

【有償配布 や Web(ホームページ, ブログ, facebook等)へのアップロード・転載はお止めください】
【リンクはご自由にお貼りください】
「結婚の自由をすべての人に」北海道訴訟(札幌高裁)第2回期日(20220809)提出の書面です。

令和3年(ネ)第194号 損害賠償請求控訴事件

控訴人 控訴人1 外5名

被控訴人 国

控訴審第6準備書面

2022年(令和4年)4月22日

札幌高等裁判所第3民事部3係 御中

控訴人ら訴訟代理人 弁護士 加 藤 丈 晴

同 弁護士 綱 森 史 泰

同 弁護士 須 田 布 美 子

同 弁護士 皆 川 洋 美

同 弁護士 上 田 文 雄

同 弁護士 林 拓 哉

同 弁護士 高 橋 友 佑

同 弁護士 本 橋 優 子

控訴人らは、裁判所からの令和3年12月23日付け求釈明事項について、以下のとおり回答する。

第1 求釈明事項1(1)(憲法は、同性婚を積極的に排除(禁止)しているか。積極的に排除(禁止)しているか。特に、憲法24条が「両性」及び「夫婦」という語を用いていること以外の根拠はあるか。)について

憲法は、法律によって同性間の婚姻を認めることを積極的に排除(禁止)しておらず、また、憲法24条1項及び13条により保障される婚姻の自由から同性間の婚姻の自由が積極的に排除されるものとは解されない。

その理由は、これまで詳細に論じてきたとおりであるが、要約すると、以下のとおりである。

- ① 憲法24条は、明治民法下における「家」制度を全面的に改めて、婚姻を含む家族生活について個人の尊厳と両性の本質的平等の原則を特に定めるために制定されたものであり、同条において用いられている「両性」及び「夫婦」という文言も、憲法制定当時において、我が国のみならず諸外国においても、法律上、異性間の婚姻制度のみが存在し、同性間の婚姻制度が存在しなかったことから、婚姻の当事者の呼称として用いられたものに過ぎず、同条にいう「婚姻」を男女間の結合関係のみに限定し、そこから同性間の婚姻を積極的に排除する趣旨で用いられたものとは解されない。このことは、憲法の制定経過及びそこでの審議状況に照らして明らかである。そうすると、憲法24条の「両性」及び「夫婦」という文言のみを根拠として、憲法が同性間の婚姻を認めることを積極的に排除(禁止)しているものとは解することはできない。
- ② 「婚姻をするかどうか、いつ誰と婚姻をするかについては、当事者間の自由かつ平等な意思決定に委ねられるべきである」という婚姻の自由(「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」に基づき憲

法上保障される（憲法上「十分尊重に値するもの」とされる）利益であり（最大判平成27年12月16日民集69巻8号2427頁参照）、「意思決定の自由という事柄の性質に照らし、その背後には憲法13条が基盤とする国民の自由・幸福追求の権利があると観念することができる」¹ところ、このような婚姻の自由が個人の幸福追求にとって重要な価値を有するものであることは、婚姻の相手として異性の相手を選択するか同性の相手を選択するかで異なるものではないから（第1審判決23頁、25～26頁参照）、憲法24条1項の規定の趣旨に基づき憲法上保障される婚姻の自由から、同性間で婚姻をする自由が積極的に排除されるものと解すべき理由はない。

③ その他に、憲法が同性間の婚姻を積極的に排除（禁止）していると解すべき根拠は見当たらない。

第2 求釈明事項1(2)（憲法が同性婚を積極的に排除（禁止）していないと解するならば、法律は、同性婚を積極的に排除（禁止）していると解するか。法律が積極的に排除（禁止）していると解するならば、その根拠は何か。特に、民法750条以下が、「夫婦」、「夫」及び「妻」という語を用いていること以外の根拠はあるか。）について

1 民法は、同性間の婚姻の成立を認めていないものと解される。

その根拠は、旧民法及び明治民法の婚姻に関する規定の制定時において、起草者は、異性間の婚姻のみを民法による規律の対象とすることを選択し、婚姻の当事者が異性であることを明文のない婚姻の要件と定めたものと解され、現行民法の婚姻に関する規定の制定時においても、そのような立法上の選択が引き継がれたものと解されるためである。

2 上記1について敷衍すると以下のとおりである。

(1) 旧民法第1草案の理由書では、「婚姻ハ男女ノ会社ニシテ、若シ肉性ノ錯

¹ 加本牧子『最高裁判所判例解説民事篇平成27年度（下）』（甲A156）669頁。

誤アリテ両男又ハ両女ノ間婚姻ヲ為シタルトキハ、其ノ婚姻ノ不成立ナルコトハ論ヲ俟タズト雖モ、之ヲ明示スルノ必要ヲ見ズ」²（傍点は引用者による。）と説明されており、また、明治民法の起草者は、「外国ノ法律中ニハ往々当事者双方共ニ男子ナルカ又ハ女子ナル場合ニ於テハ婚姻無効ナルコトヲ云ヘリト雖モ、是レ固ヨリ言フヲ俟タザル所ナリ。蓋シ婚姻トハ男女間ノ關係ヲ定ムルモノナルガ故ニ、男子間又ハ女子間ニ於テ婚姻ナルモノアルベカラザルハ言ハズシテ明カナリ。故ニ我民法ニ於テハ之ガ規定ヲ設ケズ」（傍点は引用者による。）³と説明している。これらの説明にあるとおり、旧民法及び明治民法の制定時においては、同性間の婚姻を無効又は不成立とする明文の規定は設けられていないが、民法上の婚姻とは男女間の関係を規律するものであるとされ、明文の規定を設けるまでもなく同性間での婚姻は不成立であると解されていた。これを換言すると、旧民法及び明治民法においては、婚姻の当事者が異性であることが明文のない婚姻の要件とされたものといえることができる。

そして、現行民法の制定時に上記の点が明示的に議論された形跡は見当たらないが、婚姻の当事者が異性であることを婚姻の要件とし、あるいは、婚姻の当事者が同性であることを婚姻の無効又は取消事由とする明文規定が新たに設けられたことはない一方、明文規定の改正なしに民法上の婚姻が同性間の婚姻をも含むものとする立法上の選択がなされたという事実も窺われなない。したがって、現行民法においても、上記のような旧民法及び明治民法における立法上の選択がそのまま引き継がれ、民法上の婚姻とは男女間の関係を規律するものであり、明文の規定を設けるまでもなく同性間での婚姻は不成立であるとされた（婚姻の当事者が異性であることが明文のない婚姻の要件とされた）ものと解される。

² 熊野敏三『民法草案人事編理由書上巻』（甲A183）74丁表裏。

³ 梅謙次郎『民法要義巻ノ四』（甲A188）118頁。

なお、民法750条以下において「夫婦」、「夫」及び「妻」という語が用いられていることは、以上のように異性間の婚姻のみを民法の規律の対象とする立法上の選択がなされた結果を表したものであると解されるが、民法が同性間の婚姻の成立を認めていないものと解される根拠は、これらの文言やそれらを含む条項のみにではなく、究極的には、以上のような立法上の選択に求められるべきものと解される。

- (2) 以上とは異なり、法律上、同性間の婚姻の成立が認められないものとする根拠を、①婚姻意思の欠如（民法742条1号）、②明文のない婚姻障害事由、③戸籍法の定めに従った適式な婚姻の届出を欠くこと（民法739条、742条2号）に求める見解も想定し得るが、明治民法の起草者は、明文の規定を設けるまでもなく同性間での婚姻は不成立であるとし、明文規定のある婚姻の意思の欠如（明治民法778条1号）によって同性間の婚姻が無効となるものとは説明しておらず、現行民法の制定時においてもこのような理解が変更された形跡は窺われないこと、明治民法（779条から787条まで）及び現行民法（743条から748条まで）上、婚姻障害事由違反の効果は、遡及効を有しない婚姻の取消しであるとされているのに対し、同性間の婚姻は不成立（当然無効）であると解されることからすると、上記①及び②のような見解は、前記(1)のような立法経緯等に沿わないものである。

また、前記1のとおり、現行民法は、同性間の婚姻の成立を認めていないものと解されるどころ、戸籍法は、そのような現行民法の規定を前提に婚姻についての届出の方式を定めたものと解されるから⁴、上記③のような見解は、法律上、同性間の婚姻の成立が認められないことの根拠を、主として戸籍法に求める趣旨であれば、相当ではない（なお、後記第3も参照）。

⁴ 山崎耕史「戸籍行政をめぐる現下の諸問題について」（甲A13）43頁（「民法は男女の婚姻を前提としており、その民法を前提としている戸籍法も当然そういう構造」であるとする。）参照。

第3 求釈明事項1(3) (双方当事者は、「同性間の婚姻を認める規定を設けていない民法及び戸籍法の婚姻に関する諸規定」あるいは「婚姻に関する民法及び戸籍法の諸規定」を「本件規定」と称し、これが同性婚を認めていないと主張するが、具体的に同性婚を認めない根拠となる条項を、可能な範囲で特定されたい。) について

前記第2のとおり、民法は、異性間の婚姻のみを民法による規律の対象とすることを選択し、婚姻の当事者が異性であることを明文のない婚姻の要件と定めたものと解されることから、民法中には、同性間の婚姻の成立を認めない直接の根拠となる明文の条項を見出すことはできない。このことは、同性間の婚姻の成立を認めない民法の規定を受けて婚姻の届出の方式を定めた戸籍法についても同様である。したがって、同性間の婚姻の成立を認めていない「婚姻に関する民法及び戸籍法の諸規定」(本件規定)について、明文の(一つ又は複数の)条項をもって特定することは困難である。

そのことを踏まえた上で、敢えて範囲を限定するならば、前記第2のとおり、民法が婚姻の当事者が異性であることを明文のない婚姻の要件として同性間の婚姻の成立を認めていないものと解されることからすると、「婚姻に関する民法及び戸籍法の諸規定」のうち、「婚姻の成立」について定めた民法の諸条項(民法第4編第2章第1節)が主たる参照条項になるものと解される⁵。

なお、前記第2の2(2)のとおり、戸籍法は、同性間の婚姻の成立を認めない民法の規定を前提に婚姻についての届出の方式を定めたものと解されるところ、同性間の婚姻の成立を認めない民法の規定が改正されて同性間の婚姻の成立が認められた場合に、戸籍法の改正を経ることなく同性間の婚姻届が適式なものとして受理されるべきことになるか否かは明らかではない(民法7

⁵ 民集においては、内縁に関する判例の参照条文として、婚姻に関する個別条項中に適切なものがない場合、「民法第4編第2章第1節 婚姻の成立」が挙げられている(例として、最判平成10年2月26日民集52巻1号255頁)。

50条の規定及び戸籍法74条1号の規定が違憲無効であるとした場合における夫婦が称する氏を記載していない婚姻届の受理の可否に関する最大判令和3年6月23日判例タイムズ1488号94頁に付された三浦守裁判官の意見、宮崎裕子裁判官及び宇賀克也裁判官の反対意見並びに草野耕一裁判官の反対意見参照)。仮に、民法の規定が改正されて同性間の婚姻の成立が認められた場合においても、現行戸籍法の諸規定の下では同性間の婚姻届を受理することはできないと解されるのであれば、民法のみならず戸籍法の諸規定も、同性間の婚姻を認めない「本件規定」に含まれることになる(具体的には、婚姻の当事者が男女であることを前提に「夫」、「妻」、「夫婦」、「父母」などの文言を用いている戸籍法6条、13条、14条、16条、18条、20条、74条等の諸規定に関し、戸籍編製の在り方を見直す必要性の有無が問題となり得るものと解される。))。

第4 求釈明事項2(憲法の制定当初において、憲法が男女の婚姻以外を想定していないとしても、これは不変のものとするのか。特に、時代が変化し、家族制度についての社会情勢や国民意識などが変化するにつれて、憲法の解釈が変化することはあり得るのか。この点について、憲法学の研究者の意見書を提出する予定はないか。)について

求釈明事項2は、被控訴人に対する求釈明事項であるが、控訴人らの見解を述べると、前記第1のとおり、憲法が法律によって同性間の婚姻を認めることを積極的に排除(禁止)したものとは解されず、憲法が同性間の婚姻を積極的に排除(禁止)しているとする公権的解釈が示されてきたというような事実も存しない(そのような解釈を示した判例や確立した裁判例はなく、被控訴人が指摘する内閣の答弁〔甲A12〕も、憲法24条1項が「当事者双方の性別が同一である婚姻……の成立を認めることは想定されていない」とするものであって、同性間の婚姻が憲法上禁止されているとするものではない。)から、憲法が同性間の婚姻を積極的に排除(禁止)しているか否かという点に関して、

憲法の解釈の変化を論ずる必要は認められないものと解される。

その上で、本件で問われている本件規定の憲法適合性の問題は、憲法の特定の文言（憲法24条の「両性」及び「夫婦」という文言）の解釈のみの問題ではなく、憲法24条1項及び13条の趣旨並びに憲法14条という原理にも照らして判断されるべき性質のものである上、この点に関して直接の先例となるべき判例や確立した裁判例も存しない。したがって、本件規定が憲法24条、13条及び14条に適合しているか否かという点に関しても、敢えて憲法の解釈の変化を論ずる必要はなく、裁判所としては、端的に本件規定の憲法適合性についての判断を示すことで足りるものと解される⁶。

その点を措くとしても、かつては合憲であると解されてきた婚姻や家族に関する法律の規定が、時代が変化し、家族制度についての社会情勢や国民意識などが変化するにつれて、裁判所によって違憲であると判断されることになるという意味での憲法の解釈の変化があり得ることは、これまでの判例（最大判平成20年6月4日民集62巻6号1367頁、最大決平成25年9月4日民集67巻6号1320頁、最大判平成27年12月16日民集69巻8号2427頁）において示されているところである⁷。

第5 求釈明事項3(1)（訴状80頁には、同性婚を許容する立法をしなかったことが、遅くとも、控訴人らが婚姻届を提出した平成31年1月よりも相当前の時点には違憲となっていたとの記載があり、その主張は基本的に維持されていると捉えているが、違憲となった時点（あるいは違憲となったことの徴表となる出来事）は大まかにでも特定できるか。）について

⁶ 千葉勝美「同性婚認容判決と司法部の立ち位置」（甲A501）208頁（「憲法24条の……文言を、その後の状況から、同性同士の婚姻も排除しない、すなわち許容していると解すことのできる別の用語の意味として捉えることが許されるような状態に変遷していると考えることができよう」、「このような考え方を実現するためには、『憲法の変遷』などという講学上の概念を判決文で明示する必要はなく、要するに、憲法24条の文言の今日的解釈として司法部がなし得るとこと〔原文ママ〕であろう」とする。）参照。

⁷ 尾島明「同性婚を認めない州法の規定と合衆国憲法」（甲A155）62頁参照。

1 訴状80頁の記載は、「法律上同性の者との婚姻を認めない現行法の規定が憲法24条1項及び同14条1項違反であることは、遅くとも、本件原告らが婚姻届を提出した2019年1月よりも相当前の時点において、国会にとって明白になっていた」というものである。第6で詳しく述べるとおり、控訴人らは、法律上同性の者との婚姻を認めない本件規定が違憲であり、国会がこれを改廃しない立法不作為が国家賠償法上違法であると主張しているのであり、立法不作為そのものが違憲であると主張しているわけではない。

そのため、本求釈明事項については、本件規定が違憲であることが国会にとって明白となった時点あるいは明白となったことの徴表となる出来事についての大まかな特定を求めるものと読み替えた上で、以下のとおり回答する。

2 1946年の現行民法、戸籍法制定時において、同性間の婚姻について検討すらされなかったのは、当時の社会において、異性愛が「自然」「正常」とされ、同性愛を含むそれ以外の性愛は「不自然」「異常」なものとされていたがゆえに、婚姻は男女間の結合を前提としたものと考えられていたためである。そこでは、同性同士の結びつきが、人権の問題としてとらえられることはなかった。

しかし、その後、当事者・支援者にかかわらず学問研究や運動を通して同性愛者に対する差別や偏見に対して変更や撤廃を迫っていった結果、今日では、異性愛規範はその正当性を失い、同性愛、性的指向は人権の問題として考えられるようになった。

その上で、本件規定が憲法24条1項及び同14条1項違反であることが国会にとって明白になったといえるのは、①異性愛規範が正当性を失い、性的指向に基づく権利利益の制約や差別は個人の尊重の観点から許されないという法規範が確立され、②かかる法規範が、家族生活の場面にも及び、同性カップルにも異性カップルと同等の権利保障が認められなければならないことが、国会にとって明白になった時点であると解される。

以下、これらが国会にとって明白となったことの徴表となる事実について述べる。

(1) 同性愛を精神疾患とする知見の否定（～1995年）

アメリカでは、1970年代初頭には、同性愛を精神疾患とみなしていた精神医学界への働きかけが行われ、同性愛の脱病理化が進められたが、日本においては、1990年代になっても、未だ同性愛を異常・倒錯とする認識が主流であり、1990年の時点では、日本の代表的な国語辞典である「広辞苑」の「同性愛」の項目に「異常性欲の一種」と記載され（甲A25）、また文部省（当時）の「生徒の問題行動に関する基礎資料（中学校・高等学校編）」には、同性愛は倒錯型性非行とされ、「社会道徳に反し……是認されうるものではない」と記載されるなどしていた（甲A26）。

しかし、1992年、世界保健機関により、同性愛を疾病分類から削除した国際疾病分類改訂第10版（ICD-10）（甲A29、甲A30）が発表されると、厚生省（当時）は、1995年1月、これを政府の公式の疾病分類として採用し、同月、日本精神神経学会もこれを採用すること、この疾病分類に「性的指向は障害とみなされない」との規定があるため、学会としてこれを尊重することを明らかにした（甲A48、216、217、307、377）。

同性愛を精神疾患とみる考えは、同性愛を「不自然」「異常」なものとする異性愛規範の中心にあり、これを強化してきたものであるため、同性愛を精神疾患とする知見が否定されたこと、そして政府や学会もこれを正式に承認したことにより、異性愛規範が正当性を失ったことは、国会にとっても明白になったものと認められる。

(2) 府中青年の家事件判決（1994年（一審）、1997年（控訴審））

府中青年の家事件の第1審判決（甲A4）は、冒頭に「同性愛、同性愛者について」という項を設け、「同性愛は、人間が有する性的指向（sexual o

rientation) の一つであって、性的意識が同性に向かうものであり、異性愛とは、性的意識が異性に向かうものである」と述べ、控訴審判決（甲A51）は、「一般国民はともかくとして、都教育委員会を含む行政当局としては、その職務をおこなうについて、少数者である同性愛者をも視野に入れた、肌理の細かな配慮が必要であり、同性愛者の権利、利益を十分に擁護することが要請されているものというべきであって、無関心であったり知識がないということは公権力の行使に当たる者として許され得ない」と述べた。

府中青年の家事件の判決において、同性愛と異性愛が同等の性的指向として位置づけられ、さらに同性愛者の人権が判決の中に明確に位置づけられたことは、司法においても異性愛規範が見直されていることを示している。また、判決の名宛人は国（国会）ではないが、この判決は、行政当局に対し、同性愛者の権利、利益の擁護を求めるものであり、同じく国家権力を担う国会に対しても同様の配慮が求められるのは明らかであって、性的指向に基づく権利利益の制約が認められないことが国会にとって明らかになったことの徴表となる事実の一つとなることは疑いがない。

(3) 「人権教育・啓発に関する基本計画」の制定（2002年）

2000年12月に「人権教育及び人権啓発の推進に関する法律」が成立し、2002年には、「同性愛者への差別といった性的指向に係る問題」について「その解決に資する施策の検討を行う」と明記した、同法に基づく「人権教育・啓発に関する基本計画」が閣議決定され（甲A57）、性的指向が「主な人権課題」として位置づけられ、性的指向に基づく差別の禁止や啓発活動が国レベルで開始された。

このような動きが、2010年12月に閣議決定された第3次男女共同参画基本計画や2015年12月に閣議決定された第4次男女共同参画基本計画において、性的指向を理由とする差別や偏見の解消を目指して、啓発活動や相談、調査救済活動に取り組むことなどが記載されることにつながってい

る。さらに、国の変化は自治体にも波及し、2003年の「福岡県人権教育・啓発基本指針」を嚆矢として、性的マイノリティの人権擁護のための取り組みが自治体レベルでも開始されることになった。

このように、2000年以降、性的指向に基づく差別は人権の侵害との認識のもと、主要な人権課題として積極的に取り組むことが、国の方針となったものといえる。そして、国会においても、控訴理由書44頁以下で述べたように、2000年以降、性的指向に基づく差別の解消が、繰り返し議論の対象にされるようになっており、このことから、性的指向による差別は許されないとの法規範が国会にとって明らかになったことが認められる。

(4) 自由権規約委員会の総括所見（2008年）

控訴人ら控訴審第5準備書面において述べたように、2003年のヤング対オーストラリア事件及び2007年のX対コロンビア事件において、自由権規約委員会は、遺族年金の受給に関し、婚姻していない異性カップルと婚姻していない同性カップルとを区別することは、自由権規約26条が禁止する性的指向に基づく差別であると判断した。これらの判断により、同性同士のパートナー関係に、少なくとも事実婚と同等の保障をしないことは、性的指向に基づく差別にあたるとの解釈が確立した。

そして自由権規約委員会は、日本に対しても、2008年10月に、はじめて、その総括所見において同性のカップルの人権状況について懸念と勧告を示した（甲A95）。その後、同様の懸念と勧告が、社会権規約委員会から2013年5月に（甲A97）、自由権規約委員から2014年8月に示された（甲A96）。

いずれにおいても、性的指向に基づく差別の禁止と同性のカップルに対する法的保護のために必要な立法的な措置を取ることが明示的に勧告されている。いうまでもなく、この総括所見で条約機関が当事国に対し述べる主要な懸念や勧告のうち、立法措置に関する事項は立法府に向けられたものである。

したがって、性的指向に基づく差別は許されないとの法規範が、家族生活の場面にも及び、同性カップルにも異性カップルと同等の権利保障が認められなければならないことが、これらの勧告によって、国会にとって明白になったものといえる。

(5) 世界における同性パートナーシップ、同性婚の広がり（1989年以降）

1989年、デンマークにおいて、同性間の登録パートナーシップ制度が導入され、その後、2001年にはドイツ及びフィンランド、2004年にはルクセンブルク、2010年にはアイルランドにおいても導入されている。さらに同性婚に関しては、2000年にオランダで、世界で初めて導入された後、ベルギー（2003年）、スペイン、カナダ（2005年）、南アフリカ（2006年）において次々に導入され、2010年までの間に限っても、10か国において導入されている（甲A141）。

控訴理由書においても述べたように、これら諸外国における立法の動向については、国会図書館による調査等によって、随時、国会、国会議員に対して情報提供されている。そして国会における2010年以前の議論を見ても、単なる海外の制度の紹介にとどまらず、同性婚と憲法24条1項との関係や、同性婚を認めないのは州憲法の平等保護条項違反であるとしたアメリカ合衆国マサチューセッツ州最高裁判決の紹介（甲A229）、同性婚を海外で行う場合の婚姻要件具備証明書の発行にかかる法的問題（甲A441）、日本において同性間の法律婚を認めることの是非（甲A442）など、諸外国の動向を踏まえて、法律問題あるいは憲法問題として、かなり踏み込んだ議論がなされている。

このような諸外国の動向や、これを受けた国会での議論状況からすれば、遅くとも2010年の時点においては、同性カップルにも異性カップルと同等の権利保障が認められなければならないとの問題意識は、国会において明白であったといえる。

3 本件規定が憲法24条1項及び同14条1項違反であることが国会にとって明白になった時期を具体的に特定することは困難であるが、2で述べた事実からすれば、どれほど遅くても、2010年の時点においては、①異性愛規範が正当性を失い、性的指向に基づく権利利益の制約や差別は個人の尊重の観点から許されないという法規範が確立したことも、②かかる法規範が、家族生活の場面にも及び、同性カップルにも異性カップルと同等の権利保障が認められなければならないことも、国会にとって明白であったと認められるので、同時点では、少なくとも本件規定の違憲性は国会にとって明白であったものと認められる。

なお、訴状において述べたとおり、控訴人らの主張は、本件規定の違憲性が2019年1月よりも相当前の時点において国会にとって明白になっていたというものであるから、以上に論じたことは、裁判所が上記とは異なる時点で本件規定の違憲性が明白になったと判断することを妨げるものではない。

第6 求釈明事項3(2) (控訴審第2準備書面11頁には、「控訴人らの主張が、「異性愛者に対しては婚姻という制度を利用する機会を提供しているにもかかわらず、同性愛者に対しては、婚姻によって生じる法的効果の一部ですらもこれを享受する法的手段を提供しないとしていること」が合理的根拠を欠くことをも問題とする趣旨を含むものである」との記載があるが、これは、控訴人らにおいて、婚姻制度において同性者間の婚姻を認めないのみならず、同性者間に、婚姻によって生じる法的効果と同等の法的効果を楽しむことができる他の制度も立法として用意していないことが、憲法に違反し、国家賠償法上違法であると主張する趣旨か。) について

1 控訴人ら控訴審第2準備書面11頁における主張は、本件規定が憲法14条1項に違反する旨の控訴人らの主張は、当然に、本件規定が「異性愛者に対しては婚姻という制度を利用する機会を提供しているにもかかわらず、同性愛者に対しては、婚姻によって生じる法的効果の一部ですらもこれを享受する法的

手段を提供しないとしていること」（第1審判決32頁）が合理的根拠を欠くものとして同項に違反する旨の主張を包含することになる旨を述べたものである。

控訴人らが憲法14条1項違反を問題にしているのは、本件規定によって生じている本件区別取扱い、すなわち、本件規定によって、同じく婚姻しようとする国民でありながら、同性の相手と婚姻しようとする者（婚姻の当事者である同性カップル）は、民法731条から738条までに規定された婚姻の要件を満たした上で、民法739条及び戸籍法の規定に従って婚姻届を提出したとしても、適法なものとして受理されず、婚姻の成立及びその効力を一切認められないという、本件規定によって現に生じている区別取扱いであり、本件規定を含む現行の婚姻制度を離れて、婚姻によって生じる法的効果と同等の法的効果を楽しむことができる（現に存在しない）他の制度を想定し、そのような制度が立法として用意されていないこと（立法不作為）が憲法14条1項に違反する旨を主張するものではない。

2 その上で、控訴人らは、同性カップルについて異性カップルについての婚姻制度と異なる法制度を設けることや、同性カップルと異性カップルとの間で享受し得る法的利益の内容に差異を設けることについて合理的根拠を見出すことは困難あるいは不可能である旨を主張しているところ（控訴理由書37頁等参照）、このような控訴人らの見解を前提とすると、同性カップルにも異性カップルと完全に同等の婚姻が認められない限り、本件規定によって生ずる区別取扱いは、合理的根拠を欠いた差別として憲法14条1項に違反するものであるということになる。すなわち、本件規定は、同性カップルに対して異性カップルと完全に同等の婚姻を認めていない点において、違憲の瑕疵を帯びるものであるということになる。

他方、このような見解とは異なり、本件規定が「異性愛者に対しては婚姻という制度を利用する機会を提供しているにもかかわらず、同性愛者に対しては、

婚姻によって生じる法的効果の一部ですらもこれを享受する法的手段を提供しないとしていること」の限度では合理的根拠を欠いた差別として憲法14条1項に違反するものであるといえるとしても、仮に同性カップルに対して婚姻によって生じる法的効果と同等の法的効果を享受することができる他の制度が設けられたとするならば、本件規定によって生ずる区別取扱いが合理的根拠を欠いた差別として憲法14条1項に違反するものとはいえなくなる可能性があるとする見解（控訴人らの理解とは異なるが、第1審判決は、そのような見解を示唆したものとも解され得る。）に立った場合には、本件規定は、上記の限度において違憲の瑕疵を帯びるものであるということになるものと解される。

以上の二つの見解の相違は、本件規定が、どの範囲において違憲の瑕疵を帯びるものであるか、すなわち、本件規定によって生ずる区別取扱いのうち、どの部分までが合理的根拠を欠いた差別として違憲であると判断されるかに関するものであり、いずれの見解においても、違憲判断の対象が（立法不作為ではなく）現に存在する本件規定であることには変わりがない。

そして、前者の見解によれば、本件規定によって生ずる区別取扱いはその全部が合理的根拠を欠いた差別として違憲であるということになるのに対して、後者の見解によれば、その一部が合理的根拠を欠いた差別として違憲であるということになるから、前者の見解に基づく本件規定の違憲の主張は、後者の見解に基づく違憲の主張をその一部分として包含するという関係にあることになる（後者の見解に基づく違憲判断は、前者の見解に基づく違憲の主張の一部を認めたものであると解されることになる。）。

- 3 控訴人ら控訴審第2準備書面11頁における主張の趣旨は、以上のとおりであり、「同性者間に、婚姻によって生じる法的効果と同等の法的効果を享受することができる他の制度も立法として用意していない」という立法不作為が憲法に違反し、国家賠償法上違法であると主張する趣旨ではない。

以上