

【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4準備書面

2022年(令和4年)2月24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

1 本件規定の違憲性についての渋谷秀樹教授の意見

渋谷秀樹教授は、『憲法〔第3版〕』（有斐閣，2017年）（甲A249＝乙13）において、「同性間の婚姻が異性間の婚姻と同程度に保障されると解することは憲法の文言上困難である」としていたが、『憲法を読み解く』（有斐閣，2021年）（甲A489）では，憲法14条1項にいう「性別」には性的指向・性自認の相違も含むものとし（甲A489・41頁），また，憲法24条の「婚姻」の意義に関し，真摯な意思をもって共同生活を営もうとする同性カップルが現に存在する以上，それを多数派が否定するのは個人の尊重に反する旨を指摘した（甲A489・70頁）。

更に，本件についての意見書「憲法理論からみた同性婚の省察」（甲A490）では，更に進んで，上記の『憲法〔第3版〕』における記述は誤りであったとし，「憲法は異性間の婚姻にも同性間の婚姻と同程度に保障している」と改説することを明言している。

同意見書の論旨は，以下のとおりである。

(1) 前提事項

ア 「婚姻の自由」の憲法上の根拠規定

「婚姻の自由」の根拠規定については，これまで憲法13条後段の幸福追求権に求める見解が有力であった。憲法13条には婚姻を異性婚に限定することも読める「両性」等の文言はなく，その点で婚姻の自由の外延を同性間の婚姻まで延ばすことが可能である。また，異性間の婚姻と並んで同性間の婚姻を認めることは，憲法の人権規定の核心を構成する憲法13条前段の「すべて国民は，個人として尊重される」との規範とも整合的である。「個人の尊重」という基本理念は，その理念に基づき社会を整序する法律の制定を国会に求めるのみならず，その理念に忠実な法律の運用を内閣，行政各部及び裁判所にも求める規定である。「個人の尊重」という基本理念は，現行憲法の制定時には同性間の婚姻が想定されていなかったとしても，その空白を埋

める規範としても機能することになる。

最高裁の判例は、婚姻の自由の問題は、憲法24条1項の解釈問題であるとしている。加えて、婚姻制度に関する法律は、憲法24条2項が明文で示している個人の尊厳と両性の本質的平等にも立脚して制定される必要がある（甲A490・1～3頁）。

イ 憲法制定時の考え方

同性間の婚姻については、憲法制定審議においてまったく言及されていないが、その原因は、当時、明治民法が男女間でのみ法的な婚姻関係が生じ得るものとしており、それを前提に憲法が制定されたためであると考えられる。一般社会にいう「結婚」は、民法上の「婚姻」よりも広い概念であると考えられるが、当時、同性同士の「結婚」が存したか否かは定かではなく、「婚姻」と「結婚」との包含関係も定かではない。また、憲法24条2項及びその草案にある「両性の本質的平等」の英文は、「the essential equality of the sexes」とされており、「sex」という文言について性的指向を含むとする自由権規約人権委員会により示されていることかすると、そこに性的指向に基づく差別禁止を読み取れないわけでもない。

いずれにしても、民法も憲法の下位法に過ぎず、下位法の定めが憲法の内容を決定するのは本末転倒であるから、そもそも憲法24条1項あるいは13条が想定している「婚姻」とは何かを考える必要がある（甲A490・2～4頁）。

ウ 憲法における規範命題の分類

憲法24条1項あるいは13条の定める規範命題の解明のためには、まず憲法における規範命題の分類を明確にする必要がある。

条件プログラム（要件→効果）として定められた憲法の条項をその効果に着目して分類すると、①作為を命じる命題（下命命題）、②不作為を命じる命題（禁止命題）、③作為・不作為のどちらも容認する命題（許容命題）の

3種類に分けることができる。

人権に関する条項については、権利の多様性からして、上記のいずれの規範命題であるかを容易に判別し難いことも多い。判例では、憲法15条1項の「国民」が日本国民を意味することからすれば、憲法93条2項にいう「住民」も地方公共団体の区域内に住所を有する日本国民を意味するものと解されることから、「我が国に在留する外国人に対して、地方公共団体の長、その議会の議員等の選挙の権利を保障したものということはできない」とする一方、「憲法第8章の地方自治に関する規定は、民主主義社会における地方自治の重要性に鑑み、住民の日常生活に密接な関連を有する公共的事務は、その地方の住民の意思に基づきその区域の地方公共団体が処理するという政治形態を憲法上の制度として保障しようとする趣旨に出たものと解される」という憲法の基本理念に照らして、同条は、法律で定住外国人に地方選挙権を付与することを許容する条項である（許容命題である）と解した例がある（最判平成7年2月28日民集49巻2号639頁）（甲A490・4～6頁）。

エ 憲法解釈のあり方

アメリカ合衆国においては、憲法解釈方法を巡って、憲法の条文、制憲者の意思及び憲法の構造のみに依拠すべきであるとする原意主義（originalism）と、それらを超えて憲法の基本理念の実現を図るべきとする非原意主義（non originalism）の対立があるが、原意主義は少数説であり、非原意主義が有力である。その理由は、憲法制定後、社会・経済状況は制定時には予想できなかったほどの変革を遂げており、制定時の考え方を墨守しては変革に対応できないため、憲法の基本理念に照らして憲法の条文を解釈し、それに抵触する法律に修正を施していくことにより、合理的で正義に適った結論を導く必要があると考えられるためである。

日本においても、立法や判例（先に見た定住外国人の地方選挙権の例）は、

非原意主義的な考え方を採用しているものと考えられる（甲A490・6頁）。

オ 憲法24条1項はどの規範命題か

憲法24条1項は、その「両性」という文言からすると、男女間の婚姻を禁止する法律を作ってはならないとする禁止命題と、男女間の婚姻を整序する法律を作ることを命じる下命命題と解されることになるが、同性間の婚姻を明確に排除しているものとは断定できない。先にみたとおり（前記イ）、同性間の婚姻については、憲法制定審議において議論されておらず、この点からも、同項が同性間の婚姻を禁止すべきであるとする禁止命題を定めたものと断定することはできない。従前の学説からも、同項から、同性間の婚姻についてどの命題が確固として導き出されるものかは明らかでない（甲A490・7頁）。

カ 「婚姻」の定義とその流動性

「婚姻」の要素として生殖が挙げられることが多いが、婚姻と生殖は別問題であり、高齢者同士の婚姻や生殖不能の夫婦の婚姻を認めないことは不条理であるから、生殖を婚姻の要件とすることはできない。婚姻の自由は、結社の自由の特別法であるとも位置付けられるものであり、民法学説に従って「婚姻」は寝食を共にすることを目的とする継続的な団体であると解するならば、性別や生殖の有無は問われないことになる。

我妻栄『親族法』は、「〔親族的集団〕の起源を探ることは、不可能に近く、その将来を卜することは、夢に等しい」と述べているところ、かかる記述は、「婚姻」についての規範命題の流動性を示すものである（甲A490・7～8頁）。

キ 諸外国の動向

諸外国では、1989年以降に登録パートナーシップ制度が、2000年以降に同性間の婚姻制度が次々と導入されている。

また、アメリカ合衆国では、2015年の最高裁の Obergefell 判決により、同性間の婚姻を認めるべきことが憲法上の下命命題であることが確立されており、台湾でも、2017年に司法院が同性婚を認めない民法の規定は憲法違反であると判断した（甲A490・8～9頁）。

ク 日本における意識調査

2015年以降に実施された各種の意識調査の結果では、同性間の婚姻に賛成する意見が過半数となり、その割合は増加している（甲A490・9頁）。

(2) 憲法24条1項の解釈（「解釈の決め手となるのは何か」）

国籍法非準正子差別違憲判決（最大判平成20年6月4日民集62巻6号1367頁）や非嫡出子法定相続分違憲判決（最大決平成25年9月4日民集67巻6号1320頁）では、問題となった法律の条項について、その制定時には合憲であったが、諸外国の動向・国際的な見直しの傾向を理由の1つとして、その後に違憲となったと解すべきとした。また、法律が違憲か否かの判断において、国民意識の多寡を基準として用いることは一般論として回避すべきであるが、家族に関する人権規定の解釈については、人々がどのような価値観のもとで生活しているかの認定を避けて通ることはできない。憲法24条の中核は、対等な当事者を前提とした家族制度の創設及び合意以外の婚姻要件の排除にあるが、それ以上の内容は、社会や時代の変化に応じた具体的な立法や憲法解釈によって具体化し、また変動しうると考えるべきである。先に見た意識調査の結果（前記(1)ク）は、「家族」や「婚姻」の一般的国民の理解がかつてとは異なっていることを顕著に示しており、現時点で、それを同条の解釈から排除することはできない。諸外国の動向（前記(1)キ）及び意識調査の結果は、いずれも、婚姻に関する法律の基礎を形成し、その合理性を支える「立法事実」に関わる重要な事実であるが、同性間と異性間の婚姻についての差別が問題となっている本件においては、その差別に精神医学・心理学上の合理的根拠が存する

のかに着目する必要となるところ、戦前から憲法制定時を経て1970年頃に至るまで、同性愛は精神疾患あるいは性格異常であるとされていたが、1973年以降、同性愛に関する知見は変化し、現在では、同性愛が精神疾患あるいは性格異常であるとはされなくなった。

同性間の婚姻を認めない現行民法及び戸籍法の諸条項を支える立法事実は、同性愛が精神疾患あるいは性格異常と認める精神医学・心理学上の知見、諸外国の動向及び国民意識にあったと考えられるところ、精神医学・心理学上の知見が劇的に変化し、同性愛が精神疾患あるいは性格異常であるとする従来の知見が否定され、更には、世界の動向そして国民意識が大きく変わった以上、婚姻に関する現行民法および戸籍法の諸条項を支える立法事実は、根本から変わったと評価しなければならない。

諸外国で登録パートナーシップ制度が認められ始めた時期（1989年以降）は、同性愛に関する精神医学・心理学における知見の変更がWHOによるICD-10の発表（1992年）等により国際社会に浸透していった時期と符合しており、その後、法律によって同性間の婚姻を承認する国が増加していった。2008年には、国連においてLGBTIの問題を中心的に推進するコアグループが結成され、日本もそこに構成国として加わって、国際社会に対して性的指向と性自認に基づく差別の撤廃に関して積極的に役割を果たすことを表明した。2011年及び2014年には、国連人権理事会において、性的指向や性自認を理由とした差別と暴力に重大な懸念を表明する決議が採択され、日本もこれらに賛成した。そして、2015年には、アメリカ合衆国最高裁のObergefell判決により、同性間の婚姻を認めるべきことが憲法上の下命命題であることが確立された。

以上を踏まえると、日本においても、遅くとも2015年のObergefell判決がなされた時点では、異性間の婚姻のみを認める民法及び戸籍法の婚姻に関する諸条項は、その合理性を支える立法事実が失われ、憲法24条1項の規範

内容は、同性間の婚姻の法的承認についての許容命題から、同性間の婚姻の保障を義務付ける下命命題へと変化したものとみられる（甲A490・10～14頁）。

(3) 平等原則違反の問題

憲法上の権利の制約・侵害が問題となる事案において、実体的権利とともに、憲法上の権利さらにはその他の法的な利益・不利益に横断的に、平等原則が問題となることがある。本件の場合も、婚姻の自由という実体的権利と並んで、異性間の婚姻にのみ保障される法的権利・利益との不平等も問題となる。

最高裁の判例は、自らの意思によっては変更できない地位に着目して、その地位による区別につき、学説にいう厳格審査をしたのと同等の審査をして、違憲判断を下している。科学的知見として、性的指向は、精神医学上治療の対象となる精神疾患でもなく、心理学上も後天的に形成された異常性格ではないと認められており、性的指向に基づく差別は、憲法14条1項後段の「性別」に基づく差別にも当たるものと解される（甲A490・14～15頁）。

(4) 結論

かつて著した体系書において、「同性間の婚姻が異性間の婚姻と同程度に保障されると解することは憲法の文言上困難である」（渋谷秀樹『憲法〔第3版〕』463頁）としたが、これは、異性間の関係だけが法的保護に値し、同性間の関係は保護に値しない劣ったものとする社会通念を科学の面から支えていた精神医学・心理学において、上記のような知見の変更があったことを不覚にも知らずに記したものであり、本意見をもって、この見解は誤りであったことを確認し、「憲法は同性間の婚姻にも異性間の婚姻と同程度に保障を与えている」と改説したい。以上の分析を踏まえれば、憲法上の「婚姻」とは、「相互の指向と価値観を理解し共有し合える個人同士が互いを信じあって対等に生きる時間を分かち合うために創った結社」とであると再定義されるべきである（甲A490・15頁）。

2 本件規定の違憲性についての大野友也准教授の意見

大野友也准教授は、既に2017年の論文「日本国憲法と同性婚」（甲A298）において、本件規定が憲法13条及び14条に違反する旨を論じていたところであるが、本件についての意見書（甲A491）でも、改めて本件規定が憲法14条1項に違反するものあることを論じている。

同意見書の論旨は、以下のとおりである。

(1) 同性間の婚姻を認めないことは憲法14条1項の禁止する性別に基づく差別に当たり違憲であること

憲法14条後段列挙事由に基づく差別については厳格審査に服するというのが一般的な見解であり、同性間の婚姻を認めないことが性別に基づく差別ということになれば、その合憲性は厳格審査に服することになる。

同性間の婚姻を認めないことが性別に基づく差別であることは、①比較方法論、②関係性の理論、③ジェンダーステレオタイプの理論によって説明することができる。

①の比較方法論は、差別の指標となる差異に着目するものである。この考え方によれば、ある男性Cと相互に婚姻を望む性別以外の条件が全て同様の男性Aと女性Bを比較した場合、BはCと婚姻できるのに対し、AはCと婚姻することが認められないが、その理由は、A自身の性別（Aが男性であること）にあるから、そのような区別は、性別に基づく差別であるということになる。

②の関係性の理論は、当事者が親密な関係を結ぶ「相手方」の特徴に着目するものである。この考え方によれば、同性愛の当事者は、婚姻関係を取り結ぼうとする相手方の性別が自身と同性であることを理由に婚姻することが認められないのであるから、そのような区別は、相手方の性別を指標とした性差別であるということになる。

③のジェンダーステレオタイプの理論は、社会的に構成された期待・偏見（ジェンダーステレオタイプ）を逸脱する男性あるいは女性に対する差別を、

性差別であるとみるものである。この考え方によれば、同性間の婚姻を認めないことは、「男性は女性と婚姻するべきであり、女性は男性と婚姻するべきである」というステレオタイプに基づき婚姻相手の性別を限定するものと解されることから、性差別であると構成されることになる。

以上のとおり、同性間の婚姻を認めないことが性別に基づく差別であるとして厳格審査をした場合、同性婚を認めないことを正当化するに足る「やむにやまれざる政府利益」が存在するとはいえないから、そのような差別は、憲法14条1項に違反することになる。

(2) 国の主張に対する反論等

国は、同性カップルが婚姻できないという差別について、内容中立の法律の規定から生ずる「事実上の結果ないし間接的な効果に過ぎない」かのように主張するが、形式的には当事者が同意ないし妥協の上で選択したといい得る婚姻の際の同氏強制の問題とは異なり、同性カップルが婚姻制度を利用するために同意や妥協によってその性別を変更するということが不可能であり、同性カップルは同性間の婚姻が認められないことで婚姻制度の利用から完全に排除されているものであるから、そのような結果は、法律の規定から生ずる間接的なものではなく、むしろ直接的な差別であるというべきであるし、仮に間接差別であるとしても、憲法14条1項違反の問題を等閑視することはできないものである。また、憲法14条1項は、国家に対して差別的なメッセージの抑制を要請しており、国が同性婚を認めないという現状が、同性愛者に差別の存在を強く意識させ、社会における差別感情の共有を助長していることからすれば、国は、そのような差別的なメッセージを抑制するためにも、同性間の婚姻を認めるべきである。

なお、国は、大阪地裁に提出した準備書面において、同性間の婚姻を認めないことが社会的身分に基づく差別であることを否定する主張の論拠として、論文「日本国憲法と同性婚」（甲A298・12頁）の記述を引用しているが、

同記述は、同性間の婚姻を認めないことが憲法14条1項に違反しないとか、それを社会的身分に基づく差別であると解することを否定したりする趣旨のものではない。国による上記のような引用は、自身に都合の良い箇所のみをつまみ食いであり、論文執筆者に対する冒瀆である。

3 巻美矢紀教授の見解

巻美矢紀教授は、2019年の論文「Obergefell 判決と平等な尊厳」（甲A158）において、本件を含む「婚姻の自由をすべての人に」訴訟について、「私は憲法学研究者としての見地から、勝訴が期待できると考えている」（114頁）と述べていたところ、2022年の論文「救済を視野に入れた憲法上の実体的な権利の構成——同性婚訴訟を手掛かりとして」（甲A492）では、同性カップルに対する保護の立法不作為を憲法14条1項の法の下での平等違反とした札幌地裁の第1審判決を「画期的」なものであると評した上で、憲法24条は、法律婚を憲法上の権利として保護しており、法律婚を含む結婚の権利は、相手方の同意を前提とした「生活と人生を共にすべき伴侶に関する選択」として人格の発展に重要なものであって、配偶者の選択の自由はその中核部分をなすものであるから、異性間の婚姻しか認めない現行法の解釈・運用は、法律婚の権利の中核に対する直接的な制約をなすものである上、同性愛者に婚姻制度へのアクセスを永久に制限するものであることからすれば、厳格な審査が求められるとし、結婚と生殖とが切り離されたならば、緩やかな審査基準ですらクリアすることはできず違憲であると論じている。

4 小括

2020年の高橋和之教授の著書『立憲主義と日本国憲法（第5版）』は、「結婚の自由については憲法24条が保障しているが、近年議論され始めた同性間の婚姻まではカバーしていないというのが通説であった。」（甲A305・156頁。下線は引用者による。）と指摘しているところ、前記1のような渋谷秀樹教授の明示的な改説や前記3のような巻美矢紀教授の見解等によって、憲法2

4条が同性間の婚姻まではカバーしていないとするかのような見解が既に過去のものとなっていることは、より一層明らかになったものといえる。

既に主張してきたとおり、憲法24条のみならず、13条及び14条をも含めて整合的に解釈するならば、憲法24条が保障する婚姻の自由は、同性間の婚姻にも及ぶものと解すべきであり、本件規定は、それを正当な理由なく侵害している点においても違憲であるというべきである。

以上