

【リンクはご自由にお貼りください】

【有償配布 及び Web（ホームページ、ブログ、facebook等）へのアップロードや転載はおやめください】
・「結婚の自由をすべての人に」北海道訴訟（札幌地裁）・第3回期日（20191016）で提出された書面です。

平成31年（ワ）第267号 損害賠償請求事件

原告 原告番号1ないし6

被告 国

第 2 準 備 書 面

2019年9月30日

札幌地方裁判所民事第2部合議係 御中

原告ら訴訟代理人 弁護士 加 藤 丈 晴

同 弁護士 網 森 史 泰

同 弁護士 須 田 布 美 子

同 弁護士 皆 川 洋 美

同 弁護士 上 田 文 雄

第1	同性間の婚姻を認めていない本件規定が憲法24条1項に違反すること	4
1	「両性」という文言のみに依拠した被告の主張が不適切なものであること	4
	(1) 被告の主張及びその不適切性	4
	(2) 憲法の条項の特定の文言の意味だけを問題とする解釈手法が適切であること	5
	(3) 「両性の合意のみ」という文言が同性間の婚姻を排除する趣旨で意図的に選択されたものではないこと	9
	(4) 社会状況の変化を考慮しない本件規定の憲法適合性の判断が不適切なものであること	14
	(5) 小括	19
2	本件規定が婚姻の自由を侵害するものであること	20
	(1) 婚姻の自由が憲法24条1項により保障された権利であること	20
	(2) 婚姻の自由の保障が同性カップルにも及ぶこと	25
	(3) 本件規定が原告らの婚姻の自由を侵害するものであること	28
	(4) 憲法24条1項の文理との関係について	31
3	結論	31
第2	同性間の婚姻を認めていない本件規定が憲法14条1項に違反すること	32
1	被告の主張が原告らの主張に対する的確な反論たり得ていないこと	32
2	憲法14条1項違反に関する本件の争点	33
3	本件別異取扱いの合理性の有無は厳格に審査されるべきこと	34
	(1) 原告らの主張の概要	34
	(2) 本件別異取扱いが憲法14条1項後段列举事由の「社会的身分」ないし「性別」に基づくものであること	34
	(3) 本件別異取扱いが性的指向という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基づくものであること	36
	(4) 本件別異取扱いが種々の重要な権利利益を伴う婚姻に関するものである	

こと	37
(5) 本件別異取扱いが民主政の過程による救済が困難な事項に関するものであること	37
(6) 小括	38
4 本件別異取扱いに合理的な根拠を認めることはできないこと	39
(1) 原告らの主張の概要	39
(2) 婚姻の意義ないし目的に照らして本件別異取扱いに合理性が認められないこと	40
(3) 婚姻に伴う個々の権利利益について異性カップルのみに付与し同性カップルに付与しないものとする理由のないこと	41
(4) 本件規定に基づく本件別異取扱いは同性愛者等の尊厳を傷つけるものであること	42
(5) 現行法の採用する届出婚主義の趣旨である婚姻関係の公示の必要性は同性カップルにも当てはまるものであること	43
(6) 本件別異取扱いには以上の他にも合理的な根拠を見出し難いこと	44
(7) 小括	44
5 結論	45
第3 被告の訴訟追行のあり様に関する付言	45

原告らは、本準備書面において、被告第1準備書面に対する反論を行うとともに、同性間の婚姻を認めていない民法及び戸籍法の規定（本件規定）が憲法24条1項及び憲法14条1項に違反するものであることについて再論し、最後に、被告の訴訟追行のあり様に関して付言する。

第1 同性間の婚姻を認めていない本件規定が憲法24条1項に違反すること

1 「両性」という文言のみに依拠した被告の主張が不適切なものであること

(1) 被告の主張及びその不適切性

被告は、憲法24条1項は、「婚姻は、両性の合意のみに基いて成立し、…」と規定するところ、「同項にいう『両性』は、その文言上、男女を表すことは明らかであって、憲法は、当事者双方の性別が同一である場合に婚姻を成立させることを想定していないというべきである」（被告第1準備書面19頁）と主張する。

上記のような被告の主張が、憲法24条1項の解釈として、①憲法は同性間の婚姻を容認していない（法律によって同性間の婚姻を認めることは許されない）とする見解（禁止説）と、②憲法は同性間の婚姻を許容している（法律によって同性間の婚姻を認めることは許される）とする見解（許容説）のいずれを採用するものであるか明らかでないことは、既に2019年7月29日付け原告ら求釈明申立書で指摘したとおりであるが、いずれであるとしても、被告の主張は、憲法24条1項の「両性」という文言を根拠として、同性間の婚姻の自由は憲法24条1項により保障されるものではなく、したがって、本件規定が憲法24条1項に違反することはない旨を述べるものと解される。

しかしながら、以下に詳論するとおり、上記のような憲法24条1項の「両性」という文言のみに依拠した解釈は誤ったものであり、憲法24条1項による同性間の婚姻の自由の保障及び本件規定の違憲性を否定する論拠となり

得ないものである。

(2) 憲法の条項の特定の文言の意味だけを問題とする解釈手法が不適切であること

ア 文言のみに過度にこだわった憲法解釈が不適切であること

上記のとおり、被告は、憲法24条1項の「両性」文言は男女を意味するものであり、同性がこれに含まれないことは明らかであるから、同性間の婚姻の自由は憲法24条1項により保障されない旨を主張するものと解される。

しかしながら、初学者向けの憲法学習テキストでも述べられているとおり、「日本語の文章として書かれている憲法規範において、文言の日本語としての意味や文法が重視・尊重されなければならないのは当然である」としても、「規範の中で使用されている文言の意味が不明確であるとして、その意味を国語の辞書から引いてくればよいというわけのものではない」のであって、「特定の憲法条項を解釈するにあたっては、憲法の他の規範と照らし合わせて、整合性のある解釈をしなければならない」し、「憲法は特定の理念に基づいて作成されている」ことから、「憲法の個々の文言の解釈や規範総体の解釈にあたっては、これら理念に基づいて解釈する」ことが必要となるものであり、特に、人権条項については、政治機構条項と異なり「柔軟かつ拡大的に解釈されるべき」ものである（例えば、憲法21条から「知る権利」を、憲法25条から「環境権」を読み取ったり、「生命、自由及び幸福追求に対する権利」を定めた包括的規定である憲法13条からプライバシー権等の個別の権利を導き出したりするのがその例である。）¹。

また、「憲法の文言は憲法解釈にあたって『枠』ないし基準として機能する」が、「文言だけが解釈の基準というわけではなく、他の憲法規定や憲法

¹ 横田耕一・高見勝利編『ブリッジブック憲法』（信山社、2002年）（甲A139）104～108頁（横田耕一執筆部分）。

の全体構造，憲法の基本原理・理念等に照らして文言への過度のこだわりが明らかに不当である場合もある」のであり、「そうした文言に過度にこだわった憲法解釈は誤った憲法解釈である」（その例として，人権条項の「何人も」と「国民は」という文言の相違にこだわって外国人の人権共有主体性を決定しようとする解釈が挙げられる。）²。

イ 判例においても文言のみにとらわれない解釈がなされていること

最高裁も，いわゆるマクリーン事件判決（最大判昭和53年10月4日民集32巻7号1223頁）において、「憲法第三章の諸規定による基本的人権の保障は，権利の性質上日本国民のみをその対象としていると解されるものを除き，わが国に在留する外国人に対しても等しく及ぶものと解すべきであ〔る〕」と判示しており，規定上「国民は」とされている場合と「何人も」とされている場合を区別して「何人も」と規定されている規定についてのみ適用を認める学説（いわゆる文言説）を採用していないことは周知のとおりである³。

また，最高裁は，裁判員制度の憲法適合性が争われた事件（最大判平成23年11月16日刑集65巻8号1285頁）では、「憲法に国民の司法参加を認める旨の規定が置かれていないことは，所論が指摘するとおりである。しかしながら，明文の規定が置かれていないことが，直ちに国民の

² 前掲横田耕一・高見勝利編『ブリッジブック憲法』（甲A139）129頁（市川正人執筆部分）。

³ 他にも，文言にとらわれない憲法解釈の例として，憲法14条の「すべて国民は」という文言から，同条が直接には日本国民を対象とするものと解されるものの，法の下における平等の原則は近代民主主義諸国の憲法における基礎的な政治原理であり，わが国も加入している世界人権宣言においても全ての人々の法の前における平等が定められていることに鑑みて，その趣旨は外国人に対しても類推されるとした最大判昭和39年11月18日刑集18巻9号579頁や，憲法35条は，その文理から専ら又は主として刑事手続について定めた規定であると考えられるが，「当該手続が刑事責任追及を目的とするものでないとの理由のみで，その手続における一切の強制が当然に右規定による保障の枠外にあると判断することは相当ではない」とした最大判昭和47年11月22日刑集26巻9号554頁等を挙げることができる。

司法参加の禁止を意味するものではない。憲法上、刑事裁判に国民の司法参加が許容されているか否かという刑事司法の基本に関わる問題は、憲法が採用する統治の基本原理や刑事裁判の諸原則、憲法制定当時の歴史的状況を含めた憲法制定の経緯及び憲法の関連規定の文理を総合的に検討して判断されるべき事柄である」と判示して、「国民の司法参加の憲法許容性の議論が、憲法の解釈論である以上その文理に着目することは当然ではあるものの、憲法の文理のみならず、憲法の基本原理に加え、歴史的、国際的視点からも問題を考察する必要性を指摘」⁴しており、このような判示は、「憲法の明文からは結論が容易には導きだせない解釈上の論点を考察する手法として正当なものと解されるとともに、長い時間軸の中で、かつ広く世界を見渡して判断するという基本的な姿勢を示している」⁵ものであると解されている。

ウ 諸外国でも婚姻に関する条項について文言にとらわれない解釈がなされていること

憲法24条1項と同様に婚姻に関する条項を有する条約や外国の憲法の解釈にも目を向けると、例えば、婚姻の権利について規定したヨーロッパ人権条約12条は、「婚姻をすることができる年齢の男女は、権利の行使を規制する国内法に従って婚姻しかつ家族を形成する権利を有する」⁶と規定して、婚姻の権利の主体を「男女」と表しているところ、そのような文言にかかわらず、オランダを初めとする多数の締約国が同性間の婚姻を法制化していることは、訴状72～73頁（「ア 諸外国では同性カップルに異性カップルと同様の婚姻を認めている」）で指摘したとおりである。

⁴ 最大判平成23年11月16日の調査官解説である、西野吾一・矢野直邦『最高裁判所判例解説刑事篇平成23年度』309頁。

⁵ 前掲西野吾一・矢野直邦『最高裁判所判例解説刑事篇平成23年度』309頁。

⁶ 英文では次のとおり。”Men and women of marriageable age have the right to marry and to found a family, according to the national laws governing the exercise of this right.

更に、スペインにおいても、憲法32条は、1項で「男女は、法律上完全に平等に、婚姻する権利を有する」⁷とし、2項で「婚姻の形式、婚姻の年齢および能力、夫婦の権利および義務、別居および離婚の事由、ならびにその効果については、法律でこれを定める」⁸と規定して、婚姻の権利の主体を「男女」と表しているが、2005年（平成17年）には憲法改正を経ることなく同性間の婚姻が法制化されており、2012年（平成24年）11月6日のスペイン憲法裁判所の判決でも、同性間の婚姻を認める民法の規定は憲法32条に違反しないとの判断がなされている⁹。同判決は、諸外国の法及びヨーロッパ人権法において婚姻が当事者の性的指向を問わない二人のパートナーシップとして規定されていることから、婚姻が新しい「イメージ」として徐々に変化しているということができ、このような西欧諸国の比較法的見地からすれば婚姻に同性間の婚姻も含まれると解釈することができるとし、また、スペイン社会学研究センターの調査によればスペインの56%の者が同性間の婚姻を支持しているという事実から、スペイン社会や国際社会において次第に拡大しつつある婚姻概念に従って憲法32条を解釈することも解釈の範囲内であると判断したものであるとされている¹⁰。

エ 小括

憲法解釈の方法について学説及び判例の述べるところやその具体例、婚姻に関わる条約や外国の憲法の条項の解釈等について以上に見たところ

⁷ スペイン憲法の日本語訳は、佐久間悠太「同性婚をめぐる諸外国の動向」人間文化研究20号（2014年）（甲A140）136～137頁による。原文は次のとおり。”El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica.”

⁸ 原文は次のとおり。”La ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos.”

⁹ 藤戸敬貴「同性カップルの法的保護をめぐる国内外の動向」レファレンス805号（2018年）（甲A141）79頁。

¹⁰ 佐久間悠太「同性婚をめぐる諸外国の動向」（甲A140）138～139頁。

からすれば、関連規定を含む憲法の全体構造や憲法の採用する基本原理に照らした考察や、歴史的、国際的視点からの考察を一切欠いたまま、憲法24条1項の「両性」という文言を抜き出し、その辞書的意味のみを根拠として同性間の婚姻の自由の保障が否定されるものと結論付ける被告の解釈が不適切なものであることは明らかである。

(3) 「両性の合意のみ」という文言が同性間の婚姻を排除する趣旨で意図的に選択されたものではないこと

ア 憲法24条1項の制定趣旨

上記(2)に挙げたような例からも明らかであるとおおり、憲法の制定に当たって一定の解釈を排除する趣旨で特定の文言が意図的に選択されたのであれば、その文言は解釈の上で重要な考慮要素ないし基準として機能するものと解されるが、そのような趣旨で特定の文言が選択されたわけでないとするれば、その文言の辞書的な意味に拘泥して解釈をすることが適切であるとはいえない¹¹。

これを、憲法24条1項についてみると、同項が「婚姻は、両性の合意のみに基いて成立し、夫婦が同等の権利を有することを基本として、相互の協力によって維持されなければならない」と規定したのは、訴状21～23頁（「(3) 憲法24条1項の制定趣旨」）及び36～38頁（「4 憲法24条1項は同性カップルの婚姻を禁止していないこと」）で論じたとおおり、明治民法の下における「家」制度を全面的に改めるため、婚姻を含む家族生活について民主主義の基本原則である個人の尊厳と両性の本質的平等の原則を特に定める必要があったからであり、「婚姻は、両性の合意のみに基いて成立[する]」というのも、家制度における婚姻についての戸主の同意権を否定し、当事者本人以外の第三者の意思によって婚姻の成立が

¹¹ 前掲横田耕一・高見勝利編『ブリッジブック憲法』129頁参照。

妨げられないことを明らかにする趣旨と解されるものである¹²。

この点、2017年（平成29年）1月30日開会の参議院予算委員会に政府特別補佐人として出席した横畠裕介内閣法制局長官も、「現行の憲法において、『婚姻は、両性の合意のみに基いて』と書いてある。その『のみ』となぜ書いたかということでございますけれども、先ほど来委員御指摘のように、明治憲法の下においては、婚姻する本人の意思ではなくて、むしろ家長など他の者の意思決定に基づいて婚姻が成立というか、実際上も含めてでございますけれども、婚姻が成立するという制約があったと。まさにそれを取り外したと、取り外すというところにこの現行憲法の意味があるということ明らかにするためにあえて両性の合意のみということを明記したというふうに考えられます¹³として、上記と同趣旨の説明をしているところである。

イ 憲法24条1項の制定過程

憲法24条は、①GHQ民生局のベアテ・シロタ・ゴードンの起草によるいわゆるシロタ草案18条、②シロタ草案を受けて1946年（昭和21年）2月13日に日本政府に提示されたGHQ草案23条、③GHQ草案に基づいて日本政府が起草しGHQに提示した同年「3月2日案」、④GHQとの交渉を経て作成された同年「3月5日」案22条、⑤同年4月1

¹² 以上について、法学協会編『註解日本國憲法上巻』（甲A19）469～471頁、宮澤俊義・芦部信喜『全訂日本國憲法』（日本評論社、1978年）（甲A142）261頁、佐藤功『ポケット註釈全書憲法（上）〔新版〕』（有斐閣、1983年）（甲A143）413～414頁、樋口陽一ほか『注解法律学全集2 憲法Ⅱ〔第21条～第40条〕』（青林書院、1997）（甲A144）131～132頁（中村睦男執筆部分）、芹沢斉ほか編『新基本法コンメンタール憲法』（日本評論社、2011年）（甲A145）211頁（武田万里子執筆部分）、長谷部恭男編『注釈日本國憲法(2)』（有斐閣、2017年）（甲A146）495～500頁（川岸令和執筆部分）、辻村みよ子・山元一編『概説憲法コンメンタール』（信山社、2018年）（甲A147）152～154頁（糖塚康江執筆部分）、木下智史ほか『新・コンメンタール憲法（第2版）』（日本評論社、2019年）（甲A148）301～303頁（木下智史執筆部分）等参照。

¹³ 第193回国会参議院予算委員会会議録第1号（甲A149）9頁。

7日に発表された口語化憲法改正草案22条，⑥同年6月20日に帝国議
会に提出された帝国憲法改正案22条を経て，帝国議会での審議を経て制
定されたものであるところ¹⁴，現行の憲法24条に至るまでの条項の変遷
をみると，次のとおりである。

① シロタ草案18条

家庭は，人類社会の基礎であり，その伝統は，善きにつけ悪しきにつけ国全体に浸透する。それ故，婚姻と家庭とは，法の保護を受ける。婚姻と家庭とは，両性が法律的にも社会的にも平等であることは当然であるとの考えに基礎をおき，親の強制ではなく相互の合意に基づき，かつ男性の支配ではなく両性の協力に基づくべきことを，ここに定める。これらの原理に反する法律は廃止され，それに代わって，配偶者の選択，財産権，相続，本居の選択，離婚並びに婚姻および家庭に関するその他の事項を，個人の尊厳と両性の本質的平等の見地に立って定める法律が制定されるべきである¹⁵。

② GHQ草案23条

家族ハ人類社会ノ基底ニシテ其ノ伝統ハ善カレ悪シカレ国民ニ滲透ス婚姻ハ男女両性ノ法律上及社会上ノ争フ可カラサル平等ノ上ニ存シ

¹⁴ 前掲長谷部恭男編『注釈日本国憲法(2)』(甲A146)497～498頁，同辻村みよ子・山元一編『概説憲法コンメンタール』(甲A147)153～154頁，同木下智史ほか『新・コンメンタール憲法(第2版)』(甲A148)302頁参照。

¹⁵ 日本語訳は，ベアテ・シロタ・ゴードン(構成・文＝平岡磨紀子)『1945年のクリスマス』(朝日新聞出版，2016年)(甲A150)184～185頁による。原文は次のとおり(前掲木下智史ほか『新・コンメンタール憲法(第2版)』(甲A148)302頁参照)。”The family is the basis of human society and its traditions for good or evil permeate the nation. Hence marriage and the family are protected by law, and it is hereby ordained that they shall rest upon the undisputed legal and social equality of both sexes, upon mutual consent instead of parental coercion, and upon cooperation instead of male domination. Laws contrary to these principles shall be abolished, and replaced by others viewing choice of spouse, property rights, inheritance, choice of domicile, divorce and other matters pertaining to marriage and the family from the standpoint of individual dignity and the essential equality of the sexes.”

両親ノ強要ノ代リニ相互同意ノ上ニ基礎ツケラレ且男性支配ノ代リニ協力ニ依リ維持セラルヘシ此等ノ原則ニ反スル諸法律ハ廃止セラレ配偶ノ選択, 財産権, 相続, 住所ノ選定, 離婚並ニ婚姻及家族ニ関スル其ノ他ノ事項ヲ個人ノ威厳及両性ノ本質ニ立脚スル他ノ法律ヲ以テ之ニ代フヘシ¹⁶

③ 「3月2日案」37条

婚姻ハ男女相互ノ合意ニ基キテノミ成立シ, 且夫婦ガ同等ノ権利ヲ有スルコトヲ基本トシ相互ノ協力ニ依リ維持セラルベキモノトス¹⁷。

④ 「3月5日案」22条

婚姻ハ男女相互ノ合意ニ基キテノミ成立シ, 且夫婦ガ同等ノ権利ヲ有スルコトヲ基本トシ相互ノ協力ニ依リ維持セラルベキモノトス。

配偶ノ選択, 財産権, 相続, 住所ノ選定, 離婚並ニ婚姻及家族ニ関スル其ノ他ノ事項ニ関シ個人ノ威厳及両性ノ本質的平等ニ立脚セル法律ヲ制定スヘシ¹⁸。

⑤ 口語化憲法改正草案22条

婚姻は, 両性の合意に基いてのみ成立し, 夫婦が同等の権利を有することを基本として, 相互の協力により, 維持されなければならない。

¹⁶ 国立国会図書館ウェブサイト「日本国憲法の誕生」のページ

(<https://www.ndl.go.jp/constitution/shiryō/03/076shoshi.html>) 参照。原文は次のとおり。
” The family is the basis of human society and its traditions for good or evil permeate the nation. Marriage shall rest upon the indisputable legal and social equality of both sexes, founded upon mutual consent instead of parental coercion, and maintained through cooperation instead of male domination. Laws contrary to these principles shall be abolished, and replaced by others viewing choice of spouse, property rights, inheritance, choice of domicile, divorce and other matters pertaining to marriage and the family from the standpoint of individual dignity and the essential equality of the sexes.”

¹⁷ 国立国会図書館ウェブサイト「日本国憲法の誕生」のページ

(<https://www.ndl.go.jp/constitution/shiryō/03/086shoshi.html>) 参照。

¹⁸ 国立国会図書館ウェブサイト「日本国憲法の誕生」のページ

(<https://www.ndl.go.jp/constitution/shiryō/03/089shoshi.html>) 参照。

配偶者の選択，財産権，相続，住居の選定，離婚並びに婚姻及び家族に関するその他の事項に関しては，法律は，個人の権威と両性の本質的平等に立脚して，制定されなければならない¹⁹。

⑥ 帝国憲法改正案 22 条

婚姻は，両性の合意のみに基いて成立し，夫婦が同等の権利を有することを基本として，相互の協力により，維持されなければならない。

配偶者の選択，財産権，相続，住居の選定，離婚並びに婚姻及び家族に関するその他の事項に関しては，法律は，個人の権威と両性の本質的平等に立脚して，制定されなければならない²⁰。

以上のような条項の変遷をみると，まず，「両性 (both sexes)」という文言及び婚姻が「(親の強制ではなく) 相互の合意に基づ [く]」ものとする規定は，シロタ草案 18 条 (上記①) に既に現れていたものであり，その後の「3月2日案」37 条 (上記③) における「婚姻ハ男女相互ノ合意ニ基キテノミ成立 [する]」旨の規定は，シロタ草案 18 条及びGHQ 草案 23 条 (上記②) の規定を引き継いだものであることが分かる²¹。

また，「3月2日案」37 条 (上記③) から口語化憲法改正草案 22 条 (上記⑤) までにおいては，「両性の合意に基いてのみ」という語順から「のみ」が「基いて」に係ることが明瞭であったが，帝国憲法改正案 22 条 (上記⑥) では「両性の合意のみに基いて」と「のみ」の位置が修正されている

¹⁹ 国立国会図書館ウェブサイト「日本国憲法の誕生」のページ (<https://www.ndl.go.jp/constitution/shiryō/03/099shoshi.html>) 参照。

²⁰ 国立国会図書館ウェブサイト「日本国憲法の誕生」のページ (<https://www.ndl.go.jp/constitution/shiryō/04/117shoshi.html>) 参照。

²¹ 佐藤達夫 (佐藤功補訂) 『日本国憲法成立史第三卷』(有斐閣，1994年) (甲A151) 122 頁によれば，GHQ 草案 23 条の最初の部分「家族ハ人類社会ノ基底ニシテ其ノ伝統ハ善カレ悪シカレ国民ニ滲透ス」は，文章として日本の法制の体裁に合わないからという理由で削除することについて同意を得て，また，「両親ノ強要ノ代リニ……，男性支配ノ代リニ……」といったような「表現を改めて」，「3月2日案」37 条の形にしたものと説明されている。

ところ、この「のみ」の位置の修正については、「各条項にわたり字句の表現その他を研究の結果つぎの如く各条項に互り字句その他の表現上の訂正を行つた」ものであるとの説明がなされている²²。

そして、帝国憲法改正案22条（上記⑥）の「婚姻は、両性の合意のみに基いて成立〔する〕」との文言は、帝国議会での審議でも変更されることなく、現行の憲法24条1項として制定されることになったところ、帝国議会での審議では、主に「本条をめぐっては、伝統的な家族制度が維持されることになるのかが論点となった」²³が、同文言に関し、同性間の婚姻を排除する趣旨であるか否か等が議論された形跡は見られない²⁴。

ウ 小括

憲法24条1項の制定過程について以上に見たところによれば、憲法24条1項の「両性の合意のみ」という文言が同性間の婚姻を排除する趣旨で意図的に選択されたものではないことは明らかである。

前記(2)で述べたところに加えて、以上のことからしても、憲法24条1項の「両性」という文言の辞書的な意味に拘泥した被告の憲法解釈の不適切性は明らかである。

(4) 社会状況の変化を考慮しない本件規定の憲法適合性の判断が不適切なものであること

²² 国立国会図書館ウェブサイト「日本国憲法の誕生」のページ

(<https://www.ndl.go.jp/constitution/shiryu/04/115shoshi.html>) 掲載の昭和21年6月9日読売新聞「樞府・憲法案可決」と題する記事参照。なお、帝国議会での審議でも「この『のみ』の位置に依りまして、解釈の範囲が大分違いはしないか」との質問に対して、司法大臣は、「承知の通り只今の民法の建前と致しましては、或る一定の年限に達しないものに付ては、或は戸主の同意を要する、或は親権者の同意を要すると云う非常な制限を設けてあるのであります。そう云う強い意味の制限はこれを排除して、両性の合意だけで成立させようと云う趣意であります」と答弁している。清水伸編『逐条日本国憲法審議録』（日本世論調査研究所、1962年）（甲A152）481頁参照。

²³ 前掲長谷部恭男編『注釈日本国憲法(2)』（甲A146）498頁。

²⁴ 日本弁護士連合会「同性の当事者による婚姻に関する意見書」（2019年〔令和元年〕7月18日付け）（甲A153）14頁も、審議録を確認した上で、「憲法制定会議の議論においても、同性婚を禁止すべきか否かが議論されることもなかった」ことを指摘している。

ア 本件規定の憲法適合性の判断に当たっては婚姻の意義等に関する社会状況の変化の考慮が必要であること

「憲法は、当事者双方の性別が同一である場合に婚姻を成立させることを想定していない」とする被告の主張は、憲法の文理に加えて、憲法が制定された当時、同性間の婚姻は想定されていなかったのであるから、そのような憲法制定当時の社会状況に照らせば、憲法24条1項の解釈として同性間の婚姻の自由を認めることはできない旨をいうもののようにも解することができる。

しかしながら、仮に憲法制定当時の社会状況下においては同性間の婚姻が想定されていなかったとしても、そのことによって、同性間の婚姻を認めていない本件規定の合憲性が確証されることになるものではない。同性間の婚姻を認めていない本件規定の憲法適合性は、婚姻の意義等に関する社会状況の変化も踏まえた上で、不断に検討され、吟味されるべき事柄である。

イ 判例においても社会状況の変化を考慮した憲法適合性の判断が行われていること

最高裁は、刑事司法への国民参加については、憲法が「刑事裁判の基本的な担い手として裁判官を想定していると考えられる」にもかかわらず、「憲法が採用する統治の基本原則や刑事裁判の諸原則、憲法制定当時の歴史的状况を含めた憲法制定の経緯及び憲法の関連規定の文理を総合的に検討」することにより、「憲法上国民の司法参加がおよそ禁じられていると解すべき理由はな [い]」（前掲最大判平成23年11月16日）として、憲法制定時に想定されていたとは言い難い裁判官と国民とで構成される裁判体も、直ちに憲法上の「裁判所」に当たらないということとはできない旨を判示している。

また、最高裁は、婚姻や親子等の家族生活に関わる領域においても、時

代の変化とともに合憲であった法律が違憲になるという判断を繰り返し示しており、その例として、「我が国を取り巻く国内的、国際的な社会的環境等の変化」を考慮した国籍法違憲判決（最大判平成20年6月4日民集62巻6号1367頁）、「昭和22年民法改正時から現在に至るまでの間の社会の動向、我が国における家族形態の多様化やこれに伴う国民の意識の変化、諸外国の立法のすう勢及び我が国が批准した条約の内容とこれに基づき設置された委員会からの指摘、嫡出子と嫡出でない子の区別に関わる法制等の変化、更にはこれまでの当審判例における度重なる問題の指摘等を総合的に考察すれば、家族という共同体の中における個人の尊重がより明確に認識されてきたことは明らかである」と判示した婚外子相続分差別違憲決定（最大決平成25年9月4日民集67巻6号1320頁）、「昭和22年民法改正以降、我が国においては、社会状況及び経済状況の変化に伴い婚姻及び家族の実態が変化し、特に平成期に入った後においては、晩婚化が進む一方で、離婚件数及び再婚件数が増加するなど、再婚をすることについての制約をできる限り少なくするという要請が高まっている事情」やこれを示す「再婚禁止期間に係る諸外国の立法の動向」に着目した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）を挙げることができる²⁵。

更に、憲法上の自由の保障に関しても、最高裁は、憲法21条1項による取材の自由の保障について、当初、「憲法の保障は国会の制定する法律を以ても容易にこれを制限することができず、国会の立法権にまで非常な制限を加えるものであつて、論旨の如く次ぎから次ぎへと際限なく引き延ば

²⁵ 尾島明「同性婚を認めない州法の規定と合衆国憲法」法律のひろば69巻3号（2016年）（甲A155）は、アメリカ連邦最高裁の *Obergefell* 判決（多数意見）が「かつては合憲であった法が、時代と共に社会状況が変化し、現在では違憲になったという考え方を採っていること」に関し、「このような時代の変化と共に合憲であったものが違憲になるというのは、我が国の身分法に関わる違憲判決でもみられるところである」として、これらの最高裁大法廷判決を例に挙げている（62頁）。

し拡張して解釈すべきものではない」(最大判昭和27年8月6日刑集6巻8号974頁)として、これを否定するかのような判示をしていたが、その後、「新聞が真実を報道することは、憲法二一条の認める表現の自由に属し、またそのための取材活動も認められなければならないことはいうまでもない」(最大判昭和33年2月17日刑集12巻2号253頁)とし、最終的には、博多駅テレビフィルム提出命令事件(最大判昭和44年11月26日刑集23巻11号1490頁)において、「報道のための取材の自由も、憲法二一条の精神に照らし、十分尊重に値いするものといわなければならない」と判示するに至っており、時代の変化とともに憲法解釈が変わり得るものであることが実証されている。

ウ 婚姻の意義等に関する社会状況の変化を踏まえれば婚姻から同性間の婚姻が排除されるものと解すべき理由のないこと

憲法24条1項がその自由を保障する「婚姻」の意義等に関する重要な社会状況の変化として、①婚姻の意義についての理解の変化、②「男女」の区別に関わる法制の変化、③同性間の婚姻も「婚姻」に含まれ得るといふ社会的な意識の確立を挙げることができる。

すなわち、上記①の婚姻の意義についての理解の変化については、婚姻及び家族の形態の多様化によって婚姻と生殖との不可分の結合関係が失われ、生殖と子の養育のための制度としての婚姻の社会的重要性(国ないし社会が婚姻に介入する必要性や合理性)が減退し、婚姻は、婚姻当事者の個人的な利益(法的・経済的利益、心理的・社会的利益)の保護を目的とするものであるとの理解が強くなったことが挙げられる²⁶。このような理解からすれば、「伝統的婚姻観および法が当然の前提としてきた、婚姻は

²⁶ 青山道夫・有地亨編『新版注釈民法(21)』(有斐閣, 平成元年)(甲A16)178~179頁(上野雅和執筆部分)参照。

男女の結合でなければならないという命題も、必ずしも当然に合理的根拠があるとはいえなくなる」²⁷ことになる（なお、以上のことにより、生殖と子の養育を望み、その利益保護を求める個人にとって婚姻が有する重要性がいささかも否定されるものでないことはいうまでもない。）。

上記②の「男女」の区別に関わる法制の変化としては、2003年（平成15年）の性同一性障害者の性別の取扱いの特例に関する法律の制定を挙げることができる。憲法制定当時は、「男女」といえば当然に生物学的な性別を意味するものと理解され、生物学的に同性である者の間での婚姻は想定されていなかったものと考えられるが、同法の施行後、同法3条1項の規定に基づき男性（女性）への性別の取扱いの変更の審判を受けた女性（男性）は、法令の規定の適用について男性（女性）とみなされることにより、女性（男性）と婚姻することができることとなっており、生物学的には同性である者の間での婚姻が実現している。このような法制の変化も、婚姻は男女の結合でなければならないという考え方が既に大きく揺らいでいることを示すものである。

更に、上記③の同性間の婚姻も「婚姻」に含まれ得るという社会的な意識の確立に関しては、諸外国においては、2001年（平成13年）以降、既に28の国・地域²⁸において同性間の婚姻が法制化されており、地域区分で見ても、アジア州、ヨーロッパ州、アフリカ州、北アメリカ州、南アメリカ州、オセアニア州の6つの州の全てに同性間の婚姻を法制化した国が存在すること（なお、2016年〔平成28年〕にイタリアが登録パー

²⁷ 前掲青山道夫・有地亨編『新版注釈民法(21)』（甲A16）179頁。

²⁸ オランダ、ベルギー、スペイン、カナダ、南アフリカ、ノルウェー、スウェーデン、ポルトガル、アイスランド、アルゼンチン、デンマーク、ウルグアイ、ニュージーランド、フランス、ブラジル、英国（イングランド、スコットランド及びウェールズ）、ルクセンブルク、フィンランド、アイルランド、アメリカ、コロンビア、マルタ、ドイツ、オーストリア、オーストラリア、台湾、エクアドルのほか、一部の州において同性間の婚姻が可能となっているメキシコ。

トナーシップ制度を設けたことにより、以降、G7の中で同性間の婚姻ないし登録パートナーシップ制度を法制化していない国は、我が国のみとなっている²⁹。), また、国内においても、2016年(平成28年)以降の各種世論調査において同性間の婚姻への賛成が多数を占めていること(甲A104から甲A110まで、甲A174)、そして、これらの諸外国の立法のすう勢や世論、各種の立法提言等を背景として、2019年(令和元年)6月3日には、同性間の婚姻を法制化するための具体的な法律案(民法の一部を改正する法律案)が国会に提出されるまでに至っていること(甲A115, 甲A116)などの事情を挙げることができる。これらは、婚姻は男女の結合でなければならないという考え方が減退したことにより、同性間の婚姻も「婚姻」に含まれ得るものであるとする社会的な意識が確立したことを端的に示すものである。

以上に見たような、婚姻の意義等に関する社会状況の変化を踏まえれば、憲法24条1項にいう「婚姻」から同性間の婚姻が排除されるものと解すべき理由は、もはや存しなくなっているものということができる。

エ 小括

以上に述べたところによれば、憲法制定当時の社会状況に照らせば憲法24条1項の解釈として同性間の婚姻の自由を認めることはできない旨をいうかのような被告の主張は、本件規定が憲法24条1項に適合するか否かを判断するに当たって必要な婚姻の意義等に関する社会状況の変化についての考慮を欠いた、不適切なものであることが明らかである。

(5) 小括

以上のとおり、本件規定が憲法24条1項に違反するか否かの判断に当たっては、同項の「両性」という文言のみならず、同項の制定経緯及び趣旨、

²⁹ 前掲藤戸敬貴「同性カップルの法的保護をめぐる国内外の動向」(甲A141)82頁参照。

関連する規定や憲法の採用する基本原理、婚姻の意義等に関する社会状況の変化等も踏まえた総合的な検討が必要不可欠であり、同項の「両性」という文言の辞書的意味のみに依拠して、同性間の婚姻の自由は憲法24条1項により保障されないとする被告の憲法解釈が不十分なものであり、不適切なものであることは明らかである。

2 本件規定が婚姻の自由を侵害するものであること

同性間の婚姻を認めていない本件規定が憲法24条1項に違反するか否かの判断に当たっての検討のあり方は、前記1(5)で論じたとおりであるところ、同項の制定経緯及び趣旨等に照らして、同項の「婚姻は、両性の合意のみに基いて成立し、夫婦が同等の権利を有することを基本として、相互の協力により、維持されなければならない」との規定の意義等を明らかにした最高裁判例として、前掲再婚禁止期間違憲訴訟判決があることから、以下では、同判決の判示及び調査官解説³⁰を手掛かりとしつつ、婚姻の自由が憲法24条1項により保障された権利であること(後記(1))、婚姻の自由の保障が同性カップルにも及ぶこと(後記(2))、本件規定が正当な理由なく婚姻の自由を制約するものであること(後記(3))を論じ、本件規定が婚姻の自由を侵害するものであることを明らかにする。

(1) 婚姻の自由が憲法24条1項により保障された権利であること

ア 原告らの主張

憲法24条1項は、人と人との親密な関係に基づく永続性を持った共同生活について、法律婚制度(法律が要件と効果を定めて保護を与えて承認・公証する制度³¹)の存在を前提に、人が国家や第三者の干渉を受けること

³⁰ 加本牧子『最高裁判所判例解説民事篇平成27年度(下)』(法曹会、2018年)(甲A156)642頁以下。

³¹ 法律婚制度がカップルの関係を公認する意義を有するものであることは、最決平成25年12月10日民集67巻9号1847頁に付された寺田逸郎裁判官の補足意見でも指摘されている。

なく、望む相手との意思の合致のみで婚姻し得るという「婚姻の自由」を憲法上保障したものと解すべきこと、そして、その理由ないし根拠としては、①婚姻の自由が憲法13条の保障する自己決定権の発現の一つであること、②望む相手との意思の合致のみで婚姻し得ることが近代的な婚姻の本質的属性であること、③憲法24条1項の制定経緯及び趣旨を挙げることができることについては、訴状15～25頁で論じたとおりである。

イ 原告らの主張する「婚姻の自由」の憲法上の保障は判例上も認められたものであること

訴状25頁でも論じたとおり、原告らが本件でその侵害を問題としている「婚姻の自由」と、前掲再婚禁止期間違憲訴訟判決がいう「婚姻をするについての自由」³²は、その保障の根拠、内容及び程度において異なるものではない。

(ア) 保障の根拠について

まず、保障の根拠についてみると、同判決は、憲法24条1項の規定は、「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たものと解される」と判示するところ、調査官解説は、同判示について、憲法24条1項が「婚姻について旧憲法下における戸主の同意の要件等を排除して」上記のような趣旨を明らかにしたものであると解したものであるとしている³³。この点は、原告らが主張する憲法24条1項の制定経緯及び趣旨（前記ア③）に対応するものである。

³² なお、最高裁のウェブサイト (http://www.courts.go.jp/app/hanrei_en/detail?id=1418) に掲載された同判決の英文において、「婚姻の自由」及び「婚姻をするについての自由」がいずれも”freedom to marry”と訳されていることからすると、「婚姻の自由」か「婚姻をするについての自由」かという用語の相違自体には特段の意味があるものとは解されない。

³³ 前掲加本牧子『最高裁判所判例解説民事篇平成27年度（下）』（甲A156）668～669頁。

また、調査官解説は、「憲法 24 条 1 項があえてこのように規定している」趣旨からすると、「少なくとも、『婚姻をするかどうかや、いつ誰と婚姻するか』を当事者間で自由に意思決定し、故なくこれを妨げられないという意味において、『婚姻をするについての自由』が保障されているということができようであろう」としているところ³⁴、この点は、原告らが主張する、望む相手との意思の合致のみで婚姻し得ることが近代的な婚姻の本質的属性であること（前記ア②）に対応するものである。

更に、調査官解説は、上述のような「婚姻をするについての自由」について、「意思決定の自由という事柄の性質に照らし、その背後には憲法 13 条が基盤とする国民の自由・幸福追求の権利があると観念することができるように思われる」としているところ³⁵、この点は、原告らが主張する、婚姻の自由が憲法 13 条の保障する自己決定権の発現の一つであること（前記ア①）に対応するものである。

以上に見たとおり、同判決のいう「婚姻をするについての自由」の保障の理由ないし根拠は、原告らが主張するところと異なるものではなく、両者は重なり合うものである。

（イ）保障の内容について

次に、保障の内容についてみると、同判決は、「婚姻は、これにより、配偶者の相続権（民法 890 条）や夫婦間の子が嫡出子となること（同法 772 条 1 項等）などの重要な法律上の効果が与えられるものとされているほか、近年家族等に関する国民の意識の多様化が指摘されつつも、国民の中にはなお法律婚を尊重する意識が幅広く浸透していると考えられる」と判示しており、調査官解説でも、憲法 24 条 1 項の規定の趣旨からすると、「例えば法律婚制度自体の廃止は許されないであろう」とさ

³⁴ 前掲加本牧子『最高裁判所判例解説民事篇平成 27 年度（下）』（甲 A 156）669 頁。

³⁵ 前掲加本牧子『最高裁判所判例解説民事篇平成 27 年度（下）』（甲 A 156）669 頁。

れ、また、「近年、法律的には事実婚と法律婚との差異が小さくなる傾向にあるものの、配偶者の相続権や、嫡出推定、成年擬制及び所得税法上の配偶者控除（所得税法基本通達2-46）などのように、法律婚の効果としてのみ認められる法律上の重要な効果もあり、また、我が国では今もなお国民の法律婚尊重の意識が幅広く浸透している状況にあることが指摘できる」と説かれている。そうすると、同判決のいう「婚姻をするについての自由」が、（単に社会生活上親密な人的関係を形成することを妨げられないという意味での自然的な自由にとどまるものではなく）法律が要件と効果を定めて保護を与えて承認・公証する法律婚制度の存在を前提とした、法律婚をする（か否か）についての自由を含むものであることは明らかである。

その上で、同判決は、「婚姻をするかどうか、いつ誰と婚姻をするか」という意味における「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解することができる」と判示し、調査官解説も、憲法24条1項の規定の趣旨からすると、「少なくとも、「婚姻をするかどうかや、いつ誰と婚姻するか」を当事者間で自由に意思決定し、故なくこれを妨げられないという意味において、「婚姻をするについての自由」が保障されているといえることができる」³⁶と説いているところ、このような保障の内容は、原告の主張する「人が国家や第三者の干渉を受けることなく、望む相手との意思の合致のみで婚姻し得る」という「婚姻の自由」と何ら変わるものではない。

（ウ）保障の程度について

最後に、保障の程度についてみると、同判決は、「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

³⁶ 前掲加本牧子『最高裁判所判例解説民事篇平成27年度（下）』（甲A156）669頁。

のと解することができる」と判示しており、それが憲法上保障された権利であるとまでは明言していない。

しかしながら、調査官解説によれば、これは、学説上の『婚姻の自由』をめぐる議論の状況からすればその外延等は明確ではなく、これを憲法上の『権利』としてどのように構成すべきかについてはなお検討の余地がある³⁷ことや「本件では、憲法上の『婚姻の自由』の侵害の有無が直接的には問われていないこと」から、「その権利又は利益としての具体的内容や位置付けについてまでは必ずしも明示的には述べず、平等原則違反の枠組みの中で考慮すべき要素として必要な範囲での判示にとどめた」³⁸ことによるものと解される。

上述のとおり、調査官解説において、憲法24条1項の規定の趣旨からすると、「少なくとも、『婚姻をするかどうかや、いつ誰と婚姻するか』を当事者間で自由に意思決定し、故なくこれを妨げられないという意味において、『婚姻をするについての自由』が保障されているとすることができるであろう」とされていること³⁹からすれば、このような内容の限度における「婚姻をするについての自由」については、憲法24条1項により保障された権利であるということができるとするのが、同判決の判示の背後にある考え方であると解される⁴⁰。

³⁷ 前掲加本牧子『最高裁判所判例解説民事篇平成27年度(下)』(甲A156)669頁。

³⁸ 前掲加本牧子『最高裁判所判例解説民事篇平成27年度(下)』(甲A156)670頁。

³⁹ 最大判平成27年12月16日民集69巻8号2586頁(夫婦同氏規定最高裁判決)の調査官解説である畑佳秀『最高裁判所判例解説民事篇平成27年度(下)』(法曹会、2018年)255頁も、憲法24条1項が「婚姻をするかどうか、いつ誰と婚姻するかについては、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たもの」とする同判決の説示について、「少なくとも、『婚姻をするかどうか、いつ誰と婚姻するか』を当事者間で自由に意思決定し、故なくこれを妨げられないという意味において、「婚姻をするについての自由」が保障されているとはいえると考えられ、本判決はこの趣旨を明らかにしたものと思われる」旨を説いている。

⁴⁰ 御幸聖樹「『尊重』の意味」大林啓吾・柴田憲司編『憲法判例のエニグマ』(成文堂、2018年)(甲A157)は、憲法判例における「尊重」の語の用法を整理検討した上で、

ウ 小括

以上に見たとおり、前掲再婚禁止期間違憲訴訟判決によれば、少なくとも、法律婚に関して、「婚姻をするかどうかや、いつ誰と婚姻するか」という意味における「婚姻の自由」ないし「婚姻をするについての自由」は、憲法24条1項により保障された権利であると解すべきことが明らかである。

(2) 婚姻の自由の保障が同性カップルにも及ぶこと

ア 原告らの主張

憲法24条1項による婚姻の自由の保障の趣旨や、婚姻の自由が人の性的指向や性自認等の如何にかかわらず基本的な権利として重要かつ不可欠なものであることなどからすれば、「婚姻をするかどうかや、いつ誰と婚姻するか」という意味における婚姻の自由の保障は、原告ら同性愛者等にも当然に及ぶべきものと解されること、とりわけ、婚姻の自由の保障の背後に存する憲法13条の示す「すべて国民は、個人として尊重される」という基本原理に照らせば、性的指向や性自認等にかかわらず、全ての者に等しく婚姻の自由が保障されるものと解するほかないことについては、訴状25～36頁で論じたとおりである。

このように、「婚姻をするかどうかや、いつ誰と婚姻するか」を自ら決定する婚姻の自由が基本的な権利 (fundamental right) であり、それが重要で不可欠なものであることについて同性愛者と異性愛者との間で何ら違いがないことからすれば、性的指向を問わずに婚姻の自由が保障されるべ

『尊重』の対象となる権利・利益は原則として権利性が認められている」(105頁)ことを指摘する。また、「婚姻をするについての自由」については、調査官解説を引用して「解釈としては、尊重の対象となる権利である婚姻をするについての自由が憲法上保護されることを示すとともに、保障の程度も強いと解することもできよう」(101頁)とし、また、「同自由は『十分尊重に値する』と記述されているが、このような記述から直ちに保障の程度が弱まるとは解されないように思われる」、「判例では『十分に尊重』を『最大限尊重』と互換的に用いているものもあることからすると、『十分尊重』という文言のみを理由として保障の程度を語ることは論拠としては薄弱であろう」(107～108頁)としている。

きであるとする考え方は、訴状73～75頁に挙げたアメリカ連邦最高裁の Obergefell 判決（多数意見）（甲A99, 100）や台湾大法官2017年5月24日解釈（甲A101の1, 101の2）でも示されているところである。

イ 判例上認められた「婚姻をするについての自由」は同性カップルにも及ぶものと解されること

前掲再婚禁止期間違憲訴訟判決においても、憲法24条1項により保障される権利である「婚姻をするについての自由」が、異性愛者にのみ保障されるものであり、同性愛者等には保障されないというようなことは、明示的に黙示的にも一切述べられていない。

また、同判決は、「婚姻をするについての自由」という場合の「婚姻」が異性間の婚姻に限られるものであり、同性間の婚姻は含まれないというようなことも述べていない。むしろ、同判決が憲法24条1項の解釈において「両性」や「男女」等の文言を使用することなく「当事者間」という文言を使用していることについては、将来、同性間の婚姻を認めていない本件規定の憲法適合性が争われる事案が現れることを想定した意図的な選択であるとも解し得るものである（訴状37～38頁で指摘した最大判平成27年12月16日民集69巻8号2586頁〔夫婦別氏規定最高裁判決〕も同様である。）。

更に、先に見たとおり、調査官解説は、「婚姻をするについての自由」に関し、「意思決定の自由という事柄の性質に照らし、その背後には憲法13条が基盤とする国民の自由・幸福追求の権利があると観念することができるように思われる」⁴¹としているところ、これは、「誰と婚姻するか」については、当事者の意思決定の自由（自己決定権）の範疇に属するものであ

⁴¹ 前掲加本牧子『最高裁判所判例解説民事篇平成27年度（下）』（甲A156）669頁。

り、自由に選択し得るのが原則である（したがって、「法律婚の要件として不合理なものを規定すれば違憲の問題が生じ得る」⁴²⁾ものとする考え方⁴³⁾を示したものと解することができる。

なお、同判決は、「夫婦間の子が嫡出子となること(同法772条1項等)」を婚姻の「重要な法律上の効果」とであると判示しているところ、同性間の婚姻については嫡出推定をそのまま適用することは困難であるから、同判決のいう「婚姻をするについての自由」には同性間の婚姻は含まれないという見解も想定し得るが、同性間の婚姻が認められている諸外国においても同性カップルへの嫡出推定の適用のあり方は一様ではなく⁴⁴⁾、かかる点は、憲法上の問題ではなく立法技術上の問題に過ぎないものと解される⁴⁵⁾上、嫡出推定を適用できない生殖能力を有しない男女（なお、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号は、性同一性障害者につき性別の取扱いの変更の審判が認められるための要件として、「生殖腺がないこと又は生殖腺の機能を永続的に欠く状態にあること」を求めているから、生殖能力を有しない男女の存在は、法制度上も前提とされているものといえる。）や子を産まないことを選択した男女に「婚姻をするについての自由」の保障が及ばないということにはならないものと解されるこ

⁴²⁾ 前掲加本牧子『最高裁判所判例解説民事篇平成27年度(下)』(甲A156)669頁。

⁴³⁾ 前掲法学協会編『註解日本國憲法上巻』(甲A19)476頁も、「配偶者の選択に関しては、身分、階級、人種、信仰等によって、制限を設けることができないのはもちろん、一般にその範囲も自由でなければならない。ただ、生理的理由に基づく婚姻年齢の定めとか(新731条)、一夫一婦制を尊重するための重婚禁止とか(同732条)、人倫最小限度の近親婚の禁止(同734条)のような制限は是認される」として、自由が原則であり、その制約には合理的な根拠が必要であるとの考え方を示している。

⁴⁴⁾ 例えば、カナダでは「同性婚カップルに対して嫡出推定規定が適用されるか否かは州によって様々である」とされる。前掲佐久間悠太「同性婚をめぐる諸外国の動向」(甲A140)143頁参照。

⁴⁵⁾ 前掲日本弁護士連合会「同性の当事者による婚姻に関する意見書」(甲A153)12頁も、「嫡出推定(同772条)や再婚禁止期間(同733条)の適否なども技術的な問題にすぎない。これらは、同性婚を認めた諸外国・地域における例を参考にすることで、解決することができるはずである」とする。

とからしても、そのような事情は、同判決のいう「婚姻をするについての自由」から同性間の婚姻を排除する理由とはなり得ないものである。

以上によれば、同判決のいう「婚姻をするについての自由」は、同性愛者等であるか異性愛者であるかを問わず、全ての者に等しく保障されるものと解される。

ウ 小括

以上に論じたところからすれば、憲法24条1項により保障された権利である、少なくとも、法律婚に関して、「婚姻をするかどうかや、いつ誰と婚姻するか」という意味における「婚姻の自由」は、原告ら同性愛者等にも当然に保障されるものといえる。

(3) 本件規定が原告らの婚姻の自由を侵害するものであること

ア 本件規定が婚姻の自由を制約するものであること

前記(1)及び(2)で論じたとおり、憲法24条1項により保障された権利であり、少なくとも、法律婚に関して、「婚姻をするかどうかや、いつ誰と婚姻するか」という意味における「婚姻の自由」は、原告ら同性愛者等にも保障されるものであることからすれば、本件規定のために、原告らが、その性的指向に基づき自ら選択した同性の相手と婚姻することができないことは、「婚姻の自由」の一内容である「誰と婚姻するか」の自由に対する直接的な制約であるとみざるを得ない。

イ 本件規定による婚姻の自由の制約に正当化理由のないこと

そして、上記アのような婚姻の自由の制約について、これを正当化し得るような理由は、到底見出し難い⁴⁶。

すなわち、被告は、憲法24条1項の「両性」という文言から、憲法は

⁴⁶ 卷美矢紀「Obergefell 判決と平等な尊厳」憲法研究4号(2019年)(甲A158)113頁も、「同性婚の禁止には、そもそも緩やかな審査基準で要求される『正当』な利益すらないというのが、Obergefell 判決が示唆するところである」としている。

同性間での婚姻の成立を想定していないと述べるのみで、婚姻の相手を異性に限定する立法の趣旨ないし目的について何ら述べていないが、その趣旨ないし目的については、①婚姻制度は、生殖と子の養育を目的とするものであるから、生殖可能性がない同性間での婚姻は認める必要性がないというもの、②同性間での婚姻を認めるならば、現行制度上禁止されている重婚等も認めざるを得なくなり、不当な帰結を生ずることになるというものの、③現行の婚姻制度は、男女間の婚姻を前提として形成されており、婚姻に付与される法律効果の中には同性間の婚姻に適用することのできないものもあるため、同性間での婚姻を認めるならば、法律の規定の解釈適用や行政手続上の混乱を生ずることになるというものが一応想定し得る⁴⁷。

しかしながら、まず、上記①の理由については、そもそも、子どもを産み育てるかどうかは、人としての生き方の根幹に関わる事項として婚姻の当事者による自由な意思決定に委ねられるべきものと解されることから、国家が生殖と養育を目的とする男女の結合のみを婚姻として保護することは、「個人の尊厳」（憲法24条2項）に立脚して制定されなければならない法律婚制度の趣旨ないし目的として正当なものとはいえないことを指摘することができる上、先述のとおり、異性間の婚姻であっても生殖や子の養育が想定されない場合もあること、反対に、同性間の婚姻であっても生殖補助医療による生殖や養子縁組による子の養育等が想定し得ることからすれば、同性間の婚姻の自由の制約を正当化し得るものとはいえない。

また、上記②の理由については、本件原告らは、本件規定により現行の法律婚制度における婚姻から排除されていることの違憲を主張するものであり、現行の制度上、婚姻が一对一の当事者間の結合関係であるとされ

⁴⁷ 以上は、前掲日本弁護士連合会「同性の当事者による婚姻に関する意見書」（甲A153）10～12頁で検討されている、同性婚を認めない正当化事由に対応するものである。

ていることなどの違憲を主張し、その変更を求めているものではないから、このような原告らの主張に対して、その主張を認めるのであれば重婚等も認めざるを得なくなるというのは的外れな非難である上、現行法の定める婚姻の実質的消極的要件の憲法適合性は、憲法の規定や憲法の採用する基本原則等に照らして個別に判断されるべきものであるから、同性間の婚姻を認めるならば重婚等をも認めざるを得なくなるという必然的な関係があるものではないし、また、それらを認めることが不当な帰結であるか否かも、現行法の定める婚姻の実質的消極的要件の憲法適合性の判断の結果として定まるものであって、そのような判断を経ることなく結論の当不当を論じ得るものでもない。したがって、このような理由もまた、同性間の婚姻の自由の制約を正当化し得るものではない。

上記③の理由についても、既に同性間の婚姻を法制化した諸外国の例も踏まえれば、指摘されるような混乱は、立法により解決し得る技術上の問題であると解されるから、そのような問題を理由として憲法上保障された婚姻の自由の制約を認めるというのは本末転倒であるといわざるを得ない上、現実にも同性間の婚姻を法制化した諸外国において深刻な混乱が発生していることが窺われないことからしても、同性間の婚姻の自由の制約を正当化するに足りるものであるとはいえない。

以上のとおり、婚姻の相手を異性に限定する正当な立法趣旨ないし目的を見出すことができないことからすれば、結局、現行法上、婚姻の相手が異性に限定され、同性間の婚姻が否定されていることについては、異性愛が正常であり、同性愛は異常なものである、あるいは、異性間の婚姻が正統なものであり、同性間の婚姻は正統なものとはいえないとする観念に基づくものとみざるを得ない。しかしながら、憲法の基底にある個人の尊重（憲法13条）や個人の尊厳（憲法24条2項）という原理に照らせば、そのような観念は、同性間の婚姻の自由の制約を正当化する事由たり得な

いものといわざるをえない。

ウ 小括

以上に論じたところからすれば、本件規定が原告らに保障された婚姻の自由を正当な理由なく侵害するものであることは明らかである。

(4) 憲法24条1項の文理との関係について

以上に論じたような解釈と憲法24条1項の文理との関係について、念のため再論する。

まず、憲法24条1項の「両性の合意のみ」という文言は同性間の婚姻を排除する趣旨で意図的に選択されたものではないから、「両性」という文言の辞書的な意味に拘泥した解釈が不適切なものであることは、前記1(3)のとおりであり、憲法24条1項による婚姻の自由の保障の意義等からすれば、婚姻の自由の保障は同性カップルにも及ぶものと解すべきであることは、前記2(2)のとおりである。これらのことからすれば、既に前掲再婚禁止期間違憲訴訟判決が判示しているとおり、憲法24条1項の「婚姻は、両性の合意のみに基いて成立し」という文言は、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たものと解すべきであり、婚姻の自由の保障が同性カップルにも及ぶものと解することを妨げるものではないといえることができる。

また、憲法24条1項にいう「婚姻」についても、憲法制定後の婚姻の意義等に関する社会状況の変化を踏まえれば、憲法24条1項がその自由を保障する「婚姻」から同性間の婚姻が排除されるものと解すべき理由のないことは、前記1(4)のとおりである。

したがって、以上に論じたような解釈は、憲法24条1項の文理との関係でも適切なものであるといえることができる。

3 結論

以上に論じてきたとおり、憲法24条1項は、法律婚に関して、「婚姻をするかどうかや、いつ誰と婚姻するか」という意味における「婚姻の自由」を全ての人に権利として保障したものであると解されるところ、同性間の婚姻を認めていない本件規定は、上記のような「婚姻の自由」の一内容である「誰と婚姻するか」の自由を正当な理由なく侵害するものである。

したがって、本件規定は、憲法24条1項に違反するものであるといわざるを得ない。

第2 同性間の婚姻を認めていない本件規定が憲法14条1項に違反すること

1 被告の主張が原告らの主張に対する的確な反論たり得ていないこと

被告は、「憲法24条1項にいう『両性』がその文言上男女を表していることが明らかであり、同項では、婚姻は両性の合意によって成立するものとされ、同性婚の成立は想定されていないのであるから、同性婚を認める法律を設けないことが憲法14条1項に違反すると解する余地はない」（被告第1準備書面20頁）と主張する。

しかしながら、憲法24条1項により同性間の婚姻の自由が保障されるか否かと、婚姻に関わる立法により設けられた区別が合理的な根拠に基づかない差別的扱いであるとして憲法14条1項に違反するか否かは別個の論点であり、前者が否定されれば、後者も否定されるという関係にはない。このことは、例えば、日本国籍を取得する権利が憲法上保障されるか否かを問題とすることなく、国籍法上、日本国民である父と日本国民でない母との間に出生した後に父から認知された子につき、父母の婚姻により嫡出子たる身分を取得した（準正のあった）場合に限り日本国籍の取得を認めていることによって国籍の取得に関する区別を生じさせていることが憲法14条1項に違反するものと判断し得ること（前掲国籍法違憲判決参照）からも明らかである。

したがって、仮に上記のような被告の主張を有意味なものとして解釈すると

すれば、2019年7月29日付け原告ら求釈明申立書で指摘したとおり、同性間の婚姻を認める法律を設けることは憲法24条1項に違反し許されない（禁止説の見解）から、そのような法律を設けないことについて憲法14条1項違反の問題を生ずる余地はない（憲法が自ら禁止している立法をしないことが憲法に違反するというのは背理である。）との旨をいうものと解するほかない。

しかしながら、被告は、「同性婚の成立は想定されていない」旨を述べるのみで、上記のような禁止説に立つのか否かを明確にしておらず、そのため、同性間の婚姻を認める法律を設けることは憲法24条1項に違反し許されないものと解すべき理由についても、「両性」という文言の指摘を除いては）ほとんど何も論じていない。

以上の次第であるから、上記のような被告の主張は、原告らの主張に対する反論として不十分なものであり、的確な反論たり得ていないものであるといわざるを得ない。

2 憲法14条1項違反に関する本件の争点

民法及び戸籍法上、異性間の婚姻のみが認められ、同性間の婚姻が認められていないという本件別異取扱いの存在することは争いがないから（被告第1準備書面9頁参照）、憲法14条1項違反に関する本件の争点は、本件別異取扱いに、事柄の性質に応じた合理的な根拠が認められるか否かである。

この点について、原告らは、既に訴状において、本件別異取扱いの合理性の有無は厳格に審査されるべきこと（訴状49～52頁「4 厳格に審査されるべきこと」参照）、そして、そのような審査の下では、本件別異取扱いに合理的な根拠を認めることはできないこと（訴状52～58頁「5 別異取扱いが正当化されないこと」参照）、したがって、本件別異取扱いは合理的な根拠のない差別であるといわざるを得ず、本件規定が本件別異取扱いを生じさせていることは憲法14条1項に違反する旨を主張した（訴状58頁「6 結論」参照）

ところであるが、被告は、これらの主張に対して、包括的に争う旨を述べるのみで（被告第1準備書面13頁）、個別具体的な反論をすることなく、前記1でみたとおり、「同性婚を認める法律を設けないことが憲法14条1項に違反すると解する余地はない」などと主張するにとどまっている。

被告は、被告第1準備書面における主張で訴状における原告らの主張に対する反論は完結している旨を述べていることから、原告らが主張した上記のような点について積極的に反論する意思を有しないものと考えられるが、念のため、上記の点についての原告らの主張を整理して再論する。

3 本件別異取扱いの合理性の有無は厳格に審査されるべきこと

(1) 原告らの主張の概要

原告らは、本件別異取扱いの合理性の有無について厳格に審査されるべきであると主張し、その理由として、①本件別異取扱いが憲法14条1項後段列挙事由の「社会的身分」ないし「性別」に基づくものであること（訴状49～50頁「(1) 後段列挙事由による別異取扱いであること」）、②本件別異取扱いが性的指向という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基づくものであること（訴状50～51頁「(2) 性的指向は自らコントロールできない事由に基づく別異取扱いであること」）、③本件別異取扱いが種々の重要な権利利益を伴う婚姻に関するものであること（訴状51頁「(3) 被侵害権利・利益が重大であること」）、④本件別異取扱いが民主政の過程による救済が困難な事項に関するものであること（訴状51～52頁「(4) 民主政の過程で救済されない事柄であること」）を指摘した。

以下、これらの点について、訴状における主張を補足しつつ再論する。

(2) 本件別異取扱いが憲法14条1項後段列挙事由の「社会的身分」ないし「性別」に基づくものであること

憲法14条1項は、民主主義ないし個人主義の理念に照らして不合理と考えられる理由による差別を禁ずるものと解されるところ、後段に列挙された

事由による差別は、民主主義の理念に照らし、原則として不合理なものであるから、その憲法適合性は厳格に審査すべきものと解される⁴⁸。

前記第1で論じたところからも明らかであるとおりに、婚姻においては、誰と婚姻するかを当事者が自由に意思決定することが決定的に重要であるところ、本件別異取扱いのために、性的指向が異性に向く者は、その性的指向に従って選択した者を配偶者として婚姻し得るのに対し、性的指向が同性に向く者は、その性的指向に従って選択した者を配偶者として婚姻することができないから、本件別異取扱いは、性的指向に基づくものである⁴⁹。

性的指向は、個人が自らの意思で自由に変えることができないものである（甲2，甲3）から、後段列举事由である「社会的身分」の意義について広義説、中間説及び狭義説⁵⁰のいずれの見解によったとしても、「社会的身分」に当たる⁵¹。

また、後段列举事由である「性別」は、歴史的には男女間の差別を問題にするものと解されてきたものであるが、近年における性的指向及び性自認に対する認識の転換、長きにわたるセクシャル・マイノリティに対する偏見及び差別の存在（以上につき、訴状8～13頁「第3 人の性の多様性」参照）並びに我が国も批准している自由権規約2条第1段及び26条の「sex」⁵²には性的指向を含むと解されていること（甲A32）などからすれば、性的指

⁴⁸ 芦部信喜（高橋和之補訂）『憲法 第六版』（岩波書店，2015年）（甲A15）131頁，134頁。

⁴⁹ 前掲日本弁護士連合会「同性の当事者による婚姻に関する意見書」（甲A153）8頁。

⁵⁰ 前掲芦部信喜（高橋和之補訂）『憲法 第六版』（甲A15）136頁，芦部信喜『憲法学Ⅲ 人権各論(1) [増補版]』（有斐閣，2000年）（甲A41）47頁参照。

⁵¹ 前掲芹沢齊ほか編『新基本法コンメンタール憲法』（甲A145）119頁（武田万里子執筆部分）参照。

⁵² なお、憲法14条1項後段列举事由である「性別」の英訳も「sex」である。

向も「性別」⁵³に当たるものと解される⁵⁴。

したがって、性的指向に基づく本件別異取扱いについては、民主主義の理念に照らし、原則として不合理なものとみるべきものであるから、その憲法適合性は厳格に審査されるべきである。

(3) 本件別異取扱いが性的指向という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基づくものであること

上記(2)のとおり、本件別異取扱いは、個人が自らの意思で自由に変えることのできない性的指向に基づくものであるところ、判例においても、父母の婚姻により嫡出子たる身分を取得するか否かという、子にとっては「自らの意思や努力によっては変えることのできない」事柄をもって日本国籍取得の要件に関して区別を生じさせることについての合理的理由の存否は「慎重に検討することが必要である」(前掲国籍法違憲判決)、「父母が婚姻関係になかったという、子にとっては自ら選択ないし修正する余地のない事柄を理由としてその子に不利益を及ぼすことは許され〔ない〕」(前掲婚外子相続分差別違憲決定)として、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基づく別異取扱いの合理性については慎重な判断がなされている。

したがって、性的指向という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基づく本件別異取扱いの合理性についても、慎重に判断される

⁵³ この点、性同一性障害者の性別の取扱いの特例に関する法律の解説書である、南野千恵子監修『解説 性同一性障害者性別取扱特例法』(日本加除出版、2004年)(甲A159)81頁では、「『性』と『性別』の用例については、何らかの基準があるわけではないものの、いずれに帰属するかが問題とされるような場面では『性別』が用いられることが多いようにも思われ、また『性』は性愛や性的指向などの意味でも用いられている」ことが指摘されており、「性」ないし「性別」の語を性的指向を含む意味に解することに文理上の困難はないものといえる。

⁵⁴ 前掲辻村みよ子・山元一編『概説憲法コンメンタール』(甲A147)97頁(糖塚康江執筆部分)も、憲法14条1項後段列举事由の「性別」について、「文言上、『男女平等』でなく、『性差別禁止』条項である点に留意する必要がある。LGBTI(当事者の自称であるLesbian, Gay, Bisexual, Transgender and Intersexの頭文字)をとったもので、いわゆる「性的マイノリティ」を示す)に対する差別も、当然に禁止される」としている。

べきである。

(4) 本件別異取扱いが種々の重要な権利利益を伴う婚姻に関するものであること

前記第1のとおり、「婚姻をするかどうかや、いつ誰と婚姻するか」という意味における「婚姻の自由」は憲法24条1項により保障された権利である上、婚姻は、カップルの関係を公証・承認する意義を有するほか、法律上あるいは社会生活上、種々の重要な権利利益を伴うものである（訴状40～48頁）。

別異取扱いが重要な権利利益に関するものである場合には、厳格な審査をすべきものと解されており⁵⁵、判例においても、「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、我が国において基本的人権の保障、公的資格の付与、公的給付等を受ける上で意味を持つ重要な法的地位でもある」ことから、日本国籍取得の要件に関して区別を生じさせることについての合理的理由の存否は「慎重に検討することが必要である」とされている（前掲国籍法違憲判決）。

したがって、種々の重要な権利利益を伴う婚姻に関する本件別異取扱いの合理性については、厳格な審査がなされるべきである。

(5) 本件別異取扱いが民主政の過程による救済が困難な事項に関するものであること

本件別異取扱いは性的指向に基づくものであり、本件別異取扱いによって不利益な取扱いを受けているのは、社会的少数者として長きにわたって偏見及び差別にさらされてきた同性愛者等である⁵⁶。

⁵⁵ 高橋和之『立憲主義と日本国憲法〔第4版〕』（有斐閣、2017年）（甲A42）166頁。

⁵⁶ 前掲芹沢齊ほか編『新基本法コンメンタル憲法』（甲A145）119頁（武田万里子執筆部分）も、「同性愛者は、歴史的に差別的な偏見にさらされ、不利益を受けてきた少数者である」と指摘している。

同性愛者等が置かれているこのような社会的状況に照らせば、民主政の過程において本件別異取扱いにより同性愛者等が被っている不利益が解消されることは容易には期待し難いというべきであり、2019年（令和元年）6月3日に同性間の婚姻を法制化するための具体的な法律案（民法の一部を改正する法律案）がようやく国会に提出されたにもかかわらず、その後、実質的審議がなされていない状況にあること（甲A160）も、このことを裏付ける事情であるといえる。

したがって、このような場合には、裁判所が社会状況の変化に応じて過去の立法の合理性を厳格に審査することが求められるというべきである⁵⁷。

(6) 小括

以上に述べたとおり、本件別異取扱いの合理性の有無については、本件別異取扱いが憲法14条1項後段列举事由の「社会的身分」ないし「性別」に基づくものであること、本件別異取扱いが性的指向という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基づくものであること、本件別異取扱いが種々の重要な権利利益を伴う婚姻に関するものであること、④本件別異取扱いが民主政の過程による救済が困難な事項に関するものであることを踏まえて、厳格に審査されるべきである。

⁵⁷ 最判平成15年3月31日集民209号397頁に付された泉徳治裁判官の反対意見は、「本件が提起するような問題は、立法作用によって解決されることが望ましいことはいうまでもない。しかし、多数決原理の民主制の過程において、本件のような少数グループは代表を得ることが困難な立場にあり、司法による救済が求められていると考える」として、このような考え方を示している。また、アメリカ連邦最高裁の *Obergefell* 判決（多数意見）は、民主主義の過程（プロセス）との関係について、「憲法は、民主主義が変化のための適切な過程であるとするが、これはこの過程が基本的権利を縮減しない限りにおいてである。我々の憲法制度のダイナミックにおいては、個人は基本的な権利を主張する前にまず立法者の行為を待たなければならないということはない。個人は、侵害を受けた場合には、たとえ社会で広く反対され、立法者が行動を拒否するときであっても、憲法上の保護を受ける権利を行使することができる」旨を判示して、「議会の多数派によっては保護されない少数者の権利を保護し、性的指向による差別を是正するには、裁判所が違憲審査権を行使すべきである」との考え方を示している。前掲尾島明「同性婚を認めない州法の規定と合衆国憲法（2016年）（甲A155）57頁，61頁参照。

なお、厳格な審査とは、具体的には、立法の目的及びその目的を達成するための手段並びにそれらの関連性に合理性が認められるか否かについて、立ち入った審査を行うことなく、また、立法目的について違憲の疑いをかけることをしないで、むしろ合憲であるとの前提のもとに、これらの合理性を単純に問う緩やかな審査基準とは異なり、当該立法目的が重要なものであるか、更に、その目的と目的達成の手段との間に実質的関連性があるか否かを問うことを意味するものである⁵⁸。

4 本件別異取扱いに合理的な根拠を認めることはできないこと

(1) 原告らの主張の概要

原告らは、本件別異取扱いに合理的な根拠を認めることはできない旨を主張し、その理由として、①婚姻の意義ないし目的に照らして本件別異取扱いに合理性が認められないこと（訴状52～53頁「(1) 婚姻の意義・目的に照らして同性愛者等を排除する理由がないこと」）、②婚姻に伴う個々の権利利益について異性カップルのみに付与し同性カップルに付与しないものとする理由のないこと（訴状53～55頁「(2) 各被侵害権利・利益を付与しない理論的根拠が存在しないこと」）、③本件規定に基づく本件別異取扱いは同性愛者等の尊厳を傷つけるものであること（訴状55～57頁「(3) 同性愛者等の尊厳を傷つけること」）、④現行法の採用する届出婚主義の趣旨である婚姻関係の公示の必要性は同性カップルにも当てはまるものであること（訴状57～58頁「(4) 届出婚主義の趣旨に反すること」）を指摘した。

以下、これらの点について、訴状における主張を補足しつつ再論する。

⁵⁸ 戸松秀典『憲法訴訟 [第2版]』（有斐閣，2008年）（甲A161）287～292頁，296～300頁参照。なお、泉徳治元最高裁判事は、最高裁は、平等原則違反の違憲審査に際し、違憲判断をする場合でも表面的は「合理性の基準」を用いているが、制約される権利の重要性や制約理由の不当性等を考慮して、差別的取扱いの合理性の審査を厳しくすることもあり、前掲婚外子相続分差別違憲決定は、「実質的には『厳格な合理性の基準』を採用している」と評している。泉徳治ほか『一步前へ出る司法』（日本評論社，2017年）（甲A162）168～169頁，203～204頁。

(2) 婚姻の意義ないし目的に照らして本件別異取扱いに合理性が認められないこと

ア 前記第1の1(4)でも論じたとおり、婚姻の意義ないし目的に関しては、社会状況の変化に伴い、婚姻及び家族の形態の多様化によって婚姻と生殖との不可分の結合関係が失われ、生殖と子の養育のための制度としての婚姻の社会的重要性（国ないし社会が婚姻に介入する必要性や合理性）が減退し、婚姻は、婚姻当事者の個人的な利益（法的・経済的利益、心理的・社会的利益）の保護を目的とするものであるとの理解が次第に強くなってきており⁵⁹、今日では、家族関係の人格化、個人化の視点から、婚姻の意義ないし目的は、「パートナーとの人格的結びつきの安定化」に見出されるようになってきている⁶⁰。

異性カップルと同様、同性カップルにおいても、「パートナーとの人格的結びつきの安定化」は重要な利益であり、その保護の必要性には変わりがないのであるから、異性カップルのみを婚姻と認め、同性カップルを婚姻から排除することは、上記のような婚姻の意義ないし目的に照らして合理性が認められない。

イ なお、これに対しては、婚姻の意義ないし目的に照らして同性カップルを婚姻から排除する理由については、婚姻制度は、生殖と子の養育を目的とするものであるから、生殖可能性がない同性間での婚姻は認める必要性がないとする見解が一応想定され得るが、既に前記第1の2(3)イで論じたとおり、そのような理解は、「個人の尊厳」（憲法24条2項）に立脚して制定されなければならない法律婚制度の趣旨ないし目的の理解として正当なものとはいえないものである。

⁵⁹ 青山道夫・有地亨編『新版注釈民法(21)』（有斐閣，平成元年）（甲A16）178～179頁（上野雅和執筆部分）参照。

⁶⁰ 二宮周平編『新注釈民法(17)親族(1)』（有斐閣，2017年）（甲A38）69頁（二宮周平執筆部分）。

また、目的の正当性の点を措くとしても、異性間の婚姻であっても生殖や子の養育が想定されない場合もあること、反対に、同性間の婚姻であっても生殖補助医療による生殖や養子縁組による子の養育等が想定し得ることからすれば、異性カップルのみに婚姻を認め、同性カップルを婚姻から排除することは、上記のような目的に照らし、生殖及び子の養育の能力及び意思を有しない異性カップルに婚姻を認めている点において過剰包含であり、かつ、生殖及び子の養育の能力及び意思を有する同性カップルに婚姻を認めない点で過少包含であって⁶¹、手段として合理性を欠くものであることが明らかである⁶²。

(3) 婚姻に伴う個々の権利利益について異性カップルのみに付与し同性カップルに付与しないものとする理由のないこと

ア 上記(2)のとおり、婚姻は、婚姻当事者の個人的な利益（法的・経済的利益、心理的・社会的利益）の保護を目的とするものであるとの理解が次第に強くなってきているところ、婚姻に伴う個々の権利利益（同居・協力・扶助義務〔民法752条〕、相続権〔民法890条及び900条〕、財産共有推定〔民法762条2項〕及び財産分与〔同768条〕、共同親権〔民法818条3項〕）について個別に検討(訴状53～55頁のとおり)しても、それらを同性カップルに付与しないものとする理由は存しない。

イ なお、これに対しては、婚姻の重要な法律上の効果の一つとして「夫婦間の子が嫡出子となること（同法772条1項等）」が存するところ、同性間の婚姻については嫡出推定をそのまま適用することは困難であるから、

⁶¹ 過剰包含（overinclusive）及び過少包含（underinclusive）の意義については、高橋和之『立憲主義と日本国憲法〔第4版〕』（甲A42）166頁参照。

⁶² 齊藤笑美子「家族と憲法」憲法問題21号（2010年）（甲A163）113頁でも、「法律婚制度の目的を生殖から形成される核家族の保護ととらえるならば、生殖不可能な高齢異性カップルや共同生活の可能性すらない臨終婚までも含む点で過大包含であり、目的をカップルの共同生活の人格的及び財産的側面の保護と考えるならば過小包含となり憲法違反となるのではないか」と指摘されている。

異性カップルのみに婚姻を認め、同性カップルを婚姻から排除することには合理性があるとの見解が一応想定され得るが、既に前記第1の2(2)イで論じたとおり、同性間の婚姻が認められている諸外国においても同性カップルへの嫡出推定の適用のあり方は一様ではなく、かかる点は立法技術上の問題に過ぎないものと解される上、現行法上、嫡出推定を適用できない生殖能力を有しない男女や子を産まないことを選択した男女にも婚姻が認められていることからすれば、嫡出推定の適用の有無をもって同性カップルを婚姻から排除することに合理性が認められないことは明らかである。

(4) 本件規定に基づく本件別異取扱いが同性愛者等の尊厳を傷つけるものであること

ア 婚外子の相続差別を合憲とした最大決平成7年7月5日民集49巻7号1789頁に付された中島敏次郎裁判官ほか4裁判官の反対意見は、「非嫡出子の法定相続分を嫡出子のその二分の一と定めていることは、非嫡出子を嫡出子に比べて劣るものとする観念が社会的に受容される余地をつくる重要な一原因となっていると認められる」として、嫡出でない子の相続分を嫡出子の相続分の2分の1とする民法の規定の立法目的は合理性を欠くものと判断しており、また、同じく婚外子の相続差別を合憲とした最判平成15年3月31日集民209号397頁に付された島田仁郎裁判官の補足意見は、「非嫡出子が本件規定によって受ける不利益は、単に相続分が少なくなるという財産上のものにとどまらず、このような規定が存在することによって、非嫡出子であることについて社会から不当に差別的な目で見られ、あるいは見られるのではないかということで、肩身の狭い思いを受けることもあるという精神的な不利益も無視できないものがある」ことを指摘し、同規定は「極めて違憲の疑いが濃いものであると考える」としている。

そして、これらを経た後の前掲婚外子相続差別違憲決定は、上記規定の

合理性につき「個人の尊厳と法の下での平等を定める憲法に照らして不断に検討され、吟味されなければならない」ことを指摘した上で、同規定の「存在自体がその出生時から嫡出でない子に対する差別意識を生じさせかねないこと」も考慮して、同規定による区別には合理的根拠が存しないものと判断している。

イ 同性愛者等に対する無理解や差別、偏見のために、同性愛者等が自己肯定感の涵養を妨げられ、高い割合で自殺念慮や自殺未遂に及ぶことがあることが報告されており（甲A45から47まで）、かかる報告は、同性愛者等に対する無理解や差別、偏見が社会に根強く広まっていることを示すものと解されるどころ、本件規定が、婚姻制度という社会の基本的な制度から同性カップルを排除していることは、上記アでみたような婚外子に対する相続差別の場合と同様、同性カップルに対する権利利益の付与の否認を意味するのみならず、異性カップルや異性愛が正統なものであり、同性カップルや同性愛等は正統なものではないという負のメッセージを社会に伝達し、同性カップルや同性愛者等（更にはその家族）にスティグマを付与し、それを強化する一因となり得るものであって、それ自体が同性愛者等に対する構造的差別の一環をなすものであり、同性愛者等の尊厳を傷つけるものである⁶³。

ウ 以上のように、本件規定に基づく本件別異取扱いが同性愛者等の尊厳を傷つけるという深刻な負の効果を有するものであることからすれば、その合理性は強く疑われるべきである。

(5) 現行法の採用する届出婚主義の趣旨である婚姻関係の公示の必要性は同性カップルにも当てはまるものであること

現行法上、婚姻は所定の届出をすることにより成立するものとされており

⁶³ 前掲巻美矢紀「Obergefell 判決と平等な尊厳」（甲A158）107～108頁参照。

(届出婚主義)、その趣旨の一つには、婚姻関係を公示して人の家族関係を明らかにする必要性があると解されているところ⁶⁴、地方公共団体において同性カップルの関係を公認する「パートナーシップ」制度の導入が急速に広まっていること(甲A67から93まで、甲A119から129まで、甲A167から171まで)からも明らかであるとおりに、カップルの関係を公示してその家族関係を明らかにする社会的な必要性のあることは、同性カップルにも同様に当てはまるものである。

したがって、現行法の採用する届出婚主義の趣旨である婚姻関係の公示の必要性という観点からも、同性カップルを婚姻から排除する本件別異取扱いには合理的理由は認められない。

(6) 本件別異取扱いには以上の他にも合理的な根拠を見出し難いこと

前記第1の2(3)イで論じたとおり、本件別異取扱いの正当化理由として挙げられるものとしては、以上の他に、同性間での婚姻を認めるならば、現行制度上禁止されている重婚等も認めざるを得なくなり、不当な帰結を生ずることになるというものや、現行の婚姻制度は、男女間の婚姻を前提として形成されており、婚姻に付与される法律効果の中には同性間の婚姻に適用することのできないものもあるため、同性間での婚姻を認めるならば、法律の規定の解釈適用や行政手続上の混乱を生ずることになるというものが一応想定し得るところ、これらも本件別異取扱いを正当化する理由たり得ないものであることは、既に論じたとおりである。

(7) 小括

以上に論じたところからすれば、本件別異取扱いに合理的な根拠を認めることができないことは明らかである⁶⁵。

⁶⁴ 前掲二宮周平編『新注釈民法(17)親族(1)』(甲A38)80頁(二宮周平執筆部分)。

⁶⁵ 先にも指摘したとおり、「同性婚の禁止には、そもそも緩やかな審査基準で要求される『正当』な利益すらないというのが、Obergefell判決が示唆するところである」。前掲巻美矢紀「Obergefell判決と平等な尊厳」(甲A158)113頁。

5 結論

以上のとおり、本件規定に基づく本件別異取扱いには、事柄の性質に応じた合理的な根拠を認めることができないことから、本件規定は、憲法14条1項に違反するものであるといわざるを得ない。

なお、前掲再婚禁止期間違憲判決が示唆するとおり、憲法14条1項に違反する本件規定は、同時に憲法24条2項にも違反するものと解される⁶⁶。

第3 被告の訴訟追行のあり様に関する付言

本件は、我が国で初めて提起された、同性間の婚姻を認めていない本件規定の憲法適合性を争う訴訟事件の一つであり、社会的にも大きな注目を集める事件であるが、「どのような訴訟であろうと、双方当事者の主張に沿って、どのような手持ち証拠があるのか、さらにどのような証拠が必要なのか、それを入手するにはどうすればよいのかを議論しながら、適宜証拠を追加して（当事者の手持ち証拠で必要なものは当然出してもらい、必要に応じて送付嘱託、調査嘱託等を行う）争点を整理し、集中証拠調べをして事実を認定するということは同じであり」⁶⁷、法律の憲法適合性が問題となる事案においては、更に「憲法の文言だけでなく、その趣旨、内容を敷衍して憲法適合性の判断をしなければ、合憲か違憲かの判断に至らないのである」とされる⁶⁸。

しかるに、既にみたとおり、被告は、本件規定の憲法24条1項違反の有無の点については、同項の「両性」はその文言上男女を表すことが明らかであるから、「憲法は、当事者双方の性別が同一である場合に婚姻を成立させることを想定していない」とする、憲法の文言のみにこだわった不明瞭な主張に終始し、

⁶⁶ 前掲加本牧子『最高裁判所判例解説民事篇平成27年度（下）』（甲A156）684～685頁参照。

⁶⁷ 福田剛久「判例の形成と学説」伊藤真ほか編『これからの民事実務と理論』（民事法研究会、2019年）61頁。

⁶⁸ 前掲福田剛久「判例の形成と学説」62頁。

また、本件規定の憲法14条1項違反の有無の点については、憲法24条1項によれば「同性婚の成立は想定されていないのであるから、同性婚を認める法律を設けないことが憲法14条1項に違反すると解する余地はない」とする不的確な主張をすることとどまっております。本書面で原告らが再論したような本件規定の憲法適合性の判断に当たり問題となる論点について、何ら個別具体的な反論主張を展開せず、また、反対証拠の提出もしていない（そのため、いくつかの論点においては、考えられる反論を想定しつつ、原告らの主張を展開せざるを得なかったものである。）。

このような被告の訴訟追行のあり様は、「信義に従い誠実に民事訴訟を追行しなければならない」（民事訴訟法2条）という責務を負う当事者の訴訟追行のあり様として適切なものでないと考える⁶⁹が、仮に、被告がそのような訴訟追行を継続するのであれば、その不利益は、弁論の全趣旨としての斟酌等を通じて、被告に帰されるべきものである。

以上

⁶⁹ 現に、本件訴訟と同時に東京地裁に提起された「結婚の自由をすべての人に」訴訟（東京地方裁判所平成31年（ワ）第3465号）の第2回口頭弁論期日（令和元年7月8日開催）では、裁判長から被告に対し、「被告は、明治以来、現行の民法制度に至るまでの婚姻制度の由来、沿革、趣旨、目的等について、文献等を示しつつ明らかにすること」が求められており、同期日に陳述された被告第1準備書面における被告の主張及び立証が不十分なものであることが指摘されたものと解される。