

令和3年(ワ)第7645号 「結婚の自由をすべての人に」訴訟請求事件

原 告 山縣真矢 ほか7名

被 告 国

被告第3準備書面

令和4年6月30日

東京地方裁判所民事第44部甲合議1A係 御中

被告指定代理人

安 實	涼	子
本 村	行	仄
藤 枝	祐	人
市 原	麻	衣
三 森	久	舟
工 藤		智
淺 野	航	平
村 上		岳
伊 集	浩	平

第1 本件規定が憲法24条に違反するものではないこと	5
1 憲法24条1項が同性間の婚姻の自由を保障しているとする原告らの主張に理由がないこと	5
2 憲法13条を踏まえても、同法24条1項が同性間の婚姻の自由を保障しているとは解することはできないこと	6
3 小括	11
第2 本件規定が憲法14条1項に違反するものではないこと	12
1 はじめに	12
(1) 原告らの主張の前提について	12
(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」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	12
2 本件規定に基づき同性間で婚姻することができないことは、憲法自体が予定し、かつ、許容するものであり、憲法14条1項に違反するものではないこと	14
(1) 原告らの主張	14
(2) 被告の反論	14
3 婚姻及び家族に関する法制度の構築についての立法裁量を前提にしても、本件規定による区別取扱いは事柄の性質に応じた合理的根拠に基づくものであつて憲法14条1項に違反しないこと	15
(1) 同性婚に係る権利利益は、憲法上保障されたものとはいえないし、具体的な法制度によって認められたものともいえないこと	16
ア 原告らの主張	16
イ 被告の反論	16

(2) 同性婚を定めるかどうかについて立法府に広範な裁量が認められる場合、 本件規定が憲法14条1項に違反すると評価されるのは、上記裁量の範囲を 逸脱し又は濫用したことが明らかであると認められるときに限られること	18
ア 原告らの主張 19	
イ 婚姻及び家族に関する事項の立法行為又は立法不作為の憲法14条1項 適合性については、憲法24条2項の解釈と整合的に判断する必要がある こと 19	
ウ 同性婚を定めるか否かについては、立法府に広範な裁量が認められるこ と 21	
エ 婚姻について同性愛者等と異性愛者との間に性的指向等によって差異が 生じるとしても、それは本件規定から生じる事実上の結果ないし間接的な 効果にすぎないこと 23	
オ 札幌地裁判決が採用した憲法14条1項適合性についての判断方法が相 当でないこと 25	
カ 小括 26	
(3) 本件規定の立法目的に合理的な根拠があること 27	
ア 原告らの主張 27	
イ 被告の反論 27	
ウ 小括 32	
(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 33	
ア 本件規定が実際の自然生殖可能性の有無にかかわらず婚姻を認めている ことや、同性婚を定めていないことがその立法目的との関連において合理 性を有すること 33	
イ 原告らの主張 33	

(イ) 被告の反論	33
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	36
(ア) 原告の主張	36
(イ) 被告の主張	36
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	36
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	39
(ウ) 小括	39
第3 原告らの求釈明事項について	40
1 「本件規定の目的」に関する求釈明事項について	40
2 「性別」に関する求釈明事項について	40

被告は、本準備書面において、2022（令和4）年3月10日付け原告ら第2準備書面（以下「原告ら第2準備書面」という。）、同日付け原告ら第3準備書面（以下「原告ら第3準備書面」という。）及び同月22日付け原告ら第4準備書面（以下「原告ら第4準備書面」という。）に対し、必要と認める範囲で反論するとともに、第4回口頭弁論期日における原告らの求訟明事項に関し、必要と認める範囲で回答する。

なお、略語等は、本準備書面で新たに定めるものほか、従前の例による。

第1 本件規定が憲法24条に違反するものではないこと

1 憲法24条1項が同性間の婚姻の自由を保障しているとする原告らの主張に理由はないこと

(1) 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、原告らは、同条について、単に憲法上の文言の「辞書的意味」を明らかにすればよいというものではなく（原告ら第3準備書面第2の1(4)イ(7)・9及び10ページ）、「憲法13条を指針としつつ、個人の尊厳といった憲法全体を貫く基本原理や、基本原理を母胎として生まれた関連規定を含む憲法の全体構造等を踏まえて解釈しなければなら」ず、同条1項の規定の解釈は、「同性愛等を異常とする見解には全く根拠が無いことが医学的に実証され、同性愛等についての科学的知見や法的・倫理的な知見が180度転換していることを踏まえ」、「また、個人の尊厳や真摯な意思に基づく共同生活の価値において、シスジェンダーの異性愛者とそれ以外の者との間に何ら違いはないことを前提としてなされなければなら」ないから、「法律上同性の者どうしの婚姻の自由も保障されているとの解釈以外は取り得ない」（同第2の1(4)エ・13ページ）とし、「「両性」の語でもって法律上同性の者どうしの婚姻が保障されていないとの論拠とすることは、個人の尊重を基本原理とする憲法の

解釈としておよそ許されない」（同第2の3(4)・17ページ）と主張する。

(2) しかしながら、法の解釈に際し、文言の日本語としての意味や文法が重視・尊重されなければならず、文言からかけ離れた解釈が許されないのは当然である。そして、被告第2準備書面第4の2(2)（14及び15ページ）で述べたとおり、「両性」とは、両方の性、男性と女性又は二つの異なった性を意味し、「夫婦」とは、夫と妻又は適法の婚姻をした男女の身分を意味する文言であり、「両性」及び「夫婦」が男性又は女性のいずれかを欠き、当事者双方の性別が同一である場合を含む概念であると解する余地はなく、このような理解は、憲法24条1項の制定過程及び審議状況からも裏付けられている。

また、被告第2準備書面第5の2(2)オ(7)（36ないし38ページ）で述べたとおり、婚姻の法的効果（例えば、民法の規定に基づく、夫婦財産制、同居・協力・扶助の義務、財産分与、相続、離婚の制限、嫡出推定に基づく親子関係の発生、姻族の発生、戸籍法の規定に基づく公証等）を享受する利益や婚姻をすることについての自由は、憲法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はできないのであるから、異性間における婚姻の効果を享受する利益や婚姻の自由と同性間のそれらとの間には、憲法を含めた我が国の法制上、本質的な差異があるものと解ざるを得ない。

以上によれば、憲法24条1項について、同性間の婚姻の自由の保障を含むものと解釈することはできないというべきであるから、原告らの前記(1)の主張には理由がない。

2 憲法13条を踏まえても、同法24条1項が同性間の婚姻の自由を保障しているとは解することはできないこと

(1) 原告らは、「憲法24条が婚姻制度を要求したのは、婚姻という選択肢を

持つことが、永続的な精神的及び肉体的結合を目的とし、真摯な意思をもつて共同生活を営もうとする個人の尊重に不可欠なものであるからに他ならない」とし（原告ら第3準備書面第2の1(2)ア・4及び5ページ）、再婚禁止期間違憲判決の調査官解説を引用して、同条1項が「婚姻は「同意のみ」に基づくとした趣旨」は、個人の尊重という観点からみれば、「社会生活上親密な人的関係の形成が、人の幸福追求権ないし自己決定権（憲法13条）の発現によるものであることから、婚姻制度への参入もまた当事者の自由な意思決定にからしめ、他の制約を許さないこととしたものと解され」（同第2の1(2)イ・5及び6ページ）、「憲法13条は、これらの価値を等しく保障している」とし（同第2の1(3)ア・6及び7ページ）、憲法24条1項の解釈について、「憲法があえて24条において婚姻制度を要求した上記趣旨に照らすと、同じく真摯な意思を以って共同生活を営もうとする法律上同性の者どうしのカップルの個人の自律的意思決定を尊重し、幸福追求を支えるために、法律上同性の者どうしのカップルについても婚姻の自由の保障が及ぶと解すべきである」（同第2の1(3)イ・7及び8ページ）と主張する。

(2) ア 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とは、少なくとも憲法13条の解釈上は区別して検討されるべきものと解される。そして、被告第2準備書面第5の2(3)イ(7)（42及び43ページ）で述べたとおり、本件規定に基づく婚姻は、人が社会生活を送る中で生成され得る種々の、かつ多様な人的結合関係のうち、一人の男性と一人の女性と

の人的結合関係とその間に産まれる子との人的結合関係を制度化し、夫婦に身分関係の発生に伴うものを含め、種々の権利を付与するとともに、これに応じた義務も負担させることによって、夫婦関係の長期にわたる円滑な運営及び維持を図ろうとするものであり、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、被告第2準備書面第4の2(2)及び(3)（14ないし16ページ）で述べたとおり、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2準備書面第5の2(2)才（36ないし39ページ）で述べたとおり、婚姻により生じる法的効果を受ける権利利益は、憲法上も具体的な法制度上も同性間の人的結合関係に対して保障されているものではない。

そうすると、結局のところ、原告らが「婚姻の自由」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。

すなわち、異性間の婚姻については既に法制度が存在し、その法制度の中で婚姻をするか否か及び誰と婚姻するかの選択が妨げられているかどうかが問題となる一方で、同性間の人的結合関係について婚姻に相当する法制度は存在しないのであるから、原告らの主張する同性間の人的結合関係における婚姻の自由は、上記のとおり、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求めるものと解されるのであって、これらは次元を異にする問題である。

イ また、前記(1)のとおり、原告らは、再婚禁止期間違憲判決の調査官解説を引用して、「婚姻をするについての自由」の背後には「憲法13条が基盤とする国民の自由・幸福追求の権利があると観念することができるようと思われる」と整理されているとして、「法律上同性の者どうしのカップルについても婚姻の自由の保障が及ぶ」と主張するが、上記判決を精査しても、同性間の婚姻をする自由、権利又は利益の憲法上の保障の存在を示唆するような判示を見いだすことはできない。

かえって、同判決が、婚姻制度における男女の区別の合理性が争われ、その区別が憲法14条1項及び「両性の本質的平等」を定めた憲法24条2項に違反すると判断された事案であることからすれば、同判決における判示が、憲法24条2項の「両性」を正に男女を表すものとして理解していることは明らかであって、「両性の合意」によって成立するとされる同条1項の婚姻についても、男女を当事者とするものであることを当然の前提にしているとみるほかない。同判決における判示が、原告らの主張するような異性間か同性間かを捨象した婚姻の自由を保障することを前提とするものであると解することは到底できない。

これに関連して、上記判決が憲法24条1項の解釈において「両性」や「男女」等の文言を使用することなく、「当事者間」という文言を使用し

ていることについては、同判決が、「婚姻は、これにより、配偶者の相続権（括弧内省略）や夫婦間の子が嫡出子となること（括弧内省略）などの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、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」と判示していることに照らせば、同判決が、飽くまで既存の異性間の婚姻制度を前提とした上で「当事者間」との文言を使用していることは明らかである。このことは、同判決を言い渡した裁判体の一員であった大橋正春氏及び鬼丸かおる氏が、「多数意見が24条1項の文言にある「両性」ではなくて、あえて「当事者」という文言を使っていることについて、同項は同性婚を少なくとも禁止するものではないとの最高裁の見解を示唆するものと読む見解もあります。同項の解釈に当たり、最高裁では同性婚との関係などについて議論されることはあったのでしょうか。」というインタビューに対し、同判決の多数意見を導くに当たって同性婚について議論がされたことはなく、同性婚を意識して「当事者」という文言を選んだこともない旨述べていることからも明らかといえる（法律時報93巻2号72及び73ページ・乙第28号証）。

ウ さらに、原告らは、原告らがいうところの「婚姻の自由」に対する本件規定による制約は、「婚姻の相手方の選択という婚姻の自由の中核的な要素を直接的かつ永続的に侵害するものであって極めて強度な制約である」とも主張する（原告ら第3準備書面第2の2・13及び14ページ）。かかる主張は、前記(1)のとおり、憲法24条1項が、同性間の人的結合関係についても上記「婚姻の自由」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」ないし婚姻に伴う種々の権利及び利益を奪う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、被告第2準備書面第4の2(2)及び(3)（14ないし16ページ）で述べたとおり、憲法24条1項は、婚姻について異性間の人的結合関係のみを対象とし、同性間の人的結合関係を対象とすることを想定しておらず、同条2項も、飽くまで婚姻が異性間の人的結合関係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うことができる。また、被告第2準備書面第4の2(4)イ(ア)（16ないし18ページ）で述べたとおり、婚姻が一定の法制度を前提としている以上、「婚姻をするかどうか、いつ誰と婚姻をするか」を当事者間で自由に意思決定し、故なくこれを妨げられないという「婚姻をするについての自由」は、法制度を離れた生来的、自然権的な自由権として憲法で保障されているものと解することはできない。

そうすると、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「婚姻の自由」ないし婚姻に伴う種々の権利及び利益を奪うものとはいえないから、原告らの主張は理由がない。

3 小括

以上のとおり、憲法24条1項は、同性間の婚姻の自由を保障していると解することはできないから、これを前提とする原告ら第3準備書面に係る原告らの主張には、理由がない。

第2 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、「そもそも、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法律上同性の相手との婚姻を望む性的少数者が排除されていることの憲法適合性であり、「ある属性を持った人々が社会の重要な制度から全面的に排除される「門戸規制」の問題である」（原告第4準備書面第3の4(1)才・20ないし22ページ）と主張しており、本件規定が同性愛者等（同性婚を希望する同性愛者、トランスジェンダーその他の性的少数者をいう。以下同じ。）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、「婚姻の自由」が憲法24条1項によって保障されており、同項は、幸福追求権ないし自己決定権（憲法13条）の発現によ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」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（原告第3準備書面第2の1及び2・4ないし14ページ、原告ら第4準備書面第2の2・4及び5ページ）。

(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」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探り得ないことは、前記第1の2(2)アで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は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」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2準備書面第5の2(2)ないし(4)(28ないし49ページ)において詳述したところであり、原告ら第4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 本件規定に基づき同性間で婚姻することができないことは、憲法自身が予定し、かつ、許容するものであり、憲法14条1項に違反するものではないこと

(1) 原告らの主張

原告らは、「婚姻制度の設定を要請する憲法24条自体が法律上の同性カップルに婚姻の保障を及ぼすことを要請しているかどうかの問題と、同条の要請により設定された婚姻制度上、法律上の同性カップルと法律上の異性カップルの間に生じている区別取扱いが憲法14条1項に違反となるか否かは別個の問題であり」（原告ら第4準備書面第2の3(2)・6ないし8ページ）、「個人の尊厳や基本的人権の尊重等の憲法の基本原理や婚姻の自由の保障の重要性からすれば、婚姻を法律上の異性カップルに限定したり、法律上の同性カップルと法律上の異性カップルとで家族としての保護に差を設けるべきことを憲法が積極的に要請しているなどとは到底言えない」から、「憲法が本件別異取扱いを積極的に要請している場合にはおよそ該当せず、本件規定及びそれに基づく本件別異取扱いについて憲法14条1項の平等原則の適用が排除されることはありえない」（原告ら第4準備書面第2の3(3)・8及び9ページ）と主張する。

(2) 被告の反論

ア 前記第1の2(2)ウで述べたとおり、憲法24条1項は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おらず、同条2項も飽くまで婚姻が異性間の人的結合関係のみを対象とすることを前提として、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る。そして、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、上記のとおり、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いえないことはもとより、憲法14条1項に違反すると解することもできない。

イ また、特定の憲法の条項を解釈するに当たっては、関係する憲法の他の規定を無視することは相当でなく、関係規定との整合性を考慮する必要があることは、被告第2準備書面第5の1(3)イ(26ないし28ページ)で述べたとおりである。そして、そのような解釈手法は、最高裁判例においても採用されており、被告第2準備書面第5の2(2)イ(1)(31及び32ページ)で述べたとおり、再婚禁止期間違憲判決では、民法(平成28年法律第71号による改正前のもの。)733条1項の規定の憲法適合性の判断に当たって、憲法14条1項適合性の判断の枠組みにおける検討に当たり憲法24条の趣旨及び意義が考慮されている。この点は、平成27年夫婦別姓訴訟最高裁判決に関し、「このような憲法24条の解釈からすれば、婚姻及び家族に関する法制度を定めた規定が憲法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が(中略)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ろう」と指摘されているところである(畠佳秀・最高裁判所判例解説民事篇平成27年度〔下〕754ページ)。

ウ したがって、本件規定の憲法14条1項適合性審査において憲法24条の解釈を別個の問題であるとして、上記解釈との整合性を考慮しない原告らの前記(1)の主張は理由がない。

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

て憲法14条1項に違反しないこと

(1) 同性婚に係る権利利益は、憲法上保障されたものとはいえないし、具体的な法制度によって認められたものともいえないこと

ア 原告らの主張

原告らは、「法律上同性のカップルらにも憲法24条1項において婚姻の自由が保障されている」から「被告の主張はこの点でまず誤っている」とし、「法律上同性のカップルには、婚姻制度を利用できることによつて、婚姻の自由が侵害されているだけでなく、社会的な承認が得られない、法律婚をした異性カップルが婚姻により享受することができる様々な法的・経済的な権利・利益及び事実上の利益を一切享受できない等の具体的な不利益があ」り（原告ら第4備書面第3の3(1)・14及び15ページ）、「そのような重要な権利利益であるにもかかわらず、本件別異取扱いを受ける当事者が社会における圧倒的少数者であり民主政のプロセスで解消できるものではないことから、立法裁量を前提にしても、厳格な司法審査の必要が極めて高い」と主張する（同第3の5・24ページ及び25ページ）。

イ 被告の反論

(ア) ある権利利益が憲法上不可侵のものとして保障されたものであるのか、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などによって、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、憲法14条1項適合性の判断における立法裁量の広狭を左右する考慮要素の一つであり、この点で平等原則違反か否かの結論が左右されることは明らかである。

そして、被告第2準備書面第5の2(2)ア（29及び30ページ）で述べたとおり、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、これらの具体的な事情に応じたものとすべきであるとの考え方は、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。

この点については、原告らが指摘する最高裁判所平成20年6月4日大法廷判決（民集62巻6号1367ページ）も、「日本国籍は、我が国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ある。」と判示し、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」ととも考慮して、「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。」と判示しており、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といえる。

そして、このような観点から本件規定についてみると、被告第2準備書面第4（12ないし25ページ）で述べたとおり、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2準備書面第5の2(2)オ(36ないし39ページ)で述べたとおり、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。

(1) さらにふえんしていえば、憲法24条1項を前提とする同条2項が異性間の人的結合関係を対象とする婚姻制度の構築を法律に委ねているにとどまり、同性間の人的結合関係を対象とする婚姻制度の構築については想定しておらず、このような憲法24条の規定を前提として、現行法上、同性間の人的結合関係を対象とする婚姻等を定める規定が存在しないのであるから、同性婚に係る権利利益は、憲法上保障されたものでも、具体的な法制度によって認められたものでもない。前記2で述べたとおり、本件規定による区別取扱いは憲法自体が予定し、かつ許容するものであることに照らせば、憲法上保障された婚姻に係る権利利益と憲法上保障されず法制度によっても認められない同性婚に係る権利利益とに差異があるのは当然であって、これらを同等のものとみて、婚姻によって生じる法的効果を享受する利益を異性愛者であっても同性愛者等であっても等しく享有し得る重要な利益であると解することはできない。

したがって、原告らの前記アの主張は理由がない。

(2) 同性婚を定めるかどうかについて立法府に広範な裁量が認められる場合、本件規定が憲法14条1項に違反すると評価されるのは、上記裁量の範囲を

逸脱し又は濫用したことが明らかであると認められるときに限られること

ア 原告らの主張

原告らは、「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」く（原告ら第4準備書面第3の4(1)イ・16及び17ページ）、「婚姻及び家族に関する事項こそ、伝統や国民感情以前に、「個人の尊厳と両性の本質的平等」そして婚姻の自由が徹底されねばならず、伝統や国民感情は、「個人の尊厳と両性の本質的平等」（憲法24条2項）の見地から許容され適合する限りで考慮される」とし（同第3の4(1)ウ・17及び18ページ）、「現行の婚姻制度に性的少数者が包摂されることこそ、婚姻が当事者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婚姻制度の本質に資するものであり、すべての個人が尊重されることを基本的価値とする憲法の下にある日本社会に必要なことであ」り（同第3の4(1)オ・20ないし22ページ）、「本件別異取扱いについては」、「立法府の裁量は及ばない」し、仮に立法府の裁量が認められるとしても、「本件別異取扱いは」、「性自認及び性的指向という自らコントロールできない事由に基づくものであるから、民主主義の理念に照らし原則として不合理なものであり、その合理性について厳格な審査が求められる」ことから、「札幌地裁判決が言うとおり、真にやむをえない合理的理由が存在するのか否かが厳しく問われねばならない」（同第3の5・24及び25ページ）と主張する。

イ 婚姻及び家族に関する事項の立法行為又は立法不作為の憲法14条1項適合性については、憲法24条2項の解釈と整合的に判断する必要があること

(ア) しかしながら、被告第2準備書面第4の2(1)（13及び14ページ）で述べたとおり、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、前記「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」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る。

- (1) そして、前記(7)で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171号証9及び10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11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。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は、前記(ア)において述べた憲法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。

(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のであり、原告らの主張は、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。

ウ 同性婚を定めるか否かについては、立法府に広範な裁量が認められること

被告第2準備書面第5の2(2)ウ(32ないし34ページ)で述べたとおり、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し、憲法が同性間の人的結合関係を対象とする婚姻制度を構築することを想定していないことからすると、同性婚を定めるか否か（同性間の人的結合関係を婚姻の対象とするか否か）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。

原告らの前記アの主張の趣旨は必ずしも判然としないものの、要するに、制定された法律の規定の憲法14条1項適合性を審査するに当たっては、当該規定の対象とする事項についての立法府の裁量を考慮する必要はないことをいうものと解される。しかしながら、婚姻や家族に関する事項について、立法府に広範な裁量が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っ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が与えられた趣旨が失われてしまうことになる。

この点、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って、その裁量の限界を画したものといえる。」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。よって、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。

以上によれば、同性婚を定めるか否かについては、立法府に広範な裁量が認められるというべきである。

二 婚姻について同性愛者等と異性愛者との間に性的指向等によって差異が生じるとしても、それは本件規定から生じる事実上の結果ないし間接的な効果にすぎないこと

(ア) 原告らは、前記アのとおり、婚姻について、同性愛者等と異性愛者との間の差異について、性自認及び性的指向という自らコントロールできない事由に基づくものであるから、民主主義の理念に照らし原則として不合理なものであり、その合理性について厳格な審査が求められると主張する。

(イ) しかしながら、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 2 準備書面第 5 の 1 (2) (25 及び 26 ページ) で述べたとおりである。この点、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ひ難いと思われる」とされている（畠・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。

また、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2準備書面第5の2(3)イ(ア)（42及び43ページ）で述べたとおり、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、性自認や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自認や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、本件規定における区別取扱いが性自認及び性的指向に基づくものであるとする原告らの前記(ア)の主張は理由がない。

オ 札幌地裁判決が採用した憲法14条1項適合性についての判断方法が相 当でないこと

(ア) 前記アのとおり、原告らは、「本件別異取扱い」については、「札幌地裁判決が言うとおり、真にやむをえない合理的な理由が存在するか否かが厳しく問われねばならない」（原告ら第4準備書面第3の5・24及び25ページ）と主張するところ、札幌地裁判決は、①異性愛者と同性愛者との間には、婚姻を欲したとしても婚姻をすることができるか否か、婚姻によって生じる法的効果を享受することができるか否かという区別取扱い（同判決にいう本件区別取扱い）があること、②当該区別取扱いが性的指向による区別であり、性的指向が人の意思によって選択・変更することができない事柄であることを根拠に、憲法14条1項適合性の判断方法について、「立法事実の有無・内容、立法目的、制約される法的利益の内容などに照らして真にやむを得ない区別取扱いであるか否かの観点から慎重にされなければならない」と判示する（甲A第171号証11ページ）。

(イ) しかしながら、上記①については、前記(ア)イ(ア)で述べたとおり、同

性婚に係る権利利益は、憲法上も認められた異性間の婚姻に係る権利利益とは異なり、憲法上保障されたものでも、具体的な法制度によって認められたものでもないことを看過している。また、上記②については、前記エ(1)で述べたとおり、本件規定は性自認や性的指向について中立的であり、婚姻によって生じる法的効果を享受することができるか否かという点について同性愛者等との間に性自認や性的指向によって差異が生じるのは、本件規定から生じる事実上の結果ないし間接的な効果にすぎないを見落としている。さらに、札幌地裁判決では、憲法14条1項適合性の判断において、被告第2準備書面第5の2(2)ウ(32ないし34ページ)で述べたとおり、憲法が本件規定により異性間の人的結合関係としての婚姻のみを制度化することを予定し、同性間の人的結合関係を対象とする婚姻を定める制度を想定していないと解すべきことが何ら考慮されていないし、立法府が同性間の人的結合関係を対象とする婚姻及び家族に関する事項を定めるか否かについて広範な立法裁量を有すると判示しながら、憲法14条1項の適合性判断においては、当該立法裁量との関係についての具体的な言及をしないまま、性的指向の性質のみを掲げて審査密度を上げている点で、論旨一貫していない。

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

力 小括

前記イないしオのとおり、原告らの前記アの主張はいずれも理由がない。そして、被告第2準備書面第5の2(2)(28ないし40ページ)で述べたとおり、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、婚姻によって生じる法的効果を享受することができるか否かという点について同性愛者等と異性愛者との間の性自認や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・方法の具体的な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、同性婚を定めるかどうかについて立法府に与えられた広範な裁量を逸脱又は濫用したことが明らかであると認められるときに限られるというべきである。

(3) 本件規定の立法目的に合理的な根拠があること

ア 原告らの主張

原告らは、「婚姻制度の目的は、より多元的・包摂的な「両心の和合」や「共同の生活」であり、そのような理解に基づき婚姻の要件や効果が定められ、また解釈された」とし（原告第2準備書面第2の2(2)13及び14ページ）、「婚姻の由来や沿革に照らし、法律上の男女の生殖とその二人の間で生まれた子の養育を特に保護することのみが婚姻の目的であるとの被告の主張」は誤っており（原告第4準備書面第4の2(2)・26及び27ページ）、被告が列挙する民法の規定の「ほとんどは、生殖や養育を伴わずとも、人と人が人生を共にしようとするときにその関係を家族として認め保護・規律する意味を持つ規定であり、また、当該条項によって保護される当事者が法律上の男女でなければならない必然性も無い規定であり、「嫡出推定の規定等から婚姻の目的は生殖・養育を特に保護することにあり、それ以外の目的は存在しないことを帰結しようとする被告の議論は、筋違いと言うほかな」い（同第4の2(3)27及び28ページ）と主張する。

イ 被告の反論

(7) 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（最高裁平成25年9月4日大法廷決定・民集67巻6号1320ページ）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、婚姻をした男女とその子について特に定めており、婚姻を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。

(1) 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もの

のであって、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) また、被告第2準備書面第5の2(3)ア(40ないし42ページ)で述べたとおり、婚姻をした夫婦間に生まれた子について、嫡出の推定(民法772条)、父母の氏を称すること(790条)等を定めるところが、異性間に認められる制度としての婚姻を特徴づけるものであるといえることは、最高裁判所平成25年12月10日第三小法廷決定の寺田逸郎裁判官の補足意見において、「現行の民法では、「夫婦」を作り立たせる婚姻は、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も中心的な位置を占める。」と指摘されていることからも裏付けられている。

(イ) これに対し、原告らは、寺田逸郎裁判官の上記補足意見は、「嫡出子

の仕組みが憲法上の婚姻の不可欠な要素だとは一切言っていない」から、被告の主張を裏付けるものではない旨主張する（原告ら第4準備書面第4の2(4)・29及び30ページ）。

しかしながら、民法は、嫡出推定の規定（722条）や親権に関する規定（818条以下）等を置き、婚姻をした夫婦とその子について特に定めており、前記(ア)の各規定の存在や同性間の人的結合関係についても婚姻の対象とすることをうかがわせる規定が存在しないことを踏まえれば、自然生殖に結びついて理解される異性間の人的結合関係を前提とした夫婦及びその間の子を前提として定められたものであることは明らかである。また、平成27年夫婦別姓訴訟最高裁判決においても、同裁判官は、補足意見として、「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。

(オ) また、原告らは、札幌地裁判決が婚姻制度の目的を親密関係の保護と解していると指摘した上で、「婚姻制度を生殖とのみ結びつける被告の考え方は、自由意思に基づく婚姻・夫婦の対等平等という近代的婚姻の基本原則と相いれず」失当であると主張するところ（原告ら第2準備書面第2の6・29ページ）、同判決は、本件規定の立法目的について、①現行民法が、子のいる夫婦といない夫婦、生殖能力の有無、子を作る意思の有無による夫婦の法的地位の区別をしていないこと、②子を産み

育てることが、個人の自己決定に委ねられるべき事柄であり、子を産まないという夫婦の選択も尊重すべき事柄といえること、③明治民法においても、子を産み育てることが婚姻制度の主たる目的とされていたものではなく、夫婦の共同生活の法的保護が主たる目的とされていたものであり、昭和22年民法改正においてこの点の改正がされたことがうかがわれることに照らすと、「子の有無、子をつくる意思・能力の有無にかかわらず、夫婦の共同生活自体の保護も、本件規定の重要な目的であると解するのが相当である。」と判示する（甲A第171号証13ページ）。

しかしながら、被告第2準備書面第5の2(3)イ(ウ)（44ないし46ページ）で述べたとおり、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。

また、現行民法が子を作る能力や意思の有無でその法的地位を区別していないことと、現行民法が抽象的・定型的に子を産み育てる目的とする男女の共同生活に対して法的保護を与えることをその目的としていることとは、何ら矛盾するものではない。

このような観点からすれば、婚姻制度の対象として生物学的にみて生殖の可能性のある男女の組合せ（ペア）としての夫婦を抽象的・定型的に想定して、「一人の男性と一人の女性が子を産み育てながら共同生活を送るという関係に対して法的保護を与える」という立法目的の合理性を判断すべきであるから、現行民法が子のいる夫婦といしない夫婦、生殖能力の有無、子を作る意思の有無による夫婦の法的地位の区別をしていないからといって、婚姻における夫婦間の生殖及びそれによる子の養育の要素を軽視して本件規定の立法目的の合理性を判断するのは相当でない。

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

さらに、被告第2準備書面第5の2(3)イ(ア)及び(イ)(42ないし44ページ)で述べたとおり、本件規定の立法経緯及びその規定内容からすると、本件規定は、一人の男性と一人の女性が子を産み育てながら共同生活を送るという関係に対して特に法的保護を与えることを立法目的とするものであり（札幌地裁判決もこの目的の存在及び重要性は認めている。甲A第171号証13ページ。）、このような本件規定の立法目的の捉え方が正当であることや、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、前記(ウ)及び前記(I)で述べたところの寺田逸郎裁判官の指摘などからも明らかである。

このように、本件規定は、一人の男性と一人の女性が子を産み育てながら共同生活を送るという関係に対して特に法的保護を与えることを立法目的としており、夫婦間の生殖及びそれによる子の養育を重要な要素とすることが明らかであり、寺田逸郎裁判官の上記各補足意見等からして、その目的は現時点においてもなお合理的根拠を有する正当なものであるということができるから、本件規定の立法目的を夫婦の共同生活自体の保護にあるとして、夫婦の生殖及びそれによる子の養育の要素をことさらに軽視する札幌地裁の上記判示は誤っている。

ウ 小括

以上のとおり、本件規定は、一人の男性と一人の女性が子を産み育てな

がら共同生活を送るという関係に対して特に法的保護を与えることを立法目的としており、夫婦間の生殖及びそれによる子の養育を重要な要素とすることが明らかであり、その目的は現時点においてもなお合理的根拠を有する正当なものであるということができる。これに反する原告らの前記ア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

ア 本件規定が実際の自然生殖可能性の有無にかかわらず婚姻を認めていることや、同性婚を定めていないことがその立法目的との関連において合理性を有すること

(ア) 原告らの主張

原告らは、「法律上の男女の生殖・養育に特に保護を与えることのみが婚姻の目的であるという被告の主張は、民法の解釈として誤っているうえ、仮に同目的を前提にしても、法律上異性のカップルであれば、自然生殖の可能性にかかわらず婚姻を認め、自然生殖の可能性がないことを理由に法律上同性のカップルには一律に婚姻を認めないとする本件別異取扱いを合理的に説明することはできない」（原告ら第4準備書面第4の4・34ページ）と主張する。

(イ) 被告の反論

a 被告第2準備書面第5の2(4)ア(46及び47ページ)で述べたとおり、民法(本件規定)は、一人の男性と一人の女性が子を産み育てながら共同生活を送るという関係に対して特に法的保護を与えることを立法目的とし、実際の自然生殖可能性の有無にかかわらず婚姻を認めているところ、これは、生物学的な自然生殖可能性を基礎として抽象的・定型的に立法目的を捉えて、婚姻をすることができる夫婦の範囲を定めていることによるものである。そして、憲法24条は、一

人の男性と一人の女性の人的結合関係である婚姻及びそれを前提として営まれることになる共同生活関係である家族について明文で規定し、このような婚姻及び家族に関する事項について立法上の配慮を求めているところ、夫婦間に実際に子がなくとも、又は子を産もうとする意思や子が生まれる可能性がなくとも、夫婦間の人的結合関係を前提とする家族が自然的かつ基礎的な集団単位となっているという社会的な実態とこれに対する社会的な承認が存在することに変わりがないことや、婚姻関係を含む家族に関する基本的な制度については、その目的について抽象的・定型的に捉えざるを得ない上、当該制度を利用することができるか否かの基準は明確である必要があることからすれば、婚姻をすることができる夫婦の範囲を上記のとおり定めることには、合理性が認められる。

この点、原告らの主張を見ても、本件規定が実際の自然生殖可能性の有無にかかわらず婚姻を認めていることが、その立法目的との関連において合理性を有するという結論まで否定する趣旨のものであるか否かは判然としない。これをおくとしても、被告第2準備書面第5の2(3)イ(ウ)(44ないし46ページ)で述べたとおり、「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でき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。

なお、仮に、上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、それは飽くまで上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。

b また、被告第2準備書面第5の2(4)イ(47及び48ページ)で述べたとおり、憲法が本件規定により異性間の人的結合関係のみを対象とする婚姻を制度化することを予定し、同性間の人的結合関係を対象とする婚姻を想定していないことに加え、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ひ難いことから、本件規定が同性婚を定めていないことは、本件規定の立法目的との関連において合理性を有するものといえる。

そして、同性間の人的結合関係について同性パートナーシップ制度が導入されるなど社会における理解が相当程度進んでいると評価できる状況にあるとしても、同性婚についてはいまだ社会的な議論の途上にあり、上記のような状況をもってしても、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ことを示すものではない。そうすると、現在においても、本件規定が同性婚を定めていないことが立法目的との関連において合理性を欠く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)の主張は理由がない。

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) 原告の主張

原告らは、「明治民法で婚姻が法律上の男女の制度とされ、1947年の民法改正でもそれが変わらなかった」理由は、「いずれの法制の制定時も、「異性愛」だけを自然・正常とし、同性愛を含むそれ以外の性愛を病理・不自然で異常なものあるいは未熟なものとする「異性愛規範」が社会全体で共有され、法律上の同性間の親密な関係や共同生活は、およそ法的保護を及ぼすべき対象として意識されることがなかったからである」（原告ら第2準備書面第3の1・29及び30ページ）と主張する。

(1) 被告の主張

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176号証）を指摘して、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2準備書面第3の2(1)イ・31及び32ページ）が、この文献は、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174号証）に依拠した上で、①明治初期日本でも、男性、特に男子学生間の「男色」を理想化する考えが存在していたこと、②明治民法制定後の1900年代になると、西欧の性科学が翻訳・紹介され、日本社会で「性欲学」が流行したこと等を主張しており、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、「明治生まれの民法学者も「異性愛規範」の限界を逃れることができていなかった」とし、その根拠として、中川善之助の「日本親族法」（甲A第177号証）の記述を引用するが、この文献は、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、…無効婚の列挙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。さらにいえば、「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関係であるて、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、かかる変態関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。」との記述については、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はかならない。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する子に、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いう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も明らかである。

そして、原告らが指摘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疾患とみなしていたことをうかがわせる記載は見当たらぬ。

(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2準備書面第3（7ないし12ページ）で述べたとおり、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

また、原告らが指摘する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（甲A178号証、甲A179号証）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。

(4) 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く、本件規定の立法事実として同性愛が精神疾患であるとの知見を位置づけることは相当でないから、原告らの前記主張には理由がない。

第3 原告らの求釈明事項について

1 「本件規定の目的」に関する求釈明事項について

(1) 原告らは、被告第2準備書面第5の2(3)イ(ア)（42及び43ページ）に「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保護を与えることにある」と記載されているが、これ以外に本件規定の目的がないと主張するのか明らかにするよう釈明を求めている（第4回口頭弁論期日調書原告ら第3項(1)）。

(2) 前記(1)に対する被告の回答等は、以下のとおりである。

被告第2準備書面第5の2(3)イ(ア)（42及び43ページ）で述べたとおり、本件規定に基づく婚姻は、人が社会生活を送る中で生成され得る種々の、かつ、多様な人的結合関係のうち、一人の男性と一人の女性との人的結合関係とその間に産まれる子との人的結合関係を制度化し、夫婦に身分関係の発生に伴うものを含め、種々の権利を付与するとともに、これに応じた義務も負担させることによって、夫婦関係の長期にわたる円滑な運営及び維持を図ろうとするものである。すなわち、本件規定の目的は、一人の男性と一人の女性が子を産み育てながら共同生活を送るという関係に対して特に法的保護を与えることにあると解するのが相当である。

本件規定の目的について、現時点において上記に付加して主張する予定はない。

2 「性別」に関する求釈明事項について

(1) 原告らは、被告第2準備書面第5の2(2)エ(ア)（34及び35ページ）に

「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は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」と記載しているが、憲法14条1項の性別をどう理解しているのかを明らかにするよう釈明を求めている（第4回口頭弁論期日調書原告ら第3項(2)）。

(2) 前記(1)に対する被告の回答等は、以下のとおりである。

被告第2準備書面第5の2(2)エ(ア)（34及び35ページ）における主張は、男性と女性の間の差別を念頭に置いたものである。上記主張における「性別」は、原告らが「生物学的な特徴をもとに割り当てられることとされている」性別として主張する性別（法律上の性別）（訴状15ページ）上の男性と女性の区別を主張するものであり、男性間又は女性間の区別は憲法14条1項の「性別」による「差別」に当たらない。

以上