

《WLJ 判例コラム》第 364 号

同性婚を法律婚の対象としない民法等の諸規定を合憲とした
東京高裁判決に関する一考察～東京高裁令和 7 年 11 月 28 日判決¹～

文献番号 2026WLJCC002

大阪経済大学 教授

小林 直三

1. はじめに

本稿は、同性の者との法律婚を求める控訴人らが、法律婚の利用を異性同士に限定する民法等の諸規定（以下、本件諸規定）は憲法違反であるにもかかわらず同性同士の法律婚を可能とする立法措置を怠っているとして、国家賠償を求めた事案に関する第二次東京高裁判決の内容を紹介し検討するものである。

同様の事案に関しては、すでに 5 つの高裁判決²が出されており、それらはいずれも問題となっている本件諸規定を違憲としている。本判決は、そうした一連の高裁判決の流れのなかで、最後の高裁判決として注目されるものである。

2. 判例要旨

①憲法 24 条 1 項について

まず、憲法 24 条の「婚姻」に同性同士の関係が含まれるかに関して、判決は、「憲法改正当時の社会状況において、婚姻として社会的承認を受けていた結合関係は、異性の者同士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結合関係のみであり、憲法 24 条の「審議経過においても、婚姻が異性の者同士の結合関係であることを前提とした議論がされ」、「同条に関する一連の審議経過において、同性の者同士の結合関係について言及されたことをうかがわせるような証拠はない」とした。そして、「以上のような憲法改正当時の社会状況」、戸主や親の同意要件や夫に対する妻の従属的地位等の「明治民法が採用していた法律婚制度の制度設計の問題点、審議経過における議論、憲法 24 条 1 項、2 項の趣旨・目的及び規定ぶりを総合すれば、同条は、憲法改正当時、社会的承認を受けていた歴史的、伝統的な婚姻形態である両性、すなわち異性の者同士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

活を営む人的結合関係を『婚姻』とし、「男女両性は本質的に平等であるから、夫と妻との間に、夫たり妻たるの故をもって権利の享有に不平等な扱いをすることは禁じられることなどを明らかにしたもの」であり、「憲法 24 条 2 項は、そのような異性の者同士の『婚姻』に加え、それ以外の人的結合関係を含む『家族』に関し、同項が例示した事項及びそれ以外の『その他の事項』について、その裁量の限界を画した上で、国会の合理的な立法裁量に委ねたものと解され」、「そうすると、憲法改正当時、社会的承認を受けていなかった他の人的結合関係については、憲法が一義的に定めるのではなく、第一次的には、憲法 24 条 2 項の『家族に関するその他の事項』として、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、その各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かつ合理的な判断により、具体的な制度の構築を国会が合理的な立法裁量で決することが予定されていると解される」とした。「したがって、憲法 24 条 1 項、2 項の『婚姻』に同性の者同士の結合関係が含まれるとは解されない」とした。

また、「今日では、異性の者同士に加え、同性の者同士が、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人的結合関係は、一つの家族の姿として社会的承認を受けていると認められ」、「このような同性の者同士の結合関係は、いわば『同性の者同士の事実婚』とでも呼ぶべき性質のものである」けれども、「同性の者同士の事実婚は、憲法改正後に家族として社会的承認を受けた人的結合関係であり、諸外国の状況も多様なものであることから、「我が国に限って、同性の者同士に係る家族に関する法制度の内容が、直ちに憲法 24 条 1 項の婚姻と全く同一のものに一義的に定まり、国会による制度内容の選択決定が憲法上許されないと解する合理的理由は見当たらない」とし、「したがって、同性の者同士の事実婚は、現在でも憲法 24 条 1 項、2 項の『婚姻』に含まれるとはいえない」とした。さらに、「同性の者同士の事実婚に対する個別の法律の規定の類推適用は、人的結合関係の実質だけではなく、当該規定の趣旨等に即して検討されるものであるから、このことをもって、同性の者同士の事実婚に憲法 24 条の規定を類推適用することはできない」とした。

したがって、本件諸規定は憲法 24 条 1 項違反ではないとした。

②憲法 14 条 1 項について

次に、本件諸規定による「本件区別取扱いは、両性のいずれであれ同性の者同士は法律婚制度を利用できないというものであるから、憲法 24 条 2 項に明記された両性の本質的平等に反するとはいえないが、法律婚制度を利用することを希望する控訴人らにとって、その利用に係る相手方について、憲法 14 条 1 項に明記された性別が異なることを理由とする法的取扱いの区別である」とした。

そのうえで、「現行民法が採用した法律婚制度の制度設計を審議経過等からみると、その制度設計は、明治民法が採用した法律婚制度のうち、憲法 24 条の基本原則に抵触する部分を改正して承

継するというものであった」とし、「現行民法は、憲法 24 条の要請に抵触する『家』制度を廃したから……その制度設計において想定された家族の姿は、複数の世代にわたる複数の夫婦とその間の子の結合体である『家』から、『一の夫婦とその間の子』の結合体に分解されたものと解される」ところ、憲法 24 条が、『一の夫婦とその間の子』という結合体まで解体することを要請したものとは解されず、「現行民法が、これを解体したものとも解され」ず、「かえって、現行民法が、婚姻の実質的要件及び基本的かつ重要な効果の多くを、婚姻が子の生殖と養育を目的とする結合関係であることを前提としたものとしている……のは、『一の夫婦とその間の子』の結合体を、社会の基礎的な構成単位となる基本的な家族の姿として想定し、夫婦が夫婦としてどうあるべきかという観点のみならず、その間に生まれてくる子の父母としてどうあるべきかという観点から規律する趣旨」であり、「夫婦という法律関係は、これを包摂するより大きな単位である『一の夫婦とその間の子』の構成要素として制度設計がされている」とした。そして、「昭和 22 年当時の社会状況を踏まえれば、『一の夫婦とその間の子』の結合体のみを社会の基礎的な構成単位である基本的な家族の姿として想定した本件制度設計には合理性が認められ、本件制度設計に立って、夫婦が夫婦としてどうあるべきかという観点のみならず、その間に生まれてくる子の父母としてどうあるべきかという観点から具体的な婚姻の要件及び効果を定めることにも合理性が認められる」とした。

さらに、「昭和 22 年当時に比べ、令和 2 年では、婚姻の件数が減少して未婚割合が上昇し、『一の夫婦とその間の子』から成る世帯の割合は 25.0%にまで減少し、これと近い割合の 20.1%が夫婦のみの世帯となっていて、4 割近い国民が単身世帯で社会生活をしている状況にあ」り、「今日の実際の社会の基礎的な構成単位は多様化し、もはや『一の夫婦とその間の子』から成る家族『のみ』が社会の基礎的な構成単位であるとは評価し難い社会状況にあ」り、「現時点では、同性の者同士の事実婚も、一つの家族の姿として社会的承認を受けており……国会が選択決定する婚姻及び家族に関する法制度の制度設計は、本件制度設計のみに限られない」としつつも、しかし、「生まれる子の側からみれば、100%近くが夫婦の間の子として出生して養育され、『一の夫婦とその間の子』として社会生活を営んでいるわけであり、そのような国民が、なお全体の 4 分の 1 に及ぶ社会状況にあ」り、「憲法が、その前文において『われらとわれらの子孫のために（中略）この憲法を確定する。』とうたうように、国家は、国民社会が世代を超えて維持されることを前提とするものであ」り、「そして、男女の性的結合関係による子の生殖が、今なお世代を超えて国民社会を維持する上で社会的承認を受けた通常の方法であることにも変わりはなく……この方法において、国民社会が世代を超えて安定的に維持されることを期することは困難である」とした。「加えて、婚姻数が減少し、未婚率が男女共に上昇しても……上記のとおり生まれてくる子のほぼ全てが嫡出子であるという事実は、『一の夫婦とその間の子』という結合体を形成しようとする異性の者同士にとって、現行の法律婚制度が、生まれてくる子の出生環境を整えるという観点から実際に有用な制度であることを、優に推認させるものというべきである」とした。したがって、「他に

も制度設計があり得るとしても、『一の夫婦とその間の子』の結合体を一つの家族の姿として想定する本件制度設計自体はなお合理的なものであり、本件制度設計に立って、夫婦としてどうあるべきかという観点のみならず、その間に生まれてくる子の父母としてどうあるべきかという観点から具体的な婚姻の要件及び効果を定めることには、現在でもなお合理性が認められる」とした。

そして、「本件諸規定における『夫婦』を法律上の男性である夫と法律上の女性である妻と解することは、上記立法目的との関連において合理性を有して」おり、また、「本件諸規定が存在しなければ、誰も婚姻ができなくなり、憲法 13 条、24 条に違反する結果となるから、その存在が憲法に違反することもあり得ない」とし、「本件諸規定による本件区別的取扱い、事柄の性質上、合理的な根拠に基づくものといえる」とした。

また、「同性の者同士は、憲法 14 条 1 項の要請として現行の法律婚制度への包摂が求められる」かどうかに関して、「新たに社会的承認を受けた家族の姿について法制度を創設する場合には、その全体の規律を構成する個々の法制度との整合性や妥当性といった国会の多方面にわたる総合的な検討と合理的な裁量判断による制度設計を含めた選択決定が必要不可欠になる」ところ、「婚姻の成立要件を定める本件諸規定の『夫婦』に同性の者同士の結合関係を含めると、憲法 24 条が国会の選択決定に委ねた同性の者同士に係る家族に関する法制度の内容は、現行の法律婚制度と全く同一の内容のものとして当然に一義的に具体化され、関連する法制度を含めて適用されることになるのであり、そのような解釈は採り得ない」とした。

次に、同性同士の家族形成に関する法制度の欠如が憲法 14 条 1 項違反になるかに関しては、先例³を踏まえて、「そもそも国会議員の立法不作為が国家賠償法 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場合は、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の例外的な場合とされていること……を踏まえると……立法裁量に委ねられた同性の者同士に係る家族に関する法制度は、存在しないことが直ちに憲法 14 条 1 項に違反するものではない」とした。「また、本件で不存在である立法は、その性質において、憲法上保障された権利を実現するものではない」のであり、「その内容においても、新たに社会的承認を受けた家族の姿についての法制度を制度設計から検討するというものである」ところ、「諸外国においても、同性の者同士に係る家族に関する法制度の立法時期は国ごとに異なり、創設していない国もある」ことからすれば、「国会がこのような性質・内容の立法を怠っているとみたとしても、現時点においては、このことをもって直ちにその立法不作為が憲法 14 条 1 項に違反するとはいえない」とした。

また、「控訴人らは、実際には、私的な日常生活の様々な場面で事実婚とも異なる状況に置かれて」おり、「このような控訴人らの状況は、性自認等の多様性に対する国民の理解不足に起因するところが多い」とし、「同性の者同士について異性の者同士と全く同じ法律婚制度を創設したと

きには、確かに、性自認等の多様性に対する国民の理解が飛躍的に高まる可能性があり得る」としつつも、しかし、「家族に関する法制度自体は……差別を解消することをその制度本来の目的とするものではない」と、性自認等の多様性に対する国民の理解不足を解消する方策も、家族に関する法制度の創設だけではないことからすれば、「憲法 24 条 2 項は、国会が、社会状況における要因の一つとして、性自認等を理由とする差別の実情をも踏まえつつも、「夫婦や親子関係についての全体の規律を見据え、多方面にわたる検討と総合的かつ合理的な裁量判断により、差別の解消を目的として法制度を創設するか否か、創設するとしてその内容をどこまで現行の法律婚と同じものにするかなど、制度設計を含めた選択決定をすることを求めている」とした。「そして、国会自体も、全体が立法に全く取り組んでいないという状況にはなく、質疑がされ、審議は開始されないものの、複数回、法律案が提出されている状況にある」こと等を踏まえて、「同性の者同士に係る家族に関する法制度の不存在を原因として本件区別取扱いが生じていることについては、全体としてはなお、憲法 24 条 2 項が立法府に与えた裁量権を考慮した場合に、事柄の性質に応じた合理的な根拠に基づかないとまで断じることが困難であり、憲法 14 条 1 項に違反するとはまではいえない」とした。

③憲法 24 条 2 項について

まず、憲法 24 条 2 項の「要請、指針は、単に、憲法上の権利として保障される人格権を不当に侵害するものでなく、かつ、両性の形式的な平等が保たれた内容の法律が制定されればそれで足りるというものではないのであって、憲法上直接保障された権利とまではいえない人格的利益をも尊重すべきこと、両性の実質的な平等が保たれるように図ること、婚姻制度の内容により婚姻をすることが事実上不当に制約されることのないように図ること等についても十分に配慮した法律の制定を求めるものであり、この点でも立法裁量に制限的な指針を与えるものといえる」とした。

そのうえで、「本件諸規定は、憲法 24 条 1 項、14 条 1 項に違反」せず、また、『夫婦』が同性の者同士を含むという解釈を採るときには……国会が同性の者同士に係る家族に関する法制度の内容を決していないのに、その内容が必然的に現行の法律婚制度と同じになってしまうのであり、そのような解釈は採り得ず、「自治体がパートナーシップ制度を導入し、多くの民間企業が同性の者同士の家族の形成・子育てを異性の者同士と同様に支援する取組が広がっているなどの事情もある」こと等「を総合的に考慮すると……本件諸規定が、同性の者同士に係る家族に関する法制度を含まないものであるとしても、上記のような状況の下で直ちに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ということはできない。したがって、本件諸規定は、憲法 24 条 2 項に違反するものではない」とした。

④国家賠償法上の違法性について

まず、「同性の者同士の事実婚は、少なくとも、私的領域において、事実婚と同様の法的性質を有するものであるのに、控訴人らは、実際には、私的な日常生活の様々な場面で、事実婚とも異なる状況に置かれている」が、「本件の主張立証の限りでは、被控訴人の関係行政機関が、LGBT理解増進法（筆者注：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。以下同じ。）に基づき、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を的確に実施していれば、このような状況が生じるとは考えられない。そうであるとすれば、当該施策を実施する権限を有する関係行政機関の公務員が、漫然と当該施策の実施を怠り、性的指向及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が生ずる状況を放置しているものとして、控訴人らとの関係で、国家賠償法 1 条 1 項の適用上違法となる場合もあり得るというべきである」とした。

しかしながら、「控訴人らが本件において主張する国家賠償法上の違法は、本件諸規定又は同性の者同士の係る家族に関する法制度の不存在が憲法 24 条 1 項、2 項、14 条 1 項に違反することを前提に、その立法又はそれを是正しない立法不作為（同性の者同士の係る家族に関する法制度の創設をしない不作為を含む。）が、国家賠償法上違法であるというものであり、「弁論主義の下で当裁判所が判断できるのは、この違法の有無のみである」とした。

そして、「国会議員の立法又は立法不作為は、当該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、例外的に、上記違法の評価を受ける」とした。

そのうえで、「本件諸規定又は同性の者同士の係る家族に関する法制度の不存在は……憲法 24 条 1 項、2 項、14 条 1 項に違反するとまで断じられない。取り分け、国会との関係では、審議は開始されないものの、複数回、法律案が提出され、審議が求められている」とした。そして、「人が性自認等に従った法令上の取扱いを受けることは、人の人格的存在と結びついた重要な法的利益であるから、このままの状況が続けば、憲法 13 条、14 条 1 項との関係で憲法違反の問題を生じることが避けられないが、現時点では、まずは国会内で審議が尽くされるべきであり、直ちに前記の立法不作為が前記のような国家賠償法上違法の評価を受ける場合に当たるとはいえない」ため、「控訴人らが主張する国家賠償法上の違法があるとは認められない」とした。

以上のことから、控訴人らの控訴を棄却した。

3. 検討

ここでは、本判決に関して、①憲法 24 条論、②家族観、③憲法 14 条 1 項論、の 3 つの点を検討していきたい。

①本判決における憲法 24 条論

まず、本判決の憲法 24 条に関する基本的な理論構成を確認しておきたい。すなわち、日本国憲法の制定当時、憲法 24 条の「婚姻」は異性同士の関係を想定しており、それ以外の家族関係に関しては同条 2 項で国会の立法裁量に委ねられているため、裁判所の法解釈によって同性同士の関係を法律婚とすることは、同条 2 項の国会の立法裁量を制限することになり許されない、というものである。

こうした判決の理論構成の特徴は、いわゆる原意主義的な解釈を重視するとともに、裁判所と国会との関係において国会の立法裁量をきわめて重視するものであるといえる。そして、本判決は、形式的には立法事実論に基づき現代の状況を分析しているものの、憲法制定時代に想定されていない家族関係を憲法 24 条 2 項の問題とし、その解釈において国会の立法裁量を重視する立場を前提にするため、そもそも、裁判所が憲法解釈から一義的に同性同士の関係を憲法 24 条の「婚姻」とする余地は、ほとんど存在しないことになる。そのため、いくら婚姻に関する社会状況の変化が生じていようとも、憲法解釈としては憲法制定当時のものに留まってしまう。その結果、本判決の憲法 24 条に関する基本的な理論構成では、いくら法律婚制度を利用できずに苦しんでいる人たちがいようとも、また、いくら社会がそうした問題を認識するようになろうとも、その解決は国会がすべきものであって、裁判所がすべきものではないことになってしまうのである。

こうした本判決の理論構成から生じる裁判所の消極的な姿勢は、人権救済の観点から考えた場合、果たして妥当なものといえるだろうか。むしろ、裁判所の責任放棄といえるのではないだろうか。

しかし、他方で、本判決は、LGBT 理解増進法に基づく性的指向や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のための施策に言及し、それに関する国家賠償法上の違法性の可能性を指摘している。このことは、本件訴訟の本来的争点ではない行政の施策の問題に関する司法判断を示したものであり、本判決にみられる裁判所の国会に対する消極的な姿勢と対照的なものである。

このように本判決は、裁判所の国会に対する消極性と行政に対する積極性が混在するものであり、その意味で、裁判所と国会との関係、あるいは裁判所の役割や司法権の限界を考えさせる事例でもあるといえるだろう。

②戦前と戦後の連続性と家族観

次に、本判決における戦前と戦後の連続性（戦前から戦後への承継性）の認識を確認しておきたい。すなわち、本判決は、「現行民法が採用した法律婚制度の制度設計を審議経過等からみると、その制度設計は、明治民法が採用した法律婚制度のうち、憲法 24 条の基本原則に抵触する部分を改正して承継するというものであった」として、法律婚制度に関する基本的な連続性を示してい

る。さらに、注目すべきことは、本判決では、あえて日本国憲法の制定を「憲法改正」と表現している点である。日本国憲法の制定を大日本帝国憲法の改正と捉えるべきか新憲法の制定と捉えるべきなのかは、きわめて論争的なテーマの 1 つである。この点に関して、本判決は「憲法改正」としているのである。本判決が、あえてこうした表現を用いたのは、本判決における戦前と戦後の連続性を示唆するためであるといえるのではないだろうか。

そして、こうした連続性を前提とすることで、本判決は、『一の夫婦とその間の子』の結合体を、社会の基礎的な構成単位となる基本的な家族の姿として想定し、夫婦が夫婦としてどうあるべきかという観点のみならず、その間に生まれてくる子の父母としてどうあるべきかという観点から規律する」という結論を導き出し、現在においても、「生まれる子の側からみれば、100%近くが夫婦の間の子として出生して養育され、『一の夫婦とその間の子』として社会生活を営んでいるわけであり、そのような国民が、なお全体の 4 分の 1 に及ぶ社会状況にある」ことから、そのことは合理的であるとしている。

さらに、本判決は、「憲法が、その前文において『われらとわれらの子孫のために（中略）この憲法を確定する。』とうたうように、国家は、国民社会が世代を超えて維持されることを前提とするものである。そして、男女の性的結合関係による子の生殖が、今なお世代を超えて国民社会を維持する上で社会的承認を受けた通常の方法であることにも変わりはなく……この方法において、国民社会が世代を超えて安定的に維持されることを期することは困難である」という理論で、その合理性を補強するのである。

このように本判決における戦前と戦後の連続性、そして、憲法前文のユニークな解釈によって、『一の夫婦とその間の子』の結合体を、社会の基礎的な構成単位となる基本的な家族の姿として想定し、夫婦が夫婦としてどうあるべきかという観点のみならず、その間に生まれてくる子の父母としてどうあるべきかという観点から規律」しているとし、また、そこでの「社会の基礎的な構成単位となる基本的な家族の姿」は「男女の性的結合関係による子の生殖」を前提とするものと捉えるのである。

しかし、こうした理解は、結局のところ、家族のあり方の多様性が十分に認められていなかった時代の家族観を現代に引き継ぐものであり、今日の家族のあり方の多様性をきわめて限定してしまうことになる。しかも、そうした理解を高等裁判所の判決で明示することは、（本判決が国家賠償法上の違法性の可能性を指摘した）性的指向や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のための行政の施策の不十分さどころの問題ではなく、性的指向や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を妨げることにさえなるのではないだろうか。

③本判決における憲法 14 条 1 項の記述の意味

検討の最後として、本判決における憲法 14 条 1 項に関する記述に関してみていきたい。すなわち、本判決は、同性同士の家族形成に関する法制度の欠如が憲法 14 条 1 項違反になるのかに関し

て、「そもそも国会議員の立法不作為が国家賠償法 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場合は、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の例外的な場合とされていること……を踏まえると……立法裁量に委ねられた同性の者同士に係る家族に関する法制度は、存在しないことが直ちに憲法 14 条 1 項に違反するものではない」とし、「国会が……立法を怠っているとみたとしても、現時点においては、このことをもって直ちにその立法不作為が憲法 14 条 1 項に違反するとはいえない」としている。

つまり、本判決は、確かに憲法 14 条 1 項違反ではないとしているものの、そこでの記述は、あくまで国家賠償法上の違法性の問題としてのものなのである。

そして、本判決は、本件で問題となっている立法不作為に関する国家賠償法上の違法性に関して、「人が性自認等に従った法令上の取扱いを受けることは、人の人格的存在と結びついた重要な法的利益であるから、このままの状況が続けば、憲法 13 条、14 条 1 項との関係で憲法違反の問題を生じることが避けられない」ことを指摘している。

通常、現時点で憲法 13 条違反や 14 条 1 項違反でないものが、単に時間が経過しただけでそれらに違反することにはならない。そして、この記述が「(3) 控訴人らが主張する国家賠償法上の違法の有無について」の項目でのものであることを踏まえれば、ここでの「憲法違反」は国家賠償法上の違法を意味していると考えられるべきであろう。そうであるならば、「このままの状況が続けば」とは、「国会が正当な理由なく長期にわたってこれを怠る場合」を意味しているものと思われる。したがって、この記述は、実のところ、憲法 13 条違反や 14 条 1 項違反が明白である、あるいは少なくとも明白になりつつあることを示唆するものといえるのではないだろうか。

つまり、本判決は、憲法 14 条 1 項違反ではないとはしているものの、それは、あくまで現状における国家賠償法上の違法性の問題としてのものなのである。しかも、「このままの状況が続けば、憲法 13 条、14 条 1 項との関係で憲法違反の問題を生じることが避けられない」とし、本判決が、時間の経過（国会が正当な理由なく長期にわたってこれを怠ること）によって国家賠償法上の違法性が生じるとするのであれば、本判決は、客観的には、すでに憲法 14 条 1 項違反が明白である、あるいは少なくとも明白になりつつあることを前提としていなければならないはずである。

したがって、本判決は、明示的には述べていないが、実のところ、憲法 13 条違反や 14 条 1 項違反が明白である、あるいは少なくとも明白になりつつあることを示唆しているものと考えられるのである。

④小括

本判決は、戦前と戦後の連続性を強調し、『一の夫婦とその間の子』の結合体を、社会の基礎

的な構成単位となる基本的な家族の姿として想定し、夫婦が夫婦としてどうあるべきかという観点のみならず、その間に生まれてくる子の父母としてどうあるべきかという観点から規律」しているとし、そこでの「社会の基礎的な構成単位となる基本的な家族の姿」は「男女の性的結合関係による子の生殖」を前提とするものと捉えている。こうした理解は、家族のあり方の多様性が十分に認められていなかった時代の家族観を現代に引き継ぐものであり、今日の家族のあり方の多様性をきわめて限定してしまうものである。そして、そうした理解を高等裁判所の判決で明示することは、性的指向や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を妨げるものとして、批判されるべきものと思われる。

また、本判決の憲法 24 条論では、憲法制定ときに想定されていない家族関係は憲法 24 条 2 項の問題とし、その解釈として国会の立法裁量を重視する立場を前提にする以上、そもそも、裁判所が憲法解釈から一義的に同性同士の関係を憲法 24 条の「婚姻」とする余地は、ほとんど存在しないことになる。そのため、いくら婚姻に関する社会状況の変化が生じていようとも、憲法解釈としては憲法制定当時のものに留まってしまい、いくら法律婚制度を利用できずに苦しんでいる人たちがいようとも、また、いくら社会がそうした問題を認識するようになろうとも、その解決は国会がすべきものであって、裁判所がすべきものではないことになってしまう。こうした裁判所の消極的な姿勢は、人権救済の観点から考えた場合、やはり批判されるべきものであろう。

しかしながら、本判決は、問題となっている立法不作為に関して、形式的には合憲判決であるものの、実質的には憲法 13 条違反および 14 条 1 項違反を示唆したものと考えられる。つまり、本判決は、法律婚の利用を異性同士に限定している現行法を肯定したものではなく、むしろ、これまでの高裁判決と同様に、憲法的に問題があるものとして、そうした現行法を否定したものである。さらに、本判決は、性的指向や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のための施策の不十分さに関する国家賠償法上の違法性の可能性さえも指摘している。

このようにしてみると、本判決で示されている家族観は批判されてしかるべきであるけれども、本判決は、同性同士の家族形成に関する法制度に消極的な判断を示したのではなく、むしろ、同性同士の家族形成に関する法制度の欠如が憲法 13 条違反および 14 条 1 項違反であることを示唆するだけでなく、性的指向や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のための施策の不十分さに関する国家賠償法上の違法性の可能性さえ示したものとして、評価すべき点もあるように思われる。

4. おわりに

本判決は、問題となっている立法不作為に関して、形式的には合憲判決であるものの、実質的には憲法 13 条違反および 14 条 1 項違反を示唆するものである。つまり、本判決は、これまでの高裁判決と同様に、憲法的に問題があるものとして、現行法を否定しているものと考えられる。

その意味では、本判決も含めて、一連の高裁判決の判断は大きく異なるものではない。つまり、本判決も含めて、一連の高裁判決は、いずれも法律婚の利用を異性同士に限定している現行法を憲法的に問題のあるものとし、その改正を国会に促したものである。

そして、こうした一連の高裁判決を踏まえれば、同性婚訴訟における実質的な論点は、すでに変化したと捉えるべきであろう。つまり、同性同士の家族形成に関する法制度の欠如が違憲かどうかといった従来の論点は、すべての高裁判決が違憲性を明示、あるいは示唆している以上、司法判断としては、すでに違憲であることがほぼ確定したものと考えられる。そのため、このことは、すでに論点といえるものではなくなっているように思われる。

したがって、今後の論点は、同性同士の家族形成に関する法制度の欠如は違憲であることを前提としたうえで、①異性間でも同性間と同様の法律婚を認めなければ憲法違反となるのか、それとも、何かしらの代替措置でも憲法適合性を満たすことができるのか、に変化しているものと考えられる。そして、それに加えて、②立法不作為による国家賠償請求が認められるのか、さらに、③法改正を待たずとも裁判所による合憲限定解釈で同性間での法律婚が認められるのか、さらに、学術的には、④憲法 13 条論の位置づけ、が論点になって来ているものと思われる。

本稿では、以下で、①、②、③に関する私見を述べておきたい⁴。

まず、同性間でも異性間と同様の法律婚を認めなければ憲法違反となるのか、それとも、何かしらの代替措置でも憲法適合性を満たすことができるのか、に関しては、一連の高裁判決のなかで判断が分かれている。すなわち、第一次東京高裁判決は、「婚姻を同性間でも認める立法をする方法だけではなく、婚姻とは別の制度として、同性間の人的結合関係について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新設する立法をする方法もある」とし、また、本判決（第二次東京高裁判決）も、「今日では、異性の者同士に加え、同性の者同士が、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人的結合関係は、一つの家族の姿として社会的承認を受けていると認められ」、「このような同性の者同士の結合関係は、いわば『同性の者同士の事実婚』とでも呼ぶべき性質のものである」としつつも、諸外国の状況も多様なものであることから、「我が国に限って、同性の者同士に係る家族に関する法制度の内容が、直ちに憲法 24 条 1 項の婚姻と全く同一のものに一義的に定まり、国会による制度内容の選択決定が憲法上許されないと解する合理的理由は見当たらない」としており、同性間でも異性間と同様の法律婚を認めなければ憲法違反となるとはしていない。これら 2 つの東京高裁判決に対して、他の高裁判決では、異性間と同様の法律婚を認めなければ憲法違反になるとしているように思われる。

したがって、この点に関する最高裁の判断が待たれるところであるが、仮に代替措置によって憲法適合性が満たされ得るとして代替措置が実施されたとしても、結局のところ、異なる取扱いが継続される以上、広い意味での不平等が残ることになり、そこから差別意識が生じる可能性も否定できないものと思われる。そのため、少なくとも、政策論的には、同性間でも異性間と同様

の法律婚を認めるべきではないだろうか。

立法不作為による国家賠償請求が認められるのかに関しては、すでに福岡高裁判決に関する別稿⁵で述べているところであるが、「2023年10月25日の最高裁大法廷決定は、性同一性障害者の性別の取扱いの特例に関する法律3条1項4号（生殖がないこと又は生殖腺の機能を永続的に欠く状態にあること）を違憲としており、したがって、最高裁大法廷は、同性間で子が生まれる可能性を容認していることになる。そうであるならば、子の福祉の観点から同性間での婚姻を認めざるを得ないはずである」。そして、「2023年10月25日の最高裁大法廷決定を軸として SOGI に係る近時の判決を理解すれば、同性婚に関する最高裁の判断を待つまでもなく、最高裁も含めた司法判断は、すでに同性婚を認めていない民法および戸籍法を憲法上の大きな問題として理解しているというべきであり」、「したがって、遅くとも 2023 年 10 月 25 日の最高裁大法廷決定の段階で、国会（議員）は同性婚を認めていない現行法の問題を認識できているはずである」。それにもかかわらず、今日まで、「改正に向けた十分な議論が行われていない以上、国家賠償請求を認める可能性もある」と思われる⁶。

なお、本判決では、「質疑がされ……複数回、法律案が提出されている」ことを重視することで、「国会自体も、全体が立法に全く取り組んでいないという状況にはな」としている。しかし、本判決のように、審議さえされていないにもかかわらず、質疑や法律案の提出だけで国会が取り組んでいると評価するとすれば、今後、他の立法不作為の事案においても、質疑や法律案の提出によって立法不作為の違法性の評価を避けられることになり、結果として、憲法が求める法制度の整備を怠る口実を与えることになるのではないだろうか。そのため、国会の取組みに関する本判決の理解を肯定することはできない。

筆者は、十分な審議が行われないまま、2023 年の最高裁大法廷判決から 2 年以上も経過している以上、国会が正当な理由なく長期にわたってこれを怠る場合に該当するものと考えている。また、筆者は、「政治を動かすには違憲判断だけでは、もはや不十分であり、前述の司法の役割を果たすためには、国家賠償請求まで認められなければならない段階に来ている」と思っており、「同性婚の問題を個人の尊厳にかかわる重要なものと認識し、かつ司法の少数者の人権尊重擁護の役割を自覚的に言及するのであれば、やはり国家賠償請求も認めるべき」と考えている⁷。この点に関して、最高裁の判断を期待したい⁸。

法改正を待たずとも裁判所による合憲限定解釈で同性間での法律婚を認められるのか、に関しても、すでに名古屋高裁判決に関する別稿⁹で述べたところであるが、名古屋高裁「判決は、具体的な法改正に関して、『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』として」おり、「憲法適合的な法改正がここまで一義的に想定できるのであれば、本件諸規定に関して合憲限定解釈の可能性もあるのではないだろうか。本件は、あくまで国家賠償請求訴訟であるため、そうした合憲限定解釈の余地は認められないが、仮に婚姻届不受理に関する抗告訴

訟であれば、本件諸規定に関して合憲限定解釈をする可能性もあるのではないだろうか。そうであれば、改正を待たずとも同性婚が認められる余地もある」ように思われる¹⁰。

今後、裁判所が少数者の人権尊重擁護の役割を果たすとともに、国会が真摯に対応することを期待したい。

＊本稿の研究は、2025 年度大阪経済大学特別研究費の助成を受けたものです。

(掲載日 2026 年 1 月 27 日)

¹ 詳細は、東京高判令和 7 年 11 月 28 日 [WestlawJapan 文献番号 2025WLJPCA11286001](#) を参照のこと。

² 札幌高判令和 6 年 3 月 14 日 [WestlawJapan 文献番号 2024WLJPCA03146001](#)、(第一次) 東京高判令和 6 年 10 月 30 日 [WestlawJapan 文献番号 2024WLJPCA10306001](#)、福岡高判令和 6 年 12 月 13 日 [WestlawJapan 文献番号 2024WLJPCA12136001](#)、名古屋高判令和 7 年 3 月 7 日 [WestlawJapan 文献番号 2025WLJPCA03076001](#)、大阪高判令和 7 年 3 月 25 日 [WestlawJapan 文献番号 2025WLJPCA03256001](#) を参照のこと。なお、札幌高裁判決については、拙稿「同性婚を認めない民法等の諸規定を違憲とする初の高裁判決に関する一考察～札幌高裁令和 6 年 3 月 14 日判決～」 [WLJ 判例コラム第 313 号 \(文献番号 2024WLJCC007\)](#) 2024 年、福岡高裁判決については、拙稿「同性婚を認めない現行法を憲法 13 条違反等とした福岡高裁判決に関する一考察～福岡高裁令和 6 年 12 月 13 日判決～」 [WLJ 判例コラム第 337 号 \(文献番号 2025WLJCC002\)](#) 2025 年、名古屋高裁判決については、拙稿「同性カップルが法律婚を利用できないという区別を違憲とした名古屋高裁判決に関する一考察～名古屋高裁令和 7 年 3 月 7 日判決～」 [WLJ 判例コラム第 345 号 \(文献番号 2025WLJCC010\)](#) 2025 年、大阪高裁判決については、拙稿「同性婚を法律婚の対象としない民法等の諸規定を憲法 14 条 1 項および 24 条 2 項違反とした大阪高裁判決に関する一考察～大阪高裁令和 7 年 3 月 25 日判決～」 [WLJ 判例コラム第 349 号 \(文献番号 2025WLJCC014\)](#) 2025 年もあわせて参照のこと。また、第一次東京高裁判決については、前出 WLJ 判例コラム第 337 号の脚注 7 も参照のこと。

³ 最大判平成 17 年 9 月 14 日 [WestlawJapan 文献番号 2005WLJPCA09140001](#) を参照のこと。

⁴ ③に関しては、あらためて別稿で検討したいと思う。

⁵ 拙稿・前掲注 2・WLJ 判例コラム第 337 号。

⁶ 同前・4 頁。

⁷ 拙稿・前掲注 2・WLJ 判例コラム第 345 号・6 頁。

⁸ もちろん、本来は、最高裁の判断を待つまでもなく、国会で審議し法改正がなされるべきである。

⁹ 拙稿・前掲注 2・WLJ 判例コラム第 345 号。

¹⁰ 同前・8 頁・脚注 19。