

【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4分冊】

2024(令和6)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

弁護士 寺原真希子

ほか

控訴人らの控訴理由は以下のとおりである。本書面では、国家賠償法1条1項の適用について述べる。

【有償配布 や Web(ホームページ, ブログ, facebook 等)へのアップロード・転載はお止めください】
【リンクはご自由にお貼りください】
「結婚の自由をすべての人に」東京第二次訴訟(東京高裁)控訴審第1回期日(20240926)提出の書面です。

目次

第6	国家賠償法に基づく損害賠償請求について	3
1	原判決の誤り	3
2	立法不作為の違法性判断基準	4
3	本件立法不作為の違法性	5
(1)	結論	5
(2)	重要な事実関係	5
(3)	④違憲の明白性	10
(4)	⑤長期間の懈怠	14
(4)	小括	18
4	損害の有無及び額	18
5	補論 ― 憲法24条2項に違反する状態であるとの判断をしている以上、国家賠償法1条1項の適用について検討すべきこと	19

第6 国家賠償法に基づく損害賠償請求について

1 原判決の誤り

原判決は、本件に関し、国家賠償法上の違法性を基礎づける憲法違反が存在しないという理解を前提に、「本件諸規定を改廃していないことについて、被告に国家賠償法1条1項の違法があるということはできない」として、控訴人らの国家賠償法1条1項に基づく損害賠償の請求を棄却した(43頁13行目～14行目)。

しかし、控訴理由書第1分冊、同第2分冊及び同第3分冊で述べた憲法違反(すなわち、憲法違反に関する主たる主張、従たる主張1及び従たる主張2をいう)(以下「**本件憲法違反**」という。)が存在することはこれまで述べたとおりである。さらに、以下、本書面において述べるとおり、その他の要件も満たされるのであるから、原審は、国家賠償法1条1項に基づき、被控訴人に対し損害の賠償を命じる判決を下さなければならなかった。その意味で原判決には看過できない誤りが存在する。

また、原判決は、「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」(41頁9行目～12行目)と判示し、本件諸規定及び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・家族制度に関する立法の不存在が憲法24条2項に違反している状態であることを認めたにもかかわらず、当該状態に関し、国家賠償法1条1項の適用について検討を行わなかった。憲法24条2項に違反する状態であるとの判断の前提として、原判決は、「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ず」、「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」ないと判断しているが(41頁5行目～11行目)、最高裁判例に照らせば、そのような判断をする以上、国家賠償法1条1項の適用について検討が求められる。この点の

【有償配布 や Web(ホームページ, ブログ, facebook 等)へのアップロード・転載はお止めください】
【リンクはご自由にお貼りください】
「結婚の自由をすべての人に」東京第二次訴訟(東京高裁)控訴審第1回期日(20240926)提出の書面です。

検討を怠った点でも、原判決には看過できない誤りが存在する。

以下では、まず、下記2において、立法不作為の国家賠償法上の違法性の判断基準について述べた後、下記3及び4において、本件に関し、国会議員が本件諸規定の改廃をはじめとして本件憲法違反を是正するために必要な立法行為を行っておらず（以下「**本件立法不作為**」という。）、そのような状態が正当な理由なく長期間継続していることについて国家賠償法1条1項の適用上、違法の評価を受け、同法に基づき被控訴人に対し損害の賠償が命じられなければならないことを述べる。その後、下記5で、憲法24条2項に違反する状態であるとの判断をしている以上、国家賠償法1条1項の適用について検討すべきことを述べる。

2 立法不作為の違法性判断基準

国会議員がどのような立法を行い、又は立法を行わないかは、原則として国会議員の裁量に委ねられるべきことであり、特定の立法内容又は立法の不存在が違憲であったとしても、国会議員の立法過程における行動が、国家賠償法1条1項の適用上、ただちに違法の評価を受けるものではない。

しかし、例外的に④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、⑤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においては、国会議員の立法過程における行動が職務上の法的義務に違反したものとして、立法不作為は違法の評価を受けることになる（最大判令和4年5月25日民集76巻4号711頁、最大判平成17年9月14日民集59巻7号2087頁など）。

すなわち、④違憲の明白性と⑤長期間の懈怠がある場合には、立法不作為は国家賠償法1条1項の適用上、違法の評価を受ける。

なお、④違憲の明白性に関し、「法律の規定が・・・」と記載しているが、在外日本人国民審査権確認等訴訟に係る最大判令和4年5月25日・民集7

【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。

6 卷 4 号 7 1 1 頁が「国民に憲法上保障されている権利行使の機会を確保するための立法措置をとることが必要不可欠であり、それ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これを怠るときは、上記の例外的な場合に当たる」と述べていることを踏まえれば、法律の規定による場合だけでなく、立法の不存在により憲法上保障され又は保護されている権利利益が合理的な理由なく制約される場合も、上記④に含まれる。

3 本件立法不作為の違法性

(1) 結論

原審原告ら第36準備書面でも述べたとおり、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。そうだとすれば、これらの時点においては、本件憲法違反が存在することは立法府にとって明白となっていたところ（④の要件）、これら各時点から、現在まで、何らの正当な理由なくして長期間の時が経過し（⑤の要件）、本件立法不作為が放置されてきたといえるため、現時点においては、本件立法不作為は国家賠償法1条1項の適用上、違法の評価を受けるというべきである。

(2) 重要な事実関係

④及び⑤の要件を検討するにあたり、重要な事実関係は以下のとおりである。なお、以下では、原審原告ら第36準備書面50頁以下に掲げた重要な事実をベースに適宜必要な補充をしている。また、特に国を指定しない場合は日本での出来事を指す。

- ① 1997年9月16日に、東京高等裁判所が「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」と判断した（甲A57）（府中青年の家事件）。

【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。

- ② 2000年に、オランダで同性間の婚姻を可能とするために民法が改正された(甲A103・66頁、68頁)。
- ③ 2000年に「人権教育及び人権啓発の推進に関する法律」が成立し、2002年3月に同法に基づいて「人権教育・啓発に関する基本計画」が閣議決定され、「同性愛者への差別といった性的指向に係る問題」について「その解決に資する施策の検討を行う」と明記された(甲A590・人権教育・啓発に関する基本計画)。
- ④ 東京都人権施策推進指針(2000年)に、「同性愛者をめぐるさまざまな問題」が人権問題として記載されたのをはじめ(甲A86・8頁)、各地の自治体で、性的少数者、性的指向、性自認等に言及する条例・計画・指針等が作られていった(甲A87・23頁)。
- ⑤ 2006年11月に、「すべての者は、性的指向または性別自認にもとづいて差別されることなく、すべての人権を享有する権利を有する(原則2)」 「すべての者は、性的指向または性別自認にかかわらず、家族を形成する権利を有する(原則24)」などとするジョグジャカルタ原則が採択された(甲A49、甲A50)。これは、1981年のヨーロッパ人権裁判所のダジャン対イギリス事件判決以降、国際人権法上(日本も締約国である自由権規約を含む)、性的指向及び性自認に基づく差別が許されないとの判例や解釈が積み重ねられたことを踏まえたものである(控訴理由書第1分冊別紙1の3参照)。
- ⑥ 2008年に、日本を含む11の国と地域、国連人権高等弁務官と2つの国際NGOによって国連LGBTIコアグループ(UNITED NATIONS LGBTI Core Group)が結成された(甲A278の1、同2)。
- ⑦ 2008年5月、日本に対する第1回目の普遍定期審査において、日本は、「性的指向に基づくあらゆる人権侵害は看過できない」と発言した(甲A271の1、同2・11頁)。

【有償配布 や Web(ホームページ, ブログ, facebook 等)へのアップロード・転載はお止めください】

【リンクはご自由にお貼りください】

「結婚の自由をすべての人に」東京第二次訴訟(東京高裁)控訴審第1回期日(20240926)提出の書面です。

- ⑧ 2008年12月に、第63回国連総会が開かれ、「性的指向および性自認に関する宣言」(U N d e c l a r a t i o n o n s e x u a l o r i e n t a t i o n a n d g e n d e r i d e n t i t y)と題する66か国の共同声明が提出され、採択された(甲A279の1、同2)。日本は同声明の原案提出国の一つとして名前を連ねた。
- ⑨ 2011年6月に国連の第17回人権理事会が開かれ、「人権、性的指向および性自認」と題する決議(A/HRC/RES/17/19)が採択され、日本は賛成票を投じた(甲A39の1、同2)。
- ⑩ 2015年6月、アメリカ連邦最高裁判所が、婚姻の自由を憲法上の基本的権利であるとして、同性間の婚姻を禁ずる州法等は合衆国憲法に違反する旨の判決を下した(甲A107、甲A108・219頁から256頁)。
- ⑪ 2015年11月に、東京都渋谷区及び世田谷区において法律上同性のカップルを婚姻と同様の関係と認めるパートナーシップ制度が開始された(甲A95、甲A96、甲A87・126頁)。
- ⑫ 2017年5月、台湾大法官は、同性カップルに婚姻を認めない民法の規定が憲法に違反する旨の解釈を示した(甲A103・73頁～74頁、甲A109の1、同2)。
- ⑬ 2017年7月、ドイツにおいて「同性の人のために婚姻締結の権利を導入する法律」が成立し、同年10月1日から施行された(甲A577・79頁)。これにより、G7構成国のうち、いわゆる同性婚も婚姻と同等の登録パートナーシップ制度もない国は、日本のみとなった(甲A572)。
- ⑭ 2017年9月、日本学術会議¹が「個人の利益を否定するに足りる強

¹ 日本学術会議は、「わが国の科学者の内外に対する代表機関として、科学の向上発達を図り、行政、産業及び国民生活に科学を反映浸透させることを目的と」するものであり、政府に対して勧告の権限を有する(日本学術会議法2条及び5条)。

【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。

力な国家的ないし社会的利益が存在しない限り、個人の婚姻の自由を制約することは許されない」として「婚姻の性中立化は必須である」とする提言を発表した(甲A121・11頁)。

⑮ 2017年11月に、国連人権理事会が開かれ、第3回普遍的定期審査では、スイスとカナダの2か国が日本に対し、国レベルで法律上同性のカップルの婚姻を承認することを明示的に勧告した(甲A276の1、同2・13頁、14頁、20頁など)。

⑯ 2018年7月には、全国の20の指定都市の市長による指定都市市長会が、「国は(略)パートナーシップ制度を含めた性的少数者への理解促進や自治体の取組を促進するような支援を行うことが必要」などとする、国に対する「性的少数者に係る窓口の一元化及びパートナーシップ制度の取組の強化に関する指定都市市長会要請」を全会一致で採択し、内閣府に同要請を提出した(甲A97、甲A98)。

⑰ 2018年10月に東京都が自身の里親の認定基準を見直したことにより、児童相談所がある69の自治体のすべてにおいて、法律上同性のカップルも養育里親としての認定を受けられることとなった(甲A324、甲A327)。

⑱ 2019年2月に、法律上同性のカップルらが、法律上同性のカップルの婚姻を認めない現行法は憲法に違反するとして、札幌地方裁判所、東京地方裁判所、名古屋地方裁判所及び大阪地方裁判所にそれぞれ本訴訟関連訴訟を提起した。また、同年9月に、福岡地方裁判所で追加提訴がなされた。

⑲ 2019年6月に、立憲民主党、共産党及び社民党の野党3党が、法律上同性のカップルの婚姻を可能とするために必要な法整備を行い婚姻の平等を実現するための民法改正案を立法府に提出した(甲A84)。

⑳ 2021年3月に、本訴訟の関連訴訟の一つについて、札幌地方裁判所が法律上同性間の婚姻を認めない民法及び戸籍法の諸規定は憲法14条

【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。

1 項に違反する旨の判断を行った(甲 A 1 7 1)。また、同月、本訴訟が提起された。2022年11月、2023年5月、同年6月には、本訴訟関連訴訟に関し、東京地方裁判所、名古屋地方裁判所、福岡地方裁判所の判決がそれぞれ下され、法律上同性のカップルが利用可能な婚姻制度も家族となる制度もない状況は、憲法24条2項や憲法14条1項に違反する、あるいは、違反する状態であるとの判断が示された(甲 A 3 2 2、甲 A 4 5 6、甲 A 4 5 7)。

21 2022年11月に、自由権規約委員会の第7回審査の総括所見において、自由権規約委員会が日本に対し、法律上同性のカップルの法律婚へのアクセスを認めるための措置を講じることを明示的に勧告した(甲 A 4 2 7・3頁、甲 A 4 2 8・4頁)。2023年1月から2月の第4回普遍的定期審査では、アメリカ、メキシコ、カナダ、デンマーク、アイスランドの5か国が法律上同性のカップルの婚姻を承認することを明示的に勧告し、アルゼンチン、オーストリア、アイルランド、ニュージーランドの4か国が婚姻類似の制度の導入を勧告した(甲 A 4 2 9、甲 A 4 3 0)。

22 2023年5月に、日本が議長国を務めるG7広島サミットが開催され、同20日に、「あらゆる人々が性自認、性表現あるいは性的指向に関係なく、暴力や差別を受けることなく生き生きとした人生を享受することができる社会を実現する」旨が記載されたG7広島首脳コミュニケが採択された(甲 A 4 8 6・42項)。

23 2023年6月に、いわゆるLGBT理解増進法が成立し、人の性の多様性と性的指向・性自認による人権の否定や差別が許されないという普遍的認識が、わが国の法秩序の基本を構成することが確認された(同3条)(甲 A 5 3 5)。

24 2024年3月26日には、最高裁判所が「犯罪被害者と同性の者は、犯給法5条1項1号括弧書きにいう『婚姻の届出をしていないが、事実

【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。

上婚姻関係と同様の事情にあった者』に該当し得る」との判断を示した
(最判令和6年3月26日〔掲載巻未定〕(甲A639))。

25 2024年4月1日時点で、条例や要綱などでパートナーシップ制度を導入済みの自治体数は少なくとも456自治体となり、これにより人口比率で約85%相当の人々が居住する自治体においてパートナーシップ制度が導入された(甲A615)。また、同日時点でパートナーシップ制度を導入している456自治体のうち47%にあたる216自治体がファミリーシップ制度を導入済みとなった(甲A620)。

(3) ④違憲の明白性

ア 違憲の「明白」性とは

違憲の「明白」性は、立法行為を行う国会にとって明白か否かが問題にされるべきであり、違憲とされる憲法上の権利の性質や当該法律の規定によるその侵害の内容・程度に加え、立法事実の変化等を判断要素として、立法状態の違憲性が明白であるといえるかを判断することになる(再婚禁止期間違憲判決に係る調査官解説・加本牧子『最高裁判所判例解説民事篇平成27年度(下)』(甲A192・696頁)。また、在外日本人国民審査権確認等訴訟判決にかかる調査官解説(『法曹時報』第76巻1号317頁〔大竹敬人〕)は、明白性を基礎付ける事情として、国会における質疑及び立法の動向や最高裁判決等が重視されると指摘する(甲A655・364頁)。

イ 本件において明白性が認められる時点

(ア) 2008年

1997年の府中青年の家東京高裁判決に始まり(上記(2)①)、2008年12月の「性的指向および性自認に関する宣言(上記(2)⑧)」に至るまでの出来事が示すように、2008年までに、国内的にも国際的にも多様

【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。

な性的指向及び性自認の尊重、それに関わる制約や差別が許されないとの規範が共有され、かつ、日本もそのような規範を認識していることを前提としていくつかの行動をとった。これらは当然国会が知りうる事項であり、国会は、遅くとも2008年までに、国内法上も、国際法上も、性的指向及び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明確に認識していた。

そして、人と人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もうとする関係を基礎に人的な結びつきを形成することは、人生に充実をもたらす。それに加え、この社会においては、婚姻制度は社会のインフラストラクチャーであり、婚姻制度を利用することができないことは、この社会を生きるうえで個々人の人格的生存を脅かす。すなわち、憲法は、個人が自律的な生を全うするには婚姻制度を必要不可欠なものとして捉えているものである。

そして、法律上同性のカップルは法律上異性のカップルとその性質において異なるところはなく、劣るところもない以上、国会にとって、性的指向・性自認など性の在り方が多様で、国内法上も、国際法上も、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が認識できれば、憲法13条の「個人の尊厳」及び憲法14条1項の「法の下での平等」の趣旨も相まって、法律上同性のカップルが現行の法律婚制度から排除されていることなど本件憲法違反が存在することを当然に認識できる。すなわち、憲法自身が、個人が自律的な生を全うするには婚姻制度が必要不可欠であると捉えており、実際に2000年には法律上同性のカップルの婚姻を認める国が登場し(上記(2)②)、同年までに5か国が同制度を導入していたこと(甲A447)、登録パートナーシップ制度などを導入する国も少なくとも11か国に上っていたこと(甲A103、甲A570、甲

【有償配布 や Web(ホームページ, ブログ, facebook 等)へのアップロード・転載はお止めください】

【リンクはご自由にお貼りください】

「結婚の自由をすべての人に」東京第二次訴訟(東京高裁)控訴審第1回期日(20240926)提出の書面です。

A 5 7 1、甲 A 5 7 2) などをも併せ考えれば、遅くとも 2 0 0 8 年には、国会にとって、本件憲法違反は明白であったというべきである。

(イ) 2 0 1 9 年 6 月

その後、社会はさらに変化・進展の一途をたどった。2 0 1 5 年 6 月、アメリカ連邦最高裁判所が同性間の婚姻を禁ずる州法等は合衆国憲法に違反する旨の判決を下し(上記(2)⑩)、2 0 1 7 年 5 月、台湾においても、同性カップルに婚姻を認めない民法の規定が憲法に違反する旨の解釈が示された(上記(2)⑫)。2 0 1 7 年 1 0 月、ドイツにおいて同性カップルも婚姻できるようになり、G 7 構成国のうち、法律上同性のカップルに対し婚姻も婚姻と同等の登録パートナーシップ制度も認めない国は、日本のみとなった(上記(2)⑬)。2 0 1 7 年 1 1 月の第 3 回普遍的定期審査では、スイスとカナダの 2 か国が日本に対し、国レベルで法律上同性のカップルの婚姻を承認することを明示的に勧告した(上記(2)⑮)。

日本国内においても、2 0 1 5 年に渋谷区・世田谷区において法律上同性のカップルのパートナーシップ制度が開始され(上記(2)⑪)、同様の制度の導入は全国の地方自治体にも波及していった。日本学術会議や全国の 2 0 の指定都市の市長による指定都市市長会などからも、法律上同性のカップルのパートナーシップを公的に保障する必要性が国内社会において表明された(上記(2)⑭、⑯)。2 0 1 8 年 1 0 月には、東京都が自身の里親の認定基準を見直したことにより、児童相談所がある 6 9 の自治体のすべてにおいて、法律上同性のカップルも養育里親としての認定を受けられることとなった(上記(2)⑰)。さらに、2 0 1 9 年 2 月には本訴訟関連訴訟が提起された(上記(2)⑱)。国会においても、2 0 1 9 年 2 月 1 4 日に野党議員から、法律上同性のカップルに対して婚姻を認めるよう質問された

【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。

(ただし、政府の答弁は「想定されていない」との回答に終始し、不誠実なものであった)(甲A83)。同年6月には法律上同性のカップルの婚姻を可能とするための民法の改正法案が野党から国会に提出された(上記(2)⑱)。このように、社会ではますます、法律上同性のカップルに婚姻を認める必要性が明確になった。

以上のような状況を踏まえれば、野党から法律上同性のカップルの婚姻を可能とするための民法の改正法案が提出された時点、すなわち2019年6月の時点でも、国会にとって、本件憲法違反が存在することが明白であった。

(ウ) 2023年6月

さらに時は進み、2021年3月には、札幌地方裁判所という司法府の一角が、民法及び戸籍法の婚姻に関する諸規定について憲法14条に違反する旨の判断を示し、民法及び戸籍法の婚姻に関する諸規定が違憲であるとの評価が下された。2022年11月、2023年5月、同年6月には、東京地方裁判所、名古屋地方裁判所、福岡地方裁判所でも判決が下され、法律上同性のカップルが利用可能な婚姻制度も家族となる制度もない状況は、憲法24条2項や憲法14条1項に違反ないしは違反する状態であるとの判断が示された(上記(2)⑳)。

2022年11月、日本も批准する自由権規約に基づき、日本は、自由権規約委員会から、法律上同性のカップルの法律婚へのアクセスを認めるよう明示的に勧告され、国外からも、明確に法律上同性のカップルに法律婚を認めていない点について、自由権規約に違反する旨を指摘された。2023年1月から2月の第4回普遍的定期審査においても、法律上同性のカップルの婚姻を承認すること等について勧告を受けている(上記(2)㉑)。

【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。

2023年5月のG7広島サミットでは「あらゆる人々が性自認、性表現あるいは性的指向に関係なく、暴力や差別を受けることなく生き生きとした人生を享受することができる社会を実現する」旨の記載がなされたG7広島首脳コミュニケが採択された(上記(2)22)。同年6月にはいわゆるLGBT理解増進法が制定され、国権の最高機関たる立法府(憲法41条)自身の手によって、日本の法体系上、性的指向やジェンダーアイデンティティに基づく差別が許されないこと、何よりも、性的少数者がかけがえのない個人として尊重されることが、より明確された(上記(2)23)²。その後も、法律上同性のカップルを保護する司法判断が示され、法律上同性のカップルを家族として保護するための地方自治体の政策の推進も拡大する一方である(上記(2)24、25)。

これらの事情を踏まえると、国会にとって、どんなに遅くとも、いわゆるLGBT理解増進法が制定された2023年6月には、法律上同性のカップルの婚姻を認めることの必要性が明確に認識されたといえ、すなわち、2023年6月には本件諸規定が憲法に違反すること等の本件憲法違反が存在することが明白になった。

(ウ) 小括

以上より、遅くとも国会は2008年、2019年6月、または、2023年6月の各時点において、本件憲法違反が存在することは立法府によって明白となっていたというべきである(㊤の要件)。

(4) ㊤長期間の懈怠

² もっとも、だからといって法律上同性のカップルの婚姻を可能とする法改正が立法府の手において自力で行われることが期待できないことは、別途原審原告ら第31準備書面などで論じたとおりである。

ア 長期間の懈怠とは

憲法41条が「国権の最高機関であつて、唯一の立法機関」と規定するように、国会は国権の最高機関として立法に関する裁量を有する。そのため、特定の法律の内容あるいは立法の不存在が憲法に違反する場合でも、直ちに国家賠償法上違法の評価を受けない。さりとて、日本の最高法規は憲法であり（憲法98条1項）、国会もまた憲法に縛られるのであり、そのような違憲の法律や立法の不存在により憲法上保障され、保護される権利利益が制約されているという状態をいつまでも放置することは、憲法13条、憲法97条に照らして許されない。そのため、国会に立法に関する裁量があるとはいえ、国会がそのような違憲状態を何ら正当な理由なく、当該違憲状態を是正するために必要とされる合理的な期間を超えて放置しているという場合には、国会が有する立法に関する裁量も逸脱濫用であると解されることになり、国家賠償法1条1項の適用上、違法の評価を帯びる。国会議員の立法行為が国家賠償法上違法と評価されるための要件として、判例が㊦長期間の懈怠を挙げているのは、このような趣旨であると解すべきである。

そうだとすれば、判例が掲げる㊦長期間の懈怠という要件は、国会が違憲状態を何らの正当な理由なくして、当該違憲状態を是正するために合理的な期間を超えて放置している場合をいうべきであつて、文字通り、「長」期間の懈怠が要求されるわけではない。㊦長期間の懈怠という要件に関し、概ね10年間などと理解する意見も仄聞するところであるが、期間の長短は、一概に論じられるものではない。法改正をすることが容易か否か、法改正を困難にするような事情が存在したのか、どれだけ建設的かつ実質的な議論を続けてきたか等の要素も踏まえ、何らの正当な理由なくして、当該違憲状態を是正するために必要な合理的な期間を超えて違憲状態を放置していると評価されるのであれば、それがたとえ1年という期間であっても「長期間の懈怠」と評価されるべきである。

イ 本件

(ア) 2008年

上記で述べたように、2008年において本件諸規定が違憲であるなど本件憲法違反の存在が明白になった。そうすると、今日に至るまで、もはや十数年が経過しているところ、本件憲法違反を是正するために必要な措置を講じることは、不可能でもなければ、それを著しく困難にさせる事情も本件では存在しない(㊸要件の充足)。

それにもかかわらず、国会は、これまでかかる法改正について真摯に検討せず³、この問題を放置し続けた。よって、2008年に明白である以上、少なくとも今日時点においては本件立法不作為が国家賠償法1条1項の適用上、違法の評価を受けることは明らかである。

(イ) 2019年6月

仮に、2008年の時点で違憲の明白性がいえずとも、上記のとおり、2019年6月時点では、すでに本件憲法違反が国会にとって明白になっていた。そうだとすれば、その時点から起算しても、現時点ですでに5年を経過している。

しかしながら、国会では、2019年時点で野党議員から法律上同性のカップルに婚姻を認めることの質疑がなされたり、法律上同性のカップルに婚姻を認める民法の改正案が提出されるも、今日に至るまで、実質的な議論は何一つなされなかった。むしろ政府与党の不誠実な対応がなされ、実質的な議論を拒んでいるとさえ言いうる。政府与党は「慎重な検討が必要である」と答弁するのみで、国会で野党から法案が提出されても、その審議にすら入ろうとしないのである。

³ この点は、訴状第8の2(1)ウ(ウ)[93頁から95頁]、原審原告ら第6準備書面第4の2[16頁～43頁]、原審原告ら第30準備書面第5[14頁から18頁]、原審原告ら第31準備書面も参照。

【有償配布 や Web(ホームページ, ブログ, facebook 等)へのアップロード・転載はお止めください】

【リンクはご自由にお貼りください】

「結婚の自由をすべての人に」東京第二次訴訟(東京高裁)控訴審第1回期日(20240926)提出の書面です。

国会議員も憲法尊重擁護義務を負う(憲法99条)。本件憲法違反の是正に向けた建設的かつ実質的な議論を行うことによって5年間を費やしてしまったという場合であればいざ知らず、政府与党が国会での議論や審議を拒み続けた結果、何の進展もないまま5年間が経過しているのである。本件では、本件憲法違反を是正するために必要な措置を講じる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は何ら存在しない。それにもかかわらず、政府与党はあえて国会での議論や審議を拒んでいるのであって、政府与党の姿勢は何ら正当性を見出しがたい。たとえ5年であっても、国会が違憲状態を何らの正当な理由なくして、当該違憲状態を是正するために合理的な期間を超えて放置していると評価するに十分である。

したがって、2019年6月に本件憲法違反の存在が明白となった時点から「長期間の懈怠」があると評価でき、本件立法不作為は、国家賠償法上、違法と評価される。

(ウ) 2023年6月

2023年6月に本件憲法違反が明白になったととらえた場合、本控訴理由書提出日現在、1年足らずしか経過していない。しかしながら、法律上同性カップルの婚姻について国会ではじめて正面から問われたのは2015年2月であって(甲A234)、2023年6月のはるか以前から、本件憲法違反の可能性は国会において提示されていた。たとえ本件憲法違反が明白になったと評価できる時期が2023年6月となるとしても、国会はその可能性自体についてその数年前から気づくことができた。また、本件憲法違反により制約されているのは、憲法上保障される婚姻の自由、「自己の性自認及び性的指向に即した生活を送るという」、「重要な人格的利益に根差したかけがえない権利」(原判決38頁)といった、個人の尊厳にかかわる極めて重要な権利利益である。そうである以上、本件憲法違反が明白になった時点から、可及的速やかに、本件憲法違反を是正するための措置を講じるための法案が

【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。

国会に提出され、当該法案について建設的かつ実質的な審議がなされるなどの措置がとられなければならない。しかし、実際には、法律上同性のカップルの婚姻を認めるために民法の一部を改正する法律案が、野党から、2023年3月に提出されたものの(立憲民主党・社民党案(甲A523)、日本共産党案(甲A524))、政府・自由民主党がいわゆる「同性婚」の導入には反対の方針を取っているため(甲A542[3頁])、本控訴理由書提出日現在、いずれについても審議にすら入っていないという状況である。

そうだとすれば、違憲性が明白になってから、1年程度の期間であっても、今日時点において、国会が違憲状態を何らの正当な理由なくして、当該違憲状態を是正するために合理的な期間を超えて放置していると評価するに十分である。

よって、2023年6月に違憲性が明白であると考えたとしても、「長期間の懈怠」があると評価でき、本件立法不作為は、国家賠償法上、違法と評価される。

(4) 小括

以上のとおり、遅くとも2008年、2019年6月、2023年6月の時点において、国会にとって本件憲法違反は明白になっており、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評価できることから、今日時点において、本件立法不作為は、国家賠償法1条1項の適用上、違法の評価を受けるべきである。

4 損害の有無及び額

そして、訴状や原審原告ら第36準備書面などでも述べたとおり、被控訴人の本件立法不作為により、控訴人らは憲法上保障される婚姻の自由、「自己の性自認及び性的指向に即した生活を送るという」、「重要な人格的利益に根

【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。

差したかけがえのない権利」(原判決38頁)や、法的に家族を形成し、公証される利益といった、憲法上保障され、保護される権利・利益を侵害され、婚姻や法的に家族になることに対して与えられる社会的承認に伴う心理的・社会的利益、それらに伴う法的及び経済的な権利、利益並びに事実上の利益を受けることができなかった。そればかりでなく、控訴人らはパートナーと婚姻することも、家族となることもできなかったことにより、パートナーとの関係に対してそれがあたかも「社会が承認しない関係性」であるかのようなスティグマを与えられ、その尊厳を深刻に傷つけられた。

これら、控訴人らが受けた精神的苦痛を金銭に評価すれば、控訴人らそれぞれについて少なくとも100万円は下らない。

よって、被控訴人に対し、国家賠償法1条1項に基づき、控訴人らそれぞれにつき金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民法所定の年5分の割合による遅延損害金の支払いを命じる旨の判決が下されなければならない。

5 補論 — 憲法24条2項に違反する状態であるとの判断をしている以上、国家賠償法1条1項の適用について検討すべきこと

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」と述べたうえで、「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」が憲法24条2項に違反する状態であると判示した一方で、そのような状態について、国家賠償法1条1項の適用上、違法と評価されるかどうかを判断しなかった(41頁、43頁)。

しかし、最高裁判例によれば、国会議員の立法不作為が国家賠償法1条1

項の適用上、違法と評価されるための要件のうち、憲法違反に係る要件は、
「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」ことである（最大判平成17年9月14日・民集59巻7号2087頁など）。なお、「法律の規定が・・・」とあるが、立法の不存在により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される場合も含むことは、前述のとおりである（在外日本人国民審査権確認等訴訟に係る最大判令和4年5月25日・民集76巻4号711頁参照）。

この点、原判決は、「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」との理由から、「本件諸規定」及び「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」と認定しており（同41頁5行目から11行目）、憲法上保障され又は保護されている権利利益が合理的なく制約されていることを認めている。

よって、原判決が憲法24条2項に違反する状態と認定した権利利益の制約に関し、国家賠償法1条1項適用上の違法性が検討されなければならない。原判決はその検討を怠ったという点で、最高裁判例に反しており、許されない。

以 上