副 本

令和３年(ネ)第１９４号　損害賠償請求控訴事件

控 訴 人　　控訴人番号１ないし６

被控訴人　　国

被控訴人第１準備書面

令和４年３月４日

札幌高等裁判所第３民事部１係　御中

被控訴人指定代理人　　北　野　達　也

加　藤　正　明

居　城　美佐子

淺　野　航　平

周　藤　崇　久

生　部　雅　敏

山　本　勇　治

目　次

第１　はじめに ―――――――――――――――――――――――――――――――――4

第２　本件規定に基づき同性間で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、許容するものであり、憲法１４条１項に違反するものではないこと ―――――――――――――――――――――――――――――――――5

第３　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 ――8

１　憲法１４条１項適合性を判断するに当たっては、立法府の裁量を前提として、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ること ……8

２　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項の適合性については、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 ……9

３　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 ……12

４　婚姻について同性愛者と異性愛者との間に性的指向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 ……14

５　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 ……17

第４　本件規定の立法目的に合理的な根拠があること ―――――――――19

１　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 ……19

２　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 ……21

3　本件規定の目的の合理性を主張するための参考資料が適切であること……24
第5　本件規定がその立法目的との関連において合理性を有すること ――――25
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すること ……25
2　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も合理性を有すること ……28
3　目的達成のための手段・方法の合理性に関する原判決の判断が誤っていること ……29
第6　結語 ――――――――――――――――――――――――――――――31

被控訴人は、本準備書面において、控訴人らの２０２１年（令和３年）１１月２９日付け控訴審第２準備書面（以下「控訴人ら第２準備書面」という。）に対し、必要と認める限度で反論する。

なお、略語等は、本準備書面において新たに定めるもののほか、従前の例による。

第１　はじめに

１　控訴人ら第２準備書面における本件規定の憲法２４条及び１３条の各適合性に関する控訴人らの主張（５ないし８ページ）は、従前の主張を繰り返すものにすぎず、それらにいずれも理由がないことは、控訴答弁書第３（７ないし２０ページ）で述べたとおりである。本準備書面では、本件規定の憲法１４条適合性に関する控訴人らの主張（控訴人ら第２準備書面８ページ以下）に対し、必要と認める限度で反論し、①本件規定に基づき同性間で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、許容するものであり、憲法１４条１項に違反するものではないこと（後記第２）、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（後記第３）、③本件規定の立法目的に合理的な根拠があり（後記第４）、④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（後記第５）を明らかにする。

２　なお、被控訴人は、これまで、控訴人らが憲法１４条１項違反を主張する区別について、本件規定における特定の法的効果が異性間の人的結合関係にのみ付与されていることではなく、憲法２４条２項を受けて創設された現行婚姻制度（本件規定）の対象が異性間の人的結合関係に限定されていることであると解した上で、控訴人らの主張に対して反論してきた（控訴答弁書第４の１(1)（２０ページ）参照）。

ところが、控訴人らは、控訴人ら第２準備書面（１１ページ）において、「本

件規定が同性間の婚姻を認めていないことが憲法１４条１項に違反する旨の控訴人らの主張が、「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ことは、その主張内容から明らかである。」として、憲法１４条１項適合性の問題に婚姻によって生じる特定の法的効果の提供を受ける機会が付与されていないという不平等をも含むかのような主張をする。しかしながら、裁判所から控訴人らに対し、「婚姻制度において同性間の婚姻を認めないのみならず、同性間に、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」との求釈明がされている（令和３年１２月２３日付け「求釈明」３(2)）ことにも現れているように、控訴人らが違憲であると主張するものが何であるのかは必ずしも判然としない。

そこで、本準備書面においては、従前の理解と同様に、控訴人らが本件規定が婚姻について異性間の人的結合関係を対象とし、同性間の人的結合関係を対象とするものとして定めていないこと（本件規定による区別取扱い）について憲法１４条１項違反を主張するものと解した上で、反論を行う。

第２　本件規定に基づき同性間で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、許容するものであり、憲法１４条１項に違反するものではないこと

１　控訴答弁書第３（７ないし２０ページ）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、控訴答弁書第４の１（２０ないし２３ページ）で述べたとおり、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、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。

２　これに対し、控訴人らは、「本件規定が憲法２４条及び１３条により保障される婚姻の自由を正当な理由なく侵害するものとして違憲であるか否かと、本件規定によって、（中略）同性の相手と婚姻しようとする者は、（中略）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取扱いが生じていることが憲法１４条１項に違反するか否かは、基本的には相互に区別される別個の法律問題であ」り、被控訴人の前記１の主張は「独自のもの」と主張する（控訴人ら第２準備書面８ないし１０ページ）。

しかしながら、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、被控訴人原審第２準備書面第３の２（１８ないし２１ページ）で述べたとおりである（甲Ａ第１３９号証１０６ページ参照）。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、控訴答弁書第４の２(2)イ(ｲ)（２６及び２７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２

７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（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）。

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条の解釈との整合性を考慮する必要がないとする控訴人らの上記主張は理由がない。

3　この点、控訴人らは、「学説においても、「国会は〔憲法２４条１項を根拠として－引用者注〕「婚姻」を他の結合よりも優遇しうるにとどまり、しかもそのことから生じる不利益取扱いは、同条２項ないし憲法１４条１項の観点から合理的な根拠に基づくものでなければならない」と説かれており（中略）憲法２４条の規定が本件規定の憲法１４条１項適合性審査を免除する理由となり得るものとは到底解されない」と主張する（控訴人ら第２準備書面９ページ）。

しかしながら、被控訴人としても、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。控訴人らが引用する学説も同趣旨を述べるものであると解される。これに対し、前記第１の２のとおり、本件で憲法１４条１項適合性の問題とされているのは、婚姻によって生じる個々の法的効果（優遇）の内容ではなく、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）である。

そうすると、控訴人らの上記主張は、このような差異を正解しないものであり、理由がないというべきである。

第３　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

１　憲法１４条１項適合性を判断するに当たっては、立法府の裁量を前提として、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ること

(1) 控訴答弁書第４の２(2)ア（２３及び２４ページ）で述べたとおり、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、当該取扱いにおける区別が「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、立法府に合理的な範囲の裁量判断が認められる場合、これを前提にして、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る。

これに対し、控訴人らは、「本件で憲法適合性判断の対象とされているのは、（立法行為及び立法不作為の結果としての）本件規定によって生じた本件区別取扱いであり、国会議員の立法行為又は立法不作為ではないし、被控訴人が引用する最判の調査官解説も「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」の検討方法を論じたものではない」とし、憲法１４条１項の適合性の判断枠組みについての被控訴人の上記主張を「的を射ないものである」と主張する（控訴人ら第２準備書面１２ページ）。

(2) しかしながら、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、控訴答弁書第４の２(2)イ(ア)（２５及び２６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、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の手法であり、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。この点は、再婚禁止期間違憲判決に関し、「多くの場合、判例は、法律の規定の憲法１４条１項適合性に関し、当該区別に「合理的根拠」があるかどうかについて、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して判断するという基本的な判断枠組みを示していると考えられる」とした上で、「判例は、審査において考えるべき要素として、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、審査の厳格さ（立法裁量の広狭）はこれらの具体的事情に応じたものとする態度を採っているといえよう。」と指摘されているところである（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。寺岡洋和・最高裁判所判例解説民事篇平成２７年度〔上〕１３３ページ参照。）。

したがって、本件規定の憲法１４条１項適合性を考えるに当たり、被控訴人が主張する上記の判断枠組みによって検討すべきとの主張に何らの誤りはない。

２　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項の適合性については、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

(1) 控訴答弁書第４の２(2)イ（２５ないし２７ページ）で述べたとおり、婚姻及び家族に関する事項が憲法１４条１項に違反するか否か、すなわち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については、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条の解釈と整合的に判断する必要があり、このような判断手法は、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

においても用いられている。他方、原判決は、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」(同判決２０及び２１ページ)として、 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にもかかわらず、同条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ものであり、このような判断手法は上記各最高裁判決等に照らして特異なものであるといわざるを得ない。

これに対し、控訴人らは、上記各最高裁判決において、「婚姻及び家族に関する法制度を定めた法律の規定について、憲法の条項毎に憲法適合性が判断されていることからすれば、これらの判例は、憲法１３条、１４条及び２４条は、それぞれその規律内容を異にするものであるから、婚姻及び家族に関する法制度を定めた法律の規定の憲法適合性は、これらの憲法の条項毎に個別に判断する必要があり、その判断が区々になることもあり得るという前提に立つものであることが明らか」であるとして、「本件規定が憲法２４条及び１３条に違反しないと判断しつつ、憲法１４条１項には違反すると判断した第１審判決の判断手法は、これらの判例の判断手法に沿ったものであるということができ、何ら「特異」であると評されるべきところはない。」と主張する（控訴人ら第２準備書面１２ないし１５ページ)。

(2) しかしながら、控訴答弁書第３の２(1)（７及び８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上記の憲法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、上記の要請、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という憲法１４条１項適合性を検討するに当たっては、「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。

この点、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いえる。」、「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っ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っ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。

したがって、控訴人らの前記(1)の主張は理由がない。

３　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

(1) 控訴答弁書第４の２(2)ウ（２７ないし２９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。

これに対し、控訴人らは、立法府の「裁量権の行使の結果である法律によっ

て定められた婚姻制度の内容によって生じた区別が、合理的理由のない差別的取扱いとなるときは、憲法１４条１項違反の問題を生ずることはいうまでもない。」、「婚姻に関しては、既に本件規定によって異性間の婚姻のみを対象とする具体的な法制度が構築されているものであり、本件において問われているのは、そのような本件規定により生じている（中略）「本件区別取扱い」が合理的根拠に基づくものとして憲法１４条１項に適合するか否かであるから」、その「合理的根拠の有無について裁判所がどの程度まで踏み込んだ審査をすべきかは、区別事由が自らの意思や努力によって変えられないものであるか否かや、区別に係る権利利益ないし法的地位の重要性というような「事柄の性質」に応じて定まるべきものである。」として、「本件規定による具体的な法制度を離れて、「同性間の人的結合関係を対象とする法制度を構築するか否か」や構築するとしていかなる法制度を構築すべきかというような問題は、本件訴訟の主題となっているものではないから、そのような問題についての立法府の広範な裁量の存在を論ずる被控訴人の主張は、的を射ないものである」と主張する（控訴人ら第２準備書面１５ないし１７ページ）。

(2) 控訴人ら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、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。

したがって、これと異なる控訴人らの前記(1)の主張は理由がない。

４　婚姻について同性愛者と異性愛者との間に性的指向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

(1) 控訴答弁書第４の２(2)エ（２９及び３０ページ）で述べたとおり、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に婚姻を認めるものであり、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うことができる。そうであるとすると、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る。

これに対し、控訴人らは、「一人の男性と一人の女性との間にのみ婚姻を認める本件規定は、婚姻をしようとする両当事者が法律上異性の者同士であるか同性の者同士であるかであるか（ママ）により区別を設けるものであり、これを個々の当事者の観点からみれば、同じく婚姻しようとする国民でありながら、異性の相手と婚姻しようとする者と同性の相手と婚姻しようとする者との間に区別を設けるものであ」るところ、恋愛や性愛の対象とならない相手と婚姻をしたとしても、婚姻意思を伴っているとは認め難いことから、このような区別は性的指向に基づく区別取扱いであるとし、「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」とする被控訴人の上記主張が独自のものであると主張する（控訴人ら第２準備書面１７ないし２２ページ）。

(2) しかしながら、控訴人らの上記主張は、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、控訴答弁書第４の１(2)（２０ないし２３ページ）で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い難いと思われる」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）ことも整合する。

したがって、規定の趣旨・内容や在り方から客観的に判断するとの視点を欠き、本件規定による区別取扱いが性的指向に基づく区別であるとする控訴人らの主張こそ、独自の見解であり、理由がない。

５　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

(1) 控訴人らは、「同性間の婚姻に係る権利利益が具体的な法制度によって認められていないということは、本件規定によって生じている本件区別取扱いそのものであるから、そのことを本件区別取扱いの対象となる「権利利益の性質」として考慮すべきとする被控訴人の主張は、理解に苦しむ」として、憲法１４条１項適合性の審査の厳格さ（立法裁量の広狭）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をも考慮すべきであるとする被控訴人の主張（控訴答弁書第４の２(2)ア（２３及び２４ページ））を論難する。また、控訴人らは、この点をおくとしても、「憲法１４条１項適合性審査の場面において、区別に係る権利利益ないし法的地位が「重要」なものであると認められるために、当該権利利益ないし法的地位自体が憲法上保障されたものであることが必須でな」いと主張する（控訴人ら第２準備書面２２ないし２４ページ）。

(2) しかしながら、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、控訴答弁書第４の２(2)ア（２３及び２４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、控訴人らが指摘する最高裁判所平成２０年６月４日大法廷判決（集民２２８号１０１ページ）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」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、控訴答弁書第３（７ないし２０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、控訴答弁書第４の２(2)オ（３

０ないし３４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諸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。

したがって、控訴人らの前記(1)の主張は理由がない。

第４　本件規定の立法目的に合理的な根拠があること

１　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

(1) 控訴答弁書第４の２(3)（３６ないし４３ページ）で述べたとおり、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、我が国の従来の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、控訴人らは、被控訴人が上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、「明治民法における婚姻が「我が国の従来の慣習を制度化したもの」であるとし、従来の慣習の制度化それ自体が婚姻立法の目的であるかのように論ずる被控訴人の主張は、極めてミスリーディングなものである」とした上で、「旧民法における婚姻立法は、我が国の従来の慣習を制度化することを立法目的とするものではなく、従来慣習に

委ねられてきた婚姻について一定の立法目的をもって法律上の制度を設けるものであったことが明らかであ」り、「このことは、旧民法人事篇の施行延期中になされた明治民法における婚姻立法についても同様であったと考えられる」から、従来の慣習の制度化それ自体が婚姻立法の目的であると説く被控訴人の上記主張が誤りであると主張する（控訴人ら第２準備書面２４ないし３２ページ）。

(2) しかしながら、被控訴人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って、控訴人らがいうように「従来の慣習の制度化それ自体が婚姻立法の目的と説いたもの」ではない。控訴人らの前記(1)の主張は、このような被控訴人の主張を正解しないものであり、失当である。

そして、控訴人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、控訴人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關係であつて、社會的制裁（sanction）によつて保障されているところの社會的制度たる意味をもつもの、である。婚姻は、子の出生の社會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２４号証）と説明されたりしていることからも裏付けられている。

したがって、このような本件規定の立法経緯及び後記２の本件規定の内容に照らせば、本件規定の目的が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。

２　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

(1) 被控訴人は、控訴答弁書第４の２(3)イ（３７ないし３９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、控訴人らは、被控訴人が挙げた民法の諸規定が、「いずれも生殖や子の養育を伴わない婚姻にも等しく及ぼし得るものと解されるのであって、これらの諸規定の存在を根拠として、「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」などと論ずる被控訴人の主張は、理解が困難なものである」と主張する（控訴人ら第２準備書面３２ないし３４ページ）。

(2)ア　しかしながら、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）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。

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。

このように被控訴人の主張は、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、被控訴人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ことと、被控訴人の主張に何らの矛盾も不自然さもない。

ウ　また、控訴答弁書第４の２(3)イ（３７ないし３９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。

これに対し、控訴人らは、寺田逸郎裁判官の上記補足意見は、婚姻をした夫婦間に生まれた子について、夫婦間での生殖関係や父子の血縁関係の有無にかかわらず、嫡出推定の規定を適用して父子関係を認める法廷意見の法解釈を支持する文脈において示されたものであるから、民法７２２条等が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制度としての婚姻を特徴づけるものとはいえない旨主張する（控訴人ら第２準備書面３３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。

３　本件規定の目的の合理性を主張するための参考資料が適切であること

(1) 被控訴人が、控訴答弁書４３ページにおいて、民法学者の説明も踏まえて本件規定の目的は現時点においてもなお合理性を有することを論じたことに対し、控訴人らは、被控訴人が参考にしている文献が「今日から約３３～７１年も前のものである」ことを指摘する（控訴人ら第２準備書面３８ないし４０ページ）。

(2) しかしながら、被控訴人は控訴答弁書第４の２(3)ウ(ｱ)（３９及び４０ページ）において本件規定の立法目的が立法当時において合理性を有していたことを論じた上で、その後も、本件規定の立法目的が合理性を有することに変わりがないことを論ずるために、立法当時及び立法から一定程度経過した時点における各文献を引用しているのである。そして、被控訴人が控訴答弁書３９ページから４３ページまでにおいて引用した諸文献は、いずれも、抽象的に生殖と結びついている男女間の結合に対して法的保護を与えることを前提としたものであり、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ことが本件規定の立法目的であることの裏付けとなっていることは明らかである。また、控訴人らが指摘するように、近時において、社会情勢の変化を踏まえ、同性間の婚姻を導入することの適否についても議論されつつあることは否定はしないものの、それらの議論においても、抽象的に生殖と結びついている男女間の結合に対して法的保護を与えるという前記立法目的が不合理となるに至ったとするものは支配的ではなく、立法当時の前記立法目的が現時点までに不合理なものとなったとは解されないことは明らかであるため、「現時点においても」なお正当なものであると論じたものである。

第５　本件規定がその立法目的との関連において合理性を有すること

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すること

(1) 控訴答弁書第４の２(4)ア（４４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。

これに対し、控訴人らは、本件規定が生殖と子の養育を伴わない共同生活自体の保護をも目的としたものでないのであれば、「生殖と子の養育を伴わない共同生活自体の社会的実態やそれに対する社会的承認の有無や内容は、本件規定の立法目的及びその達成手段の合理性とは何ら関連性を有しない事情である」、「むしろ、子の有無にかかわらず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社会的実態とそれに対する社会的承認があるというのであれば、本件規定の目的が生殖と子の養育を伴う夫婦の共同生活の保護にあり、共同生活自体の保護にはないとする被控訴人の主張の前提自体が疑われる」と主張する（控訴人ら第２準備書面

４１及び４２ページ)。

(2) しかしながら、控訴人らの主張を見ても、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。この点をおくとしても、控訴答弁書第４の２(3)ウ(イ)（４０ないし４３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、控訴人らの前記(1)の主張は理由がない。

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。

2　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も合理性を有すること

(1) 控訴答弁書第４の２(4)イ（４４ないし４６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い難いことから、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。

これに対し、控訴人らは、同性パートナーシップ制度等の導入や、各種の世論調査の結果を理由として、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い難いとの評価は到底的確なものといい難いと主張する（控訴人ら第２準備書面４３及び４４ページ）。

(2) しかしながら、控訴人らが指摘するとおり、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、控訴人らが主張するような状況をもってしても、その主張自体からもうかがわれるように、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、控訴人らの前記(1)の主張は理由がない。

3　目的達成のための手段・方法の合理性に関する原判決の判断が誤っていること

(1) 被控訴人が、控訴答弁書第４の２(4)ウ（４６ないし５２ページ）において、原判決は、明治民法や現行民法の制定経緯等から、同性愛が精神疾患の一種であるとの認識が本件規定の立法事実として存在していたことを推認しているところ、明治民法において、同性間の人的結合関係を対象とする婚姻が規定されなかったのは、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の慣習を制度化したことによるものであり、同性愛が精神疾患であることによるものではなく、原判決の認定判断が誤りであると主張したことに対し、控訴人らは、原判決は「明治民法及び現行民法の制定過程において、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たというような事実を指摘するものではないから、上記のような被控訴人の批判は的を射ない」と主張する（控訴人ら第２準備書面４４及び４５ページ）。

(2) しかしながら、原判決は、「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ことに照らせば、そのような知見が完全に否定されるに至った現在において、本件規定が、同性愛者が異性愛者と同様に上記婚姻の本質を伴った共同生活を営んでいる場合に、これに対する一切の法的保護を否定する趣旨・目的まで有するものと解するのは相当ではない。」と判示しており（同判決１７及び２６ページ）、かかる判示に照らせば、「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、本件諸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。

したがって、控訴人らの前記(1)の主張は理由がない。

また、控訴人らは、「実際には、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。」と主張し（控訴人ら第２準備書面４５ないし４７ページ）、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４８５号証）及び「精神病学集要前編」（甲Ａ第４８６号証）をそれぞれ引用する。

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、控訴人らも、原審における原告ら第１３準備書面（５ないし７ページ）において、社会学者の意見書（甲Ａ第３０６及び３０７号証）に依拠した上で、「明治期から第二次世界大戦までの同性愛者に対する社会的認識」として、①明治民法制定前の１８７０年代から１８９０年代にかけては、エリート層である男子学生の間で「男色」を肯定する考え方も根強く存在しており、１８７２年に規定された鶏姦条例等に、生殖につながる男女間の性行為を唯一正しい性のあり方とする異性愛規範の萌芽を見出すことができる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、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。

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、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。

第６　結語

以上の次第で、本件各控訴は理由がないことが明らかであるから、いずれも速やかに棄却されるべきである。

以　上