

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

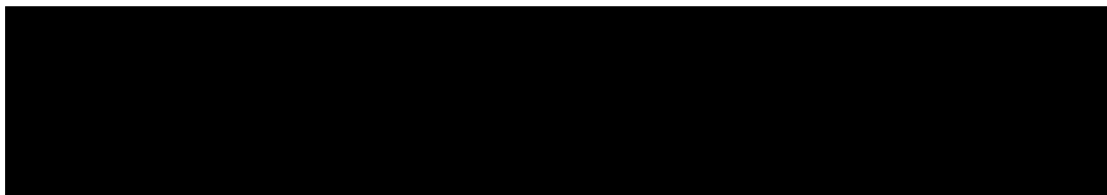
被控訴人 国

控訴答弁書

令和5年6月23日

東京高等裁判所第2民事部CD係 御中

被控訴人指定代理人



部	付	安	實	涼	子
部	付	本	村	行	広
部	付	橋	本	政	和
部	付	市	原	麻	衣
訟務官		竹	内	見佳子	
法務事務官		小	玉	和	諒



〒100-8977

東京都千代田区霞が関一丁目1番1号

民事法制企画官 齊 藤 恒 久

民事局付 大 野 智 己

民事局付 水 谷 遙 香

民事法制管理官付法制第一係長 村 上 岳

民事法制管理官付法制第一係員 伊 集 浩 平

目次

第1	はじめに	7
1	事案の概要	7
2	本書面の構成	9
第2	本件諸規定の憲法適合性に関する控訴人らの主張の前提が誤っていること	10
1	控訴人らの主張の前提について	10
2	本件諸規定の憲法適合性の判断においては、現行の婚姻制度（異性婚）に加えて同性婚を認める法制度を創設しないことが問題となるのであって、同性間の人的結合関係に「婚姻の自由」が保障されていることを前提に、立法府が現行の婚姻制度から同性愛者等を排除していることの憲法適合性を問題とする控訴人らの視点は誤りであること	10
第3	異性婚を定め、同性婚を定めていない本件諸規定が憲法24条1項及び2項に違反するものではないこと	11
1	控訴人らの主張	12
2	異性婚を定め、同性婚を定めていない本件諸規定が憲法24条1項及び2項に違反するものではないこと	12
(1)	憲法24条の趣旨等	12
(2)	憲法24条1項は、同性間の人的結合関係を対象とすることを想定していないこと	13
(3)	憲法24条2項は同条1項を前提とした規定であり、同条2項における立法上の要請及び指針も、婚姻が異性間の人的結合関係を対象とするものであることを前提としていること	16
(4)	本件諸規定は憲法24条1項及び2項に違反するものではないこと	19
3	控訴理由書における控訴人らの主張に対する反論	20

(1) 憲法制定当時の審議過程において、法律上同性のカップルの婚姻について議論された形跡がないことを根拠として婚姻を法律上異性間に限定することは、憲法解釈として許されないとの控訴人らの主張に理由がないこと	20
(2) 憲法24条1項の文言に関する控訴人らの主張に理由がないこと	22
(3) 法律上同性のカップルの共同生活は、法律上異性のカップルの共同生活と全く同様に尊重されねばならず、法律上異性のカップルに保障されている法律婚制度と婚姻の自由は法律上同性のカップルにも等しく保障されねばならないとの控訴人らの主張に理由がないこと	23
(4) 「社会的な承認」について批判する控訴人らの主張に理由がないこと	25
(5) 本件諸規定により制約されている権利・利益は憲法24条2項の命じる中核的部分であり、立法裁量を斟酌する余地がないか、立法裁量を斟酌する場合であっても裁量が狭い範囲に限定されるとの控訴人らの主張に理由がないこと	27
(6) 本件諸規定が個人の尊厳に適合しない状況を作出しており、また、同性婚の実現が個人の尊厳の原理から要請されている旨の控訴人らの主張に理由がないこと	28
第4 異性婚を定め、同性婚を定めていない本件諸規定が憲法14条1項に違反しないこと	35
1 本件諸規定に基づき同性間で婚姻することができないことは、憲法自体が予定し、かつ、許容するものであり、憲法14条1項に違反するものではないこと	35
(1) 控訴人らの主張	35
(2) 被控訴人の反論	35

2	本件諸規定が憲法14条1項に違反すると評価されるのは、立法府の裁量の範囲を逸脱し又は濫用したことが明らかであると認められるときに限られること	37
(1)	憲法14条1項適合性を判断するに当たっては、立法府の裁量を前提として、その広狭に応じ、立法目的の合理性、目的達成のための手段・方法の合理性を具体的に検討すべきであること	37
(2)	婚姻及び家族に関する事項の立法行為又は立法不作為の憲法14条1項適合性については、憲法24条の解釈と整合的に判断する必要があること	38
(3)	婚姻及び家族に関する具体的な制度の構築は立法府の合理的な立法裁量に委ねられていること	41
(4)	婚姻について同性愛者と異性愛者との間に性的指向によって差異が生じるとしても、それは本件諸規定から生じる事実上の結果ないし間接的な効果にすぎないこと	43
(5)	同性婚に係る権利利益は、憲法上保障されたものとはいえないし、具体的な法制度によって認められたものともいえないこと	44
(6)	小括	46
3	本件諸規定の立法目的は、一人の男性と一人の女性が子を産み育てながら共同生活を送るという関係に対して特に法的保護を与えることにあり、これと異なる控訴人らの主張に理由がないこと	47
(1)	控訴人らの主張	47
(2)	被控訴人の反論	48
4	同性間の人的結合関係を婚姻の対象としないことは、一人の男性と一人の女性が子を産み育てながら共同生活を送るという関係に対して特に法的保護を与えるという本件諸規定の立法目的との関係で合理性がないとする控訴人らの主張に理由がないこと	53

- (1) 本件諸規定が実際の自然生殖可能性の有無にかかわらず婚姻を認めていることが、その立法目的との関連において合理性を有すること ……53
- (2) 同性婚を認める法制度を創設していないことが本件諸規定の立法目的との関連においても合理性を有すること ……………55

第5 結語 —————57

第1 はじめに

1 事案の概要

(1) 本件は、同性の者との婚姻を希望する控訴人らが、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（以下「本件諸規定」という。）が同性間の人的結合関係について婚姻を認めていないことが、憲法14条1項、24条1項及び2項に違反していることから、国会が民法及び戸籍法の諸規定が定める婚姻を同性間でも可能とする立法措置を講ずべき義務があるにもかかわらず、これを講じていないことが国賠法1条1項の適用上違法であると主張して、損害賠償（一人当たり慰謝料100万円及び遅延損害金）を求める事案である。

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

(2) 原判決は、①本件諸規定の憲法24条1項適合性について、同条の文理や制定経緯等に照らすと、同条1項における「婚姻」は、異性間の婚姻（原判決のいう「異性間の婚姻」は、前記(1)における「異性婚」の意味と考えられる。）を指し、同性間の婚姻（原判決のいう「同性間の婚姻」は、前記(1)における「同性婚」の意味と考えられる。）を含まないものと解するとした上で、婚姻の自由は同性間の婚姻についても保障される旨の控訴人らの主張に対して、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ことなどから、本件諸規定が同項に違反するということとはできない旨判示し（原判決36ないし42ページ）、②本件諸規定の憲法14条1項適合性について、憲法24条1項は、

異性間の婚姻について法律婚としての立法を要請しているものと解すべきものであるところ、このように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などを指摘して、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ことから、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、憲法14条1項に違反するとはいえないなどとして、本件諸規定が同項に違反するとはいえない旨判示し（同42ないし45ページ）、③本件諸規定の憲法24条2項適合性について、婚姻や家族に関する事項は、国の伝統や国民感情を含めた社会状況における種々の要因を踏まえつつ、それぞれの時代における家族関係についての全体の規律を見据えた総合的な判断によって定められるべきである一方、婚姻は、親密な人的結合関係について、その共同生活に法的保護を与えるとともに、社会的承認を与えるものであり、このように親密な人的結合関係を結び、一定の永続性を持った共同生活を営み、家族を形成することは、当該当事者の人生に充実をもたらす極めて重要な意義を有し、その人生において最も重要な事項の一つであるといえることができるから、それについて法的保護や社会的公証を受けることもまた極めて重要な意義を持つものといえることができるなどと指摘しつつ、同性間の人的結合関係についてパートナーと家族になるための法制度を導入する場合にいかなる制度とすべきかについては、国の伝統や国民感情を含めた社会状況における種々の要因を踏まえつつ、また、子の福祉等にも配慮した上で、立法府において十分に議論、検討がされるべきであるといえることができることやそのような法制度を構築する方法については多様

なものが想定されることなどから、立法裁量に委ねられており、必ずしも本件諸規定が定める現行の婚姻制度に同性間の婚姻を含める方法に限られず、同性間の婚姻を認めていない本件諸規定が憲法24条2項に違反すると断ずることはできない旨判示した上で（同45ないし54ページ）、④同性間の婚姻を可能とする立法措置を講じないことが国賠法1条1項の適用上違法の評価を受けるものではないとして、控訴人らの請求をいずれも棄却した（同54ないし56ページ）。

2 本書面の構成

被控訴人の主張は、原審口頭弁論において主張したとおりであり、本件諸規定は憲法14条1項、24条1項及び2項に違反せず、同性間の婚姻を可能とする立法措置を講じないことが国賠法1条1項の適用上違法の評価を受けるものではないとして、控訴人らの請求をいずれも棄却した原判決の判断は、結論において正当である。

これに対し、控訴人らは、控訴人らの2023（令和5）年3月10日付け控訴理由書【第1分冊】ないし【第5分冊】（以下「控訴理由書【第○分冊】」などと表記する。）において、原判決の上記判断には誤りがある旨をる主張するが、その内容は、おおむね原審における主張の繰返しにすぎず、控訴人らの請求を棄却した原判決の結論の正当性を何ら左右するものではない。

以下では、本件諸規定の憲法適合性に関する控訴人らの主張の前提が誤っていることについて指摘した上で（後記第2）、同性間の婚姻を可能とする立法措置を講じないことが憲法24条1項及び2項に違反するものではないこと（後記第3）並びに異性婚を定め、同性婚を定めていない本件諸規定が憲法14条1項に違反するものではないこと（後記第4）について、改めて被控訴人の主張を述べるとともに、控訴理由書における控訴人らの主張に理由がないことを明らかにする。

なお、略語については、原判決及び被控訴人の原審における準備書面の例に

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

第2 本件諸規定の憲法適合性に関する控訴人らの主張の前提が誤っていること

1 控訴人らの主張の前提について

控訴人らは、「憲法24条1項が婚姻の自由を保障した趣旨は、法律上同性のカップルにも等しく妥当するものであって、憲法24条1項が、法律上同性のカップルについても婚姻の自由を保障していると解釈すべきである」（控訴理由書【第2分冊】第1の2(1)・6ページ）との主張を前提に、「本件諸規定が法律上同性のカップルを婚姻制度から排除していることが、婚姻の自由を保障する憲法24条1項に違反しないかが本件における問題の所在である。」

（控訴理由書【第2分冊】第1の1(2)・5ページ）、「同性愛者等が法的な家族になれないという問題の本質は、法律上同性の者どうしの婚姻を認めない本件諸規定が同性愛者等を婚姻制度から排除し別異取り扱いをして、法的な家族になれない状態に置いていることにある。したがって、法制度の不存在ではなく、婚姻制度からの排除と別異取扱いが個人の尊厳に立脚すべき要請に適合しているかどうかを正面から検討しなければならない。」（控訴理由書【第4分冊】第2の2・9ページ）などと主張しており、本件諸規定が同性愛者等を婚姻制度から排除するものであるとの前提に立つものと解される。

そうすると、控訴人らは、本件諸規定により、正当な理由なく、異性間の人的結合関係にのみ婚姻制度による積極的な保護や法的な利益の供与が認められ、当該制度から同性間の人的結合関係が排除されている、すなわち同性愛者等の

「婚姻の自由」が侵害されているとの理解を前提とするものと解される。

2 本件諸規定の憲法適合性の判断においては、現行の婚姻制度（異性婚）に加えて同性婚を認める法制度を創設しないことが問題となるのであって、同性間

の人的結合関係に「婚姻の自由」が保障されていることを前提に、立法府が現行の婚姻制度から同性愛者等を排除していることの憲法適合性を問題とする控訴人らの視点は誤りであること

同性間の人的結合関係について「婚姻をするかどうか、いつ誰と婚姻をするか」を当事者間で自由に意思決定し、故なくこれが妨げられないという意味における「婚姻をするについての自由」が憲法24条1項により保障されているとの前提をとり得ないことは、被控訴人原審第3準備書面第2の2(1)及び(2)イ(ウ)(5、6、8及び9ページ)及び同第6準備書面第2の2(1)(7及び8ページ)において述べたとおりである(後記第3の2(2)参照)。そして、同準備書面第3の3(2)(19及び20ページ)において述べたとおり、控訴人らが「婚姻の自由」として主張するものの内実は、個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚すべきことを規定する憲法24条2項の要請に従って創設された現行の婚姻制度の枠を超えて、同性間の人的結合関係についても婚姻と同様の積極的な保護や法的な利益の供与を認める法制度の創設を国家に対して求めるものにほかならないのであって、国家からの自由を本質とするものということもできない。この点については、仮に本件諸規定が違憲無効であると判断されたとしても、現行の法律婚制度が違憲無効となるだけで、直ちに本件諸規定の下で同性婚が法律上可能となるものではないことをも加味すると、より一層明らかである。

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

第3 異性婚を定め、同性婚を定めていない本件諸規定が憲法24条1項及び2項に違反するものではないこと

1 控訴人らの主張

控訴人らは、「憲法24条1項が「両性」、「夫婦」という文言を用いていることや、憲法制定時の審議過程において同性間の婚姻について議論が行われた形跡が見当たらないことは、婚姻の自由が同性間にも及ぶことを否定する根拠とはならない。そして、婚姻制度が自らにも等しく開かれていること自体が、社会に生きる者としての「尊厳」を守ることになるものであり、憲法24条には、「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」ことの要請があることからすれば(甲A554・土井真一)、「両性」という文言にかかわらず、憲法24条1項が婚姻の自由を保障した趣旨が等しく妥当する者についても、等しく婚姻の自由の保障が及ぶと解さなければならない。」と主張する(控訴理由書【第2分冊】第2の4(1)・18ページ)。

また、控訴人らは、「本件諸規定につき憲法24条2項適合性を審査するにあたっては、上記した、平成27年夫婦同氏最高裁大法廷判決で述べられた一般的な規範から、問題となる事項や制約を受けている権利・利益の内容・性質等に照らしてより厳格に具体化された判断枠組を用いることが求められる。すなわち、制約を受けている権利・利益が憲法24条2項によって中核的なものとして位置づけられるものである場合や、権利・利益への法律による制約が直接的なものであったり長期間にわたる場合などには、憲法24条2項適合性審査にあたって立法裁量を斟酌する余地はそもそもなく、仮に立法裁量を斟酌する場合であっても、与えられた裁量は自ずと狭い範囲に限定されることとなる。そうであるから、「国の伝統や国民感情」を過度に斟酌することも許されない。」と主張する(控訴理由書【第4分冊】第4の3・16及び17ページ)。

2 異性婚を定め、同性婚を定めていない本件諸規定が憲法24条1項及び2項に違反するものではないこと

(1) 憲法24条の趣旨等

被控訴人原審第6準備書面第2の2(1)(7及び8ページ)で述べたとお

り、婚姻及び家族に関する事項は、国の伝統や国民感情を含めた社会状況における種々の要因を踏まえつつ、それぞれの時代における夫婦や親子関係についての全体の規律を見据えた総合的な判断を行うことによって定められるべきものである。したがって、その内容の詳細については、憲法が一義的に定めるのではなく、法律によってこれを具体化することがふさわしいものと考えられる。憲法24条2項は、このような観点から、「配偶者の選択、財産権、相続、住居の選定、離婚並びに婚姻及び家族に関するその他の事項に関しては、法律は、個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚して、制定されなければならない。」と規定し、婚姻及び家族に関する事項について、具体的な制度の構築を第一次的には国会の合理的な立法裁量に委ねるとともに、その立法に当たっては、個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚すべきであるとする要請、指針を示すことによって、その裁量の限界を画したものといえる。

また、憲法24条1項は、「婚姻は、両性の合意のみに基いて成立し、夫婦が同等の権利を有することを基本として、相互の協力により、維持されなければならない。」と規定し、婚姻をするかどうか、いつ誰と婚姻をするかについては、当事者間の自由かつ平等な意思決定に委ねられるべきであるとの趣旨を明らかにしたものと解される。婚姻は、これにより、配偶者の相続権（民法890条）や夫婦間の子が嫡出子となること（同法772条1項等）等の法律上の効果が与えられるものとされているほか、近年家族等に関する国民の意識の多様化が指摘されつつも、国民の中にはなお法律婚を尊重する意識が幅広く浸透していると考えられることをも併せ考慮すると、上記のような婚姻をするについての自由は、憲法24条1項の規定の趣旨に照らし、十分尊重に値するものと解することができる。（以上につき、最高裁平成27年12月16日大法院判決・民集69巻8号2427ページ（再婚禁止期間違憲判決）参照）

(2) 憲法24条1項は、同性間の人的結合関係を対象とすることを想定してい

ないこと

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

この点については、被控訴人原審第3準備書面第2の2(1)(5及び6ページ)で述べたとおり、学説においても、「現時点で、憲法が同性婚を異性婚と同程度に保障しなければならないと命じているわけではないとの理解が大方のところであろうと思われる」(長谷部恭男編「注釈日本国憲法(2)」510ページ・乙第15号証)、「現在の一般的な理解によれば、同性間での婚姻関係は認められていない(妻と夫という概念を用い、子の出産を前提とする民法の規定。さらには、「婚姻は、両性の合意のみに基いて成立」するとする憲法24条1項が、その法的根拠として挙げられる)。(窪田充見「家族法(第2版)」145ページ・乙第16号証)、「通説は、(引用者注：憲法)24条の「両性」をboth sexesという定めとして捉え、24条下では同性婚は容認されないと解してきた。」(辻村みよ子「憲法と家族」129ページ・乙第17号証)等と指摘されているところである。

イ また、被控訴人原審第3準備書面第2の2(2)イ(7)(8及び9ページ)で述べたとおり、控訴人らが控訴人ら原審第3準備書面第1の3(2)(11ないし13ページ)で引用した憲法24条1項の制定過程における条項案を見ても、婚姻の当事者について、GHQ草案23条では「男女両性」

という文言が、「3月2日案」37条及び「3月5日案」22条では「男女相互」という文言がそれぞれ用いられている。そして、これらの草案を経て作成された口語化憲法改正草案22条以降、「両性の合意」という文言が採用され、その後、現在の憲法24条1項の規定として成文化されている。このように、同項の規定に成文化されるまでの過程においては、常に「男女」又は「両性」という文言が用いられており、一貫して性別の異なる者同士の人的結合関係が「婚姻」と表現されている。

さらに、憲法審議においても、「一夫一婦の原則は、私個人の考えであります。これは全く世界通有の一大原則だと思います。」（清水伸編「逐条日本国憲法審議録第2巻」486ページ・乙第18号証）、「婚姻はどうしてもこの男女が相寄り相助ける所に基礎があるのであります。」

（同494ページ）等、婚姻が男女間のものであることを当然の前提としていたことがうかがわれる議論がされている。

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

ウ 以上のとおり、憲法24条1項は、婚姻について異性間の人的結合関係のみを対象としており、同性間の人的結合関係を対象とすることを想定していないことは明らかであることからすると、「婚姻をするかどうか、いつ誰と婚姻をするか」を当事者で自由に意思決定し、故なくこれが妨げられないという意味における「婚姻をするについての自由」（控訴人らのいう「婚姻の自由」又は「婚姻をするについての自由」は、これと同義であると解される。）は、異性間の人的結合関係を対象とする婚姻についてのみ保障されていると解するのが相当である。そして、同条2項は、飽くまで婚姻が異性間の人的結合関係を対象とするものであることを前提として、これを具体化する制度の整備を立法府に要請するものであり、同性間の人的結合関係をも対象として婚姻を認める立法措置を執ることを立法府に要

請していると解することはできない。そして、被控訴人原審第5準備書面第2の1(2)(5ないし7ページ)において述べたとおり、憲法24条1項の定める婚姻が異性間の人的結合関係のみを対象とするものとして本件諸規定により制度化され、同性間の人的結合関係を対象とするものとして制度化されない事態(差異)が生じることは、前記のとおり、憲法24条が婚姻について異性間の人的結合関係のみを対象とすることを明文で定め、婚姻に係る法制度の構築を法律に委ねていることの当然の帰結にすぎない。そうすると、同性間では本件諸規定に基づき婚姻をすることができないことは、憲法自体が予定し、かつ許容するものであるから、憲法24条に違反するものとはいえない。

したがって、異性間の人的結合関係を対象とするものとして異性婚を定め、同性間の人的結合関係を対象とするものとして同性婚を定めていない本件諸規定が憲法24条1項及び2項に違反するものではない。

- (3) 憲法24条2項は同条1項を前提とした規定であり、同条2項における立法上の要請及び指針も、婚姻が異性間の人的結合関係を対象とするものであることを前提としていること

ア 前記(1)のとおり、憲法24条2項は、婚姻及び家族に関する事項について、具体的な制度の構築を第一次的には国会の合理的な立法裁量に委ねるとともに、その立法に当たっては、個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚すべきであるとする要請、指針を示すことによって、その裁量の限界を画したものであるところ、以下に述べるとおり、同項における立法上の要請及び指針は、形式的にも内容的にも、同条1項を前提とすることが明らかである。

- イ まず、形式面についていうと、憲法24条2項は、同条1項とは別の「項」にある規定であるが、そもそも、法令における「項」は、「条」中の文章の段落を意味するものであり、「条」及び「号」ほどの独立性を

有するものとは観念されていない（法制執務研究会編「新訂ワークブック 法制執務第2版」217ページ。乙第30号証）。また、このように、同じ「条」の中の各「項」の間には関連性があることに加え、「項」の先後関係に照らせば、通常、同じ「条」の中に複数の「項」が設けられる場合、後の「項」は、前の「項」の規定を前提として定められるものといえる。

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

さらに、憲法24条の原型は、いわゆるマッカーサー草案23条の「婚姻ハ男女両性ノ法律上及社会上ノ争フ可カラサル平等ノ上ニ存シ両親ノ強要ノ代リニ相互同意ノ上ニ基礎ツケラレ且男性支配ノ代リニ協力ニ依リ維持セラルヘシ此等ノ原則ニ反スル諸法律ハ廃止セラレ配偶ノ選択、財産権、相続、住所ノ選定、離婚並ニ婚姻及家族ニ関スル其ノ他ノ事項ヲ個人ノ威厳及両性ノ本質的平等ニ立脚スル他ノ法律ヲ以テ之ニ代フヘシ」（一部省略）に認められ、この段階では項を分けることなく一つの条の中に規定されていたものであり、その後、「日本側の第2案」（いわゆる「3月5日案」）22条において、現憲法に類似した構造及び表現となったものである（乙第31号証497及び498ページ、乙第32号証）。このように、憲法24条1項及び2項の原型となる条文が、両項を分けて規定していなかったことからすれば、両項が密接な関連性を有していることは一層明らかといえる。

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

ウ また、内容面についていうと、まず、憲法24条1項は、婚姻が両性の合意のみに基づいて成立する旨を規定し、婚姻をするかどうか、いつ誰と婚姻をするかについては、当事者間の自由かつ平等な意思決定に委ねられ

るべきである旨を明らかにしたものである（最高裁平成27年12月16日大法廷判決・民集69巻8号2596ページ（平成27年夫婦別姓訴訟最高裁判決））。

他方、同条2項は、婚姻等に関する事項について具体的な制度を構築するに当たっての立法上の要請及び指針を示したものであるが、上記のとおり、婚姻の成立については、同条1項により、両性の合意のみに基づいて成立する旨が明らかにされていることから、婚姻の成立要件等を定める法律は、かかる同条1項の規定に則した内容でなければならない。そのため、婚姻等に関する事項について立法上の要請及び指針を示した同条2項においては、同条1項の内容も踏まえ、配偶者の選択ないし婚姻等に関する法律は、個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚して制定されなければならないとしたものである（憲法24条2項における配偶者の選択とは婚姻の相手の選択であるから、それについて、法律が個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚して制定されなければならないということは、婚姻が当事者の自由な合意のみによって成立すべきことを意味し、同条1項の規定と同趣旨であると解されている（佐藤功「憲法（上）〔新版〕」414ページ。乙第33号証））。

このように、憲法24条2項が、同条1項の規定内容を踏まえ、これを前提として定められていることは、同条2項の内容面からしても明らかである。

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

この点、平成27年夫婦別姓訴訟最高裁判決においても、「憲法24条2項は、具体的な制度の構築を第一次的には国会の合理的な立法裁量に委ねるとともに、その立法に当たっては、同条1項も前提としつつ、個人の

尊厳と両性の本質的平等に立脚すべきであるとする要請、指針を示すこと
によって、その裁量の限界を画したものと見える。」と判示されており、
憲法24条2項が、同条1項の存在及び内容を前提として、立法上の要請
及び指針を示したものであることを明らかにしているところである。

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

(4) 本件諸規定は憲法24条1項及び2項に違反するものではないこと

前記(1)のとおり、憲法24条1項は、婚姻をするかどうか、いつ誰と婚
姻をするかについては、当事者間の自由かつ平等な意思決定に委ねられるべ
きであるとの趣旨を明らかにしたものと解されるところ、前記(2)のとおり、
同項が、婚姻について異性間の人的結合関係のみを対象としており、同性間
の人的結合関係を対象とすることを想定していないことが明らかであること
からすると、原判決(39ページ)が正当に判示するとおり、憲法24条に
いう「婚姻」とは、異性間の婚姻を指し、同性間の婚姻を含まないものと解
するのが相当である。

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

したがって、異性間の人的結合関係を対象とするものとして異性婚を定め、
同性間の人的結合関係を対象とするものとしての同性婚を定めていない本件

諸規定は憲法24条1項及び2項に違反するものではない。

3 控訴理由書における控訴人らの主張に対する反論

- (1) 憲法制定当時の審議過程において、法律上同性のカップルの婚姻について議論された形跡がないことを根拠として婚姻を法律上異性間に限定することは、憲法解釈として許されないとの控訴人らの主張に理由がないこと

ア 控訴人らは、「憲法制定当時、同性愛は精神疾患の一つとされ、差別と侮蔑の対象であった。(中略) そうであれば、憲法制定時の審議過程において、法律上同性のカップルの婚姻について議論がされた形跡がないことを根拠として婚姻を法律上異性間に限定することは、憲法制定当時の誤った規範ないし偏見を追認、助長することにほかならず、憲法の基本原理である個人の尊厳ないし個人の尊重に反すること甚だしく、憲法解釈として許されない。」と主張する(控訴理由書【第2分冊】第2の3(3)・17及び18ページ)。

イ しかしながら、仮に、日本国憲法の制定当時、同性愛が精神疾患であるとする理解が社会に存したとしても、そのことと、当該理解が日本国憲法制定の立法事実として考慮されたかという問題は、明確にしゅん別されるべきであるところ、前記2(2)イでも指摘した憲法24条の制定経緯のほか、憲法審議の過程においても、上記のような同性愛に対する理解が立法事実として考慮されていたとは到底認められない。

すなわち、日本国憲法に関する審議が行われた第90回帝国議会において、当時の司法大臣であった木村篤太郎が、「一夫一婦の原則は、私個人の考えであります、これは全く世界通有の一大原則だと思います。」「婚姻はどうしてもこの男女が相寄り相助ける所に基礎があるのであります。」などと述べているとおり、婚姻が異性間のものであることが当然の前提とされていたものである。そして、被控訴人原審第5準備書面第2の2(3)ウ(7)及び(4)イ(1)(24、25、30及び31ページ)等で述べた

とおり、上記のように、婚姻が異性間の人的結合関係を前提として制度化された背景には、一人の男性と一人の女性という異性間の人的結合関係が、今後の社会を支える次世代の子を産み、育みつつ、我が国の社会を構成して支える自然的かつ基礎的な集団単位である家族をその中心となって形成しているという社会的な実態があり、当該実態に対して歴史的に形成されてきた社会的な承認があることによるのであって、「同性愛は精神疾患の一つ」であるとの理解に基づくものではない。

ウ このことは、民法が、婚姻について、異性間の人的結合関係を前提としていることについても当てはまる。

すなわち、まず、明治民法において同性婚が定められなかったのは、被控訴人原審第5準備書面第2の2(3)ア(21ないし23ページ)において述べたとおり、婚姻が生殖と子の養育を目的とする男女の結合であるとの我が国の伝統、慣習を制度化したものであり、男女間のものであることが前提とされていたからにすぎず、同性愛が精神疾患であるとの考えが明治民法制定時の立法事実として考慮されたからではない(被控訴人原審第5準備書面第2の2(4)ウ(イ)b・35及び36ページ、同第6準備書面第3の4(4)イ(イ)c・50ページ)。

また、昭和22年民法改正に係る国会審議において、婚姻について異性間の人的結合関係を対象とすることに言及された形跡が見当たらないこと、現行民法に関する解説書に、「夫婦関係とは何か、といえば、その社会で一般に夫婦関係と考えられているような男女の精神的・肉体的結合というべきである。」、「同性間の『婚姻』はこの意味で婚姻ではない」(我妻栄「親族法」14及び18ページ・乙第10号証)等の記載があることからすれば、現行民法において同性婚が定められず、これに関する規定も設けられなかったのは、同性愛者が精神疾患であるとして婚姻制度から積極的に排除するためでも、当然に許されないものとされていたためでもなく、

むしろ、現行民法の制定時においても、婚姻が異性間の人的結合関係を対象とするものであるという前提に何らの変更がなかったからにほかならない。

このように、民法においても、婚姻が異性間の人的結合関係を対象とするものであることを前提としているのは、婚姻が生殖と子の養育を目的とする男女の結合であるとの我が国の伝統、慣習を制度化したものであるという、明治民法制定時における前提が変更されなかったことにより、同性婚が想定されていなかったためにすぎないのであって、同性愛が精神疾患の一種であるとする知見に基づくものではない（被控訴人原審第5準備書面第2の2(4)ウ(エ) c・38ページ、同第6準備書面第3の4(4)イ(イ) c・50ページ）。

(2) 憲法24条1項の文言に関する控訴人らの主張に理由がないこと

ア 控訴人らは、「憲法24条1項が「両性」、「夫婦」という文言を用いていることや、憲法制定時の審議過程において同性間の婚姻について議論が行われた形跡が見当たらないことは、婚姻の自由が同性間にも及ぶことを否定する根拠とはならない。」、「憲法24条1項が、文理上は「両性」という通常男女を意味する文言を用いていたとしても、同条項が規定する婚姻の自由の保障は、法律上同性のカップルに対しても法律上異性のカップルと同様に及ぶものと解さねばならない。」などと主張する（控訴理由書【第2分冊】第2の4(1)及び(2)・18ないし20ページ）。

イ しかしながら、法の解釈に際し、文言の日本語としての意味や文法が重視・尊重されなければならない、文言からかけ離れた解釈が許されないのは当然であるところ、前記2(2)において述べたとおり、「両性」とは、両方の性、男性と女性又は二つの異なった性を意味し、「夫婦」とは、夫と妻又は適法の婚姻をした男女の身分を意味する文言であり、「両性」及び「夫婦」が男性又は女性のいずれかを欠き当事者双方の性別が同一である

場合を含む概念であると理解する余地はなく、このような理解は、憲法 24 条 1 項の制定過程及び審議状況からも裏付けられている。

したがって、控訴人らの主張には理由がない。

- (3) 法律上同性のカップルの共同生活は、法律上異性のカップルの共同生活と全く同様に尊重されねばならず、法律上異性のカップルに保障されている法律婚制度と婚姻の自由は法律上同性のカップルにも等しく保障されねばならないとの控訴人らの主張に理由がないこと

ア 控訴人らは、「法律上同性のカップルの共同生活は、法律上異性のカップルの共同生活とまったく同様に尊重されねばならない。」ことから、
「法律上異性のカップルに保障されている法律婚制度と婚姻の自由は、法律上同性のカップルにも等しく保障されねばならない。仮に、憲法 24 条 1 項が男女の婚姻のみを保障していると解すると、憲法 13 条で同程度に保障されるべき真摯な共同生活の保護のあり方や、婚姻に対する個人の自由な意思決定について不合理な差が生じるのであって、かかる解釈は採りえない。」と主張する（控訴理由書【第 2 分冊】第 2 の 4 (3) ウ・22 及び 23 ページ）。

イ しかしながら、被控訴人原審第 6 準備書面第 2 の 3 (1) ア（11 及び 12 ページ）で述べたとおり、人は、一般に社会生活を送る中で、種々の、かつ多様な人的結合関係を生成しつつ、生きていくものであり、当該人的結合関係の構築、維持及び解消をめぐる様々な場面において幾多の自己決定を行っていくものと解されるが、そのような自己決定を故なく国家により妨げられているか否かということと、そのような自己決定の対象となる人的結合関係について国家の保護を求めることができるか否かということとは、区別して検討されるべきものと解される。

そして、婚姻及び家族に関する事項については、前記 2 (1) のとおり、憲法 24 条 2 項に基づき、法律によって具体的な内容を規律するものとさ

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

そして、前記2(1)ないし(3)のとおり、憲法24条1項は、婚姻について異性間の人的結合関係のみを対象とし、同性間の人的結合関係を対象とすることを想定しておらず、同条2項も、飽くまで婚姻が異性間の人的結合関係を対象とするものであることを前提として、これを具体化する制度の整備を立法府に要請しており、本件諸規定は、かかる要請に基づき、婚姻について異性間の人的結合関係のみを対象とするものとしてその具体的な内容を定めているといえることができる。

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

があるとしても変わるものではない。

したがって、控訴人らの主張には理由がない。

(4) 「社会的な承認」について批判する控訴人らの主張に理由がないこと

ア 控訴人らは、「憲法24条1項が構築を命じた法律婚制度で保護される者の範囲を「その時代の社会通念」「社会的な承認」(原判決39頁)のみを決定的基準として判断する解釈は、婚姻を法律事項として個人の尊厳(憲法13条)と両性の本質的平等(同14条)という憲法全体の基本原理を婚姻制度に負こうとした憲法24条2項の趣旨に反するものである。」

(控訴理由書【第2分冊】第3の1・25ページ)と主張し、また、①自然生殖可能性は、明治民法の頃から婚姻の要件とは解されていなかったこと(控訴理由書【第2分冊】第4の2(1)・34ページ)、②憲法24条1項は、子を産み育てるか否かにかかわらず、婚姻の自由を保障していること(控訴理由書【第2分冊】第4の2(2)・34及び35ページ)、③現行民法上、自然生殖可能性の有無によって婚姻当事者を区別する規定は存在しないこと(控訴理由書【第2分冊】第4の2(3)ア・35及び36ページ)、④有責配偶者からの離婚請求の可否が争点となった最高裁昭和62年9月2日大法廷判決(民集41巻6号1423ページ)が「婚姻の本質は、両性が永続的な精神的及び肉体的結合を目的として真摯な意思をもつて共同生活を営むことにあるから、夫婦の一方又は双方が既に右の意思を確定的に喪失するとともに、夫婦としての共同生活の実体を欠くようになり、その回復の見込みが全くない状態に至った場合には、当該婚姻は、もはや社会生活上の実質的基礎を失っているものというべき」と判断しており、カップル間の自然生殖可能性の有無は問題とされていないこと(控訴理由書【第2分冊】第4の2(3)イ・36ページ)などを理由に挙げ、「法律上異性のカップルの人的結合関係が婚姻としての社会的承認を受けてきた背景には自然生殖可能性があるという理解は誤りである。」(控訴

理由書【第2分冊】第4の1・32ページ）と主張する。

イ しかしながら、前記2(1)ないし(3)のとおり、「その時代の社会通念」ないし「社会的な承認」を論ずるまでもなく、憲法24条の文言や制定経過等に照らせば、同条が、婚姻について、異性間の人的結合関係のみを対象とし、同性間の人的結合関係を対象とすることを想定していないことは明らかである。

また、控訴人らは、自然生殖可能性が婚姻の要件とされていないことも指摘して、憲法24条の「婚姻」に同性間の婚姻を含むものと解することはできないとした原判決を批判するが、後記第4の3(2)で詳述するとおり、我が国においては、一人の男性と一人の女性の人的結合関係が、今後の社会を支える次世代の子を産み、育みつつ、我が国の社会を構成し、支える自然的かつ基礎的な集団単位である家族をその中心となって形成しているという実態があって、当該実態に対して歴史的に形成されてきた社会的な承認が存在しており、明治民法を含め、民法は、婚姻の当事者が男女であることを前提としているとする理解が一般的である（梅謙次郎「民法要義巻之四終（第16版）」87及び90ページ・乙第3号証、穂積重遠「親族法」221ページ・乙第4号証、牧野菊之助「日本親族法論」・乙第5号証、我妻榮＝立石芳枝「法律學体系コンメンタール篇親族法・相續法」46及び47ページ・乙第8号証、中川善之助「親族法（上）」194ページ・乙第9号証、我妻榮「親族法」14及び18ページ・乙第10号証、大村敦志「民法読解 親族編」32及び33ページ・乙第11号証等参照）。そして、パッケージとして構築される婚姻及び家族に関する制度においては、制度を利用することができるか否かの基準が明確である必要があるから、現行民法が子を作る能力や意思の有無でその法的地位を区別していないことと、現行民法が抽象的・定型的に子を産み育てることを目的とする男女の共同生活に対して法的保護を与えることをその目的とし

ていることとは、何ら矛盾するものではない。

したがって、自然生殖可能性を婚姻の要件としていないからといって、憲法24条の「婚姻」が、同性間の人的結合関係をも対象としていると解すべきことにはならない。

なお、控訴人らは、前記④のとおり、有責配偶者からの離婚請求の可否が争点となった事案において、最高裁昭和62年9月2日大法廷判決（民集41巻6号1423ページ）が、「婚姻の本質は、両性が永続的な精神的及び肉体的結合を目的として真摯な意思をもつて共同生活を営むことにある」と判示している点をとらえて、「カップル間の自然生殖可能性の有無は問題とされていない」旨主張するところ、同判決は、「両性」すなわち「一人の男性と一人の女性」を前提として判示しているものであることからすれば、控訴人らの主張のように解されないところである。

- (5) 本件諸規定により制約されている権利・利益は憲法24条2項の命じる中核的部分であり、立法裁量を斟酌する余地がないか、立法裁量を斟酌する場合であっても裁量が狭い範囲に限定されるとの控訴人らの主張に理由がないこと

ア 控訴人らは、「制約を受けている権利・利益が憲法24条2項によって中核的なものとして位置づけられるものである場合や、権利・利益への法律による制約が直接的なものであったり長期間にわたる場合などには、憲法24条2項適合性審査にあたって立法裁量を斟酌する余地はそもそもなく、仮に立法裁量を斟酌する場合であっても、与えられた裁量は自ずと狭い範囲に限定されることとなる。」（控訴理由書【第4分冊】第4の1・14ページ）と主張した上で、「「配偶者の選択」に関する権利・利益」や「パートナーと家族になることに関する人格的利益」が憲法24条2項の中核的部分に係る権利・利益であることを前提に、本件諸規定によって、控訴人らが憲法24条2項の中核的部分に係る権利・利益に直接の制約を

受けていると主張する（控訴理由書【第4分冊】第4の2・14及び15ページ）。

イ しかしながら、前記2(3)及び(4)のとおり、憲法24条2項は、飽くまで婚姻が異性間の人的結合関係を対象とするものであることを前提として、これを具体化する制度の整備を立法府に要請するものであり、同性間の人的結合関係をも対象として婚姻を認める立法措置を執ることを立法府に要請していると解することはできない。そして、被控訴人原審第5準備書面第2の1(2)(5ないし7ページ)及び同第6準備書面第2の2(3)(10ページ)において述べたとおり、憲法24条1項の定める婚姻が異性間の人的結合関係のみを対象とするものとして本件諸規定により制度化され、同性間の人的結合関係を対象とするものとして制度化されない事態（差異）が生じることは、憲法24条が婚姻について異性間の人的結合関係のみを対象とすることを明文で定め、婚姻に係る法制度の構築を法律に委ねていることの当然の帰結にすぎない。

そうすると、同性間では本件諸規定に基づき婚姻をすることができないことは、憲法自体が予定し、かつ許容するものであるのであるから、同条2項の憲法適合性解釈としては、このような規定の在り方と切り離して解釈することは相当でなく、同性婚を定めるかどうかについて立法府に広範な裁量が認められる。このことは、被控訴人原審第5準備書面第2の2(2)ウないしカ(12ないし21ページ)において既に述べたとおりである。

したがって、控訴人らの主張には理由がない。

(6) 本件諸規定が個人の尊厳に適合しない状況を作成しており、また、同性婚の実現が個人の尊厳の原理から要請されている旨の控訴人らの主張に理由がないこと

ア 控訴人らは、「本件諸規定及び本件諸規定による別異取扱いは、同性愛

者等のパートナーと家族になることに関する人格的利益を制約することにより、人格的生存に不可欠な幸福追求・自己決定を奪っていること」などから「このような状況は、同性愛者等とその子の個人の尊厳を深刻に侵害しており、個人こそが価値の根源であるという個人の尊厳の原理に適合しない状況である。」（控訴理由書【第4分冊】第9の2(6)・38ページ）と主張した上で、「日本に住む人々の意識は法律上同性の者どうしの婚姻の実現に向けて着実に進展し、既に受容しているといっている状況であるにもかかわらず、国が国民意識に反して法制化を怠っているといわざるを得ない。（中略）法律上同性の者どうしの婚姻実現は個人の尊厳の原理からも要請されている」（控訴理由書【第4分冊】第11の4・57ページ）ことなどを主張し、「法律上同性の者どうしの婚姻を認めない本件諸規定は、個人の尊厳に照らして合理的理由を欠き、国会の立法裁量の範囲を超えるものであるから、憲法24条2項に違反する。」（控訴理由書【第4分冊】第13・61ページ）と主張する。

イ しかしながら、前記2(3)及び(4)のとおり、憲法24条2項は、飽くまで婚姻が異性間の人的結合関係を対象とするものであることを前提として、これを具体化する制度の整備を立法府に要請するものであり、同性間の人的結合関係をも対象として婚姻を認める立法措置を執ることを立法府に要請していると解することはできない。そして、被控訴人原審第5準備書面第2の1(2)（5ないし7ページ）及び同第6準備書面第2の2(3)（10ページ）において述べたとおり、憲法24条1項の定める婚姻が異性間の人的結合関係のみを対象とするものとして本件諸規定により制度化され、同性間の人的結合関係を対象とするものとして制度化されない事態（差異）が生じることは、憲法24条が婚姻について異性間の人的結合関係のみを対象とすることを明文で定め、婚姻に係る法制度の構築を法律に委ねていることの当然の帰結にすぎない。

そうすると、同性間では本件諸規定に基づき婚姻をすることができないことは、憲法自体が予定し、かつ許容するものであるのであるから、憲法24条2項の「個人の尊厳」をこのような規定の在り方と切り離して解釈することは相当でない（なお、同項が、配偶者の選択ないし婚姻等に関する事項について「個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚して、制定されなければならない。」と規定している意味は、同条1項と同様、婚姻が、夫婦となろうとする両性当事者の自由な合意のみによって成立すべきことを意味するものとされているところである（乙第33号証）。）。

また、同第5準備書面第2の2(3)ウ(7)（24及び25ページ）及び同第6準備書面第2の3(2)ア(エ)（16及び17ページ）において述べたとおり、現行法において、多種多様な人的結合関係のうち、異性間の人的結合関係が婚姻として制度化された背景には、自然生殖可能性を前提とする一人の男性と一人の女性の人的結合関係が我が国の社会を構成し、支える自然的かつ基礎的な集団単位である家族をその中心となって形成しているという社会的な実態があり、当該実態に対して歴史的に形成されてきた社会的な承認があるのに対し、同性間の人的結合関係にはいまだこれと同視し得るほどの社会的な承認が存在するとは必ずしもいえないことに照らせば、本件諸規定が婚姻という法制度の対象を一定の異性間の人的結合関係に限定していることには合理的な理由がある。

さらに、現在においても、異性間の人的結合関係か同性間の人的結合関係を問わず、婚姻によらずに一人の相手を人生のパートナーとして継続的な関係を結ぶことは可能である上、契約等により、婚姻と同様の法的効果を生じさせることも可能であって（被控訴人原審第3準備書面第3の3(2)イ(イ)・20及び21ページ）、同性間の人的結合関係についても法律上の「婚姻」制度に含めなければ、個人の尊厳に反するともいえない。

また、同性婚については学説上様々な議論があるものの、そのうち接し

得た文献の多くは、憲法制定当初からの状況の変化を踏まえ、同性婚が憲法24条のもとで許容されるか否かという点に関するものであり（辻村みよ子「憲法と家族」・乙第17号証、安西文雄ほか「憲法学読本 第3版」・乙第26号証、長谷部恭男編「注釈日本国憲法（2）」・乙第15号証）、憲法24条によって要請されるに至っているか否かという点に関するものではない。そして、同性婚が憲法24条のもとで許容されるとする見解についても、被控訴人原審第3準備書面第2の2(1)イ（5及び6ページ）において述べたとおり、「現時点で、憲法が同性婚を異性婚と同程度に保障しなければならないと命じているわけではないとの理解が大方のところであろうと思われる」と総括されており（長谷部恭男「注釈日本国憲法（2）」・乙第15号証）、同性間の婚姻を法制度化することが憲法24条によって要請されており、同性間の婚姻を法制度化しないことが憲法24条に違反するとする見解は少なくとも支配的なものではないと解される。

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

ウ(7) なお、原判決は、「本件諸規定を含む現行法上、同性間の人的結合関係について、パートナーと家族になり、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ための制度（以下「パートナーと家族になるための法制度」という。）が設けられていないことについて、個人の尊厳に照らして合理性を欠き、国会の立法裁量の範囲を超えるものとみざるを得ないような場合に当たるか否か、本件諸規定の憲法24条2項適合性について検討する。」（原判決50及び51ページ）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ず、憲法24条2項に違反する状態にあるといえることができる。しかしながら、そのような法制度を構築する方法については多様なものが想定され、それは立法裁量に委ねられており、必ずしも本件諸規定が定める現行の婚姻制度に同性間の婚姻を含める方法に限られない（括弧内省略）ことからすれば、同性間の婚姻を認めていない本件諸規定が憲法24条2項に違反すると断ずることはできない。」と判示する（原判決52及び53ページ）。

(イ) しかし、現行民法典には「家族」という言葉は存在せず、少なくとも民法の観点からは「家族」を厳密に定義することは困難であるが（大村敦志「家族法（第3版）」23ページ・乙第35号証）、一般的な用語としての「家族」は、「夫婦の配偶関係や親子・兄弟などの血縁関係によって結ばれた親族関係を基礎にして成立する小集団」を意味するものとされている（新村出編「広辞苑（第7版）」560ページ）。しかるところ、原判決が、憲法24条2項にいう「家族」の意義について、上記の一般的な用語としての「家族」の意義とは異なる理解を前提としていることは、「パートナーと家族になるための法制度」について、婚姻制度とは異なる新たな制度を構築する方法を採ることが可能である旨判示していること（原判決52及び53ページ）に照らして明らかである。そうであるにもかかわらず、原判決において、その前提とする「家族」の（一般的な用語とは異なる）具体的意義が明らかに示されていないことは、結論に至る論理過程の検証を困難にするものであり、判決理由として不十分というべきである。

(ウ) また、本件において控訴人らが請求しているのは、「法律上同性の者との婚姻を認める立法を怠った被告（引用者注：被控訴人）の立法不作為」を理由とする国家賠償であって（訴状6ページ等）、原判決のいう

「パートナーと家族になるための法制度」の立法不作為は、本来、控訴人らの請求に理由があるか否かを判断するに当たって審理判断する必要のない事項というべきである（加えて、原判決が、控訴人らの請求していない法制度の立法不作為に関する憲法適合性を判断したことは、控訴人らが主張しておらず、当事者双方が争点とは考えていなかった事項について判断した点において疑問であり、司法の謙抑性の見地からしても、相当でないというべきである。）。

(d) また、この点においても、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憲法24条2項に違反する状態にあるとの原判決の判示は、判断手法を誤っており、その結果、結論を誤ったものである。

すなわち、被控訴人原審第5準備書面第2の2(2)イ(7)（9及び10ページ）で述べたとおり、憲法24条2項にいう婚姻及び家族に関する事項の憲法適合性を審査するに際しては、第一次的に国会の立法裁量を考慮する必要があるところ、原判決も、この点については、「婚姻及び家族に関する法制度を定めた法律の規定が（中略）憲法24条2項にも適合するものとして是認されるか否かは、（中略）国会の立法裁量の範囲を超えるものとみざるを得ないような場合に当たるか否かという観点から判断すべきものと解するのが相当である。」（原判決47ページ）と正当に判示している。

しかし、原判決は、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が憲法24条2項に違反するかを検討する場面においては、「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」（原判決52ページ）と判示するに当たり、上記判断枠組に従い、国会の立法裁量の範囲を超えるものとみざるを得ないような

場合に当たるかどうかを具体的に検討していない。

このように、国会の立法裁量の範囲を超えるものとみざるを得ないような場合に当たるか否かについて具体的に検討することなく、憲法24条2項に違反する状態にあると判示した原判決は、判断手法を誤っており、その結果、誤った判示をするに至ったものといわざるを得ない。

(イ) さらに、被控訴人原審第3準備書面第3の2(3)(15ないし17ページ)で述べたとおり、憲法24条が婚姻について異性間の人的結合関係のみを対象とするものとして明文で定め、婚姻に係る法制度の構築を法律に委ねているものの、それ以外の法制度の構築を明文で定めていないことからすると、憲法は、法律(本件諸規定)により異性間の人的結合関係のみを対象とする婚姻を制度化することを予定しているとはいえるものの、同性間の人的結合関係を対象とする婚姻制度を構築することを想定していないことはもとより、パートナーと家族になるための法制度を含め、同性間の人的結合関係を対象とする新たな婚姻に準じる法制度を構築することを具体的に想定しておらず、同制度の構築を立法府に要請しているものでもないから、同制度の不存在が憲法24条2項に違反する状態となることもないと解される。

(ロ) 以上によれば、原判決が、パートナーと家族になるための法制度がないことについて、憲法24条2項に違反する状態にあると判示したことは、控訴人らの請求に理由があるか否かを判断するに当たって必要のない事項を審理判断し、控訴人らの請求していない法制度の立法不作為に関する憲法適合性の判断をしたものであって相当でない上、国会の立法裁量の範囲を超えるものと見ざるを得ないような場合に当たるか否かについて具体的に検討することなく憲法24条2項に違反する状態にあると判示している点において、判断手法を誤って誤った判示をするに至ったものといわざるを得ない。

第4 異性婚を定め、同性婚を定めていない本件諸規定が憲法14条1項に違反しないこと

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

(1) 控訴人らの主張

控訴人らは、「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(括弧内省略)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」(控訴理由書【第3分冊】4・16ページ)などとして、「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。」(控訴理由書【第3分冊】1・7ページ)と主張する。かかる主張は、本件諸規定が婚姻について同性間の人的結合関係を対象とするものとして定めていないこと、すなわち、本件諸規定が同性婚を認めていないことを理由として、本件諸規定が憲法14条1項に違反する旨主張するものと解される。

(2) 被控訴人の反論

憲法14条1項は、法の下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のものであると解すべきである(最高裁昭和39年5月27日大法廷判決・民集

18巻4号676ページ、最高裁昭和48年4月4日大法院判決・刑集27巻3号265ページ、平成27年夫婦別姓訴訟最高裁判決）。

そして、法律の規定が特定の事由に基づく区別により法的取扱いを異にしているか否かについては、当該規定の趣旨・内容や在り方から客観的に判断するのが相当である。この点、夫婦同氏制を定める民法750条の規定の憲法14条1項適合性が争われた平成27年夫婦別姓訴訟最高裁判決も、民法750条の規定が「その文言上性別に基づく法的な差別的取扱いを定めているわけではなく、本件諸規定（引用者注：民法750条）の定める夫婦同氏制それ自体に男女間の形式的な不平等が存在するわけではない。」、「夫婦となろうとする者の間の個々の協議の結果として夫の氏を選択する夫婦が圧倒的多数を占めることが認められるとしても、それが、本件諸規定の在り方自体から生じた結果であるということはできない。」と判示し、上記の考え方に沿う判断を示している。また、国籍法（平成20年法律第88号による改正前のもの。）3条1項の規定の憲法14条1項適合性が争われた最高裁平成20年6月4日大法院判決・民集62巻6号1367ページ、民法（平成25年法律第94号による改正前のもの。）900条4号ただし書前段の規定の憲法14条1項適合性が争われた最高裁平成7年7月5日大法院決定・民集49巻7号1789ページ及び最高裁平成25年9月4日大法院決定・民集67巻6号1320ページ、民法（平成28年法律第71号による改正前のもの。）733条1項の規定の憲法14条1項適合性が争われた再婚禁止期間違憲判決等も、上記の考え方を当然の前提としているものと解される。

このような観点から本件諸規定についてみると、本件諸規定が婚姻を異性間についてのものとして定めていることから、本件諸規定に基づき同性間で婚姻することはできないが、前記第3の2(2)及び(3)において述べたとおり、憲法24条1項が婚姻について異性間の人的結合関係のみを対象とすること

を明文で定め、同性間の人的結合関係を対象とすることを想定していないこと
とからすると、同条2項による要請に基づき同条1項の婚姻に関する事項を
具体化する本件諸規定が異性間の人的結合関係のみを対象としているのは当
然である。そして、被控訴人原審第3準備書面第3の2(14ないし17ペ
ージ)において述べたとおり、特定の憲法の条項を解釈するに当たっては、
関係する憲法の他の規定との整合性を考慮する必要があると解されるところ、
憲法24条1項の定める婚姻が異性間の人的結合関係のみを対象とするもの
として本件諸規定により制度化され、同性間の人的結合関係を対象とするも
のとして制度化されない事態(差異)が生じることは、憲法24条が婚姻に
ついて異性間の人的結合関係のみを対象とすることを明文で定め、婚姻に係
る法制度の構築を法律に委ねていることの当然の帰結にすぎず、同性間では
本件諸規定に基づき婚姻することができないことは、憲法自体が予定し、か
つ許容するものであると解するのが相当である。

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

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

- (1) 憲法14条1項適合性を判断するに当たっては、立法府の裁量を前提とし
て、その広狭に応じ、立法目的の合理性、目的達成のための手段・方法の合
理性を具体的に検討すべきであること

前記1(2)のとおり、憲法14条1項は、法の下の平等を定めており、事

柄の性質に応じた合理的な根拠に基づくものでない限り、法的な差別的取扱いを禁止する趣旨のものと解すべきところ、被控訴人原審第5準備書面第2の2(2)ア(7及び8ページ)で述べたとおり、立法行為又は立法不作為の憲法14条1項適合性を判断するに当たっては、当該取扱いにおける区別が「事柄の性質に応じた合理的な根拠に基づくもの」であるかどうかについて、立法府に合理的な範囲の裁量判断が認められる場合、これを前提にして、その広狭に応じ、立法目的の合理性、目的達成のための手段・方法の合理性を具体的に検討すべきである。そして、審査の厳格さ(立法裁量の広狭)については、当該事案に応じ、①区別を生じさせている事柄の性質(何を区別の事由としているか。)、②区別の対象となる権利利益の性質とその重要性を総合的に考慮して、これらの具体的事情に応じたものとすべきである。このような考え方は、憲法14条1項適合性に関するこれまでの判例の基本姿勢であるとみることができる(寺岡洋和・最高裁判所判例解説民事篇平成27年度(上)132及び133ページ、加本牧子・最高裁判所判例解説民事篇平成27年度(下)661ページ)。

そこで、以下では、婚姻及び家族に関する事項の立法行為又は立法不作為の憲法14条1項適合性判断と憲法24条の関係について述べた上で(後記(2))、上記の判例の基本姿勢にのっとり、本件諸規定による区別取扱いを生じさせている事柄の性質、その対象となる権利利益の性質とその重要性を踏まえると、本件諸規定が憲法14条1項に違反すると評価されるのは、立法府の裁量の範囲を逸脱し又は濫用したと明らかに認められる場合に限られ、そのような場合は極めて限定的であることを述べる(後記(3)ないし(6))。

(2) 婚姻及び家族に関する事項の立法行為又は立法不作為の憲法14条1項適合性については、憲法24条の解釈と整合的に判断する必要があること

ア 前記第3の2(1)において述べたとおり、憲法24条は、1項において「婚姻は、両性の合意のみに基いて成立し、夫婦が同等の権利を有するこ

とを基本として、相互の協力により、維持されなければならない。」と規定し、婚姻をするかどうか、いつ誰と婚姻をするかについては、当事者間の自由かつ平等な意思決定に委ねられるべきであるという趣旨を明らかにした上、2項において「配偶者の選択、財産権、相続、住居の選定、離婚並びに婚姻及び家族に関するその他の事項に関しては、法律は、個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚して、制定されなければならない。」と規定し、これを受けて、民法は、婚姻に関する要件を規定している。

婚姻及び家族に関する事項は、国の伝統や国民感情を含めた社会状況における種々の要因を踏まえつつ、それぞれの時代における要因の変化についても考慮した総合的な判断によって定められるべきであり、特に、憲法上直接保障された権利とまではいえない利益や実質的平等については、その内容として多様なものが考えられ、その実現の在り方は、その時々における社会的条件、国民生活の状況、家族の在り方等との関係において決められるべきものである（再婚禁止期間違憲判決及び平成27年夫婦別姓訴訟最高裁判決参照）。

また、婚姻及び家族に関する事項は、法制度のパッケージとして構築されるものにほかならず（最高裁令和3年6月23日大法廷決定・集民第266号1ページ（最高裁令和3年決定）の深山卓也裁判官、岡村和美裁判官及び長嶺安政裁判官の共同補足意見参照。）、法制度としてその全体が有機的に関連して構築されているものであるから、法制度の一断片のみを取り出して検討することは相当ではない。そのため、問題となっている事項が、夫婦や親子関係についての全体の規律の中でどのような位置づけを有するのか、仮にその事項を変更した場合に、法制度全体にどのような影響を及ぼすのかといった点を見据えた総合的な判断が必要とされるものである（畑佳秀・最高裁判所判例解説民事篇平成27年度（下）755及び756ページ）。

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

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

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

また、憲法14条1項適合性と憲法24条2項適合性との関係について、「憲法24条2項にいう「両性の本質的平等」については、同項により立法に当たっての要請、指針が示されていることから、婚姻及び家族に関する法制度を定めた法律の規定が憲法14条1項の形式的平等を害していない場合であっても、実質的平等の観点から憲法24条2項に違反するとの判断はあり得ると解されるが、同規定が憲法14条1項に違反する場合には、同時に憲法24条2項にも違反するとの結論が導かれることとなるで

あろう」（加本・前掲解説民事編平成27年度（下）684及び685ページ）と説明されているとおり、憲法14条1項適合性については、憲法24条の解釈と整合的に判断する必要があることが明らかにされている。

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

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

これに対し、控訴人らは、「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。」などと述べて原判決を批判する（控訴理由書【第3分冊】6(1)・18ページ）が、前記のとおり、憲法14条1項適合性について、憲法24条の解釈と整合的に判断するべきところであって、控訴人らの主張には理由がない。

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

婚姻（法律婚）は、当事者の合意のみに基づいて成立する一身上の問題であるだけでなく、我が国の社会を構成し、これを支える自然的かつ基礎的な

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

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

しかも、前記1(2)及び被控訴人原審第3準備書面第3の2(3)（15ないし17ページ）において述べたとおり、憲法24条が婚姻について異性間の人的結合関係のみを対象とするものとして明文で定め、婚姻に係る法制度の構築を法律に委ねていることからすると、憲法は、法律（本件諸規定）により異性間の人的結合関係のみを対象とする婚姻を制度化することを予定しているとはいえるものの、同性間の人的結合関係を対象とする婚姻制度を構築することを想定していないと解すべきである。

以上のとおり、婚姻及び家族に関する事項は、民主的なプロセスに委ねることによって判断されるべき事柄にほかならず、その具体的な法制度の構築

についても国会の合理的な裁量に委ねられていると解するのが相当である。

なお、控訴人らは、この点に関し、本件訴訟の提起時や原判決が言い渡された直後にインターネット上で投稿されたとするコメントや、一部の政治家の発言等を殊更に取り上げて、「立法府において法律上同性のカップルの法的保障のあり方について議論され、解決策が導かれることは、不可能と評して差支えなく、将来にわたって、立法府において議論されることはないであろう。」などと主張する（控訴理由書【第5分冊】3(4)・14ページ等）が、そのようなごく一部の意見のみをもって、控訴人らの主張のように評価することはできない。

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

原判決は、「本件諸規定は、性的指向が異性愛であることを婚姻の要件としたものではないが、婚姻を異性間のものに限ることによって、実質的には同性愛者の婚姻を不可能とする結果を生ぜしめているから、性的指向による区別取扱いに当たるものと認められる。」と判示する（原判決43ページ）。

しかしながら、前記1(2)において述べたとおり、法律の規定が特定の事由に基づく区別により法的取扱いを異にしているか否かは、当該規定の趣旨・内容や在り方から客観的に判断すべきであって、結果（実態）として生じている、又は生じ得る差異から判断するのは相当でない。このような観点から本件諸規定をみると、本件諸規定は、一人の男性と一人の女性との間に婚姻を認めるものであり、その文言上、婚姻の成立要件として当事者に特定の性的指向を有することを求めたり、当事者が特定の性的指向を有することを理由に婚姻を禁じたりするものではなく、その趣旨・内容や在り方自体が性的指向に応じて婚姻制度の利用の可否を定めているものとはいえないから、性的指向について中立的な規定であるといえることができる。そうであるとす

ると、本件諸規定が区別の事由を性的指向に求めているものと解することは相当でない。多種多様な人的結合関係のうち、本件諸規定が一人の男性と一人の女性の人的結合関係について婚姻を認める結果として同性愛者がその性的指向に合致する者と婚姻をすることができないという事態が生じ、同性愛者と異性愛者との間に性的指向による差異が生じているとしても、それは、性的指向につき中立的な本件諸規定から生じる事実上の結果ないし間接的な効果にすぎないというべきである。

原判決は、本件諸規定の趣旨・内容や在り方を十分考慮せずに、本件諸規定から生じる事実上の結果及び間接的な効果のみに着目して区別の事由を判断しているものであって、このような判断手法が、累次の最高裁判決が採用するものとは異なるものであると解されることは、前記1(2)及び被控訴人原審第6準備書面第3の2(2)イ(7)(26ないし29ページ)において述べたとおりである。そして、このような事実上の結果ないし間接的な効果としての区別は、法律の規定によって直接的に性的指向に基づく区別をする場合と比較して限定的なものであると考えられるから、事実上の結果ないし間接的な効果を有するにとどまる区別取扱いについては、法律の規定によって直接的な区別をする場合に比して、立法府の裁量は広範であると解するのが相当である。

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

前記第3の2(1)において述べたとおり、婚姻及び家族に関する事項は、憲法24条2項に基づき、法律が具体的な内容を規律するものとされているから、婚姻及び家族に関する権利利益の内容は、憲法上一義的に捉えられるべきものではなく、憲法の趣旨を踏まえつつ定められる法制度を待って初めて具体的に捉えられるものである。

この点、平成27年夫婦別姓訴訟最高裁判決は、「氏に関する上記人格権

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

このような観点から本件についてみると、前記第3の2及び被控訴人原審第1準備書面第3の1(3)ア(19及び20ページ)及び同第3準備書面第2の2(1)(5及び6ページ)等で繰り返し述べてきたとおり、憲法24条1項は、婚姻について異性間の人的結合関係のみを対象とし、同性間の人的結合関係を対象とすることを想定していないため、同項を前提とする同条2項も、異性間の人的結合関係を対象とする婚姻制度の構築のみを法律に委ねているにとどまり、同性間の人的結合関係を対象とする婚姻制度の構築については想定していないとみるほかない。また、このような憲法24条の規定を前提として、現行法上、同性間の人的結合関係について婚姻と同様の法的効果（同性婚）を認める規定は存在しない。

そうすると、同性婚の相手を自由に選択する権利や、婚姻によって生じる法的効果の全部を同性婚によって享受する利益等の同性婚に係る権利利益は、憲法上保障されたものであるということとはできないし、同性間の人的結合関係を認める婚姻制度が存在しない以上、具体的な法制度によって認められた

ものともいえない。

なお、被控訴人原審第3準備書面第3の3(2)イ(i)(20及び21ページ)において述べたとおり、同性間の人的結合関係においても、婚姻による財産上の法的効果(財産分与、相続等)及び身分上の法的効果(貞操、扶養等)については、民法上のほかの制度(契約、遺言等)を用いることによって、婚姻と同様の効果を生じさせることができるから、同性婚が定められていないことによる事実上の不利益は、相当程度、解消ないし軽減する余地がある。また、同性婚が定められていないことは、同性間の人的結合関係について本件諸規定の適用がなく、本件諸規定が定める法的効果が付与されていないことを意味するにとどまり、これによって、同性間において婚姻類似の人的結合関係を構築して維持したり、共同生活を営んだりする行為(自由)が制約されるものでもない。

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

(6) 小括

以上のとおり、立法府の裁量が認められる規定の憲法14条1項適合性を判断するに当たっては、当該裁量の広狭に応じ、立法目的の合理性、目的達成のための手段・方法の合理性を具体的に検討すべきであるところ(前記(1))、婚姻及び家族に関する事項の立法行為又は立法不作為の憲法14条1項適合性については、憲法24条の解釈と整合的に判断する必要がある(前記(2))、婚姻及び家族に関する具体的な制度の構築については立法府の合理的裁量に委ねられているものと解される中(前記(3))、婚姻によって生じる法的効果を享受することができるか否かという点について同性愛者と異性愛者との間に性的指向による差異が生じることは、本件諸規定から生じる事実上の結果ないし間接的な効果にすぎない(前記(4))、同性婚に係る権利利益は、憲法上保障されたものとはいえず、具体的な法制度によっ

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

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

(1) 控訴人らの主張

控訴人らは、「伝統的に男女間の人的結合に対して婚姻としての社会的承認が与えられてきた背景、根底には、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社会にとって重要かつ不可欠な役割を果たしてきた事実があることは否定できないところであろう。」（原判決40ページ）、「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（引用者注：原判決24、25、39及び40ページと史料される。）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だけに限り、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。」との原判決の判示（原判決44ページ）に関して、「法律上異性のカップルの人的結合関係が婚姻としての社会的承認を受けてきた背景には自然生殖可能性

があるという理解は誤りである。」（控訴理由書【第2分冊】第4の1・32ページ）、「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。」と主張する（控訴理由書【第3分冊】10(2)・29ページ）。

(2) 被控訴人の反論

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

婚姻制度の伝統的な理解、由来及び沿革等については、既に被控訴人原審第2準備書面、同第3準備書面第1（3及び4ページ）及び同第5準備書面第2の2(3)（21ないし29ページ）等において述べたとおりであるところ、その概要は、以下のとおりである。

(7) 婚姻は「伝統的に生殖と子の養育を目的とする男女の結合であった。

したがって、同性の性的結合関係や共同生活関係は婚姻たりえないとされてきた」ところ、「国ないし社会が婚姻に法的介入をするのは、婚姻が社会の次世代の構成員を生産し、育成する制度として社会的に重要なものであったからである」（青山道夫＝有地亨編「新版注釈民法(21)親族(1)」178ページ・乙第1号証）と指摘されている。このように、伝統的に、婚姻は、生殖と密接に結び付いて理解されてきており、それが異性間のものであることが前提とされてきた。

(4) 民法の「第4編 親族」は、明治31年に「第5編 相続」とともに公布されたが（明治31年法律第9号。この民法第4編及び第5編は、後記(1)のとおり昭和22年に全面的な改正が行われている）、そこにおける婚姻は、我が国の従来の慣習を制度化したものであり、男女間のものであることが前提とされている（梅謙次郎「民法要義卷之四終（第16版）」87及び90ページ・乙第3号証）。この点は、民法学者の間でも同様に理解されていた（穂積重遠「親族法」221ページ・乙第

4号証、牧野菊之助「日本親族法論」・乙第5号証）。

(d) 昭和22年の日本国憲法の制定においても、憲法24条1項は、婚姻の当事者が男女であることを前提としているのであり、同性間の人的結合関係について異性間の婚姻と同程度に保障しなければならないことを命じるものではなく、同項を前提とする同条2項においても、異性間の人的結合関係としての婚姻以外については立法による制度の構築が要請されていなかった。

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

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

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

民法739条1項は、「婚姻は、戸籍法（中略）の定めるところにより届け出ることによって、その効力を生ずる。」と規定し、憲法24条1項の規定を受けて法律婚主義を定める（前掲最高裁平成25年9月4日大法廷決定）ところ、婚姻の効力を定める民法の各規定において、婚姻の当事者の呼称として「夫婦」、「夫」若しくは「妻」、「父母」又は「父」若しくは「母」という文言が用いられていることに加え（第4編第2章第2節

ないし第4節)、重婚が禁止されている(732条)ことからすると、民法上の婚姻は、一人の男性と一人の女性の人的結合関係を定めているものと解される。これに対し、同性間の人的結合関係についても婚姻の対象としていることをうかがわせる規定は存在しない。

また、民法は、夫婦間の関係について、重婚の禁止(732条)のほかにも、婚姻適齢(731条)、近親者間及び直系姻族間の婚姻の禁止(734条及び735条)等を規定して婚姻の成立要件とする一方で、婚姻の無効(742条)、婚姻の取消し(743条ないし749条)、離婚(763条ないし771条)という婚姻関係の解消等についての要件を定めて一定の制約を課しているばかりでなく、婚姻の効果として、配偶者及び三親等内の姻族との間に親族関係を発生させ(725条)、配偶者の遺留分を含む相続権(890条、900条1号ないし3号及び1042条)、離婚時の財産分与(768条)、配偶者居住権(1028条)のほか、夫婦同氏の原則(750条)、夫婦の同居、協力及び扶助の義務(752条)、夫婦間の契約の取消権(754条)、夫婦の財産関係(755条)、夫婦財産契約の対抗要件(756条)、婚姻費用の分担(760条)、日常の家事に関する債務の連帯責任(761条)、夫婦間における財産の帰属(762条)等の夫婦間の権利義務を定めることによって、婚姻をした夫婦(一人の男性と一人の女性の人的結合関係)について、身分関係の発生に伴うものを含め、種々の権利を付与するとともに、これに応じた義務も負担させて、夫婦の一方の死亡後も見据えた夫婦関係の長期にわたる法的安定を図っている。

さらに、民法は、実子に関する規定(772条以下)や親権に関する規定(818条以下)を置き、婚姻をした男女とその子について特に定めており、婚姻をした男女が子を産み育てながら共同生活を送るという関係を想定している。この点、民法は、婚姻をした夫婦間に生まれた子について、

嫡出の推定（772条）、父母の氏を称すること（790条）等を定めるが、これらの規定については、最高裁平成25年12月10日第三小法廷決定（民集67巻9号1847ページ）の寺田逸郎裁判官の補足意見において、「現行の民法では、「夫婦」を成り立たせる婚姻は、単なる男女カップルの公認に止まらず、夫婦間に生まれた子をその嫡出子とする仕組みと強く結び付いているのであって、その存在を通じて次の世代への承継を予定した家族関係を作ろうとする趣旨を中心に据えた制度であると解される。（中略）婚姻し、夫婦となることの基本的な法的効果としては、その間の出生子が嫡出子となることを除くと、相互に協力・扶助をすべきこと、その財産関係が特別の扱いを受けること及び互いの相続における相続人たる地位、その割合があるが（中略）、男女カップルに認められる制度としての婚姻を特徴づけるのは、嫡出子の仕組みをおいてほかになく、その中でも嫡出推定は、父子関係を定める機能まで与えられていることから中心的な位置を占める。」と指摘されているとおり、異性間に認められる制度としての婚姻を特徴づけるものであるといえることができる。

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

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

ウ 本件諸規定の目的は、一人の男性と一人の女性が子を産み育てながら共同生活を送るという関係に対して特に法的保護を与えることにあり、合理性があること

(7) 以上の本件諸規定の立法経緯及びその規定内容からすると、本件諸規

定に基づく婚姻は、人が社会生活を送る中で生成され得る種々の、かつ多様な人的結合関係のうち、一人の男性と一人の女性との人的結合関係とその間に産まれる子との人的結合関係を制度化し、夫婦に身分関係の発生に伴うものを含め、種々の権利を付与するとともに、これに応じた義務も負担させることによって、夫婦関係の長期にわたる円滑な運営及び維持を図ろうとするものである。すなわち、本件諸規定の目的は、一人の男性と一人の女性が子を産み育てながら共同生活を送るという関係に対して特に法的保護を与えることにありと解するのが相当である。

また、被控訴人原審第6準備書面第3の3(2)ア(36及び37ページ)で述べたとおり、伝統的に、婚姻が、生殖と密接に結び付いて理解されてきたことは、「男と女との性的結合は、人類の永続の基礎である。いかなる社会でも、当該社会における典型的な結合関係を法規範によって肯認し、その維持につとめた。(中略)近代文明諸国の法は、ほとんど例外なしに、この結合を一人の男と一人の女との平等な立場における結合とする。そして、その間の未成熟の子を含む夫婦・親子の団体をもって、社会構成の基礎とする。わが新法の態度もそうである。」(我妻栄「親族法」9ページ・乙第21号証)と説明されたり、「婚姻とは、男と女との共同生活関係であつて、社会的制裁(sanction)によつて保障されているところの社会的制度たる意味をもつもの、である。婚姻は、子の出生の社会制度的基礎でもあり、したがつて、婚姻は、家族的生活の構成部分、しかも重要な構成部分である。」(中川善之助「註釋親族法(上)」90ページ・乙第28号証)と説明されたりしていることから裏付けられる。

このような本件諸規定の立法経緯(前記ア)及び本件諸規定の内容(前記イ)に照らせば、本件諸規定の目的は、一人の男性と一人の女性が子を産み育てながら共同生活を送るという関係に対して特に法的保護

を与えることにありと解するのが相当である。

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

4 同性間の人的結合関係を婚姻の対象としないことは、一人の男性と一人の女性が子を産み育てながら共同生活を送るという関係に対して特に法的保護を与えるという本件諸規定の立法目的との関係で合理性がないとする控訴人らの主張に理由がないこと

(1) 本件諸規定が実際の自然生殖可能性の有無にかかわらず婚姻を認めていることが、その立法目的との関連において合理性を有すること

ア 控訴人らは、「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。」(控訴理由書【第3分冊】10(2)・29ページ)と主張した上で、原判決が、「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ひ難い」(原判決45ページ)と判示したことについて、「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。」（控訴理由書【第3分冊】10(2)・29及び30ページ）と主張する。

イ しかしながら、被控訴人原審第5準備書面第2の2(4)ア(29及び30ページ)及び同第6準備書面3の4(1)イ(7)(40及び41ページ)において述べたとおり、民法(本件諸規定)は、一人の男性と一人の女性が子を産み育てながら共同生活を送るという関係に対して特に法的保護を与えることを立法目的とし、実際の自然生殖可能性の有無にかかわらず婚姻を認めているところ、これは、生物学的な自然生殖可能性を基礎として抽象的・定型的に立法目的を捉えて、婚姻をすることができる夫婦の範囲を定めていることによるものである。そして、憲法24条は、一人の男性と一人の女性の人的結合関係である婚姻及びそれを前提として営まれることになる共同生活関係である家族について明文で規定し、このような婚姻及び家族に関する事項について立法上の配慮を求めているところ、夫婦間に実際に子がなくとも、又は子を産もうとする意思や子が生まれる可能性がなくとも、夫婦間の人的結合関係を前提とする家族が自然的かつ基礎的な集団単位となっているという社会的な実態とこれに対する社会的な承認が存在することに変わりがないことや、婚姻関係を含む家族に関する基本的な制度については、その目的について抽象的・定型的に捉えざるを得ない上、当該制度を利用することができるか否かの基準は明確である必要があることからすれば、婚姻をすることができる夫婦の範囲を前記のとおり定めることには、合理性が認められる。そして、被控訴人原審第5準備書面第2の2(3)ウ(1)(25ないし29ページ)及び同第6準備書面第3の4(1)イ(1)(41及び42ページ)において述べたとおり、「一人の男性と一人の女性が子を産み育てながら共同生活を送るという関係に対して法的保護を与える」という立法目的は、婚姻制度の対象として生物学的にみて

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

したがって、控訴人らの前記アの主張は理由がない。

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

- (2) 同性婚を認める法制度を創設していないことが本件諸規定の立法目的との関連においても合理性を有すること

ア 控訴人らは、「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」、「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」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」を踏まえ、「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。」と主張する（控訴理由書【第3分冊】5・17及び18ページ）。

イ しかし、本件諸規定が異性婚を定め、同性婚を定めていないことが本件諸規定の立法目的との関連において合理性を有することは、被控訴人原審第5準備書面第2の2(4)イ(30及び31ページ)において述べたとおりである。

すなわち、被控訴人原審第3準備書面第3の2(14ないし17ページ)において述べたとおり、憲法24条は、婚姻を異性間のものとして明文で規定し、婚姻に係る法制度の構築を法律に委ねているのに対し、同性間の人的結合関係を対象とする婚姻は想定されていない。

また、異性間の人的結合関係が婚姻として制度化された背景には、一人の男性と一人の女性という異性間の人的結合関係が、今後の社会を支える次世代の子を産み、育みつつ、我が国の社会を構成して支える自然的かつ基礎的な集団単位である家族をその中心となって形成しているという社会的な実態があり、当該実態に対して歴史的に形成されてきた社会的な承認があるのに対し、同性間の人的結合関係には自然生殖の可能性が認められないし、多数の地方公共団体が同性パートナーシップに関する公的認証制度を創設し、諸外国においても同性パートナーシップ制度や同性間の法律婚制度が導入されるなど、同性間の人的結合関係に関する理解が社会一般に相当程度浸透し、同性愛者に対する差別や偏見の解消に向けた動きが進

んでいると評価することができる状況にあるとしても、同性間の人的結合関係を我が国における婚姻の在り方との関係でどのように位置づけるかについては、いまだ社会的な議論の途上であり、我が国において、同性間の人的結合関係を異性間の人的結合関係（婚姻関係）と同視し得るほどの社会的な承認が存在しているとはいえない。

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

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

したがって、控訴人らの前記アの主張には理由がない。

第5 結語

以上のとおり、本件諸規定が憲法24条1項及び2項並びに14条1項に違反するということはできず、国会において同性婚を定めるための必要な立法措置を講じないことがこれらの規定に違反するということもいえないから、これに反する控訴人らの主張に理由がないことは明らかである。

よって、控訴人らの請求をいずれも棄却した原判決の判断は、結論において

正当であり、本件各控訴はいずれも速やかに棄却されるべきである。

以 上