令和4年(ネ)第1675号 損害賠償請求控訴事件 控訴人 控訴人1ほか5名 被控訴人 国

被控訴人第1準備書面

令和5年3月28日

大阪高等裁判所第14民事部B3係 御中

被控訴人指定代理人

金 友 有理子 野 浩 平 形 和田谷 喜 洋 田公樹 窪 藤 原 寬 野 優 浅 之 砂 Ш 博 平 岡 濱 恭 遥 谷 水 村 上 伊 集 浩

第1		はじめに	-4
	1	事案の概要	•4
	2	本書面の構成	•6
第2		異性婚を定め、同性婚を定めていない本件諸規定が憲法24条及び13条に	に
	違	反するものではないこと	-6
t	1	控訴人らの主張	.7
	2	異性婚を定め、同性婚を定めていない本件諸規定が憲法24条に違反す	る
		ものではないこと	•7
	3	本件諸規定が婚姻について同性間の人的結合関係を対象とするものとして	T
		定めていないことが憲法13条に違反するものではないこと	14
	4	控訴理由書における控訴人らの主張に対する反論	15
第3		異性婚を定め、同性婚を定めていない本件諸規定が憲法14条1項に違反	し
	73	V126	18
1	1	本件諸規定の憲法14条1項適合性に関する控訴人らの主張の前提が誤	つ
		ていること	18
•	2	本件諸規定に基づき同性間で婚姻することができないことは、憲法自体	が
		予定し、かつ、許容するものであり、憲法14条1項に違反するものでは、	な
		いこと	20
	3	本件諸規定が憲法14条1項に違反すると評価されるのは、立法府の裁	量
		の範囲を逸脱し又は濫用したことが明らかであると認められるときに限ら	ħ
		ること	22
	4	本件諸規定の立法目的は、一人の男性と一人の女性が子を産み育てなが	ら
		共同生活を送るという関係に対して特に法的保護を与えることにあり、こ	ħ
		と異なる控訴人らの主張に理由がないこと	33
	5	同性間の人的結合関係を婚姻の対象としないことは、一人の男性と一人の	の
		女性が子を産み育てながら共同生活を送るという関係に対して特に法的保	濩

,	を与えるという本件諸規定の	D立法目的との関係で合理性がないとする控訴人
	らの主張に理由がないこと	44
第 5	結語 ————	48

被控訴人は、本書面において、控訴人らの2022(令和4)年11月30日付け控訴理由書(以下「控訴理由書」という。)に対し、必要と認める限度で反論する。

なお、略語については、被控訴人の原審における準備書面の例によるほか、本書面において改めて定義し直す場合がある。また、原審における準備書面については、「控訴人ら原審第〇準備書面」、「被控訴人原審第〇準備書面」等と表記する。

第1 はじめに

1 事案の概要

(1) 本件は、同性間の婚姻を希望する控訴人らが、民法739条及び戸籍法74条1号を始めとする婚姻に関連する民法及び戸籍法の諸規定(以下「本件諸規定」という。)が同性間の人的結合関係について婚姻を認めていないことが、憲法24条、13条及び14条1項に違反すると主張し、被控訴人が必要な立法措置を講じていないという立法不作為の違法を理由に、国家賠償法(以下「国賠法」という。)1条1項に基づき損害賠償(一人当たり慰謝料100万円)を求める事案である。

なお、原審と同様、「同性婚」という用語については、同性間の人的結合 関係に本件諸規定を適用することにより、本件諸規定が定める権利義務等の 法的効果を同性間の人的結合関係に及ぼす法制度という意味で使用し、また、 これに対する形で、「異性婚」という用語を、異性間の人的結合関係に本件 諸規定を適用することにより、本件諸規定が定める権利義務等の法的効果を 異性間の人的結合関係に及ぼす法制度という意味で使用する。

(2) 原判決は、①本件諸規定の憲法24条1項適合性について、同条の文理や制定経緯等に照らすと、同条1項における「婚姻」は、異性間の婚姻(原判決のいう「異性間の婚姻」は、前記(1)における「異性婚」の意味と考えられる。)のみを指し、同性間の婚姻(原判決のいう「同性間の婚姻」は、前

記(1)における「同性婚」の意味と考えられる。)を含むものではないと認 められる以上、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などとして、本件諸規定が同項に違反するとい うことはできない旨判示し(原判決22ないし24ページ)、②本件諸規定 の憲法13条適合性について、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と はいえず、また、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な どとして、本件諸規定が同条に違反するとはいえない旨判示し(同25及び 26ページ)、③本件諸規定の憲法24条2項適合性について、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 性がある一方、個人の尊厳の観点からは同性カップルに対しても公認に係る 利益(二当事者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)を実現する必要があるといえ るものの、その方法としてどのような制度が適切であるかについては、国の 伝統や国民感情を含めた社会状況における種々の要因や、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り、その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、本件諸規定が、立法裁量の範囲を 逸脱するものとして同項に違反するということはできない旨判示し(同26 ないし33ページ)、④本件諸規定の憲法14条1項適合性について、本件 諸規定の趣旨目的は憲法の予定する秩序に沿うもので、合理性を有しており、 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同性愛者 が婚姻の効果を享受できないという別異の取扱いが生じているものの、この

ことも、憲法24条1項が異性間の婚姻については明文で婚姻をする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何らの定めもしていない以上、同性間の婚姻を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、立法目的との関連において合理性を欠くとはいえず、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旨判示し(同37ないし40ページ)た上で、⑤本件諸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して、控訴人らの請求をいずれも棄却した(同40ないし42ページ)。

2 本書面の構成

被控訴人の主張は、原審口頭弁論において主張したとおりであり、本件諸規定は憲法24条、13条及び14条1項に違反せず、本件諸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して、控訴人らの請求をいずれも棄却した原判決の判断は、結論において正当である。

これに対し、控訴人らは、控訴理由書において、原判決の上記判断には誤りがある旨をるる主張するが、その内容は、おおむね原審における主張の繰り返しにすぎず、控訴人らの請求を棄却した原判決の結論の正当性を何ら左右するものではない。

以下では、本件諸規定が婚姻について同性間の人的結合関係を対象とするものとして定めていないことが憲法24条及び13条に違反するものではないこと(後記第2)並びに異性婚を定め、同性婚を定めていない本件諸規定が憲法14条1項に違反するものではないこと(後記第3)について、改めて被控訴人の主張を述べるとともに、控訴理由書における控訴人らの主張に理由がないことを明らかにする。

第2 異性婚を定め、同性婚を定めていない本件諸規定が憲法24条及び13条に

違反するものではないこと

1 控訴人らの主張

控訴人らは、「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。」と主張する(控訴理由書23ページ)。

また、控訴人らは、「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」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。」と主張した上で(同25ページ)、「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。」と主張する(同30ページ)。

2 異性婚を定め、同性婚を定めていない本件諸規定が憲法24条に違反するも

のではないこと

(1) 憲法24条の趣旨等

被控訴人原審第6準備書面第2の2(1)(6及び7ページ)で述べたとおり、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を行うことによって定められるべきものである。したがって、その内容の詳細については、憲法が一義的に定めるのではなく、法律によってこれを具体化することがふさわしいものと考えられる。憲法24条2項は、このような観点から、「配偶者の選択、財産権、相続、住居の選定、離婚並びに婚姻及び家族に関するその他の事項に関しては、法律は、個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚して、制定されなければならない。」と規定し、婚姻及び家族に関する事項について、具体的な制度の構築を第一次的には国会の合理的な立法裁量に委ねるとともに、その立法に当たっては、個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚すべきであるとする要請、指針を示すことによって、その裁量の限界を画したものといえる。

また、憲法24条1項は、「婚姻は、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、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の趣旨を明らかにしたものと解される。婚姻は、これにより、配偶者の相続権(民法890条)や夫婦間の子が嫡出子となること(同法772条1項等)等の法律上の効果が与えられるものとされているほか、近年家族等に関する国民の意識の多様化が指摘されつつも、国民の中にはなお法律婚を尊重する意識が幅広く浸透していると考えられることをも併せ考慮すると、上記のような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、十分尊重に値するものと解することができる。(以上につき、最高裁判

所平成27年12月16日大法廷判決・民集69巻8号2427ページ(再婚禁止期間違憲判決)参照)

(2) 憲法24条1項は、同性間の人的結合関係を対象とすることを想定していないこと

ア もっとも、前記(1)のとおり、憲法24条1項は、「両性」及び「夫婦」という文言を用いているところ、一般的に、「両性」とは、両方の性、男性と女性又は二つの異なった性を意味し、「夫婦」とは、夫と妻又は適法の婚姻をした男女の身分を意味するものとされている(新村出編・広辞苑第7版2526及び3095ページ)ことからすると、同項にいう「夫婦」や「両性」もこれと同義とみるべきであるから、憲法は、「両性」の一方を欠き当事者双方の性別が同一である場合に婚姻を成立させることをそもそも想定していないというべきである。

この点については、被控訴人原審第2準備書面第2の1(8及び9ページ)で述べたとおり、学説においても、「現時点で、憲法が同性婚を異性婚と同程度に保障しなければならないと命じているわけではないとの理解が大方のところであろうと思われる」(長谷部恭男編「注釈日本国憲法(2)」510ページ・乙第15号証)、「現在の一般的な理解によれば、同性間での婚姻関係は認められていない(妻と夫という概念を用い、子の出産を前提とする民法の規定。さらには、「婚姻は、両性の合意のみに基いて成立」するとする憲法24条1項が、その法的根拠として挙げられる)。」(建田充見「家族法(第2版)」145ページ・乙第16号証)、「通説は、(引用者注:憲法)24条の「両性」をboth sexesという定めとして捉え、24条下では同性婚は容認されないと解してきた。」(辻村みよ子「憲法と家族」129ページ・乙第17号証)等と指摘されているところである。

イ また、同準備書面第2の2(1)イ(ウ)(12ページ)で述べたとおり、控

訴人らが控訴人ら原審第3準備書面第3の3(2)(27ないし29ページ)で引用した憲法24条1項の制定過程における条項案を見ても、婚姻の当事者について、GHQ草案23条では「男女両性」という文言が、「3月2日案」37条及び「3月5日案」22条では「男女相互」という文言がそれぞれ用いられている。そして、これらの草案を経て作成された口語化憲法改正草案22条以降、「両性の合意」という文言が採用され、その後、現在の憲法24条1項の規定として成文化されている。このように、同項の規定に成文化されるまでの過程においては、常に「男女」又は「両性」という文言が用いられており、一貫して性別の異なる者同士の人的結合関係が「婚姻」と表現されている。

さらに、憲法審議においても、「一夫一婦の原則は、私個人の考えでありますが、これは全く世界通有の一大原則だと思います。」(清水伸編「逐条日本国憲法審議録第2巻」486ページ・乙第18号証)、「婚姻はどうしてもこの男女が相寄り相助ける所に基礎があるのであります。」(同494ページ)等、婚姻が男女間のものであることを当然の前提としていたことがうかがわれる議論がされている。

このような制定経過及び審議状況を踏まえれば、憲法24条1項にいう「両性」が男女を意味することは一層明白である。

- ウ 以上のとおり、憲法24条1項は、婚姻について異性間の人的結合関係 のみを対象としており、同性間の人的結合関係を対象とすることを想定し ていないことは明らかである。
- (3) 憲法24条2項は同条1項を前提とした規定であり、同条2項における立法上の要請及び指針も、婚姻が異性間の人的結合関係を対象とするものであることを前提としていること
 - ア 前記(1)のとおり、憲法24条2項は、婚姻及び家族に関する事項について、具体的な制度の構築を第一次的には国会の合理的な立法裁量に委ね

るとともに、その立法に当たっては、個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚すべきであるとする要請、指針を示すことによって、その裁量の限界を画したものであるところ、以下に述べるとおり、同項における立法上の要請及び指針は、形式的にも内容的にも、同条1項を前提とすることが明らかである。

イ まず、形式面についていうと、憲法24条2項は、同条1項とは別の「項」にある規定であるが、そもそも、法令における「項」は、「条」の中の文章の段落を意味するものであり、「条」及び「号」ほどの独立性を有するものとは観念されていない(法制執務研究会編「新訂ワークブック法制執務第2版」217ページ。乙第29号証)。また、このように、同じ「条」の中の各「項」の間には関連性があることに加え、「項」の先後関係に照らせば、通常、同じ「条」の中に複数の「項」が設けられる場合、後の「項」は、前の「項」の規定を前提として定められるものといえる。

したがって、法構造上、同じ「条」の中にある後の「項」が前の「項」 を前提としていることは当然である。

さらに、憲法24条の原型は、いわゆるマッカーサー草案23条の「婚姻ハ男女両性ノ法律上及社会上ノ争フ可カラサル平等ノ上ニ存シ両親ノ強要ノ代リニ相互同意ノ上ニ基礎ツケラレ且男性支配ノ代リニ協力ニ依リ維持セラルへシ此等ノ原則ニ反スル諸法律ハ廃止セラレ配偶ノ選択、財産権、相続、住所ノ選定、離婚並ニ婚姻及家族ニ関スル其ノ他ノ事項ヲ個人ノ威厳及両性ノ本質的平等ニ立脚スル他ノ法律ヲ以テ之ニ代フへシ」(一部省略)に認められ、この段階では項を分けることなく一つの条の中に規定されていたものであり、その後、「日本側の第2案」(いわゆる「3月5日案」)22条において、現憲法に類似した構造及び表現となったものである(乙第30号証497及び498ページ、乙第31号証)。このように、憲法24条1項及び2項の原型となる条文が、両項を分けて規定していな

かったことからすれば、両項が密接な関連性を有していることは一層明らかといえる。

以上のような憲法24条の制定過程を含めた同条の構造・形式といった 側面からみると、同条2項は、同条1項から独立した規定ではなく、同条 1項を前提として定められたものというべきである。

ウ また、内容面についていうと、まず、憲法24条1項は、婚姻が両性の合意のみに基づいて成立する旨を規定し、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旨を明らかにしたものである(最高裁判所平成27年12月16日大法廷判決・民集69巻8号2596ページ(平成27年夫婦別姓訴訟最高裁判決))。

他方、同条2項は、婚姻等に関する事項について具体的な制度を構築するに当たっての立法上の要請及び指針を示したものであるが、上記のとおり、婚姻の成立については、同条1項により、両性の合意のみに基づいて成立する旨が明らかにされていることから、婚姻の成立要件等を定める法律は、かかる同条1項の規定に則した内容でなければならない。そのため、婚姻等に関する事項について立法上の要請及び指針を示した同条2項においては、同条1項の内容も踏まえ、配偶者の選択ないし婚姻等に関する法律は、個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚して制定されなければならないとしたものである(憲法24条2項における配偶者の選択とは婚姻の相手の選択であるから、それについて、法律が個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚して制定されなければならないということは、婚姻が当事者の自由な合意のみによって成立すべきことを意味し、同条1項の規定と同趣旨であると解されている(佐藤功「憲法(上)」414ページ。乙第32号証))。

このように、憲法24条2項が、同条1項の規定内容を踏まえ、これを

前提として定められていることは、同条2項の内容面からしても明らかで ある。

エ 以上のとおり、憲法24条2項は、同条1項の存在及び内容を前提として、婚姻等に関する事項について立法上の要請及び指針を示したものである。

この点、平成27年夫婦別姓訴訟最高裁判決においても、「憲法24条2項は、具体的な制度の構築を第一次的には国会の合理的な立法裁量に委ねるとともに、その立法に当たっては、同条1項も前提としつつ、個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚すべきであるとする要請、指針を示すことによって、その裁量の限界を画したものといえる。」と判示されており、憲法24条2項が、同条1項の存在及び内容を前提として、立法上の要請及び指針を示したものであることを明らかにしているところである。

そして、前記(2)のとおり、憲法24条1項が、婚姻について異性間の人的結合関係のみを対象としていることに加え、同条2項においても、同条1項と同じく「両性」といった男性と女性の両方の性を意味する文言が用いられていることからすれば、同条2項も、飽くまで婚姻が異性間の人的結合関係を対象とするものであることを前提として、これを具体化する制度の整備を立法府に要請するものであることが明らかである。

(4) 本件諸規定は憲法24条に違反するものではないこと

前記(1)のとおり、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の趣旨を明らかにしたものと解されるところ、前記(2)のとおり、同項が、婚姻について異性間の人的結合関係のみを対象としており、同性間の人的結合関係を対象とすることを想定していないことが明らかであることからすると、「婚姻をするかどうか、いつ誰と婚姻をするか」を当事者間で自由に意思決定し、故なくこれが妨げられないという意味における「婚姻を

するについての自由」は、原判決(24ページ)が正当に判示するとおり、 異性間の人的結合関係を対象とする婚姻についてのみ保障されていると解す るのが相当である。

また、前記(3)のとおり、憲法24条2項は、同条1項と同様に、飽くまで婚姻が異性間の人的結合関係を対象とするものであることを前提として、これを具体化する制度の整備を立法府に要請するものであり、同性間の人的結合関係をも対象として婚姻を認める立法措置を執ることを立法府に要請しているものではない。

したがって、異性間の人的結合関係を対象とするものとして異性婚を定め、 同性間の人的結合関係を対象とするものとしての同性婚を定めていない本件 諸規定は憲法24条に違反するものではない。

3 本件諸規定が婚姻について同性間の人的結合関係を対象とするものとして定めていないことが憲法13条に違反するものではないこと

憲法13条は、「すべて国民は、個人として尊重される。生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利については、公共の福祉に反しない限り、立法その他の国政の上で、最大の尊重を必要とする。」と規定する。

もっとも、婚姻及び家族に関する事項については、前記2(1)のとおり、憲法24条2項に基づき、法律によって具体的な内容を規律するものとされているから、婚姻及び家族に関する権利利益等の内容は、憲法上一義的に捉えられるべきものではなく、憲法の趣旨を踏まえつつ、法律によって定められる制度に基づき初めて具体的に捉えられるものである。そうすると、「婚姻をするかどうか、いつ誰と婚姻をするか」を当事者間で自由に意思決定し、故なくこれを妨げられないという婚姻をすることについての自由は、憲法の定める婚姻を具体化する法律(本件諸規定)に基づく制度によって初めて個人に与えられる、あるいはそれを前提とした自由であり、生来的、自然権的な権利又は利益、人が当然に享受すべき権利又は利益ということはできない。このように、婚姻を

することについての自由は、法制度を離れた生来的、自然権的な権利又は利益として憲法で保障されているものではないというべきである。

そして、前記2のとおり、憲法24条1項は、婚姻について異性間の人的結合関係のみを対象とし、同性間の人的結合関係を対象とすることを想定しておらず、同条2項も、飽くまで婚姻が異性間の人的結合関係を対象とするものであることを前提として、これを具体化する制度の整備を立法府に要請しており、本件諸規定は、かかる要請に基づき、婚姻について異性間の人的結合関係のみを対象とするものとしてその具体的な内容を定めているということができる。

控訴人らが本件諸規定により侵害されていると主張する権利又は利益の本質は、結局のところ、同性間の人的結合関係についても異性間の人的結合関係を対象とする婚姻と同様の積極的な保護や法的な利益の供与を認める法制度の創設を国家に対して求めるものにほかならず、法制度を離れた生来的、自然権的な権利又は利益として憲法で保障されているものではないから、このような内実のものが憲法13条の規定する幸福追求権の一内容を構成すると解することはできない。これは、同性間の人的結合関係を婚姻の対象に含めることが、同性間の婚姻を志向する当事者の自由や幸福追求に資する面があるとしても変わるものではない。

したがって、異性婚を定め、同性間の人的結合関係を対象とするものとして の同性婚を定めていない本件諸規定が憲法13条に違反するものではない。

4 控訴理由書における控訴人らの主張に対する反論

- (1) 同性間の婚姻について憲法24条1項を拡張解釈ないし類推解釈すべきであるとの控訴人らの主張に理由がないこと
 - ア 控訴人らは、「原判決が、(中略)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。」、「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」く、「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、(中略)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。」などと主張する(控訴理由書15ないし18ページ)。

イ しかしながら、法の解釈に際し、文言の日本語としての意味や文法が重視・尊重されなければならず、文言からかけ離れた解釈が許されないのは当然であるところ、前記 2 (2) において述べたとおり、「両性」とは、両方の性、男性と女性又は二つの異なった性を意味し、「夫婦」とは、夫と妻又は適法の婚姻をした男女の身分を意味する文言であり、「両性」及び「夫婦」が男性又は女性のいずれかを欠き当事者双方の性別が同一である場合を含む概念であると理解する余地はなく、このような理解は、憲法 2 4条 1 項の制定過程及び審議状況からも裏付けられている。

また、前記2(1)において述べたとおり、婚姻及び家族に関する事項については、憲法24条2項に基づき、法律によって具体的な内容を規律するものとされているから、婚姻及び家族に関する権利利益等の内容は、憲法上一義的に捉えられるべきものではなく、憲法の趣旨を踏まえつつ、法律によって定められる制度に基づき初めて具体的に捉えられるものである。そうすると、「婚姻をするかどうか、いつ誰と婚姻をするか」を当事者間で自由に意思決定し、故なくこれを妨げられないという意味における「婚姻をするについての自由」は、憲法の定める婚姻を具体化する法律(本件諸規定)に基づく制度によって初めて個人に与えられる、あるいはそれを前提とした自由であり、生来的、自然権的な権利又は利益、人が当然に享受すべき権利又は利益ということはできないのであるから、異性間におけ

る「婚姻をするについての自由」と同性間のそれとの間には、憲法24条の解釈に照らし、本質的な差異があるものと解さざるを得ない。

以上によれば、憲法24条について、同性間の婚姻の自由の保障を含む ものとして拡張解釈又は類推解釈する基礎はなく、同性間の婚姻について 憲法24条を拡張解釈又は類推解釈することはできないというべきであり、 控訴人らの主張には理由がない。

- (2) 本件諸規定が異性婚を定め、同性婚を定めていないことをもって、「個人の尊厳」及び「両性の本質的平等」の観点から許容することができないとの控訴人らの主張に理由がないこと
 - ア 控訴人らは、「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。」と主張する(控訴理由書30ページ)。
 - イ しかしながら、前記 2 (3)、(4)のとおり、憲法 2 4条 2 項は、飽くまで婚姻が異性間の人的結合関係を対象とするものであることを前提として、これを具体化する制度の整備を立法府に要請するものであり、同性間の人的結合関係をも対象として婚姻を認める立法措置を執ることを立法府に要請していると解することはできないのであるから、憲法解釈としては、同項の「個人の尊厳」及び「両性の本質的平等」をこのような規定の在り方と切り離して解釈することは相当でなく、本件諸規定は、このような同項の要請に従って制定されたものである。

また、被控訴人原審第5準備書面第2の2(3)ウ(7)(22ページ)及び

同第6準備書面第2の3(2)ア(I)(14ページ)において述べたとおり、現行法において、多種多様な人的結合関係のうち、異性間の人的結合関係が婚姻として制度化された背景には、自然生殖可能性を前提とする一人の男性と一人の女性の人的結合関係が我が国の社会を構成し、支える自然的かつ基礎的な集団単位である家族をその中心となって形成しているという社会的な実態があり、当該実態に対して歴史的に形成されてきた社会的な承認があるのに対し、同性間の人的結合関係にはいまだこれと同視し得るほどの社会的な承認が存在するとは必ずしもいえないことに照らせば、本件諸規定が婚姻という法制度の対象を一定の異性間の人的結合関係に限定していることには合理的な理由がある。

さらに、現在においても、異性間の人的結合関係か同性間の人的結合関係かを問わず、婚姻によらずに一人の相手を人生のパートナーとして継続的な関係を結ぶことは可能である。

したがって、本件諸規定が異性婚を定め、同性婚を定めていないことをもって、「個人の尊厳」及び「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と評価することは相当でないから、控訴人らの主張には理由がない。

- 第3 異性婚を定め、同性婚を定めていない本件諸規定が憲法14条1項に違反しないこと
 - 1 本件諸規定の憲法14条1項適合性に関する控訴人らの主張の前提が誤っていること
 - (1) 控訴人らの主張の前提について

控訴人らは、「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。」(控訴理由書 5 4 ペー ジ) などと主張しており、本件諸規定が同性愛者等を婚姻制度から排除するものであるとの前提に立つものと解される。

さらに、控訴人らは、「控訴人らの主張(括弧内略)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」(同24ページ)であると主張していることからすると、控訴人らの上記主張は、同性間の人的結合関係を対象とする婚姻についても、異性間の人的結合関係を対象とする婚姻についても、異性間の人的結合関係を対象とする婚姻と同様、控訴人らがいうところの「婚姻の自由」が憲法24条1項によって保障されており、そのことは自己決定権を保障した憲法13条からも根拠づけられるものであるところ、本件諸規定により、正当な理由なく、異性間の人的結合関係にのみ婚姻制度による積極的な保護や法的な利益の供与が認められ、当該制度から同性間の人的結合関係が排除されている、すなわち同性愛者等の「婚姻の自由」ないし自己決定権が侵害されているとの理解を前提とするものと解される。

(2) 本件諸規定の憲法 1 4 条 1 項適合性の判断においては、現行の婚姻制度 (異性婚)に加えて同性婚を認める法制度を創設しないことが問題となるの であって、同性間の人的結合関係に「婚姻の自由」が保障されていることを 前提に、立法府が現行の婚姻制度から同性愛者等を排除していることの憲法 適合性を問題とする控訴人らの視点は誤りであること

同性間の人的結合関係について「婚姻をするかどうか、いつ誰と婚姻をするか」を当事者間で自由に意思決定し、故なくこれが妨げられないという意味における「婚姻をするについての自由」が憲法24条1項により保障されているとの前提をとり得ないことは、前記第2の2(2)において述べたとおりである。そして、前記第2の3及び被控訴人原審第6準備書面第3の1(2)(17及び18ページ)において述べたとおり、控訴人らが「婚姻の自由」として主張するものの内実は、「両性」の本質的平等に立脚すべきこと

を規定する憲法24条2項の要請に従って創設された現行の婚姻制度の枠を超えて、同性間の人的結合関係についても婚姻と同様の積極的な保護や法的な利益の供与を認める法制度の創設を国家に対して求めるものにほかならないのであって、国家からの自由を本質とするものということもできない。この点については、仮に本件諸規定が違憲無効であると判断されたとしても、現行の法律婚制度が違憲無効となるだけで、直ちに本件諸規定の下で同性婚が法律上可能となるものではないことをも加味すると、より一層明らかである。

したがって、本件事案の本質的な問題は、現行の婚姻制度に加えて同性婚を認める法制度を創設しないことの憲法適合性であり、同性間の人的結合関係につき控訴人らがいうところの「婚姻の自由」が保障されていることを前提に、本件諸規定から同性愛者等を排除していることの憲法適合性を問題とする控訴人らの視点は誤りである。

2 本件諸規定に基づき同性間で婚姻することができないことは、憲法自体が予 定し、かつ、許容するものであり、憲法14条1項に違反するものではないこ と

(1) 控訴人らの主張

控訴人らは、「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することができず、婚姻の効果を享受できないという別異の取扱い(括弧内略)」(原判決37頁)である。」と主張していることから(控訴理由書47ページ)、本件諸規定が婚姻について同性間の人的結合関係を対象とするものとして定めていないこと、すなわち、本件諸規定が同性婚を認めていないことを理由として、本件諸規定が憲法14条1項に違反する旨主張するものと解される。

(2) 被控訴人の反論

憲法14条1項は、法の下の平等を定めており、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と解すべきである(最高裁判所昭和39年5月27日大法廷判決・民集18巻4号676ページ、最高裁判所昭和48年4月4日大法廷判決・刑集27巻3号265ページ、平成27年夫婦別姓訴訟最高裁判決)。

そして、法律の規定が特定の事由に基づく区別により法的取扱いを異にし ているか否かについては、当該規定の趣旨・内容や在り方から客観的に判断 するのが相当である。この点、夫婦同氏制を定める民法750条の規定の憲 法14条1項適合性が争われた平成27年夫婦別姓訴訟最高裁判決も、民法 750条の規定が「その文言上性別に基づく法的な差別的取扱いを定めてい るわけではなく、本件諸規定(引用者注:民法750条)の定める夫婦同氏 制それ自体に男女間の形式的な不平等が存在するわけではない。」、「夫婦 となろうとする者の間の個々の協議の結果として夫の氏を選択する夫婦が圧 倒的多数を占めることが認められるとしても、それが、本件諸規定の在り方 自体から生じた結果であるということはできない。」と判示し、上記の考え 方に沿う判断を示している。また、国籍法(平成20年法律第88号による 改正前のもの。) 3条1項の規定の憲法14条1項適合性が争われた最高裁 判所平成20年6月4日大法廷判決・民集62巻6号1367ページ、民法 (平成25年法律第94号による改正前のもの。) 900条4号ただし書前 段の規定の憲法14条1項適合性が争われた最高裁判所平成7年7月5日大 法廷決定・民集49巻7号1789ページ及び最高裁判所平成25年9月4 日大法廷決定・民集67巻6号1320ページ、民法(平成28年法律第7 1号による改正前のもの。) 733条1項の規定の憲法14条1項適合性が 争われた再婚禁止期間違憲判決等も、上記の考え方を当然の前提としている ものと解される。

このような観点から本件諸規定についてみると、本件諸規定が婚姻を異性 間についてのものとして定めていることから、本件諸規定に基づき同性間で 婚姻することはできないが、前記第2の2(2)、(3)において述べたとおり、 憲法24条1項が婚姻について異性間の人的結合関係のみを対象とすること を明文で定め、同性間の人的結合関係を対象とすることを想定していないこ とからすると、同条2項による要請に基づき同条1項の婚姻に関する事項を 具体化する本件諸規定が異性間の人的結合関係のみを対象としているのは当 然である。そして、被控訴人原審第2準備書面第3の2(18ないし20ペ ージ)において述べたとおり、特定の憲法の条項を解釈するに当たっては、 関係する憲法の他の規定との整合性を考慮する必要があると解されるところ、 憲法24条1項の定める婚姻が異性間の人的結合関係のみを対象とするもの として本件諸規定により制度化され、同性間の人的結合関係を対象とするも のとして制度化されない事態(差異)が生じることは、憲法24条が婚姻に ついて異性間の人的結合関係のみを対象とすることを明文で定め、婚姻に係 る法制度の構築を法律に委ねていることの当然の帰結にすぎず、同性間では 本件諸規定に基づき婚姻することができないことは、憲法自体が予定し、か つ許容するものであると解するのが相当である。

そうすると、本件諸規定が婚姻について異性間の人的結合関係を対象とし、同性間の人的結合関係を対象とするものとして定めておらず(かかる区別取扱いを、以下「本件諸規定による区別取扱い」という。)、本件諸規定に基づき同性間で婚姻することができないことは、憲法自体が予定し、かつ許容しているものであって、憲法24条に違反するものといえないことはもとより、憲法14条1項に違反すると解することもできないというべきである。

3 本件諸規定が憲法14条1項に違反すると評価されるのは、立法府の裁量の 範囲を逸脱し又は濫用したことが明らかであると認められるときに限られるこ

لح

(1) 憲法 1 4 条 1 項適合性を判断するに当たっては、立法府の裁量を前提として、その広狭に応じ、立法目的の合理性、目的達成のための手段・方法の合理性を具体的に検討すべきであること

前記2(2)のとおり、憲法14条1項は、法の下の平等を定めており、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と解すべきところ、被控訴人原審第5準備書面第2 の2(2)ア(6及び7ページ)で述べたとおり、立法行為又は立法不作為の 憲法14条1項適合性を判断するに当たっては、当該取扱いにおける区別が 「事柄の性質に応じた合理的な根拠に基づくもの」であるかどうかについて、 立法府に合理的な範囲の裁量判断が認められる場合、これを前提にして、そ の広狭に応じ、立法目的の合理性、目的達成のための手段・方法の合理性を 具体的に検討すべきである。そして、審査の厳格さ(立法裁量の広狭)につ いては、当該事案に応じ、①区別を生じさせている事柄の性質(何を区別の 事由としているか。)、②区別の対象となる権利利益の性質とその重要性を 総合的に考慮して、これらの具体的事情に応じたものとすべきである。この ような考え方は、憲法14条1項適合性に関するこれまでの判例の基本姿勢 であるとみることができる(寺岡洋和・最高裁判所判例解説民事篇平成27 年度(上)132及び133ページ、加本牧子・最高裁判所判例解説民事篇 平成27年度(下)661ページ)。

そこで、以下では、婚姻及び家族に関する事項の立法行為又は立法不作為の憲法14条1項適合性判断と憲法24条2項適合性判断の関係について述べた上で(後記(2))、上記の判例の基本姿勢にのっとり、本件諸規定による区別取扱いを生じさせている事柄の性質、その対象となる権利利益の性質とその重要性を踏まえると、本件諸規定が憲法14条1項に違反すると評価されるのは、立法府の裁量の範囲を逸脱し又は濫用したと明らかに認められる場合に限られ、そのような場合は極めて限定的であることを述べる(後記

(3)ないし(6))。

(2) 婚姻及び家族に関する事項の立法行為又は立法不作為の憲法 1 4条 1 項適合性については、憲法 2 4条 2 項の解釈と整合的に判断する必要があること ア 前記第 2 の 2 (1) において述べたとおり、憲法 2 4条は、1 項において「婚姻は、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、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いう趣旨を明らかにした上、2 項において「配偶者の選択、財産権、相続、住居の選定、離婚並びに婚姻及び家族に関するその他の事項に関しては、法律は、個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚して、制定されなければならない。」と規定し、これを受けて、民法は、婚姻に関する要件を規定している。

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要因の変化につ いても考慮した総合的な判断によって定められるべきであり、特に、憲法 上直接保障された権利とまではいえない利益や実質的平等については、そ の内容として多様なものが考えられ、その実現の在り方は、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(再婚禁止期間違憲判決及び平成27年夫婦別姓訴 訟最高裁判決参照)。

また、婚姻及び家族に関する事項は、法制度のパッケージとして構築されるものにほかならず(最高裁判所令和3年6月23日大法廷決定・集民第266号1ページ(最高裁令和3年決定)の深山卓也裁判官、岡村和美裁判官及び長嶺安政裁判官の共同補足意見参照。)、法制度としてその全体が有機的に関連して構築されているものであるから、法制度の一断片のみを取り出して検討することは相当ではない。そのため、問題となってい

る事項が、夫婦や親子関係についての全体の規律の中でどのような位置づけを有するのか、仮にその事項を変更した場合に、法制度全体にどのような影響を及ぼすのかといった点を見据えた総合的な判断が必要とされるものである(畑佳秀・最高裁判所判例解説民事篇平成27年度(下)755及び756ページ)。

したがって、婚姻及び家族に関する事項の詳細については、憲法が一義的に定めるのではなく、法律によってこれを具体化することがふさわしいものと考えられ、憲法24条2項は、このような観点から、婚姻及び家族に関する事項について、具体的な制度の構築を第一次的には立法府の合理的な裁量に委ねるとともに、その立法に当たっては、同条1項を前提としつつ、個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚すべきであるとする要請、指針を示すことによって、その立法裁量の限界を画したものといえる。

そうすると、婚姻及び家族に関する事項が憲法14条1項に違反するか否か、すなわち事柄の性質に応じた合理的な根拠に基づくものでない法的な差別的取扱いに当たるか否かについては、このような立法府に与えられた合理的な立法裁量とその限界を検討しつつ、憲法24条の解釈と整合的に判断する必要があるというべきである。

イ この点、再婚禁止期間違憲判決においても、民法(平成28年法律第71号による改正前のもの。)733条1項の規定の憲法適合性の判断に当たっては、憲法14条1項適合性の判断の枠組みにおける検討がされているとともに、その検討に当たり併せて憲法24条の趣旨及び意義が考慮されており、同条2項にいう「両性の本質的平等」違反の有無に関する立法府の立法裁量の範囲を逸脱していないかの審査も同時に行われている(加本・前掲解説民事篇平成27年度(下)685ページ)。

また、憲法14条1項適合性と憲法24条2項適合性との関係について、 「憲法24条2項にいう「両性の本質的平等」については、同項により立 法に当たっての要請、指針が示されていることから、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項の形式的平等を害していない場合であっても、実質的平等の観点から憲法24条2項に違反するとの判断はあり得ると解されるが、同規定が憲法14条1項に違反する場合には、同時に憲法24条2項にも違反するとの結論が導かれることとなるであろう」(加本・前掲解説民事編平成27年度(下)684及び685ページ)と説明されているとおり、憲法14条1項適合性については、憲法24条2項の解釈と整合的に判断する必要があることが明らかにされている。

さらに、平成27年夫婦別姓訴訟最高裁判決については、「憲法14条1項の「平等」が、少なくとも裁判規範としては基本的に形式的な平等をいうものであることを示し」ており、「実質的平等の観点は、憲法14条1項適合性の判断において直ちに裁判規範とはなるものではないものの、(中略)憲法24条に関連し、(中略)考慮すべき事項の一つとしたものであ」る(畑・前掲解説民事篇平成27年度(下)746及び747ページ)との理解がされている。

ウ 以上のとおり、婚姻及び家族に関する事項の立法行為又は立法不作為の 憲法14条1項適合性については、憲法24条2項の解釈と整合的に判断 する必要があるというべきである。

この点に関して、控訴人らは、「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る不利益について検討した(中 略)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。」など と主張する(控訴理由書50及び51ページ)。しかし、平成27年夫婦 別姓訴訟最高裁判決は、憲法24条2項について、婚姻及び家族に関する 事項の「具体的な制度の構築を第一次的には国会の合理的な立法裁量に委 ねるとともに、その立法に当たっては、同条1項も前提としつつ、個人の 尊厳と両性の本質的平等に立脚すべきであるとする要請、指針を示すこと によって、その裁量の限界を画したものといえる。」、「憲法上直接保障 された権利とまではいえない人格的利益をも尊重すべきこと、両性の実質 的な平等が保たれるように図ること、婚姻制度の内容により婚姻をするこ とが事実上不当に制約されることのないように図ること等についても十分 に配慮した法律の制定を求めるものであり、この点でも立法裁量に限定的 な指針を与えるものといえる。」と判示しており、その判示の意味すると ころは、「憲法13条、14条を裁判規範として検討する局面においては、 人格権の一内容として憲法上保障された人権と認められなければ憲法13 条違反とならず、基本的に形式的平等に反するものでなければ憲法14条 違反とならない」といった柔軟な検討が困難な場合があり、そのような 「局面ではすくい上げることのできなかった様々な権利や利益、実質的平 等の観点等を立法裁量に限定的な指針を与えるものとして検討するべきと するものであり、その意味で、憲法24条には憲法13条や14条1項の 範囲にとどまらない固有の意義があることを認めたもの」(畑・前掲解説 民事篇平成27年度(下)754ページ)と解される。そうであるとすれ ば、原判決において、憲法24条2項が、憲法14条1項を裁判規範とし て検討する局面ではすくい上げることのできない様々な権利や利益、実質 的平等の観点等を立法裁量に限定的な指針を与えるものとして検討した結 果、本件諸規定が憲法24条2項に違反しないと判断した以上、本件諸規 定が憲法14条1項にも違反しないと判断したことは、いわば当然の帰結

であって、その判断には整合性が認められるから、本件諸規定の憲法24 条2項適合性及び憲法14条1項適合性に関する原判決の判断に矛盾があ るとする控訴人らの主張には理由がない。

(3) 婚姻及び家族に関する具体的な制度の構築は立法府の合理的な立法裁量に 委ねられていること

婚姻(法律婚)は、当事者の合意のみに基づいて成立する一身上の問題であるだけでなく、我が国の社会を構成し、これを支える自然的かつ基礎的な集団単位である家族をその中心となって形成しているという実態があり、当該実態に対しては、歴史的に形成されてきた我が国の社会の承認が存在していると考えられる。このような性質の婚姻について、いかなる人的結合関係をその対象とするかは、婚姻の在り方を形作る核心ともいうべきものであり、我が国の家族の在り方、ひいては社会の根幹に関わる極めて重要な問題でもある。そうであるとすると、婚姻の当事者の範囲や要件については、国の伝統や国民感情を含めた社会状況に加え、将来の我が国の社会をどのような姿に導くことになるのか等を十分に検討して判断する必要があり、そのためには、ある程度時間をかけた幅広い国民的議論が不可欠であるという意味で、民主的なプロセスに委ねることによって判断されるべき事柄にほかならない。

この点、平成27年夫婦別姓訴訟最高裁判決に関して、婚姻及び家族に関する事項についての憲法24条2項適合性に関する合憲性審査基準について、「制度の構築が、第一次的には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、少数者の基本的な権利を保障するために厳格な審査をするというのではなく、第一次的には国会における民主主義の過程に重きを置いたものになるものと考えられる。」(畑・前掲解説民事篇平成27年度(下)756ページ)と説明されているところである。

しかも、前記1及び被控訴人原審第2準備書面第3の2(3)(19ページ)において述べたとおり、憲法24条が婚姻について異性間の人的結合関

係のみを対象とするものとして明文で定め、婚姻に係る法制度の構築を法律に委ねていることからすると、憲法は、法律(本件諸規定)により異性間の人的結合関係のみを対象とする婚姻を制度化することを予定しているとはいえるものの、同性間の人的結合関係を対象とする婚姻制度を構築することを想定していないと解すべきである。

以上のとおり、婚姻及び家族に関する事項は、民主的なプロセスに委ねる ことによって判断されるべき事柄にほかならず、その具体的な法制度の構築 についても国会の合理的な裁量に委ねられていると解するのが相当である。

なお、控訴人らは、この点に関し、本件訴訟の提起時や原判決が言い渡された直後にインターネット上で投稿されたとするコメントや、一部の政治家の発言等を殊更に取り上げて、「民主的過程における解決がおよそ困難である」などと主張する(控訴理由書6ないし10、63ページ)が、そのようなごく一部の意見のみをもって、民主的なプロセスが阻害されていると評価することはできない。

(4) 婚姻について同性愛者と異性愛者との間に性的指向によって差異が生じる としても、それは本件諸規定から生じる事実上の結果ないし間接的な効果に すぎないこと

原判決は、「婚姻の本質は、自己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、同性愛者にとっては、異性との婚姻制度を形式的には利用することができたとしても、それはもはや婚姻の本質を伴ったものではないのであるから、実質的には婚姻をすることができないのと同じであり、本件諸規定はなお、同性愛者か異性愛者かによって、婚姻の可否について区別取扱いをしているというべきであって、これを単なる事実上の結果ということはできない。」と判示する(原判決38ページ)。

しかしながら、前記 2 (2) において述べたとおり、法律の規定が特定の事由に基づく区別により法的取扱いを異にしているか否かは、当該規定の趣旨

・内容や在り方から客観的に判断すべきであって、結果(実態)として生じている、又は生じ得る差異から判断するのは相当でない。このような観点から本件諸規定をみると、本件諸規定は、一人の男性と一人の女性との間に婚姻を認めるものであり、その文言上、婚姻の成立要件として当事者に特定の性的指向を有することを求めたり、当事者が特定の性的指向を有することを理由に婚姻を禁じたりするものではなく、その趣旨・内容や在り方自体が性的指向に応じて婚姻制度の利用の可否を定めているものとはいえないから、性的指向について中立的な規定であるということができる。そうであるとすると、本件諸規定が区別の事由を性的指向に求めているものと解することは相当でない。多種多様な人的結合関係のうち、本件諸規定が一人の男性と一人の女性の人的結合関係について婚姻を認める結果として同性愛者がその性的指向に合致する者と婚姻をすることができないという事態が生じ、同性愛者と異性愛者との間に性的指向による差異が生じているとしても、それは、性的指向につき中立的な本件諸規定から生じる事実上の結果ないし間接的な効果にすぎないというべきである。

したがって、原判決の上記判示は誤りである。そして、このような事実上の結果ないし間接的な効果としての区別は、法律の規定によって直接的に性的指向に基づく区別をする場合と比較して限定的なものであると考えられるから、事実上の結果ないし間接的な効果を有するにとどまる区別取扱いについては、法律の規定によって直接的な区別をする場合に比して、立法府の裁量は広範であると解するのが相当である。

(5) 同性婚に係る権利利益は、憲法上保障されたものとはいえないし、具体的 な法制度によって認められたものともいえないこと

前記第2の3において述べたとおり、婚姻及び家族に関する事項は、憲法 24条2項に基づき、法律が具体的な内容を規律するものとされているから、 婚姻及び家族に関する権利利益の内容は、憲法上一義的に捉えられるべきも のではなく、憲法の趣旨を踏まえつつ定められる法制度を待って初めて具体 的に捉えられるものである。

この点、平成27年夫婦別姓訴訟最高裁判決は、「氏に関する上記人格権の内容も、憲法上一義的に捉えられるべきものではなく、憲法の趣旨を踏まえつつ定められる法制度をまって初めて具体的に捉えられるものである」と判示しており、これについては、「一定の法制度を前提とする人格権や人格的利益については、いわゆる生来的な権利とは異なる考慮が必要であって、具体的な法制度の構築とともに形成されていくものであるから、当該法制度において認められた権利や利益を把握した上でそれが憲法上の権利であるかを検討することが重要となるほか、当該法制度において認められた利益に関しては憲法の趣旨を踏まえて制度が構築されたかとの観点において、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るべきかとの観点において憲法の趣旨が反映されることになることを説示したものと思われる」と解されている(畑・前掲解説民事篇平成27年度(下)737ないし739ページ参照)。

このような観点から本件についてみると、前記第2の2及び被控訴人原審第1準備書面第3の1(3)ア(18及び19ページ)及び同第2準備書面第2の1(8及び9ページ)等で繰り返し述べてきたとおり、憲法24条1項は、婚姻について異性間の人的結合関係のみを対象とし、同性間の人的結合関係を対象とすることを想定していないため、同項を前提とする同条2項も、異性間の人的結合関係を対象とする婚姻制度の構築のみを法律に委ねているにとどまり、同性間の人的結合関係を対象とする婚姻制度の構築については想定していないとみるほかない。また、このような憲法24条の規定を前提として、現行法上、同性間の人的結合関係について婚姻と同様の法的効果(同性婚)を認める規定は存在しない。

そうすると、同性婚の相手を自由に選択する権利や、婚姻によって生じる

法的効果の全部を同性婚によって享受する利益等の同性婚に係る権利利益は、 憲法上保障されたものであるということはできないし、同性間の人的結合関 係を認める婚姻制度が存在しない以上、具体的な法制度によって認められた ものともいえない。

なお、被控訴人原審第2準備書面第3の3(2)イ(4)(24及び25ページ)において述べたとおり、同性間の人的結合関係においても、婚姻による財産上の法的効果(財産分与、相続等)及び身分上の法的効果(貞操、扶養等)については、民法上のほかの制度(契約、遺言等)を用いることによって、婚姻と同様の効果を生じさせることができるから、同性婚が定められていないことによる事実上の不利益は、相当程度、解消ないし軽減する余地がある。また、同性婚が定められていないことは、同性間の人的結合関係について本件諸規定の適用がなく、本件諸規定が定める法的効果が付与されていないことを意味するにとどまり、これによって、同性間において婚姻類似の人的結合関係を構築して維持したり、家族を形成したり、共同生活を営んだりする行為(自由)が制約されるものでもない。

以上のような区別取扱いの対象となる権利利益の性質は、本件諸規定の憲法14条適合性を判断するに当たり、十分に考慮されなければならない。

(6) 小括

以上のとおり、立法府の裁量が認められる規定の憲法14条1項適合性を判断するに当たっては、当該裁量の広狭に応じ、立法目的の合理性、目的達成のための手段・方法の合理性を具体的に検討すべきであるところ(前記(1))、婚姻及び家族に関する事項の立法行為又は立法不作為の憲法14条1項適合性については、憲法24条2項の解釈と整合的に判断する必要があり(前記(2))、婚姻及び家族に関する具体的な法制度の構築については立法府の合理的裁量に委ねられているものと解される中(前記(3))、婚姻によって生じる法的効果を享受することができるか否かという点について同性

愛者と異性愛者との間に性的指向による差異が生じることは、本件諸規定から生じる事実上の結果ないし間接的な効果にすぎないし(前記(4))、同性婚に係る権利利益は、憲法上保障されたものとはいえず、具体的な法制度によって認められたものでもない(前記(5))ことからすると、本件諸規定が憲法14条1項に違反する余地があるとしても、それは、婚姻によって生じる法的効果を享受することができるか否かという点について同性愛者と異性愛者との間の性的指向による差異を結果として生じさせる本件諸規定の立法目的に合理的な根拠がなく、又はその手段・方法の具体的内容が立法目的との関連において著しく不合理なものといわざるを得ないような場合であって、立法府に与えられた裁量の範囲を逸脱し又は濫用するものであることが明らかである場合に限られるというべきである。

4 本件諸規定の立法目的は、一人の男性と一人の女性が子を産み育てながら共同生活を送るという関係に対して特に法的保護を与えることにあり、これと異なる控訴人らの主張に理由がないこと

(1) 控訴人らの主張

控訴人らは、原判決の「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、男女が生涯続く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る」との判示(原判決29及び30ページ)が誤っているとした上で、「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。」と主張する(控訴理由書54ないし56ページ)。

(2) 被控訴人の反論

ア 憲法及び民法は、婚姻が生殖と子の養育を目的とする男女の結合であるとの我が国の伝統、慣習が制度化されたものであること

婚姻制度の伝統的な理解、由来及び沿革等については、既に被控訴人原審第2準備書面第1(3ないし8ページ)、同第5準備書面第2の1(3)(19及び20ページ)等において述べたとおりであるところ、その概要は、以下のとおりである。

- (ア) 婚姻は「伝統的に生殖と子の養育を目的とする男女の結合であった。したがって、同性の性的結合関係や共同生活関係は婚姻たりえないとされてきた」ところ、「国ないし社会が婚姻に法的介入をするのは、婚姻が社会の次世代の構成員を生産し、育成する制度として社会的に重要なものであったからである」(青山道夫=有地亨編「新版注釈民法(21)親族(1)178ページ・乙第1号証)と指摘されている。このように、伝統的に、婚姻は、生殖と密接に結び付いて理解されてきており、それが異性間のものであることが前提とされてきた。
- (イ) 民法の「第4編 親族」は、明治31年に「第5編 相続」とともに 公布されたが(明治31年法律第9号。この民法第4編及び第5編は、 後記(I)のとおり昭和22年に全面的な改正が行われており、以下同改 正前のものを「明治民法」といい、同改正後のものを「現行民法」とい う。)、そこにおける婚姻は、我が国の従来の慣習を制度化したもので あり、男女間のものであることが前提とされている(梅謙次郎「民法要 義巻之四終(第16版)」87及び90ページ・乙第3号証)。この点 は、民法学者の間でも同様に理解されていた(穂積重遠「親族法」22 1ページ・乙第4号証、牧野菊之助「日本親族法論」・乙第5号証)。
- (ウ) 昭和22年の日本国憲法の制定においても、憲法24条1項は、婚姻 の当事者が男女であることを前提としているのであり、同性間の人的結 合関係について異性間の婚姻と同程度に保障しなければならないことを

命じるものではなく、同項を前提とする同条2項においても、異性間の 人的結合関係としての婚姻以外については立法による制度の構築が要請 されていなかった。

(エ) 日本国憲法の制定に伴い、明治民法は、昭和22年に全面改正され、現行民法が制定されたが、そこでも婚姻の当事者が男女であることが前提とされていた(我妻榮=立石芳枝「法律學体系コンメンタール篇親族法・相續法」・乙第8号証)。この点、上記改正に係る国会審議において、同性間の人的結合関係を婚姻の対象とすることについて言及された形跡は見当たらない。

なお、その後の学説の議論状況をみても、現在もなお、婚姻の当事者が男女であるとの理解が一般的であるといえる(中川善之助「親族法(上)」194ページ・乙第9号証、我妻榮「親族法」14及び18ページ・乙第10号証、大村敦志「民法読解 親族篇」32及び33ページ・乙第11号証等参照)。

イ 本件諸規定は、生殖に結び付いて理解される異性間の人的結合関係を前 提とした制度として婚姻を定めていること

民法739条1項は、「婚姻は、戸籍法(中略)の定めるところにより届け出ることによって、その効力を生ずる。」と規定し、憲法24条1項の規定を受けて法律婚主義を定める(前掲最高裁判所平成25年9月4日大法廷決定)ところ、婚姻の効力を定める民法の各規定において、婚姻の当事者の呼称として「夫婦」、「夫」若しくは「妻」、「父母」又は「父」若しくは「母」という文言が用いられていることに加え(第4編第2章第2節ないし第4節)、重婚が禁止されている(732条)ことからすると、民法上の婚姻は、一人の男性と一人の女性の人的結合関係を定めているものと解される。これに対し、同性間の人的結合関係についても婚姻の対象としていることをうかがわせる規定は存在しない。

また、民法は、夫婦間の関係について、重婚の禁止(732条)のほか にも、婚姻適齢(731条)、近親者間及び直系姻族間の婚姻の禁止(7 34条及び735条)等を規定して婚姻の成立要件とする一方で、婚姻の 無効(742条)、婚姻の取消し(743条ないし749条)、離婚(7 63条ないし771条)という婚姻関係の解消等についての要件を定めて 一定の制約を課しているばかりでなく、婚姻の効果として、配偶者及び三 親等内の姻族との間に親族関係を発生させ(725条)、配偶者の遺留分 を含む相続権(890条、900条1号ないし3号及び1042条)、離 婚時の財産分与(768条)、配偶者居住権(1028条)のほか、夫婦 同氏の原則(750条)、夫婦の同居、協力及び扶助の義務(752条)、 夫婦間の契約の取消権(754条)、夫婦の財産関係(755条)、夫婦 財産契約の対抗要件(756条)、婚姻費用の分担(760条)、日常の 家事に関する債務の連帯責任(761条)、夫婦間における財産の帰属 (762条)等の夫婦間の権利義務を定めることによって、婚姻をした夫 婦(一人の男性と一人の女性の人的結合関係)について、身分関係の発生 に伴うものを含め、種々の権利を付与するとともに、これに応じた義務も 負担させて、夫婦の一方の死亡後も見据えた夫婦関係の長期にわたる法的 安定を図っている。

さらに、民法は、実子に関する規定(772条以下)や親権に関する規定(818条以下)を置き、婚姻をした男女とその子について特に定めており、婚姻をした男女が子を産み育てながら共同生活を送るという関係を想定している。この点、民法は、婚姻をした夫婦間に生まれた子について、嫡出の推定(772条)、父母の氏を称すること(790条)等を定めるが、これらの規定については、最高裁判所平成25年12月10日第三小法廷決定(民集67巻9号1847ページ)の寺田逸郎裁判官の補足意見において、「現行の民法では、「夫婦」を成り立たせる婚姻は、単なる男

女カップルの公認に止まらず、夫婦間に生まれた子をその嫡出子とする仕組みと強く結び付いているのであって、その存在を通じて次の世代への承継を予定した家族関係を作ろうとする趣旨を中心に据えた制度であると解される。(中略)婚姻し、夫婦となることの基本的な法的効果としては、その間の出生子が嫡出子となることを除くと、相互に協力・扶助をすべきこと、その財産関係が特別の扱いを受けること及び互いの相続における相続人たる地位、その割合があるが(中略)、男女カップルに認められる制度としての婚姻を特徴づけるのは、嫡出子の仕組みをおいてほかになく、その中でも嫡出推定は、父子関係を定める機能まで与えられていることからも中心的な位置を占める。」と指摘されているとおり、異性間に認められる制度としての婚姻を特徴づけるものであるということができる。

そして、戸籍法74条は、民法739条1項及び750条等の規定を受けて、婚姻をしようとする者が、夫婦が称する氏、その他法務省令で定める事項を届書に記載して、その旨を届け出なければならないと規定し、本件諸規定に基づく婚姻については、戸籍法6条、7条及び13条等の規定により、戸籍に記載されることにより、その関係が公証されることとなる。

このように、本件諸規定は、生殖に結び付いて理解される異性間の人的結合関係を前提とした制度として婚姻を定めている。

- ウ 本件諸規定の目的は、一人の男性と一人の女性が子を産み育てながら共 同生活を送るという関係に対して特に法的保護を与えることにあり、合理 性があること
 - (ア) 以上の本件諸規定の立法経緯及びその規定内容からすると、本件諸規定に基づく婚姻は、人が社会生活を送る中で生成され得る種々の、かつ多様な人的結合関係のうち、一人の男性と一人の女性との人的結合関係とその間に産まれる子との人的結合関係を制度化し、夫婦に身分関係の発生に伴うものを含め、種々の権利を付与するとともに、これに応じた

義務も負担させることによって、夫婦関係の長期にわたる円滑な運営及び維持を図ろうとするものである。すなわち、本件諸規定の目的は、一人の男性と一人の女性が子を産み育てながら共同生活を送るという関係に対して特に法的保護を与えることにあると解するのが相当である。

そして、前記ア(ウ)、(エ)のとおり、本件諸規定は、異性間の婚姻を前提とする憲法24条の規定を受けて定められたものであり、また、我が国において、一人の男性と一人の女性の人的結合関係が、今後の社会を支える次世代の子を産み、育みつつ、我が国の社会を構成し、支える自然的かつ基礎的な集団単位である家族をその中心となって形成しているという実態があって、当該実態に対して歴史的に形成されてきた社会的な承認が存在していることに鑑みると、このような立法目的が合理性を有することは明らかである。

本件諸規定の立法目的に関する原判決の判示(28ないし30ページ)は、これと同旨をいうものであり、正当である。

(イ) これに対し、控訴人らは、「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」ず、「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である。」と主張する(控訴理由書27及び28ページ)。

しかしながら、原判決は、「婚姻が果たしてきた事実上の役割等」の みに依拠して本件諸規定の立法目的を解釈したわけではなく、異性間の 人的結合関係が婚姻として法制度化される前から、伝統的に、婚姻は生 殖と密接に結び付いて理解されてきており、それが異性間のものである ことが前提とされ、現行民法における婚姻も、我が国のこのような慣習 を制度化したものであることを認定するとともに、このような法制度化 された背景に、一人の男性と一人の女性という異性間の人的結合関係が、今後の社会を支える次世代の子を産み、育みつつ、我が国の社会を構成して支える自然的かつ基礎的な集団単位である家族をその中心となって形成しているという社会的な実態及び慣習があることを認定し、さらに、婚姻当事者である夫婦の権利義務について定める規定だけでなく、婚姻した夫婦とその間の子について特に定めた規定があることなど本件諸規定の内容をも考慮した上で、本件諸規定の立法目的を「単なる婚姻した二当事者の関係としてではなく、男女が生涯続く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」と判示している(原判決28ないし30ページ)のであるから、控訴人らの上記主張は、原判決を正解しない失当なものであるといわざるを得ない。

この点、伝統的に、婚姻が、生殖と密接に結び付いて理解されてきたことは、「男と女との性的結合は、人類の永続の基礎である。いかなる社会でも、当該社会における典型的な結合関係を法規範によって肯認し、その維持につとめた。(中略)近代文明諸国の法は、ほとんど例外なしに、この結合を一人の男と一人の女との平等な立場における結合とする。そして、その間の未成熟の子を含む夫婦・親子の団体をもって、社会構成の基礎とする。わが新法の態度もそうである。」(我妻栄「親族法」9ページ・乙第21号証)と説明されたり、「婚姻とは、男と女との共同生活關係であつて、社會的制裁(sanction)によつて保障されているところの社會的制度たる意味をもつもの、である。婚姻は、子の出生の社會制度的基礎でもあり、したがつて、婚姻は、家族的生活の構成部分、しかも重要な構成部分である。」(中川善之助「註釋親族法(上)」9

0ページ・乙第33号証)と説明されたりしていることからも裏付けられる。

このような本件諸規定の立法経緯(前記ア)及び本件諸規定の内容 (前記イ)に照らせば、本件諸規定の目的は、一人の男性と一人の女性 が子を産み育てながら共同生活を送るという関係に対して特に法的保護 を与えることにあると解するのが相当である。

(ウ) また、控訴人らは、①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・取消原因や離婚原因ともしていないこと、②本件諸規定の立法目的に関する原判決の判示は、子を産み育てない婚姻カップルによる婚姻制度の利用を、本来の婚姻制度の趣旨を外れた「個人の自己実現等の手段」とするための、いわば非正規的な利用であると位置づけるものであること、③明治民法の起草時以来、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ことなどを理由に挙げて、「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。」と主張する(控訴理由書27、55ないし58ページ)。

しかしながら、被控訴人原審第5準備書面第2の2(3)ウ(4)(23ないし26ページ)において述べたとおり、パッケージとして構築される婚姻及び家族に関する制度においては、制度を利用することができるか否かの基準が明確である必要がある。この点、平成27年夫婦別姓訴訟最高裁判決における寺田逸郎裁判官の補足意見でも、「法律制度としての性格や、現実に夫婦、親子などからなる家族が広く社会の基本的構成要素となっているという事情などから、法律上の仕組みとしての婚姻夫婦も、その他の家族関係と同様、社会の構成員一般からみてもそう複雑

ではないものとして捉えることができるよう規格化された形で作られていて、個々の当事者の多様な意思に沿って変容させることに対しては抑制的である」と指摘されている。

この点、学説上も「同性のカップルに婚姻と同様の法的保護を認めるか。この点は難問だが、決め手は婚姻の目的をどう考えるかという点にあると思われる。(中略)二人の人間が子どもを育てることを含意して共同生活を送るという点に婚姻の特殊性を求めるならば、同性のカップルには婚姻と同様の法的保護までは認められないことになる。このようにいうと、不妊の男女カップルや子どもをもつ気のない男女カップルの関係は婚姻ではないのかという疑問が提起されよう。しかし、ここでいう「目的」は抽象的・定型的な目的であり、具体的・個別的な目的とはされていなくとも、婚姻の要件は充足されると考えるべきである。」(大村敦志「家族法(第3版)」286ページ・乙第12号証)と指摘されているように、現行民法が子を作る能力や意思の有無でその法的地位を区別していないことと、現行民法が抽象的・定型的に子を産み育てることを目的とする男女の共同生活に対して法的保護を与えることをその目的としていることとは、何ら矛盾するものではない。

このような観点からすれば、婚姻制度の対象として生物学的にみて生殖の可能性のある男女の組合せ(ペア)としての夫婦を抽象的・定型的に想定して、「一人の男性と一人の女性が子を産み育てながら共同生活を送るという関係に対して法的保護を与える」という立法目的の合理性を判断すべきであるから、現行民法が子のいる夫婦といない夫婦、生殖能力の有無、子を作る意思の有無による夫婦の法的地位の区別をしていないからといって、婚姻における夫婦間の生殖及びそれによる子の養育の要素を軽視して本件諸規定の立法目的の合理性を判断するのは相当でない。

また、本件諸規定は、その立法目的が夫婦間の生殖及びそれによる子の養育を要素とするものであるからといって、婚姻をした夫婦に子を産み育てることを強制したり、義務付けたりするものではなく、子を産み育てることは婚姻をした夫婦の意思に委ねられるべき性質のものであることに変わりはなく、その選択を非正規的な利用と位置づけるものでもないのであるから、上記②の指摘も当たらない。

さらに、前記(ア)において述べたとおり、本件諸規定の立法経緯及び その規定内容からすると、本件諸規定は、一人の男性と一人の女性が子 を産み育てながら共同生活を送るという関係に対して特に法的保護を与 えることを立法目的とするものであり、このような本件諸規定の立法目 的の捉え方が正当であることは、前掲最高裁判所平成25年12月10 日第三小法廷判決の寺田逸郎裁判官の補足意見が「現行の民法では、

「夫婦」を成り立たせる婚姻は、単なる男女カップルの公認に止まらず、 夫婦間に生まれた子をその嫡出子とする仕組みと強く結び付いているの であって、その存在を通じて次の世代への承継を予定した家族関係を作 ろうとする趣旨を中心に据えた制度であると解される。(中略)婚姻し、 夫婦となることの基本的な法的効果としては、その間の出生子が嫡出子 となることを除くと、相互に協力・扶助をすべきこと、その財産関係が 特別の扱いを受けること及び互いの相続における相続人たる地位、その 割合があるが(中略)、男女カップルに認められる制度としての婚姻を 特徴づけるのは、嫡出子の仕組みをおいてほかになく、その中でも嫡出 推定は、父子関係を定める機能まで与えられていることからも中心的な 位置を占める。」と指摘し、平成27年夫婦別姓訴訟最高裁判決におけ る同裁判官の補足意見も、「男女間に認められる制度としての婚姻を特 徴づけるのは、嫡出子の仕組み(772条以下)をおいてほかになく、 この仕組みが婚姻制度の効力として有する意味は大きい(括弧内省略)。 現行民法下では夫婦及びその嫡出子が家族関係の基本を成しているとする見方が広く行き渡っているのも、このような構造の捉え方に沿ったものであるといえるであろうし、このように婚姻と結び付いた嫡出子の地位を認めることは、必然的といえないとしても、歴史的にみても社会学的にみても不合理とは断じ難く、憲法24条との整合性に欠けることもない。」と指摘しているところからも明らかである。

この点、民法学者も、婚姻の目的について、「男と女との性的結合は、人類の永続の基礎である。(中略)近代文明諸国の法は、ほとんど例外なしに、この結合を一人の男と一人の女との平等な立場における結合とする。そして、その間の未成熟の子を含む夫婦・親子の団体をもって、社会構成の基礎とする。わが新法(引用者注:現行民法)の態度もそうである。」(我妻栄「親族法」9ページ・乙第21号証)、「婚姻は単純な性関係ではなく、男女の生活共同態として、そのあいだに生れた子の保護・育成、分業的共同生活の維持などの機能を有しており、家族の中核を形成することは重要である。」、「子の育成・保護を無視して婚姻を考えることは正當ではないであろう。」(青山道夫「身分法概論」61ないし63ページ・乙第22号証)、「多様な男女結合の諸類型のうち、子への嫡出性の賦与・配偶者相続権の発生・姻族関係の発生という効果を生じさせるものが婚姻であり、逆に、婚姻とは、上述の諸効果を発生させるための要件である、ともいえる。」(鈴木禄弥「親族法講義」8ページ・乙第23号証)と説明しているところである。

このように、本件諸規定は、一人の男性と一人の女性が子を産み育てながら共同生活を送るという関係に対して特に法的保護を与えることを立法目的としており、夫婦間の生殖及びそれによる子の養育を重要な要素とすることが明らかであり、その目的は、原判決29~30頁も指摘するとおり、現時点においてもなお合理的根拠を有する正当なものであ

るということができるから、本件諸規定の立法目的を夫婦の共同生活自体の保護にあるとして、夫婦の生殖及びそれによる子の養育の要素を殊更に軽視する控訴人らの上記主張は誤っているというべきである。

- 5 同性間の人的結合関係を婚姻の対象としないことは、一人の男性と一人の女性が子を産み育てながら共同生活を送るという関係に対して特に法的保護を与えるという本件諸規定の立法目的との関係で合理性がないとする控訴人らの主張に理由がないこと
 - (1) 本件諸規定が実際の自然生殖可能性の有無にかかわらず婚姻を認めていることが、その立法目的との関連において合理性を有すること
 - ア 控訴人らは、「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、「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」(括弧内略)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。」と主張した上で、「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。」と主張する(控訴理由書56ページ)。
 - イ しかしながら、控訴人らの主張を見ても、本件諸規定が実際の自然生殖 可能性の有無にかかわらず婚姻を認めていることが、その立法目的との関 連において合理性を有するという結論まで否定する趣旨のものであるか否 かは判然としない。この点をおくとしても、前記4(2)ウ(ウ)において述べ

たとおり、「一人の男性と一人の女性が子を産み育てながら共同生活を送 るという関係に対して法的保護を与える」という立法目的は、婚姻制度の 対象として生物学的にみて生殖の可能性のある男女の組合せ(ペア)とし ての夫婦を抽象的・定型的に想定したものであるから、このような目的を 達成するに当たり、実際の自然生殖可能性の有無にかかわらず婚姻を認め ることは、基準として何ら不合理と評価されるものではない。むしろ、パ ッケージとして構築される婚姻及び家族に関する制度においては、制度を 利用することができるか否かの基準が明確である必要があるから、実際の 自然生殖可能性の有無にかかわらず婚姻を認めることは、本件諸規定の目 的との関連において合理性を有するといえる。そして、夫婦間に実際に子 がなくとも、又は子を産もうとする意思や子が生まれる可能性がなくとも、 夫婦間の人的結合関係を前提とする家族が自然的かつ基礎的な集団単位と なっているという社会的な実態とこれに対する社会的な承認が存在すると いう事実は、実際の自然生殖可能性の有無にかかわらず婚姻を認めること が本件諸規定の立法目的との関連で合理性を有することを裏付ける一つの 事情であり、このような事実(立法目的を達成するための手段・方法の合 理性を基礎づける事情)から遡って本件諸規定の立法目的を推測し、それ が夫婦の生殖及び子の養育の要素を除いた共同生活自体の保護にあると解 釈することは相当でない。

したがって、控訴人らの前記アの主張は理由がない。

なお、仮に、上記の社会的な実態と承認から共同生活自体の保護という立法目的を推認する方法をとったとしても、それは飽くまで上記の社会的な実態と承認が存在する異性間の共同生活の保護に限られ、同性間の共同生活までも婚姻として保護することを目的としていると解する余地がないことは明らかである。

(2) 同性婚を認める法制度を創設していないことが本件諸規定の立法目的との

関連においても合理性を有すること

- ア控訴人らは、「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。」と主張し(控訴理由書59ページ)、さらに、「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。」と主張する(同63ページ)。
- イ しかしながら、本件諸規定が異性婚を定め、同性婚を定めていないことが本件諸規定の立法目的との関連において合理性を有することは、被控訴人原審第5準備書面第2の2(4)イ(27ないし29ページ)において述べたとおりである。

すなわち、被控訴人原審第2準備書面第3の2(18ないし20ページ)において述べたとおり、憲法24条は、婚姻を異性間のものとして明文で規定し、婚姻に係る法制度の構築を法律に委ねているのに対し、同性間の人的結合関係を対象とする婚姻は想定されていない。

また、前記第2の4(2)イにおいて述べたとおり、異性間の人的結合関係が婚姻として制度化された背景には、一人の男性と一人の女性という異

性間の人的結合関係が、今後の社会を支える次世代の子を産み、育みつつ、 我が国の社会を構成して支える自然的かつ基礎的な集団単位である家族を その中心となって形成しているという社会的な実態があり、当該実態に対 して歴史的に形成されてきた社会的な承認があるのに対し、同性間の人的 結合関係には自然生殖の可能性が認められないし、多数の地方公共団体が 同性パートナーシップに関する公的認証制度を創設し、諸外国においても 同性パートナーシップ制度や同性間の法律婚制度が導入されるなど、同性 間の人的結合関係に関する理解が社会一般に相当程度浸透し、同性愛者に 対する差別や偏見の解消に向けた動きが進んでいると評価することができ る状況にあるとしても、同性間の人的結合関係を我が国における婚姻の在 り方との関係でどのように位置づけるかについては、いまだ社会的な議論 の途上にあり、我が国において、同性間の人的結合関係を異性間の人的結 合関係(婚姻関係)と同視し得るほどの社会的な承認が存在しているとは いい難い。

さらに、同性婚が定められていないという事態は、同性間の人的結合関係に本件諸規定による特別の法的保護が与えられていないにとどまり、同性間において婚姻類似の親密な人的結合関係を構築して維持したり、共同生活を営んだりする行為(自由)は何ら制限されるわけではないといえるし、婚姻により生じる法的効果を受ける権利利益は、憲法上も具体的な法制度上も同性間の人的結合関係に対して保障されているものではない上、民法上のほかの制度(契約、遺言等)を用いることによって、同性婚が定められていないことによる事実上の不利益が相当程度解消ないし軽減される余地もある。

そうすると、控訴人らの前記アの主張を踏まえても、異性婚と同性婚と の間に前記のような相違が存在することを考慮すると、同性間の人的結合 関係を婚姻の対象に含めないことが本件諸規定の立法目的との関連におい て合理性を欠くものであると評価することは相当ではない。

控訴人らの前記アの主張は、「同性愛者等を婚姻制度から排除することを正当化する合理的理由が認められるか」という誤った視点(前記第3の1)を前提としてされたものであり、その主張の内容自体から明らかなとおり、本件諸規定の立法目的との関連性について被控訴人が主張するところを、いささかも否定するものではない。

したがって、控訴人らの前記アの主張には理由がない。

第5 結語

以上のとおり、本件諸規定が憲法24条、13条及び14条1項に違反する ということはできず、国会において同性婚を認めるための必要な立法措置を講 じないことがこれらの規定に違反するということもいえないから、これに反す る控訴人らの主張に理由がないことは明らかである。

よって、控訴人らの請求をいずれも棄却した原判決の判断は、結論において 正当であり、本件各控訴はいずれも速やかに棄却されるべきである。

以上