

【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」関西訴訟（大阪地裁）・第5回期日（20201120）に提出された書面です。

平成31年（ワ）第1258号 「結婚の自由をすべての人に」訴訟事件

原告 原告1 外5名

被告 国

原告ら第5準備書面

（「憲法学者及び民法学者の意見が原告らの主張を支持していること」）

2020年11月10日

大阪地方裁判所第11民事部合議1係 御中

原告ら訴訟代理人

弁護士 大 畑 泰次郎

同 寺 野 朱 美

同 三 輪 晃 義

同 山 岸 克 巳

同訴訟復代理人

同 佐 藤 倫 子

同 宮 本 庸 弘

第1	本件規定の違憲性についての木村草太教授の意見	3
1	「第1 はじめに」	3
2	「第2 民法上の婚姻に関する区別の合憲性について」	3
3	「第3 被告国の反論について」	5
4	「第4 おわりに」	6
第2	本件規定の違憲性についての駒村圭吾教授の意見	7
1	「Ⅰ. 憲法24条2項の「位置づけ」について」	7
2	「Ⅱ. 憲法制定過程から見た憲法24条2項」	8
3	「Ⅲ. 憲法24条2項の解釈」	9
4	「Ⅳ. 同性婚を認めていない現行法の違憲性について」	11
5	「結論」	13
第3	本件規定の違憲性は他の憲法学説においても多数の指摘がなされていること	13
1	同性間の婚姻が認められていないことの違憲性を論じた憲法学説	13
2	被告による憲法学説の評価の不適切性	20
第4	本件規定の違憲性についての駒村圭吾教授の意見	21
1	「はじめに」	21
2	「1 日本婚姻法の沿革と婚姻法の原則」	21
3	「2 婚姻成立の要件, 婚姻の効果と生殖の関係」	23
4	「3 婚姻制度の意義・目的と生殖・子育ての関連性」	24
5	「4 現行婚姻法の原則と同性婚の保障」	25
6	「おわりに」	27

第1 本件規定の違憲性についての木村草太教授の意見

甲A第227号証の意見書は、憲法学者である木村草太教授が、本件についての意見として、本件規定（本件立法不作為）が憲法14条1項に違反して違憲であることを論じたものである。その論旨は、以下のとおりであり、本件規定が違憲であるとする原告らの主張を支持するものである。

1 「第1 はじめに」

現行民法では、異性との婚姻に合意した者は民法上の婚姻の効果を享受できるのに対し、法律上の同性との婚姻に合意した者はそれを享受できないとの区別の合憲性が本件の問題となる。

法律婚の効果へのアクセスからの同性愛者の排除が続いてきた背景には、同性愛者がマイノリティであり、社会の多数派がその痛みを十分に理解できていなかったこと、法律婚の効果の恩恵が認識されにくいことがあると考えられるが、本件訴訟により、同性愛者が何に困り、どのような痛みを抱えているかが可視化された。

裁判所は、そのことを直視すべきである。

2 「第2 民法上の婚姻に関する区別の合憲性について」

- (1) 上記のような民法上の婚姻に関する区別については、憲法14条1項適合性が問題となるところ、異性愛者と同性愛者の区別とは別に、「男性〔／女性〕は女性〔／男性〕と婚姻できるのに、女性〔／男性〕は女性〔／男性〕と婚姻できない」という性別に基づく区別であると理解することも可能であり、有力説を前提とすれば厳格審査の対象となる（「1 憲法14条1項の解釈」）。
- (2) 現行民法上、同性であることは婚姻障害とされていないが、実務上、同性婚は認められていないと解釈されており、同性カップルと異性カップルとの間の区別ないし性別に基づく区別が生じていることは否定し得ない。

法律婚の効果の中には個別の契約や遺言によって同様の効果を導けるものもあるが、異性カップルは婚姻届の提出により容易に婚姻の効果にアクセス

できるのに対し、同性カップルはそうではないという区別が存在する上、個別の契約や遺言では得難い効果もあることから、同性カップルと異性カップルとの間に実質的な区別がないということはできない（「2 ①法令上の区別の有無について」）。

(3) 本件で問題となる区別の合理性については、問題となる法律婚の効果毎に判断する必要がある。法律婚の効果は多様であることから、本件では、「氏統一効果を享受できるかの区別」、「同居義務を設定できるかどうかの区別」、「嫡出推定の効果を享受できるかどうかの区別」、「相続税の控除措置に関する区別」などの複数の区別が問題となり、それぞれについて憲法14条1項適合性を審査する必要がある（「3 ②区別の合理性について(1)：争点の整理」）。

(4) 以上のような法律婚の効果については、夫婦間の生物学的意味での子に対する嫡出推定のように男女の自然生殖関係を保護するための効果（「生殖関係保護効果」）と、当事者の愛情に基づく親密な関係を保護する効果（「親密関係保護効果」）という二つのグループに分けることができる（なお、子に関する効果の中にも、生殖関係とは無関係のもの〔共同での養子縁組や生物学的意味での父子関係が存しない場合の嫡出推定等〕が多く含まれており、それらは親密関係保護効果に分類されることに注意が必要である。）。

生殖関係保護効果については、同性間では自然生殖関係が成立しないという理由により、異性愛者にそれを及ぼし、同性愛者にそれを及ぼさないことの説明が可能であるが、親密関係保護効果については、そのような議論は成立し得ず、同性愛者と異性愛者とを区別するのは不合理である（「4 ②区別の合理性について(2)：具体的な検討」）。

(5) 以上に論じたとおり、法律婚の効果のうち異性愛者にのみ認めることが合理的なのは、夫婦の生物学的意味での子に対する嫡出推定（民法722条）及び生物学的意味での子の法定相続分（民法900条1号）等に限られるも

のであり、生物学的意味での血縁関係にない子に対する嫡出推定や共同での養子縁組の規定を含む親密関係保護効果については、同性愛者と異性愛者とで区別する理由はなく、不合理な区別として憲法14条1項に違反する。

そして、現行法の生殖関係保護効果を同性間に適用しても何ら問題は生じないことから、違憲な区別を解消する方法としては、端的に、同性間でも異性間と同様の法律婚を認めればよい。以上から、同性婚を認めない現行の民法及び婚姻に関する効果を有する諸法律は、憲法14条1項に違反するといえる（「5 小括：同性婚否定の合憲性」）。

3 「第3 被告国の反論について」

- (1) 被告第2準備書面7～8頁（東京訴訟被告第2準備書面5頁と同旨）における主張は、要するに、現行法は当事者が男女の場合にしか婚姻を認めていないから、同性婚の否定は合憲であるというものと解されるものであるところ、当然のことながら、現行法がそのように扱っているということは、現行法が合憲であることの理由となるものではない。

被告の主張を敢えて好意的に読めば、法律婚の効果はすべて生殖と結びついたものであり、同性間では生殖関係は生じないから、法律婚の効果を同性間に及ぼさないことには合理的な理由があるというものと解釈できるが、先述のとおり、法律の効果には生殖関係と結びつかないものが多数ある。被告は、婚姻が生殖関係保護のための制度であることを強調するのみで、生殖とは結びつかない法律婚の効果について、同性間と異性間とで区別する理由を全く説明しておらず、そのこと自体が、親密関係保護効果についての区別を正当化できないことの証左となるものである（「1 被告国の主張(1):法律婚に生殖関係以外の効果はない」）。

- (2) また、被告第2準備書面19頁における主張は、憲法24条1項にいう「婚姻」とは男女間の関係を指すものであり、同項は国家に対して男女間の結合である「婚姻」を保護する制度の整備を要求するものであって、同性間の結

合の保護を要求するものではないから、そのことが法律婚の効果を同性間に及ぼさないことの理由となる旨をいうものと解されるものであるが、このような主張も成り立たないものである。

憲法24条は、その制定経緯からすれば、同性婚を禁ずることを目的とするものではなく、「両当事者の合意」があれば婚姻が成立することを示したものと解されるのであり、「両性」という表現が採用されたのも、男性と女性の双方（特に女性）の意思が尊重されなければならないことを示すためのものに過ぎない。憲法学の通説及び判例もそのような理解を示している。

憲法24条1項がいう「婚姻」が生殖関係を指すものと理解する見解（「生殖関係保護説」）に立った場合、生殖関係保護効果については法律婚の効果を同性間に及ぼさないことの理由となるが、それ以外の効果を同性間に及ぼさないことの理由にはならないから、そのような見解を前提に、憲法24条1項から本件で問題となる区別が合理的であるということとはできない。

他方、同項にいう「婚姻」が男女（「両性」）間の親密関係を指すという理解（「親密関係保護説」）に立った場合、同性間でも親密関係が成立することからすれば、憲法24条1項が国家に対して男女間の親密関係と同性間の親密関係を区別して、後者には保護を要求していないという不合理な区別を設けたものと解すべきではなく、むしろ、同項による親密関係の保護の要求は同性カップルにも類推適用されるものと解すべきであるから、同項は、同性間の婚姻に対して法律婚の効果を与えないことが違憲であることの理由となるものである。

以上のとおり、憲法24条1項は、生殖関係保護説又は親密関係保護説のいずれにより理解したとしても、法律婚について同性カップルと異性カップルとを区別する理由にはならない（「2 被告国の主張(2): 憲法24条1項による区別の合理性の説明」）。

4 「第4 おわりに」

以上をまとめると、現行法が同性カップルに対し法律婚の親密関係保護効果を享受させないことは憲法14条1項違反であり、また、憲法24条1項は異性カップルと同性カップルとを区別する理由となるものではなく、同項についての親密関係保護説を採用するならば、現行法は同項違反との評価も受けることになる。

国は、現行法で異性カップルに認められた婚姻の親密関係保護効果を同性カップルが享受できるようにして、不合理な区別を解消する義務を負うものであり、その立法不作為は違憲であることを前提として国家賠償法を適用すべきである。

第2 本件規定の違憲性についての駒村圭吾教授の意見

甲A第228号証の意見書は、憲法学者である駒村圭吾教授が、本件についての意見として、本件規定（本件立法不作為）が憲法24条2項に違反して違憲であることを論じたものである。その論旨は、以下のとおりであり、本件規定が違憲であるとする原告らの主張を支持するものである。

1 「I. 憲法24条2項の「位置づけ」について」

- (1) 婚姻及び家族に関する問題については、ひとり憲法24条2項のみの解釈で解明できるものではなく、同条1項はもとより、13条及び14条1項との構造的関係の中で解明すべきである。
- (2) 憲法13条の幸福追求権の具体的な保障内容の中でも重要な保障類型をなすものが「(狭義の) 人格的自律権」、すなわち「自己決定権」である。

人が人格的に自律した存在であるためになす重要な決定事項のひとつが結婚あるいは家族形成であることは議論の余地がない。婚姻と家族形成については憲法24条の管轄であり、とりわけ「婚姻の自由」は同条1項によって保障されていると見るのが学説・判例である。24条1項から除外される婚姻の形態についてはなお13条後段によって保障されると解すべきであって、

一切の憲法的保障を失うわけではない。13条によって24条1項の解釈が補正され、結果、同項の「婚姻の自由」の保護範囲も拡張されることになるのである。

そして、13条の幸福追求権の結婚・家族形成の領域における発想として、①親密な人的結合の自由、②適切な婚姻制度を求める権利のふたつが導き出される。後者は婚姻という法的制度が問題となる以上、それを固有の管轄とする24条2項の規律を受けることになる。

(3) 「個人の尊厳」原理を規定する13条前段は、個人が自律的生を精一杯生き抜いていく中で選択された自己決定を国家は可能な限り尊重するという原理ないし理念を示した条文であって、婚姻制度の形成についても一定の憲法的規律を及ぼす。

(4) 尊属殺重罰規定違憲判決（最大判昭和48年4月4日・刑集27巻3号265頁）、国籍法違憲判決（最大判平成20年6月4日・集民228号101頁）、非嫡出子法定相続分差別違憲判決（最大決平成25年9月4日・民集67巻6号1320頁）、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2474頁）及び夫婦同氏制合憲判決（最大判平成27年12月16日・民集69頁8号2586頁）から明らかなように、13条上の権利ないし原理が問題になる場合でも、14条1項の平等が問題になる場合であっても、さらに24条1項の「婚姻をするについての自由」が問題になる場合であっても、結局は「婚姻」等の制度のあり方が問題とならざるを得ないので、事案の合理性ないし合憲性は、24条2項違反の問題が生じることになる。

2 「Ⅱ．憲法制定過程から見た憲法24条2項」

(1) 憲法24条1項の「両性」を「男女」の意味と解したとしても、制定経緯が物語るのは、旧来の婚姻観に立つ性別配置を批判的に検討することも、また特に重視することもなく、無意識的な前提として議論がなされていただけ

であって、同性婚を排除するという含意、あるいは同性婚を導入することに憲法的な障害があるという含意を見て取ることを可能にする積極的コミットメントは存在しなかったといえる。

(2) 24条は、「家族生活」をその構成要素として規定することなく、むしろ、新しい思想に基づく「婚姻」観念の新機軸を導入するものであった。個人の尊厳や両性の本質的平等といった立法指針は、これらに適合する普遍的な家族形態のみが憲法上許容されるべきことを要請している。これこそが24条の基本趣旨であることは疑いがない。

(3) 金森国務大臣が喝破したように、家族観は時代とともに変遷するものであり、それは時代に応じた形で立法によって制度化されるものである。金森の発言（「處が、此の家族制度の尊重に付きましては、是は日本在來の考が傳統的に變化はありまするにしても變化の仕方を自然に適ふやうに維持しつつ、自ら適當なる所に行くものであらうと思ひまするが故に、此の際之を憲法に特に採入れる迄の櫃王はないと考へている次第であります」）は、家族観を憲法レベルで固定化せず、むしろ時代状況に応じて立法により制度化してゆくべきことを示唆している。

3 「Ⅲ. 憲法24条2項の解釈」

(1) 24条2項の「個人の尊厳と両性の本質的平等」は、国会の合理的な立法裁量を「限界」づける「要請、指針」とされ、明確な規範的役割を担ったものと解されるようになった。再婚禁止期間違憲判決では、100日を超える再婚禁止期間は合理性を欠く手段とされたが、それはかかる「要請、指針」のうち「両性の本質的平等」に反すると結論付けられ、14条1項と24条2項の双方に反し違憲であると判示された。

このように憲法上重要な位置づけを与えられた24条2項の「要請、指針」には以下に見るように、大要、二つの機能がある。

(2) 第一の機能は、夫婦同氏制合憲判決より導かれる機能である。

同判決は、憲法上直接保障された権利とまでは言えない法益（人格権未満の人格的利益）に対しても一定の保障が及び、政府はきちんとした正当化をなすべきことが説かれ、また、形式的には平等であってもその実質に踏み込んで平等が保たれるようにするべきことを政府に求め、さらに、事実上の不利益についても憲法的判断において考慮される道を開いた。

「両性の本質的平等」についていうと、24条の制定過程を精査してみても、①「両性」を男女に限定する意図は確認できないしそのような限定を議論した形跡も存在しない、②制定過程における関心は、封建的家族制と決別し婚姻を当事者間の合意に委ねる点にあったのであり、家族観は可変的なものであって将来の変遷に開かれたものと見られていたことが理解できる。

したがって、同性カップルが、その生活実態においてなんら異性愛カップルと変わらない結婚生活を営んでいるにもかかわらず法制度から放逐されていることは、典型的な実質的平等違反、すなわち「本質的平等」違反となる。

(3) 第二の機能は、非嫡出子法定相続分差別違憲判決より導かれる機能である。

本決定は、「個人の尊厳と法の下での平等」を「憲法」全体の要請とおき、他方で、立法府が判断する制度形成の際の考慮要素（「国民の意識」も含む。）が「時代と共に変遷するもの」とおいて、その「変遷」を「不断に検討」するための指針としてかかる「個人の尊厳と法の下での平等」を位置付けたのである。重要なのは、同部分が憲法14条1項と24条2項を引用したうえで語られているという点である。つまり、「個人の尊厳と法の下での平等」とは憲法そのものの要請として語られているが、本決定で展開された「個人の尊厳と法の下での平等」の法理は、24条2項の「個人の尊厳と両性の本質的平等」についての法理でもあるという点である。

また、本判決は、当該規定の合理性は「個人の尊厳と法の下での平等」に照らして判断されるべき「法的问题」であって、事実の変遷や意識の変化、とりわけ「法律婚を尊重する意識が幅広く浸透しているということ」は「法的

問題の結論」に直接影響をもたらさないとした。「国民の意識」が事実問題ではなく、法的判断の対象である以上、その規範的な重みは「個人の尊厳と法の下での平等」という規範よりも下位に置かれるということをはっきりしめしたのは、画期的である。

- (4) 以上のように、「個人の尊厳と両性の本質的平等」という最高裁が用いている概念は、制度の合理性判断において人権親和的な三つの規範命題を導き、相応の正当化論証を政府に求めるものであること（上記(2)）、「家族形態や国民の意識の変化」においても規範として機能し、安易な法的判断を許さない役割を果たすこと（上記(3)）、といった二つの役割を担っている。

4 「Ⅳ. 同性婚を認めていない現行法の違憲性について」

- (1) 本件で差別が疑われる区別は、婚姻という重要な法的地位に関わるものであり、さらに、24条1項が保障する「婚姻をするについての自由」に対する直接的制約を課すものであるがゆえに、その合理性に対しては厳格な審査で臨むべきである。

また、同性愛者であるということは、個人の性自認や性的指向性に深く関わる事柄であり、アイデンティティの根幹をなすものであるから、本人の意思や努力で変更できるものではないし、そもそも変更すべきものではない。

以上から、本件における別異取扱いが国籍法違憲判決が示した考慮要素を充たし、その合理性の判断については厳格に審査する必要がある。

- (2) このように14条1項の観点から本件の別異取扱いは厳格にその合理性が吟味されるべきことになる。もっとも、本件は婚姻制度のあり方に関わる問題である以上、24条2項の規定する立法要請ないし立法指針である「個人の尊厳」に照らして、慎重にその合理性を判定する必要がある。
- (3) 家族のあり方が時代とともに変遷するとして、それをどう捉えるべきだろうか。社会状況は性や婚姻の多様化に対する認識が深まっているとしても、いまだ同性婚が認められていないのは、依然として「婚姻は異性愛者間で行

われるもの」という「国民の意識」が浸透しているからだと主張がなされる可能性がある。しかし、非嫡出子法定相続分差別違憲決定が示唆しているように、24条2項の定める「個人の尊厳」に照らして立法をすべき義務が国会にある以上、かかる「国民の意識」は排されなければならない。しかも、同項が定める要請・指針は13条等他の権利条項が定める憲法上の人格権未満である法益についても立法府に対してこれを配慮することを要求するものである。

- (4) 婚姻制度をめぐる最高裁が立てた要請・指針は「個人の尊厳」であり、「異性愛者の尊厳」ではない。したがって、人間生活や社会生活にとって重要であり、また個人の人生にとって大きな意義を持つ「婚姻」は、すべての「個人」に開かれなければならない。

そして、婚姻というものの重要性を強調すればするほど、かかる重要で、人々の意識においても尊重されている結合関係の法制度から排除されている人たちの苦痛は倍化していくことになる。このような苦境は、「個人の尊厳」を否定することに等しい。日本国憲法は、「個人として尊重」と「個人の尊厳」を区別して規定している。前者は、自己決定等の個人の意思的行為に対する尊重を意味するが、後者は、個人の意思的行為とは別に、人間存在そのものに対する犯しがたい畏怖の根源となるものを指す。婚姻の重要性は誰しも否定できない。それは意思的行為としても最大級の決断であるだけでなく、その決断は人の全存在を左右し、人生そのものと同値される営みである。それを踏みにじることは「尊厳」を棄損する行為となる。

論証されるべきことは、婚姻を異性間に限定していることの合理性ではなく、同性間に否定していることの合理性、しかも、これだけ重要で人々に尊重されている法関係が否定されていることの論証である。さらに、憲法上直接保障されたものでないにせよ、人格権未満の法益も考慮されると最高裁は明言し、実質的平等や事実上の不利益にも配慮すべきことを宣言している。

その実態において、なんら異性愛カップルと変わらない結婚生活を営んでいるにもかかわらず法制度から放逐されていることは典型的な実質的平等違反である。また、婚姻制度から除外されている現状が、同性愛者に対する公的承認を妨げ、各種の事実上に不利益を被っていることに目をつむることができない。これら、人生をかけたクレームを凌駕する合理性や必要性を見出すことは不可能である。

5 結論

個人の尊厳、両性の本質的平等に同性婚が違反するのであれば別段、そのようなことはありえない。それどころか、むしろ個人の尊厳からは導入が要請されるとすら考えられる。すくなくとも、同性カップルを婚姻制度から排除する合理的な理由はなく、したがって、現行制度は憲法24条2項に適合しないことは明らかである。

第3 本件規定の違憲性は他の憲法学説においても多数の指摘がなされていること

1 同性間の婚姻が認められていないことの違憲性を論じた憲法学説

被告は、原告らが被告による憲法学説の引用の恣意性を批判したことに対する反論として、「それらの〔原告が再引用する文献等の——引用者注〕記載においても、憲法24条1項が同性婚の制度の創設を国家に義務付けていると説くものはない。そのほかにも、本件立法不作為が同項に違反するとの解釈を述べる学説は見当たらない」（被告第3準備書面5頁）などと述べる。

しかしながら、原告らがこれまでに引用したものも含めて、同性間の婚姻が認められていないことについて、違憲性（憲法24条1項違反に限らない。）やその疑いが生じていることを指摘した憲法学説としては、以下のものを挙げることができる。

(1) 横田耕一教授の見解

横田耕一教授は、1985年の論文「日本国憲法からみる家族」（甲A17

5)において、「日本ではまだそれほどではないが、アメリカにおいてはさまざまな『家族』が出現している。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」（94頁）として、抽象的にではあるが、「同性のペアが同居する家族」が異性間の婚姻カップルと同等に尊重擁護されるべきことを論じている。

(2) 大野友也教授の見解

大野友也教授は、2009年の論文「同性婚と平等保護」（甲A229）において、同性婚の禁止は、性に基づく差別と構成することができ、その正当化には合理性の審査よりも厳格な審査が要求されることになるものとした上で、「同性婚を認めない日本の法体制が、合理性の審査よりも厳格度の高い審査に耐えられるかどうか、いま一度検討する必要があるのではないだろうか」（38頁）と論じている。

その後、2017年の論文「日本国憲法と同性婚」（甲A230）では、憲法13条、14条及び24条に照らし、同性婚が憲法上の権利といえるかどうかを検討した上で、「結論としては、24条は同性婚の積極的な保障というよりも許容にとどまるものであるが、13条の自己決定権、14条の性別に基づく差別の禁止という点からすれば、同性婚を認めないことは違憲である」（14頁）と論じている。

(3) 齊藤笑美子教授の見解

齊藤笑美子教授は、2010年の論文「家族と憲法——同性カップルの法的承認の意味」（甲A204）において、「私見ではパートナー制度だけでな

く、既存の法律婚を同性カップルに開放することも24条とは抵触しないと考える。24条について個人主義的な把握をする場合、夫婦同等の権利及び家族内での両性の本質的平等と個人の尊厳を定めた24条の意義は、家制度の解体にとどまらず、性別役割を内包した近代家族をも超越しようとしたところにある。近代家族とは、性別役割に規定され、法的にも権利義務が非対称で立場を交換することのできない配偶者を基礎とする核家族であった。ここでは配偶者間のジェンダー差異は不可避免的に内包されている。しかし、24条が近代家族をも超えて配偶者間のジェンダー平等を徹底する趣旨ならば、配偶者間の性別構成は如何様でも構わないはずである。24条が、両性の平等と個人の尊厳に立脚する家族法の制定を立法者に義務づけるとして、同性カップルに法律婚を開放することがその立法者の義務に抵触するとは全く思われないのである」(112頁)とし、法律婚を異性カップルのみに限定することが憲法14条1項に反しないかについては、「性的指向を社会的身分ととらえて厳しい審査を行うことを考えてみる。ここで同性愛者(同性カップル)の比較の対象となるのは、異性愛者(異性カップル)である。法律婚制度の目的を生殖から形成される核家族の保護ととらえるならば、生殖不可能な高齢異性カップルや共同生活の可能性すらない臨終婚までをも含む点で過大包含であり、目的をカップルの共同生活の人格的及び財産的側面の保護と考えるならば過小包含となり憲法違反となるのではないかと、極めて単純ではあるが考えている」(113頁)と論じている。

(4) 松井茂記教授の見解

松井茂記教授は、2010年の著書『LAW IN CONTEXT 憲法』(甲A231)において、同性婚が認められていないことについて、憲法14条1項及び24条の平等権の侵害の主張と、憲法13条あるいは24条に根ざす結婚の自由ないし結婚の権利の侵害の主張があり得るとし、仮に厳格審査ではなく合理的根拠基準が適用されるものとしたとしても、「実際なぜ同性婚が

認められないのか説得的な根拠を持ち出すことは容易ではなく、婚姻は異性間のものに限られるという思い込みが大きく作用している可能性は少なくない。婚姻制度は子どもの養育を中心とした家族制度であり、それゆえ子どもを作ることができない同性間では婚姻は認められないとの主張もありうるかもしれないが、現在では婚姻制度を子どもの養育を中心にして捉えること自体が妥当かどうか疑問の余地があろう。もし婚姻制度が、2人の人間の共同生活に法的承認を与えることを目的としているのであれば、それが異性間のものでなければならぬ理由はないのかもしれない」(5～6頁)と論じている。

また、2012年の論文「明文根拠を欠く基本的人権の保障」(甲A232)では、「24条の『両性』への言及が、同性婚を否定し、異性婚を当然のものと想定しているとの主張もあり得るところであるが、24条は、性別にかかわらず、女性も男性も平等に婚姻できることを定めたものにすぎないと解することができるれば、同性婚を否定すべき理由にはならない」(157頁)とした上で、「婚姻関係を、子どもの出産、育成を中心とする家族制度と定義すれば、子どもを産む可能性がそもそも存在しない同性間での婚姻は認められないと考えることもできる。だが、このような婚姻秩序の維持という利益をもって、婚姻の自由を制限する正当で合理的な目的といえるのかの疑問に加えて、異性間の婚姻であっても、子どもを作ることが想定されていない婚姻もありうるので、このような定義をとることが妥当かどうか疑わしい。合意する2人の当事者の永続的な結合関係を婚姻と捉えるなら、婚姻を異性間に限定しなければならない理由はないであろう。たとえ緩やかな審査を適用したとしても、同性婚の否定は、正当で合理的な目的といえるかどうか疑問がありうるであろう」(157頁)と論じている。

(5) 福嶋敏明教授の見解

福嶋敏明教授は、2015年の論文「同性婚と憲法」(甲A233)におい

て、憲法24条の制定趣旨を重視すれば、同条は必ずしも同性婚を排除するものと解する必要はないように思われるとし、そのように解した場合、同性婚を認めないことについては、憲法13条及び憲法14条1項との適合性が問われるとした上で、「同性婚が認められないということは、同性カップルには婚姻制度への平等アクセスが否定されることを意味する。その結果、同性カップルは、異性カップルであれば享受しうるであろう婚姻に伴う様々な法的利益・効果を享受しえないことになるし、社会生活における事実上の利便を受けられないことにもなる。しかし、同性婚が認められないことの影響は、こうした実態的な法的利益・効果の得失の問題にとどまらない。近時、日本の憲法学では、法の発するスティグマのメッセージの問題が主題化されている」(54頁)、「同性カップルの婚姻制度からの排除は、同性カップルに対する負のメッセージを社会に伝達し、同性愛者にスティグマを付与するおそれがある。とりわけ『婚姻』が有する象徴的意味を重視するのであれば、そこからの排除がもたらす『メッセージの害悪』はより一層深刻なものと受け止められるべきことになろう」(55頁)と論じている。そして、婚姻を異性間に限定する理由について、直ちに思い浮かぶのは婚姻の意義を生殖や子の養育と結びつける見方に基づくものであるが、婚姻と生殖との不可分性には異を唱える見方も示されており、婚姻の意義が「パートナー関係と共同生活の安定化」にあると捉え直されるのであれば、「婚姻を異性間に限定する根拠は乏しくなり、『同性カップルに婚姻を否定する理由はなくなる』との結論が導きだされうることになる」(56頁)と論じている。

(6) 榎透教授の見解

榎透教授は、2019年の論文「日本国憲法における同性婚の位置」(甲A234)において、「憲法13条は婚姻の自由を保障すると理解できることから、同性カップルの婚姻の自由が24条で保障されなくても、13条で保障されると理解すべきである。また、婚姻に関する現行法をめぐる同性カップ

ルと異性カップルの間の取り扱いの差異が、『社会的身分』等に基づく不合理な区別として、憲法14条1項で違憲と評価される可能性がある」（43頁）とした上で、「法律婚という制度の目的が生殖の奨励や核家族の保護であっても、共同生活を営むことへの法的承認であっても、同性婚を認めない現行法はもはやその正統性が疑わしく、憲法13条、14条1項に違反すると考えられる」（44頁）と論じている。

(7) 西村枝美教授の見解

西村枝美教授は、2019年の論文「同性婚の未規定性の憲法適合性：婚姻の自由ではなく人格権の問題として」（甲A235）において、「私的領域は、個人の人格の発展のため、また、民主的社会の形成という点でも根幹を成すものであり、市民すべてに、国家との関係でも認められるべきものである。憲法13条が保障する人格権もこの私的領域での諸活動を行う地位を各人に保障している。この私的領域というのは、一人でいることのみを指すのではなく、家族と過ごす時間、親しい人と過ごす時間など、個人的な人間関係をはぐくむ場をも包摂する。この領域の形成、維持を可能とする法制度の形成は、憲法13条により立法者の義務である。この義務を立法者がなんら果たしていない場合、それにはやむを得ないと認められるだけの事由がなければならない」（189頁）とした上で、「同性カップルに私的領域を否定するに値するだけの法益は、およそ、存在しない。したがって、同性カップルに『より親密な個人的生活領域』の形成、維持を可能とする法制度を付与しないことは、憲法13条に違反する」（190頁）とし、また、「婚姻制度の目的を、当事者の私生活の保護、生殖の保護、いずれで解するにせよ、異性のカップルのみを対象としている現在の法律上の婚姻は、この立法目的からして包摂すべき対象者を合理的理由なく限定している。法律上の婚姻制度から、同性カップルを排除することは、立法目的との関係で過少包摂といえ、憲法14条1項に違反する」（199頁）と論じている。そして、「同性カッ

プルにそれを承認する法的枠組みがなんら存在しない現状は、憲法13条及び14条1項に違反する」が、「直ちに民法、戸籍法の特定の条文が無効になることは意味しない。なぜなら、この現状をどのような立法措置によって解消するかについては立法者の裁量が存在するからである」、「ただし、何らかの形で付与すればよいのではなく、憲法の要請に沿う形で制度形成されなければならない」（202頁）とした上で、「現在日本の地方公共団体がパートナーシップ条例を導入しているが、それに相当するものを国レベルで制定したとしても、憲法に違反する現状はなお解消されない」（202頁）こと、「立法者が、何らかの形で同性カップルに付与する法的枠組みが、異性カップルと取り扱いの区別をしている場合、その一つ一つに、憲法14条1項との観点で、合理的理由が必要である」（203頁）ことを指摘している。

(8) 巻美矢紀教授の見解

巻美矢紀教授は、2019年の論文「Obergefell 判決と平等な尊厳」（甲A199）において、「結婚は、少なくとも現代の欧米や日本では、制度を前提とするものであり、またその具体的な意味については、人によって理解が少しずつ異なるといえるが、結婚の『制度イメージ』を基礎とした、結婚制度の中核には、親密な結合の相手の選択という人格的な選択があると考えられる」とし、憲法24条を「婚姻制度を設営する場合の憲法上の客観法的な限界として、家制度の復活を禁止するとともに、改めて、憲法の基底的原理である個人の尊厳と平等を定めたものと解し、これらに対する侵害について、憲法上の婚姻の自由に対する侵害と構成すべきである」（113頁）とし、「この婚姻の自由権的構成戦略によれば、親密な結合の相手の選択という自律的な選択を、国家が異性に限定し同性婚を否定することは、婚姻の自由に対する侵害となる」（113頁）とした上で、「同性婚の禁止は、婚姻の自由に対する侵害と構成しうるとしても、侵害の正当化が成功すれば合憲となる。しかし、同性婚の禁止にはそもそも緩やかな審査基準で要求される「正当な」

利益すらないというのが、Obergefell 判決が示唆するところである」(113 頁)と論じている。そして、本件を含む「婚姻の自由をすべての人に」訴訟について、「私は憲法学研究者としての見地から、勝訴が期待できると考えている」(114 頁)と述べている。

2 被告による憲法学説の評価の不適切性

被告は、本件規定が憲法 24 条 1 項に違反するものではないとする自らの主張の裏付けとして、「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ぬ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」(乙 15・510 頁)、「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」(乙 17・129 頁)と述べた文献を引用することにより(被告第 2 準備書面 8～9 頁)、あたかも、憲法学説上は、「憲法 24 条は、同性間の婚姻を一切保障していない」とか、「憲法 24 条は、同性婚の制度化を容認していない」と解する見解が「通説」であるかのように述べているが、原告ら第 4 準備書面 12～16 頁(「(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」)並びに本書面で論じたところからすれば、このような憲法学説の理解が誤りであることは明らかである。

この点、高橋和之教授の著書『立憲主義と日本国憲法』においては、2001 年の放送大学教材版で、「結婚の自由については憲法 24 条が保障しているが、近年議論され始めた同性間の婚姻まではカバーしていないというのが通説である。」(甲 A 236・76 頁。下線は引用者による。)との記述がなされ、その後の版にも同様の記述が残されていたが、2020 年の第 5 版で、当該部分は、「結婚の自由については憲法 24 条が保障しているが、近年議論され始めた同性間の婚姻まではカバーしていないというのが通説であった。」(甲 A 237・156 頁。下線は引用者による。)と改められるに至っている。西村枝美教授が括弧付きで「通説」と表記して指摘しているとおり(甲 A 235・158 頁の

本文及び注7参照), 憲法24条が同性間の婚姻まではカバーしていないという見解が通説であったと評価し得るような学説の蓄積が存したかどうか疑問であるが, そのことを措くとしても、『立憲主義と日本国憲法』における上記のような記述の変化は, そのような見解が通説であるとはいえないことを明瞭に示すものである。

第4 本件規定の違憲性についての二宮周平教授の意見

甲A第238号証の意見書は, 家族法学者である二宮周平教授が, 本件についての意見として, 異性間に婚姻を限定する正当な理由が存在せず, むしろ現行婚姻法の基本原則からは同性婚を認めるべき必然性があることを論じたものである。その論旨は, 以下のとおりであり, 本件規定が違憲であるとする原告らの主張を支持するものである。

1 「はじめに」

私は, 1998年の論文「日本民法の展開(3)判例の法形成～内縁」において, 意識的に法律婚をしない事実婚カップルの意識調査に基づき, 同性カップル当事者の意識と実態をまとめ, 1990年の著書『事実婚の現代的課題』においては, 同性カップルが異性愛ではないこと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こと等を問題提起し, 自己決定権に基づく事実婚の中立的保護を同性カップルに応用する解釈論を述べた。ただ当時は, 事実婚の研究という限界もあり, 同性婚の制度化までは検討していなかった。

それから約30年間の国内外での社会情勢の変化を経て, 同性婚が現実の立法課題として議論されている中, 長年, 同性カップルの共同生活保障の研究をしてきた者として意見書を作成することにした。

2 「1 日本婚姻法の沿革と婚姻法の原則」

(1) 明治民法における家制度の確立

明治政府は, 政権獲得後, 国民の把握と統制のために, 戸主を最末端の役

人として家族を統制し、戸籍を基礎として徴兵、徴税、衛生、教育などの新しい政策を実施した。すなわち家制度は、明治政府により国民把握と統制、諸政策の基礎とするために人為的に創られたものであった。

(2) 婚姻法の原則と家制度による規制

明治民法制定の過程で、婚姻制度の近代化も行われた。開化主義者から廢妾論、一夫一婦論が強く主張され、条約改正の相手方である西欧列強からも非文明国として批判されたことから、刑法典は妾の文言を削除し、明治民法は重婚を婚姻取消原因とすることによって一夫一婦制の原則を確立した。明治維新により、階級的内婚制が撤廃され、一夫一婦制と自由な合意による婚姻という近代的な婚姻制度の根幹が明治民法で確立した。

しかし、家族の婚姻に対する戸主の同意権（明治民法750条）と子の婚姻に対する父母の同意権（同法772条、773条）等、家制度は婚姻法の原則に大きな規制を加えた。戸主や親の同意を通じて、法定推定家督相続人の地位を守ることを通じて、さらには、跡継ぎ男子の確保を通じて、婚姻を家による統制下に置く必要があったからである。

(3) 現行憲法及び現行民法における婚姻法の立法目的と原則

第2次大戦後、家制度を廃止する民法改正が実現する。立法担当者の提案理由の説明でも、法律は個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚して制定されなければならないことを新憲法24条は宣言しており、明治民法特にその親族編相続編には、新憲法の基本原則に抵触する幾多の規定があるので改正する必要がある、と指摘されていた。1947年12月に改正された民法では、家制度が廃止され、婚姻の自由と夫婦の権利義務の平等化が確保された。

(4) 現行憲法・民法と同性婚

明治以降、1970年代頃まで、同性愛を病気であり、異常なものであるとする認識が続き、当事者もそのようなものとして内面化していた。明治民法も、改正民法も、婚姻を男女の結合であることを当然の前提としていた。

日本国憲法制定当時においても、同性婚は念頭になく、憲法24条1項の「婚姻は、両性の合意のみに基づいて成立し」との文言は、明治民法時代、婚姻が戸主や親の意向のままに決められることが慣例となっていた事実をふまえ、これをなくし、婚姻の自由を確立することにあつた。

しかし、現行憲法、民法が同性婚を想定していないことは、解釈論として、また立法論として、同性婚をどう位置づけるかの答えを一義的に導くものではない。同性婚について規定していない民法、戸籍法が憲法13、14、24条に合致するか否かの解釈論、同性婚を導入すべきか否かの立法論は、現行婚姻法の立法目的と原則に基づいてなされるべきである。立法目的は婚姻の自由と夫婦関係における平等の確保であり、婚姻法の原則は、当事者の合意による婚姻の成立と、婚姻を個人個人の権利義務関係と捉えることにある。夫婦関係を婚姻当事者の関係と捉え直せば、立法目的からも、原則からも、当事者を異性カップルに限定する必然性はない。

3 「2 婚姻成立の要件、婚姻の効果と生殖の関係」

(1) 婚姻成立の要件と生殖能力

今日、近代的婚姻制度を導入した国において、婚姻当事者の生殖能力を婚姻に関連させる立法例は存在しない。日本も同様である。もし、婚姻制度の目的が出産・子育てにあるのならば、生殖能力を婚姻の成立要件にしたり、生殖不能を婚姻の無効・取消原因、離婚原因にする必要がある。しかし、明治民法（1989（明治31）年法律9号）制定過程では、こうした議論はなされていなかった。札幌ケース[札幌地方裁判所平成31年（ワ）第267号。同裁判所で係属中の本件と同様の事件。]において、被告が第2準備書面において「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から、子供を産み育てるかどうかについての自由な意思決定を何ら害するものではない」とするのは、婚姻制度が生殖・子育てを目的とするものでないことを自ら認めて

いるのに等しい[なお、本件の被告第2準備書面23頁でも同様の主張がされている。]。

(2) 婚姻の効果と生殖

現行法において嫡出推定規定は、婚姻後に子が出生した場合における法律上の父子関係成立に関する規定であり、婚姻の結果生じる事象に対応するための規定である。婚姻の効力には、親子関係に関する規定や夫婦関係に関する規定もある中から、嫡出推定規定だけを取り出して、婚姻制度の目的が生殖にあることの根拠とすることは、恣意的である。

4 「3 婚姻制度の意義・目的と生殖・子育ての関連性」

(1) 家制度の時代

明治民法の家制度の時代、婚姻制度の目的は生殖と子育てに結びつけられることが多かった。そして出産は事実上強制されたことが当時の女性たちの言葉から分かる。こうした過去の経緯を踏まえると、国が婚姻制度の意義・目的を生殖・子育てに求めることは、国＝政府に都合のよい人口政策に利用されるおそれがあることを自覚する必要がある。

(2) 第2次大戦後から高度経済成長期

1960年代以降、高度経済成長を経て、工業化、労働力人口の都市集中が急速に進展していく中で、家制度は事実上解体され、それと並行して、夫婦と未成年の子という家族が「標準的家族像」として定着した。「男は仕事、女は家庭」という性別役割分業を特徴とし、労働力の再生産、家事・育児・介護等のケア労働を妻・母・娘・嫁としての女性が支えた。婚姻法は、ケア労働を担う女性を保護するという役割を果たした。しかしそれは、女性を雇用の場から排除し、夫＝男性への経済的依存を強化した。ここでも、婚姻制度の目的を生殖・子育てに求めることの弊害が顕著である。

(3) 1980年代後半から今日

1980年代後半以降、国連女性差別撤廃条約の批准（1985年）、男

女雇用機会均等法の成立・施行（1985年）、男女共同参画社会基本法の成立（1999年）等、法制度に関して新たな方向性が生まれた。社会の意識が変化し、家族の形態も多様化したことは、国勢調査からも読み取れる。家族は経済的、社会的機能を縮小させ、人格的な結合、情愛の関係と捉えられていった。家族機能の人格化、個人化、「ライフスタイルの選択に対する中立性等の視点」（男女共同参画基本計画）から考察すると、社会が婚姻に期待する意義や目的を、生殖・子育てに求めることは一面的に過ぎる。

(4) 個人から見た婚姻の意義・目的の多様性

各種意識調査からは、規範意識として婚姻と生殖・子育ての結びつきは相対的に低下ないし弱くなっており、生殖・子育ての重要性は低減していると評価することができる。むしろ婚姻は、人々の多様な個人的利益を保障するものと捉えられている。

以上から、現在、婚姻を男女間に限定する合理的根拠は存在しない。

5 「4 現行婚姻法の原則と同性婚の保障」

(1) 同性婚保障の必然性

同性婚に対する社会の認識の変化を見ると、2020年5月17日時点で全国51の地方自治体でパートナーシップ証明に関する条例、要綱、規則が制定、施行されている。また、2018年7月、指定都市市長会は、国に対して、性的少数者に係る窓口の一元化及びパートナーシップ制度を含めた取組の強化を要請している。

2015年7月7日、同性婚人権救済弁護団は、当事者455名の代理人として日弁連に人権救済を申し立て、2019年7月18日、日弁連は現行法上同性婚が認められてないことについて「法の下での平等に違反するものであり、[憲法]13条、14条に照らし重大な人権侵害と言うべきである」との意見書を発出した。

さらに、生命保険会社、携帯電話会社、航空会社、銀行等多くの企業は同

性パートナーを「配偶者」として取り扱ったり、「家族割り」「家族取引」の対象にしている。

学術の世界からも提案や提言が出されている。

(2) 婚姻の自由

現行民法は日本国憲法 13 条, 14 条, 24 条に基づいて改正されたものである。憲法 24 条 1 項は, 婚姻締結の自由と配偶者選択の自由という婚姻の自由の 2 つの要素を明確にしている。婚姻の自由は, 誰と親密な関係を持ち, その者との共同生活の営み方として結婚するのかを個人が自由に決定すること, 個人の自己決定を保障するので, 憲法 13 条によって保障されるものである。

2017 年 5 月の台湾司法院解釈 (釈字第 748 号解釈) は, 「婚姻適齢にある配偶者のない者は, 本来結婚の自由を有しており, それは『結婚するかどうか』と『誰とするか』の自由が含まれる。この自己決定は人格の健全なる発展および人間の尊厳の護持に関わり, 重要な基本権」であり, 「憲法第 22 条 (婚姻の自由) の保障を受けるべき」であるとしている。

(3) 平等原則

同じカップルとして共同生活を営みながら, 異性カップルは婚姻を選択して法的・経済的利益や心理的・社会的利益を享受することができるのに対して, 同性カップルはこうした利益を享受することができず, 日常生活の中でさまざまな不都合, 不利益に直面せざるをえないとすれば, 当事者の親密で人格的な関係性を不安定にするおそれがある。現行婚姻法の果たす役割, 機能は, 共同生活の保障による人格的結合の安定化にあるのだから, 婚姻法的利益の付与を拒否する合理的な根拠は存在せず, 異性カップルと同性カップルは平等に扱われなければならない。

現行婚姻法の立法目的は, 婚姻の自由の保障であり, 同性婚を規定しない民法及び戸籍法は, 個人の尊重と幸福追求権 (憲法 13 条), 法の下での平等

(憲法14条) という憲法上の原則に違反するといわざるをえない。

(4) 同性婚保障の影響

同性婚を承認することは、第1に、異性婚とともに社会を安定させる基盤となり、第2に、偏見、差別をなくし、性的マイノリティを含めて人々の多様性を受容する契機となる。

6 「おわりに」

性自認、性的指向はすべての個人に共通の属性である。その性のあり方は各人各様であり、個人の人格的生存にとって不可欠なのだから、その多様性をその人の個性として尊重することが求められる。少数者の人権を守る砦として、司法の果たす役割は大きい。本件においても、婚姻の自由という現行婚姻法の原則を踏まえて、同性婚の承認に向けた積極的な判断がなされることを願ってやまない。

以 上