

【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7準備書面

2022年(令和4年)5月30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

裁判所からの令和3年12月23日付け求釈明事項の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、控訴人ら控訴審第6準備書面第6で回答した内容を、以下のとおり補足する。

1 控訴人らが憲法14条1項違反を主張する対象について

控訴人らは、これまで本件規定が憲法14条1項に違反する旨を主張してきたが、裁判所からの求釈明を踏まえて改めて検討すると、控訴審第6準備書面で述べたとおり、本件規定によって生じている区別取扱い、すなわち、本件規定が異性間の婚姻のみを規律の対象とし、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ていることよって、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区別を生じさせていることが、合理的な理由のない差別であって憲法14条1項に違反するというものが、控訴人らの主張をよりの確に表現するものであると考える（控訴人らは、本件規定によって生じている区別取扱いが憲法14条1項違反であるとした上で、その違憲性を解消するための立法措置を国会が執らないという立法不作為が違法であると主張するものであり、本件規定〔婚姻に関する民法及び戸籍法の諸規定

の全体]が違憲無効であると主張しているものではない¹。)

このように、法律の規定自体のみならず、法律の規定によって生じている区別取扱いについても憲法14条1項適合性判断の対象となり得ることは、「国籍法3条1項の規定が、日本国民である父の非嫡出子について、父母の婚姻により嫡出子たる身分を取得した者に限り日本国籍の取得を認めていることによって、同じく日本国民である父から認知された子でありながら父母が法律上の婚姻をしていない非嫡出子は、その余の同項所定の要件を満たしても日本国籍を取得することができないという区別（以下「本件区別」という。）」が合理的理由のない差別であり、「国籍法3条1項の規定が本件区別を生じさせていることは、憲法14条1項に違反する」と判断した国籍法違憲判決（最大判平成20年6月4日民集62巻6号1367頁）においても既に示されているところである²。

2 違憲判断の対象と国家賠償法上の違法判断の対象の区別

- (1) 「法律の規定が憲法上保障され又は保護されている権利利益を合理的な理由なく制約するものとして憲法の規定に違反するものであることが明白であるにもかかわらず、国会が正当な理由なく長期にわたってその改廃等の立法措置を怠る場合などにおいては、国会議員の立法過程における行動が上記職務上の法的義務に違反したものとして、例外的に、その立法不作為は、国家賠償法1条1項の規定の適用上違法の評価を受ける」（再婚禁止期間違憲判決〔最大判平

¹ 仮に本件規定（婚姻に関する民法及び戸籍法の諸規定の全体）が違憲無効とされれば、本件規定によって生じている区別取扱いも解消されることになるが、そのような解釈は到底採用し得ないものであり、控訴人らもそのような解釈を主張するものではない。

² 国籍法違憲判決についての民集の判示事項1は、「国籍法3条1項が、日本国民である父と日本国民でない母との間に出生した後に父から認知された子につき、父母の婚姻により嫡出子たる身分を取得した（準正のあった）場合に限り日本国籍の取得を認めていることによって国籍の取得に関する区別を生じさせていることと憲法14条1項」とされており、判決要旨1は「国籍法3条1項が、日本国民である父と日本国民でない母との間に出生した後に父から認知された子について、父母の婚姻により嫡出子たる身分を取得した（準正のあった）場合に限り届出による日本国籍の取得を認めていることによって、認知されたにとどまる子と準正のあった子との間に日本国籍の取得に関する区別を生じさせていることは、遅くとも上告人が国籍取得届を提出した平成15年当時において、憲法14条1項に違反していたものである」とまとめられている。

成27年12月16日民集69巻8号2427頁]) のものであるところ、このことは、「法律の規定」自体が憲法に違反するものであることが明白である場合のみならず、「法律の規定によって生じている区別取扱い」が憲法に違反するものであることが明白である場合にも同様に当てはまるものと解される。

前記1のとおり、控訴人らが憲法14条1項に違反するものであることを主張している対象は、本件規定によって生じている区別取扱いであり、その違憲性を解消するための立法措置を国会が執らないという立法不作為ではない。そのような立法不作為については、本件における憲法14条1項適合性判断の対象となるものではなく、「国家賠償法1条1項の規定の適用上違法の評価を受ける」か否かという違法判断の対象となるものに過ぎない³⁴。

(2) 上記(1)のような違憲判断の対象と国家賠償法上の違法判断の対象の捉え方に関しては、最高裁判所裁判官国民審査法（以下「国民審査法」という。）が在外国民に審査権の行使を認めていないことの適否が問題となった事案についての直近の違憲判決である最大判令和4年5月25日裁判所ウェブサイト掲載の判示も参考になるものと考えられる。

同最判は、「国民審査法4条、8条により在外国民に審査権の行使が認めら

³ 立法の内容と立法行為は区別されるものであり、違憲審査で問題となるのは立法の内容（立法の不存在を含む。）の憲法適合性である。立法行為（立法の不作為を含む。）が問題とされるのは、立法の内容の違憲性を主張する手段として立法不作為を理由とする国家賠償請求訴訟のルートを用いる必要があるという事情による。曾我部真裕「立法不作為の違憲審査」法学教室476号（2020年）（甲A504）55頁参照。

⁴ なお、法律の規定やそれによって生じている区別取扱いが憲法に違反する場合に、当該法律の規定を改廃しないという立法不作為を違憲判断の対象とすることは、理屈の上では一応想定され得ることであるが、そのような場合は、当該法律の規定やそれによって生じている区別取扱いが違憲であるとすれば足りることから、敢えてこれを立法不作為の問題として構成する必要性は認められないものと解される。戸松秀典『憲法訴訟（第2版）』（有斐閣、2008年）（甲A505）151～152頁参照。国会の立法義務の懈怠を直接に違憲審査の対象とするよりも、国会による立法権行使の結果である法律の規定やそれによって生じている区別取扱いを対象としてその違憲性を審査する方が、立法作用への介入の程度が小さく、権力分立の観点からより謙抑的などと考えられることからしても、後者が原則的な審査手法となるべきものと解される。先に見たとおり、国籍法違憲判決の多数意見も、立法不作為ではなく、「国籍法3条1項の規定が本件区別を生じさせていること」を違憲判断の対象に据えている。

れていると解することはできず、現行法上、在外国民について審査権の行使を認める規定を欠いている状態にあるといわざるを得ない」ことを確認した上で、「国民審査法が在外国民に審査権の行使を全く認めていないことは、憲法15条1項、79条2項、3項に違反するものというべきである」と判断している。このような違憲判断は、国民審査法中の特定の規定が違憲（違憲無効）であるとするものではなく、国民審査法が全体として「在外国民について審査権の行使を認める規定を欠いている」ことによって「国民審査法が在外国民に審査権の行使を全く認めていないこと」を憲法適合性判断の対象として、違憲判断をしたものと解される。このような同最判の判断を参照するならば、本件においても、「婚姻に関する民法及び戸籍法の諸規定」（本件規定）が全体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（控訴人ら控訴審第6準備書面第2参照）、同性間の婚姻の成立を認めていない規定を特定することが困難であること（控訴人ら控訴審第6準備書面第3参照）から、本件規定が同性間での婚姻の成立及びその効力を一切認めていないことによって生じている区別取扱いを憲法適合性判断の対象に据えることは、適切であると考えられる（また、同最判が、「在外審査制度を創設することについては、在外国民による国民審査のための期間を十分に確保し難いといった運用上の技術的な困難があることを否定することができない」ことを指摘しつつも、そのような技術的な困難を踏まえた上で在外国民にどの程度までの審査権の行使の機会を認めれば憲法適合的であると認められるかについては具体的に述べることなく、「国民審査法が在外国民に審査権の行使を全く認めていないこと」〔傍点による強調は引用者による。〕が違憲であると判断していることに照らすと、本件の第1審判決のように、「同性間の婚姻や家族に関する制度は、その内容が一義的ではなく、同性間であるがゆえに必然的に異性間の婚姻や家族に関する制度と全く同じ制度とはならない（全く同じ制度にはできない）」ことを指摘しつつも、そのことを踏まえた上で同性愛者に対してどの程度まで婚姻によって生じる法的効果

を享受し得る法的手段を提供すれば憲法適合的であると認められるかについては具体的に述べることなく、「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」〔傍点による強調は引用者による。〕が違憲であると判断することも、違憲判断の示し方として認められ得るものであると解することができる。)

他方、同最判は、「国会において在外国民に審査権の行使を認める制度（以下「在外審査制度」という。）を創設する立法措置がとられなかったこと（以下「本件立法不作為」という。）」を国家賠償法上の違法判断の対象とした上で、「国会は、平成18年公選法改正や平成19年の国民投票法の制定から平成29年国民審査の施行まで約10年の長きにわたって、在外審査制度の創設について所要の立法措置を何らとらなかった」ことなどからすると、「本件立法不作為は、平成29年国民審査の当時において、国家賠償法1条1項の適用上違法の評価を受けるものというべきである」と判断している。このような判断は、違憲判断の対象と国家賠償法上の違法判断の対象を峻別し、後者については、在外国民に審査権の行使を認める制度を創設する立法措置を執らないという立法不作為をその対象とした上で、国会が執るべき立法措置の内容を一義的に特定することなく、「在外審査制度の創設について所要の立法措置を何らとらなかった」〔傍点による強調は引用者による。〕ことをもって、国家賠償法上違法であると判断したものであるといえる。このような同最判の判断を参照するならば、同じく立法不作為を理由とする国家賠償請求の事案である本件においても、違憲判断の対象と国家賠償法上の違法判断の対象を峻別し、後者については、本件規定によって生じている区別取扱いの違憲性を解消するための所要の立法措置を国会が執らないという立法不作為をその対象とした上で、国会が執るべき立法措置の内容を一義的に特定することなく、その違法性の有

無を判断することは、適切であると考えられる（立法不作為が国家賠償法上違法であると判断する際に、国会が執るべき立法措置の内容が一義的に特定されることは必ずしも必要でないといわれることについては、控訴理由書40～41頁でも論じたとおりである。）。

3 控訴人らの主張と第1審判決の判断との関係について

第1審判決は、「本件規定が、異性愛者に対しては婚姻という制度を利用する機会を提供しているにもかかわらず、同性愛者に対しては、婚姻によって生じる法的効果の一部ですらもこれを享受する法的手段を提供しないとしていることは、立法府が広範な立法裁量を有することを前提としても、その裁量権の範囲を超えたものであるといわざるを得ず、本件区別取扱いは、その限度で合理的根拠を欠く差別取扱いに当たると解さざるを得ない」とし、「したがって、本件規定は、上記の限度で憲法14条1項に違反すると認めるのが相当である」と判示しているところ、その趣旨は、本件規定が憲法14条1項に違反して無効であるというものではなく、国籍法違憲判決と同様に、本件規定が上記のような区別取扱いを生じさせていることが、その限度で憲法14条1項に違反するものであることを述べるものと解される。

その上で、第1審判決が憲法14条1項に違反するものとした上記の「区別取扱い」の内容は、控訴人らが憲法14条1項に違反するものであると主張する「区別取扱い」の内容（前記1参照）と同一のものではないが、①いずれの「区別取扱い」も本件規定によって生じているものであること、②控訴人が憲法14条1項違反を主張する「区別取扱い」（異性カップルと同様の婚姻をすることができるか否かに関する区別取扱い）は、その帰結として、婚姻によって生ずる法的効果を享受し得るか否かに関する「区別取扱い」を必然的に生じさせるものであり、後者の「区別取扱い」を包含するものであるということができ、③法律の規定の憲法適合性は法律判断であり、裁判所がその判断に当たって当事者の主張に拘束されるものではないから、本件規定によって生じている区別取扱い

の憲法14条1項適合性の問題が提起されている本件において、裁判所が控訴人らの主張とは異なる独自の観点や理由に基づく違憲判断をすることは妨げられないこと、④控訴人らは、立法不作為を理由とする国家賠償請求の前提として本件規定によって生じている区別取扱いが憲法14条1項に違反する旨を主張しているところ、控訴人らの主張とは異なる観点や理由から本件規定によって生じている区別取扱いが憲法14条1項に違反するものと判断される場合であっても、そのような区別取扱いによって控訴人らが権利利益を侵害され精神的損害を被っているものと評価し得ることからすると、裁判所が控訴人らの主張とは異なる独自の観点や理由に基づく違憲判断を示すことは、訴訟物たる損害賠償請求権の存否を判断するために、許容されるのみならず、要請される場所であるところと解されること、⑤本件において提起されている本件規定の憲法適合性の問題の重要性、切迫性及び社会的影響の大きさなどに照らせば、本件規定によって生じている区別取扱いの憲法14条1項適合性の問題が提起されている本件において、第1審判決のように、裁判所が控訴人らの主張とは異なる観点からも憲法14条1項適合性を検討し、控訴人らの主張とは異なる独自の観点や理由に基づいて本件規定が憲法14条1項に違反するとの判断を示すことは、許容されるのみならず、強く要請される場所あるというべきであり、控訴人らとしてもそのことを求めるものである。

したがって、控訴人ら控訴審第6準備書面第6及び本書で述べたところは、裁判所が、第1審判決のように、控訴人らの主張とは異なる観点からも憲法14条1項適合性を検討し、控訴人らの主張とは異なる独自の観点や理由に基づいて本件規定が憲法14条1項に違反するとの判断を示すことを不要とする趣旨を含むものではない。

4 求釈明事項の3(2)に対する回答

以上を踏まえて、改めて求釈明事項の3(2)に対する回答を整理して述べると、以下のとおりである。

- (1) 控訴人らが憲法14条1項違反を主張する対象は、本件規定によって生じている区別取扱いであって、「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」という立法不作為ではない。

なお、本件規定によって生じている区別取扱いには、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は、婚姻の成立を認められないというのみならず、婚姻によって生じる法的効果と同等の法的効果を（一切）享受することができないという区別取扱いも含まれるものであり、控訴人らは、そのような区別取扱いについても、合理的な理由のない差別であって憲法14条1項に違反する旨を主張するものである。

- (2) 他方、控訴人らが国家賠償法上違法であると主張する対象は、本件規定によって生じている違憲な区別取扱いを解消するための立法措置を国会が執らないという立法不作為である。

なお、本件規定によって生じている区別取扱いの違憲性を解消するために執るべき立法措置の内容として、本件規定の改正が必要となるか、あるいは、本件規定を改正する以外の立法措置でも足りることになるかは、本件規定によって生じている区別取扱いがどのような範囲ないし限度で憲法14条1項に違反するものと解されるかによって異なり得るものと考えられ、第1審判決のように「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」の限度で本件規定によって生じている区別取扱いが憲法14条1項に違反するものと解した場合には、その違憲性を解消するために本件規定の改正までは必要なく、「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」する立法措置で足りるということも想定され得ることになる。

しかしながら、先述のとおり、違憲判断の対象と国家賠償法上の違法判断の対象は区別されるものであり、本件規定によって生じている区別取扱いの違憲性を解消するために国会が執るべき所要の立法措置は、立法不作為の国家賠償法上の違法判断において論じられるものである上、立法不作為が国家賠償法上の違法であると判断する際にも国会が執るべき立法措置の内容が一義的に特定されることは必ずしも必要でないことと解されることからすると、上記のようなことが想定され得るとしても、そのことによって、本件における違憲判断の対象が何であるかについての理解に変化がもたらされるものとは解されない⁵。

その点を措くとしても、控訴人らとしては、裁判所が本件規定によって生じている区別取扱いの憲法14条1項違反について控訴人らの主張と同一の見解に立たない場合に、裁判所が控訴人らの主張とは異なる観点からも憲法14条1項適合性を検討し、控訴人らの主張とは異なる独自の観点や理由に基づいて本件規定が憲法14条1項に違反するとの判断を示すことを不要とするものではなく、そのような違憲判断についても求めるものであることから、仮に裁判所が、第1審判決のように「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」の限度で本件規定によって生じている区別取扱いが憲法14条1項に違反する

⁵ 例えば、在外国民選挙権訴訟判決（平成17年9月14日民集59巻7号2087頁）は、「在外選挙制度を設けるなどの立法措置を執ることが必要不可欠であった」ことを指摘した上で、「何らの立法措置も執られなかった」という立法不作為を違法であると判断しており、国会の執るべき立法措置の内容を公職選挙法の規定の改正に限定していないものと解されるが、違憲判断の対象については、「本件改正前の公職選挙法が、本件選挙当時、在外国民であった上告人らの投票を全く認めていなかったこと」、「公職選挙法附則8項の規定のうち、在外選挙制度の対象となる選挙を当分の間両議院の比例代表選出議員の選挙に限定する部分」であるとしている。前掲の最大判令和4年5月25日も、「国会において在外国民に審査権の行使を認める制度（以下「在外審査制度」という。）を創設する立法措置がとられなかったこと（以下「本件立法不作為」という。）が違法であると判断しており、国会の執るべき立法措置の内容を国民審査法の規定の改正に限定していないものと解されるが、違憲判断の対象については、「国民審査法が在外国民に審査権の行使を全く認めていないこと」であるとしている。

ものと解するのであれば、そのような違憲判断を前提に、「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」という立法不作為の国家賠償法上の違法性を判断することについても求めるものである。

以上