

【リンクはご自由にお貼りください】

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

「結婚の自由をすべての人に」関西訴訟(大阪高裁)・第4回期日(2023年10月24日)に提出された書面です。

令和4年(ネ)第1675号 「結婚の自由をすべての人に」控訴事件

控訴人 控訴人1 外5名

被控訴人 国

第4準備書面

(各地裁判決の整理)

2023年(令和5年)9月29日

大阪高等裁判所第14民事部B3係 御中

控訴人ら訴訟代理人弁護士 大 畑 泰次郎

同 寺 野 朱 美

同 三 輪 晃 義

同 山 岸 克 巳

同 佐 藤 倫 子

同 宮 本 庸 弘

同訴訟復代理人 同 森 本 智 子

目 次

第1	はじめに ----- 本準備書面の目的	5
第2	名古屋地裁判決の評価	5
1	総論.....	5
2	名古屋地裁判決が行った重要な認定.....	5
	(1) 歴史・社会の総体を含め事実に根差した判断をしたこと	5
	(2) 個人の尊厳を婚姻の基本原理に据えたこと	7
	(3) 真摯な違憲審査をしたこと.....	8
	(4) 小括	10
3	憲法24条2項適合性	10
	(1) はじめに	10
	(2) 同性カップルを法律婚制度から排除していることについての違憲判断 の方法に重大な問題があること	10
	(3) 法律婚制度からの排除も憲法24条2項に違反すること	11
4	憲法14条適合性.....	12
	(1) はじめに	12
	(2) 厳格な審査がなされるべきであること.....	13
	(3) 名古屋地裁判決の判断は不平等の是正に相反しうること	14
5	憲法24条1項適合性	15
	(1) はじめに	15
	(2) 憲法24条1項適合性判断の結論について	15
	(3) 認定した事実と評価	16
ア	認定した事実.....	16
イ	認定事実①が抱える誤り	17
ウ	認定事実②が抱える誤り	19
エ	認定事実③が抱える誤り	20

6	本件諸規定の改正を怠る立法不作為が国家賠償法上違法であること	21
(1)	はじめに	21
(2)	違憲性が明白となったのは相当前であること	21
ア	前提になる国会議員の義務	21
イ	事実の認定	22
ウ	小括	23
(3)	立法措置の懈怠に対する評価	23
ア	名古屋地裁判決の誤り	23
イ	考慮すべき要素	24
ウ	考慮してはいけない要素	25
エ	小括	26
7	まとめ	27
第3	福岡地裁判決についての評価	28
1	婚姻の定義	28
2	憲法適合性審査の対象となる本件諸規定の解釈についての判示	28
3	本件諸規定の憲法24条1項適合性についての判示及び評価	28
(1)	判示の概要	28
(2)	評価	29
4	本件諸規定の憲法13条適合性についての判示及び評価	30
(1)	判示の概要	30
(2)	評価	31
5	本件諸規定の憲法14条適合性についての判示及び評価	32
(1)	判示の概要	32
(2)	評価	33
6	本件諸規定の憲法24条2項適合性についての判示及び評価	35
(1)	判示の概要	35

(2) 評価	36
7 国会が同性間の婚姻を可能とする立法措置を講じないことの国賠法上の違 法性についての判示及び評価	38
(1) 判示の概要	38
(2) 評価	39
8 小括	39
第4 「結婚の自由をすべての人に」訴訟に対するこれまでの5地裁判決の整理 40	
1 法令違憲とした判決	40
2 違憲状態とした判決	41
3 合憲とした判決	42
4 これまでに言い渡された5地裁判決を踏まえた主張	42

第1 はじめに ----- 本準備書面の目的

控訴人らは、本準備書面において、名古屋地裁判決及び福岡地裁判決の評価を述べるとともに、これらの判決及び本訴訟における原審を含めた、全国の「結婚の自由をすべての人に」訴訟の地裁判決の内容を整理する。

第2 名古屋地裁判決の評価

1 総論

名古屋地裁判決は、本件諸規定について、「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項及び憲法14条1項に違反すると判断した。

名古屋地裁判決は同種訴訟における3件目の違憲判決であるとともに、憲法24条2項及び憲法14条1項の両方に違反すると判断した点など、正当に評価すべき多くの点が含まれている。もっとも、下記のとおり、克服されるべき誤りも含まれており、それらの点については修正されなければならない。

以下、詳述する。

2 名古屋地裁判決が行った重要な認定

(1) 歴史・社会の総体を含め事実根拠に根差した判断をしたこと

名古屋地裁判決は、憲法判断の前提になる法律婚制度の価値及び事実関係について、以下のとおり述べた。

ア 法律婚制度の目的・意義・効果

婚姻の効果について、法律上の効果にとどまらず、事実上の効果として、婚姻制度を利用することにより、社会的な信用が形成され、信任が得られるなどの社会的な効果のほか、そうした地位に立ったことによる精神的心理的效果をも生じさせるものであり、異性カップルであれば、法律婚制度の下で、法律上及び事実上の多彩な効果を一体のものとして享受することができるにもかかわらず、同性カップルは、法律上及び事実上の多彩な効果を一体のものとして享受することができない状態となっており、異性カップルとの間に著しい乖離が生じていると認定した（甲 A 6 5 1 号証・37頁）。

そして、同性カップルという関係が国の制度によって公証され、その関係を保護するのにふさわしい効果の付与を受けるための枠組みが与えられることに重大な価値があること（同46頁）、婚姻の本質は、両当事者において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、法律婚制度が、この本質に重要な価値を認め、これを具体化し実現し保護しようとした旨認定した（同40頁）。

イ 生活実態

親密な関係に基づき永続性をもった生活共同体を構成しうることとは、同性カップルも異性カップルと何ら異ならないと認定した（甲 A 6 5 1 号証・38頁）。

ウ 損害の性質・規模

70年以上の長期にわたって少なくない人口の同性カップルに対し、上記保護の枠組みが与えられていなかったものであり、こ

のように個々の同性カップルが被る不利益を見ても、重大な人格的利益を享受できないものである上、その総体としての規模も期間も相当なものであるから、現行の法律婚制度が採用されつつ、同性カップルに対する保護がなされない影響は深刻なものであると認定した（甲A651号証・46頁）。

エ 名古屋地裁判決への評価

以上の認定箇所は、偏見にさらされることの多い同性カップルの実態が何ら異性カップルと異なることを認定した上で、法律婚制度の有する法律上・事実上の重要な効果、意義を踏まえ、見過ごしや過小評価がなされることが多い同性カップルが歴史的・社会的に受けてきた重大な不利益について正当に評価したものであり、高く評価されるべきである。

(2) 個人の尊厳を婚姻の基本原理に据えたこと

名古屋地裁判決は、個人の尊厳を婚姻の基本原理に据えて問題状況を整理した。

ア 婚姻の意義

名古屋地裁判決は、人格的生存に社会的な承認が不可欠であり、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という重要な人格的利益を実現する上では、両当事者が正当な関係であると公証され、その関係を保護するのにふさわしい効果の付与を受けるための枠組みが与えられる利益が極めて重要な意義を有すると認定した（甲A651号証・41頁）。

そして、婚姻の意義は、単に生殖と子の保護・育成のみにあるわけではなく、親密な関係に基づき永続性をもった生活共同体を構成することが、人生に充実をもたらす極めて重要な意義を有するものと理解されていたものであり(同42頁)、かかる枠組みを利用することができるという価値は、単に法律によって付与された価値というにとどまらず、人の尊厳に由来する重要な人格的利益を基礎としている(同45頁)。

イ 性的指向・婚姻との関係

性的指向が向き合う者同士の婚姻をもって初めて本質を伴った婚姻といえるのであるから、性的指向が向かない相手との婚姻が認められるといっても、それは婚姻が認められないのと同義であると述べた(甲A651号証・50頁)。

ウ 名古屋地裁判決への評価

以上のとおり、名古屋地裁判決は、婚姻の意義を個人の尊厳を基本原理に据えて理解しており、この点も極めて正当である。

(3) 真摯な違憲審査をしたこと

後述するとおり違憲審査の過程には克服されるべき誤りもあるものの、以下の2点においては、真摯な審査をしたと特筆できる。

ア 損害の重大性の評価

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揺らいできてい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し、損害の重大性の評価を行った（甲A651号証・45頁）。

イ 反対利益の評価

また、反対利益についても、「同性カップルが国の制度によって公証されたとしても、国民が被る具体的な不利益は想定し難い。」「伝統的な家族観を重視する国民が一定数存在しており、その立場も尊重されるべきではあるものの、同性カップルを国の制度として公証したとしても、そのような伝統的な家族観を直ちに否定することにはならず、共存する道を探ることはできるはずである」（甲A651号証・47頁）、「累計的には膨大な数になる同性カップルが現在に至るまで長期間にわたってこうした重大な人格的利益の享受を妨げられているにもかかわらず、このような全面的に否定する状態を正当化するだけの具体的な反対利益が十分に観念し難い」（甲A651号証・48頁）と評価している。

ウ 名古屋地裁判決への評価

同種事案に対する他地裁の判決では、憲法24条1項や婚姻制度について表層的・一面的な解釈を示し合憲判断をした上で、それを援用する形で憲法24条2項や14条1項との関係でも安易に合憲と結論付けたものもある。

そのような他地裁の判決と比較すると、名古屋地裁判決が損害の重大性や反対利益の有無・内容を考慮しながら違憲審査をしたことの意義は非常に重要である。

(4) 小括

以上に述べた部分は、正当な評価をすべきものであることは議論の余地がなく、本訴訟の控訴審判決においても当然に反映されるべき内容である。

3 憲法 24 条 2 項適合性

(1) はじめに

名古屋地裁判決は、同性カップルについて、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（以下「本件枠組み」という。）すら与えていないという限りで憲法 24 条 2 項に違反する判断をしており、そのこと自体は、正当な判断である。しかし、名古屋地裁判決は端的に本件諸規定が法律婚から同性愛者等を排除していることの違憲性を認めなかった点は、判断の誤りがある。

(2) 同性カップルを法律婚制度から排除していることについての違憲判断の方法に重大な問題があること

名古屋地裁判決は、同性カップルを法律婚制度から排除している点については、違憲対象としなかった。

名古屋地裁判決は、後述のとおり、憲法 24 条 1 項の解釈に関する論述では、複数の論理の飛躍を含んでいたり、反対派の存在を過大考慮したり、あえて別制度を新設することによる弊害を捨象したりと、複数の重大な誤りがある。これらの誤りにより導いた憲法 24 条

1 項の解釈を、憲法 2 4 条 2 項の解釈にそのまま流用していることも重大な誤りである。

同時に、仮に、名古屋地裁判決が述べる憲法 2 4 条 1 項の解釈を前提としたとしても、憲法 2 4 条 2 項との関係では、同性カップルを法律婚制度から排除していることを安易に違憲対象から外すことなく、個人の尊厳や平等という価値に根差して、別個に厳格な違憲審査をすべきであった（控訴人ら第 2 準備書面 3 8 ～ 4 0 頁）。すなわち、本件諸規定が同性カップルを法律婚制度から排除していることについて、厳格な違憲審査を怠った点に誤りがある。

(3) 法律婚制度からの排除も憲法 2 4 条 2 項に違反すること

名古屋地裁判決自身が認めるとおり、憲法 2 4 条 2 項は、個人の尊厳と両性の本質的平等の観点から、婚姻及び家族に関する事項について立法裁量を画する規定である。したがって、法律上同性の者どうしの婚姻すら認めない本件諸規定の侵害態様の大きさに鑑み、憲法 2 4 条 2 項に違反するかの憲法適合性判断については、個人の尊厳に適合しているかどうかを正面から検討し厳格に審査しなければならない。

そして、名古屋地裁判決自身が認めるとおり、「両当事者において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」を本質とする婚姻について、同性カップルと異性カップルとでは、自然生殖の可能性が存しないという点を除けば何ら異なるところはないにもかかわらず、婚姻による利益の享受において、著しい乖離が生じている。このうち、両当事者の関係性を国の制度により公証されるという重大な人格的利益は、社会生活上の重要性から、個人の尊厳にかかわるものである。しかし、同性カップルがこ

の利益を享受できないという深刻な状況が、現行の法律婚制度ができてから数えても70年以上もの長きにわたって続いている。

国の制度による公証がそれだけの重要性を持つのは、「わが国においては、国によって全国的に統一された均一の内容を持つ戸籍制度が完備されて久しくなり、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」(甲A651号証・41頁)からである。この背景からすれば、単に「国による制度」であれば事足りるわけではない。

そして、法律婚制度とは別の制度を新設することの問題点やそのような必要性がないことは、既に控訴人ら第3準備書面で詳細に論じたとおりである。

他方で、同性カップルの法律婚制度利用を認めたとしても、これによる具体的な弊害は生じない。

したがって、本件諸規定について、本件枠組みを与えていない点にとどまらず、法律婚制度から同性愛者等を排除している点についても、憲法24条2項に違反すると結論づける以外にない。

4 憲法14条適合性

(1) はじめに

名古屋地裁判決は本件諸規定について、性的指向という生来的で修正する余地のない事柄を理由として、婚姻に対する直接的な制約を課すことになっていると指摘した上で憲法14条1項との関係でも、同性カップルに本件枠組みすら与えていない限度で違憲性を認めた。上記下線部の評価は、正当なものである。

もつとも、上記下線部のような認定をしながら、憲法14条1項との関係では、結論を導く過程は詳述されておらず、本来なされるべき厳格な審査がなされていない等、誤りを含むものである。この誤りにつき、以下、詳述する。

(2) 厳格な審査がなされるべきであること

上記のとおり、本件諸規定が性的指向という生来的で修正する余地のない事柄を理由に婚姻に対する直接的な制約を課して別異取り扱いをするものである以上、そのような区別事由の性質を考慮して区別取扱いの合理性についての審査密度を高める必要があった(国籍法違憲判決〔最大判平成20年6月4日民集62巻6号1367頁〕及び婚外子相続分差別違憲決定〔最大決平成25年9月4日民集67巻6号1320頁〕)。

また、憲法14条1項後段列举事由に基づく別異取扱いは、民主主義の理念に照らし原則として不合理な差別であると典型的に理解され、それゆえに厳格な審査がなされるべきとされている。憲法14条1項後段に列举される事由において社会の少数派に属する者は、歴史的に偏見や蔑視、差別的取り扱いにさらされてきた。そして、偏見や蔑視を反映して不平等な立法がなされたとしても、少数であるがゆえに、民主制の過程で不平等の是正が困難な立場にある。それゆえ、ときには自由主義と拮抗しえたとしても平等原則による是正により個人の尊厳が保護される必要があるのであるし、憲法14条1項はこの是正のために存在している。こうした平等原則の趣旨や少数者の置かれた状況を踏まえれば、少数者から、法の下での平等違反の訴えがあったことに対し、部分的にその主張を認めるという場合には、その判断により新たな不平等や偏見・蔑視が生じないか、あるいは、従来

の不平等や偏見・蔑視を固定化ないし強化しないかという点も含めて厳格に審査されるべきである。

本件は、法律上同性のカップルである控訴人らが婚姻制度から排除されていることについて法の下での平等違反を訴える事案であり、まさに、少数者が平等原則による是正を求める事案であり、厳格審査に馴染むものといえる。

(3) 名古屋地裁判決の判断は不平等の是正に相反しうること

名古屋地裁判決は、法の下での平等に反する現状の是正方法として、法律婚制度を同性カップルに開放する選択肢だけでなく、法的効果や呼称が異なる別制度の創設という選択肢も含むとする。

しかし、仮にこの判断に則り、法的効果や呼称が異なる別制度が創設された場合には、新たなスティグマが生じ、偏見・差別的意識が固定化・強化されることは既に控訴人ら第3準備書面などで繰り返し主張のとおりであり、これは、不平等の是正という本来憲法14条1項が目指す法益実現と相反するものであり、もたらされる不利益は個人の尊厳にかかわる甚大なものである。

同性愛者等が日本の歴史上長らく「倒錯」「病氣」などと正常な社会規範から逸脱するものと扱われており、同性愛者等が婚姻制度から排除されることによって重大な不利益を受けてきたことを踏まえれば、偏見・差別的意識の固定化にもつながる別制度の余地を残す余地はない。

5 憲法24条1項適合性

(1) はじめに

本件において、法律婚制度にアクセスできない同性カップルは、法的効果の享受すら否定されており、同性カップルにも保障される婚姻の自由に対する直接的な制約である。婚姻の自由自体、人格的生存に関わる重要な権利であり、制約の正当化には、合理的な根拠に基づかれなければならない。にもかかわらず、名古屋地裁判決における憲法24条1項適合性判断には、合理的根拠すらなく、多くの誤りを含むものである。

以下、詳述する。

(2) 憲法24条1項適合性判断の結論について

名古屋地裁判決は、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した上で、法律によって具体化された法律婚制度を同性間に対しても及ぼすことは、同条1項の趣旨に照らし、要請されているか否かという観点から検討をした(甲A651号証・26頁～27頁)。

名古屋地裁判決では、①憲法の文理解釈、②婚姻制度の制定経緯等から、少なくとも憲法制定当時において、同性間に対して法律婚制度を及ぼすことが、同条1項の趣旨に照らして要請されていたとは解し難いとした。続けて、名古屋地裁判決は、③憲法制定以降の社会情勢の変化等による解釈の変更について検討した。

憲法24条1項の文理解釈や制定経過だけをもって、婚姻の自由が同性間に及ぶことを否定する根拠にはならず、憲法解釈は、社会の

変化に照らして変遷していくことを明示している点は、評価するべきである(甲A651号証・29頁)。

しかし、法律婚制度を同性間に対して及ぼすことは、憲法24条1項の趣旨に照らして、禁止されていたとまではいえないものの、要請されていると解することは困難であるとした(甲A651号証・28頁～36頁)。

もっとも、名古屋地裁判決の判断には、憲法24条2項の解釈で判示した内容との矛盾など重大な問題があり、是正されるべきである。以下、詳述する。

(3) 認定した事実と評価

ア 認定した事実

名古屋地裁判決において、制定過程において法律婚制度につき、以下のとおり認定した。

人類は、男女の結合関係を営み、種の保存を図ってきたところ、婚姻制度は、この関係を規範によって統制するために生まれたものであり、伝統的には、正当な男女の結合関係を承認するために存在するものとした。婚姻とは、終生の共同生活を目的とする一男一女の法律的結合関係をいうものであると捉えられていた(甲A651号証・28頁)。

それに続き、国民の意識が同性婚を肯定する方向に変化しつつあることを踏まえた上で、以下のとおり認定したが、それぞれ多くの矛盾や論理の不備などがあるため、このような名古屋地裁判決の内容は是正されなければならない。

婚姻制度は伝統的には男女の結合関係を前提としてきたものであり、婚姻制度の趣旨に対する理解において、依然として、自然生殖の可能性と完全に切り離されたとはいえない（以下、「認定事実①」とする。）状況にある。そして、伝統的な制度及び価値観を重視する立場の国民も一定の割合を占めている中で、法律により具体化された現行の法律婚制度の対象をそのまま拡大させることにより、婚姻当事者以外の者や既存の婚姻制度の適用対象者に影響が生じ得る（以下、「認定事実②」とする。）にもかかわらず、同性カップルを保護するために現行の法律婚制度以外の方法を選択するという可能性（以下、「認定事実③」とする。）を排除して、憲法が一義的に、同性間に対しても現行の法律婚制度を及ぼすことを要請するに至ったとは解し難い（甲A651号証・34～35頁）。

イ 認定事実①が抱える誤り

認定事実①には、以下5点の矛盾があり、不合理である。

(1)名古屋地裁判決は、自ら、社会の変化により、憲法解釈は変遷することを示したにもかかわらず、社会の変化に一切触れず、現在もなお、男女間に生まれた子の保護育成こそが婚姻制度の中核であり続けているということについて、何らの理由を提示していない。

(2)名古屋地裁判決がその論拠とする、非嫡出子の比率が少ないことは、その間に子が出生したカップルのうち、自由意思で法律婚を選択しないものが相対的に少数派であることの結果に過ぎず、これを持って、法律婚制度の中核が男女間に生まれた子の保護育成にあるというのは論理の飛躍である。

(3)上記2記載のとおり、名古屋地裁判決は、婚姻の本質は、両当事者において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るとし、法律婚制度の趣旨も、この本質に重要な価値を認め、これを具体化し実現し保護しようとしたことにあると判示している(甲A651号証・40頁)。にもかかわらず、ここで突如示された、男女間に生まれた子の保護育成を婚姻の本質と捉えるかのような論旨は、上記判示と全く整合しておらず、自己矛盾である。

(4)婚姻の意義を、子を産み育てることにも見いだすかどうかは個人の価値観というほかなく、そのような価値観を強制することは個人の尊厳を重要な基本原理とする日本国憲法の価値観と根本的に相容れないものと言わざるを得ない。生殖が望めない異性カップル(例えば不妊症等健康上の理由で妊娠の可能性がなかったり、高齢者同士のカップルの場合など)が、名古屋地裁判決のいう「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持って共同生活を営む」ために婚姻という結合関係を選択したいという自由は法律婚によって保護されるのに、なぜ同性間にこれが保護されないのかということについて、名古屋地裁判決は全く答えていない。

(5)名古屋地裁判決では、婚姻によって得られる法的効果は、多彩であり、同性間と異性間との間には、自然生殖の可能性が存しないという点を除けば、その実態において、何ら異なるところはないと認定している(甲A651号証・37頁)。しかし、名古屋地裁判決は「生殖」に由来する法的効果のみを強調した認定をしており、このことは婚姻に由来する生殖とは直接

の関連性を有さない法的効果の享受すら否定することの正当化根拠にはならない。

ウ 認定事実②が抱える誤り

まず、名古屋地裁判決において、伝統的な制度及び価値観を重視する反対派が一定数を占めることは無視し得ない事情である旨認定する(甲A651号証・31頁)。

名古屋地裁判決の論旨は、反対派が一定数いると、人権を侵害するような立法不作為状態を放置してよいと言っているに他ならず、これは政治的少数者の人権保障という司法の役割の放棄に外ならない。とりわけ、同性愛者等が日本の歴史上長らく「倒錯」「病氣」などと正常な社会規範から逸脱するものと扱われてきたことをふまえれば、反対派の考えは同性愛者等に対する誤った理解や差別的な意識を基に形成されたものと言わざるを得ない。したがって、名古屋地裁判決はなおいっそう、反対論の根拠や背景の内実を精査した上で、憲法解釈に反映すべき事柄であるのかどうかを判断すべきであった。

次に、名古屋地裁判決は、法律により具体化された現行の法律婚制度の対象をそのまま拡大させることにより、婚姻当事者以外の第三者への影響可能性につき、言及する(甲A651号証・31～33頁)。

まず、名古屋地裁判決では、第三者が受けうる影響の内容については検討されていない。仮に第三者が影響を受けるからといって、その影響の発生を防ぐべき根拠も明らかにされていない。

名古屋地裁判決の論旨からは、「第三者」として想定されているのは、子や親族であると読める。しかし、子と親族との関係でも同性カップルが配偶者・法的な家族として通用することは、共同生活の保護や社会的な生き物としての人格的生存の保護に不可欠である。その意味で、第三者への影響は、本件枠組みをどのような形で実現するにしても生じるものであるし、現に同性カップルが社会に存在し子や親族と関係をもち暮らしている実態がある以上、生じてしかるべき影響である。このような影響を違憲性判断においてマイナスの事情として考慮することそれ自体が、同性愛者等に対する偏見に根差したものと言わざるを得ない。

また、婚姻制度全体や社会への影響について述べる点は、抽象的な懸念に過ぎない。仮に、同性カップルが法律婚制度を利用できるよう法改正するとしても、文言を性別中立的な表記にするなどの改正で足り、婚姻制度そのものの見直しに必ずしもつながるものではない。同性カップルの法律婚制度利用の実現に伴って婚姻制度を見直す機会が生まれるとすれば、その見直しは、差別の是正や個人の尊厳の保障という観点からの見直しになるのが自然であろう。

とすれば、仮に制度そのものが見直されることになったとしても、それは憲法的価値の実現に沿うものであって、防ぐべき影響とはいえない。

エ 認定事実③が抱える誤り

名古屋地裁判決は、法律婚制度とは異なる別制度の選択肢を示した(甲A651号証・33～34頁)。しかし、控訴人ら

第3準備書面で既に述べたとおり、法律婚制度と異なる別制度の新設によって、名古屋地裁判決が指摘した違憲性を解消することはできない。

6 本件諸規定の改正を怠る立法不作為が国家賠償法上違法であること

(1) はじめに

名古屋地裁判決は、本件枠組みの必要性が具体的に認識されるに至ったのは比較的最近のことであったと判示したうえ、伝統的家族観の存在や一定数の反対派の存在を指摘して、違憲性が明白であるにもかかわらず国会が正当な理由なく長期にわたって立法措置を怠っていたと評価することはできないと結論した。

(2) 違憲性が明白となったのは相当前であること

本件枠組みの必要性が具体的に認識されるに至ったのは、「比較的最近」との結論がどのように導かれるのか、その論理過程は判然としない(甲A第651号証・52～53頁)。下記のとおり、相当前の時点で本件諸規定の違憲性が明白となったといえる。

ア 前提になる国会議員の義務

国会議員の職務上の法的義務は、法律の規定の合憲性について司法機関や国際機関の判断が示されてから、それを検討し、吟味すれば足りるという受動的な義務にとどまるものではない。

本件諸規定が同性愛者等に対し性的指向に基づく別異取扱いをもたらすものであるところ、1997年、府中青年の家事件

高裁判決は、「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ものというべきであって、無関心であったり知識がなかったり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。」と判示している(東京高裁平成9年9月16日判例タイムズ986号206頁(甲A51))。同判決は直接的には行政当局の義務について述べたものであるが、立法府の構成員たる国会議員も「公権力の行使に当たる者」として同様の義務を負うと解すべきである。

この要請に照らせば、国会議員は、その職務上の法的義務として、自ら率先して本件諸規定の憲法適合性・合理性を不断に吟味すべき能動的な義務を負っていたものと解すべきである。

イ 事実の認定

国内で地方自治体や企業がその組織において可能な範囲で同性カップルの保護に資する策を講じる動きが怒涛の勢いで生まれた。自治体や企業が同性カップルへの保護の必要性を認識した理由は、外国の動きや各種の勧告などから、婚姻差別の是正や家族形成の権利や実現という人権実現のために本件枠組みの必要性が明らかとなったからである。

それにもかかわらず、立法府がその実現のための動きを見せないため、自治体や企業が独自の策を練ることで、同性カップルの被る不利益を緩和しようと試みたのである。したがって、国会議員の上記義務を前提とすれば、2015年～2016年の動きでようやく、国内での本件枠組みの必要性が認識される

契機となったとみるべきではない。2015年～2016年に様々な動きを見せた地方自治体・企業・国内組織よりも先んじて、率先して本件枠組みの必要性を認識すべきであったし、率先して具体的な調査・検討に移るべきであった。

ウ 小括

以上から、遅くとも、2008年には、本件枠組みの不存在が人権を侵害し違憲であると、立法府に明白になっていた（原審における原告ら第10準備書面参照）。その後まもなく、他国が相次いで同性カップルの法律婚制度の利用を実現したことから、同性カップルが法律婚制度を利用できないことの違憲性も、その後まもなく、明白となった。

(3) 立法措置の懈怠に対する評価

ア 名古屋地裁判決の誤り

名古屋地裁判決は、「男女の結合関係を中核としてその間に生まれた子の保護・育成の機能を担うという伝統的な家族観」の存在と、「同性婚の是非に関し、一定数の反対派が存在したこと」を挙げた上で、唐突に、立法不作為の違法性を否定する結論を導いた（甲A651号証・53頁）。

ここには、考慮すべき要素を考慮せず、考慮してはいけない要素を考慮に含めた誤りがある。

イ 考慮すべき要素

立法措置の懈怠の評価にあたって、仮に違憲性が明白となった時期が「比較的最近」であったとしても、単純な経過年数のみをもって立法不作為に違法性がないと判断すべきではない。

立法不作為によって生じる損害の重大性や立法措置の検討実施の有無・その内容等の内実も考慮すべきである。

同性カップルが法律婚から排除されていることによる損害が重大であることは、名古屋地裁判決の認めたとおりである。

そして、名古屋地裁判決の認定にもあるとおり、既に2019年6月には野党から具体的な民法改正案が提出されており、立法措置の内容について具体的に検討を進めることは容易になっていた。それにもかかわらず、国会議員らが有する性的マイノリティに対する不当な偏見・蔑視を背景に、立法府での検討は進められなかった。

もはや、検討を拒否し問題解決を棚上げし続けることで、同性カップルらに対して、本件枠組みが存在しないことによる重大な権利侵害を意図的に生じさせ続けたと評価しても過言ではない。

このような異常な事態というべき立法府の怠慢について、従来の判例において示された長期にわたる懈怠という規範や、従来の裁判例で「長期」と評価された年数の例を機械的に倣うべきではない。具体的審査制の下で違憲立法審査権の存在意義を果たし、国民の権利救済を実現する趣旨から、こうした内実を考慮に入れて判断すべきである。

ウ 考慮してはいけない要素

名古屋地裁判決が考慮要素として指摘した「男女の結合関係を中核としてその間に生まれた子の保護・育成の機能を担うという伝統的な家族観」の存在と、「同性婚の是非に関し、一定数の反対派が存在したこと」は、本来、考慮すべき事情ではない。

前述のとおり、社会の少数派に属する者は、歴史的に偏見や蔑視、差別的取り扱いにさらされ続けてきた。そして、偏見や蔑視を反映して不平等な立法がなされたとしても、少数であるがゆえに、民主制の過程で不平等の是正が困難な立場にある。

そうした少数者が被る人権侵害を是正する局面において、現状に肯定的な価値観を安易に考慮要素に含めると、歴史的に形成された偏見や蔑視が投影されてしまう。人権侵害を是正する措置をとった場合に生じうる不利益等を考慮した意見や判断であればさておき、そうした根拠の伴わない抽象的な反対言説を考慮要素に含めるべきではない。

「男女の結合関係を中核としてその間に生まれた子の保護・育成の機能を担うという伝統的な家族観」とは、シスジェンダー・異性愛者のみを社会の構成員として前提とする規範で、その属性から外れる性的マイノリティを社会の構成員から捨象するもので、まさに少数者への偏見・蔑視と一体として形成された価値観である。「同性婚の是非に関し、(略)一定数の反対派が存在したこと」も、反対派の意見の内実について言及がないものの、名古屋地裁判決が指摘するとおり、同性カップルに本件枠組みを与えることで損なわれる反対利益が観念できない以上、「一定数の反対派」も、現実的に反対利益を想定して根

拠をもって反対しているとは考え難く、もっぱら上記の「伝統的な価値観」や、偏見・蔑視に根差した漠然・抽象的な懸念から反対していると想像される。

したがって、名古屋地裁判決が考慮要素に含めた上記二点は、いずれも、考慮すべきでないものを考慮した誤りがある。本控訴審では、この誤りが是正されるべきである。

エ 小括

上記2(1)に記載のとおり、名古屋地裁判決は、「70年以上の長期にわたって少なくない人口の同性カップルに対し、上記保護の枠組みが与えられていなかったものであり、このように個々の同性カップルが被る不利益を見ても、重大な人格的利益を享受できないものである上、その総体としての規模も期間も相当なものであるから、現行の法律婚制度が採用されつつ、同性カップルに対する保護がなされない影響は深刻なものである」と認定している。そのような長きにわたり同性カップルが重大な不利益を受け続けてきた事実を、本当に国は気づくことができなかつたのであろうか。

名古屋地裁判決は、地方自治体によるパートナーシップ制度が初めて導入されたのが平成27年4月であることを、「比較的最近のこと」と評して、国の違法性を基礎づける要素としている。しかし、本来的に同性カップルの関係を公証する制度を創設することは国の役割であり、国がその役割を果たさないためにパートナーシップ制度が創設されたのである。地方自治体が同性カップルの関係を公証する制度の必要性を認識している

にもかかわらず、国がその必要性に気づくことが出来なかったなどと本当にいう事が出来るのであろうか。

これまでに主張した事実及び提出した証拠のとおり、現在、性的指向及び性自認に関して、強固な偏見や差別意識を宿す国会議員が、立法府に多数存在する。差別発言を行えば、大々的に報道されるようになったにもかかわらず、差別発言は繰り返されている。それだけ、国会議員に内在する偏見・差別意識が極めて強固なのである。現在の政権与党が圧倒的多数を占め続ける立法府において、これまで同性カップルの法的保障のあり方について、何ら議論されている形跡がないのも、こうした強固な偏見・差別意識によるものと見るほかない。

立法府において、同性カップルの法律婚制度利用を含めた本件枠組みの実現について、検討のための十分な時間や他国の参考例が存在したにもかかわらず、現実には具体的な検討には着手されていないこと、そして、性的マイノリティを敵視・蔑視する頑なな偏見・差別意識が国会議員に蔓延している実情がその要因であることは明らかである。

7 まとめ

本裁判においては、名古屋地判の評価するべきところを取り入れつつも、変更すべき点を変更したうえで、原判決を破棄し、同性愛者等を婚姻制度から排除する本件諸規定が、憲法24条1項、2項、14条に反し違憲であり、国賠法上の違法も認める判決を下すべきである。

第3 福岡地裁判決についての評価

1 婚姻の定義

福岡地判は、婚姻を、当事者が永続的な精神的及び肉体的結合を目的として真摯な意思をもって共同生活を営むことを市町村長に届け出、市町村長がこれを受理することで、当事者間に各種の法的権利義務を伴う身分を発生させ、身分関係を公証し、これに公的な保護が与えられる制度、と定義した（甲A652・24頁）。

2 憲法適合性審査の対象となる本件諸規定の解釈についての判示

福岡地判は、判決の冒頭において「同性同士の婚姻を不適法とする民法及び戸籍法の諸規定を総称して、『本件諸規定』という」と本件諸規定を定義している（甲A652・3頁）。

3 本件諸規定の憲法24条1項適合性についての判示及び評価

(1) 判示の概要

ア 福岡地判は、民法の再婚禁止期間についての判断を示した最判平成27年12月16日を引用しつつ、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り、婚姻により与えられる重要な法律上の効果や国民の法律婚尊重の意識等を考慮すると、憲法24条1項の規定に照らして尊重されるべき利益であることが認められる、としている（甲A652・25頁）。

イ しかし、福岡地判は、憲法24条1項の「両性」及び「夫婦」

という文言からは、同条が男女の婚姻を想定しているものと解さざるを得ないとし、その制定過程を検討しても、憲法24条1項の制定時において同性婚は想定されていなかったものと認められ、当該規定は同性婚を禁止する趣旨であるとはいえないものの、同条でいう「婚姻」は異性間の婚姻を指し、同性婚を含むものではないと解するのが相当である、とした(甲A652・25頁)。

加えて、婚姻は、当事者の意思を前提に各種法律によりその要件が定められ、これを満たしたときに一律に権利義務が発生する法律上の制度であり、当事者の意思のみによってその要件や効果を決定できるものではないことからすれば、婚姻の自由が憲法上尊重すべき利益であるとしても、これを超えて憲法上の権利と構成するのは困難であるとして、本件諸規定は憲法24条1項に違反しない、と判断した(甲A652・25頁)。

(2) 評価

ア 福岡地判は、婚姻をするかどうか、いつ誰と婚姻をするかを自己の意思で決定することは憲法24条1項の規定に照らして尊重されるべき人格的利益と認識しつつも、同項の文言及び制定過程から、同条でいう「婚姻」は異性間の婚姻を指し、同性婚を含むものではないとの文理解釈及び原意主義によって、同項の保護する人的範囲を異性カップルに限定している。この点については、控訴人らが従前から主張してきたとおり、憲法制定当時の同性愛に関する知見はその後大きく変遷しており、制定時の想定やそれに基づいて使われることとなった文言のみを根拠に、婚姻をするかどうか、いつ誰と婚姻をするかを自己の意思で決定するという人格的利益を保護される者の範囲を画すべきではない。

イ また、福岡地判は、婚姻は、各種法律によりその要件が定められ、これを満たしたときに一律に権利義務が発生する法律上の制度であり、当事者の意思のみによってその要件や効果を決定できるものではないことも、婚姻の自由を憲法上の権利と構成するのが困難である理由として挙げているが、権利・利益の実現のために具体的な制度設計が必要であるということをもって、権利・利益それ自体が法律依存的なものであると直ちに解釈することは妥当ではない(例：選挙権)。最高裁が民法の再婚禁止期間の一部を違憲と判断したように、婚姻に関する既存の要件や効果が憲法に違反している可能性はあるのであって、制度設計が必要であることを理由に、憲法上の権利ではないと評価し、既存の制度の憲法適合性の判断をしないことは妥当ではない。

4 本件諸規定の憲法13条適合性についての判示及び評価

(1) 判示の概要

ア 福岡地判は、本件諸規定に憲法13条適合性に関しては、婚姻は、相手方又は行政機関等との間で、有効となる種々の権利義務を発生させるものであり、婚姻の有無ひいては婚姻制度を利用できるか否かは、その者の権利義務に影響を与えるものである。また、婚姻は、自己が永続的な精神的及び肉体的結合の相手として選んだ者との間の共同生活について、国がこれを公証するものであるが、このように永続的な精神的及び肉体的結合の相手を選び、家族として公証する制度は、基本的には現行法上婚姻制度しか存在しない。我が国では、家族を基本的な生活の単位として様々な

制度が組み立てられており、公的な権利関係に留まらず、私的な関係においても家族であることが公証されることで種々の便益を得られる仕組みが多数存在する、との理解を示した上で、婚姻制度を利用できるか否かはその者の生涯にわたって影響を及ぼす事項であり、国民の意識における婚姻の重要性を併せ鑑みれば、婚姻をするかしないか及び誰とするかを自己の意思で決定することは同性愛者にとっても尊重されるべき人格的利益と認められる、としている(甲A652・27～28頁)。

イ しかし、福岡地判は、婚姻とは当事者の意思を前提に各種法律によりその要件が定められ、これを満たしたときに一律に権利義務が発生する法律上の制度であり、当事者の意思のみによってその要件や効果を決定できるものではなく、婚姻を基礎とした家族の形成も当事者の意思によりその要件や効果が全て定まるものではない。このように婚姻に関して、法律により要件が定められている理由は、婚姻自体が国家によって一定の関係に権利義務を発生させる制度であることからの当然の帰結であって、同性愛者の婚姻の自由や婚姻による家族の形成という人格的自律権が憲法13条によって保障されている憲法上の権利とまで解することはできないとして、本件諸規定は憲法13条に違反しない、と判断した(甲A652・28頁)。

(2) 評価

ア 福岡地判が、婚姻による公証の公的及び私的な利益を丁寧に拾い上げ、その上で、国民の意識における婚姻の重要性を併せ鑑みれば、婚姻をするかしないか及び誰とするかを自己の意思で決定することは同性愛者にとっても尊重されるべき人格的利益と認め

られる、とした点は控訴人らの主張にも沿うものであると評価できる。

イ しかし、福岡地判が、婚姻は、当事者の意思のみによってその要件や効果を決定できるものではないとの理由から同性愛者の婚姻の自由や婚姻による家族の形成という人格的自律権が憲法13条によって保障されている憲法上の権利とまで解することはできないとした点は、前記3(2)イにおいても論じたとおり、権利・利益の実現のために具体的な制度設計が必要であるということをもって、憲法上の権利の有無を既存の法律に依存させ、既存の制度の憲法適合性の判断をしないことは妥当ではない。問題となっている権利(利益)が、福岡地判もそう評価するように、その者の生涯にわたって影響を及ぼす事項である場合は尚更である。

5 本件諸規定の憲法14条適合性についての判示及び評価

(1) 判示の概要

ア 福岡地判は、本件諸規定に憲法14条1項適合性に関しては、性的指向に基づく差別取扱いをするもので、本人にとって自ら選択ないし修正の余地のない事柄をもって婚姻の要件に関して差別を生じさせることに合理的な理由があるか否かについては、慎重に検討することが必要である、という前提の下、本件諸規定の下では原告らは婚姻することができない結果、相手方又は行政機関等との間で、生涯有効となる種々の権利義務を発生させることができず、私的な関係でも公証の利益を得られないものであるところ、このような効果は婚姻によってしか発生させることができず、国民の意識におけ

る婚姻の重要性も併せ鑑みれば、原告らは婚姻制度を利用できずこれらを享受する機会を得られないことで重大な不利益を被っている、と評価している（甲A652・30頁）。

イ しかし、福岡地判は、憲法24条1項にいう「婚姻」は異性間の婚姻を指し、異性間の婚姻の自由は尊重されるべきものと解され、同条2項においては、異性間の婚姻についての立法を要請しているものと解することができる。そして、婚姻の法的効果や戸籍制度との関係上、その要件を明確にする必要があるところ、その範囲を生物学的に生殖可能な組合せに限定することで、国が一对の男女（夫婦）の間の生殖とその子の養育を保護することにあつたと認められる。このような、生殖とその子の養育の保護という目的は、現在においてもなお失われているということとはできない。憲法24条2項の異性婚の立法の要請に従って定められた本件諸規定は憲法のこうした要請に基づくものということができるから、本件諸規定の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。したがって、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性的指向による区別取扱いに当たりその合理性には慎重な判断を要するとしても、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、とした（甲A652・31～32頁）。

（2）評価

ア 福岡地判が、性的指向に基づく区別取扱いをするもので、区別を生じさせることに合理的な理由があるか否かについては、慎重に検討することが必要である、とした点及び本件諸規定の下では原告ら

は婚姻することができない結果、重大な不利益を被っている、と評価した点は、控訴人らの主張に沿うものである。

イ しかし、福岡地判が、憲法14条適合性の判断において、憲法24条1項の文理解釈等に基づいて婚姻の自由が保障される人的範囲を異性愛者に限定する解釈を持ち出し、同条2項が異性間の婚姻についての立法を要請しているものと解し、さらに婚姻制度の目的が生殖とその子の養育の保護という目的であるとして、区別取扱いについて合理的な根拠が存在するとした点は、重大な不利益についての慎重な検討としては不十分と評価せざるを得ない。

憲法24条1項の解釈については、前記3(2)アのとおりである。同条2項が「異性間の婚姻についての立法を要請している」という評価は、福岡地判が同じ判決の中で、「婚姻」を異性婚に限ると理解するとしても、婚姻と並んで「家族に関するその他の事項」が対象となっていること、「家族」の概念については憲法24条の制定過程からすれば夫婦及びその子の総体を中心とする概念であると理解されるものの、他方で婚姻、家族の形態が多様化している現在においてはこれに限定される必要はなく、同性カップルを「婚姻及び家族に関するその他の事項」に含めることは文言上自然である(後述6(1)ア)としていることとも整合しない。また、婚姻制度の目的についても、同じ判決の中で、本件諸規定を含む婚姻制度の目的には婚姻相手との共同生活の保護にもあったものと認められる(同上)との評価をしており、これとも整合性がない。

6 本件諸規定の憲法24条2項適合性についての判示及び評価

(1) 判示の概要

ア 福岡地判は、本件諸規定に憲法24条2項適合性に関しては、「婚姻」を異性婚に限ると理解するとしても、婚姻と並んで「家族に関するその他の事項」が対象となっていること、「家族」の概念については憲法24条の制定過程からすれば夫婦及びその子の総体を中心とする概念であると理解されるものの、他方で婚姻、家族の形態が多様化している現在においてはこれに限定される必要はなく、同性カップルを「婚姻及び家族に関するその他の事項」に含めることは文言上自然であるし、憲法24条2項の裁量の限界を画するものとして「両性の本質的平等」と併せて「個人の尊厳」が挙げられているところ、個人の尊厳については同性愛者も異性愛者も変わらず尊重されるべきことは前記のとおりである、とした(甲A652・33～34頁)。

また、本件諸規定の下では、原告らは婚姻制度を利用できずこれによりもたらされる権利利益を享受する機会を得られず、法的に家族として承認されないことで重大な不利益を被っており、このような不利益は個人の尊厳に照らして人格的利益を侵害するものとして到底看過することができないものである、とした(甲A652・34頁)。

さらに、本件諸規定の基となった旧民法や明治民法制定時における学説も、婚姻について必ずしも子を得ることを目的としないとの理解が存在し、明治民法の起草過程における議論の結果、生殖能力を有しないことを婚姻の障害事由等にしていないことからすれば、本件諸規定を含む婚姻制度の目的には婚姻相手との共同生活の保護

にもあったものと認められる、との解釈を示した（甲A652・35頁）。

その上で、同性カップルに婚姻制度の利用によって得られる利益を一切認めず、自らの選んだ相手と法的に家族になる手段を与えていない本件諸規定はもはや個人の尊厳に立脚すべきものとする憲法24条2項に違反する状態にあると言わざるを得ない、との判断を示した（甲A652・37頁）。

イ しかし、福岡地判は、婚姻をするかしないか及び誰とするかを自己の意思で決定することは同性愛者にとって尊重されるべき人格的利益ではあるものの、憲法上直接保障された権利とまではいえず、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、家族の在り方等の関係において決せられるものである、として、婚姻とほとんど同じ法的効果を同性カップルに与える登録パートナーシップ制度は、同性間の人的結合に法的権利義務や公証の利益を与えるものとして、その内容次第では婚姻制度の代替となり得るものであり、同性婚についてこのような婚姻制度と異なる制度を設けるか否かについても立法府における議論に委ねることが相当である。立法府による今後の検討や対応に委ねることが必ずしも不合理であるとまでは言えない、として、同性間の婚姻を認めていない本件諸規定が立法府たる国会の裁量権の範囲を逸脱したものとして憲法24条2項に反するとまでは認めることができない、とした（甲A652・37～38頁）。

（2）評価

ア 福岡地判が同性カップルに関する事項を少なくとも憲法24条2項の「家族に関するその他の事項」に含まれるとの解釈を示した

ことは、「婚姻」を異性婚のみを前提としている点に問題が残るものの、憲法の文言上、同性カップルも保護の対象に含む解釈がしやすい部分を用いて上記のような解釈を示している点で評価できる。

また、原告らが被っている不利益は個人の尊厳に照らして人格的利益を侵害するものとして到底看過することができないと強い言葉で評価したことも、福岡訴訟の原告らが控訴人らと同様に婚姻できないことによる様々な不利益を訴えてきたことが汲み取られた結果であると評価できる。

さらに、本件諸規定を含む婚姻制度の目的には婚姻相手との共同生活の保護にもあったものと認められるとの解釈を示したことは控訴人らの主張に沿うものである。

そして、その上で、本件諸規定が憲法24条2項に違反する状態にあると判断したことは高く評価されるものである。この判断は、原判決が婚姻制度を「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」（原判決29～31頁）と婚姻制度の趣旨を狭く捉え、同性カップルが婚姻できない不利益を「これにより生ずる同性カップルと異性カップルの間の享受し得る利益の差は契約等により一定の範囲では緩和され得る」（原判決31頁）などとして原告らの被っている不利益を過小評価し、本件諸規定が憲法24条に違反しないとした判断とは対照的である。

本控訴審においては、福岡判決のように当事者らの被っている不利益を真摯に受け止め、そのような不利益が憲法によって本当に許容されているのかを丁寧に判断していただきたい。

イ このように、福岡判決の憲法24条2項についての判断に関しては高く評価されるべき点が多いが、同性愛者にとって婚姻をするかしないか及び誰とするかを自己の意思で決定することは憲法上直接保障された権利とまではいえないとした点は不当であり、同判決が同性カップルに関する事項を少なくとも憲法24条2項の「家族に関するその他の事項」に含まれると解釈したこととの整合性もない。

また、福岡地判は、同性カップルの婚姻に関して、その実現の在り方については、婚姻とほとんど同じ法的効果を同性カップルに与える登録パートナーシップ制度は、同性間の人的結合に法的権利義務や公証の利益を与えるものとして、その内容次第では婚姻制度の代替となり得るものであるなどとして、立法府における議論に委ねることが相当としたが、控訴人ら第3準備書面において詳述したとおり、このような判断は妥当ではない。

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

(1) 判示の概要

福岡地判は、同性カップルに婚姻制度によって得られる利益を一切認めていない本件諸規定は、憲法24条2項に反する状態にあり、立法者としてはこの状態を解消する措置に着手すべきとはいえるものの、この方法は多種多様な選択肢があり、上記の状態にあることから原告らが主張する同性間の婚姻を可能とする立法措置を講ずべき義務が直ちに生ずるものとは認められない、とした(甲A652・40頁)。

(2) 評価

福岡地判が、本件諸規定が憲法24条2項に反する状態であるとしつつも、この状態を解消する方法は多種多様な選択肢があるとした点については、控訴人ら第3準備書面において詳述したとおり、婚姻類似制度の創設はむしろ差別の正当化と固定化を生じさせ、また、生殖と子の養育についても現行の法制度をそのまま同性カップルに適用することは可能であることから新たな制度も必要ないため妥当ではない。

8 小括

以上のとおり、福岡地判は、婚姻による公証の公的及び私的な利益を丁寧に拾い上げ、婚姻をするかしないか及び誰とするかを自己の意思で決定することは同性愛者にとっても尊重されるべき人格的利益と認められるとした点や、本件諸規定の下で同性カップルが被っている不利益が重大であることを認定した点、さらに本件諸規定が憲法24条2項に違反する状態した点等、高く評価されるべき点が多い。本控訴審においても、福岡地判のこのような判断を取り入れた上で、原判決を破棄し、本件諸規定が憲法24条1項・2項、14条に違反しており、国賠法上違法であるとの判決が下されるべきである。

第4 「結婚の自由をすべての人に」訴訟に対するこれまでの5地裁判決の整理

1 法令違憲とした判決

全国の「結婚の自由をすべての人に」訴訟のうち、同性間の婚姻を認めていない民法及び戸籍法の諸規定を違憲としたのは、札幌地裁判決及び名古屋地裁判決である。

札幌地裁判決は、民法及び戸籍法の諸規定が全体として異性間の婚姻のみを認めることとし、同性間の婚姻を認める規定を設けていないとして、これら民法及び戸籍法の婚姻に関する諸規定が、「異性愛者に対しては婚姻という制度を利用する機会を提供しているにもかかわらず、同性愛者に対しては、婚姻によって生じる法的効果の一部ですらもこれを享受する法的手段を提供しないとしていることは、立法府が広範な立法裁量を有することを前提としても、その裁量権の範囲を超えたものであるといわざるを得ず、本件区別取扱いは、その限度で合理的根拠を欠く差別取扱いに当たると解さざるを得ない」として、憲法14条1項に違反すると判断した。

名古屋地裁判決は、上述のとおり、同性間の婚姻を認めていない民法及び戸籍法の諸規定は、「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項に違反するものである。」とし、それと同時に「憲法14条1項にも違反するものといわざるを得ない。」と判断した。

2 違憲状態とした判決

全国の「結婚の自由をすべての人に」訴訟のうち、婚姻に関する民法及び戸籍法の諸規定が違憲であるとの判断はしなかったものの、同性カップルが家族となるための法制度が存在しない状態ないし同性カップルに婚姻制度の利用によって得られる利益が一切認められていない状態が違憲状態であると判断したのは、東京地裁判決及び福岡地裁判決である。

東京地裁判決は、「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は、同性愛者の人格的生存に対する重大な脅威、障害であり、個人の尊厳に照らして合理的な理由があるとはいえず、憲法24条2項に違反する状態にあるということができると判断した。

福岡地裁判決は、「本件諸規定の下で原告ら同性カップルは婚姻制度を利用することによって得られる利益を一切享受できず法的に家族と承認されないという重大な不利益を被っていること、婚姻制度は異性婚を前提とするとはいえ、その実態が変遷しつつあること、婚姻に対する社会通念もまた変遷し、同性婚に対する社会的承認がいまだ十分には得られていないとはいえ、国民の理解が相当程度浸透されていることに照らすと、…同性カップルに婚姻制度の利用によって得られる利益を一切認めず、自らの選んだ相手と法的に家族になる手段を与えていない本件諸規定はもはや個人の尊厳に立脚すべきものとする憲法24条2項に違反する状態にあると言わざるを得ない。」と判断した。

3 合憲とした判決

全国の「結婚の自由をすべての人に」訴訟のうち、婚姻に関する民法及び戸籍法の諸規定が違憲であると判断せず、違憲状態であるとの判断もしなかったのは、原判決である大阪地裁判決のみである。

ただし、原判決も、「確かに、現時点の我が国においては、同性愛者には、同性間の婚姻制度どころか、これに類似した法制度さえ存しないのが現実であり、その結果、同性愛者は、前記のとおり、婚姻によって異性愛者が享受している種々の法的保護、特に公認に係る利益のような重要な人格的利益を享受することができない状況にある」ことに言及し（原判決39頁）、「今後の社会状況の変化によっては、同性間の婚姻等の制度の導入について何らの法的措置がとられていないことの立法不作為が、将来的に憲法24条2項に違反するものとして違憲になる可能性はある」と述べている（原判決37頁）。

4 これまでに言い渡された5地裁判決を踏まえた主張

(1) 上記のとおり、これまでに言い渡された5地裁判決の全てが、同性愛者が婚姻によって得られる利益の一部ですらも享受することができない状態にあるという点に言及している。

この5地裁判決が示した現状認識は妥当である。

(2) 5地裁判決のうち、札幌地裁判決、東京地裁判決、名古屋地裁判決、福岡地裁判決は、本件諸規定または同性カップルが家族となるための法制度が存在しない状態ないし同性カップルに婚姻制度の利用によって得られる利益が一切認められていない状態が違憲であると判断した。

これらの4地裁判決は違憲判決であるから、現行法ないし現状を放置することが許されないことをいうものであり、その点では妥当である。ただし、すでに述べたとおり、東京地裁判決及び福岡地裁判決については、現行法の欠陥が正当化できない以上は札幌地裁判決や名古屋地裁判決のように法令違憲の判断をすべきであった¹。

- (3) 本件において、控訴人らは、同性カップルを婚姻制度から排除している現行法が違憲であると主張しており、本件諸規定が違憲であるとの判断を求めている。この主張は、本件諸規定によってもたらされている結果である現状、すなわち、同性カップルが家族となるための法制度が存在しない状態ないし同性カップルに婚姻制度の利用によって得られる利益が一切認められていない状態が違憲であるとの主張を当然に包含している。

したがって、本件においては、「本件諸規定」だけでなく本件諸規定によってもたらされている「状態」の違憲性についても合憲性が審査されなければならない。

原判決は、本件諸規定が違憲であると判断しなかった点で誤りであるが、本件諸規定によってもたらされている「状態」の合憲性を審査対象から外した点でも誤りであり、東京地裁判決や福岡地裁判決のように、同性カップルが家族となるための法制度が存在しない状態な

¹ 毛利透教授は、「東京地判・福岡地判は、同性カップルに家族としての法的保護を与える制度についての立法裁量を理由として『違憲状態だが違憲ではない』という評価を行った。しかし、同性カップルのための法制度が欠如していることの法的評価は、それを構築する際の立法裁量とは区別してなされるべきであり、当該欠如が正当化できないなら端的に違憲というべきであろう。両判決は、投票価値格差の合憲性判断において違憲状態の段階を入れる理由を『憲法の予定している司法権と立法権との関係』にもとめた判例…を意識しているのだろうが、立法者の過去の裁量的判断の合憲性が問われている場面でもとられた論理をむやみに拡大して使用すべきではない」との見解を示している（毛利透『同性婚を認めない現行法を違憲とした名古屋地裁判決』（有斐閣、2023年）法学教室516号107頁（甲A685））。

【リンクはご自由にお貼りください】

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

「結婚の自由をすべての人に」関西訴訟(大阪高裁)・第4回期日(2023年10月24日)に提出された書面です。

いし同性カップルに婚姻制度の利用によって得られる利益が一切認められていない状態の違憲性についても判断を示すべきであった。

以上