

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

被控訴人第2準備書面

令和6年2月29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

安 實 涼 子  
橋 本 政 和  
富 岡 潤  
市 原 麻 衣  
竹 内 見 佳 子  
小 玉 和 諒  
戸 取 謙 治  
大 野 智 己  
石 川 舞 子  
村 上 岳  
伊 集 浩 平

(目次)

第1	はじめに	4
第2	①作為義務の特定・具体化（行われるべき立法措置の内容は何か）について	5
1	控訴人らの主張する国会（議員）が執るべき立法措置の内容は、現行の法律婚制度を法律上同性のカップルが利用できるようにする本件諸規定の改正であること	5
2	控訴人らが主張する執るべき立法措置の内容からすれば、本件諸規定の憲法適合性の判断においては、憲法が、現行の婚姻制度（異性婚）のみならず、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ているかが問題となること	6
	(1) 控訴人らの主張	6
	(2) 被控訴人の主張	6
第3	②作為義務の存在（その立法がされなければならないとする根拠）について	7
1	憲法24条1項及び2項から、現行の法律婚制度を法律上同性のカップルが利用できるように本件諸規定を改正すべき立法義務は導がれないこと	7
	(1) 控訴人らの主張	8
	(2) 異性婚を前提とし、同性婚を前提とし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	8
	ア 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	9
	イ 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	10

ウ	憲法 24 条 1 項及び 2 項は、国会（議員）に対し、同性間の婚姻を認める法制度を創設することを要請しておらず、国会（議員）が現行の法律婚制度を法律上同性のカップルが利用できるように本件諸規定を改正すべき立法義務を負うものではないこと	10
(3)	憲法 24 条の解釈に関する控訴人らの主張に理由がなく、本件諸規定が「個人の尊厳」に反しているとはいえないこと	11
(4)	小括	13
2	憲法 14 条 1 項から、現行の法律婚制度を法律上同性のカップルが利用できるように本件諸規定を改正すべき立法義務は導かれないこと	13
(1)	控訴人らの主張	14
(2)	被控訴人の主張	14
3	憲法適合性の判断対象について	15
4	まとめ	17
第 4	③作為義務の明白性（国会（議員）においてその立法をすべきことが明らかであるとする根拠）について	17
1	控訴人らの主張	17
2	被控訴人の主張	18
ア	同性カップルの法的処遇に関する研究会による同性カップルの法的処遇に関する論点整理	19
イ	論点整理においても、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指摘されていることからすれば、本件諸規定が違憲であること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たとはいえないこと	21
第 5	結語	23

被控訴人は、本書面において、裁判所から示された主張の補充・整理をすべき事項に従って、被控訴人の主張を整理して述べるとともに、控訴人らの2023（令和5）年10月6日付け控訴人ら第1準備書面（以下「控訴人ら第1準備書面」という。）、同日付け控訴審第2準備書面（以下「控訴人ら第2準備書面」という。）、同月16日付け控訴人ら第3準備書面（以下「控訴人ら第3準備書面」という。）、同月17日付け控訴人ら第4準備書面、同月31日付け控訴審第5準備書面（以下「控訴人ら第5準備書面」という。）、同日付け控訴第6準備書面、同月20日付け控訴人ら第7準備書面（以下「控訴人ら第7準備書面」という。）及び同月24日付け控訴審第8準備書面（以下「控訴人ら第8準備書面」という。）に対し（ただし、控訴人ら第1準備書面については、同月20日付け訂正申立書による、控訴人ら第1準備書面ないし控訴人ら第3準備書面については、同月30日付け訂正申立書による各訂正後のもの。）、必要と認める限度で反論する。

## 第1 はじめに

本件は、法律上同性の者との婚姻を希望する控訴人らが、現行の法律婚制度を規律する民法第4編〔親族〕第1章ないし第6章及び第5編〔相続〕並びにそれらに関連する戸籍法の諸規定（控訴人ら第8準備書面・4ないし7ページの主張を踏まえ、本書面以降の書面においては、上記諸規定を指して、以下「本件諸規定」という。）が法律上同性のカップル（ないしその子）に適用を認めていないことは憲法24条1項及び2項並びに14条1項に違反しており、その違憲性を解消するための立法措置を国会が執っていないことは国賠法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。

貴裁判所は、控訴審の審理に当たり、控訴人らの請求が立法不作為の違法を理由とする国家賠償請求であることを前提に、当事者双方に対し、①作為義務

の特定・具体化（行われるべき立法措置の内容は何か）、②作為義務の存在（その立法がされなければならないとする根拠）及び③作為義務の明白性（国会（議員）においてその立法をすべきことが明らかであるとする根拠）の3点について、主張の補充・整理を促した。そこで、本書面では、上記①ないし③に即して、被控訴人の主張を整理するとともに、必要な限度で、控訴人ら第1ないし第8準備書面の主張に対する反論を行う。

## 第2 ①作為義務の特定・具体化（行われるべき立法措置の内容は何か）について

### 1 控訴人らの主張する国会（議員）が執るべき立法措置の内容は、現行の法律婚制度を法律上同性のカップルが利用できるようにする本件諸規定の改正であること

控訴人らは、控訴人ら第8準備書面において、憲法は、「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ルも利用できるよう、かかる現行の法律婚制度を規律する民法及び戸籍法の諸規定（中略）を改正すること」を要請しているとした上で（控訴人ら第8準備書面・5ページ）、その「立法措置の具体的な内容」として、本件諸規定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改正することであると主張している（控訴人ら第8準備書面・5ないし7ページ）。

また、控訴人らは、「婚姻ではない「別制度」は憲法上の要請に反する」、「同性愛者等にあえて「別制度」を用意することは、それ自体が差別心の表れであって、同性愛者等に対する偏見・差別意識を助長し、さらには固定化することにつながる」（控訴人ら第5準備書面・3ないし11ページ）などとも主張し、「現行の法律婚制度にない権利義務関係の創設や別の制度の創設を国会に義務づけることを主張するものではない」（控訴人ら第8準備書面・5ページ）として

いるものである。

そうすると、控訴人らが主張する、国会（議員）の執るべき立法措置の内容は、パートナーシップ制度等といった婚姻以外の制度を創設することではなく、飽くまで現行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をいうものである。

## 2 控訴人らが主張する執るべき立法措置の内容からすれば、本件諸規定の憲法適合性の判断においては、憲法が、現行の婚姻制度（異性婚）のみならず、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ているかが問題となること

### (1) 控訴人らの主張

控訴人らは、「本件の憲法適合性判断の対象は、①本件諸規定が法律上同性のカップルを現行の法律婚制度から排除し別異に取り扱っていること、②本件諸規定が法律上同性のカップルを家族になるための法制度が存在しない状態に置いていること、③本件諸規定が法律上同性のカップルに対して家族になるための法制度により法的な家族として保護される一切の利益を与えないこと」及び「④法律上同性のカップルと自然生殖可能性のない法律上異性のカップルとの間の別異取扱いについての憲法14条1項適合性」であると主張する（控訴人ら第8準備書面・51ページ）。

### (2) 被控訴人の主張

しかし、前記1のとおり、控訴人らの主張する、国会（議員）が執るべき立法措置の内容は、現行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なのであり、かつ、控訴人らが本件諸規定の憲法24条1項及び2項並びに14条1項の憲法適合性を主張していることからすれば、本件諸規定の憲法適合性の判断においては、憲法の上記各条項が、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ものである。

控訴人らの前記(1)の主張は、その趣旨が必ずしも明確でないが、取り分け、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はない（同様の理由により、原判決が「パートナーと家族になるための法制度」の立法不作為に関する憲法適合性を判断したことが不相当であることは、控訴答弁書第3の3(6)ウ(ウ)・32及び33ページで述べたとおりである。)

また、控訴人らは、前記(1)においても「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」を問題としているが、被控訴人原審第6準備書面第3の1(2)（19及び20ページ）及び控訴答弁書第2の2（10及び11ページ）で述べたとおり、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」が保障されているものではないから、これが保障されていることを前提に、本件諸規定が法律上同性のカップルを「排除」していることの憲法適合性を問題としようとする控訴人らの視点は誤りである。

したがって、本件における憲法適合性の判断対象に関する控訴人らの前記(1)の主張は誤りといわざるを得ない。

### 第3 ②作為義務の存在（その立法がされなければならないとする根拠）について

- 1 憲法24条1項及び2項から、現行の法律婚制度を法律上同性のカップルが利用できるように本件諸規定を改正すべき立法義務は導かれないこと

### (1) 控訴人らの主張

控訴人らは、「憲法24条1項は、法律上異性のカップルと同様に、法律上同性のカップルに対し、婚姻の自由を保障し、その表裏として、法律婚制度により法的な家族として保護される利益を保障」しているから、「同条項は、国に対し、法律婚制度を性的指向にかかわらずすべての人が利用できるよう構築するよう義務付けている。」と主張する（控訴人ら第8準備書面・24及び25ページ）。

また、控訴人らは、憲法24条2項は「個人の尊厳と両性の本質的平等」という憲法の基本的原理・価値を「家族に関する」法制全体に徹底させようとするものであるから、「単に、「婚姻及び家族」に関する事項に係る立法の指針を示すにとどまらず、「個人の尊厳と両性の本質的平等」に反する立法について、これを無効ならしめるとともに、立法府に対し速やかにその改廃のために必要な措置を講じることを義務付ける」規定であるところ（控訴人ら第8準備書面・25ページ）、現行の法律婚制度の享有主体性を法律上同性のカップルに認めないことは、法律上同性のカップルに「人格的生存を脅かす重大な不利益」を被らせるもので、「個人の尊厳の要請に反した状態」というべきであるから、「憲法24条2項は、国に対し、現行の法律婚制度を性的指向にかかわらずすべての人が利用できるよう構築するよう義務付けている。」と主張する（控訴人ら第8準備書面・27ないし29、33及び34ページ）。

その上で、控訴人らは、本件諸規定が、現行の法律婚制度から「法律上同性のカップルを排除」するもので、憲法24条1項及び2項に違反すると主張する（控訴人ら第8準備書面・47及び48ページ）。

### (2) 異性婚を前提とし、同性婚を前提とし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

ア 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

控訴答弁書第3の2(2)(13ないし16ページ)で述べたとおり、憲法24条1項は、「両性」及び「夫婦」という文言を用いており、一般的に、「両性」とは、両方の性、男性と女性を意味し、「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(新村出編・広辞苑第7版2526及び3095ページ)ことからすると、同項は、異性間の人的結合関係のみを婚姻の対象として予定しているものと解するのが相当である。このことは各種学説においても同旨の指摘がされているほか(乙第15号証ないし乙第17号証)、控訴人らが控訴人ら原審第3準備書面(11ないし13ページ)で引用した憲法24条1項の制定過程及び憲法審議における議論の状況(乙第18号証486及び494ページ)を踏まえれば、憲法24条1項にいう「両性」及び「夫婦」が男女を意味するものであることは一層明白である。

このように、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、控訴答弁書第3の2(2)ウ(15及び16ページ)で述べたとおり、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から、憲法24条1項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婚姻の対象とし、同性間の人的結合関係を婚姻の対象としないことを前提とする本件諸規定が憲法24条1項に違反するものではない。

イ 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

控訴答弁書第3の2(1)(12及び13ページ)及び(3)(16ないし19ページ)で述べたとおり、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(再婚禁止期間違憲判決)、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項の存在及び内容を前提とすることが明らかである(平成27年夫婦別姓訴訟最高裁判決も同旨の判示をしているところである。)

そして、前記アのとおり、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。

ウ 憲法24条1項及び2項は、国会(議員)に対し、同性間の婚姻を認める法制度を創設することを要請しておらず、国会(議員)が現行の法律婚制度を法律上同性のカップルが利用できるように本件諸規定を改正すべき立法義務を負うものではないこと

前記アのとおり、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、前記イのとおり、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、憲法24条1項及び2項は、国会（議員）に対し、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ているものではないから、異性婚を前提とし、同性婚を前提とし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く、憲法24条1項及び2項違反を根拠に、国会（議員）が現行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べき立法義務を負うとはいえない。

**(3) 憲法24条の解釈に関する控訴人らの主張に理由がなく、本件諸規定が「個人の尊厳」に反しているとはいえないこと**

ア 控訴人らは、憲法24条2項は「婚姻及び家族に関わる多岐にわたる事項の全般について「個人の尊厳と両性の本質的平等」への立脚を言うものであり、（中略）「個人の尊厳」は「両性の本質的平等」とは別個の要請であって、憲法24条2項に「両性」の文言があるからといって、同条項で規律される事項が法律上異性間の事項に限定されると解する理由は無い。」とし（控訴人ら第8準備書面・30ページ）、また、「社会の変動を踏まえ

れば、(中略) 法律上同性のカップルを法律婚制度により (中略) 保護することを受容し、要請している」と主張する (控訴人ら第8準備書面・33ページ)。

イ しかし、控訴答弁書第3の3(2)イ (22及び23ページ) で述べたとおり、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のは当然のことであり、文言からかけ離れた解釈は許されない。そして、前記(2)アで述べたとおり、「両性」とは、一般に、両方の性、男性と女性を意味する文言であり、「両性」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、憲法24条1項及び2項における「両性」の意味もこのように理解すべきことは、憲法24条の制定過程及び審議状況からも裏付けられている。

また、控訴答弁書第3の3(6)イ (29ないし31ページ) で述べたとおり、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 (乙第33号証) )。

加えて、控訴人らが主張する「社会の変動」を踏まえても、同性間の人的結合関係にはいまだ異性間の人的結合関係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上、現在においても、同性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や、婚姻と同様の法的効果を生じさせる契約等をす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」に反するとはいえない。

さらに、同性婚に関する学説も、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)で述べたとおり、「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（乙第15号証）、同性間の婚姻を認める法制度を創設することが憲法24条によって要請されており、同性間の婚姻を認める法制度を創設しないことが憲法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、本件諸規定が同性婚を前提とし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。

#### (4) 小括

以上によれば、憲法24条1項及び2項が、国会（議員）に対し、同性間の婚姻を認める法制度を創設することを要請しているものとは解し得ないから、異性婚を前提とし、同性婚を前提としていない本件諸規定が憲法24条1項及び2項に違反するものとはいえ、本件諸規定が憲法24条1項及び2項に違反することを根拠に、国会（議員）において、現行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べき立法義務を負うとする控訴人らの前記1の主張は理由がない。

## 2 憲法14条1項から、現行の法律婚制度を法律上同性のカップルが利用でき

るように本件諸規定を改正すべき立法義務は導かれないこと

#### (1) 控訴人らの主張

控訴人らは、「法律上同性のカップルは、法律上異性のカップルと異なり、婚姻することができず、その結果、①法的な身分関係（当事者間・親子）が形成されず、②その関係性が公証されず、③必要な法的効果（権利義務）を何ら享受することができない」ところ、いずれの点においても、「法律上異性のカップルと法律上同性のカップルを区別する合理的な根拠は認められないから（中略）法律上同性のカップルに対して現行の法律婚制度を開放（中略）することが、憲法14条1項によって要請される。」と主張する（控訴人ら第8準備書面・34及び35ページ）。

その上で、控訴人らは、上記のような差異は本件諸規定が法律上異性のカップルと法律上同性のカップルとを別異に取り扱っている結果であり、「本件諸規定は、同性愛者等を現行の法律婚制度から排除するという別異取扱いをしている点で憲法14条1項に反する」と主張する（控訴人ら第8準備書面・49ページ）。

#### (2) 被控訴人の主張

しかしながら、控訴答弁書第4の1(2)（35ないし37ページ）で述べたとおり、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、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から、このような事態（差異）が生じることをもって、本件諸規定が憲法14条1項に違反すると解することはできない。

また、本件諸規定の憲法14条1項適合性を判断するとしても、その判断に当たっては、憲法24条の解釈と整合的に判断する必要があるほか、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、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の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ところ、そのような事情が存しないことは、控訴答弁書第4の2ないし4（37ないし57ページ）で詳細に述べたとおりである。

したがって、異性間の人的結合関係を婚姻の対象とし、同性間の人的結合関係を婚姻の対象としないことを前提とする本件諸規定が憲法14条1項に違反するものではないから、同条項により、国会（議員）が、現行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べき立法義務を負うものではない。

### 3 憲法適合性の判断対象について

まず、被控訴人原審第6準備書面第3の1(2)（19及び20ページ）並びに控訴答弁書第2の2（10及び11ページ）で述べたとおり、控訴人らが、本件諸規定が法律上同性のカップルを「排除」しているとする前提として主張する「婚姻の自由」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ものである。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間の婚姻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。

また、第2の1でも述べたとおり、控訴人らは、パートナーシップ制度など婚姻以外の制度の創設について「憲法上の要請に反する」とし（控訴人ら第5準備書面・3ないし11ページ）、国会（議員）が執るべき立法措置の内容は、現行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ると主張し、「現行の法律婚制度にない権利義務関係の創設や別の制度の創設を国会に義務づけることを主張するものではない」としているのであるから（控訴人ら第8準備書面・5ないし7ページ）、控訴人らが憲法適合性の判断を求めている、「法律上同性のカップルを家族になるための法制度が存在しない状態に置いていること」や「法律上同性のカップルに対して（中略）法的な家族として保護される一切の利益を与えないこと」（控訴人ら第8準備書面・51ページ）という内容は、行われるべき立法措置の内容との関係が不明なものというほかない。仮に、現行の法律婚制度とは異なる、法律上同性のカップルが家族となるための法制度を設けないことの立法不作為を予備的に主張する趣旨だとしても、前記1(2)で述べたとおり、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。また、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、これを具体化するための制度の整備を立法府に要請するものである。

そうすると、憲法24条2項は、法律上同性のカップルが法的に家族（夫婦）になるための制度を創設することを想定していないことから、これを具体化するための制度の整備を立法府に要請しているともいえず、前記2(2)で述べたことと同様に、同性間の人的結合関係を対象とするものとして、法的に家族（夫

婦)となるための制度が創設されないという事態(差異)が生じることも、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。

したがって、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もできない。

さらに、「法律上同性のカップルと自然生殖可能性のない法律上異性のカップルとの間の別異取扱い」(控訴人ら第8準備書面・51ページ)に関する憲法14条1項適合性についても、控訴答弁書第4の4(1)イ(54及び55ページ)で述べたとおり、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から、自然生殖可能性がない法律上異性のカップルが法律婚制度を利用でき、法律上同性のカップルが法律婚制度を利用できない事態が生じることが憲法14条1項に違反するとは認められない。

#### 4 まとめ

以上から、本件諸規定が憲法24条1項及び2項並びに14条1項に違反するとはいえず、これらの憲法の規定から、現行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べき立法義務が存在するとは認められない。

### 第4 ③作為義務の明白性(国会(議員)においてその立法をすべきことが明らかであるとする根拠)について

#### 1 控訴人らの主張

控訴人らは、国会議員の立法不作為が例外的に国賠法上違法の評価を受ける場合について、「法律の規定が憲法上保障され又は保護されている権利利益を

合理的な理由なく制約するものとして憲法の規定に違反するものであることが明白であるにもかかわらず、国会が正当な理由なく長期にわたってその改廃等の立法措置を怠る場合など」である旨判示した最高裁判所令和4年5月25日大法廷判決（民集76巻4号711ページ）等を挙げた上で、「性的マイノリティの人権に関するこれまでの国内外の動き」を踏まえ、「立法府は、性的指向・性自認に基づく権利利益の制約や差別が許されないことを、遅くとも2008年、2019年又は2023年6月までには認識していたのであるから、遅くともそれらの時点において、法律上同性のカップルが法律婚制度から排除されていることの違憲性は立法府にとって明白になって」（控訴人ら第8準備書面・56ページ）おり、また、「同性間の婚姻を可能とする法改正を行うことは、不可能でもなければ、それを著しく困難にさせる事情もない。それにもかかわらず、立法府（中略）は、これまでかかる法改正について真摯に検討せず、この問題を放置し続けた。」（控訴人ら第8準備書面・62ページ）として、現行の法律婚制度を法律上同性のカップルが利用できるように本件諸規定を改正しない立法不作為は、国賠法1条1項の適用上違法の評価を受ける旨主張する（控訴人ら第8準備書面・54ないし62ページ）。

## 2 被控訴人の主張

- (1) 被控訴人原審第1準備書面第3の1(2)（18及び19ページ）、同第3準備書面第4（22及び23ページ）及び同第6準備書面第4（51及び52ページ）において述べたとおり、立法不作為が国賠法1条1項の適用上違法と評価される場合とは、法律の規定が憲法上保障され又は保護されている権利利益を合理的な理由なく制約するものとして憲法の規定に違反するものであることが明白であるにもかかわらず、国会が正当な理由なく長期にわたってその改廃等の立法措置を怠る場合などの例外的な場合に限られる（再婚禁止期間違憲判決参照）。

しかし、前記第3で述べたとおり、そもそも本件諸規定は憲法24条1項及び2項並びに14条1項に違反しておらず、これらの憲法の規定に違反するものであることが明白であるとは到底いえないのであるから、国会が正当な理由なく長期にわたって立法措置を怠ったといえるかなどについて検討するまでもなく、控訴人らの主張は理由がないものである。

(2) この点をおくとしても、以下に述べるとおり、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されているところであり、こうした事情を踏まえれば、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が明白とはいえないことはより一層明らかであるし、また、国会が正当な理由なく長期にわたってなすべき立法措置を怠ったといえないことも明らかである。

#### ア 同性カップルの法的処遇に関する研究会による同性カップルの法的処遇に関する論点整理

大村敦志学習院大学教授、窪田充見神戸大学教授、小粥太郎東京大学教授等から成る同性カップルの法的処遇に関する研究会がジュリスト1578号（令和4年12月1日発行）において、「同性カップルの法的処遇に関する論点整理」（以下「論点整理」という。）を発表した（乙第36号証及び乙第37号証）。

この論点整理は、「同性カップルの法的処遇に関して、解釈論及び立法論においていかなる検討課題があるかを検討し、論点の整理を行」（乙第36号証・106ページ）ったものである。具体的には、「婚姻の効果のうち、個別具体的な必要性の観点から、求められうる効果として何が考えられるか、それは既存の手段によってもたらすことのできる効果といかな

る関係に立つか」(乙第36号証・107ページ)、また、「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」(乙第36号証・109ページ)といった観点で検討がされ、その一例として、「実親子関係の成立」については「同性カップルの婚姻を認める場合にいかなる親子関係が発生しうるか、ということ自体が、現行の婚姻制度を所与のものとした場合には検討課題となる。具体的には、女性が婚姻をしていると嫡出推定制度(民法772条1項)が適用されるように見えるため(男性カップルの場合、この点は問題にならない)、女性カップルABの一方Aが第三者Cによって提供された精子を用いて婚姻中に懐胎した子Dの親は誰かということが問題となる。」(乙第36号証・109ページ)ことや、「養親子関係の成立」については「同性カップルに(中略)婚姻の効果と認めると、同性のカップルが養親となる余地が生じることになるので、そのことの評価が問題となる。」(乙第36号証・110ページ)こと、「親権者」については「同性カップルの婚姻を可能とし、同性カップルが「父母」ないしそれに代わる概念に該当するとするのであれば、養親としてであれ実親としてであれ、同性カップルによる親権の共同行使が可能になると解されるので、そのことの評価が問題となる。」(乙第36号証・110ページ)ことなどが指摘された。

それらの検討を踏まえた上で、論点整理は、「総合的な検討」として、「それぞれの問題について複数の選択肢があることを示すとともに、その組合せも複数通り考えられた。」「同性カップルについては現行婚姻制度から離れることも考えられた。それらを総合すると、同性カップルの法的処遇については、複数の(無数の)選択肢や組合せが考えられると言える。」(乙第36号証・110ページ)とし、法律上同性のカップルの法的処遇として、同性婚制度の創設以外にも複数の制度設計の選択肢ないし組合せが考

えられるとされたほか、「婚姻型の法的処遇が導かれるとしても、それは現行婚姻制度における婚姻と全く同じと言うことはできないであろう」(乙第36号証・111ページ) などとする意見が示された。

イ 論点整理においても、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指摘されていることからすれば、本件諸規定が違憲であること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たとはいえないこと

前記第2のとおり、控訴人らが主張する、国会（議員）において執るべき立法措置の内容は、現行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るところ、控訴人らは、その改正の手法として、本件諸規定のうち、「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」（控訴人ら第7準備書面・4ページ）すれば足りると主張する。

しかし、前記アのとおり、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が令和4年12月1日に発行された公刊物において発表した論点整理においても、法律上同性のカップルの法的処遇について、「同性カップルについては現行婚姻制度から離れることも考えられた。」、「婚姻型の法的処遇が導かれるとしても、それは現行婚姻制度における婚姻と全く同じと言うことはできないであろう」と指摘されているところである。そうだとすれば、仮に法律上同性のカップルの法的処遇について、婚姻型の法的処遇を認める立法上の措置を執るべきとの評価があり得るとしても、論点整理が指摘するとおり、「実親子関係」、「養親子関係」及び「親権者」といった「現行の婚姻制度を所与のものとした場合」の「検討課題」

が山積していたのであって、控訴人らが主張するように、本件諸規定につき、単に「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」すれば足りるなどとは到底いえない。

そうすると、論点整理が令和4年12月1日発行の公刊物において発表されたとの一事をもってしても、控訴人らが主張する、「遅くとも2008年、2019年又は2023年6月までには」、国会において本件諸規定が憲法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その改廃等の立法措置を怠ったといえないことは明らかである。

したがって、いずれにしても控訴人らの前記1の主張は理由がない。

(3) なお、控訴人らは、本件諸規定が、法律上同性のカップルに家族となるための法制度すら構築していないこと等について、かかる立法不作為は、国賠法1条1項の適用上違法の評価を受ける旨も主張する（控訴人ら第8準備書面・62及び63ページ）。

しかし、前記第3の3で述べたとおり、「法律上同性のカップルを家族になるための法制度が存在しない状態に置いていること」や「法律上同性のカップルに対して（中略）法的な家族として保護される一切の利益を与えないこと」（控訴人ら第8準備書面・51ページ）という内容は、行われるべき立法措置の内容との関係が不明なものというほかなく、執るべき立法措置の内容が一義的に明白なものではない。

この点を措くとしても、憲法24条2項は、法律上同性のカップルが法的に家族（夫婦）になるための制度を創設することを想定していないことから、これを具体化するための制度の整備を立法府に要請しているともいえず、同性間の人的結合関係を対象とするものとして、法的に家族（夫婦）となるた

めの制度が創設されないという事態（差異）が生じることも、憲法自体が予定し、かつ許容するものである。したがって、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が明白であるとはいえないことは明らかである。

また、前記(2)アのとおり、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が令和4年12月1日に発行された公刊物において発表した論点整理においても、法律上同性のカップルの法的処遇に係る制度設計については、同性婚制度の創設以外にも複数の（無数の）選択肢ないし組合せが考えられるとされ、その時点においてもなお、執るべき立法措置の内容は一義的に明白ではなかった上に、「実親子関係」、「養親子関係」及び「親権者」といった「現行の婚姻制度を所与のものとした場合」の「検討課題」が山積していたのであるから、仮に法律上同性のカップルの法的処遇について、何らかの立法上の措置を執るべきとの評価があり得るとしても、国会が正当な理由なく長期にわたってその改廃等の立法措置を怠ったといえないことも明らかである。

## 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（議員）が、現行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べき立法義務を負うとはいえず、また、本件諸規定が上記各条項に違反すること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たともいえないから、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