

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10準備書面

（東京地裁判決及び大阪地裁判決の評価）

2022年（令和4年）12月6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	東京地判の判示及びその評価.....	3
1	東京地判の判示の概要.....	3
	(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 .....	3
	(2) 本件諸規定の憲法24条1項条適合性についての判示.....	3
	(3) 本件諸規定の憲法14条適合性について.....	5
	(4) 本件諸規定の憲法24条2項適合性についての判示.....	6
	(5) 国会が同性間の婚姻を可能とする立法措置を講じないことの国賠法上の違 法性についての判示.....	10
2	東京地判についての評価.....	11
	(1) 2例目の違憲判決による同性カップルの人的結合関係について法的保護・ 社会的公証のない現状が合理性を欠くものとする評価の確立.....	11
	(2) 東京地判の憲法24条2項違反の判断に照らすと本件規定の憲法14条1 項違反の判断もなされるべきこと.....	12
	(3) 東京地判の憲法24条1項適合性判断について.....	17
第2	大阪地判の評価－駒村圭吾教授の意見を踏まえて.....	19
1	憲法13条の解釈に関して.....	20
2	憲法24条2項の解釈・適用に関して.....	20
	(1) 24条2項の解釈枠組自体の問題性.....	20
	(2) 枠組のあてはめの問題性.....	21
3	憲法14条の解釈・適用について.....	24
4	おわりに.....	24

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東京地判令和4年11月30日（甲A513。以下「東京地判」という。）の内容を紹介してその評価を論ずるとともに、憲法学者の駒村圭吾教授の意見書（甲A514）を踏まえて、大阪地判令和4年6月20日（甲A506。以下「大阪地判」という。）の評価を論ずる。

## 第1 東京地判の判示及びその評価

### 1 東京地判の判示の概要

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東京地判の判示の概要は、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

東京地判は、婚姻制度に関する民法第4編第2章及び戸籍法の諸規定を「本件諸規定」と定義した上で、本件諸規定は、同性の者同士の婚姻を明文で禁止しているものではないが、婚姻を「夫」と「妻」の間のものであり、すなわち異性間のものであり、同性間の婚姻は認められていないものと解釈した（東京地判3頁）。

#### (2) 本件諸規定の憲法24条1項条適合性についての判示

ア 東京地判は、本件諸規定の憲法24条1項適合性に関しては、同条に「両性」、「夫婦」という男性と女性を示す文言を用いられていることやその制定経緯からすると、同条にいう「婚姻」は異性間の婚姻を指すものと解するのが自然であり、憲法及び現行民法制定時の審議過程においても同性間の婚姻についての議論の形跡はなく、婚姻は男女間のものであることが当然の前提とされていたことがうかがわれることからすると、同条にいう「婚姻」とは、異性間の婚姻を指し、同性間の婚姻を含まないものと解するのが相当であるとした（東京地判38～39頁）。

その上で、憲法の原理及び憲法制定後の社会の変化を踏まえれば、今日の解釈としては同条にいう「婚姻」に同性間の婚姻をも含むものと解す

べきとする原告らの主張については、我が国においても同性愛に対する差別・偏見を解消しようとする動きや同性カップルに一定の法的保護を与えようとする動きが認められるなど、同性愛者等を取り巻く社会状況に大きな変化があることを踏まえれば、原告らの主張を直ちに否定することはできないが、伝統的に男女間の人的結合に対して婚姻としての社会的承認が与えられてきた背景や、その根底には、夫婦となった男女が子を産み育て、家族としての共同生活を送りながら次の世代につないでいくという社会的な役割を果たしてきた事実があることは否定できず、同性間の婚姻の導入に反対する意見の背後に存するものと考えられる、婚姻を男女間の人的結合関係と捉える伝統的な価値観を一方的に排斥することも困難であることなどからすると、現段階において、同性間の人的結合関係を異性間の夫婦と同じ「婚姻」とすることの社会的承認があるものとはまでは認め難く、現時点において、同条の「婚姻」について、これに同性間の婚姻を含まないという解釈が不当であり解釈を変更すべき状態となっているものということとはできないとした（東京地判39～42頁）。

イ また、東京地判は、望む相手と両当事者の合意のみに基づいて婚姻が成立するということが憲法の婚姻制度に対する要請の核心部分であるから、婚姻の自由は同性間の婚姻についても保障されると解すべきとする原告らの主張については、憲法が両当事者の合意のみに基づいて成立することを要請する婚姻とは、その社会において「婚姻」とする旨の承認を得た人的結合関係をいうものと解されるところ、上述のとおり、同性間の婚姻について現段階でそのような社会的な承認があるとまでは認められないから、その前提を欠くものであり採用できないとした（東京地判42頁）。

ウ 以上から、東京地判は、憲法24条の「婚姻」に同性間の婚姻を含むものと解することはできず、同条1項が同性間の婚姻に関する立法に関して

当事者間の自由かつ平等な意思決定に委ねられるべきことを要請したものと解されないから、婚姻を異性間のものに限り同性間の婚姻を認めていない本件諸規定が同項に違反するとはいえないとした（東京地判4 1～4 2頁）。

(3) 本件諸規定の憲法1 4条適合性について

ア 東京地判は、本件諸規定は、性的指向が異性愛であることを婚姻の要件としたものではないが、婚姻を異性間のものに限ることによって、実質的には同性愛者の婚姻を不可能とする結果を生ぜしめているから、性的指向による差別取扱いに当たるものと認められるとし、性的指向による形式的不平等の存在を否定する被告の主張には理由がないものとした（東京地判4 3～4 4頁）。

イ その上で、東京地判は、本件諸規定により、同性愛者は、婚姻（法律婚）制度全体を利用することができない状況に置かれ、異性愛者とは異なり、婚姻によって生ずる様々な法的効果等を享受することができないという不利益を受けているということが出来るものの、前述のとおり、憲法2 4条1項は異性間の婚姻について法律婚としての立法を要請しており、婚姻を異性間のものとする社会通念の背景には、夫婦となった男女が子を産み育て、家族としての共同生活を送りながら次の世代につないでいくという古くからの人間の営みがあることからすると、本件諸規定が婚姻を異性間のものに限り、同性間の婚姻を認めていないことは、上記のような社会通念を前提とした憲法2 4条1項の法律婚制度の構築に関する要請に基づくものであり、上記差別取扱いには合理的な根拠が認められるから、婚姻制度の目的の一つが人的結合関係における共同生活の保護にあると考えられることなどを考慮したとしても、本件諸規定が婚姻を異性間のものに限り同性間の婚姻を認めていないこと自体が、立法裁量の範囲を超えた性的指向による差別に当たるものとして憲法1 4条1項に違反するとはいえないと

した（東京地判43～45頁）。

(4) 本件諸規定の憲法24条2項適合性についての判示

ア 東京地判は、憲法24条は、本件諸規定が定める婚姻を同性間にも認める立法をすること、又は同性間の人的結合関係について婚姻に類する制度を法律により構築することなどを禁止するものではないとした。

そして、憲法24条2項は、婚姻に関する事項のみならず家族に関する事項についても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旨を示しているところ、同性愛者は、性的指向という本人の意思で変えることのできない事由により、本件諸規定により婚姻制度を利用することができず、そのパートナーとの共同生活について家族としての法的保護を受け、社会的に公証を受けることが法律上できない状態に置かれていることから、このような状態が、同項が掲げる個人の尊厳に照らして合理性を欠き、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点を踏まえて、本件諸規定の同項適合性を検討するものとした（東京地判45～46頁）。

その上で、東京地判は、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14条1項に違反しない場合に、更に憲法24条2項にも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え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ものと解するのが相当である（平成27年の夫婦同氏制大法廷判決参照）とした（東京地判47頁）。

イ 東京地判は、婚姻（法律婚）制度は、様々な法制度のパッケージとして構築されており、婚姻によって様々な法的効果が発生することを定めている民法等の法律の規定の多くは、夫婦が共同生活を送り、場合によっては

子を産み育てるにあたり、その家族関係を法的に保護する趣旨のものであるということができ、また、このような明文による法的効果以外にも、婚姻によりその当事者が社会内において家族として公に認知され、それにより家族として安定した共同生活を営むことが可能となるという効果も生ずるところ、親密な人的結合関係を結び、一定の永続性を持った共同生活を営み、家族を形成することは、当該当事者の人生に充実をもたらす極めて重要な意義を有し、その人生に最も重要な事項の一つであり、それについて法的保護や社会的公証を受けることもまた極めて重要な意義を持つものということが出来るから、婚姻により得ることが出来る、パートナーと家族となり、共同生活を送ることについて家族としての法的保護を受け、社会的公証を受ける利益は、個人の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るとした（東京地判47～49頁）。

そして、原告らの本人尋問の結果及び弁論の全趣旨によれば、同性愛者においても、親密な人的結合関係を築き、パートナーと共同生活を送り、場合によっては子供を養育するなどして、社会の一員として生活しており、その実態は男女の夫婦と変わるところがなく、パートナーと法的に家族となることはその人格的生存にとって極めて重要な意義を有するものであるといえるから、同性愛者にとっても、パートナーと家族となり、共同生活を送ることについて家族としての法的保護を受け、社会的公証を受ける利益は、個人の尊厳に関わる重要な人格的利益に当たるということができるとした（東京地判49頁）。

その上で、現在、同性愛者には、パートナーと家族となることを可能にする法制度がなく、契約や遺言、養子縁組等の制度も婚姻の代替手段として不適合ないし不十分なものであることからすると、同性愛者は、その生涯を通じて、家族を持ち、家庭を築くことが法律上極めて困難な状況に置かれており、特定のパートナーと家族になるという希望を有して

いても同性愛者というだけでこれが生涯を通じて不可能になることは、その人格的生存に対する重大な脅威、障害であるということができるとした（東京地判49～50頁）。

ウ 東京判決は、以上を踏まえ、本件諸規定を含む現行法上、同性間の人的結合関係について、パートナーと家族になり、共同生活を送ることについて家族としての法的保護を受け、社会的公証を受けるための制度（「パートナーと家族になるための法制度」）が設けられていないことについて、個人の尊厳に照らして合理性を欠き、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について、以下の点を総合的に考慮すると、現行法上、同性愛者についてパートナーと家族になるための法制度が存在しないことは、同性愛者の人格的生存に対する重大な脅威、障害であり、個人の尊厳に照らして合理的な理由があるとはいえず、憲法24条2項に違反する状態にあるということができるとした（東京地判50～52頁）。

- ① 近時、同性愛者等を取り巻く社会状況には大きな変化があり、同性愛を異常なもの、病的なものとするかつての認識は改められつつあること
- ② 多くの国において同性間の人的結合関係に一定の地位や法的効果を与える登録パートナーシップ制度等が導入され、平成13年以降は約30の国・地域において同性間の婚姻を認める立法が次々にされてきたこと
- ③ 我が国においても、多くの地方公共団体においてパートナーシップ証明制度が導入され、民間企業においても同性間の人的結合関係を夫婦と同等に扱う例があるなど、同性カップルについて一定の保護を与えようとする動きがあること
- ④ 性的少数者に対する調査によれば、8～9割の者が同性間の婚姻の

制度又は国レベルのパートナーシップの登録制度を要望していること

- ⑤ 世論調査の結果によれば、平成26年の調査では同性間の婚姻を法的に認めることについて反対意見が賛成意見を上回っていたが、平成27年以降は賛成意見が反対意見を上回るようになっており、平成30年の調査では同性カップルにも何らかの法的保障が認められるべきとの回答が75%を超えていること
- ⑥ パートナーと家族となるための法制度としては、同性間の婚姻制度以外にも、婚姻に類する制度も考えられ、そのような制度は婚姻についての伝統的な価値観とも両立し得るものと考えられるところ、国において同性間の人的結合関係について婚姻に類する制度を構築することについて大きな障害となるような事由があることはうかがわれず、むしろ、上記の制度を構築することは、その同性間の人的結合関係を強め、その中で養育される子も含めた共同生活の安定に資するものであり、これは、社会的基盤を強化させ、異性愛者も含めた社会全体の安定につながるものといえること
- ⑦ 他方で、同性間においてパートナーと家族になるための法制度をどのように構築するかという点については、現行の婚姻制度に同性間の婚姻を含める方法のほか、それとは別に同性間でも利用可能な婚姻に類する制度を構築し、そのパートナーに婚姻における配偶者と同様の法的保護を与えることも考えられ、また、上記の制度を導入する場合、嫡出推定規定の適用の有無、養子縁組の可否、生殖補助医療利用の可否等の点についていかなる制度とすべきは、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、子の福祉等にも配慮した上で、立法府において十分に議論、検討がされるべきであるといえること

しかしながら、上記のような法制度を構築する方法については多様なも

のが想定され、それは立法裁量に委ねられており、必ずしも本件諸規定が定める現行の婚姻制度に同性間の婚姻を含める方法に限られないことからすれば、同性間の婚姻を認めていない本件諸規定が憲法24条2項に違反すると断ずることはできないとした（東京地判52～53頁）。

また、本件諸規定の存在自体が、同性愛者等に対する社会的な差別・偏見を助長させ、社会を分断するものであり憲法24条2項に違反する旨の原告らの主張に対しては、同性愛が長らく異常なものとして認識され、差別や偏見の対象となってきたことからすれば、現行の婚姻制度に同性間の婚姻を含めることにより、異性間の婚姻と全く同じ制度を構築することが差別や偏見の解消に資するとの主張には首肯できるものがあり、婚姻制度から同性間の人的結合関係を排除することが差別や偏見を助長するとの観点についても立法府における検討において考慮されるべき事項の一つであるということではできるが、それによって立法府が採り得る選択肢が現行の婚姻制度に同性間の婚姻を含める立法という一つの方法に収れんし、同性間の婚姻を認めていない本件諸規定が憲法24条2項に違反するとはいい難いとした（東京地判53～54頁）。

エ 東京地判は、以上によれば、婚姻を異性間のものに限り同性間の婚姻を認めていない本件諸規定が憲法24条2項に違反するとはいえないとした（東京地判54頁）。

(5) 国会が同性間の婚姻を可能とする立法措置を講じないことの国賠法上の違法性についての判示

東京地判は、本件諸規定が憲法14条1項、24条1項及び2項に違反するものであることを前提とする立法不作為の違法の主張は、その前提を欠くものであるとした。

他方、現行法上、同性愛者についてパートナーと家族になるための法制度が存在しないことは、同性愛者の人格的生存に対する重大な脅威、障害であ

り、個人の尊厳に照らして合理的な理由があるとはいえ、憲法24条2項に違反する状態にあるということが出来るが、上記の法制度を構築する方法は同性間の婚姻を現行の婚姻制度に含める旨の立法を行うこと以外にも存在することから、上記の状態にあることから同性間の婚姻を可能とする立法措置を講ずべき義務が直ちに生ずるものとは認められないとし、国会がそのような立法措置を講じ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とはいえないとした（東京地判55～56頁）。

## 2 東京地判についての評価

### (1) 2例目の違憲判決による同性カップルの人的結合関係について法的保護・社会的公証のない現状が合理性を欠くものとする評価の確立

東京地判は、「現行法上、同性愛者についてパートナーと家族になるための法制度が存在しない<sup>1</sup>ことは、同性愛者の人格的生存に対する重大な脅威、障害であり、個人の尊厳に照らして合理的な理由があるとはいえ、憲法24条2項に違反する状態にある」と判示した違憲判決<sup>2</sup>であり、「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」から、「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」ものとして

---

<sup>1</sup> なお、法制度（立法）に関する「法制度が存在しない」（立法の不存在）という事態と、立法府の行為を対象とする「立法不作為」の相違については、控訴人ら控訴審第7準備書面4頁（注3）参照。両者の相違は、「法制度が存在しない」という事態が立法府の作為（法律の廃止）によっても発生し得ることからも明らかである。

<sup>2</sup> 一般に、違憲判決とは、裁判所が判決理由中において違憲の判断を示したものをいう。東京地判は、法制度（立法）の不存在が違憲状態にある旨を判示するところ、現に存在する法律の規定や既に実施された選挙（における定数配分又は選挙区割り）、現になされている政教分離原則に違反する土地利用提供行為（使用貸借契約）については、「違憲（であるが無効ではない）状態」と「違憲（であり、かつ）無効」との区別が成り立ち得るが、未だ存在しない法制度（立法）については、それが違憲「無効」であるとの評価はなし得ないから、「違憲状態」と「違憲無効」の区別は成り立たず、「違憲状態」とはすなわち「法制度が存在しない」という状態についての「違憲」判断を意味するものと解される。

憲法14条1項に違反すると判示した本件第1審判決に続く、本件規定の憲法適合性が争われた事件において現れた2例目の違憲判決である。

大阪地判も、「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」が存することを認め、「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」と判示していることを踏まえると、本件第1審判決、大阪地判及び東京地判によって、同性カップルの人的結合関係について何らの法的保護・社会的公証も与えられていない現状に合理性を認めることが困難であることについては、その評価がほぼ固まったものと解される。

そうすると、残された問題は、①最小限として、上記のような評価を、憲法のいかなる条項との関係で、どのような対象についての、どのような違憲であると構成するかという点と、②さらにそれを超えて、本件規定ないし本件規定の存在を前提とする上記のような現状が、どこまでの範囲において違憲であるとの評価を判決において明示するかという点<sup>3</sup>に収れんされていくことになるものと考えられる。

## (2) 東京地判の憲法24条2項違反の判断に照らすと本件規定の憲法14条1項違反の判断もなされるべきこと

ア 上記(1)でみた問題①の点について、本件第1審判決が、憲法14条1項との関係で、本件規定により生じている本件区別取扱いを対象として、異

---

<sup>3</sup> ②の点に関し、本件第1審判決が、立法府の有する立法裁量にも配慮して、本件規定が少なくとも上述の限度で合理性を欠くものとして憲法14条1項に違反するものであることを明らかにしたものであり、同性愛者に対して、婚姻によって生じる法的効果の一部でも享受する法的手段を提供すれば違憲の問題を生じないとする含意を有するものとは解されないことは、控訴理由書(34～35頁)で指摘したとおりである。宍戸常寿・曾我部真裕編『判例プラクティス憲法〔第3版〕』(信山社、2022年)(甲A515)も、本件第1審判決の判示について、「部分違憲である。ただし、合憲的部分と違憲的部分の境界については何ら述べられていない」(88頁)と評している。

性カップルに認められている婚姻によって生じる法的効果の一部ですらも同性カップルが享受する法的手段を提供しない点で違憲であると判断したのに対し、大阪地判及び東京地判は、憲法24条2項との関係で、「同性愛者についてパートナーと家族になるための法制度」ないし「同性間の婚姻等の制度」の不存在を対象とし、大阪地判はそれが将来的に違憲になる可能性があるとして評価し、東京地判はそれが違憲状態であると判断したものである。

大阪地判と異なり、東京地判が、「同性愛者についてパートナーと家族になるための法制度」の不存在という現状が憲法24条2項に違反して違憲であるとの判断を明示したことは高く評価されるものであるし、そのような判断の理由中において、同項が「婚姻に関する事項のみならず、家族に関する事項についても」対象とするものであることが明示されている点（東京地判46頁参照）で、憲法24条の「婚姻」には同性間の婚姻を含まないものとしながら何らの説明もなく「同性間の婚姻等の制度」の同条2項適合性判断を問題とした大阪地判のような解釈論上の難点も解消されているものと評価することができる。

イ もっとも、東京地判のように、「同性愛者についてパートナーと家族になるための法制度」の不存在という現状を、それ自体単独のものとして把握した場合に憲法24条2項に違反するものと評価するのであれば、同じ現状を、現に婚姻が認められている異性カップルとの比較において把握した場合も、当然に憲法（14条1項）違反との評価がなされるべきであったといえることができる。

すなわち、控訴人らの控訴審第8準備書面（19～22頁）でも論じたとおり、大阪地判も東京地判も、本件規定が婚姻を異性間のものに限ることによって婚姻の可否について性的指向による区別取扱いをするものであると認めて、性的指向による形式的不平等は存しないと国の主

張を斥けていること（大阪地判38頁、東京地判43～44頁）からすれば、東京地判が違憲であると評価する「同性愛者についてパートナーと家族になるための法制度」の不存在という現状は、現に婚姻が認められている異性カップルとの比較においては、「同性愛者は、婚姻（法律婚）制度全体を利用することができない状況に置かれ、異性愛者とは異なり、婚姻によって生ずる様々な法的効果等を享受することができない」（東京地判44頁）という、本件規定によって生じている性的指向による区別取扱いとしても把握することが可能であり<sup>4</sup>、かつ、そのような（性的指向による不平等・差別の問題であるとする）把握こそが、同性間の婚姻に関する諸外国の裁判所の憲法判断<sup>5</sup>や控訴人らを含む婚姻の平等を求める同性愛者等の訴えにも適合的であるといえる。

ウ なお、本件第1審判決とは異なり、大阪地判及び東京地判がともに、憲法14条1項適合性判断よりも24条2項適合性判断に力点を置き、14条1項違反を否定しながら24条2項違反（の将来的な可能性）を肯定するという判断をした背景には、両判決が引用する平成27年の夫婦同氏制大法廷判決が、「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13条、14条1項に違反しない場合に、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」を検討するものとしていることから、一般に、24条2項適合性審査の方がより広範かつ強力に立法府の裁量を統制する機能を果たすものとする理解が存し、そのような理解を本件規定の憲法適

---

<sup>4</sup> 一般に、あらゆる法規定は、一定の法的要件を満たした人々に対して一定の法的効果を付与するという構成をとるものであり、そこには必ず、一定の法的要件を満たす人々と満たさない人々とを分かつ区別事由が存在し、その区別事由に基づく区別取扱いを観念し得るものである（安西文雄ほか編『憲法学の現代的論点〔第2版〕』〔有斐閣、2009年〕〔甲A516〕344頁参照）。本件規定も、配偶者が異性であることを婚姻の要件とするものであり（大阪地判22頁参照）、そのことによって婚姻につき性的指向による区別取扱いをするものであると解される。

<sup>5</sup> 東京地判も取り上げているアメリカ合衆国連邦最高裁判所のオバーゲフェル判決、台湾司法院の判断及びオーストリア憲法裁判所の判決（東京地判30～31頁）は、いずれも性的指向による不平等を（も）違憲としている。

合性審査にもそのまま及ぼしたのではないかと窺われるところであるが、そのような考え方が適切なものであるとはいえないことについては、控訴人らの控訴審第8準備書面（21～22頁）で論じたとおりである。

補足すると、同判決の調査官解説によれば、平成27年の夫婦同氏制大法廷判決は、憲法24条（2項）が「まだ具体的な法制度により認められていない利益に関してはどのような制度を構築すべきかとの観点において憲法の趣旨が反映されること」<sup>6</sup>を要請するものであることを明らかにしたものと解されるが、東京地判も判示するとおり、「婚姻により得ることができる、パートナーと家族となり、共同生活を送ることについて家族としての法的保護を受け、社会的に公証を受けることができる利益」は、現に民法の定める婚姻制度により婚姻が認められている異性カップルが享受している利益であり、その利益が個人の尊厳に関わる重大な人格的利益に当たるものであることは異性カップルと同性カップルとで変わるところがないのであるから（東京地判49頁参照）、このような利益が「まだ具体的な法制度により認められていない利益」であるということはできない。

また、同調査官解説は、憲法24条（2項）適合性審査が固有の意義を有し得る場面として、「憲法……14条を裁判規範として検討する局面において……基本的に形式的平等に反するものでなければ憲法14条違反とならないなど、柔軟な検討をすることが困難である場合」<sup>7</sup>を想定するところ、上記のとおり、東京地判（及び大阪地判）は、本件規定が婚姻を異性間のものに限ることによって婚姻の可否について性的指向による区別取扱いをするものであると認めて、性的指向による形式的不平等は存しないとする国の主張を斥けているのであるから、形式的不平等の

---

<sup>6</sup> 畑佳秀『最高裁判所判例解説民事篇平成27年度（下）』（甲A246）739頁参照。

<sup>7</sup> 畑佳秀『最高裁判所判例解説民事篇平成27年度（下）』（甲A246）754頁参照。

存在が否定された平成27年の夫婦同氏制大法廷判決の事案とは異なり、14条が裁判規範として立法統制機能を果たす上での障害は存しないものといえる。

そうすると、平成27年の夫婦同氏制大法廷判決の判示に照らしても、本件規定に関しては、憲法24条2項適合性審査よりも14条1項適合性審査こそが優先的・重点的になされるべきであり、後者の方が前者よりも強力に立法裁量を統制する機能を果たすことになるものと解される。

エ 以上のことを前提に、「同性愛者は、婚姻（法律婚）制度全体を利用することができない状況に置かれ、異性愛者とは異なり、婚姻によって生ずる様々な法的効果等を享受することができない」（東京地判44頁）という、本件規定によって生じている区別取扱いの憲法14条1項適合性を検討した場合に、それが違憲と評価されるべきことについては、控訴人らがこれまでに主張し、また、本件第1審判決が判示したとおりである。したがって、東京地判が、「同性愛者についてパートナーと家族になるための法制度」の不存在という現状が憲法24条2項に違反して違憲であると判断するのであれば、それと同様の理由により、本件規定も憲法14条1項に違反する旨の判断をすべきであったといえる。

これに対し、東京地判は、本件規定が婚姻を異性間のものに限ることによって婚姻の可否について、本人の努力や治療によって変えられる事由ではない性的指向（東京地判21～22頁）による区別取扱いをするものであると認めながら、判例（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〕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〕）とは異なり、区別事由の性質を考慮して区別取扱いの合理性についての審査密度を高めることもせず、「憲法24条1項は、異性間の婚姻について法律婚としての立法を要請しているものと解すべき」こと及び「婚姻を異性間のもの

とする社会通念」の存在を理由として、極めて安易に本件規定が憲法14条1項に違反するとはいえないと結論付けた点については、大阪地判と同様（かそれ以上）に不当なものといわざるを得ない。

東京地判がそのような誤った判断に至った原因は、上述のような本件規定についての憲法14条1項適合性と24条2項適合性の関係等を正解しなかったこと等にあると考えられるが、この点については、大阪地判に対する批判として控訴人らの控訴審第8準備書面（27～33頁）で詳細に論じたとおりである。

オ なお、本件第1審判決は、憲法24条は同性婚について定めるものではないと解したことから、本件規定の合理性の検討において憲法24条（2項）適合性について触れるところがないが、一般に、婚姻及び家族に関する法制度を定めた規定については、「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」ものであり<sup>8</sup>、控訴人らは、そのような理解のもとに、本件規定は、憲法14条1項に違反すると同時に、24条2項にも違反するものであると主張を構成しているものである（原告ら第6準備書面51～52頁、同第11準備書面33頁等）。

したがって、本件における控訴人らの主張を前提とした場合も、東京地判のような憲法24条2項違反の違憲判断ができないものではなく、むしろ、当然にそのような違憲判断もなし得るものであり、なすべきものと解される（その理由としては、控訴人らの主張と第1審判決の判断との関係について控訴人らの控訴審第7準備書面〔7～8頁〕で論じたところが当てはまるものである。）。

### (3) 東京地判の憲法24条1項適合性判断について

---

<sup>8</sup> 畑佳秀『最高裁判所判例解説民事篇平成27年度（下）』（甲A246）754頁参照。

ア 東京地判が、憲法の原理及び憲法制定後の社会の変化を踏まえれば、今日の解釈としては憲法24条にいう「婚姻」に同性間の婚姻をも含むものと解すべきとする見解について、直ちに否定することはできないものとした上で、現段階において、同性間の人的結合関係を異性間の夫婦と同じ「婚姻」とすることの社会的承認があるものとは認め難く、現時点において、同条の「婚姻」について、これに同性間の婚姻を含まないという解釈が不当であり解釈を変更すべき状態となっているものということとはできないと判示した点については、同条にいう「婚姻」概念が憲法制定時の理解によって固定化されるものではなく、憲法制定後の社会変化等の事情変更によって「婚姻」の意義も変化し得るものであり、同性間の婚姻も「婚姻」に含まれるとの解釈がなされ得ることを示唆するものと解され、その点では控訴人らの主張にも沿うものであると評価することができる（もっとも、その社会変化として同性間の婚姻に対する「社会的承認」を求めるとのように解される判示については疑問であるし、その点を措くとしても、東京地判が認定事実に掲げているような「同性間の婚姻、同性カップルの法的保障に関する世論調査等」の結果〔東京地判33～34頁〕によれば、既に同性間の婚姻に対する「社会的承認」は存在するものと認められるべきである。）<sup>9</sup>。

また、東京地判が、本件規定が憲法24条1項に違反する旨の原告らの主張を、同条が立法府に対して同性間の婚姻制度の創設を（現に存在する婚姻制度とは無関係に、直接に）要請するものであるという前提に立

---

<sup>9</sup> なお、東京地判の解釈を前提としても、現に同性間の婚姻が立法により認められた場合には、既に同性間の婚姻に対する社会的承認が存することは明らかであるとして、憲法24条の「婚姻」には同性間の婚姻をも含むとの解釈がなされるべきことになると解される。同性間の婚姻立法についても、婚姻当事者以外の第三者の意思が介入することなく両当事者間の合意のみによって成立するものとされ、婚姻当事者が同等の権利を有することが基本とされ、個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚した法制化がなされるべきものと解されるから、憲法24条の「婚姻」を異性婚に固定化する解釈よりも、同性間の婚姻立法についても同条の規律を及ぼし得るような「婚姻」解釈の方が望ましいものと考えられる。

った主張であるかのように曲解すること（本件第1審判決及び大阪地判がそのような曲解をしていることは、控訴人らの控訴審第8準備書面〔16～18頁〕で指摘したとおりである。）なく、本件規定が憲法の保障する婚姻の自由の核心部分である相手方の選択の自由を正当化根拠なく制約するものとして違憲である旨をいうものであることを正しく理解し（東京地判37頁）、そのような主張に対応して、同条の「婚姻」の文言解釈にとどまらない検討をしているとみられることについても、一定評価し得るところである。

イ その上で、東京地判がその可能性を示唆するとおり、憲法制定後の社会変化等の事情変更によって憲法24条にいう「婚姻」の意義も変化し得るものであるとした場合、現時点において既に同性間の婚姻も「婚姻」に含まれるものと解釈することが可能であり、そのように解釈すべきことについては、控訴人らの控訴審第8準備書面（12～16頁）で論じたとおりである。

本件においては、東京地判の判断を更に進めて、「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り、そのような婚姻の自由の核心部分である相手方の選択の自由を正当化根拠なく制約する本件規定は違憲であるとの判断がなされるべきである。

## 第2 大阪地判の評価－駒村圭吾教授の意見を踏まえて

控訴人らは、控訴審第8準備書面において、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詳細に主張したところ、その主張の裏付けとなるものとして、大阪地判の事案の控訴審において憲法学者の駒村圭吾教授の意見書（甲A514。以下「駒村意見書」という。）が提出されたので、本件においても証拠として提出する。

駒村意見書の概要は、以下のとおりである。

## 1 憲法13条の解釈に関して

大阪地判は、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とはいえないと判示する（大阪地判26頁）が、他方で、憲法24条2項において考慮すべき権利利益に関し、婚姻をした当事者間の人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」）が、「自己肯定感や幸福感の源泉といった人格的尊厳に関わる重要な人格的利益といえることができる」とし、「このような人格的利益の有する価値は、異性愛者であるか同性愛者であるかによって異なるものではない」と判示していること（大阪地判26～27頁）に照らすと、そのような人格的利益は憲法13条によって保障される人格的利益であると解されることを明示的に述べる必要があったというべきであり、憲法24条の解釈もそのような理解に基づいて行われるべきである（駒村意見書2～3頁）。

## 2 憲法24条2項の解釈・適用に関して

### (1) 24条2項の解釈枠組自体の問題性

大阪地判及び大阪地判が引用する平成27年の夫婦同氏制大法廷判決は、憲法24条2項が、本質的に様々な要素を検討して行われるべき立法作用に対して「あえて」立法上の要請、指針を明示したものであり、その要請、指針は、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るとの理解を示しているにもかかわらず

ず、結論的には、婚姻制度の形成は夫婦や親子関係の全体の規律を見据えた総合的判断によるべきことや、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や実質的平等はその内容として多様なものが考えられることを理由に、同項適合性審査を平板な比較較量で処理しようとするものであり（大阪地判27～28頁）、不当な循環論法に陥っているものである。

上記のとおり、憲法24条2項が「あえて」立法上の要請、指針を明示した趣旨や、大阪地判が同性カップルの公認に係る利益を「人格的尊厳に関わる重要な人格的利益」と判示していることからすると、同項適合性の判断に当たっては、厳格度・審査密度が高められた審査枠組で、より丁寧な比較較量が行われるべきである（駒村意見書4～6頁）。

## (2) 枠組のあてはめの問題性

ア 大阪地判は、上記(1)でみたような比較衡量論の枠組の下で、まず、「現在の婚姻制度」の合理性を論じているが、通常と比較較量論<sup>10</sup>においては、ここで論じられるべきは、婚姻を異性間にのみ限定している現在の婚姻制度の合理性の有無ではなく、同性間の婚姻を排除していることの合理性の有無であるから、大阪地判の判示は、不当に論点をすり替えるものである。

ここで検討されるべきは、現行制度が婚姻を異性間のみ限定していることの合理性を支える諸根拠が、同性間の婚姻を排除する理由としても合理性を持つものであるか否か<sup>11</sup>であり、その検討を経て初めて、同性間

---

<sup>10</sup> 判例上、比較衡量（利益衡量）とは、「自的のために制限が必要とされる程度と、制限される自由の内容及び性質、これに加えられる具体的制限の態様及び程度等を較量する」ものであるとされている（最大判昭和58年6月22日民集37巻5号793頁、最大判平成4年7月1日民集46巻5号437頁等。傍点による強調は引用者による。）。

<sup>11</sup> 憲法14条1項適合性審査の判断枠組みに関してであるが、安西文雄ほか編『憲法学の現代的論点〔第2版〕』（甲516）は、「平等規範に関する合憲性審査は、不平等を主張する側が提起する区別事由を対象として行われるから、誰と誰が、どういう区別事由で分かたれているかを明確にすることが大切」であり、「第一に、そこで提起された区別事由を正当化する立法目的を確定」することが必要であるとする（344～345頁。傍点による強調は引用者による。）。

の婚姻が排除されている真の理由（伝統という名の偏見や、子を産むことができない結合を保護する必要はないという自己論駁的な理由等）があぶりだされ、憲法的吟味を受けるべき核心的争点が示され得るものである（駒村意見書6～7頁）。

イ 大阪地判は、現行の婚姻制度の合理性に関する諸批判に対し、①婚姻制度によりもたらされる諸利益は民法上の他の制度（契約や遺言等）で代替できること、②地方公共団体において登録パートナーシップ制度の導入が進められていること、③現行の婚姻制度の重要部分は自然生殖が可能なカップルを前提とするものであり、同性カップルにそのまま開放することが困難であること、④同性間の婚姻あるいはそれに準ずる制度の導入については民主的プロセスに委ねるのが適当であることをもって応答している。

しかしながら、上記①の点について、民法上の契約等の手段が婚姻制度によりもたらされる諸利益の代替手段として限界のあるものであることは大阪地判も認めるところである上、大阪地判が特別の意義を認める公認に係る利益については民法の他の制度では代替することができないものであるから、そのような代替可能性をもって重要な人格的利益の実現が果たされていない現状を肯定することは詭弁に近いものである（駒村意見書7～8頁）。

上記②の点については、そもそも登録パートナーシップ制度が生み出す効果は限定的であり、公認の効果も法律による公証には及ばないものであって、不利益緩和の程度は「一定の程度」にとどまるものに過ぎない上、それにもかかわらず、登録パートナーシップ制度の導入が広まっていることについては、同性間の婚姻が認められていない現状がもたらす同性愛者等の不利益や苦痛の緩和としてではなく、むしろ、その現状が苛酷なものであることの例証、告発として捉えられるべきものである（駒村意見書8～9頁）。

上記③の点については、確かに嫡出推定や親権等に係る民法の規定は、自然生殖が可能なカップルを前提としたものと位置付け得るし、カップル及び子を含む家庭単位で見れば、それらの規定が現行の婚姻制度の重要部分を構成しているものと解し得るものであるが、子をもうけないことを選択したカップルや子を産むことのできないカップルであっても、異性間であれば問題なく婚姻が認められており、それらのカップルには上記のような規定が適用されないだけで、現行法制下の婚姻に入ることに特段の支障があるわけではないことからすると、これらの異性カップルと同様の状況にあると解される同性カップルに現行法制下の婚姻をそのまま開放しても問題はないはずであり、それが最も素直で自然な解法であるといえる。また、異性間の「婚姻」制度と同水準の同性間の「パートナーシップ」制度を設けることは、婚姻が提供してきた婚姻にかかる利益につき別異取扱いをするものとして、その立法意図が厳しく問われると同時に、仮に公証的効果に違いが存しないとすれば別異取扱いをする合理性自体が存しないということになる（駒村意見書9～10頁）。

上記④の点について、大阪地判は、同性カップルの公認に係る利益の実現のためにどのような制度が適切であるかの議論も尽くされていない現段階で直ちに本件諸規定が個人の尊厳に要請に照らして合理性を欠くと認めることはできないとするが、政府・国会においてはそもそも議論が始まる気配もないのが現段階であり、司法部門が何らかのメッセージを発しない限り改善に向かう兆しを見出すことは困難である。また、大阪地判は、同性カップルに対する差別や偏見は解消されつつあり、その真の意味での解消は、民主的過程における自由な議論を経た上で制度が構築されることによって実現されるものと考えられるとするが、国会議員による差別的発言等が見られる状況では同性カップルに対する差別や偏見は解消されつつあるものとはいえず、同性カップルの利益実現のため

の制度構築についての「自由な議論」も始まらず、理解の促進を実現するための法整備についてすら躊躇があるというのが正しい現状認識である。さらに、大阪地判は、同性間の婚姻又はこれに類する制度の実現と異性カップルの婚姻の自由との間には利益相反の関係もないことからすると、同性間の婚姻等の制度の構築に向けた立法が多数決原理の下で期待できないとは必ずしもいえないとするが、むしろ、利益相反の関係がないにもかかわらずなぜ立法に向けた議論すら始まらないのかが問われるべきであり、同性愛者に対する偏見（歪んだ外的選好）がその要因となって合意形成が妨げられていること<sup>12</sup>の重大性にこそ目が向けられるべきである（駒村意見書10～11頁）。

### 3 憲法14条の解釈・適用について

大阪地判が本件諸規定の憲法14条1項違反を否定するロジックは、要するに、現行の婚姻制度は、合理的かつ歴史・伝統的に定着を見た制度であるのに対し、それによって同性愛者等が被っている不利益は「相当程度解消ないし軽減されていること」、「一定の範囲では緩和されつつあるといえること」から、現状の別異取扱いが生む際は国会の立法裁量を超えるものではないというものであるが、そこにいう「解消」「軽減」「緩和」が成り立ち得ないものであることは上述のとおりである。

大阪地判による本件諸規定の憲法14条1項適合性判断は、その審査密度の点において「慎重な検討」を行うものとは到底いえず、原告らが被っている不利益の認定や民主制の過程に対する見方も驚くほど平板なものであって、多数の問題点を抱えた、成り立ち得ないものである（駒村意見書11～12頁）。

### 4 おわりに

---

<sup>12</sup> 穴戸常寿・曾我部真裕編『判例プラクティス憲法〔第3版〕』（甲A515）は、札幌地判が限定的にであれ立法府が斟酌できるものとした「同性婚に対する否定的意見や価値観」なるものは、「克服すべき同性愛嫌悪<sup>ホモフォビア</sup>」であると喝破している（88頁）。

大阪地判は、本件諸規定は、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く、同性愛者と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結果が生じているのは、本件諸規定から生ずる事実上の結果に過ぎず、それゆえ立法裁量がより広範になるとする被告国の主張を適切に排斥しているが、このように常識的に考えて通用しようのない弁明を法廷の場に持ち出す被告国の姿勢こそ、同性愛者に対する偏見の披歴、その尊厳に対する毀損といわざるを得ない。

先に見たとおり、大阪地判は、現行の婚姻制度が同性愛者等の人格的利益を損なっていることを認めつつも、契約等の代替手段や登録パートナーシップ制度によって不利益は解消、軽減ないし緩和されている旨をいう（実際には、これらにより不利益が解消、軽減ないし緩和されているものといえないことは、先述のとおりである。）が、法令が本来的には認めていない事柄について、民間や地方公共団体が法の趣旨を潜脱するような努力をして不利益の解消、軽減ないし緩和を図ることによって、法令の不備を補っている状況をもって良しとすることも、どう考えてもおかしな論法である。

婚姻によって保護される人間的結合は、長い時間をかけて大切にされ、死が二人を分かたずまで育まれ続けるものであり、そのことが人生にとって持つ意味はかけがえのないものであるが、今、婚姻を望む同性カップルにはそれが与えられていない。裁判所も、そして憲法も、それが個人の尊厳にとって重要な営みであることを認めるにもかかわらず、それが制度として与えられないまま老い、死んでいく同性カップルと、それがフルスペックで与えられている人々の分断がこのまま放置されるとすれば、これほど残酷なことはないというべきであり、裁判所には、当事者たちの声に耳を傾けた審理判断が望まれる（駒村意見書12～13頁）。

以上