

【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3回期日(20240426)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 1 1 準 備 書 面

2024(令和6)年4月16日

東京高等裁判所第2民事部cd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

### 【目 次】

**第1 違憲判断の対象について** 2

**第2 作為義務の存在について** 10

**第3 作為義務の明白性について** 35

**第4 司法府による積極的な違憲判決が求められていること** 40

本書面は、被控訴人第2準備書面に対して反論を述べるものである。

記

【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3回期日(20240426)提出の書面です。

## 第1 違憲判断の対象について

### 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取り扱いをしている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という憲法適合性判断の対象を包含すること

被控訴人は、控訴人らの憲法適合性判断の対象の整理に対して、「法律上同性のカップルについて『家族になるための法制度』の欠缺を問題としているものと解される点は、これが現行法の法律婚制度と異なる「法制度」を指すものであれば、控訴人らの主張する立法措置の内容とも齟齬するものであって、本件において、かかる法制度が存在しないことの憲法適合性を判断する必要がない」と反論する(被控訴人第2準備書面7頁)。

しかし、被控訴人のかかる主張は誤りである。

控訴人らの求める憲法適合性判断の対象については、控訴審第8準備書面50頁から54頁で整理した。それを改めてまとめると次のとおりである。

同性愛者等は、本件諸規定により、現行の法律婚制度を一切利用できず、また、家族になるための法制度が一切存在しない状態に置かれている以上、既に憲法上の権利・利益が侵害されている。このことが、憲法適合性判断の対象の基礎となるものである。

すなわち、憲法は親密な関係に立つ人と人が家族になるための法制度の構築を国に要請し、両当事者の自律的意思決定及び対等性並びに個人の尊厳の要請に立脚することを家族になるための法制度

【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3回期日(20240426)提出の書面です。

の譲れない核心として規律した。この憲法の要請は個人の尊重、個人の尊厳に基づくものであり、根源的には憲法13条に由来し、これを背景に憲法24条1項及び2項が具体的な家族になるための法制度として婚姻を要請した。これを受けて、本件諸規定が現行の法律婚制度を設け、それ以外に家族になるための法制度を設けていない。

ところが、本件諸規定が、法律上異性のカップルに対してのみ現行の法律婚制度を設け、その享有主体の範囲を限定しているため、同性愛者等は現行の法律婚制度を一切利用できず、また、家族になるための法制度が一切存在しない状態に置かれているのである。

以上から、本件諸規定及び本件諸規定による別異取扱い(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)が違憲であるという控訴人らの求める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という憲法適合性判断の対象を包含するのであり、具体的には、控訴審第8準備書面50頁から54頁で整理したとおりである。

このような憲法適合性判断の対象の整理は何ら不明瞭なものではなく、同種事件の札幌地裁判決、名古屋地裁判決、福岡地裁判決、東京二次地裁判決、及び札幌高裁判決(札幌高判令和6年3月14日、甲A813)も基本的に同様の整理を行っているものといえる。

## **2 憲法適合性判断(違憲判断)の対象と国賠法上の違法判断の対象の区別**

また、被控訴人は、控訴人らの主張する立法措置の内容は「現行

【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3回期日(20240426)提出の書面です。

の法律婚制度を法律上同性のカップル(ないしその子)が利用できるように本件諸規定を改正すること」であり、本件諸規定の憲法適合性判断においては、憲法24条1項及び2項並びに14条1項が「現行の婚姻制度(異性婚)に加えて、同性間の婚姻を認める法制度を創設することまで要請し、国会(議員)にこれを義務付けているか否かが問題となる」と主張する(被控訴人第2準備書面6頁から7頁)。

この点について、憲法適合性判断(違憲判断)の対象と国賠法上の違法判断の対象を混同した主張であれば、それは誤りであると改めて指摘しておく。控訴人らが違憲と主張する対象は本件諸規定及び本件諸規定による別異取扱いであり、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ではない。そのような立法不作為は、国賠法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ものに過ぎない(控訴審第8準備書面54頁)。

**3 憲法上要請される立法措置の中核的要素が明確に特定されている以上、仮に個別の検討すべき立法上の課題があるとしても、同性愛者等を中核的要素を具備した法制度による保護を受けられない状態に置く本件諸規定は違憲であり、このように違憲判断を下すことにより国会の立法裁量権に不当な影響を及ぼすという事態は考えられないこと**

#### **(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)**

控訴人らが主張する憲法が要請する立法措置は、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

【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3回期日(20240426)提出の書面です。

ルも利用できるよう、現行の法律婚制度を規律する本件諸規定を改正するというものである(控訴審第8準備書面4頁から5頁)。

控訴人らは、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をしさえすれば、法律上同性のカップルにもそのままの内容で適用可能であり、法律上同性のカップルが「家族になるための法制度」の内容を現行の法律婚制度とあえて異なる内容とする理由はないと主張してきた(控訴人ら第7準備書面等)。また、かつて諸外国が導入していた登録パートナーシップ制度等の別制度は不要であるうえ、法律上同性のカップルを現行の法律婚制度から排除したままでそのような制度を導入することはむしろ有害であると主張してきた(控訴審第5準備書面等)。このように、現行の法律婚制度をそのまま(用語の整理等技術的な手当はするとして)法律上同性のカップルに利用させることになんら支障はなく、個人の尊厳の要請から最も適切な方法といえる。

**(2) 憲法が要請するなすべき立法措置の中核的要素が明確に特定されている以上、何らの立法措置がなされていないことを違憲と判断することは権力分立に反しないこと**

ア もっとも、例えば嫡出推定規定を法律上同性のカップルにそのまま適用するのか否か等が立法府の議論に委ねるべきことからであるという原判決の判断を前提にしても、それは違憲判断の妨げにはならない。

すなわち、控訴審第8準備書面で整理したとおり(控訴審第8準備書面8頁以下)、本件諸規定及び本件諸規定による別異

【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3回期日(20240426)提出の書面です。

取扱いの違憲性を解消するために憲法が要請するなすべき立法措置の中核的要素は明確に特定されている以上、かかる中核的要素を充足する何らの立法措置をしていない本件諸規定及び本件諸規定による別異取扱いは既に憲法に違背しているから違憲判断がされねばならない。このように違憲判断をしたとしても、憲法が要請する立法措置は明確に特定されているのだから、それにより国会の立法裁量権に不当な影響を及ぼすという事態は考えられず、権力分立に抵触しないからである。

具体的には、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)の集合的付与が中核的要素として要請された国の制度を、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ことを憲法は要請し、両当事者の自律的意思決定及び対等性並びに個人の尊厳に立脚することを譲れない核心として憲法24条1項及び2項が「婚姻」として明定した。

にもかかわらず、本件諸規定が、法律上異性のカップルに対してのみ現行の法律婚制度を設け、その享有主体の範囲を限定し、また、上記中核的要素を充足する何らの措置を講じていない結果、同性愛者等は現行の法律婚制度を一切利用できず、また、家族になるための法制度が一切存在しない状態に置かれているのである。そうである以上、法律上同性のカップルを現行の法律婚制度に組み入れるにあたり、仮に検討すべき立法上の課題があるとしても、本件諸規定が法律上同性のカップルの現行の法律婚制度の享有主体性を否定し当該カップルが現行の法律婚制度に基づき婚姻できないこととしていること、及び、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3回期日(20240426)提出の書面です。

的な家族としての身分関係を形成し、その身分関係を国の制度により公証され、その身分関係にふさわしい法的効果を楽しむことすらできない状態に当該カップルを置いていることなどについて、違憲の判断を下すことは可能である。

イ 以上を踏まえて嫡出推定規定の適用の有無についてみれば、この規定は子を懐胎していないカップルの一方当事者（異性夫婦における夫）と子との間の親子としての身分関係の推定とそれに基づく嫡出性を自動的に付与することを趣旨とするものであるから、当事者間の生殖可能性が無い関係に嫡出推定を認めるべきかどうかは立法裁量に委ねるべきと考えうるかもしれない。しかし、それは、そのようなカップルの「婚姻を認めるかは別問題」である（甲A578・木村草太「「差別」のしくみ」90頁下段10乃至13行目）。

すなわち、法的な親子関係については、「親子」としての身分関係の形成、「親子」としての身分関係の公証、「親子」という身分関係に応じたふさわしい法的効果の付与が憲法が要請する「婚姻」という立法措置の中核的要素として明確に特定されているのだから（控訴審第8準備書面6頁）、同性カップルに嫡出規定適用の有無について議論の余地があるとしても、いずれにしる現時点で、法律上同性のカップルが親子関係を規律する法制度による保護を全く受けられない状態に置かれている以上、既に違憲と判断するほかないのである。

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、現行の法律婚制

【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3回期日(20240426)提出の書面です。

度を規律する本件諸規定を改正するという控訴人らの主張は、  
現行の法律婚制度により生じるすべての法的効果をそのまま法  
律上同性のカップルに適用しなければならないことを意味しな  
いから、上記の整理は控訴人らの主張に抵触しない。

**(3) 嫡出推定規定適用の有無等の制度の「内容の問題」は婚姻を認めないことが違憲かどうかの問題と別問題であり、違憲判断を下す上で障壁にならないこと**

以上については、婚姻が諸々の権利・利益の源泉をなすものであり、ゲートウェイの役割を果たす法的地位であるゆえに、これをすべての人に等しく開かれたものとする方向で考えるべきであるとし、また、権利の「範囲の問題」と「内容の問題」では立法裁量の広狭に違いがあり前者の立法裁量は狭いとする安西文雄教授の指摘(甲A792号証7頁16行目、10頁14行目、11頁下から10行目)にも適合する。

すなわち、本件諸規定及び本件諸規定によって生じている別異取扱いの憲法適合性判断は、立法措置の中核的要素が明確に特定されている法制度の享有主体の範囲を法律上異性のカップルに限らず、同性愛者等にも範囲を広げるべきという、「範囲の問題」である(同10頁)。婚姻の享有主体を法律上異性のカップルに限るとする範囲確定のあり方は、同性愛者等に対し、婚姻を介しての人生設計を不可能にするのだから、その性質上立法裁量は狭いものとなり(同上)、そこに立法裁量の余地は認められないに等しい。他方、嫡出推定規定の適用の有無等は、婚姻当事者にどのような便益・利益を付与するかが主たる問題となる婚姻の「内容の問題」であるからその立法裁量は範囲の問題に比べて広いといえる。

【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3回期日(20240426)提出の書面です。

このように、婚姻という同一の人権領域においても問題のことがらでないし性質によって立法裁量に広狭の違いがあり(同上)、「内容の問題」に立法裁量の余地が認められたとしても、そのことは「範囲の問題」についての立法裁量の狭さ(立法裁量の余地のなさ)に影響を与えるものではない。それゆえに、「内容の問題」である嫡出推定規定の適用の有無に立法裁量の余地が残るとしても、「範囲の問題」である本件諸規定及び本件諸規定によって生じている別異取扱いの違憲判断は可能である。

そしてむしろ、本件諸規定が控訴人ら同性愛者等(とその子)の人格的生存に対する重大な脅威、障害を生じさせているという事案の重大性に照らせば、救済の必要性は極めて高いのだから、積極的な違憲判断が強く要請されるといえよう。

在外日本人国民審査権に関する国家賠償等請求事件の最大判令和4年5月25日民集第76巻4号711頁でも、「在外審査制度の創設に当たり検討すべき課題があったとしても、在外国民の審査権の行使を可能にするための立法措置が何らとられていないことについて、やむを得ない事由があるとは到底いうことができない。」

(同8頁から9頁)として、国民審査法が在外国民に審査権の行使を全く認めていないことは、憲法15条1項、79条2項、3項に違反するとの判断を下している。

また、同種事件の札幌高裁判決(甲A813)が、「同性間で婚姻を認める場合であっても、制度設計にはいくつかの考え方があり得るところである」とした上で、「制度設計について検討の過程が必要であることは、後述の国賠法1条1項の適用における事情としては考慮されるとしても、憲法違反に当たるかどうかという点では、本件規定が同性婚を一切許していない合理的な理由にはならない」

【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3回期日(20240426)提出の書面です。

として、法律上同性のカップルの婚姻を認めず、婚姻と同様の措置を一切規定していない現行法の婚姻に関する諸規定を憲法24条1項及び2項並びに14条1項に違反するとした判示も同様の理解に立っているものといえ、適切である。

## 4 小括

以上から、本件諸規定及び本件諸規定による別異取扱いが違憲である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という憲法適合性判断の対象を包含するし、また、本件諸規定の違憲性を解消するための憲法が要請するなすべき立法措置の中核的要素が明確に特定されている以上、仮に検討すべき立法上の課題があるとしても、本件諸規定及び本件諸規定による別異取扱いについて違憲判断を下すことにより国会の立法裁量に不当な影響を及ぼすという事態は考えられないことから、本件事案の重大性を踏まえれば、裁判所の積極的な違憲判断が強く要請される。

## 第2 作為義務の存在について

### 1 はじめに

憲法は、その根本原理である個人の尊厳(憲法13条)の見地から、親密な関係に立つ人と人の共同生活が家族として保護される法制度の構築を要請し、婚姻がその役割を果たすべきこと、婚姻は憲法24条1項及び2項に定める内容を譲れない核心として構築さ

【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3回期日(20240426)提出の書面です。

れるべきことを定めている(控訴審第8準備書面「第3」1(1)〔8頁から11頁〕)。

ところが、本件諸規定は、法律婚制度の享有主体を法律上異性のカップルに限定し法律上同性のカップルを享有主体から排除し、被控訴人はそれは憲法に違反しないと主張する。

しかし、すべての人は個人として尊重され(憲法13条)、そのために法律婚制度がある。憲法24条1項及び2項、憲法14条1項は、法律上異性か同性かを問うことなく法律婚制度の保護が及ぶべきことを求めており本件諸規定及び本件諸規定による別異取扱いは違憲である(同上16頁以下)。

## **2 憲法24条1項違反**

憲法24条1項は、そのもともとの本質的要請と、同条項の制定後に生じた科学的知見の転換や社会の変化をあわせ解釈すれば、法律上異性のカップルか法律上同性のカップルかを問うことなく、婚姻の自由及び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。

### **(1) 憲法24条1項の本質的要請**

#### **ア 憲法24条1項及び2項による法律婚制度構築義務の意義**

憲法は、人と人の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頁第三段落)。その上で、憲法は、人の幸福追求の上で重要な親密な人的結合関係を安定・強化し、かつ、そのような人的結合関係を社会

【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3回期日(20240426)提出の書面です。

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要請し、憲法24条1項及び2項により、法制度の核心を両当事者の自律的意思決定及び対等性並びに個人の尊厳の要請に立脚するものとして、具体的な法制度である婚姻を規律した(控訴審第8準備書面8頁から12頁)。

このように、憲法24条1項及び2項は、個人の尊厳、個人の尊重の原理を定める一般法である憲法13条に由来するものであり(甲A167・加本牧子 最大判平成17年12月16日民集69巻8号2427頁再婚禁止期間違憲判決調査官解説[669頁]も同様の理解に立っていると解される。)、個人の尊厳、個人の尊重は人が人であることだけで認められるものだから、婚姻の自由及び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も原理的に人と人であれば保障されなければならないものであって、法律上異性のカップルと法律上同性のカップルとで保障の有無・程度に差異がある理由はない(控訴審第8準備書面16頁から18頁)。

それゆえに、人と人が「婚姻の本質」を伴う親密な人的結合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であるから、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ものであり、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)。

このような解釈は、憲法が「個人の尊厳」、「個人の尊重」を究極的価値とする原理の体系であり、「個人の尊厳」、「個人の

【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3回期日(20240426)提出の書面です。

尊重」の究極的価値実現に不可欠だからこそ、憲法の各条項が憲法に定められているということに基づいている。すなわち、憲法とりわけ人権の各条項は、憲法の基本原理を母胎として分節化され導かれたものである(甲A14・高橋和之「すべての国民を『個人として尊重』する意味」[289頁12行目])からこそ、各条項の解釈にあたっては上記基本原理との関係を探求し、その関係が同様に妥当する場合には適用が可能となる。

駒村圭吾教授も、その意見書の中で、このような観点から、「13条の保障する幸福追求権のひとつとして『婚姻の自由』を保障する場合、仮に24条1項の保障するそれを13条の保障する婚姻より意味と射程において限定された婚姻(狭義の婚姻)と理解したとしても、その結果として24条1項から除外される婚姻の形態についてはなお13条後段によって保障されると解すべきであって、一切の憲法的保障を失うわけではない。そして、そうであるからこそ、13条によって24条1項の解釈が補正され、結果、同項の「婚姻の自由」の保護範囲も拡張されることになるのである」(甲A241[2頁及び8頁8行目])として、「個人の尊重」を謳う憲法13条の観点から憲法24条の保護範囲が定まることを肯定している。

さらに、以上の解釈は、憲法24条1項の誕生の理由と果たした役割にも合致する。わが国では明治民法下、家制度の桎梏によって婚姻の自由は大きく制約され(甲A210号証の1・二宮周平意見書5頁～6頁)、富国強兵・治安優先の観点からも、陸海軍人や「巡查」の婚は厳しく制限された(甲A830・家永三郎「歴史のなかの憲法 上」248頁)。憲法24条1項は、同条2項が家族の法制全体に憲法の理念が徹底されることを求める中

【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3回期日(20240426)提出の書面です。

で、その中でも、婚姻の自由の制約を一掃することを眼目として、「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」であることを宣明した。焦土の中、これからは「婚姻（が）両性の合意のみに基いて成立」することを知った人々は、新しい憲法が、「できる限り多くの国民が利用できる婚姻制度を構築」（甲 A 5 5 4・土井真一 2 頁右）しようとしていることを実感したはずである。

#### **イ 「両性」及び「夫婦」の辞書的意味や制定過程等において法律上同性間の婚姻の議論がなかったことは憲法 2 4 条 1 項が法律上同性間の婚姻の自由を否定する根拠にならないこと**

被控訴人は、本件諸規定及び本件諸規定による別異取扱いが憲法 2 4 条 1 項及び 2 項に違反しない理由として、「両性」及び「夫婦」という文言は、辞書的解釈及び同条項の制定過程及び憲法審議における議論状況を踏まえれば、男女を意味するものであるから、同条項は婚姻について法律上異性間の人的結合のみを対象とし、法律上同性間の人的結合を対象とすることは想定しないことを主張する（被控訴人第 2 準備書面 8 頁以下）。この主張は従前どおりのものである。

しかし、これらが法律上同性間の婚姻の自由を否定する根拠にならないことは、提出済みの書面において繰り返し述べてきたとおりである（控訴理由書第 2 分冊 7 頁～18 頁、控訴審第 8 準備書面 20 頁から 21 頁）。

#### **ウ 小括**

憲法制定当時、人々の念頭にあったのはおそらく法律上異性の

【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3回期日(20240426)提出の書面です。

カップルのみである。「両性」、「夫婦」の文言はその反映である。

しかし、憲法24条1項は、個人の尊厳、個人の尊重という原理を根底において、制定時に想定されたか否かを問うものではない。むしろ、同条項が生まれた経緯と果たした役割に照らしても、婚姻の将来への開放性（控訴理由書第2分冊21頁）に照らしても「できる限り多くの国民が利用できる制度」となることが憲法上の要請であり、また、婚姻ということがらの性質である。

したがって、憲法24条1項の保護の対象はもともと法律上異性のカップルに限定されていない。

## **(2) 憲法24条1項制定後の科学的知見と社会の変化をふまえた解釈**

ア 上記(1)で整理したように、憲法24条1項は、「個人の尊厳」の観点から、「婚姻の本質」を満たす人的結合関係の保護に特別の重要性を認めておかれた条項である。このような憲法24条1項のそもそもの出発点に照らせば、原理的にその保障の及ぶ範囲を法律上異性間の人的結合関係に限定する理由はない。

イ しかし、憲法制定当時、人間の性に関する人々の認識は未熟で、シスジェンダーの異性愛のみが正常で、同性愛やトランスジェンダーなどそれ以外の性の在り方を異常・逸脱とする考え（いわゆる「異性愛規範」）が正しいと信じられており、精神治療の在り方や法制度の在り方など社会の在り方に大きな影響を与えていた。その結果、法律上異性間の人的結合関係以外に

【有償配布 や Web(ホームページ, ブログ, facebook 等)へのアップロード・転載はお止めください】【リンクはご自由にお貼りください】「結婚の自由をすべての人に」東京第一次訴訟控訴審(東京高裁)第3回期日(20240426)提出の書面です。

「婚姻の本質」を満たしうる関係が存在することが想定されず、それが憲法24条の「両性」等の文言として現れ、現行の婚姻制度を利用することができるのは法律上異性間の人的結合関係だけであるとの解釈を下支えしていた(本準備書面別紙「1 憲法制定当初の認識－「異性愛規範」」参照)。

ウ これに対して、以下に見るとおり、憲法制定後、認識の変革が起こり、上記の「異性愛規範」は徐々にその正当性を失っていき、現在では、全くその正当性を失った。

エ 変革は、精神医学の分野から始まった。20世紀半ば以降、同性愛等を精神疾患とする知見に合理的な根拠がないことが実証的に明らかにされたことにより、これまで同性愛等は精神疾患であり治療の対象であるとしていた認識が改められた。現在では、同性愛等は精神疾患に当たらないとする認識は日本を含め世界で広く受け入れられている(別紙「2 精神医学分野における認識の変革」参照)。

オ この精神医学分野における認識の転換は、古い考えに立って形作られた社会の仕組みや法制度・慣行を根本的に問い直す動きとなった。

例えば、国際人権法(これには、日本が締約国である自由権規約も含まれる)の分野では、1981年にヨーロッパ人権裁判所がダジャン対イギリス事件判決において、北アイルランドのソドミー法がヨーロッパ人権条約8条の権利を侵害すると判断したことをきっかけに、同性愛等が人権問題だと認識される

【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3回期日(20240426)提出の書面です。

ようになった。その後の判例の積み重ねや、2006年のジョグジャカルタ原則（性的指向および性自認に関連する国際人権法の適用に関する原則）の策定、2011年6月の国連人権理事会による「人権、性的指向及び性自認」決議

(A/HRC/RES/17/19) などを経て、現在では、シスジェンダーの異性愛以外の性の在り方も人間の性の自然なあり方の一つであり、性自認及び性的指向に基づく差別は許されないという規範が確立するに至っている（別紙「3 国際人権法における性的指向・性自認に基づく差別禁止原則の確立」参照）。

カ また、日本国内においても、人権教育及び人権啓発の推進に関する法律等に基づき、2000年以降、国のレベルで性的指向や性自認を理由とする差別が人権課題として取り組まれるようになり、自殺対策、学校教育、職場におけるハラスメントの防止などの様々な領域でも対策が取られるようになった（別紙「6 日本国内での国の施策 — 性的指向・性自認の尊重と差別の禁止」参照）。

地方自治体のレベルでも、全国各地の多数の自治体で、性的指向・性自認の尊重ないし差別禁止を掲げる条例等が制定される等に至っている（別紙「7 日本国内での地方自治体の施策」 「(1) 性的指向・性自認の尊重、差別の禁止」参照）。

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）（いわゆるLGBT理解増進法）が成立し、性の多様性に関して、国、地方公共団体、事業主、学校設置者が行う施策が、全ての国民は「その性的指向またはジェンダーア

【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3回期日(20240426)提出の書面です。

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」との理念と「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があってはならない」との認識のもとになされるべきことが定められた(同3条)(別紙「6 日本国内での国の施策 — 性的指向・性自認の尊重と差別の禁止」参照)。

キ このような、人の性は多様で、性的指向・性自認によって人格の価値に違いはなく、性的指向・性自認による不当な差別は許されないとの規範的な認識は、婚姻制度・家族制度の分野にも及んでいった。

例えば、2000年のオランダでの法制化を皮切りに、いわゆる「同性婚」の法制化が進められ、本書面提出日現在、37の国・地域において法律上同性カップルの婚姻が認められている。いわゆる「同性婚」を導入することに先駆けて、登録パートナーシップ制度等の制度を導入する国々も存在したが、そうした国々のほとんどにおいて、①登録パートナーシップ制度等を廃止し、法律婚制度の対象を法律上同性のカップルにも拡大するか、②法律婚制度の対象を法律上同性のカップルにも拡大する一方で、登録パートナーシップ制度等を法律上同性か異性かにかかわらず利用可能な制度として維持するかしており、カップルの家族に関する制度の利用に関し、法律上同性のカップルと法律上異性のカップルに差がない状態となっている(別紙「4 いわゆる「同性婚」に関する世界の動向」参照)。

このような国際的な動向を受け、法律上同性のカップルの家族形成に関する国際人権法上の規範も、なにも保障がない状態

【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3回期日(20240426)提出の書面です。

から、事実婚と同等の保障、家族形成の権利の保障、法律婚へのアクセスの保障へと段階的に発展していった。自由権規約委員会も、2008年10月の第5回定期審査、2014年8月の第6回定期審査、2022年11月の第7回定期審査に関する総括所見において、日本に対し、自由権規約26条の解釈に沿って、公営住宅へのアクセスなどの便益に関し、事実婚状態にある法律上異性のカップルと同等の便益が付与されることを確保する措置を講じるべきとの勧告を行った。さらに、2022年11月の第7回定期審査に関する総括所見では、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も明示的に勧告した。国連人権理事会の普遍的定期審査においても、日本に対し、いわゆる「同性婚」の導入を勧告する国が増えている(別紙「5 家族分野における国際人権法上の認識の変革」参照)。

ク 日本国内においても、以上のような国際的な動向の影響を受けて、婚姻制度・家族制度の領域において、法律上同性のカップルも法律上異性のカップルと同等に取り扱うべきだとの規範的な認識が広がっている。

例えば、法律上同性のカップルの家族形成支援のための施策として、2015年以降、多くの地方自治体において条例や要綱などに基づき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制度導入が進んでいる。2024年4月1日時点で、条例や要綱などでパートナーシップ制度を導入済み

【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3回期日(20240426)提出の書面です。

の自治体数は442自治体となり、これにより人口比率では84.82%相当の人々が居住する自治体がパートナーシップ制度を導入したこととなる。地方自治体独自の手当金や見舞金などの受給対象者に法律上異性のパートナーだけでなく法律上同性のパートナーも加える自治体も増えている。東京都や世田谷区のように、地方自治体の職員を対象に、法律上同性のカップルの職員に結婚休暇、出産支援休暇、子の看護休暇、忌引き、介護休暇などの利用を認める取組みもされている(別紙「7 日本国内での地方自治体の施策」「(2) 家族形成支援のための施策」参照)。

また、親子関係に関する施策の一環として、カップルが養育する子どもとの関係も含めて証明する、いわゆるファミリーシップ制度の導入も進んでいる。2023年4月1日までの時点で、ファミリーシップ制度導入自治体数は、43自治体に上っている。さらに、法律上同性のカップルに対し、児童福祉法に基づく里親制度に関し、養育里親を委託する動きも広がっている。これらの例は、親としての責任を果たすことができるかどうかという点において、法律上異性のカップルと法律上同性のカップルとの間に本質的な差異がないという認識が確立されていることを示している(別紙「7 日本国内での地方自治体の施策」「(3) 親子関係に関する施策」参照)。

民間企業等においても、職員の法律上同性のパートナーを法律婚による配偶者と同等とみなし、結婚、出産時等の休暇を適用する例や家族手当の対象とする例、法律上同性のパートナーの子を社内制度上「子」として扱うファミリーシップ申請制度を導入する等、法律上同性のカップルの家族形成・子育ての支

【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3回期日(20240426)提出の書面です。

援を、法律上異性のカップルと同様に扱う取り組みを行う動きも同様に拡大している(別紙「10 日本国内の民間の取り組み」参照)。

司法においても、人の性(性的指向・性自認)の多様性を前提に、法律上同性のカップルを法律上異性のカップルと同等に扱う判断や社会の基本的法制度の憲法適合性を厳しく問う司法判断が出されている。例えば、不貞行為にかかる損害賠償請求事件において、実態に基づき法律上同性のカップルを法律上異性のカップルの内縁関係と同視できるとし、不貞行為にかかる損害賠償を命じた裁判例がある。いわゆる「結婚の自由をすべての人に訴訟」(本訴訟もその一つとして位置付けられる)において、本準備書面提出日現在、6つの地裁判決と1つの高裁判決(札幌高裁判決(甲A813))が出されているが、そのいずれもが、法律上同性のカップルも、法律上異性のカップルと同様、「婚姻の本質」を伴う関係を築くことができる、又はそのことを当然の前提とした判示をしている。また、いずれの判決も、法律上同性のカップルにとっても、パートナーと家族となり、共同生活を送ることについて、婚姻制度や家族制度により法的保護を受け、社会的公証を受けることができる利益は、個人の尊厳に関わる重大な人格的利益に該当することを認めている。さらに、犯罪被害者等給付金訴訟において、最高裁第三小法廷は、2024年3月26日の判決において、「犯罪被害者と同性の者は、犯給法5条1項1号括弧書きにいう『婚姻の届出をしていないが、事実上婚姻関係と同様の事情にあった者』に該当し得る」との判断を示した(別紙「13 司法の判断」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3回期日(20240426)提出の書面です。

また、最高裁大法廷は、2023年10月25日、性同一性障害者の性別の取扱いの特例に関する法律の第3条1項4号の要件について、人の性自認が多様であることや法的性別が「社会生活上・個人の基本的属性の一つとして扱われ」ている点を指摘し、「性自認に沿った法令上の性別の取扱いを受けること」が「個人の尊厳と結び付いた重要な法的利益」であるとして上記要件は憲法13条に反し無効である旨の決定を下した。本件は、社会に長く定着した法制度であっても、性の多様性を前提に憲法適合性が厳しく問われるべきことを示した点で、きわめて重要である（控訴審第9準備書面）。

国会では、野党が法律上同性のカップルの婚姻の実現に向けて、民法の改正法案を提出した（ただし、自民党が反対しているため、審議に入ってすらいない）（別紙「9 国会の動き」参照）。

最近の世論調査によれば、いわゆる「同性婚」の導入に賛成する意見が多数を占めている。例えば、国立社会保障・人口問題研究所が2022年に実施し、2023年8月22日に発表した第7回「全国家庭動向調査」の調査結果によれば、「男性どうしや、女性どうしの結婚（同性婚）を法律で認めるべきだ」への賛成の割合は75.6%となり賛成の割合が2019年9月に発表された第6回の調査の結果69.5%から約6ポイント上昇した。報道各社が行った世論調査のほとんどにおいても、日本国民の過半数が賛成する一方で、反対する意見は10%から30%弱である。札幌高裁判決（甲A813）直後の新聞各社の社説では、多くの新聞社がいわゆる「同性婚」を早急に導入すべきであるとの意見を述べた（別紙「11 世論の

【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3回期日(20240426)提出の書面です。

動向」参照)。

日弁連、各地方弁護士会、在日商工会議所などの民間団体や、日本学術会議、各地方自治体など各種団体がいわゆる「同性婚」の早期導入を表明している(別紙「12 いわゆる「同性婚」に賛成する各種団体の意見」参照)。

ケ 以上のような憲法制定後の規範意識の変化は、憲法24条1項の解釈に決定的な意味を持つ。なぜなら、憲法制定時に、婚姻は法律上異性間の人的結合関係のみを対象としているとの考えを下支えしていた「異性愛規範」は今やその正当性を失って、瓦解するに至っており、これに代わって、日本国内においても、性的指向・性自認に基づく差別は許されないという規範が確立し、かつ、婚姻制度・家族制度との関係においても、同等の保護が与えられなければならないとの規範意識が形成されているからである。

そして、原判決も「親密な人的結合関係を築き、パートナーと共同生活を送り、場合によっては、子どもを養育するなどして、社会の一員として生活しており、その実態は、男女の夫婦と変わるところがない」(原判決49頁)と認定するとおり、同性愛者等法律上同性のカップルも「婚姻の本質」を満たす関係を築きうることを踏まえれば、憲法24条1項の根底に「個人の尊厳」という憲法の基本原理があることを踏まえれば、憲法24条1項は、法律上同性のカップルに対しても「婚姻の自由」を保障するに至っているとの解釈が当然である。憲法24条1項を生み出した「個人の尊厳」の理念は、今こそ、法律上同性のカップルもその保障の対象とする憲法24条1項の解釈を求めている

【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3回期日(20240426)提出の書面です。

る。

### (3) 原判決による「社会的承認論」について

最後に、原判決が憲法24条1項の婚姻の自由が法律上同性のカップルに及ぶかを検討する中で、「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は認め難い」とした判示に対する反論を補足する。

ア 上記のとおり、社会の変化も踏まえて(別紙も参照)、今日、法律上同性のカップルと法律上異性のカップルにはその性質、親密さに何ら差異はなく、法律上異性カップルの婚姻関係と同視するとの社会的承認が醸成されているといえる。

このことは、最高裁令和6年3月26日判決(甲A806・犯給法違憲判決)も認めたところである。すなわち、犯罪被害者の同性のパートナーが犯罪被害者等給付金の支給等による犯罪被害者等の支援に関する法律(犯給法)5条1項1号括弧書きにいう「婚姻の届出をしていないが、事実上婚姻関係と同様の事情にあった者」に該当するかどうか争われた事案において、最高裁は、「犯罪被害者と同性の者は、犯給法5条1項1号括弧書きにいう『婚姻の届け出をしていないが、事実上婚姻関係と同様の事情にあった者』に該当し得ると解する」と判示した。

同最判は「犯罪被害者の死亡により、民法上の配偶者と同様に精神的、経済的打撃を受けることが想定され…そうした打撃を受け、その軽減等を図る必要性が高いと考えられる場合があることは、犯罪被害者と共同生活を営んでいた者が、犯罪被害

【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3回期日(20240426)提出の書面です。

者と異性であるか同性であるかによって直ちに異なるものとはいえない」、「犯罪被害者と同性の者は…『事実上婚姻関係と同様の事情にあった者』に該当し得る」と判断したものである。

犯罪被害者等給付金は税金を原資とし、限りある財源をもとにするものであるから、交付対象者の合理性について、社会的な承認ないし国民の理解による支持が必要であることは否定できない。最高裁が犯罪被害者等給付金の対象者として、法律上同性のパートナーが「婚姻関係と同様の事情にあった者」に当たると判断したことは、法律上同性のカップルの人的結合関係が、法律上異性のカップルの人的結合関係と同視されるという社会的承認が醸成されていることを踏まえてなされたものと解すべきである。

したがって、原判決のいう、「同性カップルについて…異性間と同じ『婚姻』と捉えるべきとの社会通念や社会的な承認が生じているか否かについて、さらなる慎重な検討を要する」との判示は、もはや採用し得ないものといわざるを得ない。

イ なお、そもそも「社会的承認」論を用いること自体が不当であることを重ねて指摘しておく。詳しくは控訴理由書〔第2分冊〕23頁～30頁で論じたとおりであり、少数者の人権保障を多数者の基準によって判断すべきではないからである。

同種事件の札幌高裁判決（甲A813）28頁12行目から14行目においても、「同性間の婚姻を定めることは、国民に意見や評価の統一を求めることを意味しない。根源的には個人の尊厳に関わることであり、個人を尊重するということである」と指摘されているところである。

【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3回期日(20240426)提出の書面です。

### **3 憲法24条2項違反**

#### **(1) 被控訴人の主張**

被控訴人は、憲法24条2項は同条1項を前提とした規定であり、同条1項の「婚姻」は法律上異性間の人的結合関係のみを対象とし、同条2項も「両性」といった法律上の男女を意味する文言を用いているから、同条2項が法律上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立法府に要請しているとはいえないと主張する(被控訴人第2準備書面10頁から11頁)。

#### **(2) 憲法24条1項は法律上同性のカップルに対しても婚姻の自由を保障している**

しかし、提出済みの準備書面や本書面第2の2でも述べたとおり、憲法24条1項は法律上同性のカップルに対しても婚姻の自由を保障しているのであるから(控訴理由書(第2分冊)、控訴人ら第8準備書面16頁から25頁)、当然、同条2項は、立法府に対し、性的指向にかかわらず、すべての人が現行の法律婚制度を利用できるように構築することを義務付けている。よって、まず、この点において、被控訴人の上記(1)の主張には理由がない。

#### **(3) 憲法24条1項が適用されるのは法律上異性のカップルに限られるとしても、憲法制定後の社会の変化等及び憲法の基本原理である「個人の尊厳」の原理を踏まえれば、憲法24条2項は、法律上同性のカップルの家族になるための法制度を法律上異性のカップルの婚姻と同等のものとして構築することを要**

【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3回期日(20240426)提出の書面です。

## 請している

ア 仮に、その文言上、憲法24条1項が適用されるのは法律上異性のカップルに限られるのだとしても、そのことと憲法のほかの条項での保障が及ぶかどうかは別問題であり、憲法24条2項独自の審査が求められる。安西文雄教授意見書(甲A792)も、「24条1項の守備範囲が異性間に限定的に解釈されるということと、憲法上の他の条項との関係で異性と同様の婚姻が義務づけられるか否かは別個の問題」であることを指摘する(同13頁9行目)。

そして、憲法制定後の社会の変化等と憲法の基本原理である「個人の尊厳」の原理を踏まえれば、同条2項は、法律上同性のカップルの家族になるための法制度を法律上異性のカップルの婚姻と同等のものとして構築することを要請しているのである(控訴理由書(第4分冊)19頁から21頁、控訴人ら第8準備書面30頁から33頁)。

イ 被控訴人は、上記(1)の主張のとおり、控訴人らの上記主張を否定する論拠の一つとして、憲法24条2項は同条1項を前提とした規定であり2項が適用される者の範囲は1項によって決まるとの理解を挙げる(被控訴人第2準備書面10頁)。

しかし、その理解は最大判平成27年12月16日(夫婦同氏制合憲判決)の判示の趣旨を歪めるものであり誤りである。憲法24条1項は、同条2項の原理が具体化した一場面を切り取って規定しているにすぎず(原判決38頁10行目以下も同じ理解に立っている)、同条2項及び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からである(控訴人ら第

【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3回期日(20240426)提出の書面です。

8 準備書面 30 頁から 31 頁)。

ウ また、被控訴人の上記(1)の主張は、憲法 24 条 1 項は、法律上同性のカップルに対し、婚姻の自由を含め、憲法上の保障を与えてはならない、あるいは憲法上の保障を一切与える必要はないことを意味する規定だとの解釈を論理的前提としている<sup>1</sup>。

しかし、憲法 24 条 1 項にそこまでの意味を読み込むことはできない。憲法 24 条 1 項は、婚姻制度を封建制の桎梏から解放することを目的として定められた規定であり、これを、婚姻の定義を法律上男女間のものに限定することを意図した規定と読むことは、憲法制定時の審議の過程の議論<sup>2</sup>や憲法 24 条 1 項が定められたその目的についての判例・通説の理解に反する。

憲法 24 条 1 項は、法律上同性のカップルに対し、婚姻の自由を含め、憲法上の保障を与えてはならないとする規定でも、憲法上の保障を一切与える必要はないことを意味する規定でもない。そうである以上、同条 1 項は、憲法制定後の社会の変化等により、法律上異性のカップル以外に「婚姻の本質」を満たす関係が存在すると認められるに至った場合について、①憲法 24 条 1 項自身を適用して同等の保障を与える可能性、②憲法

---

<sup>1</sup> 被控訴人が同様の理解を前提に主張を展開していることは、例えば、被控訴人が、「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、他方、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ず、同性間で婚姻することができない事態が生じることは、憲法自体が予定し、かつ許容するものである」(被控訴人第 2 準備書面 14 頁)といった主張をしていることから裏付けられる。

<sup>2</sup> 例えば、駒村教授は、憲法制定時の議会の議事録を丁寧に検証したうえで、「婚姻を異性婚に限定するという積極的判断は全くなされていない」ことを指摘する(甲 A 241 [15 頁])。

【有償配布 や Web(ホームページ, ブログ, facebook 等)へのアップロード・転載はお止めください】【リンクはご自由にお貼りください】「結婚の自由をすべての人に」東京第一次訴訟控訴審(東京高裁)第3回期日(20240426)提出の書面です。

の基本原則である「個人の尊厳」、「法の下での平等」を定める憲法24条2項や憲法14条1項などの条文の解釈により同等の保障を与える可能性を一切否定していないというのが論理的な帰結である。その意味で、婚姻の自由を含む憲法上の保障の可能性は、原理的に、法律上異性のカップル以外の「婚姻の本質」を満たす関係に対しても開かれているのである。

エ 憲法24条2項を正しく解釈するにあたっては、同項が「婚姻及び家族」に関する事項に関して、法律が「個人の尊厳」に立脚して定められなければならないことをわざわざ明記し、「婚姻及び家族」に関する法律の定め合理性について「個人の尊厳」という憲法の基本原則に照らした不断の検討と吟味を求めていることを出発点としなければならない<sup>3</sup>。

前述のとおり、憲法24条1項が、法律上同性のカップルに対し、憲法上の保障を与えてはならないという趣旨の規定でも、憲法上の保障を一切与える必要はないという趣旨の規定でもない以上、現行の法律婚制度の利用が認められる主体を法律上異性のカップルに限定し、婚姻に関し法律上同性のカップルに対し法律上異性のカップルと同等の取扱いを行っていないことの合理性についても、「個人の尊厳」という憲法の基本原則に照らして不断に検討され、吟味されることが、憲法24条2項に

---

<sup>3</sup> 憲法14条1項の文脈ではあるが、婚外子相続分差別違憲最高裁大法廷決定も「法律婚主義の下においても、嫡出子と嫡出でない子の法定相続分をどのように定めるかということについては、前記2で説示した事柄を総合的に考慮して決せられるべきものであり、また、これらの事柄は時代と共に変遷するものでもあるから、その定め合理性については、個人の尊厳と法の下での平等を定める憲法に照らして不断に検討され、吟味されなければならない」と述べる(甲A211の65[68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3回期日(20240426)提出の書面です。

より要請される<sup>4</sup>。

そして、提出済みの準備書面や本書面第2の2で述べたとおり、本件では、

- ① 憲法24条1項の本来の趣旨は「婚姻の本質」を満たす関係に対し「婚姻の自由」を保障することにあること
- ② 憲法制定当初は、婚姻は法律上異性のカップル間のものであると認識されており、法律上同性のカップル間のもものがその対象となるとは認識されていなかったが、それは、いわゆる「異性愛規範」が社会の在り方に大きな影響を与えていたためにすぎないこと
- ③ 憲法制定後の社会の変化等により、「異性愛規範」はその正当性を完全に失い、これに代わって性的指向・性自認に基づく差別は許されないとの法規範が確立されたこと
- ④ 婚姻制度や家族制度に関しても、いわゆる「同性婚」の導入の世界的な広まり、法律上同性カップルに対する法的保護の在り方に関する国際人権法上の発展、地方自治体におけるパートナーシップ制度・ファミリーシップ制度の広まり、国民の多くがいわゆる「同性婚」に賛成していること等が示すように、法律上同性のカップルを法律上異性のカップルと同等に取り扱わなければならないとの規範意識が形成されるに至っていること
- ⑤ 原判決やそのほかの本件関連訴訟の判決でも、法律上同性

---

<sup>4</sup> 婚外子相続分差別違憲最高裁大法廷決定は、民法は、憲法24条1項及び2項の定めを受けて、いわゆる事実婚主義を排して法律婚主義を採用したのだと認定している(甲A211の65[67頁])。しかし、それでもなお、嫡出子と嫡出でない子の法定相続分の定め合理性については、個人の尊厳と法の下での平等を定める憲法に照らして不断に検討され、吟味されなければならないとしたことは、前述のとおりである。

【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3 回期日(20240426)提出の書面です。

のカップルも「婚姻の本質」を満たす関係を築くことができるとされ、「パートナーと家族となり、共同生活を送ることについて家族としての法的保護を受け、社会的公証を受けることができる利益は、個人の尊厳に関わる重大な人格的利益に当たる」(原判決49頁)などと判示されていること

⑥ いわゆる犯罪被害者等給付金訴訟において、最高裁第三小法廷は、2024年3月26日の判決において、「犯罪被害者の死亡により、民法上の配偶者と同様に精神的、経済的打撃」「を受け、その軽減等を図る必要性が高いと考えられる場合があることは、犯罪被害者と共同生活を営んでいた者が、犯罪被害者と異性であるか同性であるかによって直ちに異なるものとはいえない。」との理由から、「犯罪被害者と同性の者は、犯給法5条1項1号括弧書きにいう『婚姻の届出をしていないが、事実上婚姻関係と同様の事情にあった者』に該当し得る」との判断を示したこと(甲A806)といった事情がある。

このような憲法制定以降の社会の変化等を総合的に考慮すれば、「個人の尊厳」という憲法の基本原理の観点から、現行の法律婚制度の利用が認められる主体を法律上異性のカップルに限定し、婚姻に関し法律上同性のカップルに対し法律上異性のカップルと同等の取扱いを行っていないことの合理性は認められない。

したがって、仮に憲法24条1項がその文言との関係で法律上同性のカップルに対して直接には適用されないとしても、同条2項が「婚姻及び家族」に関する事項について法律は「個人の尊厳」に立脚して制定されなければならないとしていることに基づき、

【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3回期日(20240426)提出の書面です。

同条2項により、法律上同性のカップルの家族になるための法制度を法律上異性のカップルの婚姻と同等のものとして構築することが要請されるのである。

オ また、憲法24条2項により、法律上同性のカップルの家族になるための法制度を法律上異性のカップルの婚姻と同等のものとして構築することが要請される以上、その要請に応じるか否かに関し、立法府に立法裁量が認められる余地はない。

#### 4 憲法14条1項違反

(1) 被控訴人第2準備書面における被控訴人の憲法14条1項に関する主張に対する控訴人の反論は、基本的には、憲法24条2項で述べたとおりである。

(2) すなわち、憲法24条1項は、法律上同性のカップルに対しても婚姻の自由を保障しているのであるから、憲法14条の関係でも、法律上同性のカップルの家族になるための法制度を法律上異性のカップルの婚姻と同等のものとして構築することが要請される。

ところが、「本件諸規定は、婚姻の可否について性的指向による区別取扱いをするものであるところ、これにより、同性愛者は、婚姻（法律婚）制度全体を利用することができない状況に置かれ、異性愛者とは異なり、婚姻によって生ずる様々な法的効果を楽しむことができないという不利益を受けている」（原判決44頁7行目）。この区別取扱いに合理的根拠が無い

【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3回期日(20240426)提出の書面です。

ことは控訴理由書第3分冊(17頁ほか)及び控訴審第8準備書面(48頁以下)で述べたとおりである。

同種事件に関する札幌高裁判決(甲A813)も、性的指向について、「個人の尊重に係る人格権の一内容を構成し得る重要な法的利益」(同判決24頁22行目)と指摘したうえで、「異性愛者と同性愛者の違いは、人の意思によって選択・変更し得ない性的指向の差異でしかない。そして、自由で平等な婚姻による家族の成立とその制度的な保障によって、個人が尊重され、その尊厳が実現することは憲法24条が定める目的」(25頁4行目)であり、「そうであれば性的指向に差異がある者であっても、同じように制度的な保障を享受し得る地位があり、それを区別する合理的な理由はない」と断じている。

- (3) また、仮に、その文言上、憲法24条1項が適用されるのは法律上異性のカップルに限られるのだとしても、そのことと憲法のほかの条項での保障が及ぶかどうかは別問題であり、憲法14条1項独自の審査が求められる(控訴理由書(第3分冊)18頁から19頁)。安西文雄教授も、同様の指摘をしたうえで、「(憲法24条1項に)積極的に憲法の保障を制約する趣旨を読み込む解釈は適切ではな」い(甲A792[13頁13行目から14行目])として、「同性婚は24条1項の『婚姻』ではないが、14条の要請上、異性婚と同等に扱われるべきであるがゆえにやはり法律上は婚姻として扱われることが義務づけられる、という構成になる」と論じる(甲A792[13頁4行目から6行目])。

婚外子相続分差別違憲最高裁大法廷決定も述べるように(甲

【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3回期日(20240426)提出の書面です。

A 2 1 1 の 6 5 [ 6 8 頁 ] ) 、 「 婚 姻 及 び 家 族 」 に 関 す る 法 律 の 定 め の 合 理 性 に つ い て は 、 「 個 人 の 尊 厳 」 と 「 法 の 下 の 平 等 」 と い う 憲 法 の 基 本 原 理 に 照 ら し た 不 断 の 検 討 と 吟 味 が 求 め ら れ る 。 憲 法 2 4 条 1 項 は 、 法 律 上 同 性 の カ ッ プ ル に 対 し 、 婚 姻 の 自 由 を 含 む 憲 法 上 の 保 障 を 与 え て は な ら ない と い う 趣 旨 の 規 定 で も な い し ( 原 判 決 4 6 頁 7 行 目 か ら 1 1 行 目 ) 、 憲 法 上 の 保 障 を 一 切 与 え る 必 要 は ない と い う 趣 旨 の 規 定 で も な い 。 む し ろ 、 法 律 上 同 性 の カ ッ プ ル で あ っ て も 、 家 族 と し て 承 認 ・ 公 証 さ れ 保 護 さ れ る こ と は 人 格 的 生 存 に 関 わ る 重 要 な 利 益 で あ り ( 原 判 決 4 6 頁 1 2 行 目 ) 、 「 異 性 愛 者 と 同 様 の 婚 姻 」 を 認 め る こ と も 、 「 憲 法 の 普 遍 的 価 値 で あ る 個 人 の 尊 厳 や 多 様 な 人 々 の 共 生 の 理 念 に 沿 う も の 」 で あ る ( 同 種 事 件 の 大 阪 地 裁 判 決 ( 甲 A 5 5 5 ) 2 5 頁 8 行 目 ) 。 そ う で あ る の に 、 本 件 諸 規 定 は 、 あ え て 、 現 行 の 法 律 婚 制 度 を 利 用 で き る 対 象 を 法 律 上 異 性 の カ ッ プ ル に 限 定 し 、 法 律 上 同 性 の カ ッ プ ル を 法 律 上 異 性 の カ ッ プ ル と 同 等 に 取 り 扱 わ ない の で あ り 、 こ の 点 で 本 件 諸 規 定 の 合 理 性 と 憲 法 適 合 性 が 、 「 個 人 の 尊 厳 」 と 「 法 の 下 の 平 等 」 と い う 憲 法 の 基 本 原 理 に 照 ら し て 厳 し く 不 断 に 検 討 さ れ 、 吟 味 さ れ る こ と が 、 憲 法 1 4 条 1 項 に よ り 要 請 さ れ る 。

そ して、上 記 第 2 の 3 エ の ① か ら ⑥ な ど の 憲 法 制 定 以 降 の 社 会 の 変 化 等 を 総 合 的 に 考 慮 す れ ば 、 「 法 の 下 の 平 等 」 の 観 点 か ら 、 現 行 の 法 律 婚 制 度 の 利 用 が 認 め ら れ る 主 体 を 法 律 上 異 性 の カ ッ プ ル に 限 定 し 、 婚 姻 に 関 し 法 律 上 同 性 の カ ッ プ ル に 対 し 法 律 上 異 性 の カ ッ プ ル と 同 等 の 取 扱 い を 行 っ て い ない こ と の 合 理 性 は 認 め ら れ ない 。

し た が っ て 、 憲 法 2 4 条 1 項 が そ の 文 言 と の 関 係 で 法 律 上 同 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3回期日(20240426)提出の書面です。

のカップルに対して直接には適用されないとしても、憲法14条1項により、法律上同性のカップルの家族になるための法制度を法律上異性のカップルの婚姻と同等のものとして構築することが要請されるのである。

(4) また、憲法14条1項により、法律上同性のカップルの家族になるための法制度を法律上異性のカップルの婚姻と同等のものとして構築することが要請される以上、その要請に応じるか否かに関し、立法府に立法裁量が認められる余地はない。

### **第3 作為義務の明白性について**

#### **1 被控訴人の主張**

被控訴人は、民法学者である大村敦志教授らによる「同性カップルの法的処遇に関する論点整理」(乙36・37。以下「論点整理」という。)をもって、「法律上同性のカップルの法的処遇について、婚姻型の法的処遇が導かれるとしても現行婚姻制度と全く同じ婚姻とはいえない旨の民法学者らから成る同性カップルの法的処遇に関する研究会の報告がなされている」とし、それを根拠に、「本件諸規定が憲法24条1項及び2項並びに14条1項に違反するものであること」(本件諸規定の違憲性)が「明白とはいえないことはより一層明らかである」と主張する(被控訴人第2準備書面19頁)。

#### **2 「論点整理」の位置付けを誤っていること**

【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3回期日(20240426)提出の書面です。

しかし、まず第1に、憲法学者である蟻川恒正教授が『論点整理』は、憲法論を直接扱ってはいない。」と端的に述べ(乙36・113頁第1文)、大村敦志教授が「山本敬三・蟻川恒正両教授のコメントは、『論点整理』の特色とその限界を適切に指摘している。」(同114頁第1文)と認めるとおり、被控訴人がその主張の根拠とする「論点整理」は、本件諸規定の違憲性について論じたものでも、その明白性について論じたものでもない。

「論点整理」は、「法実践的な観点から、立法をめぐる議論をより実り多いものとするための一資料として提出」されたものに過ぎず(同頁第2文)、「制度設計にあたっては憲法上の価値を考慮しなければならない。」との留保が付されているものであって(同111頁V4(3))、憲法による要請を踏まえて「制度設計」の検討を行ったものではない。つまり、「同性カップルの法的処遇については、複数の(無数の)選択肢や組み合わせが考えられると言える。」

(同110頁V1)とする「論点整理」は、各選択肢や組み合わせが憲法に適合するものかの検討は一切行っておらず、よって、「婚姻の自由」、「平等」、「個人の尊厳」といった憲法の価値に照らすと許されない制度設計の可能性も、「論点整理」においては示されているものである。

現在の法制度から排除されている法主体に法的保護を広げる場合に、憲法適合性を度外視して検討すれば、そのための選択肢や組み合わせが複数ないし無数に考えられることは当然である。それにもかかわらず、そのことをもって、現在の法制度の違憲性やその明白性が否定されることとなれば、どんなに憲法に適合していない現行の法制度であっても、その違憲性(の明白性)が認められる余地

【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3回期日(20240426)提出の書面です。

は皆無となってしまうのであって、その結論が不合理であることは明らかである。

以上より、「論点整理」をもって本件諸規定の違憲性の明白性を否定する根拠とする被控訴人の主張は、「論点整理」の位置付けを誤るものであり、非論理的に過ぎると言わざるを得ない。

### 3 「論点整理」の内容・意図を曲解していること

第2に、被控訴人は、「いかなる親子問題が発生しうるか、ということ自体が…検討課題となる。」「親は誰かということが問題となる。」といった、「論点整理」における問題提起の箇所を殊更に取り上げて、現行の婚姻制度を法律上同性のカップルに開放するための『検討課題』が山積している」と強調するが(被控訴人第2準備書面20～22頁)、「論点整理」は、同性カップルに婚姻を認めようとする解決できない問題が山積しているとか、検討課題が山積しているから同性カップルに婚姻を認めることはできないなどと述べているものではない。

むしろ、「論点整理」においては、「婚姻の拡張による処遇の可能性」という見出しの下、「現行の婚姻制度のもとで婚姻の効果とされているものを同性カップルの間にも認めることができるか、検討を行う。」として、主に財産的關係、人格的關係、親子關係という3つの観点から検討が加えられ、財産的關係及び人格的關係については、「当事者の性別を問わずに認めうるのではないかと思われる。」として、婚姻の効果を経済上同性のカップルに認めることに支障がないことが確認されている(乙36・109頁IV2及び3)。また、親子關係についても、「論点整理」は、一定の決定方法

【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3回期日(20240426)提出の書面です。

を示した上で、「親子関係に関する婚姻の効果を同性カップル間に認めるうえで基本的には支障にならないことになる。」として、婚姻の効果を同性カップルに認めることに支障ない決定方法の存在を確認している(同119～110頁IV4)。

「論点整理」は憲法の観点から検討されたものでないから、「論点整理」が親子関係について選択肢として示す当該決定方法が、憲法の観点からして適切か否かは措くとして、ここで重要なことは、財産的關係、人格的關係及び親子關係のいずれの面からみても、婚姻の効果を同性カップルに認めることに支障がないこと、あるいは支障を生じさせない決定方法が存在するということが示されているという点である。

以上からすれば、被控訴人が、本件諸規定の違憲性の明白性を否定するために、「論点整理」を根拠として、現行の婚姻制度を法律上同性のカップルに開放するための『検討課題』が山積していると強調する点は、「論点整理」の内容・意図を曲解するものであり、不当である。

#### **4 全く同じ法的効果の享受は婚姻を認める必要条件ではないこと**

第3に、被控訴人は、「現行婚姻制度と全く同じ婚姻とはいえない旨の民法学者らから成る同性カップルの法的処遇に関する研究会の報告がなされている」ことをもって、本件諸規定の違憲性の明白性を否定するが(被控訴人第2準備書面19頁)、控訴人ら第8準備書面(42～43頁)でも述べたように、そもそも、現行の婚姻制度においては、婚姻の効果として用意されている様々な規律

【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3回期日(20240426)提出の書面です。

のすべてをある当事者が享受できないからといって、かかる当事者を婚姻制度そのものから排除することは予定されていない。法律上異性のカップルが、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又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規定が存在しても、そのこと自体は、それらの者について現行の婚姻制度に基づく婚姻を否定する理由にはなりえない。

よって、「現行婚姻制度と全く同じ婚姻とはいえない旨の民法学者らから成る同性カップルの法的処遇に関する研究会の報告がなされている」ことを理由として本件諸規定の違憲性の明白性を否定する被控訴人の主張は、上記の点からしても不当である。

## 5 小括

以上のとおり、「論点整理」を根拠として本件諸規定の違憲性の明白性を否定しようとする被控訴人の主張は、「論点整理」の位置付けを誤り、その内容・意図を曲解し、さらには婚姻制度の仕組みを理解しないものであり、失当である。

なお、被控訴人の主張は、「論点整理」を根拠として本件諸規定の違憲性の「明白性」を否定するものであり、「論点整理」を根拠として本件諸規定の「違憲性」自体を否定するものではないことを、念のため確認する。

【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3回期日(20240426)提出の書面です。

## 第4 司法院による積極的な違憲判決が求められていること

### 1 序論

これまで述べてきたとおり、本件諸規定及び本件諸規定による別異取り扱いは違憲である。一方、原判決は、「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」ことについて憲法24条2項に違反する状態にあるとは判断したものの、「(同性愛者についてパートナーと家族になるための)法制度を構築する方法については多様なものが想定され(53頁)」るとか「同性間の婚姻を認めることや同性カップルに対して法的保障を認めることについて…の議論、検討を第一次的には立法府に委ねることが必ずしも現実的でないとはいえない(54頁)」と述べ、本件諸規定が違憲であることは明示しなかった。

原判決の判示から透けて見えるのは、①立法府が解決に向けて真摯に検討するであろうとの期待と、②同性愛者等がパートナーと家族になるための制度検討は立法府が適任であろうとの発想である。

これまでも繰り返し論じてきたが、立法府が今後検討するであろうとの期待は存在しないし(①)、パートナーと家族になるための制度についても婚姻制度が最も適しており、それ以外の制度設計を考慮する必要性は乏しい(②)。

すでに時期は熟している。司法院は本件諸規定及び本件諸規定による別異取扱いが違憲であることを明確に宣言し、法律上同性のカップルに婚姻を開放すべきである。以下、①及び②について、これまでの主張を総括しつつ、主張反論し、司法院による積極的な違憲

【有償配布 や Web(ホームページ, ブログ, facebook 等)へのアップロード・転載はお止めください】【リンクはご自由にお貼りください】「結婚の自由をすべての人に」東京第一次訴訟控訴審(東京高裁)第3回期日(20240426)提出の書面です。

判決が求められていることを論ずる。

## 2 立法府の真摯な検討は期待できないこと

### (1) いままで検討していないこと

これまで立法府が、法律上同性のカップルの法的保障に関して何ら議論を開始しようとしてこなかったことについては、原審原告ら第16準備書面17頁～33頁、同第17準備書面7頁～8頁、控訴理由書〔第5分冊〕4頁～6頁、17頁～41頁、控訴審第6準備書面5頁～9頁で繰り返し論じてきた。2015年に当時の安倍総理大臣が「極めて慎重な検討を要するものと考えております」という答弁を行って以降、今日にいたるまで、何ら検討は開始されず、立法府での議論は全く進んでいない。

この態度は、残念ながら、2024年3月14日に札幌高等裁判所が違憲判決を言い渡しても、なお変わるところはない。札幌高等裁判所は、民法及び戸籍法の婚姻に関する諸規定が憲法24条1項に違反する旨の画期的な判断を行ったことに加え、同判決28頁の付言事項において「同性間の婚姻を定めることは、国民に意見や評価の統一を求めることを意味しない。根源的には個人の尊厳に関わる事柄であり、個人を尊重するということであって、同性愛者は、日々の社会生活において不利益を受け、自身の存在の喪失感に直面しているのだから、その対策を急いで講じる必要がある。したがって、喫緊の課題として、同性婚につき異性婚と同じ婚姻制度を適用することを含め、早急に真摯な議論と対応をすることが望まれるのではないかと思われる。」と言及がなされた(甲A813・28頁)(強調は代理人によるもの)。

【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3回期日(20240426)提出の書面です。

裁判所が、このような言及を行うのは異例である。それだけ、立法府が一向に解決に向けた議論に着手せず、紋切り型の答弁を繰り返していることに問題意識を持っていたと考えられる。裁判所の強い問題意識が存在するといえよう。

しかし、そのような裁判所からの「議論を開始せよ」という強いメッセージがあってもなお、政府与党の対応は変わるものではなかった。2024年3月15日の参議院予算委員会においても、自民党総裁である岸田総理大臣は「政府としては少なくとも同性婚に関する規定を設けないことが憲法に違反するものではないと考えている」と旧来の立場を繰り返したうえで、「いずれも現段階では確定前の判決であり、また他の裁判所で同種の訴訟が継続していることから、引き続きこれらの訴訟での判断も注視していきたい」として、結局、法律上同性のカップルの法的保障に関して、議論を開始する姿勢を見せることはなかった(甲A831)。

ほかにも、判決が言い渡された当日の3月14日でも、林官房長官は「同性婚制度の導入は国民生活の基本にかかわる問題で、国民一人一人の家族観とも密接にかかわるものだと認識している」

「国民各層の意見や国会の議論の状況、同性婚に関する訴訟の動向など引き続き注視する必要がある」と述べ(甲A832)、小泉法務大臣も「さまざまな判決で判断が分かれたところもあり、中身を注視していく。この問題は一人一人の家族観に関わり、広く影響が及ぶ。国民的なコンセンサスと理解が求められる」と述べている(甲A833)。

すでに原判決をはじめ、地方裁判所において5つの違憲判決も

【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3回期日(20240426)提出の書面です。

しくは違憲状態判決<sup>5</sup>が言い渡され、高等裁判所でも違憲判決が出されたというのに、なお政府閣僚からは、「注視」という答弁が繰り返され、依然として政権与党が検討すら開始しない状況は、もはや立法府として機能不全に陥っているというほかなく、立法府の手によって本問題が解決することはおよそ期待できないことを示しているといわざるを得ない。

## (2) 将来においても検討されないこと

そして、それが今後将来においても検討が開始されないであろうことは、控訴理由書〔第5分冊〕7頁～14頁、控訴第6準備書面9頁～17頁においてすでに論じたとおりである。すなわち、国民の差別意識を代弁しようとする国会議員、差別意識そのものを内包している国会議員が存在していることによって、あるべき健全な議論が阻まれていると考えられるのである。

近時でも、衆議院選の公示直前に、文部科学大臣が、旧統一教会の友好団体である「世界平和統一家庭連合」が発行する推薦確認書に署名していたという報道がなされたばかりである(甲A834)。旧統一教会といえば、その創設者である文鮮明氏によれば「レズビアンやホモセクシュアルやゲイのようなものが起きています。それは罪です。罪を受けなければなりません。」「すればするほど破壊されていくのです。破壊をもたらすのです。」と語られているのは記憶に新しい(甲A835)。

すでに、「同性愛は人の自然な性のあり方の一つ」であり何らの

---

<sup>5</sup> 札幌地方裁判所判決(甲A813)、原判決、福岡地方裁判所判決(甲A680)、名古屋地方裁判所判決(甲A681)、東京第2次訴訟判決(甲A812)

【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3回期日(20240426)提出の書面です。

障害を意味しないことは専門家の共通認識であって(甲A1、甲A3・9頁)、このような科学的知見は、専門家の共通認識として確立され(甲A7の2・19頁、訴状33頁等)、日本もこの考えを当然に踏襲しているにもかかわらず、このような非科学的な言説を唱える団体が、国務大臣と政策協定を結んでいるのである。非科学的な言説を唱える団体と政策協定を結んでしまう議員が政権与党におり、しかも、国務大臣に就任してしまうこと自体が、政権与党(立法府)が今後においても将来にわたって、法律上同性のカップルの法的保障に関する中身のある議論を行わないであろう体質を指し示しているというほかない。

### (3) 小括

立法府はもはや機能不全であり、同性カップルの法的保障の問題に関して、今後において、積極的な議論を行うことは到底期待できない。

## 3 パートナーと家族になる法制度は現行の法律婚制度が最も適しており、それ以外の制度設計を考慮する必要性はないこと

また、原判決は「我が国においても」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「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(54頁)」という。上記(第4の1)でも述べたように、この判示の背景にあるのは、同性愛者等がパートナーと家族になるための制度は現行の

【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3回期日(20240426)提出の書面です。

婚姻制度以外にもありえ、その検討は立法府が適任であろうとの発想である。

しかしながら、現行の法律婚制度とは別の制度、たとえば登録パートナーシップ制度のようなものを導入することは、およそ法律上同性のカップルに対して、悪影響をもたらす。そのことは、控訴審第5準備書面において詳述した。すなわち、現行の法律婚制度と別制度を導入したとしても、①身分関係の形成及び法的効果が同等になる保証はないし(同書面4頁～7頁)、②婚姻と同等の公証を備えることは不可能であり(同書面7頁～8頁)、③別制度の構築には莫大な社会的コストが発生する(同書面8頁～9頁)。また④別制度の構築が差別意識を助長し固定化することも論証したものである(同書面9頁～11頁)<sup>6</sup>。

さらに、現行の法律婚制度について、法律上同性のカップルも含まれるとの技術的な修正を行えば、現行の法律婚制度を混乱なく、法律上の同性カップルも利用できる。その点についてもすでに控訴審第7準備書面において詳述している。法律上同性のカップルが自然生殖しないことを考慮しても、現行の法律婚制度を同性カップルに適用しても差し障りは存在しないのである(控訴審第7準備書面7頁～17頁)。

このように、同性愛者等がパートナーと家族になる制度に関しては、現行の法律婚制度を利用・適用することが最も適切である。そして、形式的な法技術的な改正を施せば、現行の法律婚制度を同性カップルに適用することが可能である。

---

<sup>6</sup> 千葉勝美元最高裁判事も、著書のなかで、登録パートナーシップ制度ができてそれ以上の法改正は期待できないこと、むしろ差別意識も解消されないままになることを指摘する(甲A829・166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3回期日(20240426)提出の書面です。

そうであればこそ、同性愛者等がパートナーと家族になるための制度としては、現行の法律婚制度が最も妥当するのであって、それ以外の制度がありえ、しかも、立法府がその制度検討を行うべきであるとの発想そのものが誤りであり、この点においても、立法府の議論に委ねる必要性は乏しいというほかない。

#### 4 最後に

すでに国民はいわゆる「同性婚」を求めている。上記でも触れたように、2023年5月の世論調査では71%もの人が「同性婚」を採用することに賛成であるという結果が示されている(甲A691)。多くの国民は、同性カップルに婚姻制度が導入されることを望んでいるし、少なくとも許容している<sup>7</sup>。

2023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(通称: LGBT理解増進法)」3条では「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ない個人として尊重されるものであるとの理念」が謳われている。上記法律の審議においても、下記のとおり同性愛者等の権利擁護に向けて積極的な議論が交わされ(下線は代理人によるもの)、共生社会への実現はもはや立法府としての総意である。

---

<sup>7</sup> 非嫡出子相続分違憲決定(最決平成25年9月4日民集67号6巻1320頁)が出された平成25年9月4日までに出了された世論調査では、非嫡出子が嫡出子に比べて2分の1になっている当時の法制度に関して、そのままでよいとしているのは35.6%であり、改正すべきであるとの回答は25.8%であった。それでも当時の最高裁判所は当時の900条4号但書が違憲であると決定したのである(この点は控訴理由書〔第2分冊〕49頁～53頁において詳しく述べられている)。

【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3回期日(20240426)提出の書面です。

- ・この法案は、基本理念に掲げさせていただきましたが、全ての国民が、性的マイノリティーの方、またマジョリティーの方、その方々がお互いに理解をし合いながら、そしてそれを深め、共生社会をつくっていくべきだ、それを実現を図るために、政府にそれを促す、こういう理念法でございます(自民党・新藤義孝議員)(甲A836・3頁)。
- ・何度も申し上げますけれども、皆お互いが理解をしてそして性的多様性の理解を深めながら、穏やかな共生社会をつくる、これは誰しもが望んでいることだと思いますので、そういったことを政府に促すための私たちは法案を出させていただきました(自民党・新藤義孝議員)(甲A836・4頁)。
- ・当事者の方からも、この問題というのは命の問題なんだという言葉もいただいております。そういったことに真剣に向き合いながら、今御答弁いただいたラウンドテーブルの共生社会、その実現に向けてしっかりと尽力をしていくことをお誓い申し上げます…(公明党・河西議員)(甲A836・5頁)。
- ・私、このLGBTの話、…本来であれば、本当に共生社会は、恐らく、例えば同性婚が認められる、若しくはパートナーの人たちが様々なパートナーシップとして一緒にいられて、…子どもたちが普通に、ああ、あそこはそうなんだね、ふうんぐらいになるのがきっと共生社会であって…(日本維新の会・堀場幸子議員)(甲A836・8頁)。
- ・同性婚も含めて、しっかりと皆様が安心して自分のパートナーと生活を送れる、そして差別することがない、されることがない社会を築いていかなければならないというふうに考

【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3回期日(20240426)提出の書面です。

えております(国民民主党・斎藤議員)(甲A836・8頁)。

このように、同性愛者等の性的マイノリティーと性的マジョリティーとの共生社会の実現という意味では、国会議員のなかでも相当数の議員が答弁し、LGBT理解増進法という形で結実した。したがって、もはや性的マイノリティーの権利擁護は立法府を含めた社会全体の総意であり、要請である。そして、それは、法律上同性のカップルの法的保障と地続きであるはずであるにもかかわらず、いざ法律上同性のカップルの法的保障に関して、立法府内で議論しようとする、一部の強弁な反対議員によって理性的な議論が阻まれ、立法府(政権与党)は機能不全に陥る。これらのことからすれば、司法府が、法律上同性のカップルに婚姻制度を開放することに躊躇はならず、むしろ、司法府による積極的な判断が行われることこそ、求められている。

千葉勝美元最高裁判事も、一つのテーマについて賛否両論のまま社会的な大きな対立点となり、次々と訴訟が提起され、立法府も立法的解決が期待できない、いわば「政治的・社会的閉塞状況」が生じている場合、しかも、個人の尊厳に関わる重要なテーマであればこそ、果敢に裁判所が判断をすべきであると述べている(甲A829・千葉勝美『同性婚と司法』70頁及び84頁、甲A443・千葉勝美「統治構造において司法権が果たすべき役割」205頁)。

札幌高等裁判所が違憲判決を述べても立法府が議論を開始しなかったように、貴庁が違憲判決を言い渡しても立法府が議論を開始する保証はない。しかしながら、それでも、司法府の一角である高等裁判所が違憲判決を言い渡すことは、人権侵害の事実を国民に可視化させ、国民的議論を呼び起こすことを意味する。そして、それが明日の最高裁判所による違憲判決の礎となるろう。

【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3回期日(20240426)提出の書面です。

いまこそ、司法府が本件諸規定及び本件諸規定による別異取扱いの違憲性を宣言し、法律上同性のカップルに対し、家族になるための制度として、現行の法律婚制度の開放を行うべきである。

以上