

【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2回期日(20231031)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 審 第 8 準 備 書 面

(立法作為義務の内容・根拠・明白性)

2023(令和5)年10月24日

東京高等裁判所第2民事部c d係 御中

控訴人ら訴訟代理人 弁護士 上杉 崇子

弁護士 寺原真希子

ほか

本書面は、控訴審第1回口頭弁論期日において裁判所より示された主張の補充・整理をすべき事項に沿って、控訴人らの主張を補充し、整理するものである。

目次

第1 裁判所より示された主張の補充・整理をすべき事項 4

第2 作為義務の特定・具体化＝行われるべき立法措置の内容は何か 4

1 行われるべき立法措置の内容(制度の中核的要素と享有主体) 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2回期日(20231031)提出の書面です。

2 中核的要素を満たす立法措置の具体的な内容	5
(1) 当事者間の関係	6
(2) 親子関係	6
(3) 親族及び相続に関する制度	7
(4) 本件諸規定以外の法律による制度	7
3 立法例	7
4 立法措置の技術的な一義的特定は違憲判断に不可欠でないこと	8
第3 作為義務の存在	8

1 法律婚制度の構築義務と法律婚制度により保護を受ける利益	9
(1) 憲法24条1項及び2項による法律婚制度構築義務	9
(2) 法律婚制度の内容(中核的要素)	13
(3) 小括	16
2 法律婚制度の享有主体に関する立法義務の根拠(性的指向等にかかわらずすべての人が利用できるように構築する義務)	17
(1) 憲法24条1項による要請	17
(2) 憲法24条2項による要請	26
(3) 憲法14条1項による要請	36
3 現行の法律婚制度以外の「別制度」では憲法が要請する立法義務を満たさないこと	37
(1) 立法府は、当事者の性的指向等にかかわらず、現行の法律婚制度を利用することができるようにする、憲法上の義務を負うこと	37
(2) 原判決のいう「子の福祉や生命倫理の観点からの検討」は法律上同性カップルを現行の法律婚制度から排除する理由とならないこと	

【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2回期日(20231031)提出の書面です。

(3) 段階的移行は必要ではなく、かえって有害でしかないこと	45
(4) まとめ	48
4 本件諸規定の違憲性	48
(1) 本件諸規定は家族になるための法制度の具体化である法律婚制度を定める規定であること	48
(2) 憲法24条1項適合性	49
(3) 憲法24条2項適合性	50
(4) 憲法14条1項適合性	51
5 補論	53
(1) 憲法適合性判断の対象	53
(2) 家族になるための法制度が存在しないことが違憲であるとの原判決の判断は正当であるものの、本件諸規定自体が違憲であると判断すべきであること	55
(3) 違憲判断と違法判断の峻別	56
<u>第4 作為義務の明白性＝国会（議員）においてその立法をすべきことが明らかであるとする根拠について</u>	<u>57</u>
1 違法性判断基準	57
2 性的マイノリティの人権に関する国内外の動き	59
3 同性間の婚姻を可能とする法改正をしなかったことの違法性	62
(1) ㊶ 違憲性の明白性	63
(2) ㊷ 長期間の懈怠	65
(3) 結論	65
4 家族となるための法制度すら構築していないこと等の違法性	65

【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2回期日(20231031)提出の書面です。

第1 裁判所より示された主張の補充・整理をすべき事項

- ① 作為義務の特定・具体化＝行われるべき立法措置の内容は何か（下記第2）
- ② 作為義務の存在＝その立法がなされなければならないとする根拠（下記第3）
- ③ 作為義務の明白性＝国会（議員）においてその立法をすべきことが明らかであるとする根拠（下記第4）

第2 作為義務の特定・具体化＝行われるべき立法措置の内容は何か

1 行われるべき立法措置の内容(制度の中核的要素と享有主体)

憲法は、「人と人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み、家族を形成することについて、法的に身分を形成し社会的公証と法的保護を与える国の制度を（制度の中核要素）、性的指向等にかかわらず、すべての人が利用できるように構築すること（制度の享有主体）」を要請している。これが、行われるべき立法措置の内容である。

この立法措置によって構築されるべき国の制度の中核的要素は、上記のとおり、①両当事者の親密な人的結合関係を中心とする家族としての身分関係の形成、②かかる身分関係の公証及び③かかる身分関係にふさわしい法的効果（権利義務）の集合的付与という点にある。憲法は、これらの中核的要素を備えた国の制度が構築されることを要請し、同時に、その制度が、性的指向等にかかわらず、当事者の意思の合致のみですべての人が利用できるよう構築されることを求めている。

【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2回期日(20231031)提出の書面です。

そして、憲法（24条1項及び2項）は、「婚姻」がそのような役割を担う制度として構築され、それが対等な当事者の自由な意思の合致により成立すること、「個人の尊厳」に立脚すべきこと等を規定する。現行法は、憲法のこれらの規定を受けて、上記中核的要素を満たすべき国の制度としてまさしく、民法・戸籍法上の法律婚制度（婚姻、親子、親族及び相続に関する制度）を用意している。それゆえに、憲法が要請する立法措置は、かかる現行の法律婚制度が法律上異性のカップルを享有主体としている規律はそのままに、それに加えて、かかる現行の法律婚制度を法律上同性のカップルも利用できるよう、かかる現行の法律婚制度を規律する民法及び戸籍法の諸規定（以下、「本件諸規定」という。）を改正することに帰着する。あくまで現行の法律婚制度を法律上同性のカップルに利用できるようにするのだから、現行の法律婚制度にない権利義務関係の創設や別の制度の創設を国会に義務づけることを主張するものではない。

なお、このように、本件で着目すべき対象は、現行の法律婚制度を規律する本件諸規定（本件諸規定によって生じている現状ないし不利益を含む。）であり、それは民法に関する限りでも第四編第2章に限られないから、原判決が「本件諸規定」を「婚姻制度に関する民法第4編第2章及び戸籍法の諸規定」と定義したのは狭きに失する。

2 中核的要素を満たす立法措置の具体的な内容

上記中核的要素を満たす立法措置の具体的な内容は、以下のとおりである。

【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2回期日(20231031)提出の書面です。

(1) 当事者間の関係

民法第4編〔親族〕第2章(婚姻)及びそれに関連する戸籍法の諸規定は、人と人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み、家族を形成しようとする場合のために、①両当事者の身分関係を配偶者たる地位として形成し、②その身分関係を全国統一の登録公証制度(戸籍法上の戸籍)にて公証し、③その関係にふさわしい法的効果(権利義務)を与える婚姻制度を定めているところ、法律上同性のカップルはこれを利用できないから、これらの規定について、法律上異性のカップルに加えて、法律上同性のカップルが利用できるようにすること。

(2) 親子関係

民法第4編〔親族〕第3章(親子)・第4章(親権)の親子関係を規律する規定及びそれらに関連する戸籍法の諸規定は、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両当事者が、子を産み育てる場合、その子を含めた家族を形成するために、①親子としての身分関係を形成し、②その身分関係を全国統一の登録公証制度(戸籍法上の戸籍)にて公証し、③その関係にふさわしい法的効果(権利義務)を与える制度を定めているところ、法律上同性のカップル及びその子はこれを利用できないから、これらの規定について、法律上異性のカップル及びその子に加えて、法律上同性のカップル及びその子が利用できるようにすること。

【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2回期日(20231031)提出の書面です。

(3) 親族及び相続に関する制度

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両当事者が、親子関係を含めた家族関係を形成することに付随する効果として、親族及び相続に関する制度が民法第4編〔親族〕第1章(総則)、第5章(後見)・第6章(保佐及び補助)・民法第5編〔相続〕及びそれらに関連する戸籍法の諸規定にて定められているところ、法律上同性のカップルはこれを利用できないから、これらの規定について、法律上異性のカップルに加えて、法律上同性のカップルが利用できるようにすること。

(4) 本件諸規定以外の法律による制度

なお、本件諸規定以外にも、配偶者等の身分関係に基づいて法的効果(社会保障や在留資格など)を定める法律は存在するが、かかる法律の定めは本件諸規定が定める身分関係に基づくから、本件諸規定の改正は当然に、そのような関連する他の法律の解釈と適用範囲の変更を含む。

3 立法例

立法例としては、本件諸規定のうち、その享有主体を法律上異性のカップルに限っていると読み取れる用語(「夫婦」、「夫」、「妻」、「父」、「母」)を、その享有主体を法律上同性のカップルも含む用語(例えば、「婚姻の当事者」、「当事者」、「親」)と改め、また、「配偶者」は、法律上異性の一方当事者に加えて法律上同

【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2回期日(20231031)提出の書面です。

性の一方当事者を含むものとして解釈するものとする考えられる(例であり、上記に限られるものではない)。

このような考えに立って作成された民法等改正案として、国会に提出された野党による各民法改正案(甲A141、甲A750)や、公益社団法人「Marriage For All Japan - 結婚の自由をすべての人に」が公表した「婚姻平等マリフォー法案」(甲A781の1から同3)がある。

4 立法措置の技術的な一義的特定は違憲判断に不可欠でないこと

憲法は、上記1記載の中核的要素を満たす法律婚の制度について、性的指向・性自認を問わずすべての人が利用できるようにする立法措置(その具体的内容は上記2記載のとおり)を求めているところ、本件では、上記本件諸規定が憲法のかかる求めを充足して憲法に適合しているかどうか争点である。これを超えて、「夫婦」、「夫」、「妻」といった各用語をどのように置き換え又は読み替えるか等の立法の細目ないし技術的な事項については、憲法は、まさしく立法府の裁量に委ねているのであって、そのような意味での、立法措置のいわば一義的な特定は、本件諸規定が「憲法に適合するかしないかを決定する」(憲法81条)上で必要ない。

第3 作為義務の存在

第2記載の立法がなされなければならない憲法上の根拠は以下のとおりである。

【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2回期日(20231031)提出の書面です。

1 法律婚制度の構築義務と法律婚制度により保護を受ける利益

(1) 憲法24条1項及び2項による法律婚制度構築義務

ア 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、同条2項は、広く婚姻をはじめとする家族に関する法律が、「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」ことを規定する。これらは文理上直接には婚姻及び家族制度の在り方を規定するが、国が親密関係にある二当事者を中心とする人的結合関係が法律上の家族になるための制度を構築する義務を負うこと、「婚姻」がその役割を担うべきこと（原判決38頁14行目から15行目同旨）を前提としている。

イ すなわち、人は人生の途上で人と出会い親密な関係に基づいて生活をともにしようとすることがある。このように人と人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もうとする関係を基礎に人的結びつきを形成することは、人生に充実をもたらすものであり、その人らしい幸福追求をなす上で重要な意味を持つ。憲法は、そのような親密な人的結合関係を国家等に干渉されることなく形成する自由を憲法13条の幸福追求権（自己決定権）の一内容として保障する（甲A241・駒村圭吾意見書2頁第三

【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2回期日(20231031)提出の書面です。

段落)。

その上で、憲法24条1項及び2項は、そのような人的結合関係に対して、法律が要件と効果を定めて、法的な家族を形成し、その関係に社会的公証と法的保護を与える法制度の構築をあえて要求する。

これは、第一に、人は社会の中で生きるから、上記親密な人的結合関係が法的な家族として保障され、公証により社会的にも承認されることが、その人的結合関係を安定・強化する枠組みになるという個人の幸福追求における重要な意義を有するからである。そして第二に、親密な人的結合関係を法的な家族として承認する法制度は、その当事者を社会の基礎的な構成単位として正式に認める枠組みとなり、この構成単位が自律的な意思決定に基づいて形成されることを通して、憲法の標榜する民主政の基盤である社会の多元性の確保が可能となるからである(訴状21頁。甲A17・芦部信喜[393頁]。甲A19・註解日本國憲法上巻[470頁]、甲A156・注釈日本国憲法(2)[496頁4行目][川岸令和])。

このように、個人の幸福追求の上で重要な意義を有する親密な人的結合関係を安定・強化し、かつ、そのような自律的幸福追求を社会の基礎的な構成単位として認める枠組みとして、その関係を法的な家族として保護するという家族になるための法制度を憲法は要請する。

このことは、国際人権法において、「何人も、その私生活、家族、住居」等に恣意的若しくは不法に干渉されず、干

【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2回期日(20231031)提出の書面です。

渉等に対する法律の保護を受ける権利を有する旨を定める自由権規約（市民的及び政治的権利に関する国際規約）17条や、ヨーロッパ人権条約8条等について、国家は、家族生活に不当な干渉をしない義務（国家の消極的義務）だけでなく、家族生活が実効的に営めるよう法制度を含めた適切な措置を講ずる義務（国家の積極的義務）を負うとの解釈が確立している（甲A441・谷口洋幸教授意見書2頁以下）ことから裏付けられる。

ウ その上で、憲法は、「婚姻」がその役割を担うべきことを定めている。

人と人の親密関係に基づく結合を社会が婚姻として承認し一定の利益や義務を課すことは歴史上古くから行われてきたが（甲A221の28・我妻栄「親族法」1頁）、主体的な個人の存在から出発する近代に至り、婚姻も「平等な意思主体者間の自由な婚姻意思の合致」によるとの考えが確立する（甲A16・新版注釈民法152頁〔青山・有地〕、甲A221の28・我妻栄「親族法」12頁11行目、甲A210号証の1・二宮周平教授意見書6頁）。憲法は、婚姻に人の幸福追求と民主政を支える重要な価値が内在することに着目して、法律婚がそのための制度として構築されることを義務づける。憲法は、すべての人が個人として尊重されるという基本原理を実現するために婚姻の果たす役割が欠かせないと考えたのである。

しかし、他方で、憲法は、自らが構築を命じる法律婚制度

【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2回期日(20231031)提出の書面です。

は、法律の在り方次第では、人の幸福追求の足枷となり、民主政を窒息させかねない事実を直視する。欧米で封建的家族制度や人種的偏見、女性を劣ったものとする考えが婚姻法制に影を落とし、戦前の日本では、家制度のもと自由な意思決定による婚姻が大きく制約され女性は劣位に置かれ、幸福追求と民主政を支えるという婚姻に内在する価値は現実のものとならなかつた（訴状26頁、甲A210号証の1・二宮周平教授意見書6頁25行目以下）。そこで、憲法は、婚姻に内在する上記二つの積極的意義が間違いなく現実のものとなり、制度の在り方によって人々の幸福追求と民主政が阻害されることがないように、制度の在り方に関する譲れない原則を最高法規である憲法に明記し法律を拘束する（98条1項）。それが、婚姻の自由（相手方選択の自由）を確認した憲法24条1項であり、婚姻をはじめとする家族に関する法律全体が、個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚すべきことを定めた憲法24条2項である。憲法24条1項と2項によって、法律婚制度は、生き生きした幸福追求の欠かせない枠組みとなり民主政の基盤であり続ける（原審原告ら第22準備書面11頁～14頁、控訴理由書第2分冊9頁）。

最高裁判所が憲法24条1項と2項に関して「婚姻及び家族に関する事項は、関連する法制度においてその具体的内容が定められていくものであることから、当該法制度の制度設計が重要な意味を持つ」（傍点引用者）と指摘するのはこの意味であり、「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

【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2回期日(20231031)提出の書面です。

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」と判示するのも同様である(最大判平成27年12月16日民集69巻8号2586頁・夫婦別姓訴訟最高裁判決・甲A211の59・7頁)。

(2) 法律婚制度の内容(中核的要素)

民法・戸籍法の関連諸規定を、婚姻の憲法上の意義に照らして通覧することで、構築されるべき法律婚制度の中核的要素が明らかとなる。

すなわち、憲法が法律婚制度の構築を要請しているのは、親密な人的結合関係を安定・強化するという個人の幸福追求の意義、及び、同様の関係を社会の基礎的な構成単位である家族として認めるという民主政の基盤を形成する意義を有するからである。それゆえ、法律婚制度の内容も、この二つの意義が達成されるよう構築されなければならない、そのために欠いてはならない中核的要素の具備が以下のとおり要請される。

ア 身分関係の形成

親密な人的結合関係を法的な家族として保護するという家族になるための法制度である法律婚制度は、家族としての身分関係の形成(創設)から始まる。具体的には、親密な人的結合関係を結んでいる二当事者に家族としての身分が形成され、現行法上「夫婦」、「配偶者」等という身分が与えられる。また、このような二

【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2回期日(20231031)提出の書面です。

当事者が子を産み育てる場合、当該二当事者とその子の間に家族としての身分が形成され、それぞれとの間に「親子」という身分が与えられる。さらに、このような二当事者を中心に、その親、きょうだい(兄弟姉妹)、孫といった家族としての身分が形成され、家族は広がっていく。このような家族の広がりには「親族」という身分が与えられる。

このように、身分関係の形成によってはじめて、家族としての関係が法的に発生し存在するようになる。それゆえに、法的な家族としての身分の形成は、家族としての公証及び家族としてのふさわしい法的効果(権利義務)の集合的付与の土台になるものであり、親密な人的結合関係を安定・強化し、社会の基礎的な構成単位として承認される基礎となる。

イ 身分関係の公証

法的な家族としての身分が形成されると、次に、その身分関係が社会に認識・承認される必要がある。人は社会の中で生きる存在であるから、親密な人的結合関係が安定して共同生活を営むためには、その関係が正統な関係のものであるとして社会に承認されることが欠かせないからである。

現行の法律婚制度は、全国統一の登録公証制度である戸籍によりその身分関係が公証されている。これにより、親密な人的結合関係を中心とした家族は、「社会に認められた関係」となり、その関係を安定・強化する。また、家族として「社会に認められた関係」となることで、社会の基礎的な構成単位として認識され、扱われることになる。

【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2回期日(20231031)提出の書面です。

戸籍は、日本社会における唯一の全国統一の家族関係に関する登録公証制度として長期にわたって維持され、人々の間で定着してきた。そのため、戸籍によって公証されることが、正統な関係として社会に認められるための極めて有力な手段になっている。

ウ 身分関係に応じたふさわしい法的効果(権利義務)の集合的付与

法的な家族としての身分が形成され、その身分が公証されることで「社会に認められた関係」と認識・承認された上で、その身分関係にふさわしい法的効果(権利義務)の束が集合的に付与されることが欠かせない。そうでなければ、その身分関係は実質のないものとなり、社会の中で生きる上で役立つものとならないからである。

現行の法律婚制度は、同居協力扶助義務、親権、相続など、家族としての身分関係を保護するのにふさわしいさまざまな法的効果(権利義務)を付与している。これにより、親密な人的結合関係は経済的・物理的・心理的に安定・強化され、また、その家族はさまざまな権利義務を通じて社会と繋がりを持つようになり、社会の基礎的な構成単位としての実質が備わることになる。

エ 中核的要素相互の関係

このように、家族としての身分関係の形成、身分関係の公証及びふさわしい法的効果(権利義務)の集合的付与は、相互に密接に関連しており、いずれか一つでも欠けると法律婚制度の意義が達

【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2回期日(20231031)提出の書面です。

成されない¹。たとえば、家族としての身分関係が法的に形成されなければその公証やふさわしい法的保護を十分に行うことは困難である(たとえば、自治体によるパートナーシップ制度は法的な身分関係の形成を前提にしないものであるから、社会的承認及び効果は曖昧かつ極めて不十分なものとどまっている。)、また、家族としての身分関係が形成され何らかの法的効果が付与されても、その公証の手段がないあるいは不十分であれば、その関係が「社会に認められた関係」となり得ない(婚姻に類する制度はこの事態を招く。)、ということになる。

以上から、親密な人的結合関係を法的な家族として保護するための法律婚制度は、家族としての身分関係の形成、身分関係の公証及び身分関係に応じたふさわしい法的効果(権利義務)の集合的付与を欠かすことのできない中核的要素として要請され、成り立っている。

(3) 小括

以上、憲法24条1項及び2項を根拠として、国による法律婚制度の構築義務が認められる。

また、法律婚制度の二つの意義、すなわち、親密な人的結合関

¹ 駒村圭吾教授は次のとおり指摘する(甲241)。「結婚と呼ばれる人的結合は、その当事者にとっての人格的自律の発露であるだけでなく、精神活動・経済活動を支え、社会の基礎的構成単位を形成するものであるから、一定の「公的承認」と「法的保護」を与える必要がある。つまり、社会の構成要素として基礎的かつ重要な働きを担うには共同体からその基礎的単位を構成する結合として承認されることが必須であるとともに、基礎単位として安定的かつ実効的に機能するには一定の法制度による保護が不可欠になってくる。」

【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2回期日(20231031)提出の書面です。

係を安定・強化するという個人の幸福追求の意義、及び、同様の関係を社会の基礎的な構成単位である家族として認めるという民主政の基盤を形成する意義に照らすと、具備しなければならない中核的要素として身分関係の形成、その身分関係の公証及びふさわしい法的効果（権利義務）の集合的付与が要請されている。憲法は、国に対し法律婚制度構築を義務付けるとともに、個人に対し法律婚制度により法的な家族として保護を受ける利益を保障したのである。

2 法律婚制度の享有主体に関する立法義務の根拠（性的指向等にかかわらずすべての人が利用できるように構築する義務）

憲法は、上記中核的要素を満たす法律婚制度の構築を求めるに際し、それが性的指向・性自認にかかわらずすべての人が利用できるよう構築されることを求めている。

（1）憲法24条1項による要請

ア 婚姻の自由の趣旨

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」と規定する。これは、人が望む相手と意思の合致のみにより婚姻し法律上の家族となることを憲法上の権利として保障し、婚姻の自由とりわけ相手方選択の自由を法律婚制度の核心と位置づける趣旨である。

すなわち、憲法が法律婚制度の構築を求めたのは、それが人の

【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2回期日(20231031)提出の書面です。

幸福追求に欠かせず民主政の基盤となるという二つの意義を有する点で、個人の尊重、個人の尊厳という憲法の基本原理から直接導かれるものであるためである。ところが、もし法律婚制度において、異なる身分・異なる人種や民族は婚姻できないであるとか、婚姻に家長や親の同意を要する等、相手方を自律的に選択できないのであれば、婚姻は幸福追求の選択となりえないし多様な家族の形成を通して民主政の基盤となる意味も失われ、かえって幸福追求を阻害し社会を分断させる役割を果たす。明治民法下の婚姻はまさにそうであった(甲A18・長谷部恭男[145頁]、甲A16、新版注釈民法(21)157頁下線部[青山・有地])。そこで、憲法は、法律婚制度の有する二つの意義が間違いなく現実のものとなるよう、婚姻の自由(婚姻をするかどうか、いつ誰と婚姻をするかの自己決定権)を憲法24条1項に明記したのである。そして、婚姻の自由を保障するにはそれを担保する法制度が不可欠であるから、憲法24条1項は、婚姻の自由の表裏として家族になるための法制度である法律婚制度により法的な家族として保護される利益も保障する。

さらに、婚姻の自由(婚姻をするかどうか、いつ誰と婚姻するかを自己決定する権利)は、法律婚制度が二つの意義を持つために欠くことのできないいわば本質的屬性ないし核心であり、制度を前提とするものであってもなお、国家の干渉しえない人格的自律の領域として、法律が故なく侵すことは許されない。憲法24条1項はこのことを明らかにした規定であり、法律がこれに反するときは違憲でありその限りで無効となる(憲法98条1項)。

最高裁判所が、憲法24条1項は、「婚姻をするかどうか、いつ

【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2回期日(20231031)提出の書面です。

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ものであり、「このような婚姻をするについての自由は同項の趣旨に照らし、十分尊重に値する」旨判示するのはこの趣旨である(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)。同判決が十分尊重に値するとした「婚姻をするについての自由」は、控訴人らの主張する婚姻の自由と同旨である(原審原告ら第3準備書面・第1の4〔24頁～34頁〕)。

イ 婚姻の自由の享有主体

このとおり、憲法24条1項が保障する婚姻の自由(とその表裏にある法律婚制度により法的な家族として保護される利益。以下同じ。)は、個人の尊重、個人の尊厳という憲法の基本原理から直接導かれるゆえに、人が人であるが故に有する固有の権利(人権)ということができる。そうである以上、その享有主体は可能な限り広くあらねばならず、互いの人種や門地、身分の違いを問われる理由はない。人と人が婚姻の本質を伴う関係を築こうとする以上、それが幸福追求として尊重される意義は変わらないし、社会の基礎的構成単位としての価値も同様だからである。婚姻の自由は、婚姻の本質を伴う関係を築こうという限り、人が人である以上当然に認められる権利であり、国会には「できる限り多くの国民が利用できる婚姻制度を構築すべき憲法上の要請」がある(甲A554・土井真一 2頁右)。

【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2回期日(20231031)提出の書面です。

ウ 「理解増進法」の意義

この点、同性愛者等の法律上同性の者どうしの親密な関係は、かつては人の性の自然なあり方と認識されず法的保護の必要性すら意識されなかったが、現在では、法律上同性間の性愛も人間の性の自然なあり方の1つであり、婚姻の本質を伴う共同生活は法律上異性のカップルも法律上同性のカップルも可能であることが原判決含め共通認識となっている。

特に、本年6月に成立した、性的指向及びジェンダーアイデンティティの多様性に関する国民の理解の増進に関する法律（令和5年法律第68号）（以下「理解増進法」と言う）第3条は、全ての国民は、「その性的指向またはジェンダーアイデンティティにかかわらず、等しく基本的人権を享有するかけがえのない個人として尊重される」ことをうたう。同法の成立は、人の性の多様性と性的指向・性自認による人権の否定や差別が許されないという普遍的認識が、わが国法制の基本原則でもあることを確認したものであり、わが国のすべての法令と制度が、上記理念に沿って趣旨を充填されて解釈・運用されるべきことを意味している。

エ 法律上同性のカップルによる婚姻の本質を伴う共同生活

そして、法律上同性のカップルの共同生活の実態をみれば、法律上異性のカップルと同様に、それぞれ個性豊かに、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んでおり、婚姻の本質を伴う関係を現に築いている。このことは、原審における控訴人等及びその家族の尋問の結果からも裏付けられており、原判決も認めているところである（原判決46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2回期日(20231031)提出の書面です。

49頁)。

そうであれば、婚姻の自由は人が人である以上当然に認められる権利であるのだから、婚姻の本質を伴う関係を築きうる法律上同性のカップルの享有主体性を否定する理由はない(原審原告ら第22準備書面24頁～29頁、控訴理由書第2分冊18頁～20頁)。

オ 憲法制定後の社会の変動

さらに、憲法制定後の社会の変動を考慮すればなおさら、婚姻の自由は相手が法律上異性か同性かを問わず保障されることが憲法の原理に沿った解釈である(控訴理由書第2分冊12頁から14頁及び20頁以下、訴状[31頁～39頁、63頁以下]、原審原告ら第11-1準備書面[23頁～41頁]、原審原告ら第22準備書面第3の4(4)[31頁以下]、控訴審第3準備書面等参照)。

カ 憲法24条1項の解釈

憲法24条1項は、「両性」「夫婦」の文言を用い憲法制定審議においても異性のみを想定していたと指摘されている。

しかし、婚姻の自由を定める憲法24条1項の背後には、憲法の基本原理である個人の尊重の原理が家族法制全体に「個人の尊厳」が貫かれることを求めて24条2項が置かれ、24条2項が「配偶者の選択」を例示したことを受けて、「その中でも」(原判決38頁10行目)重要な事項として婚姻の自由が明文化されたという関係が存在する。最大判昭和51年5月21日(旭川学テ

【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2回期日(20231031)提出の書面です。

事件判決)が、「教育を受ける権利」にのみ言及する憲法26条1項について、「この規定の背後には、国民各自が・・・成長、発達し、自己の人格を完成、実現するために必要な学習をする固有の権利を有する・・・子どもは、その学習要求を充足するための教育を自己に施すことを大人一般に対して要求する権利を有するとの観念が存在している」と判示して、憲法の規定の「背後に」憲法全体の基本原理・価値とその規定を橋渡しする観念が存在する、という憲法の本質に根ざす関係に着目して国民の学習権、子どもの教育要求権を見出したのと同様に、憲法24条1項の「背後」には、個人尊重の原理と同条項を橋渡しする観念として、「およそ婚姻の本質に合致する限り、人は望む相手と婚姻しうる」との普遍的な観念が存在し、同条項は、「両性」に限らず、上記観念(法理)を含めて保障するものと解される。その意味で、憲法24条1項は、その制定時において、法律上同性のカップルに対しても婚姻の自由の保障が及ぶべきことを予定している。

このように、憲法の条項の趣旨や根拠が妥当する場合には、文面上直接言及されない事項に保護を及ぼす解釈が可能であることは、木村草太、駒村圭吾、渋谷秀樹各教授、千葉勝美元最高裁判事らがそれぞれ指摘するところである(控訴理由書第2分冊12頁から14頁)。(原判決の、「両性」や「夫婦」の文言や憲法制定時の審議の過程を理由とする議論については、控訴理由書第2分冊7頁～18頁において重ねて論じたとおりである。)

キ 生殖と養育

原判決は、憲法24条1項が構築を命じた法律婚制度で保護さ

【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2回期日(20231031)提出の書面です。

れる者の範囲を「その時代の社会通念」「社会的な承認」を決定的基準とした上で、それらの背景・根底には、二当事者間の「自然生殖可能性」にあるとし、これを「婚姻を男女間の人的結合関係と捉える伝統的価値観」に結びつけて、「現段階において、同性間の人的結合関係を異性間の夫婦と同じ『婚姻』とすることの社会的承認があるものとまでは認め難い」と結論づけた(原判決39頁～42頁)。

しかし、このような論旨にまったく理由がないことは控訴理由書第2分冊32頁以下等に詳述したが、特に、重要な点を以下に記す。

法律婚制度の出発点は親密関係を営む人と人の自由な人的結合にあり、憲法24条1項と2項は、そのような結合が幸福追求と民主政の基盤という憲法的価値を有するが故に法律婚の構築を義務づけ、かつ、その在り方を規律した。このような法律婚制度の成り立ちからすれば、「婚姻の本質」、すなわち、法律婚制度によって保護されるべき関係の本質的内容は、人と人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もうとする関係にある。

最高裁判所が、有責配偶者の離婚請求の可否が問題となった事案で、上記と同じ「婚姻の本質」が失われた場合には婚姻の保護(拘束)を及ぼす理由が失われると論じていることも(最大判昭和62年9月2日民集41巻6号1423頁)、婚姻制度が何を保護するのかという点で本件と共通し、上記を裏付けるものである。

この点、原判決が採用する、当事者間での自然生殖可能性が無

【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2回期日(20231031)提出の書面です。

いことをもって、法律婚制度の選択肢という人の幸福追求のもっとも重要な手段の1つから排除する考えは、「個人の尊厳と両性の本質的平等」に反すること甚だしく、社会の常識からもあまりにかけ離れた考えであるし、婚姻の本質や目的を生殖と養育に限定しそこに婚姻の要件を直結するのは憲法解釈として誤っている。民法解釈学上も、婚姻の目的は、一貫して「両心の和合」等人的結合関係自体の保護と解されており、「産子の能力」を要件とする考えは、「我民法の精神を得たるものにあらず」甲A211の33)として明確に排されている(原審原告ら第11-1準備書面参照)。

ク 伝統的婚姻観に基づく反対意見について

原判決は、婚姻を男女のものにとらえる伝統的価値観に立つ「反対意見」がなお存在し、これを一方的に排斥することが困難であるとして、法律上同性のカップルの婚姻が未だ社会的承認を得たとはいえないという。上記伝統的価値観は、婚姻した男女が生殖と養育を行い次世代へつなぐという社会にとって重要かつ不可欠な役割を果たしてきたという事実を背景・根底とするというのがその理由である(41頁16行目から15頁)。

しかし、婚姻の果たす重要な機能の1つとして、生殖と養育があることと、婚姻が専らそのためにあるとして生殖しない人を排除することは別であり、法律上同性間の婚姻が可能になっても、男女が婚姻すること、婚姻して生殖と養育をすることを何ら否定したり変容を強いるものではないから、人の人格的生存にかかわる重要な権利を否定する理由とは到底なりえない。それは、人の性

【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2回期日(20231031)提出の書面です。

的指向や性自認が多様であって、法律上同性間の親密な関係も法律上異性のそれと同様に尊重されるべきだということを知ろうとしないか、知っていても認めたくないものは認めないという不合理な心情そのものである。

それでも、原判決は社会通念、社会的承認の名のもとで反対意見を尊重する。それは、理屈を越えて、なんであれ長く続いた状態を司法が変容させることに対する慎重であろう。

しかし、前述のとおり、原判決の後の本年6月「理解増進法」が成立した。同法が成立した事実は、すべての人は性的指向、性自認にかかわらずかけがえのない個人として尊重され、差別は許されない(第3条)ことが、わが国の法秩序の基本の一角をなすことが実定法によって確認されたことを意味する。そうであれば、合理的根拠の無い上記「反対意見」を憲法解釈の決め手として認めることは、わが国の法秩序の基礎をなす法原理に反する憲法解釈を裁判所が肯定し続けることになる。しかも、今回成立したのが、理解増進の法律であり、国(同法4条)、地方公共団体(同5条)、事業主(同6条1項)、学校等の設置者(同条2項)があげて「性的指向及びジェンダーアイデンティティの多様性」の理解増進のための施策をなすべきことを定めた意義は大きい。人の性の多様性については、啓発を進めても心情として受け容れない少数の人々がいる。そのような人々が存在するからといって、人権侵害をそのままにすることはできない。それは人権を侵害された人々にとってあまりに酷であり(札幌地裁判決29頁3行目、32頁8行目)、社会は深く分断される。そうであればこそ、法律は、上記の人々の心情を一方的に排斥するのではなく、国、地方公共

【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2回期日(20231031)提出の書面です。

団体、事業者、学校設置者がさまざまな機会にさまざまなアプローチで理解増進の施策をなすことを定めたのである。反対意見に処するのは、理解増進法のこのような施策の役割である。憲法と人権の府である裁判所が、憲法解釈をゆがめる必要は無いのである。

ケ まとめ

以上、憲法24条1項は、法律上異性のカップルと同様に、法律上同性のカップルに対し、婚姻の自由を保障し、その表裏として、法律婚制度により法的な家族として保護される利益を保障する。したがって、同条項は、国に対し、法律婚制度を性的指向にかかわらずすべての人が利用できるよう構築するよう義務付けている。

(2) 憲法24条2項による要請

ア 憲法24条2項の趣旨と規範的効力

憲法24条2項は、婚姻をはじめとする家族に関する法律は「個人の尊厳及び両性の本質的平等」に立脚して制定されなければならない旨定める。

これは、家族法制全体について、必要な法制度の構築を国に義務づけるとともに、構築される法制度の在り方によっては人々の幸福追求や民主政が阻害されることを直視し(わが国戦前の家制度でそれは現実となった)、「個人の尊厳と両性の本質的平等」という憲法の基本的原理・価値を「家族に関する」法制全体に徹底させようとするものである。

【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2回期日(20231031)提出の書面です。

このような憲法24条2項の趣旨と制定経緯からすれば、憲法24条2項は、単に、「婚姻及び家族」に関する事項に係る立法の指針を示すにとどまらず、「個人の尊厳と両性の本質的平等」に反する立法について、これを無効ならしめるとともに、立法府に対し速やかにその改廃のために必要な措置を講じることを義務付ける強い効力を有する規定である。「日本国憲法の施行に伴い、民法について、個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚する応急措置を講ずること」(下記法律1条)が必要となり、日本国憲法の施行に伴う民法の応急的措置に関する法律(昭和22年法律第74号)が制定施行されたことはこのことを示している(控訴理由書第4分冊11頁)。

イ 憲法24条2項適合性の判断基準

法律が「個人の尊厳と両性の本質的平等」に立脚しているといえるか否かは、当該法制度の趣旨や同制度を利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越えるものとみざるをえないような場合に当たるか否かという観点から判断すべきものであるが(最大判平成27年12月16日(夫婦同氏強制合憲判決))、法律が、婚姻に対する直接的な制約を課すような場合には、当該利益の憲法上の重要性や侵害の重大性等の「事柄の性質」を十分考慮に入れて区別や制約の憲法適合性を審査すべきであるとされる(最大判平成27年12月16日民集69巻8号2427頁再婚禁止期間違憲訴訟判決)。本件のように、婚姻の相手方選択の自由という、憲法24条1項が婚姻制度(法

【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2回期日(20231031)提出の書面です。

律婚)の核心として保障しようとすることがらが直接侵害されている場合には、きわめて厳格な審査がされるべきである。

また、最大判平成27年12月16日(民集69巻8号2586頁夫婦同氏強制合憲判決)は、憲法上直接保障された権利とまではいえない人格的利益に対する制約とされた事案においても、「憲法上直接保障された権利といえない人格的利益をも尊重すべきこと、両性の実質的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実質上不当に制約されることのないよう図ること等についても十分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要請をし、指針を与えるもの」と判示しており、上記のとおり憲法上十分尊重に値する利益が直接制約され重大な結果が生じている本件においてはなおさらのこと、厳格な審査がなされねばならないはずである。

ウ 「法律婚制度により法的な家族として保護される利益」を直接制約する本件諸規定は「個人の尊厳と両性の本質的平等」に立脚して制定されたといえず憲法24条2項に反すること

上記第3・1(1)のとおり、憲法24条1項及び2項は、婚姻の本質を有する親密な人的結合関係を法的な家族として保護するという、家族になるための法制度として法律婚制度の構築を、国に対して義務付け、その表裏として、同条項は、個人に対し、法律婚制度により法的な家族として保護される利益を保障している(控訴理由書第4分冊第4・2・(2)の「パートナーと家族になることに関する人格的利益」はこの法的利益に包含される。)

それゆえ、法律婚制度により法的な家族として保護される利益

【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2回期日(20231031)提出の書面です。

が直接制約されている場合は、「個人の尊厳」に直結する権利利益が直接制約されているといえるから、その制約に真にやむをえない理由が存在するか否かが厳格に審査される必要があり、その論証がない限り、かかる制約の根拠となっている法令は「個人の尊厳」に立脚して制定されたとはいえず、憲法24条2項に違反する(控訴理由書第4分冊10頁～17頁)。

そこで、本件諸規定が、現行の法律婚制度の享有主体を法律上異性のカップルに限っていることが個人の尊厳の要請に反しないかが問題となる。

エ 法律婚制度により法的な家族として保護される利益が直接制約されている

本件諸規定は、現行の法律婚制度の享有主体性を法律上異性のカップルにのみ認め、法律上同性のカップルには認めない。これにより、法律上同性のカップルは、法律婚制度により法的な家族として保護される利益が直接制約されている状態に置かれている。

具体的には、法律婚制度の中核的要素である①両当事者の親密な人的結合関係を中心とする家族としての身分関係の形成、②身分関係の公証及び③身分関係にふさわしい法的効果(権利義務)のすべてについて保障されない状態である。

すなわち、法律上同性のカップルは、婚姻の本質を伴うその親密な人的結合関係について、家族としての身分関係が形成されない結果、法的に「いないもの」とされる。これは、親密な二当事者の人的結合関係だけでなく、二当事者が子を産み育てる場合に二当事者とその子は家族(親子)になれないし、二当事者を中心

【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2回期日(20231031)提出の書面です。

とした家族の広がり（親族）も発生しない²。また、全国統一の登録公証制度により家族として公証されない結果、法律上同性のカップルを中心とした人的結合関係は「社会に認められた関係」として扱われない³。さらに、家族としてふさわしい法的効果は何も保障されない。

このような状態は、法律婚制度が有する個人の幸福追求の意義及び社会の多元性を確保する民主政の基盤という二つの意義を法律上同性のカップルに認めない状態であるが、つまるところ、法律上同性のカップルが尊厳ある人として社会の中で生きることを認めないに等しい。まさしく、このような状態は法律上同性のカップルの人格的生存に対する重大な脅威であり障害であるというほかない（控訴理由書第4分冊32頁以下）。

このとおり、法律婚制度により法的な家族として保護される利益が直接制約されている状態に置かれていることにより、法律上同性のカップルは、尊厳ある人として社会の中で生きることを認められないという人格的生存を脅かす重大な不利益を被っているのであり、その制約に真にやむをえない理由が存在しないから、個人の尊厳の要請に反した状態といわざるを得ない。

² 控訴人ら第4準備書面13頁から14頁参照。

³ 「社会に認められた関係」として扱われないことによるスティグマの害悪の実例は控訴人ら第4準備書面14頁から19頁参照。

【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2回期日(20231031)提出の書面です。

オ 憲法24条1項及び2項の「婚姻」が異性間の婚姻を意味するとの原判決の立論について（上記文言の意味の影響を受けないこと）

(ア) 上記結論は、憲法24条1項及び2項の「婚姻」の文言が法律上異性のカップルの人的結合関係のみを想定しているかどうかによって左右されるものではない。

すなわち、①法律婚制度により法的な家族として保護を受ける利益は、個人の尊厳にとって譲れない重要な人格的利益として憲法24条2項から導かれ、より根本的には、人の尊厳にもとづく憲法13条の幸福追求権からも由来する利益であり、憲法24条1項と2項はそれが憲法上重要な利益であることを確認する規定であるから、その享有主体が24条1項ないし2項の文言のみによって決定される理由は無い。

また、②そもそも、憲法24条2項は、「婚姻及び家族」に関する事項についての法制度は個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚して制定するよう要請しており、そこに「個人の尊厳」の言葉があえて用いられている。「個人の尊厳」は個人こそ価値の根源であるという原理であり、人が人であることだけを理由に認められる「人権」の根拠であるから（甲A576・高橋和之）、特定の性別、特定の性的指向に向けられるものではなく、すべての人に向けられた原理であり、要請である。それにもかかわらず同条が、法律上同性のカップルを排除している現行法をそのまま前提に、その範囲でのみ個人の尊厳の要請に合致しているかどうかの検討を求めていると解することは背理であり、個人の尊厳の持つ重い意味を理解しない解釈である。

【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2回期日(20231031)提出の書面です。

憲法24条2項には「両性」の文言があるが、同条項は、婚姻及び家族に関わる多岐にわたる事項の全般について「個人の尊厳と両性の本質的平等」への立脚を言うものであり、同条項で問題となる個々の事項が必ず「両性の本質的平等」との文言に対応して男女の問題に限定されると解する理由が無い。実際、24条2項が規律する場面には、まさに男女間の問題もあれば、名古屋判決が例示する「家督相続制度の復活の是非」(同判決38頁)といったように、男女間に限られない問題が含まれる。同条項の文理上先んじて「個人の尊厳」を置いていることから、「個人の尊厳」は「両性の本質的平等」とは別個の要請であって、憲法24条2項に「両性」の文言があるからといって、同条項で規律される事項が法律上異性間の事項に限定されると解する理由は無い。それゆえに、その保障の享有主体が法律上異性のカップルに限定されることを前提としていないと解するのが文理解釈上も自然である。

(イ) また、前述のとおり、憲法24条1項は、当事者が法律上異性か同性かにかかわらず、望む相手との婚姻によって法律上の家族となる権利を保障していると解するべきであるが、仮に、同条1項が異性カップルにのみ婚姻の自由を保障していると解したとしても、それは、歴史的経緯から1項の射程が異性間であるというだけのことであって、2項がより広く、すべての人に、中核要素を備えた家族となるための法制度を保障し、かつ婚姻がそのための制度であることを定めていると解することは可能であって、この意味でも、1項によって保護される人的関

【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2回期日(20231031)提出の書面です。

係の範囲によって2項の保護範囲が限定される理由は無い。

すなわち、そもそも憲法24条1項は、憲法13条に基づく同24条2項が婚姻及び家族に関する法制が個人の尊厳に立脚することを求めたことを受けて、「その中でも」(原判決38頁10行目)特に重要なこととして、2項冒頭に例示された「配偶者の選択」が個人の尊厳に立脚すべきことを、さらに明確に、婚姻の成立要件における婚姻の自由として明定したものである。要するに、憲法24条1項は、同条2項の原理が具体化した一場面であり、同条1項の背後にあって1項を導いた同条2項さらには憲法13条が求め保護する内容をすべて言い尽くしたものではない。そうであれば、憲法の明文に列挙されない権利利益もそれが個人尊重原理に必須な権利利益として十分具体的である場合には解釈上憲法上の保護が認められるのと同様に、仮に憲法24条1項の保護が法律上同性のカップルに及ばないと解する場合でも、その如何にかかわらず、婚姻及び家族についての法制特に「配偶者の選択」の法律が「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2項に基いて、同性カップルについても「婚姻の自由」や「法律婚制度により法的な家族として保護される利益」の保障が認められるべきである。

(ウ) このことは、仮に憲法制定時、憲法24条1項及び2項について法律上異性のカップルの人的結合関係のみを想定していたとしても、その享有主体を法律上異性のカップルに限定し続けることで個人の尊厳の原理に反する状態が生じている場合

【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2回期日(20231031)提出の書面です。

には、「婚姻及び家族」に関する事項の法制度が個人の尊厳の要請に立脚しているとはいえず、憲法24条2項に違反することも当然ありうることを意味する⁴。

この点、現行法上、法律上異性のカップルは法律婚制度を利用でき、それにより①両当事者の親密な人的結合関係を中心とする家族としての身分関係の形成、②身分関係の公証及び③身分関係にふさわしい法的効果(権利義務)という法的な家族として保護を受ける利益を享受できるが、法律上同性のカップルはこの利益を一切享受できず、法律上異性のカップルと法律上同性のカップルの間に著しい差異が生じている。この差異は、上記のとおり法律上異性のカップルには尊厳ある人として社会の中で生きることを認めるが、法律上同性のカップルにはそれを認めないという差異であり、かかる差異の結果、法律上同性のカップルは人格的生存を脅かす重大な不利益を被っているのであるから、極めて重大な差異といえる。

その上、法律上同性のカップルを法律婚制度により法的な家族として保護する要請は社会の変動において顕著である。すなわち、異性愛のみを正常として同性愛等を異常・劣ったものとして位置付ける異性愛規範の正当性が失われたこと、法律上同性の

⁴ 名古屋地裁判決(45頁)が「現行の家族に関する法制度における現行の法律婚制度はそれ単体としては合理性があるように見えたとしても、そこで重視されるべき価値に対する理解の変化に伴い、その享有主体の範囲が狭きに失する疑いが生じてきており、結果として、同性愛者を法律婚制度の利用から排除することで、大きな格差を生じさせていながら、その格差に対して何ら手当がなされていないことについて合理性が由来できるといわざるを得ず、もはや無視できない状況に至っている」と判示したのも同様の理解と解される。

【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2回期日(20231031)提出の書面です。

カップルからなる家族を社会的に承認しようという取り組みが日本社会の各方面で進行していること、日本の人々の意識上も法律上同性のカップルの婚姻を受容する変化が明らかであること、日本社会では既に家族の多様化が進み、受容されていること、2000年以降諸外国では法律上同性のカップルの婚姻の法制化の実現が揺るぎない潮流になっていること、2022年11月には、日本は自由権規約委員会から法律上同性のカップルが婚姻できない現行法の是正を勧告されたこと、前述のとおり、2023年6月には性的指向及びジェンダーアイデンティティの多様性に関する国民の理解の増進に関する法律(令和5年法律第68号)が成立し、人の性の多様性と、すべての人は性的指向・性自認にかかわらずかけがえのない個人として尊重されるとの観念がわが国法体系の基本に位置することが確認されたことといった社会の変動を踏まえれば、既に日本社会は法律上同性のカップルを法律婚制度により法的な家族として保護することを受容し、要請しているといわざるを得ない(控訴理由書第4分冊52頁以下)。

カ まとめ

以上から、現行の法律婚制度がその享有主体を法律上異性のカップルに限定し続けることで法律上同性のカップルは法律婚制度により法的な家族として保護を受ける利益を享受できず、その結果人格的生存を脅かすほど重大な不利益を受けているのであり、現行の法律婚制度により法律上異性カップルと法律上同性カップルの間に極めて重大な差異が生じている状態を正当化する真にや

【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2回期日(20231031)提出の書面です。

むを得ない理由はいかなる点からも認められないことから、その差異は個人の尊厳の要請に反する状態といわざるを得ず、現行の法律婚制度がその享有主体を法律上異性のカップルに限っていることは、個人の尊厳に照らして合理性を欠く。

したがって、憲法24条2項は、国に対し、現行の法律婚制度を性的指向にかかわらずすべての人が利用できるよう構築するよう義務付けている。

（3）憲法14条1項による要請

憲法14条1項は、法の下で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であると解されている。

法律上同性のカップルは、法律上異性のカップルと異なり、婚姻することができず、その結果、①法的な身分関係（当事者間・親子）が形成されず、②その関係性が公証されず、③必要な法的効果（権利義務）を何ら享受することができない状況にある。

これは性的指向ないし性別に基づく別異取扱いであるところ、事柄の性質に応じた合理的な根拠がない限り、法律上異性のカップルと法律上同性のカップルが、婚姻できるか否かという点において区別されないことが憲法14条1項によって要請される。また、これに加えて、事柄の性質に応じた合理的な根拠がない限り、法律上異性のカップルと法律上同性のカップルが、①身分関係（当事者間・親子）の形成、②身分関係の公証及び③かかる身分関係にふさわしい法的効果（権利義務）のいずれの点においても区別されないことも、憲法14条1項によって要請される。

【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2回期日(20231031)提出の書面です。

そして、上記いずれの点においても法律上異性のカップルと法律上同性のカップルを区別する合理的な根拠は認められないから(詳細は控訴理由書第3分冊)、法律上同性のカップルに対して現行の法律婚制度を開放し、法律上異性のカップルと同じ①身分関係(当事者間・親子)の形成、②身分関係の公証及び③かかる身分関係にふさわしい法的効果(権利義務)を付与することが、憲法14条1項によって要請される。

3 現行の法律婚制度以外の「別制度」では憲法が要請する立法義務を満たさないこと⁵

(1) 立法府は、当事者の性的指向等にかかわらず、現行の法律婚制度を利用することができるようにする、憲法上の義務を負うこと

原判決は、同性愛者等がパートナーと家族となるための法制度として、婚姻に類する法制度といった婚姻ではない「別制度」を新たに構築することによることも憲法の要請に反しないと判示する(原判決53頁から54頁)。

しかし、このような判断は誤りである。

なぜなら、立法府は、憲法24条1項及び2項並びに憲法14条1項により、当事者の性的指向等にかかわらず、現行の法律婚制度を利用することができるようにする義務を負うからである。

⁵ 控訴理由書第4分冊38頁から52頁、控訴審第5準備書面参照。

【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2回期日(20231031)提出の書面です。

すなわち、上記第3の2で論じたとおり、憲法24条1項及び2項は、家族になるための法制度の具体化として「婚姻」を定め、「婚姻の本質」を満たす関係に対して婚姻の自由の保障を担保する法律婚制度を個人の尊厳と両性の本質的平等の要請に立脚して構築する義務を立法府に負わせた。これは、法律婚制度が定める仕組みとそれを利用して望む相手と婚姻しようという選択肢を持つことを保障することに、二つの意義（人が社会において人格的自律の存在として幸福追求をなすうえで不可欠であり、民主政の基盤である社会の多元性の確保にとっても極めて重要な役割を果たすという意義）があるからである。法律上同性のカップルが「婚姻の本質」を満たす関係を構築しようことは、原判決も認めるところであり（原判決45頁から46頁）、憲法24条1項及び2項が法律婚制度の構築を義務付けた上記の二つの意義は、法律上同性のカップルにも妥当する。したがって、立法府は、憲法24条1項及び2項により、法律婚制度を性的指向等にかかわらず、すべての人が利用できるように構築する義務を負う。そして、現行の法律婚制度は、そのような憲法上の要請のもと制定された制度なのであるから、立法府は、憲法24条1項及び2項により、当事者の性的指向等にかかわらず、現行の法律婚制度を利用することができるようにする義務を負うのである。

また、「婚姻の本質」を満たす関係を構築しよう点、憲法24条1項及び2項が法律婚制度の構築を義務付けた上記の二つの意義が妥当する点に関し、法律上同性のカップルと法律上異性のカップルとの間に本質的な差がなく、現行の法律婚制度の内容は婚姻の当事者が法律上異性の者どうしであることを前提とした用語

【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2回期日(20231031)提出の書面です。

について法律上同性の者どうしも含む用語に修正するといった技術的な手当てをしさえすれば、そのまま法律上同性のカップルに対しても適用可能⁶なのであり、あえて別の制度とする理由もないのであるから、立法府は、憲法14条1項によっても、当事者の性的指向等にかかわらず、現行の法律婚制度を利用することができるようにする義務を負う。

(2) 原判決のいう「子の福祉や生命倫理の観点からの検討」は法律上同性カップルを現行の法律婚制度から排除する理由とならないこと

ところで、原判決は、現行法上、同性愛者等法律上同性のカップル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を憲法24条2項違反と判断しながら、本件諸規定が現行法律婚制度の享有主体から法律上同性のカップルを排除していることを端的に違憲としなかったが、その主たる理由として、「現行の婚姻制度に同性間の婚姻を含める立法」(原判決54頁)において、嫡出推定規定の適用の有無、養子縁組の可否、生殖補助医療の利用の可否等がその障壁になる余地があり、子の福祉や生命倫理の観点からの検討が不可欠であるという認識を有しているためであることが窺われる⁷。

しかし、このような認識には根拠がない。

⁶ 控訴人ら第7準備書面参照。

⁷ 例えば、原判決は、「同性間の婚姻を導入した国においても、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について議論がされていることが認められ、我が国においても、これらの点について、子の福祉や生命倫理の観点からの検討、他の制度との整合性の検討等を行うことが不可避であり、この点は第一次的には立法府の立法裁量に委ねられているものといわざるを得ない。」と述べる(同53頁から54頁)。同様の記述は同52頁でもなされている。

【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2回期日(20231031)提出の書面です。

ア 嫡出推定規定の適用について

まず、嫡出推定規定については、例えば、「妻」を「婚姻の当事者の一方」、「夫」を「婚姻の当事者の他方」などと修正すれば、法律上女性のカップルの一方が第三者から精子提供を受けて子を懐胎するケースに適用することが可能である。

何らかの理由で自然生殖が可能でなく第三者から精子提供を受けて子を懐胎する法律上異性のカップルのケースと何ら本質的な差はない。え、生殖補助医療を利用し、第三者から精子提供を受けて婚姻中に子を懐胎した場合にも嫡出推定規定群が適用されるというのが確立した解釈であること（最三小判平成25年12月10日民集67巻9号1847頁、生殖補助医療の提供等及びこれにより出生した子の親子関係に関する民法の特例に関する法律10条）からすれば、適用を否定する理由もない⁸。

イ 養子縁組の可否について

また、普通養子縁組、特別養子縁組いずれについても、嫡出推定規定の場合と同様に、「夫婦」、「父」、「母」、「父母」など婚姻の当事者が法律上異性の者どうしであることを前提とした用語を適宜、法律上同性の者どうしも含む用語に修正すれば、その内容をそのまま適用することができる。

法律上異性のカップルとその子の家族としての関係と法律上同性のカップルとその子の家族としての関係には本質的な差はない

⁸ 控訴理由書第4分冊49頁、控訴人ら控訴第7準備書面8頁から10頁参照。

【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2回期日(20231031)提出の書面です。

し、法律上同性のカップルも法律上異性のカップルと同様、子の福祉の観点から親としての責務を十分に果たすことができ⁹、親権者による財産管理の必要性、身上監護の必要性にも違いがないことからすれば、適用を否定する理由もない¹⁰。

ウ 生殖補助医療の利用の可否について

さらに、生殖補助医療の利用に関し倫理上、立法上の課題があるのは事実であるが、これらは、法律上異性のカップルと法律上同性のカップル双方に共通する課題である。したがって、生殖補助医療の利用に関し、倫理上、立法上の課題があることは、法律上同性のカップルに対し現行の法律婚制度の享有主体性を否定する理由とならない。

(ア) いわゆる A I D について

まず、法律上女性同士のカップルが子を設けるうえで利用が想定される生殖補助医療の典型例は、第三者から精子提供を受けての人工授精（いわゆる A I D）である。このいわゆる A I D について、現状、法的な規制がなく、運用上、日本産婦人科学会の「提供精子を用いた人工授精に関する見解」（甲 A 7 8 7 ・ 「提

⁹ 被控訴人国自身、子の福祉の観点から親としての責務を十分に果たしうるかどうかは、親の性自認や性的指向によって決まるのではなく、温かい愛情と正しい理解を持って子を養育する意思、能力、環境などがあるかどうかによって決まることを前提としていることは、控訴人ら第7準備書面14頁から15頁参照。

¹⁰ 控訴理由書第4分冊49頁から50頁、控訴人ら第7準備書面12頁から17頁参照。

【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2回期日(20231031)提出の書面です。

供精子を用いた人工授精に関する見解」)に基づき実施されているのが現状である。

上記見解では、被実施者の条件の一つとして「法的に婚姻している夫婦」であることがあげられている(上記見解2)。これは、厚生科学審議会生殖補助医療部会の2003年4月28日付け「精子・卵子・胚の提供等による生殖補助医療制度の整備に関する報告書」(甲A788・「精子・卵子・胚の提供等による生殖補助医療制度の整備に関する報告書」)に沿った条件であるが、同報告書によれば、このような条件が設けられているのは、「法律上の夫婦以外の独身者や事実婚のカップルの場合には、生まれてくる子の親の一方が最初から存在しない、生まれてくる子の法的な地位が不安定であるなど生まれてくる子の福祉の観点から問題が生じやすい」ためであるとされている(同報告書 III の1(1))。よって、法律上同性のカップルに対して現行の法律婚制度により婚姻することが認められれば、この問題は解消する。

いわゆるAIDに関して、上記のほかに、例えば、子どもの出自を知る権利、生殖医療技術の利用に関する情報管理制度、出生した子と精子提供者の間の認知の問題などの課題があることも事実である。しかし、これらは、法律上同性のカップル特有の問題でなく、法律上異性のカップルにも生じる問題であり、現に法律上異性のカップルの問題として議論されている。

また、上記のほかに、法律上異性のカップルと法律上女性同士のカップルとで、AIDの利用に関し区別を設ける実質的な理由は見当たらない。

【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2回期日(20231031)提出の書面です。

したがって、A I Dに関連する生殖補助医療の倫理上、立法上の課題は、法律上同性のカップルを現行の法律婚制度から排除する理由にはならない。

(イ) いわゆる代理懐胎について

いわゆる代理懐胎については、現行法上、これを明確に禁止する法令は存在しないが、代理懐胎には様々な倫理上、立法上の課題があることから、運用上、日本産婦人科学会の「代理懐胎に関する見解」(甲A789・「代理懐胎に関する見解」)に基づき実施が禁止されているのが現状である。

しかし、本訴訟において原告らが求めているのは、法律上同性のカップルに対しても現行の法律婚制度の享有主体性を認めることであり、代理懐胎の利用の解禁を求めているのではない。

また、代理懐胎の利用は、法律上異性のカップル、法律上同性のカップルのいずれにおいても問題となりうるものであり、代理懐胎が抱える倫理上、立法上の問題は、法律上同性のカップル特有の問題ではない。

したがって、代理懐胎に関連する生殖補助医療の倫理上、立法上の課題は、法律上同性のカップルを現行の法律婚制度から排除する理由にはならない。

エ 原判決の認識不足・無理解

原判決が嫡出推定規定の適用の有無、養子縁組の可否、生殖補助医療の利用の可否等に議論の余地があるとする背景には、法律

【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2回期日(20231031)提出の書面です。

上同性のカップルが子を産み育てている実態とその親子関係に対する法的保護の必要性に対する認識不足及び無理解がある。

子を産み育て、次世代に承継するという営みは、法律上異性のカップルだけが行ってきたものではなく、法律上同性のカップルも行なっており、その親子関係に対する法的保護の必要性は法律上異性のカップルと子に比べて法律上同性のカップルと子が劣後する理由はない¹¹。現行の法律婚制度の内容は技術的な手当さえすれば法律上同性カップルとその子にそのまま適用可能である¹²。

そうであるから、嫡出推定規定の適用の有無、養子縁組の可否、生殖補助医療の利用の可否等といった親子関係に関する法制度についても、法律上異性のカップルと法律上同性のカップルの場合とで差異を設ける理由はない。

オ 一部の規定が適用されないことは、法律上同性のカップルを婚姻等から排除する理由とならないこと

さらに、そもそも、婚姻は、「婚姻の本質」（最大判昭和62年9月2日民集41巻6号1423頁）に適合する当事者であれば広く利用できるべき制度であって、個々の当事者において、婚姻の効果として用意されているさまざまな仕組みや規律のすべてを享受できないからといって、かかる当事者が婚姻制度そのものから排除されることは予定されていない。法律上異性のカップル

¹¹ 控訴理由書第1分冊12頁～16頁、18頁から19頁、20頁から21頁、控訴人ら第1準備書面3頁～8頁、10頁から14頁、原告ら第8準備書面（原告西川の個別事情について）、原告ら第14準備書面（原告小野春の個別事情）など参照。

¹² 控訴人ら第7準備書面参照。

【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2回期日(20231031)提出の書面です。

について、子を持つ能力や意思のない場合であっても、嫡出推定規定の適用の有無、養子縁組の可否、生殖補助医療の利用の可否等を何ら問題とされることなく婚姻しうることを考えればそれは明らかである。

したがって、仮に本件諸規定の中に、事柄の性質上法律上男性のカップルまたは法律上女性のカップルの場合には適合ないし機能しないと理解される仕組みや規定が存在しても、そのこと自体はそれらの者に対し、現行の法律婚制度に基づく婚姻を否定する理由にはまったくなりえない。

よって、仮に、嫡出推定の仕組みが法律上異性のカップルのみに適合する制度であるという特別の理解を前提とした場合でも、そのことは、法律上同性のカップルに対し現行の法律婚制度の享有主体性を否定する理由にはならない。

(3) 段階的移行は必要ではなく、かえって有害でしかないこと

原判決には、段階的移行も選択肢であると考えている節も見受けられる¹³。しかし、段階的移行は不要であり、かえって有害である¹⁴。

欧米で登録パートナーシップの導入が盛んとなったのは、1990年代から2000年代であるが、この時期においていわゆる

¹³ 例えば、原判決は、「同性間の婚姻の制度を導入した国においても、その導入に先行して、まずは登録パートナーシップ制度を導入した国も多く、その導入過程は様々である。」、「同性間の婚姻を導入した国に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について議論が認められ、(中略)この点は第一次的には立法府の立法裁量に委ねられているものと言わざるを得ない。」(同52頁から53頁)と述べる。

¹⁴ 控訴理由書第4分冊47頁から49頁、控訴審第5準備書面17頁から21頁参照。

【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2回期日(20231031)提出の書面です。

同性婚を導入していたのは数か国に過ぎず、登録パートナーシップ制度を導入していた国にとってすら、いわゆる同性婚の導入へと踏み込むには大きな決断が必要であった(甲A743・渡邊意見書)。

他方で、法律上同性のカップルの法的保護に関する現在の状況は、1990年代や2000年代から大きく変わっている。

本準備書面提出日現在、36の国・地域において法律上同性カップルの婚姻の法制化が実現されており(甲A670)、法律上同性のカップルの婚姻の法制化の潮流は揺るぎないものとなっている。G7構成国で法律上同性のカップルの婚姻を法制化していないのは、イタリアと日本だけである(ただし、イタリアは登録パートナーシップを導入済みである(甲A670))¹⁵。

また、法律上同性のカップルの法的保護について、国際人権法上、2000年代には事実婚としての保護の保障しかなかったが、2010年代に家族としての保護の保障という規範が確立した。さらに、法律婚へのアクセスの保障が有力な考えとなり、2022年11月、自由権規約委員会は、日本に対し、法律上同性のカップルの法律婚へのアクセスは自由権規約2条及び26条に基づく自由権規約上の権利と位置付けたうえで、法律上同性のカップルの法律婚へのアクセスを認めるための措置を講じることを明示的に勧告した(甲A610・パラグラフ10、11)¹⁶。

¹⁵ 控訴理由書第4分冊47頁、原告ら第6準備書面18頁から19頁、控訴審第2準備書面7頁から8頁参照。

¹⁶ 控訴理由書第4分冊56頁から57頁、控訴審第2準備書面8頁から17頁参照。

【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2回期日(20231031)提出の書面です。

日本国内においても、性的指向及び性自認の尊重は人権問題であるとの理解が進み、主に2000年代から、性的指向及び性自認に基づく人権侵害を防止する施策が様々に講じられるようになった。その流れの中で、多くの地方自治体において法律上同性のカップルの関係を証明するいわゆるパートナーシップ証明制度や、子どもとの関係も含めて証明するファミリーシップ制度の導入が進んでいる。国民の中でも、法律上同性のカップルの婚姻に係る制度の導入に賛成する者が多数を占めるようになり、法律上同性のカップルを法律上異性のカップルと等しく婚姻により保護すべきであるという意識は高まり続けているのである¹⁷。

他方、法律上同性のカップルに対し現行の法律婚制度に基づく婚姻を認めたとしても、それにより侵害される既存利益は観念できない¹⁸。

このような現在の状況に照らせば、日本において段階的移行を図る必要性は見出しがたい。

かえって、段階的移行を目的として現行の法律婚制度と異なる内容の制度を導入することを認めることは、差別の固定化の危険があり¹⁹、その是正のための過重な負担を法律上同性のカップルに負わせることになる²⁰。その是正の是非をめぐって無用な争いがおこり、社会の軋轢を増す可能性もある²¹。

¹⁷ 控訴理由書第4分冊47頁から48頁、52頁から56頁など参照。

¹⁸ 控訴審第5準備書面18頁など参照。

¹⁹ 控訴理由書第4分冊42頁から47頁、控訴審第5準備書面17頁参照。

²⁰ 控訴審第5準備書面17頁から18頁など参照。本訴訟及び関連訴訟における当事者の膨大な負担も想起されたい。

²¹ 控訴審第5準備書面18頁から20頁など参照。

【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2回期日(20231031)提出の書面です。

したがって、安易な段階的移行は、憲法24条の解釈原理である、「個人の尊重」、「個人の尊厳」、憲法14条1項の「法の下での平等」の観点から、到底、許されない。

(4) まとめ

上記のほか、法律上同性のカップルに対してのみ、現行の法律婚制度と異なる「別制度」を用意する必要性も、合理的な理由も存在しないことは、既に提出済みの準備書面で述べたとおりである。したがって、現行の法律婚制度以外の「別制度」では憲法が要請する立法義務を満たさない。

4 本件諸規定の違憲性

(1) 本件諸規定は家族になるための法制度の具体化である法律婚制度を定める規定であること

以上で論じたとおり、個人の幸福追求の上で重要な意義を有する親密な人的結合関係を安定・強化し、かつ、そのような自律的幸福追求を社会の基礎的な構成単位として認める枠組みとして、その関係を法的な家族として保護するという家族になるための法制度（制度の中核的要素は、①両当事者の親密な人的結合関係を中心とする家族としての身分関係の形成、②かかる身分関係の公証及び③かかる身分関係にふさわしい法的効果（権利義務）の集合的付与である。）を憲法は要請する。

その上で憲法は、このような法制度の具体化として婚姻を定め、両当事者の自律的意思決定及び対等性を譲れない核心とし（憲法

【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2回期日(20231031)提出の書面です。

24条1項)、法律婚制度の構築を個人の尊厳と両性の本質的平等の要請に立脚して行うよう立法府に義務付けた(同条2項)。これは、このような法制度こそが、家族になるための法制度の重要な二つの意義・利益を達成するものだからである。

そして、家族になるための法制度の要請は個人の幸福追求権、自己決定権の源である個人の尊重、個人の尊厳に由来するものであり、それゆえにすべての人が利用できるものでなければならぬところ、憲法が婚姻以外に家族になるための法制度を定めなかったことも、婚姻がすべての人に(性的指向等によって区別されることなく)開かれていることを当然の前提としていることが裏付けられる。このような様々な憲法上の要請を踏まえたものとして、現行の法律婚制度が制定された。

さらに、法律上同性のカップルに対してのみ、現行の法律婚制度と異なる「別制度」を用意する必要性も合理的な理由も存在しない。

以上を踏まえて、本件諸規定の憲法適合性についてみる。

(2) 憲法24条1項適合性

憲法24条1項は、婚姻が両当事者の自律的意思決定及び対等性を譲れない核心として定めるものであり、特に両当事者の自律的意思決定を婚姻の自由として保障する。これは、個人の尊重、個人の尊厳に由来する家族になるための法制度の意義・利益を達成するために不可欠であるからである。そして同条項は、婚姻の自由の表裏として家族になるための法制度である法律婚制度により法的な家族として保護される利益も保障する。

【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2回期日(20231031)提出の書面です。

しかしながら、本件諸規定は、現行の法律婚制度の享有主体を法律上異性のカップルに限り、法律上同性のカップルを排除している。そのために、同性愛者等は、婚姻することができず、また、婚姻できない結果として家族になるための法制度である法律婚制度により法的な家族として保護される利益すら与えられない。

したがって、本件諸規定は、同性愛者等の婚姻の自由を侵害するという点で憲法24条1項に反する。また、本件諸規定は、同性愛者等の家族になるための法制度により法的な家族として保護される利益を侵害する点においても同条項に反する。

(3) 憲法24条2項適合性

次に憲法24条2項は、立法府に対し、「個人の尊厳及び両性の本質的平等」に立脚して「婚姻及び家族」に関する制度である法律婚制度を制定することを義務付ける。これは、個人の尊重、個人の尊厳に由来する家族になるための法制度の意義・利益を達成するためには、その制度の内容が個人の尊厳及び両性の本質的平等に立脚していることが不可欠だからである。

しかしながら、本件諸規定は、現行の法律婚制度の享有主体を法律上異性のカップルに限り、法律上同性のカップルを排除している。そのために、同性愛者等は、婚姻することができず、また、婚姻できない結果として家族になるための法制度により法的な家族として保護される利益すら与えられない。そして、現行の法律婚制度から排除されることにより法的な家族として保護されないことは、同性愛者等の人格的生存に対する重大な脅威、障害であり、個人の尊厳の要請に反する状態である。また、前記第3の3

【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2回期日(20231031)提出の書面です。

で詳述したとおり、このような状態は現行の法律婚制度以外の「別制度」で解消されない。

したがって、本件諸規定は、同性愛者等を現行の法律婚制度から排除している点で憲法24条2項に反する。また、本件諸規定は、現行の法律婚制度から排除することにより同性愛者等の家族になるための法制度により法的な家族として保護される利益すら侵害する点で同条項に反する。

(4) 憲法14条1項適合性

最後に、憲法14条1項は、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。

本件諸規定は、現行の法律婚制度の享有主体を法律上異性のカップルに限り、法律上同性のカップルを排除している。前述のとおり、これは、性的指向ないし性別という、自己の意思でコントロールできない性質の個人の属性に基づく別異取扱いである。

このような別異取扱いの結果、同性愛者等は、婚姻することができず、また、婚姻できない結果として家族になるための法制度により法的な家族として保護される利益すら与えられない。より具体的にみると、同性愛者等は、①身分関係(当事者間・親子)の形成、②身分関係の公証及び③かかる身分関係にふさわしい法的効果(権利義務)の集合的付与にかかる一切の利益を与えられないでいる。

法律上同性のカップルも婚姻の本質を伴った共同生活を営んでいるにもかかわらず、同性愛者等は、かかる別異取扱いにより、人格的生存に対する重大な脅威、障害に晒されるという個人の尊

【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2回期日(20231031)提出の書面です。

厳の要請に反する状態に置かれているのであって、これを正当化する根拠はない。

したがって、本件諸規定は、同性愛者等を現行の法律婚制度から排除するという別異取扱いをしている点で憲法14条1項に反する。また、本件諸規定は、同性愛者等に対しては家族になるための法制度により法的な家族として保護される一切の利益を与えないという別異取扱いをしている点で同条項に反する。

ここで、法律上異性のカップルに付与されている法的効果(権利義務)は多岐にわたるところ、憲法14条1項との関係では、憲法24条が要請する婚姻や法制度という枠組みとは別に、個々の法的効果に着目した場合にも、当該個別の効果について区別する合理的な根拠がなければ、その点において違憲となる。よって、現行の法律婚制度により法律上異性のカップルに与えられている各法的効果を個別に検証した場合に、仮にある効果について区別する合理性があると認められた場合であっても、区別する合理性が認められない他の効果があれば、当該効果との関係で、本件諸規定は憲法14条1項違反と判断されなければならない。そして、どの効果についても区別する合理的根拠は認められないから(詳細は控訴理由書第3分冊、控訴人ら第7準備書面)、本件諸規定はその点で既に憲法14条1項に違反する。

以上の結論は、本件諸規定が憲法24条に違反するか否かによって影響を受けない。

加えて、被控訴人は、法律上同性のカップルに自然生殖可能性がないことをもって同カップルに対する別異取扱いに合理性があると主張するところ(控訴答弁書54頁)、かかる主張では法律

【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2回期日(20231031)提出の書面です。

上同性のカップルと自然生殖可能性のない法律上異性のカップルとの間の別異取扱いを説明することができないことを、控訴人らは繰り返し主張してきた(控訴理由書第3分冊30頁など)。被控訴人らがかかる主張を維持するのであれば、控訴人らは、御庁に対し、法律上同性のカップルと自然生殖可能性のない法律上異性のカップルとの間の別異取扱いについての憲法14条1項適合性判断を行うことを明示的に求める。

5 補論

(1) 憲法適合性判断の対象

ア 控訴人らの求める憲法適合性判断の対象

家族になるための法制度構築の憲法の要請は、個人の尊重、個人の尊厳に由来するものであり、その具体的な法制度として現行の法律婚制度が定められ、それ以外の法制度はない。それゆえ、本件諸規定が法律上同性のカップルを現行の法律婚制度から排除し別異取扱いをしていることという憲法適合性判断の対象は、本件諸規定が、法律上同性のカップルを現行の法律婚制度から排除し別異取扱いをしている結果、家族になるための法制度が存在しない状態(家族になるための法制度により保護される一切の利益を与えない状態)に置いていることを包含する。

そうすると、本件の憲法適合性判断の対象は、①本件諸規定が法律上同性のカップルを現行の法律婚制度から排除し別異に取り扱っていること、②本件諸規定が法律上同性のカップルを家族になるための法制度が存在しない状態に置いていること、③本件諸

【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2回期日(20231031)提出の書面です。

規定が法律上同性のカップルに対して家族になるための法制度により法的な家族として保護される一切の利益を与えないことであると分析できる。

さらに、上記第3の4(4)にて述べたとおり、控訴人らは、④法律上同性のカップルと自然生殖可能性のない法律上異性のカップルとの間の別異取扱いについての憲法14条1項適合性判断を行うことも追加して求める。

なお、上記②乃至④は①に包含されるため、①が違憲と判断されれば②乃至④の憲法適合性判断は不要となる。しかし、仮に①が違憲と判断されない場合、控訴人らは、②乃至④の各主張について御庁が憲法適合性判断を明示的に行うことを求めるものである(そして、下記第4にて後述のとおり、それぞれに対応する違法性判断も明示的に求めるものである)。

イ 被控訴人による憲法適合性判断の対象についての主張は誤りであること

被控訴人は、原判決が法律上同性のカップルについて「パートナーと家族になるための法制度」が設けられていないことの憲法適合性判断をしたことに対し、「審理判断する必要のない事項」というべきだと論難する(控訴答弁書32頁～33頁)。

しかし、上記アのとおり、本件諸規定が法律上同性のカップルを現行の法律婚制度から排除し別異取扱いをしていることという憲法適合性判断の対象は、本件諸規定が、法律上同性のカップルを現行の法律婚制度から排除し別異取扱いをしている結果、家族になるための法制度が存在しない状態(家族になるための法

【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2回期日(20231031)提出の書面です。

制度により保護される一切の利益を与えない状態)に置いていることを包含するのだから、本件諸規定が法律上同性のカップルを家族になるための法制度が存在しない状態に置いていること(上記②及び③)も本件の憲法適合性判断の対象となる。

したがって、被控訴人の主張は誤りである。

なお、原判決は、違憲判断の対象について、「本件諸規定を含む現行法上」、法律上同性のカップルについてパートナーと家族になるための法制度が設けられてないこと、と設定したが、端的に「本件諸規定」が法律上同性のカップルを家族になるための法制度が存在しない状態に置いていることとすべきだった。この点については、この直後の(2)で論じる。

(2) 家族になるための法制度が存在しないことが違憲であるとの原判決の判断は正当であるものの、本件諸規定自体が違憲であると判断すべきであること

原判決は、「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」について「憲法24条2項に違反する状態にある」と判断する一方で、「婚姻を異性間のもの限り同性間の婚姻を認めていない本件諸規定が憲法24条2項に違反するとはいえない」(54頁)とした。

しかし、本件諸規定が憲法24条2項に反すると結論すべきだったから、原判決はその点で誤りである。

すなわち、①両当事者の親密な人的結合関係を中心とする家族としての身分関係の形成、②かかる身分関係の公証及び③かかる身分関係にふさわしい法的効果(権利義務)を与える「家族にな

【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2回期日(20231031)提出の書面です。

るための法制度」を規律しているのは本件諸規定であり、かつ、本件諸規定以外に存在しない。

とすれば、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存在しない」という状態は、まさしく本件諸規定によって生じているのであるから、原判決としても、「本件諸規定」を「法律婚制度を規律する民法及び戸籍法の諸規定」と定義した上で、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存在しないという限りにおいて、本件諸規定は違憲」と整理すべきであった。

同種事案の札幌地裁判決及び名古屋地裁判決も、同様の整理に基づいて本件諸規定自体を違憲と判断している。具体的には、札幌地裁判決は、「本件規定が…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」に着目した上で、「本件規定は、上記の限度で憲法14条1項に違反する」と結論付けているし、名古屋地裁判決も、「本件諸規定が、同性カップルに対して、その関係を国の制度によって公証し、その関係を保護するのにふさわしい効果を付与するための枠組みすら与えていないという限度で…憲法24条2項に違反すると同時に、憲法14条1項にも違反する」と結論付けている。

(3) 違憲判断と違法判断の峻別

最後に、本件において控訴人らが主張するのは、本件諸規定が違憲であり、にもかかわらず、憲法の要請を実現する立法措置を行わない国会の立法不作為が国賠法上違法であるということを念

【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2回期日(20231031)提出の書面です。

のため指摘する。

すなわち、控訴人らが憲法違反を主張している対象は、本件諸規定が現行の法律婚制度の享有主体から同性愛者等を排除していることによって同性愛者等の憲法上の権利ないし重要な人格的利益が侵害されているという点にあるのであって、その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の違憲性が問題となるのではない。そのような立法不作為は、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違法判断の対象となるに過ぎない。

最高裁判所裁判官国民審査法が在外国民に最高裁判所の裁判官の任命に関する国民の審査に係る審査権の行使を認めていないことを違憲と判断した最大判令和4年5月25日(最高裁判所民事判例集76巻4号711頁)も、違憲判断の対象と国家賠償法上の違法判断の対象を峻別している。

第4 作為義務の明白性＝国会（議員）においてその立法をすべきことが明らかであるとする根拠について

1 違法性判断基準

- (1) 国会議員の立法不作為が違憲の評価を受ける場合であっても、国家賠償法1条1項の適用上、直ちに違法の評価を受けるものではないが、例外的に違法の評価を受ける場合がある。具体的には、④法律の規定が憲法上保障され又は保護されている権利利益を合理的な理由なく制約するものとして憲法の規定に違反するものであることが明白であるにもかかわらず

【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2回期日(20231031)提出の書面です。

らず、⑧国会が正当な理由なく長期にわたってその改廃等の立法措置を怠る場合などにおいては、国会議員の立法過程における行動が職務上の法的義務に違反したものとして、違法の評価を受ける(最大判令和4年5月25日民集76巻4号711頁、最大判平成17年9月14日民集59巻7号2087頁など)。

すなわち、④違憲性の明白性と⑥長期間の懈怠が、国会議員の立法不作為の違法性の要件である。

(2) 本書面第3の1(1)で論じたように、人と人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もうとする関係を基礎に人的な結びつきを形成することは、人生に充実をもたらす。だからこそ、憲法24条1項及び2項は、そのような人的結合関係に対して、法的な家族を形成し、社会的公証及び法的保護を与える法制度の構築を要求したものである。それはすなわち、現行憲法が制定された当時から、憲法自身が、個人が自律的な生を全うするには「法律婚制度」を必要不可欠なものとして考えていたことに他ならない。

そうだとすれば、立法府としては、性的指向・性自認など性の在り方が多様で、性的指向・性自認に基づく権利利益の制約や差別が許されないことを認識すれば、憲法14条1項の趣旨も相まって、法律上同性のカップルが法律婚制度から排除されていること等が憲法に違反することを認識できるといえる。

(3) そして、後述するように、立法府は、性的指向・性自認

【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2回期日(20231031)提出の書面です。

に基づく権利利益の制約や差別が許されないことを、遅くとも2008年、2019年又は2023年6月までには認識していたのであるから、遅くともそれらの時点において、法律上同性のカップルが法律婚制度から排除されていることの違憲性は立法府にとって明白になっていたといえる(Ⓐ違憲性の明白性)。そして、それらの時点から長期間が経過しているにもかかわらず、立法府は何ら正当な理由なくして、同性間の婚姻を可能とするための法改正を懈怠してきたのであるから(Ⓑ長期間の懈怠)、かかる立法不作為は国家賠償法1条1項の適用上、違法の評価を受けるといふべきである。

以下、詳述する。

2 性的マイノリティの人権に関する国内外の動き

性的マイノリティの人権に関するこれまでの国内外の動きは、原告ら第21準備書面の別表のとおりである。同別表は、2022年4月までの出来事をまとめたものであるところ、それ以降の動きについては、控訴審第2準備書面(国際人権法)及び控訴審第3準備書面(社会の変化)などが詳しい。

それらの動きの中で、特に重要な出来事は以下のとおりである(特に国を指定しない場合は日本での出来事を指す)。

- ① 1997年9月16日に、東京高等裁判所が「少数者である同性愛者をも視野に入れた肌理の細かな配慮が必要であり、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」と判断した(甲A51)(府中青年の家事件)。

【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2回期日(20231031)提出の書面です。

- ② 2000年に、オランダで同性間の婚姻を可能とするために民法が改正された(甲A98・66頁、68頁)。
- ③ 2000年に「人権教育及び人権啓発の推進に関する法律」が成立し、2002年3月に同法に基づいて「人権教育・啓発に関する基本計画」が閣議決定され、「同性愛者への差別といった性的指向に係る問題」について「その解決に資する施策の検討を行う」と明記された(甲A57)。
- ④ 東京都人権施策推進指針(2000年)に、「同性愛者をめぐるさまざまな問題」が人権問題として記載されたのをはじめ(甲A66・8頁)、各地の自治体で、性的少数者、性的指向、性自認等に言及する条例・計画・指針等が作られていった(甲A67・23頁)。
- ⑤ 2006年11月に、「すべての者は、性的指向または性別自認にもとづいて差別されることなく、すべての人権を享有する権利を有する(原則2)」「すべての者は、性的指向または性別自認にかかわらず、家族を形成する権利を有する(原則24)」などとするジョグジャカルタ原則が採択された(甲A33)。
- ⑥ 2008年に、日本を含む11の国と地域、国連人権高等弁務官と2つの国際NGOによって国連LGBTIコアグループ(UNITED Nations LGBTI Core Group)が結成された(甲A196-1)(原告ら第6準備書面14頁参照)。
- ⑦ 2008年12月に、第63回国連総会が開かれ、「性的指向および性自認に関する宣言」(UN declaration on sexual orientation and gender identity)と題する66か国の共同声明が提出され、採択された(甲A197-1)。日本は同

【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2回期日(20231031)提出の書面です。

声明の原案提出国の一つとして名前を連ねている。

- ⑧ 2011年6月に国連の第17回人権理事会が開かれ、「人権、性的指向および性自認」と題する決議(A/HRC/RES/17/19)が採択された(甲A34-1、甲A34-2)(訴状37頁、66頁も参照)。
- ⑨ 2015年11月に、東京都渋谷区において法律上同性のカップルを婚姻と同様の関係と認めるパートナーシップ制度が導入された(甲A75)。
- ⑩ 2017年9月、日本学術会議²²が「個人の利益を否定するに足りる強力な国家的ないし社会的利益が存在しない限り、個人の婚姻の自由を制約することは許されない」として「婚姻の性中立化は必須である」とする提言を発表した(甲A114・11頁)。
- ⑪ 2017年11月に、国連人権理事会が開かれ、第3回普遍的定期審査では、スイスとカナダの2か国が日本に対し、国レベルで法律上同性のカップルの婚姻を承認することを明示的に勧告した(甲A194・13頁、14頁など)(原告ら第6準備書面10頁から13頁も参照)。
- ⑫ 2019年2月に、法律上の同性カップルらが、同性間の婚姻を認めない現行法は憲法に違反するとして、札幌地裁、原審、名古屋地裁及び大阪地裁にそれぞれ国家賠償請求訴訟を提起した。
- ⑬ 2019年6月に、立憲民主党、共産党及び社民党の野党3党が、同性間の婚姻を可能とするために必要な法整備を行い婚姻の

²² 日本学術会議は、「わが国の科学者の内外に対する代表機関として、科学の向上発達を図り、行政、産業及び国民生活に科学を反映浸透させることを目的と」するものであり、政府に対して勧告の権限を有する(日本学術会議法2条及び5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2回期日(20231031)提出の書面です。

平等を実現するための民法改正案を立法府に提出した(甲A141)。

⑭ 2021年3月に、本件と同種事件について、札幌地方裁判所が同性間の婚姻を認めない民法及び戸籍法の諸規定は憲法14条1項に違反する旨の判断を行った(甲A401)。

⑮ 2022年11月に、自由権規約委員会の第7回審査の総括所見において、自由権規約委員会が日本に対し、法律上同性のカップルの法律婚へのアクセスを認めるための措置を講じることを明示的に勧告した(甲A610-1・3頁、甲A610-2・4頁)。

⑯ 2023年5月に、G7広島サミットが開催され、同20日に、「あらゆる人々が性自認、性表現あるいは性的指向に関係なく、暴力や差別を受けることなく生き生きとした人生を享受することができる社会を実現する」旨の記載がなされたG7広島首脳コミュニケが採択された(甲A702・42項)。

⑰ 2023年6月に、性的指向及びジェンダーアイデンティティの多様性に関する国民の理解の増進に関する法律(令和5年法律第68号)「(いわゆるLGBT理解増進法)が成立した(甲A729)。

3 同性間の婚姻を可能とする法改正をしなかったことの違法性

立法府は、同性間の婚姻を可能とする法改正を行わなかったことについて、以下のとおり、遅くとも2008年、2019年又は2023年6月の時点において、国家賠償法1条1項の適用上、

【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2回期日(20231031)提出の書面です。

違法の評価を受けるというべきである。

(1) ㊤違憲性の明白性

ア 2で論じたように、1997年には東京高等裁判所が同性愛者の権利の擁護が要請される旨の判決を言い渡し(上記①)、2002年には国自身が「人権教育・啓発に関する基本計画」を閣議決定し(上記③)、2006年にはジョグジャカルタ原則が採択された(上記⑤)。さらに、2008年には、日本は、自らLGBTIコアグループのメンバーになるなど、国外において性的指向や性自認に基づく差別が許されないとの理念を宣言するに至った(上記⑥⑦)。このような事実を踏まえると、立法府は、遅くとも2008年までに、性的指向及び性自認に基づく権利利益の制約や差別が許されないことを明確に認識していたといえる。

そして、前述したように、憲法自身が、個人が自律的な生を全うするには法律婚制度が必要不可欠であると捉えており、実際に2000年には同性間の婚姻を認める国が登場したことをも併せ考えれば(上記②)、遅くとも2008年には、立法府にとって、同性間の婚姻を認めない本件諸規定が憲法に違反するものであることは明白であったというべきである。

イ また、2008年以降も、社会はさらに変化・進展の一途をたどり、2015年及び2016年には、法律上同性のカップルのパートナーシップを公的に保障する必要性が国内社会において示され(上記⑨⑩)、2017年には、日

【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2 回期日(20231031)提出の書面です。

本は国際社会から同性間の婚姻を認めるよう明示的に勧告されるに至った(上記⑪)。そして、2019年には本訴訟が提起され(上記⑫)、民法の改正法案が国会に提出されるなど(上記⑬)、社会ではますます、法律上同性のカップルに婚姻を認める必要性が明確になった。

よって、2019年の時点ではなおさら、立法府にとって、同性間の婚姻を認めない本件諸規定が憲法に違反することは明白であったといえる。

ウ さらに、2022年11月には、日本も批准する自由権規約に基づき、自由権規約委員会は日本に対し、法律上同性のカップルの法律婚へのアクセスを認めるよう明示的に勧告し(上記⑮)、国内においても、2023年6月にはいわゆるLGBT理解増進法が制定された(上記⑰)。同法3条は基本理念として、「性的指向又はジェンダーアイデンティティにかかわらず、等しく基本的人権を享有するかけがえのない個人として尊重される」「性的指向及びジェンダーアイデンティティを理由とする不当な差別はあってはならない」と規定する。この法律が制定されたことによって、国権の最高機関たる立法府(憲法41条)は、性的指向またはジェンダーアイデンティティに基づく差別が許されないこと、何よりも、性的マイノリティーがかけがえのない個人として尊重されることを、日本の法体系上、明確にしたものである²³。

²³ もっとも、だからといって同性間の婚姻を可能とする法改正が立法府の手において自力で行われることが期待できないことは、別途控訴審第6

【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2回期日(20231031)提出の書面です。

よって、立法府にとって、どんなに遅くとも2023年6月には、同性間の婚姻を認めない本件諸規定が憲法に違反することは明白であったといえる。

(2) ③長期間の懈怠

そして、同性間の婚姻を可能とする法改正を行うことは、不可能でもなければ、それを著しく困難にさせる事情もない。それにもかかわらず、立法府(政府与党)は、これまでかかる法改正について真摯に検討せず²⁴、この問題を放置し続けた。

(3) 結論

以上のとおり、遅くとも2008年、2019年又は2023年6月の時点において、同性間の婚姻を認めない本件諸規定の違憲性は立法府にとって明白になっていたにもかかわらず、立法府は本件諸規定の改正を正当な理由なくして放置していたといわざるを得ないから、かかる立法不作為は、国家賠償法1条1項の適用上、違法の評価を受けるべきである。

4 家族となるための法制度すら構築していないこと等の違法性

また、本書面第3の4で述べたとおり、本件諸規定は、①法律上同性のカップルを家族になるための法制度が存在しない状態に

準備書面で論じる。

²⁴ この点は、控訴理由書〔第5分冊〕4頁～7頁。原告ら第16準備書面17頁～33頁、原告ら第17準備書面7～8頁も参照。

【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2回期日(20231031)提出の書面です。

置いている点、②法律上同性のカップルに対して家族になるための法制度により法的な家族として保護される一切の利益を与えない点、③法律上同性のカップルと自然生殖可能性のない法律上異性のカップルを合理的な根拠なく別異に取り扱っている点において憲法に違反しているところ、立法府にとって、それらの違憲性は遅くとも2008年、2019年又は2023年6月には明白であったにもかかわらず、立法府はそれを解消するための法改正を正当な理由なく怠った。

よって、かかる立法不作為は、国家賠償法1条1項の適用上、違法の評価を受けるべきである。

以上