

【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4回期日（20191225）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4準備書面

2019年12月16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

(代)

同 弁護士 網森 史泰

同 弁護士 須田 布美子

(代)

同 弁護士 皆川 洋美

(代)

同 弁護士 上田 文雄

(代)

第1	釈明事項1（現憲法下における現行民法及び戸籍法立法当時の同性愛の性的指向を有する者が置かれていた，我が国における社会的地位を明らかにする資料）及び2（上記1後から現在に至るまでの同性愛の性的指向を有する者の，我が国における社会的地位の変化を明らかにする資料）について	4
1	はじめに	4
2	現憲法下以前の状況について	4
	(1) 旧民法制定以前（1890年〔明治23年〕まで）の状況について	4
	(2) 旧民法制定から明治民法制定までの間（1890年〔明治23年〕から1898年〔明治31年〕まで）の状況について	7
	(3) 明治民法制定後から終戦までの間（1898年〔明治31年〕から1945年〔昭和20年〕まで）の状況について	10
3	現憲法下での状況について	16
	(1) 1980年頃までの状況	16
	(2) 1980年頃以降の状況	21
4	若干の評価	31
第2	釈明事項3（性的指向が「自らの意思で変えることは困難」（訴状10頁）とされる医学的，科学的根拠を示す資料）について	32
第3	釈明事項4（厚生労働省所管の人口動態統計や国民生活基礎調査，総務省所管の国勢調査，国民生活白書「子ども・子育て白書」（前身は少子化社会白書）のうち，法律婚に関連する部分）について	34
1	婚外子相続分差別違憲決定及び再婚禁止期間違憲判決の判示並びに調査官解説における指摘	34
2	法律婚に関する統計等の資料及びその概要	36
	(1) 平成17年版国民生活白書（子育て世代の意識と生活）	36
	(2) 平成25年版厚生労働白書（若者の意識を探る）	37
	(3) 平成30年版我が国の人口動態	38

(4) 平成30年国民生活基礎調査の概況.....	39
(5) 令和元年版少子化社会対策白書.....	39
(6) 2019年版人口統計資料集	40
第4 釈明事項5（憲法14条違反の主張に関し，同法24条は婚姻をするに ての自由を憲法上の権利として保障するものであるとの見解以外の見解（例え ば，再婚禁止期間違憲訴訟判決が採用した見解）に立った場合を前提とした予 備的主張をするか否か，するとした場合でも，その余の主張は，婚姻をするに ついての自由を権利として保障するものであるとの見解に立った場合の主張と 同様に理解して差し支えないか否か）について	40

原告らは、本準備書面において、裁判所から2019年10月29日付け書面により釈明を求められた事項について、現時点までに可能な範囲で対応する。

第1 釈明事項1（現憲法下における現行民法及び戸籍法立法当時の同性愛の性的指向を有する者が置かれていた、我が国における社会的地位を明らかにする資料）及び2（上記1後から現在に至るまでの同性愛の性的指向を有する者の、我が国における社会的地位の変化を明らかにする資料）について

1 はじめに

我が国における同性愛者等の置かれていた社会的地位及びその変化を明らかにする資料としては、これまでに、風間孝及び河口和也の書籍『同性愛と異性愛』（甲A24）、『広辞苑』（甲A25）、文部省作成の「生徒の問題行動に関する基礎資料」（甲A26）、平田俊明の論文「西洋精神医学における同性愛の扱いの変遷」（甲A48）等が証拠提出されているところであるが、改めて、我が国における同性愛者等の置かれていた社会的地位及びその変化（これらを示す立法動向、社会状況、学説、裁判例等）について、訴状及びこれまでの準備書面で指摘してきたところに加えて、以下のとおり資料を補充しつつ論ずる。

なお、婚姻に関する民法及び戸籍法の規定は、現憲法下以前から存在するものであり、現憲法下以前における立法及び当時の社会状況が現憲法下における現行民法及び戸籍法立法にも影響を及ぼしているものと解されることから、以下では、必要な範囲で現憲法下以前の状況についても論ずる。

2 現憲法下以前の状況について

(1) 旧民法制定以前（1890年〔明治23年〕まで）の状況について

ア 婚姻法及び戸籍法の動き

明治初年にあつては、婚姻の実質的要件は慣習に委ねられており、統一的な実体法は存在せず、個別的な指令あるいは間接的に刑法によって旧来

の慣習の確認あるいは是正がなされたに過ぎなかった¹。

婚姻の実質的要件としては、婚姻適齢、重婚の禁止（ただし、後述のとおり、単婚制〔一夫一婦制〕の確立を前提とするものではなかった。）、再婚期限、近親婚の禁止、生家復籍（寡婦の再婚について婚家から直接夫の家に入ることを許されず、一旦生家に復帰する手続を要求された。）、相姦者婚（姦通罪により刑に処せられた者が姦通の相手方とする婚姻）の禁止、父母の同意、婚姻意思等が存した²。

明治以前には、一夫多妻制の一形態に属する妻妾制（夫と妻との配偶を正常な婚姻関係とし、その他に夫と不特定数の妾との配偶を副次的婚姻関係として認めるもの。）が存在し、1870年（明治3年）の刑法（新律綱領）においても、妾は夫の二等親の親族に位置付けられた。その後、1880年（明治13年）に公布された旧刑法（明治13年太政官布告第36号）では、妾に関する規定は削除された³が、これにより直ちに単婚制の原則が徹底されたものではなく、旧刑法施行前に夫の籍に入っていた妾には引き続き従来の身分が認められ、また、事実上の妾の子を庶子（私生児）とする途も残された⁴。

¹ 青山道夫・有地亨編『新版注釈民法(21)親族(1)』（有斐閣，平成元年）（甲A16）179頁（上野雅和執筆部分）。

² 高柳眞三「明治前期における婚姻法の成立(1)」法律時報14巻1号（昭和17年）（甲A175）46～49頁。

³ 妾に関する規定を削除する理由について、法制局の議案では、「男子妻妾ヲ並迎スルハ本邦ノ習俗ニシテ従来法律ニ公認ス」るものであったが、この状態は「正妻ノ権利ヲ妨害シ」、「天理ニ違ヒ人情ニ反スル」ものであること、外国の法律でも「一婦両妻ヲ有スルヲ認ルモノナ」く、条約改正を行う上で「締盟各国ノ律ニ公認セザルモノヲ我法律ニノミ公認イタシ候テハ恐クハ外国人ノ信服上ニモ關係可致」こと、刑法上の重婚を禁止する条文と抵触し、更に民法上も難問が生ずるおそれがあることが指摘されたが、元老院で反対意見が出るなどして存廃問題が議論となった。西田真之「近代日本における妾の法的諸問題をめぐる考察（一）」明治学院大学法学研究102巻（平成29年）（甲A176）96～103頁参照。

⁴ 以上について、高柳眞三「明治前期における婚姻法の成立(1)」（甲A175）43～44頁、青山道夫・有地亨編『新版注釈民法(21)親族(1)』（甲A177）17頁（山脇貞司執筆部分）、浅古弘ほか編『日本法制史』（青林書院，平成22年）（甲A178）305頁。

婚姻の形式的要件については、1870年（明治3年）11月4日の太政官布告で縁組についての願出主義（華族の縁組については太政官へ、士族以下のそれについては管轄府藩県への願出を必要とする。）が定められ、1871年（明治4年）には、戸籍法（明治4年太政官布告第170号）により、現行制度の先駆けとなる全国的な戸籍制度が設けられた。その後、同年8月23日の太政官布告では、願出主義が届出制に改められ、1875年（明治8年）12月9日の太政官達では、届出のない婚姻は無効であるとする法律婚主義が採用されたが、当時の風習になじまず、1877年（明治10年）6月19日の司法省達では、近隣や親族が夫婦と認めた事実関係にも法的効力を認めることとされた⁵。

婚姻関係においては、妻は、夫に対して従属的な地位にあり、貞操義務、財産行為能力、離婚等において劣位に置かれていた⁶。

イ 同性愛者等の置かれていた社会的地位

明治以前の我が国には、男性間の（性愛も伴う）親密な関係性を意味する「男色」の文化が存在し、江戸時代には「衆道」などと呼ばれた。男色や衆道は、その後の「同性愛」の概念とは異なり、これらに対応する女性間の同性愛関係を示す語は見られず、また、性の逸脱や異常という取扱いを受けるものではなかったが、統治の観点から幕府による取り締まりの対象とされた⁷。

⁵ 以上について、高柳眞三「明治前期における婚姻法の成立(1)」(甲A175)45～46, 青山道夫・有地亨編『新版注釈民法(21)親族(1)』(甲A177)16頁(山脇貞司執筆部分), 183～186頁(上野雅和執筆部分), 浅古弘ほか編『日本法制史』(甲A178)304～307頁。

⁶ 青山道夫・有地亨編『新版注釈民法(21)親族(1)』(甲A177)17～18頁(山脇貞司執筆部分)。

⁷ 以上について、風間孝・河口和也『同性愛と異性愛』(甲A24)94～96頁, 平田俊明「日本における『同性愛』の stigmatization の歴史」精神療法42巻1号(平成28年)(甲A179)50～51頁, 康純編『性別に違和感がある子どもたち』(合同出版, 平成29年)(甲A180)53～54頁。

男性間の性行為は、1868年（明治元年）の仮刑律及び1870年（明治3年）の新律綱領では犯罪とされていなかったが、1873年（明治6年）に公布された改定律令では、鶏姦（男性間の性行為）が犯罪として処罰の対象とされた。その背景には、男子学生の勉学に差し障りがあるとして取り締まりを企図した白川県（現在の熊本県）から司法省への伺いがあったとされる。1880年（明治13年）に公布された旧刑法では、ポワソナードの影響もあり同罪は削除された⁸。しかし、その後も刑法の注釈書等には、「鶏姦ハ人倫ニ戻ルノ甚キモノニシテ、其害最モ大」などとして、同罪の復活を求める声が存在した⁹。

(2) 旧民法制定から明治民法制定までの間（1890年〔明治23年〕から1898年〔明治31年〕まで）の状況について

ア 婚姻法及び戸籍法の動き

不平等条約の改正交渉における欧米諸国からの泰西主義（西洋法原理）に基づく法典整備の要請を背景として、明治政府により民法典の編纂が進められることとなり、1886年（明治19年）に法案起草のために法律取調委員会が設置され、1888年（明治21年）には法律取調報告委員の熊野敏三により民法草案人事編（第1草案）が起草された。同草案についての理由書¹⁰には、参照条文としてフランス民法、イタリア民法、ベルギー民法草案が挙げられたほか、同草案と8か国の外国法とを対比した資料（「民法草案人事編九国対比」）も作成された¹¹。その後、草案の修正、

⁸ 以上について、風間孝・河口和也『同性愛と異性愛』（甲A24）97～98頁、古川誠「セクシュアリティの変容」日米女性ジャーナル17号（平成6年）（甲A181）37～40頁。

⁹ 前川直哉『〈男性同性愛者〉の社会史』（作品社、平成29年）（甲A182）28頁。

¹⁰ 熊野敏三『民法草案人事編理由書上巻』（明治21年頃）（甲A183）。

¹¹ 前田陽一「民法七四二条・八〇二条（婚姻無効・縁組無効）」広中俊雄・星野英一編『民法典の百年IV』（有斐閣、平成10年）（甲A184）3～4頁参照。対比された8か国は、フランス、イタリア、オランダ、デンマーク、スイス（ベルン州）、アメリカ合衆国（ルイジアナ州）、ロシア、イギリスである（同7頁）。

元老院及び枢密院での審議を経て、1890年（明治23年）に旧民法人事編（明治23年法律第98号）が公布され、1893年（明治26年）から施行することとされたが、その後いわゆる法典論争が起こり、施行には至らなかった¹²。

起草者による解説書では、「純理上ヨリ觀察スルトキハ、法律上婚姻ノ制度ヲ設定シ、男女ノ自由聚合ト異ニスルノ必要何ニ在ルヤ」が論じられ、その理由として、「第一、男女ノ關係ハ、若シ単ニ肉体上ノ満足ヲ求ムルニ過ギザルトキハ、實ニ卑ムベキ所ノ醜事タルベシ。其高尚ニシテ徳義ヲ存センニハ、夫婦和合シ苦樂ヲ分チ、以テ其天性ヲ遂グルニ在リ。故ニ婚姻ハ、男女ノ關係ニ高尚ナル徳義ノ性質ヲ与フルモノナリ」、「第二、若シ男女ノ關係確定スルニ非ズンバ、社会ニ於テ紛争混乱已ム可カラザルコト、父子ノ關係確定セザルコト、子ノ幼年中母一人ニテハ養育シ能ハザルコト、懐胎中又ハ分娩後婦ヲ保護スル者ナカルベキコト等ヲ觀察セバ、婚姻ノ制度ハ、實ニ社会ノ基礎タルコトヲ了解スベシ」、「斯ク觀察スルトキハ、婚姻ハ、敢テ専恣不審ノ制度ニ非ズシテ、真ニ人性ニ適シ社会ニ必要ナル制度ナリト論決スルヲ得ベシ」と説かれた¹³。

旧民法人事編では、「婚姻ヲ為スニ必要ナル条件」として、婚姻適齡（30条）、重婚の禁止（31条）¹⁴、再婚禁止期間（32条）、相姦者婚の禁止

¹² 以上について、青山道夫・有地亨編『新版注釈民法(21)親族(1)』（甲A177）21～25頁（山脇貞司執筆部分）、浅古弘ほか編『日本法制史』（甲A178）307～311頁、二宮周平編『新注釈民法(17)親族(1)』（有斐閣、平成29年）（甲A185）6～7頁（二宮周平執筆部分）。

¹³ 熊野敏三・岸本辰雄『民法正義人事編卷之壹』（新法註釈会、明治23年）（甲A186）141～142頁。なお、以下においても、明治・大正期の文献の引用に際しては、読みやすさのため、適宜、用字を改め、濁点、句読点を補うなどしている。

¹⁴ 重婚禁止規定に関し、熊野敏三『民法草案人事編理由書上卷』（甲A183）42丁裏は、「本条ハ重婚ヲ禁ズルモノニシテ一夫一婦ノ制ニ帰着スルモノナリ。此規則ハ或ハ旧来ノ慣習ニ反スルヤ知ルベカラズト雖モ、刑法中重婚ヲ罰スレバ既ニ之ヲ一変シタルモノト云フベシ」と説明し、また、熊野敏三・岸本辰雄『民法正義人事編卷之壹』（甲A186）156頁は、「我国従来ノ慣習ヲ考フルニ一夫一婦ノ制未ダ十分ニ確定スルニ至ラズシテ、正

(33条), 近親婚の禁止(34条から37条まで), 父母等の同意(38条から42条まで)が規定され¹⁵, また, 婚姻は要式行為とされて「婚姻ノ儀式」(43条から49条まで)に関する規定が設けられた(儀式婚主義)¹⁶。婚姻意思について明文はないが, 「婚姻ノ適法ニ成立センニハ双方ノ承諾ヲ必要トスルハ勿論」であるとされ, 「婚姻其物ハ一ノ要式行為ニシテ, 双方ノ承諾ハ法律ノ定メタル方式ニ従ヒ之ヲ与フルヲ要ス」ものとされた¹⁷。婚姻の効果においては, 一定の事項についての妻の行為能力制限が規定されるなど, 妻が夫に対して劣位に置かれた¹⁸。

同性間の婚姻については, 明文の規定はないが, 第1草案の理由書では, 「婚姻ハ男女ノ会社ニシテ, 若シ肉性ノ錯誤アリテ両男又ハ両女ノ間婚姻ヲ為シタルトキハ, 其ノ婚姻ノ不成立ナルコトハ論ヲ俟タズト雖モ, 之ヲ明示スルノ必要ヲ見ズ」¹⁹と説明されている。

婚姻と生殖との関係については, 起草者による解説書において, 「産子ノ能力ヲ有セザル男女ト雖モ婚姻ヲ為スヲ得ベキカ」が論じられ, 「一見スレバ, 産子ノ能力ハ婚姻ノ性質上必要ナル一条件タルガ如シ。実ニ産子ノ能力ナキ者ハ男ニシテ男ニアラズ, 女ニシテ女ニアラズ, 婚姻ノ材料欠缺シ, 其目的ヲ達スル能ハザルモノナリ。故ニ婚姻ヲ為スヲ得ズト謂フヲ得ベシ」, 「然レドモ, 是ハ我民法ノ精神ヲ得タルモノニアラズ。先ズ法文上ヨリ論ズレバ, 上ニ述ベタル如ク婚姻ヲ為スノ能力ハ元則ニシテ無能力ハ例

妻ノ外妾ヲ蓄フルコトヲ公認セリ」, 「今日ト雖モ法律上僅カニ妾ノ名義ヲ廢シタル迄ニシテ, 其結果ノ事実上猶ホ隠然存スルモノナキニアラズ。例バ嫡母ト夫ノ庶子トノ関係ヲ親子ニ準ズルガ如シ」と指摘している。

¹⁵ 青山道夫・有地亨編『新版注釈民法(21)親族(1)』(甲A16)180頁(上野雅和執筆部分)。

¹⁶ 青山道夫・有地亨編『新版注釈民法(21)親族(1)』(甲A177)184頁(上野雅和執筆部分)。

¹⁷ 熊野敏三・岸本辰雄『民法正義人事編卷之壹』(甲A186)150頁。

¹⁸ 青山道夫・有地亨編『新版注釈民法(21)親族(1)』(甲A177)22~23頁(山脇貞司執筆部分)。

¹⁹ 熊野敏三『民法草案人事編理由書上巻』(甲A183)74丁表裏。

外ナリ。故ニ婚姻ノ条件ハ明文ニ依ルコトヲ要シ、之ヲ補足スルコトヲ得ズ。而シテ、本章中、産子ノ能力ナキ男女ニ婚姻ヲ禁ズルノ法文アルヲ見ズ。且ツ、法理上ヨリ観察セバ、婚姻ハ両心ノ和合ヲ以テ性質ト為スモノニシテ、産子ノ能力ハ一般ニ具備スベキ条件ナレドモ、必要欠ク可ラザル条件ニアラズ。故ニ、老年、不具又ハ切割等ニ依リ産子ノ能力欠缺スルモ、婚姻ヲ為スノ妨碍ト為ル可ラズ」と説明されている²⁰。

イ 同性愛者等の置かれていた社会的地位

1894年(明治27年)、ドイツの精神科医クラフト＝エビングの『性的精神病質』(1886年刊)が、日本法医学会の翻訳により『色情狂編』として出版され、我が国にも紹介された²¹。同書は、「凡そ人類は有情なり、情は男女の愛情を以てその本源とす」²²、「男子にして女子を忌畏し、女子にして淫事を嗜好するものは即ち病的の一現象なり」²³とし、また、病理的な色情として、「他性に対する情欲非常に減退したるか或は全く廃滅し之に代ふるに同性に対する情欲大に亢進せるもの」を挙げ、具体的な症例を多く紹介している²⁴。

(3) 明治民法制定後から終戦までの間(1898年〔明治31年〕から1945年〔昭和20年〕まで)の状況について

ア 婚姻法及び戸籍法の動き

1893年(明治26年)、民法編纂のために新たに法典調査会が設けられ、穂積陳重、富井政章、梅謙次郎が起草委員に選ばれた。法典調査会及び帝国議会での審議を経た後、1898年(明治31年)、旧民法人事編を廃止して親族編とする民法中修正案(明治31年6月21日法律第9号)

²⁰ 熊野敏三・岸本辰雄『民法正義人事編卷之壱』(甲A186)192～193頁。

²¹ 古川誠「セクシュアリティの変容」(甲A181)46頁、55頁、クラフト＝エビング著・日本法医学会訳『色情狂編』(法医学会、明治27年)(甲A187)。

²² クラフト＝エビング著・日本法医学会訳『色情狂編』(甲A187)1頁。

²³ クラフト＝エビング著・日本法医学会訳『色情狂編』(甲A187)6頁。

²⁴ クラフト＝エビング著・日本法医学会訳『色情狂編』(甲A187)119～194頁。

が公布され、同年から施行された（明治民法）²⁵。

明治民法の施行に伴い、1898年（明治31年）、旧戸籍法（明治31年6月15日法律第12号）が制定された。旧戸籍法では、戸籍編成は家が単位とされたが、明治民法が戸主の権限を身分行為届出権から同意権に改めたのに対応して身分行為の届出は本人がすることとされ、また、戸籍簿の他に身分関係の届出や報告を記載する身分登記簿が設けられた。しかし、身分関係のみを証する身分登記はほとんど利用されず、1914年（大正3年）の改正で身分登記簿は廃止された²⁶。

明治民法は、婚姻の実質的要件については、禁治産者の婚姻についての規定を新設し（774条）、父母の子の婚姻に対する同意に年齢制限を設けた（772条1項）ほかは、字句修正、条文整理の上で、旧民法の規定を引き継いだ²⁷。形式的要件については、旧民法の儀式婚主義に代えて、戸籍吏への届出の方式による法律婚主義が採用した（775条）²⁸。婚姻の効力に関しては、原則として夫が婚姻生活に必要な費用を負担し、夫婦財産を管理し、妻の財産の使用収益権を有するものとされ、妻は行為能力を制限された²⁹。

同性間の婚姻については、明文はないが、起草者による解説書では、「外

²⁵ 以上について、青山道夫・有地亨編『新版注釈民法(21)親族(1)』（甲A177）25頁（山脇貞司執筆部分）、浅古弘ほか編『日本法制史』（甲A178）312～313頁。

²⁶ 以上について、浅古弘ほか編『日本法制史』（甲A178）316頁、373頁、二宮周平編『新注釈民法(17)親族(1)』（甲A185）4～5頁（二宮周平執筆部分）。

²⁷ 青山道夫・有地亨編『新版注釈民法(21)親族(1)』（甲A16）180頁（上野雅和執筆部分）。なお、梅謙次郎『民法要義卷ノ四』（和仏法律学校・明法堂、明治32年）（甲A188）90頁は、旧民法人事編31条を引き継いだ重婚禁止規定（766条）に関し、「本条ハ一夫一婦ノ主義ヲ認メタルモノナリ。蓋シ、我邦ニ於テハ、既ニ千有余年前ヨリ此主義ヲ認メ、敢テ一婦多妻若シクハ一妻多夫ノ制ヲ取ラズ」と説いているが、これは、旧来の妻妾制の存在を踏まえて、「我国従来ノ慣習ヲ考フルニ一夫一婦ノ制未ダ十分ニ確定スルニ至ラズ」としていた旧民法人事編の起草者の説明とは異なるものである。

²⁸ 青山道夫・有地亨編『新版注釈民法(21)親族(1)』（甲A177）186頁（上野雅和執筆部分）。

²⁹ 二宮周平編『新注釈民法(17)親族(1)』（甲A185）8頁（二宮周平執筆部分）。

国ノ法律中ニハ往々当事者双方共ニ男子ナルカ又ハ女子ナル場合ニ於テハ婚姻無効ナルコトヲ云ヘリト雖モ，是レ固ヨリ言フヲ俟タザル所ナリ。蓋シ婚姻トハ男女間ノ關係ヲ定ムルモノナルガ故ニ，男子間又ハ女子間ニ於テ婚姻ナルモノアルベカラザルハ言ハズシテ明カナリ。故ニ我民法ニ於テハ之ガ規定ヲ設ケズ」と説明されている³⁰。

その後、内閣に設置された臨時法制審議会が、1925年(大正14年)、戸主の権限を弱め、妻の行為能力制限や夫婦財産制についての規定を削除して妻の能力を拡張することなどを内容とする「民法親族編中改正ノ要綱」を決議し、これを受けて、司法省は、民法改正調査委員会を設置し、1939年(昭和14年)、「人事法案(仮称)親族編」を整理したが、その後の戦局激化の影響から公表もされず、国会にも提出されなかった³¹。

イ 同性愛者等の置かれていた社会的地位

(ア) 社会状況

1906年(明治39年)の石田昇『新撰精神病学』では、「変質狂」のうち「色情感覚異常」の項目において色情倒錯ないし同性的色情が挙げられ、「男子は女子に対して情欲冷淡なる代りに年少の男子に対して色情あり、鶏姦……をなす。之に反して女子は男子に向つて色情を表せずして女子を愛し、互に相擁するもの之をトリバヂー……と云う。是れ変質徴候の第一なり」³²とされ、その治療法として「催眠術を試むべし、最初の暗示は色情的興奮を鎮静せしむるに努め、其後従来 of 刺激に対する無感覚、忘却及び最後に異性に対する自然傾向を与ふべき。其他臭素剤、身体的労働及び冷水浴、境遇の変化等を試むべし」³³とされた。

³⁰ 梅謙次郎『民法要義卷ノ四』(甲A188)118頁。

³¹ 以上について、青山道夫・有地亨編『新版注釈民法(21)親族(1)』(甲A177)28～29頁(山脇貞司執筆部分)、浅古弘ほか編『日本法制史』(甲A178)373頁、二宮周平編『新注釈民法(17)親族(1)』(甲A185)8～9頁(二宮周平執筆部分)。

³² 石田昇『新撰精神病学』(南江堂、明治39年)(甲A189)236頁

³³ 石田昇『新撰精神病学』(甲A189)237頁。

1910年代から1920年代にかけては、在野の医師やジャーナリストにより、通俗的な性研究雑誌や性科学書が次々と刊行された。1913年（大正2年）には、クラフト＝エビングの『性的精神病質』が『変態性慾心理』という題名で翻訳され、一般大衆向けに出版された。1920年代頃には、「ホモセクシュアリティ」の訳語として「同性愛」が定着し、同性愛は「変態性慾」の一つであり、予防や治療の対象となる病気であるとする認識が通俗性科学により広められた。通俗性科学書の中には、「同性間性慾に対する法律は、決して峻厳を要するものにあらざれども、これに対する制裁なきときは、忽ち弊害百出して、社会を壊乱するに至るべし。同性姦淫の罰するべきものたるは、姦通罪と同じくして、決して不問に附すべきものにあらざるなり」として、同性間の性行為の犯罪化を主張するものも見られた³⁴。このように、同性愛を「変態性慾」であり病気であるとする認識は同性愛者にも内面化され、同性愛者であることを周囲に対して打ち明けられないことなどの苦悩が雑誌の匿名投稿で語られるようになった³⁵。

教育の分野においても、同性愛は問題行動の一つに挙げられ、「多感多情な青年はどうかすると異性に注ぐ恋情を同性の友に注ぐやうなことが起り、二人は永久に離れないとか、身体は二つでも心は一つだとか誓ひ、服装又はその他持物などを全く同じくしたり、更に進んではこれに感覺的成分が混入して抱擁接吻となり、甚しき時は一方が男となり他方が女となつて夫婦の生活を営んだりする。斯の如き常軌を逸した変態的行為……」とされ、「遂に不純な同性愛へ向かうことさえもある。この点は頗

³⁴ 前川直哉『〈男性同性愛者〉の社会史』（甲A182）31頁。

³⁵ 以上について、風間孝・河口和也『同性愛と異性愛』（甲A24）99～102頁、平田俊明「日本における『同性愛』の stigmatization の歴史」（甲A179）48～49頁、古川誠「セクシュアリティの変容」（甲A181）43～50頁、前川直哉『〈男性同性愛者〉の社会史』（甲A182）23～56頁。

る注意すべきことである」³⁶などと説かれた。

(イ) 学説

同性間の婚姻について、牧野菊之助は、1901年（明治34年）には、「婚姻には当事者双方の承諾を必要とするものなれば、婚姻を為すの意思なきときは承諾の全く欠缺したるものなるを以て、これを無効とすべきは当然なり。而して、当事者に婚姻を為すの意思なき場合に種々あり。或は人違いの如き、或は肉性の錯誤ありたるときの如き之なり」³⁷と論じ、1908年（明治41年）には、「肉性ノ錯誤アリテ両男又ハ両女ノ間婚姻シタルトキノ如キ」場合は「畢竟当事者間ニ全ク婚姻ヲ為スノ意思ノ存在セザルモノナレバ、之ヲ無効トセザルベカラズ」と論じた³⁸。中川善之助は、1937年（昭和12年）には、「婚姻意思とは、主観的に婚姻なりと思ふ結合に入らんとする意思ではなく、客観的に婚姻なりと見られる結合に入るべきの意思である。客観的にといふは、当該社会の習俗的観念に従つて決定されるといふ意味である。同性結婚の如きはこの意味で婚姻意思なき無効婚と見らるべきものである」³⁹と論じた。中川善之助は、1942年（昭和17年）には、「学問を妻とするとか、書籍を配偶者とするといふのが一片の比喩に過ぎなく、真の婚姻意思とは見られないのと全く同様に、同性間の婚姻といふ如きことが婚姻的法律要件として否認されなければならないのである」⁴⁰と論じ、また、ヨーロッパの教会法における無効婚の理論に関し、「民法典の注意深き予見にも拘はらず、実際はどうしても有効視することの出来ない婚姻的関

³⁶ 野上俊夫『児童教育講座第三巻 児童の情操とその教育』（叢文閣，昭和11年）（甲A190）163～164頁。

³⁷ 牧野菊之助『法律教科書親族法』（東京専門学校出版部，明治34年）（甲A191）59頁。

³⁸ 牧野菊之助『日本親族法論』（法政大学，明治41年）（甲A192）198～199頁。

³⁹ 中川善之助「婚姻法概説」穂積重遠・中川善之助編『家族制度全集法律篇1 婚姻』（河出書房，昭和12年）（甲A193）20頁。

⁴⁰ 中川善之助『日本親族法』（日本評論社，昭和17年）（甲A194）189頁。

係でゐて、無効婚の列挙から漏れたものが出て来た。同性婚がその著しい例である。『明文なければ無効なし』の原則と、かかる変態関係との間に板挟みとなった民法学者が遂に見出した血路は『無効となし得る婚姻』の外に『当然無効なる婚姻』もしくは『不成立の婚姻』なるものがあるといふ理論であった。Nichtige Ehe ではなくて Nicht=Ehe だといふのである。mariage nul ではなく marriage inexistent なのである」とした上で、我が国の婚姻に関し、「婚姻意思とは当事者の主観によって婚姻たる関係を創設せんとするだけの意思ではなく、常該社會の習俗的觀念に照らして客觀的に婚姻と見らるべき結合と造らんとする意思でなくてはならない……。同性婚の如きはこの意味で無効なのである」と論じた⁴¹。

婚姻と生殖との関係については、穂積重遠が、1917年(大正6年)に、「婚姻ハ夫妻ノ共同生活ヲ目的トス。必シモ子ヲ得ルコトヲ目的トセズ。故ニ子無キヲ去ルコトナク、老年者ノ婚姻ヲ禁ズルコトナク、生殖不能ヲ以テ離婚又ハ婚姻ノ無効取消ノ原因トスルコトナシ」⁴²とし、1933年(昭和8年)にも同旨を述べた上で、「教会法では婚姻は肉体的結合……により『適法完成婚』……となるものとした。恐らく新約全書馬太伝第十九章第五節に『二人の者一体(一肉)となる』とある所からの付会であらう」と指摘した⁴³。また、1935年(昭和10年)には、

⁴¹ 中川善之助『日本親族法』(甲A194)241頁。有地亨『新版家族法概論〔補訂版〕』(法律文化社、平成17年)(甲A195)82頁によれば、「教会法は『聖句になれば婚姻なし』(Pas du lit sans texte)の法諺が存在しているために、同性婚のように無効とはいえないが有効ともなしえない婚姻について、無婚(Nicht Ehe)または不存在婚(mariage inexistant)といい、無効判決をまたなくして当然無効の婚姻としていた」とされる。

⁴² 穂積重遠『相続法大意』(岩波書店、大正6年)(甲A196)61頁。

⁴³ 穂積重遠『相続法』(岩波書店、昭和8年)(甲A197)224～225頁。教会法(カノン法)上の婚姻に関し、大島梨沙「『法律上の婚姻』とは何か(2)」北大法学論集62巻3号(平成23年)(甲A198)633頁は、「男女二元主義(「男」と「女」の結合)と、モノガミー(二者間の結合)を前提としたうえで、その二人の者(男女)が一体になるというのが『カノン法上の婚姻』の基本的なコンセプトである。したがって、重婚は禁止され、同性同士の婚姻はありえないということになる」と指摘している。

谷口知平が、我が国の婚姻制に関し、「我国は今日の文明諸国と同様に、民法を以て婚姻は一男一女の共諾（合意）に基く終生的な共同生活であるとする基調の上に婚姻制度を形成してゐる。……あくまで当事者男女の意思に基くべきものとされ……祖先祭祀の承継者を得ること若くは子孫を残すことのみが目的とはせられることなく（無子、生殖不能の如きは離婚原因乃至は婚姻の無効や取消原因となされない）……」とし⁴⁴、「婚姻より見て重大な人的性質（頭脳明晰、芸術的天分などの精神的性質、善良、誠実、前科、万引癖など道德性質、処女性、第三者の子を懐胎してゐた事実、健康、不妊症、変態性欲、不能、不治の性病其他伝染性疾病、精神病の有無など）の誤認があつたときでも……婚姻は無効とはならない。取消すことさえも許されないものと解される」⁴⁵と述べた上で、外国の立法例に関して、「外国立法に於ては、不能、遺传的、伝染的疾患のないことを以て婚姻要件とするものがある。婚姻は種族保存、種族改良の目的を認めるときは之等要件は極めて重要視されねばならぬ。……我改正要綱は此等の点の考慮は充分ではない。……近世立法傾向に徴しても将来改正に際して此点の考慮を怠ることは許されないであろう」⁴⁶と指摘した。

3 現憲法下での状況について

(1) 1980年頃までの状況

ア 婚姻法及び戸籍法の動き

1946年（昭和21年）に制定された日本国憲法24条において、家族生活における個人の尊厳と両性の本質的平等が規定されたことから、明治民法の家族法規定の根本的改正が必要となり、内閣に設置された臨時法

⁴⁴ 谷口知平『日本親族法』（弘文堂書房，昭和10年）（甲A199）210頁

⁴⁵ 谷口知平『日本親族法』（甲A199）255頁。

⁴⁶ 谷口知平『日本親族法』（甲A199）252～253頁。

制調査会と司法省内に設けられた司法法制審議会において改正案が審議されることとなった。1947年（昭和22年）4月、まず、日本国憲法の施行に伴う民法の応急的措置に関する法律（昭和22年4月19日法律第74号）が制定され、妻の無能力規定、家に関する規定、夫婦関係規定で両性の本質的平等に反する規定の不適用や成年者の婚姻についての父母の同意の不要等が定められた。その後、同年12月、民法の一部を改正する法律（昭和22年法律第222号）が制定され、1948年（昭和23年）から施行された（現行民法）⁴⁷。

現行民法では、婚姻の実質的要件について、婚姻適齢の引上げ（男女とも1歳ずつ）、相姦者婚の禁止の廃止、父母の婚姻同意権の未成年者への限定、継父母・嫡母の婚姻同意に関する規定の廃止が行われ、また、婚姻の要件外の規定においても、戸主の婚姻同意権の廃止、戸主又は法定推定家督相続人の他家に入る婚姻の禁止の廃止が行われた⁴⁸。形式的要件については、明治民法の法律婚主義が継承された⁴⁹。

民法改正に伴い、1947年（昭和22年）、戸籍法も改正され（昭和22年法律第224号）、1948年（昭和23年）から施行された（現行戸籍法）。従前の戸籍が戸主を中心とした家を単位としていたのに対して、現行戸籍法は、夫婦は婚姻とともに新たな戸籍を作るものとして一戸籍一夫婦の原則を確立し、三代戸籍を禁止した⁵⁰。

⁴⁷ 以上について、青山道夫・有地亨編『新版注釈民法(21)親族(1)』（甲A177）29～31頁（山脇貞司執筆部分）、浅古弘ほか編『日本法制史』（甲A178）374～376頁、二宮周平編『新注釈民法(17)親族(1)』（甲A185）9頁（二宮周平執筆部分）。

⁴⁸ 青山道夫・有地亨編『新版注釈民法(21)親族(1)』（甲A16）186～187頁（上野雅和執筆部分）。明治民法と現行民法の規定を対照したものとして、「新旧規定対照表（我妻榮編）」我妻榮編『戦後における民法改正の経過』（日本評論新社、昭和31年）（甲A200）351～378頁参照。

⁴⁹ 青山道夫・有地亨編『新版注釈民法(21)親族(1)』（甲A177）180頁（上野雅和執筆部分）。

⁵⁰ 浅古弘ほか編『日本法制史』（甲A178）375頁、二宮周平編『新注釈民法(17)親族(1)』（甲A185）13頁（二宮周平執筆部分）。

以上の法改正に当たって、同性間の婚姻に関して検討された形跡は見当たらない。

イ 同性愛者等の置かれていた社会的地位

(ア) 社会状況

戦後も同性愛を病気であり異常なものであるとする認識が続いた⁵¹。1946年（昭和21年）の小南又一郎『実用法医学綱要』では、「猥褻行為—変態性欲」の項目において、「かかること〔猥褻行為——引用者注〕は多くは痴愚者，精神異常者又は性欲倒錯者（変態性欲者或は性欲異常者ともいう）などに多く見られるのである」と述べられ，変態性欲として「鶏姦」及び「同性愛或いは女子相姦」が挙げられた⁵²。1953年（昭和28年）の日本応用心理学会編『心理学講座第8巻』では、「同性間の親愛が，何らかの機会によって，抱擁・接吻・相互自慰などの性的な接触にまで進むばあいもまた，少なくない。ことに戦後の社会事情は，この種の交渉を多からしめているといわれる」⁵³，「多くの同性愛者は，自分の傾向に安定しているのではなく，それを自ら病的とかんがえて，困惑し，そこから何とかして脱却しようと苦闘する者が少なくない」⁵⁴，「この種の同性への病的愛着は，一般の健康な親愛とはちがって，性的不適応の一種である」⁵⁵とされた。1955年（昭和30年）の加藤正明「異常性欲」は，性欲の質的異常（性的倒錯）の一つとして同性愛を挙げ，その分類，原因，症例等を論じた上で，「神経症の根元が対人関係の障害であるのと同様に，同性愛者にも独特の対人関係がみられ，異性に対して性的無関心や嫌悪があるばかりでなく，人格的な融合のないも

⁵¹ 風間孝・河口和也『同性愛と異性愛』（甲A24）104～105頁。

⁵² 小南又一郎『実用法医学綱要』（京都印書館，昭和21年）（甲A201）82～83頁。

⁵³ 日本応用心理学会編『心理学講座第8巻』（中山書店，昭和28年）（甲A202）26頁。

⁵⁴ 日本応用心理学会編『心理学講座第8巻』（甲A202）28頁。

⁵⁵ 日本応用心理学会編『心理学講座第8巻』（甲A202）30頁。

のがあり、また同性に対してもある点で排他的であり、愛情関係も執拗かつ嫉妬がはげしく、なかには傷害、殺人のような悲劇的な結末に終る例さえある」と述べており⁵⁶、1967年（昭和42年）版でも同旨が述べられている⁵⁷。1977年（昭和52年）の大熊文雄「同性愛の精神病理」でも、「同性愛とは異性を性対象とせず、自己と同性のものを対象として求める異常性愛ならびにその傾向をいうのである」⁵⁸とされている。

教育の分野においては、1979年（昭和54年）の文部省「生徒の問題行動に関する基礎資料」の中で、同性愛が倒錯型性非行の一つに挙げられ、「この同性愛は……一般的に言って健全な異性愛の発達を阻害するおそれがあり、また社会的にも、健全な社会道徳に反し、性の秩序を乱す行為となり得るもので、現代社会にあっても是認されるものではないであろう」（甲A26・63頁）と記述された。

『広辞苑』では、1969年（昭和44年）出版の第二版から1983年（昭和58年）出版の第三版まで、同性愛は「同性を愛し、同性に性欲を感じずる異常性欲の一種」（甲25の1）であると記述された⁵⁹。

（イ）学説

山中康雄は、現行民法施行直後の1950年（昭和25年）の『註解親族法』において、「婚姻意思とは、当事者に社会の習俗によつて定まる夫婦たる身分を与え、また将来当事者間に生れ出ずる子に、社会の慣習によつて定まる子たる身分を取得せすめようとする意思であつて……同性婚にはこの意味における婚姻意思ありとは考えられず、また科学的な

⁵⁶ 加藤正明「異常性欲」井村恒郎ほか編『異常心理学講座第1部D第2』（みすず書房、昭和30年）（甲A203）19～28頁。

⁵⁷ 加藤正明「異常性欲」井村恒郎ほか編『異常心理学講座第四巻』（みすず書房、昭和42年）（甲A204）274～287頁。同論文は、1969年（昭和44年）のブルーボーイ事件判決においても証拠として引用されている。

⁵⁸ 大熊文雄「同性愛の精神病理」臨床精神医学6巻1号（昭和52年）（甲A205）29頁。

⁵⁹ 風間孝・河口和也『同性愛と異性愛』（甲A24）105頁。

産児制限により子の出生を防止しようとする合意を含む、いわゆる友愛結婚にも婚姻意思ありとなしうるかどうかは極めて疑問である」⁶⁰と説いた。

民法改正の立案にも参与した中川善之助は、1958年(昭和33年)の『親族法(上)』において、明治民法下におけるのと同様、「学問を妻とするとか、芸術と結婚するというのが一片の比喻に過ぎなく、真の婚姻意思とは見られないのと全く同様に、同性間の婚姻というようなものも婚姻的法律要件としては否認されなければならない」⁶¹とし、「同性婚の如きは婚姻ではなく、これに向けられた意思も婚姻意思とはいえない」⁶²と論じた。

同じく民法改正の立案に参与した我妻榮は、1961年(昭和36年)の『親族法』において、「婚姻をする意思(婚姻意思)とは、夫婦関係を成立させるという意思である。しからば、夫婦関係とは何か、といえ、その社会で一般に夫婦関係と考えられているような男女の精神的・肉体的結合というべきである」⁶³とし、中川善之助の見解を参照しつつ「同性間の『婚姻』はこの意味で婚姻ではない」⁶⁴と論じた。

1966年(昭和41年)の『注釈民法(20)親族(1)』では、上野雅和が、「婚姻が男女の結合であることは、婚姻の社会的本質からいって当然である。このような意味で、同性婚はもちろん成立しない」と説いた⁶⁵。

1977年(昭和52年)の中川淳『親族法逐条解説』は、「婚姻意思とは、社会観念上、婚姻的共同生活関係にはいる意思をいう(通説・実

⁶⁰ 中川善之助監修『註解親族法』(法文閣, 昭和24年)(甲A206)61~62頁(山中康雄執筆部分)。

⁶¹ 中川善之助『親族法(上)』(青林書院, 昭和33年)(甲A207)158~159頁。

⁶² 中川善之助『親族法(上)』(甲A207)194頁。

⁶³ 我妻榮『親族法』(有斐閣, 昭和36年)(甲A208)14頁。

⁶⁴ 我妻榮『親族法』(甲A208)18頁。

⁶⁵ 青山道夫編『注釈民法(20)親族(1)』(有斐閣, 昭和41年)(甲A209)189~190頁(上野雅和執筆部分)。

質意思説)。したがって、同性婚のごときは、社会観念上、婚姻意思の存在を肯定することはできない」と説いた⁶⁶。

(ウ) 裁判例

1969年(昭和44年)、性転換手術の違法性が争われたブルーボーイ事件判決(東京地判昭和44年2月15日判例タイムズ233号231頁)では、「そもそも異常性欲は性欲の質的異常(いわゆる広い意味での性的倒錯 Sexual perversion)と量的異常(例えば色情狂や男性のインポテンツ、女性の冷感症)とに大きく分けられ、質的異常には性対象の異常(Inversion)と性目標の異常(Perversion 例えば露出症、窃視症、サディズム、マゾヒズム等)とがあり、同性愛は、自体愛、服装倒錯、小児愛、獣愛等とともに性対象の異常に含まれ、性対象として自分と同性のものを求める傾向を意味している」と判示された⁶⁷。

1972年(昭和47年)の離婚事件の判決(名古屋地判昭和47年2月29日判例時報670号77頁)では、夫(被告)の同性愛関係から、「被告は、性的に異常な性格を有していることが明らかである。もっとも、それがいかなる程度のものであるかは明らかでなく、場合によっては、被告自身の努力と適確な医学的措置によって矯正することも可能なのではないかと考えられる」と判示された。

(2) 1980年頃以降の状況

ア 婚姻法及び戸籍法の動き

1991年(平成3年)から法制審議会民法部会(身分法小委員会)において婚姻制度等の見直しが審議され、1996年(平成8年)、法制審議会は法務大臣に対し、女性の婚姻適齢の引上げ、再婚禁止期間の短縮を内

⁶⁶ 中川淳『親族法逐条解説』(日本加除出版、昭和52年)(甲A210)72頁。

⁶⁷ 同判決についての判例タイムズ233号(甲A211)232頁の匿名コメントでは、加藤正明「異常性欲」井村恒郎ほか編『異常心理学講座第4巻』(甲A204)が同事件の証拠とされたことが指摘されている。

容に含む民法の一部を改正する法律案要綱（甲A212）を答申したが、同要綱に基づく法案が国会に提出されるには至らなかった⁶⁸。

2003年（平成15年）には、性同一性障害者の性別の取扱いの特例に関する法律が制定され⁶⁹、同法の規定に基づき性別の取扱いの変更の審判を受けることにより、生物学的には同性である者間での婚姻が可能となった。同法の制定に伴い、戸籍法も一部改正され（平成15年法律第111号）、性別の取扱いの変更の審判があった場合には、当該審判を受けた者について、原則として新戸籍を編製することとされた（戸籍法20条の4）。

イ 同性愛者等の置かれていた社会的地位

（ア）社会状況

1985年（昭和60年）、厚生省は、アメリカ合衆国在住の日本人男性同性愛者をエイズ1号患者と発表した。その後、我が国でエイズ患者が確認され社会的な不安や混乱が生じたことなどから、1988年（昭和63年）、厚生省は、男性同性愛者も対象に含む大規模な疫学調査を実施し、また、同年、医師の報告義務や感染者の遵守事項等を内容とする後天性免疫不全症候群の予防に関する法律（エイズ予防法）が制定された。これらのエイズ問題に際しては、男性同性愛者とエイズとを結びつけるような認識も現れた⁷⁰。その後、1999年（平成11年）、エイズ予防法が廃止されて、感染症の予防及び感染症の患者に対する医療に関する法律が施行された。同年、同法の規定に基づき厚生大臣が告示により定めた後天性免疫不全症候群に関する特定感染症予防指針（エイズ予防指針）（甲A214）は、「性的指向の側面で配慮の必要な同性愛者」

⁶⁸ 二宮周平編『新注積民法(17)親族(1)』（甲A185）19～20頁（二宮周平執筆部分）。

⁶⁹ 制定の経緯等について、山地修・最判解民事篇平成25年度605頁以下（615～616頁）に簡潔な記述がある。

⁷⁰ 以上について、風間孝・河口和也『同性愛と異性愛』（甲A213）11～25頁。

を個別施策層（感染の可能性が疫学的に懸念されながらも、感染に関する正しい知識の入手が困難であったり、偏見や差別が存在している社会的背景等から、適切な保健医療サービスを受けていないと考えられるために施策の実施において特別の配慮を必要とする人々）に位置づけた上で、「厚生省は、文部省、労働省、法務省等の関連省庁や地方公共団体と連携して、患者等や個別施策層に対する偏見や差別の撤廃のための正しい知識の普及啓発を行うとともに、偏見や差別の撤廃に向けての具体的資料を作成することが重要である」とした⁷¹。

アメリカ精神医学会のDSMにおける同性愛の疾患としての取扱いの変化は我が国でも紹介され、1981年（昭和56年）には、「要するに1952年には精神病に近いものと見られていたのが、1980年には病気でも何でもない、と考えられるにいたった。これは文明ないし科学が＜性に関する考え方＞を変えた好例である」⁷²とし、あるいは、「同性愛について現代の精神医学がどのような態度をとっているかという、それが病気とみなされて治療の対象となるのは、本人自身がそのために悩んだり、精神的苦痛を訴えたりする場合に限るとする見方が、欧米の先進国などでは一般的になっている」⁷³、「同性愛は……それが第三者からみてどんなに異常にみえても、普通に社会生活を送っていれば、精神医学的には問題にならないし、問題にすべきでもない。双方あるいは一方が精神的苦痛を訴えるときだけ治療の対象となる」⁷⁴と述べるものが現れた。その後、1986年（昭和61年）に刊行されたDSM-III改訂版では同性愛に関する疾患概念は完全に削除され（甲A27、甲A2

⁷¹ 以上について、風間孝・河口和也『同性愛と異性愛』（甲A213）32頁。

⁷² 小林司「文化論的にみた性のありかた」熊本悦明編『現代の性（からだの科学臨時増刊）』（日本評論社、昭和56年）（甲A215）180頁。

⁷³ 宮本忠雄・平山正実「性行動の心理的異常」熊本悦明編『現代の性（からだの科学臨時増刊）』（日本評論社、昭和56年）（甲A216）111頁。

⁷⁴ 宮本忠雄・平山正実「性行動の心理的異常」（甲A216）113頁。

8), また, 1992年(平成4年)のWHOのICD-10でも「同性愛」の分類名が削除され, 「性的指向それ自体は障害とみなされない」ことが明記された(甲A29, 甲A30)。これを受けて, 日本の厚生省は, 1994年(平成6年), WHOのICD-10を採用することとした。また, 日本精神神経学会は, 1995年(平成7年), ICD-10に準拠し, 同性への性的指向それ自体を精神障害とみなさないとの見解を明らかにした⁷⁵。2016年(平成28年)の時点で, 針間克己は, 「現在, 同性愛は, 日本においても精神疾患とはみなされていない」⁷⁶と述べているが, 2013年(平成25年)に改訂版が出版された医学書(初版の出版は1980年〔昭和55年〕)には, 未だに同性愛を「性欲の質的異常」とする記述も見られる⁷⁷。

教育の分野においては, 1986年(昭和61年)の文部省「生徒指導における性に関する指導」では同性愛に関する記述は見られなくなり, また, 1993年(平成5年)には, 文部省が「生徒の問題行動に関する基礎資料」(甲A26)の同性愛に関する記述が不適切であったことを認めた⁷⁸。

同性愛を「異常性欲の一種」であるとしていた『広辞苑』の記述は, 1991年(平成3年)出版の第四版(甲A25の2)において改められた⁷⁹。

2002年(平成14年)には, 内閣から「性的指向」を含む事由を理由とする不当な差別的取扱いを禁止することなどを内容とする人権擁

⁷⁵ 以上について, 平田俊明「西洋精神医学における同性愛の扱いの変遷」(甲A48)989頁, 康純編『性別に違和感がある子どもたち』(甲A180)56~57頁。

⁷⁶ 針間克己「LGBTと精神医学」精神科治療学31巻8号(2016年)(甲A217)968頁。

⁷⁷ 大熊輝雄原著・「現代臨床精神医学」第12版改訂委員会編『現代臨床精神医学〔改訂第12版〕』(金原出版, 平成25年)(甲A218)104頁。

⁷⁸ 康純編『性別に違和感がある子どもたち』(甲A180)58頁。

⁷⁹ 風間孝・河口和也『同性愛と異性愛』(甲A24)105頁。

護法案（甲A219）が国会に提出されたが、衆議院解散により廃案となった。

その他、2000年代以降の社会状況とその変化については、訴状（同性愛者等に関する調査について11～12頁、同性愛者等の自殺念慮等の高さについて55～56頁、国の行政施策、国会での議論及び決議、地方自治体の取組並びに民間の取組について65～70頁、国際社会から日本に対する是正勧告等について70～72頁、同性間の婚姻を求める声の高まりについて75～80頁等）、原告ら第1準備書面及び原告ら第3準備書面で論じたとおりである。

また、特に同性愛等の性的少数者の視点から見た1990年（平成2年）から2019年（令和元年）までの我が国における性的少数者の社会運動、文化等の歴史を整理したものとして、「日本のLGBT30年史」⁸⁰がある。

（イ）学説

民法学説では、1980年代頃から、同性間の婚姻に関する議論が見られるようになった。

1980年（昭和55年）には、山田卓生が、アメリカ合衆国の同性婚に関する議論を紹介した上で、「結婚の権利というよりは、平等保護違反との関係で、同性間の結婚を認むべしとする議論がある」、「このように考えれば、結婚の相手を選ぶ権利には、性別を選ぶ権利も含まれることになり、結婚と生殖とは切りはなされることになる」⁸¹と論じた。1984年（昭和59年）には、石川稔が、アメリカ合衆国の同性婚に関する議論を紹介しつつ、我が国の問題として「根本的には、社会制度と

⁸⁰ 三橋順子ほか「日本のLGBT30年史」特定非営利活動法人東京レインボープライド広報誌BEYOND5号（2019年）（甲A220）11～28頁。

⁸¹ 山田卓生「私事と自己決定 結婚と離婚1——結婚の自由をめぐる」法学セミナー300号（昭和55年）（甲A221）74頁。

しての婚姻という観点から目的解釈によって同性婚の許否は決せられるべきものである」,「同棲にも家族として何らかの効果が与えられるのなら,カップルを形成している同性愛者も一つの家族として把握され何らかの法的保護が与えられて然るべきだとも考えられる」,「同性間の許否は社会との関係において判断されるものということになる」⁸²と論じた。

上野雅和は,1989年(平成元年)の『新版注釈民法(21)』では,「婚姻が男女の結合であることは,婚姻の社会的本質からいって当然である。このような意味で,同性婚はもちろん成立しない」としていた旧版⁸³の記述を改め,「伝統的婚姻観および法が当然の前提としてきた,婚姻は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」⁸⁴と論ずるに至った。

1990年(平成2年),二宮周平は,「同性カップルは,異性愛でないこと,法的な家族の枠組みに入らないことで,二重の偏見にさらされている。それは,セックスの面だけ興味本位に強調された煽情的な見方や,異常な性格という病理的な見方で捉えられ,一人の人間としての在り方を無視される原因となっている」⁸⁵とし,同性愛者が「社会的には少数で,カムアウトすること(同性愛であることを宣言すること)自体困難」⁸⁶であるという事態を指摘した上で,同性カップルの存続の準婚的保障に関し,「保護を与えたからといって,全ての人が同性をパートナーとして選ぶわけではない。種の再生産を崩壊させるほど多数になるとは考えられない。だから,法的保護を否定するような制裁を加える必要

⁸² 石川稔「新・家族法事情 同性愛者の婚姻〔その2〕」法学セミナー356号(昭和59年)(甲A222)60頁。

⁸³ 青山道夫編『注釈民法(20)親族(1)』(有斐閣,昭和41年)(甲A209)189~190頁(上野雅和執筆部分)。

⁸⁴ 青山道夫・有地亨編『新版注釈民法(21)親族(1)』(甲A16)179頁(上野雅和執筆部分)。

⁸⁵ 二宮周平『事実婚の現代的課題』(日本評論社,平成2年)(甲A223)258頁。

⁸⁶ 二宮周平『事実婚の現代的課題』(甲A223)259頁

はない」と論じた⁸⁷。

1994年（平成6年）には、棚村政行が、以上のような見解を引用した上で、「最近では少数ながらこの〔婚姻を社会的に夫婦と考えられる一男一女の終生にわたる精神的肉体的結合とみる——引用者注〕通説的見解に疑問を提起する立場もでてきた」⁸⁸と指摘した。

1997年（平成9年）、星野茂は、「婚姻と生殖との関係は必ずしも密接不可分であるとは言えなくなっているとも考えられる。そうなる
と、婚姻に求められる目的は、経済生活の問題及び愛情の対象としての
人生のパートナーの選択（「家族集団の形成と存続維持」）ということに
なろう。そうした意味では、必ずしも婚姻が異性間のカップルにおいて
のみ認められるべきであるというこれまでの伝統的な婚姻観とは異なり、
同性カップルについても婚姻制度に則った保護を与えることも決して不
自然なことではないともいえる」とし、「前述のような学説（婚姻意思説）
が、同性カップルの場合には、当事者が同性であるということだけで『婚
姻意思』はないと断じていることが果たして今日でもいえるのか疑問で
あると言わざるを得ない」⁸⁹と論じた。

その後の家族法の概説書では、1997年（平成9年）の泉久雄『親
族法』は、「婚姻は、法によって承認・保護された男女の性結合であり、
永続的な共同生活関係である（したがって、男性同士もしくは女性同士
の同性愛は婚姻ではない）」⁹⁰と論じている（他方、婚姻と生殖との関係
については、「子の出生は婚姻の本質と密接に結びついているけれども、
婚姻に不可欠の目的ではない（明治民法以前においては無子は棄妻の一

⁸⁷ 二宮周平『事実婚の現代的課題』（甲A223）345頁。

⁸⁸ 棚村政行「同性愛者間の婚姻は法的に可能か」法学セミナー476号（平成6年）（甲A224）21頁。

⁸⁹ 星野茂「わが国における同性愛者をめぐる家族法上の諸問題」法律論叢69巻3＝4＝5号（平成9年）（甲A225）245頁。

⁹⁰ 泉久雄『親族法』（有斐閣，平成9年）（甲A226）49頁。

事由とされていた)。……婚姻の本質である夫婦の結束（固い結合）は生殖（行為）がなくても可能であり，したがって生殖能力のない老人にあっても実際に婚姻を締結することができる」⁹¹と指摘する。）。また，2005年（平成17年）の有地亨『新版家族法概論』は，「同性同士の結婚を認めるべきか否かがアメリカや西欧で論議されているが，同性婚が当該社会で社会的に承認されるならば，当然法的保護の対象になる」⁹²と論じている。

憲法学説においても，1980年代には同性間の婚姻について論ずるものが見られるようになった。同年代の学説を見ると，横田耕一は，1985年（昭和60年），「両親と子からなる『伝統的家族』はもとより，数世代同居家族，離婚後の両親の一方と子からなる家族，未婚の母と子からなる家族，同性のペアが同居する家族，同性のペアと養子からなる家族，ポリガミイ（同時複数性愛）的家族など，その形態はさまざまである。しかし，個人の尊厳と両性の本質的平等原則が貫徹している限り，日本国憲法の下でも，これらの家族は等価として考えられるべきであり，同等に尊重擁護されなければならない」⁹³と論じた。他方，内野正幸は，1987年（昭和62年），「＜同性愛とエイズ＞といえば，両者の関係はよくわかるが，＜同性愛と憲法＞といわれると，どのようなつながりがあるのだろう，と首をかしげる読者も少なくあるまい」⁹⁴，「ラジカルなホモ権論者は，同性愛のための婚姻制度が憲法上要請される，とまで主張している。すなわち，男女間の結婚を認めておきながら男どうし（女どうし）の結婚（？）を否認するのは，同性愛者に対する不当な差別だ

⁹¹ 泉久雄『親族法』（甲A226）51頁。

⁹² 有地亨『新版家族法概論〔補訂版〕』（甲A195）73～74頁。

⁹³ 横田耕一「日本国憲法からみる家族」法学セミナー増刊総合特集シリーズ31号（昭和60年）（甲A227）94頁。

⁹⁴ 内野正幸「同性愛をめぐる憲法問題」法学セミナー388号（昭和62年）（甲A228）18頁。

というのである。しかし、そこまでいわれると、大多数の者は、ついでいけないものと感じるであろう」⁹⁵と論じた⁹⁶。

(ウ) 裁判例

1991年(平成3年)、動くゲイとレズビアンの会(アカー)がした府中青年の家の使用申込の不承認処分等を争う事件(府中青年の家事件)が提訴された⁹⁷。同事件は、「日本の社会において表面に出ることの少なかつた同性愛者が自ら裁判上その権利を主張した事件としてマスコミにも取り上げられ話題になったものである」⁹⁸。1994年(平成6年)の地裁判決(東京地判平成6年3月30日判例タイムズ859号163頁)は、①DSM及びICDの改訂並びに我が国における診断基準の検討状況を踏まえ、「心理学、医学の面では、同性愛は病的なものであるとの従来の見方が近年大きく変化してきている」とし、②同性愛についての辞書等の記述の変遷から「同性愛を異常視する従来の傾向の見直しが行なわれている状況にあるといえるであろう」とし、③文部省発行の生徒指導資料における同性愛に関する記述の変遷、④サンフランシスコ市で同性カップルの内縁関係の認定制度が発足したことにも触れた上で、「同性愛についての状況は、近年急激に変化しているが、従前の状況下においては、同性愛者は孤立しがちとなり、自分の性的指向に関し悩み苦しんでいたことがうかがわれる」と判示した。そして、同判決は、都

⁹⁵ 内野正幸「同性愛をめぐる憲法問題」(甲A228)21頁。

⁹⁶ 内野正幸は、その後、2004年(平成16年)2月19日開催の第159回国会衆議院憲法調査会基本的人権の保障に関する調査小委員会における参考人として発言した際には、憲法14条の命ずる形式的平等の要請の一つとして性的指向による差別の禁止を挙げ、同性婚の禁止が平等原則違反であるとした2003年11月のアメリカ合衆国マサチューセッツ州最高裁判決を紹介した上で、我が国において憲法24条1項の「両性の合意」という文言を根拠に同性愛者の結婚は認められないとする解釈については議論のあるところである旨を指摘した(甲A229・2頁)。

⁹⁷ 同事件の経緯について、風間孝・河口和也『同性愛と異性愛』(甲A213)35～71頁参照。

⁹⁸ 判例タイムズ859号(甲A4)163～164頁の匿名コメント。

教育委員会の不承認処分に係る詳細な事実経過を認定した上で、青年の家所長の不受理指示及び都教育委員会の不承認処分を違法と判断し、過失も認めて東京都の損害賠償責任を肯定した。1997年（平成9年）の高裁判決（東京高裁平成9年9月16日判例タイムズ986号206頁，甲A51）も，不承認処分の違法性及び都教育委員会の過失を認め，「平成二年当時は，一般国民も行政当局も，同性愛ないし同性愛者については無関心であって，正確な知識もなかったものと考えられる」，「しかし，一般国民はともかくとして，都教育委員会を含む行政当局としては，その職務を行うについて，少数者である同性愛者をも視野に入れた，肌理の細かな配慮が必要であり，同性愛者の権利，利益を十分に擁護することが要請されているものというべきであって，無関心であったり知識がないということは公権力の行使に当たる者として許されないことである」，「このことは，現在ではもちろん，平成二年当時においても同様である」と判示した。このような高裁判決の判断に関しては，「医学，心理学の発達に伴い，同性愛者らに対する理解の深まったことが本判決の背景にあると見られる」⁹⁹との指摘がなされている。

1999年（平成11年）の戸籍訂正許可申立事件の審判（佐賀家審平成11年1月7日家裁月報51巻6号71頁）は，「婚姻の実質的成立要件は，法例13条1項により各当事者の本国法によるところ，申立人の日本法によれば，男性同士ないし女性同士の同性婚は，男女間における婚姻的共同生活に入る意思，すなわち婚姻意思を欠く無効なものと解すべき」と判示した。

2005年（平成17年），性同一性障害特例法の定める性別の取扱いの変更の要件の合憲性が争われた事件の決定（東京高決平成17年5月

⁹⁹ 判例タイムズ986号（甲A230）207頁の匿名コメント。

17日家裁月報57巻10号99頁)は、同法3条2号の「現に婚姻をしていないこと」との要件につき、「同性婚という現行法秩序において解決困難な問題の発生を回避する必要があることから」定められたものと解されるとし、憲法13条及び憲法14条1項に違反するものではないと判示した。

性同一性障害・性転換症との診断を受けている男性が、その名を男性的な名である「○」から通常は女性の名として受け止められると考えられる「△」と変更する旨の審判を求めた事件について、2009年(平成21年)の家裁審判(神戸家審平成21年9月15日家裁月報62巻8号80頁)は、「仮に本件申立てのとおりの名の変更が認められるならば、申立人は婚姻していることから同性婚の外観が生じてしまうこと、学校教諭である申立人を男性として認識している保護者等に混乱をもたらすことといった軽視し得ない社会的支障、混乱が生じるといわざるを得ない」と判示したが、同年の高裁決定(大阪高決平成21年11月10日家裁月報62巻8号75頁)では、「『△』への名の変更によって直ちに同性婚の外観を呈するといえるか疑問である上、戸籍上の性別が男性であることは変わりがなく、そのような外観を呈したことにより一般社会に影響を及ぼすとはいえない」と判示された。

その後の裁判例については、原告ら第1準備書面及び原告ら第3準備書面で論じたとおりである。

4 若干の評価

我が国における同性愛者等の置かれてきた社会的地位に関しては、これまでの訴状及び準備書面において、同性愛等を病理であり異常なものであるとする医学的、社会的な認識が存在していたこと、また、そのような認識にも起因して同性愛者等に対する偏見及び差別が根強く存在していることを指摘してきたところであるが、これらの事実は、以上に見たような資料からも実証されるも

のである。それが、1980年頃以降、同性愛が非病理化され、同性愛も異性愛も同じ性的指向の問題として理解されるようになるにつれて、同性愛者等に対する差別及び偏見の解消、克服に向けた立法、行政、司法等の社会的な動きが見られるようになり、学説においても同性間の婚姻の可能性を論ずるものが見られるようになったものである。

また、以上に見たような我が国における婚姻に関する立法の沿革及び学説史等からすると、「婚姻関係は、伝統的に生殖と結びついて理解されていたために男女間のものと考えられてき [た]」¹⁰⁰などと軽々に言い得るものでないことも明らかである。

第2 釈明事項3（性的指向が「自らの意思で変えることは困難」（訴状10頁）とされる医学的、科学的根拠を示す資料）について

- 1 性的指向が自らの意思で変えることは困難とされる医学的、科学的根拠を示す資料としては、これまでにアメリカ精神医学会が作成した資料（甲A2）、アメリカ心理学会等が作成した Obergefell 事件におけるアミカス・キュリエ意見書（甲A3）、Herek の論文（甲A7）等が証拠提出されているところであるが、追加の文献資料として、近時の科学的心理学の標準的な教科書の邦訳である『ヒルガードの心理学 [第16版]』（甲A231，甲A232）、『マイヤーズ心理学』（甲A233，甲A234）及び性的指向の生物学的基盤に関する研究動向を示した坂口菊恵の論文「LGBTの生物学的基盤」（甲A235）を証拠提出する。
- 2 これらの文献によれば、個人の性的指向に影響を与える要因としては、生物学的要因（遺伝、出生前ホルモン、脳など）と環境ないし経験的要因（家庭環境、性体験など）及びこれらの複合的要因等が想定され、種々の調査研究がな

¹⁰⁰ 東京地裁の「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）で被告国が提出した被告第2準備書面5頁における主張である。

されており、いずれの要因が性的指向の主な決定因であるかについて議論が継続しているところ、坂口論文では、「性的指向やジェンダー・アイデンティティの個人差について生物学的観点に立つ研究者の多くは、生後の社会環境の影響の存在に関しては確たる証拠がないとして否定的である。LGBTカップルに育てられることは子どもの性的指向に影響を与えないこと、男子校や女子校の寄宿舎での同性間の性的経験はその後の性的指向に影響を与えないこと、兄を多く持つ男性は非異性愛者になる割合が上昇するが、兄弟間の性的接触機会の存在によっては説明されないこと、などが根拠である」(甲A235・1007頁)とされている。

以上のような研究を踏まえた上で、性的指向を自らの意思で変えることができるか否かについては、「すべての研究から明らかなように、性的指向は単にその人が選んだ結果というわけではない。ゲイの男性もレズビアンも、同性の相手に性愛感情を抱くことを自ら選択したわけではない。それは、異性愛の人が異性に性愛感情を抱くことを自ら選択しているわけではないのと、まったく同じである。……一般の人たちはこの問題〔性的指向の主たる決定因が何かに関する議論のことを意味する——引用者注〕を、性的指向は個人の制御が及ばない要因によって決定されたのか、それとも自由意志で選んだのかという問題と取り違えて考えがちである。しかし、これは同じ問題でない」(甲A231・539頁)、「今日の心理学の主たる見解では、性的指向は意志力で選ぶものでも意志力で変えられるものでもないとしている。『性的指向を変えようと努力しても、成功は望めないばかりか、害悪のリスクがある』とアメリカ心理学会の2009年年次報告での宣言にある。性的指向はある意味では利き手のようなものだ。大方の人は一方が利くが、他方が利く人もいる。非常にまれに真に両利き手の人もいる。何にせよ、そうであるものはずっとそうである」(甲A233・348頁)とされている。

3 以上のような資料によれば、性的指向が自らの意思で変えることは困難であ

るとする見解が医学的ないし科学的根拠に基づくものであることが明らかとなるものである。

第3 釈明事項4（厚生労働省所管の人口動態統計や国民生活基礎調査，総務省所管の国勢調査，国民生活白書「子ども・子育て白書」（前身は少子化社会白書）のうち，法律婚に関連する部分）について

1 婚外子相続分差別違憲決定及び再婚禁止期間違憲判決の判示並びに調査官解説における指摘

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）は、「昭和22年民法改正以降，我が国においては，社会，経済状況の変動に伴い，婚姻や家族の実態が変化し，その在り方に対する国民の意識の変化も指摘されている。すなわち，地域や職業の種類によって差異のあるところであるが，要約すれば，戦後の経済の急速な発展の中で，職業生活を支える最小単位として，夫婦と一定年齢までの子どもを中心とする形態の家族が増加するとともに，高齢化の進展に伴って生存配偶者の生活の保障の必要性が高まり，子孫の生活手段としての意義が大きかった相続財産の持つ意味にも大きな変化が生じた。昭和55年法律第51号による民法の一部改正により配偶者の法定相続分が引き上げられるなどしたのは，このような変化を受けたものである。さらに，昭和50年代前半頃までは減少傾向にあった嫡出でない子の出生数は，その後現在に至るまで増加傾向が続いているほか，平成期に入った後においては，いわゆる晩婚化，非婚化，少子化が進み，これに伴って中高年の未婚の子どもがその親と同居する世帯や単独世帯が増加しているとともに，離婚件数，特に未成年の子を持つ夫婦の離婚件数及び再婚件数も増加するなどしている。これらのことから，婚姻，家族の形態が著しく多様化しており，これに伴い，婚姻，家族の在り方に対する国民の意識の多様化が大きく進んでいることが指摘されている」と判示しており，同最決の調査官解説は，「ここで本決定が挙げ

る客観的な状況の変化等については、特に異論はないものと思われるが、具体的な統計データとしては、厚生労働省所管の人口動態統計や国民生活基礎調査、総務省所管の国勢調査といったものがあり（いずれも、グラフ等を用いた解説も作成されており、各省や政府統計の総合窓口（e-Stat）のホームページで閲覧することができる。）、国民意識の調査、分析としては、『子育て世代の意識と生活』という副題の平成17年版国民生活白書のほか、『子ども・子育て白書』ないしその前身の『少子化社会白書』といった政府によりまとめられた各種白書などがある」¹⁰¹と指摘している。

また、同最決は、「欧米諸国の多くでは、全出生数に占める嫡出でない子の割合が著しく高く、中には50%以上に達している国もあるのとは対照的に、我が国においては、嫡出でない子の出生数が年々増加する傾向にあるとはいえ、平成23年でも2万3000人余、上記割合としては約2.2%にすぎないし、婚姻届を提出するかどうかの判断が第1子の妊娠と深く結び付いているとみられるなど、全体として嫡出でない子とすることを避けようとする傾向があること、換言すれば、家族等に関する国民の意識の多様化がいわれつつも、法律婚を尊重する意識は幅広く浸透しているとみられる」と判示しており、同最決の調査官解説は、「人口動態統計によれば、我が国の嫡出でない子の出生数及び割合は、大正14年（1925年）には15万1448人、7.26%であったが、戦後にかけて急減し、昭和25年（1950年）には、5万7789人、2.47%となった。その後漸減傾向が続いて、割合としては昭和53年（1978年）の0.77%（出生数1万3164人）が底となった後、漸増傾向となり、平成23年（2011年）には、2万3354人、2.22%となっている。これに対し、欧米諸国の嫡出でない子の出生割合は、フランスが53.7%、ドイツが33.3%、イギリスが46.9%、アメリカが40.8%（い

¹⁰¹ 伊藤正晴・最判解民事篇平成25年度372頁。

ずれも平成22年（2010年）の数値）などとされている（厚生労働省作成の「我が国の人口動態」の平成24年版より）」¹⁰²と指摘している。

また、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）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、同最判の調査解説は、「法律婚及びこれに関する国民の意識の調査、分析に関する統計データとしては、厚生労働省所管の人口動態統計や国民生活基礎調査、総務省所管の国勢調査、国民生活白書などの政府によりまとめられた各種白書がある。これらの統計データなどに基づき、平成25年の嫡出でない子の相続分違憲決定においても、国民の法律婚尊重の意識は幅広く浸透していることが説示されている」¹⁰³と指摘している。

2 法律婚に関する統計等の資料及びその概要

上記1で指摘されているような、近時の法律婚に関する統計等の資料及びその概要は、以下のとおりである。

(1) 平成17年版国民生活白書（子育て世代の意識と生活）

内閣府の平成17年版国民生活白書（子育て世代の意識と生活）（甲A236）は、国勢調査及び人口動態統計等をもとに、結婚しても子供のいない世帯の割合が増加し、出生数が減少して少子化が進んでいることを指摘し、また、その要因として、出生率の低下、晩婚化、非婚化の進行を指摘している（4～15頁）。

未婚者の結婚についての意識については、国立社会保障・人口問題研究所の出生動向基本調査をもとに、「いずれ結婚するつもり」と回答した人の割合

¹⁰² 伊藤正晴・最判解民事篇平成25年度393頁。

¹⁰³ 加本牧子・最判解民事篇平成27年度（下）（甲A156）670頁。

はわずかに減少しているものの、依然として90%以上を占めており、結婚するつもりのない人は少ないことを指摘している(16～17頁)。また、人口動態調査特殊報告をもとに、妊娠が結婚に先行する、いわゆる「できちゃった婚」が増加していることを指摘し¹⁰⁴、その理由として、内閣府の国民生活選好度調査をもとに、「独身の時に子どもができれば結婚した方が良い」と考える人の割合が多数を占めており、法律婚を重視する伝統的な意識が「できちゃった婚」に反映されていると考えられることを指摘している(54～56頁)。

離婚に関しては、人口動態統計をもとに、離婚件数の増加傾向を指摘し、内閣府の国民生活選好度調査をもとに、離婚に対して特に女性の抵抗感は薄れてきていると考えられ、それが離婚の実態にも現れてきていると指摘している(56～58頁)。また、人口動態統計をもとに、子どものいる夫婦の離婚件数、子どもを伴った再婚件数の増加を指摘している(58～59頁)。

事実婚に関しては、「法律に基づく婚姻届は出さず、事実上の結婚生活を送ることを選択している人たちも多くなっていると言われている」(61頁)と指摘しているが、具体的な統計資料は引用されていない。

(2) 平成25年版厚生労働白書(若者の意識を探る)

厚生労働省の平成25年版厚生労働白書(若者の意識を探る)(甲A238)は、人口動態統計等をもとに、少子化による若年者の減少、未婚率の上昇などを背景に我が国の婚姻件数は減少傾向にあり、近年はほぼ横ばいで推移していること、大学進学率の上昇、独身者の意識変化などを背景に結婚する年齢が高くなる晩婚化が進行していること、諸外国と比較して婚外子の割合が

¹⁰⁴ 千葉勝美『憲法判例と裁判官の視線』(有斐閣, 令和元年)(甲A237)251～252頁が、「〔婚外子相続分差別違憲決定の——引用者注〕法廷意見にあるとおり……婚姻届を提出するかどうかの判断が第一子の妊娠と深く結びついているとみられるなど(いわゆる「できちゃった婚」である。)」と述べていることからすると、同決定の「婚姻届を提出するかどうかの判断が第一子の妊娠と深く結び付いているとみられる」との判示は、「できちゃった婚」の増加に関する平成17年版国民生活白書の記述を踏まえたものと解される。

極めて低い我が国では、晩婚化に伴って晩産化も併せて進行していることを指摘し、また、国勢調査をもとに、未婚率が上昇していることを指摘している（56～59頁）。

結婚についての基本的な考え方については、内閣府の男女共同参画社会に関する世論調査等をもとに、「結婚して一人前や、結婚するのが当たり前といったような社会的な圧力が弱まるとともに、結婚が家や親のためでもない個人を中心に据えたものへ変化する中で、結婚は人生の選択肢の一つとして捉えられるようになってきている。結婚するかしないかについての自由度は高まっていると言える」と指摘している（59～61頁）が、他方で、国立社会保障・人口問題研究所の出生動向基本調査をもとに、いずれは結婚しようとする未婚者の割合は9割弱で推移しており、依然として高い水準にあるとし、若者の結婚願望は決して低いわけではないと指摘している（65～66頁）。

離婚に関しては、人口動態統計をもとに、離婚数の推移は婚姻数の減少などの影響で近年減少傾向にあることが指摘されているが、内閣府の国民生活選好度調査をもとに、離婚に対する抵抗感は薄れてきていると考えられると指摘している（62～64頁）。

(3) 平成30年版我が国の人口動態

厚生労働省の平成30年版我が国の人口動態（甲A239）は、婚姻件数は2016年（平成28年）から再び減少し2016年（平成28年）は戦後最少となったこと、夫・妻の平均初婚年齢は年々上昇傾向にあることを指摘している（30～32頁）。

婚姻率については、1971年（昭和46年）をピークに急激に低下し、近年は増減を繰り返しながら減少し続けているものの、2016年（平成28年）では、ヨーロッパ諸国（スウェーデン、ロシアを除く）に比べて高くなっている（ただし、ヨーロッパ諸国では出生に占める嫡出でない子の割合が多いことから、婚姻率を比較する場合に注意が必要である）ことが指摘さ

れている（33頁）。

出生に占める嫡出でない子の出生割合については、我が国が2.3%（2016年）であるところ、アメリカ合衆国が40.3%（2015年）、フランスが59.1%（2015年）、ドイツが35.0%（2015年）、イタリアが30.0%（2015年）、スウェーデンが54.7%（2015年）、イギリスが47.9%（2015年）であるとされている（33頁）。

(4) 平成30年国民生活基礎調査の概況

厚生労働省の平成30年国民生活基礎調査の概況（甲A240）によると、児童のいる世帯の全世帯に占める割合は、1986年（昭和61年）には46.2%であったが、その後は年々減少していき、2018年（平成30年）には22.1%となっている（7頁）。

(5) 令和元年版少子化社会対策白書

内閣府の令和元年版少子化社会対策白書（甲A241）は、人口動態統計をもとに、出生数は1991年（平成3年）以降増加と減少を繰り返しながら緩やかな減少傾向にあること、合計特殊出生率は2005年（平成17年）過去最低である1.26まで落ち込み、近年は微増傾向が続いているが2017年（平成29年）は前年を0.01ポイント下回ったことを指摘している（4～5頁）。

婚姻件数及び婚姻率に関しては、人口動態統計をもとに第1次ベビーブーム世代が25歳前後の年齢を迎えた1970（昭和45年）から1972年（昭和47年）以降は低下傾向となり、2017年（平成29年）はいずれも過去最低となったことを指摘している（13頁）。また、国勢調査をもとに、未婚化が進行していること、人口動態統計をもとに、晩婚化、晩産化が進行していることを指摘している（15～16頁）。

未婚者の結婚に対する意識に関しては、国立社会保障・人口問題研究所の出生動向基本調査をもとに、「いずれ結婚するつもり」と答えた未婚者の割合

は、ここ30年で若干の低下はあるものの、男女ともに依然として高い水準を維持していると指摘している（18～19頁）。

(6) 2019年版人口統計資料集

国立社会保障・人口問題研究所のウェブサイトに掲載されている2019年版人口統計資料集のうち、以上に関連すると考えられるデータとして、以下のものを証拠提出する。

- ① 表3-1 出生数，死亡数，自然増加数および率：1873～2017年（甲A242の1）
- ② 表4-5 主要先進国の合計特殊出生率：1950～2017年（甲A242の2）
- ③ 表4-18 嫡出でない子の出生数および割合：1920～2017年（甲A242の3）
- ④ 表6-1 初婚・再婚別婚姻数および婚姻率：1883～2017年（甲A242の4）
- ⑤ 表6-2 種類別離婚数および離婚率：1883～2017年（甲A242の5）
- ⑥ 表6-12 全婚姻および初婚の平均婚姻年齢：1899～2017年（甲A242の6）
- ⑦ 表7-22 家族類型別一般世帯における子どもおよび高齢者のいる割合：1980～2015年（甲A242の7）

第4 釈明事項5（憲法14条違反の主張に関し，同法24条は婚姻をするについての自由を憲法上の権利として保障するものであるとの見解以外の見解（例えば，再婚禁止期間違憲訴訟判決が採用した見解）に立った場合を前提とした予備的主張をするか否か，するとした場合でも，その余の主張は，婚姻をするについての自由を権利として保障するものであるとの見解に立った場合の主張と

同様と理解して差し支えないか否か) について

- 1 前段については、後記3のとおり、そのような主張をする。また、後段については、そのような理解で基本的に差し支えない。

原告らの主張を整理すると、以下のとおりである。

- 2 原告らの第1の主張は、訴状及び原告ら第2準備書面で主張したとおり、本件規定は、憲法24条1項が保障する憲法上の権利である婚姻の自由（婚姻をするについての自由）を正当な理由なく侵害している点で憲法24条1項に違反し、また、憲法上の権利としてその自由が保障された婚姻について合理的な根拠のない差別的な取扱いをするもので憲法14条1項及び憲法24条2項に違反するというものである。

これに対し、再婚禁止期間違憲判決は、「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のと解することができる」と判示しているところ、原告ら第2準備書面23～24頁で指摘したとおり、かかる判示は、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¹⁰⁵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」¹⁰⁶ものと解されるものであり、「婚姻をするについての自由」の侵害の有無が直接的に問われた事案における判断を示したものではない。

したがって、同判決の判示のみからは、「婚姻をするについての自由」が憲法24条1項の保障する憲法上の権利であると解すべきか否かは必ずしも明らかではないが、原告ら第2準備書面23～24頁で述べたとおり、調査官解説の

¹⁰⁵ 加本牧子・最判解民事篇平成27年度（下）（甲A156）669頁。

¹⁰⁶ 加本牧子・最判解民事篇平成27年度（下）（甲A156）670頁。

記述等も踏まえると、同判示の背後には、「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いうことができるとする考え方が存するものと解すべきである。

- 3 その上で、原告らは、第 2 の主張として、仮に、再婚禁止期間違憲判決が当該事案の解決に必要な限りで示した、「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」との見解に立った場合でも、本件規定は憲法 14 条 1 項及び憲法 24 条 2 項に違反する旨を主張する。

すなわち、同判決は、上記判示のような見解を前提とした上で、民法の規定が再婚をする際の要件に関し男女の区別をしていることにつき、「そのような区別をすることの立法目的に合理的な根拠があり、かつ、その区別の具体的内容が上記の立法目的との関連において合理性を有するものであるかどうかという観点から憲法適合性の審査を行うのが相当である」として、憲法 14 条 1 項及び憲法 24 条 2 項適合性の判断枠組みを示しているところ、異性間の婚姻のみを認め、同性間の婚姻を認めないという区別をしている本件規定に合理的な根拠を認めることができないことについては、訴状 38～58 頁及び原告ら第 2 準備書面 32～45 頁で論じたとおりである。

また、同判決は、上記のような立法の合理性の有無を判断するに当たり、昭和 22 年の民法改正以降の婚姻及び家族の実態や変化や諸外国の立法の動向という社会状況の変化も考慮しているところ、本件規定についても、本件規定制定以来の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を排除すべき理由はもはや存しないものと解されることについては、原告ら第 2 準備書面 17～19 頁で論じたとおりである。

- 4 以上のとおり、原告らの第 1 の主張及び第 2 の主張のいずれによっても、本件規定が憲法に違反するものであることは明らかである。

以上