愛が精神疾患であるとする知見が存在していたわけではないこと

(a) 原告らは、明治民法の制定以前から同性愛が精神疾患であるとする知見が存在していたことを示す文献として、「色情狂篇」（甲A第538号証）、「裁判医学提綱前編」（甲A第539号証）、「精神病学集要前編」（甲A第540号証）をそれぞれ引用し、「明治民法制定期においても同性愛を精神病理とする説は日本に紹介されていたのである」と主張するとともに、「明治民法下では法学者においても同性愛者を変態性欲として精神病理とみなし、異性愛だけが正常であり、自然・原則であるとする異性愛規範が強く影響を及ぼし、思考の前提となっていたことが分かる。」として、同性愛が精神疾患であるとする知見が明治民法制定時の立法事実として存在していたかのような主張をする（原告ら第15準備書面第2の2(2)、(3)・6ないし10ページ）。

しかしながら、これらの文献は、当時の精神医学界又は司法精神医学界において、同性愛が精神疾患であるとする知見が少なくとも一部に存在していたことを示すにとどまり、このような知見が社会一般に共有されるに至っていたことを認めることができるものとはいえない上、明治民法制定過程の議論においても、同性愛が精神疾患であることについては一切言及されていないのであるから、これらの文献の記述から、同性愛が精神疾患であるとする知見が明治民法制定時の立法事実として存在していたことが推認されると解するのは、論理に著しい飛躍があるといわざるを得ない。

この点については、原告らも、社会学者の意見書（甲A第363及び364号証）に依拠した上で、「明治期から第二次世界大戦までの同性愛者に対する社会的認識」として、①明治民法制定前の1

870年代から1890年代にかけては、エリート層である男子学生の間で「男色」を肯定する考え方も根強く存在しており、1872年に規定された鶏姦条例等に、生殖につながる男女間の性行為を唯一正しい性の在り方とする「異性愛規範」の萌芽を見いだすことができるにとどまっていたこと、②明治民法制定後の1910年代から1920年代にかけて、「性欲学」なる学問分野の書物や雑誌が次々に出版され、同性愛を病気・変態とし、異性愛を自然・原則とする規範が明確に打ち出されたこと等を主張しており（原告ら第11準備書面第2の1ないし5・4ないし10ページ）、同性愛が精神疾患であるとする知見が社会的に広まったのは明治民法制定後であることを前提としていたところである。

(b) また、原告らは、前記のとおり「明治民法下では法学者においても同性愛を変態性欲として精神病理とみなし、異性愛だけが正常であり、自然・原則であるとする異性愛規範が強く影響を及ぼし、思考の前提となっていた」とし、その根拠として、中川善之助の「婚姻法概説」（甲A第541号証）及び「日本親族法」（甲A第542号証）の記述を引用するが（原告ら第15準備書面第2の2(3)・9及び10ページ）、これらの文献は、いずれも明治民法制定後に出版されたものであって、原告らが引用するように、同性婚を「民法典の注意深き予見にも拘はらず、…無効婚の列举から漏れたものが出て来た」と捉えて、明治民法制定後に同性婚を当然無効と解することにしたとの見解を示すものにすぎず、同性愛が精神疾患であるとする知見が明治民法の立法事実として存在していたことを示すものではない。また、原告らが「明治民法下では法学者においても同性愛を変態性欲として精神病理とみなし、異性愛だけが正常であり、自然・原則であるとする異性愛規範が強く影響を及ぼし、

施行の前提となっていたことが分かる」と主張する根拠の一つとして援用している「日本親族法」（甲A第542号証）の「民法典の注意深き予見にも拘わらず、実際はどうしても有効視することの出来ない婚姻的關係である、無効婚の列挙から漏れたものが出て来た。同性婚がその著しい例である。「明文なければ無効なし」の原則と、かかる変態關係との間に板挟みとなった民法学者が遂に見出された血路は「無効となし得る婚姻」の外に「当然無効なる婚姻」もしくは「不成立の婚姻」なるものがあるといふ理論であった。」との記載については、その文脈も踏まえれば、同性婚を単に通常とは異なる婚姻關係であるとして「変態關係」と表現しているにすぎないと解するのが相当であり、この「変態關係」の記載をもって、当時の法学者が同性愛者を変態性欲であると認識していたと読み取るのは論理の飛躍にほかならない。このことは、中川善之助著作代表「註解親族法」（乙第28号証）に「婚姻意思とは、当事者に社会の習俗によつて定まる夫婦たる身分を与え、また将来当事者間に生れ出ずる子に、社会の慣習によつて定まる子たる身分を取得せしめようとする意思であつて、単に不定限の性關係を許容せんとする意思ではない。同性婚にはこの意味における婚姻意思ありとは考えられず、また科学的な産児制限により子の出生を防止しようとする合意を含む、いわゆる友愛結婚にも婚姻意思ありとなしうるかどうかは極めて疑問である。」（61及び62ページ）として、同性間の關係と異性間の關係を並列としている記載があることから明らかである。

そして、原告らが引用する他の文献の記載を見ても、「明治民法下では法学者においても同性愛を変態性欲として精神病理とみなし」ていたことをうかがわせる記載は見当たらない。

(c) 以上のとおり、明治民法制定当時、一部の学問分野において同性

愛が精神疾患であるとする知見が存在していたとしても、それが明治民法制定時の立法事実として存在していたものではなく、むしろ、明治民法において同性婚が定められなかったのは、被告第5準備書面第2の2(3)ア・19ないし26ページにおいて述べたとおり、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、慣習を制度化したものであり、男女間のものであることが前提とされていたからにすぎない。

b 昭和22年の民法改正時においても、同性愛が精神疾患であるとの知見が本件諸規定の立法事実として考慮されていたわけではないこと

原告らは、「現行民法の制定当時、同性愛が精神疾患であるとする知見が存在していたこと」を示す文献として、小南又一郎の「実用法医学綱要」（甲A第543号証）を引用しているが（原告ら第15準備書面第2の3・10及び11ページ）、この文献も、当時の司法精神医学界においてそのような知見が存在していたことを示すにとどまり、これが社会一般に広く共有されるに至っていたことを認めることができるものであるとはいえない。

また、仮に、昭和22年民法改正時に同性愛が精神疾患であるとする知見が社会的に広まっていたとしても、そのことと、当該知見が本件諸規定の立法事実として考慮されたか否かという問題は、本件諸規定の憲法適合性を検討するに当たって明確にしゅん別されるべきであるところ、前記改正に係る国会審議においては、当該知見について言及された形跡はもとより、同性婚自体について言及された形跡も見当たらないのであるから、当該知見が本件諸規定の立法事実として考慮されていたとは到底認められない。

むしろ、昭和22年改正民法においても同性婚についての定めが置かれなかったのは、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、慣習を制度化したものであるという、明治民法制定時における前提が変更されなかったことにより、同性婚が想定されていなかったためにすぎない。

(ウ) 小括

以上のとおり、本件諸規定が同性婚について定めなかったのは、同性愛が精神疾患であるとの知見の影響によるものではないから、本件諸規定の憲法14条1項適合性審査において、同性愛が精神疾患であるとの知見が存在したことを考慮することは相当でない。

5 まとめ

以上のとおり、本件諸規定の憲法14条1項適合性審査においては、原告らが主張するように、憲法24条が「婚姻をするについての自由」を同性間の人的結合関係についても保障していることを前提に、本件諸規定が同性間の人的結合関係における婚姻をするについての自由を侵害していることの適否を判断するのではなく（前記1）、本件諸規定が異性婚のみを定め、同性婚を定めていないことが、立法府の広範な裁量を前提にしても、事柄の性質に応じた合理的根拠に基づくものであるか否かを検討すべきであるから、本件諸規定が憲法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諸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（前記2）。

そして、本件諸規定の立法目的は同性間の人的結合関係を含む共同生活の保護にあるとする原告らの主張には理由がなく（前記3）、同性婚を認める法制度が創設されていないことは本件諸規定の立法目的との関連において合

理性を有しないとす原告らの主張にも理由がない（前記4）から、本件諸規定が、結果として同性愛者がその性的指向に合致する同性と婚姻することができないという事態を事実上生じさせ、同性愛者と異性愛者との間に性的指向による差異が結果として生じているとしても、合理的根拠を欠く差別的取扱いに当たるとすることはできない。

したがって、本件諸規定は憲法14条1項に違反するものではない。

第4 本件立法不作為は国賠法1条1項の適用上違法とされる余地がないこと

本件の争点は、本件立法不作為が国賠法上違法となるか否かであるところ、被告第1準備書面第3の1(2)・17及び18ページ及び被告第2準備書面第4・26ページにおいて述べたとおり、立法不作為が国賠法1条1項の適用上違法と評価される場合とは、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の例外的な場合に限られる。

しかるに、前記第2及び第3において述べたとおり、本件諸規定は憲法24条及び14条1項に違反しておらず、これらの憲法の規定に違反するものであることが明白であるとは到底いえないのであるから、本件立法不作為が国賠法1条1項の適用上違法と評価される余地はない。

第5 結語

以上において述べたとおり、異性婚を定め、同性婚を定めていない本件諸規定が憲法24条に違反するものではなく（前記第2）、憲法14条1項に違反するものでもないから（前記第3）、これを理由として、本件立法不作為が国賠法1条1項の適用上違法であるとする原告らの主張には理由がなく（前記第4）、原告らの請求はいずれも棄却されるべきである。

以 上