

【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」東京第二次訴訟(東京高裁)控訴審第1回期日(20240926)提出の書面です。

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: 山縣真矢 外7名

被控訴人: 国

## 控 訴 理 由 書

### 【第3分冊】

令和6(2024)年5月28日

東京高等裁判所第24民事部イ係 御中

控訴人ら代理人 弁護士 上 杉 崇 子

同 寺 原 真 希 子

ほか

【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」東京第二次訴訟(東京高裁)控訴審第1回期日(20240926)提出の書面です。

## 【目次】

|                                                                 |    |
|-----------------------------------------------------------------|----|
| 第4 本件諸規定に基づく別異取扱いは憲法14条1項に違反すること(憲法違反に関する主たる主張)                 | 4  |
| 1 はじめに                                                          | 4  |
| (1) 問題の所在                                                       | 4  |
| (2) 自らコントロールできず、かつ、重要な人格的利益に根差した事柄に基づいて、重要な人格的利益が侵害されていること      | 5  |
| (3) 原判決の問題点                                                     | 6  |
| 2 原判決が挙げた一つ目の根拠の不当性(憲法14条1項の形骸化は許されないこと)                        | 6  |
| (1) 原判決の判示と問題点                                                  | 6  |
| (2) 憲法14条1項の意義                                                  | 7  |
| (3) 最高裁判例や学説とも相反すること                                            | 9  |
| (4) 憲法24条の悪用は許されないこと                                            | 10 |
| (5) 「法の下での平等」という憲法の基本原理による「空白」の補充の要請                            | 11 |
| (6) 小括                                                          | 12 |
| 3 原判決が挙げた二つ目の根拠の不当性(「伝統的な婚姻の捉え方」の存在によって正当化できないこと)               | 12 |
| (1) 原判決の判示                                                      | 12 |
| (2) 「伝統的な婚姻の捉え方」は差別の上に定着したものであり、「慎重な判断を要する状況」は本件諸規定こそが作り出していること | 12 |
| (3) 原判決の判示自体が差別そのものであること                                        | 16 |
| (4) 一部の規定の不適用の可能性は無関係であること                                      | 17 |
| (5) 小括                                                          | 17 |
| 4 考慮すべき点①(区別事由の性質)                                              | 17 |
| (1) 原判決の問題点                                                     | 18 |
| (2) 後段列举事由による別異取扱いであること                                         | 18 |
| (3) 法律上の性別の組合せに基づく区別でもあること                                      | 19 |
| (4) 小括                                                          | 20 |
| 5 考慮すべき点②(不利益の重大性)                                              | 20 |
| (1) 原判決の問題点                                                     | 20 |
| (2) 身分関係の公証及びそれに応じた法的地位                                         | 20 |
| (3) 個別の法的効果                                                     | 22 |
| (4) 小括                                                          | 23 |
| 6 考慮すべき点③(規範の変化)                                                | 24 |

【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」東京第二次訴訟(東京高裁)控訴審第1回期日(20240926)提出の書面です。

|     |                                            |    |
|-----|--------------------------------------------|----|
| 7   | 本件別異取扱いに合理的根拠が認められる余地はないこと                 | 24 |
| 8   | 現行の法律婚制度への包摂が要請されること                       | 25 |
| (1) | 法律上同性のカップルと法律上異性のカップルの間に本質的違いが存在しないこと      | 25 |
| (2) | 社会的に尊重される位置づけである必要があること                    | 26 |
| (2) | 個別の規定の適用においても支障はないこと                       | 27 |
| ア   | 当事者間の関係に関する制度について                          | 27 |
| イ   | 身分関係の公証に関する制度について                          | 28 |
| ウ   | 親子関係に関する制度について                             | 28 |
| エ   | 親族関係、相続、その他の家族法上の制度について                    | 28 |
| (3) | 小括                                         | 29 |
| 9   | 結論                                         | 29 |
| 第5  | 憲法違反に関する従たる主張について                          | 30 |
| 1   | 憲法違反に関する従たる主張1                             | 30 |
| 2   | 憲法違反に関する従たる主張2                             | 30 |
| 3   | 「憲法24条2項に違反する状態」ではなく、明確に「違憲」と述べるべきであること    | 30 |
| (1) | 原判決の判示                                     | 31 |
| (2) | 原判決の誤り                                     | 32 |
| ア   | 本件諸規定等が違憲であることと、その解消方法や違憲判断後の立法措置は別問題であること | 32 |
| イ   | 立法不存在という法的状態についても、違憲状態ではなく違憲との判示は可能であること   | 35 |
| (3) | 小括                                         | 37 |
| 4   | 憲法24条2項違反と憲法14条1項違反との関係                    | 37 |

【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」東京第二次訴訟(東京高裁)控訴審第1回期日(20240926)提出の書面です。

#### 第4 本件諸規定に基づく別異取扱いは憲法14条1項に違反すること(憲法違反に関する主たる主張)

##### 1 はじめに

##### (1) 問題の所在

憲法14条1項は、「すべて国民は、法の下に平等であつて、人種、信条、性別、社会的身分又は門地により、政治的、経済的又は社会的関係において、差別されない。」と定める。およそ人が個人として尊重される(憲法13条)と言えるためには、さまざまな自由・権利とともに、互いに平等な存在として扱われることが欠かせない。憲法は、個人の尊厳の見地からは国家に平等に扱われること自体に独自の価値があるとの認識に立って憲法14条を定めたのである(甲A47・高橋和之「立憲主義と日本国憲法 第5版」160頁)。

近代以前、人は身分制の秩序を生きた(甲A648・木村草太「法の下に平等—差別の問題と厳格審査の理論」南野森編『憲法学の世界』(日本評論社、2013年)177頁)。すべての人が生まれながらに階層的身分に固定され、政治経済の支配的地位は上層身分の人々が独占した。武士の子は生まれながらに武士であり、農民の子は生涯農民として、官職、職業選択、住居等あらゆる面で幸福追求を制約され劣位に置かれた(甲A649・伊藤正己「法の前の平等」国家学会雑誌64巻1号26頁(1950)、参照30頁下線部)。近代社会はこのような秩序を自由と平等の原理によって否定することで生まれたのであり、身分制度の否定は平等原則の出発点であって、もともと基本的な要請である(憲法14条も2項で貴族制度を「許さない」)。

ところが、本件諸規定の下では、法律上異性のカップルは婚姻することができ、それによる利益を当然に享受しているのに対し、法律上同性のカップルはそれができず、かかる利益を剥奪されている。重要な法的地位を確立するとともに重要な法的効果を伴い、国民の中に尊重する意識が幅広く浸透している婚姻制度から同性愛者やトランスジェンダー等の性的少数者を門前払いするこのような別異取扱いを、自由と平等と個人の尊重を基本価値とする憲法が許すのか。それはさまざまな不利益を課すというだけでなく、人を変更困難な人格的属性によって劣位に固定するに等しく、平等原則の出発点において否定した身分制度と変わらない。はたして原判決はこのような別異取扱いに合理性があるとの論証に成功しているだろうか。

本件で問われているのは、本件の控訴人ら、本件を担当する裁判官・被控訴人代理人らの親族・友人等の中にも必ず存在するであろう性的少数者、その他全国各地で日々を生きている多数の性的少数者、そしてこれから生まれてくる子ども達に対して、「憲法は、性的少数者が婚姻から排除されること

【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」東京第二次訴訟(東京高裁)控訴審第1回期日(20240926)提出の書面です。

を許容している」と、国として、あるいは司法として、堂々と宣言できるのかという点である。

## **(2) 自らコントロールできず、かつ、重要な人格的利益に根差した事柄に基づいて、重要な人格的利益が侵害されていること**

人と人を合理的根拠なくして別異取扱いすることは許されない(最高裁判例)。この別異取扱いの合理性を判断するにあたって重要な意味を持つのが、人と人を何に基いて、どのような利益について区別しているかである(最大判平成20年6月4日民集62巻6号1367頁〔国籍法違憲最高裁大法廷判決〕参照)。

この点について、原判決は、まず、「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…をしているといえる」(34頁10～12行目)と認定した。そしてそれと同時に、「性自認及び性的指向は、ともに人の性の重要な構成要素であり、各人の人格に根差した個性であって、これらを自らの意思によって変更することは困難」(4頁24～26行目)であり、「性的少数者が、その特質又は個性とでもいふべき、自己の性自認及び性的指向に即した生活を送るということは、重要な人格的利益に根差したかけがえのない権利である」とも述べた(38頁17～24行目)。これは、「全ての国民が、その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のない個人として尊重されるものである」との理念を確認した「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」3条や、「性同一性障害者がその性自認に従った法令上の性別の取扱いを受けることは、法的性別が社会生活上の多様な場面において個人の基本的な属性の一つとして取り扱われており、…個人の人格的存在と結び付いた重要な法的利益といふべきである」と述べた性同一性障害特例法生殖機能不能要件違憲最高裁大法廷決定(最大決令和5年10月25日)(甲A533・6～7頁)とも合致する。

また、原判決は、「同性カップル等にとっても、…婚姻の本質を享受することは、重要な人格的利益」(39頁15～16行目)であり、「同性カップル等に、法律上の婚姻制度又はこれに類似する制度が何ら設けられていないという状況は、同性カップル等が、同性カップル等に係る重要な人格的利益を享受することに対する大きな障害である」(同頁6～9行目)と認定した。これは、法律上同性のカップルが婚姻できないことによる不利益の重大さを認めたものである。

つまり、原判決は、「人の性の重要な構成要素であり、各人の人格に根差

した個性」であって、「自らの意思によって変更することは困難」であり、それに「即した生活を送るということは、重要な人格的利益に根差したかけがえのない権利である」ところの性的指向及び性自認に基づいて、法律上同性のカップルの「重要な人格的利益」が侵害されていることを認めた。そうであれば、それが合理的根拠のある別異取扱いとして正当化されるのは「真にやむを得ない」と言える場合(甲A171・札幌地裁判決22頁15行目)に限られるはずである。

### (3) 原判決の問題点

しかし、原判決は、そのような厳格な審査を行うことなく、極めてあっさりとして、本件諸規定による別異取扱い(すなわち、本件別異取扱い<sup>1</sup>)は憲法14条1項に違反しないと結論付けた。この結論を出すにあたって原判決が挙げた理由はいずれも本件別異取扱いに合理的根拠を付与するものではない上、原判決は、本件別異取扱いに合理的根拠があるか否かを審査する上で本来であれば当然に考慮しなければならない点を一切考慮していない。

以下では、まず、本件別異取扱いが憲法14条1項に違反しない理由として原判決が挙げた点がいずれも理由たりえないことを指摘し(後記2・3)、次に、本来であれば考慮されるべき点について述べ(後記4～6)、その上で、あるべき判断過程を経た場合には本件別異取扱いに合理的根拠が認められる余地はないことを確認し(後記7)、最後に、憲法14条1項が現行の法律婚制度に法律上同性カップルを包摂することを要請していることを改めて整理する(後記8)。

## 2 原判決が挙げた一つ目の根拠の不当性(憲法14条1項の形骸化は許されないこと)

### (1) 原判決の判示と問題点

本件別異取扱いが憲法14条1項に違反しないとの結論を導く第1の理由として、原判決は、「憲法24条1項は、(少なくとも現段階において)異性カップルの婚姻(の自由)のみを保障していると解される以上、それにしたがつた区別的取扱いが、同じ法規内の別の条項である憲法14条1項に反すると解することはできない」(35頁19～22行目)と述べる。

しかし、重要な人格的利益について、本人による選択又は変更が困難な属性によって別異取扱いをすれば憲法14条1項適合性が厳しく問われるのは当然であり、憲法24条1項による保護の有無を別異取扱いの合理性を決

---

<sup>1</sup> 本件別異取扱いの定義については、原告ら第36準備書面30ページ参照。

する決め手とする議論は、複線的な人権保障を予定する憲法の仕組みを正解しない誤った憲法解釈である。

また、憲法24条1項は、法律上同性のカップルに婚姻を認めないことを要求しているわけではない(すなわち禁止していない)から(原判決37頁13～16行目)、本件別異取扱いが憲法24条1項の定めに「したがった」というのは誤りであり、この点からも、憲法24条1項が法律上同性のカップルについても婚姻の自由の保障を定めているかどうかは別異取扱いの合理性を判断する一考慮要素と言うほかない。原判決自身、「婚姻が、異性カップルのみに認められるべき法制度であるとは当然には解されない社会状況になってきている」として、憲法24条1項の保護が法律上同性のカップルにも及ぶとの控訴人らの主張について、「およそ受け容れられないものと評価することはできない」(32頁10～11行目)、「婚姻の主体を…異性カップルのみにすべきであるといった伝統的価値観は揺らいでいる」(41頁3～4行目)と判示しているのである。

## (2) 憲法14条1項の意義

そもそも、前述のとおり、「人の性の重要な構成要素であり、各人の人格に根差した個性」であって、「自らの意思によって変更することは困難」であり、かつ、それに即した生活を送ることが「重要な人格的利益に根差したかけがえのない権利」であるところの性的指向や性自認に基づいて、「重要な人格的利益」が享受できないという別異取扱いが生じていると認定したのは原判決自身である。そうであるのに、憲法24条1項が法律上同性のカップルに適用されないという理解から自動的に、かかる別異取扱いが正当化されると結論付けるのでは、かかる別異取扱いの存在を認定したことが無に帰する。

この点、憲法は、人の自由を確保するために「個人の尊重」に必須と認識された権利とルールを列挙するが、憲法の各条項にはそれぞれの制定趣旨と保障内容があり、憲法とは、これらを列挙することで人間の自由と生存を多重的に確保しようとする仕組みである。個別の人権と平等権(原則)は、人類の歴史的経験をとおして個人の尊重・個人の尊厳の原理が具体化(分節化)されたものにほかならないが(甲A193・高橋和之『立憲主義と日本国憲法 [第5版]』145～146頁)、それらが多重的に規律する仕組み自体も「人類の多年にわたる自由獲得の努力の成果」(憲法97条)であり、憲法の個別の人権相互、また、個別の人権と平等原則は、それぞれがそれぞれの観点から法律を規律することが予定されている。

すなわち、憲法の定める権利とルールは、決して抽象的な思惟のみの所産

【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」東京第二次訴訟(東京高裁)控訴審第1回期日(20240926)提出の書面です。

ではなく、よりよい生活と社会を目指す人間らしい試行錯誤の中で一つ一つ確認され獲得されたものである。新しい権利内容や新しい権利の主体が憲法上保障されたものとして確認されるにあたっては、個別人権の観点からそれが獲得される場合もあれば、それとは別に、あるいは並行して、人と人との比較によって当該権利が個人尊重の原理に不可欠であることが認識されることがある。

これを本件について見れば、上記のとおり、人の性的指向・性自認は多様であり、そのような性のあり方を尊重されて社会生活を送ることは重要な人格的利益であり、そこには望む相手との親密な関係が法的な家族として保護されることも当然に含まれるはずである。望む相手と婚姻できることは、法律上異性のカップルと同様、法律上同性のカップルにおいても人格的生存に必須の利益であって、それを可能とする法制度は、憲法の出発点である個人の尊厳、個人尊重の原理にまさに資するものである。ところが、憲法制定時、先人たちは人の性の多様性を知らず、異常なものとして差別されて当然の存在であるという誤った観念が社会に広く共有されていた。そのような中で、法律上同性のカップルの法的保護はおおよそ議論にすら値しないものと考えられ、せっかく憲法が「個人の尊厳」と「両性の本質的平等」という基本原理が婚姻及び家族に関する立法においても貫かれねばならないことを求めた下においても(憲法24条2項)、婚姻を男女だけのものとする伝統的な制度のあり方の是非は問われず、婚姻の自由を保障する際にも(憲法24条1項)、「両性」「夫婦」の文言が漫然と使われた。その桎梏は今も私たちを拘束し、本訴訟関連訴訟の札幌高裁判決(甲A603)が憲法24条1項は法律上同性のカップルに対しても婚姻を保障していると判示する一方で、原判決は、上記文言や制定審議の経緯の表層に囚われて、憲法が同性異性を問わずに婚姻の自由を保障しているというあるべき解釈に到達しない。つまり、新しい権利内容や新しい権利の主体が憲法上保障されたものとして確認される途上にある。

しかし、憲法が個別人権のカatalogとは別にそれと並んで平等権を保障したのはまさにこのようなときのためである。婚姻の自由のような社会に重要な人格的利益を奪われたままの人々がいるのに救済されない、こうしたときでも、人として尊重されない状態が放置されることを何としても回避するために、複線的な憲法適合審査の仕組みがあるのである。「同じ法規内の別の条項である憲法14条1項に反すると解することはできない」などと言う原判決の判示は、人類が時間をかけて獲得した人権保障のための憲法の深い認識と方策を理解しない誤った憲法解釈である。

### (3) 最高裁判例や学説とも相反すること

原判決の判示は、最高裁判例や学説の理解とも相容れない。

例えば、児童扶養手当について障害福祉年金との併給を禁止することを定める規定の憲法適合性が問われたいわゆる堀木訴訟において、最高裁は、障害福祉年金や児童扶養手当の制度設定の根拠となった憲法25条自体の解釈としては上記併給禁止規定が同条に違反するとは言えない場合でも、「憲法25条の規定の要請にこたえて制定された法令において、受給者の範囲、支給要件、支給金額等につきなんら合理的理由のない不当な差別的取扱をしたり、あるいは個人の尊厳を毀損するような内容の定めを設けているときは、別に所論指摘の憲法14条及び13条違反の問題を生じ得ることは否定しえないところである」と判示した(最大判昭和57年7月7日民集36巻7号1235頁)。

また、日本国民である父と日本国民でない母との間に出生し、その後認知された子について、父母の婚姻により嫡出子たる身分を取得した場合に限って日本国籍の取得を認めていた旧国籍法3条1項に関する国籍法訴訟においても、最高裁は、国籍の取得が憲法上保障された法的権利・利益とは言えず、国籍に関する法制度を要請する憲法10条自体の解釈として非準正子に国籍取得を認めないことが同条に違反するとは言えない場合でも、国籍という重要な法的地位に関して準正子との間に生じている別異取扱いについては、憲法14条1項適合性が慎重に検討される必要があるとし、結論として上記別異取扱いは憲法14条1項に違反すると判断している(最大判平成20年6月4日民集62巻6号1367頁)。

さらに、憲法24条1項と憲法14条1項との関係を論じた学説は、「憲法24条1項が『婚姻』以外の結合を『婚姻』と同等に扱うことは憲法上許されない、と解すべきではなかろう。むしろ国会は『婚姻』を他の結合よりも優遇しうるにとどまり、しかもそのことから生じる不利益取扱いは、同条2項ないし憲法14条1項の観点から合理的な根拠に基づくものでなければならない」(甲A42・渡辺康行ほか『憲法I 基本権』456頁(宍戸常寿執筆部分)。下線部は控訴人ら代理人による。以下同じ。)として、本件諸規定の憲法24条1項適合性審査と本件別異取扱いの憲法14条1項適合性審査を区別している(甲A195・渋谷秀樹教授意見書14頁も同旨)。

安西文雄教授も、同様の指摘をした上で、「(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A598・13頁13～14行目)とする。

#### (4) 憲法24条の悪用は許されないこと

原判決の立論は、憲法が個人の尊重(13条)や人の平等(14条)という基本原理を実現するための価値の体系であることに照らしても誤っている。

ここで憲法24条の趣旨に立ち返ると、同条については、「本条は、家族をめぐる法制度について、個人の尊厳と男女の平等に基づいて設計されるべきことを宣言している。つまり、日本国憲法の中核的価値である『個人の尊厳』(13条)と『両性の平等』(14条)が、家庭生活の局面で、法律を通じて具体化されなければならないことを示している」(甲A199・長谷部恭男編『注釈日本国憲法(2)』(有斐閣、2017)495頁[川岸令和執筆部分])と解されている。

言い換えれば、憲法13条と憲法14条という中核的価値がまず先にあってそれが憲法24条で具体化・分節化されたのであって、憲法13条と憲法14条はいわば母胎である。そして、憲法24条が積極的に婚姻の当事者を異性に限定する趣旨ではないとすれば、憲法13条及び同14条と同24条の関係はいわゆる「特別法によって一般法が排除される」関係になく、この点について憲法13条・14条の要請が同24条に劣後するということはいえぬ。仮に憲法24条で掬いきれない事柄があれば、それが憲法13条と憲法14条の観点から正当化されるのかは、原則に戻って別途検討されなければならない。憲法24条が家族制度・家庭生活における憲法13条と憲法14条の具体化と解されているのは、明治民法における家族制度・家庭生活における男女不平等を反省してのことであるところ、それを法律上同性のカップル排除のために悪用することは許されない。

この点、たしかに、憲法の条項がある対象に特定の効果を与えるとき、それ以外の対象にはその効果を及ぼさないことを積極的に規定する趣旨である場合があり、その場合には、当該憲法の条項の解釈として、問題となっている区別(特定の効果を与えるか否かの区別)について、憲法が平等原則の適用を排除していると解釈され、その区別が別途、憲法14条1項違反と評価されることはない。しかし、このように憲法14条1項適合性の問題が当然に排除されるのは、憲法の明文と基本原理から区別が生じることが明確に説明される場合だけである。例えば、憲法が民主主義の実質化の観点からその基本原理の一つとして地方自治の原則を採用し(憲法92条)、憲法93条と94条がその保障のために議会の設置と条例内容の自治を認めているという積極的な根拠があることから、憲法14条1項の平等原則の適用を排除することが正当化されるのである。

これに対し、本件別異取扱いについては、法律上異性のカップルに対して

のみ婚姻を認め、法律上同性のカップルに対してはこれを認めないとの憲法の明文の定めはなく、憲法24条の制定過程で法律上同性のカップルを婚姻の保護の対象から排除すべきとの議論がされた形跡もなく、その他に法律上同性カップルを排除すべき積極的な根拠もみあたらない。したがって、憲法が本件別異取扱いを積極的に要請している場合にはおよそ該当せず、本件別異取扱いについて憲法14条1項の平等原則の適用が排除されることはありえない。

#### (5)「法の下での平等」という憲法の基本原理による「空白」の補充の要請

むしろ、上記のとおり、法律上同性のカップルを排除すべきであるという積極的な意思決定が憲法24条1項の制定過程においてなされたわけではないことからすれば、法律上同性のカップルの婚姻については、憲法解釈上のある意味「空白」が生じていることになる。つまり、憲法24条1項が人の真摯な親密関係に対して婚姻の自由の保護を定めたのは、個人の尊厳という、人が人であるということだけで有する価値の見地から尊重に値するからであり、本来、相手が法律上異性か同性かや、当人の性的指向や性自認が問われるいわれはない。ところが憲法制定当時は、時代の制約故に、人々の念頭にあったのは法律上異性のカップルのみであり、法律上同性のカップルの関係は婚姻に包摂すべきことが意識されたり議論される状況にはなく、この意味で憲法解釈上の「空白」が生じたのである。

そして、憲法制定後の社会状況等の変化により、法律上同性のカップルを憲法上の保護から排除する根拠はなく、逆に、「婚姻の本質」を満たす関係を築きうる人的結合関係が法律上異性のカップル以外にも存在すると認識されるに至った場合には、「個人の尊厳」や「法の下での平等」といった憲法の基本原理に基づき、①憲法24条1項の解釈それ自身の見直しや②憲法14条1項などその他の憲法の条項の解釈により、そのような「空白」が補充されることを、憲法24条1項は当然の前提としている。なぜなら、憲法24条1項も「個人の尊厳」及び「法の下での平等」を基本原理とする憲法の体系の中に位置づけられる一条項にすぎず、それらの憲法の原理を定める憲法13条や憲法14条1項がそのような見直しを要求するからである。

婚外子相続分差別違憲最高裁大法廷決定(最大決平成25年9月4日民集67巻6号1320頁)も、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と認定しながらも(甲A218・2～3頁)、「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」(同3～4頁)と述べ、憲法24条の要請を受けて法律婚主義が採用されたということだけで当然に「個人の尊厳」と「法の下での平等」に基づく不断の検証と見直しが免除されることにはならないとしている。

## (6) 小括

以上より、仮に、憲法24条1項が法律上異性カップルに適用されないとしても、現実には生じている本件別異取扱いの憲法14条1項適合性は、「平等」の観点から独立して審査されなければならない。

憲法24条1項が法律上同性のカップルに適用されないとしても、そのことは、論理上、法律上同性のカップルについて法律上異性のカップルと必ず異なる扱いをすべきことを意味しない。原判決自身も、「同性カップル等にとっても、…婚姻の本質を享受することは、重要な人格的利益であるといえる」(39頁13～16頁)としているところ、そうであれば、法制度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を等しく扱うことができ、むしろ「重要な人格的利益」を保持するためにはそうすることが求められる。そうであるのに、あえてそれをせず、その結果、「同性カップル等が、自己の性自認及び性的指向に即した生活を送るという重要な人格的利益を、同性カップル等から剥奪」(原判決41頁7～9行目)しているとすれば、そのような別異取扱いが「法の下での平等」という憲法14条1項の見地から合理的根拠の有無を問われるのは当然のことである。

## 3 原判決が挙げた二つ目の根拠の不当性(「伝統的な婚姻の捉え方」の存在によって正当化できないこと)

### (1) 原判決の判示

本件別異取扱いが憲法14条1項に違反しないという結論を導くために原判決が挙げたもう一つの根拠は、「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」という「伝統的な婚姻の捉え方が、なお、相当程度あること」から、「同性カップル等に対し、異性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につき、依然として、慎重な判断を要する状況である」という点である(34頁26行目～35頁7行目)。

### (2) 「伝統的な婚姻の捉え方」は差別の上に定着したものであり、「慎重な判断

### を要する状況」は本件諸規定こそが作り出していること

ア この点、婚姻や家族はすべての人にとって身近な制度であるから、伝統や国民感情への考慮が重要な場面が存在するのは確かである。しかし、婚姻や家族に関する事項だからといって、伝統や国民感情がそのまま無反省に憲法の条項や要請の上に位置することは許されない。

憲法は国の最高法規であって(前文一段・98条1項)、立法上まず考慮されるべきは憲法の条項でありその規範的要請である。特に日本では、まさにこの身近な婚姻制度が、個人よりも家を本位とし、女性よりも男性を上にする制度であったがために人々を苦しめ、また、民主主義の成長を委縮させた。憲法は、この歴史への反省から、「人の幸福追求を可能にし民主政の土台となる」という、憲法が婚姻を法制度として構築することを求める本来の趣旨が間違いなく実現されるように、そのための譲れない原則として、「婚姻の自主性を宣言し…個人主義的家族観に基づいた、家族生活の法律的規整を要求」(甲A19・『註解日本國憲法 上巻』470頁)して憲法24条を置いたのであり、伝統や国民感情を無反省に尊重することは憲法24条の存在を無に帰するものである。

そうであれば、婚姻や家族に関する事項こそ、伝統や国民感情以前に、「個人の尊厳」と「法の下での平等」が徹底されねばならず、伝統や国民感情は、「個人の尊厳」と「法の下での平等」の見地から許容され適合する限りで考慮されるのである。婚外子相続分差別違憲最高裁大法廷決定も、一方では、「法律婚を尊重する意識が幅広く浸透している」ことを認めつつ、当該規定の合理性の判断が「個人の尊厳と法の下での平等を定める憲法に照らし、嫡出でない子の権利が不当に侵害されているか否か」という「法的問題」とであると説いて、上記浸透の事実が上記の「法的問題の結論に直ちに結びつくとはいえない」とする。そして、逆に、国民の意識・感情のうち、「家族という共同体の中における個人の尊重がより明確に認識されてきた」という変化を指摘し、法律婚制度が定着してはいても、その制度のもとで子にとっては自ら選択修正できない事柄を理由として不利益を及ぼすことは許されず、子を個人として尊重し権利を保障すべきという考えが確立されてきているとの趣旨を述べて、差別の合理的根拠が失われていると判示した。つまり、国民の意識等は、現状そのままに考慮対象となるのではなく、個人の尊厳と法の下での平等という憲法の要請に照らして合理性が問われ、重みづけされて考慮されたのである(甲A209・駒村圭吾教授意見書19～21頁)。

イ そもそも、原判決が自ら、「同性カップル等においても、現に、異性カップルと同様に、一人と一人の親密かつ永続性のある人的結合関係を基礎にして、

充足感や幸福感で満たされたかけがえのない家族関係(信頼関係)を形成しているものと認められ、「同性カップル等にとっても、上述したような婚姻の本質を享受することは、重要な人格的利益である」(39頁10～19行目)と述べたとおり、法律上同性のカップルは法律上異性のカップルと同様に「婚姻の本質」を伴う関係を形成している。

他方、法律上同性のカップルを現行の法律婚制度に包摂することが認められたからと言って現行制度を現在利用し、将来利用しようとする法律上異性のカップルの権利や利益が具体的に侵されることもありえない。社会的不利益や不都合についても国から具体的な主張はない。札幌高裁判決も「社会上の不利益・弊害が生じることがうかがえない」とする(甲A603・19頁17～19行目)。

この点、法律上同性のカップルは自然生殖をなしえないことを言う議論もあるが、そもそも婚姻がもっぱら自然生殖のみを保護する制度でない以上、これを理由に婚姻から排除することは根拠がない。何より、法律上異性のカップルであれば、年齢的に自然生殖がありえない年代の者を含め何の問題もなく婚姻しうることが説明できない。法律上異性のカップルの場合には生殖の能力など問題もしないのに、法律上同性のカップルとなった途端にその点を問題視するという姿勢自体が、人を性のあり方によって本質的に異なる存在として扱おうとする発想の端的な現れであり、個人の尊厳・個人の尊重の原理とはおよそ相容れない差別意識そのものである。

ウ そして、この「伝統的な婚姻の捉え方」を司法が許容・肯定し、婚姻という法制度のあり方に反映させることは絶対にあってはならないことである。

すなわち、原判決の言う「伝統的な婚姻の捉え方」の実質は、当人のイメージに合致しない他の人々について婚姻による幸福追求を否定するものである。他の人々が自然生殖以外の目的で、あるいは自然生殖以外の役割を婚姻に求めても、生殖のために婚姻をする・しようとする人々の権利や利益はなんら害されない。それにもかかわらず、当人が持つ婚姻のイメージを、法制度という公器のあり方、公権力の作用のあり方に押し広げ、他人の幸福追求を否定してでも社会全体に押しつけようとする点に問題がある。

長谷部恭男教授は、人が、自分にとって大切な価値観・世界観を、自分や仲間だけではなく、社会全体に押し及ぼそうと考えることについて「むしろ自然」と指摘する(甲A650・長谷部恭男『憲法とは何か』(岩波書店、2006)10頁)。しかし、特定の価値観・世界観を、政治の仕組みや国家の独占する物理的な力を使って社会全体に押し及ぼすことを認めれば、他方に「自分にとって本当に大切な価値観・世界観」すら守られない人々が現れ、

「血みどろの紛争」の世界が現出する(同上)。近代立憲主義は、憲法に不可侵の自由と平等を定め人格的生存の公平な共存を確保しようとする仕組みであり、それを生み出したのは、まさにこのような反省であるという(同上10～11頁)。

「伝統的な婚姻の捉え方」も同じである。人の「性自認及び性的指向」は、価値観・世界観とは異なるものの、「ともに人の性の重要な構成要素であり、各人の人格に根差した個性」である(原判決4頁)。このように人格に根差していればこそ、性の多様性についての認識が未熟なら、自分や多数派と異なる性愛や親密関係の姿に違和感を抱く人がいることは避けられない。しかし、もしそれが「政治の仕組みや国家の独占する物理的な力を使って社会全体に押し及ぼ」されれば、人格に根差した人の性のあり方や日々の家族生活の情景を否定され続ける人々が生まれる。それが控訴人らを初めとする性的少数の人々である。裁判所が婚姻の保護についての別異取扱いについて、「個人の尊厳」と「法の下での平等」による吟味を経ることなく、「伝統的な捉え方」を憲法14条1項適合性の審査の決め手とすることは、立憲主義の基本に違背するほどの危険な行為であり、決してあってはならないのである。

エ それにもかかわらず「慎重な判断を要する状況」があるとすれば、それは現在の法制度が法律上同性のカップルの婚姻を認めていないからに他ならない。「同性カップル等に対し、異性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につき、依然として、慎重な判断を要する状況である」のは、彼らを婚姻制度から排除することによって法律上異性のカップルより劣った存在であるというスティグマを与え続けたことが大きな要因である。

「伝統的な婚姻の捉え方」は、差別の歴史と裏腹である。明治民法の時代から考えても、数え切れない性的少数者が、誤っているのは社会の制度であるということを知らず、また、法律があるべき姿に変わることを見ることなく、生涯を終えている。そのような人々の幸福追求の否定の上にある「伝統」であるということを、果たして原判決は認識しているだろうか。差別が温存されてきた結果としての「伝統」を、裁判所という司法機関が漫然と判決において「伝統」であると評価してお墨付きを与え、今後も差別を容認することの責任に、原判決は思いをめぐらせなければならない。そのような差別の連続を断ち切るための手段がまさしく、憲法14条1項なのである。

原判決は、本件別異取扱い(法律上同性のカップルの婚姻制度からの排除)を、本件別異取扱いによって生じている結果(婚姻制度からの排除によるスティグマを背景とする「慎重な判断を要する状況」)をもって正当化しよう

【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」東京第二次訴訟(東京高裁)控訴審第1回期日(20240926)提出の書面です。

とするものであり、極めて不当である。

### (3) 原判決の判示自体が差別そのものであること

結局、原判決の判示の実態は、法律上異性の組み合わせは家族として慣れ親しまれていて安心感があるが、法律上同性の組み合わせは家族として慣れていないので不安であるという抽象的な印象論・感情論である。これはまさしく札幌高裁判決が、「歴史及び制度上、一般的に、長らく異性間の婚姻が存続し、生殖機能の違いを有する男女の夫婦を基本的な単位とする家族制度が続いてきたことから、これと異なる同性間の婚姻について、同性愛に対する違和感、これが高じた嫌悪感、偏見を持つ場合があると考えられる。もっとも、この点は、感覚的、感情的な理由にとどまるものといえ、現在も実施されているように、啓蒙活動によって、同性愛は、生まれながらの器質、性質に由来し、合理的に区別する理由がないことを説いていくことによって解消していく可能性がある」(甲A603・20頁25行目～21頁6行目)として、法律上同性のカップルの婚姻を認めない理由となりえないことを指摘した内容に他ならない。

婚姻には重要な法的効果が多数伴うとともに、日本社会においては婚姻制度が重要な位置を占めることから、その影響から逃れて暮らすことは困難である。それにもかかわらず、原判決が、法律上同性のカップルについて躊躇なく、婚姻制度から排除されることに合理性があると結論するのは、「法律上異性のカップルは、自然生殖の意思・能力にかかわらず、婚姻できないことで社会において差別されることがあってはならないが、法律上同性のカップルは差別されても構わない」という差別感情がその根本に存在するからであろう(甲A262・木村草太教授論考42、44～45頁も同旨)。原判決は、「法律上同性のカップルは法律上同性のカップルであるが故に婚姻できないことが正当化される」と述べているに過ぎず、差別そのものである。

この点、府中青年の家事件東京高裁判決(東京高判平成9年9月16日判例タイムズ986号206頁)は、「平成二年当時は、一般国民も行政当局も、同性愛ないし同性愛者については無関心であって、正確な知識もなかったものと考えられる。しかし、一般国民はともかくとして、都教育委員会を含む行政当局としては、その職務を行うについて、少数者である同性愛者をも視野に入れた、肌理の細かな配慮が必要であり、同性愛者の権利、利益を十分に擁護することが要請されているものというべきであって、無関心であったり知識がないということは公権力の行使に当たる者として許されないことである」として、たとえ一般国民の理解が不十分な状況であっても、公権力の行使にあたる者には、性的少数者の権利利益を十分に擁護する特別の

責任があることを判示している。

「伝統的な婚姻の捉え方」の存在や「慎重な判断を要する状況」を言い訳として差別を繰り返そうとする原判決は、公権力の行使に当たる機関の一つである裁判所が負う責任を果たしていないと言わざるを得ない。

#### (4) 一部の規定の不適用の可能性は無関係であること

なお、原判決がいかなる趣旨で「異性カップルと全く同一の婚姻に係る法制度」との表現を用いているのかは定かでないが、「同性カップル等に対し、異性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につき、依然として、慎重な判断を要する」との判示が、現在の法律婚制度の中に、事柄の性質上、法律上同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仕組みや規定があり得るから、法律上同性のカップルに現行の法律婚制度を利用させることには慎重とならざるを得ない、との理解に基づくとするれば、かかる理解は誤りである。

なぜなら、子を持つ能力や意思のない法律上異性のカップルについて嫡出推定規定の適用の有無等が何ら問題とされることなく婚姻が認められていることからして明らかであるように、個々の当事者において、婚姻の効果として用意されている様々な仕組みや規律のすべてを享受できないからといって、かかる当事者が法律婚制度そのものから排除されることは予定されていないからである。

この点、札幌高裁判決(甲A603)は、「同性間の婚姻について、異性間の婚姻やこれによる家族に関する制度と全く同じ制度が定められるべきものであることが当然に導き出されるものでもない」(25頁1～3行目)とするも、そのことをもって本件別異取扱いの合理性の根拠とすることなく、本件別異取扱いの事柄の性質を適切に踏まえた上で、憲法14条1項違反を認定している(26頁22行目～27頁1行目)。

#### (5) 小括

以上のとおり、「伝統的な婚姻の捉え方が、なお、相当程度あること」は、本件別異取扱いの憲法14条1項適合性を肯定する根拠となりえず、「同性カップル等に対し、異性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につき、依然として、慎重な判断を要する状況である」とは言えない。

### 4 考慮すべき点①(区別事由の性質)

## (1) 原判決の問題点

原判決が本件別異取扱いは憲法14条1項に違反しないという結論を導くために挙げた2つの点がいずれも根拠となりえないものであることは以上のとおりであるが、原判決には、それに加えて、同項適合性を審査する上で本来考慮すべきことを一切考慮していないという重大な問題がある。

第1に、原判決は、本件別異取扱いの憲法14条1項適合性審査において、自らが認定した区別事由(性的指向及び性自認)の性質を一切考慮しなかった。

すなわち、本件別異取扱いを生じさせていると自らが認定した性的指向及び性自認について、原判決は、「自己の意思や精神医学に基づく選択又は変更が不可能なものである」とした上で、「性的少数者が、その特質又は個性とでもいえるべき、自己の性自認及び性的指向に即した生活を送るということは、重要な人格的利益に根差したかけがえのない権利である」と述べた(38頁17～24行目)。そうであれば、区別事由のそのような性質を踏まえた上で、本件別異取扱いの合理的根拠の有無を判断する必要があるところ、原判決には、かかる性質を考慮した形跡が一切うかがえない。

## (2) 後段列挙事由による別異扱いであること

この点、憲法14条1項後段に列挙される各事由は、歴史的に存在した不合理な差別事由であり(甲A207)、差別の歴史が長く、容易に根絶できなかったという共通点を持つ。また、各事由による差別は、民主主義の理念に照らし原則として不合理なものである(甲A15)。

そこで各列挙事由をみるに、同項後段の「社会的身分」とは、「人が社会において一時的ではなしにある程度継続的に占めている地位または身分」

(広義説)、「人が社会において一時的ではなく占めている地位で、自分の力ではそれから脱却できず、それについて事実上ある種の社会的評価が伴っているもの」(中間説)、あるいは、「出生によって決定され、あるいは自己の意思で離れることができないような、固定した社会的地位・身分」(狭義説)と解されているところ(甲A46・芦部信喜『憲法学Ⅲ 人権各論(1)[増補版]』(有斐閣、2000年)47頁)、憲法が社会的身分を差別禁止の事由として明記するのは、封建的身分制度が廃されても、人を「固定的に地位付けて、それに法的権利義務を付着せしめる」構造が種々形成され、それらはかつての身分制同様に平等原則から許されざるものだからである(甲A649・伊藤正己「法の前平等」45頁12行目以下)。この点、性的指向及び性自認は自らの意思で自由に変えることができない属性であり、また、シスジェンダーの異性愛以外については、正常から逸脱した性愛のあり方とい

う烙印が押されてきたのであり、そのような偏見は現在でも根強く残存している。したがって、「社会的身分」の定義についていずれの解釈に立ったとしても、性的指向・性自認は「社会的身分」に該当する。

この点、甲A368・長谷部恭男編『注釈日本国憲法(2)』(有斐閣、2017)[川岸令和執筆部分]も、「性的指向・疾病・住所・外見など列挙されていない事項であっても、人を差別する理由となるものは現実に存在しており、時代の変遷に応じて新たなものが生み出されてくるかもしれない。憲法はそうした差別にも対応できるものとして解釈されなければならない」(172頁)、「性的指向も社会的身分に含めて捉えることは可能であろう。同性愛の性向は本人の意思や努力で変えられるものではないと理解されるようになってきているからである」(190頁)としている。

また、憲法制定時に憲法14条1項後段の「性別」による差別として想定されていたのは男性か女性かに着目した差別であったことは否定できないが、憲法が「性別」による差別の禁止を明示したのは、歴史上長きにわたって女性が男性と同等の権利主体とみなされず、女性差別が恒常的に存在したからである。女性差別は社会的・経済的マイノリティである女性という「性」に関する差別であるところ、性的指向における同性愛者・両性愛者等や、性自認におけるトランスジェンダー等も、「性」に関するマイノリティである。そして、性的少数者もまた、長きにわたって偏見・差別の対象とされてきた。そうであれば、性的少数者に対する差別も「性」に関する差別に他ならない。したがって、性的指向及び性自認に基づく本件別異取扱いは、憲法14条1項後段の「性別」に基づく別異扱いにも該当する。

この点、国連自由権規約委員会も、自由権規約第2条第1段及び同第26条の「sex」は性的指向を含むとの判断を示している(甲A37-1、37-2・1994年3月31日の、オーストラリア・タスマニア州の成人同性間の同意に基づく性的関係を処罰する法規に対するニコラス・トゥーネン氏による個人通報事件)。

### (3) 法律上の性別の組合せに基づく区別でもあること

さらに、原判決は、「本件諸規定が、法律上の男性というグループと、法律上の女性というグループとの間で別異扱いをしているとはいえないのであるから、本件区別扱いが、性別に基づく区別扱いであるとはいえない。」としたが(34頁8～19行目)、法律上同性のカップルが婚姻できないのは、当事者の法律上の性別が同じである点のみによるのであって、法律上の性別次第で婚姻できたりできなかったりすることからすれば、本件別異取扱いは、性的指向や性自認に基づくだけでなく、法律上の性別の組合せに

【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」東京第二次訴訟(東京高裁)控訴審第1回期日(20240926)提出の書面です。

も基づくものと言わなければならない(甲A364・大野友也准教授意見書、甲A195・渋谷秀樹教授意見書14頁及び甲A262・木村草太教授論考も同旨)。

よって、本件別異取扱いは、婚姻できるか否かが自分自身の法律上の性別あるいは婚姻を希望する相手の法律上の性別によって区別されている(すなわち、法律上の性別の組合せによって区別されている)という点でも、憲法14条1項後段の「性別」に基づく別異取扱いに該当する。

#### (4) 小括

以上のとおり、本件別異取扱いを生じさせている事由(性的指向・性自認・性別)が、自らコントロールできない事柄であること、それぞれかけがえないものであること、それ故、憲法14条1項後段列举事由にも該当する属性であることを踏まえて、本件別異取扱いの同条適合性審査は行われなければならない。

この点、札幌高裁判決(甲A603)は、本件別異取扱いの憲法14条1項適合性を審査するに際し、「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」(25頁4～6行目)という点を重視している。

### 5 考慮すべき点②(不利益の重大性)

#### (1) 原判決の問題点

第2に、原判決は、憲法14条1項適合性審査において、本件別異取扱いによって法律上同性のカップルが被っている不利益の重大さについても、一切考慮しなかった。

すなわち、原判決は、憲法24条2項適合性審査においては、「同性カップル等に、法律上の婚姻制度又はこれに類似する制度が何ら設けられていないという状況は、同性カップル等が、同性カップル等に係る重要な人格的利益を享受することに対する大きな障害である」(39頁6～9行目)と認定したにもかかわらず、憲法14条1項適合性審査においては、そのような「重要な人格的利益」を享受できていないという重大な不利益を被っていることに合理性があるかについて精査するどころか、不利益の存在に言及することすらしなかった。

#### (2) 身分関係の公証及びそれに応じた法的地位

そこで、本件諸規定の下で法律上同性のカップルが被っている不利益について具体的にみていくと、まず、国籍法違憲最高裁大法廷判決(最大判平成

20年6月4日民集62巻6号1367頁)が国籍を「基本的人権の保障、公的資格の付与、公的給付等」の源泉となる「重要な法的地位」と位置付けたのと同様、民法上の配偶者たる地位が、包括的な権利・利益の源泉として、極めて重要な法的地位であることに疑いの余地はない。

そして、再婚禁止期間違憲最高裁大法廷判決(最大判平成27年12月2日民集69巻8号2427頁)が「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」と述べる通り、婚姻には「尊重すべき関係性である」という社会的承認が伴う。

しかし、法律上同性のカップルは、婚姻制度を利用できないために、パートナーとの関係性を正当なものとして承認されず、社会を構成する「家族」として扱われない。身分関係の公証やそれに応じた法的地位が法律上同性のカップルに与えられないということは、すなわち、法律上同性のカップルが、婚姻した法律上異性のカップルと同等の社会的承認(国が認めた「正当な関係性」であるとの社会的承認)を得られないことを意味する(甲A347・風間教授ら意見書21～22頁〔赤枝准教授意見〕)。このことは、法律上同性のカップルは法律上異性のカップルが利用する制度の利用が許されないほどに劣っている、異常であると扱われる根拠となり得るのであって、法律上同性のカップルないし性的少数者の社会的地位を格下げする効果を生じさせている。

法制度が人々の差別的意識に影響を及ぼすことについては、婚外子相続分差別合憲最高裁大法廷決定(最大決平成7年7月5日民集49巻7号1789頁)の中島敏次郎裁判官ほか反対意見が「非嫡出子の法定相続分を嫡出子のその二分の一と定めていることは、非嫡出子を嫡出子に比べて劣るものとする観念が社会的に受容される余地をつくる重要な一原因となっていると認められる」と指摘し、その後の婚外子相続分差別違憲最高裁大法廷決定(最大決平成25年9月4日民集67巻6号1320頁)では、法廷意見が、同規定の「存在自体がその出生時から嫡出でない子に対する差別意識を生じさせかねない」と指摘するに至った。

安西文雄教授も、「権利や法的地位のなかにはさまざまなものがあるが、なかには当該権利ないし法的地位が認められることにより、それを前提としたもろもろの権利・利益の享有につながるものがある。論者によってはこれをゲートウェイの権利(gateway right)と表現する者がいる。その門戸を開けば、もろもろの権利・利益の享有につながるというわけである。そしてもしこういったゲートウェイの権利ないし法的地位を否定されれば、あまたの権利・利益の分配における劣遇につながり、ひいては当該犠牲者の社会における地位の格下げにまで至るわけである。」「そして、婚姻によって得ら

れる地位も、前節でみたようにもろもろの権利・利益の源泉をなすものでありゲートウェイとなる法的地位のひとつと位置づけうる。」(甲A598・7頁)、「立法裁量の上位にあつて裁量を枠付ける憲法的価値として…14条関係では、婚姻がゲートウェイの役割を果たす法的地位であるがゆえに、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こと、および社会において伝統的に無視されあるいは偏見をもたれてきた同性愛者に対して、その劣遇がなされるとき深刻な差別問題を惹起するがゆえに慎重を期すべきこと、があげられる。」(同10頁)とする。

さらに、白水隆准教授は、「区別事由の検討に加え、当該事案に横たわる偏見、ステレオタイプ、差別の歴史の存在を踏まえ、被侵害利益がどのように(差別的に)奪われているのかを審査することが求められている」(甲A361・白水隆「平等違反基準の変更なき変更一目的手段審査か総合衡量か?」大林啓吾ら『憲法判例のエニグマ』(成文堂、2018)46頁)、「尊厳という価値の観点から、婚姻制度が享受できない場合の権利・利益の重要性を考察することが求められる。すなわち、同性婚を認めないことは、原則、誰もが参加できる婚姻制度において、ある範疇に属する者または集団を排斥することであり、同性カップルの尊厳を害するが故に平等権違反となると考えられる」(甲A362・白水隆「同性婚と日本国憲法」毛利透ら『比較憲法学の現状と展望』(成文堂、2018)608頁)とする。

### (3) 個別の法的効果

また、法律上同性のカップルは、婚姻による個別の法的効果を一切享受することができないところ、その不利益はあらゆる分野に及び、その内容は具体的かつ切実であることが、本件別異取扱いの合理性の有無を審査する際には十分に考慮されなければならない。そして、その際には、現行の法律婚制度に基づき付与される各法的効果(例えば、同居、協力及び扶助の義務、配偶者の相続権など)の一つ一つについて別異取扱いに合理性があるかどうか個別に検証されなければならない。

例えば、同居・協力・扶助義務(民法752条)は、婚姻したカップルが形成する「精神的・肉体的・経済的な共同体」の維持・継続に努める義務として定められているところ、法律上同性のカップルであっても「精神的・肉体的・経済的な共同体」を形成していくことに違いはないから、法律上同性のカップルであることが同居・協力・扶助義務という法的効果を与えない理由とはならない。また、相続権(同890条及び900条)が与えられる趣旨である財産の清算及び生存当事者の扶養ないし生活保障の必要性は、法律上同性のカップルであっても変わらないから、法律上同性のカップルである

ことがその一方に配偶者としての相続権を与えない理由とはならない。

このように、法的効果の一つ一つについて個別に検証した場合も、法律上異性のカップルに対してのみ付与し、法律上同性のカップルには付与しない合理的根拠があるかが審査されなければならないのであって、言い換えれば、本件別異取扱いには、法律上同性のカップルが婚姻できないことそれ自体にとどまらず、その結果、法律上同性のカップルが現行の法律婚制度が定める法的効果の一つも享受できていないこと、つまり個々の効果における別異取扱いも含まれる。

本件別異取扱いに合理的根拠があるというのであれば、個々の別異取扱いそれぞれについて、当該効果が婚姻に伴って付与される趣旨が法律上同性同士のカップルには妥当しないことが説得的に説明されなければならない。そうでなければ、法律上同性のカップルないし性的少数者が現実かつ具体的に被っている不利益が一切考慮されず矮小化されてしまう。婚姻は個別の法的効果の束なのであるから、本件別異取扱いが憲法14条1項の禁止する差別的取扱いに該当するかを判断するには、「婚姻の可否」という抽象的な捉え方をするのでは足りず、「法定相続権が与えられるか否かという区別」、「相続税の優遇措置が与えられるか否かという区別」など、それぞれの別異取扱いについて、合理性の有無を審査する必要があるのである。原告らは、婚姻に伴う効果の一つ一つについて別異取扱いをされているのであり、その一つ一つについて合理的根拠が示されない限り、当該別異取扱いは正当化されない(甲A208・木村草太教授意見書3～4頁も同旨)。

その上で、婚姻に伴う各法的効果について、それぞれの趣旨に照らして、法律上同性のカップルにそれを与えない理論的根拠は存在しない(甲A208・木村草太教授意見書及び甲A262・木村草太教授論考50頁も同旨)。

#### (4) 小括

以上のとおり、本件別異取扱いの憲法14条1項適合性を審査する際には、法律上同性のカップルに身分関係の公証やそれに応じた法的地位が与えられないことによって性的少数者の社会的地位が格下げされていることを正当化する理由が果たしてあるのかが精査されなければならないと共に、婚姻による法的効果の一つ一つについて、法律上同性のカップルにそれを与えない合理的な理由があるかが審査されなければならない。

この点、札幌高裁判決(甲A603)は、本件別異取扱いが憲法14条1項に違反するとの結論に至るに際し、本件諸規定が「同性婚を許していないため」に、「同性愛者は…著しい不利益を受けている」のであって、「人としての営みに支障が生じている」こと、「代替的な措置によって同性愛者が婚

姻することができない場合の不利益を解消することができるとは認め難い」ことを重視している(26頁8～21行目)。

## 6 考慮すべき点③(規範の変化)

以上に加えて、憲法24条1項、同2項の解釈との関係でも繰り返し述べてきたとおり、本件別異取扱いの憲法14条1項適合性を審査する際には、憲法制定時から現在に至るまでの規範の変化を踏まえる必要がある。

すなわち、本控訴理由書第1分冊別紙1記載の事情等によれば、憲法制定時には「異性愛規範」や「シスジェンダー規範」ゆえに性的少数者が劣ったものであって法的保護に値しないとの認識があったこと、しかし、その後の社会的な変化により、そのような考えの正当性は完全に失われ、それに代えて、性的指向・性自認に基づく差別が許されないという規範が日本の国内外において確立したこと、婚姻制度・家族制度の分野においても、法律上同性のカップルと法律上異性のカップルを平等に取り扱うべきだとの規範意識が形成され、広く共有されるに至っていることが認定できる。

このように婚姻の対象となる人的結合関係の当事者の法律上の性別の組み合わせに関し、その考えを下支えする規範及び規範意識に上記のような根本的な変化がある以上、その変化を前提として、憲法の基本原理である「法の下での平等」に基づき、本件別異取扱いに合理性があるかが審査されなければならない。なぜなら、憲法制定時に想定されていなかったことは、その後も憲法上の権利を否定し続けることを必ずしも意味しないからである。社会の変化等に伴い、現行制度に疑義が生じることはあるのであって、その場合には、改めて憲法の基本原理や規定の趣旨・目的を踏まえ、正しい解釈が問い直されなければならない。

## 7 本件別異取扱いに合理的根拠が認められる余地はないこと

以上みてきたように、本件別異取扱いの憲法14条1項適合性を審査する際に本来考慮すべきであった区別事由の性質及び不利益の重大性を考慮し、また、婚姻に伴う個別の法的効果の趣旨に照らしても、法律上同性のカップルにかかる法的効果を与えない理論的根拠は存在しないこと、そして憲法制定時から現在に至るまでの規範の変化を踏まえれば、本件別異取扱いに合理的根拠が認められる余地はなく、本件別異取扱いは憲法14条1項に違反する(甲A108・オーバーガフェル判決、甲109の2・台湾大法官解釈1頁、甲A208・木村草太教授意見書12頁及び甲A195・渋谷秀樹教授意見書15頁も同旨)。

この点、千葉勝美元最高裁判事も、「同性婚を認めていない本件規定は、

憲法24条の趣旨Iにそぐわず、13条、14条に違反するものであ」と結論づける(甲A219・207～208頁)。

また、札幌高裁判決(甲A603)も、「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」(25頁8～10行目)とした上で、「異性愛者に対しては婚姻を定めているにもかかわらず、同性愛者に対しては婚姻を許していないこと」は「合理的な根拠を欠くもの」であって、「差別的取扱いに当たる」(26頁22～26行目)としている。

## 8 現行の法律婚制度への包摂が要請されること

### (1) 法律上同性のカップルと法律上異性のカップルの間に本質的違いが存在しないこと

本件別異取扱いが憲法14条1項に違反することは以上のとおりであるが、憲法14条1項が要請するのは、法律上同性のカップルに現行の法律婚制度以外の新たな婚姻制度や家族制度をあてがうことではなく、現行の法律婚制度に法律上同性のカップルを包摂することである。

なぜなら、そもそも、憲法が婚姻制度の構築や婚姻の自由の保障を定めたのは、それが個人の尊厳の確保に不可欠だからである。そして、そのために民法・戸籍法上の法律婚制度が既に存在するから、法律上同性のカップルについても現行法上の同一制度に包摂すべきは当然である。

すなわち、繰り返し指摘したとおり、法律上異性のカップルと法律上同性のカップルは、人格価値に違いがないうえに、婚姻制度の趣旨や婚姻制度のもたらす利益の持つ意味や重要性という点において、なんら本質的相違はない。憲法が婚姻制度の設営を求め、婚姻の自由を保障したその趣旨と目的が同様にあてはまる。

そうであれば、上記憲法の要請に応えることを目的とする現行の法律婚制度にこれらの者が包摂されるべきは当然であって、同様に制度の趣旨と憲法の要請が妥当する者を、あえて、性的指向・性自認ないし法律上の性別の組合せという婚姻制度との関係で本質的意味を持たない理由で排除することは許されない。

婚姻は、人々の幸福追求の法制度であり器である。法が公の施設について、正当な理由なく排除されず、不当な差別的取扱いが許されないと定める(地方自治法244条2項・3項)のと同様、婚姻制度においても、そこから特段の正当化理由なくして排除されず差別されないことは、法制度の基本原則である。

## (2) 社会的に尊重される位置づけである必要があること

また、原判決が「婚姻には、人的結合関係を社会的に公証されるという利益もあ」る(37頁22～23行目)と指摘していることから明らかなように、婚姻が「個人の尊厳に関わる重要な人格的利益」(原判決38頁2行目)とされる上では、社会において婚姻が尊重されていること、社会的に尊重される「婚姻」というタイトルが与えられていることが大きな意味を持つ。つまり、性的少数者が「個人の尊厳に関わる重要な人格的利益」を受けられるためには、性的少数者にかかる法制度にも社会的に尊重されるタイトルが与えられなければならない、憲法制定時もまた現状でも、それは明治以降全国的制度として存在する現行の法律婚制度においてほかになく、憲法24条の要請に応えるためには従前の婚姻制度と別の「婚姻」制度や新たな家族制度が作られねばならないと憲法が考えたと思すべき根拠もない。

この点、木村草太教授は、婚姻と同じ効果を与えるために、わざわざ別制度を設ける合理的理由はないとした上で、「理由もないのに婚姻制度を分けるなら、分離すれど平等の一種であり、差別感情を満足させるための区別だと認定せざるを得ない」とする(甲A381・90頁)。

また、松原俊介准教授も、「婚姻の法的効果の一部を認める婚姻類似の制度を設けることで、同性カップルに対して婚姻制度への参加を認めないということは、彼らにスティグマを与え、『二級市民』に貶めるものであり、この点は、婚姻制度とまったく同等の法的効果を定めるパートナーシップ制度を設けることによっても解消されるものではない」とする(甲400・22頁)。

さらに、安西文雄教授は、「権利・自由のなかには、その重要性ゆえに、もしその享有を認めなければ当該犠牲者は社会的に劣位の位置づけを押しつけられる、というものがある。単なる権利・自由の問題にとどまらず、人の市民的地位に関わるものだ、という認識ゆえに平等を援用することがあるわけである。婚姻の地位などはまさにその例であり、これを拒否された人々は、社会的にはまともな存在ではないという劣位者扱いにつながりかねない。」

(甲A598・6頁4～8行目)、「同性婚を求める人々は同性愛者やトランスジェンダー等の性的少数者であり、社会におけるマイノリティである。彼らに対しては社会的に偏見が存在した。いや偏見をもってみられてきたというより、無視されてきたといった方がよい。そうだとすれば、同性婚問題それだけを切り取って検討するのではなく、社会的差別という大きな脈絡のなかでとらえようとするとところから、平等が論じられるのである。」(同頁9～13頁)とした上で、「同性婚を法的に婚姻と認めない」ことは憲法14条1項に違反すると結論付けている(同13頁17～18行目)。

【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」東京第二次訴訟(東京高裁)控訴審第1回期日(20240926)提出の書面です。

憲法14条1項は「すべて国民は…社会的関係において差別されない」と定めているところ、法律上異性のカップルと法律上同性のカップルを異なる制度に分類することは、仮に付与される法的効果が同一であったとしても、現行の法律婚制度の利用が認められる法律上異性のカップルとそうでない法律上同性のカップルという社会的承認の差異を生じさせるものであり、まさしく「社会的関係」において法律上同性のカップルを「差別」することにほかならない。

## (2) 個別の規定の適用においても支障はないこと

さらに、現行の法律婚制度が定める個別の規定の適用においても、以下のとおり、法律上同性のカップルを現行の法律婚制度に包摂することに支障が生じることはない(詳細は原審における原告ら第29準備書面参照)。

### ア 当事者間の関係に関する制度について

まず、民法第4編親族第2章婚姻の諸規定及びこれに関連する戸籍法の諸規定は、婚姻の両当事者が永続的な精神的及び肉体的結合を目的として真摯な意思をもって共同生活を営み、家族を形成するために、当事者間の関係に関する制度として、①両当事者の身分関係の形成と解消の制度(同第1節婚姻の成立、同第4節離婚)、②その身分関係の公証の制度(戸籍法)、③その身分関係にふさわしい法的効果を付与する制度(同第2節婚姻の効力、第3節夫婦財産制)について定めている。

法律上同性のカップルも、法律上異性のカップルと同様、「永続的な精神的及び肉体的結合を目的として真摯な意思をもって共同生活を営む」という婚姻の本質をみたす関係を構築しうるのであり、当事者の法律上の性別が同性となるか、異性となるのかの違いはあるものの、両者の間に本質的な差異はない。したがって、「婚姻」に関する民法の諸規定のうち、当事者の法律上の性別に着目していない規定(例えば、第一節 婚姻の成立、第一款 婚姻の要件で言えば、民法731条、同732条、同734条から同741条)については、法律上同性のカップルにもそのままの内容で適用することは可能である。

また、「婚姻」に関する民法の諸規定のうち当事者の法律上の性別に着目した規定として、再婚禁止期間に関する民法733条と同746条があるが、再婚禁止期間の立法趣旨は「父性の推定の重複を回避し、父子関係をめぐる紛争の発生を未然に防ぐこと」(最判平成7年12月5日判時1563号81頁)、つまり、民法772条による嫡出推定の重複を回避することにある。民法722条の嫡出推定規定は、法律上女性のカップルの一方が第三者から

【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」東京第二次訴訟(東京高裁)控訴審第1回期日(20240926)提出の書面です。

精子提供を受けて子を懐胎するケースに適用することが可能であり、法律上女性のカップルについても嫡出推定の重複が生じることがありうるから、これを回避する必要性がある。

さらに、「婚姻」に関する民法の諸規定中には、民法733条と同746条以外にも、「夫婦」、「夫」、「妻」、「父」、「母」、「父母」など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が用いられている条項(例えば、夫婦の氏に関する民法750条、離婚後の子の監護に関する事項の定めに関する民法766条など)があるが、これらについては、適宜、法律上同性の者同士も含む用語(例えば、「婚姻の当事者」、「当事者」、「親」、「両親」)に修正すれば、その内容をそのまま適用することができる。

そのほか、「婚姻」に関する民法の諸規定中に、その性質上、婚姻の当事者の性的指向や性自認により適用が不可能となる規定は見当たらない。

## イ 身分関係の公証に関する制度について

次に、身分関係の公証に関する制度についても、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は本質的な差はなく、婚姻の当事者の性的指向や性自認により適用が不可能となる規定も見当たらず、戸籍制度による公証の必要性に違いもない。よって、現行の規定をそのままの内容で適用することは可能であり、あえて異なる内容とする理由がない。

## ウ 親子関係に関する制度について

さらに、民法第4編親族第3章親子、第4章親権の諸規定及びこれに関連する戸籍法の諸規定は、永続的な精神的及び肉体的結合を目的として真摯な意思をもって共同生活を営む婚姻の両当事者が、子を産み育てる場合、その子を含めた家族を形成するために、親子関係に関する制度として、①親子としての身分関係の形成と解消の制度(同第3章親子第1節実子、同第2節養子)、②その身分関係の公証の制度(戸籍法)、③その身分関係にふさわしい法的効果を与える制度(同第3章親子第1節実子、同第2節養子、同第4章親権)を定めている。

法律上同性のカップルとその子の関係と法律上異性のカップルとその子の関係には本質的な違いはなく、上記諸規定中に、婚姻の当事者の性自認や性的指向により適用が不可能となる規定も見当たらない。

## エ 親族関係、相続、その他の家族法上の制度について

現行の法律婚制度を構成するその他の制度として、親族関係に関する制度(民法725条から同730条)、扶養に関する制度(同877条から同8

81条)、後見・保佐・補助に関する制度(同838条から同876条の10)、相続に関する制度(同882条から1050条)及びこれらに関連する戸籍法上の制度があるが、これらの制度についても法律上同性のカップルにそのままの内容で適用することは可能であり、あえて異なる内容とする理由がない。

例えば、相続に関する制度(民法882条から1050条)において、一般に、「配偶者」が法定相続人としての地位を有する理由は、家族としての生活保障や共同生活において協力して築き上げた財産の清算のためと説明されるが(甲A48・新版注釈民法(26)276頁から277頁)、家族としての生活保障の必要性やカップルが相互に協力しながら財産を形成していくこと、その財産の清算の必要性について、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違いはない。

### (3) 小括

以上のとおり、憲法14条1項は、現行の法律婚制度に法律上同性のカップルを包摂することを要請している。

この点、安西文雄教授も、「同性婚に対し異性婚と同等の処遇を与えること、換言すれば異性婚に対する場合と同じく法律上の婚姻としての位置づけを与えることしか、違憲を回避する方途はないのではないかと考えられる。」「同性婚は…、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」とする(甲A598・12～13頁)。

また、衆議院法制局も、「憲法十三条や十四条等の他の憲法条項を根拠として、同性婚の法制度化は憲法上の要請であるとするような考えなどは、いずれも十分に成り立ち得る」(甲A651・2021年2月25日衆議院予算委員会議事録・26頁3段目6～9行目)と、憲法14条1項が法律上同性のカップルの現行の法律婚制度への包摂を要請するとの控訴人らの主張と整合する答弁を行っているところである。

## 9 結論

以上より、本件諸規定が、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一切認めていないこと(その結果として、法律上同性のカップルが現行の法律婚制度が定める個々の法的効果を一つも享受できていないことを含む)は、憲法14条1項に違反する。

## 第5 憲法違反に関する従たる主張について

### 1 憲法違反に関する従たる主張 1

控訴理由書第1分冊第2から本書面第4までで述べたとおり、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ない点において、憲法24条1項、同2項および憲法14条1項に違反する。

しかし、仮に、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、本件諸規定がこれらの憲法の条項に違反しているともまでは言えないとしても、憲法24条1項は、現時点において、法律上同性のカップルに対し婚姻の自由を保障している<sup>2</sup>。また、憲法24条2項は、同条1項が法律上同性のカップルに対し適用されるか否かにかかわらず、法律上同性のカップルが利用可能な婚姻制度の構築を要請している<sup>3</sup>。さらに、「婚姻の本質」を満たすという点において法律上異性のカップルと本質的な違いがないにもかかわらず、法律上異性のカップルに対してのみ婚姻制度の利用を認め、法律上同性のカップルに対してはこれを認めないという別異取扱いに憲法14条1項の観点から合理性は認められない<sup>4</sup>。

したがって、法律上同性のカップルに対し、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、憲法24条1項、同2項及び憲法14条1項に違反する。

### 2 憲法違反に関する従たる主張 2

さらに、仮に婚姻制度の利用までは保障していないとしても、憲法24条1項及び2項が、法律上同性のカップルに対し婚姻制度を含む家族制度の利用を保障し、立法府に対し制度の構築を義務付けていることは、原告ら第35準備書面や原告ら第36準備書面などで述べたとおりである。また、原告ら第36準備書面などで述べたとおり、法律上異性のカップルに対してのみ家族制度の利用を認め、法律上同性のカップルに対してはこれを認めないという別異取扱いに憲法14条1項の観点から合理性は認められない。したがって、法律上同性のカップルに対し、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、同2項及び憲法14条1項に違反する。

### 3 「憲法24条2項に違反する状態」ではなく、明確に「違憲」と述べるべきであること

---

<sup>2</sup> 控訴理由書第1分冊第2の1から6参照。

<sup>3</sup> 控訴理由書第2分冊第3の1から4参照。

<sup>4</sup> 本控訴理由書第3分冊第4の1から9参照。

## (1) 原判決の判示

原判決は、最高裁平成27年12月16日大法廷判決(民集69巻8号2586頁)の憲法24条2項に関する解釈を概ね引用しながら、「本件諸規定が、同性カップル等の婚姻を認めず、また、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のは、同性カップル等が、自己の性自認及び性的指向に即した生活を送るという重要な人格的利益を、同性カップル等から剥奪するものにほかならないのであるから、本件諸規定及び上述したような立法がされていない状況は、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というべきである。」(41頁5行目乃至12行目)とする一方、「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の構築については、なお、複数の選択肢があるといえ、そのような制度設計については、国会の立法裁量に委ねられているといえる。そうすると、本件諸規定が改廃されず、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するための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。」と判示する(42頁11行目乃至17行目)。

要するに、原判決は、本件諸規定を含めて、法律上同性のカップルが利用することのできる婚姻制度・家族制度が何ら設けられていない状況は憲法24条2項に違反する状態であるが、法律上同性のカップルが利用することのできる婚姻制度・家族制度の構築については、本件諸規定の改廃によって法律上同性のカップルの婚姻を認めるという方法のみならず複数の選択肢があり、その選択は立法裁量に委ねられているから、本件諸規定の改廃という方法によって同制度を構築するということがなされていない状況が憲法24条2項に違反するとは言えないという趣旨であると解される。

原判決による、本件諸規定や同制度の不存在(以下「**本件諸規定等**」という)を憲法24条2項に違反する状態にあるとする判示のうち、本件諸規定等が憲法に適合しないとの認識自体は正当である。

しかしながら、違憲状態の解消方法として複数の選択肢があり、立法裁量に委ねられる部分があるとしても、そのことは端的に本件諸規定等が違憲であると判示することの妨げにはならない(下記(2)ア)。また、立法不存在という法的状態についても違憲状態ではなく違憲という判示は可能である(下記(2)イ)。したがって、本件諸規定等が憲法24条2項に違反する状態にあるとし、端的に憲法24条2項に違反すると判示しなかった点に

において、原判決は誤っている。

以下、理由を述べる。

## (2) 原判決の誤り

### ア 本件諸規定等が違憲であることと、その解消方法や違憲判断後の立法措置は別問題であること

(ア) 原判決が認定するとおり、本件諸規定等によって、同性カップル等は、婚姻によって得られる各種の法律的な利益や事実上の利益、人的結合関係を社会的に公証される利益といった個人の尊厳に関わる重要な人格的利益を一切享受することができない状況にあり、自己の性自認及び性的指向に即した生活を送るという重要な人格的利益を剥奪されており「個人の尊厳」に反するという状態が現に存在するのであるから(原判決37頁17行目乃至41頁12行目参照)、それだけで、本件諸規定等は憲法24条2項に違反すると言い切るには十分である。

本件諸規定等が違憲であるという問題と、そのような違憲状態を解消するために、同性カップル等についてどのような制度を構築するかという問題は別問題であるから、仮に後者につき立法裁量が認められるとしても、それによって前者の憲法適合性が肯定されることにはならない。

したがって、本件諸規定等によってもたらされている重要な人格的利益のはく奪が憲法24条2項の観点から許容できないというのであれば、本件諸規定等は違憲と判示すべきである。原判決は、その解消方法が複数あるかどうかを考慮したうえで、最終的に憲法24条2項に違反するとはいえないと結論付けているが、憲法判断に屋上屋を重ねるものであり、誤っている。

(イ) 下記のとおり、各種裁判例(最高裁判決の少数意見を含む)は、憲法上の権利利益の制約があり、その制約が憲法上許容されないときや、合理的理由のない別異取扱いがあるときには、端的に違憲と判示しており、違憲の判断と違憲の解消方法を区別している。

### ① 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高裁令和4年5月25日判決(民集第76巻4号711頁)

同判決において、法廷意見は、国民審査法は「在外国民について審査権の行使を認める規定を欠いている状態にある」と解した上、「憲法は、選挙権と同様に、国民に対して審査権を行使する機会を平等に保障して」おり、「国民の審査権又はその行使を制限することは原則として許されず、審査権又はその行使を制限するためには、そのような制限をすることがやむを得ないと

認められる事由がなければならないというべき」であり、「このような事由なしに審査権の行使を制限することは、憲法15条1項、79条2項、3項に違反する」と判示する。そして、「在外審査制度を創設することについては、在外国民による国民審査のための期間を十分に確保し難いといった運用上の技術的な困難があることを否定することができない」としながら、「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」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、同3項に違反するとの判断を下している。

すなわち、同判決は、「在外国民の審査権の行使を可能にするための立法措置」をとって違憲状態を解消するためには「在外審査制度の創設に当たり検討すべき課題」があることを認めながら、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にやむを得ない事由はなく違憲であると明確に判示している。

## ② 「性同一性障害者の性別の取扱いの特例に関する法律」(以下「特例法」という)についての最高裁令和5年10月25日決定

同決定は、性同一性障害者の性別の取扱いの変更の審判をすることができる要件の一つである特例法3条1項4号(「生殖腺がないこと又は生殖腺の機能を永続的に欠く状態にあること」)は憲法13条に違反し無効との決定を下した。

同4号要件を違憲無効とすると、性別変更審判を受けた者が変更前の性別の生殖機能により子をもうけることが可能になり、「女である父」「男である母」が存在するという事態が生じうるが、同決定は、このような「親子関係等に関わる問題のうち、法律上の親子関係の成否や戸籍への記載方法等の問題は、法令の解釈、立法措置等により解決を図ることが可能なものである」と述べ、立法上の課題があることを理由に違憲判断を回避することはしなかった。

また、同決定の岡正晶判事の補足意見は、違憲判断に賛同した上で、立法府において、同4号要件を削除するに止めるか、同4号要件の目的を達成するためにより制限的でない新たな要件を設ける等の法改正を行うかは、憲法に適合する範囲内である限り、立法府の合理的裁量に委ねられていると述べている。

岡判事は当然のことを注意的に述べているにすぎないが、同4号要件を違憲無効とした後に、憲法に適合する範囲内で様々な立法措置があり得るのだ

としても、それは同4号要件を違憲無効と判断することの妨げには全くなならないのである。

③ 国籍法事件判決(最高裁平成20年6月4日大法廷判決(民集62巻6号1367頁))における甲斐中辰夫・堀籠幸男反対意見

同事件判決において、多数意見が国籍法3条1項の定める準正要件が過剰な要件を課す点で憲法14条1項に違反するとして日本国籍を有することの確認請求を認めたのに対し、甲斐中辰夫・堀籠幸男反対意見(以下「甲斐中ら反対意見」という)は、国籍法は「どのような要件を満たす場合に国籍を付与するかということを定めた創設的・授権的法律」であり、「非準正子については届出により日本国籍を付与する旨の規定を置いていないのであるから、非準正子の届出による国籍取得との関係では、立法不存在ないし立法不作為の状態が存在するにすぎない」とした上で、「国籍法が、準正子に対し、届出により国籍を付与するとしながら、立法不存在ないし立法不作為により非準正子に対し届出による国籍付与のみちを閉じているという区別(以下「本件区別」という。)は憲法14条1項に違反するとするが、「違憲となるのは、非準正子に届出により国籍を付与するという規定が存在しないという立法不作為の状態」であり、この違憲状態の是正には「立法上複数の合理的な選択肢がある場合、そのどれを選択するかは、国会の権限と責任において決められるべき」と述べ、国会の立法を待たずに日本国籍を付与することはできないとした。

すなわち、甲斐中ら反対意見は、違憲状態を是正する方法は立法府の裁量に委ねられているとしながらも、本件区別は違憲であると明確に述べているのであって、違憲判断と違憲の解消方法を区別している。

④ 本件訴訟と同種訴訟の札幌高裁令和6年3月14日判決(甲A603)

同判決は、婚姻の自由は個人の尊重及びこれに係る重要な法的利益であるから、憲法24条1項は、人と人との間の自由な結びつきとしての定める趣旨を含むものであって、法律上異性間の婚姻のみならず、法律上同性間の婚姻についても、法律上異性間の場合と同じ程度に保障していると解した上で、「同性間で婚姻を認める場合であっても、制度の設計にはいくつかの考え方があり得るところ」であり、検討すべき事項は多く、これらの事項は国会の裁量に委ねられるとしながら、「上記の制度設計についての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、本件諸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。」として、法律上同性間

【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」東京第二次訴訟(東京高裁)控訴審第1回期日(20240926)提出の書面です。

の婚姻を認めていない本件諸規定は憲法24条、14条1項に違反すると明確に判示した。

同判決は、上記判示のとおり、法律上同性間の婚姻を認めていない本件諸規定が違憲であることと、その救済方法を区別して、その救済方法の検討については、国賠法1条1項で考慮すべきであり、本件諸規定が違憲かどうかにおいては考慮すべきではないと判示している。

(ウ) また、違憲の判断と違憲の解消方法を区別すべき旨の見解を述べる研究者の意見もある。

柴田憲司教授は、本件訴訟と同種訴訟の福岡地裁令和5年6月8日判決(甲A456)が「同性カップルに婚姻制度の利用によって得られる利益を一切認めず、自らの選んだ相手と法的に家族になる手段を与えていない本件諸規定はもはや個人の尊厳に立脚すべきものとする憲法24条2項に違反する状態にある」としながら、このような同性愛者らの重大な不利益を解消し、自己決定を尊重する制度の在り方については、複数の選択肢があり、また、様々な考慮が必要であって、立法府における検討に委ねざるを得ないから、法律上同性間の婚姻を認めていない本件諸規定が憲法24条2項に違反するとまでは言えないと判示していることや、東京地裁判決(一次)(甲A322)が、同性愛者がパートナーと家族になるための法制度がないことは憲法24条2項に違反する状態にあるとしつつも、そのような法制度を構築する方法は多様であり、それは立法裁量に委ねられ、本件諸規定が定める現行の法律婚制度に法律上同性間の婚姻を含める方法に限られないから、法律上同性間の婚姻を認めていない本件諸規定は憲法24条2項に違反しないと判示したことについて、「もっとも、この立論によると、およそ立法不作為の事案では違憲判断が出せなくなる」と批判する。そして、同教授は、「立法不作為の解消手段の選択肢の多様性の問題は、国籍法判決の裁判官の個別意見の対立に見られた通り、実体的な合憲・違憲の判断を左右するものではなく、当事者の請求(特に地位確認請求等)の認容・棄却の判断(救済・後始末)に位置する問題であるように思われる。同判決の甲斐中辰夫・堀籠幸男裁判官反対意見は、たしかに立法府に複数の選択肢があるから新立法を持たない限り原告に日本国籍を付与できないとした。しかし同反対意見も、当時の国籍法に立法不作為の瑕疵がある旨の違憲判断は明確に示している。」と述べており(甲A652)、同教授の上記評釈は、控訴人らの上記国籍法事件判決に関する主張と同旨である。

**イ 立法不存在という法的状態についても、違憲状態ではなく違憲との判示**

## は可能であること

原判決は「本件諸規定が、同性カップル等の婚姻を認めず、また、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」ことを憲法適合性判断の対象としており、憲法適合性判断の対象を「本件諸規定」という特定の法律に限らず、上記の内容の法制度が何ら存在しないことをも含めた立法不存在の「状態」が違憲であるという意味で「違憲状態」と判示しているものと解されるが、そうであるとすれば、端的に「違憲」と判示すべきである。

上述した在外日本人国民審査権訴訟も、在外国民の国民審査権について何らの規定もない立法不存在が問題になった事案であるが、同訴訟の最高裁判決も違憲状態ではなく違憲と判示しているし、国籍法事件の甲斐中ら反対意見も、非準正子に届出により国籍を付与するという規定が存在しないという立法不存在の問題ととらえながら、違憲状態ではなく違憲と述べている。

また、石塚荘太郎准教授は、本訴訟と同種訴訟の東京地裁判決(一次)(甲A 3 2 2)が、同性愛者がパートナーと家族になるための法制度がないことは憲法24条2項に違反する状態にあるとしつつも、そのような法制度を構築する方法は多様であり、それは立法裁量に委ねられ、本件諸規定が定める現行の法律婚制度に法律上同性間の婚姻を含める方法に限られないから、法律上同性間の婚姻を認めていない本件諸規定は憲法24条2項に違反しないと判示したことについて、「平等原則違反や立法不作為の事案については、およそ違憲とすることができないという事態になりうる」「ここでの『違憲状態』は『違憲無効ではない』というレベルで違憲確認的に用いられていると考えられるが、少なくとも本件では違憲判断の効力が直接問題となることはないため、違憲といって差し支えなかったはずである」と評釈している(甲A 6 5 3)。

駒村圭吾教授も、本訴訟と同種訴訟の各種判決における「違憲状態」との判示について、「同性婚訴訟は、ある特定の法規定を違憲・無効として排除するケースではなく、同性カップルを組み込む立法措置がなされていないこと(立法の不存在)が問題になるケースである(あるいは規定を特定せず民法の「諸規定」が指し示している方向性の違憲性を問うケース)。つまり、あるべき立法が存在しないことの憲法適合性を争うものであって、特定の規定を違憲・無効とするわけではない。したがって、違憲と判断されれば、あとはそれをどうにかするための新たな立法措置が求められるだけなので、違憲「状態」という《みねうち》的な表現で執行猶予にする必要はない。」と述べている(甲A 6 5 4・「同性婚訴訟の次のステージへ」185頁1段目)。

### (3) 小括

よって、原判決は、本件諸規定等が憲法24条2項に違反する状態にあるとし、端的に憲法24条2項に違反すると判示しなかった点において、誤っている。

ところで、原判決の本件諸規定等は憲法24条2項に違反する状態にあるとする判示は、直接的には、控訴人らの「憲法上の従たる主張2」に対応するものではある。しかし、控訴人らの「憲法上の従たる主張1」も、本件諸規定だけでなく、法律上同性のカップルに婚姻制度の利用を保障する立法の不存在をも憲法適合性判断の対象としているため、違憲判断とその解消方法が問題となるところ、かかる立法不存在が憲法上許容されないのであれば、これまで述べてきたことと同様の理由により、違憲状態ではなく、端的に違憲と判示すべきである。

## 4 憲法24条2項違反と憲法14条1項違反との関係

さらに、原判決は、「本件諸規定が、同性カップル等の婚姻を認めず、また、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」ことは「憲法24条2項に違反する状態にある」と判断したが(同41頁5～12行目)、憲法14条1項については判断しなかった。

しかし、原判決自身が、「同性カップル等は…法律上同性の相手と婚姻できないだけでなく、その相手と法的に家族を形成・維持し、それに伴う法的効果を享受できない(以下、かかる区別を「本件区別取扱い」という。)(10頁13～20行目)と定義しているとおおり、憲法14条1項適合性審査の対象となる別異取扱い(原判決の表現によれば「本件区別取扱い」)には、「異性カップルと全く同一の婚姻に係る法制度」が法律上同性のカップルに与えられていないことにとどまらず、「法的に家族を形成・維持し、それに伴う法的効果を享受できない」ことも含まれる。そして、そのような別異取扱いに合理的な理由がないことは、これまで述べたとおりである。よって、法律上同性のカップルに対し、現行の法律婚制度を含む婚姻制度やその他の家族制度の利用を全く認めていないという別異取扱いは、憲法14条1項にも違反する。再婚禁止期間違憲判決(最大判平成27年12月16日・民集69巻8号2427頁(甲A217))も、憲法14条1項違反と憲法24条2項違反を同時に認定している。

したがって、原判決は、憲法24条2項だけでなく、憲法14条1項にも違反すると判断を示すべきであった。

【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」東京第二次訴訟(東京高裁)控訴審第1回期日(20240926)提出の書面です。

以 上