

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8準備書面

(大阪地裁判決に対する批判)

2022年（令和4年）10月13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

第 1	大阪地判の判断の概要.....	4
1	憲法適合性審査の対象となる本件諸規定の解釈についての判示	4
2	本件諸規定の憲法 2 4 条 1 項及び 1 3 条適合性についての判示	4
3	本件諸規定の憲法 2 4 条 2 項適合性についての判示.....	5
4	本件規定の憲法 1 4 条適合性について.....	6
5	本件諸規定の改廃を怠る立法不作為の国賠法上の違法性.....	8
第 2	憲法適合性審査の対象となる本件規定の解釈に関する大阪地判の判示について.....	8
第 3	本件規定の憲法 2 4 条 1 項及び 1 3 条適合性判断における大阪地判の誤り	9
1	大阪地判の判断に対する批判.....	9
2	あるべき憲法 2 4 条解釈.....	12
(1)	憲法が「婚姻」について一義的に定めたものとは解されないこと	12
(2)	制憲当時において同性間の婚姻が予見されていなかったことは憲法上の婚姻から同性間の婚姻を排除すべき理由とならないこと.....	13
(3)	婚姻は両性の合意のみに基づくとする憲法 2 4 条 1 項の規定も同性間の婚姻を排除する理由とならないこと.....	13
(4)	婚姻の自由の憲法上の保障の趣旨に照らせば同性の相手を含めて「誰と婚姻をするか」を自由に意思決定する婚姻の自由が認められるべきこと ...	15
(5)	本件規定の憲法 2 4 条 1 項及び 1 3 条適合性判断に際して大阪地判が示した憲法解釈の不当性.....	16
第 4	本件規定の憲法 2 4 条 2 項適合性判断における大阪地判の誤り	18
1	大阪地判が本件規定の憲法 2 4 条 2 項適合性を問題としたことについての文理解釈上の疑問.....	18
2	本件規定について憲法 1 4 条 1 項適合性審査よりも 2 4 条 2 項適合性審査を先行させたのは不適切であること	19
3	婚姻制度の趣旨についての理解の誤り	22

4	本件規定により生ずる影響の検討に当たり存在しない「個別的な立法」や「婚姻類似の制度」の可能性を考慮した誤り.....	24
第5	本件規定の憲法14条適合性判断における大阪地判の誤り等.....	26
1	本件規定による性的指向に基づく区別取扱いの存在を肯定した大阪地判の判示について.....	26
2	憲法24条2項は本件規定により生じている区別取扱いを当然に正当化する根拠となるものではないこと.....	27
3	「本件諸規定に同性間の婚姻制度が規定されていないこと自体」と「差異の程度」の合理性を区別して論じた大阪地判の誤り.....	29
4	本件規定の憲法14条1項適合性審査のあり方への無理解.....	31
第6	本件規定の改廃を怠る立法不作為の国賠法上の違法性判断における大阪地判の誤り.....	33
第7	大阪地判のその他の誤り.....	33
第8	結論.....	33

本書面では、本件と同様に本件規定の憲法適合性が争われた事件についての大阪地判令和4年6月20日（甲A506。以下「大阪地判」という。）が多数の誤りを含んだ不当な判決であり、本件規定の憲法適合性に関する適切な先例として参照に値しないものであることを論ずる。

第1 大阪地判の判断の概要

大阪地判の判断の概要は、以下のとおりである。

1 憲法適合性審査の対象となる本件諸規定の解釈についての判示

大阪地判は、同性間の婚姻を認めていない民法第四編第二章及び戸籍法の諸規定を「本件諸規定」と定義した上で（大阪地判3頁）、本件諸規定を含む我が国における婚姻制度は、配偶者が異性であることを当然の前提とするものであり、配偶者が異性であることを婚姻の要件とするものと解釈できるとした（大阪地判22頁）。

2 本件諸規定の憲法24条1項及び13条適合性についての判示

大阪地判は、本件諸規定の憲法24条1項適合性については、同条の文理や制定経緯等に照らすと、同項における「婚姻」は、異性間の婚姻のみを指し、同性間の婚姻を含まないから、同条により社会制度として設けることが求められている婚姻は異性間のもののみであり、同項から導かれる婚姻をするについての自由も異性間についてのみ及ぶものと解されるため、本件諸規定が憲法24条1項に違反するということとはできないと判断した（大阪地判24頁）。

また、本件諸規定の憲法13条適合性については、上記のとおり憲法24条が異性間の婚姻のみを定めており、これを前提とする婚姻制度しか存在しない現行法の下では、同性間で婚姻をするについての自由が憲法13条で保障されている人格権の一内容であるはいえ、包括的な人権規定である同条によって同性間の婚姻制度を含む特定の制度を求める権利が保障されていると解することもできないから、本件諸規定が憲法13条に反するとはいえないと判断した（大阪地判26頁）。

3 本件諸規定の憲法24条2項適合性についての判示

大阪地判は、憲法24条1項が異性間の婚姻のみを定めているからといって、同性間の婚姻又はこれに準ずる制度を構築することを禁止する趣旨であるとまでは解すべきではないから、本件諸規定については、同項に違反しないとしても、同項の上記解釈を前提として、同条2項適合性を検討することが相当であるとした（大阪地判25頁）。

また、二当事者間の永続的かつ真摯な精神的・肉体的結合関係が公的承認を受け、公証されることにより、社会の中でカップルとして公に認知されて共同生活を営むことができることについての利益（「公認に係る利益」）は、人格的尊厳に関わる重要な人格的利益であるということができ、このような人格的利益は、本件諸規定が憲法24条2項で認められている立法裁量の範囲を超えるものであるか否かの検討に当たって考慮すべき事項であるとした（大阪地判26～27頁）。

そして、婚姻及び家族に関する法制度を定めた法律の規定が憲法24条に適合するものとして是認されるか否かは、当該法制度の趣旨や同制度を採用することにより生ずる影響につき検討し、当該規定が個人の尊厳と両性の本質的平等の要請に照らして合理性を欠き、国会の立法裁量の範囲を超えるものとみざるを得ないような場合に当たるか否かという観点から判断すべきであるとした上で（大阪地判28頁）、以下の点を総合的に考慮すると、直ちに本件諸規定が個人の尊厳の要請に照らして合理性を欠くと認めることはできず、本件諸規定が立法裁量の範囲を逸脱するものとして憲法24条2項に違反するということはできないと判断した（大阪地判28～33頁）。

① 本件諸規定が異性間の婚姻のみを対象としているのは、婚姻を、単なる婚姻した二当事者間の関係としてではなく、男女が生涯安定した関係の下で、子を産み育てながら家族として共同生活を送り次世代に承継していく関係として捉え、このような男女が共同生活を営み子を養育するという関係に、社

会の自然かつ基礎的な集団単位としての識別、公示の機能を持たせ、法的保護を与えようとする趣旨によるものと考えられ、このような婚姻の趣旨は、我が国において、歴史的、伝統的に社会に定着し、社会的承認を得ているといえることができるから、本件諸規定が異性間の婚姻のみを婚姻として特に保護する制度を構築した趣旨には合理性がある。

- ② 本件諸規定が異性間の婚姻制度のみを規定していることで、異性愛者は自由に異性と婚姻をすることができるのに対し、同性愛者は望みどおりに同性と婚姻をすることができないという重大な影響が生じているものの、同性愛者が望む同性のパートナーと婚姻類似の結合関係を構築、維持したり、共同生活を営んだりする自由が制約されているわけではなく、婚姻以外の民法上の制度等を用いることで一定の範囲では婚姻によって生ずる法律上の効果と同等の効果を受けることが可能であるから、その影響は一定の範囲では緩和され得るといえる。
- ③ 公認に係る利益のような個人の尊厳に関わる重要な利益を同性カップルは享受し得ないという問題はなお存在するものの、同性カップルについて公認の利益を実現する方法には様々な方法が考えられるのであり、そのうちどのような制度が適切であるかについては、現行法上の婚姻制度のみならず、婚姻類似の制度も含め、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や、各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上で民主的過程において決められるべきものである。

4 本件規定の憲法14条適合性について

大阪地判は、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との要請、指針を示すことによって裁量の限界を画したものであるから、婚姻制度に関わる本件諸規定が、国会に与えられた上記のような裁量権を考慮しても、そのよ

うな区別をすることに合理的な根拠が認められない場合に、当該区別は憲法14条1項に違反するものと解するのが相当であるとした（大阪地判37～38頁）。

そして、本件諸規定により生じている、異性愛者は婚姻をすることができるのに対して同性愛者はこれを行うことができず、婚姻の効果を享受できないという別異の取扱い（「本件区別取扱い」）は、性的指向という本人の意思や努力によっては変えることのできない事柄によって、婚姻という個人の尊厳に関わる制度を実質的に利用できるか否かについて区別取扱いをするものであることからすると、その憲法適合性については、このような事柄の性質を考慮して、より慎重に検討される必要があるとした（38～39頁）。

その上で検討すると、①本件諸規定は、憲法24条2項が、異性間の婚姻についてのみ明文で婚姻制度を立法化するよう要請していることに応じ、個人の尊厳や両性の本質的平等に配慮した異性間の婚姻制度を構築したものと認められ、その趣旨目的は、憲法の予定する秩序に沿うもので、合理性を有していること、②本件諸規定が同性間の婚姻制度については何ら定めていないために本件区別取扱いが生じているものの、このことも、憲法24条1項は、異性間の婚姻については明文で婚姻をするについて自由を定めている一方、同性間の婚姻については、これを禁止するものではないとはいえ、何らの定めもしていない以上、異性間の婚姻と同程度に保障しているとまではいえないことからすると、上記立法目的との関連において合理性を欠くとはいえないことから、本件諸規定に同性間の婚姻制度が規定されていないこと自体が立法裁量の範囲を超えるものとして憲法14条1項に違反するとはいえないとした。

また、現時点での我が国において、同性愛者には、同性間の婚姻制度どころか、これに類似した法制度さえ存しない結果として、同性愛者と異性愛者との間に存在する、自ら望む相手との人格的結合関係について享受し得る利益の差異の程度が、憲法14条1項の許容する合理的な立法裁量の範囲を超えるもの

ではないかについてはなお慎重に検討すべきであるものの、①同性間の人的結合関係にどのような保護を与えるのかについてはなお議論の過程にあること、②同性愛者であっても望む相手と親密な関係を築く自由は何ら制約されておらず、それ以外の不利益も、民法上の他の制度を用いることによって相当程度解消ないし軽減されていること、③法制度としては存在しないものの、多くの地方公共団体において登録パートナーシップ制度を創設する動きが広がっており、国民の理解も進んでいるなど上記の差異は一定の範囲では緩和されつつあるといえることなどからすると、現状の差異が憲法14条1項の許容する国会の合理的な立法裁量の範囲を超えたものであるとは直ちにはいい難く、また、仮に上記の際の程度が小さいとはいえないとしても、その際は、本件諸規定の下においても、婚姻類似の制度やその他の個別的な立法上の手当てをすることによって更に緩和することも可能であるから、国会に与えられた裁量権に照らし、そのような区別に直ちに合理的な根拠が認められないことにはならないから、本件区別取扱いが憲法14条1項に違反すると認めることはできないと判断した（大阪地判39～40頁）。

5 本件諸規定の改廃を怠る立法不作為の国賠法上の違法性

本件諸規定は、国会の合理的な立法裁量の範囲内にあり、憲法の規定に違反するものではないから、本件諸規定を改廃しないことが国家賠償法1条1項の適用上違法の評価を受けるものではないと判断した（大阪地判41～42頁）。

第2 憲法適合性審査の対象となる本件規定の解釈に関する大阪地判の判示について

憲法適合性審査の対象となる本件規定の解釈について、大阪地判は、「本件諸規定（民法第四編第二章及び戸籍法の諸規定を意味する——引用者注）を含む我が国における婚姻制度は、配偶者が異性であることを当然の前提とするものであり、配偶者が異性であることを婚姻の要件とするものと解釈できる」（大阪地判22頁。傍点は引用者が付加した。）と判示している。

この点については、既に控訴人らが、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に関し、「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」（傍点は引用者が付加した。）と論じ、また、そのような経緯ないし理由から、民法中に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ず、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旨を指摘していた（控訴人ら控訴審第6準備書面3～7頁）ところであり、大阪地判の上記判示は、概ね控訴人らと同様の見解を採用するものと解される¹。

上記の点における大阪地判の判示は、正当なものであり、本件においても参照されるべきであるといえる。

第3 本件規定の憲法24条1項及び13条適合性判断における大阪地判の誤り

1 大阪地判の判断に対する批判

- (1) 大阪地判は、本件規定の憲法24条1項及び13条適合性を別個に検討した上で、24条1項については、同条の文理及び制定経緯から婚姻をするについての自由は異性間についてのみ及ぶものと解されることを理由として、13条については、同性間で婚姻をするについての自由が同条の保障する人格権の一内容であるはいえ、包括的な人権規定である同条によって同性間

¹ なお、大阪地判は、「民法等において婚姻の当事者について『夫婦』などの文言が用いられていること」や「同性間について、婚姻の意思を欠くなどと解釈されて、婚姻として取り扱われてこなかったこと」に触れるところ、これらが本件規定の解釈の決め手になるものと解するのが相当でないことについては、控訴人ら控訴審第6準備書面5頁で論じたとおりである。

の婚姻制度を含む特定の制度を求める権利が保障されているとも解されないことを理由として、本件規定が憲法24条1項及び13条に違反しないと判断した。

上記の点に関する大阪地判の判示は、概ね本件第1審判決と同旨であり、これに対する批判としては、控訴人らが控訴理由書の第2（10～28頁）で論じたところが全般的に当てはまるものである。

- (2) 大阪地判が引用する再婚禁止期間違憲判決（最大判平成27年12月16日民集69巻8号2427頁）が判示しているとおり、婚姻をするについての自由は、「憲法24条1項の規定の趣旨に照らし」十分尊重に値すると解されるものであるから、その自由が同性間にも及ぶか否かという憲法解釈に当たっては、同項の規定の趣旨やその自由の背後に存する「憲法13条が基盤とする国民の自由・幸福追求の権利」の性質を踏まえた検討が必要不可欠であると解される。

それにもかかわらず、大阪地判が、上記のような検討を経ることなく、専ら憲法24条1項の「婚姻」の文理解釈に依拠して、同項から導かれる婚姻の自由は異性間についてのみ及ぶものと結論付けたことは、短絡的で不十分な論証に基づくものであり、不当であるといわざるを得ない。

大阪地判も、そのような批判のあり得ることを意識してか、上記のような結論を述べた後になって、「憲法24条1項が両性の合意のみに基づいて婚姻が成立する旨規定している趣旨」（傍点は引用者が付加した。）についても検討した上で、「同性愛者にも異性愛者と同様の婚姻又はこれに準ずる制度を認めることは、憲法の普遍的な価値である個人の尊厳や多様な人々の共生の理念に沿うもの」（大阪地判25頁）であると判示しているが、そうであるとするならば、婚姻をするについての自由が同性間にも及ぶか否かの憲法解釈に当たって、そのような価値や理念が当然に踏まえらるべきであったというべきである。

(3) なお、同性間の婚姻の自由についても憲法上の保障が及ぶとする解釈が憲法24条の規定の文言により妨げられるものでないことについては、既に控訴理由書第2の2(5)(22～27頁)で論じたとおりである。

その後、学説においては、控訴人ら控訴審第4準備書面(2～8頁)で紹介したとおり、「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」との見解を表明していた渋谷秀樹教授が、本件規定の合憲性が争われた本件及び他地域の同種訴訟を契機として、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と心理学における知見の変更等を踏まえて改めて詳細な検討を行った上で、「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」とその見解を改める旨を表明するに至っている(渋谷意見書〔甲A490〕、渋谷秀樹「憲法理論からみた同性婚の省察」〔甲A507〕)。

また、千葉勝美元最高裁判事は、憲法24条の文言が婚姻の定義をしたものとはいえないはずであるのに、そこで用いられたいくつかの用語によって、憲法が認めている社会制度としての婚姻は異性婚というものと解するしかなくなり、それとはそぐわない婚姻(具体的には同性婚等)を立法により創設する余地はないと解される結果を招いている状態は、我が国及び世界各国において広がりを見せている同性婚に対する理解・評価と整合するのか疑問であり、同条の「両性」、「夫婦」等の用語については、男女の属性を持ったものという意味から、その本来の意図を踏まえると、明確な異性婚を想定させない「当事者」、「双方」の用語でも足り、今日においては、そのような意味として解釈すべきであるとした上で、そうすると、同条は、異性婚に限定せず、婚姻という法的な社会制度一般についての基本理念を示したものであって、同性婚を排除していないと解されるから、同性婚を認めていない本件規定は、憲法24条の趣旨にそぐわず、13条、14条に違反するもので

あると判断されると論じている（千葉勝美「同性婚認容判決と司法部の立ち位置」〔甲A501〕）。

これらの近時の学説等は、憲法24条の文理解釈にとどまらない広範かつ詳細な検討に基づき、同性間の婚姻の自由についても憲法上の保障が及ぶものとする解釈が同条の文言により妨げられるものでないことを明らかにするものであり、これらの学説等と比較対照すると、専ら憲法24条の文理解釈に依拠して婚姻の自由は異性間についてのみ及ぶものと結論付ける大阪地判の憲法解釈の短絡性、不適切性は、なお一層浮き彫りになるものといえる。

2 あるべき憲法24条解釈

上記1(3)で指摘した学説等も踏まえて、改めて憲法24条の解釈について分析的な検討を試みると、以下のとおりである。

(1) 憲法が「婚姻」について一義的に定めたものとは解されないこと

千葉元最高裁判事が、「24条の文言が婚姻の定義をしたものとはいえないはずである」（甲A501〔207頁〕）と指摘するとおり、憲法24条の規定を素直に読んだ場合に、同条が憲法上の「婚姻」の定義を意図したものと解するのは困難であると思われる。そうすると、同条にいう「婚姻」がどのような意義を有するものであるかが解釈上の問題となる。

この点、渋谷教授が引用する我妻榮博士が的確に指摘するとおり、「〔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」のであって、そのことは制憲者や立法者も同様であると考えられる。そうであるからこそ、我が国の憲法24条においては、婚姻及び家族に関する事項について、憲法で一義的に定めることなく、法律によってこれを具体化すべきものとし、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、国会が立法により具体的な婚姻制度を設けることを可能とした上で、その立法に当たり、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するという方針が採用されたものと解される
ところである（再婚禁止期間違憲判決参照）。

(2) 制憲当時において同性間の婚姻が予見されていなかったことは憲法上の婚
姻から同性間の婚姻を排除すべき理由とならないこと

上記(1)のとおり、憲法24条にいう「婚姻」が、元来その内容が立法によ
り具体化されることを予定した開放性を有する概念であり、将来にわたって、
それぞれの時代に相応しいと考えられる婚姻制度が立法により設けられるこ
とが当然に想定されているものと解されることからすると、制憲当時におい
て、現に同性間の婚姻制度が立法により設けられておらず、また、将来にお
いて同性間の婚姻制度が立法により設けられることが予見されていなかった
としても、そのような事情により、同性間の婚姻が同条にいう「婚姻」に含
まれるものとする解釈が妨げられることにはならないものと解される。

なぜならば、憲法24条は、制憲者が婚姻の将来を予見する能力には限界
があるために、将来における各時代に応じた婚姻制度の構築を立法者に委ね
たのであるから、制憲者が予見していなかった、あるいは、予見し得なかつ
たという理由で、その将来における立法に限界を画することは、同条の趣旨
・目的に反するものであり、背理であるといわざるを得ないからである。

(3) 婚姻は両性の合意のみに基づくとする憲法24条1項の規定も同性間の婚
姻を排除する理由とならないこと

以上のとおり、憲法24条の「婚姻」の意義から直ちに同性間の婚姻が排
除されるものとは解されないとしても、更に、同条1項が、「両性の合意の
みに基いて成立し、夫婦が同等の権利を有することを基本として、相互の協
力により、維持されなければならない。」と規定していることから、このよ
うな規定により、憲法上の「婚姻」から同性間の婚姻が排除されることにな
らないかが問題となり得る。

そこで検討すると、上記(2)のとおり、憲法24条が「婚姻」について一義的に定めることなく、法律によってこれを具体化することを予定していることに照らせば、同条1項の上記のような規定も、憲法上の「婚姻」を定義するものではなく、国会が婚姻についての立法をするに当たっての要請ないし指針を示す趣旨のものであると解されることになる。そして、その要請ないし指針の内容については、歴史的には、婚姻について明治憲法下における戸主の同意のような要件等を排除すること（婚姻の当事者以外の第三者の意思を婚姻の要件とする立法の禁止）にあったものと解されてきたものであるが、それのみにとどまるものではなく、より普遍的には、「婚姻をするかどうかや、いつ誰と婚姻するかは当事者間の自由かつ平等な意思決定に委ねられるという趣旨を明らかにしたもの」（再婚禁止期間違憲判決参照）と解されるところである。

他方で、憲法24条1項による立法府に対する要請ないし指針の内容として、同性の当事者間での婚姻を認める立法の禁止が含まれるか否かに関しては、かつては、同条の「両性」という文言から、同条が「同性の結合による『家族』を憲法上想定するほどには徹底していない」²とか、「近い将来（同性カップル等からなる）『超現代家族』への展開にブレーキをかける方向に機能することも十分に可能である」³などと指摘する学説も存したが、それらの学説も近時は改説されており（控訴理由書第2の2(5)ウ〔24～25頁〕参照）、今日では、同条が同性の当事者間での婚姻を認める立法を禁止する趣旨を含まないとする解釈が、ほぼ異論なく承認されているところである。

この点、大阪地判及び本件第1審判決も、憲法24条は、同性間の婚姻を

² 樋口陽一『憲法〔第3版〕』（創文社、2007年）（甲A421）278頁。

³ 芹沢齊ほか編『新基本法コンメンタール憲法』（日本評論社、2011年）（甲A145）214頁（武田万里子執筆部分）等で引用されている、辻村みよ子『ジェンダーと人権』（日本評論社、2008年）250頁の記述。

立法により認めることを禁止する趣旨とは解されない旨を判示しているから、以上のような理解を共有するものと解される。

(4) 婚姻の自由の憲法上の保障の趣旨に照らせば同性の相手を含めて「誰と婚姻をするか」を自由に意思決定する婚姻の自由が認められるべきこと

以上のとおり、憲法24条が「婚姻」を一義的に定義しておらず、法律によってこれを具体化すべきものとしており、かつ、「婚姻」を具体化する立法において同性間の婚姻を認めることを禁止していないと解されるのであれば、同条の「婚姻」から同性間の婚姻が当然に排除されるべきことにはならないから、大阪地判のように、同条1項の「婚姻」が異性間の婚姻のみを指し、同性間の婚姻を含むものではないとする文理解釈に基づいて、婚姻をするについての自由が異性間についてのみ及び同性間については及ばないものと結論付けることには、無理があると考えられる⁴。

むしろ、憲法24条が「婚姻」を一義的に定義しておらず、法律によってこれを具体化すべきものとしており、かつ、「婚姻」を具体化する立法において同性間の婚姻を認めることを禁止していないとするならば、文理解釈上は、婚姻をするについての自由が同性間にも及ぶか否かを決することは困難であって、同解釈問題を決するためには、同条1項の規定の趣旨及び憲法の諸規定の整合的解釈の観点からの実質的な検討が必要不可欠となるものというべきである。

上記のような観点から検討をした場合に、婚姻の自由が同性間にも及ぶものと解すべきことについては、既に控訴理由書第2の2(3)及び(4)(16～22頁)で詳論したとおりである。

大阪地判の判示も参照しつつ再論すると、憲法24条1項は、「婚姻をす

⁴ 後述のとおり、このような大阪地判の論理に無理があることは、異性間の婚姻が憲法24条1項の「婚姻」には含まれず、同条により社会制度として設けることが求められている「婚姻」は異性間のものに限りながら、特段の説明もなく、本件規定の同条2項適合性を当然に問題とする点にも現れている。

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」とする趣旨を明らかにしたものであり、「このような『婚姻をするについての自由』については……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」ところ⁵、「婚姻の本質は、永続的な精神的及び肉体的結合を目的として公的承認を得て共同生活を営むことにあり、誰と婚姻をするかの選択は正に個人の自己実現そのものであり」、「同性愛と異性愛が単なる性的指向の違いに過ぎないことが医学的にも明らかになっている現在……同性愛者にも異性愛者と同様の婚姻又はこれに準ずる制度を認めることは、憲法の普遍的価値である個人の尊厳や多様な人々との共生の理念に沿うもの」（大阪地判25頁）である。このように、誰と婚姻をするかの選択が個人の自己実現・幸福追求にとって重要なものであり、婚姻の相手として異性を選ぶか同性を選ぶかは性的指向の違いに過ぎず、その違いによって永続的な精神的及び肉体的結合を目的として公的承認を得て共同生活を営むという婚姻の本質が損なわれるものではなく、同性愛者にも異性愛者と同様の婚姻を認めることが個人の尊厳の理念にも沿うことからすると、「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」とした憲法24条1項の趣旨及びその背後に存する憲法13条が基盤とする国民の自由・幸福追求の権利の性質に照らし、同性の相手を含めて「誰と婚姻をするか」を自由に意思決定する婚姻の自由（「婚姻をするについての自由」）が憲法上保障ないし保護されるものと解釈されるべきである。

- (5) 本件規定の憲法24条1項及び13条適合性判断に際して大阪地判が示した憲法解釈の不当性

⁵ 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。

大阪地判は、本件規定の憲法24条1項適合性判断に当たり、まず同項にいう「『婚姻』に同性間の婚姻が含まれているかを検討」（大阪地判23頁）した上で、同項における「婚姻」には同性間の婚姻は含まれないから、「同条により社会制度として設けることが求められている婚姻は異性間のもののみであるといえ、同項から導かれる婚姻をするについての自由も、異性間についてのみ及ぶものと解される」（大阪地判24頁）と結論付けており、更に「憲法24条1項が同性間の婚姻制度を設けることを要請していると解釈することはできない」（大阪地判24頁）とも判示している。

しかしながら、控訴人ら及び大阪地判の原告らの主張（大阪地判45～46頁参照）は、憲法24条1項及び13条によって保障ないし保護される「誰と婚姻をするか」を自由に意思決定する婚姻の自由を正当な理由なく侵害する本件規定⁶が違憲であるとするものであり、憲法24条（特にその「婚姻」という文言）や13条から同性間の婚姻制度を法律で設けることが要請されるにもかかわらず、それが設けられていないことが違憲であるというものではない。

大阪地判の上記のような判示は、このような当事者の主張に正面から答えることなく、本件規定の憲法24条1項及び13条適合性判断の問題を、24条の「婚姻」の文理解釈として同性間の婚姻制度を設けることが憲法上要請されるかという問題にすり替えるものであり、また、そのような問題設定をしてしまったがために、本来、同条が「婚姻」について一義的に定めたものとは解されないにもかかわらず、同条の「婚姻」は異性間の婚姻のみを指し、同性間の婚姻を含むものではないとする一義的な解釈を示すという無理を余儀なくされたものであって、その問題設定及び結論において明らかに不

⁶ なお、今日において、本件規定による婚姻の自由の制約に正当化理由を到底見出し難いことについては、原告ら第2準備書面第1の2(3)イ（28～31頁）等で論じたとおりである。

当なものであることが明らかである（以上のような批判は、概ね本件第1審判決にも同様に当てはまる。）。

本件控訴審においては、本件規定の憲法24条1項及び13条適合性判断に際して大阪地判が示した憲法解釈が含む以上のような問題性を認識した上で、改めて、正しい憲法解釈を示して頂くことを期待する。

第4 本件規定の憲法24条2項適合性判断における大阪地判の誤り

1 大阪地判が本件規定の憲法24条2項適合性を問題としたことについての文理解釈上の疑問

大阪地判は、本件規定が憲法24条2項にも違反するものとする同事件の原告らの主張（大阪地判46～47頁参照）に応じて、本件規定の同項適合性についても同条1項適合性とは別個に検討して判断している。

しかしながら、大阪地判が判示するように、憲法24条1項における「婚姻」が異性間の婚姻のみを指し、同性間の婚姻を含まないものであって、同条により社会制度として設けることが求められている婚姻が異性間のもののみである（大阪地判24頁）とするのであれば、当然に同条2項における「婚姻」も同条1項と同様に異性間の婚姻のみを指すものと解されることになると考えられる。そうすると、同性間の婚姻を認めていない本件規定（憲法24条の「婚姻」が異性間のものに限られるのであれば、本件規定が同条2項の「婚姻」に関する事項であるとはいえないことになるはずである。）について、なぜ同条2項適合性が問題とされることになるのかは、必ずしも明らかではない。

この点、同様の疑問は、再婚禁止期間違憲判決を参照しつつ、憲法24条2項を根拠として、婚姻及び家族に関する事項についての具体的な制度構築における国会の立法裁量を論ずる本件第1審判決（16～19頁）にも当てはまるものであるが、本件第1審判決は、本件規定の同項適合性を直接には問題としておらず、また、「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」（18頁）であるとの判示部分において、同性間の婚

姻が同条にいう「婚姻」には当たらないとしても「家族に関する事項」に含まれるとの理解を示したものと解される⁷から、一応の整合的な理解が可能であるといえるが、大阪地判の判示中には、大阪地判が判示するような同条の文理解釈から生ずる上記のような疑問に答えるところは見当たらない。

大阪地判の判示は、憲法24条1項の解釈においては殊更に文理を偏重しながら、同条2項の解釈においては文理を軽視ないし無視するというダブルスタンダードを用いるものであり、憲法解釈の手法として整合性を欠いたものであるといわざるを得ない。

2 本件規定について憲法14条1項適合性審査よりも24条2項適合性審査を先行させたのは不適切であること

- (1) 大阪地判は、本件規定の憲法24条2項適合性について、婚姻及び家族に関する法制度を定めた法律の規定が同条に適合するものとして是認されるか否かは、当該法制度の趣旨や同制度を採用することにより生ずる影響につき検討して判断すべきとする枠組みを示した上で、①本件規定が異性間の婚姻のみを婚姻として特に保護する制度を構築した趣旨には合理性があること、②それによって異性愛者は自由に異性と婚姻をすることができるのに対し、同性愛者は望みどおりに同性と婚姻をすることができないという重大な影響が生じているものの、これにより生ずる同性カップルと異性カップルの間の享受し得る利益の差は契約等により一定の範囲で緩和され得るということができること、③公認に係る利益の問題についても、それを実現するためにどのような制度が適切であるかは民主的過程において決められるべきものであることから、本件規定が憲法24条2項違反するとはいえないと判断してい

⁷ もっとも、本件第1審判決は、同性間の婚姻が「(婚姻及び) 家族に関する事項」に当たることは「明らか」であるとするが、憲法24条2項について、そのような解釈が明示的になされ、確立してきたものとはいえないように思われる。自由権規約における「家族」概念に同性カップルも含まれるとする解釈が確立してきたことについては、谷口洋幸教授の意見書(甲A310、甲A493)参照。

る。

- (2) しかしながら、大阪地判が上記②で「重大な影響」であると指摘する「異性愛者は自由に異性と婚姻をすることができるのに対し、同性愛者は望みどおりに同性と婚姻をすることができない」という事態は、本件規定によって生じている法的な区別取扱いそのものであって、そこから事実上ないし派生的に生ずる「影響」と位置付けられるべきものではない。この点、大阪地判も、同性愛者がその性的指向に合致する相手と婚姻することができないのは、本件規定から生ずる事実上の結果ではなく、本件規定による区別取扱いである旨を正しく判示しているところである（大阪地判38頁）。

また、本件規定のために同性間では婚姻の成立及びその効果を一切認められていないことによって同性間の婚姻を望む者（同性カップル）が被っている不利益は、同性カップル自体が被っている不利益として単独で評価するのではなく、それらが認められている異性の相手と婚姻を望む者（異性カップル）との比較において初めて正当に評価することが可能となるものである。この点、大阪地判も、「同性カップルが享受し得る利益が、異性カップルが婚姻により享受し得る法律上の効果に及ばないことは確かである」（大阪地判31頁）などと判示して、異性間に限った婚姻制度を採用することにより生ずる影響についての検討の名目下において、実質的には、異性カップルと同性カップルとの間の比較（区別取扱い）の問題を取り上げているところである。

そうであるとすれば、大阪地判が指摘する上記②の点については、本来、本件規定による区別取扱いの合理性の問題として、本件規定の憲法14条1項適合性審査において論ずるのが適切であったと解されるのであり、その場合には、婚姻を異性間に限ることとしている本件規定の目的ないし趣旨の合理性の有無（上記①の点）や、公認に係る利益についての区別取扱いの合理

性の有無（上記③の点）についても当然に検討されることになる⁸のであるから、本件規定の憲法適合性審査の考慮要素という点に着目しても、本件規定の14条1項適合性とは別に、24条2項適合性を問題とする固有の意義は見出し難いものと考えられる。

のみならず、憲法14条1項適合性審査と24条2項適合性審査とでは、①前者においては、判例上、自らの意思や努力によっては変えることのできない事柄に基づく別異取扱いの合理性については慎重な判断をすべきとする考え方が確立している⁹のに対して、後者においては、そのようにはいえないこと、②前者においては、問題となる区別取扱いに着目して、立法目的の合理性及び目的達成手段の合理性（規制方法と立法目的との関連性）を審査する枠組みが確立しているのに対し、後者においては、単に「当該法制度の趣旨」が考慮要素として挙げられるのみであり、それをどのように考慮した上で憲法適合性の判断をなすべきか明確でないという相違があり、これらの相違から、後者よりも前者の方がより強力に立法を統制する機能を果たすものと解される。

そうすると、憲法14条1項適合性と24条2項適合性のいずれもが問題となり得る法律の規定については、上記のような両者の判断枠組みの相違から、より強力に立法を統制する機能を果たすと考えられる14条1項適合性審査を先行するのが適切であると解される。この点、大阪地判が憲法24条2項適合性判断の基準に関して引用する夫婦同氏強制合憲判決も、「婚姻及び家族に法制度を定めた法律の規定が憲法13条、14条1項に違反しない

⁸ 実際、大阪地判は、本件規定の憲法14条適合性判断においても、同性愛者が「特に公認に係る利益のような重要な人格的利益を享受することができない状況」（大阪地判39頁）にあることを指摘し、同性愛者と異性愛者との間に存在する、自ら望む相手との人格的結合関係について享受し得る利益の際の程度についても、憲法14条1項に違反するものであるか否かを検討すべきものとしているところである（大阪地判39～40頁）

⁹ 現に、大阪地判も、このような考え方に立脚して、婚姻につき性的指向による区別取扱いをすることの憲法14条1項適合性は、「より慎重に検討される必要がある」としている（大阪地判39頁）。

場合に、更に憲法24条にも適合するものとして是認されるか否か」に関して判示したものであることに留意すべきである。

- (3) それにもかかわらず、大阪地判は、本件規定の憲法14条1項適合性判断に先んじて24条2項適合性判断を行い、本件規定が同項に違反しないとの判断を先行的に示したものであるが、このような判示は、以上のような14条1項適合性審査と24条2項適合性審査の判断枠組みの異同及び両者の立法統制機能の強弱等を正解せず、24条2項適合性審査の名の下で、いわば「薄められた」14条1項適合性審査を行い、その後の14条1項適合性審査の場面においては、専ら24条2項適合性審査で述べたところを引用することで事足りりとして、本件規定による別異取扱いの合理性について、立法目的の合理性及び目的達成手段の合理性を審査する枠組みに基づく「慎重に検討」（大阪地判39頁）を怠るという重大な誤りに基づくものといわざるを得ない。

3 婚姻制度の趣旨についての理解の誤り

大阪地判は、本件規定が異性間の婚姻のみを対象としているのは、婚姻を、単なる婚姻した二当事者間の関係としてではなく、男女が生涯安定した関係の下で、子を産み育てながら家族として共同生活を送り次世代に承継していく関係として捉え、このような男女が共同生活を営み子を養育するという関係に、社会の自然かつ基礎的な集団単位としての識別、公示の機能を持たせ、法的保護を与えようとする趣旨によるものであると判示している（大阪地判29～30頁）。

大阪地判の上記判示は、率直な言葉で言い換えれば、子を産み育てない婚姻カップル（「単なる婚姻した二当事者」）は、国家が民法を通じて「社会の自然かつ基礎的な集団単位」として公認しようと意図するものではなく、本来は婚姻制度の趣旨に照らして法的保護が与えられるべき対象ではないということであり、子を産み育てないカップルによる婚姻制度の利用は、本来の制度趣旨

を外れた、「個人の自己実現等の手段」（大阪地判30頁）とするための、いわば非正規的な利用であると位置付けるものである（なお、大阪地判は、そのような非正規的な利用も、婚姻制度の本来の目的と「互いに両立し得るものである」とする。大阪地判30頁参照）¹⁰。

「子を産み育てながら家族として共同生活を送り次世代に承継していく……男女」と子を産み育てない「単なる婚姻した二当事者」とを区別する上記のような婚姻制度についての特異な理解が、「我が国において、歴史的、伝統的に社会に定着し、社会的承認を得ているということが出来る」（大阪地判30頁）と証拠の裏付けもなく断定する大阪地判の判示の不当性は、一見して明白であるところ、そのような判示がなされた原因を推測するとすれば、婚姻に関する国民感情や社会通念¹¹についての独自の見解に立脚したものか、あるいは、上記のような判示が有する含意を正解し得なかったものとしか考え難い¹²。

その点を措くとしても、上記のような婚姻制度の趣旨理解は、大阪地判が判示するとおり、旧民法人事編の起草時以来、婚姻とは男女が夫婦の共同生活を送ることであり、必ずしも子を得ることを目的とせず、又は子を残すことのみ

¹⁰ 大阪地判のような婚姻制度の趣旨理解に立った場合、子を産み育てない異性カップルが婚姻を本来の趣旨とは異なる「個人の自己実現等の手段」として利用することについては、一応本文のように説明できるとしても、子を産み育てない異性カップルで婚姻制度を利用していないものに対してまで「内縁」として国家の側から婚姻の効果が認めてきたことについては、合理的に説明し難いものと思われる。

¹¹ なお、国立社会保障・人口問題研究所が実施した2021年社会保障・人口問題基本調査〈結婚と出産に関する全国調査〉第16回出生動向基本調査結果の概要（甲A508〔92～95頁〕）によると、「結婚したら子どもを持つべき」とする旧来的な考え方への賛成・反対の割合は、未婚者のうち男性では賛成55%：反対43.2%、女性では賛成36.6%：反対61.7%となっており、また、夫婦の妻では賛成45.8%：反対51.2%となっている。

¹² 木村草太教授は、生殖関係の有無に着目する大阪地判が「生殖関係なき異性カップルと同性カップルの区別」の説明に失敗していることを指摘した上で、「なぜ、〈生殖関係なき異性カップルも合意があれば婚姻の成立を認めるべき理由がある〉というのが社会通念なのか。その〈理由〉は、同性カップルにも当てはまるのではないか。この訴訟について考えようとする人、そして、大阪地裁の裁判官は、この問いを良心に照らし真剣に考えてほしい」と厳しく論評している。木村草太「生殖関係なき異性婚と同性婚の区別の合憲性」法律時報94巻10号（甲A509）4頁以下（6頁）。

が目的ではないとされて、老年者や生殖不能な者の婚姻も有効に成立するものと解されてきたこと（大阪地判10頁¹³）や、「婚姻の本質は、永続的な精神的及び肉体的結合を目的として公的承認を得て共同生活を営むことにあ〔る〕」（大阪地判25頁）と解されることとも大きく矛盾するものといわざるを得ない。

以上のことからすれば、大阪地判が、上記のような婚姻制度の趣旨理解に基づき、「本件諸規定が異性間の婚姻のみを婚姻として特に保護する制度を構築した趣旨には合理性があるというべきである」（大阪地判30頁）と判示した点は、その前提を大きく誤ったものであることが明らかである。

本件第1審判決が正しく判示しているとおおり、「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」（本件第1審判決25頁）であり、本件規定の目的は、そのような目的を含むものとして正当なものと認めるのが適切であるというべきである。

4 本件規定により生ずる影響の検討に当たり存在しない「個別的な立法」や「婚姻類似の制度」の可能性を考慮した誤り

大阪地判は、本件規定により生ずる影響の検討に際し、同性カップルが享受し得る利益は異性カップルが婚姻により享受し得る法律上の効果に及ばないが、「このような不利益は個別的な立法や運用の改善等により解消され得る」（大阪地判31頁）とか、公認の利益を同性カップルは享受し得ないという問題はなお存在するが、その実現の「方法には様々な方法が考えられるのであって、

¹³ なお、大阪地判が以上の判示の末尾に証拠として掲げる熊野敏三・岸本辰雄『民法正義 人事編卷之壱』（明治23年）（甲A186〔大阪地判の甲A213〕）は、大阪地判の定義する明治民法（昭和22年法律第222号による改正前の民法の家族法部分の規定）ではなく、旧民法人事編（明治23年法律第98号）の起草に係るものである。したがって、大阪地判が、「明治民法（明治31年7月16日施行）における婚姻制度」「a 起草段階」の標題の下で上記文献の記述を挙げるのは、正確性を欠くものである（同様の指摘は、本件第1審判決5～6頁にも当てはまる。）。

そのうちどのような制度が適切であるかについては、現行法上の婚姻制度のみならず、婚姻類似の制度も含め……民主的過程において決められるべきものである」（大阪地判32頁）などと判示している。

大阪地判において憲法適合性が問われているのは本件規定であって、同性カップルが被っている不利益を解消する「個別的な立法」や「婚姻類似の制度」についての立法不作為ではない¹⁴から、上記のような判示は、憲法適合性審査の対象について論じたものではなく、本件規定の憲法適合性を審査する際の基礎となるべき事情（立法事実）について論じたものと解されるところ、法律の憲法適合性は法的判断の問題であり、その判断基準時は判決時であると解されること¹⁵から、法律の憲法適合性を基礎付ける立法事実の有無の認定判断も、当然、判決時を基準として行われるべきこととなる。

しかるところ、大阪地判が指摘するような「個別的な立法」や「婚姻類似の制度」は、判決時には存在しないものであるばかりか、具体的な立法の動きすら窺われないものであり、これらの立法や制度によって、本件規定の影響として同性カップルが被っている不利益が解消されたというような事実はまったく存しない。また、そのような「個別的な立法」や「婚姻類似の制度」の立法が将来において行われる抽象的な可能性があるという事情のみでは、本件規定の影響として同性カップルが被っている不利益が解消されたことになる（解消しなくてもよいものになる）というものでもない¹⁶。そうすると、大阪地判が指

¹⁴ 先に見たとおり、大阪地判は、「配偶者が異性であることを当然の前提とするものであり、配偶者が異性であることを婚姻の要件とするものと解釈できる」本件諸規定を憲法適合性判断の対象に据えている。

¹⁵ 杉原則彦『最高裁判所判例解説民事篇平成17年度（下）』649～651頁（「端的に、このような憲法判断の基準時は最高裁判所の判決時であるというべきではないかと考えられる」とする。）、加本牧子『最高裁判所判例解説民事篇平成27年度（下）』（法曹会、2018年）（甲A156）685頁（「違憲判断の基準時は、付随的違憲審査制の下では当該個別事件において判断が求められる時期と解すべきこととな〔る〕」）とする。）参照。

¹⁶ このような論法がまかり通るのであれば、「国民的議論を経た上で、国会が本件諸規定を改廃し、同性間の婚姻制度を構築するという選択をすることも可能である」（大阪地判

摘するような「個別的な立法」や「婚姻類似の制度」が考えられるというようなことは、本件規定によって生ずる影響の検討に当たって考慮すべき有意な事情たり得ないものであることが明らかである。

それにもかかわらず、大阪地判が、本件規定により生ずる影響の検討に際し、上記のような判示をした上で、本件規定が憲法24条2項に違反するということはできないとの結論を導いていることについては、以上に論じたことについての無理解を示すものであるか、あるいは、結論の正当化のために考慮すべき事情たり得ない事情を敢えて挙げたものとみざるを得ないが、いずれにしても、明らかな誤りであるといわざるを得ない。

第5 本件規定の憲法14条適合性判断における大阪地判の誤り等

1 本件規定による性的指向に基づく区別取扱いの存在を肯定した大阪地判の判示について

大阪地判は、本件規定は、客観的に同性愛者であるか異性愛者であるかによって婚姻制度の利用の可否について取扱いを区別するものではないから、同性愛者とその性的指向に合致する者と婚姻することができないという結果が生じているのは、本件規定から生ずる事実上の結果に過ぎないとする国の主張を排斥し、本件規定により生じている、異性愛者は婚姻をすることができるのに対して同性愛者はこれを行うことができず、婚姻の効果を享受できないという別異の取扱いは、性的指向という本人の意思や努力によっては変えることのできない事柄によって、婚姻という個人の尊厳に関わる制度を実質的に利用できるか否かについて区別取扱いをするものであることからすると、その憲法適合性については、このような事柄の性質を考慮して、より慎重に検討される必要がある旨を判示するところ（大阪地判38～39頁）、このような判示は極めて

33頁）ことから、本件規定の憲法適合性を問題とする必要はないということになり、更には、およそあらゆる法律の規定について、立法府による改正の可能性がある以上、その憲法適合性を問題にする必要はないということになりかねないが、そのような議論が不当なものであることは明白である。

正当なものである。

もつとも、以下にも見るとおり、大阪地判は、本件規定が憲法による異性間の婚姻制度の構築の要請に応じたものであると解されることなどを理由として簡単にその合理性を肯定する判示をしており、本件規定の憲法14条1項適合性について「慎重に検討」した形跡はまったく窺われない。

2 憲法24条2項は本件規定により生じている区別取扱いを当然に正当化する根拠となるものではないこと

大阪地判は、本件規定は、憲法24条2項による婚姻制度の立法化の要請に応じて異性間の婚姻制度を構築したものであり、その趣旨目的は、憲法の予定する秩序に沿うもので合理性を有していること、本件規定が同性間の婚姻制度については何ら定めていないために区別取扱いが生じているものの、同項が同性間の婚姻について異性間の婚姻と同程度に保障しているとまではいえないことからすると、上記立法目的との関連において合理性を欠くとはいえないことから、本件規定に同性間の婚姻制度が規定されていないこと自体が立法裁量の範囲を超えるものとして14条1項に違反するとはいえないなどと判示している（大阪地判39頁）。

先にも述べたとおり、憲法14条1項適合性審査においては、問題となる区別取扱いに着目して、立法目的の合理性及び目的達成手段の合理性を審査する枠組みが確立しているものであるが、大阪地判は、上記の判示部分において、専ら憲法が異性間の婚姻制度の構築のみを要請するものであると解されることを根拠として本件規定によって生じている区別取扱いの合理性を肯定しており、民法上の婚姻制度の制度趣旨を踏まえた上での区別取扱いの合理性の有無の検討を一切行っていない。そうすると、上記のような大阪地判の判示は、明示的ではないものの、実質的には「憲法24条が異性間の婚姻のみを対象として婚姻に係る法制度の構築を法律に委ねていることからすると、本件区別取扱いは、憲法が予定し許容しているもので、憲法14条1項に違反しない」（大阪地判

50頁)とする国の主張(憲法根拠差別正当化論)を受け容れたものと解さざるを得ない。

しかしながら、上記のような憲法根拠差別正当化論が誤ったものであることは、既に原告ら第6準備書面(37~39頁)等で論じたとおりである。すなわち、「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ぬ」¹⁷と解されるのであり、このことは、ドイツの連邦憲法裁判所の2009年7月7日決定(BVerfGE124, 19)においても、「基本法6条1項〔「婚姻及び家族は、国家秩序の特別の保護を受ける」と規定する——引用者注〕の婚姻の保護に基づき、婚姻を他の生活形式に対して優遇することは立法者に禁止されていない。ただ、他の生活形式が規律された生活実態や規範化によって追求される目標から婚姻と比較可能(vergleichbar)であるにもかかわらず、婚姻の特権化がそのような他の生活形式の不利益と同時に現れるならば、婚姻の保護を単に指摘するだけでそのような区別を正当化することはできない」、「他の生活形式が婚姻との距離を置いて内容形成され、少ない権利しか与えられないということを婚姻の保護から導き出すということは、憲法上根拠づけられない」と判示されているところである。

大阪地判は、本件規定の憲法24条2項適合性審査においては、憲法根拠差別正当化論に立つことなく、本件規定の影響として同性カップルが被っている不利益について検討した上で、「今後の社会状況の変化によっては、同性間の婚姻等の制度の導入について何らの法的措置がとられていないことの立法不作為が、将来的に憲法24条2項に違反するものとして違憲になる可能性はある」(大阪地判37頁)とまで判示しているにもかかわらず、14条1項適合性審

¹⁷ 渡辺康行ほか『憲法I基本権』(甲A37)456頁(宍戸常寿執筆部分)。

査においては、一転して、上記のような憲法根拠差別正当化論を援用することで事足りりとして、立法目的の合理性及び目的達成手段の合理性についての具体的な審査を放棄してしまっているものであ¹⁸るが、24条2項適合性審査と14条1項適合性審査におけるこのような矛盾的な態度については、到底合理的な説明が付き難いものであるといわざるを得ない（上記学説が指摘するとおり、「婚姻」立法から生ずる不利益取扱いについては、憲法24条2項及び14条1項のいずれの観点からも合理的な根拠に基づくものであることが求められるというべきである。）。

3 「本件諸規定に同性間の婚姻制度が規定されていないこと自体」と「差異の程度」の合理性を区別して論じた大阪地判の誤り

大阪地判は、「本件諸規定に同性間の婚姻制度が規定されていないこと自体」（大阪地判39頁）が憲法14条1項に違反するとはいえないと判示した後、更に、「同性愛者と異性愛者との間に存在する、自ら望む相手との人格的結合関係について享受し得る利益の差異の程度が、憲法14条1項の許容する合理的な立法裁量の範囲を超えるものではないかについてはなお慎重に検討すべき」（大阪地判39～40頁）であるとした上で、「現状の差異が、憲法14条1項の許容する国会の合理的な立法裁量の範囲を超えたものであるとは直ちにいい難い」、「仮に上記の差異の程度が小さいとはいえないとしても、その際は……婚姻類似の制度やその他の個別的な立法上の手当をすることによって更に緩和することも可能であるから、国会に与えられた裁量権に照らし、そのような区別に直ちに合理的な根拠が認められないことにはならない」（大阪地判40頁）などと論じている。

しかしながら、大阪地判における憲法14条1項適合性判断の対象は、「本

¹⁸ その理由を推測するに、この点を具体的に検討するならば、婚姻制度が「子を産み育てるためのものである」という趣旨理解と、「子を産み育て」ない異性カップルにも婚姻が認められていることの整合性を説明する必要が生ずるが、国の主張するような「抽象的・定型的」目的論は採用できず、他に説得力のある説明も難しいと考えたのであろう。

件諸規定により、異性愛者は婚姻をすることができるのに対して同性愛者はこれを行うことができず、婚姻の効果を享受できないという別異の取扱い（以下『本件区別取扱い』という。）」（大阪地判37頁）であり、大阪地判が指摘する「同性愛者と異性愛者との間に存在する、自ら望む相手との人格的結合関係について享受し得る利益の差異」というのも、「本件区別取扱い」の内容（異性愛者は婚姻をすることができるのに対して同性愛者はこれを行うことができず、婚姻の効果を享受できないこと）に含まれるものであるから、「本件区別取扱い」の合理性（立法目的達成手段の合理性〔規制方法と立法目的との関連性〕）の有無を審査する際には、上記のような「差異の程度」についても当然に考慮される必要がある¹⁹のであって、大阪地判のように、「本件区別取扱い」の内容を「本件諸規定に同性間の婚姻制度が規定されていないこと自体」と「同性愛者と異性愛者との間に存在する、自ら望む相手との人格的結合関係について享受し得る利益の差異の程度」とに二分して、それぞれの合理性を論ずることは適切ではない。

それにもかかわらず、大阪地判が「本件区別取扱い」の合理性の審査に際して、上記のような二分論に立ち、「本件区別取扱い」の内容である「差異の程度」を考慮することなく、憲法根拠差別論に基づいて、「本件諸規定に同性間の婚姻制度が規定されていないこと自体」が憲法14条1項に違反するとはいえないとの判断を先行的に示し、その後「差異の程度」について検討していることについては、上記の点についての無理解を示すものといわざるを得ない。

なお、その点を措くとしても、上記部分における大阪地判の判示は、「婚姻によって異性愛者が享受している種々の法的保護、特に公認に係る利益のよう

¹⁹ 本件第1審判決も、本件区別取扱いの合理性の有無の審査に当たって、「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」（本件第1審判決32頁）という差異の程度を重視したものと解される。

な重要な人格的利益を享受することができない状況」（大阪地判39頁。傍点は引用者が付加した。）が問題であるとしているにもかかわらず、法的効力を有しない「登録パートナーシップ制度を創設する動きが広がって〔いる〕」²⁰ ことによって「差異は一定の範囲では緩和されつつあるといえる」（大阪地判40頁）などと論じてみたり、憲法24条2項適合性の場面と同様に、ここでも判決時において現に存在しない「婚姻類似の制度やその他の個別的な立法上の手当て」なるものによって「差異の程度」を「緩和することも可能である」という事情をもって「本件区別取扱い」の合理性を基礎付けようとしたりするなど、複数の誤りを含んだものといわざるを得ない。

4 本件規定の憲法14条1項適合性審査のあり方への無理解

大阪地判は、前記3でも見た判示中において、「同性愛者と異性愛者との間に存在する、自ら望む相手との人格的結合関係について享受し得る利益の差異の程度」（大阪地判39～40頁）について、「本件諸規定の下においても、婚姻類似の制度やその他の個別的な立法上の手当をすることによって更に緩和することも可能であるから、国会に与えられた裁量権に照らし、そのような区別に直ちに合理的な根拠が認められないことにはならない」（大阪地判40頁）。傍点は引用者が付加した。）などと判示している。

しかしながら、ある事柄が法律による制度構築を前提とするものであり、その具体的な制度の構築が第一次的には立法府の合理的な裁量判断に委ねられるものであるとしても、その裁量権の行使の結果である法律によって定められた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（国籍法違憲判

²⁰ なお、控訴理由書55頁注46でも指摘したとおり、諸外国において導入されている法的効果を伴う「登録パートナーシップ制度」と、我が国における法的効果を伴わない「パートナーシップ」制度はまったく別個のものであるから、用語上も区別がなされるべきである。後者を「パートナーシップ認定制度」と称する例として、藤戸敬貴「カップル法制の諸構想」レファレンス860号（甲A510）21頁以下（40頁）参照。

決〔最大判平成20年6月4日民集62巻6号1367頁〕及び婚外子相続分差別違憲決定〔最大決平成25年9月4日民集67巻6号1320頁〕参照)のであり、このことは、立法裁量が問題となる事柄に関する法律に関しても、憲法14条1項適合性審査の対象となるのは、既になされた立法裁量権の行使の結果としての法律の規定及びそれによって生じている区別取扱いであって、未だなされていない国会による立法裁量権の行使(不行使を含む。)のあり方それ自体ではないということの意味する²¹。

大阪地判も判示するとおり、大阪地判の事案において憲法14条1項適合性審査の対象となるのは、既になされた立法裁量権の行使の結果としての「配偶者が異性であることを当然の前提とするものであり、配偶者が異性であることを婚姻の要件とするものと解釈できる」本件諸規定及びそれによって生じている「本件区別取扱い」であって、婚姻制度に関する国会の立法裁量権の行使のあり方それ自体ではないから、「本件区別取扱い」の14条1項適合性の判断に当たって、未だ行使されていない「国会に与えられた裁量権」なるものを考慮するというのは、許容し得ない不当考慮であることが明らかである。

それにもかかわらず、大阪地判が上記のような「国会に与えられた裁量権」を考慮要素とするような判示をしていることからすると、大阪地判は、以上のことを理解しなかったものであるか、あるいは、「同性愛者と異性愛者との間に存在する、自ら望む相手との人格的結合関係について享受し得る利益の差異

²¹ 千葉勝美『憲法判例と裁判官の視線』(有斐閣、2019年)(甲A511)は、国籍法違憲判決の多数意見に関し、「本判決は、国籍法3条1項について、この条項が、準正要件を具備する子には国籍を与えている点は、それ自体は問題ないとしても、その反面、それ以外の生後認知されただけの子には国籍を与えないという立法行為をも行っていることになるので、その後者の立法裁量権の行使があった部分に問題があるとして、これを憲法の平等原則に違反するとしたのである」(75頁)、「前述のとおり、準正要件を要件として付したことが、その反面、非準正子には国籍の取得を認めないという立法裁量権の行使がされていることになるとし、その部分を違憲無効としたものである」(83頁)と説明している。

の程度」の重大性を否定することは困難であると考えた²²ために、窮余の策として「国会に与えられた裁量権」なる考慮要素を持ち出したものと推測せざるを得ないが、いずれにしても、そのような判示には、いささかの正当性も見出し難いものであるといわざるを得ない。

第6 本件規定の改廃を怠る立法不作為の国賠法上の違法性判断における大阪地判の誤り

大阪地判は、本件規定は憲法の規定に違反するものではないから、本件規定を改廃しないことが国賠法1条1項の適用上違法の評価を受けるものではないと判断したものであるが、本件規定が憲法の規定に違反するものではないとする前提が誤ったものであることは、これまでも論じたとおりである。

その上で、本件規定の改正を怠る国会の不作為が著しいものであり、国賠法1条1項の適用上違法であると判断されるべきことについては、控訴理由書の第4（39～59頁）で論じたとおりである。

第7 大阪地判のその他の誤り

大阪地判は、台湾において「同性間の婚姻を認める民法の改正が行われた」（大阪地判15頁）と判示するが、婚姻一般を規定する民法の規定ではなく、特別法（司法院釈字第七四八号解釈施行法）の制定によって同性間にも法的婚姻の成立が認められることになった（甲A135、甲A259）ものであるから、上記の判示は誤りである。同様の指摘は、札幌判決（11頁）についても当てはまる。

第8 結論

大阪地判が多くの誤りを含んだ不当な判決であり、本件規定の憲法適合性に

²² 大阪地判は、憲法24条2項適合性判断の部分では、異性愛者は自由に異性と婚姻をすることが出来るのに対し、同性愛者は望みどおりに同性と婚姻をすることはできないということが「重大な影響」（大阪地判31）であるとしており、憲法14条1項適合性判断の部分でも、わざわざ「仮に上記の差異の程度が小さいとはいえないとしても」（大阪地判40頁）と判示して、その差異が小さなものとはいえないことを示唆している。

関する適切な先例として参照に値しないものであることは、以上に論じてきたところから明らかである。

木村草太教授は、大阪地判について、「本判決が、同性カップルが『法的承認』を受けられないことは『問題』だと指摘した点は重要だ。他方で、婚姻以外の別制度の可能性があるので、本件諸規定は違憲でないとする。『問題』の解消方法をわざわざ論じるのは、現状が何らかの点で違憲であることを前提にしているはずであり、違憲評価を明示すべきだった」²³と指摘している。既に論じてきたとおり、憲法適合性審査の対象となるのは、既に立法裁量権が行使された結果としての本件規定及びそれによって生じている区別取扱いであって、それらが違憲なものであると判断された場合にその違憲性を解消のためにいかなる制度が必要となるかは、それらの憲法適合性の評価とは別個の問題である。

「現時点の我が国においては、同性愛者には、同性間の婚姻制度どころか、これに類似した法制度さえ存しないのが現実」（大阪地判39頁）なのであるから、この現実が完全に憲法適合的であるといえないのであれば、本件第1審判決のように、少なくともそれに対する違憲の評価を明示する²⁴のが正しい方向性であったと考えられる。

本件控訴審においては、大阪地判とは異なり、本件規定の憲法24条1項適合性及び13条適合性並びに憲法14条1項適合性が正しく審査され、本件規定がこれらの憲法の規定に違反するとの正しい判断が示されることを望む。

以上

²³ 木村草太「生殖関係なき異性婚と同性婚の区別の合憲性」法律時報94巻10号（甲A509）4頁以下（5頁）。

²⁴ 本件第1審判決が、「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」（本件第1審判決32頁）と判示しているのは、正にこのような現実に対する違憲の評価を示したものと解される。