

【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」愛知訴訟（名古屋地裁）・第5回期日（20200630）で提出された書面です。

平成31年（ワ）第597号 損害賠償請求事件

原告 大野利政、鷹見彰一

被告 国

第 3 準 備 書 面

2020年（令和2年）6月23日

名古屋地方裁判所民事第8部合議A2係 御中

原告ら訴訟代理人 弁護士 矢 崎 暁 子

(代)

同 弁護士 山 田 麻 登

(代)

同 弁護士 堀 江 哲 史

同 弁護士 浦 野 智 文

(代)

同 弁護士 進 藤 一 樹

(代)

同 弁護士 砂 原 薫

(代)

第1	本件における憲法判断の対象について.....	4
第2	法律上の「婚姻」と憲法上の「婚姻」とは区別して論ずる必要があること	5
第3	憲法24条1項による婚姻の自由の保障は同性の相手と婚姻する自由を含む ものと解すべきこと	6
1	原告らの主張	7
2	被告の主張する「文言解釈」の不適切性	7
(1)	被告の主張	7
(2)	憲法24条1項の「両性」という文言により同項の「婚姻」から同性間の 婚姻が当然に排除されることにはならないこと.....	8
(3)	憲法24条1項が憲法制定時における「婚姻」の意味を固定化したものと 解すべき理由のないこと	10
(4)	被告の引用する憲法学説は被告の主張の裏付けとなるものではないこと	12
3	婚姻と生殖の結びつきから「婚姻」の当事者が男女に限られるものであるか のように述べる被告の主張の誤り	16
(1)	被告の主張	16
(2)	憲法24条1項の文言，制定経緯及び趣旨に照らしても同項が生殖のため に婚姻を保護したものと解すべき理由は見当たらないこと	17
(3)	再婚禁止期間違憲判決の趣旨からも憲法24条1項が生殖のために婚姻の 自由を保障したものと解されないこと	19
4	小括	21
第4	被告第2準備書面に対する反論	21
1	「第1 現行の婚姻制度の由来，沿革，趣旨，目的等について」について	21
(1)	「1 婚姻制度についての伝統的な理解について」に対する認否反論..	21
(2)	「2 明治以来，現行の民法に至るまでの婚姻制度の由来，沿革，趣旨，	

目的等について」に対する認否反論	24
2 「第2 両性間の婚姻を認めていない民法及び戸籍法の規定が憲法24条1項に違反するものではないこと」に対する反論	28
(1) 原告らの主張	28
(2) 「2 本件規定は憲法24条1項に違反するものではないこと」について	29
(3) 「3 被告の主張に対する原告らの反論は理由がないこと」について ..	31
3 「第3 本件規定が憲法14条1項に違反するものではないこと」に対する反論	34
(1) 原告らの主張	34
(2) 「2 憲法24条1項が同性婚を想定しておらず，これを保障していない以上，憲法14条1項違反の問題は生じ得ないこと」について	35
(3) 「3 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ことに合理的な根拠を認めることができないとの原告らの主張は理由がないこと」について	39
4 「第4 本件立法不作為が国賠法上違法と評価される余地はないこと」に対する反論	50
第5 違憲であることが国会にとって明白になった時期について	51
1 裁判所からの求釈明事項	51
2 原告らの主張	51
3 理由を裏付ける事実の補足	54

第1 本件における憲法判断の対象について

裁判所が特定の法令の規定について違憲審査権を行使するに当たっては、まず当該法令の規範内容を確定することが前提となる¹。

この点に関し、被告は、「明治民法が制度化した婚姻は男女間の結合を前提としたものであり、そこでは同性婚の存在は想定されていなかった」（被告第2準備書面8頁）、「現行民法が制定された際にも、現行民法の文言、改正案の提案理由及び改正時の国会審議の状況に照らせば、現行民法の制定時において、婚姻の当事者が男女であるという前提には変更がな〔かった〕」（同8～9頁）と述べている。

また、明治民法及びその一部改正により成立した現行民法には、当事者が異性であることを婚姻の要件として明示する規定はなく、当事者が同性であることを婚姻障害事由や婚姻の無効ないし取消事由として明示する規定も存しないところ、このことについて、明治民法の起草者は、「蓋シ婚姻トハ男女間ノ関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」²と説明している³。

このような被告の主張並びに婚姻に関する民法の規定及びその沿革からすれば、明治民法及びその一部改正により成立した現行民法の定める婚姻制度は、異性（男女）間の結合関係のみを対象としたものであり、現時点までにおいても、その点についての変更はないものと解される。

そうすると、本件において憲法判断の対象となるべき法令の規定（「本件規

¹ 尾島明「再婚禁止期間と夫婦同氏制に関する最高裁大法廷の判断」法律のひろば69巻4号（2016年）（甲A164）67頁参照。

² 梅謙次郎『民法要義卷ノ四』（甲A165）118頁。

³ 旧民法人事編の起草者も「婚姻ハ男女ノ会社」であるとして同旨の説明をしている。熊野敏三『民法草案人事編理由書上巻』（甲A166）74丁表裏。

定)とは、現行民法及び戸籍法中の特定の条文やその文言(それらの解釈⁴を含む。)を指すものではなく、婚姻制度を定める法律である現行民法及び戸籍法が全体として異性間の婚姻のみを対象とし、同性間の婚姻を認める規定を何ら設けていないこと(同性間の婚姻を認める規定の不存在)を指すことになるものと解される⁵。

本件では、明治民法が制定された1898年(明治31年)以来その内容が改められることのなかった本件規定が、1947年(昭和22年)に施行された日本国憲法の下、現代において、なお憲法に適合すると言い得るのが問われている。

第2 法律上の「婚姻」と憲法上の「婚姻」とは区別して論ずる必要があること

前記第1で述べたことは、法律上の「婚姻」制度に関するものであり、憲法上の「婚姻」や「婚姻の自由」の保障の意義に関するものではない。

この点、被告は、「婚姻は、必然的に一定の法制度の存在を前提としている以上、仮に婚姻に関する自己決定権を観念できるとしても、その自己決定権は法制度の枠内で保障されるものにとどまると考えられる」(被告第2準備書面11頁)、「原告らの主張する『望む相手と意思の合致のみにより自律的に法律婚をなし得る権利』とは、憲法24条2項の要請に従って創設された現行の法制度の枠を超えて、同性の者を婚姻相手として選択できることを含む内容の法制度の創設を求めるものにほかならない」(同11～12頁)などとして、あたか

⁴ 以上の論じたところからすれば、現行法上同性間の婚姻が認められないことを、婚姻意思の欠如や婚姻障害事由により説明したり、憲法24条1項の規定により説明したりする民法学説は、(特に憲法判断の対象となる法令の規定の確定という観点から見た場合には)的確なものであるとは言い難い。

⁵ この点、台湾大法官2017年5月24日解釈(甲A101の2)においても、「現行婚姻章が一男一女の永続的な結合関係だけを規定し、性別を同じくする両名に同様の永続的結合関係を成立させていない」(同4頁)という法規定の不存在が違憲判断の対象とされており、関係機関に対し、「関係する法律を改正ないし制定しなければならない」(同1頁)との要請がなされている。

も、(現行)法律上の「婚姻」制度の内容によって憲法上の「婚姻」や「婚姻の自由」の保障の内容が確定されるものであるかのように主張する。

しかしながら、このような被告の主張は、「憲法上の人権の内容が何故下位法の解釈により決せられるかについて素朴な疑問」⁶を生ずるものである上、仮に、被告の主張するように、憲法上の「婚姻」や「婚姻の自由」が現行の婚姻制度を前提としたものに過ぎないものであるとするならば、婚姻制度を規定する法律によって「婚姻に対する直接的な制約」(再婚禁止期間違憲判決)が課されるという事態を想定し得なくなる⁷という点でも明らかに不合理なものである。法律の規定による「婚姻に対する直接的な制約」の有無を論ずるためには、法律上の「婚姻」と憲法上の「婚姻」とは区別される必要がある。

被告は、別のところ(被告第2準備書面7～8頁,10頁)においても、民法学説と憲法学説を並列的に引用するなどして、法律上の「婚姻」と憲法上の「婚姻」との区別を曖昧にし、あたかも、法律上の「婚姻」について述べられていることが憲法上の「婚姻」にも当然に当てはまるかのように論じているが、このような議論は、法律論と憲法論の区別をわきまえない誤ったものであり、また、ミスリーディングなものであるといわざるを得ない。

第3 憲法24条1項による婚姻の自由の保障は同性の相手と婚姻する自由を含むものと解すべきこと

⁶ 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)(甲A167)737頁。なお、同調査官解説は、「氏に関する利益」については、それが「一定の法制度を前提とする利益」であるとした上で法制度と人権の関係を論じている(甲A167・737～739頁)が、「婚姻をするについての自由」については、それが「一定の法制度を前提とする自由」であるなどと述べるところは見当たらない。再婚禁止期間違憲判決についての調査官解説である加本牧子『最高裁判所判例解説民事篇平成27年度(下)』(甲A156)も同様である。

⁷ 仮に、被告のような見解に立つのであれば、6か月の再婚禁止期間を定める規定を有する法律上の「婚姻」制度の枠内では、「婚姻の自由」とは「6か月の再婚禁止期間を経過した後に婚姻をする自由」を意味することになり、6か月の再婚禁止期間を定める規定を「婚姻の自由」に対する制約であるとみることはできないことになろう。

1 原告らの主張

原告ら第2準備書面において論じたとおり、憲法24条1項は、「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する婚姻の自由を保障した条項と解されるところ、同項の制定経緯及び趣旨、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て検討すれば、同項によ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ものであり、同性の相手と婚姻する自由を含むものと解すべきである。

2 被告の主張する「文言解釈」の不適切性

(1) 被告の主張

これに対し、被告は、依然として、憲法24条1項の「両性」という文言に拘泥し、「同項にいう『両性』がその文言上男女を表すことは明らかであるから、憲法は、『両性』の一方を欠き、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2準備書面9頁）などという主張を繰り返している。

しかしながら、本件で問題となるのは、憲法24条1項の「両性」の文言の解釈（のみ）ではなく、同項が保障する婚姻の自由が同性間の婚姻を含むか否か（あるいは、同項が同性間の婚姻を法律で認めることを許容しているか否か）という点である。これらの点を明らかにするためには、「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」ものとしている同項の規定全体の解釈を明らかにする必要があるのであって、その中の「両性」という文言のみを抜き出して、その辞書的意味を論ずるだけで足りるものでないことは明らかである。

この点、被告も、上記のような主張では足りないことを自覚してか、被告第2準備書面では、従前の主張を補充して、「憲法24条1項の『両性』が男女を指すことは明らかであるから、同項の『婚姻』とは異性間の婚姻をいう」

(同11頁),「同項の制定に至るまでの過程においては,常に『男女』又は『両性』という文言が用いられており,一貫して性別の異なる者同士の結合について「婚姻」と表現されている」(同13頁),「憲法審議においても,…婚姻が男女間のものであることを当然の前提としていたことがうかがわれる議論がされている」(同13頁)と述べるに至っている。

以上のような被告の主張は,要するに,憲法24条1項に男女を意味する「両性」という文言が用いられていること及び同項の制定時において「婚姻」の語が男女間の結合関係を意味することが当然の前提とされていたことを根拠として,同項にいう「婚姻」とは異性(男女)間の婚姻のみを意味し,同性間の婚姻はそこから排除されるものと解釈すべきである旨をいうものと解される。

しかしながら,以下に述べるとおり,被告の主張するこのような「文言解釈」⁸も,なお不適切なものであるといわざるを得ない。

(2) 憲法24条1項の「両性」という文言により同項の「婚姻」から同性間の婚姻が当然に排除されることにはならないこと

ア 被告の「文言解釈」は,殊更に「両性」という文言のみに着目するものであるが,憲法24条1項は,「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」と規定するものであり,「両性」という文言のみからなるものではないから,文言解釈に当たっては,同項の文言全体にも着目する必要がある。

⁸ このような「文言解釈」は,憲法解釈とは憲法の文言の憲法制定時における意味(原意)を明らかにすることであるとして,文言外の理念や憲法制定後の事情を憲法に読み込むことを排除する考え方(原意主義)に類するものであるが,このような考え方については,文言の意味すら必ずしも一義的に明らかではない上に規範総体の意味となれば多くの場合一層不明確であること,また,憲法の理念や制憲後の事情を排除しては現実が要請する妥当な解釈となり得ないことから,その「原意」なるものに固執することは妥当ではないとの評価がなされている。横田耕一・高見勝利編『ブリッジブック憲法』(甲A139)103～104頁(横田耕一執筆部分)。

仮に、憲法24条1項の文言が現在のようなものではなく、「婚姻とは、両性間の結合である」とか、「婚姻とは、両性間の結合を意味する」などと規定するものであったとすれば、憲法上の「婚姻」を両性（男女）間の結合関係に限定する趣旨であることがその文言の意味のみから明らかであると言い得たかもしれない⁹が、実際の同項の文言はそのようなものにはなっていないことからすれば、同項がそのような趣旨のものであるか否かをその文言のみを根拠として決することは困難である。

イ また、『両性』がその文言上男女を表すことは明らかであるから、憲法は、『両性』の一方を欠き、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、「両性」の文言を「婚姻の当事者である（一人の）男性と（一人の）女性」という意味に解するものであるところ、このような解釈は、「両性」という文言の辞書的意味のみから導かれるものとはいえない。

上記のような読み換えを行う被告の解釈は、「婚姻の当事者は（一人の）男性と（一人の）女性である」という結論を先取りしたものであるか、そうでなければ、「文言解釈」の装いの下に「婚姻において重要なのは当事者の意思である」（したがって、憲法24条1項の「両性」は、「婚姻の当事

⁹ 「婚姻」を男女間の結合関係に限定する趣旨の諸外国の規定例を見ると、1996年にアメリカ連邦議会が制定した婚姻防衛法3条（アメリカ連邦最高裁の2013年の Windsor 判決で違憲無効とされた。）では、「議会が制定した全ての法律又は合衆国の種々の行政機関の全ての裁定、規則若しくは解釈の意義を決定するにつき、『婚姻』の語は1名の男性と1名の女性との夫及び妻としての法的結合だけを、『配偶者』の語は夫又は妻である異性の者だけを意味する」との文言が用いられている。尾島明「同性婚の相手方を配偶者と認めない連邦法の規定と合衆国憲法」（甲A155）、藤倉皓一郎・小杉文夫編『衆議のかたち2』（羽鳥書店、2017年）（甲A168）77頁参照。また、近年において婚姻を男女間の結合に限定するための改正がなされた東欧諸国の憲法では、「国家は、男性と女性の結合である婚姻を保護し助成する」（ラトビア共和国憲法110条）、「婚姻は、一人の男性と一人の女性の結合である」（クロアチア共和国憲法61条2項）、「婚姻は、一人の男性と一人の女性の結合」（スロバキア共和国憲法41条1項）などの文言が用いられている。ダグマ・ケスター＝バルチェン（床谷文雄訳）「ヨーロッパにおける同性婚の導入と養子法の問題」名古屋大学法制論集281号（2019年）（甲A169）304頁参照。

者は（一人の）男性と（一人の）女性である」の意味に解すべきである。）という観念を密かに解釈の前提にするものと解せざるを得ない。

この点、憲法24条1項の制定趣旨に照らせば、同項の背後に「婚姻において重要なのは当事者の意思である」という観念が存することは疑いのないところであるが、そのような観念を前提とするのであれば、同項の「両性」という文言は、「婚姻の当事者」を示す点に重点を置いたものであり、憲法上の「婚姻」を両性（男女）間の結合関係に限定する趣旨で用いられたものではないとする解釈も十分な合理性、正当性を有することになるものである。

ウ 以上に述べたところからすれば、憲法24条1項の「両性」という文言のみを根拠として、同項にいう「婚姻」とは異性（男女）間の婚姻のみを意味し、同性間の婚姻はそこから排除されるものと解すべきであると結論付けることはできないことは明らかである。

(3) 憲法24条1項が憲法制定時における「婚姻」の意味を固定化したものと解すべき理由のないこと

ア 被告は、憲法24条1項の制定時において「婚姻」の語が男女間の結合関係を意味することが当然の前提とされていた旨を述べるところ、当時、我が国に同性間の婚姻を認める法律の規定がなかったことや諸外国においても同性間の婚姻を認める立法例が存在しなかったことからすれば、一般に「婚姻」という場合には異性（男女）間の婚姻が念頭に置かれていたであろうこと、そして、そのことを前提に憲法審議がなされ、同項が制定されたであろうことについては、歴史的な事実としては特に争うものではない。

イ しかしながら、憲法24条1項の制定時における「婚姻」の語の一般的な意味が上記のようなものであったとしても、そのような歴史的な事実のみからは、同項にいう「婚姻」を、現在においても（あるいは、憲法が改

正されるまで)、異性(男女)間の婚姻のみと解し、それ以外の意味には解し得ないということにはならない。

このことは、例えば、憲法制定時にはインターネットを通じた表現や通信が想定されていなかったとしても、そのことを理由にそれらが「表現の自由」(憲法21条1項)や「通信の秘密」(同条2項)の保障の埒外にあるものと解されるものではないことや、法制度に関しても、憲法制定時には必ずしも想定されていなかった裁判官と国民とで構成される裁判体が憲法上の「裁判所」に当たり得るものと解されていること(最大判平成23年11月16日参照)などから明らかである。

ウ なお、仮に、憲法24条1項の制定趣旨ないし制定者意思が、「婚姻」を異性(男女)間の婚姻のみに限定し、それを不変のものとして将来にわたって固定化しようとするものであったとすれば、そのことをも根拠として、現在においても同項にいう「婚姻」とは異性(男女)間の婚姻のみを意味するものと解すべきであるとする立論も考えられなくはない。

しかしながら、同項の制定趣旨ないし制定者意思がそのようなものであったという証拠は全く存しないし(同項の制定過程において同性間の婚姻を排除する趣旨か否かが議論された形跡のないことについては、被告も争わないものと解される。被告第2準備書面17頁参照。)、前記(2)で指摘したとおり、同項の文言からそのような趣旨ないし意思が明らかであるということもできない。

エ 以上に述べたところからすれば、被告の主張するように、憲法24条1項の制定時において、「婚姻」の語が男女間の結合関係を意味することが前提とされていたとしても、そのことを根拠として、同項にいう「婚姻」とは異性(男女)間の婚姻のみを意味し、同性間の婚姻はそこから排除されるものと解すべきであると結論付けることができないこともまた明らかである。

(4) 被告の引用する憲法学説は被告の主張の裏付けとなるものではないこと

ア 被告は、被告の主張の裏付けとして、①「同性間の婚姻が異性間の婚姻と同程度に保障されると解することは憲法の文言上困難である」¹⁰とする渋谷秀樹教授の学説、②『『両性の合意』という文言からすると、憲法は同性愛者間の家庭生活を異性間のそれと同程度に配慮に値するものとは考えていないように思われる」¹¹とする長谷部恭男教授の学説、③「現時点で、憲法が同性婚を異性婚と同程度に保障しなければならないと命じているわけではないとの理解が大方のところであろうと思われる」¹²とする川岸令和教授の学説、④「通説は、24条の『両性』を **both sexes** という定めとして捉え、24条下では同性婚は容認されないと解してきた」¹³とする辻村みよ子教授の学説（ただし、当該引用部分は辻村教授自身の見解¹⁴を述べるのではない。）を引用している。

しかしながら、このような被告による憲法学説の引用は、学説の一部を恣意的に抜き出すものであり、適切なものとはいえない。

イ すなわち、①渋谷教授は、被告の引用する文献において、「ただし、同性間の婚姻あるいは婚姻に準ずる関係（パートナー）を認める国が増加し、従来の社会通念の根本的な見直しを迫っている」¹⁵旨を述べているほか、「婚姻の実質的内容については憲法も民法も規定していないが、テーブルとベッドをともにする関係、つまり寝食をともにし、性的結合をもつ関係と一応定義することができる。しかし、単身赴任等の理由による別居、セ

¹⁰ 渋谷秀樹『憲法（第3版）』（有斐閣、2017年）（甲A170＝乙13）463頁。

¹¹ 長谷部恭男『憲法 第7版』（乙14）187頁。

¹² 長谷部恭男編『注釈日本国憲法(2)』（甲A146＝乙15）510頁（川岸令和執筆部分）。

¹³ 辻村みよ子『憲法と家族』（乙17）129頁。

¹⁴ 辻村教授自身の見解は、「同性婚は家族の形成・維持に関する自己決定権（13条）によって保障され、24条との調整の問題だ」とするものである。辻村みよ子・山元一編『概説憲法コンメンタール』（甲A147）155頁（糖塚康江執筆部分）参照。

¹⁵ 渋谷秀樹『憲法（第3版）』（甲A170＝乙13）463頁。

ックストレス夫婦の増加現象の前に法的定義は無力である」¹⁶、「憲法24条は、家制度の解体と男女の家庭生活における平等の側面が注目された。…しかし、家族のあり方が急激に多様化しつつある現在においては、改めてこの条項は、結社の一類型である家族を形成する権利の一般法的規定と読みなおす必要がある」¹⁷、「どのような家族を形成していくかは、本来1人ひとりが決定する個人的な問題である。これらの法律〔少子化対策を目的とする法律を指す ※引用者注〕が、多様な家族観をもつ個人を公平に支える社会環境の整備を推進しようとするものではなく、一定の家族観を前提とし、それを推奨する施策を推進しようとするものだとすれば、『個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚』していない違憲の法律と評価されることになる」¹⁸と述べている。

②長谷部教授は、被告が引用する文献とは別の文献で、同性間の婚姻に関し、「私人に対して何らかの権限を与える。家族を構成するとか、あるいは、その構成した家族と一緒に暮らしていくとか、という選択を認めるか認めないかという点でも、法制度は社会生活あるいは社会意識に対して強いインパクトを持っていますから、そのレベルで憲法の趣旨にあっているかないかという、そういう話はできるでしょうね」¹⁹、「典型的な家族というのはどういうものかという点については24条は一定の想定をおいているかもしれませんが、典型的でない家族像を否定しているかどうか、ということについてまでは24条はそれほど強い観念を持っていないという理論も、私は十分にありえるとおもいますけどね」²⁰と述べている。

③川岸教授は、被告の引用する文献において、「個人の尊厳を重視した婚

¹⁶ 渋谷秀樹『憲法（第3版）』（甲A170＝乙13）463頁。

¹⁷ 渋谷秀樹『憲法（第3版）』（甲A170）467頁。

¹⁸ 渋谷秀樹『憲法（第3版）』（甲A170）468頁。

¹⁹ 長谷部恭男＝木村草太「〔座談会〕憲法を使いこなす」Law and practice 9号（2015年）（甲A171）19頁。

²⁰ 長谷部恭男＝木村草太「〔座談会〕憲法を使いこなす」（甲A171）19頁。

姻の自由の観点からは同性婚の否定は望ましいことではないであろう。ただ本条1項は『両性の合意のみに基いて成立』する婚姻という概念を明文で採用しており、そのことをどう理解するかがポイントとなる。文言を重視した解釈によれば、憲法は同性婚を容認していないということになる。この立場からは、同性婚は幸福追求権（13条）の解釈に委ねられ。それでも難しい場合には憲法改正が必要ということになる。これに対して本条項の経緯を重視した解釈では、『両性の合意』の強調は戦前の家制度の否定にすぎず、当時広く問題と認識されていなかった同性婚についてはことさら排除する趣旨ではないと理解することもできよう²¹と述べている。

④辻村教授は、被告の引用する文献において、「日本では、憲法24条解釈の問題として、憲法制定当時においては、同性婚が念頭になかったことは明らかと思われるような立法事実を認めつつも、状況の変化によってこれを認めようとする動きもあるなど、解釈の幅は広がっている。24条1項の『両性の合意のみ』は、戦前の家制度において当事者以外の承認を必要としていたことに対応する規定であり、憲法制定時には同性婚はまったく念頭になかったと思われる反面、上記のような状況の変化を理由とする今日の学説の変化も、個人の尊重や幸福追求権が重視される昨今では、あながち無理な解釈とは言えないのが現状である²²と述べている。

更に、被告は引用していないが、⑤宍戸常寿教授は、学説の整理として、『両性』『夫婦』の語および同条制定時の『婚姻』制度を前提にすれば、憲法24条1項にいう『婚姻』が民法にいう『婚姻』、すなわち男女の1対1の結合（一夫一婦制）であって戸籍法上の届出を行ったもの（法律婚）を指していることは、ひとまず明らかである。問題は、それ以外の異性な

²¹ 長谷部恭男編『注釈日本国憲法(2)』（甲A146＝乙15）509～510頁（川岸令和執筆部分）。

²² 辻村みよ子『憲法と家族』（乙17）129頁。

いし同性間の結合が憲法上の『婚姻』に含まれるかどうかである。多数説は、憲法24条が『近代的家族観』——『前近代的』な『家』制度との対比で用いられる——を採用したとの理解を前提に、憲法上の『婚姻』を現行民法上の婚姻に限定する一方で、それ以外の結合は家族の形成・維持に関する自己決定権（13条）によって保障されうる、と解している。他方で憲法24条の規範内容は『近代的家族観』を超えるものであり、同性婚も憲法上認められるとの見解もある²³と述べている。

ウ 以上に見たところからすれば、被告の引用する憲法学説が、「憲法は、『両性』の一方を欠き、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」などと断ずる被告の主張と同旨を述べるものでないことは明らかであるし、また、憲法24条1項の「両性」という文言を根拠として、同項にいう「婚姻」から同性間の婚姻が当然に排除されるものと解すべき旨を述べたものでないことも明らかである。

なお、被告は、自らの主張を要約して、「憲法24条1項は、同性婚について異性間の婚姻と同程度に保障しなければならないことを命じるものではないと解するのが相当である」（被告第2準備書面9頁）などと述べ、あたかも、前記引用の憲法学説（①から③まで）と同旨を述べるかのように装っているが、被告の主張は、「異性間の関係としての婚姻以外については立法による制度の構築が要請されていない」（同19頁）、「憲法24条が、異性間の婚姻についてのみ明文で規定して法制度の構築を要請している以上、その帰結として、異性間の法律婚についてのみ制度化され、同性間の法律婚については制度化されない」（同19～20頁）と述べているように、実際には上記のような憲法学説とは異なり、「憲法24条は、同性間の婚姻を一切保障していない」あるいは「憲法24条は、同性婚の制度化を

²³ 渡辺康行ほか『憲法I 基本権』（甲A37）455頁（宍戸常寿執筆部分）。

容認していない」との旨を述べるものと解されるから、上記のような要約は不適切かつミスリーディングなものであるといわざるを得ない。

3 婚姻と生殖の結びつきから「婚姻」の当事者が男女に限られるものであるかのように述べる被告の主張の誤り

(1) 被告の主張

憲法24条1項の婚姻の自由の保障の内容（範囲）を確定するに当たっては、なぜ同項が婚姻の自由を保障したのかという趣旨・理由に遡った検討が必要となると解される。しかし、前記2のとおり、被告の主張は、専ら同項の文言のみに依拠するに留まり、同項が婚姻の自由を保障した趣旨・理由に遡って被告の主張するような「文言解釈」の正当性を論ずるところは見られない。

この点、被告の主張中には、「婚姻は、伝統的に生殖と結びついて理解されていた」（被告第2準備書面8頁）、「民法の婚姻制度の目的が、一般に、夫婦がその間に生まれた子どもを産み育てながら、共同生活を送るという関係に対して、法的保護を与えることにあるとされている」（同21頁）などとして、婚姻と生殖との結びつきを理由にその当事者が男女に限られる旨を述べるところもあるが、これらの論述は、その文脈（前者は「現行の婚姻制度の由来、沿革、趣旨、目的等について」という項目下のものであり、後者は「民法の婚姻制度の目的」に関するものである。）に照らせば、法律上の「婚姻」に関するものと解される²⁴のであり、憲法上の「婚姻」に関するものであるとは解されない。

もともと、前記第2でも指摘したとおり、被告が、法律上の「婚姻」と憲法上の「婚姻」との区別を曖昧にした論述をしていることからすると、上記のような被告の主張は、憲法上の「婚姻」についても、法律上の「婚姻」と

²⁴ なお、このような被告の論述が法律上の「婚姻」に関するものとしても不適切なものであることについては後述する。

同様に生殖と結びついて理解されるべきものであり、したがって、その当事者は男女に限られるとの旨を暗に示唆するものと解されなくもない。

しかしながら、このような解釈であったとしても、以下に述べるとおり誤ったものである。

(2) 憲法24条1項の文言、制定経緯及び趣旨に照らしても同項が生殖のために婚姻を保護したものと解すべき理由は見当たらないこと

ア 憲法24条1項の規定は、「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」というものであり、生殖や親子関係について明文で触れるところはない。この点で、例えば、ドイツのワイマール憲法119条が、「婚姻は、家庭生活及び国民の維持・増殖の基礎として、憲法の特別の保護を受ける。婚姻は、両性の同権を基礎とする」とした上で、「子どもの多い家庭への配慮」や母性保護を規定していたことと対比される²⁵。

また、同項についての憲法審議の過程においては、国民の家庭生活は保護されると定めてはどうかという修正案が出されたが賛成が得られず、また、「家族生活は、これを尊重する」とする規定を加える修正案が出されたが成立をみるに至らなかったという経緯も存する²⁶。

イ 以上のような文言及び制定経緯を有する憲法24条1項の趣旨について、憲法学説は次のとおり解説している。

① 法学協会編『註解日本國憲法上巻』

「婚姻や家庭に、国家的社会的意義を認め、それを維持保護しようとする態度をとるところまではいっていない。この点で、ワイマール憲法及びこれにならった諸憲法や世界人権宣言が、婚姻及び家族について規

²⁵ 木下智史ほか『新・コンメンタール憲法（第2版）』（甲A148）301頁。

²⁶ 樋口陽一ほか『注解法律学全集2憲法Ⅱ〔第21条～第40条〕』（甲A144）132頁（中村睦男執筆部分）

定するのと趣を異にしている」²⁷

② 佐藤功『ポケット註釈全書憲法（上）〔新版〕』

「本条は家族ないし家庭が個人の尊厳と両性の平等に基づくものたるべきことを定めるが、本条が『婚姻』についての規定からはじめられていることは、家族というものの基礎的構成単位が夫婦でありその基軸をなすものが夫婦すなわち婚姻関係（いわば対等の横の関係）であるとする思想を示しているといえよう。すなわち、この点は旧憲法下の旧民法〔明治民法を意味する——引用者注〕においては親子関係（いわば上下の縦の関係）が家族の基軸であるとされていた思想を根本的に改める意味をもつ」²⁸

③ 木下智史ほか『新・コンメンタール憲法（第2版）』

「家族に関する憲法上の規定には、先の条文〔ワイマール憲法119条を指す ※引用者注〕に代表されるように、家族形成、子どもの養育に対する国家の支援という社会保障的な観点と、家族関係における自由と平等の実現という観点がみられる」、「大日本帝国憲法は、家族に関する規定をもたなかったが、民法上、戸主が家族の婚姻等に同意権をもつなど身分上の監督権を有し、相続において『長子』や『男子』を優先するなど、封建的『家』制度が家族関係を支配していた。日本軍国主義の温床とみなされた『家』制度を解体して、家族関係に個人の尊厳と平等を確立することが、日本国憲法制定にあたっての課題であった。ここから、本条には、先の後者の観点、すなわち家族関係における自由と平等の実現が濃厚に現れている」²⁹

ウ 以上のような憲法24条1項の文言、制定経緯及び趣旨に照らせば、同

²⁷ 法学協会編『註解日本國憲法上巻』（甲A19）471頁。

²⁸ 佐藤功『ポケット註釈全書憲法（上）〔新版〕』（甲A143）413頁。

²⁹ 木下智史ほか『新・コンメンタール憲法（第2版）』（甲A148）301～302頁。

項が、国家的ないし社会的観点から、特に生殖のために婚姻を保護しようとしたものと解すべき理由は見当たらない。

(3) 再婚禁止期間違憲判決の趣旨からも憲法24条1項が生殖のために婚姻の自由を保障したものと解されないこと

ア 再婚禁止期間違憲判決は、「同条〔憲法24条 ※引用者注〕1項は……婚姻をするかどうか、いつ誰と婚姻をするかについては、当事者間の自由かつ平等な意思決定に委ねられるべきであるという趣旨を明らかにしたものと解される。婚姻は、これにより……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……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ことをも併せ考慮すると、上記のような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。

上記のような判示は、「婚姻をするについての自由」の憲法上の保障の直接的な根拠となり、その保障の内容（範囲）を確定するものとして、「憲法24条1項の規定の趣旨」を挙げた上で³⁰、その憲法上の位置付け（価値の重要性）を決定する際に併せて考慮すべき要素として、婚姻の「法律上の効果及び国民の「法律婚を尊重する意識」を挙げたものと解される³¹。

そして、ここで挙げられている憲法24条1項の規定の趣旨とは、「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」というものであり、調査官解説

³⁰ 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（「憲法24条1項があえてこのように規定していることから……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ではできようであろう」とする。）参照。

³¹ 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（「法律婚の効果及び国民の意識等も考慮すれば、『婚姻をするについての自由』の価値は憲法上も重要なものとして捉えられるべきであり、少なくとも、憲法上保護されるべき人格的利益として位置付けられるべきものと解することは可能であろう」とする。）参照。

によれば、「このような『婚姻をするについての自由』については……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」³²とされている。

このような判示及び調査官解説は、憲法24条1項による「婚姻をするについての自由」の憲法上の保障を、「当事者間の自由かつ平等な意思決定」や「意思決定の自由」、「憲法13条が基盤とする国民の自由・幸福追求の権利」という個人（国民）の観点から論ずるものであり、同項が、国家的・社会的観点から（あるいは個人の観点からも）生殖その他の目的が重要なものであるとし、その目的のために婚姻を保護しようとする趣旨のものであると論ずるところは見られない。

以上のことからすれば、憲法24条1項の規定の趣旨を根拠として「婚姻をするについての自由」の保障を認めた再婚禁止期間違憲判決の判示は、生殖その他の目的のための「婚姻」それ自体に重きを置いたものではなく、「婚姻をするかどうか、いつ誰と婚姻をするか」という自由な意思決定（自己決定）こそが個人の幸福追求にとって重要な価値を有するものであるとする（前記(2)で論じたような同項の文言、制定経緯及び趣旨に照らしても極めて正当な）観念を明らかにしたものと解すべきである。

イ これに対し、被告の主張中には、同判決の「婚姻は、これにより……夫婦間の子が嫡出子となること……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」との判示部分から、同判決は、「飽くまで既存の異性婚の婚姻制度を前提とした」ものであると述べるところがあり（被告第2準備書面14頁）、このような主張は、明示的ではないものの、同判決において婚姻の「重要な法律上の効果」として「夫婦間の子が嫡出子となること」

³² 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。

が挙げられていることからすれば、同判決のいう「婚姻をするについての自由」における「婚姻」が、生殖と結びついて理解されるべきであるとの旨を示唆するものとも考えられる。

しかしながら、前記2で論じたとおり、法律上の「婚姻」制度の内容（効果）によって、憲法上の「婚姻」や「婚姻の自由」の保障の内容が確定されるものとするのは逆立ちした誤った議論である。また、上記アで論じたとおり、同判決は、「婚姻をするについての自由」の憲法上の位置付け（価値の重要性）を決定する際に併せて考慮すべき要素として法律婚の効果（「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〔る〕」こと）を挙げたにとどまるものであるからしても、同判決が婚姻の「重要な法律上の効果」として「夫婦間の子が嫡出子となること」³³を挙げていることをもって、「婚姻をするについての自由」の憲法上の保障の範囲を生殖と結びついた「婚姻」に限定したものは到底解し得ないというべきである。

4 小括

原告ら第2準備書面において論じたところに加えて、以上に論じてきたところからすれば、「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する婚姻の自由の憲法24条1項による保障は、原告ら同性愛者等にも当然に及ぶものであり、同性の相手と婚姻する自由を含むものと解すべきである。

第4 被告第2準備書面に対する反論

1 「第1 現行の婚姻制度の由来、沿革、趣旨、目的等について」について

(1) 「1 婚姻制度についての伝統的な理解について」に対する認否反論

³³ なお、「夫婦間の子が嫡出子となること」（法的な親子関係の確定）と生殖に基づく生物学的な親子関係との結びつきが必然的なものでないことについては後述する。

ア 被告が引用する文献（書証）に被告の引用する記述があることは認め、
「伝統的に、婚姻は生殖と密接に結びついて理解されてきており、それが異性間のものであることが前提とされてきた」という被告の主張は争う。
イ 上記のような被告の主張は、旧民法以来の我が国の法律婚制度に関するものと解されるどころ、我が国においては、旧民法以来、生殖能力の存在が婚姻の要件とされ、あるいは、生殖不能が婚姻の無効ないし取消事由とされたことはない。

旧民法人事編の起草者は、生殖（産子）の能力を有しない男女が婚姻をし得ないものとする見解について、「我民法ノ精神ヲ得タルモノニアラズ」と評しており、「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、必要欠ク可カラザル条件ニアラズ」³⁴と述べている。また、旧民法人事編の第1草案に対しては、「身体ノ不能力」がある場合には、「婚姻ノ目的タル子孫ヲ生殖スルノ結果ヲ得（ス）」として、イタリア民法に倣い「身体ノ不能力」を無効原因に加えようとする意見もあったが³⁵、そのような意見は採用に至らなかったものである。

明治民法の起草者（富井政章）も、諸外国の離婚法³⁶にはあまり例を見ない協議離婚を規定することに関し、「婚姻ト云フモノハ主トシテ心ノ和合デアル。然ニ、夫婦ガ不和デアル實際両方共離レント欲シテ居ルニ、法律ガ強テ束縛シテ夫婦デ居レト云フコトハ、到底其婚姻ノ目的ヲ達シ得ラルルモノデナイ」³⁷との認識を示しており、民法学説も、「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

³⁴ 熊野敏三・岸本辰雄『民法正義人事編卷之壱』（甲A172）192～193頁。

³⁵ 前田陽一「民法七四二条・八〇二条（婚姻無効・縁組無効）」（甲A173）9頁参照。

³⁶ キリスト教の影響を受けた欧米諸国の離婚法では裁判離婚のみを許すものが多いとされる。島津一郎・阿部徹編『新版注釈民法(22)親族(2)』（有斐閣，2008年）（甲A174）41～42頁（岩志和一郎執筆部分）参照

³⁷ 島津一郎・阿部徹編『新版注釈民法(22)親族(2)』（甲A174）46頁（岩志和一郎執筆部分），泉久雄『親族法』（甲A175）126頁，有地亨『新版家族法概論〔補訂版〕』（甲A176）268頁参照。

コトナク³⁸、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³⁹と解説している。民法学説からは、更に、生殖不能が婚姻の無効ないし取消事由とされていないことについて、「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」とされ、「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」⁴⁰との改正提言もなされていたものである。

現行民法下の主な民法学説及び裁判例も、同性間の婚姻が法律上認められていないことを婚姻意思の欠如を理由に説明してきたものであり、婚姻と生殖との結びつきを理由に説明してきたものではない。同性間の婚姻の不承認と婚姻と生殖の結びつきとが相互に無関係であることは、「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）」⁴¹とする一方、「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、婚姻に不可缺の目的ではない……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[る]」⁴²とする民法学説に顕著である。

更に、現行民法下で「婚姻の本質」に言及した最大判昭和62年9月2日民集41巻6号1423頁においても、「婚姻の本質は、両性が永続的な精神的及び肉体的結合を目的として真摯な意思をもつて共同生活を営むことにある」とされており、生殖への言及は見られない。

ウ なお、被告の引用する文献中には、婚姻が伝統的に生殖と子の養育を目

³⁸ これに対し、律令制度以来の離婚法では「無子」が棄妻（夫の側からする一方的離婚）の一事由とされていた。泉久雄『親族法』（甲A177）51頁，同（甲A175）124頁，有地亨『新版家族法概論〔補訂版〕』（甲A176）267頁参照。

³⁹ 穂積重遠『相続法大意』（甲A178）61頁。

⁴⁰ 谷口知平『日本親族法』（甲A179）252～253頁。

⁴¹ 泉久雄『親族法』（甲A177）49頁。

⁴² 泉久雄『親族法』（甲A177）51頁。

的とするものであったとする記述が見られるが（乙1・157頁，178頁，乙2・65頁等），これらの記述は，我が国の法律婚制度の由来，沿革，趣旨ないし目的について特定の述べてたものではなく，諸外国（特に欧米諸国）の例を含む，一般化・抽象化された理念型としての社会的ないし法的制度である「近代的婚姻」の「伝統」に関して述べられたものと解されるものであるし，また，そのような意味での「近代的婚姻」の「伝統」も既に揺らいでいること（「婚姻と生殖との不可分の結合関係が失われ」⁴³，「婚姻の意義，目的は，出産や子の養育などではなく，パートナーとの人格的結びつきの安定化に見い出されるようになる」⁴⁴こと）を指摘したものであって，我が国の法律婚制度が「伝統的に，婚姻は生殖と密接に結びついて理解されてきており，それが異性間のものであることが前提とされてきた」とし，そのような理解が現在も続いているかのように述べる被告の主張に沿うものではない。

エ 以上に論じたところからすれば，我が国の法律婚制度について，「伝統的に，婚姻は生殖と密接に結びついて理解されてきており，それが異性間のものであることが前提とされてきた」などとする理解，評価が適切なものと言い難いことは明らかである。

(2) 「2 明治以来，現行の民法に至るまでの婚姻制度の由来，沿革，趣旨，目的等について」に対する認否反論

ア 「(1) 我が国における民法の成立」について

(ア) 明治民法の沿革及び規定内容に関する記述内容並びに被告が引用する文献（書証）に被告の引用する記述があることは認める。

「明治民法が規定する婚姻がこのような男女間の結合である」とする

⁴³ 青山道夫・有地亨編『新版注釈民法(21)』（甲A16＝乙1）179頁（上野雅和執筆部分）。

⁴⁴ 二宮周平編『新注釈民法(17)親族(1)』（甲A38＝乙2）69頁（二宮周平執筆部分）。

点は、前記第1で論じたとおり、明治民法の定める婚姻制度が異性間の結合関係のみを対象としたものであったという趣旨の限度で認める。

「明治民法における婚姻は、我が国の従来 of 慣習を制度化したものであり、男女間のものであることが前提とされていた」とする被告の主張は否認ないし争う。

(イ)「明治民法における婚姻は、我が国の従来 of 慣習を制度化したものであり、男女間のものであることが前提とされていた」とする被告の主張は、被告が引用する明治民法の起草者による解説書中の「本條（注：明治民法766条）は一夫一妻の主義を認めたるものなり蓋し我邦に於ては既に千有餘年前より此主義を認め（以下略）」⁴⁵との記述を主たる根拠とするものと解されるが、被告が「(以下略)」とした部分が「敢テ一夫多妻若シクハ一妻多夫ノ制ヲ取ラズ」と述べるものであることからすると、当該記述は、一夫一妻制ではなく一夫多妻ないし一妻多夫制を採用するか否かに関するものであり、婚姻を男女間に限るか否かに関するものではないことが明らかである⁴⁶。

また、明治民法は、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）により成立したものであり、「旧民法の根本的改修は意図せず、従来 of 制度慣習を保護しながら変化に対応できるようにするという基本方針」⁴⁷の下で制定されたものであって、

⁴⁵ 梅謙次郎『民法要義卷ノ四』（甲A165＝乙3）90頁。

⁴⁶ なお、我が国で旧来から一夫一妻制が採用されていたかのような記述は、「此点ニ付キ、我国ノ制度ハ欧州婚姻法ノ厳正ナルニ及バザルヤ遠シ。従来ノ慣習ニ依レバ貴顕又ハ富豪ノ者ハ正妻ノ外常ニ一人又ハ数人ノ妾ヲ蓄フルヲ習トシ今日ト雖モ尚ホ然ラザルハナシ」（甲A172／143頁）、「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」（甲A172／156頁）としていた旧民法人事編の起草者の解説とは明らかに異なるものであり、史実を述べたものとして額面どおりに受け取ることが困難である。

⁴⁷ 浅古弘ほか編『日本法制史』（甲A180）314頁。

旧民法人事編以前の「我が国の従来⁴⁸の慣習」をそのまま制度化することを企図されたものではないし、これらの婚姻に関する立法は、主として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に進められたものであって、「我が国の従来⁴⁸の慣習を制度化」することを目的として進められたものであるともいえない⁴⁹。

以上に述べたところからすれば、「明治民法における婚姻は、我が国の従来⁴⁸の慣習を制度化したものであり、男女間のものであることが前提とされていた」などとする理解、評価が適切なものと言い難いことは明らかである。

イ 「(2) 現行民法」について

(ア) 同アについて、現行民法の沿革及び規定内容に関する記述内容、被告が引用する文献(書証)に被告の引用する記述があること並びに同改正に係る国会審議において同性間の婚姻について言及された形跡が見当たらないことは認める。「現行民法も、婚姻の当事者が男女であることを前提としている」、「現行民法が制定された際……当事者が男女であることは、婚姻の当然の前提とされていた」とする点は、前記第1で論じたとおり、現行民法の定める婚姻制度が異性間の結合関係のみを対象とするものであるという趣旨の限度で認める。その余は否認ないし争う。

同イについて、被告が引用する文献(書証)に被告の引用する記述があることは認め、その余は否認ないし争う。

(イ) 被告は、憲法24条1項の「両性」及び「夫婦」という用語からすれ

⁴⁸ なお、旧民法人事編以前の慣習については、民法編纂の材料とするため、明治10年の『民事慣例類集』及び明治13年の『全国民事慣例類集』にまとめられた経緯がある。青山道夫・有地亨編『新版注釈民法(21)親族(1)』(甲A181)19～21頁(山脇貞司執筆部分)参照。

⁴⁹ 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A182)96～103頁参照。

ば、「婚姻の当事者が男女であることが前提とされている」旨を主張するが、被告の主張するこのような「文言解釈」が適切なものであるといえないことは、前記第3の2で論じたとおりである。

被告は、複数の民法学説及び憲法学説を引用した上で、「現在においてもなお、婚姻の当事者は男女であるとの理解が一般的であるといえる」などとも主張するが、これが現行民法の定める法律婚のことを指すのであれば、男女のみを対象とする婚姻制度を設けている現行民法を説明する民法学説が「婚姻の当事者は男女であるとの理解」に立つのは当然である⁵⁰し、また、憲法上の「婚姻」について論ずる憲法学説は、現行民法上の「婚姻」に関する上記のような被告の主張とは無関係なものである。

他方、このような主張が、現行民法の定める法律婚に関するものではなく、あり得べき法律上の「婚姻」制度（立法論ないし世論）に関するものであるとすれば、現行民法を説明する民法学説の解釈論を引用することは不適切である⁵¹し、また、憲法上の「婚姻」について論ずる憲法学説は、上記同様に無関係なものである。

なお、現行民法の規定を離れた立法論ないし世論に関していうと、これまでにも指摘したとおり、2016年（平成28年）以降の各種世論

⁵⁰ もっとも、既に指摘してきたとおり、現行法上同性間の婚姻が認められないことについて、婚姻意思の欠如や婚姻障害事由（更には、これらの前提として、婚姻と生殖との結びつき）により説明したり、憲法24条1項の規定により説明したりすることは、的確なものとは言い難い。

⁵¹ なお、被告の引用する窪田充見『家族法〔第2版〕』（乙16）146～147頁は、被告の引用する現行民法の説明部分とは別に、同性間の婚姻あるいはパートナー関係を法制化する比較的法的な動向を紹介した上で、同性間の関係をどのように扱うべきかについて、「現行民法が、異性間の関係のみを前提としているということから、ただちに答えが導かれるわけではない。それは、単に、現行の法秩序が、異性間の関係としての婚姻という制度を用意しているということにすぎないからである」と述べている。また、大村敦志『家族法〔第3版〕』（乙12）286～287頁も、生殖を含む共同生活としての婚姻の支援ではなく共同生活そのものの保護を目的とする社会保障給付については、「カップルが同性であることは保護を拒む理由にはならない」として、現行法制度の合理性に疑問を呈している。

調査において同性間の婚姻を認めることへの賛成が多数を占めており（甲A104から甲A110まで、甲A183）、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が国会に提出されるまでに至っている（甲A115、甲A116）のであり、「現在においてもなお、婚姻の当事者は男女であるとの理解が一般的であるといえる」という評価が当てはまるような状況が存しないことは明らかである。

ウ 「(3) 結語」についての認否反論

前記第1で論じたとおり、明治民法及びその一部改正により成立した現行民法の定める婚姻制度が異性間の結合関係のみを対象としたものである旨をいう趣旨の限度で認め、その余は否認ないし争う。

その理由は、上記ア及びイで述べたとおりである。

2 「第2 両性間の婚姻を認めていない民法及び戸籍法の規定が憲法24条1項に違反するものではないこと」に対する反論

(1) 原告らの主張

原告ら第2準備書面及び前記第3で論じたとおり、「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する婚姻の自由の憲法24条1項による保障は、原告ら同性愛者等にも当然に及ぶものであり、同性の相手と婚姻する自由を含むものと解すべきであるから、本件規定のために、原告らと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、婚姻の自由に対する直接的な制約であり、本件規定が改められない限りは永続的な制約であるとみざるを得ない。

そして、このような婚姻の自由の制約を正当化し得るような理由を到底見出すことができないことは、原告ら第2準備書面27～30頁で論じたところであるが、被告は、この点について何ら具体的な反論をしていない。

以上のことからすれば、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り、憲法24条1項に違反するものであることは明らかである。

これに対する被告の反論について、以下において再反論する。

(2) 「2 本件規定は憲法24条1項に違反するものではないこと」について

ア 「(1) 被告の主張」について

この点に関する反論は、前記第3で論じたとおりである。

イ 「(2) 原告らの主張には理由がないこと」について

被告は、憲法24条1項による婚姻の自由の保障の根拠として原告らが挙げた4点（①婚姻の自由が憲法13条の保障する自己決定権の発現であること、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項の制定趣旨及び経緯、④再婚禁止期間違憲判決）に関し反論をしているので、以下において再反論する。

(ア) 上記①（婚姻の自由が憲法13条の保障する自己決定権の発現であること）の点について、被告は、原告らの主張が、憲法13条（ほ保障する自己決定権）のみを根拠として婚姻の自由が憲法上保障される旨を述べるものであるかのように理解した上で、そのような旨を判示した最高裁判例はなく、同条がそのような権利を保障しているのか明らかでないなどと反論する（被告第2準備書面11頁）。

しかし、これまで論じてきたとおり、原告らの主張は、婚姻の自由の憲法上の保障の根拠として憲法24条1項を挙げた上で、その保障の背後に憲法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旨を主張するものであるから、上記のような被告の反論は的外れなものである。

また、被告は、「婚姻は、必然的に一定の法制度の存在を前提としている以上、仮に婚姻に関する自己決定権を観念できるとしても、その自己決定権は法制度の枠内で保障されるものにとどまると考えられる」（被告

第2準備書面11頁),「原告らの主張する『望む相手と意思の合致のみにより自律的に法律婚をなし得る権利』とは,憲法24条2項の要請に従って創設された現行の法制度の枠を超えて,同性の者を婚姻相手として選択できることを含む内容の法制度の創設を求めるものにほかならない」(同11~12頁)などと主張するが,法律上の婚姻制度と憲法上の婚姻の自由の関係についての上記のような被告の理解が誤ったものであり,そのために原告らの主張を曲解するものであることは,前記第2で論じたところから明らかである。

(イ) 上記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屬性であること)の点について,被告は,婚姻が「意思の合致のみにより」成立するということと,当事者双方の性別が同一であっても婚姻することができるということは区別される問題であり,婚姻をなし得るという原則から同性間の婚姻が憲法24条1項によって保障されているとの結論が直ちに導かれるわけではないなどと反論する(被告第2準備書面12頁)。

しかし,原告らの主張は,上記のような原則のみを根拠として同性の相手と婚姻する自由が同項により保障されると結論づけるものではないから,上記のような被告の主張は的外れなものである。

(ウ) 上記③(憲法24条1項の制定趣旨及び経緯)の点について,被告は,憲法24条1項の制定過程及び審議状況を踏まえれば,同項にいう「両性」が男女を意味することは明白であり,同項の制定時において「婚姻」が男女間の結合関係を意味することが当然の前提とされていた旨を主張する(被告第2準備書面13頁)が,このような文言(の意味)に関する歴史的な事実のみから,現在においても同項にいう「婚姻」とは異性(男女)間の婚姻のみを意味するものと解すべきであると結論づける被告の主張が誤ったものであることは,前記第3の2で論じたとおりであ

る。

(エ) 上記④（再婚禁止期間違憲判決）の点について、被告は、再婚禁止期間違憲判決は、婚姻制度における男女の区別の合理性が争われた事案に関するものであることからすれば、同判決の「判示及び調査官解説が、憲法24条2項の『両性』がまさに男女を表すと理解していることは明らかであって、『両性の合意』によって成立するとされた同条1項の婚姻についても、当然に男女を当事者とするものであることを前提にしているとみるほかない」などと主張し、また、同判決の法律婚の効果及び国民の意識についての判示に照らせば、「同判決が、飽くまで既存の異性間の婚姻制度を前提とした上で『当事者間』との文言を使用していることは明らかであ[る]」などとも主張する（被告第2準備書面14～15頁）。

しかし、このような被告の主張は、前提から結論に至る推論の根拠を示すことなく、その結論が「明らか」であるとか「当然」であると強弁した上で、ただ「論理の飛躍」（被告第2準備書面15頁）というものであり、およそ合理的な議論の体をなしていない。

その点を措くとしても、被告の主張するような再婚禁止期間違憲判決の理解が皮相なものであり、誤ったものであることは、原告ら第2準備書面20～27頁及び前記第3の3(3)で詳論したところからすれば明らかである。

(3) 「3 被告の主張に対する原告らの反論は理由がないこと」について

被告が縷々主張するところについて、以下、必要な範囲で反論する。

ア 被告は、憲法24条1項の「両性」とは、男性と女性を意味する文言であり、およそ「両性」が男又は女のいずれかの性を欠く状態を含むと解する余地はないなどと述べる（被告第2準備書面16頁）が、同項の「両性」という文言のみに着目するこのような被告の「文言解釈」が不適切なものであることは、前記第3の2で論じたとおりである。

イ 被告は、「文言のみにとらわれない憲法解釈がなされた例」として原告らがマククリーン事件判決（最大判昭和53年10月4日民集32巻7号1223頁）を挙げたことに関し、外国人の人権享有主体性についていわゆる文言説を採用すると外国人に国籍離脱の自由（憲法22条2項）が認められることになるという不都合が生ずるのに対し、憲法24条1項の「両性」についてはそのような不都合は生じないという相違があるなどと指摘する（被告第2準備書面16頁）。

しかし、原告らが同判例を引用したのは、憲法がその主体を「国民は」と明示している人権についても、その文言のみにとらわれずに、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いて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した点を参照する趣旨であり、被告の指摘するような不都合が生ずるかどうかが問題となるものではないから、被告の指摘は的外れなものである。

ウ 被告は、「文言のみにとらわれない憲法解釈がなされた例」として原告らが引用した裁判員制度の憲法適合性が争われた事件の判決（最大判平成23年11月16日刑集65巻8号1285頁）に関し、同判決は、裁判員制度による国民の司法参加が憲法上禁止されているか許容されているかについて判断したものであって、国民の司法参加が憲法上保障されているかについて判断したものではないから、同判決の解釈手法は、憲法24条1項が同性間の婚姻を保障しているか否かについて判断には当てはまらないかのように述べる（被告第2準備書面16頁）。

しかし、同判決には憲法による禁止又は許容が問題となる場合と保障が問題となる場合とで解釈手法を異にすべき旨を判示するところはない。かえって、同判決の解釈手法については、「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きともに、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」(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)ものと評価されていることからすれば、上記のような被告の主張が的確なものでないことは明らかである。

エ 被告は、原告らが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旨を指摘したのに対し、法解釈の前提となる歴史や法制度等を異にする諸外国の例をもって、憲法24条1項が同性の婚姻を保障しているとの結論を導き出すことはできないというべきであるなどと主張する(被告第2準備書面16～17頁)。

しかし、前記第3で論じたところから明らかであるとおおり、そのような指摘は、法解釈の前提となる歴史や憲法の規定の文言の様々なあり方やそれらの相違を無視して、同項の「両性」という文言のみから同項の「婚姻」が異性間の婚姻に限定されるとの結論を早急に導き出す被告の主張にこそよく当てはまるものというべきである。

オ 被告は、憲法24条1項の制定経過及び審議では婚姻が男女間のものであることが当然の前提とされていたことからすれば、同項の制定過程において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なかったことは、同項が同性間の婚姻を保障していることの根拠となるものではないなどと主張する(被告第2準備書面17頁)。

しかし、原告らの主張は上記のような制定過程における議論(の不在)のみをもって、同項が同性間の婚姻の自由を保障しているものと解すべきであると主張するものではないから、被告の主張は的外れなものである。

カ 被告は、憲法24条1項が「両性」が男女を指し、したがって同項の「婚姻」が異性間の婚姻をいうものであることは文言上明らかであり、社会状況の変化によってこれらの文言の意味が変わるものではないなどと主張する(被告第2準備書面17頁)。

しかし、同項の「両性」という文言により同項の「婚姻」から同性間の

婚姻が当然に排除されるものとは解されないこと、また、同項が憲法制定時における「婚姻」の意味を固定化したものと解すべき理由のないことについては、前記第3の2で論じたとおりである。

また、被告は、現在においても婚姻の当事者は男女であるとの理解が一般的であるから、仮に婚姻の意義等について理解の変化があるとしても、そのことは同性カップルの法律婚が制度として整備されていないことの違憲性を基礎づけるものではないとも主張する（被告第2準備書面17頁）が、度々指摘しているとおり、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を認めることへの賛成が多数を占めており、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が国会に提出されるまでに至っていることからすれば（甲115、116）、「婚姻の当事者は男女であるとの理解が一般的である」という評価が当てはまるような状況が存しないことは明らかであるし、このような社会状況の変化は、本件規定の憲法適合性判断に当たって極めて重要な考慮要素となるべき程度のものと評価すべきである⁵²。

3 「第3 本件規定が憲法14条1項に違反するものではないこと」に対する反論

(1) 原告らの主張

原告ら第2準備書面で論じたとおり、本件規定のために、法律上、異性間の婚姻のみが認められ、同性間の婚姻が認められないという本件別異取扱い

⁵² この点、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）において違憲とされた婚外子の相続分を嫡出子の2分の1と定める規定に関しては、同決定当時、「嫡出でない子の法定相続分を嫡出子と同じにすべきであるとする考えを持つ人の割合は、二五・八パーセントに止まり、他方、本件規定の区別を是認するという意見、すなわち、この制度を変えない方がよいとする意見が三五・六パーセントとなっており、いまだ相対的に多数であった」ことが指摘されている。千葉勝美『憲法判例と裁判官の視線』（甲A184）245頁参照。

が存在することは争いがないから、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。そして、本件別異取扱いには合理的な根拠を認めることはできないことから、本件規定が憲法14条1項に違反するものであるといわざるを得ない。

これに対する被告の反論について、以下において再反論する。

(2) 「2 憲法24条1項が同性婚を想定しておらず、これを保障していない以上、憲法14条1項違反の問題は生じ得ないこと」について

ア 被告の主張

被告は、憲法24条1項は、同性間の婚姻について異性間の婚姻と同程度に保障しなければならないことを命じるものではないから、同項を前提とする同条2項も、異性間の婚姻についてのみ立法による制度構築を要請するものであり、それ以外については制度構築を要請するものではないと解すべきであるとする解釈を前提とした上で、同条の要請がそのようなものである以上、異性間の法律婚についてのみ制度化され、同性間の法律婚については制度化されないという差異の生じることは当然に予期されることであるから、同条を含む憲法全体について整合性のある解釈をすれば、そのような差異は、憲法が自ら容認するところであると解すべきであり、憲法14条1項に違反すると解する余地はないというべきである旨を主張し、そのような主張の裏付けとして、最大判昭和33年10月15日刑集12巻14号3305頁を引用する（被告第2準備書面19～21頁）。

イ 被告の主張に対する反論

(ア) しかしながら、憲法24条1項による婚姻の自由の保障は同性の相手と婚姻する自由を含むものであり、同性間の婚姻を認めていない本件規定は婚姻の自由を正当な理由なく制約するものであると解すべきことは、本件規定が憲法24条1項に違反するとの主張において論じてきたとお

りである。

この違憲の解消のためには、同性間の婚姻を法律上認めることが要請されることになるものであるから、同条が異性間の婚姻についてのみ立法による制度構築を要請するものであるとする被告の主張は理由のないものである。

(イ) 上記の点を措くとしても、被告の主張する「憲法24条1項は……同性婚について異性間の婚姻と同程度に保障しなければならないことを命じるものではな [い]」（被告第2準備書面19頁）という解釈命題は、同性間の婚姻を法制化してはならないとか、同性間の婚姻を異性間の婚姻と同程度に保障してはならないということの意味するものではない⁵³から、同命題の下でも、同性間の婚姻の法制化は否定されるものではなく、同性間の婚姻が法制化されることも予期し得るということになるはずである。

それにもかかわらず、上記のような解釈命題から、「同性間の法律婚については制度化されないという差異の生じることは当然に予期されることである」（被告第2準備書面19～20頁）との帰結を導く被告の主張には、論理の飛躍がある。

「同性間の法律婚については制度化されない」ことが、憲法上「当然に予期される」というためには、憲法24条が同性間の婚姻の法制化を禁止しているという見解（禁止説）を前提に置く必要があるものと解されるが、被告は、（原告らが2019年（令和元）7月1日付け求釈明申立書で指摘したにもかかわらず）そのような見解（禁止説）に立つものであるか否かを明らかにしておらず、また、そのような見解の正当性についても何ら主張立証し得ていない。

⁵³ 宍戸常寿教授は、「憲法24条1項が『婚姻』以外の結合を婚姻と同等に扱うことは憲法上許されない、と解すべきではなかろう」（甲A37・456頁）としている。

なお、この点に関し、「同性婚と憲法の関係について整理し、政府としての見解を明らかにする」ことなどを求めた質問主意書⁵⁴に対して内閣が閣議決定した令和2年2月14日付けの答弁書が、「政府としては、現時点において、同性婚の導入について検討していないため、具体的な制度を前提として、それが憲法に適合するか否かの検討も行っていない」⁵⁵と述べていることからすると、被告は、同性間の婚姻の法制化が憲法に適合するか否かについて、そもそも主張すべき定見すら有していないことが窺われる。

(ウ) また、被告が自らの主張の裏付けとして引用する最大判昭和33年10月15日は、適用範囲を異にする内容の異なる条例が制定されることによって生ずる地域間の別異取扱いに関するものである。

憲法学説上、このような種類の地域間の別異取扱いについては、憲法が各地方公共団体に自治を認め、条例制定に関してそれぞれ異なる立場に立つことを容認していること、また、一つの法（条例）の適用範囲内における地域的別異取扱いとは異なり法（条例）の適用範囲内においてマジョリティがマイノリティを差別するという構造が生じないことから、平等原則違反の問題を生じないものと解されているものであり⁵⁶、その議論の射程は、全国一律に適用される本件規定のために、マジョリティである異性愛者にのみ婚姻が認められ、マイノリティである同性愛者に婚姻が認められないという本件別異取扱いに及ぶものでない。被告の引用する憲法学説も、上記のような種類の地域間の別異取扱いに関するものであり、本件別異取扱いのような場合を念頭に置いたものでないこと

⁵⁴ 「制定当時は想定していなかった同性婚と憲法との関係に関する質問主意書」（甲A185）。

⁵⁵ 「衆議院議員初鹿明博君提出制定当時は想定していなかった同性婚と憲法との関係に関する質問に対する答弁書」（甲A186）。

⁵⁶ 安西文雄「地域による取扱いの差異と地方自治」別冊ジュリスト186号『憲法判例百選I〔第5版〕』（甲A187）72～73頁。

が明らかである。

かえって、憲法24条1項と憲法14条との関係を明示的に論じた学説においては、「国会は〔憲法24条1項を根拠として ※引用者注〕『婚姻』を他の結合よりも優遇しうるにとどまり、しかもそのことから生じる不利益取扱いは、同条2項ないし憲法14条1項の観点から合理的な根拠に基づくものでなければならない」⁵⁷として、異性間の婚姻のみを認め、同性間の婚姻を認めない法律の規定が憲法14条1項ないしは憲法24条2項適合性の審査を免れ得るものではないことが明示的に述べられているところである。

この点、ドイツにおいても、連邦憲法裁判所の2009年7月7日決定（BVerfGE124,19）において、「基本法6条1項〔「婚姻及び家族は、国家秩序の特別の保護を受ける」と規定する ※引用者注〕の婚姻の保護に基づき、婚姻を他の生活形式に対して優遇することは立法者に禁止されていない。ただ、他の生活形式が規律された生活実態や規範化によって追求される目標から婚姻と比較可能（vergleichbar）であるにもかかわらず、婚姻の特権化がそのような他の生活形式の不利益と同時に現れるならば、婚姻の保護を単に指摘するだけでそのような区別を正当化することはできない」、「他の生活形式が婚姻との距離を置いて内容形成され、少ない権利しか与えられないということを婚姻の保護から導き出すということは、憲法上根拠づけられない」とされ、遺族年金扶助の給付における婚姻と同性間の生活パートナーシップの間の不平等取扱いが、他の目的（子の養育）からも正当化することのできない区別であるとして、「すべての人は、法律の前に平等である」と規定する基本法3条1項

⁵⁷ 渡辺康行ほか『憲法 I 基本権』（甲A37）456頁（宍戸常寿執筆部分）。

に違反するとの判断がなされているところである⁵⁸。

ウ 小括

以上に論じたところからすれば、憲法24条1項が同性間の婚姻を想定しておらず、これを保障していない以上、憲法14条1項違反の問題は生じ得ないなどとする被告の主張が理由のないものであることは明らかである。

(3) 「3 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ことに合理的な根拠を認めることができないとの原告らの主張は理由がないこと」について

ア 「(1) 本件規定の合理性について」について

(ア) 被告の主張

被告は、民法が婚姻を男女間においてのみ認めているのは、民法の婚姻制度の目的が、一般に、夫婦がその間に生まれた子どもを産み育てながら共同生活を送るという関係に対して法的保護を与えることにあるとされているためであって、その目的の合理性は明らかであり、また、婚姻関係のような家族に関する基本的な制度については、その目的をある程度抽象的・定型的に捉えざるを得ず、制度利用の可否の基準も明確である必要があるから、民法が抽象的定型的に男女間において婚姻を認めていることは、上記の目的達成のための手段としての合理性もまた明らかであると主張し、そのような主張の裏付けとして、最大決平成25年12月10日民集67巻9号1847頁を引用する（被告第2準備書面21～23頁）。

(イ) 被告の主張に対する反論

⁵⁸ 井上典之「遺族扶助における生活パートナーの排除と一般的平等原則」ドイツ憲法判例研究会『ドイツの憲法判例IV』（信山社、2018年）（甲A188）111～114頁参照。

a しかしながら、まず、婚姻制度の目的に関していうと、前記1で論じたとおり、我が国の婚姻制度において、夫婦が子を産むこと、すなわち婚姻と生殖との結びつきが中心に据えられてきたものとする理解、評価は、適切なものとは言い難い。むしろ、婚姻に関する現行民法の規定の内容、由来及び沿革等に照らせば、我が国の婚姻制度は、必ずしも生殖を目的としない親密な人格的結合（「両心ノ和合」）に基づく共同生活関係に対して法的保護を与えることを中心的な目的に据えてきたものであり、現在においてもそのような前提に変更はないものとして解するのが適切である。

また、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が減退してきたという近年の社会状況の変化⁵⁹や、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⁶⁰の制定によって生殖能力を有しない男女間の婚姻も法制度上正面から肯定されることになったことも、婚姻制度の目的に関する上記のような理解の正当性を強化するものであるといえる。

なお、被告が自ら述べるとおり、「現行の婚姻制度は、婚姻外の生殖や養育を否定するものでも、婚姻したからといって生殖や養育を強要するものでもない」（被告第2準備書面23～24頁）ことも、生殖及び養育が婚姻保護の重要な目的であるとはいえないことの証左である。

b また、被告は、婚姻制度の目的に関し、「夫婦がその間に生まれた子どもを産み育て〔る〕」ことを一体として論じているが、養子制度の存

⁵⁹ 青山道夫・有地亨編『新版注釈民法(21)』（甲A16＝乙1）179頁（上野雅和執筆部分）参照。

⁶⁰ 3条1項4号において、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」を求める。

在からも明らかであるとおりに、子どもを産むこと（生殖）と子どもを育てること（養育）は必ずしも一体となるものではなく、両者は区別して論じられるべきものである。

この点、旧民法人事編の起草者は、婚姻制度を設ける理由（「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」）について、「若シ男女ノ関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、父子ノ関係確定セザルコト、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観察セバ、婚姻ノ制度ハ、実ニ社会ノ基礎タルコトヲ了解スベシ」⁶¹と説明している。このような説明は、婚姻制度を設ける理由として、生殖の重要性を挙げるものではなく、子どもの保護や養育が重要であり、その責任を負うべき者を確定するために、（原則として子の分娩という事実から確定し得る母子関係⁶²とは異なり、その確定に困難を伴うものであった）父子の関係を法的に確定することが必要であり、その前提として婚姻関係を法的に確定することが必要である旨を述べたものと解される。

また、被告の引用する最大決平成25年12月10日も、「性別の取扱いの変更の審判を受けた者については、妻との性的関係によって子をもうけることはおよそ想定できない」にもかかわらず、「婚姻中にその妻が子を懐胎したときは、同法772条の規定により、当該子は当該夫の子と推定されるというべきである」としたものであり、生殖可

⁶¹ 熊野敏三・岸本辰雄『民法正義人事編卷之壱』（甲A172）141～142頁。

⁶² この点に関し、最決平成19年3月23日民集61巻2号619頁は、「民法が、出産という事実により当然に法的な母子関係が成立するものとしているのは、その制定当時においては懐胎し出産した女性は遺伝的にも例外なく出生した子とのつながりがあるという事情が存在し、その上で出産という客観的かつ外形上明らかな事実をとらえて母子関係の成立を認めることにしたものであり、かつ、出産と同時に出生した子と子を出産した女性との間に母子関係を早期に一義的に確定させることが子の福祉にかなうということもその理由となっていたものと解される」と判示している。

能性の有無と（子の養育の責任の所在を確定するための）父子関係の法的確定の問題を分離するものであるといえる⁶³。

昨年公表された「嫡出推定制度を中心とした親子法制の在り方に関する研究会報告書」においても、現行民法は、「生物学的な親子関係を基礎としつつも、いくつかの仕組みによって法的な親子関係を確定している」が、「常に、生物学的な親子関係の探究を優先させてきたわけではな〔く〕」⁶⁴、「父子関係について言えば、嫡出推定にせよ認知にせよ、婚姻や認知という生物学的な事実以外の要素に依拠した形で父子関係を定めることを原則とし、生物学的な親子関係を問題にする場面を限定している（嫡出否認の訴え、認知の訴え、認知無効の訴えなどの場合）。その背後には、婚姻という制度的事実の尊重（嫡出推定の場合）、父の意思の重視（嫡出否認・認知の場合）を見出すことができるが、同時に、家庭の平和や子の利益が考慮されていることにも注意しなければならない。実親子法は諸要素のバランス（均衡）の上に成り立っているのである」⁶⁵として、生殖に基づく生物学的な親子関係と、家庭の平和や子の利益等の考慮をも含む法的な親子関係の確定の問題とが区別して論じられるべき問題であることを明らかにしている。

以上に見たところからすれば、婚姻制度に関し、親密な人格的結合に基づく共同生活関係に対する法的保護の付与という目的に加えて、

⁶³ 卷美矢紀「Obergefell 判決と平等な尊厳」（甲A158）115頁は、最大決平成25年12月10日について、寺田逸郎裁判官の補足意見において「婚姻の重要な法的効果である嫡出推定を原則通り及ぼしたにすぎないと説明されている」ことからすると、「婚姻を軸とする親子関係の発生を観念し、Obergefell 判決と同様、婚姻制度の中核を生殖ではなく、自律的な人格の意思の合致ととらえ、同性婚反対論者の保守的な結婚観を退けている」ものと解することができるとしている。

⁶⁴ 嫡出推定制度を中心とした親子法制の在り方に関する研究会「嫡出推定制度を中心とした親子法制の在り方に関する研究会報告書」（令和元年7月）（甲A189）2頁。

⁶⁵ 嫡出推定制度を中心とした親子法制の在り方に関する研究会「嫡出推定制度を中心とした親子法制の在り方に関する研究会報告書」（甲A189）4頁。

親子法の観点から、生殖や子の養育に対する考慮が含まれるとしても、生殖と子の養育は区別されるべきものであり、民法が相対的重要性を置いているのは子の養育（のための法的親子関係の確定）の方であって、生殖それ自体に重きが置かれているものではないと解すべきである。

- c 被告は、婚姻関係のような家族に関する基本的な制度については、その目的をある程度抽象的・定型的に捉えざるを得ず、制度利用の可否の基準も明確である必要があることから、婚姻制度の目的達成のための手段として、民法が抽象的・定型的に男女間において婚姻を認めていることには合理性が認められる旨を主張するが、以上に論じてきたとおり、我が国の婚姻制度は、親密な人格的結合に基づく共同生活関係に対して法的保護を与えることを中心的な目的とするものと解すべきであり、このような目的に照らした場合には、親密な人格的結合に基づく共同生活関係にある同性カップルが婚姻としての法的保護を求める場合に、それを拒むべき合理的な理由は認められないというべきである。

また、婚姻制度の目的に生殖や子の養育に対する考慮が含まれるものであるとしても、そのことから「抽象的・定型的に」男女間においてのみ婚姻を認めることに合理性が認められるということにもならない。被告は、婚姻制度の利用基準としてどのような要素を「抽象的・定型的に」捉えたのかを明示的に述べていないが、仮に、生殖や子の養育の可能性を基準とするものがあるとすれば、同性カップル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のであるから、同性カップルには「抽象的・定型的に」見て生殖や子の養育の可能性がないとするのは誤りである。

その点を措くとしても、被告が示唆する上記のような基準は、異性

カップルには生殖や子の養育の可能性の有無を問わずに婚姻を認める一方、同性カップルに対しては生殖や子の養育の可能性の有無にかかわらず婚姻を認めないというダブルスタンダードに外ならず、端的に差別的であるといわざるを得ない。

制度利用の可否の基準が明確である必要性を指摘する点についても、仮に被告が主張するように生殖が婚姻の重要な目的であるとするのであれば、端的に生殖不能を婚姻の無効ないし取消事由とすることが目的達成の手段としてより合理的であると考えられるところ、被告の主張は、そのような目的達成の手段としての合理性と基準の明確性を比較衡量することもなく、専ら基準の明確性の観点のみから婚姻を男女間に限ることが合理的であると断ずるものであり、的確なものとは言い難い。また、仮に生殖可能性という観点からの基準の明確性が重要であるとするのであれば、生殖可能性を考慮して婚姻適齢に上限を設けるというようなことも想定され得る⁶⁶が、現実にはそのような基準は採用されず、男女間の関係であるか否かのみが制度利用の可否の基準とされているものであるが、このような点についても、被告の主張は合理的な説明を与えるものではない。

以上は、被告の主張の理論上の問題点であるが、事実の問題としても、現行民法に至るまでに過程において、被告の主張するような理由で「抽象的・定型的に」男女間においてのみ婚姻を認めることが決定されたということを窺がわせる証拠はなく、被告の主張は、机上の空論を述べるものといわざるを得ない。

- d なお、被告は、以上の点に関連して、「付言すると、本件規定は、制度を利用することができるか否かの基準を、具体的・個別的な婚姻当

⁶⁶ 被告も引用する穂積重遠『親族法』（甲A190＝乙4）225頁は、帝政時代のロシアにおいて80歳以上の者の婚姻が禁止されていたことを紹介している。

事者の性的指向の点に設けたものではない」などと述べる（被告第2準備書面22頁）が、（法律上の）男女間においてのみ婚姻を認める本件規定は、原告らのように同性愛の性的指向を有する者がその性的指向に基づき選択した相手との婚姻を、その具体的・個別的な事情にかかわらず、必然的かつ全面的に排除するという帰結を伴うものであるから、立法時においてそのような自覚や意図が存したか否かにかかわらず、婚姻に関し、性的指向という個人の意思では自由に変えることのできない事由に基づいて差別的な取扱いをするものとみざるを得ない⁶⁷。

イ 「(2) 原告らの主張は理由がないこと」について

被告が縷々主張するところについて、以下、必要な範囲で反論する。

(ア) 被告は、婚姻の意義及び目的について生殖及び子の養育の重要性が減退し、パートナーとの人格的結びつきの安定化に見いだされるようになっていくとする原告らの主張に対し、本件別異取扱いが憲法14条1項に違反する状態となった時点を明らかにしていないから、上記の主張は失当なものであるなどと主張する（被告第2準備書面23頁）。

しかしながら、本件別異取扱いが憲法14条1項に違反するか否か及びその時点は、法的判断事項であって当事者の主張を俟つべきものではないから、被告の主張は的外れなものである。

その点を措くとしても、我が国の婚姻制度が親密な人格的結合に基づ

⁶⁷ 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（「現在、性的指向が異性に向く者は、その選択した者を配偶者として婚姻（法制度上の婚姻を意味する。）できるのに対して、性的指向が同性に向く者は、その選択した者を配偶者として婚姻できないことから、性的指向を区分として法的に婚姻できるかについて異なる取扱いがなされている」とする。）参照。台湾大法官2017年5月24日解釈（甲A101の2）においても、「現行婚姻章が一男一女の永続的な結合関係だけを規定し、性別を同じする両名に同様の永続的な結合関係を成立させていないのは、性的指向を分類の基準として、同性に性的指向が向く者の婚姻の自由を相対的に不利にする差別的扱いである」（同4頁）とされている。

く共同生活関係に対して法的保護を与えることを中心的な目的とするものと解すべきであり、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が減退してきたという近年の社会状況の変化もそのような理解の正当性を強化するものであること、また、そのような目的に照らせば、親密な人格的結合に基づく共同生活関係にある同性カップルが婚姻としての法的保護を求める場合に、それを拒むべき合理的な理由は認められないことは、前記アで論じたとおりである。このことからすれば、「婚姻の当事者は男女であるとの理解に変化があったと認められるような状況にはなく、婚姻の意義及び目的について、生殖及び子の養育の重要性が減退し、パートナーとの人格的の安定化に見いだされるようになっていくとはいえない」（被告第2準備書面23頁）とか、「抽象的に定型的に男女間において婚姻を認めるという要件の設定には合理性があるといえる」（同24頁）などという被告の主張には理由がない。

(イ) 被告は、婚姻に伴う法的効果のうち、同居・協力・扶助義務（民法752条）、財産共有推定（民法762条2項）及び財産分与（民法768条）については契約によって同様の法的効果を生じさせることが可能であり、また、当事者の一方の死後その財産を当事者の他方に帰属させることは、契約のほか遺贈（民法964条）によっても可能であるから、これらの法的効果が婚姻に伴う効果として同性カップルに付与されないとしても、そのことが本件別異取扱いの不合理性を基礎づけるとは認められないなどと主張する（被告第2準備書面24頁）。

しかしながら、被告が指摘する上記のような法的効果に限ったとしても、契約や遺贈等の方法により婚姻と完全に同等の効果を享受し得るこ

とが確実であるとはいえない⁶⁸。

その点を措くとしても、婚姻に伴う法律上の権利利益は上記のようなものに限られるものではなく（被告が言及していない民法上の効果として寄与分や遺留分、共同親権がある。）、婚姻以外の方法では享受し得ない権利利益も存すること、また、異性カップルであれば婚姻をすることによってその法的効果ないし権利利益を一括して当然に享受し得るにもかかわらず、同性カップルの場合には婚姻ができないためにそれをなし得ないこと（被告の指摘するような法的効果を享受するにも、個別に契約等をする手続上及び経済上の負担を要すること。）などからしても、異性カップルと同性カップルの法的取扱いに差異のあることは明白であり、そのことによって同性カップルが被る不利益が被告の指摘するような方法で容易に緩和され得るものでないことは明らかである。

また、被告は、民法上の婚姻の効果以外の法的・経済的な権利利益や事実上の利益は、いかなる範囲の者を優遇措置や支給などの対象とするかという社会保障政策等の当否の問題や私人間の契約の問題であるから、本件別異取扱いの不合理性を基礎づける事情とは認められないなどとも主張する（被告第2準備書面24～25頁）。

しかしながら、まず、税法や社会保障立法等に関していえば、それらが、異性カップルのみに婚姻を認めている民法を前提として、その「婚姻」や「配偶者」等の概念を借用するものであるために、「婚姻」とそれ以外の関係を区別することが当然視され、立法目的達成の手段として婚姻とそれ以外の関係を区別することの合理性の有無という問題が等閑視

⁶⁸ 例えば、同居・協力・扶助義務や財産共有推定を規定する契約に関しては、婚姻と同等の拘束力を有する契約の可否や、契約の規定内容が裁判上の争いとなった場合に婚姻と同等の解釈がなされるか否かは不明であるし、遺贈に関しても、同性パートナーには法定相続分がないから、法定相続分を有する配偶者の場合に比べて、他の相続人の遺留分を侵害する可能性及び侵害額が大きくなるという問題がある。

されてきた（現に、被告も、税法や社会保障立法等における優遇措置や支給対象から同性カップルや同性パートナーが除外される理由については、何ら主張するところがない。被告第1準備書面10～12頁）。それがために、同性パートナーや同性カップルを明示的に対象に取り組むような法改正がなされず、解釈論においても、「配偶者」や「事実上婚姻関係と同様の事情にある者」には同性パートナーは（当然には）含まれないなどとする解釈を許す結果を生じているものであって、これらが民法が異性カップルのみに婚姻を認めていることとは無関係な「社会保障政策等の当否の問題」であるなどとするのは、認識を大きく誤るものである。

私人間の契約に関しても、同性カップルや同性パートナーが婚姻という社会の基本的な法制度から排除されているために社会的に承認された正統な関係であるという認識を獲得し得ないこと（原告ら第2準備書面42頁で論じたような、本件規定による負のメッセージないしスティグマ付与）が、異性カップルや異性パートナーと同等の取扱いを受けることを困難にしている⁶⁹ものとみるべきであり、このことと民法が異性カップルのみに婚姻を認めていることとが、全く無関係とみることはできないというべきである⁷⁰。

⁶⁹ 同性カップルないし同性パートナーが医療同意、住宅の購入・賃借、保険金の受取り、その他家族を対象とする民間サービスの利用等に関して現実に直面している困難について、同性婚人権救済弁護団『同性婚 誰もが自由に結婚する権利』（甲A100）107～110頁，115～117頁，129～133頁参照。

⁷⁰ 例えば、渋谷区のパートナーシップ証明制度の導入に際しても、その制度趣旨について、「住宅の入居，病院での入院，手術などの際に，この証明によりパートナーとの関係が理解され，手続が円滑に進むことを期待しております。そのため，条例の中で，区民や事業者のパートナーシップ証明への尊重規定を設けるとともに，周知，啓発を進めることにより社会的認知を高め，事業者等の理解を得て実効性を高めてまいりたいと考えているところでございます」との説明がなされている。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）86頁（注165）参照。また，パートナーシップ証明書や宣誓受領証が医療同意，住宅の賃借，保険，商品・サービス利用等において一定の役割を果た

(ウ) 被告は、現在においても、異性カップルか同性カップルかを問わず、婚姻によらずに一人の相手を人生のパートナーとして継続的な関係を結ぶことが可能であることからすれば、本件規定による取扱いが同性愛者等に対する構造的差別の一環をなし、同性愛者の尊厳を傷つけるものであるとはいえないなどと主張する（被告第2準備書面25頁）が、原告らがその差別性を問題としているのは、本件規定が異性カップルにのみ婚姻を認め、同性カップルを婚姻から排除していることについてであって、婚姻によらずに一人の相手を人生のパートナーとして継続的な関係を結ぶことが可能であるか否かを問題とするものではないから、上記のような主張は全く的を射ないものである。

(エ) 被告は、地方公共団体において導入されている「パートナーシップ」制度は、婚姻とは異なる制度であり、その導入は一部の地方公共団体にとどまっているものであるから、それが同性間の婚姻の必要性を直ちに基礎づけるものではないなどと主張する（被告第2準備書面25頁）が、これらの「パートナーシップ」制度は、婚姻が認められていないことに起因して様々な不利益を被っている同性カップルによる同性間の婚姻の法制化を要請する声に基づいて地方公共団体において導入の取組が進められてきたものであるから⁷¹、このような制度の導入が地方公共団体に急速に広まりつつあることは、同性間の婚姻の法制化の必要性を強く基礎づける事情であるといえる。

これらの「パートナーシップ」制度は、同性カップルの関係を公認するものにとどまり、婚姻と同等の相続や配偶者控除等の直接的な法的効果を伴うものとはなっていないが、そもそも、それらの法的効果は全国

すものであることについて、同性婚人権救済弁護団『同性婚 誰もが自由に結婚する権利』（甲A100）185～188頁参照。

⁷¹ 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）83頁参照。

的に適用される法律の管轄事項であり，地方公共団体の地域内のみに適用される条例による同性カップルの関係保護，不利益解消には自ずから限界が存する。このようなことから，法律によって同性間の婚姻を認めることの必要性が裏付けられるものといえる。

4 「第4 本件立法不作為が国賠法上違法と評価される余地はないこと」に対する反論

被告は，憲法24条1項との関係で，本件立法不作為が違憲であることが明白であるといえるためには，同項が同性間の婚姻を法制化するよう命じているといえなければならないなどと主張するが，本件立法不作為については，それが国家賠償法1条1項の規定の適用上違法の評価を受けるか否かが問題となるものであり，「違憲であることが明白である」か否かが問題となるものではないから，上記のような被告の主張は的を射ない。

また、仮に、被告の主張が、「憲法24条1項との関係で，本件立法不作為が国家賠償法1条1項の適用上違法の評価を受けるためには，同項が同性間の婚姻を法制化するよう命じているといえなければならない」旨をいうものであると解したとしても，被告も引用する再婚禁止期間違憲判決は，「法律の規定が憲法上保障され又は保護されている権利利益を合理的な理由なく制約するものとして憲法の規定に違反するものであることが明白であるにもかかわらず，国会が正当な理由なく長期にわたってその改廃等の立法措置を怠る場合などにおいては，国会議員の立法過程における行動が上記職務上の法的義務に違反したものであるとして，例外的に，その立法不作為は，国家賠償法1条1項の規定の適用上違法の評価を受けることがあるというべきである」と判示するものであり，ある立法の不作為が違法であるというためには憲法が当該立法を命じているといえなければならないなどと述べるものではないから，被告の主張は独自のものであり，理由がないものといわざるを得ない。

第5 違憲であることが国会にとって明白になった時期について

1 裁判所からの求釈明事項

原告らは、訴状第7の2(4)(78～79頁)において、現行法の規定が憲法24条1項及び同14条1項違反であることは、遅くとも、原告らが結婚契約等公正証書を作成した時期である平成29年12月よりも相当前の時点において、国会にとって明白になっていた。」と主張するが、上記「相当前の時点において」とは、具体的な社会事情の変化等をふまえ、いつ頃のことを言うか。

2 原告らの主張

(1) 理論的に言えば、①性的指向や性自認に基づく権利利益の制約や差別は個人の尊重の観点から許されないという法規範が確立されていること、および、②婚姻が個人の尊重に不可欠な自己決定の一内容であることの双方が国会にとって認識可能となれば、婚姻に関して性的指向や性自認に基づき差別することが許されないことも、当然に国会にとって認識可能である。

上記のうち、②についていえば、憲法24条が家族関係における個人の尊厳と両性の平等の観点から制定されたことが示すように、婚姻が個人の尊重に不可欠な自己決定の一内容であることは現行憲法が制定された1947年の時点で既に明らかであり、当然、国会にとっても認識可能であった。

したがって、①の性的指向や性自認に基づく権利利益の制約や差別は個人の尊重の観点から許されないという法規範が確立されていることが国会に認識可能となった時点で、婚姻に関して性的指向や性自認に基づき差別することが許されないことが国会にとって当然に認識可能となる。

(2) では、性的指向や性自認に基づく権利利益の制約や差別は個人の尊重の観点から許されないという法規範が確立されていることが国会に認識可能となり、その結果、婚姻に関して性的指向や性自認に基づき差別することが許されないことが国会にとって当然に認識可能となった時点はいつか。これはいくつかの時点が考えられる。

ア 1994年

1994年3月、同性愛行為を犯罪としていた法律の規約違反が争われたトゥーネン対オーストラリア事件（甲A32）において、自由権規約委員会は、自由権規約2条1項および同26条の「性 sex」には「性的指向を含む」として、主要人権条約における条約委員会として初めて性的指向を人権問題と位置づけた（本準備書面第5 3(1)）。

日本も遵守義務を負う自由権規約との関係で、性的指向や性自認に基づき差別することが許されないことが自由権規約委員会の判断で明らかにされた以上、1994年の時点で、婚姻に関しても、性的指向や性自認に基づき差別することが許されないことが、国会にとっても認識可能となったというべきである。これは、憲法98条2項により日本は国会も含め自由権規約の誠実な遵守を義務付けられていることからすれば、当然の帰結である。

イ 2000年

その次の時点としては、国会自身が「人権教育及び人権啓発の推進に関する法律」（平成12年12月6日法律第147号）を成立させた2000年が考えられる。背景に以下の様な事情がある。

- ① 2000年の時点では、既に日本の裁判所により、同性愛者の権利、利益を十分に擁護することが要請され、公権力の行使に当たる者が無関心であったり知識がなかったりすることは許されないことが、厳しく指摘されていた（1997年の府中青年の家事件の控訴審判決（甲A51）（本準備書面第5 3(2)））。
- ② 「人権教育及び人権啓発の推進に関する法律」の法律の成立が出発点の一つとなって、性的指向と性自認に基づく差別は人権の侵害との認識のもと、主要な人権課題として積極的に取り組むという国の方針が固まっていた（本準備書面第5 3(2)）。

③ 国際的にみても、2000年の時点で、既に、国際法上、性的指向や性自認に基づく権利利益の制約や差別は許されないという法規範が確率していた（本準備書面第5 3(1)ア）。また、2000年以降、性的指向や性自認をめぐる人権問題が国際人権保障の履行を確保する制度である報告制度の多くにおいて取り上げられるようになっていた（本準備書面第5 3(1)イ）。

④ さらに、現在、同性婚の国レベルでの法制化や承認は世界のゆるぎない潮流となっているが、この潮流は、2001年4月にオランダで同性婚が施行されたことから始まった（本準備書面第5 3(1)オ）。これは、日本で「人権教育及び人権啓発の推進に関する法律」が成立した2000年12月のたった4ヶ月後のことである。

ウ 2008年

このように国会で認識可能となった時期はいくつかの時点が考えられるが、どんなに遅くても2008年より遅くなることはない。その背景として下記の事情があるが、特に、2008年5月以降、日本が複数回にわたって性的指向と性自認に係る人権保障に関し条約機関等から勧告を受けていること（下記③）、日本は国として2008年ころには性的指向や性自認に基づく差別が許されないことを前提に国内および国外において積極的な活動を始めていること（下記④）が重要である。

① 2006年に性的指向と性自認に関する国際人権法の適用に関するジョグジャカルタ原則（甲A33）が採択され、国際法上、性的指向や性自認に基づく権利利益の制約や差別は許されないという法規範がさらにゆるぎないものとなった（本準備書面第5 3(1)ア）。

② 2006年に国連人権理事会の普遍的定期審査が開始され、多くの国の審査で性的指向や性自認に基づく差別の禁止、同性カップルの保護などLGBT（あるいはSOGI）をめぐる人権問題について勧告が出

されるようになり、国際人権保障の履行を確保する制度を通じて、性的指向と性自認に関する人権保障の実際野履行の確保をすることがさらに強化された（本準備書面第5 3(1)イ）。

③ 2008年5月に国連人権理事会の普遍的定期審査の過程において勧告を受けて以降、日本は、複数回にわたって、性的指向と性自認に関する人権保障に関し、条約機関からの勧告や国連人権理事会の普遍的定期審査での勧告を受けている。これらの勧告では、性的指向に基づく差別の禁止と同性のカップルに対する法的保護のために必要な立法的な措置を取ることが明示的に勧告されていたが、当然、立法府である国会にも向けられたものであった（本準備書面第5 3(1)ウ）。

④ 2008年以降、日本は、国際社会に対し、性的指向と性自認に基づく差別が許されないこと、性的指向と性自認に関する人権保障に関し、積極的な役割を果たすことを繰り返し表明し、実際にそのように行動している（本準備書面第5 3(1)エ）。

⑤ 現在、同性婚の国レベルでの法制化や承認は世界のゆるぎない潮流となっているが、2008年の時点では、既に5か国において同性婚が法制化されていた（本準備書面第5 3(1)オ）。

⑥ 国内に目を転じてみても、2008年の時点で、国のレベルにおいて、性的指向と性自認に基づく差別は人権の侵害であり許されず、差別解消のため積極的な対応が必要であるとの認識が確立されており、その認識のもと、日本は国としてその対策を進めることが固まっていた（本準備書面第5 3(1)エ、同(2)）。

3 理由を裏付ける事実の補足

以下、上記2で述べた理由を裏付ける事実について具体的に補足する。

(1) 国際的な動向

ア 性的指向・性自認に関する国際法上の法規範の確立

年表1記載の経緯を経て、2000年の時点で、既に、国際法上、性的指向や性自認は人権問題であり、これらに基づく権利利益の制約や差別は許されないという法規範が確立していた。2006年に性的指向と性自認に関する国際人権法の適用に関するジョグジャカルタ原則が採択され、上記の法規範はさらにゆるぎないものとなった。

年表1

年月	出来事
1981年	1981年に北アイルランドのソドミー法が条約上の人権を侵害すると判断されたことを皮切りに、成人同性間の性行為を処罰することがヨーロッパ人権条約8条の「私生活の尊重を受ける権利」を侵害するとの判例が確立した（甲A31・148頁、152頁）。
1994年 3月	自由権規約委員会が、同性愛行為を犯罪としていた法律の規約違反が争われたトゥーネン対オーストラリア事件（CCPR/C/50/D/488/1992）において、自由権規約2条1項（差別なき人権尊重と保護の義務）および同26条（平等および差別禁止と差別からの保護）の「性 sex」には「性的指向を含む」として、主要人権条約における条約委員会として初めて同性愛を人権問題と位置づけた（甲A32-1・本文8.7項、甲A32-2（訳文）・12頁）（訴状60頁参照）。
2003年	自由権規約委員会が、異性カップルに認められている遺族年金の同性カップルへの不支給の違法性が争われたヤング対オーストラリア事件（CCPR/C/78/D/941/2000）において、自由権規約26条の「性 sex」に性的指向が含まれるとして、性別または性的指向に基づいて申立人への遺族年金支給を拒否したことは、同

	条で規定される法の下での平等に反すると結論づけた(甲A49)(訴状60頁参照)。
2006年 11月	<p>性的指向と性自認に関する国際人権法の適用に関するジョグジャカルタ原則が採択された(甲A33-1、甲A33-2(訳文))。</p> <p>同原則は、セクシュアル・マイノリティに対する暴力や虐待、差別を根絶し、平等を確保するために、立法府を含めた国家機関がなすべき措置を示すものである(訴状61頁参照)。</p> <p>同原則は、世界人権宣言に始まる既存の国際人権文書が、性的指向および性自認によって差別されることなく適用可能であり、性的指向や性自認によって制限されてはならないことを明確にした。</p>

イ 性的指向と性自認に関する人権保障に対する国際法上の履行確保

国際人権保障の履行を確保する制度として、条約機関⁷²への報告制度(あるいは国家報告制度)(reporting system)、国連人権理事会の普遍的定期審査(Universal Periodic Review、UPR)などがある(甲A191/538~539頁、541~542頁、603頁、甲A192/193頁、甲A193)。

性的指向や性自認に基づく差別の禁止、同性カップルの保護などLGBT(あるいはSOGI(注: Sexual Orientation and Gender Identity(性的指向および性自認)の略))をめぐる人権問題について、2000年以降、多くの報告制度において取り上げられるようになった(甲192/195頁)。

⁷² 例えば、自由権規約40条に基づく自由権規約委員会、女性差別撤廃条約17条に基づく女性差別撤廃委員会などがある。社会権規約は条約上、同様の条約機関を置かず、経済社会理事会による報告審査を予定しているが、1985年の同理事会決議によって社会権規約委員会が設置され、事実上の条約機関として機能している(甲191/36~37頁、538頁)。

また、2006年に開始された国連人権理事会の普遍的定期審査では、多くの国の審査で性的指向や性自認に基づく差別の禁止、同性カップルの保護などLGBT（あるいはSOGI）をめぐる人権問題について勧告が出されている（同上）。

2010年以降、条約機関の一般的意見や一般的勧告でもこれらの問題が積極的に取り上げられるようになった（同上）。

このような動向は、自由権規約やジョグジャカルタ原則などで確立された性的指向や性自認に基づく権利利益の制約や差別は許されないという法規範が、これらの履行確保措置において実際に実践されていることを示すものである（同上）。

このように、国際人権保障の履行を確保する制度を通じて、性的指向と性自認に関する人権保障の履行を実際に確保することが当たり前のこととなっている（下記ウも参照のこと）

ウ 条約機関等からの勧告

2008年5月に国連人権理事会の普遍的定期審査の過程において勧告を受けて以降、日本は、複数回にわたって、性的指向と性自認に関する人権保障に関し、条約機関からの勧告や国連人権理事会の普遍的定期審査での勧告を受けている。これらの勧告では、性的指向に基づく差別の禁止と同性のカップルに対する法的保護のために必要な立法的な措置を取ることが明示的に勧告されている。これらの勧告は、当然、立法府である国会にも向けられたものである。

(ア) 条約機関からの勧告

人権条約は、人権保障という客観的な目的のために、多数国が共通の義務を設定したもので、二国間条約の場合と異なり、相互主義の力で条約の履行確保を図ることが難しい。そこで、各国による条約の履行を国際的に監視する制度が設けられている。

その国際的履行監視制度として最も基本的なものが報告制度（あるいは国家報告制度）（reporting system）である。これは、各締約国が条約の国内実施の状況について報告書を条約機関に提出し、定期的に審査を受けるという制度である。条約機関は、報告書についての審議後、当事国（つまり、報告書提出国）の条約実施状況について総括所見（concluding observations）を採択する。その中では、当事国に対し、報告審査の総括として、肯定的な側面のほか、主要な懸念事項および勧告が提示される（甲191/538～539頁、541～542頁）。

下記年表2に列記したとおり、2008年10月に自由権規約委員会が、日本に対し、はじめて、その総括所見において同性のカップルの人権状況について懸念と勧告を示した（甲A95）。その後、同様の懸念と勧告が、社会権規約委員会から2013年5月に（甲A97）、自由権規約委員会から2014年8月に示された（甲A96）。

いずれにおいても、性的指向に基づく差別の禁止と同性のカップルに対する法的保護のために必要な立法的な措置を取ることが明示的に勧告されている。いうまでもなく、この総括所見で条約機関が当事国に対し述べる主要な懸念や勧告のうち、立法措置に関する事項は立法府に向けられたものである（甲A187/578～579頁）。

年表2

年月	出来事
2008年 10月	自由権規約委員会が、自由権規約に関する日本の第5回定期報告書（CCPR/C/JPN/5）の審査結果に基づき、その総括所見の29項において、はじめて日本に対して同性のカップルに関連する懸念を表明し、勧告を行った。その内容は以下のとおりである（甲

	<p>A 9 5 - 1、甲 A 9 5 - 2（訳文） 9 頁）（訴状 6 9 頁参照）。</p> <p>懸念：委員会は、婚姻したあるいは婚姻していない異性のカップルに対してのみ適用され、もって婚姻していない同性のカップルが公営住宅を賃借することを事実上妨げている公営住宅法第 2 3 条 1 項や、配偶者からの暴力の防止および被害者の保護に関する法律による保護から同性のカップルが排除されていることに例証されているように、レズビアン、ゲイ、バイセクシュアルおよび性同一性障がいの人々に対して、雇用、住居、社会保障、健康保険、教育および法によって規制されたその他の領域における差別があることに、懸念を有する（規約 2 条（1）および 2 6 条）。</p> <p>勧告：締約国は、差別禁止の事由に性的指向を含めるよう法律を改正することを検討すべきであり、また委員会の規約第 2 6 条についての解釈に沿って、婚姻していない同居している異性のカップルに付与されている便益が、婚姻していない同居している同性のカップルに対しても同等に付与されることを確保すべきである。</p>
<p>2 0 1 3 年 5 月</p>	<p>社会権規約委員会が、社会権規約に関する日本の第 3 回定期報告書（E/C. 1 2 / J P N / 3）の審査結果に基づき、その総括所見の第 1 0 項において、日本に対し、同性のカップルに対する関連する懸念を表明し、勧告を行った。その内容は以下のとおりである（甲 A 9 7 - 1、甲 A 9 7 - 2（訳文） 2 頁）（訴状 7 0 頁参照）。</p> <p>懸念：委員会は、締約国が法改正を行う際、本規約の下の義務の遵守を確保しようと努力しているものの、規約の権利に関する限りにおいて、女性、非嫡出子および同性のカップルに対する差別的規定が締約国の法制度に存在し続けていることに懸念をもって留意する（第 2 条 2）。</p>

	<p>勧告：委員会は締約国に対して、これらの人々を本規約の権利の行使および享受に関連して直接的または間接的に差別をしないことを確保するため、関連する法律を包括的に検討し、必要な場合には、改正することを要求する。</p>
<p>2014年 8月</p>	<p>自由権規約委員会が、自由権規約に関する日本の第6回定期報告書（CCPR/C/JPN/6）の審査結果に基づき、その総括所見の第11項において、日本に対し、同性のカップルに対する関連する懸念を表明し、勧告を行った。その内容は以下のとおりである（甲A96-1、甲A96-2（訳文）4枚目）（訴状69～70頁）。</p> <p>懸念：委員会は、レズビアン、ゲイ、バイセクシャル、トランスジェンダーの人々に係る社会的嫌がらせおよび非難についての報告、および自治体によって運営される住宅制度から同性カップルを排除する差別規定についての報告を懸念する（第2条および第26条）</p> <p>勧告：締約国は、性的指向および性別認識を含む、あらゆる理由に基づく差別を禁止する包括的な反差別法を採択し、差別の被害者に、実効的かつ適切な救済を与えるべきである。締約国は、レズビアン、ゲイ、バイセクシャル、トランスジェンダーの人々に対する固定観念および偏見と闘うための啓発活動を強化し、レズビアン、ゲイ、バイセクシャル、トランスジェンダーの人々に対する嫌がらせの申立てを捜査し、またこうした固定観念、偏見および嫌がらせを防止するための適切な措置をとるべきである。締約国はまた、自治体レベルで、公営住宅制度において同性カップルに対し適用される入居要件に関して残っている制限を除去すべきである。</p>

(イ) 国連人権理事会の普遍的定期審査における勧告

2006年、国連機関の一つである国連人権理事会で普遍的定期審査（Universal Periodic Review、UPR）という制度が導入された。普遍的定期審査では、すべての国連加盟国を対象に、理事国47か国の代表団からなる作業部会が国際人権文書や当該国の誓約・約束に照らしてその遵守状況を審査する。作業部会の報告書をもとに、理事会の本会合で審査の成果文書（外務省の仮訳では「結果文書」）（outcome）が採択される。成果文書には、審査の過程で各理事国からなされた勧告、結論、被審査国の自発的誓約などが記載される（甲A191/603頁、甲A192/193頁、甲A193）。なお、日本は、2006年に初代理事国に当選して以降、5期に渡って国連人権理事会の理事国を務めている（甲A194、甲A195）。

下記年表3のとおり、日本に対しては、2008年5月、2012年10月、2017年11月の3回、普遍的定期審査が実施された。いずれにおいても、性的指向や性自認に基づく差別の禁止と法的保護を強化することが明示的に勧告されている。さらに、第3回審査では、スイスやカナダのように国レベルで同性婚を承認することを明示的に勧告した国もあった。

年表3

年月	出来事
2008年 5月～6月	<p>2008年5月に第1回審査が実施された。その成果文書は同年6月に第8回人権理事会本会合で正式に採択された（甲193）。</p> <p>第1回審査の課程において、カナダが日本に対し、性的指向および性同一性に基づく差別を撤廃するための措置を講じることを勧告した（甲A196-1 19項、60項（11）、甲A192-2</p>

	(仮訳) 7頁、23頁)。
2012年 10月	<p>2012年10月に第2回審査が実施された。その成果文書は2013年3月に第22回人権理事会本会合で正式に採択された(甲A193)。</p> <p>第2回審査の過程において、下記の6カ国が日本に対し、性的指向に基づく差別からの法的保護の強化などを勧告した(甲A197-1、甲A197-2(仮訳) 22頁、24頁、26～27頁)。</p> <p>*人種差別および性的指向に基づく差別からの法的保護の強化を検討すること(カナダ2)(147. 34項)。</p> <p>*差別に関する国内法が、年齢、性別、宗教および性的指向に基づく全ての形態の直接的・間接的差別をも扱う人種差別撤廃条約と矛盾しないことを確保すること(スイス4)(147. 36項)。</p> <p>*社会的身分、ジェンダーおよび性的指向を含む包括的な理由に基づく差別的な規定を排除することを目的として国内法を見直すこと(チェコ1)(147. 65項)。</p> <p>*人種差別撤廃条約に沿った形で国内法において差別の定義をすること、および年齢、ジェンダー、宗教、性的指向、民族または国籍に基づくものを含む全ての形態の直接的および間接的差別を禁止すること(ノルウェー3)(147. 85項)。</p> <p>*LGBTの個人を保護し社会に統合するため、また、性的指向またはジェンダー平等に基づく全ての差別的取扱いを排除するための更なる措置を検討すること(アルゼンチン2)(147. 89項)。</p> <p>*LGBTの人々の権利保護を提供するための包括的差別禁止法の制定および履行をすること(米国2)(147. 90項)。</p>

<p>2017年 11月～ 2018年 3月</p>	<p>2017年11月に第3回審査が実施された。その成果文書は2018年3月に第37回人権理事会本会合で正式に採択された（甲A193）。</p> <p>第3回審査の過程において、下記の13か国が日本に対し、性的指向に基づく差別の法的な禁止などを勧告した。スイスやカナダのように国レベルで同性婚を承認することを明示的に勧告した国もあった（甲A198-1、甲A198-2（仮訳） 13～14頁、20頁）。</p> <p>*ヘイトスピーチを明示的に禁止し、あらゆる合意によらない性行為を処罰するため、女性、非嫡出子、種族的または民族的マイノリティ、LGBTIの人々に対する差別的な法規定を撤廃すること（メキシコ）（161.58項）。</p> <p>*年齢、ジェンダー、宗教、性的指向、種族または民族に基づく全ての形態の直接的および間接的差別の禁止を確保する目的で、差別の包括的な定義を含む、幅広く適用可能な差別禁止法を採択すること（オランダ）（161.59項）。</p> <p>*年齢、ジェンダー、宗教、性的指向、種族などに基づく差別を禁ずる法律を制定し、ジェンダー平等を確保する必要な措置を講じること（ノルウェー）（161.61項）。</p> <p>*年齢、人種、ジェンダー、宗教、性的指向、種族または民族に基づくあらゆる直接的および間接的差別を禁止し制裁する包括的な差別禁止法を採択および実施すること（ドイツ）（161.63項）。</p> <p>*国際的義務および基準に即して、性的指向および性自認などを理由とする差別に対する包括的な法律を採択すること（ホンジュラ</p>
--	---

	<p>ス) (161.65項)。</p> <p>* 性同一障害特例法の改正を含め、性的指向および性自認に基づく差別に対する措置を講じること (ニュージーランド) (161.70項)。</p> <p>* 性的指向に基づく差別の撤廃に関する前向きな進展を継続し、国レベルで同性婚を承認すること (スイス) (161.71項)。</p> <p>* LGBTIの人々の権利を保護および促進する包括的な差別禁止法を実施すること (米国) (161.72項)。</p> <p>* 同性婚の公式な承認を国レベルに拡大するなど、地方自治体および民間企業が性的指向および性自認に基づく差別を撤廃するための努力を促進すること (カナダ) (161.73項)。</p> <p>* ジェンダー、種族、肌の色、性的指向および性自認などによるあらゆる種類の差別に対する措置の実施における進展を継続すること (コロンビア) (161.74項)。</p> <p>* 性的指向および性自認を含むあらゆる理由に基づく差別からあらゆる人を平等に保護する包括的な差別禁止法を迅速に導入すること (アイルランド) (161.75項)。</p> <p>* 人種、種族、性的指向および性自認を理由とする差別を禁止する法律を導入するなど、効果的にヘイトスピーチに対処し、マイノリティの権利を保護するための一層の措置を講じること (オーストラリア) (161.84項)。</p> <p>* 同性カップルを含め、家庭内暴力の報告を全て調査すること (東ティモール) (161.179項)。</p>
--	--

(ウ) 国連人権高等弁務官の報告書中での勧告

日本のみを対象とした勧告ではないが、2015年5月の国連人権高等

弁務官の報告書では、下記年表4記載のとおり、日本を含む加盟国に対し、性的指向や性自認に基づく差別解消措置として、同性どうしの関係性やその子どもたちに異性間の婚姻と等しい保証を与えることを明示的に勧告した。

年表4

年月	出来事
2015年 5月	<p>2015年5月、国連人権高等弁務官が、性的指向や性自認に基づく個人に対する差別や暴力に関する報告書を提出した（甲A199-1）。</p> <p>国連人権高等弁務官は、加盟国に対し、上記報告書の第79号（h）において、性的指向や性自認に基づく差別解消措置として、同性どうしの関係性やその子どもたちに異性間の婚姻と等しい保証を与えることを明示的に勧告した（同上）。</p>

エ 性的指向と性自認に係る人権保障に関する日本の国際社会における積極的な行動

下記年表5記載のとおり、2008年以降、日本は、国際社会に対し、性的指向と性自認に基づく差別が許されないこと、性的指向と性自認に関する人権保障に関し、積極的な役割を果たすことを繰り返し表明し、実際に積極的かつ能動的に行動している。

年表5

年月	出来事
2008年	11の国と地域、国連人権高等弁務官と2つの国際NGOによっ

	<p>て国連LGBTIコアグループ (UNITED Nations LGBTI Core Group) が結成された (甲A200-1)。</p> <p>日本はその構成国の1つである (同上)</p>
同年5月	<p>2008年5月9日に日本に対する第1回目の普遍的定期審査が行われた。</p> <p>その際、日本は、「性的指向に基づくあらゆる人権侵害は看過できないと考えており、教育活動を通じて性的指向に基づく差別を撤廃しようとしている。政府は、性適合手術およびその他の性同一性障害者に対する治療は、正当な医療行為として認められている」旨を述べた。また、「一定の条件を満たす性同一性障害者については、家庭裁判所の審判によって、法令上の性別の取扱いについて変更が可能である。」と返答した (甲A196-1 29項、甲A196-2 (仮訳) 11頁)。</p>
同年12月	<p>2008年12月の第63回国連総会に「性的指向および性自認に関する宣言」 (UN declaration on sexual orientation and gender identity) と題する66か国の共同声明が提出され、採択された (甲A201-1)。</p> <p>日本は同声明の原案提出国の一つとして名前を連ねていた (同上)。</p>
2009年 10月	<p>2009年10月の第12回人権理事会において、LGBTの人権保障に反対する目的で「人類の伝統的価値観のよりよい理解を通じた人権および基本的自由の促進決議」 (伝統的価値決議) (A/HRC/RES/12/21) が採択された (甲A202-1、甲A192210頁)。</p> <p>これに対し、日本は反対票を投じた (同上)。</p>

<p>2011年 3月</p>	<p>日本は、2011年3月の第16回国連人権理事会において、前述の普遍的定期審査の第1回審査のフォローアップを自発的に行った（甲A193）。</p> <p>上記フォローアップにおいて、日本は、性的指向に基づく人権侵害が許されるべきではないとの考えから、2008年12月の第63回国連総会で採択された「性的指向および性自認に関する宣言」では、コアグループの一員として署名を行ったと述べた（甲A203-1（7）、甲A203-2（仮訳）4～5頁）。</p> <p>日本は、さらに、2010年12月に決定した第3次男女共同参画基本計画においても「性的指向を理由とする差別や偏見の解消を目指して、啓発活動や相談、調査救済活動に取り組む」、「性同一性障害を理由とする差別や偏見の解消を目指して、啓発活動や相談、調査救済活動に取り組む」としていると述べた（同上）。</p> <p>また、法務省の人権擁護機関では、取組が求められている人権課題の一つとして、性的指向や性同一性障害に関する問題を掲げ、各種啓発活動や人権相談、人権侵犯事件の調査救済活動を実施しているとも述べた（同上）。</p>
<p>同年同月</p>	<p>2011年3月の第16回国連人権理事会において、再び、LGBTの人権保障に反対する目的で「人類の伝統的価値観のよりよい理解を通じた人権および基本的自由の促進決議」（伝統的価値決議（A/HRC/RES/16/3））が採択された（甲A204-1、甲192 210頁）。</p> <p>これに対し、日本は反対票を投じた（同上）。</p>
<p>同年同月</p>	<p>2011年3月の第16回国連人権理事会で実施された性的指向に関する共同ステートメントに日本が署名した（甲A205-</p>

	<p>1、甲A206-1 勧告65・勧告89、甲A202-2（仮訳）14～15頁、22～23頁）。</p>
<p>2011年 6月</p>	<p>2011年6月の第17回人権理事会において、「人権、性的指向および性自認」と題する決議（A/HRC/RES/17/19）を採択した（甲A34-1，甲A34-2）（訴状61頁参照）。</p> <p>同決議は、世界のあらゆる地域での、性的指向および性自認を理由とした暴力や差別に重大な懸念を表明し、国連人権高等弁務官に対し、差別的な法律や法の運用、性的指向や性自認を理由とする個人に対する暴力について、2011年12月までに、全世界的な調査を行うことを要請し、その報告を受け討議するためのパネルを開催すること、この問題に引き続き取り組むことを謳っている（同上）。</p> <p>これについて、日本は賛成票を投じた（同上）</p>
<p>2014年 7月</p>	<p>2014年7月の第26回国連人権理事会において、LGBTの人権保障に反対する目的で「家族の保護決議」（家族決議）（A/HRC/RES/26/11）が採択された（甲A207-1、甲A192210頁）。</p> <p>これに対し、日本は反対票を投じた（同上）</p>
<p>同年9月</p>	<p>2014年9月の第27回国連人権理事会において、「人権、性的指向および性自認」と題する決議（A/HRC/RES/27/32）が採択された（甲A208-1、甲A1144頁）。</p> <p>日本は賛成票を投じた（同上）。</p>
<p>2015年</p>	<p>2015年の第29回国連人権理事会で実施された性的指向に関する共同ステートメントに日本が署名した（甲A206-1 勧告65・勧告89、甲A202-2（仮訳）14～15頁、22～</p>

	23頁)。
2017年 1月	<p>日本は、2017年1月、前述の普遍的定期審査の第2回審査のフォローアップを自発的に行った(甲A193)。</p> <p>上記フォローアップにおいて、日本は、性的指向に基づく人権侵害が許されるべきではないとの考えから、2008年12月の第63回国連総会で採択された「性的指向および性自認に関する宣言」ではコアグループの一員として署名を行い、2011年6月の第17回国連人権理事会および2014年9月の第27回国連人権理事会で採択された「人権、性的指向および性自認」と題する決議に賛成し、更に2011年の第16回国連人権理事会および2015年の第29回国連人権理事会で実施された性的指向に関する共同ステートメントに署名していると述べた(甲A206-1 勧告65・勧告89、甲A202-2(仮訳)14~15頁、22~23頁)。</p> <p>日本は、さらに、2015年12月に決定した第4次男女共同参画基本計画においても「性的指向や性同一性障害を理由として困難な状況に置かれている場合(中略)について、可能なものについては実態の把握に努め、人権教育・啓発活動の促進や、人権侵害の疑いのある事案を認知した場合の調査救済活動の取組を進める。」、「法務局・地方法務局の人権相談所において相談者が利用しやすい人権相談体制を充実させる。」としていると述べた(同上)。</p> <p>また、法務省の人権擁護機関では、取組が求められている人権課題の一つとして、性的指向や性同一性障害に関する問題を掲げ、各種啓発活動や人権相談、人権侵犯事件の調査救済活動を実施しているとも述べた(同上)。</p>

同年11月	<p>2017年11月14日に行われた日本に対する第3回目の普遍的定期審査の際、日本は、「性的指向および性自認に基づく人権侵害は、許されるものではなく、差別を防止するための努力を継続していく」と言及した（甲A198-1 145項、甲A198-2（仮訳）9頁）。</p> <p>ただし、「国レベルで同性婚を認めることまたはパートナーシップ制度を導入することには慎重な検討がなされるべきだ」と報告した（甲A198-1 83項、甲A198-2（仮訳）6頁）。</p>
-------	--

オ 同性婚の法制化等の世界的な潮流

年表6記載のとおり、本準備書面の日現在、多くの国で同性婚の法制化が進んでいる。また、2015年6月の米国連邦最高裁違憲判断（オーバーゲフェル判決（甲A99、甲A100）、2017年5月の台湾大法官解釈（甲A101）など、同性婚を禁止または排除する法律に対する違憲判決も複数出されている。

このように、同性婚の国レベルでの法制化や承認は世界のゆるぎない潮流となっているが、この潮流は、2001年4月にオランダで同性婚が法制化されたことから始まった。

年表6

年月	出来事
2001年 4月	オランダ同性婚施行（甲A98／66頁、68頁、甲A209）（訴状71頁参照）。
2003年 6月	ベルギー同性婚施行（同上）。

2005年 7月	スペイン、カナダ同性婚施行（同上）。
2006年 11月	南アフリカ同性婚施行（同上）。
2009年 1月	ノルウェー同性婚施行（同上）。
同年5月	スウェーデン同性婚施行（同上）。
2010年 6月	ポルトガル、アイスランド同性婚施行（同上）。
同年7月	アルゼンチン同性婚施行（同上）。
2012年 6月	デンマーク同性婚施行（同上）。
2013年 5月	ブラジル、フランス同性婚施行(同上)。
同年8月	ウルグアイ、ニュージーランド同性婚施行（同上）。
2014年 3月	英国（北アイルランドを除く）同性婚施行（同上）。
2015年 1月	ルクセンブルク同性婚施行（同上）。
同年6月	米国連邦最高裁違憲判断（オーバーゲフェル判決）：法律上同性の者との婚姻を禁止する州法のあるミシガン、ケンタッキー、オハイオおよびテネシー各州の原告らが、各州法を違憲として法律上同性の者との婚姻を法的に認めるよう求めた訴えに対し、アメリカ連邦最高裁は、同性間の結婚を禁止する州法を違憲とする判断を示し、全州において同性カップルの結婚が法的に認められるようになった。

	た（甲A100／218頁）（訴状72頁参照）。
同年11月	アイルランド同性婚施行（甲A98／66頁、68頁、甲A209）（訴状71頁参照）。
2016年 4月	コロンビア同性婚施行（同上）。
2017年 4月	フィンランド同性婚施行（同上）
同年5月	台湾大法官解釈：台湾の大法官が、同性カップルの婚姻を認めていない民法の規定が婚姻の自由を保障する憲法22条や平等を保障する憲法7条に違反すると判断（甲A101-1、甲A101-2（訳文））（訴状73頁参照）。
同年9月	マルタ同性婚施行（甲A98／66頁、68頁、甲A209）（訴状71頁参照）。
同年10月	ドイツ同性婚施行（同上）。
同年12月	オーストラリア同性婚施行（同上）。
2018年 1月	コスタリカ共和国に関し、米州人権裁判所において同性間の婚姻を社会的に認めるべきとの判決が下された（甲A138）（原告第1準備書面6頁も参照）。
2019年 1月	オーストリア同性婚施行（甲A98／66頁、68頁、甲A209）（訴状71頁参照）。
同年5月	台湾同性婚施行（甲A135）（原告第1準備書面5～6頁参照）。
同年6月	エクアドル憲法最高裁が、結婚に関する現在の法律は差別的だとして違憲と認定し、同性間の婚姻を認める判決を下した（甲A137）（原告第1準備書面6頁参照）
2020年	コスタリカ共和国同性婚施行（甲A138、甲A210）（原告第

5月	1 準備書面 6 頁参照)。
----	----------------

(2) 国内の動向 (第4 2(2)ウ⑥について)

ア 国内に目を転じてみても、例えば、下記年表7記載のように、1997年には、府中青年の家事件の控訴審判決において、裁判所が、同性愛者の権利、利益を十分に擁護することが要請され、公権力の行使に当たる者が無関心であったり知識がなかったりすることは許されないと、厳しく指摘した。

また、2000年12月に「人権教育及び人権啓発の推進に関する法律」の法律が成立した。その後、「同性愛者への差別といった性的指向に係る問題」について「その解決に資する施策の検討を行う」と明記した、同法に基づく「人権教育・啓発に関する基本計画」が閣議決定され(甲A57)、性的指向が「主な人権課題」として位置づけられ、性的指向に基づく差別の禁止や啓発活動が国レベルで開始された。

2003年7月には「性同一性障害者の性別の取扱いの特例に関する法律(平成15年7月16日法律第111号)」が成立し、「性別の取扱いの変更」が可能となった。

このような動きが、2010年12月に閣議決定された第3次男女共同参画基本計画や2015年12月に閣議決定された第4次男女共同参画基本計画において、性的指向を理由とする差別や偏見の解消を目指して、啓発活動や相談、調査救済活動に取り組むことなどが記載されることにながっている。

このように、日本は、2000年以降、性的指向と性自認に基づく差別は人権の侵害との認識のもと、主要な人権課題として積極的に取り組むことが、国の方針となった。それが、2008年以降、日本が国際社会において性的指向と性自認に関する人権保障に関し、積極的な役割を果たすこ

とを繰り返し表明し、実際に積極的かつ能動的に行動していることにもつながっている。

年表 7

年月	出来事
1997年	<p>(裁判例) 府中青年の家事件の控訴審判決において、裁判所が、同性愛者の権利、利益を十分に擁護することが要請され、公権力の行使に当たる者が無関心であったり知識がなかったりすることは許されないと、厳しく指摘した(甲A51)(訴状62～63頁参照)。</p>
2000年	<p>(地方自治体の取組) 東京都人権施策推進指針(2000年)に、「同性愛者をめぐるさまざまな問題」が人権問題として記載された(甲A66/8頁)(訴状65頁参照)。</p> <p>(立法府の動き) 「人権教育及び人権啓発の推進に関する法律」(平成12年12月6日法律第147号) 成立(訴状64頁参照)。</p>
2002年 3月	<p>(国の行政施策) 人権教育及び人権啓発の推進に関する法律に基づく「人権教育・啓発に関する基本計画」を閣議決定。「同性愛者への差別といった性的指向に係る問題」について「その解決に資する施策の検討を行う」と明記した(甲A57・第4章 2(12))(訴状64頁参照)。</p> <p>法務省は、同年から、上記法律に基づいて行われる「人権週間強調事項」(2009年から「啓発活動強調事項」)においても、性的指向を理由とする差別の禁止を明記した(訴状64頁参照)。</p> <p>法務省人権擁護局は「主な人権課題」として「(13) 性的指向」を掲げ、『男性が男性を、女性が女性を好きになる』ことに対して</p>

	<p>は、根強い偏見や差別があり、苦しんでいる人々があります。性的指向を理由とする偏見や差別をなくし、理解を深めることが必要です。」と啓発活動を行なっている（甲A59）（訴状64頁参照）。</p>
<p>2003年 7月</p>	<p>（地方自治体の取組）東京都小金井市が多様な性的指向の尊重ないし差別禁止を掲げる「男女平等基本条例」を施行した（甲A68）（訴状66頁参照）。</p> <p>（立法府の動き）「性同一性障害者の性別の取扱いの特例に関する法律（平成15年7月16日法律第111号）」成立。「性別の取扱いの変更」が可能となった（訴状30頁参照）。</p>
<p>2009年</p>	<p>（国の行政施策）啓発活動強調事項の平成30年度版で「(14)性的指向を理由とする偏見や差別をなくそう」との項目が掲げられ、「同性愛者など性的指向に関する少数派の人々への根強い偏見があり、場合によっては職場を追われるなど社会生活の様々な場面で人権問題が発生しています。この問題についての関心と理解を深めていくことが必要です。」とされている（甲A58）（訴状64頁参照）。</p>
<p>2010年 12月</p>	<p>2010年12月に閣議決定された第3次男女共同参画基本計画（平成22年12月17日閣議決定）において、「性的指向を理由とする差別や偏見の解消を目指して、啓発活動や相談、調査救済活動に取り組む」、「性同一性障害を理由とする差別や偏見の解消を目指して、啓発活動や相談、調査救済活動に取り組む」と記載（甲A211／59頁、65～66頁）。</p>
<p>2012年 4月</p>	<p>（地方自治体の取組）大阪府泉南市が多様な性的指向の尊重ないし差別禁止を掲げる「男女平等参画推進条例」施行（甲A69）（訴状66頁参照）。</p>

2013年 11月	(地方自治体の取組) 東京都文京区が多様な性的指向の尊重ないし差別禁止を掲げる「男女平等参画推進条例」施行(甲A70)(訴状66頁参照)。
2014年 1月	(地方自治体の取組) 東京都多摩市が多様な性的指向の尊重ないし差別禁止を掲げる「多摩市女と男の平等参画を推進する条例」施行(甲A71)(訴状66頁参照)。
2015年 3月	(地方自治体の取組) 渋谷区で「渋谷区男女平等及び多様性を尊重する社会を推進する条例」成立し、パートナーシップ証明制度の導入が決定された(甲A75)(訴状66頁参照)。
同年同月	(弁護士会)「法律上同性の者との婚姻が認められないことは人権侵害に該当する」として、日本弁護士連合会に人権救済申立(甲A102)(訴状74頁参照)。
同年11月	(地方自治体の取組) 渋谷区でパートナーシップ証明制度が開始(甲A76)(訴状66頁参照)。
同年12月	2015年12月に閣議決定された第4次男女共同参画基本計画(平成27年12月25日閣議決定)において「性的指向や性同一性障害を理由として困難な状況に置かれている場合(中略)について、可能なものについては実態の把握に努め、人権教育・啓発活動の促進や、人権侵害の疑いのある事案を認知した場合の調査救済活動の取組を進める。」、「法務局・地方法務局の人権相談所において相談者が利用しやすい人権相談体制を充実させる。」と記載されている(甲A212/88頁、90頁)。

以上