

令和7年（ネオ）第107号「結婚の自由をすべての人に」訴訟上告提起事件

上告人 上告人1ほか5名

被上告人 国

## 上告理由書

2025（令和7）年6月2日

最高裁判所 御中

上告人ら訴訟代理人 弁護士 大 畑 泰 次 郎

(代)

同 弁護士 三 輪 晃 義

(代)

同 弁護士 寺 野 朱 美

(代)

同 弁護士 山 岸 克 巳

(代)

同 弁護士 佐 藤 倫 子

(代)

同 弁護士 宮 本 庸 弘

(代)

同 弁護士 森 本 智 子

## 目次

|    |                                                                              |    |
|----|------------------------------------------------------------------------------|----|
| 第1 | はじめに .....                                                                   | 4  |
| 1  | 事案の概要 .....                                                                  | 4  |
| 2  | 原審の判断 .....                                                                  | 4  |
| 3  | 上告理由の要旨 .....                                                                | 5  |
| 第2 | 司法の役割について .....                                                              | 7  |
| 1  | はじめに .....                                                                   | 7  |
| 2  | 民主的過程による解決が期待できないこと .....                                                    | 8  |
| 3  | 相次ぐ違憲判決にもかかわらず国会は立法作業に着手していないこと .....                                        | 15 |
| 4  | 同性間の婚姻を現行の婚姻制度に包摂するための具体的な立法措置は極めて<br>単純かつ容易であり、立法と司法の権限分配を何ら侵害するものではないこと .. | 16 |
| 5  | 同性カップルに婚姻制度の利用を認めることは国民の福利を大きく向上させ<br>る一方、これにより減少する国民の福利は存在しないこと .....       | 17 |
| 6  | 小括 .....                                                                     | 18 |
| 第3 | 同性カップルが被る不利益が甚大である一方で社会は同性婚の法制化を受け<br>入れる態勢を整えていること .....                    | 19 |
| 1  | 婚姻制度から排除されていることによって同性カップルが日常的に多大な困<br>難や不安に直面していること .....                    | 19 |
| 2  | 婚姻制度から排除されていることで同性カップルの人格的利益が著しく損な<br>われていること .....                          | 22 |
| 3  | 社会の受入態勢が整っていること .....                                                        | 23 |
| 第4 | 本件諸規定が憲法24条1項に違反すること .....                                                   | 27 |
| 1  | はじめに .....                                                                   | 27 |
| 2  | あるべき憲法24条1項の解釈 .....                                                         | 28 |
| 3  | 原判決のように文理にこだわった解釈をすべきでないこと .....                                             | 34 |
| 4  | 小括 .....                                                                     | 36 |

|    |                                       |    |
|----|---------------------------------------|----|
| 第5 | 本件諸規定が憲法24条2項及び憲法14条1項に反すること .....    | 36 |
| 1  | はじめに .....                            | 36 |
| 2  | 憲法24条2項に関する判断枠組みについて .....            | 37 |
| 3  | 本件諸規定が憲法24条2項に違反すること .....            | 38 |
| 4  | 憲法24条1項と憲法14条1項の関係 .....              | 43 |
| 5  | 本件諸規定は性的指向による区別取扱いに該当すること .....       | 46 |
| 6  | 本件諸規定による区別取扱いに合理的根拠がないこと .....        | 47 |
| 7  | 原々審の判断を覆した原審の判断が維持されるべきであること .....    | 50 |
| 8  | まとめ .....                             | 64 |
| 第6 | 本件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こと ..... | 64 |
| 1  | はじめに .....                            | 64 |
| 2  | 国賠法1条1項解釈の誤り－「違憲の明白性」要件 .....         | 66 |
| 3  | 国賠法1条1項解釈の誤り－「長期の懈怠」要件 .....          | 80 |
| 4  | 本件立法不作為が国家賠償法1条1項の適用上違法であること .....    | 85 |
| 第7 | 結論 .....                              | 86 |

## 第1 はじめに

### 1 事案の概要

本件は、法律上の性別が同性である者の間での婚姻（以下「同性間の婚姻」という。）を認めていない民法及び戸籍法の規定（以下「本件諸規定」という。）のために、望む相手との婚姻を妨げられている上告人らが、本件諸規定が同性間の婚姻を認めていないことは憲法14条1項、24条1項及び2項に違反するものであり、国会において同性間の婚姻を認めていない本件規定を改廃する立法措置がとられなかったことにより（以下「本件立法不作為」という。）、婚姻をすることができず精神的苦痛を被ったとして、被上告人に対し国家賠償法1条1項に基づく損害賠償を求める事案である。

### 2 原審の判断

原審は「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13条、14条1項に違反しない場合に、更に憲法24条2項にも適合するものとして是認されるか否かは、当該法制度の趣旨や同制度を採用することにより生ずる影響につき検討し、当該規定が個人の尊厳と両性の本質的平等の要請に照らして合理性を欠き、国会の立法裁量の範囲を超えるものとみざるを得ないような場合に当たるか否かという観点から判断すべき」としたうえで、同性間の婚姻を許容しない本件諸規定の合理性を、個人の尊厳の要請と法の下での平等の要請から検討した。

原審は、個人の尊厳の要請から、「相互に求め合う者同士が自ら選択した配偶者と婚姻関係に入ることができる利益は現代社会を生きる上での個人の人格的生存と結び付いた重要な法的利益に当たるものといえ、同性カップルがこれを享受することができないのは、同性カップルの人格的利益を著しく損なうものといわざるを得ない。」「自然な性愛感情を抱き合う関係が同性同士であっても、その関係を保護することに生物学的、倫理的、道徳的な障壁がないのであれば、可能な限り異性同士と同等に扱うのが個人の人格を尊重する個人の尊

厳の要請に適うといえる。」「同性婚に対する国民感情が一様でないことは、同性婚を法制化しないことの合理的理由にはならない。」などとして、本件諸規定は性的指向が同性に向く者の個人の尊厳を著しく損なう不合理なものといわざるを得ないとした。

また、法の下での平等の要請から、「同性カップルが被る不利益は著しく大きく、このような差異をやむを得ないものとして正当化できる根拠は見出し難い。また、婚姻制度の在り方は、社会状況における種々の要因を踏まえ、各時代における家族法制全体を見据えて総合的に規律されるべきものであるから、現行民法における婚姻制度が昭和22年民法改正当時の憲法24条が想定していた婚姻形態を法制化したことをもって、現在においても同性婚を認めないことに合理的理由があるということとはできない。」などとして、本件諸規定による区別取扱いが事柄の性質に即応した合理的根拠に基づくものではないとし、結論として本件諸規定は憲法14条1項及び24条2項に違反するとした。

他方で、憲法24条1項適合性については、同条が用いている「両性」や「夫婦」という文言や、同条の制定経緯や構造を根拠に、「憲法24条1項が直ちに同性間の婚姻の自由を保障し、同性婚の法制化を要請しているものとまで解することはできない」と判断した。

そして、本件立法不作為の違法性については、現時点において、同性婚を法制化しないことが憲法14条1項及び24条2項に違反することが国会にとって明白であるとか、国会が正当な理由なく長期にわたって法制化を怠っていたということとはできないとして、本件立法不作為は国家賠償法1条1項の適用上違法であるということとはできないと判断した。

### 3 上告理由の要旨

同性間の婚姻については、同性愛者等が人口的に圧倒的少数であることや同性愛者等に対しては社会に根強い偏見が存在していること等から、民主的過程による解決は期待することができず、憲法で保障された少数者の人権を擁護す

る役割を担う司法が明確な違憲判断をすることによってしか根本的解決ができない（後記第2）。

同性カップルが婚姻から排除されていることによる不利益は重大であり、その不利益が解消されることは同性カップルにとって喫緊の問題である。社会も同性間の婚姻を受け入れる態勢を整えている（後記第3）。

本件諸規定は、同性間の婚姻を現行の婚姻制度から排除し、異性間の婚姻と同じ法律婚制度の適用を認めていない点において、憲法14条1項、24条2項に違反するだけでなく、憲法24条1項にも違反するものであり、その憲法違反を解消する立法措置としては、現行の婚姻制度に同性間の婚姻を包摂する方法しかありえない（後記第4から第5）。

そして、国会において本件諸規定についての違憲判断がなされるまでの間、本件規定が憲法に違反するものであるとの認識を形成することが困難であったとは認め難く、遅くとも上告人らが婚姻の届出をした2018年末乃至2019年初旬よりも相当以前には本件諸規定が憲法に違反するものであることが国会にとって明白であったと認められる。また、本件規定について下級審において度重なる違憲判断がなされた後も、国会において、本件諸規定の憲法違反を解消するための立法措置をとる動きは見られず、そのための準備作業としての調査や検討も開始されていないという不作為が継続している状況に照らすと、遅くとも原審口頭弁論終結時点では、本件諸規定について改廃等の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ったものといえる。したがって、本件立法不作為は、国家賠償法1条1項の適用上違法である（後記第6）。

このように、本件諸規定は憲法14条1項及び24条2項に違反するだけでなく憲法24条1項にも違反するものであるところ、本件諸規定が同条に違反しないとした原審の判断は同条の解釈を誤ったものであり（民事訴訟法312条1項）、本件立法不作為は国家賠償法1条1項の適用上違法と評価されるこ

とから、上告人らの国家賠償請求を棄却した原判決を破棄し、上告人らの請求を認容する判決がなされるべきである。

## 第2 司法の役割について

### 1 はじめに

法原理機関である司法の本来的役割は、少数者の権利に係る課題のように民主政の過程が上手く機能せず、権利保障が果たされていない時に、率先してその権利の擁護を図ることである。

泉徳治元最高裁判事も、新著『最高裁判所と憲法---私が考える司法の役割』（岩波書店・2025年）の中で、婚外子相続分差別規定の違憲判断に至る過程について、次のとおり指摘している。

「1996年に法制審議会が『民法の一部を改正する法律案要綱』をまとめたが、自民党により国会提出を拒まれた。民主党の『政策集インデックス2009』には相続差別廃止が謳われており、民主党政府は2010年に法律案を準備したが、国会提出には至らなかった。選挙による多数派形成を第一義とする国会議員が、少数者のために自ら動くということを望むのは無理である。少数者の憲法で保障された人権を擁護するのは司法の役割である。

私は、2008年に欧州人権裁判所のコスタ所長と会見し、欧州の状況を尋ねたところ、コスタ所長は、フランス、ベルギー、オーストリアでも婚外子差別の問題があった。議会は自ら差別解消に動くことを渋っていた。しかし欧州人権裁判所が婚外子差別は欧州人権条約に違反するとの判決を出したところ、議会は差別法を廃止した。このような問題では司法が一步前に出なければならない、と語ってくれた。」（180～181頁）。

本件も、同性間の婚姻を現行の婚姻制度に包摂することについて、既に多くの国民の理解が相当程度進んでいるにもかかわらず、一部の国会議員が消極的ないし反対の姿勢に固執することによって、事実上、民主的過程が機能してお

らず、まさしく、「司法が一步前に出なければならない」、積極的な役割が必要とされる事案である。

## 2 民主的過程による解決が期待できないこと

(1) 原々判決は「差別や偏見の真の意味での解消は、むしろ民主的過程における自由な議論を経た上で制度が構築されることによって実現されるものと考えられる」(判決35頁)、「近年の調査によれば、同性カップルに婚姻等の法的保護の制度を認めるべきだとの回答をしている者が相当程度にまで増加してきている旨の結果も示されている。このように、民主的過程での議論の余地がある以上、これを措いて、現時点において司法が積極的に本件諸規定の違憲を宣言すべき状況にあるということとはできない」(同36頁)などとして、ことさらに、法律上同性カップルの婚姻等の法的保障の問題について、民主的過程において解決されるべきことを強調していた。

しかし、以下で論じる理由から、本件に関しては、民主的過程による解決は期待できない。

(2) すなわち、同性愛者等性的少数者は人口的に圧倒的に少数者である。昨今の世論調査では、同性婚を認めるべきであるという社会風潮が強まっている一方で、社会の中には差別・偏見が厳然と存在する。2019年2月14日に本件提訴がなされた時に、多くの差別的なコメントがヤフーに投稿され、社会において根強い偏見が存在していることが露わになった(甲A615)。

- ・個人的には、大変気持ち悪いので 何処かの島に隔離してほしい(3頁)
- ・できれば、日陰者として暮らして下さいませ(4頁)
- ・申し訳ないけどこの話題はとても苦手。気持ちに正直な言葉にすると、気持ち悪い。(5頁)
- ・生物学的に非常に気持ちが悪い。隣にいたら軽蔑するし、近寄らないでほしい。ひっそりと生きてください。キモい。(6頁)
- ・同性愛者は やっぱ病気だなあ と、思う(7頁)

- ・世に出てこないでください（８頁）
- ・気持ち悪い。子供に悪影響 そんなカップルが増えたら国が成り立たない子供ができないから（９頁）
- ・気持ち悪いので見たくない自由を、保障して欲しい。（１０頁）。

さらに、当の原々判決が、本件諸規定が憲法に違反しないとする判断を下した直後から、差別的な投稿がＳＮＳ上で繰り返され、同性愛者等当事者に対して向けられている差別意識・偏見が顕在化した（甲Ａ６１６）。

- ・同性婚なんて認めてなくてよい 例えば外歩いているときに、同性でイチャイチャとかしてたら不愉快だからな 見えない所でひっそり暮らしておいて欲しい 社会に出てこないで欲しいから（３頁）
- ・日本で騒がず日本から出て行けば済む話ですっ（６頁）
- ・異性と結婚すりゃいいだけの話だろ（７頁）
- ・普通じゃない＝悪（８頁）
- ・見せしめに同棲愛者を片っ端から逮捕して懲らしめるべき（９頁）
- ・当然。ホモとかキモすぎ（１０頁）
- ・ゲテモノは海外に行け！！ 異常者が正常だと思われる時代にはならん！（１３頁）
- ・同性で結婚したいなら、人間を辞めてカタツムリになると良いよ！（１８頁）
- ・一人二人の変態のために 何で法律を曲げんといかん 法に関係なく一緒にいればよかろう（２０頁）
- ・そんな生産性のないクソな同性婚を認めるべきではない。少子化が加速するわ（２５頁）

このように、多数人の心の中には、潜在的な差別意識が未だ根強く存在しており、「同性愛は異常である」、「同性愛は法的保護に値しない」などと

いった偏見が蔓延し、それによって多くの同性愛者等が苦しんでいるという現状が依然として続いている。

- (3) 更に、一般人のみならず、本来、主権者の代表として民主政の根幹である熟議を担うべき政治家の中にも、依然として、同性愛者等に対する不合理な偏見や嫌悪・侮蔑の意識が根深く存在し、それが次のような様々な差別発言に現れている。

- ・ 2018年7月29日、自由民主党の谷川とむ衆議院議員が「趣味みたいなもの」と無理解な知識を披瀝した（甲A617・2頁）
- ・ 2018年8月、自由民主党の杉田水脈衆議院議員が、同性愛者は生きていてはいけないと言わんばかりに、「『生産性』がない」「『これ〔引用者注：同性愛〕でいいんだ』とすれば不幸な人を増やすことにつながりません」と述べた（同・3頁）
- ・ 2019年1月、自由民主党の平澤勝栄衆議院議員は「国がつぶれちゃう」などと述べ、同性愛者らの存在が有害であるとした（同・3頁）
- ・ 2015年11月、鶴指（つるさし）海老名市議会議員は「異常動物だということをしっかり考えろ！」と暴言を吐いた（同・1頁）
- ・ 2020年9月25日、足立区の白石正輝区議会議員は「日本人が全部L、日本人が男は全部G」ならば「次の世代生まれますか？」（甲A396・1頁）、「LだってGだって、法律に守られてるじゃないかなんて」というような話になったんでは、足立区は滅んでしまう」（同・2頁）と発言した。

こうした差別発言が、地方議員から国会議員に至るまで、様々な政治家によってなされていることは、問題の深刻さを示している。政治家という本来公的な立場の人間から差別発言が出ることは、差別意識のある政治家がたまたま各地にいるということではなく、これら政治家が、社会で共有されてい

る同性愛者等に対する不合理な偏見やそれに基づく嫌悪・侮蔑の意識を一般社会と地続きの形で共有しているからにほかならない。

さらには、2022年6月13日に開催された神道政治連盟国会議員懇談会の会合において、「夫婦別姓 同性婚 パートナーシップ L G B T一家族と社会に関わる諸問題―」と題する冊子が配られた(甲A618)。神道政治連盟は、「日本の伝統や文化を後世に正しく伝えること」を目的として設立された政治団体であるが(甲A619・神道政治連盟ホームページ1頁)、同連盟と「問題意識を共有する多くの国会議員」が(同・5頁)、神道政治連盟国会議員懇談会を結成し、2022年(令和4年)7月末日時点で、257名の衆参国会議員が参加している(同)。これは、衆議院465名、参議院245名の合計の4割に及び、故・安倍晋三元首相が会長を務めてきたこともあって(甲A620)、神道政治連盟の考え方は、国政に対して強い影響力を有していると考えられる。

この議員懇談会の会合において、上記冊子(甲A618)が配られた。同冊子には、「同性愛と同性婚の真相を知る」と題する下記内容の講演記録が掲載されている。

- ・「同性愛は…後天的な精神の障害、または依存症です。」(同・23頁下段)。
- ・「依存症は一度陥るとなかなかそこから抜け出すことが出来ません。同性愛行為の快感レベルが高くてなかなか抜け出すことができないのは、ギャンブル依存症の人が沢山儲けたときの快感を忘れられず、抜け出せないのと同じなのです。」(同上)
- ・「同性愛者の中にはアルコール中毒者が多く、健康状態が影響して短命となる傾向がある」(同・25頁)

このような冊子が、立法府の4分の1もの議員が所属する団体の会合で堂々と配布されたことに対しては、当然批判の声があがり、冊子の内容を明

確に否定することや冊子の回収を求める5万筆もの署名が集まったが（甲A 6 2 1）、議員懇談会等が上記冊子を回収したり、釈明することは一切なされてい

ない。  
このような中では、代表民主政のプロセスを通じて少数派である同性愛者等が救済されることは極めて困難である。

次に、控訴審第1準備書面（8頁）でも指摘した荒井勝喜元首相秘書官の発言も、政治部門の現状を知る上で重要である。

2023年2月3日夜、首相官邸において、荒井勝喜元首相秘書官（以下、「荒井元秘書官」という。）に対する取材が行われた。この取材で、荒井元秘書官は、岸田首相の同性婚の合法化に関する国会の答弁の意図等を解説した。その際、荒井元秘書官は「（同性婚の法制化により）社会の在り方が変わる。秘書官室は全員反対で、身の回りも反対だ。同性婚導入になると、社会のありようが変わってしまう。国を捨てる人、この国にいたくないと言って反対する人は結構いる。」「僕だって見るのも嫌だ。隣に住んでいるのもちょっと嫌だ」等と発言した。同年2月4日、荒井元秘書官はこの発言を理由に更迭された。

首相秘書官という政府の中枢にある人物が、「秘書官室は全員反対で、身の回りも反対だ。同性婚導入になると、社会のありようが変わってしまう。」とまで発言していたのである。このような状況で、政治部門が同性間の婚姻の法制化を自主的に進めることは到底期待できないといえよう。

- (4) また、控訴審第3準備書面（23頁以下）でも述べ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（以下「LGBT理解増進法」という）の制定経緯も、立法府の動きを見る上で重要である。

2021年5月14日、LGBTに関する課題を考える議員連盟において、与野党の協議に基づき「LGBT理解増進法」に「性的指向及び性自認を理

由とする差別は許されない」が明記されることとなり、自民党の党内手続きを経て国会提出されることとなっていた。しかし、同月20日の自民党内会議において上記与野党合意案に対し自民党内保守派議員からの強い反発があり、法案提出が暗礁に乗り上げた(甲A525)。

その後の立法過程も実に錯綜したものであり、自民党の保守系議員からは「この法案はむしろ自治体による行き過ぎた条例を制限する抑止力が働く」とかLGBTに関する教育を「規制するためにLGBT法案が必要だ」などの発言がなされた。

- (5) 以上の立法経過に照らせば、国会ではLGBTに対する差別を解消するための議論ではなく、LGBTに対する差別を許容する余地を残すための議論や、同性婚の導入に向けた検討を回避するための議論ばかりがなされていたといわざるを得ない。

したがって、控訴理由書14頁で以下述べたとおり、千葉勝美元最高裁判事が「同性愛者のような性的マイノリティの人達が『婚姻』できないために損なわれている基本的人権に注視し、それを救済することは、多数決原理とは離れた法原理機関としての司法部の基本的役割・機能であり、そのことを国民から期待されているといえるのではないだろうか。」と論じるとおり

(甲A607・208頁)、裁判所が法原理機関として証拠と論理に基づき、厳格に憲法適合性審査を行い、明確な違憲判決によって議論の出発点と枠組を示さなければ、立法府が機能不全から抜け出し本来の民主的機能を果たすことはできず、社会における圧倒的少数者である同性愛者等への人権侵害は終わらない。

裁判所は、本件諸規定の是非を「民主的な過程における自由な議論」に任せるのではなく、自らが積極的に審査し、違憲との判断を行うべきである。

この点、原判決も、「各種世論調査において、同性婚の法制化に賛成する意見が多数を占めているのは前記のとおりである一方、これに反対する意見

も相当程度存在し、異性婚のみを婚姻とする伝統的な婚姻観を大切に思う国民が相応に存在することも公知の事実である。しかし、同性婚の法制化は、同性カップルについても、法的に親族的身分関係を形成し、同居協力扶助義務、相続権、財産分与その他の各種法的効果を発生させ、権利と責任を伴う安定的な共同生活を継続的に営む法的地位を付与するというものである。法的効果を超えた婚姻の意義や主観的な価値は、国民一人一人が自らの人生観や価値観に照らして見出し、形作るものといえ、同性婚の法制化によって、婚姻に対して期待し、婚姻によって実現しようとする一人一人にとっての婚姻の意義や主観的な価値が損なわれるものではない。伝統的婚姻観を重視するがゆえに同性婚の法制化に困惑し心理的抵抗を覚える国民に、多様な属性、価値観を有する国民が相互に人格と個性を尊重し合いながら平和に共生するため、もはや社会の倫理にも健全な社会道徳にも公益にも反しないとの社会的合意が形成されているというべき同性婚に対して冷静かつ寛容な態度を期待することは、個人より集団の利益を優先する明治民法の規定を廃し、かけがえのない個人を尊厳ある主体として重んじることを旨として家族制度を構築することを命ずる憲法24条の理念に沿うものといえる。したがって、同性婚に対する国民感情が一樣でないことは、同性婚を法制化しないことの合理的理由にはならない。」と述べて、同性婚の法制化に反対する意見も存在するという「国民感情が一樣でないこと」が同性婚を法制化しないことの合理的理由にはならないことを明確に指摘した。

札幌地裁判決も同様に、「本件区別取扱いの合理性を検討するに当たって、我が国においては、同性愛者のカップルに対する法的保護に肯定的な国民が増加し、同性愛者と異性愛者との間の区別を解消すべきとする要請が高まりつつあり、諸外国においても性的指向による区別取扱いを解消する要請が高まっている状況があることは考慮すべき事情である一方、同性婚に対する否定的意見や価値観を有する国民が少なからずいることは、同性愛者に対し

て、婚姻によって生じる法的効果の一部ですらもこれを享受する法的手段を提供しないことを合理的とみるか否かの検討の場面においては、限定的に斟酌すべきものというべきである。」と述べている。

これらの判示は、たとえ「同性婚の法制化に困惑し心理的抵抗を覚える国民」や「同性婚に対する否定的意見や価値観を有する国民」が一部に存在したとしても、それにとらわれない、法原理機関としてあるべき裁判所の役割を果たそうとするものであり、高く評価されるべきである。

### 3 相次ぐ違憲判決にもかかわらず国会は立法作業に着手していないこと

現在、原判決も含め、全国で5つの高等裁判所（札幌、東京、名古屋、大阪、福岡）が違憲判決を出したにもかかわらず、依然として政治部門は何ら動くことはなく、ただ無為に時を費やしている。

原判決の後の政府の対応も、林芳正官房長官が、「これまでに出了た4高裁の違憲判決は最高裁に上告されており、その判断も注視したい」と述べるに留まり、政府として法制化の検討を始めるという姿勢すらなかった。

こうした政府の姿勢の背景には、非常に遺憾なことであるが、前述のとおり、「同性愛は…後天的な精神の障害、または依存症です。」等と差別と偏見に満ちた内容の冊子を配布する議員懇談会に参加する一部の国会議員たち、「秘書官室は全員反対で、身の回りも反対だ。同性婚導入になると、社会のありようが変わってしまう。」等と述べる政府中枢の高官といった、確信的な反対派の存在がある。

彼らの同性愛や性的マイノリティーに対する認識は決して合理的であるとは言えず、今や多数になりつつある国民の理解・意識にも反するものであるが、政治部門の中枢にこうした反対派の存在がある以上、民主主義の過程が正常に機能することは期待できない。

なお、現時点でも、前述のLGBT理解増進法の基本計画の策定すらされていない状況である。

#### 4 同性間の婚姻を現行の婚姻制度に包摂するための具体的な立法措置は極めて単純かつ容易であり、立法と司法の権限分配を何ら侵害するものではないこと

二宮周平教授は、最近改訂された『家族法 第6版』（新世社・2024年）において、次のように指摘する。

「（同性婚の法制化は）条文の語句修正で足りる。これは、同性婚を法制化した各国の規定も同様である。例えば、ドイツ民法1353条は、『婚姻は、異性または同性の二人の者によって、生涯にわたり締結される』と定め、フランス民法143条は、『婚姻は、異性または同性の二者によって締結される』と定める。たとえば、民法739条1項を『婚姻は、性別のいかんを問わず、二人の当事者が戸籍法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』と改めれば、同性、異性に限定しない点で、性のあり方の多様性に対応出来る。」（36頁）

嫡出推定規定についても、「日本で同性婚が導入された場合に、嫡出推定規定を法律上の親子関係成立の規定に転換することも考えられる。たとえば、『配偶者の一方が婚姻中に懐胎した場合は、当該婚姻の他方配偶者を親と推定する』などである。」（209頁）

この点、名古屋高裁判決も、同様に、「民法の婚姻の効力に関する諸規定については、『夫婦』を『婚姻の当事者』、『夫又は妻』を『婚姻の当事者の一方』など性別中立的な文言に変更するといった法改正で足りるものであり、嫡出推定や認知、親権、養子縁組など親子関係に関する諸規定も『父母』を『親』に、『夫若しくは妻』を『婚姻の当事者の一方』などという性別中立的な文言に変更するといった法改正で足りると解され、同性カップルに法律婚制度とは別の制度を設ける場合とは異なり、膨大な立法作業が必要になるとはいえない」と判示している（35～36頁）。

以上のとおり、現行法の違憲状態を解消するための法改正は極めて容易なものであり、司法が現行法の違憲を宣言したとしても、立法と司法の権限分配を何ら侵害するものではない。その観点からも、同性間の婚姻を現行法が認めていないことについて、最高裁も違憲判断を躊躇すべきではない。

## 5 同性カップルに婚姻制度の利用を認めることは国民の福利を大きく向上させる一方、これにより減少する国民の福利は存在しないこと

夫婦同氏制度の合憲性が争われた令和3年6月23日最高裁大法廷において、草野耕一裁判官は「本件各規定が、上記のとおり国会の立法裁量の範囲を超えるほど合理性を欠くといえるか否かを判断するに当たっては、（中略）選択的夫婦別氏制を導入することによって向上する国民各位の福利とそれによって減少する国民各位の福利を比較衡量することが有用であるとする（ここでいう『福利』とは、国民各位が個人として享受する利益を意味するものであって、個人を離れた『社会全体の利益』や『特定の共同体又は組織の利益』は含まれない。）。」という基準を立てた。

同裁判官に倣い本件諸規定の合憲性を考えると、「同性愛者等に婚姻制度の利用を認めることによって向上する国民各位の福利とそれによって減少する国民各位の福利を比較衡量する」方法で本件諸規定の合憲性は判断されることとなる。

同性カップルに婚姻制度の利用を認めた場合、それにより婚姻制度の利用を望む同性カップル当事者の福利が向上することはいうまでもない。他方で、同性カップルに婚姻制度の利用を認めることによって減少する福利としてどのようなものが考えられるであろうか。同性カップルに婚姻制度の利用を認めても、それにより婚姻当事者以外の権利関係には何ら影響を与えない。婚姻を望む異性カップルはこれまでどおり婚姻することができ、望のであれば生殖や養育を行うこともこれまでどおり可能である。また、婚姻制度の利用を望まない同性カップルは、これまでどおり婚姻制度を利用しなければよい。つまり、同性カ

カップルに婚姻制度の利用を認めることによって減少する国民各位の福利は存在しないのである。

この点については、原判決も「法的効果を超えた婚姻の意義や主観的な価値は、国民一人一人が自らの人生観や価値観に照らして見出し、形作るものといえ、同性婚の法制化によって、婚姻に対して期待し、婚姻によって実現しようとする一人一人にとっての婚姻の意義や主観的な価値が損なわれるものではない。」と指摘するとおりである。

このように、同性カップルに婚姻制度の利用を認めることは、それにより多くの国民の福利を向上させ、ひいては多くの幸せを生み出す一方で、それにより誰の福利も減少させない。誰一人不幸となる人間を生み出さないのである。

## 6 小括

以上の状況を踏まえるならば、最高裁において同性間の婚姻が認められていない現行規定について明確な違憲判決が出ない限り、立法府において法制化の議論が進まず、先送りにされてしまう危険性は明らかである。

千葉勝美元最高裁判事も、法の整備が段階的に進んだドイツとの対比で、日本の現状について、次のとおり述べている（『同性婚と司法』（岩波書店・2024年）165～166頁）。

「ところが、我が国においては、これとは逆である。すなわち、立法においては、同性婚問題の解決を避けようとする姿勢がうかがわれ、動き出さない、あるいは動き出せない政治的・社会的閉塞状況があった。それを打ち破ろうとする司法が、前記のとおり、登録パートナーシップ制度に言及しこれを憲法24条2項の要請に応えるための具体的な立法指針として示唆している状況なのである。そうすると、仮に、国としての登録パートナーシップ制度が制定されたとしても、立法としては、それでよしとして終わりにしてしまうおそれがある。すなわち、それ以上に登録パートナーシップ制度の内容を婚姻に近づける格上げの改定を段階的に行い、ついには同性婚を憲法上の権利として制度化し

ていこうとする動きをすることは、控えることが十分予想されよう。立法としては、いわば「火中の栗を拾う」こととなるため、慎重にならざるを得ないのである。そうすると、登録パートナーシップ制度の内容は、取りあえずの対応で済ませたままの、不十分なもので終わるおそれがある。以上によれば、心配しすぎかも知れないが、我が国では、司法が登録パートナーシップ制度について具体例を挙げてその法制化を立法に命じたとしても、それ以上には進まないおそれが大きい。そして、同性婚問題の解決にはほど遠い状態が続くのである。そうすると、この制度における差別意識も解消されないままになるのではないか、そのことが危惧されるのである。」

こうした千葉元判事の懸念は実にもっともなものであり、同性間の婚姻を現行法が認めていないことに対する最高裁の明確な違憲判断なくして、この問題の根本的解決はあり得ないのである。

泉徳治元最高裁判事の前掲書から改めて引用すると、まさに「このような問題では司法が一步前に出なければならない」のである。

### 第3 同性カップルが被る不利益が甚大である一方で社会は同性婚の法制化を受け入れる態勢を整えていること

#### 1 婚姻制度から排除されていることによって同性カップルが日常的に多大な困難や不安に直面していること

(1) 同性婚が法制化されていないことは、多くの同性カップルにとって日常的に多大な困難や不安を生じさせるものである。

婚姻制度が利用できないことによって生じている法的不利益及び事実上の不利益は、相続権がないこと、財産共有推定及び財産分与請求権が認められないこと、親権を共同で行使できないこと、所得税・住民税・相続税の配偶者控除等、税法上の優遇措置を一切受けることができないこと、カップルの一方が外国人の場合に配偶者という地位を前提にした在留資格を取得できな

いこと、カップルの一方が意識不明の状態で救急搬送された場合に他方のパートナーが面会や病状の説明を求めても法的な関係が無いという理由で拒否される可能性があること、民間の賃貸物件での同居を希望する場合に同性カップルであることを理由に断られる可能性があること、住宅を購入する際にペアローンが組めない可能性が高いこと等、多岐に渡る。

- (2) たとえば、カップルの間に子がいても一方しか子の親権者になることができないため、上告人らのうち子育てをしている坂田さんカップル（上告人3・4）では、テレサさんのみが娘の親権者となっている。このため、娘には日本国籍がなく、氏名を漢字で登録することもできず、二人がどれだけ協力して子育てをしても麻智さんは娘と法的な親子関係を持つことができない（甲C6）。娘はまだ幼いが、今後も法的な関係がないことで更なる不利益やトラブルが生じないとは限らないため、二人はこれをととても不安に感じている。
- (3) 病院で面会ができるか否かも深刻な問題である。上告人2が過去に急きょ入院することになった際、上告人1はもうパートナーに会えないのではないかという強い不安に襲われた（第一審原告本人尋問）。パートナーに何かあったときのために今伝えなければという気持ちから、上告人1は、看護師に自身の携帯電話の番号を渡して上告人2との関係性をカミングアウトした。二人はその医療機関において法律上他人だからと排除されないことを祈ることしかできなかった。

カップルの一方が病気になるということは人生を共にしていればいつかは起こることである。確かに医療機関によっては同性のパートナーを家族として扱っているところもあり、事前に調べることができればそのような医療機関を選ぶことは可能である。しかし、病気のために早期に最適な治療を受けることが最優先されるべき状況で、パートナーを家族として扱ってくれるか否かを病院を選ぶ基準にしなければならないことは大きな不利益である。ま

た、全く予期しないタイミングで病気や事故によって救急搬送された場合には病院を選ぶことができない。

本件と同じ「結婚の自由をすべての人に訴訟」の東京1次訴訟の原告であった佐藤郁夫さんは、令和3年1月、脳出血のため倒れ病院に運ばれたが、入院先でパートナーのよしさんが医師に対してパートナーであることを告げたにもかかわらず、医師はよしさんが親族ではないからという理由で、よしさんに対して病状の説明をすることを拒否した。病院から佐藤さんの妹に連絡が取られ、妹の病院への承諾により、よしさんは佐藤さんに会うことができたが、佐藤さんは回復することなく亡くなった。婚姻ができない不利益は、当事者の人生の最期にさえ取り返しの付かない不利益を及ぼしかねないものである。

- (4) 相続も、いつしか必ず発生する問題である。上告人坂田さんカップル（上告人3・4）及び上告人川田さん・田中さんカップル（上告人5・6）は、それぞれ不動産を購入して一緒に暮らしているが、婚姻している異性愛カップルと何ら異ならない形で家計を分担し生計を立てているにもかかわらず、自宅の名義人となっている者が先に亡くなった場合には、他方は自宅を相続できない。

この点に関しては遺言の作成によりある程度の対策は可能であるとも考えられる。しかし、相続税に基礎控除や配偶者控除等、婚姻している異性カップルが当たり前に享受している優遇措置を受けることができない。このため、カップルとして共に築いてきた財産であっても亡くなった者の名義となっていたものについては、遺贈で取得するにしても相続税という出費を伴うこととなり、当事者らに経済的な不安を生じさせている。

- (5) 当弁護団が実施したアンケート調査（甲A613）においても、同性カップルが直面する様々な不利益について多くの声が寄せられた。既に挙げた例以外にも、パートナーの失業等に際して他方の社会保険の扶養に入れられず

別途健康保険料の支払いをしなければならなかったケース、職場の単身赴任手当が受給できない、海外赴任の際にパートナーに配偶者ビザが出ない、パートナーが社宅・職員住宅に入れない等、就労の上での不利益に関するもの等、同性カップルが実生活の中で様々な不利益を被っていることが分かる。

- (6) 当事者らが感じているまたは実際に直面したこれらの問題は、いつ、どのような形で具体的な問題として生じるかを当事者はコントロールすることができない。逆に言えば、同性カップルにとって、これらは常に存在する不安の原因となっているのである。

そして、同性カップルがこのような状況に置かれていることで不安を感じているのは当事者だけではない。上告人川田さんの父親は第一審の証人尋問において、上告人川田さん・田中さんカップルについて「安心して暮らせるようにしてほしい」、「子供のことを心配しない親はいない」、「もっと国民として平等に扱ってほしい」と訴えた。同性カップルが法的に保護されていないことは、当事者のみならず当事者の家族等、当事者を愛する人たちにも不安を生じさせるものである。

このように、婚姻制度から排除されていることによって同性愛者等が被っている害悪は甚大である。このような状態が解消されることは同性カップルにとって喫緊の問題である。

## 2 婚姻制度から排除されていることで同性カップルの人格的利益が著しく損なわれていること

前述のような経済的・事実上なものだけを見ても同性カップルが被っている不利益は極めて大きい。婚姻制度から排除されていることによって、同性カップルはその尊厳を深く傷付けられ多大な精神的な不利益を被っている。すなわちそれは、千葉勝美元最高裁判事の言葉を借りれば「婚姻という二人の個人の結合という制度における夫婦としての人格的で根源的な結び付きの喜び、精神的な充実感、相互の助け合いによる一種の運命共同体的な安心感や相互の心か

らの信頼関係の素晴らしさといった『掛け替えのない個人の尊厳に関わる喜び』を享受できない」不利益（甲A607・207頁。原文ママ。）である。

原判決も、「相互に求め合う者同士が自ら選択した配偶者と婚姻関係に入ることができる利益は、現代社会を生きる上での個人の人格的存在と結び付いた重要な法的利益に当たるものといえ、同性カップルがこれを享受することができないのは、同性カップルの人格的利益を著しく損なうものといわざるを得ない」（原判決45頁）と指摘している。異性カップルが当然に享受できる、しかしかけがえのない、個人の尊厳に関わる喜びを、同性カップルは、どれほど互いの絆が強くとも、自ら選択する余地のない性的指向により、その相手が同性であるという事由のみによって享受することが許されていない。

同性愛者等はそもそも性的指向が社会の多数者と異なるというだけで「異常性欲・性愛」などとされ、自身の性的指向を決して人に知られてはならない、知られたら社会で生きていけなくなるのではないかと恐怖と孤独を感じ生活している者が多い。そうした中、ようやくパートナーと呼べる相手と巡り合い、互いに支え合って生きていこうと誓い、精神的・経済的・社会的基盤として何よりも大切にしているその関係が法的には存在しないものと扱われているのである。

この点だけを見ても、同性カップルが婚姻制度から排除されている現状は即座に解消されるべき事態であることは明らかである。

### 3 社会の受入態勢が整っていること

#### (1) 地方自治体のパートナーシップ制度の広い普及

2015年から地方自治体によるパートナーシップ制度が導入され始め、原判決でも認定されているとおり、2024年6月28日時点で導入する自治体は458に達し、これらがカバーする人口は日本の総人口の85.1%に及んでいる。そして、その後も導入する自治体は増え、2025年4月時点において525となり、人口カバー率は92パーセントを超えるまでに至

っている。内訳として、47都道府県中、都道府県レベルでの導入が33、一部で制度のある都道府県は14、制度のない都道府県は存在しない<sup>1</sup>。

パートナーシップ制度は法律上の制度ではないため、これを利用することによっても当事者らの不利益は解消しない。しかし、ここで着目すべき点は、日本の社会がかなりの広範囲において、かつ、地方自治体レベルで、同性カップルをパートナーとして扱う制度を受け入れているという事実である。

少数者の人権にかかわる問題について社会の多数者の意見が重要視されるべきでないことは従前から主張しているとおりであるが、仮に社会の多数者の意見を加味したとしても、パートナーシップ制度は社会に既に広く浸透した制度になっており、日本の社会全体として、同性カップルをパートナーとして扱う意識は醸成されているといえる。

## (2) 各種世論調査の結果

NHK他メディア各社が2023年2月に実施した世論調査では、いずれの結果においても、同性同士の結婚を法律で認めるべきとする意見が多数を占め、認めるべきでないとする意見を大きく上回っている。

同年5月にJNNが公表した世論調査でも、同性婚を法的に認めることについて、63%の人が賛成と答えた（甲A707）。また、同年5月1日に共同通信が発表した調査では、同性婚については「認める方がよい」が71%に上り、「認めない方がよい」の26%を大きく上回った（甲A708）。

さらに、同年8月、厚生労働省の国立社会保障・人口問題研究所による全国家庭動向調査において、「同性婚を法律で認めるべきだ」への賛成が75.6%に達したことが公表された。この調査は5年ごとに行われているが、同性婚への賛成は前回2018年調査から約6ポイント上昇している（甲A709）。

---

<sup>1</sup> <https://www.marriageforall.jp/database/partnership/>

このように、各種世論調査の結果によっても、同性婚を法制化することを賛成する人が多数であることが度々裏付けられている。

### (3) L G B T理解増進法の制定・施行

2023年6月16日、L G B T理解増進法が成立し、同23日より施行された。

同法は、その目的として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施策の推進に関し、基本理念を定め、並びに国及び地方公共団体の役割等を明らかにするとともに、基本計画の策定その他の必要な事項を定めることにより、性的指向及びジェンダーアイデンティティの多様性を受け入れる精神を涵養し、もって性的指向及びジェンダーアイデンティティの多様性に寛容な社会の実現に資することを掲げ（法1条）、性的指向また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こと、性的指向およびジェンダーアイデンティティを理由とする不当な差別はあってはならないことを明記している（法3条）。

上述のとおり同法の制定の過程や内容に問題は残るものの、同法は日本において性的指向と性自認に関する理解を増進するための初の法律である。同法が制定された事実もまた、日本社会が全体として同性愛者を含む性的少数者に対する差別をなくし、個人として尊重するべきであると既に理解していることを示しており、同性婚が社会的に受け入れられる素地があることを表している。

### (4) 同性婚が法制化されればそれに反対する人の意識も変わり得ること

同性婚の法制化に反対する声が未だ存在することは確かである。しかし、少しのきっかけで人の価値観が変わることは往々にしてある。

第3の1(5)でも言及した上告人川田さんの父親は、第一審の証人尋問において、最初に川田さんと田中さんの交際を知ったときについて、「私も割と

古い人間ですから、最初は葛藤もありました」「自分の子供がまさかこういうことになるとは思わなかったし、しばらくはいろいろ私なりにも悩みました。」と述べた。しかし、川田さんの父親は、その後川田さんと田中さんの関係を見る中で、「これは世界的に見ても遅れてますよね。」「早く制度にしてあげて、やっぱし安心して暮らせるようにしてあげてくれないと」「子供のことを心配しない親はいないと思いますよ。」などと述べながら、同性婚の法制化を訴えるまでに心境が変化していることがわかる。

また、上告人坂田麻智さんは、第一審の尋問で、坂田さんカップルのことが地元の新聞に取り上げられたことで、直接的にカミングアウトしていなかった近所の高齢者の方からも、「新聞みたよ」「応援してるよ」と声をかけてもらえたエピソードを語った。

多くの異性愛者の場合、家族や隣人等、身近な人が同性愛者であることを知って初めて、偏見に基づく差別感情を越えて同性婚の問題を「自分の身近な人に今起こっている問題」として深く考えることになるのではないだろうか。そして、そうした際に、多くの人は身近な人に起こっている問題は解決されてほしいと望み、そのような個々の人々の意識の変化の集積が、前記のような多くの地方自治体での取り組みや世論調査の結果に表れているのであろう。

同性婚が法制化されれば、それまで周りに関係性を伝えることができていなかった多くの同性カップルが、周囲の人々にパートナーを配偶者として伝えることができるようになる。その時、同性婚の法制化に反対であるとの意見を持っていた人々も、身近な関係の中で同性カップルの実態を知り、その意見を変えていくはずである。

## 第4 本件諸規定が憲法24条1項に違反すること

### 1 はじめに

原判決は、「憲法24条が将来にわたって婚姻当事者を異性同士に限定し、婚姻制度から同性婚を排除する趣旨を含むものとは解することはできない。」

(41頁。原々判決24～25頁も同旨)と述べたものの、「憲法24条1項が直ちに同性婚の婚姻の自由を保障し、同性婚の法制化を要請しているものとまで解することはできない。」とし、憲法24条1項による婚姻の自由の保障は同性間の婚姻にも及ぶか否かに関し十分な検討をしていない。原判決の上記判示の理由として、①憲法24条1項が用いている「両性」「夫婦」といった異性を前提とした文言を用いていること、②同条1項は、明治民法と決別し、婚姻における個人の尊厳と両性の平等を宣言するとともに、同条2項において、立法府の裁量の限界を画するという憲法24条の制定経緯や構造を挙げている。

しかし、憲法24条1項の解釈においては、上記文言を用いているという文理解釈、憲法制定当時の経緯や意図のみによって婚姻の自由が同性間にも及ぶものか否かが決せられるべきものではない。下級審裁判例も指摘しているとおり、憲法解釈は、社会の変化に照らして変遷していくものであり、憲法制定時の「当然の前提」やそれに基づいて使用される文言のみを根拠に、保障範囲を画するべきではない(甲A651・29頁)。

この点、原判決では、憲法24条1の制定経緯を丁寧に分析した上で、憲法24条が将来にわたって婚姻当事者を異性同士に限定し、婚姻制度から同性婚を排除する趣旨を含むものと解することはできないと述べている。また、憲法24条2項適合性審査の場面において、明治民法における婚姻制度の法制化当時から現在に至るまでの社会の同性愛に対する認識の変遷を丁寧に評価し、同性カップルの有する人格的利益の重要性を述べている。

にもかかわらず、憲法24条1項による婚姻の自由の保障が同性カップルに及ぶか否かの検討においては、これらの点を一切考慮にいれることなく、文理

解釈及び制定経緯や構造のみを理由として、憲法24条1項が直ちに同性間の婚姻の自由を保障しているものとまで解することはできないと判断している。

しかし、以下述べるとおり、同性カップルにも憲法24条1項の婚姻の自由の保障は及ぶというべきであるから、原判決は同条の解釈を誤ったものである。

## 2 あるべき憲法24条1項の解釈

### (1) はじめに

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）は、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いう趣旨を明らかにし、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述べた。この婚姻の自由が同性間にも及ぶか否かという憲法解釈にあたっては、同項の規定の趣旨やその自由の背後に存する「憲法13条が基盤とする国民の自由・幸福追求の権利」の性質を踏まえた検討が必要不可欠である。

### (2) 憲法24条の「婚姻」が将来に開放された概念であること

千葉元最高裁判事も「24条の文言が婚姻の定義をしたものとはいえないはずである」（甲A607・207頁）と指摘するとおり、憲法24条の規定を素直に読んだ場合に、同条が憲法上の「婚姻」の定義を意図したものと解するのは困難であると思われる。そうすると、同条にいう「婚姻」がどのような意義を有するものであるかが解釈上の問題となる。

この点、渋谷教授が引用する我妻榮博士が指摘するとおり、「〔親族的集団〕の起源を探ることは、不可能に近く、その将来を卜することは、夢に等しい」（甲A590）のであって、そのことは制憲者や立法者も同様だと考えられる。そうであるからこそ、憲法24条は婚姻及び家族に関する事項については法律によってこれを具体化すべきものとし、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、国会が立法による具体的な婚姻制度を設けることを可能とした上で、その立法に当たり、個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚すべきものであるとする要請、指針を示すことによって、その裁量の限界を画するという方針が採用されたものと解されるところである（再婚禁止期間違憲判決参照）。

実際に、駒村圭吾教授の「憲法24条2項についての意見書」（甲A228・14頁以下）でも指摘されているとおり、制憲時の第90回帝国議会貴族院本会議において、金森国务大臣は「處が、此の家族制度の尊重に付きましては、是は日本在來の考が傳統的に變化はありまするにしても變化の仕方を自然に適ふやうに維持しつつ、自ら適當なる所に行くものであらうと思ひまするが故に、此の際之を憲法に特に採入れる迄の必要はないと考へている次第であります」と述べ、家族観を憲法レベルで固定化せず、むしろ時代状況に応じて立法により制度化していくべきことを示唆している。

このように、憲法24条の「婚姻」は立法による具体化を予定した将来に開放された概念であるというべきである。

- (3) 制憲当時に婚姻当事者が一組の男女であることが所与の前提にされていたことは憲法上の婚姻から同性間の婚姻を排除すべき理由とならないこと

上記のとおり、憲法24条における「婚姻」は、立法による具体化を予定した将来に解放された概念であり、将来にわたってそれぞれの時代に相応しいと考えられる婚姻制度が当然に想定されているものと解される。そうだとすると、原判決が述べるように、制憲当時に婚姻当事者が一組の男女であることが所与の前提とされていたとしても（原判決39～40頁）、それにより同性間の婚姻が同条にいう「婚姻」に含まれるとする解釈が妨げられることにはならないと解される。

なぜならば、憲法24条は、制憲者が婚姻の将来を予測する能力には限界があるために、将来における各時代に応じた婚姻制度の構築を立法者に委ね

たのであるから、制憲者が「所与の前提としていた」という理由で、その将来における立法に限界を画することは、同条の趣旨、目的に反するものであり、背理であるといわざるを得ないからである。

したがって、憲法24条1項の文理解釈によって、直ちに婚姻の自由が同性カップルに保障されないとの結論を導くことには無理があると考えられる。

(4) 同性間の婚姻の自由は、同自由の性質から、憲法24条1項により保障されること

婚姻の本質は、両性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む点にある（最大判昭和62年9月2日民集41巻6号1423頁参照）。そして、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ことは、同性カップルにおいても可能であり、この点において異性カップルとの差異は存在しない。むしろ、原審も指摘するとおり、憲法24条1項が規律する婚姻の自律性、権利の同等性及び相互協力性の基本原則は同性婚においても実現することができるものであるから（50頁）、憲法24条1項による婚姻の自由の保障を異性間에만及ぼし、同性間に婚姻の自由の保障を及ぼすことを否定する実質的な理由は考え難い。

誰と婚姻をするかの選択が個人の自己実現・幸福追求にとって重要なものであり、婚姻の相手として異性を選ぶか同性を選ぶかは性的指向の違いに過ぎず、その違いによって永続的な精神的及び肉体的結合を目的として公的承認を得て共同生活を営むという婚姻の本質が損なわれるものではなく、同性愛者にも異性愛者と同様の婚姻を認めることが個人の尊厳の理念にも沿うことからすると、「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」とした憲法24条1項の趣旨及びその背後に存する憲法13条が基盤とする国民の自由・幸福追求の権利の性質に照らし、同性の相手を含めて「誰と婚姻をするか」を自由に意思決定する婚姻の

自由（「婚姻をするについての自由」）が憲法上保障ないし保護されるものと解釈されるべきである。

この点につき、「結婚の自由をすべての人に」訴訟札幌高裁令和6年3月14日判決は、「性的指向及び同性間の婚姻の自由は、個人の尊重及びこれに係る重要な法的利益であるのだから、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婚姻をも定める趣旨を含み、両性つまり異性間の婚姻のみならず、同性間の婚姻についても、異性間の場合と同じ程度に保障していると考えることが相当である。」と述べ、婚姻の自由の重要性から同性間にも保障されると判断している。

また、本訴訟でこれまで提出してきた意見書や文献を見ても、多くの研究者が憲法24条1項の「婚姻」は異性婚だけでなく同性間にも及ぶとの見解を示している。

例えば、渋谷秀樹教授は、同性婚に関する憲法24条1項の規範的命題が変化したことにより、「異性婚のみを法的に認める日本の民法および戸籍法の婚姻を巡る諸条項は、その内容を肯定し支える立法事実が失われた以上、今やその合理性を支える基盤を失い、同性婚の保障は日本においても義務付けられる時期が訪れたのである」と述べている（甲A590）。

木村草太教授は、婚姻における両当事者の意思の尊重や両当事者の本質的平等という憲法24条の理念は同性婚にもあてはまること、判決のもつ社会的影響という観点から、憲法24条を同性婚へ適用すべきである旨述べている（甲A591）。

また、千葉勝美元最高裁判事は、「憲法24条が置かれたことにより、その文言からして、異性同士の婚姻が憲法の想定している社会制度としての『婚姻』であり、立法府としては、それに従った婚姻の具体的な内容を法律によって制定していくことが義務付けられた」という趣旨は、それを維持すべき国民的な理解と共感に大きな揺らぎが生じ、時代の進展により同性婚を

了解する価値観が広がってきている今日の状況にそぐわなくなっていることから、憲法24条は異性婚に限定せず、婚姻という法的な社会制度一般についての基本理念を示したものであって、同性婚を排除していない、すなわち、制度として取り込むことを許容していると解することができるとし、同性婚を認めていない本件規定は憲法24条1項の趣旨にそぐわないと述べている（甲A607）。

以上のとおりであるから、同性間の婚姻の自由は憲法24条1項により保障されると解するべきである。

(5) 本件諸規定が憲法24条1項に違反すること

同性間の婚姻の自由は、憲法上保護されるべき人格的利益として位置づけられ、法律により設けられた一定の婚姻制度の存在を前提に、その法制度を利用して婚姻をする自由であるところ、同性愛者は婚姻制度にアクセスすることができない。憲法上保護される重要な利益に対する直接的な制約について、合理的な理由が認められるか否かは、慎重な検討が求められる。

この点、巻美矢紀教授は、法律婚を含む結婚の権利は、相手方の同意を前提とした「生活と人生を共にすべき伴侶に関する選択」として人格の発展に重要なものであって、配偶者の選択の自由はその中核部分をなすものであるから、異性間の婚姻しか認めない現行法の解釈・運用は、法律婚の権利の中核に対する直接的な制約をなすものである上、同性愛者に婚姻制度へのアクセスを永久に制限するものであることからすれば、厳格な審査が求められるとし、結婚と生殖とが切り離されたならば、緩やかな審査基準ですらクリアすることはできず違憲であると論じて同様の趣旨の考えを示している（甲A606）。

原判決は、憲法24条の制定経緯の検討の中で、制定時に想定していた婚姻当事者が異性同士であったことに言及し、「両性」や「夫婦」の文言が用いられたこと、制定過程において、同性間の許否が論じられた形跡はないこ

と、異性間のみを婚姻の対象にすることが憲法24条が規定する婚姻法の基本原理である個人の尊厳及び両性の本質的平等並びに上記基本原則に合致するかについて検討された形跡もないと判断している。

また、性的指向が異性に向く者が多数を占める社会においては異性婚が自然なこととして捉えられ、婚姻制度は婚姻当事者が子孫を産み育てる父母としての役割を果たすことと密接に結び付いて存続、発展してきたと判断する。もっとも、科学的知見の進展により、性的指向はほぼ生来的に決定され意思により変えることのできない自然的属性であり、性的指向が同性に向くことも、人として自然なあり方であることが明らかになったこと、婚姻と自然生殖の可能性は一体のものとはされておらず、異性婚保護が自然生殖の抽象的可能性のあるカップルを定型的に保護することとなるという理解自体が、現在の法体系と必ずしも合致していないことも指摘している。

このように、同性愛に対する社会の認識が、憲法制定当時から現在に至るまで大きく変化していることは、同性カップルの婚姻の自由が直接制約されていることの合理性判断にあたって十分検討されなければならない。

さらに、原判決も指摘するとおり、相互に求めあう者同士が自ら選択した配偶者と婚姻関係に入ることができる利益は、現代社会に生きる上での個人の人格的存在と結び付いた重要な法的利益であり、同性カップルがこれを享受することができないのは、同性カップルの人格的利益を著しく損なうものである(45頁)。そして、異性カップルは婚姻し、親族的身分関係を形成し、互いに権利や責任を負い、各種の法的効果を享受して安定した共同生活を営むことができる一方で、同性カップルはこのような法的利益を享受することができないのであるから、同性カップルが被る不利益は著しく大きい。

このように、同性カップルが制約を受ける利益が重大であることも、合理性判断にあたって十分考慮されなければならない。

他方で、原判決も指摘するとおり、異性カップルのみが婚姻でき同性カップルが婚姻制度から排除されている差異をやむを得ないものとして正当化できる根拠は見出し難く、婚姻の自由を直接制約することを正当化できるだけの反対利益は存在しない。

したがって、憲法24条1項の趣旨に照らして同性カップルに同項の保障が及ぶというべきであり、本件諸規定による婚姻の自由の制約にはもはや合理的理由は見いだせないから、本件諸規定は憲法24条1項に違反するというべきである。

### 3 原判決のように文理にこだわった解釈をすべきでないこと

原判決は、同性間の婚姻の自由に憲法24条1項の保障が及ばない理由として、「両性」や「夫婦」といった異性を前提とした文言を挙げる。しかし、原判決のように憲法24条1項の解釈に当たっては文理にこだわった解釈をすべきではない。

すなわち、「両性」という言葉が用いられた背景には、婚姻が異性間でなされることを確定させたり、強調したりすることにはなく、婚姻の当事者双方が①平等な立場で合意することを至上のものとし、②他者による支配や介入を配することにある。つまり、両性とは、婚姻の当事者のいずれに対しても婚姻の自由が確保されるという意味で用いられているのである。このような背景事情も考慮すれば、両性と書かれているからといって、24条1項の下で戸籍上異性の2人の中での婚姻のみが法的に保護され、同性婚は保護対象にならないと単純に解することは、上記背景を理解していな解釈であるといわざるを得ない（添付資料：清末愛砂・立石直子「憲法24条が要請する同性婚の法制化に関する意見書」（以下、「清末・立石意見書」という））。

原判決も正しく指摘するとおり、「憲法24条は異性婚のみが婚姻法の基本原理及び基本原則に沿うことを規定したものではなく、日本国憲法制定当時に法律婚化されていた異性婚の由来に照らしても、同条が将来にわたって婚姻当

事者間を異性同士に限定し、婚姻制度から同性婚を排除する趣旨を含むものと解することはできない」(原判決41頁)のであるし、上述のとおり、憲法24条にいう「婚姻」が元来その内容が立法により具体化されることを予定した解放性を有する概念であり、将来にわたって、それぞれの時代に相応しいと考えられる婚姻制度が立法により設けられることが当然に想定されているものと解されることからすれば、憲法24条の解釈問題を決するためには、同条1項の規定の趣旨及び憲法の諸規定の整合的解釈の観点からの実質的な検討が必要不可欠となるものというべきである。

この点について、「結婚の自由をすべての人に訴訟」札幌高裁判決は、「法令の解釈をする場合には、文言や表現のみでなく、その目的とするところを踏まえて解釈することは一般的に行われており、これは法人や外国人の人権が問題となる場合をはじめとして(根拠省略)、憲法の解釈においても変わるところはないと考えられる。さらに、仮に立法当時に想定されていなかったとしても、社会の状況の変化に伴い、やはり立法の目的とするところに合わせ、改めて社会生活に適する解釈をすることも行われている。したがって、憲法24条についても、その文言のみにとらわれる理由はなく、個人の尊重がより明確に認識されるようになったとの背景のもとで解釈することが相当である。」と述べており、制定時の文言に捉われない憲法解釈の指針を示している(甲A692・17頁)。

千葉勝美元最高裁判事も、憲法24条の文言が婚姻の定義をしたものとはいえないはずであるのに、そこで用いられたいくつかの用語によって、憲法が認めている社会制度としての婚姻は異性婚というものと解するしかなくなり、それとはそぐわない婚姻(具体的には同性婚等)を立法により創設する余地はないと解される結果を招いている状態は、我が国及び世界各国において広がりを見せている同性婚に対する理解・評価と整合するのか疑問であり、同条の「両性」、「夫婦」等の用語については、男女の属性を持ったものという意味から、

その本来の意図を踏まえると、明確な異性婚を想定させない「当事者」、「双方」の用語でも足り、今日においては、そのような意味として解釈すべきであると論じている（甲A607）。

安西文雄教授も、憲法制定過程で異性婚に限定する趣旨を込めて「両性の合意」という文言が用いられたのではないこと、憲法制定後、社会が変遷を遂げて婚姻の本質についての捉え方も変化し、生殖と養育を婚姻の本質と見ないようになっていること、現在の先進諸国の趨勢から、憲法24条1項が「両性」という文言を使っていることを理由として同性婚が憲法24条1項の保護から外れることはないとの見解を示している（甲A698）。

以上のとおり、憲法24条1項の解釈に当たってその文理にこだわり、婚姻の自由を異性間についてのみ及ぶものと結論付ける原判決の憲法解釈は誤りである。憲法24条1項については、憲法制定時の文言にとどまらず、可変的な家族観や社会情勢の変化を踏まえて、同条の規定の趣旨及び憲法の諸規定の整合的解釈の観点からの実質的な検討をしなければならない。

#### 4 小括

以上述べたとおり、同性カップルの婚姻の自由は憲法24条1項で保障されているにもかかわらず、原判決は同条の文言を殊更に重視し、憲法制定後の社会の変化を無視し、同条の規定の趣旨及び憲法の諸規定の整合的解釈を行わず、その結果、同性間に憲法24条1項の保障は及ばないと判断したのであるから、原判決は憲法24条1項の解釈を誤ったものである。

### 第5 本件諸規定が憲法24条2項及び憲法14条1項に反すること

#### 1 はじめに

原判決は、同性婚を法律婚の対象としない本件諸規定は、「性的指向が同性に向く者の個人の尊厳を著しく損なう不合理なものであり、かつ、婚姻制度の利用の可否について性的指向による不合理な差別（合理性のない区別）をする

ものとして法の下の平等の原則に反するから、国会の立法の裁量の範囲を超えるものであって、憲法14条1項及び憲法24条2項に違反する」と判断した(52頁)。

この判断は、上告人らが従前より主張してきた内容に沿うものであり、全く正当である。本件の関連訴訟について、札幌高判(甲A692)・東京高判・福岡高判・名古屋高判も、本件諸規定が憲法24条2項及び憲法14条1項に違反する旨を正面から認定しており、もはや、本件諸規定が憲法24条2項及び憲法14条1項に違反するとの司法判断は確立したものというべきである。

以下、本件諸規定が憲法24条2項及び憲法14条1項に違反することを念のため述べる。

## 2 憲法24条2項に関する判断枠組みについて

平成27年夫婦別姓訴訟最高裁判決によれば、本件規定が、憲法の根本規範である個人の尊厳や本質的平等の要請に照らして合理性を欠き、国会の立法裁量の限界を超えた場合、憲法24条2項に違反することになる。

このような判断枠組みに照らして本件諸規定の違憲性を判断するに際しては、憲法24条2項の意義に照らして事実との照合を踏まえた丁寧な衡量が不可欠である(甲A624・4～6頁)。

その判断にあたっては、憲法24条2項が、「婚姻及び家族に関する事項」について、「個人の尊厳」と「本質的平等」に「立脚」して法律で定めることを憲法上義務付けており、本件はまさに、個人の尊厳に関する重大な権利が問題となっている事案であることからすれば、立法府に裁量権があるといっても、そこには「何もしない」という選択をする道はない。

最高裁も、在外国民選挙権事件判決(最大判平成17年9月14日・民集59巻7号2087頁)において、在外国民について選挙権行使の機会が剥奪されていたことについて、「そのような制限をすることなしには選挙の公正を確保しつつ選挙権の行使を認めることが事実上不能ないし著しく困難であると認

められる場合でない限り」選挙権の制限は正当化できないと極めて厳格な基準で合憲性の審査をした。本件においても、同性愛者等は婚姻制度から排除されることで一切の法的保護を受けることができない状況に置かれていることから、その合憲性は在外国民選挙権事件判決と同様に厳格に審査されなければならない。

「様々の要素を考慮に入れて時宜に適した判断をしなければならないのに、いたずらに旧弊に従った判断を機械的に繰り返しているといったことはないか、当然考慮に入れるべき事項を考慮に入れず、または考慮すべきでない事項を考慮し、又はさほど重要視すべきではない事項に過大の比重をおいた判断がなされてはいないか」といった考慮審査の方法にしたがって、慎重かつ不断に検討、吟味しながら判断されなければならない（平成16年参議院議員定数不均衡事件大法廷判決藤田宙靖ら補足意見参考）。

### 3 本件諸規定が憲法24条2項に違反すること

#### (1) 人格の尊厳を侵害されていることが判断の基底に置かれるべきこと

本件諸規定により侵害されている同性愛者等の権利は、「婚姻という二人の個人の結合という制度における夫婦としての人格的で根源的な結び付きの喜び、精神的な充実感、相互の助け合いによる一種の運命共同体的な安心感や相互の心からの信頼関係の素晴らしさといった『掛け替えのない個人の尊厳に関わる喜び』を享受できない」不利益である（甲A607・207頁）。異性カップルが当然に享受できる、しかし掛け替えのない、このような個人の尊厳に関わる喜びを、同性カップルは、どれほど互いとの絆が強くとも、自ら選択する余地のない性的指向により、その相手が同性であるという事由のみによって享受することが許されていない。これは、同性愛者等の個人の尊厳を大きく毀損する重大な問題である。

同性間の婚姻を認めない本件諸規定が、同性カップルの人格を貶め、人格の尊厳（個人の尊重、個人の尊厳及び人格の平等）を極めて強く侵害してい

ることは、原判決（４４～４９頁）を含む一連の同種訴訟の判決からも明らかである。人格の尊厳を害するということは、単に法的効果が認められないというような権利の制約にとどまらず、容易に言い尽くせない極めて深刻な問題である。したがって、同性カップルの人格の尊厳が侵害されていることは、本件諸規定の違憲性を検討する上で、判断の基底に置かれるべき事柄である。

特に日本国憲法２４条２項は、婚姻及び家族に関するその他の事項に関しては、「尊厳」と「本質的平等」に「立脚」して法律が「制定されなければならない」と規定していることを踏まえると、本件諸規定の憲法適合性を判断する上では、本件諸規定が人格の尊厳を侵害していることが最も重要な考慮要素として判断の基底に置かれるべきである。憲法２４条には「両性」や「夫婦」の文言があり、被上告人はこれに固執する主張を続けてきたが、日本国憲法の基本的価値である「個人の尊厳」や「本質的平等」、要するに「人格の尊厳」は文言の表面上の意義によって蔑ろにされてはならない。

## (2) 婚姻の法的地位

国籍法違憲最高裁判決は、「日本国籍は、我が国の構成員としての資格であるとともに、基本的人権の保障、公的資格の付与、公的給付等を受ける上での意味を持つ重要な法的地位である」と判示し、日本国籍が重要な法的地位であることを、１４条１項に違反するか否かの重要な考慮要素として判断している。

婚姻は、これにより婚姻当事者及びその家族間の身分関係が形成され、戸籍によってその身分関係が公証され、その身分関係に応じた種々の権利義務を生ずるなどの法的効果を伴うものであり、国民の意識においてもなお法律婚を尊重する意識が幅広く浸透しているとみられることからすると、婚姻をなし得ることは、国民が幸福追求のために望む相手との間で精神的な結合に基づく永続的な共同生活関係を営もうとする上で重要な権能であるといえる。

加えて、婚姻制度からの排除は、単に法的効果を享受できないという不利益にとどまらず、心理的・社会的利益や正統性が付与されないというスティグマの刻印を付与されるという不利益も生じさせる。

したがって、本件諸規定が、憲法14条1項、憲法24条2項に違反するかどうかを判断する上で、婚姻が重要な法的地位であることは重要な考慮要素として、慎重に検討、吟味されなければならない。

### (3) 婚姻の自由の内容及び性質、具体的制限の態様及び程度

本件諸規定による婚姻の自由への制約は、婚姻の自由の保障内容の核心である婚姻をするかどうかの意思決定やパートナーを選択する意思決定を直接制約していること、婚姻の権利行使自体を永続的に奪うものであること等から極めて強い制約となる。明治大学の安西文雄教授による令和6年1月24日付意見書（甲A698）においても、最高裁は再婚禁止期間違憲判決で、婚姻をするについての自由が6か月間、つまり暫定的な制限であっても「直接的な制約」であるとしたが、同性婚の問題は婚姻をするについての自由が暫定的どころか生涯にわたって否定されるものであり、再婚禁止期間問題の比にならないほどの重い制約であるとされている。

そして、現行法上、婚姻制度のほかに同性カップルの関係を公証し保護する制度は何ら存在せず、同性カップルには上記(2)に記載した重要な法的地位を得るための法的な手段が一切用意されていない。

上記事情は、本件諸規定の合憲審査において、最も重要な考慮要素として、慎重に検討、吟味されるべきである。

### (4) 区別の対象が性的指向や性別に基づいていること

憲法14条1項の法令違憲を判断する上で、国籍法違憲最高裁判決は「自らの意思や努力によっては変えることのできない事柄」、非嫡出子相続分大法廷決定は「自らの選択ないし修正する余地のない事柄」を、重要な考慮要

素とした。「自らの意思や努力によっては変えることのできない事柄」については、違憲判断をする際には、重要な考慮要素とされなければならない。

本件諸規定は、同性愛者と異性愛者とを「性的指向」や「性別」に基づく別異取扱いをしている。「性的指向」は「自らの意思や努力によっては変えることのできない事柄」であり、「性別」は「自らの意思や努力によっては変えることのできない事柄」であるだけでなく14条1項後段事由でもある。

名古屋高判も、本件諸規定が自らの意思で選択や変更することができない性的指向を理由として婚姻に対する直接的な制約を課すことになっていることを考慮の上で違憲判断を下している(25頁)。

(5) 同性カップルに婚姻を認めないことに積極的な理由はないこと

同性カップルに婚姻を認めないことの積極的な理由はなく、これを正当化する余地はない。

同性カップルに婚姻制度の利用を認めることは、婚姻当事者の共同生活の保護にも、子の養育にも資するものであり、国民各位の福利を大きく向上させることにつながる。

他方、同性カップルに婚姻制度の利用を認めても、それにより婚姻当事者以外の権利関係には何ら影響を与えない。婚姻を望む異性カップルはこれまでどおり婚姻をすることができ、望むのであれば生殖や養育を行うこともこれまでどおり可能である。また、婚姻制度の利用を望まない同性カップルは、これまでどおり婚姻制度を利用しなければよい。つまり、同性カップルに婚姻制度の利用を認めるによって減少する国民各位の福利は存在しない。

このように、同性カップルに婚姻制度の利用を認めることは、それにより多くの国民の福利を向上させ、ひいては多くの幸せを生む一方で、それにより誰の福利も減少させない、誰一人不幸となる人間を生み出さない。

この点については、札幌高判において、同性間の婚姻について、「社会的な影響を含め、社会上の不利益・弊害が生じることはうかがえない」(甲A

692・19頁)と判示し、同性婚に対する否定的意見について、「感情的な理由にとどまるものであったり、異性婚との区別について合理的な説明がされていなかったりするものである」(同26頁)とされている。

また、名古屋地判においても、「同性カップルが国の制度によって公証されたとしても、国民が被る具体的な不利益は想定し難い。」「伝統的な家族観を重視する国民が一定数存在しており、その立場も尊重されるべきではあるものの、同性カップルを国の制度として公証したとしても、そのような伝統的な家族観を直ちに否定することにはならず、共存する道を探ることはできるはずである」(甲A651・47頁)、「累計的には膨大な数になる同性カップルが現在に至るまで長期間にわたってこうした重大な人格的利益の享受を妨げられているにもかかわらず、このような全面的に否定する状態を正当化するだけの具体的な反対利益が十分に観念し難い」(甲A651・48頁)と評価されており、名古屋高判も、同性カップルに法律婚制度を利用することができるようにすることによって具体的な弊害が生じることはないとは認定している(34頁、35頁)。

#### (6) 医学的知見の変化

日本国憲法制定時及びそれに伴う民法等の改正時の国会審議において、同性婚について言及がなかったのは、同性愛が変態性欲として精神病理化されており、同性同士で「ふうふ」として共同生活を営むことが想定されていなかったためである。しかし、現在では、同性愛を精神病とする誤った科学的、医学的知見は完全に否定されるに至った。

よって、かかる科学的、医学的知見の変化は本件諸規定の合憲審査において重視されるべき考慮要素の一つである。

#### (7) 社会の変化

上告人らが原審、原々審で提出した各準備書面に記載のとおりである。

近時の主だった変化を挙げれば、諸外国の情勢として、2024年1月23日、タイで同性婚を認める法律が施行され、同性同士も婚姻することを可能とする国はアジアでは3か国目、世界では39か国目となっている。

また、上記第3の3(1)に記載のとおり、パートナーシップ制度の導入自治体は令和7年4月時点において525となり、人口カバー率は92パーセントを超えるまでに至っている。

各種世論調査によると、同性婚に賛成する者の割合は増え続け、いずれも賛成が反対を大きく上回っており、調査によっては8割以上が賛成するものもある（上記第3の3(2)参照）。

弁護士会等も、同性婚の法制化を求める声明を次々と出している。

本件諸規定の違憲性を判断するにあたり、これらの社会の変化は、重要な要素として考慮されるべきである。

#### (8) まとめ

以上のとおり、本件諸規定は、同性カップルの人格の尊厳を著しく侵害しており、同性カップルが婚姻できないことによる不利益が甚大である。他方で、かかる不利益を正当化する合理的な理由が全く存在しない。したがって、同性婚を法律婚の対象としない本件諸規定は、性的指向が同性に向く者の個人の尊厳を著しく損なう不合理なものであり、かつ、婚姻制度の利用の可否についての性的指向による不合理な差別であり、憲法第24条第2項に違反することは明らかである。

### 4 憲法24条1項と憲法14条1項の関係

#### (1) 原々審を含む各地裁の判断

原々審は、憲法24条1項にいう婚姻が異性間の婚姻を指すという理解を前提に、14条1項については「その趣旨目的は、憲法の予定する秩序に沿うもので、合理性を有している」、「同性間の婚姻については、（中略）異性間の婚姻と同程度に保障しているとまではいえないことからすると、上記

立法目的との関連において合理性を欠くとはいえない」と極めて簡潔な判示をするのみであり、憲法14条1項について具体的な検討をしないままに本件諸規定は同項に違反するとはいえないと判断した。

このほかにも、憲法24条が異性間の婚姻の自由のみを保障し、異性間の婚姻のみの制度化を要請しているものと解される以上、その要請に従って法律によって設けられた婚姻制度の利用の可否について異性カップルと同性カップルとの間に区別取扱いが生ずることは、憲法が当然に想定したものといえるから、本件区別取扱いが憲法14条1項に違反すると解することは困難であるとするかのような判示をした下級審裁判例もみられる（東京地判、福岡地判、第2次東京地判）。

もっとも、札幌地判及び名古屋地判は、憲法24条1項違反の主張を退けつつ、憲法14条1項違反を認めている（名古屋地判は憲法24条2項違反も認定している）。

## (2) 原判決を含む各高裁の判断

これに対し、東京高判は、「『両性』、『夫婦』という文言を用いる憲法24条の規定をもって、性愛の対象とする相手を人生の伴侶と定めて共同生活を営むという永続的な人的結合関係が、性的指向によっては、同性間で成立し得ることを想定した上で、男女間の人的結合関係のみを法的な保護の対象とし、同性間の人的結合関係には同様の法的保護を与えないことを憲法自体が予定し、許容する趣旨であると解することはできず、憲法24条の規定があることを根拠として、男女間の婚姻のみを認め、同性婚は認めないことにつき、憲法14条1項違反の問題が生じ得ないということとはできない。」（48～49頁）と判断した。

福岡高判も、憲法24条1項については、「同性婚を認めないことが直ちに同条1項に違反するとまでは解し難い」（16頁）としつつ、前記のとお

り同14条1項違反を認定しており、24条1項の「婚姻」が同性間の婚姻を含まないとしても、別途14条1項違反となり得ることを示している。

名古屋高判は、「婚姻及び家族に関わる法制度をどのように定めるかは、立法府の合理的な裁量判断に委ねられているものというべきであるが、不合理な差別を定めて憲法14条1項に違反する立法措置を講じてはならないことは当然である」とした上で、憲法24条の制定においては個人の尊厳と法の下の平等という人権の基本原則を婚姻制度において具体化させることに主眼があったのであり、同性婚を排除する目的があったことをうかがわせる事情はないこと、憲法24条の「両性」、「夫婦」という文言によって憲法が婚姻を異性間の人的結合関係のみを想定していると解することは相当でないことを示し、憲法24条の「両性」、「夫婦」という文言を理由として憲法14条1項の適合性を排除する主張を明確に排斥した。(18～20頁)。

そして、原判決は、憲法24条1項については、「直ちに同性間の婚姻の自由を保障し、同性婚の法制化を要請しているとまでは解することはできない」(42頁)としつつ、「婚姻制度の在り方は、社会状況における種々の要因を踏まえ、各時代における家族法制全体を見据えて総合的に規律されるべきものであるから、現行民法における婚姻が昭和22年民法改正当時の憲法24条が想定していた婚姻形態を法制化したことをもって、現在においても同性婚を認めないことに合理的理由があるということとはできない」(50頁)と同14条1項違反を認定しており、24条1項の「婚姻」が同性間の婚姻を含まないとしても、別途14条1項違反となり得ることを示している。

なお、札幌高判は、憲法24条1項が同性間の婚姻についても、異性間の場合と同じ程度に保障していると考えることが相当と判断したため(甲A692・17頁)、本論点自体が生じていない。

- (3) 憲法24条1項の「婚姻」が異性婚のみを指すと解釈しても、14条1項違反の問題が生じ得ないとの解釈は誤っていること

このような一連の高裁判決により、仮に、憲法24条1項にいう「婚姻」が異性間の婚姻のみを指すと解釈したとしても、それ故に同14条1項違反の問題が生じ得ないとの解釈が誤りであることは明白になった。

憲法24条1項と憲法14条1項との関係を論じた学説においても、「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A37・渡辺康行ほか『憲法I 基本権』456頁(宍戸常寿執筆部分))、「配偶者の選択範囲の制限は、結婚の権利の制限とともに、平等の侵害として構成すべきである」(甲A606・卷美矢紀論考122頁)として、本件諸規定自体の憲法24条1項適合性審査と本件諸規定から生じる不利益扱い(すなわち本件別異扱い)の憲法14条1項適合性審査を区別している(甲A590・渋谷秀樹教授意見書14頁も同旨)。

## 5 本件諸規定は性的指向による区別取扱いに該当すること

被上告人は、本件諸規定について、区別の事由を性的指向に求めているのではなく、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定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ているだけであって、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、と主張していた。

この主張は、本件及びその関連訴訟の、地裁段階での判決全てで否定されてきたものであり、もはや、本件諸規定が性的指向によって区別取扱いを行っていることは明らかであるが、5高裁判決においても、その判断は当然に踏襲さ

れている（札幌高判（甲 A 6 9 2 ・ 2 3 頁）、東京高判（5 0 頁）、福岡高判（1 5 頁）名古屋高判（1 6 ～ 1 7 頁）、原判決（4 9 頁））。

このように、本件諸規定が性的指向に基づく区別取扱いとなっていることは、もはや動かしがたい結論である。

## 6 本件諸規定による区別取扱いに合理的根拠がないこと

### (1) 5 高裁判決はいずれも区別的取扱いに合理性を認めていないこと

最後に、本件諸規定が性的指向に基づく区別取扱いに合理的根拠が認められるか、という点が最後に問題となるが、これについても、5 高裁判決は、いずれもその合理性を認めなかった。

### (2) 札幌高判

札幌高判は、同性愛は障害や疾患ではなく、各人の性的指向は生まれながらに備わる人の意思によって選択・変更できない事柄であること、性的指向は個人の尊重に係る人格権の一内容を構成し得る重要な法的利益であること、諸外国や国連での状況及び地方公共団体のパートナーシップ認定制度の導入状況、国民に対する調査においても同性婚を容認する割合がほぼ半数を超えていること、本件諸規定が同性婚を許していないため同性愛者は著しい不利益を受けていること等の事情を挙げ、国会の立法裁量を考慮したとしても、本件諸規定が同性カップルに婚姻を認めていないことは、合理的な根拠を欠くと判断した（甲 A 6 9 2 ・ 2 4 頁以下）。

### (3) 東京高判

東京高判は、婚姻制度においては生殖の能力や意思があることは婚姻の要件とされておらず、子の生殖は婚姻の不可欠の目的ではないと位置付けられてきたこと、同性間の人的結合関係に婚姻と同様の法的保護を与えたとしても男女間の婚姻に与えられてきた法的保護は何ら減ずるものではないこと、連れ子や養子等を念頭におけば、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

ないこと、同性愛は疾病・障害ではなく、本人の意思により選択又は変更することができない性的指向によるものであること、諸外国や国連の状況、地方公共団体のパートナーシップ制度や民間企業の取り組み等の拡がり、国民の意識の変化等の事情を挙げ、本件諸規定は、合理的な根拠に基づかずに性的指向により法的な差別取り扱いをするものであると判断した（５２頁以下）。

#### (4) 福岡高判

福岡高判は、本件諸規定が同性のカップルを婚姻制度の対象外としていることは憲法１３条に違反するとし、そのうえで、「法の下での平等の観点からみると、本件諸規定は、男女のカップルのみを法的な婚姻制度の対象に限定し、同性のカップルについては法的な婚姻制度の利用を認めないものであり、男女のカップルによる婚姻には法的な地位や保護を与えるのに対し、同性のカップルについては婚姻しこれに伴う法的な地位や保護を得ることを一切認めていないのであるから、本件諸規定のうち、同性のカップルを婚姻制度の対象外とする部分は、合理的な根拠なく、同性のカップルを差別的に取り扱うものであって、法の下での平等を定めた憲法１４条１項に違反するものである。」と判断した（１５頁）。

#### (5) 名古屋高判

名古屋高判は、近年、婚姻、家族の形態が著しく多様化しており、男女の人的結合関係を中核としてその間に生まれた子の保護・育成の機能を担うという家族観が、唯一絶対のものというわけではなくなっていることが認められること、各種国際機関及び諸外国の動向、地方公共団体のパートナーシップ制度や民間企業の取り組み等の拡がり、国民の意識の変化、同性カップルが法律婚制度を利用することができないことによって、法的利益や各種の社会的利益を享受することができないという不利益を受け、特に医療行為に関しては、同性パートナーだけでなく養育している子の生命身体に直結する不

利益が想定される上、そもそも婚姻そのものに個人の尊厳と結び付いた本質的価値があるため、法律婚制度の本質的価値を享受することができずに個人の尊厳が損なわれているという不利益を受けていること等の事情を挙げ、本件諸規定は、合理的な根拠に基づかずに、性的指向により法的な差別取り扱いをするものであると判断した（22頁以下）。

#### (6) 原判決

原審は、性的指向は自らの意思で左右することができないこと、同性愛は社会の倫理、健全な社会道徳、公益のいずれにも反するものではないとの社会的、規範的認識が確立されていること、同性カップルが婚姻による法的利益を享受することができないことにより被る不利益は著しく大きく、異性カップルとの差異を正当化できる根拠が見出し難いこと、婚姻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むという婚姻の本質は、同性同士でも実行可能であり、憲法24条1項が規律する婚姻の自律性、権利の同等性及び相互協力性の基本原則は同性婚においても実現することができることなどから、同性婚を認めていない本件諸規定による本件区別取扱いは、事柄の性質に即応した合理的根拠に基づくということとはできず、法の下での平等原則に反し、憲法14条1項に違反すると判断した（50～51頁）。

#### (7) 小括

上記3(8)で述べたとおり、同性婚を法律婚の対象としない本件諸規定は、婚姻制度の利用の可否についての性的指向による不合理な差別である。上記の憲法14条1項に関する5高裁判決の判断は、いずれも、ほぼ上告人らが主張してきた内容に沿うものであり、本件諸規定による区別取扱いが、同項に違反するものであることは明白である。

## 7 原々審の判断を覆した原審の判断が維持されるべきであること

「結婚の自由をすべての人に」訴訟において、唯一、原々審のみが本件諸規定を合憲と判示している。しかし、原々審の判断は憲法24条2項、14条1項の憲法解釈を誤ったものであり、原々審の判断の誤りは原審において詳細に指摘されている。

原々審の判断が誤りであることはすでに控訴理由書等で詳細に述べており、原々審を除く一連の各地裁、各高裁の判断を踏まえても原々審の判断を正当化する余地はもはや微塵も残されていない。以下では、念のため、既に言及した点を除いて、原々審の判断の誤りを原審の判断と対比しながら簡潔に説明する。

### (1) 婚姻制度の本質等から、本件諸規定が違憲であることが明白であること

#### ア 原々審の判断の誤り

##### (ア) 婚姻制度の目的を生殖・養育と結びつけることはできないこと

既に上記第4において述べたとおり、婚姻の本質は、両性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む点にある。

原々審も、旧民法人事編の起草時以来、婚姻とは男女が夫婦の共同生活を送ることであり、必ずしも子を得ることを目的とせず、又は子を残すことのみが目的ではないとされて、老年者や生殖不能な者の婚姻も有効に成立するものと解されてきたことを認定したうえで（原々審10頁）、「婚姻の本質は、永続的な精神的及び肉体的結合を目的として公的承認を得て共同生活を営むことにあ[る]」（原々審25頁）と判示している。

しかし、原々審は、本件諸規定の憲法24条2項適合性を判断するにあたり、突如として、「本件諸規定が異性間の婚姻のみを対象としているのは、婚姻を、単なる婚姻した二当事者間の関係としてではなく、男女が生涯安定した関係の下で、子を産み育てながら家族として共同生活

を送り次世代に承継していく関係として捉え、このような男女が共同生活を営み子を養育するという関係に、社会の自然かつ基礎的な集団単位としての識別、公示の機能を持たせ、法的保護を与えようとする趣旨によるものである」と判示する（原々審29～30頁）。

原々審の上記判示は、率直な言葉で言い換えれば、子を産み育てない婚姻カップルは、国家が民法を通じて「社会の自然かつ基礎的な集団単位」として公認しようと積極的に意図するものではなく、本来は婚姻制度の趣旨に照らして法的保護が与えられるべき対象ではないということであり、子を産み育てないカップルによる婚姻制度の利用は、本来の制度趣旨を外れた、非正規的な利用であると位置付けるものである。このような判示は、原々審自身が認定した婚姻制度の本質と矛盾するものである。

本件諸規定は生殖能力を婚姻の成立要件としておらず、生殖不能を婚姻の無効・取り消し原因や離婚原因ともしていないのであるから、法制度としての婚姻の目的が生殖・養育にあるという解釈には無理がある。立命館大学の二宮周平教授が意見書において述べるとおり、法制度としての婚姻の目的を明らかにするには、婚姻が果たす事実上の役割等を考慮する必要があるが、これらは明確に区別されるべきものであり、法制度としての目的と事実上の役割等を混同することは許されない（甲A608・1頁）。

(イ) 同性カップルも生殖・養育を行っていること

そもそも、上告人らが控訴理由書でも述べているとおり（控訴理由書28頁）、同性カップルも異性カップルと同様に子の養育を行うことは可能であり（原告ら第3準備書面45頁外）、異性間の婚姻制度の外においても、現実には、同性カップルによる子の出産・養育は行われているのであり、原々審は、同性カップルを婚姻制度から排除することによっ

て子の福祉に悪影響を与えるという点を見落としている。実際、上告人坂田麻智さんと坂田テレサさんは、2022年8月に坂田テレサさんが出産し、養育を行っている。しかし、日本において本件諸規定により同性カップルが婚姻制度から排除され、何らの法的保護も与えられないことから、坂田麻智さんが子どもとの身分関係を形成することができないなど、様々な困難を生じている（甲C6）。上告人田中さんも、本人尋問において「（子どもをもうける選択肢について）制度がないということで、例えば養子、どうにかして養子をもらえたとしても親権を2人が持てないという部分で、僕たちは最初からやっぱり子供を持つという選択肢を諦めていました」「制度さえあれば、もしかしたらもっと若いときにちゃんと子供を引き取って育てるというふうに選択肢ももしかしたらあったんじゃないかと今になって思うところがあります」と述べ、「もしお二人がカップルになった当初から同性でも結婚できたとしたら、お子さんはどうだったでしょうね」という復代理人の質問に対し「確実に考えていたと思います」と答え、「婚姻制度から排除されていたことで、初めから諦めてしまっていた、今ではもう遅いということでしょうか」という質問に対しても「はい、そう思います」と答えている（田中さん本人尋問調書10頁から11頁）。

新ヶ江章友・大阪公立大学国際基幹教育研究院教授の調査でも、性的少数者による子育てが法制度から排除されることにより様々な困難に直面していることも明らかとなっており、とりわけ子の福祉の観点からみた場合、制度の不備に対しては早急に対応が必要であり、すでに多様な家族が存在していることについての理解促進と差別の禁止が求められるのである（甲A689）。

#### イ 原審の判断

原審は、生殖可能性を根拠に本件諸規定を合憲とする余地を明確に否定した。

すなわち、原審は、「我が国においては、性的指向が異性に向く者が多数を占める社会において慣習として存在した婚姻が明治民法によって法制化されたが、子をもうけることや自然生殖能力があることは婚姻の成立、維持の要件とはされず、当初より婚姻と自然生殖の可能性とは一体のものとはされていなかった。」、「異性婚制度は、歴史的、伝統的に子の出生、養育と密接に結び付いていたものの、子をもうける前提としての生殖行為は配偶者に対する性愛に裏打ちされたものであり、生殖能力や子の有無が婚姻の成立や存続の要件と解されなかったのは、このような人間としての自然な、本能に由来する性愛感情を抱きあう関係自体をも婚姻関係として保護する趣旨であると解されるところ、自然な性愛感情を抱き合う関係が同性同士であっても、その関係を保護することに生物学的、倫理的、道徳的な障壁がないのであれば、可能な限り異性同士と同等に扱うが個人の人格を尊重する個人の尊厳の要請に適うといえる。」として、婚姻制度が自然生殖可能性にかかわらず、人間としての自然な性愛感情を抱きあう関係自体を保護しているものであり、生殖可能性を理由に同性カップルを婚姻制度から排除することを明確に否定している（45～46頁）。

その上で、上記5(6)で言及したとおり、婚姻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むという婚姻の本質は同性同士でも実行可能であり、憲法24条1項が規律する婚姻の自律性、権利の同等性及び相互協力性の基本原則は同性婚においても実現することができることなどから、同性婚を認めていない本件諸規定による本件区別取扱い、事柄の性質に即応した合理的根拠に基づくということとはできず、法の下での平等原則に反し、憲法14条1項に違反すると判断した（50～51頁）。

このような原審の判断は、既に確立した婚姻制度の本質の内容に適合するものであり、婚姻制度の本質等から、本件諸規定が違憲であることは明白である。

名古屋高判も、婚姻の本質は単に生殖と子の保護・育成のみにあるわけではなく、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むことであるところこのような永続性をもった生活共同体を形成することは、同性カップルにおいても成し得るとの認定をし、さらに、共同して子を養育している同性カップルが相当数存在していることからすれば、婚姻制度が次世代の構成員の確保につながる社会的機能を果たしてきたからといって、異性間の人的結合関係であればこの機能を果たすことができるが、同性間の人的結合関係ではこの機能を果たすことができないと言い難いとしている（24頁）。

## (2) 婚姻以外の民法上の制度が婚姻の代替手段足りえないこと

### ア 原々審の判断の誤り

原々審は、「本件諸規定が異性間の婚姻制度のみを規定していることで、異性愛者は自由に異性と婚姻をすることができるのに対し、同性愛者は望みどおりに同性と婚姻をすることができないという重大な影響が生じている」としながら、同性愛者が望む同性のパートナーと婚姻類似の結合関係を構築、維持したり、共同生活を営んだりする自由が制約されているわけではなく、婚姻以外の民法上の制度等を用いることで一定の範囲では婚姻によって生ずる法律上の効果と同等の効果を受けることが可能であるから、その影響は一定の範囲では緩和され得るとする（原々審30～31頁）。

しかし、婚姻によって生じる法的効果の本質は、身分関係の創設・公証と、その身分関係に応じた法的地位を付与する点にある。したがって、婚姻は、契約や遺言など身分関係と関連しない個別の債権債務関係を発生させる法律行為によって代替できるものとはいえない。

また、原々審が「人格的尊厳に関わる重要な利益」（原判決26～27頁）という公認の利益については、何らの代替制度は用意されていない。

つまり、原々審が、婚姻当事者が享受し得る利益として挙げるいずれの利益についても、何ら適切な代替手段は存在していないのであるから、

「異性愛者は自由に異性と婚姻をすることができるのに対し、同性愛者は望みどおりに同性と婚姻をすることができないという重大な影響が生じている」状態が看過できないことは明らかである。

パートナーを亡くした大北武己の陳述書（甲A699）と近藤佳の陳述書（甲A700）を見ても、原々審の認定は、同性カップルが結婚できないことにより被る不利益を軽視しており、同性カップルの置かれた過酷な現状を何ら理解していないと言わざるを得ない。

#### イ 原審の判断

原審も、「本件区別取扱いにおいて問題となるのは、種々の法的効果を伴う現在の婚姻制度の利用の可否について差異であり（原文ママ）、法的保護のない事実上の共同生活を妨げられないことや既存の法制度の活用により婚姻の一部の法的効果に類似した法的地位を獲得できることは、区別の合理性を基礎付けるものではない」（51頁）として、婚姻以外の民法上の制度を婚姻の代替手段と評価することを明確に否定している。

このような原審の判断を踏まえても、婚姻以外の民法上の制度を婚姻の代替手段と評価する余地はない（札幌高判（甲A692・26頁）も同様の判断をしている。）。

- (3) 現行法上存在しない別制度を想定して本件諸規定の違憲性を治癒することが認められないこと

#### ア 原々審の判断の誤り

原々審は、「同性カップルについて公認に係る利益を実現する方法は、現行の婚姻制度の対象に同性カップルを含める方法（中略）に限るもので

はなく、これとは別の新たな婚姻類似の法的承認の制度（中略）を創設するなどの方法でも可能である」（原々審32頁）、「そもそも婚姻をするについての自由は、いつ誰と婚姻をするかを自由に決定することのできる自由であって、婚姻当事者に婚姻制度の内容を自由に定める権利が保障されているものではないのと同様、同性カップルのために公認に係る利益を実現するための制度についても、当事者がその内容を自由に定めることができるものではない。」とする（原々審34頁）。

（ア）国会が長期に渡り同性カップルに法的保護を与えていないこと

しかし、名古屋地判も指摘するとおり、70年以上の長期にわたって同性カップルは何らの法的保護も与えられていなかったものである（甲A651・46頁）。立法府が同性カップルの公的承認のための制度構築について一切検討していないことに照らせば、立法府はすでに同性愛者等を婚姻制度から排除したうえで、何らの代替手段も用意しないという判断をしていると評価すべきであり、このような状況において、現に存在しない別制度なるものを考慮して本件諸規定を合憲とする余地などあるはずがない。

立法裁量の存在を根拠に制度の欠缺を正当化することはできないのであり、札幌高裁は、制度設計について検討の過程が必要なことは「本件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」と判示し（甲A692・22頁）、東京高裁は、「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」（56頁）と判示している。

甲A612・5頁においても、「『問題』の解消方法をわざわざ論じるのは、現状が何らかの点で違憲であることを前提にしているはずであ

り、違憲評価を明示すべきであった。」と指摘されているのであり、本件諸規定の違憲性が将来の立法可能性によって治癒される理屈はない。

(イ) 別制度を設けることがスティグマの付与につながること

歴史的に差別的な扱いを受けてきた同性愛者等について、合理的理由なく、社会に根付いた婚姻制度から排除し、異性カップルとは異なる別の制度を設けることは、同性愛者の婚姻関係を二級の婚姻と位置付けることになるため、同性カップルに対する劣等感やスティグマの付与というネガティブな作用が生じることが不可避であり、そのような制度は憲法の保障する個人の尊厳や法の下での平等に反することになる。アメリカにおいて半世紀以上も前に違憲と判断された「分離すれど平等」の法理を肯定するかのような判示をもって、不合理な差別に苦しむ同性愛者等の現状から目を背け、立法府の怠慢を救済するかのような判断を下した原々審の姿勢は、人権保障の最後の砦たる司法の役目をかなぐり捨てたものと言わざるを得ない。

「婚姻の自由をすべての人に」訴訟における他の地裁判決においても、同性カップルの保護について婚姻制度とは異なる別制度を設けた上で、段階的に婚姻制度に移行することを示唆するような判示も見受けられる。しかし、京都産業大学の渡邊泰彦教授の意見書にも記載のとおり、そのような段階的移行においては差別の固定化の危険がある上に、制度改正のための負担を当事者に押し付けるものであり、無用な軋轢を増やすのみであるから、そのような段階的移行を行う合理的な理由はなく、端的に同性カップルに対し婚姻制度の利用を認めるべきである（甲A686。控訴人ら第3準備書面及び第6準備書面も参照。）。

清末・立石意見書16頁においても、異性カップルと異なる代替制度を設けたとしても同性カップルを婚姻制度から排除することに変更りは

なく、そのような制度は同性カップルの尊厳を侵害するものであるとしている。

二宮周平教授による令和6年1月30日付意見書(甲A695-1)においても、婚姻制度とは別にパートナーシップ制度を導入した場合には、戸籍制度の統一性、絶対性を維持することが難しくなること、また、同性婚を導入した場合に比べて国民の福利を増進することができないことを論じている。

木村草太教授は、東京地判の判断内容に対する批判として、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」

(甲A658・90頁)と述べている。また憲法学者の松原俊介氏も、「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」(甲A669・22頁)と述べている。

(ウ) 異なる制度の採用は、性的指向の強制的な暴露につながる事等

そのほかにも、婚姻類似の制度を利用できるのは同性カップルのみということになれば、婚姻類似の制度を利用していることを明らかにすることが、性的指向や性自認のカミングアウトに必然的につながってしまうことなど、婚姻制度とは異なる制度を設けることには種々の問題がある。そもそも同性カップルについて、異性カップルに認められる婚姻制度とは異なる制度を設けなければならない合理的理由は存在しない(控訴人ら第3準備書面参照)。

## イ 原審の判断

原審は、「現行の婚姻法における婚姻の本質は同性婚においても当てはまるものであるから、法制化に当たって嫡出推定規定の適用等において検討をするところがあることなどをもって、同性カップルの法的保護を法律上の婚姻と異なる形式で行うことは、性的指向という人間の自然的、本質的属性によって、その属性に基づく人格的生存の在り方において合理的理由のない際を設けることになり、法の下での平等の原則に悖るものと言わざるを得ない。また、婚姻に関する統計数値や意識調査によれば、我が国は現時点においても法律婚を尊重する意識が幅広く浸透していることが窺え、配偶者の地位により得られる様々な法律上の効果のみならず、配偶者として公認されること自体が、安定した共同生活や充実感につながると考えられる。さらに、同性カップルについてのみ婚姻とは異なる別の制度を設けることは、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が必ずしも十分でない現状に鑑みると、新たな差別を生み出すとの危惧が拭えない。」として、「同性カップルについて諸外国において導入されているような法律婚以外の制度を設けたとしても、現時点において異性カップルと同性カップルの間に生じている不合理な差別を根本的に解消し得ないというべきである。」と判示した（51～52頁）。

原審の判断は、同性愛者等が置かれた状況に真摯に目を向けた上で、現行法上存在しない別制度なるものを想定して本件諸規定の違憲性を治癒する余地がないことを明確にしたものである。

以上のとおり、現行法上存在しない別制度を想定して本件諸規定の違憲性を治癒する余地はない。

この点については、福岡高判も「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。」（16頁）と判示している。

(4) 地方公共団体におけるパートナーシップ制度が本件諸規定の違憲性を治癒するものではないこと

ア 原々審の判断の誤り

原々審は、公認の利益との関係で地方公共団体によるパートナーシップ制度に言及する（原々審32頁）。

しかし、パートナーシップ制度は、地方自治体における法的効果の伴わない制度に過ぎず、同性愛者等の保護としてあまりに脆弱である。そもそも、婚姻における公認の利益の前提には、法的な身分関係の変動があるのであり、法的な身分変動が伴わないパートナーシップ制度で婚姻と同様の公認の利益を満たすことはできないのである。また、公認の方法についても、戸籍による公認が可能な婚姻と比較すると、自治体が発行する証明書による公認しか認められない地方公共団体によるパートナーシップ制度による公認の効果は極めて限られているといわざるを得ない。清末・立石意見書16頁においても、自治体による登録パートナーシップ制度による同性カップルの関係の承認が婚姻制度からかけ離れたものであると明記されている。宝塚大学看護学部の日高庸晴教授の調査（甲A687）でも、地方自治体のパートナーシップ制度を利用している者のうち9割以上が同性婚の法制化を望んでいるとのことであり、この調査結果は、地方自治体のパートナーシップ制度が婚姻制度の代替とはなりえていないことを裏付けるものである。

地方公共団体によるパートナーシップ制度が全国的に普及している背景には、婚姻制度から排除された同性愛者等が社会の中で極めて過酷な状況に置かれているという現実がある。そして、パートナーシップ制度は、あくまでも法的効果のない、自治体レベルでの措置に過ぎず、国レベルの婚姻制度とは質的にまったく異なるものであるため、この先も同性愛者等の

保護が地方公共団体レベルでのパートナーシップ制度による保護に留まるのであれば、同性愛者等に対する差別の固定化につながりかねない。

#### イ 原審の判断

原審も、上記(4)イで述べた判示と併せて、「近年パートナーシップ認定制度の導入・拡大が急速に進んでいることなどの事情は、本件区別取扱いが憲法14条1項に違反するとの上記結論を左右しない」と判示しており、地方公共団体におけるパートナーシップ制度が本件諸規定の違憲性を治癒するものではないことは明らかである。

この点については、札幌高判も同内容の判示をしている（甲A692・21～22頁）。

#### (5) 同性愛者等の婚姻の自由の実現を民主過程に委ねることができないこと

##### ア 原々審の判断の誤り

原々審は、「同性カップルの婚姻又は婚姻類似の制度を実現することと異性カップルの婚姻をするについての自由は利益が相反する関係にないことからすれば、同性間の婚姻等の制度の構築に向けた立法が多数決の原理の下においては期待できないとは必ずしもいえない。」（原々審35頁）、  
「現時点で法改正や新たな制度を設けることの具体的な検討がされていないからといって、必ずしも同性愛者の婚姻に関する権利が少数者の人権であるがために、その検討が遅れているとまではいえず、国会における今後の議論がおよそ期待できないということとはできない。」（原々審37頁）などと述べる。

しかし、少数者の権利保護を、民主政の過程に委ねることができないこととはいうまでもなく、夫婦同氏規定最高裁判決（最大判平成27年12月16日・民集69巻8号2586頁）の寺田逸郎裁判官の補足意見においても、少数者の人権保障については民主政の過程で解決することが困難であるという理解が前提とされている。原判決は、異性愛者の自由と同性愛

者の自由は相反しないというが、「そうであるにもかかわらずなぜ今日に至るまで同性愛者等の婚姻の自由が法律上保護されていないのか」という視点が欠けているのである。

本件において民主的過程による解決が期待できないことは上記第2の2に記載のとおりであり、世論調査においては、同性間での婚姻についての法制度の創設に賛成する国民が過半数を超えているにもかかわらず、国会では法制化に向けた動きは遅々として進んでいない。国会審議では政府による紋切り型の答弁が繰り返され（甲A312、318、320、568、572、320、622）、差別解消法案すら廃案となり（甲A623）、国会議員や地方議員から同性愛者等に対する差別発言が繰り返されている（甲A617）。残念ながら、一般人の中にも依然として強い差別と偏見を持つ者が存在している（甲A615、甲A616など）。

このような状況において、同性愛者等の権利を救済することができるのは、司法のほかにはないのである。

清末・立石意見書7頁においても、個人の尊厳を定める憲法24条2項の観点から、社会的承認や伝統的価値観等を基に同性カップルを婚姻制度から排除することが正当化されないことが明記されている。

## イ 原審の判断

原審は、「同性婚に対する国民感情が一律でないことは、同性婚を法制化しないことの合理的理由にはならない。」（48頁）、「社会的承認があること、すなわち社会の多数者がその関係を婚姻と同視し、婚姻と同じ保護を与えることを是とするに至らなければ区別取扱いの合理性があるとするのは、性的少数者の権利利益の保護を不当に制限するものであって、憲法14条1項の解釈として採用することができない。」（51頁）と判示しており、このような原審の判断が少数者の人権擁護という司法の役割に照らして正当なものであることは言うまでもない。

名古屋高判も、司法が多数決の原理では救済することが難しい少数者の人権をも尊重擁護する責務を負うものであることに言及した上で、「国民の中に依然として婚姻が男女が子を産み育てる関係であるという意識を持つ者や同性婚に反対する意見が一定数存在すること」は、違憲判断を回避する理由にならないとしている（25頁）。また、この点についての札幌地裁の判断は上記第2の2を参照されたい。

(6) 嫡出推定規定が同性カップルを婚姻制度から排除する理由にならないこと

ア 原々審の判断の誤り

上告人らが訴訟提起時から一貫して述べるとおり、同性カップルを婚姻制度から排除する合理的理由は一切存在しない。

この点について、原々審は、「現行の婚姻制度には、嫡出推定の規定等、その重要部分において、夫婦が自然生殖可能であることを前提に作られた規定もあり、これらの規定の存在は婚姻制度全体と密接不可分に結びついているとも考えられることからすると、本件諸規定を違憲無効とすることにより、現行の婚姻制度を現状の法制度のままの形で同性カップルに開放することが相当であるとは直ちにはいい難い」とする（原々審34頁）。

しかし、嫡出推定規定は、その要件は妻が婚姻中に懐胎したことのみであって、「男女カップル」の自然生殖可能性を問題としていない。実際、最決平成25年12月10日・民集67巻9号1847頁の事案では、婚姻の当事者間に自然生殖可能性はなかったが、最高裁は嫡出推定規定が適用されることを認めた。木村草太教授も、同決定に言及し、生殖関係の不在は区別の理由にならないと指摘する（A612・5頁）。

イ 原審の判断

原審は、嫡出推定規定について、「第一次的には子の福祉及び利益を第一に制度設計されるべき親子法制の分野に関わる事項であり、生殖及び家族の在り方等が多様化した現代社会において、嫡出推定制度が婚姻におけ

る不可欠かつ本質的要素である…ということとはできない。」、「性別の取扱い特例法の施行によって法的性別と生物学的性別が必ずしも一致せず、令和５年大法廷判決（性別取扱い特例法）によれば、生物学的性別に基づく生殖能力を保持したまま法的性別を変更することも可能となり、…嫡出推定の在り方は、同性婚のみならず異性婚においても検討すべき課題といえる。したがって、同性婚を法制化した場合に嫡出推定規定の適用の可否について議論を要することをもって、同性婚を法律婚の対象とすることができないとか、同性婚の法制化が現行法体系に照らして相応しくないということとはできない。」、「法的性別と異なる性別の生殖能力を保有している者があることは、異性婚を保護することが必ずしも自然生殖の抽象的可能性のあるカップルのみを保護することにはならないことを意味し、自然生殖を背景とする異性婚保護の価値観は現行の婚姻制度の説明としてもはや十分でない。」（４７頁）と判示し、嫡出推定の規定が同性カップルを婚姻制度から排除する理由にならないことを明確にしている。

なお、この点については、名古屋高判も嫡出推定規定が同性婚の法制化の弊害となり得ないと明確に判示している（３５頁）。

## 8 まとめ

以上のとおり、本件諸規定が憲法 24 条 2 項及び憲法 14 条 1 項に反すること  
とは明らかである。最高裁においては、一連の高裁判断を後退させることなく、  
同性愛者等を救済するためにさらに進んだ判決が下されるべきである。

第6 本件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こと

## 1 はじめに

- (1) 原判決は、前記のとおり、「現時点において同性婚を法律婚の対象としない本件諸規定は、性的指向が同性に向く者の個人の尊厳を著しく損なう不合理なものであり、かつ、婚姻制度の利用の可否について性的指向による不合理的差別を生じ、憲法に違反する」として、本件諸規定を違憲と判断し、これを無効と

理な差別（合理性のない差別）をするものとして法の下での平等に反するから、国会の立法の裁量を超えるものであって、憲法14条1項及び24条2項に違反する」（原判決52頁）と判示した。

(2) そして、原判決は、本件諸規定を改廃し、同性婚を法制化しない立法不作為が国家賠償法1条1項の適用上違法となるかについては、「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においては、国会議員の立法過程における行動が上記職務上の法的義務に違反したものであるとして、例外的に、その立法不作為は、国家賠償法一条一項の規定の適用上違法の評価を受けることがあるというべきである。」とし、国賠法1条1項の違法となるための規範として、「違憲の明白性」と「長期の懈怠」の要件を示した。

(3) しかし、原判決は、次の3つの事由をあげて、「現時点において、同性婚を法制化しないことは憲法14条1項及び24条2項に違反するものの、これが国会にとって明白であるとか、国会が正当な理由なく長期にわたって法制化を怠っていたということはできず、上記立法不作為が、国家賠償法1条1項の適用上違法であるということとはできない。」（原判決54頁）と判示し、「違憲の明白性」及び「長期の懈怠」を否定している。

【事由1】「同性婚の法制化が憲法上の要請であるかは、憲法の文言上、一義的に明らかとはいえない」こと

【事由2】「同性婚を許容し、あるいはこれを推し進める必要があるとの国民意識の高まりや社会情勢の変化はここ数年顕著であるものの、伝統的婚姻観を有する国民も相応に存在」すること

【事由3】「同性婚を認めないことが憲法に反するかどうかは、同種訴訟における下級審裁判例の判断も分かれており、最高裁判所における統一的判断はされていない」こと

- (4) これら3点をもって、「違憲の明白性」とあわせて「長期の懈怠」要件の充足性も否定されているため、それぞれの事由がいずれの要件との関係で重視されたのかは不明であるものの、いずれの事由も「違憲の明白性」を否定すべき事情ではない。したがって、本件立法不作為は国家賠償法1条1項の適用上違法というべきである。

## 2 国賠法1条1項解釈の誤りー「違憲の明白性」要件

- (1) 国賠法上違法性が認められるために「明白」であるべき事柄の内容

ア 「違憲の明白性」要件解釈にあたって留意されるべきこと

国賠法1条の解釈にあたり、憲法との関係で留意されるべき点を確認する。(添付資料：駒村圭吾「意見書」14頁～15頁)。

第一に、国家賠償法は、憲法17条上の国民の権利である、公の賠償請求権を実現するものである。公の賠償請求権の保障には、被害者救済機能に加えて、公権力の適法性を維持する機能があるとされている。もちろん、本条の規定ぶりはいわゆる法律事項規定であり、賠償請求のしくみや手続は国会の立法裁量にゆだねられると解されるが、しかし、白紙委任ではなく、本条の趣旨や賠償請求権の基本機能など、制度の核心に触れる部分は立法によって変質させることはできない。

第二に、国会議員の立法行為に対する憲法的統制の重要性についてである。最高裁判例は、「当該法令の内容」の違憲性と「立法行為」の(国賠法上の)違法性を区分する規範をとっており、この思考方法は一般に広く受容されている。現に存する法令の効力の排除と法令を生み出す立法行為の法的統制とを峻別するのは、対象が「規範」であるのか「行為」であるのかで、違いがあるとの前提に立つものである。しかし、他方で、憲法9

8条1項は、「この憲法は、国の最高法規であつて、その条規に反する法律、命令、詔勅及び国務に関するその他の行為の全部又は一部は、その効力を有しない」と定めている。つまり、憲法は、国家の諸規範形式のみならず、国家権力の「行為」に対してもその統制を及ぼしている。

以上から分かるように、国賠法を解釈する場合、①同法が憲法上の権利（公の賠償請求権）を実定化したものであること、②同法には、被害救済機能だけでなく、公権力統制機能もあること、③憲法は国家の「行為」も憲法的統制に置こうとするものであることに留意して解釈しなければならない。だとすれば、国賠法1条の解釈にあたっても、公権力に対する憲法的統制機能を重視し、条文や文言の射程を過度に狭めることなく、柔軟に解釈することが可能であるし、また、求められることになる。

イ 過去の最高裁判例が柔軟に規範を展開させてきたこと

実際に、過去の諸判例も、国賠法1条の解釈を事案に応じて柔軟に展開し、事案に応じて必要な定式を判例ごとに顕在化させてきた。その推移は以下のとおりである。

**【判例①】在宅投票制廃止事件上告審判決（最1小判昭和60年（1985年）11月21日民集第39巻7号1512頁）**

「国会議員は、立法に関しては、原則として、国民全体に対する関係で政治的責任を負うにとどまり、個別の国民の権利に対応した関係での法的義務を負うものではないというべきであつて、国会議員の立法行為は、立法の内容が憲法の一義的な文言に違反しているにもかかわらず国会があえて当該立法を行うというごとき、容易に想定し難いような例外的な場合でない限り、国家賠償法1条1項の規定の適用上、違法の評価を受けないものといわなければならない。

この時点では、最高裁は、国賠法上の違法性が認められる事案を極端に狭い事態に限定するかのような解釈を示した。

**【判例②】 在外日本国民選挙事件上告審判決（最大判平成17年（2005年）9月14日民集第59巻7号2087頁）**

「立法の内容又は立法不作為が国民に憲法上保障されている権利を違法に侵害するものであることが明白な場合や、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に所要の立法措置を執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場合などには、例外的に、国会議員の立法行為又は立法不作為は、国家賠償法1条1項の規定の適用上、違法の評価を受けるものというべきである。最高裁昭和53年(オ)第1240号同60年11月21日第一小法廷判決・民集39巻7号1512頁は、以上と異なる趣旨をいうものではない。」

本判決は、国賠法上の違法性が認められる射程・範囲・事象を【判例①】よりも明らかに広くしている。

**【判例③】 再婚禁止期間事件上告審判決（最大判平成27年（2015年）12月16日民集第69巻8号2427頁）**

「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においては、国会議員の立法過程における行動が上記職務上の法的義務に違反したものとして、例外的に、その立法不作為は、国家賠償法1条1項の規定の適用上違法の評価を受けることがあるというべきである。」

本判決は、違憲な法規により制約を受ける対象が、【判例②】のいう「憲法上保障されている権利」とまでは言えず「憲法上保護されている権利利益」という評価に留まる利益の場合も 国賠法上の違法性が認められる射程を明らかに拡大した。またこの判示では「違憲の明白性」要件の解

釈にあたっても、憲法上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れば足りるという規範が示されている。

**【判例④】旧優生保護法事件上告審判決（最大判令和6年7月3日民集第78巻3号382頁）**

「本件規定は、憲法13条及び14条1項に違反するものであったといふべきである。そして、以上に述べたところからすれば、本件規定の内容は、国民に憲法上保障されている権利を違法に侵害するものであることが明白であったといふべきであるから、本件規定に係る国会議員の立法行為は、国家賠償法1条1項の適用上、違法の評価を受けると解するのが相当である（最高裁平成13年（行ツ）第82号、第83号、同年（行ヒ）第76号、第77号同17年9月14日大法廷判決・民集59巻7号2087頁参照）。」

本判決は、「憲法上保障されている権利」を「違法に侵害するもの」であることが「明白」であれば、「長期の懈怠」を吟味することなく、国賠法1条上違法と判断されることを示している。

以上の判例によれば、在外日本国民選挙事件上告審判決【判例②】以降、最高裁は、事案に応じて被害救済機能及び公権力統制機能が機能するよう、柔軟に規範を展開してきたといえる。

したがって、「違憲の明白性」要件及び「長期の懈怠」要件（詳細は後述）について最高裁判例が積み重ねた解釈を踏まえれば、本件においても、被害救済機能及び公権力統制機能が機能するよう柔軟に解釈が展開されるべきであるし、ましてや狭すぎる解釈でこれらの機能を損なわせることは許されないと解するべきである。

ウ 本件で求められる明白性

以上の判例を踏まえれば、「違憲の明白性」要件が満たされるためには、「憲法上保障・保護されている権利利益が合理的な理由なく制約されていること」や「憲法上保障・保護されている権利利益の行使の機会を確保するための何らかの立法措置をとることが必要不可欠であること」が国会にとって明白であれば足りるわけであるが、この「明白」とは何を意味するのか。これに関しては、さしあたり①違憲根拠が明白であること、②違憲状態が明白であること、③違憲状態の是正方法が明白であること、の三点に分けて考えることができる。

いずれの点から見るにせよ、これらすべてについて「明白」の要請が、「何かが一義的に定まっており、議論の余地なく、単一の選択肢に特定されていること」を求めると理解するのは適切ではない。①から③が、裁判所によって、議論の余地のないほど一義的に定められていなければ「違憲の明白性」を認めることができないと強弁するのであれば、立法裁量統制のすべてを放棄するに等しい。また、議論の余地のないほど違憲判断の意味を詳細化することを司法に求めるのは、三権分立に照らしても適切でなく、さらに、そこまでの明確な指示が司法からなされない限り、違憲状態を解消して向かうべき方向を国会が構想することできないというのであれば、それは、最高機関性（憲法41条）ならびに憲法尊重擁護義務（99条）の観点から問題である。

まず、①違憲根拠の明白性について検討する。

違憲根拠には、違憲認定の根拠となる「条文」と「違反理由」に分かれるが、それらに徹底した特定性・明確性を求めるのは無理である。条文を特定するといっても、競合的に違憲根拠になり得ることもあるし、条文が特定されるとしても、どの文言かを特定することも時に曖昧なまま論旨が進むこともある。違憲理由についても、その論旨で用いられた概念にも必

ず曖昧さが残り、理路も複数立つ可能性がある。解釈的余地をなくすことはおよそ不可能である。

次に、②違憲状態の明白性について検討する。

本件訴訟の場合、「違憲」と「違憲状態」には決定的な差異があるわけではない。現行民法・戸籍法を「違憲」とストレートに判断すれば、それは当該法令を無効なものとして排除する効果が憲法81条から導かれることになるが、本件訴訟では、現行法令に基づいて既に認められている婚姻を無効にすることではなく、現行法令を修正し、同性カップルも婚姻ができるように根拠規定を整備することが求められている。「結婚の自由をすべての人に訴訟」の各高裁判決が示した「違憲」判決であっても、各地裁判決の一部で見られた「違憲状態」判決であっても、両者は違憲判断がなされており、かつ、それを解消するための立法措置が求められている点では、差異はない。

そして、③の違憲状態の是正方法の明確性であるが、これが是正方法の一択的特定がなされていることをもって「明白」であると解してしまうと、むしろ立法に対する過剰な司法介入をもたらす妥当ではない。さらに指摘すれば、立法不存在の場合は、立法が存在していないこと自体が違憲であるため、その後の立法措置の内容が合憲か否かは、また別に論じられるべき問題である。したがって、とるべき立法オプションが一義的に前もって決まっている必要はない。解消すべき違憲状態が存在し、是正方法についてもおよその方向性が定まっていれば、後は、国会が最高機関としての任務として法制局などを活用しながら、自らが最適だと思われる措置を果敢に採ることになるだろう。その結果制定された成果物たる立法が、憲法的にどのように評価されるかは、別の問題である。

以上のとおり、「何らかの立法措置を取らなければ解消されない違憲状態があり、是正方法についてもおよその方向性が定まっていること」をも

って、「違憲の明白性」の要件は充足されると解すべきである。いたずらに司法による明白性を求め、明確化や特定化の不足を指摘するのは、違憲状態を放置することになり、国賠法の被害救済機能も公権力統制機能も損なうことになる。明白性の過剰な追求は、国会に最高機関としての使命とその憲法尊重擁護義務の履行を阻害・放棄させてしまう。

本事案では、本件諸規定により、法律上同性のカップルの公証・保護の利益が不当に制約されており、公証・保護のための立法措置が必要不可欠であることが明白であったことで「違憲の明白性」要件を充足すると解すべきである。

(2) 明白か否かの判断において従来の判例が考慮した要素

次に「憲法上保障・保護されている権利利益」の侵害を巡ってどのような契機や議論が存在すれば、違憲性が国会にとって「明白」と評価されるのか、従来の判例を確認する。いずれの判決も、どのような事情があれば明白といえるのかという規範は示していないが、それぞれが、事案にあわせて重要な事情を摘示して、「違憲の明白性」要件及び「長期の懈怠」要件の充足性についてまとめて結論づけている。

**【判例②】在外日本国民選挙事件上告審判決（最大判平成17年9月14日民集第59巻7号2087頁）【国賠請求を認容】**

- ・在外国民が投票する機会を確保するためには立法措置をとることが必要。  
(立法措置がないと確保できないことが明白という趣旨と考えられる。)
- ・昭和59年に在外国民の投票を可能にするための法律案が閣議決定されて国会に提出された。

**【判例⑤】精神的原因による投票困難者事件上告審判決（最大判平成18年7月13日民集第220号713頁）【国賠請求を否定】**

- ・精神的原因によって投票困難な国民の原因は多種多様で状態は固定的でない、社会保障上の判定や区分と投票所に行く困難さが直ちに結びつくもの

ではない。(立法措置の必要性や、必要な措置の概要が明白でなかったという趣旨と考えられる。)

- ・国会でほとんど議論がなく、当該事案で一審判決を迎えるまで地方公共団体の議会の意見書が国会に提出されたこともない。国会で立法課題として取り上げられる契機があったとは認められない。

**【判例③】再婚禁止期間事件上告審判決（最大判平成27年12月16日民集第69巻8号2427頁）【国賠請求を否定】**

- ・平成7年に同じ論点が争われた事案での最高裁判決があり、違憲と判示されなかった。国会議員としては、基本的に立法政策に委ねるのが相当であるという司法判断が示されたを受け止めたとしてもやむを得ない。
- ・法制審議会が答申した民法改正案で、再婚禁止期間を短縮するという改正案が示されたが、違憲であることを前提にした議論の結果作成されたものとはうかがわれない。

**【判例⑥】在外日本人国民審査権確認等（最大判令和4年5月25日民集第76巻4号711頁）【国賠請求を認容】**

- ・在外選挙制度を創設する平成10年公選法改正案に関連して、在外審査制度について質疑されている。
- ・平成17年大法廷判決により在外国民に対する選挙権の制約に係る憲法適合性について判断が示され、平成18年に在外選挙制度の対象が広げられ、平成19年には在外国民にも国民投票を認める国民投票法が制定された。国会で外国民の審査権に関する憲法上の問題を検討する契機もあった。
- ・制度創設にあたり検討すべきであった課題は、運用上の技術的な困難にとどまるもので、解決することが事実上不可能ないし著しく困難であったとまでは考え難い。

**【判例④】旧優生保護法事件上告審判決（最大判令和6年7月3日民集第78巻3号382頁）【国賠請求を認容】**

- ・立法目的は、特定の障害等を有する者が不良であり、そのような者の出生を防止する必要があるとする点において、立法当時の社会状況をいかに勘案したとしても、正当とはいえないことが明らか。
- ・本人の同意を不妊手術実施の要件としているが、本人に同意を求めること自体が個人の尊厳と人格の尊重の精神に反し許されない。周囲からの圧力等によって本人がその真意に反して不妊手術に同意せざるを得ない事態も容易に想定される。

以上から、共通する傾向として、何らかの立法措置をとる必要性が国会議員に認識される契機の有無や、憲法上の問題について国会で検討する契機の有無を事案に応じて考慮しているといえる。

それだけではなく、【判例⑥】では、制度創設のために検討すべき課題の内容・性質、【判例④】では、非人道性が明確であることや、旧優生保護法の下で不妊手術を実施された者たちが社会的立場の弱い状況に置かれており自由意思が担保されていないことを踏まえた判断がされている。

これらの判例を踏まえれば、仮に、表面的・形式的には国会議員にとって「憲法上保障・保護されている権利利益」の侵害を認識する機会が分かりやすく存在していなかったり、あるいは、「憲法上保障・保護されている権利利益」の実現のために検討すべき諸課題があったとしても、それをもって単純に明白性を否定するような紋切型の判断はすべきでないというのが近年の判例の立場といえる。

前者の場合については、国会議員らが、その職務上の義務として、あるいは、一個人の人道上的倫理観として、「憲法上保障・保護されている権利利益」の侵害を認識すべきであったのであれば、「違憲の明白性」が肯定されるべきである。後者の場合については、その課題の性質（運用上の技術的な課題であるのか、あるいは、他者の権利を損なうような弊害が問題となるのかなど）や、克服可能性まで検討して考慮すべきである。

以上の過去の判例の理解を基に、以下、原判決の国賠法1条1項の解釈適用が誤りであることを述べる。

(3) 【事由1】に関する原判決の誤り

原判決は、【事由1】「憲法の文言上、一義的に明らかとはいえない」ことを「違憲の明白性」要件・「長期の懈怠」要件の充足性を否定する根拠の一つとした。

しかし、前記のとおり、何かが議論の余地もないほど一義的に定まっていなければ「違憲の明白性」を認めることができないと強弁するのであれば、立法裁量のすべてを否定するに等しく、また議論の余地のないほど違憲判断の意味を詳細化することを司法に求めるのは、三権分立に照らしても適切でなく、さらに、そこまでの明確な指示が司法からなされない限り、違憲状態を解消して向かうべき方向を国会が構想することできないというのであれば、それは、最高機関性（憲法41条）ならびに憲法尊重擁護義務（99条）の観点から問題である（ただし、実際のところは、前記第2において述べたように、原判決後の政府の対応においても、五つの高等裁判所全てにおいて違憲判決が出ているにもかかわらず、林官房長官が「これまでに出了た4高裁の違憲判決は最高裁に上告されており、その判断も注視したい」と述べるに留まり、政府には検討を始めるという姿勢すらない）。

実際、上記の重要判例においては、こうした事情は国賠法上の違法性を否定する事情として用いられていない。むしろ、例えば【判例②】では、在外国民に選挙権の行使の機会を与える選挙制度を創設しなくとも立法裁量の逸脱・濫用であるとはいえないというという2名の裁判官の反対意見が付されており、この反対意見は上記の立法措置をとることがそもそも必要不可欠ではないという趣旨の見解であった（24頁・千葉勝美補足意見）が、同判決は立法不作為による国家賠償請求を認めるに至っている。

以上のとおり、「憲法の文言上、一義的に明らかとはいえない」ことをもって明白性を否定する根拠とした原判決は、国賠法1条1項の解釈適用を誤るものである。

(4) 【事由2】に関する原判決の誤り

原判決は、【事由2】「同性婚を許容し、あるいはこれを推し進める必要があるとの国民意識の高まりや社会情勢の変化はここ数年顕著であるものの、伝統的婚姻観を有する国民も相応に存在」することを「違憲の明白性」要件・「長期の懈怠」要件の充足性を否定する根拠の一つとした。

これは、一定数の反対派がいることが明確性を否定する要素になると解釈するものであるが、上記の重要判例においては、こうした事情は国賠法上の違法性を否定する事情として用いられていない。

そこで、上記(2)で論じた判例の考え方を基に検討すると、「伝統的婚姻観を有する国民も相応に存在」することが、国会議員にとって、「憲法上保障・保護されている権利利益」の侵害の認識を妨げる要素、もしくは妨げてもやむを得ない要素といえるのであれば、この事情を国賠法上の違法性を否定する要素として取り上げることができるのかもしれない。

しかしながら、【判例⑥】の姿勢を踏まえれば、「一定数の反対派」の反対がそもそも国会議員にとって重視されるべきものであるのか検討されるべきであり、この点、「同性婚の法制化によって、婚姻に対して期待し、婚姻によって実現しようとする一人一人にとっての婚姻の意義や主観的な価値が損なわれるものではな」く、「同性婚に対する国民感情が一様でないことは、同性婚を法制化しないことの合理的理由にはならない」ことは原判決も指摘しているところである(48頁)。

そして、【判例④】が、旧優生保護法下で不妊手術を強要された者が自由意思の担保が困難な生活状況にあったという社会構造も踏まえて検討していることを参考にし、本件における「一定数の反対派」の内実を考えるべきで

ある。上告人らは、原々審及び原審において、数々の書証を用いて、今も性的マイノリティに対する差別意識や偏見が日本社会に存在していることを明らかにしてきた。同性どうしの者が婚姻したところで、「婚姻に対して期待し、婚姻によって実現しようとする一人一人にとっての婚姻の意義や主観的な価値が損なわれるものではな」いにもかかわらず、「同性どうしの婚姻に反対する」という態度をとることは、同性カップルを忌避する差別意識や偏見を発露しているものである。

この社会に暮らす市民の圧倒的多数がシスジェンダーの異性愛者であって、婚姻の相手として法律上異性の相手を望み、相手との間で婚姻の合意ができれば婚姻届を提出するだけで簡単に婚姻することが可能である。そして、配偶者としての関係性を公証することが可能になり、様々な法的・社会的・精神心理的な利益を享受するようになる。自らは、その立場を当然のものとして享受していながら、他方で、マイノリティ属性の者はその利益を享受すべきでないという態度は、マイノリティ属性を二級市民として見下したり、社会的インフラから排除し不当に不利益を強いる差別的な態度というほかない。

したがって、「同性どうしの婚姻に反対する」と回答する者がいたとしても、それは差別意識・偏見の発露なのだから、国会議員がその結論を安易に尊重すべきではない。

法律上同性の相手と婚姻を望む者にとっては、意識調査で「同性どうしの婚姻に反対」という回答をされること自体が、暗に、婚姻の利益に享受できる者から「あなたにはこの利益を享受すべきでない」「あなたは婚姻すべきでない」というメッセージをつきつけられる意味をもつ。つまり、突き詰めれば、このような回答にさらされること自体が、マイノリティへの差別意識にさらされる被害の一態様なのである。

本件諸規定が同性カップルを婚姻制度から排除していることよって、「自身が婚姻することで弊害を受けるわけでもない他者から自身の婚姻制度利用

に反対される」という苦しみが生じているのであるから、一定の反対派が存在し続けることは、むしろ、「憲法上保障・保護されている権利利益」の侵害を認識する（すべき）契機と見ることも可能である。

このような内実をとらえることなく、安易に反対派の存在を「違憲の明白性」要件充足性を否定する事情とした原判決は、国賠法1条1項の解釈適用を誤ったものである。

(5) 【事由3】に関する原判決の誤り

原判決は、【事由3】「同性婚を認めないことが憲法に反するかどうかは、同種訴訟における下級審裁判例の判断も分かれており、最高裁判所における統一的判断はされていない」ことを「違憲の明白性」要件・「長期の懈怠」要件の充足性を否定する根拠の一つとした。

「同種訴訟における下級審裁判例の判断も分かれており、最高裁判所における統一的判断はされていない」という部分は、本訴訟を含めた「結婚の自由をすべての人に」訴訟においてこれまで下された下級審判決（原判決言渡前の時点では、6つの地裁判決と4つの高裁判決）には、本件諸規定のどのような意味において憲法違反なのか、違憲の根拠条文、「違憲状態」という文言の使用の有無などの違いがあることを指していると考えられる。

しかしながら、それらの点の違いはあっても、法律上同性のカップルが婚姻できないことによって（そして、その前提として法的に家族となることができない状態によって）、個人の人格的存在と結び付いた重要な法的利益が合理的な理由なく侵害されており、それが憲法上許容されないと評価されるという点で下級審の判断は11件中10件が一致していた。原々審である大阪地裁判決の1件だけが、どの条文との関係でも違憲と判断しなかったものの、将来的に憲法24条2項違反になる余地に言及しており、安易に現状を継続していくことが憲法との関係で望ましくないという問題意識を読みとることができる。下級審で違憲判断が相次ぐこと自体が日本の司法の歴史にと

って特異な出来事である。違憲の根拠条文が特定されていなくとも、憲法上の問題があることは国会に容易に認識できる十分な契機である。

さらに、高等裁判所レベルでは、議論がより深化し、原判決を含む5つすべての高等裁判所において、同性カップルが結婚できない本件諸規定が違憲であり、その違憲根拠についても、少なくとも、憲法14条の平等権、憲法24条2項の個人の尊厳に違反しているとの一致した判断がなされている。

原判決が不一致な部分のみに着目し、下級審の判断が一致する部分を捨象して「違憲の明白性」を否定していることは、国会にとって憲法上の問題を検討する契機があったか否かを重要な事情としてきた従来判例の立場と相容れないというべきである。

また、最高裁判所における統一的判断はされていないことをもって違憲の明白性を否定する根拠とした点も問題である。先行する最高裁の判断が必要だとすれば、これがない限りいかなる事案であっても国賠法上の違法性の判断を受けないということになり、立法不作為にかかる国家賠償請求訴訟による救済を狭めすぎることになる。これは、昭和60年に示された【判例①】が立法不作為にかかる国家賠償請求訴訟による救済の道を事実上閉ざすことになるなどと学説から厳しい批判を浴びたことなどを踏まえ、平成17年に示された【判例②】が立法不作為に国家賠償法上の違法性が認められる場合を実質的に拡大した経緯にも逆行する。【判例④】にも、先行する最高裁判決があったわけではなく、これをもって国賠法上の違法性を否定することはできない。

そして、これだけ多数の下級審判決が違憲判断をしたにもかかわらず最高裁の判断がないことを根拠に「違憲の明白性」を否定してしまうと、司法が立法府に対して、「下級審が違憲判断を示しても、国会が憲法上の問題を認識・検討する契機としてなくてよい」というメッセージを発するに等しい。司法自らが下級審の違憲立法審査権の存在意義を貶めるものである。

過去、下級裁判所の違憲審査権について問題となった最大判昭和25年2月1日刑集4巻2号73頁では「法令が憲法に適合するか否かを判断することは、憲法によつて裁判官に課せられた職務と職権であつて、このことは最高裁判所の裁判官であると下級裁判所の裁判官であることを問はない。憲法八一条は、最高裁判所が違憲審査権を有する終審裁判所であることを明らかにした規定であつて、下級裁判所が違憲審査権を有することを否定する趣旨をもっているものではない」と判断した。下級審であっても、法の支配を貫徹させるべく、不作為を含めた違憲立法に対峙した場合には、裁判所は、それを放置することなく、果断に違憲立法審査権を行使することが「職務」として要求されていると解するのが判例である。

原判決には、この点でも国賠法1条1項の解釈適用を誤っている。

(6) 小括

以上のとおり、原判決は、国賠法1条1項の違法性の「違憲の明白性」要件についての解釈適用を誤っている。

### 3 国賠法1条1項解釈の誤りー「長期の懈怠」要件

(1) 「懈怠」の始期

原々審及び原審で主張してきたとおり、上告人らが婚姻届を提出した2019年以前から、国際社会や日本社会において同性愛者であることを理由とする権利利益の侵害や差別が許されないという認識が確立されており、同時点以前から、公証・保護の利益が侵害されていることの違憲性は明白となっていたというべきである。原判決は、憲法適合性判断において、「憲法24条や本件諸規定の立法に影響を与えた諸外国の状況も大きく変化してきている。」と述べて、法律上同性のカップルの権利保障を求める国内外の潮流を整理している。これらの事実関係を踏まえれば、国内で司法判断を迎える前から、違憲が明白であつたと十分評価できる。

そして、2021年3月に「結婚の自由をすべての人に」訴訟で札幌地方裁判所が違憲判決を下した時点をもって、ついに司法判断としても、公証・保護の利益が侵害されていることの違憲性が示された。この時点をもって国会にとって、法律上同性どうしのカップルの公証・保護の利益が侵害されており憲法上の問題があることが認識されていたはずであるから、2021年3月には「違憲の明白性」要件を充足していたといえる。

したがって、「長期懈怠」の始期は「比較的最近」という不明瞭なものではなく、2021年3月には到来していたというべきである。

## (2) 「長期」と言えるために必要な時間経過

前記各判例を見ても、「長期の懈怠」がどの程度の時間経過を想定したものかは一義的に画定することはできない。そこで、どのような時間経過であれば「長期の懈怠」と評価されるべきかを検討するにあたって、以下の点を考慮すべきである。

まず検討の前提として、国賠法の趣旨は、被害救済機能と公権力統制機能にある。したがって、権利利益の制限を受ける国民の側の視点から許容可能な期間か否かという観点が前提となる。旧優生保護法に関する【判例④】では、違憲の明白性という要件充足性だけで、国賠法1条1項の適用上、違法の評価を受けると判示したが、これは、そもそも被害救済機能と公権力統制機能の観点から改廃まで期間が空くことを許容する余地がなかったためと理解できる。

この観点を踏まえながら従来の判例を分析すると、具体的に以下の二つの観点が重要であると言える。

第1に、侵害される利益の種類・程度である。

郵便法事件上告審判決（最大判平成14年9月12日民集第56巻7号1439頁）は、公務員の不法行為の責任制限についての合憲性判定基準につき、「公務員の不法行為による国又は公共団体の損害賠償責任を免除し、又

は制限する法律の規定が同条に適合するものとして是認されるものであるかどうかは、当該行為の態様、これによって侵害される法的利益の種類及び侵害の程度、免責又は責任制限の範囲及び程度等に応じ、当該規定の目的の正当性並びにその目的達成の手段として免責又は責任制限を認めることの合理性及び必要性を総合的に考慮して判断すべきである」と述べた。これは、責任の免除・制限のみならず責任の成立に関しても考慮すべき事項であると解される。

したがって、「長期の懈怠」要件の「長さ」や「意味」の評価にあたっては「侵害される法的利益の種類と侵害の程度」を考慮すべきことになる。

【判例④】が長期懈怠要件を吟味しなかったのは、侵害される法的利益や侵害の程度が極めて深刻であったからと理解できる。

第2に、従来の判例（【判例②】、【判例⑤】、【判例③】、【判例⑥】）は、「国会が正当な理由なく長期にわたってこれ（その改廃等の立法措置）を怠る場合」と規範を立てることで、「正当な理由」の有無を必須の要素と明言している。立法措置が実現していない経過を単に時間経過の長短だけで把握するのではなく、その内実に立法措置が実現できていないことを正当化できるような実情があるか否かも考慮しなければならない。

以上の観点から、時間経過の長短という形式的な要素ではなく、国民が受ける利益侵害の種類・程度や、是正のための必要となる立法措置の内容（煩雑で具体的な立法作業に時間を要するのか否か、生じうる弊害・課題への対応の必要性の有無、それが容易か困難か、等）、国会の議論状況など、事案に応じた具体的な検討の下で「長期間の懈怠」要件の充足性を判断すべきというのが国賠法1条1項に関する判例法理の正しい理解である。

### (3) 本事案では「長期の懈怠」要件を充たすこと

ア 少なくとも3年9か月の時間経過

本事案では、上述したとおり、札幌地裁判決がなされた2021年3月に、国会にとってその違憲性が明らかになったところ、本訴訟原審の口頭弁論終結時（2024年11月13日）までに立法措置がとられないまま3年9か月が経過している。

以下、上記2つの観点から、この期間の経過が正当な理由のない長期懈怠と評価できることを述べる。

#### イ 侵害される利益の種類・程度

前記のとおり、法律上同性のカップルの公証・保護の権利が損なわれており、しかも異性カップルと比較して保護の程度に差があるのではなく、全く法的保障が無いという状況にある。「侵害される法的利益の種類」は憲法上保護された権利利益であり、「侵害の程度」はゼロ保障である。

この不利益は、地方公共団体や企業の取り組みなどが広がる現在においても、解消・緩和されておらず、日々各種の制度から「想定していない」存在として排除され続けることはマイクロアグレッションとして、生活全般の幸福感や心身の健康をも損なう甚大な損害を招いている。

そして、パートナーが医療機関を受診した際や死亡した際に医療機関や警察、血縁者から家族として扱われないなど、金銭で事後的に回復することが不可能な重大な不利益を被った者も存在している。現に、この3年9か月の間にも、「結婚の自由をすべての人に」東京1次訴訟の原告の佐藤郁夫氏が逝去したほか、この訴訟に期待を寄せていた同性カップルの中にも、一方が交通事故で重傷を負った者や、交通事故で死亡した者が複数いる。陳述書（甲A412）を作成した宇佐美氏は、本人が逝去されている。

医療機関の受診や死亡時に家族として扱われないという不利益は、本人とパートナーの心身に極めて深刻な影響を与えるものであり、繰り返してはならないことは人道上明白である。こうした不利益が現に生じていることは、上告人らをはじめとする双方が健在のカップルにとっては、日々強

い不安感を生じさせるものである。もはや一刻の猶予もなく解決されなければならない。

#### ウ 正当な理由の有無

上述のとおり、是正のための必要となる立法措置の内容（煩雑で具体的な立法作業に時間を要するのか否か、生じうる弊害・課題への対応の必要性の有無、それが容易か困難か、等）、国会の議論状況など、事案に応じた具体的な検討をすべきである。

必要な立法措置について、名古屋高裁判決は、憲法適合性審査において以下の指摘をしている。

「同性婚の法制化は戸籍制度の重大な変更をもたらすものではなく、民法の婚姻の効力に関する諸規定については、『夫婦』を『婚姻の当事者』、『夫又は妻』を『婚姻の当事者の一方』など性別中立的な文言に変更するといった法改正で足りるものであり、嫡出推定や認知、親権、養子縁組など親子関係に関する諸規定も、『父母』を『親』に、『夫若しくは妻』を『婚姻の当事者の一方』などという性別中立的な文言に変更するといった法改正で足りると解され、同性カップルに法律婚制度とは別の制度を設ける場合とは異なり、膨大な立法作業が必要になるとはいえない。国民年金法、厚生年金保険法、労働者災害補償保険法等社会保障に関する法律においても、同性婚の法制化をすれば、同性パートナーは『配偶者』として扱われることになるため、他の権利や法的利益と衝突した場合にどのように調整をするかといった解釈上の問題は生じないといえる。」

この指摘は極めて適切である。すなわち、公証・保護の利益を実現するために本件諸規定を改正し、法律上同性のカップルの婚姻制度利用を可能にすることは、技術的には簡明で容易である。既に野党から改正法案が提出されており、国会として法改正の具体的な作業に着手することも容易な段階にある。他の法制度との関係での混乱も生じない。国会が作業に着手

さえすれば、容易に、かつ速やかに、本件諸規定を改正できる。3年9か月という期間は、本件諸規定の違憲性を是正するための立法措置をとるために技術的・制度的に必要な時間を十分上回る長さであった。

他方で、国会は議論をおざなりにして、立法作業を拒否し続けている。すなわち、3年9か月の間に、多数の下級裁判所が本件諸規定の違憲性を指摘する判決を下し、国際社会からも国内の様々な地方公共団体や弁護士会等の組織からも日本の国会に対して法律上同性のカップルの婚姻を実現するよう意見が提出された。野党の議員が、これらの司法判断等を示しながら法改正を求める質疑を繰り返し展開した。しかし、答弁においては、抽象的で紋切型のフレーズを繰り返すのみで、法改正に向けた検討に着手されることはないまま放置されている。3年9か月もの間、答弁の実質的な内容が深化することもなく、法改正に向けた検討が具体的に進められることもなかった。立法作業に着手しない理由についても、何ら具体的な説明はされていない。

このように、国会が漫然と立法作業への着手を先延ばしにしていることは明らかであり、そのことに正当な理由は存在しない。

#### (4) 小括

したがって、原審の口頭弁論終結の時点で、「長期の懈怠」要件が認められると解すべきである。

### 4 本件立法不作為が国家賠償法1条1項の適用上違法であること

原判決は、上述のとおり国賠法1条1項の解釈適用を誤った結果、国賠法上の違法性を否定し、上告人らの控訴を棄却した。

しかし、2021年3月に「結婚の自由をすべての人に」訴訟で札幌地方裁判所が違憲判決を下した時点をもって、国会にとって、法律上同性どうしのカップルの公証・保護の利益が侵害されており憲法上の問題があることが認識さ

れていた。どんなに遅くとも、この時点をもって「違憲の明白性」要件を充足していた。

そして、本件諸規定の違憲性を是正するための民法戸籍法の改正は容易であるにもかかわらず、国会は原審の口頭弁論終結時に至るまでの間に立法措置を何ら講じていない。「結婚の自由をすべての人に」訴訟の下級審が示した違憲判決を用いて野党議員から質疑が度々展開されたが、あいまいな内容の決まり文句を返すのみの答弁が繰り返され、立法のための具体的な作業に着手することはおろか、立法のための検討すら開始していない。本訴訟控訴審の口頭弁論終結時点（2024年11月13日）まで何ら合理的な理由なくその本件諸規定を違憲なまま放置してきたというほかなく、「長期間の懈怠」要件も充足される。

したがって、本件立法不作為は国家賠償法1条1項の適用上違法であるというべきである。

## 第7 結論

以上述べたとおり、本件諸規定は憲法14条1項及び24条2項に違反するだけでなく憲法24条1項にも違反するものであるところ、本件諸規定が同条に違反しないとした原審の判断は同条の解釈を誤ったものであり（民事訴訟法312条1項）、本件立法不作為は国家賠償法1条1項の適用上違法と評価されることから、上告人らの国家賠償請求を棄却した原判決を破棄し、上告人らの請求を認容する判決がなされるべきである。

以上

(別紙)

## 理由要旨

### 1 事案の概要

本件は、法律上の性別が同性である者の間での婚姻（「同性間の婚姻」）を認めていない民法及び戸籍法の規定（「本件諸規定」）のために、望む相手との婚姻を妨げられている上告人らが、本件諸規定が同性間の婚姻を認めていないことは憲法14条1項、24条1項及び2項に違反するものであり、国会において同性間の婚姻を認めていない本件規定を改廃する立法措置がとられなかったことにより（「本件立法不作為」）、婚姻をすることができず精神的苦痛を被ったとして、被上告人に対し国家賠償法1条1項に基づく損害賠償を求める事案である。

### 2 司法による解決が必要であること

同性間の婚姻については、同性愛者等が人口的に圧倒的少数であることや同性愛者等に対しては社会に根強い偏見が存在していること等から、民主的過程による解決は期待することができず、憲法で保障された少数者の人権を擁護する役割を担う司法が明確な違憲判断をすることによってしか根本的解決ができない（理由書第2）。

### 3 同性カップルが被る不利益が重大であること等

同性カップルが婚姻から排除されていることによる不利益は重大であり、その不利益が解消されることは同性カップルにとって喫緊の問題である。社会も同性間の婚姻を受け入れる態勢を整えている（理由書第3）。

### 4 本件諸規定が違憲であること

本件諸規定は、同性間の婚姻を現行の婚姻制度から排除し、異性間の婚姻と同じ法律婚制度の適用を認めていない点において、憲法14条1項、24条1項及び2項に違反するものであり、その憲法違反を解消する立法措置としては、現行の婚姻制度に同性間の婚姻を包摂する方法しかありえない（理由書第4から第5）。

## 5 本件立法不作為が国家賠償法 1 条 1 項の適用上違法であること

国会において本件諸規定についての違憲判断がなされるまでの間、本件規定が憲法に違反するものであるとの認識を形成することが困難であったとは認め難く、遅くとも札幌地判が本件諸規定を違憲とした 2021 年 3 月には本件諸規定が憲法に違反するものであることが国会にとって明白であったと認められる。

また、本件規定について下級審において度重なる違憲判断がなされた後も、国会において、本件諸規定の憲法違反を解消するための立法措置をとる動きは見られず、そのための準備作業としての調査や検討も開始されていないという不作為が継続している状況に照らすと、遅くとも原審口頭弁論終結時点では、本件諸規定について改廃等の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ったものといえる。

したがって、本件立法不作為は、国家賠償法 1 条 1 項の適用上違法である（理由書第 6）。

## 6 結論

本件諸規定は憲法 14 条 1 項及び 24 条 2 項に違反するだけでなく憲法 24 条 1 項にも違反するものであるところ、本件諸規定が同条に違反しないとした原審の判断は同条の解釈を誤ったものであり（民事訴訟法 312 条 1 項）、本件立法不作為は国家賠償法 1 条 1 項の適用上違法と評価されることから、上告人らの国家賠償請求を棄却した原判決を破棄し、上告人らの請求を認容する判決がなされるべきである。

以上