

【リンクはご自由にお貼りください】

【有償配布 及び Web（ホームページ、ブログ、facebook 等）へのアップロードや転載はおやめください】

・「結婚の自由をすべての人に」関西訴訟（大阪高裁）・第1回期日（2022年12月23日）に提出された書面です。

令和4年（ネ）第1675号 「結婚の自由をすべての人に」訴訟控訴事件

控訴人 控訴人1 他5名

被控訴人 国

## 控訴理由書

2022（令和4）年11月30日

大阪高等裁判所第14民事部B3係 御中

控訴人ら訴訟代理人

弁護士 大畑 泰次郎

同 佐藤 倫子

同 寺野 朱美

同 宮本 庸弘

同 三輪 晃義

同 山岸 克己

同訴訟復代理人

弁護士 松本 亜土

同 森本 智子

## 目次

|    |   |    |
|----|---|----|
| 第1 | はじめに .....  | 4  |
| 第2 | 本件における違憲審査のあり方について .....  | 4  |
| 第3 | 民主的過程による解決が期待できないこと .....   | 6  |
| 1  | 原判決の判示 .....  | 6  |
| 2  | 同性愛者等は社会的・政治的マイノリティであり、民主主義の過程で救済されにくいこと .....                        | 6  |
| 3  | 同性カップルに婚姻制度の利用を認めることは国民の福利を大きく向上させる一方、これにより減少する国民の福利は存在しないこと .....    | 11 |
| 4  | 小括 .....  | 13 |
| 第4 | 憲法24条1項及び13条適合性判断における原判決の誤り .....                                     | 15 |
| 1  | 原判決の判断に対する批判 .....  | 15 |
| 2  | あるべき憲法24条解釈 .....   | 18 |
| 第5 | 憲法24条2項適合性判断における原判決の誤り .....  | 25 |
| 1  | 婚姻制度の本質等から、本件諸規定が違憲であることが明白であること .....                                | 25 |
| 2  | 原判決の憲法24条2項に関する判示が重大な問題をはらむものであり、是正されるべきであること .....                   | 30 |
| 3  | 結論 .....  | 46 |
| 第6 | 憲法14条適合性判断における原判決の誤り .....  | 46 |
| 1  | 「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ことの不当性 .....         | 46 |
| 2  | 原判決は、本件区別取扱いの憲法14条適合性判断において「慎重な検討」が必要としながら慎重な検討をしていないことの不当性 .....     | 48 |
| 3  | 「婚姻類似の制度やその他の個別的な立法の手当をすることによって更に緩和することも可能」であることを合憲の理由とすることの不当性 ..... | 52 |
| 4  | 原判決が判示する「慎重な検討」を行えば、本件区別取扱いが憲法14条1                                    |    |

|    |                            |    |
|----|----------------------------|----|
|    | 項に違反することは明らかであること .....    | 54 |
| 5  | 結論.....                    | 63 |
| 第7 | 国家賠償法1条1項の適用上違法であること ..... | 64 |
| 第8 | 結語.....                    | 64 |

## 第1 はじめに

本件は、法律上同性の者同士の婚姻を認めていない民法及び戸籍法の規定（以下、「本件諸規定」という）の憲法適合性を問う訴訟である。

原判決は、本件諸規定が憲法24条、13条、14条1項に違反しないと判断し、本件諸規定を改廃していないことが国家賠償法1条1項の適用上違法ではないとして、控訴人らの請求をいずれも棄却した。しかし、原判決の判断は憲法24条、13条、14条1項の憲法解釈を誤ったものであり、控訴人らは原判決の判断を承服することができない。

本書面では、まず、本件訴訟における違憲審査のあり方と、本件については民主的過程による解決が期待できず裁判所の果たすべき役割が大きいことを述べたうえで、原判決の憲法適合性判断が誤っていることを述べる。

## 第2 本件における違憲審査のあり方について

原判決は、違憲審査の対象となる本件諸規定の解釈について、「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」（原判決22頁。傍点は引用者が付加した。）と判示している。

この判示のとおり、本件において憲法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。

しかるに、原判決では、憲法14条1項適合性審査にあたって「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」（原判決39～40頁）について、「本件諸規定の下に

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」(原判決40頁。傍点は引用者が付加した。)などと判示している。この判示は、本件で違憲審査の対象とすべき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るにもかかわらず、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。)のあり方を違憲審査の対象とするものであり、誤りである。

以上のとおり、本件においては、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」の憲法適合性が判断されなければならない<sup>1</sup>。

なお、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については、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か否かという国家賠償法上の違法判断の対象となるものに過ぎない<sup>23</sup>。

---

<sup>1</sup> 千葉勝美『憲法判例と裁判官の視線』(有斐閣、2019年)(甲A614)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となるので、その后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。

<sup>2</sup> 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A609)55頁参照。

<sup>3</sup> 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

### 第3 民主的過程による解決が期待できないこと

#### 1 原判決の判示

原判決は「差別や偏見の真の意味での解消は、むしろ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」(原判決35頁)、「近年の調査によれば、同性カップルに婚姻等の法的保護の制度を認めるべきだとの回答をしている者が相当程度にまで増加してきている旨の結果も示されている。このように、民主的過程での議論の余地がある以上、これを措いて、現時点において司法が積極的に本件諸規定の違憲を宣言すべき状況にあるということとはできない」(原判決36頁)などとして、ことさらに、法律上同性カップルの婚姻等の法的保障の問題について、民主的過程において解決されるべきことを強調する。

しかし、以下で論じる理由から、本件に関しては、民主的過程による解決は期待できない。

#### 2 同性愛者等は社会的・政治的マイノリティであり、民主主義の過程で救済されにくいこと

##### (1) 一般人の中には依然として強い差別と偏見を持つ者が存在すること

同性愛者等性的少数者は人口的に圧倒的に少数者である(甲A8の2・1頁、甲A9・55頁、甲A10・17頁)。

昨今の世論調査では、同性婚を認めるべきであるという社会風潮が強まっ

---

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A610)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ものである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。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。

ている一方で（甲A110、196、298など）、社会の中には差別・偏見が厳然と存在する。2019年2月14日に本件提訴がなされた時に、下記のようなコメントがヤフーに投稿され、社会において根強い偏見が存在していることが露わになった（甲A615）。

- ・個人的には、大変気持ち悪いので 何処かの島に隔離してほしい（3頁）
- ・できれば、日陰者として暮らして下さいませ（4頁）
- ・申し訳ないけどこの話題はとても苦手。気持ちに正直な言葉にすると、気持ち悪い。（5頁）
- ・生物学的に非常に気持ちが悪い。隣にいたら軽蔑するし、近寄らないでほしい。ひっそりと生きてください。キモい。（6頁）
- ・同性愛者は やっぱり病気だなあ と、思う（7頁）
- ・世に出てこないでください（8頁）
- ・気持ち悪い。子供に悪影響 そんなカップルが増えたら国が成り立たない子供ができないから（9頁）
- ・気持ち悪いので見たくない自由を、保障して欲しい。（10頁）。

さらに、原判決が、本件諸規定が憲法に違反しないとする判断を下した直後から、甲A616にあるような投稿がSNS上で繰り返され、同性愛者等当事者に対して向けられている差別意識・偏見が顕在化した。下記は投稿の抜粋である。

- ・同性婚なんて認めてなくてよい 例えば外歩いているときに、同性でイチャイチャとかしてたら不愉快だからな 見えない所でひっそり暮らしておいて欲しい 社会に出てこないで欲しいから（3頁）
- ・日本で騒がず日本から出て行けば済む話ですっ（6頁）
- ・異性と結婚すりゃいいだけの話だろ（7頁）
- ・普通じゃない＝悪（8頁）
- ・見せしめに同棲愛者を片っ端から逮捕して懲らしめるべき（9頁）

- ・当然。ホモとかキモすぎ（10頁）
- ・ゲテモノは海外に行け！！ 異常者が正常だと思われる時代にはならん！（13頁）
- ・同性で結婚したいなら、人間を辞めてカタツムリになると良いよ！（18頁）
- ・一人二人の変態のために 何で法律を曲げんといかん 法に関係なく一緒にいればよかろう（20頁）
- ・そんな生産性のないクソな同性婚を認めるべきではない。少子化が加速するわ（25頁）

このように、多数人の心の中には、潜在的な差別意識が未だ根強く存在しており、「同性愛は異常である」、「同性愛は法的保護に値しない」などといった偏見が蔓延し、それによって多数の同性愛者等が苦しんでいるという現状が依然として続いている。

## (2) 政治家にも偏見や嫌悪・侮蔑の意識を持っている者がいること

一般人のみならず、本来、主権者の代表として民主政の根幹である熟議を担うべき政治家の中にも、依然として、同性愛者等に対する不合理な偏見や嫌悪・侮蔑の意識が根深く存在し、それは以下のような発言に現れている。

- ・2018年7月29日、自由民主党の谷川とむ衆議院議員が「趣味みたいなもの」と無理解な知識を披瀝した（甲A617・2頁）
- ・2018年8月、自由民主党の杉田水脈衆議院議員が、同性愛者は生きていてはいけないと言わんばかりに、『『生産性』がない』『これ〔引用者注：同性愛〕でいいんだ』とすれば不幸な人を増やすことにつながりません』と述べた（同・3頁）
- ・2019年1月、自由民主党の平澤勝栄衆議院議員は「国がつぶれちゃう」などと述べ、同性愛者らの存在が有害であるとした（同・3頁）
- ・2015年11月、鶴指（つるさし）海老名市議会議員は「異常動物だと



いうことをしっかり考えろ！」と暴言を吐いた（同・1頁）

- ・2010年12月、東京都の石原都知事も「どこか足りない感じがする」などと偏見を露わにした（同・1頁）。
- ・2020年9月25日、足立区の白石正輝区議会議員は「日本人が全部L、日本人が男は全部G」ならば「次の世代生まれますか？」（甲A396・1頁）、「LだってGだって、法律に守られてるじゃないかなんていうような話になったんでは、足立区は滅んでしまう」（同・2頁）と発言した

このような発言が、地方議員から国会議員に至るまで、様々な政治家によってなされていることは問題の深刻さを示している。政治家という立場の人間から差別発言が出ることは、差別意識のある政治家がたまたま各地にいるということではなく、これら政治家が、社会で共有されている同性愛者等に対する不合理な偏見やそれに基づく嫌悪・侮蔑の意識を一般社会と地続きの形で共有しているからにほかならない。

さらには、2022年6月13日に開催された神道政治連盟国会議員懇談会の会合において、「夫婦別姓 同性婚 パートナーシップ LGBT一家族と社会に関わる諸問題一」と題する冊子が配られた（甲A618）。神道政治連盟は、「日本の伝統や文化を後世に正しく伝えること」を目的として設立された政治団体であるが（甲A619・神道政治連盟ホームページ1頁）、同連盟と「問題意識を共有する多くの国会議員」が（同・5頁）、神道政治連盟国会議員懇談会を結成し、2022年（令和4年）7月末日時点で、257名の衆参国会議員が参加している（同）。これは、衆議院465名、参議院245名の合計の4割に及び、故・安倍晋三元首相が会長を務めてきたこともあって（甲A620）、神道政治連盟の考え方は、国政に対して強い影響力を有していると考えられる。

この議員懇談会の会合において、上記冊子（甲A618）が配られた。同冊子には、「同性愛と同性婚の真相を知る」と題する下記内容の講演記録が掲

載されている。

- ・「同性愛は…後天的な精神の障害、または依存症です。」(同・23頁下段)。
- ・「依存症は一度陥るとなかなかそこから抜け出すことが出来ません。同性愛行為の快感レベルが高くてなかなか抜け出すことができないのは、ギャンブル依存症の人が沢山儲けたときの快感を忘れられず、抜け出せないのと同じなのです。」(同上)
- ・「同性愛者の中にはアルコール中毒者が多く、健康状態が影響して短命となる傾向がある」(同・25頁)

このような冊子が、立法府の4分の1の議員が所属する団体の会合で堂々と配布されたことに対しては当然批判の声があがり、冊子の内容を明確に否定することや冊子の回収を求める5万筆もの署名が集まったが(甲A621)、議員懇談会等が上記冊子を回収したり、釈明することはされていない。

このような中では、代表民主政のプロセスを通じて控訴人ら同性愛者等が救済されることは極めて困難である。

### (3) 国会が同性婚に関する検討を棚ざらしにしていること

実際にこれまでの衆議院・参議院の同性婚に関する質疑状況、法案の検討状況に鑑みても、同性婚という基本的人権にかかわる問題について、民主的なプロセスによる速やかな解決が期待しがたい状況に置かれていることがわかる。

2015年2月に安倍総理大臣が「同性婚を認めるために憲法改正を検討すべきか否かは、わが国の家族の在り方の婚姻に関わる問題であり、極めて慎重な検討を要するものと考えております」(甲A312)との答弁を行って以降、国会においては「極めて慎重な検討を要する」との判で押したような政府答弁が繰り返されている(甲A312、318、568、572、320、622)。そして「検討を要する」と答弁するも、実際に検討は開始されていない。2019年には河井法務大臣からは「検討するか否か、そのこと

自体を含めて検討が必要である」という珍妙な答弁まで飛び出した（甲A320・十一頁）。

2019年6月に、野党により「婚姻平等法案」が上程されたが（甲A136）、この法案は審議すらされなかった（甲A623）。

このように、日本社会に同性愛者等に対する差別意識や偏見が未だ根強く存在し、かつ、そのような意識を共有し代弁する政治家が政権党の中で力を持っているという構造から、立法府においては同性婚についての議論すら開始されていない。

以上のような状況から、国会においては理性的な議論が阻害され、民主政の過程による是正が働かず、立法府は、もはや機能を停止した状態に陥っていると評価せざるを得ない（この点に関しては、甲A624駒村圭吾教授の意見書のⅢ. 2.（5）も参照されたい）。

### 3 同性カップルに婚姻制度の利用を認めることは国民の福利を大きく向上させる一方、これにより減少する国民の福利は存在しないこと

夫婦同氏制度の合憲性が争われた令和3年6月23日最高裁大法廷決定において、草野耕一裁判官は、民法750条及び戸籍法74条1号は、憲法24条に違反するといわざるを得ないとの反対意見を付した。

同裁判官の反対意見では、「婚姻及び家族に関する法制度を定めた法律の規定が（中略）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ものとするのが相当である」と、平成27年12月16日最高裁大法廷判決・民集第69巻8号2586頁と同様の規範を定立したうえで、「本件各規定が、上記のとおり国会の立法裁量の範囲を超えるほど合理性を欠くといえるか否かを判断するに当たっては、（中略）選択的夫婦別氏制を導入するこ

とによって向上する国民各位の福利とそれによって減少する国民各位の福利を比較衡量することが有用であるとする（ここでいう「福利」とは、国民各位が個人として享受する利益を意味するものであって、個人を離れた「社会全体の利益」や「特定の共同体又は組織の利益」は含まれない。）という基準を立てた。

同裁判官に倣い本件諸規定の合憲性を考えると、「同性愛者等に婚姻制度の利用を認めることによって向上する国民各位の福利とそれによって減少する国民各位の福利を比較衡量する」方法で本件諸規定の合憲性は判断されることになる。

同性カップルに婚姻制度の利用を認めた場合、それにより婚姻制度の利用を望む同性カップルの福利が向上することはいうまでもない。婚姻制度を利用することで、パッケージ化された婚姻制度の法的効果を享受することができ、それにより共同生活の保護が図られることになるからである。また、原判決が「人格的尊厳に関わる重要な利益」（原判決26～27頁）という公認の利益についても婚姻制度を利用することにより達成することができる。

また、同性カップルも子の養育を行うことは可能であり、現に同性カップルによる養育が行われている子がいることを考えれば、同性カップルに婚姻制度の利用を認めることは、同性カップルに養育されている子の福祉を向上させることにもつながる。

このように、同性カップルに婚姻制度の利用を認めることは、婚姻当事者の共同生活の保護にも、子の養育にも資するものであり、国民各位の福利を大きく向上させることにつながるのである。

それでは、同性カップルに婚姻制度の利用を認めるによって減少する国民各位の福利としてはどのようなものが考えられるであろうか。同性カップルに婚姻制度の利用を認めても、それにより婚姻当事者以外の権利関係には何ら影響を与えない。婚姻を望む異性カップルはこれまでどおり婚姻をすることができ、

望むのであれば生殖や養育を行うこともこれまでどおり可能である。また、婚姻制度の利用を望まない同性カップルは、これまでどおり婚姻制度を利用しなければよい。つまり、同性カップルに婚姻制度の利用を認めるによって減少する国民各位の福利は存在しないのである。

このように、同性カップルに婚姻制度の利用を認めることは、それにより多くの国民の福利を向上させ、ひいては多くの幸せを生む一方で、それにより誰の福利も減少させない、誰一人不幸となる人間を生み出さないのである。

#### 4 小括

近年、同性愛者等に対する差別・偏見は許されないという認識が広まり、同性婚の法制化を支持する声も着実に増えている一方で、その動きには比例せず、先述のように、令和の時代においても、同性愛者等に対する偏見・差別はなくなる。同性婚の法制化によって向上する国民の福利はあっても、これにより減少する国民の福利は存在しないにもかかわらず、このテーマに関しては一般人のみならず政治家という立場の人からさえ、嫌悪・憎悪に満ちた差別発言がことあるごとに繰り返されている。この現状は、これらの人々の心に刷り込まれた同性愛者等に対する偏見・差別意識が極めて根深く、拭い去ることが困難であることを示している。

立法府が機能を停止した状況で、原判決の述べるような役割を立法府が果たすことは不可能である。まさに、夫婦同氏規定最高裁判決（最大判平成27年12月16日民集69巻8号2586頁）において寺田補足意見で述べられた、「選択肢のありようが特定の少数者の習俗に係るといような、民主主義的プロセスによる公正な検討への期待を妨げるというべき事情」が存在しているのである。

本件諸規定により侵害されている同性愛者等の権利は、婚姻できないことによる種々の経済的・精神的な不利益ではあるものの、究極的には、千葉勝美元最高裁判事の言葉を借りれば「婚姻という二人の個人の結合という制度におけ

る夫婦としての人格的で根源的な結び付きの喜び、精神的な充実感、相互の助け合いによる一種の運命共同体的な安心感や相互の心からの信頼関係の素晴らしさといった『掛け替えのない個人の尊厳に関わる喜び』を享受できない」不利益である（甲A607・207頁。下線は原文ママ。） 。異性カップルが当然に享受できる、しかし掛け替えのない、このような個人の尊厳に関わる喜びを、同性カップルは、どれほど互いとの絆が強くとも、自ら選択する余地のない性的指向により、その相手が同性であるという事由のみによって享受することが許されていない。これは、同性愛者等の個人の尊厳を大きく毀損する重大な問題である。

前記2(1)で紹介したような原判決直後にSNSで発せられた多くの差別発言は、偏見・差別意識が未だ社会に根強く存在していることを浮き彫りにしたに留まらず、裁判所の合憲判断により、社会に存在する差別意識・偏見が改めて呼び覚まされ、助長・強化されたことをも示している。

千葉勝美元最高裁判事が「同性愛者のような性的マイノリティーの人達が『婚姻』できないために損なわれている基本的人権に注視し、それを救済することは、多数決原理とは離れた法原理機関としての司法部の基本的役割・機能であり、そのことを国民から期待されているといえるのではないだろうか。」と論じるとおり（甲A607・208頁）、裁判所が法原理機関として証拠と論理に基づき、厳格に憲法適合性審査を行い、明確な違憲判決によって議論の出発点と枠組を示さなければ、立法府が機能不全から抜け出し本来の民主的機能を果たすことはできず、社会における圧倒的少数者である同性愛者等への人権侵害は終わらない。

裁判所は、本件諸規定の是非を「民主的な過程における自由な議論」に任せるとはならず、自らが積極的に審査し、違憲との判断を行うべきである。

## 第4 憲法24条1項及び13条適合性判断における原判決の誤り

### 1 原判決の判断に対する批判

(1) 原判決は、本件諸規定の憲法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とはいえず、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も解されないことを理由として、本件諸規定が憲法24条1項及び13条に違反しないと判断した<sup>4</sup>。

(2) 原判決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、原判決が、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

---

<sup>4</sup> 中岡淳「同性婚に婚姻を認めない「同性間に婚姻を認めない民法及び戸籍法の諸規定の合憲性」(甲A593)は、札幌地裁判決に対する批判であるが、以下の論旨は原判決に対しても妥当する。「ここでは条文の解釈にあたって、憲法制定の言葉の意味や憲法制定者の意図を尊重する、ある種の「原意主義」的な解釈が施されている。しかし、24条の「婚姻」が同条の制定時の意味に従って「異性婚」と解し得るとしても、同条が婚姻一般ではなく、あくまで「異性婚」を規律対象とする規定であると解し得るならば、13条と24条を一般法と特別法の関係で理解する場合にも、なお、13条の補充的保障を想定することは可能である。むしろ、特別法の適用範囲から漏れる同性婚を13条の補充的保障によって保護することは、同条の制憲者の意図に沿う。」

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。

原判決も、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から、「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」（原判決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。

駒村圭吾教授も、「この判示部分が語り掛ける大きな希望は、このあとの理路によって徹底的に希釈化されていく。『憲法の普遍的価値』に言及してまで語られたことが空証文となった」と評しており、原判決への本質的な誤りを指摘している（甲A624）。

- (3) この点、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。

憲法24条1項は「両性の合意」、「夫婦」という文言を、また、同条2項は「両性の本質的平等」という文言を用いているが、婚姻の自由の保障は憲法24条の規定の文理解釈から直ちに導かれるものではなく、同条の文理解釈のみによって婚姻の自由が同性間にも及ぶのか否かが決せられるべきものではないし、これらの文言が同性間の婚姻の自由を排除する意図で用いられたものでないことからしても、これらの文言が存在することにより、同条が保障する婚姻の自由が同性間にも及ぶものとする解釈が妨げられることにはならないというべきである。

なお、一般に、法の解釈方法には、文理解釈の他にも、通常の使用では文言の意味に含まれないものについても事柄の類似性を理由として当該文言の



意味に含むものとする拡張解釈や、文言の本来の意味に含まれないものについても事柄の類似性を理由として適用を及ぼす類推解釈の手法が存する。

憲法24条の保障する婚姻の自由が同性間にも及ぶものと解すべき実質的な理由が十分に存するにもかかわらず、同条24条で用いられている「両性」、「夫婦」という文言が、一見するとそのような解釈の妨げになるかのように思われるのであれば、以上のような拡張解釈や類推解釈の方法を採用することが可能であり、解釈の実質的な妥当性を確保するためにも、そのような解釈が用いられるべきであるが、原判決はそのような検討を行っていない。

学説においては、第1審の最終の代理人意見陳述でも紹介したとおり、「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（甲A590・渋谷意見書）。

また、巻美矢紀教授も、「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A606）において、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

準ですらクリアーすることはできず違憲であると論じている。

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（甲A607・千葉勝美「同性婚認容判決と司法部の立ち位置」）。

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原判決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

### (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A607・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、予見し得なかったという理由で、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、「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」<sup>5</sup>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、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。

この点は、原判決も、憲法24条は、同性間の婚姻を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た上で、「かえって、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ることからすると、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（中略）、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の共生の理念に沿うものでこそあれ、これに抵触するものでないということができる。」（原判決25頁）と明言しているのだから、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、原判決のように、同条1項の「婚姻」が異性間の婚姻のみを指し、同

---

<sup>5</sup> 芹沢斉ほか編『新基本法コンメンタール憲法』（日本評論社、2011年）（甲A185）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。

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<sup>6</sup>。

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である。すなわち、憲法24条1項は、「婚姻をするかどうか、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<sup>7</sup>、「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

---

<sup>6</sup> 後述のとおり、このような原判決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られるとしながら、特段の説明もなく、本件諸規定の同条2項適合性を当然に問題とする点にも現れている。

<sup>7</sup> 加本牧子『最高裁判所判例解説民事篇平成27年度（下）』（甲A197）669頁。

理念に沿うもの」(原判決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<sup>8</sup>。

- (5) 本件諸規定の憲法24条1項及び13条適合性判断に際して原判決が示した憲法解釈の不当性

原判決は、本件諸規定の憲法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」(原判決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」(原判決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

---

<sup>8</sup> この点、戸松秀典教授も明快に以下のように述べている(「なぜ日本は後れているのか」甲A595)「現行の法制度では、同性の結婚を前提としておらず、それは、諸外国でも同様であって、同性の結婚を求める人たちの主張を認め、排除しない法秩序を作り上げることが同性婚容認の目的です。したがって、憲法秩序・国法秩序を新たに形成する説明がなされればよいのです。憲法24条は、そのようなことを念頭に条文がおかれたわけではないのですから、そこに婚姻の自由が保障されているが同性婚は含まれていないといった説明は、同性婚排除の内心の意図を正当化しているにすぎません、婚姻の自由の根拠条文を憲法13条に求め、そこに保障されている幸福追求権の内容がその自由であると解すれば落ち着くのではないのでしょうか。」

はできない」(原判決24頁)とも判示している。

しかしながら、控訴人らの主張(原判決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諸規定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。

原判決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、本件諸規定の憲法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当なものであることは明らかである。

なお、駒村圭吾教授も、原判決の「人格的尊厳に関わる重要な人格的利益」との表現を受けて、次のとおり指摘している(甲A624)。

「ここで、注意すべきことは、この表現に表れているように、当該利益は「人格権」ではないものの、単なる「人格的利益」ではなく憲法の根源的な価値につながる「重要な」法益であると明言されている点、そして、このような理解が婚姻のもたらす二つの利益のうち、特に「公認にかかる利益」との関わりで述べられている点、の二つである。こう見てくると、同性間の婚姻にかかる権利は13条で人格権としては認められないとしても、上述の表現——とりわけ「自己肯定感や幸福感の源泉といった人格的尊厳」という表現——に照らした場合、かかる「人格的利益」は13条によって(たとえ人



格権の水準ではないにしても) 保障されると述べる必要があるのではなかろうか。13条についての支配的見解は、それを「人格的自律」を核心とするものと理解しており、また同条がまさに「幸福追求」と明文で唱っている以上、大阪地裁の判断の「条文根拠」を示すとすれば、13条において他に考えられない。」。

本件控訴審においては、本件諸規定の憲法24条1項及び13条適合性判断に際して原判決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すことを強く望むものである。

## 第5 憲法24条2項適合性判断における原判決の誤り

### 1 婚姻制度の本質等から、本件諸規定が違憲であることが明白であること

#### (1) はじめに

憲法24条2項は、「配偶者の選択・・・並びに婚姻及び家族に関するその他の事項」について、法律が「個人の尊厳」と「両性の本質的平等」<sup>9</sup>に立脚して制定されなければならない旨を定めており、立法府が婚姻及び家族に関して制定した法律は、これらの観点から、憲法適合性が不断に問われる必要がある。そして、婚姻制度の本質・目的等を考慮すれば、本件諸規定が憲法24条2項に反することは明白である。以下、詳述する。

#### (2) 原判決が婚姻の制度趣旨についての理解を誤っていること

婚姻の本質は、両性が永続的な精神的及び肉体的結合を目的として真摯な意思をもって共同生活を営む点にある(最大判昭和62年9月2日民集41巻6号1423頁参照)。

この点、原判決も、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

---

<sup>9</sup> なお、ここでいう「両性」が「男女」を意味するものではないことは、原告ら第5準備書面10頁及び甲A228号証参照。

とのみ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を認定したうえで(原判決10頁)、「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]」(原判決25頁)と判示している。

しかし、原判決は、本件諸規定の憲法24条2項適合性を判断するにあたり、突如として、「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である」と判示する(原判決29～30頁)。

原判決の上記判示は、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積極的に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、非正規的な利用であると位置付けるものである<sup>10</sup>。このような判示は、原審自身が認定した婚姻制度の本質と大きく矛盾するものといわざるを得ない。

- (3) 婚姻制度の目的は婚姻当事者の共同生活の保護にあり、婚姻当事者の関係性について同性カップルと異性カップルで差はないこと

婚姻の本質が、婚姻当事者が「永続的な精神的及び肉体的結合を目的として真摯な意思をもって共同生活を営む点」にあるとすれば、婚姻制度の主たる目的は、生殖や養育とは直接かかわらない、婚姻当事者の共同生活の保護にあ

---

<sup>10</sup> なお、原審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られてきたことについては、到底合理的な説明が困難であると思われる。

る。そして、婚姻当事者の共同生活の内容及びその保護の必要性について、婚姻当事者が同性カップルであるか異性カップルであるかという点で差異が生じることはない（札幌地裁判決25頁参照）。

#### (4) 婚姻と生殖・養育との関係

ア 法制度としての婚姻の目的と婚姻の事実上の役割等を混同してはならないこと

婚姻制度は、生殖や養育とまったく無関係の制度ではなく、事実上、生殖や養育を念頭に婚姻するカップルがいることは否定しない。

しかし、二宮周平教授が意見書において述べるとおり、法制度としての婚姻の目的を明らかにするには、婚姻が果たす事実上の役割等を考慮する必要があるが、これらは明確に区別されるべきものであり、法制度としての目的と事実上の役割等を混同することは許されない（甲A608・1頁）。

同意見書においても述べられているとおり、本件諸規定は生殖能力を婚姻の成立要件としておらず、生殖不能を婚姻の無効・取り消し原因や離婚原因ともしていないのであるから、法制度としての婚姻の目的が生殖・養育にあるという解釈には無理がある<sup>11</sup>。生殖や養育を法制度としての婚姻の目的とする解釈は、これまで婚姻が果たしてきた事実上の役割、社会の多数者が期待する役割及び国が婚姻制度に期待する役割に依拠した解釈と言わざるを得ない（甲A608・8頁）。このことは原判決が、婚姻制度の目的にかかる解釈の正当化根拠を、「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」ことに求める（原判決30頁）ことから明らかである。

このように、原判決は婚姻が果たしてきた事実上の役割等に過ぎない生殖・養育の保護を法目的と混同しており、婚姻制度の法的理解を誤ったもの

---

<sup>11</sup> 生殖関係による区別が許されないことについてはA612・5～6頁、A549・615～620ページも参照。

である。

イ 仮に生殖・養育関係の保護が婚姻制度の法目的の一つであるとしても、婚姻当事者の共同生活の保護という法目的との関係での合憲性審査が必要であること

仮に婚姻の法目的に生殖・養育関係の保護という目的があるにしても、婚姻制度の重要な法目的に婚姻当事者の共同生活の保護も含まれていることは上記(2)で述べたとおりである。そうすると、本件諸規定の合憲性を判断するには、婚姻当事者の共同生活の保護という目的を考慮してもなお同性愛者等を婚姻制度から排除する本件諸規定は合憲といえるのかが判断されなければならない。そうであるにもかかわらず、原判決は、夫婦共同生活の保護という目的との関係で本件諸規定が合理性を有するといえるのかを検討していない<sup>12</sup>。これは、同性愛者等も異性愛者のカップルと同様の親密な関係を育むことが可能であるため、夫婦共同生活の保護という目的を考慮すると本件諸規定を合憲とする余地はないことから、敢えて夫婦共同生活の保護という目的を無視した、合憲という結論ありきの判断構造と言わざるを得ない。

ウ 同性カップルも異性カップルと同様の養育を行うことが可能であること  
すでに控訴人らが原審で主張したとおり、同性カップルも異性カップルと同様に子の養育を行うことは可能である（原告ら第3準備書面45頁、原告

---

<sup>12</sup> 原判決は、婚姻の目的は夫婦の共同生活の法的保護であるという主張に言及しつつも、夫婦共同生活の法的保護が婚姻の目的であると認定することなく、「このような目的（控訴人ら代理人注：「男女が安定した関係の下で共同生活をしながらその間に産まれた子を養育することを保護する」目的）と、個人の自己実現等の手段としての婚姻とは矛盾するものではなく、互いに両立し得るものである」と認定したうえで、「そうすると、このような趣旨や目的自体が、歴史的、社会的意味を失っているとはいえない。」とだけ判断している（原判決30頁）。しかし、このような二つの目的は相反するものではなく両立し得るものであるから、本来ここで裁判所に求められていることは、夫婦の共同生活の法的保護が婚姻の目的であることを認定したうえで、そのような目的をふまえても同性カップルを婚姻制度から排除することが許されるのかという点について判断をすることであり、上記の注意書きに記載したような目的が歴史的、社会的意味を失っているか否かについて判断をすることではない。

ら第12準備書面脚注1等を参照)。

実際、控訴人3番と控訴人4番は、2009年から共同生活を開始し、2015年にアメリカで法律婚をしたうえ、既に13年間以上もの間、パートナーとして共同生活を送っているものであるところ(甲C4、5)、2022年8月には控訴人4番が出産し、現に「子どもをもうけ育てながら共同生活を送り次世代に継承していく関係」を築いている。育てながら家族として共同生活を送っている。むしろ、日本において本件諸規定により同性カップルが婚姻制度から排除され、何らの法的保護も与えられないことから、控訴人3番が子どもとの身分関係を形成することができないなど、様々な困難を生じている(甲C6)。2022年7月5日から同月31日に「法律上の性別が同じ人とパートナー関係にある人、あった人」を対象に実施したアンケート調査(甲A613)からも、同性愛者等のなかには異性愛者同様、子どもを持ちたい、養育したいという希望を持つ者や実際に養育している者が少なく一方で、共同親権が持てないので養子をあきらめた、親権を持てない方は育休が取れない、病院に連れていったり保育園の送迎をするのに支障があるなど、同性愛者等が本件諸規定故に子どもをもつことを大きく妨げられていることが分かる(同7頁、93頁～100頁)。

控訴人6番も、原審本人尋問において「(子どもをもうける選択肢について)制度がないということで、例えば養子、どうにかして養子をもらえたとしても親権を2人が持てないという部分で、僕たちは最初からやっぱり子供を持つという選択肢を諦めていました」「制度さえあれば、もしかしたらもっと若いときにちゃんと子供を引き取って育てるというふうに選択肢ももしかしたらあったんじゃないかと今になって思うところがあります」と述べ、「もしお二人がカップルになった当初から同性でも結婚できたとしたら、お子さんはどうだったでしょうね」という復代理人の質問に対し「確実に考えていたと思います」と答え、「婚姻制度から排除されていたことで、初めか

ら諦めてしまっていた、今ではもう遅いということでしょうか」という質問に対しても「はい、そう思います」と答えている（原告6番尋問調書10頁から11頁）。このように、婚姻制度が同性カップルを婚姻制度から排除することは、同性カップルによる子の養育に著しい不利益を及ぼすことにつながり、ひいては、養育関係の保護という婚姻制度の目的を阻害する結果となるのである。

- (5) 同性カップルに婚姻制度の利用を認めることは国民の福利を大きく向上させる一方、これにより減少する国民の福利は存在しないこと

上記第3の3記載のとおり、同性カップルに婚姻制度の利用を認めることは、それにより多くの国民の福利を向上させ、ひいては多くの幸せを生む一方で、それにより誰の福利も減少させないし、誰一人不幸となる人間を生み出さない。

そうであれば、いかなる事情を考慮しようとも、同性愛者等を婚姻制度から排除することを「個人の尊厳」と「両性の本質的平等」の観点から許容することはできず、国会の立法裁量を超えて著しく不合理であることは明白である。

- (6) 小括

以上のとおり、婚姻制度の本質及び目的に照らせば、婚姻当事者が同性カップルであるか異性カップルであるかという点で婚姻制度の利用の可否について差異を設ける必要性はなく、同性カップルに婚姻制度の利用を認めることは、それにより多くの国民の福利を向上させる一方で、それにより誰の福利も減少させないのであるから、同性愛者等を婚姻制度から排除することは、「個人の尊厳」と「両性の本質的平等」の観点から到底許容することはできないことは明らかである。したがって、本件諸規定は憲法24条2項に反し違憲である。

## 2 原判決の憲法24条2項に関する判示が重大な問題をはらむものであり、 是正されるべきであること

- (1) はじめに

原判決は、本件諸規定の合憲性を論じるうえで、本件諸規定の憲法24条2項適合性を厚く論じ、結論としては、本件諸規定は憲法24条2項に反しないとする。しかし、駒村敬吾教授が意見書において述べるように（甲A624）、原判決には多くの看過し難い問題点があり、その判断は是正されるべきである。以下、適宜同教授の意見書を参照しつつ、詳述する。

(2) 原判決が定立した憲法24条2項の判断枠組みが同項の趣旨を没却するものであること（甲A624・4～6頁）

憲法24条2項は、個人の尊厳と両性の本質的平等の観点から婚姻制度に関する立法裁量の限界を画するものである。

この点、原判決は、「憲法24条が、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、指針を明示していることからすると、その要請、指針は、単に、憲法上の権利として保障される人格権を不当に侵害するものでなく、かつ、両性の形式的な平等が保たれた内容の法律が制定されればそれで足りるというものではないのであって、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り、この点でも立法裁量に限定的な指針を与えるもの」（下線部は控訴人ら代理人による。）とする（原判決27～28頁）。このように、原判決は、憲法24条2項は、多様な諸要素を総合的に判断する立法作用に対し、「あえて」立法上の要請、指針を示したものと解釈している。

そのような解釈のもと、原判決は、憲法は、(A)「憲法上の権利として保障される人格権を不当に侵害するものでなく、」「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」、(B)「両性の形式的な平等が保たれた内容の法律が制定されればそれで足りるというものではない」く、「両性の実質的な平等が保たれるように図ること」、について「十分に配慮した法律の制定を求める」ものであるとする。

しかし、原判決は、その直後、「婚姻及び家族に関する事項は、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によって定められるべきものである。特に、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、それらの実現の在り方は、その時々における社会的条件、国民生活の状況、家族の在り方等との関係において決められるべきものである。そうすると、憲法24条の要請、指針に応じて具体的にどのような立法措置を講ずるかの選択決定が国会の多方面にわたる検討と判断に委ねられているものであることからすれば、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ものとするのが相当である。」（下線部は控訴人ら代理人による）とする（原判決28頁）。

このように、原判決では、「様々な要素を検討して行われるべき立法作用」という表現によって立法の総合的判断性と考慮要素の多様性を指摘した上で、それでもなお、「あえて」憲法が「個人の尊厳と両性の本質的平等」という「要請、指針」を定めたとし、その具体的内容について上記（A）（B）から成る人権親和的な定式を示したにもかかわらず、その（A）（B）の検討には「総合的判断」と「多様なもの」の考察が必要であるから、「様々な要素を検討して行われるべき立法作用」にふたたび委ねられるという論法が展開されている。

しかし、このような理路を採用すると、多様な要素を判断する立法裁量に対して憲法は「あえて」要請・指針を定めた⇒しかし、その内容は多様な要素の考慮が必要⇒多様な要素を判断する立法作用に委ねる⇒多様な要素の判断と言っても憲法はそれに対して「あえて」要請・指針を定めた、という循環論法



に陥ることになる。

このような原判決の論法は、自らが言及した憲法24条2項の意義を没却するものであり、原判決はこのような論法のもと、単なる比較衡量により本件諸規定の合憲性判断を行っている。

しかし、原判決の示した、循環論法に回収される以前の憲法24条2項解釈からすれば、同2項の要請・指針の適用は、単純な比較衡量に委ねられるものとは理解し難く、事実との照合を踏まえた丁寧な衡量が不可欠なのである。

なお、原判決は、夫婦同氏規定最高裁判決（平成27年12月16日大法廷判決・民集第69巻8号2586頁）を参照しているが、同判決では、夫婦同氏が婚姻の自由に対する事実上の制約であると判断されており、「制度の構築に掛かる立法裁量の限界が問題となっているものであって、典型的な意味での基本的人権を直接制約する規定の合憲性審査基準が問題となっているものではない」と解される（甲A208・畑佳秀・最高裁判所判例解説民事篇平成27年度〔下〕755頁）。それに対し、原判決は本件諸規定が同性愛者と異性愛者を区別して取り扱う直接的制約であることを認めており（原判決38頁）、本件訴訟においては、基本的人権（仮に基本的人権とはいえなくても、重要な人格的利益（原判決22及び23頁、同27頁参照））を直接制約する規定の合憲性が問われているのであるから、上記判決の事例とは権利の性質及び制約の態様について大きな差がある（本件諸規定が「配偶者の選択」という婚姻制度の中核に対し、直接のかつ法律上の制約を加え、さらに制約が半永久的であることについては、原告ら第9準備書面26～27頁等を参照）。したがって、本件諸規定の合憲性は、夫婦同氏規定最高裁判決よりも厳格な基準で判断されるべきである。

- (3) 原判決が同性愛者等を婚姻から排除していることの合理性の有無を一切検討していないこと（甲A624・6～7頁）

上記(2)記載の規範のもとで、原判決が採用したのは比較衡量の手法であった

が、そこでは、本件諸規定が同性婚を排除していることによって得られる利益の検討が一切行われず、同判決はそれに代えて、現行婚姻制度の合理性を審査している。すなわち、同判決は、現行婚姻制度の成立経緯とその諸規定を説明し、そこから現行婚姻制度の趣旨を明らかにして、「以上によれば、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」と結論付ける（原判決28～30頁）。

しかし、ここで判断すべきなのは、婚姻を同性愛者にのみ限定することの合理性ではなく、同性愛者を婚姻から排除していることの合理性の有無である。本事案の核心的論点は、同性間の婚姻をするについての自由が重要な人格的利益であることが認められたにもかかわらず、現行民法は同性愛者等を婚姻制度から排除していることに合理性と必要性が認められるのかという点にある。それは、現行制度が婚姻を同性愛者だけに限定している合理性を検証しても明らかにならず、現行制度を異性婚に限定している合理性を支える諸根拠が、同性婚を排除する理由としても合理性と必要性を持つか否かを問わなければならない。

そうであるにもかかわらず、原判決は、現行法制の合理性の検討に終始しており、同性愛者等を婚姻から排除していることの合理性の有無を一切検討していないのであるから、その合憲性の判断手法に誤りがある。

そして、同性愛者等を婚姻から排除していることの合理性を検討すれば、上記1記載のとおり、婚姻制度の本質及び目的に照らして同性愛者等を婚姻から排除する理由はなく、同性愛者等に婚姻制度の利用を認めることは多くの国民の福利を向上させる一方で、誰の福利も減少させないのであるから、同性愛者等を婚姻制度から排除することに一切の合理性がないことは明らかである。

- (4) 婚姻以外の民法上の制度が婚姻の代替手段足りえないこと（甲A624・7～8頁）

原判決は、「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」としながらも、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する（原判決30～31頁）。

しかし、婚姻によって生じる法的効果の本質は、身分関係の創設・公証と、その身分関係に応じた法的地位を付与する点にある。したがって、婚姻は、契約や遺言など身分関係と関連しない個別の債権債務関係を発生させる法律行為によって代替できるものとはいえない。このことは、原判決に先行する札幌地裁判決においてすでに判示されている（甲A327・29～30頁）。

原判決も、事前の遺言や契約等をする必要があることや契約等によって享受することが困難な法的地位も多く存することから、同性カップルが享受しうる利益が、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認めている（原判決31頁）。

また、原判決が「人格的尊厳に関わる重要な利益」（原判決26～27頁）という公認の利益については、何らの代替制度は用意されていない。

実際にも、アンケート調査において、同性愛者等が共同生活を営むうえで直面する数々の不利益（社会生活上の不利益、税制上の不利益、職場での不利益、医療における不利益、住居についての不利益、死亡後の不利益、外国籍の場合の不利益、生命保険・各種契約における不利益等）について多くの声が寄せられている（甲A613）。

つまり、原判決が、婚姻当事者が享受し得る利益として挙げるいずれの利益についても、何ら適切な代替手段は存在していないのであるから、「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」状態が看過できないことは明らかである。

(5) 現行法上存在しない別制度を想定して本件諸規定の違憲性を治癒することが認められないこと

ア 既存の法制度を前提として本件諸規定の合憲性を判断すべきであること

原判決は、「同性カップルについて公認に係る利益を実現する方法は、現行の婚姻制度の対象に同性カップルを含める方法（中略）に限るものではなく、これとは別の新たな婚姻類似の法的承認の制度（中略）を創設するなどの方法でも可能である」（原判決32頁）、「そもそも婚姻をするについての自由は、いつ誰と婚姻をするかを自由に決定することのできる自由であって、婚姻当事者に婚姻制度の内容を自由に定める権利が保障されているものではないのと同様、同性カップルのために公認に係る利益を実現するための制度についても、当事者がその内容を自由に定めることができるものではない。」とする（原判決34頁）。

しかし、すでに立法府は、同性愛者等を婚姻制度から排除したうえで、原判決が「人格的尊厳に関わる重要な利益」（原判決26～27頁）という公認の利益について、何らの代替手段も用意しないという判断をしているのであるから、本件訴訟ではそのような立法判断の結果である、同性愛者等を婚姻制度から排除することの合理性が問題となるのであり、未だ制度化されていない（まして議論すらされていない）「同性カップルの公認に係る利益を実現するための新たな制度」なるものが創設される可能性を、本件諸規定の憲法適合性判断において考慮する余地はないのである。

すなわち、①国際的に同性愛は精神疾患であるという精神医学・心理学の知見が見直されたこと、②1990年代以降には、国連の人権条約機関が各条約の解釈において性的指向の保護に言及し、性的指向及び性自認に基づく差別等を禁止する内容の国際的な声明・決議等を出し続けることで、同性愛

者等であることを理由とする権利利益の制約や差別は許されないという国際的な法的倫理的認識が確立されたこと、③日本国内においても、同性愛者等であることを理由とする権利利益の制約や差別は許されないという認識が確立、浸透していること、④同性カップルの権利保護について国が国連から度重なる勧告を受けていることは、訴状63頁～76頁に記載のとおりである。なお、2022年11月3日に、自由権規約委員会の日本に対する総括所見が採択され、その中の「性的指向及び性自認に基づく差別」の項目において、「委員会は、締約国が性的指向および性自認に基づく差別と闘い、平等な待遇に関する意識を高めるために講じた措置に留意する。それにもかかわらず、性的指向と性自認に基づく差別を禁止する明確な法律がないことを懸念している。さらに、レズビアン、ゲイ、バイセクシャル、トランスジェンダーの人々が、特に公営住宅、戸籍の性別の変更、法律的な結婚へのアクセス、および矯正施設での処遇において、差別的な扱いに直面していることを示す報告に懸念を抱いている（第2条および第26条）」との指摘がなされ、同性愛者等に法律婚へのアクセスを認めることがあらためて求められており（甲A625の1、同2）、日弁連は、「今回の審査で取り上げられた諸課題は、この声明で取り上げられなかった問題を含めて、いずれも早急にその解決が求められる重大な課題である。当連合会は、日本政府が委員会の勧告について誠意をもって受け止め、その解決に向けて、立法化を含む法制度の実施や改善、研修の充実などに努力することを強く求めるとともに、それらの実現のために、日本政府に対する要請等も含めて、総括所見で示された勧告等実現のために全力で努力していく所存である。」との会長声明を发出している（甲A626）。

また、法律上同性の者との婚姻を可能とする立法措置を執ることが世界的潮流であり（訴状76頁等）、日本においても同性カップルの婚姻を求める声は高まり続けている（訴状79頁～83頁。訴状提出後の社会状況の変化

については原告ら第6準備書面、原告ら第13準備書面で記載のとおりである。)

そのほか、①性的指向や性自認に基づく権利利益の制約や差別は個人の尊重の観点から許されないという法規範が確立されていること、および、②婚姻が個人の尊重に不可欠な自己決定の一内容であることの双方が国会によって認識可能であったことについては、原告ら第10準備書面8～37頁に、戦後の同性愛者に対する社会的認識の変化については、原告ら第11準備書面10～27頁に記載のとおりである。

これらの事実をふまえてもなお立法府が同性カップルの公的承認のための制度構築について一切検討していないことに照らせば、立法府はすでに同性愛者等を婚姻制度から排除したうえで、何らの代替手段も用意しないという判断をしていると評価すべきである。原判決も、本件諸規定について、「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」としており(原判決22頁)、このことから、すでに同性愛者等を婚姻制度から排除するという立法判断がなされているといえる(国会が同性婚に関する検討を棚ざらしにしていることについては、上記第3の2(3)も参照。) <sup>13</sup>。

---

<sup>13</sup> この点に関して参考となる判例として、児童扶養手当の支給対象児童を定めた当時の児童扶養手当法施行令1条の2第3号の「母が婚姻(婚姻の届出をしていないが事実上婚姻関係と同様の事情にある場合を含む。)によらないで懐胎した児童(父から認知された児童を除く。)」という規定のうち、「父から認知された児童を除く。」としている括弧部分が無効であるとして、当該部分を根拠としてされた児童扶養手当受給資格喪失処分を取り消すべきものとした最高裁第一小法廷平成14年1月31日判決があげられる。同判決の調査官解説では、裁判所が当該要件を違法無効ないし違憲無効と判断することにより当該要件を除いた支給決定が存するものと解し得るかの判断について、当該法令の規定の仕方、立法趣旨、立法経過や立法者意思、さらには、救済の必要性等をも含め、総合的に勘案して、その要件の趣旨を推し量っていくほかないとした上で、児童扶養手当法施行令1条の2第3号の規定は、認知された児童の取扱いについて白紙としているものではなく、支給対象児童から除外するとの明確な立法的判断を示しているともみることができ、その除外部分のみを無効とすることが、裁判所が新たな立法を行うことと同視されるものとはいえないであろうとされている(竹田光広・最高裁判所判例解説民事篇平成14年度〔上〕176～177頁)。そして、平成20年6月4日大法廷判決(国籍法違憲判決)においても、多数意見は、非準正子を届出による国籍の対象者から除外する明確な立法判断があっ

したがって、本件訴訟においては、端的に、既存の法制度を前提として、本件諸規定の合憲性を判断すべきであり<sup>14</sup>、その場合、上記(4)で述べたとおり、「人格的尊厳に関わる重要な利益」（原判決26～27頁）という公認の利益については、何らの代替制度は用意されていないのであるから、本件諸規定が違憲であることは明らかである<sup>15</sup>。

そもそも、控訴人らは本件諸規定により、すでに存在する婚姻制度から同性愛者等が排斥されていることが婚姻の自由の侵害であると主張しているものであり、「同性カップルの公認に係る利益を実現するための新たな制度」を求めているわけではない。また、本件訴訟で控訴人らは国家賠償を求めているのであり、仮に同性愛者等のための婚姻に代わる別制度が将来できたとしても、そのことにより別制度ができる前の時点に遡って本件諸規定の違憲性が治癒されるわけではない（判決時に存在しない制度を合憲の理由とすることの不当性について、第6の3(1)も参照）。

これらの点からも、本件訴訟において現に存在しない別制度なるものを考慮する理由はないのである。

#### イ 別制度を構築することが差別を助長すること

原判決は、別制度を創設することは同性愛者への差別の助長につながるとは必ずしもいえないと判示するが（原判決35頁）、婚姻制度からの排除が

---

たという評価を前提にするものと解することができる（森英明・最高裁判所判例解説民事篇平成20年度306頁。上記脚注1も参照）。

<sup>14</sup> 現に、札幌地裁判決は、「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」は違憲であると判断しており、婚姻とは異なる法制度を創設する可能性も考慮しつつ、本件諸規定を違憲と判断したものと解される（甲A327・32頁）。なお、谷口洋幸教授は、札幌地裁の違憲判決は、本文において述べたような事実の積み重ねの下に出された時宜にかなった判決であると評価している（甲A592）。

<sup>15</sup> A612・5頁においても、『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であった。」と指摘されている。

同性愛者等の尊厳を傷つけることは、訴状59～61頁、原告ら第3準備書面57～59頁で述べたとおりである。

そして、同性カップルの関係性を公証するための制度を設けたとしても、歴史的に差別的な扱いを受けてきた同性愛者等について（訴状32～36頁、原告ら第3準備書面6～8頁、11～14頁等を参照）、合理的理由なく、社会に根付いた婚姻制度から排除し、異性カップルとは異なる別の制度を設けることは、同性愛者の婚姻関係を二級の婚姻と位置付けることになるため、同性カップルに対する劣等感やスティグマの付与というネガティブな作用が生じることが不可避であり、そのような制度は憲法の保証する個人の尊厳や法の下での平等に反することになる（甲A612・5頁）。

駒村敬吾教授の意見書においても、同性愛者等について婚姻とは名称の異なる制度を用意して同性愛者等を別異取扱いする場合には、同制度と婚姻において公証的効果に違いがある場合にはその立法意図が厳しく問われると同時に、公証的効果に違いがないのであれば別異取り扱いの合理性が存在しないとされている（甲A624・10頁）。

アメリカでは、人種分離の解消に関する諸判例において、1954年代に「分離すれど平等」の法理が違憲とされたが（甲A591も参照）、それから半世紀以上も経った現代の日本において、裁判所が「分離すれど平等」の法理を肯定するかのような判断をしたことには率直に言って驚きを禁じ得ず、このような差別的な判断が控訴審において維持される余地はない。

#### ウ 同性カップルを婚姻制度から排除する理由がないこと

実質的にみても、同性カップルを婚姻制度から排除し、別制度なるものを構築する理由はない。

婚姻の意義・目的や本件別異取扱いにより同性カップルが享受できない各権利・利益に照らして、同性カップルを婚姻制度から排除する理由がないことは、すでに訴状57～59頁、原告ら第3準備書面56～57頁等で主張



のとおりである。

この点について、原判決は、「現行の婚姻制度には、嫡出推定の規定等、その重要部分において、夫婦が自然生殖可能であることを前提に作られた規定もあり、これらの規定の存在は婚姻制度全体と密接不可分に結びついているとも考えられることからすると、本件諸規定を違憲無効とすることにより、現行の婚姻制度を現状の法制度のままの形で同性カップルに開放することが相当であるとは直ちにはいい難い」とする（原判決34頁）。

しかし、嫡出推定規定は、その要件は妻が婚姻中に懐胎したことのみであって、「男女カップル」の自然生殖可能性を問題としていない。実際、最決平成25年12月10日・民集67巻9号1847頁の事案では、婚姻の当事者間に自然生殖可能性はなかったが、最高裁は嫡出推定規定が適用されることを認めた。木村草太教授も、同決定に言及し、生殖関係の不在は区別の理由にならないと指摘する（A612・5頁）。

また、嫡出推定の適用を受ける夫は、子の出生を知った時から1年以内に嫡出否認の訴えを提起しなければ、生物学的父子関係のない当該子との法的父子関係を否認することはできないが、もし嫡出規定が「男女カップル」の生殖関係を保護することのみをその目的としているのであれば、上記のような嫡出否認の訴えに対する期間の制限を加えなかったはずである。嫡出規定が法的父子関係と生物学的父子関係の不一致を許容してまで出訴期間を厳格に制限した趣旨は、身分関係の法的安定を保持することにより子の福祉を図る点にある（最判昭和55年3月27日・家月32巻8号66頁）。すなわち、いったん嫡出推定により父子関係が形成されたとしても、その後否認される可能性がいつまでも存する場合には、子は父から継続して養育を受けられるか不透明となるが、このような事態は子の福祉に反することに鑑み、民法は出訴期間及び否認権者を厳格に制限したのである。推定の及ばない子に関して判例（最判平成26年7月17日民集68巻6号547頁等）がい

わゆる外観説を維持しているのも、この点を重視したものである。

そもそも、民法が定める実子に関する規定は、「子を産み育てる」という選択をしないカップルには当然適用されないものであり、「夫婦が自然生殖可能であることを前提に作られた規定」でもなければ、「婚姻制度全体と密接不可分に結びついている」ものでもない（甲A624・9頁参照）。

さらに、民法は親子関係に関する規定として、養子に関する規定も定めており、養親子関係において、養子は縁組の日から養親の嫡出子の身分を取得するが（民法809条）、婚姻したカップルの一方が未成年者を養子とするときは、未成年者の福祉の観点から、配偶者とともにしなければならないとされている（同法795条本文）。これは特別養子縁組においても同様である（同法817条の3）。このように、養親子関係規定も、婚姻当事者の双方が親になる仕組みが用意されており、この点からも婚姻制度が自然生殖関係を前提とするものではないことは明らかである。

これらの点からも、同性愛者を現行の婚姻制度から排斥する理由はなく、端的に現行の婚姻制度へのアクセスを認めることが最も簡便に控訴人らの権利を救済する方法である（原告ら第5準備書面及び甲A227号証参照）。

そして、本件諸規定のうち、「配偶者が異性であること」（原判決22頁）という過剰な要件を違憲無効とすれば、何らの立法的措置を待たずして、同性愛者等が婚姻制度を利用することが可能となるのである<sup>16</sup>。

したがって、同性愛者等の親密関係を公証するために、わざわざ婚姻とは異なる別制度なるものを構築する必要性はない。そうであるにもかかわらず、そのような制度をあえて構築する場合、それは同性愛者等に対する不当な偏

---

<sup>16</sup> 平成20年6月4日最高裁大法廷判決（国籍法違憲判決）は、届け出による国籍取得の要件のうち、当時の国籍法3条1項が定めていた、父母の婚姻により嫡出子たる身分を取得した子であることという部分を「過剰な要件」として違憲としたうえで、その部分を除いた同項所定の要件が満たされる場合に、届出により日本国籍を取得することが認められるものと判断している。

見を理由とするものであることが強く推認されるのであり、そのような理由に基づく別異取扱いが憲法に反することは明らかである。

(6) 地方公共団体におけるパートナーシップ制度が公認の利益を満たすものではないこと（甲A624・8～9頁参照）

原判決は、公認の利益との関係で地方公共団体によるパートナーシップ制度に言及する（原判決32頁。なお、本書面において特段の留保なく「パートナーシップ制度」と表記する場合には、地方公共団体におけるパートナーシップ制度を意味するものとする。）。

しかし、パートナーシップ制度は、地方自治体における法的効果の伴わない制度に過ぎず、同性愛者等の保護としてあまりに脆弱である。そもそも、婚姻における公認の利益の前提には、法的な身分関係の変動があるのであり、法的な身分変動が伴わないパートナーシップ制度で婚姻と同様の公認の利益を満たすことはできないのである。また、公認の方法についても、戸籍による公認が可能な婚姻と比較すると、自治体が発行する証明書による公認しか認められない地方公共団体によるパートナーシップ制度による公認の効果は極めて限られているといわざるを得ない。

現に、アンケート調査においては、地方公共団体によるパートナーシップ制度を利用しても、銀行のローン審査、医療現場、職場での福利厚生、保険の受取人の指定などで考慮してもらうことができなかったという声や法的効果が伴わないことから自身の性的指向をオープンにしてまでパートナーシップ制度を利用することが躊躇われるという声が寄せられた（甲A613）。

また、地方公共団体によるパートナーシップ制度については、導入していない自治体も数多く存在するのであり、控訴人らの中にも居住する地域においてパートナーシップ制度が導入されていないカップルが存在している（控訴人1番及び同2番）。アンケート調査においても、地域的な限定を理由にパートナーシップ制度を利用することができないとの声が寄せられている（甲A61

3)。このように、同性カップルが地方公共団体によるパートナーシップ制度を使用しようと思っても、その居住地域に同制度が存在しない場合には、そもそも制度の利用ができないのである。

そのほか、アンケート調査においては、パートナーが外国籍なため必要書類が用意できないといった声も寄せられており、パートナーシップ制度は望めば誰でも利用することができるというわけではない（甲A613）。

地方公共団体によるパートナーシップ制度は同性愛者等の受ける不利益を少しでも解消するために、当事者及び地方自治体の努力により築かれた極めて有意義な制度である。しかし、同制度が全国的に普及している背景には、婚姻制度から排除された同性愛者等が社会の中で極めて過酷な状況に置かれているという現実がある。そして、パートナーシップ制度は、あくまでも法的効果のない、自治体レベルでの措置に過ぎず、国レベルの婚姻制度とは質的にまったく異なるものであるため、この先も同性愛者等の保護が地方公共団体レベルでのパートナーシップ制度による保護に留まるのであれば、同性愛者等に対する差別の固定化につながりかねない。

地方公共団体によるパートナーシップ制度は、あくまでも国が同性愛者等に対する差別的取扱いを是正するまでの架け橋としての存在であるべきなのであり、同性愛者等に対する差別的取扱いを放置する国の怠慢を許容するための制度では断じてない。この点については、駒村敬吾教授の意見書においても、「法令が本来認めない方向のことがらを、民間あるいは自治体が法の趣旨を潜脱するかのような努力をしていることをもって、法令の不足が補われているという論法に聞こえてくる。これはどう考えてもおかしいのではないか。」と原審の判断に対する批判がなされているものである（甲A624・13頁）。

(7) 民主政の過程（甲A624・10～11頁参照）

ア 同性愛者等の婚姻の自由の実現を民主制の過程に委ねることができないこと

原判決は、「同性カップルの婚姻又は婚姻類似の制度を実現することと異性カップルの婚姻をするについての自由は利益が相反する関係にないことからすれば、同性間の婚姻等の制度の構築に向けた立法が多数決の原理の下においては期待できないとは必ずしもいえない。」(原判決35頁)、「現時点で法改正や新たな制度を設けることの具体的な検討がされていないからといって、必ずしも同性愛者の婚姻に関する権利が少数者の人権であるがために、その検討が遅れているとまではいえず、国会における今後の議論がおよそ期待できないということとはできない。」(原判決37頁)などと述べる。

しかし、訴状56頁、原告ら準備書面3の53頁において言及したとおり、少数者の権利保護を、民主政の過程に委ねることができないことはいうまでもない。上述の夫婦同氏規定最高裁判決(最大判平成27年12月16日・民集69巻8号2586頁)の寺田逸郎裁判官の補足意見においても、少数者の人権保障については民主政の過程で解決することが困難であるという理解が前提とされている。原判決は、異性愛者の自由と同性愛者の自由は相反しないというが、「そうであるにもかかわらずなぜ今日に至るまで同性愛者等の婚姻の自由が法律上保護されていないのか」という視点が欠けているのである。

現に、世論調査においては、同性間での婚姻についての法制度の創設に賛成する国民が過半数を超えているにもかかわらず、国会では法制化に向けた動きは遅々として進んでいない。国会審議では政府による紋切り型の答弁が繰り返され、差別解消法案すら廃案となり、国会議員や地方議員から同性愛者等に対する差別発言が繰り返されている(上記第3の2、原告ら第12準備書面7～11頁、原告ら第13準備書面23～29頁、原告ら第17準備書面38～53頁等を参照)。

このような状況において、同性愛者等の権利を救済することができるのは、司法のほかにはないのである。

イ すでに同性愛者等を婚姻制度から排除したうえで、何らの代替手段も用意しないという立法府の判断がなされていること

上記(5)アにおいて述べたとおり、立法府はすでに、同性愛者等を婚姻制度から排除したうえで、何らの代替手段も用意しないという判断をしている。

このことから、もはや同性愛者等の救済を民主政の過程に委ねることができないことは明白である。

#### (8) 小括

以上のとおり、原判決には、憲法24条2項の解釈及びその同項適合性を判断するための規範に重大な問題があるうえに、あてはめ・評価の点についても、立法裁量を過度に重視したうえで、現に存在しない婚姻とは別の制度の可能性や法的効果のない地方公共団体のパートナーシップ制度を理由に本件諸規定が憲法24条2項に反しないとの結論を導いており、このような判断が控訴審において維持することができないことは明白である。

### 3 結論

上記のとおり、原判決は、婚姻制度の本質及び目的に照らせば、本件諸規定は憲法24条2項に反し違憲であることは明白であるにもかかわらず、憲法24条2項の解釈を誤り、不当なあてはめ・評価のもとに強引に本件諸規定は憲法24条2項に反しないとの結論を導くものであり、控訴審においてその判断を維持する余地はない。

## 第6 憲法14条適合性判断における原判決の誤り

### 1 「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ことの不当性

まず、原判決は、本件諸規定の憲法14条適合性判断を行うにあたり、「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」(原判決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」(原判決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、その差異は……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」(原判決40頁)などと論じている。

しかしながら、原判決が「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にするものと解釈できる**」(原判決22頁)と判示しているように、本訴訟における憲法14条1項適合性判断の対象は、あくまで【同性愛者等を婚姻から排除していること】であり、「本件諸規定により、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)」(原判決37頁)である<sup>17</sup>。この点については、第5の2(3)でも述べたとおりである。

そして、原判決が指摘する「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

---

<sup>17</sup> 駒村意見書(甲A624)も「ここで判断すべきなのは、婚姻を異性愛者のみに限定している現行法制の合理性の有無ではなく、同性愛者を婚姻から排除していることの合理性なのである。前者と後者は同じことの裏返しではないかとの発想が大阪地裁にはあったのかもしれない。しかし、両者は大きく異なっていることをここで指摘しておきたい。本事案の核心的論点は、異性間の婚姻をするについての自由が重要な人格的利益であることが認められたにもかかわらず、なぜ現行民法は婚姻制度から排除しているのかその合理性と必要性の有無である。それは現行制度が婚姻を異性愛者に限定している合理性を検証しても明らかにならない。」(7頁)と指摘する。同性愛者等を婚姻から排除していることについては、上記第5の2(3)も参照。

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<sup>18</sup>のであって、原判決のように、「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。

## 2 原判決は、本件区別取扱いの憲法14条適合性判断において「慎重な検討」が必要としながら慎重な検討をしていないことの不当性

原判決は、「憲法14条1項は、法の下での平等を定めており、この規定は、事柄の性質に応じた合理的な根拠に基づくものでない限り、法的な差別的取扱いを禁止する趣旨のものである」（原判決38頁）とし、「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一義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」（原判決37～38頁）と、非嫡出子相続分差別違憲判決（最高裁大法廷平成25年9月4日・民集67巻6号1320頁）に従い判示する。

その上で、原判決は、被控訴人の「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

---

<sup>18</sup> 札幌地判も、本件区別取扱いの合理性の有無の審査に当たって、「本件諸規定が、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」（札幌地判32頁）という差異の程度を重視したものと解される。



ものではないから、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の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すぎず、それゆえ立法裁量がより広範になるとの主張を、「婚姻の本質は、自分の望む相手と永続的に人的結合関係を結び共同生活を営むことにある以上、」「単なる事実上の結果ということとはできない。」(原判決38頁)と退けたうえで、「かえって、本件区別取扱いは、上記のとおり、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**についての区別取扱いをするものであることからすると、本件区別取扱いの憲法適合性については、このような事柄の性質に配慮して、より**慎重に検討される必要がある。**」(原判決39頁)と判示し、「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。したがって、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。」と述べた国籍法違憲判決(最高裁大法廷平成20年6月4日民集62巻6号1367頁)を踏襲している。

すなわち、原判決は、国籍法違憲判決にならい、本件諸規定は①本人の意思や努力ではいかんともしがたい事由によって②重要な法益について別異の取扱いをする場合にあたるから③その憲法適合性審査において「慎重な検討」を必要とすると表明したものであり、この点は極めて正当な判示である。

そして、この「慎重な検討」とは、当然、最高裁が事案に厳しい審査を行うときの姿勢表明と受け止められ(甲A624・駒村意見書11頁～12頁)、実際、国籍法違憲判決では、「立法府に上記のような裁量権を考慮しても、なおそのような区別をすることの立法目的に合理的な根拠が認められない場合、又はその具体的な区別と上記の立法目的との間に合理的関連性が認められない場合には、当該区別は、合理的な理由のない差別として、同項に違反するものと解される」と判示し、厳密な立法目的や手段の審査を行い、立法事実の検証にも

進んでいる。

しかしながら、原判決は、本件諸規定について、「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」を理由に「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」と判示し（原判決39頁）、何ら具体的な検討を加えることなく、安易に本件諸規定の立法目的の合理性を認め、本件区別取扱いについても、「同条（24条）1項は、異性間の婚姻については明文で婚姻をすることについての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、上記立法目的の関連において合理性を欠くとはいえない」（原判決39頁）としており、その憲法適合性について、何ら「慎重に検討」した形跡がない。

そして、直截に言えば、原判決は、憲法24条は異性間の婚姻を定めているのだから異性カップルに婚姻を認めなくても憲法14条違反にもならない、そう言っているに過ぎず、「慎重に検討」するどころか、立法目的や手段の合理性について「全く」検討していないと言わざるを得ず、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」（原判決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<sup>19</sup>。

原判決は、本件諸規定の憲法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、本件諸規定の影響として同性カップルが被ってい

---

<sup>19</sup> 戸松秀典の「憲法24条は、そのようなことを念頭に条文がおかれたわけではないのですから、そこに婚姻の自由が保障されているが同性婚は含まれていないといった説明は、同性婚排除の内心の意図を正当化しているにすぎません。」（甲A595・3頁）との指摘は、この憲法根拠差別正当化論に潜む差別的内心を喝破しているといえる。

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」（37頁）とまで判示している。にもかかわらず、憲法14条1項適合性審査においては、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るとして、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おり、憲法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は、到底理解することができない。

そして、原判決は、先述のとおり、「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」の14条1項適合性を論じた後に「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」の14条1項適合性を論じているところ、原判決はこれにあっても、同性愛者が享受できない「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」が『重要な人格的利益』であることを指摘し（原判決39頁）、その14条1項適合性判断においてやはり「慎重に検討すべき」と判示している（原判決40頁）にもかかわらず、「異性間の婚姻は、男女が子を産み育てる関係を社会が保護するという合理的な目的により歴史的、伝統的に完全に社会に定着した制度であるのに対し、同性間の人的結合関係にどのような保護を与えるかについては前記のとおりなお議論の過程にあること、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おらず、それ以外の不利益も、民法上の他の制度（契約、遺言等）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、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等（前記2（3）イ（イ）<sup>20</sup>）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い。」（原判決40頁）とだけ判示し、原判決も指摘する「重要な人格的利益」である「婚姻によって異性愛者が享受している種々の法的保護」を全く欠く同性愛者や同性カップルの置かれた過酷な実情を極めて過小に評価し、いやむしろ全く踏まえることなく（この点については後に4で詳論する）驚くほど簡単に14条1項適合性を認めてしまっており、その審査密度は極めて薄く、「慎重な検討」とは到底言えない。

すなわち、原判決は、同性カップルが享受できていない種々の法的利益を「重要な人格的利益」であり14条1項適合性判断において「慎重な検討」が必要などとリップサービスだけはするものの何ら「慎重な検討」をしていないという点において、決定的な問題があるといわざるを得ないのである。

### 3 「婚姻類似の制度やその他の個別的な立法の手当をすることによって更に緩和することも可能」であることを合憲の理由とすることの不当性

#### (1) 判決時に存在しない制度を合憲の理由とすることの不当性

また、原判決は、「仮に差異の程度が小さいとはいえないとしても……婚姻類似の制度やその他の個別的な立法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」（原判決40頁）と判示するが、先にも述べたとおり、本訴訟において問われているのは【同性愛者等を婚姻から排除していること】の憲法14条1項適合性であり、同性

---

<sup>20</sup> 原判決が「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」としながらも、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した判示を指す（原判決30～31頁）。

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<sup>21</sup>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、本件諸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<sup>22</sup>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、原判決が指摘するような「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のであって、これらの立法や制度によって、本件諸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によって、本件諸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。

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」（原判決33頁）ことから、本件諸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

---

<sup>21</sup> 先述のとおり、原判決は、「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、同性愛者等を婚姻から排除していることを憲法適合性判断の対象に据えている。

<sup>22</sup> 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A197）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。

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。

以上のとおり、原判決が指摘するような「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、本件諸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。

#### 4 原判決が判示する「慎重な検討」を行えば、本件区別取扱いが憲法14条1項に違反することは明らかであること

##### (1) はじめに

そこで、以下、本件区別取扱いの14条1項適合性について、原判決の指摘する「慎重な検討」、すなわち、原判決が踏襲する国籍法違憲判決の枠組みである「立法目的に合理的な根拠が認められない場合、又はその具体的な区別と上記の立法目的との間に合理的関連性が認められない場合」にあたることについて論じる。

なお、何度も言うが、ここで論じられるべきは、現行法制が異性カップルの婚姻を認めていることの合理性ではなく本件諸規定が【同性愛者等を婚姻から排除していること】の合理性である。

##### (2) 原判決には本件諸規定の立法目的についての理解の誤りがあり、本件諸規定と立法目的には合理的関連性がないこと

原判決は、「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]」（原判決25頁）としながら、本件諸規定の憲法24条2項適合性を判断する段においては、「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である」と判示し、「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[る]」ことを婚姻制度の趣旨としている（原判決29～30頁）。

既に第5の1(2)においても述べたとおり、原判決の上記判示は、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」）による婚姻制度の利用を、本来の婚姻制度趣旨を外れた「個人の自己実現等の手段」（原判決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、原判決は、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。原判決30頁参照）ところ、このように異性カップルを「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」とに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」（原判決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が、原判決も判示するとおり、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（原判決10頁）。法制度としての婚姻の目的自体が生殖・養育にあるという解釈には無理がある。第5の1(4)アでも述べたとおり、生殖・養育の保護は、婚姻制度が社会において事実上果たしてきた役割に過ぎず<sup>23</sup>、原判決自身が「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

---

<sup>23</sup> このことは、原判決が婚姻制度の目的にかかる解釈の正当化根拠を「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」ことに求める（原判決30頁）ことから明らかである。

ことにあ〔る〕」(原判決25頁)と判示するように、婚姻制度の目的は生殖や養育とは直接かかわらない、婚姻当事者の共同生活の保護にあると解するのが適切である。

また仮に、婚姻の法的目的に生殖・養育関係の保護という目的が含まれるとしても、札幌地判が正しく判示しているとおりに、「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、本件諸規定の重要な目的であると解するのが相当」(札幌地判25頁)であり、立法目的と手段たる本件諸規定との合理的関連性を判断するにあたっては、この【夫婦の共同生活自体の保護】という立法目的との合理的関連性は検討されなければならない。

そして、子どものいない、あるいは子どもをつくる意思や能力のない異性カップルと同性カップルとの間で、その【夫婦の共同生活自体の保護】の利益に何ら異なるところがないことは、目にも明らかであろう。このことは、札幌地判もまた「異性愛者と同性愛者の差異は、性的指向が異なることのみであり、かつ、性的指向は人の意思によって選択・変更できるものではないことに照らせば、異性愛者と同性愛者との間で、婚姻によって生じる法的効果を楽しむ利益の価値に差異があるとする理由はなく、そのような法的利益は、同性愛者であっても異性愛者であっても、等しく享受し得る」(札幌地判23頁)と判示するところである。

したがって、子どものいない、あるいは子どもをつくる意思や能力のない異性カップルには婚姻制度の利用を認めてその夫婦の共同生活自体を保護する一方で、同性カップルを婚姻制度から排除して同性カップルに婚姻制度の利用を認めず、何らカップルの共同生活を保護しない本件諸規定という手段と、婚姻制度の重要な立法目的である夫婦の共同生活自体の保護との間には全くもって関連性がないことは明らかであろう。

以上のように、原判決による本件諸規定の立法目的の理解には誤りがあり、



同性愛者等を婚姻から排除している本件諸規定と「夫婦の共同生活自体の保護」という婚姻制度の目的との間には合理的関連性がなく、本件諸規定が憲法14条1項に反することは明白である。

- (3) 婚姻制度の立法目的が原判決のいうように「子を産み育てる男女に法的保護を与えること」だとすれば、立法目的自体に合理的な根拠が認められなくなってしまうこと

先述のとおり、原判決は「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である」と判示し（原判決29～30頁）、婚姻制度の目的を、要旨「子を産み育てる男女に法的保護を与えること」であるとする。

しかし、既に第5・1(4)ウでも述べたとおり、同性カップルであっても、子どもをもうけ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を築くことは可能であるにもかかわらず、本件諸規定こそが、同性カップルを婚姻から排除し、同性愛者等が「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」こと、「共同生活を営み子を養育する関係」を築くことを妨げているのである。

そして、同性カップルも異性カップルと何ら変わるところなく子どもを養育することが可能であるにもかかわらず、原判決が本件諸規定の立法目的をあくまで「子を産み育てる男女に法的保護を与えること」なのだと強弁するとすれば、それはもはや、原判決が、本件諸規定の立法目的を「『生殖』関係に保護を与えること」だとする立場（生殖関係保護説）に立っているか、「『男女カップル』を保護すること」自体を婚姻制度の立法目的と考えているかの

どちらか、ということにならざるを得ないが、後者（男女カップルの保護自体）を婚姻制度の立法目的とすることは、翻れば、同性カップルを排除すること自体が婚姻制度の目的であるということになり、立法目的自体が差別的であって、およそ合理的な根拠が認められないことは論を俟たない。

前者（生殖関係保護説）についても、先述のとおり、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（原判決10頁）し、現に、婚姻制度を利用している自然生殖可能性のないカップルは多数存在する。また、生殖補助医療を利用したり、養子縁組を用いたり、ステップファミリーであったりと、様々な経緯で自然生殖でない方法によりもうけた子どもを婚姻関係のもとで養育している異性カップルもまた多数存在する。

また、婚姻制度の目的について生殖関係保護説に立つとすれば、先述のとおり、自然生殖なきカップルによる婚姻制度利用は、婚姻制度の目的に沿わない、あくまで「非正規的な利用」であることになり、自然生殖なき異性カップルの婚姻の価値が自然生殖関係のあるカップルの婚姻の価値に劣ることにもなるが、そのような解釈が現行の婚姻制度や社会通念にそぐわないことは明らかだろう。

したがって、婚姻制度の目的が原判決の示すように「子を産み育てる男女に法的保護を与えること」なのだとなれば、その立法目的自体に合理的な根拠が認められないといわざるを得ない。

- (4) 仮に生殖関係保護を婚姻制度の立法目的としても、本件諸規定は立法目的との間に合理的関連性がないこと

もし仮に、原判決の判示するように婚姻制度の目的が生殖関係保護にあり、これに合理的根拠があったとして、同性カップルを婚姻制度から排除する本

件諸規定、すなわち、自然生殖関係にない異性カップルには婚姻制度の「非正規的な利用」を認める一方で同性カップルには婚姻制度の「非正規的な利用」を認めない本件諸規定は、生殖関係保護という立法目的との関係で、合理的関連性があると言えるのか。

まず、生殖関係保護という目的を達成するには、生殖可能性のあるカップルに婚姻制度を適用し法的保護を与えれば足り、同性カップルを婚姻制度に取り込んでその制度の利用を認めたとしても、生殖ある異性カップルの生殖関係保護を何ら阻害することがない。すなわち、本件諸規定によって【同性愛者等を婚姻から排除していること】が生殖ある異性カップルの生殖関係保護に資するという関係にそもそもない。この点は、生殖関係なき異性カップルについても同様である。この一点をもってしても、本件諸規定に立法目的との間の合理的関連性がないことは明らかである。

そして、何より、同性カップルを婚姻から排除していることにより同性愛者等が被っている害悪が大きい。

この点、原判決は「同性愛者には、同性間の婚姻制度どころか、これに類似した制度さえ存しないのが現実であり、その結果、同性愛者は、前記のとおり、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な重要な人格的利益を享受することができない状況にある」(原判決39頁)と判示しながらも、「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(契約、遺言等)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、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等(前記2(3)イ(イ))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

い。」(原判決40頁)と判示し、つまりは同性カップルを婚姻から排除することによる同性愛者等の被る害悪はたいしたことがないと言いつけている。

しかし、まず民法上の他の制度による代替についていえば、既に第5の2(4)でも述べたとおり、婚姻によって生じる法的効果の本質は、身分関係の創設・公証と、その身分関係に応じた法的地位を付与する点にあって、契約や遺言等の民法上の契約等によって代替できる利益は限定的であり、税制上の利益や行政上の利益、そして原判決が「人格的尊厳に関わる重要な利益」(原判決26～27頁)であるとする公認の利益等は代替できない(甲A624・駒村意見書8頁)。この点は原判決も理解している(原判決31頁)ところである。

また、原判決は「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」(原判決40頁)として、自治体におけるパートナーシップ制度を、同性愛者と異性愛者の間の制度の別異取り扱いの差異を縮め、前者の不利益を緩和するものと位置付けている。しかし、原判決は「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な重要な人格的利益を享受することができない状況」(原判決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〕」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」(原判決40頁)とするのは矛盾である。そして、パートナーシップ制度が果たす公認の効果は極めて限られており、利用を躊躇する者もいる(甲A613・10頁)。そもそも、パートナーシップ制度は全自治体に普及しているわけではなく全ての者が利用できる制度でないし、その内容も自治体によってまちまちである。このように、パートナーシップ制度による不利益緩和は極めて限られたものである上、このようなパートナーシップ制度が自治体で構築され、広がったことは、決して同性カップルと

異性カップルの差異が緩和されていることを示すものではなく、むしろ、駒村教授の指摘するとおり「同性愛者が婚姻から排除されている現状がもたらす同性愛者の不利益や苦境が過酷なものであることを例証」しているのであって<sup>24</sup>、異性カップルとの差異が看過できないほど過酷な状況であることの証左であるというべきである。

この度実施したアンケート調査（甲A613）においても、同性愛者等が共同生活を営むうえで直面する数々の不利益（社会生活上の不利益、税制上の不利益、職場での不利益、医療における不利益、住居についての不利益、死亡後の不利益、外国籍の場合の不利益、生命保険・各種契約における不利益等）について多くの声が寄せられている。

原判決は「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」（原判決39頁）と判示するが、アンケート結果によれば、法律上の性別が同じ人とパートナー関係にある、または、以前あったと回答した者の94.36%が、「交際・同居・生活にあたっての気持ちのうえでの制約」を感じたというのであって（甲A613・6頁）、アンケート結果に表れているこれら多くの不利益は、同性カップルが婚姻制度から排除されていることによってまさに「望む相手と親密な関係を築く自由」すら大きく制約されていることの証左である。原判決は、望む相手とのささやかな幸せを享受することすら妨げられている同性愛者の置かれた過酷な実情に対し、極めて鈍感であるといわざるを得ない。

このように、婚姻制度から排除されていることによって同性愛者等が被っている害悪は甚大である。

そして、問題は、このような大きな害悪をどうして同性愛者だけが被ることが許されるのか、である。先にも述べたとおり、原判決によれば、婚姻制

---

<sup>24</sup> 甲A624号証・駒村意見書9頁

度の目的は生殖関係の保護にある。そして、生殖がないことは、生殖なき異性カップルと同性カップルとの間に何ら違いがない。両者の相違は、性的指向のみであるにもかかわらず、生殖なき異性カップルは婚姻制度に包摂され、婚姻制度の「非正規的な利用」ともいうべき婚姻制度の目的には沿わない「個人の自己実現等の手段としての婚姻」(原判決30頁)が許されている。他方、同性愛者等は婚姻制度から排除され、婚姻制度の「非正規的な利用」が許されていない。しかし、原判決は、このような性的指向のみに基づく差異が許される理由について何らの説明もしていない(そしてその点について合理的な説明は不可能であろう)のであって、このような原判決は、まさに木村草太教授が指摘するように<sup>25</sup>〈生殖なき異性カップルは差別されてはならないが、同性カップルは差別されてもよい〉という前提を置いていると理解せざるを得ない。

なお、原判決が「婚姻類似の制度やその他の個別的な立法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」(原判決40頁)と判示し、婚姻制度とは異なる制度による差異の緩和の可能性を合憲の理由の一つに挙げている。この問題点は前記3のとおりであるが、さらには、先述のとおり婚姻制度の立法目的との関係で何ら異なることのない生殖なき異性カップルと同性カップルを、その性的指向の相違のみによってわざわざ別制度で保護するとなれば、同性婚を二級の婚姻と位置づけることになり、「分離すれど平等」法理と同じで許されない<sup>2627</sup>こともまた、第5の2(5)イにおいて既に述べたとおりである。

---

<sup>25</sup>木村草太「憲法上の権利総論：権利主体論の展開と個人の多様性-生殖なき異性カップルと同性カップルとの婚姻における不平等を素材に-」(甲A611・44頁から45頁)

<sup>26</sup>木村草太意見書(甲A591・6頁)

<sup>27</sup>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2022.9・5頁(甲A612)

また、原判決は「同性間の人的結合関係にどのような保護を与えるかについては前記のとおりなお議論の過程にある」（原判決40頁）との点を憲法14条1項適合性判断における合憲性を支える理由の一つに挙げているところ、「どのような保護を与えるか」との点においては、既にこれまで述べてきたとおり、同性カップルを現行の婚姻制度に包含し、同性カップルの婚姻制度へのアクセスを認める方法しかないのである<sup>28</sup>。そして、「なお議論の過程である」とする点、すなわち、民主的過程における解決がおよそ困難であることは既に本書面第3において詳論したとおりであり、これを理由として裁判所が不合理な差別を野放しにすることは許されない。

#### (5) 小括

以上のように、婚姻制度から排除されていることによって同性愛者等が被っている害悪は甚大であり、立法目的との関係において生殖のない異性カップルと同性カップルとの間に相違がないにもかかわらず、性的指向のみに着目して、制度に包摂するか制度から排除するかを決するという手段が婚姻制度の目的との間に合理的関連性がないことは明らかであるから、本件諸規定及び本件区別取扱いは憲法14条1項に違反する。

## 5 結論

以上のとおり、本件諸規定の憲法14条適合性判断において、原判決には大きな誤りがあるといわざるを得ない。

---

<sup>28</sup> 駒村教授（甲A624）も「現行法制をそのまま同性愛者にも開放するのが、最も素直で自然な解法であると思われるが、それでも立法府の判断を待つとすれば、内実は同じ水準の制度内容を提供するが、その制度名称をどうするか的一点である」としつつ、名称を異にすることについても「『公認にかかる利益』をめぐって別異の取扱いをしようとするもの」であることから、「公証的効果に違いを持たせようとする立法意図が厳しく問われると同時に、もし公証的効果に違いがないのであれば、別異取り扱いの合理性もまた存在しないということになるだろう」と指摘し、現行の婚姻制度への同性カップルの包摂こそがほぼ唯一の解であることを示している（9頁～10頁）。

## 第7 国家賠償法1条1項の適用上違法であること

原判決は、控訴人らの国家賠償請求について、「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上記の例外的場合に当たると解すべきとはいえない。よって、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。」（原判決41頁）と判断した。

しかし、本書面第1ないし第6で述べたとおり、本件諸規定が憲法に違反することは明らかであるから、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ないとする原判決は誤りである。

## 第8 結語

以上のとおり、原判決の判断は憲法24条、13条、14条1項の憲法解釈を誤ったものであるから、速やかにこれを取り消し、本件諸規定が憲法に違反する旨の判断をくだして、司法府に与えられた人権保障の役割を果たすべきである。

以上