

【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2回期日(20250128)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

控訴審第4準備書面 —控訴答弁書第3について—

令和7(2025)年1月9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2回期日(20250128)提出の書面です。

目次

第1 本書面の目的	3
第2 控訴人らが主張する憲法違反に関する主張について	3
1 主たる主張、従たる主張1、従たる主張2の内容について	3
2 国会（議員）が執るべき立法措置の内容について	5
(1) 主たる主張	6
(2) 従たる主張1	8
(3) 従たる主張2	12
3 国会（議員）の立法義務について	16
(1) その位置づけについて	16
(2) 立法義務の具体的特定について	19
4 憲法問題の中心的論点＝人権条項の違反であること	19

【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2回期日(20250128)提出の書面です。

第1 本書面の目的

控訴人らは、控訴理由書第1分冊から第3分冊において、憲法違反に関し、主たる主張、従たる主張1、従たる主張2をその内容、相互の関係も含めて明確に整理して主張した。しかし、被控訴人は、控訴人らの憲法上の主張を素直にそのまま理解しようとはせず、控訴答弁書第3〔9頁から15頁〕において、控訴人らの憲法違反に関する主張の内容を我田引水に整理し、控訴人らの意図とは異なる内容を控訴人らの憲法違反に関する主張だと主張するなどしている。そこで、本書面では、控訴人らの憲法違反に関する主張を再度整理し、被控訴人の主張の誤りを正すこととする。

控訴答弁書における被控訴人のその他の主張に対する反論等については、控訴人ら控訴審第5準備書面、第6準備書面を参照されたい。

第2 控訴人らが主張する憲法違反に関する主張について

1 主たる主張、従たる主張1、従たる主張2の内容について

大前提となる控訴人らの憲法違反に関する主張の内容は控訴理由書第1分冊で既に述べたが、再掲すれば以下のとおりである。

主たる主張	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、その親密関係を婚姻として保護する制度、すなわち、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 ¹ の利用を保障しているのであるから、本件諸規定は、
-------	--

¹ 「**婚姻制度**」とは、婚姻当事者（配偶者）間の関係だけでなく、親子関係、親族、相続その他の家族に係る制度も含む制度をいう。「**現行の法律婚制度**」とは、婚姻制度の中でも、本件諸規定に基づくものをいう（控訴理由書第1分冊6頁脚注5参照）。

【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2回期日(20250128)提出の書面です。

	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 ² 。
従たる主張 1	仮に、憲法 24 条 1 項、同 2 項及び憲法 14 条 1 項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保障しているとは言えないとしても、上記憲法の各条項は法律上同性のカップルに対し婚姻制度の利用を保障しているのであるから、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上記各憲法の条項に違反する ³ 。
従たる主張 2	万が一、憲法 24 条 1 項、同 2 項及び憲法 14 条 1 項が法律上同性のカップルに対し婚姻制度の利用までは保障しているとは言えないとしても、上記憲法の各条項は法律上同性のカップルに対し家族制度の利用を保障しているのであるから、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何ら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上記各憲法の条項に違反する ⁴ 。

上記の記載や控訴理由書における記載の分量などからもすでに明らかであるが、憲法違反に関し控訴人らが第一に認められるべきだと考え、相当の熱量を以って主張するのは、主たる主張である。控訴人らは、主たる主張は十二分に主張・立証されていると考えるが、仮に、主たる主張が認められない場合に備えて従たる主張 1 を、万が一、主たる主張も従たる主張 1 も認めら

² 控訴理由書第 1 分冊第 1 の 1 [6 頁]。

³ 控訴理由書第 1 分冊第 1 の 1 [6 頁から 7 頁]、同第 3 分冊第 5 の 1 [30 頁]。

⁴ 控訴理由書第 1 分冊第 1 の 1 [6 頁から 7 頁]、同第 3 分冊第 5 の 1 [30 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2回期日(20250128)提出の書面です。

れない場合に備えて従たる主張2を主張している。

相互の関係を主張が認められるべき条件の観点から整理すると、控訴理由書で詳述したとおり、憲法24条1項、2項又は14条1項は法律上同性のカップルとその子に対し現行の法律婚制度の利用を保障しているのであるから、まずもって、主たる主張が認められるべきである⁵。しかし、仮に、婚姻制度の利用を保障しているが、それが必ずしも現行の法律婚制度でない、例えば、特別法に基づく法律上は別の同等の婚姻制度でもよいと解される場合には、従たる主張1が認められるべきことになる。主たる主張を認めない場合も、上記の意味での憲法違反を明確に判示すべきである。万が一、婚姻制度の利用までは保障していないが、家族制度の利用は保障していると解される場合には、従たる主張2が認められるべきこととなる。主たる主張及び従たる主張1を認めない場合も、上記の意味で憲法違反を明確に判示すべきである。さらに、従たる主張2は、東京地裁判決（一次）（甲A322）、福岡地裁判決（甲A456）と原判決が示したラインであり（ただし、違憲状態ではなく、明確に違憲と述べるべきとの点は異なる）、決してこれを下回ることがあってはならない。

2 国会（議員）が執るべき立法措置の内容について

次に、主たる主張、従たる主張1、従たる主張2に対応して、国会（議員）が執るべき立法措置の内容について整理する。

上記のとおり、主たる主張、従たる主張1、従たる主張2の間には、法律

⁵ この点、本訴訟関連訴訟である九州訴訟に関し、2024年12月13日に言い渡された福岡高等裁判所判決（甲A835）（以下、「福岡高裁判決」という。）は、「幸福追求権としての婚姻の成立及び維持について法制度による保護を受ける権利は、憲法13条によって保障され、裁判上の救済を受けることができる具体的な権利であり、同性のカップルについて婚姻を認めていない本件諸規定は、同権利を侵害し、憲法13条、14条1項及び24条2項に違反する」と明確な判断を下した（同17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2回期日(20250128)提出の書面です。

上同性のカップルの親密関係を保護する法制度として憲法がどこまでを要請しているかという点に段階的な違いがあり、その結果、どのような制度をもって十分とすることが許容されるかという点に関し、以下に述べるような違いがある。よって、国会（議員）が執るべき立法措置の内容に関し、「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」などとする被控訴人の主張（控訴答弁書第3の1（1）[11頁]）は、誤りである。また、「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・・・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」との被控訴人の主張（控訴答弁書第3の1（3）[12頁]）は、その前提を欠く⁶。

なお、後述4のとおり、本件における憲法問題の中心的論点は、憲法24条1項、2項、14条1項のいわゆる人権条項違反の有無であり、下記に記載した内容の立法を行う義務の違反が本件における憲法問題の中心論点であるという趣旨を主張するものではないことを、念のため付言する。

(1) 主たる主張

ア 求められる立法措置

法律上同性のカップル（とその子）に本件諸規定に基づく現行の法律婚制度の利用を認めないことが、憲法24条1項、2項、14条1項の人

⁶ 被控訴人は、本文での引用個所に続けて、原判決が控訴人らが主張していないことをについて判断を示したとも非難する（控訴答弁書第3の1（3）[12頁]）が、控訴人ら控訴審第5準備書面第5のとおり、控訴人の原審での従たる主張に沿うものであるから、この点も理由がない。

【有償配布 や Web(ホームページ, ブログ, facebook 等)へのアップロード・転載はお止めください】【リンクはご自由にお貼りください】「結婚の自由をすべての人に」東京第二次訴訟(東京高裁)控訴審第2回期日(20250128)提出の書面です。

権条項に違反するのであるから、国会は当該違反を是正する措置を講じる義務を負う(憲法99条)。具体的には、法律上同性のカップル(とその子)が現行の法律婚制度を利用できるように、本件諸規定を改正することが求められる。

上記の憲法違反を是正する義務を負う以上、上記の憲法違反を是正する措置を講じるか否かに関し、国会に裁量が認められる余地はない。

イ 制度の選択

法律上同性のカップル(とその子)にも現行の法律婚制度の利用を認めることが求められる。

現行の法律婚制度とは別の婚姻制度(例えば、特別法に基づく、法律上は別だが同等の婚姻制度)、婚姻類似制度(PACS、法定同棲、登録パートナーシップ制度などをいう)、その他の家族制度を国会は選択することができない。

ウ 制度の具体的内容

現行の法律婚制度をそのままの内容で法律上同性のカップル(とその子)に適用できるように本件諸規定を改正することが求められる。なぜなら、民法・戸籍法の規定は必ずしも現行の法律婚制度の利用主体を明示的に法律上異性のカップルに限定していないし、原審原告ら第29準備書面などでも述べたとおり、現行の法律婚制度を構成する個々の制度の趣旨目的は、嫡出推定規定も含め、法律上同性のカップル(とその子)にも妥当し、区別する合理的な理由がなく、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、法律上同性

【有償配布 や Web(ホームページ, ブログ, facebook 等)へのアップロード・転載はお止めください】【リンクはご自由にお貼りください】「結婚の自由をすべての人に」東京第二次訴訟(東京高裁)控訴審第2回期日(20250128)提出の書面です。

のカップル（とその子）にもそのまま適用可能である⁷といった事情があるからである。

上記のとおり、控訴人らとしては、嫡出推定に関する制度を定める嫡出推定規定群についても、異なる内容とする必要がない以上、同じ扱いにするのが原則と考えるが、仮に、原判決のように、嫡出推定規定群についてはその趣旨目的が法律上同性のカップルにも妥当するかどうか議論の余地があると考えられる場合には⁸、憲法13条、14条1項、24条に違反しないと考えられる限度で、異なる内容とすることが許容される。法律上同性のカップル（とその子）に本件諸規定に基づく現行の法律婚制度の利用を認めないことが、憲法24条1項、2項、14条1項の人権条項に違反すると判断する以上、嫡出推定規定群について別の取扱いを許容することを理由に、法律上同性のカップル（とその子）による現行の法律婚制度の利用を拒絶することはできない⁹。

(2) 従たる主張1

ア 求められる立法措置

法律上同性のカップル（とその子）に現行の法律婚制度もそれと同等の婚姻制度（例えば、特別法に基づく法律上は別だが同等の婚姻制度）の利用も認めないことが、憲法24条1項、2項、14条1項の人権条項に

⁷ 原審原告ら第29準備書面参照。

⁸ 原判決42頁。

⁹ この点に関し、福岡高裁判決（甲A835）は、「同性婚を認める場合、実親子や養親子関係の成立等につき、現行と異なる法制度を要するとの見解もあるが、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り、上記制約の必要性や合理性を基礎付けるものではない。」（同12頁）と、親子関係に関し別異の取扱いがあり得るということにより、現行の民法・戸籍法の諸規定が法律上同性のカップルの婚姻を認めていないという制約を設けていることの必要性や合理性は基礎づけられないと明確に述べた。

【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2回期日(20250128)提出の書面です。

違反するのであるから、国会は当該違反を是正する措置を講じる義務を負う(憲法99条)。具体的には、法律上同性のカップル(とその子)が現行の法律婚制度又はそれと同等の婚姻制度を利用できるように、本件諸規定を改正するか、特別法などの別の法律を新たに制定するといった対応が求められる。

上記の憲法違反を是正する義務を負う以上、上記の憲法違反を是正する措置を講じるか否かに関し、国会に裁量が認められる余地はない¹⁰。

イ 制度の選択

法律上同性のカップル(とその子)が利用できる婚姻制度として、本件諸規定に基づく現行の法律婚制度とするか、特別法などを制定し、それと同等の法律上は別の婚姻制度とすることなどが考えられる。いずれとするかは、国会の一定の立法裁量に委ねられる¹¹。

「一定の」と書いたとおり、全くの自由裁量ではなく、当然、憲法13条、14条1項、24条の要請を満たさなければならないという制約に服する¹²。具体的には、法律上は別の婚姻制度とする場合、①その内容が上記憲法の各条項の要請に適っているかだけでなく、②その内容が現行の法律婚制度と同等であったとしても、法律上同性のカップル(とその

¹⁰ 本訴訟の関連訴訟である東京一次訴訟に関し、2024年10月30日に言い渡された東京高等裁判所判決(甲A710)(以下、「東京高裁判決(一次)」という。)も、「本件区別を解消するためにとるべき立法措置として複数の選択肢が存在することや、その立法措置に伴い構築されるべき具体的な制度の在り方は国会の合理的な立法裁量に委ねられることは、本件区別を解消する立法措置をとらないことの合理的根拠となるものではない。」(同56頁)と述べる。

¹¹ 念のために付言すれば、国会に一定の裁量が認められるものについては、憲法の要請が満たされているかどうかは、第一義的には国会が自らの責任において判断することになり、しかるべき法改正後に訴訟が提起されれば、裁判所が事後的に審査することになる。以下、国会に一定の裁量が認められるとの記載箇所について同じ。

¹² 東京高裁判決(一次)(甲A710)も、制度の内容だけでなく別制度とするかどうかに関しても、憲法のこれらの条項の要請が満たされなければならないことを明言する(同55頁から56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2回期日(20250128)提出の書面です。

子)を「二級市民」と位置付けるものではなく、現行の法律婚制度に基づき婚姻する法律上異性のカップルに与えられる社会的承認と同等の社会的承認を与えるものとなっているかが問われることになる。上記①については下記ウで述べるので、上記②について若干敷衍すると、繰り返し述べるとおり、現行の法律婚制度の内容はほぼそのまま法律上同性のカップル(とその子)にも適用可能である。それにもかかわらずあえて法律上は別の婚姻制度とする場合、法律上異性のカップルと法律上同性のカップルとは同等ではない、同等に取り扱いたくないという政治意図が入り込むことが大いにありうる。その結果、法律上異性のカップルと法律上同性のカップルは同等ではないという誤ったメッセージを送る危険がある^{13,14}。これらのことを考慮すると、法律上別の婚姻制度とすることを国会が選択する場合、上記①だけでなく、上記②の観点からも問題がないかを慎重に検討し、問題がないことを保証する責任が課されることとなる。判決において、主たる主張を否定し、従たる主張1を支持する場合、制度の内容だけでなく、制度の選択に関しても、憲法13条、14条1項、24条の要請を満たさなければならないという制約があり、国会が上記で述べた責任を負うことを明記すべきである。

また、諸外国で導入された婚姻類似制度は、PACS、法定同棲、婚姻機能非等価型登録パートナーシップ制度はもちろんのこと、婚姻機能等

¹³ これらの点に関しては、婚姻機能等価型登録パートナーシップを念頭に、原審原告ら第32準備書面第5[31頁以下]、控訴理由書第2分冊第3の5[39頁以下]などにおいて論じているが、同等ではあるが法律上は別の婚姻制度にも当てはまる。

¹⁴ この点、福岡高裁判決(甲A835)は、「幸福追求権としての婚姻の成立及び維持について法制度による保護を受ける権利は、男女のカップル、同性のカップルのいずれも等しく有していると解されるから、同性のカップルについて法的な婚姻制度の利用を認めないことによる不平等は、パートナーシップ制度の拡充又はヨーロッパ諸国にみられる登録パートナーシップ制度の導入によって解消されるものではなく、・・・同性のカップルに対し、端的に、異性婚と同じ法的な婚姻制度の利用を認めるのでなければ、憲法14条1項違反の状態は解消されるものではない。」と明言する(同16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2回期日(20250128)提出の書面です。

価型登録パートナーシップ制度¹⁵も、婚姻制度ではない以上、国会はこれを選択することはできない。日本の地方自治体が導入するいわゆる同性パートナーシップ制度やファミリーシップ制度も同様である。

ウ 制度の具体的内容

現行の法律婚制度を選択する場合にあるべき制度の内容については、主たる主張で述べたことが当てはまる。

法律上は別の婚姻制度を選択する場合、その具体的内容については、国会の一定の立法裁量に委ねられる。しかし、「一定の」と書いたとおり、全くの自由裁量ではなく、犯罪被害者等給付金訴訟に係る最高裁第三小法廷2024年3月26日判決(甲A639)(以下「犯給法最高裁判決」という。)の判旨に照らし、現行の法律婚制度を構成する個々の制度(当事者間の関係、親子関係、親族関係、相続など)の趣旨目的を踏まえて具体的な制度内容を決めていくことになる。差異を設ける場合には、憲法13条、14条1項、24条に違反しないと考えられる限度で、異なる内容とすることが許容される¹⁶。すでに述べたように、現行の法律婚制度の内容はほぼそのまま法律上同性のカップルにも適用可能である。配偶者の相続権(民法890条)のように、婚姻当事者の性別や子の生殖可能性の有無にかかわらず、配偶者の地位にあることにより当然に生ずるもの

¹⁵ 婚姻機能非等価型登録パートナーシップ制度とは、諸外国でかつて導入された婚姻類似制度のうち、登録パートナーシップ制度で婚姻と効力が大幅に異なるものをいう(控訴理由書第2分冊30頁参照)。例えば、導入時点での、ドイツの生活パートナーシップやオーストリアの登録パートナーシップ制度がある。婚姻機能等価型登録パートナーシップ制度とは、登録パートナーシップ制度で婚姻と効力がほぼ同じものをいう(同上)。

¹⁶ この点、東京高裁判決(一次)(甲A710)も、制度の内容に係る国会の「立法裁量は、個人の尊重(憲法13条)と法の下での平等(憲法14条)という基本原則に立脚した制度とすべきである」という憲法上の要請が、その裁量の限界を画する」と述べる(同55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2回期日(20250128)提出の書面です。

とされている財産的権利について、現行の法律婚制度と異なる規律とすることに合理的根拠は見出せない¹⁷。また、次世代の育成保護という機能においても法律上異性のカップルと法律上同性のカップルとで本質的な違いはない¹⁸。これらのことを考慮すると、法律上別の婚姻制度とする場合でも現行の法律婚制度と同等の内容の制度とすることが、憲法13条、14条1項、24条により求められることになる。

(3) 従たる主張2

ア 求められる立法措置

法律上同性のカップル(とその子)に現行の法律婚制度も、それと同等の法律上別の婚姻制度も、それ以外の家族制度の利用も何ら認めないことが、憲法24条1項、2項、14条1項の人権条項に違反するのであるから、国会は当該違反を是正する措置を講じる義務を負う(憲法99条)。具体的には、法律上同性のカップル(とその子)が現行の法律婚制度、それと同等の法律上別の婚姻制度又はそれ以外の家族制度を利用できるように、本件諸規定を改正するか、特別法などの別の法律を新たに制定することが求められる。

¹⁷ この点、東京高裁判決(一次)(甲A710)も、「たとえば、配偶者の相続権(民法890条)のように、婚姻当事者の性別や子の生殖可能性の有無にかかわらず、配偶者の地位にあることにより当然に生ずるものとされている財産的権利について、男女間の婚姻とは異なる規律とすることは、直ちにその合理的根拠を見出し難く、憲法14条1項違反の問題が生じ得ると解される。」(同55頁から56頁)と述べる。

¹⁸ この点、東京高裁判決(一次)(甲A710)も、「現在でも、婚姻した夫婦間における子の養育は、夫婦間の自然生殖によってもうけた子のみを対象として行われるのではなく、一方のみと血縁関係のある子のほか、血縁関係のない養子や里親として養育の委託を受けた児童を対象としても行われるものであり、同性同士の共同生活においても、一方のみと血縁関係のある子、養子又は里親として養育の委託を受けた児童を共に養育している例が実際に存在しているのであって、次世代の構成員の確保につながる社会的機能を果たすことが、男女間の婚姻であれば実現可能で、同性間の人的結合関係では実現不能であるというわけではない」と述べる(同53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2回期日(20250128)提出の書面です。

上記憲法違反を是正する義務を負う以上、上記憲法違反を是正する措置を講じるか否かに関し、国会に裁量が認められる余地はない¹⁹。

イ 制度の選択

家族制度として、現行の法律婚制度とするか、それと同等の法律上別の婚姻制度とするか、あるいは、婚姻ではない別の家族制度とするかは、国会の一定の立法裁量に委ねられる。「一定の」と書いたように、全くの自由裁量ではなく、当然、憲法13条、14条1項、24条の要請を満たさなければならないという制約に服する。

別の婚姻制度を選択する場合に、憲法13条、14条1項、24条の要請が問題となることについては、従たる主張1で述べたとおりである。

婚姻ではない別の家族制度を選択する場合も、別の婚姻制度を選択した場合と同様、憲法13条、14条1項、24条により、①その内容が上記憲法のこれらの条項の要請に適っているかだけでなく、②その内容が現行の法律婚制度と同等であったとしても、法律上同性のカップル（とその子）を「二級市民」と位置付けるものではなく、現行の法律婚制度に基づき婚姻する法律上異性のカップルに与えられる社会的承認と同等の社会的承認を与えるものとなっているかが問われることになる²⁰。特に、上記②の要請は、別の婚姻制度を選択した場合以上に問題となり得る。なぜなら、現行の法律婚制度の内容はほぼそのまま法律上同性のカップル（とその子）にも適用可能であるにもかかわらず、あえて別の家族制度とする場合、たとえその制度の内容が現行の法律婚制度の内容と同等だ

¹⁹ この点、前述のとおり、東京高裁判決（一次）（甲A710）も同旨を述べる（同56頁）。

²⁰ この点、前述のとおり、東京高裁判決（一次）（甲A710）も、制度の内容だけでなく別制度とするかどうかに関しても、憲法のこれらの条項の要請が満たされなければならないことを明言する（同55頁から56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2回期日(20250128)提出の書面です。

としても、婚姻は法律上異性のカップルのものであり、婚姻した法律上異性のカップルと同等の社会的承認を法律上同性のカップルに与える必要はなく、その点での区別を維持すべきであるということが当然の前提とされることになるからである。その結果、法律上異性のカップルと法律上同性のカップルは同等ではないという誤ったメッセージが送られ、法律上同性のカップルがこれまでいわれのない差別を受けてきた歴史とも相まって、法律上同性のカップル(とその子)＝「二級市民」との位置付けが固定化されたままとなる危険が大きい。先行して法律上同性のカップルを対象とした登録パートナーシップを導入した諸外国における経験がこれを裏付ける²¹。控訴人らは、これらの事情を踏まえると、制度の選択においても憲法13条、14条1項、24条の要請に服する以上、婚姻ではない別の家族制度とするという選択肢はとり得ないと考え、その旨主張している^{22,23}。したがって、判決においても、制度選択に係る憲法の上記各条項の要請を踏まえても、なお従たる主張2がありうるのかは、慎重かつ厳格に検討されなければならない。

²¹ 例えば、スコットランドやアメリカのニュージャージー州などのように婚姻制度と同等の内容の制度であったとしても、別制度とされていることによって、依然として差別が残り、婚姻と同等の社会的な公認が得られていないという研究結果が報告されている(原審原告ら第32準備書面第5の2[31頁から34頁])。

さらに、2008年にアメリカのカリフォルニア州、コネティカット州の最高裁判所が、2017年にオーストラリア憲法裁判所が、それぞれ、異性関係と同性関係とを婚姻と登録パートナーシップの2つの法制度によって区別することは、法律上同性のカップルの尊厳を害し、平等原則に違反するという趣旨の判断をした。また、米州人権裁判所は2017年の勧告的意見において、法律上同性のカップルに別制度を設けることは、差異やステイグマ化や見下しにつながり、米州人権条約違反にあたるとした(同[34頁から36頁])。

²² 原審原告ら第32準備書面第5[31頁以下]、控訴理由書第2分冊第3の5[39頁以下]など参照。

²³ この点、前述のとおり、福岡高裁判決(甲A835)は、「同性のカップルについて法的な婚姻制度の利用を認めないことによる不平等は、パートナーシップ制度の拡充又はヨーロッパ諸国にみられる登録パートナーシップ制度の導入によって解消されるものではなく、・・・同性のカップルに対し、端的に、異性婚と同じ法的な婚姻制度の利用を認めるのでなければ、憲法14条1項違反の状態は解消されるものではない。」と明言する(同16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2回期日(20250128)提出の書面です。

ウ 制度の具体的内容

現行の法律婚制度、別の婚姻制度を選択する場合にあるべき制度の内容については、それぞれ主たる主張、従たる主張1で述べたとおりである。

それ以外の家族制度を選択する場合、その具体的内容については、国会の一定の立法裁量に委ねられる。「一定の」と書いているように、全くの自由裁量ではなく、犯給法最高裁判決(甲A639)の判旨に照らし、現行の法律婚制度を構成する個々の制度の趣旨目的を踏まえて具体的な制度内容を決めていくことになり、差異を設ける場合には、憲法13条、14条1項、24条に違反しないと考えられる限度で、異なる内容とすることが許容される。

別の家族制度として、原判決は、PACSや法定同棲なども選択肢となり得るとしている(同41頁)。しかし、東京高裁判決(一次)(甲A710)が言うように、「同性間の関係においても、自らの自由意思により人生の伴侶と定めた相手との永続的な人的結合関係について配偶者としての法的身分関係の形成ができることは、安定的で充実した社会生活を送る基盤を成すもので、個人の人格的存在と結び付いた重要な法的利益であることに変わりがなく、男女間の関係におけるのと同様に十分に尊重されるべきものである」(同50頁)。よって、PACSや法定同棲のように①身分形成の要素(法的な家族としての身分を形成すること)²⁴を全

²⁴ 控訴理由書第2分冊31頁以下で述べたとおり、現行の法律婚制度が3つの中核的要素、すなわち、①身分形成の要素(法的な家族としての身分を形成すること)、②ふさわしい効果の付与の要素(その法的身分関係に応じたふさわしい法的効果(権利義務)の集合的付与をすること)、③公証の要素(当該法的身分関係を国の制度により公証すること)から構成されていることについて、原判決を含め本件訴訟の関連訴訟の各判決は基本的に一致している。

【有償配布 や Web(ホームページ, ブログ, facebook 等)へのアップロード・転載はお止めください】【リンクはご自由にお貼りください】「結婚の自由をすべての人に」東京第二次訴訟(東京高裁)控訴審第2回期日(20250128)提出の書面です。

く欠く制度は、憲法上の要請を満たしておらず、許されない。日本の地方自治体が導入するいわゆる同性パートナーシップ制度やファミリーシップ制度についても同様である。

また、繰り返し述べるように、現行の法律婚制度の内容はほぼそのまま法律上同性のカップルにも適用可能である。配偶者の相続権（民法890条）のように、婚姻当事者の性別や子の生殖可能性の有無にかかわらず、配偶者の地位にあることにより当然に生ずるものとされている財産的権利について、現行の法律婚制度と異なる規律とすることに合理的根拠は見出せない²⁵。また、次世代の育成保護という機能においても法律上異性のカップルと法律上同性のカップルとで本質的な違いはない²⁶。これらのことを考慮すると、婚姻機能非等価型登録パートナーシップ制度も憲法上の要請を満たさず、許されない。その結果、婚姻機能等価型登録パートナーシップ制度が要請されることになる。

3 国会（議員）の立法義務について

(1) その位置づけについて

被控訴人は、高橋和之東大名誉教授の「体系憲法訴訟」を引用して、「立法不作為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・・・に限定されることから、立法不作為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」と述べる（控訴答弁書第3の1（2）[11頁]）。

一般論として、いわゆる「立法の不作為」が違憲となる要件として立法義

²⁵ この点、前述のとおり、東京高裁判決（一次）（甲A710）も同旨を述べる（同55頁から56頁）。

²⁶ この点、前述のとおり、東京高裁判決（一次）（甲A710）も同旨を述べる（同53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2回期日(20250128)提出の書面です。

務の違反が必要だという議論があること自体は、被控訴人の指摘するとおりである。しかし、本件において立法義務の違反という要件を主たる争点として位置付ける必要はない。なぜなら、本件で控訴人らは、主たる主張、従たる主張1、従たる主張2のいずれについても、大意、本件諸規定又は立法の不存在により控訴人らが有する憲法上保障される権利・利益が侵害されており、その点において憲法の人権条項、すなわち憲法24条1項、2項、14条1項の違反が存在すると主張しているところ、これらの人権条項の違反が認められれば、国会（議員）は当然にこれらの憲法違反を是正する憲法上の義務（＝立法義務）（憲法99条）を負い、かつ、現状何の法的手当ても講じられていない（この点について争いはない）以上、当然、当該立法義務の違反が認められるからである。つまり、本件の場合、憲法判断において中心的論点となり、その意味で本質的部分となるのは、立法義務の前提となる憲法24条1項、2項、14条1項という人権条項の違反の有無であって、立法義務の違反の有無ではない。

このような構成が正しいことは、過去の最高裁判例などからも裏付けられる。例えば、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）は、「現行法上、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」との認識に立ったうえで、「国民審査法が在外国民に審査権の行使を全く認めていないことは、憲法15条1項、79条2項、3項に違反する」と判断した。また、国籍法に係る最高裁平成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・堀籠幸男反対意見は、「国籍法の規定との関係では、立法の不存在ないし立法不作為の状態が存在するにすぎない」と整理したうえで、「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を閉じているという区別（以下「本件区別」という。）は、・・・遅くとも、

【有償配布 や Web(ホームページ, ブログ, facebook 等)へのアップロード・転載はお止めください】【リンクはご自由にお貼りください】「結婚の自由をすべての人に」東京第二次訴訟(東京高裁)控訴審第2回期日(20250128)提出の書面です。

上告人らが法務大臣あて国籍取得届を提出した当時には、合理的な理由のない差別となっており、本件区別は同項(上告人ら代理人注:憲法14条1項)に違反する」、「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なのである。」と述べた。

さらに、原判決を含む本件訴訟の関連訴訟の各判決も、いずれも憲法24条1項、2項、14条1項などの人権条項の違反の有無を憲法問題の中心的論点として設定し判断を下している。例えば、2024年10月30日に言い渡された東京高裁判決(一次)(甲A710)は、「現行の法令が、民法及び戸籍法において男女間の婚姻について規律するにとどまり、同性間の人的結合関係については、婚姻の届出に関する民法739条に相当する配偶者としての法的身分関係の形成に係る規定を設けていないことは、個人の人格的存在と結び付いた重要な法的利益について、合理的な根拠に基づかずに、性的指向により法的な差別的取扱いをするものであって、憲法14条1項、24条2項に違反する」(同56頁)と判示した。福岡高裁判決も、「同性のカップルについて婚姻を認めていない本件諸規定は、同権利を侵害し、憲法13条、14条1項及び24条2項に違反する」(同17頁)と判示した。

学説も同様に、本件に関しては、立法義務の違反ではなく、人権条項の違反の有無を憲法論の中心的な論点として設定している。例えば、被控訴人が引用する「体系憲法訴訟」の著者でもある高橋和之教授は、最近出版された「立憲主義と日本国憲法(第6版)」(甲A836)において、法律が法律上同性のカップルに婚姻を認めていないことが憲法の人権条項に違反しないかどうかを詳細に検討し、結論として、憲法14条1項に違反するとしている(同310頁から317頁)。控訴人らが提出した意見書(安西意見書(甲A598)、駒村意見書(甲A209)、木村意見書(甲A208、甲A258)など)も憲法の人権条項の違反の有無を検討し、憲法24条1項、2項ないし14条1項違反であるとの結論を導いている。

【有償配布 や Web(ホームページ, ブログ, facebook 等)へのアップロード・転載はお止めください】【リンクはご自由にお貼りください】「結婚の自由をすべての人に」東京第二次訴訟(東京高裁)控訴審第2回期日(20250128)提出の書面です。

よって、被控訴人の上記主張は誤りである。

(2) 立法義務の具体的特定について

被控訴人は、「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」とも述べる（控訴答弁書第3の1（2）[11頁]）。

しかし、前述のとおり、本件の場合、憲法判断において中心的論点となり、その意味で本質的部分となるのは、立法義務の前提となる憲法24条1項、2項、14条1項という人権条項の違反の有無である。したがって、憲法違反の判断との関係で特定されるべきは立法義務（やそれに対応する立法措置の内容）ではなく、違反する憲法上の人権条項とその具体的な理由である。そして、違反する憲法上の人権条項とその具体的な理由が十分に特定して主張されていることは、本書面を含め控訴人らがこれまで提出してきた書面から明らかである。

4 憲法問題の中心的論点＝人権条項の違反であること

被控訴人は、控訴人らの主張の内実は、「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会に対して求めるものに他ならない。」と述べる（控訴答弁書第3の2（2）[13頁から14頁]）。被控訴人は、「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」であるとも述べており（同上）、本件における憲法問題の中心的論点は何かについて被控訴人なりの土俵設定をすることを意図しているのだと解される。

被控訴人によるこのような土俵設定は、法律上同性のカップルに対し憲法

【有償配布 や Web(ホームページ, ブログ, facebook 等)へのアップロード・転載はお止めください】【リンクはご自由にお貼りください】「結婚の自由をすべての人に」東京第二次訴訟(東京高裁)控訴審第2回期日(20250128)提出の書面です。

24条1項、2項及び14条1項による保障が及ばないことを当然の前提としているが²⁷、そのような前提自体が誤っており、被控訴人の土俵設定は失当である。

これまで述べてきたとおり、憲法制定当時、残念ながら、トランスジェンダーや同性愛者などの性的少数者は「病気」であり、「異常なもの」、「劣ったもの」と観念されていた。しかし、今やそのような観念は根本的に否定され、性自認・性的指向にかかわらず人の人格的価値には違いはなく、性自認・性的指向に基づく差別は許されないという規範が法的規範として確立するに至っている。また、法律上同性のカップルと法律上異性のカップルとの間に共同生活の実態や次世代の育成といった点において本質的な違いはないと認識されるようになり、家族として同等に取り扱うべきとの規範意識も広く浸透するに至っている。憲法制定当時と比較して性的少数者をめぐる法規範・規範意識にこのような根本的な変化がある中で、「個人の尊厳」、「法の下での平等」を基本原理とする憲法が果たして法律上同性のカップルに対し「婚姻の自由」や婚姻制度の利用等の保障を及ぼさないことを許容するのか、これこそが本件において憲法問題の中心に据えられ、真剣に問われなければならない問題なのである。東京高裁判決（一次）（甲A710）は、まさにこのような問題意識を正面から受け止め、憲法制定後の社会状況等の変化や法律上同性カップルの共同生活や子育ての実態について詳細に認定したうえで、「現行の法令が・・・、同性間の人的結合関係については、婚姻の届出に関する民法739条に相当する配偶者としての法的身分関係の形成に係る規定を設けていないことは、・・・憲法14条1項、24条2項に違反する」（56頁）との重い判断を示した。札幌高裁判決（甲A603）や福岡高裁判決（甲A835）も同様である。

²⁷ この点は、例えば、被控訴人が控訴答弁書で引用する原審被告第2準備書面〔17頁から18頁〕の記載などから明らかである。

【有償配布 や Web(ホームページ, ブログ, facebook 等)へのアップロード・転載はお止めください】【リンクはご自由にお貼りください】「結婚の自由をすべての人に」東京第二次訴訟(東京高裁)控訴審第2回期日(20250128)提出の書面です。

このように、本件の憲法判断では憲法24条1項、2項、14条1項という人権条項の違反の有無が中心的な論点となる。被控訴人の土俵設定は、根本的に誤りであるとともに、本件における憲法問題の本質から目を背けさせようとする点で不当であるというほかない。

以 上