

平成31年(ワ)第3465号 国家賠償請求事件

原告 大江千束ほか8名

被告 国

被告第6準備書面

令和4年5月16日

東京地方裁判所民事第16部乙合議B係 御中

被告指定代理人

| | | | |
|---|---|---|---|
| 安 | 實 | 涼 | 子 |
| 本 | 村 | 行 | 広 |
| 藤 | 枝 | 祐 | 人 |
| 市 | 原 | 麻 | 衣 |
| 湯 | 浅 | 哲 | 史 |
| 浅 | 野 | 航 | 平 |
| 工 | 藤 | | 智 |
| 村 | 上 | | 岳 |
| 伊 | 集 | 浩 | 平 |

目次

| | | |
|-----|--|----|
| 第1 | はじめに | 5 |
| 第2 | 異性婚を定め、同性婚を定めていない本件規定が憲法24条に違反するものではないこと | 6 |
| 1 | 原告らの主張 | 6 |
| 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 | 原告らの主張に対する反論 | 10 |
| (1) | 本件規定が憲法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 | 10 |
| (2) | 本件規定が憲法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 | 14 |
| 4 | 結語 | 18 |
| 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 | 19 |
| 1 | はじめに | 19 |
| (1) | 原告らの主張の前提について | 19 |
| (2) | 本件規定の憲法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」又は「婚姻をするについての自由」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 | 19 |
| 2 | 本件規定の憲法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 | 21 |
| (1) | 本件規定の憲法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 | 21 |
| (2) 本件規定は、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 | 25 |
| (3) 本件規定の憲法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 | 29 |
| (4) 小括 | 34 |
| 3 本件規定の立法目的は、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 | 34 |
| (1) 原告らの主張 | 34 |
| (2) 被告の反論 | 36 |
| 4 本件規定がそ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 | 40 |
| (1) 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しており、原告らの主張に理由がないこと | 40 |
| (2) 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 | 42 |
| (3) 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 | 43 |
| (4) 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、そのことは本件規定の合理性を左右するものではないこと | 45 |

| | | |
|----|----------------------------------|----|
| 5 | まとめ | 51 |
| 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 | 51 |
| 第5 | 結語 | 52 |

第1 はじめに

- 1 原告らは、「本件訴訟で問われているのは、法律婚というパッケージの全体から同性愛者等が排除されていることの憲法適合性である」（2022年（令和4年）2月9日付け原告ら第20準備書面（以下「原告ら第20準備書面」という。）第3の1(1)エ・12ページ）、「本件においては、同性愛者等が婚姻制度から排除されていること自体の憲法適合性が問われている」（同準備書面第3の1(5)・25ページ）として、「現行の民法及び戸籍法は、法律上同性同士の婚姻を認めない。これは、①同性愛者等の婚姻の自由を不当に侵害し（憲法24条1項違反）、②同性愛者等を合理的根拠なく差別的に取扱い（憲法14条1項違反）、③個人の尊厳に立脚しないもの（憲法24条2項違反）であるから、法律上同性同士の婚姻を認めない民法及び戸籍法（本件規定）は、その限りで違憲かつ無効」であり（同準備書面第1・3ページ）、「国会が正当な理由なく長期にわたって（中略）法律上同性の者との婚姻を認める立法を怠ったという立法不作為について、被告は国家賠償法1条の損害賠償責任を負う。」と主張する（訴状第7の4・84ページ）。
- 2 このように、本件は、法律上同性の者との婚姻を希望する原告らが、本件規定が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ことが、憲法14条並びに24条1項及び2項に違反すると主張し、被告が必要な立法措置を講じていないという本件立法不作為（すなわち、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）の違法を理由に、国賠法1条1項に基づき損害賠償（一人当たり慰謝料100万円）を求める事案であり、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。
- 3 被告は、本件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、本件規定が憲法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、本件で問題となっているの

は、本件規定によって「同性愛者等が婚姻制度から排除されていること自体の憲法適合性」であるとの視点が誤りであり、同視点を前提として本件規定が憲法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。

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、従前から、憲法24条1項が同性カップルについても婚姻の自由を保障している旨主張し（訴状第5の3・29ないし39ページ、原告ら第7準備書面第2の2・2ないし4ページ、原告ら第19準備書面第2の2及び3・3ないし22ページ等）、さらに、原告ら第20準備書面において、「婚姻の本質は、両当事者が永続的な精神的及び肉体的結合を目的として真摯な意思をもって共同生活を営むことにあり、（中略）憲法が、すべての人が個人として尊重されることを基本原理とし（13条）、そのために不可欠な権利を列挙するものとすれば、上記のような本質を持つ婚姻の自由が、異性愛者には保障され同性愛者等には保障されないと解することは、上記憲法の基本原理に反する」として、「憲法24条1項が保障する婚姻の自由（ないし同項の趣旨に照らして十分尊重に値するとされている婚姻をするについての自由）は、同性愛者等にも及ぶと解すべきである。」と主張する（原告ら第20準備書面第2の2・6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（原告ら第7準備書面第2の1・4及び5ページ）。

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日大法廷判決・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3準備書面第2の2(1)(5及び6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3準備書面第2の2(2)イ(ウ)(8及び9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1の3(2)②(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」

又は「婚姻をするについての自由」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。そして、被告第5準備書面第2の1(2)(5ないし7ページ)において述べたとおり、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、前記のとおり、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ない。そうすると、同性間では本件規定に基づき婚姻を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から、憲法24条に違反するものとはいえない。

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 原告らの主張に対する反論

(1) 本件規定が憲法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、「婚姻の自由」又は「婚姻をするについての自由」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)」を挙げつつ(訴状第5の2・18及び19ページ、原告ら第19準備書面第2の2(4)[注:(6)の誤記と思われる]及び3(1)・9ないし11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（訴状第5の3(2)ウ・39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えることができる。

原告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、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 また、原告らは、憲法24条1項に基づき、「婚姻の自由」又は「婚姻をするについての自由」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、「札幌地方裁判所で本件規定を憲法違反とする判決が出される中で、近時学説の状況に大きな変化が生じて」おり、「憲法24条1項の婚姻の自由の保障が法律上同性のカップルにも等しく及ぶとする解釈は、既に多数説となりつつある」（原告ら第19準備書面第2の2(5)・7ないし9ページ）ことや、婚姻制度の目的が親密関係の保護にあること（同準備書面第2の3(2)・11ないし22ページ）なども主張する。

しかしながら、仮に原告らが指摘するような学説解釈の変化があっても、そのことは、「婚姻の自由」又は「婚姻をすることについての自由」

が、憲法24条1項により同性間の人的結合にも保障されるとする原告らの主張の根拠となるものではない。

すなわち、被告第5準備書面第2の2(4)イ(30及び31ページ)において述べたとおり、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おり、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。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。

そして、原告らの指摘するような札幌地裁判決を受けた学説解釈の変化があるとしても、そのような変化があること自体、まさに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社会的な議論の途上にあることを示すものであって、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ことを示しているといえる。

また、本件規定の立法目的は、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(後記第3の3)、婚姻制度の目的が親密関係の保護にある旨の原告ら

の前記主張には理由がない。

ウ そのほか、訴状第5の2及び3（18ないし39ページ）、原告ら第3準備書面第1の2ないし4（3ないし34ページ）並びに原告ら第11-2準備書面第1の1(3)エ、同第1の1(3)オ及び同第1の2(2)（12ないし16、21及び22ページ）における原告らの主張に理由がないことは、既に被告第3準備書面第2の2及び3（5ないし14ページ）や被告第4準備書面第4の2（13ないし16ページ）において述べたとおりである。

(2) 本件規定が憲法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

(7) 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7準備書面第2・4ないし12ページ）、その根拠として、①婚姻が重要な法律上の効果や利益に関わること（同2(1)・5及び6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(2)・6ページ）、③侵害の態様が永続的かつ強度であること（同3・6及び7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よって人を差別し権利を否定していること（同4・7ないし9ページ）、⑤本件規定の存在自体が社会の差別や偏見を維持・強化すること（同5・9ないし11ページ）を指摘する。

(イ) 前記(ア)の①ないし③の主張について

原告らの前記(ア)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」又は「婚姻をするについての自由」を保障しており、本件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」又は「婚姻をするについての自由」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えることができる。原告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(ア)の①ないし③の主張は、いずれも理由がない。

(ウ) 前記(ア)の④の主張について

原告らは、本件規定は、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7準備書面第2の4・7ないし9ページ）。

しかしながら、被告第5準備書面第2の2(2)エ（13ないし15ページ）において述べたとおり、本件規定は、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。

(I) 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。以下「非嫡出子法定相続分違憲決定」という。）を指摘し、「本件規定は、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7準備書面第2の5・11ページ）。

しかしながら、前記(ウ)のとおり、本件規定は、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、前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、本件と前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(7)(24及び25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」と評価することは相当でない。

したがって、原告らの前記(7)の⑤の主張は、理由がない。

(4) 小括

以上のとおり、原告らの前記(ア)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7準備書面第3・12ないし14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」又は「婚姻をするについての自由」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」又は「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（12ないし21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、本件規定の憲法14条1項適合性に関し、「本件訴訟で問われているのは、法律婚というパッケージの全体から同性愛者等が排除されていることの憲法適合性である」（原告ら第20準備書面第3の1(1)エ・12ページ）、「原告らが主張しているのは、現在の婚姻制度から同性愛者等が性的指向又は性別に基づいて排除されていることの憲法14条1項違反である」（同準備書面第3の1(4)・24ページ）と主張しており、本件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、異性間の人的結合関係を対象とする婚姻と同様、同性間の人的結合関係を対象とする婚姻についても、「婚姻の自由」又は「婚姻をするについての自由」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「婚姻をするについての自由」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・17ないし41ページ、原告ら第20準備書面第2の2・5及び6ページ等）。

(2) 本件規定の憲法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」又は「婚姻をするについての自由」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」又は「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、「個人の尊厳」及び「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」又は「婚姻をするについての自由」が保障されていることを前提に、本件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主張は誤りである。

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本件規定の立法目的に合理的な根拠があり、かつ、本件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)(7ないし41ページ)において詳述したところであり、原告ら第20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(9ないし11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、「再婚禁止期間最高裁判決及び平成27年夫婦別姓最高裁判決は、憲法の条項毎に憲法適合性を判断しているのであって、「憲法24条に違反しない法律の規定が憲法14条違反となることはない」というような機械的な見地に立つものとは到底解されない」と主張する(原告ら第20準備書面第3の1(1)カ・13ページ)。

イ 被告の反論

(ア) しかしながら、被告としても、本件規定における特定の法的効果(優

遇)の内容が婚姻制度の目的との関連で合理性を欠くものであれば、当該効果に係る規定が憲法14条1項に違反すると評価され得る場合があることを否定するものではない。もっとも、本件で憲法14条1項適合性の問題とされているのは、憲法24条2項の規定を受けて創設された婚姻制度において同性間の人的結合関係が婚姻の対象とされていないこと(本件規定による区別取扱い)であって、婚姻によって生じる個々の法的効果(優遇)の内容ではない。

- (イ) さらに、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」又は「婚姻をするについての自由」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項により委ねられた立法裁量に基づき、その要請、指針に従いつつ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、憲法24条2項により委ねられた立

法裁量に基づき、前記の要請、指針に従いつつ変更されるべきものであることはいうまでもない。そうであるとする、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」又は「婚姻をするについての自由」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)）もの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。

- (ウ) そして、前記(イ)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、同判決は、「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401号証18ページ）と判示しているほか、本件規定の憲法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」(同号証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、本件規定が憲法14条1項に違反すると判断したことが、前記(イ)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。

(イ) そして、平成27年夫婦別姓訴訟最高裁判決は、憲法24条2項について、婚姻及び家族に関する事項の「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と見える。」、「憲法上直接保障された権利とまではいえ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らるるものであり、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。」と判示しており、その判示の意味するところは、「憲法13条、14条を裁判規範として検討する局面においては、人格権の一内容として憲法上保障された人権と認められなければ憲法13条違反とならず、基本的に形式的平等に反するものでなければ憲法14条違反とならない」といった柔軟な検討が困難な場合があり、そのような「局面ではすくい上げることのできなかつた様々な権利や利益、実質的平等の観点等を立

法裁量に限定的な指針を与えるものとして検討するべきとするものであり、その意味で、憲法24条には憲法13条や14条1項の範囲にとどまらない固有の意義があることを認めたもの」(畑佳秀・最高裁判所判例解説民事篇平成27年度〔下〕754ページ)と解される。

そうであるとすれば、憲法24条が、憲法14条を裁判規範として検討する局面ではすくい上げることのできなかつた様々な権利や利益、実質的平等の観点等を立法裁量に限定的な指針を与えるものとして検討した結果、本件規定が憲法24条1項及び同条2項に違反しないと判断したにもかかわらず、憲法14条1項には適合しないという判断をすることは、憲法24条の趣旨に反するものといわざるを得ない。

(オ) 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とすれば、誤りである。

(2) 本件規定は、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、本件規定から、「結果として同性愛者と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・13ないし15ページ)に対し、①「本

件規定は法律上同性同士の婚姻を妨げているのだから、本件規定は、性的指向に基づく制度的な区別をしている」のであり、「同性愛の性的指向を有する者がその性的指向と合致する同性との間で婚姻することを妨げられているのは、本件規定が一人の男性と一人の女性との間にのみ婚姻を認めていることによって永続的に生じる直接的な帰結」である（原告ら第20準備書面第3の1(3)アないしウ・19ないし21ページ）、②「本件における同性愛者等の婚姻制度からの排除は、実質的不平等を問うまでもなく、形式的不平等の観点から審査すべき事柄である」（同(1)カ・13ページ）、③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（同(3)オ・22ページ）。

イ 被告の反論

(7) 本件規定は、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及び②の主張に対する反論）

原告らは、「本件規定は、法律上同性同士の婚姻を妨げている」旨主張するところ、前記1(1)の原告らの主張を踏まえれば、結局、かかる原告らの主張は、本件規定が、性的指向（又は性別）を理由に法律婚から同性愛者等を排除していることを前提としているものと解される。しかし、このような前提が、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。

そして、被告第5準備書面第2の2(2)エ（13ないし15ページ）において述べたとおり、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、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り、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「形式的不平等」とは、「形式的平等が達成されていないこと」をいうものと解されるが、「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、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る上、本件規定の淵源は、被告第5準備書面第2の2(3)ウ(7)（24及び25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って、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。

原告らの前記主張は、つまるところ、本件規定の趣旨・内容や在り方を考慮せずに、本件規定から生じる事実上の結果及び間接的な効果のみに着目して区別の事由を判断しているものであって、このような判断手法が、累次の最高裁判決が採用するものとは異なるものであることは、被告第5準備書面第2の1(2)(5ないし7ページ)において述べたとおりである。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。」と判示しているが、これは、法律の規定が特定の事由に基づく区別により法的取扱いを異にしているか否かについて、当該規定の趣旨・内容や在り方から客観的に判断しているものと解される。このような解釈については、同判決について、「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た上で、本件規定を当てはめたものと思われる。」「夫の氏を選択する夫婦が圧倒的多数を占める事実を認めた上で、それが本件規定の在り方から生じた結果であるといえるのかについての分析も加えている。これは、上記の間接差別や差別的効果の法理の観点を念頭に置いた上で、夫の氏を選択する夫婦が圧倒的多数を占めている結果の原因を検討し、平等について単なる文言上の当てはめにとどまらない検討をしたもの」であって、「総体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たとしても、それは、個々の協議の結果といわざるを得ず、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は困難であり、本件規定の在り方自体が差別的効果を生み出しているとはいえないと思われる」とされている（畑・前掲解説民事篇平成27年度〔下〕746及び747ページ）こととも整合する。

したがって、原告らの前記①及び②の主張は、いずれも理由がない。

(イ) 本件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③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（芦部信喜（高橋和之補訂）「憲法第七版」132ページ参照）、本件規定の下では、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③の主張は理由がない。

(3) 本件規定の憲法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

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、(中略)同性間の人的結合関係を対象とする婚姻及び家族に関連する事項に係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。」旨の被告の主張(被告第5準備書面第2の2(2)ウ・12及び13ページ)に対し、「本件規定による別異取扱いの憲法14条1項適合性は、厳格に審査されなければならない」と主張し、その理由として「憲法24条2項は、婚姻及び家族に関する事項に広範な立法裁量を認める規定ではない。同条項は、婚姻及び家族に関しては、法律が、すべて「個人の尊厳」と「両性の本質的平等」に立脚して制定されるべきことを立法府の義務として定めるものであり(括弧内省略)、立法府を厳格に規律統制する規定である」と主張する(原告ら第20準備書面第3の1(1)イ・8及び9ページ)。

イ 被告の反論

(7) 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

被告第5準備書面第2の2(2)ウ(12及び13ページ)において述べたとおり、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ことからすると、「憲法24条2項は、婚姻及び家族に関する事項に広範な立法裁量を認める規定ではない」とする原告らの主張は誤りである。

すなわち、婚姻や家族に関する事項について、立法府に広範な裁量を与えられているのは、それらの事項が、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つて定められるべきものであり、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、法律によつ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ためである（再婚禁止期間違憲判決参照）。そうすると、裁判所が一度制定された法律の憲法適合性を判断する際に、前記の立法裁量を考慮しないとなれば、立法府に広範な裁量を与えられた趣旨が失われてしまうことになる。

この点、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においても、「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つて、その裁量の限界を画したものと見える。」とした上で、「父性の推定の重複を避けるため上記の100日について一律に女性の再婚を制約することは、婚姻及び家族に関する事項について国会に認められる合理的な立法裁量の範囲を超えるものではなく、上記立法目的との関連において合理性を有するものということができる。よつて、本件規定のうち100日の再婚禁止期間を設ける部分は、憲法14条1項にも、憲法24条2項にも違反するものではない。」と判示しており、最高裁判決においても、法律の規定の憲法14条1項適合性の判断において、国会の立法裁量を前提として当該規定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否かが審査されている。

したがつて、これと異なる原告らの前記ア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

a 被告第5準備書面第2の2(2)ア(7及び8ページ)において述べたとおり、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、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ページ及び加本牧子・最高裁判所判例解説民事篇平成27年度(下)661ページ参照)。

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律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、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、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ものである。

本件で問題となっているのは異性間の人的結合関係と同性間の人的結合関係との間に差異を生じさせている本件規定の憲法14条1項適合性であるところ、被告第5準備書面第2の2(2)イ(7)(9及び10ページ)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、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ているから、このような立法府の裁量判断が認められることを前提にして本件規定による区別の合理性を判断することは当然であり、このような点を無視して、結果的に生じている区別の憲法14条1項適合性を判断するのは相当でない。

- b) このような観点から本件規定についてみると、前記第2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。また、被告第5準備書面第2の2(2)オ(15ないし18ページ)において述べたとおり、同性婚を定め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というにとどまり、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、共同生活を営んだりする行為（自由）が制約されるものではないし、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。これらのことは、本件規定の憲法14条1項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。

(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。

3 本件規定の立法目的は、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) 原告らの主張

ア 被告第5準備書面第2の2(3)（21ないし29ページ）において述べたとおり、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、現行民法における婚姻も、我が国の従来慣習を制度化したものであって、男女間のものである

ことが前提とされていたのであり、本件規定の目的は、一人の男性と一人の女性が子を産み育てながら共同生活を送るという関係に対して特に法的保護を与えることにあると解される。

これに対し、原告らは、被告が前記主張の根拠として挙げる本件規定の立法経緯に係る主張について、「被告の主張は、本件規定による別異取扱いの憲法適合性審査の前提である現在の婚姻制度の内容を述べるものに過ぎず、そのような「前提」をいくら繰り返し論じたとしても、本件規定が憲法に適合することを裏付けることにはならない。」、「伝統や慣習は「個人の尊厳と両性の本質的平等」（憲法24条2項）という憲法の規範的要請に照らして考慮されるにすぎない。」から、被告の前記主張が誤りであると主張する（原告ら第20準備書面第3の2(3)ア・29及び30ページ）。

イ また、被告は、被告第5準備書面第2の2(3)イ（23及び24ページ）において、婚姻の効力を定める民法の各規定の文言や、夫婦間の関係、婚姻の効果、婚姻をした夫婦間に生まれた子に関する各規定を踏まえ、民法は、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おり、本件規定は、生殖に結び付いて理解される異性間の人的結合関係を前提とした制度として婚姻を定めていると主張した。

これに対し、原告らは、「被告の主張は、生殖が婚姻の要件となっていないという旧民法以来の一貫した事実からも、婚姻の効果のほとんどが生殖を伴わない婚姻にも等しく及ぼし得るものであるという事実からも、さらに、嫡出推定ですら生殖と必ずしも結び付くものではないという事実からも目を背け、婚姻＝生殖という構図に固執するものであり、非論理的であると云わざるを得ない」として、「婚姻制度の目的は当事者の親密関係の保護（親密性に基づく共同生活の保護）にあると解さざるを得ない」と主張する（原告ら第20準備書面第3の2(3)イ及びウ・30ないし33

ページ)。

(2) 被告の反論

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（前記(1)アの主張に対する反論）

原告らは前記(1)アのとおり主張するが、被告が本件規定の立法経緯を主張した趣旨は、異性間の人的結合関係が婚姻として法制度化される前から、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、現行民法における婚姻も、我が国のこのような慣習を制度化したものであることを示すとともに、このような法制度化された背景に、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及び慣習があることを示したものである。

そして、原告らの主張を前提としても、異性間の人的結合関係が婚姻として法制度化される前から、婚姻は男女間のものであるとする慣習が存在していたことは明らかであり、原告らの挙げる文献によっても、婚姻が同性間の人的結合関係をも含むものであるとの慣習が我が国に存在した事実や、立法過程において同性間の人的結合関係を婚姻に含めることが議論された形跡もうかがわれない。

また、伝統的に、婚姻は、生殖と密接に結び付いて理解されてきたことは、「男と女との性的結合は、人類の永続の基礎である。いかなる社会でも、当該社会における典型的な結合関係を法規範によって肯認し、その維持につとめた。(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。わが新法の態度もそうである。」(我妻栄「親族法」9ページ・乙第21号証)と説明されたり、「婚姻とは、男と女との共同生活関係であつて、社会的制裁(sanction)によつて保障されているところの社会的制度たる意味をもつもの、である。婚姻は、子の出生の社会制度的基礎でもあり、したがつて、婚姻は、家族的生活の構成部分、しかも重要な構成部分である。」(中川善之助「註釋親族法(上)」90ページ・乙第28号証)と説明されたりしていることから裏付けられている。

したがって、このような本件規定の立法経緯及び本件規定の内容に照らせば、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。

- 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(前記(1)イの主張に対する反論)
- (7) 原告らは前記(1)イのとおり主張するが、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つて、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(前掲非嫡出子法定相続分違憲決定)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）、夫婦財産契約の對抗要件（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。

このように被告の主張は、本件規定について、生殖や子の養育を伴わない婚姻にも及ぼすことができる規定を含めて全体を通して確認した上で、結論として「生殖に結びついて理解される異性間の人的関係を前提とした制度」と評価しているのもであって、被告が主張の中で挙げた個々の規定の中に生殖や子の養育を伴わない婚姻に及ぼすことができる規定が存在するとしても、被告の主張に影響を及ぼすものではない。

(ウ) さらに、被告第5準備書面第2の2(3)ウ(イ)（25ないし29ページ）において述べたとおり、婚姻をした夫婦間に生まれた子について、嫡出

の推定を及ぼすこと（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。

ウ 小括

したがって、原告らの前記(1)の主張は理由がない。

4 本件規定がそ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) 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しており、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、「婚姻と生殖の結び付きが、法制度としての婚姻の設営に際してその保護される者の範囲を画するほどの意味を持つのであれば、民法上生殖の能力等が婚姻の要件となっていて然るべきである。」(原告ら第20準備書面第3の2(3)イ・31ページ)「婚姻が夫婦の共同生活自体を保護しているというのであれば、同じく共同生活の実態がある同性カップルに婚姻の効果を及ぼさせないというのは論理的に一貫しない。」(同ウ・32ページ)、「生殖に関連する規定が婚姻の役割・機能を果たす観点から現行民法上存在するからといって、これこそが婚姻制度の目的であると捉えることは、目的と手段の逆転を試みるものにほかならない。」(同エ・34ページ)と主張する。

イ 被告の反論

- (ア) しかしながら、被告第5準備書面第2の2(4)ア(29及び30ページ)において述べたとおり、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、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前記のとおり定めることには、合理性が認められる。

- (1) そして、被告第5準備書面第2の2(3)ウ(1)(25ないし29ページ)において述べたとおり、「一人の男性と一人の女性が子を産み育てながら共同生活を送るという関係に対して特に法的保護を与える」という立法目的は、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・定型的に想定したものであるから、このような目的を達成するに当たり、実際の自然生殖可能性の有無にかかわらず婚姻を認めることは、基準として何ら不合理と評価されるものではない。むしろ、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から、実際の自然生殖可能性の有無にかかわらず婚姻を認めることは、本件規定の目的との関連において合理性を有するといえる。そして、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という事実は、実際の自然生殖可能性の有無にかかわらず婚姻を認めることが本件規定の立法目的

との関連で合理性を有することを裏付ける一つの事情であり、このような事実（立法目的を達成するための手段・方法の合理性を基礎づける事情）から遡って本件規定の立法目的を推測し、それが夫婦の生殖及び子の養育の要素を除いた共同生活自体の保護にあると解釈することは相当でない。

したがって、原告らの前記アの主張は理由がない。

なお、仮に、前記の社会的な実態と承認から共同生活自体の保護という立法目的を推認する方法をとったとしても、それは飽くまで前記の社会的な実態と承認が存在する異性間の共同生活の保護に限られ、同性間の共同生活までも婚姻として保護することを目的としていると解する余地がないことは明らかである。

(2) 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、「本件においては、同性愛者等が婚姻制度から排除されていること自体の憲法適合性が問われている」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性はない旨主張する（原告ら第20準備書面第3の1(5)及び第3の2(3)・25及び28ないし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。

- (3) 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、「生物学的な自然生殖可能性を基礎」とするという被告の主張は、戸籍上の性別を変更した者についても婚姻が認められていることと明確に矛盾する。(中略)換言すれば、被告の主張は、「男女の異性カップルにのみ婚姻を認め、同性カップルには認めない」という差別的取扱いそれ自体が、婚姻制度の積極的な目的であるという主張である。」「ある手段が目的との間に合理的関連性を有すると結論付けるためには、当該手段を採用することによって当該目的が促進されるという関係性が認められる必要があるところ、同性カップルを婚姻制度から排除しても、被告が強調する自然生殖保護という目的が促進されることはない。なぜなら、同性カップルは、婚姻できるか否かにかかわらず、自然生殖をすることはできないし、同性カップルが婚姻できなければ異性カップルがより自然生殖するようになるという関係にもないからである。」などと主張し、さらに、被告が本件規定の立法目的として自然生殖保護のみを目的としていることを前提として「同性カップルに婚姻を認めないという手段には、被告が主張する自然生殖保護という目的との間に、合理的関連性どころか、何の関

係性も認められない」と主張する（原告ら第20準備書面第3の2(5)及び(7)・35、36、38及び39ページ）。

イ 被告の反論

しかしながら、そもそも、被告は、本件規定の目的が自然生殖保護のみにあるとは主張していないのであって、原告らの主張は前提を欠く失当なものである。

その点をおいても、本件規定が異性婚を定め、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合理性を有することは、被告第5準備書面第2の2(4)イ（30及び31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。

原告らの前記アの主張は、「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どおり、本件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。

- (4) 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

- (ア) 原告らは、「本件規定の制定時に同性婚が定められず、これに関する規定も設けられなかったのは、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」旨の被告の主張（被告第5準備書面第2の2(4)ウ(イ)・34ないし39ページ）に対し、「札幌地裁判決は、(中

略)「我が国においては、同性婚は、明文の規定を置かずともそのような社会通念に照らして当然のこととして認められないと解されてきた」

(24頁)ことを同性間の婚姻が法制化されなかった理由としているのであり、その背景理由として、同性愛が精神疾患であるとする知見があり、同性愛者は、社会通念に合致した正常な婚姻関係を築けないとする考えが存したものと解されることを指摘した」ものであって、「明治民法及び現行民法の制定過程において、たとえば、同性間の婚姻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る等して、それが同性間の婚姻に関する規定を設けない理由となった等と指摘するものではない」から、被告の主張は的を射ない旨主張する(原告ら第20準備書面第3の2(8)・39ページ)。

(4) また、原告らは、種々の文献を引用して、明治民法制定以前から我が国において同性愛が精神疾患であるとする知見が既に存在した旨主張する(同39及び40ページ)。

イ 同性愛が精神疾患であるとする知見を本件規定の立法事実として位置づけるのは誤りであること

(7) 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401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)(34ないし39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、たとえば、同性間の婚姻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る等して、それが同性間の婚姻に関する規定を設けない理由となった等と指摘」したことを批判するものではないから、原告らの前記ア(7)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) 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、「裁判医学提綱前編」（甲A第438号証）、「精神病学集要前編」（甲A第439号証）をそれぞれ引用し、「明治民法の制定以前から我が国において同性愛が精神疾患であるとする知見が既に存在していたことが明らかである。」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20準備書面第3の2(8)・39及び40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217号証）に依拠した上で、「旧民法及び明治民法制定時」として、①明治初期日本では、「男色」を「智力」「大志」に結びつけて理想化する考え方とこれとは逆の考え方とが並立しており、1872年に規定された鶏姦条例等もあったが、明治民法の起草委員であった梅謙次郎らの文献は、「結婚は男女間で成り立つ」という「素朴な形の異性愛規範」のあらわれであり、1898年（明治31年）の明治民法は、この「異性愛規範の萌芽」ないし「素朴な形での異性愛規範」を確立させる役割を果たした」との主張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11-1準備書面第2の4(2)アないしエ・24ないし28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、「明治民法制定時においても、(中略)異性愛こそが正常であり、同性愛を異常なものとする異性愛規範が社会全体に

浸透し共有されていた。」とし、その根拠として、中川善之助の「日本親族法」(甲A第218号証)及び「親族法 上巻」(甲A第211の27)の記述を引用するが(原告ら第11-1準備書面第2の4(2)才及び(3)・28ないし30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、同性婚を「民法典の注意深き予見にも拘はらず、(中略)無効婚の列举から漏れたものが出て来た」(甲A第218号証214ページ)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、原告らが主張の根拠の一つとして援用している「日本親族法」(甲A第218号証)の「かかる変態関係」(214ページ)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関係であるとして「変態関係」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「変態関係」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29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、単に不特定の性関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、同性間の関係と異性間の関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、「明治民法制定時においても、(中略)異性愛こそが正常であり、同性愛を異常なものとする異性愛規範が社会全体に浸透し共有されていた」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(21ないし23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。

なお、仮に、昭和22年民法改正当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（前記1）、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（前記2）。

そして、本件規定の立法目的は当事者の親密関係の保護（親密性に基づく共同生活の保護）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規定の立法目的との関連において合理性を有しないと原告らの主張にも理由がない（前記4）から、本件規定が、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ず、立法府に与えられた広範な裁量を逸脱し又は濫用するものであることが明らかであるとは到底いうことができない。

したがって、本件規定は憲法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

前記第1の2のとおり、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)(18及び19ページ)及び被告第3準備書面第4(22及び23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