

副 本

令和6年(ネ)第1861号 「結婚の自由をすべての人に」訴訟控訴事件

控 訴 人 山縣貞矢 ほか7名

被控訴人 国

控訴答弁書

令和6年9月26日

東京高等裁判所第24民事部イ係 御中

被控訴人指定代理人

〒102-8225 東京都千代田区九段南一丁目1番15号

九段第2合同庁舎

東京法務局訟務部。(送達場所は別紙のとおり)

部 付 安 實 涼 子

部 付 橋 本 政 和

部 付 富 岡 潤

部 付 市 原 麻 衣

部 付 大 和 玲 衣 羅

訟 務 官 三 森 久 舟

法 務 事 務 官 内 村 誠
〒100-8977 東京都千代田区霞が関一丁目1番1号
法務省民事局
民 事 局 付 松 波 卓 也
民 事 局 付 今 村 謙 介
民 事 局 付 廣 瀬 智 彦
民 事 局 付 沼 田 真 一
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 山 盛 裕 之

第1	控訴の趣旨に対する答弁	6
第2	はじめに	6
1	事案の概要	6
2	本書面の構成	8
第3	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などについて	9
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(ないしその子)が利用することができるようにする本件諸規定の改正であること	9
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	12
(1)	控訴人らの主張	12
(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、本件諸規定が、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	13
3	小括	14
第4	憲法24条1項及び2項並びに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(ないしその子)が利用することが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について	15
1	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項に違反せず、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(ないしその子)が利用することが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	15
(1) 控訴人らの主張	15
(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	16
(3) 控訴理由書における控訴人らの主張に対する反論	23
(4) 原判決の本件諸規定の憲法24条2項適合性に関する判示は誤りであること	29
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は憲法14条1項に違反せず、憲法14条から、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)が利用することが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	31
(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	32
(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	34
(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、合理的な根拠があること	44
(4) 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	51
3 まとめ	53
第5 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が利用す	

ることができるように本件諸規定を改正すべき義務があることが明らかである とはいえないことについて	53
1 控訴人らの主張	53
2 被控訴人の主張	53
第6 結語	59

第1 控訴の趣旨に対する答弁

- 1 控訴人らの本件各控訴をいずれも棄却する
- 2 控訴費用は控訴人らの負担とする

との判決を求める。

なお、本件につき仮執行の宣言を付することは相当でないが、仮にこれを付する場合は、

- (1) 担保を条件とする仮執行免脱宣言
 - (2) その執行開始時期を判決が被控訴人に送達された後14日経過した時とすること
- を求める。

第2 はじめに

1 事案の概要

- (1) 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及び戸籍法の諸規定（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（議員）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100万円及びこれに対する訴状送達の日から支払済みまで年5分の割合による遅延損害金の支払）を求める事案である。

なお、「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、同項は、その文言や制定過程等に照らすと、飽くまでも、法律上異性のカップルの婚姻のみを想定して制定されたものであり、当初より、法律上同性のカップルの婚姻の自由を保障するよう要請していたとはいえないとした上で、少なくとも現在においては、同項が法律上同性のカップルの婚姻の自由をも保障している旨の控訴人らの主張に対し、法律上同性のカップルに対し、法律上異性のカップルの婚姻と全く同一の婚姻に係る法制度を認めることに対する社会的承認があるとまでは認め難いとして、現在までの社会状況の変化等を踏まえても、現時点において、憲法24条1項が法律上同性のカップルの婚姻の自由を保障していると解することはできないとし、本件諸規定が同項に違反するということはできない旨判示し（原判決30ないし33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項が、法律上同性のカップルに婚姻を保障するよう要請するとまでは認められないことからすれば、同条2項は、異性間の婚姻に係る法制度の立法を要請していると解されること、さらに、法律婚制度の対象として社会的承認を受けた人的結合関係が想定され、伝統的に婚姻は男女の生活共同体として子の監護養育や分業的共同生活等の維持によって家族の中核を形成するものと捉えられてきたところ、そうした伝統的な婚姻の捉え方がなお相当程度あり、法律上同性のカップルに対し、法律上異性のカップルと全く同一の婚姻に係る法制度を認めるべきかどうかは、依然として慎重な検討を要する状況であることを踏まえると、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本件諸規定が、性自認及び性的指向に基づく区別取扱いに当たるとしても、国会に与えられた合理的な立法裁量の範囲を超えるものとして、憲法14条1項に違反する

とはいえない旨判示し(同33ないし36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によって定められるべきである一方、本件諸規定が、法律上同性のカップルの婚姻を認めず、また、法律上同性のカップルが婚姻による法的利益と同様の法的利益を享受したり、社会的に公証を受ける利益を享受したりするための制度も何ら設けられていないのは、個人の尊厳と両性の本質的平等の要請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などと指摘しつつ、法律上同性のカップルが婚姻による法的利益と同様の法的利益を享受したり、社会的に公証を受ける利益を享受したりするための制度の構築については複数の選択肢があるから、かかる制度が立法されていない状況が、現段階において、直ちに、憲法24条2項に違反するとまでいうことはできない旨判示した上で(同36ないし42ページ)、④本件諸規定を改廃していないことについて、国賠法1条1項の適用上違法があるということとはできないとして、控訴人らの請求をいずれも棄却した(同43ページ)。

2 本書面の構成

被控訴人の主張は、原審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、控訴人らの令和6(2024)年5月29日付け控訴理由書【第1分冊】(以下「控訴理由書(1)」という。)、同月31日付け控訴理由書【第2分冊】(以下「控訴理由書(2)」という。)、同月28日付け控訴

理由書【第3分冊】(以下「控訴理由書(3)」という。)及び同日付け控訴理由書【第4分冊】(以下「控訴理由書(4)」という。)において、原判決の上記判断には誤りがある旨をるる主張するが、その内容は、おおむね原審における主張の繰り返しにすぎず、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、まず、本件が立法不作为についての国賠法1条1項に基づく損害賠償請求をするものであることに鑑み、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)が利用することができるように本件諸規定を改正することであることを明確にするとともに、憲法適合性の判断に関する控訴人らの視点の誤りを指摘し(後記第3)、これらを前提に、本件諸規定は憲法24条1項及び2項並びに14条1項に違反せず、憲法上、本件諸規定を上記のとおり改正すべき立法義務は導かれないこと(後記第4)、また、そのような立法義務があることが明らかであるともいえないこと(後記第5)から、当該立法不作为は国賠法1条1項の適用上違法と評価されないことを主張する。

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3 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などについて

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(ないしその子)が利用することができるようにする本件諸規定の改正であること

(1) 控訴人らは、控訴理由書(1)において、「憲法24条1項、同2項及び憲法

14条1項は、①法律上同性のカップルに対し(中略)、婚姻制度の利用を保障し、かつ、②そのような婚姻制度として本件諸規定に基づく現行の法律婚制度の利用を保障している」として、「本件諸規定は、法律上同性のカップルに対し、現行の法律婚制度の利用を認めていない点において、上記各憲法の条項に違反する」(控訴理由書(1)・6ページ、控訴人らのいう「主たる主張」)、「現行の法律婚制度を含む婚姻制度の利用を認めない本件諸規定、または婚姻制度の利用を保障する立法の不存在は上記各憲法の条項に違反する」(控訴理由書(1)・7ページ、控訴人らのいう「従たる主張1」)と主張した上で、「婚姻の当事者が法律上異性の者同士であることを前提とした用語について法律上同性の者同士も含む用語に修正するといった技術的な手当てをしさえすれば、現行の法律婚制度の内容はそのまま法律上同性のカップルに対しても適用が可能である。あえて別制度とする理由もない。」(控訴理由書(1)・50及び51ページ)と主張する。

また、控訴人らは、法律上同性のカップルに対し、「現行の法律婚制度の利用もその他の代替制度の利用も全く認められていない現状」、「現行の法律婚制度を含む家族制度の利用を認めない本件諸規定、または家族制度の利用を保障する立法の不存在」は憲法24条1項及び2項並びに14条1項に違反する(控訴理由書(1)・7ページ、控訴理由書(3)・30ページ。控訴人らのいう「従たる主張2」)などと主張する。

他方で、控訴人らは、「諸外国で構築されたようなPACSや法定同棲などの婚姻に類似した法制度は憲法24条2項の要請を満たさず」(控訴理由書(2)・6ページ)、「法律上同性のカップルにのみその(引用者注:現行の法律婚制度のこと)利用を認めないことは、「個人の尊重」や「法の下の平等」だけでなく、法律上同性のカップル(とその子)に対し、二級市民であり、劣った存在であるというレッテルを貼ることにより「個人の尊厳」を侵

害するものである」(控訴理由書(2)・41ページ)とも主張している。

しかしながら、以下に述べるとおり、従たる主張1及び従たる主張2は、結局のところ、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の憲法適合性判断を求めるものとして主たる主張に収れんされるものにすぎない。

- (2) そもそも、立法不作为が違憲と判断されるのは、憲法上立法義務が存在する場合(憲法が明文で立法を要請している場合又は解釈上立法を要請していると解することができる場合)に限定されることから、立法不作为が違憲審査の対象となるためには、まず立法義務の存在を確認する必要があるとされ(高橋和之・体系憲法訴訟135ページ)、法制度を創設しないという立法不作为が憲法適合性判断の対象となるためには、その前提として、憲法上どのような立法義務が存在するのかを控訴人らにおいて主張する必要がある。しかし、控訴人らの従たる主張1は、「現行の法律婚制度を含む婚姻制度」が現行の婚姻制度と何が違うのか明らかではなく、行われるべき立法措置の内容との関係も不明である。

また、控訴人らの従たる主張2も、「(現行の法律婚制度)その他の代替制度」や「現行の法律婚制度を含む家族制度」の趣旨が明確ではなく、行われるべき立法措置の内容との関係は不明である。

加えて、前記(1)のとおり、控訴人らが、現行の法律婚制度以外の制度については、法律上同性のカップル(とその子)に対し、二級市民であり、劣った存在であるというレッテルを貼ることにより「個人の尊厳」を侵害するものである旨主張していることからすれば、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と解するほかない。

- (3) 本件事案の本質的な問題は、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しない立法不作為の憲法適合性であり、控訴人らの主たる主張も、かかる憲法適合性の判断を求めるものと解される。

他方で、控訴人らが従たる主張1及び従たる主張2において主張する制度が、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（婚姻の当事者が法律上異性の者同士であることを前提とした用語について法律上同性の者同士も含む用語に修正するといった技術的な手当てをし、現行の法律婚制度の内容をそのまま法律上同性のカップルに対しても適用すること）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（同様の理由から、後記第4の1(4)のとおり、原判決が、同性婚という制度の立法不作為ではなく、同性婚以外の制度を含め、およそ「法律上、同性カップル等（引用者注：法律上同性のカップルと同義である。引用部分以外は以下「法律上同性のカップル」という。）が婚姻による法的利益と同様の法的利益を享受したり、社会的に公証を受ける利益を享受したりするための制度」（原判決41ページ）の立法不作為に関する憲法適合性を判断したことは、不当である。）。

- 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、「憲法24条1項は、法律上同性のカップルに対しても、直接または類推適用され、「婚姻の自由」を保障している」（控訴理由書(1)・

50 ページ) との主張を前提に、「本件において問題となっているのは、婚姻の自由、すなわち、「個人の尊厳」という憲法自身がその拠り所とする最も重要な価値と結びついたかけがえのない権利・利益の保障を拒否し、あるいは「剥奪」(括弧内省略)することが憲法上許容されるかどうか」(控訴理由書(Ⅰ)・13 及び14 ページ)である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、本件諸規定が、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2準備書面第4の2(3)

(15 及び16 ページ) 及び同第7準備書面第1の2(2)(9 ページ)において述べたとおりである(後記第4の1(2)参照)。そして、被控訴人原審第2準備書面第4の2(4)イ(7)(16 ないし18 ページ) 及び同第7準備書面第1の2(3)(10 及び11 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、現行の婚姻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。

3 小括

以上のとおり、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、現行の婚姻制度から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ところ、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）が利用することが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。

第4 憲法24条1項及び2項並びに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（ないしその子）が利用することが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について

- 1 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項に違反せず、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（ないしその子）が利用することが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項及び2項は、「個人の尊厳」の見地から、一人と一人が「婚姻の本質」を満たす人的結合関係に対し、婚姻制度の利用と婚姻をするかどうかについての自由な意思決定が保障されることを定めたものであり、その保障の対象を法律上の男女に限ることを意図していない」とし（控訴理由書(1)・9ページ)、「憲法24条1項は、法律上同性のカップルに対しても、直接または類推適用され、「婚姻の自由」を保障している」とする（控訴理由書(1)・50ページ）。

そして、「憲法24条1項の直接適用または類推適用により、婚姻の自由の保障が法律上同性のカップル間に及ぶことから当然に、同条2項は法律上同性のカップルが利用可能な婚姻制度を構築することを要請していると解され」、「仮に憲法24条1項が法律上同性のカップルに直接適用されない場合でも、憲法24条2項適合性の審査は1項の審査とは独立して行われる必要があり、同条から法律上同性のカップルが利用可能な婚姻制度の構築が要請される」と主張する（控訴理由書(2)・6ページ）。

その上で、控訴人らは、本件諸規定が、憲法24条1項及び2項に違反すると主張する(控訴人理由書(1)・6及び7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条の趣旨等

被控訴人原審第2準備書面第4の2(1)(13及び14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だといえる。

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7

72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日大法廷判決・民集69巻8号2427ページ(再婚禁止期間違憲判決)参照)。

イ 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、前記アのとおり、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「両性」や「夫婦」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2準備書面第4の2(2)(14及び15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

抛として挙げられる)。」(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。

- (f) また、被控訴人原審第2準備書面第4の2(2)(14及び15ページ)で述べたとおり、控訴人らが控訴人ら原審第3準備書面の別紙(26ないし29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、私個人の考えではありませんが、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二巻」486ページ・乙第22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。

このような制定過程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。

- (g) 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」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2準備書面第5の1(3)イ(26ないし28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の異性婚を前提とし、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。

ウ 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

(7) 前記アのとおり、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。

(4) 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」の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(長谷部恭男編「注釈日本国憲法(2)」497及び498ページ・乙第15号証、乙第19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31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。

(I) 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、前記イのとおり、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。

エ 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

前記アのとおり、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、前記イのとおり、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、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、前記ウのとおり、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の異性婚を前提とし、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項に違反するものとはいえず、憲法24条1項及び2項を根拠に、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）が利用することが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。

(3) 控訴理由書における控訴人らの主張に対する反論

ア 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

(7) 控訴人らは、「原判決は、憲法24条1項が「両性」、「夫婦」との文言を用い、法律上同性のカップルの婚姻については検討対象とされていなかったことをもって、同項は法律上同性のカップルの婚姻の自由を保障するものではないとしている(括弧内省略)。しかし、このような解釈は、憲法24条1項が制定された趣旨を考慮せず、同項の文言を表層的にとらえるものであって不当である」とし、「婚姻の自由を保障したそもそもの趣旨にさかのぼり、個人の尊厳を踏まえて憲法24条1項を解釈するならば、「両性」、「夫婦」との文言は「両当事者」に読み替えられ、同項は、法律上男女の関係にある者のみならず、性別を問わず、人と人との間の自由な結びつきとしての婚姻を保障する規定とみるほかない」として、法律上同性のカップルにも憲法上、婚姻の自由が保障されると主張する(控訴理由書(1)・19、47ページ)。

(1) 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)イにおいて述べたとおり、「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。

イ 憲法24条1項により、法律婚制度の利用を法律上同性のカップルに対しても保障することが要請されるから、立法府の裁量は問題とならず、仮に立法裁量が問題となるとしても、技術的な手当てをすれば現行の法律婚制度は法律上同性のカップルに対して適用できるから、本件諸規定は憲法

24条1項に違反するとの控訴人らの主張に理由がないこと

(7) 控訴人らは、「憲法24条1項は、法律上同性のカップルに対しても、直接または類推適用され、「婚姻の自由」を保障して」おり、現行の法律婚制度の「利用を法律上同性のカップルに対しても保障することが要請される。この点に関し、立法府の裁量は問題とならない」と主張し、「仮に、立法府の裁量が問題になるのだとしても、(中略)婚姻の当事者が法律上異性の者同士であることを前提とした用語について法律上同性の者同士も含む用語に修正するといった技術的な手当てをしさえすれば、現行の法律婚制度の内容はそのまま法律上同性のカップルに対しても適用が可能である」とし、「本件諸規定は、法律上同性のカップルに対し、現行の法律婚制度の利用を認めていない点で、憲法24条1項に違反する」と主張する(控訴理由書(1)・50及び51ページ)。

(1) しかしながら、前記(2)ウ及びエのとおり、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、前記(2)イ(ウ)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2準備書面第5の2(2)ウないしカ(32ないし40ページ)において既に述べたとおりである。

また、後記第5の2(2)イのとおり、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、「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」が山積している(乙第35号証参照)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同士であることを前提とした用語について法律上同性の者同士も含む用語に修正するといった技術的な手当てをしさえすれば」足りるなどとは到底いえない。

したがって、控訴人らの主張には理由がない。

ウ 法律上同性のカップルに対して婚姻制度の利用を認めないことは「個人の尊厳」という憲法の基本原理に違反するため、憲法24条2項により、法律上同性のカップルが利用することができる婚姻制度を構築することが要請されるという控訴人らの主張に理由がないこと

(7) 控訴人らは、「法律上同性のカップルに対し、仮に、その文言上、憲法24条1項が直接適用されない場合でも、同条2項が直接または類推適用され、法律上同性のカップルに対し婚姻制度の利用を認めないことが「個人の尊厳」という憲法の基本原理に違反しないかどうかという、同条2項独自の審査が要請される」とし、「憲法24条2項は、同条1項とともに、「婚姻の本質」を満たす関係に対し婚姻の制度の利用を保

障するために定められた規定であり、「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」を満たしうる関係を築くことができ」、「法的に家族としての身分関係を形成し、その身分関係を公証され、その身分関係にふさわしい法的効果を付与されることは、法律上同性のカップルにとっても重要な人格的利益であるから、「法律上同性のカップルに対し婚姻制度の利用を認めないことに、「個人の尊厳」(中略)の観点からの合理性は認められ」ず、「法律上同性のカップルが利用することができる婚姻制度を構築することが(中略)憲法24条2項により要請される以上、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」と主張する(控訴理由書(2)・17ないし29ページ)。

- (1) しかしながら、前記(2)ウ及びエのとおりのとおり、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、前記(2)イ(ウ)のとおり、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(佐藤功「憲法(上)」[新版] 414ページ・乙第31号証)。

また、被控訴人原審第2準備書面第5の2(3)イ(7)(42及び43ページ)及び同第7準備書面第2の3(3)(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ことが、抽象的・定型的に認められることによるのに対し、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かを問わず、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2準備書面第4の2(5)イ(7)(20及び21ページ)及び同第7準備書面第2の3(3)(16及び17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条の下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32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条の下で許容されとする見解についても、被控訴人原審第7準備書面第2の3(3)(16及び17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同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前提とし、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) 原判決の本件諸規定の憲法24条2項適合性に関する判示は誤りであること

ア 原判決は、本件諸規定が憲法24条1項に違反するということとはできない旨判示しながら(原判決33ページ)、「法律上、同性カップル等が婚姻による法的利益と同様の法的利益を享受したり、社会的に公証を受ける利益を享受したりするための制度も何ら設けられていない」状況は、「個人の尊厳と両性の本質的平等の要請に照らして合理的な理由があるとは認め

られず、憲法24条2項に違反する状態にある」旨判示する(原判決41ページ)。

イ しかしながら、原審において原告ら(控訴人ら)が請求していたのは、
「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)の立法不作为」を理由とする国家賠償であって(訴状7ページ等)、
原判決のいう「法律上、同性カップル等が婚姻による法的利益と同様の法的利益を享受したり、社会的に公証を受ける利益を享受したりするための制度も何ら設けられていない」という立法不作为は、本来、原告ら(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、原告ら(控訴人ら)の請求していない法制度の立法不作为に関する憲法適合性を判断したことは、原告ら(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。)

ウ また、前記第3の1(2)で述べたとおり、立法不作为が違憲と判断されるのは、憲法上立法義務が存在する場合(憲法が明文で立法を要請している場合又は解釈上立法を要請していると解することができる場合)に限定されることから、立法不作为が違憲審査の対象となるためには、まず立法義務の存在を確認する必要がある、その前提として、憲法上どのような立法義務が存在するのかを原告ら(控訴人ら)において主張する必要があると解されるところ、原判決は、原告ら(控訴人ら)が、その主張と行われるべき立法措置の内容との関係を何ら明らかにしていないにもかかわらず、「法律上、同性カップル等が婚姻による法的利益と同様の法的利益を享受したり、社会的に公証を受ける利益を享受したりするための制度も何ら設けられていない」状況が憲法24条2項に違反する状態にあると判断

しており、不当である。

エ さらに、これらの点をおいても、被控訴人原審第2準備書面第4の2(3)、第5の1(3)イ(15及び16、26ないし28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、「法律上、同性カップル等が婚姻による法的利益と同様の法的利益を享受したり、社会的に公証を受ける利益を享受したりするための制度」といった、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項に違反することもないと解される。

オ 以上によれば、原判決が、「法律上、同性カップル等が婚姻による法的利益と同様の法的利益を享受したり、社会的に公証を受ける利益を享受したりするための制度も何ら設けられていない」状況について憲法24条2項に違反する状態にある(原判決41ページ)と判示したことは、原告ら(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、原告ら(控訴人ら)の請求していない法制度の立法不作为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、憲法24条2項の解釈を誤っているといわざるを得ない。

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は憲法14条1項に違反せず、憲法14条から、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) が利用することが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) 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

ア 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日大法廷判決・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、本件規定の在り方自体から生じた結果であるということとはできない。」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日大法廷判決・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日大法廷決定・民集49巻7号1789ページ及び最高裁平成25年9月4日大法廷決定・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。

イ 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1(2)イ及びウ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2準備書面第5の1(3)イ(26ないし28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項に違反するものでも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

ア 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)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2準備書面第5の2(2)ア(29及び30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(後記イ)、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(後記ウないしカ)。

イ 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

(7) 前記1(2)ア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）における深山卓也裁判官、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項に違反するか否か、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、「実質的平等の観点は、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・前掲解説民事篇平成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、「憲法24条1項が、その文言上、法律上同性のカップルに適用されないという結論がいったん導かれたとしても」、このこととは別に、「法の下での平等」という憲法の基本原理を定める(中略)憲法14条1項の観点から許容されるかどうか、検討されなければならない」と主張するが(控訴理由書(1)・54ページ)、前記のとおり、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べきところであって、控訴人らの主張には理由がない。

ウ 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り、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、最高裁令和3年決定においても、「夫婦の氏についてどのような制度を採るのが立法政策として相当かという問題と、夫婦同氏制を定める現行法の規定が憲法24条に違反して無効であるか否かという憲法適合性の審査の問題とは、次元を異にするものである。(中略)この種の制度の在り方は、平成27年大法廷判決(引用者注:平成27年夫婦別姓訴訟最高裁判決)の指摘するとおり、国会で論ぜられ、判断されるべき事柄にほかならないというべきである。」と判示されているところである。

しかも、前記1(2)イ(ウ)及び被控訴人原審第2準備書面第5の2(2)ウ(32ないし34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り、厳格な審査をすべきものではないというべきである。

エ 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、「(本件諸規定の下において、) 同性カップル等の婚姻は認められていない。そうすると、本件諸規定は、同性カップル等と異性カップルとの間で、性自認及び性的指向に基づく区別取扱い(本件区別取扱い)をしている」と判示する(原判決34ページ)。

しかしながら、前記(1)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、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と解されることは、前記(1)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、本件諸規定による区別取扱いのように、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。

オ 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

(ア) 前記1(2)ア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)。

- (イ) このような観点から本件についてみると、前記1(2)イ(ウ)、被控訴人原審第2準備書面第4の2(3)(15及び16ページ)及び同第7準備書面第1の2(2)(9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7準備書面第3の4(2)イ(35及び36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。

カ 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(前記ア)、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り(前記イ)、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(前記ウ)、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し(前記エ)、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、具体的な法律制度によって認められたものでもない(前記オ)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。

- (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、合理的な根拠があること

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準備書面第3(7ないし12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。

- (ア) 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。

- (イ) 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(イ)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「民法要義巻之四終(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)。

(ウ) 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。

(エ) 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(我妻栄=立石芳枝「法律學体系コンメンタール篇親族法・相續法」・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みても、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、我妻栄「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日大法院決定）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しており、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も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うことが出来る。

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

(ア) 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7準備書面第3の3(2)ウ、同4(1)イ(31ないし34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25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、社會的制裁 (sanction) によつて保障されているところの社會的制度たる意味をもつもの、である。婚姻は、子の出生の社會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34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(ウ)及び(エ)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會的な承認があることが、抽象的・定型的に認められることに鑑みると、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。

エ 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

被控訴人原審第7準備書面第3の3(2)ウ(31及び32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、一人の男性と一人の女性の人的結合関係である夫婦については、その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あることが、抽象的・定型的に認められ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7準備書面第3の4(1)イ(33及び34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特に法的保護を与える」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。

一人の男性と一人の女性の人的結合関係である夫婦については、その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あることが、抽象的・定型的に認められるという事実は、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。

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あることが、抽象的・定型的に認められ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。

(4) 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

本件諸規定が異性婚を前提とし、同性婚を前提と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合理性を有することは、被控訴人原審第2準備書面第5の2(4)イ(47及び48ページ)、同第3準備書面第2の3(4)ア(i)b(35及び36ページ)及び同第7準備書面第3の4(2)イ(35及び36ページ)において述べたとおりである。

すなわち、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ことが、抽象的・定型的に認められるのに対し、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にあり、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。

3 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）が利用することができるように本件諸規定を改正すべき立法義務が導かれるとは認められない。

第5 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が利用することができるように本件諸規定を改正すべき義務があることが明らかであるとはいえないことについて

1 控訴人らの主張

控訴人らは、「国会は、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、または、2023年6月の各時点までには認識した」のであるから、「これらの時点においては、本件憲法違反（引用者注：主たる主張、従たる主張1及び従たる主張2のこと）が存在することは立法府にとって明白となっており、また、「国会は本件憲法違反を是正するために必要な措置を長期間の合理的な理由なく放置していた」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することが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（控訴理由書(4)・5及び18ページ）。

2 被控訴人の主張

- (1) 被控訴人原審第2準備書面第2（6及び7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4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35号証及び乙第36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35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35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35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35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)婚姻の効果を認めると、同性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35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35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35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35号証・111ページ)などとする意見が示された(注:下線は引用者)。

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3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)が利用することが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同士であることを前提とした用語について法律上同性の者同士も含む用語に修正する」といった技術的な手当てをしさえすれば、現行の法律婚制度の内容はそのまま法律上同性のカップルに対しても適用が可能である」(控訴理由書(Ⅰ)・50及び51ページ)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」が山積しているのであって、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同士であることを前提とした用語について法律上同性の者同士も含む用語に修正する」といった技術的な手当てをしさえすれば、現行の法律婚制度の内容はそのまま法律上同性のカップルに対しても適用が可能である」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、または、2023年6月の各時点までには」、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) ア なお、控訴人らは、原判決が、法律上同性カップルが婚姻による法的利益と同様の法的利益を享受したり、社会的に公証を受ける利益を享受したりするための制度が設けられていない状況が憲法24条2項に違反する状態であるとしながら、そのような立法不作為について、国賠法1条1項の適用上の違法性の検討をしなかったことは許されないと主張する(控訴理由書(4)・19及び20ページ)。

イ しかし、前記第3の1(1)及び(2)で述べたとおり、そもそも、控訴人らの主張は、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）が利用することができるように本件諸規定を改正することを執るべき立法措置の内容とするものであるから、法律上同性のカップルについて婚姻による法的利益と同様の法的利益を享受したり、社会的に公証を受ける利益を享受したりす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、行われるべき立法措置の内容との関係が不明であるばかりか、これら法制度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国賠法1条1項の適用上の違法性を判断する必要はない。

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婚姻による法的利益と同様の法的利益を享受したり、社会的に公証を受ける利益を享受したりす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、憲法24条2項は、上記のような法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、上記のような法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なである。

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」が山積しているのであるから、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6 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）が利用することが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、本件諸規定を改正しないことについて、国賠法上1条1項の適用上違法と評価されることはないのであって、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