

【有償配布 や Web(ホームページ, ブログ, facebook 等)へのアップロード・転載はお止めください】
【リンクはご自由にお貼りください】
「結婚の自由をすべての人に」東京第一次訴訟控訴審(東京高裁)第1回期日(20230623)提出の書面です。

令和5年(ネ)第292号 国家賠償請求控訴事件

控訴人 大江千束 外

被控訴人 国

控 訴 理 由 書

【第3分冊】

2023(令和5)年3月10日

東京高等裁判所第2民事部 御中

控訴人ら代理人 弁護士 上杉 崇子

弁護士 寺原真希子

ほか

控訴人らの控訴理由書第3分冊は以下のとおりである。なお、本書面では憲法14条1項に関する原判決に対する控訴人らの主張を述べる。

目次

- 1 はじめに..... 4
- 2 本件別異取扱いは、人の人格に深く関わり、かつ、自らコントロールできない属性に基づくこと..... 7
 - (1) 性的指向に基づく別異扱い..... 7
 - (2) 性別に基づく別異扱い..... 8

【有償配布 や Web(ホームページ, ブログ, facebook 等)へのアップロード・転載はお止めください】

【リンクはご自由にお貼りください】

「結婚の自由をすべての人に」東京第一次訴訟控訴審(東京高裁)第1回期日(20230623)提出の書面です。

(3) 後段列挙事由による別異取扱いであること.....	9
3 本件別異取扱いによる不利益は重大かつ甚大であること.....	11
(1) 個人の尊厳に関わる重要な人格的利益.....	11
(2) 身分関係の公証及びそれに応じた法的地位.....	11
(3) 個別の法的効果.....	12
(4) 人格的生存に対する重大な脅威・障害.....	14
(5) 代替手段の不存在.....	15
4 本件別異取扱いの憲法適合性は厳格に審査されなければならないこと ...	16
5 本件別異取扱いに合理的根拠が認められる余地はないこと.....	17
6 原判決の誤り① 実質的な審理がなされていないこと.....	18
(1) 原判決の判断手法.....	18
(2) 憲法24条1項が異性の婚姻だけに言及している事実をもって、区別の合理的根拠を認めることは許されない(憲法14条1項違反の主張は必ずしも憲法24条1項違反を前提としない) こと.....	18
(3) 憲法14条1項が制定された経緯及び趣旨を没却させるものであること.....	20
7 原判決の誤り② 区別事由にかかる「事柄の性質」を踏まえていないこと	23
8 原判決の誤り③ 不利益の重大性・甚大性という「事柄の性質」も踏まえていないこと.....	23
9 原判決の誤り④ 立法裁量を不当に広げていること.....	26
10 原判決の誤り⑤ 「社会通念」のみをもって合理的根拠を肯定したこと .	28
(1) 原判決の判断手法.....	28
(2) 婚姻制度の目的及び法的効果の趣旨からの帰結.....	29
(3) 「自然生殖の意思・能力のない異性カップル」と「同性カップル」との間の別異取扱いを説明できないこと.....	30
(4) 婚姻制度が包摂的であること.....	32

【有償配布 や Web(ホームページ, ブログ, facebook 等)へのアップロード・転載はお止めください】

【リンクはご自由にお貼りください】

「結婚の自由をすべての人に」東京第一次訴訟控訴審(東京高裁)第1回期日(20230623)提出の書面です。

(5) 原判決の判断手法は差別意識のあらわれであること.....	33
11 原判決の誤り⑥ 「現行法上、同性愛者についてパートナーと家族になるための法制度が存在しないこと」の憲法14条1項適合性判断を不当に回避したこと.....	36
12 結論.....	39

【有償配布 や Web(ホームページ, ブログ, facebook 等)へのアップロード・転載はお止めください】

【リンクはご自由にお貼りください】

「結婚の自由をすべての人に」東京第一次訴訟控訴審(東京高裁)第1回期日(20230623)提出の書面です。

1 はじめに

同性愛者等は、婚姻による様々な法的効果を受けないという具体的かつ切実な不利益を被っている点において異性愛者と差別されているが、これに加えて本件で問われている根本的な問題は、現行の婚姻制度から同性愛者等が排除されていること自体が、同性愛者等を「二級市民」へと格下げするという意味でも許されざる「差別」ではないかという点である。

婚姻がどの程度の重要性を持つかは個々人により異なり、婚姻が絶対的な価値観ではない。しかし、再婚禁止期間違憲判決（最大判平成27年12月2日民集69巻8号2427頁）が「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」と述べるとおり、婚姻には「尊重すべき関係性である」という社会的承認が伴う。身分関係の公証やそれに応じた法的地位が同性カップルに与えられないということは、すなわち、同性カップルが、婚姻した異性カップルと同等の社会的承認（国が認めた「正当な関係性」であるとの社会的承認）を得られないことを意味する（甲A444・風間教授ら意見書21～22頁〔赤枝准教授意見〕）。

婚姻が絶対的な価値でないことは当然であるが、国家が作る法制度の中でも最も重要な価値を有するものの一つとして社会が位置付けている婚姻制度の影響から逃れて生きていくことは困難である。この点、同性愛者等は、婚姻制度を利用できないために、パートナーとの関係性を正当なものとして承認されず、社会を構成する「家族」として扱われない。このことは、同性愛者等は婚姻制度を利用すべきではない存在であるとの外観・印象を社会に与え、同性愛者等は異性愛者が利用する制度の利用が許されないほどに劣っている、異常であると扱われる根拠となり得る。そうすると、同性愛者等は「劣っている」、「異常である」者として偏見に晒され続けることになるのであり、結局のところ、本件諸規定は、社会的偏見を強力に維持し再生産する役割を果たすこととなるのである。

法制度が人々の差別的意識に影響を及ぼすことについては、婚外子相続差別合

【有償配布 や Web(ホームページ, ブログ, facebook 等)へのアップロード・転載はお止めください】

【リンクはご自由にお貼りください】

「結婚の自由をすべての人に」東京第一次訴訟控訴審(東京高裁)第1回期日(20230623)提出の書面です。

憲決定(最大決平成7年7月5日民集49巻7号1789頁)の中島敏次郎裁判官ほか反対意見が「非嫡出子の法定相続分を嫡出子のその二分の一と定めていることは、非嫡出子を嫡出子に比べて劣るものとする観念が社会的に受容される余地をつくる重要な一原因となっていると認められる」と指摘し、その後の婚外子相続差別違憲決定(最大決平成25年9月4日民集67巻6号1320頁)では、法廷意見が、同規定の「存在自体がその出生時から嫡出でない子に対する差別意識を生じさせかねない」と指摘するに至った。

また、長谷部恭男教授も、「自らの意思や努力によっては変えることのできない特性に基いて不利益を課すことは、そのような特性を有する者を他者と同等に尊重するに値する存在として扱わないとの態度を象徴的に示し、社会的偏見を再生産する機能を果たしかねない」とし(甲A545・63頁)、安西文雄教授も、法律や政府の行為には「物的側面」すなわち特定の属性の人々に対して権利利益が与えられない、という側面のみならず、「表現的側面」すなわちその特定の属性の人々には劣等であるというスティグマを押し付けることにより心理的な害悪を蒙らせる側面があると指摘する(甲A209)。

この点、原判決が、「婚姻により得ることができる、パートナーと家族となり、共同生活を送ることについて家族としての法的保護を受け、社会的公証を受けることができる利益は、個人の尊厳に関わる重要な人格的利益ということが出来る」(49頁)とした上で、「現行法上、同性愛者についてパートナーと家族になるための法制度が存在しないことは、同性愛者の人格的生存に対する重大な脅威、障害であり、個人の尊厳に照らして合理的な理由があるとはいえない」(52頁)としたことは、本件が個人の尊厳や人格的生存に深く関わる問題であること、すなわち、人が尊厳を持って生きることを国や法制度が妨げていないかという本件の本質を捉えたものとして評価できる。

一方で、「本件諸規定が婚姻を異性間のものに限り同性間の婚姻を認めていないこと自体が、立法裁量の範囲を超え、性的指向による差別に当たるとして、憲

【有償配布 や Web(ホームページ, ブログ, facebook 等)へのアップロード・転載はお止めください】

【リンクはご自由にお貼りください】

「結婚の自由をすべての人に」東京第一次訴訟控訴審(東京高裁)第1回期日(20230623)提出の書面です。

法14条1項に違反するとはいえない」(44頁)とした原判決には、現行の婚姻制度から同性愛者等が排除されているという現状が、婚姻による様々な法的効果を享受できないという具体的かつ切実な不利益を同性愛者等に被らせているにとどまらず、同性愛者等を二級市民として格下げするものである点で差別そのものであるとの視点が決定的に欠落している。原判決は、「同性愛が長らく異常なものとして認識され、差別や偏見の対象となってきたことからすれば、現行の婚姻制度に同性間の婚姻を含めることにより、異性間の婚姻と全く同じ制度を構築することが差別や偏見の解消に資するとの原告らの主張にも首肯できる点はある」(53頁)と述べるが、現行の婚姻制度に同性間の婚姻を含めることが同性愛者等に対する差別・偏見の解消に資するにとどまらず、婚姻制度から同性愛者等を排除しているという現在の状況それ自体が、同性愛者等に対する象徴的な差別の一つであって、同性愛者等への差別・偏見を温存し、助長し、固定化するものであることが正しく認識されなければならない。

白水隆准教授も、「区別事由の検討に加え、当該事案に横たわる偏見、ステレオタイプ、差別の歴史の存在を踏まえ、被侵害利益がどのように(差別的に)奪われているのかを審査することが求められている」(甲A568・白水隆「平等違反基準の変更なき変更一目的手段審査か総合衡量か?」大林啓吾ら『憲法判例のエニグマ』(成文堂、2018)46頁)、「尊厳という価値の観点から、婚姻制度が享受できない場合の権利・利益の重要性を考察することが求められる。すなわち、同性婚を認めないことは、原則、誰もが参加できる婚姻制度において、ある範疇に属する者または集団を排斥することであり、同性カップルの尊厳を害するが故に平等権違反となると考えられる」(甲A569・白水隆「同性婚と日本国憲法」毛利透ら『比較憲法学の現状と展望』(成文堂、2018)608頁)とする(下

【有償配布 や Web(ホームページ, ブログ, facebook 等)へのアップロード・転載はお止めください】

【リンクはご自由にお貼りください】

「結婚の自由をすべての人に」東京第一次訴訟控訴審(東京高裁)第1回期日(20230623)提出の書面です。

線部は控訴人ら代理人による)。¹

法律上の同性間の婚姻を認めない本件諸規定による同性愛者等（法律上の同性カップル）に対する別異取扱い（本件別異取扱い）に合理的根拠は認められず、かかる別異取扱いは憲法14条1項が禁止する法的な差別的取扱いに該当する。以下では、憲法14条1項にかかる控訴人らの主張を改めて整理した上で、原判決の誤りを指摘する。

2 本件別異取扱いは、人の人格に深く関わり、かつ、自らコントロールできない属性に基づくこと

(1) 性的指向に基づく別異取扱い

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真摯な意思をもって共同生活を営むことにあり（最大判昭和62年9月2日民集41巻6号1423頁参照）、婚姻制度とは、このような人格的な幸福追求の営みを保護する制度である。それゆえ、婚姻をするかどうか、いつ誰と婚姻をするかということは、単に婚姻という法制度を利用するかどうかの選択ではなく、その後の生活と人生を共にすべき伴侶に関する選択であり、個人の幸福の追求について自ら行う意思決定の中で最も重要なものの一つである（令和3年夫婦同氏制大法廷決定（最大決平令和3年6月23日）の三浦裁判官意見）。

そのような本質に合致する婚姻は、必然的に、性的指向に基づくこととなる。性的指向は個人の人格に深く関わり、あるがままに尊重されるべき属性である上、自らコントロールできないものである（甲A3の1・オーバーガフェル事件アミカス・キュリエ意見書7～9頁、甲A3の2・訳文9～11

¹ アメリカのオーバーガフェル判決（甲A100）も、同性間の婚姻を認めない州の婚姻法は本質的に不平等であることを明言し、同性愛者等を軽視し下位におくものであること等を理由に、法の平等保護を定めた連邦憲法修正第14条に違反するとした。

【有償配布 や Web(ホームページ, ブログ, facebook 等)へのアップロード・転載はお止めください】

【リンクはご自由にお貼りください】

「結婚の自由をすべての人に」東京第一次訴訟控訴審(東京高裁)第1回期日(20230623)提出の書面です。

頁)。

同性愛の性的指向を有する者がその性的指向と合致する同性との間で婚姻することを妨げられているのは、本件諸規定が異性間の婚姻のみを認めていることによって永続的に生じる直接的な帰結であるから、法律上異性間の婚姻を認め、同性間の婚姻を認めない本件諸規定により、同性愛者等は婚姻することを直接的に制約されている。すなわち、本件諸規定は、婚姻を希望する者の性的指向に基づき、婚姻に関して別異取扱いを行うものである(甲A100・オーバーガフェル判決235頁、甲101の2・台湾大法官解釈4頁、甲A170・巻美矢紀教授論考115頁、甲A211の7・日弁連意見書8頁、甲A228・木村草太教授意見書2頁、甲A401・本件と同種事件の札幌地裁令和3年3月17日判決(以下、「札幌地裁判決」という)20～22頁、甲A429・渋谷秀樹教授意見書15頁及び甲A555・本件と同種事件の大阪地裁令和4年6月20日判決(以下、「大阪地裁判決」という)38頁も同旨)。

この点、原判決も、「性的指向は、人生の初期に決定されるか、出生前に決定され、本人によって選択されるものではないと考えられて」いる(21頁)と認定した上で、「性的指向による形式的不平等が存在するものではない」という被控訴人の主張を排斥し、「本件諸規定は…性的指向による区別取扱いに当たるものと認められる」(43頁)と認定しており、結論として妥当である。

(2) 性別に基づく別異取扱い

また、性的指向による区別はすべからず性別による区別でもある。

すなわち、婚姻しようとする相手が法律上の女性である場合、自身が法律上の男性であれば婚姻できるが、法律上の女性であれば婚姻できない。あるいは、自身が法律上の女性である場合、婚姻しようとする相手が法律上の男性であれば婚姻できるが、法律上の女性であれば婚姻できない。

【有償配布 や Web(ホームページ, ブログ, facebook 等)へのアップロード・転載はお止めください】

【リンクはご自由にお貼りください】

「結婚の自由をすべての人に」東京第一次訴訟控訴審(東京高裁)第1回期日(20230623)提出の書面です。

つまり、婚姻できるか否かが、自分自身の性別あるいは婚姻を希望する相手の性別によって区別されているのであるから、これが性別による別異取扱いであることは明らかである(甲A435・大野友也准教授意見書、甲A429・渋谷秀樹教授意見書14頁及び甲A543・木村草太教授論考も同旨)。

(3) 後段列挙事由による別異取扱いであること

以上のとおり、本件別異取扱いは、性的指向及び性別に基づく別異取扱いであるところ、憲法14条1項後段に列挙される各事由は、歴史的に存在した不合理な差別事由であり(甲A171)、差別の歴史が長く、容易に根絶できなかったという共通点を持つ。また、各事由による差別は、民主主義の理念に照らし原則として不合理なものである(甲A15)。

この点、同性愛・両性愛等の異性愛以外の性的指向については、長い間社会的に、異常性愛、変態性欲等の偏見・侮蔑・無理解の対象とされ、同性愛者等は、本控訴理由書第1分冊第1の3及び第2の3記載のとおり、様々な差別を受けてきた。しかし、性的指向は自ら選択・変更できるものではなく、優劣の評価を受けるべき性質のものでもないから(甲A2、3、7、345～347)、これを根拠に差別することは、到底許されない。同性愛者等が古くから差別や偏見に晒されてきたこと、また、差別が原則として不合理といえる属性に基づくことからすれば、性的指向に基づく別異取扱いは、まさに憲法14条1項後段の各列挙事由が想定する場面である。

そこで各列挙事由をみるに、同項後段の「社会的身分」とは、「人が社会において一時的ではなしにある程度継続的に占めている地位または身分」(広義説)、「人が社会において一時的ではなく占めている地位で、自分の力ではそれから脱却できず、それについて事実上ある種の社会的評価が伴っているもの」(中間説)、あるいは、「出生によって決定され、あるいは自己の意思で離れることができないような、固定した社会的地位・身分」(狭義説)と解されているところ

【有償配布 や Web(ホームページ, ブログ, facebook 等)へのアップロード・転載はお止めください】

【リンクはご自由にお貼りください】

「結婚の自由をすべての人に」東京第一次訴訟控訴審(東京高裁)第1回期日(20230623)提出の書面です。

(甲A41・芦部信喜『憲法学Ⅲ 人権各論(1) [増補版]』(有斐閣、2000年)47頁)、前述のとおり、性的指向は自らの意思で自由に変えることができない属性であり、また、異性愛以外の性的指向については、正常から逸脱した性愛のあり方という烙印が押されてきたのであり、そのような偏見は現在でも根強く残存している。したがって、「社会的身分」の定義についていずれの解釈に立ったとしても、性的指向は「社会的身分」に該当する。

この点、甲A570・長谷部恭男編『注釈日本国憲法(2)』(有斐閣、2017) [川岸令和執筆部分]も、「性的指向・疾病・住所・外見など列举されていない事項であっても、人を差別する理由となるものは現実に存在しており、時代の変遷に応じて新たなものが生み出されてくるかもしれない。憲法はそうした差別にも対応できるものとして解釈されなければならない」(172頁)、「性的指向も社会的身分に含めて捉えることは可能であろう。同性愛の性向は本人の意思や努力で変えられるものではないと理解されるようになっていくからである」(190頁)としている(下線部は控訴人ら代理人による)。

また、憲法制定当時に憲法14条1項後段の「性別」による差別として想定されていたのは男性か女性かに着目した差別であったことは否定できないが、憲法が「性別」による差別の禁止を明示したのは、歴史上長きにわたって女性が男性と同等の権利主体とみなされず、女性差別が恒常的に存在したからである。女性差別は社会的・経済的マイノリティである女性という「性」に関する差別であるところ、性的指向における同性愛者・両性愛者等や、性自認におけるトランスジェンダーも、「性」に関するマイノリティである。そして、性的マイノリティもまた、長きにわたって偏見・差別の対象とされてきた。そうであれば、性的マイノリティに対する差別も「性」に関する差別に他ならない。この点、国連自由権規約委員会も、自由権規約第2条第1段及び同第26条の「sex」は性的指向を含むとの判断を示している(甲A32-1、32-2・1994年3月31日の、オーストラリア・タスマニア州の成人同性間の同意に基づく

【有償配布 や Web(ホームページ, ブログ, facebook 等)へのアップロード・転載はお止めください】

【リンクはご自由にお貼りください】

「結婚の自由をすべての人に」東京第一次訴訟控訴審(東京高裁)第1回期日(20230623)提出の書面です。

性的関係を処罰する法規に対するニコラス・トゥーネン氏による個人通報事件)。

したがって、性的指向に基づく本件別異取扱いは、憲法14条1項後段の「性別」に基づく別異取扱いにも該当する。

なお、本件別異取扱いは、婚姻できるか否かが自分自身の性別あるいは婚姻を希望する相手の性別によって区別されているという点でも、憲法14条1項後段の「性別」に基づく別異取扱いに該当する。

3 本件別異取扱いによる不利益は重大かつ甚大であること

(1) 個人の尊厳に関わる重要な人格的利益

本件諸規定により、同性愛者等は婚姻することを直接的かつ永続的に制約されているのであって、同性愛者等は、婚姻に伴う身分関係の公証、当該身分関係に応じた法的地位、当該地位に基づく個別の法的効果及び社会的承認を享受することができない。

この点、原判決も、「同性愛者は、婚姻（法律婚）制度全体を利用することができない状況に置かれ、異性愛者とは異なり、婚姻によって生ずる様々な法的効果等を享受することができないという不利益を受けているということができ

る」（43頁）と認定している。

ここでいう「婚姻によって生ずる様々な法的効果等」とは、原判決によれば、「婚姻により得ることができる、パートナーと家族となり、共同生活を送ることについて家族としての法的保護を受け、社会的公証を受けることができる利益」であり、それは「個人の尊厳に関わる重要な人格的利益」と位置付けられる（49頁）。

(2) 身分関係の公証及びそれに応じた法的地位

具体的にみていくと、まず、国籍法違憲判決（最大判平成20年6月4日民集62巻6号1367頁）が国籍を「基本的人権の保障、公的資格の付与、公

【有償配布 や Web(ホームページ, ブログ, facebook 等)へのアップロード・転載はお止めください】

【リンクはご自由にお貼りください】

「結婚の自由をすべての人に」東京第一次訴訟控訴審(東京高裁)第1回期日(20230623)提出の書面です。

的給付等」の源泉となる「重要な法的地位」と位置付けたのと同様、民法上の配偶者たる地位が、包括的な権利・利益の源泉として、極めて重要な法的地位であることに疑いの余地はない。

しかし、同性愛者等は、婚姻制度を利用できないために、パートナーとの関係性を正当なものとして承認されず、社会を構成する「家族」として扱われな
ない。この点、原判決も、「法律婚を重視する考え方が依然として根強く存在する日本社会」においては、「婚姻することによって社会内で家族として認知、承認され、それによって安定した社会生活を営むことができるという実態がある」中で、同性カップルについては「法律上、このような社会的公証を受ける手段がないため、社会内で生活する中で家族として扱われな
ない不利益を受けている」(49～50頁)と認定している。

冒頭(1 はじめに)で述べたとおり、このことは、同性愛者等は異性愛者が利用する制度の利用が許されないほどに劣っている、異常であると扱われる根拠となり得るのであって、同性愛者等の社会的地位を格下げする効果を生じさせている。

婚姻に伴う身分関係の公証及び当該身分関係に応じた法的地位が与えられないということは、原判決が判示したとおり、「個人の尊厳に関わる重要な人格的利益」(49頁)が奪われていることを意味するのである。

(3) 個別の法的効果

また、法律上の同性カップルは、婚姻による個別の法的効果を一切享受することができない(訴状44頁以下)。この点、原判決も、「婚姻によって生ずる様々な法的効果」(43頁)の明文上の例として、以下を挙げている(47～48頁)。

- ・同居、協力及び扶助の義務(民法752条)
- ・婚姻費用の分担(同760条)

【有償配布 や Web(ホームページ, ブログ, facebook 等)へのアップロード・転載はお止めください】

【リンクはご自由にお貼りください】

「結婚の自由をすべての人に」東京第一次訴訟控訴審(東京高裁)第1回期日(20230623)提出の書面です。

- ・財産の共有推定 (同762条2項)
- ・離婚時の財産分与 (同768条)
- ・嫡出の推定 (同772条)
- ・特別養子縁組についての夫婦共同縁組 (同817条の3)
- ・夫婦の共同親権 (同818条)
- ・配偶者の相続権 (同890条) と法定相続分 (同900条)
- ・配偶者居住権 (同1028条)
- ・配偶者短期居住権 (同1037条)
- ・遺留分 (同1042条)
- ・新戸籍の編成 (戸籍法16条1項本文)
- ・子は親の戸籍に入ること (同18条)
- ・税、社会保障、出入国管理の分野等における多数の個別法規により婚姻(配偶者であること)が要件とされている効果

例えば控訴人小野は、パートナーである控訴人西川とともに育ててきた子どもたちの共同親権が西川にないことによって、自分が亡くなった時に「未成年の子どもはどうなるのか、原告西川に託せるものなのか、親権はどうなるのかと考える悩み苦しむ」という事態に陥ったと述べているし(原告ら第14準備書面12頁、甲D4・原告小野春陳述書19～21頁)、控訴人ただしは、パートナーである控訴人かつがこの先、何か大きい病気になったとき、自分が事故に遭ったり、病気になった時に、「2人が家族であると認められない」ことによって、「どうやってお互いを守っていったらいいのか」という不安を抱えていることを訴えている(ただし尋問調書8頁)。また、法定相続権が認められないことについて、控訴人大江は「公正証書はどなたでも作ろうと思えば作れるんですけど、やっぱりとても費用がかかります。例えば婚姻に関してはお金がゼロ円ですよ。そういったところでも非常に何か不公平感、不平等感を感じています。」と述べている(大江尋問調書15頁)。

【有償配布 や Web(ホームページ, ブログ, facebook 等)へのアップロード・転載はお止めください】

【リンクはご自由にお貼りください】

「結婚の自由をすべての人に」東京第一次訴訟控訴審(東京高裁)第1回期日(20230623)提出の書面です。

法律上の同性カップルが婚姻できないことにより被る不利益はあらゆる分野に及び、その内容は具体的かつ切実である。

(4) 人格的生存に対する重大な脅威・障害

以上を踏まえると、原判決が「特定のパートナーと家族になるという希望を有していても同性愛者というだけでこれが生涯を通じて不可能になることは、その人格的生存に対する重大な脅威、障害である」(50頁)と判示したことは当然である。

このような理解は、札幌地裁判決(甲A401)による「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」(29頁)との理解や、大阪地裁判決(甲A555)による「婚姻とは、二当事者の永続的かつ真摯な精神的・肉体的結合関係について法的承認が与えられるとともに、その地位に応じて法律上の効果が生ずることにより様々な法的保護等の利益を享受し得る制度であるところ、婚姻をした当事者が享受し得る利益には、相続や財産分与等の経済的利益等のみならず、当該人的結合関係が公的承認を受け、公証されることにより、社会の中でカップルとして公に認知されて共同生活を営むことができることについての利益(以下「公認に係る利益」という。)なども含まれる。特に、公認に係る利益は…自己肯定感や幸福感の源泉といった人格的尊厳に関わる重要な人格的利益ということが出来る」(26頁)との理解にも沿う。

原判決が言及する「婚姻により得ることが出来る、パートナーと家族となり、共同生活を送ることについて家族としての法的保護を受け、社会的公証を受けることができる利益」(=「個人の尊厳に関わる重要な人格的利益」)は、まさしく婚姻の自由(婚姻をするについての自由)として憲法24条1項によって保障される憲法上の権利が具体化された内容であるが、仮に同項の保障が法律上同性同士のカップルの人的結合関係に及ばないとしても、そのような

【有償配布 や Web(ホームページ, ブログ, facebook 等)へのアップロード・転載はお止めください】

【リンクはご自由にお貼りください】

「結婚の自由をすべての人に」東京第一次訴訟控訴審(東京高裁)第1回期日(20230623)提出の書面です。

「婚姻により得ることができる、パートナーと家族となり、共同生活を送ることについて家族としての法的保護を受け、社会的公証を受けることができる利益」が憲法の基本原理である「個人の尊厳」に深く関わる「重要な人格的利益」であることに変わりはなく、それは、同性愛者等についても、婚姻及び家族に関する法律全般が個人の尊厳に立脚することを求める憲法24条2項によって、あるいは、幸福追求権の一環として憲法13条によって、保障されていると解すべきである。つまり、いずれにしても、本件別異取扱いは、憲法上の権利や基本原理の要請する利益についてなされているものである。

(5) 代替手段の不存在

なお、原判決が、「一定数の地方公共団体がパートナーシップ証明制度を導入し、同性カップルをパートナーすなわち家族として公証することを行っているものの、これは地方公共団体ごとの取組みであって、国においてはこのような制度は存在しない。その結果、同性愛者は、そのパートナーとの共同生活について、家族として法的保護を受け、社会的に公証を受けることが法律上できない状態にある」(46頁)、「共同親権や税法上の優遇措置等、契約等によっては実現困難なものや婚姻制度による場合とは完全に同じ効果を得ることができないものも存在する上、契約等による場合には、婚姻とは異なり、事前に個別の契約等を行っておく必要があるという相違点がある」(49頁)、「同性カップルでも共同生活を営むこと自体は自由であって、本件諸規定はそれ自体を制約するものではない。しかしながら、我が国において、法律婚を重視する考え方が依然として根強く存在することは前記のとおりであり、婚姻することによって社会内で家族として認知、承認され、それによって安定した社会生活を営むことができるという実態があることが認められるところ、同性間の人的結合関係については、法律上、このような社会的公証を受ける手段がないため、社会内で生活する中で家族として扱われないという不利益を受けている」(4

【有償配布 や Web(ホームページ, ブログ, facebook 等)へのアップロード・転載はお止めください】

【リンクはご自由にお貼りください】

「結婚の自由をすべての人に」東京第一次訴訟控訴審(東京高裁)第1回期日(20230623)提出の書面です。

9頁)として、本件諸規定によって同性愛者等が被っている不利益が、自治体によるパートナーシップ制度、契約等及び共同生活を営むこと自体では解消されないことを認定した点は、控訴人らの原審における主張及び札幌地裁判決(甲A401・29～30頁)に沿うものであって、大阪地裁判決の誤った理解(甲A555・40頁)を繰り返さないことを明らかにしたものであり、妥当である。

法律婚にしか認められない重要な法的効果の存在については、加本牧子調査官解説(甲167)においても、「近年、法律的には事実婚と法律婚との差異が小さくなる傾向にあるものの、配偶者の相続権や、嫡出推定、成年擬制及び所得税法上の配偶者控除…などのように、法律婚の効果としてのみ認められる法律上の重要な効果もある(669頁)と指摘されているところである。

4 本件別異取扱いの憲法適合性は厳格に審査されなければならないこと

①本件別異取扱いが、人の人格に深く関わり、かつ、自らコントロールできない属性(性的指向・性別)に基づくものであること、②本件諸規定により同性愛者等は婚姻することを直接的かつ永続的に制約されているのであって、不利益は重大かつ甚大であること、及び、③本件別異取扱いについては民主政の過程での救済が期待できないこと(本控訴理由書第5分冊2及び3にて詳述)からすれば、本件別異取扱いに合理的根拠が認められるかの審査は、厳格に行われなければならない(甲A101の2・台湾大法官解釈4頁、甲A170・巻美矢紀教授論考115頁、甲A211の7・日弁連意見書9～10頁、甲A228・木村草太教授意見書2頁及び甲A442・巻美矢紀教授論考122頁も同旨)。

この点、札幌地裁判決(甲A401・22頁)は、「性的指向は、自らの意思に関わらず決定される個人の性質であるといえ、性別、人種などと同様のものといえることができる。このような人の意思によって選択・変更できない事柄に基づく区別取扱いが合理的根拠を有するか否かの検討は、その立法事実の有無・内容、

【有償配布 や Web(ホームページ, ブログ, facebook 等)へのアップロード・転載はお止めください】

【リンクはご自由にお貼りください】

「結婚の自由をすべての人に」東京第一次訴訟控訴審(東京高裁)第1回期日(20230623)提出の書面です。

立法目的、制約される法的利益の内容などに照らして真にやむを得ない区別取扱いであるか否かの観点から慎重にされなければならない」とし、また、大阪地裁判決(甲A555・38～39頁)も、「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を考慮して、より慎重に検討される必要がある」として、厳格な審査の必要性を指摘している。²

5 本件別異取扱いに合理的根拠が認められる余地はないこと

以上のとおり、本件別異取扱いにかかる合理的根拠の有無は厳格に審査されなければならないところ、①本件別異取扱いが、人の人格に深く関わり、かつ、自らコントロールできない属性(性的指向・性別)に基づくものであること(上記2)、②本件諸規定により同性愛者等は婚姻することを直接的かつ永続的に制約されているのであって、不利益は重大かつ甚大であること(上記3)、③親密性に基づく共同生活の保護という婚姻制度の目的に照らして、同性愛者等を排除する理由がないこと(本控訴理由書第1分冊第1の1、同書第2分冊。法律上の同性カップルも法律上の異性カップルと同様に婚姻の本質を伴う共同生活を送っていることについては同書第1分冊第2の1記載のとおり。)及び④婚姻に伴う個別の法的効果の趣旨に照らしても、法律上の同性カップルにかかる法的効果を与えない理論的根拠は存在しないこと(原審訴状56～58頁及び原審原告ら第19準備書面40～42頁。甲A228・木村草太教授意見書及び甲A543・木村

² 台湾大法官解釈(甲A101)も、同性に性的指向が向かう人が、事実上ないし法律上の排斥に遭い差別を受けてきたこと、社会的少数派であったこと、通常の民主的手続を通じて劣勢な法律上の地位を回復することが難しいこと等を理由に、厳格な審査基準を適用して合憲性を判断している。

【有償配布 や Web(ホームページ, ブログ, facebook 等)へのアップロード・転載はお止めください】

【リンクはご自由にお貼りください】

「結婚の自由をすべての人に」東京第一次訴訟控訴審(東京高裁)第1回期日(20230623)提出の書面です。

草太教授論考50頁も同旨)を踏まえた上で、厳格に審査すれば、本件別異取扱いに合理的根拠が認められる余地はない。

6 原判決の誤り① 実質的な審理がなされていないこと

(1) 原判決の判断手法

以上に対し、原判決は、「本件諸規定が婚姻を異性間のものに限り、同性間の婚姻を認めていないことは、上記のような社会通念を前提とした憲法24条1項の法律婚制度の構築に関する要請に基づく」(44頁)として、憲法24条1項の「婚姻」が異性婚を指すというただ1点のみをもって、本件諸規定にかかる憲法14条1項適合性を判断した。

(2) 憲法24条1項が異性の婚姻だけに言及している事実をもって、区別の合理的根拠を認めることは許されない(憲法14条1項違反の主張は必ずしも憲法24条1項違反を前提としない) こと

しかし、まず前提として、本件別異取扱いが憲法14条1項違反であるとの控訴人らの主張は、憲法24条1項の保障が法律上の同性カップルに及ぶことを必ずしも前提とするものではない(原審原告ら最終準備書面81頁)。そして、仮に、憲法24条1項の「婚姻」が異性間の婚姻を指し、本件諸規定が憲法24条1項に違反しないとしても、その結果生じる法律上の同性カップルと法律上の異性カップルの別異取扱いが平等原則に照らして合理的根拠のない差別となることはあり得るのであって、その場合には憲法14条1項違反となるから、本件別異取扱いの憲法14条1項適合性は、「平等」の観点から独立して審査されなければならない。

すなわち、仮に、憲法24条1項が保障するのが法律上の異性についての婚姻だけであり法律上の同性間の婚姻については保障していないとしても、そのことは、論理上、法律上の同性カップルについて法律上の異性カップルと必ず

【有償配布 や Web(ホームページ, ブログ, facebook 等)へのアップロード・転載はお止めください】

【リンクはご自由にお貼りください】

「結婚の自由をすべての人に」東京第一次訴訟控訴審(東京高裁)第1回期日(20230623)提出の書面です。

異なる扱いをすべきことを意味しない。そして、原判決自身も、法律上の同性カップルには婚姻の本質に適った「目的、意思をもって共同生活を営むこと自体は…等しくあてはまる」のであり、それは「性的指向にかかわらず、個人の人格的生存において重要なもの」(原判決46頁)であるとして、憲法24条1項は法律が法律上の同性間の婚姻を法制化するのを禁止していない旨判示する(原判決46頁。札幌地裁判決(A401・26頁)・大阪地裁判決(甲A555・24頁)も同旨)。すなわちそれは、憲法24条1項が、そのようにして法律上の異性カップルと法律上の同性カップルが等しく扱われることを許容し、そのような事態があることを想定していることを意味する。そうであれば、立法が、法律上の異性カップルと法律上の同性カップルを等しく扱うことができ、それは憲法の基本原理に照らして望ましいことであるのにあえてそれをしないで、その結果「人格的生存に対する重大な脅威、障害」(原判決50頁)を生じさせているとすれば、そのような別異取扱いが法の下での平等という憲法14条1項の見地から合理的根拠の有無を問われるのは当然のことである。

この点、憲法24条1項と憲法14条1項との関係を論じた学説においても、「憲法24条1項が『婚姻』以外の結合を『婚姻』と同等に扱うことは憲法上許されない、と解すべきではなからう。むしろ国会は『婚姻』を他の結合よりも優遇しうるにとどまり、しかもそのことから生じる不利益取扱いは、同条2項ないし憲法14条1項の観点から合理的な根拠に基づくものでなければならぬ」(甲A37・渡辺康行ほか『憲法I 基本権』456頁(宍戸常寿執筆部分))、「配偶者の選択範囲の制限は、結婚の権利の制限とともに、平等の侵害として構成すべきである」(甲A442・巻美矢紀論考122頁)として(下線部は控訴人ら代理人による)、本件諸規定自体の憲法24条1項適合性審査と本件諸規定から生じる不利益取扱い(すなわち本件別異取扱い)の憲法14条1項適合性審査を区別している(甲A429・渋谷秀樹教授意見書14頁も同旨)。

なお、憲法24条1項の「婚姻」が法律上の異性間の婚姻に限られるとの結

【有償配布 や Web(ホームページ, ブログ, facebook 等)へのアップロード・転載はお止めください】

【リンクはご自由にお貼りください】

「結婚の自由をすべての人に」東京第一次訴訟控訴審(東京高裁)第1回期日(20230623)提出の書面です。

論を原判決が導いた根拠は、「両性」「夫婦」という文言の原意解釈と社会通念ないし社会的承認の不足の2点に限られるところ(原判決38～42頁)、これらの根拠が極めて薄弱であることは本控訴理由書第2分冊で詳述したとおりである。そうであれば猶更、そのような極めて薄弱な根拠のみをもって、憲法24条1項が憲法14条1項適合性審査を不要としていると解釈することは許されない。

(3) 憲法14条1項が制定された経緯及び趣旨を没却させるものであること

以上のとおり、仮に本件諸規定が憲法24条1項に違反しないとしても、そのような法律が「人格的生存に対する重大な脅威、障害」を同性愛者等に課している状況(すなわち本件別異取扱い)に合理的根拠があるかが、憲法14条1項の観点から審査されなければならない。にもかかわらず、原判決の判断手法は、憲法14条1項が制定された経緯を踏まえず、その趣旨を完全に没却させるものであって、その不当性は極めて深刻である。

すなわち、平等の思想は、人類の歴史において常に一定の重みをもってきたのであって、平等は自由とともに近代立憲主義の中核を形成する概念である。1776年のアメリカ独立宣言は「すべての人は平等に造られ、造物主によって一定の奪うことのできない権利を与えられている」とし、1789年のフランス人権宣言では「人は、自由かつ権利において平等なものとして出生し、かつ生存する」(1条)という認識が明らかにされた。その後も、諸国家において、奴隷制が設定されたり、女性の財産管理権が否定されたりと、差別的な法制度が多く創設されたが、個人の人格的等価性の承認こそが、差別を問い、それを是正するための契機となってきた(甲A570・長谷部恭男編『注釈日本国憲法(2)』(有斐閣、2017)162頁[川岸令和執筆部分])。それ故、日本国憲法は、憲法14条1項をもって「法の下での平等」及び「差別されない権利」を定めたのである。これは、個人権であるとともに人権の総則的な意味をもつ

【有償配布 や Web(ホームページ, ブログ, facebook 等)へのアップロード・転載はお止めください】

【リンクはご自由にお貼りください】

「結婚の自由をすべての人に」東京第一次訴訟控訴審(東京高裁)第1回期日(20230623)提出の書面です。

重要な原則であって、この平等の理念は、人権の歴史において、自由とともに、個人尊重の思想に由来し、常に最高の目的とされてきた（甲A571・芦部信喜著・高橋和之補訂『憲法 第七版』（岩波書店、2019）129頁）。

そうであれば、そのように憲法の中核をなす「平等」を保障するための憲法14条1項への適合性の審査が、憲法の他の条項（憲法24条1項）が保障する「ある自由」の保護範囲に当該個人ないし集団が含まれないことをのみもって済まされることは許されないし、憲法はそのようなことを予定していない。

なにより、人の性は多様で、同性に向かう性的指向も、割り当てられた性別とアイデンティティが一致しないことも、人間の性の自然なあり方であり、性的指向や性自認によって人格の価値に差はなく、人権が奪われてはならないことは、もはや国際的な共通認識である。憲法13条がすべての人が個人として尊重されるというとき、そのことは当然の前提とされている。それなのに、なぜ控訴人ら性的マイノリティは、法律上の異性カップルと同じように人生の途上で出会って生活をともにし、同じ空間で働き学び、家族として日常を送っていても、法的には家族と認められず、相続や税金等重要な保護を否定されたり、自分たちの関係の説明に窮するのか。いざ重い病気や命の危険に際してもなぜ病院で家族と認められず、瀕死のパートナーの病状の説明も受けられないのか（一審の原告であった「よし」が東京有数の病院で受けた扱いを参照されたい。

原告よし調書4～8・11頁）、がん等の重い病気の不安とショックの中で、それだけでも押し潰されそうな気持ちの中で、どうして、パートナーに付き添ってもらえるか、それをどう病院とかけあったらよいのかに悩まなければならないのか（このことを考え歩いていて涙が止まらなかったという控訴人（一審原告）小野の意見陳述をご覧ください。2019（平成31）年4月15日付け小野意見陳述要旨2頁、2021（令和3）年6月30日付け小野意見陳述要旨別紙2頁）。これらの事実が、単に憲法24条1項が明文で言及するのが法律上の異性の婚姻だけであるというだけで正当化されるはずがない。天は人

【有償配布 や Web(ホームページ, ブログ, facebook 等)へのアップロード・転載はお止めください】

【リンクはご自由にお貼りください】

「結婚の自由をすべての人に」東京第一次訴訟控訴審(東京高裁)第1回期日(20230623)提出の書面です。

の上に人を作らず、人の下に人を作らなかったのではないのか。

そもそも、憲法24条については、「本条は、家族をめぐる法制度について、個人の尊厳と男女の平等に基づいて設計されるべきことを宣言している。つまり、日本国憲法の中核的価値である『個人の尊厳』(13条)と『両性の平等』(14条)が、家庭生活の局面で、法律を通じて具体化されなければならないことを示している。」(甲A570・前掲『注釈日本国憲法(2)』495頁[川岸令和執筆部分])と解されているのであって、当然のことではあるが、憲法13条と憲法14条という中核的価値がまず先にある。決して、憲法13条と憲法14条が憲法24条に劣後するということではないし、仮に憲法24条で掬いきれない事柄があれば、それが憲法13条と憲法14条の観点から正当化されるのかは、原則に戻って別途検討されなければならない。特に、原判決のように、憲法24条の「婚姻」は異性婚を指すという解釈(39頁)を採るのであれば、憲法24条1項において法律上の同性カップルの婚姻の自由は保護されないのであるから、猶更、憲法13条や憲法14条の観点からの検討が必要である。憲法24条が家族制度・家庭生活における憲法13条と憲法14条の具体化と解されているのは、明治民法における家族制度・家庭生活における男女不平等を反省してのことであるところ、それを同性カップル排除のために悪用することは許されない。³

原判決の手法は、憲法14条1項が制定された経緯及び趣旨を完全に没却させ、同項を形骸化させるものであり、著しく不当である。

³ なお、今日においては、憲法24条における「両性の本質的平等」は、従来の男女間の平等にとどまらず、性的指向や性自認を含む性のあり方における平等を意味するものと解すべきである。原判決自身も、「同性愛者等を取り巻く社会状況に大きな変化があることを踏まえれば、憲法24条の『婚姻』に同性間の婚姻を含むものと解釈すべきとの原告らの主張を直ちに否定することはできない。」と判示し(40頁)、解釈変更の可能性を示唆している。

【有償配布 や Web(ホームページ, ブログ, facebook 等)へのアップロード・転載はお止めください】

【リンクはご自由にお貼りください】

「結婚の自由をすべての人に」東京第一次訴訟控訴審(東京高裁)第1回期日(20230623)提出の書面です。

7 原判決の誤り② 区別事由にかかる「事柄の性質」を踏まえていないこと

第2に、原判決は、憲法14条1項適合性審査において、本件別異取扱いの区別事由にかかる「事柄の性質」を一切考慮しなかった。

すなわち、本件別異取扱いを生じさせている区別事由(性的指向・性別)は、人の人格に深く根差すものであると同時に、自らコントロールできない属性であり、原判決自身も、「性的指向は、人生の初期に決定されるか、出生前に決定され、本人によって選択されるものではないと考えられて」いる(21頁)と認定している。にもかかわらず、原判決は、そのような「事柄の性質」を一切考慮しなかった。これでは、本件別異取扱いの合理的根拠の有無を適切に判断することはできない。

前述のとおり、そのような属性に基づく別異取扱いに合理的根拠があるかの審査は厳格に行われなければならないし、そのような属性に基づく別異取扱いに合理的根拠が認められる余地はない。

なお、原判決は、「本件諸規定の下では男性も女性もそれぞれ異性とは婚姻することができ、また、同性とは婚姻することができないのであって、男性か女性のどちらか一方が性別を理由に不利益な取扱いを受けているものではないから、本件諸規定は性別に基づく区別取扱いをするものとはいえない」(45頁)とするが、控訴人らは、「男性は婚姻できるが女性は婚姻できない」あるいは「女性は婚姻できるが男性は婚姻できない」などという男女差別を主張しているものではないから、原判決の指摘は的外れである。

8 原判決の誤り③ 不利益の重大性・甚大性という「事柄の性質」も踏まえていないこと

第3に、原判決は、前述のとおり、「婚姻により得ることができる、パートナーと家族となり、共同生活を送ることについて家族としての法的保護を受け、社会的公証を受けることができる利益」は「個人の尊厳に関わる重要な人格的利益」

【有償配布 や Web(ホームページ, ブログ, facebook 等)へのアップロード・転載はお止めください】

【リンクはご自由にお貼りください】

「結婚の自由をすべての人に」東京第一次訴訟控訴審(東京高裁)第1回期日(20230623)提出の書面です。

(49頁)であって、「特定のパートナーと家族になるという希望を有していても同性愛者というだけでこれが生涯を通じて不可能になることは、その人格的生存に対する重大な脅威、障害である」(50頁)とした。

しかし、本件別異取扱いの憲法14条1項適合性審査において、原判決が、同性愛者等がそのような「個人の尊厳に関わる重要な人格的利益」を享受できず「人格的生存に対する重大な脅威、障害」すら生じているという「事柄の性質」を考慮した形跡は一切なく、それは自己矛盾であるとともに、著しく不当である。同性愛者等が尊厳を持って生きていくことが妨げられていることを正当化する理由が果たしてあるのかが、厳格に審理されなければならないし、それから目を背けることは許されない。

また、原判決は、「婚姻によって生ずる様々な法的効果等を享受することができないという不利益を受けている」(43頁)とした上で、「婚姻によって生ずる様々な法的効果」の明文上の例を具体的に挙げたものの(47～48頁)、それらを享受できないという現実かつ具体的な不利益を同性愛者等が被ることに合理的根拠があるかを検討することもしなかった。

この点、控訴人らは、原審において、本件諸規定により法律上の同性カップルが享受できない各権利・利益について個々に検証しても、それを法律上の同性カップルに付与しない理論的根拠は何ら存在しないと主張し、婚姻に伴う主な権利・利益について、それが付与されている趣旨・目的に遡って検証した(訴状56～58頁)。例えば、同居・協力・扶助義務(民法752条)は、婚姻したカップルが形成する「精神的・肉体的・経済的な共同体」の維持・継続に努める義務として定められているところ、法律上の同性カップルであっても「精神的・肉体的・経済的な共同体」を形成していくことに違いはないから、法律上の同性カップルであることが同居・協力・扶助義務という法的効果を与えない理由とはならないと主張した。また、相続権(同890条及び900条)が与えられる趣旨である財産の清算及び生存当事者の扶養ないし生活保障の必要性は、法律上の同性カッ

【有償配布 や Web(ホームページ, ブログ, facebook 等)へのアップロード・転載はお止めください】

【リンクはご自由にお貼りください】

「結婚の自由をすべての人に」東京第一次訴訟控訴審(東京高裁)第1回期日(20230623)提出の書面です。

プルであっても変わらないから、法律上の同性カップルであることがその一方に配偶者としての相続権を与えない理由とはならないと主張した。その他、財産共有推定(同762条2項)及び財産分与(同768条)、共同親権(同818条3項)についても、その趣旨を踏まえた場合に、法律上の同性カップルにその効果を与えない理由とはならないと主張した。

本件別異取扱いに合理的根拠があるというのであれば、個々の別異取扱いそれぞれについて、当該効果が婚姻に伴って付与される趣旨が法律上の同性カップルには妥当しないことが説得的に説明されなければならない。そうでなければ、同性愛者等が現実かつ具体的に被っている不利益が一切考慮されず矮小化されてしまう。婚姻は個別の法的効果の束なのであるから、本件別異取扱いが憲法14条1項の禁止する差別的取扱いに該当するかを判断するには、「婚姻の可否」という抽象的な捉え方をするのでは足りず、「法定相続権が与えられるか否かという区別」、「相続税の優遇措置が与えられるか否かという区別」など、それぞれの別異取扱いについて、合理性の有無を審査する必要があるのである。控訴人らは、婚姻に伴う効果の一つ一つについて別異取扱いをされているのであり、その一つ一つについて合理的根拠が示されない限り、当該別異取扱いは正当化されない(甲A228・木村草太教授意見書3～4頁も同旨)。⁴

⁴ なお、婚姻制度が様々な法制度のパッケージとして構築されていること(原判決47頁)は、個別の法的効果における別異取扱いを矮小化する理由とはならない。婚姻の効果の一部について、その享受に婚姻を要求することが不合理なら、その効果に関する区別を部分的に無効にすることはこれまでの判例でもとられてきた判断手法である。例えば、最大決平成20年6月4日民集第62巻6号1367頁(国籍法違憲判決)では、父母が婚姻すると子どもが準正し、届出で国籍が取得できる(父母が婚姻しない場合はできない)という「婚姻の効果の一部」を規定する旧国籍法3条の該当部分について違憲無効の判断がなされた。また、最大決平成25年9月4日民集第67巻6号1320頁(婚外子法定相続分差別違憲決定)においても、旧民法900条4号但書により婚外子の相続分を婚内子の2分の1とする規定する部分が違憲無効と判断されている。生まれてきた子が婚外子か婚内子かはまさに「婚姻の法的効果の一部」であるから、これも法的効果の一部について平等権を

【有償配布 や Web(ホームページ, ブログ, facebook 等)へのアップロード・転載はお止めください】

【リンクはご自由にお貼りください】

「結婚の自由をすべての人に」東京第一次訴訟控訴審(東京高裁)第1回期日(20230623)提出の書面です。

なお、原判決は、「嫡出推定規定の適用の有無、養子縁組の可否、生殖補助医療利用の可否等」を挙げた上で、「上記のような点についていかなる制度とすべきかについては…立法府において十分に議論、検討がされるべきである」(52頁)とするが、現行の婚姻制度を法律上の同性カップルが利用できるようにしたとしても、現に子を持たない法律上の異性カップルと同様、子をもうけない法律上の同性カップルには適用がない条項があるというだけの話であって、そのことが、婚姻によるそれ以外の法的効果のすべてを法律上の同性カップルに与えないことの合理的根拠となることはない。

9 原判決の誤り④ 立法裁量を不当に広げていること

第4に、原判決は、「憲法24条2項は、婚姻及び家族に関する事項について、具体的な制度の構築を第一次的に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から、婚姻及び家族に関する事項についての区別取扱いについては、立法府に与えられた上記の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は、当該区別は、憲法14条1項に違反するものといえることができる(最高裁平成24年(ク)第984号、第985号同25年9月4日大法廷決定・民集67巻6号1320頁参照)」として、相続制度にかかる立法裁量に言及した婚外子相続差別違憲決定を「参照」して基準を立てた(43頁)。ここでは、憲法24条2項が「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」を示したものであると述べられているものの、原判決による憲法14条1

適用し判断したものである。これらの事案では、国籍法や民法で定められた婚姻の一つの効果について平等権違反が問題となっているところ、今回は民法などで定められた婚姻の複数の効果が問題とされており、かつそれが多岐にわたっていることから、「婚姻」要件の除外ではなく「婚姻」そのものを求めているというだけのことである。

【有償配布 や Web(ホームページ, ブログ, facebook 等)へのアップロード・転載はお止めください】

【リンクはご自由にお貼りください】

「結婚の自由をすべての人に」東京第一次訴訟控訴審(東京高裁)第1回期日(20230623)提出の書面です。

項適合性審査において、「個人の尊厳」（と両性の本質的平等）に照らした検討は一切なされておらず、その実質は単なる広範な立法裁量を前面に押し出したものである。

しかし、婚姻制度については、立法裁量の限界を画するものとして、憲法24条2項が「配偶者の選択」に関する立法は「個人の尊厳と両性の本質的平等」に立脚しなければならないという要請を明示的に定めているのであるから、最高裁決定を安易に「参照」して広範な立法裁量を前提とすることは許されない。憲法24条2項は、婚姻及び家族に関して、法律がすべて「個人の尊厳」と「両性の本質的平等」に立脚して制定されるべきことを立法府の義務として定めるものであり（甲A425・辻村みよ子・山元一編著『概説 憲法コンメンタール』157頁（信山社、2018）〔糠塚康江〕）、立法府を厳格に規律統制する規定である。そうであるにもかかわらず、憲法24条2項を一律に立法府に広範な裁量を認める規定であるかのように扱い、それを憲法14条1項適合性の判断基準としてスライドさせる原判決の態度は、明らかに誤っている。

また、原決定が「参照」する婚外子相続差別違憲決定は、単に立法裁量の存在を示したのではなく、問題となった規定自体が「その出生時から嫡出でない子に対する差別意識を生じさせかねないこと」や「自ら選択ないし修正する余地のない事柄を理由としてその子に不利益を及ぼすことは許され」ないことを考慮しているところ、原判決はそのような考慮も一切取り入れていないのであって、極めて偏った「参照」であると言わざるを得ない。本件のように少数者の権利・利益に関わる事柄が問題となっている場合には民主的プロセスによる解決が期待できず、裁判所が積極的にその役割を果たすべきことについては、平成27年夫婦同氏制大法廷判決における寺田裁判官補足意見が、「選択肢のありようが特定の少数者の習俗に係る」場合には「民主主義的プロセスによる公正な検討への期待」が「妨げ」られると指摘し、千葉勝美元最高裁判事も、「同性愛者のような性的マイノリティの人達が『婚姻』できないために損なわれている基本的人権に

【有償配布 や Web(ホームページ, ブログ, facebook 等)へのアップロード・転載はお止めください】

【リンクはご自由にお貼りください】

「結婚の自由をすべての人に」東京第一次訴訟控訴審(東京高裁)第1回期日(20230623)提出の書面です。

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かろうか。」(甲A443・208頁)と指摘するとおりである⁵。

10 原判決の誤り⑤ 「社会通念」のみをもって合理的根拠を肯定したこと

(1) 原判決の判断手法

第5に、原判決は、「婚姻を異性間のものとする社会通念の背景には、夫婦となった男女が子を産み育て、家族として共同生活を送りながら、次の世代につないでいくという古くからの人間の営みがあることは前述のとおりである。そうすると、本件諸規定が婚姻を異性間のものに限り、同性間の婚姻を認めていないことは、上記のような社会通念を前提とした憲法24条1項の法律婚制度の構築に関する要請に基づくものであって、上記区別取扱いについては合理的な根拠が存するものと認められる」(44頁)として、「夫婦となった男女が子を産み育て、家族として共同生活を送りながら、次の世代につないでいくという古くからの人間の営みがあること」を背景とする「婚姻を異性間のものとする社会通念」のみをもって、極めて安易に合理的根拠の存在を認定した。

⁵ アメリカ連邦最高裁のオーバーガフェル判決も、民主主義の過程(プロセス)との関係について、「憲法が民主主義を変化のための適切な手続きだと考えているのは確かだが、それはかかる手続きが基本的権利を侵害しない限りにおいてである。」
「個人が基本的権利を主張するにあたって立法行為を待つ必要はない。…たとえ社会一般が反対し、立法府が行動を起こすことを拒否している場合であっても、個人は侵害を受けた場合、憲法上の保護を受ける権利を行使することができる。…同性婚の主張者が民主的過程において現在優勢か劣勢かどうかは重要ではない。当裁判所が審理すべき問題は憲法が同性カップルの婚姻する権利を保障しているかどうかという法的問題なのである。」と述べて(甲A100・246～247頁)、「議会の多数派によっては保護されない少数者の権利を保護し、性的指向による差別を是正するには、裁判所が違憲審査権を行使すべきである」との考え方を示している(甲A164・57及び61頁)。

【有償配布 や Web(ホームページ, ブログ, facebook 等)へのアップロード・転載はお止めください】

【リンクはご自由にお貼りください】

「結婚の自由をすべての人に」東京第一次訴訟控訴審(東京高裁)第1回期日(20230623)提出の書面です。

(2) 婚姻制度の目的及び法的効果の趣旨からの帰結

しかし、かかる「社会通念」やその背景とされる「古くからの人間の営み」をして同性愛者等を婚姻制度から排除する理由とし得ないことは、本控訴理由書第2分冊にて詳述したとおりである。

憲法は、明治民法下の家制度とそれに基づく人々の意識や慣行を排して個人の尊厳と両性の本質的平等という憲法全体の基本理念(憲法13条及び14条)を家族法制に貫こうとして憲法24条1項2項を置いたのであって、古くからの営みに基づく社会通念に反してでも憲法の理念の求める規範が徹底されねばならない場合があることを前提にしている。また、婚姻の可否について、婚姻の本質とはされない自然生殖可能性の有無に基いて別異取扱いをすることについては、果たしてそこに合理的根拠が存在するのかが強く疑われる。

むしろ、やはり同分冊2にて詳述したとおり、婚姻制度の目的が親密性に基づく共同生活の保護にあることからすれば、同性愛者等を婚姻制度から排除する理由はない。この点、原判決自身も、婚姻することによって生じる様々な法的効果について、「これらの規定の多くは、夫婦が共同生活を送り、場合によっては子を産み育てるにあたり、その家族関係を法的に保護する趣旨のものであるということが出来る」(48頁)として(下線部は控訴人ら代理人による)、「夫婦が共同生活を送」という関係の法的保護が主な趣旨であることを認めている。

他方で、原判決は、「婚姻制度の目的の一つが人的結合関係における共同生活の保護にあると考えられることなどを考慮したとしても、本件諸規定が婚姻を異性間のものに限り同性間の婚姻を認めていないことが立法裁量の範囲を超え、憲法14条1項に違反するとはいい難い」(45頁)とするが、「人的結合関係における共同生活の保護」が婚姻制度の目的に含まれ、その法的効果の趣旨の主目的でもあるとすれば、法律上の同性カップルがそこから排除されることに

【有償配布 や Web(ホームページ, ブログ, facebook 等)へのアップロード・転載はお止めください】

【リンクはご自由にお貼りください】

「結婚の自由をすべての人に」東京第一次訴訟控訴審(東京高裁)第1回期日(20230623)提出の書面です。

合理性はない。にもかかわらず合理性があると結論するのであれば、その理由が説得的に述べられなければならないが、原判決にはそのような説明は一切見当たらないのであって、極めて杜撰な審理であると言わざるを得ない。

(3)「自然生殖の意思・能力のない異性カップル」と「同性カップル」との間の別異取扱いを説明できないこと

原判決の審理の杜撰さは、「自然生殖の意思・能力のない異性カップル」と「同性カップル」との間の別異取扱いに合理的根拠があるかを説明できない点において、特に明瞭となる。

すなわち、原判決は、「夫婦となった男女が子を産み育て、家族として共同生活を送りながら、次の世代につないでいくという古くからの人間の営みがある」と言うが、そこから導かれ得るのは、「自然生殖の意思・能力のある異性カップル」と「同性カップル」の間の別異取扱いに合理性があるという結論のみである。原判決の理屈からは、「自然生殖の意思・能力のない異性カップル」と「同性カップル」との間の別異取扱いを正当化することはできない。

現行法が自然生殖の意思や能力を婚姻の要件としてはおらず⁶、性同一性障害の性別の取扱いの特例に関する法律に基づき性別の取扱いの変更を行った者についても婚姻を認めていること、原判決も「これらの規定の多くは、夫婦が共同生活を送り、場合によっては子を産み育てるにあたり、その家族関係を法的

⁶ 台湾大法官解釋(甲A101の2)も、「婚姻章では異性の両名が結婚するに、必ず出産する能力があることを要件とは規定していない。また、結婚後、子どもを産めない、ないしまだ子どもを産んでいないことをもって、婚姻無効、婚姻を取消しうる、あるいは離婚判決をする事由とも規定していない。後代を延續させることは結婚の不可欠の要素ではない。性別を同じくする両名の間では、自然には子どもをもうけることができないが、これは性別を異にする両名が客観的に子どもを産めないか、主観的に子どもを産まないことと結果は同じなのである。故に後代を延續させることができないことをもって、性別を同じくする両名に結婚させないというのは、明らかに非合理的な差別的扱いである。」(4頁)とする。

【有償配布 や Web(ホームページ, ブログ, facebook 等)へのアップロード・転載はお止めください】

【リンクはご自由にお貼りください】

「結婚の自由をすべての人に」東京第一次訴訟控訴審(東京高裁)第1回期日(20230623)提出の書面です。

に保護する趣旨のものであるということが出来る」(48頁)と認めるとおり、婚姻による法的効果を定めた規定のほとんどは自然生殖関係の保護ではなく婚姻当事者間の共同生活や親密な関係の保護を目的としており、嫡出推定の規定(同772条)ですら父子関係を早期に安定させることに主眼を置いており婚姻当事者間の自然生殖による子であること(すなわち父と子の血縁関係)を前提としていないこと、及び、旧民法及び明治民法の時代から当事者の意思によって法的親子関係を発生させる制度として養子制度が設けられ、現行民法下でも実親子関係と並んで養親子関係が設けられているのであって、法制度上も社会生活上も両親双方の実子の養育に限定されない養育形態が予定され実践されていることからすれば、「自然生殖の意思・能力のない異性カップル」と「同性カップル」との間の別異取扱いに合理的根拠を見出すことは不可能である。

自然生殖は、古くからそれが婚姻の中で行われ、種の保存に資するとしても、近代日本の法制度上、法制度としての婚姻の本質が自然生殖と解されたり自然生殖の能力が婚姻の可否の法律上の基準とされたことなどない。それは、旧民法起草者を含む明治以来の法律家によって強く否定された考えである。新憲法において、婚姻及び家族の法制度が個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚することを求める憲法24条のもとではなおさら、自然生殖を伴うかどうかで婚姻の本質に適うか否かを分かち議論の余地はない。

これに対し、原判決は、「婚姻を異性間のものとする社会通念」の存在を強調することにより、自然生殖の意思・能力を抽象化し、「異性間であれば抽象的には自然生殖の意思・能力を想定しうるから、同性カップルとは異なる」との整理を試みたのかもしれない。しかし、そのような抽象化は、「婚姻を異性間のものとする社会通念」の存在を導くために原判決自身が持ち出した「夫婦となった男女が子を産み育て、家族として共同生活を送りながら、次の世代につないでいくという古くからの人間の営み」と整合しない。そして、それにもかかわらず自然生殖の意思・能力を抽象化しうるというのであれば、そのような抽象

【有償配布 や Web(ホームページ, ブログ, facebook 等)へのアップロード・転載はお止めください】

【リンクはご自由にお貼りください】

「結婚の自由をすべての人に」東京第一次訴訟控訴審(東京高裁)第1回期日(20230623)提出の書面です。

化は同性カップルにもあてはまる。

「社会通念」というマジックワードを用いることによって、自然生殖の意思・能力のない異性カップルには婚姻を認め、同性カップルには認めないというダブルスタンダードを正当化することはできない。

(4) 婚姻制度が包摂的であること

自然生殖の意思・能力を欠く男女についても婚姻が認められているのは、婚姻制度が自然生殖の意思・能力を有しないカップルをその対象から排除しない包摂的な制度であり、人々もそのことを当然と認識してきたからである。法制度の目的とは、当該制度全体を貫いて、その要件・方式・効果等をもっとも整合的に説明する価値ないし理念という意味での目的である。そうであれば、法制度としての婚姻は、生殖の意思・能力の有無を問わず広く人々を包摂すること(親密関係の保護)を目的としていると解するほかない。令和3年夫婦同氏制大法廷決定で示された宮崎裕子裁判官及び宇賀克也裁判官による反対意見においても、「家族形態の多様化という現実と、家族の形が多様であることを想定し容認する民法の寛容な基本姿勢に照らすと、夫婦同氏制の合理的根拠とはいい難い」として、民法が多様な家族を想定し容認していることが指摘されている。

この点、子のいない男女の婚姻や同性間の婚姻を認めることにより婚姻制度が毀損されるという理屈もなければ実態もない。

むしろ、家族としての実態をもつカップルを婚姻制度によって法的に保護することは、当該カップルの共同生活の安定させるにとどまらず、民主政に不可欠な社会の多元性の土台となる。なぜなら、人は、婚姻や、家族との生活という自身のいちばん身近な生活の場で、自らの価値観や個性に基づく選択が許され、ありのままの姿で家族として承認されることで、社会の一員であることや自らにその責任を果たす力があることを意識し実感するからである。このこと

【有償配布 や Web(ホームページ, ブログ, facebook 等)へのアップロード・転載はお止めください】

【リンクはご自由にお貼りください】

「結婚の自由をすべての人に」東京第一次訴訟控訴審(東京高裁)第1回期日(20230623)提出の書面です。

は、人が政治に参加し社会貢献の意欲を持つことに繋がる。婚姻制度に包摂されることは、民主政の基盤となり、民主政の担い手としての自己実現を可能とする。芦部教授が「家族のあり方を個人が自律的に決定する権利を保障することによって、はじめて民主主義の基盤である社会の多元性の確保が可能となる」と述べるのは、まさにこの趣旨である(甲A17・芦部信喜『憲法学Ⅱ 人権総論』(有斐閣、1994年)393頁)。原判決自身も、「パートナーと家族になるための法制度」について、そ「のような制度を構築することは、その同性間の人的結合関係を強め、その中で養育される子も含めた共同生活の安定に資するものであり、これは、社会的基盤を強化させ、異性愛者も含めた社会全体の安定につながる」(52頁)と述べているとおりである。

異性カップルについて、個々の当事者の具体的な自然生殖可能性を問わず、自然生殖の意思や能力のない者にも婚姻を認めるのであれば、同性カップルについても、自然生殖可能性を具体的に問うことなく婚姻を認めることは可能ではある。家族に関する基本的制度の基準は明確である必要があるとしても、かかる必要性は自然生殖可能性のない異性カップルを包摂し、同性カップルを包摂しないことの説明にはならない。

本来、基準を明確なものとするのは、実務上の要請に応えるための一種の便法である(婚姻適齢も同様の仕組みである)。便法である以上、それは、当該制度によって本来保護されるべき人の範囲とできるだけ一致するものでなければならぬのであって、婚姻制度によって保護されるべきは誰なのかという問題として切り離して論ずることは意味がない。異性カップルか同性カップルかを問わないという外形基準の方が、明確性の要請と本来保護されるべき人の範囲とできるだけ一致させるという要請の双方をよりよく満たすことは明らかであり、基準設定として合理的である。

(5) 原判決の判断手法は差別意識のあらわれであること

【有償配布 や Web(ホームページ, ブログ, facebook 等)へのアップロード・転載はお止めください】

【リンクはご自由にお貼りください】

「結婚の自由をすべての人に」東京第一次訴訟控訴審(東京高裁)第1回期日(20230623)提出の書面です。

そもそも、法が、自然生殖の意思・能力のない法律上の異性カップルについて婚姻できないという建付けを選択しなかったのは、婚姻制度が、親密性に基づく共同生活を保護することを主な目的とすることにとどまらず、婚姻が認められるか否かが家族として特別な関係にある人々の範囲を画定する事実上の基準となっているからである。

前述のとおり、婚姻制度には重要な法的効果が多数伴うとともに、日本社会においては婚姻制度が重要な位置を占めることから、その影響から逃れて暮らすことは困難である。それにもかかわらず、原判決が、法律上の同性カップルについて躊躇なく、婚姻制度から排除されることに合理性があると結論するのは、「異性カップルは、自然生殖の意思・能力にかかわらず、婚姻できないことで社会において差別されることがあってはならないが、同性カップルは差別されても構わない」という差別感情がその根本に存在するからに他ならない(甲A543・木村草太教授論考42、44及び45頁も同旨)。

この点、原判決は、「婚姻を異性間のものとする社会通念」の存在を強調するが、原判決が自ら「原告らの本人尋問の結果及び弁論の全趣旨によれば、同性愛者においても、親密な人的結合関係を築き、パートナーと共同生活を送り、場合によっては子供を養育するなどして、社会の一員として生活しており、その実態は、男女の夫婦と変わるところがない」(49頁)と認定するとおり、法律上の同性カップルには法律上の異性カップルと同様に共同生活の実態がある。それにもかかわらず、「婚姻を異性間のものとする社会通念」があるとすれば、それは現在の法制度が法律上の同性間の婚姻を認めていないからである。それこそが、まさしく、控訴人らが原審においても繰り返し主張してきた、本件諸規定の存在が法律上の同性カップルないし性的マイノリティの社会的承認を妨

【有償配布 や Web(ホームページ, ブログ, facebook 等)へのアップロード・転載はお止めください】

【リンクはご自由にお貼りください】

「結婚の自由をすべての人に」東京第一次訴訟控訴審(東京高裁)第1回期日(20230623)提出の書面です。

げているということなのである⁷。

原判決は結局、「同性カップル（同性愛者等）は同性カップル（同性愛者等）であるが故に婚姻できないことが正当化される」と述べているに過ぎない。法律上の同性間の婚姻が認められていないことによって生じている社会的承認の不足（「婚姻を異性間のものとする社会通念」）を、法律上の同性間の婚姻を認めないことの正当化理由とすることは、論理的に破綻しているにとどまらず、社会にはびこる法律上の同性カップルないし性的マイノリティへの差別や偏見を是認することにほかならない⁸。札幌地裁判決（甲A401）が「圧倒的多数派である異性愛者の理解又は許容がなければ、同性愛者のカップルは、重要な法的利益である婚姻によって生じる法的効果を楽しむ利益の一部であってもこれを受け得ないとするのは、同性愛者のカップルを保護することによって我が国の伝統的な家族観に多少なりとも変容をもたらすであろうことを考慮しても、異性愛者と比して、自らの意思で同性愛を選択したのではない同性愛者の保護にあまりにも欠けるといわざるを得ない」（28～29頁）と警笛を鳴らし

⁷ アメリカ連邦最高裁のオーバーガフェル判決も、「州が婚姻を重要なものとして尊重すればするほど、婚姻からの排除は、重要な点において、ゲイとレズビアンを平等に処遇すべきではないと教えることとなる。我が国社会の中核的制度からゲイとレズビアンを州が締め出すことは、ゲイとレズビアンを貶めることになる。」「真摯で個人的な反対が法律となりまた公の秩序となる場合には、必然の結果として、自由を否定された者を貶め、汚名を着せることとなる排除に、州がお墨付きを与えることになるのである。」（甲A100・241～2頁）として、性的マイノリティを制度から排除することによって生じる負の影響について述べる。

⁸ この点、府中青年の家事件東京高裁判決（東京高判平成9年9月16日判例タイムズ986号206頁）も、「平成二年当時は、一般国民も行政当局も、同性愛ないし同性愛者については無関心であって、正確な知識もなかったものと考えられる。しかし、一般国民はともかくとして、都教育委員会を含む行政当局としては、その職務を行うについて、少数者である同性愛者をも視野に入れた、肌理の細かい配慮が必要であり、同性愛者の権利、利益を十分に擁護することが要請されているものというべきであって、無関心であつたり知識がないということは公権力の行使に当たる者として許されないことである。」として、たとえ一般国民の理解が不十分な状況であっても、公権力の行使にあたる者には、同性愛者の権利利益を十分に擁護する特別の責任があることを判示している。

【有償配布 や Web(ホームページ, ブログ, facebook 等)へのアップロード・転載はお止めください】

【リンクはご自由にお貼りください】

「結婚の自由をすべての人に」東京第一次訴訟控訴審(東京高裁)第1回期日(20230623)提出の書面です。

たとおりである。

「婚姻を異性間のものとする社会通念」をもって憲法14条1項に反しないとした原判決の姿勢は、本件別異取扱いそれ自身が、法律上の同性カップルないし性的マイノリティの社会的承認を妨げていることから目を背け、本件別異取扱いを、かかる別異取扱いによって生じている結果(差別・偏見)をもって正当化するものであり、極めて不当である。「婚姻を異性間のものとする社会通念」は、法律上の同性カップルないし性的マイノリティの痛みの上に形成されてきたことが十分に認識されなければならない。

なお、複数の調査で多数の国民が同性間の婚姻に賛成しているとの結果が出ていること(甲A103~111、149、224、320、416)、300を超える企業・団体が同性間の婚姻の法制化に賛同していること⁹、法律上の同性カップルに法的保護を与えようとする判決の存在(甲A219)、野党から婚姻平等法案が提出されていること(甲A141)などからも明らかなおり、法律上の同性間に婚姻を認めるべきとの「社会通念」はすでに確固として存在し年代を問わず増大し続けている。婚姻に際して自然生殖可能性などは問わず、親密関係(親密性に基づく共同生活)こそが婚姻制度で保護すべき対象であるという点にこそ、「社会通念」が存在しているとも言えよう。

11 原判決の誤り⑥ 「現行法上、同性愛者についてパートナーと家族になるための法制度が存在しないこと」の憲法14条1項適合性判断を不当に回避したこと

最後に、原判決は、憲法14条1項適合性審査の対象を「本件諸規定が婚姻を異性間のものに限り同性間の婚姻を認めていないこと自体」(44頁)と設定し、自らが憲法24条2項違反であると評価した「現行法上、同性愛者についてパートナーと家族になるための法制度が存在しないこと」(52頁)とは

⁹ <http://bformarriageequality.net/#support>

【有償配布 や Web(ホームページ, ブログ, facebook 等)へのアップロード・転載はお止めください】

【リンクはご自由にお貼りください】

「結婚の自由をすべての人に」東京第一次訴訟控訴審(東京高裁)第1回期日(20230623)提出の書面です。

区別し、「現行法上、同性愛者についてパートナーと家族になるための法制度が存在しないこと」についての憲法14条1項適合性判断を回避した。しかし、かかる区別ないし憲法14条1項適合性判断の回避は不適切であり、誤っている。

すなわち、原判決が掲げる「パートナーと家族になるための法制度」について考えてみるに、まず異性愛者にとっては、親密な関係を築いたカップルが家族になることで人格的利益を確保する手段としての法制度は、現行法では婚姻制度しか存在しないのであるから、婚姻制度が「パートナーと家族になるための法制度」であることは明らかである。その上で同性愛者等にとっての「パートナーと家族になるための法制度」を考えてみると、「婚姻の本質…は同性カップルにも等しく当てはまるものであるし、その性的指向にかかわらず、個人の人格的生存において重要なものであると認められる」こと(原判決46頁)及び「同性愛者においても、親密な人的結合関係を築き、パートナーと共同生活を送り、場合によっては子供を養育するなどして、社会の一員として生活しており、その実態は、男女の夫婦と変わるところがない」こと(同49頁)からすれば、同性愛者等にとっての「パートナーと家族になるための法制度」は異性愛者と同じもの(すなわち婚姻制度)と解するのが自然かつ合理的である。婚姻制度以外に、「同性愛者等についてパートナーと家族になるための法制度」が具体的に存在するわけでもないことを踏まえれば、猶更である。

そもそも「家族」とは主に婚姻関係と親子関係を指し(甲A572・窪田充見『家族法—民法を学ぶ[第4版]』(有斐閣、2019)5頁、甲A573・大村敦志『家族法[第3版]』(有斐閣、2010)25頁、甲A574・二宮周平『家族法 第5版』(新世社、2019)1頁)、それらはまさしく民法及び戸籍法によって規律されている。そのような中で、民法及び戸籍法が規律する婚姻関係及び親子関係以外の法的な「家族」(家族となるための法制度)を新たに創設することは、(法律上の同性カップルに現行の婚姻制度を利用さ

【有償配布 や Web(ホームページ, ブログ, facebook 等)へのアップロード・転載はお止めください】

【リンクはご自由にお貼りください】

「結婚の自由をすべての人に」東京第一次訴訟控訴審(東京高裁)第1回期日(20230623)提出の書面です。

せるという法改正とは比較にならないほどの) 我が国における家族法概念の大転換となるが、果たしてそのような大転換が現実的であろうか。

結局、現行法上、「パートナーと家族になるための法制度」は、異性愛者にとっても同性愛者等にとっても、婚姻制度しかありえない。そして、「パートナーと家族になるための法制度」であるところの婚姻制度を、異性愛者は利用できるのに同性愛者等は利用できないのであるから、これは同性愛者等に対する別異取扱いにほかならない。原判決が「現行法上、同性愛者についてパートナーと家族になるための法制度が存在しないこと」に合理的理由はなく憲法24条2項に違反すると評価するのであれば、そのような状況は同時に、合理的根拠のない別異取扱いであるとして憲法14条1項違反と評価されなければ自己矛盾であり、原判決自身の判断の整合性を保つことはできない。¹⁰

¹⁰ なお、原判決が憲法14条1項適合性判断よりも憲法24条2項適合性判断に力点を置いた背景には、憲法24条(2項)が「まだ具体的な法制度により認められていない利益に関してはどのような制度を構築すべきかとの観点において憲法の趣旨が反映されること」を要請するものであることを明らかにしたものと調査官解説(畑佳秀『最高裁判所判例解説民事篇平成27年度(下)』(甲A575)739頁参照)において説明されている平成27年の夫婦同氏制大法廷判決(「婚姻及び家族に関する法制度を定めた法律の規定が憲法13条、14条1項に違反しない場合に、更に憲法24条にも適合するものとして是認されるか否か」を検討するものとした)を踏まえたものと窺われる。しかし、原判決も判示するとおり、「婚姻により得ることができる、パートナーと家族となり、共同生活を送ることについて家族としての法的保護を受け、社会的に公証を受けることができる利益」は、現に民法の定める婚姻制度により婚姻が認められている異性カップルが享受している利益であり、それが個人の尊厳に関わる重大な人格的利益に当たるものであることは異性カップルと同性カップルとで変わるところがないのであるから(原判決49頁参照)、このような利益が「まだ具体的な法制度により認められていない利益」であるということとはできない。

また、同調査官解説は、憲法24条(2項)適合性審査が固有の意義を有し得る場面として、「憲法…14条を裁判規範として検討する局面において…基本的に形式的平等に反するものでなければ憲法14条違反とならないなど、柔軟な検討をすることが困難である場合」を想定するところ(甲A575・754頁参照)、原判決は、本件諸規定が婚姻を異性間に限ることによって婚姻の可否について性的指向によって区別取扱いをするものであることを認めて、性的指向による形式的不平等が

【有償配布 や Web(ホームページ, ブログ, facebook 等)へのアップロード・転載はお止めください】

【リンクはご自由にお貼りください】

「結婚の自由をすべての人に」東京第一次訴訟控訴審(東京高裁)第1回期日(20230623)提出の書面です。

なお、以上は、将来、「同性愛者についてパートナーと家族になるための法制度」として婚姻制度以外のものが創設される可能性の有無によって影響を受けない。なぜなら、控訴人らが問題とし本件で判断されるべきは、「現行法上、同性愛者についてパートナーと家族になるための法制度が存在しないこと」(すなわち婚姻制度から同性愛者等が排除されていること)の現時点での違憲性であって、現在の法律の現時点の違憲性が将来の立法可能性によって治癒される理屈はないからである。

12 結論

以上のとおり、原判決は、①憲法14条1項の実質的審査を避けた点、②本件別異取扱いが人の人格に深く関わり、自らコントロールできない属性に基づくことを考慮しなかった点、③不利益の重大性・甚大性を考慮しなかった点、④立法裁量を不当に広げた点、⑤「社会通念」のみをもって合理的根拠の存在を安易に肯定した点及び⑥「現行法上、同性愛者についてパートナーと家族になるための法制度が存在しないこと」の憲法14条1項適合性判断を不当に回避した点、そして、そのような①ないし⑥の結果として、本来問われるべきであった、原告ら法律上同性のカップルに婚姻という人生の重要な選択肢について差別をされねばならない理由が本当にあるのかという根本の問題に向き合わなかった点において、誤っており、極めて不当である。

本件の「事柄の性質」に応じた実質的な憲法14条1項適合性審査を行えば、本件別異取扱いが法的な差別的取扱いに該当し、憲法14条1項に違反することは明らかである(甲A100・オーバーガフェル判決、甲101の2・台湾大法官解釈1頁、甲A211の7・日弁連意見書12頁、甲A228・木村草太

存しないとする被控訴人の主張を退けているのであるから(43～44頁)、形式的不平等の存在が否定された平成27年の最高裁大法廷判決とは異なり、憲法14条が裁判規範として立法統制機能を果たす上での障害は存しない。

【有償配布 や Web(ホームページ, ブログ, facebook 等)へのアップロード・転載はお止めください】

【リンクはご自由にお貼りください】

「結婚の自由をすべての人に」東京第一次訴訟控訴審(東京高裁)第1回期日(20230623)提出の書面です。

教授意見書12頁及び甲A429・渋谷秀樹教授意見書15頁も同旨)。

この点、千葉勝美元最高裁判事も、「婚姻という制度による法的利益を享受できないという大きな不利益のほか、何よりも、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』を享受できないという深刻な状態に置かれている」とした上で、「同性婚を認めていない本件規定は、憲法24条の趣旨Iにそぐわず、13条、14条に違反するものであ」と結論づけている(甲A443・207～208頁。婚姻を認めないことが同性愛者等の個人の尊厳を侵害するものであることについては、甲A100・オーバーガフェル判決242～242頁、甲A3の2・アミカスキュリエ意見書25～26頁及び甲A170・巻美矢紀教授論考107～108頁も同旨)。

以上